

法官之聲

FAGUANZHICHUANG 2009年创刊号



最高人民法院前副院长刘家琛大法官、陕西省高级人民法院党组书记安东院长在全国法官协会工作会议上亲自为荣获“全国先进协会工作者”的本刊总编丁学军颁发获奖证书与奖杯

中国方正出版社

法官之聲

FAGUANZHICHUANG 2009年创刊号



最高人民法院前副院长刘家琛大法官、陕西省高级人民法院党组书记安东院长在全国法官协会工作会议上亲自为荣获“全国先进协会工作者”的本刊总编丁学军颁发获奖证书与奖杯

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法官之窗 / 陕西省商法学研究会. —北京: 中国方正出版社, 2009. 6

ISBN 978-7-80216-190-8

I. 法… II. 陕… III. 商法学—研究—文集—中国 IV. 920.10

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 068833 号

法官之窗 (法律文化专刊)

丁学军 常西岭 总编

责任编辑 王相国

出版发行	中国方正出版社
地 址	北京市西城区平安里西大街 41 号
邮政编码	100813
经 销	新华书店
印 刷	陕西中实艺术印务有限公司
开 本	889mm × 1194mm 1/16
字 数	460 千字
版 次	2009 年 5 月第 1 版
书 号	ISBN 978-7-80216-190-8
定 价	20.00 元

(版权所有 侵权必究)

发刊词

2008年12月20日，最高人民法院常务副院长沈得咏在全国高级人民法院院长会议上的讲话中指出：“要充分发挥法官协会、女法官协会、审判理论研究会的作用，加强与其他学术研究机构、学术媒体的联系，通过召开研讨会、论文评比等活动，充分调动广大法官参与司法理论研究的积极性，动员社会各界力量，推动人民法院理论研究工作。”为落实这一指示精神，按照中国法官协会安排，陕西省商法学研究会主办、西安市法官协会承办、碑林区人民法院协办的《法官之窗》正式创刊了。这是西部省、市、区人民法院系统唯一的一家全国公开刊物。

陕西省法学会商法学研究会、西安市中级人民法院高度重视这一新生事物，正式成立了以常西岭为主任的编委会和以丁学军、常西岭任总编的编辑部。为《法官之窗》成功创刊奠定了厚实的组织基础。

《法官之窗》创刊号主要经陕西省商法学研究会从全省“仲裁杯”、“兴正元杯”、第二届“碑林杯”三届研讨会征集的365篇论文中精心挑选30多篇结集辑成。这些论文中既有西安交通大学、厦门大学、西北工业大学、西北大学、西北政法大学、西安建筑科技大学的知名教授、博士的论文；又有最高人民法院、陕西省、西安市、碑林区四级人民法院，西安仲裁委员会多位仲裁员，陕西省多家知名律师事务所等单位从事教学、审判、仲裁、律师工作多年同志的力作，在商法前沿与审判实践的契合上作了有益尝试。上述论文广泛涉猎公司法、审判实践、仲裁实务、证券法、企业破产法、劳动法、知识产权法诸多法律领域，具有重大的理论与实践意义，在中国西部商法学界具有领先水平。该刊的出版必将引起法律界对

研究商法及商事审判、仲裁的重视，同时将推动西部法官干警对上述问题的研究，对全面落实邓小平理论、江泽民“三个代表”重要思想、党的“十七大”精神和依法治国基本方略亦不无裨益。

《法官之窗》作为公开学术刊物，要融独创性、学术性、可操作性于一体，使人开“窗”有益。一要强化封面、版式设计，二要精心设置栏目版块，三要内容实在、内涵深刻，四要以突出西部特别是陕西高校教师、法官、仲裁员、律师、研究生为主，立足西部，面向全国。愿《法官之窗》作为一个展现西部商法学理论研究工作的窗口，成为陕西乃至全国法律、法学界的良师益友。

丁学军 常西岭 夏雅丽

二〇〇九年五月



法官之臆 编辑部

刊名题字：白云腾

顾问：康宝奇

编委主任：常西岭

总编：丁学军 常西岭

副总编：潘俊星 贾喜恩

王联社

编委：马治国 夏雅丽

武俊杰 刘洪礼

魏清利 陈贞学

翟全军 张勇

执行主编：丁学军（兼）

目 录

常西岭	论法官助理的职责、条件及管理	1
马治国	人民法院在确定仲裁效力时的权限范围	8
王松敏 李军毅	论民事附带行政争议的诉讼	11
田明慧	及时有效化解涉法涉诉信访案件	26
王联社	现行法院调解的发展进路	28
贺桂宝	试论廉政文化建设	36
翟全军	裁判的目的与调解的价值取向	38
田克成	当代司法面临的挑战与对策	45
董刚 屈礼军	小议代位权适用中的几个问题	53
夏雅丽	股份制公司收购法律问题研究	58
陈翔熙	关联公司破产初步研究	72
尉琳	简论公司犯罪主体消亡、变更的刑事责任	75
郭洁	公司收购概念辨析	79
马治国	二板市场道德危机的法律防范	82
周方	证券内幕交易相关法律问题探析	87
贾喜恩	非公开发行证券转售限制初论	95
楼晓 王晓丽	虚假陈述之相关法律刍议	104
翟全军	关于分类表决制的思索	113
张炜达		



潘俊星	论仲裁在构建和谐社会中的作用	116
张 勇	仲裁制度价值观初探	120
刘雅玲 曾新华	试论仲裁司法监督之有限性	125
丁学军	企业破产重整的几点思考	130
潘俊星 杨建生	新破产法实施对金融机构债权的保护研究	133
杨粉米	试论破产债权之性质、特征与外延	139
徐 茜 熊 建	关联企业破产与破产程序的衔接	146
乔 丹	浅论新破产法关于破产能力与破产原因的规定	150
郭慧敏	司法上性别歧视及其消除	154
李 娜	论 SA8000 对传统劳工标准体系的新发展	159
丁 夏	略论邓小平的犯罪观与刑罚观	166
夏雅丽 丁学军	西部国企改革与高新技术产业立法构想	171
金叶善	试论知识产权侵权案件法官自由裁量权行使	178
赵文玲	中药的开发利用与知识产权保护	183
张漓微	浅论行政诉讼费用	188
严 之	辛勤耕耘为法治	191

主 办：陕西省商法学研究会

承 办：西安市法官协会

协 办：西安市碑林区人民法院

出 版：中国方正出版社

编 辑：法官之窗编辑部

地 址：陕西省西安市北二环井上村

电 话：（029）87658163

邮 编：710016

印 刷：陕西中实艺术印务有限公司

日 期：2009年5月20日

定 价：20元/本

论法官助理的职责、条件及管理

◎ 常西岭

随着依法治国观念渐入人心，司法改革已成为我国司法机关乃至全社会共同面临的一项重要课题。这其中，打造一支专家型的精英法官队伍呼声尤高。法官队伍职业化建设是提高法官队伍整体素质的重要途径，在今后一个相当长的时期内，它是人民法院队伍建设的一条主线。而法官助理的建立则是法官职业化改革的重要组成部分。最高人民法院在《人民法院五年改革纲要》提出建立法官助理，其目的就是通过合理划分审判工作职责，理顺法官与其他各类审判辅助人员的关系，保证法官专司案件的审理工作，有利于逐步实现司法资源的合理配置，提高审判质量和效率。因此，探索法官助理的职责、条件及管理，有利于司法改革的实务操作。本文不揣浅陋，试作探析，希望能对法官助理制度试点改革工作的推进有所益处。

“公正高效”是人民法院工作的永恒主题。然而，随着经济的不断发展，民商案件大幅度上升，压得承办法官喘不过气来。“不像‘坐堂’的、倒像跑腿的”——曾有人这样形容一度陷于取证、调解、送达文书等大量事务性工作的法官们。原有的“一审一书”审判模式，法官承担了阅卷、庭前准备、调解、撰写法律文书甚至送达、装订卷宗等一系列繁杂事务，不能专心致力于审判。原有的审判体制的弊端日益突现，既不能“高效”，也达不到“公正”。为了缓解这一矛盾，为了实现“公正高效”，为了适应依法治国、建设社会主义法治国家的需要，最高人民法院决定试行“法官助理制度”。

顾名思义，法官助理就是法官的辅助人员。法官的辅助人员主要包括法官助理、书记员、法警、法医等，他们又可以根据工作内容的不同而被划分为业务性辅助人员和事务性辅助人员两类。其中，法官助理是法官的审判业务性辅助人员，所做的工作都是围绕庭审这一中心工作展开的；而书记员则属于事务性辅助人员，承担法庭记录、文书送达、装订案卷材料等日常事务性的工作。

法官助理作为法官的审判业务性辅助人员，二者之间是指挥和辅助的关系，有不同的活动空间和工作方式。从形式上看，法官助理是法官的助手；从身份上看，法官助理是公务员（有学者主张招聘或特邀法官助理）；从审判机制上看，法官助理是联系法官和书记员的纽带，起衔接的作用。总之，法官助理就是法官的助手，主要协助法官从事业务辅助性的工作。在审判活动中法官助理的地位从属于法官，听从法官对其调遣和安排工作，他对案件没有审判权，不能和法官一样坐堂审理，但可以根据法官授意起草法律文书。归根结底法官助理并不是法官。

一、法官助理的职责

要准确定位法官助理的职责，首先要搞清法官的职责。我国《法官法》第五条对法官的职责有一个概括性的规定，即：“（一）依法参加合议庭审判或者独任审判案件；（二）法律规定的其他职责。”根据诉讼程序的阶段不同，法官的职责可以具体分为庭前准备阶段、庭审阶段、裁判阶段三个阶段的职责。法官在上述三个阶段不仅要

干好自己的本职工作——审判，还承担了大量的辅助性事务，其中，尤以庭前准备阶段的辅助性事务多，比如：送达起诉书、传票等各类法律文书，受理当事人的管辖权异议，追加当事人的申请，调查、搜集、核实证据的申请，主持庭前证据交换，主持庭前调解等等。此外，法官还需要投入一定的时间精力进行理论研究和实务探索，从而能够更好地理解和执行法律——这在大力强调宣传、调研工作的今天尤为突出。除了上述工作以外，法官还需要担负起法制宣传，提出司法建议，指导书记员工作等职责，基层法院的法官还负有指导人民调解员工作的职责。在上述诸多的法官工作中，有许多审判辅助性事务和行政性事务，都不属于审判权的范围，比较而言，现在的法官所从事其他事务的时间要比从事审判的时间多，这与法官专司审判的司法理念相违背。怎样才能让法官从繁杂的事务中解脱出来？

法官助理的建立，使法官从琐碎的杂务性事务中解脱出来，保证他们有充足的时间和精力，坐下来静心研究相关法学理论和法律适用问题，一心一意裁判案件，从而使法官的案件审理真正走向了专业化。

对法官助理到底应从事哪些辅助性事务，借鉴国外的有益经验，结合我国的实际，最高人民法院在《人民法院法官助理管理办法（征求意见稿）》中将法官助理的职责具体确定如下：“法官助理在法官指导下履行下列职责：（一）审查诉讼材料，提出诉讼争执要点，归纳、摘录证据；（二）庭前组织交换证据；（三）代表法官主持庭前调解，达成调解协议的，须经法官审核确认；（四）在一些很特殊的地区，如人少事多很突出的，法官助理经院长批准，可以进入合议庭，与审判长一起参与案件的审理，因为人民陪审员仍然可以进入合议庭，经过选拔的法官助理肯定要比人民陪审员专业；（五）办理承担法律援助义务的律师担任辩护人或者指定法定代理人代为诉讼的有关事宜；（六）接待案件当事人、代理人、辩护人的来访和查阅案卷材料；（七）依法调查、收集、核对有关证据；（八）办理委托鉴定、评

估、审计等事宜；（九）协助法官采取诉讼保全措施；（十）准备与案件审理相关的参考性资料；（十一）办理案件管理的有关事务；（十二）根据法官的授意草拟法律文书；（十三）完成法官交办的与审判业务相关的其他辅助性工作。”

笔者认为，当前法官助理的主要作用在于庭前准备方面。具体如下：

（一）对案件进行“繁简分流”，对于简单的案件，法官助理只需做必要的准备后移送主审法官及时开庭。

简单的案件是指权利、义务关系比较明确、事实比较清楚，争议不大，证据也比较明确的案件。对于这类案件只要组织当事人交换起诉书、答辩状，归纳出争议焦点后，即可将案件交给主审法官通知双方当事人开庭。这样做使法官能集中精力和时间，精雕细刻地审理复杂案件。

（二）对于复杂的案件，则必须作充分的审前准备。

1. 组织当事人进行证据交换。首先向当事人发举证通知书，根据案情引导当事人举证，并且规定举证期限，交待逾期举证的法律后果。其次根据当事人的申请进行证据交换，当事人向法官助理展示所要提交的证据，并列出证据目录，以及向法院申请传唤证人到庭作证的内容及名单，双方可以查阅对方的证据，以便做好法庭质证、辩论的准备。最后，法官助理根据双方所出示的证据征求双方当事人的认可，还是反对，通过当事人的自认，筛选出当事人无争议的事实证据，由法官开庭时直接确认，而无须在庭审中再质证。

2. 对当事人主体是否适格、撤诉、管辖权异议进行审查。对于诉讼主体不适格且无法更改的，裁定驳回起诉；对符合撤诉案件的申请，裁定准许当事人撤诉；发现本院对案件无管辖权时，裁定移送管辖；以及对符合民事诉讼法第137条四种情形之一的，裁定终结诉讼。

3. 做好当事人申请法院调查取证、财产保全、先予执行以及申请法院委托鉴定的工作。对当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集证据及当事人认为需要财产保全和先予执行，需要鉴定

的事项,当事人向法庭提出书面申请。是否同意当事人的申请由法官助理来决定。同意当事人的申请,由法官助理进行调查取证,委托鉴定机构进行司法鉴定,对需要财产保全、先予执行由法官助理下裁定书,然后进行财产保全和交由执行庭进行强制执行。

4. 明确争议焦点。根据证据交换,当事人申请查证、司法鉴定的情况由法官助理归纳出争议焦点,确定开庭日期,然后案件交给主审法官审理,即由审前阶段转入庭审阶段。主审法官在庭审活动中就集中在双方实质差异的问题上,组织双方质证、辩论,无须在无关紧要的问题上浪费时间、精力,从而提高了庭审效率。

5. 组织当事人和解。经过一系列证据、法律、争议焦点的展示,让当事人对诉讼的结局有一个大体的了解,一般情况下可能败诉的当事人会理智地面对现实,寻找非判决解决纠纷的途径。此时,法官助理提示双方是否愿意和解,从而促成案件的和解或当事人放弃诉讼。

在实践中,有的法院将法官助理分为程序类助理与文字类助理,有的法院分庭前助理与庭后助理,并具体划分了相应职责:

前者为:

(一) 程序类事务:

1. 庭前审查:(1)是管辖权审查,看是否属法院受案范围、是否属本院管辖。(2)原、被告基本情况。(3)原告起诉的事实、理由,提交的主要证据。(4)被告答辩的事实、理由,提交的主要证据。(5)双方争议焦点。

2. 履行法律规定的诉讼中法院的相关程序性义务:(1)告知当事人举证权利、义务及相关注意事项,指导当事人举证,通知证人到庭作证。(2)当事人申请调查证据时,依法调查、收集、核实相关证据。(3)确定开庭时间、地点,并报法官批准后通知双方当事人。

3. 其他程序性事务:(1)根据繁简分流原则将案件分配给各主审法官。(2)在案件需要财产证据保全、鉴定、评估等事项时,与保全、鉴定等部门联系相关事宜,并进行办理。(3)负责接待来访

当事人,对当事人进行答疑解惑。(4)负责办理当事人上诉状、答辩状送达等事项。

(二) 文字类的事务:

1. 在法官指导下,主持当事人诉讼证据交换、庭前调解等。

2. 起草阅卷笔录及庭审提纲。

3. 旁听法官庭审,了解庭审情况。

4. 起草调解书,印制法律文书,向双方当事人宣判判决书或送达调解书。

5. 为法官代为起草判决书等法律文书,交由法官修改签发。

后者为:

(一) 案件庭前准备工作。包括:1. 案件起诉文书;2. 应诉通知书、出庭通知书(开庭传票)的送达;3. 案件的开庭日期排定;4. 为法官收集准备材料;5. 主持交换证据;

(二) 案件审理过程中辅助工作。包括:1. 在法官的指导下,带领书记员(或由两名法官助理)进行调查取证、勘验、委托鉴定等工作;2. 案件移送;3. 补收诉讼费或收取案款;4. 接待当事人,进行谈话或询问并记入笔录;5. 安排合议庭合议;

(三) 案件审理结案后的后续工作。包括:1. 送达裁判文书;2. 案件的报结工作;3. 办理案件上诉的有关手续;4. 通知并为当事人收取或发还案款;5. 协同法官进行案件的整理、汇报等工作。

笔者认为,目前法院系统特别是基层法院人员编制偏紧,“法官”人数虽多,但实际其中的非办案人员占去了很大一部分,因此,对法官助理不宜再作细化分工。法官助理对其辅助性工作应是“全能的”,既包括程序性的,也包括实体性的;既包括行为性的,也包括文字性的。

一般来说,细化工作环节的目的如下:要么是为了加强不同环节的工作之间相互监督和制约,要么是为了提高工作的专业化程度、提高办事效率,或者二者兼而有之。由于法官助理的工作本来就是辅助性工作,法官助理不能对案件的实体进行处理,显然没有必要通过将法官助理的工作

划分为程序性工作和文字性工作的办法来加强二者之间的相互监督。同样,将法官助理分为文字助理和程序助理也不会提高办事效率,而且导致不少重复劳动,降低办事效率。

需要注意的是,有的法院将法官助理的工作与书记员的工作重叠,导致职责不清。法官助理虽然和书记员一样同属于司法辅助人员,但是两者在工作职能分工上有较大的区别。《人民法院组织法》第40条规定“书记员担任审判庭记录并办理有关审判的其他事项”,这说明书记员工作是法院审判工作中必不可少的组成部分,贯穿整个审判活动的始终,他与法官一样同是审判庭审理案件的组成人员,与独任庭、合议庭组成人员一样适用回避制度,在判决书、裁定书等法律文书上除了有法官的署名外,还必须有书记员的署名,书记员的主要职责范围是:

1. 做好各种文书记录工作,如庭审笔录、调解笔录、调查询问笔录等。
2. 负责法律文书的校对、装订、收发以及法律文书的送达工作。
3. 诉讼文书材料的立卷、装订和归档工作。
4. 司法统计,信访接待工作。
5. 法庭审理前的有关辅助性工作,如布置法庭,检查诉讼参与人出庭情况,宣布法庭纪律等。
6. 完成法官交办的其他事务性工作。

所以书记员主要从事的繁琐的文书工作,他们无须考虑案件如何审理。而法官助理毕竟是法官的助手,辅助法官从事审判工作,通过阅卷对案件提出初步意见,通过调解将案件的程序问题在庭前解决或直接在庭前调解结案,并负责起草裁判文书,查询相应的法律法规等一系列工作,为法官提供最大限度的服务,使法官专心于“审判”。所以法官助理的辅助工作将是整个审判活动中重要的一环,起着举足轻重的作用。

法官助理的工作需要在实践中不断的摸索经验以加以确定,故在上述过程中,法官应随时指导并安排法官助理的工作,协调好其与书记员之间工作的分配;同时法官助理应及时将有关情况报告法官,防止因工作协调不一致造成程序错误

或重复劳动,最终不能达到提高工作效率的目的。

二、法官助理的条件

在国外,法官助理的存在由来已久,只不过不同的国家有不同的称谓,德国的法官助理叫司法公务员,美国的法官助理被称作是“不穿法袍的法官”等。如美国联邦法官有三类辅助人员协助工作,包括:司法助理人员(治安法官和准法官)、法律研究类助理人员(法务助理和法院所聘律师)以及行政管理类助理人员(法院办公室主任和巡回区行政长官)。国内绝大多数人所称美国的法官助理,往往仅限于法务助理。传统的联邦法院法务助理是一些经过筛选的法学院新近优秀毕业生,他们在取得法律博士(JD)之前,一般均已经取得非法律专业的学士学位。通常在通过联邦法务助理信息系统帮助下进入法院,在法官的监督下从事法律研究、起草以及其他与案件准备和管理相关的工作。联邦法院的首位法务助理是由当时最高法院大法官哈瑞斯·格雷于1882年所雇佣,格雷大法官对他的法务助理在办案中的评价很高,并从自己的工资中向他付酬。但直至1919年,美国议会才拨款给最高法院,用以支付法务助理的工资。1930年,美国议会给予每一位巡回上诉法院的法官一个法务助理工资额度。几年之后,议会又给予每一位地区法官同样政策(尽管直到1959年地区法院的名额还需要资深巡回上诉法官签发证书)。目前,随着联邦法院案件数量的增长,最高法院大法官们每人有权雇佣4名法务助理;上诉法院法官有3名法务助理,地区法院法官有两名,治安法官(也即助理法官)有1名法务助理职位。

国外的法官助理一般来源于高等法学院的优秀毕业生,其能直接参与审判过程中实务性的操作实质上是得益于法学院的高度专业性、职业性的训练;纵观我国高等法学教学情况,则多数缺乏针对性,毕业生多是在纸上能侃侃而谈而实际操作能力差。目前,我国法官助理来源较为混乱,素质参差不齐。由于当前我国法院基本上是实行编制制,由地方党委组织部门确定法院人员的编

制,在缺编的情况下,党委同意补几个名额就只能进几个人,而法院自行聘用人员的工资待遇,当地财政概不负责,只能由法院自行解决。

为大家所认可的是,担任法官助理的条件应当把握两个原则:一是法官助理应具有较高的文化水平和法律专业素质,同时法官助理的地位和性质决定了法官助理的条件应当低于法官的条件,高于书记员的条件;二是由于我国幅员辽阔,民族众多,经济、文化发展程度很不平衡,对担任法官助理的条件限制应当遵循原则性和灵活性相结合的原则。基于以上两个考虑,对于新进入法院拟担任法官助理的人员的学历条件,一方面要坚持高标准,另一方面又要坚持实事求是,对欠发达地区的法院要有倾斜政策,西部地区和《最高人民法院、最高人民检察院〈关于在部分地方放宽法官检察官学历条件的通知〉》规定的放宽学历条件的地区,法官助理的学历条件在一定期限内应该可以放宽为大专文化程度。此外,在目前一律要求法官助理通过国家司法考试并不现实的情况下,可以由各省高级人民法院根据本地区的实际情况,自行确定是否将通过国家司法考试作为法官助理的任职条件。

笔者认为,法官助理的任职条件应如下:1. 具有中华人民共和国国籍;2. 年满20周岁;3. 拥护中华人民共和国宪法;4. 有良好的政治、业务素质和良好的品行;5. 身体健康;6. 高等院校法律专业本科毕业、或高等院校非法律专业本科毕业具有法律专业知识,对确有困难的地方学历条件可适当放宽,但不得低于大学专科学历,且从事法律工作满两年;7. 有较强的语言表达能力和文字综合能力;8. 任职岗位资格考试和法律知识更新考试取得合格以上成绩。

在现阶段,如要法官助理在聘用后立即投入工作,来源可考虑以下方面:(1) 原审判员和助理审判员。法官额确定后,不在法官额范围之内,且自身愿意担任法官助理的人员;(2) 法院中现有已经通过初任审判员考试或通过国家统一司法考试但尚未任命为法官的人员;(3) 目前不具备担任法官助理所要求的学历,但具有丰富

的审判经验,经考核合格的优秀在编书记员;(4) 向社会公开招聘最低限高等院校法律专业本科以上学历毕业生或确实操作能力优秀者。

目前正属于司法改革的过渡时期,法官助理的来源多样化能弥补专业性法律人才的短期缺乏。

例如,西安市碑林区法院试行聘请社会调解员担任法官助理,从该院辖区内的基层人民调解员中选拔优秀人员,充分利用他们丰富的调解经验,做好当事人的调解工作,收到了十分理想的效果。该院调撤率已连续两年在西安市法院系统名列第一,2003年和2004年分别达到64.1%和67.8%,能有这么高的调撤率,这些专司调解的法官助理功不可没。

为实现法学理论与司法实务的优势互补,该院拟与西北大学法学院、西北政法学院等高等院校一起定期从在校高年级优秀硕士研究生中共同选任法官助理,每期任职半年到一年。此项工作正在进行之中。

我们建议最高法院在法官助理的来源上也能采取类似于书记员的管理办法,实行聘任制的法官助理。面向社会公开招聘一批不占法院编制的合同制法官助理,以解决当前法官助理不足的问题。

三、法官助理的管理

在法官助理的管理模式上,两大法系存在着很大的区别:

以美国为代表的英美法系国家在法官助理的管理上呈现了以下特点:一是工作的依附性。法官助理由法官录用,对法官负责,由法官管理,因此对法官具有很强的依附性;二是来源的定向性。法官助理均来源于法学院的优秀毕业生;三是录用的随意性。法官录用法官助理没有严格规范的程序,只需有业内人士的推荐,双方形成意向即可;四是人员的流动性。法官助理的任期一般为一年,最长不得超过两年;五是职能的约定性。法官助理的职能没有严格的规定,只有约定俗成的一些惯例;六是待遇的平常性。虽然英美法系法官的待遇很高,但是法官助理的待遇却很平常。

以德国为代表的大陆法系国家在法官助理(司法公务员)的管理上则呈现了完全不同的特点:一是工作的独立性。从工作模式上看,德国法院的司法公务员依据公务员的管理办法进行管理,由上级法院统一录用,对整个法院负责而不是对法官个人负责,因此具有较强的独立性;二是来源的多样性。司法公务员是法院的高级行政官员,其来源多种多样;三是录用的规范性。司法公务员的任职条件和录用程序都非常规范,并且需要接受严格的长达数年的专业培训;四是队伍的稳定性。两年试用期满合格的司法公务员会成为终身司法公务员,队伍相当稳定;五是职能的法定性。德国的《司法公务员法》,对司法公务员的职能、条件、待遇等均作了明确的规定;六是待遇的优厚性。司法公务员在公务员序列中属于次高级和中高级,其待遇比较优厚,这也是司法公务员队伍相对稳定的一个原因。

显然,我国的法官助理管理模式既不能简单照搬英美法系国家的做法,也不能完全复制大陆法系国家的做法,我们应该结合中国国情,合理扬弃,探索并设计出一套与我国的政治体制、司法环境、法院建制相适应的法官助理管理模式。

笔者发现,目前基层法院对于法官助理均无专门的管理机构,也未出台相应管理制度,一般沿袭以前对于书记员的管理制度,出现权责不明、分工不清或有令不行的情况,一般的解决方法是向院、庭领导反映解决,无明确的管理标准,这样不利于审判工作的进展及对法官助理的制约。但如果增加新的管理机构,势必造成基层法院增加支出、管理机构庞杂,又不利于正常工作的进行及审判效率的提高。

笔者认为,法官助理与法官(合议庭)的搭配以固定或相对固定为宜,法官助理对法官(合议庭)负责,并由法官(合议庭)对法官助理直接进行管理,这样便于随时做好工作的衔接和协调,减少庭前准备与庭审工作间的摩擦,有利于保持审判工作的连续性,有利于提高诉讼效率。依据是,从系统论的观点看,法官职业化后的审判模式由法官、法官助理、书记员构成了一个完

整的案件处理系统,在这一系统中,法官无疑居于核心地位。要使该系统高效、有序地运转,法官助理辅助作用非常重要。法官助理是法官的助手,为法官的审判提供服务,工作上受法官指导,即法官助理的工作对法官具有一定的依附性。

另有学者提议是否可以增加《法官法》关于法官考评委员会职能的规定,将法官考评委员会增设为常设机构,由院长直接领导,选举考评委员会委员,管理法官及法官助理,改变用行政手段管理的机制。

法官(助理)考评委员会可以增加如下职能:

(一)法官助理的来源,把好法官助理的来源关。现阶段法官助理来源上文已有阐述,不做赘述。法官助理来源的多样性决定了必须有一个机构对于来源进行审核、把关,此点是保证审判工作质量的前提。

(二)法官助理的考核。法官有考核制度,书记员考核制度也正在建立,作为二者的有效衔接、法官助理也应建立相应的考核机制,定期对其政治素质、业务素质等方面进行严格的考核,将考核结果作为晋升、降级、淘汰的依据。

由法官(助理)考评委员会管理法官助理可以建立健全法官助理的竞争机制,使“能者上、平者让、庸者下、劣者汰”,最终达到级别上能高低、岗位上能上下、人员上能进出的目的,保障法院的审判人员始终保持新鲜血液。

对此观点,笔者也表示赞同,因为这毕竟是一项改革,只有经过实践,才能找到最佳的解决途径。

作为西北地区唯一一家法官助理改革试点单位,西安市碑林区人民院根据《最高人民法院关于在部分地方人民法院开展法官助理试点工作的意见》,先后两次制定了实施意见和方案,给区委、区人大、区政府领导汇报,宣传法官助理制度工作的意义,并汇报了工作中存在的问题和困难,特别是干部职级、津贴等方面的问题,使这些问题在一定程度上得到了解决。

在职级配备上,碑林法院法官助理的最高配

备为副处级。大学本科毕业，通过了司法考试，参加工作三年以上，即可享受副科级待遇；工作八年以上，可享受科级待遇。大学本科毕业，未通过司法考试，工作六年以上可以享受副科级待遇；工作十二年以上，可享受科级待遇。

另外，对于聘任和特邀的法官助理，我院将参照人民陪审员的相关规定，给予相应的补贴。

建立法官助理制度、实行法官职业化是中国司法改革的方向。改革要有理论的支撑、实践的需要和法律的支持，当前，无论是《人民法院组织法》，还是《法官法》均没有设置法官助理的规定。但作为改革是没有现成模式的，改革就是创新，就是对原有体制和机制的突破。我们应认识到要建立好法官助理制度，还有许多困难，不

是一蹴而就的。法官助理制度是一种改革，既然是改革，就不是因循守旧，就不是墨守成规，就不是画地为牢。改革需要实事求是，也需要解放思想。在法官助理制度的构建过程中，我们既要准确地把握法官助理的法律定位，科学地分析有关职责的法律性质；又要运用邓小平理论和“三个代表”重要思想的精髓“解放思想，实事求是”，大胆创新，才能处理好我们前进道路上的问题，以达到改革的预期目标。

作者简介：常西岭，陕西省西安市中级人民法院副院长，陕西省审判与执行研究会会长，陕西省商法学会研究会常务副会长，法学教授。

法 讯

常西岭院长任陕西省审执研究会首任会长

2008年5月13日，陕西省法学会正式发文成立陕西省审判与执行研究会。这是我国中西部地区首家省级审执研究会。陕西省西安市中级人民法院副院长常西岭教授当选首任会长。西安交通大学、厦门大学、解放军西安政治学院、西北政法大学、陕西省高级人民法院、西安市中级法院、西安仲裁委员会、西安市碑林区、莲湖区、未央区人民法院、陕西恒达律师事务所专家、领导共12人当选副会长。本刊总编，西安市法官协会副秘书长、办公室副主任丁学军当选副会长兼秘书长。

（原载《中国审判》2008年第2期）

人民法院在确定仲裁协议效力时的权限范围

◎ 马治国

内容提要 人民法院对仲裁具有监督、指导的权力，但是这种权力也是有界限的，在法律规定的范围内正确监督、指导可以使仲裁对审判起到积极补充作用，共同维护市场经济秩序；越权或滥用权力的监督、指导，必然导致仲裁无力和审判不公的共同损害，在司法实践和立法上应当引起重视，并适时解决。

关键词 仲裁协议 效力确定 司法审查

仲裁具有准司法性质，要受到司法的合理制约，在程序上主要表现在两个方面：第一是“事前干预”，对当事人仲裁协议的效力争议进行裁决，第二是“事后干预”，对仲裁裁决结果的审查。其中事前干预实际上解决的是管辖权的问题，在司法实践中，往往受到忽视，以为中国司法统一，无论仲裁还是诉讼，都不会影响案件的审理结果，故极易出现随意裁定的现象。由于仲裁协议效力争议审理的法院同时也是仲裁裁决审查和执行的法院，这足以对当事人构成一种无法言明的压力，往往导致被迫放弃仲裁的结果。

一、案情及裁定结果

1. 案情简介

1993年3月29日西安甲研究所（以下简称“甲方”）与西安乙电子科技有限公司（以下简称“乙方”）双方就联建西安××大厦事宜签订《合同书》（以下简称93年合同），其中未约定争议解决方式条款。随后在联建过程中，双方就联建有关问题多次达成补充协议，其中，甲乙双方于1999年9月15日最后一次达成的《西安××大厦工程建设合同补充协议》（以下简称99年补充协议）第九条明确约定“如本协议发生争议及与本协议有关的争议均由西安仲裁委员会仲裁”。第11条约定：“本协议作为双方1993年3月29

日经（93）碑证经字第128号公证签订的《合同书》的补充，与原合同具有同等法律效力”。

2003年4月4日，甲方就乙方在联建过程中的违约行为向西安仲裁委员会提起仲裁申请，7日西安仲裁委员会经审查受理了此案。

同年4月10日，乙方向西安市中级人民法院起诉，请求确认甲乙双方1993年3月29日所签订的《合同书》不具有仲裁效力，同时要求西安仲裁委员会中止仲裁程序。2003年4月24日法院开庭审理，在庭审过程中，乙方未能提供支持其诉请的新证据，只是强调93年合同中未约定有仲裁条款，且双方99年补充协议与93年合同是可以割裂，各自独立，不相关联的，因此99年补充协议中的仲裁条款只适用于99年补充协议而不适用于93年合同。而甲方认为乙方上述理由无视客观事实，断章取义，根本不能成立。

2. 裁定结果

西安市中级人民法院以（2003）西民四仲字第09号《民事裁定书》支持了异议人的理由，裁定认为，原、被告双方1993年3月29日合同中并未约定仲裁条款，且该合同也已被公证。1999年9月15日达成的补充协议是针对联建过程中的资金贷款、抵押等问题形成的协议，补充协议虽与原合同有一定关系，但主要内容各不相同。补充协议明确约定了“如本协议发生争议及

与本协议有关的争议均由西安仲裁委员会仲裁”。但对该仲裁条款不应作扩大理解，原告请求确认合同书不具有仲裁效力理由正当，应予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第141条第一款第（一）项，《中华人民共和国仲裁法》第20条第一款之规定，裁定如下：确认原告与被告1993年3月29日签订的合同书未有仲裁约定，原、被告双方1999年9月15日签订的补充协议中的仲裁条款不适用1993年3月29日合同书。

二、分析意见

该裁定的结论无论从事实上还是法律适用上都存在错误

1. 当事人对原合同中无仲裁条款的事实无争议，争议的是补充协议中仲裁条款是否适用于原合同。

裁定结果第一句“原、被告双方1993年3月29日合同中并未约定仲裁条款，且该合同也已被公证”。这一事实认定和裁定结论纯属画蛇添足，因为双方对此事实并无争议，争议的焦点是补充协议的仲裁条款的效力范围。转移了争议焦点，就会出现根本性偏差。如果以此事实为据，是为了推论出这一合同是不能补充的，或推导出即使以后有补充协议也不具有同等效力，显然违背常识。一份在先的合同既不能够证明在后的合同中仲裁条款是否存在，也不能够解释、认定后一合同中仲裁条款的范围有多大。只能就争议的仲裁条款在其所在合同中的真实意思表示，来确定该条款的范围、效力。异议人显然混淆了“原合同”约定的仲裁条款和“补充协议”条款在时间上的差异性和性质上的等同性的关系。认为一份合同中没有仲裁条款就等于该合同不能被仲裁，即使专门为此订立了仲裁协议，对原合同也不具有效力。这种错误逻辑，不应当对法官形成迷惑，因为该合同是否能够被仲裁和该合同中是否具有仲裁条款并不是等同概念，两者之间并不存在必然的对应关系。一份合同是否具有仲裁效力，是看合同双方是否有仲裁的意思表示，这种意思表示既可以在该合同签订时作出，一般表现为在合同中订立仲裁条款；也可以在该合同签订

后作出，一般表现为另行订立专门仲裁协议，或在另行签订的补充协议中约定仲裁条款。本案就属于第二种情况。裁决书否认了这一基本事实，遵循了一种错误的逻辑：如果原合同没有仲裁条款，补充协议即使约定了仲裁条款，也对原合同无效。

2. 《裁定书》割裂了补充协议和原合同之间的关系。

所谓补充协议，就是在合同对某些条款没有约定和约定不明的，当事人经补充协议，达成一致。这时，补充协议的内容就视为合同的一部分。本案中1999年补充协议就是对1993年合同的重要补充，其补充内容与1993年合同具有同等效力，两者是不可割裂的同一联建合同关系。其中补充协议第11条明确约定：本协议作为“双方1993年3月29日经（93）碑证经字第128号公证签订的《合同书》的补充，与原合同具有同等法律效力”。表述已经十分清楚地明确了仲裁事项、范围、仲裁机构三个有效要件。这一补充协议的仲裁条款就应视为1993年合同的仲裁条款，不应做出其他的任意解释。

3. 《裁定书》中对补充协议作出了任意解释，歪曲了当事人的真实意思表示。

裁定书作出的“1993年合同与1999年协议虽有一定关系，但各自主要内容不同”的认定，偏离了基本事实，无法对当事人在补充合同中关于“1999年补充协议是1993年合同的重要补充，具有同等法律效力”约定作出合理解释。1999年补充协议第九条明确约定了“如本协议发生争议及与本协议有关的争议均由西安仲裁委员会仲裁”，其中的“相关”二字就是对原合同以及系列补充合同纠纷解决方式的追加确认。补充协议的主要条款之一就是仲裁条款，而且与原合同具有同等效力。但裁定却认为对该仲裁条款不应作“扩大理解”，所以，牵强附会做了“缩小解释”。因此，将专门为了补充1993年合同未尽事宜的1999年补充协议中的仲裁条款孤立起来，无视1999年补充协议是1993年合同的重要补充、具有同等法律效力关系”的事实，错误地把1993年合同争议排除在“与本协议有关的争议”之外。

4. 裁决适用法律错误。

裁决书适用《仲裁法》第20条第一款,该款的规定与当事人的请求以及裁决结果无任何关系。当事人争议的是仲裁协议的效力,而不是异议的管辖机关。关于仲裁协议的内容要求及效力判定,规定在《仲裁法》的第16条至第19条,第20条是关于确定仲裁协议异议的管辖机关的规定:“当事人对仲裁协议的效力有异议的,可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定。另一方请求人民法院作出裁定的,由人民法院裁定”。在本案中双方对异议的管辖机关无异议,而裁定却以人民法院有权裁定异议的法律规定为依据,作出仲裁协议无效的裁定结果。适用法律与裁定结果之间无必然联系,显属适用法律错误。

三、人民法院与仲裁机构之间 职能与权限的协调

从法律程序上看,上述争议案件的产生是正常的,任何一方当事人都有权向法院提起确认仲裁协议效力的诉讼,但裁定结果是否公正将对法律的公正性、司法机关的社会形象、乃至社会经济生活产生深远影响,其中更蕴含着深层次的法律问题,直接关系到司法实践中仲裁到底具有怎样的法律地位?司法审判与仲裁制度的关系如何协调,当事人如何维护自己的合法仲裁权利,仲裁机构如何维护自己的仲裁行使权问题。为了使仲裁机构更好的开展仲裁活动,仲裁法、民事诉讼法赋予法院监督权利,经当事人诉请,可对仲裁协议效力、仲裁裁决、裁决的执行作出裁定。而这些监督权是法定的,应当依法行使,当监督权在得以正确运用时,仲裁机构和法院的各自作用才能公正、有效发挥,实现共同维护市场经济秩序的社会积极效应;但当监督权在无法得以正确运用时,不仅使当事人对法院与仲裁机构均产生不良认识,对遵守法律产生排斥心理;而且会助长个别当事人滥用诉讼权影响正常仲裁活动,逃避法律责任或延缓法律责任的承担。这种现象必然会削减仲裁机构的权威,降低社会对仲裁机

构的信赖度,使仲裁机构在社会中失去其应有的地位。同样,面对这样的错误裁定,对人民法院的权威性又何尝不是一种严重损害?这样简单一个事实都不能正确裁定,谁又敢于相信如果案件进入司法审理程序中,能够得到公正判决!因此应当正确认识两种争议解决制度的特点、作用和地位。不能将两个实质上殊途同归,程序上分别独立运行的制度等同起来,混淆界限。尽管审判对仲裁的监督是全面的,包括了事前、事后两种情形,从管辖到裁决、执行,但是,权利的行使必须合法。对于第二种情形在《仲裁法》第58条、63条,《民事诉讼法》第217条分别作出了明确规定。只要裁决具有法定的可以撤销和不予执行的情形的,经申请人提出,人民法院可以依法裁定,纠正错误的仲裁结果,终止仲裁程序,当事人可以启动司法程序。合法的干预对仲裁具有司法指导意义,对保障仲裁制度合法公正,健康发展具有积极作用。不当干预会破坏仲裁制度,尤其是对事前的不当干预,会危害到仲裁制度的根本,从源头上限制了仲裁的管辖权,因为对于仲裁协议异议的裁定,即使错误,也不许当事人上诉,必须服从。所以,法院在遇到当事人对仲裁协议有异议时,应当依法慎重解决。否则会形成以司法审判权侵害、甚至消灭仲裁权的问题。

结 论

司法程序在确定仲裁协议的效力时,权力应当受到限制。既不能滥用权力,妨碍仲裁权的正常行使,也不应当以司法权争揽案件,剥夺当事人依法选择仲裁的权利。鉴于目前已经发生的类似现象,建议最高人民法院通过司法解释,明确司法程序对仲裁程序干预的界限,并设置司法侵害仲裁权的救济程序,允许当事人对人民法院作出的确定仲裁协议效力的裁定提起上诉和再审,使得独立仲裁与正当的司法监督都名副其实。

作者简介:马治国,西安交通大学法学院副院长、博导,中国科技法研究会副会长,陕西省科技法研究会会长,仲裁员。