

法官的思索印迹

上海市闸北区人民法院理论研究成果集萃



FAGUAN DE SISUO YINJI

SHANG HAI SHI ZHA BEI QU REN MIN FA YUAN LI LUN YAN JIU CHENG GUO JI CUI

主编 钱锡青



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

法官的思索印迹

上海市闸北区人民法院理论研究成果集萃



主编 钱锡青



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法官的思索印迹:上海市闸北区人民法院理论研究成果集萃/钱锡青主编. —北京:法律出版社,2009.10
ISBN 978-7-5036-9912-2

I. 法… II. 钱… III. 法院—审判—工作—闸北区—文集 IV. D926.22-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第162700号

法官的思索印迹:上海市闸北区
人民法院理论研究成果集萃
主编 钱锡青

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 韦钦平
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶松

开本 787×1092 毫米 1/16
印张 33.5
字数 755千
版本 2009年9月第1版
印次 2009年9月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9912-2

定价:78.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

主 任：钱锡青

副主任：吕 敏 璩富荣 唐卓青 徐 学

委 员（按姓氏笔画排列）：

王宗光 刘德林 朱建国 朱一心 李兴魁

陆国强 杜 鸣 吴万华 周海平 罗 宏

赵建能 胡立群 倪德生 翟小芳

序

应用法学的实践品格决定了司法不只是法律条文的简单适用,而且是充满智慧、充满理性的一门科学。我国的社会主义司法不仅仅是立法的回音壁,而且是社会主义法治建设事业的建设者、捍卫者和推动者。负载着这样的职业使命感,越来越多的法官在繁忙的工作之余,埋首灯下,求索法律的真谛和司法的精髓,用坚实的脚步响应着法治的每一次进步,用理性的眼光关注着法治的每一个领域。在这种积极的探索中,上海市闸北区人民法院可以说是其中的一个亮点。

“庙廊之材,非一木之枝”。闸北法院素来注重开展干警调研活动,将其提升到立院、建院的战略高度,且成绩斐然。二十世纪九十年代以来,该院在多种学术讨论会中多次获奖;多次在《法学评论》、《现代法学》、《人民司法》、《法律适用》等核心期刊发表论文。2008年,在全国法院第二十届学术讨论会暨20周年庆祝大会上,闸北法院荣获1989年至2008年全国法院学术讨论会论文推荐选送组织工作先进单位称号,一名同志喜获1989年至2008年全国法院学术研讨活动突出贡献奖。秉此丰厚的调研工作底蕴和丰硕的调研工作成果,闸北法院汇集干警的所思所想,并将其出版,有着独特的学术价值和积极的实践意义。

在本书中,收录了闸北法院干警从二十世纪九十年代以来多次获奖或发表的论文。分综合类、刑事类、民商事类、行政类、少年审判类、证据类、执行类、裁判文书改革类八个子项,既有宏大的叩问,如《司法的民意》,也不乏细微处的苦思,如《论刑事一审判决书的改革与完善》;既有“次形而上”及前瞻性的思考,如《论我国法院公共政策创制功能的建构》,也有对法律或司法的宏观解读,如《试论执行机构改革的路径选择》;既有对具体规则或实践操作的深层思考,如《试论推定证据规则在行政审判实践中的适用》,也有对部门法中争议问题的细致阐述,如《试论对公司股东抽逃出资的认定及其民事责任承担》,等等。从论文的字里行间,不难发现,这些论文的作者,立足审判一线,有着丰富的实践体验。同时,这些论文也见证

了他们对法学、法律理性的热爱与追寻。

令人欣慰的是,类似闸北法院这样的基层法院理论调研之风,已成蔚然之势。“以忠诚博学追求法律真谛,以清廉高效维护公平正义”的上海法院精神,正日益得到弘扬。期待有更多的法院,更多的干警,积极投身应用法学的理论研究,并切实注重调研成果的转化,努力做善思考,有智慧,能作为的法律人,让法律理性的光芒照耀司法前进之道路,让法学理论的成果指导司法鲜活之实践,为司法实践服务,为司法发展服务,为社会主义法治建设事业服务。

是为序。

上海市高级人民法院院长、大法官

A stylized, bold black ink signature, likely belonging to the Shanghai High Court President mentioned in the text.

二〇〇九年八月

目 录

综合类

观念变革与制度创新

——关于改革和完善我国人民陪审员制的思考	吕 敏	王宗光(1)
建立人民陪审员和人民调解工作双向互动模式的设想		
——一种纠纷解决机制的新模式	徐 学	吴 晶(11)
现行审判委员会制度存在的问题及对策	徐永珍	孙丽娟(18)
司法判决的不确定性与错案追究制		孙丽娟(22)
试论对法官自由裁量权的尊重与规制		席建林(29)
论我国陪审制度的适用范围		孙丽娟(37)
依法治国的首要任务在于依法治权		王宗光(46)
论我国法院公共政策创制功能的建构	丁以升	孙丽娟(51)
论我国法院功能的现代化		孙丽娟(57)
论我国法院纠纷裁判功能的理性建构	丁以升	孙丽娟(66)
当代法官的角色定位		吴 晶(71)
论司法中的民意		孙丽娟(78)
论提高诉讼效率和防止滥用司法资源之策	朱建国	陈慰苹(87)
刑事审判人员庭审规范用语初探		周海平(93)
试析从源头上预防和治理司法腐败		刘德林(99)
“三个代表”与作风建设		
——谈加强与改进党的作风建设	胡立群	刘德林 房丽文(103)

刑事类

论刑法修改与刑事司法观	张根宝	王宗光(107)
刑事诉讼简易程序之立法构想		周海平(115)
单位犯罪案件诉讼程序论		周海平(121)
论罚金刑的立法修改与司法适用	张根宝	王宗光(128)
论绑架罪的认定		王宗光(132)
完善刑事诉讼简易程序的若干建议		周海平(139)
论有组织犯罪及其刑事政策	王宗光	张 建(144)

2 法官的思索印迹

刑事审判中罪名变更程序问题研究

- 以程序正义为视角 王宗光(156)
- 涉税案件审理中的问题及对策 王宗光 华赛英(165)
- 论国际海运欺诈的防范与遏制 张梅生 杜 鸣(172)
- 刑事司法中的罪刑法定与基层法官的刑法解释权
- 兼谈刑事立法漏洞的弥补 王宗光(180)
- 构建刑事和解制度的思考 王宗光(185)

民商事类

- 浅谈当前抚育费数额的确定 张素文(191)
- 我国立法确定“探视权”的必要性 蔡国华(194)
- 父母离婚后的未成年人监护问题之研究
- 兼议我国未成年人监护制度的完善 蔡国华(196)
- 论我国民事再审之诉的构建 周海平(200)
- 试论对公司股东抽逃出资的认定及其民事责任承担 席建林(209)
- 试析建立我国的服务质量责任体系 柯 强(219)
- 关于探索“当事人合意延长简易程序适用期间”的情况分析 席建林(227)
- 试论非正当行使民事诉权及其法律规制 周海平(231)
- 侵权纠纷案件中如何规范管辖使用的问题 夏志建 盛 洁(242)
- 遗嘱与遗嘱的异同辨 同其鸣(247)

行政类

论行政争议解决的均衡机制

- 以行政争议解决的柔性机制为中心 钱锡青 周海平(251)
- 论行政诉讼受案范围的界定 徐永珍 孙丽娟(259)
- 试论对行政自由裁量权的司法审查 席建林(266)
- 职权主义
- 我国行政审判模式的必然选择 王宗光(274)
- 债权人对于房地产登记行为的行政诉讼起诉权 杨晓东 方 斐(287)
- 论我国行政诉讼和解的程序保障 王美娟(289)
- 政府信息公开视野下行政规范公开性司法审查问题初探 叶 一(298)

少年审判类

- 关于市场经济条件下外来未成年人犯罪的思考 郑健麟(303)
- 上海市闸北区外来少年犯罪情况剖析 臧亚俊(305)
- 对外来少年犯适用缓刑的尝试 潘广忠 周海平(308)
- 外来少年犯适用缓刑亟待解决的几个问题 杜 鸣(312)
- 外来少年犯适用免刑的思考 汤静隽(314)

当前少年刑事审判指定管辖的模式选择	吕 敏 朱国明 王宗光	(316)
成立我国少年法院的若干困惑解析	吕 敏 朱国明 王宗光	(321)
涉少刑事案件普通程序简化审方式之探讨	王宗光	(323)
我国少年司法的困境与出路		
——兼论和谐社会的构建与少年司法的完善	王宗光	(332)
少年简单刑事案件快审机制		
——探索公正、高效、权威少年刑事司法模式的新途径	王宗光	(342)

证据类

关于设立刑事诉讼中庭前证据交换制度的思考	赵兰娣 王宗光	(352)
试论推定证据规则在行政审判实践中的适用	席建林	(359)
我国刑事传闻证据规则之立法构想及司法适用	周海平	(371)
论我国民事诉讼证明标准之重构	席建林	(383)
民事举证时限问题研究		
——从证据随时提出主义到证据适时提出主义	孙丽娟	(397)
试论司法认知规则及其在民事诉讼中的运用	席建林	(405)
刑事审判中被告人供述排除规则适用新探	王宗光	(416)
浅议刑事证据原理与规则在共同诈骗犯罪认定中的适用	王宗光	(431)
关于充分发挥证据交换功能的几点思考	席建林	(438)
浅议鉴定结论的运用	姜琳玮 江 涛 冯 斌	(442)
民事司法鉴定工作应加强对弱势群体的关怀	李 群 喻 捷	(447)

执行类

浅议涉探视权案件的执行	蔡国华	(450)
关于对行为请求权依法强制执行的思考	席建林	(453)
解决罚金刑执行难问题的理性思考	王宗光	(461)
试论执行机构改革的路径选择		
——以执行权的性质界定为基础	席建林	(472)

裁判文书改革类

论刑事一审判决书的改革与完善	周海平	(482)
裁判文书改革的进路选择		
——以裁判文书的预期受众为视角	周海平	(491)
裁判文书说理方法论	周海平	(501)
与未来对话		
——关于完善少年刑事一审判决书特色部分制作的思考	朱 妙 王宗光	(514)

综合类

观念变革与制度创新*

——关于改革和完善我国人民陪审员制的思考

吕 敏 王宗光

人民陪审员是我国重要的司法制度。在多年的审判实践中,人民陪审员制的贯彻实施对发挥人民群众参政议政、监督审判和保证审判质量起了很大作用。但由于种种原因,该制度在实施中也暴露出许多缺陷。在新形势下,人民陪审员制继续存在的合理性是什么?改革和完善人民陪审员制的根本出路何在?如何保证人民陪审员的具体、有效实施?本文拟结合我国当前的政治、经济形势及司法改革的实际情况,就上述问题进行研讨,以期充分发挥人民陪审员制的作用。

一、人民陪审员制在实施中存在的缺陷

(一)人民陪审员制实施中的根本性缺陷

人民陪审员制的根本缺陷在于其实际效果对该制度所追求的根本目的的直接违反。人民陪审员参与审判的根本目的是直接决定、制约司法决策、贯彻司法民主和实现司法公正。但在我国的审判实践中,人民陪审员制的实施并未圆满实现其创立的初衷,反而在一定程度上背离了该制度的根本目的,因而导致了人民陪审员制的根本缺陷。

1. 缺少广泛参与性。目前多数基层法院的陪审员来源单一,主要是企事业单位下岗职工;陪审员工作的流动性不够,不少陪审员在法院与法官一同作息,往往一干就是几年甚至更长时间,成了“陪审专业户”,这剥夺了其他公民参与陪审的权利,削弱了司法决策体现民意的范围与程度,也妨碍了司法民主的充分实现。

2. 陪而不审。不少陪审员在庭审前不作任何准备,在庭审中没有任何驾驭庭审、听证、认证的表现,审判过程完全由审判长一人负责,陪审员陪而不审,只起陪衬作用,形同虚设。

3. 合而不议。合议庭评议应贯彻少数服从多数的民主集中制原则。但在审判实践中,陪审员参与评议时,出于对职业法官的“权威趋从”心理,其观点要么与审判员完全相同,要么不起决定作用。有些陪审员甚至根本未参与合议庭评议,审判员一人的观点即是

* 本文获全国法院第十一届学术讨论会二等奖和1999年上海法院系统学术讨论会三等奖。

合议庭的意见,合议庭的评议笔录往往由书记员根据案情编造。因此,评议程序难以体现民主集中制。

(二)人民陪审员实施中的制度性缺陷

我国目前关于人民陪审员的法律条文散见于《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》、《人民法院组织法》中,且规定极为简单,这使人民陪审员的具体实施无法可依或者有法难依,导致了人民陪审员实施中的制度性缺陷。

1. 人民陪审员的来源及有关法律责任没有明确规定。人民陪审员本应来自社会各行各业,符合条件的公民都有充当陪审员的义务。但在实践中不少单位或公民个人不愿履行充当陪审员的义务,法院也没有强制性措施惩戒这些单位或个人,这导致人民陪审员来源单一。

2. 人民陪审员的任职资格过于宽泛。《人民法院组织法》规定有选举权和被选举权的年满23周岁的公民,可以被选为人民陪审员,但是被剥夺过政治权利的人除外。并未对人民陪审员的学历、身体条件、社会身份等作出限制性规定,这可能使陪审员素质不高、合议庭的组成不尽科学,不利于实现司法公正。

3. 人民陪审员的职权职责及参审范围规定不科学或不明确。人民陪审员一般未接受法律专业知识训练,规定其与审判员有同等权利,可能会使陪审员难以真正行使审判权;人民陪审员任职期间不正确履行职务的法律责任规定不明确;《人民法院组织法》规定审判第一审案件,由审判员组成合议庭或由审判员和人民陪审员组成合议庭,并未明确设定人民陪审员参审案件的具体范围。上述规定的缺陷使参审陪审员难以行使或怠于行使职权,也导致了审判实践中使用陪审员的任意性。

4. 人民陪审员的管理无法可依。人民陪审员的产生途径、参审活动的安排、任职期间的考核、奖惩措施的实施等管理活动,都没有相关法规明确规定,这使人民陪审员的具体操作不尽规范,人民陪审员的作用难以充分地发挥。

(三)人民陪审员实施中的社会性缺陷

要真正实现人民陪审员制的广泛参与性,充分体现司法民主,除了要有统一的、正确的社会观念氛围外,也要有积极的群体参与行为,这是人民陪审员制的社会性特点。但前述两方面内容司法实践中都不存在,由此导致了人民陪审员制的社会性缺陷。

1. 缺乏统一的、正确的社会观念氛围。不少普通公民对人民陪审员制的意义和功能认识不够,认为到法院充当陪审员是“义务劳动”,吃力不讨好;甚至连人民代表大会、政府等国家机关和一些企事业单位和人民团体也未意识到选举、组织或推荐高素质公民或员工去充当陪审员是真正发扬司法民主的重要途径。

2. 缺乏积极的群体参与行为。不少企事业单位等单位以工作忙为借口拒绝推荐员工充当陪审员,即使勉强推荐,也是敷衍了事;各级人民代表大会及其常务委员会对选举陪审员的工作重视不够,选举产生的陪审员在不少法院几乎多年未有过;当地政府机关从未调查过哪些人有陪审资格,哪些人不具备陪审资格,并制作陪审员名单交法院使用;在法院履行陪审员义务的人,往往不遵守法院工作纪律,不认真履行审判职责。

二、关于人民陪审员的观念变革和新形势下该制度必然存在的合理性

由于人民陪审员的种种缺陷,司法实践中一度产生了人民陪审员的存废之争。主废论者认为,人民陪审员在实践中已被严重“异化”,主张取消该制度;主存论者则认为人民陪审员的实施有合理根据和积极效果,主张保留并改革、完善人民陪审员。笔者赞同主存论,认为在当前形势下,保留人民陪审员对我国的司法改革和审判实践有着特别的意义,并认为人民陪审员的改革和完善与关于人民陪审员的观念意识息息相关,只有变革传统观念,充分认识人民陪审员的时代意义,才能准确定位该制度在新形势下存在的合理性。

(一)切实贯彻司法民主是人民陪审员必然存在的根本原因

人民陪审员是当今世界司法民主的主要表现形式,多数国家都保留人民陪审员。在我国,人民陪审员既是一种法定的司法制度,也是社会主义民主在审判工作中的具体体现。党的十五大报告指出,要领导和支持人民掌握国家的权力,大力发展社会主义民主政治。司法权是解决社会冲突的最为权威的终结性机制,是极为重要的国家权力。因此,让人民群众通过人民陪审员直接参与审判,行使司法决策权,是民主政治的反映,是司法民主的直接标志。主废论者可能认为,为避免人民陪审员在实施中的弊端,贯彻司法民主可以通过新闻舆论、社会监督、代表选举等间接途径实现,而不应由公民直接参与审判来体现。这种观点未看到司法权行使的特殊性,不利于切实实现司法民主。第一,职业法官知识结构与心理认知的特殊性决定了人民群众要直接参与审判。职业法官长期生活、工作在法院,专业知识以法律为主,心理认知上倾向于打击犯罪和严厉制裁,权利保障观念较弱,生活经验相对贫乏。吸收职业法官以外的人民群众参与审判,可以发挥其社会生活经验丰富,保护权利观念较强和可能具备其他专业知识的优势,从而制约职业法官,在裁判结果中真实体现民意。第二,当事人容易认同人民陪审员的裁断。当事人接受“和自己同类的人”的审判,心理上感觉司法程序是民主的,对有陪审员参加而作出的裁断也易于接受。而由职业法官独断审判权,取得的效果可能正好相反。

(二)确保司法公正、司法独立和司法公开是人民陪审员必然存在的现实原因

司法公正是依法治国的基本要求,是人民法院工作的生命线。司法公正包括实体公正、程序公正和形象公正。人民陪审员参与审判,可以促进司法公正的全面实现。就实体公正而言,如在对普通类型案件事实和证据认定的判断中,职业法官由于职业习惯和社会经验缺少等特点,作出的判决可能缺少群众基础,而人民陪审员凭借其大众化认知标准和朴素的心理情感,往往可作出符合社会一般性公正要求的判断。就程序公正而言,人民陪审员不存在职业法官的心理倾向与职业习惯,审判过程中,可以在诉讼双方之间保持中立,能坚持“中立原则”;并使诉讼双方享受平等的诉讼权利,可以实现“程序对等原则”。就形象公正而言,现阶段出现的徇私舞弊、贪污受贿、超期办案、地方保护主义等表现法官形象不公的司法腐败现象,其成因是多方面、多层次的,但审判权没有得到有效制约,无疑是造成司法腐败的重要原因。由人民陪审员参与审判,可对职业法官起到监督制约作用,防止司法腐败的产生。此外,要真正实现司法公正,必须坚持司法独立(审判独立)原则,它对实现司法公正有着重要的保障作用。但在我国社会中,日益蔓延的司法权行政化现象却严重阻碍司法独立的实现。例如,地方党委、政府机关、个别党政领导凭借手中权力

干涉法院独立行使审判权;法院内部也存在案件请示制、院长审批制、审判委员会权力过分扩张等干扰法定审判组织独立审判的现象。然而,吸收人民陪审员参与审判,却可在某种程度上实现司法独立。人民陪审员并非职业法官,其薪金涨跌、地位升迁等个人利益不受制于其他法官,不求助于法院上级或政府部门,因而人民陪审员行使审判权时无所顾忌,往往可以作出公正独立的裁判,这对保障审判独立有着重要的现实意义。还有,陪审员来自各行各业,由其参与审判可以扩大司法决策的知情范围,增加广大公民了解司法决策活动的渠道,所以,陪审员参与审判能提高司法决策过程的透明度,减少“暗箱操作”,有利于贯彻公开审判原则。

(三)人民陪审员实施中的实际效果是其必然存在的直接原因

人民陪审员在实施中的现实效果是多方面的,如发扬了司法民主,保证了审判质量,扩大了法制宣传效果,提高了诉讼效益等。在此,仅就专家型陪审员的作用及人民陪审员制符合诉讼经济原则略作阐述。众所周知,现代法律适用过程日趋复杂,法官在适用法律中不仅需要高深、全面的法律知识,也需要法律之外的其他专业知识。例如,对经济犯罪的审判,除具备必要的刑事法律知识,还要知晓金融、税收、专利等相关知识;从事少年审判,只有具备心理学、社会学、青少年保护等知识,才能贯彻“寓教于审”原则。此外,在民事、经济、行政审判中,更需有相关知识来指导职业法官明辨是非。专家型人民陪审员参与审判,弥补了职业法官知识结构的不足,促进了审判公正。另外,普通型陪审员与审判员组成合议庭审理案件,节约了职业法官的大量精力。据笔者调查,上海地区近年一审运用合议庭审理的刑事、民事、经济案件,有陪审员参加的分别达80%、60%和70%以上,试想如果取消人民陪审员,该增加多少法官编制才能满足诉讼程序日益增长的资源需求?

三、改革和完善我国人民陪审员的主要出路

人民陪审员是我国具体的司法制度。改革和完善具体的司法制度,除了加强制度层面的调整和创新外,也应在观念层面进行适度的引导、启蒙和灌输,从而为制度层面的改变提供观念基础与理论根基。就人民陪审员的改革和完善而言,也要有系统观念,从多角度出发,围绕观念变革和制度创新,寻求解决的途径。

(一)深化司法改革,克服人民陪审员实施中的根本性缺陷

依我国三大诉讼法和《人民法院组织法》的规定,合议庭是法定审判组织,除重大、疑难、复杂案件要上报审委会讨论外,合议庭应独立作出裁判。人民陪审员参与审判的,与审判员有相同的审判权力。按理人民陪审员应当能够既陪又审(判),为何在实践中常常形成陪而不审(判)的虚置现象?这与我国当前的审判方式乃至法院管理模式有着千丝万缕的联系。由于我国法院内部目前盛行司法权行政化的现象,法院其实并未真正发挥法定审判组织的独立审判作用,而是对司法工作按行政化模式进行管理,这导致先定后审、审者不判、判者不审的现状。一件案子的定性处理,合议庭评议后得出的结论不算,还要有庭长、院长审批、审委会讨论或向上级法院请示后才能定夺。而法院内部司法权的行政化又与司法权的外部行政化有关,即由于我国法院目前体制设置上的依附性,广泛存在地方党委、政府机关、个别党政领导凭借手中职权干涉法院独立行使审判权的现象。合议庭审理后不能独立作出裁判的现象使合议庭的意见变得无足轻重,这在一定程度上使得

陪审员的评议乃至审判员的评议贬值,陪而不审、合而不议的弊端也由此产生。可见,要真正发挥陪审员的作用,克服人民陪审制在实施中的根本性缺陷,必须深化司法改革,充分实现法院独立审判,为人民陪审员真正发挥作用提供合适的法治环境与强有力的保障措施。第一,保障法院外部审判独立。要建立独立统一的司法预算制度、法官管理制度和垂直的法院司法体制,使法院摆脱人、财、物上对地方党委和政府机关的依附局面,排除外来权力的干扰,为法院独立公正审判创造良好的外部法治环境。第二,保障法院内部审判独立。必须深化审判方式变革和法院审判管理模式改革,逐渐清除院庭长审批案件、向上级法院请示、审委会职权过分扩张等法院内部司法权行政化现象,还权于法定审判组织,加强合议庭的职权运作,让合议庭拥有独立完整的审判权。果真如此,除了人民陪审员自己有意失职外,一般难以出现陪而不审、合而不议的现象。

(二)制定《人民陪审员法》,克服人民陪审制实施中的制度性缺陷

目前我国已制定了《法官法》、《检察官法》,国家职业司法人员的管理工作已有法可依,笔者建议,为与上述法规相衔接,克服人民陪审制的制度性缺陷,国家立法机关应尽快制定《人民陪审员法》,对人民陪审员的来源、产生、权利义务、资格、任期、管理等加以具体详尽的规定。在此,对《人民陪审员法》的主要内容作大致的构想:

1. 来源和产生途径。人民陪审员的来源要面向社会各界,拓宽用人渠道,不能局限于原先的由工厂企业推荐人员的单一渠道。根据后文区分的人民陪审员类型构成,人民陪审员的来源可分为两部分:普通型(民意型)陪审员应来自本区域有陪审资格的一般公民,这类陪审员可用来审理专业技术含量不高的案件;专家型陪审员可来自社会各行各业有专业知识的公民,这类陪审员可用来审理专业技术含量高的案件。与陪审员的来源相适应,陪审员的产生途径也可以分成两类:一为随机挑选产生,为了提高产生效率,适应普通型陪审员流动快的特点,当地政府机关应调查制作好有陪审员资格的所有公民名单,送人民法院陪审员管理机构保存,法院陪审员管理机构应将该名单输入电脑,在法院业务庭需要陪审员时,随机挑选产生;二为特邀加选举产生,对专家型人民陪审员,可先由人民法院陪审员管理机构根据法院案件审理的实际需要,先特邀部分有专业知识的人员,再由人民法院将特邀的人员推荐给人民代表大会,经人民代表大会代表审查选举后,由人民代表大会任命产生。只对专家型陪审员采用选举任命的产生方法,一则减少人民代表大会选举任命程序的工作量,使这一产生途径切实可行;二则可以激发专家型陪审员的自豪感,使其更积极地投入陪审工作。

2. 资格。陪审员的资格应当是:凡中华人民共和国公民,除享有政治权利、无刑事处罚的记录、有行为能力、身体健康外,年龄须在23周岁以上,具有高中以上学历(个别经济发达地区可要求为大专以上学历),居住在法院所辖范围内,且无自己是当事人或与自己有其他利害关系的案件在该法院审判过程中的,都有充当陪审员的资格。

3. 任期。人民陪审员应在审判过程中代表人民的意志。因此,人民陪审员不仅来源要广,任期也要有限制,实行轮换制,如此才能有广泛的代表性。考虑法院审理案件的期限等因素,可以规定普通型人民陪审员任期每届不超过两年,专家型人民陪审员每届任期不超过五年。在任职期间,人民陪审员不可连续在法院工作,但应每年不定期参与几起案件的审判。

4. 管理。人民法院内部应设立陪审员的专门管理机构(暂称为人民陪审员办公室),由该机构负责人民陪审员的产生、日常陪审工作、考核、津贴发放等管理工作。人民陪审员办公室电脑内应备有本区域有陪审资格的居民名单,也应与社会各界的专家学者保持密切联系,以便随时随机挑选或特邀产生陪审员。根据案件的流程管理规则,立案庭或各业务庭需要陪审员的,应提前填单申请,由陪审员办公室根据需要派员参加;陪审员办公室应注意陪审员任职期间是否遵守工作纪律,有无故意或重大过失的失职行为,陪审员工作出色的,可考虑对其进行适当的物质和精神奖励,以调动其积极性;陪审员由于失职造成错案或不认真履行陪审义务或有其他错误行为的,应追究其相应的经济、行政、刑事责任。对津贴发放,应从严掌握。公民参与陪审工作,是其享有的一项政治权利,也是对国家应尽的义务,凡正常参加陪审工作的,不应享有任何陪审待遇。但对陪审员为参加陪审工作而额外支出的费用或劳动,如加班工作、陪审期间的车贴或饭贴等,应酌情发放补贴。另外,陪审员来自单位的,法律应明确规定其陪审期间的一切工资待遇,由原单位照常发放。此外,人民陪审员办公室应特别注意落实不履行陪审义务的法律后果。对公民无故拒不参加陪审工作或有关单位拒不派出陪审员的,应以人民法院名义对该公民或单位及其负责人给予警告、教育、罚款等司法行政处罚。

(三)转变观念,加强引导,克服人民陪审员制实施中的社会性缺陷

由于在审判实践中,各级法院适用陪审制的目的往往不是着眼于司法民主和对法官进行制约的需要,而是用于解决审判力量的不足,陪审员在审判中又难以发挥作用。长此以往,在社会公众甚至部分法官中形成错误观念,以为人民陪审员参与审判仅仅是履行简单的劳动义务。这必然导致社会公众对人民陪审员制的生疏和误解,影响到其对陪审工作的兴趣,也使部分法官不注意发挥陪审员在审判中的作用。因此,克服人民陪审员制社会性缺陷的出路是:

第一,转变观念,充分认识人民陪审员制的社会政治意义。各级法院的法官们首先要转变观念,了解人民陪审员制创立的初衷,认识到人民陪审员参与审判的本质在于贯彻司法民主和司法公开,监督审判,防止司法腐败,切实实现司法公正,而不是“摆设”或仅仅用于解决审判力量的不足。

第二,面向社会公众宣传人民陪审员制,引导公众积极参与。首先,在宣传的内容上,要重点阐述陪审权是职业法官与公民对国家审判权的共享,是社会成员对审判过程的制约与参与,人民陪审员制体现了司法民主的真谛,参与人民陪审员工作是崇高、光荣的,以此唤醒公民的政治参与意识,认识到陪审制的重要性。其次,在宣传的主体上,各级人民法院及主管政法部门应重点负担宣传任务。最后,宣传的对象不仅是一般公民,还应包括国家机关、企事业单位、社会团体。要取得人民代表大会、政府等国家机关和一些企事业单位、社会团体对人民陪审员工作的支持和理解,认识到人民陪审员制不仅是一种具体的审判制度,更是一种权力结构的配置制度,一种国家制度和社会制度,它关系到作为国家权力的司法权是否能正当行使,是否能充分保护每一位涉诉公民的合法权益,并充分重视选举任命、调查组织或积极推荐优秀公民参与人民陪审员工作。

四、改革、完善人民陪审员的若干理论问题

(一) 我国人民陪审员的基本类型

世界各国吸收普通民众直接行使司法权的类型有两种:即英美法系的陪审团制和大陆法系的混合陪审制(或称参审制)。两种类型的陪审员在审判权限、产生方式、诉讼地位、任期和管理形式等方面均有所不同。关于我国人民陪审员的基本类型,有学者建议将来应设立重大案件陪审团审理制,认为这样更能体现司法民主。笔者认为,陪审制基本类型的选择与一国法系类别、法制传统、审判模式等因素有关,不宜轻易改变本国陪审制基本类型。我国目前的参审制类型,与我国司法制度的现状是相适应的,盲目引进英美法系的陪审团制在中国既不必要也不可能。首先,参审制同样能达到司法民主的目的。陪审团制因参与的陪审员人数多,个案处理体现民意的范围广,但适用陪审团制审判的案件范围小。参审制中陪审员人数少,个案处理体现民意范围较小,但参审制适用案件范围广,如果再加大参审制陪审员的流动性,在总体上也能较多地体现民意,故从司法民主角度而言,两种类型陪审制实无优劣之分。其次,从我国的法系类别与法律移植的可能性看,我国法制总体归属于大陆法系,我国在传统上也一直实行参审制,这正与大陆法系陪审制类型不谋而合。中国的法治之路必须注重利用中国的本土资源,注重中国法律文化的传统和实际。^①尤其是在法制传统与法制现代化目标重合时,根本没有必要为了迎合时髦而去创新,盲目的法律移植是没有意义的。最后,从我国审判方式变革的实践看,尽管在庭审模式上较多地体现了英美式的对抗制,但我国的诉讼模式总体上仍倾向于职权主义。如果盲目引进陪审团制,为了给这种制度提供适宜环境,必须进行配套变革,如重新创建证据规则体系、引入辩诉交易模式、完全采纳直接言词原则等,这必然导致我国诉讼模式的根本转型。而完全不考虑传统的法制变革,其结果必然是失败。当然,对陪审团制某些内容的适当借鉴是有必要的,这有利于改革完善我国的参审制人民陪审员制。

(二) 人民陪审员的类型构成

关于人民陪审员的类型构成,有学者建议设立“专家型人民陪审员”制度,并扩大专家型陪审员队伍。但也有人对该观点持否定态度,认为过多地选择专家型陪审员会削弱陪审员广泛代表性的基础,不利于充分体现司法民主;专家型陪审员的参与可能会使职业法官形成“权威趋从”心理,不利于公正司法;与其过多选择专家型陪审员,不如提高审判人员自身素质。笔者认为,现代司法活动是相当精细、严密、复杂的,需要多种专业知识的综合才能适应。要求职业法官既有高深的法律知识又有宽广的其他专业知识,这极不现实。专家型人民陪审员来自各行各业,也有相对广泛的代表性;专家型陪审员参与审判范围小,且只对技术型事实作出评议(理由见后文),审判员即使有“权威趋从”心理,对案件的处理也不会有太大影响。且专家型人民陪审员经实践证明是行之有效的,因此,我国立法上应正式确定这一制度。与此同时,也应当注意更广泛地运用“民意型陪审员”,即来自各行各业的不具有专业知识的公众组成的陪审员。因为审判实践中更多的案件是普通类型的,普通民众足以对案件事实和证据进行评议。此外,无论挑选专家型陪审员还是民

^① 参见苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第6页。

意型陪审员,均不应把是否具有法律知识作为其是否是“专家”或“素质较高”的标准。因为(陪审员)“某种程度上对法律的无知,在刑事审判中被看作是一种美德”。^①民意型陪审员对于职业法官而言,社会经验比较丰富,无职业习惯,对普通类型案件事实的评判,如是否存在过失或重大过失,是否违反诚实信用及公序良俗等,他们的判断更接近社会标准,他们辨别真伪的能力更强。而审理特殊类型案件,职业法官本身即具有法律素养,他们缺少的是金融、税收、电脑、医学等法律以外的专业知识,所以不宜过多聘请法律型专家陪审员参审。^②

(三)人民陪审员资格的特殊限制

除了前述关于人民陪审员资格的一般性限制外,仍有一些特殊身份的人不能参与陪审。

1. 立法、行政机关的公务员

立法、行政、司法三种国家权力之间的相对分工和互相制约对促进公正司法有重要的保障意义。孟德斯鸠说过,如果司法权不同立法权和行政权分立,自由也就不存在了。如果司法权和立法权合二为一,则将对公民的生命和自由施行专断的权力,因为法官就是立法者,如果司法权与行政权合二为一,法官便将握有压迫者的力量。^③因此,为保证不滥用审判权,各级人民代表大会常务委员会工作人员或政府机关的公务员均不应充当陪审员,但非人民代表大会常务委员会工作人员或政府公务员的人民代表大会代表则可以行使这一权力,他们来自各行各业,在召开人民代表大会会议时可能会行使一定立法权,但集体行使权力的方式使他们不可能随意实现有利于自己的个人意志。

2. 律师

律师的职责是保护当事人合法权益,律师同法官之间存在既分工又配合的关系。如果律师充任陪审员,考虑种种利益关系,律师可能会附和法官;律师与法官有了熟人关系后,再去担任陪审员可能会影响司法公正。

(四)人民陪审员的参审范围

为了充分发挥陪审员的作用,应当在立法上明确规定人民陪审员参审的案件范围。根据以往审判实践经验,人民陪审员参审的案件一般具有案情简单、事实清楚、证据确凿、法律适用明确的特点。无论事实是否清楚、证据是否确凿,只要案情重大、案件类型新或法律适用有疑义的,人民陪审员一般不参审。笔者认为,应当在案件性质和审判级别两方面扩大人民陪审员的参审范围。立法上应明确规定,除适用法律有疑义的,人民法院审理第一审普通程序案件和第二审案件应由审判员与人民陪审员共同组成合议庭进行。理由有:

1. 人民陪审员参审重在对案件事实部分进行判断,而不参与法律评议(理由参见人民陪审员参审权力部分)。对法律适用有疑义的案件,若由人民陪审员参审,仍只有审判

① 宋冰:《读本:美国与德国的司法制度及司法程序》,中国政法大学出版社1999年版,第177页。

② 尽管在事实上我们法官的专业素养不高,可能会影响案件的公正审理,但也不能通过聘请法律型专家陪审员来帮助法官在法律适用上出谋划策,而只有通过法官队伍的专业化、精英化的途径来提高法官的专业素养。

③ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1961年版,第15页。