

准印证号：S（2022）04000046

# 常州法学

内部资料

免费交流

2022

2

(总第171期)

## 组织动员广大法学法律专家 在法治宣讲中发挥更大作用

### 一是更加自觉主动地深入学习宣传贯彻习近平总书记关于全面依法治国的重要论述

习近平总书记关于全面依法治国的重要论述，集中体现了我们党在法治领域的理论创新，是中国特色社会主义法治理论的最新成果，是21世纪的马克思主义法治思想。要对这些研究成果进行突出的系统深入的阐述和宣讲，紧紧围绕深入学习贯彻习近平总书记关于全面依法治国的重要论述这一主题，掀起学习研究、宣传贯彻的热潮，引导各级领导干部、高校师生以及广大人民群众增强走中国特色社会主义法治道路的自觉性和坚定性。

二是更加自觉主动地继续助力常态化疫情防控、统筹推进疫情防控和经济社会发展工作在以习近平同志为核心的党中央坚强领导下，全国人民上下一心、众志成城，我国疫情防控阻击战取得重大战略成果。疫情防控斗争实践再次证明，中国共产党领导和我国社会主义制度、我国国家治理体系具有强大生命力和显著优越性，能够在百年未有之大变局中，战胜任何艰难险阻，为人类文明进步作出重大贡献。要围绕这次抗击疫情的中国行动，讲清讲透党的领导和我国社会主义制度的优势，讲清讲透法治在疫情防控以及国家治理体系和治理能力现代化中的重要作用。要充分发挥专业性强和人才智力优势，紧密结合常态化疫情防控、扎实推进复工复产、保障和改善民生等重大部署涉及到的法律政策问题，针对“涉疫新型诉讼纠纷”等问题，加强调查研究和宣传解读，以法治的力量助力做好“六稳”工作、全面落实“六保”任务。

### 三是更加自觉主动地服务党和国家工作大局，推动重要领域立法的法治宣传教育

加强重要领域立法工作，以良法保障善治，既包括制定完善国家治理体系和治理能力现代化急需的法律制度，也包括建立健全满足人民对美好生活新期待必备的法律制度。民法典是新中国第一部以法典命名的法律，是新时代我国社会主义法治建设的标志性立法成果。切实实施好民法典，对于推进国家治理体系和治理能力现代化，坚持和完善社会主义基本经济制度、推动经济高质量发展，维护最广大人民根本利益，具有重大意义。作为社会主义市场经济的基本法律，民法典被称为“社会生活的百科全书”。“双百”活动要加强民法典重大意义的宣传教育，真正落实习近平总书记关于“民法典要实施好，就必须让民法典走到群众身边、走进群众心里”的重要指示。要广泛开展民法典普法工作，引导各级领导干部做学习、遵守、维护民法典的表率，提高运用民法典维护人民权益、化解矛盾纠纷、促进社会和谐稳定的能力和水平。





# 目 录

封面题字：王仲方  
(中国法学会原会长)

## 《常州法学》编委会

主 任：姜洪鲁

副主任：张双庆 陈 翔

编委（按姓名笔画排序）：

严瑞忠 李 浩 张双庆

张加林 陈 翔 罗志平

周 忠 姜洪鲁 夏 明

顾 锋 高 军 黄 欣

蒋建伟 滕 晖 潘耿介

主 编：潘耿介

副 主 编：蒋涌涛

责任编辑：王 奕

### 权威频道

新时代人权法治保障取得历史性成就  
.....张文显（1）

### 本期特稿

法治政府建设的推进路径研究  
.....张正朝（4）

### 调查研究

关于办理殴打他人、故意伤害类治安案件的若干思考  
——以实务案例为切入点  
..... 贾文东（12）

法律顾问参与党委政府重大决策机制研究  
.....邢 辉（23）

以审判为中心的刑事诉讼制度改革调研报告  
.....周 萍 陈 琳（27）

### 法学研讨

法官自律机制建设研究  
..... 常州市中级人民法院课题组（33）

主管：常州市委政法委  
主办：常州市法学会  
编辑：《常州法学》编辑部

内部资料 免费交流  
2022年第2期  
(总第171期)  
2022年6月30日出版  
(期/季)

编辑部地址：

常州市龙城大道1280号  
市行政中心1号楼A座17楼1718室

编辑部电话：(0519) 85680672

编辑部邮编：213022

编辑部电子邮箱：czfxh@sina.com

承印：常州市通华印刷有限公司

印数：500

发送对象：政法部门  
行政执法部门  
律师协会  
会员单位  
高校

刑事裁判涉财产部分执行的进阶之路  
——以刑事诉讼财产保全制度完善为视角  
…………… 武进区人民法院课题组 ( 41 )

论我国破产程序催收股东未缴出资机制之完善  
——以英国破产法非诉追收股东出资模式为借鉴  
……………孙晓星 张艳飞 ( 47 )

---

**2021年度法律援助优秀案例选编**

常州市法律援助中心  
对潘某离婚后财产纠纷提供法律援助案  
…………… ( 54 )

金坛区法律援助中心对吕某某等 834 名职工  
劳动报酬纠纷提供法律援助案  
…………… ( 56 )

常州经济开发区法律援助中心  
对曹某某工伤损害赔偿纠纷提供法律援助案  
…………… ( 58 )

---

**案例分析**

执行和解担保与执行担保竞合情形下，  
申请执行人的路径选择  
……………宋超 ( 60 )



# 新时代人权法治保障取得历史性成就

张文显

党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央不断加强人权法治保障，健全人权法治保障机制，推动我国人权法治保障取得历史性成就。我们坚持法律面前人人平等，把尊重和保障人权贯穿立法、执法、司法、守法各个环节，人权法治化保障水平全面提升，人民获得感、幸福感、安全感更加充实、更有保障、更可持续。

人人充分享有人权，是人类社会的伟大梦想。尊重和保障人权，是中国共产党的不懈追求。尊重和保障人权，必须依靠制度、依靠法治。习近平总书记指出：“我们坚持法律面前人人平等，把尊重和保障人权贯穿立法、执法、司法、守法各个环节，加快完善权利公平、机会公平、规则公平的法律制度，保障公民人身权、财产权、人格权，保障公民参与民主选举、民主协商、民主决策、民主管理、民主监督等基本政治权利，保障公民经济、文化、社会、环境等各方面权利，不断提升人权法治化保障水平。”党的十八大以来，在习近平新时代中国特色社会主义思想科学指引下，我们党坚持把尊重和保障人权作为治国理政的一项重要工作，深化法治领域改革，健全人权法治保障机制，保障公民各方面权利得到落实，新时代人权法治保障取得历史性成就、发生历史性变革。

## 人权保障立法更加成熟完备

立法工作只有坚持为了人民、依靠人民、造福人民、保护人民，才能为人权法

治保障夯实规则之基。习近平总书记强调：“依照人民代表大会及其常委会制定的法律法规来展开和推进国家各项事业和各项工作，保证人民平等参与、平等发展权利，维护社会公平正义”“要深化公共法律服务体系建设”“要加强社会保障立法工作，加快制定或修订社会保险、社会救助、社会福利等方面的相关法律”。这些重要论述，为构建保障人权的坚实法律体系提供了根本遵循。

在习近平法治思想科学指引下，我国立法机关积极回应人民群众的所急所需所盼，把人权保障作为立法工作的重点任务，加快充实和完善人权保障的法律规定，形成涵盖人权保障各层面的法律法规，为促进各项人权全面发展提供法律依据。比如，修改全国人民代表大会组织法，落实全过程人民民主重大理念，保障人民民主权利；编纂民法典，制定反家庭暴力法、新的国家安全法等，修改环境保护法、食品安全法、消费者权益保护法等，全方位织就协调增进人民经济、政治、文化、社会、生态等各方面权利的人权保护法律网；制定个人信息保护法、网络安全法、数据安全法，加强对个人信息权益等新兴领域人权的保护；修改妇女权益保障法、未成年人保护法等，全面保障特定群体权利；修改刑事诉讼法、行政诉讼法等，提高诉讼过程中的人权保障水准。

新时代，立法工作坚持以人民为中心，

制定和完善一系列保障人权的法律制度，人权保障各方面立法更加成熟完备，人民各项权利更有法律保障。随着科学立法、民主立法、依法立法深入推进，中国特色社会主义法律体系不断完善，以良法善治保障人民群众合法权益，广大人民群众享有人权的内容更加丰富、渠道更加便捷、形式更加多样。

### 人权保障执法更加公正严格

法律的生命在于实施。行政机关依法行政、严格规范公正文明执法，是维护和保障人权的关键环节。习近平总书记指出：“各级行政机关必须依法履行职责，坚持法定职责必须为、法无授权不可为”“要树立正确法治理念，把打击犯罪同保障人权、追求效率同实现公正、执法目的同执法形式有机统一起来”“要规范行政许可、行政处罚、行政强制、行政征收、行政收费、行政检查、行政裁决等活动，提高依法行政能力和水平，依法严肃处理侵犯群众合法权益的行为和人员”。我们要不断强化依法行政，将人民权益得到切实有效保障作为法治政府的衡量标准和最终目标，在严格执法、执法为民中尊重和保障人权。

党的十八大以来，各级行政机关坚持国家尊重和保障人权的宪法原则，将保护人权的理念贯彻到行政执法全过程，全面建设职能科学、权责法定、执法严明、公开公正、智能高效、廉洁诚信、人民满意的法治政府，推动人权保障迈上新台阶。把行政权力限制在法治框架之中，实施权力清单、责任清单、负面清单制度并向社会公开，禁止法外设权、违法用权，保障行政管理相对人合法权益。不断完善行政执法程序，建立行政裁量权基准制度和行政执法调查取证、告知、罚没收入管理、行刑衔接等制度，确保行政机关依照法定

权限和程序依法决策、依法行政。全面加强行政执法监督救济，实现案件流程信息化管理和同步记录，加强对执法活动的实时监督。强化责任追究机制，有效规范行政执法行为。建设服务型政府，持续深化改革，加快转变政府职能，推进基本公共服务均等化、普惠化、便捷化。

新时代，行政机关正确运用法治思维和法治方式处理权力和权利的关系，坚持法律面前人人平等，坚持严格规范公正文明执法，更加注重把平等原则和比例原则运用于执法过程中，不折不扣保护人民的各项权利，努力确保法定权益受到公平保障、人格尊严获得平等尊重。人民群众不仅从每一个执法决定中感受到公平正义，而且感受到执法的力度和温度、对人格尊严的呵护。更加公正严格的人权保障执法，使人民群众对中国人权事业的满意度持续提高。

### 人权司法保障更加全面有效

公正司法是维护社会公平正义的最后一道防线，也是尊重和保障人权的重要防线。习近平总书记强调：“要从确保依法独立公正行使审判权检察权、健全司法权力运行机制、完善人权司法保障制度三个方面，着力解决影响司法公正、制约司法能力的深层次问题，破解体制性、机制性、保障性障碍”“司法体制改革必须为了人民、依靠人民、造福人民”“努力让人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平正义，决不能让不公正的审判伤害人民群众感情、损害人民群众权益”。

党的十八大以来，在习近平法治思想科学指引下，我国司法体制改革深入推进，人权司法保障制度机制更加健全。我们推进司法人员分类管理制度和司法职业保障制度改革，全面落实司法责任制，深化司法责任制综合配套改革，明确法官、检察



官办案的权力和责任,做到“让审理者裁判、由裁判者负责”。坚持依法公正对待人民群众诉求,全面严格实施立案登记制,切实做到有案必立、有诉必理,充分保障当事人的诉权。保障当事人获得公正审判的权利,深入推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革,强化诉讼过程中的实体权利和程序权利保障。深化司法公开,建立健全阳光司法机制。保障犯罪嫌疑人、被告人、服刑人员、社区矫正对象、戒毒人员及刑满释放人员的合法权利。建立健全权利救济和司法救助制度。建立和完善公共法律服务,加大法律援助力度。

司法体制改革成效如何,归根到底要由人民来评判。新时代,我们牢固树立正确司法理念,司法工作坚持把定分止争、惩恶扬善同保障人权、救济权利有机统一起来,将人权保障贯穿于司法权力运行各阶段、各环节,以公正高效权威的司法活动,使受侵害的权利得到及时救济和有效保护,让人民群众真正感受到公平正义就在身边。人权司法保障成效越来越显著,推动人民群众对司法的信任不断增强。

### 守法意识、人权意识更加深入人心

人权保障为了人民,人权保障依靠人民。加强人权法治保障,根基在人民,力量在人民。这就需要普及人权法治观念,增强全社会的守法意识、人权意识,为保障人权奠定坚实社会基础。习近平总书记强调:“要弘扬正确人权观,广泛开展人权宣传和知识普及,营造尊重和保障人权的良好氛围。”在习近平法治思想科学指引下,我们加强法治社会建设,守法意识、人权意识更加深入人心,为人权法治保障营造良好的社会环境。

党的十八大以来,我们把法治宣传教育与人权教育紧密结合,广泛开展人权理

论研究和人权教育培训。将人权教育纳入国民教育体系,各中小学结合学生年龄特点,在相关课程教学中融入人身权利、受教育权利、经济权利等学习内容,增强学生权利意识。在高校开设人权专业及相关课程,培养人权方向专业人才。举办多期针对党政干部、司法系统人员的人权知识培训班,强化国家工作人员人权法治观念。定期编写出版《中国人权事业发展报告》蓝皮书,出版和发行《人权》《人权研究》《中国人权评论》等专业书刊,推动人权教育和知识普及。加强实践教育,让人民群众在丰富的人权法治保障实践中形成和巩固守法意识、人权意识,学会尊重人权、依法维权。在基层社会治理中,健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的城乡基层治理体系,引导和支持人民群众依法行使民主权利。

新时代,我们全面推进全民守法,人民群众依法维权能力显著提高,尊重和保护他人合法权利日益成为人民群众的思想共识,崇尚法治、尊重人权的氛围更加浓厚。这不仅推动我国人权法治保障水平和效能显著提升,生动诠释了中国特色社会主义制度坚持全面依法治国、建设社会主义法治国家、切实保障社会公平正义和人民权利的显著优势,更增强了我们坚定不移走中国人权发展道路的的决心和信心。在以习近平同志为核心的党中央坚强领导下,我国人权法治保障贯穿立法、执法、司法、守法各个环节,实现人权法治保障深层次优化、全方位升级,中国必将为世界人权事业发展作出新的更大贡献。

(作者系中国法学会党组成员、习近平法治思想研究中心副主任)

# 法治政府建设的推进路径研究

张正朝

习近平法治思想是全面推进依法治国的根本遵循和行动指南，也是推进依法行政、建设法治政府的行动纲领。习近平总书记多次强调：“坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，法治国家、法治政府、法治社会一体建设”“推进全面依法治国，法治政府建设是重点任务和主体工程，对法治国家、法治社会建设具有示范带动作用，要率先突破。”法治政府建设在全面依法治国中的地位突出、意义重大，本文结合工作实践，就法治政府建设的内涵特征、目标体系以及实践路径进行梳理和研究。

## 一、法治政府建设的内涵特征

### （一）法治政府的内涵要义

法治政府没有确切的概念定义，法治政府的内涵是在实践中不断丰富和发展的。随着近代法治原则的确立，对法治政府内涵的认识趋于一致，就是通过法律的约束实现对政府权力的规范和制约。现代法治的核心是良法善治，法治政府建设成为法治国家建设的主体与关键，法治政府建设的实践日益丰富，法治政府的内涵也不断发展。从一般意义上理解，法治政府是指政府的设立、变更、运作的整个过程都必须依据法律，政府的组织和行为也应遵循合法化、规范化、程序化的要求，也就是行政机构依法设立、行政权力依法取得、行政程序依法确定、行政行为依法作出、行政责任依法承担。而现代法治政府建设实践重构和丰富了法治政府的内涵，法治

政府的核心是依法行政，但又不局限于此，超越了这种静态和保守的依法管理理念，而是在更深层次上要求政府实现动态和主动的依法治理和服务，因此，法治政府是严格依法行政、全面履行职能、发挥治理效能的实质政府，是塑造良法善治这种社会状态的责任主体。

### （二）法治政府建设的发展历程

法治政府建设是随着我国经济社会发展和民主法治进程而孕育发展的，也是历史发展到一定阶段的产物。我国法治政府建设历程可以分为三个阶段。

第一阶段：法治政府建设的初始摸索阶段（1978—1997年）。

这一阶段从1978年党的十一届三中全会开启改革开放至1997年党的十五大明确提出“依法治国，建设社会主义法治国家”，其主要特征是以建立健全法律体系为重点，以立法的方式对行政行为进行约束和规范。特别是《行政诉讼法》《行政复议条例》《国家赔偿法》《行政处罚法》等法律的颁布和实施，标志着国家权力开始强调政府的责任，注重对公民合法权益的保护，强化法律对公权力的制约。这一时期最重要的特点是以行政诉讼和权利救济为重心，对公权力侵害公民合法权益行为的救济进入诉讼程序，行政机关依法行政、公民合法权益不受侵犯的法治观念逐步建立。

第二阶段：法治政府建设的起步实施阶段（1997—2012年）。



这一阶段从党的十五大明确提出依法治国目标至2012年党的十八大召开，其主要特征是我国法治政府建设逐步形成理论依据和实践推进，政府推动依法行政，强调公民权利保障。1999年《中华人民共和国宪法修正案》将依法治国作为一项宪法原则写入宪法；2004年国务院出台的《全面推进依法行政实施纲要》首次提出建设法治政府的概念和目标；2010年国务院出台《关于加强法治政府建设的意见》对我国法治政府建设明确目标和要求；2011年出台《行政强制法》对行政权力的行使限定严格条件。这一时期最重要的重点是强化了对行政机关依法行政的要求，提出法治政府建设的目标和要求，有力地推进了法治政府建设的进程。

第三阶段：法治政府建设的全面推进阶段（2012—至今）。

这一阶段从党的十八大开启新时代，提出统筹推进“五位一体”总体布局、协调推进“四个全面”战略布局开始。其主要特征是对法治政府建设由以往政府文件形式提出，变成由执政党的报告以及党中央、国务院共同行文，对法治政府建设进行全面部署，使法治政府建设更具权威性、合理性和科学性。2012年党的十八大报告首次明确提出在2020年实现法治政府基本建成的目标；2013年党的十八届三中全会进一步明确建设法治中国的宏伟目标及工作布局；2014年党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》对依法治国进行全面部署，对法治政府建设提出明确要求和具体任务；2015年出台《法治政府建设实施纲要（2015—2020年）》，对法治政府建设现阶段的任务和法治政府的标准进一步明确；2018年党中央组建中央全面依法治国

委员会，加强党对全面依法治国的集中统一领导；2020年《中华人民共和国民法典》颁布实施，是新中国成立以来第一部以“法典”命名的法律；2020年党中央第一次召开中央全面依法治国工作会议，确定了习近平法治思想在全面依法治国中的指导地位；2021年出台《法治政府建设实施纲要（2021—2025）》，进一步明确提出“持续深入推进依法行政，全面建设法治政府”。这一时期最重要的特点是坚持党的全面领导，坚持以人民为中心，党中央和国务院共同全面推进，强调“把法治政府建设放在党和国家事业发展的全局中统筹谋划”，全面推进法治政府建设。

### （三）法治政府建设的特性分析

新时代法治政府建设最基本的属性是坚持党的领导，坚持以人民为中心，同时具有以下特性。

1. 系统性。全面推进依法治国是一个庞大的系统工程，法治政府建设也是一项系统工程，而且是整个法治系统工程中的重点任务、重点领域、重点环节，体现在政府治理体系和社会治理体系各要素各环节各领域之中。按照中国特色社会主义法治体系五大体系构成，政府法治体系也应当包括完善的行政法律规范体系、高效的行政法治实施体系、严密的行政法治监督体系、有力的行政法治保障体系。法治政府建设要求行政法治体系各要素缺一不可且处于协调统一的状态，并且与立法、司法等保持协调，实现法治政府系统的内外协调与统一，使法治整体系统中的法治政府子系统在其内外部关系中都能和谐共振，从而发挥法治政府的自身功能及增强法治系统的整体功能。

2. 引领性。法治国家、法治政府、法治社会相辅相成，法治国家是法治建设的

目标，法治政府是建设法治国家的重点，法治社会是构建法治国家的基础。政府是国家机关中规模最大、职权最广、与老百姓接触最多、感受最深的行政机关，是法治建设的主体和关键，其建设目标与任务的实现，直接关系到法治国家建设目标任务的实现。政府作为法治社会的指导者和推动者，一方面，通过行政法规、规章与规范性文件的制定和行政执法、行政指导等行为，实现对法治社会建设的指导与推进。另一方面，政府机关及其工作人员的行为对社会也具有引领和表率作用。法治政府建设发挥着推动依法行政水平提升以及打造法治社会的先发优势，对法治国家、法治社会建设具有示范带动作用。

3. 多维性。新时代法治政府建设的内涵更加丰富和立体，人民群众对法治政府建设的要求，体现为对依法行政到良好行政、形式法治到实质法治的基本期待。法治政府建设首先是坚持党的领导，必须把坚持党的领导作为法治政府建设的根本要求，把党总揽全局与政府依法全面履行职能、政府治理与社会治理协调推进有机统一起来，这是法治政府建设的政治之维。法治政府建设的重点是依法行政，政府活动要在法治轨道上运行，权责法定和履职守法是法治之维。法治政府建设的目的是坚持以人民为中心，打造人民满意的服务型政府，这是法治政府建设的人民之维。法治政府建设在推进过程中还要解决好公职人员依法履职的合理性、廉洁性、责任性、高效性等问题，提升政府的公信力和权威性，也就是在法治轨道上持续推进服务政府、有为政府、责任政府、廉洁政府、高效政府、诚信政府建设，实现多维有机融合。

4. 统一性。法治政府建设要做到实体合法，更要确保程序合法，满足最低限度

的程序公正要求；法治政府建设不仅要形成政府活动在法治轨道上运行，更要形成对行政裁量权的有效规制，让老百姓在每一个政府活动中感受到公平和正义；法治政府建设要实现政府行为的建章立制活动，更要解决制度建设的有效实施问题，从而统筹推进政府法治各环节的协调统一，实现科学立法、严格执法、公正司法以及全民守法的相互关联与制约，推动政府治理体系和治理能力现代化，构建职责明确、依法行政的政府治理体系。

## 二、法治政府建设的目标体系

法治政府目标体系的凝练，经历了一个逐步发展到成熟的过程。2004年《全面推进依法行政实施纲要》从依法行政角度，提出“合法行政、合理行政、程序正当、高效便民、诚实守信、权责统一”六项基本要求。2015年《法治政府建设实施纲要（2015—2020年）》贯彻党的十八届四中全会精神，将法治政府的目标确定为“职能科学、权责法定、执法严明、公开公正、廉洁高效、守法诚信”六个方面。2021年《法治政府建设实施纲要（2021—2025年）》将法治政府的目标拓展为“职能科学、权责法定、执法严明、公开公正、智能高效、廉洁诚信、人民满意”七个方面。

### （一）职能科学——法治政府建设的前提基础。

职能科学就是要明确政府应该做什么、不应该做什么，理顺好政府、市场与社会三者之间的关系，要求政府职能深刻转变，推进职能优化协同高效，把该管的事管好、管到位，不缺位、不越位、不错位。党的十九届三中全会对深化党和国家机构改革作了重大部署，明确将构建系统完备、科学规范、运行高效的党和国家机构职能体系，形成总揽全局、协调各方的党的领导



体系，职责明确、依法行政的政府治理体系作为深化党的国家机构改革的目标。政府的职责主要是保持宏观经济稳定，加强和优化公共服务，保障公平竞争，加强市场监管，维护市场秩序，推动可持续发展，促进共同富裕，弥补市场失灵。更好发挥政府作用，不是要更多发挥政府作用，而是要在保证市场发挥决定性作用的前提下，管好那些市场管不了或管不好的事情。

### （二）权责法定——法治政府建设的基本遵循。

政府的一切权力来自人民、源自法授。把权力关进制度的笼子里，就是要依法设定权力、规范权力、制约权力、监督权力。坚持法定职责必须为、法无授权不可为，依法制定权力清单，推进机构职能、权限、程序、责任法定化；行政机关不得法外设定权力，没有法律法规依据不得做出减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务的决定；坚决消除权力设租寻租空间。政府行政治理的依据是行政管理权限，而行政管理权限如果不受约束，就会影响到广大人民群众切身利益。政府机关向社会全面公开政府职能、法律依据、实施主体、职责权限、管理流程、监督方式等事项，通过实行清单制度把政府的行政权力关进法律制度的笼子里。权从法出是法治政府建设的根本理念，为了约束行政管理权力，必须做到权从法出、权责法定。

### （三）执法严明——法治政府建设的本质要求。

法律的生命力和权威都在于法律要严格实施。行政执法是依法行政和建设法治政府的关键环节。国家行政机关作为国家权力机关的执行机关，负有严格贯彻实施宪法和法律的重要职责。行政执法之所以是建设法治政府的一个重要内容，是因为

行政执法同行政管理相对人、同老百姓关系最为密切，直接体现政府治理能力，事关政府形象和公信力。人民群众对美好生活的向往从基本生存需求扩展到对民主、法治、公平、安全等价值追求，这对政府的依法行政、依法规范公正透明执法提出了更高期待。法治政府建设要求的行政执法同时需要坚持以人民为中心的有温度的执法，规范执法言行，推行人性化执法、柔性执法、阳光执法，坚持法律面前人人平等、一视同仁。

### （四）公开公正——法治政府建设的核心价值。

以公开促公正、以透明保廉洁。行政权力只有在公开透明的环境下运行，才能防止被滥用。政府活动公开透明，其价值体现在通过建立一种政府信息公开、公民参与政务活动的政府行政方式和行政制度来实现对政府权力的监督机制。政府活动依法公开透明，为公民依法参与政务提供了保障，使政府处在社会监督下，督促其在机构建制、公共决策以及权力行使上不断增强公开透明程度。行政权是国家权力中最为活跃的权力，行政权最易膨胀。执法活动是否具有公信力，一看公正不公正，二看廉洁不廉洁。依法公正对待人民群众的诉求，努力让人民群众在每一个执法行为中都能看到风清气正、从每一项执法决定中都能感受到公平正义，维护好人民群众的合法权益，增强政府公信力执行力。

### （五）智能高效——法治政府建设的关键环节。

随着互联网的推广普及，大数据技术的应用使得数据信息的处理更加便利，人工智能的应用也更好地满足了政府的工作需求，方便群众进行信息查询和业务办理，行政执法信息平台和监督平台也相继投入

使用，智慧监管和执法之间便有效实现了衔接，从而确保了监管的全面性。通过信息化、智能化的特有优势，实现政府治理能力的升级，通过大数据治理、互联网思维、人工智能在政府活动过程中的普遍运用，实现政府的整体智治，建设数字化政府、创新型政府、服务型政府，并解决政府决策科学化、行政监管精准化、公共服务优质化、政府治理民主化等难点问题，增强人民满意度，成为法治政府建设的重要推动力。

### （六）廉洁诚信——法治政府建设的行为准则。

廉洁是政府的第一形象，是政府公信力的基石。廉洁政治的重大任务要求干部清正、政府清廉、政治清明。建设廉洁政府是建设廉洁政治的重要内容和关键环节。为政清廉才能取信于民，秉公用权才能赢得人心。坚决反对腐败、建设廉洁政治，是我们党一贯坚持的鲜明政治立场，也是人民关注的重大政治问题。廉洁政府建设关系民心得失，关系事业成败。政府诚信是社会诚信的基础和灵魂。政府诚信要求政府机关和工作人员行使职权时遵守信赖保护原则，对已做出的行为或承诺不能随意改变或撤销，如因客观情况变化或公共利益需要而必须改变其行为或承诺时，应当给予受损失相对人公正的补偿。政府必须履行其对公众承诺的责任，它是现代民主社会中责任政府的重要标志，是整个社会诚信体系的基础和核心，对社会诚信体系的构建具有重要的示范效应和推动作用。

### （七）人民满意——法治政府建设的根本宗旨。

坚持以人民为中心是习近平新时代中国特色社会主义思想、习近平法治思想的重要内容之一，“坚持人民至上”也是党

的十九届六中全会决议中总结的党百年奋斗历史经验之一。全面依法治国最广泛、最深厚的基础是人民，必须把体现人民利益、反映人民愿望、维护人民权益、增进人民福祉的思想贯穿到法治政府建设全过程和各方面。法治政府建设必须始终坚持党的全心全意为人民服务宗旨和最广大人民根本利益的标准，抓住人民最关心最直接最现实的利益问题，实现好维护好发展好人民群众的根本利益。政府管理活动必须回应人民群众日益增长的美好生活向往，在法治轨道上不断创新和改革，尊重并保障基本人权，保证人民平等参与、平等发展的经济利益与政治权利，不断提升人民群众对法治政府建设的满意度、获得感和幸福感。能否坚持法治为了人民、依靠人民、造福人民、保护人民，是衡量依法行政成果和法治政府建设成败的最高标准。

### 三、法治政府建设的推进路径

法治政府建设是反映国家综合实力和现代国家政治文明水平的一项系统工程，也是一项长期的战略任务，各领域各环节的改革不能一蹴而就，必须统筹协调、积极稳妥、循序渐进。

#### （一）完善推进实施保障体系。

一是切实加强党的领导。按照《法治政府建设实施纲要（2021-2025）》以及《党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责规定》要求，各级党委切实履行推进法治建设领导职责，及时研究解决影响法治政府建设的重大问题；政府及部门切实履行法治政府建设主体责任，谋划落实好法治政府建设各项任务，并将履职情况列入年终述职内容，纳入政绩考核指标体系。二是强化推进实施部门。党委法治建设议事协调机构的办事机构设在司法行政部门，目的是打破党政界限，增强党委领

导力，提高政府执行力，进一步推进议事机构实体化运作，更好推动法治地区、法治政府、法治社会一体建设，从高效推进法治政府建设考虑，由地方政府办公室专门机构或专人协助推进法治政府具体工作，更有助于提升法治政府建设的力度和成效。三是完善指标体系。对照法治政府建设的目标体系和相关要求，进一步构建以客观指标为主的多层级开放性指标体系，通过赋予相关指标权重的方式，来评价法治政府建设成效中可以量化的部分；对于不可量化的因素，选取具有特殊性的关键因素作为对法治政府建设成效分析评价的依据，或将不可量化因素以加分或减分的方式纳入到评价指标体系之中，尽可能以全面的考评指标体系科学反映法治政府的建设成效。四是推进示范创建和督察工作机制。按照《法治政府建设与责任落实督察工作规定》和《关于开展法治政府建设示范创建活动的意见》规定，建立健全法治政府督察和示范创建工作机制。深入推进法治政府建设督察工作，逐步实现对地方各级政府督察全覆盖。扎实开展法治政府建设示范创建活动，以创建促提升、以示范带发展，不断激发法治政府建设的内生动力。五是加强依法行政能力建设。健全领导干部学法用法机制，建立领导干部学法清单，将学法用法培训纳入本地本部门干部教育培训的年度计划。建立行政机关工作人员应知应会法律法规清单，把法治教育纳入各级政府工作人员初任培训、任职培训的必修内容。加强各部门和各级政府法治机构建设，优化专业人才配置，完善基层法治机构协作机制。加强政府立法、备案审查和行政复议应诉工作人员的培养、培训，完善政府法律顾问和公职律师制度，推进行政执法队伍职业化专业化建设，加大法

治理论研究和宣传力度。

## （二）完善行政权力运行体系。

一是推进政府机构职能优化协同高效。建立完善统一的组织法和编制法体系，规定各行政机关的组织权限，科学合理设置政府机构，核定人员编制，实现政府职责、机构和编制的法定化。进一步转变政府职能，理顺部门职责关系，优化政府职责体系，推动依法全面履行经济调节、市场监管、社会管理、公共服务、生态环境保护等政府职能。推动有效市场和有为政府更好结合，政府部门聚焦主责主业、突出重点关键，强化制定实施发展战略、规划、政策、地方标准等职能，重视预期管理和引导。二是推行清单管理制度。及时发布和动态调整各级政府权责事项清单，实现同一事项的规范统一。全面推行清单管理制度，编制发布行政备案事项、公共服务事项、政府性基金和行政事业性收费事项、行政中介服务事项、证明事项等清单制度。严格落实国家市场准入负面清单，实行“非禁即入”。三是深化“放管服”改革。分级分类推进行政审批制度改革，进一步简政放权，推进行政审批服务“马上办、网上办、就近办、一次办、自助办”。落实证明事项和涉企经营许可事项告知承诺制，清理规范各类证明事项和行政审批中介服务，归并减少各类资质资格许可事项。推进“证照分离”改革全覆盖，推行“一业一证”改革，实现“一证准营”、跨地互认通用。四是优化法治化营商环境。建立法治化营商环境指标体系评估机制，健全公平竞争审查机制，依法平等保护各类所有制企业产权和自主经营权，防止滥用行政权力排除、限制竞争行为。全面推进以“双随机、一公开”监管和“互联网+监管”为基本手段、以重点监管为补充、以信用监管为



基础的监管机制。

### （三）完善行政制度规范体系。

一是健全政府立法工作机制。加强党对立法的领导，增强政府立法与人大立法的协同性，抓紧研究论证制定行政法典，统一行政组织法、行政程序法、行政责任法。聚焦重点领域、新兴领域立法，加快推进经济、文化、社会、生态文明建设等各领域地方立法的立改废释，完善立法项目储备库动态管理、定期更新机制。完善立法论证评估制度，推进立法前评估，建立健全立法风险防范机制。完善立法听证、民意调查机制，加强基层立法联系点建设，打造“立法民意直通车”。二是加强行政规范性文件制定监督管理。依法制定行政规范性文件，推行“合法性审查 333 工作体系”，把住评估论证、征求意见、集体审议三个环节，贯通全面推行合法性审核、完善备案审查、规范依申请审查三项机制，落实定期清理、日常巡查、督查考核三项制度，实现行政规范性文件制定、审核和监督的闭环管理。加强对行政规范性文件制定和管理工作制度化、规范化，健全行政规范性文件动态清理工作机制。三是完善行政决策程序机制。严格遵循法定权限和程序作出决策，行政机关作出重大决策前必须听取合法性审查机构的意见。推行重大行政决策事项年度目录公开制度，严格公众参与、专家论证、风险评估、合法性审查、集体讨论决定等程序。涉及社会公众切身利益的重要规划、重大公共政策和措施、重大公共建设项目等，通过听证会等形式听取和反映利益相关群体的意见建议。加强行政决策执行和评估，建立健全重大行政决策跟踪反馈制度。

### （四）完善行政执法工作体系。

一是深化行政执法体制改革。深化综

合行政执法体制改革，原则上省级不设行政执法队伍，设区市与市辖区只设一个行政执法层级，县（市、区）一般实行“队合一”体制，乡镇（街道）逐步实现“一支队伍管执法”。在行政许可权、行政处罚权改革中，健全审批、监管、处罚有效衔接的事前事中事后监管机制。坚持依法下放、试点先行，加大行政执法重心下移力度，按照管理权限稳步将基层管理迫切需要且能有效承接的行政执法事项下放给基层，依法将县级政府部门行政处罚权交由有条件的乡镇政府、街道办事处行使，并加强监督、组织评估。完善行政执法权限协调机制，加强综合执法、联合执法、协作执法的组织指挥和统筹协调。二是完善行政执法程序。全面梳理、规范和精简执法事项，严格落实行政执法公示、执法全过程记录、重大执法决定法制审核“三项制度”，落实行政裁量权基准制度。按照行政执法类型，制定完善行政执法程序规范。严格落实告知制度，依法保障行政相对人陈述、申辩、提出听证申请等权利。三是改进行政执法方式。加大重点领域执法力度，开展集中专项整治和联合执法行动。坚持处罚与教育相结合的原则，全面推行轻微违法行为依法免于处罚清单，探索包容审慎监管模式。建立行政执法案例指导制度，完善失信惩戒工作机制。

### （五）完善政务公共服务体系。

一是提升政务服务效能。推进政务服务标准化，建成政务服务综合标准化体系。推行首问负责、首办负责、一次告知、一窗受理、自助办理、并联审批等制度，推进“一网通办”。加强线上线下深度融合，优化整合提升各级政务大厅“一站式”功能，推进政务服务事项全城通办、就近能办、异地可办。开展涉及多部门、多层级、

多事项的“一件事”改革，重点领域和高频事项基本实现“一网、一门、一次”办结。整合各类政务热线，进一步发挥12345政务服务便民热线统一咨询投诉作用。二是加大科技保障力度。坚持运用互联网、大数据、人工智能等技术手段，推进政府治理信息化与法治化的深度融合，加快推进信息化平台建设，逐步实现政务数据共建共享，深入推行“互联网+”监管执法，不断优化革新政府治理流程和方式，着力提升法治政府建设数字化智能化水平。三是畅通行政争议解决渠道。完善社会矛盾纠纷多元预防调处化解综合机制，运用行政调解、信访、行政复议、行政裁决、诉讼等手段，推进行政争议实质性化解，实现将矛盾纠纷化解在萌芽状态、化解在基层。四是加强突发事件应对机制建设。坚持运用法治思维和法治方式，完善突发事件监测预警、信息报告、应急响应、恢复重建、调研评估等机制。按照分级负责、属地为主，强化突发事件依法分级分类施策处置。加强突发事件信息公开，健全完善公共舆情应对和危机沟通机制。加强应急物资储备保障，完善应急处置组织体系，构建多方参与的社会动员响应体系。

#### （六）完善行政权力监督体系。

一是主动推行政务公开。坚持以公开为常态、不公开为例外，加强政务公开制度化、标准化、信息化建设，推进决策、执行、管理、服务和结果公开，做到法定主动公开内容全部公开到位。进一步健全完善政府政务公开工作机制、公开平台、专业队伍。二是加强政务诚信建设。健全政府守信践诺机制，凡是对社会承诺的服务事项，应当履行约定义务，接受社会监督。建立健全政务失信记录制度，组织开展政府失信问题专项治理。推进政府合同管理规范化，

严格政府合同合法性审查。三是强化行政执法监督。落实行政执法责任，完善权责清单管理制度，分解执法职权、确定执法责任。开展提升行政执法源头治理能力、提升行政执法过程规范实效、提升行政执法层级监督效能、提升行政执法基层工作水平的“四提升”活动。畅通行政执法机关处理投诉举报渠道，健全行政执法案卷管理和评查制度，严格行政执法考核评议。开展行政执法监督专项行动，完善和实施行政执法监督员制度。四是多元监督形成合力。突出党内监督主导地位，推动党内监督与人大监督、民主监督、行政监督、司法监督、群众监督、舆论监督等各类监督有机贯通、相互协调。加强和规范政府督查工作，优化创新督查方式方法，提高督查效能。积极发挥审计监督、财会监督、统计监督、执法监督、行政复议等监督作用。不断完善考评督察机制，加强对法治建设领域重大问题、重大事项的监测，确保对行政权力制约和监督全覆盖。

（作者系常州市委依法治市办副主任）

# 关于办理殴打他人、故意伤害类治安案件的若干思考

## ——以实务案例为切入点

贾文东

办理治安行政案件是公安机关在维护社会治安秩序，保障公共安全，保护公民、法人和其他组织的合法权益等方面依法履职的重要内容。而殴打他人、故意伤害类案件在治安案件中占比权重大，涉及群众切身利益，社会关注度高，是反映群众满意度和安全感的一个重要指标。此类案件因涉及双方当事人，关乎群众公平正义的主观感受，极易引起信访、投诉和复议诉讼，是基层民警普遍感觉棘手的警务活动。本文拟从案件特点、存在问题及应对等方面，结合复议诉讼案例和实务进行分析，以期引起一线执法单位的思考，澄清模糊认识，拓宽办案思路，提升执法质效。

### 一、类案概述

《治安管理处罚法》第2条规定，“扰乱公共秩序，妨害公共安全，侵犯人身权利、财产权利，妨害社会管理，具有社会危害性，依照《刑法》规定构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，由公安机关依照本法给予治安管理处罚。”第43条第一款规定，“殴打他人的，或者故意伤害他人身体的，处五日以上十日以下拘留，并处二百元以上五百元以下罚款；情节较轻的，处五日以下拘留或者五百元以下罚款。”第二款规定，“有下列情形之一的，处十日以上十五日以下拘留，并处五百元

以上一千元以下罚款：（一）结伙殴打、伤害他人的；（二）殴打、伤害残疾人、孕妇、不满十四周岁的人或者六十周岁以上的人的；（三）多次殴打、伤害他人或者一次殴打、伤害多人的。”据此，殴打他人、故意伤害的违反治安管理行为，是指以造成他人身体疼痛为目的殴打或者以其他外力手段伤害他人身体的方式，侵害他人身体权和健康权，尚不够刑事处罚的行为。只要主观上是故意，客观上实施了该行为，有无伤情或伤情轻重不影响定性，只作为情节考虑，均可以立案调查依法予以治安管理处罚。目前，此类案件呈现以下特点：

一是发案多。此类案件常态高发，在治安案件中占比高。C市公安机关2021年共接报涉伤（打架）类警情43503起，占违法犯罪警情总数141079起的30.8%；受理行政案件10274起，占全部行政案件总数90985起的11.3%；简易治安纠纷调解19021起，作民事纠纷调解3370起，作其他处理10226起；适用行政拘留775人，占行政拘留总数5939人的13%，单处罚款208人，占罚款总数5992人的3.5%，不予治安处罚429人。此类案件调解结案数量较多，近年来作出不予处罚决定的增幅明显。

二是取证难。此类案件涉及利害关系的双方当事人，很多案发现场缺乏目击证



人，当事人往往各执一词，或夸大其词、或隐瞒真相、或相互指责；即使有现场目击证人，熟人社会的乡民和社区生活工作的市民顾虑较多往往不愿出证。因此，在谁过错在先、是否实施违法行为等方面通过言词证据难查明，证据采信较难，一些案件办案人员即使内心确信，也往往由于缺乏足够证据难以准确认定违法事实。

三是维权频。“案结事不了”现象突出，引起信访投诉和复议诉讼多。C市公安机关2021年因此类案件共引发行政复议60起，行政诉讼26起，其中因超期办案确认违法1起、因认定事实不清撤销1起。不同于违反秩序类、安全类、管理类的治安案件，此类案件有被侵害人，且涉及当事人主观感受最强烈的人身权利，事关双方当事人切身利益，由于取证难、嫌疑人不到案、被害人不配合鉴定等原因，一些案件长期得不到有效处理，已成为涉法涉诉信访量最多、群众关注度最高的执法问题之一。

## 二、存在问题

### （一）取证不规范

一是不及时。民警在接处警时往往能调解则现场调解，伤情严重或案情复杂不能现场调解的，往往带所调查或通知“看伤”后接受处理。对现场缺乏勘查意识，对该提取的监控视频不及时提取固定，对现场证人不登记信息，也不及时询问。事后因当事人各执一词，调解不成往往又错过再次取证时机，监控被覆盖、证人找不到，导致不处罚在法律和情理上说不过去，给处罚又因证据不足处罚不了。二是不全面。满足于采集言词证据和进行伤情鉴定，对客观证据不重视，不组织现场检查、固定视频证据、进行人员地点的辨认、巡查

人员轨迹等调查、走访工作。有的未穷尽调查手段，明知有相关证据存在但未调取，为避免办案超期，便直接作出不予处罚决定。三是不规范。由于不列入绩效考核，基层单位投入调查力量单一，一般由一个民警主办，协同力量很少。对言词证据中的矛盾点不排除，不追问细节；笔录材料民警交叉签名造成同一时段询问多人的瑕疵问题屡有发生。

### （二）程序不合法

一是传唤程序缺失。随着群众对美好生活的追求，对执法司法领域公平正义的诉求上升，近年来因传唤问题引发的争议逐渐增多。如，违反《人民警察使用警械和武器条例》，对行为人配合的一般传唤对象随意加戴手铐。强制传唤的适用，一线民警尚不习惯告知行为人违法事由、传唤依据、陈述申辩权、救济途径等，往往言出法随，执法记录仪记录内容缺乏相关要素不能举证程序合法。违法行为人不在违反治安管理行为的现场，公安机关未用传唤证情形下，以当事人拒绝传唤为由进一步强制传唤，违反法定程序被判决确认违法的情形也并不鲜见。实务中一名民警带领辅警实施强制传唤并非个例，但明显违反《行政强制法》第十八条“由两名以上行政执法人员实施”的规定，也不符合《公安机关办理行政案件程序规定》第五十二条第一款的规定。有的传唤后不通知家属，特别是被传唤人家属同为涉案当事人，对其被传唤的事由和处所虽可能有所知晓，但并不免除对被传唤人家属的通知义务。二是告知不当。很多案件告知与处罚决定是同一天，告知时间没有精确到时分难以证明是处罚前告知；告知内容不准确，没有按照修订后的《行政处罚法》告知处罚的具体内容，

仍然仅仅告知罚则规定的处罚幅度；对陈述申辩不复核，对当事人有异议的应当另行制作复核笔录，听取其陈述和申辩，至于是否采纳另当别论。有的在（没有新的事实和证据情形下）两次告知，实际处罚违反了“申辩不加重”原则。三是办案超期。此类案件办理因取证难、鉴定周期长、久调不决、有关当事人不到案等原因，极易造成超过法定办案期限，基层也普遍习以为常。实践中，办案单位要么任由超期，忽视了向被侵害人说明客观情况，导致程序违法；要么为避免超期仓促作出事实不清证据不足的不予处罚决定。四是违法送达。鉴定意见、处罚决定书不送达、超期送达、虚假送达的并非个别情形，有的只宣布不送达签收直接予以执行，意图剥夺当事人救济权利；有的经当事人索要才送达文书。

### （三）定性不准确

一是与寻衅滋事区分不清。酒后因纠纷发生的打架斗殴是定性为殴打他人还是随意殴打他人的寻衅滋事，以及结伙殴打他人与寻衅滋事中的结伙殴打，都容易混淆。主要区别在于，寻衅滋事侵害的是复杂客体，既侵犯公共秩序又侵害人身权利，动机是故意找茬无事生非或因偶发纠纷借故生非，行为有随机性。行为人因婚恋、家庭、邻里、债务等纠纷，实施殴打、辱骂、恐吓他人或者损毁、占用他人财物等行为的，一般不认定为“寻衅滋事”，但经有关部门批评制止或者处理处罚后，继续实施前列行为，破坏社会秩序的除外。二是将正当防卫认定为相互斗殴。殴打他人案件一般双方均有动手，如果调解不了，一些办案单位不进行细致的证据甄别，分清过错和责任，对双方都进行处罚。公安

机关不能仅看损害结果，应综合考虑案件起因、当事人是否有过错、损害发生的过程等。如方某不服某分局治安处罚案被复议机关确认违法案，复议认为还击行为具有正当性，方某的行为属于制止不法侵害行为，故分局作出的处罚决定认定事实不清、证据不足。三是证据采信不当。办案机关应当对证据的证明效力、效力大小，结合其他证据进行综合判断。此类案件涉及人员较多时证据证明力的采信尤为重要，往往一方人员多，且有亲密关系，证人证言从数量上占优，办案人员就做倾向于该方的事实认定。证人证言具有天然的主观性和可变性，在没有客观证据可以收集时，对证人证言的判断一定要谨慎，对证人与当事人之间的关系应当查明后作出采信与否的结论。四是情节认定无依据。在认定违法事实的情节时，只注重法律适用，对情节认定的事实、依据及理由在相关文书中不作分析说明，属于认定的主要事实不清，证据不足。

### （四）处理不当

一是案结事不了。根据办案程序规定，作出处罚与不予处罚决定都可以结案。此类案件进入信访、投诉或复议诉讼渠道，往往是由于办案不注意三个效果的统一，民警不愿意或不善于做过细的工作。有的没有解决实质争议、有的释法明理不到位，有的调解工作走过场，有的执法态度不文明，造成对办案机关、办案民警、处理决定不信服。有的对当事人报案在刑事上作出不予立案决定，但没有根据公安机关既有治安管理职能又有刑事司法职能的属性，对报案警情是否还涉及应当作治安行政处理未给出结论，引发不履行法定职责之诉。二是法律适用错误、

量罚不当。对从重、从轻、减轻、免除处罚等情节，未收集相应证据予以证实或排除，造成对裁量标准把握不准。一些办案单位对案件仅仅主观判断量罚幅度，但不注意适用法定的情节和相应的法律条款，处罚决定书不认定情节、不进行说理，量罚具有随意性。三是不区分过错，各打五十大板。实行客观归责，只要动手了，都原则上认定为互殴，不区分过错先后和责任大小，不依法认定正当防卫。

### 三、实务探究

#### （一）传唤可诉性分析

《治安管理处罚法》第82条第一款规定，“需要传唤违反治安管理行为人接受调查的，经公安机关办案部门负责人批准，使用传唤证传唤。对现场发现的违反治安管理行为人，人民警察经出示工作证件，可以口头传唤，但应当在询问笔录中注明。”第二款规定，“公安机关应当将传唤的原因和依据告知被传唤人。对无正当理由不接受传唤或逃避传唤的人，可以强制传唤。”按照通常的理解，传唤的性质是一种调查手段、强制传唤是行政强制措施。但基于传唤在实践中具体实施也具有一定的强制性，对传唤是否可诉理论界和实务界有观点分歧。笔者以为，无论是书面传唤还是口头传唤，均是作出具体行政行为的过程性内容、阶段性行为，比通知接受调查而行为人自觉接受询问的通知行为严厉性稍强，但又并非终局的行政命令行为，其对当事人实体权利义务影响甚微，真正影响当事人权利义务的是最终的行政处理决定，因此没有单独将其纳入救济的迫切性和法理基础。如果当事人认为传唤违法可以在对行政处理决定不服时一并提出，当然以

传唤为名非法限制人身自由的，如传唤超期、传唤后不询问又不让当事人离开、连续传唤等，当事人即使认可最终处理也可以单独寻求救济；另外一种情形，传唤后没有作出最终行政处理决定的，也可以就传唤单独起诉。而强制传唤显然属于行政强制措施，即使不作出终局性的行政处理，其对当事人的权利义务也产生直接的影响，需要接受《行政强制法》第十八条相关程序的规制，其第五项明确应当告知“救济途径”，因此毫无疑问应当具有可诉性。

有鉴于此，公安机关在实施传唤和强制传唤时，应当严格按照法律规定的目的、适用的条件、正当的程序进行，坚决防止言出法随、视程序为无物的习惯做法，避免诉累。一是程序要规范。特别是在实施强制传唤时，执法记录仪要全程记录规范告知的要素，可以将传唤应当告知的原因、依据、权利、救济等简化为：“（亮证）你因涉嫌…，经口头传唤，无正当理由拒绝接受传唤，现根据《治安处罚法》第82条依法强制传唤你到派出所询问。你有权陈述申辩，提起复议诉讼”，如果不告知将实质性损害当事人权利，承担败诉的后果。二是实施主体要合法。修订后《行政处罚法》第42条要求不少于二人执法，因此在实施传唤时也必须要有2名民警，这一点在告知身份时也应注意。三是措施要合理。要符合合理行政的基本要求和比例原则，选择“最小损害”的手段、方法，采取强制传唤的措施和手段不能超过必要、适当限度，避免对当事人造成身体伤害。

#### （二）规范适用治安调解

为最大限度增加和谐因素，最大限度减少不和谐因素，化解矛盾促进稳定，治



安调解是此类案件办理中适用情形最广泛的。虽然法律规定对适格的案件是可以调解，并非前置程序，但从办案的社会效果来看公安机关应尽量予以调解处理。治安调解必须坚持合法、公正、自愿、及时和教育原则，防止降格处理、徇私舞弊偏袒一方或久调不决。一是调查要全面。调解不是和稀泥，需要建立在查清事实、分清责任的基础上，给予双方情感上的满足、斡旋各自利益上的退让。调解不一定必然成功，要做好以处罚为兜底的准备，这也需要以调查为基础，防止既调不了又罚不了的进退两难和因此引起的信访投诉和复议诉讼。因此，要切实纠正实务中重调解轻取证的问题。二是程序要规范。《公安机关办理行政案件程序规定》《公安机关治安调解工作规范》对调解次数、期限均有明确规定，原则上是2次为限，10个工作日完成，达成协议的应当制作书面协议。协议履行期满3日内，办案民警应跟踪了解协议履行情况，以便确定是否结案或进入处罚程序。在案件办理过程中，应在询问笔录或调解记录中记明征求意见情况、注明调解起始日期，做到有据可查。改变事中不记录，事后（复议应诉前）补说明的传统做法。经公安机关调解达成协议并履行的，对违法行为人不予处罚是否要出具决定书？程序规定第258条已经明确调解与处罚都是可以结案的情形之一，因此公安机关没有出具不予处罚决定书的法定职责。三是争议要化解。除非事实清楚、案情简单、责任清晰的简易案件，一般在案件发生初期立即进行调解效果并不好，应当给双方当事人一个类似于民法典设定的离婚冷静期，让时空隔离来缓和情绪，

这个时间应该留给调查案件事实。案结事了要依赖治安调解化解矛盾或者处罚得行为人心服口服，显然调解是成本最低的，因此调解工作要避免走过场，要实质化解争议。特别注重调解的方法技巧，要坚持从背靠背到面对面，注重换位思考，多倾听捕捉信息，全方位分析利弊得失，释放公安机关执法的力度和温度；坚持释法明理以情感人，给足面子进行教育疏导，同时双向揭错，指出错误或违法之处，既传递压力又防止生硬说教；坚持一案一策，注重借助社会力量，道德和舆论的力量，寻求对当事人有影响力、利于化解矛盾的人员帮助。

对于实务中较为常见的整合人民调解、司法调解资源的“大调解”，其调解协议在治安案件中的效力问题，笔者认为应当规范和健全衔接程序。《程序规定》明确当事人在人民调解或者自行和解，达成协议并履行后，双方当事人申请并经公安机关认可的，公安机关不予处罚。实践中，对经过大调解达成协议的，公安机关往往不再过问，这在办案程序角度是不完备的。大调解和自行和解都不是公安机关主导的治安调解，其仅仅对纠纷本身作出处断而不能产生治安案件本身结案的法律后果。应当像对待当事人自行和解一样，公安机关通过相应程序认可，要求当事人书面申请，通过通案记录或结案报告等形式对认可情况予以载明，作出不再处罚的结论性意见。这样就从程序上阻断当事人事后反悔，要求公安机关重新处理的可能。

### （三）互殴与正当防卫

公安部关于执行《中华人民共和国治安管理处罚法》有关问题的解释（二）（下

称《解释（二）》）明确，“为了免受正在进行的违反治安管理行为而采取的制止违法侵害行为，不属于违反治安管理行为。”治安法语境下的制止违法侵害行为与刑法意义上的正当防卫原理相同，两高一部《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》同样可以适用于治安案件。实践中，对于因琐事争执，引发打斗的案件，判断行为人的行为是否系防卫行为，往往需要更全面的调查取证和充分的法律分析，办案要求高，较之一般案件更为困难。长期以来，互殴认定被扩大化，公安机关办理双方打斗案件很少适用正当防卫，调解不了的往往对双方都处罚，近年来因此被法院撤销的案件并不鲜见。

殴打他人案件中的正当防卫与相互斗殴在外观上具有相似性，但性质存在本质差异。因琐事发生争执，双方均不能克制引发打斗，有过错的一方先动手，或者一方先动手，在对方努力避免冲突的情况下仍继续侵害的，还击一方的行为一般应当认定为防卫行为。实践中应当注意把握以下方面：一要查清起因和过错。对于因琐事发生争执，引发打斗的，在判断行为人的行为是互殴还是防卫时，要综合考量案发的起因、对冲突升级是否有过错，不能仅仅看损害后果。必须存在对方不法侵害，行为人对事件发生、矛盾激化无过错（挑衅等）。在判断不法侵害的危害程度时，不仅要考虑已经造成的损害，还要考虑造成进一步损害的紧迫危险性和现实可能性。要防止将不法侵害限缩为暴力侵害或者犯罪行为，进而排除对轻微暴力侵害或者非暴力侵害以及违法行为实行正当防卫。双方因琐事发生冲突，冲突结束后，一方又

实施不法侵害，对方还击，包括使用工具还击的，一般应当认定为防卫行为。二要考虑行为手段的相当性。从是否持械、动作姿势等判断是主动攻击还是被动防御。防卫是否“明显超过必要限度”，应当综合不法侵害的性质、手段、强度、危害程度和防卫的时机、手段、强度、损害后果等情节，考虑双方力量对比，立足防卫人防卫时所处情境，结合社会公众的一般认知作出判断。三是要坚持主客观一致原则。正当防卫与互殴都存在先动手后动手，而互殴中的后动手为何不认定正当防卫？主要关乎主观故意，即基于斗殴故意的反击（报复、积极加害等）不能认定正当防卫。应当从是否使用或者准备使用凶器、是否采用明显不相当的暴力、是否纠集他人参与打斗等客观情节，准确判断行为人的主观意图和行为性质，防止防卫挑拨。如果违法侵害已经停止（如打一拳就停手了），气不过要“以牙还牙”打回去，即不具有防卫时间上的正当性；如果有持续侵害行为即可以防卫。有的案件虽有互殴，但一方明显有被动和防卫性的，也应考虑减轻或不予处罚。只有坚持主客观一致，才能切实矫正“遇到不法侵害只能逃跑或呼救”“谁伤谁有理唯结果论”观念，捍卫“法不能向不法让步”的法治理念。

#### （四）治安案件的办案期限问题

“迟到的正义非正义”。法律设定办案期限的初衷是基于行政效率的考虑，公安机关应当切实提高办案效率，防止不作为、慢作为或故意压案不查、查而不处。实务中困扰基层公安机关的问题是，在办案期限30日或延长至60日内，经工作在规定期限内仍无法认定违法事实，有的长期挂

案，有的为避免超期径行作出不予处罚的决定，导致当事人不满意进行信访投诉提起复议诉讼，行政诉讼确认办案超期违法的较多。公安部也因此修改《办理行政案件程序规定》第165条，明确对于因违反治安管理行为人不明或者逃跑等客观原因造成案件在法定期限内无法作出行政处理决定的，应当继续调查，并向被侵害人说明情况，及时依法作出处理决定。实践中，把握办案期限应当注意以下几方面：一要提高工作效率，全面调查取证，防止案件积压和拖延的不作为或慢作为。二要正确办理延期审批。尽管公安部对治安处罚法的解释中明确，公安派出所“承办”的案情重大、复杂的案件，需要延长办案期限的，应当报所属县级以上公安机关负责人审批。但“承办”的内涵不清，存在理解上的歧义。目前比较权威的观点是，派出所作为独立执法主体办理情节较轻作出500元以下罚款的案件，可以报其所属的县级公安机关审批；其他案件应当报经地市级公安机关负责人审批。三要准确计算办案期限。办案期限原则上是从受理之日起计算，为查明案情进行鉴定的期限，依法可以在办案期限中扣除，鉴定的期限指送鉴之日到鉴定文书送达公安机关的期限，要注意完善扣除办案期限的证据。此外，根据《办理行政案件程序规定》第185条，调解案件的办案期限有特别规定，即从调解未达成协议或达成协议不履行为之日起开始计算（不同于鉴定的期限“扣除”），而非从案件受理之日起计算。当然调解也有相应期限，不能久拖不决。四要规范适用“客观原因”无法按期结案条款。因违反治安管理行为人指向不明或不能及时归案的案件，由于首先

需要破案，往往难以在规定期限内办结。公安机关有按期办案的义务，行政相对人应积极配合，不能一方面躲避处罚，另一方面又苛责公安机关及时履职。程序规定第165条中的“客观原因”，要与“违反治安管理行为人不明或者逃跑”相当，如当事人不配合等，不能无限度作等外扩大解释。要履行向被侵害人说明情况的程序，如有相应告知书或执法公示平台告知案件进展状态截图、相关笔录等证明，并在行政处罚审批程序中予以载明。说明情况后应当积极履职继续进行调查，类似于取保候审每三个月要有实质性的工作，并不是说明情况后就可以理所当然地超期，要及时依法作出处理决定。只有这样才能证明公安机关不存在怠于履行职责的情形，避免在复议诉讼中被确认办案超期违法。

对于刑事犯罪与治安违法交织的伤害类案件，特别是多人违法犯罪的案件，如何计算办案期限也是困扰基层的一个难题。根据程序规定第65条，对发现或者受理的案件暂时无法确定为刑事案件或者行政案件的，可以按照行政案件的程序办理。此类案件一般先受理为治安案件，经鉴定对其中构成犯罪的立案侦查，由于刑事案件办案周期较长，或者部分作案成员不到案，往往造成对案件中违反治安管理行为人超期未处理。此类案件，建议对明显不够追究刑事责任的对象及时分案作出处罚决定；对一时难以认定违法事实的，应向被侵害人说明情况，尽量不要因为到期而仓促作出证据不足的不予处罚决定。

#### （五）特定身份的行为人殴打他人的处理

1. 行政机关工作人员。在执行职务中



殴打他人的，根据国务院法制办《对〈关于对国家行政机关工作人员执行职务过程中的违法行为能否给予治安处罚的请示〉的复函》（国法秘涵〔2005〕256号）的规定，不属于违反治安管理行为，不应当给予治安管理处罚，但应当依法承担相应的民事责任、行政责任，构成犯罪的，依法追究刑事责任。《治安管理处罚法》第116、117条对人民警察办案过程中存在侵权行为的，也有类似的规定。执行职务行为不同于个人行为，通常不属于治安管理的范围，公安机关不具有对其他行政机关实施行政行为的合法性进行评判的职权，相对人如认为因行政机关人员违法行使职权造成人身、财产权益损失，应当通过国家赔偿的方式寻求救济。需要指出的是，行政机关聘用的协管人员如辅警、城管协管员等在执行职务时的侵权行为也同样不属于违反治安管理行为。当然行政机关工作人员背离行政管理目的、实施手段超越必要限度，明显超越职务范围的行为应当受到治安管理约束。

2. 保安人员。《保安服务管理条例》第45条规定，“保安员殴打他人的，由公安机关予以训诫；情节严重的，吊销保安证；违反治安管理的，依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”此规定依法给予治安处罚的属于指引性规定，需要给予治安处罚的应当依法适用《治安管理处罚法》第43条予以处罚。

#### （六）裁量基准适用

为健全行政裁量基准，减少执法随意性，公安部于2016年发布《公安部关于实施公安行政处罚裁量基准制度的指导意见》（下称《裁量基准意见》），2018年发布《公

安机关对部分违反治安管理行为实施处罚的裁量指导意见》（下称《裁量指导意见》）。公安机关实施治安管理处罚应当贯彻“过罚相当”“宽严相济”原则，具体量罚时应当“先确定法律适用的处罚幅度，后考虑法定裁量情节”，即根据违反治安管理行为的事实、性质、情节和社会危害性，先认定是一般情节还是“情节较重”“情节严重”“情节较轻”，确定适用的罚则（量罚档次），再综合考虑违反治安管理行为的对象、后果、数额、次数、行为人主观恶性程度，以及从重、从轻、减轻等法定裁量情节，作出具体的处罚决定。在办案中应当将实质影响行政处罚裁量的事项作为听取当事人陈述和申辩的重点，并在行政处罚告知笔录中予以体现；在行政处罚内部审批表中说明裁量基准适用情况，并在行政处罚决定书中明确处罚的事实根据和法律依据，包括从重、从轻、减轻、不予处罚等情节，增强说理性。在实践中，这一点做得很不够，办案民警缺乏意识，事实、情节归纳能力差，随意性强，审核环节也缺乏精细化而流于形式。

1. “情节较轻”的适用。《裁量指导意见》第一部分一般规则第七条规定：违反治安管理具有下列情形之一的，属于“情节较轻”：（一）实施违反治安管理行为危害较小，且积极配合公安机关查处的；（二）在共同违反治安管理行为中起次要或者辅助作用的。第二部分针对此类案件的具体规则第四十条规定：有下列情形之一的，属于“情节较轻”：（一）被侵害方有过错，且伤害后果较轻的；（二）亲友、邻里或者同事之间因琐事发生纠纷，双方均有过错，且伤害后果较轻的；（三）已满十四

周岁未成年在校学生初次殴打他人、故意伤害他人身体，悔过态度较好且伤害后果较轻的；（四）因民间纠纷引发且行为人主动赔偿合理费用，伤害后果较轻的；（五）其他情节较轻的情形。第一部分第十一条规定：对治安管理处罚法规定“情节较轻的，处五日以下拘留或者五百元以下罚款”的违反治安管理行为，同时具有从轻处罚或者系初次违反治安管理，未造成危害后果和社会影响且无其他法定裁量情节的，一般决定适用五百元以下罚款。公安机关适用“情节轻微”进行处罚，需要在相关法律文书中进行事实认定和说明理由，并非办案警员自由心证即可，否则将承担不利后果。需要指出的是，评价情节轻重与否，伤害后果并非是唯一标准，伤情鉴定意见并非唯一证据。在现有判例中，即使有轻微伤后果，结合其他情节，也可以认定“情节轻微”作罚款处理。实务中，办案单位常常不关注、不适用指导意见，认为只要在法律规定的处罚幅度内处罚都没有问题，自由裁量不符合比例原则，动辄拘留，往往导致案件被撤销或变更。特别是对因邻里纠纷、家庭纠纷引起的违反治安管理的行为，公安机关更应当本着化解矛盾纠纷、维护社会稳定、构建和谐社会的要求进行处理，不应一拘了事，加剧矛盾。自由裁量权的运用，应着眼于法律效果和社会效果的统一、合法性与合理性的统一，不是机械对照条规，某些个案要善于适用《治安管理处罚法》第十九条减轻处罚和不予处罚，防止偏离了法律的目的和基本原则，与公共道德和大众认知标准背道而驰。

2. “结伙”的认定。结伙殴打他人是否需要事先共谋？主观故意的形成既可以

是事前，也可以在事中，结伙的故意不一定需要经过严密的商量和分工，对临时起意的结伙也可以依法予以认定。

3. 侵害特定对象的认定。殴打、伤害残疾人、孕妇、不满14周岁或者60周岁以上的人，是否需要行为人主观上明知？与犯罪构成不同，违反治安管理行为的构成，基于行政效率原则的考虑，行政处罚的归责规则除非法律有明确规定，一般只看客观不问主观，并没有要求公安机关证明行为人的主观过错。根据公安部《解释（二）》第七点的规定，不要求行为人必须明知。对于受侵害人的调查，注意在笔录询问是否怀孕、有身体、智力残疾，防止事后认为公安机关适用法律错误。此外，对于双方均为60周岁以上老人之间发生纠纷，继而有殴打行为，如果没有造成伤害后果，认错道歉的，应敢于适用法律的总则，本着教育与处罚相结合的原则，可以认定“情节轻微”，不一定非得适用《治安管理处罚法》第43条第2款从重处罚。公安部《裁量基准意见》第四条第八项也明确规定，“个别案件确实不宜使用裁量基准的，可以突破裁量基准依法作出处罚决定，但应当有充分的理由，并履行更加严格的审核审批、集体议案等程序”。

4. 减轻处罚的适用。《治安管理处罚法》第十九条以及《解释（二）》确定了相应规则：（一）法定处罚种类只有一种，在该法定处罚种类的幅度以下减轻处罚；（二）法定处罚种类只有一种，在该法定处罚种类的幅度以下无法再减轻处罚的，不予处罚；（三）规定拘留并处罚款的，在法定处罚幅度以下单独或者同时减轻拘留和罚款，或者在法定处罚幅度内单处拘留；（四）

规定拘留可以并处罚款的，在拘留的法定处罚幅度以下减轻处罚；在拘留的法定处罚幅度以下无法再减轻处罚的，不予处罚。在实务中，一些办案单位想当然适用减轻处罚规则造成裁量错误。针对本文讨论的殴打他人案件，一般情节和情节较重的罚则都是拘留并处罚款，情节较轻的罚则是“五日以下拘留或者五百元以下罚款”。如果适用减轻处罚规则，前者应当适用第（三）项规则，要么是免于罚款，在拘留的法定幅度内单处拘留，要么是在拘留、罚款的法定幅度下进行“单减”或“双减”；后者适用第（二）项规则不予处罚。

#### （七）违法事实不能成立不予处罚与没有违法事实终止调查的适用

不予处罚的适用条件是，一是确有违法行为但依法不予处罚的：不满14周岁、精神病人、调解结案的；二是酌定不予处罚的：情节特别轻微、主动消除或减轻违法后果并取得被害人谅解的，等等；三是违法事实不能成立的：经调查，事实不清证据不足的。终止调查的适用条件是，没有违法事实的、超过时效的、嫌疑人死亡的。

在办理殴打他人案件类案件中，常常会遇到违法事实不能成立或没有违法事实的情形，如何依法处理是困扰基层的一个问题。两类情形的区别在于：（1）认定上。前者是经全面、充分调查，证据不足无法证明违法事实成立，类似于刑事上的疑罪从无，推定没有违法，是存疑；后者是有证据证明违法事实根本不存在，是确定无疑的，该事实的出现使得公安机关无法或没有必要再针对该案件采取任何调查措施，即该事实的出现足以产生终局性的、不可逆的终止案件调查的效果。以期限届满、证据

不足为由作出终止调查，属于适用法律错误。（2）程序上。前者应当经作为执法主体的公安机关审核审批作出不予处罚决定，后者只需经派出所等办案部门审批制作终止调查决定书。（3）后果上。前者经充分调查作出不予处罚决定后，如果发现新证据应当依法及时调查，能够认定的应重新作出处理决定，并撤销原不予处罚决定；后者为完全终局性结论。

近年来，因事实不清证据不足而作出不予处罚决定引起的复议诉讼较多。一方面要注意及时、全面取证，另一方面针对行为人否认违法事实的案件也要善于审查证据。证据裁判主义要求通过证据重建案件事实，但在现实中很难实现，基于行政效率的考虑，在行政案件违法事实认定的证据采信上，应当介于民事优势证据和刑事证据绝对排除合理怀疑之间。在受害人伤情比较明显，行为人又否认违法的情况下，通过对证据客观性、合法性、关联性的认证，在单一证据无法认定的时候通过证据补强，根据最佳证据规则进行证据证明力分析形成一定的证据锁链，实现法律事实与客观事实一定程度的重合具备“可接受性”应当予以认定，而不应苛求用刑事案件证据标准来认定。

#### 四、工作建议

##### （一）常量分析研判，加强预警防范

每月对此类警情、案件进行分析，对易发案区域、部位、人群及案件处理方式、结果进行综合研判。对此类警情高发地区进行分色管理，开展针对性巡防、普法工作，宣传打架成本，配强人民调解力量。全民守法是我们构建法治社会的重要内容，只有群众法律意识增强，普遍遵纪守法，才



能遏制案件高发。要通过普法，引导群众办事依法、遇事找法、解决问题用法、化解矛盾靠法。力争将矛盾化解在萌芽状态，防止纠纷演变成治安案件。

### （二）强化类案管控，提升案件质量

通过派出所案管室落实“盯警”机制，切实加强对涉伤警情录入、现场处置、受立案审核等关键节点的管控，确保警情接报及时、分流高效、处置规范、定性准确。法制员全面履职，切实强化执法源头管理的刚性和力度。建立类案取证指引，拓宽取证思路，尽量收集客观证据，尽可能调取监控，确保全程记录现场处警情况，最大限度了解情况登记在场人员信息，不能简单将双方当事人带所调查或通知先看伤再处理。定期进行类案评查，剖析复议诉讼典型案例，及时发现和纠正倾向性问题。

### （三）坚持调解优先，实现案结事了

我国人口众多，矛盾纠纷也较多，所有矛盾纠纷都要涌到执法司法领域，必然导致公权力机构疲于奔命难以高质量应对。警力有限，民力无穷。中国社会是人情社会，应当极大地调动各方资源形成调解大合唱。要坚持和发展新时代“枫桥经验”，按照预防为主、调解优先的原则，促进人民调解、行政调解、司法调解的有机衔接。尽可能通过说理执法积极劝导双方达成谅解，修复受损的社会关系，必要时联系基层组织或邀请当地德高望重的人、双方熟悉信任的人到场协助处理。此类案件的结案方式上，在避免降格处理、徇私枉法，确保合法性的前提下，调解是最值得提倡的，是真正实现案结事了的捷径。

### （四）转变执法理念，注重办案效果

要释法明理。比如告知程序，不能简

化为填写一张告知笔录，而应当对事实认定、证据情况、法律条文、量罚理由等进行充分的阐述、教育、普法、说理，最大限度体现治安处罚的处罚与教育相结合原则。要慎用警械。在处理因民间纠纷引起的打架案件时，在传唤、询问、调查过程中要严格按照《使用警械武器条例》第八条规定执行，提供具有“脱逃、行凶、自杀、自伤等”危险性的证据，扭转违反法律规定随意上铐的传统做法。要转变作风。坚持政治建警，强化责任意识，一线办案民警要善于换位思考，理解案件当事人急难愁盼，改进执法作风，提升群众工作能力和办案水平。要慎拘少罚。在刑事司法贯彻“少捕慎诉慎押”理念的今天，必须扭转刑事“构罪即捕”、行政“定案即拘”的办案模式，在传递公安执法力度的同时释放更多温度是时代的要求，办案更文明、执法更柔性是现代法治社会的大趋势。

（作者单位：常州市公安局法制支队）

# 法律顾问参与党委政府重大决策机制研究

邢辉

2016年6月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发实施的《关于推行法律顾问制度和公职律师公司律师制度的意见》（下称《意见》）中确立了“建立健全党政机关法律顾问”这一崭新制度，并明确提出要在2017年底前，县级以上地方各级党政机关普遍设立法律顾问，乡镇党委和政府根据需要设立法律顾问的工作要求。此外，《意见》还特别强调，要积极推行党政机关法律顾问制度，建立以党内法规工作机构、政府法制机构人员为主体，吸收法学专家和律师参加的法律顾问队伍。自此开始，我国党政机关法律顾问制度逐步走上制度化、规范化发展之路，并采取了“内设机构”和“外聘专家”相结合的法律顾问队伍建设模式。鉴于此，党政机关外聘法律顾问制度也从此迈开了实质性步伐，一大批政治素质高、社会责任感强、实践经验丰富的社会律师受聘担任各级党政机关法律顾问，在党政机关的重大决策和重大行政行为中提供专家咨询和出具法律意见，并实际上成为党委政府在法律服务需求方面的助手、参谋和把关者的角色。囿于探讨的法律顾问主体范围所限，下文中所称担任党政机关的“法律顾问”特指社会律师，而不包括法学教授和公职律师。

## 一、律师担任党委政府法律顾问的独特优势

我国法治发展的实践证明，律师在建

设法治中国和法治政府中，发挥了不可替代的重大作用。同时，由于律师本身拥有诸多独特的优势，完全可以作为党政机关依法决策和依法行政的好参谋、好助手。笔者认为，律师拥有的独特优势可以体现在以下四个方面，现具体分述如下：

### （一）专业知识的优势

律师作为精通法律领域的专家，与法学教授一样，具有较高的理论水平和政策水平。在律师的知识体系中，不管是法学院的教育培训课程，还是律师自学的学科知识，从一定程度上讲，都赋予了律师既拥有法律学科的知识体系，又涵盖了法律关联学科的知识体系。工作实践中，律师工作内容和对象的多元化特点，决定了律师首先必须是一个“杂家”，然后才能成为一个“专家”，没有全面的知识体系结构和某一特定领域的专门知识和技能，律师很难获得社会的认可和肯定。由此可知，在一定程度上讲，律师本身所具有的法学与非法学的全面知识结构体系正好契合了各级党政机关服务社会各类对象和处理各类公务的现实需求，因此，律师具有天然的专业知识方面的优势。

### （二）实践经验的优势

律师的工作是一项实务性很强的内容，律师通过参与处理各类诉讼与非诉法律事务，为社会提供广泛的法律服务。在为社会提供法律服务的过程中，律师经常

会与各级政府机关、司法机关、事业单位、国企、民企、自然人等各类主体进行交往交流。作为一个“经验大于学问”的法律服务行业，律师的交往范围非常广泛，积累的社会经验和办案经验也非常丰富，有着预防和化解矛盾的独特思维、视角和方法，具有一般行业所没有的职业历练和实战作风。律师所拥有的这些解决纠纷和化解矛盾的思维和思路，对于党政机关制定政策文件、处理各类上访事件、应对信息公开、参与行政复议和行政诉讼等涉法事项均具有很高的参考价值和实务指导意义，因此，律师在实践经验方面的优势十分明显，这也正是党政机关所特别需要和十分看重的领域。

### （三）中立身份的优势

律师不是国家公务员，也不属于事业编，而是一个向社会提供法律服务的特定职业群体。律师的意见和建议是基于对法律事实和法律规则的分析判断，具有客观中立性的特征，不偏不倚，客观公正，正是律师意见的基本特征。因此，这些对实际问题处理的态度、思路和意见完全可供党政机关进行参考和采纳。而且，从另外一个层面看，作为社会的一个成员，律师对党政机关的行为决策具有普通群众的感知和体验，律师能够结合普通民众和法律专家的双重身份，为党政机关制定各项政策、规范性文件和法律方案提出自己独到而中立的个人见解，以便协助党政机关进行科学决策。

### （四）联系群众的优势

人民群众是创造历史的主体，也是国家和社会的主人，更是党政机关的服务对象。律师在实际工作中，每天都要和来自不同职业的群众打交道和发生广泛的联

系，并为他们提供不同领域的法律服务。因此，律师对广大群众的民生需求和法律需求有着深刻的认识和理解，能够体现反映群众呼声和传达政府决策的双重价值，也能充分发挥“上传下达”的桥梁和纽带作用。社会实践中，部分律师作为党代表、人大代表、政协委员，在具体的参政议政活动中，通过建议、提案的途径反映群众呼声、建议改善民生政策和废除不合理的政策文件等方面发挥了自身的职业优势和专业价值，受到了党委政府、广大群众和社会各界的充分肯定。因此，律师具有联系人民群众的职业优势，这为党政机关做好服务群众工作提供了一种新的思路和打开了一扇新的大门。

## 二、党委政府法律顾问制度运行中的不足

工作实践中，党委政府法律顾问制度虽然得以普遍确立，但在实际运行过程中却始终存在一些问题和不足。具体体现在以下几个方面：

### （一）“顾”而不问，形式大于内容

不管是党委政府层面，还是政府部门层面，都不同程度的存在者“顾”而不问的短板和问题。部分机关单位，根据上级文件要求，虽然举办了法律顾问聘任仪式和颁发了法律顾问聘书，但很少与外聘法律顾问签订正式的《法律顾问协议》，更谈不上明确双方的权责任和工作要求，这就导致外聘法律顾问一定程度上成为一种“摆设”，甚至流于形式，起不到真正的顾问把关和风险预防作用。

### （二）内设机构不完备，人员配备不到位

根据法律顾问制度的要求，党政机关



应当建立健全以党内法规工作机构、政府法制机构人员为主体，吸收法学专家和律师参加的法律顾问队伍，而且，县级以上地方党委和政府以及法律事务较多的工作部门应当配备与工作任务相适应的专职人员担任法律顾问。但实践中，县级以上党委政府和工作部门内设的法律顾问机构和专职人员明显存在着配备不充分、不平衡的问题，甚至有的工作部门根本没有内部法律顾问机构，也没有配备专职法务人员。这一实际运行现状，不仅暴露出有关部门对法律顾问工作的不重视，而且会导致很多法律事务无法得到及时有效解决。

### （三）缺乏预防与救济并重的法治意识

不可否认的是，法律顾问的第一要义在于风险把关和风险预防，所以，每一个党政机关和工作部门都要把法律风险防范放在突出位置。在重大决策和重大行政行为作出之前，一般都会进行不同程度的法律论证和风险评估，这一做法显然是值得肯定的。但问题在于，如果行政机关作出某一具体行政行为，其所依据的规范性文件是否充分、所遵循的法定程序是否完备、所调取的证据材料是否完整无缺，而这些问题恰恰是未来行政争议进行司法审查的重中之重，因此，这些问题应该是法律顾问把关的关键所在，也是行政机关予以关注的重点领域。现实中，部分行政机关在决策前并不会征询律师意见，而一旦面临行政诉讼则聘请律师进行应诉把关，这实际上是一种“本末倒置”，因为行政行为一经作出，相关程序和证据既已固定，胜败已基本上见分晓。所以说，预防与救济并重才是行之有效的法治思维，单纯预防或者一味救济都不是正确的思维方式，只会导致更多的被动局面。

### （四）法律顾问经费投入不足

党政机关法律顾问制度的有效推进离不开经费的保障和支持。政府对法律顾问经费投入的不足导致法律顾问参与的积极性不高，也不愿意投入过多的时间、精力，甚至不愿意担任政府法律顾问。不可否认，律师应积极承担社会责任，但另一方面政府也应考虑律师工作的合理报酬，应按照《意见》的规定精神，本着按劳分配的原则，合理确定年度法律顾问经费预算和支出。现实中，很多党政机关认为，聘请律师担任法律顾问更多的是赋予律师一种荣誉，而不是一种等价有偿的市场法律服务行为，因此，不付费、象征性付费或者少付费也就不足为奇了，实际上市场经济的本质是法治经济，而法治的本质在于公平公正，按劳计酬为原则，只有遵循客观规律才能把一项好的制度坚持好、发展好。

## 三、法律顾问参与党委政府重大决策路径

法律顾问参与党委政府重大决策的价值和意义已经无需重复，但问题的关键是法律顾问应如何参与，以何种形式参与，又能够参与到什么程度，才能有效发挥其应有的作用。笔者认为，就法律顾问参与党委政府重大决策的路径而言，从建设法治政府的内在需求和《意见》规定的基本精神看，可以从以下几个方面进行改进和完善：

### （一）全面提升领导干部的法治意识

习近平总书记在《在首都各界纪念现行宪法公布施行30周年大会上的讲话》中指出：“各级领导干部要提高运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定能力，努力推动形成办事依法、遇事找法、解决问题用法、化解矛

盾靠法的良好法治环境，在法治轨道上推动各项工作。”习近平总书记还多次强调，党政主要负责人要履行推进法治建设第一责任人职责，因此，要切实推进党政机关法律顾问制度，必须要善于抓住领导干部这个“关键少数”。只有领导干部全面树立并不断提升法治意识，带头厉行法治、依法办事，党委政府才能形成依法办事的良好氛围。

### （二）全面确立重大决策程序审查制度

为推进重大决策的民主化、科学化和法治化，要建立健全重大决策的审查和程序制度，并出台专门的规范性文件予以保障实施，形成“法律把关在前，领导决策在后”的决策机制，切实防止违法决策、不当决策、拖延决策。把合规性审查作为重大决策的前置性程序，把法律咨询、法律论证和法律意见作为重大决策的重要参考依据，并规定凡是未经过合规性审查和合法性论证的事项不得提交各级会议讨论，牢牢把住重大决策主体、权限、程序、内容等重要关口，切实筑牢党政机关依法决策的“防火墙”，严守决策的质量关。

### （三）切实完善法律顾问参与机制

在建章立制的基础上，在加强内设法律顾问机构职能的前提下，还要充分调动法律顾问工作的主动性和积极性。首先，应根据机关性质和职能的不同，设置不同的岗位和人员，突出专业性和针对性，确保各司其职，各负其责，最好能够与之匹配不同专业的律师进行工作对接。其次，党政机关要确保法律顾问及时获得充分的信息资料、必要文件和工作条件，并赋予律师一定的调阅材料权限，以确保其履职中能够顺畅、便利和高效。最后，应加强“内设机构”和“外部顾问”的职业培训和工

作互动，建立同堂培训制度，打造职业化和专业化的联动机制，提高工作配合的质效，构建诚信互信、相互协作、密切配合的合作氛围。

### （四）不断完善法律顾问的考评机制

对于担任党政机关法律顾问的社会律师，应建立公平合理的考评机制和退出机制，并通过考核实现优胜劣汰。实践中，大部分党政机关对于统一外聘的法律顾问原则上采取“一刀切”的做法，采用的是“同工同酬”，不实际区分工作量大小和工作质效，也没有建立行之有效的考评和退出机制，这种做法看似兼顾了公平原则，实际上却忽视了质效，一定程度上会导致工作效率低下，“顾”而不问者会增加，最终不利于为党政机关提供优质高效的法律服务。为解决科学、精准和高效的法律服务初衷，就必须建立健全一套合理的考评机制和退出机制，让敬业专业的法律顾问能够获取较高的服务费和适当的荣誉奖励，让不尽职尽责者少获取甚至不获取服务费直至被淘汰出局，唯有如此，才能形成可持续发展的公平竞争氛围，并实现法律资源的有效整合。

（作者单位：江苏圣典（常州）律师事务所）

# 以审判为中心的刑事诉讼制度改革调研报告

周萍 陈琳

## 一、背景意义及树立的司法原则

推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革，是中央十八届四中全会作出的重大决策，是坚持严格司法、确保刑事司法公正的现实需要，是完善人权司法保障的必然要求，体现了中央对司法行政和规律的科学认识和准确把握。为认真贯彻中央十八届四中全会改革要求，两高三部出台了《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》（以下简称改革意见）、《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》等文件。最高人民法院制定并发布了《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》，又出台了《人民法院办理刑事案件庭前会议规程（试行）》、《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程（试行）》和《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程（试行）》等规定。

上述文件更加细化了十八届四中全会对以审判为中心的刑事诉讼制度改革的要求，进一步确立了以审判为中心的刑事司法原则：

1. 坚持证据裁判原则。认定案件事实，必须以证据为根据。重证据，重调查研究，不轻信口供，没有证据不得认定案件事实。
2. 坚持非法证据排除原则。不得强迫任何人证实自己有罪。经庭审认定的非法证据，应当依法予以排除，不得作为定案的根据。
3. 坚持疑罪从无原则。认定被告人有

罪，必须达到犯罪事实清楚，证据确实、充分的证明标准。不得因舆论炒作、上访闹访等压力作出违反法律的裁判。

4. 坚持程序公正原则。通过法庭审判的程序公正实现案件裁判的实体公正。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，确保诉讼证据出示在法庭、案件事实查明在法庭、诉辩意见发表在法庭、裁判结果形成在法庭。

## 二、天宁区法院多举措推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革

### （一）严格证据规则，倒逼规范刑事侦查程序

根据刑事法律规定及改革意见要求，人民法院作出有罪判决，对于证明犯罪构成要件的事实，应当综合全案证据排除合理怀疑，对于量刑证据存疑的，应当作出有利于被告人的认定。天宁区人民法院通过以下几个方面严格证据规则：

一是借助公检法联席会议制度，通报证据问题。自改革以来，通过“每季度一小结，每年一总结”的方式，在公检法联席会议上对案件中遇到的证据问题进行披露。如在今年年初的总结会上，邀请区公安分局、区检察院及辖区内所有派出所分管刑事案件的副所长对一年的刑事案件进行总结，我院提出了在审理中遇到的口供转化、粘贴、电子证据提取、发破案经过书写等证据瑕疵问题，经过半年多的实践检验，上述问题在今年的案件中已明显得到改善。



二是推进证人、鉴定人、侦查人员出庭制度。联合区公安分局、区检察院会签出台了《关于刑事案件侦查人员出庭作证的实施办法》和《关于鉴定人、有专门知识的人出庭作证的意见》。对于对案件的定罪量刑有重大影响的案件，积极推进证人出庭，认真落实出庭作证保障机制，一方面确保庭审程序公开、公正，另一方面确保证人出庭作证安全。如我院办理的朱某受贿一案中，辩护人申请证人出庭，积极听取公诉人的意见，征询证人的意愿，同时通知公安机关保障证人的安全，该证人顺利出庭作证，对合议庭查明案件事实起到了重要的作用。再如，我院在办理一批伪造国家机关印章案件中，辩护人对伪造的印章的鉴定意见提出质疑，我院通知鉴定人出庭进一步说明鉴定意见的依据和结论，最终被告人服判息诉，起到了较好的庭审效果。此外，我院在审理叶某贩卖毒品案中，因被告人叶某身上有伤申请非法证据排除，我院开庭时要求侦查人员出庭说明情况，查明伤势系抓捕造成，驳回了非法证据排除申请。

三是利用补充侦查函进一步对刑事证据提出要求。对起诉指控的事实尚不能达到事实清楚、证据确实充分或证据存在瑕疵的情况下，严格证据适用规则，以补充侦查函的方式，要求公诉机关进一步补充、补强证据，明确补充侦查的方向、标准和要求，近三年来已要求补充侦查的案件 93 件。

四是规范涉众型犯罪涉案财物处置工作。为了进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作，应当坚持公正与效率相统一、改革创新与于法有据相统一、保障当事人合法权益与适应司法办案需要相统一的原则，起草了《常州市天宁区涉众型犯罪处置办法》，2020 年年初，该文件与区委政法委、区公安分局和区检察院进行了会签。

## （二）落实庭审实质化，推进落实三项规程

庭审实质化是以审判为中心的刑事诉讼改革的重要内容，三项规程是深入推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革，特别是深入推进庭审实质化改革的关键抓手、核心举措，要坚持问题导向和目标导向，切实改变庭审流于形式、走过场等问题，切实发挥庭审查明事实、解决争议等方面的功能作用，将证据调查作为庭审的核心内容，严格落实证人、鉴定人、侦查人员出庭制度，严格实行非法证据排除规则，严格规范法庭证据调查程序和证据采信规则，严格执行法定的证明标准，引导侦查机关、检察机关按照裁判的要求和标准收集、固定、审查、运用证据，从源头上提高办案质量，切实防范冤假错案，有效维护司法公正。

在三项规程出台之前，我院对庭审的实质化进行，已经做出了一定的努力，针对不同类型的案件，我院陆续制定了《送达起诉书副本工作专项方案》、《庭前会议工作专项方案》、《案庭审方案》、《庭审突发情况处置工作专项方案》等。近三年来，对于证据较多、案情重大复杂、社会影响重大、申请非法证据排除等案件多次开庭庭前会议，在庭前会议中提前向被告人展示全案证据，听取控辩双方对在案证据的意见，并梳理存在争议的证据，对控辩双方没有争议的证据可以在庭审中简化举证、质证。同时，询问被告人是否申请调取新的证据、证人、被害人、鉴定人出庭、回避及是否申请非法证据排除等程序性问题，进一步保障被告人的诉讼权利。目前已有 100 余件案件得到妥善处理，其中包括最高院指定管辖的专案。

自三项规程出台以来，我院严格按照三项规程的要求，完善了我院制定的庭前

会议方案和一审普通程序庭审方案，进一步明确了庭前会议的适用范围、召开的方式、待解决的问题，进一步规范了一审普通程序庭审程序。对于被告人、辩护人书面申请非法证据排除的案件，核实线索和材料，于庭前会议前，以补充侦查函的方式要求公诉机关提供收集证据合法性的证据，如今年办理的陈某等人组织、领导、参加黑社会性质组织犯罪一案中，被告人提出审讯人员韩某系个案妨害公务的被害人，我院在补充侦查函中要求对此进行说明，公诉机关查明确系同一人，并在庭前会议中表示侦查人员韩某所作的讯问笔录不再作为证据举证。

### （三）平衡庭审力量，推进辩护律师全覆盖

刑事诉讼制度中，公诉方、被告方的诉讼实力、能力相差巨大，为平衡庭审力量，切实保障被告人的诉讼权利，我院积极为被告人提供法律帮助，推进一审普通程序辩护律师全覆盖工作，充分发挥律师在刑事案件审判中的辩护作用。

1. 公益律师坐班制。自2012年《刑事诉讼法》修订以来，我院设立了公益律师坐班制度，与区司法局合作，每日安排公益律师到诉讼服务中心一楼坐班免费解答法律问题。对于取保候审的被告人或刑事案件的被害人，没有经济能力聘请辩护人或诉讼代理人可以根据自身的需要，到我院的诉讼服务中心获得公益律师的法律帮助。

2. 全面落实辩护律师全覆盖。2018年4月，我院联合区司法局制定了《关于开展刑事案件律师辩护全覆盖工作的实施意见》，根据该意见，对人民法院审理的刑事案件，除《中华人民共和国刑事诉讼法》等法律法规规定的适用通知辩护的情形之外，其他适用普通程序审理的案件、按照审判监督程序审理的案件，被告人没有委

托辩护人的，人民法院应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。在提审时及时告知被告人有委托辩护人或获得法律帮助等权利，并依法履行指定辩护和通知辩护职责。自2018年7月该意见实施以来，我院已为200多名被告人指定了辩护律师。

### （四）繁简分流，细化认罪认罚从宽处理制度

《公民权利和政治权利国际公约》第9条第3款规定：“任何因刑事指控被逮捕或拘禁的人，应被迅速带见审判官或其他经法律授权行使司法权力的官员，并有权在合理的时间内受审判或被释放。”由此可见，获得快速、及时的审判是犯罪嫌疑人、被告人的一项重要人权。我们强调诉讼以审判为中心，并非要求所有案件都必须适用普通程序审理。速裁程序和认罪认罚从宽制度这两项改革极大地加快了诉讼进程，一方面能够提高诉讼效率，另一方面能够集中优势审判资源在疑难复杂案件上，做到“简案快审、繁案精审”。

今年我院在学习试点法院经验的基础上，制定了《关于适用认罪认罚从宽制度审理刑事案件的实施意见》，将认罪认罚案件的诉讼程序和具体工作进行梳理、细化，丰富了认罪认罚制度的内涵，在诉讼程序和操作规范中作出相应规定，形成认罪认罚从宽的制度激励和程序保障，并在实施细则中制定样式文书推广使用。对于在审查起诉时没有适用认罪认罚程序的，我们在提审时注重告知被告人相关认罪认罚的权利，被告人符合认罪认罚条件的，我院向检察院发送《适用认罪认罚从宽程序通知书》，要求公诉机关听取被告人及辩护人或者值班律师的意见，提出相应量刑建议，与被告人进行协商，并及时将协商情况及相关文书移送我院。

此外，我院会同区公安分局、区检察

院共同出台了《常州市天宁区刑事速裁程序实施细则》，明确了速裁程序的适用范围，完善了速裁程序的职能分工和对接工作机制。自该两项文件实施以来，我院已通过认罪认罚速裁程序、简易程序审理案件300余件，提高了诉讼效率。

### （五）落实监督，完善人民陪审员参审制度

以审判为中心的刑事诉讼制度改革，是对司法裁判权的合理配置和监督，刑事一审程序中人民陪审员的加入，能让各行各业的陪审员广泛的参与到庭审中，有利于对案件、庭审进行监督，有效防治司法裁判当中的主观片面性，同时也有利于刑事诉讼审判理念的推广，提高刑事审判的公信力。

自《中华人民共和国人民陪审员法》颁布以来，我院深入学习省高院、省司法厅《关于贯彻实施〈中华人民共和国人民陪审员法〉的工作方案》，积极开展调研，统计以往各类案件人民陪审员使用情况，制定了《天宁法院人民陪审员工作管理办法》，明确、细化人民陪审员参审的权利与义务，积极开展对人民陪审员的法律培训，提高人民陪审员参审能力，截至今年上半年人民陪审员参审案件已有260余件，2019年审理的陈某等人组织、领导参加黑社会性质组织罪的案件，采用了三名审判员加四名人民陪审员的七人制合议庭。

### （六）全面保障被告人、被害人等诉讼参与人的权利

我院在送达起诉书副本时，除告知被告人等诉讼参与人诉讼权利外，还注重维护被害人的合法权益，尤其是面对涉众型经济犯罪案件，我院通过召开被害人会议制度的方式，积极与被害人代表联系，组织召开被害人会议，积极通报案件进展情况，注重听取被害人的意见，如我院审理的博鼎收藏品诈骗案中，承办人的这一做

法受到了被害人的一致好评并以锦旗相赠，起到了较好的社会效果。

### （七）严把刑事案件质量关

建立和完善刑事专业法官会议制度，各承办人每周利用半天时间对手中的疑难复杂案件进行讨论，严把案件法律适用关。我院审理的白某私分国有资产一案，经我院严格审查、反复论证该案已过诉讼时效，最终裁定终止审理。近三年我院收案2122件，法定正常审限结案率93.85%，发改案件13件，发改率为0.58%。

## 三、司法实践中发现的问题

### （一）以侦查为中心的诉讼理念仍需改变

过往的司法实践逐步形成了刑事诉讼“以侦查活动为中心”的格局，该种格局难以在短时间得以改变。长期以来，侦查对认定案件事实起到了实质性作用，而起诉和审判起到对侦查的检验或复核的作用，这种司法观念和习惯深入人心。从侦查为中心的理念转变为审判为中心的理念，不仅仅是思想上应当转变，更是司法工作习惯的转变，而这种理念和习惯不仅是裁判人员思维需要转变，更加需要前道的侦查人员、检察人员思维进行转变。目前司法实践中仍有部分人员认为，反正证据只能补充这么多，法院因为证据瑕疵判无罪就是放纵犯罪。

### （二）以案卷为中心的行政化审理模式仍需改善

从侦查到起诉再到审判的整个过程，都离不开带有各种证据材料的案卷，侦查机关出示的案卷不仅是检察官提起公诉的重要参考，更是法官进行判决的重要参照。由于受到以侦查为中心的诉讼机制影响，庭审模式基本是“以案卷为中心”。主要表现在公诉人对被告人的讯问不积极，有的公诉人在讯问被告人时只问被告人一个



问题，即在公安机关的供述是否属实，在法庭辩论时，对辩护人提出的问题不进行答辩和辩论，有的法官开庭审理不进行发问，不对被告人、辩护人提出的任何问题进行回应等。

### （三）三项规程与刑事诉讼法的对接问题

刑事诉讼法的规定和三项规程的规定上有出入。如关于证人、被害人出庭的问题。根据《刑事诉讼法》第一百九十二条的规定，公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议，且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响的，人民法院认为证人有必要出庭作证的，证人应当出庭作证。

《人民法院办理刑事案件第一审普通程序调查规程》（试行）第十三条规定：控辩双方对证人证言、被害人陈述有异议，申请证人、被害人出庭，人民法院经审查认为证人证言、被害人陈述对案件定罪量刑有重大影响的，应当通知证人、被害人出庭。对于人民法院“有无必要”进行了修正。对于该问题虽在法的适用上因二者法的位阶不同，不存在适用上的问题，但两者不统一则会降低法的稳定性和公信力。

### （四）证据收集指引等制度不健全或落实不规范

对于案件证据而言，我国目前还没有颁布独立的证据法，对刑事证据的规定只是散见于刑事诉讼法及相关的司法解释中。实践中，法院在审判中对于公安机关和检察机关提供的证据一般都会整体采纳，即使某些证据存在瑕疵甚至不符常规，法院通常要求补强证据解决，难以以非法证据予以排除。主要表现在：

第一，证据收集不规范的问题。如随着电子信息技术的发展，政府机关建立了各种便利的网络化信息查询平台，如国家企业信息查询平台、“猎鹰平台”等，但

平台上的信息存在一定的滞后性，侦查机关摘录截屏信息作为刑事证据既不是传统的书证、提取过程又不符合电子证据要求，其真实性一定情况下存疑。

第二，已有的规范落实不到位。如同步录音录像的问题。《公安机关讯问犯罪嫌疑人录音录像工作规定》第四条规定对于重大犯罪案件包括可能判处无期徒刑、死刑的案件、致人重伤、死亡的严重危害公共安全犯罪、严重侵犯公民人身权利犯罪案件、黑社会性质组织犯罪案件、严重毒品犯罪案件以及其他故意犯罪案件，可能判处十年以上有期徒刑的案件等，应当对讯问过程进行录音录像。如侦查人员出庭的问题，司法实践中侦查人员由于各种原因出庭较少。《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程（试行）》第二十条第一款规定：……提请法庭通知侦查人员或者其他人员出庭说明情况。不得以侦查人员签名并加盖公章的说明材料替代侦查人员出庭。再如，驻所检察官履职的问题。对于重大案件，驻所检察人员应当对讯问的合法性进行核查。《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程（试行）》第十一条规定：对于可能判处无期徒刑、死刑或者黑社会性质组织犯罪、严重毒品犯罪等重大案件，被告人在驻看守所检察人员对讯问的合法性进行核查询问时，明确表示侦查阶段没有刑讯逼供等非法取证情形，在审判阶段又提出排除非法证据申请的，应当说明理由。人民法院经审查对证据收集的合法性没有疑问的，可以驳回申请。从制度设计上，非法证据排除程序在侦查、逮捕起诉、审理环节均可以提出，但前道环节启动的较少，给法院在审理环节带来了较大的压力。

### （五）辩护人滥用程序权利问题

推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革

革目的在于促进刑事司法程序公正和实体公正，保障被告人的人权，防范冤假错案的发生。但现实中有部分被告人的辩护人具有滥用程序权利的倾向，主要表现为滥用申请证人、被害人、新的证人出庭权利，滥用申请调取新的证据权利，无论与案件的定罪量刑有无重大关联，均书面申请；滥用非法证据排除程序，根据法律规定，非法证据排除应当在开庭前申请或庭前会议三日前申请，但部分辩护人不管、不顾法律规定当庭申请，基于对案件事实考量，法官一般不会因为提起时间的原因而不认真考量是否存在非法证据排除的问题，导致拖长审理期限或延期审理。

#### （六）认罪认罚从宽制度理解与适用问题

在目前的司法实践中，检、法两家的认识存在一定的分歧。我们认为认罪认罚的量刑建议应以幅度刑为原则，精准刑为例外，目前检察院精准量刑带来了很多问题，一是检察机关既做“运动员”又做“裁判员”难以做到居中裁判；二是量刑是一个复杂的过程，检察员量刑难以做到精准不出错；三是与庭审实质化的改革目标相违背；四是不利于法院的服判息诉工作。

#### 四、建议和下一步工作打算

一是进一步转变工作理念和工作习惯。审判工作应继续调整工作的重心和工作习惯，逐步转变以“侦查为中心”的工作思维和工作习惯，敢于对证据的合法性提出质疑，敢于排除不能对证据的合法性作出说明的证据，从而真正践行“疑罪从无”的司法原则。

二是深化落实各项法律规范。一方面严格落实各项法律法规对证据提取、收集的要求，另一方面从诉讼制度和机制上，突出审判活动的中心地位，尤其是强化庭审功能对于起诉、侦查活动的审查把关作用，由此倒逼侦查人员规范取证，提高办

案质效，防止冤假错案发生。

三是完善绩效考核等配套制度。一方面优化公检法绩效考核制度，提高证据合法性收集的权重考核，对于法院严格证据规则、排除非法证据应当在绩效考核中实行激励政策；另一方面，完善对执业律师的考核制度，司法行政部门应该对执业律师规范进行深入调研，建立监督工作机制，防止部分辩护律师滥用司法资源。

四是健全符合裁判要求、适应各类案件特点的证据收集指引。探索建立重大案件检查、搜查、辨认、指认等过程录音录像制度。完善技术侦查证据的移送、审查、法庭调查和使用规则以及庭外核实程序。统一司法鉴定标准等。

五是健全当事人、辩护人和其他诉讼参与人的权利保障制度。设立专门的刑事案件阅卷室、复印室，完善便利各方当事人、辩护人、诉讼参与人参与诉讼。

六是进一步汲取先进经验，巩固改革成果。在原有规范文件的基础上，从实践中发现问题，汲取先进工作经验和方法，改进工作机制，进一步推进认罪认罚速裁程序、辩护律师全覆盖等各项改革举措。

七是提高证人、鉴定人出庭作证率。与区公安分局、检察院继续探索和完善证人、鉴定人出庭作证保障机制，切实提高证人、鉴定人出庭率，更好地利用证人、鉴定人出庭查明案件事实。

八是进一步推进落实三项规程。积极发挥庭前会议作用，规范一审普通程序流程，严格实行非法证据排除规则，规范法庭证据调查程序和证据采信规则，推进落实庭审实质化。

（作者单位：天宁区人民法院）

# 法官自律机制建设研究

常州市中级人民法院课题组

在人类追求公平正义这一永恒价值目标的过程中，法官无疑是最重要、最活跃的因素之一。然而，正是法官职业群体在法治进程中的特殊地位和重要作用，使人们隐约感受到一种潜在的危机，亦即，法官行为如果失控，可能会给法治建设带来难以估量的损失。为此，人们殚精竭虑地设计出种种精密而复杂的制度，设想通过从外部编织规范法官行为的巨大网络，来实现对法官行为的合理约束。但另一方面，现实中法官行为失范的现象却屡屡发生，尤其是从最高人民法院近5年来的工作报告看，各级法院查处的违纪违法干警数量，呈现出波动增长的态势。这种逆向发展的态势，迫使人们反思：为什么在法官管理制度越来越“完善”的情况下，法官行为不端甚至违纪违法的现象仍屡禁不绝？在司法改革深入推进的今天，还有没有新的路径、资源、向度来支持有效控制法官行为？本文将围绕这些问题，做一些探讨。

## 一、法官管理制度的历史沿革

### （一）改革脉络

“法官”一词最早见于战国时期的法家著作《商君书》：“为置法官置主法之吏，以为天下师，令万民无陷于险危。”在旧中国，法官被称为“推事”“法曹”。新中国成立后，为强调司法的民主性而使用了“审判员”这一概念。文革期间，人民法院的正常工作遭受巨大冲击，司法事

业的发展陷于停顿。1978年，党的十一届三中全会召开，国家民主与法制建设不断推进，法官管理制度也在这种背景之下不断完善。

### 1、1978年至1995年：法官职业的大众化时期

在这一时期，不论党政机关的工作人员、审判机关的审判人员还是企事业单位的管理人员，都统称为“国家干部”，按照相同模式进行管理。十一届三中全会之后，党中央汲取文化大革命的深刻教训，明确提出加强社会主义民主、健全社会主义法制，逐步恢复了全国法院审判工作，并对法官管理体制进行了改革和探索。1979年，第五届全国人大第二次会议通过的《人民法院组织法》第三十五条规定了法院院长、副院长及审判员的任免办法。第三十七条规定，各级人民法院按照需要，可以设助理审判员，由司法行政机关任免。1983年，六届全国人大常委会对人民法院组织法有关法官管理制度的内容进行了部分修改，主要包括中级人民法院院长改由省级人大常委会任免，以及助理审判员改由本级人民法院任免。值得注意的是，1983年的人民法院组织法首次对法官的任职条件提出了应具有法律专业知识的原则要求，但没有明确具体条件。

总的来看，由于观念、体制和历史的原因，在1995年以前，还没有形成“法官”



这一专门称谓，法官职业被当作大众化的职业，法官没有明确的任职条件和要求，只要是国家干部就可以担任，法官的管理方式与其他党政机关相同，还没有形成鲜明的职业特点。而且从法官来源来看，大多数人并未受过正规法律教育。1995年的数据显示，在全国法院系统28万多名工作人员中，达到大专层次的占84.1%，本科层次的只占5.6%，研究生仅占0.25%。

2、1995年至2002年：法官法的实施开启法官队伍职业化建设进程

1995年，《中华人民共和国法官法》正式颁布，对法官的权利和义务、任免与回避、考核与培训、奖惩与保障等作了比较全面的规定，特别是明确提出了法官任职的学历等条件，要求担任法官必须具备大学本科以上学历，初任法官人选应当通过公开考试、严格考核，人民法院的院长、副院长应当从法官或者其他具备法官条件的人员中择优提出人选。这是我国历史上第一部规定法官这一职业群体的单行法律，使法官职业的特殊性得到了法律的确证，标志着中国特色社会主义法官制度的正式确立。由此，法官开始从一般公务人员向司法官员身份转变；从不注重法律背景和文化素养的法官大众化开始向法官职业化转变；从行政化管理开始向符合司法规律的专门化管理模式转变。同年起，我国的初任法官、助理审判员考试正式开始，通过考试并获得任职资格者才能提请同级人大常委会任命为法官。1995年、1997年、1999年，最高人民法院共组织3次考试，通过人数将近4万人。此后，最高人民法院在法官法实施的基础上，相继制定发布了《初任审判员、助理审判员考试暂行办法》、《人民法院审判长选任办法（试行）》等一系列规范性文件，法官管理制度的总体

框架基本形成。

3、2002年至2012年：国家统一司法考试等制度有力推进了法官职业化建设的进程

2001年6月，九届全国人大常委会第二十二次会议审议通过《中华人民共和国法官法》修正案，规定国家对初任法官实行统一的司法考试制度。2002年1月1日，修正后的《法官法》正式施行，将法官任职的学历条件提高为本科毕业，并提出应具有法律工作经历的标准，严格法官的选任程序和条件，进一步提高了法官的“入口关”。据统计，至2005年底，全国法院60%以上的法官达到大学本科以上学历，全国各级法院正、副院长中，大学本科以上学历的由1995年的11.90%提高到70.38%，一支专家型法官队伍初具规模。

2002年7月，最高人民法院发布《关于加强法官队伍职业化建设的若干意见》，一方面提出要选拔能够真正胜任法官职业的人员担任法官，彻底改变法官职业大众化问题，另一方面提出要建立和完善法官职业保障机制和适应法官职业特点的管理机制，确保法官依法独立公正行使审判权。2003年6月印发《关于严格执行〈中华人民共和国法官法〉有关惩戒制度的若干规定》；2004年3月与司法部联合印发《关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》；2005年11月颁布《法官行为规范（试行）》；2006年3月修订《法官培训条例》；2008年6月发布《人民法院监察工作条例》。同年，最高人民法院与最高人民检察院联合发布《公开选拔初任法官、检察官任职人选暂行办法》，对初任法官选任条件提出了更高更细致的要求。

4、十八大以后：法官队伍正规化专业

化职业化建设实现新发展

党的十八届三中、四中全会提出推进司法人员分类管理、完善司法责任制、加强司法人员职业保障、推动省以下方法院检察院人财物统一管理<sup>4</sup>项基础性改革任务。建立符合职业特点的司法人员管理制度，在深化司法体制改革中居于基础性地位。自2014年开始，先后分三批在全国法院开展试点。截至2018年10月，全国法院共遴选产生12.5万余名员额法官。

改革中，各地法院严格按照中央关于法官员额控制在中央政法专项编制39%以内的要求，坚持以案定额、省级统筹、动态调整，在确定不同法院的法官员额时兼顾地区及法院层级差异，确保员额向基层和一线办案部门倾斜；严格规范遴选标准和程序，切实发挥遴选委员会的实质把关作用，突出对司法能力、办案业绩和职业操守的考核；积极探索建立法官逐级遴选制度，中级以上人民法院的法官一般通过逐级遴选方式产生，并针对不同层级法院的法官设置不同的任职条件，更加注重法官的审判经验和社会阅历。

改革后，业务骨干回归一线办案岗位，入额必办案的要求得到全面落实，院庭长办案逐步实现常态化、制度化。在员额制改革的基础上，法官单独职务序列有效实施，法官助理、书记员职务序列改革积极开展试点，聘用制书记员管理制度日趋规范，审判辅助力量不断充实，各类司法人员职责权限更加明确，职业发展渠道更加畅通，法院队伍正规化、专业化、职业化建设水平得到提升。

## （二）改革启示

1、尊重司法规律是实现法官有效管理的基本前提

法官管理制度40余年的发展历程表明，要实现对法官的科学、有效管理，必须以了解司法运行规律、尊重法官职业特点为前提。由于受历史局限，以往的法官管理制度没有充分体现出司法特点，从而引发了法官职业大众化、审判权运行机制行政化、法官业绩评价数据化和功利主义等问题，造成法官管理的低效和失序。后来随着审判事业的发展，人们逐渐认识到这些问题与弊端，因而愈发重视司法规律在法官管理过程中的运用。以本轮司法改革为例，员额制和单独序列管理的实行，为法官职业化专业化创造了条件；司法责任制的全面落实，实现了“让审理者裁判、由裁判者负责”，审判权运行机制更加符合司法规律；法官惩戒制度的健全，有利于加强监督管理和责任追究；等等，这些制度紧密贴合司法工作规律和法官职业特点，对建设正规化专业化职业化的法官队伍发挥了积极作用。总而言之，法官管理制度四个阶段的对比表明，尊重司法规律构成了实现法官有效管理的基本前提。

2、注重外在约束是当前法官管理的基本手段

目前，法官管理制度包括选任、考核、晋升、培训、惩戒、职业保障等等，基本涵盖了法官履职全过程。现有管理手段呈现出两个方面特点：一是关注法官的外在行为。当下法官管理的方式，大致是通过把人的客观外在行为具体化为一定的标准、规则等，再把法官个人的行为与这些标准进行比较，吻合的得到奖励、偏离的受到惩罚，通过这种理性的功利计算来实现对法官行为的控制。比如绩效考核，把法官的工作分割成一个个可以量化的单元，法官的考核结果与评优评先、晋职晋级、奖

金福利的挂钩，让法官既是主动又是被动地受到它的驱使、规制。二是较少涉及对法官的思想道德、价值观念等内在品质的考察。当下法官管理要求客观、量化、可操作，管理者需要一套明确、具体的评价标准，来实现对法官行为的规制、约束。同时，由于人的意识、思维、想法等属于个人的内在心理活动，人们很难采取有效的手段进行观测、评价和影响，所以，在管理过程中通过对法官的道德品行、责任心、正义感这些内在因素施加影响进而达到管理目标，目前涉及的并不多。

## 二、现有法官管理制度存在的主要问题

为了考察当前法官管理制度的运行效果，课题组选取J省C市G区法院为样本，通过数据分析、问卷调查、深度访谈等方式，对该院25名员额法官展开调研，探寻制度的实然运行情况。应当说明，选择该院作为分析样本，主要基于以下考虑：一是该院主要审判质效在全省排名靠前，其在法官管理制度方面遇到的问题和瓶颈具有一定代表性。二是该院因行政区划调整，于2016年合并组建而成，来自不同法院的法官对于管理制度提出了更高要求，也因此积累了一定的经验。

### （一）强调外在约束容易形成管理盲区

“严管厚爱”，是法院队伍建设中经常提到的一句话，为了实现对法官的有效管理，G区法院出台了《法官审判权力和职责清单》、《员额法官、审判辅助人员、司法行政人员绩效考核办法》等等一系列制度规范，尽管现有制度对法官的行为形成了有力约束，但客观而言，它所解决的主要是客观问题、表面问题，而难以触及主观原因、内在原因。我们注意到，一个人的行为取决于他的价值观念、思想情感

等内在因素，而非外在的强制力量，外部约束可以影响、引导，但却无法控制人的意识、思想、情感和价值观。诸如责任心、正义感、敬业精神等内在品质，单纯依靠外力很难在法官内心确立，一旦法官面临外界诱惑，就有可能主动实施突破制度约束的行为。

外部约束不一定是解决问题的最优方案。现有规制策略将法官视为管理的对象与客体，把法官当成“庞大机器上的一颗螺丝钉”，没有关注到法官自身的主体性，对规训逻辑的迷信使得原本作为手段的监视、裁决等诸策略本身被目的化了，法官面对这些规则，内心极易滋生质疑、藐视、倦怠等负面情绪。与此同时，外部约束机制本质上体现出对法官的一种不信任，它把法官视为不可信赖的对象，认为只有依靠严格指导和管教，才不会走上歧途。在这种“家长制思维”之下，法官的行动诉求与组织结构之间不是相互支撑、相互促进，而是相互隔阂、相互锁定，这无疑降低了制度的有效性。在访谈过程中，有的法官表示，他们充分理解管理的必要性，但是在管理的过程中，法官的参与度不高，始终处于一种被动的地位，或许未来可以提高法官群体的自治程度。

即便外部约束能够在其范围之内发挥作用，它对人的行为的制约也是不完全的。努力工作与得过且过、凭良知做事与不讲职业道德，“仅仅是结果的差别，它取决于逃避责任的意识形态观念在多大程度上是成功的”，调研发现，司法实践中仍然存在诸如拖延办案、拆解案件、“刷数据”等情形，这实际是就是一种机会主义行为，没被发现者心安理得，被发现了就自认倒霉，它本身就意味着它对法官行为的约束



存在失效的可能性。“尽管有一整套严格的规则、检查程序和惩罚措施，但在限制个人行为程度上，仍然存在着相当大的可变性”。

## （二）强调外在约束与司法规律存在某些冲突

一是可能引发法官行为策略的异化、扭曲。法官在行使权力、从事日常活动的时候，既非无意识的机器，也非无欲无求的圣人，而是一种有意识、能思考、趋利避害的“理性人”。法官在接受制度约束的同时，有可能将它们当成工具，以一种积极迎合的姿态，去谋求自身利益的最大化。比如，为了降低发改率，一审法官在裁判前可能与上级法院沟通，取得上级法院对判决结果的理解、支持，从而在实质上剥夺了当事人的上诉权；为了减少案件审理天数，将案件置于诉前调解程序，久调不决；也有的对当事人软硬兼施迫使其撤诉或者调解，达到消除超长期案件或者提高调解率的目的，等等情况，不胜枚举，这些都是法官在外部压力下行为策略异化的表现。

二是现有管理制度与“科层官僚制”的组织形式十分契合，以绩效考核为例，尽管它没有对法官的权力行使进行直接的干预，但通过指标的设置和权重的调整，仍然迂回地实现了对法官自上而下的管理和约束，这种管理实践与科层制应用的典范即科学管理原理形成了强烈的契合。然而，司法权具有鲜明的独立性和反科层化倾向，它是以一种反官僚的方式来运作的。把适用于科层制的制度应用于司法领域，一方面使得法官不得不迁就于各种外部力量和因素，容易被权力所影响、控制，成为围绕中心权力的“勤务兵”；另一方面，

法官面对外部压力，更倾向于采取一种“任务观念”，只想着能“多办案、快办案”，很难去顾及如何“办好案”乃至探究“法律的目的”。

三是可能会引发逆向淘汰问题。一方面，由于调整范围的有限性，现有约束机制只能从可观察到的外部行为进行测度和控制，对于法官的道德品行、责任心、正义感这些内在因素，既无法通过数据准确地表现出来，也难以施加影响。另一方面，在现有约束机制下，法官有相当大的操作空间去满足各项规则要求，让自己的行为、评价表面上看起来光鲜。这两方面因素的叠加，可能会引发一种后果，亦即，规训机制下的评价结果有可能“被注水”，一些法官因为不善于利用现有评价机制获取外部认可，而可能在竞争中处于劣势地位，从而在某种意义上形成逆向奖励甚至逆向淘汰机制。

## （三）强调外在约束无法为法官自主性提升提供充足动力

一是法官的主体性受到抑制。在外部规训式的管理机制之下，法官的能力、水平、素质被抽象为精确的数字、报表、档案，法官的行为和活动不具有特别的价值和意义，他们的努力难以说是发自对于司法事业的内心尊崇，其目的多半是为了在数字系统中取得较好的位置。在貌似严格而有序的安排下，法官成为机械体系中的一个零件，可以被随意替换、组合，法官作为自主自觉的主体，沦为被动的、消极的客体和附着。在这样的存在中，主体、独立不被强调，法官的主体性被遮蔽了。

二是法官对法律的信仰无法得到有效激发。“一切法律之中最重要的法律，既不是刻在大理石上，也不是刻在铜表柱上，

而是刻在人的内心里”。对法官行为最有效的约束，不是完全来自于外部的监视和督促，而是来自于法官内心对法律事业的信仰与追求，只有一个人的行动被赋予了某种使命感和神圣性，他的行为才可能会有根本的指引和自觉。当下，少数法官的行为失范，不应当简单、习惯性地归咎于外部约束机制的疏漏，恰恰相反，它反映出严密的外部规训，并没有内化为法官的行为准则。面对精密、复杂的规制体系，法官过分专注于如何把自己塑造成适合这种体系的人，而忽视了自身作为法律价值宣示者的价值和意义，更无法在内心形成对法律职业的认同。

### 三、完善法官自律机制对于法官管理的重要意义

从短期看，完善法官自律机制是弱化法官管理制度行政化色彩、增强法官主体地位的现实需要。尽管在本轮司法改革中，法官作为裁判主体、责任主体的地位得到了恢复，但目前带有浓厚行政化色彩的法官管理机制，在无形中对法官的主体性形成了抑制，这种情况与司法改革强调突出法官主体地位的要求相背离。因此，有必要通过改造现有法官管理机制，为司法改革提供有效支撑。

从中期看，完善法官自律机制是提高法官素质水平、提升司法公信力的内在要求。法官是公民观测司法权行使的窗口，是司法形象的代言人。只有具备智慧与德行的法官，才能够维护和提高司法在公民心中的公信力。法官自律机制注重遵循司法内在规律，强调突出法官主体地位、发挥法官主体作用，凸显并形成以法官为主体，以法官自治自律为导向的思想共识、制度保障、整体氛围和履职环境，从而实

现法官素质水平由内而外地提高，实现司法公信力的提升。

从长期看，完善法官自律机制是唤醒法官对自身职业神圣性认识、直至实现良法善治的必然要求。对法官行为最有效的约束，不是来自于外部的监视和督促，而是来自于法官内心对法律事业、法官职业的尊重和信赖，只有一个人的行动被赋予了某种使命感和神圣性，他的行为才可能会有根本的指引和自觉。完善法官自律机制，有助于唤醒法官对自身职业神圣性认识，是构建具备清正廉洁品质和明辨是非理性的法官队伍、进而实现良法善治的长久之计。

### 四、内部自律：构建法官约束机制的路径探析

一般认为，与其他职业相比，法官负有更高的道德责任。从长远来看，欲建立一支适应现代法治的司法队伍，有必要在保持对法官适度、恰当的外部约束的同时，通过科学的制度设计，逐步形成以法官自治自律为导向的思想共识、制度保障、整体氛围和履职环境，以法官群体的内在自律实现行为的有效约束。

#### （一）厘清自律与他律的内在关系，寻求二者之间的平衡

尽管外部约束机制对规范法官行为存在一定局限，但不可否认，外部约束现在是、将来也会是规制法官行为的主要手段。“我们必须承认，每个人都有平等地追求个人利益的权利，而不能假定每个人都是道德圣人”，法官行为的规范化不可能完全依靠法官清教徒式的自我约束，这至少在目前是不现实的。对他律机制的缺陷进行反思，目的不在于否定它、摧毁它，而在于试图通过其他路径、向度、资源来支持它、

丰富它。

显然，法官自律机制属于这样一种路径，它为外部约束机制提供了有益补充。强调法官自律机制建设，不等于与外部约束机制的对立、排斥，也不等于重此轻彼、由一个极端滑向另一个极端，它意味着要在现有体制机制的基础上，更加注意通过科学的制度设计，来唤起法官的主体意识和使命感，逐步形成以法官自治自律为导向的思想共识、制度保障、整体氛围和履职环境，开辟更多的途径来实现对法官的管理。简而言之，法官约束的他律机制和自律机制相辅相成、相得益彰，正确把握二者之间的辩证关系，是探讨法官自律机制建设的一个基本立场。

## （二）严格法官准入制度，重视候选人道德品行考察

如前所述，高素质的法官队伍是实现集体自律的保证，因此，有必要严格法官准入制度，将高素质的人才选拔进司法系统，把好法官管理的第一道关。

1. 提高选任标准。根据《中华人民共和国法官法》，担任法官的条件之一是“具有良好的政治、业务素质 and 道德品行”，从域外经验来看，法官候选人的个人操守一直是考察的重点，比如在美国，联邦法院候选人要经过听证程序，委员会要了解候选人的品行、个人生活甚至是隐私，防止在入职后出现道德风险；我国台湾地区的法官遴选，也要求对候选人进行品德调查。因此，在法官的选任上，除了要考察候选人的业务能力外，还有必要突出“道德品行”要求，通过明确选任标准、细化具体指向、建立正负面清单等方式，把道德品行要求改造为具体、可操作的遴选要件，将道德品行不过关的候选人排除在法

官队伍之外。

2. 完善选任程序。目前，法官遴选程序中已经包含了对候选人品德的考察，但在实践中这种考察有形式化倾向，我们认为，对法官候选人的道德品行，应当进行实质性审查，并将此作为选任程序中的一个独立环节。具体来说，可以通过下列方式进行：一是由遴选委员会函请所在单位或其他有关机构提供候选人政治素质、品德操守、社会声誉等方面的全面报告；二是以实地走访、电话联系、调查问卷等方式，向候选人所在单位、案件当事人、律师等了解候选人情况，进行外围调查；三是组织听证，对候选人有关品德事项存在疑问的，在经集体讨论后，可启动听证程序，就相关事项与候选人进行直接接触，了解情况。

3. 健全选任机制。一是扩充遴选委员会职能。在保持“从专业角度把关”的常规功能基础上，赋予对候选人品德调查的职能，构建起由中立机构而非法院内部政工机构评价候选人品行的体系；二是确保遴选委员会遴选过程的亲历性。对候选人的品德审查，应当由遴选委员会逐一、亲自开展，不能委托秘书处或者办公室代行审查职责，也不能仅限于书面审查，防止遴选程序沦为新的形式主义；三是确保遴选委员会遴选时间上的充足性。为了让委员能够较为充分地了解候选人，应当为遴选提供较为宽松的时间限度，避免因时间急迫、过程草率，而使遴选工作流于形式。

## （三）尊重司法固有属性，探索法官自主管理

强调法官自主管理，目的是为了淡化现有约束机制的行政化管理色彩，切实在司法系统内部建立起能够突出法官主体地

位、发挥法官主体作用的新机制。法官的自主管理需要通过合理的制度设计来实现，设立法官自治组织是途径之一，具体设想如下：

1. 明确法官自治组织的功能定位。法官自治组织是“法官的共同体”，其主要功能在于，通过实行法官的自我管理、自我服务、自我教育、自我监督，强化法官自主意识，逐步弱化科层组织管理模式，使法官从管理的客体转变为管理的主体、从决策的被动接受者转变为主动的参与者，不断凸显并形成以法官为主体，以法官自治自律为导向的思想共识、制度保障、整体氛围和履职环境。

2. 科学设计法官自治组织架构。法官自治组织应当接受党组领导，保持与现有制度框架的兼容性。法官自治组织可以设负责人一名，副职、成员若干，具体人数可以按照全院入额法官总人数的百分比确定。组织成员可以由各部门按照法官等级而非行政级别进行民主推荐，经法官大会直接选举产生。法官自治组织应当坚持实体化运作，可以下设专门工作小组，比如案件评查、绩效考核、法律研究、纪律检查、权益保障等等。

3. 强化法官自治组织工作机制。一是公开公示制度。法官自治组织应当制定年度工作方案，明确主要工作安排，在全院公布并接受法官监督。二是分享协调制度。自治组织应当定期召开例会，总结法官在工作中遇到的难点、痛点，通过在不同部门间的信息分享和协调妥善处置。对于难以解决的问题，应及时反馈给相关部门，通过体制机制调整进行补强。三是通报讲评制度。通过打通法官建言献策的表达出路，为组织决策提供资讯信息，形成建

议——决策的正向循环。对工作中发现的突出问题或有益经验，通过工作简报等载体进行通报、讲评。

#### （四）引入第三方评鉴，建立法官声誉评价机制

建立法官声誉评价机制，目的在于通过对法官的综合考察，甄别出具有较高履职风险的个体，进而采取更为有效的外部约束措施，实现“自律”与“他律”的有效结合。

在评价主体方面。司法的公共性质决定了对法官的声誉评价不能仅由法院内部的政工机构来完成，而是需要吸纳第三方参与，实现由内部封闭到社会参与的转变。法院可以组织具有较高社会公信度的法官、律师、人大代表、政协委员、特约监督员等组成评鉴小组，以中立、多元、专业、透明为原则，从能力素质、职业操守、纪律作风等几个方面，对法官的社会声誉进行考察。

在评价方式方面。评价的目的不是选优，而是为了“评差”、让不胜任法官职业的人尽早暴露，因此，评鉴不宜设立等级，不能让称职的法官因为等级划分，而蒙受声誉受损。同时，对法官的声誉评价不宜过于频繁，可以将评价与法官等级晋升或工资级别晋升结合，晋升一次评鉴一次，从而降低管理成本，避免给法官带来额外的工作负担。最后，评价应当专业、客观，避免公众评价沦为拼人脉的“选秀”。

在制度衔接方面。加强评价结果的运用，把评价结果与评先评优、晋职晋级、选人用人等制度相结合，尤其是要与员额法官退出机制、惩戒机制对接，让不能胜任法官职务者能够被及时发现，降低法官履职存在的潜在风险。同（下转第46页）



# 刑事裁判涉财产部分执行的进阶之路

——以刑事诉讼财产保全制度完善为视角

武进区人民法院课题组

## 一、探寻原因：基于刑事裁判涉财产部分执行大数据分析

刑事裁判涉财产部分的执行情况经历了三个发展阶段。第一阶段：2010年6月1日前。该阶段对刑事裁判涉财产部分的执行并无相关法律规定，由谁执行、如何执行都是空白。刑事裁判涉财产部分，除被告人自动履行外，基本属于“空判”。第二阶段：2010年6月1日至2014年11月6日，《最高人民法院关于财产刑执行问题的若干规定》实施期间。该规定的发布，明确了财产刑执行机构，结束了以前由执行局执行、刑庭执行、法警队执行或几部门混合执行的乱象，一定程度上弥补了法律空白。但是，由于该规定过于原则，不够细化，很多具体问题没有解决。虽统一由执行局负责执行，但执行局的人、财、物保障并未能及时跟进，不足以应对由此带来的执行压力。而且，相应的法律监督也没有跟上，执行部门落实该规定的动力不足。因此，这一阶段的执行情况虽有改变，但“空判”现象仍普遍存在，基本还是靠被告人自动履行。第三阶段：2014年11月6日，《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》施行后。该规定对执行过程中的一些具体问题，比如不同部门的协作机制、没收财产的基本原则、赃款赃物转化形态后的追缴、刑事财产处置变现程序、执行分配顺位、案外人异议

的处理等都有明确规定。恰逢人民法院承诺在两到三年内基本解决执行难，执行机构的人、财、物配备有了充分保障。同时，检察部门进一步意识到财产刑执行的重要性，法律监督全面跟进，并在2016年部署开展财产刑执行专项检察活动，第一次在全国范围实现了财产刑执行检察工作的全覆盖，2017年开展了财产刑执行专项检察回头看活动，2018年开展了深化推进财产刑执行检察监督活动。检察机关对财产刑执行的监督已经常态化、制度化，不仅监督执行部门的执行工作，还监督刑事审判部门是否及时移送执行。这一时期的财产刑执行无论在执行案件立案数，还是在执行到位金额上都有了根本性改变。笔者采集了所在法院近十五年的数据（表1），进行印证。进入第三阶段后，虽然“空判”现象基本杜绝，财产刑基本全部进入执行程序，但实际执结率、执行到位率偏低（表2）。

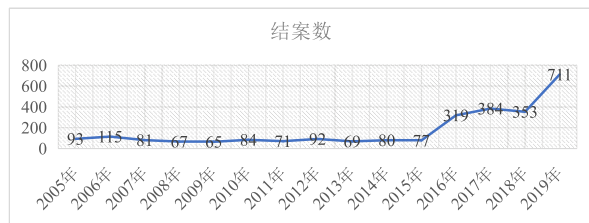


表1：历年结案数

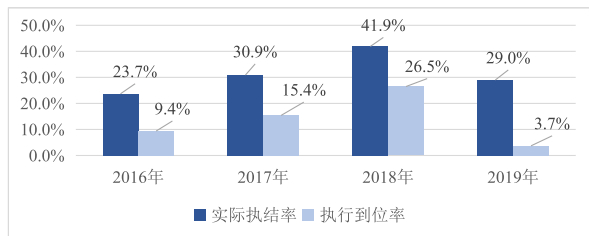


表 2: 实际执结率、执行到位率指标

造成此结果的原因,可能是被执行人自身履行能力的限制、可能是执行手段的制约、也可能是执行人员消极执行、怠于执行。但主要原因是刑事诉讼中财产保全制度的不完善,使得被执行人及其家属在刑事诉讼开始前或刑事诉讼中就将财产转移,造成执行落空。另外,学术界对刑事诉讼财产保全制度的研究也较滞后。笔者在知网搜索后发现,与刑事诉讼财产保全相关的论文共 12 篇,其中,关于刑事附带民事诉讼财产保全的 3 篇,硕士论文 4 篇,核心期刊发文有 3 篇。可见,该问题的研究未引起充分重视,研究处于起始阶段。因此,本文试图厘清刑事诉讼财产保全制度的概念,分析完善该制度的必要性并提出完善建议。

## 二、概念梳理:基于现行法律文本的分析

刑事诉讼财产保全的概念主要有以下几种观点:

1、在刑事诉讼程序当中,为了确保犯罪嫌疑人或者被告人的财产足以履行财产类刑罚,而对其财产进行的一种保全措施,与民事诉讼中的财产保全一样,都是为了保证被保全人具有履行能力,不同的是民事财产保全是为了保证债务的履行,而刑事财产保全是为了保证刑罚的执行。对于可能被判处财产刑的犯罪嫌疑人、被告人,

对其处分本身合法财产的权利进行一定的限制,不因为犯罪嫌疑人、被告人隐匿、转移财产而使判决书上的财产刑部分因无法执行而成为一纸空文。

2、刑事诉讼财产保全是指在刑事诉讼中,通过对案涉被告人及其利害关系人的合法财产,采取包括查封、扣押等措施,对财产先予保全,以保证生效的刑事判决得以执行的制度。

3、刑事诉讼财产保全是指为了保障财产刑、附带民事赔偿、涉案财物追缴、没收等刑事判决财产内容具有可执行性而采取的一种保全措施,它属于刑事诉讼的一种保障措施。

从以上三种观点及其原文分析可知,对刑事诉讼财产保全概念的界定,本质是一致的。即发生在刑事诉讼中,包括从立案侦查,到审查起诉,再到法院审理的全过程,保全的对象是犯罪嫌疑人、被告人和利害关系人的合法财产,目的是为了防止财产转移,使得财产刑、附带民事赔偿、退赔受害人、涉案财物追缴、没收等刑事判决落空,采取的措施主要包括查封、扣押、冻结。

我国现行法律中涉及刑事诉讼财产保全或与之相关的规定不多,发布主体涵盖全国人大及其委员会、公、检、法、司、国安等机构,经梳理,主要内容包括三个方面:

### (一) 关于涉案财产的保全

对于贪污贿赂犯罪,恐怖活动犯罪等重大犯罪案件,犯罪嫌疑人、被告人逃匿,在通缉一年后不能到案,或者犯罪嫌疑人、被告人死亡,依照刑法规定应当追缴其违法所得及其他涉案财产的,公、检、法三家均可对涉案财产进行查封、扣押、冻结,如《刑事诉讼法》第

二百九十八条,《公安机关办理刑事案件程序规定》第三百二十八条、《人民检察院刑事诉讼规则》第五百二十八条等。对于其他刑事案件,公、检、法三家当然也均可对涉案财产进行查封、扣押、冻结,如《公安机关办理刑事案件程序规定》第二百二十二、二百二十三条,《人民检察院刑事诉讼涉案财物管理规定》第五条,《刑事诉讼法》第一百四十四、一百四十五条等。涉案财产同时也具有证据属性,对涉案财产的保全也被认为是证据保全。

### (二) 关于合法财产的保全

《刑事诉讼法》第一百零二条规定,人民法院在必要的时候可以采取保全措施、查封、扣押或者冻结被告人的财产。附带民事诉讼原告人或者人民检察院可以申请人民法院采取保全措施。人民法院采取保全措施,适用民事诉讼法的有关规定。《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第四条规定,法院在审判中认为依法应当判处被告人财产刑、责令退赔的,应当依法对被告人的财产状况进行调查;发现可能隐匿、转移财产的,应当及时查封、扣押、冻结其相应财产。这两条是仅有的可以对被告人合法财产进行保全的规定。因为涉及附带民事诉讼原告的赔偿、刑事受害人的退赔、财产刑,故可以对合法财产进行保全。公安、检察部门无权对犯罪嫌疑人、被告人的合法财产进行保全,只有法院可以。

### (三) 关于行为的保全

行为保全,是为了保护诉讼一方的合法权益,保证判决的执行,在诉讼前或诉讼过程中责令诉讼另一方为一定行为或不为一行为的强制措施。刑事诉讼法并未有行为保全的直接规定。刑事附带民事诉讼中的保全

适用的是民事诉讼法的规定,而《民事诉讼法》第一百条规定,可根据当事人申请,责令对方作出一定行为或者禁止其作出一定行为。这可以认为是刑事附带民事诉讼中关于行为保全的间接规定。从司法实践来看,行为保全的作用有限,一般都可以通过财产保全来达到行为保全的目的。如禁止变更产权,可以通过查封财产实现。笔者也仅发现一种情形可适用行为保全,即禁止被告公司变更法定代表人。

基于以上法律文本的分析,我们可以看出,公、检、法三部门可以在刑事诉讼中对包括犯罪所得财物及其孳息、被告人非法持有的违禁品、供犯罪所用的本人财物等在内的涉案财物采取保全措施,涉案财物具有财产和证据双重属性,证据属性强于财产属性,故也被称为证据保全。证据保全存在的目的是为查明案情、证明犯罪嫌疑人、被告人有罪或无罪、罪重或罪轻;法院可以在审理阶段对被告人的合法财产采取保全措施,公安、检察院在任何阶段都不能对合法财产进行保全,法院也仅能在审理阶段对合法财产进行保全,合法财产保全的短板显而易见;行为保全未有规定,也无规定必要性。故笔者认为,刑事诉讼中财产保全有广义和狭义之分。广义的财产保全指为追诉犯罪、保障刑事裁判涉财产部分的执行,公、检、法三部门在刑事诉讼中对犯罪嫌疑人、被告人的涉案财产、合法财产采取的查封、扣押、冻结等保全措施,包括涉案财产保全和合法财产保全两部分。狭义的财产保全指为保障刑事裁判涉财产部分的执行,公、检、法三部门在刑事诉讼中对犯罪嫌疑人、被告人的合法财产采取的查封、扣押、冻结等保全措施。本文研究探讨的是狭义的刑事诉讼财产保全。



### 三、现实困境：基于现实情况和刑事司法实践的分析

完善刑事诉讼中财产保全制度具有以下现实价值和意义。

#### （一）提高刑事裁判涉财产部分执行效果的迫切需要

《刑事诉讼法》第一百四十四条规定，人民检察院、公安机关根据侦查犯罪的需要，可以依照规定查询、冻结犯罪嫌疑人的存款、汇款、债券、股票、基金份额等财产；第二百四十五条规定，公安机关、人民检察院和人民法院对查封、扣押、冻结的犯罪嫌疑人、被告人的财物及其孳息应当妥善保管，随案移送，对被害人的合法财产应对及时返还，人民法院作出的判决生效以后，对被查封、扣押、冻结的财物及其孳息，除依法返还被害人的以外，一律没收，上缴国库。上述规定是刑事诉讼法关于涉案财产保全及对涉案财产处理的规定，涉案财产保全的目的是为了侦查犯罪，刑事诉讼财产保全的目的是为了保证生效刑事裁判涉财产部分顺利执行，目的不同，两种保全措施保全的对象和范围也不同。涉案财产保全，顾名思义，保全的对象和范围必须是与犯罪嫌疑人及犯罪有关，属于赃款、赃物，被用于犯罪，或为犯罪所得。刑事财产保全的对象和范围是犯罪嫌疑人、被告人的合法财产，而非违法所得。因此，在刑事诉讼财产保全制度不完善的情况下，现行的保全制度目标定位上的不同，使其不能保障刑事裁判涉财产部分的顺利执行。

另外，涉及刑事附带民事诉讼原告的赔偿、刑事受害人的退赔、财产刑，法院在审判阶段可以对被告人的合法财产进行保全，但实际情况是审理法官对此并无工作动力。一方面，法院没有侦查权，缺少对被告人财产查控的手段，仅仅能在法庭

调查时对被告人财产情况进行调查，缺乏强制手段；另一方面，繁重的审判任务使得审理法官认为这是额外工作，加重工作负担，待判决生效后可交由执行局强制执行，到时自然会全面查控被告人财产。被告人可能早在侦查程序开始前就转移了财产，刑事诉讼财产保全明显滞后，甚至虚设，而执行阶段的保全措施远不能满足刑事裁判涉财产部分顺利执行的现实需要。基于上述分析，完善针对犯罪嫌疑人、被告人合法财产的刑事诉讼财产保全制度是现实的迫切需求。

#### （二）回应司法实践需求的迫切需要

如前所述，公安、检察机关不能对犯罪嫌疑人合法财产采取保全措施，只能对涉案财物进行保全。但司法实践却并非严格依据法律规定进行，主要是以下两种情形：一是需要对受害人进行退赔的案件，特别是近年来多发的电信诈骗、保健品诈骗、集资诈骗、非法吸收公众存款类案件，这类案件受害人众多。犯罪嫌疑人、被告人往往对钱财进行了转移或挥霍，受害人的退赔诉求得不到保证，进而申诉上访，严重影响社会稳定，这也导致办案机关在处理涉案款物问题时，更倾向于对被告人的合法资产一并进行保全。二是涉黑涉恶案件。该类涉及人员众多、涉案财物复杂，区分违法所得与合法财产难度大。在扫黑除恶，打财断血的刑事政策指引下，为彻底斩断黑恶势力的经济基础，本着政治正确的原则，办案机关对犯罪嫌疑人、被告人财产的保全往往把握的比较宽松。因此，司法实践中存在不做区分冻结被告人财产的现象，即侦查机关对犯罪嫌疑人名下的涉案财产与合法财产一概加以保全。有的地方为全面彻查犯罪嫌疑人、被告人财产，防止侦查机关查控财产有遗漏，甚至提前利用法院执行部门的查控系统进行财产查控。

以上做法缺乏实体法和程序法的依据,尽管有利于保障被害人的财产权利,但在缺乏法律依据的情形下,扩大查封、扣押、冻结的范围,无疑违反了程序法定原则,也可能不当侵害被追诉人及相关第三人财产权。因此,刑事司法实践也迫切需要完善刑事诉讼财产保全制度,为司法实践提供法律依据,满足司法实践的需求,在法律框架内打击犯罪,保护被害人利益,维护社会稳定。

#### 四、制度完善:基于刑事法律体系内部协调的分析

刑事诉讼财产保全制度的完善,既要能满足刑事司法实践的需求,又要有一定的超前性;既要能保障刑事裁判涉财产部分的执行效果,又不能侵害犯罪嫌疑人、被告人合法的财产权。

##### (一) 提起时间

进入刑事诉讼程序后,即立案侦查开始后才可以提起财产保全。相较民事诉讼有诉前保全、诉中保全,刑事诉讼只可能有诉中保全,不存在诉前保全。在犯罪嫌疑人、被告人之身份确定之前不能采取财产保全措施,这是限制公权力,保障公民财产权的必然要求。

刑事诉讼程序包括立案侦查、审查起诉和开庭审判三个阶段,进入刑事诉讼程序后的任何一阶段都可提起财产保全。这不仅有利于公、检、法三家相互配合,充分发挥各自专长,也有利于及时发现并实施财产保全,提高办案效率。如果仅限定在审理阶段提起财产保全,则为犯罪嫌疑人、被告人转移、隐匿财产提供了充分的时间和空间。

##### (二) 提起条件

《刑事诉讼法》第一百零二条规定,人民法院在必要的时候,可以采取保全措

施,查封、扣押或者冻结被告人的财产。所谓必要的时候,结合相关法律规定,应理解为被告人依法应当被判承担民事赔偿责任,且因为被告人的原因或其他原因可能使附带民事判决难以执行。

《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第四条规定,法院在审判中认为依法应当判处被告人财产刑、责令退赔的,应当依法对被告人的财产状况进行调查;发现可能隐匿、转移财产的,应当及时查封、扣押、冻结其相应财产。根据该规定,启动财产保全的条件为被告人应当被判处财产刑,或责令退赔,且被告人或利害关系人可能隐匿,转移财产。

以上分析可以看出,现行法律、司法解释对刑事诉讼财产保全的提起条件做了严格限制。包括前提条件:被告人依法应当被判处财产刑或退赔;必要条件:因被告人隐匿,转移财产或其他原因,致使判决难以执行。也可以看出在公权力与私权利的角力中,立法者更倾向于严格限制公权力的滥用,保护私权利。刑事诉讼财产保全制度的完善同样应该坚持这一条件,同时符合前提条件和必要条件才能启动财产保全措施。

##### (三) 职责分工

公,检,法三机关在财产保全中的职责分工,即财产保全由谁提起、提起后由谁审查决定、决定后有谁负责实施。三机关无论是依照受害人申请或是依职权,都有提起财产保全申请的权力。

从国外的刑事立法和司法实践来看,多数国家倾向于将财产保全的审查决定权交由中立的法官,这也是司法令状主义的必然体现。但我国并未采取司法令状主义,现行法律规定财产保全由法院决定也并非司法令状主义之体现,而是仅规定

了法院可提起并决定财产保全。如果对于公安、检察机关提起的财产保全也都由法院审查决定，将与我国刑事法律体系相冲突，不具有可行性。财产保全是对被告人财产的强制，刑事强制措施是对被告人人身的强制，笔者建议可借鉴刑事强制措施的规定（逮捕除外），如《刑事诉讼法》第六十六条规定，人民法院、人民检察院、公安机关根据案件情况，对犯罪嫌疑人、被告人可以拘传、取保候审或者监视居住。刑事强制措施的提起和审查决定为同一机关（逮捕除外），均由公安机关实施。财产保全参照规定即可，不仅具有可行性，也能维持刑事法律体系内部的协调一致。

公、检、法三机关均可提起并决定财产保全，由公安机关负责实施。由公安机关实施，是考虑到公安机关有侦查权，可以高效完成财产保全。但是公安机关的侦查手段也有盲区，信息化的查找财产手段还未跟上。与之相比，法院执行机构经过这几年发展，特别是基本解决执行难专项行动以来，查控手段有了翻天覆地的变化。建立了专门的总对总、点对点信息化查控系统，足不出户即可查询银行、理财、保险、证券、车辆、不动产、微信、支付宝、公积金等财产线索。笔者建议公安部门可借助该系统，相互协作，取长补短，快速全面高效实施财产保全。

（上接第40页）时，要把评价结果作为法院了解法官的重要途径，结合外部约束机制，有针对性地加强对法官的日常管理。

### （五）加强法官职业道德教育 提升法官职业道德水准

在教育内容方面。一是加强联合攻关。可以由国家法官学院组织资深法官、专家学者等组成专门委员会，加强对法官职业道德领域的重点问题、重点项目的联合攻关，形成指导法官职业道德教育的纲要性文件。二是注重课题带动。加大对法官职业道德建设课题的研究力度，通过完善课题生成、研究以及成果孵化、推广机制，带动教育培训实践转型升级。三是注重成果转化。省级法官学院可以按照培训的总体纲要，充分吸收课题成果，根据辖区的实际情况和发展需要，确定培训课程、计划、方式。

在教育方式方面。对法官职业道德的继续教育，应当突出实践性、灵活性和启

发性。一是设立法官职业道德实践基地。法院可以与社区、企业、律所或其他单位合作，派遣法官到这些单位开展短期研修，让法官走出法院，了解国情民情，了解社会现状，在社会历练中参悟法律职业的属性以及作为一名法官应当具备何种道德品质。二是改造传统的集中授课方式。对法官的授课，不能局限于照本宣科，可以采用论坛、情景模拟、案例分析、录像教学等多种方式，提高法官参与度，潜移默化地引导伦理实践，生成伦理规则。

（课题组成员：肖天存 徐天骅 徐洁 常鑫）



# 论我国破产程序催收股东未缴出资机制之完善

——以英国破产法非诉追收股东出资模式为借鉴

孙晓星 张艳飞

《企业破产法》第35条规定：人民法院受理破产申请后，管理人应当向债务人的出资人追收未缴出资，而不受出资期限的限制。破产清算时追收股东的认缴资本是当前我国制约股东滥用出资认缴制、保障债权人利益的唯数不多机制之一。

**一、问题提出：破产程序追收股东认缴资本的实践样态**

**（一）案例扫描：破产程序追收未缴出资的实证分析**

《企业破产法》第35条规定的管理人向债务人追收未缴出资主要方式，系我国《破产法司法解释二》第20条规定的破产衍生诉讼路径，即《民事案件案由规定》中确定的“追收未缴出资纠纷”案由。笔者以“追收未缴出资纠纷”为案由，在法信输入“追收未缴出资纠纷”进行调研：

2015年1月—2021年8月江苏省追收未缴出资纠纷一审民事裁判文书共计162件，其中撤诉裁定32件。其中2018、2019、2020年样本一审判决（共70件）的平均审理周期和费用如下表：

表1:2018至2020年江苏省追收未缴出资纠纷一审判决周期和费用一览

年份	案件量	平均审理周期 (月)	平均诉讼费用 (万元)
2018	19	3.5	2.9
2019	20	4.95	6.75
2020	31	4.7	14.59

上述70件一审判决结果显示：认定已经缴纳股款有2件，认定冒名股东不负缴纳义务有1件，其余均判令股东缴纳股款，但对于已转让股份的股东是否需承担连带责任，存在同案不同判现象。

上述70件案件中二审案件量分别为2件、9件、13件，其中除因新证据发回重审1件，因程序问题发回重审1件，因管辖问题驳回起诉1件外，其余均维持原判或当事人撤回上诉或撤诉。

**（二）缺陷分析：衍生诉讼模式追收未缴出资缺陷及危害**

1. 追收成本高。从上述案例看出，2019年至2020年平均诉讼费用分别为2.9万、6.75万及14.59万元，以衍生诉讼方式追收股东未缴出资系按财产案件标准计算诉讼费用。实践中，破产企业股东认缴金额高百万、千万乃至数亿元较为常见，此时追收未缴出资的诉讼费将极有可能达到几万、数十万元，必然显著增加破产追收成本。

2. 启动程序难。2015年至2021年仅有162件破产案件提起追缴之诉，平均每年每市案件量仅为2.2件，其中部分城市5年多来仅有1件，且因缓交诉讼费申请未通过，裁定按撤回起诉处理。该数据与我省受理破产案件数量严重不成正比，虽然破产环节是股东出资加速到期的唯数不

多的途径，但从追索机制实践运用看，即使上述70例案件中胜诉案件高达67件，但启动比例仍远低于预期。

3. 程序耗时长。2018至2020年，我省追缴出资平均审理期限为3.95、4.5、4.7个月，该审理期限尚不包括破产管理人选任程序、破产管理人决策启动追缴程序，搜集证据等必要环节，亦不包括审理后判决公告、上诉、执行等后续程序，如一并考虑，则以衍生诉讼方式追缴股东出资所耗时间将远超6个月。

衍生诉讼模式追收未缴出资成本高，时间长，尤其在无产可破情况下，破产财产不足以负担诉讼费用，导致大量案件债权人放弃追收。这无异于纵容股东滥用认缴制虚增企业信用，而不用承担任何责任。

## 二、缘由探寻：破产程序追收股东出资困境原因分析

### （一）破产费用保障不到位

诉讼费的来源一为债权人垫资，二为破产援助基金资助，但前者镜花水月，后者杯水车薪。实践中，大量执转破案件为无产可破案件，破产财产尚不足支付破产费用，管理人“巧妇难为无米之炊”，遑论提起追收未缴出资的衍生诉讼。尽管追收出资有利于债权人利益，但在破产程序中，当追回出资的诉讼程序繁杂，诉讼费用高昂时，能否追回出资是不确定的，债权人本能的风险厌恶偏好会促使他们作出不提起任何诉讼的决定。特别是当债权人众多时，债权人难以对垫资发起追收出资诉讼达成一致意见。即使有债权人愿意垫资，其在追缴财产分配时仍按照法定顺序受偿，并无特殊照顾，导致很多债权人存在观望心态，希望由他人垫付资金，自己“搭便车”获利。在这种“囚徒困境”之下，每个债权人都 unwilling 垫资，最终难以达成

共同垫资诉讼的目标。

另一方面，尽管各地建立了破产援助资金，用以补贴破产费用、管理人报酬，但是由于资金规模小、案件基数大的矛盾，导致用于补助诉讼费的资金几无可能。以江苏省C市T区法院为例，年度援助资金规模为100万元，无产可破案件补助管理人的破产费用与报酬合计2万元，年度收案不低于40件，应付常规事务性工作的前提下，援助资金即耗费不少于80万元，剩余20万元还要用于疑难复杂案件的支出，资金安排用于垫付诉讼费的空间几乎为零。

### （二）缓减免诉讼费用落实不到位

我国《诉讼费用交纳办法》第44条第2款明确只有自然人可以申请免交诉讼费用，而不适用于企业；第45条、第46条、第47条在对应缓减免的规定中，没有明确破产管理人代表破产企业提起诉讼符合缓减免规定。因此企业破产案件中，追收未缴出资无法免交诉讼费用，减交、缓交亦存在客观障碍。针对破产管理人无资金缴纳诉讼费用以提起追收未缴出资的问题，在破产审判实践中，部分地区作出规定可以缓交诉讼费用。这在一定程度上起到了“地方粮票”的作用，保障了管理人依法履职。例如，无锡依锦毛纺有限公司破产清算案中，无锡市梁溪区人民法院依法准许管理人缓交破产衍生诉讼的诉讼费，最终成功向股东追偿，破产债权清偿率从0提高到37%。

但目前并无明确的法律和司法解释规定管理人提起追缴出资的衍生诉讼可以缓缴诉讼费用。即便广东、江苏、贵州几个地区的高院出台了政策性文件，但高院的规定没有实施细则。实践中作为收费主体的立案庭与作为破产指导的破产庭之间存在认识上的差异，导致上述政策文件的规

定并未严格落实到各基层和中级法院。例如江苏省多个地区的法院并未落实缓交政策，甚至出现同一地区上下级法院之间、同级法院之间做法不一致的情形。

### （三）诉讼程序设计繁杂

采取破产衍生诉讼方式催缴出资，程序上赋予当事人充分参与诉讼程序、发表辩论意见、处分自己民事诉讼权利的机会，这是立法者基于保障程序正义考虑所下的决断。但程序拖沓也是显而易见的。该类纠纷虽法律明确由受理破产的法院管辖，但股东仍可以提出管辖异议并上诉，随后还可以用尽一审、二审甚至再审程序。如果被催缴人不能直接送达的，诉状、裁判文书、上诉状等均需公告送达，进一步拖延了处理时限。待文书生效后，才可通过执行程序进行追缴。破产衍生诉讼模式追缴出资通常难以在6个月内审结，无法嵌套于简化程序审理的破产案件中。

实践中，为提高破产审判指标，部分法院先以无产可破为由终结破产程序，再由管理人另行提起的追收未缴出资诉讼。如管理人不提起诉讼，再由债权人另行提起诉讼追收。如上海市宝山区人民法院，在债权人数较少的情况下，将破产衍生诉讼后置于破产程序，允许全部债权人在破产程序终结后共同起诉未实缴出资的股东，并直接判明执行到的款项在各债权人之间的受偿比例。

然而，此种方式收回的出资并未纳入债务人财产中，导致经破产程序收回资产减少，降低了破产回收率。如追收出资结果良好，则可能出现资大于债、进入重整、和解程序等不符合破产清算条件的情形。此外，《企业破产法》第123条规定债权人提起追加分配需在裁定终结破产程序之日起2年内行使权利，而破产终结后另行

诉讼则可能超过2年。且破产程序终结后，管理人缺乏继续追偿动力，诉讼及执行效果难以保障。

### 三、域外借鉴：英国追收出资模式简述及启示

他山之玉，可以攻石。《英国1986年破产法》自1986年生效以来，历经一系列修正，仍沿用至今。该法第四部分规定了公司解散，包括债务人自愿解散、债权人自愿解散和法院决定的解散（我国破产法中的破产清算），该部分对破产清算时催收股款作了详细规定。

#### （一）英国破产法催收股款规定和评价

##### 1. 英国催收股款模式——非诉模式

英国破产法赋予法院依职权直接发出催缴股款命令的权力。解散令一经作出之后，法院应尽快根据公司法或破产法要求在所有情况下纠正成员登记册，决定一个责任分摊人名单（根据公司法或破产法有义务在公司破产清算时向公司注资以偿还公司债务的公司成员），并且促使公司资产被集中并且用于偿付债务。在解散令作出之后的任何时间，法院在确定了公司资产充足性之前或之后，向目前在责任分摊人名单上的所有或任一人在他们责任范围内催缴法院认为有必要偿付公司债务以及解散的费用、责任分摊人之前权利的调整应付的金额，并且做出支付任何该未交股款的命令。在英格兰等地，赋予当事人上诉权，可以对催缴股款的命令上诉。法院依职权发出的催缴命令，在苏格兰可以被立即执行，不可以上诉或复议。根据清算人提交责任分摊人名单，以及每一名责任分摊人所欠的金额以及该金额到期的日期（清算人必须通知那些将列入名单的责任分摊人，使他们有机会进行抗辩），



法院有权立即宣布裁定，要求责任分摊人支付经核实的已到期款项以及从该日至支付时的利息。该裁定可以被立即执行，并且非因保证或寄存之外不得中止，除非有法院的特别允许。英国破产法采取双轨制，赋予法院直接催缴股款的权力，但并不限制其他权利人另行提起诉讼。

## 2. 英国破产法催收股款实体规范

**催缴的金额：**以该合股人应付而未付的股份金额部分为限。在苏格兰，催缴范围还包括利息，股东不仅负有支付股本的义务，逾期缴纳还应按年息5%支付利息。

**催缴的对象：**不仅包括现任合股人，还包括过去的合股人。

过去的合股人只有在现任合股人未能履行出资义务时才负有注资义务，且限定在解散开始之前1年内的股东，超过1年及以上的没有责任注资。即使没有超过1年，对于他停止作为股东后公司签订的合同产生的任何债务和责任，前任合股人也没有出资义务。

催缴的对象还包括股份被回购的合股人。如果解散在有关股份回购付款日后1年内开始，则任何股份被回购的合股人，有责任在回购款范围内向公司注资。同时规定了有支付出资义务的合股人死亡时，遗嘱执行人、遗产继承人、以及受遗赠人等成为催缴对象。

## （二）英国破产法催收股款经验启示

### 1. 破产程序中追缴股东出资应兼顾公平与效率

“迟来的正义非正义”。任何一种诉讼机制中必然平衡程序公正与程序效益两方面的价值。过度追求程序正义，很可能抑制程序发挥效用，累及程序效益，最终有损于程序公正。英国破产法在不剥夺管理人提起衍生诉讼的同时，直接赋予法院

在受理破产后依职权发起催缴股款命令的权力。该法要求法官在清算令作出后尽快确定清算人名单并追收，催收程序无须管理人申请，无须经过庭审，在苏格兰该命令立即生效并可被执行，如未在限期内缴纳还需支付逾期利息，这样的立法设计能促使有资金能力的股东为免交更多溢价或利息而尽早缴付出资。英国非诉模式追收股款提升了追缴股款的效率。只有尽快追收未缴出资，才能根据追收的情况判定是否宣告破产，以及是否可通过重整、和解避免债务人走向破产清算。

相比我国管理人提出衍生诉讼的模式，英国破产法赋予法院依职权非诉模式追收股款，节省了管辖异议、管辖上诉、开庭审理、公告送达、上诉等时间，对我国破产法的修改具有参考和借鉴价值。长期以来公平是破产法的最大要义，基于当时破产案件数量少、进入程序的案件多数属于疑难复杂案件的背景下所作的考量，为了追求公平，采取衍生诉讼追缴出资，即便审理周期很长，在考核上不受影响，法院也乐于指导管理人积极促成诉讼。但是随着营商环境评价考核日益受到重视，最高院对于长期未结破产案件在考核上提出了严格的要求，破产审判质效指标成为压在法院头上的一顶紧箍咒。在此情况之下，效率优先原则日益成为法院办理破产案件的价值取向。原先模式下，公平与效率显然无法兼顾。

### 2. 破产程序中追缴股东出资具有非诉审查可能性

英国破产法得以采用非诉模式追缴其原因在于追缴股东出资案件一般属证据充分、法律关系简单案件，在我国亦有同等前提。

#### （1）事实认定——工商登记证据效力

与公司的外部债务人相比，股东系公司内部人员。股东对公司负有缴纳股本金的法定义务。根据我国《公司法》的规定，公司法规定股东以现金缴纳股本的应当将货币出资缴纳至公司开设的账户；以非货币财产出资的，应当作价评估，依法办理其财产权的转移手续。股份公司还需向登记机关报送验资证明。《企业信息公示暂行条例》规定，企业为有限公司或股份有限公司的，应在信息形成之日起20日内在“国家企业信用信息公示系统”公示其股东或者发起人认缴和实缴的出资额、出资时间、出资方式等信息、以及股权转让、减资等事项。弄虚作假的将被列入经营异常名单，情节严重的给予行政处罚；构成犯罪的依法追究刑事责任。登记在企业信用信息公示平台的信息对外公示，股东作为公司内部人员应推定其认可公司向登记机关报送的出资缴纳信息，公示信息显示股东未缴纳出资的，可直接认定股东未缴纳出资。存疑的为股东抗辩冒名股东的情形，但属于罕见的例外情形，被冒名的股东应提供充足的证据以推翻工商登记。

而破产企业与外部债务人之间的债权债务关系、金额、缴纳时间等信息一般不在第三方登记平台登记并对外公示。事实认定需要双方交换证据，甚至面对扑朔迷离的事实，需申请证人出庭，经庭审对证据的合法性、真实性和关联性发表质证意见，法院经审查确认证据的效力后，才能进一步认定案件事实。

#### (2) 法律关系——较为简单明确

破产时股东对公司的出资义务是明确的，没有例外情形，没有期限利益。股东抗辩抵销、系代持股份等均不能免除出资义务。而公司外部债务人则可以因抗辩抵销、代理关系，质量问题等而免除给付义务。

司法实践中有争议的法律问题是已转让股份的股东是否对未到期的认缴出资承担补缴责任？由于法律并无明确规定，我国司法实践中对此问题的认识存在分歧。如在常州鲜坤食品有限公司与刘扬、黄玉、聂长文等追收未缴出资纠纷一案，法院仅支持向现任股东追缴出资，不支持对已转让股份的股东追收加速到期出资。而在中铁建业物流有限公司与中铁建设集团有限公司、江阴市远大燃料有限公司追收未缴出资纠纷一案中，法院支持对已转让股份的股东追收加速到期出资。

上述分歧根源在于缺乏法律规范。笔者认为，注册资本认缴制下，如果不可以向过去的股东追缴，则不可避免造成股东在明知企业将不可避免走向破产前转让股份给第三人，恶意逃避出资责任。但如果不限任何条件对所有过去的股东都可以追缴，对早已出售股份且未引发公司破产债务的股东来说，亦不公平，也不利于股份的出售和转让。英国破产法限定一定期间和债务发生的时间，既可以有效约束股东恶意转移股份逃脱出资义务，又排除了对正常经营过程中的股权转让行为的影响。

#### 四、我国破产程序中追收股东未缴出资路径建议

英国破产法赋予法官非诉模式催缴出资的权力，并且有些地区该催收裁定可以立即执行，系因英国公司法中设立董事催缴股款制度。但我国尚未建立董事催缴制度，故借鉴制度时应考虑我国法律体系的特殊性。

##### (一) 完善我国催缴实体法律规定

我国《企业破产法》第35条仅规定破产管理人有权向债务人的出资人追缴，但未规定是否可以向已转让股份的过去的股东和减资的股东追缴加速到期出资，导

致司法实践的分歧。建议借鉴英国破产法，限定向破产前一定期限内转让和减资的股东追收出资。英国破产法限定的时间为破产前1年，我国设置1年的期限是否适当？笔者认为，英国破产法规定，如果公司董事已经能够认识到公司将不可避免地进入破产清算，却仍然让公司继续经营，该董事要对债权人进一步的损失承担责任。但我国破产法并未设置该项董事责任，导致公司符合破产条件但不申请破产仍存续多年，且我国破产案件受理难，裁定受理破产申请的时间一般较晚，如设置1年的期限，将放任股东在公司陷入破产时不申请破产而转让股份以逃避出资义务。因此笔者建议期限设置为2年，并借鉴英国破产法增设实际控制人、高级管理人员及时申请破产的义务。

其次，限定在股权转让时已经产生了债务至破产时未能偿还，以排除正常交易中的股权转让行为。在破产申请受理前2年内转让股份且转让时已形成破产债务的，已转让股份的股东在现任股东无法履行出资义务的范围内承担补充缴纳责任，否则不再承担补充责任。上述规范同样适用于减资情形。追缴的金额建议不仅包括股本，还包括逾期缴纳的利息损失（可以5年期LPR计算），以抑制股东滥用诉权，拖延付款。

## （二）构建我国破产程序非诉催缴出资模式

借鉴英国非诉模式裁定快速追缴出资，构建我国非诉催缴模式，取代破产衍生诉讼模式追缴未缴出资。借鉴英国董事催缴制度，完善我国执行追缴和管理人追缴程序的前提下，赋予法院依申请直接作出催缴或不催缴裁定的权力，提高催缴效率。

### 1. 设置我国董事催缴制度。

完善破产管理人催缴制度。我国《企

业破产法》第35条仅规定破产管理人义务催缴，但催缴方式、催缴时间、异议处理等均无规定，实践中也无统一做法。完善管理人催缴程序作为法院催缴的前置程序，可提高催缴效率和准确率。破产管理人被选定后，应立即调查破产企业出资情况、制作催缴名单并及时催缴。通知内容包括交纳的金额、时间、逾期交纳的利息计算、异议权利（限被催缴人收到通知之日起7日内以书面方式提出异议及相关证据）。股东或债权人提出异议且理由成立的，破产管理人可调整催缴名单。股东异议不成立、不缴纳出资或股东下落不明的，管理人应向法院申请催缴。

### 2. 破产管理人申请启动。

破产管理人向法院提出催缴申请（包括股东身份信息、金额、利息计算、异议情况）及证据材料（既包括管理人提供的，又包括异议股东提供的）。破产管理人应在被指定后的30日内向法院提出书面催缴申请，有特殊情况需要延长的，可经法院批准。

### 3. 无权提出管辖异议。

直接在破产案件的案号下审查是否应当追缴未缴出资，当事人无权提出管辖异议。实践中有争议的为公司章程约定由仲裁管辖，审理破产案件的法院是否可以直接作出催缴裁定？笔者认为，在破产案号下直接由审理破产的法管裁定催缴出资，可加快案件审理进程，这也是设置破产非诉催收未缴出资的目的。如追收出资事项由仲裁裁决，则仍是破产衍生诉讼的思路，将追收出资作为普通民事纠纷另案处理。其次，公司章程约定的仲裁条款是否有效本身是存疑的。最高院否定仲裁对公司解散等纠纷的管辖，认为在公司解散、清算类案件中，目标公司为案件当事人，且可



能会涉及公司事务和公司外第三人，公司解散和清算的请求，只能向人民法院提出。因此，审理破产案件的法院可直接裁定催缴出资，不受章程中仲裁条款的约束。

#### 4. 合议庭或审判员直接裁定追缴。

在破产案号下，由审理破产案件的合议庭或审判员书面审查后直接出具催缴与否的裁定，必要的时候可采取听证的方式审查。法院应自收到催缴申请之日起30日内裁定是否催缴。对于股东收到破产管理人发出的催缴通知后未提出异议的，法院可立即裁定催缴。有特殊情况需要延长的，可经院长批准。催缴裁定应明确催缴的主体、金额、缴纳时间、逾期利息，法院有权要求被催缴人直接支付出资款至指定银行账户。

#### 5. 避免适用公告送达。

破产管理人和法院可以采用电话、短信、微信、电子邮件、传真等简便方式发送催缴通知书、传唤相关人员以及送达除催缴裁定书以外的其他法律文书。当前进入信息时代，通讯科技高度发达，送达不应再固守传统的纸质送达方式，在确保数据传输安全可靠的条件下，电子送达应当成为优先使用的送达方式。股东系公司内部人员，应在公司留存联系方式和联系地址，变更联系方式时应当及时通知公司。在公司被申请破产时股东下落不明的，导致催缴裁定书无法送达时，如采取公告送达将迟延案件受理审理进程，损及债权人权益，可参照《江苏省高级人民法院民二庭破产案件审理指南》对债务人不能送达的规定，在公司住所地、股东户籍所在地张贴催缴裁定，不再采取公告方式送达。

#### 6. 诉讼费负担参照非诉程序标准。

法院依申请出具非诉催缴裁定书不收取或者参照非诉程序标准收取诉讼费用。

### （三）赋予当事人上诉权作为权利救济途径

考虑我国未建立董事催缴制度，应给予当事人救济途径，在提高追缴效率的同时，兼顾程序公正。救济途径一种方案是借鉴执行异议之诉程序设置破产“异议之诉”程序。执行程序中可直接裁定追加未缴纳出资的股东等为被执行人，异议人可提起异议之诉作为救济途径。破产程序本质上属于概括的强制执行程序，故借鉴借鉴执行异议之诉程序设置破产追缴股东出资的异议之诉程序具有合理性。另一种方案是参考我国《企业破产法》第12条申请人对“不予受理破产申请裁定”不服的救济方式即“上诉”，对法院作出的催收未缴出资裁定不服的，可自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院提起“上诉”。两种方案相比，“异议之诉”程序经历一审、二审，耗时更长，而追收未缴出资纠纷事实认定和法律适用争议较小，故笔者倾向于选择更快捷的“上诉”程序作为救济方式。上诉可按件收费，以抑制权利人滥用诉权拖延缴纳出资款。

### 五、结语

立法是人们的一项有自觉目的的活动，立法目的始终贯穿在立法过程中。降低破产程序运行成本，提高破产程序运行效率，提升破产回收率，是我国破产法修改所要达到的目标，而改革我国催收未缴出资程序可以让我们离这一目标更近一步。

（作者单位：天宁区人民法院）



## 常州市法律援助中心 对潘某离婚后财产纠纷提供法律援助案

受援人潘某，男，1957年7月生，系常州市计划生育特殊困难家庭，丧女离异，为失能、失独老人。因丧失语言和吞咽功能，生活不能自理，目前寄住在常州市某护理院。

受援人潘某与其妻子潘某芳于1985年4月19日登记结婚，婚后于1987年3月14日生育一女，已于2014年9月11日因病亡故。女儿亡故后，潘某与其妻子倍感痛苦，常有口角之争，后因感情不和于2016年12月26日在常州市天宁区婚姻登记处登记离婚，离婚协议约定常州市天宁区某房屋归潘某所有，但其妻子潘某芳一直未配合过户。潘某离婚后逐渐丧失语言及吞咽功能，生活不能自理，只能寄住在常州市某护理院，每月正常开支要四、五千元，但是潘某除一千八百多元的养老金外再无其他收入来源，生活极为困难。潘某想卖掉房子贴补养老，便委托其弟弟携带案涉房屋土地证、房产证及离婚协议前往常州市不动产登记中心咨询出售案涉房屋的相关手续如何办理，市不动产登记中心告知需其前妻潘某芳共同签字，经多次联系，潘某芳均不予配合，无奈之下潘某只能通过诉讼途径解决该难题。

因无力承担高昂的律师费，潘某想到了法律援助。2021年6月4日潘某委托其

弟弟到常州市法律援助中心询问此事。常州市法律援助中心工作人员热情接待，并对潘某的情况表示关怀与同情。根据江苏省司法厅印发的《关于“法援惠民生·拓展工程”的实施方案》，对高龄、孤寡、失能、失独老人，困境儿童、重度残疾人、重病患者等特殊困难群体免于法律援助经济状况审查，取消法律援助事项范围限制，常州市法律援助中心当即决定给潘某提供法律援助，并指派经验丰富、善于与老年人沟通的朱向阳律师承办此案。

朱向阳律师接受常州市法律援助中心指派后，多次前往受援人寄住的护理院与受援人通过文字、手势等方式进行耐心沟通，了解案情并宽慰其情绪。通过与受援人及其弟弟多次沟通并调查取证后，援助律师与潘某芳沟通是否可以配合办理案涉房屋的变更登记，争取以最快的速度、最低的成本为受援人办结受援事务，但潘某芳拒不配合。因房屋标的金额大，受援人诉讼成本较高，为减轻受援人负担，援助律师与立案庭积极沟通协调房屋价值，并向法院申请诉讼费减、免、缓缴，尽量减少受援人的诉讼成本，同时与法官及人民调解员沟通，建议本案适用人民调解协议司法确认程序。最后在调解员、援助律师苦口婆心的劝说下，潘某芳同意调解，

## 2021 年度法律援助优秀案例选编

最终本案以调解结案。案涉房屋为受援人所有，诉讼费也减半收取。

本案援助律师仔细核实涉案房屋土地证、房产证的登记情况，婚姻关系存续时间，离婚协议约定等案件事实，认真分析证据材料，提出两点代理意见：一、常州市天宁区某房屋归受援人潘某所有；二、因潘某芳不按离婚协议约定配合潘某办理案涉房屋产权变更手续，才导致本案的诉讼，本案产生的诉讼费等相关费用也应由潘某芳承担。但为了尽快了结此案，争取双方达成一致意见，关于诉讼费的承担可以进一步协商。上述援助律师的代理意见在案件的调解过程中均被法院予以采纳。

2021年7月15日，在常州市天宁区人民法院的主持下，双方当事人协商一致，本案调解成功。坐落于常州市天宁区的某房屋归受援人潘某所有，潘某芳在接到潘某要求办理该房屋产权权属变更通知起七个工作日内协助潘某办理上述房屋权属变更登记手续，该房屋权属变更所涉费用由潘某承担。援助律师在收到民事调解书的当天就将其送至受援人手中，至此，作为援助律师办理法律援助案件结案。但是作为受援人案涉房屋的产权变更登记手续并没有完成，援助律师在案件办结后又及时回访询问案涉房屋权属变更登记情况，在了解到对方当事人不同意配合后，立即与常州市法律援助中心联系。常州市法律援助中心主动拓展援助内容，加强后端延伸服务，“一帮到底”解决受援人后患。援助律师在与潘某芳沟通未果后，为受援人申请强制执行，协助受援人取得了法院的协助执行通知书，2021年9月3日受援人持协助执行通知书去房管局办理了案涉房屋权属

变更登记手续，取得新的不动产登记证书，受援人的法律援助事务圆满完成，真正做到案结事了。后潘某委托其弟弟向常州市法律援助中心赠送锦旗，并转达：这一辈子很苦，但是法律援助让其感受到了温暖。

**【案件点评】**

我国已进入老龄化社会，让所有老年人老有所依、老有所养、老有所安，实施积极应对人口老龄化国家战略，是实现第二个百年奋斗目标的重要考量。

本案中受援人为失能、失独老年人，无依无靠，经济贫困，面对财产被侵占无力维护自身合法权益。常州市法律援助中心综合考虑案件具体情况，选择经验丰富、善于沟通的律师办理老年人法律援助案件，从承办案件思路、经验技巧等各个方面最大限度保证办案效果，为失能、失独老年人撑起法律援助保护伞，切实维护了社会公平正义，弘扬了社会正能量。本案成功办结后，受援人向常州市法律援助中心和律师分别赠送了锦旗，也是受援人对法律援助工作的肯定和赞扬。此案的成功办理彰显了党和人民政府对弱势群体的关爱，让越来越多的老年人受惠于法律援助政策红利，获得更多、更完善的法律援助，也进一步体现了法律援助保障民生的职能作用。

（承办人：江苏常晋律师事务所 朱向阳）

## 金坛区法律援助中心对吕某某等 834 名职工 劳动报酬纠纷提供法律援助案

2021 年 7 月初的一天上午，吕某某等上百名职工在金坛区信访局窗口就被申请人拖欠劳动报酬事宜进行上访。原来，吕某某等 834 名职工（申请人）一直在金坛某大型制造业公司（被申请人）处工作。但是自 2021 年 1 月份以来，被申请人因生产经营困难陆续欠付申请人工资及差旅费等费用，造成吕某某等 834 名职工经济困难，甚至基本生活都难以为继。申请人选派职工代表与被申请人多次沟通无果。

7 月 8 日，金坛区法律援助中心参与了区信访局牵头的、公安、人社等多部门参加的联席会议。会上通报了该案件具体情况，征集各单位意见。金坛区法律援助中心建议联席会议通过法律途径解决问题，并主动提出可以通过法律援助的方式为当事职工提供帮助，通过劳动仲裁快速解决纠纷。既依法依规处理又能迅速稳控讨薪群体，避免矛盾激化。这一建议获得了联席会议的一致赞同。

因为讨薪群体人数较多，金坛区法律援助中心随即组织召开援助工作专项会议，一致商定工作方案：1. 对公司现状进入深入排查；2. 探讨、部署制造业公司员工讨薪案件实施方案；3. 确定援助律师人员名单。因为该制造业公司加上其子公司共计 11 位主体，被拖欠薪资员工人数近 900 人，

援助中心计划指派江苏剑群律师事务所等 7 家律师事务所为上述员工提供法律援助。

时间紧、任务重，7 月 9 日一早，金坛区法律援助中心为负责本案的 7 家律师事务所 12 名专职律师做了简短动员后，立即赶赴被申请人处，参加员工讨薪案对接会。在会议现场，援助中心工作人员就员工普遍关心的问题进行答疑，职工代表和援助律师现场对接，法律援助程序正式启动。对接会结束后，区法律援助中心立即在被申请人处召开援助律师座谈会，就如何快速、有效帮助职工拿到拖欠的劳动报酬制定出更加具体、详细的工作方案。为方便操作和联系，区法律援助中心工作人员还分小组确定职工代表和联络员，迅速建立起 10 个小组微信群，安排援助律师进群，及时答疑解惑并跟进案件进程。

**案件焦点：被申请人欠付申请人的工资数额？**

本案中，拖欠工资组成和金额的确认是仲裁程序中又必不可少的，为尽快确定金额，区法律援助中心多次组织双方以及援助律师讨论，督促被申请人提供由其掌握的职工工资明细表、督促公司对拖欠职工的工资和报销费用进行核算。

最终，双方在部分拖欠的工资和报销费用确认单上签订、盖章表示认可。该确

## 2021 年度法律援助优秀案例选编

认单在仲裁时可以直接作为证据使用，于是由双方签字、盖章认可的证据，大大减少了仲裁时举证质证的环节，减轻了仲裁庭处理数据的负担，加快了案件办结的速度，同时，也为被申请人减轻了诉累。

**案件难点：被申请人的履行能力问题，能否及时予以履行？**

2021年7月15日，援助律师团先后向金坛区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁受理后认为，由援助律师申请审计部门对拖欠的劳动报酬金额进行审计，便于案件的执行及履行。

8月25日，金坛区劳动人事争议仲裁委员会出具了834份仲裁调解书，仲裁调解书上载明公司的支付劳动报酬的期限缩短为3个自然日。调解书生效后，援助律师们又以最快的速度代书执行申请书，并指导职工向金坛区人民法院申请强制执行。

鉴于被申请人大部分资金被金坛区人民法院冻结，援助律师们向执行局申请快速处理通道，由法院牵头组织援助律师和公司人员对资金的拨付进行协调，扫清了执行的最后一步障碍。

截止9月底，834名员工均已收到执行款，所有援助律师也已完成了法律援助委托和卷宗整理，为案件的妥善解决，矛盾的化解画上了圆满的句号。

### 【案件点评】

834名员工被拖欠的劳动报酬、5次工作部署会、10余场专题调解、2063.5万元执行款，金坛区法律援助中心的工作人员和12名援助律师争分夺秒、通力合作，仅用一个多月的时间就高效完成了这项工作，用实际行动和工作成效诠释了司法为民、法援惠民的根本宗旨。

劳动报酬是劳动者赖以生存的基础，是劳动者特别是企业一线职工的养命钱、活命钱，用人单位必须按时足额发放。为了进一步规范农民工工资支付行为，国务院2019年12月30日颁布了《保障农民工工资支付条例》。金坛区法律援助中心抓住这一契机，坚决贯彻执行，切实把服务保障和改善民生、构建和谐金坛贯穿于实际工作的各个环节，不断整合法律服务资源，对涉案人员多、影响面大的援助案件，优先办理、快速办结，让普通劳动者真真切切地感受到司法的温度，为他们撑起维权的“保护伞”。

如果你的劳动报酬不幸被拖欠，请拿起法律武器，走法律途径，维护好自己的合法权益。

（承办人：江苏金天虹律师事务所王鑫，江苏兴坛律师事务所张华，江苏天择律师事务所储庆华、周敏，江苏剑群律师事务所夏文平、李燕、毛霞，江苏常金律师事务所王敏、薛金辉，江苏钟鸣（金坛）律师事务所徐立，江苏友联（金坛）律师事务所孙秦霞、陈芝宇）



## 常州经济开发区法律援助中心 对曹某某工伤损害赔偿纠纷提供法律援助案

曹某某系外地来常务工人员，其于2020年3月5日进入常州市某五金有限公司从事冲床工作。2020年5月3日，曹某某在工作中双手被冲床压伤，随即被送入无锡市第九人民医院进行救治，入院后被诊断为双手毁损伤，并进行了双前臂截肢术。

2020年7月2日，其所受伤害经江苏常州经济开发区社会保障局认定为工伤。2020年8月25日，其所受伤害经常州市劳动能力鉴定委员会鉴定为二级伤残；2020年9月22日，经常州市劳动能力鉴定委员会鉴定，其生活自理障碍等级为符合大部分生活自理障碍，并同意配置假肢。曹某受伤后，虽然相关医疗费用已由用人单位支付，并发给其部分生活费，但是，由于其工作收入原为家庭主要收入来源之一，且受伤之后，为了照顾其日常生活，其配偶也不得不辞去工作，以致家庭收入来源完全丧失，致使原本正常的生活一时陷入十分困难的境地。而此时，在与用人单位关于工伤待遇赔偿的问题上也无法达成一致，为了维护自身合法权益，曹某某向常州经济开发区法律援助中心寻求帮助。

2020年10月14日，曹某某向常州经济开发区法律援助中心提出援助申请。常州经济开发区法律援助中心依据《江苏省法律援助条例》第十条第六款“因身体遭受严重损害请求赔偿的”规定，且曹某某系外来务工人员，家庭经济困难符合援助条件，当即决定给予其法律援助，并为其指派了江苏常报钧安律师事务所张建华律师办理此案。

接受指派后，援助律师第一时间联系了受援人，并与其进行了面谈，详细了解了案情。根据受援人的陈述，其入职后，用人单位未为其缴纳社会保险，且在其受伤之后也未能向其足额支付停工留薪期间的工资待遇；受援人出院后，由其配偶负责护理，用人单位未支付相应护理费用；用人单位安排受援人加班，却未依法向其支付相应加班工资。此外，受援人提出希望本案纠纷能一次性处理，其想回到家乡开始新的生活，未来不希望因本案纠纷再多次往返两地。援助律师听取了受援人的陈述及对于案件处理的期望之后，结合现有法律法规的规定，向受援人详细分析了案件的关键点及难点，同时进行调查取证、补充相应证据后，确定最终代理方案。

2020年10月21日，援助律师依法向常州经济开发区劳动人事争议仲裁委员会（以下简称仲裁委）提起仲裁，要求用人单位承担工伤损害赔偿并支付一次性伤残补助金、欠付的工资及加班工资、护理费、住院伙食补助费等合计10万元以上（其中：需立即支付的金额10万元以上；生活护理费、伤残津贴需按月给付；一般来说，假肢更换及维修费用需待产生时给付，援助律师在仲裁请求中尝试要求一次性支付，目的在于确定假肢配置的标准，同时探知用人单位关于假肢更换及维修费用的态度）。

2021年1月21日，本案在仲裁委开庭审理，庭前仲裁委员召集双方作调解工作，受援人也提出了一次性处理的调解方案，

但双方在金额未能达成一致，初次调解未能成功。庭审结束后双方皆表示可以继续庭后调解，为此，援助律师代表受援人与用人单位展开了为期2个多月的调解工作。期间，援助律师代表受援人就调解方案多次与用人单位进行谈判，尽最大努力维护受援人合法权益，希望能为受援人争取到一次性处理的结果。经过两个多月的努力，双方也曾一度达成一次性处理的调解意愿，并拟定调解方案，约定2021年4月1日签订调解协议并当场支付首期赔偿款，但，最终因用人单位于当日临时违反承诺而调解失败。

2021年4月6日，援助律师收到仲裁裁决书，裁决支持了受援人的大部分仲裁请求，裁决生效后用人单位需一次性支付金额为114445.71元，伤残津贴及生活护理费需按月给付，至此本案仲裁阶段援助工作结束。

仲裁阶段结束后，鉴于受援人对仲裁裁决关于假肢更换及维修费用的支付及扣减认定有异议，同时其也表示仍然希望能够一次性处理本次纠纷。于此，援助律师指导其再次向常州经济开发区法律援助中心申请援助并获得核准。

接受指派后，援助律师很快将案件诉至常州经济开发区人民法院。考虑到受援人目前生活特别困难，租住的房屋租金都已无力承担并拖欠。因此，援助律师在提交立案材料时特地找到法院立案庭的领导，向其说明了该案的特殊性，希望能够尽快立案并按程序组织双方进行调解，加速案件的处理进程。为此，法院也考虑到案件的特殊情况并积极做出了回应，很快组织双方进行了调解，虽然调解过程依然充满了波折，但，最终双方达成一致调解意见：用人单位分两期向受援人支付工伤待遇及工资等各项合计130万元，且约定逾期违约金5万元，双方之间的劳动关系解除，纠纷一次性处理完毕。

调解结案后，用人单位并未按时履行

付款义务，援助律师特地为受援人免费代书了执行申请书，并指导其向常州经济开发区人民法院提起强制执行申请。期间，援助律师与受援人一直保持联系，为其提供法律帮助，并协助参与了其与用人单位在法院组织的执行阶段的谈判。最终在各方的努力下，受援人获得了全部的赔偿款130万元及5万元的违约金，受援人对结果表示满意，为此，其还特地向援助律师赠送了一面锦旗以表谢意。

### 【案件点评】

本案系主要系工伤2级赔偿纠纷，处理时不光要考虑到目前的法律法规及司法实践对于该类案件的处理方式，还得考虑到受援人对于案件结果的期待以及其后续的维权成本及难度。但是，根据《工伤保险条例》第35条的规定，职工工伤鉴定1-4级的，保留劳动关系，退出工作岗位，而用人单位未为职工缴纳工伤保险的，部分待遇需按月由用人单位支付。而实践中，很多职工系外地务工人员，遭受严重的工伤伤害后，其也希望回到家乡继续生活，内心是很不愿以后得往来两地进行长期的维权。如果用人单位不积极履行义务或者发生经营困难的情况，按月支付伤残津贴及生活护理费等，不但会给受援人增加维权成本，而且会给其生活带来很多不稳定的因素。因此，援助律师在依法帮助受援人主张权利的同时，花了大量的时间和精力放在调解工作上，准确、有效地解决受援人的问题，打消其顾虑，而不仅仅是为其拿到一份裁决书或者判决书，而是为其争取到真正的权益。

因此，若用人单位未依法为职工缴纳工伤保险，目前江苏省内的相关规定对于鉴定为工伤1-4级的，不支持一次性处理，但为了解决此类1-4级工伤职工的切实需求，希望在未来的法规修缮中能得到相应的完善。

（承办人：江苏常报钧安律师事务所 张建华）

# 执行和解担保与执行担保竞合情形下， 申请执行人的路径选择

宋超

## 【基本案情】

执行案号：（2015）武嘉执字第 420 号  
审理案号：（2018）苏 0412 民初 879 号  
原告（申请执行人）：蒋某  
被告（被执行人）：张某  
保证人：张某某

蒋某与张某民间借贷纠纷一案，于 2015 年诉至常州市武进区人民法院，双方经法院调解达成（2015）武邹民初字第 300 号民事调解书。由于张某拒不履行上述调解书中所确定的付款义务，蒋某向法院申请强制执行，在执行过程中，申请执行人蒋某与被执行人张某达成和解，并签订执行和解协议，执行和解协议内容如下：一、张某结欠蒋某欠款 296485 元，张某于 2016 年 5 月 25 日支付蒋某 80000 元，剩余欠款于 2016 年 6 月起于每月 20 日之前各支付 5000 元，直至所有欠款归还完毕。二、张某支付蒋某 80000 元后，蒋某放弃对张某所有的某型号汽车的执行。蒋某向法院申请解除对张某所有的某型号汽车的查封、扣押。三、被执行人张某未按期支付上述执行款项，恢复（2015）武邹民初字第 300 号民事调解书的执行程序。四、案外人张某某对本和解协议及（2015）武邹民初字第 300 号民事调解书确认的张某应承担的付款义务承担连带清偿责任。五、执行费由被执行人张某承担。后被执行人张某未按期履行，申请执行人蒋某以原告的身份起诉保证人张某某，要求其承担保证责任。

## 【审判】

常州市武进区人民法院作出一审判决，判决内容如下：一、被告张某某自本判决生效之日起对张某结欠原告蒋某的款项 216485 元承担连带清偿责任。二、被告张某某承担保证责任后，有权向债务人张某追偿。

## 【评议】

上述案例中执行和解协议的第四条条款，其既符合执行和解担保构成要件也符合执行担保的构成要件，此时形成执行和解担保与执行担保的竞合。申请执行人面临两种路径选择，一、以原告的身份就执行和解协议确定的“新债权”，起诉相关当事人，要求保证人承担保证责任或者就担保财产实现担保债权（以下指路径一）。二、恢复原生效法律文书的执行，扣除执行和解协议已经履行的部分，申请执行保证人的财产或担保的财产（以下指路径二）。如何区分执行和解担保与执行担保？以及发生竞合的情形下，如何选择最有利的路径？成为法律实务中急需解决的问题。

### 一、执行和解担保与执行担保的区别

执行和解，通常它是指在民事执行过程中，当事人双方在自愿的基础上相互协商，对已经发生法律效力文书内容作出一致协议，以结束现有的执行程序。为了加大债权实现的可能，申请执行人往往通过设定担保，与被执行人达成和解，旨在对这种合意加一层制度保障。这就是所谓的执行和解担保。执行担保，是指在执行程序中，被执行人或第三人向人民法院提



供信誉或财产担保，经人民法院审查确认担保成立，经申请执行人同意，人民法院依法决定对案件暂缓执行的制度。

### （一）担保的债权不一致

执行和解确定的债权是一种新的债权，是对于生效法律文书确定的债权的数额、期限、履行方式等的一种变更。因此执行和解担保，担保的是执行和解协议确定的“新债权”。执行担保针对的是生效法律文书确定的债权。

### （二）法律后果不一致

执行和解的本质在于变更生效法律文书的确定的内容，执行和解担保在于确保各方当事人之间按照和解协议确定的义务履行。依照《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》第四百六十六条的规定，申请执行人与被执行人达成和解协议后请求中止执行或者撤回执行申请的，人民法院可以裁定中止执行或者终结执行。人民法院可以作出中止执行或者终结执行（终结执行适用于申请执行人撤回执行申请）。此时，对于法院来说，案件可以结案。

### （三）担保的方式不一致

执行和解担保一般为传统的担保方式。《中华人民共和国民法典》设定的担保种类，一般包括保证、抵押、质押、留置等四类传统的担保形式。执行和解担保在实践中最主要类型为保证或者物上担保（以下指抵押权和质押权）。一是保证，其中一种类型是案外人提供保证，此为常见的情形。案外人在和解协议上以保证人的身份签字，或者其他以书面的形式确认其对和解确定的债务承担责任。另外一种类型是案外法人或者其他组织提供保证，案外法人提供保证，不仅需要法人作出保证的意思表示，还需要按照公司法的规定，提供董事会或者股东会、股东大会决议。其他组织提供保证，要符合相关法律的要求。二是物上担保。执行和解协议中的担保条款可以约定质押或者抵押的方式。一

般是案外人因与被执行人系亲友或者有利害关系，提供自己的财产为和解协议的履行提供担保，设定抵押权。设定抵押权应该办理符合物权抵押的相关手续。随着现代经济、金融活动的发展，包括以独立保函、应收账款、商铺租赁权、知识产权等方式提供的担保不断被司法实践所认可、接纳。这属于执行和解担保的新型种类。

### （四）担保的对象不一致

执行和解担保，保证人、抵押人、质押人等只向债权人也就是申请执行人提供担保，属于当事人之间的“意思自治”的范畴。执行担保中的保证人或者被执行人、第三人提供的财产担保既要取得债权人也就是申请执行人的“认可”，又要取得人民法院“认可”。此时执行担保具有双重性，既具有私法的属性，也具有一定的公法属性。

## 二、执行和解担保与执行担保的竞合情形下，申请执行人的路径选择

通常来说，选择路径一，程序繁琐，时间较长，对于保证人惩戒、执行力度大。申请执行人以原告的身份起诉，要求保证人承担保证责任或者就担保财产实现担保债权。一般需要经历一审判决，甚至二审判决，待相应的法律文书生效后，需要申请强制执行。在执行阶段，保证人的身份即转化为被执行人，对于被执行人可以执行其财产，也可以对其信用进行惩戒，比如采取失信、限高等措施。对于执行和解担保的担保财产也可以强制执行。选择路径二，程序简单、快捷，时间较短，但是对于保证人惩戒、执行力度小。一般只需要在执行阶段，申请法院作出执行保证人的财产或者担保财产此时保证人只以其财产承担责任，不能对其信用进行惩戒。两种路径各有优劣，被执行人未按期履行和解协议，申请执行人可以结合自身的情形，选择对应的路径，以最大程度维护自己的权益。

（作者单位：武进区人民法院）



