

Access to Justice

张卫平 齐树洁 主编 唐 力 执行主编



司法改革 论评

Judicial Reform Review



第二十二辑



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

Access to Justice

第二十二辑

Judicial Reform Review

司法改革论评

张卫平 齐树洁 主编 唐 力 执行主编

图书在版编目(CIP)数据

司法改革论评. 第 22 辑/张卫平, 齐树洁主编, 唐力执行主编. —厦门: 厦门大学出版社, 2016. 12
ISBN 978-7-5615-6363-2

I. ①司… II. ①张…②齐…③唐… III. ①司法制度-体制改革-文集 IV. ①D916-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 313034 号

出 版 人 蒋东明
责任编辑 邓 臻
封面设计 蒋卓群
责任印制 许克华

出版发行 厦门大学出版社
社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号
邮政编码 361008
总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)
营销中心 0592-2184458 0592-2181365
网 址 <http://www.xmupress.com>
邮 箱 xmup@xmupress.com
印 刷 厦门市金玺彩印有限公司

开本 720mm×1000mm 1/16
印张 27.75
插页 2
字数 530 千字
版次 2016 年 12 月第 1 版
印次 2016 年 12 月第 1 次印刷
定价 75.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

主编简介

张卫平，男，山东人，1979 年考入原西南政法学院法律系，1983 年本科毕业。1986 年研究生毕业留校执教。1993 年从讲师直接破格晋升为教授。同年赴日本留学，先后在东京大学法学部和一桥大学法学部学习。1996 年获得博士生导师资格，同年任《现代法学》主编。1999 年初调清华大学法学院任教至今。现为清华大学法学院教授、博士生导师，中国民事诉讼法学研究会会长。代表著作：《程序公正实现中的冲突与衡平》（1992）、《破产程序导论》（1993）、《诉讼构架与程式》（2000）、《探究与构想：民事司法改革引论》（2004）、《民事诉讼：关键词展开》（2005）。在《法学研究》《中国法学》等杂志上公开发表学术论文百余篇。

齐树洁，河北武安人，1954 年 8 月生。1972 年 12 月自福建泉州一中应征入伍，1978 年 4 月从新疆军区 39487 部队退役。同年 7 月参加高考。1982 年 7 月毕业于北京大学法律系，获法学学士学位。1990 年 8 月毕业于厦门大学民商法专业，获法学硕士学位。2003 年 11 月毕业于西南政法大学诉讼法专业，获法学博士学位。曾在西南政法学院、中国人民大学、香港大学、澳门大学、台湾政治大学、菲律宾 Ateneo 大学、英国伦敦大学、德国 Freiburg 大学、法国巴黎第二大学、美国佛罗里达大学研修和访问。现为中国民事诉讼法学研究会副会长，中国仲裁法学研究会副会长，厦门大学法学院教授、博士生导师、司法改革研究中心主任。



目录

111

卷首语

“外分”“内分”与改革理性	张卫平(1)
---------------	--------

本辑聚焦：员额制改革

法院人员分类改革的再改革	姜必县(4)
法官员额“哥德巴赫猜想”之破解	
——以 L 中级人民法院、S 县法院为实证分析	温云球 梁 源(19)
学科交叉视角下的法官员额测算	郭泽喆(30)
员额制背景下审委会和合议庭运行机制的融合型驱动	谢长江(42)

民事诉讼专论

论我国行为保全类型的制度完善	张 斌(56)
合同履行地与诉讼管辖地之辨析	
——兼评《民事诉讼法司法解释》第 18 条第 2 款	赵旭东(69)
民事再审审查与审理范围之新理念	
——兼论我国民事诉讼附带上诉制度的建立	邱星美 王宇茜(79)
环境民事公益诉讼调解：内容、限度与程序	曲昇霞(88)
程序正当化视角下的案外人异议之诉	
——以《民事诉讼法司法解释》的规定为中心	邵 军 宫 雪(98)
我国欺诈性非讼生效法律文书撤销程序探析	蒋晓亮(111)
论伪银行卡索赔诉讼中要件事实的证明	徐 晨(124)

司法制度研究

司法改革视野下人民法庭功能定位之重构	胡道才(136)
基层法院合议庭评议功能之完善	孟凡娟 余亚宇(147)

论人民陪审员制度改革后合议庭评议规则的构建	杨 涛	章程超(158)
法官辞职的现实障碍及从业限制探讨		
——兼论经济补偿制度的构建		郝绍彬(169)
“以审判为中心”的司改背景下庭审记录方式的信息化改革		
——以刑事审判为例		李遵礼(182)
负面“裁判效应”的预防:以刑事判决说理对民意的回应为视角	刘婷婷	(194)
国家审计监督范畴的再审视		
——基于对《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》的解读		
	高 瞻	(206)
行政调查的可诉性研究		
——以火灾事故调查为例	海 娃	(221)
建筑物区分所有背景下物业使用人的“准成员利益”之确认与保护		
	熊 杰 肖明明	(235)

《《 刑事法律前沿

间接正犯的界定		武晓雯(248)
家长惩戒权滥用行为的刑法规制		陈 香(263)
贪污贿赂案件证人出庭作证制度探析		
——以审判中心主义为视角		师法起(277)
被告人阅卷权论辩		
——兼评《刑事诉讼法》第 37 条第 4 款之不足与完善		陈 鸣(289)
关于我国刑事追偿的理性反思与制度完善	荣明潇	刘晓辉(301)
跨越“诉辩交易”:刑事诉讼认罪认罚从宽制度的完善与思考		
	谢作幸 陈善超	郑永建(315)
未成年人刑事案件社会调查报告的性质定位与司法运用		赵 磊(327)

《《 比较法研究

韩国小额诉讼制度的考察		金 镐(344)
马来西亚代表人诉讼中的主体适格问题研究		
——以 UEM 南北大道案与巴坤水坝案为视角		林伟翔(357)
我国台湾地区金融消费纷争评议制度之程序研究		
——以诉外纷争解决机制与法院功能之接轨为中心		王怡苹(374)

药品专利限制与强制许可	
——基于国际经验与中国现况的评析	李晓燕(394)
基于专利审查高速路的跨国专利纠纷解决研究	谢青轶(413)
投资者—东道国争端解决机制的发展和中国的应对	
——以 TPP 协定为视角	杨春景(428)

卷首语

111

“外分”“内分”与改革理性

张卫平*

执行体制改革和执行法的制定,在当下遭遇了一个必须面对的问题,这就是审执“内分”与“外分”的问题。这一问题源自审执必须分离这样一个前提性的命题。这一前提性命题的内涵是,审判权与执行权是两种不同属性的权力,因此必须分离形式。然而,现实是审判权与执行权并没有有效或充分的分离,虽然在组织层面分属于审判庭和执行局,从而影响了执行权的正当性、效率性、实效性。

在这一命题之下,人们就自然提出了如何分离的问题。按照现在的组织架构,审判权和执行权均由法院行使。于是一些人认为要实现审判权与执行权的分离必须在组织架构上有所突破,将执行权从法院根本剥离出去,执行权与审判权也就自然实现了分离,而且是最彻底的分离。这种做法就是所谓“外分”,其认识即称为“外分论”。外分的基本依据是审判权与执行权是两种性质不同的权力。审判权的本质是裁判权利争议,执行权的核心是实现裁判认定的权利。因为两种权力性质不同,所以两种权力不能集中于一个主体。

但问题是两种不同性质的权力不能归于同一主体的命题就当然成立吗?不同性质的权力归于同一主体行使,无论是历史上还是现实中都是存在的。从现实来看,世界上既有审判权与执行权分属于不同主体的,例如英美法系国家;也有将两种权力都归于同一主体——法院的,例如大陆法系各国。如果更为具体地看,执行权的归属与行使呈现出交叉、多样的情形。在英美法系,有的执行依然归法院,虽然大部分归行政机构。无论是审判权、执行权同属法院的,还是分

* 中国民事诉讼法学研究会会长,清华大学法学院教授。

属不同主体的,对执行本身都没有实质性的影响。总体上,并不存在如我国这样的执行难、执行乱的问题。也就说“外分”本身与解决执行难、执行乱没有直接的关联。同属与分属不是真理性问题。不是说同属或分属就一定是正确或错误。如果我国在审判权与执行权架构的构建之初就没有审判权、执行权主体合一的现实存在,将审判权与执行权分属不同的机构也是可以的。但我国已经存在合一的现实,而合一又不是执行难、执行乱的根本原因。因此,外分就缺乏说服力了。

将审判权与执行权分属不同的主体也是没有问题的,如上所述,世界上也有这样的实例,执行也做得很好。但在已经合一的情况下要实现外分,就必须要考虑变动的成本问题了。这些成本包括:对执行权具体归属的算计(包括由此产生的矛盾),变动所产生的人力成本,人力资源的调整、人事编制,原有人员的安置转型的问题,因变动而发生的物质成本——例如办公场所的废弃与新建等。可以预计原有设施的沿用或借用率将会很低。改革必定是有成本的,改革必须考虑成本的高低。不计成本地推行改革不是理性的改革。理性的改革必须考虑改革达成的目标(收益)与改革的付出(成本)之间的函数关系。如果成本远大于收益,那么这种改革是不合算的。

在支持外分的观点中也有人认为,外分能够有效维护司法权的权威和形象。这种观点的命题基础是,执行难、执行乱是一个现实问题,而执行难、执行乱的存在会影响司法权的纯洁性,导致司法权威受损。司法权是中立的权力,执行权是非中立的权力。不能因为执行权的非中立影响司法审判权的中立。这种观点是一种隔离或切割的外科手术式方法。这种认识在政治技术上有一定的道理,考虑的是不同权力的社会影响问题。实际上是牺牲一种权力的社会形象保全或维系另一种权力的社会形象,是一种国家管理政治策略的考量。但在我们这样一个讲究行政权力以及权力一体化的国度,在还未充分实现法治转型的情形下,这种策略会有实际意义吗?这是一个值得慎重考虑的问题。这一问题远远超出了法学研究范畴。实际情况可能恰恰相反。我也相信没有一个行政机关愿意成为挡箭牌或成为吸收社会不满的主体。国家权力一体化是我们的现实存在。因此,这一目的不是也不应是执行体制改革的目的。

执行体制改革的目的究竟是什么,是一个值得仔细推敲的问题。执行既然是实现权利,而权利的强制实现就必须考虑公正与效率这两个基本维度。执行公正是保证强制执行的正当性。执行现实中的问题,对权利人而言集中体现为执行难,但对于社会而言实质是“执行乱”。所谓“执行乱”是指执行中没有按照法律的规定依法执行。没有将审判权与执行权恰当地分离行使的确是“执行乱”的一个原因;但要做到依法执行,恰当实现审判权与执行权的分离并不需要外分的方式实现,通过内分就能实现。这里还需要明确的是,审判权与执行权的分离

并非一个严格或准确的命题。因为在现行体制下,执行权和审判权的行使本身就是由不同的机构行使的。执行权归执行机构——各级法院内设的执行局,审判权归各级法院内设的审判机构——审判庭。实际上,执行体制改革中要解决的问题,是如何厘清执行中两者的关系以及审判权行使主体与执行权行使主体的管理关系问题。

关于执行中两者的关系,主要涉及执行过程中,执行财产范围、标的的认定,被执行人变更、追加以及执行措施争议解决的权力边界问题,例如,执行中变更、追加被执行人的条件设定及执行机构权限范围。最为典型的是执行中对夫妻共同债务的认定及追加配偶一方为债务人是否需要通过诉讼程序。另外,在执行措施实施中争议的解决究竟是审判权的行使,还是归属于执行权的问题也涉及审判权和执行权的关系问题。如果归属于审判权的行使则应当由裁判机构行使。如果考虑争议解决的效率,则可以考虑将这种执行措施实施争议裁决机构设置在执行机构中。执行中涉及实体问题的争议还是应当统一由审判庭通过民事诉讼程序予以解决。

关于审判权形式主体与执行权主体的管理关系,实际上是深化内分主要应探讨的体制性问题。这里所探讨的深化内分就是要探索如何按照各自的规律重构审判和执行的组织架构。在执行人事体制方面,现行执行体制并没有充分体现出自己的规律和特点,包括执行员选拔、任用的条件等。由于执行权与审判权行使的目的、方式等各自有所不同,因此,对其人员的要求和管理也应有所不同。大陆法系中,法官和执行官各自独立的人事体制是值得借鉴的。考虑到执行对效率性有更高的要求,也就必然具有高度的行政化特点。因此就应根据执行效率的要求构建高效的执行体制,而不是像司法那样去行政化。在法院的物质资源的配置方面也应当有较大的独立性。也就是说,在法院内部,审判与执行的人财物也都应该各自独立。这些问题都属于深化内分的内容。可以看出,推进审判权与执行权的体制内分是一个复杂而艰巨的任务。

2017年2月27日

本辑聚焦：员额制改革

法院人员分类改革的再改革

娄必县^{*}

摘要：法院人员分类管理是本轮司法体制改革的重要内容。根据改革要求，法院人员被分为法官、司法辅助人员和司法行政人员，各自的比例相应为 39%、46% 和 15%。但在实现法院人员分类管理的改革过程中，由于法院既有的结构特征、诉讼制度、组织模式等深层次原因未被充分关照，加之相关的基础研究薄弱和实践总结不到位等情况存在，导致一些改革措施存在合法性欠缺、合理性不足、实效性未经检验和操作性有待强化等问题。应当以积极开放的姿态，充分吸纳公众意见，责权利一体构建，各项改革统一推进，实现法院人员自动分流，真正实现法官的专业化、职业化和精英化。

关键词：司法改革；思想实验；人员分类；法官员额；法官助理

最高人民法院《关于全面深化人民法院改革的意见》（“四五改革纲要”）秉承中共十八大三中和四中全会精神，提出“推动法院人员分类管理制度改革”，具体内容是在法院内建立法官、司法辅助人员和司法行政人员三个相对独立的序列，占比大致分别为 39%、46% 和 15%。^① 不管从世界法治发达国家的经验，还是我国的现实需要来看，法院人员分类管理是经济社会发展和法治进步的必然趋势。根据中央的统一安排，全国部分地区以顶层设计和基层创新相结合的方式，

* 作者系西南政法大学法学院博士研究生，重庆市第三中级人民法院法官。本文系重庆市江北区人民法院卢君院长主持的重庆市高级人民法院 2015 年度全市法院重点调研课题“新型审判团队建设”（课题编号：Cqfykt201608-1）的阶段性成果。

① 全国试点单位均将司法行政人员所占比例确定不高于 15%，法官员额的比例上限为 39%，司法辅助人员的比例不低于 46%。其中上海核定了 33% 法官、52% 审判辅助人员、15% 司法行政人员的比例，但首批试点的上海市二中院、徐汇法院、闵行法院以及宝山法院的法官实际占比为 27.6%。参见《遵循规律，落实责任，分类管理》，载《人民法院报》2015 年 4 月 23 日第 1 版。

开展司法体制改革试点工作。通过收集整理相关媒体对司法改革的报道可以发现,相较以往的改革,法院人员分类改革取得了更大进展,但在推进过程中仍然存在着一些不容忽视的问题。任何改革都不可能一蹴而就,因此,需要及时对改革措施进行总结、反思和调整,优化策略与进路,确保各项改革目标顺利实现。

一、研究缘起：思想实验与法院人员结构现状

由于各法域的司法组织形式,程序运行方式差异较大,因此难有现成经验对法院人员分类改管理作出切合实际的回答。一般而言,试错法是进行经验总结的重要方式。但由于司法体制改革是一项复杂的社会工程,影响深远,完全采取试错法进行改革具有高昂的代价。毕竟现代法律已经不只是在试错中获得事后的完善,不只是对既定结果加以总结,而是通过“法律科学”的学术研究努力作出事前的设计,从而对可能后果加以预测和规定。^① 思想实验是对法院人员分类改革进行检测的重要方式。凌斌认为,思想实验可以分为三个基本要素:一是待检的结论或命题,二是建立特定的实验场景,三是推理得出待检命题的可错性或正确性。^② 在赫费眼里,思想实验被分为实验的安排和实施两部分。^③

因此,在相关方案或构思出台后,可以采用思想实验在相对理想化的状态下进行初步的验证。在法院人员分类改革的思想实验安排阶段,应当满足一种司法意义上的自然状态。首先,遴选的所有法官都是精英,并且能完全投身于审判工作。其次,法官和各类司法辅助人员之间能够实现“有机团结”,避免无效率的情况出现。再次,在诉讼模式的安排上,所有的当事人遵守程序法的规定,严格按照“我给你事实(证据),你给我法律”进行诉讼。也就是说,法官、辅助人员和当事人能够实现和谐共处。在思想实验的实施阶段,就需要进一步验证,当处于某种复杂的外部世界之中时,这样的共处是否还能继续。

假设在理想状态下,某法院有各类在编工作人员 100 人。根据法院人员分类改革的通行比例要求,这 100 人将被初步分为三大类,分别是法官 39 名,司法辅助人员 46 名,司法行政人员 15 名。司法行政人员将不会和法官或司法辅助人员发生直接的司法业务关系。法官和司法辅助人员的分工合作直接影响审判工作的效果。进一步细分,司法辅助人员由法官助理、书记员、司法警察和执行人员组成。如果采取平均分配的方式,每一种司法辅助人员有 11.5 人。也就是说,大约 3.4 名法官共用 1 名法官助理和 1 名书记员。这甚至有些难以满足三

① 凌斌:《思想实验及其法学启迪》,载《法学》2008 年第 1 期。

② 凌斌:《思想实验及其法学启迪》,载《法学》2008 年第 1 期。

③ [德]奥特弗利德·赫费:《政治的正义性》,庞学铨、李张林译,上海译文出版社 2014 年版,第 209 页。

人制合议庭对法官助理和书记员的需要。需要注意的是,并非所有案件都会采取普通程序合议庭,在基层法院大约80%的案件都是通过法官独任审理的,如此一来,法官助理和书记员的缺口会更大。

当然,支持者可能会提出,法官助理和书记员可以采用非公务员编制的聘任制。事实上,多年以前一些法院就开始试点聘任制书记员单独序列管理,但因缺乏职业前途,导致人员流失严重,书记员队伍反而不稳定,最后又恢复到了公务员编制的书记员。因此,当提出采取社会购买方式解决司法辅助人员问题时,必须考虑到法院司法工作的特殊性,确保相关人员有较为值得期待的职业前景。并且,目前的改革尚未作出专门的配套设计。^①

以上只是理想状态下的思想实验。现代法律是在总结生活实验的经验和思想实验的结论这两个同等重要的过程中获得了发展,而且仍将继续这样的发展。^② 赫费指出思想实验应当与自然状态的论证形式相衔接,保留经验的证实和对前提的可能修正。思想实验并非要代替经验,但要尽可能少地使论证的第一步带有前提条件。^③ 除了法官、司法辅助人员、司法行政人员的配比外,为确保法院的运转还需要考虑人员结构与诉讼程序相协调,能够负担起相应的工作量。事实上,法院人员分类改革意味着直接办案人员会急剧减少,但我国并未完全建立起纯粹的“当事人主义”诉讼模式,在实践中,法官仍然要承担一定的调查任务。另外,由于多元化纠纷解决机制的作用发挥尚不充分,特别是在推行立案登记制后,法院的收案数量将保持稳中有升,甚至大幅增加的趋势。这必然会进一步加剧“人案矛盾”。以某基层法院为例:

某县人民法院现有政法编制229个,在编干警209人,其中具有审判资格的130人,占在编人数的62%;审判员87人,占42%;助理审判员43人,占21%。包括院庭长在内的一线办案法官114人,占55%,其中院长1名,副院长5名,专委1名,庭长10名,副庭长13名,办公室、研究室主任、审管办、监察室等部门的主任和副主任共8名;法官助理及在编书记员34人,占16%。后勤部门干警61人,占29%,其中具有审判资格的16人,在编法警18人。近年来,收案数量

① 最高人民法院政治部主任徐家新指出:“要拓宽辅助人员来源渠道,不同地区应结合各地实际,积极探索内部挖潜和创新管理,积极探索辅助管理服务的社会化,努力提高现有编制使用效能。”可见,法院人员分类改革主要集中在法官员额的确定上,而忽略了对审判团队的配置,这必将影响分类管理的效果。详见《坚持问题导向 勇于攻坚克难 扎实推进法官员额制等改革》,载《人民法院报》2015年4月20日第4版。

② 凌斌:《思想实验及其法学启迪》,载《法学》2008年第1期。

③ [德]奥特弗利德·赫费:《政治的正义性》,庞学铨、李张林译,上海译文出版社2014年版,第208页。

年均 17000 件左右。^①

该院法官的年均收案数为 130.77 件，一线法官年均收案量为 149.12 件。目前一线法官为 114 人，占在编干警的 55%。根据改革方案，法官占比将减少至 39%，为 82 人，比改革前减少 32 人。有两点需要注意：一是根据目前披露的有关实施方案，至少院长和 5 名副院长会直接进入法官员额，也就是说只有 76 名法官可以在不承担行政事务的情况下作为专职审判人员；二是在法官减少的同时，工作量并没有减少，法官年均收案将达 207.32 件。但由于院长和副院长在既有司法体制下必须承担大量的行政事务工作，不可能将所有精力完全投放在审判工作中，这将变相增大其他法官的工作量。^② 无论按照何种比例确定法官员额都不是问题的关键，关键在于每一个占用法官员额的人都必须是真正从事审判工作的法官。^③ 与此同时，法官助理和书记员如何配备尚未完全提上议事日程，即便新一轮法官选任尘埃落定后，审判工作很难按照预想的方向行进。

二、法院人员分类管理改革措施反思

在改革过程中不可避免地会出现一些意料之外的曲折与问题。尽管法院人员的分类改革瞄准了社会发展的方向和司法发展的规律，但是在具体的改革过程中出现了一些偏差，合法性、合理性、实效性和科学性都有待进一步加强和提升。

（一）法院人员分类改革措施面临合法性危机

中央高层明确要求，重大改革都应当于法有据。^④ 这意味着中央高层作出相关政治决策之后，立法机关应当首先进行立法，然后再全面推行，确保改革措施在法治轨道上运行。即便是改革试点，也不应该完全颠覆立法规定，突破既有法律框架。陈金钊分析认为，中共十八大以来的改革与以往最大的不同就是强调法治思维，形成了法治改革观。继而认为，法治改革观问题的关键在于，不是

① 资料来源于某基层法院的一份工作汇报材料。

② 即便在美国，强有力的领导是法院系统实施行政管理政策所必需的，法院系统的生存现在也取决于有效的行政管理指导去引导和协调工作，去保持与其他机关和部门的工作关系。各法院的行政管理局负责相应的工作。参见中国应用法学研究所编：《美国法官制度与法院组织标准》，人民法院出版社 2008 年版，第 208～211 页。

③ 傅郁林：《以职能权责界定为基础的审判人员分类改革》，载《现代法学》2015 年第 4 期。

④ 2014 年 2 月 28 日，习近平在中央全面深化改革领导小组第二次会议上强调，凡属重大改革都要于法有据。在整个改革过程中，都要高度重视运用法治思维和法治方式，加强对相关立法工作的协调。参见《习近平：凡属重大改革都要于法有据》，载《新京报》2014 年 3 月 1 日第 A04 版。

用改革引导法治,而是用法治指引改革。^① 法官制度是我国司法制度的重要组成部分,但在法院人员分类改革试点过程中,一些举措有悖法治精神和相关法律规定。

我国《法院组织法》和《法官法》均规定,地方各级人民法院的审判员的任免机关归属于所在地的人大常委会。法院院长唯一有权任免的法官是助理审判员。法官一经任免之后,非法定理由不得免除法官职务。也就是说,不得以改革的名义免除法官职务。为实现法院人员的分类管理和限定法官员额,一些试点法院采取免除法官职务,通过考试的方式重新任命法官。^② 这种做法明显有悖于法律和法治精神。和其他机关和团体相比,法院更应该遵守法律,践行法治。

(二)法院人员分类改革措施遭遇合理性困境

退而言之,即便一些改革不可避免地要突破法律规定,但改革措施也应当具有正当性和合理性。一位学者从哲学出发进行推导,逻辑地认为,将受到改革影响的主体能够平等和实质地参与到改革过程中去。基于此,司法体制改革应当具备开放性、参与性、反思性和整体性。^③ 但就试点情况来看,法院人员的分类改革措施在合理性方面还存在重大争议。

一是法官的选任方式不尽合理。生活经验、理论水平和司法经验构成了法官的综合素养。其中最为核心的是熟悉庭审规则,充分掌控庭审程序,善于处理突发事件,精于寻法找法,说理清楚透彻,裁判科学合理。也就是说,审判是充满实践色彩的事业,很难凭借一张试卷、几十分钟的书面答题和几分钟的面试考核甄选出高素质的法官。

二是参与法官选任的对象不平等。一些地区的改革实践表明,审判委员会委员、院长、副院长等一些具有相应行政等级的司法官员并未像普通法官那样参加考试,而是通过考核的方式直接进入了法官员额,而其他的普通法官却需经过笔试、面试,合格者才能进入法官员额。^④ 在行政化还未被有效消减之前,行政

① 陈金钊:《“法治改革观”及其意义》,载《法学评论》2014年第6期。

② 按照法官员额制比例要求,会有三分之一的人落选,落选人员将转为法官助理、司法辅助和司法行政人员。参见《海南省法官选任考试开考》,载《人民法院报》2015年1月18日第1版。

③ 孙莉:《论作为过程的司法改革的过程正当化》,载《法制与社会发展》2014年第8期。

④ 三级法院正副院长、党组成员、审判委员会专职委员以及副厅级以上审判人员负责组织、安排、实施所在法院的法官选任工作,他们通过考核方式选任,不参加考试。其他具有法律职务的审判人员,采取考核与考试方式选任。参见《海南司法改革过渡期五年实行法官选任 选任过程全公开》,载 <http://www.hinews.cn/news/system/2015/01/22/017271043.shtml>, 下载日期:2015年4月1日。

权已经对人员分类改革进行了积极的干扰。不同程度地参与了深圳中级人民法院和广东省司法体制改革的葛洪义教授发现,随着法官待遇提高,一批长期不办案的法院领导成为员额内法官,正在一线办案的青年法官将转任为法官助理,失去办案资格,以后的案件质量难以乐观。^①

(三)法院人员分类改革试点实效性不明

针对改革中可能出现的问题,中央高层强调,在全面深化改革过程中,要杜绝短期行为,先行先试,及时总结经验,不断深化对改革规律的认识。^②为推进司法体制改革,中央于2014年6月确定了上海、广东、吉林、湖北、海南、青海6个省市为首批司法体制改革试点地区,以形成可复制、可推广的司法体制改革经验。按照客观规律,6个试点省市也应分别确定相应的试点法院,逐步推广,确保风险可控。但在实践中,试点法院的经验未受重视。一是除上海于当年7月份率先启动司法体制改革试点,并出台相关方案外,第一批的其他五个试点地区在2015年4月前才陆陆续续出台试点方案,到目前为止还未完全付诸实施^③。在相关改革效果和试验结果尚未被科学评估的情况下,第二批试点法院已经快速跟进,相继出台或拟定了改革方案。^④二是一些地区为了“赶时间”,避免人心浮动,影响司法改革的顺利推进,没有确定少量的试点法院先行先试,积累经验,而是在全省范围内普遍推广。^⑤

(四)法院人员分类比例欠缺科学性

在审判活动中,根据与业务的紧密程度,大致可以法官为中心划分为四个层级。第一个层级是法官本身,第二个层级是法官助理和书记员,这两个层级也是审判工作的核心和主体。第三个层级是其他辅助人员构成的外围。最后是行政人员。法官是审判工作的核心要素,而法官和法官助理的搭配构成了审判运转的中坚力量。在案件数有增无减的情况下,能开庭办案的法官数量却相应减少,无形中会加大入额法官的工作量。如果只是将法官的工作限定在庭前准备、开

① 葛洪义:《关于司法改革的几点认识》,载《法制与社会发展》2014年第6期。

② 习近平:《紧紧围绕坚持和发展中国特色社会主义深入学习宣传贯彻党的十八大精神》,载《人民日报》2012年11月19日第1版。

③ 据报道,吉林作为2014年确定的第一批司法体制改革试点地区,该省省委于2015年4月8日审议并原则通过《吉林省法院系统司法体制改革试点实施方案》。参见《自觉运用改革精神谋划推动工作》,载《人民法院报》2015年4月12日第1版。

④ 辽宁于2015年3月出台了《辽宁法院员额法官选任办法》《辽宁法院法官职业保障办法》等8个文件讨论稿。参见张之库、严怡娜:《辽宁8项司法改革方案深入征求意见》,载《人民法院报》2015年3月24日第1版。

⑤ 丁汀:《法官选任,为何这么选》,载《人民日报》2015年1月29日第4版。

庭和指导法官助理草拟裁判文书等事项上,那么传统法官的相关工作转嫁给了法官助理。如此,法官数量的多寡并不关键,法官助理反而成了司法效率的一个重要考量因素。根据目前的比例,司法辅助人员占比为46%,其中包括法官助理、书记员、法警、执行人员。在既有的组织规模下,若平均分配,各类人员占比分别为11.5%。在分工相对明确的情况下,11.5%的法官助理很难与39%的法官相配合,实现理想的司法效果。根据某些试点地区的做法,即便所有书记员都采取购买社会服务的方式,法官助理的比例也仅为18.4%,与39%的法官相比,缺口依然很大。^①郑成良教授以上海方案为例,从推动法官精英化,提高法官待遇的角度指出,法官助理要明显甚至成倍于法官比例才行。^②2016年7月召开的全国司法体制改革推进会上,中央政法委书记孟建柱指出,我国地域辽阔,不同地方经济社会发展水平差异大,在确定法官员额比例和基数时不宜一刀切。^③

三、制约法院人员分类改革之深层原因

司法体制改革是一项系统性工程,既要尊重历史,又要兼顾现实,既要立足当下,又要着眼长远;既要处理好细节之间的关系,又要注重整体性和协调性。我国司法体制改革从零敲碎打式的浅层改革,迅速推进,成为全面推进依法治国的重要组成部分。越是在如火如荼的时候,越要冷静理性,促进司法体制改革良性发展。

(一)法院既有的结构特征未被关照

经过多年的运行和发展,我国的法院呈现出独特的结构特征。一方面,我国法院脱胎于行政机构,按照科层制的方式进行组织。另一方面,我国法院从事审判业务工作,和行政机关相比,又有着独特的专业技术特征。概言之,我国法院的组织模式深刻地打上了转型社会的烙印。而这些纵横交错的结构影响了法院人员分类改革的深入开展。

1. 法院组织现状与改革理想。在以往的人员招录中,法院并未进行相对严格的人员分类。大多数法院将招录类别分为三大类。一是法官后备,二是专业

① 根据上海方案,法官助理的基本职责是在法官指导下审查诉讼材料、组织庭前证据交换、接待诉讼参与人、准备与案件审理相关的参考资料、协助法官调查取证、保全执行、进行调解、草拟法律文书、完成法官交办的其他审判辅助性工作,以及与审判相关的调研、督查等工作。如果法官和法官助理的比例不能达到1:1,上海方案确定的这些职责很难实现。参见卫建萍:《上海任命首批231名法官助理》,载《人民法院报》2014年9月6日第1版。

② 郑成良:《司法改革四问》,载《法制与社会发展》2014年第6期。

③ 李阳:《孟建柱在全国司法体制改革推进会上强调:统一思想 增强信息 攻坚克难 坚定不移推动司法责任制改革全面开展》,载《人民法院报》2016年7月20日第1版。