第七届安徽律师论坛论文集

（下）

序　言

为深入贯彻中央关于生态文明建设重大战略决策，紧密配合省委省政府“三个强省”的战略部署，研究讨论在环境保护和生态文明建设领域如何更好地开展法律服务，全面展示我省律师的理论研究能力和业务创新水平，2013 年 8 月 16 日至 8 月 17 日，安徽省律师协会在宣城绩溪举办“第七届安徽律师论坛”。

本届论坛以“生态文明与法律服务”为主题，从生态文明与律师业务拓展、创新驱动发展与律师作用、两大诉讼法框架下的律师辩护代理、律师行业管理改革与创新四个方面，确定了 60 个论题。各市律师协会、省直各律师事务所积极组织、精心安排。全省律师一如既往地关心、支持和积极参与，截至 2013 年 7 月底，共收到论文 252 篇。协会组织行业专家对这些论文进行了认真审查、评选，选出 130 篇论文，参与论坛交流，并结集印制本《第七届安徽律师论坛论文集》。

在此，我们对作者的辛勤耕耘和参与论文评选及编校工作的同志一并深表感谢。由于编辑时间紧迫，水平有限，难免存在疏漏之处，望给予谅解并指正。

安徽省律师协会

二〇一三年八月

目　录

◎ 生态文明与律师业务拓展

1、环保与律师业务拓展……褚强强（1）
2、环境保护基本法律制度的完善……章　翔（5）
3、论生态文明建设的意义与对策……谢宏献（9）
4、浅析“环境正义”之核心法律理念　……赵　光（13）
5、论环境侵权社会赔偿制度……阮定梅（17）
6、生态文明建设的立法问题……杨天祥（21）
7、皖江示范区建设的环境立法创新研究……张　辉（25）
8、域外环境民事公益诉讼原告资格对我国的启示
——以美国、日本为例……邵卫星（32）
9、从生态环境破坏到生态环境的可持续发展
——以淮南市采煤沉陷区治理与环境修复为例……孔维钊（37）
10、生态文明建设的立法问题——浅议煤炭城市环保法制的完善……王忠道（41）
11、论环境污染损害赔民事偿法律问题……李国圣　高绪圣（44）
12、环境公益违法的权利救济……田　红（48）
13、环境保护法律制度的缺陷——浅析农村环境保护法律制度的缺陷
……樊玲玲（52）
14、环境侵权责任的责任追究制度……李洁丽（56）
15、环境责任的责任追究制度……胡安法（60）
16、浅析环境公益诉讼制度的构建……刘　林　章燕云（64）
17、浅析环境刑法法益保护……尹艳群（69）
18、环境公益违法的权利救济……章强贵（73）
19、生态环境之美，依赖法治文明之兴……程学平（76）
20、论环境公益诉讼……周光成（82）

◎ 创新驱动发展与律师作用

21、企业法律服务的范围
——以完成工作任务为期限的劳动合同之探讨……盛　勇（89）
22、非上市公众公司，值得关注的法律服务区域……周茂铭（96）
23、我国农村土地流转过程中的若干问题及建议……黄晓燕（104）
24、论如何促进我省知识产权律师在科技创新法律服务中发展……王　宏（109）
25、虚拟财产之财产利益刍议……王克生　冯红兵（113）
26、中外违法建筑治理异同之分析……张　健　徐　亮（118）
27、浅议矿业公司股权转让与矿业权转让的关系　……龚秀凤（122）
28、律师业务拓展中的营销方式……王朝琴（127）

29、青年律师如何开拓企业法律顾问业务 ……陆汝明 陆栋良（131）
30、经济转型升级与律师服务升级
——浅析我国经济上升转型期律师经纪人发展的必要性……宋俊生 王智勇（136）
31、农用地征收的纠纷与法律服务 集体土地征收应着重保护农民的合法权益
——写在《农村集体土地征收补偿条例》出台之际……徐晓波 杜 静（141）
32、论完善我国集体土地财产权 ……张 锐 刘 俊（145）
33、城镇化建设中律师的维稳作用 ……李舒华（151）
34、农用地征收的纠纷与法律服务……张 文 晁建伍（154）
35、企业知识产权的保护——以律师法律服务为视角 ……韦 国（160）
36、农村土地流转的法律风险与防范 ……胡 建（165）
37、企业战略融资中的法律风险
——浅析异议股东股份回购请求权……燕会娇（171）
38、行政权力主动介入商标权领域的正当性研究
——一起商标行政执法案件引发的思考 …… 张大成（176）
39、城市房屋征收中司法审查的困境及其对策 ……师 博（180）
40、城镇化进程中法律服务的必要性 ……程千胜（185）
41、从一篇招商引资服务案例探讨项目代建与委托管理模式区别……林 超（189）
42、中国企业“走出去”战略与律师业务的提升
——以安徽省律师为视角……董劲松 范小亮（193）
43、我国集体土地征收制度的不足与完善……许文春（199）
44、合肥市地下空间建设与利用中的法律问题与对策研究
——以合肥市轨道交通项目为视角……孙 森（204）
45、浅析股东资格的确认标准……蒋祥爱 陈 多（210）
46、论在先企业名称权与在后注册商标专用权冲突问题……项多章（214）
47、婚姻家事律师的发展与业务创新……曹冬梅（219）
48、间接信息网络传播行为的界定及法律分析……黄 敏（225）
49、经济转型升级与律师服务升级……范益民 陈 丽（231）
50、对外劳务合作中的当事人法律关系分析……李校帆（234）
51、论夫妻共同债务认定——对妇女儿童合法权益的不利影响……程秉琴（237）
52、论小区地下人防车位、车库的产权归属……李先芝（240）
53、凝聚共识，合力强化青年律师培养工作
——以构筑全方位责任体系为切入点……胡国杰 江 凯（245）
54、农村房屋买卖合同效力的认定……孟 超（250）
55、集体土地所有权在现有法律中的保护及思考……杨金龙（253）
56、破产案件受理难的原因分析及对策……曹勇前（258）
57、浅议律师防控企业法律风险……计京旺（262）
58、股权转让中阴阳合同法律效力探析……詹 涛（266）
59、企业知识产权的保护——浅议企业专利的创造性……沈雪冰 朱雨寒（269）
60、浅谈城镇化建设中的法律问题和律师作用……彭学斌（273）
61、浅析建筑施工企业合同管理与风险防范……江海俊（277）

62、青年律师如何创新服务企业法律顾问……王春雷　李夫永（282）
63、城镇化建设中律师的维稳作用……马　虎（286）
64、完善我国创业板信息披露制度的法律思考……李仁厅 薛　辉 卢　轶（289）
65、现行公司法相关制度之缺陷分析及完善建议
——以中小股东及债权人保护为视角……汪家元（293）
66、破解现行土地承包制度约束 现代农业发展之我见……王亦文（299）
67、下一个就是我——论青年律师如何开拓企业法律顾问业务……徐艳艳 周　涌（302）
68、论新型农村土地流转问题……高　飞（307）
69、瑕疵出资股东表决权的行使与限制……郑文兵（310）
70、农村基层组织人员职务犯罪引起的法律思考……朱　叶（314）

◎ 两大诉讼法框架下的律师辩护代理

71、从社区防范角度谈犯罪预防……吴艳红（317）
72、新刑诉法框架下的律师辩护——法律援助适用阶段问题的研究……李成华（321）
73、略谈电子取证的法律约束及实务……沈国庆（325）
74、民事诉讼中再审制度……汪　军（332）
75、浅谈我国现行民事再审制度……蒋家毅（336）
76、浅谈犯罪嫌疑人的权利保护……胡珊珊（340）
77、律师参与刑事诉讼的权利范围　刑事诉讼中律师权利的边界……刘其明（344）
78、办理交通事故侵权案件问题的浅谈……谢宏献（348）
79、论民事诉讼中的律师强制代理制度的设立……蔡晓慧（353）
80、新民诉法中证据规则的革新……马晓昀（359）
81、刑事附带民事案件执行难之出路
——从刑事和解到执行和解的路径……张运书（363）
82、新民事诉讼法实施后的公民代理……韩德林（371）
83、从刑法修正案(八)谈对未成年人犯罪缓刑适用条件的理解……邵 晖 陶小燕（374）
84、新《刑事诉讼法》背景下刑事辩护之路……杨茜茜（378）
85、新《民事诉讼法》实施背景下的公民代理
——浅谈青年律师的社会作用和执业前景……廖荣钊（382）
86、以食品安全为基准重树惩罚性赔偿制度……王　军（385）
87、非法证据排除规则在刑事辩护中的运用…… 王亚林 孙舒维护（393）
88、论侦查阶段律师权利的完善……魏在军（400）
89、监狱行刑社会化问题研究……周正东（404）
90、论我国非法证据排除程序的启动……金凤涛　郑和英（412）
91、论我国的环境民事责任追究制度……尚昌根（415）
92、现阶段民间借贷的现状及存在的问题……刘东峰（420）
93、存款人的利益保护……刘晓莉（425）
94、律师伪证罪的缺陷和规制……王克生 张善君（432）
95、论非法证据及其排除……贾东峰（437）

96、民事诉讼中再审制度……张舒霞（442）
97、论我国刑讯逼供的遏制……咎青青（444）
98、民事诉讼举证相关问题探讨……张劲松（452）
99、浅谈儿童性侵害现状、制度保护……范　珣（455）
100、浅析电子数据证据……张有旺　李璐璐（459）
101、浅析婚内侵权的相关问题——婚内侵权赔偿制度探析……石必亮（464）
102、浅议劳务关系的认定及责任承担……余家燕（469）
103、浅议我国公益诉讼发展现状及立法完善……王家龙（473）
104、论民事举证责任分配制度……宋　杰（477）
105、谈民事诉讼中再审制度的缺陷与完善……孙云鹏（481）
106、论被追诉人辩护权的宪法保障……奚　玮（484）
107、新《民事诉讼法》实施后对律师执业的变革……杨夫胜（490）
108、论刑事非法证据排除规则的完善与发展……王成艳（494）
109、论无罪推定原则……李　宁（499）
110、恶意透支型信用卡诈骗罪探究……冯　玮（504）

◎ 律师行业管理改革与创新

111、关于合伙人团队建设与中小型律师事务所发展的思考……杜家勤（508）
112、律师事务所分配模式探究……王　磊（512）
113、中小律师事务所发展策略之团队型律所的建设……李　甫（518）
114、律师社会责任建设与行业管理创新……张志银（521）
115、谈中小型律师事务所发展之路……方　陈（525）
116、浅谈县域律师事务所的现状及品牌建设……周新征　方金平（528）
117、社会管理创新的法治思考……陈宏光（533）
118、谈中小型律师事务所发展之路……陈本胜（538）
119、关注县域律师 促进县域律师良性循环发展
——县域律师的发展现状及应对措施……蒋祥爱（542）
120、律师事务所品牌建设……梅传喜（548）
121、律师文化建设的深化和创新……刘金莲（554）
122、律师行业管理与创新……鲍莲华（556）
123、律师行业自治与国家公权——论律师管理改革与创新……解晶晶（558）
124、律师事务所管理规范与发展……宫　鉴　樊　逾（562）
125、浅析律师事务所公司制分配制度……音邦定　朱　寅（566）
126、试论县域青年律师的培养……唐凤龙（569）
127、浅谈我国设立公司制律师事务所的必要性……汪淑芬（573）
128、我国律师管理存在的问题及原因分析……赵礼平　黄世亮（578）
129、影响县域律师事务所发展的不利因素及对策……许　翔（583）
130、论律师事务所对青年律师人才的培养……赵洪亮（586）

从社区防范角度谈犯罪预防

安徽元太律师事务所　吴艳红

摘　要：随着城市化进程快速发展，社区在人们生活和社会发展中的作用越来越大。社区防范作为社会治安综合治理的一种有效手段，已经在一些大中城市及社区进行了有效尝试，并总结了一些有意义的经验，但是也存在不少问题，对于社区防范的进一步研究是非常必要的。

关键词：社区治安　社区防范　犯罪预防

一、社区防范的概念、特点及价值评析

（一）社区防范的概念及特点

社区防范是一种总体性、综合性的治安维护与对犯罪的预防。它包括治安巡逻、条件预防、邻里守望与物业管理等。社区防范从体系上来说，应当包括两个有机部分：动态预防与静态防御、动态预防主要从主动维护治安及打击犯罪来说的，静态防御则从创建文明社区、加大防范意识，居民参与方面来说的。现阶段社区防范主要有以下特点：

1、社区由市区向城乡结合部、郊区的扩展带来了社区防范的责任交叉。随着交通等基础设施以及其他相关配套设施的发展，加上城郊结合地区特有的环境条件，如环境幽静宜人和房价普遍较低的优势，吸引了一些市区居民。这样一来，社区逐渐由市区向城郊结合部、郊区发展。这种现象可能直接导致入住居民处于几方分管或几方都不管的境地，社区内的各类案件和治安灾害事故一旦发生，互相推诿责任更加造成居民对社会治安状况的担忧。

2、社区规模的扩大，带来的社区防范范围的扩大。随着社会的发展，人们逐渐改变过去那种以单位为家、以校为家的居住模式，向社区居住模式发展。尤其是近几年，社区的规模不断扩大，逐渐发展为大规模的住宅群。规模的扩大带来的是治安防范范围的扩张，单凭物业保安、片警来维护社区治安或预防犯罪，难度明显加大。

3、社区功能日益曾多、社区成员趋于复杂带来社区防范目标的不确定。早期的社区是纯居住型的。而现今的社区不仅为居民提供居住条件，同时，还为居民提供购物、娱乐、锻炼、休闲、医疗等服务。随着社区的发展，社区的功能还在不断增多。功能的增多当然要求服务人员的增多，并带来了人、财、物的大量流动，特别是人口的流动使社区成员趋于复杂化。社区成员不再固定为某一地区、某个单位或某个街坊，无论从年龄、执业、学历、收入等方面来看都存在不同程度的差异。换句话说，不法分子也成为社区中“合法居住”成员。

（二）社区防范的价值评析

目前政府部门及公安机关一直存在着一种错误的观点默认为犯罪率低就代表了社会治安状况好。但从一系列数据中我们可以发现，我国从 1978 年到 1991 年刑事犯罪立案率由万分之五点六上升至万分之二十点八，1991 年刑事犯罪案件总量达到建国以来的最高量 236.6 万起，2003 年又再次冲破 400 万大关，达到 439.4 万起，立案率增至万分之三十四，2010 年全国各级法院一审刑事案件收案达 779595 件。由数据可以看出，犯罪率是以立案率为基数，立案率在增长中受到了人为控制，对于较轻的刑事案件一般都被从立案环节隐匿。我们不难看出高犯罪率未必就代表治安秩序差。反之，低犯罪率就未必代表治安秩序好。所以说维护治安与犯罪的预防就更为重要。

从犯罪预防上来说，犯罪预防是指国家和社会为消除或减少犯罪产生的一切原因和条件，防止、阻碍犯罪行为发生、减少乃至根除犯罪现象、对全体社会公民所采取的一种防止措施及控制过程。若假定由治安案件到犯罪案件再到重刑事犯罪的量是一个金字塔状的模型，那么，治安案件就是金字塔的最低一层。犯罪预防的最初也是最有效的手段就是从治安入手，打击犯罪只是扬汤止沸，以治安维护来预防犯罪才是釜底抽薪。在评价社会环境的过程中，公众对社会总体环境的心理最为重要，公众对周边环境的感知一般表现为社会安全感和安全度。社会公众对社会治安状况的直观感觉根源上是由社会治安现象的具体特性作用于感官而在人们意识中的反映。公众的安全感是否得到有效满足直接决定着犯罪预防的成败。随着经济社会的发展，以社区为单位的治安区域范围的出现，对社会治安提出了更高的要求，社区防范的价值也就体现出来。

社会治安秩序的维护一直存在两方面的矛盾：一方面社会具有组织机构和自己的构序机制，社会应是一个秩序体；另一方面社会中充满了冲突因素，存在着对社会秩序的破坏力量。两方面力量的较量与彼此消长是社会是否失序的关键，由此看来一个社会治安秩序的好坏并不绝对取决于犯罪的破坏力，社会控制与治理犯罪的能力是决定因素。所以说，预防犯罪的最有效药剂是从治安维护与治理入手，而社区预防正是最基层的犯罪预防手段之一。

二、现阶段社区防范存在的主要问题

（一）思想认识上的错位

公众（包括政府人员）普遍认为刑罚是打击犯罪的有效手段，面对刑不压罪、犯罪率总体上升的趋势，自古至今人民对犯罪的最常用手段是增加刑法条文、增加新罪名，条文扩张非常明显。实际上，法网越严密漏洞就越大，而且会产生另外一种效果，人人都感觉自己在法网的严密包围中，其冒险的意识就可能萌发，一旦因某一行为触犯刑法，其在犯其他罪的可能性就极大，甚至可能导致报复社会。犯罪的预防（一般预防）效果是震慑犯罪，是从源头抓起，打击犯罪（特殊预防）只是一种事后惩戒性预防，从防范的人员数量来说一般预防就更有意义。社区防范正是从一般预防角度入手，遏制犯罪于未然，打消犯罪的苗头，对社区整体环境的有效协调与控制，消除治安隐患也就有效地减少了犯罪的苗头。

（二）组织建设与物质保障上的欠缺

1、社区防范的组织不健全，负责防范的人员不落实、不到位。目前相当一部分社区（特别是老社区）没有建立专门防范组织，大部分由居委会、治保会兼管，而居委会、治保会由于种种原因，都没有足够的人力、物力负责社区的安全防范，有的社区连最起码的门卫值班都难以保证，有的勉强派上了也多为一些老弱病残人员，一旦发生紧急情况，也是难于应付。而现在社区的管理主要有物业公司负责，但物业公司往往只负责社区的卫生、维修、绿化而不太重视社区的安全防范，及时勉强兼顾安全防范，由于缺乏受过专业训练的防范力量，效果颇为不佳。与此同时没有派出所也没有专职民警负责社区的安全防范，民警的治安巡逻就更是奢侈的想法，社区治安得不到有效保证。

2、社区防范的物质投入不足。居民对自家的安全防范不愿投入，防范意识较为淡薄，认为住在高楼就可以减少不法分子的侵入，有的甚至连最起码的防盗设施都没有，为了房屋装修的美观而不安装防盗门、防盗窗栏的情况经常出现。现有的社区绝大部分没有防盗措施，虽然说现代型社区公用设施的硬件投入是非常到位，车库、监控摄像头、照明路灯等配备较为齐全，可是这些设施往往只是摆设，一些报警系统常年闲置，形同虚设。

三、对我国社区防范模式构建的几点建议

（一）建立一支专职的社区辅警力量，建立起强有力的社区治保组织

公安机关对社区防范首当其冲负有责任。新时期要搞好社区防范，公安机关应负责建立一支专职的社区辅警，在设置上可将派出所辖区按人口数量和治安形势复杂程度划分成若干责任区，由外勤民警分块承包，负责每一个社区的群众工作和安全防范工作。外勤民警是社区警力的主体，对社区方位主要起指导。监督作用，也承担直接 管理工作。最为关键的是，在社区建立外勤民警带队的社区辅警力量，辅警人员一般由对社区较为熟悉居民担任，担负起治安巡逻对可疑人员的盘查、协助社区警察进行抓捕等活动。这样可以对犯罪分子进行有效的震慑。实际上也是可行的，从犯罪种类上来说，在刑事案件中，"两抢"、入室盗窃、街头诈骗的可防性占全部案件的 70%以上。我省也有建立社区辅警的优秀案例，"芜湖市积极探索新形势下治安防范的新路子，在全市搭理开展社区辅警队伍建设，努力改变城市治安防范意识淡薄的状况建立治安防范得到长效机制……社区防范取得了明显成效，逐渐形成了多层次、全方位的防范网络"。对于辅警人员的经费来源方面，一方面可以从地方的社会治安维护的财政中支出，另一方面可以考虑"谁收益，谁出资"的解决方式；而且可以考虑让这些人员自由进行一些社区经营项目，建立类似于岗哨是小商店、报亭、电话亭等设施，对其进行经济扶持和优惠政策，让他们在经营的同时负担起社区防范的职能。

此外，社区治保会组织更应该加强，因为治保会承担了社区的大部分防范任务，尤其是青少年教育和刑满释放解除劳教人员的帮教工作，并不是由公安机关直接来完成，而是在公安机关的领导下，有社区治保会负责落实。另一方面社区治保会也是公安机关联系社区群众的桥梁和纽带，她在社区应有较高的影响力和号召力。当前完善治保会的主要措施一是要调整治保会组织的成员结构，改变过去那种治保会主要由"老弱病残"组成的状况，将政治可靠、工作责任性和工作能力较强的年轻的治安各级分子吸收为治保会成员，纳入社区辅警的范围。二是强化治保会的工作，使其真正成为群众性的治安防范组织，成为公安机关放心，群众信任的防范组织。

（二）充分发挥保安服务公司、物业公司、社区自治组织在社区防范中的作用

保安服务公司是专门提供安全保卫服务的企业，将保安服务公司的业务引入社区防范是新时期社区防范的趋势，保安服务公司与治保会组织相比，在防范方面更具有专业性，而且提供的防范业务较为全面，如社区保安门卫、社区保安看护、社区保安巡逻、社区保安技术防范等。因此，充分发挥保安服务公司在社区防范中的作用是新时期下搞好社区防范工作有效的途径。物业公司虽然不像保安服务公司那样专门提供安全防范服务，但物业公司负责社区的管理，可以将社区防范寓于社区管理中，有意识地兼顾社区的防范。

（三）加强社区基础防范设施建设

国外在预防社区犯罪方面非常重视基础设施建设，从开始设计房屋时就考虑防范的功能，警方也积极参加建筑物的设计，提出预防犯罪的方案，这值得我们借鉴。例如美国为了防止机动车被盗，建议居民将停车场的通道建成 S 型，将房门做成实心加厚的木门，将自家的门牌号码标识做成夜光的，并安置在门外明显的位置，在社区随处悬挂"您已进入邻里守望地区"的警示牌，以达到震慑犯罪的目的。

（四）做好社区防范的信息统计收集，建立防范预测机制

社区防范的目标就是要建立一个和谐的社区环境，防止治安及犯罪案件的发生。对于此目标的实现，有必要对社区内部的所有防范环节进行信息收集，对于社区内部应加大对原有社区内部

刑满释放人员、劳教人员、违法青少年的教育改造，做好流动人口登记、社区的道路及社区内部总体规划的评估。并在季节性犯罪和某一时段流行性犯罪方面做好重点预警，提高社区应对突发事件的能力。对于这一工作，笔者认为可以由社区居委会和社区派出所合作完成，社区居委会专职于社区信息收集与登记，社区派出所则将居委会收集的信息进行分析，并结合公安机关对某一时段常发犯罪信息的掌握，给社区防范提出预警，提出对社区防范人员、无力的调配意见，从而实现社区防范预警机制的建立。

（五）充分调动社区广大居民的自防积极性，提高防范意识，营造“人人皆警”的社会氛围

从犯罪心理学的角度来分析，犯罪分子实施犯罪行为至少需要具备两个条件，一个是实施犯罪行为的动机，是产生犯罪的主观因素；一个是犯罪行为能够取得成功的信心，是导致犯罪行为产生的客观条件、滋生犯罪行为的环境。我们要预防、减少犯罪，一方面要尽量从主观上消灭犯罪分子的犯罪念头，另一方面就是从根本上消灭犯罪分子对实施犯罪行为取得成功的信心，不给犯罪分子创造能够实施犯罪的环境，通过环境设计，最大限度压缩犯罪空间。因此就要坚持不懈地进行安全防范宣传教育，营造一个良好的“人人皆警”的社会氛围。公安机关、社区自治组织应将社区安全防范工作的重头放在日常防范宣传教育上，要善于抓住入户调查、召开群众大会、社区巡访等机会，采取多种有效形式，进行以防火、防盗、防破坏、防治安灾害事故为重点的安全防范宣传教育，要避免宣传的形式化，使社区居民真正树立防范意识，掌握必要的防范技能，并且自觉自愿地投入到治安防范的工作中，形成群防群治的防范网络。

四、结语

汉代思想家荀悦在其《中鉴杂言》中曾这样写道：“进忠有三术：一曰防，二曰救，三曰戒。先期未然谓之防，发而止之谓之救，行而责之谓之戒。防为上，救次之，戒为下”。对于心理犯罪的救治主要在于防，而不在于救或戒。同样，在现代社区中建立有效的防范模式也非常重要，新时期社区的防范模式要结合新时期社区的特点和违法犯罪活动的规律特点，同时也要考虑到每一种防范模式的可行性乃至社区居民的承受能力，这样才能将需要与可能相结合，选用适合社区具体情况的防范模式，从而达到预防、控制和减少社区违法犯罪的目的。

参考文献

1、张晶《浅议社区防范中的条件预防》长安，2006 年第 8 期，第 42 页。

2、秦立强《社会稳定的安全阀：中国犯罪预警与社会治安评价》，北京，中国人民公安大学出版社，2000 年版。

3、程汉大、李培峰《社区自保 专业警察 警民联防》载自《山东科技大学学报（社会科学版）》2006 年第 8 期，第 49-54 页。

4、顺俊《辅警：社区治安防范的生力军》《治安瞭望》，2003 年第 8 期，第 26 页。

新刑诉法框架下的律师辩护

——法律援助适用阶段问题的研究

安徽昊华律师事务所　李成华

摘　要：一个国家辩护权发展的状况，是文明程度的重要标志。在当今刑事案件逐步上升，刑事辩护率持续低迷，法制的建设进一步加强的现状。加大刑事案件法律援助的步伐提上重要日程。新修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》进一步加强对犯罪嫌疑人、被告人权益的保障，扩大了法律援助的对象及适用阶段。这一重要法律制度的出台对于犯罪嫌疑人、被告人辩护权的行使和保障，从而做到人人平等有着十分重要的积极意义。因此如何贯彻落实这一制度，保障刑事法律援助在各阶段的适用及存在问题的解决。成为当今理论与实践界共同探索的话题。

主题词：法律援助　适用阶段　刑事诉讼　辩护权

我国刑事诉讼的发展史，就是公民人权保障及辩护权不断扩大的历史。新修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》从保障和尊重人权原则出发，新增了许多对犯罪嫌疑人、被告人实质性权利保障条款。如何能使这些条款保障每一个犯罪嫌疑人、被告人有效地行使其权利呢？其中，最重要的途径即是提高刑事案件律师辩护率，而在这一方面上，刑事案件律师进行法律援助无疑是完成上述目标的一项重要举措。在犯罪嫌疑人心理感觉上，法律援助与公检法打压最大的不同，是其体现人文关怀，最大限度的追求公平正义创造保障的环境。对于促进刑事案件的公正审理、维护人权，为犯罪嫌疑人、被告人提供刑事辩护的法律援助具有十分积极的意义。笔者从以下几个方面分析我国刑辩现状以及如何做到法律援助的有效保障。

一、现阶段我国公民辩护权行使的现状

当今世界法制完善的国家都非常重视刑事辩护，联合国曾先后制定了一系列涉及律师辩护的法律文件，如《世界人权宣言》和《公民权利和政治权利国际公约》等。从贯彻公民在适用法律上一律平等的刑法基本原则出发，充分保障刑事指控者的辩护权，重视刑事法律援助，不因经济条件受限而带来刑事诉讼权利行使的不平等。最大限度的保障公平正义。

现阶段，由于我国律师制度的发展历史较短，实践中律师因从事刑事辩护的风险高、收费低，加之公民法律意识的淡薄，刑事辩护律师出庭率很低，刑事辩护率一直处于低迷状态。如四川大学法学院教授马静华对西部某中心城市郊县 D 县 2007、2008 年一审刑事案件的调研显示，在统计的 442 件审结刑事案件中，涉及被告 659 人，147 名被告人有律师辩护，包括指定辩护 54 人、委托辩护 93 人，比例分别为 8.19%、14.12%，自行辩护 512 人，律师的总辩护率为 22.31%。[1]

安徽省经济相对发达的地方，宣城市宣州区法院 2010 年 10 月 1 日至 2011 年 10 月 1 日审理案件分析为例：宣州区法院共受理刑事案件 334 件 539 人，已审结 290 件 473 人；律师出庭辩护率为 41.2%，其意见采纳率为 18.58%。律师出庭辩护率不到 50%；有的地方刑事案件律师出庭率甚至不到 30%。基于这些数据，如何保障犯罪嫌疑人、被告人的刑事辩护权的充分行使，法律援助便成为最重要的途径。

二、为贯彻落实新修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》对公民权利的保障，刑事案件的法

律援助有其重要性和必要性

2012 年 3 月 14 日第 11 届全国人民代表大会第五次会议通过的新修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》是刑事诉讼历史上重大进步，很多的实质性保障条款载入新法之中，如：尊重和保障人权。这是自宪法有规定以来，我国部门法第一次有了人权保障的规定，意味着在惩罚犯罪的同时，要尊重和保障人权。同时，该法确立律师在侦查阶段的“辩护人”的地位，自从司法机关对犯罪嫌疑人、被告人采取强制措施之日起或是司法机关对犯罪嫌疑人、被告人进行第一次讯问后，犯罪嫌疑人、被告人就可以请律师为其进行辩护。侦查阶段辩护人仅限于律师，辩护人在侦查阶段拥有调查取证权、无需侦查人员陪同，不被监听的会见权，全案的阅卷权，增加非法证据排除及警察出庭及证人出庭接受质询等诸多实质性保障人权条款。这些权利保障的条款均为被指控的犯罪嫌疑人、被告人而设立。而犯罪嫌疑人、被告人多数文化水平较低，经济条件受限、法律意识淡薄，更多人均不懂法。加之处为犯罪嫌疑人、被告人地位，处于公安机关、人民检察院公权力的危慑，控辩双方地位不对等，无法保障辩护权利行使对等。犯罪嫌疑人、被告人被羁押，对其有利证据取证权、全案阅卷权等无法进行。无法使《刑事诉法法》赋予其权利的得到有效的行使和保障。加之侦查机关、公诉机关处于指控一方，脑海中长期形成有罪推定的单方观点，不容易注意或忽视对犯罪嫌疑人、被告人有利的无罪或罪轻的证据。这种单方观点以及为支撑这种单方观点而调取的证据也为冤假错案提供了滋生的土壤，最终可能导致犯罪嫌疑人、被告人罪刑不相当及无罪却被追究的不公正判决。刑事案件中，辩护律师的介入更能从不同角度发现问题，及时搜集、发现、提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除刑事责任的材料和意见，有利于维护犯罪嫌疑人的合法权益。

本人曾经经历过这样一个案件，可以充分说明律师在及早界入尤其是侦查阶段开始介入的价值：一位妇女涉嫌制造毒品罪，当时律师介入时，已经被拘留了二十多天，就快要批准逮捕了。律师通过会见犯罪嫌疑人，找公安机关的承办人了解情况，发现这个案件不应该对该妇女采取强制措施，因为她根本不能认定为犯罪。首先，她只有小学二年级文化，连字都不认识，只是因为生活困难为别人打工，负责装箱打包的工作。第二，她不知道老板加工生产的药品是何种药品，也不知道该药品的功效，没有任何制造毒品的犯罪故意。第三，老板也仅是按所打包装箱的数量，一箱支付几十元劳动报酬，她并没有参与非法盈利。律师及时提出了对该案的《法律意见书》送交给办案机关及检察院的批捕科，后来这位犯罪嫌疑人没有被批捕，直接释放，该案件取得了很好的法律效果与社会效果。

同时，笔者刚办理一件指控多达 25 起盗窃的共同犯罪案件，也证实了辩护律师的介入对犯罪嫌疑人、被告人人权益保障的重要性。辩护人从数次会见当事人及相关材料中了解到，其中有两起涉及数额巨大的盗窃事实，被告人根本就没有参与。被害人报案失窃的物品品种、数额及证人证实参与盗窃车辆跟被告人供述完全不相符。辩护人就两起犯罪做了证据不足、指控事实不能成立的辩护意见。犯罪数额是盗窃罪最重要的量刑尺度，对被告人罪刑相符有着十分重要意义。公诉人公诉观点认为，因被告人对部分犯罪事实不予认可，认罪态度不好，建议从重量刑。辩护人观点认为，被告人对已经经历的事实坦白供述，认罪态度好，对自己没有从事而被指控的盗窃行为进行辩护，是为了法庭审理查明事实真相，保障无罪不被追究，不能认定为认罪态度不好。如果本案的被告人没有辩护律师出庭辩护，被告人很可能会因担心被公诉机关以认罪态度不好要求重判，从而认可没有自己根本没有参与被指控的盗窃行为或对指控证据不足的盗窃行为不知如何辩驳，便可能承担更高刑期的处罚。因此，刑事辩护权率的提高是犯罪嫌疑人、被告人权利保障的重要手段。

为此，新修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》扩大了法律援助的阶段及范围。犯罪嫌疑人、被告人是盲、聋、哑人，或者是尚未完全丧失辩认或者控制自己行为能力的精神病人，没有委托辩护人的，人民法院、人民检察院和公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑、死刑，没有委托辩护人的，人民法院、人检察院和公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部在 2013 年 2 月 4 日下发了关于印发《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》的通知，其中第 2 条规定：犯罪嫌疑人、被告人因经济困难没有委托辩护人的，本人及其近亲属可以向办理案件的公安机关、人民检察院、人民法院所在地同级司法行政机关所属法律援助机构申请法律援助。具有下列情形之一，犯罪嫌疑人、被告人没有委托辩护人的，可以依照前款规定申请法律援助：（一）有证据证明犯罪嫌疑人、被告人属于一级或者二级智力残疾的；（二）共同犯罪案件中，其他犯罪嫌疑人、被告人已委托辩护人的；（三）人民检察院抗诉的；（四）案件具有重大社会影响的。这两个制度的规定不仅进一步扩大了法律援助的对象范围，还使法律援助适用延伸至了侦查、起诉和审判的各个阶段，显示我国在最大限度保障公平正义、使被告人得到公正审判的决心。

三、法律援助适用阶段及存在问题的解决思路

新《刑事诉讼法》增加了有利犯罪嫌疑人、被告人权利保障的实质性条款，这是中国刑法史上重大进步，同时也出台相关制度广大了法律援助的对象、范围和适用阶段，以最大限度保障人权。随着我国律师行业队伍的逐年扩大，更多的律师有着爱岗敬业、无私奉献的精神。律师行业业务中“二八”开的现象普遍存在，许多律师业务并没有饱和，有时间和精力从事法律援助。甚至有的律师或律师事务所主动成立民办非企法援中心承接法律援助业务，这些均体现了律师行业扶弱助困、无私奉献精神。本人所带领的安徽昊华律师事务所便牵头成立了“安徽惠民法律援助维权中心”就是其中一家。

然而由于信息面的不对等、委托辩护渠道不畅通。律师界入刑事法律援助为犯罪嫌疑人、被告人提供辩护率依然很低，实践中存在着大量刑事案件犯罪嫌疑人、被告人需要刑辩律师的界入，另一方面存在着许多愿意承担法律法援义务的刑辩律师在“寻找”法援案件的现状。这些问题的普遍存在，需要各方面共同努力去解决。笔者认为解决上述困境，可以从以下几个方面着手：（一）为充分保障犯罪嫌疑人、被告人权利的行使。进一步扩大法援对象，凡是没有聘请律师辩护的，本人有需求律师进行辩护的，均有权要求申请法律援助，以保障其充分行使辩护权。（二）加大刑事法律援助的申请条件、对象和渠道的宣传力度，让更多人知晓刑事辩护法律援助而主动申请。（三）将申请法律援助的“告知权纳入受理案件的机关包括公安机关、检察机关、人民法院，强制性的程序性规定中。公关机关从第一次讯问犯罪嫌疑人、被告人时明确告知未聘请辩护律师的，可以申请法律援助律师为其辩护。检察机关从第一次提审告知没有委托律师辩护的被告人有权申请法律援助律师为其辩护。人民法院送达起诉书副本时告知没有辩护人的犯罪嫌疑人、被告人有权申请法律援助。犯罪嫌疑人、被告人有此需要时为其指定法律援助律师或告知近亲属申请法律援助的渠道和途径。尽可能地保障法律援助律师尽早界入，充分行使辩护权，以保障当事人的合法权益，避免时间不足而使法援辩护流于形式或其它被告人辩护人早期界入工作充分而使自己当事人处于不利境地。（四）经费是刑事法律援助最大的保障，加大刑事辩护法援投入力度，增加办案经费保障，才能提高办案律师的积极性。现行很多刑事案件法律援助一个阶段不到 1000 元办案补贴，城市建设的发展致使新建法院均处于城市外围，几次打出租车或开车费用，几百元的

补贴成本都不够，法律援助是不允许向当事人收取任何费用的，包括交通费用。办案补贴连办案律师基本生存保障都无法达到，甚至还贴本。这样的补贴无法提高法律援助刑辩律师的积极性。（五）严格把握对刑事辩护律师伪证罪等的追究。很多律师谈刑辩而色变，律师办理过程对刑事案件的取证少之又少，慎之又慎。这样不利于法庭去查明事实真相。侦查机关、公诉机关所调取或举证的大量证据中经常会与事实出入很大，而辩护人如果所举的证据出现与事实有出入，尤其是属主观证据的证人证言，便可能面临伪证罪的风险。法律援助律师本身就是无私奉献，为追求法律公平正义，如果因此而被追究伪证罪，更多的律师便会望而怯步。保障提供法律援助的辩护律师不被轻易追究也是提高刑辩率非常重要一种手段。（六）为刑事法律援助律师提供各方面的便利，如免费复印卷宗，调查取证不收费，异地调查取证法援机构的相互配合等。很多刑事案件涉及当事人众多、犯罪次数众多，案件卷宗多达几百页、上千页。法律规定辩护律师的全案阅卷权，在法院看案件短暂的几十分钟或一个小时时间内将案件梳理清楚，找出对当事人有利或不利证据是不现实，需要复印大量的案件资料进行认真细致分析研究。复印费用高达几百元，只够办案补贴，因而需要办案部门对法律援助案卷复印进行免费。涉及案件调取证据的相关部门如房产、土地、工商等相关部门在调查取证上给予配合和免收调取证据费用。另，为节省异地调查取证的成本和时间，需要法援机构的相互配合等。这些工作都有待于国家相关部门进一步出台相关制度进行保障。（七）重视法援案件的质量。加强案件质量的监督。如听庭制度、质量满意度跟踪制度、卷宗材料齐全等，使保障刑事辩护权的充分行使真正落到实处，而非法律援助制度仅是刑事诉讼制度中程序上的保障，做到真正地将刑辩法律援助好事做好。

我国刑事诉讼制度和法律援助制度起步较晚，此次新修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》对人权保障和刑辩权的制度基本上与国际接轨。这些制度贯彻落实，离不开立法部门、司法理论界、实践界以及法律援助机构和从事法律援助刑辩律师的共同努力。笔者从现实情况出发就法律援助适用阶段问题的解决思路提出了上述看法，希望刑事辩护法律援助能尽早制定可操作性的框架体系，逐步提高刑事辩护率，真正体现尊重和保障人权，以及辩护权的充分行使，减少和避免错案的发生，尽可能实现对刑事案件被告人罪刑相当、公正合理的判决，切实维护刑事诉讼当事人的合法权益。

参考文献

1、马静华《指定辩护律师作用之实证研究——以委托辩护为参照》，载自《现代法学》2010年第6期。

略谈电子取证的法律约束及实务

安徽新洲律师事务所　沈国庆

摘　要：继《刑事诉讼法》的修改，新通过的《民事诉讼法》以法律的形式确立了“电子数据”这一新的民事证据种类。但新法对于电子数据的内涵和外延，电子数据的收集与采证未作任何具体规定。

本文从当前法律及相关规范出发，对电子数据证据的规范性约束要求，对电子数据证据的原始性、真实性、完整性、合法性要求作了简略论述；结合律师工作实务，从电子证据的取证主体、取证程序、电子证据的提取、保管和举证等方面作了较为系统的论述。

关键词：略谈　电子数据证据　取证

2012 年 8 月 31 日，继《刑事诉讼法》的修改，新通过的《民事诉讼法》以法律的形式确立了“电子数据”这一新的民事证据种类。同时，新的《民事诉讼法》确立了电子邮件可以作为新的送达方式。然而，新法对于电子数据的内涵和外延，电子数据的收集与采证均未作任何具体规定。

《民事诉讼法》对电子数据规定的这一态度，既反映了电子数据在诉讼中日益重要的作用。同时也表明，理论和实务界对电子数据的研究还很不够，对一些概念和规则的认识还不统一和彻底。目前还很难以法律的形式对上述问题作出明确规范。但毋庸置疑的是，从《民事诉讼法》正式确立“电子数据”这一证据种类的行为本身，即可以预见，随着新法的颁布施行，加之电子科技的不断发展，电子数据这一新的证据形式将会越来越多的出现在今后的诉讼和判决中。

由于新法规定的过于原则，相关的配套解释尚未出台，加之我国的诉讼证据规则本身的不完善，而法律实务界对电子数据的采集、使用还相当欠缺经验。因此，在今后的很长一段时间内，如何科学、规范和有效的收集和运用电子数据[1]，将成为摆在技术界和法律界面前的重大课题。因为很显然，电子取证并不仅仅是与计算机或网络有关的技术问题，还涉及法律和道德规范[2]。而在当今中国，电子取证缺乏完善的法律约束。也就是说，取证人员在多数情况下并不知道实施电子取证的法律界限在哪里，更不知道所获取的电子数据能否成为有效的证据被采信。相应的，法官、准司法人员和行政执法机构和人员对电子数据的采证也处于无法可依的状态。

笔者以自身工作实务为基础，参考国内外专家学者对电子数据证据采集、运用及规范的相关研究理论，对电子数据的采集、运用及其法律约束谈一些粗浅看法。

一、当前法律对电子数据证据的规范性约束

目前来看，电子数据证据在我国运用的标准同传统证据一样。即应当以是否具备证据的“三性”为标准来指导电子数据的取证和采证。而对于电子数据证据来说，除了一般意义上的证据“三性”外，从“真实性”本身要求所分离出来的“原始性”和“完整性”更显得尤为重要和难以解决。因此，我们应当着重关注电子数据证据的原始性、真实性与合法性方面的要求。

（一）电子数据证据的原始性和完整性要求

首先，诉讼或准诉讼程序中要求提交证据的原件或原物是世界上一条古老的证据法则，这一规则为电子取证设置了第一道法律障碍。我国法律中就有提交原件或者原物的要求。如新的《民事诉讼法》第 70 条规定“书证应当提交原件。物证应当提交原物。提交原件或者原物确有困难的，可以提交复制品、照片、副本、节录本。”但是，在电子取证过程中什么是电子数据的原件呢？是

原始载体吗？还是满足一定条件的电子数据？以笔者亲历的数百件网络民事侵权案件为例，在从网络上发现所谓的电子数据证据之后，在收集方法上即存在多种手段，如打印、截屏、传统摄像、同步软件摄像等。而在对电子数据证据的整理和举证方面，也有打印成纸质材料或刻录光盘、存储移动硬盘后封存等多种形式。采用这些方法和形式，可谓不得已而为之。因为首先存储在计算机硬盘及网络等环境中的原始电子数据是肉眼看不见的，必须通过机读方式进行二进制转化，这就是前述的“收集”过程。其次，从诉讼的实际需要来说，不对这些拷贝或复制后的电子数据进行形式的转化，也几乎是不可能的事。面对大量需要核实的电子数据，不可能将法庭搬到每一个取证现场进行证据举证和质证。但是，这些“机读”、“拷贝”或“复制”的转化是否会改变电子数据的原始属性？如何认识、分辨和认可电子数据的“原件”与复制件之间因取证而呈现的形式差异？

这种矛盾和冲突已经体现在现行法律规范中。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 22 条规定：“调查人员调查收集计算机数据或者录音、录像等视听资料的，应当要求被调查人提供有关资料的原始载体。提供原始载体确有困难的，可以提供复制件……”《电子签名法》第 5 条规定：“符合下列条件的数据电文，视为满足法律、法规规定的原件形式要求：（一）能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用；（二）能够可靠地保证自最终形成时起，内容保持完整、未被更改。但是，在数据电文上增加背书以及数据交换、储存和显示过程中发生的形式变化不影响数据电文的完整性。”这是将具有传统原件基本功能的数据电文纳入“原件”之列。不过，对于何为“数据电文的完整性”，立法语焉不详。总之，如何确保所获取电子数据的原始性和完整性亟待立法的进一步明确。[3]

（二）电子数据证据的真实性要求

如何保证电子数据证据的真实性是电子取证无法回避的问题。电子数据对电子系统具有依赖性，其生成、存储和传递都必须借助电子系统。任何细微的差错都有可能导致电子数据出现不易为人知的改变。更因电子系统容易受到外部攻击，有关电子数据有可能遭受修改且不留痕迹。因此，人们对电子数据的真实性普遍存在怀疑和担心。电子数据从最初生成到最终被提交法庭的整个过程是否受到过潜在的污染或破坏成为实践中极其常见的争议。从技术层面上说，要通过科学的规范来保证绝对不出现生效法律文书采信伪造的电子数据的情况，也几乎是不可能实现的。但是，电子证据的日益普遍应用的现实和电子证据本身的易篡改特性之间的矛盾又必须设法加以解决。

（三）电子数据的合法性要求

由于我国关于电子取证的法律制度缺失，如何保障所获取电子数据的合法性值得深思。当前我国关于电子取证的法律法规不多，主要是公安部、最高人民检察院所颁行的一些内部规章或工作规定，如《公安机关电子数据鉴定规则》、《计算机犯罪现场勘验与电子数据检查规则》和《人民检察院电子数据鉴定程序规则（试行）》等。它们针对的只是部分电子取证措施，并不能涵盖全部，在民事诉讼等领域，这些规定充其量也仅仅具有借鉴和参考意义，更遑论引以为据。即便是在参考的情况下，这些规定所列举的一些取证方法也未有明确的程序规定，如对网络搜索、网络公证、计算机搜查、电子数据鉴定等都未规定明确的程序和规范化流程。而值得一提的是，在电子取证的实践中，调查人员往往需要使用专业的工具和软件，如果这些工具或软件本身未经核准，其可靠性本身即值得怀疑。那么，使用这些工具和软件进行取证所获取电子数据的合法性的也同样值得探讨。

二、在电子取证实务中应当注意的问题

电子取证主要是围绕电子数据进行。电子数据也称为计算机数据，是指在计算机或类似计算机系统运行过程中产生的，以其记录的内容来证明案件事实的相关数据信息。随着多媒体技术的发展，电子数据包含了文本、图形、图像、动画、音频及视频等多种类型的信息。

与传统证据一样，电子数据证据必须是真实、完整、符合法律规定且能证明案件事实的，是法庭所能够接受的。同时，电子数据证据与传统证据又有不同，电子数据还具有高科技性、无形性、形式多样性和易破坏性等特点。高科技性是指电子证据的产生、储存和传输，都必须借助于计算机技术、存储技术、网络技术等，离开了相应技术设备，电子证据就无法保存和传输。无形性是指电子证据肉眼不能够直接可见的，必须借助适当的工具加以识别和运用。易破坏性是指电子证据很容易被篡改、删除而不留任何痕迹。而形式多样性正如前述，电子数据证据突破了传统证据类型的单一表现形式，甚至与其他传统证据类型出现重叠的情形。

电子数据证据的上述特点，决定了对电子数据证据的取证要求应当有别于针对传统证据。电子取证尤其需要关注和解决电子数据的收集、保护、分析和举证等问题。下面以电子取证的时间顺序，从几个方面简述电子取证实务中应当注意的相关问题。

（一）电子取证的主体

电子取证的主体即实施电子取证的调查人员，他们呈广泛性特点。无论是侦查人员、行政执法人员、司法和准司法人员、诉讼当事人及其代理人，还是作为第三方的网络服务提供者、技术专家等，都有可能作为电子取证的主体。

笔者认为，一般的电子证据，如果其收集方法较为简单，且不是证明案件主要事实的证据，可以由当事人自己收集。但是，一旦对方当事人对该电子证据的真实性提出质疑，则举证方就必须对电子证据的真实性加以证明。因此，即便是当事人自行收集的情况下，也应当充分考虑对方提出质疑时的应对，并为此做好充分的准备。

对于相对复杂不易收集，且在认定案件事实中起主要作用的电子证据，最好由专业人员完成收集、保全等工作。另外，对于当事人或其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的电子证据，则不得不申请或由人民法院决定自行或委派专业机构调查收集。在此类情况下，电子证据的取证主体，可能是人民法院的工作人员，也可能是当事人或人民法院委托的第三方。如公证处、网络警察、国家通信管理部门、司法鉴定人、电子技术领域的专家等。

一般而言，为避免取证主体的主观原因而导致的对证据取舍、篡改等情形及其嫌疑，与电子数据证据的证明事实有利害关系的主体应当尽力避免成为直接的取证主体。或者在直接取证的情况下，申请或聘请中立的第三方参与取证，并对采集到的电子数据，及时标注来源、采集时间、采集人员。真实、详尽的记录收集和保管电子数据的取证过程，并有二个以上的见证人在记录上签字，以示负责。

不过应当注意的是，虽然电子取证有时不可避免要依赖或由第三方参与来完成。但是，我们不能因此而过于依赖第三方，甚至当事人自己无所作为。如公证处、电子科技专家、鉴定人等，他们在各自的领域可能是专家。但正因如此，他们往往将更多的注意力偏向于其所在的领域。他们往往只关注案件的技术问题，其收集和保存证据的方法也不一定符合法律要求。因此，我们应当充分认识到，电子取证并不是纯粹的自然科技性活动，其更重要的特点是法律性。而电子取证中的第三方一般并不一定具备相应的法律知识和能力，他们对于证据的选择取舍、收集方法的使用、收集证据的保存形式等，往往不一定当然能够适应诉讼的需要。我们要正确认识第三方参与取证的目的是弥补技术或公信力等方面的不足，而不是完全替代电子取证的需求方。因此，电子取证的需求方要积极参与到取证中，对第三方的取证行为提出合理的建议甚至是指导，以便得到

较好的取证结果。

（二）电子取证的工具

电子数据是由技术发展引发的，电子数据具有的高科技性和无形性等特点也决定了在电子取证过程中，必须借助一些专用工具。其中既包括计算机操作系统中已经存在的一些工具，也包括专门的工具软件和工具包。网络取证用到的专用工具还有一些专业扫描、摄录工具等。另外，适用于不同驱动器的空磁盘、可移动式刻录机、扫描仪、笔记本电脑、调制解调器等等也是取证中必不可少的工具。作为取证的主导人员和具体操作人员，必须十分了解这些工具的特点、性能，熟练掌握取证工具的使用方法。对于取证中需要使用的软件和硬件工具，要提前做好准备，熟练掌握其使用方法，熟悉工具软件和硬件的性能和特点，优势和不足。尤其需要验证和确认工具的合法性和可靠性，尽量避免使用未经核准认证的、存有争议的工具或软件。为提高取证成功率，必要时要准备有备用工具和替代工具。

（三）现场电子取证的注意事项

需要现场取证的情况下，取证人员进入现场后，应当在取证区域对无关的人和物品与取证对象之间进行物理隔离。注意保护好取证对象不受污染，必要时切断远程控制和网络连接。在提取涉案电子数据时，应当特别注意对计算机硬盘、移动磁介质、光盘以及当事人随身携带的存储介质的检查、清洁和提取，并对整个操作过程做好记录，并在事后让在场见证人签字。

（四）电子数据证据的提取

基于电子数据证据的外在形式多样性特点，电子数据的提取方法也呈现多样性。主要应考虑以下几种：

1、拷贝。即将取证对象中的数据拷贝到可移动存储介质中的方式。取证人员应当检查可移动存储介质的清洁性，确认没有病毒感染或隐藏文件等。同时需要检查可移动存储介质的容量，以保证存储数据的完整性。拷贝之后，应当立即检查拷贝结果的可靠性和一致性。必要时，应当拷贝至少两份以上的备份，并采用备份技术比对的方式验证拷贝件与原始件的一致性。使用此类方法时，如果所取证数据的原始件存在被变更或损毁而导致无法与拷贝件核对验证的可能性，则在取证过程中应当有第三者在场见证。取证结束，应当对可移动存储介质采取一定的保全措施，如封存、记录取证和比对验证过程，标注取证时间和人员、并由见证人和操作人签名等。

2、打印。即使用合适的工具，直接将所要取证的相关电子数据打印在纸张上的方式。打印后，可以先与原始件核对无误，然后按照提取书证的方法予以固定和保管，并注明打印的时间、操作人员和在场人员等。使用此类方法时，如果所取证数据的原始件存在被变更或损毁的可能性，应当比照拷贝的方法要求，也由第三者在场见证。

3、拍照、摄像。如果拟收集的电子数据具有视频、音频等视听资料表现形式特征，可以采用拍照、摄像的方法进行数据的提取和固定，以便更全面和直观地反映电子数据的全貌。使用此类方法时，如果存储数据的原始载体存在被变更或损毁的可能性，则在取证过程中也应当有第三者在场见证。

4、制作司法文书。如委托证据保全、申请司法鉴定或申请法院现场勘验等。对于一些无法用打印、拷贝或拍照录像等方式提取固定的电子证据形式，或者因客观情况需要，可以申请证据保全或申请法院现场勘验。由法定的证据保全机构对操作人员的取证过程或对现场勘验的过程和结果进行记录，以司法文书的文字形式对相关的事实和行为进行认定。采用此类方法，可以根据实际需要，聘请法定的鉴定机构或专家同步对取证过程的相关技术问题进行司法鉴定并出具书面

鉴定意见。比如，对被删除、损坏的数据进行恢复或对特定文件进行格式和识读转换等过程出具同步的分析和鉴定意见。

5、查封、扣押。为防止电子数据遭到损毁和破坏，对于与案件相关的电子数据及其载体、介质等，可以申请有关部门采取查封、扣押等法定手段，将相关证据材料及其存储的载体介质强制脱离利害关系人的控制。可以查封、扣押相关物品的主体应当限于法律规定的行政和司法机关，采用强制措施应当遵循严格的法律程序，同时应当注意避免对他人的正常权益造成侵害。

（五）电子数据证据的保管

考虑电子数据的易破坏性特点，为保证电子数据证据的真实性和完整性，对电子证据的保管需要给予不同于一般证据的特殊方法和注意。

首先，应当保障硬件环境安全可靠。存储电子数据的介质必须按照科学方法保管，应该远离磁场、高温高压、外力挤压、潮湿、粉尘、腐蚀、静电等环境，避免造成电磁介质数据丢失或损坏。其次，存放电子数据的介质应当专物专用，不能兼做存放其他数据的载体，且严格禁止进行与电子取证无关的其他任何操作。防止电子数据的相互影响和交叉感染。另外，为了防止电子数据被修改或破坏，需多对电子数据进行原始备份，在保存时应当考虑有两个以上完整的拷贝。重要证据文件还应采取必要的封存、加密或数字签名等技术。

（六）电子数据证据的分析和鉴定

同样，出于对电子数据的易破坏性考虑，在需要对电子数据证据进行分析或鉴定时，应当利用备份的数据，而不能使用原始数据直接进行分析和鉴定。其次，在对硬盘或镜像文件进行数据恢复、分析或鉴定时，应当使用安全只读接口，使用写保护技术进行操作。并且应当记录分析过程所使用的设备型号、序列号，所使用的软件的名称、版本号、具体操作过程以及检查结果等，制作相应的工作记录或检验文书，以备出现问题时查明具体原因进行补救。再则，进行电子数据司法鉴定的主体应具有一定的资格。司法鉴定人应该是具备计算机科学网络专门知识的人。电子数据司法鉴定人还需要具有法律、逻辑、审计等知识，或者与具有相关知识的其他专业人员共同参与鉴定过程。

（七）电子数据证据的举证

在实践中，电子数据不仅证明力偏弱，而且与传统证据相比，举证相对较难。而且，电子数据的特点决定了对其“三性”需要给予更严格的要求，尤其是真实性与合法性要求。考虑电子证据的特点，结合目前法律对电子证据和其他一般证据的相关规定，从举证角度考虑，我们应当重点做好以下准备，以更好的实现举证效果：

1、证明电子数据证据的证据

首先，我们要重视证明电子数据证据本身的真实性。与其他所有证据一样，电子数据必须经过查证属实，才能作为认定事实的依据。但我们应当怎样判断一项电子数据的真实性，目前国内没有可供依照的规定。联合国《电子商务示范法》规定了一个指导性的原则，即“在评估一项数据电文的证据时，应考虑到生成、储存或传递该数据电文的办法的可靠性，保护信息完整性的办法的可靠性，用以鉴别发端人的办法，以及任何其他相关因素。”由此可见，电子数据的真实性的内涵不仅包括传统的“真实性”，还尤其需要注意其“完整性”。而在证明电子数据的真实性和完整性方面，因其自身特点，审查的角度不仅在于电子数据本身，更在特别强调审查电子数据生成、储存、传输、保存过程的可靠性。也就是说，一项电子数据自其生成直到举证，其间针对该项数据的一切行为过程均需要提供证据证明，该项数据未经任何违反原始的影响和破坏，那么，该数据

才可以被视为是真实的和完整的。如前所述，《电子签名法》也规定了电子数据证据要“能够可靠地保证自最终形成时起，内容保持完整、未被更改”。解决这一问题，可以参考当前英美国家的司法实践中已经形成的电子数据证据“保管锁链制度”[4]。所谓保管锁链制度，即举证方如果能够拿出证据证明一项证据是由何人、何时、何地、如何从其发现处提取、处理、保管、直至提交法庭的，即形成了该证据的保管锁链，那么该证据的真实性就可以得到确认。虽然我国尚未确立这样的电子证据制度，但在实践中，大量的案例已经表明，实务人员已经在自觉或不自觉的运用保管锁链制度。比如，网络侵权案件的取证中，我们采用聘请公证机构对电子证据的发现、选择、收集、保管和提交过程进行全程公证的办法，以期通过第三方机构来证明电子数据的真实性。并且这种做法得到了各地法院的切实肯定。由此得到启发，我们在举证的过程中，不仅应当注意对电子数据证据本身的举证说明，更应当特别注意对证明电子数据证据本身真实性的相关“辅助”证据的举证。比如前述的“记录”、“封存”、“加密”、“见证人签字”、“公证保全”、“勘验笔录”、“分析鉴定意见”等都可以做为证明电子数据证据真实性的证据“锁链”。为了让我们所举的电子数据证据能够抵抗“真实性”的第一关考验，我们必须做好“保管锁链”的准备和举证。

其次，我们要重视证明所举电子数据证据的合法性。合法性包括取证主体合法、取证程序合法，证据形式合法三个方面。关于取证主体，现行证据规则并未特别限定电子数据的取证主体资格。但是，对于电子数据取证中一些特别行为的参与主体仍然要符合现行法律的规定。比如，对取证过程的见证或公证；接受申请进行扣押、查封、鉴定、现场勘验等法定行为等，均要遵循法律对行为主体的资格要求。取证程序合法，首先要求取证不得以损害国家、集体或他人合法权益的方式实现，其次取证手段不能违反现行法律的强制性规定。如果今后有完善的电子数据取证规则，就更应当严格遵循法定的程序规范。关于证据形式，因法律的滞后性，现行法律并不能穷尽所有电子数据的外在表现形式。而且，随着科技的不断发展进步，新的证据形式也在不断涌现。笔者认为，在法律未作明确规定的情况下，只要是符合电子科技规律的，可以为人类认知的形式，均可以作为有效合法的证据形式出现。但在举证时，我们还应当从举证质证的方便、档案管理的需要等角度考虑，在电子数据的文字、图片、视频、数据等可以转换的形式之间，选择可以替代的，或附加的证据表现形式。当然，如果法律对于电子数据的形式有明确规定的，我们应当遵照无疑。

如上所述，在取证过程中形成的一切能够证明电子数据合法性的材料，我们应当给予充分的重视，并在举证的过程中合理使用，以应对可能的诘难，通过“合法性”的第二关考验。

2、电子数据证据本身

对于电子证据本身的举证方面，我们应当充分结合对其他证据的运用，形成完整的证据体系，与电子证据相互印证来证明相关事实。由于电子数据有很强的专业技术性，为顺利、准确运用电子数据，实现较好的举证效果，我们还应当考虑以下问题。

第一，考虑电子数据的易破坏性特点，除已经封存或加密的电子证据外，应当在举证前先行验证其可靠性。并且带齐所有备份数据，以应对意外情况。

第二，基于电子数据的无形性特点，电子数据的取证需要依赖一定的工具或软件来完成。同样，其举证过程也要依赖一定的工具或软件来实现。因此在举证前，举证人应当做好相关工具软件的准备和检验工作。

第三，由于电子数据的高科技性特点，所以在对电子数据证据的举证说明中可能会涉及一些专业的技术问题。这就要求我们要提前做好对于所涉电子数据证据领域的相关专业技术知识的准备。以便更好的说明相关技术问题，提高电子数据的说服力和证明力效果。必要时，应当预作准

备，提前申请专家、鉴定人出庭作证或接受质询，以说明一些专业性技术问题，更好的实现举证效果。

以上，本文通过对现行法律对电子取证的规定和约束方面入手，结合笔者的实践，对于如何在信息时代运用电子数据证据，提出了一些不成熟的初步体会。期望得到业内同行和相关专业人士的回应，共同探讨和研究与电子数据证据有关的实务和理论。以提高我们的理论认识水平和实务能力。不当之处，欢迎批评讨论。

注 释

1、“收集和运用电子数据”，指对存储于单机介质或网络环境中的相关电子数据的发现、选择、收集、保存、整理、归档以及举证的整个过程，在本文以下称“电子取证”。

2、赵小敏、陈庆章《计算机取证的研究现状及趋势》，载《网络安全技术与应用》2003 年第 9 期。

3、刘品新《论电子数据的原件理论》，载《法律科学》2009 年第 5 期。

4、刘品新《电子取证的法律规制》，中国法制出版社 2010-02-01 出版。

民事诉讼中再审制度

安徽晟成律师事务所　汪 军

摘　要：在民事诉讼程序中，民事再审程序是独立于普通审级的一项补救性程序，是确保当事人利益的最后防线。多年来，我国法律界的学者们一直对民事再审程序进行着多角度研究，以推动我国民事再审制度的科学化、合理化。2007 年 10 月修改的《民事诉讼法》就以对民事再审制度进行了重大调整。2012 年 8 月 31 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议又通过了关于修改《中华人民共和国民事诉讼法》的决定并自 2013 年 1 月 1 日起施行。文章从新修改的《民事诉讼法》中的再审程序着手，谈谈一些的看法和见解。

关键词：民事诉讼　再审制度　修改

一、民事再审程序的概念和特征

（一）民事再审程序的概念

民事再审程序是我国民事诉讼中的一项重要制度，是指“人民法院、人民检察院或当事人，认为人民法院已经发生既判力的判决、裁定及其调解协议确有错误而提起或申请再审，由人民法院依法对案件进行审理时所适用的诉讼程序。具体表现为因本院院长或上级法院发现确有错误依法定程序决定再审、提审或指令再审；因当事人或其它有权提出申请再审的人的申请符合法定再审情形，或者因人民检察院发现生效裁判符合法定情形提出抗诉，而进行再审所必须遵循的步骤和方式[1]。

该程序强调无论在事实认定或法律适用上，只要确有错误即应通过再审程序加以纠正，贯彻了我们国家实事求是、有错必纠的司法理念。

（二）民事再审程序的特征

从民事再审程序的概念当中，我们可以提炼出民事再审程序的三大特征：

1、民事再审程序是非通常性诉讼程序。按照一国诉讼审级设置的标准，可以把诉讼程序分为通常诉讼程序和非通常诉讼程序。我国目前实行两审终审制，第一审程序和第二审程序都属于通常诉讼程序，而再审程序则属于非通常程序。第一审程序是必经程序，而一般而言，只要当事人愿意，就可启动第二审程序，这在司法实践中是经常发生的，而司法制度也给予了充分保障。至于要启动再审程序，则更多出于一种“事后补救”的考虑，是对审判不公的一种司法救济措施，在两审终审的审级框架之下，显然不是一种通常性诉讼程序，否则，便严重侵犯了法院生效裁决的既判力，削弱了司法权威[2]。

2、民事再审程序是事后救济程序。民事再审程序审理的是人民法院作出的已经生效的判决、裁定或调解协议。再审法院在依法撤销原已发生既判力判决、裁定或调解协议之前，当事人之间的民事权利义务关系在法律上已经处于确定状态。而再审程序就是为了改变当事人之间民事权利义务关系原有的确定状态，是对既判秩序的否定与变更，因此是事后救济程序。

3、民事再审程序有特殊的启动方式。民事再审程序的提起主体有三个，即人民法院、人民检察院、当事人。而第一审程序和第二审程序只能由当事人提起，其他任何机构、团体或个人都无权提起，而且除一审中驳回起诉、不予受理案件外，只要有当事人单方面意思便可进行实质审理程序。在民事再审程序上，审判监督权和当事人诉权交织在一起，而且对于是否能够引起再审

还有相对严格的审查程序，这决定了其启动方式的特殊性。

二、民事再审制度修订的意义

民事诉讼法对再审制度进行了全方位的修订，赋予了再审制度全新的理念和受理审查机制。但是有部分法官思想意识上尚未适应本次修正案，尚未真正理解其立法目的，甚至存在一些错误的认识，实践中难免会影响到再审案件的受理审查工作。因此，正确阐明再审程序的立法原意和基本理念，厘清再审制度与相关制度的区别，对于健全再审受理审查机制具有重要的意义[3]。

本文认为再审制度的修订，一是确立了符合我国特色的再审之诉，使其与第一审、第二审程序共同构成了我国民事诉讼法的基本框架。在申诉权是指当事人不服终审裁判，请求人民法院重新对原生效裁判进行审理以确保其民事权益的权利，其与当事人享有的起诉权、反诉权、上诉权都一样，都是法律赋予当事人的基本权利，都应当给予平等的保护，不能把当事人享有的再审诉权等同于申诉信访。二是为了解决当事人申诉难、申请再审难的问题。虽然 1991 年施行的民事诉讼法规定了再审申请权，但由于没有诉讼程序和制度上的保障，当事人提出的申诉和申请再审经常处于被漠视的状态。本次民事诉讼法修正案从当事人申请再审、再审事由、法院立案受理、法院管辖、审查期限等程序和制度方面进行了立法规定，从立法目的看，只要当事人申请再审的事由成立，符合法律规定，法院就应当裁定再审，从而可以有效保障当事人申请再审权利的行使。

新《民事诉讼法》着眼于将再审事由更加具体化。明确了可以向上一级人民法院申请再审，并且规定了再审的审查期间。完善了检察机关的法律监督，有效避免检察院虽然提起抗诉，但是由于没有期间的规定，导致抗诉进入再审程序时间较长甚至无限期拖延的弊端。

三、民事再审程序的重要变化

程序本身的完善是司法公正的基本要求和基本体现，新民事诉讼法主要有以下几个方面的变化。

1、第 14 条修改为：“人民检察院有权对民事诉讼实行法律监督。”将原先的“民事审判活动”修改为“民事诉讼”，增加了对起诉、执行等解读的监督。

2、将第 25 条改为第 34 条，修改为：“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”将约定管辖的范围除“合同纠纷”外增加了“其他财产权益纠纷”。

3、增加 2 条，作为第 65 条、第 66 条：

“第 65 条　当事人对自己提出的主张应当及时提供证据。

“人民法院根据当事人的主张和案件审理情况，确定当事人应当提供的证据及其期限。当事人在该期限内提供证据确有困难的，可以向人民法院申请延长期限，人民法院根据当事人的申请适当延长。当事人逾期提供证据的，人民法院应当责令其说明理由；拒不说明理由或者理由不成立的，人民法院根据不同情形可以不予采纳该证据，或者采纳该证据但予以训诫、罚款。

“第 66 条　人民法院收到当事人提交的证据材料，应当出具收据，写明证据名称、页数、份数、原件或者复印件以及收到时间等，并由经办人员签名或者盖章。”

对于举证期限的规定更为细化和严谨，并且赋予了法院对于逾期证据可以训诫、罚款，同时规定法院收到证据财产应当出具收据。

4、将第 74 条改为第 81 条，修改为：“在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，当事人

可以在诉讼过程中向人民法院申请保全证据，人民法院也可以主动采取保全措施。

“因情况紧急，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，利害关系人可以在提起诉讼或者申请仲裁前向证据所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请保全证据。

“证据保全的其他程序，参照适用本法第九章保全的有关规定。”将财产保全和证据保全归为“保全”一章，并且也规定了可以诉前保存证据。

5、将第 112 条改为第 123 条，修改为：“人民法院应当保障当事人依照法律规定享有的起诉权利。对符合本法第 119 条的起诉，必须受理。符合起诉条件的，应当在七日内立案，并通知当事人；不符合起诉条件的，应当在七日内作出裁定书，不予受理；原告对裁定不服的，可以提起上诉。”对于实践中法院不受理起诉也不出具受理通知书的行为作出明确规定，但无处罚条款。

6、将第 144 条改为第 159 条，修改为：“基层人民法院和它派出的法庭审理简单的民事案件，可以用简便方式传唤当事人和证人、送达诉讼文书、审理案件，但应当保障当事人陈述意见的权利。”对于简单民事案件更方便处理，但是也要充分保障当事人的权利。

7、将第 184 条改为第 205 条，修改为：“当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后六个月内提出；有本法第 200 第 1 项、第 3 项、第 12 项、第 13 项规定情形的，自知道或者应当知道之日起六个月内提出。”

将再审申请的时效确定为 6 个月，避免了之前 2 年拖延过长的问题。但不知道此条为什么没将“调解书”加入。

将第 188 条改为第 111 条，修改为：“人民检察院提出抗诉的案件，接受抗诉的人民法院应当自收到抗诉书之日起三十日内作出再审的裁定；有本法第 200 第 1 项至第五项规定情形之一的，可以交下一级人民法院再审，但经该下一级人民法院再审的除外。”

对于同一级法院不得进行二次再审进行了规定。

四、对民事再审制度修改的结论

民事审判监督程序作为法律规定的一种特殊救济程序，是确保裁判公正的最后一道诉讼环节[4]。在司法实践中，原民事审判监督程序本身的缺陷越来越突出，影响和制约了审判监督职能的发挥。现实生活中，有的当事人变卖家产、放弃事业，成年累月，甚至倾其一生积蓄上访告状。然而，由于诉求渠道不畅通，最后连个说法可能也没能讨成。那么“申诉难”究竟难在何处，有专家曾给出了两句精辟的阐释：难在“应当再审的未能再审，应当及时再审的长期未能再审”。也就是并存着“申诉无门”和“无限申诉”两种情况，再审制度一度处于极其尴尬境地。另外，由于再审标准过于模糊，一些当事人有理无理都要申诉，许多理应及时了结的案件陷入了“马拉松官司”，反复申诉、反复再审，甚至历经十多次判决仍无法息讼，令司法资源不堪重负。

随着近年来我国法治建设的发展，我国司法的指导理念也有了相应的进步。就再审程序来说，其设立的初衷是以公权力进行司法监督，纯粹以纠正生效裁判错误为目的。而今，从新民诉法的修改中，我们看到了重视当事人私权利的保护、尊重当事人处分原则的转变。事实上，就近年来世界范围内许多国家对民事再审程序进行的改革来看，保护私权、尊重当事人的意思自治已经成为民事再审程序发展的趋势[5]。我国新民诉法的修改，正是顺应了这一趋势，其修改的成果值得肯定。立法的进步，哪怕是一小步的进步，都凝结了理论者和实践工作者的探索和思考。制度的完善虽不能通过立法的修改一劳永逸，但是司法的实践却是其科学化的最好催化剂。再审制度也是如此。立法的关于再审制度的局部调整为司法实践的进步创造了条件，反过来，又必将为其立法上的再调整积累素材。

参考文献

1、闻著《民事再审程序研究》，中国法制出版社 2006 年版，第 l 页

2、杜闻《民事再审程序研究》[M]，中国法制出版社，2006 年版

3、汤维建《我国民事再审制度的新发展及其展望》[J]，《中国审判新闻月刊》，2007，(12)

4、张卫平《再审制度修正解读》[J]，《中国司法》，2008，(l)

5、陆俊《对我国现行民事审前程序的思考》[D]，华东政法大学硕士论文，2008 年。

浅谈我国现行民事再审制度

安徽皋兴律师事务所　蒋家毅

摘　要：再审程序也叫做审判监督程序，是民事诉讼法里重要的程序。再审程序作为民事诉讼中非常重要的纠错性制度，是为了确保当事人的程序权利与实体权利顺利实现的重要手段，充分体现了我国“司法公正”原则。但是以我国实践状况来看，民事再审程序中出现了各种各样的问题，只有及时发现其中存在的缺陷，有针对性地采取完善与补充措施，才能确保民事再审工作的科学化、规范化发展。2012 年新《民事诉讼法》对民事申请再审审查程序又进行了部分修改，部分案件可以向原审人民法院申请再审、申请再审的期限缩短为六个月、再审事由等表述更加合理，具有很大的进步意义。

关键词：民事再审　纠正　完善

一、民事再审程序的概念及特征

我国民事诉讼法并没有设置专门的再审程序，有关再审程序的规定大多在民事诉讼法第十六章“审判监督程序”中呈现。再审程序在各国也没有统一的概念，一般在大陆法系使用再审概念。而在我国，一般是将再审程序和审判监督程序混同的，认为再审程序是指人民法院、人民检察院和当事人对已经发生法律效力的判决、裁定或调解协议再次进行审理，以期纠正原有错误的一种救济制度。《民事诉讼法》第十六章虽然命名为“审判监督程序”，但是在这一章的条款中又多次提到“再审”，而再审的字眼随处可见，由此不难看出，我国对于再审和审判监督，似乎是没有明确区分的，“审判监督程序”而不是“再审程序”，也是立法的习惯使然。我国学者主要是将审判监督程序的主体分为狭义和广义来概括，狭义的主体只包括人民法院自身，而广义的主体包括人民法院、人民检察院和当事人。在民事诉讼法法条中对主体则做出了明确规定，即第 177 条：“各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定，发现确有错误，认为需要再审的，应当提交审判委员会讨论决定。最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现确有错误的，有权提审或者指令下级人民法院再审。”由此可以看出我国所采用的的概念为广义的概念。本文认为，我国所谓的审判监督程序是指人民法院或者根据当事人的申请和人民检察院的抗诉，对于已经发生法律效力的判决、裁定、调解书发现审判过程中确实有错误的情况下而启动的一个纠错程序。

再审程序是我国司法制度中重要的一项司法程序，在保证司法公正方面起到了至关重要的作用。我国宪法明确规定实行两审终审制，案件事实有时并不能通过一审和二审彻底查明，或者案件在审理时会出现有可能影响案件公正的程序或者实体问题，这些实体或者程序方面的问题都有可能导致个别案件审理不够公平和正义，这种状况也是会常常发生的。一旦发现案件在审理时存在会影响案件公正判决的实体方面或者是程序方面的问题，进而影响到判决或者裁定的正确性，就可以提起再审程序。这一程序是对公平正义的理念的维护措施，确保每一个案件在通过司法途径解决时，尽可能地做到公平，维护当事人的合法的利益。

民事再审程序的运行，主要针对已经生效的判决，如果证据充足，发现其中确实存在问题或者错误，则可依法启动再审程序。再审程序主要具备如下特征:

1、审理对象系已经生效的判决

对于判决尚未生效的民事案件，不适合应用审判监督程序。其中一审对象主要针对当事人存在争议的权利与义务关系； 二审对象主要针对尚未产生法律效力的判决。

2、启动原因的严谨性

如果已经生效的判决确实存在问题，才能启动民事再审程序，如果不能确保错误存在，则不予再审。

3、不具备专门审判程序

在民事再审过程中，没有专门规定的审判程序，可能应用于第一审程序，也可能应用于第二审程序，同时审级也没有明确规定，既可以是原审法院，也可以是原审法院的上级[1]。

二、我国民事再审制度的弊端分析

（一）缺乏科学的思想指导

一直以来，我国对民事诉讼再审程序强调“实事求是”原则，发现错误坚决予以纠正。但是这种“有错必纠”的思想存在一定偏激性。实际上，不仅不利于在公众心目中树立良好的司法权威形象，而且对整个社会群体的公平性、正义性造成影响。启动民事再审程序的最终目标在于纠正判决中的错误，而往往解决错误的主要方式寄托于裁判者自我纠错行为。因此，虽然对如何启动再审程序加强了重视，但是缺乏当事人诉讼权、处分权的保障。民事纠纷处理中，存在浓厚的私人色彩，再审程序也应由当事人进行决定。但是我国民事再审程序必须是人民法院、人民检察院的行为，对当事人的权利受到一定制约[2]。

（二）提起再审程序的主体过多

我国《民事诉讼法》的相关规定，再审程序的启动方式包括基于人民法院行使审判监督权引起的再审、基于人民检察院行使检察监督权引起的再审以及基于当事人行使诉权申请再审而引起的再审，即启动方式的“三元机制”[3]。这样的制度设计旨在为公正的审判和当事人合法权益的保护提供多重保障，但实际上并没有使当事人的合法权益落到实处，反而使得当事人在再审程序的权力配置中、程序参与上被边缘化。可以说，依据人民法院的中立性，其应遵守不告不理的原则，法院自行决定再审无异于偏袒一方当事人。况且民事诉讼的目的是在于定纷止争，倘若现实中当事人出于诉讼效率或诉讼成本等因素的考虑而作出让步以至于服从判决，法院单方面启动再审程序不但侵犯了当事人的诉权自治性也有悖于民事诉讼的根本目的。再者，通常情况下，检察院都是以提起刑事公诉为主而不会介入民事诉讼的，但我国规定在生效的民事判决存在错误时，检察院就可以提起抗诉而启动再审程序，而且法院对于检察院抗诉的案件必须审理，这样的制度设计无疑会造成法院审判权与检察院的检察监督权之间的关系不协调。

（三）再审程序的发动没有次数限制

在我国现行的《民事诉讼法》中，对于再审程序启动的次数并没有明确的规定，对于一审、二审案件均可以提起再审，依一审提起再审的案件可以上诉而经过二审，这样就在实践中出现了一个民事案件经过三审、四审甚至五审的极端情况。造成这种状况的原因，既包括法院审判水平低下，也包括当事人滥诉、缠诉。尽管我国历来重视追求客观真实，但如果一味的追求诉讼结果使双方当事人都信服或者判决的绝对公正，频繁启动再审程序，将会对司法判决的权威性和稳定性造成恶劣的影响。

（四）民事再审程序有待规范化

以当前法律界的普遍性观点来看，再审程序又可称作“审判监督程序”。实际上，二者并不能

等同看待，审判监督程序作为再审程序的准备阶段，主要目标在于合理化地启动再审程序，而对实际纠正错误裁判没有任何效果； 而再审程序则是审判监督程序的延续，主要工作在于审理再审案件，及时纠正存在的错误或者不公行为

（五）再审管辖的不足

原诉讼法确定通过一、二审程序对管辖权异议裁定进行监督。管辖权异议的裁判结果有两种：驳回管辖权异议或维持对案件的管辖。对裁判结果不服的，可以上诉至上级法院裁决。诉讼管辖再审之诉，只能针对这两种结果申请再审，即：一是对维持管辖的裁定请求再审，请求将案件移送有管辖权的人民法院；二是对驳回管辖的裁定请求再审，请求将案件移送有管辖权的人民法院。立法机关设立管辖再审条款，针对的是目前有些法院乱争管辖权的问题，但从实务考察，立法者对可能引起的实际情况预判不足：一是导致中级以上法院再审案件数量激增；二是导致诉讼效率低下，影响司法公正。

四、对我国民事再审程序完善的建议

（一）树立科学指导思想

为了提高我国法律的公平性、公正性，必须树立正确的指导思想，改变过去“有错必纠”思维模式:原因如下：一、权衡利益关系。在启动再审程序之前，应充分考虑社会各方的利益关系，提高再审程序的启动规范性；在决定是否再审过程中，需要充分分析当事人双方的过错以及利益，客观分析人们应当承担的社会责任与社会风险，实现社会范围内的普遍正义； 其二，确保司法的稳定性。由于司法具有权威性，承担了重要的社会责任，因此要求法院必须以全局利益为出发点，意识到司法稳定性的重要性，提升责任心与使命感。在我国现有体制之下，协调人大、政协以及新闻媒体等相关部门的关系，提高政治敏锐性，加大法制宣传力度，适应我国转型时期的发展需求，确保法律的公平性、合法性。

（二）在我国民事再审程序提起主体的完善

民事诉讼程序的启动主体是当事人，在当事人没有要求进行再审时，法院不能主动提起再审。检察院提起再审是基于我国法律规定的检察监督权，然而，检察院不应当无限制地依职权启动再审程序，应在尊重当事人申请再审权利的前提下行使抗诉权。所以，应当确立以当事人提起再审申请作为再审程序启动的前提。

具体建议如下：

1、限制法院启动再审行为

对于我国法院提出启动民事再审程序的申请，在法理上与“诉审分离”原则不一致； 因此在立法过程中应加强重视: 其一，如果当事人仍处于可以申请再审程序的期限内，法院不得自行启动再审程序，以表达对当事人处分权的尊重； 其二，如果已经超过法定的再审程序期限，在当事人提出申诉的情况下，方可由法院启动民事再审程序。另外，如果案件涉及到公共利益或者国家利益，在当事人没有提出再审程序的情况下，也可由法院自行启动。

2．限制检察院抗诉

若想对检察院依职权抗诉产生限制作用，应对检察院监督范围进行适当调整。一方面，检察院依职提出抗诉，只能在法官个人存在违法违纪行为的前提下，而不针对法官的判决； 有关事实认定、法律适用等，是法官独立行使审判权的范围之内，不能具备监督对象行为； 另一方面，对于涉及到影响公共秩序、威胁公共利益的案件，可由检察院提起抗诉[4]。

三、限制再审次数

为了进一步规范民事案件发回重审问题，最高人民法院于 2002 年 4 月出台了《关于人民法院对民事案件发回重审和指令再审有关问题的规定》(以下简称“发回重审和指令再审规定”)，明确规定二审法院对同一案件只能就事实方面原因发回重审一次。但规定并没有对程序瑕疵以及再审发回重审是否适用“一次性”原则予以明确，导致实践中，可能出现这样四种情形: （1） 二审已发回重审一次，再审可以再发回重审（2）二审已发回重审一次，再审不可以再发回重审；（3）二审未发回重审，再审发回重审一次后，又上诉的案件可以再发回重审；(4）二审未发回重审，再审发回重审一次后，又上诉的案件不可以再发回重审。究竟到底应适用哪一种情形，则完全取决于法官各自的理解和掌握。实践中，有相当一部分再审法官认为不应受二审发回重审的“一次性”原则的限制，显然这是一种利益导向的结果，这种否定观点十分容易导致“马拉松式”的循环诉讼，使得案件循环反复、诉讼无限拖延，不仅影响法院审判工作效率、浪费审判资源，而且增加了当事人的讼累，并使整个社会关系处于不稳定状态。因此，这种弊端已广受批评，对其限制已是必然趋势。为了避免启动再审程序的盲目性、随意性，应注重对当事人如何行使诉权的引导作用，采取必要措施对当事人的申诉权、再审申请权加以规范和监督: 一方面，对再审的条件进行规范； 另一方面，对再审的申请次数、再审次数进行限制。其一，对检察院、法院以及当事人可启动再审程序的期限进行规定； 除了当前执行的当事人申请再审为 6 个月期限以外，检察院、法院等机关的依职抗诉，也要加以时间限制； 其二，建立健全“审终审制”, 具有争议性的民事纠纷进行重新判决，除了希望获得合理审判以外，更希望快速解决问题，而不是无止境地再审； 因此，进一步提高再审的案件质量，降低诉讼成本，才真正与当事人的诉讼目标相符。因此，明确规定再审的机会只有一次，而不能进行二次重审。已经进入民事再审程序的案件，不能再多次申请再审[5]。

四、结语

民事再审制度在我国民事诉讼体系中占有极其重要的位置，有着真正“终局裁判”民事再审制度法律地位。客观地讲，我国民事再审制度对保障民事审判的公正性以及保护当事人的合法权益方面，发挥了积极而重要的作用[6]。但是，随着社会的发展以及人们法制观念的转变，现行民事再审制度，无论从现代法理学的角度还是司法实践的角度来看，并不十分完善，特别是不加限制地反复再审破坏了一系列的成文法律原则，致使法院裁判的终局性和权威性无法保障，同时也极易导致权力滥用，不能达到立法设置再审制度所预期的目的。对再审制度的进一步完善有利于我国司法的公正和司法的进一步发展、维护当事人的合法利益，不断地提高我国的民主程度，促进社会的和谐与进步。

参考文献

1、王红艳《我国民事再审程序启动机制完善研究》[J]，《学术界》，2009 年第 5 期。

2、侯惠珍《完善我国民事再审程序的理性思考》。

3、叶宇昆《论民事再审程序的改革与完善》中南财经政法大学法学院。

4、顾韬《对我国民事再审制度的反思及改良建议》[J]，《人民司法》，2000 年第 3 期。

5、荣晓红《从民事再审程序两个理论问题谈我国民事再审程序的重构》[J]，《湘潭大学学报（哲学社会科学版 》，2005 年版。

6、戴丽丹《浅析民事再审程序》甘肃政法学院。

浅谈犯罪嫌疑人的权利保护

安徽见谛律师事务所　胡珊珊

摘　要：在传统观念中，犯罪嫌疑人是违反了社会生活秩序、违反法律规定，给社会秩序、给他人生活都造成较大负面影响，甚至是罪大恶极之人，对于这类人群，往往是恨不得人人得而诛之，却忽视了作为现实存在的人，无论从道德上还是法律上，其也拥有着合法的权利应予保护。本文浅谈了在我国社会主义法律体制下，犯罪嫌疑人拥有的合法权利及权利的保护。

关键词：

一、什么是犯罪嫌疑人

在犯罪嫌疑人的概念确立之前，由于我国长期受到封建专制主义思想的影响，我国曾将犯罪嫌疑人等同于犯人，甚至至今在很多百姓的价值判断中依然如此。但随着我国法治化与民主化进程的不断深入，公民法律意识的增强，理论界对相关理论研究的不断深入，犯罪嫌疑人的概念也逐渐清晰明确。1996 年 3 月，全国人民代表大会第四次会议通过《关于修改刑事诉讼法的决定》，提出了“犯罪嫌疑人”这一称谓。但是，到目前为止，我国的法律法规尚未对“犯罪嫌疑人”这一概念进行明确的定义，通说认为，犯罪嫌疑人是指“刑事案件审理过程中，在侦查和审查起诉阶段对涉嫌犯罪的当事人的法律上的称谓。”

通过上述通说概念可见，犯罪嫌疑人并非等同于犯人，或者说是确实犯有罪行的人，而是可能涉嫌犯罪的人，也就是说犯罪嫌疑人经侦查机关侦查后发现其确实存在罪过，应当依法追究法律责任，也就是我们通常所讲的犯人；但也存在另一种可能，即是经过侦查过程最终确认此人并不存在犯罪事实，实施犯罪行为的另有他人，此时，犯罪嫌疑人便没有了犯罪嫌疑，依然是普通的、清白的社会公民。

二、犯罪嫌疑人的权利

随着人权理论的发展，当前人权的内容已经相当广泛。从法国的《人权宣言》和美国宪法可见，人权主要包括生命权、平等权、自由权、财产权等，这些权利属于传统意义上的人权，也是最广为大家熟知的权利。而随着社会文明的不断发展和进步，人权又渐渐包含了就业权、同工同酬权、社会保障权等与社会经济、文化相关的权利。2004 年，我国十届全国人大二次会议通过宪法修正案，首次将人权保障写入宪法，这意味着我国的人权发展进入了一个新的里程，人权保护在我国得到充分重视与认可。而犯罪嫌疑人作为具有特殊身份的公民依法享有法律赋予其从事某种行为的自由和资格，当然也享有上述人权保障中的基本权利，如生命权、健康权、人格尊严权等。

在我国，犯罪嫌疑人的权利主要包括：人格尊严权、人身自由和安全的权利、知悉权、疑罪从无、禁止强迫自证其罪、律师帮助权、申请回避权、刑事赔偿权等。2013 年 1 月 1 日起实施的《中华人民共和国刑事诉讼法》对犯罪嫌疑人的权利具体规定如下：

1、有权用本民族语言文字进行诉讼。(《中华人民共和国刑事诉讼法》第 9 条)

2、控告权。对于公安机关及侦查人员侵犯其诉讼权利和人身侮辱的行为，有权提出控告。(《中华人民共和国刑事诉讼法》第 9 条)

3、申请回避权。对于侦查人员、鉴定人、记录人、翻译人员有下列情形之一的，有权申请

回避：

（一）是本案的当事人或者是当事人的近亲属的；

（二）本人或者其近亲属和本案有利害关系的；

（三）担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人的；

（四）与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的。

对于驳回申请回避的决定，可以申请复议一次。(《中华人民共和国刑事诉讼法》第 28、30、31 条)

4、辩解权。犯罪嫌疑人在接受公安机关讯问时有权为自己辩解。(《中华人民共和国刑事诉讼法》第 32 条)

5、委托辩护权。犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，有权委托辩护人；在侦查期间，只能委托律师作为辩护人。被告人有权随时委托辩护人。辩护律师在侦查期间可以为犯罪嫌疑人提供法律帮助；代理控诉、控告；申请变更强制措施；但危害国家犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪案件，在侦查期间辩护律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当经侦查机关许可。(《中华人民共和国刑事诉讼法》第 36、37 条)

6、要求解除强制措施权。犯罪嫌疑人及其法定代理人、近亲属、聘请的律师对于采取强制措施法定期限届满的，有权要求依法解除强制措施。(《中华人民共和国刑事诉讼法》第 97 条)

7、拒绝回答的权利。对于侦查人员的提问，应当如实回答。但是对与本案无关的问题，有拒绝回答的权利。(《中华人民共和国刑事诉讼法》第 118 条)

8、核对讯问笔录的权利。如果犯罪嫌疑人没有阅读能力，侦查人员应当向其宣读；如果讯问笔录记载有遗漏或者差错，可以提出补充或者改正。对讯问笔录、勘验检查笔录、搜查笔录、扣押物品、文件清单以及送达的各种法律文书确认无误后，应当签名或者盖章。(《中华人民共和国刑事诉讼法》第 120 条)

三、犯罪嫌疑人权利侵害的现状

尽管《刑事诉讼法》对非法证据排除等做了详细的规定，也规定了禁止任何人以任何形式强迫犯罪嫌疑人自证其罪，但刑讯逼供却依然屡禁不止，屡见不鲜。以一种残暴的手段侵害犯罪嫌疑人生命权、健康权等权利的同时，也侵害了犯罪嫌疑人正当合法的辩解权，甚至最终“屈打成招”，使原本无罪的人蒙冤入狱承担刑罚，更是侵害了其人身自由权、名誉权等合法权利。

现实中，超期羁押的现象也较为突出。犯罪嫌疑人因被拘留、逮捕而被剥夺了参与社会生活和家庭生活等的自由，超期羁押是对犯罪嫌疑人人身自由权的严重侵害。近年来，随着我国法治化进程的不断推进，超期羁押这一问题得到了一定程度的改善，但超期羁押情形仍普遍存在，如明明不是案件复杂，却以案件复杂为由延长羁押期限，明明早已查明犯罪嫌疑人的数个犯罪行为，却以发现新的罪行为由重新计算羁押期限等等。由于羁押是剥夺人身自由的一项严厉措施，对于多数被长期羁押而又得不到处理的犯罪嫌疑人来说，无论最终是否有罪，羁押环境都将对其身心健康造成极大伤害。

而羁押场所内犯罪嫌疑人的相互侵权，也成为了侵犯犯罪嫌疑人合法权利的一个特殊问题。牢头狱霸现象猖獗，犯罪嫌疑人间的自行主动的侵权行为难以控制，但最可怕的是司法人员碍于刑讯逼供明显违法，便唆使同监犯罪嫌疑人对不配合者进行殴打，如躲猫猫事件、洗脸死事件等等犯罪嫌疑人在看守所内意外死亡事件，均是严重侵害犯罪嫌疑人人身权利的恶性事件。

在社会高速发展的今天，网络成为了大众知悉新闻的重要媒介，也正因为网络的信息量大，

传播速度快，也成了媒体挖掘新闻的重要途径。但往往如此，却侵害了犯罪嫌疑人甚至是犯罪嫌疑人家人的合法权益。如重庆北碚区原区委书记雷政富“不雅视频”案的女主角赵红霞，其作为案件的犯罪嫌疑人被媒体跟踪报道相关案件事实是新闻的需要，可是对于其家人及家庭信息的曝光却侵害了她及她的家人的隐私权及名誉权。而对于最近发生的李天一涉嫌轮奸一案，自本案案发这一切便被扣上了“李双江之子”的帽子，从第一篇关于本案的报道开始，每一篇都涉及到李双江及梦鸽对本案的态度和做法，却放低了对本案当事人李天一对本案的看法及其案发后的态度等的重视，仿佛本案的发生是李天一父母的过错造成而非李天一。若说有错，作为李天一父母的李双江和梦鸽，应是缺乏对子女的约束管教，在子女的教育上有所欠缺，在李天一还未成年前，即还不是法律上所称的完全行为能力人的时候，应对其所犯罪责承担民事上的赔偿责任。但因其为大众熟悉的公众人物，人们便无限放大了他们所应承担的责任，无限缩小了他们的隐私权，甚至不能从社会道德上去考虑他们作为父母，面对孩子犯下如此严重错误时内心的痛苦与煎熬，却非要在他们最痛的伤处一次次撕扯。

此类案件比比皆是，每一个刑事案件往往都会涉及到犯罪嫌疑人的家庭情况、成长环境等。新闻为满足大众的猎奇心理，不断的挖掘与犯罪嫌疑人有关的一切事实，而非与案件有关的事实，违背了新闻的本质追求，也违反了法律及社会的道德约束。这样的一种关注成为了一种扭曲的关注，在关注中侵犯着犯罪嫌疑人及其家人的合法权利，使人权保障在一定程度上成为空谈。

就在笔者拙笔书写此文时，最新报道称李天一律师的网站被黑，还有网友跟帖直称痛快，大骂李天一的代理律师是混蛋，笔者看过，只得摇头叹息。其家人何辜？其律师何辜？

四、如何加强对犯罪嫌疑人的权利保护？

1、确定并保证无罪推定原则实施。

无罪推定原则是现代法治国家刑事司法通行的一项重要原则，是国际公约确认和保护的基本人权，也是联合国在刑事司法领域制定和推行的最低限度标准之一。在我国虽也有疑罪从无的规定，但确不完全等同于无罪推定。1996 年 3 月 17 日八届人大四次会议对我国的刑事诉讼法进行了修改，其中第 12 条规定“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。”这一条也保留在了 2013 年 1 月 1 日起实施的新刑诉法中。但对于此条的含义法律界对此规定认识不统一：最高法院认为是“罪从判定”原则，最高检察院认为是“无罪推定原则”，还有法学学者认为，它体现的是一种不完全的无罪推定原则。产生分歧的原因在于我国刑诉法并没有赋予被告人沉默权，尤其新刑诉法第 118 条规定“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答”，这一规定显然是认为犯罪嫌疑人有义务供述自己的犯罪事实，违反义务必然要承担责任。承担责任就可能导致惩罚，而实践中犯罪嫌疑人、被告人的认罪态度常被作为量刑的酌定情节。刑事诉讼法这一规定与无罪推定要求是不一致的，也显然违背强迫自证其罪的特权规则。但通过刑诉法第 12 条和第 50 条“不得强迫任何人证明自己有罪”来看，我国刑事诉讼中是认可无罪推定原则的，尽管不完善，还不到位，但无罪推定原则的观念意识已然形成，需要在日后的立法过程中吸取实践经验、借鉴国际上与此相关的先进刑法理念，逐渐明确确立无罪推定原则，以此来更好的完善对犯罪嫌疑人的权利保护。

2、加强对非法证据的排除和侦查阶段的监督。

2010 年 7 月 1 日，由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合签发的《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》和《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》正式生效实施。修改后刑诉法将非法言词证据限定为采用刑讯逼供、暴力、威

胁、引诱等非法手段获取的犯罪嫌疑人、被告人供述、证人证言与被害人陈述。但言词证据排除规则方面因缺乏必要的程序性制约手段,立法的缺失导致在司法实践中非法获取证据的行为依然普遍存在,冤假错案时有发生,社会反映强烈,司法公正受到严重影响,如佘祥林案、张平叔侄案等,都造成了较大的社会影响。笔者认为,就我国现行司法状况下,继续加强、细化对非法证据排除的法律规定非常重要,要让非法证据难以成为最终定案的依据,让被侵权人提出主张时有法可依,让审理人员在裁判时有所依据。当然,规定的执行应有相关部门依法进行严格的监督,从人民检察院、人民法院、诉讼参与人等各个角度规定和保障证据取得的合法性,防止取证机关对犯罪嫌疑人以各种违法手段违反法定程序取证,切实保护犯罪嫌疑人的生命、健康、安全、自由及其他各项诉讼权利。

3、加大对刑事强制措施的审查和核准力度。

刑事强制措施直接关系到犯罪嫌疑人的自由,人权保护在强制措施中可以非常直观地体现出来。因此,适用刑事强制措施应坚决执行程序法定原则和必要性原则。保证对犯罪嫌疑人采取刑事强制措施严格依据法律程序执行,"程序的错误必然导致权力的丧失",保证程序的正确才能首先从最根本上保证犯罪嫌疑人的权利。其次,在强制性措施适用过程中坚持必要性原则有重要的现实意义和理论价值,即只有不适用强制性措施不足以防止发生妨害刑事诉讼的行为时,才可以适用,而且还应当随着案情和具体情况的变化,及时地变更、撤销或者解除刑事强制措施。所以,是否适用及适用何种强制性措施,应当综合考虑法律规定的各种适用条件、刑事案件的具体需要和犯罪嫌疑人的个人情况等。

4、保证犯罪嫌疑人获得辩护的权利。

犯罪嫌疑人作为被追诉人,有获得辩护的权利。新刑诉法吸纳了 2008 年新《律师法》的许多规定,强化了辩护权对侦查权的制约,将律师介入时间由诉讼阶段提前到侦查阶段,赋予了犯罪嫌疑人侦查期间委托律师辩护的权利,使其能够及时得到法律帮助,也对辩护律师的会见权和阅卷权做出了规定,更好的保证了辩护律师的基本权利。但实践中,辩护律师的权利依然会受到不同程度的侵犯,导致辩护律师不能及时了解到案件情况、不能及时会见当事人了解当事人对案件的自我陈述及看法,由此,导致辩护律师无法对案件作出充分完备的准备,也难以保证对犯罪嫌疑人的辩护效果。笔者认为,还应加大司法监督,保证法规的实施。

另外,作为辩护人,其个人的人身权利也常常受到不同程度的侵害,往往会被指责为:"为罪大恶极的人做辩护"而同样被认为是罪大恶极之人,就如上述李天一案的辩护律师。作为辩护人,其职责所在是在了解案件基本事实的基础上,为委托人作出无罪或罪轻的辩护,而非是传统思维中的"维护公平正义"。常常有辩护人因难以承受舆论的压力而放弃辩护,由此对不明真相的委托人即犯罪嫌疑人来讲便是一次极大的心理伤害。保证辩护人的人身权利不受侵害,使辩护人能够顺利、正常的完成其辩护工作,也是保证犯罪嫌疑人获得辩护权的重要环节,有着非常重要的作用。

五、结语

犯罪嫌疑人和普通人一样,同样作为法律意义上的人应依法享有权利并应当得到充分尊重和保障。刑事诉讼事关公民的生命与自由这两项最基本且最重要的权利,保障刑事诉讼中犯罪嫌疑人的权利是人权发展的重要里程,也是保证司法公正和社会和谐的必然需要。保障犯罪嫌疑人的合法权利能够有效的遏制司法权利的滥用,确保还原案件的本来面目,减少甚至是消除冤假错案的发生,对司法进程的发展和人权保障发展都具有非常重要的意义。

律师参与刑事诉讼的权利范围
刑事诉讼中律师权利的边界

安徽大鸣律师事务所　刘其明

摘　要:律师权利范围的大小，往往能体现一个国家民主法治的进程，衡量律师权利的多寡，最直观的是看一个国家刑事诉讼中规定的律师权利范围，因为律师是伴随着国家追诉所产生。要实现法律规定的律师行业的正价值，就要求我们律师同仁们清楚的知道律师在刑事诉讼中享有什么样的权利，搞清楚权利的边界，方可不越界，才能不走弯路，不犯错误，我们讨论律师权利范围往往着眼于权利的大小及如何实现权利等等，本文为什么不用“范围”而选择了“边界”，目的是在《刑事诉讼法》的框架下，不仅知道律师能干些甚么，更要知道，律师不能干什么，试图找到刑事诉讼中律师权利的边界，让我们更好的驾驭自己手中的权利。

关键词：刑事诉讼　律师权利　权利边界

在刑事诉讼领域中的律师，一直困惑于《刑事诉讼法》中赋予的律师权利，无法真正实现，律师参与刑事诉讼往往流于形式，业界把上述原因归结为“会见难”、“阅卷难”、“调查难”三难的存在，我们在争论中等待了三十年，我们终于迎来了《刑事诉讼法》的第二次大规模的修改，在这次修改中，律师主体性得到了一定程度的认可，把以往在理论上争论的东西，用制度加以解决。可以说，这次修改是对律师权利的一次巨大扩容，依法治国、保障人权思想在素有小宪法之称的《刑事诉讼法》中得到进一步的具体体现，《刑事诉讼法》也进一步推进了依法治国、保障人权。可以预见的是在发生上述变化后的刑事诉讼领域会发生很多积极的变化，会激发律师参与刑事诉讼业务的积极性，可以说是业界的一大幸事。在我们弹冠相庆之时，业界更应该保持必要的清醒，因为当律师主体地位增强，权利范围变大后，自然而然地就在不同环节中体现自己的存在，这难免会和公权力产生多层次多方面的碰撞，律师权利与公权力相比，孰优孰劣，高下立判，这里打个不恰当的比方，律师的权利是“卵”，公权力是实实在在的国家机器，是石。卵与石相碰撞而卵不破的唯一前提是《刑事诉讼法》这把尚方宝剑的存在，如何利用好这把天子剑，让他变成保护我们的利器，别让他变成双刃剑，砍伤我们，这就要求我们学会如何使用，了解其结构如何。而且在修改的《刑事诉讼法》实施后各个相关部门联合或分别出台了对《刑事诉讼法》的具体实施意见，这其中包括两院、三部、一委出台的《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》；公安部出台的《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》；最高人民检察院出台的《刑事诉讼法规则》；最高人民法院出台的（关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释），可以说这些规则的出台充分体现三部门相互配合的原则，同时也是各个部门为自己量身定制了《刑事诉讼法》的剑鞘，以保证自己的部门不被这把天子剑砍伤。作为律师只能感叹别人既有剑又有剑鞘，收放自如。历史的经验告诉我们，很多律师同仁都是倒在了这把剑下，究其原因，还是没有读懂这把剑，也没有明白这些剑鞘。读懂这把剑以及如何使用，这要求我们知道以下几个问题：一、权利与公权力的关系；二、律师在刑事诉讼中的具体权利；其三、什么行为属于越界及越界的后果。笔者将在下文对上述问题展开讨论。

一、权利与公权力的关系

律师是谁？权威定义为“社会主义法律工作者”，有人戏称律师“一半是天使，一半是魔鬼”，其实律师也是因为上层建筑的需要而产生，直接催生律师行业的是国家追诉制度，目的是代理被追诉者行使权利，防止冤假错案的发生，简单的说律师就是代理人，通过代理放大当事人的权利。在人权思想盛行的今天，《刑事诉讼法》告诉我们，律师是为了推进依法治国，保障人权而生的。这是一种应然状态，但实然是什么，悲观的说，律师无法防止什么，法律赋予律师的权利，充其量也就是个“提醒”功能，提醒公权力机关“你们越界了，”该收敛了，或者请求上级权利机关去纠正，也许这种提醒也是防止的一种表现形式。为什么会这样，这需要我们搞清楚权利和公权力的关系，从权利本题论角度出发，权利是人类社会有序发展的一种文明理性的选择，如何保障权利的实现，体现在当权利受损后能够得到及时的修复，现代法治国家选择了通过法律授权相关部门行使公权力，用集体的力量来实现对个体权利的保护，从这个角度讲公权力来源于权利，但公权力也有自己的属性，当某个部门通过授权的方式获取到公权力后，他就会自我扩张，以获取更大的的权力，在这个过程中你不需要给他动力，相反，对他进行纠偏或让其停止，就不是权利能办到的事，他需要更大的权力来实现对目标的控制，这就是权力的自我扩张的属性，反观权利，他的属性具有依赖性，当其被损害后，他需要依赖于公权力的介入来实现对权利的救济。公权力在扩张以及在救济权利的过程中势必伴随着侵犯权利的可能性，律师的权利虽具有职业属性但他仍然是权利，他同样具有依赖性，同样在实现权利的过程少不了公权力的介入，实现权利的过程同样有被侵犯的可能。从权利的依赖性可以看出，我们的防止是一种弱势的战战兢兢的防止，在维护当事人权益之前，要先维护好我们自己的权利，律师不能做“出师未捷身先死”的悲壮英雄，因为我们没有苏格拉底的人生境界。

这对于游走于公权力之中的律师，只有明白权利与公权力的关系及各自属性的情况下才能更好维护当事人的权利，更好维护律师自己的权利。

二、律师在刑事诉讼中具体的权利

律师的权利根据委托人的在刑事诉讼中的身份可以分为诉讼代理人的权利和辩护人的权利，根据刑事诉讼阶段不同可以将律师权利分为侦查阶段的律师权利，审查起诉阶段的律师权利，审判阶段的律师权利。为了更好的表述律师权利，本文将以阶段为主，在阶段内讨论辩护人和代理人的权利。

（一）侦查阶段

①辩护人的权利

修改后的《刑事诉讼法》在侦查阶段给了律师一个明确的身份定位，即在侦查阶段律师是辩护人行使的就是辩护权，明确的身份带来了地位的相对独立，比如第 31 条规定的辩护人及代理人申请回避权，第 47 条规定的律师行使职务的权利救济途径或者称之为律师自己的申诉、控告权等，通过律师的申诉，让检察权这种公权力介入来纠正跑偏的侦查权。修改后的《刑事诉讼法》第 37 条明确了律师的直接会见权及通信权，用制度的方式解决了律师会见难的问题，明确了会见及通信的内容，第 39 条、40 条等条文明确了辩护人在侦查阶段的调查权，同时新增第 36 条“辩护律师在侦查期间可以为犯罪嫌疑人提供法律帮助；代理申诉、控告；申请变更强制措施；向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有关情况，提出意见。”规定辩护人在侦查阶段的辩护权的具体内容。另外，需要强调的是辩护人有辩护意见在侦查和批准逮捕环节有被听取的权利。

②诉讼代理人

如果根据《刑事诉讼法》第 14 条第 1 款“公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属，附带民事诉讼的当事人及其法定代理人，自案件移送审查起诉之日起，有权委托诉讼代理人。自诉案件的自诉人及其法定代理人，附带民事诉讼的当事人及其法定代理人，有权随时委托诉讼代理人。”规定，诉讼代理人在侦查阶段是不存在的，因为被害人、附带民事诉讼原告人等在侦查阶段没有委托诉讼代理人的权利，但该法在 47 条中又明确提到了在侦查阶段有诉讼代理人的存在。笔者认为这应从《律师法》第 28 条第四项规定的律师业务范围“接受委托，代理各类诉讼案件的申诉”地位类似于申诉、控告代理人，但这种理解好像又与《刑事诉讼法》规定的诉讼代理人的定义有冲突，但不管怎么说，在侦查阶段赋予了诉讼代理人的权利是□代理人对自己权利实现的申诉、控告权。□

（二）审查起诉阶段

①辩护人权利

修改后的刑事诉讼法吸收了律师法合理的东西，将查阅、复制卷宗的时间提到了审查起诉阶段，一定程度上解决了阅卷难的问题，同时在立法上也明确律师有辩护意见被听取的权利等，由于本文采取的是分阶段论述律师的权利，所以只能强调每个阶段比较典型的权利，由于有的权利是贯彻始终的，就没有在每个阶段都重复述及。

②代理人权利

审查起诉阶段，诉讼代理人正式出现，他可以作为被害人或其近亲属的代理人也可以成为附带民事的代理人，除了当事人的授权之外，代理人也拥有法律规定的权利，比如查阅复制卷宗的权利，申诉、控告的权利等。

（三）审判阶段。

①辩护权

在审判阶段是辩护权最直接也是最集中的体现，他包括：会见、通信、阅卷、调查取证、申请回避、申诉、控告、辩论等等。在这个阶段，在形式上完成了公诉权与辩护权的平等。

②代理人的权利

根据当事人的授权，在审判阶段代理有两种，其一是被害人的诉讼代理人、其二是附带民事诉讼的诉讼代理人，前者由于当事人诉讼地位的依附性（自诉案件中除外）导致该类诉讼代理人独立性地位不强，附带民事代理人的权利除了刑事方面的授权，部分还来源于民事诉讼。

三、律师权利边界

讨论律师权利的边界，目的是明确律师什么能干、什么必须干、什么不能干的问题。律师权利基于其律师的职业，具有明显的职业化属性，简单的说律师的权利来源于法律的规定，律师的任何权利都具有明示性特征，这种明示是律师行为的框架，决定了你只能在这个框架内选择什么是你能干的，刑事诉讼中律师权利的边界就是框架边缘，越过这个边界，你的执业行为就不受法律保护，由于律师权利具有职业化属性，当你越界往往后面跟的就是制裁。当法律赋予特定职业具有特定权利后，为了约束权利，同时会给予相应的义务性及禁止性规定，简言之，当你行使律师权利的同时你必须履行一定的义务，比如，当你行使会见权时，你必须遵守关于会见时的义务性规定，当你直接会见后，你应当及时告知办案机关。当你行使调查权时，你如果掌握有犯罪嫌疑人不构成犯罪的证据应当及时告知公安机关，这是义务性规定。更为严格的是刑事诉讼法授予你权利的同时，还在第四十二条第一款规定了“ 辩护人或者其他任何人，不得帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿、毁灭、伪造证据或者串供，不得威胁、引诱证人作伪证以及进行其他干扰司法机关

诉讼活动的行为。”的禁止性规定。这条禁止性规定砍伤了许多律师。当我们对律师的权利义务有了全面的把握后，我们方能知道，什么是律师能干的，什么是律师应该干的，什么是律师不能干的。这样我们才能更好的利用刑事诉讼法来维护当事人的合法权益，维护自己的合法权益。

四、越界的后果

权利可以放弃，义务必须遵守，你可以不参与刑事诉讼，但你参与之后必须遵守刑事诉讼规定的义务，当你的行为越界后，你将遭到相应的制裁，制裁律师的主体有三个，一、司法行政机关，二、律师协会，三、人民法院。司法行政机关的制裁属于行政处罚（包括警告、罚款、没收违法所得、停止执业和吊销执业证书），律师协会的制裁是基于会员身份的处分（包括训诫、通报批评、公开谴责、取消会员资格等）并有建议行政处罚的建议权，人民法院的制裁是刑事处罚（主要适用刑法 306 条）。律师法及刑法处罚律师是出于律师对禁止性条款的违反，但刑事诉讼法规定的义务性条款却没有明确的制裁措施，比如及时告知的义务，如果对其违反却没有实体和程序上的明确制裁，这里律师不值得欣喜，因为，在刑事诉讼法第 42 条第 1 款中有一个兜底性规定，即“其他干扰办案机关的诉讼活动”。这一兜底条款导致了律师对义务性条款的违反，制裁结果却适用禁止性条款的处罚原则。因为律师不履行告知义务的行为，完全可以定义为其他干扰诉讼活动。这一条款的存在不但加大了律师的义务，同时也为职业报复打开了方便的大门。

总之，在刑事诉讼领域，我们不但要知道我们能干什么，我们还要知道我们什么应当干，什么不能干。我们知道能干什么时，能更好的维护当事人的利益，我们知道应当干什么及不能干什么时，方能有效的维护律师本身的合法权益。

办理交通事故侵权案件问题的浅谈

安徽仲天律师事务所　谢宏献

摘　要：2004 年 5 月 1 日《中华人民共和国道路交通安全法》的实施，及经过 2007 年、2011 年两次适时的修正，使交通事故案件由一般的、单纯的侵权法律关系案件，演变为一种涉及多法律关系的案件。随着我国市场经济不断的发展，物流的频繁，家庭私人购车数量的不断增长，机动车保有量持续上增，因疲劳驾驶、超载、酒后、无证等违章因素引发了大量的交通事故。在交通事故的处理过程中，包括在交警部门，以及在法院诉讼处理阶段，和交通事故有关的各方受害人、机动车实际车主、登记车主、挂靠单位、承保的保险公司都有迫切需要法律专业人士介入的愿望。

关键词：法律关系　交强险　商业险　第三者

现在由于交通事故引起的侵权纠纷案件呈现出一定的复杂性、较强专业性特点。我们作为一位法律专业人员接到这类案子，要想最大限度的保护当事人的合法权利，只有详细理顺具体案件中的法律关系，做到全盘考虑、未雨绸缪、才能胜券在握。下面我们从四个方面来探讨一下相关问题：

一、首先，要详细了解、掌握、收集交通事故侵权案件涉及的法律规定

作为一位法律专业人士，要想办理好一个交通事故侵权案件，简而言之我们要做到“三穷”理论：即穷尽案件涉及的全部事实、穷尽案件涉及的全部证据、穷尽案件涉及的全部法律规定。办理其它侵权案子也是如此，我这里先谈法律规定。区分如下：

1、侵权法方面，有我国调整民事法律关系的专门法律《中华人民共和国民法通则》、最高人民院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见、《中华人民共和国道路交通安全法》、《中华人民共和国道路交通安全法实施条例》、交通事故案件处理所在地地方性法规。《最高人民院关于审理人身损害赔偿适用法律若干问题的解释》、《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》等司法解释，还有《中华人民共和国侵权责任法》等。

2、保险法方面，有《中华人民共和国保险法》、《机动车交通事故强制保险条例》、最高院关于实施修改后的《中华人民共和国保险法》的司法解释等，中国保监会有关机动车保险方面的部门规章、批复、答复、通知，中国保险行业协会《机动车互碰规则和理赔实务》等。

3、其他实体法方面，有号称中国民法典的《中华人民共和国物权法》中涉及机动车交付或所有权变动的规定，《中华人民共和国刑法》中关于机动车交通肇事罪的规定及最高人民院相关司法解释，中华人民共和国公安部《道路交通事故处理程序》、《机动车登记办法》、《人身伤残评定标准》、《交通事故受伤人员误工日确定标准》，中华人民共和国卫生部《道路交通事故受伤人员诊疗指南》、《国家基本药品目录》、交通事故案件受理法院所在地省高院、中院的相关会议纪要或指导性文件等。

4、程序法方面，如《中华人民共和国民事诉讼法》、最高人民院刑事附带民事诉讼方面的司法解释（对办理构成交通肇事罪的交通故事案件有用）、《最高人民院关于民事诉讼证据的若干规定》等。

上述法律规定，是办理一件交通事故侵权案件，特别是一件相对复杂的交通事故侵权案件，所应该准备、了解、收集的。这些法律、法规为我们律师处理交通事故案件提供较为充分的法律、数据依据，游刃有余的法律适用及考虑空间。

二、其次，我们在接案、分析案情、代为起草诉状或答辩时，要厘清一个交通事故侵权案件中可能涉及到的多个法律关系

一件交通事故侵权案件中至少涉及到以下多个法律关系：主要是民事侵权法律关系。这是一件交通事故双方或多方之间最基本的一个法律关系，我们首先要分清案件是属于民事行为中的何种法律关系。

1、是雇佣关系，还是职务行为

机动车发生交通事故，第一责任人首先是肇事司机，这些司机有的本身就是实际车主，其承担责任毋庸置疑。有的则是由实际车主雇佣，或由车辆登记单位委派，履行司机职务。因为司机的原因，发生了交通事故。根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿适用法律若干问题的解释》的司法解释第 9 条的规定，如果是个人与个人之间的雇佣关系，还得考虑司机是重大过错，还是一般过错；是要求司机与雇主承担连带赔偿责任，还是直接要求雇主承担赔偿。根据最高人民法院《最高人民法院关于审理人身损害赔偿适用法律若干问题的解释》的司法解释第八条："法人或者其他组织的法定代表人、负责人以及工作人员，在执行职务中致人损害的，依照民法通则第 121 条的规定，由该法人或者其他组织承担民事责任",《中华人民共和国民法通则》第 121 条："国家机关或者国家机关工作人员在执行职务中，侵犯公民、法人的合法权益造成损害的，应当承担民事责任"的规定，司机系履行职务发生交通事故，则是要委派单位承担赔偿责任。《中华人民共和国侵权责任法》对此也有相关详细规定。

2、强制保险合同关系

由于现在机动车上路，办理交强险是一必备程序，所以一旦出现交通事故，应该首先提醒、建议受害人尽快获取、留存对方机动车投保交强险的信息或证据）。这是我们接待交通事故案件当事人，尤其是受害人时的一项必不可少的工作内容，这方面很重要。即使没有办理强制险，对方肇事机动车系无证、套牌，强制险过期车辆等具体情况，也是有必要掌握的。之所以对此法律关系进行强调，意义在于要求对方机动车承担的是《中华人民共和国道路交通安全法》76 条规定的法定优先赔偿之责。这里还需要关注的是，要了解肇事机动车在机动车事故中是有责，还是无责，因为，其赔偿的各项限额是不同的。

3、商业保险合同法律关系

现在机动车一般在投有交强险的同时，投有其他商业险种，这些商业险种（主要为第三者责任险），也是受害人获得赔偿的必要保障。但目前各省市，对在交通事故案件中，是否要一并处理商业险采取不同的态度，例如江苏省、浙江省高院则明确规定，在诉讼中人民法院不对肇事机动车涉及的商业险进行处理；我们安徽省内各地级市做法则各有不同，有的以《中华人民共和国保险法》第 65 条为依据直接判令保险公司对受害人支付商业险的赔偿责任。有的则以取得保险公司同意为前提，有的则不处理商业险。最高人民法院的观点也是含糊其辞，详见最高人民法院（2006）民一他字第 1 号文件："第三者责任险的性质为商业险。交通事故损害赔偿纠纷发生后，应当依照保险合同的约定，确定保险公司承担的赔偿责任"。你说它让保险公司直接承担责任吧，他又说"依照保险合同的约定"，现实中我见到的保险合同一般不隔离开投保人，事先在合同约定可以直接针对受害人进行赔偿。尽管如此，尤其在我们代理受害人时，也应提醒其注意获取、留

存对方机动车投保商业险的信息或证据（如商业险保单）。以做到能获得法院一并处理商业险的判决最好；不能获得法院判决，则可以预先进行保全。这对一个当事人最后获得赔偿是非常有利的。这里面有时会出现，机动车交强险在这个保险公司投，商业险在那个公司投，牵引车头、后挂车厢在不同公司投保的情况，也要足以引起注意。

4、挂靠合同关系

现在小型车一般不用挂靠；但从事物流的大型货车一般必须按照交通行业管理部门的需要，挂靠在一个汽车服务公司名下，车辆的行车证也以该公司的名义登记。车辆的实际车主和挂靠公司之间一般签有一份《车辆挂靠协议》，明确双方的权利和义务。一般情况下是机动车每月交给挂靠公司交一、二百元的管理费，汽车挂靠公司负责为该挂靠车辆代为办理投保、交各项管理费等手续。且双方也约定出了交通事故则由实际车主自己负责处理。但在具体案件诉讼中，该挂靠公司也常常被受害人一同诉至法院。目前，法院针对挂靠公司应否承担责任，出现了三类判决：一类是，以利益支配，实际归属为依据，判令挂靠公司不承担责任；一类是；在收取管理费的范围内，判令挂靠公司对实际车主承担补充赔偿责任；一类是，以挂靠合同不能约束善意第三人，只能以登记为准确定车辆所有人或类似理由，判决挂靠公司和实际车主或肇事司机承担连带责任。现实情况在司法机关办理具体案件时，挂靠公司总是有被判连带责任的担心，往往会对实际车主施加压力，以尽快解决交通事故。因此，查清楚肇事机动车有没有挂靠单位，也是十分有必要的。

5、其他法律关系

如继承和被继承关系，如实际车主死亡，继承人有可能被追加为被告（当然，也有可能成为共同原告）；实际车主是否存在合伙购买车辆的人，还要考虑合伙人之间的法律关系；车辆是否为分期付款购买；肇事时是不是借用、租赁、承包经营、擅自驾用、送交修理期间；受害人是免费搭乘肇事车辆，还是与肇事机动车存在旅客运输合同法律关系等等。对此，《中华人民共和国侵权责任法》对其中一部分都有了明确的规定。因此，只有厘清了上述法律关系，在代理一件交通事故案件时，才能清楚的选择案件的当事人、责任主体，选择对委托人最有利的解决案件的途径，设计可退、可进的诉讼方案，收到良好的结案效果。

三、在交通事故侵权案件中作为保险人（保险公司）的真正诉讼地位，即实际案件办理中如何列保险公司为当事人的问题

关于保险公司在一个交通事故侵权案件中的诉讼地位问题，是一个“仁者见仁，智者见智”的话题。尽管《中华人民共和国道路交通安全法》第 76 条规定了“机动车发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的，由保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿”的内容，但该规定只是原则性规定，并不意味着保险公司的诉讼地位一定是被告。诉讼地位的确定，还要依据案件涉及最本质的法律关系，其他主体与案件有利害关系的，只能是第三人。否则一个清晰的法律关系，必然变得纷繁复杂，让人摸不着头绪，让人感觉特别别扭。交通事故侵权案件也是如此，其本质、最核心的法律关系是交通事故责任人对受害人的侵权与被侵权关系。对受害人的损失，首先，还是应该由侵权责任人来依法承担赔偿责任并支付赔款，来作为适格的被告。至于，肇事机动车投有交强险是法院查明以备判决的内容，责任人承担赔偿责任后，其如何理赔那是责任人（或者是投保人）和保险公司之间的事，这是由保险法律关系的性质所决定的。对于保险公司并不对受害人直接进行理赔，或只有在和投保人有事先合同约定的情况下才可以直接对受害人理赔的规定，这在国务院颁布的《道路交通事故责任交强险条例》理赔一章中有明确规定。强制

险是因国家强制所投,保险公司就当然要对受害人负有直接赔付义务,可以直接列为案件的被告。关于保险公司真实的诉讼地位，因为有保险合同在先，根据受害人提交的相关证据来分析确定，认为与案件有利害关系,只能是第三人。尽管《道路交通事故责任交强险条例》是一部行政法规，其体现上述内容的规定，早已被法院边忽视了。到目前为止，我国司法机关一般以《中人民共和国保险法》第 65 条第一款"保险人对责任保险的被保险人给第三者造成的损害，可以依照法律的规定或者合同的约定，直接向第三者赔偿保险金"的规定，另结合《中华人民共和国道路交通安全法》第 76 条第 1 款的内容，来认定保险公司的被告地位，判决保险公司直接对受害人支付赔偿款。但事实上,《中华人民共和国保险法》该条的内容是法律给保险公司如何选择赔偿的权利性条款，而不是受害人直接向保险公司索赔的依据。我国《中华人民共和国保险法》没有规定第三者对保险公司具有直接请求权，只是规定保险公司可以向第三者直接赔偿,《中华人民共和国道路交通安全法》也没有第三者可以直接向保险公司请求支付赔偿保险金的明确文字性规定。对于在实践中认为第三者对保险公司应当具有直接请求权，以使第三者得到直接、快速、切实的赔偿;第三者作为受害人可以直接向保险公司提出赔偿保险金的请求,或者直接以保险公司作为"被告"提起赔偿保险金的诉讼等问题，依然需要进一步明确。商业险也是如此。可见，在交通事故侵权纠纷案件中，保险公司无论被判承担强制险责任，还是被判承担商业险责任，只能以"被告"的身份出现了。这种情况依据《中华人民共和国保险法》第 65 条第 2 款:"责任保险的被保险人给第三者造成损害,被保险人对第三者应负的赔偿责任确定的,根据被保险人的请求,保险人应当直接向该第三者赔偿保险金。被保险人怠于请求的,第三者有权就其应获赔偿部分直接向保险人请求赔偿保险金"内容,还会被不断的以"被告"的身份出现在法院的判决中。因此,最高人民法院应当就此类侵权案件应及时颁布相关司法解释以明确保险公司的诉讼地位。

四、我们在办理交通侵权案件中可能碰到的、存在争议的问题

1、侵权关系中的连带责任问题

我们通常认为，交通事故中的各方责任在责任认定书中已经分清，对受害人的损失应该按照过错比例进行判决,只不过在比例上可以倾斜,这也是我们经常碰到的判决结果。但,笔者办理涉及保险公司的交通事故侵权案件中,对于机动车和机动车发生交通事故,常常碰到法院判决交通事故责任双方对其中一个机动车上的受害人,承担连带赔偿责任的情况,这是一个有较大争议的问题。法院的判决依据是最高院《人身损害赔偿》司法解释第 3 条:"二人以上共同故意或者共同过失致人损害,或者虽无共同故意、共同过失,但其侵害行为直接结合发生同一损害后果的,构成共同侵权,应当依照民法通则第一百三十条规定承担连带责任",这似乎也能说过去。这样的判决趋势在扩大。但依据《中华人民共和国侵权责任法》第 11 条、第 12 条规定:"二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，每个人的侵权行为都足以造成全部损害的，行为人承担连带责任","二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担赔偿责任"对于此类案件有了以上法律依据，将不再会有不同异议。

2、如何界定"第三者"的问题。

在交通事故中依据《中华人民共和国道路交通安全法》76 条要求保险公司承担交强险赔偿责任的主体是"第三者"。"第三者"作为一个专门法律概念，最先应该是在保险法中出现。因为《中华人民共和国道路交通安全法》76 条的规定和交强险的实施，被引入到交通事故侵权案件中。通俗的讲,"第三者"是相对于保险合同的双方来说的，因为保险合同是由投保人、保险人两方来签订的，与这两方无关的人就是"第三者"。具体到保险合同的约定上"第三者"是指"因被保险机动

车发生交通事故或意外事故遭受人身伤亡或财产损失的人，但不包括投保人、被保险人、保险人和保险事故发生时被保险机动车本车上的人"。可是，客观事实是复杂的，在车上的人，也会因时空的转换而变为车下。所以，正确界定"第三者"的主体范围，直接关系到"第三者"的利益能否得到应有的保护。主流观点是被保险车车上人员的身份并不是一成不变的，有时其身份会发生变化，如果车上人员下车后，再遭受被保险机动车损害的，应认定为第三者，保险公司应对其损害承担赔偿责任。其以投保机动车发生过交通事故或保险事故，导致其受伤为前提，其参考的对象只能是投保机动车，而不是其他机动车。

3、精神损害赔偿问题能否在交强险、商业险中理赔的问题。

精神损害赔偿能否在商业险中理赔，现在基本上是共识，商业保险不理赔精神损害赔偿项目；在强制险限额内是否赔偿，如何赔偿，是法院依司法权力主动确认，还是以当事人的诉讼请求选择为准，也存在较大争议。根据中保协颁布的 2006、2008（1）号《交强险保险条款》的内容，其是可以放在死亡伤残赔偿限额下，对受害人精神赔偿损失进行理赔的。但问题出现在受害人可不可以优先选择将精神损害项目放在其他非精神赔偿项目之前，尤其在其他项目损失总数已经超过交强险限额的情况下，在交强险限额内索赔或提起诉讼请求。对此，上述保险条款也没有明确规定。交强险条例也没有规定。我们在代理此类案件时还是要研究研究交强险设立的目的：那就是为了交通事故的的受害人，特别是支付不起抢救、治疗费用的受害人，从国家制度设计层次得到及时救助，其应该优先用于非精神损害项目的赔偿支付，这也是交强险设立的初衷和《道路交通事故责任强制险条例》的立法本意。只有在非精神损失项目核算出总数，交强险限额尚留有空间的情况下，才能对精神损害项目进行理赔。要不就采取按比例计算的方式，来考虑精神损害赔偿数额在交强险限额内所占的具体比例，这样才能比较公平合理。

五、结束语

我国是个交通事故案件多发国家，在我国每年因交通事故死亡的人数位居其它非正常死亡人数之首，当然，造成的原因有多种因素所形成。但我们作为一名专业法律人士，应尽职尽责，争取办好每件交通事故案件，达到止争息诉的目的，为共同达到创造一个和谐、公平的法治社会而努力。

参考文献

1、《中华人民共和国交通安全法》、《中华人民共和国保险法》。
2、周宏《论交通事故损害赔偿中的"第三者"》，学法网。
3、杨剑雄《交通事故侵权赔偿问题浅谈》，中国普法网。

论民事诉讼中的律师强制代理制度的设立

安徽南山松律师事务所　蔡晓慧

摘　要:我国现有民事诉讼法代理人制度的设计缺陷,使中国律师受制于诉讼法制度性缺陷,其参与审判的积极性受到了压抑,其法律专家的固有身份并没有得到诉讼法的强化和优化,造成律师在新审判方式中制度性缺位,甚至于边缘化、大众化。建立我国民事诉讼律师强制代理制度,可充分发挥律师法律专家的作用,在抗辩式诉讼中以法维护当事人的权益,客观上协助法院在新的审判方式中实现制度设计的最大功效,确保司法公正与效率。本文从建立民事诉讼律师强制代理制度的必要性、律师强制代理制度内容等方面进行一些初步的探讨。

关键词:代理人　民事诉讼　律师强制代理制度

一、设立律师强制代理制度对律师发展的必要性

在推进我国法治建设的过程中,法律职业人员是核心力量。律师无疑是这一群体中不可缺少的一部分。律师队伍这几年有了很大的发展与壮大,资格考试也从单一的律师资格考试发展为律师、法官、检察官资格一元化司法资格考试,意味着律师与法官、检察官作为共同的法律职业群体的组成部分,这是中国法治的进步。但令人遗憾的是中国律师除了在名称和专业水准上与法官和检察官是法律职业共同体外,在法律制度中并不能象法官和检察官那样即享有审判权、检察权,又有优越的制度保障。从现有的法律来看,和法官、检察官相比,律师仅仅是一个通晓法律的公民,在权益的保障上无任何职业特权。在诉讼法框架中,中国律师虽是国家通过资格考试强制认可的法律专家,但与当事人的近亲属,当事人所在单位推荐的人,以及法律工作者,法律顾问人员,仅仅是身份不同,做为潜在的代理人无论是在个案中还在诉讼法代理人资格中,仅存在着当选代理人的或然性,而不是必然性。中国律师在诉讼法中与任何不具备法律素养的潜在代理人既无身份上的特殊性,也不具有诉讼业务方面的垄断性。

从律师业发展历史看,律师行业和发展是因为法治调控社会方方面面的过程中产生了对法律服务的需求。这些需求既表现为各类市场的主体和自然人为保障自身权利而寻求法律帮助,也表现为国家权力干预社会而与权利产生的冲突需要调和。纵观市场经济发达国家法治经验,仅靠法官主导法治进程观念是片面和残缺的。律师在为当事人,为社会提供服务的同时,不仅直接维护了当事人的权益,也通过法律服务在潜移默化中提高了当事人的法律意识。通过律师的维权行为,向全社会灌输法律观念、法律知识,起到了普及法律的积极作用。生活中许多律师以专家和法律顾问身份从事非诉讼业务,在各种传媒上开展法律服务热线,这种角色和功能是法官无法替代的。司法公正是社会维持公平公正的最后防线,因此必须树立新的现代诉讼观念,保护私权,实现公正调和不同群体利益冲突的诉讼目标,仅仅承载于法官身上是不够的,同样也承载于律师身上。在人民法院新审判方式中不仅当事人维权离不开律师,人民法院实现司法公正与效率的目标同样离不开律师积极参与。

与国外实行诉讼律师垄断代理制度不同,我国法律规定的代理人资格非常广泛,过于大众化,具备民事行为能力且未被剥夺政治权利的人都能担任代理人。现行《民事诉讼法》第 58 条规定:“下列人员可以被委托为诉讼代理人:(一)律师、基层法律服务工作者;(二)当事人的近亲属或者工作人员;(三)当事人所在社区、单位以及有关社会团体推荐的公民。”可见在我国诉讼法

律框架中，诉讼代理不是律师独自享用的蛋糕，几乎人人都享有诉讼代理人资格，都能参与诉讼，几乎没有什么法律素养方面的限制。这种制度设计为专吃代理饭的所谓“土律师”留下了缺口，他们私下代理，以低收费占据了一部分法律服务市场。靠向法官贿赂，挑词架讼，严重干扰正常的诉讼秩序，给法律服务市场规范化管理留下了隐患。

因为上述原因，律师诉讼业务与法院同期审结案反差明显，律师诉讼代理数量上看其现状不容乐观，表明律师诉讼代理业务严重不足。据统计，全国律师办理各类诉讼案件仅占当年法院审理案件的 19%。那么其中律师代理民事案件比例会更低。

迄今为止，我国理论界和实务界对民事代理制度关注甚少。从 1992 年至 2013 年 1 月 1 日实施的民事诉讼法来看，关于审判方式变革的司法解释层出不穷，但极少涉及诉讼代理制度。人民法院审判方式的改革和变化，使民事诉讼代理制度越来越不适应当事人诉讼模式审判方式的要求，其制度性缺陷在实践中表现得愈加明显。现有民事诉讼代理人制度的设计缺陷，使我国改革开放中成长起来的法律职业精英群体的一部分——中国律师——受制于诉讼法制度性缺陷，其参与审判的积极性受到了压抑，其法律专家的固有身份并没有得到诉讼法的强化和优化，造成律师在新审判方式中制度性缺位，甚至于边缘化、大众化。这使以公正和效率为核心的新审判方式推进困难重重。

如果能在民事诉讼法中构建强制律师代理制度，能更好地实现司法公正与效率。律师强制代理制度，是现代西方一些国家所采取的诉讼代理制度，它主要是指在某些法院进行诉讼或对某些特殊案件提起诉讼时，当事人应以受诉法院所许可的律师为诉讼代理人，使其进行诉讼。这种强制律师代理制度，对建立我国民事诉讼中律师强制代理制度具有借鉴意义。

建立我国民事诉讼强制律师代理制度，充分发挥律师法律专家的作用，在抗辩式诉讼中以法维护当事人的权益，客观上协助法院在新的审判方式中实现制度设计的最大功效，确保司法公正与效率。因此，民事诉讼律师强制代理制度是确保司法公正与效率的重要手段，是司法天平的重要法码。

国家司法行政领导机构应该充分认识到律师业务拓展仅靠律师业独善其身加强自律是远远不够的，通过参与相关立法才是保障律师拓展业务的关键环节。修改民事诉讼中代理人制度，规定民事诉讼由律师强制代理，才能保证律师业的发展海阔天空。构建民事诉讼律师强制代理制度，可以有利于法院公正与效率主题目标的实现，可以有助于当事人权益的维护，可以有助于律师业发展，有助于诚信社会关系的建立，更有助于律师从法律技术专家成长为治国理财的政治家，给中国律师一个充分发展的支点。

二、不同民事诉讼模式下的民事强制律师代理

一般教材根据法系区分诉讼模式，即：大陆法系是职权主义诉讼模式，英美法系是当事人主义诉讼模式。当事人主义作为职权主义的对应物在诉讼结构或模式上仅具有相对意义，特别是在现代诉讼法律体制下，各国的民事诉讼的实际情态告诉人们并不存在完全依靠法院来推动并控制的民事诉讼，也不存在绝对由当事人操纵的民事诉讼，任何民事诉讼的结构状态如何，都是当事人和法官互相作用的结果，只是两者在其中所发挥的作用有大小、强弱不同的差异而已。为便于区分比较，笔者分别从英、美为代表的当事人主义模式与民事强制律师代理和德、法为典型的职权主义模式与民事强制律师代理这两方面来进行阐述。

（一）德、法型职权主义模式与民事强制律师代理

德国和法国是实行强制律师代理制度的典型，以德国和法国为代表的诉讼模式以诉讼程序上

的职权进行主义和查明事实上的阐明权主义为其突出特征,民事强制律师代理是大陆法系民事诉讼法的一个重要概念,大陆法系国家在法官发现案情真实方面比英美法系更强烈些,法官在诉讼中有更主动的地位,在诉讼中法官扮演的是类似指挥官的角色,具有对诉讼程序的一定控制权力,处于积极主动的地位。但是法官行使该权利是在当事人诉讼请求以及所提出证据的范围内进行的。为了法律的更好实施及更加充分的保护当事人合法权益,及满足日益强烈的抵制非正当权力的需要,出于对当事人自身能力的补充和保持双方当事人的平等性,强制律师代理得以在大陆型职权主义模式的民事诉讼中明确确立,大陆型职权主义诉讼模式民事强制律师代理制度的价值取向是维护当事人之间诉讼权利的平等性,增强诉讼的对抗性及抵制非正当权力的诉讼意识强烈。大陆型职权主义模式的许多国家对民事强制律师代理制度都有明确的规定。

在德国,普通法院分为4级:(1)初级法院;(2)州法院;(3)州高等法院;(4)联邦法院。除了初级地方法院,其他法院中律师代理都是强制性的,强制代理存在于地区的诉讼和上诉审程序中,大多数家事案件中也适用强制代理。无论管辖法院的类型,德国民事诉讼法第78条规定:"在地方法院以上的法院进行诉讼,必须委托律师进行,当事人在州法院须由初级法院或州法院许可的律师作为诉讼代理人代行诉讼,在上级审法院必须由受诉法院所许可律师作为诉讼代理人代行诉讼。"由于地方法院和地区法院的程序基本一致,复杂的实体和程序规则对一个非法律职业者来说很难把握,因此,即便在初级地方法院,大多数诉讼也都有律师代理。在必须由律师代理的情况下,如果当事人未找到愿意代理他的律师,以至他无从伸张权利或防卫权利时,受诉法院可以依当事人申请在该审级中为其指定一名律师以保卫其权利;此外在依法不须要律师代理诉讼时,当事人既可以自己进行诉讼,又可以让任何有诉讼能力的人作为其诉讼代理人进行诉讼。

在德国,诉状通常由律师起草,如果律师代理不是强制性的,原告可以决定不聘请律师。此时他的起诉状就由一个法院的职员来起草,诉状必须经原告律师签署,而后提交法院,法院依职权送达,如果需要律师代理,法院送达时将要求被告指定一名律师。 依德国《德意志联邦共和国民事诉讼法》的规定在地区以上法院进行诉讼,当事人的诉答状必须由律师签署,庭审中一方如果没有律师参与,即使当事人出庭也被视为是缺席。一般地,胜诉的一方当事人有权从对方处获得诉讼费用的补偿。因此,败诉方将承担对方的裁判费用和律师费。但家庭法案件是个例外。如果判决只认可了原告的部分请求,则原告就未成功的另一部分被视为败诉方,他将就此承担相应的诉讼费用,如果在强制律师代理的案件中律师未到庭,对方当事人可以请求法院作出缺席判决,如果被告律师缺席,法庭将做出有利于原告的判决。

在法国,民事强制律师代理是其一般的诉讼原则,对于在大审法院进行的诉讼,除了亲权丧失案件、商事租赁案件、海关案件、公有财产案件以及税收争议案件之外,都要求当事人必须选任律师; 在上诉审法院当事人原则上应选任律师为代理人进行诉讼,但作为例外,当事人对劳动法院作出的判决提出上诉,可以采用本人诉讼的方式进行。除法律规定的强制代理情形外,当事人既可以自行辩护,同时当事人也可以自由选任辩护人,由该辩护人代理其进行诉讼,或者当事人在该辩护人的协助下进行诉讼。

(二)英、美型当事人主义模式与民事强制律师代理

在英美型当事人主义模式的民事诉讼中,没有强制律师代理的概念或用语,其倾向于纯粹的当事人主义,法官的地位相对来说比较消极中立。在英美型当事人主义模式中,当事人是诉讼的主体,在诉讼中处于主导地位,诉讼以当事人为中心,比较重视程序的公正。在实行当事人主义诉讼方式的国度,律师具有极其广泛的活动空间,通过举证和辩论,能够使具有中立性的法官作出有利于自己当事人一方的裁判。胜诉代理,是对律师能力和工作成绩合适的肯定,它一方面维

护当事人的合法权利，另一方面也有助于提高该律师的知名度，使律师在诉讼中的作用得到最大限度的社会认同，进而为进一步刺激社会法律服务需求、扩大律师业务奠定良好的社会基础。所以，在英、美型当事人主义诉讼模式的国家中，如英国和美国，律师是有着极其重要的地位的，因其法官和陪审团的作用被限制在相当狭小的空间内，程序的推进与事实的发现纯粹依靠当事人自身法律技巧的运用，缺乏诉讼能力之当事人基本没有胜诉的机会，因而在英、美国家尽管未明确强制律师代理，但实际上对律师的依赖程度远远高于德、法等大陆法国家。实践也证明，在英国和美国，大多数案件是由律师代理的，"美国民事诉讼80%以上有律师代理，律师在诉讼中发挥了巨大的作用，完成了大量的工作"所以尽管英国、美国没有采取强制律师代理原则，但事实上在具有一般管辖权的法院进行诉讼的当事人都有律师代理。

在实践中，没有任何一种制度完全符合其某一理论模式。两大法系正处于相互借鉴、相互融合趋势。我国的民事诉讼模式和审判模式也在不断地变革中，从现在的趋势看，我国的民事法官越来越中立，要求当事人参与诉讼的程度越来越高。诉讼请求的确定、诉讼主张的提出、诉讼资料的收集与证明都主要由当事人负责，法官则需要保持一定的中立性，因此对当事人的诉讼能力和法律专业知识要求就越高。而一般的当事人往往不可能做到，只有执业律师的参与才能够实现当事人的权利。

三、建立我国民事诉讼律师强制代理制度相关内容构想

目前，我国的理论界和实务届对律师强制代理制度应否在中国设立以及如何设立，有三种不同的意见：一是反对设立强制律师代理制度，认为公民代理制度是我国诉讼代理制度中不可或缺的组成部分，应当鼓励公民代理行为，同时也要加以引导和提高。二是以律师界为代表要求限制公民代理，给中国律师一个充分发展的支点，构建中国的民事诉讼律师强制代理制度。三是认为我国虽然缺乏实行强制律师代理制度的充分基础条件，但是可以在部分高度专业化类型案件中采用，比如知识产权诉讼、涉外民事诉讼和公司诉讼中先实行。笔者认为，我国既有实行律师强制代理制度的必要性也具有了实行律师强制代理制度的条件基础，强制律师代理虽然是对当事人意思自治原则的违背，可它又恰是当事人主义诉讼模式和辩论原则的要求，作为法律专业人士，律师的诉讼能力、辩论能力和法律专业知识水平应该高于一般当事人和其他的诉讼代理人。在我国，无论是从律师职业的发展趋势来说，还是从我国司法实践的现实来看，都有在民事诉讼领域确定强制律师代理制度的必要，且应该将律师强制代理制度作为一般规则。

因为每一项社会制度都与其运作的配套制度和文化基础紧密相连，从民事诉讼法的角度来看设立律师强制代理制度，必须加快民事诉讼代理制度的修订，制订律师强制代理的相关制度。

（一）明确律师强制代理案件范围。设定范围应适当，既不能过宽，也不能过窄。设定过宽，虽能降低司法资源消耗，但会加重当事人及国家（对法律援助的投入的）负担，社会公共成本将大幅度上升，设定过窄，建立民事诉讼律师强制代理制度发挥作用有限。鉴于法律诉讼是一项复杂又有难度专业性强的活动，借鉴外国相关经验并考虑到中国公民法律意识和法律素养现状，我认为可从以下几个角度设定律师强制代理案件范围：1、审级限定。上诉案件，再审案件，中级法院、高级人民法院和最高人民法院作为一审的案件；2种类限定。以强制律师代理为一般原则，然后规定一些种类的案件可以作为例外。

（二）民事诉讼代理人资格一元化制度。凡属民事诉讼案件除本人亲自诉讼外，只有律师才有诉讼法上的代理权。法律工作者、法律顾问人员及普通公民（非当事人）不得从事诉讼代理业务。取消法律工作者和法律顾问资格认证许可制度。实施司法资格认证一元化制度。考虑到我国

尚有 206 个县没有律师的实际，可以由全国律协、司法部制订律师援助制度。实施律师志愿者计划工程，实施公职律师制度，通过相关政策吸引法律专业人员加入律师行业。以此规范法律服务市场秩序。

（三）律师代理费败诉方承担制度。纵观西欧美国、日本律师费用负担制度的考察，有以下几个特点：1、不管是否采取律师强制主义，不管是大陆法系国家还是英美法系国家，都不同程度地认可了律师费用由败诉当事人负担的制度；2、律师费用由败诉当事人负担的法理基础有两种：一是将律师费用视为诉讼费用的组成部分，二是将律师费用作为损害赔偿的一部分；3、各国都设有严格的律师费用评定制度和法官的自由裁量制度；4、律师费用由败诉当事人负担制度的建立都经历了一个逐渐发展的过程，尤其是日本。这个发展过程经历了截然相反的观点的争论，最后取得共识终于确立了律师费用部分由败诉当事人负担的制度。这对我国律师费用负担制度的建立有重要的启迪作用。关于律师费用负担已开始为司法实践在个案中得到确认。但律师费用的负担应该得到民事诉讼法确认。

（四）律师费保险制度。由于存在败诉时要负担对方律师费用的风险，就会在客观上存在限制起诉、上诉的可能。特别是对于不能预期胜诉或败诉的案件，其风险性更为显著。潜在地承担对方律师费的风险，有时会限制当事人，特别是经济势力较弱者，选择诉讼的一个重要因素。为此，应建立律师费用保险制度，使败诉的当事人能有保险赔付来负担对方的律师费用。诉讼当事人有可能成为败诉当事人，为保护双方利益均衡，应将律师费用保险作为一种强制责任保险而推行，在当事人决定进入诉讼程序前即可办理该项保险。

（五）完善法律援助制度，确保经济能力差的当事人能够得到律师的服务。实行律师强制代理制度后，法院的负担将大幅度减轻，但当事人负担除诉讼费、调查取证费外，还要付出律师代理费。有可能出现当事人在经济地位上的不平等所导致的诉讼能力和资源利用上的不平等。所以必须完善法律授助制度，适当扩大法律授助的对象和范围，以保障弱势群体的合法权益。

（六）律师强制代理的告知义务。对既不属于强制代理的例外情况，又不属于法律援助对象的当事人，原告（上诉人）在递交诉状时没有选任律师的，逾期不委托律师的，裁定不予受理。被告（被上诉人）在接到起诉状、上诉状的同时，法院应同时送达限期委托律师强制代理的书面告知书。被告（被上诉人）在规定期限内未选任律师的，即使本人到庭，法院也视同缺席，可以按缺席判决。

综合以上论述，不难得出构建我国民事诉讼律师强制代理制度是维护当事人权益的客观需要，是实现人民法院司法审判公正与效率的手段，是和谐司法丰富内涵不可或缺的内容。

参考文献

1、《最高人民法院关于加强人民法院审判公开工作的若干意见》，人民法院报，2007 年 6 月 15 日四版。

2、常怡《比较民事诉讼法》，中国政法大学出版社，2000 年版。

3、肖扬《最高人民法院工作报告》，载《中华人民共和国最高人民法院公报》2005 年第 4 期

4、《司法部关于拓展和规范律师法律服务的意见》，载《中国律师》2003 年第 10 期

5、《最高人民法院工作报告》，肖扬，载《中华人民共和国最高人民法院公报》2005 年第 4 期，2006 年第 4 期，2007 年第 4 期。

6、《最高人民法院关于增强司法能力提高司法水平的若干意见》，载《中华人民共和国最高

人民法院公报》2005 年第 5 期。

7、宫晓冰《只有专业的律师，没有专业的法官—美国律师制度评价》，载《中国律师》2005 年第 9 期。

8、（美）史蒂文·苏本 玛格瑞特（绮剑）伍，蔡彦敏 徐卉译《美国民事诉讼的真谛》，法律出版社 2002 年 4 月第一版。

9、赵旭光《论律师对法官程序性违法的制约》，载《中国律师》2006 年第 6 期。

10、奚晓明主编《<中华人民共和国民事诉讼法>修改条文理解与适用》，2012 年 9 月第一版。

11、杜伊方、庞飞霞《我国民事诉讼部分实行强制代理问题探析—以知识产权诉讼为分析视角》，载《理论纵横》2011 年第 10 卷第 12 期。

12、李恩汉《强制律师代理制度的价值及应用》，载《中国律师》2011 年第 12 期。

13、王典《公正与效益的抉择：论民事诉讼中的强制律师代理制度》，载《法治研究》2011 第一期。

14、徐清《中美律师制度比较研究》，载《法制现代化研究》1997 年。

新民诉法中证据规则的革新

安徽径桥律师事务所　马晓昀

摘　要：2013 年 1 月 1 日实行的《中华人民共和国民事诉讼法》对证据规则部分进行了大刀阔斧的丰富和改革，其中，对于民事证据种类的增加，举证时限规定的细化以及证人、鉴定人和有专门知识的人的出庭制度进行了明确的规定，本文就旨在讨论本次修订《民事诉讼法》的过程中对民事证据规则的革新之处。

关键词：民事诉讼法　证据规则　电子数据　举证时限　证人

一、民事证据的概念及意义

证据是指证明案件事实或者法律事务有关的事实存在与否的根据。[1]民事证据是指能够证明民事案件真实情况的各种客观事实，具有客观性、关联性和合法性三个基本特征。证据是民事诉讼的核心，在法院裁决过程中的地位尤为重要。

证据被普遍认为是当今的“诉讼之王”，诉讼的任何一方只要在包括证据方法和证据运用在内的证据活动中占有优势便能在诉讼中把握主动权，甚至赢得诉讼，在诉讼活动中，对于当事人来说，打官司就是打证据，对于法官来说，办案就是办证据，审案也就是审证据。2001 年 12 月《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(下称“《证据规定》”)颁布实施，为规范化证据的收集、运用和审查提供了重要的法律依据。[2]新修改的《民事诉讼法》已于 2013 年 1 月 1 日起实施，更是对证据部分在总结实践经验的基础上对原规定进行了修改，使之更加符合我国市场经济和现代科学技术的发展，更加符合现代社会民事诉讼的要求，更加有利于法院查明案件事实，最大限度保护当事人的合法权益。现就新民诉法中有关证据的规定与原民诉法进行比较分析。

二、《民事诉讼法》对证据规则的革新

（一）将“电子数据”作为新的证据种类列入法条之中

本次《民事诉讼法》对证据种类的修改，最主要的内容是增加了电子数据的证据形式。根据联合国《电子商务示范法》第 2 条的规定：“电子数据是指由电子手段、光学手段或类似手段生成的传送、接收或储存的信息。”由此，作为证据类型的电子数据，可以归结为以电子、电磁、光学等形式或类似形式储存在计算机中的信息作为证明案件事实的证据资料，既包括计算机程序及其所处理的信息，也包括其他应用专门技术设备检测得到的信息资料。我们常见的电子合同、电子提单、电子保险单、电子发票、电子文章、电子邮件、短信、光盘、网页、域名等都涉及电子数据，用这些电子数据可以在诉讼中证明某一事实。随着科技的发展，电子数据越来越多地存在于我们日常生活之中。实际上，电子数据也早已作为证明案件事实的证据大量地在诉讼中使用，只是在原先的民事法律法规中中没有明确作为一类。

在本次《民事诉讼法》修改之前，电子证据在法律上如何定位存在争论。主流观点将电子证据作为视听资料对待，反对观点有将电子证据作为书证、物证、混合证据等多重意见。[3]随着人们对电子信息技术认识成的进一步加深，也为了避免对电子数据种类归属的无休止争论，为司法实践提供统一的依据，越来越多的学者提出将电子数据作为一种独立的证据类型，即“独立证据说”。新修订的《民事诉讼法》采用了这种观点，将电子数据规定为一种独立的证据种类，结束了

电子数据法律定位的现实规避状态，为司法实务提供明确的法律依据。

对于电子证据，何家弘教授曾有过精辟的评说："就司法证明方法的历史而言，人类曾经从'神证'时代走入'人证'时代；又从'人证'时代走入'物证'时代，也许，我们即将走入另一个司法证明时代，即电子证据时代。"[4]这句话一方面说明电子证据与传统证据的巨大差别，另一方面也说明电子证据对我们现存证明制度的颠覆性冲击。因此，电子证据与传统证据在认定标准上有很大的区别。

由于电子证据具有易变性、脆弱性、可复制性、表现形式多样性等特征，在实践中，单纯依靠电子数据证据的运用来证明案件事实或当事人的主张会存在许多风险和障碍，需要多提交其他相关证据作为补强。但在商业交易和人际交往都更多依靠电子技术的数字时代，建立完善一套电子数据证据的保全、收集、举证质证以及认证的专门规则已刻不容缓。目前，我国暂无法律对电子证据的认定和保全方面作出相关规定，对此，应从立法上建立一套完备的电子证据认定和保全的操作规程，并进一步完善电子证据的质证规则。

（二）对举证时限进行了重新规定。

《证据规定》中存在着这样的规定，无论诉讼双方是因为怎样的原因超过规定的期限提交证据的，都以失权论。实质上，在司法实践中，逾期举证的原因是多样的，例如，有因为重大过失逾期举证的；有因为想故意拖延逾期举证的；有因为当事人的诉讼能力有限而逾期举证的；有因为其它新的原因而导致不能举证的……然而，对于如此之多的原因，《证据规定》并没有给出一一对应的解释，而是采取一刀切的方式，统一的全部失权。通过《证据规定》的规定可以看出，我国举证时限失权的后果显得过于严厉。这样严厉的结果很有可能会导致案件的误判甚至是阻碍司法公正的实现。[5]

新修订的《民事诉讼法》对举证时限的进行了多层次的规定。首先，明确了当事人负有及时提供证据的法定义务，解决了司法解释为当事人设定举证期限在立法上依据不足的问题。"当事人对自己的主张应当及时提供证据"的规定，意味着人民法院可以根据案件审理的需要对当事人提供证据的时间作出要求，当事人必须遵守这种时间要求，履行法律设定的及时提供证据的义务。

其次，为举证期限内提供证据有困难的当事人，规定了延长举证期限的济措施。根据《证据规定》，当事人在举证期限内提供证据确有困难的，是否准许延长举证期限，人民法院可以根据案件的具体情况确定。而根据修订后的规定，只要存在当事人在举证期限内提供证据确有困难的情况，人民法院就必须适当延长举证期限。人民法院在这种情况下应当对当事人是否存在在举证期限内提供证据确有困难的具体情形进行审查，如果不属于确有困难的情况，即不符合延长举证期限的适用条件。对于当事人存在确有困难的情形的，延长的举证期限需要人民法院根据案件情况和审理的需要酌情确定。

再次，分层设置了逾期举证的后果。当事人没有正当理由，违反提供证据的时间要求的，应当承担相应的不利后果。对逾期提供的证据有两种处理方式：第一种根据情况采取不予采纳的措施；第二种即予以采纳但是对其处以训诫、罚款。

（三）进一步细化证人出庭作证的义务。

证人出庭作证是履行个人对于国家所应尽的义务。证人出庭作证，保证了各方当事人通过质证在法庭上平等对抗的权利，也有利于发现案件正式，提高诉讼效率，促进纠纷公正解决。无论大陆法系国家还是英美法系国家对证人作证都要求以出庭作证为原则，普遍规定了证人的出庭义务。但在审判实践中，证人出庭作证有时是个难以解决的问题。既有主观原因，也有客观因素。主观上的原因是怕得罪人，怕报复，以致不愿作证，不愿出庭。客观上除了确有人对证人进行报

复外，经济上的补偿有时也有一定的困难。

基于此，新修订的《民事诉讼法》特别增加了如下规定：“经人民法院通知，证人应当出庭作证。有下列情形之一的，经人民法院许可，可以通过书面证言、视听传输技术或者视听资料等方式作证：（一）因健康原因不能出庭的；（二）因路途遥远，交通不便不能出庭的；（三）因自然灾害等不可抗力不能出庭的；（四）其他有正当理由不能出庭的。”在此，因为证人在案件审理中具有不可选择性和不可替代性，首先明确了证人具有出庭作证的法定义务。其次，由于原《民事诉讼法》对“当事人确有困难不能出庭”的规定过于原则和模糊，各地人民法院在实践中对证人确有困难不能出庭的情形审查的标准不一，故本次修订中明确了证人可以不出庭的几种情形。再次，增加了通过视听传输技术或者视听资料等可以作为证人不出庭时的其他作证方式。

此外，新修订的《民事诉讼法》还解决了证人出庭的费用负担问题。证人因履行出庭作证的义务而遭受的经济损失，如果不加以补偿，势必使证人处于权利义务失衡的不公平状态，影响证人作证的积极性。从世界范围看，证人出庭作证给予经济补偿也是各个国家和地区民事诉讼理发或者证据理发的普遍做法。因此，证人因履行其出庭作证义务而支出的必要费用及因出庭作证而影响其正常收入时，在经济上理应有权获得必要的补偿。原《民事诉讼法》没有对证人出庭作证费用问题进行规定，本次修订中针对这一问题专门进行了规定。

（四）明确了当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭时的鉴定人出庭制度

我国司法实践中，鉴定人出庭作证的极少。在司法实践中，鉴定人的意见多是以鉴定结论书或者鉴定意见书的形式作为一种证据提交到审判庭。而不是专业的鉴定人直接出庭，阐述作出鉴定结果的依据及原因，接受诉辩双方的发问，消除对鉴定本身的疑问。导致在实践中，对于鉴定人出庭的操作缺乏依据，为鉴定人出庭操作带来了较多困难。为改变鉴定人突听率过低的问题，新修订的《民事诉讼法》第 78 条规定，当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的，鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为认定事实的根据；支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用。该条规定充分保障了当事人对鉴定意见提出异议的权利，有助于在民事诉讼中体现司法公正与效率。该条规定也让鉴定人出庭作证接受当事人的质询和法庭询问，成为了对鉴定意见质证的一种正当程序和必要方式。该项规定的新增也对司法鉴定机构的鉴定行为有所约束，确保其鉴定意见公平、公正。[6]

（五）增加了“有专门知识的人”出庭制度。

新《民事诉讼法》第 79 条规定：“当事人可以申请人民法院同志有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见”，本条规定是新《民事诉讼法》修订时增加的内容。

所谓“有专门知识的人”，初见于《证据规定》第 61 条所规定的就专门性问题协助当事人质证的具有专门知识的人，是指在科学，技术以及其他专业知识方面具有特殊的专门知识或者经验的人，根据当事人的申请并经人民法院通知，出庭就鉴定人作出的鉴定意见或者案件事实所涉及的专门问题进行说明或者发表专业意见的人，有的将其称为“诉讼辅助人”或者“专家辅助人”。

“有专门知识的人”在诉讼中的法律地位不同于专家证人，“有专门知识的人”参加到诉讼活动中，主要是用以弥补当事人依据自身的知识往往不能适应诉讼上的需求的问题，其活动范围也仅限于法庭审理中与专门性问题的有关的活动。对于这种“有专门知识的人”的资格，法律和司法解释没有提出特别的要求，其是否具有满足协助当事人就专门性问题发表意见、进行质证的资格，是当事人考虑的问题，但其出席法庭审理，需要当事人的申请和法庭的许可。

规定“有专门知识的人”出庭制度，有利于补充鉴定制度的不足。在现实中，鉴定技术的发展

永远跟不上科学技术的发展速度，仅仅依靠鉴定机构现有的鉴定技术，不可能覆盖全部诉讼涉及的专业证据，实践中便需要有专业的人员给出科学的结论来使复杂问题简单化。与普通人相比较，有专门知识的人提供的意见对鉴定意见能够一针见血，有利于法官从不同的角度来审核鉴定意见，同时也有利于提高鉴定意见的质证效率。我国现行法律规定证据采信必须经过法庭质证，但是因为需要鉴定的内容涉及专业，专业的难度对于当事人、法官甚至律师成为不可逾越的障碍，他们的审查触不到鉴定结论形成依据、科学原理等影响结论的本质问题。有专门知识的人依靠专业的知识或经验，和鉴定人质证，提出自己的意见。法官参考有专门知识的人的意见决定重新鉴定还是不采信，这样的决定具有权威。

三、结语

民事证据制度是民事诉讼法中最重要，也是最复杂的一项制度，因此，修改和完善民事证据制度将是一项艰巨的工作，本次《民事诉讼法》修改对于民事证据制度调整还只是一小步。今后，一方面，需要在深入研究域外证据制度和理论的基础上，借鉴域外的证据制度；另一方面，也需要对我国民事证据制度的实践情形进行深入的调查，获得更为充分的实证资料，以便构建完善实用的民事证据制度。

参考文献

1、何家弘主编《证据法学研究》，中国人民大学出版社，2007 年版，第 84 页。

2、吴在存、刘玉民、于海侠编著《民事证据规则使用》，中国民主法治出版社，2013 年版，第 1 页。

3、龙宗智《证据分类制度及其改革》，原载于《法学研究》，2005 年第 5 期

4、何家弘《证据学论坛》，检察出版社，2001 年版

5、张洪铭《新民诉法中举证时限制度的思考》，原载于《人民法院报》2012 年 11 月 21 日

6、全国人大常委会法制工作委员会民法室编著《中华人民共和国民事诉讼法解读》，中国法制出版社，2012 年版，第 192-198 页

刑事附带民事案件执行难之出路

——从刑事和解到执行和解的路径

安徽南山松律师事务所　张运书

摘　要：我国刑事附带民事诉讼制度之确立目的在于被害人以程序方便，降低诉讼成本，提高司法效率，使其得以借助国家力量及时弥补在刑事犯罪中遭受的损失，避免过多讼累。但随着此类案件大量增加，被害人赔偿要求越来越高，判决赔偿数额逐年增大，以及制度设计上的缺陷，有关执行的一些重要制度尚未建立，致使相关赔偿难以实现。刑附民执行案件越来越成为法院案件执行难的一个重要方面且问题日趋严重。本文拟从我国司法实务出发，分析刑附民案件执行难之现状及成因，比较当下研究之利弊，探寻并确立合理路径，提出建构符合我国国情且具有可操作性的刑事和解与执行和解制度，作为解决刑事附带民事案件执行难的有效出路，从而实现法律效果和社会效果的有机统一。

关键词：刑事附带民事案件　刑事和解　执行和解

当前，社会普遍反映：执行难，刑事附带民事赔偿案件的执行更是难上加难。探究其中原因，除普通民事案件执行难的共性原因外，对此类案件执行程序理解适用上的偏歧、督促被执行人履行义务的手段有限，尤其是重刑轻民思想的影响，更是导致其难上加难的重要因素。据调查，不能执行的刑事附带民事赔偿案件，比例高达 80%以上。质言之，在绝大多数的刑附民执行案件中，被害人的诉讼目的并未真正实现，即未从纸面上的“应然”数字转变为被害人实际控制的“实然”货币及财物。据媒体报道，北京崇文区法院 2001 年至 2004 年附带民事判决的执行率竟然为零。[1]另据广东法院系统调查显示，广州市两级法院近三年来共新收刑事附带民事赔偿执行案件 1710 件，结案 1426 件，其中自动履行 60 件，和解 23 件，强制执行 105 件，实际执行完毕的案件比例仅为 13%，绝大部分案件以中止或终结的方式结案，而且实际执行的案件中有部分案件被害人并未得到全额赔偿。司法实践中，大约有 80%以上被害人是无法从被告人方得到赔偿的。[2]

一、刑事附带民事案件之执行现状及成因

相对于一般民事案件而言，刑事附带民事案件具有自身显著特点，这不仅表现在其成立须以刑事诉讼之成立为前提，提起案件之原告法定条件较宽、被告与刑事诉讼被告也不全一致，且适用法律上具有综合性，赔偿范围仅限于被告人之犯罪行为导致的物质损失，对于精神损失提起的民事诉讼，法院则不予受理。上述特点在某种程度上决定了该类案件的执行状况，具体分析如下：

（一）刑事附带民事案件执行之现状

1、执行到位率低，空判现象严重。

司法实践中，提起刑事附带民事诉讼的案件主要是一些侵犯人身权益的暴力犯罪和交通肇事犯罪。被告人自身经济能力有限，其亲属也往往无力代为赔偿。附带民事诉讼的高额判决数额成为“空判”，从而造成对亟待执行款救助抚慰的受害人的再一次戕害，严重损害了法律公信力和法院权威性。附带民事诉讼执行难问题还带来其他连锁反应:一是因被害人得不到救济而从被害人转化为犯罪人的不断增多；二是当事人极端信访的案件增多，带来了一系列的社会不稳定因素。

[3]

2、双方当事人情绪对立，法院执行压力较大。

附带民事诉讼被告人(对刑事被告人犯罪行为依法应当承担民事责任的单位和个人，如交通肇事犯罪案件中的车辆所有人、使用人、车辆营运利益的获得者)不愿承担赔偿责任，隐匿和转移被执行财产。造成双方对立情绪严重，利益冲突尖锐，这一切矛盾最终聚集在法院执行部门，而给其带来巨大压力。

3、申请人请求数额与被执行人赔偿能力悬殊大，调解难。

通过大量司法实践可以发现:刑附民案件审理中刑事法官进行民事调解的方法和技巧固然重要和有待提高，但是否能够调解，主要取决于被告人能否悔罪和有无能力，同时也取决于原告人主张赔偿的项目和数额均符合实际损失情况和法律的规定。如果进入执行阶段申请人请求数额过高，而与被执行人赔偿能力相差过大，无疑难以实现。

4、被执行人履行能力受到现存制度限制。

抛开被执行人是农民或无业人员，由于其本人收入低或无收入而无法履行情况。被执行人因被监禁限制了人身自由或被剥夺了生命，已不可能再创造财富或难以用创造的财富来履行，附带民事判决只能是一纸空文。这种因缺乏切实可行的操作程序的制度障碍而导致被执行人即使有赔偿意愿也难以自身力量赔偿的现状亟待改变。

（二）刑事附带民事案件执行难之成因探析

刑事附带民事案件执行之所以比普通民事执行更难，主要因为双重影响：一方面，与其他民事执行一样存在程序立法的不完善，司法体制的不健全、地方保护主义严重等方面原因；另一方面，还有其自身特殊的原因，主要包括以下几个方面:

1、被执行人无力履行或拒绝履行。首先，刑事案件之被告人经济状况，决定了附带民事判决执行的暗淡前景。实践中，被执行人多来自贫困地区，本身生活困难；多数年纪尚轻，很少或没有财产；加上从侦查到诉讼结束，聘请律师等费用，进入执行阶段，被执行人已经无力履行生效判决所确定的赔偿义务。对于被判死刑立即执行或入狱服刑的被执行人情况下，不太可能真正执结此类案件。其次，被执行人被判刑后丧失履行民事赔偿义务的积极性。如上分析，刑附民诉讼双方通常情绪严重对立，被告人认为自己的行为已受到刑事处罚的报应，对被害人的愧疚感、负罪感因此减轻甚至消失。另外，依照我国现行刑诉法的规定，在附带民事诉讼判决生效时，通常刑事判决已生效，即刑事被告人应承担的刑事处罚已经确定。既然附带民事诉讼判决的履行并不能导致刑事被告人的从轻或减轻处罚，刑事被告人及其家属即使有能力履行，主观上也不愿履行，甚至千方百计转移、隐匿财产，抗拒附带民事诉讼判决的执行。[4]

2、执行体制问题及部门现状致使法院难以有效执行。首先，法院现行执行体制中存在执行机构职责和权责不分、“重审轻执”等问题，案件执行过分赖于申请人举证，执行人员一手操办，效率低下，滥用权力，使得被执行人有了转移财产的时间，本可得以赔偿的受害人最终难得赔偿。其次，现行法律规定执行手段的局限性。被执行人多在监狱服刑的特殊状况，使得人民法院现有制裁普通民事案件中被执行人的手段，比如拘留、罚款等手段失去应有的威慑力。三是执法思想认识不到位加剧了执行难。多数法院均不同程度存在案多人少的矛盾，执行人员整体素质不高，对附带民事诉讼案件执行的重大意义未深刻领会，导致工作不能积极主动开展，甚至有畏难情绪，消极执行，懈怠执行。比如被执行人一般在看守所或监狱，会见手续较烦，即使会见到亦难见效果，故对此类棘手案件搁之一旁，领导多次催办，申请人多次要求，以各种理由搪塞推卸责任。此类问题均在不同程度上导致了刑附民案件执行工作有较大的难度和处于被动状态。

3、民、刑法律规定的缺陷——适用冲突，导致被害人权利救济渠道狭窄。我国《刑事诉讼法》在制度设计上遵循“重刑轻民”、“刑优于民”的指导思想，置民事诉讼于“附带”、“从属”地位的立法模式。使附带民事诉讼在实际运作中成为刑事诉讼的附属程序，不能给予被害人应有的程序保障和实体保障，相关案件的执行就缺乏有力的法律依据。这样导致的结果就是既不能发挥补偿性为主的民法功能，又难以实现被害人修复自己损失的诉讼目的，刑事附带民事赔偿案件的有效执行也就无从谈起。此外，法院对被害人请求精神损害赔偿的诉请不予受理，剥夺了其因犯罪行为身心遭受巨大精神痛苦而请求精神损害赔偿的权利，与最高院《关于确定民事侵权精神损害若干问题的解释》中规定的精神损害赔偿案件的范围相悖，导致了刑事、民事的立法割据，违反了法律的统一性原则，在一定程度上掣肘了我国刑事附带民事赔偿案件的执行。

4、从侦查到执行，各部门缺乏调解意识，协调配合不够。按现行法律规定，公安、检察机关在案件诉至法院前可采取查封、扣押、冻结、登记、通知等措施对犯罪嫌疑人的财产进行有效控制。从当前司法实践来看，对于犯罪嫌疑人财产扣押的情况比较普遍，但从侦查、起诉到审理的每个过程和环节，由于司法机关对案件处理角度的不同，对附带民事赔偿的重视程度也各异，一般只限于与案件有关的财物，即可以作为证据的财物。而对于其他财物，基于保护犯罪嫌疑人的合法权益出发，一般及时发还。笔者认为，正是公安和检察机关过于拘泥，仅侧重刑事犯罪事实的查处，而缺乏及时掌控财产、适时调解处理的意识，给日后附带民事诉讼的执行增加难度。在法院审理此类案件时，因客观上法律也无相关可操作的规程，按照刑诉法的相关规定将审理和执行截然分开，法官在审理案件时多是“各司其职”，几乎不考虑案件审结后的执行，较少促成双方和解给付。事实上，无论从刑附民诉讼的立法原意还是审判中具体情况来看，此类案件能否执行是贯穿诉讼全过程的，如果案件侦查起诉审理过程中未积极把握有利线索和因素，抓住机会适时调解从而促成双方和解解决，必然导致日后财产转移或隐匿而难以执行。

5、敦促被执行人自觉履行的激励机制设计不完善不科学。我国刑法规定犯罪人赔偿被害人只作为量刑酌定情节之一，而对于判决后刑罚执行阶段，犯罪人的赔偿对其刑事责任和刑罚的执行就不再产生减免的实质性影响。在判决之前，犯罪人积极赔偿，以达到从轻或减轻处罚，一旦判决以后，犯罪人认为只是向国家好好履行义务就行了，对被害人是否履行赔偿已经不影响自己的判决。因此，犯罪人在刑罚执行期间就会怠于赔偿了。[5]应当建立相对应的激励机制，即执行人员应将刑附民案件的执行相关情况通报被执行人所在的服刑机构，在其减刑、假释时，服刑机构应根据被执行人服刑情况，综合考虑其履行附带民事赔偿的表现，以决定是否报请减刑、假释，才能有效缓解执行难。

二、刑事附带民事案件执行难之现有对策及理论分析

（一）刑事附带民事案件执行难之现有对策

理论界与实务界对刑事附带民事案件执行难问题广泛关注，迄今提出的方案对策也为数不少，统而言之，主要可归纳为以下几种：

1、建立财产状况调查保全、附卷移送制度和先予执行制度。即公安、检察机关在案件诉至法院前采取查封、扣押、冻结、登记、通知等措施对犯罪嫌疑人的财产进行有效控制，在被害人未得赔偿前，相关财产不得转移、隐匿、毁损。从而自刑事案件侦查立案开始，就由侦查机关对可能会被提起附带民事诉讼的犯罪嫌疑人财产状况，包括银行存款、固定资产、流动资金等进行调查，并开具清单，随卷将调查结果移送后继机关，以便于后继机关进一步了解、查清财产状况。这一制度始终贯穿于整个诉讼活动中，从而控制财产，保障履行；对于因被告人的犯罪行为导致

被害人死亡或残疾，甚至难以维持家庭基本生活，如不先行给付医疗费被害人就无法治疗乃至生存，将严重影响其生活的情况下，将执行时间前移，在诉讼中采用先予执行，以维护被害人的合法权益。

2、建立协助义务人制度，完善被执行人履行义务的督促措施。即借鉴民诉法关于对银行、房地产交易中心等单位负有协助查封、冻结等义务的规定，强制赋予在被执行人服刑期间的财产管理人（通常为被执行人家属）以被执行人的财产代为履行赔偿之义务，该协助是一种义务，该财产管理人是协助义务人，无论其是否同意都必须履行，如拒不配合或阻挠抗拒，将承担协助义务人妨害执行应承担的责任，从而完善我国弥补附带民诉原告物质损失的督促措施。同时，将附带民事诉讼赔偿情况，作为认定刑事被告人认罪悔罪态度好坏的依据。以赔偿积极与否、是否自动履行作为量刑酌定情节，乃至作为予以减刑、假释的条件之一。将被告人履行义务的表现作为量刑情节考虑的原则，以督促其积极履行义务，这一原则已成为世界刑事立法的趋势。

3、建立刑事被害人国家补偿制度。多数学者均认为这一制度是当前解决我国刑事附带民事诉讼案件执行难的根本途径。因为目前我国刑附民案件实行以被告人本人现有财产为限对被害人进行赔偿，实行这一制度的意义在于罪责自负，但缺陷在于往往因为被执行人无财产可供执行而导致被害人的合法权益得不到最终实现。借鉴西方国家成功经验，通过立法建立刑事被害人国家补偿制度，使该制度与现有的国家补贴、国家救济等制度相融合，将刑事被害人国家补偿纳入到现有的社会保障体系，才能从根本上改变附带民事诉讼案件执行难的现状。[6]同时，也有学者建议建议中央财政和各级地方财政为基层和中级人民法院按照上一年度的附带民事判决数量，拨付专门的执行经费，从而建立附带民事判决执行的专项财政经费保障制度，殊值赞同。

4、完善委托执行制度。由于刑事案件一般由犯罪行为地人民法院管辖，随着近年来异地作案的增多，刑事附带民事执行案件中有相当一部分被执行人的住所地及财产所在地在外地，如由案件审判地法院执行，一方面异地执行将加大司法成本，另一方面缺乏当地公安机关和人民法院的有效配合，很难调查被执行人财产。故这部分案件通常采取委托执行的方式。但从目前刑事附带民事执行的委托案件来看，效果不甚理想。因此，委托执行制度尚需进一步完善，受托法院应该在思想上重视起来，并坚决杜绝地方保护主义。

5、建立和完善延伸执行制度。即将刑事附带民事案件的执行向被执行人的服刑劳改阶段乃至整个生存时期有效延伸。首先，建立监狱代偿债务制度或设立易服劳役执行措施实现赔偿。可循国外先例，对于确无财产可供执行但有提供劳务件的被执行人，可以尝试通过服劳役的方式来偿还债务，即由被执行人到指定的劳动单位参加强制劳动，扣除其必须生活开支后剩余劳动所得由劳动单位直接扣留并转交人民法院用于履行赔偿义务。[7]其次，建立财产追踪制度。我国民事诉讼法第 233 条规定，人民法院在采取执行措施后，被执行人仍不能偿还债务的，应当继续履行义务。债权人发现被执行人有其他财产的，可以随时请求人民法院执行。但此条款之顺利实现需要建立以申请执行人、被执行人所在地的公安机关、居民委员会或村民委员会等基层组织网络及完备的个人信用体系网络为前提。

此外，有学者提出应当进一步完善刑事诉讼法律制度，明确附带民诉判决被执行人的范围；在附带民事诉讼的责任认定上，对于侵权事实的确认、当事人过错程度的认定、证据规则的适用等，应奉行民事实体法和程序法的一般原理和规则，正确认定当事人之间的民事责任，同时也鼓励当事人双方通过调解或和解解决纠纷。在法律适用上，主张被害人的民事赔偿完全应当按照民事诉讼的程序和规定操作。另一方面，国家应当加大对附带民事判决申请执行人的法律援助和指导力度。明确侦查、公诉以及审判机关自受案之日起就有义务为受害人及其近亲属提供必要的法

律指导，包括告知其申请财产保全的权利，[8]尤为重要的是，执行人员应从思想上提高对刑事附带民事案件执行的重要性的认识。

（二）刑事附带民事案件执行难现有对策之分析

应当承认，上述学者专家发现并针对我国目前存在的刑事附带民事案件执行难的状况分析研究，提出一系列诸如国家应当重视附带民事诉讼的民事本质，合理认定责任，加快建立财产保全和先予执行制度、协助义务人制度、国家补偿制度，努力完善被执行人履行义务的督促措施、委托执行制度、延伸执行制度等可行性对策，说明其已经充分认识到刑事附带民事执行难问题是一项“综合治理”工程，要彻底解决此类问题，单靠执行机构的努力难以实现，应当将视野扩展到整体运行机制中，加强各相关部门的通力协作，以及全社会的共同努力。因此，从侦查到起诉、从审理到执行、从刑事到民事各个方面，乃至以更宏大的跨学科视角进行观察研究，既落脚当前实务又借鉴国外经验，提出了切实可行的方案与对策，具有较强的理论和实践意义。对于化解刑事附带民事案件执行难问题提供了有力的制度性支持，也必将有效改善我国执行难现状。

但在另一方面也必须看到，在建设社会主义和谐社会的背景下，上述对策尚不足以体现我国社会主义制度妥善化解人民利益纷争，从而消除矛盾，减少讼累，促进社会和谐的优越性。这是因为社会主义和谐社会的内容是:民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处。当前普遍存在的执行难尤其是刑附民案件执行难问题不仅表现为申请执行人与被执行人利益的冲突，且大多是因为双方利益未有效协调均衡所引起。在这种情况下，采用一种合理而和谐的方式解决上述难题，显得尤为重要。笔者认为，在充分肯定上述观点并采纳相应制度的基础上，应当在整个刑事案件及其附带民事案件的侦查、起诉、审理、执行过程中，司法机关（应采广义，即包括公检法司等各个机关）引入调解手段，采用讲理与讲法相结合的方式，以“合意”解决纠纷，一则可以避免当事人激烈的“对抗性”审判程序导致的矛盾不愿履行，而且在各机关全面控制被告人财产的前提下协商解决，有利于维持和谐的人际关系，化解双方积怨纠纷，增强人民内部团结，维护社会安定和谐，具有其他方式所无法替代的作用。因此，在我国建设社会主义法治社会与和谐社会的进程中，通过调解人居中调解，建构符合我国国情且具有可操作性的刑事和解与执行和解制度，应当成为解决我国当前刑事附带民事案件执行难的有效出路。

三、构建以和解为路径的执行难出路

从上列分析可以发现，刑附民案件之有效缓解乃至顺利执结需要一个系统化的制度体系，在当前，最为经济且合理的路径就是运用调解原则，引入和解机制，在刑事附带民事案件所依附的刑事案件审理过程中加强刑事和解，以和促审；在刑事附带民事案件未有效化解而进入强制执行程序后，充分考虑并全面利用一切有利时机和因素收集固定证据线索，以和促执。惟此方能大力化解执行坚冰。

（一）构建刑事和解制度，以和促审

20 世纪中叶以后，西方的法改革者在对这一问题的探讨中，提出了令人瞩目的刑事和解理论。该理论“作为一种新型的刑事问题解决机制，对于妥善化解社会矛盾，积极解决社会纠纷，创建社会主义和谐社会，意义重大。”[9]刑事和解也被称为被害人与加害人的和解、被害人与加害人会议、当事人调停或者恢复正义会商。其基本内涵是在犯罪发生后，经由调停人（通常是一名社会志愿人员）的帮助，被害人与加害人直接商谈、解决刑事纠纷，其目的是为了恢复被加害人所破坏的社会关系、弥补被害人所受到的伤害，以及恢复加害人与被害者之间的关系，并使加害人改过自新、复归社会。[10]刑事和解最重要的理论基础是恢复正义，本质不在于对被告人的刑

事责任做出判断，也不在于达成和解协议以弥补被害人的损失，而是通过被害人与加害人面对面的对话，为双方尽快恢复之前的社会关系提供一种更加有效的途径。

司法实践中的一个突出问题是犯罪发生后，被害人的经济损失和以通过经济赔偿方式实现的精神损失难以得到充分、及时的赔偿。而在刑事和解中，强调的是以被害人利益为中心，则提升了被害人诉讼地位，增强了其在解决刑事纠纷中的主动权和决定权。同时，它以犯罪人的真心悔罪和积极赔偿为前提，双方交流有助于减轻被害人的焦虑与仇恨，尽快恢复心理与情绪，从被害的阴影中解脱出来。从当前法律规定来看，我国《刑事诉讼法》第 172 条规定:“人民法院对自诉案件，可以进行调解，自诉人在宣告判决前，可以同被告人自行和解或撤回自诉。”该规定将刑事和解限制在自诉案件的范围内，已具备刑事和解的基本框架，体现相应的立法理念。在司法实践中已进行的积极探索充分表明在刑事诉讼中引人和解制度不仅能够满足被害人尽快获得赔偿的合理要求，而且能够最大限度地节省被害人在诉讼过程中的成本，提高司法效率。由此可见，构建刑事和解制度有利于刑法价值的全面实现，是实现刑罚目的、推进刑事民主化、改革重刑化的刑罚体制以及与国际接轨的必然要求和理性选择。[11]

在中国进行刑事和解的必要性不仅体现在节约司法资源，提高刑事诉讼效率，保障被害人利益，而且有利于保护被追诉者的人权，预防犯罪构建和谐社会。近年来，在现有的法律框架下，我国司法机关已经开始了具体的形式多样的刑事和解的实践活动。为有效解决刑附民案件执行难问题，相关制度设计思路拟如下：

1、在适用对象方面:有学者认为：刑事和解仅适用于未成年犯罪嫌疑人以及成年犯罪嫌疑人中的过失犯、初犯、偶犯。这主要是基于国际通例、行为人的主观恶性及社会危害程度来考虑的，这有利于矫正犯罪和促使犯罪人早日回归社会。[12]笔者认为：此种理论具相当大的局限性。就刑事案件而言，限制其适用范围并无不当且是必要的；但结合当前刑附民案件执行难问题来讲，必须合理扩大刑事和解制度适用对象范围，而不应限于青少年犯罪行为人，应顺应社会发展将其扩展到成年犯罪行为人及可能改造的罪种。

2、在适用范围方面: 应当说，立法不能完全顺应个人意志，否则将使国家的维护公共利益职能荡然无存。但结合当前执行难问题，必须澄清对于公诉案件只能根据案件种类和性质进行划分，将偶发、有特定对象、事出有因等危害性小大的案件纳入刑事和解范围的观念。可能被判处三年以下有期徒刑、管制、拘役或附加刑等主要侵犯公民个人利益的如轻伤害、交通肇事等轻微刑事案件可适用和解原则解决自不待言，另一方面也要看到有的国家成功的将刑事和解适用于严重犯罪的情况，对公共利益侵害较大，但容易修复被破坏的社会关系案件，只要利于案件顺利执结且在刑法的宽容度允许内也应待条件成熟而不断纳入其适用范围。 但涉及危害国家安全、公共利益及严重暴力性犯罪案件绝对不适用刑事和解。

3、在适用阶段方面: 刑事和解以双方合作解决纠纷为前提.在和解过程中也并不存在必须进行的程序或仪式。无论刑事和解在哪一诉讼阶段提出，如果和解成功，都意味着纠纷将在此阶段结束，侦查、起诉程序到此而停止，审判程序中也因为事实已明确、纠纷解决方案已明晰而不用反复庭审，诉讼周期普遍缩短，节省大量司法成本。因此，刑事和解制度应广泛适用侦查阶段、起诉阶段及审判阶段。在具体处理方式上:在侦查阶段，对于符合条件的案件，如当事人达成和解，侦察机关可以不立案或撤销案件；在审查起诉阶段，如当事人达成和解的可以采取酌定不起诉的方式，或者引入德国等国的暂缓起诉制度；在审判阶段，当事人达成和解之后，审判机关可以对加害人作出不追究刑事责任、免除或从轻处罚的判决。[13]

4、在具体程序设计方面:刑事和解本质上是刑事法领域中的契约关系，应该遵循合法、自愿

原则，以犯罪嫌疑人的有罪答辩和双方自愿作为基本前提，特别是被害人的自愿，所以刑事和解程序的启动权应该被赋予被害人；刑事和解的调停人除公、检、法三机关外，还可由具有深厚群众基础的社区人民调解组织为基础，建立专业的调停机构。在不同诉讼阶段，由侦查、公诉机关或法院增强调解意识，加强协调配合，对和解协议的真实性、合法性、可行性进行审查、监督；诉讼中的和解程序不应以防止出现“久和不决”为借口限定次数，而应尽可能力促和解，多做工作。此外，调停人要对和解协议的真实性、合法性和可行性进行审查、确认，对其履行进行监督。

（二）健全完善执行和解制度，以和促执

我国民诉法所规定的当事人和解制度包括两项内容，一是诉讼中和解，二是执行中和解。所谓执行和解，是指在人民法院执行过程中，双方当事人在不违反法律禁止性规定的前提下，对如何履行生效法律文书确定的内容进行自愿自主协商并达成合意的行为。它既是当事人处分实体权利的一种行为，也是人民法院执行案件的一种方式。在当事人主义影响不断增强和我国执行难问题日益严重的背景下，执行和解以其日益显著的优越性在实践中得到广泛运用。

1、执行人员应从思想上提高对刑事附带民事案件和解执行的重要性的认识。

附带民事案件是因刑事犯罪行为所引发。由于刑事附带民事诉讼原告人对附带民事诉讼被告人的仇视和报复心理一般很重，对自己权利的实现要求也比较强烈。如不注意挽回或补偿权利人遭受的物质损失，既有损法律的尊严，也将严重影响社会正义的伸张，更为严重的是会引发社会的不稳定。法院执行干警应从思想上提高对刑事附带民事案件执行的重要性的认识，牢固树立司法为民思想，从个案做起，做到及时主动、严肃认真、耐心细致执行好每一件案件，最大限度实现附带民事诉讼案件执行法律效果和社会效果的统一。[14]另一方面，应借鉴国外先进立法例，从惩治“拒不执行人民法院判决、裁定罪”入手，加强诉讼和解的法律保护，把拒不履行和解协议行为作为“拒不执行人民法院判决、裁定”犯罪的客观方面之一，纳入刑法保护范畴，以预防、抑制破坏司法秩序行为的发生和蔓延。

2、执行和解应采取的具体措施

（1）注重宣传法律，积极促成和解。在强制执行阶段，当事人往往因对申请执行人不满，或者对裁判文书的内容不满，而拒绝履行生效法律文书的内容，执行法官应对裁判文书的内容从事实、证据、程序、实体内容以及法律的适用做出解释、说明，对当事人提出的问题做出解答，消除其对裁判文书内容的不满和对执行人员的对抗情绪，促使被执行人积极履行生效法律文书的内容。同时引导并加强对和解协议的审查，法院应当对和解协议的效力进行审查并作出判断。注意引导当事人在缔结执行和解协议时谨慎、简约、规范行事，尽力防止因和解协议内容的过分复杂而在和解协议的履行中引发新的诉讼。[15]

（2）全面采取措施，确保和解履行。执行程序开始时，对被执行人的财产状况进行全面审查并采取冻结、查封或扣押等控制性措施。加大对被执行人不履行和解协议的制裁措施。双方当事人达成和解协议后，被执行人无正当理由不履行和解协议甚至转移财产逃避执行的，恢复执行后要要严肃追究被执行人拒不履行的法律责任，采取罚款、拘留等制裁措施。情节严重的，要移送公安机关追究其拒不执行的刑事责任。双方当事人达成和解协议后，执行法官要告知被执行人拒不履行和解协议的法律后果并记入笔录。从而多措并举，保证和解协议的切实全面履行。

（3）严格和解条件，防止和而不解。为克服“空调案件”的发生，在办案时应明确要求：首先，满足和解协议的四要件：即主体要件（即执行和解的主体必须适格，限于双方当事人）、主观要件（即要求和解主体在处分实体权利义务时，必须是发自内心的真实意思表示）、内容要件（即执行和解的内容必须合法）、时限要件（即执行和解只能发生在执行程序启动之后至终结之

前这个特定的时段）。其次，加强法院对执行和解协议进行全面审查的责任。被执行人在初次和解时必须到位相应比例的资金，以降低和解案件的复执率。

（4）慎用强制措施，注重以和为贵。执行工作要依靠国家法律强制力，但每个案件都使用强制执行措施，不仅司法成本大，且易引起矛盾激化，影响社会和谐稳定。执行中应始终坚持"说服教育为主，强制执行为辅"的指导思想，注意执行中的人权保护，多做感化、教育、协调工作；始终坚持耐心、细致多做当事人的思想工作，多为当事人着想，主动为当事人排忧解难，少用或慎用强制手段。

3、执行和解制度的适用范围

根据我国民事诉讼法的规定，凡执行案件均可适用和解；而根据台湾地区民事执行法的规定，执行契约仅适用于几类案件；根据法国民事执行程序法的规定，执行和解仅适用于劳动报酬扣押案件。

笔者认为，由于执行案件所涉案件性质不同，有些案件性质上无和解之可能。故不应对执行和解作一揽子概括性规定，同意有的学者看法：应对民事执行和解采取一般规定加个别排除的方法，即在民事执行中，双方当事人可就有自主处分权的民事权利和义务达成和解协议；但是下列案件不适用和解：（一）人民法院对妨碍民事诉讼、行政诉讼行为人制作的罚款决定书；（二）行政机关制作的行政处罚决定书；（三）其他不适用和解的案件。[16]

综上，要有力化解我国当前存在刑事附带民事执行案件难题，必须将刑罚执行与附带民事执行相结合，充分采取和解方式。审理过程中要注重诉中调解，全程加强调解工作，给付方式上要有利于执行。在执行过程中执行人员应增强和解意识，提高调解能力。

参考文献

1、范向阳《附带民事判决执行的问题及出路》[J]，Legal Information，2008，（9）

2、谈佳隆《靠"国家救助"还是靠"赔钱减刑"》[J]，《中国经济周刊》，2007，（46）

3、广东省佛山市中级人民法院课题组《刑事附带民事诉讼案件审理与执行情况的调查报告》[J]，《法律适用》，2008，（7）

4、冯芳、尹辉霞《为被害人获赔难开药方——解读刑事附带民事诉讼案件执行难》[J]，《法律与生活》，2008，（8）

5、李闯农等《刑事损害赔偿"执行难"的原因及应对措施》[J]，《龙岩学院学报》，2006，（2）

6、徐燕华《论刑事附带民事执行》[D]，华东政法学院硕士学位论文，2008-06-30

7、陈光中《刑事和解的理论基础与司法适用》[J]《人民检察》，2006，（5）

8、马静华《刑事和解制度论纲》[J]，《政治与法律》，2003，（4）

9、冯昀《破解我国刑附民案件执行难的思路与对策》[J]，《辽宁经济管理干部学院学报》，2008，（4）

10、毛兴平、杨丙宏《和解•恢复•和谐——刑事和解制度的理论价值分析及本土化探索》[J]，《温州大学学报（社会科学版）》，2008，（1）

11、陈光中、葛琳《刑事和解初探》[J]，《中国法学》，2006，（5）

12、宁关群《浅谈刑事附带民事案件执行难的成因与对策》[J]，《林区教学》，2008，（12）

13、侯希民《论执行和解制度的完善》[J]，《山东司法》，2005，（5）

14、程政举《民事执行和解问题研究》[J]，《河南省政法管理干部学院学报》，2005，（2）

新民事诉讼法实施后的公民代理

安徽韩德林律师事务所　韩德林

摘　要：对于公民代理的存废或者说是否限制公民代理，一直都是一个比较有争议的问题，支持公民代理的人有支持的理由，反对公民代理的人有反对的依据和客观的可能性。公民代理人有很大的缺陷和不足，当事人进行诉讼好像是病人治病，找没有执照的“江湖医生”和找专业医院和医生治疗在预后保障上是有很大差别的。从这个意义上讲，立法限制公民代理是正确的，正如新民诉法第 58 条对公民代理进行了限制，废除了原民诉法规定的经人民法院许可的其他公民代理，现实中由于法律的规定容易造成他人的歧义，一般公民代理还依然存在，要制止一般公民代理必须正确理解新民事诉讼法第 58 条的规定、加强司法解释的制定、各级司法行政机关应充分发挥对司法服务市场的领导和监督职能。

关键词：民事诉讼法　公民代理　限制和存废　缺陷和不足　现状　对策及方法

开头语

公民诉讼代理是指在我国司法实践中 ,除律师之外的其他人即非法律职业的普通公民被委托作为诉讼代理人，按照法律规定的程序、义务参与诉讼活动的一种代理人制度。旧的《民事诉讼法》第 58 条规定 :“当事人、法定代理人可以委托一至二人作为诉讼代理人。 律师、当事人的近亲属、有关的社会团体或者所在单位推荐的人、经人民法院许可的其他公民，都可以被委托为诉讼代理人。”其中，经人民法院许可的其他公民就属于公民代理。 而新民诉第 58 条 是这样规定的： 当事人、法定代理人可以委托一至二人作为诉讼代理人。下列人员可以被委托为诉讼代理人 :(一) 律师、基层法律服务工作者 ;(二) 当事人的近亲属或者工作人员 ;(三) 当事人所在社区、单位以及有关社会团体推荐的公民。 该条款取消了“法院许可的其他公民”可作为代理人参加诉讼。新修订的民事诉讼法限制了一般公民的代理。 下面我就新民诉法中关于对公民代理的规定谈下自己的看法。

一、一般公民代理的限制与存废

其实对于一般公民代理的存废或者说是否限制一般公民代理 ,一直都是一个比较有争议的问题。

支持一般公民代理的理由主要有：1、公民代理弥补了当事人诉讼能力的不足，更利于保障当事人诉讼权利的实现，也在很大程度上促进矛盾的化解和民事诉讼活动的开展；2、公民代理符合现代法治理念，对于推进社会主义法治具有积极意义；3、我国法律职业服务还比较有限，鼓励、引导公民参与诉讼，有利于解决纠纷，维护社会的稳定。

反对一般公民代理的理由主要有：1、在实践中，有些公民代理人本身没有法律知识，不懂法律，不了解诉讼程序，在审理过程中法官没有办法与代理人进行交流，不利于公民诉讼权利的保障，也影响了诉讼的正常进行；2、有些公民代理人为了乱收费常常错误的引导当事人，挑起诉讼，故意激化矛盾，一旦出现败诉，又常常利用当事人不懂法律怂恿当事人，说司法机关不公正，对方当事人更有关系，或者说对方给法官送礼等等，严重影响了司法公正及司法机关在当事人中的形象；3、有的公民代理人对外包揽诉讼，成为职业代理人，对法律服务行业的正当竞争

造成冲击，同时，一旦案件出现问题或者败诉，往往会让当事人觉得律师只会收钱不会办事的形象，其实自己根本就没有分清真假律师，这对律师的整体形象都有一定影响，这也是为什么律师、法律职业人要求限制或者取缔一般公民代理的理由。笔者同意第二种意见。

二、公民代理人的缺陷和不足

1、改革开放以来我国律师制度得到恢复而且不断进行了改革，但是社会上出现了一些稍懂得一定法律知识而更没有律师资格又不在法律服务机构供职的公民受经济利益的驱使在社会上揽讼，这些人不受任何组织、单位的管理和制约，代理他人诉讼，牟取经济利益（代理费），他们为了经济利益甚至进行挑讼、伪造证据、贿赂法院工作人员、不法收费，扰乱诉讼秩序，影响了社会义法治的进程。这些人们称之为“黑律师”的不法行为有很大的隐蔽性，进行查处有较大的难度。

2、代理案件是需要专业法律知识和技能的。一般公民没有通过相关的专业学历和执业考试、司法实践，所以从理论上不能为当事人提供良好的服务。就象医生必须要有执业许可一样。没学过医的人，也能给人看病，有的也能治好病，但治坏了的也不少，因为毕竟懂得少。本人是律师，当知道对方是公民代理的时候，会舒一口气。就象别人说的，台上几分钟，台下十年功是一个道理。打个比方说，当事人进行诉讼好像是病人治病，找没有执照的“江湖医生”和找专业医院和医生治疗在预后保障上是有很大差别的。从这个意义上讲，立法限制公民代理是正确的，正如法律限制不具有医师执业证书的人行医、限制不持有驾驶执照的人开车一样正确！

三、新民诉法实施后的公民代理现状

何谓“公民代理”？对照民事诉讼法第 58 条而言，通常意义上，所谓的“公民代理”是指民事诉讼法第 58 条许可的三种诉讼代理人（律师和法律工作者、当事人的近亲属和单位职工、经过单位或者社团同意的公民）之外的一般公民代理。法律准许当事人近亲属、本单位职工代理，主要是考虑到当事人的信任、亲属关系和劳动关系的制约度比之陌生人代理更加具有可信度的原因，同时亲属或者本单位职工往往也不收费，免得加大当事人的经济负担。法律规定由经过基层自治组织同意的人做代理人是基于当事人所在的社会团体或者所在单位对被推荐的人的个人品德及法律知识的基本了解，而现在许多公民为了获得代理收入任意曲解法律认为：1、当事人的近亲属或者工作人员，就是单位诉讼只要是工作人员哪怕是外单位的工作人员都符合公民代理的法律的规定；2、是当事人所在社区、单位及有关社会团体推荐的公民被认为是只要是公民无论是外省外县的陌生人只要通过手段取得有关单位及有关社会团体的推荐证明都有公民代理资格，他们通过各种方法代理作各类民事案件，像调词架讼、搬弄是非，将原本可以调处解决的鸡毛蒜皮的小事变成大事将大事变成诉讼；乱许诺拍胸脯包打官司、争揽业务；又因缺乏专业知识，在法庭上胡言乱语胡乱出具及其不严谨法律文书，容易被不良法官和对方专业人士抓住破绽和漏洞导致该赢的官司也赢不了，这种情况时有发生。

四、治理公民代理乱象的对策及方法

1、要正确理解新民事诉讼法第 58 条的规定，新民诉法修改后，法律只是允许两类人员可以公民代理，一是当事人的近亲属或者工作人员，二是当事人所在社区、单位及有关社会团体推荐的公民。在司法实践中要注意掌握以下三点：一、“近亲属”的范围。近亲属按照我国的法律是指当事人的配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女和其他具有扶养、

赡养关系的亲属。在司法实践的审查中不能扩大这个范围，必须在法律规定的范围内去确定是否是近亲属，而且应当要求当事人提交受委托人与其存在近亲属关系的证明材料。二、“工作人员”的范围。这个地方的工作人员的概念与我们平时理解的不一样，这里指的是当法人或其他组织作为当事人时，与涉案法人或其他组织存在劳动或人事关系的人员，不是只要是工作人员都可以公民代理。在实践中委托工作人员的，应当提交能够证明受委托人系其单位和其他组织工作人员的劳动合同或社会保险关系等证明材料。三、当事人所在社区、单位及有关社会团体推荐的公民，主要是要在实践中应当审查所在社区、单位及有关社会团体的推荐书及其理由。当事人有权委托近亲属以外的其他公民代理，但需要到所在社区、当事人单位及有关社会团体履行推荐手续。该规定是对公民代理进行了规范，完善了有关组织推荐诉讼代理人的规定，一个当事人所生活的社区，对当事人周围的情况比较熟悉，也比较了解，对哪些人可以成为诉讼代理人，能够给当事人带来最大利益化也是比较清楚的，新民诉法增加社区推荐的公民并不是所在社区、当事人单位及有关社会团体以外的人，这是对当事人权益的最大保障。

2、加强司法解释的制定，进一步明确新民事法第 58 条规定的立法精神，虽然新民事法第 58 条规定的较为清楚但不难让人产生岐义，容易被有意或无意的人利用。

3、各级司法行政机关应充分发挥对司法服务市场的领导和监督职能，制订行政法规规范非符合法律规定的公民进行代理诉讼活动，拒绝公民有偿代理，打击黑律师，对公民代理进行登记管理防止包揽诉讼的“诉棍”进入法律服务市场。

五、不让一般公民为当事人做代理人的必要性和可能性

1、一般的公民代理人的缺陷和不足也是显而易见的：欠缺专业知识和水平、调词架讼、代理失败后不负任何责任等现象比较普遍的存在着，缺乏统一的管理机制，容易损害当事人的权利和利益，为了保护当事人的利益不被损害，拒绝一般公民代理已成为必要。

2、如今社会人们的法律意识和法律知识大为提高，法律服务机构（律师事务所和法律服务所）也大为增加，已无让一般公民为当事人做代理人的必要。新民诉法这样规定有利于进一步加强规范诉讼秩序，严肃法纪，使司法的公平、公正得以增强。对于那些有一定法律知识又有志于法律职业的人应该加强学习、依法加入和组织法律服务机构，光明磊落地为中国的社会主义法治建设出力同时依法获取经济报酬。

从刑法修正案(八)谈对未成年人犯罪缓刑适用条件的理解

安徽深蓝律师事务所 邵晖 陶小燕

摘 要：未成年人犯罪因为其犯罪主体的特殊性，我国对未成年人犯罪实行的是“教育、感化、挽救”的基本方针，并考虑到犯罪主体的可塑性和未来成长发展的需要，对未成年人犯罪给予了很多宽泛的刑罚。而对未成年犯正确适用缓刑，是我国一项较好的改造未成年犯的刑罚制度，也是较好的选择。但我国的缓刑制度没有区分未成年犯和成年犯而统一适用，缺乏严谨的单独适用于未成年犯的一系列缓刑规定，此修正案首次确立了对未成年人犯罪应当适用缓刑，并对其适用的条件及实行刑罚个别化指明了方向。

关键词：未成年人犯罪 缓刑 适用条件 理解

从缓刑制度的起源来看，优先适用于未成年犯似乎是其应有之义。我国 1997 年修订通过的刑法，其第 72 条规定“对于被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现，适用缓刑确实不致再危害社会的，可以宣告缓刑。”其没有对未成年犯的缓刑适用作特别的规定。所以，一直以来，无论是成年犯，还是未成年犯，都适用同样的缓刑制度。2011 年 2 月 25 日，全国人大常委会通过并发布了《中华人民共和国刑法修正案(八)》(以下简称刑法修正案(八))，并于 2011 年 5 月 1 日起实施，其第 11 条：“将刑法第 72 条修改为：对于被判处拘役、三年以下有期陡刑的犯罪分子，同时符合下列条件的，可以宣告缓刑，对其中不满十八周岁的人、怀孕的妇女和已满七十五周岁的人，应当宣告缓刑：(一)犯罪情节较轻；(二)有悔罪表现；(三)没有再犯罪的危险；(四)宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响。此修正案首次确立了对未成年人犯罪应当适用缓刑，并对其适用的条件及实行刑罚个别化指明了方向。[1]

一、未成年人犯罪及对其特别规定

我国《未成年人保护法》中明确规定：“本法所称的未成年人是指未满 18 岁的公民。”《预防未成年人犯罪法》在解释上也采用了《未成年人保护法》中对未成年人的界定，以未满 18 岁为未成年人。根据《刑法》、《刑事诉讼法》等有关法律规定的精神，在刑事司法意义上的未成年人应是已满 14 周岁不满 18 周岁的人。

我国的未成年人犯罪是指已满 14 周岁不满 18 周岁的人，实施刑法和有关刑事法律所规定的危害社会并依法应当承担刑事责任，受到刑罚处罚的行为。根据《最高人民法院审理未成年人犯罪案件适用法律若干问题的解释》第一条，所谓未成年人刑事案件，是指被告人实施被指控的犯罪时已满十四周岁不满十八周岁的案件。

众所周知，未成年人个体发展到少年时期，生理上出现了一些过去所没有的本质变化，开始向成年人过渡。随着脑、心血管系统发育增快没，各种活动能力和范围扩大，心理发展也随之变化，兴趣广泛转换快，心理不稳定。因为心理不成熟、易受到外界条件的不良影响，被一些学者称为“狂风暴雨时期”。因此，我国法律、法规对之有了特别的规定：《刑法》第十七条规定的“已满十四周岁不满十八周岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚”；还规定了“犯罪的时候不满十八岁

的人……不适用死刑。已满十六岁不满十八岁的人，如果所犯罪行特别严重，可以判处死刑缓刑二年执行";《预防未成年人犯罪法》也明确，对未成年人犯罪的处罚，既要考虑到未成年人罪刑的严重程度和给社会造成的危害，又要考虑到未成年人的实际情况。《未成年人保护法》第 38 条还明文规定，对违法犯罪的未成年人，实行教育、感化、挽救的方针，坚持教育为主、惩罚为辅的原则。法律上这些对未成年人犯罪的特殊规定，不仅是罪责刑相适应的相称性的体现，更是对未成年人犯罪转变刑罚观念，注重刑罚谦抑性的特殊体现。

鉴于未成年人处于生理、心理的发育阶段，其思想尚未成熟，辨认能力和控制能力还比较薄弱的特征。我国对未成年人犯罪实行的是"教育、感化、挽救"的基本方针，"教育为主，惩罚为辅"的刑事原则。司法惩处只是在必要的情况下，有限制地使用，对未成年犯适用缓刑有利于调动未成年犯自我改造的积极性，在保持对未成年犯的犯罪行为进行处罚的可能性的同时，使其在一个正常人所生活的健康环境中自觉地进行教育和改造，真正洗心革面。因此，基于对未成年犯适当的保护原则，对其适用缓刑无疑更加符合刑罚的谦抑性，也成为刑罚制度科学发展的必然，也充分发挥了缓刑的矫正本质。

二、对未成年人犯罪适用缓刑条件的理解

原刑法中"根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现，适用缓刑确实不致再危害社会的"适用条件被认为抽象、笼统，因此在司法实务中，使得一些有犯轻罪者，包括未成年犯不能适用缓刑。刑法修正案（八）首次确立了符合缓刑条件的未成年犯罪人应当适用缓刑，和在司法实务中判断和掌握对不满 18 周岁未成年人犯罪适用缓刑的标准。并且，其规定的未成人犯罪宣告缓刑应当具备的条件是相辅相成，构成衡量是否应当宣告缓刑的统一整体，但是符合法律规定的考量条件，也应当注意主观因素和客观因素，对于考评未成年犯是否应当被宣告缓刑也是至关重要的。

从缓刑的形式条件讲，对于未成年人适用缓刑是该未成年人被判处的刑罚为拘役和三年以下有期陡刑。司法实践中，未成年人无论犯处罚较重的罪行，还是犯处罚较轻的罪行，宣告刑均可能为拘役和三年以下有期陡刑，因此，涉嫌的罪名不应制约缓刑的适用，未成年人不论犯何种罪，只要对其的宣告刑为拘役和三年以下有期陡刑其就具备了被宣告缓刑的首要条件。

刑法修正案（八）第 11 条将"犯罪情节"作为对未成年人适用缓刑考评条件，但也要注意不应仅以涉嫌的罪名是重罪还是轻罪来加以区别。司法实践中，有些司法实务人员总是主观的认为，犯重罪的人一定比犯轻罪的人主观恶性深，难以矫正，就会不加斟别，甚至轻率的排除缓刑适用。犯罪情节是主观恶性的具体体现，而主观恶性的大小一般从犯罪行为实施的时间、地点和环境、犯罪动机、对象、犯罪手段、犯罪结果、危害后果、违法行为次数等几个方面进行综合考察。

刑法修正案（八）缓刑的实质条件即"没有再犯罪的危险"。现在尽管有《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定"确实不致再危害社会"的标准更加细化了，但"初次犯罪；积极退赃或赔偿被害人经济损失；具备监护、帮教条件"等情形也还是"应当"对未成年犯适用缓刑的条件之一，最终是否决定对未成年犯适用缓刑的根本条件却又回到了"不致再危害社会"上面。这也是刑法修正案（八）第 11 条规定的"确有悔罪表现"、"没有再犯罪的危险"对之具体表现。悔罪是建立在认罪的基础上，犯罪后主动投案自首与潜逃躲避；积极退赃或赔偿被害人经济损失与拒不赔偿、交赃；主动交待全部犯罪事实与存在侥幸心理，避重就轻；对所犯罪行非常后悔，自我谴责和反省与拒不认罪等等表现均可表明未成年犯是否有悔过态度和悔改之心。这些表现足以成为推断未成年犯是否具有悔罪态度的客观依据。未成年人是否具有再犯可能性，可通过其犯罪动机、犯罪目的、是否偶犯、初犯等综合考评，如犯罪原因是为了筹集回家的路费，为了吃饱

肚子与犯罪原因是为了吃喝玩乐、满足违法欲望；犯罪是临时起意还是预谋；一贯表现良好还是有前科劣迹等均能客观反映未成年人是否具有再犯的可能性。

另外，刑法修正案（八）第 11 条规定“宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响”，笔者认为，其增加主要是出于稳定社会秩序和增进法律认同感方面的考量。在司法实践中，这一条件主要通过社区（村委会）及其居民的证明材料及社会调查报告形式来予以详尽的反映，以作量刑的重要参考依据。主要从以下三个方面加以考量。（1）宣告缓刑对被害人及其亲属的影响。（2）宣告缓刑对社区居民的正常生活的影响方面。（3）宣告缓刑对社区居民法律认同感的影响方面。根据当地居民的生活观念、信仰、风俗习惯等，如果对被告人宣告缓刑可能会对当地居民的法律认同感造成重大影响与破坏，则应当慎重使用缓刑。也就是说社区及其居民对于未成年人是否宣告缓刑，有表达意见的权利，因为犯罪未成年人的成长经历和一贯表现，所在的社区（村委会）和邻居都是“见证人”，对其适用缓刑与所在社区及居民的生活安宁密切相关。

《最高人民法院<关于审理未成年人刑事案件的若干规定>》第 21 条规定：“开庭审理前，控辩双方可以分别就未成年被告人的性格特点、家庭情况、社会交往、成长经历以及实施被指控的犯罪前后的表现等情况进行调查，并制作书面材料提交合议庭。必要时，人民法院也可以委托有关社会团体组织就上述情况进行调查或者自行进行调查。”2010 年六部门的《关于进一步建立未成年人刑事案件配套工作体系的若干规定》明确了在办理未成年犯罪案件中，应当进行社会调查。社会调查报告作为社会调查的主要载体，反映了未成年人的性格特点、家庭情况、社会交往、成长环境、监护条件、涉嫌犯罪前后的表现等情况，对未成年人适用个别化的刑罚，有针对性的开展教育、矫治提供了客观材料。可见，利于未成年罪犯教育和矫正适用刑罚的出发点和归宿来说，社会调查报告应当成为对未成年人是否适用缓刑的重要量刑参考材料。

因此从这一角度看，社区（村委会）及其居民的证明材料及社会调查报告形式应当成为司法机关对未成年人是否适用缓刑的考评依据，这也是司法机关在实践活动中群众路线的集体体现，这对于未成年人得到罪、责、刑相适应的刑罚处罚至关重要。

三、对我国未成年人犯罪缓刑适用的建议

虽然刑法修正案八中明确了判断和掌握对不满 18 周岁未成年人犯罪适用缓刑的标准，反映出最高人民法院在缓刑适用上成年犯和未成年犯应区别对待的精神。但这些规定是建立在刑法第 72 条缓刑适用标准的基础之上的，并不能完全发挥对未成年犯的保护、教育及挽救的作用。因此，在实务中，未成年人的缓刑适用与成年人罪犯并没有实质性区别，使得由于未成年人行为和思想具有盲目性和冲动性等生理、心理特点及不良的社会环境影响下造成的相对严重的犯罪（如被判处 3 年以上有期徒刑），也同样失去获得缓刑的机会。因此，建议制定专门的未成年犯适用缓刑的标准及条件。

建议对缓刑适用条件的认定给予具体科学的评价标准。我国现行刑法规定了缓刑适用的基本条件，司法解释及刑法修正案（八）针对未成年犯规定了缓刑的适用条件。但，由于没有“悔罪表现”、“不致再危害社会”、“没有再犯罪的危险”、“宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响”等条件的具体科学的评价标准，在实务中，审判人员基于不同的理解、判断，出现地区之间缓刑适用的不平衡现象，影响了缓刑适用的公正性。因此，有必要用具体科学的评价标准对缓刑适用予以条件认定。

建议加强对缓刑适用的规范性指导，使满足缓刑适用标准及条件的未成年犯均能得以适用，消除对本地未成年犯和外来未成年犯缓刑适用上的区别对待现象。对本地未成年犯和外来未成年

犯区别适用缓刑是一种明显的适用刑罚不平等，造成公众对司法不公的印象，对社会公平正义的实现、对法律的权威性、对人民法院及其判决、裁定的公信力带来威胁。要克服上述弊端，消除对本地和外来未成年犯适用缓刑的问题上，于法无据、于理不合的不平等对待，就要加强对缓刑适用的规范性指导，协助落实外来未成年人的监管、帮护条件，提高法定代理人、监护人出庭率，采取多种措施进行社会调查，有针对性的开展教育、矫治，完善考察制度及健全社区及街道矫正机构。

注 释

1、赵秉志《犯罪总论问题探索》，法律出版社 2002 年 9 月出版，第 111 页。
2、赵秉志《未成年人犯罪专题整理》，中国人民公安大学出版。
3、孔庆民《我国未成年人犯罪适用缓刑制度研究》，2010 年版。
4、张竞模、钱校峰《未成年人定罪量刑特殊性研究》，[J]《青少年问题研究》，2006 年版。
5、王金炳《试论我国未成年人犯罪适用缓刑制度之完善》，2009 年版。

新《刑事诉讼法》背景下刑事辩护之路

安徽徽商律师事务所　杨茜茜

摘　要：刑事诉讼法是规范刑事诉讼活动的基本法律，在我国法律体系中占有十分重要的地位。我国刑事诉讼法自 1979 年颁布以来，经过了 1996 年和 2012 年两次修改。此次二修，修改内容涉及到 100 多处，修改比例超过总条文的 50%，修正后的条文总数多达 290 条，并且正价了新的编、章、节，是名副其实的一次“大修”。本文主要讨论经过大修出台的新刑诉法，律师们将如何展开自己的的刑辩之路。

关键词：刑事诉讼　辩护制度　辩护道路

一、新《刑事诉讼法》的解读

2012 年 3 月 14 日，十一届全国人大五次会议顺利通过关于修改刑事诉讼法的决定。我国刑事诉讼法于 1979 年制定，除 1996 年进行过一次修订以来，今次是第二次修改。此次《刑事诉讼法》的修改幅度大，修改内容涉及到修改内容涉及到 100 多处，修改比例超过总条文的 50%，修正后的条文总数多达 290 条，并且正价了新的编、章、节，是名副其实的一次“大修”。

（一）将“尊重和保障人权”写入刑诉法的任务，体现了我国刑事诉讼制度的价值取向，进一步完善了刑事辩护制度，有利于充分发挥刑事辩护的作用

自 1948 年联合国通过的《世界人权宣言》首次阐明了人类大家庭所有成员的固有尊严和普遍权利之后，人权就成为当代国际社会普遍承认的价值和政治道德观念。2004 年，“尊重和保障人权”已经被庄严地载入我国宪法。而在刑事诉讼的各项制度、各项程序中，没有哪一项诉讼制度或诉讼程序能像刑事辩护制度那样与“尊重和保障人权”有着如此密切的关系，甚至可以说刑事辩护制度就是为了在刑事诉讼中实现尊重和保障人权而生存和发展的。[1]将“尊重和保障人权”写入刑事诉讼法总则第 2 条，有利于司法机关在刑事诉讼程序中更好地遵循贯彻尊重和保障人权这一宪法原则。

（二）新《刑事诉讼法》进一步完善了我国刑事诉讼的各项制度

修改后的新刑诉法主要有以下几方面的重要改进：1、在具体的诉讼制度和诉讼程序上明确规定尊重和保障人权；2、细化了法律条文的内容，对侦查程序做了重大改革，健全了关于强制措施的相关规定；3、明文规定了不得强迫犯罪嫌疑人、被告人自证其罪；4、非法证据排除规则的正式确立，为犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人针对非法取证展开辩护，提供了重要的法律武器；5、健全审判程序，简化司法活动中不必要的程序，提高诉讼效率；6、对现有证据制度做了重大完善，强化了辩方的质证权；7、强化了检察机关对刑事诉讼互动的法律监督，保障犯罪嫌疑人、被告人和其他诉讼参与人的合法权益。

二、新《刑事诉讼法》实施后刑事辩护的变化

对于任何一位律师来说，刑事辩护都是执业过程中最具挑战性的一项工作，也是能给律师带来最大成就感的一项工作。但刑事辩护也是一项高风险的工作，刑辩律师容易遭到公众误解，被误认为是专为坏人说话的“魔鬼代言人”；同时在侦查机关、检察机关、法院等司法部门的眼中，

刑辩律师也被其视为敌人，屡遭刁难、打压、报复等。

一直以来，律师的执业权利在司法活动中无法得以保障和真正施行。究其原因就在于新《律师法》生效后，与之相冲突的刑事诉讼法并没有作相应的修改，因而导致《律师法》实施面临尴尬，律师的执业权利仍然无法得到法律法规在真正意义上的保障。[2]新《刑事诉讼法》针对这一问题进行了大幅修改和完善，使律师的权利能够从各个方面得到真正保障。

（一）对辩护制度的直接修改

1、律师地位的确立：在侦查阶段律师不再是“提供法律帮助的律师”而是“辩护人”。

律师辩护的主要目的就在于保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权利。侦查阶段是犯罪嫌疑人的合法权利最容易受到侵犯的时候，也是犯罪嫌疑人最需要律师提供法律帮助的时候。但是在原刑事诉讼法的规定中，律师在这个阶段却只能袖手旁观，眼睁睁错过保护当事人权利的最佳时机。

修订后的刑诉法，在侦查阶段，律师可以介入整个侦查活动，尤其是在侦查终结前，律师提出要求的，侦查机关应当听取律师的意见，并且要把律师的书面意见载入侦查案卷当中，这些都与律师“辩护人”身份的确立密切相关。律师的提前介入对于真切保障犯罪嫌疑人的权利，避免冤假错案的产生都将起到重大的作用。

2、辩护范围的扩大。

修订后的刑诉法，明确规定了在刑事诉讼活动的五个阶段——侦查、批捕、审查起诉、庭审、死刑复核阶段律师都能开展辩护工作。

3、律师会见权、阅卷权的保障。

新《刑事诉讼法》吸收了《律师法》关于律师会见的基本规定，并将其规定在法条之中，即“三证”会见。除三类特殊案件外，辩护律师持律师执业证书、律师事务所证明和委托书或法律援助公函要求会见在押的犯罪嫌疑人、被告人的，看守所应当及时安排会见，至迟不得超过四十八小时。

同时，自案件审查起诉之日起，辩护律师可以查阅、摘抄、复制本案的案卷材料。与此相关，新《刑事诉讼法》又有两个新的规定，值得我们注意：（1）辩护律师可以把案卷材料给犯罪嫌疑人、被告人核实。新《刑诉法》第 37 条第 4 款规定，辩护律师自“案件移送审查起诉之日起，可以向犯罪嫌疑人、被告人核实有关证据”。这就解决了长期以来律师能否把案卷材料出示给犯罪嫌疑人、被告人看的问题。（2）对辩方收集的证据，辩方有披露义务。新《刑诉法》第 40 条规定，“辩护人收集的有关犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人的证据，应当及时告知公安机关、人民检察院”。辩护人及时披露这些证据，有助于公安机关、人民检察院及时查明案情，终止对涉案犯罪嫌疑人、被告人的刑事追诉程序，保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。

4、追究律师刑事责任的程序保障。

我国《刑法》和《刑诉法》都规定了辩护人违法办案的刑事责任。辩护人包括辩护律师如果确实在执业过程中违法办案，构成犯罪的，应当追究其刑事责任。但不排除一些办案人员对辩护制度缺乏正确的认识，对辩护人开展的正常辩护工作特别是对侦查、起诉工作中存在的问题提出的意见不能被其客观评价和接受，故利用手中的权力对辩护人进行职业报复，追究辩护人的所谓刑事责任。

正因为如此，新《刑诉法》第 42 条的规定，一方面重申了辩护人涉嫌犯罪的，应当追究其刑事责任；另一方面又强调“应当由办理辩护人所承办案件的侦查机关以外的侦查机关办理”。这就为辩护人不被侦查机关违法追究刑事责任提供了重要的程序保障。

（二）对程序制度的重大调整

1、证人、鉴定人出庭作证制度的确立，从而使律师获得了对证人、鉴定人当庭询问的机会，改变了过去只能对笔录进行宣读质证的辩护方式。而且，对证人无正当理由拒不出庭或者出庭后拒绝作证的，也做出了强制其出庭及予以处罚的相应规定。这对于辩方质证权的保障提供了重要依据。

2、建立了专家辅助质证制度，通过专家的协助，辩方可以加强对控方鉴定意见的质证。

针对鉴定意见具有专业性、理论性、技术性很强的特点，新《刑诉法》第 192 条规定："公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以申请法庭通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见提出意见。"被告人及其辩护人通过申请有专门知识的人出庭，可以更有效、更有针对性地对控方提出的鉴定意见进行质证。

3、非法证据排除程序的正式确立，为犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人针对非法取证展开辩护，维护犯罪嫌疑人、被告人自身合法权益提供了重要的法律武器。

早在 2010 年 5 月两高三部就出台了《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》，新《刑诉法》在此基础上正式建立了具有中国特色的非法证据排除规则，对于贯彻尊重和保障人权，对于我国刑事诉讼的法治化发展具有重大的意义。

在依法确立的非法证据排除规则中，公安、检察、法院都负有依职权排除非法证据的责任。同时，犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人都享有申请司法机关依法排除非法证据的诉讼权利。侦查机关、检察机关对所涉非法证据负有证明其系合法取得的证明责任，而辩方则没有证明证据非法性的责任，否则将认定其为非法证据予以排除，不得作为定案的根据。

4、相对独立的量刑程序的确立，客观上使辩护人进行量刑辩护有了重要的程序保障。

长期以来，由于受"重实体、轻程序"、"重定罪、轻量刑"等旧观念的影响，量刑程序一直得不到足够的重视，79 年刑诉法和 97 年刑诉法均未对量刑程序予以规定。新《刑诉法》初步规定了与量刑有关的程序，第 193 条第 1 款规定："法庭审理过程中，对与定罪、量刑有关的事实、证据都应当进行调查、辩论。"这一规定为辩护人对被告人提出量刑建议和参与量刑辩论提供了空间，同时也意味着量刑作为一个相对独立的程序环节出现在我国刑诉法中。不可否认，庭审过程增加与量刑有关的程序，对于被告人权益的保护非常重要。

三、新《刑事诉讼法》背景下刑事辩护的新空间

（一）重新定位了辩护人的责任

原《刑诉法》第 35 条规定："辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。"这一规定把辩护人的权利当做举证责任，要求辩护人必须提出证据"证明"犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻……受此影响，辩护人如果为被告人做无罪辩护，审判机关就要求辩护人提供相应的无罪证据，显然这是违背在刑事诉讼中控方应该承担证明被告人有罪的举证责任的。

新《刑事诉讼法》在修订后删除了第 35 条中的"证明"，改成"提出"二字，具有重大意义。"提出"赋予给辩护人更多的辩护空间，只要相关理由能够澄清事实、能够减免对犯罪嫌疑人、被告人的处罚，辩护人均可以据理力争，而不是按照原刑诉法的规定，去"证明"犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻。同时，按照本条规定，辩护人辩护的不仅包括犯罪嫌疑人、被告人的实体性权利，还包括有责任维护其他"诉讼权利"，辩护人的责任范围或权利范围更大。立法上明确了举证责任，有助于实践中人民法院在作出"证据不足、指控犯罪不能成立"的判决时的法律依据更明确、清楚。

[3]

（二）深化了定罪的证明标准

我国刑诉法中关于定罪证明标准的要求，历来都是“犯罪事实清楚，证据确实、充分”。但是，对于什么是证据的“确实”、“充分”实践中往往存在不同的认识和争议。为此，新《刑诉法》专门进行了修改，一方面将“证据确实、充分”继续作为定罪的证明标准，同时又对“确实、充分”做了进一步细化。第 53 条规定：“证据确实、充分，应当符合以下条件：（一）定罪量刑的事实都有证据证明；（二）据以定案的证据均经法定程序查证属实；（三）综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑。”这一规定不仅提高了控方将其手中的证据能否进入定罪证明标准门槛的条件，更为辩护人打破控方证据体系，维护被告人合法权益提供了切实的法律依据。

（三）规范了强制措施

与新《刑诉法》明确律师在侦查阶段是辩护人的定位相适应，辩护律师申请变更强制措施的范围也扩大了，包括拘留、逮捕等羁押措施。对于变更强制措施的申请有关机关必须在三日以内作出决定，不同意变更强制措施应向申请人说明理由。

同时新《刑诉法》规定了审查和批准逮捕应听取辩护律师意见。新《刑诉法》第 86 条规定：“人民检察院审查批准逮捕，可以询问证人等诉讼参与人，听取辩护律师的意见；辩护律师提出要求的，应当听取辩护律师的意见。”这一规定明确了检察机关必须听取辩护律师的意见，是强制性的。而且，新《刑诉法》第 93 条更要求人民检察院在批准逮捕后，“仍应当对羁押的必要性进行审查。对不需要继续羁押的，应当建议予以释放或者变更强制措施。”对于辩护律师而言，不仅在审查批准逮捕时可以提出自己的反对理由，而且在批准逮捕后，依据案件进展情况和调查取证的情况，可以持续不断地申请变更强制措施，提出新的事实和理由。

四、刑事辩护的春天即将到来

《中华人民共和国刑事诉讼法》的本次修改是革命性的、是前所未有的。对于广大律师来说如何运用新《刑诉法》进行刑事辩护，更好的维护当事人的合法权益既是机遇也是挑战。

立法的进步和民智的开启，结果最终如何，更需要法律职业共同体全体成员的担当和智慧。作为刑辩律师，每一步皆如履薄冰，但每一个愿望无不是法治的进步；每一天皆辛苦奔忙，但每个人内心无不渴望春花烂漫！

参考文献

1、顾永忠《我国刑事辩护制度上的重要发展、进步与实施》,《法学杂志》, 2012 年第 6 期，第 57 页。

2、卢丽娜《从新<刑事诉讼法>看如何保障律师的执业权利》,《法制与社会》, 2012 年 6 月（下）, 第 167 页。

3、李贵方《辩护视角下的新<刑事诉讼法>》,《中国司法论坛》, 2012 年第 8 期，第 35 页。

新《民事诉讼法》实施背景下的公民代理

——浅谈青年律师的社会作用和执业前景

安徽天德律师事务所　廖荣钊

摘　要：自 1997 年提出依法治国以来，近二十年的时间里中国的法治化水平迅速提高，随着法治教育不断普及，民众的法治观念越来越强，随即导致法律服务市场急剧膨胀，不少人看到了其中的生财之道，纷纷投身于法律服务行业，受经济利益的驱使，不少没有获得律师执业证的人员，与当事人签订委托协议，为当事人提供法律服务，而经过四年本科大学的系统学习，通过国家司法考试并在律所实习一年之久的青年律师却面临无案可接的窘境，致使许多青年律师被迫放弃了这一行业，本文就新《民事诉讼法》实施后，对青年律师的社会作用和执业前景进行探讨。

关键词：公民代理　青年律师　土律师　社会作用　执业前景

一、我国的公民代理现状

由于经济社会的复杂性，必然要求从事法律服务行业的人员具有丰富的专业知识和从业经验，律师行业的准入门槛也被国家一再提高，但是受经济利益的驱使，不少没有获得律师执业证的人员，与当事人签订委托协议，为当事人提供法律服务，即所谓的公民代理。我国的三大诉讼法没有完全禁止公民代理行为，只是对公民诉讼代理的受托人的范围和行为能力有所限制，即允许当事人委托除律师以外的包括近亲属、有关社会团体或所在单位推荐的人或者人民法院许可的其他公民作为诉讼代理人，以及对于无民事行为能力人、限制民事行为能力人或者可能损害被代理人利益的人以及人民法院认为不宜作为诉讼代理人的人，不能作为诉讼代理人。可以看出法律对此规定并不完善，如此，以公民身份代理案件谋取利益仍然具有很大的操作空间，借此牟利的“土律师”、“黑律师”层出不穷，严重影响了律师在民众心中的形象，扰乱了法律服务市场秩序，“扰乱法律服务市场秩序，不利于法律共同体的形成”[1]。

2013 年 1 月 1 日起开始施行的经过全国人大常委会第二次修正的《民事诉讼法》，充分考虑了律师及各界人士的呼吁，将第 58 条第二款修改为：“下列人员可以被委托为诉讼代理人：（一）律师、基层法律服务工作者；（二）当事人的近亲属或者工作人员；（三）当事人所在社区、单位以及有关社会团体推荐的公民”[2]。如此一来，将民事诉讼中以公民身份代理的受托人范围仅限于在当事人的近亲属或者工作人员、当事人所在社区、单位以及有关社会团体推荐的公民，至此法院在审查代理人身份时有一个明确的标准，从某种程度上来说遏制了公民代理的职业化发展。

二、公民代理现象产生的原因

首先，法律并没有完全禁止公民代理，法律仅仅是对代理人的范围进行限制，就目前我国律师行业的发展水平还没有达到强制律师代理的阶段，公民代理的存在是经济社会发展过程中的必然产物。

其次，民众思想观念没有随着经济发展迅速转变过来，大多数人还是对法律一知半解甚至不懂法，遇到法律纠纷便不知所措，有一些懂得法律但却不是律师的人利用当事人的不懂法、想降低诉讼成本的心思向当事人许承诺、进行低收费、说些当事人想听的好话与律师进行不正当竞争。

第三，公民代理的管理混乱，修改后的《律师法》将原第 14 条公民代理不得牟利的规定删除，人民法院的审查权被彻底架空，虽然司法部、工商行政管理总局出台管理公民代理现象的文件，但是多方的管理也导致各部门互相推诿，没有实际执行力，更加缺乏行之有效的约束和制裁，导致各省市各自出台地方法规，形成了独特的管理模式，如在上海、浙江、深圳等地，法院积极贯彻诉讼法规定的相关职责，严格审查诉讼代理人的代理资格；在吉林、江苏等地法院联合司法行政管理机关共同出台文件，共同管理公民代理人。但较多数地方并未明确规定对公民代理人的管理措施，这必然导致对公民代理全面管理的失衡，使得职业公民代理人在法律法规的夹缝中迅速发展。

最后，律师行业的特性，部分律师越做越好，越来越多的当事人来委托，导致最后部分律师选择较高收费的案件来接受委托，而另一部分律师却因为某种原因而无人问津，这就造成了资源浪费，而给民众造成一种误解：律师收费高，小案件不接受委托，于是当有标的额不大的案件的时候，民众就会去找所谓的“土律师”，他们收费低，给当事人打包票，加上司法腐败，很多当事人相信“关系”远胜于相信法律，当公民代理人向当事人保证其与某法官关系很密切的时候，当事人心里已经倾向将案件委托给公民代理人，而律师基于职业道德却不能轻易向当事人保证或者许诺，律师协会与司法行政部门的双重监管，律师也不会拿自己的执业生涯来冒险。

三、青年律师的社会作用和执业前景

律师在国家的法治化进程中起着很重要的作用，一个国家的法治化水平是否在提高与律师的社会地位是否在提升是不可分割的，当民众产生纠纷时第一时间想到的找熟人、找关系来解决的时候，这是人治，反之，民众第一时间想到咨询律师以求维护自己合法权益的时候的时候，可以说国家的法治水平已经相当发达了。从某种角度来说，律师与医生是同行，医生医治的是身体机能上的疾病，律师则是医治社会这个大机体的疾病，而青年律师的执业前景与社会的法治化进步是密不可分的。

青年律师刚刚经过一年实习期的锻炼，逐步将理论知识与司法实践相结合，使自己从一个只知道法律理论而没有进行过司法实践的学生变成一名律师行业的初行者，但是仅靠一年的时间来熟悉法律实务是不够的，美国联邦最高法院的霍姆斯大法官有一句至理名言：“法律的生命在于经验，而不在于逻辑”。青年律师并不缺乏法律知识，他们缺少的是办案经验，青年律师面临的主要问题包括低保障和几乎朝不保夕的生活、对未来的迷茫和困惑、职业荣誉感和责任感淡薄、缺乏办案经验和案源匮乏等等。

在发达国家，律师拥有与医生一样的社会地位，受到社会的尊重，但目前就我国的法治化水平而言，国内的律师地位无法与发达国家律师的地位同日而语，但随着国家法治化的发展，律师的社会地位与社会作用也会相应的提高，青年律师要做的不仅仅是增加案源、提高自己的收入也要更好的维护社会的公平正义，保护当事人的合法权益，为国家的法治化发展及提高律师的社会形象而努力。青年律师要摆脱当前的困境迈向成功律师的大门，笔者认为需要做到以下几点：

首先，要坚定自己的目标，所谓干一行爱一行，只有对律师行业充满兴趣才有可能成为一名成功律师，确定自己的目标，以明确自己下一步的计划，困难只是暂时的，所有青年律师都明白踏入律师界的前三年是最困难的，但是只要不放弃，三五年之后这些困难都将不再是困难。

其次，一份好的职业规划是在任何行业中良性发展的前提，同样青年律师应该为自己量身制作一份长期的职业发展规划，人的精力是有限的，而法律覆盖了社会的方方面面，任何一位律师都不可能将所有的法律熟练于心，更多的知名律师更加倾向专业化发展，将所有法律的模糊概念

转变为精通一门或者数门法律。随着社会经济的快速发展,各行业对专业人才的需求也越来越大,法律是一门大学科,她涵盖社会绝大多数问题,因为法律的滞后性,故法律不可能涵盖社会所有问题,但是各行业新问题的不断出现不是仅仅靠律师对该行业的一般了解就能解决的,现今各类案件的复杂程度已经远远超过了 20 年前甚至是 10 年前的案件,这就给律师提出了更高的要求,律师需要专业化分工,这也是律师行业发展的必然结果。青年律师应该有这种超前意识,不能将眼光永远局限在过去和现在,还要放眼未来,把自己改变成符合时代发展需求的专业人才,当然在青年律师的执业之初,是没有理由来拒绝或者只代理某些案件,选择专业是在职业规划中规划未来的发展方向,是职业规划重点之一,每位青年律师都应结合自己的兴趣、特长和社会发展的趋势综合分析,慎重选择,确定自己的专业化发展方向。

第三,认清自己所处的现状,进行自我定位,并且严于律己,坚守自己的底线。青年律师执业之初不仅要与执业数年之久的"老律师"竞争,更要与一些没有律师执业资格的"土律师"、"黑律师"竞争,与"老律师"的竞争中处于劣势,青年律师是可以接受的,毕竟自己在刚刚进入律师行业,无论从办案经验还是对某件案子中法律关系的拿捏都没有"老律师"精准,许多青年律师为了增加业务、拓展案源,有时候对当事人虚开承诺,降低收费标准,与"土律师","黑律师"进行恶性竞争,这样不但对青年律师自身的发展没有任何好处,也会扰乱整个律师行业的健康发展。根据《新民诉法》的修改,一般的职业公民代理人已经没有代理诉讼案件的资格,从宏观上看,"土律师"、"黑律师"将会慢慢的退出历史舞台,不会再与律师进行恶性竞争,保证了律师行业健康发展的大环境。对于青年律师来说应保持一个好的心态,坚守职业道德,既然选择了律师这条道路,就应该明白这条路的艰辛,付出与收入有时候不一定能够成正比,不要拿自己还在"耕耘"的现状与成功律师的"收获期"相比,应与昨天的自己对比是否有进步,只要是在进步,自己得到成长、有所收获才是最重要的。

律师作为被委托人与当事人之间建立委托合同关系,"律师从本质上就是商人"[3],但律师又不仅仅是商人,律师还需要维护社会的正义,任何行业都有自己的难处与价值的两难选择,律师也是这样,青年律师代表着整个律师职业的未来,决定着律师行业在未来社会中的地位和作用,因此,青年律师如何处理好商业价值和社会价值,直接影响着律师行业的未来发展。

总的来说,随着国家法治化的发展,律师在民众心目中的地位会越来越高,律师所背负的社会责任也就越大,青年律师的发展空间很大,但是律师是依靠专业的法律技能来吃饭的,青年律师在法律理论和实务上必须下工夫,不仅要熟练掌握纷繁复杂的法律法规,还要认真对待每一个案件、每一个当事人,有道是磨刀不误砍柴工,当自己积累了夯实的基础,法律与程序了然于胸,熟练的将理论与实践相结合的时候,青年律师离成功律师的目标也就不远了。

参考文献

1、林喆《论公民代理行为的性质及其法律适用》[J],《时代法学》,2004 年第 5 期,第 2-4 页;

2、《中华人民共和国民事诉讼法》(第二次修正)第 58 条第二款;

3、徐莹《刍议青年律师生存和发展对策》[J],载自《哈尔滨学院学报》,2011 年 1 月第 32 卷第 1 期。

以食品安全为基准重树惩罚性赔偿制度

安徽元太律师事务所 王 军

摘 要：为了保护消费者的利益，《食品安全法》规定了 10 倍赔偿，似乎反映了立法者保护消费者的决心，但是，该规定在实践中基本上成为一纸废法。既没有体现消费者权益的保护，更没有解决食品安全问题。在食品监管乏力的形势下，重树食品安全的惩罚性赔偿制度，让社会专业人士和专业机构以此为基础，参与食品安全法的执行，协同监管部门执法，形成立体执法体制，开创食品安全监管新模式。

关键词：食品安全法 社会协同执法 惩罚性赔偿 职业索赔

食品安全问题至今未能很好解决，原因之一就是监管部门的孤军奋战，且很容易受到不良企业的侵蚀，监管不力。社会组织和个人未能形成有效力量加入到维护食品安全的队伍中来，而原本应该为社会力量协同政府执行法律的制度——惩罚性赔偿由于定位的错误，未能发挥其应有的作用，为了彻底解决当前肆虐的食品安全问题，有必要修正惩罚性赔偿的立法观念和具体规则，建立社会协同政府监管的立体执法新格局。

一、从公共利益的角度审视《食品安全法》10 倍赔偿制度的缺陷

（一）10 倍赔偿执行效果的衡量标准是食品安全形势，而不是个人利益的满足

从法律名称上看，食品安全法所关注的是安全，而且是食品的安全。其着眼点不在于个人权利的保护，而是从食品安全这一公共的角度考虑这一问题。正是因为 10 倍赔偿这一公共的性质，而不是私人性质，所以，实现公共利益是 10 倍赔偿的首要的和终极的目标。因此，对该 10 倍赔偿的评价不能从消费者的角度进行测量，而是从食品是否因而安全或者更加安全来考量。否则，我们就不能正确评价《食品安全法》所规定的 10 倍赔偿的效果，10 倍赔偿的规定就可能是看似存在，实际又远远偏离了既定目标的无效摆设。

（二）公共利益目标的实现委托给了没有执行能力的消费者

1、惩罚性赔偿之诉多以消费者的失败而告终。

法院的判决结果能够充分的说明这一问题。在丰台区法院的实践中，“虽然丰台区人民法院支持了郭女士的诉讼请求，但是该院民一庭的李振宇法官介绍说，郭女士是《食品安全法》实施以来该院审理的 49 件涉及消费者要求十倍赔偿的诉讼中，唯一一位获得支持的消费者。”[1]也就是说起诉的消费者能够获得赔偿的数额只有 2%左右。上述数据还是建立在已经起诉到法院的案件，大量的食品问题都没有起诉到法院，如另一法院的实践“历下区法院民五庭庭长段勇强认为，《食品安全法》实施两年多了，在超市云集的历下区，受理食品类 10 倍索赔的案件也不过区区 5 件，说明发动公众通过 10 倍索赔诉讼抵制问题食品的效果不是很明显。”[2]

2、消费者不具有实现公共利益的基本条件之所以如此，是因为横亘在消费者面前的障碍太多：

（1）普通消费者不够专业：历下区法院的法官分析认为：“究其原因，主要是食品作为容易变质的特殊物品，作为不具有专业知识的普通消费者，除非是当场消费发现变质的，其他情况要取证明其不合格比较困难，取证难造成了维权难。”所以，除非食品导致立即出现的食源性疾病，

否则，要么无法发觉，要么即便发觉，也无法判断该食品是否属于“不安全”食品的范畴。除非专业的索赔人，一般的消费者往往也不会刻意研究。所以，就 10 倍赔偿制度而言，消费者永远将是非专业的人员解决专业的问题，其制度错位明显。

（2）作为消费的食品价格一般较低：通过法院索要 10 倍赔偿对于一般消费者而言，有点高射炮打蚊子的味道，毕竟，大家工作、生活都比较忙，没有精力如此兴师动众。“历下区法院民五庭副庭长闫云认为维权成本过高也是重要原因。一般情况下，购买的食品往往价格不会很高。当买到不合格食品时，消费者往往自认倒霉。为什么选择忍气吞声呢？消费者一是担心厂商抵赖，自己费时费力还找气生；二是通过法律渠道起诉维权，鉴定难，举证难，成本大于收益。”[3]因此，食品价值太小，为消费者提供的索赔动力明显不足。

（3）“贱讼”观的存在阻碍了消费者通过诉讼解决争端：10 倍赔偿的实现一般是需要通过法院的诉讼，很少有商家会自愿支付 10 倍赔偿。而对于大多数国人而言，可能从未进过法院的大门，更不愿到法院打官司。古语云：“饿死不做贼，冤死不告状”，“衙门自古朝南开，有理无钱莫进来”。该语句有着其不可否认的社会背景，虽经多年的社会主义建设，但是，传统的东西并没有灰飞烟灭。许多传统的思维和习惯仍在默默的流传，对于诉讼的观念至今没有能够彻底改变。国人对于诉讼往往是敬而远之的态度，这与古代的“贱讼”“息讼”“无讼”的价值观有着根深蒂固的联系。“讼”被视为不祥之器，与西方发达国家不同，我国古代，“兴讼”往往是刁民的属性。“在古代中国人眼中，‘讼’特别是打官司就成了不光彩的同义语。古人在说到诉讼行为及其参与者时，常常要加上明显含有贬义的前缀或后缀词，以示鄙弃。如‘滋讼’、‘兴讼’、‘聚讼’、‘讼棍’等等便是……‘滋讼’、‘兴讼’、‘聚讼’、‘健讼’、‘好讼’、‘包揽词讼’等等几乎成了‘干坏事’的同义语。正因如此，古人才一再倡导‘止讼’、‘息讼’、‘贱讼’、‘去讼’、‘无讼’”[4]

总之，《食品安全法》安排的监管制度没有产生预期的效果，食品安全法安排的 10 倍赔偿同样没有改变食品安全的局势。究其原因，是因为该法定位的错位。把重大公共利益目标的诉求依赖于弱势的消费者。换言之，将公共利益目标的实现委托于一个没有执行能力的执法者。

二、具有实效的社会执法呼唤职业索赔人

“众所周知，法律在制定之后能否发挥出其应有的功效，在很大程度上取决于法律在社会现实环境中的执行度。而国家执法机关由于始终难以挣脱财政之困而不可能充分地执行法律；公务人员则因有固定薪酬，亦并无诱因促使其取缔、追诉所有不法行为，于是形成执法不足的现实，有赖私人参与执法机制，以最大限度地达成法律的目的。”[5]食品安全尤为如此，必须社会力量参与共同执法、监管，建立立体执法网当前食品安全监管的困局。而社会执法者必须具备以下的条件：

1、执法者具有不可收买性。

固定的行政机关及其工作人员容易被收买，所以，公务员的信念和职业操守非常重要，但是，又太不容易可靠。在商品大潮中，能够抵制人情诱惑往往非常艰难，也正因为此，执法问题已经成为非常难以解决的顽症。因此，让不可收买的人执法，是执法到位的关键。什么人具有不可收买性呢，如果仅仅从本性上来看，从法治社会“人性本恶”的基本逻辑出发，任何一个特定的人难以具有这一特性。所以，不特定人具有很大的优势，不特定的人不具有可收买性，因为无从收买，至少无法事先收买。

2、执法者具有专业性。

如前文所述，非专业人士不能完成对食品是否安全的技术判断、证据的收集、诉讼的操作等

等专业性的问题。从这一点上看，一般的消费者不能胜任。

3、社会执法具有利益引导性。

不可否认，私人执法与政府执法不同的是，政府是公务员执法，是一种职业，执法是保障其工资福利的前提。私人执法首当其冲的就是其执法的动力。这一动力不能建立在公益之心上，在目前的经济发展阶段不可能产生普遍的私人执法者，这一执法群体需要利益引导。

4、社会执法赋予的利益具有规模性。

索赔人获利益的预期必须大大高于其可能的付出，否则，执法的动力由此也就截止了。一般的消费不能达到这一目的，因为从消费者购买的角度来看，一般的食品的价值太低，不能形成有效的动力，让索赔人投入大量的人力、物力、财力，并同时担负着很大的风险去认真地索赔。所以，批量的购买才能达到这一目标。批量购买有两种方式可以实现，一是联系广大购买同一食品的消费者共同诉讼，二是，允许一个人批量购买，并获得 10 倍的赔偿。前者显然是个浩大的工程，让人望而却步，因此不具有可行性。

显然，依赖普通者执法不具有现实性，基本的出路就是让这些执法者专业化，即必须支持职业索赔人 的存在和发展。社会执法必须放弃“消费者”这一概念，引入“购买人”概念。这一概念不仅包括个人，也可以包括法人单位、其他组织。

三、对职业索赔的质疑及其转变

如果我们把已经存在的职业打假人视为社会执法的典型，毋庸置疑，对于职业打假人早就有不同的声音。

（一）针对职业打假者的不同意见

1、职业索赔人不是消费者。

对于职业打假者较为专业的意见来自于法院。最先对此进行否定性界定的源于上海法院对王海的判决，认定王海不是消费者，从文理解释否定了其 2 倍索赔的合法性。即便是目前，对于 10 倍赔偿的索赔人的条件，许多法院仍然持同样的观点。如有法院判决时适用了以下原则：“如果确有证据证明原告是作为职业打假人故意造成损害以谋取十倍赔偿利益，则对其十倍赔偿请求应不予支持。”[6]

2、职业索赔人实际上在执法。

不同的意见来自于食品监督执法部门，食品监督执法部门的执法垄断地位被社会独立的个人打破与分享，以传统的执法权已经授权政府的理论否定私人执法权的存在。

3、职业索赔人的动机不正当。

观点来源于对职业打假者获利正当性的质疑，认为职业打假者这种获利方式与勤劳致富大相径庭，导致投机取巧，不当得利，并进而影响社会道德。

4、职业索赔会影响经济。

由于国情所限，目前食品行业的生产能力不高，如果处理过严会导致大量的企业倒闭，消费者会没有食品购买。

5、私人执法者权利会滥用。

私人执法不像行政机关执法，受到的约束较少，会在执法过程中滥用权利。

6、国外的索赔人也是受害人，而不是职业索赔人。

国外虽然有惩罚性赔偿制度，但是，该制度所设定的索赔对象是受损害的个人，而不是职业索赔人。所以，我国的惩罚性赔偿也不应该将索赔人范围扩大到职业索赔人，这样，会改变惩罚

性赔偿的性质，因为这个时候已经不能称之为“赔偿”。

（二）对质疑的回应

1、职业索赔满足了公共利益的需要。

如前文所述，《食品安全法》立法目的在于食品安全，并不是损失赔偿。因此，该法是否落实的衡量依据是整个社会食品是否更加安全，从这一点来看，职业索赔人的存在不仅与此目标不相抵触，而且大有裨益。实践已经证明惩罚性赔偿的担当者非职业索赔莫属，“法院通过审理发现，此类案件存在有如下特点：大多涉及‘职业打假’行为，在 2010 年审理的此类案件中，近九成为‘职业打假’……在食品类诉讼案件中，除进口产地不明外还存在食品已超过保质期，更有甚者违反我国食品安全法规定，饮料中含有中药成分。而部分打假人员为弄清药类品种，不惜翻阅查找我国药典法的规定找论据，客观上也对商家起到了监督作用。”[7]

在没有方法解决目前食品安全执法中存在的问题之前，否定职业索赔人，只能让伪劣食品制造商弹冠相庆，与《食品安全法》显然相抵触。王海的经历就是标志，职业打假人的打假生涯因为上海法院的一纸判决而终结，从而也终结了我国私人协助政府执法之路。职业打假人的倒下那一天，实际上就是伪劣产品制造者和经营者的节日。

2、职业索赔更有利于经济的发展。

有人担心过度的对食品生产和经营企业打击会损害中国经济，不符合当前的发展阶段。如果是这样的话，食品安全法就不应该出台，或者虽然出台，本就预料到不会严格执行。我们假定如果我们的执法系统和机制能够不折不扣的严格执法的话，不安全食品的生产者和经营者是没有生存空间的，在《食品安全法》出台以后顾虑中国经济的想法与食品安全法显然抵触。并且从实践中来看，不安全食品对中国经济的伤害来得更为持久和深远，显然弊大于利。这种强调我国发展水平较低从而不能对食品生产行业要求太高的论断似乎看起来符合国情，但是，实际上，并非如此，我国出口的食品不可能都是按照我国的食品安全标准生产的，因为使用地不在我国，它注定是按照食品消费地的标准生产的。我们的出口食品并非因为食品生产企业被高标准所限，无力供货，形势恰恰相反。所以，许多生产企业会两套标准同时运行，就是因为我国执法不能到位的国情，而不是因为无能力生产安全食品。我国学者在研究了美国的产品责任法中的惩罚性赔偿以后，针对美国国内对产品责任惩罚性赔偿会损害经济，导致失业等观点和改革呼声，作出结论认为：“以上的分析表明：产品责任中的惩罚性赔偿不需要改革。因为生产商对正在发展的或者已经知道的危险或者风险更能早知道，却没有采取救济措施。不管是因为利润还是大意，这样的不作为都带来了灾难性的伤害或者死亡，这些行为应该继续受到惩罚和威慑。虽然生产商已经知晓不可避免的、过度的危险，但仍然销售自己的产品，因此，很多代表生产商利益的人们所青睐的改革给这些遵守政府规则设定的标准的生产商提供了‘避风的港湾”[8]。

我们不仅要在目前发展经济，更要注重经济发展的可持续性和良性发展，从这一点上看，职业索赔更有利于这一目标。学者在论述美国的惩罚性赔偿制度时总结：“实际上，从长远竞争来看，惩罚性赔偿符合商业领域的自我利益。这种救济反而使得有道德的公司免于竞争的不利状态。限制这样的救济会诱惑公司将利润优先于公共安全。美国人很强调安全，惩罚性赔偿惩罚违反美国这一重要价值的公司，这将促使公司生产出在国际市场上竞争的高质量的产品。"消费者的生命健康?在食品安全问题上我们应该采取‘零容忍’政策；而且这样的担心也是多余的，森林法则告诉我们，在无良企业倒闭之后，自然会有新企业茁壮成长起来。”[9]

3、职业索赔人获得利益是正当的。

对于职业索赔人作为对食品安全做出贡献的人，本应由政府奖励，其获得收益是应该的，因

为他们做了对社会有益的事情。职业索赔人的奖励资金来源于伪劣食品制造商或者经营者的赔偿，弥补了政府资金不足的问题，将政府的奖励改由违法行为人奖励，比政府奖励具有更具有可持续性效果。

普通消费者获利与职业索赔人获利性质一样，并不是说普通消费者获利属于损失的补偿，因为损失已经由补偿性赔偿获得弥补。无论是普通消费者还是职业索赔人获得的额外的赔偿都不是损失的弥补。即便是精神损害都不是。国外立法也是持有同样的观点“美国德克萨斯州立法机关明确禁止将补偿性作为惩罚性赔偿关联因素。”[10]如果说获利不正当，按照逻辑推理，就应该是惩罚性赔偿的规定本身就是不正当的。因此，通过这一推理可以看出对职业索赔人正当性的怀疑不具有合理性。

4、职业索赔人的权利不可能被滥用。

因为，其实现除了不安全食品生产商或者经营者自愿之外，其利益的实现必须通过法院的裁量，通过这一司法程序的加工，出来的成品必定是合法并且是合乎理性的。

5、社会对食品职业打假态度在转变。

（1）食品安全法中索赔条件不同于消费者权益保护法。

上海法院的判决无论如何仍具有其合理性的一面，因为《消费者权益保护法》规定的受到欺诈的消费者可以获得双倍赔偿，而职业打假人是明知而故买，因此不符合受到“欺诈”这一条件。《食品安全法》对于消费者在何种情况下购买食品才能获得惩罚性赔偿没有规定，换而言之，即便是知道食品属于不安全食品而购买仍然可以获得惩罚性赔偿。

（2）实践中，许多部门开始支持职业打假。

“《石景山法院消费者诉讼纠纷的难点及解决办法》首次明确:职业打假人视同于普通消费者，具有消费维权类案件的原告主体身份。据悉，这是北京法院首次正式确定职业打假人的消费者身份。石景山法院认为，消费者在消费维权类案件中，多处于弱势地位，而职业打假人无论从举证能力，诉讼经验都高于一般消费者，确定职业打假人在消费维权类案件中的主体资格，更有利于净化消费市场。”[11]但省消协投诉与法律事务部主任李汉生说，不管是公众热情提升，还是职业打假的“井喷”，消协都会予以支持，“净化市场环境，需要全社会参与。‘井喷’的职业打假索赔，也是对制假售假者更大的威慑，凭什么不力挺？”[12]，上海法院在食品索赔案件中也持有同样的观点，“某超市销售过期食品被告到法院，超市以原告是“职业的打假人”为由，不同意“退一赔十”。上海市长宁区人民法院审理后认为，法律关于惩罚性赔偿的规定，基本出发点在于制约生产者、经营者侵犯消费者身体健康和人身安全的非法行为，而非限制职业打假，遂于近日一审判决出售过期食品的超市退还原告货款 270 元，赔偿 2700 元。因被告在法定期限内未提起上诉，该判决已发生法律效力。”[13]

6、中国特色的国情需要中国特色的法律。

至于国外惩罚性赔偿的索赔人是受害人的问题，笔者以为，并非国外制度如果，我们就必须一成不变的移植，这是多年来的一个误区。由于国情不同，我国食品安全执法，乃至我国整个的行政执法模式必须另辟新径，走出中国式的执法之路。或许这条路与国外西方发达国家之间有着很大的不同，但是，我们没有理由一定要和他们相同，我们走了太长的模仿之路，但是，我们的模仿是制度性的，我们的体制不同，这一点我们从未退缩从而模仿西方。我们的社会环境与西方发达国家之间也大不相同，我们可以借鉴其方法、机理，没有理由照搬照抄，但是，在许多方面我们需要异曲同工，在一些制度上，我们希望效果相同，我们现在所做的往往是南辕北辙的事情，我们追求的往往是手段相同，在不同的环境中，其效果恰恰不同。为了追究效果相同，我们的手

段应该与其不同，至少要根据我们的效果而进行再创造。

四、社会协同政府执行《食品安全法》的前景瞭望

（一）社会执法者将越来越多

众所周知，目前银行的存款一年定期年利率不过 3.5%左右，我国制造业的利润普遍低于 10%左右，房地产业作为暴利行业，不仅目前受到极大的约束，而且其利润也不太可能高过 100%。但是，如果投资不安全食品的索赔，将该行为视为一种职业，一种投资，那么，这个收益的利润将会高的惊人，即，1000%。《消费者权益保护法》2 倍的赔偿已经产生了职业打假人，10 倍赔偿的诱惑简直不用言表。

（二）社会执法者将会团体化

个人将无力完成上述专业的过程，作为一本万利的行业，将一定会有人投资并进行专业队伍的组建和设备的购置，形成一个有战斗力的群体。消费者由于其专业性太差，在惩罚性赔偿方面无力满足需要，在一则报道中，记者了解到“海淀区人民法院 2008 年受理消费类案件 3341 件，到 2010 年下降为 3270 件；朝阳区人民法院自 2008 年以后，消费者诉求双倍索赔的纠纷直线下降。”但是，基于牟利的需要，专业性队伍的发展是必然趋势，“经手审理过大量此类案件的朝阳法院民一庭副庭长俞里江透露，要求双倍索赔甚至 10 倍索赔的普通消费者极少，保守估计“职业打假”占到大约 60%至 70%左右。"分析近年来涉及“职业打假”的案件，俞里江发现这支队伍在不断扩大，而且向团体化发展，甚至形成了产业链。“他们的专业知识储备很强，不同于普通消费者主要关注商品的质量问题，而是全方位的关注。”[14]

（三）普通民众将会从效仿中成为执法者

不安全食品的诉讼一旦成功，媒体的作用就会发挥出来，该食品将一夜成名，为了得到这一食品，许多的普通消费者将迅速行动，争抢这一食品。在这种情况下，再也不存在商场躲过食品监管部门的检查，偷偷将不安全食品再次上架的问题（查），因为，它将不可能躲过众多消费者刻意寻觅的目光，得到该食品将不需证明，即可索赔，不仅仅可以向生产厂家索赔，而且可以直接向商场进行 10 倍索赔。因为，这时的商场再也没有理由称自己对该食品的不安全“不知”，从某一角度而言，抢到该食品就会得到 10 倍的偿还。无论是厂家还是经销商都将比民众更快和更彻底的将该食品完全地、彻底地清除、甚至销毁，以绝后患。

（四）不安全食品必将迅速受到遏制

很显然，上述情形如果发生，无孔不入的社会执法者的眼光足以发现隐藏很深的伪劣食品，即便社会执法者尚未发现问题，食品生产者也势必非常认真而严谨地自查自纠了。这一点，基本没有疑问。

五、笔者的建议

（一）扩大索赔人的范围，容纳职业索赔人，甚至应该允许社会上的单位和个人将职业索赔作为投资或者一种职业

由于“消费者”一词对法院和行政机关的影响，直接使用该词对职业索赔人的行为予以倡导毕竟会有一定的观念阻碍，笔者建议将《食品安全法》第九十六条规定的“消费者”一词用购买者代替，以完成《食品安全法》的立法目的，并留意将来的立法中出现类似的缩小索赔人范围的表述。或者以司法解释或者行业立法或者地方立法的方式对消费者明确作扩大性解释，让“消费者”一词

容纳职业索赔人。

（二）违法标准设定要合理

鉴于可能的大量的职业索赔的出现，在制定违法行为（产品）的标准时，要适当考虑国情。既要保证质量，又要符合经济的发展阶段和一般企业的承受能力。

（三）惩罚标准不宜过高

协同执法本身不应该对正常的经济造成打击。如果职业索赔被明确支持，惩罚性赔偿的标准不宜太高，为了顾及这一点，10 倍赔偿的数额可能过高，它是建立在消费者个别购买的基础之上的考量，如果建立在职业的、批量的购买之上，该数额恐会导致罚不当罪的失衡局面。这一点恐需进一步研究。

（四）大力宣传国家对社会执法的肯定态度

目前而言，主要是大力宣传国家对职业索赔的支持，以最快的速度吸引更多、更专业的人和资金进入职业索赔领域，以迅速改变行政执法（目前主要是假冒伪劣产品和不安全食品）的被动局面。

（五）将政社协同执法模式贯穿整个行政执法体系

扩展社会执法范围，大量适用惩罚性赔偿或者其他社会执法方式，在适合社会执法的领域，将原本属于行政责任项目民事化，由社会主体进行执法，分担行政执法的成本，弥补行政执法天生的不足。形成以行政机关执法为主体，以惩罚性赔偿这一社会协同执法为重要补充的执法模式新构架，大量适用惩罚性赔偿，疏通职业索赔渠道，改变我国目前以补偿为基本原则的私法思维，彻底改变我国的执法状况，实现法治秩序。

综上，我国无论从立法还是从学理上，都是从民事的角度来探讨惩罚性赔偿的问题，这本没有错误，但是，惩罚性赔偿的另一种属性，而且是惩罚性赔偿的以存在的基本属性被忽略，那就是它的公共性。正是基于这一点，我们应还原惩罚性赔偿的公共功能，从行政执法的角度来探讨这一制度。以此为机，确立行政责任民事化和民事救济行政化的我国行政执法新方向。

注 释

1、本文中，笔者将“职业索赔人”定义为社会执法者，其职业索赔行为归于社会执法性质。

2、因为社会执法的概念在国内尚未使用，因此，质疑也来自于对职业索赔的评价，因此，本节就以职业索赔的名称进行分析。

参考文献

1、姚博《他们的“十倍赔偿”之路》[J]，《法律与生活》，2010:（7）上

2、中国新闻网：10 倍赔偿能否阻击问题食品 EB/OL .http://www.chinanews.com/cj/2011/09-27/3356211.shtml。

3、中国新闻网：10 倍赔偿能否阻击问题食品 EB/OL .http://www.chinanews.com/cj/2011/09-27/3356211.shtml。

4、范忠信、贱讼《中国古代法观念中的一个有趣逻辑》[J]，《比较法研究》，1989:（2）.

5、陈聪富《侵权归责原则与损害赔偿》[M]，北京大学出版社。2005:217.

6、翟墨《食品安全法中十倍赔偿的案由确定和归责原则》[J]，《人民司法》，2011:（6）.

7、中国网络电视台：法院：职业打假人一定程度促进商家合法经

EB/OL□ .http://news.cntv.cn/20110315/117228.shtml。

8、董春华《美国产品责任法中的惩罚性赔偿》[J],《比较法研究》,2008:（6）.

9、同上

10、Cavnar v. Quality ControlParking， 696 S.W. 2d 549， 555-56（Tex. 1985）.

11、腾讯网：北京法院首次明确 职业打假人视同于普通消费者

EB/OL□ .http://news.qq.com/a/20090623/000903.htm。

12、网易新闻：《食品安全法》出台疑助推职业打假

EB/OL□ .http://news.163.com/09/0605/08/5B1GCFPG00011229.html。

13、北方网：“职业打假”不是拒赔理由

EB/OL.http://news.enorth.com.cn/system/2011/12/14/008310640.shtml

14、李娜：《法制日报》记者调查北京基层法院发现：职业打假渐成产业提起逾六成双倍索赔诉讼法官审理新概念消费维权案“最头痛”

EB/OL□ .http://www.ce.cn/xwzx/shgj/gdxw/201103/15/t20110315_22300186.shtml。

非法证据排除规则在刑事辩护中的运用

安徽金亚太律师事务所 王亚林 孙舒维

摘 要：“在刑事司法领域，没有什么题目比证据规则更为重要，它通常反映着某一社会的思想意识和价值观念。”[1]非法排除证据规则是在刑事诉讼中切实保障人权，防止使用刑讯逼供等非法方法获取证据的重要保障制度。2012 年新修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑诉法》)，首次以法律的形式确立了非法证据排除规则，明确规定了非法证据排除规则的具体内容，并设置了具有可操作性的非法证据排除程序，为该规则进一步从理论走向实践开了方便之门。非法证据排除规则制度的确立，于刑事辩护来说，充斥着机遇与挑战。本文试图通过剖析新《刑诉法》的相关条文来挖掘我国非法证据排除规则的特点，从而进一步探讨在刑事辩护中律师如何应对之。

关键词：非法证据 非法证据排除规则 言词证据 实物证据 毒树之果

我国 1997 的《刑诉法》第 43 条规定：“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据，严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。必须保证一切与案件有关或者了解案情的公民，有客观地充分地提供证据的条件，除特殊情况外，并且可以吸收他们协助调查。”该条实际上已经确立了非法证据排除的原则。2010 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合发布的《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》(以下简称《证据规定》)，首次明确提出了“非法证据排除”，对非法证据排除问题作了明确规定，并且较具体地规定了排除的程序。直至 2012 年新《刑诉法》出台，我国方从法律上正式确立了非法证据排除规则制度。新《刑诉法》用第 50 条、第 54 条至第 58 条六个条文规定非法证据排除规则，彰显我国非法证据排除规则的特点。

一、非法证据排除规则概念

（一）非法证据

讨论非法证据排除规则的概念，首先必须明确什么是非法证据。中国《诉讼法大辞典》对“非法证据”的界定是：“不符合法定来源和形式的或者违反诉讼程序取得的证据资料”[2]。在学界，“非法证据”有狭义与广义之分。狭义非法证据则是针对收集证据的方法或程序而言的。广义非法证据包括：收集和运用主体不合法的证据，收集程序不合法的证据，不符合合法形式的证据，未经法定程序查证属实的证据。藉此，我国证据必须符合四个条件：具有合法形式，由法定人员依照法定程序收集和运用，有合法的来源，经法定程序查证属实。如果一项证据不符合这四个条件之一，则属于非法证据。

从我国新《刑诉法》及《证据规定》的相关条文及结合司法实践来看，广义非法证据的外延要远远大于非法证据排除规中非法证据的外延。同时，后者又包含于狭义非法证据，即非法证据排除规则中的非法证据首先是指收集证据的方法或程序不合法，但这里的不合法指严重的违法。而非法证据排除规则中的非法实物证据除了符合该实物证据收集的程序严重违法外，还要满足可能严重影响司法公正，并且不能补正或作出合理解释的条件。概言之，非法证据排除规则中的非

法证据所指对象远小于广义和狭义的非法证据。

（二）非法证据排除规则

非法证据排除规则源于美国，通常指执法机关及其工作人员使用非法行为取得的证据不得在刑事审判中采纳的规则，[3]即非法证据不得作为定案依据。1914 年，美国联邦最高法院在威克斯案中首次确立了在各级联邦法院适用非法搜查和扣押所得的证据排除规则。在美国，非法证据排除规则中非法证据是以宪法修正案为根据，仅限于程序性违法。美国的非法证据实行强制排除规则，不仅要排除违宪证据，而且排除毒树之果。随着该规则的逐步发展和完善，联合国相关机构和其他国家纷纷采纳。如今，非法证据排除规则是否确立和完善已是衡量一个国家人权保障力度和法治现代化水平的重要指标。

二、新《刑诉法》中的非法证据排除规则

（一）非法证据排除规则的适用主体

新《刑诉法》第 54 条第二款规定："在侦查、审查起诉、审判时发现有应当排除的证据的，应当依法予以排除，不得作为起诉意见、起诉决定和判决的依据。"即新《刑诉法》确立的非法证据排除规则的适用主体包括案件的侦查人员、检察人员、审判人员，这也明确了我国非法证据排除规则贯穿于侦查、审查起诉、审判阶段的全过程。但新《刑诉法》和《证据规定》中，主要针对庭审过程中法官运用非法证据排除规则作出规定，对于侦查、审查起诉阶段的非法证据排除程序涉及甚少。我国相关法律对于在侦查阶段，侦查人员适用非法证据排除规则的程序规定尚处于空白。如此，要落实新《刑诉法》第 54 条第二款，则对侦查人员的法律素养提出更严格的要求，侦查人员是否运用非法证据排除规则完全依赖其自觉性。检察人员运用非法证据排除规则主要通过两种途径，即被动运用和主动运用。新《刑诉法》第 55 条规定："人民检察院接到报案、控告、举报或者发现侦查人员以非法方法收集证据的，应当进行调查核实。对于确有以非法方法收集证据情形的，应当提出纠正意见；构成犯罪的，依法追究刑事责任。"所以，被动运用是指检察院接到报案、控告、举报后，方启动非法证据排除。主动运用则是检察人员自发地运用非法证据排除规则，主要包含两种情况：一种是检察院在审查批准逮捕过程中，对非法证据进行排除；另一种是在审查起诉阶段，办案的检察人员启用非法证据排除规则。有关审判人员如何适用非法证据排除规则的程序，新《刑诉法》第 56 条至 58 条、第 182 条对之作了较详细的设计：主要有通过审前会议适用、庭审过程中审判人员主动适用和被告人或其辩护人申请而适用。

（二）非法证据排除规则适用范围

我国非法证据排除规则既适用于言词证据，亦适用于物证书证即实物证据。新《刑诉法》第 54 条规定："采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，应当予以排除。收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。"

1、非法言词证据的排除。

由新《刑诉法》第 54 条可知，我国对非法言词证据采取的是"无条件排除"的态度。在我国，口供素有"证据之王"的称谓，过去侦查手段落后、侦查科技含量不高的现实状况，促使司法人员对口供过分依赖。这造成侦查人员形成偏好口供的惯性思维，刑讯逼供泛滥，犯罪嫌疑人的权利屡遭践踏。近年来，频频出现的冤假错案，如杜培武案、佘祥林案、聂树斌案、赵作海案、张氏

叔侄案等都是仅凭非法获得的口供即定罪。意大利著名的法理学家、刑罚改革者贝卡利亚曾言：“在痉挛和痛苦中讲真话并不那么自由，就像从前不依靠作弊而避免烈火与沸水的结局并不那么容易一样。我们意志的一切活动永远是同作为意志源泉的感受印象的强度对称的，而且每个人的感觉是有限的。因而，痛苦的影响可以增加到这种地步：它占据了人的整个感觉，给受折磨者留下的惟一自由只是选择眼前摆脱惩罚最短的捷径，这时候，犯人的这种回答是必然的，就像在火与水的考验中所出现的情况一样。有感性的无辜者以为认了罪就可以不受折磨，因而称自己为罪犯。罪犯与无辜者间的任何差别，都被意图查明差别的同一方式所消灭了。”[4]可见，采用刑讯逼供得来的犯罪嫌疑人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述除了侵犯人权外还由于缺乏证据三要素中的真实性基础，不能作为定案证据，理应排除。新《刑诉法》对非法言词证据绝对排除的规定，从源头上遏制了刑讯逼供等非法取证行为，迎合了我国追求程序正义的迫切要求。

2、非法实物证据的排除。

新《刑诉法》对于非法实物证据的排除采取的是“相对排除”原则，即有选择地予以排除。其中，第 54 条如是规定：“收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。”根据该条规定，实物证据的非法排除适用条件相较言词证据更加严格，它需要满足三个条件：第一，实物证据是非法的。前面我们已经论及到，在我国，非法证据所指的是证据所取得程序和方式的不合法，并且仅指严重违法的证据，轻微违法的证据，若严重影响司法公正则属于瑕疵证据，适用可补正的排除规则。第二，该实物证据严重影响司法公正。这是一个事关追求实体公正的标准，体现了我国对实体公正仍是“情深意长”。这项规定遭到司法界一些学者质疑，他们认为此项给排除规则适用主体留下了广泛的自由裁量空间，让非法实物证据排除很难落实。第三，不能补正或者作出合理解释的。所谓补正，即对原有的非法证据进行补充、完善，以恢复其形式的合法性。证据的补正并没有产生新的证据。可以补正的实物证据是一种瑕疵证据，通常只是因为侦查人员工作疏忽，证据收集程序或方式上的轻微违法，不影响实体公正。例如，在搜查笔录、扣押清单上补充侦查人员或见证人的签名或物品名称、数量、特征等。

“物证、书证属于实物证据的范畴，实物证据不同于言词证据，具有不以人的意志为转移的客观性，故不宜根据其获取手段的非法性作一律排除。”实物证据的客观性、唯一性、不可替代性等诸多特点，使现代世界上绝大多数国家，如英国、德国、日本等在非法实物证据的排除上都不同程度的放宽了要求，如英国对实物证据的排除采用了自由裁量的方式，而德国则是赋予了法官衡量采信的权利，日本更是对非法实物证据排除的情形设置了极为严格的限制。

3、“毒树之果”规定的缺失。

“毒树之果”指以非法手段获取的证据的派生性证据，也是非法证据重要组成部分。世界上许多国家都在非法证据排除规则中对之进行了规定。其中，美国采取“砍树弃果”的态度；英国、德国、日本等则采取“砍树食果”的态度。且不论哪种态度更好，至少这些国家将“毒树之果”这一衍生证据纳入非法证据排除规则中，使“毒树之果”的排除有据可查有法可依。遗憾的是，我国新《刑诉法》对于该问题的规定尚处于空白。

（三）非法证据排除规则的适用阶段

我国提出非法证据排除的时间贯穿于刑事诉讼全过程，这点新《刑诉法》第 54 条第二款予以了确认。非法证据排除的提出时间宽泛，为非法证据排除在时间上提供了便利条件，但同时也带来了问题：第一，丧失了非法证据排除程序的独立性。严格来说，我国根本没有非法证据排除

程序。法律程序指人们遵循法定的时限和时序并按照法定的方式和关系进行法律行为。我国非法证据排除规则在刑事诉讼过程中任何时间都可适用，且适用的方式亦不统一，如此在时间、方式上皆模糊不定，就不能视之为程序。第二，违背了非法证据隔离原则。我国由于在审前会议中和庭审过程皆可以提出排除非法证据，且审前会议的参与法官和庭审中的决断法官是同一批人。这容易导致法官先入为主，丧失中立性，有时即使非法证据成功地排除了，但其对被告人不利影响仍然存在，从而违背了非法证据排除规则的宗旨。第三，造成诉讼效率低下。这种贯穿全过程的非法证据排除规则，容易导致诉讼时间过长，甚至诱使犯罪嫌疑人或被告人恶意拖延诉讼。

鉴于以上问题，我国可以学习美国将非法证据排除的适用时间规定在审前准备阶段，且设立专门独立的审查人员。美国主要是采取审前排除的方式，在证据开始后，在审前准备阶段，被告人可以对自己认为的控方拟在审判时出示的非法证据进行限制动议，要求治安法官禁止控方在审判时出示该证据。

（四）非法证据排除的决断

2010 年五部委的《证据规定》第 2 条规定“经依法确认的非法言词证据，应当予以排除，不能作为定案根据。”2012 年新《刑诉法》第 58 条修改为“对于经过法庭审理，确认或者不能排除存在本法第 54 条规定的以非法方法收集证据情形的，对有关证据应当予以排除。”这里增加了“不能排除”的情形，显然符合“在刑事诉讼中，证据的疑问利益应当归于被告人”但，实际上，“确认或不能排除”比之于德、日的“自由证明”以及美国的“优势证据”，虽叫法不同，但本质相同，都依赖于裁判者的自由心证。新《刑诉法》第 55 条、56 条、58 条的规定，对于排除非法证据认定并没有一个具体量化的标准，而是赋予了裁判者很大的自由裁量权，即是否排除非法证据主要依靠裁判者个人主观认识。另外，我国由于制度设计的缺陷，公、检、法相互包庇的情形已屡见不鲜，让非法证据排除在司法实践中还难以落实。

新《刑诉法》对非法证据排除规则的确立，犹如刑事辩护领域的一场春雨，滋润着我国程序正义的幼苗。这于刑辩律师来说，充满着机遇与挑战。

三、非法证据排除规则在刑事辩护中的运用

（一）明确非法证据排除规则对刑事辩护的价值

关于非法证据排除规则的价值，我们应该针对不同主体作出区分。它之于整个中国来说，有利于法治社会的建设；之于司法机关来说，有利于严肃执法、纠正违法行为；之于犯罪嫌疑人或被告人来说，有利于保障人权。但是，非法证据排除规则对于辩护律师来说，它仅仅是维护当事人合法权益的工具，无须将其虚妄地拔高。辩护律师切不可意气风发，提出非法证据时，穷根究底，非要追究相关侦查人员责任方罢休。这样，不但大大提高了执业风险，而且容易促使各方对抗升级，不利于给犯罪嫌疑人或被告人辩护。正所谓不在其位不谋其政，追究相关人员的责任自有专门机关处理，远不是我们辩护律师所能和所应该承担的职责。所以，辩护律师在提出非法证据排除时，只要提出“引争材料”即可，至于合法性证明的要求应该由裁判机关提出。

（二）坚持有利于被告人的原则

最大限度维护当事人合法权益是律师的天职。我国《律师法》第 31 条规定：“律师担任辩护人的，应当根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。”在司法实践中，辩护律师应该灵活运用非法证据排除规则，有选择性地申请排除非法证据。而选择的标准应该从刑事辩护的目的出发，即是

否有利于被告人。法律是严肃的，辩护律师万不能为了展示自己运用法律的技巧，为运用法律而运用法律，背离刑事辩护宗旨。一般来说，申请排除的非法证据应该是足以动摇公诉机关指控的犯罪事实。但当出现一份非法证据存在有利于被告人成份的特殊情况时，则要权衡利弊，当弊大于利时，才申请排除。如非法取得的口供可以证明被告人有自首或立功情节，该份口供是否排除就需要权衡利弊。如果盲目申请非法证据排除规则，可能会导致控辩双方对抗升级，甚至引起公诉机关对辩护律师的反侦查。一方面置自身于执业的高风险之中，另一方面也不利于保护被告人的合法权益。

（三）淡化非法证据排除规则观念

非法证据排除规则虽有诸多优点，但它也存在一些弊端，容易造成诉讼效率低下、控辩双方对抗升级、庭审重心偏离等问题。为避免影响律师行使辩护权，有时候无须单独申请排除非法证据，可以借其他程序将非法证据排除规则运用于无形之中。如可以通过法庭质证程序，运用证人出庭制度和交叉询问手段，对非法证据提出质疑，以达到排除之的效果。

（四）适时地提出非法证据排除

原则上，我们提倡辩护律师应尽早地提出排除非法证据，庭审之前能提出的最好不要拖延至庭审中。主要理由有：第一，不利于审判公正。我国非法证据排除缺乏专门的裁判人员，审前会议中参与法官司和庭审阶段对非法证据排除申请的决断人员往往也是该案的审判人员，这往往使审判人员丧失了独立性，影响其对案件的公正审判。第二，易导致庭审主次不分。法庭的主要功能是就已有事实证据，结合法律作出判决。而庭审中，一旦辩护人提出排除非法证据，通常需要耗费大量时间。所以，庭中的排除使得庭审活动偏离了定罪量刑的主题，审判人员及控辩双方忽视了对案件事实真相的调查，庭审的中心功能没有实现。[5]第三，拖延诉讼时间。庭审阶段提出，公诉人员往往无法当即举证，而休庭准备相关证据势必影响了诉讼进程，同时还会直接影响法庭之前进行的诉讼活动。

司法实践中，具体何时提出非法证据排除有时候亦要视情况而定。如在侦控一体的诉讼机构情况下，常常出现这样的特殊情况：侦控机关决意最大限度的追究嫌疑人的刑事责任时，律师非法证据排除的理由往往成为侦查机关以更加不合理的手段对证据进行补强的指导。

（五）申请排除意见应该具体明确

辩护律师申请排除非法证据时，必须根据辩护的需要具体指明何年、何月，侦查机关取得的何种、哪一份证据。而且，在提出非法证据排除意见之前，应对该证据有一定的了解，尽可能的提出具体、详细、有依据的理由、线索或证据。否则，弄巧成拙的话，可能排除申请在裁判机关审查时即被否决，有时甚至可能让审判人员误认为辩护律师是在恶意拖延诉讼，而对辩护人产生抵触情绪。所以辩护律师对自己申请排除的非法证据情况做到心如明镜至关重要。

（六）以积极的行为应对非法证据排除规则

有相当一部分学者和实务工作者，基于非法证据排除规则的立法规定和规避律师执业风险的需要，反对律师在非法证据排除程序中的积极作为，认为律师只要提供非法取证的线索，举证证明取证合法是控方的责任即可。但笔者认为，作为中国的刑辩律师，还是应当以积极的作为应对中国特色的非法证据排除规则。如根据中华全国律师协会《律师办理刑事案件规范（2000 年修改稿）》第 31 条第二款的规定："律师会见犯罪嫌疑人，可以进行录音、录像、拍照等，但事前应征得犯罪嫌疑人同意"。因此，在会见过程中，如果发现犯罪嫌疑人身体上有明显伤痕或犯罪嫌疑人称其遭受了刑讯逼供，律师可在征得犯罪嫌疑人同意后对其伤痕进行拍照、录像，并向其全面

了解刑讯逼供的事实，其中包括：遭受刑讯逼供的时间、地点，对其实施刑讯逼供的讯问人员，讯问人员向其逼问的问题，犯罪嫌疑人的供述内容，以及讯问时是否进行了录音录像等。或者参照贵州省律师协会与陈瑞华教授联合调研、草拟的《河南省律师协会死刑案件辩护指引（试行）》第 91 条的相关规定：会见时，被告人提出遭受刑讯逼供的，辩护律师应让其书写相关材料，被告人没有书写能力的，辩护律师应当询问有关情况并制作询问笔录。犯罪嫌疑人身体上有明显伤痕的，律师可以根据情况要求监管机关或办案机关进行验伤，以固定证据；律师也可以申请法院调取看守所入所、出所体检表和提讯电脑登记记录，以证明违法取证情况的存在；可以对被告人同监舍已经送监狱执行或释放嫌犯进行调查，以获取刑讯逼供的证据，作为被告人关于刑讯辩解的佐证。

律师在接触到案卷材料后，应当通过阅卷，审查犯罪嫌疑人的案内供述和其他证据，并结合会见时犯罪嫌疑人向律师反映的情况，综合分析、判断有无非法取证的情况。尤其是犯罪嫌疑人的供述、辩解与其他证据，包括被害人陈述、证人证言不一致甚至存在重大出入时，律师更要特别关注。并注意不得将案卷材料交由被告人的亲友查阅、摘抄、复印。

在法庭对被告人审判前供述取得的合法性启动调查，公诉人向法庭提供讯问笔录、原始的讯问过程录音录像等对该供述取得的合法性予以证明时，律师必须注意审查公诉人提供的录音录像资料是否是“原始的”，反映了讯问全过程。如：注意比较录像资料显示的起始时间与讯问笔录记录的时间是否相符；录像中的讯问内容与书面讯问笔录记载的内容是否相符等。除此之外，公诉人还可能提供其他证据证明不存在非法取证行为，或提请法庭通知其他在场人员或者其他证人，甚至是讯问人员出庭作证，这就需要律师在会见被告人时必须向其了解清楚对其进行刑讯逼供的讯问人员是谁；除讯问人员外是否还有其他人在场等。这样，公诉人在提请他们出庭作证时，律师才能有所准备的进行质证。

侦讯人员到庭时，虽然公诉人可能庭前对其进行过培训，但如果确实存在刑讯逼供问题侦讯人员毕竟心虚，又由于侦讯人员不可能具备丰富的出庭经验，律师应当放开手脚对其进行询问，使其无法自圆其说，并通过发表质证意见，向法庭阐述存在违法取证的客观情况。笔者办理过的贩毒 1100 克海洛因周宝胜案件，贩毒 1372 克王胜雨案件，均通过直接调取或申请法院调取看守所记录，通过调取被告人同监舍嫌犯证言等方式，并对出庭侦讯人员进行询问，使侦讯人员没有刑讯的法庭证词漏洞百出，通过强有力的程序辩护，使法庭认为证据存疑，周宝胜被判处无期徒刑；王胜雨改判死缓。

（七）从实体到程序两方面强化非法证据排除的必要性

无论是从法律的规定还是法理方面分析，非法证据的排除理由不是因为证据不真实（客观性），而是因为证据的取得手段非法（合法性）。但在中国特色的辩护制度下，作为辩护人为了强化非法证据排除的必要性，恐怕不仅需要从程序方面强调证据的证据力，还需要从实体上对证据的虚假性进行论证 。

笔者办理的唐勇俊贩卖 1340 克毒品案件，因为扣押物品清单的三部手机不包括可以证明上诉人立功情节的第四部手机，而一名搜查见证人是警察，另一名见证人到庭证明扣押行为存在上述重大疏忽致使一审判决将两部手机混淆，侦查人员又拒绝到庭接受质询，二审法院最后做出了立功行为的存在的认定，将上诉人改判死缓。此案的辩护意见之所以被采纳不仅因为侦查机关的搜查程序不合法，更因为这种不合法导致侦查机关可能蓄意隐瞒了嫌疑人有重大立功事实的实体问题。所以，辩护人不可以太理想化的理解法律，必须务实操作。

哈佛大学终身刑法学教授、辛普森案件的首席辩护人德肖维茨说：“最好的辩护就是主动进

攻”辩护律师申请排除非法证据，就是一种进攻性的辩护，又称程序性辩护。虽然，英国法学家布鲁厄姆爵士曾言：“为了拯救和保护当事人，律师要不顾任何风险，不惜任何牺牲。这是律师义不容辞的职责。”但律师在遇到侦查机关非法取证的情况时，除了要履行“律师义不容辞的职责”敢于据理力争，维护当事人的合法权益外，同时也要注意“有理、有据、有节”，避免控辩双方冲突升级，徒增自身执业风险。

结 语

“正义不仅应得到实现□而且要以人们看得见的方式加以实现”，程序正义即为“看得见的正义”。非法证据排除规则彰显着程序正义，该规则在法律上的确立，是我国法治观念正在由重实体向重程序转变的体现，为中国法治史添上了浓墨重彩的一笔。新《刑诉法》在旧《刑诉法》及《证据规定》的基础上，结合司法实践并借鉴国外经验，进一步发展完善了非法证据排除规则。但是，其关于非法证据排除规则的规定，仍然存在很多问题尚待解决，这需要我们法律共同体在未来的法治之路上携手继续努力。刑诉法确立非法证据排除规则，给律师的刑事辩护注入新的活力，让辩护律师在辩护过程中更加积极主动。但这也是他们面临的考验，辩护律师要想出色地驾驭“非法证据排除规则为自己的辩护服务”,要不断提高自身的法律素养和业务能力，培养风险防范意识。总之，非法证据排除规则能更好地维护当事人的合法权益，推动我国刑事司法制度的法治化、文明化，进而对我国的人权保障制度发展和宪政建设亦起到积极的作用。

注 释

1、[美]弗洛伊德•菲尼著，郭志媛译：《非法自白应否在刑事诉讼中作为证据使用——英美非法证据排除规则的简要历史》，《中国法学》，2002 年第 4 期，第 157 页。

2、柴发邦主编：《诉讼法大辞典》，四川人民出版社 1989 年版，第 505 页。

3、刑事司法百科全书（Encyclopediaofcrimeandjustice），FreePress1983 年版，第 715 页。

4、[意]贝卡利亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，中国法制出版社 2002 年版，第 37 页。

5、张军、江必新主编：《新刑事诉讼法及司法解释适用解答》，人民法院出版社 2013 年版，第 115 页。

6、陈瑞华教授始终强调证据的排除不是因为不真实而是因为取证手段非法，而田文昌律师认为在中国特色的非法证据排除应该立足国情和实效，从程序到实体两个方面进行。田文昌、陈瑞华著，《刑事辩护的中国经验：田文昌、陈瑞华对话录》，北京大学出版社 2012 年版，第 118 页。

参考文献

1、叶丽眉：《新<刑事诉讼法>与非法证据排除规则的适用》[J]，《法制与社会》，2012.10。

2、张军、江必新主编：《新刑事诉讼法及司法解释适用解答》[M]，人民法院出版社，2013 年版。

3、岳礼玲：《德、美证据排除规则的比较》[J]，《政法论坛》，2003.3。

4、王亚林：《刑事辩护执业现状与经验技巧》[M]，法律出版社，2011 年版。

5、王亚林、张畅：《机遇与挑战：程序性辩护之非法证据排除》，2011 年第六届安徽律师论坛优秀论文。

6、田文昌、陈瑞华：《刑事辩护的中国经验：田文昌、陈瑞华对话录》[M]，北京大学出版社，2012 年版。

论侦查阶段律师权利的完善

安徽嘉闻律师事务所　魏在军

摘　要：我国刑事诉讼法虽然规定侦查阶段犯罪嫌疑人有权委托律师进行辩护，但侦查阶段辩护律师在权利配置方面仍有很大的缺陷，导致律师在侦查阶段的工作见效甚微。只有进一步扩大律师在侦查阶段的职业权限，赋予律师调查取证权、讯问在场权，并保障律师权利得以实现，才能充分发挥律师的作用，维护犯罪嫌疑人的合法权益。

关键词：侦查阶段　律师介入　调查取证权　讯问在场权

我国修订后的刑事诉讼法仅仅赋予侦查阶段的辩护律师会见权，尚不足以维护犯罪嫌疑人的合法权益，且与我国政府已签署的联合国《公民权利、政治权利公约》《关于律师作用的基本原则》的要求相距甚远。我国应进一步扩大律师在侦查阶段的权限，赋予其调查取证权、讯问在场权，并保障其权利得以实现。这样，才能充分发挥律师的作用，维护犯罪嫌疑人的合法权益。

一、侦查阶段律师权利的不足

（一）律师现有的权利得不到有效地落实和保障

会见权是侦查阶段律师最基本的权利之一，是发挥律师职能的基础。通过会见，律师可以从被指控人处了解案件的有关情况，了解被指控人是否受到追诉机关的不当对待，并为被指控人提供法律帮助。虽然法律或司法解释对律师会见的具体事项作了规定，但由于侦查机关负责司法权的具体执行，受传统观念的影响和自身素质的制约，侦查人员不仅不协助律师，反而经常阻碍律师会见犯罪嫌疑人。律师代理申诉、控告以及代为申请取保候审的权利很难得到保障和落实。律师代理申诉、控告应向哪个司法机关提出？由哪个机关负责处理？在多长时间内依据什么程序处理？律师看不到案件材料，无权调查取证，不了解具体案情，如何代为申诉、控告？对于有权决定的机关在律师代为申请取保候审后七日内不作答复应如何处理？对这些问题立法上未作规定。这些问题不解决，律师在此阶段代理申诉、控告以及代为申请取保候审的权利形同虚设。

（二）律师缺乏必要的讯问在场权和调查取证权

根据我国刑事诉讼法规定，辩护律师在侦查阶段只有单独会见权，不具有讯问在场权、调查取证权等诉讼权利，无论从法理上还是司法实践上来看，把这几项权利赋予介入侦查阶段的律师都是必要的。首先，侦查阶段是侦查机关获取证据的关键阶段，赋予律师讯问在场权，有利于防止侦查机关滥用职权、非法取供。在我国，对于侦查阶段犯罪嫌疑人被讯问时律师应否在场的问题，立法和司法实践均作了否定的回答，讯问活动封闭进行，这不利于保护犯罪嫌疑人的合法权益，同时也难以消除侦查机关滥用职权违法取供的嫌疑。其次，在侦查阶段，律师有一项工作，就是为犯罪嫌疑人提供法律咨询。法律咨询的目的主要是为了增强犯罪嫌疑人的自我防护能力。律师只有初步了解案情，才能提供有效的法律咨询。根据律师法规定，律师在侦查阶段不享有调查取证权，不可能准确地了解案情，只能根据侦查机关提供的罪名，向犯罪嫌疑人提供法律咨询，其咨询必然带有相当的盲目性，根本无助于法律咨询目的的实现，尤其在侦查机关确定的罪名本身就带有不确定性的背景下，咨询的盲目性更加突出。

二、侦查阶段律师权利不足的原因分析

（一）抗辩观念的淡薄，导致我国刑诉实践控强辩弱

我国几千年的封建历史，实行的是封建集权统治，国家权力具有极大的权威，社会整体利益高于个人权益。在此背景下，实行的是纠问式诉讼制度，统治者集侦查权、起诉权、审判权于一体，诉讼活动主要是有罪推定前提下的刑讯逼供，当事人和诉讼参与人只是被刑讯的对象，只是封建刑罚的牺牲品。受封建诉讼传统的影响，现代刑事立法和司法实践缺乏抗辩式的诉讼观念。刑事诉讼本身是国家以强制力追究惩罚犯罪的活动。这一活动所具有的公共性、强制性和国家主动性等特征，以及必然伴随的限制个体权利的法律后果，容易产生忽视个体权益的“国家主义”倾向。[1]虽然刑事诉讼法把律师介入诉讼的时间提前到侦查阶段，其目的是在一定程度上改革旧的侦查模式，实行有限制的侦查公开，加强程序监督，保护人权，但从近几年的实践来看，秘密侦查、刑讯逼供、非法取证仍在重演，与改革的目标相去甚远，与刑事诉讼的国际标准也相去甚远，这在某种程度上反映出立法的薄弱，执行者的贯彻不力。

（二）价值取向上片面追求打击、控制犯罪的高效率，导致人权保护上的失衡

现代刑事诉讼两项基本的价值追求是惩罚犯罪与保障人权。不同法律体系的国家，有其特定的法律文化传统，在价值取向上各有偏重。大陆法系国家选择的是犯罪控制观，英美法系国家侧重于人权保护。我国传统上属大陆法系国家，再加上几千年封建集权主义的压制和宗法家族主义的禁锢，个人本位主义缺乏生存发展的土壤，个人权利意识淡薄，导致现代刑事诉讼强调最大限度地控制犯罪，重打击轻保护，重镇压轻权利，导致在刑事侦查中为追求揭露惩罚犯罪的高效率而非法取证、刑讯逼供的现象屡禁不止。现代刑事诉讼应建立在程序公正的基础上，把单纯的“犯罪控制观”同权利保障有机地结合起来，兼顾刑事侦查的公正和效率。

（三）传统职权主义侦查模式与现代控辩式诉讼模式的冲击有待制度上加以调和

从立法上看，我国的侦查模式属于由证到供的侦查模式，符合控辩式诉讼的证据裁判原则，有利于人权的保护。但从近年来的实践看，侦查模式基本上仍然沿用传统的由供到证的侦查模式。[2] 侦查活动仍以获得犯罪嫌疑人的口供为第一要务，以口供为线索展开。在口供至上主义的影响下，刑讯逼供、暴力逼证的现象在所难免。再加上我国没有实行严格的非法证据排除规则，这使得对侦查过程的违法行为处罚不力，甚至包庇袒护。

联合国《公民权利和政治权利国际公约》已将反对强迫自证其罪的权利规定为联合国刑事司法准则的一项基本内容。我国政府已于 1998 年 10 月签署了该公约，依该公约犯罪嫌疑人、被告人将被赋予沉默权，我国传统的由供到证的侦查模式将面临严重的冲击。国内法的修订要与国际法精神相契合的呼声越来越高涨，改革势在必行。

（四）“憎恨一种行为的最自然、最普遍的理由就是行为的有害性。”[3]

犯罪行为的社会危害性，是激起公众憎恶、仇恨的根源。人们出于社会正义感、对罪恶的恐惧和对安全的本能，达成打击犯罪的一致性，而淡漠了犯罪分子作为其同类的人格权利。群众对惩罚犯罪的要求总是高于保护人权的要求，认为犯罪嫌疑人、被告人是坏人，就该狠狠打击。出于这种意识，往往对律师的辩护工作不理解，认为律师受“坏人”雇佣，为“坏人”说话。对辩护律师进行侮辱、漫骂，甚至在法庭上对律师大打出手。由于缺乏强有力的法律保障，律师对刑事辩护始终心存芥蒂。

三、侦查阶段律师权利的完善

（一）赋予律师讯问在场权

赋予律师讯问在场权，有利于遏制侦查机关滥用职权、刑讯逼供，提高侦查活动的透明度，增强侦查机关获取的证据的证明力。律师讯问在场权应当包括以下几个方面:第一、侦查人员每次讯问犯罪嫌疑人之前,应当告知犯罪嫌疑人有权要求律师在场。如果犯罪嫌疑人要求律师在场，侦查人员必须通知律师到场,除非犯罪嫌疑人以书面的方式明确表示放弃律师在场权,侦查人员不得对其进行讯问。否则，由此获得的证据应予排除。为了不影响侦查机关及时取证，我国可以借鉴国外的做法,建立值班律师制度。如果犯罪嫌疑人没有委托律师或一时无法联系到自己委托的律师，可由侦查机关通知值班律师及时到场为犯罪嫌疑人提供服务。第二，在讯问过程中，在场律师对侦查人员的不法行为有权记录、提出异议并予以制止,并有权记录侦查机关的不当行为，必要时还可提出控告。这样可将侦查机关的行为置于律师监督之下,减少犯罪嫌疑人人身权利被侵犯的机率。第三，侦查机关的讯问笔录必须经在场律师签名。否则，不能作为证据使用。这样规定，可以有效地防止记录遗漏或差错现象的出现，防止笔录制作人歪曲、篡改犯罪嫌疑人所回答问题的原意。几年前,中国政法大学的顾永忠与樊崇义两位教授共同主持了一个课题,在北京、河南、甘肃等地试行讯问犯罪嫌疑人时律师在场且录音、录像，犯罪嫌疑人的翻供率明显降低，取得积极成果。[4]这也说明了赋予侦查阶段律师讯问在场权，有利于提高诉讼效率。

（二）赋予律师调查取证权

在侦查阶段,律师有一项工作就是为犯罪嫌疑人提供法律咨询。法律咨询的目的是为了增强犯罪嫌疑人的法律意识,提高犯罪嫌疑人的自我防护能力,是一项针对性极强的工作。律师在侦查阶段既不享有调查取证权,又不能准确地了解案情,只能根据侦查机关提供的罪名向犯罪嫌疑人提供法律咨询,其咨询必然带有相当的盲目性,根本无助于法律咨询目的的实现。尤其在侦查机关提供的罪名本身就带有不确定性的情况下(在实践中,侦查机关原已确定的罪名在审查起诉或审判阶段被改变的情况时有发生),进一步加大了律师咨询的盲目性。根据现行刑事诉讼法的规定,律师在侦查阶段不享有调查取证权,无权收集有利于犯罪嫌疑人一方的证据,而诉讼是一个连续的过程,如果把律师的调查取证推迟到审查起诉阶段甚至审判阶段进行,这和侦查机关开始取证的时间就存在一个时间差，随着时间的推延，有利于犯罪嫌疑人一方的证据有可能湮灭，不利于查明案件事实的真相。只允许侦查机关收集犯罪嫌疑人有罪的证据,而不允许辩护方收集有利于犯罪嫌疑人一方的证据，将不可避免地出现被追诉人蒙受不公正判决的情况，而“一次不公的司法判决比多次不平的举动为祸尤烈,因为这些不平的举动不过弄脏了水流,而不公的判决则把水源败坏了。”[5]赋予侦查阶段的律师调查取证权，可以使其与侦查机关收集的证据互相补充，有助于查明案件事实的真相，使案件得到公正的裁决。

（三）律师在会见时享有录音、录像、拍照的权利

首先，赋予律师在会见时录音、录像、拍照的权利，有利于维护犯罪嫌疑人的合法权益。律师会见犯罪嫌疑人时仅作笔录不一定能记录下会见的全部内容,须以录音、录像辅助。只有准许律师录音、录像、拍照,才能把犯罪嫌疑人控告申诉的内容、侦查人员给犯罪嫌疑人造成的伤害，通过声音、图像、照片等形式固定下来,这样律师才能将此作为代为控告、申诉的证据送交有关部门。其次，准许律师在会见犯罪嫌疑人时录音、录像、拍照，有利于律师在执业中进行自我保护。实践中，当侦查人员指控律师有诱问、包庇、串供等违法行为时，或者当犯罪嫌疑人在律师会见前后的供述不一致时,侦查机关常常怀疑是律师教唆所致。而犯罪嫌疑人为了保全自己往往嫁祸于律师,使得律师遭受不白之冤。如果法律赋予律师在会见时享有录音、录像、拍照的权利，

律师就能够如实地记录会见时的全部情形，起到保全证据的作用，避免不必要麻烦。第三，最高人民检察院在 2005 年规定，检察机关在讯问职务犯罪嫌疑人时要实行全程同步录音录像。鉴于律师是与控方相对应的辩方，从控辩对等的角度来看，理应赋予律师在会见时录音、录像、拍照的权利。

参考文献

1、徐静村《刑事诉讼法学》[M]，北京：法律出版社，1997 年版，第 120.页

2、陈光中《刑事诉讼法实施问题研究》[M]，北京：中国法制出版社，2000 年版，第 100-103 页。

3、[英]边沁《法律与立法原理导论》[M].北京：商务印书馆，2000 年版，第 80 页。

4、顾永忠《你准备好了么？》[N]，《法制日报》，2007-06-24。

5、[英]培根，《培根论说文集》[M]，北京：商务印书馆，1983 年版，第 193 页

监狱行刑社会化问题研究

安徽华冶律师事务所　周正东

摘　要：刑罚从人类社会产生至今，一直没有停止过进化，刑罚的方法也由十分严酷转变得比较缓和，其中监禁刑在近代以来成为各国刑罚体系的中心，对罪犯实行监狱改造，使其从归社会而不致再违法犯罪成为监狱行刑的主旨，但是监狱行刑以将罪犯监禁而隔离于正常社会的手段，去完成罪犯再社会化的任务，势必形成矛盾。为了缓解这一问题，在西方兴起了行刑社会化思想，尽可能把罪犯放到社会上接受矫正，使其尽可能接近自由社会，利用社会资源改造罪犯，以利于罪犯回归社会。行刑社会化代表着行刑发展的国际趋向，本文试结合刑法学、社会学等的有关知识对行刑社会化思想的内涵、作用、问题、方法等进行分析。

关键词：罪犯　监狱　矫正　处遇 行刑　社会化

行刑是刑法得以充分运用的重要环节 ,刑罚效益的最大化往往在很大程度上取决于行刑工作的质量。但我国传统刑法理论重视对罪犯行为的研究，关于罪犯犯罪构成、量刑制度等方面的理论研究已是十分成熟，而对刑事执行理论的研究尚处于初步阶段，特别是对监狱行刑问题的研究就更少了。在行刑问题研究上的落后局面，必然会影响我国刑法学的全面发展和整体提高。同国外相比，目前我国行刑社会化程度偏低的问题十分突出，特别是监狱行刑中的孤立、封闭的倾向严重，目前为止没有典型的开放式监狱建成。假释、监外执行、保外就医等社区刑罚的使用率也极低，同时在执行上也是困难重重。这些问题严重阻碍着我国刑罚执行工作现代化的进程。通过分析我国监狱行刑社会化程度偏低的原因，借鉴国外有益的立法与实践经验，寻求和创造出有效的对策和方案，克服目前监狱行刑过于封闭的弊端，实现罪犯改造过程的社会化，从而提高改造罪犯的质量，增强罪犯刑满释放后适应社会的能力，以发挥刑罚运作的最佳效能，无疑具有重要意义。

在行刑社会化指引之下，推进监狱行刑改革已成大势所趋。多数学者都认为作为行刑社会化的一部分，监狱行刑社会化主要是限制监禁刑的适用，通过扩大社区矫治来实现，从而提高改造罪犯的质量，增强罪犯刑满释放后适应社会的能力。

一、监狱行刑社会化的概念

（一）一些重要概念的界定

1、监狱

本文所指的监狱是指国家依照法律设置的刑罚执行机关，是执行自由刑的场所，是关押已决犯的场所，是高度戒严的羁押场所，有严密的警戒措施和较为现代化的监控手段，对在押人员实行严格的封闭式管理教育和劳动改造。

2、行刑

行刑是刑罚执行的简称，是指判决所确定的刑罚付诸实施、实现刑罚目的的刑事司法活动。刑罚执行在我国法学界也有不同的理解，也有广义狭义之分。广义的刑罚执行，是指对人民法院判决的各种主刑和附加刑的执行。狭义的刑罚执行，也就是监狱行刑，仅指监狱对自由刑和死缓的执行。本文所指的行刑主要是指监狱行刑。

3、罪犯

广义上的罪犯，是指被人民法院依法判决有罪并判处刑罚的自然人，包括被判处各种主刑及附加刑的各类犯罪人员。狭义上的罪犯，仅指在监狱里服刑的罪犯，包括死缓、无期徒刑犯和有期徒刑犯。本文所指的罪犯，主要是指后者，因为被判处死刑缓期执行和无期徒刑的犯罪人员，在我国都有获得减刑并重返社会的机会，所以应和被判处有期徒刑的犯罪人员一样在本文所指的罪犯范围之列。

4、处遇

罪犯处遇，从狭义上讲，是指监狱为使罪犯早日重返社会，防止他们重新犯罪而采取的各种处理、对待措施的总和。从广义上说，也指罪犯的一般地位或待遇，包括国家和社会如何对待、处理罪犯，一般把现代罪犯处遇分为两种基本模式，一种称为监禁处遇，是指将罪犯关押于监狱内进行改造的处遇形式；另一种称为社区处遇，是指将罪犯置于社区环境中进行改造的处遇形式。本文所指的罪犯处遇主要是狭义上的罪犯处遇。

5、社会化

社会化这一概念，涉及社会及个体两方面，从社会视角看，社会化即社会对个体进行教化的过程；从个体视角看，社会化即个体与其他社会成员互动，成为合格的社会成员的过程，这其中包括政治、道德的社会化，也有语言、性别角色的社会化，简而言之，在漫长的社会化过程中，个体既要与其他成员互动，融入到社会中还要充分保留自己的个体特征，个性与共性同时存在，这，可以称之为和谐。而本文所指的社会化则主要是监狱行刑的社会化即监狱对人的再社会化。

（二）监狱行刑社会化的概念

监狱行刑社会化是实现罪犯再社会化，提高罪犯刑满释放后适应能力的必经之路。监狱行刑社会化是刑罚学、刑事政策学、监狱学等刑事法学科共同研究的一个课题，但对于什么是监狱行刑社会化，目前并未完全达成共识，笔者认为比较有代表性的观点有以下几种：

1、马克昌教授主编的《刑罚通论》一书认为，“刑罚执行的社会化原则，是指监狱在刑罚执行的过程中，要调动监狱外的一切社会因素，合理救助改造罪犯分子并保证和巩固刑罚执行的效果，确保行刑目的的实现”[1]。陈明华教授主编的《刑法学》一书认为，行刑社会化含义是：“刑罚的执行应当充分地依靠和利用社会力量对罪犯进行帮助教育，培养罪犯适应社会生活的能力和社会责任感，促使罪犯早日重返社会。”[2]上述两位教授的观点是将监狱行刑社会化主要理解为依靠和利用社会力量对罪犯进行教育和改造，笔者认为社会参与是监狱社会化的主导力量，监狱行刑社会化不只简单意味着社会的参与，更不能将教育改造的职责简单推向社会。

2、陈兴良教授认为，所谓监狱行刑社会化，“是指不再把监狱看作是单纯的国家机关，仅仅具有国家附属物的性质，而是视为一种社会事业，是解决犯罪这一社会问题的场所。监狱应由过去的全封闭改为半开放甚至开放式的现代化监狱，为犯罪人刑满以后顺利地回归社会创造条件”[3]。监狱社会化是指监狱在刑罚执行过程中，通过放宽罪犯自由、拓宽罪犯与社会的联系、促使罪犯掌握社会技能和相关社会知识，塑造罪犯符合社会正常生活的信念和人格，最终促成罪犯回归社会[4]。这种观点将监狱的行刑模式的改革与社会力量的参与统一于监狱社会化进程中。

综合上述观点，笔者的观点是：监狱行刑社会化是指为了避免和克服监狱封闭行刑的弊端，使罪犯再社会化的目标得以实现，有组织、有计划、有目的地将监狱职能进行重新整理和组合，充分利用和引进社会人力、技术、资金等优势，并模拟社会化情景对罪犯进行改造的过程。即监狱对罪犯的行刑不仅要鼓励一切社会积极力量最大限度的参与矫正事业，而且要努力放宽监狱自身与社会隔离的界限，使监狱内在的环境与自由社会接近，使罪犯尽可能多地接触社会，避免服

刑罪犯监狱化而难以复归自由社会，将其再犯罪的可能性降到最低，从而提高监狱行刑质量和效率，增强罪犯刑满释放后适应社会的能力，促进社会稳定。

二、监狱行刑社会化的优点

刑事司法是一个有机的整体，这个整体主要包括侦查、起诉、审判和执行4个环节，在我国的司法实践中我们可以看到前3个环节用极大的力量进行，然后刑事司法的整个过程似乎就结束了，往往忽视了如何执行。

实际上送犯罪人进监狱并不是改造犯罪人的最有效的方法，而且还会带来了一系列问题，如犯罪人人身权利受到损害，惩罚成本增大等一系列问题。

刑事司法改革，特别行刑社会化就为解决这一系列问题提供了一条很好的解决方法。笔者以为行刑社会化有以下一些优点：

（一）行刑社会化直接的好处就是节省了监禁犯罪人的成本

监禁的犯人越多，国家要投入的成本就越多，对于我们这样一个人均国民生产总值不高的发展中国家来说，巨大的监禁成本真是国家财政的一个沉重的负担，而通过行刑社会化的手段可以有效地减少在押人数。

（二）有利于有效地改造犯罪人，提高行刑的效果

行刑的社会化可以起到监禁刑不可能做到的优点。因为渴望自由是人的天性，对于会被剥夺自由的犯罪人来说，自由是他们非常珍惜的东西。为了保证现有的有限制的自由不被剥夺，犯罪人就一定会积极改造，矫正恶习，争取早日获得真正的自由。另外，行刑社会化也可以控制监狱内交叉感染，避免一些罪行较轻只是一时失足或无意犯罪的罪犯在监狱里进一步学坏。

（三）社会化的行刑还有助于罪犯顺利回归社会。

监禁刑的最大缺陷就是使罪犯生活在一个与社会隔绝的封闭环境中，罪犯在经历了一定时间的监禁之后，其人格就会被监狱化，所谓“监狱化”，是美国社会学家唐纳德•克莱默描述监狱使人异化的概念。按他的解释，监狱化是指罪犯对监狱文化的学习与内化的过程，具体包括三方面：一是对监狱亚文化的学习与接受；二是对监狱当局制定的正式规则和制度的学习与接受；三是对监狱普通文化的学习与接受。由于罪犯监狱化的过程主要是对监狱亚文化的学习与接受过程，因此，罪犯监狱化过程是一种反社会化的过程，在一定程度上是犯罪化的过程[5]，特别是对于那些刑期较长的长期犯来说，监狱化的特征更为明显。这些人刑满释放以后，从完全失去自由到获得完全自由，从完全封闭的环境到完全开放的社会中，这种强烈的反差会在刑满释放人员心理上造成激烈的冲突和矛盾，这时如果没有恰当的调节，没有相应的监督和约束机制，很可能使以前的改造成果功亏一篑，使他们重蹈覆辙。行刑社会化就为罪犯在监狱和社会之间建立了一个过渡地带，它是处于自由和不自由之间的半自由状态。在社会服刑期间，罪犯一方面必须遵守一些规定，完成应尽的义务，进行自我改造；另一方面可以使罪犯不脱离社会或逐渐适应已经陌生的社会，有助于其在刑期结束后顺利回归社会。

（四）行刑社会化还可以降低犯罪率

社会化的行刑没有将犯罪人从社会中隔离开来，他们不存在执行后重新适应社会生活和家庭经济困难的问题，这就不会因为这些问题而重新犯罪。社会化的行刑虽然也会对犯罪人有一定惩罚性，但是，由于犯罪人没有经受监禁机构中的恶劣条件，他们不会由于执行刑罚而对社会产生仇恨心理，不会在刑罚执行完毕后为报复社会而重新犯罪。由此可见，社会化的行刑会大大降低

重新犯罪率。

三、我国监狱行刑社会化的存在的问题

可以看出，行刑社会化的优点是明显的，但我国行刑社会化还存诸多问题，笔者认为主要包括以下几大问题需要改进：

（一）短期自由刑问题

自由刑中占多数的有期自由刑，根据剥夺受刑人人身自由时间的长短，可以分为长期自由刑和短期自由刑。我国的短期自由刑界定为 3 年以下自由刑（具体包括 3 年以下有期徒刑和拘役）。根据资料显示，1998 年我国被判处短期自由刑的犯罪人占全部的 56.54%，在这样高的适用率下，短期自由刑的弊端也是突显。从外国来看，德国刑法学家李斯特认为："短期自由刑既无改善，亦无威吓之效果，只有打击犯罪经历之人的自尊心而已"[6]。同时意大利学者雷•弗里斯塔也指出："短期自由刑的时间，对改善犯罪人虽然过短，但很不幸，使其败坏则足足有余"[7]。可见，无论是中国，还是国外，短期自由刑都存在着弊端，笔者以为，第一，短期自由刑由于时间过短，对犯罪人的威慑力较弱，同时那么短时间内想要教育罪犯，使之悔过自新，重新做人，并不那么容易，行刑机关没有足够的时间对受刑人开展教育和矫治工作，有违对罪犯执行刑罚的真正目的。第二，适用短期自由刑的人大多为初犯或轻微犯罪人，对他们一旦被关押收监，他们会将自己与严重犯罪的罪犯进行比较，认为自己无药可救，丧失了自尊心，不利于他们的再社会化的实现。第三，给罪犯家庭造成不利影响，可能会造成家庭破裂，子女受歧视，从而使罪犯对一切失去信心，出狱后难以回归社会。第四，笔者以为也是很关键的一点，在犯罪高发期，罪犯过多会导致监狱无法容纳，兴建新的监狱在资金、选址上难以解决，往往造成混杂关押，罪犯间发生交叉感染，相互交流犯罪经验和技术，强化犯罪意识，致使判处短期自由刑的犯罪分子刑满释放后有更大的几率成为惯犯、累犯。

为避免自由刑的弊端，19 世纪末、20 世纪初，许多国家，特别是英美，极力倡导监外劳动。他们认为，监外劳动可以使罪犯吸取更多的新鲜空气，有更大的活动天地，心情开朗，避免监内劳动造成的心神抑郁沉闷之弊。监外劳动可以为罪犯在监内生活和监外的社会生活之间建立一个中间过渡地带，使罪犯逐步适应社会，不致回归社会后无所适从[8]。美国学者巴特勒斯曾指出：（监狱行刑对罪犯）矫正的任务包括在罪犯与社会之间建立一种密切的关系，以使罪犯恢复与社会、家庭的联系[9]。而事实上，行刑社会化正是人们在重新审视刑罚与行刑效率之后产生的全新的刑罚思想，行刑社会化更符合刑罚与行刑的发展规律。

（二）传统监狱行刑的弊端

现阶段我国的监狱大多为全封闭、远离城镇的偏僻机构，在这一环境下，某些基本的人性需要受到压制。对罪犯自由的剥夺必然导致其异性关系的剥夺，长期异性关系的剥夺，会导致很多犯人高度的性压抑痛苦。其次，"将一个人数年之久关押在高度警戒的监狱里，告诉他每天睡觉、起床的时间和每日每分钟应做的事，然后再将其抛向街头并指望他成为一名模范公民，这是不可思议的！"[10]，的确，监狱中的制度化生活使犯罪之人出狱后，要求他做一个模范市民，是不可能的，他得像一个新生儿那样得重新审视这个世界，慢慢长大，但谁去引导他？如果没有比常人更好的方式去引导，后果就可能是重新犯罪，这个问题是我们不得不面对的，不得不重视的。由此可见传统的监狱行刑不能对罪犯进行实质上的改造，需要更进一步的创新和改革，这也是我国刑罚今后努力的方向，在此笔者以为对犯人实行社会化的行刑，可以使其在被改造时就可接触到社会，不会被社会所淘汰，当出狱重返社会时能更快更好的适应社会。

（三）社区矫正等方法有待发展

社区矫正是指利用各种社会资源，对罪行较轻、主观恶性较小、社会危害性不大的罪犯或确有悔改表现，不致再危害社会的罪犯，将其带入社区中进行有针对性的管理、教育和改造工作。社区矫正是与监狱矫正相对应而言的一种行刑社会化措施，是人类文明的一大进步，不仅可以避免监狱矫正所产生的种种弊端，而且更有利于犯罪人回归社会，所起的预防重新犯罪的作用，是值得充分肯定的。

但是，中国几千年的重刑思想仍然根深蒂固，具体表现为刑事受害人同态复仇的观念，在侵犯公民人身权利的刑事案件中，如若犯罪嫌疑人仅被判罚社区劳动或者在家服刑而不是投进监狱，被害人或者被害人家属大都会义愤填膺，大举上访闹事或请求媒体为他们讨个公道，在这样的情况下，司法机关量刑自主权必定会受到限制。另外，在实际操作中，会涉及到司法、民政、劳动和社会保障等多个部门与机构，执行主体的多样性容易导致机构臃肿，办事效率低下，"踢皮球"等扯皮现象也会随之出现，而权力的过分集中又容易导致腐败和专断。因此，如何平衡就成为了解决问题的关键。再者，实施社区矫正需要具备一定数量的矫正场所、监管人员，如果我国普遍实行社区矫正制度，符合这一刑罚条件的罪犯人数将会非常惊人，由于经济发展的地区间差异巨大，无法保证每一个地区都具备进行社区矫正的条件，即便具有足够的条件，社区居民是否能够接纳对某些轻微犯罪的成年人在社区服刑也是一个难题。所以，笔者认为，从长远的观点看，制定一部《社区矫正法》或是《刑事执行法》将是我国刑事执行得以发展的必由之路，实践中，笔者也建议应当设立专门的社区矫正执行机构，并辅以人民检察院的法律监督，从有利于实现司法公正、提高司法效率的角度入手，抓好这一种新型的行刑方式。

四、我国实行行刑社会化可以采取的方法

结合我国行刑社会化存在的障碍，笔者认为可以提出一些方法以供借鉴，以更好的克服障碍，早日实现我国的行刑社会化。

（一）缓刑与管制刑应得到充分运用

缓刑，是指对被判处一定刑罚的犯罪分子，在一定期间内附条件的不执行原判刑罚的一种刑罚制度。在判刑的同时宣告暂不执行，但在一定时间内保留执行的可能性。如果犯罪分子遵守一定条件，一定期限以后原判刑罚就不再执行；如果犯罪分子违反一定条件，原判刑罚仍须执行。缓刑理论最早产生于英国，但现代意义上的缓刑制度是开始于美国的实践[11]。缓刑变得越来越重要。丹麦于 1965 年对 2200 名罪犯判处缓刑，1972 年则判处约 4200 人缓刑，而同期仅判处约 4300 人入狱[12]。缓刑自诞生以来，受到普遍的欢迎，缓刑成为国家惩罚犯罪的重要刑事政策，保持着比较高的适用率。虽然有人对缓刑提出非议，但多数人对缓刑持有肯定态度，对缓刑制度的未来充满信心，如美国学者克莱门斯.巴特勒斯认为，缓刑是对付犯罪的明智政策，是刑事政策中最重要的政策之一，在预防犯罪工作中，能够而且将继续担负重任[13]。

由此可见，缓刑是促进罪犯再社会化的一条重要且有效的途径。首先，适用缓刑有利于调动社会力量，对罪犯进行教育改造。把缓刑人员放在社会上，让他们生活在群众中，就可以调动广大群众和社会各方面的力量对罪犯进行监督、教育改造。其次，适用缓刑有利于维持家庭、社会的稳定，杜绝罪犯被"监狱化"的可能，降低罪犯重新犯罪的可能。现代法学界普遍认为，理性化的刑罚观既反对刑罚的泛化和没差别的严刑峻罚，也不认为刑罚越少越轻就越好，而认为只是要既能保证实现刑罚保护功能，又能保障罪犯人权的，无论是比较苛厉的刑罚甚至死刑，还是比较轻缓的刑罚甚至是自由刑替代措施，都是合理的和必要的[14]。在我国，缓刑人员重新犯罪率一

直很低，说明缓刑的惩罚强度虽然不强烈，但却能有力促进受刑人弃恶向善，不再犯罪。

作为《刑法》中唯一限制自由刑的刑种，管制曾在中国建立之初得到广泛的应用。在 1997 年《刑法》修订中，管制刑种不但得到保留，而且较大幅度地扩大了适用地范围和对象。“然而根据某学者曾在上海市两个基层人民法院调查中得知，其在修订《刑法》实施 5 年中，几乎没有适用过一次管制刑”[15]。究其原因，其一：侦查部门几乎无一例外地经过拘留、逮捕程序，将犯罪嫌疑人已经关押了数月，再判管制刑已没有实际意义，不如判处拘役或短期徒刑适用缓刑比较顺理成章；其二，认为判处管制，难以执行，无人管理。那么管制刑真的没有发挥作用的余地了吗？答案是否定的。

限制自由刑是替代短期自由刑的有效方法。前面已经分析过短期自由刑的弊端，如果多运用管制刑，对轻刑犯不予关押，笔者以为其一混杂关押的负面效应是可以大大减少，防止罪犯在监狱中互相传播犯罪经验，以免出狱后对社会造成隐患，其二，多适用管制刑可以使罪犯更多的接触到家人，在家人的劝说和诱导下，降低罪犯的罪恶感，觉得自己还有药可救，更好的重新做人，其三，犯人多接触社会也可以使其在出狱后能顺其自然的适应社会。因此，笔者以为对犯人多适用管制刑是非常必要的。

（二）建议推行开放式处遇制度，对不同罪犯实行不同处遇

有学者指出：我国应当通过大量适用假释来达到行刑社会化的目的[16]。假释是一种有条件释放罪犯的行为，由于假释保留了原判自由刑继续执行的可能性，如果罪犯在假释期间违反法定条件，就应当撤销假释，因此，它既维护了自由刑刑罚执行的价值，又促进了刑罚执行的社会化。然而，笔者并不赞同此观点。因为，假释固然具有行刑社会化的意义，但仅仅靠假释是不能完成行刑社会化的。因此笔者认为，根据我国实际情况，我国应当在肯定假释、缓刑、管制等已有的具有行刑社会化性质的制度基础上，重点推行开放式处遇级别制度：即监狱允许经严格把关进入开放性处遇级别的罪犯参加监狱组织的社会劳务承包或其他社会劳动。

开放式处遇是相对封闭式处遇而言的，它的特征是打破传统监狱的高墙，将拘束力大幅度降低,增大对服刑人员的信任，它在促进监狱行刑社会化方面的优点有：第一，设置开放性处遇级别，可以促进罪犯尽早回归社会，促进罪犯适应社会，缓解或消除罪犯再社会化的矛盾。第二，设置开放性处遇级别有利于提高监狱行刑的经济水平。进入市场经济后，由于监狱的产品多为普通产品，且产品质量一般，而产品价格高、销路不畅、致使监狱企业内部出现较严重的劳动力剩余问题。部分罪犯在监内无活可干，不仅增加了监狱对罪犯的管理难度，而且大大增加监狱在罪犯方面的支出-因为监狱要养活他们而大量支出，实行开放式处遇，为罪犯在社会中寻求劳动岗位成为解决这一问题的良好方法，例如：在美国，行刑社会化的形式多种多样，以“自由工资雇佣制”为典型形式，即监狱允许罪犯白天在狱外工作，接受社会企业雇佣，晚间必须返回监狱报到的制度[17]，很值得我们学习借鉴。而在德国，行刑社会化主要包括监狱管理人员监督下的狱外就业，简称为“狱外就业”，和没有监狱管理人员监督下的狱外就业，简称为“狱外走廊”。在这两种情况下，罪犯通过接受私人企业雇佣参加劳动。此外，还有被称为“狱外放风”和“狱外散步”的形式[18]，这些都是我们可以参考的地方。第三，监狱设置开放性处遇级别不仅可以解决监狱现实的经济问题，为监狱提供劳动岗位，而且可以给监狱带来较可观的直接经济利益，何乐而不为。

（三）进行监狱行刑改革，为监狱赋予社会化属性

行刑社会化与监狱行刑密不可分，在监狱服刑的过程是罪犯犯罪后至回归社会之间经历的最重要的一个阶段，能否顺利回归社会，释放后在社会中能否遵守法律不再违法犯罪，能否养活自己和家人，这些罪犯在狱中可以不考虑，但是国家立法、司法部门应当作出妥善的安排。在当今

经济迅速发展的社会中，小额盗窃、诈骗案件发案率居高不下，这其中有些犯罪嫌疑人有可能是因生活所迫，也可能是一时头脑不清醒，也许因为盗窃了一只价值 2000 元的手机就可能在铁窗中度过一年的时间，而出狱后因为自己有前科找工作到处碰壁，假如得不到社会的关爱，他们更可能的是继续作案，使自己的人生陷入犯罪 - 被抓 - 判刑 - 释放 - 再犯罪的恶性循环，给社会和自己造成更大的伤害。对监狱的行刑方式进行改革，是一条降低犯罪率，达到刑罚特殊预防目的的捷径。现今罪犯劳动项目多为简单手工制作，属于低劳动附加值高劳动强度的工作，这种工作即使做的再久，日后对释放人员也是没有帮助的，因为它不能成为一技之长。因此笔者认为监狱应当模拟监狱外社会劳动，让服刑人员根据自己所长，竞争上岗，为大家服务的同时能够赚取一些报酬，让罪犯保留那么一点点个性，留待日后能够积极地回归到社会中。

（四）借鉴德国采用和解方式处理刑事案件的方法

德国采用和解方式处理刑事案件的方法值得我国学习。当今德国越来越多的刑事案件进入和解与赔偿程序，而且许多和解程序由社会教育学家或社会工作者主持进行。被害人和解的主要优点在于：首先，通过行为人直接亲自面对被害人，聆听被害人的观点和要求，可以使行为人更为深刻地认识自己的罪责，从而产生有效的特别预防效果；其次，在刑事程序鼓励行为人自愿对被害人赔偿，可使被害人不必经过代价较高的民事诉讼程序而实现自己的权利[19]，可见，打破以往的常规，运用和解的方式去处理刑事案件，是我国刑事改革可以尝试的，在实现一定刑罚目的的同时还能让被害人受益，优点是不言而喻的，从当今构建和谐社会的角度出发，运用和解方式处理行为人与被害人的矛盾，也是“和谐”想要提倡的，不过化解被害人对犯罪之人的仇恨是有一定的艰难性，这对我国的司法部门的办案处事能力也提出了更高的要求，而司法部门与社会教育学家或社会工作者的合作不失为一个好方法，因为社会教育学家或社会工作者能更好的处理社会、人际关系，加之司法部门的努力，笔者相信可以化解受害人与犯人之间的矛盾。

五、结语

当代刑罚改革的总趋势是刑罚的轻缓化，行刑社会化作为我国行刑改革的重中之重，对罪犯复归社会具有不可替代的作用。但我国对监狱行刑社会化的制度规定还存在很大的不足，还处于初步阶段，为此笔者认为《监狱法》、《刑法》迫切需要以行刑社会化为导向进行修订，使监狱革新教育、矫正罪犯的方法时有法可依，有规可循。虽然我国在行刑社会化这一问题上起步较晚，理论基础较为薄弱，但却有国外较为丰富的经验可以借鉴，有国内密切联系的部门关系、社区力量可以利用，还是有一定优势的。为此要加强理论研究，推动实践积极探索，并使两者相互促进，共同推进这一制度在我国的建立和完善。

注 释

1、马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 514 页。

2、陈明华主编：《刑法学》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 221 页。

3、陈兴良主编：《刑法适用总论论》（下卷），法律出版社 1999 年版，第 185 页。

4、张苏军主编：《中国监狱发展战略研究》，法律出版社 2000 年版，第 94 页。

5、王平主编：《理性化及其局限-监狱行刑观念的价值定位》，载《刑事法学要论》，法律出版社 1998 年版。

6、谢瑞智《犯罪与刑事政策》，台湾文笙书局 1996 年（增订版），第 217-218 页。

7、张甘妹《刑事政策》，台湾三民书局 1979 年版，第 275 页

8、何鹏等编《中外罪犯改造制度比较研究》，社会科学文献出版社 1993 年版，第 250-257 页。

9、（美）克莱门斯•巴特勒斯主编《矫正导论》，中国人民公安大学出版社 1991 年版，第 22 页。

10、（美）克莱门斯•巴特勒斯主编《矫正导论》，中国人民公安大学出版社 1991 年版，第 130 页。

11、（意）杜里奥.帕多瓦尼主编《意大利刑法学原理》，法律出版社 1998 年版，第 357 页。

12、甘雨沛主编：《犯罪与刑罚新论》，北京大学出版社 1991 年版，第 401 页。

13、（美）克莱门斯.巴特勒斯主编：《矫正导论》，中国人民公安大学出版社 1991 年版，第 128-129 页。

14、梁根林《刑罚结构论》，北京大学出版社 1998 年版，第 218 页。

15、徐逸仁《刑罚发展的趋向与管制刑的运用》，载《当代刑罚价值研究》，法律出版社 2003 年 11 月版第 652 页。

16、武延平《中外监狱法比较研究》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 210—215 页。

17、潘华仿主编《外国监狱史》，社会科学文献出版社 1994 年版，第 201 页。

18、潘华仿主编《外国监狱史》，社会科学文献出版社 1994 年版，第 350 页。

19、冯卫国《德国刑事执行改革—以行刑社会化为导向的探索》，载于江苏监狱网（www.jsjy.gov.cn）理论园地。

参考文献

1、马克昌《刑罚通论》，武汉大学出版社 1999 年版。

2、陈明华《刑法学》，中国政法大学出版社 1999 年版。

3、陈兴良《刑法适用总论论》（下卷），法律出版社 1999 年版。

4、张苏军《中国监狱发展战略研究》，法律出版社 2000 年版。

5、王　平　《理性化及其局限-监狱行刑观念的价值定位》，载《刑事法学要论》，法律出版社 1998 年版。

6、谢瑞智《犯罪与刑事政策》，台湾文笙书局，1996（增订版）。

7、张甘妹《刑事政策》，台湾三民书局，1979 年版。

8、何　鹏《中外罪犯改造制度比较研究》，社会科学文献出版社 1993 年版。

9、（美）克莱门斯•巴特勒斯《矫正导论》，中国人民公安大学出版社 1991 年版。

10、（意）杜里奥.帕多瓦尼《意大利刑法学原理》，法律出版社 1998 年版。

11、甘雨沛《犯罪与刑罚新论》，北京大学出版社 1991 年版。

12、梁根林《刑罚结构论》，北京大学出版社 1998 年版。

13、徐逸仁《刑罚发展的趋向与管制刑的运用》，载《当代刑罚价值研究》，法律出版社 2003 年 11 月版。

14、武延平《中外监狱法比较研究》，中国政法大学出版社 1999 年版。

15、潘华仿《外国监狱史》，社会科学文献出版社 1994 年版。

16、冯卫国《德国刑事执行改革——以行刑社会化为导向的探索》，载于江苏监狱网理论园地。

论我国非法证据排除程序的启动

安徽华冶律师事务所　金凤涛 郑和英

摘　要：新刑事诉讼法及司法解释明确规定了非法证据排除规则，首次以基本法的形式确定了非法证据排除规则，体现了我国在打击犯罪的同时越来越注重尊重和保障人权。非法证据排除指的是采用非法的方式取得的证据不能作为定案的依据。非法言词证据和非法实物证据适用的排除规则不同。启动非法证据排除程序的主体具有广泛性。笔者将对非法证据排除规则的启动进行分析，重点论述申请启动的非法证据排除规则，以期更好的在实践中贯彻落实该规则。

关键词：启动　非法证据　非法证据排除

一、非法证据的范围

所谓排除非法证据，是指在刑事诉讼中，对于以非法方法收集的证据，应当予以排除，不能认定作为被告人有罪的证据。如何厘清非法证据，必须分清刑事诉讼法中的非法证据和不合法的证据。

笔者认为，非法证据不等于不合法的证据，非法证据只是不合法的证据的一种。证据的合法性是证据的基本属性之一，是指证据必须具备法定的形式，由法定的主体依照法定的程序收集和运用。合法性包括四方面的内容，证据必须具有合法的形式，提供、收集证据的主体必须合法，证据的内容必须合法，证据必须依照法定程序收集。而非法证据所指的仅是证据所取得程序和方式的不合法，并且非法证据所指的是严重违法的证据，轻微违法的证据，属于瑕疵证据，适用可补正的排除规则。新《刑事诉讼法》第 54 条规定，采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，应当予以排除。收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。由此可知，新刑事诉讼法所规定非法证据是指取证程序和方式严重违法而获取的证据。所指的非法证据与不合法证据是不相同的概念。非法证据适用非法证据排除规则，其它不合法的证据应当适用其它的方式予以排除或者补正。

二、非法言词证据与非法实物证据适用不同的排除规则

新刑事诉讼法对于非法言词证据规定了直接的排除规则，对于非法实物证据则规定了法官自由裁量加补正的排除规则。

1、非法言词证据，就是违反法律的规定收集的证人证言、被害人陈述、犯罪嫌疑人、被告人供述等证据。对于非法言词证据，经过法定程序认定为采用刑讯逼供等非法方法收集的，就必须予以排除。

2、非法实物证据，就是违反法律的规定收集的物证、书证。对于非法的实物证据，有选择性的予以排除。首先判断非法实物证据是否严重影响司法公正，如不属于严重影响司法公正的，则不予以排除。对于严重影响司法公正的，则需要进一步对其进行补正和解释，然后由裁判者对补正和解释的情况进行判断，如果能够进行补正或者合理解释的则不予以排除，如果不能进行补正或者合理解释的，则予以排除。即对于非法实物证据需要经过裁判者的两次判断，才能进行排除。

三、非法证据排除规则的启动程序

（一）非法证据排除规则的启动方式

新《刑事诉讼法》第 54 条第 2 款规定，在侦查、审查起诉、审判时发现有应当排除的证据的，应当依法予以排除，不得作为起诉意见、起诉决定和判决的依据。第 56 条规定，法庭审理过程中，审判人员认为可能存在本法第 54 条规定的以非法方法收集证据情形的，应当对证据收集的合法性进行法庭调查。当事人及其辩护人、诉讼代理人有权申请人民法院对以非法方法收集的证据依法予以排除。申请排除以非法方法收集的证据的，应当提供相关线索或者材料。上述两条概括了非法证据排除规则的启动方式，即第一种是司法机关自行发现并且自行排除即自行启动，第二种是当事人向法庭申请排除即申请启动。

（二）非法证据排除规则的启动主体

1、侦查、检察、法院的案件承办人。刑诉法第 54 条第 2 款规定，在侦查、审查起诉、审判时发现有应当排除的证据的，应当依法予以排除，不得作为起诉意见、起诉决定和判决的依据。即检察官和侦查人员也是非法证据排除规则的适用主体，这里的检察官既包括审查逮捕阶段也包括审查起诉阶段的检察官。

2、当事人及其辩护人、诉讼代理人。刑诉法第 56 条第 2 款规定，当事人及其辩护人、诉讼代理人有权申请人民法院对以非法方法收集的证据依法予以排除。申请排除以非法方法收集的证据的，应当提供相关线索或者材料。

（三）非法证据排除规则的启动时间

1、对于自行启动，在侦查、审查起诉、审判阶段中都可以由有权机关启动，不再赘述。

2、对于申请启动，刑诉法司法解释第 97 条规定，人民法院向被告人及其辩护人送达起诉书副本时，应当告知其申请排除非法证据的，应当在开庭审理前提出，但在庭审期间才发现相关线索或者材料的除外。刑诉法司法解释第 100 条第 1 款规定，法庭审理过程中，当事人及其辩护人、诉讼代理人申请排除非法证据的，法庭应当进行审查；第 3 款规定，法庭审理过程中，当事人及其辩护人、诉讼代理人申请排除非法证据，人民法院经审查，不符合本解释第 97 条规定的，应当在法庭调查结束前一并进行审查，并决定是否进行证据收集合法性的调查。即一般情况下，申请启动应在庭前进行，但对于在庭审期间才发现相关线索或者材料的，可以在庭审审理过程中提出。这里面有一个问题，对于当事人及其辩护人、诉讼代理人在开庭审理前就掌握了相关线索或者材料，但在开庭审理后才提出非法证据排除申请的，应如何处理？笔者认为，此种情形下，法庭可以不再对证据收集的合法性进行调查，但在审查和采信相关证据时候应特别慎重。

（四）非法证据排除规则的启动条件

1、对于自行启动，侦查机关、审查起诉机关、审判机关发现存在以非法方法收集证据的情形的，可以自行启动非法证据排除程序，将非法证据依法予以排除，不作为起诉意见、起诉决定和判决的依据。

刑诉法 56 条规定，法庭审理过程中，审判人员认为可能存在本法第五十四条规定的以非法方法收集证据情形的，应当对证据收集的合法性进行法庭调查。可见，对于审判阶段，非法证据的启动权在法官、合议庭，只有审判人员通过审查认为证据收集存在疑问的，存在以非法方法收集证据情形的，才能对证据收集的合法性进行调查。

2、对于申请启动，刑诉法司法解释第 96 条规定，当事人及其辩护人、诉讼代理人申请人民法院排除以非法方法收集的证据的，应当提供涉嫌非法取证的人员、时间、地点、方式、内容等

相关线索或者材料。所谓“材料”，是指被告人出示的血衣、伤痕、伤痕照片、医疗证明、伤残证明，同监人的证言等能够证明存在刑讯逼供等非法取证事实的证据材料；所谓“线索”，是指可以显示刑讯逼供等非法取证确实存在的比较具体的事实，如关于刑讯逼供的时间、地点、方式及涉嫌刑讯逼供人员的信息。

申请的形式，法律没有做明确规定，理论上来说口头申请或者书面申请均可。当事人及其辩护人、诉讼代理人申请人民法院排除以非法方法收集的证据的，应当向人民法院提交书面意见。当事人书写确有困难的，可以口头告诉，由人民法院工作人员或其辩护人、诉讼代理人作出笔录，并由当事人签名或捺指印。刑诉法司法解释第 98 条规定，开庭审理前，当事人及其辩护人、诉讼代理人申请人民法院排除非法证据的，人民法院应当在开庭前及时将申请书或者申请笔录及相关线索、材料的复制件送交人民检察院。这一规定明确规定了人民法院应当及时将申请材料移送给人民检察院，以便人民检察院对非法证据排除的申请做相应的准备，避免开庭时才知晓对方提出的非法证据排除申请，从而影响庭审顺利进行。

四、非法证据排除规则的完善

此次刑诉法及司法解释关于非法证据的规定，是我国立法的重大进步，体现了对程序正义的要求，进一步强化了程序公正意识。但笔者认为当前关于审判程序中进行非法证据的排除程序，刑事案件的法官既负责对刑事案件的审理，同时也负责对非法证据的认定与排除。由于法官已经接触了此非法证据，即使在该证据被认定为“非法”被排除的情况下，也难以确保法官不受该非法证据的影响而作出不利于被告人的裁判，故非法证据排除程序的非独立性不能做到将“非法证据”彻底地排除。因此，我国有必要确立非法证据排除的独立程序，该程序可以采用听证的形式，但不应由刑事案件的合议庭成员主持。

论我国的环境民事责任追究制度

安徽敬梓律师事务所　尚昌根

摘　要：环境民事责任，是指单位或者个人因污染危害环境而给公共财产或者他人的人身、财产造成损害，所应承担的民事法律责任。本文从环境民事责任的构成、归责原则、责任分担、举证责任、承担方式等多个方面，详细论述了我国现行法律体系中有关环境民事责任的规定及对违反相关规定予以追究的法律制度，并提出完善环境公益诉讼制度、建立完善环境污染责任保险制度等一些改进我国环境民事责任追究制度的建议。

关键词：民事责任　环境民事责任　责任追究制度

前 言

良好的环境是人类生存与发展的基础，保护环境是我国的一项基本国策。党的十八大提出要大力推进生态文明建设，把生态文明建设放在更加突出的位置，纳入中国特色社会主义事业五位一体的总体布局，并首次提出了“建设美丽中国”的美好愿景。十八大报告还提出要“加强环境监督，健全生态环境责任追究制度和环境损害赔偿制度”，这是对建设完善我国环境责任追究制度和环境损害赔偿制度的最高精神指导。

环境责任分为环境民事责任、环境行政责任和环境刑事责任三类。其中，环境民事责任是环境侵害者所应当承担的重要责任之一，起着弥补环境污染受害者人身、财产损失，从而保护国家财产和人民群众生命健康财产安全的重要作用。本文将从环境民事责任的构成、归责原则、责任分担、举证责任、承担方式等多个方面，详述如下：

一、环境民事责任的概念

1、法律责任和民事责任的相关概念。

按照法理学的通论，“法律责任是由特定法律事实所引起的对损害予以补偿、强制履行或接受惩罚的特殊义务，亦即由于违反第一性义务而引起的第二性义务。”法律责任的本质是法对行为的规范评价，通常是否定性评价。

民事责任，即民事法律责任，是指民事主体在民事活动中，因实施了民事违法行为，根据民法所承担的对其不利的民事法律后果或者基于法律特别规定而应承担的民事法律责任。民事责任具有财产性、补偿性、任意性等特点。民事责任的一般应当具备以下四个要件：行为的违法性，造成了损害结果，违法行为与损害结果之间存在因果关系，行为人主观上存在过错。民事责任的归责原则有过错责任原则、无过错责任原则、公平责任原则。民事责任可分为违约责任、侵权责任等类型。其中，民事侵权责任指侵害他人财产或人身权利而依法应当承担的民事责任。

2、环境民事责任的概念。

环境民事责任，是指单位或者个人因污染危害环境而给公共财产或者他人的人身、财产造成损害，所应承担的民事法律责任。我国《民法通则》第 124 条规定：“违反国家保护环境防止污染的规定，污染环境造成他人损害的，应当依法承担民事责任。”《侵权责任法》第 65 条规定：“因污染环境造成损害的，污染者应当承担侵权责任。”《环境保护法》第 41 条规定：“造成环境污染危害的，有责任排除危害，并对直接受到损害的单位或者个人赔偿损失。”由此可见，环境民事责任一

般是由坏境污染造成损害而引起的民事侵权责任。

二、对环境民事责任的解析

1、环境民事责任的构成。

传统民事责任的一般包括以下四个要件：行为的违法性，造成了损害结果，违法行为与损害结果之间存在因果关系，行为人主观上存在过错。但是，环境民事责任作为特殊的民事责任，在构成要件上与传统的民事责任有所不同。主观上的过错和行为的违法性并不是环境民事责任的构成要件。

首先，关于过错，我国《侵权责任法》仅规定“因污染环境造成损害”作为承担环境民事责任的条件，《环境保护法》也仅规定了“造成环境污染危害”这个条件，其他相关法律也都没有把故意或过失作为环境污染责任的要件。可见，我国的环境民事责任实行的是无过错责任原则。其次，关于行为的违法性，行为人即使排污达到了相应标准，只要从事排污并发生了危害后果的，也要承担民事责任。行为人不得以达标排放作为免除其民事责任的抗辩理由。

所以，我国的环境民事责任的构成要件包括：（1）实施了致害行为；（2）发生了损害结果；（3）致害行为与损害结果之间具有因果关系。

2、环境民事责任的归责原则 。

民事责任一般的归责原则为过错责任原则，它是以行为人主观上的过错为承担民事责任的基本条件的认定责任的准则。按过错责任原则，行为人仅在有过错的情况下，才承担民事责任；没有过错，就不承担民事责任。但是我国的环境民事责任采取的归责原则为无过错责任原则，即一切污染环境的单位和个人，只要其污染损害环境的行为给他人造成财产或人身损害，无论其主观上有无故意或过失，都要对其所造成的损害承担赔偿责任。这样的归责方式是世界各国环境法通行的惯例。

环境法律采用这样的归责原则的原因在于：第一，在环境侵权案件中，加害方多为国家许可的，具有特殊经济、科技、信息实力和法律地位的工商企业或企业集团，它们所从事的生产活动本身具有高度危险性。也就是说，企业即使没有过错，也会给他人造成巨大的财产或人身损害。如果坚持过错责任原则，受害人个人的财产损害和人身伤害无法得到及时、充分的补偿。这种情况下，过错推定成为程序法上常用的加强对环境污染受害者权益保护的方法。第二，在环境损害救济中实行无过错责任也是民法中“公平合理”原则的具体体现。在环境损害案件中，排污者大多是经营性的获利企业，它们从事危险活动，制造了危险，并且因此危险活动获得了较大利益，既然由此而获利，就应当为其获利过程中所造成的损害承担责任，因此由其承担责任合情合理。

3、环境民事责任的分担。

《侵权责任法》第 65 条规定：“因污染环境造成损害的，污染者应当承担侵权责任。”但是，环境污染有时并不是由一个污染者自身的污染行为造成的，而是由多个污染者或者污染者以外第三人的行为所造成的。对于这些情况下的责任分担，我国《侵权责任法》作出了特别规定。《侵权责任法》第 67 条规定：“两个以上污染者污染环境，污染者承担责任的大小，根据污染物的种类、排放量等因素确定。”第 68 条规定：“因第三人的过错污染环境造成损害的，被侵权人可以向污染者请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。污染者赔偿后，有权向第三人追偿。”

4、环境民事责任的免责事由。

虽然我国法律规定了环境民事责任的无过错责任归责原则，但是在某些特情况下，我国法律允许污染者对污染损害免于承担责任。免责事由主要包括以下三种：（1）不可抗力造成并采取合

理措施。我国《环境保护法》规定:“完全由于不可抗拒的自然灾害,并经及时采取合理措施,仍然不能避免造成环境污染损害的,免予承担责任。”(2)受害人故意造成。《侵权责任法》第27条规定:“损害是受害人故意造成的,行为人不承担责任。”环境民事责任作为民事侵权责任的一种,同样适用该条款,所以对受害人自己故意造成的环境污染损害,污染者可以不承担民事责任。(3)第三人造成。如果环境污染损害是由第三人的过错造成的,则损害赔偿最终由第三人承担,这也相当于污染者不承担环境污染责任。

三、对环境民事责任追究的制度

1、环境赔偿纠纷的解决方式。

目前我国解决环境赔偿纠纷,即确定赔偿责任和赔偿金额的方式包括和解、调解、仲裁、行政处理、诉讼等方式。与一般的民事纠纷一样,环境赔偿的纠纷,当事人可以通过和解、调解、仲裁、诉讼的方式来解决。同时,《环境保护法》还规定了行政处理这一特别的方式,即“赔偿责任和赔偿金额的纠纷,可以根据当事人的请求,由环境保护行政主管部门或者其他依照法律规定行使环境监督管理权的部门处理;当事人对处理决定不服的,可以向人民法院起诉。”当然,环境保护行政主管部门的处理不是必经程序,受害方也可以不经行政处理而直接向人民法院起诉。

另外,我国最新修订的《民事诉讼法》对于影响广泛的坏境污染事故,增加了关于公益诉讼的规定,即对污染环境等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。

2、环境污染损害赔偿的诉讼时效。

基于环境污染损害间接性、复杂性、长期性、潜伏性、因果关系模糊性、证据获取困难性、当事双方实际诉讼地位的不平等性等原因,处于弱势的环境损害受害者往往难以及时维护自身的合法权益。为此我国法律对于环境污染损害赔偿的诉讼时效作出了与其他侵权赔偿不同的规定。《环境保护法》第42条规定:“因环境污染损害赔偿提起诉讼的时效期间为三年,从当事人知道或者应当知道受到污染损害时起计算。”另外,根据《民法通则》的规定,“从权利被侵害之日起超过二十年的,人民法院不予保护”。所以,环境污染损害赔偿的最长诉讼时效为环境侵害之日起二十年。

3、环境污染损害赔偿诉讼的举证责任。

我国《侵权责任法》第66条规定:“因污染环境发生纠纷,污染者应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任。”而《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》也有着相似规定:“下列侵权诉讼按照以下规定承担举证责任:……(三)因环境污染引起的损害赔偿诉讼,由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任;”这样的举证责任分配方式体现着举证责任倒置的原则,即在环境污染损害赔偿诉讼中,原告受害者只需要证明被告实施了污染行为以及受害者自身所受到的损害,而不需要证明被告是否有过错或过失,也不需要证明被告的行为与损害结果之间是否存在因果关系。而被告则必须举证证明存在法律规定的免责事由或者其行为与损害结果之间不存在因果关系,否则将承担赔偿原告人身、财产损害的不利法律后果。

我国法律对环境污染损害赔偿诉讼的举证责任的规定,采取的是推定因果关系的规则,或者说是举证倒置原则。采取这种规则的原因是:第一,环境侵权诉讼中双方当事人力量本身悬殊,受害人的力量相对弱小,如果还要求受害人就其权利发生的法律要件事实负举证责任,这就更加重了受害人一方的诉讼风险。第二,环境污染或环境破坏是以环境为媒介的,从排入环境到造成

损害往往有一个积累的过程，涉及复杂的科技问题，受害人根本无法确定，要求受害人提出因果关系的充分证据实际上不可能。第三，在环境案件中，环境侵权行为的相关证据和资料是掌握在加害者一方的，而作为加害者的公司企业往往以保守商业和技术秘密理由，不对外公布其生产设施、工艺流程与生产原理，致使受害人无法取证。第四，即使受害人可以举证，但由于受到科学文化知识和信息渠道的限制，受害人一般缺乏对高度专业化的工艺流程、污染物的监测仪器和化验设备以及标准取样知识的了解，往往会出现受害人难以取证、未及时取证或取证不充分的现象。

4、环境民事责任的承担方式。

对于环境民事责任承担的方式，我国《环境保护法》仅规定了排除危害和赔偿损失两种。同时，《侵权责任法》中规定的八种民事侵权责任承担方式对于环境民事责任同样适用，包括：停止侵害，排除妨碍，消除危险，返还财产，恢复原状，赔偿损失，赔礼道歉，消除影响、恢复名誉。这些承担侵权责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。

在这些承责方式中，赔偿损失是环境民事责任形式中应用最广泛的一种责任形式。赔偿损失的范围，既包括财产损害赔偿，也包括对人身损害引起赔偿；既包括直接损失的赔偿，也包括间接损失的赔偿。直接损失是指环境损害所直接造成的受害人财产的减少或丧失，如人身伤害损失、财产损失、环境资源损失，对于直接损失加害人应全部赔偿。间接损失是指由直接经济损失引起和牵连的其他损失，包括失去的在正常情况下可以获得的利益和为恢复正常的管理活动或者挽回所造成的损失所支付的各种开支、费用等，如影响损失、恢复费用、事故应急费用等。

四、对改进我国环境民事责任追究制度的建议

1、进一步完善环境公益诉讼制度。

于 2013 年 1 月 1 日起施行的新修订的《民事诉讼法》的亮点之一是首次将公益诉讼制度写入其中。《民事诉讼法》新增加规定："对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。"这一条款初步建立了我国的环境公益诉讼制度，使中国环境公益诉讼制度迈出跨越性的一步。但是，这一条款的规定却过于模糊笼统，尤其对于有权提起环境公益诉讼的主体规定不明。"法律规定的机关和有关组织"到底包含哪些机关和组织，至今没有明确界定。而且，针对公益诉讼的相关程序也没有具体规定。因此，我国法律法规应当进一步明确规定提起环境公益诉讼主体的范围以及公益诉讼的相关程序，使我国的环境公益诉讼制度更加完善。

2、适当延长环境污染损害赔偿的诉讼时效。

我国现行法律规定的环境污染损害赔偿诉讼时效为三年，最长诉讼时效为二十年。虽然法律对于这方面诉讼时效已经做出了适度延长的特别规定。但是，由于环境污染损害具有间接性、复杂性、长期性、潜伏性、因果关系模糊性、证据获取困难性、当事双方实际诉讼地位的不平等性等特点，现有的诉讼时效仍然不足以有效保护受害者的合法追诉权利。所以我国法律可以考虑将最长诉讼时效延长至三十年；或者在不改变现行诉讼时效期间及"有明确的被告人"的起诉条件规定的情况下，改环境污染损害赔偿诉讼时效的"从当事人知道或应当知道受到污染损害时起计算"为"从当事人知道或应当知道受到污染损害并致害人时起计算"。这样可以更加有效维护环境污染受害者的合法人身与财产权益。

3、加大环境污染损害赔偿的力度。

在现有的法律下，环境污染损害赔偿既包括直接损失的赔偿，也包括间接损失的赔偿。但是这样的损害赔偿制度仍不足以震慑某些高利润行业环境污染的行为，环境污染损害赔偿演变成为

某些行业或者企业实行环境污染所交纳的“排污费”。虽然一些个人或单位的损害已经得到赔偿的弥补，但是环境污染损害的还有社会公共环境和公共利益。因此，在环境污染公益诉讼中应当增加对某些污染环境的行业或企业的惩罚性赔偿，以震慑企业的环境污染行为，使其不敢继续实施污染损害。

4、建立完善环境污染责任保险制度。

当前，我国正处于环境污染事故的高发期。一些地方的工业企业污染事故频发，严重污染环境，危害群众身体健康和社会稳定，特别是一些污染事故受害者得不到及时赔偿，引发了很多社会矛盾。在这样的状况下，环境污染责任保险是解决环境污染损害赔偿纠纷的有效工具。

环境污染责任保险是以企业发生污染事故对第三者造成的损害依法应承担的赔偿责任为标的的保险。利用保险工具来参与环境污染事故处理，有利于分散企业经营风险，促使其快速恢复正常生产；有利于发挥保险机制的社会管理功能，利用费率杠杆机制促使企业加强环境风险管理，提升环境管理水平；有利于使受害人及时获得经济补偿，稳定社会经济秩序，减轻政府负担，促进政府职能转变。国际经验表明，实施环境污染责任保险是维护污染受害者合法权益、提高防范环境风险的有效手段。

目前，我国的环境污染责任保险制度刚刚起步，只是在少部分地方进行试点，相关制度都很不完善。因此，我国应大力建设和完善环境污染保险责任制度。在现阶段，我国的环境污染保险可以先重点选择环境危害大、最易发生污染事故和损失容易确定的行业、企业和地区，率先开展环境污染责任保险工作。在石油、化工、采矿、水泥、造纸、核燃料生产、有毒危险废弃物的处理等产生环境污染和危害最严重行业可以实行强制责任保险；在城建、公用事业、商业等污染较轻的行业可以实行任意环境责任保险，是否投保取决于企业的自愿。同时，环境污染责任保险的承保标的以突发、意外事故所造成的环境污染直接损失为主。通过这样的途径逐步建立配套的标准和法规制度，逐步完善环境污染责任保险一系列制度。

参考文献

1、张文显《法理学（第四版）》，高等教育出版社 2011 年版。

2、吴汉东《法学通论（第六版）》，北京大学出版社 2012 年版。

3、江平《民法学（第二版）》，中国政法大学出版社 2011 年版。

4、吕忠梅《环境法学（第二版）》，法律出版社 2008 年版。

5、吴继刚《论环境法律责任》,《学术交流》2004 年第 2 期。

6、王锦《环境法律责任与制裁手段选择》，中共中央党校 2011 年博士学位论文。

7、黎万丽《无过错责任原则在环境侵权中的适用》,《商情（教育经济研究）》2008 第 2 期。

8、张睿《环境侵权民事诉讼举证责任分配之比较研究》,《河北法学》2009 年第 3 期。

9、张景明《环境污染损害赔偿诉讼时效问题》,《环境法治与建设和谐社会——2007 年全国环境资源法学研讨会（年会）论文集（第四册）》。

10、国家环境保护总局、中国保险监督管理委员会《关于环境污染责任保险工作的指导意见》,《中国环保产业》2008 年第 3 期。

11、周纪昌《我国开发环境责任保险的战略选择》,《金融理论与实践》2007 年第 5 期。

12、陈立琴《环境责任保险制度研究》,《水资源、水环境与水法制建设问题研究——2003 年中国环境资源法学研讨会（年会）论文集（下册）》。

现阶段民间借贷的现状及存在的问题

安徽见谛律师事务所　刘东峰

摘　要：我国自改革开放以来，经济已经基本转型，从国有计划经济逐渐的转向民营市场经济。市场经济的发展，促进了民间金融的发展，使民间金融在弥补正规金融的不足、推动民营经济和农村经济的快速发展方面发挥着越来越大的支持作用。然而，近年来，尤其是从 2010 年开始，民间借贷日渐活跃。到 2011 年上半年我国民间借贷市场数目大概在 30000 亿,而且有从中国东南地区向全国扩散的趋势。民间借贷对我国的经济发展特别是对民营企业与中小企业的成长与发展起到了相当大的促进作用。但是，由于民间借贷游离于官方金融体制之外，长期以来并未得到官方部门的重视，加上民间借贷的自发性，缺乏外部约束，一旦发生资金链等事故，往往会引发不良反应，严重时可能会危及到社会安定，因而具有很大的风险。因而，对民间借贷的研究对规范我国金融市场，防范民间信贷风险具有一定的意义。本文在介绍民间借贷现状的基础上，探究了现阶段民间借贷对中国经济的影响及其存在问题，进而提出了一些符合实际的应对措施。

关键字：民间信贷　影响应对措施

民间借贷又称“民间信用”或“个人信用”,指居民个人向集体及其互相间提供的信用，一般采取利息面议，直接成交的方式。民间信贷主要发生在非金融机构的社会个人、企业及其他经济主体之间的以货币资金为标准的价值让渡及本息偿付活动。民间借贷是游离于正规金融之外的一种信用行为，作为一种经济现象，具有灵活、快捷、简便等优势，在正规金融服务空间收缩的欠发达地区特别是农村地区较为活跃，有一定的市场份额和生存空间。

一、我国民间借贷的现状及特点

（一）民间借贷的现状

在中国改革开放经济快速发展的三十余年中，民间金融虽在金融资源中份量不大，但贡献不小，在一定程度上缓解了社会信贷资金供求之间的矛盾，提高了金融配置的效率，成为了正规金融重要的补充。

目前在中国，通过股市和债市的直接融资比重较小，主要是通过商业银行借贷的间接融资方式。而长久以来的通货膨胀压力迫使央行将准备金率提到了历史高位，并严格控制银行信贷规模，正规金融市场的数量控制措施使资金供给更为稀缺[1]。国家利率政策的调整和农户小额信用贷款难的现象都在促使着中国民间信贷的发展。由于民间信贷手续简单、放款速度快等优势，近年来，民间借贷市场更趋活跃，呈现出借贷规模扩张化、借贷用途多样化的特点。据中国信贷网研究发现，在长三角和珠三角一带的民间借贷无论从规模和利率方面都开始疯长，此外，一些不发达区域的民间借贷也开始蔓延，并呈现出迅猛发展的状态。尤其是 2011 年以来，“民间借贷”比较活跃，在一定程度上缓解了部分中小企业的融资困难。但民间借贷存在着信贷风险难掌控、资金流向难检测、债务纠纷易发生等潜在的风险，同时也潜藏着不可忽视的金融风险。总之，现阶段我国的民间借贷存在着很多问题（温州民间借贷危机便是一个很好的例证），亟须相关部门加强监管。

（二）民间借贷的特点

现阶段，民间借贷主要具有一下特征：

1、参与主体的广泛性。

参与主体包括城镇居民、个体工商户、民营企业主、农户及一些企事业单位的工作人员。其中，借款者大多是个体工商户和私营企业主，放款者以资金富裕的工商户和企业主为主。

2、资金来源的广泛性。

由于民间借贷参与主体的广泛，其资金的来源也具有广泛性。不但包括农户、个体工商户和企业的自有资金，甚至私募资金、信贷资金、海外热钱等也涵括在内。

3、借贷方式的灵活性。

为了缩短资金到位的时间，提高资金的使用效率，民间信贷以现金交易为主，而且交易方式灵活，一般没有抵押物，有的只是口头协定，有的是打借条。尽管近年来民间借贷的手续日趋规范，但是与正规的借贷相比其手续仍为简便。

4、借贷形式的多样化。

传统的民间信贷形式，主要包括互助会、商会、民间放贷、银行背书、企业集资、私人钱庄、当铺等。随着社会的不断发展和人们生活方式、消费方式的变化，民间借贷在形式上也出现了一些颇具时代特色的形式，如以俱乐部为代表的会所兼有民间借贷和互联网聊天室完成的民间借贷等。

5、借贷金额扩大化。

私营企业主特别是规模较小的企业由于达不到银行贷款的条件，纷纷采取民间借贷以满足经营资金的需要，致使民间借贷金额由小额逐渐向大额转变。

6、借贷期限长期化。

随着民间借贷用途的变化，即从保障性质的互济互助转向商业性质的资金融通，借贷期限也随之发生变化。当前，民间借贷期限多为一年或一年以上。

7、借贷利率市场化。

在目前情况下，民间借贷除了极少部分贷款不计算利息或者仅参照银行贷款利率之外，其利率都是随行就市，且一般高于银行的贷款利率，特别是为了投资而产生的民间借贷，比银行贷款利率要高出很多，更有一些民间借贷是属于非法的高利贷。

二、民间借贷对中国经济的积极影响

（一）促进了非公有制经济的发展，优化了市场机制

在我国，由于正规借贷主要服务于国有经济成分，而广大的个体私营企业、中小企业等带有新兴市场经济色彩的非公有经济却得不到正规借贷的支持。民间借贷的存在使一部分资金流入到新兴的市场经济领域，在一定程度上为非公有制经济的发展提供了有力的资金支持，为我国市场经济体制的发育创造了条件。促进了非公有制经济的发展，优化了市场机制。

（二）解决了农村市场对资金的大量需求，促进了农村经济的发展

目前，我国大部分农村的生产组织依然保持着传统农业的特点：经营规模小、劳动生产率低、资金盈利低，因而农户的收入一般不会很高，抵抗意外风险的能力也较弱。若遇天灾人祸，农民就有可能陷入入不敷出的境地，导致农民在生活与生产等方面举债不可避免。在正规途径无法满足农户资金需求的情况下，农民只能求助于民间借贷。因此，民间借贷在一定程度上解决了农村市场资金的需求，促进了农村经济的发展。

（三）为民间资金提供了方便、快捷的投资渠道，拓展了经济增长的空间，提高了资金利用的效率

首先，民间借贷一般具有较高的利息，通过民间借贷投资人可以获得比从存款利息更高的回报。其次，民间借贷更加充分的利用了民间的闲置资金，提高了资金的利用率，为经济的发展提供了更多的资金。再者，民间借贷与正规借贷之间存在着一定的互补关系，在一定程度上弥补了正规借贷的不足。同时民间信贷运作效率高、交易方式灵活、手续简便、交易成本低等优势为正规的借贷提供了改进方向。

（四）遵循市场规则配置资源,客观上对促进经济结构调整有积极作用

一是促进了中小企业的发展。中小企业的发展壮大，对于拾遗补缺、方便生活、促进生产、扩大就业、迅速提高我国落后的生产力水平有着重要的战略意义。二是促进了产业产品创新，推动了具有区域特色的产业和产业集群的形成和发展，一定程度地转变了我国区域经济结构趋同的趋势。

三、民间借贷对中国经济的消极影响

由于民间信贷缺乏相关法规和制度的规范、约束，其中的“高利贷”、“高息集资”现象，冲击了经济金融发展的正常秩序，存在着较大的隐形风险和危害[2]。

（一）体外循环资金的存在严重干扰了金融秩序和金融市场，降低了国家宏调控的效果

自发的、无规则的民间借贷行为，严重冲击了金融市场的秩序，形成影响银行、信用社等正规金融机构经营的隐患。由于民间借贷资金分散，借贷行为隐秘，数据来源不一，即使作为权威机构的人民银行也只能抽样调查，不能准确掌握民间借贷规模、区域分布、流动特点等，造成我们无法统计民间借贷的数据。民间借贷行为不受国家货币信贷政策和产业政策制约，更加大了民间借贷的监测难度[3]。同时，民间自由利率的不完全性和逐利性使金融市场反映失真，一定程度上削弱了国家的货币政策执行的力度，影响了宏观调控效果。

（二）民间借贷造成了国家税收的流失，损害正规部门的利益

民间借贷活动本身具有隐蔽性，管理缺乏规范性，游离于国家工商。税务部门之外，造成营业税、所得税等税款难以征收，引起国家税款的流失[4]。同时，民间借贷的存在直接减少了银行的资金来源，加剧了金融机构的吸收存款的竞争。而且，为了偿还利息较高的民间借贷债务，部分借款人从正规金融机构借款偿还从民间的借贷的资金，无形中间接加剧了正规金融机构的信贷资产风险，危害正规金融部门的效益。

（三）民间借贷在一定程度上加重了企业负担

许多企业从民间借的资金的利率水平一般都比银行同期利率高，企业高息负债后，财务支出进一步加大，降低了其自身的利润空间。收益率比较低的企业容易形成资金使用的恶性循环，影响企业今后的发展，加重企业的负担。

四、民间借贷存在的问题

我国民间借贷乱象丛生[5],存在很多问题，形势不容乐观，主要体现在一下几个方面：

（一）法律保护缺乏和监管缺位，容易引发民事纠纷

民间借贷具有分散性和隐蔽性，对其监管难以深入进行，没有法律保护和监管约束，其在组织方式、运作机制、对当事人的约束、抵押担保等方面具有许多不规范的特征，随意性较强。民间借贷通常具有较高的利息收入，在农户缺乏有效投资渠道、存款低利率与高物价的驱动下，民间借贷的“高利诱惑”往往能积聚大量社会资金，但是民间借贷的高利率容易引发借款人的道德风

险，致使资金到期无法偿还，从而引起债务纠纷，严重的甚至酿成治安事件，危害社会安定。

（二）民间借贷多为短期行为，不利于企业自身与地方经济长期稳定发展

民间借贷立足借贷双方的个人关系，一般只用于弥补短期的资金缺口，资金供给和使用依附于短期的经济关系，对于长期的市场变化缺乏预测。市场的波动以及经营中的未曾预计的种种因素的出现，都会影响借贷关系的顺利完结。由于借贷双方均为短期行为、缺乏长期的计划，资金链可能随时断裂，不利于企业自身与地方经济长期稳定发展。

（三）单笔金额小，资金合力难以形成

从民间借贷的单笔金额来看，最小仅几百元，一般也只有几千上万元，几十上百万的单笔借贷很少，相对于企业筹建或扩大再生产几百上千万的资金需求，规模明显偏小，资金合力难以形成。

（四）民间借贷容易引发资金恶性循环

民间借贷方便、快捷，是解决资金短缺的有效手段。但在解决资金需求者当务之急的同时，如果资金借入者生产经营出现问题，难以按时清偿债务，又以民间借贷方式借入资金、偿还旧债，便会大大增加借入者的资金成本，影响其信誉，引起借贷双方的债务纠纷。同时如果民间借贷与银行信贷相结合，容易让银行误解企业的资金状况，从而做出错误决策。

五、应对措施

针对现阶段我国民间借贷存在的一系列问题，我们可以采取以下措施：

（一）加强监管，定期监测民间借贷发展态势，规范民间借贷的操作行为

民间借贷在民营经济中较为活跃，其融资规模、融资方式随经济的发展不断改变。对民间借贷发展，重点是加强监测、引导和规范。这需要加强对社会融资总量的监测和调控，对民间借贷的总量、利率、投向等动态跟踪把握。央行可牵头与农信社合作，加强各金融机构之间的协调沟通，共同建立民间借贷的监测体系，全方位了解民间借贷资金流动和利率定价，对高危民间借贷行为和风险及时发出预警，降低民间借贷信用风险，规范民间融资渠道。同时加大民间借贷信息点的设置密度，全面、定期采集民间借贷活动的有关数据，及时掌握民间借贷的资金量、利率水平、交易对象，全面分析民间借贷的社会效果，将民间借贷行为纳入金融宏观调控体系。

（二）完善政策供给，大力优化金融产业布局

我国目前缺乏对个体、私营、中小企业的融资渠道，以及金融产业布局不合理，使得中小企业、个体、私营企业和农民等金融需求得不到满足，是民间借贷形成和活跃的制度性原因。首先要实现金融服务的多层次和差异化，完善政策和制度供给，建立针对中小企业和个体、私营企业需要的投融资渠道和制度，对个体、私营经济开放资本市场。其次要积极创新中小企业债务融资的工具，使中小企业、个体、私营企业可以从债券市场上得到筹融资机会。再次要创建风险投资公司或产业、行业风险投资基金，并采取措施逐步使私募基金合法化。实行“高风险高收益”的民间金融服务，为敢担风险者提供投资渠道，为中小民营企业的创业提供资金支持。

（三）强化利率管理，建立利率定价机制，遏止民间借贷中的“高息”投机行为，进一步规范民间借贷

发挥民间借贷的积极效应就要建立民间借贷利率定价机制，确定民间借贷合理的利润空间。贷款利率浮动空间的放开，商业银行贷款利率浮动也没有上限，因此，央行要结合利率市场化和

民间借贷的风险分布，根据不同地区、不同产业、不同行业、不同规模企业和个人经营的盈利空间来确定民间借贷合理的利率范围。在此基础上通过建立预警机制，发布民间借贷行为指引，规范民间借贷利率定价，遏止民间借贷中的“高利贷”行为。

（四）改善金融服务，疏通融资“瓶颈”

民间借贷在活跃地方经济的同时，反映了银行金融服务的不足。当前正规金融服务体系要学习民间借贷的优势和长处，改进金融服务，疏通、扩展正规金融服务渠道，让民营经济和欠发达地区充分享有金融服务的机会，以压缩“高利贷”和地下钱庄的市场空间。

（五）深化经济金融体制改革，化解民间信贷风险

近年，国内民间借贷市场的迅猛发展，其潜在的风险也有所积聚。在此情况下，去年年底以来，以温州为代表的部分地区启动了金融综合改革，从区域层面探索实施一系列政策措施，引导当地民间金融规范发展。从改革的效果看，民间借贷的风险并未明显缓解，新的问题仍不断涌现。同时，相关政策对于长期以来存在的投、融资渠道狭窄，民间资本的不平等市场地位等体制性问题涉及甚少。长远来看，要从根源上化解民间借贷风险，启动深层次的经济金融体制改革势在必行。

总而言之,在负利率以及紧缩货币政策下,对于当前空前活跃的民间借贷,不仅需要完善监管,加强对民间借贷市场的规范,更重要的还在于如何更大程度地改革不合理的金融法律制度,筹谋放开对金融市场严格管制之道,以期挤出房地产泡沫,减弱整个经济对房地产的依赖性,尽最大可能避免引发系统性金融风险,保障国家的金融安全及社会稳定。

参考文献

1、韦熙：《中国民间借贷的现状和出路》,《西南财经大学硕士学位论文》, 2012 年 12 月 3 日。

2、方剑锋:“民间借贷的现状分析与法律思考”,《山西法制报》, 2012 年 5 月 15 日。

3、丁慧敏、方熙梓、刘佳博、林华香等：“民间借贷的现状与分析”,《潮汕新闻》, 2012 年 09 月 18 日。

4、中国工商银行城市金融研究所课题组：“利率市场化与同业定价协调机制”,《金融时报》, 2012 年 11 月 12 日。

5、李路：《打破金融改革桎梏化解民间借贷风险》,《上海证券报》, 2012 年 12 月 7 日。

存款人的利益保护

安徽国伦律师事务所　刘晓莉

摘　要：存款人是金融市场存在和发展的基础，存款人的存款是我国资本市场资金的主要来源。虽然我国的立法明确规定了对存款人的保护，实践中也通过各种方式尽量避免存款人遭受损失，但随着东南亚各国金融危机的爆发,大批金融机构的破产倒闭,以及我国出现的几起金融机构破产清理事件,使我国对存款人利益保护的缺陷是益显现出来，也使得存款人利益保护问题成为人们再次关注的焦点。通过对我国现存法律法规对存款人利益保护和现存隐性保险制度的分析、检讨，尝试从几种不同的角度出发提出一些建议，以求促进我国显性存款保险制度的建立和存款人利益保护的完善。

关键词：存款　社会责任　金融监管　存款实名　存款保险

随着改革的深入， 我国金融体系中潜在的风险正在逐步暴露，先后发生了中银信托投资公司、中国农村发展信托投资公司、海南发展银行以及 34 家城市信用社等金融机构由于经营风险巨大而被行政关闭的事件，以及其他一些城市和地区金融机构的信用危机和挤兑事件，这些事件表明保护存款者利益、维护金融体系的稳定的任务已经提上了议事日程。在所有吸收居民存款的金融机构中，商业银行所经营的存款业务范围和种类最全面、最具代表性，因此，本文论及金融机构时，主要从商业银行角度出发。

一、保护存款人利益原则的确立及意义

存款是指存款人在银行等金融机构帐户上存入的货币资金。存款有时被理解为“存款业务”，即银行等金融机构收受存款人的货币资金，而对存款人负即期或定期偿付义务。吸收各类存款是商业银行负债业务的最基本部分，同时也是商业银行资产业务的主要基础，直接影响银行的经营规模和经营水平的高低。

（一）存款对银行和存款人都有着非常重要的意义

银行的负债主要由存款与借款构成,而其中存款是最主要的。一般而言,存款占银行总资产的比重约在 70%至 80%之间。虽然现阶段在金融创新中出现了各种金融衍生工具,使得不以银行为中介的各种直接融资增加,在发达国家银行的总资产中,存款的比例有所下降,但存款仍占其总资产的主要部分,更不用说像我国这样发展中国家了.银行扩大资产规模和为客户提供更为全面、全新业务的基础是存款。因为存款具有流动性强、成本较低、联系客户最为密切等特点,银行资产规模的扩大离不开存款,创新业务诸如中间业务之类也必须以存款为基础。因而在我国,存款对银行的意义更为重要。也就是说,正是因为存款人的存款行为,才使银行具有了从事信贷业务的资金来源。如果没有存款,银行的一切经营活动都将失去其基础银行的经营就会成为无源之水和无本之木。而另一方面，银行的巨额存款是居民的今后生存发展所在，对于他们意义十分重大。我国居民绝大多数把剩余的资金存到银行，而不是从事其他投资方式，他们不相信股市，因为股市不成熟、不完善风险太大；而其他的投资方式如基金，知识还未普及，居民认识不够也缺乏市场.

正因为存款有上述重要性，存款行为才一直被积极的进行着。但存款也潜伏着巨大的风险。一般来讲，存款风险是伴随银行经营而产生的。因此,按照银行经营的具体过程与结果,我们可以

将存款风险分为两类。第一类,银行经营存款业务中的风险。第二类,银行经营失败、破产倒闭的风险。这两类风险的发生不仅会影响银行的经营状况,更会损害存款人的利益。因此,若想保护存款人利益,稳定金融秩序,必须一方面预防这些风险的发生,另一方面采取措施应对、化解存款风险。由此可见保护存款人利益的重要性。

(二)保护存款人利益原则

银行法的基本原则具体有以下四个基本原则:维护货币政策的稳定并保障其实现,促进资金流动的有效性和完全性,维护存款人的合法权益,维护国家主权和尊重国际惯例等原则。对整个社会来说最重要的是让银行发挥其应有的职能,维持货币的稳定,促进经济增长,为了保证这些目标的实现,就必须以上述四为银行法的项基本原则。之所以以此为原则是因为:对银行而言最重要的是保障资金的流动性和安全性、效益性;而对储户即存款人而言,最重要的是要保证存款的安全和自身的合法权益。

世界各国都将保护存款人利益做为银行一项重要的经营原则。把维护银行存款人的合法权益确立为中国银行法的一项基本原则,目的是为了以法的形式强制性地要求各类银行必须以维护其存款人的合法权益为经营宗旨。保护存款人利益作为银行法的基本原则有利于规范金融活动、完善金融监管的基础性措施,对于维护金融秩序、有效保护存款人的合法权益具有重要意义。

二、银行与存款人关系的性质是合同关系

关于银行与存款人关系的性质,我国法律并没有明确规定,但是,从法理上及实践上可以看出这种关系的本质是契约关系,也即存款合同关系。所谓存款合同,是存款人和商业银行等存款机构之间订立的明确相互间权利义务关系的协议,根据这一协议,存款人有义务将货币资金存入银行,而银行则有义务归还本金并支付利息。[1]

(一)存款合同的表现形式

在实践中,存款合同主要表现为进账单、对账单和存单,其中最基本最重要最常见的便是存单。存单是由银行出具给存款人的存款凭证。从本质上说存单是一种有价证券,因此存单中存款的支取以占有存单为前提,即支取存款时,存款人要持有存单并向银行出具存单。存单若有遗失,须及时拿本人身份证件向原存款银行挂失止付。存单可进行转让流通,可以作为质押物设立质押担保。

(二)存款合同的性质

关于存款合同的性质,目前在我国法律中尚未有法律上的明文规定,学界也争议颇大,认为它是一种受委托或代理合同、消费寄托合同、消费信贷合同等于一体的混合合同。[2]本文作者赞同此观点。

(三)存款合同的特征:

第一、存款合同是无名合同,即存款合同不属于法律所明文规定的有名合同;

第二、存款合同是格式合同,也即存款人与银行签订的存款合同是银行事先单方拟订供所有存款人使用的,存款人可以在几种合同中选择一种,但不可就合同内容与银行进行协商。 由此可以看出,银行是该格式合同中具有优势地位的一方,作为弱势的存款人一方是被保护的对象。

第三、存款合同是要式合同,即存款合同必须采用书面形式;

第四、存款合同是实践性合同,即存款合同的成立不仅要求在当事人双方合意的基础上,还必须有款项的交付。

三、现存保护存款人利益的措施

（一）有关存款人利益保护的直接法律规定

商业银行的资本大量来自公众存款，因此，对存款人的保护，成为商业银行法的一项重要内容。 我国《商业银行法》是规范我国存款性金融机构的基本法，我国有关对存款人保护的直接规定都集中于《商业银行法》中。该法第三章作了“对存款人的保护”的专章规定，以确保存款人利益。

1、保护存款人利益的一般原则。

《商业银行法》29 条：商业银行办理个人储蓄存款业务，应当遵循存款自愿、取款自由、存款有息、为存款人保密的原则。

2、对存款人的保密义务及例外规定。

《商业银行法》29 条第二款、30 条：对个人储蓄存款，商业银行有权拒绝任何单位或个人的查询、冻结、扣划，但法律另有规定的除外。对单位存款，商业银行有权拒绝任何单位或个人的查询，但法律、行政法规另有规定的除外；有权拒绝任何单位或个人冻结、扣划，但法律另有规定的除外。

3、依法公告存款利率。

《商业银行法》31 条：商业银行应当按照中国人民银行规定的存款利率的上下限确定存款利率并予以公告。

4、存款准备金与备付金。

《商业银行法》32 条：商业银行应当按照中国人民银行的要求，向中国人民银行交存存款准备金，留足备付金。

存款准备金从广义上讲是指银行为应付客户提取存款的需要而必须保持的最低限度的准备金。存款准备金最初是银行自发留存的,但由于银行为追求利润最大化,往往采取了将更多存款资金运用于其负债贷款业务而保留最少准备金的方法,一旦发放的贷款不能按时收回,便可能发生存款人存款不能兑付进而引发挤兑的现象。而挤兑的发生,不仅损害存款人利益,而且引发社会动荡。为保证存款人的利益并保障社会经济秩序稳定,中央银行便按照法律所赋予其的职权,要求商业银行等金融机构在其存款总额中按照规定比例向中央银行所设账户缴存存款准备金,作为存款人利益保障的最低资金界限。由于存款准备金是中央银行依据有关法律收缴的,故称之为法定存款准备金。法定存款准备金制度的确立,在加强中央银行的宏观信用调控能力、加强商业银行支付能力的同时,也有利于保护存款人利益。因此,其更看重的是保持银行资产的流动性,提高银行的清偿能力,防止因挤兑所引发的银行倒闭事件的发生,从而保护存款人的利益。因此,法定存款准备金制度,并不能从根本上解决银行破产倒闭之后存款人利益的保护问题。 银行倒闭后存款人的保护还要靠存款保险制度来完成。

备付金主要由商业银行存现和中国人民银行存款组成，它是维护存款人取款自由权利的保障。

5、保证存款支付。

《商业银行法》33 条：商业银行应当保证存款本金和利息的支付，不得拖延、拒绝支付存款本金和利息。

除了上述规定外，《商业银行法》还规定了银行违反这些法律规定的法律责任，根据具体情节，所承担的法律责任有民事、行政、刑事不等。

毫无疑问，这些规定确实在保护存款人的利益方面起到了一定的作用，但这些规定确认的是

存款人和银行作为平等的存款合同双方当事人之间的债权债务关系。依据这些规定使存款人存款本金和利息的给付请求权得以实现的前提在于作为债务人的金融机构具有对存款人支付存款本息的履行能力，并且其仍保有完全的民事主体资格。换句话说，即在该金融机构由于支付危机导致履行不能，或由于破产、解散、被撤销（关闭）丧失民事主体资格时，存款人就无法援引上述规定实现自己的给付请求权。而在目前，我国正步入金融风险的高发期，金融业不仅面临着一般性金融风险，还存在着由于经济转型、体制转轨导致的体制性金融风险。各种损失和风险被累积，金融机构支付危机或市场退出的可能性逐步增大，从而构成了对存款人利益的最大威胁。

可见，在我国这样一个高储蓄的国家里，有关存款人利益保护的直接法律规定，忽视了存款的特殊性以及在社会中的特殊地位，使得现行的规定在金融机构发生债务履行危机或破产、关闭清算时，难以发挥积极的保护作用。这也迫使权力机构在处理问题机构时，通过国家行政权力对存款债权债务关系的直接干预，超越法律规定为存款人另行提供保护。国家承担了依法本应由存款人负担的损失。这种做法实质上体现出，国家作国金融机构的后盾，对存款人利益进行了绝对保护，实行着隐性的潜在的对存款的国家信用担保。对于问题机构危机处理主要是采取“行政关闭、指令性托管”或“安排健康机构合并问题机构”为主的方式，运用行政手段完成问题机构的硬性合并或关闭。风险不但没有化解，反而被转移、逐渐地累积。

因此，需要加强和完善立法及制度建设，以达到真正保护存款人利益、控制风险、化解风险，从而保证政府行为的科学性、合理性、正确性。

（二）存款实名制

中国人民银行于 2000 年 4 月发布个人存款账户实名制规定，凡居住在境内的 16 周岁以上的中国公民，在有关金融机构开立个人存款账户或在原账户上输第一笔存款时，必须持真实有效证件，填具真实姓名。[3]所谓个人存款账户实名制，是指个人在金融机构开立存款账户办理储蓄存款时，应当使用本人法定身份证件上的姓名及其证件号码，以确定其对所开立账户上的存款享有所有权的一项基本制度。

1、国外相关规定。

存款实名制在国际上相当普遍,欧洲早在 20 世纪初、美国也从二三十年代就开始实行了。国外实名制在要求存款人使用真实姓名的同时,还将赋予每个人一个独一无二的号码,欧洲国家称之为“社会信用号”,美国称之为“社会保障号”在亚洲,韩国、日本、新加坡等国及我国香港、台湾地区均已实行储蓄实名制。例如香港,实名制分为两种情况:一种叫单名制,就是储蓄者本人带有效证件去储蓄,另一种叫联名制,即储蓄者委托他人为自己代办存款业务,但需要一份授权委托书,写明受权人的权限范围,并要有双方身份证明。存款实名制,已成为各国调整社会收入、规范金融秩序、加强金融管理的常规手段之一。

2、实行存款实名制的意义。

实行个人存款账户实名制，有利于存款人在遗失存单时切实行使挂失权，便于定期存款的提前支取，减少因同名同姓而引起的存单纠纷，从而最大限度地保障存款人的合法权益。同时，实行个人存款账户实名制有利于健全社会信用制度，对防范金融诈骗，规范金融机构的经营行为，强化金融监管也将起到积极的作用。实行存款实名制,不仅对保障存款人利益、完善税收体系,强化财政调控作用，加强廉政建设，防范腐败、治理公款私存等具有积极意义,而且对我国金融业发展将产生深远影响。

3、对存款实名制的完善。

实名制在我国实施并不完善,还存在许多亟待解决的问题,我们可以借鉴国际上实施存款实名

制的成功经验,完善配套技术、硬件设施、法律制度来支撑它，从而健全实名制度。

（1）严格为存款人保密

为储户保密是金融机构办理个存款业务的一项基本原则,《个人存款帐户实名制规定》对金融机构为个人存款帐户保守秘密等做出明确规定。银行要加强对员工行为的约束,为储户严守秘密，同时，杜绝司法部门越权调查的现象，以保护广大存款人的合法权益。要明白，储蓄保密制度与储蓄实名制是不相抵触的。

（2）完善技术系统

存款实名制以全国电脑联网为前提。我国就单个商业银行来说,其内部业务系统已基本实行计算机联网但各商业分行之间、及其与其他存款机构（如邮政储蓄、信用社等）的计算机联网仍不充分。因此,加快各存款机构的计算机联网步伐,是真正落实存款实名制的一个重要技术保障。

（3）加强法治

实行存款实名制，需要制定落实相应的法律法规。在国外，许多国家都制定了与储蓄实名制有关的银行责任法律。相比之下，我国实名制法规还不健全，应建立相应的法律法规体系，完善相关的配套实施细则，如建立《为存款人保守存款秘密的制度》、《泄露存款人存款秘密的惩治制度》、因案件调查需要的《查询、冻结存款人存款帐户的制度》等，以增强储蓄实名制的可操作性，促使银行储蓄存款运作的规范化、制度化，切实保障储户的合法权益，保证居民个人的合法财产不受侵犯。

（4）推进银行制度建设，缓解金融风险

实行存款实名制，应推进商业银行的资产负债比例管理和风险管理，加强内控制度建设，大实行存款实名制,应推进商业银行的资产负债比例管理和风险管理,加强内控制度建设,大幅降低不良资产,以提高信贷资产质量和运作效率,增强其抵御金融风险的能力,从而提升整体竞争实力。同时,继续采取积极的扩张性财政政策和稳健的货币政策,适当扩大货币供应量,缓解通货紧缩,以启动消费,增加投资,扩大内需,进一步改善外商投资环境,增加出口,确保人民币汇率稳定,避免资本外逃,防止资本流失。

（三）金融监管

由于存款人的数量众多,且资金分散,单个存款人由于能力问题而无法监督银行的经营行为，或者由于监督成本过高而放弃监督权。最主要的对策便是,银行业监管机构代表广大存款人行使监管权，以确保存款人作国债权人的权益得到保证。银行监管是防范系统性风险的第一道防线。金融监管重要的任务是维护金融稳定和安全，维护广大存款人利益，保护国家利益，维护正常的信用秩序和金融秩序，维护公众稳定和社会稳定。

目前我国的金融监管现状是:缺乏系统性的市场退出机制。金融监管是一个包括市场准入监管、运营监管及市场退出监管的立体性工程。然而，在我国银行法律的构建方面，却缺乏系统性的市场退出机制，如没有相应的存款保险制度及比较可行的破产法律制度。在实践中，对有问题银行的处置措施往往是采取接管、关闭等做法。这种局面无疑与金融法治的要求相差甚远。

我国在新的监管立法时还需注意一些技术方面的问题。首先，我们必须建立健全合理的、国际通用的会计标准，它是金融监管的必要条件和重要保证；其次，金融法律法规即要规定其从事业务活动的行为规则，更要规定具体的实施细则，真正做到法律法规的可操作性；再者，完善监管主体自身建设的制度,监管主体自身建设的制度化和规范化,关系到整个金融监管实施水平的提高，我们的监管立法刚刚起步，即要学习外国先进的立法经验，也要符合我国的国情。[4]

四、完善存款人利益保护——存款保险制度

所谓存款保险制度是指为从事面对公众的存款性业务的金融机构建立一个保险机构,各机构成员向保险机构交纳保险费,当成员金融机构面临危机或经营破产时,保险机构向其提供流动性资助或代替破产机构在一定限度内对存款者给予偿付的制度。建立存款保险制度的核心是为金融体系提供一张安全网,防止个别银行的危机扩散到其他银行而引起银行恐慌和金融危机,并且还有助于保护存款人利益,维护公众对银行体系的信心。

1、存款保险制度的历史发展。

存款保险制度是直接针对银行挤兑或倒闭而设计的,最初目的是保护存款人利益,真正意义上的存款保险制度产生于 20 世纪 30 年代的美国,当时美国发生经济危机,很多银行纷纷倒闭,公众对银行体系产生了信任危机,银行体系濒临崩溃,于是,美国依据 1933 年《格拉斯——斯蒂格尔法》第 12 条 B 款创办了联邦存款保险公司(FDIC),并在 1950 年出台了联邦存款保险法,建立起正式的存款保险制度。随后,全球许多国家或地区都参照美国的存款保险制度模式,相继引进或建立了制度化的存款保险计划。[5]此后在 60 至 90 年代,菲律宾、德国、加拿大、黎巴嫩、日本、英国、比利时、智利、西班牙、阿根廷、荷兰、法国、瑞士、意大利、韩国及我国台湾省都以美国为蓝本纷纷建立了自己的存款保险制度.尽管仍然存在反对建立存款保险制度的声音,但是从目前的国际情势我们不难看出:虽然存款保险制度的内容体系和具体运作在各国不尽相同,其建立却已是各国基于其维护存款者信心,保证金融秩序方面所具备的功能的共识和理智选择。

2、建立存款保险制度的意义。

建立存款保险制度的基本理念是存款人利益中心主义,通过保护存款人的利益,维系其对金融体系的信心,藉以达到稳定金融秩序等公共目标。实行存款保险制度,有利于保护广大储户的利益。储蓄一直是中国居民首选的金融投资方式,而作为信用中介的银行,其基本特征是高风险性和不稳定性。这使得存款人的利益有可能得不到保障。建立存款保险制度,在银行发生危机时,对存款人的存款提供补偿,可以保护存款人特别是大多数中小存款人的利益,维护其资金安全,保证社会稳定。

3、关于我国的存款保险制度。

国际上一般将存款保险制度划分为显性(Explicit)和隐性(Implicit)两种。显性存款保险制度是指以法律的形式明确说明或正式建立存款保险机构(或者保险基金)的存款保险制度;隐性存款保险制度则没有法律说明或者正式的保险机构提供保险,但往往在事后由政府或者中央银行提供兜底保护以确保存款人的利益。[6]目前,我国实行是的隐性存款保险制度,并且理论与实务界就显性存款保险制度在我国的应用——必要性、可能性、具体设计等问题正在展开广泛的探讨。实践表明,建立存款保险制度,有助于金融体系的稳定,并保护只具备少量金融知识的存款人利益,但若设计不当,会降低市场约束,增加道德风险。

存款保险制度能够从制度机制上保证对存款人利益的保护,从而减轻存款人对银行的挤兑,减轻银行业面临的巨大压力,在一定程度上减缓金融危机和银行危机,为危机的解决提供必要的外部环境,美国联邦存款保险制度的建立已经证明了这一点。世界各国的存款保险制度的实践表明,存款保险制度是处理银行倒闭,保护存款人利益,维护金融体系稳定的有效选择。但同时也要注意到,设计不当的存款保险制度存在风险,所导致的道德风险、逆向选择和委托代理等问题困挠制度的实施,影响制度的绩效,甚至给整个金融系统带来负效应。因此,我国在设计并建立存款保险制度之前,应该深化体制改革,加快改革步伐,用创新性思维解决各种原有疑难问题以及改革过程中出现的新问题,为存款保险制度的推出创造良好的制度环境;同时也要加强对存款保险制度的研究,探索存款保险制度风险控制以及适合我国国情的制度设计,为将来我国存款保

险制度的推出做好技术准备。

综上所述,存款保险制度有效地解决了银行挤兑问题,遏制了银行的系统性风险,维护了金融体系的稳定,还有利于营造公平竞争的市场环境,完善银行的市场退出机制,从而提高金融业的效率,并且作为金融监管体系的一部分,为防范和化解金融风险发挥了不可取代的作用。虽然该制度也产生了一些负面影响,比如道德风险和逆向选择,但是这些负面效应可以通过制度的设计与执行而得到有效的控制。由是我们认为制度创新刻不容缓,建立我国的显性存款保险制度势在必行。

应该说,我国建立存款保险制度已经具备了一些条件。比如:我国经济稳定发展,主要的金融机构改革基本完成,金融风险初步得到控制,金融运行总体平稳,金融机构的内部控制体系、风险控制和市场约束机制也不断完善,各项金融活动逐步走上法制化的轨道。此外,证券业和保险业保障基金制度的顺利推出和成功运作也给存款保险制度的建立提供了可资借鉴的经验。最后,存款保险制度建设应与金融体制改革结合起来,以不断规范银行市场化退出机制,保护存款人权益,提高公众对银行业信心,维护国家金融稳定。

参考文献

1、施一飞、束景明《金融法教程》,立信会计出版社 2005 年版;

2、吴志攀著《金融法概论》,北京大学出版社 2000 年版;

3、徐放鸣、陈景耀、郑丹丹《撑起存款安全"保护伞"》,瞭望新闻周刊 2004 年 6 月 14 日第 24 期第 43 至 44 页;

4、王瑛《我国存款实名制亟待完善》,经济问题探索 2003 年第 5 期;

5、王自力《中国金融(半月刊)》第 16 期,作者系中国人民银行郑州培训学院院长。

律师伪证罪的缺陷和规制

安徽百大律师事务所　王克生 张善君

摘　要：基于防范律师在刑事辩护过程中辩护权的扩大和滥用，1997 年刑法第 306 条规定了辩护人妨害作证罪的罪罚（俗称律师伪证罪），但从九七年刑法生效实施后，在司法实践中我们看见的多是“达摩克里斯之剑”的滥觞，诸如李庄案、张耀喜案和北海四律师案等。笔者认为此种情况的原因是该罪条款在立法上缺陷以及追诉程序规制的缺乏，若想发挥“达摩克里斯之剑”的真正威慑力，必须在立法上对该罪作出明确科学合理的解释，同时也需要设定和完善该罪追诉程序。

关键词：辩护人　妨害作证罪　立法缺陷　程序　完善

1997 年 3 月 14 日全国人民代表大会第五次会议修订通过了《中华人民共和国刑法》，该法在其分则第六章第二节妨害司法罪的类罪中以法律条文的形式规定了辩护人、诉讼代理人妨害作证罪。此罪的设定目的是防范辩护人辩护权的扩大和滥用以维护司法秩序，但就其法律效果而言则是背离初衷，诸多辩护律师因此身陷囹圄，成为律师充分行使辩护权的阻碍，究其原因非为此罪之罪，而是此罪在立法层面上的缺陷和追诉程序缺乏规制，这需要在刑事立法和刑事执法过程中予以合理规制和完善。

一、刑法 306 条对辩护人妨碍作证罪的规定现状

（一）罪罚的规定

《中华人民共和国刑法》第 306 条规定，“在刑事诉讼中，辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据，帮助当事人毁灭、伪造证据，威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。辩护人、诉讼代理人提供、出示、引用的证人证言或者其他证据失实，不是有意伪造的，不属于伪造证据”。这是目前我国刑法对律师伪证罪的规定。

（二）犯罪构成解析

德国著名刑法学家费尔巴哈在十九世纪提出了犯罪构成的概念，犯罪构成是指依照刑法规定，决定某一具体行为的社会危害性及其程度，为该行为构成犯罪所必需的一切客观和主观要件的有机统一，是使行为人承担刑事责任的根据。[1]从犯罪构成的四要件说来看，对该罪可以从以下方面解析：

1、该罪主体是辩护人和诉讼代理人，是特殊主体。在实践中律师多承担此社会角色，因而该罪的主体主要是律师。

2、该罪主观方面是故意，且只能是直接故意。直接故意是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果而希望此种结果发生，而间接故意是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果而放任这种结果的发生。[2]律师在为当事人辩护的过程中第一任务应当是最大限度的保护当事人的利益，同时律师在辩护过程中也应当承担一定的社会责任，这种社会责任应该是以法律的规定为限的，如《中华人民共和国律师法》规定对危害国家安全的犯罪的举报义务，律师在辩护过程中对于其所知晓的对于当事人不利的危害性行为有权沉默，律师在辩护过程中的沉默行为除

非有法律明文规定为义务的情况下都不应当纳入刑事规范,此外辩护人也不可能冒着辩护失败的风险而对自己的当事人的危害性行为进行揭发,这是不具有期待可能性的。故在该罪的主观故意的理解方面应当为直接故意,间接故意情况下上述行为不应当纳入刑事规范。

3、该罪的客体是司法秩序。犯罪的客体是犯罪行为所侵害的社会法益亦是某种社会关系,该罪的立法目的就是防范律师的辩护权的扩张和滥用给司法秩序造成危害,律师伪证罪所侵害的客体是司法秩序。

4、该罪的客观行为多样。该罪在客观行为方面表现在:第一,律师在刑事诉讼过程中的毁灭、伪造证据的行为;第二,律师在刑事诉讼过程中的帮助毁灭伪造证据的行为;第三,律师在刑事诉讼过程中的威胁、引诱证人作伪证或改变证人证言的行为。

(三)该罪法律效果的透析

法律效果是指法律通过实施而实现自己的社会目的、价值或社会功能及其程度。[4]该罪在设定之初就是为了防止律师辩护权的扩大和滥用给司法秩序造危害,但从该罪在司法实践过程中的效果而言,却存在许多消极层面:

1、导致控辩双方地位失衡。我国在刑事诉讼模式上采用的超职权主义模式和当事人主义的混合,但仍然是以审判权为核心的。[5]在此种诉讼模式下,辩护权本身就是相对较弱的,辩护权很难在司法实践过程中形成对审判权等公权力的有效制约和监督,这容易导致司法专断,成为律师辩护职业的障碍。同时在实体法上给予律师辩护职业设定严格的规范性要求更是削弱了律师辩护权的实际作用,导致律师不愿辩护、不敢辩护,不能充分辩护。上述情况使得律师的辩护面临着制度上的不平等待,原本在职权诉讼模式下就不平衡的控辩双方地位越发失衡,这是一个法治国家不应该拥有的法律制度设计。

2、具有立法歧视之嫌,成为律师辩护事业发展的障碍。在刑事立法理论上,罪行法定主义要求立法者对于罪罚规定应当具体明确,以便于刑法规范的可预测。但是这种具体明确在具体类罪的规定上则是有所侧重的,我国在妨碍作证行为的刑法规范上是择轻避重的,轻在主体规范上逻辑混乱,重在行为规范上缺乏明确性和科学性。在妨碍作证行为上,我国对于辩护人设定专项的伪证罪在目前的各国立法中都是独一的,即使有对于辩护人的妨碍作证的行为进行刑事规范的国家中,在立法上都是将辩护人同司法机关工作人员归为同类行为主体,诸如俄罗斯刑事立法,即使在我国的刑法体系内部,这种绝对的特殊主体犯罪的罪名也只有此罪条款。这样的罪名设定给人的潜意识是律师恶,在无形当中给律师精神束缚,被缚的普罗米修斯不可能将光明之火带到人间,这是律师行业特别是辩护事业的发展的障碍。

3、罪的追诉程序缺乏规制,易成为职业报复的工具。根据我国的刑事诉讼法规定,律师作为辩护人在辩护过程中涉嫌该罪,应当由犯罪地侦查机关管辖,在实践中,这一般是与其所辩护的刑事案件侦查机关是一致的,这在某种程度上给侦查机关的职业报复提供了机会。同时,在一些地方侦查人员的的素质有待提高,浓厚的官本位思想会导致在某些情况下侦查人员容不下律师的不同与己的辩护意见,易产生职业报复现象。

根据全国律师协会的调查,自 1997 年刑法生效实施后到 2007 年止的 10 年间,我国共有 108 位律师涉嫌 306 条罪名被追诉,最终指控罪名成立的仅 32 起,错案率在百分之五十以上。笔者认为,从刑事规范的角度来看造成这种现象的原因是辩护人伪证罪的立法缺陷和追诉程序缺乏规制。

二、辩护人妨碍作证罪的缺陷

（一）立法缺陷

1、立法理念模糊。立法理念是立法活动的重要指导思想，刑事立法需要有科学合理的指导思想，我国的刑事立法理念是惩治犯罪保障人权，但是整体立法理想需要考虑不同情形下的平衡。辩护人伪证罪作为妨碍司法秩序罪的一个具体罪名，更多的是要考虑到该罪的设定是否具有科学合理的依据，基于每一个人都要对其自身行为负责的原则，律师应当对其在辩护过程中妨碍司法秩序的行为负责，但是这种责任并非都应该是刑事责任，如律师在辩护过程中的技巧性发问的行为可能会用到诱导方式，这种诱导式发问在实践中常常被纳入到“引诱”范畴，继而可能纳入到刑法规范当中，产生泛刑罚化的倾向。因此在本罪设定时缺乏科学合理的指导思想，对本罪的行为类型欠缺完善的考虑，立法理念模糊。

2、法律概念不明确。法律概念是指对具有法律意义的事务、现象、行为等进行抽象表达而形成的术语。[6]现代刑事立法的基本原则之一罪刑法定主义就明确要求法的明确性，这在很大程度上就要求构成法律条文的细胞-法律概念的明确性，明确性就要求法律概念本身外延尽可能小，刑法第 306 条对律师伪证罪的行为概念的表述上就很不周延，诸如"引诱”行为,同时对加重情节情况下的“情节严重”也缺乏明确解释。这些本身就不应当出现在具体罪名的规范中，除非以法律解释可以释明之。

3、体系解释缺乏逻辑。一部法律的科学性在一定程度上表现在其的内部体系是和谐统一的，但就律师妨碍作证罪而言，在我国刑法解释下就有诸多矛盾之处。从行为主体来看，律师是社会成员，律师的妨碍作证行为应当与普通公民的妨碍作证的规范程度是一致的，而在我国刑法规范中，公民的帮助作证行为只有达到情节严重时才予以入罪，同时在处罚的程度而言，公民的帮助作证行为是较轻的；就该罪的行为方式来看，公民不存在“引诱”妨碍作证的行为，即使在妨碍司法秩序的类罪中，其他特殊主体诸如公安机关工作人员、检察院工作人员和审判工作人员的“引诱”行为也是不构成犯罪的，只有律师在刑事诉讼中的“引诱”行为才存在伪证罪的可能；从该罪的行为时间上来看，该罪只能在刑事诉讼中产生，如果不是在该时间内，律师的妨碍作证的行为和帮助作伪证的行为也要追求为一般公民的伪证罪，这是对律师妨碍作证的行为存在重复规范的。从该罪的行为主体、行为方式和行为时间来看，刑法内部体系解释难自圆其说。

（二）追诉程序缺陷

1、案中追诉，不利辩护。在实践中，律师涉嫌伪证罪后，都会被采取刑事强制措施，其所代理的辩护案件也不得不停止辩护，这一方面导致被告人的合法权利不能得到及时有效的维护，另一方面也使辩护人对于原案的辩护突然终止，这容易形成案中案。

2、管辖重叠，易生报复。由于我国在刑事案件的立案管辖上采取犯罪地管辖的原则，因而在实践中，律师涉嫌该罪的管辖机关一般与律师代理的刑事案件管辖机关是同一的，这会给一些案件管辖机关及其工作人员利用职权报复律师提供了机会，加之该罪本身在立法上的缺陷，律师更容易产生被追诉的可能性。

3、举证规则，有违法定。我国刑事诉讼法的犯罪证明标准是“事实清楚，证据确实、充分”，证据也必须经过当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实，否则不能作为定案依据。而在实践中。律师涉嫌伪证罪都是在原案尚未认定犯罪是否成立的情况下，只是律师在原案的代理过程中涉嫌伪证就立即启动追诉程序，有的个案甚至先于原案判决定罪了，这是存在未审先定的嫌疑，这与现代刑事诉讼理念是相违背的，也是与我国的刑事诉讼法等相关规定相违背的。

三、律师伪证罪完善之思考

（一）立法角度

1、废除之可能性。一九九七年刑法颁布实施后，学界和律师实务界都对刑法第三百零六条的规定作出过探讨，有很大一部分人主张废除该条，此种呼声一直在持续。2011 年刑法第八修正案颁布实施，但是并未就该条作出回应，我想在目前我国的刑事立法指导思想没有大的改变的情况下，谈及该条的废除对于实践的影响是不大的；律师作为一种职业群体应当对其在职业中的行为承担责任，包括予以合理的刑事规范，律师在刑事诉讼中的妨碍作证行为只要具有社会危害性、刑事违法性和应受刑罚处罚性，其行为就应当受到刑罚规范，这也是符合刑事立法指导思想和刑事政策的。律师伪证罪的存在不在于其应不应该存在，而是其在立法上应当以怎样的方式表达、在刑事追诉过程中应当予以完善，笔者认为这是我国刑法 306 条所面临的最紧急的问题。

2、用修正案形式对该罪做限缩解释。刑法修正案是国家立法机关制定的对刑法典某一条文或某一部分进行修改的规范性文件。[7]与立法解释相比较，修正案方式对刑法进行完善只是对部分条文的修善，我国刑事立法存在立法粗疏、体系不够全面、技术不够规范等问题；[8]就律师伪证罪而言，部分法律概念用语模糊，不利于该罪的规范和适用，如对“引诱”妨碍作证的行为，“引诱”该怎样界定，“情节严重”是该罪加重处罚情节，什么是“情节严重”，这些在目前的刑法体系中没有明确解释，在实践中，很多律师被追诉大部分都是因为存在“引诱”方式妨碍作证行为的，在刑法本身没有释明的情况下，这就很容易被追诉机关滥用。笔者认为，这需要国家立法机关出台修正案对该罪的一些概念进一步释明，特别是“引诱”行为和“情节严重”的概念。在此，对“引诱”行为进行解释时应当将律师的诱导询问方式排除在外，进行缩小解释。

3、通过司法解释规范追诉行为。司法解释就是依法有权作出的具有普遍司法效力的解释，在我国司法解释特指由最高人民法院和最高人民检察院根据法律赋予的职权，对审判和检察工作中具体应用法律所作的具有普遍司法效力的解释。[9]司法解释在效力上低于立法解释但是其对于检察机关和审判机关在具体案件的适用上具有重要指导意义，因此在律师伪证罪的刑法适用方面做出科学合理解释有助于该罪的追诉和审判，特别有助于检察机关在追诉过程中避免追诉范围的扩大化。笔者认为，检察机关可以出台司法解释对于本罪的追诉机关、追诉的程序性事项等做出详细规定以指导实践。

（二）追诉程序之保障

1、设置合理的追诉时间。本罪应当在原案审结完以后追诉，律师涉嫌的伪证行为都是在原案的侦查起诉和审判过程中，在原案尚未审结的情况下就追诉辩护人的刑事责任不利于嫌疑人或者被告人的利益保护，同时也不利于律师辩护。笔者认为，律师伪证罪应当在原案审结完成后进行追诉。

2、完善回避制度。我国现行刑事诉讼法没有集体或整体回避制度的规定，根据属地管辖原则，律师伪证案一般是由辩护人承办案件的侦查机关追诉的，有时甚至由相同的案件承办人员办理。这种现象可能会随着 2012 年新刑事诉讼法的生效实施有所改变，该法第四十二条第二款规定，律师涉嫌伪证罪的应当由办理辩护人承办案件的侦查机关以外的侦查机关办理，这在事实上确立了律师伪证罪的管辖回避制度。但是以外的侦查机关究竟是哪些机关目前没有规定和相关解释，笔者建议以外的侦查机关应当由属地管辖的侦查机关的上级机关指定管辖，此外，在案件的追诉过程中，嫌疑人或被告人对于已经出现的违法管辖、不当管辖等问题，刑事诉讼立法应增加规定管辖异议制度，赋予当事人以管辖异议权，允许嫌疑人和被告人提出改变管辖的申请，并由上级公、检、法机关作出决定或裁定。

3、设置追诉的前置程序。我国刑事程序法不存在侦查权的司法审查、司法控制机制，侦查

权的行使缺乏有效的外部监督，因而，对于案件的立案前置程序的设定是非常重要的。根据我国刑事诉讼法规定，对刑事犯罪予以立案、启动追诉，均由公安、检察机关自行决定，但对于一些特殊性犯罪如律师伪证罪，决定了不能任由公安、检察机关自行启动追诉程序，否则就难以保障律师权益，难以维持正常的刑事诉讼结构。

在我国，由于人民法院是刑事案件审的审判机关，法院提前介入到该罪的审查是不符合我国目前的刑事程序制度的，但是完全由侦查机关自由裁量启动追诉程序也是存在监督缺位的问题，侦查权缺乏任何前置程序的制约，也无法保证案件的公正性。基于上述情形结合目前的律师管理体制，笔者认为，可以设置一个司法行政机关的行政认定前置程序，即先由各级司法行政机关对其所管辖的律师事务所律师的执业行为进行调查，对该行为是否构成违规、是否涉嫌犯罪作出行政认定，然后再交由公安、检察启动刑事追诉。设置这样一个前置程序，一方面可以充分发挥司法行政机关在行业管理方面的积极作用，另一方面也可以防止公安、检察机关对律师随意启动刑事追诉程序。

4、完善其他特别程序。在律师伪证案的追诉中，为防止侦控机关滥用强制侦查措施，对律师实施打击报复，有必要设置特殊限制，给律师以特殊保障。对于侦查机关的侦查措施，可以考虑利用侦查机关上下级之间的内部监督，来防止侦查权的滥用，即公安机关对律师采取拘留、搜查、扣押等强制侦查措施时，应报请上一级公安机关决定，对于检察机关在对律师审查批准逮捕时，也应报请上一级检察院批准。此外，在对律师实施搜查、扣押等强制侦查行为时，侦查机关应通知律师协会会长或其代表到场。对涉及律师执业特权的文件材料，律师协会会长或其代表有权先行了解，并对扣押提出意见。

小结：《中华人民共和国刑法》第 306 条规定的律师伪证罪存在刑事实体立法和追诉程序的双重缺陷，导致其在实施的过程中产生了诸多消极的法律后果，在法律实践过程中，应当对该罪作出科学合理的解释并且予以追诉过程的严格保护。随着 2012 年的新《刑事诉讼法》的颁布和今后相关法律制度的完善，律师行业的刑事辩护业务也应有完善的法律制度保障。

参考文献

1、高铭暄、马克昌《刑法学》，北京大学出版社 2011 年版,第 52-54 页。
2、陈忠林《刑法学》，法律出版社 2007 年版，第八章。
3、陈忠林《刑法学》，法律出版社 2007 年版，第六章。
4、付子堂《法理学初阶》，法律出版社 2006 年版。
5、陈光中《刑事诉讼法学》，中国政法大学出版社 2010 年版，第三章。
6、付子堂《法理学初阶》，法律出版社 2006 年版。
7、赵秉志《中国特别刑法研究》，中国人民公安大学出版社 1997 年版，第 42 页。
8、曾粤兴《刑法学方法的一般理论》，人民出版社 2005 年版，第 19～20 页。
9、付子堂《法理学初阶》，法律出版社 2006 年版。

论非法证据及其排除

安徽贾东峰律师事务所　贾东峰

摘　要：非法证据，是指有权调查收集证据的公安司法官员违反法定程序，使用违法手段获取的证据。随着诉讼文明的发展进步和人权保障意识的增强，各国对非法证据危害性的认识日趋深刻，并相继确立了非法证据排除规则。非法证据排除规则，是指在刑事诉讼中，因为证据的来源违法，而导致其效力被排除，不得作为定案的证据使用的规则。在各国的证据立法中，非法证据规则也都有不同的体现，这是因为，基于不同的价值选择，对待非法证据的认识并不完全相同。非法证据排除规则的产生，是现代刑事诉讼制度发展的产物，有其坚实的理论基础。我国现行刑事诉讼法典尚未对非法证据排除规则作出明确的规定。最高人民法院与最高人民检察院制定的有关司法解释和规则对此虽已作出一些规定，但并不全面，很不适应司法实践的需要。况且，仅以司法解释的形式对此项规则作出某些规定，而未有立法机关的立法，也并不利于在司法工作中实施。

关键词：

一、非法证据排除规则的理论基础

（一）人权保障理论

在现代刑事诉讼中，越来越注重诉讼的民主性与科学性。在这一过程中，人权保障的价值获得了张扬。现代刑事诉讼追求犯罪控制与人权保障双重目的并重。现代人权保障理念要求进行刑事诉讼必须以保障人权为重要的价值目标。人权保障重在保障被追诉者基本权利不被侵犯为目的。这是因为刑事诉讼活动涉及公民的人身权利、财产权利、隐私权利等公民权利，极易被侵犯。在刑事诉讼中，公民的上述权利总是受到侦控机关诉讼行为的威胁，侦查取证行为的侵权倾向是非常明显的，侵犯公民上述权利的现象更易发生。人权保障理论要求，侦查行为必须尊重公民的基本权利，而违反程序规定，侵犯公民权利的行为必须受到谴责。非法获得的证据，往往是以侵犯公民的人身、财产、隐私等基本权利为后果的非法搜查、非法扣押获得的物还、刑讯逼供获得的口供是以侵犯公民人身、住宅等权利为代价的，非法窃听则侵犯了公民的隐私权。非法证据被采用，意味着对非法行为的纵容。非法证据排除规则的确立，旨在非法证据排除规则正是通过对非法证据采取否定性的评价，拒绝其证明价值，以此杜绝侦查机关的非法行为，体现人权保障价值理念。从国际范围来看，世界刑法学会第十五届代表大会通过的《关于刑事诉讼中的人权问题的决定》第 10 条规定：“任何侵犯基本权利的行为取得的证据，包括派生出来的间接证据，均属无效。”联合国 1984 年通过的《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 15 条规定：“缔约国家应确保在任何诉讼中，不得援引任何业经确认系以酷刑取得的口供为证据”可见，人权保障已成为国际范围内刑事诉讼的发展趋势。

（二）程序正义理论

现代刑事诉讼不仅追求实体正义，而且注重程序自身的正当性。程序正义是正当程序的内在要求。程序正义是指诉讼的过程应具有程序正义理念所要求的品质，追求的是过程价值。它体现于诉讼程序的运作过程中，是评价诉讼程序自身正义性的价值目标。评价诉讼是否具有程序正义

价值的标准，是其能否保障受程序结果影响的人受到应有的待遇。刑事诉讼程序是国家追诉、审判与惩罚犯罪，用以行使刑罚权的程序。因此在整个程序中必须符合民主法治国家的权力制衡原理，遵守正当法律程序原则。所谓正当法律程序原则是指整个刑事程序必须依据法律所明确规定的程序规范，而且所有的法定程序内容必须公平而正当合理。正当法律程序原则首先要求所有的刑事程序必须符合法律性原则，侦查、起诉、审判必须依法，依法定程序进行。而现代国家确立并实施的违反法律规定的诉讼程序获得的证据应当被排除的非法证据排除规则，体现了现代刑事诉讼对诉讼程序的尊重与景仰。追诉机关对当事人诉讼权利的告知义务，同样是程序正义的要求。程序正义体现了公民个体被尊重的程度及享有诉讼权利的状况。违反法定程序往往是以牺牲公民权利为代价的，这和现代法治社会崇尚人权保障理念是冲突的。追诉作为国家对特定公民发动的专门活动，是执行法律的活动，尤其必须依法进行，遵守法律规定的程序，按照法定程序进行，不得超越法律规定的职权。法定的追诉程序不仅是实现实体公正的前提和保障，并且具有独立价值。

（三）排除虚假理论

排除虚假理论主张，非自愿供述是对犯罪嫌疑人、被告人进行刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等不法或不当手段的结果，这种供述存在虚假的可能性较大，如果加以采纳，阻碍真实发现的危险增大，所以不能承认其证据能力。供述之所以要以自愿为条件，就在于排除虚假的供述。但是，该学说受到以维护人权学说为代表的其他学说的批判。理由是，同自愿供述中可能含有真实成份一样，非自愿供述未必全是虚假的。如果依照排除虚假学说，即使供述是通过刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等手段取得，但是只要事后能证明该供述所言为实，具有真实性，或者根据该供述为线索所取得的其他证据，都应当被采用。这是仅仅顾及追求发现案件真实的刑事诉讼目的，而全然不顾保障人权的目的，这无异于鼓励、纵容非法取证行为。

二、我国非法证据排除规则的现状及存在的问题

我国法律明确禁止非法取证行为，但是对于非法证据能否在程序上加以排除，刑事诉讼法并没有明确规定，只是在第 42 条规定“证明案件真实情况的一切事实都是证据。”不过，相关司法解释对非法言词证据的排除作了规定。例如，《最高人民法院执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第 61 条规定：“凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述，不能作为定案的根据。”《人民检察院刑事诉讼规则》第 265 条规定：“严禁以非法的方法收集证据。以刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗等非法的方法收集的犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言，不能作为定罪的依据。人民检察院审查起诉部门在审查中发现侦查人员以非法方法收集犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言的，应当提出纠正意见，同时应当要求侦查机关另行指派侦查人员重新调查取证……侦查机关未另行指派侦查人员重新调查取证的，可以依法退回侦查机关补充侦查。”换言之，检察机关对非法取得的言词证据虽然也持否定态度，但又规定可以依法重新取证。

可见，依照现行法律规定，在非法证据的效力方面，不能作为定案根据的证据是以非法方法取得的“证人证言、被害人陈述和被告人供述”这一类言词证据。对于非法收集的物证、书证等证据是否予以排除，刑诉法和司法解释都不明确。就非自愿供述而言，尚存在一个通过非自愿供述取得的间接或派生证据的效力问题。获取口供通常是为了以此为线索取得其他证据（特别是物证），因为刑事诉讼法明确规定“只有被告人的供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚。”如果侦察机关通过非法手段取得口供，并依此口供获得了其他实物证据，检察院所谓的

“应当要求侦察机关重新取证”已没有意义，除非排除这些间接证据的效力。在司法实务中，通过侵犯犯罪嫌疑人的人身权利和诉讼权利而取得的证据，如以非自愿供述为线索而取得的实物证据，以及违反法定程序进行搜查、扣押而取得的实物证据，经查证属实并补办相应的手续，依然认为有效。尽管法律规定应当对非法取证行为给予相应的惩处，但考虑到案件得以侦破的现实，不难想象处罚难度之大。因此，如果过度认可违法取得的实物证据的证据效力，无疑会促使在案件侦破过程中对逼取供述的依赖，进而发生刑讯逼供等酷刑行为。

三、非法证据排除规则的意义

（一）有利于司法机关严肃执法，有效制止司法人员非法取证行为。建立非法证据排除规则，使执法人员在实施违法行为之前，就想到其后果。非法证据的排除，是对司法机关调查取证工作的最终的否定和谴责。有利于公民、法人或其他组织监督执法机关，在执法机关采取非法手段调查收集证据时，公民、法人或其他组织有权拒绝，并在以后诉讼程序中要求要求排除。要想否定一项诉讼行为，最有效的莫过于其无效，而想制止办案人员的非法取证行为，最有效的办法就是宣告其违法获得证据不具有可采性。从而督促司法机关守法并依法办案。

（二）非法证据排除规则有利于彻底纠正违法行为，防止或减少冤假错案。实践中，造成冤假错案的原因无不与办案人员违法取证有关，非法证据排除规则尽管可能放纵犯罪，但其最大优点就是要保证言词证据的自愿性，从而达到定罪处罚的准确性的目的。

（三）非法证据规则有利于切实保障诉讼参与人的权力，能促进公安、司法机关及其工作人员法制观念的转变。非法证据排除规则是否在刑事诉讼中确立，存在一个价值权衡的问题，如果允许将非法取得的证据作为定案证据，对查明案件的真实情况，实现国家刑罚权是有益的，但这样做是以破坏国家法律所确立的秩序和侵犯公民基本权利为代价的。反过来，如果对非法证据予以排除，又会阻碍对犯罪的查明和惩治，这与该国的刑事诉讼目的、主导价值观念，对公民个人权利重视程序等因素都是相关的。该规则的确立，是一国文明水平的标志，它体现了司法机关及其工作人员法制观念的转变，即从惩罚犯罪第一到注重保护人权的诉讼观念的进步。

四、建立我国非法证据排除规则的设想在我国，对建立非法证据排除规则，大致有三种观点：

一种观点是“全盘否定说”。认为非法证据不具有证明力，应当完全排除。其主要理由是：刑诉法已明确规定严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据。由此推论出，使用非法方法收集的证据材料，不能作为定案的根据，否则就会助长违法行为，也难以保证证据的真实性。

一种观点是“肯定说”。认为应把非法手段与证据区别开来，对其违法行为可视情节轻重予以追究处理，但非法所得的材料若与案情有关仍可作为证据采用。其理由是：“实事求是”是我国证据制度的核心，我国刑诉法追求实质真实，而不是只要求形式广“合法”。即使是采蝴非法方法收集的真实材料，只要经过查证属实，同样应采纳为证据。

一种观点是“折衷说”。也即“区别对待说”，认为，应当将非法获得的口供和实物证据区别开来。前者无论真实与否，均应予排除，因为非法获得的口供，虚假的可能性极大。后者只要经查证属实，应予以肯定其认据能力。它与口供不同，并不会违反法定的收集程序而改变其性质。笔者认为，在我国，建立非法证据排除规则，不仅要进行实体公正与程序正义的价值权衡，而目要充分考虑到当前的法治环境、司法资源及司法人员素质等方面的综合因素。因此，除对使用非法手段

收集的一切言词证据不予采用外，对由言词证据列出的实物证据应根据具体情况决定取舍。具体而言：

（一）关于非法获取的言词证据的排除问题

1、非法获取的口供不能作为证据。

我国于 1988 年 9 月参加的《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 12 条规定："如经证实是因为受酷刑或其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚而作的供词，不得在任何诉讼中援引为指控有关的人或其他人的证据。"对违反程序所取得的犯罪嫌疑人、被告人的口供是否排除，可以参照日本、德国的做法，如果供述是在没有施压的情况下作出的自愿性供述可以作为证据，如非法拘留或逮捕后犯罪嫌疑人的供述，因为这种情况下尽管是违反程序规定，但对犯罪嫌疑人或被告人的人身权利并不构成影响，且是自愿性的供述。衡量违反程序获得的供述是否能作为证据关键是供述是否自愿，是否遭到施压。

2、对于非法获取的证人证言、被害人陈述，不能作为证据使用。

对于违反程序获取的证人证言或被害人陈述亦可借鉴日本、德国的规定，对于违反程序性规定在非施压情况下获取的证人、被害人自愿件陈述，可以作为证据使用。

（二）关于非法获取的实物证据的排除问题

在处理非法取得的实物证据时，应当作出排除的原则性规定，以例外情况作补充。设立非法实物证据例外时，笔者认为应酌情考虑以下因素：(1) 非法取证行为偏离合法行为标准的程度；(2) 行为人主观心理状态，即主观是否故意或过失；(3) 行为人当时是否处于紧急情况，不得已为之；(4) 整个取证过程一直处于非法状态，还是个别环节处于非法状态；(5) 违法取得证据的可能性；(6) 侵害利益的性质和程度；(7) 证据形式上的违法是否可以得到弥补；(8) 案件的性质及其危害程度。对侦查机关非法搜查、扣押的证据，原则上应予排除。考虑以上因素，例外应包括以下四种情况：(1) 被告人的行为严重危害国家安全和社会利益的刑事案件；(2) 特殊情况下未履行某种法律手续而不涉及侵害公民人身权利的或对公民人身权利侵害显著轻微，在事后能通过补办手续使证据形式上合法的；(3) 以侵犯相对人权利的人法取得的实物证据，系相对人申请采用的；(4) 其他可以例外的情况，包括最终或必然发现、善意搜查等。

在处理非法言词还报引出的实物证据，即"毒树之果"时，有两种观点：一是"砍树弃果"，其价值取向是保护被告人的利益优于惩罚犯罪；另一种是"砍树食果"，其价值取向是惩罚犯罪优先于保护被告人的利益。这两种观点要么肯定一切。要么否定一切，都是形而上学的观点，过于极端。笔者认为，不可一概而论，应视情况而定。即对用一般侦查手段可以获取的实物证据，或如果不采用该实物还据，将会对国家利益和社会利益造成不可弥补的损害时，则可以作为定案的根据；在一般条件下，侦查机关是不可能发现该实物证据，犯罪嫌疑人、被告人口供是获取这一证据的惟一途径时，从被告人不承担证明自己有罪的举证责任角度考虑，则应当排除此证据。

此外，应当建立证据合法性的举证责任制度与监督机制。被害人的举证困难是刑讯逼供等行为屡禁不止的原因之一。按照现存举证责任承担原则，如果证人、犯罪嫌疑人、被告人主张其供述系因非法手段取得，则必须对其主张负举证责任。但是，或者由于其当时所处的被采取强制措施与外界隔绝的特定环境，或者由于被害人的伤情或伤痕在长时间的侦查阶段已难以再现行为发生时的伤害程度，除非被致死致残，否则，犯罪嫌疑人或被告人要收集证据证明刑讯逼供事实的存在，实际上几乎已不可能。特别是对于殴打、夹指、捆绑、吊起、用警棍电击等"肉刑"，罚站、罚跪、罚冻、罚晒、罚饿等"变相肉刑"，剥夺睡觉、搞车轮战等"精神折磨"，预告危害其生命、健康、荣誉、名誉、财产、身体、自由、信用等"威胁"行为，许诺给予其某种利益（包括减免刑、

无罪开释、不予起诉或许诺给予金钱等物质利益等）使其供述的“引诱”行为，使对方陷入错误而作出供述等“欺骗”行为，以及以其他非法的方法取证的行为， 往往难以进行有效监督及控制，被讯问人对此难以举证，参与讯问的侦查人员往往会相互包庇，对非法讯问行为矢口否认。

因此，要求犯罪嫌疑人、被告人或囚犯为其失去人身自由期间遭受的刑讯逼供行为等酷刑行为承担举证责任，显然极不合理。与此相反，要求侦查机关为其获得的证据负担合法取得的举证责任，既便利又合理。所以，对于有关刑讯逼供等酷刑行为的指控，应当实行举证责任倒置，即由侦查或检察机关负举证责任。前述国外相关举证责任倒置的作法可资借鉴，即：加强对讯问过程的监督与控制（如审讯过程的录音、录象等证据保存制度），定期的身体检查制度，赋予犯罪嫌疑人和被告人在接受讯问时要求其辩护律师在场的权利，等等。这样，既强调权力机关的自律，同时逐步建立他律机制，有利于有效解决违法取证问题。

参考文献

1、罗森贝克等《德国民事诉讼法（上、下）》[M].（李大雪，译）北京：中国法制出版社，2007：475，第 1219-1221 页。

2、最高人民法院审判监督庭《民事诉讼法审判监督程序修改的意图及其实现》[J]，《人民司法•应用》，2007（23）：第 19-22 页。

3、江苏省南京市中级人民法院《再审之诉框架下申请再审的程序性制度建构—关于民事申请再审制度改革的调研报告》[J]，《法律适用》，2007，（2）：第 50-55 页。

4、田光耀《重构我国民事再审制度之理性思考》[D]，《湘潭大学》，2005：第 47 页。

5、汤维建、毕海毅、王鸿雁《评民事再审制度的修正案》[J]，《法学家》，2007，（6）：第 24-29 页。

6、苏丹萍《重构民事再审程序的启动条件》[J]，《行政与法》，2002，（8）：第 63-65 页。

7、葛洪义、陈年冰《法的普遍性、确定性、合理性辩析—兼论当代中国立法和法理学的使命》[J]，《法学研究》，1997，（5）：第 77-85 页。

民事诉讼中再审制度

安徽金华安律师事务所　张舒霞

摘　要：在我国，审判监督程序与再审程序是同一概念，早在 1982 年的《民事诉讼法（试行）》中首次将审判监督程序确定为民事诉讼中的法定程序。民事再审制度是法律维护公民合法权益的最后一道保障，也是对法院审理制度的监督与救济。

关键字：审判监督程序　再审制度　主体　调解书　止争原则

在我国，审判监督程序与再审程序是同一概念，是指对判决、裁定和调解协议已经发生法律效力的案件提起再审的程序以及人民法院依法对这些案件进行再审的程序。[1]从再审制度的首次提出至今，通过民事诉讼法两次对再审制度的修改与补充，现今的再审制度已较为合理具体，如明确了当事人申请再审的法院，具体了应当再审的法定事由，规定了法院审查再审申请的期限，赋予了检察院在再审制度中的监督权等。但是，通过理论分析及司法实践，当前的再审制度仍存在着进一步完善的必要。

一、提起再审的主体有违当事人意思自治原则

根据民事诉讼法的规定，引起再审程序的启动有如下四种途径：1、各级人民法院院长发现本院需要再审的民事案件，提交审判委员会讨论决定；2、最高人民法院对各级人民法院、上级人民法院对下级人民法院的民事案件提审或指定再审；3、当事人申请再审；4、最高人民检察院对各级人民法院、上级人民检察院对下级人民法院的案件提出抗诉。可见，引起再审程序启动的主体有法院院长、法院、当事人、检察院。但是，在此讨论的是民事诉讼中的再审制度，民事纠纷最显著的特征是，只要不损害他人利益，应当尊重当事人的意思自治。当事人是否起诉，什么时候起诉，以何事起诉，等等，原则上都是依据当事人自己的意志。只有当事人起诉了，法院才能审查该诉讼是否符合法律的规定，请求能否得到法律的支持等；而检察院在民事案件中主要行使的是监督的职权。但法院依职权再审和检察院的抗诉，都不仅违背了当事人的意思自治，还有悖法院审判权的被动性、中立性以及检察院监督的公正性。所以在提出再审的主体上，不应当列入法院、检察院。

二、应明确生效调解书应当再审的法定情形

民诉法第 200 条具体规定了对于当事人申请应当再审的判决、裁定的法定情形，但第 201 条规定“当事人对已经发生法律效力的调解书，提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的，可以申请再审。经人民法院审查属实的，应当再审”，可见，第 200 条明确的法定再审情形只是针对于已生效的判决或裁定，并不适用于发生法律效力的调解书，针对调解书应当再审的法定情形只是粗糙的违反自愿原则或协议内容违反法律。违反法律规定是可以明确看出的，但是违背自愿原则，这是一个主观判断，即使是违背了自愿原则，也很难用证据加以证明，而这往往成为法官对生效的调解书申请再审案件不重视、大意对待的原因。从而导致生效的调解书在司法实践中，开启审判监督程序时，则似乎是法官的意志，而不是当事人的意志起主导作用。[2]故而，民诉法亦应明确已经发生法律效力的调解书应当再审的法定情形。

三、申请再审时效规定的局限性

民事诉讼法第 205 条规定“当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后六个月内提出；有本法第二百条第一项、第三项、第十二项、第十三项规定情形的，自知道或者应当知道之日起六个月内提出。”再审制度是为纠正已经发生法律效力的错误判决、裁定，对案件重新进行审理。既然是错误的，纠正就是理所当然的，为什么要有六个月这么短的时效呢？难道过了六个月，原先生效判决、裁定中的错误就不存在了，而转变为正确的了吗？这明显不符合有错必纠的原则，也是对法律存在本意的违背。再者，对于法院自身决定再审、检察院提起抗诉导致再审的情况下，则没有 6 个月时效的限制，同样的事由不一样的标准，很可能在一定程度上为司法腐败提供了条件。假如当事人没能在 6 个月时效内及时申请再审，其必然会想到走法院或检察院引起再审之路，有可能间接导致成为极个别法官、检察官腐败的新渠道。

不同国家对再审有着不同的定义，如日本学者兼子一、竹下守夫认为，再审是当事人对已经确定的判决以诉讼程序上有重大瑕疵或作为其判断的基础资料有严重缺陷为理由，请求撤销该判决，并且恢复已终了的诉讼，进行重新审判的，非常的不服申明的方法。[3]但再审制度的最终目的都是一致的，即都是为更好的保障公民的合法权益。当事人之间发生纠纷了，一般会选择协商解决，诉讼是在通过其他途径解决不了情况下的不得之举。在初审时，法院就应当秉承止争原则。止争原则是指法院应作出解决争执的最终决定，诉讼程序之所以要遵循止争原则，是由于“倘若人们求助法律程序来解决争执，那么争执须在某一阶段上最终解决，否则求助法律程序就毫无意义。”[4]不论再审制度能有多完善，都是在为原生效的法律文书纠正错误，给当事人带来众多的诉累，也加大了司法负担。期盼我国的民事诉讼早日实现能在初审阶段基本上达到止争的愿景。

注　释

1、张卫平《民事诉讼法教程》，法律出版社 1998 年版，第 347 页。

2、江伟《民事诉讼法》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 249 页。

3、（日）兼子一、竹下守夫著，白绿铉译《民事诉讼法（新版）》，法律出版社 1995 年版，第 249 页。

4、（美）迈克尔.D.贝勒斯，《法律的原则》，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 37 页。

参考文献

1、沈德咏《最新再审司法解释适用与再审改革研究》，人民法院出版社 2003 年版。

论我国刑讯逼供的遏制

安徽香樟律师事务所 咎青青

摘 要：刑讯逼供是我国法律严令禁止的，但是云南杜培武案、河北李久明案、湖北佘祥林案，尤其是2010年曝光的赵作海案等案件的发生无非是刑讯逼供的恶果！为何刑讯逼供屡禁不止？我们到底怎样做才能遏制刑讯逼供？中医学讲究“对症下药”，本文在分析刑讯逼供存在原因的基础上找了一些对策，愿刑讯逼供能够真正的销声匿迹，实现社会的真正和谐。

关键词：刑讯逼供 原因 对策 监督

刑讯逼供是指在刑事诉讼过程中，司法工作人员对犯罪嫌疑人和被告人进行讯问时，采取肉刑、变相肉刑或精神折磨等方法逼取口供的行为。[1]刑讯逼供有如下特征：第一，时空特定性。刑讯逼供必须发生在从刑事案件中的立案、侦查、起诉到审判的全过程。第二，主体特定性。刑讯逼供的主体必须是司法工作人员，即负有侦查、检察、审判、监督职责的工作人员。第三，对象特定性。是被追诉者，即侦查和审查起诉过程中的犯罪嫌疑人、审判过程中的刑事被告人以及刑罚执行过程中的罪犯。[2]第四,实施的场所特殊。刑讯逼供基本上都发生在司法机关的办案、办公等特殊场所，与外界相隔绝。第五，目的和动机特殊。刑讯逼供的目的是侦查破案、打击犯罪，其动机本身具有正当性。

刑讯逼供是一种野蛮、愚昧、不人道的办案方式，严重侵犯了公民的合法权益，尤其是侵犯了犯罪嫌疑人、被告人的人身权益；它降低了政策与法律的权威，严重损害了公安司法机关在群众中的威信和形象；它极容易造成冤假错案，使无辜者蒙受冤狱；它容易造成积案、疑案；它使被侵害人对法律、政府甚至社会制度失去信任增加了定罪后对其改造的机会。它破坏了国家法律的尊严和权威，严重侵犯了人权，践踏了人类社会的科学、文明和人道。刑讯逼供是披着合法外衣下国家权力对公民人权的粗暴侵犯，是建设和谐社会的绊脚石。

一、我国现行法律关于严禁刑讯逼供的规定

刑讯逼供是对人类尊严的侮辱和对人权的严重侵犯，为现代法律所不允许。在我国，从革命根据地时期到改革开放，以至从实体法到程序法都有明文规定：严禁刑讯逼供。

1942 年 2 月公布的《陕甘宁边区保障人权财产条例》第十条规定：“逮捕人犯不准以侮辱，殴打及刑讯逼供，强迫自首，审讯采取证据主义，不重口供”。

我国《刑法》第 247 条规定：“司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供或者使用暴力逼取证人证言的，处三年以下有期徒刑或者拘役。致人伤残、死亡的，依照故意伤害罪、故意杀人罪从重处罚。”

我国《刑事诉讼法》第 43 条规定“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据”。

《最高人民法院关于执行<中华人民共和国刑事诉讼法>若干问题的解释》第 61 条规定：“严禁以非法的方法收集证据。”凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述，不能作为定案的依据。

1987 年公安部制定的《公安机关办理刑事案件程序规定》第 54 条规定：“讯问的时候，要认

真听取被告人的供述和辩解；严禁刑讯逼供或者使用威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法逼取口供。”1992 年 6 月，公安部发布了《公安部关于坚决制止公安干警刑讯逼供的决定》。1995 年公布的人民警察法第 22 条第 1 款第 4 项规定严禁刑讯逼供。

根据《刑诉法》第 137 条的规定：“人民检察院审查案件的时候，必须查明：……（五）侦查活动是否合法。”此处所指的“侦查活动是否合法”，当然就包括侦查活动中是否存在刑讯逼供的行为，如果存在刑讯逼供，那么侦查活动就是不合法的。[3]

最高人民法院《关于执行<中华人民共和国刑事诉讼法>若干问题的解释（试行）》第 58 条规定，对非法取得的证人证言、被害人陈述、被告人的供述予以排除。

中国刑事诉讼法第 46 条规定：对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供，只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据充分确实的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。这明确表明口供不能单独作为定案的依据。[4]也是为了减轻、遏制刑讯逼供的发生。

最高人民检察院在 1999 年修订的《人民检察院刑事诉讼规则》第 160 条规定：“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱欺骗以及其他非法的方法获取供述。”第 265 条规定：“严禁以非法的方法收集证据。以刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法获取供述、被害人陈述、证人证言，不能作为指控犯罪的证据。”[5]2001 年 1 月 2 日最高人民检察院还向全国各省、市、自治区的检察院发出通知，要求“各级人民检察院要严格贯彻执行有关法律关于严禁刑讯逼供的规定，明确非法证据排除规则……发现犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言是侦察人员以非法方式收集的，应当坚决予以排除，不能给刑讯逼供等非法取证行为留下余地。”

从国际上看，一些国际性的文件如 1948 年的《世界人权宣言》，1966 年的《公民权利和政治权利国际公约》以及 1984 年《禁止酷刑和其他残忍，不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》中都明确规定，对任何人均不得加以酷刑或施以残忍、不人道的、侮辱性的待遇或刑罚。包含着对他们保护的条款。而且我国签署并加入，应该是恪守承诺，遵守约定的。如我国《宪法》规定“国家尊重和保障人权”。我国宪法和法律明确规定了公民人身权利不受侵害，即使是犯罪嫌疑人的人身权利也不应受到侵害，人身安全也不应受到威胁。

另外，我国于 1988 年加入的联合国《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》，其中明确规定酷刑逼供取得的陈述不得作为任何诉讼的证据。

二、刑讯逼供在我国的现状

近年来，刑事诉讼中的冤假错案成了人们议论的焦点，新闻媒体更是高度关注，接二连三地曝光了“河南胥敬祥案”、“河北聂树斌案”、“湖南腾兴善案”、“云南孙万刚案”等一批冤假错案，详细报道了办案人员刑讯逼供，制造冤假案，使无辜者被羁押、判刑甚至处死的过程。

我们都说赵作海、佘祥林很“幸运”，因为他俩“杀死”的人 11 年后活着回来了。和赵作海、佘祥林一样“幸运”有云南警察杜培武、河南农民胥敬祥；比他不幸的有湖南屠夫滕兴善、河北工人聂树斌——以及许许多多不知名的人。这些类似的案件虽然得到了纠正和赔偿，但是试问，金钱可以弥补这些人所遭受的身心折磨吗？

由刑讯逼供铸成错案的事例，在当代刑事诉讼中屡见不鲜。据公安部有关部门统计，1997 年上半年公安机关发生刑讯逼供致死人命案 14 起，涉及公安警察 26 人。[9]1999 年到 2006 年 4 月，仅湖南省各级检察机关立案侦查国家机关人员利用职权实施的非法拘禁、非法搜查、刑讯逼供的犯罪案件就有 220 件、341 人，其中 28 件重特大案件，造成 l0 人死亡、5 人重伤。[10]

来自《青少年犯罪研究》期刊的一篇题为《刑讯逼供调查报告》的文章显示，47.54%的警察调查对象对嫌疑人有过很多次或多次“粗暴行为”，只有 11.48%的被调查者表示“从未有过”。近 20 年因刑讯逼供立案查处的案件平均每年在 400 起左右，涉案人数近千名，涉及警察 400 名左右。

来自广州大学人权研究中心在 2006 年对刑讯逼供所作的田野调查数据显示:检察官方面，在其办理的案件中，只有 17%的嫌疑人没有提出遭受刑讯逼供；在法官和律师方面，这一数字分别为 11%和 1.33%；有 70%的服刑人员知道与他关押在一起的人遭受过刑讯逼供。当然，认为自己受到过刑讯逼供的服刑人员只有 44%。调查数据的一个推论是，刑讯逼供存在比例较大。

2000 年全国人大常委会组织对新刑事诉讼法实施情况进行检查，调查结果表明新刑事诉讼法在实施中存在着三个突出问题，其中问题之一就是刑讯逼供。在检查组对天津、内蒙古、黑龙江、浙江、湖北、陕西六省、自治区、直辖市进行的执法检查中，1997 年～1999 年构成犯罪的刑讯逼供案件达 221 起，涉及干警 372 人，其中有 21 起刑讯逼供致死人命案件，社会影响极为恶劣。[11]

2005 年 7 月 26 日最高人民检院王振明副检察长透露，一年间侵犯人身权利罪案件共计立案 1204 件、1751 人，起诉 1924 人，有罪判决 1450 人。可见，杜绝刑讯逼供的目标依然“路漫漫其修远”。

三、刑讯逼供屡禁不止的原因

刑讯逼供是我国法律所明文禁止的，然而在现实中它却仍然存在，屡禁不止。到底是什么原因导致刑讯逼供屡禁不止？借鉴学者及专家的观点，笔者认为有以下原因:

（一）历史原因

我国的刑讯制度可谓源远流长，早在西周时期就已经存在。到了秦朝，刑讯逼供开始合法化。汉承秦制，刑讯逼供一直被视为治狱的基本方法。至唐朝，刑讯进一步系统化、制度化，对受刑对象、受刑部位、拷囚次数、拷囚工具、拷讯违律者的责任等都形成制度化规定。经宋、明、清时期，刑讯的手段发展到了极其野蛮残酷的程度。刑讯几乎贯穿了我国几千年封建司法制度的全部历史，刑讯合法化、制度化是我国封建时代证据制度的重大特点。[12]文化的自然传承，使刑讯逼供成为必然。

新中国建立后，虽然我国法律中也明确规定了禁止刑讯逼供，但绵延了几千年的强职权主义的诉讼传统并没有因为一两部文本的出台而令行禁止，而且由于长期以来革命斗争生活中“左”的思想的影响，犯罪嫌疑人、被告人都被认为是阶级敌人，刑事诉讼更被认为是阶级斗争，对敌人应该“无情打击”，而刑讯逼供当然也就成为用来表明阶级立场、表达对“敌人的恨”、“对党和人民的忠诚”的最好方式。因此，中国历史上三次“左倾”思想严重泛滥的时候，也是刑讯泛滥的三次高峰时期，也正是由于这个历史原因，在新中国的刑事诉讼中，“左”的思想仍一直表现的很突出，刑事诉讼被认为是统治阶级的专制活动，在刑事诉讼中，还存在“宁枉勿纵”、重打击轻保护、重权力轻权利、疑罪从轻等等的惯常做法。但是刑讯逼供历史根源的顽固性及长久性始终影响。这也正是刑讯逼供今天仍然存在的重要历史因素。

（二）现实原因

除了历史原因，还有现实原因的存在使刑讯逼供屡禁不止。其现实原因有以下方面：

1、缺乏一套完整的监督机制。

赵作海、佘祥林等受害者的悲剧是与监督机制的不够完善有很大关系的。一是公安机关内部

监督、接受监督意识不强；二是检察机关对侦查诉讼活动监督不力，未严格行使法律监督权；三是审判监督不够，在证据不够太充分的情况下就妄下结论，给定案了；四是党内监督不严。

司法实践本处于暗箱操作状态，缺乏有效的监督，督察机构中，刑讯逼供大多数发生在刑事侦查阶段，尤其是公安机关的侦破活动中，而且侦察活动有时形同虚设。刑讯逼供缺乏一套富于完整有效的监督机制，司法实践中往往出现监督软弱无力，流于形式的消极现象，以致难以对刑讯逼供起到有效遏制作用。刑讯逼供是公安机关搞出来的，而检察机关、法院为什么抵挡不住？错案一旦铸成，公检法机关因怕承担责任而且往往还会“保护”错案。

虽然检察机关是我国法律监督机构，但长期以来，公、检制约不够、配合有余、携手共同对付被追诉人。在这种关系中，检察机关不便也无法对公安机关的执法活动进行监督。

侦查机关对犯罪嫌疑人采取强制措施时，除逮捕应向检察机关提请批准外，都是自己决定是否采取强制措施，缺乏有中立性地位的机构对它进行有效监督。这也很容易导致刑讯逼供，使刑讯逼供屡禁不止。

2、司法人员的素质低下。

改革开放以来．我国司法队伍迅速扩大，但是据调查统计，全国公安干警中，拥有大专以上学历的只占 28%。侦查人员的文化、法律、业务素质不高具有整体性。这种现状难以满足依法执法、程序正义、保障人权的趋势的。[13]

实施刑讯逼供者，绝大多数缺乏法纪观念，业务素质低下。其自身原因有:第一，某些执法人员法律观念淡薄。他们头脑中缺乏法律至上观念，法制观念淡薄、未能树立依法办案理念，漠视人权，实践中也没有养成依法办事的习惯，尽管我国法律明令禁止刑讯逼供，但执法中长期以来存在着“重实体，轻程序”的观念，而且刑讯逼供行为确有获得某项证据而揭示案情的实效等，致使某些执法人员把刑讯逼供作为案件的突破口，而置法律的规定于不顾，刑讯逼供时有发生。第二，业务素质低。现有基层侦查人员中，正规高等院校毕业的寥寥无几，绝大多数人是“半途出家”，有的是从社会上现招的，没有受过系统正规的专业知识教育、培训，思想散漫，不积极学习专业刑侦知识，不善于研究违法犯罪活动的规律、特点及有关当事人的心态，不善于积累、总结办案经验，只好靠土办法—— 刑讯逼供。[14]

3、科技水平低，对司法投入不够。

我国目前的社会发展还处在一个比较低的水平，国家没有拿出足够的社会资源投入到司法领域。因此，在地方司法机关中，经费短缺的情况非常普遍。而相对物证、书证、证人证言等客观证据，通过刑讯直接获取口供则是一个成本相对要低很多的方法。这可能是司法机关内部甚至部分社会成员在一定程度上容忍刑讯逼供现象从而导致其泛滥的重要原因。

4、办案有指标，限期破案压力大。

破案任务的量化规定和政绩思维的根深蒂固很可能让“不采纳证据”成为一纸空文。一旦出现大案要案，领导就会给下级定破案的日期，案子破了就会得到奖励，破不了就会被处罚。特大凶杀案件一发生，上级往往要求限期破案，而且办案有指标要求，侦查人员的思想压力大，而且多数犯罪嫌疑人都拒不供认犯罪事实或尽可能抵赖、狡辩，长期连续疲劳奋战极易为尽快解脱而走捷径，即通过逼取口供来破案。当然，侦查人员亲历犯罪现场，目睹犯罪分子造成的悲惨后果，也容易激起对犯罪者的愤恨，在愤怒战胜理智的情况下，极容易施以刑讯。[15]

5、人权意识、人权保护观念的淡薄。

在我国，虽然现代的诉讼制度已经确立，但是，人们的观念还没有完全摆脱几千年纠问式诉讼模式的影响。在不合理的封建等级制度下，普通百姓已无充分的人权，而犯罪嫌疑人、被告人

则更无人权可言，因此，诉讼制度本身便没有什么保障犯罪嫌疑人和被告人权利的义务。[16]

四、遏制刑讯逼供的对策

探讨问题是解决问题的先导，但探讨问题的最终目的仍是要解决问题。前面我们透视刑讯逼供的危害、分析其成因.最终目的都是为我国当前司法实践中的刑讯逼供现象找寻妥善的应对策略。笔者认为以下对策对遏制刑讯逼供是值得参考的：

（一）认识到刑讯逼供的危害，摒弃封建思想

1、有些学者认为刑讯逼供在古代是合法的，但是笔者认为事实上它一直都具有极大的危害性。无论是在古代还是当代刑讯逼供的危害都是相当大的，是不能称得上是“合法”的。

2、站在时代的角度，我们应该取历史之精华，去刑讯逼供之糟粕。

公安司法人员受封建证据制度的影响，总认为有了口供好破案—— 按图索骥收集其他证据；有了口供好定案，认为只有有了口供定案才踏实。尽管我国刑事诉讼法明确规定，只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据充分确实的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。但在具体执行中，往往是只有口供不定案，但其他证据充分确实的也希望得到被告人口供，这样定案才觉得有底，才算是铁案，在这种思想的支配下，有的人为取口供而施以刑讯逼供。我们应该摒弃这种思想，做到不必用口供就能定罪。

（二）建立健全司法监督机制

建立监督制约机制，加强内外监督，加大查处力度。“无规矩不成方圆，无五音难正六律。”为有效遏制刑讯逼供犯罪势头，还应建立司法系统内外监督制约机制，健全强有力的事先、事中、事后的监督体系，细化监督措施，以防监督流于形式不能发现问题对于已经发现的刑讯逼供案件应当依法查处，决不姑息养奸。适度压缩公安司法机关业已过度膨胀的刑事司法权力，注重公安司法机关之间权力的相互制衡与监督，防止司法权力的滥用。

在注重侦查机关内部法制部门及检察机关对刑讯逼供监督的同时，在适当的条件下，也运用社会舆论予以监督，从外部环境防止侦查机关讯问权的滥用对公民合法权益的危害，避免刑讯逼供的出现。

建立起中国特色的监督制约机制。主要包括党的监督、国家权利机关的监督、民主党派的监督、检察机关的监督、诉讼参与人的监督、人民群众的监督和舆论监督等。在司法实践当中这些监督基本上处于事后监督，没有直接参与到案件当中，给素质不高的办案人员提供了对犯罪嫌疑人，被告人行使刑讯逼供的机会。为此必需强化对侦查办案过程的监督。强化对侦查办案过程的监督是防止刑讯逼供的有效措施。在政法体系内部，从监督的形式上可采取内部监督和法律监督。内部监督就是办案人与办案人之间的监督和办案单位纪检监察部门与办案人员的监督由纪检监察部门与办案人员签定责任书，做到责任到人。法律监督就是检察机关的监督，检察机关行使监督对于保证和促进严格公正文明执法，维护公平正义具有重要意义。主要也就是以下两种监督：

1、公检法之间相互监督。

一是公安机关的内部监督。应加强公安机关的领导尤其是基层公安机关的领导，预防和禁止刑讯逼供，把它作为一项铁的制度，平时不放松教育，一旦查出刑讯逼供致人伤亡，要对刑讯逼供的上级主管领导实行党纪、政纪、处分，对刑讯逼供者处罚及时恰当，对有典型意义的通报批评，以一警百。二是检察机关的监督。检察机关是法律规定的监督机关，有权监督公安机关的侦查活动，并有权提出纠正意见。但由于公安机关享有广泛的职权，在程序上缺少有效的监督机制，除逮捕犯罪嫌疑人须由检察机关审查批准外，其它涉及公民人身、财产权利的强制性措施，均可

自行决定与执行。在司法实践中，公检法配合有益，制约不足，导致检察机关并未真正发挥法律监督的作用。针对上述情况，应尽早健全检察官制度，加大检察机关的制约权。三是法院的监督。在审判过程中，法官若是发现有刑讯逼供存在不应予以定罪宣判。

作为领导，必须保持清醒的头脑，一旦发现不良倾向，立即予以批评纠正，决不护短，必须率先重范，要有过硬措施，对有刑讯嗜好的干警，不论他工作成绩怎样出色都不提拔，不重用！同时，必须强化监督机制。

我们应当借鉴国外的经验，适当调整公检法的职责权限，明确区分拘留、逮捕的实施与羁押这两种不同的职责权限。因为大多数的法治国家将拘留或逮捕作为强制犯罪嫌疑人、被告人到案的一种手段，羁押是不同于拘留、逮捕的一种独立的诉讼保障措施。与此不同的是我国并未对此作出严格的区分，羁押被当成对犯罪嫌疑人刑事拘留或逮捕后的直接结果，并不具有独立性。因此为了有效遏制侦查机关的刑讯逼供，应当建立羁押场所与侦查机关分别主管体制和羁押、询问分管制度。

2、公众的监督。

报刊、广播、电视、互联网等传媒的透明度很强，对执法机关智破案件、勇擒罪犯、文明执法的好人好事要大力宣传，努力弘扬广大干警与犯罪分子斗智斗勇、吃苦耐劳、舍己为人、秉公执法、文明执法的精神风貌，从而在人民心目中树立起高大形象。与此同时，对个别屡教不改、刑讯逼供造成严重后果的，发生一起，曝光一起，并从不同角度进行剖析、评论，让广大读者充分发表意见，群众的力量是无穷的，动员整个社会力量来监督司法行为，尽管不具有法律效力，但司法机关难以漠视，形成刑讯逼供如同过街老鼠人人喊打的局面。媒体介入、阳光监督的确是防止刑讯逼供的有效办法。

（三）加强对侦查员的思想政治教育

1、提高司法人员的政治素质，克服特权思想。

司法人员的人权保护意识亟待提高，执法人员应当忠实于宪法和法律，坚持以事实为依据、以法律为准绳，依法行使侦查权、检察权和审判权。尤其要正确对待和处理情与法的关系，坚决防止脱离法律和事实，办所谓的“民意案”、“政治案” “关系案”、“金钱案”。

要开展制止刑之讯逼供的专项教育，认真组织民警进行自我对照、自我教育，尤其是要对一线民警进行遵纪守法专题教育，是民警认识到自己是人民的公仆，必须对自己的工作兢兢业业，一丝不苟，必须认识到手中权利是人民给的，稍有偏差就将酿成人命关天的大事，来不得半点马虎和懈怠，要十分珍惜手中的权力。要努力培养民警不断加强对案件敏锐的洞察力和独立分析问题、解决问题的能力，要真正确立依法治国的观念。

2、强化业务建设，提高司法人员的执法办案能力。

通过岗位考核制度，严把进入关，择优录取，对在职人员进行定期考核，不合格者先进行培训，再不合格坚决予以辞退，从而提高司法人员的整体业务素质。

让办案人员多看犯罪心理学等书籍，让他们了解刑侦工作的多样性、复杂性、增强讯问人员良好的审讯素质，分析能力、应变能力，掌握案情、要学会善于分析被告人、犯罪嫌疑人的心理和个性特点，加大通盘考虑，把握审讯工作的分寸。

大力提高侦查机关办案人员的综合素质，积极改善其侦查设备，加强其侦查力量，增强其侦查水平，努力降低对口供的依赖程度。

3、开展教育培训，提高办案人员素质。

贝卡利亚在论述犯罪预防时指出：“预防犯罪的最可靠也是最艰难的措施是完善教育。”再好

的法律也要借助高素质的执法群体共同努力和社会的普遍遵守来实施。

加强对侦查人员的职业道德教育，培养其重证据、不轻信口供的实事求是的工作态度。侦查机关应进一步加强法制教育和纪律教育。办案人员特别是侦查机关负责人应切实转变刑事诉讼价值观念，正确理解公正与效率的关系；同时，牢固树立程序法治观念和无罪推定思想，充分认识到犯罪嫌疑人、被告人是刑事诉讼主体，在侦查中特别是讯问中应注意保护他们的人格尊严和合法权益，防止刑讯逼供现象的出现。

4、纠正审判人员心理认识误区，改变“无供不录案”的司法实践。

刑诉法规定：对于没有被告人供述，证据充分、确实的可以认定被告人有罪和处以刑罚。作为审判机关，应摆脱传统审讯方式的影响，彻底改变“无供不录案”的司法习惯，严格执行刑诉法的规定，只要证据确实、充分，即便是没有被告人的口供，也要敢于受理和宣判。严防以无口供而退案致使侦查机关实施刑讯逼供大作口供“文章”。

（四）加大财力投入，改善技术设备，提高侦查水平

针对当前社会犯罪逐渐呈现智能化、科技化、国际化、集团化的趋势，要提高破案效率，就必须从人员素质和技术装备两方面来努力，既要用先进的科学技术武装侦查人员的头脑，又要用先进的科学技术武装侦查机关，使二者达到完美结合。[17]购置现代科技强侦的技术设备，实现科技强警，提高刑事侦查的技术含量。

（五）降低办案指标，提高办案质量

1、给刑警“减负”，取消实践中存在的办案定指标的做法。

破案率是多年以来公安机关衡量刑侦工作的一项主要指标，破案率往往直接与刑警的奖励、晋级、提拔挂钩。因此，追求较高的破案率，必然给侦查人员增添沉重的工作负担，有的侦查人员为了完成任务，急于求成，容易出现刑讯逼供现象。因此，让审讯工作与刑侦的高破案率“脱钩”，不失为有效地遏止刑讯逼供现象的一副“良药”。

破案应当实事求是，不能简单地规定期限、制定指标。当然，办案应当有压力，但这种压力应当是一种责任感和使命感。不是不切实际的简单指标、期限的压力。[18]

2、注重办案效率。

树立质量第一理念，严格把握证据关、事实关、适用法律关坚持办案质量优先的原则，正确处理执法过程中公正与效率的关系、质量与数量的关系、质量与目标考核的关系，决不能为了提高效率、增加数量、为完成目标考核而牺牲公正，禁止办粗放案、勉强案、“霸王”案；树立全面、客观、公正的证据理念，注重证据的全面性、真实性、关联性、合法性，始终坚持重调查研究、重证据不轻信口供的原则，坚决纠正过分看重和依赖口供的倾向，坚决克服证据收集、审查、使用中的各种片面性、主观性、偏向性。

（六）树立人权意识，提高人权观念

2004 年我国《宪法修正案》“尊重和保护人权”宪法原则的确立，在此背景下深化对“尊重和保护人权”在刑事诉讼中的认识更具有积极的现实意义。[19]我国的人权保障已上升至宪法层面，在刑事法律制度中也有相关规定，问题的关键在于如何贯彻执行。笔者认为，首先，要对现有的制度加强宣传，牢固树立无罪推定和重证据不轻信口供思想，培养侦查人员的人权意识。其次，要加强群众的人权观念，以期全面确立尊重保障人权的理念。

五、结语

我国是一个社会主义法治国家，真不应该出现刑讯逼供现象，但是刑讯逼供现象确确实实在我国存在并且造成了严重的后果。禁绝刑讯逼供是时代的呼唤，是法制文明的要求，也将是我国建设现代化法治国家的重要标志。彻底根绝刑讯逼供，真正实现高效率的司法公正，尚须一代人甚至几代人坚持不懈的努力，我国还有很长的路要走。本文所提到的这些措施对提高犯罪嫌疑人、被告人的人权保障来说是十分重要的，这也是社会主义和谐社会，即一个民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会所提倡和张扬的。

参考文献

1、陈光中、江伟《诉讼法论丛（第三卷）》法律出版社，1999 年版，83 页。

2、井力涛《刑讯逼供问题研究》载《哲理》 2010 年第 12 期。

3、朱斌《刑讯逼供的动态证明责任和相对证明标准》载《刑事法专论》 福建法学 2010 年第 2 期。

4、孟君 臧益廷《试论刑讯逼供的成因及对策》载《哲理》 2010 年第 12 期。

5、包斯琴《论刑讯逼供产生的原因及对策内蒙古师范大学学报》（哲学社会科学版） 2010 年 3 月第 39 卷第 2 期。

6、7、贺敏《论如何有效遏制刑讯逼供》载《黔西南民族师范高等专科学校学报》2006 年 6 月第 2 期。

8、张大奎《叶县冤案始末》载《律师与法制》1998 第 9 期。

9、武晓黎《试论"刑讯逼供"》载《河北工程大学学报（社会科学版）》2007 年 6 月第 24 卷第 2 期。

10、贺敏《论如何有效遏制刑讯逼供》载《黔西南民族师范高等专科学校学报》2006 年 6 月第 2 期。

11、李新权，刘堂亮《论遏制刑讯逼供的程序法律对策》载《辽宁商务职业学院学报》（社会科学版） 2004 年第 3 期 总 64 期。

12、包斯琴《论刑讯逼供产生的原因及对策》载《内蒙古师范大学学报》（哲学社会科学版）2010 年 3 月第 39 卷第 2 期。

13、李春谋《遏制刑讯逼供，保障犯罪嫌疑人的合法权利》载《吉林公安高等专科学校学报》2010 年第 2 期。

14、张峰《刑讯逼供的法律规制》载《铁道警官高等专科学校学报》2005 年第 4 期第 15 卷。

15、王明英《遏制刑讯逼供的对策》载《焦作大学学报》2006 年 7 月第 3 期。

16、赵幼鸣、张维 、李强《刑讯逼供原因的解读》载《湖南公安高等专科学校学报》2005 年 4 月第 17 卷第 2 期。

17、张志英《遏制刑讯逼供之对策探讨》载《郑州航空工业管理学院学报》（社会科学版）2008 年 8 月第 27 卷第 4 期。

18、王明英《遏制刑讯逼供的思考》载《焦作大学学报》2006 年 7 月第 3 期。

19、刘建华《遏制刑讯逼供，弘扬保障人权》载《检察前沿》2007 年第 9 期。

民事诉讼举证相关问题探讨

安徽黄淮律师事务所　张劲松

摘　要：本文拟从《民事诉讼证据规定》中存在的若干问题中列出举证责任分配、举证时限与证据失权等问题。并就这些存在的问题逐一提出了完善对策。目的是在司法实践中，使每一位律师及当事人都能熟练掌握《民事诉讼证据的若干规定》的理解与适用，确保司法公正，维护当事人合法权益。

关键词：民事诉讼证据　举证责任分配　举证时限　证据失权

一、实务中民事诉讼举证存在的问题

（一）举证责任分配方面的问题

民事诉讼中举证责任的分配，是指举证责任在诉讼主体之间的合理分配，即举证责任在原告、被告及第三人之间的合理配置。举证责任的分配所要解决的问题首先是谁应就何种事实负举证责任，以及在争议的案件事实处于真伪不明的状态时谁应当承受不利的诉讼后果。在民事诉讼理论领域，举证责任的分配是民事举证责任制度的核心内容，被认为是“民事诉讼上的脊梁”；在司法实践中举证责任问题是每一个民事案件都会遇到的问题，而个案举证责任的分配又错综复杂、情况各异。关于举证责任的分配最初由《民诉法》第 64 条作出规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供 证据。”这一规定是民事诉讼中当事人举证责任分配的一般原则，即“谁主张，谁举证”。此规定的含义为民事诉讼中的当事人如果提出事实，就要提供证据，否则，其提出的事实将有可能不被法官所认定，自己的主张得不到证明，有可能败诉的后果。最高法关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见第 74 条规定了侵权诉讼中举证责任倒置的 6 种情形.此条规定，只规定由被告承担举证责任，但被告如何举证举什么样的证据证明什么问题没有作出详细规定，实践中难以操作。2001 年 12 月 6 日最高法《关于民事诉讼证据的若干规定》第四条规定了侵权诉讼中举证责任的八种情形。该证据规定比关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见第 74 条列举的 6 种情形增加 2 种情形。而且对举证倒置的各项情形由谁来举证、举什么证，证明什么问题作了较为详细的规定，司法实践中更具操作性。且《民事诉讼证据规定》第五条、第六条对合同纠纷和劳动争议纠纷案件也作出了举证分配。但任何举证责任分配原则都难以尽善尽美，由于民事举证责任的分配是一个极为重要的法律问题，不同的分配方式可能会引起截然不同的诉讼结果，司法实践中，举证责任分配存在的问题在于：对具体案件中当事人举证责任的分配，除《民事诉讼证据规定》对举证责任分配有明确规定以及当事人对事实的自认和事实免证外，应当按照《民诉法》第 64 条“当事人对自己提出的主张，有责任提供 证据的规定执行。然而，该规定过于笼统，可操作性差，增加了律师和当事人在司法实践中的难度。为了弥补缺陷，《民事诉讼证据规定》第七条规定：“在法律没有具体规定，依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，结合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。”这一规定赋予了法官举证责任的分配权，问题在于民事诉讼中，法官的举证责任分配权应于何时作出？法官能否在上述法律、法规、司法解释以外，作出举证责任倒置的分配决定？法官对证据采用什么方式进行分配等没有作出明确规定。

（二）举证时限与证据失权的问题

举证时限制度，是规定负有举证责任的当事人必须在法律规定或法院指定的期限内提出证明其主张的相应证据，逾期不举证则应承担证据失效法律后果的一项民事诉讼期间制度。证据失权是指当事人丧失提出证据的权利,实质是丧失证明权。《民诉法》采取“证据随时提出主义”，当事人在人民法院审理的各个阶段，均可提出证据。而《民事诉讼证据规定》确定了“举证时限制度”，举限期限可以由当事人协商或由人民法院指定；当事人在举证期限内不向人民法院提交证据材料，视为放弃举证权利。当事人在举证期限内提交证据材料确有困难的，应当在举证期限内向人民法院申请延期举证，由人民法院决定是否准许。《民事诉讼证据规定》中关于举证期限的规定，旨在克服“以证据随时提出主义”存在的弊端，加强法院对民事诉讼制度的管理，提高审判效率。《民事诉讼证据规定》第 34 条规定“对当事人逾期提交的证据材料，人民法院审理时不组织质证，但对方当事人同意质证的除外。”司法实践中存在的问题在于：对于当事人逾期提交的证据材料，人民法院审理时即使该证据不审理可能导致错误裁判或裁判明显不公，同样不组织质证。法官如果认为需要质证，唯一的方式是取得对方当事人的同意，而对方当事人对逾期提供的证据材料，由于利益上的对立，一般都不会同意。《民事诉讼证据规定》第 47 条规定：“证据应当在法庭上出示，由当事人质证。未经质证的证据，不能作为认定案件事实的依据。”该规定第 43 条又规定：“当事人举证期限届满后提供的证据不是新的证据的，人民法院不予采纳。当事人经人民法庭准许延期举证，但因客观原因未能在准许的期限内提供，且不审理该证据可能导致裁判明显不公的，其提供的证据可视为新证据。”从审判实践来看，当事人的法律意识低，对证据失权的不了解，一般都未申请延期举证，由于在举证期限届满后提交的证据不属于新的证据，人民法院不予采纳，也不组织质证。即使证据对案件的处理结果导致错误裁判或明显不公，一审对此证据也不能采信，不能在判决中认定，只能因为证据失权的程序问题而违背客观事实地作出实体上的错误裁判。证据失权的后果是极为严重的，由于我国公民的法律意识普遍较低，往往无法正确理解某一证据的作用及证据不在举证期限内提交所产生证据失权的严重后果，如果严格依照《民事诉讼证据规定》来处理，必然会出现许多与客观事实不符的错误裁判。无法实现公正司法的基本要求。这一已正经在司法实践中成为一个突出的问题。

二、民事诉讼举证问题的完善对策

（一）慎重行使举证责任承担的分配权

法官在行使举证责任承担的分配权时应当慎重。至于何时作出举证责任承担的分配，有的法官主张在诉讼中，收集到必要的证据后才能进行，理由是：立案庭仅根据原告提交的诉状和初步的证据材料立案，仅从形式上审查符合立案条件，确定的案由不一定准确。在这一阶段，不一定需要法官对举证责任作分配。而在诉讼进行中；双方当事人都提交了一定的证据材料，法官能够归纳出准确的案由，此时的举证责任确需法官自由分配时才进行。而笔者主张，采用《举证通知书》的形式作出初步的分配。立案法官在填发举证通知时，根据诉状及原告提供的证据材料，结合自己的审判工作经验确定案件性质。案由确定后，接着对原、被告双方的举证责任承担作出分配。并列明在《举证通知书》里，对当事人各方应举出的哪些方面的证据材料全部列明。举证责任倒置责任承担的分配，笔者认为，法官不能随意作出，应按法律、司法解释执行。但是，社会生活是千变万化的，新的法律关系不断出现。对出现的新案由，如有必要倒置举证责任的，消极地等待法律、司法解释作出规定才执行，显然不适应社会经济发展的需要。笔者主张以积极的态度对待，出现新类型案件需要法官确定如何分配举证责任时，情形由合议庭讨论后，由院长提

交审委会讨论决定，审委会不能决定的，可请示上一级法院指导，充分发挥集体智慧，避免遗漏举证事项，影响案件的审判质量和效率。

（二）对逾期提交的证据材料赋予法官灵活决定权

实践中有一定比例的民事案件不实行庭前交换，对当事人未申请延期举证，举证期限逾期后提交的证据材料，如按《民事诉讼证据规定》不组织质证，进而对决定案件胜败的证据材料该采的不予采信，一审法院只能作出错误判决。当事人在二审、再审程序中提交在一审中不组织质证的证据材料，导致改判或发回重审的，不视为错判。带来不少的负面影响，降低了公正司法的形象。另一方面，这样的判决， 当事人永远不服，不上诉也会不断地申诉，导致当事人诉累，浪费当事人的人力、物力、财力，也浪费法院有限的审判资源。笔者认为，对逾期提交的证据材料，如果凭借法官审查判决，不组织质证不会导致错判的，按《民事诉讼证据规定》作为证据失权处理。给逾期举证的当事人承担证据失权的后果。如果凭法官审查判断认为该证 据事关本案的胜败，不质证，可能导致错判的，则不能掉以轻心，必须慎重审查。为了使该证据能在庭上质证，人民法院应在庭审中不失时机地对当事人的举证进行指导，行使好释明权，将该重要证据认定为“ 新的证据”, 以此作为关键证据在程序上失权的救济。维护客观事实和当事人的实体权利，依照《民事诉讼证据规定》第 41 条第（一）款、第 43 条、第 45 条规定通知对方当事人在合理的期限内 答辩、举证和庭上组织质证。确保案件的裁判质量和效率。既依法又能取得更好的社会效果。

（三）应建立相应的法律制度来配套运作

一是应建立当事人互动式的诉讼答辩程序。这是与举证时限制度相匹配的环节，通过诉答程序固定当事人的诉讼请求，可以使当事人的争点明确。二是完善庭前准备程序，尤其是完善证据交换制度。三是完善当事人调查收集证据的程序保障机制，扩大当事人调查收集证据的权利，法院按照法定条件，对当事人实现调查收集证据提供程序上的支持。同时完善证人作证制度，规定证人不履行作证义务应承担一定的法律责任。四是加 强律师队伍建设，提高律师的整体素质，为当事人提供充分的法律帮助。五是完善证据保全制度。六是法官应适时行使释明权，对关于证据失权和“新的证据”的规定向当事人充分释明。

参考文献

1、江伟、孙邦清《对我国举证时限制度确定的反思》;
2、张卫平主编《民事证据制度研究》;
3、毕玉谦《民事证据原理与实务研究》。

浅谈儿童性侵害现状、制度保护

安徽徽商律师事务所 范 珣

摘 要： 儿童遭受性侵害的事件见诸报端，性侵行为长期存在的，有的甚至潜伏十几年，这样的恶劣行为带给儿童的深远而无法消失的伤害。笔者结合承办的案件就目前我国儿童性侵害案件的特点进行归纳，并借鉴国外的立法规定，努力推动立法机关从制度上保护儿童免受性侵伤害。

关键词：儿童 性侵害 立法研究

一、我国儿童遭受性侵害的现状

香港《预防儿童性侵犯训练手册》对儿童性侵犯给出了定义：儿童性侵犯是指为满足侵犯者性欲或其他目的，而透过暴力、欺骗、物质引诱、讨好或其他办法，引诱儿童进行性活动。这包括有身体接触和没有身体接触的性侵犯：有身体接触的儿童性侵犯，如非礼、强奸、乱伦、引诱儿童触摸侵犯者的私人部位、触摸儿童的私人部位；没有身体接触的儿童性侵犯，如强迫儿童看色情电影、录像带，用猥亵言语挑逗儿童，吩咐儿童露体，向儿童露体和拍摄儿童裸体照片等。儿童性侵害，是一个世界性的问题，也是首届世界性健康大会（第 18 届世界性学大会）讨论的重点。东西方性学研究所邓明昱博士和他的中国学生丁力等，于 2006 年对中美青少年在儿童时期遭遇性侵害的情况进行了调查和研究。他们对 200 名中国青少年和 180 名美国华裔青少年进行问卷调查。调查结果显示：19.3%的中国青少年在 12 岁以前有一次或多次遭遇性侵害：言语性骚扰 12.5%，抚摸或亲吻乳头和臀部 11.2%，抚摸或亲吻性器官 9.8%，他人暴露性器官 7.2%，企图性交（强奸未遂）3.6%，强奸 2.5%。33.2%的美国华裔青少年在 12 岁以前有一次或多次遭遇性侵害：言语性骚扰 31.4%，抚摸或亲吻乳头和臀部 27.6%，抚摸或亲吻性器官 25.2%，他人暴露性器官 22.7%，企图性交（强奸未遂）8.4%，强奸 6.3%。在国内，还没有关于儿童性侵害案件的权威统计，但媒体不时公开的案件却不少见。

自我代理本起校长强奸、猥亵儿童案后，不知道是不是巧合，今年 5 月 8 日，“海南万宁”事件被曝光，随后全国各地儿童性侵害案件呈“井喷式”爆发，我代理的本起案件随之被媒体高度关注，因为之前案件也被我们省内一些媒体采访曝光，在案件发生地——潜山县也引起了很大反响。随着全国媒体人的关注，我们的案件也发生了很大变化，当然这些变化对我的当事人来说是好的，是激励人心的。儿童性侵害案件是普遍、长期存在的，不只是被曝光才发生的。从媒体报导的案件来看，性侵行为是长期存在的，有的甚至能潜伏十几年，这样的恶劣行为对儿童的伤害将是深远而无法消失的。

二、我国儿童性侵害案件特点

（一）儿童性侵案呈上升趋势。根据人民网从北京市多个法院获悉，朝阳法院 2007 年 1 月至 2012 年 12 月共审结猥亵儿童案件 47 件，2007 年为 3 件，占侵犯公民人身、民主权利案件比例为 4.1%，而到了 2012 年这个比例升为 14.5%。10 岁以下儿童受猥亵侵害几率明显较高，占 80.9%。其中最小的被害人仅 3 岁。两成被害人受 2 次以上侵害。丰台法院从 2009 年至 2011 年，该院共审理 28 件案件涉及被害人 42 名，虽然年龄都集中在 10-13 岁之间，但 3-5 岁的儿童也多

达 8 名。

（二）儿童熟识的人要比儿童不熟识的人对儿童实施性侵害的比例要高。根据北京青少年法律援助与研究中心分析的 138 个媒体报道的案件中，有 96 件是熟人作案。这些熟人中，其中三类人最容易对儿童实施性侵害：邻居或同村的人；教师或校长；儿童的生父、养父、继父或者其他近亲属。

（三）农村学校、留守儿童发生性侵害比率高。近期频繁被曝光的儿童性侵案件有很多都是发生农村学校，受侵害的儿童有很多是留守儿童。据一些办案机关统计，55%的被侵害人是留守儿童。我所代理的潜山案件就是典型的代表，本案发生在潜山县一个小山村里，学校只有两老师，案发后，学校只剩下一位老师和三名学生。小山村闭塞的信息传播途径和村民的无意识，给学校老师长期强奸猥亵儿童提供了违法的温床，本案杨姓老师强奸猥亵儿童长达 12 年之久，有多少无辜的孩子受到了终生的伤害，他恶劣的违法行为在他进行了 12 年之后才被家长知晓，孩子的伤害才被提及，这样迟来的“惩罚”到底能带给受伤害的孩子多少公平与公正？

（四）公职人员实施性侵害行为比例高。根据北京青少年法律援助中心与媒体发起的“儿童性侵害调查”，对近年来公开报道的儿童性侵案件进行梳理。调查中受害者的年龄界定在 14 周岁以下，案发时间界定为 2005 年至今，案例来源于近年来公开报道。结果显示，性侵案中 8 成为熟人作案，其中公职人员占 45%，年龄超 43 岁者近 7 成，施暴者的双重人格现象严重。在公职人员参与的性侵害案件中，教师性侵害案件多发让人痛心。施害者的身份包括校长和普通老师，受害者的身份包括幼儿园学生、小学生、初中生和高中生。今年 5 月至 6 月被频繁报道的儿童性侵案件中，施害者近 70%是学校老师或校长。

三、国外关于儿童性侵的立法规定

（一）美国：罪犯信息公布上网，公共场所严禁接近儿童

1996 年 5 月 17 日，克林顿总统签署了“梅根”法案，随后该法案在美国各州普及开来。“梅根”法案规定，为避免有犯罪前科者出狱后继续危害社会，警方会录取强奸犯的指纹、气味和 DNA 等资料，并永远存档保留。强奸犯出狱后，他所在社区的警方还会将其照片、住址、外貌特征等个人信息放到网上以供读取，提醒公众留意防范。2004 年，《梅根法案》又有了进一步的发展：性侵儿童的罪犯，假释期间须佩戴手腕警告标志与电子追踪器。若一个人曾经犯案两次以上，出狱后还必须每 3 个月前往警方接受一次问询，甚至胡须、发型等体貌特征有所改变时，也必须及时向警方报告。在美国，虽然各州对强奸或猥亵未成年人的量刑不同，但都将其视为重罪。多个州法律规定，只要与 14 岁以下的儿童发生性关系，无论是否出于自愿，一律按强奸罪处理。有五个州允许对强奸幼童者判处死刑。

（二）日本禁与未成年人发生性关系

在日本，援助交际常常导致性犯罪。为此，日本早在 1999 年设立了儿童买春及儿童色情处罚法，规定如果通过金钱让未满 18 岁的儿童提供性交或者性服务就被看成是“儿童买春”行为。与未满 18 岁的儿童进行性交或者猥亵行为时，无论有金钱往来与否都要受到处罚。

（三）德国允许性犯罪者自愿选择是否“化学阉割”

在惩治强奸儿童犯上，德国恐怕是欧洲最为严格的。与美国相同，与年龄在 14 岁以下未成年人发生性行为一概视为强奸。心理学家研究证明，很多犯有强奸罪的罪犯在被释放后都没有真正改过自新，还会第二次、第三次走上同样的犯罪道路。单靠刑罚，难以阻挡犯罪。有鉴于此，

德国允许性犯罪者自愿选择是否通过外科手术进行“化学阉割”。所谓化学阉割主要是指通过注射雌性激素和抗抑郁药物，降低性冲动。作为减刑假释条件，对恋童癖罪犯实施药物治疗。

（四）英国、瑞士专门针对儿童进行防止性侵害教育

很多国家的儿童性教育不仅仅讲述男孩女孩青春期身体和心理的变化，还着重普及预防保护教育，并将其纳入教育计划中。这方面的教育主要是应付性骚扰的对策和技巧以及在危急关头如何自救或寻求帮助。英国把性教育排进课程表，根据“国家必修科学课程”的具体规定来进行教育。儿童从5岁开始，就在学校接受有关防止性侵犯的课程。该课程将向学生解释身体的哪些部分属于私处，大人摸不得。瑞士儿童保护协会也发起过一项小学生防止性侵害宣传教育活动。主要以交互式展览的形式向小学生说明什么是性侵害，与异性接触应该掌握的分寸等问题，同时让他们知道在遭受性侵害的时候应该怎样求助。

四、我国现行立法对儿童性侵害保护不足及完善

（一）立法不足

我国立法没有界定性侵害的概念，只是在刑法中规定了每种性侵害犯罪的概念以及刑罚。2007年6月1日实施的新《未成年人保护法》首次明确提到了禁止对未成年人实施性侵害。该法第四十一条规定：“禁止拐卖、绑架、虐待未成年人，禁止对未成年人实施性侵害。禁止胁迫、诱骗、利用未成年人乞讨或者组织未成年人进行有害其身心健康的表演等活动。”但作为一部未成年人保护的原则法，该法没有对性侵害作出具体规定。[1]我国男童受害存法律空白，按照我国法律规定，强奸罪被害主体必须是女性，男童被性侵只能以“猥亵儿童罪”或“故意伤害罪”起诉，处罚力度大大降低。

（二）法律制度应不断健全完善

作为专业律师，看到很多儿童遭受侵害而无法从法律上帮助他们，很是痛心。我们应该从个案做起，努力推动立法机关从制度上保护儿童免受性侵伤害。从律师工作角度来看，关于儿童性侵保护立法应从以下几个方面进行完善：首先，完善家庭、学校保护制度，将儿童性侵内容融入保护制度设置中。《未成年人保护法》中家庭、学校保护章节没有关于儿童性教育的内容。我国传统的家庭教育根本没有意识到儿童性教育的重要性，父母永远将性教育作为难以启齿的话题，从来不触及，更谈不上科学的教授孩子性知识。我所代理的这起案件，也是完全印证了这个问题，受到侵害的儿童曾经在父母面前提到过自己受到伤害，但是完全被家长忽视，甚至被家长制止述说，从而导致儿童长期处于被伤害的境地。学校保护制度中也没有完全融入儿童性侵内容，比如：《未成年人保护法》和《民法通则》及相关司法解释规定了校园伤害的责任承担制度，但是学校并未足够重视校园性侵问题，校舍不安全、教师行业准入制度缺陷以及处罚措施不完善等问题，导致校园性侵案件频繁发生。其次，对于儿童遭受性侵害的案件，《刑事诉讼法》在修改时，应该有所突破，要求公安机关接到举报后，先立案收集证据，而不是等着当事人提供证据后再立案。[2]办案机关在证据收集方面也应足够重视受侵害儿童的证人证言，最大限度保护儿童的合法权益。第三，加大儿童性侵施害者的处罚力度。“海南万宁事件”发生后，最高人民法院做出重要批示：坚持最低限度的容忍、最高限度的保护，该重判的坚决依法重判。第四，建议政府部门成立专门的未成年人保护机构，加强未保工作立体全面保护，加强监督力度。从现行立法中可以看到，未保工作都是多头管理，很多部门都有涉及到未保工作，而没有统一的专门未保机构，造成多方面管理却多方面都不管理的状态。政府应该成立专门的机构，专门负责未保工作，综合处理涉及

的未保工作。比如：合肥市包河区人民检察院就设置了未检科，合肥市大部分未成年人案件在包河区人民检察院审查起诉，不仅节约了司法资源，也大大提高了检察院的专业素质。第五，办案律师应增强专业技能。儿童性侵案具有独特性，要求律师办案过程中不同于普通的成年人案件处理方式。2010 年，全国律师协会制定了律师办理未成年人遭受性侵害案件指导意见手册，手册强调律师在办案过程中对未成年人的全面保护，体现为手册界定的性侵害范围广，诉讼过程延伸至立案和立案前的咨询阶段，尽量提供包括争取赔偿、介绍心理咨询和辅导、帮助脱离侵害环境等综合帮助。但是目前，本手册的运用范围不大，大多数律师不知道有这样的指导意见，应该大力普及手册的使用范围。

综上，作为潜山校长性侵案的承办律师，对于我国儿童性侵案件现存的很多问题进行了上述几点分析。我们不是希望要把儿童置于风口浪尖上，我们更多的希望通过有效的信息公开，督促政府部门推进司法改革，将儿童利益保护最大化原则切实贯彻在法律、法规、政策中，逐步完善儿童保护立法体系。

参考文献

1、摘自《律师办理未成年人遭受性侵案件指导意见》；

2、佟丽华、张文娟 《中国儿童遭受暴力侵害的现状、法律保护困境和对策研究》。

浅析电子数据证据

安徽华冶律师事务所　张有旺 李璐璐

摘　要：在我国，随着计算机技术的迅猛发展和网络应用的飞速延伸，司法实践中涉及电子数据证据的案件越来越多，电子数据证据也扮演着越来越重要的角色。为解决电子数据证据问题在我国立法和司法实践中的长期困扰，我国《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》都已确立电子数据证据作为一种独立证据的法律地位，但对电子数据证据的具体适用还没有出台相应的规定。本文拟从电子数据证据的概念和特征、取证以及审查判断三个方面对电子数据证据进行简要分析，以探讨如何适用电子数据证据。

关键词：电子数据　特征　取证　审查判断

一、电子数据证据的概念和特征

电子数据证据是指能够证明案件真实情况的，以数字信号、模拟信号为表现形式，借助电子、磁性物、光学设备或其他类似设备生成、发送、接收、存储的信息。电子数据证据主要有以下五个特征：

1、依赖性。电子数据证据的依赖性是指电子数据证据必须依赖于一定的设备才能产生、存储、复制、转移、读取等等。而传统证据则不然，以传统的书证、物证来说，这些证据形式依靠一定的自然或者人工的材料得以存在，可以直接读取其中包含的内容。但是电子数据证据的产生、存储、复制、转移、读取则不能直接进行，它必须依赖于特定的系统并通过相应的程序解码，使用打印、屏显、运行等方式将其显现出来，才能使人们获知其内容。

2、易被改变性。从本质上来说，所有的电子数据，包括声音、图像、符号等，都以“0”和“1”两个数字组成的一系列二进制代码储存在各种介质上，这些“0”和“1”数字在其存在的介质上表现为光学材料中光信号的变化或磁性材料中磁向的变化等。而这些光信号或磁向的变化很容易改变，就具体操作而言，一个简短的指令就可在极短的时间内对电子数据进行修改、删除、转移。而且供电系统或网络通信的故障，强磁、高温、高湿度等外部环境的影响，也极易导致电子数据的改变。

3、信息与载体的可分离性。电子数据证据是以数字或模拟信号的形式存储在各种电子介质如芯片、软盘、硬盘、光盘、磁带、移动存储设备等载体之上的，这与传统证据的存储方式有很大的区别。传统书证、物证、证人证言都与其载体密不可分，但是电子数据证据所载的信息并不必然与特定的载体相连，不同的磁盘、光盘、磁带完全可以复制转载同一内容的电子信息。电子信息可以从一个载体转换到另一个载体，而内容却不发生任何变化，还可以通过网络传给远方的一个或多个接收者[1]。

4、外在形式多样性。电子数据在计算机内部的存在形式是简单电磁形式的，但其外在表现输出形式却是多种多样的，它可以输出在计算机屏幕上成为图像、动画等视频形式，输出在打印纸上成为传统纸介文件，输出在音箱中成为音频信息，输出在缩微胶卷上成为视听资料，计算机程序的执行操作更是以不同的动作指令为表现形式，这都显示了它的外在形式多样性。多媒体技术的出现，更使电子证据综合了文本、图形、图像、动画、音频及视频等多种媒体信息，使得证据外在形式复杂多样。

5、可挽救性。电子数据证据的产生、保存和删除的操作就是对介质进行电、磁、光学处理，产生痕迹的过程。在某些情况下，计算机可以按照例行程序或特定软件追踪和挽救一些信息。而通过模拟信号表现的证据同样可以通过技术手段检测痕迹，恢复被删除、修改的文件。即使将“回收站”清空，文件也实质上并未从硬盘上删除，删除的只是指向文件物理地址的逻辑指针，而不是实际删除程序和文件[2]。

二、电子数据证据的取证

（一）取证原则

1、及时性原则。及时性原则就是当获取相关涉案信息时，应尽快赶赴相关地点，及时采取保护措施，并立即着手对现场进行处置。一旦错过时机，证据可能就不复存在。

2、全面性原则。全面性原则就是既要收集电子数据证据，也要收集与系统稳定性及软件使用等情况的证明；既收集存在于计算机软硬件上电子数据证据，也收集其他相关外围设备中的电子数据证据；既收集文本，也收集图形、图像、动画、音频、视频等媒体信息；既收集对当事人有利的证据，也收集对其不利的证据；既收集已发现的证据，也收集磁盘中已被删除但可恢复的文件。

3、利用专门技术工具取证原则。因为电子数据证据的真实性很大程度上取决于所依赖系统的质量和性能等方面的因素，只有借助于高灵敏度、高性能、高质量的技术设备，才能获得高度真实的电子数据证据。为了保证电子数据证据的证明力，在收集电子数据证据时应使用专门的技术工具，使电子数据证据能够准确储存并反映有关案件真实情况。

（二）取证程序

首先，在收集电子数据证据时，应当获得相关机构或当事人的授权或许可。在刑事诉讼中，对电子数据证据采取搜查、扣押、动态截获等措施时，往往会涉及公民隐私权或商业秘密权，所以各国一般采取令状原则，即侦查机关只能依据法官签发的令状实施搜查、扣押，对此，我国刑事诉讼法就技术侦查措施也规定了类似的措施从程序上予以制约。对于动态截获网络中传输的信息，有两种情况，一是经信息发送人或者接受人同意而截取信息；二是未经信息发送人或者接受人同意而截取信息。在立法上，对于前者可规定由侦查机关自行进行；对于后者，则应当规定须经有决定权的机关批准，以防止侵犯公民权利[3]。在民事诉讼中，当事人收集电子数据证据时，一般也应当获得证据持有人或保管人的许可。

其次，收集电子数据证据时，应当对电子数据证据的各个载体作详细的标签，标明有关电子数据证据的详细信息，并要记录对电子数据证据进行的各种操作，最终形成完整的证据保管链，以防止电子数据证据在收集及保管过程中被篡改。证据标签的内容包括:信息来源（地点和持有人）；信息是否需要许可才能调查；信息的描述如果证据是存储设备，还包括设备中包含的信息；获得信息（证据）的时间和日期；最早接收证据的人员的姓名和签字；与证据相关的案件及标签号码[4]。在以证据保管链方式保存搜集的电子证据时，任何未经授权的人都不能接近它。对获得的每一个证据都必须有一个完整的保管链记录，保管链要求从证据搜集的那一刻到它出现在审判过程的那一刻都可以从记录中找到它的位置。只要相关人员想查看证据，就必须进行出库登记，当电子数据证据被再次送回来保存时，必须进行入库登记[5]。通过对电子数据证据的收集和保管过程采取严格的程序控制措施，可以保证电子数据证据的完整性和真实性没有发生改变，从而确保电子数据证据的证明力和证明能力。

最后，规定科学的方法和措施来保全电子数据证据。对重要电磁介质及数据档案必须按科学

方法保全，避免由于疏忽大意的行为造成电磁介质数据丢失而破坏重要线索和证据。运送计算机硬盘和其他存储装置时要格外小心。由于静电释放的潜在威胁，运送这类物品不应使用塑料包装[6]，同时此类证据要注意防潮、防热、防磁和防冷。特别是使用安装了无线电通讯设备的交通工具运送电子数据证据时，一定要关掉车上的无线设备，以免其工作时产生的电磁场破坏计算机及软盘、磁带等存储的数据。

（三）取证方法[7]

1、打印。对于可以直观或直接反映或证明案件事实的电子数据证据，可以直接将有关内容打印在纸张上的方式进行取证。打印后，可以按照提取书证的方法予以保管、固定，并注明电子数据证据打印的时间、数据信息在计算机中的位置（如存放于那个文件夹中等）或来源、取证人员等。

2、拷贝。将作为电子数据证据的电子文件，通过拷贝复制到U盘、移动硬盘或光盘中的方式。取证人员应当检验所准备的U盘，移动硬盘或光盘，确认没有病毒感染。拷贝之后，应当及时检查拷贝的质量，防止因保存方式不当等原因而导致的拷贝不成功或感染病毒等。取证后，注明提取的时间并封闭。

3、拍照、摄像。对于具备视听资料特征的电子数据证据，可以采用拍照、摄像的方法进行证据的提取和固定，以便全面、充分地反映证据的证明作用。此外，在电子数据证据取证过程中，对取证全程进行拍照、摄像，也可以增强被固定采集的电子数据证据的真实性。

4、制作司法文书。由执法机关对电子数据证据制作相应的检查笔录和鉴定。检查笔录是指对于取证证据种类、方式、过程、内容等在取证中的全部情况进行的记录。鉴定是专业人员就取证中的专门问题进行的认定，也是一种固定证据的方式。

5、查封、扣押。申请执法机关对于涉及案件的电子数据证据的载体进行采取查封、扣押，将有关载体置于执法机关保管之下，之后再对该电子数据证据进行分析、解读。

6、公证。通过公证机构以证据保全公证的方式对有关电子数据证据进行公证，这是有效获取电子数据证据的便捷途径。

7、数据解析。对于不能直接或直观的证明案件事实的电子数据证据，在确保数据真实的情况下，运用特定的软件工具，对相关数据进行分析、转化，使得其可以直观的形态为人们所认知或了解。

8、恢复。大多数计算机系统都有自动生成备份数据和恢复数据、剩余数据的功能，因此当有关电子数据证据已经被修改、破坏的，可以通过对自动备份数据和已经被处理过的数据证据进行比较、恢复，获取电子数据证据，也可以使用一些专门的恢复性软件或专门设备来恢复、获取电子数据证据。

三、电子数据证据的审查判断

（一）审查判断的内容

对证据的审查，包括审查它的真实性、关联性、合法性。审查电子数据证据的关联性、合法性的方法与审查传统证据的方法差异不大，所以在这里仅分析一下如何审查判断电子数据证据的真实性。

1、审查电子数据证据的来源。主要是审查作为证据的数据电文是怎样形成的：例如数据电文是在正常业务中按常规程序自动生成还是人工录入的，自动生成数据电文的程序是否可靠，有没有非法干扰；由人工录入数据电文时，录入者是否按照严格的操作规程、采用可靠的操作方法

合法录入。另外，该电子数据证据所依赖的计算机系统或其他类似设备，在所有关键时刻是否处于正常运行状态，若关键时刻不处于正常运行状态，该事实是否影响电子数据记录的真实性；该电子数据证据是在正常业务中制作的还是为诉讼目的制作的，前者的可靠性要高于后者。

2、审查电子数据证据的收集。主要是审查收集的技术是否达到一定水平，操作是否恰当。由于电子数据的易变性，任何一个不恰当的操作，都会导致电子数据的丢失、改变或不可恢复的删除。有的电子数据浩如烟海，对其排列、组合、抽样时，要审查其方法是否客观、科学，因为不同的排列组合得出的结果可能完全不同。还要审查收集的设备是否符合要求，用低性能的计算机处理高性能的计算机才能处理的数据很有可能出现误差甚至错误。

3、审查电子数据证据的传送与接收。数据电文通常要经过网络的传递、输送，所以要考虑传递、接收数据电文时所用的技术手段或方法是否科学、可靠，传递数据电文的“中间人”如网络运营商等是否公正、独立，数据电文在传递过程中有无加密措施，数据电文的内容是否被改变等。

4、审查电子数据证据的存储。就是审查作为证据的数据电文是怎样存储的：如存储数据电文的方法是否科学，存储数据电文的介质是否可靠，存储数据电文者是否公正、独立，数据电文是由不利方储存的还是有利方储存的或是中立的第三方储存的，不利方储存的数据电文的可靠性最高，第三方储存的数据电文的可靠性次之，有利方储存的数据电文的可靠性最低。（存储数据电文时是否加密，所存储的数据电文是否被改动等等）。

（二）审查判断的方法

1、印证法

印证法是指将若干证据所分别证明的若干事实结合起来进行验证，以考察它们是否相互呼应、协调一致的方法。即把电子数据证据与案件中的其它证据结合起来考察，看是否矛盾，各自证明的结论是否一致，是否形成完整的证据链条，与案件发生的时间、地点等案件要素逻辑上是否统一。由于电子数据证据极易修改且了无痕迹，所以印证法是审查判断电子数据证据真伪的一种最有效的方法。

2、实验法

对于没有其它证据印证的电子数据证据来说，实验法是重要的方法。我们可以尝试用同样的设备、同样的方法对电子数据证据的生成、传递、存贮、保管等进行检查、验证，看其内容是否会发生变化，也可依此确定收集的技术、方法的科学性、可靠性，进而间接地确定内容的真实性。

3、鉴定法

对于进行实验会导致不可恢复的损害又无法与其它证据印证的电子数据证据，鉴定法是比较好的方法。电子数据证据大多是多方位的信息资料，能够反映案件发生的动态过程，作案人无论有多高的伪装和伪造手段，也不可能面面俱到，我们可以聘请有关技术人员对它鉴定，以确定其所反映的真实情况。

四、结语

我国有关于电子数据证据的立法才刚起步，对电子数据的具体适用没有相应规定，而且我国证据立法本身也不健全，但经济社会的快速发展又决定了电子数据证据在未来的司法程序中会占据越来越重要的位置。因此我国可以考虑逐步建确立专门的证据法，这不仅是完善电子数据证据相关制度的需要，也是我国规范证据适用的重要途径。

参考文献

1、冯惠玲《认识电子证据》,《档案通讯》, 1998 年第 2 期，第 43 页。

2、段海新《计算机取证———应急响应精要》, 人民邮电出版社 2003 版，第 362 页。

3、宋英辉《关于搜查、扣押电子资料的立法完善问题》,《证据学论坛》, 2004 年第 7 期，第 35 页。

4、汪青青《应急响应&计算机司法鉴定》, 清华大学出版社 2004 年版，第 167-168 页。

5、汪青青《应急响应&计算机司法鉴定》, 清华大学出版社 2004 年版，第 163 页。

6、蒋平《计算机犯罪的刑事对策探讨》,《江海学刊》, 1998 年第 5 期，第 27 页。

7、江苏省律师协会 ,《电子证据的固定采集与展示业务操作指引》, 2009 年 11 月 11 日印发。

8、陈志敏《电子数据证据问题探析》,《河南公安高等专科学校学报》, 2001 年第 4 期 。

9、赵春雨、张云泉《论电子证据的特点及其对取证的影响》,《黑龙江省政法管理干部学院学报》, 2006 年第 1 期。

浅析婚内侵权的相关问题

——婚内侵权赔偿制度探析

安徽纬纶律师事务所　石必亮

摘　要：在法律意识日渐普及的今天，人们的维权意识亦是与日俱增。其中，对于婚内侵权这一特殊的侵权，在我国的《婚姻法》和《侵权法》中一直缺失相关的法律规定，留有空白。很显然，这是不符合建设建立健全法治国家要求的。本文将结合现今司法实践和立法的缺失或不足，综合《民法通则》中的基本原则、《侵权法》和《婚姻法》的相关内容，对婚内侵权从规范基础、权利基础、制度基础以及构建后的执行障碍的解析等方面阐述该制度在我国构建应考虑和注意的相关问题。主要包括婚内侵权的基本内容、婚内侵权赔偿制度的建立和婚内侵权赔偿制度建立后执行难的解决方法探讨。

关键字：婚内侵权　损害赔偿制度　人格独立　夫妻权（配偶权）

夫妻在家庭舆论的观念里是一个整体，但是从法律上来说它既是一个生活的共同体，又是两个独立异性民事主体的结合。现行法律大多将这种生活共同体视为一个整体，关注的也主要是这个整体与外界的纠纷，而忽视了这个整体内部相互侵权——夫妻婚内侵权的现象，而这一立法的缺失，显然会导致司法、执法、与守法者在这一块陷入迷惘。面对影响日益加剧的"小三"、家庭暴力等婚内侵权案件的频频出现的现象，让我们不得不重新审视法律在这块的缺失，建立婚内侵权赔偿制度的必要。在此，笔者就婚内侵权的相关问题做一个浅析，以期有所助益。

一、婚内侵权的基本内容

（一）婚内侵权的含义

婚内侵权是指在婚姻关系存续期间，夫妻一方以作为或者不作为的方式违背了法律对夫妻整体互为配偶的权利和义务和夫妻双方作为独立的法律主体的权利和义务的规定，即主要规定为夫妻的人身权和财产权。

（二）婚内侵权的构成要件

婚内侵权的构成要件跟一般侵权的构成要件基本相同，主要包括：主体、客观的侵权行为、损害事实的发生、侵权行为和损害事实的发生之间存在因果关系、侵权人的主观过错。在这，对婚内侵权与一般侵权相同的构成要件不做分析，笔者想在侵权人主观过错方面谈谈对醉酒侵权这种特殊情形的主观定性的问题。

在婚内侵权中，其赔偿责任只能适用过错原则，并且主观上的故意是确定行为人承担民事责任的重要依据，这是由夫妻双方的人身性质所决定的，如果侵权方主观上无故意的过错，就不会对家庭的稳定性产生多大的影响。而在婚内侵权中，经常会出现醉酒后发生侵权行为的现象，醉酒后侵权在主观上是否构成主观的过错？在我国，民事侵权采用的是客观过错说，也就是说只要是在客观上没有尽到应尽的义务，做到必要的防范，并在客观上造成了一定的损害结果，在主观上则认定为有过错。而醉酒情况下发生的婚内侵权行为，虽然构成过错，但是到底是定性为主观故意的过错，还是过失的过错值得思虑。笔者首先将醉酒后侵权与醉酒驾驶做个比较，两者都是

受酒精影响，都造成了损害结果。但同时两者也有很大区别，醉驾后发生的事故在主观认定上大都为过失，如果在这里沿用《刑法》上对醉驾的主观定性，醉酒后发生的婚内侵权行为则不能由醉酒侵权方承担赔偿责任，显然是不公平的。随着《刑法修正案（八）》后醉驾入罪，就更重视醉酒行为有害性，《刑法》重在惩罚、预防不法行为，《民法》则是重在救济，醉酒行为是将自己处于醉酒状况，本身就有很大的过错，所以从救济的角度来审视由此之后发生的婚内侵权，应认定为主观过错已形成。

其次对于婚内侵权与一般侵权的区别——主体和客体的特殊性留待下文重点阐述。

（三）婚内侵权的特殊性

婚内侵权的特殊性主要体现为主体的特定性和客体的特定性两个方面。

主体具有特定性，只有具有合法婚姻关系的夫妻双方在婚姻关系存续期间发生的侵权才可能成为婚内侵权。在这一方面上要注意两点：其一是具有合法的婚姻关系，这是婚内侵权的前提。从时间上看，婚内侵权是发生在双方进行婚姻登记之日起至婚姻关系解除这段时间内，婚前、婚后以及同居时期内的侵权行为都不能构成婚内侵权。以 1994 年 2 月 1 日颁发的《婚姻登记管理条例》为分界线，在此之前，承认事实婚姻，即在事实婚姻发生期间内所发生的侵权行为，应纳入婚内侵权的范畴。而在 1994 年 2 月 1 日以后不承认事实婚姻的法律效力，即在此之后以婚姻登记为具有合法婚姻的标志。

客体具有特定性，婚内侵权的客体主要为人身权和财产权。其中人身权包括配偶作为一般民事主体的人身权和配偶基于婚姻关系而产生的人身权。前者包括生命权、健康权、身体权、名誉权、荣誉权等一般人身权，后者主要指配偶权。

在现实生活中，由于婚姻关系的建立，许多婚内侵权的案例不得不了了之，面对受害方遭受的不法待遇，法官也无所适从，没有具体法律的规定，让大多法律人士在这一块陷入了迷茫。例如下面这个案例：刘某（女）与何某（男）系夫妻，双方经常因琐事争吵，何某性情暴躁，经常动手殴打刘某。2011 年 7 月 3 日，双方又因琐事发生激烈争吵，何某顺手拿起板凳朝刘某砸去。经医院诊断，刘某头外伤，双眼挫伤，左肩、胸部等部位软组织损伤。2011 年 8 月 12 日，刘某经某某市司法鉴定所鉴定为伤残十级。2011 年 9 月 1 日，刘某将何某告上法庭，要求何某赔偿其医疗费、误工费、伤残赔偿金等各项损失合计 20453、6 元。对于该案，首先在是否受理上就存在争议：

第一种观点认为，我国《婚姻法》第 46 条，实施家庭暴力的，无过错方有权请求损害赔偿。根据<最高院关于适用《婚姻法》>第 29 条规定，在婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚而单独依据《婚姻法》第四十六条规定提起损害赔偿请求的，人民法院不予受理。

第二种观点认为，根据我国《民法通则》第 119 条的规定："侵害公民身体造成伤害的，应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残废者生活补助费等费用；造成死亡的，并应当支付丧葬费、死者生前扶养的人必要的生活费等费用"这条适用于所有公民，并没有把夫妻排除在外。尽管婚内侵权有其特殊性，但是婚内侵权主体身份不应该成为人身侵权案件承担赔偿责任的障碍。故法院应当受理。

在上述案例中很明显已构成婚内侵权，但是由于我国在婚内侵权方面制度的缺乏，以至于让婚内侵权案件在应否受理问题上一直存在争议。如果受诉法院根据部门法优于一般法的原则，《婚姻法》优先使用，这类侵权案件就成了法治的"漏网之鱼"，也无疑加深了受害方起诉的顾虑和成本，阻碍了建立法治社会的步伐。由此，建立婚内侵权制度已刻不容缓。

二、婚内侵权制度的建立

婚内侵权包括离婚损害赔偿和婚内侵权损害赔偿两种。其中离婚损害赔偿，自我国 2001 年修改后的《婚姻法》增设了离婚损害赔偿制度，相关司法解释进一步完善了对离婚损害赔偿适用中的缺失和不足，至此，离婚损害赔偿制度已趋近完整，但对婚内侵权损害赔偿责任并没有通过立法确定下来，在这一块的立法上仍是空白。在这里本文所指的婚内侵权主要是婚内侵权损害赔偿，建立的亦是婚内侵权损害赔偿制度。

（一）婚内侵权制度建立的必要性

婚内侵权制度建立的必要性主要体现在三个方面：其一，根据我国《民法通则》中对独立民事主体的人身权利和财产权利的保护，每个民事主体的人身权和财产权不允许任何人非经法定程序伤害或剥夺，不论《民法通则》还是《婚姻法》并没有把具有夫妻关系的配偶间的侵权排除在外，而在《婚姻法》中始终都没有相对应这一块的具体立法，这显然与《民法通则》对个人权利保护的立法相矛盾；其二，婚内侵权赔偿制度的建立是社会发展的必然趋势。顺应我国建立健全法治的步伐，婚内侵权损害赔偿必不能一直留有空白；其三，其他国家和地区的相关法律规定，从国际立法来看，以立法来规定分别财产制作为法定财产制以保障婚内侵权损害赔偿制度，凡是不以分别财产制作为法定财产制的国家，大都规定有“非常财产制”来保障婚内侵权赔偿制度，即在不解除婚姻关系的前提下，在出现法定的婚内侵权事由时，暂时或永久地对原夫妻财产制类型进行强制变更，当上述事由消灭，可依法恢复原先适用的法定财产制。《法国民法典》、《德国民法典》我国台湾地区的《民法》都做了类似的规定。

（二）婚内侵权赔偿制度建立的可行性

婚内侵权赔偿制度建立的可行性体现在两个方面：

前提条件——夫妻双方的独立性

本文开篇已道明夫妻在法律上既是一个生活的共同体，又是两个独立异性民事主体的结合。夫妻双方分别作为独立的民事主体，又称为夫妻异体，夫妻结婚后，各自仍具有独立的人格，各自有人身权利，财产权利，承担各自的义务，夫妻地位平等，并且其独立的人身权和财产权都受法律的保护，这就为夫妻间民事责任的承担奠定了主体上的可能性，是建立婚内侵权赔偿制度的前提条件，也是婚内侵权赔偿制度的法律来源。

物质基础——个人财产制

为了适应时代变化的需要，我国于 2001 年对《婚姻法》进行了修改，不仅肯定了夫妻双方在婚姻关系存续期间的人格独立，而且特别承认了夫妻双方享有独立的财产权利。《婚姻法》第 17 条、18 条、19 条更是专门规定了夫妻法定财产制、约定财产制和个人特有财产制相结合的夫妻财产制度，使得夫妻双方可以根据法律规定或约定各自独立的财产。《婚姻法解释（一）》第 19 条彻底否定了婚前个人财产因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产的不恰当立法，使得受害方主张婚内侵权损害赔偿变得切实可行，为建立婚内侵权损害赔偿制度奠定了坚实的物质基础。

（三）婚内侵权赔偿制度建立的几点意见

第一，婚内侵权救济的限度要合理

要建立完善的婚内侵权赔偿制度，不仅仅要考虑在立法上的完整，更要考虑到建立出来的制度在司法上切实可行。这就要求我们首先做到合理救济，明确婚内侵权赔偿的程度。中国自古以来都崇尚“和”的思想，“家和万事兴”的理念更是传承至今。明确在什么样的程度内可以免责？而又在什么样的程度内给予民事救济显得尤为重要。法律是调节矛盾的，所以在追究婚内侵权赔偿责

任上一方面要保护被侵权方的合法权益，另一方面也要注重合理调节，而不是草木皆兵，人人自危，在适应现代社会的基础上适当调节才是合理的。例如侵权人实施了伤害被侵权人的健康权达到一个什么样的程度可以提起婚内侵权赔偿，又在什么样的程度内是可以予以免责的；在侵犯配偶权、未履行贞操义务的情形上达到什么样的后果予以追究，而侵犯配偶的财产权的情况，那些情形分别达到多大的数额予以追究……都是需要一一明确的。

第二、合理界定婚内侵权的范围

婚内侵权的内容主要为两大部分：第一部分为人身权。人身权又分为夫妻权和其它人身权，其中夫妻权是婚内侵权主要救济对象。夫妻权又称配偶权，其具体内容包括哪些，一直存在争议，在这里，笔者认为主要包括姓氏权、同居权、人身自由权、家事代理权、相互抚养权、生育权、计划生育权和要求对方保持忠诚的权利等。夫妻权是一个与夫妻关系联系在一起的权利，其始于夫妻关系建立，终于夫妻关系解除，所以是一个独立于夫妻各方人身权之外的一个非常重要的权利。笔者认为，夫妻权的独立性与法人的独立性有其共通之处。首先，法人的权利、义务产生于法人的设立，终止于法人的消灭，与设立者没有直接的联系，而夫妻权同样与夫妻双方并无直接联系，只与其夫妻关系直接联系，夫妻关系解除，夫妻权则消灭。其次，夫妻与法人一样对外是一个整体，共同承担对外的义务，共享对外拥有的权利；对内，则如同法人按照法律法规或公司章程一样按照不同的法定或约定的内容分担义务，分享权利。最后，夫妻双方对对方所享有的夫妻权如同法人股东之间所享有权利一样本身既是权利又包含义务，是相对的，也是平等的，同时都对法人、夫妻这个整体承担着相同的义务，享有相同的权利。所以，笔者进一步大胆臆测，解决婚内侵权赔偿制度建立后执行难的问题可以借鉴法人这个独立的拟制人格来解决。其他人身权主要为《民法通则》所保护的基本权利，主要有健康权、身体权、人格尊严权、名誉权、限制人身自由权等。第二部分为财产权。在我国，根据我国《婚姻法》的规定，如无特殊约定，夫妻财产实行婚后所得共同财产制。可知，夫妻共同所有的财产，夫或妻具有平等的处理权，由此我们可以认为，除一些基本的日常生活所需之外，夫或妻一方实施处理夫妻共同财产的行为都要经过其配偶的同意，否则擅自处分夫妻共同财产，造成共同财产减损的，应当视为对配偶财产权的侵犯。

三、婚内侵权赔偿制度执行难的解决方案

我国《婚姻法》采取的是以夫妻共同财产制为原则，以夫妻约定财产制为补充的婚姻财产法律制度。由于受传统思想的影响，夫妻之间很少对共同财产做份额约定，这就会导致婚内损赔偿难度加大，也更容易造成把钱从这个口袋掏进另一个口袋没有实质变化的假象误区。同时，这应该也是《解释》对婚内提起的损害赔偿请求非离婚不受理的一个重要原因。但共同财产并非婚内侵权损害赔偿不可逾越的鸿沟，面对婚内侵权制度建后执行难的问题，借鉴各国和地区的法律制度，取其精华，结我国的立法现状，可以尝试以如下方案来解决：

（一）强制分别财产制度

强制分别财产制是指依据法律规定，当出现法定事由时，经夫妻一方申请由法院宣告，撤销原法定或约定的共同财产制，强制改设为分别财产制，这样，受害夫妻一方可以借此财产制实现损害得到赔偿的目的。

（二）特别账户制度

开设特别账户制是指由法院为受害人在银行开设专用账户，将从侵害方财产中划出的赔偿费存入该账户，并且该账户仅能凭受害人签章才可以提取存款，该存款不属于夫妻共同财产。这样

就解决了执行困难。

（三）第三方损害赔偿制度

第三方损害赔偿，是指第三方明知对方有配偶而与对方同居或结婚的，侵害了婚姻一方当事人的配偶权，即与有过错配偶实施了共同侵权行为，承担共同侵权的连带责任。那被侵权人，理所应当的可以向共同侵权人主张损害赔偿。要确立这个制度，首先要注意两个问题：一是明确第三方有故意的过错，即明知对方有配偶而仍与之同居或结婚；二是要明确侵害的是对方配偶的配偶权，而非其他权利。明确这两点之后，这一制度对社会上第三者插足婚姻家庭这种不道德，也不利于社会稳定、阻碍文明发展的行为进行了必要的制裁，改变这部分一直仅仅依靠舆论控制不足的现状，从而弘扬良好的婚姻家庭道德，维护家庭的稳定。

（四）债权凭证制度是指人民法院在执行程序中向申请执行人发放的具有法律效力的用以证明强制执行后申请执行人对被执行人享有尚未实现债权的权利证书。借鉴《民事诉讼法》的债权凭证制度，人民法院在受害人执行申请后，发现债务人没有可供执行的个人财产时，及时向申请人发放债权凭证，待双方婚姻关系终止或被执行人因其他原因取得个人财产时恢复执行。这样，既保护了受害方，又使对加害方的惩罚得以切实执行，使其无法逃脱法律的制裁，从而也能够有效地解决婚内侵权损害赔偿问题。

（五）强制分居制度是指通过司法裁判或当事人协议的方式解除夫妻双方的同居义务，因婚姻所生的其他夫妻权利义务亦有所变更，但婚姻关系仍然存续的法律制度。家里有句老话：夫妻打架，床头打，床尾和。这句话虽然粗俗点，但也很鲜明的变现出夫妻关系的亲密性，夫妻之间因婚内侵权要闹到分居，足见其严重性，大部分为顾全“面子”而放弃以这种方式来消除对方将给其继续造成侵害的可能性。其实这样委曲求全的做法非但不能解决问题，反而让对方更加肆无忌惮，加大再次侵权的可能性。强制分居制度一方面以司法的形式消除屡次侵权的可能性，同时对侵权方产生一定的威慑作用，保全了一些被侵权人顾忌离婚的某些因素，维护家庭的稳定性，又能达到与离婚部分相同的效力和作用，在很大力度上保守的解决了执行难的问题。

四、结语

人权的发展、平等观念的日益加深、女权呼声的高涨，同时伴随着保持婚姻家庭稳定的重要性日益突出，婚内侵权将在法律不断完善的路上落下重重的一笔。夫妻，不论是作为独立的法律主体，还是作为一个整体，其人身权和财产都不会因其身份的变化而变化，都会得到法律的平等保护。

参考文献

1、王改萍、王勇《关于建立婚内侵权损害赔偿制度的几点思考》
2、陈秋玲《论我国婚内侵权赔偿制度的建立》
3、俞瑾《论我国婚内侵权损害赔偿制度的构建》
4、李传熹《论婚内侵权行为的民事救济》
5、梁仕华、李晓兰《论婚内侵权损害赔偿制度》
6、刘爽《浅析婚内侵权及其构成》
7、任松芹《论婚内侵权赔偿责任制度在婚姻法中的确立》

浅议劳务关系的认定及责任承担

安徽仲天律师事务所　余家燕

摘　要：《中国人民共和国侵权责任法》的实施，规定了个人劳务关系的责任承担问题，从而确立了劳务法律关系，取代了以前雇佣法律关系的规定。劳务法律关系作为独立于劳动法律关系和承揽法律关系之外的一种法律关系，其责任的归责原则及责任如何承担均区别于劳动关系以及承揽关系。本文从劳务关系的特征、归责原则、责任的承担等方面进行探讨。

关键词：劳务关系　归责原则　责任承担 过错 追偿权

随着社会经济的迅速发展，劳务关系已成为我国一种重要用工形式。但是 2010 年 7 月 1 日施行的《中华人民共和国侵权责任法》仅对个人劳务关系中的责任作出了规定，但是该规定却过于简单，在司法实践中不便操作。笔者结合自己的司法实践从以下几方面对劳务法律关系进行探讨，以供大家在以后的司法实践中作为参考。

一、目前我国现行法律法规针对劳务关系的规定及立法背景

由于我国《民法通则》制定时，当时还处于计划经济时代，劳动用工关系比较单一，所以我国《民法通则》中没有关于劳务关系中责任承担的规定。为适应司法实践的需要，1992 年 7 月 14 日颁布的最高人民法院《关于适用中华人民共和国民事诉讼法若干问题的意见》中，从程序法司法解释的角度，规定了雇员侵权责任关系。该《意见》第 45 条："个体工商户、农村承包经营户、合伙组织雇佣的人员在进行雇佣合同规定的生产经营活动中造成他人损害的，其雇主是当事人。"该解释虽然不是对雇主责任的直接规定，但是该规定也意味着雇主要承担实体法上的责任。但是从程序法上规定雇主的诉讼地位来确定雇主的法律责任，很显然对雇主是不公平的。

为解决这一问题，2003 年 12 月 26 日最高人民法院颁布了《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》，该解释针对雇员致人损害以及雇员受损的责任作出明确规定，只是该规定使用的是雇佣法律关系，而不是劳务关系。和用人单位不同，接受劳务一方的经济实力毕竟有限，因此要求雇主承担无过错责任，明显归责原则过于严格。

2010 年 7 月 1 日施行的《中华人民共和国侵权责任法》对个人劳务关系中作出了规定，个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。该规定仅仅规定了个人之间形成劳务关系的处理原则，并没有针对接受劳务方不是个人的情况，责任如何承担作出规定。

2010 年 9 月 14 日实施的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第七条规定，用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。该规定明确了接受劳务一方为单位的，同样可以形成劳务关系。从上述法律及相关规定中可以看出，在我国不仅仅存在个人之间形成劳务关系的情况，同时还存在个人与用人单位之间存在劳务关系的现象。

二、劳务关系的概念和特征以及如何认定

在司法实践中，劳务关系一般是指根据当事人约定，一方于一定或不定的期限内为他方提供劳务，他方给付报酬的关系。其主要表现为 1、双方之间有劳务合同或口头约定；2、接受劳务的一方支付报酬；3、提供劳务的一方以提供劳务为内容；4、提供劳务的一方受接受劳务一方的控制、指挥和监督。

笔者认为，要正确理解和把握是否构成劳务关系应该重点从以下方面把握：

1、接受劳务的一方的主体性质。

根据 2011 年 1 月 1 日实施的《工伤保险条例》第 2 条规定，中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户（以下称用人单位）应当依照本条例规定参加工伤保险。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 11 条规定，属于《工伤保险条例》调整的劳动关系和工伤保险范围的，不适用本条规定。因此如果接受劳务的一方不是应当参加工伤保险统筹的用人者，即接受劳务方一般不具有受劳动法调整或公务员法调整的劳动关系或人事关系的用人单位主体资格，或不具有工商登记资格和社团法人登记资格。则可以考虑该关系是劳务关系，如个人之间、家庭与个人之间、农村承包经营户与个人、个体工匠与学徒、帮工之间，用人单位与已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员之间等。因此，这一点也是区别劳务关系和劳动关系最主要的标准。

2、劳务的目的。

如果接受劳务的一方是要求另一方以直接提供劳务为目的，不考虑劳务行为是否带来经济利益，以及有无经济利益接受劳务的一方都必须要接受，则可以考虑该关系为劳务关系。如果接受劳务的一方是要求另一方以完成一定的工作并交付工作成果为目的，不考虑劳务的过程，仅考虑工作成果是否符合接受劳务的一方要求，则可以考虑该关系为承揽关系。这一点也是区别劳务关系和承揽关系的最主要的标准。

3、劳务过程及内容的独立性。

如果提供劳务的一方在劳务过程中受另一方控制、支配、监督、指挥，双方具有从属关系，且提供的劳动是接受劳务一方生产经营活动的组成部分，则可以考虑该关系为劳务关系。反之，则可以考虑该关系为承揽关系。

4、工作场所、提供劳动工具或劳动设备的准备。

如果接受劳务的一方指定工作场所、提供劳动工具或劳动设备，并对提供劳务的一方的劳动时间提出要求和限制，则可以考虑该关系为劳务关系。

5、劳动报酬的结算方式。

如果接受劳务一方要求另一方继续性提供劳务并定期支付劳动报酬而不是要求另一方一次性提供工作成果及一次性结算劳动报酬，则可以考虑该关系为劳务关系。

6、法律明确规定为其他关系的。

《中华人民共和国合同法》第 251 条明确规定加工、定做、修理、复制、测试、检验等工作，属于承揽关系。因此对于这几种劳动不应认定为劳务关系。

总之，认定是否属于劳务关系，不能单一的、片面的去理解上述特征，而应该综合考虑上述特征，从而准确的认定是否属于劳务关系。

三、劳务关系侵权责任的法律缺陷

《中华人民共和国侵权责任法》第 35 条对个人劳务关系中作出了规定，个人之间形成劳务

关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。首先、从该规定可以看出，提供劳务致人损害的归责原则是适用无过错原则，提供劳务者自己遭受损害则适用过错原则。该条对于接受劳务一方承担责任后，能否向提供劳务一方追偿，以及如何追偿没有作出规定。其次、该规定仅规定了个人之间形成劳务关系的归责原则及责任承担，对于特殊情况下的个人与用人单位之间形成劳务没有作出规定。第三、该规定对于提供劳务一方因劳务伤害接受劳务一方如何承担责任没有作出规定。第四、对因第三人侵权行为致提供劳务的一方受损责任如何承担没有作出规定。第五、对提供劳务的一方相互之间造成损害责任如何承担没有作出规定。

四、劳务关系侵权责任承担方式的完善

（一）劳务关系侵权责任的归责原则

1、提供劳务一方因劳务自己受损归责原则为过错责任原则。

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》中对雇员在从事雇佣活动中受损害，雇主承担责任采取的是无过错责任，而《中华人民共和国侵权责任法》规定，对提供劳务一方因劳务自己受到损害的，接受劳务一方承担责任采取的是过错原则。根据法律适用原则，因本条实际上已经取代了《人身损害赔偿解释》的规定，在以后的司法实践中应按《侵权责任法》的规定处理。

2、提供劳务一方因劳务致人损害归责原则应过错推定责任原则，不应为无过错原则。

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》中对雇员在从事雇佣活动中致人损害的归责原则虽采取无过错原则，但是雇主能证明雇员存在故意或重大过错的情况下，与雇员承担连带责任，雇主承担责任后，可以向雇员追偿，雇员存在一般过错的情况下，雇员不承担任何责任。而《中华人民共和国侵权责任法》仅规定提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任，对于其他没有作出任何规定。根据提供劳务一方因劳务自己受损归责原则为过错责任原则规定，同时为保护第三人利益。在这种情况下，可以推定接受劳务的一方具有过错，由接受劳务的一方承担侵权责任。然后再根据接受劳务一方与提供劳务的一方双方之间的过错程度去行使追偿权。而不应考虑提供劳务的一方只存在故意和重大过失情况。

3、非个人之间形成的劳务关系侵权责任的归责原则应与个人之间形成的劳务关系侵权责任的归责原则相同。

对于接受劳务的一方不是自然人情况下劳务关系的归责原则问题，笔者认为，既然劳务关系的概念特征没有区别主体方面，同时为保证法律适用的统一性，因此针对其他类型劳务关系的归责原则也应该与上述情况的归责原则相同。

（二）几种特殊情况下劳务关系侵权责任的承担

1、对于提供劳务一方致接受劳务一方受损责任承担问题。

有人认为，提供劳务一方因劳务而伤害接受劳务一方的责任应当同提供劳务一方因劳务而伤害自己的情形一样，即根据双方各自的过错承担相应的责任。因《中华人民共和国侵权责任法》规定了提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任，该规定并没有将接受劳务一方排除在他人之外，只是赔偿权利人与赔偿义务人为同一人。因此，笔者同意该观点，根据双方的过错承担责任。

2、劳务关系以外的第三人侵权造成提供劳务的一方受损接受劳务一方责任如何承担的问题。

劳务关系以外的第三人侵权行为致提供劳务的一方伤害的赔偿问题，在司法实践中争议很

大。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 11 条明确规定，雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的，赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任，也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后，可以向第三人追偿。而《侵权责任法》对此未作出明确规定，因此，在司法实践中，如遇到该情形，仍可适用《人身损害赔偿解释》第 11 条的规定来处理。

3、提供劳务的一方致另一个提供劳务的一方受到损害接受劳务一方责任承担问题。

提供劳务的一方致另一个提供劳务的一方受到损害，不同于劳务关系以外第三人的侵权，该情况下，应认定为提供劳务的一方致人受损，由接受劳务一方承担责任，如果提供劳务的一方（致害方）存在过错，接受劳务一方仍可以向其追偿。

五、结束语

随着社会的发展，劳务关系已经成为我国一种重要的用工关系，因《侵权责任法》仅规定了个人劳务关系有关责任的规定，且过于简单。因此，在新的司法解释尚未出台的情况下，应考虑《侵权责任法》与现有司法解释的关系，谨慎处理司法实践中劳务关系中责任承担问题，尽量做到法律适用的统一性。

参考文献：

1、黄松有《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》，人民法院出版社 2004 版，第 153-186 页。

2、奚晓明《中华人民共和国侵权责任法》条文理解与适用。人民法院出版社 2010 版，第 257-262 页。

浅议我国公益诉讼发展现状及立法完善

安徽永承律师事务所　王家龙

摘　要：公益诉讼是相对于传统私益诉讼的一种新型诉讼形态，它在诉讼目的、原告资格等方面都有其特殊性。我国从上世纪九十年代初开始引入公益诉讼制度，从此以后，我国公民个人、社会团体和国家政府部门都对公益诉讼进行了大胆有益的尝试，为公益诉讼的发展进步提供了实践依据。虽然公益诉讼开始在我国逐渐展开，但是由于制度的缺失，我国公益诉讼一直处于无法可依的状态，导致很多案件最终无法进入诉讼程序，严重地挫伤了原告积极性。2012 年 8 月，我国新修订的《民事诉讼法》对公益诉讼做出规定，虽然公益诉讼开始有法可依，但是由于现行法律对其规定较为简单、原则，缺乏可操作性，亟须立法或司法解释对上述问题进一步完善。

关键词：公益诉讼　发展现状　立法完善

一、公益诉讼的概念及其与私益诉讼区别

公益诉讼起源于罗马法，古罗马法学家把为保护私人权益以私人资格发生的诉讼称作私益诉讼；而以保护公益为目的的，则称为公益诉讼[1]。 而现代的公益诉讼，一般认为是 20 世纪在美国等国家首先兴起的，随着近现代生产力的发展，各种公私利益的冲突，公益意识的增强，美国在 20 世纪中期开始设立了众多的法律机构，为了消费者的利益，为了女性的利益，为了有色人种的利益，为了穷人的利益等展开了公益诉讼，由此形成的诉讼概称为公益诉讼。所谓公益诉讼，是指非以维护自身民事权益，由特定的国家机关、社会团体或个人提起旨在维护社会公共利益为目的，追究侵害社会公共利益者民事责任的诉讼[2]。

公益诉讼与私益诉讼相比，两者的区别主要表现在：（一）诉讼目的不同。公益诉讼的目的是为了维护国家利益、社会公共利益；私益诉讼的目的则是为了解决私人间的纠纷。（二）原告资格不同。公益诉讼原告具有广泛性，原告不要求与本案有法律上的直接利害关系；私益诉讼中，原告要求必须与案件有法律上的直接利害关系。（三）成立前提不同。公益诉讼成立的前提是违法行为有公害性且不要求损害结果已实际发生，明显有别于“无损害，无赔偿”的私益诉讼；私益诉讼成立的前提则是违法行为损害了个体的利益；（四）当事人地位不同。公益诉讼中，原告一方为个人或社会团体，被告一方往往为拥有智力、财力优势的大型企业、垄断行业或是特权部门，故双方当事人的地位具有明显的不对等性；在私益诉讼中，双方当事人大体上能够处于对等的地位。（五）判决的效力范围不同。公益诉讼中，判决的效力及于整个社会，当然地对所有社会成员发生效力，即判决的效力具有扩张性；私益诉讼中，民事判决的效力一般仅及于诉讼当事人。

二、我国公益诉讼制度的发展现状

据可查的资料显示，公益诉讼制度从上个世纪九十年代初开始引入国内，当时理论界首先提出经济公益诉讼概念，认为经济公益诉讼就是指特定的国家机关、相关组织和个人，根据法律的授权，对违反经济法律法规，侵犯国家利益、社会利益或不特定的他人利益的行为，向法院起诉，由法院依法追究相对人法律责任的活动。在学者们积极倡导和媒体大力宣传下，我国公民个人、社会团体和国家政府部门都对公益诉讼进行了大胆有益的尝试。

从公民个人来看，为公共利益而奔走的人并不鲜见，从“中国公益诉讼第一人”丘建东状告电

信,到河南葛锐起诉郑州火车站收取三角钱入公厕案,到中国政法硕士郝劲松起诉铁路有关部门,要求提供收费厕所发票案及李刚“进津费”案等诸多以个人名义提起的“公益诉讼”,虽然都与当事人具有“直接利害关系”但无疑问是以社会公共利益为宗旨的,是公民个人为公共利益奋力疾呼。

从社会团体层面来看,2010 年 6 月 21 日,昆明市环保局作为原告,正式向昆明中院环保审判庭递交诉状,状告辖区内两家养猪企业污染地下水源,致使附近上千村民出现饮用水危机。这起云南首例环境民事公益诉讼案引发了社会的关注。

从国家层面来看,真正为公益诉讼破冰的是检察院,1997 年河南方城县检察院就国有资产向本县法院提起民事诉讼,追回流失的国有资产,这是我国检察院提起公益诉讼首个案例[3]。此后各地陆续出现检察院为原告的案件,据不完全统计,自 1997 年河南方城县检察院就国有资产流失提起民事诉讼以来,全国各地检察院提起的民事公益诉讼案件数量呈逐年上升趋势。

综上所述,从上世纪九十年代开始,公益诉讼开始在国内生根发芽,无论是公民个人、社会团体,还是检察院都对公益诉讼进行了积极的探索,这种精神无疑是难能可贵的,为中国的公益诉讼的发展进步提供了实践依据。

三、关于完善我国公益诉讼的几点设想

虽然公益诉讼自上世纪九十年代起引入国内,但是我国立法对于公益诉讼一直没有做出相关规定,导致很多案件因为各种原因未能进入诉讼程序,法院对提起的公益诉讼案件不予受理、驳回起诉或者判决原告败诉的现象屡见不鲜,严重挫伤了原告提起公益诉讼的积极性。2012 年 8 月 31 日,全国人大常委会对我国《民事诉讼法》进行修改,其中最大的亮点是首次将公益诉讼条款写入法律。从此我国公益诉讼开始进入有法可依阶段,这是我国法制进程中的一件大事。虽然我国民事诉讼法将公益诉讼纳入法律调整的范围内,但是现行法律对公益诉讼规定较为简单、原则,缺乏可操作性,如原告主体范围、诉讼费用如何承担以及公益诉讼案件一审管辖法院等与公益诉讼密切相关的问题,亟须立法或司法解释对上述问题进一步完善以及做出相关规定,笔者针对如何完善我国公益诉讼法律程序提出如下几点设想:

第一,应将公益诉讼的主体界定为法律规定的机关、有关组织以及公民个人,扩大公益诉讼的原告主体范围。

我国新修订的《民事诉讼法》第 55 条规定:“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。”不难发现,上述条款规定公益诉讼的主体为法律规定的机关和有关组织,未将公民个人纳入公益诉讼主体范围,立法机关对公益诉讼主体做出限定,主要防治“滥诉”和“恶意诉讼”[4]。

个人能否提起公益诉讼有争议。赞成者认为,允许个人提起公益诉讼,有利于维护社会公共利益。反对意见认为,如果个人提起公益诉讼,有可能导致滥用公益诉权[5]。

笔者赞成将个人纳入公益诉讼主体范围。首先,在公益诉讼起源地罗马法中,以及公益诉讼发展最为成熟的美国、英国等法律均规定允许个人提起公益诉讼。其次,将公民个人纳入公益诉讼的主体范围,虽有滥用诉权之虞,但是不能因噎废食,可以通过制度设计减少和避免恶意诉讼的发生(具体见下文,在此不赘述)。最后,让公民个人参与到公益诉讼中来,不仅可以及时发现并补救受损的公共利益,敦促有关机关和组织积极履行职责,还可以培养我国公民的法律意识,从而更好地推动我国法制化进程向前迈进。

笔者认为应出台相关司法解释,借鉴国外关于公益诉讼的规定以及结合我国实际情况,将新修订的《民事诉讼法》第 55 条修改为:“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共

利益的行为，法律规定的机关、有关组织可以向人民法院提起诉讼。在上述机关和组织不履行职责、怠于履行职责、或者情况紧急不及时提起诉讼将会给社会公共利益造成重大损害的情况下，公民个人有权向法院提起诉讼。同时，应将现行《民事诉讼法》第 119 条“起诉必须符合下列条件”第（一）项“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织”调整为：“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织，但因公共利益受损而提起诉讼的，不以直接利害关系为前提”。

第二，公益诉讼的费用应由国家财政及公益诉讼基金承担，鼓励有关机关、社会团体及公民个人积极参与到公益诉讼中来。

公益诉讼涉及的费用主要包括但不限于法院诉讼费、律师费、调查费以及鉴定费等。由于公益诉讼的诉讼请求往往要求赔偿损失的数额较大，因此需要支付的诉讼费及律师费等也是一笔为数不小的支出。如果上述费用需要原告自行承担的话，势必很大程度上会打消和削弱原告提起公益诉讼的积极性，因此合理确定公益诉讼的费用承担方式，是确保公益诉讼得以顺利进行先要条件。

笔者认为，应根据不同的诉讼主体确定公益诉讼的费用承担方式。首先，如果公益诉讼是由检察机关提起，所需要的相关费用由国家财政支出，即建立检察机关提起公益诉讼专项基金，以国家财政为后盾，支持检察机关对损害社会公共利益的行为提起诉讼，以保护国家和社会公共利益不受非法行为侵害。其次，如果公益诉讼是由环保机构、消费者协会等组织或者公民个人提起的，其所需的诉讼费、律师费等费用应有专门的公益诉讼基金会承担。公益诉讼基金来源可由国家财政拨款、社会捐助以及被告败诉后支付的无人认领的赔偿金或补偿金组成，公益诉讼的原告在提起公益诉讼之前可以向公益诉讼基金会申请公益诉讼费用，或在败诉后申请由基金会支付一定数额的补偿金。

上述对公益诉讼费用承担的制度安排，虽然可以打消原告怕承担败诉费用的顾虑，避免放弃公益诉权的情形发生，但同时也会产生原告滥用诉权的可能，从而造成社会公共资源配置的浪费。为避免上述情况发生，公益诉讼基金会在接受原告费用申请时，要严格把关，审查原告身份是否合法、起诉是否符合法律规定以及提交的证据是否充分等，公益诉讼基金会认为原告的诉讼符合法律规定的，给予诉讼费用上的支持，否则驳回原告费用申请，这样可以在一定程度上杜绝原告滥用诉权的发生。其次，法院在正式受理民事公益诉讼前，也应该对原告提交的诉讼材料严格审查，必要时，可由法院举行听证会，召集原、被告以及社会有关人士，在辩论的基础上做出判断，以决定是否立案和进入实质审理程序[6]。

第三，公益诉讼举证责任的分配应根据具体情况进行合理规定。

我国《民事诉讼法》采取的一般举证责任分配原则是“谁主张，谁举证”。在特殊情况下，法律也规定了举证责任倒置的规则，即将举证责任由对方当事人承担。为了保障民事公益诉讼公平、公正地进行，举证责任的分配应按具体情况进行合理规定。

首先，检察机关提起的诉讼，应适用“谁主张、谁举证”原则。检察机关作为公权力的行使机关，可以赋予其较为广泛的调查取证权限，在搜集证据过程中处于有利地位。而且检察机关具有较丰富的诉讼资源和实践经验，与被告相比较并非处于弱势地位，由其负举证责任并不会削弱对公共利益的保护。

其次，社会团体和公民个人提起的诉讼，应适用部分“举证责任倒置”原则，即原告只需证明被告的行为造成了公共利益受损的事实，因果关系由被告承担举证责任。其理由即在公益诉讼中，被告方大多处于社会强势地位，往往处于技术、行政上的垄断地位，而公民个人势单力薄，公益

团体属于民间组织，不享有特权，不易搜集证据，尤其是在某些生产领域，生产手段、经济管理、流通渠道都具有保密性，一般受害者更是无法收集到相应证据。所以由被告承担举证责任，加大了侵权人败诉风险和运行成本，可以有效预防和阻止侵害公共利益行为的发生[7]。

第四，公益诉讼一审案件应由案发地中级人民法院管辖。

我国《民事诉讼法》第 17 条规定：“基层人民法院管辖第一审民事案件，但本法另有规定的除外。”笔者认为，应将公益诉讼一审案件纳入中院管辖范围内。具体理由如下：首先，由于公益诉讼案件往往损害不特定多数人的利益，牵涉面较大，涉诉人员多，有重大影响，符合我国民事诉讼法、行政诉讼法及其相关司法解释中的“社会影响重大的共同诉讼、集团诉讼件”。因而，公益诉讼的一审案件应由案发地中级人民法院审理为宜。其次，公益诉讼与其他普通诉讼相比，起诉人所受到的阻力也相对较大，比如行政公益诉讼，面对代表国家的公权力机关，诉讼人往往会显得力不从心，甚至，违法的行政机关会以权压力，阻挠诉讼人的起诉。正是出于对公益诉讼的重视及保护起诉人的诉权，有必要把公益诉讼一审案件交由中级人民法院审理。同时由于中级人民法院对法官有着更高的学历和审判经验要求，因此，相当于基层人民法院来说，中级法院法官更能满足公益诉讼对法官高素质的要求[8]。

四、结语

综上所述，公益诉讼制度的建立，标志着我国立法逐渐完备，同发达国家之间的差距在不断缩小，但同时我们也应清晰地看到，目前虽然我国公益诉讼进入有法可依阶段，但是关于公益诉讼的法律规定还比较笼统、模糊，同美、日等公益诉讼发达国家相比，在程序设计上还有缺陷和不足，有待于从司法解释层面对上述问题做进一步完善。

参考文献

1、周楠、吴父翰、谢邦宇《罗马法》，群众出版社 1983 年版，第 350 页。

2、张卫平、李浩《新民事诉讼法原理与适用》，人民法院出版社 2012 年版，第 128 页。

3、参见 http://www.hanjilayer.com.cn//luntang/luno37.htm

4、江必新《新民事诉讼法导读》，法律出版社 2012 年版，第 24 页。

5、张卫平、李浩《新民事诉讼法原理与适用》，人民法院出版社 2012 年版，第 130 页。

6、吕忠梅《我国应建立环境公益诉讼制度》，载于新华网湖北频道 http://www.hb.xinhuanet.com 。

7、《我国民事公益诉讼制度的构建》，载于北方网 http://ne ws.enorth.com.cn/system/2012/04/26/009117152.shtml ，。

8、公益诉讼 载于百科名片 http://baike.baidu.com/view/134240.htm#6。

论民事举证责任分配制度

安徽净源律师事务所 宋 杰

摘 要：我国《民事诉讼法》和《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》对举证责任都有明确规定，尤其是《规定》的内容比较详细。在我国民事诉讼中，举证责任的分配实行“谁主张，谁举证”的一般原则和对特别案件实行的举证责任倒置原则，人民法院调查收集证据的补充原则以及无法确定举证责任的承担时，由人民法院根据公平和诚信原则，综合当事人的举证能力等因素来确定举证责任的承担原则。我国对民事举证责任的分配尚存在一些问题，有待在立法上进一步完善。

关键词：举证责任 举证责任的分配标准 责任倒置 立法完善

一、举证责任的含义

举证责任，是指民事诉讼当事人对自己提出的主张，向法院提出证据并予以证明的责任，以避免因待证事实处于真伪不明而给自己带来不利的诉讼后果。

《民事诉讼法》第 64 条第 1 款规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”[1]，这仅仅规定了当事人的主观证明责任。主观证明责任又称提供证据责任、行为意义上的举证责任，指的是当事人为了避免承担不利诉讼结果的风险而负有的向法院提供证据的责任，其实质是一种提供证据的必要性。

2001 年最高人民法院颁布了《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《规定》)，第 2 条对举证责任进行了具体规定，即“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果”。《规定》首次在我国民事诉讼中确立了现代意义上的举证责任制度，其标志就是规定了客观的证明责任。客观的证明责任，又称证明责任、结果意义上的举证责任，指的是当案件的案件事实最终呈现为真伪不明状态时，一方当事人承担不利的诉讼结果的责任。同时承认这两种责任，即是所谓的证明责任的“双重含义说”[2]。《规定》对当事人举证责任的承担、举证时效以及当事人申请人民法院查证等内容作了具体的规定，完善了我国民事诉讼举证责任制度，结束了这种制度规范与理论及实践发展相脱节的局面。

二、我国现行民事诉讼中举证责任分配的原则及其存在的问题

民事举证责任的分配制度是民事证据规则的核心问题，负有举证责任的当事人对自己的诉讼主张必须提供证据证明，否则将承担败诉后果。针对这一问题，《规定》提供了较为系统和全面的规范，不仅提出了分配的一般原则，也提供了较多的具体的分配规则。《民事诉讼法》第 64 条第 1 款规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”，即“谁主张，谁举证”原则。根据“谁主张、谁举证”原则，无论原告、被告、还是有独立请求权的第三人，都有责任对自己的主张提供证据并加以证明。只有法律明文规定无需证明的事实，当事人可不负举证责任。而在某些特殊的侵权案件中，由于种种原因导致一方当事人无法取得证据，这就存在举证责任的合理分配问题。合理分配举证责任，不但有助于更好地寻求事实真相，而且还可以通过举证责任的分配及证明标准的确定，科学地分配社会资源，维护司法的公正和效率，最大限度地满足当事人的合法权益[3]。

举证责任的承担，实践中的做法主要体现在以下几个方面：

（一）举证责任分配的一般原则

在一般民事侵权案件中，举证责任适用谁主张，谁举证原则，即“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”，这就是举证责任的一般原则。《规定》第二条对此进行了具体化，从行为意义和结果意义上丰富了“谁主张，谁举证”的内容。该原则的基本内涵是：提出诉讼请求的人就权利根据事实（即当事人的诉讼请求所依据的事实）承担举证责任，反驳诉讼请求的人就抗辨事实（即当事人反驳对方的诉讼请求所依据的事实）承担举证责任；当事人各自对实体法所规定的要件事实（即当事人负有证明责任的事实）承担证明责任。比如原告提出被告侵犯了他的合法权益，要求被告承担民事责任，就应举证证明被告有侵权行为、主观上有过错、造成损害后果、被告的侵权行为与损害后果之间有因果关系，从而使自己的诉讼请求有事实依据；同样，被告进行答辩，反驳原告的诉讼请求，或提起反诉，也要提出相应的证据予以证明；第三人提起诉讼或参加诉讼，对自己的主张和请求也应负举证责任。

《规定》第5条、第6条对合同案件和劳动争议案件中特殊事项的举证责任分配问题予以明确，完善了举证责任分配的一般原则。举证责任的一般原则具有特别重要的意义，不仅因为它对于具体分配规则的理解和把握具有提纲挈领的意义，更因为它是解决具体案件的举证责任分配的直接法律依据。

当然，并不是所有的事实都需当事人举出证据加以证明，根据法律规定，下列事实当事人无需举证：第一，一方当事人对另一方当事人陈诉的案件事实和提出的诉讼请求明确表示承认的；第二，众所周知的事实和自然规律及定理；第三，根据法律规定或已知事实能推定出的另一事实；第四、已为人民法院发生法律效力的裁判所确定的事实；第五，已为有效公正书所证明的事实。

在诉讼实践中，只要涉及对事实的认定，首先应当考虑的不是先由当事人举证，而是判断是否属于当事人举证的范围[4]。如属当事人举证责任的例外，即不再考虑由当事人举证。

但是笔者认为，这并不能真正解决举证责任的分配问题，因为它未触及到双方当事人各自应当对哪些事实负举证责任以及在诉讼中各自应当主张哪些事实这一实质性问题。并且，这样说法也无法解决事实真伪不明时法官如何裁判的问题。

（二）举证责任的倒置原则

举证责任倒置以立法的明确规定为前提，是指在一定情形下，不应当按照举证责任分配的一般原则“谁主张，谁举证”来决定案件事实由谁举证，而应当实行与该原则相反的分配，即一方当事人提出的主张不由其提供证据加以说明，而是由对方当事人承担举证责任。举证责任倒置理论产生于德国19世纪末20世纪初的工业革命时期，在这一时期出现了大规模的环境污染问题，医疗事故引起的伤害赔偿问题等案件[5]。在这些特殊侵权案件中，事故的发生原因十分复杂，技术性强，且在发生过程中行为人常常处于持有或垄断案件主要证据的地位，存在优势能够举证证明该事实是否存在，在这种情况下，如果按照传统侵权法的过错责任和“谁主张、谁举证”的举证责任规则，确实不能为当事人的权利提供充分的救济，这就在侵权法和证据法上都提出了一个如何对危险责任以及事故责任中的受害人进行有效的救济和全面的保护问题，举证责任倒置正是适应这一需要而产生的。

《民事诉讼法》没有举证责任倒置的规定，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>若干问题的意见》第74条列举了专利侵权、高度危险作业、环境污染、建筑物致人损害、饲养动物致人损害等几种侵权诉讼举证责任倒置的情形。《规定》第四条对特殊类型的侵权案件适用举证责任倒置的情形予以具体化，进一步完善了举证责任倒置原则，主要是：（1）因新产品

制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼,由制造同样产品的单位或者个人对其产品制造方法不同于专利方法承担举证责任;(2)高度危险作业致人损害的侵权诉讼,由加害人就受害人故意造成损害的事实承担举证责任;(3)因环境污染引起的损害赔偿诉讼,由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任;(4)建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼,由所有人或者管理人对其无过错承担举证责任;(5)饲养动物致人损害的侵权诉讼,由动物饲养人或者管理人就受害人有过错或第三人有过错承担举证责任;(6)因缺陷产品致人损害的侵权诉讼,由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任;(7)因共同危险行为致人损害的侵权诉讼,由实施危险行为的人就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任;(8)因医疗行为引起的侵权诉讼,由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。在适用举证责任的倒置原则时应注意以下几个问题:

第一,要掌握举证责任倒置的范围,必须有明确的法律规定和最高人民法院具体的司法解释方可适用,不能任意扩大适用范围。

第二,要正确掌握举证责任倒置的内容。在适用举证责任倒置的案件中,当事人所负的举证责任以证明自己没有过错或受害者有过错为内容。

第三,如果损害的发生是由数个责任人造成的,有关责任人想要免除其民事责任,都应当证明自己没有过错或受害人有过错,适用举证责任倒置的主体有时是一人,有时是共同诉讼人。

(三)法院分担当事人的举证责任

提供证据是当事人的责任,根据"谁主张,谁举证"的一般举证规则,提供证据的责任应当由主张案件事实的当事人提供,但有时由于客观原因,譬如说,有些案件当事人需要到国家机关、公司企业、个人等处调查、收集证据,因涉及到国家秘密、商业秘密、个人隐私等情况,当事人很难调查、收集到相关证据,在这种情况下,人民法院需要根据当事人的申请和审理案件的需要主动调查、收集证据,分担当事人的举证责任[6]。我国《民事诉讼法》第64条第2款规定:当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据,或者人民法院认为审理案件需要的证据,人民法院应调查收集。人民法院在特定情况下可以调查收集证据,这在一定程度上等于分担了当事人的举证责任。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第15条、17条对人民法院调查收集证据的范围作出了规定。问题是有些法官对当事人的申请置之不理,常以无时间调查推脱。

(四)法官自由裁量分配举证责任

对个别案情比较复杂,举证责任不明的案件,人民法院的法官遵循法律的基本精神与司法正义的理念,并且根据司法经验与理性逻辑来对这些特殊的个案自由裁量分配举证责任。这是对法定的举证责任分配规则的一种例外和必要的补充。[7]《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第7条规定:在法律没有具体规定,依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时,人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则,综合当事人的举证能力等因素确定举证责任的承担。问题是有些法官素质不高,不能够公正科学地在当事人之间分配举证责任,导致有些当事人虽然有理,但因举证不能而败诉。

三、关于完善我国民事诉讼中举证责任分配制度的思考

举证责任制度在我国的经历是相当坎坷的。在相当长的时期内举证责任又被误解为仅是当事人向法院提供证据的责任。笔者认为,我国民事诉讼中举证责任的分配主要标准应是:

(一)凡主张权利或法律关系存在的当事人,只须对产生权利或法律关系的特别要件事实(如

订立合同、立有遗嘱、存在构成侵权责任的事实等)负举证责任;阻碍权利或法律关系发生的事实(如行为人无相应的民事行为能力、欺诈、胁迫等)则作为一般要件事实,由否认权利或法律关系存在的对方当事人负举证责任。

(二)凡主张已发生的权利或法律关系变更或消灭的当事人,只须就存在变更或消灭的特别要件事实(如变更合同的补充协议、修改遗嘱、债务的免除等)负举证责任;一般要件事实的存在由否认变更或消灭的对方当事人负举证责任。

(三)当实体法或最高法院的司法解释对举证责任的分配已作出明确规定,而这些规定与按上述标准分配举证责任的结果不一致时,按法律或司法解释的规定确定举证责任的分配[8]。例如,在因产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼中,按法律要件分类说的标准分配举证责任,被告使用了原告的专利方法,属产生侵权法律关系的特别要件事实,应由原告负举证责任。但立法机关考虑到证据偏在的特殊情形,即使用何种方法生产的证据完全处于被告控制之下,原告则处于无证据状态,故规定应当由被告对不是用专利方法制造负举证责任。这是依据实体法规定对举证责任分配标准进行完善的典型例证。

(四)当按上述标准分配举证责任的结果与公平正义的价值准则发生严重抵触时,应参照其他学说提出的标准进行完善。例如,在因污染环境引起的损害赔偿诉讼中,按法律要件分类说分配举证责任的结果,原告需对损害事实、违反环保法行为以及两者之间存在因果关系负举证责任,但在现有技术条件下,因果关系的存在常常是难以确切证明的问题,加之原告通常无法获得由被告占有的与污染有关的技术资料,因此,应参照危险领域说、盖然性说和损害归属说中的保护原则,对因果关系举证责任归属进行完善,由被告对不存在因果关系负举证责任。再如,如果一方当事人故意实施妨碍对方举证的行为,使负有举证责任的对方当事人无法有效地收集和提供证据,那么就应当根据诚实信用原则将举证责任分配给妨碍举证的一方当事人。

(五)依据举证责任契约予以完善。举证责任契约是指双方当事人在诉讼发生前订立的关于特定法律行为中要件事实的举证责任负担问题的协议。举证责任具有实体法和程序法双重属性,依照私法自治原则和处分原则,只要契约的内容不与法律或司法解释中举证责任的规定相抵触,法院就应当尊重当事人的安排。所以,在举证责任契约约定的举证责任负担与法律要件说分配的结果不一致时,应按契约的约定分配举证责任。

参考文献

1、江伟《民事诉讼法学原理》[M],北京:中国人民大学出版社,1999 年版。
2、谭兵、肖建华《民事诉讼法学》[M],北京:法律出版社,2004 年版。
3、吴明童、吴俐,韩红俊《民事诉讼法》[M],北京:法律出版社,2006 年版。
4、史长青、郑莹《民事诉讼法教程》[M],北京:北京大学出版社,2004 年版。
5、郭洁萍《论民事诉讼中的举证责任分担制度》[J],《法制与社会》,2007 年第 2 期。
6、刘冰、黄萍萍《关于民事举证责任分配原则的研究》[J],《学习与探索》,2005 年第 4 期。
7、时红霞《举证责任问题研究》[J],《平原大学学报》,2004 年第 4 期。
8、伍青萍《论民事诉讼中的举证责任》[J],《中山大学学报论丛》,2005 年第 6 期。

谈民事诉讼中再审制度的缺陷与完善

安徽君光律师事务所　孙云鹏

摘　要：民事审判监督程序，也叫再审程序，是我国民事诉讼中的一项重要制度，该程序强调无论在事实认定或法律适用上，只要有错误即应通过再审制度加以纠正，该项制度对于保障司法公正、树立司法权威，维护国家法律的统一正确实施具有重要作用，但随着我国司法改革的深入发展，该项制度本身存有的一些问题也日渐显露。司法机关的强行介入，漠视了再审当事人的合法权益，这有违民事诉讼的本质特征，影响了我国民事诉讼程序的科学性、民主性与文明性。因此，我国的民事再审程序迫切需要改革与完善。在此拟从分析我国设立民事再审程序的理论依据入手，指出我国民事再审程序存在的问题，并对我国民事再审程序的改革与完善进行初步探讨。

关键字：再审制度　司法公正　缺陷与完善

一、民事诉讼中的再审制度

民事审判监督程序，也叫再审程序，是我国民事诉讼中的一项重要制度，它是指人民法院对已经发生法律效力的裁判或调解，因本院法院院长或上级法院发现确有错误依法定程序决定再审、提审或指令再审，因当事人或其他有权提出申诉或申请再审的人的申诉或申请再审符合法定再审情形，或因人民检察院发现生效裁判符合法定情形而依法提出抗诉，进行再审所必须遵循的步骤和方式。新修订的《民事诉讼法》集中解决了原《民事诉讼法》实施过程中矛盾突出的民事再审问题，一直困扰我们多年的“申诉难”状况有望得到相当的改观。

民事审判监督程序作为法律规定的一种特殊救济程序，是确保裁判公正的最后一道诉讼环节。在司法实践中，原民事审判监督程序本身的缺陷越来越突出，影响和制约了审判监督职能的发挥。现实生活中，有的当事人变卖家产、放弃事业，成年累月，甚至倾其一生积蓄上访告状。然而，由于诉求渠道不畅通，最后连个说法可能也没能讨成。那么“申诉难”究竟难在何处，有专家曾给出了两句精辟的阐释：难在“应当再审的未能再审，应当及时再审的长期未能再审”。也就是并存着“申诉无门”和“无限申诉” 两种情况，再审制度一度处于极其尴尬境地。另外，由于再审标准过于模糊，一些当事人有理无理都要申诉，许多理应及时了结的案件陷入了“马拉松官司”，反复申诉、反复再审，甚至历经十多次判决仍无法息讼，令司法资源不堪重负。

二、二审中的司法公正

我们国家一贯坚持实事求是、有错必改德原则，坚持司法公正。“公正是人类社会孜孜以求的道德理想和法律目标，它熔铸了苦难的人类对美好生活的无限希冀和向往。”在民事诉讼的价值体系中，公正居于核心的地位。现行民事诉讼法第 177 条具体规定了人民法院内部启动审判监督程序的权利划分，第 179 条至 182 条具体规定了当事人申请再审的内容，第 185 条、186 条具体规定了人民检察院启动审判监督程序的权利划分，即：人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有下列情形之一的，应当按照审判监督程序提出抗诉：（1）原判决、裁定认定事实的主要证据不足的；（2）原判决、裁定适用法律确有错误的；（3）人民法院违反法定程序，可能影响案件正确判决、裁定的；（4）审判人员在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊，枉法裁判行为的。

地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有前款规定情形之一的应当提请上级人民检察院按照审判监督程序提出抗诉。

以上可以看出，就启动再审程序的条件而言，只要生效裁判在认定事实上、适用法律上确有错误或违反法定程序即构成启动再审程序的实质理由[1]。此外，程序上的违法如可能影响正确判决、裁定的以及审判人员贪污受贿的，也构成法院启动再审及检察院提出抗诉的理由。法院启动再审及检察院提出抗诉，使案件中止执行，进入再审程序。当然，最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定如发现确有错误，皆有权提审或指令下级人民法院再审，最高人民检察院对于各级人民法院包括最高人民法院的裁判在一定条件下，皆有权提出抗诉。

裁判文书生效后，当事人提起申诉的时限的裁判文书发生法律效力后两年内，而就法院启动再审程序以及抗诉提起的时限而论，现行民事诉讼法并无规定，可以解释说是无期限限制的，即无论何时，只要发现民事判决认定事实、适用法律有误的或违反法定程序可能影响案件正确判决、裁定的，两部门都有权启动再审程序。

三、再审的缺陷与完善

（一）提起再审申请与依职权提起再审的落差问题

仔细研究新修改的《民事诉讼法》，我们可以发现，对于一个案件，可以有四个程序提起再审：1、依当事人申请；2、本院院长发现并提交审判委员会决定；3、最高人民法院可以对各级人民法院、上级人民法院可以对下级人民法院的案件提审或指定再审；4、检察院抗诉。以上程序中，只有当事人申请再审有两年的时间限制，而其他三种程序中则无此限制。对于这两年的诉讼时效原《民事诉讼法》中就有此规定，新的《民事诉讼法》对此予以保留[2]。这一规定，我们认为存在以下问题：1）仅从“有错必纠”的审判监督程序价值取向和基本宗旨考虑，当事人申请再审不应有时间的限制。因为错误并不因时间的流逝而变成正确。但如果同时考虑法律的权威性、稳定性及司法效率原则，那么无论是当事人申请还是法院检察院依职权所启动的再审，都应有时效的规定。2）这一规定没有任何意义。因为当当事人超过两年申请再审时，似乎法律上已行不通。但是，如果当事人向法院院长、上级人民法院甚至最高人民法院反映情况，可以成为本院院长、上级人民法院和最高人民法院“发现”案件有错误的途径，而如果案件确实存在再审的理由，则法院就应该提审或指定再审；如果当事人向检察院反映情况，则检察院也可以根据情况进行抗诉处理。那么，这两年时间的限制事实上只是导致了当事人无法直接申请启动再审程序，而当事人绕了一圈后，仍然可以达到再审的目的。这无疑是增加了一道“关卡”，增加了当事人的再审成本，没有任何必要。3）该规定在实践中容易成为司法腐败的温床。由于在其他三个程序中没有时效的限制，因此，无论在任何时候，对有的当事人来说，只要在法院或检察院找找关系，就可以通过提审、指定再审或抗诉的手段达到再审的目的。那么这一规定，无疑对“有权有势有关系”的人没有什么用途，而只是在一般程序上限制了普通老百姓的申请再审行为。

对此，笔者认为，诉讼时效制度是平衡司法正义与司法效率的制度。审判监督制度是保证审判过程中真正实现司法正义的制度。但是，任何正义都不是永恒的，而是相对的，阶段性的，在一定意义上说，失去司法效率的正义是没有价值的、无用的。因此，建议作为审判监督制度的再审制度中，对院长、最高法院、上级法院、检察院的依职权的提审、指定再审、抗诉的行为安排时效制度，最好与当事人申请再审的时效一致。这样就可以避免上述弊端。而对于超过规定时效期间发现的错案，用错案追究制度进行解决。

（二）启动主体的多元化

在我国，法院是除检察院之外启动再审的主要力量。赋予法院再审程序启动权的国家很少。世界上绝大多数国家都未将法院列为再审程序的启动主体[3]。法院作为启动再审程序的主体有违诉讼的本质特征，违背当事人权利自由处分原则。诉讼的本质特征是双方当事人平等对抗，法院居于其中、踞于其上，以一种消极中立的态度对双方的纠纷进行裁判。居中裁判和不告不理应成为现代的文明诉讼应遵循的两项基本原则。历史证明，违背居中裁判和不告不理原则的诉讼是不人道的、不公正的诉讼，这样的诉讼而因缺乏公正的最基本要素而违背了司法公正这一理念。再审程序也是审判程序，是通过对案件进行重新审理这种方式来纠正原生效裁判中可能存在的错误，从而达到实现司法公正和对当事人进行救济的目的。而法院主动开启再审程序，在一定程度上触犯了当事人对诉的处分权，使法官的中立性受到影响，先入为主与主观预断的存在可能使法院的再审裁判缺乏公正性和权威性，使其公信力受到质疑。

（三）启动再审程序的随意性

不管抗诉机关抗的对也罢，错也罢，已经提出，法院必须再审。按现行法的规定，此种抗诉权实质上是赋予了检察机关中止民事判决效力和再一次启动诉讼程序的权力，即该种权力是不受制约的权力，不受制约从某种程度上来说就是放任，很有可能出现权力的滥用，而这种权力的滥用造成的后果和影响却是巨大的，即造成了审判的重复性和不严肃性，既浪费了审判资源，又影响了即判法律文书的严肃性和稳定性，影响了法院审判的权威性[4]。民事抗诉是对生效的判决和裁定提出，那么就意味着能对再审的裁判提出抗诉，理论上也没有限定抗诉的次数和时间，这意味着抗诉可以永无止境地进行下去，最终必然导致各级法院包括最高人民法院的裁判始终处于不稳定的状态，毫无效力可言，终审不成为终审，在这一点上动摇了法律规定的两审终审制度。

完善民事抗诉制度即民行检察监督制度，应尽快立法或司法解释的方式在以下几个方面予以明确[5]。对提起再审的规范性问题上加以明确，严格限制法院自行启动民事再审程序和检察院提起抗诉启动民事再审程序的条件，即由公权力启动民事再审程序的案件仅限制在该类案件损害国家、集体或案外人的利益的案件，其他案件由当事人或有独立请求权的第三人向人民法院申诉，通过申诉程序加以解决；设立申诉之诉，取消申诉听证程序，专门对申诉问题加以解决，即建立进入再审程序的前置程序；设立民事抗诉制度新方式，限制提起抗诉的条件；对当事人的申诉案件，必须经过上诉程序，否则不于审查。

综上所述，在整个的国家法律体系中，民事再审制度是一个重要的环节，是对大量的民事案件进行最后补救的一个很好的方式，在当今的司法改革中，该项制度必须加以改革完善，才能适应新的审判方式的要求。否则就会影响司法改革的进程和全局。

注　释

1、符六文、何鉴伟、潘华山《审判监督程序实务释疑》，人民法院出版社 2000 年 11 月出版。

2、柴发邦《体制改革与完善诉讼制度》，转引自齐树洁主编《民事司法改革研究》，厦门大学出版社 2000 年 11 月出版。

3、金友成主编《民事诉讼制度改革研究》，中国法制出版社 2001 年 6 月出版。

4、李德蓉主编《民事（经济）审判方式改革理论与实践》。

5、金友成主编《民事诉讼制度改革研究》，中国法制出版社 2001 年 6 月出版。

论被追诉人辩护权的宪法保障

安徽国伦律师事务所 奚 玮

摘 要：在“惩治犯罪与保障人权”并重的现代刑事法理念的倡导下，控制国家权利，保障公民个人的权利，用权利制约权力是平衡控辩双方地位，实现人权保障的重要途径。而将普通的被追诉人权利上升为宪法性权利，运用宪法来保障刑事被追诉人之人权，则为当今法治较为发达的国家所普遍实行。然，“无救济则无权利”，在提升权利之位阶的同时，建立和完善宪法救济机制才能真正实现权利之宪法保障。

关键词：人权 辩护权 宪政 宪法性权利

一、问题的提出

2012 年 3 月 14 日，十一届全国人大第五次会议通过了关于修改《中华人民共和国刑事诉讼法》的决定。至此，时隔十六年的刑诉法二次修正（以下简称“新刑诉法”）最终尘埃落地。此次修改亮点颇多，受到了各方面的积极评价。其中最令人鼓舞的莫过于是将“尊重和保障人权”写入刑事诉讼法。新刑诉法突出人权保障功能，使“尊重和保障人权”明确成为刑事诉讼活动中必须遵循的一项基本原则。这一举措有学者称之为是社会主义司法制度在文明、人道、法治道路上的又一次生动实践，是宪法原则具体化的重要体现[1]。更有学者将其称之为是继 2004 年“人权”入宪、2007 年《物权法》颁行后人权保障事业的又一次巨大飞跃[2]。

放眼当下，中国特色社会主义法律体系业已形成，各领域的人权保障在制度化、法治化轨道上不断推进。但是，在我们通往民主法治社会的道路上却并非一帆风顺。相反，荆棘布满前行之路，尤其是在我国刑事程序法领域，国家权力和公民个人权利冲突不断，矛盾尖锐依旧。究其原因，是由于此领域中，国家可能对公民个人权利施加最严厉的限制或剥夺，且在立案、侦查、审判等诉讼活动中存在着国家权力被滥用的可能性，而对这种滥用权力的行为，刑事程序法领域并未建立完善的预防机制和制裁体系，从而使得被追诉人之生命、财产、人身自由等基本人权可能随时受到任意的限制和剥夺。类似于佘祥林、杜培武、聂树斌、赵作海等冤假错案的接连发生就是对其最好的佐证。

在我们看来，刑事诉讼中的人权保障，其核心应该是保障被追诉人的权益[3]。我们认为，不论犯罪的危害程度有多高，也不论犯罪情节有多恶劣，被追诉人作为宪法上的公民，都享有不受非法侵害、不当侵害的权利，并且这些权利必须在整个诉讼过程中得到确保。而相较于人权之生命权、健康权、自由权等基本人权来说，有一种特殊的权利，即被追诉人的辩护权，它在刑事诉讼过程中发挥着举足轻重的作用。辩护权是被追诉人进行自我保护的一种手段，是其所有诉讼权利的总和，因为被追诉人的各项诉讼权利的行使，其总体目标均在于针对刑事追诉进行防御，进而维护其自身之生命、健康、自由等合法权益[4]。然而，作为被追诉人所享有的基本人权，辩护权在我国却长期因为被忽视而畸形地存在和发展。为此，本文有意选择以辩护权为视角对刑事诉讼中人权的宪法保障问题作一简要论述，反思被追诉人之辩护权的宪法保障，并就如何完善提出对策建议，以期中国人权保障事业再度飞跃。

二、辩护权宪法保障之理论根据

（一）辩护权本质上是全体公民的权利

长期以来，关于辩护权的主体归属问题，理论界的认识可谓高度一致。即认为辩护权是被追诉人包括犯罪嫌疑人和被告人的权利以及由此派生的辩护人的权利[5]。在这一认识的引导下，辩护权被认为是少数人的权利，是“坏人”的权利，辩护律师也即成为“魔鬼的代言人”。那么，宪法何以要对“坏人”的权利如此关注呢？

简而言之，这是因为涉嫌犯罪的人并非就是真正的犯罪人，即使被追诉人是一个真正的罪犯，在未经法院最终判决确认有罪之前，在法律上应推定为无罪。另外，由于刑事程序的运作具有不确定性，每个公民都是潜在的犯罪嫌疑人、被告人，继而每个公民也都可能成为被害人。与其说辩护权是被追诉人的权利，不如说辩护权是每个公民的基本权利。

（二）强化辩护权之保障有助于控辩平衡的实现

控辩平衡，是诉讼权力（利）制衡理论的重要内容，是现代刑事诉讼结构的内在需求。控辩平衡不仅要求作为行使辩护权的辩护方享有同强大的国家控诉机关同等武装、同等保护的权利，而且还要求通过辩护方积极行使辩护权利对国家权力的运用实行有效的制约和监督[6]。

在现代刑事诉讼结构中，控诉和辩护是现代刑事诉讼的两大基本职能，二者互为对立而又相互统一，缺一不可。然而，在事实上，控辩双方地位存在天然的不平衡，过分强大的国家权力对于普通公民的权利来说，始终是一种威胁。为保障公民个人的权利，各国普遍通过立法措施来改变这一状态。目前，世界各国纷纷在宪法中对被追诉人之辩护权加以规定，将辩护权规定为一项基本人权。因为，唯有充分有效的辩护才能真正实现控辩平衡。

（三）辩护权的宪法保障是宪法内在属性的要求

宪法作为一国之根本大法，任何法律、法规的制定都必须依据宪法而为之，并不得与其相抵触。否则，会因违宪而丧失效力。刑事诉讼法作为国家的基本法律，当然亦应依据宪法而制定，并不得违背宪法的规定和精神。

基于宪法效力之最高性，宪政理论按重要性不同，将公民权利分为基本权利和一般权利两种，并要求基本权利必须由宪法作出规定。其中，一般权利是指那些适应国家和政治形势的需要而变更或废止的权利，而基本权利则是那些不能因为国家和政治形势的需要而变更或废止的权利。以此为标准，刑事诉讼中公民的绝大多数权利都属于基本权利，都应当规定在宪法当中。生命、健康、自由等实体性权利属基本权利自不待言，正当法律程序权、被推定无罪的权利、辩护权利、获得法律援助的权利、获得司法救济的权利等程序性权利同样属于基本权利。原因在于：没有这些程序性权利作保障，生命、健康、自由、财产、隐私等实体性权利也很难真正得到保护。

对程序性权利的保障是维护好实体性权利的前提，而程序性权利中辩护权之保障最为关键，甚至可以说，辩护权是所有程序性权利的总和。因为被追诉人各项程序性权利的行使，其总体目的均在于针对刑事追诉进行防御，维护其自身合法权益。

三、辩护权宪法保障之不足

近些年来，从佘祥林到赵作海，一件又一件令我国司法蒙羞的冤假错案接连发生，无不引起众人深思。这些冤假错案的背后显露出的是公民个人权利遭受国家公权力的任意限制或剥夺的问题，实质是限制或剥夺了被追诉人的程序性权利进而实体性权利无法保障的问题。这个问题产生的原因很多，但宪法对刑事诉讼中基本人权的保护力度不够无疑是不可忽视的重要原因。前已述及，辩护权是程序性权利之总和，对任一程序性权利的侵害归结到最后都是对辩护权这一防御性

权利的侵害。故而，有必要对我国辩护权的宪法保障问题进行审视并检讨。

（一）辩护权之宪法规定严重滞后

我国《宪法》第 125 条规定："人民法院审理案件，除法律规定的特别情况外，一律公开进行。被告人有权获得辩护。"该条是《宪法》对刑事被追诉人之辩护权的唯一规定。但是，该规定并非完美，存在问题如下：

首先，就辩护权这一基本人权而言，该权利并非规定在《宪法》关于公民基本权利义务规范一章，而是将其置于国家机构规范部分。如此设置，导致作为被追诉人之程序基本权的辩护权缺乏宪法效力，无法发挥其应有之功效。

其次，将辩护权局限于法院审判工作的层面不甚合理。被追诉人可自行行使辩护权也可以委托他人代为行使。如若被追诉人自行辩护，辩护权之享有则无所谓审前、审后；如若委托辩护人代为行使，按照新刑诉法，侦查阶段即可委托辩护人，即使按照修正前的刑诉法，审查起诉这一审前阶段辩护人就可介入其中[7]。《宪法》如此规定，容易使人误认为被追诉人在审前阶段是无权行使辩护权的。

再次，仅规定刑事被告人有权获得辩护不符实际。1996 年的《刑事诉讼法》一次修正，将"被告人"、"犯罪嫌疑人"这两个称呼作了区分，在提起公诉前称之为"犯罪嫌疑人"，在提起诉讼后称之为"被告人"。在这种情况下，"被告人有权获得辩护"这一宪法规定，在措辞上无疑是不妥的。然而令人奇怪的是，在此后两次修宪过程中，这一如此明显的错误竟一直未能引起修宪者的重视[8]。

最后，"有权获得辩护"这一表述不准确。辩护包括自行辩护和委托他人代为辩护。犯罪嫌疑人、被告人的自行辩护是不受诉讼阶段限制的，因此，这里的"有权获得辩护"应当指的是获得他人代为辩护的权利，而不应包括自行辩护情形，但这种模糊的法律表述无疑会引起理解上的歧义。

（二）大量程序性基本权利的宪法缺位

为防止国家侦控机关在追诉犯罪的名义下任意侵犯公民权利，许多国家都在宪法中赋予公民以大量程序性保障（权利），从而使原本处于弱势地位的被追诉人能够在一个人为设置的法律空间内与国家展开平等、理性的对话与抗争[9]。这些程序性权利主要有被推定为无罪的权利、不得被迫自证其罪的权利、获得法律援助的权利、获知被指控的罪名的权利、要求排除非法证据的权利等。

然，反观我国《宪法》，除"辩护权"外，对以上所列程序性权利均未作规定。这种程序性权利的缺位所导致的后果是刑事诉讼法所确立的诉讼制度包含很多内容，而宪法所确立的公民权利保障条款无法涵盖全部刑事诉讼程序，犯罪嫌疑人、被告人所享有的一些基本权利，在宪法中根本就不存在直接的法律依据。甚至可以说，缺少如上所列举的程序性权利，特别是获知被指控的罪名的权利和获得法律援助的权利，将不利于辩护方积极防御，被追诉人之基本权利恐将遭致不应有的侵犯。

（三）对国家权力的行使缺乏严格的控制

世界各国都非常重视通过宪法来严格控制国家权力的行使。如在国外宪法中，对立法机关制定限制、剥夺公民权利的立法设定严格的条件；对侦控、审判权运作的条件、程序等规定得严格而具体；规定国家机关及其工作人员非法侵犯公民个人权利必须承担严重的不利后果等。

在我国宪法文本中也可见对国家权力的行使进行限制的条款。但就这些条款而言，它们多为原则性的规定，而看不到限制性条款所应有的内容。其实，就宪法而言，重要的不是原则性规定国家机关限制或剥夺公民权利应"依法"进行，而是具体规定国家机关在限制或剥夺公民权利时应

遵守何种法定规则[10]。在人权保障事业不断上升的今天，面对我国《宪法》之窘境，为避免公民的权利惨遭国家权力的侵害，修宪者有必要通过修正宪法，以达到对国家权力行使之严格控制。

（四）权利救济机制不健全

就被追诉人的宪法性权利而言，这种权利同时也是刑事诉讼权利。在被追诉人权利宪法化问题上，最为关键的一点就是在被追诉人的宪法性权利遭受侵害后，国家的刑事司法体系应提供一种有效的司法救济机制，从而使得那些宪法性侵权行为受到有效的惩治，使得遭受公权力侵害的被追诉人获得及时有效的权利救济[11]。

需要给予肯定的是，在我国刑事诉讼体制内，目前已经存在一些对被追诉人宪法权利的保障救济机制，如申诉机制、检察监督机制、非法证据排除规则、国家赔偿制度等。但是，刑事诉讼体制之内的权利救济机制并不能涵盖全部宪法性权利之救济。如果出现了宪法性权利遭受侵害而刑事诉讼等部门法又没有相应的措施予以救济时，我们又该如何保障这种遭受侵害的宪法性权利呢？对此，我们认为，此种情形下宪法本身之救济当属首选，否则写在宪法上的权利将会沦落为一种口号或宣言。而相较于刑事诉讼法，我国《宪法》对公民权利的救济却规定的极为疏漏。整个宪法文本有关公民权利之救济的规定只有一条，即《宪法》第 41 条之规定[12]。

四、辩护权宪法保障之完善

（一）明确辩护权之基本人权地位

被追诉人之辩护权在我国《宪法》当中的规定有待重新确认，首先就辩护权之具体条款应从现今的“国家机构规范”一章迁移至“公民基本权利和义务规范”一章；其次，辩护权之主体归属问题须结合新刑诉法之规定进行修改，明确犯罪嫌疑人、被告人是辩护权的主体；最后，“有权获得辩护”并不能涵盖辩护权应有之内涵，因为辩护权的行使除了委托他人代为辩护和接受指定辩护之外，自行辩护伴随诉讼全过程。

（二）应上升为宪法权利的被追诉人权利

刑事诉讼权利保障体系的形成，首先是以刑事诉讼权利的宪法化为前提。具体到我国，我们认为与辩护制度密切相关，并且已经得到各国立法和国际公约公认的刑事诉讼权利，诸如，被推定为无罪的权利、不得强迫自证其罪的权利、获得法律援助的权利等有必要上升为宪法性权利。这里仅对“不得强迫自证其罪的权利”作一简要介绍：

不被强迫自证其罪是联合国人权宪章确立的一项刑事司法国际准则。该准则对于保护被追诉人的人格尊严，防止侦控机关滥用国家权力，遏制刑讯逼供，实现刑事诉讼的人道化具有非常重要的意义。

1、联合国关于不得被迫自证其罪的权利的规定：

联合国《公民权利和政治权利公约》第 14 条第 3 款（庚）项规定：“受刑事追诉的人不得强迫作不利于已的证言或强迫承认有罪。”该原则是任何人所应享有的最低限度的权利保障。但是权利公约没有规定沉默权。第 15 条规定：“每一缔约国应确保在任何诉讼程序中不得援引任何确属酷刑逼供作出的陈述为证据。”

联合国《少年司法最低限度标准规则》（北京规则）规定：“在诉讼的各个阶段，应保证基本程序方面的保障措施，诸如假定无罪，指控罪状通知本人的权利，保持沉默的权利。”

2、有关国家关于不得被迫自证其罪的宪法规定：

世界上几乎所有国家的宪法都对不得被迫自证其罪的权利作了规定，如《日本宪法》[13]、《韩

国宪法》[14]、《印度宪法》[15]、《加拿大宪法》[16]等，其中《加拿大宪法》还对被告人的沉默权和证人不自陷于罪的权利分别作了规定。

值得一提的是，此次刑诉法修改，增加了“不得强迫任何人证实自己有罪”的条文。它是我国刑事司法领域改革的一个重要成果。对于完善我国刑事诉讼法、与国际刑事司法和人权准则衔接、保障人权等方面都有极为重要的意义[17]。在此背景下，进一步提升权利位阶将其宪法化，实乃大势所趋。

（三）对国家权力的行使实行严格的控制

被追诉人辩护权贯穿整个刑事诉讼过程，从侦查、起诉到审判，所抗衡的都是国家公权力。现实中，国家公权力过分强大，对于被追诉人来说始终是一种威胁。强弱对抗之下，如若不严格控制国家公权力的行使，则控辩平衡难以达成，人权保障难以实现。

1、立法上严控权力之行使。立法是“源”，具有普遍性，指向的是法律效力范围内的所有公民。如若立法不公，所有公民必受其害。故而，宪法保护公民个人权利除了要关注执法与司法领域公民权利之保护，更要关注立法领域公民权利之保护。这也即现今多数国家在宪法中即对行政和司法机关剥夺或限制公民权利作出了严格的规定，又对立法机关制定剥夺或限制公民权利的立法设定严格条件之原因。

2、对权力运作的条件和程序等作出严格的规定

为了实现对社会的有效管理，在不违反宪法的前提下国家有权对各项制度作出进一步规定。例如，《宪法》第37条对人身自由权作了规定，其中第2款：“任何公民、非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。”从该条中，我们知道决定逮捕的主体是谁，执行机关是谁，但是，何种条件下方可实施逮捕和逮捕应遵循何种程序，该条并未严格规定，国家立法机关就可能在制定普通法律时赋予侦控与审判机关以广泛的权力，导致公民个人的权利得不到应有之保障。为防止出现这种情况，我们有必要在规定侦控、审判机关有权实施逮捕等强制措施的同时，对其实施这些强制性诉讼手段的条件、程序等作出严格而具体的规定。

3、设定严格的制裁机制

宪法规范对国家权力行使的规则规定的再具体，也会有基于个人恩怨或职业利益而逾越法定的规则、侵犯公民个人权利的行为发生。因而，有必要设定严格的制裁机制，以使那些违反法律规定的国家机关及其工作人员不仅不能获取违法收益，而且还需为此付出沉重的代价。只有这样，才能有效消除国家机关及其工作人员实施违法行为之动机。

（四）建立宪法层面的权利救济制度

目前，我国尚未建立专门的违宪审查制度，诸如美国式的排除规则、撤销起诉、撤销有罪判决等程序性救济机制在我国宪法层面上根本未能得到任何的体现。已有的非法证据排除规则、撤销有罪判决只是刑事程序内的救济制度，而所谓的宪法性救济制度在我国可谓缺失。其实，与民法、刑法一样，宪法的“可诉性”和有效实施也是需要具体的诉讼机制加以保障的。在被追诉人权利宪法化的今天，如何保障被追诉人的宪法性权利在受到国家公权力侵犯后能够获得有效的司法救济，已经成为我国宪法所面临的重要问题。

具体到我国违宪审查制度之构建，我们认为可以参照外国的经验性做法：首先，有权进行违宪审查的主体必须独立于立法机关和行政机关，或采专门机关审查制，如设立专门的宪法法院或宪法委员会；或采普通法院审查制，如最高人民法院实行违宪审查或普通法院分级别审查[18]。其次，专门机关或普通法院主要对侦查、检察机关和审判机关所实施的涉及被追诉人人身自由、财产、隐私等实体性权利以及辩护权等程序性权利的行为是否违宪进行审查。最后，上述行为一

且被宣布违宪，将会通过排除规则、撤销起诉和撤销有罪判决等救济制度来保障被追诉人之合法权利。当然，一旦宣布违宪，国家权力机关所实施的行为则归于无效。

与宪法司法化一样，违宪审查的建立具有重大的现实意义，在保障人权、建设法治国家等方面将发挥重要作用。但是，法治建设并非一蹴而就，不能企图一朝一夕就能解决所有问题。在刑事被追诉人辩护权的宪法保障问题上，我们同样需要一个循序渐进的过程。

注 释

1、胡云腾《公正司法就是"尊重和保障人权"》，载《法制日报》2012 年 3 月 28 日第 9 版。

2、中国人民大学王利明教授在接受媒体采访时如是说，详见《湖北日报》2012 年 3 月 10 日第 2 版。

3、在今年"两会"上，清华大学法学院周光权教授表达了此观点，我们对此表示赞同。详见《中国妇女报》2012 年 3 月 9 日第 A01 版。

4、熊秋红《刑事辩护论》，法律出版社 1998 年版，第 6-7 页。

5、相对于 1996 年《刑事诉讼法》而言，新刑诉法明确了侦查阶段犯罪嫌疑人的辩护权和律师的辩护人身份，强化了法律援助和指定辩护。

6、管宇《论控辩平等原则》，中国政法大学博士学位论文，2006 年 4 月，第 1 页。

7、新《刑事诉讼法》第 33 条第一项："犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，有权委托辩护人。在侦查期间，只能委托律师作为辩护人……。"1996 年《刑事诉讼法》第 33 条："公诉案件自案件移送审查起诉之日起，犯罪嫌疑人有权委托辩护人……。"

8、1999 年的第三次修正和 2004 年的第四次修正。

9、陈永生《刑事诉讼的宪政基础》，北京大学出版社 2010 年版，第 175 页。

10、陈永生《刑事诉讼的宪政基础》，北京大学出版社 2010 年版，第 208 页。

11、屈新《被追诉人的人权保障研究》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 228 页。

12、《宪法》第 41 条第 1 款："中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利；对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利，但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。"

13、《日本宪法》第 38 条规定："不得强迫任何人作不利于本人的供述。"

14、《韩国宪法》第 12 条第 2 款规定："任何国民'不被迫在刑事上作不利于己之供述'。"

15、《印度宪法》第 20 条第 3 款规定："不得强迫被告自证其罪。"

16、《加拿大宪法》第 11 条第 3 款规定："在刑事诉讼中，被指控犯罪的人享有'不得被强迫在指控本人犯罪的诉讼中作为证人'的权利。"第 13 条进一步规定："在诉讼程序中作证的证人，有权不让所提出的任何显示有罪的证据在其他任何诉讼程序中被用来指责该证人犯罪，但是关于伪证罪或者提出反证的控诉除外。"

17、杨宇冠《论不强迫自证其罪》，载《甘肃政法学院学报》2011 年第 6 期。

18、采用专门机关审查制的国家主要还有法国、德国、俄罗斯、意大利、葡萄牙、西班牙和比利时等国，而采用普通法院审查的有日本、美国、英国。

新《民事诉讼法》实施后对律师执业的变革

安徽杨夫胜律师事务所　杨夫胜

摘　要：修改后的民事诉讼法，从以下几个方面体现了民事诉讼制度的完善和改革机制：1、完善了调解与诉讼相衔接的机制，对充分发挥调解作用，尽量将矛盾纠纷解决在基层、解决在当地具有现实意义；2、完善了举证制度，增加了公益诉讼制度，对进一步保障当事人的诉讼权利将发挥重要作用；3、完善了简易程序，增设了小额诉讼制度，对提高审判效率、合理利用司法资源具有重要意义。这些制度的修改增加了诸多当事人可选择的程序设计，为实体审判带来了充分的保证，同时也是律师自主性功能作用的增强。因此，作为律师在以后的执业过程中应当针对新《民事诉讼法》的修改，转换工作思路、提高勤勉负责的工作态度，积极适应、应对新《民事诉讼法》的实施，以最大化地维护当事人的合法权益、树立律师代理民事诉讼的良好形象。

关键词：民事诉讼法修改　协议管辖　公益诉讼　举证时限　调解　小额诉讼

2012 年 8 月 31 日，全国人民代表大会常务委员会关于修改《中华人民共和国民事诉讼法》的决定已经十一届全国人大常委会第二十八次会议通过，经过长期的酝酿和讨论，修改后的民事诉讼法终于面世，自 2013 年 1 月 1 日起生效施行。这是中国法律历史上的大事，也是中国法治进程上的一个里程碑，同时也是律师执业过程中为社会提供法律服务的升华。《新民事诉讼法》修改，律师的作用和意义在以下方面应当得到有效的发挥。

一、当事人在民事诉讼活动中的选择权扩大，律师驾驭民事诉讼的能力应当全面提高

在新民事诉讼法集万千宠爱于一身时，在万众期待中粉墨登场时，新民诉法的修改给当事人及律师执业带来了不同凡响的变化。扩大协议管辖的范围，为当事人提供了充分的选择权，尊重意思自治。

《民事诉讼法》第 34 条：“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定”。

通过新旧民诉法的对比可知，旧民诉法中对协议管辖的规定在适用范围上仅限于民事主体之间的合同纠纷，而不包括民事主体之间的其他财产权益类型纠纷，如物权纠纷、债权纠纷等。此规定严重束缚了国内民事管辖案件的类型，对于实践中大量存在的除合同纠纷之外的债权纠纷和物权纠纷，当事人不得协议管辖。修改后的民诉法则对协议管辖的适用范围作出了扩大，保留原有的五类法院之外，还增加了一个兜底性的条款“与争议有实际联系的地点”，这就充分体现了协议管辖案件中当事人自主选择范围的扩大。在客观上给民事活动的当事人提供了充分的选择权，无论是合同纠纷、债权纠纷、物权纠纷等，只要具有财产权益争议的案件，当事人都可以自主选择与争议有实际联系地点的法院管辖，这些的固定都完全符合协议管辖的初衷；同时要求代理律师主观上必须认真审慎考虑作出合理的建议以最大化实现当事人的合法利益，对于律师驾驭整个民事诉讼活动的能力也提出了更高的要求，使律师不断提供法律服务的水平。

二、新增公益诉讼制度，保护群体性利益，将使律师的执业范围扩大

《民事诉讼法》第 55 条：“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼”。

随着经济社会快速发展,民事案件数量不断增多,新的案件类型不断出现,民诉法的规定在某些方面已经不能完全适应人民群众的司法需求,有必要进一步予以完善。近年来,环境污染和食品安全事故不断发生,一些全国人大代表和有关方面呼声多次提出在民事诉讼法中增加公益诉讼制度。为此，新的民诉法增加规定：“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，法律规定的机关、有关组织可以向人民法院提起诉讼”。此条新增公益诉讼制度，可谓是对民众呼唤公益诉讼的立法相应。在此之前，公益诉讼因原告主体问题，成为法律救济的瓶颈。该条的出现，解决了原则为题，但对于具体实施而言，尚待法律规定对“机关和有关组织”进行明确和界定。

按照民诉法的规定，律师在执业中应全面了解民事公益诉讼的案件范围，包括污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的案件。这里包括两层意思：一是污染环境、侵害众多消费者合法权益的纠纷只有在损害社会公共利益的情况下，才能成为公益诉讼案件，如果只涉及社会成员个体利益（如污染环境造成公民个体损害），可以按照普通民事案件处理；二是除污染环境、侵害众多消费者合法权益以外的其他损害社会公共利益纠纷，也可以按照公益诉讼案件进行处理。律师在企业中如果担当法律顾问，企业在生产经营中，更应当注意加强对社会公共利益的保护，也要明确民事公益活动的责任，以免作为公益诉讼的被告被追究民事赔偿责任。

目前，我国还无任何法律授权有关机关或组织提起公益诉讼，公益诉讼的审批原则、程序、责任承担，收益的奖励与分成等一系列理论和制度问题，这就要求律师在实践中不断摸索、研究和完善，以适应民事诉讼法中公益诉讼制度的发展需要，同时也是律师业务范围的扩大。

三、新民事诉讼法关于举证期限的规定，对于律师执业提出了更高的要求

《民事诉诉法》第 65 条规定：“当事人对自己提出的主张应当及时提供证据。人民法院根据当事人的主张和案件审理情况，确定当事人应当提供的证据及其期限。当事人在该期限内提供证据确有困难的，可以向人民法院申请延长期限，人民法院根据当事人的申请适当延长。当事人逾期提供证据的，人民法院应当责令其说明理由；拒不说明理由或者理由不成立的，人民法院根据不同情形可以不予采纳该证据，或者采纳该证据但予以训诫、罚款”。

通过第 65 条的规定，举证时限是法院提供给当事人的在合理期限举证的时限，当事人对举证时限应当予以重视。如果在法院提供的举证时限内有证据未举证，又没有正当理由的，法院可以根据案件实际情况选择采纳该证据，也可以选择不采纳该证据，即使采纳该证据，也要给予当事人以训诫、罚款。此条款即时对民事诉讼时限的保护，也是针对滥用诉讼制度的当事人制裁。

本条规定不但强化了当事人的举证责任，还加大了对迟延举证的限制并增加了对无故迟延举证的惩罚措施，律师在执业中为当事人提供法律服务意识应当避免自己的工作迟延或失误导致当事人利益损失，特别是律师的庭前准备应当充分，因为诉讼过程中因当事人委托律师代理，其举证义务直接转嫁到受委托的律师身上，受委托的律师应当在法院规定的举证期间内完成举证，避免因迟延举证导致当事人受到法律制裁；同时，对于律师诉讼设计也增加了风险，如果律师未能准确判断法庭审理的争议重点，误将重要的证据认为不重要或者无关而未提供，则可能导致当事人受到制裁，律师也可能会遭到当事人的赔偿请求。这就要求我们在民事诉讼过程中严格提高法律服务，强化专业知识，提高服务技能，充分保护当事人的合法权益，同时努力避免给当事人造成不必要的损失，以维护律师执业良好形象。

四、诉前调解加大力度，调解原则贯穿始终，律师应当在当事人的特别授权范围内行驶自己的权力，维护当事人的利益

新《民诉法》第 122 条：“当事人起诉到人民法院的民事纠纷，适宜调解的先行调解，但当事人拒绝调解的除外”。

此条修改进一步体现了调解制度在我国民诉法程序中的重要地位，只要适宜调解的，都应当先行进行调解，力争将民事纠纷解决在调解阶段，而不是通过判决、裁定等方式解决。纵观我国民诉法现行对调解制度的规定，调解可以在庭审前提出，可以在庭审时提出，可以在庭审后提出，甚至可以在判决后提出，也可以在法院执行时提出，只要双方当事人达成一致，不违背法律规定，都可以调解解决。这就是民事诉讼中调解制度贯穿整个民事诉讼的体现，充分表明了调解制度的优越与重要。

当前我国处于社会矛盾凸显期，各类民事纠纷日益增多，充分发挥调解作用，尽量将矛盾纠纷解决在基层、解决在当地，对及时化解矛盾纠纷，促进社会和谐稳定，具有重要意义。调解作为解决纠纷的有效方式，具有程序简便、方式灵活、自觉履行率高等优点。未经人民调解委员会调解的纠纷，起诉到法院的，可以先行调解；经过人民调解委员会调解未达成调解协议的纠纷，起诉到法院的，也可以先行调解。为此，新法完善了调解与诉讼相衔接的机制，增加了先行调解的规定。律师在执业中应当在当事人的特别授权范围内行驶自己的调解权力，在诉讼过程中可先行调解也可事后调解以维护当事人的利益。

五、新增小额诉讼制度，减少当事人和律师的诉累，节约司法资源

新《民诉法》第 162 条：“基层人民法院和它派出的法庭审理符合本法第一百五十七条第一款规定的简单的民事案件，标的额为各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资百分之三十以下的，实行一审终审”。

《新民诉法》第 157 条：基层人民法院和它的派出的法庭审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的民事案件，适用本章规定。基层人民法院和它的派出法庭审理前款规定以外的民事案件，当事人双方也可以约定适用简易程序。

为及时解决面广量大的民事纠纷，2011 年 4 月，最高院启动了小额速裁试点工作，北京、湖北、青海等十三个省、直辖市的高院分别制定辖区内的两个基层法院作为试点单位。经过一年多的试点，从统计的数据来看，小额速裁案件在民事案件中占的比例不高，但是审结的效果初显，对于定纷止争的作用初显。根据一些地方的试点探索并借鉴国外好的做法，将小额诉讼制度写进了民诉法，该条修改的亮点在于：明确规定“小额诉讼一审终审”，其适用前提是：第一，只能是基层法院及派出法庭，简单的适用简易程序审理的民事案件；第二，标的额为各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资百分之三十以下。小额诉讼程序是对简易程序的再次简化，是简易程序中的“简易程序”。小额诉讼既方便消费者针对企业提起消费诉讼，也方便涉诉企业迅速从诉讼程序中解脱出来。

现行民诉法对于民事案件统一实行两审终审制，也就是说当事人不服一审判决，均有权向上一级法院提起二审，在二审审判终结前一审判决并不生效。但在司法实践中，个别当事人为拖延审判时间，延长最终法院执行期限，对一审认定事实清楚，适用法律正确的判决依然无故提出上诉，一个简单的案子有时能拖延一年甚至更长；另一方面，权利人苦于诉讼时间太长，权利得不到及时救济而放弃诉求，进而通过一些非正常的甚至是违法手段行驶私利救济，反而给当事人造成了更大的损失。

针对上述情况，新民诉法对于小标的额，事实清楚、争议不大的简单民事案件适用简易程序审理的一审案件，增设了一审终审制度，既有利于当事人实现诉讼目的维护合法权益，也使审判工作效率提高，彰显公正，对于提高审判效率，减少当事人和委托代理人的诉累，降低诉讼成本、节约司法资源、合理利用司法资源，使公平正义得以及时实现具有重要意义。

综合以上论述，本人认为，从事民事诉讼案件代理是律师的主要内容，参与民事诉讼代理活动是展现律师技能的重要活动场所。《新民事诉讼法》的颁布及实施，增加了许多当事人自由选择的程序内容的同时，也避免了累诉、滥诉不良行为，即扩大了律师发挥主观能动性的范围，也赋予律师在民事诉讼活动中的权利责任，但许多条款的规定也对律师执业技能和职业道德提出了新的要求，更有许多新的规定值得律师在民事诉讼代理工作中思索、探讨，这不仅是对律师个人执业技能提高的要求，同时也是对整个律师行业的整体执业技能的要求，使我们律师业务在社会新生事物中不断地适应与成长。

参考文献

1、陈卫东《中国律师学》，中国人民大学出版社，2008 年 3 月。
2、何家弘《证据学研究》，中国人民大学出版社，2007 年 1 月。
3、《民事诉讼法法条》，中国法律出版社。
4、《中国律师学》，中国法律出版社。

论刑事非法证据排除规则的完善与发展

安徽黄淮律师事务所　王成艳

摘　要：美国非法证据排除规则的发展历程及最新发展动态，对我国非法证据排除规则的发展具有很好的借鉴作用。领悟和掌握非法证据排除规则的科学内涵，对律师在实务中利用好该规则，维护犯罪嫌疑人的人权具有重要的程序价值。进而，为新《刑事诉讼法》中“非法证据排除的规则”制定司法解释提供建议。

关键词：非法证据排除　发展　律师实务　完善建议

非法证据排除规则的适用是遵守和保障人权原则的体现，彰显程序的价值。基于刑事诉讼法全面强化人权保障趋势，刑事司法要树立现代刑事司法理念，强化程序公正意识，强化证据裁判观念，完善和发展非法证据排除规则。下面分别从五个方面探讨非法证据排除规则，以起到抛砖引玉的作用。

一、非法证据排除规则在美国的发展及最新动态

非法证据排除规则在美国是一项宪法性权利。其根本目的就在于限制以警察权力为代表的国家权力的滥用，进而取得保障公民宪法权利的效果。1914 年，美国联邦最高法院在威克斯诉讼一案（Weeks　V.　US）中，警察利用被告邻居提供的钥匙，闯入了被告的家中查抄了大量罪证文件，后来又与美国联邦司法官员一同返回再次查抄了更多的文件，警察在没有获得搜查许可的情况下获取该物证、书证，后来这些证据最终确认为非法证据而被依法排除。九名大法官一致同意撤销原判，发回重审，并裁定联邦警察非法搜查和扣押所得获的证据不得在联邦法庭上使用。以此为标志，美国现代意义上的非法证据排除规则确立起来。美国狭义上的非法证据排除规则，就是指违反美国联邦宪法第四修正案而获取的证据不得在刑事诉讼中用于证明被告人有罪。美国联邦宪法第四修正案规定：“人民保护自己的人身、住宅、文件及财产不受任何非法搜查和扣押的权力不容侵犯。”

1961 年，美国联邦最高法院在马普诉俄亥俄州（Mapp V .Ohio）一案中，非法证据排除规则的适用扩展到了美国各个州。在马普案中，警察强迫 Mapp 开了门，并且将其律师阻挡在门外，手中晃动着事后证明虚假的搜查许可证，强迫给 Mapp 戴上了手铐并彻底搜查了她的家，来寻找淫秽物品。这些证据后来被排除。美国联邦最高法院认为通过民事赔偿、行政处分不能遏制警察违法取证，唯有将其非法行为获得证据彻底排除，消除其违法行为的动机，才能保障人民宪法权利。

美国非法证据排除规则，首先是为了震慑警察的不法行为，其次是宪法修正案之直接要求，再者是司法正洁之要求。

随着犯罪浪潮的到来，美国非法证据排除规则，从严格运用到逐步设立一些例外规则，以达到控制犯罪与保障人权之间的平衡。从其发展轨迹看，例外规则越来越多是基本趋向。以最近的美国联邦最高法院 Herring 案为例。美国科菲郡警察根据戴尔郡警察局通缉名单逮捕了 Herring，在逮捕时搜出毒品和枪支。因戴尔郡警察疏忽，该局通缉名单数据库出了问题，对 Herring 的逮捕决定在五个月前已被撤销。在对 Herring 非法持枪和毒品公诉中，Herring 主张适用非法证据排

除规则对上述非法证据予以排除。区法院和 11 巡回法院都认为警察本身没有过错，唯一疏忽来自戴尔郡警察局数据记录，根据 US V. Leon 案确定的“善意的例外”, 不适用非法证据排除规则。在 Leon 案中，确立了例外原则：如果警察根据搜查许可而行为，该许可后来因缺乏合法根据而无效，只要警察是“客观合理信赖”搜查许可而进行搜查，非法证据排除规则就不适用。Herring 不服上诉，2009 年 1 月 14 日美联邦最高法院判决：警察所进行的非法搜查主要是因与搜查本身不太相关的孤立疏忽造成的，而不是制度性错误或者对宪法义务的疏忽，不适用非法证据排除规则。

在 Herring 案中，非法证据排除规则的适用必须具备两个因素：一是警察的行为必须完全是基于蓄意以至于必须适用排除规则来阻吓这种行为；二是警察的行为必须具备有足够的可归责性，才有必要值得司法制度为此付出，让可能的罪犯逍遥法外的代价。在 Herring 案中，Herring 被逮捕仅仅因为警察局数据库出现了问题而不是警察自身问题，警察的行为不具备足够的可归责性，不值得适用非法证据排除规则来阻吓这种行为。

综上，美国非法证据排除规则产生与发展都是紧紧围绕限制警察非法搜查和扣押这一主题的，从一开始的严格适用到用例外规则来限制适用的科学发展过程。

二、非法证据排除规则在我国的发展

1982 年《宪法》第 37 条、第 30 条、第 40 条分别规定了公民的人身自由权、住宅权以及通信自由权等宪法基本权利，为认定非法取证行为提供了宪法基础。1988 年，我国批准加入联合国《禁止酷刑公约》，排除非法证据已成为我国的国际法义务。1996 年《刑事诉讼法》第 43 条规定，严禁刑讯逼供和以威胁引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。1998 年《刑事诉讼法解释》第 61 条，明确规定排除非法言词证据。1999 年《人民检察院刑事诉讼规则》第 265 条同样规定了对非法言词证据的排除。2004 年我国《宪法修正案》增加了“国家尊重的保障人权”。

2010 年在中央政法委的协调和主持下，最终促成最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合出台了两个《规定》。该规定规范了非法证据的内涵和外延，非法证据的排除程序，证明责任等。“两个规定”第一次以司法解释的形式对我国非法证据排除规则进行系统规范。首次规范非法实物证据的排除规则。体现了惩罚犯罪与保障人权并重，实体与程序并重，彰显程序价值，确立了公平正义的证据规则。

2012 年新修改的《刑事诉讼法》第 2 条增加“尊重和保障人权”, 将尊重和保障人权写入刑事诉讼法，是宪法尊重和保障人权原则在刑事诉讼中的具体体现。宪法中尊重和保障人权是抽象的，司法机关在刑事诉讼活动中不能直接援引，因此将尊重和保障人权写入刑事诉讼法，具有重大的实践意义。新《刑事诉讼法》在第 50 条、第 54 条至第 58 条以及第 171 条规定了我国非法证据排除规则，对“两个规定“中非法证据排除规则进行了进一步完善：首次把我国非法证据排除规定的效力位阶从司法解释上升到国家基本法律的高度；新《刑事诉讼法》克服两个“证据规定”仅从法院审查判断证据方面，规定了法官在审判阶段应当如何处理并排除非法证据，加强了遏制和防范刑讯逼供的事前控制机制，规定了人民法院、人民检察院和公安机关都具有排除非法证据的义务；增加了不得强迫任何人证实自己有罪的规定；针对司法实践中刑讯逼供行为多发生于将犯罪嫌疑人送交看守所之前的情况作出了针对性规定：刑事诉讼法第 83 条、第 91 条，完善了拘留、逮捕后立即送看守所羁押的规定；第 116 条规定，讯问应当在看守所内进行；第 121 条规定，对讯问时进行录音录像制度。新《刑事诉讼法》很好地借鉴了两个“证据规定”, 在此基础上，综合理论界和实务界的研究成果，实现了非法证据排除规则的新突破。

三、非法证据排除规则的科学内涵及排除程序

关于新《刑事诉讼法》对“证据”概念的修改:

新《刑事诉讼法》第 48 条：可以用于证明案件事实的材料，都是证据。新法采用“材料说”的观点，摒弃“事实是证据”的传统观点。证据就是指证明案件事实信息的载体，其内容是指可以证明案件事实信息，具形式是证据内容的载体。

关于“非法证据”的内涵：

非法证据是针对合法证据而言的，合法证据具有三个特征，即合法性、关联性、客观性，而非法证据就在于其非法性。新《刑事诉讼法》第 50 条：审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人，被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集、证据，不得强迫任何人证实自己有罪。

“非法证据”中“非法”科学界定问题，不仅涉及到“非法”手段的界定，还涉及到非法手段的严重程度，更关系到证据的内容与形式。它包括非法言词证据和非法实物证据。

关于对非法言词证据的排除：

新《刑事诉讼法》第 54 条：采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人被告人供述和采用暴力、威胁等非法收集的证人证言、被害人陈述，应当预以排除。对于“刑讯逼供等非法方法”以暴力、威胁等非法方法中“等非法方法”的理解不宜片面限适在上述范围内，对于违法程度、强迫程度达到与刑讯逼供或者暴力、威胁相当，并使犯罪嫌疑人、被告人以及证人、被害人不得不违背真实意愿陈述的非法取证行为，应当归入“等非法方法”的范畴。以这些非法方法收集的言词证据，不仅内容容易失真，而且还可能存在严重侵犯人权的行为，同样极易导致出现冤假错案。

正是因为证人证言、被害人陈述，犯罪嫌疑人、被告人供述属于言词证据，其可变性较强、容易受到外界的干扰而形成有违案件事实的证据，所以应当一律予以排除，也就是所说的绝对排除。

关于对非法实物证据的排除：

新《刑事诉讼法》第 54 条：收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。

对于违反法律规定收集的物证、书证，应当有选择地予以排除。物证、书证属于实物证据，实物证据不同于言词证据，具有不以人的意志为转移的客观性，故不宜根据其获取手段的非法性作一律排除。而是根据非法手段的违法严重程度，是否可能严重影响司法公正的程度而作出有选择性排除，这也叫相对排除。

“可能严重影响司法公正”可以从以下情节考量：一看收集物证、书证行为违反法定程序的程度是一般违法行为，还是犯罪行为；二看违反法定程序收集物证、书证司法工作人员的主观罪过程度，是故意，还是过失；三看违反法定程序收集物证、书证的重要程度，是一般证据还是关键证据；四看违反法定程序收集物证、书证手段所侵害的效益。

当收集物证、书证不符合法定程序，没有达到可能严重影响司法公正的，不予排除；当达到可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释，不能补正或者作出合理解释的，应当予以排除。

四、非法证据排除规则中的律师实务

新《刑事诉讼法》不仅承认律师在侦查阶段辩护人的地位，为律师在刑辩方面的发挥提供更大的舞台，而且律师可以用非法证据排除规则，来更好地捍卫犯罪嫌疑人、被告人的人权。律师

首先要基于刑事诉讼法全面强化人权保障的趋势，及时转变和更新观念，时刻思考着如何从保障犯罪嫌疑人、被告人合法权利的角度确保非法证据排除规则落到实处。排除非法证据是公检法机关的法定义务，这些机关发现在侦查、审查起诉、审判时有应当排除的证据的，应当依法予以排除，不得作为起诉意见，起诉决定和判决的依据。

在犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，有权委托律师作为辩护人。律师要充分利用好会见的机会，向犯罪嫌疑人了解是否受到刑讯逼供；问清在进看守所之前的羁押场所，时间长短以及讯问次数和讯问时间；观察犯罪嫌疑人的表情以及有无伤势情况等。若存在刑讯逼供的可能，一定要问清刑讯逼供时间、地点、人员、逼供的问题，供述的内容，供述笔录签字情况，刑讯时有无录音录像。一旦发现有刑讯情况，律师应当及时提供相关线索或者材料，向检察机关的审查批准逮捕部门控告，要求检察机关对非法证据进行查证并予以排除。把非法证据排除在萌芽状态，守护好第一关。在《非法证据排除规定》第 3 条：人民检察院在审查批准逮捕中，对于非法言词词证据应当依法予以排除，不能作为批准逮捕的依据。笔者在办理杭州市萧山区周某涉嫌抢夺案件中，在会见中成功避让侦查人员会见时在场，获取公安机关办案人员对周某有五次逼供行为。前四次逼供周某供述抢夺 1700 元，第五次迫使周某供述抢夺 2100 元，而周某当时在网吧上网，没有作案时间。我以周某父亲名义向萧山区人民检察院提出控告，强烈要求排除该非法言词证据，不能作为批准逮捕周某的依据。后来萧山区人民检察院让当地另外一个派出所调查核实，办案机关则主动撤销案件，无条件释放周某。

在侦查阶段，律师发现侦查人员以非法方法收集证据的，应向人民检察院提供相关线索或者材料，对非法取证的侦查人员提出控告。检察院对确有以非法收集证据情形的，应当提出纠正意见，并且该非法证据不得作为起诉意见的依据。

在审查起诉阶段，律师除了会见犯罪嫌疑人外，还要充分利用好阅卷。《刑事诉讼法》第 38 条：辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，可以查阅、摘抄、复制本案的案卷材料。律师要重点比对犯罪嫌疑人历次供述、被害人历次陈述，证人历次证言是否一致。律师对发现非法取证线索的要慎用自己调查取证权，该阶段最好向检察院申请调查核实。在苏州市平江区法院审理高某涉嫌非法出售、购买假币案中，控辩双方对高某进看守所之前的供述没有质证。这部分供述作为非法证据予以排除，苏州市平江区人民检察院院邓学平检察官通过提审高某，询问办案民警，调阅高某进入看守所的体检材料，认定在侦查过程中可能有非法取证情况。2011 年 10 月 28 日，苏州市平江区人民检察院将该案起诉至法院，同时向公安、法院送达《排除证据函》，对该供述作为非法证据依法予以排除。笔者建议：检察院应举行听证，以公开、透明的原则对非法证据依法予以排除额，而不是检察官个人予以排除，以减少办案过程中的随意性。

在审判阶段，非法证据排除的启动有二种情形，一是审判人员认为可能存在以非法方法收集证据情形的，应当对证据收集的合法性进行法庭调查，二是律师发现有非法取证情形，提供相关线索或者材料，依法申请法院依法予以排除的。在公诉人宣读起诉书后，启动法庭调查，由检察院承担证据收集合法性的证明责任，公诉人应当向法庭提供讯问过程的全程录音录像。必要时，提请法庭通知讯问人员出庭说明情况，有讯问人员签名并加盖公章的说明材料可以作为说明其取证合法性的证明。对于经过法庭审理，确认或者不能排除本法第五十四条规定的以非法方法收集证据情形的，对有关证据应当予以排除。在现实中已成功对非法证据依法予以排除的案件里，在田文昌律师办理佛山案中，田文昌律师在法庭上坚持：公诉人对被告人提出非法取证线索无法否定，庭前供述就不能再念了。田文昌律师一再要求法院对被告人进行伤势鉴定。最终鉴定结论证明被告人指控属实，即脚趾刑讯时被踩伤。根据该份鉴定结论排除了该份非法证据，排除了被告

人的有罪供述，从而判决被告人无罪。这属于事后鉴定，事后排除，没有遵守排除程序。在浙江宁波章国锡案中，辩护律师申请警察出庭作证被驳回；申请播放全案录像却仅播一小部分，仅有盖侦查机关公章，没有办案人员签名的情况说明。后来法院到看守所调取两份证明：一份是被告人出入看守所的记录，一份是被告人身上有伤的照片，这才把非法证据予以排除。法院的庭外调查核实证据，成了非法证据排除的关键，也没有遵守排除程序。从这两个成功排除非法证据的案件来看，都是法院依职权调取了看守所的书面材料，出入看守所时间证明和体检表或相应的身体检查照片。上述法院调取的证据成为排除非法证据的关键线索。对于律师来说，很难调取到，这也是一大缺憾。

五、对非法证据排除规则完善的司法建议

关于对非法言词证据的排除的问题：应着重落实不得自证其罪的规定；在讯问时规定律师在场权；规定讯问过程应当全程录像。待以后时机成熟时可以考虑沉默权问题。

关于对非法实物证据“可能严重影响司法公正的”科学界定：一是看排不排除是否可以阻吓警察的非法搜查和扣押行为；二看是否达到严重侵害公民人身、财产权利的程度；三看非法取证办案人员的过错程度。

关于对非法实物证据排除的例外规则：一是对非法搜查或扣押的物证、书证的排除将严重危害国家安全或公共利益的；二是取证对疏忽，缺少合法手续，经审查及时补救未履行法律手续不涉及公民人身权利的；三是对公民人身、财产权利侵害显著轻微，排除将危害社会秩序的。

关于“毒树之罪”问题：通过非法言词证据而获得实物证据，能直接证明案件事实，法院可以采信；通过非法言词证据而获得实物证据不能直接证明案件事实的，还需结合该非法言词证据才能证明的，该实物证据不可采信；但结合其他合法证据能够证明案件事实的，法院可采信。

关于排除程序缺乏可操作性问题：建立当事人或律师申请排除的启动程序；建立检察院听证排除和法院法庭调查排除程序，包括播放全程录像、侦查人员到庭接受质询，调取看守所相关记录等具体步骤；建立检察院听证决定或法院合议庭合议的决定程序；建立一审提出排除申请而未被采纳，二审中应对非法证据排除审查的补救程序。

关于建立庭前证据开示制度的建议。

关于承担证明责任一方，对有涉嫌非法取证的证据拒绝播放全程录像或者播放经过剪辑录像的，应当承担举证不能的责任，视为存在非法取证的情形，而依法予以排除。

关于对侦查人员在讯问过程中涉嫌存在刑讯逼供行为而又拒绝出庭的，视为存在非法取证情形，而依法予以排除。

关于建立律师可以向相关部门申请颁发调查令，调取看守所相关记录制度的建议。

参考文献：

1、《中华人民共和国刑事诉讼法》（2012.3.14 修正）法律出版社，2012 年 3 月第 1 版。

2、《中华人民共和国刑事诉讼法》适用解答，人民法院出版社，2012 年 3 月第 1 版 。

3、《刑事辩护的中国经验》，北京大学出版社，2012 年 5 月第 1 版。

4、《刑事证据制度发展与适用》，人民法院出版社，2012 年 5 月第 1 版

5、“非法证据排除规则”在美国最新发展——美国最高法院 Herring 案的影响 《中国应用法学信息》（丁广宇 编译）2 009 年第 1 期。

论无罪推定原则

众星合律师事务所 李 宁

摘 要：本文共分为三大部分，对无罪推定原则进行了探讨。第一部分为无罪推定原则的基本内涵与价值分析，对无罪推定原则的内涵进行了深入的分析，从而使我们对无罪推定原则有一个全面的认识。第二部分为我国无罪推定原则存在的不足及原因分析。第三部分主要讲无罪推定原则在我国的完善。

关键词：无罪推定原则 内涵 不足 完善

自十六世纪以来，资本主义生产方式不断得到发展。为了适应资本主义的需要，一些思想家大力抨击封建专制制度，提出民主、自由、平等的口号，宣传从人性论出发，是法律脱离神权与宗教，直至今日，人权观念日益发展。刑事诉讼民主化、科学化已成为当今世界的潮流，如刑事诉讼的目标已由最初的惩罚、控制、预防犯罪转向了人权的保障与维护。无罪推定原则为世界大多数国家刑事诉讼立法和司法所奉行，并且是国际性法律文件确认的刑事诉讼原则，因而成为国际社会通行的刑事诉讼原则。但在我国，诉讼法学界和司法部门对于该原则在认识上存在很大分歧，在接受无罪推定原则上一直争议不断。1996 年实施的刑事诉讼法虽然吸收了无罪推定原则中的某些因素，但目前还不能认为无罪推定原则已经在中国确立和贯彻，中国该如何适用无罪推定原则是很值得探讨的问题。本文就无罪推定原则的基本内涵、存在的问题及在我国的完善三个方面来加以论述。

一、无罪推定原则的内涵

无罪推定，简单地说是指任何人在未经证实和判决有罪之前，应视其无罪。无罪推定所强调的是对被告人所指控的罪行，必须有充分、确凿、有效的证据，如果审判中不能证明其有罪，就应推定其无罪。

无罪推定包含两个方面的基本内容：第一，任何人在未经法律规定的程序被判决有罪之前，不能认为是有罪的；第二，对被告人所控的罪行，在没有充分证据证明以前，一律推定被告人无罪，也就是说，不能证明被告人有罪，被告人就是无罪。因而犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中的地位是诉讼主体，与诉讼者享有平等的法律地位。犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利受到法律的保护，对司法人员侵犯其人身权利、诉讼权利的行为有权提出控告。在法院判决生效以前，既不能把犯罪嫌疑人、被告人当做罪犯对待，也不能称之为“罪犯”、“犯罪分子”、“人犯”。犯罪嫌疑人、被告人由被纠问、被刑讯逼供的对象、诉讼客体跃升为享有充分权利保障的诉讼主体，是诉讼制度走向现代文明的标志，是刑事诉讼民主化、科学化的结果。

无罪推定的基本内涵是确定的，它在不同的国家和法系没有明显实质的区别，只有理解程度的侧重点的差异。综合起来，无罪推定原则的基本内涵应包括三个方面:

1、法院在判决犯罪嫌疑人、被告人有罪之前，在法律上应推定其无罪。它要求把犯罪嫌疑人、被告人视为诉讼主体，在诉讼中与原告人的诉讼地位是平等的，并在诉讼中享有相应的诉讼权利。其内容包括:一是无论任何人，即使是现行犯，在未经法院依法审判确认有罪之前，其身份只是“嫌疑人”、“被告人”，而不是“人犯”、“罪犯”，要把他作为无罪的公民一样看待；二是犯罪嫌疑

人、被告人应获得一系列旨在对抗国家追诉权的诉讼特权和程序保障,以使国家权力与个人权利之间天然的力量不平衡状态得到弥补和矫正[1]。审判机关有义务为被告人实现自己的诉讼权利提供一切必要的条件。这些特权保障主要包括将指控罪状通知本人的权利、保持沉默的权利、获得律师帮助的权利、最后陈述的权利、传唤证人询问证人的权利、上诉的权利等[2]。

2、明确举证责任承担,即由控诉被告人犯罪的机关或人员承担证明被告人被指控犯罪的事实之责任。其内容包括:一是提供证据证明被告人有罪的责任由控诉一方承担,并禁止其采用刑讯逼供等酷刑和其他非法方法收集证据;西方学者认为无罪推定的效果之一是"举证责任在起诉人一方,他必须反驳无罪推定被告人……被告人没有为自己申辩无罪的责任[3]。"前苏联学者也认为,无罪推定的第二个效果是"把被告人从驳回起诉的证明义务中解放出来,证明起讼的义务,起诉方承担,换言之,证明有罪之义务在于起诉者身上,而不在被告人身上[4]。"因此,在资本主义社会,英美法系实行当事人主义,原则上由控诉方承担证明责任;大陆法系国家的刑事诉讼,大都由检察机关代表国家起诉,检察官应当证明自己的指控。前苏联原刑事证据制度中证明责任也同样规定由司法机关担负。二是履行证明责任的控诉一方的证明必须达到案件事实清楚、证据确实充分,或者达到"没有合理疑点"的最高程度来推翻原来的无罪推定;否则,控诉一方要承担败诉的风险,法庭就应从有利于被告人的原则出发,就应认定被告人无罪。"疑罪从无"即案件作有利于被告人的处理,是无罪推定的应有之义。现代社会中每一个公民的诉讼权利都无一例外地受到法律的保护,司法机关承担着将之实现的各项责任。指控某人必须以充分的证明为基础,这也是保护公民权利的需要,是刑事诉讼发展客观规律的要求,也是司法公正的体现。三是被告人有辩护的权利,却没有证明自己有罪或无罪的义务,不因为被告人不能或没有证明自己无罪而认定其有罪。人类社会中几千年来诉讼实践证明,在被告人的辩护权利得不到可靠保障的条件下,冤狱的发生是不可避免的。

3、由法院依照法定程序对被告人是否犯被指控之罪行做最后的认定。其内容包括:只有法院拥有法律意义上的定罪权,其他任何机关,包括侦查机关和检察机关,都无权行使这一权力,法院只有在经过合法、公正、理性的审判程序,才能最终认定被告人有罪。

无罪推定原则的价值,突出表现在其在人权保护方面的价值。无罪推定原则以人权思想和人权理论的发展为契机,是资产阶级启蒙思想家针对封建法律制度的落后、野蛮、残酷,在"天赋人权"的思想下提出的,无罪推定原则本身孕含了人权思想。无罪推定原则也必将推动人权保护的发展,它能够有效避免冤假错案、刑讯逼供的发生,从而切实保障公民的人身自由权利,保障公民的身体健康权利,保障公民的名誉、人格尊严等权利,对人权保障具有十分重要的价值,因而被联合国人权委员会在相关法律文件中称为"人权保障的基石"。法学家们也对无罪推定原则给予了高度评价。

二、我国无罪推定原则存在的不足及原因分析

我国受封建传统思想的影响较深,封建传统的法律价值观使中国的法文化中缺少一种普遍的宽容精神,我国刑事诉讼法的价值取向是控制犯罪和严厉打击犯罪,并且一直以"以事实为根据,以法律为准绳"的刑事政策指导刑事诉讼,导致我国刑事诉讼长期以来存在重实体轻程序,重口供轻证据的现象,存在的主要不足之处表现在我国刑事立法、司法中。

(一)立法方面存在的问题

1、修改后的《刑事诉讼法》第 12 条规定:"未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪。"对此,现在有不少人认为这是对无罪推定原则的规定。这是值得商榷的。笔者赞同这样的观

点：新《刑事诉讼法》第 12 条的规定，无论从语法角度，还是从逻辑学角度，也还是从法律角度来分析，都只是表达“确定有罪权由人民法院依法行使”的含义。斟酌此条文，根据无罪推定原则及科学规范的要求来衡量，它至少存在三点缺陷：⑴前半句最后缺少“有罪”二字。因为根据逻辑规则来解释，该第十二条规定可以推导出：“经过人民法院依法判决，对任何人可以确定有罪”。显然不太合理。因为人民法院的判决分为无罪判决和有罪判决两种，只有当人民法院依法做出“有罪”判决时，才能确定被告人有罪；如果人民法院依法做出无罪判决，又岂能确定被告人有罪。⑵前半句最后还缺少“且生效”三字。因为即使是法庭依法做出了有罪判决，还有未宣判和上诉期、核准期内不生效的问题，如果是未生效判决或判决未生效，仍不能确定被告人有罪。⑶其后半句应改为“对任何人都应确定或推定为无罪”。因为公民在刑事法律中的地位有三种情况：无罪、有罪和介于无罪和有罪之间的不确定状态。这第三种情况即是犯罪嫌疑人被告人状态。现行法条从“有罪”的角度来规范，而不明确规定“确定或推定无罪”，不利于明确当事人的法律地位，不利于保护当事人的合法权益。特别是当某人被确定为犯罪嫌疑人被告人以后，其刑事法律地位不能确定——不能确定为“推定无罪”，其权益更容易遭受侵害。

2、刑事诉讼某些法条和无罪推定原则相抵触。第九十三条规定：“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答”；第九十五条规定：“侦察人员也可以要犯罪嫌疑人亲笔书写供词”；第一百五十五条规定被告人在法庭上有义务接受公诉人、审判人员的“讯问”（注意不是“发问”、“询问”）。这些规定表明：犯罪嫌疑人被告人在一定程度上承担着证明自己是否有罪的法律责任，而这种责任承担要求的前提中，实际上已经隐含了其“有罪”的认定。不仅如此，“如实供述”剥夺了被追诉人是否陈述的选择权，如实供述以法律规定的形式出现，而且是以被追诉人义务的规定出现，无疑构成了对被追诉人的一种强制。被追诉人必须履行如实供述的法律义务，否则将承担不利的法律后果（后果现无明确规定）。

（二）司法实践中的问题

1、自证其罪，片面相信和依赖口供。在我国的刑事诉讼中口供一向被认为是证据之王，口供在刑事诉讼法中处于极其重要的地位。由于我国刑事诉讼法没有规定犯罪嫌疑人，被告人有沉默权和虚假陈述权，而是规定犯罪嫌疑人、被告人必须如实回答侦查人员和检察人员的提问，这就造成了用法律规定来强迫犯罪嫌疑人、被告人自证其罪，从而减轻侦查机关和检察机关的举证责任。由于我国刑法的犯罪构成采用的是主客观相一致的原则，口供对确定犯罪嫌疑人、被告人的主观故意至关重要，因此更突显了口供的重要地位。

2、刑讯逼供现象还没有杜绝。由于我国的侦查人员队伍素质总体偏低，业务素质又参差不齐，总爱戴着有色眼镜看犯罪嫌疑人，“进门三分罪”的先入为主观念严重，对犯罪疑人进行的是“有罪推定”而不是“无罪推定”，对犯罪嫌疑人实行“专政”也就顺理成章。有的侦查人员在侦查案件时不会也不懂如何运用证据去证实犯罪事实，在审问犯罪嫌疑人时不讲方法，对绝拒回答或回答的不合己意的犯罪嫌疑人经常武力相加。刑讯逼供所造成的后果是严重的，它严重的影响了司法机关的形象，造成了很多冤假错案，前一段时期发生的佘祥林案件就是一个很好的例证。

3、待审羁押强制措施滥用、超期羁押现象大量发生。我国刑事诉讼法规定的拘留、逮捕、取保候审、监视居住等待审羁押强制措施是有其法定适用条件的，但在司法实践中，拘留、逮捕为最常见的措施，取保候审、监视居住适用相对较少。这一问题也与有罪推定有关，既然认定犯罪嫌疑人、被告人有罪，那么为了防止“纵虎归山”，就要限制他们的人身自由。在案情疑难时，司法机关想到的不是恢复犯罪嫌疑人、被告人人身自由，而是想方设法延长侦查期间，或者补充侦查，规定的侦查期间往往得不到严格遵守。强制措施的滥用、超期羁押，不仅直接侵犯了犯罪

嫌疑人、被告人的人身自由权利，而且也影响到最终的裁判结果，由于犯罪嫌疑人、被告已被采用拘留、逮捕强制措施，即使符合适用缓刑条件、从轻或减轻处罚条件，法院也往往不予适用，虽然最高法、最高检已注意到这一问题的严重性，并采取了相关措施，但如果不从制度着手，强制措施滥用、超期羁押难免会卷土重来。

无罪推定原则不能在实践中得到切实，主要有以下原因：一是中国古代传统法律制度中，刑事司法采取有罪推定的原则，传统的侦查、审判模式和观念根深蒂固，一时不能得到改变。二是意识形态理论的影响，认为“封建社会采取有罪推定的原则，资产阶级针对有罪推定，提出了无罪推定。我们坚决反对有罪推定，但也不是西方国家那种无罪推定，而是以客观事实为根据。”从而确立了“以事实为依据，以刑事法律为准绳”的刑事司法原则。三是长期以来，刑事诉讼价值取向侧重于控制和惩罚犯罪，以维护社会秩序，许多制度设计简单、粗糙、不合理，忽视涉讼公民的人权等相关权益的保护。

三、无罪推定原则的立法完善

惩罚和保障人权是刑事诉讼追求的价值目标，刑事诉讼立法既应当有利于打击犯罪、惩罚犯罪，又应当能最大限度保障当事人、其他刑事诉讼参与人合法权益不受侵害，保证案件的质量，真正做到不纵不枉，不疏不漏。我国刑事诉讼法》虽然却定了无罪推定原则，但从刑事诉讼的价值目标角度衡量，现有该原则的立法规定尚有一些不完善之处，有待改进和完善。

（一）应当通过补充立法，明确规定被告人享有沉默权

沉默权是现代法制国家中犯罪嫌疑人，被告人在刑事诉讼中享有的一项基本权利，也是刑事司法正当程度的一项重要保障。学界普遍认为，沉默权是无罪推定的核心之一。世界各国刑事诉讼法普遍对沉默权作了规定，有些国家甚至直接规定宪法中。联合国在刑事司法领域中确立和推行的国际准则也将沉默权作为被告人的一项基本人权，加以强调和维护。

立法上如果在规定无罪推定原则的同时不规定沉默权，则如此的无罪推定原则是欠缺的，不完善的。而我国刑诉法就没有规定犯罪嫌疑人、被告人享有沉默权，相反，刑事诉讼法第 93 条规定犯罪嫌疑人对侦查人员的讯问有‘如实回答”的义务。不仅如此，我国刑诉法还规定讯问犯罪嫌疑人是检察机关审查起诉的必经程序，法庭审理的基本结构也是围绕讯问被告人而构建的，庭审中被告人同样必须如实回答检察人员和审判人员的讯问，显然，我国刑事诉讼法这种关于供述义务的法律规定和审问被告的程序构造与被告人享有沉默权的国际立法通则和联合国国际司法准则是不相一致的，也是与无罪推定的基本精神相抵触的。

在刑事诉讼中，被告人面对的是庞大国家司法机器对其进行刑事迫诉的巨大压力，本来就处于弱者地位，沉默权作为被告人抗衡国家权力的有力工具之一，如果不能从立法上被赋予反而是被剥夺，被告人将处于更不利的地位，将加剧控辩双方力量失衡，也易助长司法机关刑讯逼供、诱供、骗供等不法行为，因此，从增强被告人在刑事程序中与国家权力抗衡的力量，维护其合法权益，抑制司法权力的不当扩张，保证无罪推定原则的切实实现角度看，我国立法机关，应当通过补充立法明确规定被告人享有沉默权。

（二）应当通过补充立法，明确规定非法证据的排除规则

除沉默权外，无罪推定原则的另一核心是确立非法证据的排除规则。非法证据排除规则又称为违法证据排除规则，是指违反法律规定获得的证据，不得作为认定案件事实的依据。书卜除法则最重要的价值在于回击政府执法官员违反宪法的行为，保护公民的宪法性权利。困非法证据排除规则作为无罪推定原则的核心之一，对于保证司法机关依法取证，维护犯罪嫌疑人、被告人的

合法权益具有十分重要的意义。但是我国刑事诉讼法》在修正过程中及最终的法律规定中对非法证据效力问题、对是否确立非法证据排除规则采取了避而不谈的回避态度。但在司法解释一 最高人民法院关于执行 < 中华人民共和国刑事诉讼法 > 若干问题解释》第 58 条和最高人民检察院人民检察院刑事诉讼规则》 第 265 条中，确定了有限排除规则，即仅确定非法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述、被害人陈述、证人证言不予以采信，而对其他非法收集的证据的效力则予以回避。但从已废止的 1997 年 1 月 5 日发布的《〈人民检察院实施中华人民共和国刑事诉讼法〉规则试行》 中可窥出司法机关对非法证据的有限排除规则的全貌，即除非法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述、被害人陈述、证人证言不予以采信外 ,对其他非法证据若能查证属实应当予以采信。但在实际的司法工作中由于各种原因，就连这有限排除规则，亦难完全做到。

司法解释的规定毕竟与刑事诉讼法典本身是否承认和确立非法证据排除规则的效力不同。笔者以为 ,非法证据排除规则作为无罪推定原则的核心之一 ,立法机关应当通过补充立法将该规则在刑事诉讼法中正式确立以来，从而使无罪推定原则构成一个有机整体。

参考文献

1、《中华人民共和国刑事诉讼法》(修正)。
2、金立河 :《疑罪从无"诉讼原则浅析》, 辽源市西安区人民法院。
3、樊崇义:《刑事诉讼法》,中国政法大学出版社 1997 版。
4、金瑞锋 :《试论无罪推定原则的立法完善》, 山东法学，1999 版。

注 释

1、陈瑞华《刑事审判原理论》, 北京大学出版社 1997 年版，第 18 页。
2、雷迅《中国少年刑事审判实践》, 人民法院出版社 1997 年版，第 338 页。
3、戴维·沃克《牛津法律大辞典》, 光明日报出版社 1988 年版，第 714 页。
4、卡敏斯卡亚《苏维埃刑事诉讼中被告的口供》1960 年版，第 11 页。

恶意透支型信用卡诈骗罪探究

安徽铜鼎律师事务所 冯 玮

摘 要：恶意透支犯罪是当前经济领域中利用信用卡作为犯罪工具的一种犯罪，是信用卡诈骗罪最常见的一种表现形式，其特征相对其他信用卡犯罪有特殊之处，因此有必要对恶意透支进行分析，予以准确界定，以便协调立法冲突。本文围绕恶意透支信用卡犯罪中的一些疑难问题做了探讨，并为完善立法提出了建议，以求共识。

关键词：恶意透支 成因 对策

一、“恶意透支型”信用卡诈骗罪的入罪门槛

（一）对恶意透支的主体——“持卡人”的界定

对于持卡人的界定，总体分为两种情况。一种情况是登记持卡人与实际用卡人一致的情况，恶意透支人就是登记持卡人本人。另一种情况是登记持卡人与实际用卡人不一致。这种情况下又可以根据用卡人取得信用卡的途径，分为几种不同的情形：(1)实际用卡人通过合法正当的途径取得登记人的信用卡，例如两人是夫妻、情侣或者朋友关系。在这种情形下，应追究实际用卡人的责任。若借卡人与用卡人恶意串通，共同实施恶意透支的，则可一并追究责任。(2)通过非法途径获得信用卡,实际持卡人与登记持卡人不一致。通过非法途径获得信用卡的情况，其实已经包含在刑法所列举的信用卡诈骗的前三种行为之中，或者另构成其他犯罪的情形。例如以盗窃的方式获得信用卡的，按盗窃罪定罪处罚。

（二）恶意透支的主观目的——“以非法占有为目的”的理解

构成恶意透支犯罪，行为人在主观方面必须具有非法占有的目的。如何认定恶意透支犯罪的“非法占有目的”,《解释》也作了比较周延的规定：“(一)明知没有还款能力而大量透支，无法归还的；(二)肆意挥霍透支的资金，无法归还的；(三)透支后逃匿、改变联系方式，逃避银行催收的；(四)抽逃、转移资金，隐匿财产，逃避还款的；(五)使用透支的资金进行违法犯罪活动的；(六)其他非法占有资金，拒不归还的行为。”笔者认为，主要还是结合持卡人的客观行为及其他主客观因素综合加以认定。如果持卡人超过规定的限额或规定的期限透支，经过银行的催收后仍不归还，一般就可以推定持卡人具有非法占有的目的，从而成立恶意透支。但是如果被告人确有事实证明其不归还的原因不是主观上不想归还，而是由于其他客观因素导致无法返还或不能返还，则因其主观上不具有非法占有之目的，而不成立恶意透支。

（三）关于“数额较大”的认定

只有催收不还的透支款项达到数额较大的，才可能构成恶意透支型的信用卡诈骗罪。至于数额较大的具体标准是什么?根据解释，恶意透支数额在1万元以上不满10万元的，应当认定为刑法第一百九十六条规定的“数额较大”；数额在10万元以上不满100万元的，应当认定为刑法第一百九十六条规定的“数额巨大”;数额在100万元以上的,应当认定为刑法第一百九十六条规定的“数额特别巨大”。而且解释还对恶意透支的数额范围作了限定，恶意透支的数额是指在第一款规定的条件下持卡人拒不归还的数额或者尚未归还的数额。不包括复利、滞纳金、手续费等发卡银行收取的费用。

（四）对于“两次催收”的理解

两高《解释》中规定，持卡人以非法占有为目的,超过规定限额或者规定期限透支,并且经发卡银行两次催收后超过 3 个月仍不归还的,应当认定为刑法第一百九十六条规定的“恶意透支”。对于此规定，我们有必要对“催收”进行分析和研究。从目前银行业务的实践看,银行的催收记录存在很大缺陷。银行的催收多为电话催收,缺少书面催收函,并且是银行单方面提供的电话记录。作为案件当事人,银行提供的电话催收不具有客观性。这就对银行的催收的正当性和作为证据的合法性提出挑战。另外，这里的催收是银行的两次程序性催收,还是有效性催收呢？在联系不到持卡人的场合，银行并不积极追求催收的实际效果,虽没有真正与透支人进行沟通和对话,但是在业务程序上已经完成催收的行为。只有在实际有效通知了透支人之后，才能算是有效的催收,否则永远达不到催收的效果,只会将催收沦为程序性走过场。然而,在实践中透支人往往以逃匿、改变联系方式的办法来逃避催收,这也给有效性催收带来很大阻力和困难。这就需要银行在持卡人登记时采取谨慎的态度,尽可能全面的采集持卡人有效的信息来避免逃避催收的行为。

二“恶意透支型”信用卡诈骗罪的成因分析

和国外通行的“后付卡”制度（可先办卡使用以后再补足款项）不同，我国银行开办的信用卡一直实行“先付卡”制度，即持卡人在申领信用卡时需要在信用卡账户上存入一定数量的起用金以备进行一般的消费和支取。这种制度本身已经降低了信用卡诈骗的风险，而且有的信用卡在使用时还要求出示持卡人的身份证件，这又对信用卡诈骗行为起了很大的防范作用，但为什么在我国还有大量这样的犯罪发生呢?主要原因有以下几个方面：

（一）银行卡本身的特点，决定了恶意透支风险的潜在性

我国银行卡大多属于准贷记卡,持卡人必须先存款后消费,但又具有透支的功能。只要在规定的限额内,即使银行卡帐户备用金额不足或为负数,仍可以在特约商户和 ATM 柜员机消费或取款。在这种情况下,一旦对恶意透支跟踪不力,处理不及时,极易产生潜在的恶意透支的风险,造成坏帐损失。

（二）我国银行卡业务处理中，技术设备的落后无法防止不断上升的恶意透支案件

当前我国银行卡业务上的技术漏洞,主要是电子化程度不高,通讯技术比较落后。虽然现在大城市中已实行“金卡工程”,采用“银联”标志的柜员机进行服务,但还有许多中小城市仍未能全部实行设备联网，导致难以在发卡银行、特约商户、储蓄网点、代办银行之间,以及异地银行、特约商户之间迅速地传递和处理各种信息。因此,当持卡人在异地使用银行卡,发卡银行根本无法及时掌握及控制,需要紧急止付时，银行只能通过各种不同的渠道,如常用的电话、电报及止付器,往往存在一个时间差,有的行为人在当地恶意透支暴露后,便利用现阶段我国缺乏信息联网的弱点，进而转向异地,利用空间差、时间差,从容地进行大肆的恶意透支。

（三）持卡人的财务状况不定性带来恶意透支的风险

发卡银行在决定给申请者发放银行卡时,主要以该申请人当时的经济状况和信用程度为依据,发卡时可能财务状况良好,偿还能力较强,但随着时间的推移,持卡人的经济状况可能恶化,可能无法履行其在银行卡业务中应尽的义务。此外,持卡人频繁地调换工作,住址的变迁,容易与发卡银行联系中断,发卡银行也难以控制其银行卡的使用状况,这些都构成恶意透支的潜在风险。

（四）从业人员的素质不高

目前,国内许多银行和特约商户均发现违章、违法行为。一方面是银行卡工作人员利用银行、

特约商户的信用管理和操作银行卡的方便之机,贪污银行资金或侵占本公司财产;或者银行卡工作人员和社会不法分子内外勾结,共同作案。另一方面是网点中特约商户的工作人员,在银行卡操作、管理过程中,不按规定的正当程序操作银行卡,或者其他不履行、不正确履行职责,致使银行资金及持卡人的财产蒙受重大损失。

(五)银行风险防范能力不高以及监督制约不好

在我国受到传统的消费观念、居民银行卡意识、社会银行卡环境等多种因素的制约,加之目前我国银行卡发行的市场容量还不是很大,而各发卡银行受指标、竞争压力、市场前景的影响片面追求、急于扩大发卡量,使资信调查限于形式,风险防范的第一道关卡形同虚设,发卡银行对申请人资信调查和审批不严格,致使申请人和保证人资料不完整、不准确;保证人资信不高或担保方式不妥当等都使恶意透支存在潜在的风险。

(六)没有完善的法律、法规及社会信用体系

目前,我国有关银行卡恶意透支的法律法规很少,并且立法的层次较低,效力也较低,只有中国人民银行发布施行的《银行卡业务管理办法》、1995 年全国人大常委会作出的《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》、《刑法》第 196 条有关恶意透支的规定以及 2009 年 12 月 3 日,最高人民法院、最高人民检察院联合颁布了《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》。另外,我国没有完善的社会信用体系,没有建立个人信用制度,信用资料的采集、资信评估、共享机制不够健全,持卡人的诚信意识和法制观念淡漠以及社会对失信行为的惩戒不够严格,也是导致恶意透支产生的原因。

三"恶意透支型"信用卡诈骗罪的应对策略

(一)学习外国刑法,单独设立"恶意透支型"信用卡诈骗罪

恶意透支的过程,从性质上来说,不同于其他种类的信用卡诈骗行为就在于它在实施过程中并不存在故意欺骗银行的行为,并没有隐去真实身份实施诈骗。银行支付透支款项不是基于错误,更多的是基于与持卡人的合同约定而去履行义务。因此,说它是一种背信行为更为合适,将这种行为列入信用卡诈骗罪中似乎不妥,而应当单独成罪。从国外立法来看,许多国家刑法是将这种实为恶意透支性质的滥签信用卡的行为作为独立犯罪规定的。当中以德国为代表,德国第二次抗制经济犯罪法案将有权利的所有人滥用支票卡和信用卡的行为,作为单独的犯罪构成规定进德国刑法典第 266b 条,该条规定:因持有支票卡或信用卡,而被授予权利,在消费后,由发卡机构担任付款,如持有人滥用此种权利,并导致发卡机构的损失,处 3 年以下自由刑或科罚金。此外,瑞士刑法典第 148 条规定:虽无支付能力或无支付意愿,但仍使用信用卡或类似支付工具,意图获得财产价值上的好处,并因此损害支票出具商的财产利益,如果支票出具商和协议企业采取针对滥用支票的措施的,处 5 年以下监禁刑。行为人以此为职业的,处 10 年以上重惩役或 3 个月以上的监禁刑。基于上述理由,笔者认为,将恶意透支犯罪独立出来是比较适宜的。

(二)完善先民后刑的处罚

银行的催收行为是银行的一种自力救济,并没有上升到公力救济的诉讼程序。而在银行自力救济未取得成功后,直接将之纳入刑事诉讼程序欠妥,应该先受到民法的救济,通过民事诉讼采取一些措施后若未果,再由刑法来规范。这样也体现了刑法的谦抑性和保守性,避免扩大打击面。

(三)完善对银行监管的立法,提高银行的注意和提示义务

加强银行自身的规范,建立信用预警机制也能对遏制恶意透支型信用卡诈骗起到一定作用。

近年来，银行盲目提高业务增长的幅度,无节制办卡,对持卡人的情况缺乏了解,并没有充分掌握持卡人财产评估、消费能力以及偿还能力等方面的资料,并且对持卡人的信用卡资金流动状况缺乏监管和跟踪。由于网络时代的到来,网上银行结算业务的开展使得人们生活的各种交易都可以通过账户刷卡进行,并且几乎无时空的限制。因此,控制银行的发卡量,提高银行对持卡人的管理和注意义务是十分必要的。一方面鼓励刷卡消费,另一方面却放纵持卡人的行为,在怠于监管出现问题时直接要求国家对持卡人的刑事制裁,这无论对银行、持卡人还是国家都是无益的,只会出现更多的问题,影响银行业务的正常开展,占用更多司法资源。因而加强和完善银行监管的立法,明确银行的监管责任,建立个人信用评估机制,能够在一定程度上遏制恶意透支的行为出现。

四 结语

信用卡作为一种先进的金融支付工具，给人们的生活、工作带来了极大的便利。但在个人利益和贪欲的驱使下，又有许多犯罪分子铤而走险，不择手段地扰乱社会正常的金融秩序，给个人、社会造成了极大的损失。如何防范信用卡恶意透支的犯罪风险，是摆在我国乃至全世界金融专家和犯罪学家面前的一道课题。虽然风险的防范办法已有不少，但这场没有硝烟的战争还将继续下去。在追求经济效益的同时，必须提高风险防范的意识，不给犯罪分子以可乘之机，这样我们才能赢得战争的最后胜利，达到最大限度地减少、甚至消灭该种犯罪的目标。

参考文献：

1、赵秉志《金融诈骗罪新论》[M]，人民法院出版社，2001 年版。

2、梁华仁、郭亚《信用卡诈骗罪若干问题研究》，[J]，政法论坛，2004（1）。

3、张明楷《诈骗罪与金融诈骗罪研究》[M]，《清华大学出版社》2006 年

4、赵秉志、许成磊《恶意透支型信用卡诈骗犯罪问题研究》[J]，《法制与社会发展》，2001 年。

5、冯涛《恶意透支信用卡诈骗罪的认定及立法完善》[J]，《中国刑事法杂志》，2004（1）.

6、杨端《银行卡被恶意透支的原因及其对策》[J]，《江汉论坛》2004.08

7、刘宪权、庄绪龙《恶意透支”型信用卡诈骗罪若干问题研究——兼 评“两高”》，《关于办理信用卡管理刑事案件问题的解释》之有关内容，[J]，《当代法学》2011.（1）

8、赵文一《对“恶意透支”型信用卡诈骗罪认定的思考》[J]，《武汉公安干部学院学报》2011 年第 2 期。

9、刘敬新《恶意透支”型信用卡诈骗犯罪预防》[J]，《消费导刊》2007 年 9 月。

10、孙玉仁《试论恶意透支信用卡犯罪及其立法完善》[J]，《时代经贸》2007 年 9 月第 5 卷。

关于合伙人团队建设与中小型律师事务所发展的思考

安徽见谛律师事务所　杜家勤

摘　要：目前，中小型律师事务所依然在律师事务所中占比最高，中小型律师事务所的发展壮大事关律师行业的兴衰成败。而律师事务所的发展和专业化建设实际上要靠事务所和全体合伙人在这一问题上有共同的理念和决心，因此，合伙人的团队建设就具有至关重要的作用。本文试从加强提升合伙人团队建设入手，以期对推动中小型律师事务所乃至整个律师行业的发展有所裨益。

关键词：合伙人　团队建设　中小型律师事务所

一、中小型律师事务所的定义和地位

律师事务所规模划分标准说法不一，本文将 50 名以上的律师事务所定义为大型律师事务所，10 名以上不足 50 名律师的律师事务所定义为中小型律师事务所，不足 10 名律师的律师事务所定义为小型律师事务所。

截止 2012 年年底，全国律师事务所数量和规模统计数据如下：律师事务所 1.9 万多家，其中合伙制约 1.4 万多家，个人所约 4000 家，国资所约 1500 家。50 名以上律师的律师事务所约 400 家、100 名以上律师的律师事务所 80 家。可见目前以中小型合伙制律师事务所为主流。

二、中小型律师事务所存在的问题

全国律师协会于 2012 年 9 月 24 至 25 日，在甘肃省兰州市召开了全国中小型律师事务所建设研讨会，研究信息表明：多数中小型律师事务所的管理模式相对滞后，已成为制约律师业健康、持续发展的瓶颈。建立与经济发展相适应的律师事务所规模结构、内部治理结构和服务结构，提升行业整体服务能力，是目前律师行业迫切需要解决的问题。

合伙制中小型律师事务所是法律要求的三名以上执业律师共同出资设立，共同参与管理，共同发展的律师事务所（现实中存在的虚假合伙不在本文研究范围）。其中，绝大多数中小型所都存在管理制度不完善、人员流动性强、结构不合理、团队化服务模式刚起步、律师文化建设不重视、党建工作空白或者形式化等问题。此外，中小型律师事务所的分权管理，还容易走上谁都说了算，谁都说了不算的泛民主道路问题。

三、管理学视角的合伙制律师事务所和合伙人的定位

从管理的组织类型划分来看，律师事务所显然属知识型非生产型组织。知识型组织的运营效率需要通过“业绩、人才和时间”三方面的效率提升来实现整体组织的经营管理效果，其中高端人才和人才团队是知识型组织的核心资源。

现有法律关于合伙人权利义务的规定，律师事务所提供的服务特点和律师队伍现状，决定了合伙人的身份具有投资人、管理者和高端专业人才（执业律师）三种角色，对应定位包括：一是作为投资人，应当直接或授权其他合伙人参与律师事务所的发展战略、业务规划以及其他重大事

项的研究、决策。二是根据律师事务所管理分工，或承担业务开拓或承担队伍培养或承担业务管理等律师事务所的管理工作。三是作为律师事务所岗位体系中执业律师岗位的雇员，应当依法规范执业，恪守律师职业道德和执业纪律规范等行业规范，遵守律师事务所的规章制度。

四、以团队管理理论对合伙人定位的必要性和现实意义

律师行业经过近期的快速发展已成为服务业的主要力量之一，出于行业竞争压力和社会对服务需求的要求，没有科学的管理，已经成为制约律师事务所发展的瓶颈。但受限于律师行业发展状况、行业特点等因素影响，至今还没有一个可直接引用或借鉴的律师行业管理模板。行政主管部门、行业协会提出的指导意见以及部分律师事务所的实践，也只能起到启发引导作用，具体如何选择合适的管理模式，还是律师事务所合伙人的职责。因而如何从合伙人定位着手，借用现代管理学的团队建设、知识型企业管理等理论，研究中小型律师事务所的管理问题具有十分重要的现实意义。

五、团队建设基本理论

（一）基本概念

团队建设主要是通过自我管理的小组进行，每个小组由一组员工组成，负责一个完整工作过程或其中一部分工作。工作小组成员在一起工作以改进他们的操作或产品，计划和控制他们的工作并处理日常问题。他们甚至可以参与公司更广范围内的问题。

团队建设应该是一个有效的沟通过程。在该过程中，参与者和推进者都会彼此增进信任、坦诚相对，愿意探索影响工作小组发挥出色作用的核心问题。

（二）团队精神

简单来说就是大局意识、协作精神和服务精神的集中体现。团队精神的基础是尊重个人的兴趣和成就。核心是协同合作，最高境界是全体成员的向心力、凝聚力，也就是个体利益和整体利益的统一后而推动团队的高效率运转。团队精神的形成并不要求团队成员牺牲自我，相反，挥洒个性、表现特长保证了成员共同完成任务目标，而明确的协作意愿和协作方式所产生的真正的内心动力。没有良好的从业心态和奉献精神，就不会有团队精神。具体表现需要做到具有凝聚力、合作、组织无我、士气四大特征和统一的目标、统一的思想、统一的规则、统一的行动、统一的声音五个统一。

（三）建立团队

1、要素：优秀的组织领导，共同的事业愿景、清晰的团队目标、互补的成员类型、合理的激励考核、系统的学习提升。

2、阶段：形成阶段（是指团队确定其任务宗旨，并且被团队成员广泛接受的过程）、锤炼阶段（团队成员们开始逐步熟悉和适应团队工作的方式，并且确定各自的存在价值。在这个阶段，矛盾会层出不穷）、规范阶段（经过锤炼期后，团队逐渐平静下来，走向了规范。那么这个阶段的主要任务就是协调成员之间的矛盾和竞争关系，建立起流畅的合作模式。合作成为了团队合作的基本规范，而这时团队应该不断充实自我，努力让自己的团队成为学习型团队）、运作阶段（团队成员们开始忠实于自己的团队，并且减少了依赖。成员们相互鼓励，积极提出自己的意见和建议，也对别人提出的意见和建议，也对别人提出意见和建议给出积极评价和迅速反馈）。不能把每个阶段分裂开来看。要建造一个高效的团队，作为一个管理者，在每个阶段都不能掉以轻心。只有在整个过程中抓好每一个环节的工作，才有可能建立起一个好的团队。多开展团队训练对团

队建设有非常大的帮助。

六、合伙中小型律师事务所合伙人团队建设

（一）中小型律师事务所自然形成承担管理职能的合伙人团队

大型律师事务所因合伙人众多，因发展需要，在设立初期或发展到一定规模后，基本实行公司化管理，逐步建立了一套适合发展需要的律师管理体系。小型合伙律师事务所因合伙人较少决策管理权集中，基本不存在合伙人团队建设问题。随着社会对法律服务要求的不断提高、律师事务所行业竞争的日趋激烈，绝大多数中小型律师事务所为适应生存、发展需要，向“规范化、专业化、精细化、品牌化”发展是必然趋势，需要中小型律师事务所进行准确的发展战略、科学的业务规划、合理的团队配置、有效实施管理。上述管理涉及面广、工作量大在实施过程中，由1人或极少数人难以有效组织，另外从合伙人法定权利保障角度，也必然要求合伙人通过行使投资人重大事项参与决策权、对律师事务所直接管理或选择管理者管理等方式，对决定律师事务所发展的上述四个方面或直接或间接的产生正向或反向作用，进而影响律师事务所的发展。这样就形成了全体合伙人共同参与管理或委托多位合伙人参与管理的局面，自然形成了合伙人管理团队。

（二）中小型合伙律师事务所需要以团队建设理论指导律师事务所的管理，解决存在的问题

中小型合伙人律师事务所普遍存在的传统、粗放的管理模式相对滞后，容易走上谁说了都算，谁说了都不算的泛民主道路的问题，从管理分析原因无非有：一是不懂得团队的重要性，从而忽视团队建设，甚至缺乏对员工的重视；二是崇尚个人英雄主义，过于追求短期效益，形成急功近利的势力文化；三是懂得团队重要性，但对于如何选人，如何构建团队文化缺乏认知和能力。

而上述三种现象恰恰是团队建设的误区。因此建议中小型律师事务所从团队建立的要素是否具备，目前团队人员能力和特征，团队建设的阶段等方面，进行全面梳理。从是否符合战略实现和规划实施的高度，现有合伙人在管理岗位配置调整、有效团队建设要素配置、团队建设目标设定和对应措施等方面工作，注重合伙人团队能力建设培养，同时形成单个合伙人在创新团队建设方面的意识和能力，将其他员工分别纳入不同的团队，服务于律师事务所的业务发展，进而提升律师事务所的整体能力。

七、合伙人团队建设和中小型合伙律师事务所具体管理

（一）合伙人团队建设的内容主要包括组织建设（成员数量、个体和整体能力、成员分工、成员考核）和行为建设（机制、制度和流程等）

在遴选团队成员过程中，应该坚持成员是有道德基础和责任意识，与确定团队信念或称事业愿景相一致的人，在成员结构方面还需要考虑互补性尤其是在个性互补和能力互补。具体需要根据律师事务所规模的大小、业务类型的多寡、分支机构有无和多少，设定管理岗位的设置和对应职数、管理工作量、管理流程后，来进行遴选。另外，团队建设还需要注意以下几点：1、在团队形成和锤炼阶段，需要个别相比其他成员在能力、权威方面强的团队领导，但随着团队不断成熟，应该限制直至取消这样的现象。2、需要适当的内部竞争，实现合理的成员调整和变动，以保持团队的活力。3、合伙人配置需要与中长期规划对管理需求想结合。

合伙人团队成员确定后，需要进行选择优秀品德好、能力强、具有领导艺术的人组织领导，进一步统一组织愿景，确定清晰的团队目标，合理调配成员位置，制定合理的奖励机制，确定持续系统学习规划等基本要素建设，不断推动团队的成长、成熟。

团队建设还需要进行行为建设。即合伙人作为投资人基本权益的保障和合伙人决策权机制、

律师事务所管理效率、律师事务所发展科学性等，在某种程度可能存在冲突确定，设定合理的合伙人决策机制及配套制度、流程，即团队行为建设，目的是最大限度解决冲突可能带来的负面影响，同时也对如何进行组织建设密切相关。中小型合伙人律师事务所可以根据现有合伙人的数量、解决现有管理问题和适应未来发展趋势需要，综合评估现有合伙人的能力，选择合伙人共同直接参与管理，还可以在保障合伙人决策权的前提下，部分合伙人直接参与管理，进而设置组织架构。

（二）合伙人团队以服从和服务于律师律师事务所管理和发展为目的

本文将律师事务所管理中的合伙人协议、章程、发展战略和发展规划方面的管理定义为律师事务所“宏观”管理，将律师事务所的团队管理、业务管理、财务管理、行政管理，以及与上述具体管理相适应的组织架构、制度流程体系管理定位律师事务所的“微观”管理。

1、从以上关于合伙人团队的组织建设、行为建设、团队文化建设等表述，我们可以发现组织成员的特定性决定了合伙人团队建设过程实质上基本涵盖律师事务所“宏观”管理的基本内容，两者是本质相同、核心内容基本一致，具体内容交叉互补的关系状态。合伙人团队需要妥善解决好合伙人团队建设和律师发展的关系，克服“团队利益高于一切”的小团体主义，推进以团队个体成员为领导、以其他非合伙人员工为成员的多团体建设，形成合伙人团体和非合伙人团体在信息、资源、思想、诉求合理平衡。

合伙人团队在律师事务所“宏观”管理中，应发扬“大局意识、协作精神和服务精神”的团队精神，遵循“凝聚力、合作、组织无我、士气四大特征和统一的目标、统一的思想、统一的规则、统一的行动、统一的声音五个统一”。

2、“微观”管理设计围绕业务管理和（或）团队管理，可根据律师事务所的发展阶段和具体情况而定。承担业务管理和团队管理设计的合伙人，需要准确理解律师事务所“宏观”管理方面的内容，把握服务标准化、流程化、团队分工协作的发展趋势，改变营销、生产和售后过渡集中在一个或部分律师的“个体”化模式，进行个体合伙人定位方面精细化，即确定业务拓展或销售管理合伙人、分专业和流程化的业务操作指导合伙人。该类合伙人有提出对行政、财务、制度管理体系方面的诉求的责任，协助或参与财务、行政和制度体系的建立健全工作。承担财务管理、行政管理和制度体系的合伙人，需要论证分析发展战略和规划的实现对对应管理的需求和规律，以科学、可行、适应、系统为基本要求，确定管理思路、管理目标和措施、制度体系。在具体制定、实施过程中，将与管理对象的沟通交流、对应理论的研究和应用、重点难点和突出问题的破解、效果评价等有机结合。

承担“微观”管理工作的合伙人既是“微观”管理对应团队领导，又是合伙人团队成员的优势，将履行合伙人团队成员和“微观”管理团队领导有机结合，推动律师事务所发展。

八、结束语

从管理学角度律师事务所是知识型非生产型组织，该类组织的运营效率通过“三个杠杆”得以体现——业绩、人才和时间，其中以人才为核心。充分发挥中小型合伙律师事务所中合伙人作为投资人、管理者和执业律师的三重身份，更能够发挥“人才杠杆”的作用，有效的合伙人团队建设，必然能够推动中小型律师事务所向“规范化、专业化、精细化、品牌化”。

参考文献

1、陶　金：《团队建设与管理》暨南大学出版社 2010 年版 。

2、卢盛宽：《浅谈中小型律师事务所的管理与创新》。

律师事务所分配模式探究

安徽郢都律师事务所 王 磊

摘 要：我国律师事务所现行普遍采用的提成分配制存在诸多弊端，成为影响律师事业发展的矛盾焦点所在，为使律师业改革和发展获得新的空间，必须实行综合绩效考评分配制，并且必须实行法定的强制性改革。

关键词：律师事务所 提成 分配

我国律师事务所对执业律师的报酬分配没有统一模式，实践中主要有两种分配方式：固定工资制，即按照一定的标准如学历、职称、工龄和职务等确定一个固定且稳定的工资额；提成分配制，又被称为效益工资制，即按照律师个人所承办业务收费的一定比例作为律师劳动报酬的分配方式。实践中也有极少数律师事务所采用年薪制等其他分配方式。固定工资制是计划经济时代通行的分配模式，如今少数经济欠发达地区仍在适用，提成分配制是现行最流行的分配方式，为极大多数律师事务所采用。

一、提成分配制溯源

在上个世纪九十年代初计划经济向市场经济转轨时期，传统吃大锅饭的工作模式和分配模式，已经失去其存在的合理性，为了最大程度满足市场对法律服务的需求，充分发挥律师的主观能动性，必须废除固定工资制，但因为没有历史经验可以参照，取而代之便是同其他产业如工商业承包效益提成相类似的收费提成分配制。这种改革的优点是：过程简单，不需要太多的制度设计；操作简便，按一定的比例做简单的数学运算；见效明显，能最大限度地激励律师多办案、多创收。这种分配制度的逻辑立足点是着重发挥律师个体的积极性，价值取向是激励律师多办案、多创收。这种改革将律师积极性发展到了极至，律师业因此得到快速发展，法律服务的质和量都得到明显提高，客观上也促进了律师维护司法公正的积极性，因为有眼光的律师知道，只有为社会提供更好的服务，诚信对待客户才能赢得社会的承认，最终取得更多的业务量，从而能够得到更多的经济回报。这种分配模式因其上述三个优点，加之当时也没有更多的经验可以参照，在当时急迫的改革形式下，被认为是最合理的分配制度为绝大多数律师事务所采用。

二、提成分配制成为制约律师业发展的各种矛盾集聚点

经过律师分配制度改革以来十年左右的发展，律师群体构成、社会环境以及人们对律师的要求，都发生了很大变化，特别是律师队伍快速发展甚至是膨胀发展的今天，提成分配制度的弊端已经充分暴露，律师业发展中的诸多问题与这种不合理的分配制度不无关系。

一、不利于律师间的业务合作和新律师的培养。实行提成分配制后，律师从收案到办案有了明确的分工，再也不会互相推委，但现实又走向另一个极端，分工变成了分家，有的律师事务所甚至成了律师个体户协会，律师间不仅没有良好的协作关系，反而为争抢案源而互相诋毁。一个律师接案后，不希望其他律师参与合作，因为参与就意味着分享收费提成，其他律师没有分享收费提成也不愿意参与该律师所承办的案件，甚至对业务讨论也没有兴趣，至于该律师因工作忙，由其他律师代替提供服务在制度上更是没有依据。同以前简单的法律服务要求相比，现在的客户

对律师的服务时间、律师的知识结构、律师办理委托事务的效率都有了新的、更高的要求，律师合作办理委托事务已经越来越重要，但事实上“客户很难享受到一个律师组织而不是一个律师个体的服务”[1]，国外可以组织一个律师团为客户提供全面服务，但在提成分配制度下，我国就很难组成律师团，即使在当事人的组合下形成了律师群，但律师群也很难“抱成团”，因为各个律师与当事人都是直接地独立地发生关系，结果往往是各行其是，并不是当事人所想象的是能量的累积。

同样的原因，提成分配制也不利于对新律师的培养。一个新律师的成长，资深律师的言传身教至关重要。但由于前述原因，有资历的律师很难自愿地将自己的案源完全交给或者是带着新律师合作办理。这既不利于让新律师尽快的多接触社会，锻炼办理各种类型案件的能力，同时也造成新律师的基本生活和工作条件难以得到保障，一些素质很好起点很高的新律师甚至因此长期得不到发展，这必然造成律师事务所发展后劲不足的结果。

二、阻碍律师事务所的自我发展。现代社会对律师事务所规模化发展的要求越来越强烈，而一个有规模的律师事务所，除了办理法律事务之外，还有许多公共事务比如文化建设、促销宣传、规模发展、总体服务档次的提高等等，这既需要所领导的组织指挥也需要全所律师的积极参与。著名心理学家弗鲁姆的期望理论认为：只有当人们预期到某一行为会给自己带来有吸引力的结果时，个人才会作出这种特定的行为[2]。有效的激励措施对一个组织的重要性即在于此，而且物质激励是基础的激励措施。但由于将收费和分配的简单直接的挂钩，律师工作的动因就是多收费多分成，因此与业务收费没有直接联系或者说是联系不太紧密的工作也就没有人会关心，因为收费的多少基本依赖个人的能力和影响，管理公共事务付出与所得并没有像收费与分成联系的那么的直接和紧密。这也包括律师事务所的领导，因为他们也主要是靠业务收费提成取得报酬。这使律师事务所在制度上不能形成一个让领导和全所律师积极关心公共事务的机制，导致律师事务所的自我发展失去动力支持。

三、妨碍自律功能的发挥。律师事务所的自律是规范律师执业行为管理系统的基础，而自律功能的发挥，必须有使律师服从管理、遵守规章制度的措施，即管理学上所称的正强化和负强化[3]。通常情况下，物质上的措施是一个主要的或者说是重要的措施。而且对律师事务所来说，物质的与人事的和精神的相比，其调节功能会更灵敏、细微。解聘本来是最严厉的人事上的负强化手段，但对律师事务所来说并不常用，一个律师事务所不太可能因为一些管理上的细节而轻易进行人事变动，而且律师的选择空间并不如产业工人那样大，尤其是合伙人律师，在合伙期限内进行人事变动更加困难，甚至会导致律师事务所的解散。所以，物质上的强化手段是律师事务所实现其管理职能的主要手段。但提成分配制使律师的收入与其业务收费呈量化的比例关系，没有可以调整的余地，所以无法将收入分配作为一种管理手段使用。而且，由于律师对个人收费的关注，使少数律师可以依仗自己的高收费而无视律师事务所管理制度，甚至有些律师事务所出现了按收费高低自然形成地位高低的现象，这些都会成为律师事务所实现管理意图的障碍。另外，由于律师事务所的领导也同样按收费提成，有的领导在经济利益驱使下会发生与下属争夺业务的现象，这必然会影响领导威信，导致律师事务所管理效能的下降。

四、不利于律师事务所内部专业化分工。众所周知，现在我国的律师事务所绝大多数没有实行专业化分工，任何律师可以接任何类型的案件，被人戏称“万金油”律师，即什么案子都能办，但什么专业都不精，这在改革之初社会对法律服务需求层次较低的情况下并没有什么不妥，但现在随着立法和法学理论的快速发展，随着社会对法律服务质量和深度要求的提高，“万金油”律师已经感到越来越难以胜任一些非常见服务领域的法律服务要求，社会对“万金油”律师的服务水平

也有颇多微词，认为“律师懂的我都懂，我不懂的律师也不太清楚”。所以，实行服务专业化是律师事务所的发展趋势，有条件的地区可以设立专业所，而在县城等人口积聚不多的地方，专业所的业务量难以满负荷，只能在所内进行专业分工，这就需要所内按专业类别统一调配律师和统一分配案源，但提成分配制下，案源多的律师对到手的业务是不愿意轻易交给其他律师去办理的，也很少有律师自动选择从事诸如刑事、行政之类的既“麻烦”又少收益的专业，结果，即造成因为经济利益矛盾无法调和而不能形成专业分工的困局，法律服务水平不能上升到新的层次。所以，有人认为，利益分配是目前阻碍律师事务所规模化、专业化发展的最为突出而又必须解决的问题[4]。

五、对律师社会形象产生负面影响。社会对律师的期望是法律的化身，是正义的使者，国家建立律师制度的根本目的是促进法治和司法公正，因此，律师应当是诚实信用的楷模。但是在提成分配制下，律师对金钱的注意力会更加集中，甚至会发生律师收费不办案，重收费轻服务，为接业务而乱承诺或者与法官搞不正当关系等现象，根据广东省司法厅对律师社会形象做过的一个调查显示，人们对律师印象不好主要因为五方面的问题，而收费是最突出的问题[5]。甚至有专家认为，律师出现诚信危机最根本的问题是律师的收入分配问题[6]。在少数律师眼中，只要接到业务、律师费收进来，其目的就已经达到，接下来的服务工作是凭着其“良心”或者说是为了长远追求更多的金钱而进行的，这难免会造成社会对律师职业越来越出现信任危机的局面。另外，目前社会上有人挖苦律师“收人钱财替人消灾”，其中一个重要原因就是，办案的律师直接收案子、与当事人谈收费，有的甚至直接收现金，这显得办案律师与钱的距离太近，捍卫正义与收费联系的太直接，势必造成社会上的这种看法。但是，提成分配制决定了必须采取这种接案、办案和收费程序。

六、影响法律服务市场的收费管理。维护正常的法律服务市场秩序，既体现对律师工作的充分尊重，吸引优秀人才加入律师队伍，又保障有更多的人有机会接受律师提供的法律服务，国家制定了律师法律服务的收费标准，规范律师事务所的收费行为。但出于对案源的追求，一些律师尤其是一些资历较浅的律师会采用降低收费标准的方式受理案件实现“薄利多销”，从而构成不正当竞争；而一些资历较深的律师，会擅自抬高收费标准，用抬高门槛的方式来甄选案源、提高业务收费总量，这看似一种市场行为，但法律服务市场不同于普通商品市场，如果可以随意提高收费标准，就会使很多人失去律师帮助的机会。这些无序的市场现象，必然妨碍律师业的健康发展。

七、误导对律师的评价标准。评价律师优劣的标准，应当是一个律师对捍卫法律正确实施所作贡献的大小，可以从业务素质、业务水准、业务实绩、职业道德水平等综合要素反映出来，但由于实行了个人报酬与业务收费的直接的正比例关系，而报酬又往往被认为是一个人被社会被本单位承认程度的体现，是劳动成果的体现，报酬多自然被认为是贡献大。因此，在提成分配制下，评价一个律师，人们的注意力会很自然的集中到律师的业务收费上来。现实中往往是这样，谈哪位律师有名望有水平，结果往往是那些收费高的律师，评价律师事务所，社会甚至是律师管理组织会很自然的以收费作为一个硬性指标，“数钱论英雄”。当然，收费多的律师很多都是比较优秀的律师，但业务收费与律师是否优秀之间在本质上并没有必然的因果关系，收费高低带有很多偶然性，而且真正忠诚律师职业的法律卫士，其收费并不一定很高，而且有些律师的高收费是以败坏律师职业道德为代价的，如跟法官搞不正当交易，给介绍人回扣等等，但他们往往会成为其他律师羡慕的对象，社会舆论的宠儿。

总之，提成分配制造成的不利后果是将律师工作各方面与收费单纯地直接地联系起来，使很多律师为案源所困，为收费所累，这是一个不争的现实。这种状况如不能得到改变，我们就会变

得象美国的律师那样，鼓起了自己的钱囊却迷失了灵魂和信仰[7]，使律师职业成为人们既羡慕又看不起的行业[8]。

通过前文分析可见，律师队伍中存在的问题，很多都或多或少的与现行分配制度有因果关系，提成分配制度成为制约律师业发展的各种矛盾集聚点，甚至，律师界经常感到困扰的执业环境问题，也与此不无干系，一个管理失当的行业受到相关行业的排斥是一个自然法则，所以，也正是这些问题反过来影响了律师执业环境。最近，多位最高层中央领导专门针对律师工作作出批示，要求加强律师队伍建设，这是建国以来的第一次，说明律师业发展中的问题已经非常突出，解决这些问题的要求已经非常迫切，说明当前律师管理工作出现的问题，需要新的思路来解决。分配制度改革是一个重要途径。

三、改革分配制度的必要性及其框架性构想

前文分析的提成分配制度引起的问题，如律师的规范执业问题、合作问题、发展问题，律师形象问题，通过以前惯用的教育引导、组织管理、法规规范和制裁等手段和措施已经无法解决。律师行业中出现的问题越来越多、人们对律师的评价越来越低是最有说服力的事实。因为教育引导本身是柔性措施，必须通过律师的个体自律才能起作用，而人的欲望无限膨胀的特性注定了这种措施的作用有限性；律师工作相对独立的特性也决定了律师事务所自律、行业协会管理和行政部门管理的作用发挥难以深入；至于对律师违法行为的处罚则是亡羊补牢的措施，很难说有多少预防功能，而且它所能解决的问题范围也极其有限；而改制仅仅是通过所有制的改变激发了律师的主人翁意识，使律师有了“恒产”，为提高律师工作积极性奠定了物质基础，其作用仍然是经济意义的，但律师业的生产力价值决不仅仅在于经济效益，改制对促进司法公正这一更重要的律师业生产力价值，已经穷尽其功能。因此改革分配制度必须纳入我们的视线范围，一方面分配制度是生产关系的三要素之一对生产力具有反作用，社会经济关系的本质是物质分配关系；另一方面物质分配也是一个重要的管理内容，是一项主要的管理措施。对现有分配制度进行改革，可以为我们的律师管理工作拓展一个崭新的空间，因为物质分配的功能除了实现人的物质需要之外，还有一个重要功能就是价值引导，能使管理者预期的目标成为每一个人内心的追求。

国家建立律师制度的目的是为了更好的实现社会公正，所以社会公正的实现是改革分配制度的首选目标，但我们也不能忽视了律师对个体经济利益的现实追求，因此，合理的分配制度应当实现一个双重目标——社会效益和经济效益的最佳平衡，实现个体对经济利益的追求和社会对公平公正的追求的统一。为实现这个双重目标，我们必须以律师工作的综合绩效而不是单以收费，为确定律师收入分配的依据，笔者称以这种理念为基础的分配制度为综合绩效考评分配制，即根据一系列指标对律师工作进行综合考评，量化得分乘以一定的系数得出律师的劳动报酬的分配制度。它不失为是一个解决当前律师业存在问题的有效途径。它将管理者的管理目标化作具体的考核标准，并将考核结果转换为律师报酬的分配依据，这样，管理目标将自动成为引导律师行为的规范和准则。这也正符合司法部提出的“进行律师事务所分配制度改革，逐步引进、推广以执业质量、资历、专业水平、经济效益等因素综合确定工资分配办法”[8]的要求。

综合绩效考评分配制的价值取向应当是：促进律师诚信执业、依法执业，提高服务质量；鼓励律师主观能动性；促进律师事务所的综合发展包括经济实力的增强；增强律师的集体观念和团队精神，以及律师事务所的凝聚力；强化律师事务所的管理职能；吸引人才并培养人才。如果说提成分配制的价值取向侧重于增加业务数量，那么，综合绩效考评分配制则侧重于提高服务质量，最终是为了律师业更健康的发展。

为此，在综合绩效考评分配制度下，律师（包括合伙人）的工资性分配考评指标应当涵盖以下要素：1、固定的底薪。以律师的基本生活和工作条件得到保障为标准，每个律师同等享受，以解决律师的基本生存问题。“仓廪实而知礼节”，这是规范律师执业行为、鼓励律师提高服务质量的物质基础，也有利于为培养新律师创造物质条件；2、办案数量及个案的复杂程度积分。统计每个律师当年总的办案数量，并对每一个案件的复杂程度按一定标准作出评定，得出一定的积分。该指标考核律师的业务工作量，实现“多劳动者多得食”，鼓励律师为社会提供更多的服务；3、招徕案源的数量及所收取的律师费情况，据此换算相应的积分。该指标考核律师为律师事务所作出经济贡献的大小，同时也鼓励律师积极主动向社会提供法律服务；4、业务学习及理论研究情况积分。业务学习包括学历现状、进修情况、其他知识学习情况等，理论研究如调研论文写作、发表和获奖情况等，该指标促进律师加强理论修养，提高法律服务水平；5、律师事务所安排工作的完成情况及规章制度执行情况积分。考核该指标以强化律师事务所行政管理职能；6、受表彰和奖励情况积分；7、当事人反馈（投诉及处理）情况。受到当事人投诉并确有违反执业道德、执业纪律及律师事务所规章制度的，扣除一定的积分。该指标用以规范律师执业行为，提高服务质量；8、其它重大贡献情况积分。第 1 项为固定额，第 2 至 8 项应当有合适的比例。关于如何设计各项指标的积分方法，本文因篇幅所限，不做具体讨论。

解决律师管理工作中存在的问题是一个复杂的系统工程，需要各方面的制度和措施同时跟进，最关键的是加强律师事务所的综合管理，提高管理水平，建立健全各项管理制度，因为现行分配制度对管理目标的实现依靠的是律师自律，而改革后的分配制度则更依赖组织管理。立案和收费管理尤其重要，实行综合绩效考评分配制的必要条件是统一收案、统一收费谈判、统一指派承办律师（应当尽量满足当事人指定需要），不实行上述三统一，前文所述弊端仍然不能革除，改革将失去意义。

必须实行法定的统一改革。普通企业实行什么样的物质分配制度是企业内部问题，国家一般不做干预。尽管现在把律师事务所定位于社会中介机构，但它的确不同于一般的企业，一般企业的唯一目的就是获取最大经济利益，而律师事务所在国家制度设计上不以追求经济利益为终极目标，它负有维护公平正义的神圣社会公共职能，是一般企业所不能代替的。因此，对律师事务所的内部管理，国家进行适当的干预是必要的，比如说，国家对一般商品价格实行随行就市的市场原则，而对律师的收费标准则通过制定法规来规范，并明确限制协商收费。正如前文所述，提成分配制造成的问题已经阻碍了律师事业的健康发展，而且依靠律师事务所自身已经不能实现这一改革。我们知道，本文列举的律师业存在的问题早已经显露，而且也有很多有识之士看到这些问题与提成分配制的联系，官方也深感提成分配制不符合律师业发展方向[9]，但事实上十多年来一直不能改变，究其根本，是因为分配制度改革的呼吁和倡导得以变成现实，我们依赖的动力，仅仅是律师事务所通过信息反馈而自主作出的应变，但各方面的信息反馈转变成律师事务所制度自觉的改革，反应速度和程度取决多种因素，这个过程是非常漫长的，而且结果也并不完全相同，所谓“南橘北枳”。这与社会的对律师业革除弊端要求的迫切性和律师业健康发展自身要求的差距太大。而且，分配制度改革的制度设计也是非常复杂的过程，这种改革甚至可以说是全新的变革，各个律师事务所的组织管理能力参差不齐，有些所很难依赖自身能力实现改革，客观上也需要规范性指导。另外，从主观方面分析，笔者认为新制度的实行很有可能遇上人为的阻力，因为我国律师事务所的现实控制者（主任、合伙人）一般都是资深律师，是提成分配制的既得利益者，论个人业务收费他们一般都名列前茅，而论综合素质、水平、能力则有可能不在他人之上，实行综合考评后，他们的收入就有可能不再保留现有水平，这些实际控制者如果不能顾全发展大局而放

弃眼前利益，就很难会自行发动改革，甚至会极力阻挠。而且，这种改革需要统一的行动步骤，否则就可能发生有律师尤其是个人业务收费较多的律师向仍实行提成分配制的律师事务所流动的情况发生，造成改革所的尴尬，从而挫伤其他所改革的积极性。因此，实行法定的强制性改革对推行新分配制度是必须的。

参考文献

1、周三多《管理学——原理与方法》，复旦大学出版社，2003 年 11 月版。
2、高云《通向成功律师事务所之路》，法律出版社，2003 年 12 月版。
3、克罗曼《迷失的律师：法律职业理想的衰落》，法律出版社，2002 年 12 月版。
4、司莉《中国律师业现状及发展对策》,《中国律师》2000 年第 5 期。
5、周三多《管理学—原理与方法》，复旦大学出版社，2003，11，第 529 页。
6、《创办规模化、规范化律师事务所若干问题的法律思考》， 2004 年 5 月 13 日。
7、项仙君《调查：破解律师“三难”困局》， 2004 年 4 月 9 日。
8、杨艾祥《律师诚信危机》， 2003 年 7 月 31 日。
9、（美）克罗曼《迷失的律师：法律职业理想的衰落》，法律出版社。

中小律师事务所发展策略之团队型律所的建设

安徽英锐律师事务所　李 甫

摘　要：现阶段，我国中小律师事务所大量存在和不断涌现，中小律师事务所在发展过程中面临诸多问题，如何解决中小律师事务所发展中的问题，是事关全国 20 多万名律师队伍的作用发挥、力量整合、形象提升，以及律师行业在新的起点上继续成长与进步的重大课题。本文拟结合本所的实际发展经验，就团队型律师事务所的建设，进行剖析并努力找出破解之策。

关键词：专业团队　储备人才　利益分配　制度约束

目前，中小律师事务所的发展现状不容乐观。诸如随意拼凑合伙人、团队合作意识匮乏、专业定位模糊、管理混乱、品牌及创新意识不强、忽视后备人才的培养等等，可谓比比皆是。中小律师事务所如何突破瓶颈，做大做强，不仅需要智慧更需要敢于创新的勇气。笔者结合所在执业机构——安徽英锐律师事务所的做法，尝试从一个侧面探求律所发展的新路径。

安徽英锐律师事务所成立两年多来，荣誉不断。引起主管司法机关、当地律协的关注并寄予厚望。究其原因，乃建所之初大胆选择并坚持走团队合作和集体领导模式的结果。正所谓“孤军奋战，其力有限；众志成城，坚不可摧”。概括起来，有如下几点：

一、改变决策方式，成立专业团队

“一堆沙子是松散的，但与水泥、石子、水混合后，比花岗岩还坚韧”。以一个团队为律所决策核心，摒弃个别人不客观、不科学、不民主的决策方式，将全所整合为一个团队，以改变律师单打独斗以及个别合伙人或者主任独撑局面的传统落后的发展模式。

团队内部根据案件性质划分为若干个相对独立的专业部门，将部门内的案件交由核心成员或者业务骨干带领的“小团队”专门办理，从而形成专业团队。这一点尤为重要，不仅可以形成团队合力，对团队内部成员专业水平的提升也异常关键。结合区域经济及社会发展状况，在律所内形成有影响的专业优势还是可以做到的。不向专业团队的方向发展，以“万金油”式的律师组建起来的律所最终会被市场淘汰。目前，英锐所正是按照这种思路向前迈进，例如医患纠纷及刑事辩护专业代理水平在本区域内已具影响力。

二、完善选人机制，积极储备人才

律所的发展从本质上来说是人的发展，团队合作归根结底也是人的合作，人才是关键。

（一）慎选合伙人。作为一名合伙人必须具备以下三个基本素质：第一，扎实的法律理论功底及丰富的实践经验；第二，过硬的人际交往能力；第三，较强的社会责任感。而英锐所在选择合伙人时，不仅要求合伙人具备上述基本素质，更看重其人品：是否正直，是否有牺牲和奉献精神，是否能够起表率作用，是否有着共同的执业理念以及共创事业的理想。拼凑或挂名合伙人的做法有百害而无一利，是一种短视和功利行为，务必坚决摒弃。

（二）严把进人关，宁缺毋滥。正直的人品是首要的，坚持只有做好人才能做好事的信条；当然高学历、高水平以及良好的沟通能力也是必须的。英锐所目前在册十名专兼职律师，拥有副

教授职称的两位、拥有法学硕士学位的四位，年龄结构以中带轻，丰富的生活阅历和较高的法学理论及实践经验，保证律所的整体素质维持在较高层次。

（三）留住人才与培养人才并举。尽管当前我国律所和律师人数在逐年增加，但也应清醒的认识到，当下我国专业化的律师队伍还非常的稀缺，年轻律师在进入律所的初期阶段也并未得到较好的成长锻炼。因此，在当前律师人才紧缺的情况下，想办法留住核心律师和培育年轻律师应属律所重任。目前英锐所的做法是，对于新进律师，经过一段时间的考察，对人品好、素质好、可塑性强的执业律师，律所为其提供优厚的待遇和宽松的执业环境，并使之逐渐成为核心成员，甚至是管理层。

把培养青年律师人才作为律师事务所的一项战略任务来抓。对于年轻律师而言，特别是那些刚入行、案源少的律师，律所不应采取拉进来任其自由发展的方式，而是从加强职业道德和执业纪律入手，在保证其基本收入的同时又不养成依赖的坏习惯的情况下适当分配案件，并吸引其参与所里事务的决策和管理，树立“我是所的人，所是我的所”的理念，尽力不使一个律师游离于团队之外。

（四）对于实习律师的管理应有一套宽严相济的措施。实习律师最终的考核可借鉴交通事故倒查驾校责任的方法，将视情况追究其指导老师的责任，以保证实习不流于形式。而且英锐所对实习期满，只要第一年执业在所注册的，不收取其任何管理费用，给予其最大限度的关怀，帮其树立执业信心，走出困境。

三、建立长效机制，平衡利益分配

利益如何分配是团队型律所一个重要、现实而且棘手的问题，处理不当，团队合作只能是空中楼阁。

表面上看，团队型律所只存在团队利益。但实际上除了团队利益，还有律所利益和个人利益。律所利益当然是最终和最高的利益。但没有其他二者，律所利益也只能是无源之水、无本之木。认识并正确协调、平衡各利益体之间的矛盾，至关重要。回到选人的标准上，团队型律所应强调大局观和奉献精神，正是基于这种考虑。

团队型律所利益分配制度的形成务必力求科学公平，一旦确立并为大家接受必将巩固团队合作，有助于形成团队的凝聚力。笔者设计的分配机制已为英锐所采纳且逐渐形成了具有特色和可行的模式：

（一）以引进案源的案值税前提取 40%归引入律师，以鼓励开拓市场的积极性；

（二）案件根据专业性质或其他情况由律所统一调配至专业法律部门办理（当事人有特殊要求的除外）；

（三）律所的利润按照下列次序进行分配：

1、支付公共费用；

2、弥补亏损、垫付赔款、奖励先进等；

3、提取发展公积金 5%—10%;

4、团队成员根据所内《考评细则》年终考评得分分配剩余利润。

（四）营业税及附加税、年度注册费用、培训费纳入公共费用，其余如个人所得税等由个人承担。

当然，任何一种分配机制都有待时间的检验，都有这样或那样的不足和缺陷，但适合自己的才是最好的。

四、培养团队理念，强化制度约束

团队型律所还需要着力培养团队理念。律师行业自由散漫、单打独斗显然不能适应现今涉法事务及当事人的需求。律所的成员亟需提高思想境界和团队合作意识，求大同、存小异，相互尊重、相互信任、相互提高，勇于自我牺牲，勇于奉献他人和集体，放眼长远，抱团取暖，实现共同发展的目标。

合作理念的体现和巩固不能停留在口号上，还须制度的完善和约束，监督制度、奖惩制度、分配制度等等一系列建所的基本制度必须跟进，以此团结、调动成员的潜力和积极性，化解利益冲突。除此而外，英锐所还采取了如下措施：

1、完善培养机制，搭建年轻律师人才成长阶梯。为提高年轻律师执业水平，英锐所定期开展业务学习制度，如案例评析、理论研讨等。同时，英锐所还不定期的与兄弟律所交流学习，以期博采众长。所内专业小团队也可根据自己需要灵活安排学习时间和方式。

2、强化执业保障，缩短执业迷茫期。英锐所秉持以人为本的理念，把年轻律师作为最重要的人力资源，选拔好、使用好、培养好，使年轻律师的生活有保障、执业有希望。并着力提高年轻律师的动手能力，增强其业务水平；着重政治素养和职业道德和执业纪律的培养，力求每个年轻律师根正苗红，不偏激，不调词架讼，规范文明执业。

3、加强责任管理，降低律所风险。团队主管负责本团队的组织和管理，履行以下职责：审查代理方案、代理合同、顾问合同，并签发案件指派单；对团队律师承办的案件以及其他法律事务进行业务指导和帮助，对团队律师对外出具的法律文书予以指导、审核把关，其中律师函、法律意见书必须有团队主管审查签字。以层层负责、严格把关的制度将执业风险降至最低或可控范围内，同时也提高了执业律师的自律性和严谨的作风。

中小律所人员少、底子薄、影响小、业务单纯等客观原因导致了律所发展艰难。强调客观因素固然重要，但很大一部分原因在于合伙人、所主任没有发展眼光、没有大局意识，成立一个所，无非是为自己办案挣钱方便，做不大、做不强，甚至出现一大就分家的尴尬的怪圈。于是多年走来，还是当初那个样。

当今社会发展迅速，当事人的需求更广、要求更高。我们的中小律师所如果再停留在传统的管理和传统的案件上，不思进取，早晚会被市场淘汰。如何发展路径很多，但因团队协作的力量更能整合资源，为社会提供更高效优质的法律服务，已成为律师同仁的共识或选择。但如何创新，如何迈出第一步，值得每位律所管理者深思。他山之石或可攻玉，但路必须自己去走。

律师社会责任建设与行业管理创新

蚌埠市律师协会　张志银

摘　要：随着经济的深入发展，我国面临着社会政治等一系列的改革，在这个过程中，我国律师事业也逐步发展壮大，取得了辉煌的成绩。尤其是21世纪开头这十年来，我国律师从业队伍日益壮大，行业发展日趋成熟，但是我们应当看到在这个发展的过程中也出现了一些问题，部分律师缺乏基本的社会责任感与诚信意识，个别律师甚至不惜违法犯罪以谋利。因此，在当前的律师行业管理创新工作，应当根据律师行业规律，重视和加强律师社会责任建设与诚信建设，通过加强律师社会责任建设，对“两结合”管理体制进行改革和完善，推动我国律师事业的发展，培养符合时代要求的“中国特色社会主义法律工作者”，促进我国社会主义民主与法制的进步。

关键词：律师　社会责任　行业管理创新

在当前形势下，随着中国改革工作的不断深化，整个社会面临一次大的转型，不仅仅是之前的简单的经济改革，我们更多地会看到社会领域政治、文化方面的改革，这个过程不可避免的会出现些许的混乱，社会管理面临着严峻的挑战，这个过程需要我们对社会管理进行创新。所谓社会管理创新，是指在现有社会管理条件下，运用现有的资源和经验，依据政治、经济和社会的发展态势，尤其是依据社会自身运行规律乃至社会管理的相关理念和规范，研究并运用新的社会管理理念、知识、技术、方法和机制等，对传统管理模式及相应的管理方式和方法进行改造、改进和改革，建构新的社会管理机制和制度，以实现社会管理新目标的活动或这些活动的过程。

一、律师服务社会管理出新的着力点

中华全国律师协会《意见》指出，要积极拓展工作思路，充分发挥律师专业优势，找准律师服务社会管理创新的结合点，为社会管理制度的创新、社会管理制度的有效运行提供优质高效的法律服务。律师服务社会管理创新可从以下方面着力。

（一）继续做好各类法律顾问工作

要发挥政府法律顾问职能，促进政府依法决策。一是要围绕政府的中心工作和农村征地、城市房屋拆迁、社会保障及群众最关心、最迫切的问题，积极开展调研，及时发现和反映可能影响社会稳定的苗头性、倾向性问题，协助政府健全社会稳定风险评估机制和应对机制。二是要协助政府对涉及群众切身利益的重大工程、重大改革、重大决策等进行事前社会稳定风险评估，从源头上预防和减少社会矛盾。三是要建立健全律师参与重大突发事件和群体性事件集体讨论制度，积极为政府和职能部门处理重大涉法事件提供法律论证和法律咨询意见。四是要通过陪同党政领导接访、下访、把握涉法信访案件的特点与动向，并找出涉法信访问题的原因，帮助政府有的放矢的解决热点、难点问题，为政府化解社会矛盾和正确决策提供切实可行的法律建议。

要深化企业法律顾问工作，一是要通过以案说法、专题讲座等形式，进企业开展法律咨询和法律宣传，不断提高企业管理人员和企业员工的法律意识。二是要帮助企业运用法律手段防范企业经营与规范治理方面的风险和漏洞，要引导企业通过合法的程序和途径表达诉求，解决纠纷。三是要全力帮助企业进行“法律体检”，制定相关服务措施，有针对性地为企业提供法律服务，增强企业经营管理者的风险意识，提高企业防范风险的能力，促进企业健康发展。

（二）积极参与预防和化解社会矛盾

律师办案要坚持调解优先原则，要把“最大限度地促进社会和谐”作为办案的指导思想。努力探索促使当事人和解的方式与途径，通过诉前调解、庭内调解、庭外和解及其他非诉讼手段，积极做调解和疏导工作，引导当事人更多地通过调解和其他非诉讼手段消除纷争，努力实现政治效果、法律效果和社会效果的统一，以有效疏导、分流和化解矛盾纠纷，维护社会稳定。要通过参与涉法涉诉信访工作积极有效化解社会矛盾。律师在参与涉法涉诉信访中通过向来访者解答法律问题、提供咨询意见和建议，以及参与重大疑难信访事项的法律论证等，从法律角度进行利害关系分析，引导信访当事人依法、有序、理性地表达利益诉求，劝导信访当事人息诉罢访、化解矛盾。要通过具体个案研究形形色色的矛盾、纷争以及信访问题中带有普遍性、规律性的问题，善于发现制度、机制及工作方法中的问题与弊端，向党政部门提出完善制度与机制、改进工作的建议，通过为党政部门提供事前的社会稳定风险评估以及法律论证和法律咨询意见，从根本上预防和减少影响社会和谐的因素。

（三）面向基层，做好服务民生工作

一要积极参与法律服务走进农村、走进社区。律师进农村、进社区，一方面有利于搭建起村委会、社区与村、居民之间更为有效的沟通平台，让民众通过这个平台有序表达诉求，并通过这个平台协调解决问题，维护自身权益，促进民生改善；另一方面律师深入农村、社区，了解民情民意，掌握民生诉求，通过为民众解决就业、就医、就学、社会保障等民生问题提供法律服务，为社区管理提供更加有建设性的意见，也可以有效提高社区的民主管理水平，拓宽民主参与渠道，创新民主参与方式，更好地服务和改善民生。律师走进农村、社区，要当好矛盾纠纷的调解员，促进社会和谐稳定；当好法律法规的宣传员，强化市民法治观念；当好居民涉法事务的服务员，满足群众法律需求；当好社区管理的参谋员，提高基层民主自治水平。

二要积极参与法律援助，扶助弱势群体。弱势群体能否有效、及时地实现自己的正当利益，直接关系到社会公平与正义能否得到维护，也关系到社会的稳定与安定。律师要进一步加强对弱势群体的援助与扶持，为他们提供多种形式的法律服务。特别是在企业改制、土地征用、房屋拆迁以及拖欠民工工资等事由引发的群体性纠纷处理中，律师应当帮助弱势群体整合、梳理并恰当调整利益诉求，引导弱势群体用理性的、合法的的方式解决纠纷，防范这类纠纷恶化，尽量减少和降低纠纷所形成的负面影响。

三要进一步扩展律师的公益性服务职能。要从地区经济发展和人民群众生活水平的实际状况出发，向低收入家庭、下岗失业人员、困难群众主动减免服务收费，切实减轻群众负担，让上述群体能请得起律师，打得起官司，也使律师业获得更为广泛、更为坚实的社会基础。

四要积极参与普法活动。普法也是预防与化解社会矛盾的有效途径。律师除通过解答法律咨询、刑事辩护、诉讼代理、调解、参与涉法信访等方式进行普法外，还可通过参与电视、电台、报纸、网络等媒体开办的法制宣传、法律咨询节目，直接向大众宣传法律知识、解答法律咨询、提供法律建议。

二、推进律师服务社会管理创新工作常态化的若干建议

（一）要提高思想认识

律师工作作为政法工作的重要内容，在创新社会管理中具有独特优势与作用。律师要从抓住用好重要战略机遇期，实现全面建设小康社会宏伟目标，维护社会和谐稳定的高度，充分认识加强创新社会管理的重大意义，充分认识律师服务社会管理创新的重大责任，坚持不懈地把这项工

作做实做好，为不断完善中国特色社会主义社会管理体系，构建和谐社会作出新的贡献。

（二）要加大培训力度

律师协会要以科学发展观及律师队伍主题教育实践活动为载体，深入推进社会主义法治理念教育、社会主义荣辱观教育、职业道德及执业纪律教育，不断提高律师队伍的政治思想素质，努力打造一支坚持信念、精通法律、维护正义、恪守诚信的高素质律师队伍。同时，围绕律师服务社会管理创新工作涉及到的法律政策、方式方法等问题，有针对性地组织开展业务知识和业务技能培训，不断提高律师服务社会管理创新的工作能力与工作质量。

（三）要加强考核与奖惩

律师协会要把服务社会管理创新工作实绩作为律师事务所和律师年度考核的重要内容，作为律师事务所、律师评先评优的重要指标，以激发律师事务所与律师服务社会管理创新工作的热情，增强律师事务所与律师服务社会管理创新工作的积极性、主动性。要广泛宣传服务社会管理创新中表现优秀、成绩突出的律师事务所和律师，并给予表彰和奖励。

（四）要建立保障机制

周永康同志在全国律师工作会议上讲话指出，要求律师承担相应的政治、法律、社会责任，同时也应当给予他们相应的保障。要从完善执业法律制度到财税、社保、经费等方面采取有效措施，加大对律师服务社会管理创新的保障力度。一是要切实维护律师执业权益，解决会见难、阅卷难、调查取证难等问题。二是要落实律师工作经费，健全律师担任政府法律顾问和参与信访、调解、社区工作等公益性法律服务的经费保障机制。三是要加大律师培训投入，完善律师行业财税、劳动用工和社会保障政策，维护律师和员工合法权益。

三、构建律师社会责任的途径分析

1、与律师诚信体系相结合制订科学合理的律师社会责任评价行业标准。当前，我国各级律师协会正在和已经建立了诚信体系，但诚信体系更侧总于对律师违法违纪等恶性方向问题的记录和曝光，社会责任评价体系则侧重于对律师主动开展公益活动、承担社会责任等良性问题的记录和反映。2011 年 3 月，全国人大吴邦国委员长郑重宣布我国具有中国特色的社会主义法律体系已经建立。在这种历史背景下，探索和构建具有中国特色的律师社会责任体系，成为律师行业急待解决的历史任务之一。

2、将律师社会责任意识教育纳入行业培训计划。目前，司法部每年都根据中央政法委要求，确定不同主题加强对全国律师的政治教育和学习工作。同时，根据中华全国律师协会的规定，执业律师每年需开展继续教育，实习律师也必须参加不得少于 40 课时的岗前培训。但是，目前培训的课程更重于法律知识和执业纪律的学习，对于律师社会属性方面的价值观、社会责任、诚信建设方面的学习则相对较少。因此，应当考虑将律师社会责任意识教育、价值观教育纳入行业教育计划，加强律师文化建设。

3、有计划地推进青年律师的业务发展与公益性社会活动相结合的工作。党的十七大报告指出，要将全社会的发展积极性引导到科学发展上来，把科学发展观贯彻到经济社会发展的各个方面。科学发展观的核心是以人为本，以统筹兼顾的方法实现以人为本的可持续协调发展。以律师行业而言，青年律师是行业的主力军，青年律师的发展方向将决定整个行业的方向。当前青年律师发展面临的问题之一即是案源不足。同时律师又从来不是一个单纯讲求经济效益的职业，因此，从行业协会的角度，引导青年律师从科学发展的角度看待其职业特征，将青年律师个人的职业规

划融入我们行业发展规划之中，积极探索和深入开展青年律师参与法律援助案件办理、政府律师顾问团工作、未成年人与妇女儿童残疾人保护工作，以及进企业进社区进农村进学校等活动，在这些公益性社会活动中引导青年律师认识普通业务与公益性社会活动的区别与联系，支持和鼓励青年律师在积极参与公益性社会活动的同时善于和敢于发现新的业务领域和业务方向，从而有计划地推进青年律师的业务发展与公益性社会活动相结合工作。

4、全面引导律师介入社会管理创新各个方面的工作。中国改革开放 30 年，律师从主要从事刑事辩护到向民商、行政多个诉讼领域发展，从提供法律咨询、担任诉讼代理人、辩护人，到为个人、企业、政府和社会团体提供广泛的法律服务，虽然其法律服务方式逐步和国际接轨，但业务形态与国际上发达的法律服务市场相比依然是初级化的，律师在非诉讼业务、新类型业务和国际业务上介入能力和介入程度的不足，既属于经济学上的供给不足，也直接影响了律师“维护法律正确实施，维护社会公平和正义”职能的发挥。当前我国开展的社会管理创新工作，正在深入我国社会的方方面面，律师行业应积极介入其中，全方位参与到社区网格管理、非政府组织建设、社会风险评估机制和应急管理体系建设工作中并为之提供配套法律服务，这不但顺应了社会事业发展的需要，同时也必将极大地开拓律师业务形态与新业务领域，进一步推动律师社会责任的构建。

参考文献

1、吴瑞文《论我国的律师管理体制及其完善》，载《法制与社会》2009 年第 8 期（下）。

2、“两结合”的提法，肇始于《司法部关于律师工作改革的方案》的规定：“从我国的国情和律师工作的实际出发，建立司法行政机关的行政管理与律师协会管理相结合的管理体制。经过一个时期的实践后，逐步向司法机关宏观管理下的律师协会行业管理体制过渡。”

3、董春江《对深化“两结合”律师管理体制改革若干问题的思考》，载《中国司法》2005 年第 7 期。

4、李金华《中美律师管理制度比较研究》，载《重庆工学院学报》2006 年第 10 期。

5、钟坤凡《从比较中外律师管理体制中探索中介组织规范化的途径》，载《西南科技大学学报》2004 年第 3 卷第 21 期。

6、钟坤凡《从比较中外律师管理体制中探索中介组织规范化的途径》，载《西南科技大学学报》2004 年第 3 卷第 21 期。

7、王公义《关于当前司法行政理论研究的若干问题》，载《中国司法》2009 年第 6 期。

谈中小型律师事务所发展之路

安徽淮河律师事务所　方 陈

摘　要：中小型律师事务所已经成为我国律师行业的主力军，在发展过程中，遇到了许多问题，通过对中小型律师事务所发展路径的探析，提出应注重律师的过渡教育和继续教育，细分市场、占准定位、提高服务质量，加强律师事务所之间的交流与合作，建立完善的法律服务质量保障体系，发展底蕴丰富的律师事务所文化。

关键词：中小型律所　发展　质量保障　文化

一、中小型律师事务所概况

目前，国内中小型律师事务所超万家，占全部律所的近 90%，成立时间大多不足十年，人员规模从几人到二十几人不等，管理经验不足，经验积累不够，没有形成任何规模优势和竞争优势。这些中小型律师事务所在面对有挑战性的业务邀约时，往往只觉力不从心，或不敢接，或不能接。绝大多数中小型所的主营业务都为诉讼业务，诉讼业务更注重律师的个人能力，对整体管理制度的要求并不高，因此少有律所能够突破传统的诉讼律师“单打独斗”模式，缺少长远发展的战略眼光，不重视或者没有能力重视品牌建设。全国资源分配不均衡，有些地方律所面临更严酷的信息和资源短缺。如何突破自身瓶颈？如何在外部竞争中立于不败？这就需要中小型律师事务所探寻一条属于自身特色的战略发展之路。

二、中小型律师事务所发展路径

（一）注重律师的过渡教育和继续教育

律师是任何一家律师事务所，尤其是中小型律师事务所成败的关键。律师的过渡教育是保证律师称职性的必要手段，也是律师执业的必经途径。律师的过渡教育主要为实习律师的岗前教育和律师事务所的实习培养。实习律师的态度很关键，因为实习律师在所里有许多基础性的工作要做，与实习律师希望尽快熟悉业务工作的期望有一定的差距。而对于律师协会组织的培训，多数律师反映，律协的培训次数其实不少，但缺乏针对性。律协举办的培训讲座，尚不能满足从事不同领域、不同层次法律服务律师提高执业技能、获取新知识、开拓思路的继续教育需求。律师事务所应定期或不定期对律师进行其它方面的培训，包括由律师事务所资深律师进行内部培训、聘请相关专家讲课、律师自己学习，培训主要内容可以涉及新法培训、职业道德培训、礼仪培训等。通过培训，增强律师业务能力，提高执业水平，更新知识，为中小型律师事务所的发展提供最根本的动力。

（二）细分市场，占准定位，提高服务质量

律师行业属于服务业，须直接面对客户，如何提高为客户提供的法律服务质量，成为律所提升竞争力的关键点。中小型律师事务所受自身资源所限，不适合“广涉猎、广撒网”式的发展。要求得长远发展，就必须把“精准、细分”提高到战略层面，找准擅长业务点，将业务细分做到极致，战略先行，模式确定，资源聚焦，体系完善，在一套明确的思路指导下巩固优势，拓展业务，才能最终确立地位，赢得市场。

首先，明确定位，找准领域。再小的所也有自己的优势，与其杂乱无章见一单打一单、走到

哪看到哪，不如找准方向深发展。中小型律所要有明确的定位，不为小利所动，有明确目标，并且“一根筋”似的追逐，往往是战略发展的基础。

其次，全盘布局，精细分工。中小型律所切勿不可盲目发展，要对律所进行标准化、团队化、流程化工作模式的探索。要适当引入专业的管理软件，信息化管理可以为律所打造诉讼业务标准、建立诉讼业务流程奠定了良好的基础。此外，中小型律所还需摸索出诉讼业务的团队合作模式，以主办律师-协办律师-业务秘书的架构组建各个业务团队，阶梯式分工，业务主管合伙人对各个团队进行提纲挈领式的指导。这样，传统模式下集于律师一身的营销、作业、研发、管理就进行了精细化分工，并分别专业化运作，工作效率和服务质量都大幅度提高，这样的布局也使得中小型律所的业务能力和业务数量得以呈几何式增长。

第三，品牌先行，勇于开拓。过硬的团队素质和专业能力，还只是律师事务所站稳脚跟的基础，要谋求发展，还需有先进的市场意识。“酒香不怕巷子深”的年代已经远远过去，在信息纷杂、强者林立的今天，以战略眼光来开拓业务，也是中小型律师事务所应当着重考虑的问题。律所作为专业型服务机构，与大众消费品式的商业拓展有很大区别，因此建立适合于自身特点的商业推广模式也是十分必要的。品牌先行，建设企业文化，树立企业形象，制定符合业务特色、客户特点的传播体系，在扎实的业务功底基础上，打造出律所品牌的价值和高度。

（三）加强律师事务所之间的交流与合作

据统计，约 65%的律师事务所和其它律师事务所之间没有进行过诸如相互介绍总结执业经验、相互委派资深律师进行讲课等业务交流。常言道：“和”能聚力，能生财，能致祥。“和”是中华文化的民族精神，是中国人固有的价值观念。按照现代系统管理理论，系统由相互联系的要素，呈现整体性、层次性。成熟的现代企业无一例外的将系统观渗入企业管理，以大大提高企业的整体效率，形成最优的资源配置。从行业来看，运用系统观念梳理行业，使整个行业的各个主体间形成互补，更能提升行业的整体实力。

诚然，在规模、资源的制肘下，中小型律所自身有着无法克服的劣势。但自身无法克服，不代表绝对无法克服。中小型律所应引进“竞和”理念，打造“竞和”模式，避免硬碰硬的单纯竞争，开展跨地域、跨领域的广泛合作，对抗大所业务的挤压。事实上，律所之间、律师之间、律所和律师之间，也存在着广泛且双赢的合作契机。

以商事再审为例。当事人在选择律师事务所时，就可能会着重考虑其能否突破地域和审级的限制，是否具备在更高级别的法院代理诉讼的能力，在一审开始时，是否可以兼顾二审、再审等后续程序，提供跨审级的法律分析，制定更为全面的诉讼策略。这样，在一审和二审法院具有优势的律师事务所，就可以考虑和在再审程序方面具有优势的律师事务所形成联合，通过优势整合、短处互补，全面提高为客户提供法律服务的专业能力。

律所之间的交流与合作，可以为当事人提供全方位、全流程的解决方案，既增加了客户对律师团队的信任度，又往往能使案件得到最稳妥、最完善的解决。

（四）建立完善的法律服务质量保障体系

纵观世界和国内品牌律师事务所，其都有一个共同的本质，那就是服务质量的领先地位。律师事务所的所有制度和行为都是为了保证和实现这一目的。如何保证服务的质量的领先，如何保证服务的过程对质量予以有效地控制？引进和通过现有的质量管理体系是许多品牌律师事务所的经验。中小型律师事务所应当规范各项业务办理的流程，制订律师事务所的质量管理体系，从收案到结案的各个环节对业务流程中的质量进行监督，结合律师事务所的专业化分工和分配制度的改革逐步通过国际质量体系认定。

律师事务所的法律服务过程是一个法律事务的作业过程。质量体系要求律师在拟接受客户委托开始直至为客户法律服务的结束，都是在一个控制状态下完成的。质量体系要求在为客户服务的事前、事中、事后都要进行监督，以保证服务质量的优质。如对法律事务在收案时进行审查，对重大复杂法律事务的讨论，对各类法律事务办理时的不同要求，对法律事务办理后的归档要求等。发现可影响服务质量的问题，分析产生的原因，以便采取纠正措施和预防措施，确保律师事务所质量目标的实现。律师事务所还应当建立律师执业保险制度，因律师事务所或律师的过错对造成当事人损失的，依法予以赔偿，执业保险制度实际上也是律师事务所质量保障体系的重要组成部分。

（五）发展底蕴丰富的律师事务所文化

中小型律师事务所与其他规模型律师事务所一样，都应当有自己的文化。律师事务所的文化建设无庸置疑在律师事务所的建设和发展上起作推波助澜的作用，是律师事务所持续发展的原动力。律师事务所文化建设的方式要丰富多彩。例如：创立所训，创办所刊，开通网站，包括在媒体、名片、法律文书上广泛宣传事务所文化；律师事务所确立所文化内容时，应根据律师事务所发展规划，律师事务所现状以及人力资源状况等因素，从基本规章制度中高度提炼，从而确立自己特有的所文化，并以此作为事务所发展的精神支柱。律师事务所的文化建设对律师事务所团队意识的培养也起作关键性的作用。通过树立先进典型，感召全所律师；坚持开展理论、业务研讨，形成互相沟通、互相交流、互相合作、互相促进的良好氛围，把律师事务所的文化精髓作为全体律师团结奋进的纽带。

中小型律师事务所的品牌化建设必须符合律师事务所所在地区的经济发展状况，符合律师事务所的现状，任何脱离现实的做法只能是空中楼阁。一个品牌律师事务所的建设是一项旷日持久的工程，坚持律师事务所的发展理念和发展思路是一个律师事务所核心层律师的长期奋斗过程，保证律师事务所核心层旺盛的生命力和战斗力是一个律师事务所能否达到最终目标的重要因素，不论遇到什么困难，都能够坚持自己的信念。律师事务所品牌创建的过程从某种程度上说就是一个律师事务所核心层打造的过程。

三、结语

进入 21 世纪以后，中国法制发展速度空前，中国法律业务市场也在急剧膨胀，中小型律所作为新生力量，业务模式大多尚未定型，切忌急进和盲从。旧有单一的规模扩张和资本扩张并非人人可为之，大型律所和外资所的模式并非所所可照搬，市场更期待着各律所发掘个性鲜明的、目标客户群明确细分的、业务定位于长远发展的创新模式。在设计自己发展模式和战略布局的同时，中小型律所应当理性看待竞争，积极谋求协作，且“竞”且“和”，与行业发展齐头并进。

参考文献

1、高天资《中小型律师事务所可持续发展战略展望》，《经济研究导刊》，2011 年第 15 期，第 213 页。

2、金鹰《我国中小律师事务所发展模式与建议》，《法治研究》，2011 年第 6 期，第 102 页。

3、温丽媛《中小型律所的人力资源管理策略》，《中国律师》，2009 年第 8 期。

4、蒋勇《竞和:中小型律师事务所突围之道》，《法人》，2011 年第 8 期。

5、梅向荣《律师事务所的三大战略管理》，《经营与管理》，2011 年第 7 期。

6、《中国律师年鉴》编辑委员会《中国律师年鉴》，人民法院出版社 2009 年版。

浅谈县域律师事务所的现状及品牌建设

安徽安东律师事务所　周新征 方金平

摘　要：县域律师事务所师面临着人员少，规模小，业务单一、业务收入低，分配形式单一，内部难以进行分工和组建专业化团队，县域法律服务市场不规范、竞争激烈，律所制度建设不健全、管理粗放，律师素质参差不齐，律师政治地位低、执业环境有待改善等现状。已解决生存问题的县域律师事务所应当立足县域现状，先树好“牌子”；靠规范管理，保证办案质量，做精品案件，提供精品法律服务，丰富品牌内涵；打造奋进的团队，倡导团队精神为核心要素的律所文化，丰富品牌的文化底蕴。加强律师党建工作，注意发挥党支部的战斗堡垒作用和党员律师的先锋模范作用，通过品牌建设的引领，使律师事务所步入稳定可持续的健康发展之路，突破制约县域律师事务所发展的瓶颈，实现律师事务所的层次提升和发展。

关键字：县域律师事务所　品牌建设

一、县域律师事务所（以下简称：县域所）的现状

（一）人员少，规模小。目前县域经济不发达，县域所的发展也受到了严重制约，人员上讲，一般就三、五人，超过十人的律所不多，难以形成规模。笔者所在区域而言，有两家律师所事务所，一家律师事务所有五名律师，一家有八名律师，相邻地区县域所律师人数也大体相当，有八名律师的县域所属于规模较大的律师事务所。

（二）业务单一，业务收入低。县域所主营业务为传统的诉讼业务，面向的是农业、林业等农村法律服务市场，案件标的小，收费低。法律顾问业务方面，因个人或单位往往是陷于诉讼等纠纷之中才会想到聘请律师，通过签订顾问合同，取得个案收费的减免，县域律师法律顾问业务拓展困难，收费低。笔者所在区域而言，主要为婚姻家庭纠纷、人身损害赔偿纠纷为主的侵权纠纷、金融借款合同纠纷为主的合同纠纷和为数不多的刑事辩护案件，没有高端的诉讼与非诉讼业务。律师整日疲于奔命，业务收入仅能养家糊口。

（三）分配形式单一，律师素质参差不齐。县域所普遍采用提成制的分配方式，律师的个人业务收费直接决定律师的收入。县域律师的受教育程度底，大多是半路出家从事律师执业，后期知识的补充和更新不够，接受高水平业务培训的机会少。

（四）县域所内部难以进行分工和组建专业化的团队。县域律师主要是个人营销，自行拓展案源，如果按照分工办理案件，会造成部分法律服务领域的律师没有业务可做，收入减少，甚至影响生存问题。县域律师办案无法固定在某一领域，只能什么类型的案件都办，“万金油”式的律师反而更加符合县域法律服务市场的需求。

（五）县域法律服务市场不规范，竞争激烈。县域律师面临其他地区律师和大量基层法律工作者的竞争压力。笔者所在的区域而言，招商引资引进的大型企业往往自带法律顾问；各乡镇都设立有法律服务所，法律工作者以“律师”身份收案、办案、低价揽案，成熟的法律服务市场难以培育。

（六）县域所制度不健全，管理粗放。律师为案源、生计整日疲于奔命，无暇顾及律所制度建设和内部管理。就笔者所在地区而言，大多数律所制度建设不健全，管理粗放。

（七）县域律师政治地位低，执业环境有待改善。虽已步入“六五”普法教育阶段，但就县域

而言公民法律意识仍需提高,权大于法的思想根深蒂固,甚至有些领导都不能正确理解律师职业,认为律师是麻烦的制造者,律师依法执业特别是代理敏感案件是跟党和政府作对,律师工作难以得到社会认同,不被社会所尊重。

(八)县域所党建工作基础薄弱。县域所受制于规模小,人员少,律师整日忙于业务,无瑕顾及党建工作。现县域所党的组织机构设置难、培养发展党员难、党员教育管理难、组织作用发挥难、基础保障落实难。

二、品牌建设是已经解决生存问题县域所的现实选择

县域所面临的上述现状,导致县域所发展到一定层次后会出现瓶颈,律师的业务类型将相对固定,业务收入趋于稳定,但难以提高。虽然县域所想要进一步发展的愿望迫切,但却苦于无法找到切实可行,行之有效的发展模式。笔者认为:业务稳定且已解决生计问题的县域所,要想实现层次提升和发展,无外乎二种方式,一是走专业化发展道路;二是办精品案,打造品牌所即品牌建设。品牌,是给拥有者带来溢价、产生增值的一种无形的资产,他的载体是用以和其他竞争者的产品或劳务相区分的名称、术语、象征、记号或者设计及其组合,增值的源泉来自于消费者心智中形成的关于其载体的印象。相对而言,专业化的发展道路目前不符合县域所的实际,品牌建设是切实可行的一个方案。

(一)专业化发展的道路("专业化模式")

目前不是县域所的首选。虽然,专业化模式与县域所传统多元化模式相比较有以下诸多方面优势:首先,经济的发展,社会分工趋向精细,社会分工的精细要求法律服务不必面面俱到,而应在某一领域,甚至某一领域的某一环节能够提供细致的、专业的法律服务,专业化符合法律服务市场的这种需求;其次,专业化以确定执业范围为基础确定营销对象,执业项目需团队完成,办案质量能够得到提高;再次,律所上升为经营主导力量,律所主导经营,使经营中积累的无形资本为律所所有,而不是归属分散的律师个人,这样无形资本成为律所的共享资源,在经营中可以重复使用,避免重复投入和恶性竞争。但是,笔者认为要实现专业化发展,需要解决三个关键问题:一是,全所律师均能无条件的将个人多年苦心经营积累的案源奉献给律所由全体律师共享;二是,能够制定一套科学合理的利益分配机制;三是能够有一批高素质的律师,组建专业化的团队。县域所的现状决定了,县域律师不可能甘愿奉献自己多年苦心经营积累的案源为全所律师共享;计时制、积分制等分配制度,在县域所难以细化执行,制定和实施能够平衡各方利益的分配制度难;县域所规模小,人员少,人员素质参差不齐,难以组建专业团队。因此,县域所目前尚不适合专业化模式,如强行推动专业化还可能导致律师事务所内部矛盾激化,甚至分裂。

(二)已经解决生存问题的县域所适合走办精品案、打造品牌所即品牌建设的发展道路

走办精品案、打造品牌所的发展道路符合市场竞争规律,能够提升律师事务所的品质,树立良好的口碑,保障律所稳定可持续的健康发展。市场竞争中,经营主体的竞争就是产品和服务的竞争,要想在激烈的市场竞争中脱颖而出并立于不败之地,需要解决产品和服务同质化的问题,提供有自己特点的高质量产品和服务,甚至形成知名、驰名的品牌,通过知名品牌带动营销,在营销中体现品牌的附加值,使二者相得益彰,良性循环。律师事务所的产品是法律服务,县域法律服务市场业务单一,法律服务同质化问题严重,要想在竞争中脱颖而出并立于不败之地,必须遵循市场竞争的规律,提供有自己鲜明特色的法律服务,即:让自己提供法律服务的产品精品化,品牌化,并以知名的品牌带动律所的营销,确保案源稳定,将品牌附加值体现在业务收费上提高业务收入,避免陷入恶性循环的价格竞争,走上稳定可持续的发展之路。品牌建设在已经解决生

存问题的县域所可以因地制宜的实施，能够有效的推广。

综上，笔者认为：已经解决生存问题的县域律所可以通过强化内部管理、保证办案质量，靠提供精品法律服务的方式建设自己的知名品牌。

三、县域所如何进行品牌建设

笔者所在律师事务所，采取了一系列有力措施， 2008 年底在全市设立第一家县域律师事务所党支部，通过基层党组织的战斗堡垒作用和党员律师的先锋模范作用的引领，在全所形成了创先争优的良好氛围，保障了律师事务所的产品质量，律师事务所和办案律师赢得了委托人的认可和良好的口碑；律师之间一荣俱荣一损俱损的观念逐步形成，品牌效应初步显现。 2009 年被省律师协会授予“安徽省优秀县域律师事务所”, 2011 年所党支部书记被司法部授予“2011 年度全国律师行业党员律师标兵”, 2012 年所党支部相继被省司法厅党委和司法部授予“全省律师行业创先争优先进基层党组织”和“全国律师行业创先争优先进集体”。本所现有 8 名律师，近三年来，全年业务收入基本稳定在 200 万元以上，案源稳定。律所品牌在当地乃至全市拥有一定知名度和美誉度，步入了稳定可持续的良性轨道。在中部欠发达的县域取得上述成绩，实属不易。笔者认为这得益于律师事务所长期坚持品牌建设的发展思路。它山之石可以攻玉，笔者认为：县域所进行品牌建设，实现律所稳定可持续的健康发展，至少可以从以下几个方面进行努力：

（一）以律师事务所的字号作为品牌符号，树“牌子”

虽然县域所大多没有自己的商标，但律师事务所字号有一定寓意和内涵，特别是成立比较早的律师事务所，因持续经营，其字号已经在法律服务市场被一定范围的公众所知悉，甚至享有一定的声誉，因此可以结合实际以律所字号作为品牌，树好牌子。

（二）靠强化内部管理，提高律师业务素质，严把办案质量关，提供精品法律服务，丰富品牌内涵

1、建立健全统一收案、收费制度并严格执行。律师执业应当由律师事务所统一收案、收费是《律师法》的规定，律师事务所主任或行使收案审批权的合伙人依法严把收案关，严格执行利益冲突审查制度，对于接受委托后办理起来可能影响律师或律师事务所声誉以及存在低价揽案情形的案件坚决拒之门外，把好收案质量关。

2、建立《案件集体讨论和请示汇报制度》以及《案件结案登记制度》。严格要求律师办案过程中要定期汇报办案进度，疑难复杂或者有较大影响的案件应当组织全所律师集体讨论并以集体的智慧确定办案思路和代理观点；严格落实结案登记制度，案件办结后应当要求承办律师提供书面的结案报告总结办案经验，特别成功的案例律师事务所组织召开经验交流会，通过交流让成功的办案经验供全所律师共享，用于提高全所律师的业务能力。

3、建立印章、印鉴和文书使用审查制度，保证律师事务所法律文书的统一和规范，保证律师事务所对外有良好规范的形象。

4、建立案件回访制度，向委托人发放法律服务质量监督卡，就办案律师是否诚信、尽职，委托人对案件质量是否满意征求意见，并以此为依据对律师奖惩，督促律师诚信、尽职对委托人负责，为委托人争取利益的最大化。

5、加强人员管理，建立学习制度，通过不断的学习提高律师的业务能力和政治素养。签订《聘用合同》，依据律师事务所规章制度和合同约定对律师进行统一管理，严格上下班制度，请假制度，外出请示汇报制度，扭转县域律师自由散漫的形象，形成良好的风气。学习是保障律师业务能力提高和办案质量的基础工作，可以结合办案经验交流制度，建立层次不同的学习制度，

分层次开展学习。笔者以为至少应当包括以下三个层次：一是，业务人员定期的专题学习；二是，业务人员不定期的学习，主要学习新出台法律法规，司法解释，有条件的律师事务所应当安排专人每天负责汇总新的法律法规、司法解释，交业务人员学习；三是，业务人员各自的看书、看报、上网学习。学习的内容不能局限于业务领域，还应当包括其他的领域，完善律师的知识结构。有党支部的律师事务所应当落实“三会一课”制度，党员律师自觉加强思想政治学习，提高党性和休养。

6、加大硬件投入提升律所整体形象，是赢得社会认同的方式之一。律师事务所应当加强硬件设施的改善，提高律师的办公条件，完善办公设施，有条件的律师事务所还应当统一律师着装、统一标牌、标识，树立律所良好的整体形象，给来访者留下深刻的印象。建立党支部的律师事务所，应当加强党支部的硬件建设，保障党组织的活动经费，为党支部开展活动提供必要的物质保障。

（三）律师事务所应当积极主动履行法律援助义务，保证法律援助案件办案质量，多种形式的开展宣传工作，树立律师事务所和律师的良好形象，以赢得社会赞誉，做好品牌宣传工作

办理法律援助案件是律师的法定义务，法援对象一般是困难群体，律师办理高质量的法律援助案件能够帮助律师和律师事务所赢得良好的社会口碑，既可以丰富品牌的内涵又可以起到宣传的作用。当然，宣传工作仅靠委托人的口口相传还远远不够，应当结合律师行业特点，通过大众媒体，义务法律咨询等多种形式，宣传律师事务所和律师良好的形象，让社会了解律师事务所和律师，提高律师事务所和律师的社会知名度，让公众对律师事务所品牌留下深刻、美好的印象。有党支部的律师事务所，应注重发挥党员律师的模范带头作用，党员律师积极主动的为困难群体提供高质量的法律援助服务，有效开展“送法下乡”、“送法进校园”、“送法进社区”等多种形式的法律服务和宣传。总之，应利用一切有利条件开展宣传工作，把宣传工作作为品牌建设的重要环节之一。

（四）打造奋进的团队，在合作中倡导律师之间建立兄弟一般的情义，丰富品牌的文化底蕴

团队精神的培养既是律师事务所稳定的需要，也是律师事务所持续发展的要求。社会分工越来越细使得律师业务的分工也越来越细，对律师的专业水平要求越来越强，律师单兵作战有时不能满足客户对法律服务的需求。县域律师事务所，应当根据项目或诉讼案件的需要能够随时组建团队并要求律师事务所为团队服务，这就需要打造具备良好精神面貌的律师团队。同时，一个奋进的团队不仅能够提高律师事务所整体水平，还能够反映全体律师的精神风貌。律师之间通过长期共事和合作，能够心往一处想、劲往一处使，精诚团结，建立兄弟一般的情义也是律师事务所一种良好的文化氛围。有党支部的律师事务所，应当发挥党支部的凝聚力，团结带领全所律师，打造一个奋进的律师团队。这样律师事务所的品牌就能具备文化底蕴，更加稳定，可持续。

综上所述，已解决生存问题的县域所应当立足县域的现状，先树好“牌子”；靠规范管理，保证办案质量，做精品案件，提供精品法律服务，丰富品牌内涵；打造奋进的团队，倡导团队精神为核心要素的律所文化，丰富品牌的文化底蕴。加强律师党建工作，注意发挥党支部的战斗堡垒作用和党员律师的先锋模范作用，通过品牌建设的引领，使律师事务所步入稳定可持续的健康发展之路，突破制约县域所发展的瓶颈，实现律师事务所层次的提升和发展。

参考文献

1、丛伟华《浅谈律师事务所经营模式的转型》，广州市律师协会，http://www.gzlawyer.org/info/24c38ca2d10943cd9e03646ae8828fc8，2009 年 8 月 24 日发布。

2、黄斌《县域律师事务所如何实现律师专业化》,《第四届律师安徽律师论坛论文集》(上),安徽省律师协会,第 153 页。

3、孙文俊《破解中小律师事务所转型难题》,中国律师网,http://www.acla.org.cn/lvsuoguanli/6365.jhtml,2013 年 2 月 22 日发布。

4、桑云《律师事务所规范化建设的若干问题》,中国律师网,http://www.acla.org.cn/lilunyanjiu/7612.jhtml,2013 年 4 月 24 日发布。

5、李桂华《律师事务所规范化建设的意义及途径》,北大法意律师频道,http://law.lawyee.com/news/news_I2.html,2004 年 7 月 30 日发布。

6、蒋勇《律师事务所建设和管理》,中华全国律师协会示范性培训资料之二十七,第 118 页。

7、李甫《中小律师事务所发展之我见》,《安徽律师》,2012 第 5 期,第 25 页。

8、安顺《人和心和兴大业------团队合力打造地方优秀法律服务品牌》,《安徽律师》,2010 第 6 期,第 23 页。

9、刘桂明《从分配到分享:中国律师的理念转型》,《安徽律师》,2010 第 6 期,第 38 页。

10、蒋祥爱、张华、张运领《党建指引发展路------获全省律师事务所综合十强感想》,《安徽律师》,2010 第 5 期,第 34 页。

11、《创新 和谐 维护 履行—安东律师事务所扎实推进创先争优活动》,《安徽律师》,2011 第 3 期,第 32 页。

12、元林《律师文化建设的深化和创兴—由"星星之火 可以燎原"说开去》,《安徽律师》,2011 第 4 期,第 15 页。

13、雁秋《众志成城 播种法治精神 兢兢业业 收获硕果奇葩》,《安徽律师》,2010 第 3 期,第 18 页。

14、张云《君子和而不同—安徽天禾律师事务所发展纪实》,《安徽律师》,2010 第 4 期,第 20 页。

15、百度百科:http://baike.baidu.com/view/9013.htm。

16、许立群《如何打造县区律师事务所品牌》,《中国律师网》,http://www.acla.org.cn/lvsuoguanli/8654.jhtml,2013-05-28 发布。

社会管理创新的法治思考

安徽徽商律师事务所　陈宏光

摘　要：社会管理创新是在法治社会的视野内的社会创新。用宪政思维、创新精神去建设法治体制、更新法治观念、完善法律制度、确立法律规则，才能实现法治建设的历史使命。文章思考了社会管理创新的法治思维与路径，提出公信力在公权机关解决纠纷机制中的价值问题，权威性在当前调解机制中的定位与价值问题。文章还指出社会管理活动的管与理之分离的现象，提出理是管之本、管是理之术，以理为重的服务才是社会管理创新的追求和目的。应当厘清社会管理创新中“管”和“理”的价值位阶。

关键词：社会管理　法治创新　公信力　价值位阶

社会转型期的中国社会，经济体制深刻变革，社会结构深刻变动，利益格局深刻调 整，思想观念深刻变化。面对当前的社会现象，既是经济社会发展的战略机遇期，也是社会矛盾和纠纷的多发期。对此，社会管理创新问题，需有整体思维，实现预防与解决纠纷的统一。从理论层面来说，研究社会管理创新问题可以弥补在法律救济方面的不足，并推动社会管理功能的拓展；从实践层面来说，研究社会管理创新问题可以从制度建设的角度，为构建解决纠纷机制探索直接的切实可行的模式。对于建立和完善多元化纠纷 解决机制，维护社会稳定一、社会管理创新的法治内涵

一、社会管理创新的法治内涵

宪政的基础是法治、民主与人权。社会管理创新应当在法治社会的路径中寻求突破。我国建设法治国家的进程是采取政府推进型的法治建设模式。各级人民政府在建设法治政府、推进依法行政、构建和谐社会的过程中肩负着重任，只有以创新精神去建设法治体制、更新法治观念、完善法律制度、确立法律规则，才能完成法治建设的历史使命。构建和谐社会的意义深远。在我国政府推进型的法治建设进程中，法治创新是法治政府的责任。

首先，社会管理创新是法治体制的创新。当前我国法治体制的建设在发展根本性变革，集中体现在国务院《全面推进依法行政实施纲要》、《关于加强法治政府建设的意见》,以及已经颁布的具有推进性的法律规范之中，如《行政诉讼法》、《行政处罚法》、《行政许可法》等，各级人民政府应当用依法治国的理念构建我国新型的法治体制。

1、调解工作体系建设问题。社会转型期的中国社会面对的既是经济社会发展的战略机遇期，也是社会矛盾和纠纷的多发期。社会生活中还存在许多不和谐的因素，这些矛盾和纠纷多数为利益诉求，而非政治诉求，我们可以运用调解的方式化解矛盾。“大调解”工作体系建设，正是回应了社会的矛盾和纠纷新特点以及构建和谐社会政治语境而应用而生的。调解是原则，是方法、是目的？观念决定行为。

2、行政纠纷解决机制问题。我国行政机关解决纠纷机制有多种形态，每一种形态都有各自独特的解决纠纷功能。然而，现实中却往往存在这样的悖异现象：一个纠纷历经多个行政机关解决纠纷机制、一级级的行政机关解决纠纷机制都无法有效解决，行政机关解决纠纷机制所具有的优势效能并没能得到充分的发挥，现实中面临公信力不足、解决纠纷的决定和结果难以得到当事

人信服的困境。从行政机关解决纠纷机制因公信力缺失而造成的现实困境出发，归纳提炼出公信力在行政机关解决纠纷机制中的作用，进而尝试性提出在当下中国提升行政机关解决纠纷机制公信力的可行性路径。

其次，社会管理创新是法治观念的创新。法治观念的创新包含基础观念和思维观念。各级人民政府应当更新“权力观念”，公共权力法无规定即禁止；“权利观念”，民事权利法无限制即享有；“制度观念”，权力要受到法律制度的规范和制约；“人权观念”，即尊重与保障人权。依法行政需要宪政理念的指引，用法治观念进行思维，法律思维就是按照法律的逻辑来观察、分析和解决社会问题的思维方式。政府的执政理念应当体现依法行政、执政为民、以人为本、和谐发展的宗旨。

再次，社会管理创新是法律制度的创新。从依法治理到依法治权不仅是观念的变化，更是法律制度的变革。行政法律制度建设应当以规范行政权力为核心，以保障公民权益为宗旨，以构建体现法治思想的法律制度为纽带的新型制度体系。社会管理创新所涵盖的法治涉及多领域、多方面，需要法律制度更新与完善。社会管理创新首先应当解析宪政与法治基础问题，社会管理创新涉及到行政管理制度更新问题、公众参与权利的制度问题、行业自治的制度问题、社区自治问题、社会纠纷解决机制的法治基础问题，其间还包容纠纷解决机制多元化问题等。这些方面都是法律制度建设需要跟进的问题。

最后，社会管理创新是法律规则的创新。我国社会管理的法治创新远非才提出来，大量的立法规范与制度建设都体现了社会规则的变化。例如，《全面推进依法行政实施纲要》就是对法治政府提出了新的“行政规则”。因为，《纲要》是一种政治规则，它提出了解决政治与法律关系问题的基本思路。《纲要》是一种法律规则，它其中蕴涵了法律规范的基本内容。《纲要》是一种法治规则，它指出行政法治的基本目标。《纲要》是一种行政规则，它确立了法治政府依法行政的基本要求。《纲要》还是一种社会规则，它试图以法治理念和创新思维来构建新型的社会秩序。在法治政府建设与依法行政的“路标”指引下，更新观念、创新规则，才能有效的推进与正确引导社会管理创新。

二、社会管理创新的宪政思维与法治路径

当前，社会调解的机制整合是用社会管理创新的思路与方法去促进社会矛盾的化解，建立解决社会矛盾的多元机制。所谓的大调解工作体系，是在党委和政府的统一领导下，以人民调解为基础，以行政调解和司法调解为纽带，运用多元化的、相互衔接的、创新的工作方法，实现化解社会矛盾为目的的新型工作体系。调解体系与机制建设，既是践行社会主义法治理念的措施，又是推进社会管理创新的重要内容。

现阶段的社会矛盾，具有新老问题相互交错，多种矛盾纠纷叠加的特点，涉及多层次的社会关系、多样化的矛盾主体、多领域的利益冲突以及观念、政策、法律、体制、机制等多方面的因素。解决这些矛盾纠纷，需要创新社会管理机制，建立和完善多方面、多层次的矛盾纠纷解决机制。建立和完善调解机制与制度是创新社会管理机制的重要内容。从法治与宪政的视野中看，树立调解的权威性、提高公权的公信力尤为重要。

首先，公信力在解决纠纷机制中的价值

一是，提高公权机关解决纠纷机制的信用度。当事人的矛盾或纠纷之所以愿意通过某种机制进行解决，总是建立在对该解决机制的信任和认同基础之上。当纠纷发生主体信任、认同某解决纠纷机制时，就愿意将矛盾和纠纷诉诸于该解决纠纷机制，也表明他们相信该解决纠纷机制对解决纠纷或冲突是有效的，公平的。

二是，提高公权机关解决纠纷决定的执行度。实践当中经常存在这样的情况，公权机关解决纠纷机制已经就某一纠纷进行解决并作出决定，该决定也得到当事人的认可，但由于各种原因，决定的实际执行情况不尽如人意，纠纷解决的实际效果没有达到，久而久之，造成当事人以及其他民众对公权机关解决纠纷机制丧失信任，损害了公权机关解决纠纷机制的公信力。提高公权机关纠纷解决机制公信力，提高公权机关解决纠纷决定的执行度，使公权机关解决纠纷机制的每一个决定都得到切实有效的执行，达到“言”必信，信必行，行必果”。

三是，提高公权机关纠纷解决决定的接受度。人们对事物的接受总是建立在信任的前提之上，只有对某事物信任、认可之后，才有可能接受它。如果公众认为公权机关解决纠纷机制具有公信力并值得信任，就会相信这种机制能够公平、公正解决纠纷、化解矛盾，从而能够接受这种机制所作出的决定，如果认同其公正性，即使该决定在实际效果上可能适度偏离，也不会对制度与规则本身持有异议，良好的制度设计是允许机制的前提。

四是，解决纠纷的社会效果有效实现。任何机制解决纠纷所追求的最低层次的目的不应仅是“案结了”，而应当是“案结、事了、社会效果达到”，更不应因解决一个纠纷和矛盾而引发新的或更多的纠纷和矛盾。增强公权机关解决纠纷机制的公信力，强调公权机关解决纠纷机制运行过程中，既要注重个案的公正解决，公平正义的实现，也要强调社会效果的实现，通过公正个案的累积和放大，实现整个社会的公正。

其次，权威性在化解社会纠纷机制中的定位

一是，提高调解机制的认同度。社会纠纷当事人相信调解机制在民众之中具有权威性，解决纠纷是有效的、公平公正的，对其就自然产生敬畏感。

二是，确保调解机制的中立性。中立性是调解机制的生命所在，是调解机制权威性的重要渊源之一，也是调解机制公正解决纠纷的必然要求。

三是，保证调解机制的有效运行。调解机制得以有效运行必须具有内在和外在两个条件，内在条件是调解机制所具有的合理内部设计和架构，处理协调纠纷的基本条件具备，即本身所拥有的值得信任东西；外在条件是指调解机制在长期解决纠纷过程中所形成的“自身形象”，即公众对其所作的评价状态，权威性程度。

四是，促使调解机制的应时完善。任何一个解决纠纷机制都不可能是尽善尽美，总会存在这样或那样的问题，与民众的期望也会存在一定的距离。但我们不能因此而放弃对解决纠纷机制的发展和完善，就调解机制权威性而言，在承认其权威性不高这一最大的实际基础之上，着力缕析其原因，探索解决问题的路径。

确立和提升大调解机制权威性的路径在哪里？一是独立性，独立性是大调解机制权威性的前提。相对独立性是调解机制保证解决纠纷结果公正性的重要条件，而且这种独立的程度和调解机制权威性在一定程度上是成正比例关系的，即相对独立性越高，调解机制所具有的权威性就越强。二是专业性，专业性是大调解机制权威性的保证。专业性应是其要求之一。具有实际所要的专业知识和能力，一是可以提高对争议事项的分析水平，从而增强处理解决问题的能力；二是专业性可以增强职业思维的规范性、判断标准的统一性、调解处理类似纠纷的一致性，从而有利于避免大调解机制在协调处理纠纷过程中的随意性，增强解决纠纷的公正性。

三、社会管理创新中管与理的价值位阶

首先，社会管理活动的管与理之分离一个显而易见的事实是：人类需要群居才能生存和发展。于是，在共同的生产和生活之中，互相之间的联系就成为了不可或缺的，在互相发生人际交往和

利益交换的过程之中，不可能总是和谐融洽，一帆风顺的，必然会发生这样或那样的矛盾和纠纷，事涉群体的共同事务也需要集中进行处理，这种情况之下，社会管理便因应实际的需要而产生了，也许在以前没有用“社会管理”这个词。从这个意义上而言，社会管理不是一个新的课题，只要人类社会存在着，社会管理总是不可或缺的，而且社会管理会随着历史发的展而不断发展，不断适应实际的需要，用新观念、新方法和途径去解决现实之中出现的问题，这就是我们所说的社会管理创新。

毋庸置疑，我们今天正大力提倡和将进行社会管理创新是一个延续的过程，绝对不是从零开始的，要做好当前的社会管理创新工作，就必须对已经积累起来的宝贵经验和教训，进行认真深入地整理吸纳，哪些社会矛盾化解的方法，效果是良好的；而哪些对群众利益诉求的反映是迟钝的，受到了大家的诟病，总结的成果作为今日创新的基础，不能一概否定，另起炉灶。假如对历史上的经验教训一概视而不见，我们的社会管理创新也就必然失去客观基础，没有了历史渊源，成为了“无源之水，无根之木”，就会陷入在脱离实际的错误之中，难以找到解决实际问题的路径。

在历史上，社会管理一向重视“管”字，作为国家层面而言，是用一些方针、政策对社会和民众进行管理，使民众因服从管理而形成有利于统治阶级的社会秩序，也可以说是建立在国家和民众二元对立的基础之上的，是将民众视为被管理的对象，而国家是主动去管理的，所要追求的也是全社会的整齐划一，服从王权或专制的统治。这样的管理绝对不是我们今天所追求的，今天我们国家是社会主义中国，人民才是国家的主人，作为国家代表的政府是为人民服务的，目前所出现的一些问题和矛盾是人民内部矛盾，在社会管理方面需要进一步加大创新力度，但我们今天我们所提倡的社会管理创新的重点应当是以“理”为追求，即理顺各利益群体之间的关系，协调矛盾和纠纷，而不应当单纯的放在“管”上，尽管“管”是必须的，但在二者的位阶序列上，“理”应居于前。

其次，以“理”为重是创新之追求和目的

对社会管理来说，以“理”为重心的服务才是我们的追求和目的，管只是手段，不能反客为主，本末倒置，颠倒主次。当然必要的“管”是需要的，甚至也可以说是不可或缺的，但必须予以明确的是“管”只能是权宜之计，一时之策，只能是局部行为。必须给予民众和社会一个正当诉求的途径，而且这些途径应当是畅通的，我们要让民众话有地方说、怨气和不满有地方释放，话说出来就踏实了，气撒出来就平安了。矛盾的普遍性原理告诉我们，时时有矛盾，处处有矛盾，任何事物都是对立的统一体，正是矛盾双方的对立统一促进事物的发展。正如一句民谚所言，在斗争中求发展，在斗争中求团结，从这个意义上来说，一定形式的紊乱和不同的声音是我们必须承担的代价。刚性的社会稳定容易折断，有效也有限，弹性的社会稳定是包容性的社会稳定，才是本质的稳定。和谐良好的社会稳定绝对不是死气沉沉，绝对不意味着鸦雀无声，而是多样性的稳定和有序。

就社会管理创新重在“理”而非“管”的观点，有一则历史故事很能说明这个问题。大家都知道的春秋战国时期的神医扁鹊，只要人生了病，不管是多大的怪病奇病，扁鹊都能有办法治好，所以大家都称扁鹊是神医。但是扁鹊自己却从不认为自己是神医，而积极的向人们推荐他哥哥，说他哥的医术比他高得多。人们都百思不得其解，感到非常的奇怪，因为从来没听过他哥哥还能够给人治病。扁鹊向人们解释说因为他哥只治没有生的病，预防人们得病，就是说这个人还没生病之前，他哥就告诉你有可能要生病了，告诉你如何去保健、养身、调理，经过事先的预防，人们便不会得病了。这样的医术其实才是最高明的医术，但是由于被告诉过的人大都没有生病，便以为自己本来就没病，所以就感觉不到他哥医术的高明。这个故事告诉人们，得病之后治病重要，但是如何预防不得病更加重要，将本来可能要患的病在事前预防处理，减少疾病对身体机能的损

害，对于一个人的身体健康具有更加重要的意义。

最后，理是管之本、管是理之术

在法治的视野中推进社会管理创新，这是法治社会的理之基础。法律是蕴含法治精神的社会规则，我们应当透视法理、掌握规则；法律是平衡公共利益的基础原则，我们应当熟悉原则；法律是化解生活矛盾的基本准则，我们应当了解准则。因为，法治是社会秩序，法律是社会规则；矛盾是社会插曲；法理是智慧结晶。正因为如此，法律不能不懂，也不要机械的适用。法律如“车”，法治如“路”，规则如“标”，法理如“术”。合法的依据是“法律”，违法的标准也是“法律”。不是有了车就可以随意上路行驶的，不是佩戴了枪可以随便乱放的。法律是由法治精神贯穿于其中。法律实现（执法）需要掌握法治观念、熟悉法律规则和遵守执法程序。不是有了“法律规定”就可以执法，拿着“法律条文”就去执“罚”，往往钱收上来了，“法治”丢了。有些执法者通过对法律的自我理解（一知半解），认为知道了法律规定、就有了法律根据，似乎有了“尚方宝剑”。这样的执法，往往误解或曲解法律。

现代社会为保障生产有序、交换公平、相处和谐，需要依靠一种强有力的判定和调解的力量，这种力量往往是司法权威。立法将何种社会冲突纳入司法审查范围，一方面取决于国家干预社会生活的主观意愿和客观可能性，另一方面也受制于社会对于司法控制的主观和客观需求。社会本身就需要存有一定的自治空间来进行运转，并且目前我国司法资源的现状也需要公民能够更加合理的利用规则作出判断，用更加便利和经济的方式解决纠纷。我国现阶段的司法救济存在的困局：法院受案范围之外的权益如何寻求救济，公民如何最佳地利用法律规则维护自身权益。有所为，有所不为，将成为公民权利时代面临的一个新的选择，而非诉讼方式（调解、仲裁、复议、申诉、和解等）的救济途径是实现权益保护的最大化有效方法。

大道同理。无论从宪政视角，行政层面，管理阶段，我们所说的社会管理创新何尝不是如此。如果平时在“理”和“服务”民众上多下功夫，立足宪政的观念指引，树立服务型政府的理念，完善诸种机制，使民众的正常利益得到满足，正常诉求得到重视，很多问题必然能够防患于未然。即使出了一点问题，也是要直面这些问题，想办法去解决，而非把问题压下去，大事化小，小事化了，暂时平息了，而真正的矛盾并没有得到解决。对于社会管理中的问题，事后和稀泥式的糊弄不是办法，事前付出时间和金钱预防不是浪费；未雨绸缪显本事，防微杜渐见功夫。

对于社会管理创新的研究，需要宪政理论与观念的指导，更需要实证平台的支撑。我们的研究空间在地方，我们的成果可能有局限的，甚至是片面的。然而，只有特色的才是自己的，只有民族的或者地域的，才是中国的、才是世界的。但愿我们的地方性探索的拙见与素材能够为社会管理创新的研究提供基层经验。

谈中小型律师事务所发展之路

安徽衡远律师事务所律师　陈本胜

摘　要：目前，大多数中小型律师事务所疏于管理，甚至没有管理的理念，更没有长远发展的目标。管理仍被很多事务所视为可有可无，这些律师事务所往往实行人治，重视硬件建设而忽视管理的软件效益。不安于人治的事务所又“缺乏管理思路”，要么完全交给市场，要么片面追求企业化管理，忽视事务所与传统企业的结构差别，而对于发展之路，更是没有一个远期的发展目标。要想改变上述现状，需要走出一条适合中小型律师事务所的发展之路

关键词：管理模式创新　专业化发展

目前，中小型律师事务所普遍存在疏于管理，甚至没有管理的现象。管理仍被很多事务所视为可有可无，这些律师事务所往往实行人治， 重视硬件建设而忽视管理的软件效。不安于人治的事务所又“缺乏管理思路”， 要么完全交给市场，要么片面追求企业化管理，忽视事务所与传统企业的结构差别。关于律师事务所的发展方向问题，许多业内人士提出了各种观点，其中“规模化发展“是大多数人认同的观点，但是对于中小型律师事务所的发展，这种模式并不合适，规模化发展固然有其优势，但是也存在着很多问题，如成本的增加、市场环境的影响等，尤其是对于大多数中小型律师所来说并不具备这方面的条件，无法完成这一模式 。要想改变上述现状，走出一条适合自己的发展之路，我认为要从以下两个方面进行：

一、管理模式要创新

1、充分认识规范化管理的重要性

（1）规范的管理是律师事务所的“立所之本”。律师事务所既是律师执业的基本机构，同时也是对律师管理的基层组织。在中小所内，作为事务所的合伙人，决不能仅仅专注于业务开拓，更要意识到作为管理者的责任。律师事务所既然是一个单位，就必须要有规范的内部管理制度。一个管理基础薄弱的律师事务所不能有强大的竞争力和良好的社会形象。现实中，部分律师事务所因为片面追求经济效益而忽视了内部管理，导致出现执业律师制度约束欠缺、投诉不断等情况，不仅阻碍了律师事务所的健康发展，而且损害了律师队伍的整体形象。

对中小型律师事务所而言，合伙人要将办所与执业当成一种事业的两个方面来看待，立足于长远发展，不片面追求经济效益，坚持走可持续发展的路子，重视内部管理，以管理促发展、向管理要效益；做到制度先行，建立健全内部各项规章制度，严格按制度办事。

（2）坚持规范化管理首先要解决思想观念问题。许多中小型律师事务所认为只要有经济效益，无所谓管理，合伙人工作本身就很繁忙，自己还要去创收，哪有时间去搞管理？律师业务的发展靠自己去拓展，制定太多的制度束缚了律师的发展，反而不利于律师所的发展。这些认识都是错误的，实践证明抓管理非但不会影响业务发展，而且会增加一个所的凝聚力和向心力，极大的促进业务发展。那些管理不到位的所，时刻面临着生存的危机，即使是一时有所“发展”，由于缺乏坚实的基础，也终将难以长久。

（3）建立健全内部规章制度是实现规范化管理的关键环节。律师事务所必须建立一整套规章制度，要靠制度去管理，在中小型律师所内不能靠所主任或合伙人的一时意愿进行管理。现在

的律师所管理规范以及律师协会制定的操作规范，都要求所有的律师事务所要有规范的规章制度，只有有了健全的规章制度，律师所的管理工作才能健康、稳步的发展。

（4）规范化管理贵在坚持，任何制度不可能一劳永逸，管理制度也需要结合实际运行过程中出现的新问题而进行修改，以谋求更好的适合本所发展的管理制度。对全体合伙人及专职律师，特别是新成员，要经常进行教育，用所的各项规章制度去管理。

2、律师事务所合伙人必须要对全所律师有充分的了解。作为一个管理者，必须对律师有个清楚的认识，律师通常具有以下特性：一是文化水平高，二是独立性强，有较强的流动意愿；三是具有民主意识；四是希望有共同的理念制定相关制度，同时由于每个人的性格不同，导致管理方法也不相同。因此我们律师事务所的合伙人应当根据每个律师的特性进行管理，了解他们的特性，才能有针对性地制定适合本所发展的模式，才能更好的管理他们，才能使律师事务所发展、壮大。

3、管理职能的灵活运用。

（1）律师事务所主任的职能灵活转换。律师事务所主任是律师事务所的负责人，主任在章程和合伙人协议授予的职权范围内，享有充分的管理权，主任具有管理律师事务所的日常事务，对外代表律师事务所等职责。随着律师事务所规模的不断扩大，管理事务的日趋繁重，加上律师行业之间竞争越来越激烈，律师事务所主任在从事律师业务的同时对事务所进行管理必将会导致两者之间发生冲突，要么对律师事务所疏于管理，要么自身律师业务受到影响。对大多数主任来讲，他们既是所里的业务骨干，同时又是创收大户，具有举足轻重的地位，因此，放弃业务是不可能的。要做业务，势必要忙，忙于业务必然会疏于管理，疏于管理，就可能出现问题。因此，对于这种情况，律师事务所可以尝试聘用专业的管理人员对律师所进行管理，由他们来处理日常事务。这样可以大大减轻律师事务所主任的管理工作。还可以在本所中选择一个管理能力强的合伙人由其担任常务副主任，主要从事律师事务所管理工作，所里在年终分红时给与固定的报酬，这样可以将主任的管理职责转移出去，同时让所主任仍然把持着所的发展方向不改变。

（2）全体合伙人共同担负管理职责，不能把管理责任推给主任一人。这就需要主任在各合伙人之间合理分配职权，做到人人有分工，事事有人管，权责明确，这样才能真正做到民主决策、责任共担，增强合伙人的集体观念。

（3）对于非合伙人律师，如果属业务骨干，可以制定较低的门槛吸收他们作为新的合伙人。这样可以留住这些人才，为律师事务所的发展创造更大的发展空间，同时更是为他们提供了上升的平台，增加他们对律师事务所的感情，把这个所作为自己终身可以依托的组织，避免人员的流动，使律师事务所可以得到持续的发展。

二、走专业化发展道路

1、律师所实现专业化发展，是律师行业发展趋势的一种体现，具有重要的现实意义。

（1）多元利益平衡的需要。随着我国社会主义市场经济体制的发展，利益关系、分配方式等愈加多样化，各种利益冲突不断出现，律师所参与调整的社会关系也随之多样化和复杂化，参与的广度和深度也随之加大。科学合理地平衡不同主体的多元利益，解决繁杂的社会矛盾，维护社会稳定，要求律师所招纳具有不同学历背景、复合型知识（诸如具有知识产权、医学、证券等知识专长）的律师加盟以推进专业化发展。

（2）法律服务现代化的需要。服务，是具有无形特征的可以给人带来某种利益或满足某种需求的一种或一系列活动，其发展的一个基本特点是规模不断扩大，交易人流不断增多，同时其

复杂度和整合度也越来越高。现代服务业已具有以深度专业化为核心进行高度整合的特点。法律服务作为服务的一种,其发展同样须遵循现代服务的发展规律。律师所作为提供法律服务的组织,在服务流程中体现专业化、规模化,使之能够根据客户的需求为其提供最优化的资源配置方案,是法律服务现代化的需要。

2、律师所专业化发展的必要性。任何一个优秀的企业都有自己的主业和主打产品。我们谈论知名企业时,总是会想到其代表产品,想到它在哪一个领域是领先的。律师事务所也是如此。现在的律师业务已从以前单纯的刑事辩护、民事代理发展到今天的证券业务、企业的破产清算等等。人们谈到某知名律师所时,也是首先谈论这个所有哪几个著名的律师,该所擅长哪些领域的法律服务。在市场经济条件下,一方面社会分工越来越细;另一方面市场主体间相互协作更加密切,所以中小型律师事务所要想生存发展要有自己的业务特色。在当今激烈的市场竞争中,客户在选择律师或律师事务所时都有很大的选择空间,同时客户的要求也不断地趋于多样化。如果没有专业化与之对应,服务没有特色,律师所就没有竞争优势,那么生存就会出现问题,更谈不上发展。

3、专业化发展需要考虑以下因素:

(1)律师行业的发展需求。律师行业的发展现状是律师所专业化发展的重要起点,发展路径的选择主要是针对发展现状中所凸显的需求来决定。只有根据社会发展的需求选择专业化路径,才能在同业的正当竞争中取胜。

(2)区域的经济发展水平。不同区域的经济发展水平制约着律师所专业化路径的选择。律师所的专业化发展有其独立性,但应依据律师所所处区域的客观条件选择专业化路径。在经济发达地区,高端产业的发展可以为律师所的专业化带来发展机遇。而经济欠发达地区,则往往可以通过律师所的专业化法律服务等配套服务的完善、提升来促进相关项目实施。律师所应根据所处区域的经济发展状况及发展趋势选择专业化路径。

(3)市场的供需状况。市场供需状况直接决定着律师行业的竞争强度,律师事务所现有业务的开拓状况,任何一种专业化的发展方向确定,其前提和基础必须要先适应市场需求。任何不切实际、不尊重本地区经济发展现状和前景的专业定位必然是纸上谈兵,也是对人力资源的浪费。

(4)对资源进行合理、有效的配置,才能使之发挥最大的功效,使其服务具有强大的竞争力,所以,一个律师所要想成为名牌律师所,就必须有所舍弃,必须有自己的专业定位和专业优势,有一批优秀的专业人才。同时,由于律师所所在的地区特点不同,法律服务市场的需求和结构也不同,律师所需要根据自己对市场的判断和自身的特点进行目标定位和专业定位,培养一批精英型的专业律师,打造一个或几个具有专业优势的律师团队。

4、专业化发展的基本路径

(1)合理进行专业划分、人力资源的搭配。在律师所内部按相关专业种类或业务类型等划分标准设立业务部门的基础上,根据具体细分市场的战略选择,对某一个或几个专业法律服务领域进行专业化重点建设。针对具体服务领域进行环节细化,在专业部门内部实现无缝对接,规范相关的服务程序并制定详细制度,推进该领域的标准化管理。在上述根据业务领域、组织功能细分设立专业团队的基础上,具体的团队组建应注意人员的搭配和调配,如按适当比例搭配基础成员律师、资深律师和后援律师;合理搭配开拓型律师(擅长寻找客户、项目和市场)、经营型律师(擅长有效分配资源)及业务型律师(擅长具体案件处理);有效调配具有会计师、税务师、医师、工程师、专利代理人等不同专业背景的复合型律师,整合律师所的人力资源,有效提高律师所专业化建设的整体效益。

（2）专业研究。整合专业律师团队的实践经验及研究成果，通过提炼、总结和优化，确立律师所重点专业化建设领域的研究体系，要研究律师意见被采纳，或者被否定的经验教训，写案例分析，将经典案例在律师业务学习时交流，并向客户展示和反馈。律师的实务研究很大程度上就是案例研究，就是对办案成败得失的研究。很多律师往往案件办完，归档了事，缺少事后的总结分析。来自实际案例的分析研究是非常重要的，起到总结经验教训、举一反三的作用，案件分析是最好的业务学习教材。

（3）参加专业领域的各项培训、交流。加大在专业业务领域的培训投入，选派律师参加相关研修班、培训班。通过这些培训，能够及时掌握相关专业领域的最新动态，了解相关专业领域的各类信息、与同行和客户交流实务经验、强化了相关专业领域的知识储备。

总之，任何管理模式都有利有弊，各中小型律师事务所选择什么样的管理模式不能生搬硬套，应当根据本所的实际情况来选用适合自己的模式，但是这种管理模式不是一成不变的，而是应当根据客观情况的变化而变化，也就是在管理中要有所创新。为在激烈的市场竞争中生存发展，就必须要坚持走出自己的专业化道路，实现专业化发展方向，切不可急功近利，要舍得人力、财力、物力的投入。

关注县域律师 促进县域律师良性循环发展

——县域律师的发展现状及应对措施

安徽弘大律师事务所 蒋祥爱

摘 要：安徽省是一个农业大省，县域律师是一支庞大的律师队伍，县域律师的发展是安徽省律师行业发展的重要一环。安徽省司法厅和安徽省律师协会非常重视县域律师工作。自七届律师代表大会以来，一直把县域律师工作的良性循环发展作为一项专门工作，省律协设立了“县域律师工委”。了解我省县域律师的管理现状，总结县域律师事务所的不同管理经验，研究分析县域律师发展存在的主要问题及成因，探讨解决问题的方式和发展目标，促进县域律师工作的良性循环发展。本文围绕上述问题，与同仁们共同探讨县域律师的发展之路。

关键词：县域律师事务所 县域律师 管理现状 存在问题 发展目标及建议

一、我省县域律师事务所的现状

（一） 县域律师执业机构设置

我省县域律师事务所的分布，按照行政区划和人口比例考察，不够均衡。17 个地级市共有县辖(包括区)律师事务所 300 多个,处个别贫困县除保留国资所外,其余均为合伙所和个人所。17 个地级市平均每个市约有 17 个县辖律师事务所;每个地级市平均有 150 名律师在县辖律师事务所执业；平均每个县辖律师事务所有近 8-9 名执业律师。

（二）人员结构

1、执业律师分布。我省在县辖律师事务所执业的律师共 2000 多名,主要分布在几个较大的地级市下辖的县（区）。其中，县辖律师事务所执业律师最多的是：安庆市、六安市、;阜阳市、滁州市。县辖律师事务所执业律师最少的是：马鞍山、铜陵市、淮北市、淮南市。2、合伙人结构。调查显示,我省县域律师事务所的合伙人绝大部分为三至五人,只有极个别的律师事务所合伙人超过五人。年龄结构以中年律师居多，30 岁以下的合伙人较少。学历结构：本科学历以上学历的约占 70%。3、执业律师人员构成。县域律师事务所的执业律师普遍较少，80%的县域律师事务所执业律师在十人以下,只有少数县域律师事务所的人数达到十人以上(这些所主要分布在城区)。4、辅助人员情况。在县域律师事务所中,基本没有设置律师助理和其他辅助工作人员，也没有行政主管人员。普遍的做法是聘请一名内勤人员，负责财务，兼顾收案、收费、接待等各项行辅工作。

（三）业务类型

我省县域律师事务所的业务类型主要是以诉讼为主,非诉为辅。整体来看,诉讼业务是县域律师的主要业务，传统的民事诉讼，刑事诉讼和行政诉讼占律师业务的 90%以上，非诉讼业务只占极小部分（个别县例外，如：宣州市的宁国、广德）。

（四）业务创收

县域律师的创收悬殊很大。县域经济的发达与否,决定着县域律师的业务创收;经济较发达的县律师创收高一些,经济欠发达的县,律师的创收较低。综合全省平均,县域律师人均创收约

5-6 万元。创收高的县人均 10 万元左右，创收差的县人均不到 5 万元。

（五）分配制度

县域律师事务所的分配基本都是提成制，只有个别律师事务所是底薪加提成。

从我省县域律师事务所的分布看，基本合理，但不均衡。普遍为在市内（城区）的县域律师事务所人员规模相对较大，而在县辖的律师事务所人员规模较小。大部分律师事务所成立时间不长，成立五年以下的事务所占二分之一强。从体制上看，目前县域律师事务所基本是三种类型。通过二 000 年和二 00 八年的两次改制，目前除保留的部分国资所外，基本都是合伙所，个人所近几年有所增加。主要是小型所，合伙人在 3—5 人之间，10 人以下的所占 80%以上。从人员结构上看，非律师人数较少，几乎所有的所都是只有一名非律师人员，这与事务所的小型化，律师队伍的老龄化以及分配制度提成制有直接关系。从业务类型看，县域律师的主要业务是诉讼，非诉业务所占比例极少，甚至个别律师事务所就没有非诉业务。而在诉讼业务中，主要是民事诉讼和刑事辩护。可喜的是，近几年以来非诉业务有逐渐增长的趋势。从业务创收情况看，虽有逐年增长的趋势，但增长幅度不大，年人均创收一直在 4—5 万元之间徘徊。只有个别市的县域律师增幅较快。但不可忽视的是：在县域律师中，合伙人的创收占县域律师收入的 70%以上，聘用律师的收入非常低。

二、县域律师事务所管理现状

（一）律师事务所的管理

管理机构与体制：我省的县域律师事务所主要是合伙制，基本是合伙人集体管理模式，没有分级。合伙人会议基本不定期的为多，根据事务所的需要或主任（执行合伙人）的意愿确定，每年以 3-4 次的居多。国资所为数不多，管理体制主要是主任负责制。合伙律师事务所的费用基本是合伙人平均分担，基本没有公共积累，也没有设立退休制度。国资所是自收自支，没有保险，但有退休制度。县域律师事务所没有设立专门的管理机构，合伙人既是管理者又是经营者。几乎所有的律师事务所主任任期都为三年，可以无数次连任，由合伙人会议选举产生，行使日常管理和决策权。大部分管理合伙人与非管理合伙人之间的关系较好，管理合伙人牺牲大量时间进行所务管理，但没有报酬。但县域律师事务所的合伙人队伍不够稳定。离开的主要原因是：理念差异过大、收入差距过大、分配制度的不公；对事务所管理模式的异议、业务方面的制度支持不力、无法认同律师事务所的文化。

我省县域律师事务所的管理模式体现了事务所规模较小的特点。主要采取相对集权的主任负责制管理模式。这种现有的管理模式在县域律师事务所管理中基本可行；但也有部分律师事务所认为这种管理模式不够民主。规范化管理是事务所管理的发展方向。现在的县域律师管理主要是沟通协商的“人治”，多数事务所认为，今后的事务所管理应加强“制度建设”，逐渐由“人治”转向“法治”。对于省厅和省律协已经出台和即将出台的相关管理规范持欢迎态度。

（二）律师事务所的律师管理

律师入所 大部分律师是通过自荐或他人推荐入所，有一部分是通过实习自愿留所，基本上没有实行公开招聘方式。律师流动 县域律师的流动率较大，每年的出所与入所比例约为一比二。律师待遇 几乎所有的律所都是提成制，没有底薪；办理“五项”险的为数不多。多数事务所仅为律师办理“社保和医保”，其他待遇基本没有，更没有休假制度和退休制度。事务所支持 事务所除了为律师配备基本的办公室和网络支持外，其他条件很差。事务所没有自己的文化建设和风格。

事务所没有自己的培训计划，对年轻律师也没有具体的帮教计划，随意性较强。律师之间的合作大部分律师主要是各自办理业务，相互游离程度很高。 县域律师的准入门槛较低，没有具体的选聘标准；人员流动率过高，基本是一比一；律师待遇不好，收入偏低，很多律师现在仍然处于谋生阶段，相当一部分律师的收入不稳定，也是律师外流的一个重要原因；县域律师的办公条件较差，绝大部分事务所没有自己购买的办公用房，主要是靠租赁；事务所对律师的培训机制没有建立，完全靠律师个人或上级的安排。为实现县域律师工作的良性循环发展，司法行政和协会近几年加大对县域律师的管理力度，帮助指导事务所对律师的管理。特别是开通网络培训，深受县域律师的欢迎。

（三）律师事务所的业务管理

首先，事务所都能做到统一管理、统一接受委托。在立案管理上，统一收案，已基本实现网上登记，但没有专业分工和分配。其次，案源开拓方式。主要是律师自己联络，自己客户的推荐介绍，当事人上门的传统方式。其三，宣传途径单一，主要是靠律师自己的影响，通过亲朋好友介绍。客户管理 事务所没有建立客户管理、维护制度，个别事务所正在考虑建立客户维护体系。目前维护客户的主要方式是：定期回访，案件意见反馈，不定期联络座谈等方式。事务所在业务管理方面，虽然基本上是统一收案，统一管理，但利益冲突把关不严，个别事务所仍存在个人收案的情况。业务开拓的局限性大，依然是传统的客户推荐方式，很少有媒体的宣传。绝大多数事务所没有把客户维护管理纳入事务所发展的议事日程。

（四）事务所的规范化建设

制度建设 所有的事务所根据本所的实际，都制定了自己的内部规章制度。多的二十几项，少的也有十多项。主要范围包括：合伙人会议制度，收案、结案制度，财务分配制度，档案管理制度，投诉查处制度，政治、业务学习制度，重大疑难案件讨论制度，利益冲突审查制度，办公室工作制度，内勤人员工作职责等制度。 投诉与风险防范 对于投诉，事务所都有自己的制度，并公布了投诉电话，但投诉制度不规范。对于风险防范，事务所没有办理执业责任保险，主要依靠省律协的执业保险和平时的风险提醒。事务所对基本制度建设都比较重视，但均不够规范，对其他制度的建设，缺乏足够重视。对规章制度的落实，缺乏得力措施。风险防范意识不够，事务所抗风险的能力较差。

三、事务所的发展目标与定位

县域律师事务所对自己的定位和目标的认识是：绝大部分事务所认为：根据本地的经济发展状况和人文环境，县域律师在今后一段时间内仍应坚持以传统诉讼案件为主，逐步拓展服务领域，扩大服务范围；事务所的规模应以十人左右为亦，不亦在县域倡导专业化分工和建设规模所。所有的事务所几乎都没有自己的中、长期发展规划。

县域律师事务所虽然能够清醒认识县域律师的定位，但对县域律师的发展缺乏信心，没有明确的发展目标，创新观念较差。

四、县域律师发展面临的几个主要问题

（一）事务所的规模普遍较小，管理者的理念滞后。

县域律师事务所的规模普遍较小，一般在 5-6 人，还有的所仅达到法律规定的注册人数，10 人以上的事务所仅为少数。事务所的管理者（合伙人）基本是各自为政，形不成合力。满足于现状，没有明确的发展目标和创新理念，制约着事务所的发展。

（二）县域律师人员流动率过高，不利于县域律师队伍的稳定

县域律师的进出不规范，流动比例基本为一比一。特别是一些高素质的年轻律师，不能扎根县域律师工作；事务所之间的不正当竞争也导致律师不断转所。

（三）管理不规范

虽然所有的所都有自己的规章制度，但真正能够执行的不多；管理的随意性很强。事务所的管理主要还是“人治”，司法行政和行业协会的各项管理措施不能得到有效的贯彻落实。

（四）法律服务市场混乱，管理不善，律师业务受很大冲击

县域的法律服务市场混乱。特别对法律服务所的不正当竞争意见较大。其次是对部分公民代理（县域律师称之为“黑律师”）不规范问题反映强烈。

（五）县域律师执业环境差

由于相关政府部门和政法机关的理念不同，对县域律师执业行为的限制程度不同，各地的律师执业环境也不同。律师执业过程中经常受到刁难，不能充分行使律师权利。很多情况下，为了办理案件调取证据，不得不通过熟人关系，才能调取；虽然《律师法》已经施行几年了，但“三难”问题依然在困绕县域律师。

（六）县域律师劳动价值不能体现

县域律师的收费普遍较低，但办理案件的数量却很大。一名律师一年办理上百卷案件，但收费却只能达到 3—5 万元。这种付出与价值背离的现象，也是县域留不住高素质律师人才的一个重要因素。

（七）各项社会保障措施不落实，事务所的抗风险能力弱

事务所没有办理执业 责任险，律师没有退休制度（国资所除外），律师和事务所的后顾之忧严重。有些事务所的律师已经达到退休年龄，但因没有退休制度，现在又很少有案源，生活非常窘迫。

六、问题的初步分析及加强县域律师工作的建议

从整体上看，我省县域律师工作是健康发展的，但不平衡。我省县域律师发展的势头，特别是近几年的发展速度是较快的。然而，由于地域经济发展的限制，我省的县域律师工作各项指标与其他省份存在着较大的差距。综合考虑；制约我省县域律师工作良性循环发展的主要问题是：

（一）事务所的管理水平低

县域律师的管理水平低下，管理方式简单，没有形成真正的团队合作机制，没有现代化的管理意识，主要靠“人治”。制度不健全，现有的制度也不能得到有效执行。旧观念的阻力，严重影响了事务所的管理和发展。虽然通过开展律师事务所规范年建设活动取得了一定成效，但县域律师事务所真正能够实现规范化管理的寥寥无几。

（二）县域律师队伍专业水平参差不齐

在县域律师队伍中，律师的业务能力悬殊较大。主要原因是：留守在县域的律师多数是恢复律师制度初期的人员（简称“旧人”）和近年新取得资格的人员（简称新人）。“旧人”缺乏系统的法律专业知识，靠多年积累的经验办案，观念比较陈旧，缺乏上进心；“新人”虽然有激情，但缺乏经验，往往眼高手低。一些优秀的专业律师，往往因为地域经济的原因，把县域事务所作为一个跳板，在县域工作 2-3 年便远走高飞。

（三）倡导上的失误

多年来，一些部门在大力倡导事务所的规模化和专业化时候，而忽略了县域律师的现状。实际上，根据我省的县域经济发展和法律服务市场的情况以及县域律师的状况，县域律师事务所在短期内是不可能实现规模化和专业化的。

（四）外部执业环境的制约

县域律师处在最基层，经常与农民和基层的相关部门机构打交道。由于文化素养和法律理念的差距，导致县域律师的执业环境较差。同样的问题，县域律师要比在经济发达地区的律师多付出数倍的精力。律师的“三难”问题，在县域始终没有解决。法律服务市场的混乱，导致县域律师面临不正当的竞争，部分县域律师甚至面临生存危机。

（五）促进县域律师工作良性循环发展的几点建议

1、司法行政和行业协会应为县域律师创造良好的执业环境。凡是县域律师工作开展得好的，当地县委、县政府领导都高度重视律师工作。凡是县域律师工作开展得较差的，几乎无一例外地都提出了执业环境问题。为此建议，司法行政和行业协会，应通过不同的方式，帮助县域律师协调当地政府有关部门和公、检、法等司法部门的关系，切实保障律师的执业权利。阜阳市司法局和阜阳市律师协会在《律师法》出台后协调公、检、法出台相关纪要的办法可供各地参考。

2、规范县域律师事务所管理机制。县域律师的管理，重在提高县域律师事务所的规范性管理。由于县域律师事务所主任一般都由合伙律师担任，而主任的人选在一定程度上决定了该所的管理状况，因此，司法行政和行业协会对主任的任职条件应当做出指引性的规定。要改变现行律师事务所主任有权无责的状况，从行业规范入手，建立主任的责任追究制度，从制度上增强律师事务所主任的管理责任心。行业协会应重点加强对律师事务所管理制度制定的指导，制定一些事务所管理必备的规章制度指引，并定期检查执行情况，促进县域律师的规范化管理。要改变过去对县域律师事务所管理的观念，不能再隔靴搔痒，不能在不做深入调查研究的基础上（或者走马观花）作出一些不切实际的文件。笔者认为：任何个体律师的不规范执业行为都是由于律师事务所这个律师执业机构的内部肌体存在顽疾所至，治理律师的不规范执业行为，最根本的是治理好事务所的内部管理。这是管理律师的最基本的层面，也是最关键的层面。

3、司法行政和行业协会应制定政策，指导事务所改革分配模式。利益分配是律师事务所的敏感问题，县域律师的很多矛盾因利益而生，利益分配的矛盾是导致律师事务所解体的一个重要原因。现在的县域律师事务所，多数是按人头平均分摊公共开支，各办各的案，互不通气，使律师事务所成了个人执业律师的组合。司法行政和行业协会应当根据合伙律师事务所的性质和特点，指导事务所建立合理的分配制度。对于县域律师事务所中聘用律师的报酬制度和福利待遇作出一些规范性的规定，促使事务所在现有提成制的基础上予以改革，解除县域律师的后顾之忧。县域律师的老有所养问题已经比较突出。一些在县域工作的老律师，他们在律师制度恢复之初，从不同的行业跨进律师行业。可以说，他们为律师事业的发展，作出了不小的贡献， 然而，随着律师行业的发展和市场化，他们的知识老化，业务量锐减，有的甚至难以维持生计。除国资所外，绝大部分的事务所，没有退休制度，办理社会保险额较低，随着年龄的增长，其生活越来越困难。前几年，个别律师为了生存，甚至到县委、县政府上访，要求解决自己的退休问题。

4、加强县域律师的基础设施建设。县域律师事务所不论是基础设施建设，还是信息平台建设普遍都比较薄弱。因此，司法行政和行业协会应当通过优惠政策引导县域律师事务所加大基础设施投入。首先要从理念上帮助解决合伙律师的短期观念；从制度上，对合伙人频繁退出合伙又

再次举办合伙所的行为加以适当限制。行业协会可以制定县域律师事务所财务制度，从制度层面上解决事务所积累和税收问题；在政策上鼓励县域律师事务所多积累、多投入。帮助县域律师事务所加强信息平台建设，行业协会应当组织适合县域律师事务所的信息管理软件的开发，特别是信息化办公管理软件，应当考虑律师协会与律师事务所的互联互通，解决信息化应用不达标的问题。对贫困地区县域律师事务所使用信息管理软件予以帮助和扶持。

5、司法行政和行业协会应对县域律师工作加强宏观管理和因地制宜的分类指导。我省司法行政和行业协会对县域律师工作的管理和指导是走在全国前列的。特别是省司法厅和省律师协会近几年下发的《关于进一步加强县域律师工作的意见》和《关于促进县域律师工作的实施方案》受到县域律师的好评。同时，律师和事务所也反映，《意见》和《实施方案》是治标不治本，不能解决县域律师发展的根本问题，有些措施在县域很难落实。对于帮扶制度，县域律师事务所非常欢迎，但是帮扶目标不明确，自推行以来，效果并不明显，有流于形式的感觉。律协联络组也未能充分发挥作用，县域律师的管理和指导主要还是靠司法行政。根据县域律师的普遍反映，笔者认为：司法行政和行业协会应当在县域律师的宏观管理上制定符合我省县域律师实际的规范性文件，不能想当然，要因地制宜，为我省县域律师的发展规划一个发展蓝图。在此基础上，建议充分发挥协会专门委员会和各专业委员会的职能作用，对县域律师进行分类指导，培养县域律师树立新理念；要“授之以芋”而不是“授之以鱼”。加大对县域律师事务所主任和县域律师的培训力度和业务指导，保证县域律师工作的良性循环发展。

律师事务所品牌建设

安徽民之声律师事务所　梅传喜

摘　要：随着社会经济的迅猛发展，律师业的面临前所未有的机遇和挑战，我国的律师事务所从无到有，从小到大，逐步进入到品牌化的时代，但是一直以来，律师个人品牌竞争都是业界竞争的主旋律，这显然已不能适应新的要求。如何打造律师事务所的品牌是我国律师同行普遍关心的问题，本文分析了目前制约我国律师事务所品牌建设的因素，继而提出律师事务所品牌建设的对策，通过详尽分析，本文认为品牌建设是事务所长期、系统、全方位的发展战略，律师事务所的品牌建设工作应当围绕律师所提供的服务产品和服务质量展开，最终要打造自己的优秀品牌，形成核心竞争力。

关键词：律师事务所　品牌　品牌建设

我国律师制度恢复三十多年，全国律师已达 20 余万人，经过三十年的发展，我国形成了一些在当地或全国有影响力的规模所、品牌所。随着中国的入世，中国律师走进世界经济，参与国际化法律服务品牌竞争成为我国律师事务所发展的必然趋势，发展事务所品牌变个人优势为事务所品牌优势，不断提升品牌价值，强化品牌市场，建立和实施个人专业品牌和事务所品牌互补共举的品牌发展战略，成为中国律师事务所发展的必由之路，这也是实现法律人的中国梦的重要举措。

一、品牌的内涵与构成

（一）品牌的由来

品牌的英文单词 Brand，源出古挪威文 Brandr，意思是“烧灼”。人们用这种方式来标记家畜等需要与其他人相区别的私有财产。到了中世纪的欧洲，手工艺匠人用这种打烙印的方法在自己的手工艺品上烙下标记，以便顾客识别产品的产地和生产者。这就产生了最初的商标，并以此为消费者提供担保，同时向生产者提供法律保护。16 世纪早期，蒸馏威士忌酒的生产商将威士忌装入烙有生产者名字的木桶中，以防不法商人偷梁换柱。到了 1835 年，苏格兰的酿酒者使用了“OldSmuggler”这一品牌，以维护采用特殊蒸馏程序酿制的酒的质量声誉。

（二）品牌的定义

20 世纪 50 年代，美国的大卫•奥格威第一次提出品牌概念，至今不过 50 余年，但“品牌”已成为营销界使用频率最高的关键词 。品牌能否取得预期效果，最终取决于消费者的品牌体验，品牌的实质也因此表现为一种关系，而不是企业的单方声明。品牌不是人为设计的形象，或者绚丽的包装、时髦的口号，或者以虚式掩盖本质。“品牌是买主或潜在买主所拥有的一种印象或者情感，描述了与某组织做生意或者消费其产品或服务时的一种相关体验”。在《牛津大辞典》里，品牌被解释为“用来证明所有权，作为质量的标志或其他用途”，即用以区别和证明品质。随着时间的推移，商业竞争格局以及零售业形态不断变迁，品牌承载的含义也越来越丰富，甚至形成了专门的研究领域——品牌学。

1、一般意义上的定义：品牌是一个名称、名词、符号或设计，或者是它们的组合，其目的是识别某个销售者或某群销售者的产品或劳务，并使之同竞争对手的产品和劳务区别开来。

2、作为品牌战略开发的定义：品牌是通过以上这些要素及一系列市场活动而表现出来的结果所形成的一种形象认知度，感觉，品质认知，以及通过这些而表现出来的客户忠诚度，总体来讲它属于一种无形资产。所以这时候品牌是作为一种无形资产出现的。

3、品牌是企业或品牌主体（包括城市、个人等）一切无形资产总和的全息浓缩，而"这一浓缩"又可以以特定的"符号"来识别；它是主体与客体，主体与社会，企业与消费者相互作用的产物。

品牌最持久的含义和实质是其价值、文化和个性；品牌是一种商业用语，品牌注册后形成商标，企业即获得法律保护拥有其专用权；品牌是企业长期努力经营的结果，是企业的无形载体。

为了深刻揭示品牌的含义，还需要从以下六个方面透视[1]。

1、属性：品牌代表着特定商品的属性，这是品牌最基本的含义。

2、利益：品牌不仅代表着一系列属性，而且还体现着某种特定的利益。

3、价值：品牌体现了生产者的某些价值感。

4、文化：品牌还附着特定的文化。

5、个性：品牌也反映一定的个性。

6、用户：品牌暗示了购买或使用产品的消费者类型。

（二）品牌的构成要素

品牌不同于作为产品标识的商标，是具有更为广阔内涵的全新概念。品牌具有标识、区别的功能，但这只是前提和基本功能，除此之外，品牌还包括其他许多内涵，只有将这些内涵最大限度的整合起来，才能实现提升企业竞争力这一最终功能和目标。具体而言，品牌包括显性要素和隐性要素，其中显性要素作为一种标识存在，是品牌的基础和依托，隐性要素则是品牌的精神内核和实质：

1、显性要素

显性要素是品牌外在、具体可见的构成要件，与商标等并无差异，其中包括品牌名称、标识与图标、标记、标志字、标志色、标志包装以及广告曲等，是建设品牌的外在形象基础。

2、隐性要素

隐性要素是品牌灵魂，但不可以被消费者直接感觉，具体包括品牌承诺、品牌个性和品牌体验。与显性要素不同，隐性要素是不能一蹴而就的，它要在长期的品牌营销推广中逐步形成。显性要素可以由品牌拥有者完全掌握，而隐性要素的有效建立，还需要高度依赖于品牌与消费者的互动，并以社会对品牌的体验和评价为最终标准[2]。

二、律师事务所品牌建设的重要意义

从律师制度恢复以来，律师行业从无到有，从有到初步繁荣，应该说得到了长足的发展。事实上，将中国与其他发达国家的律师行业进行比较有两种方式：一种是横向的，一种是纵向的。如果从横向来比较，没错，中国的律师行业的确有很多地方存在不足，简直不能同日而语；纵向来看，将今天的中国律师行业与二十年前的中国律师行业比较，哪怕与十年前来比较，甚至与去年比，都可以发现巨大的变化，这种变化才是中国律师行业的进步。但是在我们肯定这种进步的同时，我们也应清醒的认识到中国的律师行业和欧美发达国家的律师行业存在的巨大差距，这种差距在一定历史时期是客观存在的，我们必须审时度势，顺应时代发展潮流，借鉴学习西方律师行业发展经验，这样才能是中国律师行业获得长足发展。随着科技的进步和世界经济一体化的进展，市场高度成熟，并且越来越呈现出个性化和规模化的特点。所有这些都充分显示了一个基本

的事实——市场已经进入了品牌时代。也就是说律师事务所的发展已经进入品牌发展阶段，品牌战略将是律师事务所最重要的发展战略，这是律师事务所发展的客观规律所决定的。

（一）品牌是一个律师事务所存在与发展的灵魂[3]

众所周知，服务作为产品本身是没有生命力的。可口可乐公司 CEO 罗伯托•郭思达（Roberto Goizueta）曾说：我们所有的工厂和设施可能明天会被全部烧光，但是你永远无法动摇公司的品牌价值；所有这些实际上来源于我们品牌特许的良好商誉和公司内的集体智慧。由此可见，品牌是一个律所的灵魂，是律所存在和延续的价值支柱。因此，只有重视品牌，构筑自身发展的灵魂，我国律所才能走向更广阔、更美好的未来。

（二）品牌代表着律所的的竞争力

服务作为产品参与市场竞争有三个层次，第一层是价格竞争，第二层是质量竞争，第三层是品牌竞争。今天的竞争已经发展到了品牌的竞争。品牌意味着高附加值、高利润、高市场占有率。品牌意味着高质量、高品位，是消费的首选。好的品牌可以为企业带来较高的销售额，可以花费很少的成本让自己的产品或服务更有竞争力。早在 40 年前美国著名广告研究专家 Larry Light 就根据他对市场发展的研究大胆地提出：未来营销之战将是品牌之战，是为获得品牌主导地位而进行的竞争。未来的企业和投资人都将把品牌视为企业最有价值的资产。拥有市场比拥有企业更重要，而拥有市场的惟一途径是拥有占据市场主导地位的品牌。由此可见，品牌及品牌建设战略已经成为提升我国律师行业竞争力的关键。

（三）品牌意味着客户群

对于消费者来讲，有品牌的产品不仅在质量上能给予消费者以保证，更重的是他能满足消费者在消费时的那种愉悦感，从心里上得到了更大的满足。品牌代表着一贯的承诺。品牌对于顾客不仅意味着他们消费的产品、享受的服务源自何处、出自谁手，而且与一定的质量水准、品牌信誉始终相连。一个品牌代表这一定的产品、服务质量，凝聚着企业的形象和顾客、公众和社会对它的评价，吸引着相对稳定的、忠诚的客户群。对于广大律师事务所来说，品牌意味着客户忠诚，意味着稳定的客户群，意味着同一品牌覆盖之下的持久、恒定的的利益。

品牌是一种长时间的积淀，从品牌身上你可以看出企业或产品的文化、传统、氛围、或者精神和理念。奔驰的稳重大方，高贵舒适，诺基亚的科技以人为本等，无不建立了消费者对这些品牌所有者所提供产品和服务的信心。因此，构建品牌战略，培育自身品牌对于中国的律师事务所来说，意义重大深远。

三、目前制约我国律师事务所品牌建设的因素

（一）品牌意识淡薄，不注重品牌建设

国外律师行业长期处于市场竞争中，对于市场已经形成了完整的制度和体系，而相对与国外的律师行业，我国处于市场经济的时间毕竟有限，律师行业并没形成一个完整的竞争机制，律师行业改革还处于摸着石头过河的阶段。虽然有发达国家的经验可以借鉴学习，但是由于具体环境和自身发展形势的不同，我们还应具体问题具体分析。联系具体实际，中国的品牌链（国家品牌，产业品牌，区域品牌，企业品牌和个人品牌）目前还处在起步和创建阶段，中国的企业众多，但卓越的企业家却是凤毛麟角，而且品牌意识与高度普遍不足，中国品牌群体崛起的道路任重而道远。总的来说，我国律师事务所都有字的名称，律所的每位律师也有自己的名称，但是律所和律师的影响力却非常有限。究其原因主要是因为整个律师行业没有成熟的品牌理念，律所的管理者

和成员更在意的是眼前的效益，而没有树立品牌建设理念，更没有指定品牌发展战略，所以也就导致品牌建设的滞后。

（二）品牌评价体系不完善、不科学

目前各种社会中介组织的品牌评选活动过多过滥，导致其社会公信力严重受损，对我国品牌建设产生了很大的负面影响。主要表现为：各种评奖评选活动过多过滥，事事办节，行行评选，层层评奖。过多过密的评奖，不仅难以起到对于优秀产品和品牌的推荐和褒奖作用，反而冲击了那些有影响、有权威的正规大奖；设奖随意，标准不高，把关不严，评选不规范。某些别有用心的人借各种评选捞取好处，关系奖、人情奖、照顾奖层出不穷，甚至荒唐到了出钱可买奖，钱多获大奖，钱少拿小奖的地步，这些现象的存在严重阻碍了我国律师行业品牌建设。

（三）品牌建设没有核心的专业团队支撑

没有核心的专业团队支撑，品牌就没有支撑点，不可否认的是，国内律师所的合伙人既是投资者又是管理者，既当裁判员又当运动员，多重身份交织使合伙人焦头烂额、疲于应对。懂法律业务的合伙人往往不懂管理、不善管理、不愿管理、不敢管理；导致合伙人会议或管委会流于形式，难以形成科学的决策，并得到强有力的执行。而懂管理的人往往不懂律师业务或不了解律师所的运行规律，导致律师所即使聘请了具备管理知识和管理经验的人，也难以对律师所“望闻问切”，形成有效的管理和完善的风险控制体系，而合伙人会议或管委会也难以对管理人员充分的授权和有效的激励，导致引进的管理人员进退两难、无所适从，进而导致律师所无序发展或由合伙人“轮流坐庄”。合伙人即使被推选为执行合伙人、执行主任或管委会主任，也往往忙于自己或自己团队的业务，甚至需要著书立说、维护客户关系、参加大量的社会活动，由于其精力、时间和管理知识有限，难以形成对律师所的全面把握和有效管理。而且，合伙人会议或管委会也缺乏针对执行合伙人、执行主任或管委会主任的监督与制约、奖励与惩罚制度，导致合伙人会议或管委会被高级合伙人“架空”或被创收能力强的合伙人“把持”。最终导致律所的品牌建设缺乏核心的专业团队的支撑，品牌建设也就不能效科学的开展。

（四）律师事务所的服务质量偏低

1980 年《律师暂行条例》将我国律师确立为“国家法律工作者”，虽然这一确立在后期遭到否定，认为律师的全部工作内容与保障公权实施的法官、检察院官不同，律师不应以“国家”公职人员的身份为当事人提供法律服务。但学者们除否定“国家”这个前提外，从来就没有否定过律师工作的法律性。律师工作的法律性，是律师职业基本要求决定的，这种基本要求大体分为三个层面：一是必须掌握法学学科体系的基本知识。二是应当具备法律职业基本的职业素养。这主要是指法律意识与现代司法理念；法律精神与法治信仰；法律语言与法律思维；法律职业伦理与执业规则；以及法律发现、法律推理、法律解释、价值衡量、漏洞补充以及法律论证等。三是必须掌握基本的职业技能。如沟通协商的技能、谈判妥协的技能、辩论的技能、写作法律文书的技能、获取和运用信息的技能、制定规则的技能、起草合同的技能、证据审核和有效运用的技能等等。律师职业的突出特点，主要表现在律师是以自己渊博的法律知识和高超的辩论技巧为社会提供法律服务，属于社会结构中的知识阶层。但是由于职业准入门槛较低以及考试内容的局限性导致律师整体素质参差不齐，这也就根本上限制了我国律所服务质量的提高。律师事务所的服务质量不仅有赖于律师的水平、能力、经验和敬业程度，还有赖于律师事务所的管理方式、管理水平和物质条件。但就目前我国律师行业发展状况而言，律所的服务质量整体偏低。盲目贪大贪多在一定程度上影响服务质量，最终毁损自己的品牌。律师的每一次解答咨询、每一次出庭辩护、每一份

法律文书都表现出律师所的服务水平，天长日久便在客户和公众的头脑里形成了对该律师事务所的质量认知。这个质量认知是正面的，就有利于品牌的优化；反之，则导致品牌的毁损。

四、加快我国律师事务所品牌建设的对策

（一）树立正确的品牌经营理念

律师事务所必须更新观念，树立品牌意识，注重品牌塑造，把自身经营理念和行为从律所效益经营为核心转变为以品牌经营为中心。首先科学地设定品牌建设目标。在品牌发展过程中，律师事务所目标不仅包含服务产品经营中的主要目标，即销量、利润、占有率等，而且更要包含品牌发展相关指标，如品牌忠诚度、品牌个性、品牌价值水平等；另一方面应该积极借鉴学习国外优秀律所品牌建设理念，分析并加以学习国外律所成功的经验，只有这样才能更好的树立科学高效的品牌经营理念。

（二）建立律师事务所品牌等级管理评估体系

对律师事务所各个品牌价值作出评估后，有利于律所的管理人员对品牌投资做出明智的决策，合理分配资源，减少投资的浪费。品牌价值不但向律师事务所以外的人传达本单位品牌的健康状态和发展，而且还向律所成员传达律所的信念，激励成员的信心。品牌评估的最大作用则是可以提高律所的声誉。这样可以促使我国律师事务所更加积极主动的进行品牌建设。对此我国应加快建立律师事务所品牌等级管理评估体系，具体可以借鉴扬州律师事务所“星级模式”管理，实施过程必须始终坚持“机制、手段、评价、导向”的宗旨，将“星级评定”作为一种构建机制、管理手段、激励评价、发展导向来引导律师事务所科学化、规范化发展。在品牌评估的基础上，可以有针对性地提出改进品牌管理、提升品牌价值的解决方案，从而对律师事务所改进品牌管理产生直接作用。

（三）引进专职管理合伙人，推进准公司化管理

律师事务所必须找准自己的定位，打造“百年名所”，在五年之内跻身国内律师所前列，甚至成为行业领军人物，引进优秀的专职管理合伙人（类似于公司的 CEO），推进准公司化管理，是合伙人会议或管委会实施品牌战略的关键所在。可以说，打造“百年名所”，不仅是律师事务所的光荣与梦想，也是中国律师业做大、做强的终极目标和有益尝试，合伙人会议或管委会应当有所担当、勇于开拓。在实践中，国内大型所实行管理合伙人制度，但是收效甚微。管理合伙人一般不拿薪酬，对大型所进行无偿管理；而且管理合伙人在任职期间，承办一定数量的法律业务，缺乏宏观思维、能动性和独立性。最近几年，在大型所推行的管理合伙人制度中，能准确理解并认真推进准公司化管理，并取得成功的少之又少。所以，合伙人会议或管委会应打破常规、不拘一格，引进懂业务、懂管理、善于协调和沟通、富有创新意识和奉献精神的专职管理合伙人，对大型所做大、做强，快速建立律所品牌，无疑是明智之举。对于律师事务所而言，既需要吸收现代化企业管理的经验，又不能不考虑律师行业的特殊性和律师事务所的实际情况。所以，推进准公司化管理，使律师事务所“基业长青”，是专职管理合伙人工作的重中之重，也是专职管理合伙人的价值追求。让法律创造价值，让管理创造品牌。

（四）提高律所服务质量，打造律所核心竞争力

律师事务所的服务质量有赖于律师的水平、能力、经验和敬业程度，有赖于律师事务所的管理方式、管理水平和物质条件。首先，要树立质量第一的价值取向，律师事务所必须围绕提高服务质量去选聘人才，培养人才，管理人才；必须在保证服务质量的前提下承揽业务，办理业务；

必须在提高服务质量的基础上创新服务品种和扩大经营规模。这一点可以借鉴美国飞泽律师事务所的经验，他们认为，和商业领域中的任何企业一样，“品牌”效应对律师事务所也极为重要。在法律服务领域，最重要的不是精深的市场策略，而是工作成果的质量。为促进事务所的品牌影响力，他们非常看重律师个人的品牌发展。一直以来，他们都非常重视对年轻律师的培训和发展，给他们提供展示能力的机会。为此，事务所会制定一些内部培训项目，例如演讲、讨论会等形式，由合伙人对年轻律师做指导。同时，也会聘请外面的专家和我们的年轻律师在法律方面和有效技巧方面进行多层次的沟通交流。另外，还为每位年轻的律师指派一位合伙人以帮助其发展技能，律所也非常鼓励所有律师在不同场合发表文章和演说。其次，牢记信用之上的经营理念，市场经济是一种信用经济，市场经济的发展有赖于社会信用体系的建立和完善。律师既是信用制度的维护者，又是信用制度的实践者。现实当中，常有律师大包大揽，作包赢官司的虚假承诺；或者在与委托人的协议中对自己的义务含糊不清，甚至免除自己的责任；或者虽然在合同中规定了律师的义务，但在实际工作中敷衍了事、玩忽职守；出现了问题以后，又百般推托，不负责任。我国《律师职业道德和执业纪律规范》第五条规定：律师应当诚实守信，勤勉尽责，尽职尽责地维护委托人的合法权益。日本《律师道德》第二条规定：律师应注重名誉、维护信用，努力培养高尚的品德和精深的修养。对一名律师来讲，信用就是一种对当事人信守承诺的责任感，就是对自己提供的法律服务后果负责的道德感。人们把律师视作一种神圣的职业，赋予律师实现社会正义和社会信用的职责。无论律师本人还是律师事务所，要生存，要发展，要在激烈的市场竞争中立于不败之地，永葆品牌的鲜亮和持久，必须诚实守信。只收钱不办事的律师或律师事务所是不能长久的。

五、结论

品牌是一种长时间的积淀，从品牌身上你可以看出企业或产品的文化、传统、氛围、或者精神和理念。奔驰的稳重大方，高贵舒适，诺基亚的科技以人为本等，无不建立了消费者对这些品牌所有者所提供产品和服务的信心。因此，构建品牌战略，培育自身品牌对中国的律师事务所来说，意义重大。但中国律师行业的品牌建设才刚刚起步，品牌建设非一日之功，任重而道远，需要长期的付出和努力。本文认为律师事务所品牌的建设是一个复杂的系统工程，首先应在思想观念上树立正确的品牌经营理念，其次应提高律所的服务质量，打造律所的核心竞争力，并引进引进专职管理合伙人，推进准公司化管理。最后，还应该在外部环境上促进律师事务所的品牌建设，也就是建立律师事务所品牌等级管理评估体系。这样内外因相结合才能确保品牌建设的科学高效地开展，也才能这也是实现法律人的中国梦，让中国的律师事务所品牌屹立于国际律师业舞台之上。

参考文献

1、吴建安《市场营销学》，安徽人民出版社出版 2004 年版，第 253 页。
2、林泰松《律师事务所的品牌战略研究》。
3、生奇志《品牌学》，清华大学吃版设 2011 版，第 301 页。

律师文化建设的深化和创新

安徽刘金莲律师事务所　刘金莲

摘　要：目前我国正处在一个整体转型的大发展时期，各种文化也出现了百家争鸣、百花齐放的繁荣景象，律师文化作为法律文化的重要组成部分，其建设成果的优劣直接影响着国家的法治进程。故，作为一项抽象的精神工程，思想工程和信念工程的律师文化建设，其与律师队伍建设、制度建设、业务建设等具有同等重要的作用。我国的律师业历经二十几年的积累和沉淀，已经逐步地成长成熟，与此同时，也积累了比较丰富的文化内容。因而对律师文化建设给予关注，审视律师文化的内涵和本质特征，已成为律师界面对的重大课题。

关键词：律师　律师文化　内涵

一、律师文化的概念和内涵

从所周知，对任何一件事物、工程、现象的研究，首先要弄清被研究的对象是什么。同样，对律师文化研究也要首先从律师文化的概念、内涵入手，唯有如此，才能目标明确、方法得当、深入浅出，得出律师文化建设的真谛。

律师文化，顾名思义是律师的文化，它应包括律师个体的文化、律师事务所集体的文化、律师协会团体的文化。它是一种意识形态，律师意识形态的好坏、优劣、先进性与否直接关系到律师业生存、发展的质量，也是律师业是否有竞争力的重要保证。

律师文化具体内涵表现在律师的人文律师的人文精神，服务宗旨，职业道德、行为习惯、口牌形象、管理制度、工作环境、自主知识产权等。律师文化是律师行业的整体发展战略管理运作制度，法律服务模式等在理念上的反映。概括地讲，律师文化是律师文化的核心，包括律师精神、律师理想、律师宗旨、律师道德、律师行为文化，包括律师职业行为约束、管理制度、工作环境、行为习惯等，律师文化的内涵集中反映了“知行合一”的理念。因此，从某种意义上讲，律师文化不仅影响律师整体素养能力的提高，也影响到律师业务能否高效发展，是否有竞争力与生命力。成熟的律师文化是律师群体集体智慧的结晶，其外延极大，内涵丰富多彩，最终律师文化成为律师事业的核心与精神支柱，成为对律师个体行为进行评价的价值标准，因此应重视律师文化的建设，从而在律师的行业内形成一股凝聚力，树立律师群体的整体形象。

二、如何构建先进的、主流的、和谐的律师文化

2006 年 7 月 24 日，司法部副部长赵大程同志在全国律师工作座谈会上的讲话中所指出的那样“开展律师文化建设，最终的目的是要用先进的律师文化来支撑律师事业的发展”我们所谓的律师文化。应该是在社会主义经济政治制度下，在法律服务实践中经过发现、提炼、弘扬、传承的过程中形成的，它符合法制社会和市场经济的要求，代表律师制度自身发展的规律，为律师所遵从的共同的思想基础，价值理念，道德模式，职业品质和行为方式；因此，我们要构建的律师文化应是先进的，主流的、和谐的律师文明成果。

对律师界来说，律师文化是一种新事物、新现象，正从自发阶段到自觉阶段过渡，尚处于起步阶段，先进的、主流的、和谐的律师文化在律师界居于主导地位。但是，由于历史和现实的原因，还存在着一些带有消极、庸俗、空虚等色彩的落后文化，甚至还存在一些腐蚀律师精神世界，

危害律师事业的腐朽文化。有些律师，在职业过程中，讲实际、讲实惠，商人习气严重，对政治极为冷淡，更对政治学习不当一回事，主管部门组织学习时敷衍了事；有相当一些律师普遍存在小市民思想，小富则安，追求生活水平比上不足，比下有余的低层次目标，缺乏终身为民众服务的理想，思想观念庸俗。个别律师执意拉关系，拉拢司法人员办假案，行贿，介绍行贿，破坏法制，造成人们对律师的负面认识。部分律师胸无大志，精神空虚，拜金主义严重，讲究实惠，得过且过，混同于普通老百姓，精神境界平民化。

就我国律师文化现状而言，律师文化建设也极不平衡，经济较为发达的北京、上海、天津沿海开放城市，经及内地省会城市为数较少的精英律师齐头并进，已经从温饱走向小康，甚至走进富裕，这些地区的律师文化建设较为先进，对中部县域律师及大多数西部律师而言，律师文化建设是可望不可及的，因为这些地区经济发展较弱，许多律师事务所名为团体，实为各自为战，这些律师竞争力较弱，加上团体会费，个人会费，保险费、税费等集于一身，一年下来，几乎没有什么节余，加上基层法律师服务所的“低价竞争、夸海口竞争”无疑给律师业务雪上加霜，“仓廪实，而知礼节”这些人连温饱问题尚未解决，一味强调律师文化建设，也只能是望洋兴叹。

律师文化要建设好，首先，要从政治上关心，把律师的冷暖放在心上。把律师吸收进党组织，人大，政协，在提高他们地位的同时，也相应提高了这些部门参政，议政，决策的能力，为我国构建和谐社会出力献策，要通过完善政策和律师制度，加强教育和管理，努力改造落后的律师文化。其次，要从政策上支持，司法部及地方各级司法行政主管部门要从全局出发，长远出发，规范基层法律服务所，取缔“黑律师”，“野律师”为律师从业创造良好的执业环境。法律服务所设立的初衷是为了缓解我们律师紧张的局面，为地方基层群众提供法律咨询帮助。现实生活中，法律服务所涌进城市，打着律师的牌子，进行收费代理与律师事务所进行不正当竞争。再次，从经济上扶持，国家可以对中西部律师、县域律师从财政上给予支持，拨出专项资金为律师文化建设给予帮助。国家、省、市各级律协应减免各种费用，最起码对中西部律师及县域律师会费有所倾斜，使中西部律师，县域律师不再为一日三餐发愁，能够轻装上阵，迎头赶上发达地区的律师文化建设水平。最后，要加强对律师文化的理论研究，对它们应有的内涵、特征、作用，实现多条件和途径等进行深入的研究和探索，积极引进国外法治国家律师及其制度的先进经验，执业理念，去粗取精，去伪存真，不断加以扬弃，使其最终成为我们自己的文化的一部分。

综上所述，构建先进的、主流的、和谐的律师文化是中国律师面临的一项全新的事业，而只有形成了先进的律师文化，中国律师才能持久、健康的向前发展，成为中国社会民主与法治建设的重要力量。

注 释

1、宋占文《律师文化，“知行合一”的结晶》，载《中国律师》杂志 2005/11 等 21 页。

律师行业管理与创新

泗县司法局律师管理股　鲍莲华

摘　要：律师行业的社会管理创新，是指在现有社会经济发展和法制条件下，运用现有的资源和经验，依据我国社会经济和法制的发展态势，把握律师行业规律，研究并运用新的社会管理理念、知识、技术、方法和机制，对我国实施“两结合”律师管理体制尤其是行业管理工作进行改革和完善，以帮助、引导我国律师加强行业管理和自律管理，使之尽快成长成为合格的社会主义法律工作者，积极投身当前中华民族伟大复兴和社会主义民主与法制建设事业。

关键词：律师管理　创新

一、当前我国律师行业管理的新问题

在当前我国律师行业中，部分律师缺乏基本的社会责任与诚信意识，个别律师甚至为蝇头小利不惜出卖法律，在追求个人利益最大化的同时却败坏和污染了法制环境，扮演了一个与追求法律公正形象相悖的反面社会形象。这些问题的形成，是当前我国改革开放形势下社会矛盾冲突在律师行业的集中体现：

1、律师作为专门从事社会矛盾解决工作的代表、公民个人私权的代表，但是，这个具有鲜明特征的新兴社会阶层，既代理着社会不同阶层内部及外部的各种冲突与纠纷，又面临着自身与传统社会阶层之间的冲突，而且这些冲突与纠纷极易引发社会问题。

2、行业快速发展与文化建设滞后的冲突。改革开放三十多年来，律师行业发展速度很快，新一代年轻律师人数的不断增加，律师的精神需求和权利意识不断加强，他们对科学与民主管理的要求也大大增强。一个行业，只有基于共同的价值观才可能产生一致的行动。律师作为一个新的社会阶层，其价值观的形成可能需要更长的时间。随着律师的精神需求和权利意识的不断增加，在全行业建立普遍的具有中国特色的社会主义律师价值观之前，多元的观念冲突不可避免。

3、信息化社会现状改变了行业发展方向。信息开放与封闭状态下的社会管理方式是截然不同的。同时，互联网还有强大的组织功能，互联网可以在极短的时间内把全世界看似毫无联系的人组织在一起形成集体行动。

二、律师行业自身的管理创新是律师服务社会管理创新的前提保障

要想加强律师行业管理，引导律师更好地服务经济发展与社会稳定，服务社会管理创新，律师协会自身要转变观念，不断探索与改革，寓管理于服务，努力推进律师行业自身的管理创新。

（一）律师协会职能定位的再认识

《律师法》规定了律师协会的主要职能是保障律师依法执业，维护律师的合法权益。律师协会作为律师行业的自律性自治性组织，其职能归纳起来说应该体现为四个方面的基本职能：一是提高律师执业水平；二是规范律师执业行为；三是化解律师执业难题；四是引导律师执业开展。律师协会这四项基本职能，应该是律师协会存在的价值所在，律师协会工作的开展和安排，律师行业管理创新与制度设计，均应围绕发挥律师协会的四项基本功能展开。

（二）改进律师行业管理方式

律师协会以发挥四个方面的基本职能来引领决定工作目标和内容,来谋划和推进律师行业的发展。具体：

1、提高律师执业水平。就是适应社会对律师服务质量和层次的要求，有针对性地组织律师进行业务学习与培训，或整合人才资源，不断提高法律服务的水平。

2、规范律师执业行为。包括规范律师个人的执业行为与规范律师事务所执业行为两方面，使律师行业始终健康发展。

3、化解律师执业难题。律师执业难题包括“三难”(会见难、取证难、阅卷难) 的老大难问题，也包括律师行业发展遇到的深层次的难题,律师协会需要进行认真分析研究,努力找出化解难题的路径和方法。

4、引导律师执业开展。律师执业开展，更需要在律师协会不断整合资源进行平台建设的前提下，改变服务方式，组团提供服务，主动提供服务。组织和引导律师改进执业理念，转变工作方法，实现律师行业的快速发展。

（三）加强律师协会管理工作

律师行业管理创新是一种具有高度自主性的创造性活动,依赖于不同思想、意见和利益诉求的相互交流和撞击，依赖于开放性、自由交流、容忍不同观点的环境，更依赖于相关各方全方位参与管理、决策或者提出合理化建议。

1、现阶段“两结合”律师管理体制下，全行业都面临着律师协会、事务所和律师个人如何有效管理以适应新形势的问题，律师行业的管理创新势在必行。

2、在强调党和政府在律师行业发展中的中心位置的同时，正确处理司法行政机关与律师协会、事务所和律师个人之间的关系,明确各方主体在律师管理中的定位,要健全和完善行业自治、自律和自我发展的新机制。

3、在当前，我国律师事务所的运营模式普遍是律师个人接案和办案，客户资源属于律师个人,律师转所客户资源随之带走。律协要探索有利于律师全面发展和承担社会责任的新管理模式，推动律师事务所开展自律管理，具有重要意义。

4、我国实施的“两结合”律师管理体制，行业管理工作有待于进行改革和完善。主要是通过加强律师诚信与社会责任建设,帮助、引导我国律师加强行业管理和自律管理,从而推动律师事业的新发展，实现“中国特色社会主义法律工作者”全面构建。

（四）律师行业的社会管理创新的构建

当前律师行业的社会管理创新工作中，可通过以下途径推动中国特色律师社会责任的构建：

1、与律师诚信体系相结合制订科学合理的律师社会责任评价行业标准。社会责任评价体系则侧重于对律师主动开展公益活动、承担社会责任等良性问题的记录和反映。探索和构建具有中国特色的律师社会责任体系，成为律师行业急待解决的历史任务之一。

2、将律师社会责任意识教育纳入行业培训计划。根据中华全国律师协会的规定，执业律师每年需开展继续教育，实习律师也必须参加不得少于 40 课时的岗前培训。培训内容应当考虑将律师社会责任意识教育、价值观教育纳入行业教育计划，加强律师文化建设。

3、从行业协会的角度，引导青年律师从科学发展的角度看待其职业特征，将青年律师个人的职业规划融入我们行业发展规划之中，积极探索和深入开展青年律师参与法律援助案件办理、政府律师顾问团工作、未成年人与妇女儿童残疾人保护工作,支持和鼓励青年律师在积极参与公益性社会活动的同时善于和敢于发现新的业务领域和业务方向,从而有计划地推进青年律师的业务发展与公益性社会活动相结合工作。

律师行业自治与国家公权

——论律师管理改革与创新

砀山县司法局公律股　解晶晶

摘　要：我国实行的是政府集中监管体制和律师协会行业自律管理体制“ 两结合”的律师管理体制。但是，司法行政机关在律师管理中的权力过于广泛，应充分发挥律师协会的独立性，转变司法行政机关管理理念，真正实现律师协会的行业管理。

关键词：律师管理体制　司法行政机关　律师协会

一、我国律师管理体制的现状

1986 年 7 月，第一届全国律师代表大会召开，正式成立了中华律师协会，会上制定了律师协会章程。全国性的律师资格考试开始实行，合作制律师事务所的试点开始进行。这段时期律师协会在律师 管理体制 中处于辅助地位，行业管理的职能仍未得到加强。1996 年《律师法》诞生，最终把两结合的管理体制即司法行政机关的行政管理和律师协会的行业管理相结合的体制确认下来。

l、司法行政管理。司法行政部门的监督与指导。《律师法》第 4 条规定：“国务院司法行政部门依照本法对律师、律师事务所和律师协会进行监督、指导。”这里实际上表明国务院司法行政机关在律师管理体制中的地位和职权，基本上处于律师管理的核心地位，享有对律师、律师事务所以及律师协会的监督权和指导权。

2、律师协会的行业管理。《律师法》 第 37 条规定：“律师协会是社会团体法人，是律师的自律性组织。全国设立中华全国律师协会，省、自治区、直辖市设立地方律师协会，设区的市根据需要可以设立地方律师协会。”第 39 条规定：“律师必须加入所在地的地方律师协会。加入地方律师协会的律师，同时是中华全国律师协会的会员。律师协会会员按照律师协会章程，享有章程赋予的权利，履行章程规定的义务。”确立了律师协会在整个律师行业管理当中的地位角色。

新的《中华人民共和国律师法》在律师的监管方面加强了律师协会的权力。1、律师执业准入环节。新《律师法》46 条第五项将组织管理申请律师执业人员的实习活动，对实习人员进行考核的权力明确给予了律师协会。这就使得律师协会能够在律师执业准入环节发挥更 为重要的作用。2、在对律师的惩戒和考核方面也给予了律师协会更为明确的权力。新《律师法》的第 46 条第 4 项和第 6 项对此作出了明确规定。基于该规定，在新《律师法》开始实施后，律师协会将能够行使制定行业规范和惩戒规则的权力，并可对律师和律师事务所实施奖励和惩戒。这就使得律师协会的行业管理职能有了明确地法律依据。它对律师和律师事务所的惩戒权力也就更具权威性，从而有利于其职能的发挥。尽管如此两结合的精神仍然统领着现行的律师管理体制。

二、我国现行律师管理体制存在的问题

经过多年实践探索形成的，我国现行的司法行政机关和律师协会“两结合”的律师管理体制，与原来单一的司法行政机关的管理体制相比，有了较大的突破比较符合我国的国情，也取得了较好的效果，有力的推动了我国律师业的健康发展。但是，随着经济社会的发展、民主法治的进步，

现行的管理体制也暴露出了许多弊端，主要体现在一下几个方面：

（一）实质上仍然是行政管理方式管理律师

根据《律师法》的规定，司法行政机关的职责是在宏观上对律师工作进行指导和监督， 但司法部在 1996 年 9 月发布的《关于严格执行< 律师法> 进一步加强律师队伍建设的决定》的解释是：司法行政机关的主要职责是：对律师行业进行政策指导、机构管理、人员管理、执业活动监督和业务指导。这些宏观内容几乎遍及律师管理的各个环节，使得司法行政机关并非真正从宏观上去履行指导和监督律师工作的职能，而已经从宏观走向了微观，这仍然是沿用过去的管理方式。

（二）司法行政机关和律师协会之间的人事关系未理清

目前，我国律师协会组织人员的组成均由司法行政机关确定， 民主选举流于形式。相当一部分律师协会秘书处人员与司法行政律师 管理处人员为一套人马两块牌子。律师协会的会长要么由离退休的 司法厅局长担任，要么由在任的司法行政机关领导兼任。由于这些领导不是执业律师 ,在管理的观念和方法上都有行政化的色彩 ,使名义上的两结合管理变为实质上的单一管理，这与《律师法》的精神明显相悖。

（三）律师协会的内部组织设置不合理

根据现行《律师法》及《律师协会章程》的规定，律师协会的设置基本上按照行政区划进行，各省建立省律师协会，各地级市建立地市级律师协会。首先这样的设计背离了律师管理组织的根本属性：既然是行业组织，是民间机构，就不应该根据行政管理机构的模式层层设置；其次，忽视了各地律师业发展不平衡的现实，不利于达到行业管理的目标；最后，不利于律师协会与当地司法行政机关的真正分离， 难以形成律师协会的真正自治。目前，虽然大部分地级市建立了律师协会但大部分仍旧与司法行政机关律师管理部门“两块牌子，一套人马”,“两结合”管理在多数地级市实际上只有行政管理。

（四）律师协会的管理职能不健全

在我国律师资格证的授予，律师一定时期的停止执业、律师执业资格证的吊销等实质意义上的律师惩戒权都由司法行政机关米行使。律师协会目前只有行业规范制定权和训诫、通报批评、公开谴责等口头意义上的惩戒权。律师协会不能取消律师的会员资格，并没有在制止律师违规方面发挥应有的作用，是一个没有牙齿的组织而已。 律师协会管理职能的不健全使得律师协会无法在律师管理体制的中树立自己的地位和权威，造成律师行业管理的虚化、弱化，也致使律师协会目前现有的部分职能难以发挥。

三、推进我国律师行业自治的建议

我国律师管理体制存在着许多问题， 但就存在的诸多问题而言， 首当其冲要解决的是让律师协会真正成为律师的管理组织。所以，实行律师协会的行业自治是完善我国律师管理体制的基础。

（一）在坚持“两结合一管理体制的前提下逐步扩大律师协会的行业管理职能

我国新《律师法》所采纳的“两结合”的管理体制有着深刻的历史和现实的原因。但是我国的客观情况并非是恒久不变的。随着我国国民的素质特别是他们法律意识的不断增强，执业律师职业道德的明显提升，法制环境的日益改善，律师协会机构设置和职能的日趋完善，《律师法》应该给予律师协会更多的管理职能，使其发挥更为重要的作用。司法行政部门对于律师行业的管理

应该逐渐弱化。根据律师协会的成熟程度和管理水平适时强化律师协会的行业管理作用，淡化行政管理色彩，是今后我国律师管理体制的发展方向。这一趋势对于律师业管理成本的降低，律师行业的健康发展都将是大有裨益的。同时也是推动我国律师行业与世界律师行业接轨的重要因素之一。

（二）明确律师协会的宗旨和地位

律师职业是具有独立性的职业，独立性是律师职业的属性之一， 包括律师执业时的独立性和对律师进行管理时的特殊性，律师在职业身份上不隶属于处律师协会和律师事务所以外的一切组织和个人； 律师协会也不隶属于任何组织和个人，具有独立的宗旨和地位。笔者认为，作为律师自治组织的律师协会，不仅应当起到监督律师行为， 进行行业自律的作用，更重要的是要代表律师业，不断提高律师群体的社会地位和加快律师业的发展，促使律师业形成代表民主的一股社会力量。同时，律师一方面与社会大众联系最为紧密，另一方面又对法律有较深的理解，在不断实践中应当为国家法制发展建言献策， 提高立法质量和促进司法公正。

（三）科学设置律师协会，明确各级律协的权利和义务

修改后的《律师法》第 43 条仍规定协会设置基本上依照行政区划进行。首先，这背离了行业管理组织的根本属性：既然是行业组 织，是民问机构，就完全不应该依照行政管理机构的模式层层设置；其次，忽视了各地律师业发展不平衡的现实，不利于达到行业管理的 目标 ；最后，不利于律师协会与当地司法行政机关真正分离，致使 “两结合”管理很难有效实施。

律协设置应脱离行政区划，并应考虑地方差异如人口数量、经济文化发展水平等科学设置律协，使律协与当地司法行政机关真正分离，实现“两结合”而不是听命于司法行政机关。三级律协之间的相互关系过于原则，应将各级律协的权利、义务加以明确。如应具体规定每一级律师协会的权利和义务，上下级律协之间应借鉴大陆法系国家如法国的规定，各级律协之间应是平等的协作关系，而不是类似行政管理的隶属关系，这样才有利于使律协体现民间自律组织的特点而脱离行政格调。

（四）实现律师协会的自主管理，完善律师协会管理职能

要真正的实现律师行业自治，树立律师协会的权威，就要使律师协会获得完善的管理职能，改变司法行政机关主导的模式。我国建立和完善律师行业管理体制,是在司法行政机关的直接推动下进行的，而反过来，行业管理体制的完善又意味着司法行政机关的权力范围越来越小和越来越弱。在中国政治体制改革的进程中，律师行业管理的改革才总是反映出它的不彻底性。要改变这种现状并非一蹴而就的，只能一步一步实现过渡，逐步把律师惩戒、执业注册、资格审查的权力收回律师协会，司法行政部门不应当参与具体的工作，只对律师协会的工作进行监督，律师协会应当接受监督，对章程和律师行为规范的修改及时向司法行政机关备案。同时应当加强律师协会自身的建设，提高其专业性程度，使之能够胜任管理律师行业，推进社会法制化的任务。

（五）加强律协的自身建设，使协会能承担起行业管理的重任

具体说来，国家应该从人、财、物及政策等方面对律协加以大力扶持，改变把律师协会当作司法行政机构的办事机构的错误观念，确保律师协会的自立、自主，使律协建设得到切实加强，使律协有能力切实履行行业管理的职能。律师协会往后需要加强以下系列的职能：保障律师依法执业，维护律师的合法权益：总结交流律师工作经验；组织律师业务培训；进行律师职业道德和执业纪律的教育、 检查和监督； 组织律师开展对外交流等的职能。

四、结语

在中国要建设法治社会，使权力意识深入民心，需要律师阶层的不断发展。与法官检察官相比，律师相对来说力量比较弱小，这与我国律师对诉讼过程的参与程度较小，发挥作用不大有关。作为一个法律职业阶层，减少对律师的行政控制，实现律师行业自治是我国律师制度发展的必经之路。在我国实现律师自治， 通过改革诉讼制度，发挥律师的权力制衡功能是必要的，根本的则是改变整个社会对律师职业的观念，提高律师的社会地位，使律师维护民权的形象深入人心。而要改变整个社会的观念并不是一夕之功，一方面需要律师不断提高自身专业素质和道德素质，真正成为维护民权的 “在野法曹”; 另一方面需要社会政治风气的改变和民众的法律意识的提高，逐步扩大律师行业的发展空间。

参考文献

1、史晓寒《浅谈我国的律师管理体制》，载自《法制与杜会》2008 年第 10 期。

2、司莉《中国律师行业管理体制研究》，载自《河北法学》2004 年第 2 期。

3、赵大程、李本森《探索有中国特色的律师管理体制》《中国律师》1997 年第 9 期。

4、新华社《完善律师法律制度须健全管理体制》，2008 年，10.12。

5、严本道《论我国律师管理体制的改革》[J]，载自《理论月刊》，2003 年第 4 期，第 82 页。

6、肖晖《中外律师制度比较及反思》[J]，载自《曲靖师专学报》2000 年第 1 期，第 28 页。

律师事务所管理规范与发展

安徽知秋律师事务所　宫鉴 樊逾

摘　要：随着中国法制的逐步健全以及民众法律观念的逐渐加强，不论是政府，还是公司等集体组织，乃至公民个人都表现出对法律的依赖和通过法律途径解决纠纷的趋势，由此，中国的法律市场呈现出一派欣欣向荣的局面。然而，日益增长的法律市场需求与现有律师事务所大多规模偏小、管理落后、领域狭窄、服务理念陈旧等问题也构成了当下的重大矛盾，该矛盾对律师事务所规模化、规范化、专业化提出强烈要求，对未来律师事务所的发展作出明确导向。本文意在投石问路，通过浅谈律师事务所的管理规范和发展方向，抛砖引玉。

关键词：规模　管理　专业　服务　发展　公司化　合作

与西方律师行业的发展相比，我国现代意义上的律师行业起步晚、时间短、经验少，但随着我国经济和社会的飞速发展和民众普法事业的显著进步，法律作为依靠国家强制力量解决各层矛盾纠纷的工具，日益获得社会各界的重视，并逐步成为确定权利义务、解决矛盾纠纷的重要手段，由此，对律师行业提出了越来越高的要求，目前法律服务水平普遍欠缺的律师事务所在获得广泛发展的平台同时，也受到巨大挑战，生存和发展成为律师事务所的主题。

一、当下律师事务所，至少是大部分律师事务所与法律市场现状存在诸多矛盾

（一）律师事务所规模偏小与市场对律师事务所团队合作需求的的矛盾

我国的律师事务所从最初的国资所，发展到合作所、合伙所，再到个人所，虽然是为了改善最初中国法治不健全的状况，放宽成立条件，以求大量催生律师事务所，使之形式极大丰富，但是，也造成了在律师事务所的队伍中，很多只有几个人甚至一个人，这样的所，律师之间无法互相借助彼此的资源和能力，面对一些复杂重大的案件，往往无从下手，或者无法圆满完成当事人的委托。如今的市场需求，使得律师业务呈多元化发展，已经不再局限于刑事案件、民间的个人纠纷或者一些法律关系简单的经济纠纷等，而是出现了各式各样复杂的案件，特别是一些涉及公司企业事务的案件，甚至政府和跨国集团等也越来越多的成为诉讼主体，还有非诉业务的发展，这些显然都是需要大型团队合作才能妥善处理的。同时，律师的业务量逐渐增加，原本应当是律师喜闻乐见的情况，却常常成为小规模律师事务所无法承受之重。

（二）律师事务所管理理念落后与市场需求复杂化之间的矛盾

法律市场需求的扩张，在带来大量业务的同时，也增加了律师业务的复杂性，进而增加了律师承办业务的风险，甚至是律师事务所生存的风险。法律市场对律师的办案能力和业务水平要求越来越高，律师不仅成为维护当事人合法权益的保护者，也容易成为当事人维护自身权益的声讨对象。大部分律师事务所业务仍然以律师带入个案为主，少部分律师事务所实行带薪律师和个案律师相结合，极少部分律师事务所实行统一分配和管理，这也就意味着，大部分的律师事务所风险控制仍依赖于承办律师个人而不是律师事务所的规章制度。在律师事务所内部人员管理上，合伙人之间，大多实行“沟通、协调”方针，与挂牌律师之间，大多实行程序性审查，而没有做到统一管理、风险防范、规范办案质量要求等必要措施。在业务管理上，虽然收案时由负责人审批决定是否受案，但大部分是程序性审查，甚至部分事务所仍然完全由引入业务的律师决定是否接受

委托，最终也是引入业务的律师自己承办，而不论其他律师是否在该专业领域具有更强的专业素养，也不论该案件的复杂程度是否需要团队服务，在案件承办过程中，律师事务所也甚少介入，基本完全由承办律师自行处理。在客户群维护上，也往往是采取各自客户各自维护，忽略了律师事务所的品牌效益和律师个人品牌效益之间相互依存的关系。在机构健全上，很多律师事务所没有明确的机构分工，财务、后勤、开拓案源、维护已有客户群、具体办案等各环节混乱不堪，严重影响了效率和发展。

（三）律师事务所承办案件领域的局限性与法律市场需求的多元性之间的矛盾

由于大部分律师事务所缺乏对未来发展的统一规划和高瞻远瞩的战屡眼光，在建所之初和发展过程中，常常局限于某一类案件，也就是案件构成单一，业务领域狭隘。虽然业内有一种思想，认为律师事务所就应该走专业化道路，放弃所谓的“万金油”理念，但是至少在现阶段的执业环境和成本控制上，只有极少的部分大城市，如北京、上海等的少部分区域允许走律师事务所专业化，而大部分地区只允许律师个人的专业化而律师事务所业务多元化，甚至很多地区连律师个人业务专业化的条件也不符合。首先，从执业环境来看，市场需求是多元的，业务种类是繁多的，一个律师事务所的专业化也就意味着局限了承办业务的领域，也就是俗话说的“为了一棵树，放弃了一片森林”，很少有律师事务所可以完全依靠某一类案件很好的生存和发展，一个上规模的律师事务所有多位律师，为了追求律师事务所业务的专业化，也意味着要求各位律师放弃其他业务或少接其他业务，这对事务所的凝聚力和律师个人的发展都是有害的；再从成本控制上看，律师个人的专业化很容易做到，进而一个律师事务所可以拥有多位在不同领域具有专业取向的律师，不论是律师个人还是律师事务所乃至是整个律师界所需要付出的成本都是比较小的，然而，一个律师事务所的业务专业化，不仅要同意全部律师的专业取向，还要在整个业界分配各个律师事务所的专业取向，要做到利益均衡的同时又能满足市场多元性需求，无疑是需要投入极大成本的，而且，在现阶段以及未来很长一段时间，基本不可能做到。而且该矛盾还有一个重要体现，就是市场需求的多元性中包含了很多传统律师业务未能覆盖的方面，例如反倾销案件、反垄断案件、专利权案件等领域，这要求整个律师界对自身业务范围的拓展。

（四）律师事务所服务理念陈旧与市场需求优质律师服务之间的矛盾

律师行业也属于服务业，但是由于历史原因和律师自身优越感，很多律师在为委托人提供法律服务时，并没有将自己定位为服务人员，为很多律师事务所不仅没有对办案律师的的服务态度和服务质量进行严格要求，甚至助长了该风气。如今的法律市场，委托人是复杂的，案情是复杂的，对律师服务的要求是越来越苛刻的，优质的服务，不仅是所办案件效果显著，还要求在案件承办过程中，与当事人很好的沟通，耐心的服务，做到态度好、效果好的有机统一，如此才能打造出良好的口碑。

（五）律师事务所业务培训欠缺与市场需求日新月异之间的矛盾

一个优秀的律师应当是在不断成长的，如此才能通过每个律师的成长促进一个律师事务所的成长。社会矛盾随着经济发展不断涌现出新的矛盾，由于法律的滞后性，法律本身都无法及时处理，更遑论以法律为工具的律师，律师即使无法走在法律的前沿，至少也要紧跟法律和司法实践推陈出新的脚步，但由于律师个人精力的局限，律师个人很难做到，这也就反映出律师事务所业务培训的重要性，而现阶段，即使在北京，大部分律师事务所也没有投入足够的资本，其他很多城市，甚至根本都没有律师事务所愿意作任何投入。

解决以上矛盾，是律师事务所良性发展无法逃避的过程，而解决上述矛盾重中之重就是要结

束律师事务所松散的结构，将律师事务所打造成一个有机整体。

二、引入公司化管理模式

实践证明公司体制是最为广泛高效的经济组织形式，时至今日，已基本发展成科学、成熟的体系。虽然中国不同于西方，现阶段成立完全意义上的公司制律师事务所有困难，但是仍不妨碍将公司的管理模式变通应用于律师事务所，形成实质上合伙而管理上公司化的复合形式。对比于公司的股东会，律师事务所可以成立以合伙人为成员的“类股东会”，以合伙人会议形成的决议和章程作为律师事务所常务管理规范，这些规范就相当于“公司章程”，合伙人必须严格遵守并确保章程在全所上下贯彻实施；对比于公司的董事会，可以由全体合伙人选举产生日常管理层，在律师事务所主任的指导下，管理律师事务所常规事务，并由律师事务所非合伙人成员选举产生部分人选参与管理层，以期协调发展；对比于公司监事会，可以由律师事务所全体成员共同选定数人，形成监督机构，确保律师事务所各层均已律师事务所整体利益为优先，并协调成员关系，防止矛盾产生和激化；对比于公司的业务机构，律师事务所对应成立后勤保障部门、财务部门、行政部门、营销部门和实践部门，分别管理后勤、财务、文书、拓展和维护案源以及实际承办案件等不同事务，律师事务所主任对各部门有统一调配和管理的权利；对应公司的业务种类，律师事务所可以根据法院立案案由，做广义或狭义区分，根据不同律师的专长，分配案件主办人员，协调调度。如此，将律师事务所打造成一个完整的有机整体。当然，出于律师事务所和律师职业的特殊性，不能死搬硬套公司模式，在引入公司化管理模式的同时，还要切实考虑行业的特殊性，做到总体管理即可，制度性与灵活性相结合。

三、明确利益分配制度，协调各成员利益关系

一个较大的律师事务所，往往有多位合伙人，多位非合伙人律师，还有其他人员。利益交叉，相互关联，没有明确的利益分配制度，势必会导致彼此之间存在冲突，从而影响律师事务所整体的发展。因此，必须将利益分配制度写入律师事务所管理规章，任何人务须严格遵守。

首先是合伙人之间。在最初的合伙协议中，对利益的分配有所提及，但随着发展，原有的协议不一定能跟上变化的节奏，因此，应当定期或不定期召开合伙人全体会议，研究和分析当前律师事务所的发展状况和各合伙人的贡献程度，在提倡奉献的基础上，共同决议分配制度的改革，增强凝聚力，进而打造出一个对内和谐统一，对外团结一致的律师事务所高层。当然，作为人合性极强的律师事务所，还应当考虑到最初的合伙精神，不能一味追求利益，实现人性化规范管理。

其次是合伙人与其他律师的关系，非合伙人的律师，有一部分是受薪律师，这一部分律师对律师事务所有更强的依赖性，也更容易接受律师事务所的管理，但，作为放弃了自由职业精神的律师，其不仅对高收入和稳定收入具有较大的期待，对管理层的尊重程度和工作环境以及能否通过承办律师事务所的业务提高自身的业务能力和积累资源有较高的期待，这些律师很多是入行不久，对行业有着极高期望和荣誉感的“新人”，虽然短时间内不能为律师事务所带来很多新的案源，但却属于律师事务所的中坚阶层，支撑律师事务所一般业务的正常进行，相信在律师事务所的高层尊重和给予相应的收益和发展机遇，这些律师可以成长地越来越优秀，也会在无形中打造律师事务所的品牌形象，吸引更多更优秀的成员加入。还有一部分律师，虽然不是合伙人，但主要以自己的个案为主，这些律师对自由职业环境有很强的要求，对外的资源也比较广，他们可以给律师事务所带来很大的直接利益，开拓案源，维护关系，创造效益都是他们引以为傲的能力，这些律师应该获得相对宽松的工作环境，以便于发挥其特长，同时，在收益分配上，可以适当放宽，

根据不同的业绩进行分配，也有益于促进其积极性，但是，仍应当严格要求其贯彻实施管理规范，这是一个所发展的基础，个体的强大终究不敌一个团体的强大。

最后是行政、后勤、财务等费律师成员，这些成员虽然不承办律师业务，但是，他们的存在对于律师事务所极其重要，律师的精力应当集中于开拓案源和承办案件，因此，保障律师事务所的后方这样的重要使命就负担在非律师成员数身上。行政管理直接影响律师事务所的正常运转，后勤保障直接影响律师的办案效率，财务管理直接关系律师事务所的经济命脉，对此，律师事务所应当充分考虑律师事务所的发展状况，尊重他们，并根据律所的收入调整他们的收益，使之收益与律师事务所的发展相挂勾，树立起个人荣誉感和集体价值观。

四、开拓案源与维护客户群

律师事务所是既有利益目的又有社会价值目的的团体，但首要的生存条件便是开拓案源和维护原有客户群。

开拓案源不能仅仅依赖律师个人能量的简单相加，还要发挥出作为律师集合的集体力量，塑造律师事务所的品牌形象。现在企业和政府等团体基本已经明白律师的价值，即使做再多的宣传工作也只是与其他律师事务所的竞争，律师事务所想要充分发展，还要依靠普通群众的力量。普法事业在中国尚需继续努力，不仅要依赖于国家，还应当有律师事务所的努力。律师事务所应当经常实习“法律进社区”、“送法下乡”等活动，宣传法制，为老百姓解决法律问题的同时，也打响了自己的品牌。

维护现有客户也需要集体与个人的协同努力，不仅要在每个承办律师办案时尽心尽力，做到服务质量与案件效果俱佳，留住客户，还要有律师事务所投入精力，加强与原有客户特别是大型单位等的日常联系，从业务往来发展到具有共通利益的依存关系。

这些都需要律师事务所投入专门的注意力，应当根据需要，全体研究方案，或者分块负责，并设立奖励机制，这样，既稳定了基础，又促进了发展。

五、加强专业培训和业务导向

对办案律师，应当有意识的分析和商讨其专长，不求其放弃其他业务，只求其能在专长的领域向专家化发展。律师事务所每年从收益中抽调专门资金，对律师进行分方向培训，使有专长者更专业，无专长者有专长，并有针对性的指派相应案件让其进行实战训练，并通过案件进行宣传，如此，使外界深知本所各领域均有较专业的律师服务，必定能增强律师事务所整体的竞争力，又能缓解本所律师之间的不良竞争。

对法律市场，要充分调研，敏锐发觉市场动态，捕捉新兴案件领域的痕迹，在律所建设和律师培训中，进行明确的业务导向，使正在产生的和即将产生的领域，有储备律师人才，更快地融入市场变化，满足多元化需求。

结语

在中国特有的环境下，律师事务所的生存和发展是亟待解决的问题，只有在迎合法治大势的前提下，充分考虑法律市场需求，提高自身的综合实力，才可以继续发展，进而实现律师事务所的社会目的，推进中国的法治进程，同时也可以实现律师事务所的经济目的，由此，规模大、管理理念先进、服务质量优秀、专业分工明确的大型律师事务所才是适者生存的。

浅析律师事务所公司制分配制度

安徽深蓝律师事务所　音邦定 朱 寅

摘　要：分配制度在任何商业机构里都是不容忽视的大事，一个好的分配体系是维系团队的纽带，甚至关乎着本机构的生死存亡。毫不夸张地说，一套科学、合理的分配制度决定了律师事务所的稳定和发展。世界排名前 50 强的律师事务所，平均规模在千人左右，基本都拥有一套完备的管理经营体系。与欧美发达国家的律所相比，目前我国律师事务所的规模尚小，组织形式较单一，综合服务能力弱。随着市场经济的发展，“万金油”式的律师服务终究将被时代的浪潮所淹没，社会需要的是专业水平高、服务能力强的律师团队。因此，如何打造一支能够适应法律市场发展的精英团队，将成为每个从事律师行业的人都应深思的问题。本文从我国律师事务所现有分配制度谈起，比较各模式的优劣，重点分析公司制分配制度后指出该分配制度是律所适应法律市场迅速发展的有力武器；最后，笔者仅就自己的理解对公司制分配制度在律师事务所运行过程中理应注意的问题提出完善建议。

关键词：公司制分配制度　律师事务所　服务模式

一、我国律师事务所分配模式现状

我国律师事务所目前存在三种分配模式：包干制、提成制和公司制。三种模式在律所的成本、费用分担、利润分配等方面有较大的差异，同时受规模、业务构成、合伙人经营理念等因素的影响，各律所必然会采用不同的分配模式。

包干制分配的主要内容是“合伙人分摊费用、律师上缴管理费后全部收费归个人”[1]该项制度的优点非常明显，即最大限度地鼓励律师多承办案件，个人创收越多，所得利益便越大。一般说来，少数人合伙的小型律所经常采用包干制进行分配，鼓励个人充分发挥能动性，以期更多地承揽案件，达到利益的最大化。在追求数量的同时，包干制的缺点也伴随而生。每个律师各自为战，往往忽视了与本所其余律师的合作，难以形成专业分工和团队合作；其次，随着规模的扩大，律所会因为缺少公共管理成本和发展基金而导致陷入管理混乱和发展受限的窘境。

提成制要求“合伙人和律师均提取一定比例的收费作为业务费用和报酬，年终如有利润，在合伙人之间进行二次分配。”[2]这种体制下，合伙人之间，合伙人和律师之间有一定的互助关系，可能出现以部分高级合伙人为主导的局部团队合作。提成制在鼓励创收的同时也为律所提供了部分发展基金，一定程度上保证了律所持续健康的发展。正基于此，我国现阶段大部分律师事务所采用该项分配制度。但是，提成制并不能解决律师事务所内部组织松散，律师队伍稳定性，律所内部向心力日益弱化差等问题，不利于形成长期合作的专业化律师团队。

公司制的大致理念是对律所内的律师全员授薪，结合综合绩效积分考评结果决定最终的分配方案。该项体制下，团队的业务和收入变成了公司化，律师（尤其是年轻律师）的基本生活和工作条件能够得到保障；综合绩效积分也鼓励了律师在案件中“多劳多得”；律师最终的收入不仅与办案数量有关，还与招徕案源的数量、业务学习成果的多少、对律所影响力贡献的大小息息相关；另外，在公司制分配下，律所的管理水平变得更高，发展基金变得更丰厚，更利于形成专业化、规范化的律师服务团队，有助于律所长期稳定的发展。当然，公司制分配也会因为综合绩效考评过于复杂，管理费用过高而遭到部分律师的诟病。但是，不能否认的是公司制分配确实是律师事

务所发展壮大的“良药”,国外众多大型律所的经营理念中,都涵盖了公司制分配制度,我国北京、上海、广东等城市的部分律所已经开始着手施行公司制分配,并且取得了很显著的效果。

二、公司制分配制度的现实意义

据前瞻产业研究院《2012-2016 年中国律师事务所深度调研与投资预测分析报告》统计,自 1979 年律师业恢复以来,行业规模一直成指数增长。全国律师人数从 1979 年底的 212 人发展至 2008 年 15.67 万人,再到 2010 年的 1.72 万家律师事务所、近 20 万律师。但在 1.72 万家律师事务所中,规模超过 1000 人的律师事务所只有 2 个,超过 100 人的有 28 个,50 人到 100 人的有 149 个,30 人到 50 人的有 471 个,这些加在一起是 650 家。另据司法部估计,小于 10 人的律师事务所占总数的 50%以上。至 2011 年,我国已经拥有接近 1.9 万家律师事务所,超过 20 万的从业人员。

根据以上统计数据不难看出,我国律师事务所规模大部分处在中小型阶段,主要的业务来源还是靠律师个人挖掘,很难形成规模化的团队。《律师法》第十五条的规定:“合伙律师事务所可以采用普通合伙或者特殊的普通合伙形式设立。”从现状来看,律师“单打独斗”似乎成为了行业中的常态,各合伙人名为合伙,实际上却各自独立地进行办案,几乎不能够以整体的面貌面对市场、面对客户,各个律师之间信息交流的频率也较少,相互协作、互补的机会也只能靠少数律师之间偶尔的共同办案所得。有学者讽刺国内现有的律所合伙制度缺乏内部协调、市场开发、质量控制、外部公关、行政管理等,体系上甚至不如建筑公司和夜总会。一个只依靠个人能力发展的机构注定不会长久,这点从高特律师事务所失败的案例中我们可以很清晰地认识到。

美国纽约曼哈顿的高特兄弟律师事务所是美国最早成立的律师事务所,辉煌的成绩数不胜数。2005 年 8 月,高特兄弟律师事务所突然宣布倒闭,做为一个有着 153 年发展史的律所,究竟是什么原因导致其走向终结呢?“我国律师事务所管理专家高云先生指出,高特兄弟律师事务所的瓦解是因为它在治理方面的决策和约束等环节上出现了致命错误,国外大型律师事务所大多是采用公司化模式对外扩张,也就是对外是有限责任,对内按股份大小进行决策,但高特兄弟律师事务所却采用了与它对外扩张的运作模式不相适应的”一人一票“的合伙制式决策模式,这种内部管理的‘人合’与形式上的‘资合’导致了高特兄弟律师事务所的最终解散。”[3]

虽然从现行立法来看,我国律师事务所依然只能是合伙制的组成形式,但是却能从分配制度上实现公司制的管理,充分整合资源,发挥团队合作的作用,创造律师智力劳动的最大价值,使得律所能够长久地发展。因此,公司制分配制度在我国律师事务所壮大的道路上可谓“呼之欲出”。

三、公司制分配制度构建的完善

律师事务所公司制分配制度基本上采用的是底薪+绩效积分×创收利润基数,具体操作细节各所根据自身的情况决定,最适合自身发展的分配机制才是最适宜的分配机制。从细节操作层面来看,公司制分配其实并不难实现,关键是在制度构建的理念上需要注重诸多问题。

(一)正确树立律所分配机制的价值取向

律师事务所在实施公司制分配制度上一定要把握其精髓,即增强律师的团队观念,加强律所的凝聚力,提高组织的发展潜力,吸引和培养专业化的精英律师。由此可见,底薪的设置不宜过低,也不宜过高,过高会大幅减少律所的发展基金;过低会降低律师的积极性。在案件办理的过程中,对绩效积分考评施行严格的控制,鼓励“多劳多得”,同时鼓励团队成员进行专业上的研究,增强自身的业务能力。不可否认的是,公司制分配制度在实施的初期可能会给合伙人的收入造成

一定的影响。但从长远来看，合理的分配制度会给整个团队和合伙人个人带来更大的收益。

（二）团队管理层应具备高度的协调和组织能力

律师事务所实行公司制分配制度的关键执行者是团队的管理层。制度的实施不仅要求管理层公平公正地进行绩效考评，还需要注重培养成员的研发能力，让有能力的律师愿意去专注于法律专业的研究，从事学术理论研究的成员不会因为业务量的减少而影响收入，甚至获得更高的报酬。

团队负责人应具有高度的协调能力，将工作交给最适合的人去做，引导成员间相互协作，相互监督，进而提高法律服务的质量。整体利益的提高自然而然地会带动个人经济效益的增长，这就会使所有的团队成员向心力变强，也防止了律师个人出现违规办案的情况发生。

（三）建立健全职业经理人制度

目前我国大部分的律师事务所缺少专门从事管理的职业经理人，实施公司制分配制度后，律所有较充足的发展基金去探索和培养一支专业化的管理团队，负责外部公关、内部协调、风险控制、研发培训以及质量控制等工作。从长远战略角度来说，职业经理人制度对律所业务量的提高，业务水平的提升和团队有序开展工作都有着非常重要的作用，是律所文化建设过程中必需的一环。

（四）平稳有序地开展公司制分配制度

由于提成制在国内律师事务所积淀的时间已经相当长，很多律师已经习惯于提成制的分配方式，不难想象公司制分配制度的实行会遭到部分人的异议。因此，笔者建议在律所内部可以吸纳业务模式和收入相近的合伙人先行业务和收益公司化，组建较小的团队首先进行试点，平稳有序地将公司化扩散到整个律所，保证制度的实施不给律所现行的框架造成太大的影响，让其他的合伙人和律师能够逐渐认识并接受公司制分配所带来的益处，以求更进一步地推动制度的实施。

安徽深蓝律师事务所致力于发展百年大所，但从现有的制度管理上来看确实有不尽如人意的地方，整个律所团队整合力还比较欠缺，律师各自为政的状态也比较普遍。律师助理长期由一名律师带领工作的方式并不利于年轻律师的培养。公司制分配制度带来的是业务和收入公司化，对于培养律师团队意识和提高业务能力都有着不可估量的作用。有鉴于此，本所在发展的过程中可以结合自身的特点适时地试行公司制分配制度，将每位成员的汗水换化成整体的硕果，以期取得更大的辉煌。

注 释

1、蒋琪《广东律师》，2012 总第 182 期。

2、王先东《中国律师》，2004 年第 11 期。

3、郑效军《我国公司化律师事务所治理机制研究》第 4 页，2006 年复旦大学硕士学位论文。

试论县域青年律师的培养

安徽黄淮海律师事务所　唐凤龙

摘　要：青年，是国家和社会的财富；青年律师，是整个律师行业的财富。青年律师的成长和发展关乎律师业的前途，更关乎国家法治建设的进程。然而，由于目前我国经济地区差异较大，律师业发展很不平衡，出现的最直接的后果就是县域律师业发展迟缓、执业环境差、律师政治地位低、收入少，特别是青年律师甚至不能维持最基本的生存，加之县域律师事务所多数不能给青年律师提供一个合适的成长环境，县域青年律师处境堪忧。这一状况应该引起司法行政机关、律师界及整个社会的关注和重视，借现今社会大发展的良好契机，认真研究解决办法，并严格执行法律规定，抓好各项制度的落实，尽快改变目前县域青年律师所面临的不利局面，促进县域青年律师的培养与发展。笔者结合自己的执业经历仅就这一问题作以浅析，以求对县域青年律师发展之路的共同探讨。

关键词：县域　青年律师　培养　发展

在我的理解中，“青年律师”应该指进入律师行业且执业年限在五年以下的律师，年龄不能且不应成为定义的标准。目前，在县域范围内，通过司法考试进入律师行业的新同行中，有相当一部分人年龄大于三十岁，有的律师是半路出家。他们可能具有其他方面的工作经验，但律师作为一个实践性很强的职业，必须在律师实务上有较多的锻炼，才能胜任。然而，由于区域及执业环境的条件限制，县域青年律师缺乏案源、生活没有保障、业务无人培养，基本上处于放任自流、自生自灭的状态，其生存环境之恶劣已经到了必须高度关注的程度。

一、县域青年律师生存现状及困境

（一）案源贫乏

囿于县域经济发展，县域律师的业务几乎还是普通的诉讼案件，并且收费不高。在当地有名的律师，其收入也是一个个诉讼案件的简单累积，即使是这样，县域青年律师对此也只能是望尘莫及，有时甚至是几个月没有一个案件，哪怕是法律援助案件也很少指派到青年律师的头上，几乎被法律援助中心的律师瓜分。曾经有一位司法行政官员表扬一位县域青年律师一年内办了多少件法律援助案件，希望其他青年律师向他学习，不要认为是法援案件不赚钱就不办。殊不知，这位县域青年律师也是靠着不一般的关系才拿到法援案件的。不赚钱的法援案件的竞争尚且如此激烈，县域青年律师的案源贫乏程度可见一斑。

（二）生存压力大

由于县域经济不发达，必然导致业务量少；很多当事人经济状况不佳，绝大部分当事人不愿花钱委托律师；还有部分请得起律师的当事人认为要请也要到市里请“大律师”。所以，基于对县域青年律师的不信任，其所能接手的案子就更少，收取的代理费也较低，除去基本的生活费用和办案开支、税费等，几乎没有剩余，甚至入不敷出，不能维持最基本的生活，自己养活不了自己，经济压力过大，时刻处于自生自灭的境地。

（三）业务无人指导

在县域律师业中，没有形成有力的律师间的合作，还只是单打独斗的散兵游勇。有的律师有“教会徒弟，饿死师傅”的观念，认为进来一个律师就多分走一份蛋糕，不愿给青年律师以指导，而眼下又无必须给予青年律师指导的强制性规定，造成有些合伙人固步自封、保守管理，青年律师基本是摸着石头过河，“自学成才”，积累一定的实践经验周期过长、成本较高，从一定程度上也限制了县域青年律师的发展。

（四）县域执业环境恶劣

到过沿海或发达地区办案的律师都有一个明显的感受，案件只要依法办理，进程还是比较顺利的。而县域内一般社会关系圈较小，青年律师往往被各种繁琐的人际关系缠绕，不认识公权力机关的人员，不与他们搞好关系，案件很难进行得下去。同时，法律工作者跨区域代理、黑律师活动猖獗，致使县域法律服务市场混乱不堪，严重损坏了县域律师的社会声誉。这些无疑是县域青年律师致命的枷锁。

（五）社会地位低微

当前县域地区相当多的政府部门和司法机关对律师的职业不理解，认为律师正常履行职责维护群众利益的行为是与政府作对，是捣乱。甚至司法机关某些司法人员对律师还存在着相当的歧视和偏见，认为律师代理案件是搅和事的、是添乱的。律师的地位与作为国家公务员的公、检、法工作人员相比，在司法制度框架内权利不平衡，律师社会地位低下，处于明显的劣势，律师职业受尊重程度较低。

二、形成县域青年律师执业与生存困境的主要原因

（一）县域青年律师业务技能和实践经验缺乏

毋庸置疑，青年律师经过系统的法学教育并通过国家统一司法考试，对法律条文比较熟悉和敏感，接受新事物的能力较强，对工作充满激情，但青年律师普遍缺乏法律实务方面的实践经验，业务技能还很欠缺，法律知识尚不能很好地转化并在实践当中运用，这些都是制约青年律师发展的自身因素。

（二）律师事务所的团队作用没有得到发挥

目前，县域律师事务所大多规模较小，管理松散，利益分配采取提成制，律师基本上是单打独斗，缺乏合作，律师事务所缺乏凝聚力，律师的团队作用没有得到发挥，不能形成律师事务所的规模化、专业化、品牌化。合伙人不能正确处理眼前利益和长远利益的关系，过分强调眼前利益最大化，从没想过要在律所的公共积累和长远发展上做文章，结果是吃光分光，以至于对青年律师的培养无从谈起。

（三）司法行政部门与行业自律组织没有发挥应有的作用

对于混乱的法律服务市场，司法行政机关没有做到有效的监管，法律工作者的跨区域的野蛮代理、黑律师不顾一切的大肆忽悠、司法行政及政府工作人员的有偿代理，这些现象，都没有得到有效监管，从而进一步恶化了青年律师的执业环境；作为律师行业自律组织的律师协会，其主要领导大都是司法行政机关的负责人，律师协会从某种意义上来说是第二司法行政机关，它的作用仍是对律师的规范和限制，维护律师权益的作用不到位，县域律师特别是县域青年律师在这种环境下执业，其状况可想而知。

（四）制度保障不力，律师处境尴尬

我国在立法上虽然对律师的执业权利作出了大量的规定,但是在相关的司法解释里又受到了不同程度的限制,致使律师的地位及作用不能很好地体现出来,律师始终处于边缘化的尴尬境地。加之律师受排挤、沦为牺牲品等问题的进一步的凸显,舆论导向对律师执业中的一些不法行为和现象片面化地妖魔化报道,造成社会上对律师的片面化认识,律师执业环境问题没有得到改善。

三、县域青年律师培养与发展的途径

(一)县域青年律师的成长首先要从自身做起

俗话说,打铁还得自身硬。县域青年律师只有苦练内功,才能在不利的执业环境中固守自己的阵地,形成自己的风格。

1、县域青年律师要树立正确的世界观和价值观。既选择了律师行业,就要在这个行业坚定地走下去,不为一时的困难所吓倒。只要有了这个坚强的信念,就能不断克服眼前的困难并保持一个良好的心态。

2、要谦虚地学习。要学习书本上新旧知识,更要向老律师学习他们在长期执业生涯中积累的丰富经验,全面提高业务能力,培养律师业务思维。

3、通过不断的学习和实践,确定专业化发展方向,并为此做好知识储备,抛却"万金油"式律师的习惯,力争在某个领域成为行业的领头羊,提升在这些领域的服务水平,进而形成自己的专业优势。

4、要诚信执业,保证质量。始终恪守律师职业操守,不作空头承诺,不大包大揽,要讲究诚信,用心办案,最大限度维护当事人的合法权益。

(二)律师事务所应建立各项机制,保障青年律师成长

1、思想上要高度重视。县域律师事务所主任及其他合伙人应在思想上充分认识到青年律师是律所的新鲜血液,制定切实可行的培养制度,以增添律所的活力,培养律所发展的后备力量。

2、生活上要充分保障。青年律师都具有较高的学历并刚刚通过司法考试,有扎实的理论知识。但是,由于刚刚执业,缺乏案源,收入较低,生活没有保障。因此对县域青年律师的培养,首先是解决生活保障问题,笔者认为可以通过以下途径:第一,律所通过调节案源分配拿出一部分案件给青年律师的方式,确保青年律师有案可办,有相对稳定的收入;第二,制定制度来规定青年律师与指导律师合办案件分成比例的形式,保证青年律师能够获得收入;第三,可以通过由律所或指导律师支付固定工资的方式,保障青年律师的基本生活。第四,通过奖励、补助等方式来解决青年律师的生活保障问题。

3、业务上要加强指导。律所老律师要摒弃传统观念,放眼长远,无所保留地对青年律师进行业务指导、传授其办案技巧、告知如何防范执业风险、督促青年律师学习新的法律法规、协助青年律师制定符合自己的营销计划并提出一些合理的意见和建议。

(三)司法行政机关及律师协会要有所作为,提供有效的制度保障

1、司法行政机关要规范县域法律服务市场,为县域青年律师创造良好的执业环境。目前,在县域法律服务市场中,除县域执业律师外,还有法援中心律师、乡镇基层法律服务所的法律工作者,这些人中成员复杂,有的是公务员(在去开庭时侯开着警车、穿着制服),有的是聘用人员,他们经常跨区域代理案件,服务范围、收费方式和律师没什么区别,但同律师相比,他们存在服务质量低劣、收费混乱、冒充律师名义执业、无证执业、乱立招牌等诸多问题,严重损害和败坏了县域律师的执业声誉和公信力,严重扰乱了县域法律服务市场。如果不从根本上加以整顿

治理，必然会影响县域律师的发展，县域青年律师受害也会首当其冲。因此，司法行政机关应从制度入手，在市场准入、服务范围和空间、收费方式及标准上进一步规范县域法律服务市场，为县域青年律师创造良好的执业环境。

2、律师协会是律师的“娘家”，青年律师的成长离不开律师协会的关注和支持。律师协会的行业管理地位和职责，决定了其在县域青年律师的发展中的重要地位和作用，律师协会能够也应该高瞻远瞩，在县域青年律师的培养方面提供有效的制度保障。要加强与有关部门的沟通和协作，争取有关部门提供资金对青年律师进行专项培训，邀请有关专家和经验丰富的律师对青年律师进行培训，提高青年律师法律服务的综合技能。另外，应在律师年度培训费、律师年度注册费上给予一定的减免优惠，为青年律师的发展提供支持。

县域青年律师的培养与发展问题，直接关系到县域律师乃至整个律师行业的可持续发展，关系到我国民主法治建设的进程，是一个系统工程，需要司法行政机关、律师协会、律师事务所、律师个人和全社会的共同、长期、不懈的努力。我们有理由相信：在各方目标一致、通力合作的基础上，县域青年律师必将成为律师行业未来的中坚力量。

参考文献

1、池方景：《WTO 背景下，我国县域律师事务所面临的挑战和对策》，载《第四届中国律师论坛•百篇优秀论文集》，中国政法大学 2004 年版。

2、邱旭瑜《穷律师富律师》，法律出版社 2006 年 8 月版。

3、陈虹伟、朱宏：《关注青年律师》，载自法制网。

4、安徽省律师协会《关于促进我省县域律师工作发展的若干措施》试行。

浅谈我国设立公司制律师事务所的必要性

汪淑芬

摘　要:随着社会经济的发展和全球化的进一步加深，我国律师事务所在运行中产生了许多问题，严重制约了其健康发展。在这样的背景下，律师事务所体制改革势在必行，设立公司制律师事务所是一种值得借鉴和参考的思路，有助于我国律师服务业走向规模化、专业化、产业化，摆脱目前我国律师事务所发展面临的困境，在激烈的竞争中生存和发展。

关键词：公司法　律师事务所　公司制　改革

随着全球化的进一步发展，我国的法律服务业同制造业等行业一样，受到一系列来自国外的影响：国外的律师事务所凭借其深层次、宽范围和强实力，迅速地进入中国法律服务市场，中国法律服务市场的行业竞争日益激烈。国外律师事务所之所以能够如此强大，并且迅速开展跨国业务，不仅因为其本国诉讼制度的完善，还在于事务所本身的体制使其实现了组织机构和业务的产业化、规模化。

而中国的律师服务业，面对外来的竞争对手和内在的发展需要，只有实现事务所体制的深层次改革，实现规模化、产业化，才能在全球化的竞争中不被淘汰，实现可持续发展。

一、我国律师事务所的现状

1、组织形式和基本特征

2007 年 10 月 28 日，十届全国人大常委会第三十次会议审议通过了新修订的《律师法》。新法增加了特殊的普通合伙律师事务所和个人律师事务所，确立了国资所、合伙所和个人所三种律师事务所组织形式。其基本特征如下：

国资所。是指由司法行政部门根据当地的实际情况下达人员编制、核拨经费、选配人员、确定场所，由国家一次性出资设立的律师事务所。国资所有以下特点：(1) 资产归国家所有。(2) 自主经营，由司法行政机关对其进行指导和监督，内部设立律师会议制度，由全体律师组成，民主管理国资所的重大事务，其负责人由全体律师推选，报请设立该所的司法行政机关任命。(3) 是法人单位，以该所的全部资产承担有限责任。

合伙所。是由律师依照法律和合伙协议的规定共同出资设立的，财产归合伙人律师所有，责任由合伙人律师承担的律师事务所。其基本特征有:(1) 人员自愿愿组合设立，必须有书面的合伙协议，合伙协议是合伙所的设立依据和决定律师权利义务关系的准则。(2) 设立时，由合伙人共同出资，合伙所的财产归合伙人共同所有，每个合伙人在合伙所的财产中所占的份额由合伙协议约定。(3) 合伙人会议是合伙所的权力机构，由全体合伙人组成，决定合伙所的发展规划、分配方案、修改章程、负责人人选及其他重大事项。(实行独立核算、白负盈万，合伙人对事务所的债务承担无限责任和连带责任。

个人所。是指由一个律师独立出资、自主经营、自主管理、自负盈亏的律师执业机构。主要有以下特征：(1) 由一名律师独立投资设立，设立资金不少于十万元。(2) 自主经营、自主管理、自负盈亏。(3) 投资律师对外承担无限责任。

以上三种类型的律师事务所各有所长，共同发展，为我国现阶段的律师服务提供了多种可供

选择的执业机构，为我国律师业向前发展起了巨大的推动作用。

但是，由于这三种律师事务所在投资主体、管理模式、分配制度、债务承担等方面的差异较大，在实践中存在的问题也日益凸现出来，阻碍了我国律师事业的进一步发展。

2、存在的问题

现阶段，根据国家有关规定，国资所逐步与司法行政机关脱钩，国资所律师不再具备国家公务员的身份。尽管如此，国资所本身的问题却依旧存在，并未因合作所、合伙所的出现而消失。在人事问题上包袱沉重束缚太紧，缺乏自主权；在分配上，律师的收入无法与其他类型的律师事务所相比；在产权制度方面，不具有法人财产制度和共同治理制度，是一种不完善的组织，在非国资所面前竞争力较弱。由此，导致国资所的人员素质下降，发生人才危机，积极性下降，业务深受影响，最终影响律师业的发展。

此外，阻碍律师业发展的因素还表现在合伙所和个人所的无限、连带责任问题的局限性越来越突出。

律师法规定合伙人律师和个人所的设立律师律师对律师事务所的债务承担无限、连带责任。当然，这可看成是对律师执业水平的严格要求和对服务对象利益的严格保护，但其局限性非常明显:第一，让合伙人或律师个人承担无限、连带责任不利于律师事务所规模化发展。由于历史的原因，我国律师制度恢复只有 20 来年，真正具有实力的律师事务所并不多，与国外律师业的发展相距甚远。承担无限、连带责任，在规模化、专业化及高层次发展方面受到很大的制约，严重影响我国律师业的发展壮大和竞争能力提高。无限、连带责任增加律师的负担，阻碍了律师业的发展。第二，承担无限、连带责任将不可避免地削弱律师从业的积极性。第三，不利于律师业同国际律师体制接轨。在美国、英国、法国及比利时等西方国家，律师事务所已向有限责任公司发展，律师事务所和公司一样具有民事主体资格，合伙人就是股东，只承担有限责任，大大降低了律师的执业风险，激发律师从业积极性。

另外，传统形式的律师事务所不便于科学管理。律师有时候既是投资人，又是管理者，还是职业律师，一般而言无暇花功夫进行管理，更谈不上管理的效能与科学化。

在这样的背景下，学习英美等西方国家，设立公司制的律师事务所，似乎更能够实现对律师事务所的科学管理，促进律师服务行业的发展。

二、我国设立公司制律师事务所的必要性

公司制律师事务所是由两个以上投资主体或执业律师组成的法人制律师事务所，它是以营利为目的而依法设立的具有法人资格的律师执业机构。其主要特征是:（1）具有法人资格，主任是法定代表人；（2）能够独立承担民事责任；（3）名称具有多样性；（4）是营利性组织；（5）具有公益性；（6）经营范围具有特殊性；（7）其权力机构是股东会。

（一）公司所的优越性

公司制律师事务所综合了国内外各种律师事务所的优点，因而具有其他形式的律师事务所所不具有的优越性。

1、有利于降低律师的执业风险。

由于法律规定合伙律师须承担无限连带责任，这在一定程度上影响其内部管理的完善和规模的扩大，从而影响其经济效益和服务质量的提高。公司制律师事务所的设立，赋予律师事务所具备完全的民事权利能力和民事行为能力，使律师事务所成为独立的法人实体，律师可以象有限责任公司股东那样只承担有限责任，这就大大降低了律师的执业风险。

2、有利于律师事务所管理的科学化。

公司制律师事务所在管理上完全借鉴有限责任公司的管理体制和管理经验,凡是出资的律师就是股东,实行股东大会、董事会及监事会制度。股东大会由全体股东组成,是律师事务所的权力机构。董事会由股东大会选举产生的律师组成,是律师事务所的执行机构。监事会由股东大会选举的监事组成,监督董事会的日常运作,这样形成权力制衡格局,权责明确,管理民主,既可提高律师的积极性和责任感,又可扩大律师事务所的规模,提高律师事务所的效益。

3、有利于吸引社会对律师业的投资。

根据现行律师法规定,合伙所的合伙人都是执业律师,换言之,不是执业律师就不能成为合伙人,就不能投资于律师业,这种局面限制了合伙所规模的扩大,资金的扩张,并且削弱了其抵抗风险的能力及信誉,公司制律师事务所可以解决以上问题,允许非执业律师个人或单位投资设立律师事务所,这样,有利于发挥各方面的积极性,募集一部分社会闲散资金,扩大律师事务所的集资范围,取得雄厚的资金信誉,从而促进律师业的发展和服务质量的提高。

4、有利于实现律师行业的规模化发展

首先,公司化律师事务所由于其产权明晰(现在的普通合伙所也一样),投资主体多元化,权责明确,分配科学以及强调事务所自身的积累和发展等制度上的优越性,都昭示着有限合伙律师事务所的远大发展前景,这有利于吸引高层次的人才加眼,而人才是律师事务所发展壮大的人力资本。其次,公司化律师事务所采取公司管理模式,在入伙、退伙上没有传统合伙所那样具有浓重的人合色彩,本身对人才的吸引力以及吸纳能力都比较强。最后,公司化律师事务所采取公司制管理模式,实行科学管理,出现管理混乱情形的可能性大大降低。

5、有利于整合提升律师行业竞争力

竞争力就是指某一企业在经济效益上不被其他企业所击败的能力,即企业在竞争中求取生存与发展的能力。公司化律师事务所能扩大律师行业的规模,建立律师行业的品牌。规模上去了,品牌树立了,那么律师行业也就获得了"在竞争中求取生存与发展的能力"。这里强调规模对于提高律师行业的竞争力的意义,着眼点在于全球化下大型的法律服务项目竞争,如重组上市、兼并收购以及项目融资等。"大所的优势是显而易见的,不论是重组上市、兼并收购还是项目融资,几乎都被具有一定规模的律师事务所垄断,而小型律师事务所一般无缘问津,或者只能从事一些辅助性工作。这对于将来与国外同行竞争大型法律服务项目具有重要的现实意义。

6、有利于律师行业持续发展壮大

传统律师事务所的体制都存在存续稳定性的问题。诚然,国资所由于其国家出资支持的特性而稳定性较强,存续期问得以长期维系,但是国资所并非律师事务所体制的主流,也非律师行业中坚,数量较少;个人所稳定性较差是显而易见的:一旦出现律师因为人身伤亡等不确定性因素,个人所就立即分崩离析;合伙所则注重人合性,其存续的期问与合伙人之问的关系有莫大关系,如果合伙人之问如发生矛屑不能解决,导致合伙人的退伙,那么极为容易因为退伙引发合伙所的解体,这就是所谓合伙所的"三年之痒"。

公司化律师事务所注重其自身企业战略的确立,有长远的发展目标和理想。所谓企业战略目标,是"企业为实现各种特定目标以求自身发展而设计的行动纲领或力一案,它具有全局性、长远性和力一向性的特点"。这正是传统律师事务所体制所缺乏的,虽然有一些大所订立了其宗旨(如金杜所的"追求卓越"),却也很难说是其企业战略,允其量是服务品质的追求与彰显。公司化律师事务所有其自身的战略目标,形成了整个律师事务所的核心价值观,使其稳定性大大增强,得以长期存续。事实上许多国外的成功公司化律师事务所都已经存续了数十年乃至上百年之久,并将

继续发展壮大。因而，构建有限合伙律师事务所对于我国律师行业的持续发展壮大有重要的意义。

（二）设立公司所的必要性

任何新生事物的出现都有它的社会基础，也就是马克思主义哲学理论所讲的生产力决定生产关系。20 世纪 80 年代，我国的律师制度处于恢复初期，且当时为计划经济时代，故律师所尚属官办部门，它的最主要任务是服务于上层建筑。到 90 年代，随着经济体制改革及市场经济的发展，单纯的国办所已不能适应社会经济发展的需要。于是，便产生了集体所有制的合作所。再后，合作所也不能适应社会经济发展的速度。于是，又出现了合伙所。合伙所的出现无疑是我国律师业发展史上的一大进步，当然这一进步是与社会经济发展相适应的。再后来，2007 年新修改的《律师法》去掉了合作所，新增了个人所。我国律师服务业形成国资所、合伙所和个人所三种律所组织结构。但是，我国社会经济及民主政治发展到今天，前三种律师组织结构已远远不能适应。反而，最进步的合伙制律师所也由于其先天的种种弊端而成为社会经济发展的侄桔之一。于是，当今的社会生产关系便对公司所这一新的生产力形式呼之欲出。

由于公司所采取的是法人治理结构，且为有限责任，并具有人合和资合的双重特征，故这些优点决定了它比国资所、个人所、合伙所具有更大的发展潜力和市场竞争力及法律服务能力。如此，公司所更容易组建律师业的航空母舰，从而使中国的律师服务业能跻身于国际经济贸易的商海之中，并具有抢滩能力和占领国际法律服务市场的能力。相比之下，“老三制”由于种种主客观原因而不具备这种能力，而公司制律师事务所的组织模式符合现代法律服务市场的要求因此，建立公司所则具有十分的必要性和紧迫性。

现代律师事务所的组织模式应由产权制度、组织治理制度及责任制度构成，三种制度相互联系、相互影响和制约，决定着律师事务所的组织模式。由于人们对产权制度、组织制度及责任制度的不同选择，可以采取不同的律师事务所组织模式，而公司制律师事务所的产权制度、组织治理制度及责任制度决定了律师事务所能适应现代化法律服务市场的需要，有利于调节事务所内部责、权、利关系，有利于律师事务所参与市场竞争，保持律师事务所持续稳定发展。

另一方面，组建公司制律师事务所符合我国《律师法》、《公司法》的基本精神。

我国《律师法》规定的国资所、合作所具有法人资格，独立承担财产责任，具有公司的本质特征。根据《公司法》规定有限责任公司是企业法人，公司以其全部资产对公司的债务承担责任，股东以其出资额为限对公司承担责任，因此，责任有限化是公司的最根本特征，国资所、合作所与有限责任公司之间具有对接的基础。

合伙所虽然要求承担无限连带责任，但事实上律师责任无限化是不现实的，《律师法》之所以要规定合伙所承担无限责任，其目的是要防止合伙所逃避执业赔偿责任，但赔偿责任完全可以通过参加律师执业保险来转移。律师事务所与有限责任公司在设立上有着共同之处。《律师法》规定，律师事务所是律师的执业机构，应当有自己的名称，住所和章程，有 10 万元以上人民币的资产，有法定数量的律师。《公司法》规定，设立有限责任应当有自己的名称、组织机构、章程、法定股东、生产经营场所、注册资本。因此，律师事务所与从事服务的有限责任公司在成立条件上是一般与特殊的关系，根据公司法的精神，个人成为股东组建有限公司将承担有限责任，而根据《律师法》的精神，个人出资组建律师事务所将承担无限责任，对律师来说是极不公平的。

公司制律师事务所虽不是律师所唯一的组织形式，但却是重要的组织形式，尤其是规模化、管理型律师所的发展方向。我们相信公司制律师所一定能在 20 年中抢抓机遇，发展自己，在做大律师业、做强律师所的创新道路上发挥“龙头”作用，成为中国律师业的领跑者。

注 释

1、范健《引入有限责任合伙制度的立法思考》,《国家检察官学院学报》, 2007 年第 6 期。

2、郭义贵《论英国早期的律师制度》,《法学评论》, 2008 年第 1 期。

3、李本森《国际法律服务业的自由化与我国法律服务业的对外开放》,《中国司法》, 2005 年第 6 期。

4、朱凡《律师行业发展之制度瓶颈——论我国律师事务所的组织形式》,《湖南师范大学社会科学学报》2005 年第 2 期，第 46 页。

5、金 鑫、徐绪柏《公司制律师事务所之构想》,《律师世界》, 2003 年第 3 期，第 39 页。

6、李自根、丘云卿《关于我国构建公司化律师事务所的几点思考》,《学术研究》2009,年第 4 期，第 58 页。

7、朱代恒《简论律师事务所的公司制改革》,《探索》, 2001 年第 6 期，第 138 页。

8、刘源《律师事务所公司化改革应从四方面入手》, 中国改革报 , 2006 年 1 月 25 日第 6 版。

9、钟扬飞《律师事务所公司化问题面面观》,《学术探索》2005 年 8 月，第 74 页。

10、何金忠《浅析律师事务所公司化治理》,《湖北警官学院学报》, 2011 年 7 月，第 44 页。

我国律师管理存在的问题及原因分析

安徽众佳律师事务所　赵礼平　黄世亮

摘　要：律师管理是一个国家律师制度的重中之重，律师管理的成败直接关系到一国法律服务的质量，本文从律师职业属性与律师管理的关系入手，通过对我国律师管理的概述对我国律师管理经历的几种模式进行了简单的陈述，引出我国现阶段的“两结合”、“ 四层次”的律师管理体制。文章研究的重点是我国现阶段律师管理中存在什么样的问题，这些问题应该如何加以解决，旨在为我国律师管理的完善提出宝贵的建议。在研究的过程中，通过分析我国各阶段的律师管理的特点，对我国现阶段律师管理中存在的问题进行深刻的原因分析。

关键词：律师管理　两结合　律师执业机构　问题　原因　对策

一、我国律师管理的概况

1、我国律师管理的历史发展

从当前我国律师管理的体制来看，我国现阶段实行的是“两结合”、“四层次”的律师管理模式，这种模式的具体内容是：“司法行政机关的宏观管理、律师协会的行业管理、律师执业机构的自律管理和税务、审计等政府有关部门的管理与监督。”在这之前，我国律师管理经历了以下两种形态：

（1）单一的行政管理体制

这种管理体制主要存在于新中国刚刚成立后的一段期间，在这期间我国律师管理开始恢复。当时律师管理的主要特点是：司法行政机关内部设置律师协会，律师的身份是国家工作人员，表面上看，律师协会通过法律顾问处对律师进行直接管理，实际上这种管理是行政管理，完全没有体现出律师协会的行业管理。《律师暂行条例》首次从法律上对律师协会的地位、作用进行确认。律师管理部门“一套人马，两块牌子”，主要表现在律师协会的工作人员尤其是领导人员，有很大一部分是当地司法行政机关直接安排的，这也造成了律师协会在律师管理中司法行政管理特点突出，制约了律师协会本身应有的行业自律管理的职能的发挥。这种体制一直延续到改革开放初期。

（2）司法行政为主导，律师协会为辅的律师管理体制

20 世纪 80 年代中期，律师制度恢复重建工作基本完成，全国县一级行政区域普遍设立了法律顾问处（后更名为律师事务所），律师队伍有了空前的发展。1986 年 7 月，第一届全国律师代表大会通过颁布《中华全国律师协会章程》对律师协会的一些基本职能进行了确认，如对律师进行业务指导、促进律师之间的工作交流、维护律师的合法权益等。这是我国律师协会走向律师行业管理的第一步，具有里程碑意义。从此，我国律师管理在司法行政机关单一管理的基础上引入了律师协会行业管理。然而这个时期，关于律师工作的一些实质性权力依旧是由司法行政机关实施，律师协会的工作人员存在不少比例的司法行政机关人员律师协会在律师管理体制中仍处于从属地位，行业管理的职能并不明显。

二、我国律师管理存在的问题

我国现阶段实行的是司法行政机关的宏观指导、监督与律师协会的行业管理相结合的“两结合”的律师管理体制，这种律师管理模式开始于上世纪 90 年代，与单一的司法行政管理相比具有很大的进步性，在一定程度上促进了我国律师管理事业的发展，但是随着社会的发展，民主法治

建设的完善，律师职业属性的独立性、社会性、专业性对现阶段律师管理提出了更高的要求。现有的律师管理体制当中存在的一些问题已经成为律师管理更好、更快发展的阻碍。

（一）我国律师管理存在的问题

1.“两结合”的律师管理体制中存在的问题

“两结合”的律师管理体制中存在的问题主要是司法行政机关与律师协会的权限划分不明确，具体表现在以下四个方面：

（1）律师管理的法律、法规的制定主体模糊。首先，在律师的管理法规方面仅有《律师法》这一法规，而且《律师法》的内容大都是是一些原则性的规定，缺乏具体的实施细则。《律师法》对相关事务的处理办法规定的很笼统，很多措施以“依照本法”一概而过，以至于司法行政机关的工作人员理解为这是赋予了司法行政机关概括性权力，以至于对律师管理事事插足，什么都管。这也是造成现阶段法规制定主体模糊的一个原因。“依照本法”应该这样理解：依照该部法律中的具体明文规定，这并非是所谓的一些工作人员认为的是法律赋予相关单位的、带有很大随意性的概括性权力。其次，现行《律师法》明确规定律师协会拥有行业规范的制定权，同时又规定了：“国务院司法行政部门依据本法对律师、律师事务所和律师协会进行监督、指导”虽然法律并未规定司法行政机关拥有行业规则制定权，但是依据上述规定，司法行政机关在律师管理的过程当中制定了包含行业规范的相关规章，如《律师职业道德和执业纪律规范》等，实际上律师协会和司法行政机关共同行使行业规范的制定权。同时，律师协会制定的行业规范和惩戒规则，不得与有关法律、行政法规、规章相冲突。这种局面一方面，造成律师协会实际管理中依据混乱，另一方面，使得律师协会在律师执业规范和行业管理规则的制定权方面受制于司法行政机关，削弱了律师协会行业规范制定权。最后，律师管理制度是国家司法制度的重要组成部分，地方司法行政机关、律师协会拥有律师管理法规、行业规范制定权，有可能为了自己所辖地区律师利益，在制定法规、行业规范时实行地方保护主义，对所辖区域之外的律师及律师执业机构进行限制。这样不但不利于律师执业环境的整体发展，而且不利于律师管理标准的统一。

（2）律师执业资格的审核与管理主体错位。现行《律师法》明确规定律师执业证书的申请和初步审查机关为申请人欲执业地设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门。首先，在律师执业资格的取得方面，要经过司法行政机关的初步审查和最终审核两个阶段。初步审查的司法行政机关对申请人的申请材料齐全、符合法定形式的予以受理；申请材料不齐全的，司法行政机关可以要求申请人在一定期间内予以补正，申请人的材料补正之后合格的予以受理；由于申请事项不符合法律规定的条件或者由于申请人的原因造成相关材料不齐全，司法行政机关可以不受理，但是必须向申请人出具书面材料说明理由。在对申请人提交的材料进行审查的过程中，可以征求申请人所向往的执业地的县级司法行政机关的意见，同时也可以委托该司法行政机关核实、调查相关的材料是否属实。省、自治区、直辖市司法行政机关根据初步审查机关的审查意见和全部申请材料作出是否准予执业的决定。准予执业的向申请人颁发律师执业证书，不准予执业的，应当向申请人书面说明理由。其次，律师执业证书的年审注册由地级司法行政机关负责。行业准入，是司法行政机关的重要职责，在现阶段律师协会的建设不够完善的情况下司法行政机关把好律师行业的入关口很有必要，但是，律师协会作为律师行业的主要管理组织，相对于司法行政机关，不论是在律师执业资格的条件的理解上，还是在律师执业的管理方面都更具有优势，业务能力强、管理效率高。然而在律师行业准入方面，2007 年修正后的《律师法》规定：“申请人申请律师执业资格时须提交当地律师协会出具的申请人实习合格的材料”,这是我国首次从法律上对律师协会在律师执业资格审查过程中权力加以规定，在此之前律师协会没有律师执业资格审查权。

律师协会在行业管理的入关口上就丧失了行业管理权，不利于律师协会后续权力的继续发挥。

（3）律师协会缺乏实质的律师惩戒权。首先，新《律师法》规定“律师协会对律师、律师事务所实施奖励和惩戒”，相比较修订前的“律师协会按照章程对律师给予奖励或者处分”，具有进步意义。律师惩戒权分为行政处罚权和纪律处分权，我国现行的律师管理体制中，司法行政机关行使律师行政处罚权，律师协会行使纪律处分权。设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门可以对执业过程中有违法行为的律师给予警告、没收违法所得、停止执业3个月至1年、吊销执业证书的处罚；律师协会可以对执业过程中律师的违纪行为给予训诫、通报批评、公开谴责、取消会员资格的处罚。由此可见，在我国，司法行政机关是律师惩戒权的实施主体，具有实质性的管理权力；律师协会在律师惩戒管理中处于辅助地位，其惩戒权力不论种类上还是权威性上都显得过于薄弱，可以说没有实质性的权力。其次，在对律师的违法行为做出处罚决定时，司法行政部门依据《律师法》以及司法部制定的《律师违法行为处罚办法》行使律师管理惩戒权的，而根本没有采用中华全国律师协会制定的《律师职业道德和执业纪律规范》，结果造成同样的违法行为处罚的依据截然不同，律师协会制定的行业规则缺乏权威。最后，律师协会所拥有的惩戒权中最重要的一项“取消会员资格”如同虚设。我国法律规定：“律师协会的的会员资格是因具有律师执业资格而当然取得的，司法行政部门授予律师执业证书。”由此可以得出结论：只要司法行政部门不吊销律师执业证书，律师就是律师协会的当然会员。实际上，律师协会这一惩戒权只是摆设，形式远大于内容，没有实际权力。

（4）律师收费管理中存在的问题。首先，在律师收费标准的制定主体方面。根据《律师服务收费管理办法》的规定，律师服务收费的标准有两种，即政府指导价和市场调节价。律师担任法律顾问、办理非诉讼法律事务、法律咨询等业务，实行市场调节价格，由律师事务所与委托人，根据案件的复杂程度、律师服务的开支及法律服务市场的需求状况等因素，协商确定律师服务的收费数额或者标准。各类诉讼案件、诉讼案件的申诉及仲裁案件，实行政府指导价格。所谓的政府指导价是指政府有关部门依法定职责和程序制定的律师办理法律事务的收费标准，具体是指由省、自治区、直辖市人民政府的价格主管部门会同同级司法行政部门制定。律师的社会性决定了律师执业必须得到相应的经济回报，只有在自己的劳动成果得到别人的肯定并获得相应的回报的基础上，律师才能有更大的动力去发挥自己的服务特长。然而，司法行政机关与同级物价管理部门在制定相关政策的过程中过于倾向于法律服务接受者，维护律师权益的律师协会没有参与到其中。相对于司法行政机关，律师协会对法律服务市场提供的法律服务的成本把握的更准确。缺少律师协会参与的律师收费标准，内容上缺乏科学性，实施中缺乏可执行性，这造成了律师提供的法律服务得不到应有的回报，抑制了律师的积极性，结果导致很多律师改变自己提供的法律服务的方向，转而涉足非诉讼类案件业务，在一定程度上影响了诉讼类案件的服务质量，这种情形发展下去，有可能会造成从事政府指导价与市场调节价的律师人数比例严重失衡。其次，律师收费的监督、检查方面。律师事务所、律师收费的监督检查由各级政府价格主管部门和各级司法行政机关负责。政府价格主管部门和司法行政部门依据有关法律、法规，对律师事务所、律师的收费行为进行检查，对于律师执业过程中的违反收费管理的情况，司法行政部门及同级物价管理部门对其进行相关处罚。律师协会相对于政府部门，对律师、律师事务所执业过程中是否违法相关法律、法规、规则把握的更准确，更贴近律师的实际业务活动，但是却没有律师收费监督管理权。从某种意义上讲，律师收费管理关系到律师个体的利益，进而影响到律师行业执业环境的健康发展，是律师执业的动力之所在，同时也是律师协会发挥行业管理的重要领域。我国律师协会在这方面没有发挥应有的作用。

三、“两结合”律师管理体制存在问题的对策

（一）律师协会的行业管理。律师协会是社会团体法人，是律师的自律性组织。律师协会是由律师组成的社会团体法人，是律师的自律性组织，依法对律师实施行业管理。可见，在我国，律师协会是律师进行自我管理的行业组织。按照法律的规定，律师协会是在国家司法行政机关的宏观指导、监督下，对律师工作进行管理，是我国律师管理的主要组织。根据 2007 年修订的《律师法》第 46 条的规定，我国律师协会履行下列职责：

第一、保障律师依法执业，维护律师的合法权益

保障律师依法执业是指保障在现有法律框架下进行合法执业，这主要是通过制定并执行律师行业规范和惩戒规范来实现的。维护律师的合法权益主要是通过多种手段来维护律师执业中的各种合法权益，为提高律师行业在社会中的影响和声誉采取各种措施。各地的律师协会也相应下设了权益保障部门来负责律师的维权事务。

第二、总结、交流律师工作经验

为律师提供总结、交流律师工作经验的平台，促进律师业务水平的提高，这是律师协会的另一个重要职责。全国律师协会主要通过刊物、网站等形式来总结律师的工作经验，同时定期举行律师代表大会和学术性会议的形式来为律师业搭建平台。一些地方律师协会通过定期发布执业指引、召开研讨会等形式来总结和交流律师的工作经验。

第三、制定行业规范和惩戒规则

通过制定行业规范和惩戒规则，律师协会得以实现自身的对整个行业的管理权。这一职责具有重要历史意义，从法律上确认了律师协会的行业管理权，为律师协会参与到律师行业管理奠定了基础。1996 年全国律师协会制定了《律师职业道德和执业纪律规范》，此后又在 2004 年颁布了《律师执业行为规范（试行）》。各个地方律师协会也相继颁布了地方性的律师执业规则。这一职责是 2007 年《律师法》修改之后增加的，尽管律师协会实际上从 20 世纪 90 年代开始便实际上行使制定行业规范和惩戒规规则的职责了。

第四、组织律师业务培训和职业道德、执业纪律教育，对律师的执业活动进行考核

第五、组织管理申请律师执业人员的实习活动，对实习人员进行考核

组织实习人员进行活动并对其进行考核也是 2007 年《律师法》加以明确的一项职责。中华全国律师协会在 2007 年 6 月就颁布了《申请律师执业人员实习管理规则（试行）》。作为律师行业的管理组织，律师协会对于这些准备进入律师行业进行执业的人员负有考核和审查的职责。

第六、对律师实施奖励和惩戒

奖励和惩戒是律师协会实现对律师业进行管理的重要手段，目前的惩戒手段主要包括训诫、通报批评、公开谴责、取消会员资格等几种方式。行使律师惩戒权是对律师协会行业管理职权的强化，具有里程碑意义。

第七、受理对律师的投诉或者举报，调解律师执业活动中发生的纠纷，受理律师的申诉

律师协会是解决律师业内部纠纷的重要组织，律师协会应当受理对律师的投诉或者举报，既包括业界内部的举报也包括业界外部的举报。律师协会应该对律师执业活动中发生的纠纷积极进行调解，这是因为律师协会是律师业与社会之间进行良好沟通的代表，负有维护律师业声誉的重要职责，律师协会作为律师执业活动纠纷的解决机关有助于纠纷的合理解决。

第八、法律、行政法规、规章以及律师协会章程规定的其他职责

（二）律师执业机构的自律管理。在我国“四层次”的律师管理结构中，律师执业机构的自律性管理是基础，是律师行业管理和律师队伍建设的基础环节，规范律师执业机构的执业行为，充

分发挥律师执业机构律师管理的职能具有重要的意义。律师执业机构在律师管理中有着特殊的地位，一方面，它必须接受司法行政和律师协会的管理；另一方面，它对其内部的律师负有管理和教育的作用，甚至还必须为律师的执业活动承担过失赔偿责任。因此，律师执业机构既是律师管理的客体，又是律师管理的主体。作为管理的主体，律师执业机构的管理工作是整个律师业管理的基础。律师管理的许多基础性工作都是在律师执业机构内部进行的，律师执业机构规范的管理工作，是律师行业管理的基础。离开了律师执业机构的日常管理，律师协会的行业管理工作很难顺利进行开展。因此，律师事务所的自律管理在律师管理体系中是不可忽略的。

现阶段我国律师执业机构的常规工作内容主要有：案件讨论制度；结案归档制度；特别重大案件向主管机关通报备案制度；本所内案件通报制度；统一收费和合同管理制度；投诉处理制度；向客户报告工作制度；统一调配承办律师制度； 法律顾问统一管理制度。

最后，税务、审计等政府有关部门的管理与监督。税务、审计等政府有关部门按照税务、审计等相关方面的法规对律师、律师事务所的营业收入、经济往来、会计账簿进行审核，规范律师及其执业机构的业务活动。

影响县域律师事务所发展的不利因素及对策

安徽渊源律师事务所　许 翔

摘　要：县域律师事务所是指业务范围主要在县级的事务所，县域律所分布广泛、发展不平衡，受县级区域经济的发展制约，共同的特点是规模小、综合性强、以诉讼业务为主、稳定性差、发展缓慢，如何推动县域律所的发展事关整个律师队伍的发展，笔者作为长期在县域律所执业的律师，试图从本地区、本所的实际出发，阐述影响县域律所发展的不利因素，重点是立足改变内部因素，如何规范健康地促进县域律所发展提出自己的观点。

主题词：县域律师　发展　不利因素　对策

一、不利的因素

对律师事务所发展影响的因素主要是外部和内部两个方面，由于各律师事务所受地域、历史、人文等客观方面的影响，发展的个性特征有所不同，但仍有很多因素是共性的，我的分析主要是针对本地区和本所的实际情况，从内、外两个方面加以阐述。

1、不利的外部因素

首先是律师这一职业的特点和属性尚未被社会所普遍理解和接受，特别是政府官员不能理解和接受。律师虽属法律人范畴，但与法官、检察官的职业属性不同，律师是运用知识和技能维护委托人的利益，争取委托人利益最大化是律师工作的重心，更多时候体现为对委托人私权的保护和公权的抗衡。由于律师职业的特点和属性没有被社会所普遍理解和接受，进而对律师执业产生负面的认识和影响。

其次是现阶段律师事务所和执业律师的社会政治地位与所承担的社会责任和经济压力不相吻合，执业的精神压力普通反映沉重。《律师法》对律师的定位和各级行政部门对律师都提出较高的职业要求，律师事务所的生存、建设、发展都来自于律师的收费与积累，同时还要承担对政府部分事务的无偿服务、法律援助、普法宣传、维护社会稳定、参加信访接待等工作任务，在现实社会中，虽有极少数执业律师担任人大代表、政协委员，但整个律师业的社会政治地位并不高，相对于公检法和政府机关仍然是弱势群体，执业权利不能得到充分有效的保障，对律师的执业侵犯甚至报复时有发生，极大地阻碍了律师业的发展。

再次是法律服务市场的无序和恶性竞争严重影响和制约律师业的发展。一些政府职能部门和行业协会以单独设立资格考试或行业专业性为由，变相参与法律服务市场的竞争，并企图形成行业性垄断。司法行政部门在手心手背都是肉的思想下，不可能出台严格的规范法律服务市场的行政规章，各种类型的法律服务所和形形色色的公民代理人出现在法律服务市场也就十分自然，而这些法律服务所和公民代理人办案成本极低，无需承担任何社会责任甚至不用纳税，在这种情形之下恶性竞争已成为普遍现象，社会公众对律师事务所和法律服务所、律师和法律工作者、律师和公民代理人无法区别，市场的无序和恶性竞争同样是制约律师业发展的不利因素。

2、不利的内部因素

（1）律师事务所普遍缺乏中长期发展战略，急功近利的问题突出。现实中能够制定事务所发展规划的极少，能认真写出上年度的工作总结和下年度工作计划已属难能可贵了，没有规划和计划的发展是任意的发展、无目标的发展，在这种前提下，急功近利、浮燥执业就成为常态，这

对发展是十分不利的。

（2）律师事务所普遍缺乏对规章制度建设和执行的重视。规范律师事务所和律师的执业即是要求也是自身发展的需要，没有规则不成方圆，没有严格的规章制度就不可能获得社会的信誉，更谈不上“百年老店”的品牌，尽管多年来我们一直在强调，但是制度的建设和和执行仍是没有解决的问题，要么没有规章制度，要么有了是挂在墙上没有很好的执行。

（3）律师事务所缺乏公共的财产和公共的积累，很难形成坚强的团队，往往是个体户的联合体，缺乏凝聚力。各事务所分配制度有所不同，但大多数事务所没有形成公共的固定财产，基本上是年终分配完毕，没有提留公积金、公益金或者其它发展基金，就像是个体户的联合体，这样就很难形成牢固的团体精神，内部缺少凝聚力，对外缺乏竞争力，制约了事务所的发展。

（4）律师事务所缺乏品牌意识和品牌战略，不注重所文化的建设和发展。每个执业律师性格各异、执业风格不同，如何使事务所每一成员通过自身努力和积累形成事务所品牌和文化，如何在品牌战略之下形成品牌效应？如何形成有特色的事务所文化等等，都是事务所应当考虑并着手实践的，从长远的角度看，这也是影响事务所发展的不利因素。

（5）律师事务所往往不重视在职培训教育或者总是被动的接受，缺乏人才引进的机制和动力。由于上述种种情形的存在，事务所成员都有一种惰性，在后期学习上只是被动地接受律协组织的培训，很难有意识有计划地组织培训，特别是为拓展新的业务领域进行知识储备就更难做到。由于没有长期发展的战略对建立人才引进机制缺乏动力，没有太大的积极性，为年青律师提供较好的执业条件往往是某个律师个人的行为，而没有在事务所形成机制，这些同样是影响事务所发展的不利因素。

二、思考与对策

本人从 1991 年开始执业，经历了从国资所到合伙所的过程，从整体上看无论是事务所的规模、执业律师的人数还是执业条件的改善都得到较大的发展，事务所存在的问题有的原来没有、现在有了，有的始终解决不好。影响事务所发展的外部不利因素仅以事务所或者行业协会的力量是难以改变的，我相信在国家民主与法制建设的过程中，这些不利因素会逐步得到解决和改变，我们要做是多一些呼吁和呐喊，现在要解决的关键是影响发展的内部因素，内因是根本外因只是条件，解决好发展中存在的内部不利因素，会使我们的发展更健康、更规范，在此我提出以下观点：

1、事务所应树立长期发展的理念

我们应当清醒地认识到律师行业是我国民主与法治建设中的重要力量，律师业的发展与国家的政治、经济紧密相连，律师事务所是律师业发展的重要载体，我们应克服短视的目光、急功近利的浮燥心态，静下来做好发展规划，实现有目的的发展。

2、事务所应确定规范执业的原则

这是一个常谈的老话题，但也是必须常念的“经”。规范执业首先是各项规章制度的建立、建全，最好形成事务所的执业年册。重要的是在事务所执业中对规章制度的严格执行，规章制度不执行就形同虚设。规范执业是事务所的立足之本、发展之前提，这个问题应引起事务所合伙人和主任的高度重视，这个问题必须解决也能够解决。

3、事务所应形成共同的发展目标

建设什么样的事务所？是事务所必须要做的功课，单纯的追求规模或者专业化都不是我们选择的目标，现阶段建设适当规模的中小型事务所，在内部进行一些可行的专业分工，重点是调整

好内部的人员结构、知识结构、年龄结构，事务所全体成员对发展目标应当形成共识，这是非常重要的人合因素。

4、事务所应解决知识储备和人才引进的瓶颈

事务所发展要克服“鼠目寸光”，更不能搞“武大郎开店”，对律师的在职培训要舍得下功夫下精力，最好能建立相应的培训基金，通过培训增强知识储备，提升执业水准拓展新的业务领域。通过人才的引进和培养，使之成为事务所发展的亮点。

5、事务所应建设成为坚强团结的团队

当一个事务所不是一个整体而是个体户的联合体，那一切都无从谈起，只有事务所成为一个团队时所有的东西才有可能实现，这其中分配制度的公平合理、所文化的建设、品牌的战略都显得十分重要。

6、事务所应有开拓、进取的精神

县域律师行的业务基本限定于传统的诉讼业务领域，如何发展新的业务领域是重要课题，事务所应通过知识储备、人才引进、品牌战略、发展规划、横向联合等一系列举措，积极开拓房地产开发、证券、专利、商标等新的非诉业务领域，争取更大的发展空间。

7、事务所主任应做好发展的领头人

事务所主任应当是事务所全体成员的核心，主任的素质、性格、执业风格都会影响事务所的发展。主任应担当领头人，主任应通过自己的言行告诉全所同仁们：应怎样做人、怎样做事、怎样办案、事务所应如何发展，同时主任应接受批评和建议，不断修正发展的方向，带领事务所这个团队共同发展。

论律师事务所对青年律师人才的培养

安徽赵洪亮律师事务所　赵洪亮

摘　要：对青年律师人才的培养，是一项关乎律师事务所可持续发展的工作。要把青年律师人才培养列入律师事务所的发展规划，要把律师事务所建成青年律师之家，要加强对青年律师的业务培养，要在经济上扶持青年律师，要加强对青年律师的管理。

关键词：律师事务所　青年　人才 培养

青年律师作为律师队伍中一个新的群体，是一股新生力量，无时不释放着青春的活力，我们可以毫不夸张地说，青年律师的健康成长关系到中国律师业的兴旺发达，关系到中国律师业的繁荣昌盛，是中国律师业未来发展的希望。然而，我们也必须清楚地看到，当前的现实是，青年律师由于受到执业时间短，执业经验少，人脉关系缺等各种主客观因素的影响，生存正面临着一定的困难，发展面正临着一定的挑战，由此而使青年律师的培养成为一个非常现实而颇具深远意义的重大课题摆在我们面前，值得我们深思与研究。笔者作为一个执业二十年的老律师，作为一家县域个人律师事务所的负责人，深感律师事务所对青年律师的培养责任重大，可谓是责无旁贷，任重道远啊。笔者认为：就律师事务所而言，对青年律师人才的培养，是一项关乎律师事务所可持续发展的工作，在当前以及今后一个很长的时期，都应当做好以下几方面的工作：

一、要把青年律师人才培养列入律师事务所的发展规划

律师事务所的发展，当然要依靠中老年律师的努力，也可以说中老年律师是律师事务所发展的中坚力量，但必须看到律师事务所未来的长期发展，却完全要靠现在的青年律师，因为当青年律师成为中老年律师的时候，他们同样也可以成为律师事务所发展的中坚力量，可以说，未来的竞争，就是现在的青年律师之间的竞争，即所谓是人才之争嘛。所以，从这个意义上来说，律师事务所一定要重视青年律师人才的培养，把青年律师人才的培养列入律师事务所的发展规划，并作为一个重要工作紧抓不懈。一方面，要确定青年律师培养的长期计划及培养目标，即要在青年律师之中挑选具有潜质的优秀人才进行长期培养，并明确相应的培养目标，把青年律师打造成优质律师；而一方面，为实现这一长期培养目标，必须首先确定青年律师培养的近期计划及培养目标，即在近期比如 3 - 5 年内，如何对青年律师进行培养，并且取得什么效果，要有一个近期计划及培养目标，这是为实现长期计划及培养目标所做的准备，也是一个基础。总之，通过青年律师人才培养发展规划的实施，加强青年律师人才的培养，并且使之能够快速取得成效，真正让青年律师成为律师事务所可持续发展的后续动力。

二、要把律师事务所建成青年律师之家

律师事务所作为青年律师工作的地方，是青年律师职业之旅起飞的重要平台，应当把律师事务所建成青年律师之家，因为青年律师刚刚开始执业，对执业环境、前景等等诸多方面都不清楚，因此，律师事务所应当着重从政治上、精神上、道德上给青年律师以更多的关心与教诲，让青年律师对律师事务所有家的感觉，从而能够安心舒心地工作。

（一）要教育青年律师树立有志于中国律师事业的伟大志向

有时候，青年律师对自己为何要做律师、从事律师这份职业都有困惑，而这种困惑对青年律师执业是很不利的。因此，律师事务所可以谈心、开会等多种形式与青年律师交流，教育青年律师树立有志于中国律师事业的伟大志向，把律师不仅当作一种职业更是一种事业去做，只有这样，才有奋斗的动力源，才会不懈努力，坚持走下去，相信总有一天会成功的。

（二）要帮助青年律师确立职业规划和人生目标

青年律师因为年轻，且又是执业初期，对职业规划和人生目标，有时并不清晰，但青年律师可塑性很强，做好引导，成长起来是非常快的。因此，律师事务所要了解青年律师的思想与想法，对未来职业的期待，根据青年律师的自身条件，引导、帮助青年律师确立职业规划，树立人生目标，并在这个过程中，进一步帮助青年律师调整、修正职业规划。当然，职业规划和人生目标都是青年律师个人的事情，一般而言，律师事务所对此并不干预，但就青年律师人才的培养而言，这却是一个非常重要的问题，因为青年律师如果没有自己的职业规划与人生目标，是一定会迷失的，一旦失去前进的方向，那是非常可怕的，而这一点作为律师事务所是不愿看到的。所以，要帮助青年律师确立职业规划和人生目标，不仅对于青年律师本人而且对于律师事务所来说都是很重要的。

（三）要强调青年律师养成认真务实的工作作风

当前，有些青年律师急功近利，急于求成，总想一事成名，一案成名，因此，往往只注重眼前利益，没有长远的目光，做事也比较马虎，不够认真。对于青年律师，如果律师事务所要进行培养的话，一开始就要强调青年律师养成认真务实的工作作风，即要有认真的执业态度、务实的执业作风，并对此进行严格要求，加强监督。因为如果一开始就形成了做事马虎的习惯，这种习惯将是很难改变的。因此，对于青年律师而言，唯有认认真真做事，以高度负责的工作态度和敬业精神获得当事人的认可，树立一个良好的口碑，才可能为自己将来的发展奠定良好的基础。

三、要加强对青年律师的业务培养

对青年律师进行业务培养，不断提高青年律师的业务素质，不断强化青年律师处理法律事务的能力，是律师事务所对青年律师培养的一个重要方面。律师事务所对青年律师进行业务培养，一般可以通过以下方式：

（一）确定好律师教导青年律师

律师事务所要确定执业道德良好、执业经验丰富、乐于奉献的好律师当青年律师的“导师”，引导青年律师在律师职业之旅上起好步、开好局，因为良好的开端是成功的一半嘛。从实践来看，最传统也是最有效、最成功的，恐怕就是师徒式的培养模式了吧。所谓师徒式的培养，就是师傅带徒弟，也就是由一名年长律师尤其是资深律师、优秀律师带着一名或多名青年律师工作而进行的培养。师徒式的培养能够使青年律师最直观、最深刻地体会到资深律师、优秀律师的执业经验、基本技巧，并很好地从资深律师、优秀律师身上吸收营养，在资深律师、优秀律师潜移默化的教导即言传身教中快速成长起来，从一开始就给青年律师注入优秀律师的“基因”，从而向着优秀律师的方向去培养青年律师。

（二）为青年律师提供更多锻炼的机会

青年律师缺少的不是法律方面的才华，而是缺少做事的机会，缺少展示才华的平台。所以，律师事务所在机会来临的时候，一定不要忘了青年律师（有时没有机会，但可以创造机会），要在正确引导与严格把关的情况下，大胆地放手让青年律师去施展才华，在一个又一个的实践中获

得锻炼与成长；对一些重大、疑难和有代表性案件的讨论和研究，一定要让青年律师多多参与，让他们充分发表意见、表达观点，也许这些意见、观点是肤浅的、欠缺的、甚至是不正确的，但这至少可以表明，他对这个案件是有自己的思考的，并且也是有自己的想法的。这是对青年律师来说，是一个非常好的业务学习和提高的办法。

（三）让青年律师多承办一些法律援助案件

青年律师受各方面因素的影响，案源上仍然存在一定的欠缺，为使青年律师能有更多的煅炼机会，在实践中不断地提高自己，律师事务所在接受法律援助机构的指派，办理法律援助案件时，应当将法律援助案件更多地交给青年律师去办理。这样，既让青年律师有一定的业务收入，缓解一下经济压力，又让青年律师的综合能力得到了培养，有利于加快青年律师的成长。

（四）让青年律师参与办理重大、复杂、疑难法律事务

对于重大、复杂、疑难法律事务，一般而言，年长律师、资深律师都不愿青年律师参与其中，因为他们没有经验。其实，让青年律师参与办理，可以很好地促进青年律师的成长，因为重大、复杂、疑难法律事务往往是对律师综合服务能力的一种极大挑战，让青年律师参与其中，无论介入有多深，相信都会让青年律师从中学到很多，因为对青年律师而言，是很难有机会接触到重大、复杂、疑难法律事务的。

（五）安排青年律师参加知名优秀律师的庭审观摩（讲座培训）

知名优秀的律师之所以能够知名优秀，其中必有其独特过人之处。作为律师事务所，要安排青年律师参与知名优秀律师的庭审观摩（讲座培训），让青年律师亲身感受知名优秀律师的庭审风格、办案技巧、辩论思想，分享其成功的经验。这样，可以很快地吸知名优秀律师的法律素养入自己之身，加快自己的成长。

（六）选派青年律师参加国家级的业务培训甚至出国深造

对于青年律师中的优秀分子，律师事务所要重点培养，选派他们参加一些由中央部委、法律专业机构举办的业务培训，以提高他们的素质，开阔视野，有条件的律师事务所，还可以选派特别优秀的青年律师出国深造，进行重点栽培，使他们快速成长起来。

四、要在经济上给予青年律师一定的扶持

经济，是基础。青年律师因为刚刚出道执业，往往面临着生存问题，作为律师事务所应当予以高度重视，在经济上给予一定的扶持：

（一）建立青年律师最低生活保障制度

针对律师的职业特点，结合律师的现状，为解决青年律师的生活问题，缓解生活压力，律师事务所可以尝试着建立青年律师最低生活保障制度，每月给予生活费。这个制度的实施，可以免除青年律师的后顾之忧，不至于使青年律师饿着肚子去执业。

（二）建立青年律师生活补贴制度

实行青年律师最低生活保障制度如有困难或难以实施的，可以建立青年律师生活补贴制度，即根据当地生活水平，结合本所实际，并考虑青年律师本人的现状，可以发给一定数量的生活补贴，缓解青年律师的生活压力。

（三）建立青年律师培训基金

除了执业前的岗前集中培训外，青年律师一般不再接受系统性、专业性的学习培训，原因是

多方面的，但其中主要的一个，就是因为青年律师由于目前经济条件欠佳，没有能力去参加一些需要付费的法律培训。为此，律师事务所可以建立青年律师培训基金。青年律师培训基金的经费来源，主要有律师事务所的投入，即以律师事务所收入按一定的比例提取，还有就是律师的投入，即以律师业务收入按一定的比例提取。对于青年律师经律师事务所同意后，自费去参加法律培训的，可以在青年律师培训基金报销全部或部分培训费用，以此提倡、鼓励青年律师积极主动参加法律培训，不断更新知识，提高自我。

五、要加强对青年律师的管理

青年律师刚刚走上职业之路，可朔性很强，且律师又属相对自由的职业，故管理如何，就可能导致“近朱者赤，近墨者黑”。所以，律师事务所要加强制度建设，运用一套严格的制度对青年律师进行严格的管理，使青年律师一执业就知道律师是一个有“规矩”的行业，一切言行都应当在“规矩”规范下进行，从而规矩做人，规矩做事，为青年律师今后成长为“大”律师奠定良好的基础。

（一）以法律管理

法律是律师执业的根本。对青年律师的管理，律师事务所不仅要用以《律师法》为主的律师管理法律法规进行管理，使青年律师能够模范遵守《律师法》，按照《律师法》的规定开展执业，而且还要以《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》等等法律法规进行管理，教育青年律师严格按照这些法律法规的规定去执业，避免在执业初期就遭遇执业风险的打击，断送自己的职业前程。总之，要使严格遵守“以事实为根据、以法律为准绳”的办案原则成为青年律师自我约束的铁的纪律。

（二）以规章管理

除了《律师法》及基本法律外，还有司法部关于律师管理的规章，比如《律师执业管理办法》、《最高人民法院、司法部关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》等等。作为律师事务所，也要以规章为依据，加强对青年律师的管理，监督青年律师贯彻落实。要以纪律进行管理，用律师执业纪律去约束青年律师，规范青年律师的执业行为。另外，对是党员的青年律师，还要以党章要求他们，使他们能够成为模范带头人。

（三）以制度管理

律师事务所要制定相应的管理制度，以制度治所，以制度管人。特别是对于青年律师，更是要运用所内制度进行严格管理，因为青年律师对自己执业行为的法律后果往往考虑的不多，有时甚至是不计后果，但真的后果来临时，却又后悔莫及。要做到在制度面前人人平等，这样才能将制度真正落实下去，使制度成为青年律师不能突破的底线。

（四）以道德管理

道德的力量是无穷的。对于青年律师，除了以法律、规章、制度进行管理之外，道德也是一种很好的管理方式。律师事务所要在青年律师开展职业道德教育，把青年律师培养成真正有职业道德的人，成为有高尚道德的律师，可以说在当前，缺乏律师职业道德的人，也还是存在的，这些人对律师造成了一定的负面影响。另外，也要对青年律师进行社会主义道德教育，把青年律师培养成有真正人格魅力的人，打造既有高超执业素质又有高尚职业道德的青年明星律师，成为推进中国律师事业又好又快发展的中坚力量，把中国律师事业推向前进！