序　言

推进“一带一路”建设，是以习近平同志为总书记的党中央主动应对全球形势深刻变化、统筹国内国际两个大局作出的重大战略决策。近年来,广大律师紧紧围绕“一带一路”战略实施,发挥职能优势,努力做政府外事交流、商务合作的参谋助手,中国企业“走出去”的法律帮手,为“一带一路”建设提供优质高效的法律服务。

为发挥我省律师在“一带一路”建设当中的推动作用，以“一带一路背景下的律师法律服务”为主题的第九届安徽律师论坛在黄山举办，承担起全省律师进行思想碰撞、探讨交流服务一带一路建设的重任。本届论坛围绕主旨，从“一带一路建设法律服务新机遇”“依法行政与公共法律服务新拓展”“刑事辩护新趋势”以及综合法律业务探讨四个方面，确定了分论坛主题。各市律师协会，律师事务所积极组织律师撰写论文，截至 2017 年 7 月上旬，共收到论文 230 余篇。协会组织专家对这些论文进行了认真审查、遴选，选出 110 篇论文，参与论坛交流。作为律师服务一带一路建设及律师业务探索的重要成果,《第九届安徽律师论坛论文集》经过专家评审，在广大律师及律协工作人员的共同努力下，终于结集付梓。

因时间仓促，囿于编者水平有限，有疏漏之处，敬请批评指正。

安徽省律师协会

2017 年 7 月

目　录

◎

1. 关于“一带一路”建设中商标保护问题
“一带一路”建设中知识产权保护问题……张友军　汪　瑞（1）
2. 一带一路中青年律师的发展机遇与挑战
——从挑战中找寻新发展……奚家鑫（7）
3. 跨境电子商务发展现状与监管对策研究……王进杰（14）
4. “一带一路”战略下的 PPP 项目法律风险防范……徐励安（21）
5. 一带一路背景下涉外贴牌加工的商标法律问题初探……余丙南（28）
6. “一带一路”贸易纠纷解决机制的设立……陶　雅　王汉波（33）
7. 浅析“一带一路”战略与青年律师的发展关系……周婷婷　王汉波（41）
8. “一带一路”背景下印度药品专利保护制度与思考……李燕茹（48）
9. 海外并购风险之 CFIUS 审查及其应对策略……洪嘉玉（56）
10. “一带一路”背景下我国海外投资并购的机遇与挑战
……项多章　谢文俊（64）
11. “一带一路”战略下我国著作权刑事保护的完善……王少恒　赵晓玲（70）
12. 外国法查明
——“一带一路”背景下的新思考……张　涛（77）
13. 论“一带一路”战略下海外港口投资风险及法律应对机制……汪晓华（85）
14. 涉外律师事务所在“一带一路”建设中的机遇与挑战
……汪祁来　陈毅君（94）
15. “一带一路”中青年律师的发展机遇与挑战
——“一带一路”青年律师的发展之路……唐春飞　贺广庆（98）
16. 巴基斯坦国际 EPC 项目法律风险防范及应对建议
——以巴基斯坦旁遮普省净水项目为例……蔡荣凤（102）
17. “一带一路”建设法律服务理论与实践问题研究
……李结华　王汉波　陶然亭　董劲松　盛　强　李子宽　雷　汉（111）
18. “一带一路”战略的税收法律问题……刘　健（122）

19. 论实用新型专利权之诉讼实践难点与保护
——一带一路建设中知识产权保护问题……汪振清　许梦君（130）
20. “一带一路”战略下国内外集体诉讼风险与应对……董劲松　范晓亮（135）

◎

1. 政府法律服务市场的新动向与发展趋势
——律师的机遇与挑战……乔烈武（147）
2. 浅谈政府购买法律服务市场的必要性与发展趋势
——律师在政府购买法律服务市场中的机遇……周利荣（154）
3. 论中小型律所的“微集团”化发展……刘峥嵘（160）
4. 论公司监事制度的完善……姜慧影　李少尉（169）
5. 论时效制度的立法理由与意义——以诉讼时效为视角……段　宇（174）
6. 青年律师参与公益法律服务……夏勇刚　章　倩（183）
7. 论我国当前医疗损害鉴定二元化制度的不足及完善……李先芝（188）
8. 网络环境下商标侵权问题考究……王双锋（194）
9. 责令交出被征收集体土地决定程序法律问题研究……师　博（201）
10. 夫妻共同债务如何认定之举证责任承担
——最高院补充规定之浅思……仲　缘（208）
11. 互联网专车的法律管制制度研究……孙艳秋　杜　唯（213）
12. 浅析公序良俗原则的司法适用……宋　丽　张　勇（219）
13. 青年律师与公益法律服务——以安徽省为例……高海峰（233）
14. 行政诉讼案件数量影响因素的大数据分析……黄　卉（240）
15. 互联网+公共法律服务——构建现代化的公共法律服务体系……周　俊（254）
16. 青年律师与公益法律服务……胡国杰　郑　朔（259）
17. 社会变革视角下的农村法治建设……夏　耘　朱　腾（264）
18. 我国环境与资源司法保护制度研究……贾迪楠（275）
19. 我国农村基层法律服务面临的问题及对策……王丰宁（283）
20. 云服务下律师事务所的创新管理与发展……尤良旺（288）
21. 爱的奉献——也谈青年律师公益法律服务体系的构建……雷绪琴（292）
22. 论传媒与法院的关系……韩婷婷（300）
23. 《民法典》视角下的“叶落归根”——兼谈农村公益性墓地的有限开放与律师公共法律服务的拓展……王裕好（308）
24. 互联网+——公共法律服务……卓光礼　马晓婷（315）

25. 土地竞拍成交后签订出让合同前发生纠纷的管辖探析
……马　侃　韦文津（321）

◎

1. 论刑事辩护律师调查取证的风险防范……刘　杰（324）
2. 审判中心主义与律师的有效辩护……徐　勃（330）
3. 以审判为中心诉讼制度改革对律师刑事辩护的机遇与挑战
——浅谈刑事辩护律师在庭审中应充分发挥作用……潘小东（335）
4. 浅析信用卡诈骗罪……戴晋玲（339）
5. 论民间借贷与诈骗罪的认定与分野……张　新（345）
6. 浅谈律师刑事辩护中的法律风险及防范……宿　斌（356）
7. 司法改革背景下的律师程序性辩护研究……刘雪影（366）
8. 论刑事被害人诉讼权利的配置和保障……黄若汉　石　方（372）
9. 确立我国以审判为中心诉讼制度下的被告人庭审前的阅卷权……宋　辉（379）
10. 刑讯逼供与错案之间的三个关联分析……何志平（386）
11. 在押犯罪嫌疑人和被告人会见亲属制度的完善……陆栋良（395）
12. 浅论贪污罪的死刑废止……江　涵（406）
13. 论刑法中的认识错误……蒋兵兵（415）
14. 认罪认罚从宽语境下的权利保障……李仁厅　谢　超（423）
15. 刑事辩护中的法律风险防范……余俊新　金雪荣（428）
16. 帮助犯的刑事责任研究……戚　领（434）
17. 罪刑法定原则视角下的无罪辩护
——对醉驾超标电动自行车不应入罪的思考……解　涛（452）
18. 事实认识错误与刑事辩护……张世金（460）
19. 浅谈“以审判为中心”的诉讼制度下律师如何发挥作用…范大平　杨萍萍（472）
20. 以审判为中心的诉讼模式下证据规则探究……刘　傲（479）
21. 《安徽省法律援助条例》修订的实践意义透视
——以刑事法律援助为视角……董梦晔　章　诚（485）
22. 刑事辩护律师执业权利的保障研究……董雪君（492）
23. “以审判为中心”诉讼制度下律师的作用……余冰冰（497）

◎

1. 现代法学研究方法的革新
——人工智能与高新技术产业发展下的法学研究方法……张　炜（501）
2. 国际保理中保理商风险与防范对策……刘宏韬（512）
3. 论民事侵权责任中的因果关系……侯长飞（522）
4. 论我国司法机关立法中的悖论
——以法〔2014〕347 号意见第七条为例……陈　琛（534）
5. 浅谈互联网金融与法律风险……王　旻（538）
6. 信息披露不及时问题的纠正与克服
——以上市公司临时报告迟延披露为着眼点……朱文静（542）
7. 代驾法律关系下的责任承担主体分析……王　龙（551）
8. 论就业歧视的损害赔偿责任……吴万群（554）
9. 交叉身份女性劳动者的退休年龄问题初探……陈　继　程世哲（566）
10. 生态文明背景下关于工业“点源”污染物排放标准的法律思考
……金　磊　李燕茹（571）
11. 医院信息管理系统软件侵权认定实务研究——合肥汉思公司诉亚创公司、
银江公司等计算机软件著作权纠纷案例评析……黄　敏（577）
12. 安徽省电动汽车充电基础设施建设暨 PPP 模式的法律问题研究
……张本意（589）
13. 集体土地征收拆迁相关法律问题研究
——以《土地管理法》（修正案）（征求意见稿）的出台为背景……许文春（596）
14. 论合同无效的判定标准
——以某县房屋拆迁安置补偿合同纠纷案为视角……江海俊　李　林（604）
15. “互联网+”共享经济下的法律规制
——以互联网专车为例……朱　军（610）
16. 试论夫妻共同债务认定法律规定的完善
——以夫妻一方举债的民间借贷债务为视角……叶树生（616）
17. 建设工程领域中的表见代理认定标准研究……周守春　黄　迅（621）
18. “小产权房”中存在的问题及政府的职责研究……黄世亮（629）
19. 土地资源领域渎职犯罪法律适用若干问题研究
——以宿州市为例……刘新华　张　勇（645）

20. 安徽省律师知识产权法律服务现状及发展建议……陈　军　杨　轶（659）
21. 夜值人员加班工资问题探析……程　军　毕孟琪（665）
22. 成年意定监护制度的研究……熊月琦　盛　娟（669）
23. 法释〔2015〕18号与〔2010〕18号司法解释的释法冲突
——以合法民间借贷与“非吸犯罪”的法律辨识为视角……程学平（675）
24. 互联网+形势下律师业务拓展路线的思考——鉴于Uber的O2O模式下
的法律服务供给侧改革……冯　霞　张　勇（682）
25. 论互联网+城市共享单车运行的问题与对策……杨登贵　付本梅（692）
26. 浅谈企业破产和解中债权人权益保护……戚枝淬（697）
27. 屏蔽视频广告行为之性质认定
——以优酷诉猎豹不正当竞争案为视角……王军涛（702）
28. 试论未生效合同制度的设立……黄松林（710）
29. 浅析破产实务中几个常见问题……丁　寅　熊燕飞（717）
30. 延迟退休语境下老年职工特别劳动保护之法理研讨……宋贻强（723）
31. 一带一路视野下的商业银行破产若干法律问题研究……何　健　查　弦（729）
32. 以审判为中心改革中行政诉讼举证责任与证明标准……何青松（735）
33. 诉前医疗损害鉴定的性质与效力探讨……梁舒婷（739）
34. 我国网络银行的风险控制与法律研究……苏家胜（744）
35. 证券法律业务新监管形势下对律师“勤勉尽责”的思考
——结合证监会处罚案例……陈　磊（748）
36. 虚假诉讼的法律规制……张　茂（761）
37. 信息经济时代下的数据与个人信息保护……徐　敏　王　韬（769）
38. 专利权质押融资法律服务刍议……尹　斌（775）
39. 城乡建设用地市场一体化的探索与思考……金承志（779）
40. 结合新《破产法》谈对和解制度的几点认识……刘　虹（784）
41. 新形势下的环境公益诉讼制度探索……肖亚男（790）
42. 房地产以房抵债民间借贷的法律规制研究……方益伟（796）
43. 对“工作场所”解释的法律技术……程世哲　刘　丹（805）

“一带一路”建设中知识产权保护问题

关于“一带一路”建设中商标保护问题

张友军　汪　瑞

【摘　要】在当前对外经济飞速发展的时代，无论在国内还是在国外越来越多的涉及到有关商标的争议和纠纷，随着“一带一路”战略构想提出后，对我国的知识产权进行保护就显的格外重要。本文通过对商标与品牌的概念、商标专用权的取得以及使用中产生的法律问题进行分析，以期对“一带一路”战略构想下的商标保护重要意义。

【关键词】一带一路　商标　商标许可 法律保护

2013年秋天，国家主席习近平在访问哈萨克斯坦和印度尼西亚提出共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路，即“一带一路”倡议，并于今年五月中旬在北京成功举办“一带一路”国际合作高峰论坛，4年以来，全球100多个国家和国际组织积极支持和参与“一带一路”建设，联合国大会、联合国安理会等重要决议也纳入“一带一路”建设内容。在“一带一路”战略的引领下，以消费品为代表的中国部分商品已经具备很强的国际竞争力，在国际市场上占据了重要的份额，很显然中国企业参与国际化竞争已成为不可避免的现实，越来越多的中国企业开始将自主品牌商品作为实现国家化目标的重要手段，虽然我国已连续多年保持商标的申请量世界第一，有效商标申请世界第一，但是国际知名的大品牌所在比例相对较少。对于一些享有知名品牌的中国企业而言，品牌战略俨然已成为企业对外贸易的一张名片，有利于国际竞争力的提高和对外贸易的可持续发展，但是也同样充满了问题与风险。

一、关于商标与品牌建设关系

很多人认为商标就是品牌，或品牌就是商标，甚至很多的企业经营者也是这样认为的，这种错误的认识说明两点，一是说对品牌概念不理解，品牌意识淡薄，二是说明企业在经营的过程中只重视商标，而忽视品牌的建设和管理，其实品牌与商标有着本质的区别，当然也有着千丝万缕的联系。

1、首先品牌与商标二者概念不同，品牌是一个市场概念，而商标是一个法定概念。我国商标法对商标的定义是“商标是指商品生产者或经营者为使自己的商品在市场上同其他商品生产者或经营者的商品相区别，而使用于商品或其包装上的，由文字、图案或

文字和图案的组合所构成的一种标记。”从定义上看，它与品牌似乎没有什么区别，其实不然，商标最大的特点是具有独占性，这种独占性是通过法律来做保证。而品牌定义：它是一种名称、术语、标记、符号或图案，或是他们的相互组合，用来区隔、识别和区分其他组织及其产品或服务，并通过其产品或服务所提供的一切利益关系、情感关系和社会关系的综合体验的总和。品牌最大的特点是它的差异化的个性，这种个性是通过市场来验证的。其次品牌与商标的构件不同，一般而言品牌构件比商标的构件丰富，商标的构件仅仅是静态东西如图案和文字或是二者组合体。而品牌的构件则是由静态和动态两大部分组成，静态部分包括名称、图案、色彩、文字、个性、文化及象征物等；动态部分包括如品牌的传播、促销、维护、管理、销售、公关活动等。品牌是一个复合概念，所以它的构件要比商标丰富。第三品牌与商标使用区域范围不同，商标有国界，品牌无国界。世界每个国都有自己的商标法律，在一国注册的商标仅在该国范围内使用受法律的保护，超过国界就失去了该国保护的权利，也是说该商标不在具有排他性。而品牌则与商标不同，如“马”及其图案是品牌，在其他国家也是品牌。你可以使用，他也可以使用，只不过是所有者不同而已。第四品牌和商标的使用的时效不同，品牌实效取决于市场，而商标的实效则取决于法律。世界各国对商标的使用都有一定的年限，如一些国家规定商标的使用年限为20年，我国商标法规定为10年，如果到期限还可以续展，实事上商标具有永久性权利。而品牌则不同，即使法律允许你，但市场不一定接受你，品牌的生命力的长短取决市场，和经营者的能力。

2、两者的关系，首先商标是品牌的标志和名称，只是品牌的一个组成部分；品牌只有根据《商标法》登记注册后才能成为注册商标来受到法律的保护。并不是任何商标都是品牌，只有商标建立在一定的产品或服务的基础上，有别于竞争对手，并且其经营的产品或服务与消费者产生了联系，才可以成为品牌。其次商标是一个法律名词，品牌是一个经济名词，例如“伊利”商标的价值表现为法律意义上的专用权和垄断，而“伊利”品牌的价值则表现为该品牌的市场份额和超额利润率。第三品牌比商标有着更丰厚的内涵，因为品牌不仅仅是一个标志和名称，更体现着价值观与情怀。正如可口可乐的品牌体现着美国几代人“乐观向上”的美国文化；奔驰象征着拥有者的“成功和地位”第四商标的所有权是掌握在注册人手中的，商标注册人可以转让、许可自己的商标，可以通过法律手段打击别人侵权使用自己的商标。但品牌则植根于广大消费者心中，品牌巨大的价值及市场感召力是来源于消费者对品牌的信任、偏好和忠诚，如果一个品牌失去信誉，失去消费者的信任，品牌则一文不值。

二、关于境外商标权取得问题

在明白了是否享受商标权利与后期建设品牌的关系，中国企业如何走出品牌战略的可持续发展道路，首先要使其商标受到的法律的保护，中国企业如何取得一国法律对这些商标权利的认可与保护，也是中国企业必须面临并解决的问题。商标权利作为知识产

权的其中一种权利，其地域性特征决定了依照中国法律取得的商标权，原则上只有在中国境内是合法有效的，即相关权利在中国范围以外的地区可能不被承认、不被保护。因此要得到东道国法律的确认是在该国范围内使用相关该商标的前提。

国际社会对于商标的申请主要是通过三种申请方式以获得商标权利。1、普通申请，即商标申请人逐一向欲保护的国家相关主管部门递交商标申请。2、马德里联盟国际注册，“马德里联盟”是指由“马德里协定”和“马德里议定书”所组成的商标国际注册特别联盟。简称马德里注册， 根据《马德里协定》商标申请人申请办理国际注册，向世界知识产权组织国际局（位于瑞士日内瓦）提交一份注册申请，并可在马德里体系成员国中任意指定若干国家进行注册。国际注册的效力等同于被指定国的国内注册，商标权利人可直接向其我国商标局递交一份国际注册申请书而使得其商标能在马德里体系内的所有成员国获得保护。如果在规定的期限内，相关国家知识产权主管部门没有驳回对该商标的保护，则该商标相当于在每个成员国或组织直接申请注册。3、欧盟注册，商标申请人向欧盟商标局或欧盟成员国商标局提出申请，只须提交一份申请注册一次，即可在整个欧盟的二十五个成员国使用该商标。也可获得欧盟二十五个成员国的保护，一个欧盟成员国公布的注册商标，在申请欧盟商标时，可请求优先权。根据巴黎公约的相关规定，同一商标用于一种或多种指定商品或服务名称，在巴黎公约成员国申请后六个月申请欧盟商标时，也可享有优先权。然后欧盟商标局将申请内容通知各成员国的商标主管机关，以便在同一时间进行各国的商标审查；欧盟成员国的知识产权主管部门没有驳回对商标申请的驳回，则在整个欧盟成员国受到保护。

上述几种方式申请国际商标及商标权利的取得，由于审查期、公告期以及会产生异议等必经程序，即使不存在任何异议，均需耗费大量的时间，方能最终取得商标专用权。在商标的使用上也有一定的瑕疵，例如，欧盟商标是一个单一的财产。它只能作为整个欧盟（而不是单独成员国）的财产被转让。还有一些地域限制或其它限制商标许可，甚至只限定于某一特定成员国的许可，是可以的。另外一件商标注册，有关商标案件的裁决将在欧盟所有的国家得到执行。所以，现在相当一部分中国企业直至准备进入某外国市场时，方才开始准备相关申请工作，这样的安排自然不能满足商标的保护与品牌建设需要，因而严重影响品牌战略走向世界步伐。

三、关于注册商标如何使用以及法律风险

1、注册商标如何使用

在现代社会中，商标的作用日益重要。加强对商标信息资源的运用，提高商标使用水平，需要创新理念、机制、方法。实践证明，市场经济体系越完善，发展方式转变越紧迫，自主创新要求越高，社会消费需求越活跃，商标的关注度就越高，加强市场管理的责任就越大。企业在完全拥有了商标专用权后，一般有两种途径来使用，一是企业根据自身需要对已经拥有的商标进行宣传、包装，推出其符合市场需要的产品，而经过长

期的宣传，使得其商标更具商业价值。二主要就是通过商标许可的方式使用其注册商标，下面就主要来说下商标许可使用中问题以及会产生的法律问题。

注册商标的使用许可是指商标注册人通过签订商标使用许可合同，许可他人使用其注册商标。根据商标使用许可合同，被许可人得到的只是一定条件下使用该注册商标的权利，注册商标的所有权仍然属于注册人。

商标许可根据许可的性质可分为独占许可、排他许可和普通许可三种。独占许可形式，是指许可人将注册商标的使用权授予一家被许可人，在商标使用许可合同的存续期间许可人放弃自己依法享有的商标使用权。排他许可形式，是指在商标使用许可人存续期间，除商标许可人自己使用外，只授予一家许可人使用其注册商标。普通许可形式，是指许可人可以将被许可商标许可多家使用，同时商标权人自己也可以使用该商标，这种形式较为普遍。 很多采用加盟连锁经营方式的企业，通常都包括商标许可，其许可形式采用普通许可即将商标提供给若干的加盟商使用，在快速扩大经营的同时迅速提升自身商标的价值。

由于商标本身的创新价值不高，更多体现为具体使用商标企业的商誉和信用，因此若企业希望独占使用，则可能采用洽谈商标转让的方式直接获得商标所有权。正因为这种特点，商标许可与专利许可形式不同，普通使用许可是商标许可中最为常见的形式。即使是普通使用许可，被许可方同样需要在一定区域、一定时间、一定领域内排除竞争，若商标权人在同一区域同时许可多家使用商标，必然影响被许可人的利益。在普通使用许可形式合同中缺少对商标权人的必要限制，应当认为被许可方面临法律风险。必要的限制包括商标权人不得在特定区域、时间、领域许可第三方使用商标，商标权人在特定区域、时间、领域自营的限制等。

2、商标许可使用中法律风险

被许可商标必须是注册商标，许可人必须是注册商标的所有人。按照相关规定，使用人用药品、医用营养食品、医用营养饮料和婴儿食品商标的，被许可人需提供卫生行政管理部门的证明文件；使用卷烟、雪茄烟和有包装的烟丝的商标的，被许可人需提供国家烟草主管部门批准生产的证明文件，被许可人是我国内地以外的，不需要此类文件。若合同当事人不符合相关规定，属于不具有法定资格的主体不适格，因此导致商标许可无效的法律风险。

被许可人使用许可商标的商品或服务应当与该商标被商标局核准使用的商品或服务相一致，不得超出商标局核准使用的商品或服务的范围。一旦超过范围许可使用，被许可人超范围使用商标，可能侵犯他人的商标权，被他人追究侵权责任；许可方同样面临许可无效、违约等法律风险。

按照规定，一些被许可人为避免商品被认为是贴牌产品，而隐瞒实际的生产人名称和产地，这种对商标的不当使用，将导致行政法律风险和民事法律风险。按照法律规定，

《商标法》第四十三条规定：“许可他人使用其注册商标的，许可人应当将其商标使用许可报商标局备案，由商标局公告。商标使用许可未经备案不得对抗善意第三人。”《商标法实施条例》第四十三条规定：“许可他人使用其注册商标的，许可人应当自商标使用许可合同签订之日起3个月内将合同副本报送商标局备案。”通常认为，商标许可合同备案并不是商标使用许可合同生效的条件，仅仅是程序要求。但商标许可合同没有进行备案，不能产生对抗第三人的效力。在这种时候，若商标权人将商标转让，新的受让人可能排除被许可人使用商标的权利。因此没有进行备案虽然不影响许可合同的效力，但同样给被许可人造成法律风险。

四、关于商标专用权保护问题

“一带一路”战略对中国企业创建品牌体系既是机遇也是挑战。一方面，企业的知识产权要比企业所有的硬件都要有价值，硬件随着时间推移会折旧，损耗，维护会越贬值而知识产权就象酿酒会越来越好，值价会越来越高。现在国家已经开始鼓励企业走自主品牌道路，从中国制造到中国自造，毕竟加工的附加值是远不如自造的这就是“捡两端”意思是附加值大的都在设计和销售，所以要发展就得抓两头就要有自主品牌，这对企业而言是巨大的挑战；另一方面，中国企业称的上世界名牌寥寥无几，企业欲在更广泛的国际市场抢占先机，这就使得企业必须进行商标注册及品牌建设来加强自我保护，这对企业而言又是巨大的机遇，因此，中国企业要想走好知识产权这步棋，必须做到增强自主创新能力；布局在前，树立权利申报意识；更重要的是要重视并打造知识产权战略体系。

不管是商标权还是除商标权以外的其它知识产权有必要对相关知识产权的权利内容或范围进行确认与划分，以充分理解并清晰自己所享有的权利。在对权利内容或范围进行确认与划分的过程，弥补相关权利缺陷，夯实相关权利基础，这是知识产权可以“走出去”的基本前提或必要步骤。

一个知名品牌已然成为拓展国际市场的名片。为此，对于准备“走出去”的中国企业而言，在国外申请注册商标不应只是一种姿态，而是要将该商标在拟投资国家或地区、或潜在的全球市场进行必要的申请注册；同时，应了解相关国际条约基本的申请注册程序与内容，充分利用其中的相关规则，高效便利地进行知识产权布局。市场未动，商标先行，企业在他国申请注册商标时，应考虑注册商标所包含的产品范围，除正在销售的产品类别，还应包含未来可能在当地市场销售的其他产品类别；此外，商标的申请，最好将文字和图形分开申请，以便扩大商标的保护范围。同时考虑到外国相关部门可能对汉字和拼音的不了解，最好在申请汉字或拼音商标时附上说明，从而既解释了商标的含义，可以有效防止他人恶意注册相类似的商标。

在当今经济快速发展的时代各国对知识产权的保护有着十分重要的意义，为增强国际竞争、适应经济全球化，制定一套完善的知识产权保护法是各国在发展经济过程中必

须考虑的问题。只有这样才能更好的保护本国的知识产权不受侵犯，企业还应建立以提高自主知识产权创新能力、促进知识产权成果实施、加强知识产权保护能力为目标的知识产权战略体系。更好的服务于本国经济的发展。

作者单位：安徽百舜律师事务所

参考文献：

1、《国际司法》涉外知识产权的国际保护（第189页---208页）。

2、《中国知识产权二十年》第235页。

3、《商标法》第43条。

4、相关术语来源于网络。

一带一路中青年律师的发展机遇与挑战

——从挑战中找寻新发展

奚家鑫

【摘　要】“一带一路”的逐步构建，使得越来越多的中国企业走出去，外国企业走进来，或者中外企业合作，这其中的法律关系，法律规范的结合与保护涉及法律问题较为复杂，面临的挑战也较新，这给青年律师带来了机遇，可以充分发挥青年律师特有的创造力去展现自己，也是律师行业业务拓展、律师协会能力建设、律师事务所管理效能提升契机。

【关键词】青年律师　法律服务　企业合作　外国企业　共同发展

“一带一路”战略构想意味着我国对外开放实现战略转变。这一构想已经引起了国内和相关国家、地区乃至全世界的高度关注和强烈共鸣。之所以产生了如此巨大的效果，就在于这一宏伟构想有着极其深远的重要意义。这一构想已经引起了国内和相关国家、地区乃至全世界的高度关注和强烈共鸣。之所以产生如此巨大的效果，就在于这一宏伟构想有着极其深远的意义，蕴藏了无限的机遇。

一、“一带一路”战略的重要意义

首先，“一带一路”的战略构想顺应了我国对外开放区域结构转型的需要。众所周知，1978年召开的党的十一届三中全会开启了中国改革开放的历史征程。从1979年开始，我们先后建立了包括深圳等5个经济特区，开放和开发了14个沿海港口城市和上海浦东新区，相继开放了13个沿边、6个沿江和18个内陆省会城市，建立了众多的特殊政策园区。但显然，前期的对外开放重点在东南沿海，广东、福建、江苏、浙江、上海等省市成为了“领头羊”和最先的受益者，而广大的中西部地区始终扮演着“追随者”的角色，这在一定程度上造成了东、中、西部的区域失衡。“一带一路”尤其是“一带”起始于西部，也主要经过西部通向西亚和欧洲，这必将使得我国对外开放的地理格局发生重大调整，由中西部地区作为新的牵动者承担着开发与振兴占国土面积三分之二广大区域的重任，与东部地区一起承担着中国走出去的重任。同时，东部地区正在通过连片式的“自由贸易区”建设进一步提升对外开放的水平，依然是我国全面对外开放的重要引擎。

其次，“一带一路”战略构想顺应了中国要素流动转型和国际产业转移的需要。在

改革开放初期，中国经济发展水平低下，我们亟需资本、技术和管理模式。因此，当初的对外开放主要是以引进外资、国外先进的技术和管理模式为主。有数据显示，1979至2012年，中国共引进外商投资项目763278个，实际利用外资总额达到12761.08亿美元。不可否认，这些外资企业和外国资本对于推动中国的经济发展、技术进步和管理的现代化起到了很大作用。可以说，这是一次由发达国家主导的国际性产业大转移。而今，尽管国内仍然需要大规模有效投资和技术改造升级，但我们已经具备了要素输出的能力。据统计，2014年末，中国对外投资已经突破了千亿美元，已经成为资本净输出国。“一带一路”建设恰好顺应了中国要素流动新趋势。“一带一路”战略通过政策沟通、道路联通、贸易畅通、货币流通、民心相通这“五通”，将中国的生产要素，尤其是优质的过剩产能输送出去，让沿“带”沿“路”的发展中国家和地区共享中国发展的成果。

第三，“一带一路”战略构想顺应了中国与其他经济合作国家结构转变的需要。在中国对外开放的早期，以欧、美、日等为代表的发达经济体有着资本、技术和管理等方面的优势，而长期处于封闭状态的中国就恰好成为他们最大的投资乐园。所以，中国早期的对外开放可以说主要针对的是发达国家和地区。而今，中国的经济面临着全面转型升级的重任。长期建设形成的一些产能需要出路，而目前世界上仍然有许多处于发展中的国家却面临着当初中国同样的难题。因此，通过“一带一路”建设，帮助这些国家和地区进行比如道路、桥梁、港口等基础设施建设，帮助他们发展一些产业比如纺织服装、家电、甚至汽车制造、钢铁、电力等，提高他们经济发展的水平和生产能力，就顺应了中国产业技术升级的需要。

第四，“一带一路”战略构想顺应了国际经贸合作与经贸机制转型的需要。2001年，中国加入了WTO，成为世界贸易组织的成员。中国“入世”对我国经济的方方面面都产生了巨大影响。可以说，WTO这一被大多数成员国一致遵守国家经贸机制，在一定程度上冲破了少数国家对中国经济的封锁。但是，近年来国际经贸机制又在发生深刻变化并有新的动向。“一带一路”战略与中国自由贸易区战略是紧密联系的。有资料显示，目前我国在建自贸区，涉及32个国家和地区。在建的自由贸易区中，大部分是处于“一带一路”沿线上。因此，中国的自由贸易区战略必将随着“一带一路”战略的实施而得到落实和发展。

二、在“一带一路”大背景下也带来的法律服务领域的巨大机遇。

中国“一带一路”战略固然是西部内陆与东南沿海同时进行，但作为一些内陆城市也完全可以积极参与，首先律师服务可以说在满足一定条件后是无国界的，其次如今还、陆、空的交通方式如此便利，以及网络的普及我们完全不用担心。

（一）服务贸易领域的机遇

服务贸易又称劳务贸易，指国与国之间互相提供服务的经济交换活动。关贸总协定乌拉圭回合谈判依据服务商品的属性将其分为12类，包括：

1、商业性服务，分别是专业性（包括咨询）服务，计算机及其相关服务，技术研究与开发服务、不动产服务，设备租赁服务和其它服务。律师所从事的法律服务工作即属此类。

2、通讯服务，主要包括邮政服务、速递服务、电信与数据（信息）处理服务和视听服务。

3、基础设施建设服务与互联互通，包括交通（海陆空）基础设施建设、能源（输油输气管道）基础设施建设、跨境电力与输电通道建设、跨境光缆等通信干线网络建设和空中（卫星）信息通道建设以及与其相应的网络间的互联互通。

4、销售服务，主要指批发、代理、零售业务，特许经营和其它销售服务。

5、教育服务。

6、环境服务，如污水处理、废物处理、大气净化等。

7、金融服务，即银行、保险、证券、基金、期货、资产管理等投融资服务。

8、健康及社会服务，主要涵盖医疗服务、残疾人保障服务和养老服务。

9、旅游、住宿、餐饮服务。

10、文化创意、广告、娱乐和体育服务。

11、交通运输服务，包括公路运输、铁路运输、航空运输、河流与海洋运输、管道运输和国际多式联运中的客货运服务；船舶服务；报关、仓储、装卸、港口及查验等服务。

12、其它服务。

（二）一带一路与PPP

现阶段，一带一路经济合作最重要的一环首先是基础设施的建设和信息网络的互联互通，这些项目的建设单靠某个和某几个国家的力量是远远不够的，除了前述适时利用好丝路基金和亚洲基础设施投资银行这两个融资平台外，如何在一带一路中充分发挥社会资本的作用亦是我国正在积极推动的政府与社会资本合作（PPP）项目的目的所在。因此，青年律师在设计架构具体的PPP项目方面将大有可为。当然，要做好它，练好内功是关键。

由此可见，今后青年律师在一带一路经济区域合作法律服务的过程中，不但要熟知国内法律法规的具体操作与运用，还要加快对一带一路区域国家与地区法律法规体系的探讨、研究，使之由不了解到知悉再到基本掌握，做到有备无患。

一带一路区域国家与地区的法律法规体系包括：

1、民事法律规范体系，如各国《民法典》、《合同法》、《货物运输与服务法》、《知识产权法》、《劳动法》、《环保法》等。

2、投融资法律规范体系，包括《投资法》、《银行法》、《自由经济区法》、《公司法》、《土地法》、《税法》、《许可制度法》等。

3、涉外法律规范体系，主要有《涉外企业法》、《外国租赁经营法》、《海商法》、《海关法》、《关税法》、《外汇调节和外汇管制法》等。

（三）涉外合作机遇

“一带一路”战略的全面展开，意味着大量的中国企业要“走出去”前往东南亚、南亚、中亚、西亚乃至非洲、欧洲、大洋洲、美洲等地区，这就给青年律师创造了大量的合作机遇，需要专业律师“保驾护航”。无论是开办企业还是起草合同，无论是共同投资还是纠纷裁决，“一带一路”战略给中国企业带来大量商机和无数的法律服务市场需求。

固然，那些“走出去”的中国企业也可以聘请国外的当地律师提供法律服务，但毕竟没有本国律师那样的心理信任。许多国内企业去内地都习惯带上本地律师，何况是去海外投资与合作?

三、面对机遇同时也将面临的挑战

“工欲善其事，必先利其器”，“一带一路”战略的巨大商机，也对律师服务提出了更高的要求。没有精湛的技术，当然无法胜任高难度的法律服务需求。青年律师中固然有各领域的律师精英，但他们要从“国内服务”转向“国际服务”，也面临着巨大的挑战。

1、海外律师的挑战

与“海外律师军团”包括“海外华人律师军团”相比，青年律师也有着诸多劣势。“一带一路”战略的逐步推进，意味着无论是“普通话”还是“广东话”都难以成为国际交往的主要工作语言，而是需要英语、法语乃至西班牙语、葡萄牙语优势。这方面恰恰是 “同源香港、澳门律师以及遍布全球的“海外华人律师”的优势——他们熟悉英语国家、法语国家乃至西班牙语国家、葡萄牙语国家的民族传统与文化心理，更容易提供便利的服务。

英语国家、法语国家、西班牙语国家、葡萄牙语国家还存在着律师执业资格“互认”的优势，例如香港律师可以直接代理英语国家与地区之间的民商事案件，澳门律师可以直接代理葡萄牙语国家与地区之间的民商事案件，这是内地律师只能在中国大陆提供法律服务所无法媲美的。这就需要青年律师更加关注外语学习，逐步拓宽自己的服务市场。

2、海外法律的挑战

大量的涉外纠纷当然可以在中国国内予以裁决，但毕竟更多的民商事纠纷要与所在国发生联系甚至被所在国“属地管辖”。不熟悉海外法律甚至不熟悉香港、澳门法律，也就成为中国大陆律师的“短板”。香港为代表的“英美（海洋）法系”、澳门为代表的“罗马（大陆）法系”，成为涉外民商事纠纷的主要裁决依据，这就需要青年律师“深入其中”，这才能“知己知彼”。

当中国从“商品输出”到“资本输出”，法律风险也就从“交付后转移”变成了“签

约后产生”甚至无法转移，为“一带一路”战略提供法律服务的律师就必须“全程跟踪”为其规避法律风险并促成合作完成。“英美法系”国家的民商事法律更多是“尊重意思自治”，律师可以在合同中不厌其烦予以明确约定，但“罗马法系”国家有诸多“强制规定”，这就需要律师全面熟悉所在国的各项强制性规定尤其是“霸王法则”。

3、海外政治的挑战

与发达国家进行民商事务，很少需要考虑政治风险，毕竟这些国家有完善的法律制度，政府对民商事务的干涉仅限于涉及环境保护与国际安全，即世界贸易组织规则留下的“后门”。但发展中国家政府权力过大，很容易因为政权更迭甚至政府换届侵害涉外民商事务的正常进行，这就需要为“一带一路”战略提供法律服务的律师“像政治家一样思考”，准确预见到某些国家可能会发生“不稳定因素”，从而提前做出预防。就像中国经常存在“反日”、“反美”甚至“反韩”抗议运动，东南亚各国甚至北非、东欧各国都存在不同程度的“反华”偏见。在这些国家进行投资与贸易，固然会“高回报”，但也会“高风险”。这就需要律师“未雨绸缪”，更多是与民间商家签署民商事合同而不是与政府签署行政合同，更多是寻求法律保护而不是行政保护，更多是寻求保险支持而不是“老朋友”保护。

4、国际上不同的仲裁机构之仲裁规则

比如，当事人约定国内仲裁机构适用国际或国外仲裁机构仲裁规则。我国最高人民法院已通过公布典型案例的方式确认了这种约定的有效性。当然，当事人在协议中直接选择某国外的仲裁机构及其仲裁规则也较为常见。日前，国际上各仲裁机构为抢占中国市场，纷纷在中国宣传其仲裁规则。比如，瑞士仲裁协会与上海国际经济贸易仲裁委员会于今年6月17日在上海联合主办了“中瑞仲裁实践及培训活动”，以案例的形式宣讲瑞士仲裁协会仲裁规则。据悉，瑞士方计划以巡回宣讲的方式在中国多个城市先后进行。笔者自参与此会议之后，又收到了有关瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院及其仲裁规则的电子邮件。新加坡国际仲裁中心也是不遗余力地通过举办论坛、论文竞赛等方式宣传自己的仲裁规则。

四、“一带一路”战略下青年律师的应对策略

机遇与挑战同在，风险和回报共存，这才需要商业智慧整合法律头脑。青年律师面对越来越大的涉外法律服务需求，当然需要全面拥抱国家宏观战略，迎难而上而不是畏难止步。“中华民族伟大复兴”既然是不可抗拒的历史大趋势，中国大陆律师、也就需要从“跟着走”到“领着跑”。

1、需要提高业务素质

青年律师虽然人数全国最多，但真正精通外语特别是精通多门外语又熟悉多国法律的并不多。这就需要广东律师立足本地放眼全球，认识到自己不仅仅是国家“一带一路”战略的“追随者”，更是“一带一路”战略的“引领者”。各国民商法大同小异殊途同

归，全面掌握中国民商法律与法理，中国律师特别是广东律师完全可以胜任各种涉外民商事务。甚至外语与外国法律，可以“业务外包”给专门的翻译机构甚至向所在国使领馆寻求帮助——“君子性非异也，善假于物也”。

国内需要经常性的培训与学习，例如邀请外国驻华使领馆外交官或海外大学法学教授给律师讲述所在国的法律制度、司法习惯、经典案例。“取百家之长”兼容并包，站在外国巨人的肩膀上，这才能“站得高望得远”。

2、需要与海外律师同行交流

“学然后知不足”，“知不足”就应该“拜访名师”，而律师最好的“名师”就是海外律师同行。定期的“两岸四地”律师论坛甚至可以扩大为定期的“大中华”律师论坛甚至“一带一路”国家与地区律师论坛，从而可以采集“它山之石”。向成功者学习，这是最快捷的自我完善方式，青年律师需要走在前面。

无论是香港、澳门、台湾还是北美、南太，都有大量的优秀律师甚至大量的华人优秀律师，从事涉外民商事务颇有心得，大陆律师特别是广东律师与他们交流对于提高办案能力事半功倍。法律精英之间交流，还可以打破各种政治偏见，取长补短，成为“民间外交”的推动者。

3、需要支持国家民商立法

律师“参政议政”的热度很高，经常以人大代表、政协委员或政府顾问、立法咨询专家身份参与立法与施政。律师仅仅是法律法规的遵守者，更应该是法律法规的参与起草者，他们为立法机关提出立法建议与意见，帮助完善各项法律法规特别是民商事制度，从而为“一带一路”战略提供制度支持。

“全面推进依法治国”，需要律师的广泛参与，按照国际经济规则完善涉外民商事制度。中国是世界贸易组织成员国，世界贸易组织规则只允许成员国政府出于环境保护与国家安全的需要根据立法授权对市场经济进行干涉。这就需要“懂法”的律师从司法实践与经典案例出发，为立法机关提出合理合法合算的立法意见，避免立法不慎导致的市场风险。

4、需要为政府外交提供协助

全国政协委员、北京市金杜律师事务所主任王俊峰说曾在2011年全国“两会”上提出对外开放呼唤“法律参赞”。英法美等发达国家驻外使团中都有“法律参赞”，为本国政府与民间提供法律服务。“一带一路”战略本就是“全民参与”的国家大战略，律师完全可以成为中国驻外使领馆聘请的“法律顾问”或者担任“法律参赞”，为所在国的中国企业与个人提交法律帮助。

“一带一路”战略带来了无限商机，也给律师提供了巨大的法律服务市场。机遇从来偏爱有准备的人，青年律师站在改革开放前沿与“一带一路”的浪尖，需要率先抓住机会有所作为。

作者单位：安徽明锐律师事务所

参考文献

[6] 杨洁：《企业并购整合研究》，北京：经济管理出版社，2005年版，第11页。

[7] 段爱群：《跨国并购原理与实证分析》，北京：法律出版社，1999年第8期，第57页。

[1] 张夕勇：《并购与管理整合——正在改变着中国与世界》，中国财政经济出版社2004年第9期，第99页。

[3] 韩秀丽：《中国海外投资中的环境保护问题》，国际问题研究2013年第5期，第103-115页。

[2] 余劲松：《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》，中国法学2011年第2期，第132-143页。

[4] 孔祥俊：《反垄断法原理》，北京：中国法制出版社，2001年第6期，第237页。

[5] 王中美：《并购与反垄断》，上海：上海人民出版社，2008年版，第284页。

[8] 余劲松：《国际投资法》，法律出版社2003年版，第208-209页。

跨境电子商务发展现状与监管对策研究

王进杰

【摘 要】境电子商务作为我国对外贸易新的增长点，在推动对外贸易发展中发挥着不可替代的作用。基于分析我国跨境电子商务发展现状，发现我国跨境电商存在无照经营、仿冒侵权、跨境物流体系和支付体系不完善、信用体系不完善、跨境物发展滞后、缺乏相关专业人才、相关法律法律法规不完善，监管体系不健全等问题。营造良好发展环境，立通关、支付、结汇以及退税一体化管理体系，建立健全市场监管体系，本文针对这些问题，提出了相关的解决完善建议。

【关键词】跨境电子商务　发展现状　主要问题　完善对策

跨境电子商务是处在不同国家或地区的贸易伙伴通过网络或其他操作环境开展商业贸易活动的新兴贸易方式，将传统商业贸易方式转化为网络化和电子化方式，使交易更加便捷、磋商更加便利，实现了“足不出户”也可贸易。近年来，中国跨境电子商务的迅速发展在国内外引起了广泛关注。跨境电子商务作为“互联网+国际贸易”的新兴业态，其增速远远高于传统国际贸易，正在成为我国国际贸易的重要增长点。为此，本文通过对近年来中国跨境电子商务发展状况，探寻我国电子商务发展中出现的问题，针对问题提出切实可行的解决措施，以促进我国跨境电子商务更好更快发展。

一、跨境电子商务概述

跨境电子商务作为一项新兴的国际贸易业态，在我国的出现时间不过短短十余年，并在近十年内飞速发展，然而直至近五年内才被各界逐渐固化以“跨境电子商务”的概念进行研究和探索，在此之前曾经以“外贸电子商务”、“国际贸易电子商务”、“跨国网络销售”、“跨境贸易电子商务”等多种概念并存。 电子商务是指在全球各地广泛的商业贸易活动中，在因特网开放的网络环境下，基于浏览器/服务器应用方式，买卖双方不谋面地进行各种商贸活动，实现消费者的网上购物、商户之间的网上交易和在线电子支付以及各种商务活动、交易活动、金融活动和相关的综合服务活动的一种新型的商业运营模式。

跨境电子商务是电子商务应用过程中一种较为高级的形式，是指不同国别或地区间的交易双方通过互联网及其相关信息平台实现交易，是把传统国际贸易加以网络化、电子化的一种新型贸易方式。它依靠互联网和国际物流，直接对接终端客户需求，具有门

槛低、环节少、成本低、周期短等方面的优势，已在全球范围内蓬勃发展。

二、我国跨境电子商务发展现状

跨境电子商务主要有供货主体的跨国性、交易的相对虚拟性、纠纷标的的小额性、交易种类的多样性、支付方式的灵活性以及跨境交易的复杂性等特征。跨境电子商务的模式主要有C2C， B2C， M2C， C2B以及导购返利平台等，纠纷类型主要有商品质量、款项支付、售后服务、物流运输。2013年我国陆续批准了上海、重庆、杭州、宁波、郑州、广州等6个城市成为跨境电子商务试点城市，开展跨境电子商务新政策试点，探索我国跨境电子商务的健康发展环境。在运作模式方面，各个试点城市各有所侧重，目前跨境电子商务主要4种运作模式：一般出口模式、保税出口模式、直购进口模式和保税进口模式。上海申报试点直购进口模式、网购保税进口模式、一般出口模式；宁波申报试点网购保税进口模式、一般出口模式；杭州与上海一样申报三种模式；郑州申报试点网购保税进口模式、网购保税出口模式；重庆和广州申报试点四种。

2008-2016年我国跨境电子商务交易额由0.8万亿元增加到6.5万亿元，交易规模呈持续上升趋势，跨境电子商务交易额占进出口总额的比重由4.44%上升到18.9%，一直保持平稳快速的发展水平。移动互联网第三方数据机构艾媒咨询近日发布了《2017Q1中国跨境电商市场研究报告》，对当前跨境电商市场现状、用户行为以及发展趋势等进行解析。报告显示，2016年中国跨境电商市场交易规模达到6.3万亿元，增速为23.5%，预计在2018年整体交易规模将达到8.8万亿元。

三、我国跨境电子商务存在的问题

（一）无照经营问题

绝大多数的跨境电商平台都向个人开放注册和经营“网店”的权利，在没有实体经营场所、没有工商部门营业执照、没有进出口经营资质等相关市场准入资格的情况下，仍然允许其通过跨境电商平台开展进出口贸易活动，平台通常只对注册人的个人身份等信息进行审核，而对实体性的经营资质不设过高准入门槛，以求迅速扩大用户群抢占市场。尤其在跨境电子商务出口方面，除去无证照的个人经营者以外，企业经营者中有相当一部分没有进出口经营资质。这些经营者在跨境电商平台上达成交易订单后，将产品以个人行李物品的形式通过快递、包裹的方式快递到海外客户手中，并没有走正式的海关报关、报检、退税、结汇通道，他们并没有取得进出口经营权，也没有进行进出口企业备案，虽然进行的是出口贸易行为，却不在海关的进出口监管之中。

（二）仿冒侵权问题

仿冒侵权是“中国制造”的一个顽疾，大到一些传统大型的跨境电商 B2B平台企业，小到新兴的跨境电商 B2C 自营企业，都存在大量仿冒侵权商品，例如对潮流尖端的国际名品的仿冒品，像福建莆田的仿冒鞋，广州的仿冒手表、箱包，深圳华强北的仿冒 3C 电子产品等甚至成为各大跨境电商平台的热销商品，高额的利润使得众多中小制

造企业走上了生产仿冒产品的道路。

2011 年美国联邦贸易委员会曾发起第一次针对电子商务发起“337 调查”，指控中国企业商品侵权行为，中国多家跨境电子商务平台成为被调查对象。随着仿冒品的泛滥，国外市场严格的知识产权保护政策开始发挥威力，国际知名搜索服务商 Google、国际支付服务商 Pay Pal、国际信用卡组织 Visa、Master Card 等都对被诉商品和企业知识产权和假冒伪劣商品问题。电子商务的特点是通过互联网进行商品交易，所以电子商务发展的一个重要问题就是商品的质量问题。国家质量监督检验检疫总局近期对我国几大电商平台的质量问题进行了抽查，结果显示在我国电子商务商品销售中，质量不合格率达到了 26%，质量问题依然很严重。相比国内电子商务交易，跨境电子商务如果一旦出现假冒伪劣产品，消费者维权的难度会更大。

在进口方面，在国家相关政策的支持下，跨境进口电子商务逐渐走向正规发展的方向，但目前还处于初级发展阶段，除了亚马逊以外，大部分进口跨境电子商务企业现在还不能直接从境外工厂或产地采购，有的企业不是真正的跨境电商，而是海外代购，甚至有的电商还在经营“水货”。造成了跨境电商的产品质量参差不齐，价格不清晰，很多消费者无所适从。在出口方面，根据调查显示，中国大陆卖家在全球电子商务平台 e Bay 上完成的跨境交易的投诉率达到 5.8%，远高于全球平均水平的 2.5%。部分中国卖家的非法行为损害了中国卖家的集体信用，有些国外电子商务平台因此而大做文章，制定了针对中国卖家的歧视性规定，如提高佣金，提出更严厉的处罚措施等。此外，国家之间知识产权、商品质量体系、标准体系、法律环境体系各不相同，也是造成跨境电子商务交易中商品质量和知识产权问题的重要原因。

（三）跨境物流体系和支付体系不完善

目前，我国跨境电子商务物流实现方式以邮政包裹、国际快递、专线物流、海外仓储四种模式为主。虽然有四种可以选择的方式，但目前跨境电商还主要以邮政为主要渠道，因为相比较其他渠道，邮政网络基本覆盖全球。但是，邮政物流存在时间长、损坏率高等问题，严重影响跨境电子商务的效率。虽然国内快递巨头EMS、顺丰和“四通一达”已经开始尝试海外市场业务，但是面对DHL，TNT，UPS和联邦快递等四大国际巨头的竞争，业务发展不太理想，还无法为大多数国内企业提供跨境物流业务。

（四）缺乏统一的信用体系

电子商务与传统商务最大的区别在于其虚拟性，而跨境电子商务的出现，则导致这种虚拟性所带来的风险更大，信用及安全甚至成为人们是否开展电子商务活动的关键因素。目前，国内的电子商务活动所采用的是阿里巴巴集团创立的信用评价体系，而美国等国家的信用管理体系相对完善。不同的国家和信用环境所采用的信用评价标准是不同的，目前还未有世界范围内通用的标准，各国的信用管理体系各有不同，这就为跨境电子商务发展设置了天然的壁垒，带来了交易活动环境的复杂性。因此，一套国际通用的

信用体系将为世界范围内跨境电子商务活动快速发展提供良好的环境。

（五）跨境电子商务专业人才缺乏

伴随着越来越多传统企业转型进军电子商务，而现有培养体制又无法输出满足需要的电子商务人才，电子商务人才流动性大，高级跨界人才稀缺等问题成为制约我国电子商务发展的重要因素。而跨境电子商务不仅需要传统电子商务的人才，同时在行业背景和国际市场方面对人才提出了更高的要求。跨境电子商务人才首先需要良好的语言能力，熟悉国外消费者的购物习惯和人文环境等，同时也需要兼具国际贸易常识。因此，国内现在较为专业的跨境电子商务人才匾乏，急需通过各种途径培养符合要求的跨境电商人才。

（六）相关法律法规不健全

在我国跨境电子商务蓬勃发展的十几年来，我国也相继出台了一系列的法律法规和政策文件，为跨境电子商务发展营造良好的政策环境，初步形成了涵盖法律法规、部门规章和政策性文件的法律法规监管体系。但总体来说，目前针对跨境电子商务的监管条令多为一些部门性的规章制度和指导意见，以及具体的操作性政策，缺乏大原则大方向的法律条文的管理，立法工作相对滞后，我国尚未出台专门的电子商务法。

（七）监管体系不健全

跨境电子商务作为一种互联网化的国际贸易方式，具备互联网和国际贸易的双重属性，其所涉及的监管部门既包含了互联网监管部门（如网信办、工信部等），也包含了传统国际贸易的监管部门（如商务部、海关总署等），但仍以国际贸易主管部门为主。与此同时，在国际贸易监管部门的内部，又细分出主管信息化相关工作的业务处室和主管国际贸易相关工作的业务处室，两者均对跨境电子商务负有监管义务，以主管国际贸易相关业务的处室为主。由此可以看出，我国当前行政监管权力过于集中在政府部门，政府监管者掌握着绝对的规则制定权力，甚至也会出现政府权力凌驾于法律之上的情形，这种“全能型政府”的治理理念根本无法适应当今大众能力极大释放的互联网时代的市场经济环境。在监管客体海量且多元、其技术载体复杂且隐蔽、监管内容分散且无序的形势之下，监管主体什么都管就会什么也管不了、也管不好。目前我国在跨境电子商务的政府监管层面，尚未有效引入第三方监管机制，社会性监管力量薄弱，各种行业协会组织非常弱势，几乎没有任何监管职能和能力。因此建立健全市场监管体系是十分必要和紧迫的任务之一。

四、完善我国跨境电子商务监管的建议

（一）建立通关、支付、结汇以及退税一体化管理体系。

目前我国已设立众多跨境电子商务试点地区，通过试点，不断总结经验，逐步建立与我国跨境电子商务发展相适应的海关、关税、外汇管理等管理系统。依据我国当前跨境电子商务发展现状，逐步对试点地区进行经验总结，进一步完善一般出口、保税出口、

直购进口、保税进口等跨境电子商务试点运作模式，积极探索适合我国跨境电子商务发展的关税形式，总结试点中的清单核放，汇总申报的快速通关模式在实际操作中的执行情况，不断发现、解决实践中产生的新问题，逐步建立完整的交易、支付、物流、通关、结汇、退税等信息共享平台。适时将跨境电子商务试点的成熟模式推广到我国其他地区，逐步完善支付体系，减少支付限制，探索外汇监管部门与第三方支付机构管理模式创新，从而使操作流程进一步简化。

（二）加大服务力度，支持跨境电商健康发展。

一是加强国际化监管人才培养。瞄准国际跨境电商监管前沿领域，联合高校和职业教育机构开展培训，推进跨境电商监管研究基地和专家库建设，增强创新监管动力。鼓励开展跨境电商监管机制建设的前瞻性研究，对跨境电商发展新趋势、新动态提出针对性的监管措施与方法。二是支持优质企业发展跨境电商。以“一带一路”建设、亚投行设立为契机，运用“互联网+”思维，采取有效措施，支持国内企业发展跨境电商自营平台或进人优质第三方电商平台经营，让中国制造产品源源不断地进人全球市场。三是鼓励跨境电商创新发展。抓住规模大、信誉好的跨境电商平台，鼓励其技术创新、交易创新，立足国内、国际两个市场，打造集展示、发布、交易等功能于一体的综合平台。鼓励符合条件的跨境电商积极申报地方著名商标和国家驰名商标，申报“守合同、重信用”企业，保护知识产权，让更多的品牌跨境电商脱颖而出。

（三）完善跨境物流和支付系统。

政府可以选择符合要求的具有一定知名度和用户群的国内第三方物流企业和支付平台，助推其与国外各大物流园区及金融机构进行合作，通过在海外建立仓储基地以及金融服务点等形式快速切入国外市场。 根据不同国家和地区的交易习惯和规则推出适合的产品与服务，扩大第三方物流企业和支付平台的境外市场，助推其在海外业务的全面布局及其生态产业链的完善，从而提高物流和支付的效率。第二，优化配套的监督和管理系统。海关监管部分应该与时俱进，探索跨境电子商务背景下的创新型监管模式。在保证严格监控进出口实物的前提下，逐步实现无纸通关和无纸征税等便捷措施。

（四）加强诚信体系建设，营造跨境电商可信交易环境。

一是建立跨境电商信用评价体系。结合企业信用信息公示制度建设，完善跨境交易信用征信、信用评价、信用服务等领域的制度规范，指导跨境电商平台自建信用评级制度，防范经营者以虚构交易、炒作信用来欺骗消费者。会同相关部门推动建立信用认证体系，综合多方信用基础数据，建立跨境电商信用数据库。积极推动信用调查、信用评估、信用担保等第三方信用服务和产品在跨境电商中的推广应用。二是有效发挥信用约束激励作用。在企业信用信息年度报告和抽查制度中完善涉及跨境电商信息相关内容，逐步建立跨境电商信用档案。结合企业信用信息公示系统建设，落实跨境电商经营主体信用信息公示制度，及时向社会公示违法处罚信息、实现“一处违法，处处受限”。发

挥“守合同、重信用”等激励机制作用，促进跨境电商经营主体守信经营。

（五）加强国际交流合作，畅通跨境电商消费维权渠道。

一是建立国家间消费维权协调协商机制。加强与其他国家相关部门的合作，充分发挥全国12315网上调解平台作用，积极解决跨境消费纠纷。在美国倡导美洲国家组织建立跨境交易区域性网上争议解决体系，欧盟建立消费者争议网上解决体系的格局下，应以“一带一路”建设、亚投行设立为契机，加强与周边国家的合作，成为建立亚洲网上争议解决体系的倡导者。二是探索建立跨境消费在线争端解决机制。借鉴跨境消费纠纷解决国际通行做法，建议由工商总局作为我国跨境消费“在线争端解决机制”（ODR）的政府主管部门，组建专业团队，负责跨境消费争议的在线法律咨询、提供和解方案、提供调解以及仲裁服务。涉及境外法律的消费纠纷，则由与之建立合作伙伴关系的境外ODR服务机构提供上述服务。涉及境外法律的消费纠纷，则由与之建立合作伙伴关系的境外ODR服务机构提供上述服务。

（六）逐步健全相关法律法规，为跨境贸易电子商务发展创造健康的发展环境构建跨境电子商务法律法规体系。

在构建法律法规体系方面应注意以下三个方面：一是要适合我国跨境电子商务发展的特点和趋势，既要逐步规范跨境电子商务的相关法律法规，又要给跨境电子商务发展创造相对宽松的法制环境，避免过度监管。二是把制定新的法律法规和修改解释原有法律法规相结合，构建完整的跨境电子商务法律法规体系。三是制定我国跨境电子商务相关法律法规要考虑国际跨境电子商务法律法规的统一适用性，因为跨境电子商务的一个突出的特点就是无国界，如果各国跨境电子商务的法律法规严重冲突，势必影响各国跨境电子商务的健康快速发展。

（七）建立跨境电子商务多层次的监管体系。

善相结合，政府部门应有意识引导行业内加强自律，合理适用法律规范。政府要实现对跨境电子商务的有效监管，不仅要有科学的监管理念和目标，还要有切实可行的监管措施，如建立具有适应性的监管体系，监管领域和监管重点由过去的对有形市场监管拓展到对无形市场的监管中来，形成具有适应性的智能化监管技术，引入第三方协作监管，由“全能型”政府向“有限型”政府转变，同时从供给侧改革入手引导和提升我国跨境电子商务长期竞争力。电子商务活动具有多样性、技术性和广域性特点，监管电子商务应当由具备专业知识的专门机构对电子商务进行日常监管。因此，维护我国跨境电子商务的良好发展态势，需要通过行业自我约束、公众监督、政府监管等多方面的通力合作。

作者单位：安徽禹风律师事务所

参考文献：

[1] 朱雪宁：《国内信息资源市场政府监管研究》，中国出版集团2011年版，第342页。

[2] 王俊豪：《管制经济学原理（第二版）》，高等教育出版社2014年版，第278页。

[3]周嘉娣：《我国跨境电子商务的分析及建议》，《电子商务》，2013年第13期，第48页

[4]冀相豹：《企业融资约束是否影响中国对外直接投资》，《中国经济问题》，2016年第2期，第13页。

5]张朝霞：《一带一路战略区跨境电子商务法律监管问题研究》，《生产力研究》，2015年第8期，第67页。

[6] 刘德华，柴郁：《电子商务与国际贸易》，中南大学出版社2013年版，第98页。

[7] 杨坚争，杨立钒：《国际电子商务教程（第2版）》，电子工业出版社，2013年版，第165页。

[8] 张滨，刘小军，陶章：《我国跨境电子商务物流现状及运作模式》，《中国流通经济》，2015年第1期。第5l一56页。

[9]来有为，王开前：《中国跨境电子商务发展形态、障碍性因素及其下一步》，《中国与全球化》，2014年第5期。第68—74页。

[10]张燕平，覃聪：《中国跨境电子商务模式及发展对策——基于和传统国际贸易的比较分析》，《广东农工商职业技术学院学报》，2015年第31期。第42—45页。

[11]孟祥铭，汤倩慧：《中国跨境贸易电子商务发展现状与对策分析》，《沈阳工业大学学报》，2014年第7期。第120一125页。

“一带一路”战略下的PPP项目法律风险防范

徐励安

【摘　要】本文通过“一带一路”及PPP项目的概述，论述律师迎来发展机遇，迎难而上，为“一带一路”经济新发展过程中涉及PPP业务的法律防范做好准备，在努力寻求海外合作，投资相关PPP项目的过程中，需要始终高度重视，提高自身法律意识，严格守法，避免法律风险的产生。

【关键词】“一带一路”　PPP　风险防范

习近平书记在2013年9月和10月分别提出建设“新丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”的战略构想。“一带一路”战略构想的提出，为我国的产业转型、基础建设、区域贸易等提供了大量的机遇。在“一带一路”战略影响，我国经济发展的方方面面均面临重新调整。

2014年11月11日，在2014年亚太经合组织（APEC）领导人非正式会议上，国家主席习近平提出亚太自由贸易区（FTAAP）发展设想，会议就《亚太经合组织推动实现亚太自贸区北京路线图》达成共识。《亚太自贸区互联互通蓝图》或将作为领导人会议宣言的四份附件之一向社会公布。在硬件互联互通方面，采用公私合作伙伴关系（Public-Private Partnership，PPP）和其他方式提高基础设施融资；发展更新包括交通、信息通信技术和能源在内的基础设施。在制度互联互通方面，应对贸易便利化、结构性和监管改革、交通物流便利化问题。2020年实现各经济体经商成本节约25%，通商效率和便利度提高25%的目标。

2015年5月22日，国务院办公厅转发财政部、发改委、人民银行《关于在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式的指导意见》（国办发〔2015〕42号，以下简称42号文）。意见提出在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式（即PPP），是转变政府职能、激发市场活力、打造经济新增长点的重要改革举措。围绕增加公共产品和公共服务供给，在能源、交通运输、水利、环境保护、农业、林业、科技、保障性安居工程、医疗、卫生、养老、教育、文化等公共服务领域，广泛采用政府和社会资本合作模式，对统筹做好稳增长、促改革、调结构、惠民生、防风险工作具有战略意义，采用政府和社会资本合作模式，吸引社会资本参与，并将推广PPP与大众创业、万众创新列为“双引擎”。国家对PPP模式赋予了极高的战略地位，并为此出台了各项政策，在政策保障、

组织安排、部门利益协调方面做出的努力，都充分显示出PPP模式当仁不让的“准国策”地位。国家重视“一带一路”战略下的PPP项目，同时给律师业务发展带来新机遇和新挑战。律师如何在“一带一路”战略下的PPP项目做好法律风险防范。

一、“一带一路”和PPP模式概述

“一带一路”为经济发展外向型农业、推动边境口岸贸易发展和加快内外国家文化交流提出了新要求。“一带一路”实施为我国农业出口拓展了通道，充分利用农业资源丰富、天然条件好等特点，积极发展外向型农业，拓展国外农产品市场是“一带一路”为经济发展提出第一个要求。口岸连接着亚欧大市场和国内沿海地区，带动了范围内经济的发展。对外贸易受“一带一路”战略最直接影响，充分利用“一带一路”契机，加强边境贸易口岸的发展，推动社会发展。一带一路”战略的实施，放宽了国家之间交流合作的通道，在文化背景、文化形成条件、文化特色和文化习惯有很强的互通相容性的区域，利用好文化互通互融性，提升文化的先锋作用，将民族文化推向世界。

“一带一路”在推动创新、产业承接、民营经济走出去等方面为经济产业升级提出了新要求。部分分布大量的钢铁、铝业等生产加工企业和装备制造企业，“一带一路”下，产品市场前景更加广阔。不同国家、不同地区对于相关产品要求区别较大，要适应相应改变就亟待创新和更加严格的质量把关，该部分区域工业将面临强力推动创新的新要求。随着我国西部劳动力成本与国外某些国家比较优势逐步缩小，单一的劳动力优势已经不能吸引跨国企业的转移。“一带一路”战略的实施，一方面为西部进一步完善基础设施，迎接东部产业转移做出更好的准备；另一方面，为跨国企业转移到国外提供了更方便的条件。内陆应该进行人才技能培训、做好园区基础设施建设等做好产业承接的准备 。我国的民营经济发展已经逐步从“量的扩张”进入“质的提升”阶段，“一带一路”战略实施对民营企业提出了要求，特别是已经发展到一定规模、具备一定实力的沿海民营企业，如何利用好“一带一路”战略契机，形成可以与其他企业合作竞争的优势，推动企业做大做强和走出国门。

“一带一路”对高铁和航空、港口、外向型产业转走都提出了发展新要求，对县域经济也起到很大推动作用。我国百分之90%的城市高铁站点和100%的城市机场都分布在城市郊县。“一带一路”战略实施后，高铁和机场等城市交通节点的作用将进一步凸显。对于郊县所在地来说，一方面要配合相关的铁路和机场管理公司做好对枢纽站点的服务工作；另一方面要充分利用好交通枢纽节点带来的发展机遇推动县域经济发展。对于港口县域，要抓好“一带一路”推动港口的软硬件建设要求，服务好利用好港口资源。“一带一路”实施增强了对于新兴国家市场的开拓，未来在产品结构、产品要求等方面都与原来出口有了较大的差异。因此，对于外依赖度较高的沿海县域未来在出口产品的结构、产品形态等方面都提出了改变和创新的要求。“一带一路”战略实施加快了东西部产业转移，转移后县域面临产业“空心化”的威胁。加快培育新的产业或者加快产业高端环

节竞争力形成，是“一带一路”为经济发展提出的新要求。

“一带一路”作为中国新的国际战略框架，给中国经济带来了多重发展机遇。其战略远景可分为远近两大层次：近期着眼于“基建互通、金融互通、产业对接、资源引入”，远期则致力于“商贸文化互通、区域经济一体化和共同繁荣”。

大力推广政府和社会资本合作（PPP）模式，是项目融资的合作，是政府和社会资本建立起来的利益共享、风险共担、全程合作的共同体关系，是一种融资模式。对政府而言，推行PPP项目能够解决基础建设的融资问题；对于民众而言，PPP项目能为百姓提供更好的产品服务，能使民众满意；对社会资本而言，投资是相对安全，可以获得合理回报，使三者达到共赢。

1992年英国最早应用PPP模式。英国75％的政府管理者认为PPP模式下的工程达到和超过价格与质量关系的要求，可节省17％的资金。80％的工程项目按规定工期完成，常规招标项目按期完成的只有30％；20％未按期完成的、拖延时间最长没有超过4个月。同时，80％的工程耗资均在预算之内，一般传统招标方式只能达到25％；20％超过预算的是因为政府提出调整工程方案。

在我国社会主义市场经济的当前阶段，过度依靠政府来独立运作公共基础设施建设项目，不可避免地会遇到国外政府早已碰到过的种种问题。因此，促进我国基础设施建设项目的民营化。在我国基础设施建设领域引入PPP模式，具有极其重要的现实价值。我国政府也开始认识到这些重要价值，并为PPP模式在我国的发展提供了一定的国家政策层面的支持和法律法规层面的支持。 为适应现代经济飞速发展，各国十分重视公共基础设施建设，但是单靠政府资金已不能满足需求。随着政府财政在公共基础设施建设中地位的下降，私人企业在公共基础设施的建设中开始发挥越来越重要的作用。

将PPP模式运用到“一带一路”战略中，一则可借助灵活的运作机制推动“一带一路”战略更接地气，与沿线国家发展要求实现“无缝对接”；二则可借助共赢的发展理念帮助各国增进了解，实现多方优势互补；三则可借助广阔的发展空间走向国际市场，为国内企业“走出去”创造机遇。与此同时，各个产业发展也离不开律师保驾护航。

二、“一带一路”与PPP项目结合之中的法律风险防范

“一带一路”的核心是政策沟通、设施联通、贸易畅通、资金融通、民心相通，简称“五通”，其中，设施联通是基础，民心相通是核心。设施联通是“一带一路”的战略优先领域，推动沿线各国加强基础设施建设规划、技术标准体系对接，共同推进交通、能源、信息等国际骨干通道建设。设施联通不仅包括修桥建路，还有油气管道、输电网、跨境光缆建设等。民心联通是“一带一路”的战略核心领域，推动不同文明交流碰撞，汇聚和释放文化促进发展的强大正能量。民心相通包括教育、旅游、医疗、科技、文化等多层面的合作。因而，借助PPP模式，利用民间资本投资于“一带一路”沿线国家和地区的基础设施是非常关键的。

从“一带一路”的“五通”来看，设施联通和民心相通包含了基础设施、电信能源、科技教育、文化旅游等项目内容，这些项目都属于公共产品服务领域，符合PPP的投资领域范畴。实现“一带一路”的“五通”与PPP模式非常契合。“五通”实施过程中至少要做好三个方面的法律风险防范。

第一、法律环境调查风险。宏观层面的法律环境调查风险而言，“一带一路”沿线国家有着不同的政治、文化背景和不同的法系，投资之前开展详细的法律调研就尤为重要。在市场准入风险中，对外资企业准入有着或松或严的限定条件，具体的准入门槛体现在东道国今年允许的中国企业数量，我国企业进入后的合作形式、持股比例、所能从事的业务范围、所能贷款资金的渠道等一系列条件，甚至个别国家还会设立专门的审查制度和极其严苛的准入条件和程序，都要深入了解。

2014年9月，商务部发布《对外投资合作国别（地区）指南》（2014 年版），针对全球 166 个国家和地区的投资环境、外商投资法律法规及审批部门等作出详细介绍和分析， 帮助“走出去”企业更加全面了解世界各国和各地区的政治、经济、社会、法律和风俗习惯等相关投资合作信息，为“走出去”企业全面调查东道国的法律环境提供方便。

“一带一路”战略沿线国家大多数都属于新兴经济体和发展中国家。除了在基础设施、贸易投资等领域的法律法规、税收规定等与国内相关规定有很大不同，其本身的法律体系也不尽相同，甚至在某些方面的法律规范仍处于空白缺失状态。例如，哈萨克斯坦《建筑法》规定：外国投资者可以合资企业的形式进入哈萨克斯坦建筑业，但外资在建筑合资企业中的持股比重不得超过49%。如果一个100%外资控股的哈萨克斯坦本地企业作为主体参与建筑合资企业，则外资持股比重可以超过49%。可见这一规定实质违背了法律确定的“内外资一视同仁”的原则，极大限制了外国股权比例或投资总额。因此，国内企业如果对于东道国法律体系与相关规定不知到，就会让“走出去”的国内企业寸步难行，最终还要为自己的失误买单。再如，我国国内一家铝矿企业和越南企业签订了出口合同，向越南出口了一批铝矿。货到后被外国公司以铝矿质量不合格为由拒收。原来两个国家的铝矿质量标准不一致，最终导致国内企业遭受了巨大损失。笔者认为在国际贸易中，因各国国情并不一样，一定要先对进口国的环境、产品质量要求和法令、政策进行充分的环境调查了解，根据不同的市场和需求来调整自己的产品质量，这样才能做到有的放矢，减少不应有的损失。更好维护自身合法利益。

第二、知识产权侵权风险。

知识产权包括著作权、商标权和专利权三大块，“一带一路”战略下的企业多是参与建设投资，涉及到的知识产权侵权风险主要体现在商标权和专利权两方面。例如，英特尔起诉东进公司头文件侵权，曾被称为“中国2005年知识产权第一案”，完全符合英特尔宣扬“维护知识产权”理念的目标，但无情的事实是，英特尔在一个正确的地方打

了一场不算正确的战争。英特尔设置诉讼马拉松陷阱，是跨国公司拖垮发展中国家自主创新，维护技术垄断的惯用手段。英特尔以保护知识产权为名，行维护垄断利益之实，无中生有地起诉东进侵犯其知识产权。企图利用诉讼马拉松陷阱，甚至其他不正当手段，封杀东进的自主创新，消除东进由于技术优势和价格优势对其垄断利益构成的威胁。

在“一带一路”PPP模式建设中，我国企业很有可能会侵犯沿线国家的知识产权，沿线国家也有可能侵犯我国的知识产权。 目前我国已加入多个国际知识产权条约。工业产权方面最重要的国际条约是《保护工业产权巴黎公约》，规定了产生法律冲突时缔约国的解决路径。《巴黎公约》或与我国单独签订保护知识产权的协定，相互承认对方企业的知识产权，为双方当事人的知识产权侵权行为提供解决途径。

第三、涉外法律适用风险

根据《中华人民共和国涉外民事法律关系适用法》的相关规定，笔者认为涉外法律适用上的风险主要体现在管辖、选择适用法律、判决或裁定的承认与执行风险三个方面。例如，美国美瑞华国际企业公司与常州长江客车集团有限公司等确认董事会决议、出资协议无效纠纷案，认为中外合资经营企业董事会决议的效力与公司章程、中外合资经营企业合同密切相关，属公司法调整的范围，而《合同法》第126条第2款规定，在我国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同等适用我国法律，故该部分争议的准据法应为我国法律。笔者认为选择自己精通的法律适用，更好维护自身利益。

另外，还要注意涉外关系中司法协助。目前我国已加入《海牙送达公约》，但沿线国家还有很多尚未参加。

三、做好详尽的“一带一路”投资环境调查，避免PPP法律和政策风险

首先，组织专门团队或聘请国内外咨询机构，对项目所在国政治环境、宏观经济环境、金融环境、社会文化环境、法制环境进行详尽的调查，提高投资的针对性、有效性。同时从现实情况可以看，沿线国家经济发展相对落后，基础设施建设比较薄弱，相关法律、法规不健全不完善，加上大多数PPP项目投资又以道路、港口等基础设施建设为主，其投资回报率较低且回本缓慢，有时甚至连能否盈利也存在较大的不确定性。为此，组织专门团队或聘请国内外咨询机构至关重要。

其次，聘请咨询机构或律师，对所在国PPP相关法律制度进行研究分析，对PPP项目投资需求、投资风险进行梳理，整理出PPP项目法律和合同框架体系及操作程序，形成PPP投资的务实操作手册，来对付可能政局不稳风险，宗教文化风险，大国博弈风险，财政、金融风险等。

再次，针对影响PPP投资的各类风险因素，制定针对性的应对措施和风险化解预案；项目操作过程中，持续监测风险及其变化，评估风险应对措施和预案的有效性，及时完善相关措施。注意重点项目动态，国家投资制度研究，防止恶性竞争，建议国家整合相关咨询机构，给国家投资提供专业支撑。

四、结语

确立合理的PPP合作模式，形成利益共同体 ，与“一带一路”沿线国家的政府、社会资本、居民合作，充分考虑相关主体的利益诉求，不仅促进沿线国家经济发展，还要让当地居民的福利得到改善。利用合同等形式规范文件约定各方权力、义务，实现利益共享、风险共担。同时，根据不同项目特点，与当地政府、企业、金融机构、居民建立股权层面、债权层面及雇佣合同关系，进一步绑定利益，约束参与方行为，形成利益共同体，强化和巩固合作的稳定性。

参与投资是确保合作的稳定性和持续性的可信性承诺，要邀请所在国政府或国有企业参与投资，约定政府或国有企业权利义务；邀请当地金融机构参与银团贷款，为项目提供资金支持和财务顾问等服务；视具体情形，邀请产业链上下游企业提供相应配套服务，合理分散风险；雇佣当地人员，解决当地就业；适度参与公益和慈善活动，树立良好企业形象。

国内企业“走出去”参与到具体的建设项目需要与东道国地方政府进行谈判协商，需要与项目参与方签订一系列合同，涉及PPP项目需要同多个合同相对人进行博弈，在谈判与签订合同过程中应尽可能提高自身防范意识。在抓住机遇、努力寻求海外政府合作，投资相关项目的过程中，需要始终高度重视的就是提高自身法律意识，严格守法，避免法律风险的产生，尽可能将风险扼杀在摇篮之中。

“一带一路”战略下的PPP项目，对律师知识要求较高，除要掌握国内民商事法律、法规，还要求律师必须熟练掌握三国法，国际货物买卖、运输、保险、承兑以及涉外法律适用、商事仲裁等法律、法规、国际条约、习惯，同时相关国家风土人情、法律、法规、评价、信仰都需要全面深入掌握。

作者单位：安徽振固律师事务所

参考文献：

[1]习近平.中国发展新起点 全球增长新蓝图——在二十国集团工商峰会开幕式上的主旨演讲[N].人民日报，2016-9-4.

[2]李克强.共同开创亚洲发展新未来——在博鳌亚洲论坛2014年年会开幕式上的演讲[N].人民日报，2014-4-11.

[3]国家发展改革委、外交部、商务部.推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动[N].人民日报，2015-3-29.

[4]“一带一路”带来发展机遇 那些行业受益？第一财经日报[微博] 许元荣 秦大炜2015-03-03

[5]贾康、林竹、孙洁.PPP模式在中国的探索效应与实践.经济导刊.2015（1）.34-39.

[6]“一带一路”下的法律风险防范　周兰萍 孟 奕

[9]2015年5月22日，国务院办公厅转发财政部、发改委、人民银行《关于在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式的指导意见》

一带一路背景下涉外贴牌加工的商标法律问题初探

余丙南

【摘　要】涉外贴牌生产中境外委托方提供的商标与已在我国境内注册的商标相同或近似并使用在相同或近似的商品上的行为是否构成商标侵权，一直存在着较大的争议。“PRETUL”案之前，司法实践中有不同的认定。涉外贴牌加工中的商标贴附行为可以按照“加工承揽”和“商品销售”两分法进行认定，在撤三案件中宜按照商品销售原则认定为构成商标使用；在侵权案件中宜按照加工承揽原则认定为不构成商标使用。涉外贴牌加工中的商标侵权应重点考察境内贴牌加工人的注意义务，但不宜无限制地扩大注意义务的范围和程度。

【关键词】一带一路　贴牌加工　商标使用　商标侵权

在一带一路背景下，我国与一带一路沿线国家的商品和服务进出口贸易规模势必以较快的速度增长。而我国对外贸易的一种重要形式即贴牌加工。作为经济全球化带来的国际产业分工的结果和我国目前在其中所处的地位，据有关统计，我国是当前世界最大的贴牌加工（OEM，Original equipment manufacture）大国。贴牌加工又称为定牌加工，其形式多种多样。其典型的形式是我国境外的商标权人（所有权人或使用权人）通过来料加工、来样加工、来件装配委托我国境内的加工企业，加工制作并贴附其提供的商标的产品，加工完成后的产品全部交付给境外委托人，并不在我国境内销售的一种国际贸易形式。在此过程中，若境外委托方提供的商标与已在我国境内注册的商标相同或近似并使用在相同或近似的商品上，这种行为是否构成侵犯我国境内商标权人的注册商标专用权，一直存在着较大的争议。贴牌加工有关商标权争议中，主要涉及到三方主体，即境外商标权人（所有权人或使用权人）、境内贴牌加工企业、境内商标权人。在实践中，有两种典型的情形，其一是我国境内的企业或个人在境内抢注在境外的驰名商标或知名商标，然后以侵犯商标专用权向接受境外商标权人委托进行贴牌加工的企业主张侵权损害赔偿；其二是当事人（可能是境外企业或个人，也可能是境内企业或个人）在国外抢注我国境内驰名或知名商标，然后委托国内企业加工生产并向商标注册地出口销售，对

国内商标权人的利益造成一定的影响。本文拟就这个问题进行简要分析。

一、贴牌加工中的商标使用

要理解商标的使用，首先要从本源意义上理解“商标”。TRIPS将商标界定为“任何能够将一个企业的商品或服务区别于另一个企业的商品或服务的符号或符号组合。”[1]我国《商标法》（2013年）第8条将商标界定为“任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人服务的商品区别开来的标志，……，均可作为商标申请注册。”国内的有关教材和专著也持大致相同的观点。所以，商标必须具有识别商品或服务来源的功能。基于此，商标使用的界定也应有相同的理解。我国《商标法》（2013）第48条规定：“本法所称商标的使用，是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为。”所以，商标法意义上的商标使用的判定标准被认为是“识别商品来源”，即商标的本质功能识别功能。[2][3]

在“PRETUL”案之前，国内的诸多司法实践都根据《商标法》关于商标侵权的规定，将贴牌加工认定为“在相同或类似的商品上使用相同或近似的商标”，从而将贴牌加工中的商标贴附行为认定为商标法意义上的商标使用。最高院在“PRETUL”案中改变了实践中大多数法院的认识，将判断是否属于商标法意义上的商标使用归结为商标的识别功能。[4]

在涉外贴牌加工中，在所生产的商品上贴附商标的行为是否构成商标使用可以从两个层面来界定：从物理上看，只要是在商品本身、包装、宣传材料上等印制、贴附商标都构成物理意义上的商标使用；从商标法意义上看，在商品上印制、贴附商标是否构成商标使用，不宜简单认定，应根据不同的情况区别对待。从商标法的意义上来说，商标的本质功能是识别，若没有发挥识别功能，则不构成商标法上的使用。2013年修改后的《商标法》也将商标使用界定为“用以识别商品来源的行为”。显然问题就转化为涉外贴牌加工的行为是否是发挥商标法上的识别功能。那如何来判断涉外贴牌加工中的贴附商标的行为是否发挥“识别功能”呢？这取决于委托方和受托方签订的合同的性质。简单地说，若双方的关系被界定为“加工承揽”关系，则不构成识别功能，也就不构成商标法意义上的商标使用；若双方关系被界定为“商品销售”关系，则显然发挥识别功能，也就构成商标法意义上商标使用。在江苏高院审理的（2012）苏知民终字第0297号喻德新与沭阳县奋进制刷厂、沭阳中远进出口有限公司侵害商标专用权纠纷一案（简称SOYODAS.A.案）中，原告喻德新利用工作上的便利接触到权利人的SOYODAS.A.商标，并在境内抢注，后起诉贴牌加工方奋进制刷厂侵犯其商标专用权。最终江苏高院在该案中认定此种贴牌行为并未构成商标法意义上的商标使用，驳回原告喻德新的诉讼请求。

用“加工承揽”和“商品销售”两分法来判断物理意义上的商标使用是否构成商标法意义上的商标使用，还能很好地解决国内商标权人将自身产品仅共出口而面临的商标

“撤三”问题。根据商标法的规定，为了有限发挥商标资源的作用，商标权人要维护自身的商标权，必须对商标进行真实的商标法意义上的使用，若连续三年不使用，商标有可能被撤销。但根据“商品销售”规则，出口型企业生产的产品虽然全部用于出口，但其出口合同是在国内签订，运输是在国内完成，完全可以解释为商品销售行为，而不是加工行为，只不过其销售的对象是境外。销售行为显然就产生了商标法意义上的识别功能，从而构成商标法意义上的商标使用，也就避免了连续三年不是用被撤销的风险。北京市高院审理的“SCALEXTEIC”案，法院认为原告宏比福比公司提供的证据已形成完整的证据链，能证明在涉案期间，其委托中国加工企业加工涉案玩具产品并销往国外，并将此贴牌加工界定为商标使用，从而避免了商标权人的商标因连续三年不使用而遭撤销。

二、贴牌加工中的商标侵权

根据我国《商标法》（2013年）第57条第（二）项规定和学界主流观点，我国对商标侵权的认定也采混淆可能性标准，商标侵权必须以混淆可能性为前提，若不存在混淆可能性，则不构成商标侵权。[5][6]要构成混淆可能性，则必须以商标法意义上的商标使用为前提。因为若不构成商标法意义上的商标使用，则不存在混淆可能性。本文限于篇幅的限制，不能对商标侵权展开全面的论述，仅就贴牌加工中商标侵权的构成进行简要论述。具体来说，结合实务中的案例，就贴牌加工中受托方即境内加工的注意义务进行分析。

根据前述观点，不构成商标法意义上的商标使用，仅仅是物理使用，是否就一定不构成侵权呢？笔者认为，不构成商标法意义上的商标使用，并非一定不构成商标侵权。商标侵权行为属于侵犯民事权益的行为，具体来说属于侵犯民事权利行为，显然应该受我国《侵权责任法》的调整。那么，根据《侵权责任法》的规定，什么是侵权呢？侵犯商标专用权并不属于特殊侵权行为，《侵权责任法》并未将侵犯商标专用权类型化，所以只能根据一般条款来判断。《侵权责任法》第6条是侵权责任的一般条款，第6条规定：“行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。”按照一般侵权责任的构成要件，侵权责任必须符合四要素：行为、损害、因果关系和过错。[7]这里主要讨论其中的行为和过错。在贴牌加工中，判断商标侵权的行为是何种行为是一个前提条件。笔者认为，这里的行为应该是贴牌行为本身，而不是进一步的商标使用行为。因为正如上述，在涉外贴牌加工中，若双方的关系别认定为“加工承揽”关系，则不够成商标使用。如把此处的行为界定为“商标使用”，则涉外贴牌加工中不存在该种行为，也就不存在侵权的前提性条件。接下来要讨论的就是过错。在国内贴牌加工中，通常认为若加工企业有过错，应该与委托方共同承担侵权责任。但在涉外贴牌加工中，通常境外委托方并不参与诉讼，所以应重点分析境内贴牌加工方的过错。按照侵权责任法的一般原理，过错包括故意和过失，故意无需讨论，重点是过失。在涉外贴牌加工中，境内受托方负有审

慎审查义务，即对境外委托方的商标专用权进行审查，审查其是否是享有商标专用权，这种专用权既可以是商标所有人享有，也可以通过许可使用的方式获得。若境内委托人尽到了必要审查义务，则认为其不存在过错，反之则应该认定其存在过错。只要存在过错，则有可能构成侵权。在江苏高院审理的（2007）苏民三终字第0034号拉科斯特衬衫股份有限公司与江阴宏鑫制衣有限公司侵害商标权纠纷一案中，法院认为，由于宏鑫公司未对相关的商标许可授权书进行翻译，也没有进行必要的调查，从而认定宏鑫公司未尽到充分的注意义务，主观上存在过错，判决其行为构成商标侵权。

但这里的问题是，作为受委托的贴牌加工方，其注意义务的范围和程度到底有多大？是否是没有限制的？或者是没有相应的标准，只能根据不同的个案结合案件需要进行不同的认定？笔者认为，在涉外贴牌加工行为中，境内加工方的注意义务应该局限在委托方对其提供的商标是否享有专用权。这种专用权可以是基于所有权人的身份获得，也可以是通过许可使用协议获得。这里需要注意的是，基于商标的地域性属性，这种权利的范围应该是在生产出来的商品将要出口的地区，而不是我国境内。至于委托加工的商标权人提供的享有商标专用权的商标是否侵害了我国相关利害方的利益，不宜在涉外贴牌加工中讨论，也不宜通过对贴牌加工的限制来保护境内有关利害方的利益。在江苏高院审理的（2015）苏民知终字第0036号上海柴油机股份公司与江苏常佳京峰动力机械公司侵犯商标权纠纷案中，法院认为贴牌加工人应审查境外委托贴牌商标本身的正当性（根据我国商标法），对境内贴牌加工企业施加更高的注意义务；对国内驰名或知名的商标，还需判断境外委托人是否涉嫌恶意抢注。笔者认为，这无疑加重的贴牌加工人的注意义务，扩大了审查的范围和深度，不利于贴牌加工企业利益的维护。笔者认为，涉外贴牌加工中贴牌加工企业的注意义务应该限定为程序意义上的注意义务，即按照通常一般的标准，对境外委托方提供的商标权进行了必要的尽职调查，即应认为尽到了注意义务。至于境外委托人提供的在当地享有专用权的注册商标是否是恶意抢注、是否实质上损害了境内利害关系人的利益，应该通过其他的途径来追究。

三、结语

涉外贴牌加工中的商标法律问题十分复杂，其核心的问题之一是认定是否构成商标法意义上的商标使用，宜根据不同的情形进行不同的认定。在判定是否构成连续三年不使用从而要对商标进行撤销的情形下，宜根据双方有关合同的性质，认定为商品销售协议，从而认定为商标使用。在判定贴牌加工是否构成侵权的情形中，无论是境内权利人抢注从而影响贴牌加工企业的利益，还是境外权利人抢注从而影响境内商标权人的利益，都不宜将贴牌加工认定为商标使用。至于是否构成商标侵权，除要考虑是否构成商标使用外，还应从侵权法的角度分析贴牌加工企业的注意义务，但注意义务不是无限制的。从立法和司法实务的角度来看，贴牌加工中的商标法律问题还可以延伸到法院的解释权即法院可以在多大程度上对法律进行必要的解释？我国司法裁判的权威性和司法

裁判的统一性问题等等。

作者单位：安徽天贵律师事务所

参考文献

[1]王莲峰：《商标法》（北京大学出版社2014年第二版，第1页）。

[2]王太平：《商标法：原理与案例》，北京大学出版社2015年版，第3页。

[3]黄晖：《商标法》，法律出版社2016年第二版，第5页。

[4]刘晓春：《涉外贴牌加工不构成商标使用》，《中国对外贸易》2016年第1期，第42-43页。

[5]王莲峰：《商标法》（北京大学出版社2014年第二版，第122页）。

[6]王太平：《商标法：原理与案例》，北京大学出版社2015年版，第250-251页。

[7]程啸：《侵权责任法》，法律出版社，2015年第二版，第199页。

“一带一路”贸易纠纷解决机制的设立

陶　雅　王汉波

【摘　要】“一带一路”战略具有包容性、开放性、多元化和合作共赢的特点。妥善解决国际争端是成功实施“一带一路”战略的重要保障。现有国际争端解决体系在适用于“一带一路”建设中存在机制不足、机制过剩和不相匹配等问题。建立“一带一路”争端解决体系，要充分利用全球性国际争端解决机制的平台，结合“一带一路”战略的建设理念和沿线国家的发展实际，通过双多边协商，逐步探索特色化的区域争端解决机制，并借助亚投行等区域性组织实现争端解决机制的体系化、制度化。

【关键词】一带一路　纠纷　解决机制

一、 一带一路框架下争端解决机制的设立及其意义

“一带一路”是“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”的简称，习近平总书记于2013年9月在哈萨克斯坦首都纳扎尔巴耶夫大学演讲时首次提出了建设“丝绸之路经济带”的战略倡议，同年10月，习近平又提出了共同建设“21世纪海上丝绸之路”的倡议。11月，党的十八届三中全会《决定》明确了推进丝绸之路经济带、21世纪海上丝绸之路建设作为一项国策。

由于“一带一路”沿线涉及到六十多个国家、多个不同的法系及不同的法域，因此，要解决争端机制的设置及其模式问题，需要考虑到不同国家司法体制的差异性，且应当在求同存异的大框架下来共同探讨与协商，才能形成有效的解决机制。

“一带一路”战略的法治化，不仅是自身发展的需要，也是中国提升国际规则话语权的需要，目标是构建一个以国际贸易规则、投资规则和争端解决规则为核心内容的、代表21世纪最新国际经济法发展成果的国际条约体系，从而必将对21世纪国际贸易法、投资法和国际金融法等现代国际法产生重要而积极的深远影响。

二、“一带一路”建设可能涉及的国际争端种类

“一带一路”建设涉及多元主体，就争端类别来讲，包括国家与国家之间的争端，国家与个体（主要是企业）之间的争端、国际组织（如亚投行）与国家或个体之间的争端，不同国家个体之间的争端。根据争端领域的不同，又可以分为贸易争端、投资争端、融资争端、能源争端。

（一）国家之间的贸易争端

贸易合作是“一带一路”建设的重点内容。“一带一路”的大规模基础设施建设，容易带动国际贸易业务的繁荣，相应地也会增加贸易争端的可能性。由于沿线国家经济发展与开放水平很不均衡，半数国家没有签订任何区域性贸易协议，税区与非关税区的贸易壁垒不利于货物和服务的自由流动，“一带一路”构想的以货物贸易为载体带动资本性输出的贸易投资模式，容易遇到歧视待遇和非关税壁垒的阻碍。在缺乏统一贸易体系的背景下，上述问题容易引发国家间的贸易争端。

（二）东道国与投资者之间的投资争端

基础设施的互联互通是“一带一路”建设的优先领域。根据倡议规划，“一带一路”通过推进国际骨干通道建设，逐步形成连接亚洲各次区域以及亚欧非之间的基础设施网络。公路、铁路、港口、码头、水利等基础项目建设对东道国的经济运行和民生安全容易产生重大影响，而且沿线国家并非皆是政局稳定、政治清明的状态，存在着复杂的宗教、民族矛盾，恐怖主义、分裂主义和极端主义滋生蔓延。投资者与东道国极易因项目征收、外汇汇出、政府承诺、战争损害等原因产生纠纷。

（三）国际金融机构与融资主体之间的贷款争端

资金融通是“一带一路”建设的重要支撑。部分沿线国家因经济实力所限，基础设施建设中所需要的大量资金需要通过主权贷款或非主权贷款的方式从亚投行等多边金融机构融资。基础设施投资回收期长，盈利水平低，一旦作为贷款主体的国家出现经济危机或作为贷款主体的企业经营不善，会出现不能如期还款的可能。而贷款纠纷往往又牵连投资担保机构等担保方的利益，从而进一步引发其他系列争端。

（四）跨国能源交易与运输争端

“一带一路”沿线国家，特别是中东、中亚地区油气资源较为丰富，能源基础设施建设与运转是互联互通的重头戏。由于能源产业是一个完整的价值链，在能源投资、能源贸易、能源过境、环境保护等产业链的不同节点，纠纷争议的性质与解决方式都有不同，涉及主体也不只是能源交易国家和能源投资者，还可能包括与能源过境或环保问题相关联的第三方，争议解决更具复杂性。

三、现有争端解决机制在“一带一路”建设中的适用及存在的问题

（一）WTO争端解决机制的适用及存在的问题

WTO 争端解决机制对于有效解决成员国间的贸易争端、促进贸易法治起着重大推动作用。它被认为是目前世界范围内最具抱负的国际争端解决方式，但是这种争端解决方式在适用于“一带一路”国家间的贸易纠纷时，存在诸多问题。

首先，WTO 争端解决机制不能覆盖沿线所有国家之间的贸易争端。“一带一路”沿线的非WTO 成员国家有15个，沿线WTO成员国与非WTO成员国之间以及非WTO 成员国之间发生的贸易纠纷案件显然无法适用WTO 的争端解决机制。此外，许多国家自由贸易水平低，国内法治水平难以与国际标准接，WTO 国际争端解决机制在“一带一

路”建设过程中的适用范围有限。

其次，WTO争端解决机制在沿线区域内的适用效果不佳。在“一带一路”沿线的50个WTO 成员国中，除中国、印度、印度尼西亚、泰国、菲律宾、巴基斯坦之外，其他国家援用WTO争端解决机制的频次较少，发生在两个沿线国家之间使用WTO争端解决机制的案例更是少之又少。

再者，WTO 争端解决机制是全球化多边体制下的争端解决方式，是发达国家和发展中国家之间相互妥协的产物，需要照顾不同国家的发展程度和法律传统。而“一带一路”沿线国家多为发展中国家，且多为非普通法系国家，基于诉讼成本、程序规则以及对交叉报复的担忧等原因，适用WTO 争端解决机制存在主动性不强和能力不足的问题，甚至存在抵触情绪。

（二）ICSID 争端解决机制的适用及存在的问题

外国投资者与投资东道国之间在跨境投资方面的争议，国际通行的做法是提交“解决投资争议国际中心（ICSID）”来解决。ICSID采用临时仲裁庭裁决，而且是一审仲裁，没有上诉程序，其裁决的效力被视为败诉方国内最高法院的最终判决。但是这种争端解决机制在“一带一路”建设的适用过程中也存在一定的不足。

作为ICSID基础的《华盛顿公约》现有161 个成员国，“一带一路”沿线的65 个国家中有51个国家加入了该条约，另有3个国家虽然签署了条约，但尚未批准实施，包括印度、俄罗斯、泰国、越南在内的“一带一路”重要节点国家都游离于ICSID 机制之外。由于ICSID 在价值选择上倾向于对投资者利益的保护，轻视东道国主权利益的维护，容易对东道国的经济主权，甚至是公共利益产生损害。

“一带一路”的主要资本输入国家和资源地国出于“确保其控制自然资源的能力不会被那些缺乏灵活性的完全保护外国投资的条约所侵蚀”的考虑，很难接受ICSID 高标准条款的约束。此外，由于国际社会中尚不存在统一的多边投资协定，大多数的投资协定都是采取双边的样式，ICSID 据以做出裁决的法律依据存在较大差异。在仲裁实践中，仲裁庭随意对法律条款进行扩大解释，背离了东道国缔约时的初衷，加重了东道国的责任。仲裁裁决存在互不协调、相互冲突的现象，缺乏有效的上诉复核制度予以规范。

ICSID 实施的是追溯赔偿制，其适用的“及时、有效、充分”的赔偿标准，涉及赔偿金额巨大，容易对东道国施加较为沉重的财政负担，沿线国家特别是投资地国对ICSID机制普遍抱有畏惧和排斥心理。另外，“一带一路”沿线国家多为发展中国家，一般主张绝对的主权豁免，这也使得ICSID 的仲裁裁决面临执行难的问题。

（三）现有区域性争端解决机制的适用及存在的问题

“一带一路”沿线的65 个国家，许多国家都加入了多个双边或多边经贸协定，其中中国与沿线国家签订的双边投资协定就有42 个。除少数RTA具有准司法化解决争议的安排，大部分RTA的争端解决条款比较简单，多数条款选择通过协商解决争议，即便

保有仲裁等争议解决方式，也缺乏明确细致的安排。

通过对中国东盟自贸区（CAFTA）的《全面经济合作框架协议争端解决协议》与北美自由贸易区（NAFTA）的争端解决机制进行比较，可以看出“一带一路”现有区域争端解决机制存在的问题。CAFTA 规定了磋商、调解、仲裁3 种争端解决方式，而且仅限于解决国家之间的争端；而NAFTA 则包括了投资争端解决机制、反倾销与反补贴争议解决机制，一般争端解决机制以及其他争端解决机制4 套争端解决体系，涉及的范围包括了投资、贸易、环境、劳工在内的与经济合作相关的所有事项，涉及的主体不仅限于国家，还包括投资者等个人主体。虽然CAFTA 有一套自身的争端解决程序，但是十分简单，可操作性差。而NAFTA 的争端解决程序十分规范，当事方还可以自由选择包括WTO 争端解决程序在内的其他3 套国际仲裁程序规则，无疑更具有“多元性和贴身性”。相对于NAFTA，CAFTA机制在仲裁员选任、裁决复审与执行监督方面还都存在明显的不足。

另外，虽然沿线国家区域内已经存在了大量的区域性贸易协定，但使用效率低下。据统计，截至2013年1月，亚洲的自贸区协定已经达到了257个，超过了世界任何其他区域。但这些自贸区的实施效果并不佳，相比较欧洲和美洲等其他区域，亚洲贸易投资一体化进程仍然较低。根据有关学者的研究，亚洲主要国家对自贸协定使用的平均比例只有26%，即便是在一体化程度较高的东盟内部，这一比例也没有多大改变。总体来看，“一带一路”沿线现有区域内的争端解决机制大多处于虚置状态，内容构成和实践操作均难以满足需求，与全球性争端解决机制的竞合也不占优势，适用的实际效果远远落后于欧洲、美洲等其他区域内的争端解决机制。在“一带一路”沿线区域内，利用区域性机制解决争端少有先例。

（四）国际能源争端解决机制的适用及存在的问题

《能源宪章条约》（ECT）是全球第一个针对能源领域的多边条约，争端解决机制是是条约的核心与基石。ECT涵盖能源贸易、能源投资、能源过境、环境保护四方面的体系。对于能源贸易争端，WTO成员国可直接适用WTO争端机制，而针对非WTO成员国，ECT提供了类似WTO 争端专家组的争端解决模式。

在“一带一路”能源合作的争端解决过程中适用ECT机制也同样会遇到诸多问题。该机制的建立是由欧洲国家主导的，其成员主要包括西欧和前苏联的加盟共和国，大部分亚洲国家和非洲国家并没有加入该多边体系。伴随欧洲一体化进程和俄罗斯退出了临时适用，该体系的制度功能显著下降。特别是由于德英法国家对其热情不高，认为其“剩余价值”有限，该机制存在“领袖缺位”的问题。另外，ECT的条约义务过高，特别是其全面的准入后待遇，以及强制性的“投资者－国家争端解决机制”规定，高于一般的双边投资协定标准，沿线国家特别是发展中国家对此存有疑虑。

中国虽然与“一带”领域的多数ECT 成员国已经有长达20 年的能源合作，但中国

加入该组织并适用其中的争端解决机制还面临许多障碍。中国作为“一带一路”战略的主要推动者和区域能源的投资消费大国，游离于ECT 争端解决机制之外，大大削弱了该机制的影响力和效果。

（五）现有国际融资争端解决机制的适用与存在的问题

多边开发性金融机构与主权贷款国家签订的借款协议，一般被理解为“受国际法约束的国际协议”，因此争议排除了任何国内管辖的可能，一般通过国际仲裁来解决。作为世界银行贷款协议范本的《银行贷款协定和担保协定通则》规定，银行与借款人或担保人如果就贷款或担保协议产生争议或主张权利，任何一方可直接启动仲裁程序。仲裁裁决具有终极效力，银行有权向有管辖权的法院请求就裁决书做出判决或提出强制执行，而作为银行会员国的另一方则没有这种权利。其他区域性开发银行，包括由中国倡导建立的亚洲基础设施投资银行基本采纳了世界银行的这种解决争议的做法。而对于非主权贷款，国际上的实践比较倾向于采取国内诉讼的手段解决借款纠纷。

现行的体制做法将国际融资争端区分为主权贷款与非主权贷款，并采取不同的争端解决模式。由于主权贷款被视为国家间争端从而排除了国内司法管辖的可能，这种认识实际上是否定了融资贷款的商业属性，人为扩大了争议的边界和性质，而且由于国际法层面上缺乏针对贷款协议的具体规则，只能求助于抽象的一般法律原则来解决纠纷，其自身含义的不确定性也减损了贷款协议的金融价值。

“一带一路”建设以国家之间的政策互通为基础，其项目主要是涉及民生的基础设施，即便是非主权贷款都会存在政府背景，严格区分主权贷款与非主权贷款意义不大。由于主权贷款与非主权贷款在争端解决模式和法律适用上采取了不同的实践，极易造成实际操作上的混乱和结果的冲突。此外，在争端解决的实践中，由于贷款争议双方主体的特殊性和银行“优先贷款人”的特殊地位，银行与借款国家的贷款争议一般是通过协商方式解决的，现行机制中也缺少对协商、调解等非诉争端解决机制的细化制度。

四、建立“一带一路”战略背景下国际贸易争端解决机制的整体思路

（一）建立灵活多样的争端解决机制。

基于开放性和包容性的特征，“一带一路”战略并不追求与所有沿线国建立一个笼而统之的区域性“经济区”、而是旨在构建“宜双边即双边、宜多边即多边、以双边促进多边、以多边带动双边”的区域经贸合作机制；并且，该战略的内涵亦相当丰富，并不仅限于某一领域或者项目，而是着眼于多领域、多项目的经贸合作。具体而言，“一带一路”战略背景下的国际贸易争端解决机制并不要求中国与所有沿线国均必须恪守唯一一套争端解决体系、即争端解决的具体规则和程序，而是根据在现实中构建的区域经贸合作机制的客观情况，既可以在双边层面上亦可以在多边层面上，与不同的沿线国分别制定相应的争端解决规则和程序。

（二）以仲裁为主要手段解决国际争端。

根据争端解决方式的不同，有学者将争端解决机制划分为三类：第一类的争端解决方式以磋商、调停、调解等政治外交手段为主；第二类采取仲裁的争端解决方式；第三类则通过设立常设法院或者其他常设司法机构以解决争端。以仲裁的法律手段作为解决争端的主要方式的优势显而易见：原则上必须严格依照明确的法律规则解决争端；具有较为完备的、且独立于争端当事方的专门机构；事先制定有透明的、详细的程序规则；所作出的裁决对争端当事方具有强制的法律约束力等。因此，以仲裁为主要手段的解决方式，更加保证了解决争端过程的公平性和结果的可执行性，建立以仲裁为主要手段的争端解决机制，可以提高解决争端的效率和效果。

（三）不排斥以政治手段辅助国际争端解决

以仲裁为主要手段的争端解决机制，并不意味着排斥以政治手段辅助国际争端解决。建立争端当事方国家之间的对话机制、开展国家领导人或者贸易代表会议交流等包含磋商、调停、调解等内容在内的政治外交手段，同样是解决争端的重要举措，坚持在平等、互利的基础上，解决“一带一路”战略背景下的国际贸易争端。

五、建立“一带一路”战略背景下国际贸易争端解决机制的具体措施

（一）设立专门的争端解决机构。

在“一带一路”战略背景下建立国际争端解决机制，还要注意争端机构的完善和健全。在一些国家里，由于没有建立专门的争端解决机构，常常使国际争端解决变得麻烦和复杂，不能给当事者双方一个很好的交代。争端解决机构的设立，让以仲裁为主要手段的争端解决机制更加具有法律权威性和严肃性，同时，也保证了争端解决的进程，减免不必要的麻烦和繁琐。

1、仲裁机构的设置

根据便利性的原则，在所有“一带一路”参与国中根据所跨区域、具体条件等确定设置仲裁庭的总体数量，如7～8个国家分配一个名额，由各参与国提出申请，严格根据预先确定的标准进行筛选，包括从国家司法的成熟度与稳定性、仲裁方面的经验与历史、能为仲裁庭提供的硬件条件就设施配置等各方面进行综合考察、打分后集体协商确定。

2、仲裁规则和适用法律

现在国际上广为认可的仲裁规则是《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》，其不仅在临时仲裁中广为采用，而且也被一些仲裁机构作为自己的仲裁规则。除了适用相关国家的法律外，在货物买卖交易中，许多合同当事方选择使用《联合国国际货物销售合同公约》作为适用法律。因此，在“一带一路”仲裁机构中，这些规则和法律可以被引用或者参照适用。

（二）争端解决的管辖权的确定采取排除性管辖。

应当以排除性管辖的方式应对上述争端解决的管辖权冲突问题，即允许争端当事方自由地就将争端诉诸何者进行选择，不过，一旦争端解决的场所被选定并且相应的争端

解决程序随之开始，那么，已经开始了的争端解决程序即具有排他性，任何一方当事方均不得再向其他争端解决场所要求开展其他争端解决程序。这维护了争端解决机制的权威性和公平性，一旦确立一方机构的解决立场，那么，其他机构不能给予干涉。

（三）争端解决结果的执行尽可能地避免采取强制措施。

世界贸易争端解决机制常常具有一定的强制性，但是在解决国际争端问题时，过程可以保证强制性，但争端解决结果的执行应该尽可能地避免采取强制措施，应该更加注重执行结果的柔和性。倘若结果的执行采取强制措施，会带来一些不良影响，可能会挫伤国家之间贸易交流的积极性，没有法律保障的争端解决机制不完整，然而，争端解决机制的建立，也要讲究一定的灵活性，视当事者双方和情况而定，在争端结果的执行中，尽可能地避免采取强制措施。让和谐共处，互利共赢的“一带一路”策略从真正意义上实现自身的目标。

六、结语

建立“一带一路”战略背景下的国际贸易争端解决机制的宗旨，应当是使该机制能够更好地适应解决“一带一路”战略背景下的国际贸易争端的实际需要。由此，应当在充分考虑“一带一路”战略自身的特殊性，以及沿线国组成的复杂性，并且借鉴、吸收既有的国际贸易争端解决机制中的可取之处的基础上，建立可以根据实际情况的需要而相应地采取双边或者多边形式的、以仲裁的法律手段作为主要方式的争端解决机制。

作者单位：北京盈科（合肥）律师事务所

参考文献

[1]管俊兵：《“一带一路”语境下的中国区域贸易争端解决机制的模式选择》，《现代国企研究》2015 年第8 期，第21 页。

[2]张月娇：《“一带一路”战略实施的法律思考》，见王贵国编：《“一带一路”的国际法律视野》，杭州： 浙江大学出版社， 2016 年，第18 页。

[3]单文华： 《“一带一路”建设背景下中国加入〈能源宪章条约〉的成本收益分析》，《国际法研究》2016 第1 期，第39 页。

[4]《能源宪章组织对中国“一带一路”的看法》，中国能源网，2016 年7 月13 日，http： / /www. china5e. com/energy /news – 900518 – 1. html。

[5]邱达春、张燕：《浅析世界银行贷款协议的法律适用问题》，《合肥联合大学学报》2001 年第2 期，第1 页。

[6]温树英：《论国际仲裁在国际借贷领域的运用》，《当代法学》2002 年第3 期，第124 页。

[7]李薇薇：《论国际金融借贷中的仲裁》，《法学杂志》2002 年第5 期，第68 页。

[8]张超：《略论国际法治的维度、进度与向度》，《河南师范大学学报》2016 年第5 期，第67 页。

[9]何志鹏：《“一带一路”与国际制度的中国贡献》，《学习与探索》2016 年第9 期，第49 页。

浅析“一带一路”战略与青年律师的发展关系

周婷婷　王汉波

【摘　要】2013年9月和10月，习近平总书记在出访中亚和东南亚国家期间，先后提出共建“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”的重大倡议，得到国际社会高度关注和有关国家积极响应。“青年兴，则国家兴”!同样，青年律师是律师事业的希望和未来，也是律师事务所发展、壮大的重要因素。在经济全球化的发展背景下，“一带一路”政策将给青年律师提供更多的机遇与挑战。

【关键词】一带一路　青年律师　机遇 挑战 契机

“一带一路”（英文：The Belt and Road，缩写B&R）是“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”的简称。2013年9月和10月，习近平总书记在出访中亚和东南亚国家期间，先后提出共建“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”的重大倡议，得到国际社会高度关注和有关国家积极响应。推进“丝绸之路经济带”和“21世纪海上 丝绸之路”（简称“一带一路”）建设，是党中央、国务院 根据全球形势变化，统筹国际国内两个大局做出的重大战略决策，其实质是将充分依靠中国与有关国家既有的双多边机制，借助既有的、行之有效的区域合作平台，一带一路旨在借用古代丝绸之路的历史符号，高举和平发展的旗帜，积极发展与沿线国家的经济合作伙伴关系，共同打造政治互信、经济融合、文化包容的利益共同体、命运共同体和责任共同体。这对推进中华民族伟大复兴进程，促进世界和平发展，都具有划时代的重大意义。

当前，中国在谋求自身和平发展的同时，不断通过促进对外贸易、对外投资的形式推动地区和世界各国的经济发展，“一带一路”的战略构想顺应了我国对外开放区域结构转型的需要，还顺应了我国产业要素流动转型和国际产业转移的需要，促进我国与其他经济合作国家结构转变。建设“一带一路”是一项造福沿线各国人民的伟大事业，将得到沿线各国的广泛欢迎。周边及沿线国家能够以“搭便车”的形式提高自身的经济发展，并反向推动“一带一路”战略成为我国新的经济增长点。一带一路”沿线国家中部分国家的法律体制不尽完善，法律制度较为复杂，中国企业走出去，外国企业走进来，或者中外企业合作，法律的保护和救济必不可少。如何将我国依法治国的战略思想同实施“一带一路”战略相结合，如何通过法律措施来解决阻碍“一带一路”战略顺利推进的障碍。其中作为维护法律公平与正义的重要一员——律师，他们在这个大环境下将起

着举足轻重的作用。“青年兴，则国家兴”！同样，青年律师是律师事业的希望和未来，也是律师事务所发展、壮大的重要因素。律师事务所的发展与青年律师的成长是相辅相成的，在某种意义上说，青年律师的成长过程就是律师事务所的成长过程。

在“一带一路”战略框架下，构建律师行业的战略规划，是律师行业对国家战略的积极响应，也是律师行业业务拓展、律师协会能力建设、律师事务所管理效能提升、律师个体发展的极好契机。在实证调研的基础上，就构建律师行业服务“一带一路”战略规划，提出我国律师行业应对“一带一路”战略的对策有着重要的现实意义。

一、“一带一路”战略下我省律师行业的总体现状

截至2017年4月，我省有律师8809人，对于我省的总体需求来说是比较饱和的状态，这必然导致律师行业的竞争压力越来越大。众所周知，律师这个行业拼的是能力与经验，越是经验丰富的资深律师越容易受当事人的信赖，相比之下那些刚执业的青年律师则在当事人的选择上就处于了劣势，从而也导致青年律师对职业前景发展没有足够的信息，更有的甚至中途而废不愿意继续坚持自己的“律师梦”。

二、青年律师的执业与生存困境的现实考量

很多青年律师怀揣着梦想坚苦奋斗，甚至有的经过几番周折方才通过了国家司法考试，取得了法律职业资格证书，当他们踏入这个充满挑战和机遇的行业时候，希望尽快实现自己的人生价值改变自己乃至整个家庭的经济状况，殊不知理想与现实差距很大，由于该行业的特殊性，青年律师在执业之初面临的种种困境考验着每个初涉此领域的法律人士。导致这种困境的原因很多，现通过分析对于青年律师存在的普遍问题分析如下：

（一）社会交流面比较狭窄，人际关系相对简单，案件资源贫乏。

这是所有青年律师面临的一个重要难题。在中国，目前大多律师的案源主要来自于：在案件实践中寻找和积累；律师个人的知名度；人际关系网络等。然而一个入行时间不久的青年律师他们的人脉关系需要慢慢积累，并且又没有足够的社会资源和办案经验，所以很难找到相应的案源，但是案源又决定着律师个人的收入，如果律师没有案源就很难积累经验，从而就会形成一种恶性循环。

（二）经济收入较低，压力大，生活比较困难。

律师属于自由职业者，表现为自给自足。没有底薪，多劳多得、不劳不得，具有极大的不稳定性。对于青年律师来说，执业初期收入较少、生活困难、经济压力大这些局面已经成为多数青年律师无法言表的尴尬，由于理论和现实差距太大，实践经验和客户资源较少加之业务水平有限，案子较少收取的代理费较低，除去律师事务所的发展基金以及扣掉的税费以后难以保障温饱。在这种状态下，青年律师的生活质量普遍偏差，俗话说经济基础决定上层建筑，如果连生存下去都困难，怎能不阻碍青年律师发展进步的步伐?

（三）公众对青年律师的信任程度不高，导致青年律师缺乏对职业前景的信心。

社会生活中由于律师提供法律服务具有很强的特殊性、专业性和个体性，公众对青年律师的信任度较低，觉得年轻人缺乏经验不利于案件的有效办理，其实换个角度来考虑，这与找老医生看病是一个道理，青年律师由于实务经验较少，提供的法律服务本身存在一定程度的欠缺，不能有效满足案件委托人的需求，工作得不到应有的社会肯定，从而导致青年律师对职业前景信心不足，部分人因此丧失对律师行业的美好憧憬。

（四）对自己缺乏信心，以至不能坚定信心，比较迷茫。

青年律师执业初期仅依靠自己在校学的专业知识并不能够应对社会生活中遇到的形形色色的法律问题，由于没有执业经验，接触案件的机会又少，处理案件时自己就会缺乏信心，便心生胆怯不敢轻易发表自己的意见，前怕狼后怕虎，容易阻碍自身的发展。再一个就是青年律师感觉从事律师行业压力过大，社会地位偏低找不到自己的发展方向，容易陷入迷茫状态。

（五）对执业规划、专业选择以及案源开拓等执业技巧方面，缺乏实践经验。

现在有的青年律师成名心切，功利心强；有的则眼高手低，自尊心太强，放不下架子导致大案办不来，小案又不办，稍有点成绩就想跳槽，另立门户。俗话说“十年磨一剑”，“梅花香自苦寒来”，每一个成名的律师背后都有一本心酸奋斗史。入道没几年就成功的青年律师不能说没有，但是概率非常少，所以，不能操之过急，否则则适得其反。同时青年律师的案件来源比较单一，大都靠亲戚朋友的推荐。但亲戚朋友推荐的案源最多形成一个点，不能形成面式分布的案源，不能从根本上以及长久上解决青年律师的发展问题。 为此，青年律师应该多参加各种活动，从而能够宣传自己推销自己。例如参加青年律师沙龙，青年论坛等活动，能够加强自身的理论知识同时也能带来自己的影响力。

三、“一带一路”战略为律师行业带来发展机遇

经过上述可知青年律师的执业道路坎坷不断，但青年律师的发展前景并不是一直这样被阻碍恶性循环下去。“一带一路”战略是当前也是未来我国重要的国家战略，其对于促进对外开放、推进供给侧改革、提高人民币国际化等均具有不可替代的重要功用。“一带一路”战略对中国未来经济的深刻影响同时也为律师行业搭建了广阔的执业平台，但因我国当前“一带一路”法律供给不足、律师行业涉外执业能力欠缺以及沿线国家法制环境千差万别等导致具有较大的执业风险。面对挑战，律师行业应通过加强职业培训、参加涉外法律实践、与立法司法机关沟通交流、对外合作等一系列行动，妥善化解各类风险，早日迎接大变革时代律师行业的美好前景。

（一）青年律师在“一带一路”战略下将会有更多的机遇

1、“一带一路”战略框架亟需国际经贸法律人才。

无论是上至国家层面的外交活动，下至企业在沿线国家开展的投资贸易活动，均需要有上位法的支撑。国家在未来势必要开展一系列缔结条约、开展立法与修法的活动，

这其中均需要法律专家、司法从业者以及律师的参与。未来参与“一带一路”法律服务的律师应该具备如下几个基本素质：

第一，应具有法律的全球视野。能超越国内法的传统思维，从比较法、国际法的视角去观察和思考涉外问题，律师只有着眼于法的全球，方能合理、科学、公平、公正、高效地适用法律。

第二，应掌握两门以上的外语，熟悉国际经贸法律实践。能顺利运用外语进行交流，并能参与域外取证、外国法律适用、在外国应诉等诸般法律实践。这对广大青年律师来说是个很大的机遇，青年律师在经验上相对于老律师的确会薄弱点，但他们的学习能力记忆能力是比较强的，学习并掌握多门语言对青年律师来说比较容易达到的。从而能让青年律师在涉外法律实践中另辟蹊径，崭露头角。

第三，应具有国际法学或比较法学的学科背景。随着经济国际化的发展，国家对法学教育的开展也越来越国际化，国际法学、国际经济与贸易等法学学科也是在不断的完善与更新中。青年律师能够学习到与时俱进的法学知识，对于国际化的法律关系熟烂于心，运用起来也会得心应手。

总之，在“一带一路”框架下提供法律服务，需要熟悉国际经贸法律的专业律师。律师行业将成为“一带一路”法制化的重要践行者、推动者和维护者。

2、“一带一路”战略为青年律师创造了广阔的执业前景。

从我国当前的律师执业现状来看，能胜任“一带一路”法务要求的律师凤毛麟角。最新统计数据显示：截止2015年年底，全国律师总人数达到29.7万人之多，2016年势必突破30万人大关。而根据上一年度的数据显示，能办理涉外法律业务的律师人数则不足3000人。这也反映出我国目前的律师执业群体在服务“一带一路”建设方面的不足，同时也反映出这方面人才的重大缺口。

未来国家需要相应培养和锻造一大批能够驾驭涉外案件各个门类的律师，以使其投身于这一伟大的工程。可以预见，随着“一带一路”框架下国际合作的加强，越来越多的涉外律师将会脱颖而出。

（二）“一带一路”战略为青年律师带来诸多挑战

当前“一带一路”的发展尚处在政策的初级阶段，并未有效的制度供给。因此，未来律师行业也面临着诸多挑战。概括起来，这些挑战主要包括：

第一，“一带一路”战略的法律顶层设计不足，为律师执业带来较多风险。

由于当前有关“一带一路”的各项业务缺乏明确的上位法的指引，律师在适用法律解决案件纷争的时候，往往会陷入于法无据的窘境。如在财政上，关于“一带一路”缺乏明确的年度预算和决算。在公司法、证券法、三资企业法等方面均缺乏有效的政策安排。

第二，“一带一路”沿线存在着局部不稳定因素，对未来律师职业能力提出更高要

求。使得刚执业且又缺乏丰富社会经验的青年律师来说，这样的挑战对难免会让他们力不从心。“一带一路”沿线国家与地区存在着诸如民族问题、宗教冲突、极端主义、恐怖主义、政局动荡等各类安全威胁。因此“一带一路”的项目推进能否符合各方的共同利益，仍是未定之数，需要律师在从事法律服务时，谨慎评估可能发生的各类商业风险甚至政治风险。

第三，法律体系不健全，青年律师需要深入了解各国或地区法治环境。

由于“一带一路”沿线的的国家和地区具有不同的法律传统，且法律发达和完善程度各不同。这对青年律师娴熟运用冲突规范解决法律争议，广泛涉猎研究各国重要民商事法律文件，同时紧密结合国际条约和国际商事惯例提出了很高的要求。

（三）“一带一路”战略为青年律师执业国际化提供良好契机

总体而言，“一带一路”给中国的律师行业带来了很大冲击，使之呈现出机遇与挑战并存的状态。“一带一路”将为我国青年律师执业的国际化提供了良好契机，但需要青年律师做好以下几点：

第一、在国际化的道路上：要早做准备，通过广泛的学习、交流、参加研讨，并组织翻译和研读“一带一路”沿线各个国家的有关法律，熟悉其投资营商环境和法律制度。为下一步的法律服务工作打好坚实基础。同时积极着手参加涉外法律实践，在实践中广泛积累办案经验，熟悉涉外案件的法律流程；能够结合案件的具体情况灵活使用各类冲突规范，并了解境外法律文书的送达、境外取证的流程。积极参加外国法院、仲裁庭以及国际仲裁庭的涉外案件的应诉与答辩。为进一步参加“一带一路”法律实践积累充足的经验。

第二、在专业化的建设上：首先，需要大批律师具有专业化的知识结构，无论是司法行政机关还是协会都应当加强律师的继续教育和培训，广开培训渠道，尽快有针对性地培养一批专业人才。从长远看，律师业专业化是大势所趋，逐步实现律师业务专业化、管理专业化，是未来实现国际化的基础。如此，才能做大做强律师行业，更好地为国家经济社会建设服务。其次，创造机会参加中央和地方的立法工作，为各级立法呈交良好的立法建议。通过与立法机关的沟通、合作，为“一带一路”的科学立法提供建议，促进相关立法的制定、修改和完善。律师协会应聘请国际法、比较法、涉外经济法等领域的专家学者开展“一带一路”律师业务的专题培训。使更多律师尽早熟悉国际经贸案件的办案特点、办案方法，使其获得充分的知识储备。

第三、在团队化的建设上：积极参加对外交流，在法律允许的范围内与“一带一路”的律师同行开展合作，取长补短，熟悉当地法律，合作办案。

第四、在品牌化的建设上：建立境外投资业务律师交流平台和机制。一些省（自治区）律协与周边国家律协虽有过互访，但没有建立起长效的交流机制。建议由全国律协和沿边省市的律协牵头与“一带一路”沿线国家的全国律协或首都律协建立工作交流机

制。同时，建立一个推荐律师和律师事务所名单的机制，使“走出去”“走进来”的企业选择法律服务提供商更有保障、更有操作性。律协应通过组织宣讲团、举办投资贸易论坛等形式，建立一个服务走出去企业的平台和机制，由律师事务所到企业宣讲，通过成功和失败的案例，宣讲律师介入的作用，培养律师法律服务市场。

第五、青年律师在选择专业的方向上要做专家而非杂学家。例如做诉讼专职律师可以选择劳动争议、婚姻家庭、房地产和建设工程等方面；另外非诉专职律师可以选择投融资、建设工程项目风险管理、留学、企业人力资源合规化管理和风险防控、公司治理及股权争议等方面。

第六、选择专业化的方向同时要不断进行理论研究，实践需要强大的理论知识支撑。首先，要学会不断创新，可以通过书写论文文章等方式创造法律成果，写论文可以重温知识，使思维更缜密，提高独立思考能力。其次要进行全面的专业学习，定期参加涉及专业的政策、法律、法规活动，并且对其专业性进行分析和研究，增加知识储备量。

第七、学会团队化合作，并且通过团队化建设树立团队独特的品牌化。传统的执业思维大都是“各人自扫门前雪，休管他人瓦上霜”，古语有云 “人不为己，天诛天灭”，很多律师不懂得分享蛋糕，只想着独享。但是也有俗话说“众人拾柴火焰高”，“没有完美的个人，只有完美的团队”，这句话很好地诠释了团队合作的优势。通过团队化合作，1.可以更有效地整合资源，发挥集体的智慧和力量，为客户提供更加优质的服务；2.通过明确的内部分工，优化人力资源配置，可最大程度发挥律师的专业水平，更好地促进团队专业化发展；3.通过团队制度构建，完善对律师的激励、惩罚和培训等制度，更好地规范律师行为，使得团队里的律师不会像一盘散沙；4.通过传播有价值的团队文化，能够加强律师的向心力和凝聚力，提升律师的幸福感和归属感。5.能够更好构建专业化法律服务流程，实现从一般化服务到专业化服务的转变，将法律服务具化为法律产品，形成鲜明的服务品牌。

总之，青年律师应及时把握“一带一路”所带来的历史机遇，通过坚持学习、不断实践、评估、纠正等，培养越来越多的适合“一带一路”战略的国际经贸法律实务人才。通过开展培训、广泛参加立法咨询与建议、积极发展对外合作，以初期集体作战的方式，不断探索提高业务水平，为“一带一路”战略法律制度的发展贡献自己的力量。只要青年律师能够坚定信念、努力奋斗相信青年律师一定能够在自己的执业生涯中大有成就。

作者单位：北京盈科（合肥）律师事务所

参考文献：

[1]陈宜：《一带路战略下律师行业的机遇与挑战》，中国司法·2016年第3期 35页，中国政法大学教授；

[2]“一带一路”战略下律师行业面临的机遇与挑战”，河东长安网，政法纵横，2016-09-07；

[3]“浅析青年律师的发展之路”，百度搜索。

“一带一路”背景下印度药品专利保护制度与思考

李燕茹

【摘　要】印度是“一带一路”沿线重要国家，针对印度药品专利保护制度的研究对我国解决药品专利权与公共健康权的矛盾具有借鉴与反思意义。知识产权的私权属性与公共属性决定了药品专利权与公共健康权间的冲突，印度司法在这两者中更倾向于保护公共健康权。该价值取向缓解了印度的公共健康压力，促进了仿制药行业的快速发展。然而，该价值取向使印度司法对药品专利的“可专利性”提出了严苛的要求，阻碍了增量创新；同时使得针对药品专利的强制许可频繁发生。以上问题严重阻碍了当地原研药产业的发展，也无法从根本上解决药品可及性低下的问题。中国与印度虽同为发展中大国，原研药研发基础薄弱，公共健康压力较大；但中国研发投入巨大，经济转型与产业升级需求迫切，致力于成为制药强国的决心坚定，因而并不适用于“印度模式”。但针对“印度模式”的研究对我国与国际药企谈判的策略选择、体现司法的人文关怀以及“一带一路”建设的专利风险规避等均具有积极意义。

【关键词】知识产权　强制许可制度　原研药　仿制药　创新驱动发展战略

印度是“一带一路”沿线重要国家，与中国同为最大的发展中国家，经济发展迅速。国际社会上关于中印“龙象之争”的讨论一直不绝于耳。2015年一起“中国抗癌药代购第一人”的案件再次引发舆论关于中印两国对比的热烈讨论。陆勇患有慢性白血病，需要服用瑞士诺华公司生产的专利抗癌药“格列卫”，国内售价约2.35万一盒，医保无法报销；而生产于印度的“格列卫”仿制药仅4000元一盒，甚至可降至200元一盒的“团购价”，且与专利药药效相当。陆勇除给自己购药外，还帮助病友代购，人数达数千人，后被湖南省沅江市检察院以销售假药罪等罪名提起公诉。这一案件背后所折射出的，是世界各国、尤其是发展中国家所面临的知识产权与公共健康权间日趋尖锐的矛盾，以及中印两国司法对这种矛盾的价值判断。本文将围绕以下问题展开论述：印度关于药品专利权保护的价值取向与内在逻辑是什么？产生的影响如何？对我国药品专利保护制度以及“一带一路”战略实施能带来怎样的思考？

一、印度药品专利权保护的价值取向

1994年WTO的《与贸易有关的的知识产权协定》（即TRIPS协议）首次将药品纳入专利的保护范围；2001年WTO发表的《TRIPS与公共健康多哈宣言》（即《多哈宣言》）为协调知识产权与公共健康权的冲突，规定 “每个成员有权不经权利持有人的同意颁布强制实施许可，并有权自由决定颁布强制实施许可的理由”，并明确了成员平行进口的权利；2005年通过《TRIPS协议修订议定书》，目的是让贫穷的WTO成员国更易获取廉价的仿制药品。尽管如此，各国关于药品专利强制许可的案例并不多见，但印度是个例外。

印度人口数量庞大、科研能力相对薄弱、社会卫生健康情况堪忧，因而自始就对药品专利权的独占性非常警惕。1970年，印度的第一个《专利法》中明确规定，药品本身不具备“可专利性”（Patentability）；后来印度《专利法》几经修改，明确将药品作为专利进行保护，但对药品的可专利性进行了非常严格的限定，规定“以下不构成本专利法所称之发明：仅仅发现已知物质的新形态，且该新形态与已知物质相比在功效上并未增进… …为达到本条设立之目的，盐、酯、醚、多晶型、异构物… …和其他已知物质的衍生物应被认为是相同物质。除非其在功效及特性上有显著差异”。这一规定可能是世界上首次针对“增量创新”进行专门限定的立法举动，在通常认为可专利性的三个标准检验，即新颖性、创造性和实用性外，建立了一个特别的、额外的标准，阻止了一些专利的授权，尽管这些专利是新颖的、非显而易见的且具有工业实用性。这一规定使得大批原研药企通过对一个单一产品获得多个独立专利来延长其专利保护的企图落空。例如，文首提到的诺华公司就曾提出对改进后的“格列卫”进行专利保护的要求，但被印度最高法院以该条规定否决，使得诺华公司药品专利“长青”的目的无法实现，也因而使得印度药企可以合法、免费地生产“格列卫”仿制药品，这也是印度“格列卫”的价格远低于我国的原因。

更为重要的是，印度在《专利法》中专门确立了专利强制许可制度，规定“因公共利益、国家安全、印度传统、公共健康等原因，国家可以对专利实施强制许可”，并在2005年《专利法修正案》中规定“允许强制许可下的印度仿制药出口到无相关生产能力的地区和国家”，极大地鼓励了印度本国的仿制药生产企业提出强制许可的申请。此外，印度《专利法》对提出强制许可申请的主体几乎不加限定，“任何利益相关者”；对药品提出强制许可的条件也非常宽泛，“不足以满足公众的需求”或“公众不能以可支付价格获得该药品”或“该药品未能在印度境内使用”；最后，强制许可后对专利权人的补偿几乎微乎其微[1]。例如，德国拜耳医药公司研发的治疗晚期肾细胞癌和肝细胞癌特效专利药索拉非尼于2008年获得印度药品专利，印度最大的制药公司Natco向拜耳公司请求生产许可未果后，向印度专利局申请该药品的强制许可，理由为“拜耳公司不能充分实施该药品专利”；尽管该理由较为牵强，但却获得印度专利局的认可并很快通过，

从而Natco公司可合法生产索拉非尼的仿制药，仅需支付拜耳公司该仿制药销售额的6%作为该专利的特许权使用费。

通过以上分析不难看出，在公共健康权与药品专利权之间的权衡中，印度立法与司法实践更倾向于公共健康权，对药品专利常青现象进行了严格限制，也不承认药品增量创新的可专利性。

二、印度药品专利权保护价值取向的内在逻辑

（1）专利权的特殊属性

为了理解印度药品专利权保护价值取向的内在逻辑，首先必须理解专利权的特殊属性。

作为一种知识产权，专利权属于民事权利，具有私权属性，如TRIPS在序言中明确表示“知识产权为私权”。作为私权，知识产权的权利主体不仅可以要求其他一般私人对之勿加侵扰，对于国家权力，亦有权要求其不得违法侵害[2]。知识产权（包括专利权）的私权本质决定了权利主体对知识产品（如专利）拥有无可置疑的独占权。另一方面，作为知识产权的具体承载形式，即知识产品却具有公共产品属性，一旦被生产，非常容易被其他主体所使用或复制。生产知识产品的固定成本很高，使用的边际成本却非常低，这种不平衡使得生产者要收回知识产品研究与开发的固定成本非常困难。因而，必须对知识产品予以产权化，通过专利等形式授予首创者们以独占权，以保障知识财产的创造者可收回其成本。

尽管是一种私权，知识产权却具有很强的公共性与社会性，关系到社会公共利益。例如，思想被认为是人类的集体财富，知识产权制度对思想的产品赋予产权，却禁止思想被独占，不容许成为私有财产。著作权法保护思想的表现形式，但却对思想本身不提供保护。对于专利而言，虽然专利的产生很大程度上要依赖权利主体的聪明才智与发明创造，但却需要建立在人类经过长期积累形成的知识、经验、思维方式及科学范式等基础上，即所有的发明创造、科学研究都是在人类知识共同体的基础上获得的进步，因而也理应成为人类知识共同体的构成部分。另一方面，科学技术高度发展、社会分工极度分化的今天，单枪匹马从事科研的年代早已过去，相当部分的发明专利、尤其是药品专利，通常离不开国家财政的大力支持，这也决定了药品专利的权利主体负有关注社会公共利益的义务。正因为如此，TRIPS在明确“知识产权为私权”的同时，也强调了其对相关公共政策目标的关注。

正因为知识产品具有私权性与社会性的双重属性，各国司法长期面临知识产权与社会公共权利间的两难境地，药品专利权与公共健康权间的冲突可谓这种困境的集中体现。印度、巴西、泰国等发展中国家在这种两难境地中优先突出了知识产品的社会属性，倾向于选择保护公共健康权；美国、西欧等发达国家则倾向于突出社会产品的私权属性，在全球范围内谋求实现加强药品专利保护、延长专利保护期的目的。

（2）印度司法的现实选择

除了法理基础，印度等国司法优先选择公共健康权也是基于诸多现实因素的无奈之举。

首先，印度等发展中国家基础医疗设施落后、人身健康保障手段有限，面临的公共健康压力非常紧迫。印度的医疗条件远落后于国际平均水平，据统计，2012年印度死亡人口约为980万人，其中77%死于疾病和健康问题[3]。印度也是目前全球感染艾滋病人数最多的国家之一。由于地质原因，印度是全球地下水砷污染最严重的国家之一。砷具有较强的毒性，也是已知的强致癌物。由于基础设施建设落后，大量地区缺乏基本的饮水处理设施，因而大量国民不得不长期饮用砷含量超标的地下水。

其次，尽管面临巨大的公共健康压力，印度政府在医疗卫生方面的总支出却极为有限。2012年该支出仅占GDP的3.8%（同年中国为5.4%），2015年甚至下降到1.2%（同年中国为6.0%），远低于全球平均值的5.4%[4]。政府卫生费用投入的不足进一步加剧了印度的公共健康压力，低下的行政效率和严重的贪腐问题也让印度公共健康状况实现根本好转的愿景在短期内难以实现。

最后，印度的原研药研发能力严重滞后。这是发展中国家共同面临的困境，由于历史上积累的不足以及原研药研发的巨大科技、资金投入的要求，绝大部分发展中国家均不具备原研药研发能力。具体到印度，印度的科学研究水平整体较为落后，原研药研发能力较弱；国家财政在科学研究上的投入虽增长较快，但仍处于较低水平，难以支撑原研药开发的顺利进行；与原研药研发相关的配套产业，如化学工业、生物工业等发展也较为落后，也难以为原研药的研发创造良好的环境。在此情况下，印度司法转而支持仿制药的生产也不失为理性而现实的选择。

三、印度药品专利保护制度的影响

首先，维护了印度国民的生命健康权，医疗健康福祉得到保障。药品专利使得专利权人在市场上具有排他性垄断权利并且提高了药品价格。这对贫穷的中低收入国家，包括印度，产生了不利的影响，导致穷人无法负担必需的救命药品；当这成为一种普遍的社会现象时，无疑会对社会的健康发展产生恶劣影响，进一步加大了发展中国家与发达国家间的差距。印度的药品专利保护制度为仿制药的发展大开方便之门，客观上促进了大量仿制药及仿制药企的出现和发展，极大地提高了药品的可及性。以治疗乙型病毒性肝炎的拉米夫定为例，美国格拉索公司的专利药价格是每人每年3200美元以上，这对人均GDP仅1700美元左右的印度来说，绝大部分民众均难以承受；但印度制药企业希特罗的仿制药每人每年仅需花费不到100美元却能取得相近的治疗效果。同样，“格列卫”案件中，若瑞士诺华公司胜诉，印度市场上的药品价格将升高数十倍，将使得大量民众难以负担该种药品。

其次，保护印度本国制药企业的发展，使之可以通过生产仿制药来积累技术经验。

通过近几十年的发展，印度制药企业迅速崛起，在国际市场上也显示出了竞争优势，印度已成为世界仿制药的主要输出国之一。自1991年以来，印度制药业的年增长幅度保持在10％ 以上，远远高于印度国内的GDP增幅；印度政府税收中的15％ 来源于制药产业[5]。目前印度已发展成为世界第四大药品生产国，国内目前已有制药公司一万多家，部分印度制药企业通过直接收购美国本地药厂的方式进入美国医药市场，其产量占全球产量份额的8％ ，占国内产值的1. 5％。事实上，从印度代购抗癌药物不仅是本文中陆勇等人的选择，也是欧美等西方发达国家众多中低收入群体获得有效药物治疗的绝佳途径。

第三，印度廉价仿制药大量生产，满足本国公民需求的同时还大量销往国外，提供人道主义救援的“无国界医生”组织80％的抗艾滋病病毒药物是从印度采购的。这迎合了国际社会对于人权的重视和人道主义的弘扬，使得这一行为占据了道德的制高点，并为印度积累了良好的声誉与口碑。目前，印度已成为世界发展中国家的制药厂和药房，这也得益于印度司法对药品专利保护的价值取向。

四、我国对印度药品专利保护制度的思考

鉴于印度仿制药业的快速发展，很多学者开始思考印度模式应用于中国的可能性[6]。中国与印度具有相似的国情，均为人口众多、经济相对落后、原研药研发能力较弱且面临较严重公共健康压力的发展中大国，中国《专利法》第六章也为“专利强制许可”留下了较大的操作空间，规定“在国家出现紧急状态或者非常情况时，或者为了公共利益的目的”、“为了公共健康目的，对取得专利权的药品”可实施强制许可。那么，印度模式的专利强制许可是否适用于中国呢？本文基于以下考虑，认为“印度模式”中国化的尝试应该慎之又慎。

（1）应多维度、全面评价药品专利权与公共健康权的关系

大多数学者及公众仅关注到药品专利强制许可后原研药企的利益损失，却忽视了公众健康在这场博弈中所付出的代价。

首先，印度仿制药的快速发展事实上阻碍了医药科技创新。发达国家制药公司的发展模式基本上是依靠高昂的药价支撑巨大的药物研究投入，而印度政府将上述企业依靠大量投入得来的药品专利强制许可给本国制药企业，使得国际医药巨头的销量减少，利润下降。2013年，印度仿制药的问世使光谱制药公司的旗舰产品预计总受变为不到往年的一半，股票也迅速下跌37％[7]。不加限制地实施药品专利强制许可制度，必定会对医疗技术的创新造成不良影响。

其次，药品专利强制许可的实施可能会适得其反，反而恶化了药品可及性问题。例如泰国2006、2007 年颁布了对抗逆转录病毒药lopinavir/ritonavir 复合剂型的强制许可，该药物的专利权人Abbott 公司立即撤回了其新药在泰国的上市申请。高昂的研发和临床试验等成本、以及药物研发的巨大风险，是专利药物售价中最主要的构成部分。因此，

创新药企业显然无法在价格上与仿制药企业匹敌。就全球范围来说，药品专利强制许可虽可在短期内“惠及”大量民众，长期看来，却会将药物研究置于危险境地。

最后，如《多哈宣言》所关注的公共健康问题，“与艾滋病、结核病、疟疾以及其他传染病有关的”公共健康危机既不是药品专利所造成，也不能仅仅通过限制药品专利来解决。事实上，公共健康问题不应该成为专利权人的负担，或者说是不应当首先由专利权人来解决或者承担的。对于公共健康危机，首先应当承担责任的是本国政府，比如将治疗恶性病的专利药品纳入医疗保障的统筹范围，甚至为负担不起药费的病人免费分发药品等。

（2）应正确认识药品专利权与本土药企发展的关系

如前文所述，知识产权的生产成本很高，而使用的边际成本非常低，药品专利更是如此。据统计，平均需要10-15亿美元和12-15年的时间才能将一种新药推向市场；而一种新药从开发到最后上市，成功率甚至不到万分之一[8]。出于安全考虑，绝大部分国家新药上市均强制要求公开化学组成与比例，这使得原研药的仿制成本非常低。因而制药商只有通过专利保护才可收回其研发投资和承担商业风险的成本，获取利润，保护研发产品的积极性，推动医药产业良性循环。通过对专利药品实施强制许可，固然可以在短期内让本土药企获得巨大“发展”，甚至有可能在国际药品市场中占据一定地位；但这也传达出不支持原创研发的强烈信号，扼杀了本土药企投入资金和资源研发新药、从而实现仿制药企向原研药企转型升级的可能性。有效的药品专利权保护不仅可保障跨国药企的利益，更可为本土药企的升级发展免除了后顾之忧。

（3）应充分考虑中印国情的巨大差异

中印两国固然存在很多相似性，但也存在巨大的差异。中国经济与产业已发展到相当水平，正全面深化供给侧改革，加快实施创新驱动发展战略，各行业面临经济转型与产业升级的重大机遇，药品制造企业也不例外。近年来，我国一直是世界上研发投入增长最快的国家，2003-2013年平均年增长幅度为19.5%，在此期间全球研发支出增长额的1/3来自于中国。截止2013年，中国研发经费投入已达3360亿美元，居世界第二位，几乎等于欧盟所有国家研发经费总和，仅次于美国的4561亿美元[9]。立法与政策制定应当具有战略眼光与前瞻性，在可预见的未来，中国继续加大研发投入的趋势不会改变。尽管目前中国的本土药企原研药研发能力仍较弱，竞争力不强，但已在专利布局和策略上取得了很大进步。通过一项对我国500家药企的调查研究发现，2000-2013年这些企业年申请的药品专利数提高了11倍以上，年授权药品专利数提高了20倍以上[10]。相信随着大量研发经费的持续投入，中国将很快出现一批具有自主知识产权的本土原研药。如果中国法律为了短期利益放弃了对药品专利权的严格保护，无法为这些本土原研药及原研药企免除后顾之忧，那么可能就自动放弃了进军制药产业链上游的机会，不得不与印度争夺最大的仿制药生产国的地位；将不得不继续面对受制于人的局面，也面对突发情况时也

无法在与国际药企巨头的谈判中取得有利地位。

可能正是因为这些原因，我国法律对专利强制许可进行了非常严格的限定，在《涉及公共健康问题的专利强制许可办法》（以下简称强制许可办法）中规定专利强制许可的申请主体应为“国务院有关主管部门”，即卫生部，将其他单位和个人均排除在主体之外；将专利强制许可的药品范围局限于“治疗某种传染病的药品”，并明确规定的传染病应为艾滋病、肺结核、疟疾等容易导致公共健康问题的传染病，这与泰国、埃及、印度等发展中国家为心血管疾病、勃起功能障碍、癌症等非传染性疾病颁发药品强制许可形成了鲜明对比[11][12]。事实上，尽管我国《专利法》与强制许可办法中都为药品专利强制许可留下了操作空间，但即便在我国遭遇SARS、禽流感等残酷的公共健康危机时都未曾动用药品专利强制许可制度以谋求危机的缓和，这也反映了我国保护本土药企发展、谋求成为制药强国的坚定决心。

当然，印度的专利保护制度对我国也具有很大的启发意义。我国的相关法律法规为药品专利强制许可预留了操作空间，这也提示我国在未来的公共健康危机时，可以药品专利强制许可为谈判砝码，在与制药公司的药品价格谈判中取得有利地位，最大可能地缓和药品专利权与公共健康权的短期对立。在具体到个人时，法律应更多体现人文关怀，不能断绝任何一个身患绝症者的求生愿望。只要不以盈利为目标，患者有权采取自己认为有效的任何治疗措施，包括从印度等国代购仿制药等，法律不应对此进行干涉、也不应将其认定为非法。可喜的是，“中国抗癌药代购第一人”陆勇最终被免于起诉，湖南省沅江市检察院认为陆勇的行为不构成相应罪名，并表示“对陆勇定罪将背离刑事司法应有的价值观”，为这起案件画上了圆满的句号。

结论

药品专利有效保护了原研药企的利益和创新热情，却给发展中国家带来了严重的药品可及性问题。印度司法在药品专利权与公共健康权的权衡中更倾向于保护公共健康权，该价值取向使其对药品提出了更为严苛的“可专利性”要求、建立并频繁使用药品专利强制许可制度，缓解了国内的公共健康危机，并促进了印度仿制药行业的快速发展。然而，印度的专利权保护制度严重遏制了本土原研药企的发展，也无法从根本解决药品可及性问题；更为重要的是，中国与印度国情大为不同，研发投入巨大，并加快实施创新驱动发展战略，致力于原研药的研发生产，因而照搬“印度模式”的建议并不具备可行性。然而，“印度模式”对我国与国际药企的谈判策略选择及体现司法人文关怀等方面均具有启发意义。

另一方面，通过对印度药品专利保护模式的研究，也提醒我国在“一带一路”建设中应注意采取相应的专利风险防范措施。“一带一路”沿线有大量发展中国家，很多均借鉴或采用了“印度模式”，对专利强制许可的实施门槛较低。因而，在中国药企或其他行业进入相关国家时，可通过政府间签订双边协议等方式强化专利保护、延长专利保

护期限，尽力规避知识产权被所在国强制许可实施进而造成我国企业利益发生重大损失的情况。

作者单位：安徽天瑞律师事务所

参考文献：

[1]熊建军：《印度药品专利政策异化轨迹》，《辽宁医学院学报（社会科学版）》，2014年第1期，第7-10页。

[2]（日）美浓部达吉：《公法与私法》，中国政法大学出版社2003年版，第158-164页。

[3]世界卫生组织：《通过健康环境预防疾病：对环境风险疾病负担的全球评估（第二版）》，日内瓦，2016年。（http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/204585/1/9789241565196_eng.pdf?ua=1）

[4]世界卫生组织：《全球卫生统计（2016版）》，日内瓦，2016年。（http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/2016/en/）

[5]陈佳佳，徐怀伏：《印度药品专利强制许可实践及其对我国启示》，《中国医药技术经济与管理》，2013年第5期，第54-57页。

[6]殷莹，董丽：《发展中国家药品专利保护与公共健康的冲突与平衡》，《中国药业》，2105年第4期，第1-3页。

[7]郝敏：《药品专利强制许可制度在发展中国家的应用—从“抗癌药代购第一人”陆勇事件谈起》，《知识产权》，2015年第8期，第95-101页。

[8]彭辉：《药品专利保护与医药产业创新能力关联分析》，《淮阴工学院学报》，2014年第3期，第73-78页。

[9]王炼：《解读美国〈2016年科学与工程指标〉报告—全球主要国家研发投入和产出》，《全球科技经济瞭望》，2015年第6期，第57-64页。

[10]刘娜，何永志：《2000-2014年我国500家医药企业药品专利申请与持有情况》，《职业与健康》，2016年第19期，第2712-2715页。

[11]朴荣吉：《医药品专利与强制许可—以HIV. AIDS问题为中心》，《法治论丛》，2005年第1期，第139-142页。

[12]那力，景明浩：《印度“格列卫案”判决：解决知识产权及公共健康问题的新路径》，《河北法学》，2014年第12期，第19-25页。

海外并购风险之 CFIUS 审查及其应对策略

洪嘉玉

【摘　要】自2012年起，中国企业掀起了海外并购的浪潮。为了找寻更加先进的技术和管理方法，更丰富的资源和市场，从发达国家到发展中国家，中国企业斥资千亿投资海外。但是我们投出去的钱是否产生了相应的价值，有多少成功的案例？冷静细数，数字并不乐观。众所周知，海外并购存在许多重大风险，比如并购前不可预测的政治风险、交易时的价格调整机制和过渡期风险、并购后运营的水土不服、或受到其它不可抗力因素的影响。本文仅以美国的国家安全审查为切入点，讨论美国国家安全审查对中国企业海外并购的风险以及应对之策。

【关键词】海外并购　CFIUS　风险　应对策略

一、拨开云雾——CFIUS简介

CFIUS（The Committee on Foreign Investment in the United States ）美国外国投资委员会，是1975年5月美国杰拉尔德·福特总统颁布11858号行政法令设立的，对威胁或潜在威胁国家安全的交易进行立案调查的跨部门委员会，CFIUS有权停止、禁止或要求调整将对美国安全形成威胁的外国投资者对美国公司及资产的投资（包括合并、兼并、收购）。CFIUS对外国企业在美投资的成败起着举足轻重的作用。其行政权力来源于1950年美国国会通过的《国防生产法案》（The Defense Production Act of 1950—“DPA”）第721条，和2007年通过的《外国投资和国家安全法案》（The Foreign Investment Act of National Security Act of 2007—“FINSA”）。

CFIUS的成员由财政部部长（担任委员会主席）牵头，由司法部、商务部、国土资源部、能源部、国防部、国务院、美国贸易代表办公室、科技政策办公室、等其他美国总统或财政部认为适合的政府部门领导组成。与此同时，美国管理与预算办公室、经济顾问委员会、国家安全委员会、国家经济委员会、国土安全委员会作为观察员，在适当的时候参加CFIUS的活动。此外，值得注意的是，美国中央情报局（National Intelligence）虽然不作为CFIUS的成员参与决策，但是它会为每一次“一案一议”审议提供情报分析以便委员作出决策。从某种程度上，美国中央情报局能很大地影响决策的结果。CFIUS审议的相关文件具有保密性，外界无法了解CFIUS做出决定的真实理由及其判断标准，导致CFIUS的审核结果在海外并购中成为一个非常大的不可控因素。

根据CFIUS提交给美国国会的可公开最新报告《2014年度报告》显示：自2009年至2014年间，CFIUS共发出了627个调查通知，其中收购企业在审查中撤回交易的有20起，CFIUS发起复审调查的有244起，在复审调查后撤回交易的有47起，总统拒绝的对外投资1起。根据上述数据统计，627个调查通知中有68笔交易因CFIUS的调查失败，即10.8%的交易在CFIUS审查后被终止了。而不幸的是，中国自2011年到2014年间，每年稳居CFIUS发出调查通知最多国家的榜首。在这3年中，CFIUS向中国发出的审查或调查通知占其向全世界国家发出通知总量的19%，共68份。中国俨然已成为CFIUS的重点关注对象。新闻报道中不乏中国的跨国并购交易受到CFIUS拦路虎的阻挠，甚至CFIUS还阻挠了中国对美国以外国家的海外并购，其影响不可小觑。

尽管CFIUS具有强大政治影响力和经济影响力，但中国企业不应因此停下海外并购的不乏，我们应积极应对，研究CFIUS的审核机制并思考应对策略。

二、CFIUS的工作机制和审查特点——以中国海外并购为例

（一）CFIUS工作程序简述

根据美国《外国投资和国家安全法案》（“FINSA”）的规定，CFIUS的审查程序可以由总统或CFIUS成员主动启动，也可以由参与交易的任何一方在交易进行前自愿向CFIUS提请审查。在交易方按照要求向CFIUS提交审查所需的全部材料后，CFIUS正式开始立案审查。整个程序分为常规审查（routine review）、调查（investigation）、总统裁决（Action by the president）三个阶段。

CFIUS的常规审查一般为30天，常规审查后若CFIUS认为外国投资者的交易不属于《国防生产法案》和《外国投资和国家安全法案》中定义的“被管辖交易”（covered transaction），不会对美国的国家安全构成威胁或潜在威胁，就决定不予行动，通知相关方不进行进一步调查。但是，若CFIUS在常规审查中发现外国投资者的交易中出现以下三种情况：（1）交易会对美国国家安全造成威胁；（2）交易由外国政府控制；（3）交易会导致美国的关键基础设施转由外国人控制且该控制将对美国国家安全造成威胁。CFIUS将进入45天的调查期限，并要求交易方提供更多的交易信息和证据以消除CFIUS在国家安全方面的担忧和怀疑。此后，CFIUS会与交易方协商采取有效的减轻风险措施，通常做法是签署减轻风险协议（Mitigation Agreement）。减轻风险协议的内容通常会要求，交易方在CFIUS的监督下采取一些能减少对美国国家安全产生威胁的措施，如：限制外国公司接触敏感技术、服务或进入敏感场所（尤其是军事场所）、只有授权人员才能接触某些技术信息、只允许美国人处理某些产品或服务等限制。若交易方同意CFIUS提出的减轻风险协议，交易方在将来需接受CFIUS对减轻风险协议执行情况的监测。但若交易双方不愿接受减轻风险协议，则CFIUS将暗示交易方停止或暂停交易。若交易方不同意CFIUS的决定，则CFIUS可提请总统在15天内对该交易做出禁止交易或结束调查的最终裁决。

（二）CFIUS审查机制的特点

1、审查启动的随时性

根据《外国投资和国家安全法案》的规定，CFIUS可以在任何时候单方启动可能对国家安全构成影响的交易的审查或调查，甚至包括已完成的交易。远东金源集团（Far East Golden Resources Group）收购Nevada Gold Holdings的项目和三一重工的关联企业罗尔斯公司（Ralls Corporation）拟在美国俄勒冈州投资建设风力发电场项目，都在交易完成后被CFIUS撤销（在罗尔斯公司的案件中，美国总统命令撤资）。上述交易方在交易前未能主动向CFIUS申报，而CFIUS却在交易交割后要求其申报，造成了中国企业的巨大损失。

2、审查范围的无限延伸

美国法律对“威胁国家安全”并没有一个明确的法律定义和范围限定。根据常识，一般判断与国家安全相关的交易领域为：国家关键基础设施、能源、电信、军工、航空航天、矿产等涵盖国家基础资源和军事资源的行业。但实际上从中国被CFIUS拒绝的并购案例中我们可以发现，“威胁国家安全”的事项可能还能还与关键技术、交易项目的所在地等因素有关。比如自紫光股份入股西部数据（WD）的并购，因CFIUS担心芯片的使用会涉及到军工领域，而阻止了该交易。三一中国下属公司罗尔斯拟在俄勒冈州投资建设风力发电厂也因CFIUS的阻止而终止。从该项目的内容上看并无威胁美国国家安全的证据，因CFIUS反对理由的非公开性，我们无从得知CFIUS阻止的真正理由，媒体推测可能与4个风力发电厂的地点位于美国俄勒冈州的海军武器训练设施的限制空域范围之内有关。对于专业人士来说，预测CFIUS认为的“威胁国家安全”的范围着实需要丰富的想象力。

3、政治因素的不可控性

CFIUS的触角并不仅限于美国本土，甚至延伸到了美国领土以外的欧洲国家或其他美洲国家。2016年1月，飞利浦公司宣布由于CFIUS的反对，其已经停止向南昌工业控股集团有限公司出售Lumileds公司80%的股权，将寻求其他潜在买方的交易。交易方表示CFIUS的反对是出乎双方意料之外的，谁也不会料到美国政府会反对一桩照明设备的买卖交易。媒体从Lumileds的具体情况分析，CFIUS阻止的理由可能是（1）虽然公司是照明领域，但交易的内容包含一种可以利用于军事追踪的半导体材料，（2）中国投资者被怀疑有“中国政府”支持，并非基于单纯商业目的。同年，总统奥巴马发布总统令，根据CFIUS的评估报告，以“交易可能威胁美国国家安全”为由，阻止了中国福建宏芯基金收购德国半导体公司爱思强公司。很明显，中国企业与欧洲的并购交易也成为了CFIUS的审查目标，CFIUS因其强大的经济和政治影响力，成为我国企业海外并购时难以避免的障碍。

三、CFIUS审查的应对策略

鉴于CFIUS对中国投资者的特殊“偏爱”，中国企业在海外并购时不得不承担比其他国家更多的风险和额外成本。应对CFIUS的审查风险是一个系统性工程，我们需要从舆论、政治、法律上中做出更多的努力：

1、保持政治和法律敏感度——提前布局

中国企业在决定收购目标公司前，应聘请专业中介机构（律师、商业顾问）调查目标企业的背景、行业、地点、资质、资产和客户，评估交易是否存在潜在风险。若目标公司与美国政府存在密切关系，或享有政府的机密信息，或涉及政府或国防合同，或是地理位置紧临美国军事场所等敏感区域，或存在其他会导致CFIUS异常敏感的情况。中国企业在商业可能的情况下，可考虑提前剥离敏感性资产，或选择其他交易对象。

同时，在商业目的允许的情况下，中国企业可以选择合资或参股的方式进行海外投资，尽量避免以收购、并购、兼并等敏感的“控制”方式进行海外投资。

2、提前与CFIUS会面沟通，主动提出审查通知。与CFIUS坦诚相见能体现我们透明、诚实的态度，而被动等待则不是一个好兆头，中国企业曾经有过教训。2010年5月和2012年3月，在华为200万美元收购小型科技公司三叶公司和三一通过在美国关联公司罗尔斯收购美国风力发电场的两起收购中，两家公司都没有事前主动申报，而是在CFIUS的要求下才提交申报材料，最终处于不利地位。为最大程度地减少损失，中国公司和交易对方可在审核前要求与CFIUS会面，与相关决策人员沟通交易的敏感问题，赢得决策者的信任，获得审核的主动权。

3、增强公关意识，积极开展游说。根据《外国投资和国家安全法案》的规定，国会议员可以向CFIUS就审核提出建议和意见，由此影响国家安全审查的启动和通过。中国企业应提前做好准备，积极与当地政府官员、国会议员以及公众进行沟通：强调并购交易给美国公众带来的积极作用，比如增加就业机会、促进新产业投资等益处；并承诺被收购公司的劳动用工、基础设施等重要事项保持不变；在社会公众面前创造一个友好的外国投资者形象。

（二）吸取失败经验，避开地雷

1、地雷之一——交易主体身份是否涉及政府控制。根据美国《外国投资和国家安全法案》的规定，当外国投资者在美国的交易被外国政府控制时，CFIUS应该启动国家安全审查。交易是否被外国政府控制的一个判断标准就是投资主体是否为国有企业，是否获得政府支持。而中国进行海外并购的企业中国有企业占比不少，这也是中国成为CFIUS审查重灾区的原因之一。因此若收购主体为国有企业时，中国企业应做好CFIUS审查的心理准备和解释策略。

2、地雷之二——交易内容和地理位置是否威胁国家安全。尽管“国家安全”是一个故意被美国政府模糊化的概念，但一般涉及到先进技术制造业、国防工业或军用、卫星

雷达、航空航天、关键设施和能源、美国禁止出口的技术研发、政府合同（包括联邦、州和地方级政府）、矿业、港口、交通、外国政府控制的并购交易都将受到CFIUS的严格审查。

《国防生产法案》第721条（f）项列举了总统和其指定代理人在决定交易是否威胁国家安全时应考虑的11个方面，分别是：（1）已投建国防产品的国内生产情况；（2）国内产业的生产能力（人力资源、产品、科技、材料和其他供给）是否能满足美国的国防需求；（3）外国人通过商业行为控制国内产业后对国防安全的影响；（4）军事设备、产品、科技交易的潜在影响；（5）对美国在国家安全领域技术的全球领先地位的影响；（6）美国关键基础设施、国家主要能源资产交易对的国家安全的潜在影响；（7）美国关键科学技术对国家安全的潜在影响；（8）交易是否被外国政府控制；（9）对美国核武器不扩散行动和反恐行动执行的影响；（10）美国对能源或重要资源和矿产的长期需求；（11）其他总统或美国外国投资委员会认为在审核和调查中应考虑的合理因素。

除此之外，CFIUS提交给美国国会的《2014年度报告》提示了影响国家安全的新走向：CFIUS发现越来越多的外国政府或公司用联合方式、有策略地收购参与重点科技研发或制造等领先产业（例如半导体科技）的美国公司，并认为“投资场所临近军事基地、制造用于国家安全先进技术的（包括半导体、网络及数据安全产品及其他“军民两用”品）、被来自核不扩散国家和其他国家安全相关有问题记录的外国人收购的、被有危害美国安全记录的外国人士收购”的交易是CFIUS未来应重点关注的领域。

如此宽泛的考虑因素，就不难解释为什么中国企业和荷兰飞利浦的“灯泡”交易能被CFIUS认定为威胁国家安全了。中国企业在进行海外并购前可以参照上述范围，提前考虑交易内容的涉及美国国家安全的敏感度，适时调整交易资产和并购方案。

3、地雷三——交易是否具有商业逻辑。中国企业海外并购往往资金充裕，不缺钱花，然而有时过高的收购价反而引起了的CFIUS的注意和警惕。如果交易对价的并不符合正常的商业逻辑，CFIUS会怀疑价高的背后并购的真实目的是否会对美国国家安全产生不利影响。所以中国企业应合理对待交易对价，不能一味地加价。2016年，中国化工以430亿美元的对价击败孟山都460亿美元的对价并购瑞士先正达就是一个成功先例，该收购也经过了CFIUS的同意。在该案例中，中国企业通过与先正达在战略协同、价值创造、特别是企业文化契合性等方面达成了共识，最终以低价战胜了的出价更高的孟山都，值得借鉴。

（三）周密制定合同条款减低风险

CFIUS的风险因素作为交割先决条件在海外并购交易的谈判中成为一个关键问题。对中国投资者而言，CFIUS的审批风险比对美国目标公司的风险更加巨大，因此需在交易文件中详细规划该风险的处理。

1、中国企业应在法律文件中预留足够的时间完成CFIUS审查（不包括准备申报材

料的时间，一个完整的CFIUS审查程序需要75天时间）。若交易方在法定期限内不能提交CFIUS要求的材料，或CFIUS决定以附加减轻风险措施为条件批准交易，而交易方需要额外的时间对具体条款进行审核、考虑和谈判，交易双方可以撤回申报准备好后再重新向CFIUS申报。因此，中国企业应在合同中为CFIUS的审查完成预留充足的额外时间或延长条件，并确保时间的灵活性。

2、合理约定买方在获取政府审批时所需的努力程度。在获取政府审批的权责方面，买方应当采用何种程度地努力义务经常成为并购交易谈判的焦点。如果约定买方应承担“排除万难的义务”（Hell or high Water obligation），往往也会要求购买方接受CFIUS提出不合理的减轻风险协议，这将大大影响海外并购商业目标的实现，也是极不合理的。中国企业应在谈判中避免承担“排除万难的义务”，承诺承担“合理的努力义务”（Reasonable Endeavors）或“商业合理努力义务”（Commercially Reasonable Endeavors）。此外，原则上，中国企业不应承担CFIUS审核不通过的风险，因为CFIUS的审核标准并不透明，变幻莫测，由购买方承担政府审批不能通过的风险并不公平合理。再次，交易文件应对审批未获得通过导致的时间和金钱方面的损失的承担和分配做出具体约定，中国企业应在谈判中取得CFIUS未通过安全审批时无责退出并购交易的权利。

3、预测CFIUS行动，量化审批的可妥协条件。CFIUS在审查中如果进入调查阶段后，往往会要求并购方提供”Mitigation Plan”（减轻风险计划），要求并购方剥离有与国家安全利益相关的资产。为防止减轻风险计划的要求不合理导致交易失败后，买方支付“反向分手费”的风险，中国企业应在交易文件中约定：具体哪些减轻风险措施是买方可以接受的，哪些减轻风险措施已违背商业目的是买方不能接受的，并约定买方因此而退出交易不用支付任何费用。

结语

中国企业目前还处于海外并购的探索阶段，对欧美发达国家制定的游戏规则并不熟稔。虽然明知前路充满荆棘、风险重重，但是我们的企业家还是满怀爱国激情、创业热情在海外并购的丛林中勇敢穿梭。律师作为资本市场不可缺少的一员，也应当抓住时代的契机，利用自己的专业知识技能为企业家进军海外之路添加绵薄之力。

作者：安徽天禾律师事务所

参考文献：

[1]《Section 721 of the Defense Production Act of 1950， 50 U.S.C. App. 2170》，U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY，https：//www.treasury.gov/resource-center/international/foreign-investment/Documents/Section-721-Amend.pdf，2017年7月9日访问。

[2]《FOREIGN INVESTMENT AND NATIONAL SECURITY ACT OF 2007》，U.S.

DEPARTMENT OF THE TREASURY，https：//www.treasury.gov/resource-center/international/foreign-investment/Documents/FINSA.pdf，2017年7月9日访问。

[3]《CFIUS Reform： Guidance on National Security Considerations》，U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY，https：//www.treasury.gov/resource-center/international/foreign-investment/Documents/GuidanceSummary_12012008.pdf，2017年7月9日访问。

[4]《 COMMITTEE ON FOREIGN INVESTMENT IN THE UNITED STATES-ANNUAL REPORT TO CONGRESS-Report Period：CY2014-publicl version》，U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY，https：//www.treasury.gov/resource-center/international/foreign-investment/Documents/Annual%20Report%20to%20Congress%20for%20CY2014.pdf，2017年7月9日访问。

[5]《Composition of CFIUS》，U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY，https：//www.treasury.gov/resource-center/international/foreign-investment/Pages/cfius-members.aspx，2017年7月9日访问。

[6]瑞生国际律师事务所华盛顿办事处合伙人：《CFIUS报告：中国投资者仍是主要受查对象》，《财新网》，2016年3月17日。

[7]李小兵：《案例分析：如何破解海外并购之“堵”局？》，《上海证券报》，2016年3月1日。

[8] 陆大安、徐建（Squire Sanders （US） LLP）：《CFIUS审查：所有在美投资者都应谨记的事项！》，载律联网，http：//hk.lexiscnweb.com/clr/view_article.php?clr_id=82&clr_article_id=1005，2017年7月10日访问。

[9] 刘瑞隆、吴敏珊、郑翠苗及Keith Gerver（Cadwalader Wickersham & Taft LLP）：《在美国进行投资：中国投资者对CFIUS的疑虑》，载LEXOLOGY，http：//www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2f8b2aa9-1447-4c30-acce-2def5b819c55，2017年7月10日访问。

[10]《中国企业如何防范美国投资安全审查风险》，中华人民共和国商务部贸易救济调查局，http：//trb.mofcom.gov.cn/article/zuixindt/201509/20150901109066.shtml，2017年7月9日访问。

[11]Farhad Jalinous & Karalyn Meany Mildorf（美国凯寿律师事务所）：《中国公司如何在美国成功投资：为中国公司在美国外国投资委员会（CFIUS）的审查程序中指明方向》，载新浪博客网，http：//blog.sina.com.cn/s/blog_4f6185dc0102uwhe.html，2017年7月10日访问。

[12]高弘、袁黎明、Laura Fraedrich、Bevin M.B. Newman、D. Grayson Yeargin、Chad O. Dorr、Chase D. Kaniecki、Lindsey M. Nelson，众达华盛顿办公室的律师Gabrielle

Pritsker：《CFIUS年度报告透露了哪些信息》，http：//www.jonesday.com/zh-CHS/offices_lang/，2017年7月11日访问。

[13]张伟华：《并购大时代-资本的谋略与实战》，中国法制出版社2017年1月出版，第144-147页。

[14]张伟华：《海外并购交易全程实务指南与案例评析》，中国法制出版社2016年1月出版，第496-499页。

“一带一路”背景下我国海外投资并购的机遇与挑战

项多章　谢文俊

【摘　要】近年伴随“走出去”政策推广与实施，海外投资呈现爆发趋势。虽然海外投资者面临各式各样风险，如东道主风险、经济风险、社会文化政治风险、法律政策风险，但中国海外投资者应当抓住由“一带一路”政策所带来的的重大机遇。为确保“一带一路”得到落实，不仅政府仍须简政放权，而且海外投资者自身也需要进一步提高自身竞争力以及建立良好风险规避机制。

【关键词】海外投资并购　机遇　挑战

“一带一路”政策所影响的经济规模超过几十万亿美元，辐射亚非欧三大洲和五大洋。“一带一路”政策体现为，中国愿意与这些新兴国家、经济体合作来让双边经济更进一步发展，从而达到开阔互利合作的投资前景。“一带一路”实际上与“走出去”等其他国家重大政策、战略相辅相成。在“一带一路”政策的影响下，我国海外投资并购速度以及影响力速度飞快提升，同时，对世界在政治文化经济等各个方面也已产生了巨大的影响。

一、“一带一路”的机遇

海外并购是海外投资并购者通过一定的渠道和支付手段将来得到另一公司主要资产或能对经营产生影响力的股份。这里所指的渠道，“包括并购企业直接向目标企业投资，或通过目标国所在地的子公司进行并购两种形式。这里所指的支付手段，包括支付现金、从金融机构贷款、以股换股和发债等方式”。[6]同时，间接并购是指并购公司不直接向目标公司提出并购要求，而是以高于目标公司股票市价的价格在证券市场上大量收购其股票，从而达到控制该公司的目的。[7]

近年来，好几起海外投资并购事件，比如：吉利并购沃尔沃；联想收购IBM。但中国海外投资并购者不仅面临机遇的同时，仍面临着诸多挑战。

从经济发展来说，总体上看中国大多主要行业出现产能过剩，须向国外进行产品输出以方便解决产能过剩。虽然我国经济已经腾飞，GDP总值也超越日本，并成为全球第

二大经济体，但仍缺乏核心技术在各种领域。为了进一步掌握核心技术，中国必须“走出去”。中国已经获得大量的美元储备在这么多年的贸易顺差中，客观上有输出资本的能力。从实践来说，“一带一路”政策能加强中国与其周边国家在各个领域合作与创新。中国应当把握历史机遇，与各个国家建立起长期合作共赢的关系。

在当今工业4.0、“互联网＋”的时代，高科技行业也是被中国跨国公司投资的重点领域。我国的高科技产业带来了不可估量的商机在“一带一路”沿路发展中国家和贫困地区。中国跨国公司应向“一带一路”沿线国家和地区提供发达国家所不愿提供的高科技信息服务。近期被中兴通信收购法国阿尔卡特朗讯企业网业务，以及被联想收购摩托罗拉智能手机业务，均能反映出中国企业跨国投资并购趋势。

（一）劳动力外包的普及

随着我国劳动法律日益完善，以及人民综合素质水平的提高，很多工厂出现用工荒的情况。由于印度的劳动力成本仅为国内的1/9，越来越多的跨国公司愿意将自己的劳务外包给印度公司做。劳动外包指的是一些高科技技公司为降低其自身人力资源成本，把劳务产业外包给发展中国家的劳务公司。发展中国家也愿意承包这些人力资源的业务，因为这可以解决当地就业问题。富士康等一大批劳务外包的企业，最近仍在探索海外劳务市场，这些企业会成为之后“一带一路”海外投资劳动力外包的主力，同时我国很多高科技公司也会考虑将自己低端劳务外包给一些发展中国家。

（二）电子商务的发展

面临商业机遇，具有自主购买、选择、在线支付、金融贷款、安全等功能的B2B电商平台比很多传统电商平台，优势要大得多。2014年后随经济发展，淘宝等各种网上商城的普及，中国人对海外奢侈品的需求旺盛。很多中国人不再通过网上代购、海外淘宝来满足以上需求，进而去奢侈品生产地区进行消费。不过中国人在购买奢侈品时，仍会面临许多问题与麻烦。电子商务并不保证平台所交易的商品质量问题，导致买家与卖家法律纠纷日益增多。又由于经手的公司层层加价，一些商品价格比出厂价高出太多。传统平台这些不利必然导致阿里巴巴的为首的B2B电商平台模式会在“一带一路”沿路国家得到进一步的推广。这对于互联网高科技的企业来说是无可厚非的机遇。

（三）基础建设的扩大

由于“一带一路”政策沿路国家的基础设施并不完善，同时这些国家政府也乐意将部分建设工程发包给中国海外投资者。为进一进步鼓励中国跨国公司，不仅当地国家提供适当的税收减免，而且我们国家也会大力扶持在关税减免、政策帮助等方面。这些象征国家友谊的基础建设得到了当地民众普遍支持。如今涉及基础建设的海外投资者受益于“一带一路”战略，不仅已经在非洲、东欧、拉美等国家站稳了脚跟，而且为我国二级建设市场提供巨大的机遇。

（四）重工业高科技发展

中国外交不仅仅有“乒乓外交”，还要有＂高铁外交＂。随着中国国家领导人在出访中多次为发展中国家提供舒适、廉价的高铁建设，再到后来推广到一般重工业领域其他建设。这些对于那些饱受西方技术封锁的国家来说，真是所谓的福音。这些重工业高科技给“一带一路”沿途国家代理经济的腾飞。伴随“一带一路”战略的推广，这些拥有重工业的高科技产业公司也会成为对外投资并购的主力。

二、一带一路的投资并购所面临的挑战

“一带一路”的政策实施，并非一帆风顺，其仍会面临很多挑战以及风险，主要包括东道主风险、社会文化风险、经济风险、法律政策风险等。想要开展海外并购业务的企业一定要防范未然。在“一带一路”的政策指导下，海外投资者应对相应风险做好全面准确的评估，从而制定有效的应对方案从而确保万无一失。

（一）东道主风险

东道国所属国法律风险主要指因为被并购企业所属国即东道国对并购行为做出法律管制而引起的风险。[1]中国提出“一带一路”战略，得到了许多国家的支持，但也有很多反对的声音，给“一带一路”带来了严峻的挑战。一方面，我国“一带一路”政策的出台与实施，给很多其他国家带来影响与变革，使得这些国家作出对策以促进经济的提升。另一方面，“一带一路”沿线国家尤其是那些政局变化反复的东道主国家，仍存在＂反中国＂呼声，这给“一带一路”政策带来负面影响。

（二）环境风险

由于我国海外投资重工业行业易造成当地环境污染，非洲、拉美等资源丰富的国家地区环境脆弱、法律不健全、监督机构不完整，又因为我国海外投资者公司环保思维不先进，最后导致当地环境遭到不可逆转损害，引发当地人民强烈不满。故，海外投资者应对环境保护问题足够的重视。近年来，我国企业在境外的投资因多次造成东道国生态破坏和环境污染而被称为“掠夺性发展”、“中国环境威胁论”、“中国生态倾销论”等声音不绝于耳。[3]

（三）社会文化政治风险

日益增长海外投资规模并购并购本所导致风险加大，不仅海外投资者应当建立更为完善的风险规避体系，政府也要签订相应的双边协议。双边投资协议中设置例外条款是平衡和协调投资者，保护东道国国家安全、公共利益的“安全阀”。[2]“一带一路”的实施面临很多社会文化问题，一方面包括传统社会文化问题，另一方面包括非传统社会文化问题。所谓大国博弈这种传统社会文化政治问题我们耳熟能详，而恐怖主义、网络安全等非传统安全问题我们也不能忽视。“一带一路”沿线国家的文化与我国的有较大差异，在海外投资并购时投资者不能放松警惕在文化方面。虽然我国“一带一路”政策目的为促进多变国家地区的经济、文化的发展，但我国政府对我国海外投资者仍要进行必要保护。

（四）法律政策风险

以美国为例，美国于1890年颁布的《谢尔曼反托拉斯法》是反不正当竞争法，之后于1914年颁布的《联邦贸易委员会法》和《克莱顿法》对垄断协议和独占行为进行了禁止，对企业集中和合并行为进行了限制。[4]1992年美国对《横向并购指南》的修订，采用赫芬达尔—赫希曼指数来评价市场集中度，确定了不利于竞争的并购标准是看并购公司是否变为控制市场的企业。[5]由于沿路国家法律的，与我国的有重大的差异，海外投资并购应当权衡利弊，积极咨询相应的律师事务所，来达到对法律风险慎重处理。

三、国家对“一带一路”的风险防范

（一）法律完善

伴随对海外投资并购规模、数量进一步扩大，我国政府为鼓励海外投资，仍进一步简政放权，并落实在法律上。其中，我国境外审核制度产生以下的演变：审批制——>核准备案——>“备案为主、核准为辅”。

1991年的《关于编制、审批境外投资项目的项目建议书和可行性研究报告的规定》以及2003年的《关于做好境外投资审批试点工作有关问题的通知》，不仅确定海外投资审批制度，而且后者更简政放权，即审批手续更简化，同时沿海试点城市以及地区的政府享有被下放的一般事项的审批权。

2004年《关于投资体制改革的规定》以及2009年《境外投资管理办法》，不仅将境外投资审批制更改为核准备案制，而且后者更简政放权，即审批程序和内容更简化，同时让地方政府享有对外投资审批权限权利。

伴随“一带一路”政策提出发展落实，政府会进一步简政放权并落实在法律上。2014年新修订《境外投资管理办法》，废止了之前核准备案制度，确立“备案为主、核准为辅”的制度。同时商务部预计将在本年年底前出台《境外投资条例》草案，以便更好保障海外投资者合法权益。

（二）外汇保障

为配合“一带一路”政策落实，《关于进一步改进和调整资本项目外汇管理政策的通知》确定将境内机构境外直接投资前期额度由10万美元上升到300万美元，并将自己全部审核权限下放至全国各个分支局。《国家外汇管理局关于进一步简化和改进直接投资外汇管理政策的通知》以及《国家外汇管理局关于改革外商投资企业资本金结汇管理方式的通知》，不仅取消外汇登记核准制度，而且也确定了外国投资者可凭自己意愿来结汇外资本金。这些法律以及规章制度更好满足海外投资者经营以及资金运作需要。

（三）税务保障

2017年3月，中国同54个“一带一路”沿线国家以及其他发展中国家，以上共计105个国家地区，签订包括不限于税收安排、税收协议等其他税收协定。这些协定推动海外国家与我国合作交流，并促进文化交流。税务总局为方便对外投资者，制作36份国别指

南，其中23份是针对“一带一路”沿线国家，也为海外投资并购者提供被其普遍欢迎的咨询服务。

税务机关在了解到，部分海外投资者在海外各国尤其是“一带一路”的国家涉及税收法律纠纷之时，主动向海外投资者普及有关涉税法律以及相关协约，并告知其有关和解程序。这些不仅有力维护其海外税收的权益，而且保障海外投资者合法权利。为进一步方便海外投资者，税务机关为海外投资公司开展相关的培训以及税收政策专题讲课，告知其合理避税，规避相关法律风险。

四、关于“一带一路”的建议

海外投资之复杂不仅需要政府的帮助，也需要企业自身建立良好风险防范以及投资机制。

政府应继续将自身职能从管理型不断转化为服务型，根据我国现行法律，我国政府对于海外并购政策虽然已经转化为“备案为主、核准为辅”，但仍有几百项投资并购项目需要被核准，其简政放权的力度仍然不够。由于政府对海外投资企业进行过多的管理与控制，导致海外投资者产生不必要风险。政府要制定国家实施海外并购的中长期发展规划和战略，明确国家鼓励的投资方式和行业，在政府职能上完成由“管制”到“服务”的转变。[8]

对于政府而言，减少核准以及备案时间、进一步简政放权需要被落实在在法律上面。中国政府应当尽快出具《境外投资条例》，以便让海外投资者做好基本风险防范。毕竟简政放权减少海外投资者决策时间，使得其将决策更侧重于市场，也反映中国政府鼓励海外投资的决心。由于海外投资涉及大量外汇使用，简政放权也有利于外汇的快速被使用，以减少海外投资者违约风险。简政放权更有利于被投资领域的进一步扩大，有利于海外投资者进一步“走出去”。

其次，政府应出台良好政策配套“一带一路”。海外并购投资取得成功关键在于各方的共同努力。“走出去”以及“一带一路”政策体系中国政府进一步改革开放以及深化改革的决心表现。试着想一想，如果海外投资者若没有政策的扶持帮助，那么海外投资者面临海外投资的诸多风险与挑战，其稍有不慎便会面临巨大亏损。投资的壁垒减少，有利于公司到海外的公平竞争。

政府应进一步提供财政以及税收优惠政策的支持。由于海外投资并购需要大量外汇的支持，政府拥有巨大的外汇储备。其在外汇结算方面，可以为中国企业提供帮助，比如减少对外汇使用限制，以及通过税收抵扣的方式来完善税收优惠政策。政府应当继续和“一带一路”政策所影响沿途国家和地区签订了避免双重征税的协议来保障海外投资者合法权益，同时这些协议也被中国法律所落实确定。近期出台的税收法律有利于海外投资并购，但需要进一步完善。相对于发达国家而言，我国外汇使用限制多，同时税收优惠小。这些不利于我国海外投资者在国际市场上与当地企业以及其他国家海外投资者

进行竞争。针对这种情况，中国政府应加大税收优惠力度、减少外汇使用、兑换的限制。中国政府不仅须简政放权之外，还应对企业海外并购给予引导，告知其在投资国中税收、法律、政策风险，以便让其尽快作好防范。

最后，外交协助和多边协议一样重要。涉及到最惠国待遇原则的多边条约的签订能体现政府在外交上对海外投资并购者保护与支持。对于尚未签订的双边协议，“一带一路”沿途国家与中国签订、修订多边协议时，应确保中国能获得其提供给他已经签订的类似国家一样的优惠待遇。

对于海外投资者而言，仍需要适当聘用第三方中立机构来为海外投资并购保驾护航，因为海外投并购涉及信息多、法律问题复杂以及搜集信息、法律融资等复杂性，已经超过海外投资者评估能力。同时，就算是收购结束后，也或涉及其与投资所在国监管机构之间的法律纠纷或者被投资企业自身债务众多而产生大量的法律纠纷，而导致被收购的企业无法正常经营。以上这些都需要专门的机构来处理，海外投资者应当权衡利弊做出最有力的的选择。

作者单位：安徽众佳律师事务所

“一带一路”战略下我国著作权刑事保护的完善

王少恒　赵晓玲

【摘　要】“一带一路”战略实施过程涉及到许多国家和地区，不同国家和地区的著作权刑事保护制度存在很大差异，而在经济高速发展的当今世界，知识产权经济作为一种新兴的经济产业越来越受到各国的重视，我国著作权的法律保护也随之完善，著作权的刑事保护以刑罚的严厉性和教育性充分发挥其法律保护的最后屏障作用，严厉打击侵犯著作权犯罪行为，现在立法上对于刑事保护还不够完善，修改犯罪目的，扩大入罪侵权行为方式，完善刑罚体系，打击赝品等完善建议不容忽视，保护著作权发展知识经济是现代国家综合国力提高的重要方式。

【关键词】一带一路　著作权侵权　著作权的刑事保护　刑事保护的完善

“一带一路”是“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”的简称。2013年11月，“一带一路”被记入《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中，并在2014年12月召开的中央经济工作会议上被列为2015年经济工作的主要任务之一。

“一带一路”战略涉及多个国家和地区，各国著作权刑事保护制度差异势必在知识产权保护问题上存在碰撞和冲突。随着经济的高速发展，我国知识产权侵权案件的迅猛增长，知识产权的审理工作存在着诸多困难。2014年北京、上海、广州知识产权法院相继成立，知识产权法院的成立确保了案件裁判结果的一致性，更有利于保护知识产权的发展。但是知识产权法院侧重民事与行政方面的保护，关于刑事保护仍然不足。著作权内容是知识产权的重要内容之一，著作权因其特殊的属性，即作品一经完成，自动产生著作权，无须履行法律上的任何程序，所以侵犯著作权的行为也随之猖獗。本文从著作权的刑事保护切入，对比国外相关国家著作权刑事保护的优点，分析“一带一路”战略构想所处的知识产权环境，以此来探讨我国著作权刑事保护的完善。

一、“一带一路”战略下著作权刑事保护的现状

（一）我国著作权刑事保护制度现状

《中华人民共和国著作权法》（以下简称《著作权法》）在1990年审议通过，至2001年经过第一次修正之后，2010年进行了第二次的修正。修正后的《著作权法》仅在第48条用抽象的文字描述了侵犯著作权的刑事责任，即“构成犯罪的，依法追究刑事责任”[1]。修正后的《著作权法》没有具体规定侵犯著作权的行为，以及侵犯著作权具体的罪

责刑。但是当前社会，侵犯著作权的犯罪日益增多，为了更好的解决实际中存在的问题，相关法律纷纷作出相应的规定。

1、《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）对侵犯著作权的规定

1979年《刑法》关于侵犯著作权犯罪没有相关具体的规定，只是对假冒商标的行为规定给予一定的刑事处罚。1997年《刑法》在1979年《刑法》没有具体规定犯罪的基础上，在其第217条规定了侵犯著作权罪以及第218条规定了销售侵权复制品罪。根据犯罪构成四要件理论，解读一下《刑法》第217条的规定，根据该规定，此罪侵犯的客体是国家著作权管理制度、他人的著作权以及与著作权相关的某些权益。在客观方面上侵犯著作权罪侵犯的是著作权以及与著作权相关的权益，并且情节严重的行为。此罪的主体为一般主体，单位也构成此罪。另外此罪的主观方面为故意，且以营利为目的。

2、其他相关法律法规对侵犯著作权的规定

1998年《最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《非法出版物解释》）第二条对《刑法》第217条规定的违法所得数额进行了详细的规定，分别详细规定了“违法所得数额较大”以及“有其他特别严重情节”、“违法所得数额巨大”以及“有其他特别严重情节”。2004年12月通过的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《应用解释》）第5条将《非法出版物解释》中的数额进行了一个调整，对非法经营数额和违法所得数额都降低了标准，另外，在 “其他严重情节”中增加了一项即“复制作品数量1000份以上的”。《应用解释》第11条“以刊登收费广告.....情形”属于《刑法》第217条的“以营利为目的”。2006年通过的《信息网络传播权保护条例》就部分侵犯著作权行为、规避版权技术保护措施行为和破坏权利管理信息系统规定了刑事责任，初步实现了著作权民事立法与刑事立法的协调[2]。

通过对我国著作权刑事保护的立法梳理，可以看出我国对著作权的刑事保护还不够成熟，《刑法》关于著作权的立法规定过于不足，相关司法解释等规定也有待完善。因此有必要借鉴国外相关国家对著作权刑事保护的规定来启发我国这一制度的发展和完善。

（二）国际著作权刑事保护制度现状

国外关于著作权的刑事保护规定较国内有其优胜之处。美国在十九世纪的时候已经开始对著作权规定刑事保护，在此后的发展中一直为顺应时代发展不断修正立法；法国在1992年就已将分散的相关立法汇编，制定了世界上第一部《法国知识产权法典》，其著作权刑事保护规定对我国刑事保护制度的完善也有重要的借鉴作用。

1、美国著作权刑事保护的相关规定

美国仅在建国117年就成为第一世界经济体，其最主要的原因是美国注重对知识产权的发展和保护，在2012年美国发布了《知识产权和美国经济：聚焦产业》报告，报告

表明2011年知识产权的经济贡献在美国GDP中达到了37%，成为了美国核心的竞争力[3]。另外，美国对著作权的刑事保护规定的也十分详细。《美国法典》第17编第5章中的第506条详细规定了侵犯著作权罪的行为，另外，在保护目的上，美国对著作权的刑事保护不同于我国法律规定的注重侵权人获利而是注重著作权人的损失，这样从受害者的角度维护其权益，更能使民众接受。另外在刑责规定上，“如果有证据证明侵权行为主观上为了商业收益或者私人经济利益的目的，客观上在180天内对于1件或多件零售价值在2500美元以上，受著作权保护的作品复制或发行了至少10件复制品或录音制品。”[4]由此可见，美国关于侵犯著作权犯罪的起刑点规定得较低。

2、法国著作权刑事保护的相关规定

法国关于著作权刑事保护是采取以知识产权法典为主线，另外以刑法典的相应规定为补充的模式。这样的制度较为灵活，知识产权法典与刑法典相辅相成，在著作权刑事保护方面也共通共行。而相比于我国，我国关于著作权刑事保护的规定主要集中在《刑法》及相关司法解释中，单行的《著作权法》对刑事保护的规定甚少。另外，法国知识产权法典对于侵犯著作权的规定较为具体，除了关于著作权犯罪的规定，也规定了著作权邻接权的处罚，法国知识产权法典的这一规定，是将著作权与著作权邻接权进行了区分，具体化了侵权行为，即做到根据侵权行为方式的不同对应不同的规定。在刑罚的规定上，法国刑法典注重罚金刑的运用，并且，其重视度已经可以将其冠以主刑的地位，法国的这一做法是为了以高额的罚金来震慑违法犯罪分子。

二、“一带一路”背景下加强著作权刑事保护的价值

现如今，在竞争日益激烈的市场经济体制下，侵犯著作权的行为日益猖獗，民事和行政方面的保护已经不能完全遏制住违法犯罪分子的气焰，此时刑罚的严厉性和教育性应该充分发挥其法律保护的最后屏障作用，严厉打击侵犯著作权犯罪行为，保护市场经济体制。因此需要从刑事法律上对著作权进行保护。

（一）其他制度保护的不足

当代社会主义市场经济体制尚不健全，我国也正处于经济体制转型期，新旧体制之间的利益分配机制，监督管理机制发生的冲突就构成了侵犯著作权的直接原因。此外社会公众对著作权的认识薄弱和存在误解，由于著作权内容众多，体系复杂，分布广泛，社会公众对于著作权的认识不可能达到法律要求的程度，并且传统的义利观念使得公众对于著作权缺乏足够的认识，压抑了尊重著作权观念的形成和发展，许多侵犯著作权的犯罪应运而生。民事责任大多是金钱和行为上的责任，比如赔偿损失、赔礼道歉以及恢复原状等，行政处罚涉及到人身自由的处罚也就是行政拘留（15日以下），民事责任和行政责任在民事领域和行政领域内规定的较为合理，根据不同的行为给予不同的处罚。但是著作权的某些侵权行为已经上升到需要严厉打击的高度，此时民事责任以及行政责任不足以压制犯罪分子的犯罪动机，针对严厉的违法犯罪行为需要以刑事制裁的严厉性

和教育性来对著作权的某些侵权行为进行遏制。

（二）刑事保护的优越性

刑事保护不仅仅只是在刑事法律的范围内规定对侵犯著作权行为的罪责刑，而是以著作权法、相关法律法规、司法解释为基础，刑法、刑事诉讼法等刑事法律为补充。通过刑法，刑事诉讼法以及著作权法等一系列部门法相互共通，使得著作权处于一个巨大的法律保护伞之下，这个保护伞严格抵御了对著作权侵害的行为，并且刑事法律调整的社会关系更为广泛，能较之多方面的打击侵犯著作权的行为，不致于对于有些严重侵犯著作权的行为出现法律上的空白，造成有行为无法律的漏洞。刑事保护是著作权法律保护体系的最后屏障，以国家强制力作为后盾，采用最为严厉的制裁方法，是社会对于违法犯罪行为的最后防线，所以刑罚具有不可替代的属性，其强烈的教育性和最强的严厉性都充分体现刑事保护具有无可比拟的优越性。但是刑事保护并不是滥用，只有在侵犯著作权行为严重，民事、行政责任已经不足以惩罚侵犯著作权行为的结果的时候，刑事保护才开始启动。刑事保护作为最后的手段对受害人予以保护，表现出其刑事法律谦抑性的特点。另外，对著作权的刑事保护并不是说对任何侵犯著作权行为都加以犯罪化处理。侵犯著作权的行为仍然要注意度的把握，民事责任、行政责任以及刑事责任严格区分，民事的侵权与刑事的违法在度的理解上要严格把握，注意标准的界限，在用刑的同时要注意慎刑，严格贯彻罪刑法定原则，维护犯罪人的合法权益。

三、“一带一路”战略下著作权刑事保护完善的策略

在经济高速发展的当今世界，知识产权经济作为一种新兴的经济产业越来越受到各国的重视，但是我国著作权刑事保护方面的立法还不够完善，在对目前国内外著作权刑事保护现状有一定了解的基础上，发现我国已经存在的法律规定在适应经济体制的发展上也略有不足，如何让我国关于著作权的刑事保护更加完善，需要我们不断的探讨和思索。

（一）“一带一路”战略下国内著作权刑事保护策略

1、关于侵犯著作权犯罪目的的修改

目前《刑法》规定的侵犯著作权犯罪必须是以营利为目的，这使不以营利为目的的侵犯著作权行为被排除在《刑法》规定的著作权犯罪之外，实际上现实中存在大量侵犯著作权的严重行为，但是其主观目的不仅限于以营利为目的，如毁损他人名誉，爱慕虚名等等，这同样会给著作权人的合法权益造成严重的损害。《刑法》在规定侵犯著作权犯罪时规定以营利为目的，笔者认为《刑法》之所以这样规定，是因为司法实践中有很多情形行为人并不是以营利为目的，比如为了个人的学习和欣赏，使用别人已经公开发表的作品，这在著作权法上是“合理使用”的规定。除此之外，教科书中编写别人已经发表的作品，但是向作者支付报酬的行为，这在著作权上是“法定许可”的规定。这两类行为并不是侵犯著作权的行为。即便如此，《刑法》规定侵犯著作权犯罪必须是以营

利为目的，只会直接导致现实社会中的诸多侵犯著作权的行为以非罪化处理，也缩小了侵犯著作权犯罪行为的范围。所以，关于侵犯著作权犯罪的目的应该修改，删除“以营利为目的”。

2、完善入罪侵权行为方式和认定标准

第一，刑法关于侵犯著作权规定中，将其行为特征概括为“复制发行”包括“复制、发行或者既复制又发行”等行为[5]。而销售侵权复制品罪则将打击面又单纯地限定在“销售”行为上，因此，这种简单地打击行为已无法适应经济高速发展的今天，远远落后于世界各国立法。如剽窃他人作品，这一行为不仅侵犯了著作权人本身的人身权以及财产权，欺骗了社会公众，而且严重败坏社会风气，破坏作者创作的积极性。再如非法出租行为，未经著作权人许可，为获取租金等利益而将其作品或者作品的复制件出租给他人使用的行为，也会造成著作权人严重的经济损失，具有较大的社会危害性。因此笔者认为扩大侵权犯罪行为方式是必要且紧迫的。

第二，在侵犯著作权行为的数量标准的规定方面，现有的法律是将统一的认定标准适用于不同的作品之中。例如一套计算机软件和一本书经济价值可能差距较大，即使两者均为作品。一套计算机软件的价值可能非常高，已经高于一本书价值的几十倍，但是在侵权行为的认定上，统一的数量标准明显不足以适用于这些情况，在刑事保护中，打击力较为严厉，需要比较合理的把握认定标准，以免出现轻罪重罚或者重罪轻罚的情况。所以笔者认为，不同的作品因其价值不同，数量的认定标准也应该有所不同，真正做到罪刑相适应。

3、完善侵犯著作权犯罪的刑罚体系

当前，《刑法》对侵犯著作权犯罪的处罚主要规定了自由刑与罚金两种，罚金刑可以并处或单处。作为经济犯罪，罚金刑比判处长期自由刑更能起到惩罚作用，促使其不再犯罪，所以重视对罚金刑的运用有利于惩罚犯罪。但是刑法第217条和第218条规定的罚金刑的立法设置模式需要改进和完善，许多国家和地区的刑事立法明确规定罚金的最底限额、最高限额或者规定了具体的数额。而中国的罚金制模式是无限额罚金制，这种立法设置模式容易导致司法适用的困惑，不利于司法实践，容易造成量刑的偏差和量刑的不均衡，违背罪刑相适应的原则。所以我国应该借鉴外国的立法设置模式，适应时代的发展，符合客观实际的需要，设置出较为具体的限额罚金制度。另外，我国现行法律在数额方面对侵犯著作权犯罪规定的是“违法所得数额”，对于著作权案件，“违法所得”难以认定，因为作品的价值并一定是确定的，违法者也不一定就是为获利而侵犯著作权，我国规定的数额认定规定在司法实践中计算也较为复杂。如上所述，美国对著作权的刑事保护不同于我国法律规定的注重侵权人获利而是注重著作权人的损失，这样从受害者的角度维护其权益，更能使民众接受。因此，笔者认为，我国在数额的认定标准上可以借鉴美国的做法，注重著作权人的损失。

4、扩大对赝品的打击力度

以上三个方面的关于刑事保护的完善都是从立法大方面的内容和技术层面上予以建议，但是除此之外还有一个非常具体的方面，就是在对赝品的打击上面。我国刑事立法与司法均较为关注对赝品这一侵犯著作权行为的惩治。可是，从立法层面上，只规定了“美术赝品”这一范围，对制作、出售其他种类的赝品的行为没有具体规定，从而导致这类行为不能依犯罪论处。但是文字作品、电影、计算机软件及其他作品的假冒盗版行为日益增多，如果不能将这些行为纳入赝品的惩罚范围内，就无法对其实行刑事的严厉处罚，也就无法正常维护权利人的合法权益。所以笔者认为应该扩大对赝品的打击范围，取消现有的限制，严厉打击此类犯罪行为是时代发展的趋势。

（二）“一带一路”战略下国际著作权刑事保护策略

1、建设“一带一路”区域知识产权一体化制度

“一带一路”战略的实施伴随着区域知识产权一体化的推进，合适的区域知识产权一体化可以促进其与国际知识产权体系进行融合，从而在著作权刑事保护上各有所长的发展。但是构建合理的区域知识产权一体化规则，要考虑各国知识产权状况的差异，坚持相互尊重、互帮互助、合作共赢的言责，允许不同国家时世不同的保护策略，确保规则的公平、合理。[6]

2、加强国际间对话，交流著作权刑事保护有效措施

通过知识产权对话可以增进“一带一路”沿线各国之间的相互了解，协调知识产权冲突，减少因知识产权冲突而造成的损失。因国家间制度规则的不同，关于著作权刑事保护的侧重点以及力度大不一样，这个时候需要国际间加强对话，积极交流著作权刑事保护的措施，以期达到双赢的效果。

四、结语

社会发展与文明进步需要创造性，而创造性需要社会的合理尊重与维护。“一带一路”沿线涉及65个国家，各国的科技创新能力和知识保护水平相差甚远，在知识产权法院相继成立的契机下，我们要积极重视我国著作权的刑事保护，应该完善相应规定，全面而有条理地对侵犯著作权的行为进行打击。相信随着中国社会主义法制的不断完善，依法治国的道路将是光明的，著作权的刑事保护的确立与完善也会指日可待。

作者单位：安徽国伦律师事务所

参考文献：

[1]参见2010年《中华人民共和国著作权法》第48条的规定；

[2]谢惠加：《著作权刑事保护的迷思与出路》[J]，载《学术研究》2013年第3期；

[3]吴汉东：《大力推动知识产权产业化》[N]，载《科技日报》 2015年3月25日；

[4]栾　莉：《美国著作权的刑事保护及启示》[J]，载《中国人民公安大学学报》（社会科学版）2009年第5期；

[5]参见1998年最高人民法院《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第三条的规定；

[6]袁新涛：《“一带一路”建设的国家战略分析》[J]，载《理论月刊》，2014年第11期。

外国法查明

——“一带一路”背景下的新思考

张　涛

【摘　要】“一带一路”战略实施的背景下，涉外民商事案件在外国法的查明对象、查明难度和查明途径方面呈现出新的趋势和特点。我国在外国法查明路径的设计上应强调当事人自主查明外国法的责任，坚持法院的监督和辅助职能，规范查明程序，完善查明外国法的方法，强化专家证人查明外国法的作用并细化程序规则，在维护当事人正当期望和合理利用司法资源之间尽量做到平衡，为我国“一带一路”战略实施打造公平公正的司法和营商环境。

【关键词】“一带一路”　外国法查明　路径　查明主体　查明方法

我国“一带一路”战略的全面实施将催生新一轮跨境贸易和投资的热潮，整体经济合作环境的改善也将促进跨境人员的流动。伴随涉外民商事交往的深入，我国法院和仲裁机构在解决涉外纠纷的过程中适用外国法的情况逐渐增多，外国法查明这一问题的重要性和紧迫性日益凸显。外国法的有效查明是正确适用外国法的前提和基础，是解决中国企业境外贸易和投资争议的关键所在，有效的外国法查明有利于提升中国法院和仲裁机构的形象，改善中国的整体投资环境，呼应和配合我国“一带一路”战略的实施。显然，审理大量的涉外争议需要查明外国法，中国的国际化进程需要查明外国法，而外国法查明的路径设计不但要契合国际私法平等对待本国法和外国法的理念，又因为具有较强的程序性质和技术要求，成为我国国际私法、民事诉讼法立法与实践中亟待完善的一个问题。

一、“一带一路”背景下外国法查明问题的新趋势

外国法查明（Ascertainment of Foreign Law or Proof of Foreign Law）是指一国法院在审理国际民商事案件时，如果依本国的冲突规范应适用某一外国实体法，如何查明该外国法关于这一特定问题之规定的问题[1]。这个过程同时包含对法律条文或判例的存在以及该法律条文或判例真实涵义的查明，即兼顾外国法的“查”与“明”。我国《涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）第10条就外国法的查明主体作出了规定：“涉外民事关系适用的外国法律，由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当

事人选择适用外国法律的，应当提供该外国法律。”这一条款基本厘定了人民法院（包括仲裁机构、行政机关）和当事人在查明外国法方面的分工，其分工的重要“分水岭”就是“当事人是否选择适用外国法”。若当事人无权选法或在有权选法的情况下没有选择或选择无效，法院直接依职权通过冲突规范最终适用外国法的案件仍占据相当大的比重。此外，结合2013年最高人民法院《关于适用<涉外民事关系法律适用法>若干问题的解释（一）》（以下简称《法律适用法》司法解释）第18条的规定：“人民法院应当听取各方当事人对应当适用的外国法律的内容及其理解与适用的意见，当事人对该外国法律的内容及其理解与适用均无异议的，人民法院可以予以确认；当事人有异议的，由人民法院审查认定”。可见，当事人选择适用外国法只需“提供”而非“证明”该外国法，最终的决定权仍在法官的手中。综合上述的规定，我国依旧是以法官职权查明外国法为主导，以当事人查明外国法为例外，至于查明外国法的途径和方法在立法中并无明确的规定。在“一带一路”战略实施的背景下，外国法查明问题出现了新的特点和趋势，我国对外国法查明的规定正面临挑战。

1、待查明外国法的案件类型更为复杂。在“一带一路”战略实施的过程中，我国企业将以基础设施建设和能源合作开发项目为先导，海外并购、工程承包、国际运输、跨境电子商务交易等领域也将出现新一轮的高潮，随之发生的跨国纠纷类型更为复杂，法律查明的需求量也将显著增加。较之传统涉及的公司法、海商法、贸易法的查明，我国法院在未来将面临更多有关外国合同法、侵权法、知识产权法、并购法以及外资、金融监管等法律的查明，其中有些法律更为专业和细化，需要对法律所属国的立法政策和行政体制有所了解，查明法律的资源更显缺乏，因而对当事人及法院查明外国法的要求更高，难度也更大。

2、待查明外国法的所属国多欠缺查明渠道。当前“一带一路”沿途涉及的众多国家和地区既有属于大陆法系的俄罗斯、哈萨克斯坦、越南、波兰等国家，也有属于英美法系的马来西亚、新加坡、印度、巴基斯坦等国家。这些沿线国家多属于发展中国家，之前同中国的民事和商事往来并不频繁，在我国进行法律执业的专业人员不多，其法律多不为我们所熟知，不属于实践中法院查明频率较高的国家和地区；且这些国家有很多非英语国家，在查找法条、查询网络、论著等资源时存在着语言障碍和困难。在现有的查明条件下，除非当事人及其律师承担充分的查明责任，或建立更为有效的外国法查明渠道，否则仅由法官很难完成查明外国法的任务。

3、待查明外国法的案件中当事人选法成为主流。“一带一路”战略的核心是经贸问题，在实施过程中可能产生的纠纷多为平等主体之间的涉外商事案件。无论是涉外合同纠纷还是涉外侵权纠纷，依据我国《法律适用法》第41条和第44的规定，当事人均有通过意思自治选择准据法的权利。当事人一旦选择了外国法作为案件的准据法，则应当提供该外国法。当事人对法律的选择既反映了该国法律同案件之间的实际联系，也反映

了他们作为商事主体对法律的理解，应当就自己的选择承担相应的后果，承担外国法的查明责任实属自然。但如果因为当事人查明能力的不同导致审判结果的偏差，背离当事人缔结合同的初衷，这也是不合理的。因此，在明确查明主体和责任的前提下，我国还需要设置更为科学合理的查明途径和程序，维护程序正义，降低外国法查明带给涉外司法和仲裁裁判的风险与不确定性。

二、对我国外国法查明路径的审视与思考

外国法查明制度的核心是确定查明外国法的责任主体以及规定责任主体可以采取何种方法来查明外国法，即“谁来查”和“如何查”的问题。[2]这两者之间相互衔接，共同决定着查明外国法的路径。不同的外国法查明主体擅长和可资利用的查明方法不尽相同，而无论是当事人主动查明还是法院依职权查明，其义务的实现均须建立在共同的、科学有效的查明渠道和方法之基础上，否则当事人或法院的查明责任将落空，外国法适用的可能性降低而法院地法适用的几率变大。

（一）对我国外国法查明主体问题的思考

决定外国法查明主体的因素主要有以下两个方面：（1）外国法的性质和民事诉讼模式。外国法究竟是“法律”还是“事实”，抑或是特殊的“法律”或“事实”？对外国法性质的不同认定很大程度上影响了各国查明外国法的实践，是导致大陆法系和英美法系在外国法查明问题上存在较大差异的一个基本原因。但是，单纯外国法性质的界定并不是选择外国法查明路径的决定性因素，它必须结合各国自身的民事诉讼模式，这两者之间的相互作用才共同影响着外国法查明制度的进化。例如同样将外国法性质界定为“特殊的事实”的两个国家，法国和瑞士查明外国法的路径却不尽相同，前者由当事人承担主要的查明职责，法院予以相应的协助；后者则规定了原则上由法院依职权查明，当事人协助查明的立法模式[3]。（2）当事人对争议事项是否具有处分权，即所涉纠纷是否属于财产事项构成了法院和当事人分别承担外国法查明义务的界限，若双方当事人对争议事项具有处分权，则由当事人承担查明外国法的责任，法院只在非财产事项上承担外国法查明的职责。实践中采取这种做法的国家将一定法律领域内的外国法查明任务赋予当事人，使得当事人可以根据切身利益自行决定是花费时间和金钱查明外国法，还是放弃查明直接依据法院地法提出诉求和抗辩[4]。

对于外国法的定性，我国原则上是将外国法视为“法律”，然而实践中却以“谁主张，谁举证”的证据规则在法院和当事人之间划分查明外国法的义务[5]，法院和当事人均作为外国法查明的主体，其分工的界限在于当事人是否可以根据冲突规范选法且选择了外国法作为准据法。当事人在冲突规范中被赋予意思自治选法这一权利的领域也多存在于可由当事人自行处分的法律关系中。如前所述，我国法院在查明“一带一路”沿线国家的法律方面存在着现实的困难，司法任务十分繁重。而在商事纠纷中，基于纠纷所涉权利的可处分性，由当事人承担查明其自愿选择适用的外国法会比法院查明具有更大

的优势和动因，因为从事海外投资和贸易的商事主体其自身或者比较熟悉该外国法，或者已经对该外国法进行了较为深入的了解和研究。此外，我国当前的民事诉讼改革强调当事人的程序处分权而逐渐弱化法院的职权干预，在涉外民事审判中亦应去探究在不涉及社会公共利益的财产事项中赋予当事人查明外国法这一任务的可能性。

当前，我国《法律适用法》第10条在一定条件下要求当事人承担查明外国法的职责，这一安排是契合“一带一路”背景下涉外商事纠纷解决的实际需求的，但是《法律适用法》及其司法解释对于外国法查明义务的分配过于“泾渭分明”。在当事人选择适用外国法的情况下，我国法院并没有查明外国法的义务，完全由当事人承担无法查明外国法的法律后果。然而，在“一带一路”背景下发生的涉外经贸争议中，我国一些重要的国有企业往往作为争议的一方主体，其涉及的财产纠纷关乎我国或我国商事主体的重大利益，有时还会因为中国与该国共同加入了某些国际组织或签署了相关条约而需要适用国际或区域性的协定作为准据法。在这些情况下，应当允许法院主动查明该外国法或赋予法院在决定是否亲自查明外国法方面的自由裁量权，力求建立法院与当事人在外国法查明中的合作机制[5]。此外，无论是当事人主动查明还是法院依职权查明，外国法查明的效果在实践中并不理想①。当事人在一定条件下承担查明外国法的责任虽有利于减轻法院的查明负担，但如果因为缺乏有效的查明方法，使得当事人因为查明能力或经济实力的差别而在查明结果上有所区别，外国法查明制度的价值将会丧失殆尽。法律若能够提供可资利用的有效途径，当事人在综合分析查明外国法所付出的经济利益和时间等成本之后，若感觉查明外国法所得到的利益较法院依职权查明准据法乃至适用法院地法所得到的利益有所减少，那么当事人会自愿决定是自己去查明还是放弃这种权利由法院去查明或直接适用法院地法。

（二）对我国外国法查明方法问题的思考

外国法查明方法的设置是否科学有效是实现查明目的的核心所在。而我国《法律适用法》并未对外国法的查明方法作出规定，相关的司法解释包括最高人民法院《关于贯彻执行<民法通则>若干问题的意见》以及《法律适用法》司法解释仅仅作出了一些简单的罗列②。这两项规定均属于司法解释的性质，在实践中适用的位阶关系不明确，且这些规定本身存在诸多的不确定性，例如这些解释是否穷尽了所有查明外国法的方法？所列举的这些方法是否存在适用的先后顺序？是否必须在穷尽列举的方法后仍不能查明外国法，才视为外国法无法查明等。依据这些规定，除当事人主动查明外，法院查明外国法的方法及其可能存在的问题如下：

1、当事人提供。即便涉外案件中当事人没有选法而是经由冲突规范的指引适用外国法，该外国法通常与当事人的经常居所地、行为地等均有一定联系，相比较法院，当事人在一些案件中确实有查明外国法的动力和便利。但如若双方当事人提供的外国法内容不一致或存在冲突，如何确定外国法的内容就成为摆在法官面前的一道难题，特别是

在法官缺乏其他有效查明方法的情况下。因此，单纯地依赖当事人提供这一途径无法有效查明外国法。

2、双边/多边条约或外交途径。这种方法还包括已对中华人民共和国生效的国际条约规定的途径（主要指与中国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供）、中国驻该国的使领馆以及该国驻中国的使领馆提供。其实质是外国或中国的有权机构根据法院所提出的外国法查明要求提供相应的材料和证明，虽然具有权威性和可信度，但却因为手续过于繁琐、外交人员缺乏法律专业知识而无法适应审判效率的要求。实践中，中国同外国签订的民商事司法协助协定数量极为有限③，尚无法同“一带一路”沿线国家法律的查明需求对接，在实践中并未发挥理想的效用。

3、专家证人。中外法律专家提供外国法是实践中经常被采用的一种查明方法。专家以其具有的专业性、独立性和中立性特点，成为当事人主动查明和法院依职权查明最可依赖的方法。广义的专家证人还包括委托大学、科研机构以及其他的专门研究机构提供外国法的模式。我国的《民事诉讼法》已经规定了专家意见作为证据的合法性，实践中也有专家提供外国法的成功案例。2011年在上海高院以调解结案的“华安基金诉雷曼欧洲金融衍生产品投资纠纷案”在利用专家查明外国法方面有着非常成功的经验，双方当事人分别委托外国专家出具查明意见，并出庭接受质证和交叉询问，经过两轮总计审查了10多份超过2000页的专家意见，最终确定了本案要适用的香港法和英国法的内容。该案在适用专家证人查明外国法的实践也暴露出该方法存在的问题：一是委托专家查明外国法在金钱和时间上的消耗较大，对当事人而言诉讼的成本较高，并非所有当事人均可以承受；二是专家证人往往由一方当事人聘请，其意见可能缺乏中立性，容易引发利益的冲突从而影响法官的判断；三是专家证人查明外国法的方法依托于英美法系“当事人主义”的诉讼程序，在我国的适用则需要法院的支持和法律的支撑。

除上述常见的查明方法外，当事人和法院还可借助权威著作、互联网，通过检索国际组织或各国的官方网站、权威的法律数据库等查明国际条约、主要国家的成文法和案例法等。互联网具有速度快、信息丰富、费用低廉、无需繁琐手续、无国界地域限制等特点，是目前最快捷、最经济的外国法查明渠道[6]。但在“一带一路”的背景下，这种方法适用的案件类型却非常有限，主要原因在于常用的网络数据库较少覆盖“一带一路”沿线国家的成文法和案例，对各国网站资源的利用有赖于当事人和法官对该国语言、法系的了解和掌握，存在相当的难度。

三、“一带一路”背景下我国外国法查明制度的完善

构建一项合理的外国法查明制度，其成功的评判标准就在于该查明制度能否将外国法查明的义务公平、合理地在当事人和法院之间进行分配，在有效查明外国法、维护当事人正当期望与合理利用司法资源之间尽量做到平衡。毕竟外国法查明的过程是增加成本、耗费诉讼时间的，外国法适用的利益极有可能被查明程序的拖延减损。因此，正义

价值与效率价值的取舍与平衡始终是构建外国法查明路径的难点所在。为了适应“一带一路”战略的需要，我国的外国法查明制度应当在查明主体和查明方法方面予以如下完善：

第一，我国的外国法查明路径应强调当事人自主查明外国法的责任，同时坚持法院的监督和辅助的职能。“一带一路”背景下由当事人主动查明外国法可以减轻我国法院查明外国法的负担，提高外国法查明的数量和质量。但在涉及我国及当事人重大利益或法院更适宜查明外国法的案件中，应当赋予法官以自由裁量权，让法官可以逾越当事人提供的外国法信息范围查明和确定外国法。伴随“一带一路”实践的推进，我国同一些沿线国家加入了共同的国际组织，适用同一国际条约，在上海合作组织、中国－东盟“10+1”机制、亚太经合组织等平台的基础之上，法院应促进双边和区域性外国法查明合作机制的建立，形成查明相关国家法律的规则和实践，创建“一带一路”网络、资料库等查明外国法的专门渠道，尽力克服法院查明和外交查明中拖延耗时的缺点，保持当事人对外国法查明制度的信任。

第二，作为一项具有高度程序性和技术要求的制度，我国还应在外国法查明的立法中进一步细化查明的程序性规范。缺乏可操作性的外国法查明制度会成为当事人和法院不可承受之重，令准据法的适用变得扑朔迷离、任意性偏大。在“一带一路”战略全面实施的今天，这可能给我国涉外司法审判和仲裁裁决带来负面影响。特别对外国法无法查明的认定应引入适当的程序控制，该程序规则需要明确如何认定“当事人无法提供外国法”以及如何认定法院自己“不能查明外国法”。《法律适用法》司法解释第17条对法院和当事人不能查明外国法的认定标准作了初步的规定④，其规定反映出我国法院在无法查明外国法环节中拥有自由裁量权。外国法查明是费时且费力的，当前将查明的期间从涉外审判期限中完全扣除并不现实，因此赋予法官以自由裁量权是合理的，但应该提高相应的透明度。例如：法院应在判决中详细阐明所采用的查明方法和历经的查明时限，详细说明该外国法无法查明的认定理由[2]。

第三，由专家证人提供外国法的方法在未来应当得到更多的重视。有关专家资质和人选的认定、专家意见的性质和法律形态、专家介入案件以及提供外国法的程度这些问题都有待法律的进一步确认和完善。在专家证人的资质方面，我国应效仿英美国家，不必作过于严格的准入规定，专家可以是国内外执业的法律工作者，也可以是通晓该外国法的学者，当事人可以共同委托专家查明外国法或由法院指定，法院在委托专家查明时就专家资质应当征求当事人的意见，并要求当事人说明不指定该专家证人的理由；专家证人通过书面陈述、证言等提供外国法内容的观点。在当事人各自委托专家查明外国法的情况下，专家查明意见应经过质证程序后由法院审查确认，且审查的范围应以当事人提供的范围为限。法院依职权查明外国法委托专家证人提供的查明意见应听取双方当事人的意见后予以适用。通过这些规则的设置确保专家意见的客观性和公正性，防止带有

偏向性的专家意见引发当事人对外国法内容的抗拒，影响法官的判断。

第四，在外国法查明制度的设计上应在维护当事人正当期望和合理利用司法资源之间尽量做到平衡。我国在委托专家查明外国法的基础上应建立一个能够降低司法成本，既使得当事人无需负担高昂的费用又有利于准确查明外国法的平台，即由法院同高校合作建立外国法查明中心。2014年12月，上海市高级人民法院与华东政法大学签订了外国法查明专项合作协议，成立了华东政法大学外国法查明研究中心；2015年1月，最高人民法院民四庭和中国政法大学共建了中国政法大学外国法查明研究中心，这些中心将接受法院的委托，搜集相关国家或地区的立法，发挥智库的作用[7]。未来，我国还可以依托“一带一路”沿线的区域性组织，借助一些在区域组织和国别法律研究方面已经卓有成效的高校，包括西南政法大学“中国－东盟法律研究中心”、上海政法学院“上海合作组织司法研究中心”等，共建更具专业性和针对性的外国法查明中心，建立自己的专家名册，接受来自法院和当事人的委托查明外国法，并通过法律数据库的建立进一步降低查明成本，为我国“一带一路”涉外司法审判和仲裁提供服务和便利。

四、结语

我国法院和仲裁机构对“一带一路”案件公正高效的裁判离不开合理、规范的外国法查明制度。综观各国的外国法查明制度，深感这一制度的设计始终是“带有缺憾”的艺术和平衡。因此，我国的外国法查明路径的设计应秉承公正对待外国法，提高查明效率及降低司法成本的原则，在查明主体方面允许并鼓励当事人在涉外商事案件的可处分事项方面主动承担查明外国法的职责，同时通过强化法院的监督和辅助职能、规范查明程序、完善查明方法来确保查明的准确性和公平性。在查明外国法的方法上重视专家证人、法律专业服务机构的作用，吸纳互联网、数据库查询的新兴方法，建立灵活方式配合以严格程序，明确列举与兜底条款并行的开放性外国法查明渠道，有利于法院和当事人在外国法查明案件中相互合作，减少各自成本，实现双方利益的最优化，为我国“一带一路”战略实施打造公平公正的司法和营商环境。

作者单位：安徽徽灵律师事务所

注释：

①近三年来，共计116件涉外案件涉及到外国法或域外法的查明，但其中仅有16件全部或部分适用了外国法。数据来源2015年10月31日上海国际经济贸易仲裁委员会主办的“外国法查明原则及其实践研讨会”。

②最高人民法院《关于贯彻执行<民法通则>若干问题的意见》中提出了五种查明外国法律的方法：（1）由当事人提供；（2）由中国驻该国使领馆提供；（3）由与中国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供；（4）由该国驻中国使领馆提供；（5）

由中外法学专家提供；而《法律适用法》司法解释第17条第一款规定“人民法院通过当事人提供、已对中华人民共和国生效的国际条约规定的途径、中外法律专家提供等合理途径仍不能获得外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。”

③截至2015年12月31日，中国已与37个国家签订了民事或商事司法协助协定.

④《法律适用法》司法解释第17条规定：“人民法院通过由当事人提供、已对中华人民共和国生效的国际条约规定的途径、中外法律专家提供等合理途径仍不能获得外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。根据涉外民事关系法律适用法第十条第一款的规定，当事人应当提供外国法律，其在人民法院指定的合理期限内无正当理由未提供该外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。”

参考文献：

[1] 韩德培，肖永平. 国际私法[M].北京：高等教育出版社、北京大学出版社，2014.

[2] 王文熹. 中国涉外民商事审判实践中的外国法查明制度重构研究[D].哈尔滨：哈尔滨工业大学，2013.

[3] 郭瑞才. 当事人承担外国法查明模式责任探究[D].重庆：西南政法大学，2013.

[4] 徐鹏. 外国法查明：规则借鉴中的思考－－以德国外国法查明制度为参照[J].比较法研究，2007（2）.

[5] 孙建. 中美外国法查明义务分担问题比较研究[J].南开学报：哲学社会科学版，2015（1）.

[6] 向明华.外国法查明问题探析[C].中国国际私法学会年会论文集， 2015.

[7] 黄进，连俊雅，杜焕芳. 2014年中国国际私法司法实践述评[C].中国国际私法学会年会论文集， 2015：29.

论“一带一路”战略下海外港口投资风险及法律应对机制

汪晓华

【摘　要】“一带一路”战略为中国企业对外投资带来新的机遇，海上丝绸之路沿岸港口不少为重要国际贸易运输节点，其中港口基础设施投资融资需求较大。但中国企业海外港口投资面临诸多的风险。为此，进一步修订和完善涉外法律法规；规制海外港口投资的国际法；健全我国海外港口投资援助法律制度；建立我国海外直接投资的信息服务机制；建立健全海外直接投资方面的保险法等举措，是我国应对企业海外港口投资风险的理性选择。

【关键词】一带一路 海外港口 直接投资 风险 法律防范

一、问题提出

“一带一路”战略为中国企业对外投资带来新的机遇，据商务部合作司提供的数据，2015年我国对49个“一带一路”沿线国家进行直接投资，总金额达到148.2亿美元，比2014年增长18.2%，投资主要流向比较全面，既有发展中国家如泰国、印尼、老挝，也有金砖四国中的俄罗斯，发达国家新加坡[1]。随着经济的飞速发展，中国已经由资本输入国变成资本净输出国。由于缺乏投资经验，面临种种政治风险、法律风险和金融风险，中国企业在海外投资并不顺利，甚至有专家坦言2万多家企业海外投资，90%以上是亏损[2]。为了促进我国海外投资战略，鼓励本国企业“走出去”，国家出台种种优惠措施，提供各种政策支持，但是，与世界主要发达国家相比，我国海外直接投资起步晚，规模小，经验缺乏，导致不少直接投资失败。

“一带一路”战略中，港口是连接海上丝绸之路的节点，港口投资具有投资额巨大，建设周期长和利润回收期长等特点，因此在投资过程中更容易遭受各种风险。是故，立足于“一带一路”的政策背景，系统审视我国海外港口投资的风险，并从法律层面提出制度化的应对机制，对保护投资者的合法权益，提高中国海外港口直接投资的水平，显然，具有重要的理论和实践意义。

二、“一带一路”与中国海外港口直接投资风险

（一）“一带一路”战略与中国海外港口直接投资概述

港口投资主要集中在海上丝绸之路，有两条基本线路：一条从中国东部沿海出发经中国南海、马六甲海峡，抵达印度洋和地中海各国；另一条从中国东部沿海出发穿越中国南海，经过印尼群岛，抵达南太平洋各国。21世纪海上丝绸之路中海上运输是支柱性产业，港口作为海上贸易的中心地点和海上运输的物流节点，联系陆地与海洋，是海运的落脚点，承载着商品流通配置，人员往来、船舶供给以及海上安全监督管理等诸多作用。

2014年之前中国参加了10多个海外港口项目投资：包括巴基斯坦瓜达尔港、斯里兰卡汉班托塔港、希腊比雷埃夫斯港、法国达飞旗下码头公司、斯里兰卡的科伦坡南港集装箱码头和汉班托塔港、缅甸皎漂港、埃及苏伊士港、利时泽布吕赫港、尼日利亚廷坎港、孟加拉国的吉大港、美国西雅图港，俄罗斯扎鲁比诺大型万能海港项目、2015年以色列海法湾新港，未来中国将越来越多地参与海外港口项目建设[3]，建设项目来源有外国主动邀请中国合作港口项目，两国领导人共同推动建设项目和企业竞标参加项目以及向他国援建项目等。合作方式有海外港口经营权的获取、与沿海国合作建设港口、码头以及港口股权并购等。大体上，中国海外港口投资分成三类：援建型、维和补给型、经济合作型。其中，援建型和维和补给型与国家能源战略和履行国际义务息息相关，虽然具体由企业承担，但是国家层面可以通过具体投资援建协议或者友好合作协议进行调整，实践中发生争议可以通过国家之间磋商解决。

此外，还存在非国家主体经济合作型，即直接投资融资型，如2013年招商局国际以4亿美元收购法国达飞海运旗下码头公司49%股权，从而实际运转敦刻尔克码头；上港集团2014年5月入股比利时泽布吕赫港码头公司25%股权，2015年3月取得以色列海法湾港25年营运权。实践中产生风险，需要法律保障的也是这种类型。如中远集团2009年开始收购希腊雷埃夫斯港，由于希腊政府更替，收购进程一波三折，导致该集团可能已经失去已经投入的34亿欧元，同时造成失去未来35年内经营3个码头可能赚取的利润。

（二）中国海外港口投资面临的风险

我国企业的海外港口直接投资面临诸多风险，如：自然环境风险（含恶劣气候环境、恶劣现场条件、不利地理位置和地震等）、经济环境风险（宏观经济环境不利、投资环境差、原材料价格上涨、通胀压力、税收提高过多等）[4]，鉴于本文研究的需要，在此主要讨论海外港口投资中面临的主权风险、法律风险和政治风险等国家风险。

第一，主权风险。所谓主权风险，主要是指投资者在他国投资时，他国作为一个主权国家，基于自身各方面利益的和考虑和维护，对该投资者采取不受外来法律约束的行为，并由此而给投资者造成损失的风险。例如当主权国家遭受经济危机或产生财政危机，导致不能清偿到期债务，主权国家采取侵害投资者权益的做法以摆脱债务，从而损害了

海外投资者的经济利益。再如一国因对外关系恶化或者国内发生战争或武装冲突时，一国对另外一国采取制裁措施时， 投资者的权益都可能受到影响。

第二，政治风险。所谓政治风险，主要是指非投资者所能控制的与东道国密切相关的风险，主要体现在社会、政治、法律方面。政治风险往往是由于东道国政治和政策不稳定所引起的，包括违约风险、国有化征收风险、战争内乱风险和外汇变更风险，等等。实践中，较为典型的实例是，中国公司在斯里兰卡投资14亿美元建设科伦坡港口城市项目，工程于2014年开建，符合斯里兰卡国家经济战略，受地缘政治影响，印度和美国支持下的新总统以涉嫌前政府规避法律和破坏环境的名义，于2015年宣布暂停项目。

第三，法律风险。所谓法律风险，主要是针对法律制度（包括资本输出国和东道国）上的各种原因给投资者造成经济损失的风险，具体而言，主要体现为以下三方面：一是法律不健全造成投资者无法可依，即东道国还没有形成规范外商投资活动的法律法规体系，造成立法上有漏洞或者有空白，导致投资出现纠纷时，出于东道国自身的利益考量，当地政府或司法机构随意处置，致使外国投资者遭受不该发生的损失；另一方面，东道国执法机关基于自身利益考虑等多种原因，在执法时往往对对外商实行歧视待遇，亦即执法不公；此外，由于立法背景和各国实际情况的不同，东道国国内法律往往与投资国（母国）法律之间，或与国际法或国际惯例出现冲突，这些法律冲突易造成投资者经济损失。如哈萨克斯坦《居民就业法》第11条以及《为外籍员工发放劳动许可及为雇主发放吸引外国劳动力许可的规则与条件》第38条规定导致外籍劳动力许可申请被拒绝和撤销。该国法律对企业普通员工要全部当地化，对专家技术人员当地化要求是90%以上。中资企业为了满足最基本的生产往往只能选择违反当地法规并由此付出高额的灰色成本[5]。

在以上三种风险中，海外港口投资主要面临的是政治风险和法律风险。就政治风险而言，主要包括：政策性干预，即东道国政府或主管部门制定政策对港口项目干预；工程建设政策法规中途发生变化或这本身不合理；港口项目建设体制不健全；国际港口项目工程中由于国家间的关系发生变化导致停工等。2009年金融危机之后，国际港口投资出现新的特征：首先，东道国为提高和改善国内就业情况，修订本国的劳工法律，严格工作许可制度，采取员工本地化比例，限制投资者对人才的使用。投资者设立企业开展投资的进程遭受阻碍。典型的案例就是中远集团公司投资希腊的雷埃夫斯港项目，从2009年开始谈判一直到2016年才由中国远洋海运集团完成，劳工本地化就是一个重要的议题。为了进一步缓和国内矛盾，有的国家劳工保护法制度较为严格，如印度尼西亚《劳工法》对合约劳工以及外包制度进行限制，对于仅熟悉国内相对宽松的劳工保护制度的企业，易违反东道国劳工保护法律。

其次，随着经济发展和社会进步，大部分国家在发展本国经济的同时更加关注安全生产与环境保护问题，海外投资者在东道国守法成本大增。比如“海上丝绸之路”沿线

国马来西亚，提高了环境保护力度，对于违反环境保护的投资方，除了罚款外，严重的还要承担刑事责任。

此外，就海外港口投资法律环境的稳定也是需要考虑的，如东道国尚未对外资活动进行立法，再如东道国对外资立法随意，司法任意致使投资法律环境的稳定性不能得到保障。

总之，对于海外港口投资者而言，复杂的国际投资环境是法律风险和政治风险增加的原因，如何完善国内海外直接投资保护法律，如何利用合理国际公约、国际惯例、双边以及多边协议对海外港口投资进行保护是亟需解决的现实难题。

三、现行海外港口直接投资保护的立法现状及不足

（一）我国国内法对海外港口投资的规制

我国至今尚未对海外投资进行专门立法，海外港口直接投资方面的法律规范，主要是国务院各部委颁布的一些条例和规章。总体上而言，目前，投资法并未形成相对独立、系统性的部门法。在内容上，投资法律法规主要可分为吸引外商来华进行投资和孤立中国企业海外投资两方面内容。此外，海外投资立法位阶较低且较为零散，并主要关注国有企业，直接调整民营企业和私营企业的法规较少。部分国内立法内容与相关的国际条约与国际惯例相冲突。尚未完全建立海外投资保险制度[6]。缺少对海外投资的适当监管[7]。其中调整中国企业到海外投资的相应鼓励、保护和限制法律法规有：

1、关于海外投资企业的审批以及管理的法规。20世界80年代有三部法规，包括原对外经济贸易部1981年制定颁布的《关于在国外开设合营企业的暂行规定》以及1985年7月制定《关于在国外开办非贸易性企业的审批程序和管理办法（试行）》，上海等沿海开放城市和经济特区根据对外经济贸易部1985年法规的原则制定相应的地方管理办法，典型的如《上海市举办境外企业的申请和审批办法（试行）》等；1989年3月外汇管理局颁布《境外投资外汇管理办法》后于1990年公布相应的实施细则；20世纪90年代颁布四部法律，包括原对外经济贸易部1990年6月颁布《关于在苏联、蒙古、朝鲜开展工程承包、劳务合作及举办合营企业的审批程序和办法》；国家国有资产管理局1992年制定了《境外国有资产产权登记管理试行办法》，同年10月制定《境外国有资产产权登记管理暂行办法》；外经贸部1993 年制定《境外投资企业的审批程序和管理办法》；国家国有资产管理局、原对外经济贸易合作部、海关总署1993年联合颁布《关于用国有资产实物向境外投入开办企业的有关规定》；21世纪颁布两部法律一个草案包括商务部、外汇局2003 年 6 月颁布《关于简化境外加工贸易项目审批程序和下放权限有关问题的通知》；商务部2004 年9月公布《关于境外投资开办企业核准事项的规定》以及2015年2月公布了《外国投资法》（草案征求意见稿），《外国投资法》目的是通过实行准入前国民待遇及负面清单的模式，以求统一内外资法律法规、创新外国投资法律制度[8]。

2、规制海外投资企业外汇管理方面的法规。这方面的法规主要包括：国务院1996 年

1 月颁布的《中华人民共和国外汇管理条例》；国家外汇管理局发布的三部法规，1989年 3 月《境外投资外汇管理办法》以及于1990年6月《境外投资外汇管理办法实施细则》，2002年8月《关于境外上市外汇管理有关问题的通知》；此外中国人民银行1996年6月发布的《结汇、售汇及付汇管理规定》中的相关规定，也适用我国海外投资的外汇管理。

3、规制海外投资企业税收管理的法规。关于海外投资企业税收管理的专门性法规，至今在立法上尚处于空白状态，但中华人民共和国《企业所得税暂行条例》、《外商投资企业所得税法》、《进出口关税条例》和《海关进出口税则》等法规的相关规定，可供海外投资企业参照适用。

（二）规制海外港口投资的国际法

就我国海外直接投资的国际法规范来看，主要是一些相关的双边协定与多边公约：

1、双边投资保护协定方面。目前，已有106个国家和地区已与中国签订双边投资保护协定以及相应的双边保险协定和双边税收协定。其中比较有代表性的是中美BIT谈判在2013年7月取得的重要成果，即以“准入前国民待遇加负面清单”模式进行实质性谈判。具体而言，在第19轮谈判中，中美双方首次交换负面清单出价，正式开启负面清单谈判。2015年8月第20轮谈判，中方敦促美方在放宽高技术产品对华出口、为中国企业赴美投资提供便利方面采取积极行动[9]。如达成协议，将使中国海外港口投资获得直接助力。

除了以上调整我国直接投资关系的法律依据之外。中国对外缔结的贸易协定、技术转让协定以及经济合作协定等双边条约，也是调整中国海外投资的法律渊源。

2、多边公约方面。中国于1988年4月加入《汉城公约》即著名的《多边投资担保机构公约》。1992年7月加入《华盛顿公约》即《解决国家和他国国民间投资争端公约》，两大公约对我国均已经生效。我国加入以上国际公约的初衷是，吸引外资流入，改善本国的投资环境，而并非考虑本国资本的海外投资。除发达国家之外，我国也与不少发展中国家签订投资保护协定，但往往在自己国内没有制定相配套的法律法规实施，所以国际公约和双边协议中保护我国海外投资的内容国内化水平较低。

综上，尽管签订了许多双边或者多边协议，但中国保护海外投资的国际条约国内化水平较低，现有的法律法规无法有效保护我国投资者，海外港口投资面临的是相同的问题。

四、我国应对海外港口直接投资风险之法律对策

（一）进一步修订和完善涉外法律法规体系

目前，与国际投资保护相接轨的法律法规，在我国海外投资立法中尚处于缺乏的状态。已有的法律法规规章立法层次多，法律效力不一致，调整范围狭窄，与我国海外投资增长的迅速发展趋势不符，不利促进和保护我国海外投资。为此，在立法模式层面，存在诸多不同的观点，比如有学者建议我国应立足于当下的实际，应先制定一部统一的

《海外投资法》基本法，然后在制定一些监管法、外汇法等单行法律。借助于这种模式可以提高立法层次，实现海外投资者合法权益的维护。与此不同的是，另有部分学者认为，走“先单行法后基本法”或“单行法与基本法并行”的道路，应为我国海外投资立法模式的理性选择[10]。上述围绕立法模式上展开的探讨，都具有一定的合理性，并对海外投资者合法权益的保护亦都具有一定的积极意义，但在笔者看来，为了改变我国的外国投资法和海外投资法两者不平衡状态，立法的远期目标应该是制定《海外投资法》，近期为了保护我国海外投资（如港口等基础设施投资），填补海外投资法立法空缺，有效应对海外投资中种种法律问题，制定相应的单行法势在必行。

（二）完善海外投资企业的监督与管理立法

我国大中型国有企业是海外港口投资的主体，如中远集团、上港集团等。国家作为所有权主体必须加强对海外投资资产的监督管理，才能保护国家的利益。国际通行做法是设立管理本国海外投资的专门机构。设立海外投资专门监管机构，一方面统一管理海外投资项目，提高投资监管效率；另一方面为了防止盲目投资，以确保投资质量。国务院可借鉴发达国家投资监管的先进经验，设立直属国务院的海外投资管理专门机构，并赋予机构行使海外投资重要监管职能，负责制定和修改海外直接投资政策、战略规划，以实现对全国各行各业的海外直接投资的宏观统一领导、管理和协调[11]。

其次，区分不同主体实施不同的监管模式。对国企及国资海外并购采取严格审批和备案制度，以防止财产流失和转移等问题的发生。而对民营企业海外投资，则应采取较为宽松的审批和备案制度。两种制度在涉及审批风险上对材料申报、审批环节、审批期限上的要求不同。

（三）健全我国海外港口投资援助法律制度

世界各国为了促进海外投资的发展，通常会在税收、金融以及信息等方面制定优惠的政策鼓励、支援和保护本国的海外投资。具体而言：

美国《对外援助法》就明确规定，海外投资企业或投资项目受到海外投资保险公司的资金帮助；美国税收优惠制度有避免双重征税规定；而美国海外私人投资公司是海外投资信息援助方面的重要角色。提供种种信息帮助企业开辟海外市场。对中小企业，上个世纪八十年代美国制定的《小企业经济政策法》、《小企业技术创新法》等法律，就是美国海外投资援助政策的主要体现。通过这些法律积极开展外交，鼓励中小企业海外投资，排除各种贸易和非贸易壁垒[12]。

韩国对本国的海外投资实行优惠的金融、财税政策。金融方面，“韩国政府于1988年建立经济合作开发基金以资助本国投资者到发展中国家进行资源开发和股权投资”[13]；而在财税政策方面，税收饶让制和税收弥补亏损制度是韩国最明显的优惠政策[14]；另外，在信息援助方面，韩国在国内进出口银行设立海外投资商谈室，用于提供情报、进行投资咨询，这为本国海外投资者提供投资信息和创造投资机会，提供合理化建议。

从上述经验来看，我国政府可以参考美国做法，一方面加大对投资企业政策性金融支持。政府间的亚洲区域投资机构亚投行就是积极的实践；另一方面完善税收优惠制度，免除企业海外投资的重复征税。继续实行税收抵免和饶让制度以及海外投资的减免税优惠。积极实施税收产业导向政策，鼓励海外投资产业发展。

（四） 建立我国海外直接投资的信息服务机制

鉴于美、韩等国家已经建立海外投资情报机制，为海外投资者提供风险防范服务，我国可以参照此种制度成立话外投资信息服务机构，整合国内相关海外投资管理机构，构建新型海外直接投资信息服务系统，搜集、提供包括投资东道国社会、经济、政治、文化等各方面的信息，为海外投资专提供业咨询。

对海外港口投资而言，最有效的风险预防当属事前防范、全程控制。比如中远集团海外投资建设希腊比雷埃夫斯港项目为何一波三折，首先是由于对风险的估计不足。当时的希腊政府出售该港股权是经济不景气，导致以出售国有资产来换取国际援助，而并非发展本国港口的策略。希腊民众也对政府出售国有资产存在抵触情绪，整个投资环境存在极大隐患。对于此种风险应该先进行风险评估，而不能纯粹以“抄底”的心态进行投资。因此，现阶段建立海外投资风险防范机制是保护海外直接投资的重要手段[15]。

（五）建立健全海外直接投资方面的保险法

由美国首创的海外投资保险制度，因符合海外投资保护实际，已被相关国家保险方面的立法所借鉴。从这些国家的海外投资保险立法来看，更主要从本国的实际出发，有选择性的借鉴美国的经验，以实现对本国投资者合法权益的保护。美国从事海外投资保险业务的机构是创建于1948年的海外投资保证机构，1969年又根据《对外援助法》第8修正案设立海外私人投资公司。海外私人投资公司在性质上，是能够自主经营保险业务的“公法人”，即兼有公共部门（美国政府行政管理部门）和独立法人这一二重角色。本质上讲，这一制度的设立属于双边投资保证制度范畴。美国和投资东道国之间订立美国式的投资保证协定是海外私人投资公司承担保险的前提和基础。另外，这一举措相当于设定了投资保护范围，排斥了没有投向与美国签订BIT的国家投资保险范围。

日本的海外投资保险制度于1970年建立。与美国的海外私人投资公司不同，日本的通商产业省成为海外投资保险的承保机构。采取单边模式，不以是否与日本签订BIT作为其国内外投资保险制度的先决条件，只要符合国内法规定即可[16]。

德国海外投资保险制度于1959年制定的《联邦预算法》建立。不以双边BIT作为承保前提。 两个公司在进行保险运作上，分别由政府代理人开展保险业务，由信托股份公司做代理人的相关辅助工作。德国海外保险制度与日本海外保险制度有一定的相似之处。德国同时积极签订双边 BIT以保护自己的海外投资利益，它对发展中国家的一些投资基本都签订了此类协议[17]。

如何建立健全中国海外投资保险法对于保护包括海外港口投资在内的投资者利益

有重大意义。立法者一方面应该考虑合我国投资由吸引外资转向海外投资的实际情况，投资立法内容的重点应该由重保护外资流入转向保护海外投资者利益；另一方面，从立法技术上吸收美、日、德等国的先进立法经验，同时履行我国参加的国际公约要求，遵循国际惯例，从而促进海外投资活动发展，践行以“双边投资保险模式为原则，以单边投资保证模式为例外”[18]的立法模式，从而最大限度内保护我国的海外投资者的利益。

作者单位：安徽一飞律师事务所

参考文献

[1]佚名：《商务部合作司：2015年与“一带一路”相关国家经贸合作情况》，http：//fec.mofcom.gov.cn/article/fwydyl/tjsj/201601/20160101239838.shtml

[2]付碧莲：《中国有2万多家企业在海外投资90%以上亏损》，《国际金融报》，2015-02-09（4）。

[3]蒋伊晋：《“一路一带”战略背后：中国参与了10多个海外港口项目》，《南方都市报》，2014-11-10（2）。

[4]熊志刚：《港口项目投资风险分析》，武汉理工大学硕士论文，2006年，第11页。

[5]贲晓枫，郑凯：《哈萨克斯坦中资企业面临的法律风险》，《国际石油经济》，2014年第8期，第11页。

[6]程尔宁：《我国海外投资立法的现状、缺陷及完善》，《法制与社会》，2010年第1期，第105页。

[7]联合国贸易发展会议：《2000年世界投资报告》，财政经济出版社，2001年版，第234-236页。

[8]佚名：《商务部就《中华人民共和国外国投资法 （草案征求意见稿）》公开征求意见》，http：//tfs.mofcom.gov.cn/article/as/201501/20150100871010.shtml

[9]佚名：《中美举行第二十轮BIT谈判 力争为习近平访美创造氛围》，

[10]沈四宝，伏军：《构建我国境外投资促进立法的若干思考》，《法学家》，2006年第4期，第11页。

[11]赵嘉晓：《中国海外投资法律制度研究》，南京航空航天大学硕士论文，2008年，第34页。

[12]夏锐敏：《论我国海外投资监管制度的完善》，湘潭大学法学院硕士论文，2010年，第4页。

[13]王志荣：《简析韩国的海外投资法律制度》，《投资研究》，1997 年10 月，第14期。

[14]陈海东：《韩国对外直接投资的管理模式》，《经济与法》，1997 年第9期，第45页。

[15]邵洁：《我国企业直接投资海外法律制度研究》，中国海洋大学硕士论文，2012年，第5页。

[16]丁小巍，李惠胤：《“一带一路”背景下中国企业海外投资风险的管制》，《改革与战略》，2015年第5期，第123页。

[17]姚梅镇：《国际投资法》，武汉大学出版社 ，2005年版，第246 页。

涉外律师事务所在“一带一路”建设中的机遇与挑战

汪祁来　陈毅君

【摘　要】我国“一带一路”战略实施，沿线基础设施的连接、贸易投资的扩大、文化交流的频繁带来了涉外争端的激增。为了解决纠纷、实现沿线各国各领域的更深层次的交流与合作，打通法律服务长廊、为“一带一路”保驾护航时不我待。而由于沿线各国的法律制度、司法体系存在差异，涉外律师事务所却在海外投资、融资并购、国际贸易、知识产权和反倾销等业务领域有特殊优势，应在“一带一路”建设中发挥引领作用。

【关键词】一带一路 涉外律师 涉外法律文书 司法协助

一、“一带一路”背景介绍及战略意义

地区冲突、恐怖主义、增长缓慢、改革乏力，世界范围内各种不确定性与日俱增，中国作为最大的发展中国家，勇担重任，不断探索创新发展的新路径。2013年9月和10月，中国国家主席习近平在出访中亚和东南亚国家期间，先后提出共建“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”的重大倡议，“一带一路”（B&R）得到周边国家的积极响应，合作领域涵盖资源开发、产业投资、经贸合作、互联互通、旅游联盟、海上合作、环境保护等。《斐济太阳报》评价“一带一路”倡议时说，这是中国向国际社会提供的重要公共产品，倡议者是中国，但受益的是整个国际社会。

“一带一路”是亚欧多国发展的新方向和新机遇，战略实施以来项目成果显著：蒙内铁路、中匈协议、卫星通信、亚洲基础设施投资银行、巴基斯坦--卡洛特水电站、中亚天然气管线项目等等。但是随之而来的各种争端与冲突也有增无已，为帮助大众特别是“走出去”企业了解周边合作国家的基本法律制度与法律环境，各界法律服务工作者尤其是律师队伍在其中的重要角色不言而喻。

二、涉外律所在“一带一路”建设中的优势与挑战

“一带一路”战略的提出对于涉外律所来说更是一次不可多得的机遇。由于长期与国外客户打交道、代理涉外案件，涉外律师处理各国经贸往来、交流合作等而产生的纠

纷相对来说更得心应手，因此要把握时机、迎难而上，为涉外律所开辟出更广阔的发展空间。

笔者曾就职于一家小型涉外律师事务所，深知涉外律所面临人才缺失、经验匮乏、创新意识薄弱、法律服务领域狭小，最终不得不被大所吞并的现实窘境。“一带一路”战略的提出，对于涉外律师事务所来说就是久旱之后的及时雨，涉外律所需要重新定位、了解并扩大自身的优势：1、利用现有资源分析比较各国基本法律制度及法治环境的差异，熟练掌握有关涉外法律法规；2、具有并不断提高外语表达能力，熟练运用法律英语；3、精通外商投资、国际贸易、知识产权保护等法律知识，深谙国际规则，具有全球视野；4、开展学习培训活动，巩固培养专业涉外律师队伍，重视发展复合型的人才，实施专业分工，避免人才的流失。

身处机遇之池，也要重视其中的暗流涌动，涉外律所仍然要应对各种长期存在的问题和突如其来的挑战：1、涉外司法管辖权的国际冲突。若有关国家法院都有管辖权，又不排斥其他国家法院的管辖，就会出现一事两诉、平行诉讼和重叠诉讼等，这不仅会造成司法资源的浪费，各国法院的判决执行也会产生冲突；若有关国家都不主张有管辖权，就会导致诉求无门。这些都会增加律师代理涉外案件的困难和风险。2、法律术语和适用规则差异较大、法律信息不对称。由于经济政治文化背景的巨大差异，争端各方对法律文件等材料的理解也存在分歧。例如，不同母语的双方对同一份合同的重要条款和用词可能存在两种解释，这就会直接导致同一纠纷的不同处理方式，进而削弱法律的适用性和律师对代理结果的预测。3、涉外律师缺口大。“能够熟练办理涉外法律业务的律师真可谓百里挑一。”中国青年政治学院教授、“一带一路”战略研究院执行院长岳西宽在重庆举行的“一带一路”合作创新法律服务论坛上表示，目前，在30多万名的中国律师群体中，真正能够熟练办理涉外法律业务的不足3000名。这一缺口蕴藏着巨大的机遇，也是涉外律所裹足不前的直接原因。

三、涉外律所与涉外律师队伍如何在推进“一带一路”中发挥带头和示范作用。

1、培养研究型和复合型的“法律＋”涉外律师人才，建立中外律师事务所间学习交流的常态化合作机制。6月24日，司法部、中华全国律师协会在京正式发布《“一带一路”沿线国家法律环境国别报告》，并宣布成立“一带一路”跨境律师人才库，因此集中培育一批适应当前发展要求的法律服务队伍是关键任务。 笔者在此提出的“法律＋”概念，不是机械地将法律与经济、外语、贸易等做加法，而是要将法律与经济、互联网、外语融会贯通。正如，懂法律又懂英语的人才并非是法律英语的人才，法律英语作为某些政法院校的必修课程，不仅是直接将中外法律互译这么简单，而是作为一门新型学科或高效高质的法律服务工具，是新型涉外法律人才队伍的必备职业技能，而涉外律师又是涉外律所不断前进的不竭动力。

2、规范涉外法律文书的写作，更好地为“一带一路”经济与文化交流服务。只有

在充分了解不同法系国家之间的基本法律制度和法律环境的基础上，在法律文书中采用双方协商一致、完全理解的法律语言才能达到沟通交流、处理纠纷的效果。例如贯穿律师办理案件的整个过程的法律备忘录，它适用于与案件当事人进行沟通了解案件的关键事实，进行案件争议事实的法条案例查询和法律研究，以及为当事人提供法律意见并对其中有关的法律适用差异进行解释等。虽然涉外法律备忘录的制作在法律应用文写作中非常重要，是律师对外交流及律师团队之间沟通的桥梁，但是却没有引起相当的重视。其实，在解决一个案件的过程中的不同阶段的备忘录的特点也不尽相同。因此应当尽快出台不同种类的涉外法律文书的标准的形式和统一的格式规定，涉外律所可以在日常提供法律服务的过程中积累经验、进行分类、改进创新，从目的、用词、语体、内容、正式性和作用等方面详细分析不同文书的特点，不断完善对外文书材料的基本的、统一的格式内容，为今后其他法律服务组织或者工作者处理涉外法律纠纷提供经验借鉴，以求能够在处理纠纷中运用非诉途径实现最大的效果。

3、做好外来法律制度的本土化工作，建立案例及涉外法律服务信息共享平台。“一带一路”多边合作过程中会涉及到新领域和新问题，会出现越来越多的“立法空白”，这就需要涉外律师适应多元化国际争端解决的要求，在翻译借鉴他国法律的时候，要立足于中国特色社会主义的基本国情，取其精华，使外来法律与本国资源能够很好地融合，为国民所适应和接受。涉外律所可以充分运用本所与涉外资源，建立案例、涉外法律和外国法律法规信息共享平台，举办涉外疑难复杂案件经验交流分享学习论坛，集思广益、切磋琢磨，不断健全完善涉外法律服务，以更加开放的姿态、更加先进的技术和更加国际化的视野，共建“智慧律所”。

4、发展多元化纠纷解决机制。涉外律师应当切实贯彻创新、协调、绿色、开放、共享的发展理念，充分尊重法律文化的差异，支持中外当事人自由选择谈判、调解、仲裁、诉讼等途径，尽可能运用双方都能够接受的语言和方式化解矛盾，避免冲突升级。涉外律师事务所应当加强与国外律师事务所、司法部门、仲裁调解机构等的合作，促进国际和区域间的司法协助，倡导“一带一路”沿线各国打开互惠合作的大门，更好地发挥法律对中外市场的经贸合作主体的正轨化引导与服务作用，为“一带一路”打造公平公正可持续发展的环境。

5、配合司法机关发挥案例指导等的职能作用。2015年7月7日最高院发布涉“一带一路”建设第一批8个典型案例，之后又于2017年5月15日发布了第二批10起典型案例，指导全国法院服务与保障“一带一路”建设相关工作。涉外律所及律师队伍应与各级人民法院积极配合，共担时代责任，推动司法机关发挥职能作用，对海上货物运输合同、股权转让合同、承认和执行外国裁判等常见纠纷的解决提供借鉴。如：通过提审改判改变了原本中外法律实践中对法律关系界定、诉讼时效起算标准不一的现状，对海上货物运输合同集装箱超期使用费纠纷的性质和诉讼时效问题作出了明确的认定。同时，对于

国际保理、境外上市公司股票期权、跨境电商等的疑难复杂程度较高、审理难度较大的新型法律纠纷，涉外律所可以结合以往办案经验，交流共享信息，配合司法机关利用信息化应用技术、创新涉外审判机制、提高法官专业化审理能力，深刻理解国际条约和国际惯例的精髓，增强案件审判中的国际条约和惯例适用的准确性、稳定性和可预见性，完善裁判标准和审理规则，促进各国司法判决的相互承认与执行，树立公正高效的法治形象。

结语：当然，前途是光明的，但道路是曲折的，“一带一路”的建设也会面临诸多挑战，这就需要法律服务工作者特别是涉外中青年律师能负重致远，结合各国的具体国情与时代发展的要求，在法律实践过程中提出创新解决问题的新模式新对策，为“一带一路”提供高质量高效率的法律服务。

作者单位：安徽昌法律师事务所

参考文献：

[1]王义桅：《“一带一路”：机遇与挑战》，北京人民出版社2015年版，第85页。

[2]王义桅：《一带一路：机遇与风险》，北京人民出版社，2015年，序论。

[3]高雅琳：《法律英语的语言特征小议》，《考试周刊》，2012年，第63页。

[4]李旺主编：《涉外民商事案件管辖权制度研究》，知识产权出版社2004年版。

[5]刘黎明：《浅议“一带一路”建设中的司法保护问题》，中国法治，2015年07月18日。

[6]刘力著：《国际民事诉讼管辖权研究》，中国法制出版社2004年版，第258-259页。

[7]李玉璧，王兰：《“一带一路”建设中的法律风险识别及应对策略》，《国家行政学院学报》，2017年05月25日第02期。

[8]赵大程：《为“一带一路”建设提供法律服务》，《人民日报》，2016年11月17日07版。

“一带一路”中青年律师的发展机遇与挑战

——“一带一路”青年律师的发展之路

唐春飞　贺广庆

【摘　要】“一带一路”建设是一项复杂的系统工程和全新事业，亟待法治的引领、推动和保障。“一带一路”的沿线国家隶属法系迥异，对外开放程度、法治现状、市场化成熟度和贸易保护政策差异明显。尤其是我国企业在一路一带承建的项目多为资金投入较大、周期长、不确定因素较多的公共基础设施建设，极异遭遇因投资贸易、经营模式、市场准入、金融交易、知识产权保护、环境保护、劳工问题等诸多法律风险。但是，我国当前的律师执业现状，能胜任“一带一路”法务要求的律师凤毛麟角。律师执业的能力与规模宏大的“一带一路”建设所需，既形成强烈反差，也为国内青年律师群体带来发展机遇和空间。

【关键词】“一带一路”　青年律师　风险　机遇　应对

2013年9月和10月国家主席习近平分别提出建设“新丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”的战略构想，推进“一带一路”战略是当前也是未来我国重要的国家战略，其对于促进对外开放、推进供给侧改革、提高人民币国际化等具有不可替代的重要作用。未来国家急需培养和锻造一大批能够驾驭涉外案件各个门类的律师，以使其投身于这一史诗工程之中。可以预见，随着“一带一路”框架下国际间合作的加强，越来越多的涉外青年律师将会崭露头角并脱颖而出。

一、“一带一路”战略为法律服务行业迎来发展机遇

法律服务行业作为被经济形势所指引的服务业需具备敏锐的嗅觉，业务发展方向更要紧密贴合时政热点及发展趋势，适应“一带一路”的大背景，抓住时机提升自己的服务水准，赢得合作机会，方是生存繁荣之道。

“一带一路”战略为律所职业国际化提供良好契机。随着中国律师服务“一带一路”建设项目的深入开展，中华全国律师协会正式发布了《“一带一路”沿线国家法律环境国别报告》，并宣布成立“一带一路”跨境律师人才库，143家中外律师事务所（中国律师事务所72家、外国律师事务所71家）、205名中外律师（中国律师84名、外国律师121名）被纳入“一带一路”跨境律师人才库，成为首批人才库成员。进一步推进我国与沿线国家和地区的深度合作和持久发展；也使得国内律所从容步入国际法律服务行

业，开拓新的法律服务市场。

“一带一路”战略使 寻求跨国律所联盟已经变成了行业潮流。跨国贸易的链条中，对于不同国情的把控，将是法律服务的重中之重。结合自身优势在目标地域市场寻求结盟伙伴实现资源互通，既可为跨国贸易提供全面的专业法律服务，也可为自身赢得更多的合作机会，同时降低问题解决的时间成本和物质成本，对于“一带一路”项目的顺利实施起到加速器的作用。可以预见的是“一带一路”所带来的国际化法律服务合作发展契机将会让任何具备战略眼光的律所更加高效地进行资源整合和深度合作。而那些选择闭关锁国的律所则很有可能被淘汰出竞争激烈的法律服务市场。

“一带一路”战略促进律师业成为分工愈加精细的服务业。一带一路”战略项目本身的复杂性、涉及的法律渊源多元化，项目所在地国家国情的特殊化，促进律师业在提供法律服务时须做到更加专业，对法律问题研究更加透彻、更加全面、更加有可行性。客观科学地以法律眼光预判项目可行性、灵活运用国际商事仲裁规则，高效解决项目中的突发问题。在涉外业务专业分工中，将取得成就的专业领域发展成为新颖的专业服务方向，细化升级“一带一路”战略项目所需要的法律服务内容及合作模式，提升专业化法律服务水平。而对于目标客户而言，也会凭借其对于涉外专业法律服务市场的了解，更加明确地寻找法律服务机构。

二、一带一路”战略中为青年律师迎来发展机遇

致天下之治者在人才，建立一支专业的涉外法律服务队伍，是法律服务业在 ‘一带一路’战略发展的关键所在。律师作为提供法律服务的群体，尤其对于可塑性较强的青年律师而言，本身亦是“一路一带”战略的直接受益者。据权威部门统计在超过30万名中国律师群体中，真正能够熟练办理涉外法律业务的不足3000名，能够办理“双反双保”业务的不到50名，能够在WTO上诉机构独立办理业务的则更是凤毛麟角。律师执业的现状与规模宏大的“一带一路”建设所需，既形成强烈反差，也为青年律师群体带来发展机遇和空间。

“一带一路”战略框架下亟需具备国际视野的经济贸易的法律人才。“一带一路”战略的基本立足点是在通航、通路的基础上通商，初期形成的大规模基础设施建设项目，势必会迎来资源能源合作开发利用和多层次、全方位的服务贸易往来。因此，具有国际的眼光或国际视角是涉外法律人才在全球化背景下法律知识、法律技能及文化素质的综合体现。而大多数青年律师对不同文化的敏锐与包容及适应能力较强，更易以开放的、客观的、包容的心态对待多元的法律文化，承认和尊重不同法律文化的差异性，甚至部分青年律师兼具国外律师执业资格。另外，大多数青年律师具备更强的学习主动性，能够突破国内法的传统思维，以比较法、国际法的视角去观察和思考涉外问题，科学、合理、公正、公平、高效地应用法律及仲裁规则。

“一带一路”战略框架下亟需熟练运用外语进行涉外法律服务的能力的法律人才。

语言是沟通了解的桥梁，无论何种形式的合作都是建立在交流的基础之上。“一路一带”战略框架下国家多达64个，所涉及人口数量多达44亿，经济总量约21万亿美元，分别约占全球的63%和29%，语言和文化极为丰富多彩，同时也有着巨大的差异性。提供专业独到的涉外法律服务，就必须精通一门或者多门外语。涉外法律人才的外语能力要求远高于一般性专业的外语能力要求。它在一般性要求的前提之上，更注重实际应用法律外语的能力，如具备较强的听、说、读、写、译等能力，获取涉外法律信息的能力，能用外语制作法律文书的能力，以及签订合同、解决经济纠纷、进行涉外谈判等能力，只有具备这些才能有可能从事涉外法律服务。当前大多数青年律师学历层次普遍较高且都具备一定的外语基础，在语言的学习上具备天然优势。“一路一带”战略为具备语言优势的青年律师提供了展现自我，体现人生价值的广阔舞台。

“一带一路”战略框架下亟待有创业精神的法律人才。“一带一路”战略下的法律人才需要通晓国际法律规则和国际秩序以及依照国际法律规则解决纠纷的能力。经济全球化的背景下，我国的政治、经济、文化及法律与国际的联系日渐不可分离，涉外领域也变得越来越广泛和深入。面对复杂的国际环境，青年律师往往具备初出茅庐的韧性和创业、创新的热情，对工作充满激情，善于打破常规，出奇制胜。此外，青年律师正处于人生和事业规划中的初期阶段，较之资深律师其专业化方向转变的成本较低，可塑性更强。“一带一路”战略的实施激发青年律师的斗志和热情的同时，终将使其成为“一带一路”法治化的重要践行者、维护者和推动者。

三、“一带一路”战略中为青年律师带来的挑战

青年律师普遍存在执业时间较短，实战经验薄弱等通病，且“一带一路”是整体战略，导致每个国家实施项目之间具有较强的地域和行业差异，“一带一路”战略本身就需面对的大环境所带来的各项风险和挑战。

“一带一路”战略框架下青年律师识别风险能力较弱。“不知哪里是风险，才是最大的风险”，“一带一路”战略的风险包括政治风险、市场与商业风险、技术风险、管理风险，法律风险。一带一路周边国家的政治、经济势力的角逐更为微妙，且面对纷繁复杂、瞬息万变的国际局势，青年律师仅凭一般的涉外法律实务经验去处理，往往事倍功半。虽然我国已经与亚、非、欧中大多数国家缔结了多项双边投资协定，但是这些双边协定多数只是原则性规定，未细化具体风险防控条款，在法律风险防控以及投资争端解决实践中都不具有太强的可操作性。而上述的因素叠加往往会使青年律师以法律眼光预判项目可行性、高效解决项目中的突发问题时茫然无措。

“一带一路”战略框架下青年律师缺乏必要的法律实务操作是最大的软肋。“一带一路”战略模式下，涉外律师的培养已纳入国家战略的视野，但我国涉外青年律师的培养明显滞后，综合体现在教学培养模式单一，缺乏系统性和多元化的实操训练等方面。与此同时，国内法学教育因规模的急剧扩张导致人才结构性过剩，良莠不齐。大多数青

年律师的涉外实务能力仅停留在文件资料的准备，法律规范和国际规则的查询翻译以及涉外文书的书写等一般事务性工作上。而实务方面的核心能力，比如国际仲裁中的诉讼技巧以及谈判能力严重缺乏。脱离深层次涉外法律实践环境的涉外青年律师无异于纸上谈兵，其能力不能解决实际问题，更不可能具备国际视野。

“一带一路”战略框架下青年律师自我营销拓展业务能力薄弱。众所周知，法律服务市场与其他市场一样都存在结构性矛盾，青年律师因资历尚浅，往往会对自身的素质和能力是否符合涉外法律需要产生质疑和不自信。而市场与营销，从来就是相伴相随，不可分离的。律师营销实际上“ 发现 ”的过程：发现自我、发现客户、让客户发现自己、帮客户发现价值、发现市场（客户群）。而青年律师多数还处于“发现自我”中徘徊与彷徨，缺少借助一些平台和工具展现自我才华的意识和勇气。

四、青年律师如何应对“一带一路”战略下的机遇与挑战

第一，青年律师应深入了解各国或地区法治环境。 “一带一路”周边的国家和地区具有不同的法律传统和体系，且法制发展水平和完善程度不同。青年律师更须广泛涉猎研究各国重要民商事法律文件娴熟运用冲突规范解决法律争议，同时紧密结合国际条约和国际商事惯例解决实际问题。

第二，青年律师应熟悉国外法律实践环境。在实践中积累办案经验，熟悉涉外案件的法律流程；根据不同的业务方向，形成浏览相关政府机构的官方网站的习惯，掌握最新动态。积极参加外国法院、仲裁庭以及国际仲裁庭的涉外案件的应诉与答辩，以初期集体作战的方式不断探索提高业务水平。

第三，青年律师应专注专业化服务与创造价值。青年律师应兼具专业能力与通识，努力成为某一领域的专家，但也不必过分画地为牢，尽可能保持对其他领域知识的好奇。保持求知的热情创新的能力，持续、深入的研究涉外业务。

第四，青年律师应强化涉外法律术语的综合运用能力。前年律师要高度重视涉外法律术语的学习与应用，将外语作为自身素质提升的硬指标，以具备外语思维及能以外语为媒介开展涉外法律服务为目标。

第五，青年律师应加强与他国文化的了解与沟通。涉外青年律师作为国际化的法律人才，应着重锻炼自身跨文化的沟通能力和职业能力，了解对象国的历史文化、风俗习惯、宗教传统，进行深入透彻的跨文化交流，增进对其他国家、民族的文化和价值观的尊重，学习并吸收他国的先进的制度与文化，构建和谐的开放的对话关系，担当起高素质法律人才的重任。

总之，青年律师应及时把握“一带一路”所带来的历史机遇，通过学习、实践、评估、纠正等途径成为适合“一带一路”战略的国际经贸法律实务人才。为“一带一路”战略法律制度的发展贡献自己的力量。

作者单位：安徽道同律师事务所

巴基斯坦国际EPC项目法律风险防范及应对建议

——以巴基斯坦旁遮普省净水项目为例

蔡荣凤

【摘　要】国际EPC项目涉及设计、采购、施工的多个环节，一般建设周期长、经营风险高，对从事国际EPC项目总承包建设的中资承包商来说，还面临陌生的法律体系及社会文化等多因素的挑战。中国企业走出去面临政治和法律环境风险、监管合规风险、合同法律风险、相对方风险、跨境担保风险、争议解决风险等多种风险。笔者结合自身参与的巴基斯坦旁遮普省净水项目在招标前准备工作及投标阶段法律服务，对如何提前预防项目法律风险，结合实务提出自己观点。

【关键词】巴基斯坦 海外施工 法律风险

旁遮普省是巴基斯坦四个省中人口最多的省份。它拥有205344平方公里的面积（见图1），占巴基斯坦全国总人口的约56％。旁遮普省也被称为“五河之地”，其境内五条河流是巴基斯坦主要的灌溉和饮用水源。但在旁遮普省的农村，只有13％的安全的自来水被使用（巴基斯坦社会与生活测量调查，2012 - 13年），其比率是非常低的。2014年在省公共卫生工程部与联合国儿童基金会一起发起的另一项调查中，特别强调，因受到过多的化学（TDS，砷，氟化物和硝酸盐）污染，旁遮普省的村庄中的73%的水源不适合饮用，只有27％的农村可以使用安全水源。旁遮普省政府于2014年3月10号规划并创建了“旁遮普洁净水公司（PSCP）并发布净水项目（以下简称本项目）”的招标计划。2016年8月笔者作为律师成员陪同我省知名企业走出去参与了该项目竞争性招投标程序中法律服务（注：国际竞争性招标程序大致分为如下几个阶段：a、招标前的准备工作；b.公开招标；c.开标；d.评标与决标；e.签订合同）。笔者作为律师参与了本省项目由业主方PSPC发包的农村净水项目的a、b两个阶段工作，结合参与本项目实务，浅析国际施工中的风险及应对。

防范国际EPC项目法律风险，首先必须识别可能面临的主要法律风险，做到有的放矢。国际EPC项目由于其自身特点，法律风险主要发生在政治和法律风险、监管合规风险、合同法律风险、相对方法律风险、跨境担保风险、争议解决风险方面。虽然巴基斯坦与我国有传统的友谊和全方位的合作，且根据2017年世界银行发布《2017年营商环境

报告》，巴基斯坦位列全球排名前十改善最多的经济体，但是巴基斯坦实施国际EPC项目仍存在整体施工项目复杂、法律体系不同等多重因素。以本项目为例，分14个标段（见图2），每个标段要求不同，项目复杂，项目路线遍布整个旁遮普省的所有农村村庄，每个村庄的水质不同，村庄距离、当地环境等均对设计方案提出较高要求。

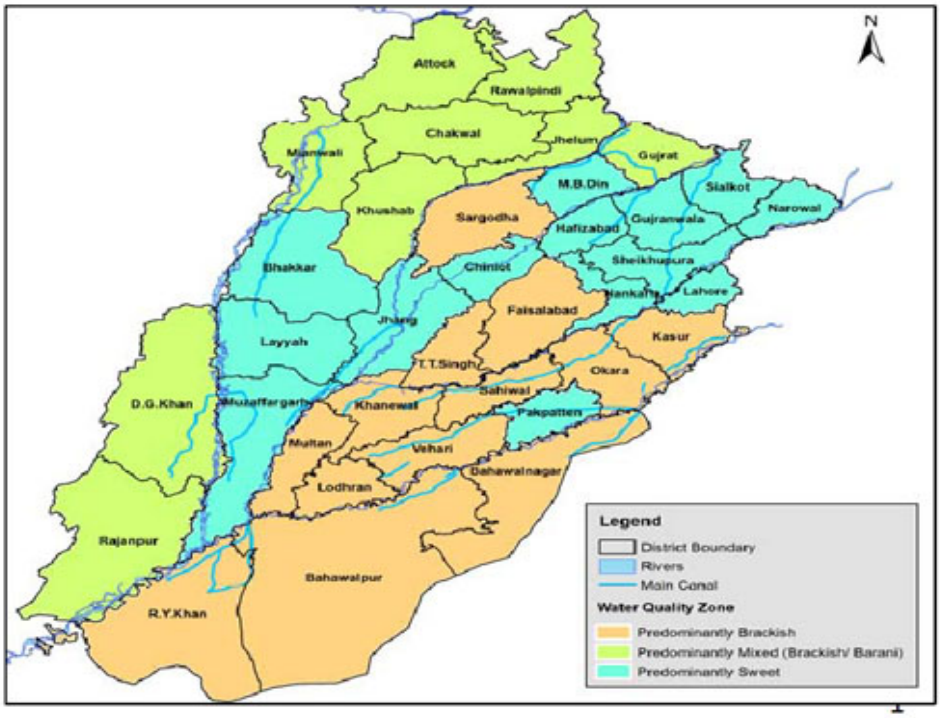


Figure 2: Water Quality Zones in Punjab Province

图1：巴基斯坦旁遮普省农村供水及处理项目（EPC）分布

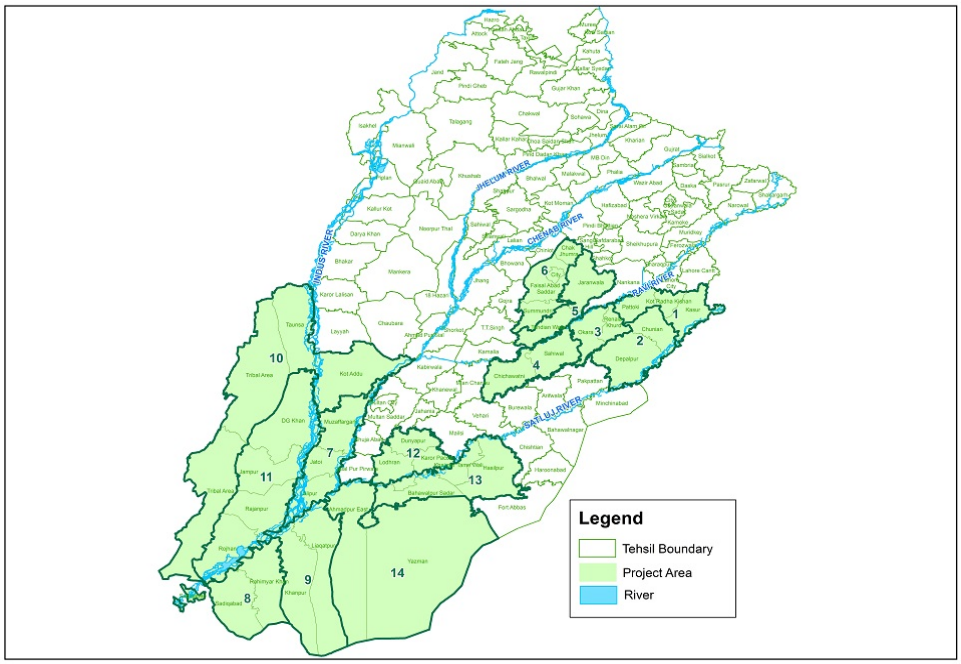


图2： 巴基斯坦旁遮普省农村供水及处理项目（EPC）各投标段

一、政治和法律环境风险及应对建议

1、政治动荡和战争风险 巴基斯坦大城市的社会治安总体尚可，伊斯兰堡和拉合尔治安较好，卡拉奇治安形势较为复杂。近年来，巴基斯坦政权民主化趋势渐强，军方逐渐从国家政治舞台退居幕后，2013年5月的大选，进一步巩固了巴基斯坦政治趋稳的大势。这是巴基斯坦历史上首次在无军队、宗教、司法和外国直接干预背景下完成的大选，也是巴基斯坦建国以来首次实现民选政府之间的政权顺利交接[1]。中国2013年5月，中巴签署“中巴经济走廊”合作备忘录，笔者个人认为未来中国投资巴基斯坦市场前景较大。若遭受政治风险和法律环境风险时可向我国政府申请保护，必要时利用外交手段解决[2]。

2、法律变更风险 法律变更风险主要是指东道国变更政策、法律而给外国投资者造成经济损失的可能性，主要包括外国投资政策调整、政府禁令、税收政策的调整等。中国企业在海外投资前一定要了解当地法律变更动态，并将其纳入投资全面考虑，特别是涉及税收等重要法律问题，企业在投标前应进行法律尽职调查并做好国际施工架构设计、税务筹划、提前设计退出策略等。

3、腐败风险 在所有腐败中，工程建设领域腐败是腐败最严重领域之一，随着我国开始大规模海外投资，中方企业必须考虑投资东道国的腐败问题，笔者感受巴基斯坦腐败非常严重，但是较之前有所好转，据透明国际日前公布的2011年全球腐败报告显示，2011年巴基斯坦清廉指数（CPI）得分2.5分，较去年的2.3分有所提高。巴在最腐败国家排名中列第42位（183个国家/地区中），较去年的第34位（178个国家/地区中）有所改善。排名改善的主要原因是部分机构人员表现较好[3]。对可能存在腐败风险，中国企业应对可能的腐败行为进行重点监控，并对海外员工进行培训，要求员工对有关接触和支付行为进行如实记录，保留原始证据，以便在发生腐败指控时能对有关行为发生源头进行查证，在联营体承包模式中，企业应对联营方行为进行必要监控和调查。建议在同有关机构打交道，涉及对方索贿应注意保留相关证据，在签订相关协议时注意明确各自权利义务。中国企业在进入一个新的国家或地区之前，应对该国腐败感知指数及反腐执法情况有一个全面了解。

4、政治和法律环境的应对建议 政治和法律环境风险属于系统性风险，唯一解决方法是事先进行充分调研。可以通过项目启动前的尽职调查与风险评估，通过项目结构设计减低政治和环境风险（如与当地公司成立联营体、争取多边机构参与项目等），必要时可以购买政治风险保险。

二、监管合规风险提示及应对建议

监管合规风险即未能遵守法律法规及当地普遍商业规则所可能遭受的风险，中国企业主要监管合规风险主要来自东道国。通常，业主在和中国承包商签订工程承包合同时，会要求承包商“遵守当地法律法规”，目前通用的FIDIC条款施工条件中大多条款均涉及承包商应遵守相应法律。根据笔者参与的本项目，适用即是FIDIC条款，业主方PSPC

公司利用自己的强势地位，对部分条款进行更改或删除。

1、项目许可法律风险

项目许可法律风险主要是指从项目立项到建设、运行中所存在的在政府许可办理时出现延续、终止等方面的风险。包括征地拆迁、项目立项许可、环境许可等来自政府机构方面的许可。巴基斯坦工程委员会（以下简称PEC）于2015年4月修订的《1987年工程建筑经营条例》第三条对外国建筑工程企业在巴经营资格审批程序作了如下调整：（1）将不再受理外国建筑工程企业的PEC资格证书申请及延期，改为每次参加项目投标前申请特定项目许可，申请文件必须包括外国建筑工程企业与巴当地企业组成联营体或合作单位的证明文件。（2）外国建筑工程企业必须为所有的在巴工作的工程师申请PEC资格认证[4]。

因此海外承包商应及时了解关于资格审批规定的相关动态，在本项目中，笔者参与了寻找当地企业组建联营体的过程，对当地企业进行尽调。虽然中国企业在走出去时，根据不同需要在东道国设立有限责任公司、分公司、代表处等形式，进行各类商业活动。充分考虑税收筹划、建立与集团公司的“防火墙”等多种因素，建立该项目的子公司并与当地企业建立联营体，及时了解资格审批规定的相关动态，做好“走出去”尽职调查工作。

2、劳工风险

国际工程项目中通常涉及派遣国内员工和雇佣当地员工的问题，从员工来源来看，劳工风险可分为中国劳工风险和当地劳动风险。中国劳工风险主要包括进入工程所在过的签证、工作资格和人身安全。笔者感受中国劳工在巴基斯坦工作对签证到期的认识不足，好多中国劳动签证到期仍在施工作业。虽然巴基斯坦警方力量强大，会派出一半警力保护中国人，但是仍有必要为国内雇员购买人身安全保险，还要定期对雇员进行教育和培训，制定和执行严格的操作规程，提高雇员自身的安排防范意识。因巴基斯坦用工成本较低，失业率较高，中国承包商更多地雇佣巴基斯坦本国较低廉的劳工，但是，需注意对当地雇员的管理风险除了文化冲突、薪酬福利、工作时间外，还要特别注意巴基斯坦强大的工会组织。巴基斯坦工会组织众多，《工业关系法2002》对成立工会和工会活动有明确规定，仅允许工业生产部门成立工会，而银行、交通、通讯、邮政、教育、医疗等社会公共服务部门不得成立工会。近年来，巴基斯坦工会力量逐渐壮大，在维护工人权利方面发挥越来越大的作用，近年来，因抗议停电、安全形势及税收等原因，巴基斯坦发生数起罢工事件。同时巴基斯坦劳工法，对劳动者年龄、用工时间均有限制，笔者认为中国企业在走出去时，在雇佣当地劳工时，可以考虑有中方合伙背景的劳务派遣公司进行合作，注意签订雇佣合同，以利于控制当地雇员管理风险。

3、知识产权风险

知识产权问题在国际工程承包中日益受到关注，EPC合同尤其如此，因EPC中设计

是灵魂，合同中涉及原创的设计方案及各类技术文件，相关设计成果的产权归属问题也是合同谈判中一个重要问题，笔者参与的该项目中因涉及到中方与巴方的工程师、勘察公司合作对工程图纸的设计及合作及利润分配，也是当时谈判重点。同时因当时项目涉及标段较多，因承包商仅限于两个标段投标，多个承包商之间存在重复的竞争性投标，巴方工程师、勘察公司存在与其他投标承包商交叉合作可能性，由于中国与巴基斯坦都是《巴黎公约》缔约国，参与该项目竞标存在专利侵权风险。如果不能清晰辨识这种风险并提出有效的应对措施，不仅可能在合同签约后（如果成功中标）的执行期受到侵权诉讼并蒙受不可估量的赔偿损失，而且可能在投标的前期阶段被竞争对手以重大侵权为由发起申诉，导致废标。因此，在承包合同中，承包商对不存在任何可能的知识产权侵权进行承诺和保证，企业应对此条款尤其慎重，如有侵权可能性，要采取有效措施予以规避，如侵权规避方案设计（专利法律状态分析、知识产权运作自由度FTO检索等）、与他合作方签订好协议，对设计方案的专利保护、专利权归属等问题进行明确约定。

4、监管合规风险

国际工程进入到更加复杂多样的法律环境中，熟悉不同法律规定需要巨大时间和资金成本，了解和严格遵守、充分利用当地法律法规是保证项目成功的主要因素之一。由于项目所在国法律固定直接影响项目的结构设计（如巴基斯坦需要设立联营体），因笔者的服务的客户长期在巴基斯坦有分包项目，笔者介入该EPC项目之前，已对巴基斯坦工程项目有一定了解，因此介入了前期法律调研工作，内容涉及：法律体及框架结构、有关制约外资和市场准入、企业进入该市场的经营形式问题，企业在该国开展合法经营所涉及的各类问题，包括注册、证照、相关许可、行业限制、外汇、进出口、劳动、保险及税收等法律规定，国际公约、双边协定等。客户了解这些情况后，准备资料，使客户非常顺利进入资格预审，当然这期间必要时需要和当地律师事务所、会计师事务所合作。同时注意在正式开始项目投标之前，企业应组织商务、法律人员针对具体的投标项目，进行实地考察，并将法律监管作为其中重要组成部分。注意研究投标文件，服务律师应对承包合同中有关遵守当地法律及监管规定对企业特别提醒，同时建议企业要考虑把合规风险进行成本量化，合理体现在投标报价中。

三、合同法律风险提示及应对建议

1、合同主体风险。加强对合同主体资质、信用、授权及履约能力、资信、关联关系等进行审查和调查。一般在公开招投标的项目中，业主出现主体资格问题较为少见，但是建议仍对业主进行一定承担尽职调查，并了解业主是否获得项目相关审批和许可，以本项目为例，经初步审查，业主系由旁遮普省政府依照“1984年公司条例”第42条，作为一个特殊专业平台，于2014年3月10号规划并创建了“旁遮普洁净水公司”，该公司设立目的即是策划、设计、并通过针对当地情况可采用实施国际上可接受的创新的安全饮水解决方案，保证在全省的农村地区提供安全和清洁的饮用水等执行和管理项目的

任务。因此本项目的主体风险不再考虑之列。

2、合同文本选择风险。从承包商角度来看，大致分两类，一类是合同风险，即来自招标文件和最后形成合同文件的风险。国际工程标准合同非常多，如：FIDIC合同、ICE合同[5]等从更有利于承包商角度来说，推荐使用FIDIC合同，而ICE合同更向业主利益倾斜不建议使用。fidic是国际咨询工程师协会（federation international des ingenieurs-conseils）的法文缩写，有人称 fidic是国际承包工程的“圣经”。可以说，fidic是集工业发达国家土木建筑业上百年的经验，把工程技术、法律、经济和管理等有机结合起来的一个合同条件。为了适应国际工程建筑市场需要，FIDIC于1999年出版了一套新的合同条件，逐步取代之前的合同条件。这四本合同统一称为1999年第1版，分别是《施工合同条件》（又称“新红皮书”）、《生产设备及设计——建造合同条件》（又称“新黄皮书”）、《EPC/交钥匙项目合同条件》（又称“银皮书”）、《简明合同条件》（又称“绿皮书”）。2008年FIDIC出版了《设计、建造与运营项目合同条件》（又称“绿皮书”），以满足国际上新发展的工程线项目管理模式需求。

就笔者参与的本项目采用的是红皮书，整体上判断土建部分为单价合同，通过验工计价的方式来支付工程款，本项目承包商将被提供由指定银行支付的担保合同总价的10％ - 15%预付款筹款，也符合红皮FIDIC条款国际惯例（即红皮 fidic条款规定，预付款的最大极限为 15％），对承包商均较为有利，这也是笔者服务的客户决定投标的重要考虑因素。进入资格初审后，同其他进入资格初审的竞标者参与了标前会议，会议中业主方将投标文件向各位竞标者释明并做解释，我们发现业主方对标准合同进行不当修改，特别是业主的责任开释条款（Exculpatory Clause），如：让承包商确认标书完备性条款、让承包商确认其对标书理解明白无误条款（承包商必须在投标首封函或投标格式中确认）、不免除承包商责任条款等，转移BOQ报价清单遗漏风险等，均具有较大陷阱；除此之外，一些保护承包商的条款如省略索赔补偿条款（通用条款53.4全部删除），缩小业主风险范围（缩小了20.4条款所规定的业主风险范围）均有所改动，参与竞标者对此问题进行汇总，由业主方统一答复并修改。通过此次标前会议的参与、谈判就修改，笔者感受到虽然在投标中承包商的合同谈判地位很低，但是对于合同条款规定不清或有重大缺陷的情形，承包商还是应向业主反映并争取相应修改。对于有些以法令形式颁布的合同，在无法修改的情况下，承包商也应仔细阅读合同，对其中潜在的风险控制点进行预先考虑，并体现在投标报价中。

3、合同变更的风险

合同变更风险在于变更是否符合合同规定程序，未按照合同规定进行合同变更而产生变更无效的风险。在本项目中，业主的投标文件中特别条款中规定，删除可与允许费用变更比例范围15%，而变更为20%。之所以有这样的变化，业主是基于以下考虑的：分段工程、不确定因素多、增大可允许变更的比例范围，业主可以把其他承包商无法完

成的部分工程纳入可变更范围。业主风险变小了，然而本标段承包商却可能面临较大风险，并可能面临如下因素：工期拖延、面临误期罚款，变更本身造成承包商收入减少，因为在变更范围内，承包商得不到补偿，及时超出范围的补偿，仍然有限。因此对此变更条款，竞标者提出质疑并要求业主方修改。

4、合同终止风险 一般国际工程线项目中虽然存在争议，但是真正能够导致合同终止的争议并不多，在EPC合同中终止条款氛围业主提出终止条款及承包商提出终止。

综上，国际工程项目来说，合同文本是核心，预防、减少合同风险应体现在合同谈判、签署、实施全过程。合同签约前应做好尽职调查和谈判工作、项目实施过程中做好动态合同管理，出现业主要求变更情形，应要求业主按照合同要求出具变更通知书等。

四、合同关联方风险提示及应对

笔者感受，中国企业对外承包工程过程中，需要同联营方、工程代理方、业主、分包商、设计师、供应商等关联方打交道，不同对方为了自己利益，互相博弈。笔者在本项目同代理方、联营方、业主方、供应商打交道较多，对涉及到商务谈判及法律风险进行分析。

1、巴基斯坦工程代理方（AGENCY）。国际工程中存在代理人（AGENCY）及因此承包商需要为此付出的佣金（commission）是行内心照不宣的“秘密”，代理商不仅会在获取项目信息上提供帮助，在项目实施过程中甚至产生纠纷时也能发挥较大作用。据报道，在全世界的国际工程承包中，大约有80%项目是通过代理人或中介机构获得。然而，承包商选择代理商不当或在与代理商的合作中未能有效监管代理商的行为，会带来如下巨大风险：如不能中标、失去中标、失去机会成本；低价中标导致工程无法实施或实施过程中困难重重等。笔者服务中方客户过程中，接触了多名代理人，感觉寻找一名理想的代理商非常困难，要有良好的信誉，要有广泛的社会关系，熟悉工程项目的商务活动，熟悉工程项目的招投标工作，具有合法的社会地位，最好是信誉良好的公司而非自然人。这就需要对代理商公司进行充分的尽职调查，签订代理协议，在签订代理协议时要谨慎签署独家代理协议和总代理协议，明确代理人义务和提供服务内容、工作范围需要明确等。特别注意且且切忌需要审查代理提供支付代理费的账户的合法性并要求提供完税发票。

2、联营体风险 因巴基斯坦工程委员会（以下简称PEC）强制性要求组建联营体作为市场准入条件，因此联营体组建十分必要。但是联营体管理层次较多，各成员利益纠缠，相比较自营体而言，在范围界定上容易出现争端，如资源投入、利益分配、权力分配、责任分配人、人员管理等方面。本净水项目中，业主方承诺每次期中支付证书（IPC）的短期临时证书的最低金额可能是5000万元巴基斯坦卢比，或者双方当事人之间相互商定且承包商可直接要求业主方PSPC将款项按比例支付给其合资伙伴合作伙伴。因此，联营体的合作方非常积极，巴基斯坦本土施工企业积极同我中方企业接洽，要求成立联

营体。通过同不同联营体相对方谈判及工作分析，笔者认为应慎重选择合作对象并进行尽职调查，我国承包商与当地承包商组建联营体时，一定要考核当地承包商的资信情况，包括经济实力、工作范围、项目报价、技术水平、工程人员素质、拥有设备情况、垫资能力、以往项目经验、组织管理能力方面慎重考虑，除此之外，工作效率也一定要考虑。笔者服务的客户同等情况下，最终决定合作的联营体很大原因是根据该公司的工作效率、执行力强来判断这个公司的团队运转情况。作为律师一定要把关好联营体协议的起草和实施，重点审查：工作范围划分是否合理、工程款划拨是否明确、各成员责任划分是否清晰、内部协调机制、联营体解散时间和方式、是否有诚实守信风险分担条款、争议解决、应急情况处理等。

3、业主方风险 国际EPC项目，业主风险主要体现在业主支付违约上。FIDIC施工合同条件第2.4款“业主的资金安排”规定，业主在接到承包商请求后应提供合理证据，表明起已经作出了资金安排，并将一直坚持实施这种安排，此安排能够使业主按照合同规定向承包商支付。在本项目中，旁遮普省政府承诺可以按照每个要求发行的安慰函（Financial Assurance/ Letter of Comfort），承诺有足够的资金来资助这个项目，并准备及时调动所需的财政资源确保开发工作的顺利进行，同时提供旁遮普省政府的担保（Guarantees by GoPb），同时该政府承诺如果需要的话，将为旁遮普省社会利益的安全饮水PPP（公共私营合作制）项目的性质提供必要的证券和担保。该担保可作为资本市场的经济激励措施，以资助项目，并避免任何形式的金融风险。基于以上因素，该项目引起世界范围内较多承包商的关注。

4、供货商风险 因国际EPC项目设备材料规格品种繁多，供应商来源复杂数量众多，且供货周期普遍较长，在竞标阶段规格品种不准确直接影响中标，报价不准确直接影响投标成本并最终影响是否中标。且有的供应商为项目指定供应商，这些因素会导致承包商议价能力较弱。建议在投标过程中，对有合作意向的供应商，承包商应尽可能保证他们尽早介入投标报价的程序，将利益绑在一起。本项目中在投标阶段，我们同德国KSB公司（主营水泵、阀门）达成利益捆绑，保障了投标阶段对水泵数据的报价准确。同时条款设计时，增加了限制加价条款，保证了一旦中标，防止供应商再无端加价。

五、争议解决风险提示及应对建议

根据全球建设资产咨询公司EC Harris出具的2013出具《全球施工争议延长时间报告》，争议解决时间中东地区排第一，2012年平均需要14.6个月，2011年平均需要9个月。根据该报告，全球建设争议最常见的争议解决方式是协商和调解，仲裁名列第三。目前通行巴基斯坦1908诉讼程序法及1940仲裁法，且巴基斯坦整体办事效率低，经常停电，纠纷发生后，诉讼或仲裁程序耗时较长，其中一个普通案件完成全部诉讼程序耗时2-3年，不推荐诉讼程序，若协商不成，可以选择仲裁程序。巴基斯坦招标文件通常采用仲裁协议默示条款“除非另有明确规定，争议应当向独任仲裁员提交”[6]。众所周知，巴

基斯坦处在政治风暴中时间很长，其仲裁公正性，特别是仲裁结果的法院执行力，的确值得人怀疑。事实上，巴基斯坦很早成立了国际投资争议仲裁中心，由于未理顺国内相关法规，中心一直形同虚设[7]。总之，建议提前预防，即使在合同签署和合同管理充分合理履行下，争议仍有可能产生。大多数可以通过工程师决定、代理商协调、DAB程序及企业业务人员、高层人员之间友好协商得以解决，在争议协商过程中，保持畅通沟通渠道，必要时还可以请求当地使领馆或政府支持。若在各方尽力仍无法避免争议上升成为需要提交仲裁或法院审理情形时，业务人员应及时通知法务部门，并聘请专业律师事务所对风险进行分析，制定应对策略和方案，确定一个案件管理/协调团队。巴基斯坦是纽约公约成员国，外国仲裁机构裁定可以得到该国承认和执行，因此若有必要选择仲裁程序时，所有项目管理人员应当保护好相关文件，并对对方可能被销毁的证据采取保全措施。与相对方建立有效沟通，尽量让企业法务人员或律师参与所有讨论，给予专业建议。

国际EPC项目的特点及风险性决定了其存在的法律风险，但是通过早意识、早预判、早预防、早发现、早管理等多方面努力，绝大部分法律风险可以提前预知、应对。通过一系列控制机制做到国际EPC项目法律风险可防、可控，相信随着巴基斯坦海外施工市场逐渐成熟，越来越多中资企业会逐渐走出去。

作者单位：北京中银（合肥）律师事务所

参考文献：

[1]对外投资合作国别（地区）指南 巴基斯坦（2014版）商务部国际贸易紧急合作研究院、商务部投资促进事务局、中国驻巴基斯坦大使馆经济商务参赞处主编。

[2]叶小忠，《中国企业对外承包工程法律风险管理操作指引》，法律出版社，第71页。

[3]国际反腐败组织“透明国际”（Transparency International）《2011年腐败感知指数报告》，http：//www.mofcom.gov.cn/aarticle/i/jyjl/j/201112/20111207857357.html，2017年7月1日最后访问。

[4]巴基斯坦工程委员会修改关于外国建筑工程企业资格申请规定，巴基斯坦工程委员会修改关于外国建筑工程企业资格申请规定，载http：//www.mofcom.gov.cn/aarticle/i/jyjl/j/200904/20090406158330.html，2017年7月1日最后访问。

[5]“英国土木工程师协会（ICE）合同条件，载http：//www.docin.com/p-63037233.html，2017年7月1日最后访问；

[6]巴基斯坦1940年仲裁法。附表一：仲裁协议的默示条款。

[7]承包工程市场国别报告（巴基斯坦），商务部合作司，2009-03-16。http：//tradeinservices.mofcom.gov.cn/c/2009-03-16/69410.shtml.2017年7月1日最后访问。

“一带一路”建设法律服务理论与实践问题研究

李结华　王汉波　陶然亭　董劲松　盛强　李子宽　雷汉

【摘　要】随着“一带一路”国家级顶层规划提出，“一带一路”建设不断推进，法律服务参与度不断提高，“一带一路”建设法律服务理论与实践问题同样备受关注。本文从“一带一路”建设投资主体、投资领域、法律风险、争议纠纷解决机制等四个维度选取具有代表性、典型意义的问题试图探究浅析“一带一路”建设法律服务理论和实践问题，具体分析民企和央企“走出去”的差异性，详细解析“一带一路”建设重要领域基础设施建设的问题和法律风险，深度剖析“一带一路”建设中知识产权保护的有关问题，探讨性提出建立“一带一路”的纠纷解决机制和路径的具体思路及举措。同时，为进一步推动“一带一路”建设和法律服务更好地开展，维护我国企业的合法权益，提出构建“一带一路”建设内外互联的法律服务合作机制，努力为“一带一路”建设提供更为行之有效的高品质法律服务。

【关键词】“一带一路”　法律服务　理论与实践　法律问题

一、“一带一路”建设法律服务环境与政策背景

2013年9月7日，习近平在哈萨克斯坦纳扎尔巴耶夫大学发表题为《弘扬人民友谊，共创美好未来》演讲，提出共同建设“丝绸之路经济带”的畅想。同年10月，习近平出访东盟，提出共同建设“21世纪海上丝绸之路”的战略构想。2013年11月，党的十八届三中全会审议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》指出，“推进丝绸之路经济带、海上丝绸之路经济带的建设，形成全方位开放性格局”。2015年3月，国家发展改革委、外交部、商务部联合发布《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》，至此，“一带一路”进入国家顶层战略部署和项目落实阶段。近年，我国不断推进“一带一路”建设，加强与沿线有关国家的沟通磋商，在基础设施互联互通、产业投资、资源开发、经贸合作、金融合作、人文交流、生态保护、海上合作等众多领域，推进一批条件成熟的重点合作项目，为我国经济社会发展注入活力，对构建开放型经济新体制、形成全方位对外开放新格局具有重大意义，同时有力加强地缘政治关系建设，营造和平发展、共建共享的国际氛围。

在推进“一带一路”建设中，围绕共同打造新亚欧大陆桥等国际经济合作走廊、共同建设畅通安全的海上战略通道等，我国同沿线国家在基础设施建设、国际贸易、跨国

投资、能源资源合作、航运金融等领域经贸活动日益频繁，必然会产生一系列不可预知的法律风险。基于一带一路”贯穿欧亚大陆，辐射沿线众多国家，各国家和地区法律制度参差多态，法治环境复杂多变，法治建设水平不一，大陆法系、英美法系、部分伊斯兰法系互相交叉，加之不同国家风格迥异的法律文化以及与法律活动息息相关的政治制度千差万别，产生法律纠纷风险加剧。因此，法律纠纷调解处理机制的适用以及风险防范成为“一带一路”建设中亟需解决命题之一，需要以法律的“共同语言”服务“一带一路”建设。

为充分保障“一带一路”建设，提供及时优质高效的法律服务，司法部专门成立司法部服务“一带一路”建设的研究中心，制定《关于司法行政工作服务“一带一路”建设的意见》，会同有关部门出台《关于发展涉外法律业服务的意见》，这些为律师参与服务“一带一路”建设提供政策依据和服务方向。《关于发展涉外法律业服务的意见》明确提出主要为“一带一路”等国家重大发展战略、中国企业和公民“走出去”、我国外交工作大局、打击跨国犯罪和追逃追赃工作等四个方面提供法律服务。《关于司法行政工作服务“一带一路”建设的意见》提出着力在基础设施建设、国际贸易、跨国投资、能源资源合作、航运金融、知识产权国际保护等领域提供法律服务。因此，广大法律工作者应当积极参与“一带一路”沿线国家的交通、能源、通信等基础设施重大工程以及其他国际合作方面的法律活动；积极运用法律知识与法律技能，为我国企业与沿线国家的贸易往来、投融资活动提供高效专业优质的法律服务，助力中国企业“走出去”；积极在提供法律服务过程中，对亟需解决的热点理论与实践问题加以研究和解决。

二、“一带一路”建设中涉及的法律风险及法律服务重点

《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》明确指出，“一带一路”建设以政策沟通、设施联通、贸易畅通、资金融通、民心相通为主要内容，加强政策沟通是“一带一路”建设的重要保障，基础设施互联互通是“一带一路”建设的优先领域，投资贸易合作是“一带一路”建设的重点内容，资金融通是“一带一路”建设的重要支撑，民心相通是“一带一路”建设的社会根基。因此，在“一带一路”建设推进过程中，我们发现，从投资主体来说，中国企业必将是先行者，在政府引导下充分发挥走出去的主体作用；从投资领域来说，基础设施建设必将是最为重要的投资领域；从法律风险来说，知识产权保护必将是下大气力解决的问题；从争议解决来说，“一带一路”的纠纷解决机制和路径必将是面临的直接难题。因此，本文试图从投资主体、投资领域、法律风险和争议解决选取“一带一路”建设中可能出现的热难点问题加以研究分析。

（一）面向央企和民企不同的海外投资主体提供针对性法律服务。“一带一路”建设中，中国企业是海外投资的主力军，既有实力雄厚的“国字号”央企，也会吸引大量民营企业“走出去”投资贸易，但两者在涉外法律风险防范及应对能力多有不同。由于

央企一般内部治理结构健全，在涉外投资贸易中积累丰富实践经验，甚至早已在“一带一路”沿线国家进行业务开发和投资，加之其人力财力资源雄厚，具备相当的涉外法律风险应对能力。相较而言，民企一般规模较小，内部治理相对落后，大多缺乏专业的涉外法律人才支撑，在涉外投资贸易经验欠缺，应对涉外法律风险能力不足。因此，应当明晰央企与民企在“走出去”中优缺点，研究分析如何在发展海外业务、进行海外并购等经营环节相互配合，发挥各自所长；在遭遇经营法律风险时如何“对症下药”，提供针对性法律服务，是“一带一路”建设中需要关注的重点。

（二）研究分析“一带一路”基础设施建设投资领域的法律问题。设施联通是“一带一路”建设中的基础性保障，随着“一带一路”倡议的推进，沿线国家在交通基础设施的关键通道、关键节点和重点工程，能源基础设施，跨境光缆等通信干线网络等基础设施建设全面铺开。我国企业也广泛参与沿线国家的港口建设、航空港建设、铁路建设等基础设施建设领域，取得丰硕成果的同时，部分跨境项目建设条件复杂，资金需求多、法律风险大、协调难度高，从而产生基础设施建设中的合同纠纷等法律问题。因此，如何快速、全面理解把握工程所在国与建筑工程相关的法律规定，如何有效运用国际工程中常用的法律范本文件和规则，如何合法运用当地劳动资源等所衍生出的一系列法律风险，都是我国企业参与“一带一路”沿线国家基础设施建设需要规避的法律问题。

（三）重点解决“一带一路”中因知识产权保护产生的法律风险。知识产权作为一种竞争性资源要素在国家的经济和科技发展中扮演着极其重要的角色，同样在“一带一路”建设中必然也离不开对我国自主知识产权的保护，避免我国知识产权资源的流失，或因知识产权法律问题造成企业重大损失。由于“一带一路”沿线涉及多个国家和地区，各国在知识产权制度设计、知识产权保护水平等方面参差不齐，势必会引起各国在知识产权保护问题上的分歧与冲突，如何充分应对和解决因知识产权产生的法律风险时中国企业和涉外法律服务的一道难题。据统计，在海外投资过程中，中国企业每年数以百计的商标因被国外企业抢注而丧失商标权，如家喻户晓的“飞鸽牌”自行车商标被印度尼西亚抢注、“海信”在德国被抢注等。因此，在“一带一路”建设的背景下，如何检索有效且有利于我国企业的法律规则，正确地理解和适用法律，运用知识产权战略和策略，有效解决知识产权保护的地域限制，降低企业的知识产权保护和维权的成本，是“一带一路”背景下法律服务的重要领域。

（四）倡导建立完善“一带一路”中的法律纠纷解决机制和路径。纠纷解决作为法律服务的基本内容之一，在“一带一路”法律服务中占有重要地位。探索建立完善有效的纠纷解决机制和路径，是建设“一带一路”过程中对法律制度、法律服务的安全与效率提出的迫切要求。同样由于“一带一路”涉及国家众多，法律体系与法律事务复杂，如何在不同法律背景下确定纠纷解决的法律适用，加强各国司法纠纷解决机构的合作，创设新的具有可行性的争议解决机构，选择正确的纠纷解决方式，保证纠纷解决结果符

合国家和企业利益，是“一带一路”背景下法律纠纷解决服务所面临的直接难题。

三、“一带一路”建设的法律风险成因及服务路径探析

（一）“一带一路”不同投资主体“走出去”差异性比较

随着“一带一路”国家战略深入实施，国有企业与民营企业纷纷响应，积极参与，中国企业“走出去”的深度和广度不断延伸，关注和研究国有企业与民营企业“走出去”的不同，进行前置性的研究分析，尽可能将不同投资主体遭遇或发生的法律风险防范于未然，从而提供针对性、专业性的法律服务。

1、央企和民企“走出去”比较分析

（1）“走出去”的动因不同。国有企业海外投资行为大多属于政策性的，被动性的，一般是按照国家部署和要求，参与完成政府间已达成的建设协议或援建决定而“走出去”。甚至部分国有企业一度认为自身的海外投资行为属于国家行为，并没有从商业的角度考量风险与投资收益关系，认为其所产生的风险和法律后果由国家兜底。而民营企业则完全是从纯粹的商业角度出发，自发的、主动的“走出”寻找商业机会，按照商人的思维模式，依据商业规则，决定投资，承担商业风险。

（2）投资的领域有所差异。国有企业海外投资领域一般多与自然资源相关的产业，主要涵盖东道国基础设施建设与工程承包，油气田、矿山开发等资源型项目建设，投资项目单一性、大型化、资源化特征明显。而民营企业除参与上述传统项目外，投资领域逐步拓展到制造业、通信业、软件业等多领域。

（3）投资的形式有所差异。国有企业对外投资一般是与东道国政府或企业开展合作的方式进行，或是进行单体项目建设，以直接投资建设为主。民营企业则逐步发展为股权投资、项目收购和并购、PPP项目，或是直接在东道国国内设立企业、开办工厂，投资类型渐成多元化趋势。

2、民营企业对海外投资风险的管控及应对能力不足

（1）对项目可行性调研不足。民营企业受到自身条件限制，企业自身调研部门能力有限，也缺乏专门的调研部门或第三方调研机构的专业协助，涉及海外投资时比较缺乏全面、细致、精准、专业的市场调研分析，民营企业照搬照抄国内投资经验，“先上车后买票”，从而造成投资项目存在先天不足。

（2）对当地法律环境把控不足。东道国的整体法律环境原则上决定外来企业的生存和发展，加之“一带一路”沿线特有的国家历史和宗教传统，法律体系与大陆法系或英美法系差异较大，部分伊斯兰国家法律条文与《古兰经》直接相连，或是同宗教宗法密切黏合，沿线国家的法律传统、法律地域特征明显。而民营企业传统的投资路径是技术先行，而不注重法律同步保障，导致合同、协议出现法律风险，甚至是不可逆转的法律硬伤，投资路径本末倒置。

（3）对项目管理本土化不足。部分企业经营海外项目时，不仅项目负责人、施工

人员属中方人员，而且机械设备、原材料也都是“中国心”。比如，国内企业在非洲承建水泥厂项目，其核心钢构部件则全部在国内加工制造，长途运送到项目工地，时间、运费成本巨大；加之中方工人在当地自建营地，与当地居民基本隔绝，没有交往，双方互有抵触情绪，项目及人员与属地粘合度严重不足。

（4）企业专业人才储备不足。国内民营企业“走出去”，主要依靠的是资金、技术。而“一带一路”沿线国家文化、宗教、法律、生活习俗差异巨大，企业在海外投资时，不仅需要资金、技术等核心竞争力，而且需要同当地政府、宗教势力、反对派、原住民的沟通交流。因此，在企业“走出去”的过程中，需要培育大量熟悉沿线国家政治、法律、宗家、社会情况的复合型法律人才，更好保障企业海外投资和企业权益，推进“一带一路”不断深化。

（二）“一带一路”基础设施建设领域法律问题浅析

司法部《关于司法行政工作服务“一带一路”建设的意见》明确表示，要努力为基础设施重大工程项目建设提供法律服务，认真办理基础设施建设招投标、承揽工程等业务，预防纠纷，减少诉讼。因此，应当对“一带一路”基础设施重大工程项目建设实践中广泛存在的法律问题及法律风险进行专项研究，探索防范和化解之道。

1、国内企业参与国际建筑工程典型案例

案例一、2009年9月，波兰A2高速公路开始招标，中国海外工程有限公司（以下称中海公司）与国内四家公司组成联合体，以4.4亿美元的价格中标A、C两个标段（约49公里），几乎不到其他参与公司的报价一半，甚至远远低于波兰政府预算的28亿兹罗提（约合10亿美元）。2011年6月31日，中海公司无法按期完工，宣布放弃A2高速公路项目。为此，波兰公路管理局对中海公司及联合体索赔估算为7.41兹罗提（约合人民币17.51亿元），同时禁止联合体四家公司三年内参与波兰市场的公开招标。

案例二、2009年2月，中国铁建股份有限公司（以下称中国铁建）成为沙特麦加轻轨项目总承包商，中铁十八局为具体承建公司。2010年9月23日，董事长因延误工期在麦加被解职。中国铁建为全力确保工期进度，追加投入大量人财物，项目成本远远超出预期，中国铁建在工程完工后公告称麦加轻轨项目给其带来41.53亿元人民币的巨额损失。

上述案例显示建筑企业在海外投资经营时存在以下主要问题：

（1）中海公司没有事先仔细勘探地形，研究当地法律、经济、政治环境的情况下，与波兰公路管理局签订总价锁死的工程合约，以致成本上升，工程变更及工期延误均无法从业主方获得补偿，加之管理失控、沟通不畅及联合体内部矛盾重重。主要是中国企业在进行涉外投资时，对东道国的国情及法律状况不够了解，同时对当地市场的研究亦不完善，对投资未作充分考量，试图以“低价中标”获取项目，但同时也为企业在具体项目建设时埋下重大隐患。

（2）国际工程承包的项目投标、建设是一项系统工程，因此，在进行“一带一路”国外项目建设时应当采用国际通用的菲迪克合同文本，而中国建筑企业往往忽视合同的重要性，规避风险和维护自身权利意识较差，加之企业风险意识淡薄，风险控制机制不完善，从而导致巨大损失。

（3）国际项目工程建设过程中，存在部分国家项目方无视合同约定，无限提出新的要求，导致项目工作量和成本投入大幅增加，计划工期严重延迟，合同履约管理水平低下，同时，加之中方企业及时加强签证索赔保存和管理，导致项目签证索赔无法实现，从而造成巨大损失。

2、建筑企业在国际市场实践中的风险防范措施

（1）在我国“一带一路”发展战略前提下，中国建筑业“走出去”承包工程，首先要了解国际市场竞争规律，适应国际市场，熟悉跨国承包工程通用的菲迪克合同内容及风险点，了解使用菲迪克合同与项目所在国法律体系的区别。

（2）应当通过法律服务机构，加强对有关国家法律政策研究，了解东道国风土人情，建立一套适应当地制度、法律、文化的企业管理制度，这是国内建筑企业在国际市场做大、做强、长久发展之路。

（3）在我国“一带一路”新的发展战略前提下，“走出去”的我国建筑企业，必须结合新形势、新特点、新要求，加强与国际接轨的合同管理方式。严格控制工程成本，合理、全面的考虑各种因素，不打“低价中标”战，坚决不投亏本标，保障提高企业效益。凭借我国在“一带一路”沿线国家众多项目的投资优势，及时占领国际高端工程承包市场。

（4）在“一带一路”战略下，提升我国建筑企业的国际形象，借助“一带一路”的时代战略浪潮，顺利完成技术转型。在建设过程中，发挥企业现场管理、技术创新、风险控制实务优势，大力加强合同的签证索赔管理，提高技术含量、提升工作效率，降低企业成本控制，项目盈利从源头下手。

（5）提高企业自身法律意识，培养专业的索赔人员与索赔机制，提高项目部全员证据意识，为工程建设索赔保留充分的证据保证。中国建筑企业应当充分意识到自己的不足，增强自身综合实力与法律意识，强化国际市场竞争力，就能够借助我国“一带一路”战略发展机遇，乘风破浪，健康发展。

（三）“一带一路”中的知识产权保护法律问题

随着我国“一带一路”战略的推进，以及我国企业“走出去”战略的实施，我国企业的产能及产品均在向境外不断输出。随之而来的是我国企业、产品、技术在境外遭遇的知识产权的问题和困扰。

1、我国企业知识产权保护存在的问题。

（1）对沿线国家的知识产权制度体系不熟悉，缺乏熟悉运用相关国家知识产权制

度的专业队伍。由此导致我国企业的产品、技术在境外无法获得有效保护，给企业造成严重损失。

（2）我国企业在境外的知识产权的维权成本过高。一旦企业在境外发现知识产权被侵权，根据属地管辖的原则和司法主权的规定，均应在当地采取司法或类司法程序保护权利。但由于对当地知识产权保护体系的不熟悉以及当地知识产权保护制度的不完善，对我国企业在当地保护知识产权产生较大的成本，且产生的效益未必很好。我国通信企业如小米、华为、中兴等公司在印度等南亚国家均遇到过类似问题。

（3）企业知识产权获得国际保护的成本过高。目前，我国企业专利、商标以及有关著作权等要获得国际保护均应通过相关国际条约规定的程序和方法进行申请。如专利需要获得国际保护，通常会通过PCT进行国际申请。PCT申请费用包括正常的国内专利申请费用，同时包括国际阶段的费用，同时还要按照当地国家的规定缴纳相应的费用。如果企业需要获得更多国家的保护，就必须进行不同国家的专利申请，必将产生巨额的申请费用，对于企业来说，是一笔不菲的专利申请费用。同时，在某些国家，专利申请周期十分漫长，这就意味着企业在支付巨额的专利申请费用后同样无法获取必要的市场保护。

（4）我国企业本身的知识产权的质量不高。我国企业一旦走出去，所面临的竞争不仅包含国内品牌的相互竞争，还要面对欧美等老牌工业强国的世界级公司的竞争。而这些公司无论在知识产权的权利意识还是在运用技巧上都远远强于我国公司。加之我国知识产权的制度建立和运用的时间并不长，权利意识的薄弱，直接导致我国的知识产权质量不高，很可能无法面对来自欧美世界级公司的竞争，极端情况下不得不放弃当地已经运营成熟的市场，知识产权的质量问题将会是一“一带一路”建设推进过程中非常突出的问题。

2、“一带一路”建设中知识产权保护举措及路径

（1）加强对沿线国家知识产权制度的研究和学习，建立专业的“一带一路”的知识产权法律服务工作队伍。国家及有关各省有针对性的为培养专业的“一带一路”知识产权法律服务队伍提供一定的资金和平台支持。加强自己专业队伍与有关沿线国家专业队伍的交流与合作，在具体事务的处理上建立起可以适用的合作机制。

（2）利用适当的时机，启动我国与沿线国家的双边或多边谈判。谈判应建立在现有的有关国际条约的基础上，就进一步简化有关国家知识产权的申请程序，降低申请成本，加大保护力度进行讨论，以我国企业的知识产权可以得到有效保护。同时，对我国企业进行的知识产权的国际保护的相关申请进一步加大支持的力度。

（3）加强对企业开展知识产权战略和知识产权布局的支持。不谋全局者不足以谋一域。要使我国企业牢固的掌握市场特别是沿线国家的市场，高质量的知识产权是必要的核心之一。成熟和适当的知识产权战略和布局不仅能使我国企业获得高质量的知识产

权申请，还能为我国企业以及沿线国的经济、科技发展提供方向性的保证。我国有关部门应当在原有的对知识产权维权工作给予支持的基础上，进一步深化支持广度和深度，对企业的知识产权战略和布局，特别是契合“一带一路”战略的知识产权战略给予重点支持。

（四）“一带一路”的纠纷解决机制和路径

“一带一路”建设过程中涉及解决争端机制的设置及其模式问题，需要考虑到不同国家司法体制的差异性，且应当在求同存异的大框架下来共同探讨与协商，才能形成有效的解决机制。

1、“一带一路”战略背景下争端解决机制的整体思路

（1）建立灵活多样的争端解决机制。基于开放性和包容性的特征，“一带一路”战略并不是将所有沿线国纳入建立一个笼而统之的区域性“经济区”，而是旨在构建“宜双边即双边、宜多边即多边、以双边促进多边、以多边带动双边”的区域经贸合作机制；并且该战略的内涵亦相当丰富，并不仅限于某一领域或者项目，而是着眼于多领域、多项目的经贸合作。具体而言，“一带一路”战略背景下的国际贸易争端解决机制并不要求中国与所有沿线国均必须恪守唯一一套争端解决体系、即争端解决的具体规则和程序，而是根据在具体实践中构建的区域经贸合作机制的客观情况，既可以在双边层面上亦可以在多边层面上，与不同的沿线国分别制定相应的争端解决规则和程序。

（2）以仲裁为主要手段解决国际争端。根据争端解决方式的不同，有学者将争端解决机制划分为三类：第一类的争端解决方式以磋商、调停、调解等政治外交手段为主；第二类采取仲裁的争端解决方式；第三类则通过设立常设法院或者其他常设司法机构以解决争端。以仲裁的法律手段作为解决争端的主要方式的优势显而易见：原则上必须严格依照明确的法律规则解决争端；具有较为完备的、且独立于争端当事方的专门机构；事先制定有透明的、详细的程序规则；所作出的裁决对争端当事方具有强制的法律约束力等。因此，以仲裁为主要手段的解决方式，更加保证了解决争端过程的公平性和结果的可执行性，建立以仲裁为主要手段的争端解决机制，可以提高解决争端的效率和效果。

（3）以政治手段辅助解决部分国际争端。以仲裁为主要手段的争端解决机制，并不意味着排斥以政治手段辅助国际争端解决。建立争端当事方国家之间的对话机制、开展国家领导人或者贸易代表会议交流等包含磋商、调停、调解等内容在内的政治外交手段，同样是解决争端的重要举措，坚持在平等、互利的基础上，解决“一带一路”战略背景下的国际贸易争端。

2、建立“一带一路”战略背景下争端解决机制的具体措施

（1）设立专门的争端解决机构。在“一带一路”战略背景下建立国际争端解决机制，还要注意争端机构的完善和健全。在一些国家里，由于没有建立专门的争端解决机构，常常使国际争端解决变得麻烦和复杂，不能给当事者双方一个很好的交代。争端解

决机构的设立，让以仲裁为主要手段的争端解决机制更加具有法律权威性和严肃性，同时，也保证了争端解决的进程，减免不必要的麻烦和繁琐。

①仲裁机构的设置。根据便利性的原则，在所有“一带一路”参与国中根据所跨区域、具体条件等确定设置仲裁庭的总体数量，如7-8个国家分配一个名额，由各参与国提出申请，严格根据预先确定的标准进行筛选，包括从国家司法的成熟度与稳定性、仲裁方面的经验与历史、能为仲裁庭提供的硬件条件就设施配置等各方面进行综合考察、打分后集体协商确定。

②仲裁规则和适用法律。现在国际上广为认可的仲裁规则是《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》，其不仅在临时仲裁中广为采用，而且也被一些仲裁机构作为自己的仲裁规则。除了适用相关国家的法律外，在货物买卖交易中，许多合同当事方选择使用《联合国国际货物销售合同公约》作为适用法律。因此，在“一带一路”仲裁机构中，这些规则和法律可以被引用或者参照适用。

（2）争端解决的管辖权的确定采取排除性管辖。应当以排除性管辖的方式应对上述争端解决的管辖权冲突问题，即允许争端当事方自由地就将争端诉诸何者进行选择，不过，一旦争端解决的场所被选定并且相应的争端解决程序随之开始，那么，已经开始的争端解决程序即具有排他性，任何一方当事方均不得再向其他争端解决场所要求开展其他争端解决程序。如此充分维护争端解决机制的权威性和公平性，一旦确立一方机构的解决立场，那么，其他机构不能给予干涉。

（3）争端解决结果的执行尽可能地避免采取强制措施。世界贸易争端解决机制常常具有一定的强制性，但是在解决国际争端问题时，过程可以保证强制性，但争端解决结果的执行应该尽可能地避免采取强制措施，应该更加注重执行结果的柔和性。倘若结果的执行采取强制措施，会带来一些不良影响，可能会挫伤国家之间贸易交流的积极性，没有法律保障的争端解决机制不完整，然而，争端解决机制的建立，也要讲究一定的灵活性，视当事者双方和情况而定，在争端结果的执行中，尽可能地避免采取强制措施。让和谐共处，互利共赢的“一带一路”策略从真正意义上实现自身的目标。

总之，建立“一带一路”战略背景下争端解决机制的宗旨，应当是使该机制能够更好地适应解决“一带一路”战略背景下的国际贸易争端的实际需要。由此，应当在充分考虑“一带一路”战略自身的特殊性，以及沿线国组成的复杂性，并且借鉴、吸收既有的国际贸易争端解决机制中的可取之处的基础上，建立可以根据实际情况的需要而相应地采取双边或者多边形式的、以仲裁的法律手段作为主要方式的争端解决机制。

四、构建“一带一路”建设内外互联的法律服务合作机制

（一）涉外法律服务合作的实际需求与现状

“一带一路”倡议提出之前，中国在参与世贸组织法律案件中，中国政府一直要求中国律师同国际律所开展密切合作。同样，在《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》

中，也特别强调在自贸区内探索密切中国律所与外国（以及港澳台地区）律所合作的方式与机制。

在“一带一路”倡议中，我国预计启动重点项目900余个，涉及到国际贸易法、投资法、能源法、金融法、环境法、文化法、海洋法等方面的法律专业问题，而中国公民和经济行为体的行为规范也会对我国对外关系产生影响。当前，尽管中国涉外法律服务市场处于蓬勃发展的状态，但能够独立从事涉外经贸法律业务的中国律师为数较少。新形势下，对涉外法律服务与合作提出了新的要求，越来越多的新型的、复杂的涉外法律业务都是需要律师之间的协同，律师事务所之间的合作才能完成，如投资、并购、上市等。因此，应当继续推进构建内外互联、联动合作的法律服务机制，推广借鉴香港同内地间律师合作的成功经验。司法部也强调两地律师协会、各专业委员会之间要建设有成效的交流合作机制，形成资源互补，共促发展的格局。

（二）涉外法律服务合作方面所涉及的主要内容

1、涉外法律服务合作关系中的国际私法问题。主要包括：涉外法律服务合同的法律适用；律师跨国送达、取证的法律冲突；涉外民商事案件代理权限；公证、司法鉴定等的域外效力。

2、完善境内外律所的合作机制以服务“一带一路”建设。中国律所在“一带一路”建设中，应起到总包法律服务的地位和作用，利用国际律师联盟等平台加强同沿线国家律所的合作。同时，利用同各国专业律师合作的经验，加强在个别项目上的合作。国内律师事务所可以通过在境外设立分支机构、海外并购、联合经营等方式，在世界主要经济体所在国和地区设立执业机构。律师协会要采取牵线搭桥、重点推介等措施，为国内律师事务所在境外设立分支机构创造条件。司法行政机关需加大与相关地区和国家司法行政部门的沟通和协调，在平等互惠的基础上，建立健全合作机制。积极引导资质好的中国律师事务所在境外开展联营、设立分支机构或是事业部。

3、充分利用国际法律服务沟通交流平台。积极参与和利用国际律师协会、国际律师联盟和欧盟律师协会等现有国际律师沟通交流平台，将“一带一路”法律服务工作作为交流主题，适时组织召开国际律师界研讨会。支持资助我国律师参加国际律师组织活动和会议。打造品牌，培养一批在业务领域、服务能力方面具有较强国际竞争力的涉外法律服务机构，开展国家和地方涉外法律服务机构示范单位认证工作。创建以我为主的国际法律服务论坛。抓紧建设“一带一路”律师联盟，建设发展涉外法律服务网络。

4、加强自贸区对于涉外法律服务合作的试点和经验推广。支持并规范国内律师事务所与境外律师事务所以业务联盟等方式开展业务合作，探索建立律师事务所聘请外籍律师担任法律顾问制度。以上海、广东、天津、福建自由贸易试验区建设为契机，探索中国律师事务所与外国律师事务所业务合作的方式和机制。深化法律服务业对外合作，参与有关国际组织业务交流活动，开展与“一带一路”沿线国家法律服务领域的互惠开

放。目前中国唯一可以实施中外律所互派法律顾问和联营政策的试点地区仅限于上海自贸区，应加大在各自贸区的试点，并将经验扩展到全国。

5、同“一带一路”沿线国开展法律服务合作的注意事项：（1）在各主管部门围绕“一带一路”的政策布局基础上研究法律服务合作路径；（2）一带一路沿线国的法律服务能力调研及法律服务机构的选择；（3）中国法律服务业在一带一路沿线国投资中的主要工作内容；（4）涉外律所、公证、司法鉴定部门与一带一路沿线国相关部门的合作模式分析；（5）沿线国法律服务业的市场准入。

6、“一带一路”沿线国外部环境对法律服务合作的影响。应考虑包括沿线国政治、宗教、风俗、恐怖危机、地区安全风险等问题，以及国家间关系对法律服务合作带来的影响。

在实践方面，应促进我国法律服务业进一步适应构建我国对外开放型经济新体制的要求，服务我国外交工作大局和国家重大发展战略；进一步建设我国涉外法律服务机构、发展壮大涉外法律服务队伍、健全涉外法律服务方式、提高涉外法律服务质量、稳步推进法律服务业开放；更好的维护我国公民、法人在海外及外国公民、法人在我国的正当利益。在理论方面，应加强在涉外法律服务合作关系中国际私法问题的研究；并研究在法律多元化背景下，经济发展模式、政治与宗教文化等外部环境对法律服务合作的现实影响。

五、结语

“一带一路”国家顶层战略已进入务实合作阶段，这既为中国企业带来机遇和挑战，同时也对涉外法律服务机构和人员提出新的要求。本文从“一带一路”建设投资主体、投资领域、法律风险、争议纠纷解决机制等四个维度选取具有代表性、典型意义的问题试图探究浅析“一带一路”建设法律服务理论和实践问题，具体分析民企和央企“走出去”的差异性，详细解析“一带一路”建设重要领域基础设施建设的问题和法律风险，深度剖析“一带一路”建设中知识产权保护的有关问题，探讨性提出建立“一带一路”的纠纷解决机制和路径的具体思路及举措。同时，为进一步推动“一带一路”建设和法律服务更好地开展，维护我国企业的合法权益，提出构建“一带一路”建设内外互联的法律服务合作机制，通过加强境内外律所合作，在信息、品牌和客户共享的基础上加以深入，建立中外律所常态化合作机制，为“一带一路”建设提供更为行之有效的高品质法律服务。“一带一路”是我国顶层战略设计，是深化对外开放的重大举措，既关系到大国形象塑造，也是复兴中华民族，实现中国梦的伟大壮举，法律服务机构应当积极响应和支持国家重大战略部署和推进，使国际经贸活动有“法”可依，从而推动“一带一路”深入实施。

“一带一路”战略的税收法律问题

刘　健

【摘　要】2015年7月7日上午，人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见正式公布，这是继今年3月28日，经国务院授权，国家发展改革委、外交部、商务部联合发布了《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》以来，我国最高审判机关发布的司法为“一带一路”护航的重要文件。要求各级人民法院充分发挥审判职能作用，提升“一带一路”建设司法保障的国际公信力是最主要的内容。《若干意见》在这一部分要求各级人民法院应在“一带一路”建设中充分发挥审判职能作用，切实提高人民法院在涉外刑事、涉外民商事、海事海商、国际商事海事仲裁司法审查和涉自贸区相关案件等方面的司法能力，为“一带一路”建设提供坚实有力的司法保障以海外基础设施建设为主的“一带一路”战略正在为中国对外投资开辟一个崭新的时代。贯彻实施“一带一路”战略，解决好国际税收问题是前提条件。在推进“一带一路”战略的实施过程中，中国应当把握历史机遇，推动沿线国家建立并完善区域税收法治环境，开创国际税收合作新格局；在做好税收优惠政策清理工作的同时，审慎出台税收支持政策；优化税收抵免程序和纳税申报制度，完善税收管理与服务安排，使之能更好地服务于“一带一路”战略。

【关键词】“一带一路”　税法协调　优惠政策

一、研究背景

世界经济格局正在发生翻天覆地的变化，中国经济正在不断地加深与世界经济的融合，以海外基础设施建设为主的“一带一路”战略正在为中国对外投资开辟一个崭新的时代。税收，是企业走出去必须面对的一个重要问题。贯彻实施“一带一路”战略，解决好国际税收问题是前提条件。作为一个负责任的新兴大国，作为一带一路战略的提出者和主导者，中国应如何把握历史机遇，构建与我国经济发展和对外开放新格局相适应、与税收现代化发展相配套的规范、统一、高效的国际税收规则体系和管理体系，是当前的一个重要课题。

“一带一路”构想的提出，立足于我国成功推行“走出去”战略所奠定的良好基础。近年来，国家通过制订和实施一系列政策措施，指引并支持企业“走出去”，取得了显著成效。我国在国际资本流动中的地位正在发生深刻变化：从主要以资本输入国为主向

资本输入与输出并重转变。我国企业的国际化程度日益提高，海外投资形式逐步多元化。目前，我国吸引外国直接投资总量全球排名第二，对外直接投资净额排名第三。2014年我国对外投资首次突破千亿美元，如果加上第三地融资再投资，我国的对外投资规模约1400亿美元，高于中国实际利用外资约200亿美元，中国首次成为资本的净输出国[1]。

自改革开放以来，我国不断适应经济全球化和我国对外开放格局的发展需要，学习借鉴国外税收立法和管理经验，税收管理体系逐步与国际接轨，在世界税收领域的话语权和影响力日益增长，取得了令人瞩目的成就。随着资本、技术、人员等要素资源跨境流动速度的加快、跨境交易数量和金额不断增长，国际税收工作在优化生产要素配置，消除跨境投资障碍，维护市场统一，促进社会公平，推动国际经济发展方面承担着更加重要的职能。不过，对外开放新格局下的我国国际税收工作也暴露出许多的不足，存在税收优惠政策导向性弱、税收抵免规定不尽合理、税收服务跟不上企业“走出去”步伐等问题。一些企业在税收领域尚未学会如何开展国际经营，对跨境税收政策、税收协定条款、境外所得申报抵免等政策缺乏必要了解，对当地税收政策不熟悉，涉税风险逐渐暴露，境外合法权益面临损失威胁。

与完善“走出去”税收法治相比较，“一带一路”战略视角下的税收问题与之既有共性的一面，又有着性质上的显著不同。一方面，“一带一路”规划与“走出去”战略相辅相成，囊括了不少过去已有的投资政策主张，例如与中亚国家之间的能源管线建设，与中亚和俄罗斯的能源合作，与中亚前苏联地区的农牧业合作，跨欧亚的交通带建设等。另一方面，“一带一路”战略规划不再是中国的单方主张，内容也不仅仅限于单纯的中国企业海外投资，而是沿线国家和地区在更加广泛的范围内开展深层次合作的一种机制，因此，看待“一带一路”税收法治问题，需要站在一个更高的层面。在推进“一带一路”战略的实施过程中，值得思考的税法问题主要有：

（1）沿线国家应如何建立与完善区域税收法治环境；

（2）“一带一路”建设需要什么样的税收政策扶持体系；

（3）应如何构建恰当的税收管理与服务安排。

二、“一带一路”战略与区域税收协调

国家发展改革委、外交部、商务部3月28日联合发布的《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》（以下简称“规划”）指出，“共建‘一带一路’旨在促进经济要素有序自由流动、资源高效配置和市场深度融合，推动沿线各国实现经济政策协调，开展更大范围、更高水平、更深层次的区域合作，共同打造开放、包容、均衡、普惠的区域经济合作架构。”

国际资源的优化配置要求货物、资本、服务和人员能够在不同国家或地区间实现自由流动，但资源要素的流动往往都会受到各种因素的阻碍，其中区域之间的税收障碍如关税壁垒、国际重复征税就是重要因素之一，其形成主要是由于区域之间的税制差异和

管理制度的不同。

国际税收协调是消除税收障碍的最有效手段。通过税收协调削减或取消关税壁垒，签订税收协定解决税收分配，避免国际重复征税，进一步协调税收制度减少差异与税收歧视，强化税收管理的合作，可以有效的消除制约各国商品和生产要素自由流动的税收障碍，实现资源的优化合理配置，从而带动经济效率和社会福利的提高，促进各国经济的发展[2]。同时，伴随国际税收协调的深化，各国之间的经济合作将更加紧密，经济一体化进程将会加快推进，进而形成国际税收协调和经济一体化的良性互动，从而促进经济的共同繁荣和发展。由此可见，国际税收协调在促进经济一体化和经济发展方面有着重要的作用。

从内容和阶段上看，国际税收协调包括关税协调、商品税协调和所得税协调等。要消除国与国间进行国际贸易的税收障碍，建立商品市场的一体化，即商品在成员国之间能自由流通，必须首先进行关税和商品税协调；要消除国与国间进行国际投资的税收障碍，建立生产要素市场的一体化，即资本和劳动力在成员之间自由流动，则必须进行所得税协调。因此，就“一带一路”区域税收协调进程而言，应首先致力于成员间关税壁垒的消除，达到自由贸易的目的，在此基础上，逐渐缩小各国对外关税税率的差异，可能的话最终实现区域成员对内的零税率和对外的统一税率，即建成关税同盟区。其次，应逐步实现间接税与直接税的全面协调，迈向共同市场和经济联盟。共同市场和经济联盟的建立要求商品和生产要素在区域内实现自由流动，同时还要求各成员国的税收政策相一致。商品的自由流通要求对间接税进行协调，而资本、技术、劳动力等生产要素的自由流动要求对直接税进行协调，同时经济联盟的特性要求成员国协调相互的宏观税收政策。当然，由于沿线各国经济、社会发展乃至税收结构差异较大，现阶段旨在实现税率统一的税收协调并不是最好的选择，短期内应该承认各国在税收结构和税率上的差异，主要目标应该是通过协调缩小各国的税收差异。

国际税收协调包括税制改革、签订国际税收协定以及国际组织协调等形式。就税制改革而言，鉴于我国不断增长的海外投资，以及从资本输入国到净资本输出国身份的转变，需要重新考量其所得税制和避免双重征税方法。我国在所得税方面采取了属人原则，对本国居民纳税人就其全球范围内的收入征税，并且在避免双重征税方法上采用抵免法，对于本国居民纳税人来源于国外的所得，允许其从本国应纳税所得额中抵免已经在来源国缴纳的全部或部分税款。这种规定虽然符合资本输出中性原则，即海外投资和国内投资都负担相同的税率，但是也可能造成其居民的全球税负比东道国市场上的其他国家投资者高。由此产生的负面影响一方面是降低了本国企业在海外市场的竞争力，另一方面也可能会打击本国居民将海外收入汇回母国的积极性。

从发达国家税制来看，OECD大多数成员均采用属地原则（即仅对来源于本国境内的所得征税）或在避免双重征税方法上采用了免税法（即对本国居民来源于境外并且符

合一定条件的所得免于在本国征税），由此本国居民进行海外投资时不用承担母国的额外税负，有利于本国投资者在东道国能够与来自不同国家之间的资本平等竞争。[3]“一带一路规划”第四部分“合作重点”中指出，应“鼓励本国企业参与沿线国家基础设施建设和产业投资。促进企业按属地化原则经营管理，积极帮助当地发展经济……。”今后中国不能再仅仅站在“来源国”的立场上考虑吸引外资，也需要同时站在“居民国”立场上，考虑其税收制度是否有利于本国居民企业进行海外投资，以进一步提升其跨国公司的海外竞争力。

当前，很多国家的税收结构正在从直接税向间接税转变，这种转变可以以收入规模不变的方式进行，并且能够提高企业竞争力。因此，中国亦可考虑将部分税收负担从直接税转移到间接税。通过降低单位劳动力成本和改变进口产品的相对价格（因为增值税由国内消费部分承担），将一部分税收负担从直接税转移到间接税，可以起到促进出口和改善贸易平衡的作用。此外，为了在促进中国跨国公司海外纳税遵从和保持其海外竞争力之间寻求平衡，中国还需要重新审视其对于转让定价的立场，因为任何规则将不仅为对内投资服务，还需要为对外投资服务。“规划”第四部分“合作重点”为区域税收协调指明了进路，即强调沿线各国的政策沟通以及充分利用现有的双多边合作机制。《规划》指出：“加强政策沟通是‘一带一路’建设的重要保障。加强政府间合作，积极构建多层次政府间宏观政策沟通交流机制，深化利益融合，促进政治互信，达成合作新共识。沿线各国可以就经济发展战略和对策进行充分交流对接，共同制定推进区域合作的规划和措施，协商解决合作中的问题，共同为务实合作及大型项目实施提供政策支持。”在第五部分“合作机制”中，《规划》强调“当前，世界经济融合加速发展，区域合作方兴未艾。积极利用现有双多边合作机制，推动‘一带一路’建设，促进区域合作蓬勃发展。”

因此，建构一带一路区域税收法治，可考虑借鉴欧盟等区域或国家的做法，先在避免双重征税、反避税等领域形成专项性区域协定，如税务协助、情报交换、保密措施、转让定价、受控外国公司、预约定价安排、数字经济等，然后逐渐发展到综合性的税收区域协定。在这一过程中，中国应抓住国际规则变更契机，积极推动建立层次更高、运行更畅的区域税收合作与协调机制，努力将我国日益上升的经济实力转化为国际制度性权利，通过国际合作与沿线各国共同应对经济全球化给税收征管带来的挑战，共同维护和发展良好的区域国际税收秩序。

三、“一带一路”与税收优惠政策

“规划”第四部分“合作重点”指出，我国应“加快投资便利化进程，消除投资壁垒。加强双边投资保护协定、避免双重征税协定磋商，保护投资者的合法权益。”实施“一带一路”战略，离不开国家的大力推动，税收激励和优惠措施，是国家干预经济的重要手段和政策工具之一。不过，虽然当前有关“一带一路”的讨论甚嚣尘上，我国中

央及地方各级政府仍应保持清醒，不宜盲目、仓促地出台各类税收优惠或鼓励政策。

制定税收优惠，首先需要遵循税收法定原则。依照法律规定设税、征税、治税，是建设法治国家、法治政府、法治社会的迫切需要，也是推动实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求。2015年3月15日第十二届全国人民代表大会第三次会议通过了“关于修改《中华人民共和国立法法》的决定”，规定“税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度只能由法律规定”[4]。3月底全国人大法工委又通过了《贯彻落实税收法定原则的实施意见》，就贯彻落实税收法定原则制订了具体时间表和路线图，标志着税收法定迈出了实质性一步。税收法定的核心是实现对政府征税权力的限制。过去，政府习惯于不受限制地动用税收优惠这类宏观调控政策，现在则是有权不能任性，应把权力关进制度的笼子。

适度的税收优惠政策对于经济发展是必不可少的，但也必须看到，税收优惠的“政策之治”可能扭曲市场竞争、扰乱市场秩序，甚至破坏人们的税收法治意识，影响税收执法和守法，延缓税收法治化的进程。正是因为过去我国的税收优惠政策过多过滥，2014年底国务院专门下发《关于清理规范税收等优惠政策的通知》，对国内税收优惠政策展开清理规范工作，这无疑是贯彻依法治税和提升国际税收竞争力的重要一环。

因此，在讨论“一带一路”建设需要哪些税收优惠政策这一实体性问题之前，首先应考虑与税收优惠政策相关的程序性规则，例如税收优惠政策的制定程序、绩效评估、法律监督、法律救济等，从而真正落实税收法定精神。税收优惠政策统一由专门税收法律法规规定，只是税收优惠法治化的最起码要求。当前，可考虑利用清理规范税收优惠政策的契机，在修改《税收征收管理法》时增设“税收特别措施”专章，确认税收优惠的一般性法律制度，如税收优惠目的、税收优惠要件、税收优惠范围、税收优惠制定权、税收优惠的监督等。当然，贯彻落实税收法定原则，并不意味着今后国务院无权调整税收政策。《贯彻落实税收法定原则的实施意见》提出，落实税收法定原则将力争在2020年前完成，在此期间，全国人大的授权决定仍然有效。国务院可以根据“一带一路”建设和税制改革需要，依据授权决定对相关税收政策进行必要的调整和完善。这体现了法律刚性与灵活性的结合，可以更好地满足国家和社会治理的现实需要。

其次，税收优惠政策的清理、税收优惠政策的法治化和税收优惠法律体系建设，还需考虑国际规则的制约，尤其是WTO反补贴纪律的约束，妥善处理税收优惠政策的合理性与合规性问题。税收优惠政策，在性质上属于税收补贴，是主权国家的各级政府在税收方面给予市场主体的支持或扶持性政策。税收补贴是一种复效行政行为，对受补贴人是授益，对处于竞争地位的第三人则是负担。WTO反对成员方的税收补贴在事实上或法律上有差别地向特定企业或产业提供，因此我国在制订税收优惠政策时也应当遵循这一原则，尽量在立法环节避免引发贸易摩擦甚至反补贴争端。在推动“一带一路”建设、完成我国产能转移的过程中，必然涉及机器设备等中国产品的大量出口，相对于较为宽

松的国内法环境，WTO反补贴纪律对于禁止性补贴有着严格的限制，我国尤其需要在出口导向型和进口替代补贴方面持慎重态度。唯有如此，才有可能在遵守国际义务和用足用好税收优惠之间取得平衡，最大限度地实现我国利益的最大化。

海外投资涉及投资者母国与东道国有关税收管辖权的划分。通过国家之间的税收分配与协调，解决税收歧视和双重征税问题，为纳税人清除跨境投资或交流的障碍，对于改善“一带一路”沿线国家投资环境，促进我国海外基础设施建设投资的发展有着至关重要的作用，对于“走出去”企业而言就是最实在的优惠。为鼓励“一带一路”投资，避免企业两头缴税的窘境，我国应积极开展与沿线各国的税收协定谈判，尽快完善税收优惠协调的运作网络。对于已有税收协定，应当严格执行，落实跨境纳税人的协定待遇，着力解决税收歧视和国际重复征税问题，帮助企业在国外发展壮大。对于那些内容不能满足新格局需要的老旧税收协定，应该积极开展双边磋商，予以重新商签。

“一带一路”规划的重点是海外基础设施建设，交通、能源、信息网络、资金渠道等基础设施的互联互通是沿线国家深化合作的基础，也是当前的薄弱环节。因此，税收优惠等政策扶持可以考虑向这些地区的特定产业进行倾斜。这种税收倾斜应主要在多双边层面上开展。例如，根据2015年3月26日签署的《中国政府和印尼政府关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的协定》议定书，两国对从事国际运输的对方国家航空企业互免增值税，该协定的《谅解备忘录》还列明了双方各自可享受免税待遇的金融机构，为两国政府全资拥有的金融机构在对方国家获取利息免税待遇提供了确定性。

为引导具有比较优势的企业对沿线发展中国家和转轨经济进行投资，实现某些产业逐渐向国外转移，对于鼓励发展的产业和地区，在保留并完善减免税这种直接优惠的基础上，还可考虑增加间接优惠，逐步建立起多种优惠手段协调运作的税收体系。间接优惠方式侧重于税前优惠，特点是对税收的间接减免，主要通过对企业征税税基的调整，从而激励纳税人调整生产、经营活动以符合政府的政策目标，以普遍适用的加速折旧、再投资退税、费用扣除、盈亏相抵、延期纳税等为主要形式。对海外基础设施投资企业，还可实施特别准备金制度，允许企业提取境外投资可扣除特别税款储备金或境外生产经营减值准备金，帮助企业抵御和降低境外生产经营和投资风险。

四、“一带一路”与优化税收服务

相比国内，境外的经营环境要复杂得多。“一带一路”沿线国家，传统上并非我国对外投资的重点区域，企业对于这些国家的税收制度往往缺乏必要了解。因此，我国应尽快加强“一带一路”沿线税收政策调研，收集并整理“一带一路”沿线66个国家和地区的相关税收法律规定、各国为吸引投资而采取的税收优惠政策、对外签署双边税收协定状况等信息，建立并充实国别税收法律法规咨询平台。从而方便纳税人直接查阅外国的税收制度和税收协定的执行情况，有利于纳税人运用国际税收协定保护自身利益，还应编印《走出去企业税收指南》，根据不同的产业行业、不同的境外投资经营组织形式、

不同的经营业务种类，给予基础性的办税指引。

针对走出去企业对境外税收政策不够了解的情况，税务机关应及时开展必要的税收政策业务专题培训，宣讲相关涉税政策。对规模较大、有行业代表性、境外业务较多，特别是在一带一路沿线国家投资较多的企业，税务机关应深入研究企业在投资目的地国家或地区面临的税收问题和需要获得的税收支持，开展专题调研，为其提供专门税收法律咨询服务。对于境外投资和承包工程较多的国家和地区，可与当地税务机关开展适当的双边交流与沟通活动，从而满足走出去企业的实际需求。完善对外开放新格局下的国际税收工作，需要大量的国际税务专业人才，对于企业而言也同样如此。缺乏专业税务人才的支撑，海外投资就可能顾此失彼，存在被多重征税的风险，更遑论如何合理避税。俗话说“磨刀不误砍柴工”，企业也应加大投入，积极引进必要的税务人才，为境外投资税务安排乃至合理避税出谋划策。

本着从宽从简的原则，为便利“一带一路”建设的开展，税务机关应进一步优化税收抵免手续和程序，制定更加灵活的纳税申报制度，从而减轻“走出去”企业涉税负担。对于在“一带一路”沿线国家开展的大型工程承包和基础设施建设项目，可以考虑借鉴发达国家经验，实施延迟纳税，适当延长境外所得年度申报期限和清缴时间。对于企业而言，延迟纳税形同从我国政府取得一笔无息贷款，对其经营活动具有重要意义。税务机关还应在精简办税流程、减少报备资料、缩短审核时间、加快退税进度、提高办税效率等方面多下功夫。

“一带一路”沿线国家和地区大多是发展中国家，国内税收政策与法治环境普遍存在不完善、不稳定、变动频繁等缺陷，易于引发各种税收争议，对“走出去”企业可能造成较大的困扰。为应对企业税收风险，应做好事前防范和事中化解工作[5]。一方面，税务机关应提前公布国别税收风险提示指南，企业则应加强合同中的涉税风险防范，在投标前对目的国的税收情况进行充分了解，在标书环节即体现并控制涉税风险。另一方面，税务机关还可以考虑建立跨境涉税诉求快速响应机制，在企业发生税收争议时提供各种必要的指导和协助，积极维护企业境外合法税收权益。相比事后发生税收争议所可能造成的危害，事前预防工作显得尤其重要。

五、结语

“一带一路”规划是我国“走出去”战略的延续和升级，我国必须加快税收法治建设的步伐，积极提升参与国际税收治理的能力。作为一带一路战略的提出者和主导者，中国应发挥与自己经济地位相匹配的角色，引领有关国家，推动国际税收区域法治的建构，把握国际税收法律制度重塑的话语权，维护切身利益，巩固我国战略地位。随着国际化经营程度的提高，企业也需要更加熟练地掌握和运用国际税收规则，依法开展生产经营活动，合理规避税收风险，维护自身合法税收权益。在中国经济全球化、税收管理突破传统主权和地理边界的背景下，我国税收法制体系建设和治理能力提高必须要着眼

于经济不断开放的历史条件，在税收法定原则的指引下，建立与我国经济发展和对外开发格局相适应，与我国国际地位相匹配，与税收现代化发展相配套的统一、规范、高效的国际税收法制体系和管理体系。

作者单位：安徽青华律师事务所

参考文献：

[1]靳东升.税收国际化趋势，经济科学出版社，2003.第56页.

[2]杰弗里•欧文斯，李娜译.税收制度与经济发展保持同步——今后20年中国税制改革面临的挑战[J].国际税收，2015，（1）.第234页.

[3]熊伟.法治视野下清理规范税收优惠政策研究[J].中国法学，2014，（6）.第70-71页.

[4]毛杰.WTO补贴规则与我国企业所得税优惠政策的冲突与协调[J].涉外税务，2006，（5）.第173页.

[5]邢会强.税收优惠政策之法律编纂[J].税务研究，2014，（3）.第75页.

论实用新型专利权之诉讼实践难点与保护

——一带一路建设中知识产权保护问题

汪振清　许梦君

【摘　要】在我国的专利法中，已明确将实用新型专利权，与发明专利权一同纳入专利权保护范围。这正是出于中国经济腾飞对促进制造业、提高专利权保护力度的迫切需求。但仅仅从法律层面给予实用新型专利权保护是不够的。在实用新型专利权纠纷的诉讼实践中，如不切实把握现存困难与挑战，就很难有针对性地提出保护措施。在知识产权领域，实用新型专利权纠纷诉讼是难中之难，这就必须从证据、程序和审判理念三个角度讨论。针对这些诉讼难点，需要广大法律实践者去钻研有效的解决方案。随着经济的发展、改革的不断深入，知识产权保护措施的落后已经越来越不适应市场的需求，而“一带一路”经济建设正给我们带来不可错过的良好机遇。

【关键词】实用新型专利权　诉讼实践　难点　保护

根据我国法律规定，实用新型是指对产品的形状、构造或结合所提出的适于实用的新的技术方案。有人称之为小发明。其专利申请审批程序是采取初步审查制，经初步审查合格授予专利权后，自申请日起保护期10年，比发明专利短。[1]但为什么国内申请实用新型专利权要比申请发明专利权的更加数量庞大呢？主要是因为实用新型专利申请审查时间相对较短，审查过程简单，费用低，具有很强的经济性，也有方便、快捷的特点。

《保护工业产权巴黎公约》没有将实用新型明确为一项专利权。实际上，大部分巴黎公约的公约国也确实没有这样规定。但在我国的专利法中，已明确将实用新型专利权，与发明专利权一同纳入专利权保护范围。这正是出于中国经济腾飞对促进制造业、提高专利权保护力度的迫切需求。

相对于发明专利权，可以说实用新型专利权的优势非常明显。从审查程序来看，实用新型专利权的授权时间快，通常从申请到发证只需要六个月。这是因为授予实用新型专利权不需要经过实质性审查。当然这给实用新型专利权带来了不稳定的特点，在保护实用新型专利权的诉讼实践中，此特点也确实带来了很多困难与挑战，之后再予详论，但仅从便捷程序角度看，实用新型专利权非常符合周期五年以下技术创新的保护需求。

其次，实用新型专利权与发明专利权地位相当，同样具有禁止他人制造、使用、进口、销售及许诺销售专利产品等权利，从法律层面来看，保护力度不弱。

但仅仅从法律层面给予实用新型专利权保护是不够的。众所周知，自2013年中国国家主席习近平提出共建“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”重大倡议以来，“一带一路”建设蓬勃开展，其理念和愿景已经深入人心。中国国家知识产权局局长申长雨在“一带一路”知识产权高级别会议上的主旨发言中明确谈到知识产权制度的三个重要机制，即新型的产权安排机制、创新激励机制和有效的市场机制。也就是说，知识产权的保护，与我国“一带一路”经济建设计划密切相关，与国家富强、民族复兴休戚与共。在本次高级别会议中，申长雨局长也提出了深化“一带一路”沿线国家知识产权合作的几点建议，主要是建立沿线国家知识产权政策交流机制、审查服务合作机制、执法保护协作机制以及人才培养互助机制。单从实用新型专利权的保护来看，这些都是必须的。但进入到实用新型专利权纠纷的诉讼实践中时，如不切实把握现存困难与挑战，就很难有针对性地提出保护措施。

在知识产权领域，实用新型专利权纠纷诉讼是难中之难，这就必须从证据、程序和审判理念三个角度讨论。

实用新型专利权作为工业产权，与制造业的关系十分紧密，已占据我国技术创新领域的半壁江山。但在诉讼实践中，专利权人想要获取相应的证据，却极为困难。侵权人的侵权行为，分为恶意侵权和非恶意侵权，但无论哪种，都应有实际生产出的产品出现在市场上。作为权利人，首先很难察觉侵权产品的存在，如察觉，就说明侵权人已经大量生产销售该侵权产品。那么权利人想通过诉讼维护自己的权益，就有了两种必须取得的证据——1、证明侵权产品已被生产或销售或使用的证据；2、证明侵权为侵权人生产或销售或使用的证据。在我国的诉讼实践中，这两种证据的取得都比较困难。对于某些不会在商店公开销售的产品（制造机械），如采用公证取证的方式，很有可能使恶意侵权人采取防范措施，从而难以获取证据。如采用隐蔽拍摄购买取证的方式，则很难被法院认可，最后很可能仍要再次申请诉中证据保全，重复付出高额诉讼成本。其次，在认定侵权赔偿数额方面，法律明确作了四项递进认定的规定，第一项就是权利人因侵权产生的损失，第二项是侵权人因侵权获得的利益，这两项都极难通过获取证据进行证明。如要证明权利人因侵权产生的损失，就要先取得自身因专利权获得具体利益的证据，之后再取得具体利益减少的证据，最后还要取得具体利益减少是因侵权人侵权导致的证据。这在诉讼实践中是难以实现的。而要证明侵权人因侵权获得的利益就更困难了，大部分情况下需要从侵权人处获取对应侵权产品的财务报表、税收凭证，或者从全部消费者处获取对应侵权产品的购买凭证，这几乎是一个不可能完成的任务。由此可知，从证据角度来说，实用新型专利权纠纷的诉讼实践之困难。

此前我们已经说过，授予实用新型专利权不需要经过实质性审查，这就意味着实用

新型专利权是不稳定的。在诉讼实践中，绝大部分侵权人针对权利人的起诉，会向专利复审委员会申请宣告实用新型专利权无效。一旦专利无效程序启动，一般需要经过不超过六个月的审理，才会由专利复审委员会作出决定。很多实用新型专利权确实不具备授权的实质条件，但也有相当一部分实用新型专利权对应的专利产品本身具有较强的创造性、新颖性、实用性，却因申请专利时权利要求范围过宽或文字表述不专业、不全面，违反专利法第二十六条第三款或第四款，最终导致专利权被宣布无效。另外，即使实用新型专利权最终被保留，前期长达六个月的宣告无效程序，也会令原告支付高额的时间、金钱成本。由于宣告专利无效程序一旦被启动，法院可以根据被告（侵权人）的申请中止诉讼，绝大部分侵权人都会利用该程序拖延诉讼时间，强制提高原告的诉讼成本。当然了，也有一些实用新型专利权人，反过来利用无效程序和诉讼程序冲击非恶意侵权人的商业市场。这些都是经济领域时常发生的情况。

在实用新型专利权诉讼实践中，最应被关注的难点，我认为还是存在于司法机关的审判理念之中。关乎实用新型专利权人权利实现的关键点，实际上正是审判过程中，对侵权赔偿数额的认定。专利权，不是现实存在的金钱或物质财产，它是一种能给权利人带来金钱回报的权利。在专利权被侵犯的前提下，除了停止侵权以外，唯一能真正保护权利人权利的方式，就只剩经济赔偿。但我国司法机关在审理专利权诉讼的时候，在赔偿数额的确定上，却很容易偏向侵权人。这是由非常现实的两个原因决定的。第一个原因我们之前已经初步论述过一点，即专利法中明确规定了如何确认专利侵权赔偿数额：1）按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；2）实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。3）权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该专利许可使用费的倍数合理确定。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。4）权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的，人民法院可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素，确定给予一万元以上一百万元以下的赔偿。前两项我们已经论述过取证的难度，在这里不作赘述。那么3）、4）项是否足以保护专利权人的利益呢？非也。首先第3）项是参照专利许可使用费的倍数合理确定，注意是“参照”，而不是“以”，这和第4）项一样，给了法官相当大的自由裁量权。但在我国，自由裁量权并不好用。在我接触过的一些案件里，绝大部分判决都否定了专利许可合同的证据意义，即排除第3）项确认条款，理由包括许可费过高或没有提供许可费已全部支付的证据，但从没有一位法官或一个司法机关，对专利许可费高低的认定作出解释。这就导致绝大部分实用新型专利权诉讼的判决，对专利侵权赔偿数额的认定，最终归于第4）项，即一万元以上一百万元以下，根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素。在落入第4）项确认条款的判决中，我曾研究过的实际损失与判决悬殊最大的一个案例，是S市中级人民法院作出的某科技公司诉某医疗器械公司案件。在这个案件中，实用新型专利权保护的是某种医疗器械的关键结构，

被告某医疗器械公司恶意侵犯该专利权，使用该结构制造大批医疗器械投放市场，而该医疗器械无论是专利产品还是侵权产品，市场价都在几百万元。被告侵犯该实用新型专利权成立，原告某科技公司诉请的赔偿数额为一千余万元，而S市中级人民法院最终依据第4）项确认条款，给出了最高额100万元的赔偿判决。在这个案件中，我想100万元的赔偿数额堪堪只够填平原告的诉讼成本而已。而绝大部分实用新型专利权诉讼的判赔数额都与实际损失差距较大的原因，正是司法机关不愿也不敢承担判决失误风险所导致的。之前已经说过，专利权不是金钱和物质财产。在绝大部分法官不是商业或实业背景出身的情况下，要求法官在使用自由裁量权时精准判断权利价值和损失金额，确实是强人所难。而在我们法律对此依旧没有细化规定的情况下，出现这样的结果也就不难预料。

综上可知，从证据、程序和审判理念三个角度来看，实用新型专利权纠纷诉讼实践足以称难中之难。这也需要广大的法律实践者共同努力，针对这些诉讼难点，去钻研有效的解决方案。随着经济的发展、改革的不断深入，知识产权保护措施的落后已经越来越不适应市场的需求，而“一带一路”经济建设正给我们带来不可错过的良好机遇。

在“一带一路”沿线的众多国家，很多都有着非常完善或新颖的知识产权保护政策，这足以吸引中国向他们寻求合作与学习。如2006年12月18日，俄罗斯总统签署了第230号“关于《俄罗斯联邦民法典》第四部分生效”的联邦法律，宣布自2008年1月1日起，废除知识产权领域中原有的一系列单行法，此后，《俄罗斯联邦民法典》第四部分即成为俄罗斯全部和唯一的知识产权立法。2014年3月12日俄罗斯总统签署了第35号联邦法律，对《俄罗斯联邦民法典》第四部分作了多项重大修改。适用于俄罗斯联邦境内包括专利权、实用新型、工业品外观设计、专有技术、商标、许可和侵权责任多种类型的知识产权权利。[2] 2017年10月1日，我国《民法总则》即将开始实施，而《民法典》的编撰工作，仍在缓慢有序地进行着。那么我国《民法典》的编撰，更应将完善的知识产权法纳入其中。比如印度自20世纪90年代开始大幅修订知识产权法律。为与国际接轨，印度在2005年的专利法修订中新增计算机软件和医药产品专利保护的条款，强有力地刺激和吸引了印度国内和国外的投资者。印度对知识产权的保护秉承“需要则保护”的原则，将知识产权制度作为一种政策工具，根据自己的需要而实际运用。印度还重视与知识产权相关的其他法律制度的基础性作用，例如，专门为信息产业制定《信息技术法》，以法律的形式对其进行保护，表明其对信息产业的重视。此外，印度还重视服务贸易立法，从具有传统优势的信息、生物科技开始向电信等众多服务贸易领域扩展，如今印度已是电信领域投资的最大热门。[2]同样的，我国也可以针对制造业等行业专门立法，有针对性地细化法律法规，完善不同领域中专利权纠纷诉讼的审判模式和审判理念。再比如波兰警察和海关内部设有专利等知识产权执法服务，海关总署设立专门知识产权部，与周边国家合作每3个月组织一次联合检查，海关官员主动或应权利人申请扣押侵权物。而匈牙利海关是最有效的知识产权执法方式，其所有知识产权单行法都提供了海关边境救

济的措施。[2]那么我国也可以就有关部门协助申请人保全知识产权侵权证据、向申请人提供必要的帮助作出相应的政策规定，从而积极引导国家对知识产权保护的不断细化、不断深化。

针对专利权赔偿数额确认的审判理念之不足，则必须引入惩罚性赔偿的制度。在2016年11月4日发布的《中共中央国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》中明确提出，加大知识产权侵权行为惩治力度，提高知识产权法定赔偿上线，探索建立对专利权、著作权等知识产权侵权惩罚性赔偿制度，对情节严重的恶意侵权行为实施惩罚性赔偿，并由侵权人承担权利人为制止侵权行为所支付的合理开支，提高知识产权侵权成本。实际上，惩罚性赔偿制度，是英美法系的知识产权纠纷普遍救济措施，同时也是英美法中富有争议的法律制度之一。在传统观点中，其是民事案件中用来惩罚被告已为的不当行为和威慑预防此类行为将来发生。[3] 例如澳大利亚高等法院就认为如情况表明被告行为是蛮横、粗野的、有报复性的或恶意的或无视原告的权利，那么原告可以得到报复性的或加倍的赔偿——被告不仅要赔偿原告的实际损失，而且还要对被告进行惩罚。[3] 这与我国《中共中央国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》所传达的理念不谋而合，也是笔者一直以来希望中国知识产权保护所应该走的方向。

实用新型专利权因其本身的特征，对中国的经济发展和制造业腾飞做出了巨大贡献，同时，其诉讼实践难点与空白也正威胁着市场的进一步完善。在大时代背景下，我国法律界应搭乘“一带一路”建设的东方快车，对难点有针对性地各个击破，竭力、快速、有效地推进实用新型专利权保护。

作者单位：安徽良信律师事务所

参考文献

[1]《浅谈实用新型专利的保护》 乔清杰 《发明与革新》1999年9月号，第15页。

[2]《“一带一路”沿线相关国家和地区知识产权概况》《知识产权报》2016年8月。

[3]《英美法上惩罚性赔偿制度研究》崔明峰 欧山 《河北法学》2000年第3期，第124页。

“一带一路”战略下国内外集体诉讼风险与应对

董劲松　范晓亮

【摘　要】近年来，国内外都发生了对我国有重要影响的集体诉讼事件。国内，在法律修订和司法解释的推动下，环境公益诉讼先行，消费公益诉讼也开始发挥影响力。2015年浙江省消保委诉上海市铁路局案，以及上海市消保委诉天津三星、广州欧珀案都产生了较大社会影响，最高人民法院正在研究消费公益诉讼司法解释。在美国，阿里巴巴等中资企业屡遭集体诉讼，在“走出去”的过程中需有效应对海外集体诉讼的风险。在具有公共治理传统的欧盟，出现了通过公民诉权进行群体利益保护的变革，目的是构建统一有效的集体救济机制，覆盖反垄断、消费、环境、金融等领域，中资企业需未雨绸缪。新近的《欧盟集体救济建议》作为良好的立法比较范本，可供参考。应积极应对集体诉讼和进行立法完善，通过政府和企业走出去反过来促进中国法治建设。

【关键词】一带一路　消费者　欧盟　美国　集体诉讼　公益诉讼

一、涉外集体诉讼研究符合“一带一路”战略需要

随着全球化的深入发展和中国综合国力的增强，中国与世界其他国家和地区的经贸、人员、资本、文化交流日益频繁和密切。2013年习近平总书记提出推进“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”经济带建设的国家战略，中国将遵循和平合作、开放包容、互学互鉴、互利共赢的丝路精神，加强与沿线各国的全方位深入合作，促进中国与世界各国共同发展，实现共同繁荣的合作共赢愿景。

欧盟是今天世界上发达国家最为集中、社会经济发展程度最高的地区，是中央提出的“一带一路”国家战略的西部终端。两千年前，产自中国的丝绸，从汉王朝的首都长安出发，一路向西，跋涉万里，成为古罗马帝国王公贵族的衮衮华服。今天，“一带一路”犹如两条跨越大陆与海洋的彩虹桥，将活跃的东亚经济圈和发达的欧洲经济圈紧密联系起来。

以中国为主体的东亚经济圈是全球市场规模最大、投资盈利率最高、创新创业活力最足的发展中区域；以欧盟28国为主体的欧洲经济圈是全球最大经济体和最大的进出口贸易经济体。中国与欧洲特别是欧盟在经贸、投资、技术、市场等领域互补性强，合作空间非常广泛，发展潜力巨大。

在2015年中国与欧盟建交40周年之际，欧盟外交和安全政策高级代表莫盖里尼来华

参加中欧对话，并与中方共同庆祝这一历史时刻。“一带一路”是中欧战略对话的重要内容，为欧盟与中国的对话与合作提供有利的契机，共同塑造全球化未来。欧盟委员会正在研究总值3510亿欧元的战略基础设施投资计划——“容克计划”与“一带一路”进行对接，推动欧亚互联互通建设。目前，在《中欧合作2020战略规划》基础上，中欧正在谈判双边投资协定（BIT），甚至在此基础上研究中欧FTA可行性，“一带一路”为此带来更大动力。

目前已经有9个欧盟成员国决定投资加入容克计划，包括德国（80亿欧元），西班牙（15亿欧元），法国（80亿欧元），意大利（80亿欧元），卢森堡（8000万欧元），波兰（80亿欧元），斯洛伐克（4亿欧元），保加利亚（1亿欧元）和英国（60亿英镑/约85亿欧元）。与容克计划对接后，“一带一路”战略规划将涉及到上述主要欧盟成员国，其国内法受到欧盟层面集体诉讼立法的影响需要改变立法，这将直接使中国企业在这些国家投资过程中可能遭受到集体诉讼的风险大大提升，尤其是在证券投资、反垄断、金融、消费者等牵涉到众多当事人的领域。

二、中国企业投资欧盟的巨大市场与集体诉讼风险

第一，欧盟是世界第一大经济体和第一大进出口贸易经济体。欧盟是全球最大的发达经济体，欧洲联盟的领土面积为440万平方公里，总人口5.068亿（美国为3.3亿），2016年人均GDP为36268美元。欧盟现有28个成员国，既包括了法国、德国、英国、意大利等世界上发达程度最高的国家，也包括了捷克、波兰、匈牙利、爱尔兰、西班牙等大量中等发达国家。欧盟是世界第一大经济体和进出口贸易经济体，2016年欧盟GDP总量为14.9万亿欧元。

第二，欧盟是中国的第一大贸易伙伴、第一大进口市场，中国则是欧洲联盟的第一大进口市场、第二大贸易伙伴。2016年中国和欧盟双边贸易额增达到5469亿美元，超出中美双边贸易额（5196万亿）300亿美元。

第三，欧洲联盟是中国第一大技术供应方、第四大外资来源地，也是中国企业践行“走出去”战略的主要对外投资地区。欧盟是中国的第四大外资来源地。截至2017年3月，欧盟对华累计投资超过1146亿美元，大量拥有先进技术、先进管理经验的大型跨国企业进入中国投资办厂。

第四，欧盟是中国企业“走出去”的主要投资地区。 欧洲庞大的消费市场、多样化的产业结构、与中国产业间的较强互补性，以及区域整合所创造的基础设施等领域的大量机会为中国企业发展提供了广阔的空间，截止2017年3月，中国对欧洲联盟各国的累计直接投资超过733亿美元，涉及制造业、能源、电力、农业、房地产和服务业等多个领域，仅2016年中国对欧盟的非金融类直接投资就达到72.9亿欧元，欧盟对华投资额88亿欧元。在2015年1至5月，中国对欧盟直接投资额飙升367.8%。

2017年6月国务院总理李克强应邀赴布鲁塞尔出席第十九次中国欧盟领导人会晤并

访问欧洲各国后，双方投资大环境进一步改善，可以预见未来中国对欧洲的投资还会保持持续、高速增长。

与重视法院诉讼的美国不同，欧盟传统上主要通过政府监管来规范市场秩序。欧盟对美国公司的罚款一向不手软，微软当年遭受马拉松式的反垄断案调查最终以 12 亿美元告终。Intel 被罚款 14.5 亿美元。最近，Google 与欧盟反垄断案和解失败后，可能面临最高 60 亿美元罚款。欧盟正在对苹果进行调查，指控爱尔兰政府向美国科技巨头提供非法的政府援助，而星巴克和荷兰政府之间的类似协议也面临欧盟竞争委员会的审查。虽然欧盟地区传统上主要通过政府监管来规范市场秩序，但在2015年《欧盟集体救济建议》出台后，通过法院集体诉讼的方式来对外国企业投资进行规制也将成为重要手段。

“一带一路”牵涉到欧盟主要成员国，包括德国、意大利等的国内集体诉讼立法都将进行改革。中国企业目前在美国遭受集体诉讼的围攻，因缺乏应对经验和有效措施，一直处于被动状态。“一带一路”给中国企业带来了在欧盟地区进行投资与发展的重要战略机遇，但在推进投资的深度与广度的同时，也要谨防集体诉讼的风险，尤其是在证券、反垄断、消费者和牵涉众多当事人的业务方面，是集体诉讼的高发区。锦天城律师事务所合肥分所专注于集体诉讼的研究与实务工作，积累了丰富的理论素养和经验，形成专业团队，紧紧把握“一带一路”战略涉及到的欧盟主要成员国集体诉讼法的最新动向，为中国企业在此区域的投资进行护航。

三、中国企业投资美国的集体诉讼风险与应对

在国际层面，近年涉及中资企业在海外投资的重量级集体诉讼迭发，至今在美国遭遇累计有一百多起集体诉讼，其中有四十多起已经和解或裁决，披露的各种赔偿金额累计超过二十亿美元;超过三十起诉讼被驳回,其余的尚未结案(参见下图部分集体诉讼)。

公司	时间	起诉理由	结果
中华网	2001 年 6 月	IPO 信息披露不实,涉嫌操纵股市	股价大跌退市
网易	2001 年 10 月	错误信息和误导信息	赔偿 435 万美元和解
空中网	2004 年 7 月	涉嫌证券欺诈	350 万美元和解
前程无忧	2005 年 1 月	违反美国联邦证券法	2006 年诉讼被驳回
新华财经	2007 年 6 月	IPO 信息披露不实	2009 年诉讼被驳回
兰亭集势	2013 年 8 月	违反美国联邦证券法	155 万美元和解
网秦	2013 年 10 月	严重失实和误导性声明	
聚美优品	2014 年 12 月	发布虚假和误导性信息	市值缩水 60%
阿里巴巴	2015 年 2 月	发布误导性声明并隐瞒受到监管调查情况	市值缩水 400 亿美元

2010-2011年约有27家中资企业在美遭遇集体诉讼，而仅2014年就约有12家。2015年未能例外，包括：（1）年初，多家美国律所联合一家中国律所对聚美优品提起集体诉讼；（2）2月，Robbins Geller Rudman & Dowd LLP等七家律所以涉嫌违反美国证券

交易法为由，将在纽约证券交易所上市的阿里巴巴公司及其部分高管告上纽约联邦法院，指控其发布误导性声明并隐瞒受到监管调查的情况；（3）3月，Rigrodsky & Long，P.A.、Glancy Binkow & Goldberg LLP和Rosen Law Firm等律所针对优酷土豆在纽约州法院提起集体诉讼；（4）5月，联想于旧金山联邦法院被用户提起集体诉讼；（5）5月，律所Milberg LLP向纽约州法院提起针对唯品会的集体诉讼，等等。

上述律所都有对中资企业发起集体诉讼的记录，涉及中石油、新东方、分众传媒、兰亭集势、世纪互联、龙威石油等。在美国，提起集体诉讼的成本很低，而索赔金额往往巨大，律师费通常能占30%。以披露的累计各种赔偿金额超过二十亿美元计算，仅是支付律所的金额就高达六亿美元。部分律所还与做空机构配合，通过集体诉讼打压股价、分得利润。部分涉诉中资企业遭遇市场做空，甚至停牌退市。2011年4月，Robbins Umeda LLP发起针对东南融通“涉嫌财务造假”的集体诉讼。东南融通选择了沉默以对，但不到一个月就被纽交所停牌，三个月后这家市值超过10亿美元的公司被迫宣布解体。

根据斯坦福大学集体诉讼数据中心对2000-2012年美国资本市场的统计，除2001年发生470起外，美国资本市场每年发生的集体诉讼数量在100到250起之间，每年平均200起左右。一年内能结案的仅8%，两年内结案的约为26%，三年内结案的约为39%。

四、中资企业海外集体诉讼风险的应对

（一）积极应诉

应充分了解、熟悉欧盟地区和美国集体诉讼的制度规则、操作程序，积极举证和应对诉讼，争取胜诉或者降低赔偿额度，而非消极不作为。选择既懂得欧盟地区和美国法律，又懂得中资企业需求的法律顾问和实力雄厚而富有经验的财务顾问作为合作伙伴。2010年5月，美国Rosen律所代表在纽交所上市的东北石油的投资者，对东北石油提起集体诉讼。东北石油聘请了美国律师团队积极应诉。2010年10月，纽约南区的联邦地方法院撤销此案，宣告东北石油胜诉。这是中资企业迄今已知的第一起在请求撤诉阶段积极应诉而胜诉的成功案例。

（二）充分运用和解手段

对原告来说，跨国取证并非易事，尤其是涉及到中国政府部门的证据。而且由于在欧盟地区和美国上市的不少中资企业根据开曼群岛法律注册，绝大部分业务在中国运营，多数高管不住在欧盟地区和美国，原告即使胜诉也将面临判决难以执行的困境。而对于企业来说，一旦败诉将可能面临数额巨大的赔偿，还可能面临美国证监会和欧盟监管部门的处罚。一般情况下双方会考虑进行和解，但如果企业选择和解的话，就表明默认了自身存在瑕疵，有可能留下后患，需谨慎应对。

（三）尽快熟悉欧盟和美国资本市场的法律规则

在欧盟和美国，集体诉讼大多数是针对企业在信息披露方面存在的瑕疵提起的。企业应当充分理解欧盟和美国法律对于信息披露的要求，准确、及时地披露各类必要信息

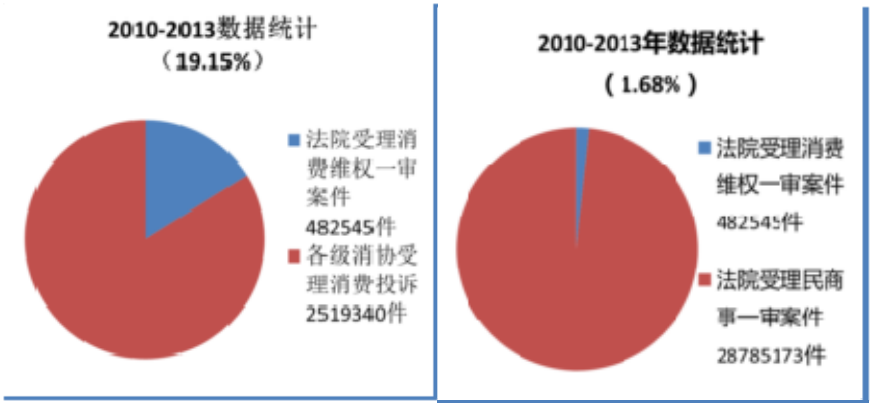
和预测性信息，并对先前披露的信息进行及时调整和更正；同时还要掌握和利用好安全港规则。

（四）革除经营模式中存在的缺陷

以阿里案为例，起诉的原因是“隐瞒售假等行为”而非“售假等行为本身”，但是中国国家工商总局指出阿里“对主体准入把关不严、对商品信息审查不力、销售行为管理混乱、信用评价存有缺陷、内部工作人员管控不严”等弊病确实存在。如不及时主动改进，这些弊病迟早会在海外爆发。

五、比较法视野下国内集体诉讼案例实证分析与立法完善

我国一直以来对于群体性诉讼持谨慎态度，立法中明确的个别诉讼与共同诉讼，以及人数确定的代表人诉讼并不适用于大规模消费侵权案件，而人数不确定的代表人诉讼出于维稳的考虑，在实践中举步维艰，难以起到应有的作用。2010-2013年全国地方法院共受理各类消费者维权一审案件482545件，同期全国地方法院共受理民商事一审案件28785173件，消费者维权案件仅占1.68%。与此同时，2010-2013年全国各级消协组织受理消费者投诉多达2519340件，法院受理消费者维权一审案件仅占其19.15%。随着中国社会经济的发展和民众法律意识的觉醒，尤其是在党中央关于“全面推进依法治国”的基本方略之下，以消费问题引发的群体性诉讼将不可回避。



2015年2月4日施行的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》（以下简称《民诉法解释》）以专章的形式对《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民诉法》）中的公益诉讼条款进行了阐释。对于公益诉讼与群体性诉讼之间的关系，作者赞同由于消费者群体性诉讼的特殊性，某些诉讼类型可达致公益性的效果的观点。在立法推进的背景下，消费公益诉讼实践也开始展现影响力，自2014年年底开始，浙江省消费者权益保护委员会（以下简称“浙江省消保委”）诉上海铁路局案从起诉，到不予受理、上诉、申请立案监督等回合不断。而2015年上海市消费者权益保护委员会（以下简称“上海市消保委”）诉天津三星和广东欧珀案则从实质上改变了行业行为。上述两案，前者是《民诉法解释》出台和《消保法》修订后第一起由消保组织正式提起的消费公益诉讼，而后者是第一起被法院正式立案受理的消费公益诉讼，均具有典型意

义。

美国的集团诉讼制度（class action）在世界范围内已产生了重要的影响和示范作用。巴西和魁北克作为大陆法系中移植美式集团诉讼较为成功的国家和地区，业已为发展中国家和大陆法系地区形成了范本。基于强势的法律文化，在“选择性退出”、“风险代理”、“惩罚性赔偿”、陪审团、诉讼费用自负等多种机制的精密构成基础上，美式集团诉讼制度为消费者保护法律的私力执行（private enforcement）提供了有力的支持。但中美之间的社会文化土壤和法制构成背景歧异较大，论证美式集团诉讼难以移植到中国的文献汗牛充栋，在此不再赘述。

出于对诉权滥用的担忧，欧盟及其成员国（除了英国和爱尔兰等）对美式的集团诉讼疑虑重重，在成员国间的司法协助和欧盟法层面的统一化方面，一直以来均在谨慎的探索集体救济（collective redress）方式。目前仍难以在欧盟层面形成统一的具有强制效力的文件，并遇到了一些与中国相似的问题，如对胜诉酬金制的限制、公共监管与私益诉讼的界限、诉讼主体的界定等。本文结合欧盟委员会2013年6月正式发布的《在成员国建立针对侵犯欧盟法项下权利之行为的禁止令和赔偿集体救济机制所依循一般原则之建议》（以下简称“《欧盟集体救济建议》”，该文件于2015年7月进入评估阶段）进行分析，作为进一步凝练我国集体模式和规则完善的参考，也为中国企业的海外投资面临集体诉讼时提供智力支持与有效应对。

（一）浙江省消保委诉上海铁路局案

2014年4月，消费者陶某通过铁路客户服务中心12306官网购票，并通过正常检票程序进站乘车。出站检票时车票丢失，他提出凭本人身份证和12306网站反馈至个人邮箱的购票通知，要求车站核实后放行。然而杭州火车站坚持要求其必须全额补票才予以放行，陶某不得已全额补票。对此，陶某向浙江省消保委进行了投诉。

浙江省消保委在陆续受理若干类似投诉后，分别以电话、书面形式向上海铁路局（管辖沪、浙、苏、皖三省一市境内铁路）调查核实消费者投诉事实，并了解铁路部门要求消费者补票的依据。上海铁路局分别以电话、书面回函方式答复称，《铁路旅客运输规程》第四十三条规定，旅客丢失车票应另行购票。在列车上应自丢失站起（不能判明时从列车始发站起）补收票价，核收手续费，车站工作人员要求消费者补票的做法符合《铁路旅客运输规程》的上述规定。浙江省消保委则认为，消费者的实名购票信息在铁路售票系统中完全可以核查，铁路运输部门要求消费者必须另行购票的行为侵害了消费者的合法权益。

由于双方无法达成调解，浙江省消保委依据《消费者权益保护法》（以下简称《消保法》）和《民诉法》，于2014年12月30日代表消费者向上海铁路运输法院提起对上海铁路局的公益诉讼。

2015年1月21日，浙江省消保委向上海铁路运输法院的上一级法院上海铁路运输中

级法院致函，提出了立案监督的请求，但没有得到回应。

2015年1月30日，浙江省消保委收到上海铁路运输法院的不予受理裁定书，理由是未能提供符合法律规定的相应起诉证明材料。

2015年1月30日，浙江省消保委向上海铁路运输中级法院提起上诉。

2015年1月31日，浙江省消保委向上海市高级人民法院发出《关于请求对全国第一例消费公益诉讼进行立案监督的报告》。

2015年11月30日，于上诉期间，上诉人浙江省消保委以相关讼争事项已与上海铁路局达成谅解，已无继续诉讼的必要为由，向上海铁路运输中级法院申请撤回上诉。

2016年12月1日，上海铁路运输中级法院经审查认为，当事人有权在法律规定的范围内处分自己的诉讼权利，上诉人浙江省消保委的撤诉申请符合有关法律规定，依法应予准许，并且裁定为终审裁定。

（二）上海市消保委诉天津三星和广东欧珀公司案

在2015年6月上海市消保委组织的调研中发现，受试的19款手机均不同程度地预装了各类软件，会给消费者带来“偷跑”流量的困扰。消费者知情权和选择权被侵犯，根据《消保法》，消费者享有知悉其购买、使用的商品真实情况的权利，也有权自主决定接受或不接受任何一项服务。一些消费者在被强制预装软件后，连卸载这些软件的选择权也被剥夺，许多手机厂商根本没有提供可卸载这些预装软件的途径。

2015年7月1日，上海市消保委就手机预装软件不明示、不可卸载将天津三星通讯技术有限公司和广东欧珀移动通讯有限公司诉至上海市第一中级人民法院。与浙江省消保委诉上海铁路局案未能立案相比，本案被正式立案获得法院受理，也被称为真正意义上的“中国公益诉讼第一案”。

在诉讼进行过程中，被告两公司主动进行了积极整改，明示了其产品预装软件的名称、类型、功能、所占内存，并提供预装软件可卸载途经。由于诉讼请求已经实现，经上海市消保委提出请求，上海市第一中级人民法院于同年11月13日作出了准予撤诉的裁定。

虽然最后以撤诉告终，但本案在短短的数月中引发了系列效应：作为被告的三星、欧珀向公众承诺并积极落实整改，而并非被告的苹果、华为等厂商也声明将开始或已经开始改变其预装软件政策，而主管部门工信部也就新规征求意见，拟实现预装应用软件可卸载等，基本涵盖上海消保委诉讼时提出的所有诉讼请求。

（三）中国消费公益诉讼完善的比较路径

传统上中国对于消费者权益保护主要是由监管部门实施公力救济，2015年由社会组织提起的公益诉讼展现了法律私力实施的要求，社会舆论上一边倒的支持浙江省消保委和上海市消保委，也体现了民间对铁路部门的霸王条款和大型企业的行规积怨已久。

浙江省消保委诉上海铁路局一案打开了中国消费公益诉讼的局面，而上海市消保委

诉天津三星和广东欧珀案更是促使行业进行了整改。但在强调了公益诉讼规则的《民诉法》、《民诉法解释》、《消保法》修订一两年后，消费公益诉讼仅上述两例。随着诉讼的进行和对案情、规则的分析，配套的法律法规仍不完整的情况限制了诉讼发挥更大的社会功能。为了使消费公益诉讼成为可持续化的消费者保护法律私力实施的有效手段，有必要对诉讼程序法律问题进行分析和完善，当前最高人民法院正在研讨制定《关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的规定》。

对通过群体诉讼进行消费者救济同样持谨慎态度，并受类似大陆法系传统影响的欧盟在近20年里在推进立法的进程中遇到了一些与中国相类似的问题，如对美国式集团诉讼制度的排斥、公共监管与私益诉讼的界限、诉讼主体的界定等。本文结合欧盟集体救济（collective redress）法律机制的探索经验，尤其是在欧盟委员会2013年6月正式发布的《欧盟集体救济建议》（EU Collective Redress Recommendation），以上述消费公益诉讼案例作为引子，结合分析《民诉法解释》等关于“公益诉讼”的细则，探讨中国消费公益诉讼可进行参考的内容。

1、法律依据的细化和可操作性

浙江省消保委于2014年12月30日代表消费者向上海铁路运输法院提起对上海铁路局的公益诉讼时，《民诉法解释》尚未施行，当时的法律依据主要为现行的经修改的《民诉法》第五十五条公益诉讼的规定和《消保法》第四十七条所规定的消费者协会的原告主体资格。在具体起诉过程中，法律依据缺失、现有法律规则适用不明，以及铁路法院在中国春运这个特殊时期对消费者群体诉讼这个特殊问题所持的谨慎甚至回避的态度，使浙江省消保委的起诉更多意义上成为一种尝试。

在浙江省消保委于2015年1月30日向上海铁路运输中级法院提起对上海铁路运输法院不予受理裁定提起上诉当天，最高人民法院发布了《民诉法解释》，并于2015年2月4日正式施行。而上海市消保委起诉天津三星和广东欧珀时则有了更明确有力的法律依据。《民诉法解释》通过八条细则将公益诉讼的条款大大明确化，包括：（1）细化受理条件；（2）提高管辖法院的审级；（3）法院向相关行政主管机关的告知程序；（4）共同原告的加入程序；（5）同一侵权行为的公益诉讼对私益诉讼不具有排他性；（6）诉讼中的和解与调解程序；（7）判决作出后原告申请撤诉的否定性规定；（8）公益诉讼裁判对其他公益诉讼的排他性效力。同时立案审查制向立案登记制的过渡，便利了民间组织及社会组织作为起诉主体进行社会敏感度较大的消费公益诉讼，更好的保护了消费者群体的诉权。

2、消费者协会的原告资格与诉讼利益

省级以上的消费者协会得基于《消保法》第四十七条的规定取得公益诉讼实施权而提起旨在保护不特定消费者的集体诉讼，与此同时，消费者协会还可以受让消费者私益性损害赔偿请求权并据以提起旨在保护特定消费者的民事诉讼。换言之，消费者集

体诉讼存在着公益诉讼和私益诉讼之分，消费者协会享有法定公益性诉讼实施权，提起消费公益诉讼无须消费者具体授权，并得受让消费者的私益性损害赔偿请求权而提起私益性民事诉讼。

上海铁路局“强制实名购票乘车后遗失车票的消费者另行购票”的行为对象并非个别消费者，而是不特定多数消费者。该行为不仅已经侵害了实名购票乘车后因遗失车票被强制另行购票的消费者的合法权益，而且若该行为不停止，每一个实名购票乘车后丢失车票的消费者都将成为该行为的受害者。虽然由于铁路部门的规定和做法针对的是所有旅客，每一个实名购票乘车后丢失车票的消费者都将成为该行为的受害者，但本次浙江省消保委虽然在诉状中罗列的只有三位消费者的投诉信息和被强制购票的记录，虽然具有代表性，但不能满足消费公益诉讼所要求的普遍性特征。根据《民诉法解释》，同一侵权行为的公益诉讼对私益诉讼不具有排他性，本案的诉讼请求不包含上海铁路局对消费者火车票费用的返还，消费者可以另行提起个人诉讼或集体诉讼要求返还。

在上海市消保委诉天津三星和广东欧珀案中，上海市消保委起诉所维护的利益也是不特定的广泛消费者的权益，即体现为消费者知情权和选择权的公益，符合《民诉法解释》中的原告资格。

《民诉法解释》中，允许依法可以提起诉讼的其他机关和有关组织，可以在开庭前向人民法院申请参加诉讼，表明个人是不可以提起公益诉讼。如果提起要求被告对消费者的损失进行赔偿的集体诉讼，那么未进行投诉的其他消费者将难以获得赔偿，建议借鉴《欧盟集体救济建议》中的“加入制”，通过有效渠道向消费者通知诉讼信息，在加入诉讼的消费者数量达到一定标准时，依据《消费者权益保护法》由消费者协会发起诉讼。在诉讼信息的通知方面，诉讼判决的效力只限及于那些明确表示加入集团的成员，或那些签署文件明确授权团体在法庭代表他们利益的集团成员。

3、公益诉讼的被告主体定位

公益诉讼的被告主体，一般是具有垄断地位的企业或行业机构。上海市消保委诉天津三星和广东欧珀案中的被告均是在中国注册成立的法人，成为公益诉讼的被告符合《民诉法解释》的规定。在浙江省消保委诉上海铁路局案的被告方面，浙江省消保委诉上海铁路局的被告主体是上海铁路局，系在上海市工商行政管理局登记注册的全民所有制企业。从《消保法》的角度看，铁路局属于经营者，乘客属于消费者，双方之间是平等的民事法律关系，消费者购票就等于和经营者签订了运输合同。铁路局作为受托经营管理人，是铁路客运合同的实际承运人，即合同缔结者。从合同相对性的角度讲，由其作为被告，于法有据。现在上海铁路局管辖上海市、江苏省、安徽省和浙江省境内的铁路事务，本案为浙江省消保委代表在杭州车站受侵害的消费者提起诉讼，被告明确。

4、针对消费者权益的诉讼请求

在诉讼请求方面，当前的消费公益诉讼主要针对不合理的行业规定，通过不作为之

诉来禁止垄断行业侵害消费者权益的行为，包括判令行业改变不合理的行为。浙江省消保委请求判令上海铁路局立即停止“强制实名制购票乘车后遗失车票的消费者另行购票”的规定，该规定在实名制购票时代已经落伍，也早有判例判决消费者胜诉，但是这一规定仍被执行。个人消费者胜诉只能维护个人利益，而就此不合理规定提起公益诉讼，则可以通过法院判决倒逼带有公权力色彩的行业改变不合理规定，对消费维权事业来说具有重要的意义。

上海市消保委于2015年7月1日将预装应用软件不可卸载数量最多的两家企业广东欧珀移动通信有限公司和天津三星通信技术有限公司分别起诉至上海市第一中级人民法院，请求法院判令：（一）被告在其所销售智能手机外包装或说明书中明示手机内预装软件的名称、类型、功能、所占内存；（二）被告为其所销售智能手机内预装应用软件提供可直接卸载的途径。上海市第一中级人民法院当场予以立案。在上海市消保委虽然没有提出通常消费者争议中的财产权和人身权请求，但实际上更追求的是公益保护，即消费者整体的知情权和选择权，而这也是在《消保法》中被明确规定的，商家同样要承担责任。

5、公益诉讼立案与证据责任分配

《民诉法》第六十五条规定了当事人对自己提出的主张应当及时提供证据。浙江省消保委在2014年12月30日起诉时向上海铁路运输法院不仅递交了三位消费者的投诉记录和补票凭证，也提供了上海铁路局给浙江省消保委的回复函。上海铁路局的回复函就足以证明本案符合公益诉讼的条件。在上海铁路法院不予受理裁定中，认为原告未能提供符合法律规定的相应起诉证明材料，故该起诉不符合公益诉讼的起诉条件。此裁定值得商榷，没有明确“符合法律规定的相应起诉证明材料”的范围，提高立案的门槛。《民诉法解释》中从立案审查制到立案登记制的改革，目的也正是为了便于当事人的立案。

同时，《欧盟集体救济建议》中所确立的法院初步审查制仅要求法院对于群体性诉讼是否符合法定条件进行审查，通过审查的即可进入诉讼程序。在立案阶段并没有对证据提交等有较高的要求，旨在降低立案门槛，保护当事人诉权的实现。

相对于个体的消费者来说，消费者保护组织具备更强的证据收集能力。上海市消保委在新修订的《消费者权益保护法》刚一公布，便就消费公益诉讼展开调研，曾经多次召集高校教授、执业律师等法律理论和实践的专家开展座谈会，并与华东政法大学共同组成课题组，并最终形成了3万多字的《消费公益诉讼程序启动之专项研究报告》。在课题报告的基础上，上海市消保委于2014年底召开座谈会，邀请了上海市人大法工委、财经委、市府法制办、市高院和知名律所，针对公益诉讼的可行性进行研究讨论，提出了可能在适用公益诉讼上有所突破的几个重点领域，在会上还同时发布了《上海市消费者权益保护委员会消费公益诉讼工作规范（试行）》。在此基础上，上海市消保委又对手机行业进行了广泛的调研，之后将准备充分的诉状和证据材料递交到上海市第一中级

人民法院，正式起诉天津三星和广东欧珀，并取得了良好的效果。

但就庞大的消费群体和复杂的社会影响来说，完全由作为民间组织的原告承担举证责任，在长远上将受到资金、人力等方面压力。美国集团诉讼行之有效的重要基础在于证据开示制度，尤其是在消费者团体诉讼中，有利于平衡消费者与被告之间差异较大的取证能力。证据开示制度，是指诉讼当事人或诉讼外第三人所掌握的事实材料，只要与案件有关，除享有秘密特权保护的以外均应向对方当事人披露，任一方当事人均享有要求对方当事人及诉讼外第三人披露上述事项的权利，目前已经有中国法院对其进行了一些有益的尝试。《欧盟集体救济建议》中对于证据开示制度持保守的态度，以避免造成对于被告的歧视。此外，在消费领域中举证责任倒置主要适用于侵权案件，在新《消保法》第二十三条特别规定了在特定消费争议中经营者的举证责任倒置。而公益诉讼是典型的侵权诉讼，不仅公民、法人等不特定主体的合法权益受到侵害，更重要的是社会公共利益也受到侵害，有必要确立举证责任倒置以减轻原告的举证压力，促进公益诉讼。

6、公益诉讼资金支持的规则缺失

在上述两案公开的资料中没有提到诉讼资金来源，如果来源于浙江省消保委和上海市铁路局的自有资金，在符合法律规定的同时，需要考虑此种诉讼资金模式是否可以长久持续，社会组织自身的资金是否可以支持长期的公益诉讼。

在《欧盟集体救济建议》中，对第三方的诉讼资金支持规定了严格的限制性条件，提供资金的第三方与原告方不得有利益冲突，需证明资金足够支持诉讼程序，且不得影响诉讼的独立性。同时，鉴于之前并不算成功的经验，公共诉讼资金支持并没有被列入建议之中。中国立法需要对公益诉讼的资金支持进行明确规定，以助公益诉讼可持续和独立有效的进行。

7、激励公益诉讼与防止滥诉的平衡

在大陆法系，尤其是在《欧盟集体救济建议》中可以看到，原告一般都不会得到惩罚性损害赔偿金。出于保守的职业性，法官倾向于裁定数额适中的损害赔偿金，一般不超过原告在可能的个别诉讼中所获得的数额。同时欧盟层面立法也也对胜诉酬金制进行了严格限制，只有在确保原告方获得充分赔偿的前提下，成员国才可以规定律师胜诉酬金的例外条款，且需要有相应的监管规则进行规范。以上规定，尤其是胜诉酬金制的目的在于防止激励律师过于积极的促成集体诉讼，避免滥诉现象的出现，使得公益诉讼更多的体现社会价值，而避免成为牟利的手段。

胜诉酬金与我国法律中出现的“风险代理”的含义是类似的，即指代理律师事先与当事人约定，当事人无需事先支付律师费用，案件审判结束后，如果当事人胜诉，则从胜诉执行所得中按约定支付代理费用；如果当事人败诉或者最后没有财物所得，则代理费用由律师自己承担。 但是，2006年12月1日起实施的《律师服务收费管理办法》第十二条明确规定，我国禁止群体性诉讼实行风险代理收费。《民诉法解释》出台后，并无

特别法律法规表明公益诉讼是否可以实行风险代理收费，2006年《律师服务收费管理办法》仍适用，风险代理和胜诉酬金制不得适用于消费公益诉讼。

8、司法与行政机关的协调与告知程序

出于公益诉讼较大的社会影响，需要司法机关与行政机关进行协调的考虑，《民诉法解释》规定了公益诉讼中法院向相关行政主管机关的告知程序。在《欧盟集体救济建议》中有更详细和严格的要求，在集体救济诉讼开始之前，成员国应当保证有公共监管机构率先对违法行为进行审查并作出裁决。如果在集体诉讼开始之后公共监管机构才开始审查，法院所作出的判决应尽量避免与监管机构裁决相冲突。在消费者权益保护法律的施行上，由代表消费者的社会组织提起诉讼的私力执行，需要同监管机构的公力执行相结合以发挥合力。

传统的公共监管机构对于消费者救济具备经验丰富、成本低、和有效的执行力等优势。检察机关在复杂的集体诉讼中也应当发挥监督作用，在巴西，每个集团诉讼的起诉情况都需告知检察总长办公室，邀请其作为监督者加入诉讼，以确保缺席者的利益得到充分代表。建议在中国立法中进一步明确公益诉讼中法院与其他部门的互动程序，司法与行政、非诉讼救济措施相结合，建立系统有效的全国性消费者保护机制。

作者单位：上海锦天城（合肥）律师事务所

政府法律服务市场的新动向与发展趋势

——律师的机遇与挑战

乔烈武

【摘　要】律师作为法律专业人士，通过向政府提供法律服务参与到政府的立法、执法、纠纷处理等各个环节，对于推进政府依法行政和法治建设具有重要作用。本文在对政府法律服务市场分析的基础上，针对政府法律服务市场的新动向，提出律师向政府提供法律服务的完善路径，以期发挥律师在政府法律服务中的作用，在推进依法行政、建设法治政府方面有所裨益。

【关键词】政府法律服务市场　依法行政　机遇

一、政府法律服务市场概述

（一）政府法律服务市场简析

政府法律服务市场是以政府为服务对象，由相关的法律服务提供者根据政府在某一方面的需要，利用自身的专业优势向政府提供法律服务的一种服务方式。政府法律服务市场的参与者包括所有可以向政府提供法律服务的主体，包括律师、学者、高校教授以及其他法律工作人员，而在这其中律师扮演着特殊的角色。与其他的法律服务提供者相比，律师由于长期从事法律实务，不仅具有深厚的专业水平，还有丰富的实务经验。正因为如此，律师在为政府提供法律服务时能够更好的兼顾多方面的利益，更好的推动政府的依法行政工作。

（二）律师向政府提供法律服务的内容

1、促进政府依法行政

依法行政是建设法治政府的前提和基础，各级政府履行职能的过程也是依法行政的过程。为了保障各级政府部门及其工作人员严格履行法定职责，需要对其行使权力进行全过程的监督和规制。律师作为相对独立的法律人，通过直接或间接的方式参与到政府的行政行为中，对政府权力的行使进行有效的规范和监督，从而更好的促进政府依法行政。

2、起草论证规范性文件

规范性文件是政府在行使行政权力过程中制定的具有约束和规范行为性质的法律

规范。律师参与规范性文件的起草和论证，主要是在规范性文件的起草和论证过程中，根据自身的实务经验和专业素养，对相关的内容在合法性、合理性以及可操作性方面提出修改和补充意见，保障规范性文件的统一性。

3、规范政府参与民商事活动

各级政府是国家的行政机关，履行行政管理职能，在履行行政职能的过程中不可避免的会参与到民商事活动中。当政府部门可能发生民商事法律行为或者民商事法律纠纷时，律师作为专业的法律人，可以通过制定相应的规范模板或者提出专业法律意见的方式规避可能存在的风险或是有效的解决已经发生的纠纷，从而规范政府参与民商事活动。

4、代理政府参加行政复议和行政诉讼

当政府与行政相对人因行政行为发生复议或诉讼时，需要专门从事诉讼活动的律师作为代理人出面解决纠纷，对具体行政行为的合法性进行答复、答辩和举证，维护政府的合法权益和法治形象。并对在复议或诉讼过程中发现的问题，及时通知行政机关加以改正，避免违法行政行为的发生。

5、政府工作人员普法教育

普法教育是提升政府部门工作人员工作能力，保证政府工作人员依法行政的重要保障。律师作为法律专业人士，不仅有深厚的法律功底，还有丰富的实务经验。定期组织律师对政府工作人员进行有针对性的普法教育可以帮助政府工作人员树立法治观念，增强法律意识，防止执法人员滥用职权行为的发生，提高运用法律思维解决问题的能力。

6、防范政府法律风险

防范政府行为的法律风险就要建立一套有效的风险管理机制，政府法律风险管理的主要目的在于通过控制政府的法律风险而减少政治风险。律师在政府法律风险管理中的作用主要是围绕政府管理的目的，运用风险管理的原则，对政府行为可能带来的风险进行风险的识别、风险评估、风险的防控和机制的维护，从而使政府行为的风险降到最低。

（三）律师在政府法律服务市场中的特殊性

律师受过法律专业训练，具有娴熟的法律技能，通晓法律思维和方法。既是社会公平正义的维护者和有力促进者，又是社会政治、经济、文化秩序的坚守者，在推动地方政府职能转变和依法行政方面具有重大作用。

1、律师具有综合的办案经验

律师在没有参与政府的法律服务之前，首先是为社会公众提供法律服务的专业人士，具有熟悉现行法律法规、司法程序、司法实践的专业性优势，具有综合的办案经验。律师由于大量从事法律实务，拥有丰富的诉讼经验，可以在诉讼发生之前充分预测法律风险，为政府提供充分的保障。由于律师对于各部门法律有较为均衡的研究，因此也擅长于承担综合性法律服务。而顾问学者或者是政府专职法律工作人员、政府律师因其从

事的工作都具有局限性，难以为政府法律工作全过程提供实务方面的综合法律服务。

2、律师具有较强的独立性

律师具有社会主义法治工作队伍的职业性优势，能够相对独立、客观地协助处理行政行为对应的法律事务和矛盾纠纷，有利于增强政府公信力和决策执行力。律师为政府提供法律服务是一种委托代理关系，而非行政管理关系，律师独立于政府机关。相较于政府内部的专职法律工作人员，律师更敢于向政府“犯言直谏”，对政府的工作有一个更清楚公正的评断，也更有机会对政府直接进行监督和建议。

3、律师具有较强的群众性优势

律师具有广泛扎根于社会生活的群众性优势，能够正确把握人民群众对政府的需求，并依法依规向政府反映情况，促进政府决策符合人民群众的利益和愿望。此外，律师由于从事大量的实务案件，在与各行各业人士的交往过程中也积累了大量的经验，如果说医生能够把握一个人的生理状况，而律师则更能够把握一个人的心理状况。通过大量的实务案件，律师往往能够了解社会各个层次的人的心理状况和需求，从而清楚地了解各种纠纷案件的症结所在，通过逆向思维，对政府行为受众的心理判断，更好的服务与政府，使政府的行为更好的服务于公众。

二、政府法律服务市场的新动向

（一）政府法律服务市场的政策导向

加强依法行政，建设法治政府一直是我国行政体制改革的目标和归宿，各级政府在坚持依法行政的过程中遇到了很多问题也总结出了很多经验和教训。1993年司法部《关于深化律师工作改革的方案》首次提出“通过试点，逐步在国家机关内部建立为各级政府及行政部门通过法律服务的律师队伍”。在新的时代背景下，2013年召开的十八届三中全会明确指出：必须切实转变政府职能，深化行政体制改革，创新行政管理方式，增强政府公信力和执行力，建设法治政府和服务型政府。要推进法治中国建设，普遍建立法律顾问制度。2014年十八届四中全会召开，全会指出：各级政府必须坚持在党的领导下、在法治轨道上开展工作，加快建设职能科学、权责法定、执法严明、公开公正、廉洁高效、守法诚信的法治政府。依法全面履行政府职能、健全依法决策机制、深化行政执法体制改革、坚持严格规范公正文明执法、强化对行政权力的制约和监督、全面推进政务公开。中共中央在《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中明确提出，要“积极推行政府法律顾问制度，建立政府法制机构人员为主体、吸收专家和律师参加的法律顾问队伍，保证法律顾问在制定重大行政决策、推进依法行政中发挥积极作用”。之后召开的十八届五中全会和六中全会以及2017年5月在北京召开的“一带一路”高峰论坛，都从不同的侧面对政府依法行政提出了新的要求，进一步扩展了政府法律服务市场的空间。

在推进法治政府、法治国家建设的过程中，国家层面及各级政府相继出台了一系列

的规范、政策等指明了依法行政的路径，同时也打开了政府法律服务的大门，为广大法律工作者提供了发挥才能的舞台，对于律师来说这是难得的机遇和挑战。作为政府法律服务提供者的律师要充分意识到自身在转变政府职能和建设法治政府中的功能定位和重要价值。

（二）政府法律服务市场发展带来的新机遇

1、政府法律服务市场的发展为律师从事法律服务提供了刚性依据

以往律师向政府提供法律服务的主要方式是扮演一些参与性的辅助角色，通常是就政府的某些重大决策提供法律方面的意见，或者应政府要求，对决策进行法律论证；对政府起草或者拟发布的规范性文件，从法律方面提出修改和补充建议等。律师对政府法律服务的参与具有偶然性和辅助性，律师是否介入完全取决于政府决定，无法实现长期有效法律服务的价值。十八届四中全会召开后，明确指出要“把公众参与、专家论证、风险评估、合法性审查、集体讨论决定确定为重大行政决策法定程序，确保决策制度科学、程序正当、过程公开、责任明确。建立行政机关内部重大决策合法性审查机制，未经合法性审查或经审查不合法的，不得提交讨论”。内部重大决策合法性审查机制已经成为一个强制性、必经环节，这从程序角度确立了法律服务的必需地位，法律服务已经由偶然性转变为强制性。与此同时，“建立重大决策终身责任追究制度及责任倒查机制，对决策严重失误或者依法应该及时作出决策但久拖不决造成重大损失、恶劣影响的，严格追究行政首长、负有责任的其他领导人员和相关责任人员的法律责任”，从另一个角度强化了决策科学性、合法性的重要地位。换言之，政府重大决策与法律服务呈现出正比例增长关系，法律服务不再是可有可无的。

2、政府法律服务发展给律师营造了更广阔的业务空间

司法部于1989年制定的《关于律师担任政府法律顾问的若干规定》标志着政府由过去主要依靠行政手段直接管理经济活动，转变为主要运用经济手段和法律手段来间接控制和调节经济的运行，而律师发挥作用更多是在最后的决策环节。而十八届四中全会召开后，这种单向度的治理手段思维已经被全方位、多向度、互动型、制衡性的法治思维所取代。十八届四中全会提出六项任务：依法全面履行政府职能、健全依法决策机制、深化行政执法体制改革、坚持严格规范公正文明执法、强化对行政权力的制约和监督、全面推进政务公开。无论是政府职能法定化、规范公正文明执法，还是对行政权力的制约和监督，都涉及法律服务。政府不仅是运用法律依法行政的主体，也是法律制约和监督的对象。每一项政府具体行政行为，无论是从组织法治还是程序法治角度看，都可以对应以相应的法律服务产品，从而为律师行业的发展提供广阔的空间。特别是随着程序正义观念的深入人心，与程序法治相对应的法律服务，将成为律师业务新的增长点。

3、政府法律服务市场的发展将带来律师队伍的壮大

政府法律服务的发展为律师从事法律服务提供了广阔的空间，将带来律师队伍的壮

大。十八届四中全会将律师队伍定义为巩固、扩大律师是政府法律服务参与度的政治基础。在我国一直以来对律师的法治定位模糊不清，一些政府部门甚至将律师视为行政工作的干扰力量，某些律师对自身的行为也存在很大问题，这些都对律师队伍的建设和发展造成了很多不良影响。我国《律师法》明确规定： 律师应当维护当事人合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平和正义。这一规定明确指出了律师职业的公共性，强调了律师在法治建设中的重要地位。十八届四中全会《决定》从依法治国人才保障的高度，进一步明确律师是社会主义法治工作队伍的一部分，即社会主义法治工作队伍包括法治专门队伍和法律服务队伍。律师是法律服务队伍的重要组成部分。在关于法律服务队伍的建设中，十八届四中全会《决定》首先论述并且论述篇幅最大的就是律师队伍。与此同时，《决定》提出建立从符合条件的律师中招录立法工作者、法官、检察官制度，明确了法律职业共同体建设的目标。这些决定，从政治意义上深刻揭示了律师与法治建设、律师与其他法治专门队伍之间的关系。为律师参与政府法律服务奠定了理论基础，也为律师队伍的壮大提供了保障。

三、提高律师向政府提供法律服务水平的完善路径

在建设法治政府、法治国家的时代背景下，律师事业面临着前所未有的机遇与挑战。如何把握机遇，顺势而变，发挥律师在政府法律服务中的作用是当前广大律师面临的首要任务。在新的时代背景下，律师必须转变思维方式、提升专业水平、找准定位，结合政府和群众的需求适时提供政府需要的法律服务产品，从而发挥律师在政府依法行政、建设法治政府方面的作用。

1、增强法治思维和法律意识

律师在新的时代背景下向政府提供法律服务必须增强法治思维和法律意识。法治思维的基础要求是合法性思维，合法是一种底线要求 。十八届四中全会《决定》布局下的新一轮律师事业改革的重要特点之一，就是从强调律师队伍量的发展，转变为强调律师队伍质的完善。《决定》明确提出，要“加强律师队伍思想政治建设，把拥护中国共产党领导、拥护社会主义法治作为律师从业的基本要求，增强广大律师走中国特色社会主义法治道路的自觉性和坚定性”。法治秩序的维护、法治政府的建设需要包括律师在内的整个社会的悉心建设和呵护。对于律师而言，没有法治就没有律师的立身、立业之本，律师应当是对法治最坚定的支持者之一。因此，律师在向政府提供法律服务时对法治的追求应当是自觉的，而不是自发的。应当在内心树立起对中国特色社会主义法制建设的信仰，只有从思想上树立起法治的风帆，才能在法律实践中砥砺前行，实现法治政府、法治国家的目标。所以律师在提供法律服务时应当自觉克服困难，主动学习，转变思想认识，增强法治思维和法律意识，提高为政府法律服务的思想觉悟和业务能力。

2、精通专业知识、构建专业团队

律师向政府提供法律服务实际上就是一个运用专业知识预防纠纷、解决问题和防范

风险的过程，而过硬的专业化水平是提供高水平政府法律服务的基础和保障。律师作为法律服务提供者，在参与政府法律服务之前，通常是向普通公众提供法律服务，满足一般公众较为普遍性的法律需求。但是当律师介入到政府法律服务后，其从事的业务内容则会聚焦在行政行为方面，这就需要律师对相关的行政法律规范、行政执法手段、行政执法程序、执法监督、权利救济等有比较充分的认识和把握，能够全过程的把控行政行为。除此之外，律师在向政府提供法律服务时还应当组建专业化的团队，个人的能力范围和业务水平是有限的，为了确保提供完善精密的法律服务，律师在向政府提供法律服务时应当建立专业化的团队，对团队成员进行有效的分工，在面对政府抛出的相关问题时，确保团队成员能够相互配合，提供高效完善的解决路径。

3、明确在政府法律服务中的定位

律师在向政府提供法律服务时要准确的定位自己的身份，做到既为政府提供法律服务，又不干涉政府的行政事务。律师在提供法律服务时，一方面要维护政府合法权益，另一方面要维护法律的正确实施。对于发现行政机关现有工作中存在的法律问题，应当及时以法律意见书或建议书等方式提出，并提供解决方案，供政府领导决策时参考，而不能直接干涉行政行为。对于提供法律服务过程中接触到的政府内部信息，要严格保密，不能借此谋取私利。努力将自身定位为政府法律智库 、 依法行政参谋、政府违法行政的“守门员”、依法行政的“助推器”、科学决策的“智囊团”和沟通百姓的“传声筒”。

4、提供有针对性的法律服务产品

律师不仅要帮助政府依法行政，实现政府管理职能，还要通过法律服务让群众分享国家经济发展的成果。政府管理职能涉及人民生活的方方面面，律师在提供专业法律服务的同时也应当积极探索，针对不同类型的政府职能，提供有针对性的法律服务产品。按照“市场主体法无禁止即可为，政府法无授权不可为”的要求，对政府职能进行梳理，完善政府权利清单。根据行政职能的具体内容，制定与之相适应的法律服务产品，包括依法行政的工作模板、行政职能手册、执法程序流程等，提高行政行为的可操作性，减轻行政机关工作人员的负累，也使广大群众更为清晰的了解政府职能以及执法程序，保障行政行为的有效实施。

作者单位：安徽国梦律师事务所

参考文献：

1、王进喜：《政府法律服务：律师的机遇、角色与挑战》，《中国律师》，2015年第7期，第45-47页。

2、潘怀平：《聚焦政府法律服务 推动法治政府建设 “2015政府法律服务论坛”综述》，《中国律师》，2015年第7期，第41-44页。

3、耿国玉、师广波：《突出专业优势 服务法治政府 山东众成仁和律师事务所政府法律服务实践与探索》，《中国律师》，2015年第4期，第53-54页。

4、蒲爱华:《律师服务法治政府建设的探讨-以四川省南充市为例》,《法制博览》,2016年第9期，第91-92页。

5、董晓娟：《律师如何为政府提供法律服务》，《科技展望》，2015年第3期，第251页。

6、郑智勇:《律师服务法治政府建设探析》,《法制博览》,2016年第6期,第161-162页。

7、张鹏飞：《政府律师制度研究》，《中国司法》，2012年第5期，第48-55页。

8、吴意：《池英花：为了“最后一公里”的畅通 律师为基层政府提供法律服务的研究与实践》，《中国律师》，2015年第3期，第41-43页。

9、闫海军：《政府律师制度研究》，西南政法大学硕士学位论文，2008。

10、任卫红:《政府律师制度的基础问题研究》,中国政法大学硕士学位论文,2006.

浅谈政府购买法律服务市场的必要性与发展趋势

——律师在政府购买法律服务市场中的机遇

周利荣

【摘　要】随着“一带一路”作为国家战略的提出和推进及社会主义法治建设进程的推动，法治政府建设越来越受到政府和社会各界的关注。在立法方面，1989年我国就出台了《行政诉讼法》赋予了行政相对人对侵害自己合法权益的行政行为提起诉讼的权利；近年来，行政法领域的立法更是有了进一步发展，《行政许可法》、《行政监察法》、《行政强制法》纷纷出台，将各项政府行政行为都纳入法治的轨道。大量行政法规的颁布施行，立法对政府行政行为的合法性提出了更高的标准和要求；一方面通过规范政府公权力的运用使得公民私权利得以获得更好的保护，另一方面政府在依法行政方面也面临着越来越大的挑战。由此，政府购买律师法律服务已经成为越来越多政府机关的一项普遍性做法；如何促进政府更好地购买法律服务也成为社会尤其是律师界一个亟待解决的课题。

【关键词】政府购买　法律服务　必要性　律师机遇

一、政府购买法律服务的必要性

（一）法治政府的要求

加强法治政府建设，关键是要提高对建设法治政府重要性紧迫性的认识。特别是要加强对这项工作的组织领导，例如规定推行依法行政情况考察，法律知识测试制度，以及法律知识学习培训的长效机制；要求拟任地方人民政府及其部门领导职务的干部，任职前考察其掌握相关法律知识和依法行政情况；公务员录用考试要注重对法律知识的测试；县级以上地方各级人民政府每年至少要举办两期领导干部依法行政专项研讨班；健全规范性文件制定程序及规范行政决策程序，要把公众意见，专项论证、风险计估、合法性审查纳入决策常态等等，这就要求政府购买律师法律服务进入常态化。

（二）政府及政府部门购买法律服务的内在需求性

近年来，我国社会主义法律制度不断完善，特别是伴随《行政诉讼法》、《行政复议法》、《行政许可法》、《行政处罚法》及《信访条例》等一系列与政府和政府部门行政行为紧密相关的法律法规的颁布、修订、施行，对政府和政府部门行政行的合法性

要求更为严谨，特别是对行政行为的程序性要求更是历史性的超越，这些成为实践中行政行为的合法性遭到质疑及被否定合法性的关键和重点所在。政府和政府部门的行政工作人员在长期的行政管理活动中，往往存在仅注重行政许可、行政处罚的实体性规范，而忽视行政许可、行政处罚的行政行为过程中的程序性规范。特别是在行政许可、行政处罚等行政行为合法性受到质疑，甚至进入行政复议、行政诉讼时，对据以出行政许可、行政处罚有关事实认定的证据能否符合司法审查的合法性要求，相关政府和政府部门可能会因缺乏此类司法实践经验或因相关法律理论知识相对薄弱，而信心不足，因此，对购买法律服务，聘请律师为其提供法律咨询，代理行政复议和行政诉讼产生了内在需求性。

以上两个方面的内在需求性，就成为律师为政府提供法律服务，并使服务领域不断扩大、深入的客观基础和现实。

（三）政府及政府部门购买法律服务的外在必要性

如上所述，政府及政府部门购买法律服务，律师为政府及政府部门提供法律服务有其内在需求性，也存在其外在必要性。不容否认的一个基本客观事实是：随着公民法律意识的不断增强，其对行政行为的合法性审视标准也在不断提高，其维权意识更是日益凸现，由此导致对行政行为的合法性质疑和行政复议、行政诉讼案件也在以较大的幅度不断上升。

二、政府购买法律服务的主体和基本范围

确定政府和政府部门为购买法律服务的主体，把法律服务列入政府集中采购目录。确定政府购买法律服务的种类、性质和内容：

（一）参与政策和法律法规的调研、起草与评估工作。律师通过听证会等多种形式广泛深入调研，起草政策、法律法规、规章草案，开展立法成本效益分析、社会风险评估和立法后评估工作，对规范性文件、法规规章、草案进行合法性审查，提出修改意见和建议，保障法律法规规章制定的科学性、民主性和可操作性。律师参与政府重大方针、政策和重要制度的法律论证，开展风险评估。为重大决策提供法律咨询意见。

（二）办理政府重大投资项目法律事务。律师可以与政府的重大项目洽谈、谈判、招投标，协助起草、审查、修改重大合同、项目法律文书。

（三）参与大事件的处理、协调和善后工作。律师可以成为突发事件应急处置工作的预备队伍，建立突发事件协调、处理和善后工作律师专家库。政府可以聘请律师参与制定改进措施和预防机制。

（四）参与涉法信访工作，政府可以聘请律师参与信访接待，在信访接待服务窗口协助信访部门接待来访群众，参与党委、政府领导接待日信防接待，协助政府解决人民群众的疑难杂症。

（五）代理政府涉诉法律事务。代理政府涉诉的民事诉讼和仲裁，案件以及涉外法

律事务等方面，就涉及政府的行政政诉讼，或政府作出的行政复议、行政赔偿、行政许可、行政强制等事项所涉及的重大法律问题提供法律咨询意见。

这些内容中，也可以有所侧重。如在政府处理紧急件，作出重大决策和涉访事件中。其中，涉及信访服务内容主要包括：（1）为上防人解答问题，提供法律咨询意见；（2）对来访人员进行法制宣传教育，协助信访部门维护来访秩序；（3）接受信访部门邀请委托，参与重大信访事件的法律论证，提供法律意见或建议；（4） 对于需要法院诉讼程序或者仲裁、行政复议程序解决的事项告和引导其通过正常的法律渠道依法解决。

三、目前政府购买律师法律服务存在的问题

（一）购买服务机制不够规范。目前政府在购买服务项目时，缺少一个公平合理的选择机制，往往有事发生，出现领导点名、突出召集或直接洽谈的方式来安排，难免因为领导个人的喜好或其他关系而获得服务。

（二）顾问费、代理费没有明确的标准。目前，政府购买的服务大多是由政府指定。顾问费、代理费没有商量的余地，只是象征性的支付，没有标准。主要原因是政府一级的服务不愁没人接，政行没有一个购买依据，长此以往，会影响法律服务工作者参与维稳工作和公益法律服势的积极性，也会影响政府所接受服务的质量。

（三）服务结案后没有计估机制。案件办结后，做得好与坏，没有公正评判。仅凭领导个人喜好下结论，导致政府与受托方向缺少激励机制。

（四）购买经费没有纳入采购目录。现行体制中，购买律师法律服务都由所在单位从办公经费中支出，单位穷的即使非常需要购买，也因资金短缺而放弃，严重影响依法行政的进程。

四、政府购买律师法律服务的建议

（一）政府购买律师法律服务对象的选择

律师中了，良莠不齐现象是存在的，作为政府购买律师法律服务必须选择不仅要业务水平高，更要有良好的政治素质及职业素质。

1、选择在司法界口碑良好的优秀律师。

律师的水平、品质、执业修养往往通过公检法单位和律师打交通的部门可以知晓，不难找出优秀律师，因此我们律师不仅要有专业的法律知识，还要不断提高自身的业务水平，严格要求自己，努力提升自己的职业素养，成为一名优秀的律师。

2、选择品牌律师事务所。

品牌所、大所往往有选诣较深的律师，带领的律师往往整体业务水平、执业素养相对较高中，综合能力较强，社会评价较高。由于政府法律工作有时量大，突发性事务多，紧靠个人难于承担，为长期性、综合性的服务，选择大所、品牌所。例如，好些地方规定前提只有多少人以上的律所，才能参与购买律师法律服务。

3、选择优秀律师组成为政府服务的精英团队

选择优秀律师是前提，将选定的律师组成精英团队。在政府的法律服务中，对复杂、重大、突发等时间，必须依靠团队协作，作出评估和应对措施，才能够更好更有效的服务政府。

（二）加强理念引导，提高政府购买法律服务的自觉意识。引导各级政府部门充分认识律师在转变政府职能和建设法治政府中的功能定位和重要价值，确立以法治思维和法治方式解决问题的理念。

（三）建立政府购买法律服务资金管理制度。通过与政府财政部门沟通协调，争取政府购买法律服务所需经费列入各级政府财政预算，由委托单位直接与作为受托方的律师事务所结算。其次，合理确定政府购买法律服务费用的收费标准和收费方式。还要明确政府采购法律服务的程序，确保程序公开、公平、公正。

（四）明确政府购买法律服务的主体和范围。确定各级政府部门是购买法律服务的主体，制定政府购买法律服务指导性目录，明确政府购买法律服务的种类、性质和内容，并试点推广。政府购买法律服务的范围包括：参与政策和法律法规规章的调研、起草与评估；办理政府重大投资项目法律事务；担任政府法律顾问；参与重大事件的处理、协调和善后工作；参与涉法涉诉信访工作；代理政府涉诉法律事务等等。

（五）建立严格的监督管理制度。建立健全政府购买法律服务信息管理平台，开展需求调查、计划发布、政策宣传、数据统计等工作，提升政府购买法律服务管理水平。全面公开政府购买法律服务的信息，建立由购买主体、服务对象及第三方组成的评审机制，及时组织对已完成法律服务项目的结项验收和综合考评，评价结果向社会公布，并作为后续政府购买法律服务的重要依据。建立法律服务质量反馈和评价制度，将律师开展政府法律服务的工作情况纳入律师年度考核体系。

五、律师在政府购买法律服务市场中的机遇和挑战

（一）律师队伍迫切需要加强政治思想建设和业务素质建设。十八届四中全会《决定》布局下的新一轮律师事业改革的重要特点之一，就是从强调律师队伍量的发展，转变为强调律师队伍质的完善。十八届四中全会《决定》明确提出，要“加强律师队伍思想政治建设，把拥护中国共产党领导、拥护社会主义法治作为律师从业的基本要求，增强广大律师走中国特色社会主义法治道路的自觉性和坚定性”。历史深切地表明，法治秩序是很脆弱的，需要包括律师在内的整个社会的悉心建设和呵护。对于律师而言，没有法治就没有律师的立身、立业之本，律师应当是对法治最坚定的支持者之一。因此，律师对法治的追求应当是自觉的，而不是自发的。各级党和政府应当充分认识法治给社会整体所带来的效益和红利，充分认识律师队伍在法治中不可或缺的地位和作用，加强对律师队伍的政治引领和关怀，使广大律师切实认识走中国特色社会主义法治道路的必要性和必然性，走中国特色社会主义法治道路的自觉性和坚定性。与此同时，广大律师应当克服困难，克服自满，主动学习，自觉掌握参与政府决策所需要的政策知识、经济

知识等背景知识，提高政府法律服务的业务能力。

（二）放弃单纯参谋思路，担当决策重任。人们通常说政府法律顾问是“法治领导”决策的重要参谋，通过政府法律顾问提前介入行政决策，提升决策合法性、科学性。然而，对于公职律师而言，不应当仅仅局限于法律服务，而应当有新的担当。换言之，在政府依法行政活动中，公职律师既可以是法治服务队伍的组成部分，也可以是法治专门队伍的组成部分，是二者之间的新的形态。十八届四中全会《决定》指出，在各级领导班子建设中，要“把善于运用法治思维和法治方式推动工作的人选拔到领导岗位上来”。公职律师毫无疑问具备这样的思维和能力。在干部选任中，对于法律业务密集型的领导岗位，应当明确由公职律师来担任。要进一步提高公职律师的行政地位、政治地位，使得公职律师岗位有职、有权、有尊严。

（三）律师属于中间力量，有利维护社会和谐稳定。政府购买法律服务中的律师，执业律师出于其职业特点，较全面深入了解社会、位置中立，利益均衡，可进行逆向思维，富有诉讼经验，可以提供中肯意见、优质服务。政府购买法律服务中律师是一种聘用关系，既不隶属于政府，也不同于行政相对人，是一种中间力量，在突发事件、群体性事件，或者政府决策风险评估中，律师敢当中间人，位置中立，容易取得各方信任，居间调停；或者充当政府新闻发言人，利用其综合能力强、第三者身份做到攻守随意，避免政府机构某些领导干部法治观念淡簿，权大于法的思想过于显露，也可避免政府机构没人敢出来说话的尴尬局面，化解矛盾，有利于政府法治进程的推进和构建稳健的社会主义和谐社会。

（四）切实做好律师参与政府法律服务的基础性保障工作。对于政府这一法律服务需求者而言，需要从承担民事责任的能力、内部管理制度、业务能力、职业道德等角度，科学制定遴选政府法律服务机构和人员的标准与程序；对于司法行政机关和律师协会而言，应当考虑制定科学的律师事务所管理评估体系，为政府遴选法律服务机构提供较为客观的可参考标准。

政府购买法律服务，是我们国家法治政府建设和简政放权等很重要的一个方面。全国律协一直以来也希望专业独立性的法律服务，能够给社会带来更大的价值。全国律师界每年承担了大量的各方面的公益法律服务，也包括给政府的一些服务。但长期以来政府并没有制定一个有效的机制来购买法律服务，尤其是没有建立政府专项资金。“十八届四中全会的《决定》当中讲到要法律顾问全覆盖，这是提升整个社会特别是政府机构的法律意识，购买法律服务的一个很重要的契机。而且通过购买法律服务，让律师和法律顾问在政府依法行政以及社会管理方面发挥更大的作用，势必对推动我们整个国家的法治水平带有特殊的意义。”

作者单位：安徽刘洪庆律师事务所

参考文献：

①第95号：关于政府购买律师法律服务的必要性的建议（市四届人大三次会议）；

②政府法律服务的市场分析和切入点 结合国有土地房屋征收与补偿暨土地一级开发谈政府法律服务的市场分析和切入点

③政府购买法律服务的必要性——浅谈如何推进基层法律服务工作

④人民日报代表评说：完善政府购买法律服务机制

⑤王进喜：《政府法律服务：律师的机遇、角色与挑战》中国政法大学

⑥缪一强：《政府购买法律服务可行性的探析》

论中小型律所的“微集团”化发展

刘峥嵘

【摘　要】2016年，中国已有近30万律师和2万家左右律师事务所，30人以下的中小型律师事务所占到律师业的95%，不得不说中小型律所在中国普遍存在着。然而中小型律所的生存现状与未来发展现在并不乐观，长期以来业界各个专家、学者、资深合伙人都无不表示出来对对中小型律所未来发展的担忧。于是专业人士开始努力探究中小型律所自身存在的问题，以期为其探索到更适合的未来变革之路。律所“微集团”化，结合中小型律所自身存在特点和生存现状，采用新颖、灵活的组建、调配、运营方式。

【关键词】中小型律师事务所　发展模式　微集团化

一、中小型律师事务所生存现状与存在的滞后问题。

1、几乎没有管理——随意。因为中小型律师事务所人员较少，而且几乎都是专业律师，每天每位律师都会不同强度的在外面奔波办理案件，在律师执业较自由的背后，是繁重工作下的劳作。由于需要不停的办理案件，能坐在律所办公室的时间也就相对比较少，甚至律所全体会议也会有到不齐的情况。律所合伙人则更忙，他们中有的人的确是律师界的佼佼者，办理案件能力很强，但是涉及到管理，却并不一定能胜任。合伙人成立合伙所时，必须选定一名执行主任，但是执行主任不懂执行，也是一种常态。律所没有一个好的管理者，就直接导致所内所有律师连同财务人员处在一个没有约束的环境下，想来就来，想走就走，让律师这个行业更显“自由”，状态散漫、随意。

2、没有专业特色——全活。中小型律师事务所里的律师们平日处理着各种纠纷案件。三四线城市及偏远地区的律师们因为所处熟人社会，一般案源都是通过熟人介绍而得，所以各类人群介绍的各类纠纷就组成了律师日常案件。二线城市因为区域大属于陌生人社会，能获得案源的机会比较小，但因为生活所迫，只要来案件就会无选择统统收下，同样案件也是各种类型都有。这些“万精油”律师，目前在我国律师界里占了相当大的比重。什么案件都做，但做不到精做、专做，导致案件质量无法较高提升。同类型案件在同一个所可能会出现收费不同、办理效果不同现象。

3、不懂市场推广——坐等。坐在办公室里等案件，这种现象在中小型律师事务所里比较普遍。因为律所没有统一的营销推广模式，律师们只能靠自己寻找案源，但却确苦于不知道如何寻找案源。业内一个存在已久的现象：新执业律师头三年几乎处于温饱

待定的状态。一些业内惯用的方法就是与某某单位、个人搞好关系，以期获得案源。这是一个有待熟人慢慢增多的过程，所以要想有较高收入就得耐着性子等上好几年。其实，这个传统现象是可以打破的，并不一定要坐等花开，完全可以以一种全新营销模式把自己推广出去，可是律师毕竟学的是法学，而不是市场营销学。

4、独立全盘办理案件——独斗。中小型律师事务所的律师们从接待当事人咨询、签订代理协议、调取证据、准备法律文书、开庭、归档等一整套的案件流程都是自己亲自经办，所以平日里律师确实很忙，几乎没有不加班的。单个作业不单单是效率问题，办案质量、接案能力、法律服务等都存在问题，单纯满足一些个人委托还可以，但如果案件复杂一些、标的大一些、或是企业案件，律师就会显的力不从心。

5、没有成熟的法律服务产品——被动。接受当事人的委托，为当事人办理案件，以当事人的意愿来开启法律服务的过程，原因就在于被动的为当事人提供服务。没有成熟的法律服务产品就谈不上主动引导消费。某些律所的律师比较抵触法律服务产品一说，不理解法律服务为什么称之为产品。其实，为当事人提供优质高效的法律服务过程中，针对不同的法律需求，可以制定较完备的法律服务项目，这些丰富的法律服务项目就称之为法律服务产品，包括智力产品、行为产品。只有具有了一些成熟的法律服务产品才可以变被动为主动，才能让当事人觉的律师专业，从而赢得更多当事人的信赖。

6、不知树立品牌、没有律所文化——守旧。律所文化在整个律所发展过程中具有至关重要的意义，它包括：律所人文文化、律所事务文化。对外可以体现律所社会地位和知名度、美誉度，对内可以让律师更有归属感、荣耀感，能增加人才的凝聚力。目前，中小型律师事务所中很少有把律所文化当成必须发展的目标之一制定规划并纳入律所整体发展，而只片面强调收入比重，忽略了律所文化自身具备的潜能。一些律所没有律所文化意识，也没有品牌意识。律所品牌分为：知名律师个人品牌、律所品牌、专业法律事务品牌。律所长久以来的守旧思想和发展理念，让一些中小型律师事务所平台仅仅成为了律师的办公场所，失去了平台意义。

二、律所公司化与中小型律所现状的格格不入。

无论是一线城市还是三四线城市，已经开始试行或推行律所公司化的律师事务所，深感律所公司化确实存在实施运营上的诸多弊端。通过各类学术报告和相关文章均可以找到些观点类似的看法和说法。人们欣赏着公司化的先进，但是又头疼着公司化的管理，总觉的律师事务所应该能象国外那些律所一样适应并积极的运行着律所公司模式。严苛的管理机制、复杂的绩效和收入分配、高额的成本运营等等让人们不得不重新审视着律所公司化发展模式。结合实践和具体律所经营管理，律所公司化存在以下四个主要问题：

1、律所合伙人的思维在律所公司化模式下偏离了主线，放大了公司管理与高成本运营。社会主义市场经济下，各行各业都要遵循市场生存法则、优胜劣汰的竞争生存规律。一个律所从设立到能够独立存活再到有效发展，必须有其合适的土壤和自身生存能

力。一个旧体制的延续自有其存在的道理，因为“旧”，所以需要革新。律所合伙人之所选择律所公司化，是看到公司化下的运营管理模式能带来强有力的市场竞争和生存效果。中国大部分公司以其自身的专属运营机制，发展的都非常好。中小型律所最大的特点就是行为自由、自负盈亏。而公司制度下最大的特点就是规范的管理，统一成本运营。所以，在中小型律所依托于公司化发展状态，其特点一定要顺应并向公司制度特性转变，这种转变需要打破原有体制和习惯，势必成为中小型律所的蜕变之痛。因为难转变、不适应、又必须转变，在律所早已存的合伙体制特性下如何规范管理，如何适应高成本运营，原有模式与新模式显得难以衔接、适应，这是嫁接体制运作下必然要出现的问题。本能的护痛心里，使得律所的精力被潜移默化的重点放在了这两个方面。

2、规范的管理机制，阻碍了律师的主观能动性和自由创造性。公司运营模式下，各种类型的公司，生产出的产品各式各样，其中包括实物型产品和智力型产品。因为法律人为市场提供的是法律服务，故也可以运用公司商业思维将法律服务归类为产品。但是，以律师自身法律行为及执业特性为核心产生的各类法律服务产品又区别于普通产品，称之为“有思想的产品”。普通产品能在公司规范管理下，可复制、可批量销售或推广，所以公司管理越规范，被推行速度就越快，市场占有率也就越高，成本也就越低。而律师遇到的诉讼或非诉法律问题各不相同，是市场经济体制下最为复杂的矛盾利益冲突点。在案件程序性部分可以采取类公司化标准流程进行高效、良性解决，但，涉及与当事人接触、恰谈、建立委托关系等问题，则不可复制、替代，更不能刻板的统一用公司化流程去办理，需要发挥律师的主观能动性和自由创造性。在规范的管理机制下，统一规范的运营机制会将这些有思想的产品变的没思想，最终成为了真正的商品，失去其自身特性，从而失去市场竞争优势。在这种运营管理模式下，律所会出现内部管理僵化，外部竞争弱化的局面。

3、注重利益分配，忽视市场需求。律所公司化提成分配问题确实是一个难题，但是无论怎样分配，无非呈现两种结果：达到某些群众利益所需时，他们就认为这种分配方式就是好的，便会支持，相反，则会引发不满。从古至今，在利益分配上就没有一个十全十美的分配机制，只要能满足大多数人的需求，就是可行性分配机制。在一些高端研讨会上，或是律所合伙人之间的交流，公司化下的分配无论是提点式、积点式、提成式，好似都存在一定的问题，不太能彻底解决所需问题。大家绞尽脑汁寻找着合理的分配解决方式，希望以合理的分配方式来吸引或留住人才，并解决公司发展成本所需和律师养老问题。在我们高度关注利益分配的同时，我们却忽视了市场最根本的生存法则——市场需求。一切公司、企业、服务业的生存均建立在市场需求之上，律师事务所应当将市场需求和如何做好法律服务，放在律所发展的首位。有些需要发展的中小型律所因为惧怕公司化下的分配而止步观望，有些已经正在公司化模式下运营的律所又因为该状态下的分配机制而出现重重矛盾。其实，着眼于眼前利益，不如去创造更多利益。有人

会问，不解决好分配机制，如何才能做事情？实际上，外部市场拓展可以有效改善、甚至解决内部分配机制。国外发达国家，因为城市生活富足，一些民生配套设施均免费配置以保障国民所需。国内，一些经济效益非常好的企业、公司，在基本分配机制上加之各项完备的福利待遇，让其员工得到了归属感和物质满足感。律所在确立好最基本的分配制度后，强化法律专业能力，大力开展与之相关的法律业务，为市场经济提供更多更好的法律服务，以满足人们越来越精细化、专业化、的高标准需求。只有得到了群众、国家、社会的认可和尊重，律师主导下的法律服务市场才能良性发展，才能推动法制建设。要不断研发各种纠纷需求下的法律服务产品，让法律服务成为常态化，律所如果树立了市场需求首位理念，加上专业法律功底和努力拓展，富足了自然就更易分配。

4、公司制与合伙制两种体制互不兼容。合伙制与公司制存在差异大家基本上都认同，核心问题是合伙制人和性特点和公司制股份制资合性特点。在这两种体制下所差生出的运营效果截然不同。合伙制主要依靠人的自主行动和自觉思想来运营发展，而公司制是依靠规范的制度来管理运营。合伙制自由，律师主动性强，公司制规范，律师主动性弱。通过更专业的比对，我可以看出来公司制与合伙制其实在内部核心问题上是一种相对排斥的样态，如果合伙制想要变革成公司制则就应该变的彻底，否则会成为一种反作用力，不但破坏了原有面貌，又不能达到预期效果，成了四不像。最终可能背离原有的发展，成了创新发展的失败者。

三、“微集团”理念。

1、集团定义（摘自网络）。《公司法》中并没有“集团”一说。只有有限责任公司和股份有限公司的提法。有的公司进行多元化经营战略，在多个领域均成立了相应的子公司，这样，母子公司之间也会因为这种“血缘”关系组成一个企业集团，颇类似于军队当中的集团军。这些就是我们常说的集团公司的由来。

主要法律特征：集团管理机构是由各成员企业依据集团章程协商成立的管理机构，一般称为理事会，管理机构的管理活动，是建立在股权控制和合同约定的基础上，由支配企业行使其民事权利或者成员企业自愿限制、放弃自己的部分权力和独立性而实现与他人联合所形成的一种经济关系；集团内部依据集团章程实行统一管理，即企业集团的管理机构或支配企业对集团所属成员企业的生产经营活动实行统一指挥、指导和协调；企业集团内各成员加入集团后，并不丧失法人的独立性，而只是在一定程度上丧失了经营管理的独立性，成员企业作为独立纳税人的性质不变，各成员的法人地位是平等的，以充分协商为原则。

2、社会新形势下不断出现的新生概念。现如今社会，是网络时代、科技时代、革新时代。一些陈旧的制度、体制、理念随着社会的进步发展或被淘汰或被革新后重生。新形势下，人们的生活理念、消费观念、生活习惯不断发生着变化，这些变化影响着社会的发展，更影响着各行各业的发展。一些新生的概念出现，例如：微商、电商、云服

务、大数据化、互联网+等等，这些新生的名词开始只是概念，但随着慢慢被人们熟知，加上概念自身不断发展壮大，便形成为一种产业，从虚幻、抽象的概念演变成一种可操作性实体。这些新生的时代概念，迎合了人们的生存发展需求，是时代进步的表现。回归过去，“公司、企业”名词出现时，也引起了社会在异样，最终这些在人们创造和想象中概括出来的名词渐渐的演化成组织拥有了被市场需求的生命力，的生存发展模式溶入了社会。既然时代变革，就必然会创设和产生出全新名词包括生存发展模式。这些全新名词，带来了人类社会前所未有的改变，这些改变能有效推进了社会发展。

3、“微集团”概念定义及由来。“微集团”是一个新生概念，原理类似“微商”。源于市场经济下早已存在的“集团”。“微集团”秉承了“集团”的特性，是“集团”的缩小版。“微集团”就是在市场经济下，为了让实体更为灵活的运营发展，充分发挥平台效用，秉承集团化运营优势，结合中小型律所特点，保持中小型律所合伙制体制特性不变，从其自身衍生出的，属于律所自己的新发展模式，一种微型化律所内部集团运营发展模式。

“微集团”是一种新形式下创设的新名词，它将同市场经济下产生的其它新设名词一般，被大众所熟知，从一个抽象的名词，到一个全新运营模式的集合体，与中小型律所有效结合后，最终产生一个特定概念，一个新形势下的新型管理运作模式，运用这种模式打造出来的律所，可称为“微集团”化律师事务所，这种类型的律所将以科学、先进、良性、优化形象向世人展示，是具有实力的代名词。如同国外4A广告公司一般，只要谈及4A广告公司大家就知道它已经达到了一定的高标准。最终，“微集团”化律师事务所将成为一种高标准实体，成为众多中小型律所中一种发展壮大后的种类形式。

其特点为：

1、保持律所合伙制体制不变，以协商为运营原则，以合伙人会议为体制保障。

2、以内部约定（协议）为基础，针对内部管理、业务拓展、人力资源、律所文化、奖惩制度等设置合伙制体制下的规范管理机制。

3、设置具有专业管理机构，通过有专业管理型人才对律内部实行统一指挥、协调。

4、以律所为整体运营平台，各类专业化法律事务部门与专业营销部门并行。针对律所诉讼或非诉特点，由多样化专业法律事务部门为构架，律所、部门共同发展。各部门在律所统一制度和发展规划下，独立管理、独立运营。

5、更好的整合人力资源，充分发挥合伙制体制下的律师主观能动性和自由创造性。

6、保持合伙制体制下律师案件提成的低成本运营模式不变，自愿限制、放弃部分权利实现与他人联合的内部团体联盟。

四、中小型律所如何结合实际打造“微集团”运营发展模式。

目前，结合身边不断设立的律师事务所和已知中小型律所呈现出的特点，我们可以看出新设立的律所较以前的律所在律所办公环境、人员组合、执业理念有了不同程度的

优质化，处于进步发展中。老所具有人员优势，新所具有资源优势，律所在提升发展上有着较强的意愿。“微集团”运营发展模式顺应了中小型律所发展的需求，根据律所本身现状基于理解和可接受度不同，如果能被很好的接受并被有效实施，就能让有寻求提升发展的律所收到不同程度的效果，这里所追求的效果，即为未来良性发展。

1、“微集团”运营模式的优势与灵活性。

“微集团”运营模式的优势是，它有别于公司化体制下的合伙制律所发展模式，它不是一种嫁接，而是一种源自律所本身的生长，具有生命力，类似于种植期的种苗到成长期的树木。它不会与合伙制体制下律所产生排斥，在秉承合伙制律所人和性和律师以案提成的模式不变的基础上，运用企业集团的先进运营模式，对律所进行整合内部机制，运营管理，可以有效避免不同体制所带来的矛盾、不衔接问题。“微集团”具有相当强的灵活性，因其内部结构是独立的个体，可以随意组合、拆分，以适应市场的不同需求，再者因具有主导作用的律师，采用的不是授薪制，仍然是接案提成制，故，其主观能动性较强，为了能更好的获得物质及精神的财富，他们会积极努力结合律所平台发展要求，创造更多发展，并且律所运营成本较低。

2、“微集团”运营与律所自身发展的结合。

如何将“微集团”运营模式与律所自身有机结合，或者说，如何结合中小型律所特点运用“微集团”运营模式来有效发展律所。以一个人均20人的律所为例，看“微集团”运营模式状态下律所是如何运营的（基础构架与基本运营分析）。

第一步，保持合伙制体制不变，以人和性为根本，最大化的发挥协作特性。保持合伙制有两点意义，一是不打破原有模式，可以保持律所在变革发展中的稳定性。二是人和性比资合性更具有创造潜力，“志同道合”能发挥较大的主观能动性，这是资本论下资合性所不达到的效果。合伙人概念更能体现主人翁意识和对律所平台的主导意识。基于现有律所状态，在三个合伙人的基础之上，根据律师在专业领域、对律所贡献、成长速度、优秀程度等条件，每年定期吸纳符合升格条件的律师为合伙人，参照律所规章制度及公司法相关规定对合伙人进行管理。合伙人可以通过合伙人会议参与制定律所未来发展规划、参与律所分红、监督律所管理者的工作，但不具体负责律运营管理。

第二步，律所人员构架及负责范围。律所分为几大领域：合伙人、律所运营管理者、各专业化法律事务部门、专业营销团队。针对中小型律所人员较少、规模较小的特点，“微集团”化恰恰适合其运营，因为“微集团”化之所称之微，就是在集团化运营模式下以更凝练、更浓缩、小规模的样态体现运营特点。常规企业集团下的母公司、子公司、相关机构等板块在“微集团”下，演化成以人为单位具体操作模式，结合律所自身特点，组建板块，但保留企业集团下的特征原理。中小型律所中的“母公司”实际上就是律所平台本身，“子公司”就是多元化的专业法律事务部门及专业营销团队。

除上述合伙人职责外，律所运营管理者（一人，有条件的可以设置三人团队化管理）

由合伙人会议决定，管理者可通过两种方式产生：一是聘用专业管理型人才负责管理；二是让符合条件的人才律师进行管理（专业概念称：律师职业经理人）。参照企业集团的法律特征，律所运营管理者自愿限制、放弃从业机会，参与律所管理，享受定薪制待遇，根据占有的律所分红比例额参与律所分红。负责制定律所规章制度，经合伙人会议通过后具体实施。负责律所人事管理、负责在律所发展规划下指挥、协调各多元化部门。律所运营管理者是一条线，贯穿着合伙人、各专业化法律事务部门、专业营销团队。

各专业化法律事务部门。随着法律服务市场的需求，律师专业化发展会成为主流，所以一个律所，不能再象过去那样没有专业化分工。如果想发展壮大就得迎合市场需求。即使律所人员不多，短时期内不能配置构建律所发展所需的所有专业化部门，但是可以选定几个主打专业部门先设立起来，由一名或多名精通此专业知识的律师组成。在各专业法律服务部门里，由部门负责人参照律所发展规划，制定出本部门发展规划，进行独立自主的运营。

专业营销团队。由专业的市场营销、策划、文案、设计人员组建成专业的营销团队。因为律师工作繁杂、时间有限，加上一般律师对法律非常精通，但对营销却很弱势，如何提高律师的执业知名度，如何拓展案源，律所又如何打造专业平台，是律所和律师都会面临的问题。让律师专心办理案件，处理法律事务，而业务拓展及律所形象宣传、律师个人形象宣传则交给专业人士去做，包括律师业务市场拓展，也由该团队制定出拓展计划、营销策划，专业推广法律需求。

第三步，建立合伙制下的律所各项规章制度、规范流程及远期发展规划。这是一个律所的灵魂、导向、前进的原动力。律所一定要有这一板块。合伙制体制下有些事情是需要人性化解决，但是常规事务也应规范化管理，由制度来管理人、管理团队、管理律所。除了制度化管理之外，清晰的未来发展规划可以让律所内每一个人内心坚定，不会迷茫，都能更好的知道自己在律所平台上应如何做、怎么做，对未来充满期待。

第四步，各专业化法律事务部门独立存在，在律所总体发展规划下自主运营。这就是“微集团”发展运营模式最有特色的地方。一切统筹于律所，各部门与律所形成集团军模式，多元化共同发展。各专业化法律事务部门可以自主运营、自主管理，对律所负责。合伙制下的律师没有保底工资，只是办案提，除去上缴律所的提成外，可以储备一些属于自己本部门的资金，用于本部门运营过程中的资金保障。另在选取待培养人才时，由本部门负责人选定，并对其培训、培养。这样可发挥部门负责人自主管理的主导性，使组建的团队思想统一、目标统一、专业技能较强。在实务中不断研发、整理法律成果制品，为当事人提供专业、精细的法律服务。与别的部门包括营销部门，在懂分享的思维状态下，与他人联合共同发展。

第五步，律所内专业化法律事务部门与专业营销团队是并行的两大运营板块，独立存在，互相配合。在过去老思维和执业模式状态下，律师存在一个特殊现象：“律师既

是生产者又是销售者”。律师即要努力承办案件，又要努力寻找开拓案源。如果律师善于交际应酬，案源可以有所保障，反之，则会出现律师坐待案件或精神追求不能满足物质所求的执业现象，这种现象在三四线城市仍然比较普遍。而“微集团”运营模式，则把律师直接定义成一个机构，一个只负责办理案件，处理法律事务的机构，而把案源拓展、个人宣传等营销问题从律师身上剥离开来，专设为专业营销团队。由专业的市场营销团队负责律师个人、律所团队及律所的案源拓展、形象宣传等市场营销，让专业的人做专业的事。结合本次例举律所，在律所内部只需要增设一个营销团队即可，营销团队采取底薪+提成收入模式，由律所给予底薪，从为各个专业法律事务部门提供营销服务获得提成。提成方式为：专业营销团队参与各专业法律事务部门案源拓展，通过专业营销宣传工作收取各个专业法律事务部门案件收入百分比提成。营销团队定期为律师个人、律师专业团队、律所做宣传属于底薪享受范围内职责工作。通过这种互相配合的方式，可促进各个部门有效合作，是一种互利的合作，将大大促进各部门人员的积极主动性。

3、律所微集团化发展模式才真正适合中小型律所的发展。

一个有待发展的律所，必须找到适合自己发展的方式，结合自身特点，要有所突破创新，律所微集团化发展模式要想在一个普通律所运营，适用起来相对比较简单，可是如果想要更深层次理解它，运用好它，则需要不断的摸索和实践，其具备的优质能量是强大的，一但律所能有效行之，将会给律所带来快速发展。究其基本原理在于：人和、协商、协作、优质、共赢。律所微集团化发展模式能更大的发挥主观能力性，能让专业的人只做专业的事，让律所平台真正成为每一位律师自己的平台。所以，律所微集团化发展模式才真正适合中小型律所的发展。

五、结论

一个旧时代的告别必然将迎来一个新时代的到来，世间万事万物皆在不断更迭交替中，优胜劣汰是自然生存法则。中国从七十年代产生律师这个名词，出现律师这个行业，不过才短短的几十年，较之过去，律师曾是司法局的一个职能部门，后来从司法局内部分离，告别的事业编制，成了自收自支需靠自己努力才能吃饭的行业，这就是一种适应市场需求的变革。从一代所，到现在的中小型律所，到未来的超级国际律所，这是一种发展，一种不断优质化的变革。三四线城市里的中小型律所确实存在诸多问题，已越来越不能满足广大人民群众或市场的需求，需要通过一些行之有效的做法进行改变，再发展，如前面论述一样，这种发展需要结合自身特点才行，从实际出发，从自身由内而外的顺其自然演变，才能找到适合自己的发展。律所公司化不是不好，是不适合中小型律所自身发展需求，公司制与合伙制是两个不兼溶的体制，要想在合伙制体制内生长建设出既具有合伙性又具有资合性的律所很难，会互相背离。“微集团”化发展模式，其特点和优势，更适合中小型律所发展所需。它是基于广大中小型律所自身运营特点，成长

出的属于律所自己的运营模式，是一种形式更新颖、操作更规范、更优质高效的进化运营模式，能很好的在广大中小型律所运营中生存发展。

作者单位：北京京师（亳州）律师事务所

参考文献：

1、董春江：《对深化“两结合”律师管理体制改革若干问题的思考[J]》中国司法. 2005（07）

2、金鑫，徐绪柏：《公司制律师事务所之构想[J]》中国律师. 2003（03）

3、崔耀天：《律师事务所公司化管理模式研究[D]》大连海事大学 2007

4、吕源，姚俊，蓝海林：《企业集团的理论综述与探讨[J]》南开管理评论. 2005（04）

5、迟树功，杨渤海：《企业集团发展规模经济研究[M]》，经济科学出版社，2000

6、翟凯：《我国中小型律师事务所发展浅探[J]》法制博览 2013（10）

论公司监事制度的完善

姜慧影　李少尉

【摘　要】监事制度是为了规范公司的日常行为而要求公司设立的自我监督机构的一种制度，虽然现行的《公司法》对监事有所规定，但规定过于原则化，且规定较少，使得我国目前的监事制度还不够完善，本文从我国目前监事的不足之处分析，提出完善我国监事制度可以从处罚监事不作为，细化监事职责设立奖励机制，以及尽量选用有专业知识的人员担任监事会成员等方式进行，以促进我国监事制度的完善

【关键字】监事制度　监事职权　完善措施

监事的设立应当有助于公司高管人员在日常的工作中，更加谨慎，守法，控制自己的行为，使自己的决策有利于公司，社会，而避免因为权力缺少监管使得权力滥用，但如今的监事制度显然对这个期望显得力不从心，因此，本文将对如何完善监事制度进行探究。

一、公司监事制度的概述

（一）公司监事制度的概念

公司监事制度是指在公司日常的运转过程中，由监事会或者监事对公司董事会、董事、经理、其他高级管理人员执行公司业务的行为，公司的财务会计活动等进行监督，目的在于维护公司股东的利益和保障公司的正常运行的一种公司内部监督制度。

监事会制度最初起源于德国，监事会是公司法人权利机关权力监督力量的重要组成部分，从公司法上来看，董事会和监事会各司其职，董事会负责对公司决策的正确运行，监事会则负责对董事会进行监视和制约，监事会的设立时，人们便赋予了它，制约董事会及其他管理人员的权利以及避免出现重大金融危机的希望。

二、目前监事制度的运行现状及原因

（一）关于监事制度的法律发展

我国监事制度始于1992国家体改委发布的《股份有限公司规范意见》，之后在1993年颁布的《公司法》中正式确立了监事会制度，现行的《公司法》则在前些法律的基础上，进一步完善了监事会制度 。

（二）公司监事制度在不同类型的公司中的运行现状

1、监事制度在国有独资公司中的运行

国有独资公司监事会主要由国务院或者国务院授权的机构、部门委派的人员组成，并有公司职工代表参加。监事会是对国有独资公司实施监督的机构。监事会设主席一人，监事会可以有若干人，但不得少于三人。监事会分为专职监事和兼职监事，从有关部门和单位选任的监事为专职；国务院有关部门、单位派出的监事和公司职工代表担任的监事为兼职。公司的董事、经理及财务负责人不得兼任监事。 任期三年，其中监事会主席和专职监事、派出监事不得在同一企业连任。主席和专职监事、派出监事实行回避原则，不得在其曾经管理过的行业、曾经工作过的企业或者其近亲属担任高级管理职务的公司的监事会中任职。

2、监事制度在股份有限公司中的运行

在股份有限公司中，一般是按照《公司法》的一般规定进行施行，其人数，组织结构，任期都由明文的法律规定，前面已经有所描述，再此不再叙述，值得注意的是，上市公司的监事会除了一般的监事职权外，还要对公司发行的股票的相关情况进行监督，保障社会上一般股东的利益。

3、监事制度在不设监事会的有限责任公司中的运行

在我国，法律允许有限责任公司可以不设监事会，对于不设监事会的有限责任公司，由公司中的监事履行监事会的职责，公司监事的人数为一人或者两人，公司的监事对公司的董事，经理等其他高级管理人员的决策行为进行监督，防止权力的滥用。

4、公司监事制度实际运行中不够完善的地方

在实际运行中，诸多已经披露的案例和调查数据表明监事会在公司中既无地位，本身也缺乏监督意识，监督作用难以发挥 ，在公司中，监事会的成员分为两类：股东监事和职工监事，不论是股东监事还是职工监事，在履行监事职责的时候，都会遇到各种影响其履行职责的情况，例如，股东监事可能为了自己的利益而对损害社会或者员工的利益决策视而不见，职工监事因为自身力量薄弱而缺少话语权。同时，由于法律规定职工监事比例不低于三分之一，所以很多职工监事的数量就是最低标准，由于公司职工是在公司管理之下，职工的升职，待遇都由管理层决定，这让职工监事管理层几乎是不可能的 。

（三）目前监事制度不够完善的原因

1、法律规定不够完善。目前，我国对监事制度有规定的法律只有在《公司法》和一些规章中有所提及，所以当问题发生的时候，很多情况下，监事会可以直接依据的法条很少，除了法律规定的内容少之外，还有就是法律规定的不够详细，我国关于监事会制度规定非常原则和抽象，不具有可操作性 .。例如，在《公司法》的规定中，规定了监事可以监督董事，但对具体董事违反了规定监事可以做哪些惩罚的措施规定的却不是很详细。

2、监事会没有形成真正独立的部门。监事制度在创设的最初目的是为了约束公司

的董事，经理等高级管理人员，防止他们滥用权力，给公司股东或者债权人造成损失 .。然而，正如《公司法》中规定的那样，监事会的日常支出由公司财务承担，那么，监事会对公司就有了一定的依赖性，换句话说就是，监事会要靠董事会来确定其经费的多少，这样一来就形成了监事会会为了夺得经费而对有些事置之不理。就像仆人不能有效监督主人一样，由于监事会并未完全摆脱董事会形成一个独立的部门，这个“仆人”在有些情况下受利益的胁迫，不能发挥或者充分发挥监事会的作用。

3、监事会成员自觉履行职责的意识不强。监事会中成员众多，人多有利于更加民主，但人多也就为某些人的不作为提供了掩护，现实中一个情况就是很多监事成员对于某个问题，自己发现后感觉别人都没对这个问题感觉不妥，就选择沉默，等大多数的人也发现这个问题的时候，再和别人一起提出意见，缺少自己自觉履行监督职责的意识，这种随大流的思想也使得监事会的作用在一定程度上受到削弱。

4、对监事的文化素养缺少要求。我国相关法律并没有对监事的文化水平有所要求，只是说担任董事，经理或其他高级管理人员不得兼任监事，这种情况下，有些监事的文化水平不够，缺少专业知识，当问题出现之后，那些监事们可能考虑的不是怎样从专业的角度解决问题，而是以自己认为合适的方式去解决。却不知道有时候他们认为的合适的方式反而不能有效的解决问题，另外，由于专业知识的薄弱，可能造成的监事会的其他成员和其差距比较大，不利于工作的一起开展。

5、职工代表比例有待提高。《公司法》中规定：监事会中职工监事的数目不少于1/3，而现实中很多企业都是打擦边球，职工监事的比例基本都是1/3，这是因为监事会的设立就是为了给董事的权利带上枷锁，所以，没有高级管理人员会想自己受到约束，职工监事比例的低下意味着股东监事比例的提高，这样一来，对那些保障股东利益，损害职工利益的行为的监督力度就相应的减弱了。

三、完善公司监事制度的建议

（一）可以完善与监事制度有关的法律

1、增加监事不作为的处罚规定

目前，我国的法律中只对监事违反其义务，滥用职权收受贿赂，侵占公司财产做了规定，但是却对监事因为其个人疏忽大意或故意不履行职责等给公司造成损失的消极行为，缺乏相应的处罚规定，由于对监事违反义务的处罚规定不够全面明确，同时对其行为的规范也不够充分，因而，监事会的成员可能会消极怠工或者与管理层勾结谋取个人利益。

所以，应当增加对监事不作为的处罚规定，特别是民事方面的惩罚性补偿规定，因为公司是个盈利性的机构，监事不认真履行职责。造成的损失一般是财产性损失，让监事为自己的不作为付出代价，从而可以保证监事会成员们更加认真的履行职责，同时，可以适当借鉴刑法中的某些规定，对监事因为不认真履行职责，结果造成严重人身或者

财产损失的给予一定的刑事处罚。

2、细化监事履行职责的方式

监事人员在履行监事职责的过程中，遇到的一个不可避免的问题就是法律规定太原则化，缺乏具体可操作性，例如，监事会可以对董事会的决策进行监督，但怎样监督，能用什么样的方式监督却没有详细的规定，使得监事在具体的操作过程中不好把握。

（二）可以从公司内部对监事制度进行调整

1、增加监事会的独立性

监事会在公司中的地位是一个独立的部门，但虽然属于独立的部门，但其经费上却没有实现独立，这也就使得监事会只在名义上享有独立，事实上对董事会有一定的依赖，就像一个没有独立挣钱养活自己的孩子，始终还是不能摆脱父母独自做一些事。

2、公司可以对监事会设立奖励机制

公司监事会的监督权是法律规定的，监事本身作为出资者的代表，出资者的利益就是监事的激励要素，但现实中的一个问题是，公司监事的担当者一般是公司的工作人员，让他们监督他们的领导往往是困难的，或者说他们不敢监督或者无力监督，前面也说了，我国没有规定监事不作为应受到什么处罚，而且，对于监事会的报酬也只规定了股东会决定监事的报酬，因此这种情况下，一般董事与监事的报酬悬殊过大，不足以起到激励监事的作用。

因此，我们可以考虑在公司中设立一种奖励机制，对那些提出问题较多，或者工作成绩突出的监事成员一定的奖励，这样可以提高他们工作的积极性，使其更好履行监事职责，促进监事制度的完善。

3、尽量选择有专业素养的人员担当监事会成员

《公司法》规定：我国的监事会成员由股东代表和职工代表构成，股东作为出资者当然的要对经营进行监督，职工与公司密切相关，也应参与公司的管理，但监事也需要专业的知识，而在实践中，监事会中“三不懂”监事居多，即不懂国家政策法规，不懂企业管理，不懂财务会计制度，监事素质令人担忧，因此，可以考虑在公司选举监事的时候，能尽量选举那些有专业知识的人员担任监事，若在股东或者职工里没有那样的人选。可以考虑从社会的上聘请一些具有专业知识的人担任公司监事。

（三）对上市公司还可以设立社会监事

上市公司由于牵涉人员众多，资金量大，因此，上市公司的监事任务多且重，除此之外，由于上市公司的每个决定，可能都会在社会上引起一连串的反应，因此，可以考虑设立社会监事，即在社会上设立一个监事机构，对所有的上市公司或者人们质疑的公司进行监督，使那些公司的行为更加合法化。

四、总结

监事制度是在我国公司制度中占有重要的部分，但由于其发展时间不多，不完善的

地方有很多，例如法律规定不够完善，公司执行不够完全按照最初设立初衷，监事成员自觉履行职责意识不强等，本文通过对原因的分析，认为我国目前可以通过规定监事不作为的处罚措施，细化监事履行职责方式，增加监事会独立性等方面着手，进一步完善我国的公司监事制度

作者单位：北京京师（亳州）律师事务所

参考文献：

1、王军武：《公司监事制度理论与实务问题研究》，《贵州民族学院学报》，2009年，第3期

2、梁一蔚：《关于我国监事法律制度的思考》，《法制与经济》，2014年12 月，总第399期

3、甘培忠：《论我国上市公司治理结构中的监事制度》，《中国法学》，2001年第5期

4、李晓猛：《论我国公司监事会的职权与保障》，《公民与法》，2014年，第4期

5、李小芬：《论我国公司监事会制度的问题及完善》，《商》，2014年，第23期

6、李振华：《论我国上市公司监事制度的完善》，《企业经济》，2002年，第4期

7、罗潇：《浅议我国监事会制度的不足及对策》，《法制与社会》，2014，4月期（下）

8、王向阳：《强化监事会监督权》，《法制与社会》，2014，3月期（上）

9、冉光圭、方巧玲、罗帅：《中国公司的监事会真的无效吗》，《经济学家》，2015年01期

10、梁裕鹏:《走出困境——关于增强我国上市公司监事会治理有效性的若干思考》，《企业改革与管理》，2014年4（下）

11、常健，饶常林：《完善我国监事会制度的法律思考》，机械工业出版社，2002年，第211期

12、候鲜明：《我国监事制度若干问题探析》，《市场周刊》，2006，3月24期

13、商东雷：《试论我国公司监事制度的完善》，《东方网》，2009年12月21日

论时效制度的立法理由与意义

——以诉讼时效为视角

段　宇

【摘　要】诉讼时效是民法中的一项重要法律制度。其起源于古罗马法中的“法定期限诉讼”，并经后世各国的沿用得以发展。诉讼时效制度自产生起就备受争议，尤其是关于其立法基础的争论。本文首先纵观时效制度的历史沿革，并分析时效制度关于诉讼时效和取得实效的立法模式。进而引出对诉讼时效立法基础的探讨，并通过对诉讼时效立法基础各种学说的评析，得出诉讼时效立法基础在于稳定社会经济秩序，保障交易活动安全的结论。最后笔者利用以上结论对物权请求权的诉讼时效适用问题进行分析，探寻研究诉讼时效的立法基础在立法实践中的意义，得出物权请求权应当区分情形适用诉讼时效的结论。总体来说，欲研究诉讼时效的立法基础，首先必须追根溯源，探求时效制度的起源及其立法模式。

【关键词】诉讼时效　立法模式　立法基础　立法实践意义

一、时效制度的起源与立法模式

（一）时效制度的历史沿革

时效从字面上理解即时间的经过在法律上的效力。在法学理论上，能够引起法律关系变动的事实称为法律事实。法律事实一旦发生即会产生一定的法律效果。时间的经过属于法律事实中的事件，因时间的经过而产生法律效果就称之为时效。

时效制度最早起源于罗马法。公元前5世纪的《十二铜表法》第六表第三条规定“未中断的占有他人土地达两年和占有其他无主物达一年的人可获得该土地和该物的所有权。”这是见诸于典籍中最早的关于时效制度的规定，且这一规定内容为取得实效。消灭时效制度的产生较晚，消灭时效最初是针对债权债务关系产生。罗马法早期对债权采永久保护主义，即债权人可以随时向债务人主张债权而不受时间限制。这一制度虽很好的体现了罗马法对私权的保护，但却给法官裁判带来了诸多不便。由于债权受永久保护，债权人有可能在两年、五年甚至十年以后向债务人主张债权。如此一来，法官裁判便被诸多陈年旧案所牵绊，造成调查困难，效率低下的不利影响。故在此后的大法官诉讼中产生了所谓的“法定期限诉讼”，即债权人须就债务纠纷在法定期限内提起诉讼（当时

规定为一年），否则即丧失诉权及债权。至罗马帝国尤帝时期，这种法定期限制度得以广泛适用。此即消灭时效制度最早的起源，而这里的“消灭”即是指诉权或债权的丧失（但后世立法关于此有很大分歧）。这种制度有利于减少法院负担，维护社会稳定，为后世各国所承袭，得到了广泛发展。

（二）各国时效制度的立法模式

时效制度包括两项具体制度，取得实效和消灭时效。十八世纪开始的一系列法典化运动对如何规定两种制度做出了不同的回答。从立法情况上看见，存在两种立法模式，统一立法模式与分别立法模式。

1、统一立法模式

统一立法模式以法国民法典为代表。受罗马复兴时期注释法学派的影响，法国民法典将消灭时效与取得实效统一规定于最后一章（第20章）。这样规定的理由是，其认为消灭时效与取得实效具有相同的本质，两者均是由于时间的经过而产生消灭和取得权利的法律效果。但这种说法忽略了消灭时效与取得实效在本质上的区别：第一，消灭时效是关于权利的消灭，而取得实效是关于权利的移转；第二，基于其功能的不同，其适用范围也大相径庭。[1]在法国民法中，消灭时效适用于债权和他物权，而取得实效适用于所有权。奥地利民法同样采取统一立法模式。奥地利民法第三编“关于人法和物法的总的规定”中第四个主要问题第1451条以下，统一规定了消灭时效与取得实效。虽然法典如此规定，但根据奥地利法学界的观点，消灭时效与取得实效是具有本质区别的。同样采取此种立法模式的还有日本等国。

2、分离立法模式

与统一立法模式相对立的是分离立法模式，其代表立法为德国民法典。而德国民法典的制定受到了法学家萨维尼的重大影响。萨维尼认为将取得时效与消灭时效合并在一起是“完全应受到谴责的”。因为消灭时效仅仅涉及到消灭请求权的问题，而取得时效涉及到物权的丧失与取得。且在德国民法典中消灭时效仅适用于请求权，而不像法国民法典那样同样适用于他物权。同样采取分别立法模式的还有荷兰民法典、意大利民法典以及俄罗斯联邦民法典等。我国时效制度立法深受苏俄旧时立法模式影响，只存在消灭时效（我国民法通则称之为诉讼时效）而不存在取得时效，而这也是将来我国民法典制定时应当改进之处。

3、笔者观点小结

笔者认为，应当摒弃统一立法模式，采分别立法模式。理由有以下几点：首先，两者的目标不同。消灭时效旨在消灭权利（或者产生永久性抗辩权），而取得时效旨在使物的长期占有者取得所有权。其次，两者的适用范围不同。消灭时效主要适用于请求权或债权，而取得时效适用于所有权。最后，两者的成立条件不同。消灭时效要求权利人怠于行使权利达到一定的期限，而取得时效要求占有人合法、善意、和平、自主地占有

某物达到一定的期间。由此可以看出，消灭时效与取得时效无论从性质上还是功能上都具有本质的差异，在立法时不能统一规定，而应当分别进行。

二、诉讼时效制度的立法基础

（一）诉讼时效制度中的“不合理”之处

一种法律制度之所以存在，是因为有其必须存在的理由，除非它是一项应被废弃的制度。诉讼时效制度一经罗马古法创立即受到诸多国家立法者的青睐，并不断为后世各国所沿用和发展。但其实诉讼时效制度是一项看起来并不那么“合乎情理”的制度。首先，它“肆意”地给债权行使加上了一个期限，超过这个期限行使，债权人便不能再受到法律的保护。即是说“欠债超期不还钱者”恰恰是诉讼时效的重点保护对象，这不免让诉讼时效背负上“恶法”的嫌疑；其次，债权本为私权，而意思自治是民法中的最基本性原则。私权本应在民法中得到极大的保护，而诉讼时效制度的产生却与这一基本准则背道而驰。再次，民法本为私法，调节平等民事主体之间的民事法律关系。故债权债务人双方在法律上应处于同等地位，但在诉讼时效的制度设计中，很明显天平倾向了债务人一方。

所以不论是从伦理上，亦或是从法理上，诉讼时效制度的存在依据似乎都那么站不住脚。正因如此，诉讼时效制度在法学界备受争议，众多学者也更质疑过其存在于民法的必要性。那么诉讼时效的存在依据到底是什么，是什么样的理由使得诉讼时效制度能够经受住种种争议成为民事立法中的一片“逆鳞”？这就是我们接下来要探讨的诉讼时效制度的立法基础。

（二）诉讼时效制度立法时的利益考量

每一项法律制度的建立都是以一定的利益考量作为基础的。因为法律承担着合理分配利益的任务，只有权衡各种利益，并作出合理协调的立法，才是正当合理的立法。故研究诉讼时效立法基础的第一步，我们需要探讨一下，诉讼时效制度建立时的利益考量，即诉讼时效是以什么样的利益权衡与协调为基础而得以建立的。

一般来说，债务人理应向债权人履行债务，正所谓“欠债还钱，天经地义”。而诉讼时效打破了这一利益格局，其限制债权人行使权利的期限，维护债务人的利益，而牺牲了债权人的利益。如前所述民法本为私法，调节平等民事主体之间的民事法律关系。故诉讼时效制度没有理由为一方利益而牺牲另一方利益。所以我们可以得出一个结论，诉讼时效的立法基础必然源于对某种利益的考量，并且这种利益应当是超越于私权主体利益之上的。很明显这种利益就是公共利益，或者说社会利益。换句话说只有对社会利益的追求才能为诉讼时效的“偏袒行为”提供合理依据。

（三）诉讼时效制度立法基础的一般学说及评析

前面谈到，一项法律制度之所以存在，必定有其必须存在的理由。诉讼时效制度之所以沿用至今，也必定有其立法基础。根据学界观点，一般认为诉讼时效的立法基础有

以下几点：督促权利人行使权利、减轻债务人举证困难、减轻法院审判负担以及充分发挥物之效用。但其中部分观点的合理性有待商榷，下面分别详述之：

1、督促权利人行使权利之必要

诉讼时效要求权利人须在一定的期间内行使权利，否则将产生义务人时效抗辩权，使其得以对抗权利人请求权之行使。法谚有云：“法律只帮助觉醒者”、“法律不保护‘躺在权利上睡觉的人’”，既然权利当事人都不在乎自身的权利，法律自无保护之必要。还有学者认为，债权人在债权得以行使后较长时间内不行使即是默认放弃债权，若再行使即损害了债务人之信赖利益，实属不当。

但这种观点是值得商榷的。所谓民事权利是指民法规范赋予民事主体为实现受法律保护的利益为一定行为，或者请求民事义务主体为一定行为或不为一定行为的可能性或者意思自由。[2]权利从本质上说是一种意思自由，权利人在不损害他人或社会公共利益的情况下，有决定如何行使权利的意思自由。那么为什么不允许权利人“躺在权利上睡觉”？可能有些学者认为，怠于行使权利的人一旦行使权利可能会损害债务人的信赖利益。关于这一点，笔者实在不敢苟同。我们都把过错归咎于债权人，认为其怠于行使权利，但我们忽略的是债务人与债权人相比更是难辞其咎。债务人身负债务，理应积极履行债务。假若其不仅没能积极履行，还因此获得了所谓的信赖利益，于法理或情理都不能说得通。所以仅从督促权利人行使权利的层面解释诉讼时效的立法基础是值得商榷的。

2\减轻债务人举证困难之必要

债务人主动或应债权人要求履行债务后，一般会得到债务履行完毕的凭证。若没有诉讼时效制度的存在，债务人须谨慎保管该凭证五年、十年甚至二十年。因为一旦凭证丢失且债权人起诉，债务人将面临举证困难的风险，对债务人极其不利。在这里，诉讼时效主要起了一个证据替代作用。就是说在诉讼时效期间届满后，债务人即无需继续保管履行凭证。一旦债权人起诉，债务人会获得一种时效抗辩权抗辩债权人之请求。由此，诉讼时效很好的保护了债务人的程序利益。

其实这项观点并非我国法学界独创，而是有《德国民法典》“立法理由书”为佐证的。但即便如此，该观点仍然有着致命的缺陷。理由在上面已经提到，诉讼时效制度的立法基础必然源于对某种利益的考量，并且这种利益应当是超越于私权主体利益之上的。很明显，该观点认为诉讼时效是为了债务人的利益而存在的。债务人的利益与债权人的利益同样是私权主体利益，在民法应当受到同等的保护，缘何厚此薄彼？具体分析，保护债务人的利益毫无根据可言。该种观点着眼于诉讼程序，着重保护债务人的程序利益。首先，在实体法中设立规则来权衡程序法中的利益，本身就有越界之嫌，其完全可以在程序法中加以规制，例如降低债权人的证明标准。再者，保护债务人的程序利益，不足以牺牲债权人的实体权利。债权人怠于行使权利本无过错，而债务人怠于履行债务

却存在一定过错。所以债务人的程序利益是不值得通过牺牲债权人的实体利益加以保护的。也可以说，在这种情况下，只有为了社会利益才有理由牺牲债权人的利益。可能有学者提出债权人恶意诉讼的问题，即一旦很长时间过去债权人利用债务人举证困难故意起诉，此时债务人的程序利益应该更值得保护。对此笔者认为，首先债权人的恶意只是一种可能，不能仅仅因为一种可能性就设立诉讼时效制度限制债权人所有的超期起诉。其次，如前所述，即使没有诉讼时效制度，在程序法中也可以专门针对债权人恶意诉讼设立规则保护债务人利益，例如降低证明标准。

根据以上分析，减轻债务人的举证困难不能成为诉讼时效的立法基础，充其量只能说是诉讼时效制度产生的附带效果。并且这种附带效果不是一种十分合理的附带效果，其甚至成为了一些学者质疑诉讼时效存在必要性的依据之一。

3、减轻法院审判负担之必要

效率是当今社会追求的重要价值之一，在法学领域亦是如此。进入20世纪以来，经济分析法学将效益观念引入了法学领域，其核心思想是法律应以效益最大化作为宗旨。[3]作为个体的人，往往追求效率以求获得更大的收益；作为群体的社会往往追求效率以求取得更大的社会效益。而群体提高效率的方法通常是通过资源的优化配置。[4]法院作为一个直接适用法律的群体组织同样将效率作为重要的价值目标。并且法院工作所主要依据的诉讼立法，在制度设置方便，效率都是需要优先考量的，正所谓“效率优先，兼顾公平”。诉讼时效制度虽规定在实体法中，但同时具有很强的程序性，其正是一项追求效率价值的制度。通过这项制度的应用可以直接筛选掉那些超过诉讼时效的案件，避免其繁杂的调查取证程序。从而使法院摆脱陈年旧案的纠纷，集中精力处理当下的纠纷，提高办事效率。

将减轻法院的负担作为诉讼时效的立法基础是有一定的合理性的。一方面，在实务中，诉讼时效确能方便一些陈年旧案的审理，提高法院的效率；另一方面，提高法院效率，使其将重点放在当下的纠纷上，也符合社会利益的需要。并且将保护社会利益作为诉讼时效的立法基础也甚为合理。这种观点看起来没有缺陷之处，但实则不然。其虽具有合理性，但我们也应当看到其合理性也在不断减弱。我国过去的诉讼模式偏向职权主义模式，法官在调查取证方面占主导地位，所以诉讼时效的存在很大程度上免去了陈年旧案调查取证的成本，可以提高法院的办事效率。而随着我国法制的不断健全，“司法独立”、“司法中立”的口号越来越多的被提及。反映在诉讼过程中就是当事人被赋予了更多的程序性权利，在推动诉讼程序进行方面起到了越来越重要的作用。诉讼模式展现出一种从职权主义诉讼模式向协同型诉讼模式过渡的趋势。法院的调查取证对案件结果不再起决定性作用，相反，当事人的举证对于诉讼的胜败越来越重要。这样一来，诉讼时效主要提高的不是法官的办事效率，而是通过降低义务人举证难度提高了整个案件的结案效率。

在这里我们不禁问道，诉讼法上所追求的“效率”到底是指什么？笔者认为，这里的“效率”是指在保障当事人诉讼权利的前提下诉讼成本的减少，纠纷解决速度的提升。在职权主义模式中，起到证据替代作用的诉讼时效大大提高了法官的办事效率。以此作为诉讼时效的立法基础，这是合理的。而在当事人主义模式下，诉讼时效成为了义务人抗辩权利人的工具，减少了义务人的举证成本，同样提高了结案效率。但以此作为诉讼时效的立法基础，这是不合理的。原因就在于后者追求效率时损害了诉讼中当事人之间的平等地位，即赋予了义务人诉讼时效抗辩。当然我们并不是说这种不平等现象的存在是不合理的，只是这种现象的合理性已经越来越难从追求效率的角度得到合理解释。所以，将减轻法院审判负担，提高诉讼效率作为诉讼时效的立法基础同样欠说服力。

4、促进经济流转，充分发挥物之效用

有学者从经济学的角度分析，认为诉讼时效的设立还为了促进经济流转，充分发挥物的效用。[5]权利的背后隐藏着社会财富，代表着不同主体的利益，长期不行使必然导致社会资源的浪费。[6]诉讼时效制度的存在使权利人不敢怠于行使自身权利，有利于充分发挥物之效用，防止社会资源的浪费。

此种观点笔者实在不敢苟同。因为诉讼时效根本不能起到如此作用。诉讼时效的功能是限制请求权人之权利行使，赋予义务人时效抗辩权，实际上限制了请求权人与义务人之间的财产流转，何来促进经济流转之说？再者，债的标的物不论是在请求权人手上，还是在义务人手上，其效用的发挥别无二致。故诉讼时效的适用效果仅使得义务人保留标的物，但是并没有增加标的物的效用。

（四）合理的诉讼时效立法基础——稳定社会经济秩序之必要

通过前面的分析，我们可以看出，以上四种学说均有其缺陷。尤其值得一提的是“减轻审判负担说”，其确有一定的合理性，但诉讼模式的转变使其作为立法基础的合理性在不断减弱。根据前面对诉讼时效立法是利益考量的分析，诉讼时效之所以打破债权人与债务人之间的平等，应当是基于对公共利益的考量。笔者认为，这里的公共利益应当是社会经济秩序的稳定，以及交易活动的安全，即诉讼时效的立法基础实则是稳定社会经济秩序，保障交易活动安全。

“所谓秩序，我们将一以贯之地指这样一种事态，其间，无数且各种各样的要素之间的相互关系是极为密切的，所以我们可以从我们对整体中某个空间部分所做的了解中学会对其余部分做出正确的预期，或者至少是学会做出颇有希望被证明为正确的预期。”

经济秩序具有稳定性与可预测性，是社会经济赖以生存和发展的前提。交易人正是通过稳定的经济秩序做出合理的预测，从而获得法律上的信赖保护。随着时间的经过，稳定的法律关系将逐渐形成。如果允许请求权人在相当长一段时间后即稳定法律关系形成后行使权利，则势必会牵一发而动全身，打破长久以来稳定的法律关系，辜负他人的合理信赖。所以出于稳定社会经济秩序的考量，法律设置诉讼时效制度，试图将权利人

行使权利的时间限制在一定的期间内。从而在稳定的法律关系形成前，将实体权利转化成既定事实，以防止未来行使时对稳定法律关系的破坏。

稳定社会经济秩序的背后实际上隐藏着对交易安全的保护。由此我们的视野从双方关系人内部扩展到利害关系人的范畴。诚如霍布斯所言：“人的安全乃是至高无上的法律。”交易安全着实是应当重点考量的社会利益。在社会交易活动中，交易人之于交易相对人有着某种信赖利益，这种利益源于其对交易相对人财产状况的认知及合理预测。假若某一天，交易相对人因十几甚至几十年前的债务突然破产，或者责任财产骤减，则极有可能损害交易人的信赖保护利益，威胁交易安全。并且若想要防止这种威胁变成现实，交易人在交易前就需要对交易相对人年代久远的债权债务关系进行调查，这样势必会大大增加交易成本，不利于交易活动的顺利进行。诉讼时效制度通过赋予义务人时效抗辩权，阻断权利人依据早年债权对义务人财产主张权利，从而保全义务人的责任财产，保护交易安全。同时，对于交易相对人超过诉讼时效的债务关系，交易人便无需查询，减少了交易成本。

三、诉讼时效的立法基础在立法实践中的意义

研究诉讼时效的立法基础不仅能追根溯源，找出诉讼时效存在的合理依据，而且还能解决诉讼时效适用过程中产生的争议问题。下面笔者以物权请求权应否适用诉讼时效的问题为例，阐释诉讼时效的立法基础在立法实践中的意义。

（一）简析几种学界观点

诉讼时效适用于请求权没有争议，但具体使用哪些请求权却颇有争议，尤其是物权请求权的适用问题。对于此，我国《物权法（草案）》中曾有所涉及，但由于理论界的争议较大，最终通过的《物权法》并未涉及于此。对于物权请求权是否适用诉讼时效的问题，学界一直存在争议，下面笔者首先简要分析以下几种观点：

1、肯定说

持该种观点的学者认为，物权请求权不论种类都应当适用诉讼时效。理由有二，其一，物权请求权虽不同于一般的债权，但其毕竟属于请求权，都以义务人为一定的给付为权利的实现方式；其二，物权请求权亦不同于具有公示的物权，相对于物权其具有一定程度的独立性。物权不适用于诉讼时效，不代表物权请求权不能适用。

2、否定说

持该种观点的学者认为，物权请求权不论种类都不应适用诉讼时效。学者们认为，物权请求权乃物权人回复物权圆满支配状态的重要途径，一旦其适用诉讼时效将会产生物权人不能回复其对物权圆满支配状态的荒唐境况。

3、折中说

持该种观点的学者认为，应当区分物权请求权的种类，分别研究应否适用诉讼时效。此种观点笔者认为颇为合理，将于下文详述之。

（二）物权请求权适用诉讼时效问题的区分讨论

从以上的分析可以看出，无论是肯定说还是否定说都没有进行深层次的论证，说明物权请求权应当或者不应当适用诉讼时效的具体理由。笔者认为，对于这一问题，其解决方法还是要立足于对诉讼时效立法基础的分析研究。即物权请求权是否适用诉讼时效应当以是否符合诉讼时效的立法基础或者说立法目的为判断标准。诉讼时效立法基础的核心在于稳定经济秩序、保护交易安全。交易安全的保护实际上就是交易人信赖利益的保护。所以凡是存在时间过长将损害交易人信赖利益的物权请求权即应当适用诉讼时效。但值得注意的是，没有必要适用诉讼时效时尽量不要适用，因为诉讼时效毕竟在很大程度上限制了物权请求权人回复物权圆满支配状态的能力。所以对于物权请求权是否适用诉讼时效的问题，我们应当区分不同情形进行讨论，总体来说以不适用为原则，而当交易人信赖利益可能受到损害时才例外适用诉讼时效制度。

笔者赞同以上观点中的折中说，认为应当将物权请求权分开讨论。物权请求权可分为返还原物请求权、排除妨害请求权和消除危险请求权。我们应当区分探讨它们的诉讼时效适用问题：

1、返还原物请求权的适用问题的分情况讨论

（1）以占有为公示的动产上的返还原物请求权

举例说明，甲非法占有乙所有的某动产，此时丙欲与甲进行交易。丙在交易前首先要评估甲的财产，而对甲所非法占有的动产的评估只能根据其占有的表征认定该动产归甲所有。如此一来便造成了丙在评估甲财产时产生误差，极有可能使丙的信赖利益受到损害。在此案例中，动产上的返还原物请求权的存在对交易人丙造成了交易相对人甲与所有权人乙混同的假象。所以，需要使用诉讼时效制度督促返还原物请求权人行使权利，尽早结束这种假象的存续，从而保障交易人的信赖保护利益。

（2）以登记为公示方法的不动产上的返还原物请求权

同样举例说明，甲非法占有乙所有的某不动产，此时丙欲与甲进行交易。丙在交易前同样首先要评估甲的财产，而对甲所非法占有的不动产的评估可以根据其登记信息认定该不动产并非甲所有。在此案例中，由于不动产登记强大的公信力，没有产生交易人与所有人混同的假象。故对于以登记为公示方法的不动产上的返还原物请求权不会造成交易安全的威胁，没有适用诉讼时效的必要。

2、排除妨害请求权和消除危险请求权的适用问题

从以上两种情况的分析可以总结出一个更加具体的判断标准，能否适用诉讼时效关键是看该物权请求权的存在会不会在第三人交易过程中对交易人造成交易相对人与特定财产所有权人混同的假象，我们姑且称之为“假象标准”。利用这一标准判断排除妨害请求权和消除危险请求权的诉讼时效适用问题就简单的多了。在物权受到现实侵害或者有侵害之虞时，对于动产而言，物权人并未脱离对物的占有，不存在“假象”问题；

对于不动产而言，基于不动产登记的强大公信力更不可能存在“假象”问题。即不可能使交易人混淆交易相对人与特定财产所有权人，也就不会造成交易人信赖利益损害的问题。故这两种物权请求权不应适用诉讼时效。

四、结语

经过以上的分析研究，我们得出结论，唯一合理的诉讼时效的立法基础就是稳定社会经济秩序，保障交易活动安全。对秩序价值与安全价值的追求不仅仅是诉讼时效制度的目标，也是作为整体的法律所应追求的目标，即使对这种目标的追求将以牺牲个别私权主体的利益为代价。正因如此，才使得诉讼时效这样一个与民法基本精神背道而驰的制度在民法制度体系中得以存在。而研究诉讼时效的立法基础，其意义不仅仅及于理论上的追根溯源，同时其也为立法实践中的争议问题提供了解决依据，如本文所述的物权请求权适用诉讼时效的问题。但本文的研究仅是管中窥豹，诉讼时效的立法基础在立法实践中的意义远不局限于此。故深入研究诉讼时效的立法基础具有重要意义，并且其也会对我国民法典的制定大有裨益。

作者单位：安徽彭线旗律师事务所

参考文献：

1、朱岩：《消灭时效制度中的基本问题_比较法上的分析_兼评我国时效立法[J]》，中外法学.北京大学出版社2005. （2）：158

2、张玉敏主编：《民法[M]》高等教育出版社2007/7：45

3、陈明国：《论诉讼时效价值[N]》西南民族大学学报.人文社科版.2008/10（206）：203

4、汪渊智，曹克奇：《[N].论诉讼时效制度的法律价值》晋中学院学报.2009/8（26，4）：70

5、魏盛礼：《诉讼时效的理论基础：有待破解的法律之谜_我国诉讼时效立法的重新选择[J]》河北法学.2006/3（24，3）：3

6、徐仲建：《简论诉讼时效对请求权的适用[J]》法学杂志：青年法苑.2011/1（1）：103

7、王轶：《物权请求权与诉讼时效制度的适用[J]》当代法学.2006/1（115）：76-77.

青年律师参与公益法律服务

夏勇刚　章　倩

【摘　要】随着社会发展和民主法治进程的推进，公益法律服务已成为经济建设和群众生产生活的一项基本需求和重要保障。目前，青年律师在开展公益法律服务中起着的主力军作用，取得了良好成效。同时也存在一定的问题与不足，如何进一步健全完善推进青年律师参与公益法律服务的工作机制，更好地发挥这支智力密集、专长突出的法律服务队伍在服务发展、服务民生中的作用，是当前面临的重要问题。

【关键词】青年律师　公益法律服务

一、青年律师群体的崛起

（一）20世纪前我国青年律师的发展情况

我国的律师制度起步晚，发展水平比较低，当古罗马的律师制度已初步形成之际，古老的中国还不知律师制度为何物；17、18世纪各资本主义国家以宪法和法律肯定律师制度，发达的律师制度已经成为法律制度的重要组成部分的时候，我们仍然在沿用绵延五千多年的专横、武断的纠问式诉讼制度，因此，我们可以认定，20世纪以前的中国，既没有法律意义上的律师职业，更没有现代意义上的律师制度。

（二）沉寂后的迅速发展

我国的律师队伍都是来自文革前的归队律师和司法系统之间的内部调剂，年龄偏大，学历水平偏低，自《中华人民共和国律师法》颁布及司法考试制度恢复以来，青年律师迅速崛起，从“当代中国青年律师状况”的调查数据显示，青年律师所占比例呈逐年上升趋势，截止目前为止已占律师行业的60%以上。

（三）当前青年律师队伍的现状

自党的十八大以来，随着我国“四个全面”战略布局的不断推进，中国特色社会主义法治建设的不断深化，我国律师事业取得了长足发展，青年律师队伍不断壮大、作用有效发挥、制度日趋完善。最近10年，我国青年律师人数保持年均9.5%的增速，以每年两万左右的速度增长。据统计，2016年全国律师提供公益法律服务230多万件次，青年律师所提供的公益法律服务占总次数的80%以上。

以上所述不仅说明青年律师已经成为公益法律服务参与者的中坚力量，同时也表明，青年律师不断提高参与公益法律服务的热情与积极性，那么究竟什么是公益法律服

务？换句话说“公益”一词到底应该怎样去界定呢？

二、公益法律服务中“公益”的界定

（一）“公益”内涵的法理学界定

当代法学界推论，法律产生的根本原因和存在是基于公共利益，对公共利益的判断标准和程序基本达成以下共识：首先，判断公共利益应以时代的宪政理念为最高原则，由立法者在宪法的价值范围内通过立法的方式做出基础性、概括性的原则判断；其次，由行政机关依公共利益的立法实施行政行为，结合事实与法进行具体化阐释；最后，由司法机关以宪法的公益理念和实在的法律为基础，审查行政行为的公共利益目的和行为的妥当性。

笔者认为，从法理学角度来讲，公共利益是社会公众与国家机构相互作用，在提供公共产品的服务中所产生的社会利益与个人利益的结合，换言之，公共利益是社会利益与个人利益相结合的部分。公共利益具有主体的不确定性、整体性，是代表多数人整体的而不是局部的利益，在内容上具有普遍性，而不是特殊的利益。

（二）我国公共利益范围的具体确定

笔者认为，在我国界定具体的公共利益，应该紧紧圈绕公共利益的法理学内涵，在法律规定的列举式规定范围内，通过一定的程序来确定具体的公共利益内容，这一点，无论社会发展到什么程度，都是不可变更的，所以，任何时候，界定公共利益的标准都不能离开这个核心内涵。但公共利益的具体内容，在不同的历史时期和条件下，其内容可能是发展变化的，所以在确定公共利益的具体内涵时，如果仅仅通过法律列举的方式确定公益的具体内涵，往往会失之偏颇，因此一定要通过一定的程序，才能最终确定公益的具体内涵。客观地讲，目前我国公益法律服务取得了显著的社会成效，但是长期以来，对公共利益服务的认识总体上尚停留在较浅的层次，仍然把公益法律服务简单等同于法律援助，只有少数学者把公益法律服务的方式拓宽到对公益诉讼的研究上来。笔者认为，公益法律服务是法律专业人士为满足维护不特定多数人整体利益而提供的法律服务。公益法律服务的范围应当十分广泛，不仅包括法律援助，还包括公益诉讼、律师进社区、法律扶贫等等，公益法律服务应该有着更为深广的内涵。

三、青年律师参与公益法律服务的重要性和必要性

（一）青年律师参与公益法律服务是全面推进依法治国的必然要求

十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，开启了中国法治建设的新时代，自十八大召开以来，全面推进依法治国已成为建设社会主义法治国家，建设社会主义法治社会的一个重要目标。青年律师参与公益法律服务，通过法治宣传进社区、进校园，免费为贫困村的群众提供法律咨询、为家庭贫困的群众提供法律援助等等方式，让不知法、不懂法的人能够懂法、守法、遇事找法，为全面推进依法治国、践行司法为民提供法律帮助。

（二）青年律师参与公益法律服务是律师的职业道德要求

根据《律师职业道德基本准则》第十二条规定，律师应当积极参加社会公益活动。青年律师参加公益法律服务，有利于职业伦理精神的培养和树立，关系青年律师的整个执业生涯，甚至关系到整个律师队伍未来的社会形象。

（三）青年律师参与公益法律服务是加强自身宣传的一项重要途径

无论从年龄上还是从执业年限上来界定“青年律师”这个概念，唯一不可改变的就是青年律师的案源相对较少，实践经验匮乏，有谚云：“欲成名，必先为其知也”，青年律师参加公益法律服务，不仅可以宣传自己，让更多的人知其存在，为以后的执业生涯奠定基础，同时也能够从各种活动中提升自己的执业能力，包括接待咨询的能力、与人沟通的能力等等，另外，律师经常会在提供公益法律服务的过程中接到案件，对青年律师来说，也是一种业务上激励。

四、青年律师参与公益法律服务的实践中存在的问题及解决途径

（一）存在的问题

律师行业实行自收自支、自我发展的管理模式，自脱离国家事业编制以来，在市场竞争压力之下，律师行业的大部分精力倾向于创收营利，公益法律服务多局限于律师法规定的法律援助要求，如今虽然已有很多律师同仁致力于公益法律服务，但尚不是整个行业的普遍现象。青年律师参与公益法律服务存在如下问题：

1、被动、短期、个体化问题。从目前青年律师参与公益法律服务的形式、途径来看，现阶段青年律师主要通过接受法律援助指派，司法行政部门组织法律咨询等形式参与公益法律服务，多呈现被动参与的状态；即使是有远见的律师事务所和律师主动参与到公益法律服务行动当中，也基本表现为利用自己单独的力量来参与，因而在公益法律服务中，往往呈现出行为的短期性、服务对象的单一性、社会影响的局限性特征，即使个别律师事务所坚持致力于公益法律服务，也感受到人员不足的巨大压力，在现实中表现为心有余而力不足。

2、经济压力较大问题。一个有着长远发展预期的律师事务所或一个有着长远事业预期的律师，多会有拿出部分精力做一些公益事务的想法和做法。但由于各种主客观因素的影响，若要把公益做成一个品牌，一个事业，不可忽视经济方面的压力。参与公益法律服务需要一定的资金支持，但由于律师经济上自收自支，受案源、办公成本、税费等因素的影响，大多有很大的经济压力，尤其是青年律师表现的最为明显，由于本身刚从事律师这个职业，基础薄弱、案源少、收入低，即便有心从事公益，也只能在小范围、小规模、一定时期或短期内提供一些公益法律服务，难以从长远来筹划、发展公益法律服务。

3、时间和精力有限问题。由于经济上的压力，青年律师必须首先致力于案源的开拓和案件的办理，其次就是要加强理论知识的学习及实践，需要投入的时间和精力往往

比老律师更多。因此，青年律师由于案源的压力，加上本身基础薄弱自己都难以生存，何谈公益，其实质仍为经济压力。

4、质量难以保障问题。由于公益法律服务的经济压力，时间和业务的限制，以及服务的被动性和短期行为，往往为了完成任务，或者出于一时爱心的短期服务，没有制度和经费的保障，难以保证公益法律服务的质量和效果。

（二）针对以上或多或少存在的问题，笔者尝试从以下几方面提出解决的意见或建议：

1、尽快建立公益法律服务制度，推进公益法律服务工作规范化。目前，我国的法律中虽然对公益法律服务有所规定，但不够具体、明确，缺乏可操作性。因此，首先，上级司法行政机关应积极争取人大或地方政府以立法或以政府规章等形式，将公益法律服务的形式、途径用法律或规章的形式固定下来，以保障公益法律服务工作的常态和持续开展；其次，政府可以参照国家法律援助制度模式，按照政府主导、行业协会支持、法律服务机构参与、法律工作者适度奉献的指导思想，在具体政策设计中，可以由政府购买公共法律服务产品或采取以类代补方式，指派或委托法律服务机构开展公益法律服务工作，而法律服务机构和法律服务人员有义务必须完成一定数量的公益法律服务，从而推进公益法律服务制度的建设与实施。

2、建立公益法律服务基金。我国公益法律服务覆盖面窄、人群少、领城极其有限，但公益法律服务需求量极大，也极其迫切，公益法律服务任务非常艰巨，我认为，有必要由律师协会等社会组织牵头，建立公益法律服务基金，支持一部分人员来从事公益法律事务，以解决公益法律服务律师，尤其是青年律师的经济压力，引导更多的律师进行优质高效的法律服务，维护社会的公平正义，推进经济社会发展。

3、建立公益法律服务工作考核评估体系。司法行政机关应将公益法律服务工作自上对下建立考评细则，纳入各法律服务机构和执业律师、执业基层法律服务工作者年度考核内容，以健全的考核机制推动公益法律服务工作，司法行政部门是公益法律服务组织者和倡导者，应积极引导律师和律师事务所法律服务主体力量参与公益法律服务，不能以硬性规定的方式和统一的标准来要求全体律师和律师事务所，倡导“有钱出钱，有力出力”，事务所可以根据自己的发展阶段和规模提供、

公益法律服务。律师走进社区，深入农村，开拓为百姓服务的新领城，引导广大律师积极投身公益法律服务，必将取得良好的社会效益。

4、提倡公益法律服务模式多元化、服务方式多样化。综合每个地区的经济社会发展状况、对法律服务需求及认识度等实际情况，灵活地开展公益法律服务，不仅仅局限于提供法律援助，还可以开展律师进社区、进校园，法律扶贫，重大节日法制宣传等等一系列的公益法律服务，确保公益法律服务模式朝着多元化的方向发展。

结语

目前，我国的公益法律服务体系刚初步形成，公益法律服务工作也在积极的提倡与开展之中，但是，由于没有法律、法规或者政府规章对公益法律服务的制度作出具体的可操作性的规定，因此青年律师参与公益法律服务所面临的问题还比较突出，那么如何解决这些问题，使青年律师参与公益法律服务形成规范化和制度化，并且不断提高青年律师参与公益法律服务的自觉性和积极性，这需要在立法层面予以规定和完善，但每一次的立法都是理论探讨为先，所以，笔者也希望通过本文能够起到抛砖引玉的作用，为社会主义法制建设献上绵薄之力。

作者单位：安徽衡远律师事务所

论我国当前医疗损害鉴定二元化制度的不足及完善

李先芝

【摘　要】医疗纠纷是当今社会中的突出问题，近年来我国医疗诉讼案件在人身损害赔偿诉讼中呈上升趋势。而医疗纠纷案件涉及的专业性及学术性较强，审理医疗纠纷案件大部分依据医疗鉴定作出最终判决，但是遗憾的是，《侵权责任法》实施后，尽管立法机关已经破解了困扰业界的医疗损害赔偿双轨制，但由于医学会的医疗事故鉴定及医疗损害鉴定并存，以至鉴定程序和标准缺失，鉴定机构不一，医疗损害鉴定的二元化问题仍然存在，导致事务案例中鉴定结果差异性较大，可信度较低。本文拟就当前医疗损害鉴定存在的问题和对策做一些初浅探讨，以完善我国的医疗损害鉴定。

【关键词】医疗鉴定　医疗事故　医疗损害　二元化

一、目前医疗纠纷领域存在的两种鉴定模式及其区别

目前在医疗纠纷案件中仍然存在两种鉴定模式，一种为医疗事故技术鉴定，另一种为医疗过错司法鉴定，两者统称为医疗损害鉴定。医疗事故技术鉴定，是指由医学会组织有关临床医学专家和法医学专家组成的专家组，运用医学、法医学等科学知识和技术，对涉及医疗事故行政处理的有关专门性问题进行检验、鉴别和判断并提供鉴定结论的活动。医疗损害鉴定是指，医疗机构及其医务人员，因为在日常医疗行为中存在法定过错并造成患者人身损害而导致的医疗损害民事诉讼中，人民法院对于医疗技术等专门问题对外委托的鉴定，统一称为医疗损害鉴定。2010年7月1日《中华人民共和国侵权责任法》实施以前，医疗损害民事诉讼中的鉴定因人民法院委托的鉴定机构不同，其鉴定名称也不同。人民法院委托医学会进行的鉴定，称为“医疗事故技术鉴定”，委托司法鉴定机构进行的鉴定称为“医疗过错司法鉴定”。

为了正确适用《侵权责任法》，最高人民法院于2010年6月30日发布《关于适用侵权责任法若干问题的通知》，《通知》第三条规定：人民法院适用《侵权责任法》审理民事纠纷案件，根据当事人的申请或者依职权决定进行鉴定的，统一称为医疗损害鉴定。

但是，对于人民法院委托到医学会进行的鉴定，2010年6月28日卫生部发布的《卫

生部关于做好<侵权责任法>贯彻实施工作的通知》（卫医管发[2010]61号）规定为“医疗损害责任技术鉴定”。对于人民法院委托到司法鉴定机构进行的鉴定，2010年11月18日发布的《北京市高级人民法院关于审理医疗损害赔偿纠纷案件若干问题的指导意见（试行）》的通知规定为“医疗损害责任过错鉴定”。

可以看出二者鉴定的主体、程序、适用的法律依据都不一样。《侵权责任法》实施后，医疗损害责任纠纷由“举证责任倒置”改变为以过错责任为原则、有条件适用过错推定的归责原则。根据《侵权责任法》第54条的规定，患者在诊疗活动中受到损害，医疗机构及其医务人员有过错的，由医疗机构承担赔偿责任。这一条确定了举证责任分配应当是“谁主张，谁举证”，即患者对医疗行为的违法性、医疗过错、损害后果、因果关系都负有举证责任。由于医疗行为具有专业性，患者、审判人员、律师及相关处理医疗纠纷的人员均无法判定医疗行为是否存在过错。为了查清案件事实，准确判断医疗损害责任，人民法院对“专门性问题”必须交由法定鉴定机构进行鉴定，而患者为了完成“医疗损害”的举证责任，往往是通过申请医疗损害鉴定予以解决。

二、目前医疗损害鉴定的现状及存在问题

我国在解决医疗纠纷损害鉴定上实行的是“双轨制”：一种是医学专家鉴定组进行的医疗事故技术鉴定，另一种是法院委托司法鉴定部门进行的医疗过错司法鉴定。对于二者程序启动的先后顺序各地不相统一，且在法律效果以及效力上也认识不一。医疗损害鉴定二元化的处理模式使得简单的医疗损害赔偿纠纷问题人为地复杂化，造成平行的混乱局面。虽然《侵权责任法》出台一定程度上解决了鉴定启动主体及鉴定的两种模式，但《侵权责任法》毕竟是实体法，不涉及程序上的内容，仔细阅读不难发现，它主要是从归责原则和医院的告知义务等方面来规范医患双方的权力与义务。而医疗损害的鉴定是程序上的内容，为了使实体上得到公正，就必须要保证程序上的公正，而以往的鉴定制度已不能适应《侵权责任法》的精神要求。

（一）医学会鉴定模式中存在的问题

第一、医学会鉴定的中立性和独立性饱受质疑。医学会是非营利性社会组织，其经费需要依靠医疗机构提供赞助，其专家库内的专家大都是各医疗机构的临床医生，医疗事故的技术鉴定也被学者称为“兄弟姐妹”之间的鉴定，其鉴定的中立性和独立性一直被诟病。第二、医疗事故技术鉴定主体不具有法律主体资格。医学会鉴定结论以多数专家意见为准，鉴定组的专家不在鉴定书上署名，出具的鉴定书上只加盖医学会专用印章。鉴定主体——鉴定组专家并没有法律上的主体资格；鉴定专家无须出庭作证，加盖公章的医学会变成了责任主体，出具鉴定结论的专家躲在幕后，避免了被当事人追责的可能性。第三，医学会鉴定周期长，增加了当事人和法院的诉讼成本。无锡地区对基层法院近两年委托医学会的医疗损害鉴定案件期限进行的统计，平均每件案件受理时间约为半年，最长的一件时间约为一年半左右。

（二）司法鉴定机构鉴定模式中存在的问题

第一，司法鉴定机构的鉴定能力和水平远远不够。医疗损害鉴定具有较强的专业性，要求以当时的医疗水平和操作规范来判断，医学技术本身的发展是非常迅速的。而目前成立的社会中介司法鉴定机构内的鉴定人员对鉴定的标准没有有较强的把握；第二，司法鉴定也存在权、责分离的情况。根据规定，司法鉴定机构可以聘请相关的临床专家参与鉴定，出具咨询意见，鉴定人员根据咨询意见制作鉴定结论，这就出现了鉴定人和提供鉴定意见的人分离，专家仍然躲在幕后，鉴定的客观性和公正性也无法保障。

三、《侵权责任法》出台后对医疗损害鉴定的新要求

《侵权责任法》出台前，我国关于医疗损害的归责原则主要经历了从一般过错原则到过错推定原则又到过错责任原则倾向的过程。侵权责任法在第五十四“患者在诊疗活动中受到损害，医务人员有过错的，由所属的医疗机构承担赔偿责任。”而第五十八条规定：“患者有损害，如下情形之一的，推定医疗机构有过错：

1、违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定；

2、隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料；

3、伪造、篡改或者销毁病历资料”

首先笔者认为侵权责任法关于医疗损害的归责原则采用的是过错归责原则为主，过错推定原则为辅的一种归责模式，法官只有在第五十八条第二、三项的情况下才能采取过错推定原则。虽然过错的推定依然适用举证责任倒置，但是有它条件的过错推定。这一规定直接导致过去《民事诉讼法》关于“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间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。”倒置的规定要适时发生一定的变化，从而加重了患者的举证责任，也对鉴定制度提出了相应的要求。再次《侵权责任法》舍弃以往对医疗事故责任和医疗过错责任的二者区分，统一规定为医疗损害责任，也再一次更加明确了鉴定制度发展的方向。

四、完善我国医疗损害鉴定制度的建议和构想

虽然目前国务院、司法部以及卫生部都相继出台了一系列关于规范医疗损害鉴定的两个方式的相关法规，已经形成了二者相互补充的状态。但毕竟“双轨制”的法律适用背景《条例》和《通知》，现在《侵权责任法》的出台二者已经在某些内容上已经废止。为了适应新法，同时从改革医疗损害鉴定制度的角度出发。笔者就上述出现的问题提出自己的构想。

（一）制定《医疗损害鉴定规则》

要公平、公正的解决医疗纠纷不仅要保证实体上的公正，而且还要保证程序上的公正，为配套实施《侵权责任法》就应当制定专门的《医疗损害鉴定规则》（以下简称《规则》），使医疗损害赔偿纠纷的鉴定有一个统一的规范和标准。由全国人大或者全国人大常务委员会立法，保证其法律效力。立法应当进行听证，充分听取各方意见。具体《规

则》可分为总则和分则，总则是对鉴定的目的和意义，以及鉴定的性质和作用上的规。分则则是具体程序上的规定[3]。

（二）取缔医疗事故技术鉴定

通过对医疗事故技术鉴定研究分析，知道这一鉴定制度在公平、公正性上存在的很多的不足，同时这一制度在适用实践上是当事人避而弃之的。目前，我国的医疗损害鉴定已经到了最为混乱的时期，同时也是解决问题的最好时期。

取缔的理由如下：

首先，鉴定资质不适应。医学会隶属于卫生行政部门，带有浓厚的行政色彩；其专家库由医学会建立，成员大多数来自医疗机构，加上鉴定又实行属地原则，限于本行政区域，鉴定人员难以走出“本是同根生”的“叔侄亲情关系”圈，使得大多数案例经鉴定有医疗过失但不构成医疗事故，医学会鉴定的中立性受到质疑早已是社会各界普遍关注的问题。

其次，医学会鉴定实行少数服从多数的表决制度，鉴定书上没有个人签名，仅加盖鉴定专用章；鉴定结束后当事人无法查阅专家原始意见，其透明度之低，被质疑者戏称为“秘密鉴定、无人负责”的程序。

第三、鉴定规则和标准不适用。《医疗事故技术鉴定暂行办法》和《医疗事故分级标准（试行）》都是为适应《医疗事故处理条例》在二00二年由卫生部制定的，无论在内容、程序、规则和标准上，都已经滞后，不能与《侵权责任法》相适应。其主要表现是原有规则与标准不仅无法涵盖《侵权责任法》规定的医疗过错认定范围，更没有反映《侵权责任法》新规中“未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务”和“过度医疗”的相关衡量标准。

（三）建立统一的医疗损害鉴定人制度

由于我国侦查机关的鉴定机构只能为自身的侦查工作服务且不得向社会提供司法鉴定业务。由此上说建立我国的医疗损害鉴定人制度就主要是在规范和整顿社会的闲散的私立鉴定机构上面做文章。为建立医疗损害鉴定人制度建议由立法机关就医疗损害鉴定在立法上的到法律的制度保障。就医疗损害鉴定的鉴定启动程序和鉴定运行程序，鉴定人和鉴定机构的资质上作出相关立法规定。下面笔者就怎么样建立医疗损害鉴定具体叙述。

1、实行鉴定人资格统一考试，完善鉴定人资格制度

以前对于什么样的人可以担当鉴定人，我国立法上没有具体的规定，因此造成司法鉴定人良莠不齐、非专业人员滥竽充数的现状。为此我们应当实行鉴定人资格统一考试制度，对司法鉴定人员进行清理排查，实行司法鉴定人准入考试制度。因为司法鉴定是为解决法律争端服务的。故笔者认为，可以借鉴司法考试的经验，由国家司法部统一组织进行，只有通过考试的人，才可以担任鉴定人。从报考人员上看应当是临床专业毕业

生，并且有三年工作经验（三甲医院）可放宽至两年。考试的内容应涉及与临床专业理论知识和实践技能操作。还应当考试法律基础知识。由于我国目前已经有大量鉴定人员从事司法鉴定工作，对于这些人可实行特定的考核制度，通过考核的可认定为具有鉴定人资格的，就可以继续从事医疗损害鉴定。对于不合格的鉴定人，撤销其许可证和执业资格。借鉴司法考试经验通过司法鉴定资格考试的人员还应当在相应的鉴定机构实习一年又各地司法局颁发医疗损害鉴定人执业资格证书和执业许可证书。

2、规范医疗损害鉴定机构，实行异地鉴定制度

以前我国关于规范司法鉴定机构的法规是《司法鉴定机构登记管理办法》，但一些地方为根据地方的发展条件在设立条件上或高或低的出台了一些不一样的地方性法规。导致现今司法鉴定机构在设立条件上没有一个统一的规定。并且据调查发现，现今的司法鉴定机构其实是一个空架子，常常在司法鉴定机构办公的大多是行政人员。而实际从事鉴定的人员而是从外面聘请医疗机构的专家。这样司法鉴定结论在谁更有权威性上无从考证，这是现今司法鉴定的一个特点。为了解决这一困境笔者提出一下几点想法：

（1）出台《医疗损害鉴定规则》，提高设立鉴定机构的条件。实行国家统一的鉴定机构设立程序，废除地方性法规；

（2）医疗损害鉴定机构在设立时应当通过司法行政部门和卫生行政部门的共同审核。但在运作时应当独立与以上部门，由以上两个部门进行年度联合检查。各级鉴定机构之间没有隶属关系，其接受司法鉴定业务委托不受地域范围的限制，实际形成我国检察院的监督模式；

（3）鉴定机构应当有通过司法鉴定资格的人员5人以上才能设立；

（4）鉴定机构应当有相应的从事过临床专业和法医专业的人员；

（5）鉴定结论实行合议制，鉴定人都应当在鉴定结论上签字。这样才能使鉴定专家能对法律负责，对当事人负责。才能做到法律权利和义务的对等；

（6）法律应当认可异地鉴定的鉴定结论。发生医疗纠纷时当事人对当地医疗损害鉴定机构的鉴定结论不服的，可申请异地鉴定。

3、鉴定结论的采信机制

由于法院的审判人员是法律科目出身，对一些医学专业知识欠缺。那么鉴定人就应当出庭作证，这也是符合我国《民事诉讼法》和《证据规则》的相关规定。鉴定人出庭作证的好处是。只有鉴定人出庭作证接受询问，这样法官才能充分理解鉴定结论的形成原因和形成程序。这样才能做到以事实为依据。

4、规范鉴定程序，实行鉴定回避制度

（1）在鉴定启动程序上，根据以前的《医疗事故处理》是由卫生行政部门启动或者双方共同委托进行，如果医疗机构或者卫生行政部门都不启动。那么患者的启动权就无从谈起。所以新的《规则》在鉴定程序的启动上应当规定为医患双方可自由的启动或

者是法院委托进行。只要当事人私下委托的鉴定，在法庭上得到另一方当人事的认可就可以成为判断事实的依据。

（2）在鉴定运行程序。鉴定程序必须规范化、标准化。其中比较重要的是鉴定程序公开。鉴定过程中允许双方当事人到场，并可以向鉴定人就临床具体情况做出说明。对于鉴定人违反鉴定规则的可以提请人民法院从新委托鉴定。

（3）落实鉴定人回避制度。医疗损害鉴定人当遇到以下情形时：一是本案的当事人，或者是当事人的近亲属的；二是本人或者其近亲属与本案有利害关系的；三是担任过本案的证人、勘验人、辩护人、诉讼代理人的；四是与本案当事人有其他关系可能影响司法鉴定公正的。鉴定应当自行回避，当事人也可以向法院申请其回避。

（4）设立鉴定结论不服的救济程序，种类可包括初次鉴定、补充鉴定、重新鉴定和复核鉴定。

综上所述，《侵权责任法》虽然在我国医疗损害领域上作出了一些创新性规定，从实体上解决了医疗损害纠纷的争议，但是它没有改变我国医疗损害鉴定二元化模式的现状，我国目前也未出台相关的专门鉴定程序性规定，因此笔者以本文希望对我国的程序法创新有一定的推动作用。

作者单位：安徽仲天律师事务所

参考文献：

[1]周大林　医疗纠纷案例鉴定二元化现象的思考与对策　中国司法鉴定　2008，S1

[2]《侵权责任法》

[3] 艾尔肯.方博《论医疗损害鉴定制度--对《侵权责任法（草案）》（二次审议稿）第七章的建议》，辽宁：辽宁师范大学出版社，2010，第2页。

[4]夏海玲《医疗损害责任鉴定人制度探析》，浙江，法治与经济报出版社，2010年5月，

网络环境下商标侵权问题考究

王双锋

【摘　要】随着电子商务的迅速发展和经济水平的提高，网络购物成为深受现代人欢迎的消费方式之一。在此背景之下，各种购物网站应运而生。电子商务交易涉及商品交易，因此在交易过程涉及的所有法律问题中，知识产权相关法律问题是买卖双方和消费者不可忽视的领域，尤其是商标方面的问题往往成为网络知识产权纠纷的热点和常见形式。本文重在探讨在第三方交易平台的模式下，对于商标权侵犯的问题研究。通过域外对于此类情况的司法实例的分析以及我国当前的立法现状和司法境况，分析我国网络环境第三方交易平台商标侵权问题解析，以达到净化网络购物环境，保护商标权人的利益，维护消费者的合法权益，是我国电子商务有个更加健康明亮的未来。

【关键词】商标权　间接侵权　第三方交易平台

前言

电子商务师网络发展到高级阶段的产物，也是世界经济新的增长点，它的出现使得传统的知识产权载体、传播方式和手段都发生了巨大的变化。电子商务代表着未来贸易方式的方向，已经引起了世界各国政府和其他国际组织的高度关注。人类对网络应用的发明，不但带来了通信的基本改变，而且推动了数字经济的翻天覆地的变化。网络的扩张性使得电子商务成为了重大经济、政策与社会重要性的标志，改变了政府、公司以及个人之见处理事务、进行互动以及进行商业活动的方式。在知识经济时代，数字技术和网络化的广泛应用，使得电子商务中的信息公开化、传播自由化随性化，这与知识产权的传统的地域性时间性相冲突。这就使得研究电子商务环境下的知识产权问题先得尤为重要和急迫。在当前的大环境下，电子商务中更多的更常见的是涉及有关商标侵权的问题，所以此文便以电子商务环境下商标侵权为视角，进行探究。

一、网络购物中相关概念解析

1、电子商务的概念

在因特网开放的网络环境下，电子商务通常是在全球各地广泛的商业贸易活动中，即基于浏览器或者服务器应用方式，买卖双方不谋面而通过网页做为媒介进行各种商贸活动，满足消费者的网上购物、商户之间的网上交易和在线电子支付以及各种商务活动、交易活动、金融活动和相关的综合服务活动的一种新型的商业运营模式。在当前的技术

环境下，电子商务可以根据不同而标准对其进行分类，比如按照商业活动的运行方式分类、按照开展电子交易的范围分类以及按照使用网络的类型分类和按照交易对象分类等几类分类的标准。本文主要是针对第四类分类中的情形进行的探讨当前电子商务的发展的境况。即基于专门增值网络的电子商务包括B2B、B2C、C2G、C2C等多种商业模式，而在这里本文主要研究的电子商务中的B2B、B2C及 C2C中的商标侵权问题。

2、电子交易平台

所谓的电子商务交易平台又被称为网络交易平台，也就是我们所说的网络服务提供者Internet service provider（简称isp）的一种，也就是电子商务交易平台是指为促成网上商务交易而建立涉及交易平台经营者、站内经营者与消费者的一套通过计算机程序控制，由计算机自动完成的在线交易系统，为各类网络交场提供网络空间以及技术和交易服务。通常在消费者眼里的网络购物的整个过程就是如此搭建起来的，买卖双方可以通过这一系统提供的相应功能完成商品或服务的交易。

3、第三方电子商务交易平台

从商务部出台的的有关电子商务平台规范条例中可知，第三方电子商务交易平台是指在电子商务活动中为交易双方或多方提供交易撮合及相关服务的信息网络系统总和。从其经营的方式上看第三方电子商务交易平台应指不直接参与信息的发布、商品或服务的交易，由平台用户依照平台所预先设置的特定规则，在平台上提供商品和服务，平台以独立的第三方身份仅提供线上商业信息发布空间存储服务或者商品和服务的交易环境的信息网络系统总和，它仅仅是提供网上交易所需的技术服务与交易环境，其不参与具体的商品与服务交易，这就是其他类型电子商务平台的显著区别。

二、探讨网络购物中商标侵权问题的意义之所在

1、在第三方电子商务交易平台下对商标侵权的特征

首先是对传统商标权保护的挑战，在电子商务这种新的商业模式下，使得对知识产权的保护更具挑战性，由于网络环境的宽泛、自由，使得在对知识产权的传统的特性被淡化，诸如商标权地域性、时间性、专有性，在割裂商标权人与商标之间的专有关系的同时，也将特定的商标与特定的上屏之间的联系通过网络环境给予了淡化。网络不通的与实体的巨大的延展性也使得普通人被商标侵权的现象所迷惑，造成对原有的商标与商品之间的关系的失真认识。不论是从侵权行为人的违法成本还是机会成本，都比在实体市场中的发生侵权情况概率要搞得多。在没有地域限制，没有时间限制、没有严格的法律规制的网络世界里，网络的侵权人更是要比传统的侵权人有更多的侵权冲动，在网络自由表达的侵染下，在更多的经济利益的驱动下，也使得网络环境中的商标劝人的维权成本大大增加，难度也大大增加，不论是法律的保护，行政机关执法还是司法实践中的具体案例来看，这都对商标权的保护和商标劝人的利益的维护造成了很大的挑战。

其次不同于传统方式的侵犯商标权的行为，网络大环境下，利用电子商务交易平台

对于侵犯商标权的行为更具有隐蔽性，在利用的作为电子网络服务公司的电子商务交易平台为用户搭起虚拟的空间作，侵权人通过这种信息服务的方式，在虚拟市场上通过计算机系统自动撮合并通过消费者来达成商品的买卖合同成立。这里的电子商务交易平台有着虚拟环境下市场贸易的效果，同时有显著区别于现实交易市场，买卖双方都没有见面接触的机会，这在一定程度上使得侵权人的对法律的畏惧心理有所减弱，对世俗的情感道德有所减弱，同时在侵犯他人的专有商标权时，手段隐秘，法律成本更低，加之商品交易的交割在线下实现，在没有实际接触了解商品和商家时候，消费则的被骗的几率大大增加，这也不同程度的促使了商标权人被侵权的可能性。

最后在第三方电子商务交易平台上，作为普通中立的交易平台提供商，购物网站并不自己经营网店，也不直接向用户提供和销售商品。平台以独立的第三方身份仅提供线上商业信息发布空间存储服务或者商品和服务的交易环境的信息网络系统总和，它仅仅是提供网上交易所需的技术服务与交易环境，其不参与具体的商品与服务交易，因此购物网站直接侵权的情况基本不存在。在第三方电子商务交易平台的环境下，为侵犯他人商标权行为提供便利条件的行为同时适用《侵权责任法》第三十六条的规定，因此在行为人主观过错认定标准的问题上，在理论界与司法界都产生了诸多争议。作为知识产权侵权的一种类型，根据行为人在侵权行为中的作用不同，可以将商标侵权行为分为直接侵权和间接侵权两类。如果卖家的行为构成了对他人商标专用权的侵犯，在这一前提下，如果购物网站给这些侵权行为提供了实质性帮助或者教唆、引诱了他人实施侵权行为，则可能因构成间接侵权行为而承担相应的责任。那么第三方交易平台也最多是为侵犯他人商标权行为提供便利条件的行为。虽然我国《商标法实施条例》第五十条第二款规定以及侵权责任法都没有明确规定第三方交易平台的侵权行为的法律性质，但比之认为其提供网络平台服务方式，是可以构成间接侵权的，而本文的研究重点也是对于第三方电子商务交易平台经营者为侵犯他人商标权行为提供便利条件的商标权间接侵权行为的研究上上。

2、探讨网络购物中商标侵权问题的意义之所在

随着电子商务的迅速发展和经济水平的提高，网络购物成为深受现代人欢迎的消费方式之一。在此背景之下，各种购物网站应运而生。电子商务交易涉及商品交易，因此在交易过程涉及的所有法律问题中，知识产权相关法律问题是买卖双方和消费者不可忽视的领域，尤其是商标方面的问题往往成为网络知识产权纠纷的热点和常见形式。网络购物环境中商标的有效保护可以使商标及其商誉价值免受损害，可以保护商标所有人的投资免于因失去市场份额或商业机会而无以回报，保障企业在电子商务中的正当竞争。商标也给消费者在网上识别高质量商品或服务及其来源提供了可能。倘若放任互联网上种种侵犯商标权的行为，就很难避免欺骗、混淆、不当联系和消费者在网上发生误认误购等。此外，如果商标本身一旦获得了独立价值，法律保护就不仅仅是为了避免产品来

源地混淆的可能性，它本身也可以寻求保护，即保护商标免受淡化。所以商标的保护应当延伸到网络世界，否则商标权的保护就是残缺的、不完整的。哪里有利用他人商标的不正当竞争，哪里就应当引入商标保护机制。而如果第三方电子商务交易平台相应的责任与义务不明确，势必会导致我国商标权保护水平底下，网络上假货横行，侵害了商标权利人的利益。同时，若是由于第三方电子商务平台提供商难以预见自身行为的合法性，也极大地阻碍了电子商务平台的发展。

三、域外关于网络购物平台提供者对于商标侵权责任的认定

对于第三方电子商务交易平台提供者的商标间接侵权责任的认定，由于欧美国家的电子商务比我国发展的快、起步早，因此在处理相关的侵权问题时，有比较完善的对策和相关的法律。就如美国而言，虽然立法与判例还没有形成权威的、统一的判断标准，但是针对此类新出现的商标侵权案件，配以《兰哈姆法》和《商标假冒法案》等法律，也在判例中逐步形成了商标“间接侵权”制度规则。而纵观欧盟对于类似的侵权责任认定问题，所适用的主要法律依据是欧盟理事会和欧洲议会颁布的《关于内部市场中与信息社会的服务，特别是电子商务有关的若干法律问题的指令》，类似于美国的《美国千禧年数据版权法案》，也规定了网络服务提供者责任限制的内容，但是其规定不仅适用于著作权侵权，还适用于其他领域的侵权责任，诸如网络服务提供者的免责条款即“避风港规则”，以及规定的注意义务、监管义务和这些法律适用的一些前提。

1、以美国“Inwood案”和“Hard Rock案”为视角，探究美国在司法实践中对于第三方平台提供者在商标侵权问题中的责任承担。从美观法院的判决中可以看出对商标侵权责任可以拓展到直接侵权的第三人身上，即故意引诱他人侵犯商标权，或者有理由知晓他人正在从事商标侵权而继续提供侵权产品的，应当承担间接侵权责任，生产者或销售者要对这种欺骗所造成的任何损害承担帮助的侵权责任。而法院的这种判决被视为一个里程碑式的突破。这意味着第三方平台的提供者即便没有直接生产和销售侵权物品，但是由于其对直接侵权的帮助或者引诱等行为，也应当承担对于侵权的帮助或引诱侵权责任。同时法院认为若要平台的提供者承担责任则需要它是在明知或者应知商标侵权行为的情况下要承担责任。同时考虑其主观的认知状态，依据一个理性人的判断标准考察作为网络服务提供者的交易平台是否已经预见并采取了相关的预防商标侵权的措施这样一套体系来分析商标的侵权责任。

2、以德国Rolex案为视角，探究在德国的司法实践中德国法院是如何判定第三方交易平台的间接商标侵权责任的。法院的判决虽然驳回了原告的诉讼请求，其理由是认为由于上的商品信息是有商家自动发布的，并非平台提供者提供的，因此其属于《欧盟电子商务指令》中的提供信息存储服务的提供商，可以享受责任豁免。但是法院也同时指出虽然在平衡权利人与在线市场的运营商的利益的前提下，要求平台方对于对每一个有可能侵权的商品信息在发布前进行监视是不合理的，这样的监视义务所产生的过重的负

担势必会对拍卖网站的商业模式造成威胁，但是法院也同样指出在线市场运营商对于一个明显的侵权通知，不仅应该立即停止该交易信息的访问，还应该采取预防措施，以确保尽可能没有进一步的类似商标侵权（核心部分的相似性）。也就是说在法院看来，法律的目的是要求运营者在接到侵权通知以后，采取措施去特别审查那些在核心部分相似的商品交易信息，对想死的侵权的行为进行处理的同时，对于那些相似的侵权信息也要给与删除。

四、我国网络购物平台提供者对商标侵权责任之承担

1、对于我国第三方电子交易平台的法律性质的分析

从第三方网络交易平台在商品交易中充当的角色来探究购物网站在商标法上的地位或许是最好的切入口。当下的中国最好的例子不过就是淘宝网和京东商城了，就如淘宝网同其卖家客户签订的协议看网站只作为一个平台准许用户以合法方式，在其提供的平台上出售自己店铺的商品，在卖双方完成的，购物网站并不是交易关系中的当事人，网站的作用更多的是体现在提供虚拟交易平台和以及维护和管理网站秩序等功能上，也就是说淘宝网是一概将自己和传统拍卖商或者店铺撇清关系。虽然对于第三方电子商务交易平台经营者的法律定位，国内学界有“卖方或合营方”、“柜台出租方”、“居间人”、“市场运营者”等几种观点，但是在我看来从平台提供者与站内经营者签订平台服务协议，规定了站内经营者的商品或服务的销售方式与范围，并且规定平台经营者有权对平台的交易秩序进行管理这样一种模式来看，即使平台提供者对于交易有了积极的作用或者是对于买卖双方有着更大的监管能力这些最对是影响着其第三方平台承担侵权责任时的主观因素的影响，并不会改变其作为一个交易平台的低位。

2、从现有法律规定和司法实践上分析

我国《商标法》第五十七条的规定：“（一）未经未经商标注册人的许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的；（二）销售侵犯注册商标专用权的商品的.....”，以及《商标法实施条例》第五十条第（二）项规定：“有下列行为之一的，属于商标法第五十二条第（五）项所称侵犯注册商标专用权的行为……（二）故意为侵犯他人注册商标专用权行为提供仓储、运输、邮寄、隐匿等便利条件的”侵权行为的，这是直接关于商标间接侵权行为的规定，而《民法通则》第一百三十条规定的二人以上共同侵权造成他人损害的，应当承担连带责任和最高院的司法解释以及《侵权责任法》三十六条关于网络服务提供者的责任的规定等，都是目前为止我国直接或间接的有关商标间接侵权的规制，但是都没有明细在第三方交易平台在商标侵权时的如侵权标准、责任承当等。

而在目前的相关的司法案例中以淘宝网被诉最为典型，在一系列的淘宝网倍速商标侵权的案子中，淘宝网辩称其系依法成立的互联网信息服务业务提供者，并非本案所涉的“销售假冒注册商标的商品”销售方，法律也无规定要求第三方做实质审查，而且从

技术上讲事先审查也是不可能的，而淘宝通过采取事前提示及事后监督的措施保护知识产权，而法院也认可网络交易平台提供商，其对用户上传的商品信息不具备控制的能力，对每件商品是否涉嫌侵权均进行事前审查或者监督并不现实，在已经尽到合理的注意义务同时，采取了恰当的方式来阻止侵权行为时就不构成商标的间接侵权。但是法院也同时指出

若是淘宝网所采取的诸如仅作删除链接的处理方式见效并不明显

并且对于侵权人的再次申请服务予以同意，应当视为放任、纵容侵权行为的发生，其主观上具有过错，构成共同侵权，应当承担商标的间接侵权责任。

3、对于电子交易平台商标侵权问题应对的相关建议

首先作为电子商务领域的主管机关应当加强对电子商务市场的监管，除了完善相关技术加强日常的网络监控外，重要的完善群众举报的途径等和提高处理相关举报的效率。同时，在应对电子交易平台模式中，加强同网络服务者的联系和交流，一同制定相关的切实可行的措施，将工商部门的商标执法逐渐向网络渗透，双管齐下，联合行动，加大对平台用户监管和抽查力度的同时，也应该提高商户入驻电子交易平台的门槛，以期待在及时处理侵权纠纷的同时，将侵权的源头遏制在摇篮中。

其次完善我国关于电子交易平台设立的相关法律，从网络服务提供者自身的净化和提高来进一步加强对网络电子商标保护的力度。随着电子商务的进一步发展，对于网购行业来说，如果处于核心环节第三方电子交易平台自身除了问题，那么对于整个电子交易的市场环境势必会产生不可预知不可控制的风险。同时如果平台不能提高自身对商标侵权现象的遏制，那么纷至沓来的侵权诉讼将分散运营者的大部分精力，这样的情况下，这将会严重网路破电子交易平台的发展，所以无论是充分发挥行业协会的指导作用的视角上探索还是从完善用户协议和合同条款的方面出发，都是势在必行的。

最后尽快调整和补充我国电子商务相关法律法规的不足，在这方面随着颁布《信息网络传播权保护条例》，在我国与发达国家和国际公约接轨的有益尝试，其中的免责条款，在学界被视为规范了网络服务商间接侵权责任的认定。正如前文所述商标方面的间接侵权立法显得更为匮乏，而随着社会与网络的发展，第三方电子商务交易平台提供者的行为方式应经扩展到开始利用商业推广行为、控制交易等行为在交易中发挥积极的作用，所以在此前提下，网络服务提供者是否适用于《侵权责任法》第三十六条规定的“避风港原则”，就应当明确其前提条件和对法律的理解，比如明确所谓的“积极作用的”判定标准、电子交易平台在交易环节的控制能力，以及对于其用户的侵权行为合理预见的明确规定等。

作者单位：安徽志豪律师事务所

参考文献：

[1]王迁，王陵红：《知识产权间接侵权研究》，中国人民大学出版社年版，第57页。

[2]成栋：《电子商务》，北京：机械工业出版社，2009 年。

[3]《知识产权在网络及电子商务中的法律保护研究》山东大学出版社年版，第311页。

[4]张楚：《电子商务法》，中国人民大学出版社年版，第23页；

[5]苏添：《论网络交易平台提供商的民事法律责任》，载于《北京邮电大学学报》（社会科学版，2011年第6卷，第237页

[6]刁胜先，向阳：《论商标权的网络生存》，《重庆邮电学院学报》2004年第2期。

[7]吴仙桂:《网络交易平台的法律责任》,载于《重庆邮大学学报(社会科学版)》,2012年6月，第2卷第6期。

[8]中国电子商务研究中心：年中国电子商务市场数据监测报告》，2012年3月发布。

[9]石聪：《第三方电子商务交易平台网络商标侵权责任问题的探讨》，载于《经营管理者》，2011年第24期，第324-338页。

[10]张平：《电子商务交鉍平台对商标侵权行为的责任认定》，载于《电子知识产权》，2013第3卷，第42页

[11]Paul F U. Re-intermediation in the Republic of Science， Moving from intellectual property to intellectual commons， London： Infuriation Services＆Use， 2003

[12]李国庆：《美国商标间接侵权法律渊源》，载《中华商标》2007年第5期。

[13]参见杭州市西湖区人民法院民事判决书（2009）杭西知初字第 11 号。

[14]汤黎明、陈惠珍、徐俊:《浅议知识产权侵权诉讼举证责任分配规则》，载《电子知识产权》2003年第12期。

[15]朱珊：《网络交易平台提供商的侵权责任研究》，北京邮电大学硕士学位论文，2009年。

[16]朱玲凤、张今：《网络交易平台提供商的商标侵权过错认定》，载《中华商标》2011年第6期，第14页。

责令交出被征收集体土地决定程序法律问题研究

师　博

【摘　要】集体土地征收对于保证国家建设的顺利进行和社会公共利益的顺利实现，有着十分重要的意义。我国集体土地征收案件持续增加，如何保护农民合法的财产权益和维护社会的安定和谐，成为引发的社会群体性案件的焦点问题。目前，集体土地征收中引发社会矛盾的根源是补偿和安置的公平性问题。笔者试图通过完善集体土地征收的程序，通过正当科学的程序设计，平衡国家与被征收人之间的力量，赋予征收当事人之间以平等的对话和协商的权利。化解社会矛盾，解决征收困局。

【关键词】集体土地征收　交出土地　行政决定　程序

“从来没有哪个制度否认过宪法的征收权，重要的是对征收的法律限制。”[1]征收集体土地是社会经济发展引起的城市化的需要，也是改变人们生存环境、提高生活水平的需要，公共利益的建设和经济建设都往往需要对集体土地的征收。然而，目前我国土地征收类案件持续增加，特别是涉及农村集体土地的征收，成为引发的社会群体性案件的焦点问题。目前，由于征收集体土地并没有按照“市场价”补偿，集体土地征收中引发社会矛盾的根源是补偿和安置的公平性问题。而解决这一利益冲突，从法律的角度上，有两条思路。第一条思路是从效率和正义的关系要求出发，完善征收补偿实体法内容的规定，在实体权利、义务的分配上向被征收人倾斜，矫正其弱势地位，例如提高补偿标准、严格限定征收土地用途、禁止使用非法手段实施征收活动等。第二条思路是关注和完善集体土地征收的程序，通过正当科学的程序设计，平衡国家与被征收人之间的力量，通过程序性规定，赋予征收当事人之间以平等的对话和协商的权利。本文试从完善责令交出被征收土地决定程序的购置，谈几点看法。

一、现行“责令交出被征收土地”法律制度的缺失、冲突与不足

依据《中华人民共和国土地管理法实施条例》第四十五条规定，对“违反土地管理法律、法规规定，阻挠国家建设征用土地的”行为，土地行政主管部门有作出责令被征收人交出集体土地行政处理决定的职权。但对哪些行为构成“违反土地管理法律、法规”违法行为，现行的土地管理法律、法规没有明确规定，且作出责令交出土地处理决定应遵循哪些程序，亦无相应的配套规定。在实践中，对责令交出土地处理决定的适用存在较大分歧：一是“违反土地管理法律、法规规定，阻挠国家建设征用土地的”行为如何

界定。有观点认为，被征地农民因补偿安置问题与土地行政主管机关未达成一致意见而未交出土地的行为是民事行为，不构成违反土地管理规定的违法行为，属于有正当理由的合法行为；另外一种观点则认为，《中华人民共和国土地管理法实施条例》第二十五条第三款“征地补偿、安置争议不影响征用土地方案的实施”的规定，既然法律规定了补偿安置争议解决的合法途径，那么，被征地农民仅以“未达成补偿安置协议”为由拒绝交出土地就构成了“违反土地管理法律、法规规定，阻挠国家建设征用土地的”行为。二是做出处理决定的程序问题。有观点认为，根据正当程序原则，土地行政主管部门作出决定前，应当听取当事人的意见；有观点认为，在法律没有规定前，行政机关即使未听取当事人意见也不构成程序违法。笔者认为，《中华人民共和国土地管理法实施条例》第四十五条规定，是作为违法行为人对实施了“违反土地管理法律、法规规定，阻挠国家建设征用土地的”行为，所应承担的法律责任，并不是赋予土地行政主管部门对未达成补偿安置协议被征地农民实施责令交出集体土地的职权。而在集体土地征收实践中问题的症结在于征地规则程序的缺失，现行土地征收规范体系没有严格按照《中华人民共和国宪法》确立的公共利益原则与《中华人民共和国立法法》确立的法律保留原则来配置公共征收权力与被征收土地人的权利，设立保障被征收人权利的程序性设计，在征地问题上行政机关享有近乎完全的规则制定权和主导权，导致土地征收法律关系在立法设置上的博弈失衡。

“责令交出被征收土地”的实质是对附着于土地之上的财产权利的剥夺。[2]《中华人民共和国宪法》第十条规定，国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿，这是公权征收私益得以正当、合法存在的根本法源性规定。根据《中华人民共和国立法法》所确立的法律保留原则规定，对非国有财产的征收只能由法律做出规定。我国尚未制定统一的财产征收法，对土地征收的法律依据主要体现在《中华人民共和国土地管理法》的条文中，但我国现行法律法规中关于被征收人“交出被征收土地”的规定，仅有国务院《中华人民共和国土地管理法实施条例》第四十五条的规定，从这一规定可以看出，责令被征收人交出土地的行政机关是县级以上人民政府土地行政主管部门。而《中华人民共和国物权法》第四十二条规定，为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产的行政机关是县级以上人民政府。按照“新法优于旧法、上位法优于下位法”的原则，笔者认为，在《中华人民共和国物权法》实施后，《中华人民共和国土地管理法实施条例》第四十五条不应当继续作为责令被征收人交出土地的法律依据，行使责令被征收人交出土地职权的行政机关应当是依照法律规定的权限和程序行使征收权的县级以上人民政府。

实践中，《中华人民共和国土地管理法实施条例》第四十五条规定的适用，往往是由于对征地补偿安置达不成一致，导致集体土地权利人拒不交出土地。而土地管理部门

做出的责令交出土地决定相关的程序性规定，仅有《中华人民共和国土地管理法实施条例》第二十二条、第二十三条、第二十五条的规定，上述规定仅仅是征地方案的批准、征地公告、安置补偿方案公告程序，并没有按照正当程序原则和国务院《全面推进依法行政实施纲要》的要求，赋予集体土地上的被征收人陈述、申辩的权利，更没有给集体土地上被征收人提供维护合法权益的程序性博弈平台。

二、按照正当程序原则构建责令交出土地决定程序

政府的“正式行动必须符合对个人的最低公正标准，如得到通知的权利和作出裁决之前的有意义的听证机会”。[3]笔者认为，行政程序的制度建立，当然以周全为妥当，但是在有关程序规定不足或根本就没有规定时，作为“底线”的正当程序原则就应当发挥作用了。责令交出土地决定是通行政决定强制取得被征收人的财产，应当按照正当程序原则来规范征收补偿决定的作出程序，保障被征收人权益。程序制度包括如下几个方面：

1、公开

“公开”是非常重要的的程序制度，是其他程序性制度的前提条件，没有公开，就更谈不上“参与”或听取意见等。责令交出土地决定中的“公开”包括（1）征收法律文件公开；（2）征收人办事制度公开；（3）结果公开。公开征收文件，是让被征收人查阅或得到征收法律文件，是执行该文件的前提和基础。除了文件公开外，征收人办事的流程、制度还应当公开，让被征收人了解征收人的意图，让被征收人相信工作人员的清白。“结果”是行政过程形成的有法律意义、需要被征收人的执行和服从的最终决定，结果公开不仅要求对被征收人有合理的告知或送达，还要求对其他有厉害关系人送达或告知。

2、通知

从对现代政府公开、透明的要求来看，程序活动过程应当对当事人、利害关系人及社会公开进行，并告知并保障其参加机会。在土地行政主管部门在启动程序后，应当通知被征收人，作为征收补偿决定程序启动的标志。

3、听取意见、陈述和申辩

国务院《全面推进依法行政实施纲要》规定：“行政机关作出对行政管理相对人、利害关系人不利的行政决定之前，应当告知行政管理相对人、利害关系人，并给予其陈述和申辩的机会。对重大事项，行政管理相对人、利害关系人依法要求听证的，行政机关应当组织听证。”因此，在责令交出土地决定程序中，应当听取被征收人的意见、陈述、申辩。如果被征收人要求听证的，征收人应当组织听证。

4、说明理由

实践中，常常与“听取意见”程序相伴的是“说明理由”。 说明理由也是一种普遍适用的程序要求，但凡作出影响行政相对人权利义务的决定，行政机关都必须说明理

由。因此，在责令交出土地决定中必须包括关于所有事实、法律、通过自由裁量权对实质问题的调查结果和结论，及其理由或基础的说明。

5、回避

“回避”原本是一项司法制度，指任何人不能成为审理自己的法官。把司法上的回避制度运用到行政程序上来，是现代法治的一大发展。在征收补偿决定程序中实行回避制度，可以给予被征收人一种受公平待遇的感觉，有利于建立信任感。回避可以分为公务员自行申请回避、被征收人申请回避、决定某一公务员回避三种。在责令交出土地决定程序中，有下列情形都应当回避：（1）是被征收人或者被征收人近亲属的；（2）与责令交出土地决定有其他直接利害关系的；（3）担任过证人、鉴定人、代理人的；（4）参与土地征收决定、征收补偿安置方案制定的，可能影响公正处理案件的。

6、告知

告知是指行政机关告诉当事人他所享有的权利。1996年实施的《行政处罚法》第31条、第39条就明确规定了应当“告知”当事人作出行政处罚的事实、理由及依据，并告知当事人享有的陈述、申辩以及救济的权利。因此，在责令交出土地决定程序中，应当告知被征收人享有陈述、申辩、申请听证的权利，告知作出征决定的所依据事实与理由，并告知被征收人依法享有申请行政复议或者提起行政诉讼的权利。

7、禁止单方接触原则

“禁止单方接触”原本是是司法原则，是禁止裁判者单方接触当事人，以避免裁判者先入为主，以至于作出不公正的裁决。但在行政法领域，这一原则的重要性尚且没有得到普遍认同。其实责令交出土地决定是对民事争议的作出的裁决，是一种准司法活动，也应当遵循一定的司法活动原则，禁止单方接触原则即是其中最重要的一个。

上述程序制度应当通过立法予以确立，立法不但要确立这些制度，而且还应当确立一种责任制度，即一个违反程序的行政行为是违法的，是可撤销的。我国《行政诉讼法》虽然规定违反法定程序的行政行为是可撤销的，但实际上是否违反法定程序就一律撤销却是有争论的，对此应借鉴英国行政程序法，区分主要程序和非主要程序，只有违反主要法定程序的行政行为才予以撤销。

三、建立以“集体土地征收补偿审查”为中心的责令交出土地决定程序

西方发达国家的法律承认行政主体在必要时，可以通过强制方式取得必要的私人财产权，为保护私人财产权，建立了公用征收裁决制。[4]通过一系列的准司法程序，审查公用征收中补偿的公平、公正性，赋予被征收人完整的程序性权利，来保护被征收人获得公平补偿的权利。由于征收具有强制性，通过“软法”即行政合同解决补偿争议符合和谐的理念，但是，行政合同是在双方自愿的前提下签订的，在与被征收人对土地及地上附属物没有达成补偿协议的情况下，应当体现征收的强制性，但争议的核心依然是“征收补偿”。为保障对被征收人补偿的公平、公正，应当建立以“集体土地征收补偿审查”

为中心的责令交出土地决定程序。

1、责令交出土地行政决定的机关

《物权法》第四十二条规定，为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产的实施主体是县级以上人民政府。在集体土地征收过程中，发布征地公告的均是市、县人民政府。但《中华人民共和国土地管理法实施条例》第四十五条赋予县级以上土地行政主管机关作出责令交出土地决定的职权。为保证法律适用的统一 ，县级以上土地行政主管部门作出责令交出土地决定前，应当报市、县人民政府批准。

2、责令交出土地行政决定的启动

从《中华人民共和国土地管理法实施条例》第四十五条看，具有启动责令交出土地行政决定，是依职权实施的行政行为，只有县级以上土地行政主管机关才有权启动责令交出土地行政决定程序。

3、征收补偿审查听证

土地征收争议的核心是“征收补偿”，不仅涉及被征收人经济利益，还涉及社会民生。因此，在责令交出土地行政决定程序中必须设立对“征收补偿”进行审查听证，以保障对被征收人补偿的公平、公正。听证程序能吸收当事人（主要是被征收人）的不满，消除其怀疑，培育其对政府的信任，实现双方的良性互动。

听证从程序上应当包括听证的准备阶段和听证的举行阶段。准备听证阶段包括启动听证、决定听证、通知、确定主持人和书记员。

（1）启动听证。由于责令交出土地行政决定涉及到被征收人的基本生活保障问题，应当由土地行政主管机关依职权启动听证程序。

（2）决定听证。在依行政职权而启动听证程序的情况下，土地行政主管机关应当在向被征收人送达有关法律文书后，做出启动听证的决定。

（3）通知。土地行政主管机关应该在听证会举行的7日前，通知被征收人有关听证会的时间、地点等事宜。听证可以邀请人大代表、政协委员、城市规划、公安、城建部门人员参加。听证应当公开进行。对于涉及国家秘密、商业秘密或个人隐私的案件，听证应当不公开进行。

（4）确定听证参与人。听证的主持人、书记员、鉴定人、翻译人等听证参与人由土地行政主管机关确定。

经过了听证举行前的一系列准备，裁决机关可以举行听证会，听证会应当按以下具体程序进行。

（1）主持人宣布听证会开始。（2）主持人告知听证参加人享有的权利和义务。主要权利有：委托代理人、申请回避、陈述、辩论、提供证据及对证据进行质证等。主要义务有：遵守会场纪律、服从主持人指挥、如实陈述事实、提交证据等。（3）主持人

宣布听证事项，介绍案由并说明听证会的目的、宗旨。（4）陈述补偿事实、依据、提供证据材料，双方对证据进行质证，双方在主持人的组织指挥下围绕案件的事实问题和法律问题进行辩论。（5） 辩论终结后，双方可以作最后陈述，表明他们对整个案件事实及处理情况的意见和态度。（6）主持人宣布听证会结束，当事人、听证参与人校阅笔录并签字确认，如认为记录有遗漏或差错，可以要求补正或改正。

4、调解

我国多个法律文件都设立了行政调解制度，而没有设立相应的调解程序，在实践中调解程序随意性较大。因此，在调解程序中要特别重视被征收人程序参与原则的实施，保证在调解中充分听取被征收人陈述和申辩。调解程序具有一定的非正式性，但是无论程序多么简约，必须遵循基本的程序原则：第一是自愿原则，即土地行政主管部门主动进行调解，当事人自愿接受调解。第二是回避原则，与案件有利害关系的调解人员应当主动回避。第三是不公开原则，征收补偿涉及当事人民事权益，主动接受调解是“避免家丑”外扬，因此，对裁决中的调解应当以不公开为原则。[5]

5、责令交出土地行政决定的作出

征收补偿经调解后，被征收人仍然对补偿安置事项达不成一致意见或拒绝调解的，土地行政主管机关应当依据经批准的安置补偿方案依法做出责令交出土地行政决定。责令交出土地行政决定应当应当包括以下内容：第一、被征收人的所使用土地基本情况；第二、争议的主要事实和理由；第三、征收的依据和理由；第四、安置补偿方式、补偿金额、安置房面积和地点；第五、交出被征收土地的期限、地上附属物搬迁期限；第六、告知被征收人救济的权利；第七、土地行政主管机关名称、日期并加盖印章。

6、征收补偿行政裁决的救济

土地行政主管机关作出责令交出土地决定后，被征收人对决定不服的，可以依法申请行政复议或者向人民法院提出诉讼，使责令交出土地决定的救济程序得以完善。

四、结束语

集体土地的征收是为了公共利益，是为了促进城市基础设施建设，具有积极的社会发展意义。因此，在集体土地征收中保护被征收人的权利和利益显得尤为重要，它关系到社会和谐与民生问题，关系到社会价值的公平与正义。因此，建立以“集体土地征收补偿审查”为中心的责令交出土地决定程序，保障被征收人的权利。

作者单位：安徽仲天律师事务所

参考文献：

[1]（美）路易斯•亨金等著：《宪政与权利》（中文版），三联书店1996年版，第155页。

[2]《中华人民共和国土地管理法释义》，中国法制出版社2011年版，第178页。

[3] 罗纳德·列文著，黄列译：《行政法与行政辩护概要》，中国社会科学出版社1996年版，第119页。

[4]王克稳：《论房屋拆迁行政争议的司法审查》，《中国法学》2004年第4期。

[5]王克稳：《论房屋拆迁行政争议的司法审查》，《中国法学》2004年第4期。

夫妻共同债务如何认定之举证责任承担

——最高院补充规定之浅思

仲　缘

【摘　要】最高人民法院于2017年2月28日公布《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）的补充规定》，补充规定虚假债务和因赌博、吸毒所负债务不受法律保护。补充规定一出，在法律人之间瞬时炸开了锅，都在探讨这一补充规定在实际操作中的现实指导意义及在适用法律时可能会面对的一系列问题，人民法院在审理案件时的重心即为对证据的审查，那么举证责任应由哪一方来承担便成了法院裁判的核心所在。

【关键词】夫妻共同债务　举证责任　从严审查

所谓共同债务，在性质上是一种连带债务，由各个债务人对同一债务负全部给付义务。所谓夫妻共同债务是指在婚姻关系存续期间，夫妻为了共同生活或家庭共同经营活动所负以及在婚姻关系存续期间履行法定抚养、赡养义务所负的具有夫妻合意的债务。这里体现要求为夫妻合意，借款，是双方商量均接受的结果，并非一方私自所借。

在婚姻法解释二出台前，很多人利用假离婚逃避夫妻生活期间的共同债务，转移婚姻关系存续期间共同财产到另外一方名下免受执行，导致法院出现很多执行难的案件，多数债权人的权益无法得到保障，婚姻法解释二一出，对于有这类想法的人来说是重锤一击，假离婚现象明显得以遏制，市场秩序也得以有效维护。

社会的进步让很多心术不正者想到用法律为其谋取非法之利，继而在审判实践中出现虚构“债权人”帮助夫妻一方虚构债务增加另一方的离婚压力，使其从失败的婚姻中走出来后仍要背负莫须有的巨额债务；另外也有不务正业者于名存实亡的婚姻关系存续期间在外借高利贷赌博、吸毒，解除婚姻后债权人凭借债权凭证向原夫妻二人主张债务的也不在少数。于是，最高人民法院在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条的基础上增加两款，分别作为该条第二款和第三款，原解释二第24条变为：债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。夫妻一方与第

三人串通，虚构债务，第三人主张权利的，人民法院不予支持。夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负债务，第三人主张权利的，人民法院不予支持。

该规定出台后，业界同仁开始琢磨最高院的良苦用心。其一，虚假诉讼问题最高人民法院在2016年6月20日已发布《最高人民法院关于防范和制裁虚假诉讼的指导意见法发〔2016〕13号》意见，对于虚假诉讼问题不允许原告撤诉，必须驳回其诉讼请求，另外对于虚假诉讼参与方必要时给予一定的罚款、拘留等强制措施，严重者触及刑事犯罪的则交由侦查机关处理。其二，《最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第十一条，出借人明知借款人是为了进行非法活动而借款的，其借贷关系不予保护。另外赌博、吸毒之债均为恶债，均属于个人债务，且根据《合同法》第52条也可予以推翻，也就是说最高院在没有发布该补充规定前，在人民法院审判案件、代理人代理案件时，虚假债务和赌博吸毒之债不受法律保护我们也是心知肚明，但是深析最高院的意思，可以看出最高院对于虚构债务和非法债务不受法律保护的态度是极为坚决的，鼓励各级法院在解决夫妻共同债务问题时，应利益兼顾，既照顾到债权人的实际利益，又能保护夫妻双方的知情权，绝不让不知情一方承担无主不明债务。

在法院审判时要想利益兼顾，最为重要的一个环节即为对证据的审查。对于举证责任，笔者认为在审理中应区别对待，做到内外有别。对内，即在只有夫妻二人的单纯离婚案件中，应以“夫妻共同生活期间”作为审理依据；对外，即在有债权人诉讼的民间借贷纠纷中，应以“婚姻关系存续期间”作为审理依据，综合看来，在有债权人参与的案件中，法院的意见是倾向于保护债权人的利益。

一、仅有夫妻二人的离婚诉讼中，以“夫妻共同生活期间”为原则

快节奏的社会里，相当一部分婚姻不再是两情相悦愿意厮守到老的必然产物，很多都是父母之命为了完成人生中的一件任务而草率决定，现在的年轻一代都充满个性，思想上也不再像上一辈那么保守，过不来就不过，父母担心离婚后遭人闲话，那就不离婚，你有你的自由追求，我有我的生活之道，倘若哪天一方按耐不住，找到了人生的至爱，一纸诉状对簿公堂要求离婚，一方拿着婚姻关系存续期间的债权凭证说是共同债务，要求对方承担共同清偿责任时，这时法庭应严格审查，不仅需要审查债权凭证的真实性，也必须查清这段时间双方是在一起共同生活的，举债方若要求对方为债务承担，需说明借款的去向，必须是用于夫妻共同生活投资，或者提交证据证明与对方分享过债务所带来的利益。

若另一方在审理中提交证据证明双方在借贷时未在一起共同生活，如之前笔者代理案件中遇到另一方请求保姆出庭作证，证明夫妻二人自何年开始分居，一方从未支持过家庭开支，孩子均由被举债方一人抚养，双方感情实为纸上婚姻。这份证据显然引起了法院的合理怀疑，最终法院对该份债务未做处理，认定债权人可另案向夫妻二人主张。可以看出，法院对这份证据的审查是谨慎的，仅凭债权凭证及双方婚姻关系存续的期间

来审查，必然会出现不公审判。

夫妻举债的案件中会出现很多复杂情形，人民法院在审查证据时不能一味追求结案率，虽然法律在这一方面的规定不能涉及各个方面，但是目前有些法院的裁判确实值得其他案件借鉴参考。有些法院在审理时，首先要求举债方提出债权凭据，倘若另外一方提交证据证明债务并非用于家庭共同开支或者为恶债，一旦引起合理怀疑，则将举证责任转移到举债方，一则要求举债方必须说明债务的去向，重大开支需提交资金流向证明，或者提交债务带来收益的证据，二则要求债权人本人必须出庭作证，在庭审中告知虚构债务的后果，并且要求债权人签订证言保证书，若为非法债务或者虚构债务，一般的“债权人”在此时会有所顾虑甚至打退堂鼓，人民法院此时乘势而攻，可将违法证据逐一排除，在处理夫妻共同财产时，对恶意举债方予以少分作为惩罚，类似裁判对后来居心叵测者也起到一定的震慑和警示作用。若依据现有证据，无法合理排除是夫妻共同债务的，则宜认定为夫妻共同债务，但是在判令对方承担的情形下必须以分得的夫妻共同财产为限，其余不足部分应由举债方个人偿还，这样做既能维护债权人的利益，也能兼顾夫妻双方合理的偿还范围，起到良好的社会引导作用。

在笔者亲办案件中，女方拥有让旁人羡慕的事业，日进斗金，家产千万，男方玩物丧志，毫无家庭责任感，在外欠下巨额赌债。在离婚时男方主张女方共同偿还夫妻债务百万余元，女方庭审中提交三次向公安机关报案男方赌博事实的报案材料，并且找了几位了解男方的证人证明男方赌博成瘾多次欠下外债的事实，另外女方提交重大家庭支出均由女方一人承担的支付票据，结合男方平时的消费习性和好赌的事实以及女方自身的经济状况，法院未与认定这笔债务的共同性质。

二、有债权人参与的民间借贷案件中，以“夫妻关系存续期间”为原则

对于由债权人提起诉讼要求夫妻二人共同承担债务的情况，应当以夫妻婚姻关系存续期间为准。只要是在二人登记为夫妻关系期间发生的债务，只要一方未提交证据证明为另一方单独所用即可认定为共同债务。同样，人民法院不能简单的以民间借贷的相关法律条文进行审查，除审查债权凭证的真实性外，必须严查借款的时间，交付的地点及方式，借款的用途，当事人的交易习惯，债务形成前后夫妻双方的财产变动情况，根据夫妻双方的生活水平推断借款的合理性，证人证言的关联性。在银行贷款时会严格要求夫妻二人均到场签字才可予以发放贷款，所以会发现在银行诉讼案件中很少出现夫妻一方提出对贷款不知情，请求不承担偿还责任的情形。但是银行贷款多为不便，且贷款门槛较高，很多信誉不佳，贷款超限的需求者无法在银行正常贷款，顺应需求，低门槛的社会民间借贷机构如雨后春笋开遍了城市的各个角落，车窗门缝、电梯间、饭店到处都有他们的广告，这的确给资金紧张需要周转的人提供了极大的便利，因为他们无需提供财产担保，无需配偶签字，有的甚至无需提供人保，只要债务人同意支付高昂利息，无所谓债务人借钱的意图何在，能简化的程序步骤全部省略，只要债务人签字后扣除高额

利息便可以马上携带借款出门使用。

在债务人未按月归还利息时，债权人则会拿着借条向法院起诉，起诉时他们则要求将借款人的配偶也作为被告拉进庭审，对于这种事先不让配偶签字，事后要求配偶承担共同清偿责任的民间借贷机构，笔者认为人民法院可以行使自由裁量权，对于这类专门从事民间借贷业务的机构应予以提前告知，若想以夫妻共同债务为由向夫妻二人主张，则在债权凭证上必须由夫妻二人共同签字，否则，由签字一方个人承担。

是否为专业放贷的机构，在立案时，实行案件登记制度，对立案登记表实行专门化管理，只要发现数量较多均以民间借贷为案由提起诉讼的诉讼参与人，经过开庭询问一旦发现其系专业放贷主体，对其性质在立案登记表中予以备注，方便日后对其他案件作出判断。

人民法院也要善于行使自己的调查权，无论是专业放贷机构还是普通百姓，只要夫妻一方提出证据证明自己未曾使用过借款，未用于夫妻共同生活的，若签字一方未出庭的，人民法院可以中止审理案件，要求签字一方本人必须到庭，告知虚假陈述的后果，签订承诺书，对其陈述的内容全程记录，使证据达到高度盖然性，人民法院也要走出坐堂审案的限制，对债务的形成深入调查。

笔者在代理案件中就遇到过一种情形，债权人起诉夫妻二人承担，但是庭审中查明虽然债权凭证上记载的借款时间为夫妻关系存续期间，但是实际借款时间发生在二人领取结婚证之前，后来的凭证是债权人担心凭证超过诉讼时效让债务人重新补写的，这种情况人民法院一经审查，询问债权人具体的借贷细节，则能判断出债务的承担主体。

在夫妻分居期间的债务认定上，专家学者存在几种不同看法。笔者认为，分居应当以债权人明知为前提。不知情的情况下，以保护债权人利益为前提，审查夫妻双方有无举债合意，有无共享债务带来收益，若一方证明未使用借款且未享受过任何收益，则应当以已经分得或者现有的夫妻共同财产为限，超出部分，未使用的一方将不再承担偿还责任。

在补充规定中提到涉赌涉毒的民间借贷，对于疑似这类的民间借贷纠纷案件本应从严审查借贷关系的合法性。德国民法第七六二条第一项规定：“博戏或赌博不能发生债务，因博戏或赌博而已为给付者，不得以债务不存在为理由，请求返还。”根据该条规定，赌博原则上并不违反法律禁止规定而无效，仅是一种无诉权之债，因此偿还赌债是一种不法原因之给付，受领赌债是一种不当得利，但因为属于不法原因之给付，给付人不得行使诉权要求受领人返还。我国现行法律没有关于不法原因给付制度，仅在理论层面予以探讨，通过民事行为无效制度以及不当得利制度来进行界定和规范。《中华人民共和国民法通则》第五十五条规定民事法律行为应当具备行为人具有相应的民事行为能力、意思表示真实以及不违反法律或者社会公共利益三个条件，《中华人民共和国合同法》第五十二条第五款也规定了违反法律、行政法规的强制性规定属于合同无效的法定

情形之一，依此赌债偿还应该是属于无效的民事行为，端午前后热议的孔令辉案选择在香港诉讼而不是在内陆诉讼的原因即是如此。

债权人在出借时为了保证后期权利的主张，均会以合法有效的方式掩盖涉赌涉毒的事实。《安徽省高级人民法院关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》第13条的规定："出借人主张现金支付的，应当提供相应的证据予以证明。人民法院应当根据借贷金额大小、款项交付、出借人的经济能力、交易细节、交易习惯、出借人与借款人的关系亲疏程度等因素，综合判断借贷事实是否发生。"，此条具有一定的建设性意义，但是在实际操作中如何认定系超出出借人的经济能力是一大难题，现在手机网络支付方便快捷，笔者建议对提供转账记录的金额起点予以明确规定，可以直接规定超过1万元的借贷均要提供转账凭证，这样能有效规避虚假债务的问题，且能让涉赌涉赌现象得以控制。

对夫妻共同债务的认定裁判权在于法院，做出一份公正的判决绝非易事，杜绝以机械简单的方式对待夫妻共同债务的认定，夫妻一方只要提交证据证明系因赌债引起，达到引起合理怀疑，则要对原告主体的生活背景及收入来源进行调查，委托代理人的要求债权人本人强制出庭，强调原告本人的真实陈述义务，对借款的时间地点、现场目击证人、支付方式、利息约定、还款时间及方式等有关细节进行详细说明，与债务人陈述进行比对，数额较大的，要求原告本人提供借款来源说明，从源头审查案件的合法性，端正司法作风、提高司法能力与水平。

人民法院在事实认定过程中应充分发挥职权，加强与公安部门的案件协作，公安机关可专设聚众赌博及吸毒贩毒人员查处登记表，登记被查处人员信息，方便人民法院及时向当地公安机关查询了解，调查原、被告是否有参赌吸毒的前科，逐个调取与债务相关联证据，充分发挥间接证据的佐证作用，调取大量间接证据形成证据链佐证债务的涉赌涉毒性质。

作者单位：安徽渊源律师事务所

参考文献：

[1]万鄂湘：《婚姻法原理与适用》，人民法院出版社2005年版，第272页

[2]杨大文：《婚姻家庭法学》，复旦大学出版社2002出版社2002年版，第12页

[3]王林清：《婚姻家庭纠纷裁判精要与规则适用》 北京大学出版社，第105页

互联网专车的法律管制制度研究

孙艳秋　杜　唯

【摘　要】作为“互联网+”力量的产物，互联网专车的发展，在给人们的生活带来极大便捷的同时，也带来了许多冲击和挑战，引起了社会各界的广泛关注。互联网专车服务是指基于互联网技术和卫星定位技术的应用、以智能手机作为依托、通过市场资源的整合、从社会的多元需求出发而形成的一种全新的城市交通服务模式。目前，打车软件将汽车租赁企业、劳务派遣公司整合起来提供互联网专车服务的四方协议模式已经取得国家的认可，但私家车接入打车软件平台或挂靠在汽车租赁企业提供专车服务的模式仍被禁止，对此我国各城市都根据各地实际情况出台了相应的政策，但在全国范围内尚未形成统一的监管标准。本文将从我国互联网专车的概况入手，从法律角度分析互联网专车的合法性和风险性，并在研究我国各城市对互联网专车的法律规制政策的基础上提出四点发展建议。

【关键词】互联网专车　合法性　监管

近年来，“互联网+”日渐成为助推我国经济发展的强大动力，互联网专车作为时代的新生产物，在给人们的生活带来极大便捷的同时，也带来了许多冲击和挑战，吸引了社会各界的广泛关注。因此，互联网专车的法律管制制度研究，对于在经济社会转型时期，促进互联网专车行业的良好发展、缓和新兴产业与传统行业之间的矛盾、调动全部积极因素促进国民经济持续健康发展具有重要的意义。由于互联网专车在世界范围内的发展历程较短，尤其在我们国家，所以针对这种新生事物，我国各城市虽然都出台了相应的政策来应对，但在全国范围内尚未形成统一有效的监管。

一、互联网专车概念的界定

每一次踏出家门之前，很多人都会打开手机里的打车软件，输入此次外想去的地方，几分钟内甚至几秒钟内就会收到附近车辆的接单通知。距离、价格、车型、车主信息等也会在手机里显示出来，不一会儿，就会有互联网专车前来接驾。这种典型的互联网专车的服务场景，不仅极大的方便了人们的日常出行，同时也引发了社会公众的广泛关注。

作为“互联网+”力量的产物，互联网专车服务是基于互联网技术和卫星定位技术的应用、以智能手机作为依托、通过市场资源的整合、从社会的多元需求出发而形成的一种全新的城市交通服务模式。其本质是一种共享型经济，换句话说，就是这种互联网

专车服务，通过规模经济和范围经济实现了供给端零成本的优势，从而大大降低了交易成本。

互联网专车服务的本质是O2O（Online To Offline）的商业模式，O2O通过软件平台，将线上和线下的服务融合在一起，乘客在线上选择出行的起点和终点，司机在线下提供服务。生活中我们接触最多的这种商业模式就是网购，只不过网购买到的是具体化的商品，互联网专车买到的是双手不能触摸到的服务。这种O2O模式有很多传统出租车行业无法比拟的优势，对专车司机而言，他们可以通过网络快速了解乘客的需求，避免空座的出现，达到资源合理配置，并最大化满足自己的利益需求。对乘客而言，他们在每一次结束行程之后，可以在线上进行评价反馈，其他的乘客就会根据这种反馈进行选择，这也是专车司机提高服务质量的动力。

二、互联网专车的发展现状及影响

一直以来，出租车在人们的出行过程中扮演着非常重要的角色，但公众出行难的问题仍然存在，互联网专车就是在这样的背景下发展而来的。2010年6月，Uber（打车软件的鼻祖）在美国诞生，旨在为顾客提供高端商务专车服务。2012年后，中国的滴滴打车、一号专车、快的打车、神州专车等多种打车软件拷贝了这种形式，在出租车市场被选择的频率较高，深得乘客喜爱。它方便了民众出行，提升了客运服务，降低了市场交易成本，提高了资源配置效率，并且促进了智能出行发展。

互联网专车在我们的日常生活中扮演着非常重要的角色，笔者通过问卷调查的形式，了解市民群众对互联网专车的看法，调查结果总结如下表格。

姓名	职业	使用互联网专车频率	看法
赵某	公司白领	经常使用	非常方便，解决了高峰期打车难、停车难问题，价格便宜。
钱某	学生	偶尔使用	同出租车比便宜一些，没有公交车时会使用，可以接受。
孙某	滴滴专车司机	一直使用	方便，放心，以前培训时，所有资料包括身份证、车辆相关资料全部上交审核，人身安全方面不会有问题，也是对本行业的支持。
李某	出租车司机	从未使用	这个东西是不合法的，把我们的饭碗都快挤掉了，以后政府肯定是要出来监管的。

不难看出，不同身份对互联网专车看法不同，尤其是出租车司机，全面否定了互联网专车的积极作用。由此可见，互联网专车一方面填补传统出租车市场的缺陷，创新了

服务模式；从另一方面看，它同时也对传统出租车的交易形成了一定程度上的市场挤压；而一旦从从深层次看，就会发现它还触及了传统领域的管理体制问题。近十年来，社会各界都在呼吁出租车行业改革，尽管各地有关部门对此出台了相应的政策措施，但其运营和监管状态并没有改变，乘客和司机对其的满意度也没有明显提高。所以这样看来，互联网专车必定会成为推动出租车管理改革的重要原因。

从消费者的角度来看，就笔者个人而言，非常喜欢使用Uber、滴滴等打车软件。一方面不用再像以往那样站在路边挥手，可能等了好长时间还没有等到，还可能等到了却因某些原因司机拒载；另一方面，它的价格确实优惠力度较大。

三、互联网专车的合法性

（一）从法理学的角度

法的价值有多种，笔者认为与专车最密切相关的价值应该是效率，张文显曾在其主编的《法理学》一书中这样叙述过，他认为资源配置上的效率原则要求在一定程度上必定会对资源配置产生优化效果，促进资源利用率由低向高转变。所以，不论是自然资源，比如矿山、土地、森林等生产要求，还是人文资源比如投资、政策、产权、机会、信贷等，又或是经济基础范畴的资源和上层建筑范畴的资源，都必须按照价值最大化的原则和规律进行配置。互联网专车可以更好利用社会闲置资源，提高整个社会的运行效率，充分符合以上关于资源配置的效率原则的叙述，如传统车辆租赁公司往往有一部分车辆会因为价格、租期等关系被闲置，互联网车辆的形式可以在短时间内盘活这批被闲置的车辆，提高城市车辆运用率。因此，互联网专车不但没有违背法的价值，反而有助于实现法律的意图。

（二）从行政法学的角度

当平等主体之间的民事法律行为遭遇政府的行政管制时，是优先保护民事主体的意志自由还是侧向与政府的行政管理职能？我国的《行政许可法》在第四条规定到，我国设定和实施行政许可的行为，必须依照法定的范围、权限、条件和程序。同时，又在第十二条、十三条中规定到，可以不设立行政许可与通过特定程序可以规范而不需设立行政许可的许多情形。此处的“可以”一词本身的成然性就说明了行政许可并非行政机关规制经济社会特定行为的必需手段。凡是市场参与主体自可以做出决定和选择的，可以实现自律管理的、形成通过有效竞争机制可以自发调节的，就应该尊重市场经济自身的规律，只有在市场机制失灵、自身无法自律管理的前提下，政府作为调控全体成规制主体才可主动介入其中，以行政许可的方式将其纳入到有效的监管中来。

因此，我国法律并没有把所有事项纳入行政规制的范围内，而是确立了民事优先的原则。

（三）从民法学的角度

著名的法谚曾说，“法无禁止即自由”，乘客已甲方的身份通过打车软件来规定出

个性化服务从而提出要约，这时作为对立方的乙方专车司机，对乘客甲方的要求进行选择并做出承诺，只要甲乙双方的意思表示真实，没有受到胁迫，并且合法，即可看作为合法有效的双方协议。从实质上看，这也是平等主体之间的客运合同。

四、我国对互联网专车服务的监督管理现状

目前依据现有的道路运输经营相关的法律法规，北京、南京、广州和上海等地对专车服务已有相关的监管做法，各地方法不一，但基本都持否定态度，对互联网专车的发展进行压制。

北京市明确不允许私人所有车辆（即所谓的私家车）通过连接打车软件的平台或者挂靠汽车租赁公司去进行互联网专车服务，并且直接将这种服务方式归入非法营运的行列，对进行专车服务的私家车拥有者处以罚款。一方面，根据《无照经营查处取缔办法》第四条、第十四条和《北京市出租汽车管理条例》的规定，除了出租车可进行出租车服务外，其他任何单位和个人都不具有进行出租车服务的资格。另外，没有依法获得相关许可证和其他营业执照的，私自从事经营活动，相关的许可审批机构应当依法进行查处，并依据情节的轻重处2万元以下或2万元以上20万元以下的罚款。另一方面，《北京市汽车租赁管理办法》规定，汽车租赁用车应当属于汽车租赁经营者所有，因此，挂靠在汽车租赁公司的车辆是没有汽车租赁资质的。

南京市交通管理部门于2014年12月明确表示禁止私家车直接或采用挂靠在汽车租赁企业的形式提供互联网专车服务，同意汽车租赁公司的车辆可以进行互联网专车的服务。根据《江苏省道路运输管理条例》第九条规定，汽车租赁企业的租赁用车需配备由车籍所在地县级以上交通运输管理部门配发的道路运输证，并随车携带。2015年2月1日，江苏省运输厅下发的《江苏省汽车租赁经营行政许可规范》正式实施。依据《规范》，参加互联网专车的汽车租赁公司用车，必须全部具备《道路运输经营许可证》才可以。而针对私家车进行专车服务的，依旧被归为非法营运的范畴。并且由县级以上的交通管理机构按照《江苏省道路运输管理条例》的相关规定进行惩处。另外，南京市客运管理处表示，打车软件公司应验证申请服务的车辆，不得为私家车、挂靠车提供服务。对于违规的打车软件公司，将进行约督促。并及时向工商行政部门、信息产业部门、公安机关与相关部门通报，依据《网络交易管理办法》、《软件产品管理办法》或其他相关法规进行处理。

交通运输部于2015年10月颁布了《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》（征求意见稿），在其中明确的给予四方协议服务模式合法地位，也明确禁止了私家车连接平台与挂靠企业进行专车服务的模式。新生物的产生与发展总是充满困难与崎岖，目前我国各地的监管做法正确科学与否还未经过时间的检验，不能全盘接受也不能全面否定。互联网专车的发展，不仅丰富了人们的日常出行方式，还兼具经济效益和社会效益，笔者建议肯定互联网专车服务的发展模式，并在后文针对其监管提出几点意见。

五、我国互联网专车的发展建议

在“互联网+”快速发展的背景下，结合现实中互联网专车的发展趋势及前文的研究分析，笔者现针对互联网专车的提出以下四点建议。

（一）确定监管主体

首先，互联网专车行业，从其性质上看，应属于道路运输行业，由客运交通运输管理部门进行管理。《中华人民共和国道路运输条例》规定到，全国的道路运输管理工作是由国务院交通主管机构直接负责的，接入打车软件平台的车辆应由道路运输主管部门按照营运汽车的标准进行检验，并对参与经营的司机进行审查和考核，车辆和司机达到标准后方可投入专车运营中。

其次，在确立交通运输部为主管部门后，还应建立其他相关机构辅助监管的协调配合机制。工商行政管理机构负责登记和设立审查，保证其合法性。而属于用户的信息安全问题，则由信息产业机构依据相关的法律规定进行监督和管理。各级公安机关负责打击与互联网专车有关的犯罪行为，各机关在履行自身职责的前提下，应协助配合其他机关的工作。

（二）建立健全相关法律法规

目前，我国互联网专车的发展，并不具备统一的行业标准，能够参与互联网专车服务的车辆也没有明确的规定。虽然交通运输部已经表态鼓励专车服务发展，并承认与租赁公司合作方式的合法性，但各地对互联网专车的监管不统一。这种模糊的态度，不利于新兴服务产业的发展。所以，我国应当制定和颁布与互联网专车服务有关的法律法规，统一其监督和管理做法。

首先，应明确互联网专车服务的法律性质有合法性地位。其次应对投入专车服务的司机各车辆制定相关标准并根据规定进行严格检查。最后，必须出台相关的规范性文件针对专车用户的个人信息采取保护措施。同时建立健全相关法律法规的过程中，我们应进行深入的调查研究，通过问卷调查、听证会等多种形式充分听取多方意见，尤其要重视民众的意见；还需要参考其他国家的有效政策，结合我国的实际情况。

（三）推进传统出租车行业改革

近几年，全国各地的出租车罢工事件此起彼伏，要求传统出租车行业改革的呼声也是从未间断，各地方政府虽然出台了不少出租车行业的政策措施，但是其运营和监管状态并没有很大的改观，不仅是乘客连司机对出租车行业的满意度都没有明显的好转。作为一种非常态的罢工方式，我们有理由相信，出租车司机们也是迫不得已才这样做，他们不仅承担着份子钱的压力，还要承受政府相关机构对黑车的不力管理，另外加气站的数量不足与无征兆的数量增加等，这些都是罢工事件的导火索。从本质上看，出租车司机集体罢工是对当前政府特许经营和严格管制的不满，是对自身合法利益和权利的诉求。

快速发展的互联网专车变成传统出租车行业改革的重要推动力。当前，舆论关于出租车改革的焦点，多集中在份子钱的存废上，适当调整高昂的份子钱，破除出租车行业的垄断地位。提高出租车行业管制透明度，使出租车司机获得更大利益。因此为行业发展创造更好的氛围也是传统出租车行业改革的方向之一。此外，还应该借鉴互联网专车市场运营的经验，将改革中心放到提升服务质量和市场效率上。例如，实行驾驶员积分制，根据积分高低对驾驶员进行奖励，充分利用实时交通信息，智能化调动车辆，合理分配运力也至关重要。

（四）互联网专车和传统出租车行业的和谐发展

传统的出租车行业作为主要的交通方式，发展较为稳定，但是服务模式比较单一，出租车的供给和群众的需求存在结构性矛盾。互联网专车的出现，恰好弥补了传统出租车行业的不足，也契合了人们对于出行个性化、方便化和品质化的需求。

同作为交通运输方式的组成部分，我们在监管时，应该遵守差异化定位、多手段分隔、不对等监管的原则，充分发挥二者的优势并且相结合利用，共同满足消费者的出行需求，实现互联网专车行业和传统出租车行业的和谐发展，最大程度为人民的生活提供便利。

作者单位：安徽律诚律师事务所

参考文献：

[1]张文显：《法理学：[M].第三版》北京：法律出版社，2007.

[2]唐清利：《“专车”类共享经济的规制路径[J]》中国法学，2015（4）.

[3]李景伟：《试析专车合法化[J]》法制博览，2015，11月（下）.

[4]信息社会50人论坛.“互联网+”交通新业态下网络租约车的政策监管-兼评网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法（征求意见稿）[J].电子政务，2015 （11）.

[5]刘乃梁：《出租车行业特许经营的困境与变革[J]》行政法学研究，2015（5）.

[6]贺银凤：《从“打车软件”的兴起看出租车管理体制改革的必要性[J]》经济论坛，2015（4）.

[7]李晨瑜：《打车软件的法律监管[D]》北京：中国社会科学院，2015.

浅析公序良俗原则的司法适用

宋　丽　张　勇

【摘　要】作为现代民法边际性原则，公序良俗原则不论是在大陆法系民法体系中还是在英美法系的判例适用中都居于重要地位。这主要是因为公序良俗原则作为统领民法具体规范的基本原则之一，具有较大的弹性，是法官克服成文法局限性、化解法律与社会生活之间的张力的重要工具。近年来，司法实践中适用公序良俗限制公民意思自治的案例层出不穷，并出现同案不同判以及法官用个人或多人道德标准代替公序良俗原则的适用等问题，引发了理论界与实务界的诸多讨论与研究。本文选择了从“婚外恋”引发的财产纠纷这一类案件的角度，以案析法，分析遗嘱效力以及分手协议的效力问题，进而研究公序良俗原则的适用问题。本文认为对公序良俗原则的研究应集中在以下三个方面进行讨论，即：公序良俗原则是什么、为什么适用、怎么适用。学者们的讨论范围尚局限在前两个问题上，而对第三个问题的研究还有些薄弱。然而，恰恰最为复杂和最为迫切的问题正是公序良俗原则的适用问题。作者根基肤浅、用功不深，但仍将这一问题结合实际“婚外恋”财产纠纷案例，作为本文的一个主要内容加以讨论，以期抛砖引玉，引起更多的关注和更深入的研究。

【关键词】公序良俗　意思自治　合同效力　司法适用

公序良俗原则是一个内容丰富，涵义模糊，但理念适用广泛的“魔法条文”，在公私法日益融合的今天，其地位和作用也越来越重要，因此，对其进行深入详尽的研究也更具有现实意义和实践价值。公序良俗是大陆法系民法典中的基本原则，是“公共秩序”和“善良风俗”的合称，指一切民事活动应当遵守的公共秩序及善良风俗。在典型民法法系国家，多有关于公序良俗原则的明文规定。例如，《法国民法典》第6条的规定，又如，《德国民法典》第138条的规定。公序良俗原则在我国的立法体现被认为是《民法通则》第7条，该条规定：民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益。由此可以看出，深受前苏联民事立法及研究理论影响的我国大陆地区，在立法中并没有使用“公序良俗”的字样。而是以“社会公德”、“社会公共利益”等来表达“公序良俗”应有的精神，其中，“社会公德”的意义相当于“善良风俗”，“社会公共利益”则有“公共秩序”的内涵，其都有弥补现行法律不足的立法考虑。当人民法院在司法实践中，遇到一些危害公共秩序或违反社会道德的情况，而此时又缺乏适当可行的禁令予以规制

时，法官便可以直接适用该条，以违反“公序良俗原则”认定该行为无效。

公序良俗原则因涉及太多的因素而具有相当大的不确定性，虽然在一定程度上弥补了严格形式主义的缺陷，弥补了人类理性的不足，但其近乎空洞的不确定性也可能造成严重的负面效果，导致误解甚至恣意。公序良俗原则的一部分是公共秩序，而何为公共秩序同样没有清晰的界定，这不仅是因为其具有时间性、地域性的特点，更因为现代的公共秩序已由政治公序过渡为政策性的经济公序，而经济生活的变动更加快捷，与之相对应的公序也随时处于变动之中，因此，要完全对其界定并非易事；公序良俗原则另一部分内涵即善良风俗，具有地方性、变动性的特点，善良风俗本身蕴涵这相应的伦理道德，道德本质上是一种认同，因此，在很大区域内，“熟人社会”向“陌生人社会”转变的过程中，在价值多元、利益多元、文化多元的背景下，是否能够达到认同，如何达到认同，以及在多大程度上、多大范围内我们能够达到何种认同都具有很大的不确定性。因此，要对公序良俗原则进行类型化呈现以及价值分析，探讨如何使得公序良俗原则的适用具有确定性，从而限制法官对公序良俗原则的任意运用。

一、问题的提出

（一）适用公序良俗原则审理的婚外恋财产纠纷案例

1、泸州遗赠案

黄永彬和蒋伦芳都是泸州天化集团公司的职工，于1963年结婚，婚后蒋伦芳未生育，双方抱养了一个儿子。1994年，黄永彬认识了原告张学英，1996年两人在郊区租了一套房子，在外以夫妻名义同居，2001年1月以来，黄永彬肝部不适，于4月17日，他通过一位朋友找到纳溪区司法局法律服务中心律师韩凤喜，表示死后将遗产赠送给朋友张学英，在律师帮助下，黄永彬立下了遗嘱：“我决定，将依法所得的住房补贴金、公积金、抚恤金和卖泸州市江阳区一套住房售价的一半（4万元），以及手机一部遗留给我的朋友张学英一人所有，我去世后骨灰盒由张学英负责安葬。”4月20日，黄永彬的这份遗嘱在纳溪区公证处得以公证，4月22日，黄永彬患肝癌去世，在办丧事时，张学英当众拿出黄永彬生前遗嘱，称她与黄永彬是朋友，并要求取得6万元的遗赠的遗产。但遗嘱生效后，蒋伦芳控制全部遗产，张学英认为，蒋伦芳的行为侵害了她的合法权益，诉至法院并请求按《继承法》等有关法律规定，判令蒋伦芳给付遗产。

一审法院认为，该遗嘱虽是遗赠人黄永彬的真实意思的表示且形式上合法，但在实质赠与财产的内容上存在违法之处：黄的住房补助金、公积金及一套住房属于夫妻共同财产，而黄未经蒋的同意，单独对夫妻共同财产进行处理，侵犯了蒋的合法权益，其无权处分部分应属无效。且黄认识张后，长期与张非法同居，其行为违反了《婚姻法》有关规定，而黄在此条件下立遗嘱，是一种违反公共秩序、违反法律的行为。故依据《民法通则》第7条（公序良俗原则）的规定判决，驳回原告张学英获得遗赠财产的诉讼请求。原告张学英不服一审判决，提起上诉。

二审法院认为，应当首先确定遗赠人黄永彬立下书面遗嘱的合法性与有效性。尽管遗赠人所立遗嘱时具备完全行为能力，遗嘱也系其真实意思表示，且形式上合法，但遗嘱的内容却违反法律和社会公共利益。《婚姻法》第26条规定：“夫妻有相互继承遗产的权利”，夫妻间的继承权，是婚姻效力的一种具体体现，蒋本应享有继承黄遗产的权利，黄将财产赠与张，实质上剥夺了蒋的合法财产继承权，违反法律，应为无效。二审法院认为《婚姻法》和《继承法》为一般法律，《民法通则》为基本法律。依据《立法法》，《民法通则》的效力高于《继承法》，后者若与《民法通则》的规定不一致，应适用《民法通则》。该院认为原审事实清楚，适用法律正确，作出维持一审的判决。

2、情人诉请支付婚外恋补偿费案

2005年2月，32岁的李某与53岁的有配偶者张某建立了婚外同居关系。张某的妻子得知后，多次找李某兴师问罪，并对其造成了人身与财产的损害。2008年10月，李某怀孕，张某要求李某到医院做流产手术，结果被拒绝。后经被告所在地人民调解委员会的主持调解，二人达成关于流产、分手事项的补偿协议：张某同意分两期补偿李某包括被其妻子殴打的医药费、物损费以及人工流产手术费、营养费、精神损失费在内的全部费用34万元，第一期补偿款20万元，于2009年2月20日以前支付，李某在拿到补偿款后，立刻去医院做人工流产。第二期补偿款14万元，于2009年3月10日以前支付，协议履行后，双方再无任何争议。可是，协议签订以后，张某却未支付任何款项。于是，2009年4月，李某将张某推上被告席，要求其履行“婚外恋分手费”补偿协议。人民法院经审理认为，公民的民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益及秩序。本案当事人李某与张某在有关调解委员会主持下达成的关于“婚外恋补偿费”的调解协议，尽管系自愿签订，但本案当事人的婚外同居行为，违背了社会伦理道德，破坏了他人合法婚姻，致其协议内容违反公序良俗原则。因此，法院驳回了李某的诉讼请求。

（二）案例引出的问题

1、适用公序良俗原则限制意思自治行为是否存在危险

意思自治原则，又称私人自治原则，是私法三原则发展到今天，作为现代民法基本原则之一的公理性原则。所谓意思自治，是指民事主体依照自己的理性判断，自主参与市民生活，管理自己的私人事务，不受国家权力和其他民事主体的非法干预。这一原则在整个私法领域，如婚姻、遗嘱、契约等以意思为核心的法律行为支配的私法领域内，均普遍适用。同时，根据法律规定，民事行为的成立一般应当具备下列条件：（一）须有民事主体的存在；（二）标的确定和可能；（三）须具备意思表示要素。然而，民事行为的成立仅仅是指民事行为具备其构成要素的事实状态，一个民事行为的成立并不意味着它生效，即发生法律效力的法律状态。要使得一个民事行为发生法律效力，依据我国《民法通则》55条的规定，民事行为的一般生效条件包括：行为人具有相应民事行为能力、意思表示真实、不违反法律或社会公共利益。在案例中，公民将遗产遗赠给婚外

同居一方的行为，或与婚外同居一方签署赔偿协议的行为，均是民事主体在不同领域依意思自治原则处分自己权利的表现，也在民事行为的成立上具备各种要件，但法院却适用公序良俗原则否定了其效力。公序良俗原则是从市民社会的安全价值以及市民社会自由发展与国家适度干预相结合的要求出发产生的边际性原则。由于立法时，一切损害国家、社会利益、公共秩序和道德秩序的行为不可能被一一预测，因此，当公民意思自治行为损害到此种更大的利益时，法律支持法官通过适用公序良俗原则来对公民行为进行限制。但是，法律并不完全等同于道德，“法律是最低限度的道德”，也即法律只是道德的最后一道防线。随着时代的发展，人们的道德观念与认知都在不断的发展，从过往的“三从四德”到如今人们对于“婚外恋”这种行为有了更大的容忍度。毋庸质疑的是，“婚外恋”的行为的确不被道德认可，但是法院是秩序、法律的捍卫者，而不是道德的守护神，违反道德并不意味着违反法律。公序良俗的不确定概念和模糊不清的判断标准，使得法官对其内涵和外延的理解不一，有时就会盲目服从公众舆论，以情代法，或以自己或多人的道德标准代替了公序良俗原则应有的内容，其实这样不仅仅是导致司法的混乱，更重要的是这种模糊的标准潜藏着以维护公序良俗之名而被滥用以致侵害意志自由的致命危险。

2、针对个案如何正确适用公序良俗原则

适用公序良俗原则是在穷尽规则的前提下，为了实现个案正义，法官进行自由裁量的表现。两个案例都是适用公序良俗原则处理“婚外恋”财产纠纷的代表，法官都无一例外的判决婚外同居者并不能获得实质性利益，以此捍卫合法婚姻的神圣地位，同时期待通过这样的判决震慑企图通过不道德性行为获得财产的现象，以此净化社会风气。可是，我们不得不清楚地认识到，产生“婚外恋”的行为系双方自愿发生的一种不道德、不被社会认可的行为。这个“错”字，婚外同居者与有配偶者各书其半。产生财产纠纷的原因也是多种多样的，或为了继续维持同居关系，或为了感谢同居者的付出，或为了终止同居关系等等。但是，实际判案中凡是涉及“婚外恋”的财产行为均属无效的审判态度，难免有适用公序良俗“一刀切”的嫌疑。需要肯定的是，对于合法婚姻中夫妻共同财产的保护是坚定不可动摇的，但当法院为维护合法婚姻稳定“挺身而出”适用“公序良俗”时，我们只看到的是所谓的“小三”对于合法婚姻的破坏，却看不到出轨的有配偶者的侥幸，更看不到“小三”的辛酸及合法权益。在前述案例中，张学英与李某都是所谓的“婚外情人”，她们都多少为“婚外恋”的行为付出了不同程度上的代价。然而，作为过错另一方的有配偶者却并没有付出代价，尤其是致人怀孕拒不支付补偿的张某，非但不用履行协议，甚至不用对自己的行为负责，没有任何教训的他是否会更加肆无忌惮？震慑住了张学英、李某，但是否会让“犯错”的有配偶者“改过自新”？法院、法官精心呵护的社会良好风气是否能真的得以留存？实难乐观预计。

二、公序良俗原则之民法考量

（一）公序良俗原则的必要性研究

1、公序良俗原则的概念

“公序良俗”包含了“公序”和“良俗”两个独立的概念，是指民事主体在进行民事活动时不得违反社会公共秩序和善良风俗。以“规则”为精髓的“公序”即“公共秩序”，其以外在的社会秩序为论述出发点。在任何一个社会里，必然有协调各个成员之间利益关系并被社会所认同的秩序存在，也就是公共秩序，这是一个社会最基本的价值所在。关于公共秩序的基本含义，黄茂荣先生认为“公共秩序强调某种起码秩序之规范性，是由现行法之具体规定及其基础原则制度所构成之‘规范秩序’”。史尚宽先生认为“公共秩序谓为国家社会之存在及其发展所必要的一般秩序，不独宪法所定之国家根本组织，而且个人之言论、出版、信仰、营业自由及至私有财产继承制度皆属于公共秩序”。梁慧星先生认为，“公共秩序的概念比法秩序概念的外延更宽，其未必是法律所规定的秩序，除现行法秩序之外，还应包括作为现行法秩序的基础的根本原则和根本理念等内容”。由此可见，对于这一问题各个时期与各国法学家都很难形成统一的认识，但其对于公共秩序的基本内涵的认识却是基本相同的，即指一国统治阶级为了维护国家、社会的生存发展所认可和主张的以法律形式表现出来的一切秩序，不仅包括现行法律明确规定的秩序，还指由作为现行法律基础的根本原则和根本理念所内涵的一切秩序。以“伦理”为精髓的“良俗”即“善良风俗”，其论述的出发点则是内在的道德观念，指的是特定社会条件下人们对一些问题的一般性、习惯性的认识。“善良风俗”中的“风俗”，作为一种历代相沿、积累而形成的风气和习俗，一经产生，便成为一种相对独立的力量，约束和调节社会的各种活动，影响和制约人们的心理、习惯与行为。关于善良风俗，有学者认为，“善良风俗指某一特定社会起码的伦理要求，它强调法律或社会秩序之‘伦理性’，从而应将这种伦理要求补充地予以规范化，禁止逾越”。黄茂荣先生认为，“善良风俗，谓为社会之存在及其公序良俗原则之民法考量发展所必要之一般道德，非指谓现在风俗中之善良者而言，而系谓道德律，即道德的人民意识”。由此可以看出，善良风俗是抽象于具体意义上的风俗，以道德为核心内涵，在一个国家或民族长期的历史发展过程中逐步形成的符合一定社会要求并为人们普遍接受的价值观念。它应当是在社会中居于主导地位的道德要求。并且不同的国家和民族的善良风俗有所区别，具有地域性。甚至随着时代的发展，不同时期对善良风俗的认知也有所变化，具有时代性。“公共秩序”与“善良风俗”二者合为一体，旨在共同协调法律秩序与道德秩序。

2、公序与良俗的关系

公共秩序与善良风俗共同构成了公序良俗原则。一方面，它们是两个不尽相同的独立概念。“公序”是从国家的角度定义的，是国家意志的直接体现，核心是规则，其以

定义外在社会秩序的形式为人们规划一种有序并且能够可持续发展的环境；而“良俗”是从社会的角度定义的，体现的是为国家认可的风俗习惯，是国家意志的间接反映，它的精髓在于伦理，其最终的落脚点是社会内部的道德观念，这一道德观念为社会大众普遍接受，违反它的行为将为损害社会一般利益进而使人们无法忍受。很多违背善良风俗的行为都是违背公共秩序的，公序和良俗还有着共同的价值存在性，就是都是为了社会的更加健全发展而设置的。故实践中，法官都是一概宣告案件违反了“公序良俗”，而不会刻意的去判断区分其行为究竟是违反了“公共秩序”，抑或“善良风俗”。由概念的解析可以看出，由“公共秩序”和“善良风俗”组成的公序良俗原则是现代民法一项重要的法律原则，在现代市场经济社会中，有维护国家和社会的一般利益及一般道德观念、平衡市民社会成员私人利益与国家和社会公共利益、实现市民社会的安全价值的重要功能，被誉为现代民法至高无上的基本原则。公序良俗原则作为概括性条款，实践着宪法上的基本人权，使不同位阶的法律秩序规范具体化，实现了宪法的价值理念，创造了法律的价值秩序。

（二）公序良俗原则于两大法系中的界定与研究

1、大陆法系中公序良俗原则的体现

大陆法系国家关于“公序良俗”的立法继承于罗马法的精神，通过规制法律行为的标的来实现公序良俗原则对社会生活的调控。

（1）德国民法关于“公序良俗”的规定

真正现代意义上的公序良俗原则是在德国民法典中得以确定的。该法典第138条规定，将乘人之危、显失公平归为违反善良风俗的情况，并认定由此发生的行为无效。同时第826条对于违反善良风俗的行为人的行为结果也有了进一步的规定。可见，此时以一般弹性条款的性质出现在《德国民法典》中的“善良风俗”已不再是一个口号性的例外规定了，而真正成为了法律原则出现于立法中。根据帝国最高法院对“善良风俗”的解释，“善良风俗”是“所有善良和合理思想的理智感觉”。

（2）日本以及我国台湾地区“民法”关于“公序良俗”的规定

尽管日本民法继受于德国民法，但是日本民法典并没有像德国民法典那样抛弃了公共秩序这一概念，而是在立法中使“公共秩序”和“善良风俗”均得以体现。《日本民法典》在第90条规定：“以违反公共秩序或善良风俗的事项作为标的的法律行为无效。”学者我妻荣先生对“公序良俗”如此定义，“公序是指国家社会一般的利益，良俗是指社会一般的道德观念。由于两者的界限模糊，将两者合而为一，称为社会妥当性”。

我国台湾地区受法国、日本民法立法体例的影响，也采用了公序良俗的概念。但其对公序良俗原则在民法层面的规定相对前面国家立法又有所继承与发展。一是将“公序良俗”作为适用民事习惯的依据和判断民事行为是否有效的标准。

（3）法国民法关于“公序良俗”的规定

法国民法典首次出现了关于“公序良俗”的规定，它将法国固有法中的“公共秩序”和继承于罗马法的“善良风俗”合称为“公序良俗”。该法典第6条规定：“当事人不得以特别约定违反有关公共秩序和善良风俗的法律。”第1131条规定：“如原因为法律所禁止，或原因违反善良风俗或公共秩序时，此种原因为不法的原因。”第1128条还规定：“得为契约标的者，以许可交易之物为限。”虽然它们都没有明确的确立公序良俗原则，但是在立法条文中都能读到关于“公序良俗”精神的探索。在理论上看，法国民法典中的“公共秩序”和“善良风俗”并无本质的不同，“善良风俗”是“公共秩序”的特殊组成部分。

2、英美法系中公序良俗原则的体现

公序良俗原则不是大陆法系特有的概念和制度，其在英美法系国家也被广泛研究与运用。由于注重实用主义，在英美法系相当于“公序良俗”这一概念的是“公共政策与道德原则”，一般适用于合同法领域。公共政策就其概念而言，它相对应的就是“公共秩序”，而“道德原则”即是善良风俗，所谓不道德的合同是指那些违反社会公认的普遍道德标准，因损害社会一般利益、破坏一般道德秩序而为人们不能容忍的合同。在 18 世纪以后，以公序良俗为理由而否定契约效力的判例大量涌现。在英国普通法中，对无效契约的判断区分为违反不法约定和违反公序良俗。前者是法律禁止的契约，是与普通法相抵触或违反法律规定的契约；后者则是指经法院考量与习惯法上公共利益或道德标准相抵触的契约，而此处正是在英国普通法中对于“公序良俗”的运用。由于来自英国的移民和同样的语言使得美国法中关于公序良俗的规定基本继承于英国普通法。但是，在美国契约法中，与公序良俗相对应的法律原则是公共政策原则，“公共政策”是一种根本性的体现着整个国家和社会的重大利益的政策。而其以“因公序良俗之理由而不得执行”取而代之前述的“不法约定”，意图以“公序良俗”这一弹性条款，广泛地约束有悖于“公序良俗”之契约。

三、我国现行法上公序良俗的制度设计及其必要性

（一）公序良俗原则的制度设计

《民法通则》第7条规定：“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益”。根据《民法通则》第58条的规定：“违反社会公共利益的民事行为无效”。此外，《民法通则》第150条规定：“依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的，不得违背中华人民共和国的社会公共利益”。《合同法》第7条规定：“当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。”《合同法》第 52条第 4 项规定，损害社会公共利益的合同无效。我国立法中频繁存在使用的“社会公德”、“社会公共利益”等概念被认为成相当于国外立法体例中的“公序良俗”，在性质和作用上与公序良俗原则相当，均可包含在公序良俗的概念范围中。

（二）公序良俗原则存在的必要性分析

如其他各国所面临的问题一样，我们在对公序良俗原则进行解释时，也必然要面对其内涵的不确定以及适用标准上的弹性。公序良俗原则如同一把双刃剑，一面可以填补现行法律规则的漏洞，实现个案的公平正义，另一面却可以成为恣意擅断的利器。

从婚姻法领域来看，在实践中，各级法院对于凡是涉及到因损害合法婚姻关系而产生的财产纠纷的处理方法通常都是，援引《民法通则》第7条以适用公序良俗原则对于合法婚姻之外的“婚外恋”行为予以否定，因此而产生的财产转移行为或意欲转移财产行为均属无效，以此来彰显对于善良风俗、良好风气的维护。然而，对于此种案例的常有发生，处理办法形成具体规则必将是必然趋势。2010年12月，最高人民法院出台了《婚姻法》司法解释征求意见稿，其中第二条规定，“有配偶者与他人同居，为解除同居关系约定了财产性补偿，一方要求支付该补偿或支付补偿后反悔主张返还的，人民法院不予支持；但合法婚姻当事人以侵犯夫妻共同财产权为由起诉主张返还的，人民法院应当受理并根据具体情况作出处理。”也即，有配偶者与他人建立婚外同居关系以后，约定了用财产补偿婚外同居一方，但是还没有支付，婚外同居一方向法院起诉要求补偿的，法院不予支持；但是如果补偿钱款已经支付，有配偶者又要求返还的，法院也不予支持；但如果该分手协议是在有配偶一方的配偶不知情的情形下签订且其配偶反对给补偿并起诉要求返还的，其已经支付的补偿款还是可以要回来的，因为其行为侵犯了配偶的夫妻共同财产权。最高院以此条表明了保护合法婚姻的态度，但仍引起了诸多争议，主要是该条被视为对于婚外同居的有配偶者的纵容，对于婚外同居另一方的全盘否定。既然称其为“补偿协议”，是否就应该考量协议的性质，是合理的补偿协议还是不合理的补偿协议，而不该全然否之。如果其本身构成受补偿的条件，那么应该不论是否有协议的存在都予以补偿；即使是不合理的协议，对于其中合理的内容也都应予以认可。例如，在前文所述的第二个案例中，李某与张某的协议中，关于流产费、营养费就具有其存在的合理性，不能一概否之，却让张某不需承担任何责任；还有一种情况，“小三”无过错时的利益得不到保护，即“被小三”的情况，所谓的“小三”并不知道对方有配偶，其本身也是受害者，而与有配偶者签订了补偿协议，法院却适用该条解释予以否定，必然难以实现公义。婚外恋”的问题争议毕竟太大，这类案件涉及“小三”利益、丈夫利益和妻子利益的三方平衡，也涉及道德和法律的界限等问题，无论如何规定，总会有一方不满意，加之，这类案件的司法实践尚不够丰富，各地法院在此类案件的问题上也没有形成统一认识。因此，最终定稿的婚姻法司法解释（三）对于此条内容予以了删除，这使得此类案件的处理依旧要与公序良俗原则的适用密不可分，也使得对于怎样合理在此类案件中适用公序良俗原则的讨论显得更加有必要。

四、公序良俗原则的司法适用

（一）公序良俗原则适用可能存在的危险

1、借助公序良俗原则规避法律规则的适用

在公序良俗原则的司法适用中，对于某类案件的处理，有具体民法规范的存在，法官不适用具体的民法规范而选择适用公序良俗原则；或虽没有具体民法规范存在，但能类推适用得出合理结论，而法官惰于运用类推适用等方法补充法律漏洞，直接适用公序良俗原则的现象就是借助公序良俗原则向一般条款逃避。事实上，立法者在立法之时就已经用明确的文字将作为抽象法律原则的“公序良俗”体现于具体的法条规定之上。之所以会允许存在公序良俗原则的个别适用，是由于法律的漏洞与个案的需要，但这并不意味着其可以任意、恣意被适用。有具体规范存在，却允许直接适用公序良俗原则而不适用具体规范的危害在于，将导致法律及法律解释方法权威性的降低，严重损害法律的尊严。同时，法官动辄适用公序良俗原则进行判案，实际上赋予法官无限的自由裁量权，是法官个人的判断代替法律的规定，从而导致公序良俗原则的滥用。

2、法官以道德标准代替公序良俗原则的适用

立法和实践对于公序良俗原则的认知都仅仅停留在抽象的概念上，而没有具体的规定，“它只是为法官提出一个方向，要他朝着这个方向进行裁判，至于在这个方向上法官到底可以走多远，则让法官自己去裁判。”这样的裁判将判断的标准与正义的实现都寄托在法官个人品格与素质之上，适用公序良俗原则的过程事实上就是法官发挥自由裁量的过程。

法律是最低限度的道德，法律和道德都是蕴含一定的社会价值，以维护和实现一定社会秩序和正义为使命的，而且有些道德也上升为法律，但是法律并不完全等同于道德。在法官适用公序良俗原则的裁判中，其判断标准很容易出现法官用个人的道德观或多数人的道德观来取代“公序良俗”，在裁判中推行自己个人或多数人的道德。然而，在民法中的违反公序良俗原则的行为，应当是指损害“公共秩序”和“善良风俗”的、为普遍大众不认可、不接受的行为。另外，法官的判断标准还可能将社会中较高的伦理道德观念替代法律中“公序良俗”的标准，违反公序良俗原则的行为是违背社会认知的道德最底线的行为。也就是说，公序良俗比道德的门槛要低的多，违反公序良俗原则的行为一定是不道德的行为，但是不道德的行为不一定是违反公序良俗原则的行为。

3、公序良俗的判断标准陈旧

随着社会的发展、时代的变迁，公序良俗原则的内容也应该随之发生变动，要坚持与时俱进的精神，及时更新公序良俗的内容，明晰其判断标准。再者，不同地区习俗观念上的巨大差异性也使得公序良俗的判断标准有所差异。且不说不同国家，仅在我们这样一个地域宽广、幅员辽阔、发展不平衡的多民族国家，不同民族、不同地区的人们生活观念、思维方式、风尚习俗的差异，就可能造成公序良俗的认知与判断有所不同。因此，不存在静止的公序良俗原则的判断标准，如同不存在完全静止的个体。

（二）公序良俗原则适用的路径

1、适用公序良俗原则的理论指导——确立原则

鉴于公序良俗原则的适用对私权的限制和适用后果的可能危害，法官在具体判案中，判断是否适用公序良俗原则、如何适用公序良俗原则时，必须遵循一定的原则，哪怕是对原则的适用，也应有相关适用原则指导。

（1）原则一 —— 适用公序良俗原则是为实现个案正义

对适用公序良俗原则限制私权的目的进行规制，适用公序良俗原则限制私权的目的应是为了实现个案公正。通常，法官对于法律规则的适用并不需要对法律自身的合法性和合理性进行审查便可直接运用，而公序良俗原则只能对法律规则的适用起辅助作用，充其量只是解释法律规则的资料或素材，间接地发挥法律规范的调整功能。但当法官适用的这些规则不足以完全调控现状的复杂性或当现时存在的法律规则模棱两可，而可能造成个案难以实现公正时，就为公序良俗原则的适用提供了可能性。换言之，实现个案正义是妥当适用公序良俗原则的一个必要条件，如果不是为了实现个案公正，法官当然不能直接适用公序良俗原则，但法官也不能任意以此为理由适用公序良俗原则。根据此原则，对于否定如今实务界对于“婚外恋”引致的财产纠纷一律以公序良俗原则“一刀切”的态度也找到了依据，个案的不同，决定了这样的“同一化”并不能实现真正的个案正义，是不符合公序良俗原则的适用原则的。

（2）原则二——适用公序良俗原则必须充分说理

对适用公序良俗原则的司法过程的规制。要在司法实务中适用法律原则，必须经过充分说理和论证。公序良俗原则作为一项法律原则，应当发挥的是统领立法精神、弥补立法缺陷的功用。它的适用，始终处在被动、消极的为具体规则提供解释基础的补充地位，不能径直援引充当裁判的依据。只有当法律存有漏洞、需要实现个案正义时，法官才可能求助于公序良俗原则，并要经过充分的解释，即向当事人及社会共同体论证其依公序良俗原则所作出的判决结果符合社会的一般利益和人们的一般道德要求，将其由抽象变为相对具体。而这个充分的解释过程就是“法律原则的具体化”或者说“法律的续造”过程。为了避免公序良俗原则的适用脱离法律轨道，而沦为空洞的道德说教，这个充分解释、说理的过程，对于法官适用法律原则显得非常必要并且相当重要。根据此原则，曾经作为“公序良俗第一案”的案例一“张学英诉蒋伦芳案”之所以会一直被实务界、理论界反复争议、反复诟病就不难理解了，法院的判决都仅说是违反了公序良俗原则，仅此而已。实际上，很多反对者批评、指责的声音并不是针对法院在这个裁判中适用了公序良俗原则，而是因为法院未经任何充分的解释和说理的过程，就直接将其援用充当裁判的依据，令人茫然万分。

2、适用公序良俗原则的具体路径

王泽鉴先生有言道：“就概括条款或不确定法律概念加以具体化、类型化对法律适用的安定性及法律的进步与发展，助益甚巨，实为民法学研究的重大课题。”公序良俗原则概念的模糊性使得其适用存在着诸多危险，前文也有讲述。为了避免这些危险的出

现，也为了进一步规范公序良俗原则的司法适用，近些年来，有很多学者都在试图通过“类型化”来对“公序良俗”进行考察，通过将其具体范围和种类进行列举，而使其内容获得相对明确性。在日本，我妻荣先生曾经将违反公序良俗原则的行为类型概括为七种类型，即：违反人伦的行为、违反正义观念之行为、乘他人穷迫、无经验获取不正当利益的行为、极度限制个人自由的行为、限制营业自由的行为、处分生存基础财产的行为和显著的射幸行为等。在德国，梅迪库斯先生将违反公序良俗原则的行为总结为以下几种类型：违反基本人权；违反职业身份或职业道德；违反社会伦理；滥用权利或明显损害他人利益的行为；以及严重束缚债务人的行为等。并且，德国的学理和判例还发展了其他案例，如助逃合同、环境污染的滥用救济、诱使他人违约等。在我国台湾地区，史尚宽先生则将违反公序良俗原则的行为类型概括为五种类型：有反于人伦者、违反正义之观念者、剥夺或极端限制个人之自由者、侥幸行为以及违反现代社会制度或妨害公共团体之政治作用等。

对于违反“公序良俗”的行为进行“类型化”的方式并不能使得公序良俗原则的适用一劳永逸。由于具体表述的滞后性，使得对于违反公序良俗原则的行为类型化被认为成犹如杂货店的货物，杂乱无章且需要不断的堆砌，不断的更新，而始终不能满足全部需求。有些归纳甚至随着时间的推移与时代的变迁，已失去了当时存在的意义。但是，面对公序良俗原则适用完全无序和当前法官素质参差不齐的现状，对违反公序良俗原则的行为提出类型化的规制不失为一个“缓兵之计”，这对公序良俗原则的适用形成气候也有着明显的导向作用。

本文以梁慧星先生的十个类型为标准，探究公序良俗原则的具体适用问题。为丰富公序良俗的概念内容，向司法裁判提供标准，严格限定其适用，梁慧星先生参考国外判例学说，对违反公序良俗的行为进行了类型化划分，具体包括：（1）危害国家公共秩序的行为，如将从事犯罪或者帮助犯罪的行为作为内容的合同，以及规避课税的合同；（2）危害家庭关系的行为，如约定断绝亲子关系的合同等；（3）违反性道德的行为，如对婚外同居人所作出的赠与和遗赠的合同等；（4）非法射幸，如赌博合同；（5）违反人格或者人格尊严的行为，如以债务人的人身为抵押的约定、规定企业有权对顾客或雇员搜身检查的标准合同条款；（6）限制经济自由的行为，如限制职业自由的条款；（7）违反公平竞争的行为，如拍卖或招标中的串通行为、以贿赂方法诱使对方的雇员或代理人与自己订立的合同等；（8）违反消费者保护的行为，如利用欺诈性的交易方法致消费者重大损害等；（9）违反劳动者保护的行为，如规定“工伤概不负责”的合同，以及规定女雇员一旦结婚立即辞退的合同；（10）暴利行为。

（三）案例分析

对于本文所提到的案例，根据类型化理论，梁慧星先生将其归类为违反公序良俗原则的行为中“违反性道德行为类型”，即：对婚外同居人所作之赠与或遗赠和以同居为

条件之财产移转。为此，笔者有如下思考，将对婚外同居人所作的一切赠与行为均划为违反公序良俗原则的行为，是否有些全然武断，而难以实现个案正义？

回归到本文最初的两个案例再来分析公序良俗原则在这类案件中的适用。

案例一：

我认为黄永彬的遗嘱有效，应将其所能处分的财产按遗嘱遗赠给张学英。要明确的是，判断是否违反公序良俗原则所针对的对象是法律行为，而不是婚外同居行为。虽然法院的判决迎合了公众的期盼，但我对此仍有三点质疑：一是法院违反了特殊法优于一般法的法理以及规则优先于原则适用的立法规定；二是法院侵害了死者的意思自治；三是死者的遗赠行为并未违背公序良俗。在情理上，本案中有事实需要清楚，黄永彬在世时与妻子感情一向不好，且在肝癌晚期，妻子未出面照料，而身为小三的张学英却悉心照料，感动了黄永彬，才公证了遗嘱，这是死者真实的意思表达；在法理上，遗赠是单方民事法律行为，除非违反法律的强制性的规定，遗赠人可以将自己的遗产赠与法定继承人之外的任何人，这是私法意思自治原则的体现。“小三”仅是社会上对一类人的称呼，并不证明否定其民事主体的地位，既承认为合法的民事主体，当然有权接受遗赠。这是私法上平等原则的体现。虽然婚外同居行为是不道德的行为，但遗嘱的有效与否，不是看其同居行为，而应该是死者真实的意思表示。肯定有许多人要反对，认为不能将遗产判给小三，其理由是黄有彬处理财产不应损害合法继承人的权益，不得违反社会公德，不得违背公序良俗，而黄永彬的这种遗赠行为是在公然婚外同居之后作出的，是对合法婚姻关系的一种挑战。但我认为，不应用道德标准代替法律评价，法院应远离道德，如果在司法中以德入法，很容易导致法官以个人的道德观念取代法律，在本案中，被继承人将财产遗赠给其情人即使在道德上可予谴责，但在法律上并无不当。即使在情理上，试想一下，做为一个有感情的人，想把自己的财产赠与给自己最想给的人，法律却硬生生的将财产判给了一个自己不想给的人，内心该是多么悲凉。

案例二：

我认为张某和李某的协议行为是有效的。首先就这个协议的形式要件、实质要件而论，它应该当然生成效力的。二人的协议不仅形式合法，并且从实质上而言，虽是“情人”，但也是一个人，是一个独立的民事主体，拥有合法的民事权利，在该案中李某的权益事实上受到了较大的损害，有可补偿之处；其次，就表意人张某的动机来看，二人签订补偿协议是出于终止同居关系，具有可尊重之处，应尊重其当时的意思自治，更应对婚外同居者的回归道德有所肯定。由此，对于这两个案例的合理解决，法官都应在现有的法律规则的基础上，结合个案的实际情况而寻求处理方向，都不该如此轻易“搬出”公序良俗原则而不经详细说理直接运用。同时，要牢记的是，法官捍卫的是法律的秩序，而不能因此以个人的道德观为标准成为了社会道德的捍卫者，法律是道德的底线，它并不能解决所有的道德问题，在法律的价值世界里，除了普遍道德的维护，还有私权的尊

重。

笔者反对对于“婚外恋”引致的财产纠纷均予以否认的“一刀切”的态度，王泽鉴先生书上所载1980年台上安第2505号判决：“以相奸行为做为契约之标的，系以金钱给付维持不正当关系，属违背公序良俗；为断绝不正当关系，约定给付金钱，即无违背公序良俗可言”。我认为实践中，应采纳此种标准，更好的实现个案正义，也更好的维护社会的公平与正义。

五、结语

对于公序良俗原则的司法适用，不是单一条件便可铸成的，不仅要遵循适用的原则，结合案情考量动机，还要仔细筛选现时存在的能被称得上“公序良俗”的道德准则，更要参考各国对于违反公序良俗类型化的分类，其实，这些都是对法官进行自由裁量的考验。笔者反对对于“婚外恋”引致的财产纠纷均予以否认的“一刀切”的态度。由于个案的不同，这样的做法并不能真正实现适用公序良俗所追求的个案正义，有时甚至会以维护婚姻家庭秩序和良好风俗的名义妨害到私人自治对形成私法秩序的原动力的作用，造成对社会秩序的严重破坏。衡量法律行为是否违反公序良俗需要结合实际案情综合考量，法官捍卫的是法律的秩序，而不能因此以个人的道德观为标准成为了社会道德的捍卫者，法律是道德的底线，它并不能解决所有的道德问题，在法律的价值世界里，除了普遍道德的维护，还有对私权的尊重。

公序良俗”的思想精髓就在于：社会对于存在于其之中的个体，拥有至高无上的地位，在社会活动中，个体的需求必须为社会的要求而让步，同时，个体的发展也必须遵守构成该社会基础的某些规则。在现代私法中，关于公序良俗原则的适用讨论仍在继续，需要讨论、需要解决的问题还有很多，诸如违反公序良俗的行为类型化的限制性、公序良俗标准界定的模糊性等等，由于才疏学浅，这些都是笔者尚不能探讨透彻的。人们的利益需求，思想观念都随着社会的不断发展而不停地发生变化，所以要在不断变动的社会现实中确定公序良俗的内容并做到正确的司法适用，更好地维护社会的公平和正义。

作者单位：安徽张勇律师事务所

参考文献：

[1]王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社，2001 年。

[2]史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社，2000 年版。

[3]王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社，2001 年版。

[4]黄茂荣：《民法总论》，北京：中国政法大学出版社，2001 年版。

[5]梁慧星：《市场经济与公序良俗原则》，《中国社会科学院研究生学报》，1993 年，第 6 期。

[6]梁慧星：《诚实信用原则与漏洞补充》，梁慧星主编：《民商法论丛》第 2 卷，法律出版社 1994年版。

[7]赵万一、吴晓锋：《契约自由与公序良俗》，《现代法学》2003 年第 3 期。

[8]李海燕：《也谈契约自由与公序良俗》，《法制与经济》，2008 年第 6 期。

[9]易军:《论私法上公序良俗条款的基本功能》,《比较法研究》, 2006 年第 5 期。

[10]李建华、许中缘:《论私法自治与我国民法典》,《法制与社会发展》, 2003 年第 3 期。

[11]余延满、冉克平：“《公序良俗对宪法权利的保护——以宪法实施的私法化为视角》，《时代法学》，2006 年第 2 期。

[12]胡玉鸿:《公序良俗与司法活动——诉讼过程的动态分析之二》,《政法论坛》, 2002 年第 4期。

[13]李霞：《公序良俗原则及其适用的法哲学阐释》，《山东社会科学》，2008 年第 5 期。

青年律师与公益法律服务

——以安徽省为例

高海峰

【摘　要】青年律师是当下和未来社会主义法制建设事业的践行者和中流砥柱，如何让广大的青年律师投入到公益法律服务事业去实现相应的社会价值，是律师行业需要重视的恒久性课题。本文以安徽省内的青年律师参与公益法律服务事业为例，剖析相关本质问题并提出合理和可行性建议，供律师同仁及律师行业自律组织和主管行政机关参考。

【关键词】青年律师 公益法律服务 安徽省　建议

一、青年律师与公益法律服务的概念

青年律师，通俗理解应当是青年人从事律师职业，所以叫青年律师。目前我国大陆地区对于“青年律师”尚无明确具体的认定标准，一般实践中对青年律师的概念有两种理解：一是以年龄层次进行划分，多指35周岁以下的青年执业律师，如安徽省律师协会于2014年发布的《关于招募安徽省律师协会青年律师人才库成员的通知》和上海市律师协会于2007年发布的《上海市律协关于建立青年律师人才库的通知》等文件均规定，加入青年人才库的律师年龄要求为35周岁以下[1]；二是不以年龄为限，是以从事律师执业的年限作为划分依据，笔者认为刚从事律师工作不满十年的执业律师可依据此划分依据而认定为青年律师。本文所指青年律师的范围界定为前者，即年纪为35周岁以下的青年执业律师，笔者亦是省内律师队伍中这个青年群体中的一员。

公益法律服务，顾名思义应当是公益性质的法律服务事业，公益法律服务是指包括执业律师在内的广大法律服务工作者，为了法律的公平正义实施和社会公共利益，无偿地为社会弱势群体提供不以市场化计费的法律服务，帮助他们依法维护自身的合法权益，在社会上营造良好的社会公共文明与法律秩序的公益法律服务活动事业。公益法律服务实质上是法律秩序与道德秩序长久建构的表现方式之一。

二、公益法律服务与其它社会公益活动的区别

公益活动是指一定的组织或个人向社会捐赠财物，时间，精力和知识等服务社会公共利益的非盈利性活动。公益活动的范围包括公益法律服务在内的社区服务，经济帮助，

环境保护，特殊事由的紧急救助和大学生公益服务等等。日常生活中在我们合肥市所能够普遍接触到的公益活动，一般为在肥高校大学生公益志愿者服务和大型医院的社区义务诊疗服务及民间公益组织（如合肥市蓝天救援队）的紧急救助活动等等。上述种种的公益活动与公益法律服务均具有公益性和非盈利性的共性特征，但在表现形式上具有明显的区别，具体表现在以下几个方面：第一，公益法律服务是法律服务工作者以法律服务这一智力成果为广大社会弱势群体提供公益宗旨和非盈利性的法律专业；其它的社会公益活动均以特定的载体来体现公益活动目的，如经济救助和环境保护等。第二，公益法律服务以包括执业律师为主在内的广大法律服务工作者参与实施；其它的社会公益活动均以特定的参与人群来参与实施相应的公益活动，如高校学生以在校大学生身份参与公益普法服务和大型医院的医护人员以医务工作者进社区义务诊疗服务及民间公益组织（如合肥市蓝天救援队队员以志愿者身份义务打捞溺水者遗体）的特定紧急救助活动等。[2]第三，社会效果不同，公益法律服务的社会引导和学法用法效果不一定能够立竿见影，相反，有的公益法律服务需要漫长的时间去实现她的价值建构；而个别的公益活动实施后的效果可能立竿见影，如民间公益组织义务打捞溺水者遗体等公益活动。公益法律服务与其它社会公益活动无论有什么样的区别和联系，但公益法律服务的特定化价值是其它任何社会公益活动都无法替代和比拟的。

三、安徽省公益法律服务的现状与分类

根据安徽省律师协会今年最新的数据显示，截至2017年4月，全省有律师事务所729家，其中合伙所579家，国资所11家，个人所139家。全省有执业律师8809人，其中专职律师7898人，兼职律师399人，公职律师321人，公司律师9人，法律援助律师182人。[3]上述执业律师人数中，35周岁以下的青年律师占有较大的比重，尤其是近年来大学才毕业即加入律师队伍的应届毕业生人数持续增长，在人数和专业知识上充实和扩大了我省律师队伍的发展壮大。近年来，全省律师队伍通过以下多种途径参与和践行公益法律服务事业：

第一、律师进社区活动。自2012年起至2017年，是安徽省全省推广“律师进社区”工作的第六年。广大执业律师，尤其是青年律师在基层通过法律专业知识零距离服务有关基层组织和社会弱势群体群众，让群众遇到各类法律难题足不出社区就能能便利地通过咨询执业律师这一法律途径维护自己的权益。笔者目前执业的安徽皋陶律师事务所在省级行业主管部门发文后，即根据市级行业主管部门的要求派驻执业律师和实习律师就近与街道办事处和社区签订律师进社区协议，按照“一社区一律所”原则，就近安排律所与六安市中市街道下属的社区结对子，签订合作协议，以社区为平台建立便民服务站，在执业经验丰富的主任级律师的指导下指派青年执业律师和实习律师定期进驻社区，开展相关服务。服务内容除了开展法制宣传，协助街道、社居委开展法律事务工作外，还要采取和法律援助中心类似的值班制度等方式，解答群众法律咨询。对于法律援助申请

条件的困难群众，代为申请法律援助，依法承办法律援助案件。积极参与涉法涉诉纠纷调处，引导当事人依法正确表达利益诉求。协助基层政府机关和群众自治性组织进行管理和服务，协助修订、完善社区规章制度，为社区事务提供法律咨询意见。依法为不符合法律援助条件的居民和单位提供诉讼代理或非诉讼法律服务。协助司法所、社居委开展社区矫正、安置帮教工作等等。这种非盈利性质的律师进社区活动，无疑就是公益法律服务的重要表现方式之一，并且在协调法律问题和社会网格化管理工作中起到非常关键的维护社区稳定的法律机制引导作用。

第二、相关特定主题的公益法律服务活动。全省律师队伍一如历年的继续深入开展学雷锋服务月、农民工维权服务月、妇女维权月、消费者维权月等公益法律服务活动，并在“三八”妇女节、“3•15”国际消费者权益日、“五一”劳动节、国家宪法日等重要节日，有关律所均会合理安排三十五周岁以下的青年律师在执业年限较久的老律师带领下，集中在人员密集的公共场所开展相关主题的免费法律咨询服务，如笔者曾经参与学雷锋服务月等系列公益法律服务活动，努力维护上述社会各界群众的合法权益。

第三、创新公益法律服务载体。我省律师队伍在近年来参与省广播电视台法治时空维权律师团等已有公益服务平台的同时，积极创新公益法律服务的载体，协调发起设立相关总工会帮扶志愿团（如六安市总工会公益律师团和正在发起成立的六安市媒体公益普法律师团等）、消费者协会维权律师团、新安律师团等公益法律服务团体。公益法律服务团体认真开展法治宣传、普法讲座等公益法律服务工作，在化解社会矛盾、宣传法律知识、培养广大群众法律意识、引导弱势群体依法理性维权及构建和谐社会等方面起到了积极作用。

第四、安徽省直刑事法律援助辩护律师团。我省省直刑事法律援助辩护律师团自2016年成立，为进一步充实该公益性质辩护团的新生力量，今年上半年，安徽省法律援助中心与安徽省律师协会共同发起的“安徽省直刑事法律援助辩护律师团”第二次招募工作。根据《安徽省直刑事法律援助辩护律师团第二次招募公告》规定的程序和条件，要求报名律师的执业年限为三年以上且近五年办理过5件以上刑事案件，综合办案经历和专业需求等因素，省法律援助中心与省律师协会秘书处共同研究确定248名律师为“安徽省直刑事法律援助辩护律师团”成员，其中合肥地区149人，其他地市99人。[4]上述公益刑事辩护律师中，本文所定义的35周岁以下的青年执业律师占有一定的比重，他们认真承办安徽省高级人民法院通知和指定辩护的法律援助案件，积极参与法律咨询、法制宣传等工作，在保障弱势群体和特殊人群合法权益、维护社会公平正义与和谐稳定方面发挥了重要作用，为安徽省各级法律援助机构开展公益性质的刑事法律援助工作创新和积累了宝贵的公益工作经验。

第五、公益律师参与涉诉信访案件。2016年，安徽省高院、省司法厅联合出台《关于律师参与化解和代理涉诉信访案件工作实施办法（试行）》规定，对于当事人不服生

效裁判，向人民法院提出申诉（申请再审）或其申诉（申请再审）被驳回后再次信访的涉诉信访案件，可向律协提出申请，由律师参与化解和代理。律师参与化解和代理涉诉信访案件，应当遵循自愿平等、依法据理、实事求是、无偿公益的原则。上述规定明确了律师参与信访类案件处理的原则和精神是“无偿公益”，侧面说明律师队伍处理此类矛盾纠纷的行为属于公益法律服务的组成部分。上述公益律师接访后，会根据客观案情而做出不同的处理方式，分别为以下几点：认为生效裁判认定事实清楚、适用法律正确的，应当向当事人做好法律释明和服判息诉工作；认为生效裁判存在瑕疵，但不足以引起改判的，应当向当事人说明客观情况，必要时向人民法院提出书面补正建议；认为生效裁判确实存在问题，可能引起改判的，应当告知当事人可以委托律师代理申诉；认为案件疑难复杂，不能当场解答的，可以与当事人预约另行处理。省级司法机关和律师行业主管部门联合出台上述律师参与信访工作的文件，是践行司法部和国家信访局在本年度共同发布的《关于深入开展律师参与信访工作的意见》和较早前安徽省委办公厅、省政府办公厅《关于进一步加强基层信访工作的意见》（皖办发〔2002〕19号）及安徽省司法厅、中共安徽省委、安徽省人民政府信访局《关于律师参与政府信访工作的通知》等系列律师参与信访工作的文件精神和规定，有利于充分发挥律师职业和专业优势和倡导中间第三方作用，引导信访群众通过法定程序表达合理合法诉求，并依靠法律手段解决矛盾纠纷、运用法律武器维护群众自身合法权益的作用。笔者认为律师队伍遵循“无偿公益”的原则参与此类信访案件处理，正是律师参与公益法律服务事业的一个缩影。

第六、律所自行成立公益法律服务机构及律师以个人身份参与公益法律服务活动。部分律所和律师个人通过自行参与消费者协会等志愿者活动和举办公益法律服务组织等其它公益事业活动，从专业上推动公益法律服务事业的发展，如安徽徽商律师事务所报经省级行业主管部门许可并经核准登记，发起成立了民办非企业单位的“安徽致诚公益法律援助与研究中心”；安徽昊华律师事务所出资设立的一家由安徽省司法厅和民政厅共同主管的专门从事法律援助业务的民办非企业单位“安徽惠民法律援助维权中心”，下设安徽大学法学院工作站和金寨工作站；[5]上述公益法律服务机构均是为了推动律师参与法律援助事业与公益法领域研究发展、维护弱势群体合法权益的目的而设立。上述中心向未成年人、农民工、残疾人、老年人、妇女等社会弱势群体提供法律咨询、法律援助，开展传统型纠纷法律援助事务，与政府、企业、学校、其他社会组织开展跨界合作、维护弱势群体合法权益。律所自行成立有别于国家财政保障经费法律援助的公益法律服务机构，此种举措给律师行业如何有效服务社会公益事业带来了新的启示。

第七、高等院校公益法律服务机构。安徽大学法学院在龙河校区安排专门的办公地点设立安徽大学劳动法律诊所。“安徽大学劳动法律援助项目”是安徽大学法学院劳动法教学实践项目，该项目专门针对法律意识淡薄的基层劳动者尤其是外来务工人员提供免费法律服务。该项目在安徽大学法学院李坤刚老师的指导下，通过兼职律师和青年律

师和在读法律硕士生和本科生，向劳动者提供劳动法律咨询 法律文书撰写和免费劳动纠纷代理等公益法律服务。高校教师和兼职律师及青年律师无偿为农民工引导依法维权，促进了农民工这一特殊群体学法用法的法制意识，在合肥市的农民工领域及安徽省内获得了非常好的社会效果和法律效果。

以上即是安徽省内律师行业从事公益法律服务事业的一个个缩影。在上述公益法律服务活动中，青年律师占有非常大的比重。全省律师应当利用自身专业资源积极开展各类法律咨询、普法宣传、法律援助、公益法研究等各类公益活动，努力推动和充实我们安徽省和中国内地公益法律制度的研究与法律援助事业的发展。

四、安徽省公益法律服务的不足与建议

不可否认，省内各类公益法律服务事业正在不断地创新和发展，但是笔者认为存在以下的不足，并给予一定的拙见：

第一、公益法律服务事业财务保障问题。公益法律服务事业在当下的阶段均存在一定程度上的经费困难。古人就古代战事云“兵马未动，粮草先行”，说明古人充分认识物质基础的重要性；同理，公益法律服务也需要一定的经济基础予以支持。在上述篇幅中说明的一系列各类公益法律服务中，有徽商律师事务所自筹经费从事公益法律服务事业，也有香港乐施会在经济层面支持的安徽大学劳动法律援助项目，亦有律师个人垫付相关费用予以支持公益法律服务活动。但是此类经济层面的支持及律师个人的热情相对于需要获得公益法律服务的群体来说，仅仅是杯水车薪，笔者建议可以考虑以政府购买公共服务的形式，把公益法律服务事业的经费问题纳入到公共服务领域，通过财政补贴形式支持公益法律服务事业和建立健全公益法律服务事业的财务制度，既在经济层面支持了我省新生的公益法律服务事业，又免去了公益法律服务事业参与者，尤其是广大青年律师在经济生活层面上的后顾之忧，使其可以安心踏实的专心投入到公益法律服务事业中。同时鼓励有一定经济实力的相关企事业单位设立公益法律服务专项基金会或与相关公益法律服务机构建立结对子的合作关系，如建设领域企业设立专项农民工公益法律服务基金，在发生工伤事故等法律问题时，积极寻求公益法律服务机构中的青年律师秉承公平公益的原则，给予相关当事人一定的无偿法律帮扶化解法律纠纷等。通过经济层面给予公益法律服务事业支持和帮扶，使公益法律服务事业这一特殊载体能够发挥更加优势的作用教育和引导广大基层群众学法用法守法。

第二、青年律师参与公益法律服务制度建构。本文定义的青年律师，系年纪为35周岁以下的青年执业律师，这个群体在我省中的数量相对比较庞大并且在数量上不断的发展之中。青年律师有冲劲，有强烈的学习和想实现个人价值的欲望，都想在法律服务领域崭露头角。但是青年律师大多数均是年纪均较轻和从小养尊处优的独生子女，司法实务活动实践相对于老律师来说也均不充足，对于社会生活也缺乏一定的经验和阅历。正因为律师行业是一个需要不断继续学习的职业，对于如何有效和高质量的参与到公益法

律服务活动中来，需要我们深思，因为再好的项目，最重要的实施环节不仅仅是经济层面，也在于“人”，“人”才是最重要的参与者，也是最为重要和关键的环节之一，而公益法律服务中的青年律师参与者更是如此。笔者建议可以由省级律师协会协调鼓励青年律师打破传统思维，在做好本职工作的前提基础之上加入到相关特定的公益法律服务机构中，鼓励执业时间较久和工作经验丰富的老律师及其它市县区有关律师事务所参与和加入到公益法律服务事业中，并建议省级律师协会协调有关政府部门和具有丰富经验的公益法律服务实务工作者安排专场的公益法律服务活动培训，把公益法律服务专业培训纳入到青年律师年度的培训计划和成长计划中，让我们广大的青年律师可以学习到更新鲜更系统更具有国际化的专项公益法律服务知识并且运用到相关的专项服务中去。同时建议我省律师行业主管部门和行业协会及社会各界在发起成立公益法律服务团体时，可以对律师执业年限五年的要求给予放宽，笔者认为三年比较适宜，这样有利于广大执业三年以上和时间相对老律师充裕的青年律师投入到公益法律服务事业中，对公益法律服务事业的人才培养起到衔接和桥梁的作用。

第三、立足本职扩大公益法律服务事业宣传事务。公益法律服务事业有别于一般的法律援助，目前我省合肥市和六安市等地级市均在公共场所发布了“法律援助”等专项广告，而公益法律服务事业的广告在我省均未有单独的广告予以发布，仅仅有相关的未成年人保护等公益法律服务活动在有关媒体中给予报道，这种信息的不对称性使得广大人民群众对于公益法律服务事业在认知上存在不足，不利于公益法律服务事业的有效开展，也不利于部分公益法律服务机构依法募集和接收赞助资金。笔者建议省级行业主管部门可协调其他有关部门，将青年公益律师纳入到相关的扶贫队伍中，就特定地区的困难群众所存在的法律问题给予专业层面的帮扶，同时可以通过青年律师开展公益法律服务时，选择优秀和具有一定法制教育意义的案例，制作成新闻素材或公益广告，使得真正需要公益法律服务帮助的广大困难群体了解并谋求公益法律服务项目的帮助，有利于防范和化解相关的法律纠纷。

综上所述，我省的公益法律事业正在朝气蓬勃的发展，青年律师队伍也在不断的发展壮大，三十五周岁以下的青年律师一定是当下和未来公益法律服务事业的主要践行者。可喜的是，安徽省级律师行业协会根据《中共安徽省律师协会党委关于制定全省律师协会工作“十三五”规划的建议》（皖律党〔2016〕1号），制定了《安徽律师行业“十三五”发展规划纲要》，明确提出从事公益性法律服务的经费保障机制，采用政府购买和财政补贴等多种方式，对律师从事公益性法律服务进行补贴，为律师行业参与公益法律服务事业的持续健康发展提供政策支撑。笔者认为公益法律服务事业在未来一定是维护社会和谐稳定和公民参与法制建设的重要组成部分，具有巨大的社会作用和能够取得良好的法律效果。希望本文能够抛砖引玉，给予省级律师主管部门和行业协会及广大公益法律服务事业参与者一丝提示。

作者单位：安徽皋陶律师事务所

参考文献：

[1] 安徽省律师协会:《关于招募安徽省律师协会青年律师人才库成员的通知》2014年；上海市律师协会于2007年发布的《市律协关于建立青年律师人才库的通知》 2007年。

[2] 合肥市蓝天救援队微信公众号-合肥蓝天救援队简介 2016-05-25。

[3] 安徽省律师协会《安徽律师行业改革发展情况介绍》 2017-05-21。

[4] 安徽省律师协会和安徽省法律援助中心《安徽省直刑事法律援助辩护律师团招录公示》。

[5] 安徽致诚公益法律援助与研究中心和安徽惠民法律援助维权中心官方网站。

行政诉讼案件数量影响因素的大数据分析

黄　卉

【摘　要】为分析行政诉讼案件数量影响因素及影响力大小，笔者收集了1989-2014年行政诉讼案件收案数据、2015年全国和安徽省人口、GDP数据，并对裁判文书网中公开的100余万份行政诉讼裁判文书进行了分类统计；通过行政诉讼案件数量变化情况，分区域分布情况，与人口、GDP排名情况的比对进行全国数据和全省数据的比对，发现：在司法实践、人口、GDP、城镇化率、人均GDP等5项因素中，按影响力大小排列依次是司法实践、人口、GDP、城镇化率、人均GDP。将研究成果应用于宣城得出结论：宣城的行政诉讼裁判文书数据排名高于其人口排名或GDP排名，行政诉讼立案难的问题并不突出，但宣城行政诉讼当事人委托律师的比例不高，行政诉讼法律服务市场有待进一步培育和挖掘。

【关键词】行政诉讼 案件数量 影响因素 大数据

一、研究背景及方法说明

行政诉讼是一种最为公正、有效的监督行政方式，它对于保护公民、法人和其他组织的合法权益，维护和监督行政机关及其工作人员依法行使行政职权具有巨大的意义和作用，充分发挥行政诉讼在解决行政纠纷中的作用意义重大。对行政诉讼案件数据的影响因素和影响大小进行分析，有利于了解行政诉讼状况，判断行政相对人的诉权是否得到有效保护，对发挥行政诉讼在处理行政纠纷、化解社会矛盾的作用有着重要意义。

为此，笔者结合自身经验，从1989年以来行政诉讼案件数量变化情况入手，分析司法实践对行政诉讼案件数量的影响，通过各省市区行政诉讼案件数量排名与其人口排名、GDP排名的对比，分析人口、GDP等指标对行政诉讼案件数量的影响；再缩小比对范围，减少司法实践对行政诉讼案件数量的影响，进一步分析人口、GDP等指标的影响，进而判断司法实践对行政诉讼案件数量的影响力大小。最后将研究结果运用到宣城本地数据的分析，判断宣城市行政诉讼状况和存在的问题，为进一步提升宣城市依法行政水平建言献策提供参考。

二、数据来源及说明

1、1989年-2014年行政诉讼案件收案数量除另有说明外，数据均来源于《中国法律年鉴1989-2012》、《中国法律年鉴2001-2015》；

2、所有行政裁判文书数据均来源于中国裁判文书网的查询结果，查询日期为2017年6月26日，相关统计口径均同中国裁判文书网，统计数据为查询显示结果，并进行了二次查询进行验证，但仍不排除中国裁判文书网数据问题使得统计数据不准确的可能；同时各地落实裁判文书公开的力度不同，也对裁判文书数据存在一定影响，所有分析均未考虑该因素；

3、裁判文书数据中未明确年份的，系2017年6月26日在裁判文书网按条件查询的全部结果；载明年份的，加入了裁判年份这一筛选条件；

4、全国人口数据和GDP数据来源于《中国统计年鉴2016》，安徽人口数据和GDP数据来源于《安徽统计年鉴2016》。

三、统计数据及分析

（一）总体情况

1、1989-2014年行政诉讼一审收案数量分析

通过对全国各级法院收案数据进行整理，可以发现：随着社会经济的快速发展，诉讼在化解社会矛盾中的重要作用日益显现，一审总收案量增长迅猛。从 1989 年的2913515件增到 2014 年的 9184000 件，增幅达215%，虽然民事诉讼、刑事诉讼一审案件数量增幅都很大，但行政诉讼一审案件数量增幅更大，达到了1402%，人们通过诉讼解决行政纠纷的意识明显增强。但同时也应当看到，行政诉讼案件比重依然较低，1989-2014年行政诉讼一审案件总量占比平均仅为1.55%，历年占比平均数仅为1.46%，与行政纠纷爆炸性增长的现实不符，行政诉讼在处理行政纠纷、化解社会矛盾中的作用仍有待进一步挖掘。

表1：1989-2014 年全国法院审理一审案件数量统计表（单位 ：件 %）

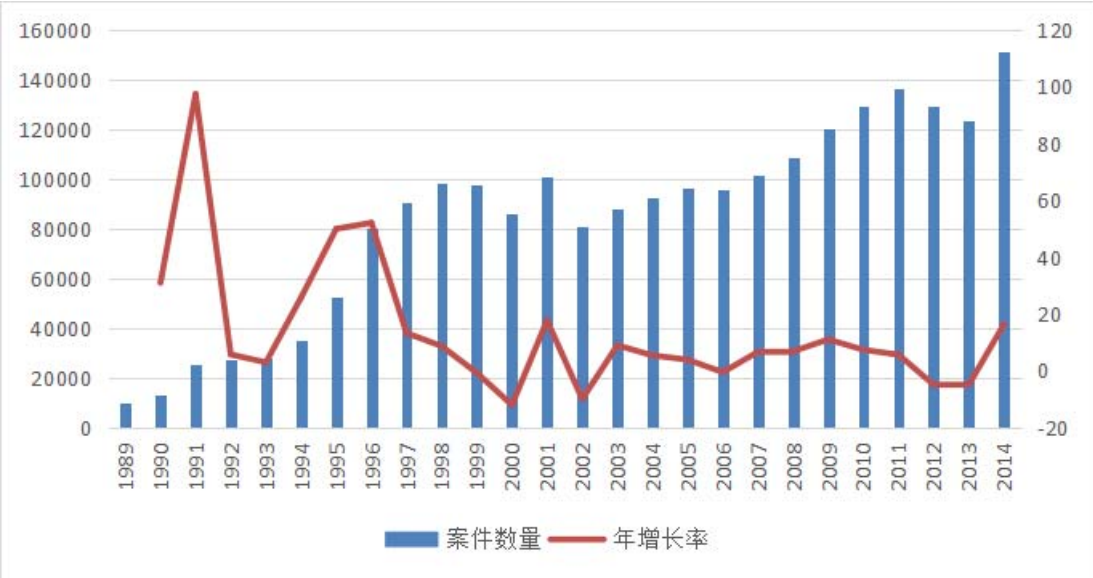
年份	总收案量	民事一审			刑事一审			行政一审		
		案件数量	年增长率	占比	案件数量	年增长率	占比	案件数量	年增长率	占比
1989	2913515	2506150	-	86.02	392564	-	13.47	9934	-	0.34
1990	2916774	2440040	-2.64	83.66	459656	17.09	15.76	13006	30.92	0.45
1991	2901685	2443895	0.16	84.22	427840	-6.92	14.74	25667	97.35	0.88
1992	3051157	2601041	6.43	85.25	422991	-1.13	13.86	27125	5.68	0.89
1993	3414845	2983667	14.71	87.37	403267	-4.66	11.81	27911	2.9	0.82
1994	3955475	3437465	15.21	86.9	482927	19.75	12.21	35083	25.7	0.89
1995	4545676	3997339	16.29	87.94	495741	2.65	10.91	52596	49.92	1.16
1996	5312580	4613788	15.42	86.85	618826	24.83	11.65	79966	52.04	1.51
1997	5288379	4760928	3.19	90.03	436894	-29.4	8.26	90557	13.24	1.71

1998	5410798	4830284	1.46	89.27	482164	10.36	8.91	98350	8.61	1.82
1999	5692434	5054857	4.65	88.8	540008	12	9.49	97569	-0.79	1.71
2000	5356294	4710102	-6.82	87.94	560432	3.78	10.46	85760	-12.1	1.6
2001	5344934	4615017	-2.02	86.34	628996	12.23	11.77	100921	17.68	1.89
2002	5132199	4420123	-4.22	86.13	631348	0.37	12.31	80728	-10.01	1.57
2003	5130760	4410236	-0.22	85.98	632605	0.2	12.33	87919	8.91	1.71
2004	5072881	4332727	-1.76	85.41	647541	2.36	12.76	92613	5.34	1.83
2005	5161170	4380095	1.09	84.87	684897	5.77	13.27	96178	3.85	1.86
2006	5183794	4385732	0.13	84.61	702445	2.56	13.55	95617	-0.58	1.84
2007	5550062	4724440	7.72	85.12	724112	3.08	13.05	101510	6.61	1.83
2008	6288831	5412591	14.57	86.07	767842	6.04	12.21	108398	6.79	1.72
2009	6688963	5800144	7.16	86.71	768507	0.09	11.49	120312	10.99	1.8
2010	6999350	6090622	5.01	87.02	779595	1.44	11.14	129133	7.33	1.84
2011	7596116	6614049	8.59	87.07	845714	8.48	11.13	136353	5.59	1.8
2012	8442657	7316463	10.62	86.66	996611	17.84	11.8	129583	-4.97	1.49
2013	8876733	7781972	6.36	87.67	971567	-2.51	10.94	123194	-4.93	1.39
2014	9184000	8010000	2.93	87.22	1023000	5.29	11.14	151000	16.3	1.64

从行政诉讼一审案件数量变化情况来看，总体上呈增长趋势。特别是1989 年《行政诉讼法》制定后，人民群众通过行政诉讼维权的热情高涨，一审案件数量从 1989 年的 9934 件到 1991 年上升到 25667 件，年增长率为 97.35%，形势迅猛。自 1992 年开始年增长率出现较大波动，先陡降至 2.90-5.69%，然后保持 8.61-52.04%的涨幅。自 1999 年开始，行政诉讼一审案件第一次出现负增长，2000年也呈现负增长状态，且负增长率为 12.10%。2008 年后，最高人民法院出台系列司法政策，如《<关于当前形势下做好行政审判工作的若干意见>的通知》（法发〔2009〕38 号）和《关于依法保护行政诉讼当事人诉权的意见》（法发〔2009〕54 号），强调“要坚决清除限制行政诉讼受理的各种‘土政策’，严禁以服务地方中心工作、应对金融危机等为借口，拒绝受理某类依法应当受理的行政案件。”2009 年行政诉讼一审案件数量涨了 2万多件，年增长率达到10.99%，此后案件都维持在12万件以上。2011-2013年又小幅下降，2011年为13.6万件，2012年是12.9万件，2013年为 12.1万件。2014年11月1日，为解决行政诉讼领域“立案难、审理难、执行难”等突出问题，十二届全国人大常委会第十一次会议审议通过了修改后的行政诉讼法，并决定自2015年5月1日起施行。与之相对应，2014 年行政诉讼一审案件数量又开始转降为升，当年案件飙升至 15.1 万件，增速达 16.3%。据人民法院实施新行政诉讼法一周年综述数据，2015年5月就受理一审行政案件2.6万件，

同比上升221%。从增长率变化情况来看，呈现增长—下降—再增长的规律，且每次转降为增前都有过国家层面的干预，可见：人民群众通过行政诉讼维权的需求尚未得到充分满足，只要当事人的诉权能够得到法律和司法的充分保护，行政诉讼案件数量仍将继续呈现快速增长态势。

表2：1989-2014年行政诉讼一审案件数量及增长率变化情况（单位 ：件 %）



2、2015年行政诉讼裁判文书分区域分析

因公开信息中最新的中国统计年鉴为2016年，我们将2015年行政诉讼公开裁判文书数据与人口、GDP、人均GDP等数据进行了比较（详见表3）。总的来看，通过诉讼方式解决争议的行政纠纷占比依然较小，以人均文书数量为参考，最高的是北京，人均文书数量为6.45件/万人，最低的为西藏，只有0.07件/万人，中位数是1.80件/万人。与一审收案数据相印证，或是人民群众通过行政诉讼解决行政纠纷的意愿并不强烈，或者受到了其他因素抑制。通过区域间数据的比较可以发现，行政诉讼案件数量与区域人口、区域经济发展都有关联，但并不起直接决定作用，还有诸多其他因素的影响力大于人口和经济发展因素。

从行政诉讼裁判文书排名和人口排名来看，除河南、海南、宁夏、青海、西藏五地文书排名与人口排名一致外，其他省区市均不一致，也就是说，虽然人口基数越大，发生行政纠纷的可能性越大，但行政纠纷是否通过行政诉讼方式解决受其他因素影响，人口基数并不直接决定行政诉讼案件数量的多少。

从人均GDP排名来看，排名前五的省区市，文书数量较其人口排名均有所提升，其中提升最少的是上海，上升2位，提升最多的是北京，上升16位，天津上升10位、浙江上升9位、江苏上升3位。人口数量决定着通过行政诉讼维权的潜在需求，如果不考虑司法实践的差异，那么这种潜在需求转变为实际需求的能力，取决于当地经济水平的高低，经济发达地区人民群众通过行政诉讼维权的意识和能力均较强。

表3：2015年行政诉讼裁判文书与人口、GDP分区域对比

省区市	公开裁判文书		人口		文书/人口		GDP		
	数量（件）	排名	数量（万人）	排名	人均文书数量（件/万人）	排名	GDP(亿元)	人均GDP（元）	人均排名
浙江	24684	1	5493.8	10	4.49	3	17633	35730	4
江苏	22516	2	7939.49	5	2.84	8	24738	32985	5
河南	20797	3	9413	3	2.21	10	14234	15056	16
广东	20274	4	10644	1	1.90	14	29863	32142	6
湖北	17686	5	5799	9	3.05	6	8451	14733	17
湖南	17570	6	6690.6	8	2.63	9	8366	13123	20
山东	17234	7	9579	2	1.80	16	25326	27148	7
福建	15002	8	3774	16	3.98	4	8440	23663	10
河北	14759	9	7287	6	2.03	11	13387	19363	11
北京	13644	10	2114.8	26	6.45	1	8879	57431	2
安徽	13502	11	6928.5	7	1.95	12	6906	11180	28
四川	11157	12	8107	4	1.38	20	9657	11708	25
重庆	9640	13	2970	20	3.25	5	3938	14011	18
辽宁	7959	14	4390	14	1.81	15	10418	24645	9
吉林	7865	15	2699	21	2.91	7	4693	17211	13
陕西	5639	16	3763.7	17	1.50	18	4806	12843	21
天津	4803	17	1007	27	4.77	2	5014	7972	3
贵州	4281	18	3502.22	19	1.22	23	2543	6742	31
广西	4132	19	5282	11	0.78	27	5386	11417	27
甘肃	3615	20	2582.18	22	1.40	19	2494	9527	29
黑龙江	3383	21	3835	15	0.88	25	7081	18463	12
上海	3227	22	2415	24	1.34	21	11658	65473	1
山西	2983	23	3630	18	0.82	26	5465	16143	15
江西	2933	24	4522.15	13	0.65	28	5323	12204	24
内蒙古	2278	25	2497.61	23	0.91	24	6140	25558	8
云南	1728	26	4687	12	0.37	30	4260	9459	30
新疆	1435	27	2232.78	25	0.64	29	3305	16164	14

海南	1288	28	803	28	1.60	17	1121	13361	19
宁夏	1092	29	572	29	1.91	13	769	12695	23
青海	701	30	529	30	1.33	22	706	12809	22
西藏	20	31	300.2	31	0.07	31	326	11567	26

3、截至2017年6月26日行政诉讼一审裁判文书分案由分析

通过裁判文书网检索案由为行政诉讼的一审案由，共检索到裁判文书178837件。从涉及的行政管理范围来看，涉及面特别广，初步梳理涉及行政管理范围就超过40个；分行政管理范围来看，分布特别集中，排名前4的依次是城乡建设（包括规划、拆迁、房屋登记等）、公安（包括治安、消防、道路等）、资源（包括土地、林业、草原、地矿、能源等）、劳动和社会保障，合计占比68.85%。数据表明：我国行政诉讼中涉诉行为和被诉行政管理领域呈现涉及面广，集中度特别高的特点。

表4：截至2017年6月26日公开行政诉讼一审裁判文书分案由统计

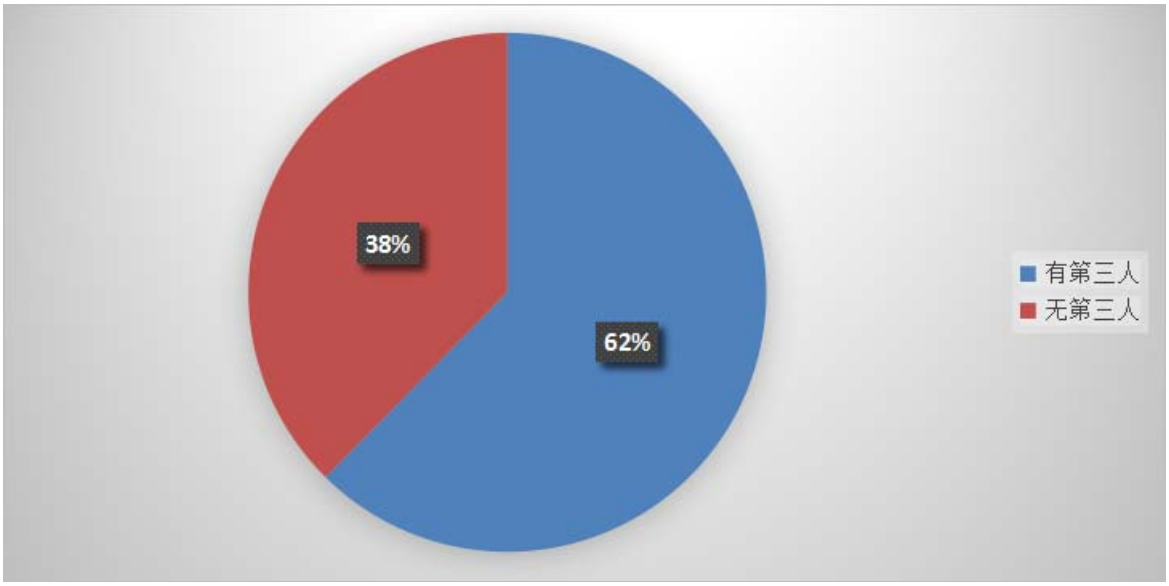
行政管理范围	裁判文书数量（件）	占比	排名
合计	178837	—	—
城乡建设	33576	18.77%	1
公安	32982	18.44%	2
资源	30548	17.08%	3
劳动和社会保障	26018	14.55%	4
乡政府	8866	4.96%	5
民政	4581	2.56%	6
工商	4532	2.53%	7
质量监督检验检疫	4148	2.32%	8
交通运输	2970	1.66%	9
商标	2910	1.63%	10
计划生育	2160	1.21%	11
卫生	1583	0.89%	12
金融	1452	0.81%	13
环境保护	1434	0.80%	14
司法	1307	0.73%	15
食品药品安全	1075	0.60%	16
农业	970	0.54%	17
税务	903	0.50%	18
教育	840	0.47%	19

财政	731	0.41%	20
行政监察(监察)	716	0.40%	21
经贸	702	0.39%	22
物价	542	0.30%	23
水利	483	0.27%	24
专利	371	0.21%	25
文化	214	0.12%	26
统计	205	0.11%	27
盐业	150	0.08%	28
国有资产	130	0.07%	29
审计	118	0.07%	30
烟草专卖	75	0.04%	31
旅游	71	0.04%	32
海关	64	0.04%	33
电力	55	0.03%	34
邮政	43	0.02%	35
体育	27	0.02%	36
广播电视电影	21	0.01%	37
新闻出版	19	0.01%	38
外资	9	0.01%	39
信息电讯	4	0.00%	40
外汇	3	0.00%	41
其他	11229	6.28%	

4、其他相关分析

从有无第三人来看，有第三人的行政诉讼一审裁判文书111544件，占比达62%，远超半数。行政诉讼中第三人存在如此高的频率，一方面可能是在行政实体法上，行政权行使中形成的行政法律关系不同与民事法律关系的相对性，行政法律关系较为复杂，会涉及多方利益。行政行为不仅影响行政法律关系中行政相对人的权益，还有可能会侵犯行政相对人之外其他人的权益。因此引发的纷争中，利益相关人除了行政法律关系的主体之外，还有其他利益可能受行政行为影响之人。另一方面也可能是在当事人与行政机关之间就行政行为发生纠纷时，行政诉讼不是当事人的首要选择，只有在涉及第三方时，当事人才更愿意或者被行政机关引导，通过行政诉讼处理行政纠纷。

表5：截至2017年6月26日公开行政诉讼一审裁判文书中有第三人的文书占比



从是否委托律师作为代理人来看，318501份行政诉讼裁判文书中，当事人（含原告、被告及第三人）委托律师作为代理人参加诉讼的裁判文书183165件，占比达57.51%，比民事诉讼高11.52个百分点。究其原因一方面可能是行政诉讼较民事诉讼专业性更强，当事人无力独立完成诉讼，对委托律师参与诉讼的需要较民事诉讼更为强烈；另一方面可能是行政机关作为诉讼当事人较普通民事诉讼更为关注案件审理情况，且对委托律师的费用不敏感所致。

表6：截至2017年6月26日公开裁判文书中委托律师的文书数量及占比（单位：件）

	文书数量	委托律师的文书数量	占比
行政诉讼	318501	183165	57.51%
民事诉讼	16564239	7618230	45.99%

（二）安徽省行政诉讼裁判文书统计分析

鉴于我国目前的人民法院管理体制和行政管理体制，同一省份内的行政诉讼司法实践差异小于跨省区市的差异。 为此，我们对安徽省内各市的行政诉讼数据与人口、经济发展数据进行对比，进一步分析人口和经济发展对行政诉讼的影响，同时对比全国数据，分析司法实践差异对行政诉讼的影响。

1、2015年安徽省行政诉讼裁判文书分区域分析

从指标的排名差异来看（按差异的绝对值分析），人口排名差异的极差、中位数、标准差、方差均小于GDP排名差异，GDP排名差异的离散系数更大，也就是说对行政诉讼案件数量的影响，人口因素要大于GDP因素。在人口指标中，虽然城镇人口排名差异的中位数要大于常住人口，但极差、标准差、方差均小于常住人口排名差异，可见在人口因素对行政诉讼案件的影响中，主要取决于城镇人口因素。由于城镇人口数量取决于常住人口数量和城镇化率两项指标，也就是说城镇化率对行政诉讼案件数量有一定影

响。

表7：2015年安徽省行政诉讼裁判文书数量排名与人口排名、GDP排名差异绝对值分析

	极差	中位数	标准差	方差
人口排名差异	6	1	2.11	4.47
城镇人口排名差异	5	2	1.67	2.78
GDP排名差异	10	2.5	2.96	8.78

将裁判文书与GDP按人均数据进行对比，可以发现排名差异明显放大，如果将GPD经济发展规模指标，人均GD作为经济发展水平指标，也就是说：经济发展水平对行政诉讼案件数量影响较小。

表8：2015年安徽省行政诉讼裁判文书与GDP人均数据分区域对比

地区	人均裁判文书		人均GDP		排名差异
	件/万人	排名	元	排名	
合肥市	1.24	3	73102	1	-2
芜湖市	0.74	9	67592	2	-7
马鞍山	0.92	6	60802	3	-3
铜陵市	0.62	11	57387	4	-7
黄山市	1.24	4	38794	5	1
蚌埠市	0.84	8	38267	6	-2
池州市	0.61	12	38014	7	-5
宣城市	1.05	5	37610	8	3
淮北市	0.85	7	35057	9	2
滁州市	0.44	16	32634	10	-6
安庆市	0.60	13	31101	11	-2
淮南市	1.84	1	26398	12	11
宿州市	1.57	2	22415	13	11
六安市	0.70	10	21524	14	4
亳州市	0.53	15	18771	15	0
阜阳市	0.58	14	16121	16	2

综合比较，裁判文书数量排名与人口排名差异在±1以内的共8个地市，占比为50%，与GDP排名差异在±1以内的共5个地市，占比为31.25%，排名数据中有1项差异在±1以内的共10个地市，占比为62.5%，进一步放大差异的允许值，排名有1项差异在±2以内的为14个地市，占比达87.5%，则只有淮南、滁州两个地市2项数据差异不再±2以内，

且均超过±6，其中淮南裁判文书数量排名较人口排名、GDP排名均较为靠前，可能是当地司法实践对行政诉讼的制约较小，而滁州裁判文书数量排名较人口排名、GDP排名明显靠后，当地司法实践是否存在制约行政诉讼的“土政策”，是否存在立案难等问题值得有关方面高度重视，需要深入开展调研进一步进行分析论证。

表9：2015年安徽省行政诉讼裁判文书与人口、GDP分区域对比

地区	裁判文书		常住人口		城镇人口		GDP	
	件	排名	万人	排名	万人	排名	亿元	排名
合肥市	969	1	778.95	2	548.40	1	5660.27	1
宿州市	869	2	554.12	3	214.61	4	1235.83	8
淮南市	631	3	343.11	9	208.15	6	901.08	13
阜阳市	462	4	790.15	1	306.63	2	1267.45	6
六安市	333	5	474.12	5	202.95	7	1016.49	9
蚌埠市	277	6	329.14	10	171.87	10	1253.05	7
安庆市	276	7	458.61	6	210.36	5	1417.43	3
芜湖市	271	8	365.45	8	226.42	3	2457.32	2
宣城市	271	9	259.24	11	131.28	13	971.46	10
亳州市	267	10	504.69	4	186.52	9	942.61	11
马鞍山	209	11	226.22	12	147.39	11	1365.30	4
淮北市	185	12	217.88	13	132.39	12	760.39	14
滁州市	176	13	401.71	7	196.92	8	1305.70	5
黄山市	170	14	137.37	16	66.32	16	530.90	16
铜陵市	98	15	159.22	14	83.97	14	911.60	12
池州市	88	16	143.63	15	73.41	15	544.74	15

2、安徽数据与全国数据的对比分析

从指标的排名差异来看（按差异的绝对值分析），安徽人口排名差异的极差、中位数、标准差、方差均小于全国，即便考虑全国参与排名的对象较多，对全国排名差异的离散系数进行修正（即将离散系数×16÷31），修正后全国人口排名差异的离散系数也高于安徽省。虽然修正后全国排名差异的离散系数要低于安徽省，但如前所述，GDP因素对行政案件数量的影响要小于人口因素，可能是通过影响其他因素间接影响所致。

表10：2015年人口排名差异、GDP排名差异离散系数比较

		极差	中位数	标准差	方差
安徽	人口排名差异	6	1	2.11	4.47
	GDP排名差异	10	2.5	2.96	8.78

全国	人口排名差异	16	3	4.27	18.25
	GDP排名差异	15	4	3.51	12.31
全国（修正后）	人口排名差异	8.26	1.55	2.21	9.42
	GDP排名差异	7.74	2.06	1.81	6.35

从裁判文书数量排名与常住人口排名差异来看，芜湖市二者排名一致，合肥、宿州、安庆、马鞍山、淮北、铜陵、池州7地差异为±1，宣城、黄山2地差异为±2，阜阳差异为±3，六安差异为±4，淮南、亳州、滁州3地差异为±6,差异在±1以内的共8个地市，占比为50%。而全国各省区市数据中差异在±1以内的共8个省区市，占比仅为25.8%。也可以印证：司法实践差异对行政诉讼案件有着不可忽视的重要影响。再综合安徽省和全国人口排名差异、GDP排名差异离散系数对比，以及全国一审行政案件收案数据的变化情况，可以得出初步结论：司法实践因素对行政案件数量的影响要大于人口因素。

通过安徽行政诉讼裁判文书的比对分析，我们得出初步结论：地方经济发展水平对行政诉讼案件数量的影响较小，如果不存在司法实践上的制约因素，行政诉讼裁判文书数量排名与人口排名、GDP排名应趋于一致。我们对全国数据进行了对比。

表11：2015年行政诉讼裁判文书数量排名与人口排名、GDP排名数据分区域对比

	裁判文书数量排名	人口		GDP	
		排名	差异	排名	差异
浙江	1	10	9	4	3
江苏	2	5	3	3	1
河南	3	3	0	5	2
广东	4	1	-3	1	-3
湖北	5	9	4	11	6
湖南	6	8	2	13	7
山东	7	2	-5	2	-5
福建	8	16	8	12	4
河北	9	6	-3	6	-3
北京	10	26	16	10	0
安徽	11	7	-4	15	4
四川	12	4	-8	9	-3
重庆	13	20	7	24	11
辽宁	14	14	0	8	-6
吉林	15	21	6	22	7
陕西	16	17	1	21	5

天津	17	27	10	20	3
贵州	18	19	1	26	8
广西	19	11	-8	18	-1
甘肃	20	22	2	27	7
黑龙江	21	15	-6	14	-7
上海	22	24	2	7	-15
山西	23	18	-5	17	-6
江西	24	13	-11	19	-5
内蒙古	25	23	-2	16	-9
云南	26	12	-14	23	-3
新疆	27	25	-2	25	-2
海南	28	28	0	28	0
宁夏	29	29	0	29	0
青海	30	30	0	30	0
西藏	31	31	0	31	0

对于允许的差异值，我们以安徽各地市的正常差异值为基础，考虑到安徽只有16个地市参与排名，对允许值按参与排名的单位多少进行放大（$\pm 2 \div 16 \times 31$），取值± 4。通过对比，排名数据中有1项差异在± 4以内有25个省区市，占比为80.65%。

表12：2015年行政诉讼裁判文书数量排名与人口排名、GDP排名比对结果

	± 4以内		± 5以上	
	数量	占比	数量	占比
与常住人口排名差异	18	58.06%	13	41.94%
与GDP排名差异	17	54.84%	14	45.16%
2项数据中有1项差异	25	80.65%	6	19.35%

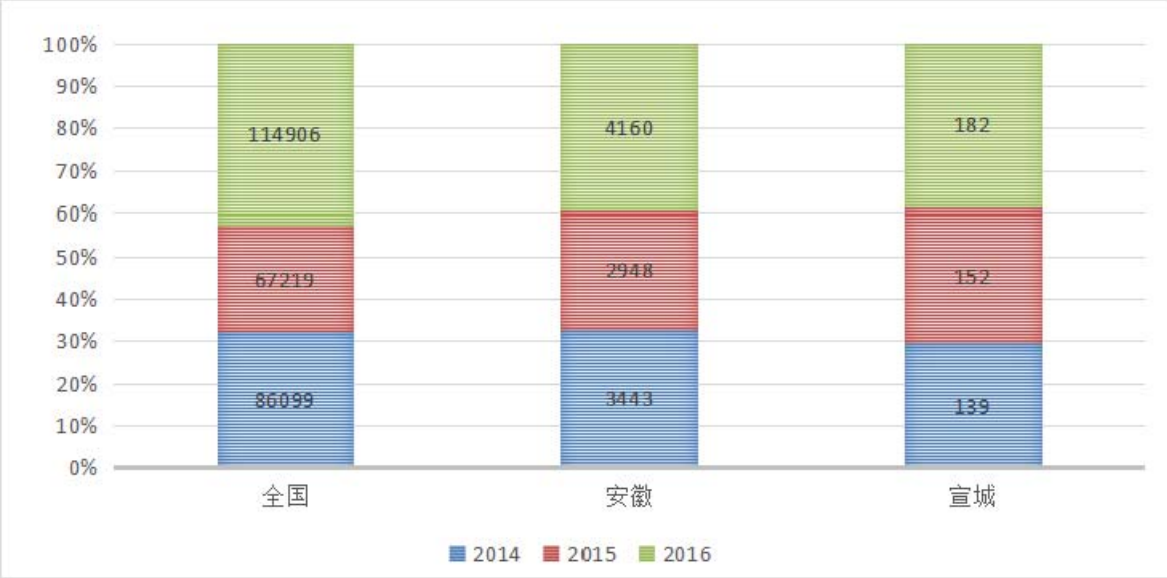
去除差异值在允许值范围内的25个省区市，剩余6个省区市中，重庆、吉林淮南裁判文书数量排名较人口排名、GDP排名均较为靠前，当地司法实践对行政诉讼的制约较小；而江西、黑龙江、山西、山东4地裁判文书数量排名均低于其人口排名和GDP排名，当地司法实践是否对行政诉讼存在制约的问题值得关注。

（三）宣城市行政诉讼裁判文书统计分析

从全省数据对比来看，宣城裁判文书数量排名较其人口排名、GDP排名均略有提升；而从2014-2016年公开裁判文书数据来看，与安徽省以及全国2015年行政诉讼公开裁判文书略有下降不同，宣城市行政诉讼公开裁判文书呈现持续增长趋势，其中2015年增幅为9.35%，2016年更是达到了19.74%，增长近两成，可能是当地司法实践对行政诉讼的

制约相对较少所致。对比全国1989-2014年行政诉讼一审案件增长率数据，无论是全国、安徽还是宣城，2014-2016年行政诉讼裁判文书所反映的案件增长率均在在正常合理区间，新行政诉讼法实施后所担心的“滥诉”、浪费司法资源等问题与之前相比并不突出。

表13：2014-2016年行政诉讼裁判文书数据对比（单位：件）



分案由看，与全国数据类似，行政诉讼中涉诉行为和被诉行政管理领域呈现涉及面广，集中度特别高，城乡建设（包括规划、拆迁、房屋登记等）、公安（包括治安、消防、道路等）、劳动和社会保障、资源（包括土地、林业、草原、地矿、能源等）是高发领域。

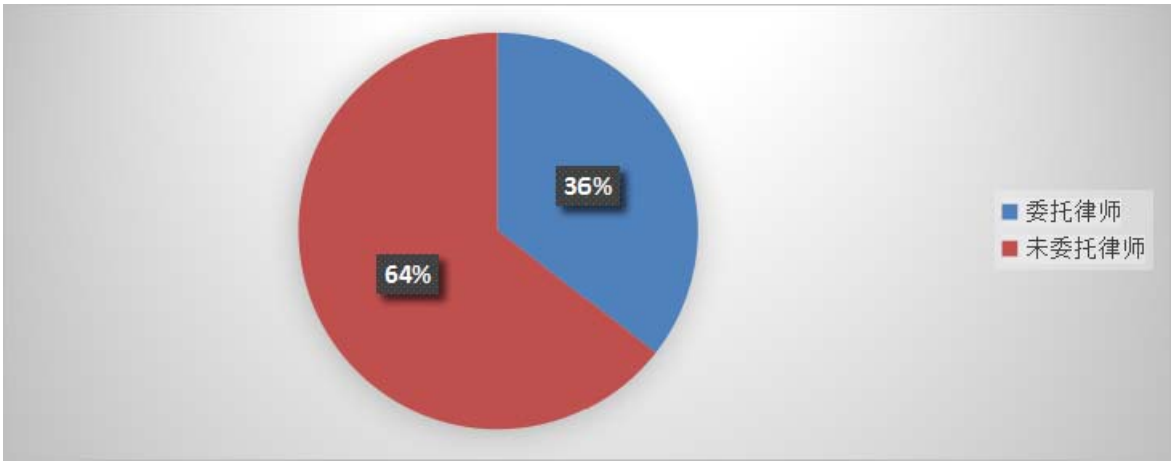
表14：截至2017年6月26日宣城市行政诉讼一审裁判文书主要案由统计

行政管理范围	裁判文书数量（件）	占比
城乡建设	141	25.04%
公安	113	20.07%
劳动和社会保障	95	16.87%
资源	84	14.92%
乡政府	29	5.15%
质量监督检验检疫	18	3.20%
工商	11	1.95%
民政	11	1.95%

从是否委托律师作为代理人来看，1817份行政诉讼裁判文书中，当事人（含原告、被告及第三人）委托律师作为代理人参加诉讼的裁判文书646件，占比仅为35.55%，较全国数据低近22个百分点，宣城市律师在行政诉讼中的参与度明显偏低。而宣城民事诉讼中一方当事人委托律师的比例为47.25%，较全国数据的45.99%还高。形成这样的数据

差异，或是在宣城行政相对人对本地律师信任度不够，或是宣城市行政机关委托律师参与行政诉讼的意识不强所致。

表15：截至2017年6月26日宣城市公开裁判文书中委托律师的文书数量占比



四、结论

1、当前，与行政纠纷爆炸性增长的现实不符，行政诉讼案件数据相对依然较少；新《行政诉讼法》实施后，行政诉讼案件未见异常增长，行政相对人“滥诉”、浪费司法资源等问题并不突出，而行政诉讼涉及面广，人民群众通过行政诉讼处理行政纠纷的潜在需求十分强烈，行政诉讼在处理行政纠纷、化解社会矛盾中的作用仍有待进一步发挥。

2、人口基数和地方经济发展规模与发生行政纠纷的可能性相关联，地方经济发展水平和城镇化水平，影响着当地人民群众通过行政诉讼处理行政纠纷的能力，但当地司法实践对行政相对人是否通过行政诉讼处理行政纠纷的影响更大。

3、同一省份内各地区的行政案件数量排名与其人口排名、GDP排名是趋同的，人口基础影响大于GDP的影响，此外城镇化率对行政案件数量有着一定影响，与前三个影响因素相比，当地经济发展水平也就是人均GDP对行政案件数量的影响基本可以忽略。

4、综合来看，在本文分析的行政案件数量的影响因素中，按影响大小排列依次：司法实践 > 人口 > GDP > 城镇化率 > 人均GDP。

5、就宣城市而言，行政诉讼裁判文书数量排名较其人口排名、GDP排名均略有提升，与全省其他地市相比，宣城行政诉讼立案难的问题并不突出；分案由看，与全国数据一致，行政诉讼中涉诉行为和被诉行政管理领域也呈现涉及面广，集中度特别高的特点；但本地行政诉讼当事人委托律师的比例不高，宣城行政诉讼法律服务市场有待进一步培育和挖掘。

作者单位：安徽秉度律师事务所

互联网+公共法律服务

——构建现代化的公共法律服务体系

周　俊

【摘　要】随着经济社会的快速发展和城乡一体化的不断深入，涉法问题和涉法矛盾大量增加，各类组织和广大群众对法律服务的需求日益增长。社会经济发展水平的提高带动了法律服务需求的增长，必然促进公共法律服务需求的增长，对传统的法律服务制度和法律服务方式提出了严峻挑战。如何提供更加高效、便民的公共法律服务，一直亟待解决。

2015年3月5日上午十二届全国人大三次会议上，李克强总理在政府工作报告中首次提出“互联网+”行动计划。“互联网+”能整合各种资源，为各行各业提供了新思路，“互联网+法律”也被广泛应用，本文从“互联网+公共法律服务”的角度，提出了新的思路，发挥互联的强大功能，构建“互联网+公共法律服务”，才能实现高效、便民的公共法律服务。

【关键词】互联网+　公共法律服务　高效　便民

十八届三中全会在建设法治中国论述中指出“普遍建立法律顾问制度”、“健全国家司法救助制度，完善法律援助制度”，为加强法律服务体系建设注入了新的活力，提出了新的要求。在公民法律意识日益增强的今天，构筑基层公共法律服务体系不仅能够满足群众日益增长的知识诉求，帮助他们答疑解惑，维护切身利益；同时也是密切党群关系，实践中央“群众工作路线”的重要方式。

一、公共法律服务概念

公共法律服务是指由政府或者法律公益性组织、政府组织的法律服务人员提供的为全体公民或者符合一定条件的公民提供的免费或者廉价的法律服务。公共法律服务具有以下三个方面的概念内涵：

首先，公共法律服务是社会法律服务的特殊部分，也就是说，其提供服务内容的性质是应当符合一般的法律服务所具有的专业性的特征。从这个角度来说，无论如何去看待公共法律服务的概念，有一点是确定无疑的，即公共法律服务必然是与法律服务相关的概念，或者说，是法律服务的组成部分。

其次，公共法律服务不是一般意义上的法律服务，而是法律服务中比较特殊的一部分。其特殊性体现在：（1）从供给主体而言，公共法律服务具有公共性，其提供者毫无疑问应当主要是由有权机关或其授权主体所承担与提供的；（2）从供给方式来说，公共法律服务具有公益性，其应当是一种国家义务和政府职责，出于社会公平正义的目的，而由法律工作者为不特定的基层群众尤其是经济困难、弱势、边缘化的群体提供的无偿式低价格法律服务；（3）从供给对象来说，公共法律服务具有普遍性，其面向的对象一定是全体公民或者是符合一定条件的部分公民。

再次，公共法律服务具有基本性。对社会秩序和社会公平公正的需求，是一个国家和社会基本公平的要素。维护社会的公平公正对于一个国家和社会也具有基本的意味。法律服务无论在帮助公民、法人或者他组织实现其正当权益、维护其经济利益，还是在帮助相关当事人排除不法侵害、防范法律风险、维护合法权益，都具有重要的作用。公共法律服务具有政府主导性，需要通过公共财政予以支持。一般而言，法律服务也是现代社会提供的社会服务产品的一部分，在现代市场经济条件下，大部分法律服务通过市场机制提供；但另一方面，为了维护公民的合法权益、维护社会秩序、实现社会公义，必须要考虑到市场化法律服务的限度，针对部分纠纷当事人没有足够的财力来支付现代社会提供的市场化的法律产品和法律服务，在追求公平公正和社会发展机会上存在实质上的不公平性，为保证基本的机会公平条件，在最基本的法律服务方面由政府或者社会公益组织为部分社会成员提供必要的法律支持和帮助；针对社会公平法治环境营造和稳定和谐社会秩序维护的需要，推进法治国家建设，政府或者社会公益组织为全体社会成员提供基本的法律信息服务、提供免费或者廉价的矛盾化解和纠纷解决的基本法律服务等。

公共法律服务具有以下四个方面的特点：

1、它是一种在法治社会中满足公众基本法律服务需求的专业服务，并在享有上体现公平；

2、它由政府直接提供或通过政府投入进行购买或转移支付，公民获得的法律服务是免费的或者是廉价的；

3、它需要在政府、法律服务行业和社会之间形成良好的协作机制。针对特定人群和对象（一般为弱势人群和贫困人群）的公共法律服务——法律援助制度，着重保障弱势群体的合法权益，为其提供必要的法律服务的帮助和支持，以利其获得更加公平的法律支持和保障，更好地维护其合法权益；

4、公共法律服务为社会全体成员提供平等的法律信息服务、矛盾化解和纠纷解决的条件，以利于维护全体公民的合法权益，实现社会公平正义，形成和谐有序的社会秩序。

公共法律服务体系的构建公共法律服务的基本性、广泛性、公益性特质要求着力构

建覆盖城乡的公共法律服务体系。所谓公共法律服务体系是指以为社会提供公共法律服务的工作体系，它包括公共法律服务的组织网络体系、服务平台体系、人才队伍体系、服务产品体系和财政保障机制等。构建公共法律服务体系，要坚持以党的十八大关于完善公共服务、加强社会建设的方针为指导，按照提供“政府主导、覆盖城乡、可持续”的公共服务要求，建立较为完善的覆盖城乡的组织网络、服务平台、人才队伍和工作机制，形成政府主导、司法行政机关负责、社会组织协同、法律职业人员广泛参与、财政保障有力的体制机制。

二、安徽省公共法律服务体系建设情况

2014年安徽省强力启动公共法律服务体系建设，计划在三年内推动法律服务中心站室覆盖城乡，并以“数字司法”为支撑，实现各类公共法律事项网上咨询、网上受理、网上办理、网上审核、网上监督，“一扎到底”打通“末梢堵塞”，把法律服务真正送到百姓身边、送进百姓心坎里。截至目前，线下，全省建成市级公共法律服务中心16个、县级公共法律服务中心105个、乡镇（街道）司法行政服务站1514个、村（社区）司法行政工作室17589个，四级“法律服务超市”全面建成；线上，各市司法局信息化平台一期建设有序推进，芜湖市在全省率先完成一期建设任务。

三、公共法律服务体系建设存在的问题

（一）组织基础薄弱，公共法律服务体系不健全。

截至2017年4月，全省有律师事务所729家，其中合伙所579家，国资所11家，个人所139家。全省有律师8809人，其中专职律师7898人，兼职律师399人，公职律师321人，公司律师9人，法律援助律师182人。

在公共法律服务中，基层法律服务所承担主要责任，基层法律服务所由于由于投入不足，很多单位还没有独立的办公场所，没有专职工作人员，严重制约了法律服务工作的有效开展，只有通过政府购买服务，才能发挥公共法律服务的作用。

（二）专业人员短缺，公共法律服务布点不均衡。

基层法律服务组织是开展公共法律服务的最前沿的窗口，基层法律服务工作者是最基础的力量，法律服务供给能力明显不足，而且其中绝大部分人员分布在经济发达地区，在合肥执业的律师基本占一半左右，基层群众法律服务供需矛盾十分突出，已经成为制约公共法律服务体系建设的瓶颈。

（三）经费投入不足，公共法律服务保障不到位。公共法律服务具有公益性、社会化服务的特征，本身并不具备盈利性。目前我省构建的公共法律服务体系还主要是在司法行政体制内运行，政府购买公共法律服务的制度体系尚未完全确立，预算项目少、标准低，财政保障不够等问题突出。主要表现是：司法所、基层法律事务所基础设施建设投入少，严重制约工作开展；人民调解经费没有按照规定落实，基层人民调解组织不能发挥应有作用，专调委工作基本没有开展；法律援助补贴偏低，社会法律服务工作者参

与的积极性不高；党政机关及其职能部门法律顾问聘请、律师进社区、一村一法律顾问工作无经费保障，难以长期坚持；律师参与信访值班、化解信访案件完全是尽义务，缺乏长足发展动力。

公共法律服务体系的建成和完善，需要大量的人力、财力，针对当前的形势，如何用最少的钱办最好的事，最好的办法是发挥网络的作用，积极推进“互联网+”，能更快速、高效推进公共法律服务体系的建设。

四、“互联网+”的概念和应用

（一）“互联网+”的概念

通俗来说，“互联网+”就是“互联网+各个传统行业”，但这并不是简单的两者相加，而是利用信息通信技术以及互联网平台，让互联网与传统行业进行深度融合，创造新的发展生态。

（二）互联网+法律

“互联网+法律”与“互联网+其他产业”模式不同，因为法律不是一般的产业。“互联网+商业”形成了新的商业模式，“互联网+教育”突破了原有的教学模式，“互联网+医疗”改善了医疗模式。而法律行业包括了立法、司法（诉讼）、执法、守法、法律教育（研究）、法律服务等方面，与其他行业有着显著的区别，因此不能套用其他模式来构建“互联网+法律”。

要构建“互联网+法律”，只能依据互联网与法律两者的内容，逐步建立新的联系。互联网领域包括了数学、计算（知识产权）、科技（生产力）、（信息）信息权、隐私、财富、空间（权利义务的新形态）、交往（传播、道德）、联系（交往、管理）、数据（新财产、信息）、安全（自身安全、危害性）等内容；法律则包括了国家制度（上层建筑）、规则（宪刑民行等）、技术（专业化）、权利义务（法定性）、权力（国家对私主体）、机制（司法体制机制）、服务（律师、法务等）、安全（强制力）等。

目前，互联网与法律已经产生了各种各样的联系。互联网使法律暂时变得模糊（权力与权利的边界变得模糊）；互联网本身具有跨界性（跨越国界、行政边界）；互联网一定的虚拟性（实名制的局限）；网络自身的规则与国家规则有时会产生冲突（如网络运营商权利和行政机关权力的冲突）；技术使得法律有所突破（互联网使个人权利更平等、不受其他因素影响）；互联网创造了新的权利（信息权、用网权等）。

因此，“互联网+法律”的基本内容应当包括四点：第一，“互联网+法律”包括用法律治理互联网，也包括法律因互联网而发展，还包括法律的信息化；第二，互联网发展带来法律规制的困难，同时也是互联网发展的障碍；第三，“互联网+法律”改变的是互联网，挑战的是法律，而法律能因此得以完善、发展，而法律的完善可以为互联网的进一步发展提供制度保障，两者是个相辅相成的关系；第四，互联网将促进法治的发展。如互联网之父罗伯特•卡恩所说，下一代互联网的基础是管理信息：我们正计划制

造的下一代互联网，其中最基础的因素是信息。我们正在研究的就是通过给信息添加标识符，让它们可以被管理，这是最基本的技术。

五、“互联网+公共法律服务”的科学性

公共法律服务的核心理念是由政府和社会公益性服务组织为全社会或者部分符合条件的社会成员提供基本公共法律服务，其基本特点是全覆盖、基本性和均等化。建设有中国特色的公共法律服务体系就是要围绕上述三个方面的特点构建起覆盖城乡的为社会成员提供均等化的基本法律服务的体系。互联网在我国的发展刚好补充了公共法律服务中的不足，互联网发展表现为以下几个特点：

（一）网民数量增加，发展势头良好。伴随着互联网技术、功能的全面发展和中国社会网络普及化的推进，中国网民的增速已经显著超过人口的增长速度。

（二）互联网设备、介入方式的发展，使上网更加便捷，网络功能及内容更加丰富。互联网的发展使民众逐渐走向“移动”和“掌握”上网时代。

公共法律服务体系的发展水平，是衡量一个国家或地区法治文明程度的重要标志，也是社会法治法制化、现代化的重要内容。互联网+公共法律服务，充分发挥网络的优势，缓解了人少事多的局面，解决了人力不足的问题，大大节省了开支，同时也更加方便了老百姓，实现全覆盖，为推进依法治国发挥了很大的作用。

为实现现代化的公共法律服务，结合目前发展的现状，只有大力发挥“互联网+”的强大功能，打造“互联网+公共法律服务”，才能实现中国特色的公共法律服务。

作者单位：安徽松圣律师事务所

参考文献：

[1]康丹《法律服务行业在互联网时代的发展契机》清远职业技术学院学报，第六卷第5期，2013年10月。

[2]许同禄、刘旺洪《公共法律服务体系建设的理论与实践》，江苏人民出版社。

[3]刘承韪《“互联网+法律的机遇与挑战”》，《中国律师》2016年1月。

青年律师与公益法律服务

胡国杰　郑　朔

【摘　要】党的十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中明确指出：“要建设完备的法律服务体系。推进覆盖城乡居民的公共法律服务体系建设，加强民生领域法律服务。完善法律援助制度，扩大援助范围，健全司法救助体系，保证人民群众在遇到法律问题或者权利受到侵害时获得及时有效法律帮助。”建立健全公益法律服务体系并使之焕发持续、广泛、旺盛的生命力，律师特别是广大青年律师显然是一支重要的生力军。本文笔者拟着重从青年律师参与公益法律服务活动的时代意义、自益性、服务建议等方面略陈己见，以期引玉。

【关键词】公益法律服务　青年律师

一、公益法律服务体系建设的时代内容和深远意义

相信对大多数人甚至是法律从业者来说，公益法律服务虽如“口头禅”，但对其真正内涵和外延均属模糊，出于探讨之需要，行文之前，必须加以界定。一般认为，公益法律服务是指法律职业从业者或拥有法律专业背景的志愿人员接受法人、自然人、公益组织等主体的委托或自行提供非盈利性法律服务的社会活动。相较于传统型法律服务，公益法律服务不仅要实现维护委托主体合法权益、排除不法侵害的现实目的，还兼具追求公平正义、保障弱势群体权益救济、维护公共秩序和谐安定的社会意义，具有非盈利性、普惠性、公平性的特点，同时对法律从业者实现个人职业价值、人生价值实现亦裨益良多，是一个个人奉献社会、社会反哺成就个人的良性联动的社会系统工程。可以说，公益法律服务体系建设是一个富强、民主、法治国家的标配，是建设公平社会、人权社会、和谐社会之必须，事关全面建设小康社会和中国特色社会主义建设的大局。

二、公益法律服务发展形势以及面临的“瓶颈”和不足

据统计，在公益法律服务机构设置方面，截止至2016年，我国共建成法律援助便民服务窗口3500余个、法律援助工作站7万余个，基层基础建设得到进一步改善；在公益法律服务专项经费保障方面，仅2012年至2015年，中央财政累计拨付法律援助经费总额15.2亿元，同时积极推动地方政府将法律援助经费纳入财政预算。目前全国已有24个省（自治区、直辖市）建立了省级法律援助专项资金，91.4%的地方政府将法律援助业务经费纳入财政预算，并同步放宽适用法律援助的经济困难标准，进一步增强法律援助经

费保障；在公益法律服务信息管理系统推广方面，全国范围内正积极推进全国法律援助信息管理系统建设，简化受理审查程序，进一步扩大法律援助补充事项范围，公民获得法律援助更加便捷；在公益法律服务活动开展效果方面，仅2012年至2015年，全国共办理法律援助案件470万件，年均增长7.4%，受援群众超过526万，提供法律咨询2587万人次。综上，我国已逐步建立了以党和政府主导、法律从业者为主体、社会各界人士广泛参与的良好格局。

就我省而言，近年来在公益法律服务领域也是立体联动、多管齐下、硕果累累：2017年1月1日我省正式发布实施修订后的《安徽省法律援助条例》，进一步规范、硬化法律服务的主体责任、保障措施；此外，安徽在全国率先施行公益法律服务信息化平台建设，截止至2016年底，全省已基本建成覆盖市、县（市、区）、乡镇（街道）、村（社区）四级的公益法律服务实体平台和信息网络平台，基本建成覆盖城乡、惠及全民的公益法律服务体系，基本实现了集数据、音频、视频三网合一的四级互联互通专用网络支持，初步形成了线上服务和线下服务、实地服务和网络服务互为补充的工作机制，群众寻求供公益法律服务更为方便、快捷。

但毋庸讳言，该项体系自上世纪90年代初步建立后，虽取得了长足的进步，但从有关部门的调查研究、新闻媒体披露的相关情况特别是广大人民群众的现实感受来看，不仅仍存在一系列深层次顶层设计不足，也面临着诸多复杂、尴尬的现实困境。顶层设计和制度建设方面存在法律法规不完善、制度体系不配套、机构设置不健全等问题；在现实层面，既面临一些地方政府认识不到位、服务经费不充足、责任措施不到位的制约，造成“应景代替实干”、“形式重于内容”的虚假喜人景象，更重要的是，由于受到急功近利、浮躁利己之风盛行的社会大环境影响，服务队伍的积极性、稳定性、规模性、勤勉性均差强人意，公益法律服务存在“理发挑子一头热、阳春白雪和者寡”的尴尬局面。如何破局？需要引起全社会特别是年轻法律工作者的高度关注、热情参与。

三、青年律师参与公益法律服务的人生价值和时代意义。

1、正如习近平总书记寄语青年：“历史和现实都告诉我们，青年一代有理想、有担当，国家就有前途，民族就有希望，实现中华民族伟大复兴就有源源不断的强大力量”。律师尤其是青年律师无疑是我国公益法律服务体系建设的排头兵、主力军，其原因显然在于：第一，部分入行已久、年纪偏大的资深律师一方面由于自身业务团队的生存发展面临巨大的创收压力，无暇兼顾其他；另一方面资深律师一般都身兼多项社会兼职，公益服务选择性受限。而青年律师精力旺盛、拼劲十足，业务拓展压力一般较小，业余时间也较为丰富，鼓励、引导青年律师广泛参与到公益法律服务的浪潮中去，不仅有现实操作性的客观考量，也是新老交替、行业新陈代谢的必然规律；第二，公益法律服务体系建设是一项庞大的、持续的、广泛的、长期的系统工程，唯有青年律师的广泛、踊跃参与，唯有青年律师勇于思考、探索，才能实现该项事业的薪火相传，为之提供源源不

断的动力和活力。

2、律师行业发展对个人专业、阅历、经验、智慧有特殊要求，广泛而足够的“门诊量”是每一个青年律师成长、成才的必由之路。青年律师在入行之初往往“门可罗雀”、门诊量小、书生气足、自信心弱、如履薄冰。即使师从某一“名师”，但由于资深律师经历、趣旨、特长、社会人脉圈的不同，其业务类型、范畴往往较为固定、单一甚至程式化，造成部分青年律师往往只专于某项业务甚至非诉讼业务某一“工序”或“截面”，业务技能锤炼和处理复杂问题的经验积累严重缺失，发展空间、发展前途严重受限，对青年律师成长和人生价值的实现极为不利。“事非经过不知难”，而公益法律服务涉及的面广人多、类型广泛、矛盾复杂，一起小小咨询、一宗小小信访，往往涉情涉法、矛盾交织、五脏俱全，需要与求助者及有关部门耐心协调、有效沟通，倒逼律师认真解剖、深入思考、理清头绪、找出病因、开出处方，有利于全方位提升青年律师分析问题、解决问题的水平，有利于增强青年律师驾驭处理复杂社会矛盾的信心和经验积累。

3、青年律师的知识结构、实务经验、从业热情较老律师更能提供优质高效的公益法律服务。实践表明，公益法律服务相当部分集中在普通刑事案件以及婚姻家庭、劳动争议、人身损害、民间借贷、相邻权、物业管理、买卖合同纠纷等领域，这些纠纷恰恰是大多青年律师的主打产品、拿手好戏，如交通肇事等人身损害案件，许多青年对相关法条、相关计算标准驾轻就熟、顺手拈来。而老律师甚至是所谓“资深律师”、“名律师”则不然，长期致力于所谓高端领域或某一专业领域，对于上述纠纷往往因丢手多年、极其陌生，遇到这类纠纷必定触及冷门、力不从心，无法提供及时、准确、优质的法律服务。加之，新老律师的精力差距、定位不同、热情有别，青年律师从事公益法律服务无疑具有老律师无法复制的优势。

4、积极投身公益法律服务是青年律师实现人生价值的重要途径。毋庸讳言，受当下现实影响，社会浮躁之气盛行，物质功能突出彰显并不断被渲染、抬升，“功利主义”的事业观大行其道，律师行业尤其是青年律师无疑也不能“独善其身”。部分刚入行的青年律师，尚未领会到行业的艰辛之处，志大心高，往往眼高手低、开口闭口豪车洋房，一叶障目，渐渐养成了“分外”的事情不理、不赚钱的事情不做的狭隘事业观。笔者认为，放眼历史和现实，这种单一坚守“发展是硬道理”的执着对个人事业的发展、人生价值的实现是一种“画地为牢”的短视、贻害无穷。不必讳言物质创造对于尊严、体面、成就感的重要性和必要性，但如果将此个人“名”、“利”作为事业追求的全部，显然是俗了思想、低了品味、贬了价值，实际已经“输在了起跑线”。作为社会精英阶层，律师追求的很显然不仅仅是金钱利益，还应该以高度的职业责任把握时代的脉搏、关注时代的需求特别是弱势群体的需求，在更广阔的社会领域施展才华、承担责任、锤炼自我、奉献青春，这是律师职业使命的必然要求也是每一名青年律师出彩出色实现人生价值的必由之路。

四、大力促进青年律师参与公益法律服务的措施建议。

1、积极培育、大力引导青年律师参与公益法律服务的内生动力。

凡大事知难行易，如何培育青年律师积极参与公益法律服务是一项基础、系统、长期工程，必作于细、必系于常，只有让青年律师这一群体“内化于心”方可“外化于行”。因此，笔者建议，必须从律师实习阶段甚至是高等院校法学教育启蒙起，就应该将律师参与公益法律服务的职业价值、人生价值、时代意义作为律师职业价值观培育的重要内容，使这种理念一开始就在他们心中“落地生根”，要通过编写教程或在相关科目中设立专章、形式多样的大学生实践活动、公益法律服务优秀律师开办专题讲座等方式，唤醒和强化青年律师的公益意识，通过春风化雨的方式让广大青年律师认识到“为我”、“为人”的关系，真正顿悟“为我”成就“小自我”、“为公”方能成就“大人生”的宏阔事理。

2、着力培养、锤炼青年律师从事公益法律服务的能力和水平。

“工欲善其事必先利其器”。公益法律服务相对于律师主业——诉讼、仲裁和非诉讼法律服务在服务对象、服务内容、服务方式、服务需求上具有较大差异，仅靠法律专业知识特别是书本知识和律师本身执业经验万难胜任。因此，在实践中，相当程度上存在青年律师磨破嘴、跑断腿但服务对象却不满意的尴尬事例。而据笔者了解，各律师事务所以及有关部门也很少针对公益法律服务技能、技巧举行专题培训，至少没有建立起该项培训的长效机制。青年律师都是各展其能、摸着石头过河，服务的效率和质量根本无法保证，一旦处理不当，受了委屈又无人问其甘苦，积极性即严重受挫，退做“壁上观”。针对这一情形，笔者建议，以律师协会作为责任主体单位，尽快切实将有志从事公益法律服务的青年律师培训工作作为行业建设的一项重要任务摆上日程，通过成功案例汇编、公益法律服务技能技巧专题研讨会以及邀请信访、法援、司法机关专家开展专题讲座等方式，形式多样开展公益法律服务技能培训工作。让乐意从事公益法律服务的青年律师“心里有货、遇事不慌”，干得顺手、干得顺心；让公益法律服务对象花了时间、得了实惠，抱着信心而来，高高兴兴而去。

3、努力为青年律师提供公益法律服务提供更广泛、更便捷的服务方式和服务渠道。随着互联网、大数据时代的来临，律师服务方式已经而且必将日益加速呈现出多元化、网络化的特征，有关部门也应顺应这一形势的发展，极力拓宽服务方式、服务渠道，逐步改变过去那种摆摊设点、坐台问诊、登门走访的单一模式。比如现在行业协会、律师事务所通过开通微信公众号的方式提供各项服务已成常态，不妨在公益法律服务中也借鉴相关模式，在司法行政部门、律师协会、信访部门、律师事务所的官方网站或者微信公众号等平台专门定时开辟公益法律服务的网络沟通渠道，高效便捷，对服务双方都可谓一举两得。

4、建立推动青年律师参与公益法律服务的激励机制和保障机制。激励保障机制可

谓林林总总、不一而足，但笔者认为，措施之要，莫外乎合乎规制、合乎人性且均有向乎“名利”的本能。目前对青年律师参与公益法律服务的激励最可行、最直接、最有效的方式至少有三条：一是在全社会首先是全行业营造鼓励、尊重、弘扬青年律师参与公益服务的氛围，通过制度完善、制度硬化激励青年律师积极踊跃参与公益法律服务、勤勉尽责提供公益法律服务。譬如说，现在的律师协会“两专”委员会特别是理事会、常务理事会几乎是老律师、“大律师”俱乐部，虽有少数青年律师的身影，但往往并非因其投身公益成绩突出。因此，可以考虑规定，在上述组织提名推荐、遴选考核时规定一定比例公益法律服务成绩突出的青年律师代表，明确导向、树立标杆、鼓舞士气；二是对现行的律所、律师考核评比中提高公益法律服务业绩权重，压实责任，对年龄在40岁以下的青年律师从事公益法律服务的情况予以重点考核，必要时可上网公示，作为对其评选评优、入围青年律师领军人才的重要标准；三是强化从事公益青年律师的保障、激励、考核机制。非盈利不等于完全无偿、不等于纯粹意义的无私奉献，公益服务也不等于没有约束、没有责任。我国现行公益法律服务体系激励、保障尚不完善，就拿法律援助制度来说，全国多数地方虽然成立了法律援助机构，但经费、人员保障和服务质量、案件质量评查考核机制均严重缺失，部分青年律师在生活压力较大的情况下甚至要贴钱办案，这种摊派式参与、粗放式管理造成相当比例的法律援助工作有名无实，甚至就是做做样子、走走形式，服务质量与制度宗旨相去云泥。对此，笔者认为，除了各级司法行政机关、律师协会应当商请各级党委政府进一步加强对公益法律服务经费保障、加强对专项经费的动态管理及使用外，还应通过通报表彰、评先评优等方式，使高度重视、大力支持青年律师参与公益法律服务的律所尝到有面子、塑品牌、强实力的“甜头”，充分调动律师事务所的积极性、能动性；要加强对服务质量、服务效果的监督考评机制，将其作为发放补贴的标准，按质论价、拉开差距，破除现在单一“计件制”补贴方式，将表彰奖励公益法律服务律师作为一项长效机制抓实抓好，改变不少地方存在的公益服务“大锅饭”、心照不宣、走走形式就做罢、死水一潭的呆局，做到上下一心、立体联动、“理发挑子两头热”，在参与公益法律服务方面形成干好干坏不一样、人人不服输、个个比干劲的生动活泼、积极向上的良好局面。

作者单位：安徽承义律师事务所

社会变革视角下的农村法治建设

夏　耘　朱　腾

【摘　要】当今的中国农村正在经历很大的变化，已经不再是或者不完全是费孝通所描述的那个乡土中国了——熟人社会解体、农村被卷入市场。在此种背景下，农村的法治建设出现了一些新的难题，这些难题一是农民传统观念与现代司法原则存在冲突，二是法所具有的普遍规律使得我们对于传统本土法治观念应当进行法之共性的反思。对此本文以农村社会变革为切入点，分析了目前农村社会法治建设存在的问题，并提出了推进农村法治建设的一些思路。

【关键词】农村变革　观念冲突　法的共性　农村经验　顶层设计

乡土中国正在发生某种变化。从最近两年流传颇广的描写乡村现状的博士“回乡手记”来看，现在的农村正在凋零、乡土中国正变得支离破碎——年青人逃离农村、老人自杀现象激增、留守儿童在网吧荒度时日等等不一而足。 我们虽不必对一些触目惊心的个案而对中国乡村的变化而产生消极悲观的情绪，但“回乡手记”中所反映的这些变化却是一个缩影，提醒着我们关注当代中国农村社会产生的变化，思考这种变化中的农村法治建设。

一、农村社会的变革

（一）历史演变

1、古代——传统农村“皇权不下县”下的内生逻辑

要探讨中国农村社会关于法治建设的问题，一个不得不考察的问题就是中国农村社会的历史传统。中国文化的基础是土地和农业，从秦始皇“废分封、置郡县”开始，我国农村社会在整个国家政治中的基本格局就没有过太大的变化，在经历了汉代“罢黜百家、独尊儒术”后“德主刑辅”的代代熏陶以后，我国农村社会形成了一整套自己独特的规则体系，与主政者的“王法”形成互补。

在古代中国，除了部分物质征收或者劳动力征用以外，封建统治者的行政权力最多能够到达州县一级，在州县以下，乡村社会则基本在实际上处于一种“山高皇帝远”的社会状态，这种状态一直持续到中国的晚清时代。[1]

2、近代——农村社会融入整个国家的政治架构之中

列宁曾经说过：革命的政党是不受法律约束的。其实这句话说得更精确点应该是：

革命的政党是不受之前的法律约束的。仅仅凭借法治无法完成中国的近代化，从历史的经验来看，中国的近代化是由政党主导的，不同于西方欧美国家是随着民族国家的建立之后出现了政党，中国是政党先于民族国家而产生，然后用政党的力量，把中国这样一个文化共同体塑造成一个民族国家。在这个过程中，政治主导了法律的实施及法治的建设。黄仁宇认为在这个历史过程中，国民党完成了高层机构即政治上层建筑的建构，而共产党则重新组织了底层机构，弱化了中国人传统的家族和家庭观念，将农村的剩余劳动投入市场。

[2]是否是投入市场有待商榷，但从共产党开始，才真正地使中国的农村社会融入到了整个国家政治力量的架构之中。帝国时代的中国是“皇权不下县”的，直至国民党时代，这种政治结构都仍然在发挥作用，民国的保甲制度是国家权力控制乡村社会的一个开端，而到建国后，这种政治权力的控制过程变得更加明显，农业合作化以及人民公社运动都是这种控制加强的直接体现。

（二）当今现状

1、从“熟人社会”到“半熟人社会”

费孝通笔下的传统中国乡村是一种“熟人社会”，在农村这个彼此熟悉的时空环境下进行交流，更多的是依靠“礼治”或者“习惯”，只有现代文明条件下的“陌生人的社会”才需要“法治”。[3]但是，将近半个多世纪的发展，中国社会发生了翻天覆地的变化，仅从第六次全国人口普查的数据来看，城镇人口与乡村人口的数量接近一比一。而现在，城市人口已经超过了农村的人口，并且农村人口比重下降这个趋势在中国城市化建设如火如荼的大背景下将持续一个较长的时间。由此，我们的国家似乎离费孝通笔下的“乡土中国”渐行渐远，市场经济跟商品经济的快速发展，极大地推动了城市的发展，城市化又反过来以前所未有的速度将一切又推入市场，农村社会形态已大不相同，已不再纯粹是我们所熟悉的那个“熟人社会”。因此，依旧从传统的“熟人社会”为背景来考察农村的法治建设问题，已经显得不合时宜。

有关中国社会变革的研究习惯于套用“传统——现代”二元框架解释中国农村社会形态的演变。费孝通认为法理社会是乡土社会的发展方向，苏力也认为，以小农经济为基础的熟人社会会转向以工商经济为基础的陌生人社会。[4]但从现在的发展情况来看，不完全是这样，中国工业化给乡土社会带来巨大的影响，中国人跟土地之间的关系确实不像西方人那样在最初的工业革命之时就被一刀切断了，我们似乎是“剪不断，理还乱”的状况，中国土地产权问题的复杂性非一般经济模型所能概括的。[5]因此，直接套用欧美国家的理论，依旧非此即彼地认为现今的中国农村是“乡土社会”或是“现代社会”是无法解释由此引发的种种问题的，也是不明智的，中国的经验不同于西方，中国的农村不是非此即彼，而是介于两者之间。

为了解释当前的中国农村，学界比较有代表性的理论有两个，一是吴重庆的“无主

体熟人社会”，二是贺雪峰的“半熟人社会”

吴重庆提出的“无主体熟人社会”的概念比较准确地表现了当下的农村社会的现实表现。生活于当下农村的人们想必对此不会陌生，亲朋好友常年外出打工、经商，只有过年时，才回到生养自己的农村。为了解释这种现象，吴重庆先生提出了“无主体熟人社会”的概念，试图揭示当下中国广大农村“空心化”的社会形态。“无主体”指的是农村里的青壮年劳动力大量外出谋业，村子里劳动力主体缺失，同时农村社会依附于城市，丧失了之前熟人社会中的自主性。

[6]而贺雪峰则将其概括为“半熟人社会”，并认为半熟人社会具有三个特征：第一，村庄社会多元化，异质性增加，村民之间的熟悉程度降低；第二随着地方性共识的逐步丧失，村庄传统规范越来越难以约束村民行为；第三村民对村庄的主体感逐步丧失，越来越难以仅靠内部力量来维持基本的生产生活秩序，村庄越来越变成外在于村民的存在，二者的社会文化距离越来越远。[7]在此，贺雪峰不仅是要解释当下的农村，更试图将此后一个较长时间内不断发展中的中国农村社会纳入这样一个理论框架之中。

不管是“无主体熟人社会”还是“半熟人社会”，都反映了当下中国农村社会的这种独特变化， 理解这种变化，是探讨中国农村法治建设的前提。这种变化所带来的问题主要就两个方面而言，一是农民传统的法理观念受到冲击，二是这种冲击所带来的冲突随着熟人社会的解体所带来的危害愈发明显。关于这两点，本文的第二部分有着详细的论述。

2、从“乡土中国”到“市场中国”

中国的市场化改革起始于农村，即从小岗村推广到全国的家庭联产承包责任制，之后随之而来的是人民公社制度逐步退出历史舞台，农民的流动性加强，以“农民工”的形式去城里自由寻找工作。这时起，才正如黄仁宇所说的使个人投入市场。

这种转变是相互的，一方面，改革开放以及社会主义市场经济的推进，城市为数亿农民提供了充足的就业岗位，使得农民在保有土地的前提下能够通过务工增加收入，在一段时间内呈现出一种“以代际分工为基础的半工半耕”的模式。所谓“以代际分工为基础的半工半耕”，即农村家庭的年轻劳动力进入城市务工，年迈的父母则继续坚守在土地上，如此，农民家庭就可以取得务农与务工两份收入，这极大地改善了农民的生活水平。[8]另一方面，农村大部分青壮年劳动力涌入沿海城市，为城市的工商业提供了大量廉价的劳动力，大大降低了出口商品的生产成本，繁荣了我们的出口贸易，为我国在全球化背景下的现代化发展积累宝贵的初始资金。

对此，苏力更是指出，当下的中国是“市场中国”。[9]从数据上看，农业GDP占我国GDP的9%上下，仅从这个层面来看，中国已经不再是那个以农业立国的传统的中国了。农民乡土性的变化也是如此，费孝通对于中国人的乡土性进行了形象的描述——我们这个民族的人民总习惯于从土地里讨生活。[10]无论生活在哪里总是试着往土地里播上

一些种子，这种现象在今日城市中的空地上也是随处可见的，这种行为似乎成为了我们民族性格的一部分。我们的父辈即使主要收入已经不是来自于农业，却依然保有对于土地劳作的一种“原始冲动”——看到住所旁边的荒地总忍不住要种上几朵青菜。因为他们那一辈人是生长于乡土之中的，即使是现在，也依然有一只脚踩在土地里。

但是，这种乡土性会随着成长于“市场中国”的一代人成为这个国家的主体之后，慢慢变得淡薄。我们这一代人大部分已经是脱离了土地，即便是成长于农村，也是脱离了乡土。我们对于日常食材的态度基本是想通过多赚钱然后购买，已经没有自己从土地里刨食的概念了，即使有这种行为，也不过是当作一种类似于种花一类的爱好罢了。

当然这并不是说农村已经没有年轻人从事农业了（大学生回乡创业从事农业生产的也是大有人在），而是说，新时代的中国农民已经不是被捆在自己的那一亩三分地上，因为农业生产已经同市场联系起来。中西部的农村，依然有着大量的农民从事着农业生产，但这种生产纯粹是为了自给自足地补充家里的口粮的情况几乎是不存在的。现在的农民总要根据市场行情调整自己一年的农业生产计划——是生产水稻多一点还是生产棉花或者蔬菜多一点等等。因为这里的农产品已经是为了推向市场销售的“商品”了。从这个意义上，现代中国的农业生产已经同市场紧密相连了，现在的中国已经是“市场中国”了。因此，　　深入了解这种背景是我们理解中国农村法治，思考农村法治建设的一个重要前提。

二、社会变革视角下农村法治建设的难题

（一）百姓要求与现代司法原则——两种正义观的冲突

在过去，我们关注农村法治，似乎就等同于关注农民的司法问题，即苏力所提到的“秋菊的困惑”。在《秋菊打官司》的影片中，秋菊的丈夫同村长发生争执，村长愤恨之下踢了秋菊丈夫的“命根子”，秋菊要求村长认错，村长拒绝了，怀胎六个月的秋菊就去政府告状，要讨个“说法”。后来秋菊难产，村长带人冒着风雪把秋菊抬了几十里的山路送到县医院，救了秋菊母子的命。秋菊一家很是感激，也就不想再提官司的事了，准备请村长来她家吃孩子满月的酒席，警察却把村长带走并处以十五天的行政拘留。[11]在此，秋菊所要的“讨个说法”与国家正式的制定法之间是不相兼容的。当法律程序启动的时候，当事人是不能任意使其停下的。

重新审视这个问题，已经不仅仅只有法理上的意义，更有着现实法律实践的迫切需要。深入理解就要求我们不仅仅是要关注法制的本土资源的重要性——仅仅是要解决“秋菊的困惑”。我们更应该认识到国家制定法背后的逻辑，了解我们的法律为什么是这样子的，以及这种冲突是怎么来的。

作为中国的老百姓，对于法官，大家最为熟悉也最为推崇的不是霍姆斯或是马歇尔，而是包拯——“包青天”，对于“青天”的形象从小就耳濡目染，无论是从小说、戏剧还是影视剧，这构成了百姓对于一名优秀法官的全部想象，即一名好的法官需要明察

秋毫、分清善恶，做到惩治恶人以及保护善良的百姓。而西方国家的民众对于法官的想象则是蒙着眼睛的正义女神——正义女神蒙着双眼、一手持宝剑、一手托天平。

[12]随着时间的推移，我们发现，困惑的不仅仅是像“秋菊”这样的农民，作为熟悉法律的裁判者的法官也同样是困惑的——莫兆军案。

这起先是源于一个农村的民事欠款纠纷案，当时莫兆军是这个案件的主审法官。原告李兆兴凭借一张有被告亲笔签名的借条请求法院判令被告支付欠款本机及利息1万多元，被告是一对老夫妇。这对老夫妇一再辩称借款之事纯属子虚乌有，并指出，原告所拿出的欠条上的签名是在原告同伙持刀胁迫的情况下才被迫签的，但却无法拿出相应证据，根据民事案件“谁主张谁举证”的原则，审判员莫兆军判决被告夫妇偿还欠款并支付利息。一审判决过后，被告老夫妇一时激愤，在初审法院外服农药自杀双双而亡。之后警方介入调查，发现原告实为诬告。作为主审法官的莫兆军被以玩忽职守罪提起公诉。

[13]熟悉法律的人很可能会就事论事地“指责”这对老夫妻不懂法，如死者夫妇没有主动报警，在法官一审判决结果出来后没有选择上诉而是以死抗争。最后莫兆军玩忽职守案两审的结果也是这样——在莫兆军审理的这起民事案件中，作为主审的莫兆军遵循了有关民事诉讼的规则，不存在玩忽职守的行为，被判无罪。但以一个没有受过现代法律职业训练的具有共同文化背景的普通中国老百姓的立场来看，死者夫妇的行动虽然偏激不可取，但是其行为逻辑及其对待司法的心理预期是不难理解的，而作为法官的莫兆军是不合格的——即使国家权威的制定法认为莫兆军无罪。

造成这种冲突的根源就在于，这是两种正义观的冲突，中国的老百姓讲究的是“善恶”，而中国的法官们所受到的法学教育却是要追求“公正”。其实，包公通常被人按照现在的说法安上了“法官”的名号，但他却不仅仅是一个法官，在中国漫长的传统社会（“封建社会”是欧洲史学家研究中世纪时的一个说法，套用到中国笔者觉得不太合适，因此在表述上自觉用“传统社会”代之）中，司法职能通常都由行政官员兼任，因此包公既是行政上的一把手，同时主管司法审判与刑事侦查，大致可以说是市长、市公安局局长跟中级人民法院院长三位一体。这种极其全面而强大的权力是现在的法官所难以企及的。因此，将案件“查个水落石出”在百姓心中就是一个“青天大老爷”所必须主动去做的事，而源自西方的所谓法官居中“消极中立”则与中国百姓所要求的“为民做主”格格不入，这种制度和文化的冲突，最终造成了被告夫妇的悲剧，也造成了莫兆军的不幸——即使无罪，但发生这样的事情，对其也是一种变相的“下马”。

在之前这些观念冲突虽然也存在，但却不像现在一样是个很严重的问题。数十年前，城乡在纠纷解决这个问题上是分立的——农村继续沿用道德与礼教等传统方法解决着村子里的诸多纠纷，城市则在市场与现代法治的规则下通过司法解决问题。正是熟人社会解体，伴随着农村社会原有的纠纷解决机制与传统道德影响力的下降，使得这种观念的冲突比之前城乡分立时所引发的问题更加突出，迫使我们反思这种变化下的农村法

治。

（二）太阳底下无新事——对法律继承中法的共性的反思

苏力曾说过：“一个民族的生活创造他的法制，而法学家创造的仅仅是关于法制的理论。”[14]并通过青藏高原上一位法官的话——这里没有不动产——精彩地论述了法律移植中要关注本民族自身特性的问题。在此斗胆拙劣地模仿一下苏力老师的题目，谈谈我国现代化法治的继承问题，具体说来，是市场经济中法的共性问题。

当然，首先要明白什么是法律继承。法律继承指不同类型的法律制度之间的延续和继受，一般表现为对新法的影响和新法对旧法的承接和继受。[15]从定义来看，法的阶级性并没有排斥法的继承性，因此并不是说我们是社会主义法就没有借鉴资本主义甚至是奴隶社会的罗马法的内容。

所罗门说：太阳底下无新事。我们自然不必对这句话过于较真，现代社会日新月异，新事物层出不穷，但事物总有其发展的客观规律存在，不以人的意志为转移。世界上没有两片相同的叶子，苏力老师更加关注我们民族在自身法制建设中的本土资源与独特经验，而笔者认为，关注我们本身的经验固然重要，但也应正视法治有其天然的共性。

世界上关于人治与法治的争论持续了数千年之久，柏拉图在《理想国》中就曾设想过关于人治的乌托邦，但这种“贤人政治”适用的前提是极为严苛的，哲学王要有高度的思想觉悟，各个职业的人要心甘情愿、忠于职守。[16]但这种美好的幻想从未在西方实现过，因为一个人在作为“社会的人”之前必定先是一个“生物上的人”——人总是有七情六欲的。

这就不得不面对腐败的问题；即使我们克服了人的局限性，也仍然不得不面对社会生产力制约的问题，在古代中国建设的以“仁”为核心的尊卑秩序，虽然经过上千年的发展，不同于柏拉图“理想国”的“贤人政治”、也与孔子最初的主张不尽相同，但在明代，对于“君子”的培养，达到了一个令人刮目的高度，一大批即使知道可能会被廷杖致死依旧舍身直谏（虽然也有以受杖求声誉的存在）的士大夫，也有面对满清铁骑“留发不留头”的硬骨头。但即是有着如此之高”思想觉悟“的士大夫阶层、文官团体依旧无法面对社会生产崩溃后此起彼伏的农民起义，没能挽回明王朝被流民摧毁的命运。

因此，对于社会运行秩序的设计从来就不是一个追求最优解的问题，必须充分考虑到人本身的局限性，以此进行制度设计。中国因其独特的地理条件——向东是绵延千里的海岸线，向南是南国密林、烟瘴之地，向西是白雪皑皑的青藏高原，向北是万里荒芜的沙疆——使其隔绝于世界其他主要地缘板块，除了北方游牧民族的侵扰，各个中原王朝其持续的最大要因在于其内部。这就为社会制度的施行提供了绝好的实验条件和试验环境，就像在一台较为固定的电脑上安装操作系统一般，各个王朝的开国君臣们设计一整套操作系统，后世君主不断地对系统进行维护和更新，千百年来反复上演着：安装系统、死机、重装系统、然后继续死机的宿命般的循环。

对于如何跳出这种循环，毛泽东和黄炎培有过这样的一番谈话：

黄炎培曾问过毛泽东：“我生六十年，耳闻的不说，所亲眼看到的，真所谓兴也勃焉，其亡也忽焉，一人、一家、一团体，一地方，乃至一国，许多许多单位都没能跳出这周期律的支配力……”黄炎培还指出，从历史的角度来看，有政怠宦成的，有人亡政息的，也有求荣取辱的，但都没能跳出这一周期律。他问毛泽东有什么方法跳出这一周期律。毛泽东的回答是：“我们已经找到新路，我们能挑出这周期律。这条新路，就是民主。只有让人民来监督政府，政府才不敢松懈。只有人人起来负责，才不会政息人亡。”[17]在毛看来，腐败是政治崩溃的最大威胁。但在笔者看来腐败充其量只是政治崩溃的诱因之一，不是社会崩溃的主要原因。 腐败是东西方社会所共有的现象，但政权的反复更迭却是中国所独有的，中国历代王朝由内因导致的政权崩溃首先是由于社会生产的破坏，进而导致了社会的崩溃——秦朝沉重的劳役及其以吏为师等等制度设计超越了社会生产力的承载限度，汉代愈演愈烈的土地兼并，明代末期各种天灾人祸导致的流民潮。制度设计首先要满足人民的生产生活，好的制度则要求能够积累社会财富，达到发展社会生产力的要求。从目前看来，发展市场经济是现阶段（社会主义初级阶段）积累社会财富，提高社会生产力的最有效手段。

本来按照辩证唯物主义的观点， 应该是先有社会经济条件的变化，而后法学家们根据这种变化来表述法律、创设法律，而在中国市场化建设的过程中这条经验似乎是失灵了。现行《中华人民共和国民法通则》实施日期是1987年1月1日，而中国社会主义市场经济在那时还没有建立，甚至是开始建立。如同我之前所论述的，中国的近代化和现代化是由政治主导的，政党把党的纲领通过法律予以实施，变革社会，民法通则的实施则是计划经济向市场经济转轨在法治上的一个措施。即我们的民法，是预先设计了一个框架，一个我们的国民未曾经历过的经济生活方式。从现在的结果看来，我们是成功了——中国已经成为世界第二大经济体，拥有世界第一的对外贸易额。

那么，这种对于经济立法的预先创设在理论上为什么是可行的呢？因为商品经济的规则具有恒定性。市场经济与商品经济的发展对于法治的要求是与生俱来的，正是市场经济或者商品经济的发展规律决定了服务于市场经济的法具有着天然的共性。即使现在是社会主义的新中国，发展的是社会主义市场经济，抛开意识形态偏见后，只要有些微常识的人都不得不承认，今天我们民法中的重点和两千多年前的罗马法的民法中的重点没有本质区别——如债法、继承、所有权、占有、土地和房屋等。社会主义的法天然需要通过法律继承来借鉴其他历史类型的法，才能够发展自身。

因此，无论是之前所论述的民族国家的问题，还是现在的商品经济的法律共性问题，无非是想说明一个观点，即中国作为一个转型期的大国，往往是由政治主导法律的制定和实施，服务于整个国家和民族。在此过程中，我们既要认识到法律的不足之处，也应当正视法的共性，重视法治作为上层建筑对于社会发展的重要意义。在这个层面上，应

当创新思维，即不仅仅是要把法治同民主相联系，更应该把市场同法治联系起来，法治对经济发展和经济效率起促进作用。[18]这也是我们要进一步完善农村法治的一个重要思路。

三、推进农村法治建设的思路

（一）农村特有经验与乡规民约的作用

1、关注农村的特有经验

美国大法官霍姆斯曾说过：“法律的生命从来不是逻辑，而是经验。”[19]法律固然有着放诸四海而皆准的逻辑，但经验却是一个民族所特有的。因此，建设中国的法治，特别是中国农村的法治，应当看到本民族在长久历史积淀中的文化内涵，关注农村的特有经验。

当然，这种内涵不是一成不变的，随着社会生活的发展变化，会有新的问题产生——如同前文所论述的文化观念的冲突。而当这种冲突产生的时候，我们需要改造的是我们的法律还是中国的老百姓呢？如果说，秋菊这样的农民随着“送法下乡”法治观念得以提高而不再困惑，那么像莫兆军这样懂法的法官的困惑是无法通过对自己“普法”来解决的，对于他来说他无法改造自己的当事人。中国百姓讲究的是善恶，只有法官才去追求“公正”，那么中国的百姓能够被改造、需要被改造吗？

法治观念成为共识从来不是像“普法”这样的口号一般的活动能够完成的事情，因为中国人对于法治的认识是“天理”、“国法”、“人情”三位一体，三者能够统一是最理想的状况，但如果三者冲突，“国法”往往是排在最后的。[20]作为国家的制定法如果与农民心中的“理”产生了冲突，农民往往不会认为是自己的观念有问题，而一定是认为法律太“不合情理”，对此他们往往是有着高度的道义上的自信的（秋菊便是如此）。

因此，“改造”从操作的角度来看就是一个没有讨论必要的问题，至少，“普法”是做不到的。让农民理解法律、认同法律的权威只是法学家一厢情愿的想法，事实是，越是了解法律，越是会去钻法律的空子。如此，我们要推进农村的法治建设，就不能是为了改造农民而去改造农民，而应该通过改善、提高农民的生产生活条件，让农民过上一种现代化的生活，使得法治成为农民主动追求的一种必需品而不是压在头顶的一种“大写的正义”、或是一种抽象的普世价值。国家的制定法也应当符合农民的价值观念和心理预期。

2、乡规民约的作用

基于以上的分析，要想推进农村的法治建设，我们急需一种能够将国家法治精神同农民的“法”、“理”观念衔接起来的纽带，而这个纽带就是的乡规民约。

乡规民约对于当代中国农村法治的作用主要是在于两个方面。

首先，乡规民约有利于普法工作的开展，深化农民对于法治的理解。政治主导下的现代法治推进方式所普及的法律与农民的现实生活存在很大差距，有些甚至是违背了农

民的传统道德，这就造成我前面论述的传统“普法”工作的失败。乡规民约源自于农村长久生活所形成的一种内生逻辑，它来源于传统，更加贴近农民的现实生活与传统道德，因此乡规民约比冷冰冰的法律条文更能够使农民信服，相比法院的一纸判决，更能够达到定纷止争、案结事了的目的。同时，乡规民约的推广能够激发农民的权利意识意识，这使得农民的传统观念同现代法治原则找到了一个共通点，有利于加深农民对于国家法律的理解，提高法律在农民心目中的权威性。

其次，乡规民约能够与基层司法形成互补，提高农村纠纷解决效率。乡规民约是从农村社会自我管理的大量实践活动中产生的，相比于走司法程序，是一种比较高效和节约费用的纠纷解决办法，这也就无形中减少了对于国家司法资源的浪费。而且，在农村社会，大部分的乡规民约同国家的制定法都有着重合的部分，比如刑法中规定的禁止盗窃、抢劫、赌博、强奸等犯罪行为也都是遭到乡规民约一致唾弃的。因此，乡规民约的推广也在一定程度上有利于农民对于国家制定法的遵守，与基层的司法形成互补。

当然，乡规民约固然有许多内容同国家的法治原则相契合，但在发展过程中，其本身也具有一些不符合时代潮流的地方。在农村社会快速发展的大背景下，传统的乡规民约也必须改革自身，使其适应国家的法治原则，主动消除和改变原有的糟粕内容，同时发扬同法治相契合的部分。国家的制定法也应当充分体现农村生活的实际需要，为乡规民约的良性发展提供一个良好的外在环境，提高在这个过程中的农民的话语权。更加关注制定法与乡规民约的契合。如此，两者进行有效互动，既能够从整体上推进国家法治在于农村的构建，又能够充分照顾各个地方的特殊性，使之形成一个良性的循环。

（二）顶层设计与消除“城乡二元结构”

1、注重顶层设计

中国法学界对待法治建设，先后有过全面移植论以及苏力的“本土资源论”。前者主张全面移植西方的法律制度，用“法治”取代“人治”，苏力则针对这种用政府强制力推行法治的做法提出了法治建设应当关注本土资源的理论。

当然，这并不是说，苏力就是支持“法治本土化”，如果纯粹按照法治本土化的理论来推导，我们现在施行的法律应当是作为中华法系的唐宋明清的法，因为它来源于我们的本土资源。苏力在面对“保守主义”、“法治本土化”的指责时在《送法下乡》的序言中辩解到：“我之所以强调借助中国的本土资源建立现代法治，正是在经济体制变革这一根本前提下”。[21]但仔细思索便会发觉这种解释自相矛盾，引导经济体制变革、改革社会固有顽疾不正是法治建设应当做的吗？而且，其“一个民族的生活创造他的法制，而法学家创造的仅仅是关于法制的理论”的观点也显然过于悲观，作为法学家甚至有推脱责任之嫌，似乎忘记了什么叫做顶层设计，也没有意识到商品经济规则的恒定性。在此，我之所以提出要关注法的共性，并不是指要走全面移植西方法律的老路，而是指通过顶层设计，为农村的现代化发展在时机成熟的时候主动消除法治上的障碍。即用法

治规范苏力作为背景条件的“经济体制变革”，通过顶层设计推动农村社会本身的变化。这不仅是一个社会背景的问题，也不仅仅是一个国家大政方针的问题，而是一个实实在在的法治的问题。

简单说来，基本的思路就是，在时机恰当的时候主动运用法治推动社会经济体制、社会制度的变革，提高农村的现代化水平——无论是生产方式上、生活水平上、还是思想观念上——使得法治成为农民的共识及所需。

2、消除“城乡二元结构”，让法治服务于城乡整体

按照以上思路，这个障碍最为突出的即为现有的户籍管理制度，其存在阻碍了城乡一体化的建设。

户籍管理制度不是实实在的国家基本法律，但这种制度的设计对于农民的影响却与宪法不相上下，因为现有的户籍不仅仅是一种身份的指代，更是与社会福利甚至是与公民权利相挂钩。这导致了城乡二元结构，使农村依附于城市，农民在这种环境下既无法融入城市、也无法回归于土地。虽然这种制度在特定的历史条件下起着至关重要的作用——类似于苏力逻辑下的制度创新——但这些旧制度的结晶早已成为社会发展的障碍。当然这种上层建筑的改变不是一蹴而就的，但当一个制度的坏处变得无法抵消或是大于其能够带来的好处，主动进行顶层设计就是进行社会科学研究的工作者们应当思考的问题。

具体说来，举措应该着重以下两点：

首先，应该逐步统筹城乡保障制度，实现社会福利在城乡层面的统一。农村与城市户口的差别最重要的一点就体现在其与地方的福利制度相挂钩，即城市本地人和外来务工人员之间存在区别。城里人的逻辑就是，我们当地人创造的价值让居住时间不长的外来户所享用了，就是对城里人不公平。对此一方面要消除这种本地主义的狭隘观念，当下中国的大城市的繁荣没有了数以亿计的“农民工”的话，是难以想象的，从这个意义上来说，那些所谓的“外来户”们理所应当共同享有城市的繁荣。另一方面，需要国家完善相关福利统筹制度，细化管理条例，例如放宽在城市工作数年的农民工在子女入学、社会保险等方面的准入条件，让他们更有一种融入感，这也从侧面减少了农民之间、农民与市民之间的矛盾与冲突。

其次，国家应该反思“以乡补城”的发展思路，注重农村的建设。中国现代化与城市化的发展过程中，农村做出了巨大的牺牲，最为直观也最为根本的，即本文之前所论述的农村主体的缺失，即农村大量的劳动力的流失，这也是当下农村衰败的原因之所在。当然，这固然与农民自身的自由选择有关系，但更为根本的是，农村无法留住年青人，农村缺乏发展的机会。这是是由于国家为优先发展城市而从农村转移了大量社会资源（包括资金、土地、原材料、专业人员等）。如何建设农村、发展农村，这是我们当下建设农村法治一个首先要考虑的问题。因为如果不能解决发展的问题，对于主体缺失的

农村来说，法治是无从谈起的。

结论

一直以来，学界关于农村法治、司法等问题，往往是就司法、法律而谈法治与法制的建设，这就导致陷在局中而无法窥其全貌，无法从一个整体与动态的角度去观察看清这个问题，又或是紧紧揪住农村传统的宗族势力干涉司法这些已经不是个问题的问题不放——撇开宗族势力干涉农村司法只产生于特定农村类型不说，即使是传统上宗族势力比较强的地方，宗族势力也随着农村主体的周期性缺失而面临这衰落的问题。本文即从农村社会变革这个视角入手，以一种不同以往的思维方式，观察农村社会的历史传统，社会变革，并以此探讨农村法治建设的思路问题。同时笔者注重考察和关注关于农村问题的经典著作以及学界的最新研究成果，一定程度上保证了这篇文章的时效性——服务于当下的农村，而不是过去的农村或是臆想中的农村。

在此套用狄更斯的一句话作结：我们生活在一个最好的时代——经济社会快速发展，依法治国成为我们每个国人迫切的追求；同时，这也是一个最坏的时代，社会迅速变迁，传统的道德秩序遭到冲击，人心变得浮躁。追求农村法治、思考农村法治，我们会一直走在践行依法治国的路上。

作者单位：安徽松圣律师事务所

我国环境与资源司法保护制度研究

贾迪楠

【摘　要】环境是资源的载体，资源的开发与利用又离不开环境的支撑；随着我国社会经济发展水平的显著提高，对于资源（自然、社会）的需求量也越来越多，这就使得目前我国在开发利用环境资源的过程中不可避免地以资源量作为首要原则，或多或少地忽视了对于资源环境的保护，从而与资源的载体整个环境之间产生了矛盾，由此带来了一系列的环境资源问题。可以说，环境资源问题的产生是将环境资源这个整体一分为二的结果。作为国家意志的体现，法律对于环境资源的保护起到了举足轻重的作用，从环境法庭的创立到近些年来的环境公益诉讼以及环境司法联动机制的确立，司法制度在平衡经济社会发展与环境资源开发利用保护方面是除了行政手段以外不可忽略的一个重要环节。本文拟通过对于我国环境资源司法保护制度的研究，理清环境与资源的整体关系，从而探寻出合理的资源利用方式，有效地解决环境问题。

【关键词】环境资源　公益诉讼　司法保护

一、环境与资源问题的产生

（一）自然资源与社会资源

研究环境资源问题，不能仅仅理解为是在研究自然资源问题；环境资源作为一个整体概念，同环境一样，其内涵具有广泛性，不仅仅包括以森林、河流为代表的自然资源，同时还包括人们日常生活所依赖的社会资源（小区绿地、停车场等）。随着社会经济的发展，对于我国这样一个人口大国来说，无论是自然资源还是社会资源，在开发利用的过程中，不可避免地会产生资源供需关系紧张、资源浪费、资源破坏等一系列问题；可以说，单纯依靠环境的自我调节能力（自然资源），亦或是单纯依靠社会力量的救济（社会资源），无法从根源上解决这些问题，这正是由于自然资源与社会资源二者的整体性所决定的。因此，在笔者看来，环境资源问题产生的一大根源就在于人类割裂了自然资源与社会资源的关系；脱离了整个资源环境来谈资源保护，无疑是一句空话。

（二）我国环境与资源问题的产生

众所周知，我国是一个人口大国，资源问题比较突出；新中国成立后，对资源和环境的开发利用在深度和广度上日益扩大，尤其是我国改革开放以来经济高速增长，取得了令世人瞩目的经济成就，但也付出了资源环境的沉重代价。我国经济总量的增长实际

上走的是一条粗放式的发展道路，对资源进行掠夺式开发利用，对资源环境造成了严重破坏和污染。资源短缺、环境污染已成为制约我国经济社会实现可持续发展的瓶颈，并将产生长期的负面影响。可以说，我国环境资源问题是新时期下经济发展与环境保护相冲突的产物，合理地解决环境资源问题是我国推动生态文明建设的必然要求。

二、我国环境与资源司法保护基本制度

（一）我国环境与资源司法保护制度建立的必要性

当前，我国正处在经济社会转型期，资源环境问题突出，社会利益格局纷繁复杂，环境问题已成为引发社会矛盾的重要诱因和矛盾冲突的焦点，直接威胁社会和谐稳定与经济社会协调发展。司法手段的权威性与强制性正是解决这一系列问题的重要保障。在笔者看来，建立环境资源司法保护制度的重要意义在于营造权利受尊重、安全有保障、行为有约束、纠纷可诉求、利益可维护的法治环境，其目的在于利用国家赋予司法机关强有力的权力和权威，对环境违法者给予审判和处罚，对环境资源纠纷进行裁定和调解，对污染受害者给予救济和补偿，使环境公平与正义得到切实维护和实现。因此，建立环境资源司法保护制度是完全符合我国资源保护的现实要求的。

（二）我国环境与资源司法保护基本制度

1、环境公益诉讼制度

环境公益诉讼是指法院在当事人及其他参与人的参加下，按照法定程序，以审理、判决及执行等方式解决由个人或组织提起的侵犯国家环境权益、社会公共环境权益的纠纷以及由这些活动产生的各种诉讼关系的总和。环境公益诉讼制度最早可追溯到古罗马时代，20世纪中期以来，日益严重的环境问题和逐渐高涨的环保运动使环境权作为人身权的一种受到重视。环境公益诉讼日益增加并不断得到公众的关注。但在我国，环境公益诉讼制度作为一项基本制度直到2012年修改，2013年正式实施的《民事诉讼法》中才得以确立。《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。”在笔者看来，污染环境的同时因为环境与资源的整体性关系（你中有我，我中有你）就不可避免地会对资源造成破坏；环境公益诉讼制度的确立使得我国环境资源保护有了法律上的依据，解决了以往因为资源的不合理开发与利用导致的资源环境破坏而无法诉诸法律途径的难题，环境公益诉讼通过司法手段对环境进行干预，利用国家强制力对资源环境进行保护，将对环境的保护与对资源的保护有机地整合在一起，通过治理环境污染从而间接地达到保护环境资源的目的，这正是环境公益诉讼制度创设之意图所在。

2、环境司法保护联动机制

环境资源纠纷案件涉及面广、影响面大，案件类型错综复杂，当事人众多，仅仅靠法院单打独斗，是难以有效处理好的。我国环境司法保护联动机制最初是应用于大气资源的保护与治理，2013年国务院制定的《大气污染防治行动计划》明确提出了建立区域

协作机制，统筹区域环境治理这样的要求，由区域内省级人民政府和国务院有关部门参加，协调解决区域突出环境问题，组织实施环评会商、联合执法、信息共享、预警应急等大气污染防治措施，通报区域大气污染防治工作进展，研究确定阶段性工作要求、工作重点和主要任务。在笔者看来，这样的区域司法保护联动机制可以针对不同区域环境资源的不同特点因地制宜地加以保护，各个地区负责自己区域内资源环境的治理与保护，能够有效解决资源分布面广无法有效管理的难题。同时，加强联动可有效杜绝环境行政执法中以罚代刑现象的发生。由于历史原因及企业受利益驱动等各种因素影响，各类环境资源违法犯罪行为仍时有发生。环境行政执法与刑事司法相互脱节严重，造成一些涉嫌环境资源犯罪的案件没有进入刑事诉讼程序，滞留在环境行政执法环节，该移送的没移送，能罚则罚、一罚了之，客观上姑息纵容了环境资源违法犯罪行为。强化行政执法与司法联动，强化环境刑事立案监督，严肃查办人民群众反响强烈的重大环境污染事件背后的职务犯罪，可有效防止以罚代刑、有案不立等现象的发生，从根本上改变以往环境执法中违法成本低、守法成本高的状况。虽然说近年来我国采取了一些列措施来加强司法与行政之间的联动合作，但是由于司法权与行政权性质上的差异以及可能会导致的权力滥用（干预），使得我国的环境司法保护联动机制基本上无法有效地解决各区域之间存在的环境资源破坏问题，反而会浪费司法、行政成本，得不偿失。因此在笔者看来，健全司法行政部门的沟通渠道，运用法律手段防范司法行政部门的权力滥用是构建环境司法保护联动机制的重要前提，也是保护环境资源的重要举措。

三、环境与资源司法保护制度的缺陷与完善

（一）从一个案例来看环境资源司法保护的现状

2011年6月初，位于渤海的由中国海洋石油总公司与美国康菲石油公司的全资子公司康菲石油中国有限公司合作开发的蓬莱19-3油田开始出现漏油事故，7月中旬至8月底，蓬莱19-3油田B、C平台多次出现漏油现象。根据6月4日以来的检测结果，溢油主要覆盖在附近海域，最远影响范围在蓬莱19-3油田西北约60公里。蓬莱19-3油田单日溢油最大分布面积158平方公里，使周围海域840平方公里的1类水质海水目前下降到了劣4类，导致渤海湾及周围海域的生态环境污染严重，水域资源遭到了极其严重的破坏。山东、河北、辽宁等省的渔民及水产养殖户损失惨重。事故发生后，刑事侦查机关和公诉机关未对相关责任人进行刑事追究，也未有任何组织和单位代表国家提起诉讼。通过这个案例，笔者发现目前我国的环境资源司法保护现状十分严峻，生态环境资源破坏得不到足够的重视，法院不依法立案；环境资源立法不完善，没有对环境资源保护系统加以规定，过于分散；有法不依、执法不严、违法不究情况严重；环境资源侵权主体难以确定，地方干预主义严重。因此，只有对目前我国的环境资源司法保护制度加以改进与完善，克服种种不足，才能为我国的资源生态提供一个良好的法制环境，从而更加有效地保护环境资源。

（二）我国环境与资源司法保护基本制度存在的缺陷

1、环境公益诉讼制度的缺陷

（1）起诉主体资格不明确

我国的环境公益诉讼制度并没有明确其起诉主体资格，只是很笼统地说法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼，至于什么是法律规定的机关和有关组织，民诉法并没有给我们答案；不过，2015年1月1日施行的《环境保护法》第58条规定了起诉的主体资格为“在设区市以上的民政部门登记、专门从事环保公益活动连续五年以上且无违法记录”的社会组织，在笔者看来这是对民诉法所说的有关组织的界定，虽然说《环境保护法》在一定程度上明确了环境公益诉讼的主体资格，但社会组织这样的主体范围仍然广泛，甚至一些民众自发组织的团体只要在民政部门登记且不违法五年都可以提起诉讼，这在一定程度上可能会导致滥诉现象的出现。笔者认为，与其规定得这么复杂，不如真正明确起诉的主体，比如之前所说的中华环保联合会，现在这样的规定一出台反而使得主体资格更加模糊。之所以如此强调起诉主体的明确性，那是因为环境资源数量丰富，分布区域很广，一旦涉及资源破坏，很难有证据能够找到侵权主体，但因为资源链的相关性（水污染），可能会导致受害者的数量会很多，起诉主体资格不明确不仅仅耽误了对于受害者权利的救济，更重要的是丧失了最佳恢复受破坏资源的机会，资源环境破坏已成事实，久而久之，我国能利用的资源将会越来越少，严重影响国民经济建设。

（2）管辖问题

环境资源案件往往具有跨地域跨流域的特点；某一区域的资源受到了破坏或污染，甚至会影响到其他区域的资源生态，比如说水污染，长江上游的水源受到了污染，随着水流的流动，甚至会对下游的水资源造成破坏，打破生态平衡；实践当中，并不是每个法院都设立了环保法庭，因此一旦遇到了跨地域资源污染破坏案件，如何对其进行管辖，很多法院都束手无策，这是环境公益诉讼制度所没有考量到的。一味地依照传统的“原告就被告”管辖原则，就又涉及到了起诉主体资格的问题，可谓是恶性循环。

（3）举证鉴定困难

环境公益诉讼中的举证，包括环境资源污染的认定以及其与损害结果之间的因果关系；由于资源具有稀缺性，一旦资源受到了破坏或者污染，其脆弱的恢复能力将很保证资源本身仍然带有破坏或者污染的痕迹，比如外来物种入侵，这种影响和危害结果不是短时间内就能够发现的，但同时一旦发现了，取证的难度也很大，甚至可能在取证的同时对资源造成了二次破坏。另外，资源环境污染的成因又很复杂，检测又需要各种专业仪器设备，这使得环境公益诉讼很难被提起，即使原告提起了该诉讼，败诉的风险也很大，同时又要承担相当高的鉴定费用和诉讼费用，因此环境公益诉讼实际上对环境资源的保护所起的作用并没有那么明显，至少在笔者看来现在是这样。

2. 环境司法保护联动机制的缺陷

（1）国家层面的法律法规依据不足

目前在我国，涉及到环境资源司法联动机制的法律法规比较少，除了前文所述的《大气污染防治行动计划》外，国家层面上只有《中华人民共和国海洋环境保护法》（1999年修正），作出了“可以在海上实行联合执法”的规定。反而是地方上关于环境司法保护联动机制的规定层出不穷，比如云南省玉溪市率先贯彻落实了国务院关于区域联防联动机制（大气）工作的有关要求，在云南省第一个推行了环境资源保护联动机制（2012年）；这项举措将行政执法与司法保护有机地结合在了一起，相互协调与配合，解决了以往在环境治理方面各部门互相扯皮，效率低下，无法有效解决环境问题的难题，提高了工作效率，增强了应对困难的能力；同时也有效地打击了环境资源破坏方面的犯罪，使得资源问题被摆放在了整个社会的角度来看待，而不是从某一个部门的角度，这有利于更好地解决资源开发与利用过程中所出现的问题。但问题在于国家层面的法律法规没有对这种环境保护联动机制做出具体规定和安排，地方上自己摸索虽然有创新的可能性，但在这种情况下，只能够取得一时的成效；久而久之，联动的积极性下降，不可能从根本上解决环境资源问题。

（2）普遍缺乏强有力的领导机构

目前，在行政执法与司法联动实践中，各地都建立了联席会议制度。但是由于环保部门对法院、检察机关和公安机关不具有法定监督权力和职责，有些司法部门往往不会积极参加会议，联席会议形成的决策也常常面临落实不到位的问题。因此，要想真正落实环境资源司法保护联动机制，需要各部门共同协商，设立一个各部门比较信服的领导机构来统一管理。当然，这仅仅只是为了环境资源保护的需要而设立，正常情况下，各部门之间仍然需要遵循相互独立的原则，避免权力滥用。

（3）权力滥用

这是联动机制下不可避免会产生的问题，各部门之间相互扯皮，以资源环境保护的名义干预其他部门的事务，最终导致环境资源的保护成了空话。行政权与司法权都是国家的权力，都具有权威性与强制性，对于弱势群体来说，各部门的决定根本无法改变，公民能否享有充足且安全的环境资源仅仅取决于某些部门中某些人的一句话，权力滥用的结果不仅仅是破坏了环境司法保护联动机制的平衡，更重要的是抹杀了环境正义，资源分配更加不均，资源保护更加不力。

（三）我国环境与资源司法保护基本制度的完善

1、环境公益诉讼制度的完善

（1）拓宽诉讼主体资格

由于环境侵权具有社会性、广泛性、潜在性、不确定性等特征，其侵害往往是间接的、难确定的，受害主体间也是不相联系的、无组织的。若按传统的侵权理论，只有“与本案有直接利害关系”的人才可以提起诉讼的话，环境公益的保护必将极大受限。因此，

构建环境公益诉讼制度，重要的一项就是要拓宽诉讼主体的资格。正如潘岳在“世界环境名人聚会北京探讨科学发展观”大会上说的：环境权益并不仅仅属于私人，它更多的属于社会公益，而要加大对环境污染和生态破坏的惩治力度，环境诉讼的主体就应从直接的受害者扩大到政府环境保护部门、环保组织、公众。只有拓宽了诉讼主体资格，环境公益诉讼才有真正实现的可能；不怕案件多，就怕没有案件，笔者认为相关立法者应该认识到这一点。

（2）明确管辖范围

环境资源纠纷涉及面广，关联性强；明确法院的管辖范围实质上就是对资源进行区域化的司法保护；由于环境资源其本身的特殊性，对其进行保护不仅仅是一两家法院的事，更是需要一切司法资源来加以保障；只有明确了法院的管辖范围，才能使得公益诉讼的目的能够更好地予以实现（便利起诉），同时更有利于打击资源破坏犯罪，维护资源生态的平衡。

（3）取消诉讼时效的限制，减少诉讼及鉴定费用

我国现行的三大诉讼体系之中关于诉讼时效的规定，均要求当事人必须在一定的期限内提起诉讼，否则将丧失胜诉的权利。但在《民法通则》的有关司法解释中规定“未授权给公民、法人经营、管理的国家财产受到侵害时，不受诉讼时效期间的限制”。这一规定的法律精神明显是出于保护国家利益的需要。环境公益诉讼同样是为了保护国家利益和社会公共利益，也应不受诉讼时效的限制。然而《环境保护法》却规定，因环境污染损害赔偿提起诉讼的时效期间为三年。实践中，环境侵害的潜伏期较长，且一般民众对某些污染物的特性及转化规律等问题缺乏了解，较难确定环境问题的真正原因以及加害人。环境侵权的复杂性、损害后果的渐进性和潜伏性决定了受害人完全有可能在20年内对自己受到的损害毫不知情。同时环境侵权的复杂性决定了在环境侵权中存在举证困难的问题。因此必须对我国相关法律中有关环境诉讼时效的规定加以修订，以适应环境特殊性的要求。所以，为了真正有效的保护环境维护公益，就应当取消环境公益诉讼的时效限制，更好的维护我们的环境权。另外，目前我国环境公益诉讼案件较少的另一个重要原因就在于败诉风险带来的诉讼费用以及鉴定费用过高，包括举证过程中所花费的时间和精力；这都不是一般人所愿意以及希望承担的，笔者建议既然是所谓公益诉讼，举证困难的情况下，可以适当地由司法部门代为举证，减轻当事人的负担。另外，可以适当地减少当事人（尤其是败诉方）的诉讼费用以及鉴定费用，将其纳入资源恢复治理基金，用来恢复被破坏的生态资源，笔者认为这才是公益诉讼“公益”二字内涵之所在。

2、环境司法保护联动机制的完善

（1）完善行政执法与司法联动法律法规体系

就目前情况下，可以对现行的各种规定进行清理、整顿，对法律条文进行重新整合。对于司法实践中的具体细节问题，涉及检察机关的，可以由最高人民检察院以司法解释

的形式对相关问题加以规定，对于涉及环保部门的，可以由国务院制定行政法规加以规定，从而增强法律约束力，统一行政执法与司法联动的执法依据。总而言之，完善国家层面的立法，从而更好地指导各区域之间进行环境司法联动，保护资源环境。

（2）规范司法与行政执法的衔接程序

以案件移交阶段为例。环保部门对应当向公安机关移送的涉嫌环境污染犯罪案件，应当指定两名以上环境行政执法人员组成专案组专门负责，核实情况后提出移送涉嫌环境污染犯罪案件的书面报告，报经本级环保部门正职负责人或者主持工作的负责人审批。本级环保部门正职负责人或者主持工作的负责人应当自接到报告之日起3日内作出批准移送或者不批准移送的决定。决定批准的，应当在24小时内向同级公安机关移送；决定不批准的，应当将不批准的理由记录在案。

（3）限制权力的滥用

行政权与司法权都是国家公权力的体现；它们的行使不仅仅是国家利益与公民利益之间的对话，同时也是国家利益与环境利益之间的对话，因此在行使行政权与司法权的同时也一定要考虑到环境与公民的利益；在实践中，公权力的无限扩张打破了这种理论上的平衡，权力的滥用不仅损害了公民的利益，同时也损害了资源环境的环境利益；因此，在笔者看来，国家应该完善资产监督与资产管理相分离的制度，通过政府信息公开，使得权力的行使更加具有透明度，保证对环境资源的保护是在一个公正、合理、有效的公权力体系下运作。

随着环境资源保护问题越来越受到世界各国的重视，如何运用司法手段解决环境问题，保护人类赖以生存的资源环境成为当今各国应对生态危机的一项重大课题；实践已经证明，单纯依靠行政手段的干预并不能够缓解环境资源破坏日益严峻的现实，司法力量的介入，运用更为强硬的手段和独特的措施（联动机制）对环境资源予以保护是由环境资源的稀缺性和人类生存又要依靠这些环境资源二者之间的相互作用所决定的。我国目前对于环境资源的司法保护手段还很欠缺，使得环境资源的治理与保护的速度远远低于对于环境资源的破坏速度。笔者通过对于我国环境资源司法保护制度的相关分析，希望能在充分利用环境资源的同时，又能够解决目前所存在的环境资源问题，这就是笔者写作本文目的之所在。

作者单位：安徽净源律师事务所

参考文献：

[1]《我国资源环境问题及其控制对策与措施》，载《中国科学院院刊》2007年第4期

[2]许长缨：《环境司法保护制度研究》访问时间：2014年4月16日http：

//jindong.zjcourt.cn：88/art/2014/2/25/art_209_166557.html

[3]杨春梅：《环境公益诉讼制度研究》，最后访问时间：2014年4月22http：//article.chinalawinfo.com/article_print.asp?articleid=52190

[4]国务院：《大气污染防治行动计划》，2013年

[5]曲官生：《完善行政执法与司法联动机制》，载《中国环境报》2014年3月25日

[6]刘辉：《生态环境司法保护的困境与出路》，载《法制与社会》2012年10月

[7]曲官生：《完善行政执法与司法联动机制》，载《中国环境报》2014年3月25日

[8]李文曾：《论我国环境公益诉讼制度的构建》，载《民事诉讼法修改重要问题研究》厦门大学出版社，2011年版，第537页

[9]李文曾：《论我国环境公益诉讼制度的构建》，载《民事诉讼法修改重要问题研究》厦门大学出版社，2011年版，第537页

[10]曲官生：《完善行政执法与司法联动机制》，载《中国环境报》2014年3月25日

[11]曲官生：《完善行政执法与司法联动机制》，载《中国环境报》2014年3月25日

我国农村基层法律服务面临的问题及对策

王丰宁

【摘　要】中国的法治建设应当城乡协调发展，城市和农村的法治建设是一个整体，具体来说，我国农村基层法律服务主要存在以下问题：一是农村基层法律服务的管理混乱；二是农村基层法律服务人员的素质较低；三是农村基层法律服务机构的萎缩问题；四是农村基层法律服务内容单一。为解决我国农村基层法律服务中的上述问题，应当坚持整体性原则、统筹兼顾原则，应当首先理顺农村基层法律服务管理关系，优化管理体制；在现有的基础上，建立起规范的农村基层法律服务所和农村基层法律服务队伍。

【关键词】法律服务　农村基层　功能

一、农村基层法律服务的概念及其功能

农村基层法律服务概念的界定，主要在于三个词：“农村”、“基层”和“法律服务”。本文研究的“农村基层法律服务”是指处于基层概念下的新农村范围内的由农村基层的司法所、法律服务所、法律援助机构、人民调解组织等提供的代理诉讼、办理非讼法律事务、调解纠纷、协助办理公证和见证、解答法律咨询，以及帮助书写法律文书等等服务活动。

农业工业化的发展，农村市场经济的发展，农民现代化的转折，必然需要加强农村法治建设。同时，农村法治建设必须与经济现代化相适应，加快现代化进程。为此，需要提高法律制度的调整效率，科学地系统地构建与社会主义市场经济和民主政治相适应的现代法律调整机制。而这里，人的法律观念、法律意识至关重要。只有通过在全社会范围内进行思想启蒙，提高全民族的法律意识水准，才能实现人的现代化，进而推动法制现代化。正是基于此，农村基层法律服务在农村法制现代化中有着重要的功能。

一是及时预防与解决各种涉农纠纷的功能。预防功能中以公证机构最为重要，其作为国家证明机构，可以保证证明的质量，大力促使当事人自觉履行义务，还可以及时发现并纠正一些不符合法律规范的行为、合同、文书等，预防以后可能的各种纠纷发生。

二是宣传法制和普及法律的功能。各基层法律服务机构把对广大农民群众进行法制宣传、普及法律知识作为自己的首要任务，配合有关部门，走村串寨，深入农村、牧场、寺庙，长年累月活跃在普法工作的第一线，成为农村普法工作的主力军。通过代办公证、代理诉讼、法律咨询、法律援助，把法制宣传寓于法律服务活动之中。通过咨询和办理

案件，宣传了有关的法律知识和政策规定，对提高广大干部群众的法律意识和法律素质，提高依法办事、依法维护自身合法权益的能力起到了潜移默化的作用。

三是促进农村经济发展的功能。随着农村商品经济的发展和对外开放的扩大，经济纠纷日趋突出，特别是在发展“订单农业”、土地使用权有偿转让等方面，农民因自身利益被损害而发生的诉讼日益增多。基层法律服务所通过担任法津顾问、办理诉讼和非诉讼业务、协办公证、办理见证等手段为农村基层政府、乡镇企业、村民提供了法律帮助，依法调解了大量的经济纠纷，维护了农民的切身利益，调动了广大群众的生产积极性，促进了经济的发展。

四是维护农村社会稳定的功能。长期以来，农村基层法律服务机构充分发挥职能优势，在乡镇司法所的指导下，主动配合各级人民调解组织，积极参与矛盾纠纷排查、调处工作，成为农村维护社会稳定中的一支不可或缺的力量。

五是推动基层政府依法行政、自治组织依法管理的功能。在服务基层党委政府依法决策、依法行政上给予空间。各镇街人民政府聘请当地司法所人员担任政府的法律顾问，在经济交往、重大决策、政策出台等方面征求司法所意见，让司法所把好法律关。必要时，准许司法所人员列席有关党委会、镇长办公会，提出决策参考意见。

二、我国农村基层法律服务当前问题之所在

（一）农村基层法律服务者的素质有待于提高

改革开放以来，我国的各类法律服务队伍都得到了较大的发展，但与农村和城市经济发展水平不平衡相照映，农村地区法律服务队伍的发展远远落后与城市地区，这既体现在人员数量上，也体现在人员的素质上。

由于我国的城乡二元经济结构，农村群众受教育程遍较低，农村培养的大学生愿意回农村工作的很少，即使回农村的也都在乡业工作或为农村政府工作人员、教师等。一般群众对法律知识的了解也极为。农村调解工作中涉及包括合同、协议、土地、承包等各种类型的民事纠纷，不可避免的制约了基层法律服务的质量。

无论从年龄结构上，还是从知识结构上既影响了基层法律服务所的自律管理工作，也很难适应社会对基层法律服务的需求。即使这样，近几年，由于暂停法律服务人员执业资格考试，法律服务所没有进人，同时，部分法律服务工作者受大中城市基层法律服务逐步退出诉讼领域的影响纷纷转岗，该区法律服务工作者由

（二）农村基层法律服务机构的萎缩

我国农村基层法律服务所20年来取得了一定的发展成就，特别是在满足基层群众法律服务需求方面、在协助基层政府和村（居）民自治组织推进依法行政和依法治理方面发挥了积极作用，已经成为具有中国特色的社会主义法律服务体系的重要组成部分。但是，由于国家对基层法律服务工作的性质和功能定位长期以来没有统一的认识，实践中存在的问题很多：一是农村基层法律服务所数量急剧下降。农村基层法律服务所从最初

农村基层法律服务所从最初的“事业法人体制”，实行与乡镇政府司法所“政事合一”；到“国办发（2000）51号”和“清办函（2000）9号”文件精神艰难地完成脱钩改制，“不再属于行政挂靠机构或事业单位，实行自主执业、自收自支、自我管理、自我发展的自律性运行机制，成为符合法律中介服务行业规则的合伙制执业组织形式”；再到司法部领导在全国司法厅局长座谈会上，要求从基层法律服务立足社区、亲民近民、服务便利、收费低廉等特点，以及在满足城市低收入阶层和弱势群体的法律需求等特殊作用出发，将大中城市基层法律服务工作职能定位在“以街道社区为依托，面向基层、面向社区、面向群众，提供公益性、非营利性法律服务”上，使得基层法律定位在短时间内出现政策的反复性和不连续性，进而使得法律服务所的数量急剧下降。三是农村基层法律服务所布局不合理。就总体而言，城市基层偏多，农村基层偏少，特别是各级司法行政机关设在省会城市街道的直属法律服务所偏多，而设在县，尤其是乡镇、村落的法律服务所偏少。四是农村基层法律服务所设立的审批权限不统一。有省市司法厅局批准设立的，有地区县司法局批准设立的，还有非司法行政部门批准设立的，如省编委、省政府、省法制办等。

（三）农村基层法律服务内容单一

就其基层法律服务而言，其服务内容在实践中并没有完全实现。一些地方乡镇法律服务的内容主要停留在为机关、企业、事业单位、公民个人代理参与民事诉讼，担任乡镇企业法律顾问方面，其他一些内容如参与非诉讼调解、指导管理本地区人民调解工作等，由于收费低，或不能收费，而未得到充分贯彻。因此，我国法律服务体系的工作内容从总体上、形式上看是较为完备的，但在农村基层地区的残缺不全，呈现简单化形态，已不能适应农村基层经济发展的需要。

三、我国农村基层法律服务面临问题的对策分析

（一）农村基层法律援助队伍建设

农业、农村、农民应当是法律援助工作的重中之重，那么，农村基层的法律援助工作者队伍建设也应当成为今后农村基层法律工作的重点之一。目前，主要从事法律援助工作的人员集中在城市，对于寻求法律援助的农民很不方便，从事法律援助工作的人员也不方便，而且法律援助的成本较高。笔者认为，应当由当地政府财政拨款定编，设立专门的法律援助机构，同时每年财政立项中专门拨出一定的经费作为援助机构运作经费，如南京市江宁区法律援助处及分布各镇、街道的法律援助工作站。具体措施有：一是改善和提高专职法律援助工作者的工资、福利待遇，将其编制纳入事业编制，以吸引更多的人加入专职法律援助队伍。二是切实监督社会律师依法履行法律援助义务，保证每一名律师都能完成规定的年法律援助任务，并将完成法律援助任务的情况作为年终考核和注册的必要条件。三是大力发展具有一定法律专业知识的公民、教育工作者、科研工作者、政法机关离退休人员、法律专业的学生成为法律援助志愿人员，充分发挥他们

拥有的专业资源优势为受援者提供诉讼与非诉讼法律服务，补充法律援助队伍的不足。另外，可以考虑将法律援助工作作为法律专业学生社会实践的一项必要内容，这样既可以丰富他们的法律实践活动，积累办案经验，同时也可以培养他们从业后自觉履行法律援助义务意识。四是加强法律援助工作者的培训，提高他们的政治素质和业务能力，建立健全和完善办案监督责任追究制度，确保法律援助服务质量

（二）我国农村基层法律服务所的改革

对于农村基层法律服务所的改革，笔者支持将农村基层法律服务所定位为“公益性社区法律服务组织”的观点。主张逐步打掉农村基层法律服务所这种组织形式，通过政策调整，将有条件的农村基层法律服务所合并到律师事务所，其余部分过渡为公益性社区法律援助组织。这是目前国内对于农村基层法律服务所改革形成的主流观点，并且由司法行政部门正在实施。

具体实施方案如下：第一步：加强农村基层法律服务所组织建设，提高队伍素质，为向新型的法律服务（法律援助）组织转化奠定基础、准备条件（农村基层法律服务所不能冲击和影响以律师为主体的法律服务体系框架）。第二步：将农村基层法律服务所定位为社会公益性事业单位。所谓“事业单位”，是指为了社会公益目的，由国家机关举办或者其他组织利用国有资举办，从事教育、科技、文化、卫生等活动的社会服务组织。根据有关解释，“公益性”是指公众利益服务，不以营利目的，可以收取一定的成本费用，以弥补成本和维持机构的正常运转。第三步：调整和规范农村基层法律服务所的业务范围，依据基层多层次、多样化的法律服务需求，对农村基层法律服务的业务范围给予科学的界定和必要的“限制”，“扭转目前业务过于宽泛、与其职能和能力不相适应、与律师服务相冲突的状况”。根据江宁区的考察了解，笔者认为，现在急需规范农村基层法律服务所，让其服务于其对应的市场，辅之以农村基层法律援助机构的建立，在发展的过程中，法律服务所逐步被律师事务所和法律援助　机构所取代。

（三）我国农村基层法律服务内容的改革

村法律援助的内容主要有提供法律咨询、代拟法律文书、提供法律性指导意见等法律援助，为经济贫困的农民工进行刑事辩护、刑事、民事、行政诉讼代理。不过，农村中有许多非诉讼事务需要法律援助，充分发挥农村法律援助机构的作用。

此外，从农村基层公证法律服务的现实情况来看，随着农村商品经济的发展，工业化、城镇化进程的加快，社会结构的改变，已不仅仅涉及大量一般民事法律关系公证，如收养、继承、遗嘱、亲属、产权、死亡、宅基地使用权、夫妻财产协议、计划生育等，也广泛涉及到经济法律关系领域，如土地承包租赁、扶贫贷款、支农周转金、农业技术转让、粮棉购销合同、劳动用工合同、“四荒”地拍卖、政府采购、建筑工程招投标、抵押贷款、二手房买卖、房屋拆迁以及农村社会经济行为等公证事项。而且，农村经济、文化教育和法制建设的发展，也为农村公证制度的建立提供了物质条件、人文条件、人

力资源条件、法律政策条件等。尤其在人力资源条件方面，乡镇法律服务所长期大量协办公证、进行见证，为农村公证制度的建立储备了一定的法律人才。因此，在规范法律服务所的同时，应当开阔思路，加强农村基层公证为农民的服务。

四、规范管理，增强基层法律服务的综合能力

为保证基层法律服务工作者更好的为广大农村群众提供及时、便捷的法律服务，使农村基层法律服务市场走上健康发展的轨道，必须不断加强对法律服务队伍的监管力度。

1、加强对农村基层法律服务人员的培训和法律服务队伍的监管力度。主要是不断更新法律服务人员的知识结构，具体做到三个结合：一是业务培训和思想提高相结合；二是全面培训和专题培训相结合；三是定期培训和突击培训相结合。从而全面提高基层法律服务工作者的素质。其次要着重抓好对扰乱法律服务秩序、侵害当事人权益、损害法律服务队伍形象等各种不良行为的查处工作，不断优化队伍建设。

2、建立重大事项和重大疑难案件请示汇报制度。对农村法律服务所请示汇报事项，责任范围以制度化的形式确定下来，确保办案效果和服务质量。

3、成立法律服务稽查队伍，要求公、检、法、司四部门密切配合，对基层法律服务工作者进行监督管理。

作者单位：安徽净源律师事务所

云服务下律师事务所的创新管理与发展

尤良旺

【摘　要】在互联网日益发达的今天，作为传统行业的律师事务所是转型升级不可或缺的产业。基于律师事务所系社会中介法律服务机构的属性，对如何提供更好的法律服务，提升律师事务所的品牌，是律师事务所规范管理与持续发展的永久话题。因此，将“互联网+”、云服务引入律师事务所的日常工作，对律师事务所的管理和发展具有重大的现实意义。

【关键词】律师事务所　管理与发展　互联网　云服务

一、云服务的概述

云服务是基于互联网的相关服务，采取增加、使用和交付模式，向用户提供动态易扩展的虚拟化资源。

日常生活中，与我们生活息息相关的QQ、微信、淘宝、天猫、京东等网络平台均是互联网服务商提供的云服务。在律师服务方面，我们每天工作上使用的安徽省司法行政综合信息管理平台-律师事务所管理系统、安徽律师网中的网络学习也是网络服务商提供的云服务。同时，我们经常在网络上看到的与法律服务相关的绿狗网、律云网、法海网等平台云服务，律师利用这些商业模式的网络平台，与客户之间架起一座无形的桥梁，提供优质、规范、高效的法律服务。因此，云服务的便捷和丰富的资源，在大数据下解决了律师工作中的实际问题，起到事半功倍的作用。

二、律师事务所的管理与发展的现状

作为律师，我们知道，律师事务所发展的速度、影响力与律师事务所合伙人的人合性、发展理念、历史沿革、专业特色及律师事务所的规模等各种因素息息相关。国内大部分律师事务所中或多或少存在以下几方面的问题：

1、律师服务缺乏规范化、标准化的操作流程。中华全国律协、地方律协虽然制定了相关业务规范或操作指引，但由于律师事务所管理水平、律师业务能力等因素，在办理具体案件时，缺少对专业服务主要环节的处理和对法律实务的总结，缺乏对某类专业法律服务的程序进行规范、标准、格式的理念，致使反复劳作，妨碍了律师事务所的知识积累和对外的整体形象。

2、由于我国大部分律师事务所是合伙制律师事务所，其所有权与管理权混为一体，

缺少律师事务所的整体管理运作、缺少系统性的法律服务市场开拓和长远的战略规划，没有团队化的运作理念，导致专业分工协作困难，资源配置浪费，人才流失，难以应对高端法律服务和客户的满意度，市场竞争力严重匮乏。

3、缺乏知识系统管理，对既往的案例、办案成果及客户资源没有进行系统的归纳、共享，各自为政，致使办案效率和精准度低，整体法律服务水平无法适应或滞后于市场经济的迅猛发展。同时，律师事务所在信息化和知识系统管理投入不足，严重制约律师事务所的发展。

4、由于律师事务所缺乏团队化或公司化管理的运作，法律业务资源大部分掌控在合伙人或资深律师手里，导致大部分律师在开拓业务、市场定位、渠道拓展、业务收费等领域缺乏能力，造成生存压力和职业尊严的困惑，因此，律师界的“二八定律”及资历、社交决定财富的所有者，阻碍了律师事务所管理与发展。

5、律师信用评价的缺失，是制约律师事务所管理和发展的又一瓶颈。纵观全国大部分地区，律师业的“黄牛”多如牛毛，某些主管部门或地方律协视若罔闻，采取对执业律师重管理、轻服务，重处罚、无信用评价，导致律师法律服务良莠不齐，竞争环境恶化，损害客户权益，导致律师事务所管理难度加大，影响律师事务所的发展，因此，律师信用评价机制将是律师业健康发展的重要举措。

6、律师收费缺少透明性、开放性，案件登记随意性是律师事务所管理的老大难问题，律师法及律师事务所管理办法等相关法律法规对私收费、低收费、乱收费、统一收案、统一登记进行了规定，但屡禁不止。归根结底，这些现象的发生，主要是律师事务所的管理与律师个人利益之间的矛盾没有得到充分的调和，律师事务所没有尽到有效的管理职责，导致律师事务所发展滞后。

基于律师事务所的管理与发展的现状，在经济全球化及“互联网+”行动计划的背景下，我国一部分规模较大的知名律师事务所为了自身发展的需要，以云服务具有互动性、高效性、低成本性的特征，用全新的法律服务商业模式和法律服务方式，根据律师事务所的管理方法及法律服务方式，组建法律服务管理平台或法律电商平台，通过几年的应用，律师事务所在追求效率、协同创新和合作发展方面迈上了一个新台阶。

三、云服务对律师事务所管理与发展的影响

随着公众法律意识的增强，法律需求增多，律师服务的需求也越来越多元化，在律师事务所管理和发展过程中，利用人工智能化的云服务从事日常管理和战略发展。云服务的应用必将极大地促进律师的经验共享、技能共享、知识共享，大大提高了效率效益，确保服务质量，降低成本，增强律师事务所和律师的核心竞争力；可以帮助律师从繁重的传统模式中解脱出来，利用全新法律服务商业模式和法律服务方式平台，进行规范化管理，提高办案效率和质量；可以帮助管理者、行政人员、财务人员、客户等都能实现不同的管理目的，从而实现整体资源的优化与共享，激发客户的市场需求，树立律师事

务所高效、专业的新形象。

1、云服务有利于律师事务所的宏观管理

律师事务所的管理者或内设部门、机构可以通过计算机系统，实现远程协同办公，并做出管理决策。例如，律师事务所主任或管理人员，可以对律师事务所管理中涉及到的案件受理与案件办理进展、客户管理、人事行政、财务等相关信息进行全面了解，知悉各部门或律师的工作状态与问题，从而及时做出调整。同时通过信息化平台，能够实现所务、财务、业务一体化管理。

2、方便律师个人参与管理，提高工作效率

律师事务所的律师可以通过管理平台，及时了解所里发布的信息，以及控制自己办理案件的进度与质量，及时反馈所存在的问题；律师个人可以通过管理平台的统计信息，明确自己的办案数量、类型、效率、处理结果及可分配的收入等，进一步明确自己的专业方向与优势。

3、业务流程规范化，提升办案质量

通过信息管理平台，可以将案件的收案登记、立案审批、办案过程控制、结案审批及归档等程序实现系统化或远程化管理，便于操作与控制，减少相应环节的人力资源的浪费。

4、实现知识资源共享管理和律师事务所的可持续发展

律师事务所建设一个实用、便捷、高效的网络化信息管理平台，囊括网络法律服务营销、业务管理、知识资源共享等多种功能，使每位律师体验到所在的平台可以助其实现人生价值和专业理想，能够获得良好的继续教育和终身教育，感受到律所是温馨和谐的家园。

律师的主要知识来源于日常工作的办理案件过程，在此过程中，接触的案件信息、使用的资料、办案心得以及经验技巧都是知识的积累，将这些知识积累记录到信息管理平台，不断丰富信息管理平台知识库，按照一定的权限，在全所共享、学习和交流，可以提高律师个人办案能力，以及律师事务所的整体业务水平和综合竞争力。同时，该种积累在一定程度上也属于律师事务所的文化，有利于增加律师之间的凝聚力与提高工作效率，同样也有利于与客户之间的沟通。

5、促进资源优化配置，避免利益冲突

通过信息管理平台的综合管理，可以对事务所各类资源合理分配，在受理案件时及时进行综合检索，避免利益冲突。对于已经实行专业化分工的律师事务所，将受理的案件通过信息管理平台指派给专业律师，提高资源的利用效率和工作效率。

6、维护客户关系，建立横向联系

科学、有效的客户关系管理是律师事务所生存、发展的重要步骤。信息管理平台可以将律师承办案件的过程通过网络终端让客户随时查阅、沟通，让客户对自己关注的案

件有知情权、参与感和体验感，使客户认识到律师办案过程的艰辛，并认可律师提供的服务，避免客户资源的流失以及对律师事务所声誉的损害。同时，通过信息管理平台利用现有的客户资源，为客户之间建立横向的合作机会，从而也为自身的发展拓展了业务机会。

同时，通过律师事务所门户网站、微信公众号、信息搜索，可以向外界宣传律师事务所，提升律师事务所的品牌；通过网上互动咨询，凝聚客户，可以建立权威和信用，挖掘客户资源，从中了解市场动向。

7、便于实现律师行业监督管理和业务指导

律师事务所信息化平台的应用，可以与司法行政部门、律协信息化管理平台搭建连接，司法行政部门、律协可及时了解律师事务所发展现状，对律师事务所及律师进行信用评价和监督管理，并通过网络发布信息和业务指导。

通过上述阐述，笔者认为，在互联网时代，律师事务所和其他传统行业一样，要在创新过程中求发展，在管理过程中求突破，需要不断与利益相关者形成共识，与时俱进，遵循市场经济规律，利用互联网的云服务的大数据，开拓平台式的创业体制，让管理、品牌、投资、专业各个资源整合，发挥其最大效用，使律师事务所可持续发展。

作者单位：安徽英锐律师事务所

参考文献：

[1]王忠德：互联网助推律所管理创新，《法人》，2016年第1期，第19页。

[2]董冬冬：互联网思维下的律师事务所管理与运营，《中国律师》，2014年第5期，第53页。

爱的奉献

——也谈青年律师公益法律服务体系的构建

雷绪琴

【摘　要】如何构建青年律师公益法律服务体系，使得青年律师在提供公益法律服务过程中，充分发挥其在化解人民内部矛盾纠纷、维护社会稳定、推动我国法治化建设进程中的积极作用，很大程度上取决于对该体系的科学定位和制度构建。为此，本文从分析青年律师公益法律服务体系的价值作用、本质特征、现实状况等方面入手，提出关于加强我国青年律师与公益法律服务体系建设的一些探索与思考。

【关键词】青年律师　公益法律服务　体系构建

歌德说“责任就是对自己要求去做的事情有一种爱”。现阶段，我国社会经济快速发展，各项改革不断深化，广大青年律师响应国家的号召，积极投身于公益法律服务事业，并成为中流砥柱，这就是青年律师践行职责时彰显出来的爱的奉献和情怀。但，在社会转型时期出现的公益法律服务对象的多元化造成的不同层次与需求，对青年律师公益法律服务体系提出了新要求。鉴于这种大环境和大背景，构建青年律师公益法律服务体系的设想自然被提出并进入探索实践阶段。对构建青年律师公益法服务体系进行理论研究和具体实践，无疑能够起到充分发挥青年律师在化解弱势群体人民内部矛盾纠纷、维护社会和谐稳定、推动我国法治化建设进程各方面的积极作用，所以，有必要对青年律师公益法律服务体系的价值作用、理论框架、实践操作等方面进行科学定位，建立和完善与社会主义法治社会建设相适应的服务体系。

一、青年律师公益法律服务体系的价值功能

律师，在新修订的《中华人民共和国律师法》第二条中有明确的界定，取得相应的资格证书，接受委托，通过提供法律服务的方式履行维护当事人合法权益、维护法律正确实施、维护社会公平和正义职责的执业人员。青年，按照世界卫生组织所确定的新的年龄分段，45周岁以下属青年档。以此划分，全市、全省乃至全国，青年律师占到大半壁江山，律师当属青年，青年大有作为。公益法律服务，广泛涵盖法律援助、普法宣传、人民调解、公民诉讼等内容，公益一词最直接的体现在于律师提供这些法律服务时是无偿的。最早有美国律师提出过“公益性法律服务体系”的概念，其最初愿望是想通过给

强势群体施加一部分责任，保障社会困难群体，从而实现二者在法律面前的相对公正，本文研究的构建青年律师公益法律服务的体系可以看作是该体系的一个重要组成部分，其意义重大。一方面，青年律师开展公益法律服务对维护社会和谐稳定、促进社会主义市场经济的发展起到不可估量的重要作用；另一方面，社会经济的持续发展和社会结构的深刻变化又要求青年律师提供公益法律服务突破发展瓶颈，对现有的法律服务资源进行整合，形成体系，以扩大青年律师提供公益法律服务的社会影响力，让更多人关注、支持和参与公益法律服务事业，从而更好的实现青年律师的价值和发挥公益法律服务的积极作用。

（一）构建青年律师公益法律服务体系顺应了现代法治社会发展的历史潮流。董必武先生说过一句名言：“有法必然治国，无法必然乱国”。勿庸质疑，当今世界的国家，不论社会制度差异如何，发展水平如何，几乎都将法治作为社会治理的一种基本方式，现代社会发展已经步入了法治时代。我国于1999年通过的宪法修正案，明确规定要实行依法治国，建设社会主义法治国家。这为我国坚决走法治社会的道路点亮了指明灯。法律社会作用表现在两个方面，一是维护阶级统治的，再就是维护社会公共利益、执行社会公共事务。而现代法治社会在强调社会公共利益方面的社会作用，其重视程度也是前所未有的。应当看到，相对于公益法律服务的需求，青年律师的工作体系还并不很完善，很多青年律师在思想态度上认识不够，认为开展公益法律服务工作会挤占其个人时间和空间，直接影响个人收益，还有的青年律师在办理公益法律案件时不能够保证质量，损害了当事人的合法权益，诸此种种问题，与法治社会的建立和发展背道而驰，这也就更加说明了构建青年律师公益法律服务体系是从实际出发，顺应法治社会发展的潮流，以促进我国法治化建设。

（二）构建青年律师公益法律服务体系彰显了公平正义的法治理念。评价社会文明进步的标准虽然有很多，但公平和正义在一个社会的实现程度却是最重要的判断标准之一，同时，这也是法治社会所追求的基本价值。公平正义的实现不能仅仅依靠刻画在已制定颁布的法律条文中，还应当通过在社会和司法实践中赋予其鲜活的生命来体现。随着我国建设社会主义法治国家进程的持续深入，我们倡导构建青年律师公益法律服务体系，让更多的青年律师怀揣法治理念，不畏艰难，不畏牺牲，无私奉献，致力于为公益法律服务事业而奋斗，正是基于青年律师对公平正义价值的不懈追求，从通过为弱势群体办理公益性案件所维护的当事人合法权益的形式，推动科学立法、公平司法、公正执法等方面的法制建设，进而强化社会公平正义的实现程度。

（三）构建青年律师公益法律服务体系促进了矛盾纠纷的解决和社会的和谐进步。当前，在社会转型期和社会经济快速发展过程中，多元化的各种利益群体，特别是弱势群体不断涌现、冲突较多，局限于法律意识的薄弱和经济条件的困窘，无法通过有偿的方式获得专业的法律工作者的帮助，于是，拉横幅、堵政府、自残跳楼等极端恶性事件

频频发生，不仅使个人矛盾升温到社会层面，同时也严重威胁到人民群众的生命和财产安全以及社会的和谐稳定。法律作为维护社会公平的最后一道屏障，是解决矛盾纠纷的重要手段。构建青年律师公益法律服务体系，正是通过青年律师队伍利用专业的法律知识，通过宣传、调解、诉讼等法律服务方式，帮助弱势群体了解国家的政策法规、增强法律意识和法制观念、获得司法救济的途径等，促成其拿起法律武器通过合法的手段来维护自己的合法权益，从而有利于化解各类矛盾纠纷，降低矛盾纠纷的发生率和激化率，促进社会和谐进步。

二、青年律师公益法律服务体系的理论框架

构建青年律师公益法律服务体系应当从我国现阶段的具体国情和各地的实际情况出发，在肯定市场经济条件下，通过体制改革已经形成的青年律师以提供有偿的法律服务为本职工作的同时，最大限度地强调和发挥青年律师提供和开展无偿的公益法律服务在维护公共利益、弱势群体合法利益方面的功能。因此，我们认为青年律师公益法律服务体系的基本框架应作如下界定：

（一）青年律师公益法律服务体系的特质

从青年律师在实践中广泛进行的法律援助、普法宣传等公益法律服务活动的性质和目的看，青年律师开展公益法律服务体系应当具备以下几个特征：

1、具有公益性。青年律师应自觉树立的观念就是公益法律服务应当广泛惠及民生，一方面表现在公益法律服务的受益对象上，除了传统意义上的维护因经济困难或其他原因无法获得法律服务的弱势群体的合法权利之外，还要针对社会上的不确定的多数人，维护广大人民群众的公共利益；另一方面表现在公益法律服务的受案范围上，除了传统的婚姻家庭、劳动保障、未成年人犯罪等性质的案件外，还要与时俱进，随时新增纳入社会发展中新出现的相应案件。

2、具有公共产品属性。萨缪尔森在《公共支出的纯理论》中对“公共产品”作出的定义为，纯粹的公共产品或劳务是这样的产品或劳务，即每个人消费这种物品或劳务不会导致别人对该种产品或劳务消费的减少。[1]具体到本文可以理解为，有关法律服务方面的公共产品是指政府向全体或部分社会成员共同提供的且在消费上不具竞争性、使用上不具排他性的法律服务产品。事实上，在此方面，目前我国政府已将部分公益法律服务纳入了政府公共服务产品的范畴，青年律师应当把握时机，在政府建构的公益法律服务的体系下参与公益法律服务的建设并推动其发展。

3、具有社会性。从宏观上看，公益法律服务的享有者可能是社会中的每一个人，比如说在普法宣传中，每一个公民都有可能是宣传对象，从而也就是这类公益法律服务的受益者和当然的享有者。公益法律服务本身注重和追求的是社会效果而非经济利益，其目的和作用是将服务对象由现有法律援助的困难群体，扩大至一切需要提供不以营利为目的的法律服务需求者。律师是通过提供有偿的法律服务才得以获取耐以生存的经济

来源，但同时提供无偿的法律服务也是一名律师的法定义务，对于青年律师来说，更当义不容辞，因为，公益法律服务是解决社会民生问题的基础性手段，有利于保障公平正义的实现和社会稳定的维系，而这正是法律人所追求的终极目的。

4、具有长期性。公益法律服务产生的时代背景决定了其是法治社会发展到一定阶段的必然产物，我国长期处于社会主义初级阶段的现实和法治社会不断自我完善的需求这一过程中体现出的各种矛盾决定了公益法律服务在我国必然要经过漫长的时期，这就需要许许多多的青年律师前赴后继，薪火相传的致力于公益法律服务的工作。

（二）青年律师公益法律服务体系的对象范围

作为青年律师，应当明确把握公益法律服务的对象范围，简而言之，公益法律服务的对象是指有权或有资格申请并获得公益法律服务的人。据此，具体的权利人应当成为研究的重点，依其本质属性决定了其服务对象范围应当具有广泛性。根据现阶段的公益法律服务对象大致可以分为以几类：

一是法律援助的对象。伴随着《法律援助条例》的颁布实施和“为实现公平和正义法律援助在中国”大型公益活动的开展，标志着我国法律援助工作在广度和深度上有了新的拓展和突破。中共中央、国务院对法律援助工作十分重视，国家“十五”计划纲要将“建立法律援助体系”确定为“十五”社会发展目标，党的十六大明确提出“积极开展法律援助”，并作为建设社会主义政治文明的重要内容。概括的说，法律援助的对象主要是自身合法权益受到非法侵害需要法律救济，但又因经济困难而无力承担专业法律服务费用的弱势群体、刑事诉讼中符合法律援助条件的被告人、民政部门直属管理的非营利性质福利组织成员等；

二是参与突发的社会应急事件的处理，例如重大自然灾害的突发事件、社会重大涉法涉诉事件、重大群体性维权案件、重大信访案件等的处理；

三是政府决策行为，包括关乎国计民生的重大方针政策的制定、城市精神文明建设等；

四是社会公益性活动，最常见的就是政府或者民间组织举办的各种主题的大型公益性法律宣传、讲座活动等。

（三）青年律师公益法律服务体系的服务方式

顾名思义，公益法律服务重在提供专业的法律服务，具体包括以下几个方面：

（1）提供法律援助。法律援助也称法律救助，是为世界上许多国家所普遍采用的一种司法救济制度，其具体含义是：国家在司法制度运行的各个环节和各个层次上，对因经济困难及其他因素而难以通过通常意义上的法律救济手段保障自身基本社会权利的社会弱者，减免收费提供法律帮助的一项法律保障制度。可见，法律援助是一项扶助贫弱、保障社会弱势群体合法权益的社会公益事业，同时也是中国实践依法治国方略，全面建设小康社会的重要举措。法律援助的方式包括法律咨询、代书、代理诉讼和非诉

讼事项等。青年律师除了办理法律援助中心指派的个案，还有签约常年驻扎边区、边疆等地方进行无偿的法律援助工作，这就是由司法部、团中央于2009年共同发起的“1+1”中国法律援助志愿者行动， 这也是由中国法律援助基金会会同司法部律师公证工作指导司、司法部法律援助工作司、司法部法律援助中心、中华全国律师协会和团中央青年志愿者工作部举办的大型法律援助公益项目，通过每年组织一批律师志愿者、大学生志愿者或基层法律服务工作者，到中西部无律师县和律师资源短缺的贫困县服务一年，为当地的经济困难群众提供法律援助服务。在这项活动中，涌现出大批的青年律师充分发扬无私奉献精神，在维护了群众合法权益，促进了社会和谐稳定的同时，也推动了当地经济社会发展和法治建设，为“一带一路”、扶贫攻坚等党和国家的中心工作贡献了力量。

（2）进行公益诉讼。早在古罗马时代公益诉讼就已经存在，在近现代西方国家中得到完善发展，国外专门有“public interest litigation”这种诉讼活动，可以意译为"公益诉讼"，伴随着近年来诸如“要求酒厂在白酒瓶上加注警示”（河南一普通的中学老师王英）、“对春节期间票价上浮不满而向铁道部发难”（石家庄律师乔占祥）、“为保护西湖而状告规划局”（杭州律师金奎喜）等公益诉讼案件的出现，我国越来越多的学者呼吁公益诉讼的构建，根本原因在于作为法律制度整体构建中的一部分，公益诉讼制度自身有其他制度无可比拟，无法替代的优越性，它在某种意义上弥补了法律制度上的缺陷，为提高国民素质、社会稳定、经济发展发挥一定的作用。梁慧星教授认为：公益诉讼针对的行为损害的是社会公共利益，而没有直接损害原告的利益，因而与起诉人自己没有直接利害关系的诉讼。通俗的说，所谓的公益诉讼就是由公益性法律服务组织及人员，根据法律的授权，对于侵犯国家利益、社会公共利益或不特定他人利益的社会影响较大的行为或事件，包括重大公共卫生事件、行业垄断行为、消费者权益保护、弱势群体权益保护、重大环境污染等，向法院提起诉讼，以促使法院依法追究相对人的法律责任，维护社会公共利益和公共秩序。青年律师除了自行接受当事人的委托外，以及深入到消费者协会、残疾人协会、少年儿童保护组织、动物保护组织等机构，为其提供在公益诉讼方面的法律服务外，现在还通过成立“公益律师事务所”的方式参与公益法律服务活动，2003年8月25日，由中国社会科学院法学所的知名学者发起并组建的中国第一家公益律师事务所—北京东方公益法律援助律师事务所挂牌成立，表明我们青年律师在争取和维护公共权益和个人权利方面所体现出来的积极姿态和战斗精神，正如德国著名法学家耶林在他的《为权利而斗争》一书中，表达了这样的观点：“法的目标是和平，而为达到和平的目标必须斗争，法本身就是长期斗争的成果，法要得到真正的实施，更需要进行不息的斗争，法的生命在于斗争！”[2]

（3）开展普法宣传。从1986年至今，全国实施了六个五年普法规划，普法宣传活动在全国已普遍展开。中共中央、国务院转发的《中央宣传部、司法部关于在公民中开

展法制宣传教育的第四个五年规划》中确定： 将我国现行宪法实施日即12月4日，作为每年一次的全国法制宣传日，于是2001年12月4日是我国历史上第一个法制宣传日，将宪法实施日定为法制宣传日，无疑具有重要的意义。自2001年以来，广大青年律师以“12•4”全国法制宣传日为契机，在每年11月中旬至12月中旬，通过举办座谈会、书画展、网上论坛，印发宣传资料，在报刊、广播、电视、网络等媒体制作播出专栏、专版、专题节目等多种形式，开展了丰富多彩的法制宣传教育活动，传播了法律知识，弘扬了法治精神，促进了社会和谐。2017年是全面贯彻落实党的十八届五中全会精神的重要一年，是“十三五”规划的开局之年，青年律师更应当抓住时机，在平时的工作中，充分利用各种平台通过送法进社区、进企业、下乡村等形式和手段，针对经济困难群众、外来工、农村居民等弱势群体，开展深入广泛的法制宣传教育，宣传国家各类法律、法规，帮助他们树立起法制观念和法律意识，增强依法办事和依法维权的能力。

（4）参与信访调解。信访，是指公民、法人或者其它组织采用书信、电子邮件、传真、电话、走访等形式，向各级人民政府、县级以上人民政府工作部门反映情况，提出建议、意见或者投诉请求，依法由有关行政机关处理的活动。2005年新《信访条例》出台后强调“属地管理、分级负责”。前国家信访局局长周占顺2003年指出，群众信访问题，“80%以上是基层应该解决也可以解决的问题”。[3]为了妥善解决群众信访问题，不少地方政府在接访人民群众信访的工作过程中引入了律师参与机制。青年律师应当积极参与该项工作，为上访人员提供法律咨询，引导上访群众遵循法律渠道解决问题；接受信访部门的委托，参与重大疑难信访案件的法律论证，提出法律建议；对上访群众进行法制宣传，协助有关部门做好无理上访户的息访工作。在依据当事人的授权和尊重当事人真实意思的基础上，做好调解工作，促使当事人以调解方式解决矛盾纠纷等。

三、加强青年律师公益法律服务体系建设的几点思考

（一）青年律师应提高自身的综合素质和业务水平。

“打铁还需自身硬”。为了更好的提供公益法律服务，青年律师应当加强对综合素质的培养和业务知识的学习。在律师职业道德方面，应当着重培养正义感、责任感、使命感和大局意识。在法学理论知识方面，通过司法考试所学到的知识相对于实务办案远远不够，对于司法考试鲜于考察的法学知识点没有掌握或者掌握的不牢固，而这些知识在律师实务工作中很重要。对于这一部分知识，对青年律师的教育培训中一定要强化，同时还要根据青年律师各自的兴趣和知识结构的差异，进行有针对性的继续教育，选准主要发展方向，深入学习，扬长避短。在执业能力锻炼方面，由于刚执业的青年律师可能会受到案件资源的限制而导致办案经验不足，这就要求青年律师积极的向前辈学习，尽快把法律知识转化为执业能力，从而更好的服务于当事人。

（二）青年律师应将法律援助案件作为重点工作内容。

法律援助作为维护社会保障对象实体利益、解决社会保障对象权益纷争的一种法律

救济机制，毫无疑问已经属于公益性法律服务体系的重要组成部分。青年律师提供法律援助已被定为法定义务，而实际上，办理法律援助案件也为青年律师带来挑战的同时也提供无限机遇。古罗马人称律师为“用法律捍卫正义的职业”。青年律师要培养自己的社会责任感，认识到律师职业的高尚与神圣，主动地参加社会法律援助，且法律援助的范围可以不局限于自己所在的省、市、县，要将眼光放大于全国，不能狭隘的认为法律援助就是等各地法律援助中心指派的那点案件，更不能狭隘的认为法律援助都是费力赔本的苦活路，其实，青年律师在向社会付出的同时，社会也必定会向青年律师予以回馈，正所谓“将欲取之，必先予之”。[4]道路是越走越宽阔，案件是越做越多的。

（三）建立健全青年律师公益法律服务活动的保障机制。

公益法律服务本身即是政府公共服务体系的重要组成部分，建立健全青年律师开展公益法律服务活动的保障机制，才能够激发更多的青年律师投身于该项事业，促进该项事业的健康有序的发展。保障机制应当是一个完整的体系，而在这个体系架构中，经费保障应当是重中之重。在解决青年律师开展公益法律服务经费短缺的问题方面，可以通过以下几种方式：一是加大政府部门采取“购买服务”方式的力度，政府应当解决青年律师提供公益法律服务部分经费问题，并通过加大将该经费列入财政预算的力度的方式予以保障。二是扩大设立公益性法律服务基金渠道，由公益性法律服务主管部门提出服务项目，制定服务标准，通过其他途径进行募集。凡是达到公益性法律服务数量和质量，取得社会效果的公益性法律服务组织，由主管部门向基金会等申请经费给予资金支持。于1997年登记成立的中国法律援助基金会先后设立了22个专项基金，为我国的公益法律服务作出卓越贡献，但此远远不能满足实际需求，故还应扩大设立专项基金的渠道。三是注重宣传，争取获得社会的广泛支持，如爱心人士、企业的捐助。可以利用报刊、电台、电视台、互联网等现代传媒多渠道、全方位的向社会广泛宣传青年律师开展公益法律服务的意义和作用，提高社会各界和人民群众对公益性法律服务的认知度，扩大公益性法律服务的社会影响力，形成构建青年律师开展公益性法律服务体系的良好氛围。

现阶段，律师制度改革进程中，国务院印发的《关于深化律师制度改革的意见》已明确指出，要充分发挥律师在维护社会和谐稳定中的重要作用，重视运用律师诉讼和非诉讼法律服务手段，参与信访接待和处理；充分发挥律师在服务和保障民生中的重要作用，推进覆盖城乡居民的公共法律服务体系建设，加强民生领域法律服务，完善便民服务机制，积极开展公益法律服务活动，发展公益法律服务机构和公益律师队伍，推动法律服务志愿者队伍建设，加强律师参与法律援助工作。构建青年律师与公益法律服务体系，为青年律师提供了施展才华和履行职责的平台，助推公益法律服务事业蓬勃发展。让青年律师在这个本就不平凡的事业中，用心用爱，筑就不平凡的无悔人生。

作者单位：安徽向群律师事务所

参考文献：

[1]萨缪尔森在1958年，发表的“Aspects of public expenditure theories”一文中开始使用公共产品（public goods）一词。

[2]《为权利而斗争》，耶林，1872年在维也纳大学的告别演说。

[3]2003年，前国家信访局局长周占顺在接受新华社《半月谈》杂志的采访时，指出的当前信访事件中的4个80%之一。

[4]《道德经》第36章：“将欲去之，必固举之；将欲夺之，必固予之。将欲灭之，必先学之。”

论传媒与法院的关系

韩婷婷

【摘　要】 如今，我们的社会是自由和法制的，传媒与法院在很大程度上影响着社会的发展。矛盾与和谐始终存在于传媒与法院之间：一方面，法院司法公正独有的独立性排斥非法律的干预，自然也不应受新闻媒体的干涉和影响；另一方面，传媒为了寻求自身发展以及满足大众需求，对法院司法开始介入，这种介入是具有双重作用的。其一是它自身的天然抗争性也对法院的司法不公、司法腐败进行着抗争。其二是它对司法介入的反作用，则影响司法的独立。那么，如何才能实现传媒与法院之间的良性互动，这是值得我们深思的问题。特别是目前在我国二者关系并没有完全被理顺的情况下，笔者认为，应该完善我国新闻传媒法律法规，同时促进我国司法独立与新闻媒体自由，才能实现我国传媒与法院之间的良性互动。

【关键词】传媒　法院　冲突　协调　互动　发展

这是一个传媒越来越活跃的时代，也是司法对各种社会关系的调整越来越强有力的时代，传媒与法院的关系，也越来越多的受到人们的关注与重视。英国的丹宁勋爵曾经说过：“传媒在司法活动中扮演非常重要的角色，可以监督每一次审判是否公正、公开、光明正大。但是传媒也有挣脱僵绳的那一天，法律应该对其错误的行为给予处罚”。[1]

在当今中国随着现代传媒的不断发展，不可否认新闻舆论监督成为推动社会和谐、推动司法改革，从制度上保证司法健康发展的一支不可忽视的力量。但其往往是把双刃剑，因角色定位或监督不同对司法的独立性带来损害。这促使西方的法院法官们不得不想办法来规范和引导新闻报道。通过一系列手段的规制，传媒的确受到了司法机关的约束和限制，但传媒对法院、法官、判决的关注和批评却并没有减少，如何平衡二者利益正成为西方学者的研究方向。

本文认为，传媒与法院之间的关系是一致性与冲突性并存的，但是冲突是现代社会二者之间关系的主要方面，因此，只有正确处理了二者之间的冲突关系，才能实现二者的互动与平衡。

一、传媒与法院之间的一致性——保障公民权利

近代传媒主要是通过新闻报道、报刊杂志、网络媒体等方式反映民众的呼吁或要求，在一定程度上是民意的代言人，是社会舆论的载体。“它只不过是衡量具体法制工作的

尺度，更作为人们保持的一种法律理念而植根于人们的内心深处。特别是当一个社会把司法审判作为解决纠纷的最后手段时，司法公正就更加凸显了人们对正义价值的追求”[2]。同时，法院司法的价值目标就是保障公民权利不受他人侵犯，追求社会公正。二者在基本目的上存在着这样的一致性：致力于公民权利。法院的职能就在于解决协调解决公民之间的纠纷、公民与国家的纠纷，依照法律来保护公民免于侵犯。而传媒的功能在于，当它发现公民的权利受到侵犯时，会用传媒特有的手段去报道，给侵害方施加舆论压力，使得侵害方迫于压力而停止侵犯当事人权利。

另外，二者之间还存在着一定的互动与相互促进的关系。法院可以在某些方面为传媒的介入提供方便，便于传媒的及时报道，促进传媒的发展。另外，新闻报道也可以为法院法制宣传以及通过舆论监督遏制司法腐败。而且，当司法的独立受到行政与立法的干涉时，传媒可以为司法独立找到民意的拥护。

二、传媒与法院之间的冲突性

传媒，实质是承载广告的传播媒体，就是传播各种信息的媒体。传媒是保证公民享有知情权与实现言论自由的基本手段，没有了传媒，公民的言论自由就得不到保证。同时，获得公正审判也是宪法所赋予的公民的基本权利，法院追求的目标就是实现公正审判。但是在我们的实际生活中，法院经常会借保护公民权利实现公正审判之名而垄断案情；而传媒为了探求自身利益以及发展空间，帮助公民实现言论自由，希望通过报道发挥对司法活动的影响，实现舆论监督。可是在这个过程中二者之间往往是无序的，从而导致了二者之间的冲突关系。

（一）价值原因：新闻自由与独立审判

媒体有新闻采访与报道的自由，有发表意见和进行批评的自由，这即是常说的新闻自由。既然是发表意见和进行批评的自由，就说明新闻自由是言论自由的延伸。言论自由，不管是我国还是西方，都是以宪法的方式加以明确规定的。公民实现言论自由在很大途径上是通过传媒的方式了解一些国家生活的事情，去了解法院一些重大案件的审判与结果，没有了传媒，公民的言论自由就受到了限制。但是，所谓的自由，也是有限度的，当公民突破这个限度去实现自己的言论自由时，例如对法院的审判过度报道或者干预时，就会影响法院的审判公平公正的展开，法院的独立性受到了威胁。

我们再来看法院的独立审判，当今世界，无论是西方资本主义国家还是社会主义的中国，司法独立是法制建设的重要任务。例如美国，“司法机关为分立的三权中最弱的一个，与其他二者不可比拟”，[3]它唯一能做的就是现实自己不偏不倚的独立性，对人民的权利予以坚决的保护，以致政治人物和公民都感到非服从其法令不可。在美国，法院可以判定国会和州议会通过的法案如同《宪法》相抵触而宣布其无效，也可以类似的理由禁止总统的行为。

在我国，宪法第 126 条规定：人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政

机关、社会团体和个人的干涉。独立审判原则的目的是为了实现公平审判。

这样当法院的独立审判因为传媒的影响时，法院则会采取一些措施去限制阻碍传媒的运行。传媒与法院的之间的冲突关系便产生了。

（二）事实原因：客观事实与法律事实

当传媒去报道法院的一个案件时，往往传送的是这个案件的客观的事实，也就是大家可以看得到的事实。但是往往法院对案件的认定是一个法律事实。所谓的法律事实，就是一种能用证据证明的事实。这意味着法律事实不仅是客观事实，而且它还应是能用证据证明的客观事实。但是，媒体的报道通常停留在案件的客观事实部分，这样就造成了对案件审判的公正性与公平性的质疑，从这方面来说，这对于法官们是不公平的，因为法官是从法律专业的视角去看待案件，不能与媒体所报道的客观事实相一致。

那么，让我们来看看“中国网络第一大案”的“黄静裸死案”。该案的每个阶段都是在网络的推动中发展的，黄静裸死案中的被告姜俊武最后虽然赢得了尸检报告和法律的支持，但至今仍未摆脱舆论对他“罪犯”身份的怀疑，难怪姜俊武的两名辩护人在他们的辩护词最后一段写到：“众所周知，本案受到了舆论尤其是互联网的极大影响，我们请求人民法院排除外界影响，坚持司法独立，公正司法。” 黄静的父母把媒体的力量视为决定性的力量，他们认为网络代表着公众的力量，这会促使法院作出一个倾向于己方的判决，而姜俊武一方则欲以“审判独立”的理由拒绝舆论，尤其是网络舆论对此案的关注和监督，试图将黄静案的审理置于舆论监督的范围之外。[4]这个案子反映是社会舆论通过传媒与法院司法的较量。

（三）司法制度自身的缺陷以及法官素质的有待提高

司法制度的缺陷，使司法功能未能充分发挥作用。司法制度自身存在的一些漏洞与腐败，使人们通过法院来寻求正义的信心大打折扣，人们会寄希望与传媒所代表的舆论力量，媒体成了庭外力量，成为司法不公的特殊社会救济手段。当公民将涉及自身利益的重大案件交与传媒后，传媒经过一定方式的表达，就会与社会舆论形成共鸣，成为社会舆论的热点，取得一定的社会关注度。首先，这可能对法官造成很大的压力，从而去影响法官的判决；另外，也能实现传媒的经济利益，传媒何乐而不为。

需注意的是，当今舆论的压力以及社会现实中所体现的社会媒体的媒介作用，在一定程度上发生转变，失去原有的性质。

与此同时，世界各国也同样存在这样一个问题，法官的素质问题。就法官而言，他应该有独立和公平公正审判案件的能力，这就要求法官能排除法院以外因素的影响，抵制外界的影响和舆论压力。因此，法官需要良好的职业素养与法律基础，只有在这样的前提下才能保持在案件中的中立，保持自身独立的看法，不受外界以至于传媒的影响。

三、两大法系典型国家处理传媒与法院关系方法

在现实社会生活中，传媒与司法的冲突是处处可见的。二者之间的冲突也越来越成

为法律工作人士乃至学者专家关注的焦点问题。由于二者之间的冲突，使得需要完善的司法制度进一步受到挑战；另外一方面，一些有价值的司法资源也被法院封锁，使得传媒对于案件的报道受挫，削弱了传媒的社会功能。下面我们先来看看这些国家是如何处理二者之间关系的。

（一）英国的传媒与司法

在英国，传媒的报道起到了对于法院司法的一个监督作用，但是同时又由于新闻报道中出现的一些问题，对于法院的司法公正有一定的威胁。所以，在英国，法院是制传媒对案件的报道。

传媒可以自由参与与报道审判过程中的事情。但是，媒体的报道不得侵犯个人的名誉、荣誉、隐私等，同时，一些现代化的采访工具也是被禁止带入法院的。

首先，有的明确的立法限制，英国制定了一系列的法律来限制传媒对某些案件的报道。例如1960年的《司法法》、1997的《犯罪量刑法》等等法律都明确规定了传媒不可以报道的事项。其次，英国还在法律中设置了藐视法院罪以及诽谤罪。

（二）美国的传媒与司法

美国最初的处理二者之间的关系是英国模式的翻版。其1789年的《司法法》的规定与之类似，法院对一切侮辱或妨碍司法的言行，得处以罚金或者监禁。[5]

但是伴随着美国联邦宪法第一条修正案通过后，人们越来越怀疑这样的制度，认为这样的制度侵犯了传媒的新闻自由与公民的知悉权。美国传媒与司法向着另外一种方向发展：司法自律模式。在这样的模式下，传媒越来越少能影响法院，当然这跟美国的陪审制度是有着莫大的关系的。

（三）大陆法系国家的传媒与司法

这样的国家主要有日本、德国等。这些国家对传媒的态度采取的是“司法向传媒开放模式”，几乎没有任何的限制，原因在于，“大陆法系国家的诉讼程序不实行陪审制，对舆论左右司法的顾虑远低于英美法系国家，而且，传统上该法系国家一般不认为新闻报道对司法审判构成实质性的影响”[7]。而且，职业法官一般都经过专业的训练以及有良好的法律思维方式，能够独立解决案件，所以并不会担心受传媒的影响；另外，在大陆法系国家，法官习惯于按照法典“依法办事”，并没有像英美法国家那样的“法官造法”的空间，使法院受到传媒的影响也变小了。

四、传媒与司法冲突关系的协调机制

（一）制度原则

世界上一些传统法治国家的处理机制，我们可以看到这样的内核：利益权衡原则，是指当两种以上的社会行为或价值取向相互作用又相互冲突时，采用对相关利益之估量、分析和比较的方法，追求两者之间的平衡和稳定，并实现双方利益有机统一的最大化。[8]

就是说我们应该从实现二者利益最大化的角度去思考 “良性互动”问题，即法院应该充分的保护和尊重传媒的新闻自由，为新闻媒体报道法院提供良好的条件；传媒则应以不侵害公正审判为度，在合理的范围内实现新闻自由。

（二）传媒与司法良性互动机制的建立

就笔者而言，借鉴西方国家的一些处理机制，我们认为处理传媒与法院的关系必须两手抓，就是要有分别规制前后者的制度与规范。这样，才能更好的使传媒与法院之间的一致性增强，冲突性减弱，实现法治社会中传媒与法院的和谐与发展。

1、规范传媒的法制报道，正确引导社会舆论

传媒在社会生活中所承担的作用我们是可以看见的，传媒所承担的对法院的社会舆论监督直接关系到法院的公正司法、公平司法、独立司法。所以，应该规范传媒的行为，这里的规范是指通过具体的新闻法规以及一些规范制度去约束传媒的报道。“严格以现代司法理念的标准，对法院工作是否符合司法中立、司法平等、司法透明、司法公正、司法高效、司法独立、司法文明等要求，对司法工作和法官存在的弊端和不足，提出批评和揭露。理清批评和监督的目的——维护社会正义，促进司法公正。而不是也不能动辄冠以“司法腐败”之名“亮丑”“揭短”，甚至通过对法院和法官进行攻击来全面否定司法机关的工作”。[9]

2、追究传媒因不当报道对当事人或者司法机关利益造成损害的责任

实践中我们可以看到因为传媒的不当报道，使得大众对案件错误认识，而使得法院审判变得异常艰难和尴尬。所以，首先，新闻报道中的阐述、说明、议论等应符合事实；其次，当新闻工作者带着情绪去看待问题然后进行报道时必然有失偏颇，所以，新闻工作报道时必须站在中立的角度去看待案件。当新闻工作者的不当或者不道德的报道给当事人或者法院的利益造成损害时，笔者认为，应该追究新闻报道者的法律责任，这样才能真正做到新闻报道的规范化。

3、法院应该完善传媒介入司法的制度，尊重传媒的重要性

我们知道，传媒就像民众的代言人，是民众言论自由的重要工具。因此，法院在司法工作中，必须重视传媒的介入。法院应该制造良好的氛围使得传媒能够在一定的程度内报道案件，不影响法院的审判独立与司法公正。法院在不影响和干扰案件审判的情况下，应为媒体报道案件审判提供便利，如进一步建立健全旁听证发放制度、发言人制度、记者招待会制度、对新闻记者的采访做好安排，提供便利，以便公众媒体及时了解事件真相和诉讼进度促成二者之间的契合与双赢。

另外的一些方法，例如提高法院法官的自身素质，提高案件处理的效率性等等都是需要各个国家考虑。

以上就是笔者对于协调传媒与法院关系的机制的见解，通过学习西方国家和大陆法系国家的协调机制，其实，二者的关系就是一个矛盾的双方，有一致有冲突，只要合理

的协调二者之间的关系，必然能促进传媒跟法院制度的同时进步。

同时，在一个宪政国家中，保障公民权利是传媒跟司法的共同目标，新闻自由与司法公正和审判独立之间的相互尊重，相互促进，才是我们所要追求的一种合理的关系。

五、中国传媒与司法的现状以及选择

在中国，传媒和法院自身的发展远落后于一些西方国家和大陆法系国家，二者都还是处于一种不断探索和改革的过程中。所以，二者的关系根本就没有被理顺。首先，我国关于新闻传媒的法律法规不健全，至今没有《新闻法》的出台，传媒的一些行为不能得到法律的认可或者是保障，同时也不能根据法律去限制传媒的非法运行；其次，新闻自由跟司法独立这两种意识形态在我们国家并不是很明显，公民很多时候是根据道德伦理等等去评判一个行为，而不是站在法律的角度去思考问题；再次，在我国，司法的力量是不大的，当传媒过分的去介入司法时，很多时候，法院只是去迎合舆论或者是最大限度的不对抗社会舆论。或者，我们通过几个案例可以看到中国传媒与司法关系的现状。

案例一：张金柱交通肇事案

张金柱，男，原河南郑州市公安局某分局局长，政委，一级警督。1997年8月26日因恶性交通肇事被郑州市公安局依法刑事拘留。8月27日，经郑州金水区人民检察院签发批捕决定书，由金水区公安分局将张金柱依法逮捕。后经郑州市中级人民法院审理，判张金柱死刑，剥夺政治权利终身，同时赔偿附带民事诉讼共9.5万元。一审宣判后，张金柱表示不服并进行上诉，最终，河南省高级人民法院终审裁定驳回上诉、维持原判。

此案过后，群情愤怒，各式各样传媒介入使得张金柱在群众的骂声中进入了法庭，进入了那个宣告他死刑的法庭，在开庭当天，审判庭内座无虚席，法庭外边也是人山人海，群情激愤。

最后，张金柱被判处死刑了，舆论得到了安慰。可是我们仔细去思考会发现张金柱虽然罪责难逃但是并不至死，张金柱在撞死一人的情况下，没有停车而是拖挂着另一受害人疯狂前进，致其重伤以致终身残疾。可是，当时，张金柱是处于深度醉酒的状态，不知道挂着人的。当时如果不是传媒的介入，判决的结果一定是张金柱被判处死刑？这是不是“舆论杀人”“新闻杀人”？

案例二：彭宇案

彭宇，一个南京市的普通群众，在公交车站扶起一位摔倒的老太太，而后就变成被告了，原告声称自己是被彭宇下车冲撞受伤，法院后判决认定原告是被告相撞后受伤。在判决公布后，传媒对法院的质疑声很大，认为宇是否冲撞了老太太的事实认定破绽百出，法院多是根据“日常生活经验”“根据社会常理’等等，没有直接的证据，媒体有其自身的判断标准。具体的法理分析不再多说，本案例其实可以说明一件事情，那就是传媒跟法院在案件认识上有很大的差别，因为二者判断的依据不同，一个是传媒内的标准另一个则是法律的标准。

另外，还有邓玉娇案、黄静裸死案、“周老虎“案等等案件我们都可以看到传媒的介入对法院判决的影响或者是对法院判决的批评。

我们看到，中国的一些传媒很容易就可以介入司法对法院的判决造成影响，“传媒审判”似乎成为舆论发泄愤怒的途径，同时法院也在不断的让步，甘于司法的介入。中国的一些传媒媒体都是很牛的，比如说得到某些行政力量的支持，本来法院对传媒的限制手段极少极少，对这些特殊的媒体更是少了。这个时候传媒就显出了双重个性：解决纠纷时威猛无比，遇到行政时，不敢说话，“话语的强势与弱势，是中国媒体的双重个性”[10]当这些传媒介入司法时，法院并不敢反抗，因为法院的财政掌握在行政机关手中的，这就让法院陷入尴尬的境地。在一个法治现代化的国家，这并不是一种正常的现象。

笔者以为，我国传媒与法院关系的构建应该借鉴“马德里准则”，对传媒与法院分别做出一定的调整与改变。

首先，完善我国的新闻法律的建设，特别是《新闻法》的出台。这就使得新闻传媒介入法院的审判而法院想对其进行一定限制时有法可依。同时，新闻法律法规也可以规范新闻工作者的行为，对新闻工作者不合理不道德或者是违法的报道进行纠正，追究其法律责任。

其次，重视新闻自由的建设。我们说，新闻自由其实就是传媒追求的最高价值目标，也是民众言论自由实现的主要方式，构建传媒与法院之间协调的关系，前提是我们必须重视传媒的建设，重视新闻自由的建设。针对中国的现状，我们可以增强法院资讯的公开性，确保媒体的免证权等等。新闻自由建设是一个长期的过程，他是伴随着法制不断健全而前进和发展的，因此，法制建设是我们要做的根本。

最后，应该对我国涉及案件各个阶段的法律人士的一些言论进行限制，比如说警察、检察官、律师等，因为他们有时候所透露的信息能对传媒造成一种引导，但是他们的信息不一定就是法院的审判信息，这就会造成对群众的误导，影响案件的审判。

当然，近年来我们可以看到我国对传媒与法院关系的重视。2009年，最高人民法院召开新闻发布会，公布了《关于人民法院接受新闻媒体舆论监督的若干规定》，当时引起了轩然大波。客观上来说，该规定有着明显的积极意义，其中的许多规定都是在梳理、调整和规范传媒与法院的关系，力图促进二者之间的良性互动。就像展江教授所讲的那样：“它在观念上和制度上都体现了一种进步。在观念上，其内容具有合理性，因为最高法院作为国家权力机关，确定和肯定了司法报道、评论乃至一般新闻报道和新闻评论的基本标准，那就是国际公认的新闻工作准则—客观、平衡、公正，这是一个很大的进步，值得充分肯定。在制度上，它朝着新闻立法和依法管理媒体的正确方向迈出了一步。”[11]

结语

事实上，法院与传媒不应是水与火的冲突、对立的关系，而应是水与鱼的契合关系。只不过人们没有找到合理的方式去促进二者之间良性的互动。法院追求是纯粹意义上的司法公正与独立审判，传媒对法院的报道，是满足群众知情权以及发挥社会舆论监督的需要，这样的报道其实可以体现出法院审判公开化的进步，这对宣传法制以及打击司法腐败是有积极意义的。

法官毕竟是有感情的，会受到舆论的影响，这样的影响很可能会使他所做出的裁判是不公正的。为了维护社会司法公正，新闻工作者应该自觉尊重法律去报道案件事实，与法院产生良性互动机制，促进整个法治社会的进步。

所以，法院要宽容传媒，尊重传媒；传媒要尊重司法独立，维护法律尊严。

作者单位：安徽纬纶律师事务所

参考文献：

[1]丹宁.法律的正当程序[M].刘庸安，译.北京：法律出版社，1999 14.

[2]卞建林，焦洪昌等.传媒与司法[M].北京：中国人民公安大学出版社.2006.91.

[3] [美]汉密尔顿，等.程逢如译.联邦党人文集[M].北京：商务印书馆，1980.391.

[4]让法官的归法官，媒体的归媒体[N/OL].北大法律信息网．2006.10.9．http：//www.chinalawinfo.com/

[5]荆知仁.美国宪法与宪政[M].台湾：三民书局.1994.178

[6]高一飞.媒体与司法关系研究[M].北京：中国人民公安大学出版社.2009

[7]宋素红，罗斌.两大法系媒体与司法关系比较[J].国家新闻界，2005.5

[8]许洪亮．论传媒与司法之关系 ——从现代司法理念视角观照[J/OL].云南法院网.2006.6.8.

[9]http：//www.gy.yn.gov.cn/Article/ShowArticle.asp?ArticleID=8451

[10]黄妹华，谢小妹.传媒与司法的冲突与契合—中美传媒与司法的关系比较[J].海南大学学报人文社会科学版.2007.8

[11]展江.《每届审判值得我们担忧吗》[N/OL].南方都市报，2010-01-3

《民法典》视角下的“叶落归根”

——兼谈农村公益性墓地的有限开放与律师公共法律服务的拓展

王裕好

【摘　要】“国之大事，在祀与戎”。中国历来崇尚孝道，把逝者安息作为今人安定的必要前提，“叶落归根”的情节浓郁 。多数人内心会选择将来与已经故去的亲人安葬一地，或者安葬到出生的故乡。我国关于墓地的民事权利规定缺乏法律规定，墓地不能作为人格权的客体，也没有纳入《物权法》调整范围。当前，农村公益性墓地属于集体组织财产，仅为本集体组织成员无偿提供墓穴，“城里人”叶落归根乡村的祈愿难以实现。本文指出公民墓地权具有人格权、财产权的多重属性，应纳入《民法典》调整；公民特别墓地权即“叶落归根权”如何在《民法典》中得以规制。最后展望律师如果把协助公民落实“叶落归根权”作为公共法律服务的新拓展。

【关键词】公共法律服务的新拓展　叶落归根　民法典　墓地　墓地权　特别墓地所有权 农村公益性墓地

一、问题由来。

（一）叶落为何难归根？

“叶落归根”的字面意思是指树叶从树根生发出来，凋落后最终还是回到根部。比喻事物总有一定的归宿，多指作客他乡的人思念故土之情，期盼最终回到故乡。陆游诗中说得好：“云闲望出轴，叶落喜归根”[1]。

2012年04月05日《齐鲁晚报》一篇《不让“叶落归根”挺伤人心》的文章令人深思，作者大伯父移居美国多年，想在出生的中国村庄买块墓地，村干部答复道：村里的公墓是小产权墓地，按政策只能安葬本村的村民，村集体之外的无法满足。

大伯父听到消息后含泪感叹：“我有生之年不能叶落归根，我死后还不能叶落归根吗?”作者在文章中追问：“为什么农村人可以到城市买房，农村人可以到城市墓地安葬，而城里人不可以到农村买房，城里人不可以到农村墓地安葬？我们从农村出生，却不能叶落归根，活着不能回，死了不能归……”[2]

是不是城里人死亡后骨灰一律不得回故乡安葬呢？非也，号称“中国最后一位大师”的著名文学家、国学家、佛学家、史学家、教育家和社会活动家季羡林就已经魂归故里。

2010年4月5日，季羡林先生及夫人骨灰安葬仪式在他的家乡——山东省临清市康庄镇官庄村举行，先生去世后第二年的清明节，季老生前遗愿得以完成，回到了“母亲身边”。[3]

不必以此抱怨法律面前未能一律平等，魂归故里、叶落归根既然契合人之本性，承载着中华民族传统，就有“人民实践”。江苏省海门市官方网站至今还能看到一则文件，常乐镇政府《关于进一步加强农村公益性公墓和骨灰存放室建设管理的意见》，其中有规定：“坚持公益惠民。公益性公墓和骨灰存放室原则上只对辖区内居民提供骨灰安葬（放）服务。……辖区外居民或户籍不在本辖区的居民需要提供服务的，根据公序良俗、村民自治的原则协商处理。”这里就可以看出：智慧在民间，广大基层干部群众还是富有创新精神的。

“溪山总是家乡好，牛背烟云入梦来”。[4]既然“叶落归根”深植民心，我们有何理由不正确面对，加以审视和回应呢?

（二）何为“公民叶落归根权”？

“叶落归根”最早见于《荀子-致仁篇》，原句是：“水深而回，树落（则）粪本”。这里的 “粪本”特指树叶枯萎后落至根旁，化为肥料，供树根吸收。

那么，我国是否应从立法上确定“公民叶落归根权”（俗称，法定用语可表述为“特别墓地权”）？以特指农村集体组织之外的公民生前享有通过协议等形式安排自己死后依法安葬到位于出生地或者家族墓地的农村公益性墓地之权利，以此派生出该公民死后其亲属或受委托人享有安葬、管理和祭祀等权利。

这种特殊权利既有人格权特征，又有用益物权特点。《民法典》作为民事法律的集大成者，最有资格突破既有法律制度的桎梏对“公民叶落归根权”作基本规范，充分发掘中华传统文化以孝道承载“乡愁”提供法律依据，为农村供给侧全面改革注入活力。

（三）“公民叶落归根权”的积极意义

1、尊重生命规例、践行传统孝道。

我们可以把那片飘落的树叶看成老人，耗尽一生……养育子女；我们也可以把那片飘落的树叶看成子女，以凋谢的躯体陪伴父母、回馈故乡的土地。叶落归根不忘本，正是中华传统美德孝道的真实写照。依法保障“公民叶落归根权”，就是坚持以人为本，回应民众合理关切，依法弘扬中华传统美德。

2、迎战老龄化挑战，打破殡葬“怪圈”。

我国是世界上人口老龄化程度比较高的国家之一，满足数量庞大的老年群众多方面需求、妥善解决人口老龄化带来的社会问题，事关国家发展全局，事关百姓福祉。其中，妥善安排老龄人的归宿（死葬），无疑十分重要，可缓解城市建造墓地 土地资源的日益紧缺等矛盾。

3、有利于破解农村空洞化和农村全面脱贫

我国农村“空洞化”不是臆造，正在蔓延。越来越多的农村劳动力转移到了城市，离开的家乡慢慢变成农地荒废、 老年化严重的“空洞农村”。确立“公民叶落归根权”，部分乡村走出去的“城里人”死后故土魂归，一方面缓解了城市墓葬压力，另一方面，不忘祖籍的“城里人”后人历年祭吊 ，也会关注农村发展，破解“农村空洞化”。

2、有利于农村全面脱贫.

2015年11月习总书记在农村全面脱贫会议上强调，脱贫致富终究要靠贫困群众用自己的辛勤劳动来实现，要重视发挥广大基层干部群众的首创精神。脱贫的最后一招是“易地搬迁”，搬迁耗费人力物力不说，更有老人故土难离，死活不愿搬迁。如果把农村公益墓地搞好了、搞活了，引入“城市因素”，引入光伏发电等新设施，在保护生态、绿色发展的同时通过殡葬服务（例如管护墓地、代为祭祀等）提升农民收入，不不失为农村脱贫的一条新举措。

二、《民法典》应当落实“叶落归根”。

（一）首先确立“公民墓地权”。

1、“公民墓地权”目前无法律依据。

我国《立法法》第八条规定民事基本制度只能由狭义的全国人大“法律”规定。《物权法》没有规定墓地权，《侵权法》也没有提及。国务院《殡葬管理条例》虽然提及墓地保护，但立足于行政管理，属于国务院法规，严格说无权对公民基本民事权利——安葬权作出规定。

2、墓地权具有人格权属性。

墓地权如果单纯定义为物权或一般财产权，无益于完整保护。所以有必要探寻人格权的死后存在：人格权不因人死亡当然消灭。

《宪法》以保护公民基本权利为神圣使命，公民死亡后由于民事主体资格的毁损包含人格权在内的民事权利是否全部消亡？有学者明确提出“宪法对人的尊严的保护并不因人的死亡而全部终止，相反应认可死后人格权。”[5]也有学者认为死者包含墓地受保护等权利的“存在”，不是因为死后存在人格权，而是国家社会所必需的“公序良俗”等等。

死者虽无行为能力，也不能与活人一样具有完全的权利能力，但具有部分的权利能力，也有人格和尊严，值得尊敬。或者说其权利能够以托管的形式分配给其亲属或生前指定的人。[6]将人的尊严反射到死者的尊严上，通常体现为死者对自己遗存的自主处置权和通过死者生前指定的人，或者其近亲属或后代，或者国家指定的人乃至国家代为行使死后人格权。

德国大量判例认为人的尊严在死后也要保护的主要依据是德国《基本法》第一条第一款关于“人性尊严不容侵犯”的规定。其论证的主要理由是：“只有个人可信赖其人格形象在死后能得到基本保护，并在此期待中生活，其生前的人格尊严和个性自由发展

才能得到充分的保护。”

我国《著作权法》等法律中还是可以看见死者人格权的影子的，诸如公民死后其姓名、名誉、生前的肖像、签名、表演、著作等与个人个性和形象有关的特征受法律保护（涉及公序良俗或国家利益的不以死者近亲属诉请为前提）。

3、我国《宪法》有赋予公民墓地权的依据。

（1）《宪法》之“公民的人身自由不受侵犯”。

“公民的人身自由不受侵犯”引申出一个问题：公民是否有权生前对自己死后的遗体处置、器官捐赠、安葬地点等作出处分。 如果一个人死后其遗体、遗骨、坟墓仅仅被当作一个“物”看待，不是死者的权利受到侵犯，而是生者的人身自由和尊严受到威胁。坟墓是死者遗体、遗骨的安全保障所在，因此，国家法律应当许可公民死后占用一点土地资源作为墓穴，并且赋予公民处置“生后事”的法定权利。

（2）《宪法》之“公民合法的私有财产不受侵犯”。

公民生前有权决定用自己财产来修建坟墓、修建坟墓的地点和时间、坟墓的样式与规模等。公民一旦对自己的身后事表达了意愿，这种意愿在其死后就要得到法律保护。国家对公民财产权的保护义务并不因为公民的死亡而全部终止，每个人在死后无论有无近亲属或后代，都应享有死后坟墓不受侵犯的权利。

（3）《宪法》之“公民有宗教信仰自由”。

宗教信仰自由所保护的利益并不只限于生前，也包括死后。许多宗教的教义中有——肉体死亡后灵魂依然存在的理念。国家保护公民宗教信仰自由，就应当尊重其“灵魂不灭的信仰”，也就有必要保护其灵魂的保护壳——坟墓。

4、公民墓地权的基本规范。

（1）人格权角度

我国《宪法》规定，“尊重和保障人权”是一切国家机关必须履行的义务，而其核心是保护人的尊严。《民法典》应当规定：

任何公民生前有权以协议或遗言等形式对自己的殡葬方式、殡葬地点和特定人格意义随葬品等做出安排，其近亲属、管理人或受托人应当予以尊重；公民死后的遗体、遗骨、坟墓或骨灰格位等不受侵犯和玷污，公墓或骨灰格位保管单位不应以无人祭扫而随意处置。

（2）物权、财产权角度

公民死亡后其亲属有权以协议等形式死者殡葬方式、殡葬地点等作出安排；公民已去世亲属遗体、遗骨、坟墓或骨灰格位受法律保护，如发生侵权，后世亲属（不受代数限制）有权提出恢复原状、赔偿损失等请求（含精神赔偿）；名人墓地有收益的，其后人有权获得部分收益。

墓穴是永久固定于土地的殡葬设施，取得墓穴本身的所有权也须取得其占用范围内

的土地使用权。因此，针对死者后人，先人的墓地使用权是一种特殊的用益物权，与墓地本身的所有权都有必要纳入不动产登记制度调整。

（二）“叶落归根权”入《民法典》和法规政策。

1、《民法典》中的相关条文。

叶落归根者梦想回到生他养他的故乡，回到他“父母”的身边，心魂才会真正的安息。但这些所在大多数是农村。农村公益性公墓是由村民委员会建立为集体村民提供遗体或骨灰安葬服务的公共墓地。集体经济组织以外的成员原则上不能无偿使用集体资源——包含用于安葬的土地，但法律不应当一律禁止通过协议有偿转让部分土地使用权。

《民法典》可规定：“公民有权生前通过协议等形式安排自己死后遗体或骨灰安住于出生地或家族墓地。其近亲属在不违背上述意愿的基础上有权作出相应安排。农村公益性公墓在不违反规划的前提下提供上述便利服务。”

这样规定以尊重公民生前意愿为根本，以农村公益性墓地合理规划、有序开放为前提，以契约形式派生债权债务以便于管理和实施。

2、法规与政策的跟进。

（1）农村公益性墓地的有限开放。

现行《殡葬管理条例》第九条 ：“农村的公益性墓地不得对村民以外的其他人员提供墓穴用地。”这样规定的目的是防止破坏农业用地扰乱经营性墓地日益垄断化的的秩序。如果站在土地管理的角度，应当由全国人大的法律来规定墓地所有权和使用权；如果站在农村集体经济组织管理的角度，由《村民自治法》规定外来人口的安葬准入制度更为合适。

推动殡葬改革，根本上要加大投入，重点完善殡仪馆、骨灰堂、公益性公墓等基本殡葬公共服务设施，逐步形成布局合理、设施完善、功能齐全、服务便捷的基本殡葬公共服务网络，而不能因噎废食、一味打压，绝对禁止农村公益性墓地的有序开放。

为此，建议修改《殡葬管理条例》第九条与《民法典》呼应：“农村的公益性墓地除法律规定外，不得向村民以外的其他人员提供墓穴用地等服务。”

（2）家族合葬的科学设计。

一律禁止建造宗族墓地和家族墓地并非合理。2016年2月，民政部、发展改革委、科技部、财政部、国土资源部、环境保护部、住房城乡建设部、农业部、国家林业局等9部门联合印发了《关于推行节地生态安葬的指导意见》（以下简称《指导意见》），明确提到鼓励家庭成员采用合葬方式提高单个墓位使用率。搜狐新闻网站随后做了一次民意调查，吸引了超过2万名网友参与——“九部门发文鼓励家庭成员合葬，你怎么看？”59.07%的网友表示“支持”。[7]

上海等地家庭合葬墓地早有尝试，例如位于奉贤区的上海永福园，占地近500亩，是上海市规模最大的一级公墓，其中有20个复式家庭葬：以塔葬的形式，一般三到四层，

每一层是一代人，这样就能安葬三到四代人。这样做对于墓园管理方来说节约土地，对于老百姓来说节约成本。[8]

（3）、党员干部树新风。

2013年12月中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于党员干部带头推动殡葬改革的意见》，号召党员、干部都应当带头实行生态安葬，采取骨灰存放、树葬、花葬、草坪葬等节地葬法，积极参与骨灰撒散、海葬或者深埋、不留坟头。

党员干部要在节地生态安葬中要发挥带头作用，主动做殡葬改革的践行者、生态文明的推动者、文明风尚的引领者，但不“不留坟头”不等于“不留墓穴”，符合公墓安葬标准的仍然可以安葬，形式尽量要低碳环保。

三、“叶落归根权” 的实现与律师公共法律服务拓展。

（一）指导乡村完善“村规民约”，为“叶落归根权”搭桥。

“法无禁止即自由”是在古希腊的政治准则中最早得以表达的理念 ，蕴含着私权自治的民法原则。

今年10月1日实施的《民法总则》第八条：“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。”第十条：“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”

这里为“村规民约”（相当于“习惯”、“公序良俗”）的合法性提供了空间。如果“公民的墓地权”、“叶落归根权”等民事法律一时没有规定，“村规民约”可以规定。我国逐步推行“一村一法律顾问”制度，律师在担当村法律顾问过程中可以指导村委会制定“村规民约”，把如果实现“公民的墓地权”、“叶落归根权”写进“村规民约”当中，主要内容可为：“本村出生或者祖籍为本村的城市公民可以申请将来在本村公益墓地中安葬，但总比例控制在10%以内……”，这就为将来的实施提供了依据。

（二）指导农村规划、实施“农村公益墓地”。

规划 “农村公益墓地”一般要经过村民大会，建设过程中涉及到拆迁等法律问题，律师在每个环节都可以充当法律护航者的角色。身份可以是村法律顾问，也可以是非诉代理人参与征迁等环节。

“农村公益墓地”的建设（包括设计）可以外包给有资质的企业或社会组织，律师为相关企业和组织提供法律服务也是“公共法律服务”自然延伸。

（三）为实施“叶落归根权”的当事人提供非诉法律服务。

有“叶落归根 ”意愿的“城里人”可以通过签订《授权委托书》，委托律师非诉代理，与相应的农村集体经济组织商谈将来墓地的事宜，包括签订合同等等。由于该《合同》“城里人”本人死后无法自己履行，其权利义务过渡到其亲属，所以，将来哪些人有权行使该《合同》，涉及到《婚姻法》、《继承法》等诸多法律，需要律师通过专业法律服务为当事人“个性化私人订制”。所以，是一项很重要的法律服务。

“城里人”本人死后，如果其亲属委托农村所在地的公民代为祭祀，将产生另外一份《服务合同》，这份《服务合同》应当有一定的期限，以便于适时调整，也需要律师专业法律服务。

（四）代为保管《合同》附件将延伸出新的非诉业务。

上述《合同》的代书过程中，合同当事人可以委托律师事务所代为保管合同有关的附件，例如当事人照片，户籍证明、遗嘱复印件、墓地选址视听资料等等，这些《合同》附近具有珍贵性和唯一性，往往由一名亲属保管另一方觉得不合适、不放心。所以由《合同》的代书者、见证人“……律师事务所”代为保管是一个“最佳方案”。如果长期保管，需要另外签订一份《保管合同》，可以有偿保管，这无疑是有利于律所收入提高的。

总之，充分尊重广大基层干部群众的首创精神，动员全社会力量广泛参与农村殡葬改革，其中律师积极参与法律和“村规民约”的制定形成，以落实公民特别墓地权，满足部分公民“叶落归根”夙愿，无疑有着重大的现实意义。 最后请允许我以台湾诗人余光中《招魂的短笛》中湿漉漉的诗句为本文作结：

“归来啊，母亲……春天来时，我将踏湿冷的清明路，葬你于故乡的一个小坟。葬你于江南，江南的一个小镇……”

作者单位：青阳县法律援助中心

参考文献

[1]李震山：《人性尊严与人权保障》，元照出版公司2000年版；

[2]黄风：《罗马私法导论》，中国政法大学出版社2003年版；

[3]张千帆：《西方宪政体系》（上册•美国宪法），中国政法大学出版社2004年版；

[4]许育典：《宗教自由与宗教法》，元照出版有限公司2005年版。

互联网+

——公共法律服务

卓光礼　马晓婷

【摘　要】互联网+”代表一种新的经济形态，即充分发挥互联网在生产要素配置中的优化和集成作用，将互联网的创新成果深度融合于经济社会各领域之中，提升实体经济的创新力和生产力，形成更广泛的以互联网为基础设施和实现工具的经济发展新形态。面对互联网飞速发展的时代，律师如何通过利用互联网的优势拓展业务，宣传个人品牌，是一个只得思考的问题。 律师的代理权限来源于当事人的委托，这是律师服务工作的前提。因此，律师为特定的客户服务，使智慧转换成收益，首先必须取得客户资源和客户的充分信任，只有掌握了客户资源并取得了客户的信任，让客户认识到你有为客户解决问题的能力，客户遇到法律问题才会交给律师处理，这就是法律服务的特点。获得客户资源的前提是如何让大量客户认识你。无疑互联网+的时代给我们提供了一个很好的解决这个棘手问题的方法。“互联网 + ”主题的提出正是我国律师行业从传统律师业务向全新业务模式转型的难得的机遇。在探索“互联网 + 律师业务拓展”的模式道路上，关于这一模式的基本概念和基本问题还有许多值得探讨的地方，本文将围绕“互联网 + 律师业务拓展”的主体展开讨论。

【关键词】互联网+　法律服务

一、通常的律师业务拓展模式

日本一本名为《律师职业》的小册子中，将律师行业通常的业务开拓方式概括为两类：横向发展和纵向发展。横向发展主要是指通过亲朋好友的介绍开拓业务。其优点是律师和当事人之间容易建立信任关系，一般情况下，新执业的律师大多依靠这种方式开展业务；但这一模式的缺点就是所获取的案源受制于亲朋好友的层次和能力等，因此，较适合有一定从业经历或社会关系的律师，对于一般年轻律师而言，这类方式的广泛应用需要长期的积累。纵向发展主要是指靠客户推荐开拓业务的模式。它有两个前提：其一是必须先找到第一个或第一批客户；其二是要让这些客户非常满意。这就是通常所说的“滚雪球方式”或通过“周边效应”的方式拓展业务，由于客户在被推荐给律师之前已对该律师有了先入为主的好印象，而且有朋友或同行的推荐，因此接洽成功率也非常

高。但这个模式的关键问题在于怎样才能找到第一个或第一批这样的客户，并让他们非常满意。

二、“互联网＋法律服务”的定义与基本类型

“互联网＋法律服务”平台出现的时间是相当早的，在“互联网＋法律服务”的模式被倡导之前，已经存在众多互联网法律服务平台。只是，由于缺乏严密规整的模式引导，兴起较早的法律平台最后大都沦为了客户在平台上提问，律师回复“请到所内详谈”的模式。其实，这样的服务完全就没有意义，一方面，网站上的法律咨询无法解决大众的法律困惑，另一方面，律师的形象也容易被扭曲。

“互联网＋法律服务”首先依托的是专业的互联网技术和专业的法律知识。将法律知识在互联网上用专业化的全新模式提供给广大受众群体。该模式为传统法律服务的转型与升级提供了一次难得的机遇，通过“互联网＋法律服务”，我们在事实上实现了用最低的运营成本实现法律服务行业的换代升级的目标。随着互联网与法律服务的纵向深入发展，受众对这一模式的接受度越来越高，这就必将大大拓展法律服务的广度、深度，从而保证法律从业者和网络服务平台提供更具个性化的服务，推动法律服务发生革命性的变革。

在现今微信、微博、朋友圈等社交网络发达的社会背景下，许多法律人也积极投入到信息的发布、传播及获取中。作为法律人，在微信、微博、知乎等平台发布文章、探讨法律知识、提出法律问题解决方案，由于网络传播的快捷性，只要是具备相当的质量和水准，引来众多的点赞和转发是非常容易的事情。在法律人的创新下，也使得文章或信息背后的作者或公众号在法律圈子甚至是更大的社交圈里获得曝光，比较受欢迎的公众号，如法信、高杉LEGAL、法租界等逐渐建立起个人的品牌，同时可以以此来吸引源源不断的客户资源。同时，许多法律平台通过举办各种线上线下活动、讲座培训等，将全国甚至世界各地的法律人汇聚在一起。在各种活动及网络上的互动过程中，一方面密切了不同地域的法律人之间的联系，另一方面，在各个有思想的法律人的交流中总会迸发出意想不到的知识火花，也消除了法律行业的一些信息不对等的问题。现在我国的“互联网＋法律服务”的基本模式主要可分为以下几种：

1、检索导流类：这是最传统的“互联网＋法律”模式。以中顾网、找法网等为代表。这类网站将律师的照片、姓名、联系电话和基本介绍的基本信息罗列在网上，有法律需求的网络用户凭以上信息可以自由选择律师进行线上咨询或线下沟通。这种传统模式的好处在于网络用户可以借助网络信息的通畅性选择自己需要的律师进行法律服务，但是弊端就在于网络信息的虚拟性，一旦出现虚假的相关信息，往往会挫伤网民在网上寻求法律帮助的积极性。

2、法律工具类：顾名思义，这类网站的主要作用是为网络用户搜索法律信息提供一个便捷的途径。以法大大及北大法宝为代表。法大大以电子签名为服务切入点，采用

实名认证技术、可靠的电子数字签名技术、时间戳技术及防篡改技术，确保电子合同签署的法律效力。而北大法宝则是为广大法律学科的学子查阅各种法律文献，包括法院的判决书、裁决书等资料提供了方便。这类工具性网站无论在什么时候都有其存在的土壤，并且随着人们需求的增长而不断完善服务措施，为广大用户发挥工具作用。3、交易平台类：这一类型的网站的目的主要在于为网络用户双方进行交易提供一个平台。由于是法律类平台，其在专业性及权威性上是有保障的，因此更加能够得到用户的青睐。网站也凭借日益积累的用户资源提升自己的专业性和知名度。

三、市场对法律服务网络化的需求。

自李克强总理在2015年3月5日十二届全国人大三次会议上的政府工作报告中首次提出“互联网+”行动计划以来，金融、农业、保险等越来越多的行业都相继开拓“互联网+”的市场，并且在各个领域都取得了超出预期的好成绩。而“互联网+法律服务”的理念也在这一大好形势之下越来越火，而在市场为导向的社会发展进程中，其迅速“火”起来恰恰是市场需求点燃的。据不完全统计，2012年我国国内法律服务市场规模是800亿元，而2014年已高达1400亿元，这一增长势头并未减弱。 也就是说按照数据显示的发展规律，2015年以后，我国的国内法律服务市场规模将会继续扩大。除此之外，随着我国政治经济国际化程度越来越高的发展趋势，未来，我国的涉外法律服务市场也会连连攀升。但是，我国传统的线下模式中，存在供求信息不对称的严重缺陷。这就造成了现有法律服务资源无法被充分利用，从而直接提高了法律服务的市场交易成本的后果。现在倡导的“互联网 + 法律服务”模式就是把专业的法律服务作为线上产品展现在大众的视野里，这也就弥补了法律服务供求信息不对称的传统难题，同也可以最大限度地实现法律资源的优化配置。

互联网与法律服务的结合是时代发展的要求，网络科技的发展与我国法治建设的进程共同推进了“互联网 + 法律服务”的结合共生。虽谈不上唇齿相依，至少可以称得上是相得益彰。这种有机的需求配置推动了影响市场经济活力的债权流转产业，为国家经济、个人、企业、律师带来无限的可能与想象。例如，华债网就瞄准了“债权流转不起来”的问题，有针对性的提出自己的看法。第一，“债权流转”是产业，对我国经济发展有着重要的基础意义，他们看到债权流转产业的重要性，动漫都可称其为产业，那么债权流转成为产业必然是大势所趋；第二，社会未实现债权总量---华债网认为这是评价市场经济活力、法院执行和信用体系好坏的重要指标；第三，债权易物，是华债网在全国许多传统生业存在产能过剩的背景下首创的一种债权交易模式；第四，债+律师，律师+律师的信息平台服务模式。由此诞生了华债网这一债权债务信息法律服务平台。又如湖南的如法网。如法网是湖南省公共法律服务网络平台历经一年多建设的，其实现了对公共法律服务实体窗口咨询、12348法律服务热线咨询、网络咨询、手机APP咨询、微信法律咨询功能的大整合，打破时间、空间限制，使民众足不出户、轻点鼠标就能解

决法律难题，实现法律服务随时可找、触手可及，适应“互联网+”的发展需要。同时，湖南正积极引导全省各法律服务实体机构在“如法网”上建立“法律服务电子机构”，鼓励各法律服务实体机构坐“网”问诊，随时随地接受民众的法律咨询与法律业务委托。从而加速促进和形成“互联网+法律服务”新业务模式，为传统法律服务行业转型与升级提供巨大发展机遇。

四、互联网+法律服务”的发展途径探索

法律网站不但要吸引需要提供法律帮助的网友，对法律界人士及其他关联网站也应当有吸引力，促成加入共建与链接。在此基础上，再行筹组松散型的“律师协作联盟”，其宗旨就是实现律师业务的区域协作，以提高工作效率，降低客户成本，分享网络资源，拓展律师业务。但是单纯的网络公司不可能建立起真正有效的律师协作平台，该平台尚需要专业的律师资源去维持，网络平台提供的仅是同业或跨界协作，通过线上交流可节时省力，但线下的实际协作才是最核心的追求目标。

（一）合理定位“互联网 + 法律服务”

“互联网 + 法律服务”平台的法定地位如何定性，决定着未来法律服务的发展方向。互联网法律服务平台作为新的市场探索的一个方向，需要像互联网金融一样，亟须明确的定位、综合分析引发争论的是对互联网法律服务平台到底属于经营性机构还是非经营性机构定位不明，应当从机构服务内容的有偿与否来界定机构的经济属性，并作区别对待。首先，“互联网 + 法律服务”的运营模式应当符合法律、法规和规章的规定。同时，也要适时制定公共法律服务地方规章。建议先行先试，适时制定符合地方特色的公共法律服务的地方性法规、规章，提升地方公共法律服务规范化水平。其次，该模式应当是通过互联网公开信息以供受众共享的，应为非经营性行为。“互联网+”思维下创建互联网法律服务平台，是先进的网络平台技术硬件与优秀的律师或律所资源软件的有机融合，并非单纯的互联网法律服务机构。互联网思维下的法律服务，先进的互联网技术平台、律所、律师三者缺一不可，通过互联网法律服务平台，优秀的律师或律所被线上客户了解，继而转入承接互联网法律服务的后台专业服务，化解了互联网法律服务平台与律师或律所合作的无序化的诟病。

（二）“互联网 + 法律服务”的品牌化

创建律师网站或互联网法律服务平台，其营销工作尤为重要。律师或律所应当了解搜索引擎工作原理和相关技巧，努力改进、优化自己的网站设计网站技术具有中立性，并非极端复杂，运用技术的目的就是为了取得比较好的网络营销效果。首先，应当诚实、善意地运用网络技术，杜绝在域名注册、实名注册、通用网址注册甚至各类会员注册中抢注知名网站名称或他人的网站名称，以实施投机与违规行为去建立营销渠道；网站应当及时或定期更新，内容要丰富，尤其要反映社会热点以及优秀律师承办的典型性案件，重视法律服务应有的宣传与推广作用；其次，网站内容要坚持原创和真实原则，不能实

施杜撰或未经他人许可擅自使用其文章的侵权行为。只有做好前述工作，搜索引擎或服务平台才会得到更多的关注，网络流量自然提升，社会舆情才会聚焦，宣传效果得以彰显。因此，建立网站或互联网法律服务平台就必须持之以恒地投入时间和精力，做好更新、维护和推广，其网络营销渠道才会通畅。如华债网在探索服务类型的过程中主要提供两类服务。一是永久免费的基础服务，华债网所有用户都可永久免费发布和浏览债权债务信息，同时可能免费寻找精选律师进行咨询、获取法律服务。二是委托服务，经调查部分债权债务人不便或不愿透露联系方式等信息，可通过委托华债网为通过大数据为其精选律师或推荐服务。

（三）加大宣传力度

法律服务网络存在覆盖不全、供给不足、发展不平衡等问题，法律服务提供能力与群众日益增长的法律服务需求还有一定差距，特别是欠发达地区或边远地区，由于政府供给能力和法律服务资源相对不足，群众对公共法律服务的需求更为迫切。 为了倡导“互联网 + 法律服务”的发展，必须让更多的受众了解并接受这一新事物。（1）重视媒介宣传。要充分挖掘各种新兴宣传媒介开展宣传，统一宣传标语和口号，着力提升平台的社会认知度，同时，要加强向党委政府的汇报，大力宣传平台的宗旨、性质、特色和作用，积极争取政策支持，使平台真正成为为民服务的“直通车”、服务党委政府的“信息源”。（2）强调榜样作用。公共法律服务体系的建设和推广，需要抓典型、树标杆，打造一批具有示范意义的案例或事件，使公共法律服务体系建设成为人心所向、积极参与的活动，这样将有效促进公共法律服务建设的知识体系的传播与更新。

结语

“互联网 + 法律服务”的规范和管理需要对网络空间完善立法、严格执法、提供法律服务，而律师群体无疑是网络空间法律服务的主体。不管是政府监管涉及的行政处罚、司法介入涉及的刑事处罚，还是法律服务方式的创新和规范，都需要充分发挥律师的作用。在推进覆盖城乡的公共法律服务体系建设中，加大政府购买公共法律服务的力度，进一步建设完善全省首个地市级公共法律服务专网，借助微信、微博等移动互联领域产品，将专业化的法律服务“零距离”免费地输送至群众手中。既迎合市场需求，又促进法律行业的发展，在良好有序的推进中，“互联网 + 法律服务”的前景会越来越好。

作者单位：安徽杨夫胜律师事务所

参考文献：

[1] 王隽，周塞军：《北京律师发展报告（2011）[M]》北京：社会科学文献出版社，2011：322.

[2] 张蕊：《中国网络经济发展理论与时政研究[M]》成都：西南财经大学出版社，

2010.

[3] 闫佳畅：《中国互联网发展对社会发展的影响———历年中国互联网发展状况统计报告研究[D]》杭州：浙江大学，2010：23.

[4] 汤火箭：《中国律师的地位、现状、反思与前瞻[J]》社会科学研究，2002（01）：83.

土地竞拍成交后签订出让合同前发生纠纷的管辖探析

马　侃　韦文津

【摘　要】随着土地纠纷的情况增多，本文通过案例对土地出让环节成交确认书签订后出让合同签订前产生的纠纷进行解析，探究适用管辖。

【关键词】管辖　合同纠纷　土地

近年来，国民经济飞速发展，房地产行业在经济体系中所占比重愈发突显，伴随着居住、商业等各种生活形态对房地产需求量的加大，土地、房屋流转日益频繁，在此过程中产生争议的数量逐年上涨，无论是土地出让前、工程建设中、房产销售后涌现出的纠纷也层出不穷。本文主要针对在土地出让环节，成交确认书签订后土地出让合同签订前所产生的纠纷，通过一则案例解析，来探究利用司法途径解决争议时，应当适用行政诉讼还是民事诉讼。

案例介绍：

A市国土资源局发布招拍公告，公开拍卖位于该市的一处土地，《竞买人须知》中约定，竞得人在本次拍卖过程中产生的争议，应提交A市的仲裁委员会仲裁解决。B公司通过拍卖程序，竞得了该块土地，并与A市国土资源局签订成交确认书，约定此前缴纳的2000万元竞买保证金转化为出让土地的定金，并于成交确认书签订后十日内签订土地出让合同。六天后，应国土局的要求，B公司又向国土局缴纳了1500万元土地款。十日期满后，B公司多次向国土局提议要求签订土地出让合同，但因该处土地拆迁未结束，地上尚存建筑物，所出让的土地不属于“净地”，国土局既无法拆除地上建筑，又无法出让土地，索性置之不理，拒绝签订合同也不交付土地，B公司遂一纸诉状将国土局告上法庭，要求国土局返还已交付的土地款并承担相应利息。案件由A市中级人民法院审理。开庭时，A市国土局提出管辖异议，认为须知中有明确的仲裁条款约定，本案应由A市的仲裁委员会仲裁，此外，本案不属于民事案件的受案范围，国土局履行其行政职责出让土地，由此产生的争议依法应由行政审判庭作为行政案件进行审理，民事审判庭对本案无管辖权。

分歧焦点：

本案由合议庭合议时，针对管辖问题，合议庭存在不同意见，主要分歧如下：

第一种意见认为，本案属于行政诉讼，应由行政审判庭审理。

《最高人民法院关于土地管理部门出让国有土地使用权之前的拍卖行为以及与之相关的拍卖公告等行为性质的答复》（〔2009〕行他字第55号）称，土地管理部门出让国有土地使用权之前的拍卖行为以及与之相关的拍卖公告等行为属于行政行为，当事人不服提起行政诉讼的，人民法院应当依法受理。《最高人民法院行政审判庭关于拍卖出让国有建设用地使用权的土地行政主管部门与竞得人签署成交确认书行为的性质问题请示的答复》（〔2010〕行他字第191号）称，土地行政主管部门通过拍卖出让国有建设用地使用权，与竞得人签署成交确认书的行为，属于具体行政行为。当事人不服提起行政诉讼的，人民法院应当依法受理。

依据上述两个答复，本案不属于民事诉讼的受案范围，国土局与B公司之间的招拍挂行为系国土局出让国有土地使用权之前的相关行为以及与之相关的拍卖公告等行为，依法应当属于行政诉讼案件，由行政审判庭审理。

第二种意见认为，双方存在仲裁约定，应提交A市的仲裁委员会仲裁解决争议，法院无管辖权。

根据《竞买人须知》的约定，对争议解决方式进行了明确的约定，B公司进行拍卖时清楚知晓须知的约定，目前国土局与B公司并未签订土地出让合同，双方以成交确认书的形式确定双方的权利义务关系，成交确认书具有合同效力，而须知中的条款也属本合同的条款，在履行成交确认书过程中所产生的争议应受合同中仲裁条款的约束，B公司应向A市的仲裁委申请仲裁。

第三种意见认为，本案属于民事诉讼，民事审判庭有权审理此案。

根据最高院民一庭在《民事审判指导与参考》2011年第1辑刊登的《土地行政主管部门与竞得人签署国有土地使用权竞得成交确认书的行为属于民事行为》认为，依据《物权法》第一百三十五条、一百三十八条规定，肯定了国有土地使用权是在国有土地所有权基础上产生的一种用益物权，是一种民事权利，同时规定了建设用地使用权出让合同应当包含的主要内容包括解决争议的方法，也就是说，当事人可以选择通过调解、和解、仲裁或诉讼等方式解决纠纷，这些也是民事纠纷解决方式的特征。签订成交确认书的行为是土地行政主管部门代表国有土地所有权人与国有建设用地使用权受让人对双方民事权利义务的约定，其性质属于民事行为，由此引起的纠纷诉至人民法院的，属于民事案件的受案范围。

案件解析：

针对本案争议产生时正处于成交确认书签订后土地出让合同签订前的特殊环节，虽然看上去最高人民法院内部不同的审判庭给出了不同的处理意见，同时国土局一方又指

出了仲裁约定这一客观存在，但细细分析，笔者认为第三种意见较为合理，本案仍属民事诉讼的受案范围，理应交由民事审判庭予以审理。

首先，须知中的仲裁条款约定的是拍卖环节出现争议的解决方式，虽然法律并未对拍卖结束的标志作出定义，但是按照通常理解，拍卖是指以公开竞价的形式，将特定物品或财产权利转让给最高竞价者的买卖方式，是建立买卖合同关系的特殊方式，拍卖成交或流拍后，本次拍卖应视为已结束。在本案中，B公司已成功拍得涉案土地，并与国土局签订了成交确认书，拍卖行为已终结，因此不应受拍卖须知中的仲裁条款的限制。

此外，依据双方签订的成交确认书之约定，B公司此前缴纳的竞买保证金，已转作受让土地的定金，也就是说，拍卖成交后，从法律关系上讲B公司已不再具有竞买人的身份，而是土地使用权的受让人，B公司要求国土局返还已缴纳的全部土地价款是基于出让合同的法律关系，也是双方签订成交确认书之后的履行行为，势必不再受拍卖合同法律关系中的仲裁条款的限制。

其次，国土局援引的两项答复，解决的是对在拍卖过程中或拍卖结束后签订成交确认书所引发纠纷的适用，而本案审理的是拍卖成交后、土地出让合同的签订及履行的纠纷，显然不属于答复的适用范围。本案中，从成交确认书的形成过程来看，国土局发布公告、拍卖国有土地使用权，B公司通过公开竞买的方式与国土局缔结法律关系，双方的法律地位平等；从双方的争议内容来看，双方争议的是成交确认书能否履行、未能履行的责任如何承担等问题，并非对国土局的具体行政行为是否合法提出异议，因此，国土局与B公司签订成交确认书的行为，符合自愿平等、等价有偿的民事法律行为的特征，属于民事法律行为，案件交由民事审判庭审理完全合法有据。

最终法院依据上述第三种意见依法作出了判决，要求国土局退还已收取的全部价款，并赔偿相应损失。

作者单位：安徽华人律师事务所

论刑事辩护律师调查取证的风险防范

刘　杰

【摘　要】刑事案件的辩护律师调查取证率低，缘于程序性权利与实体法风险的矛盾。在“庭审中心主义”的司法改革背景下，鼓励辩护律师积极调查取证确有必要。一是单纯法律适用的辩护意见效果薄弱；二是只作消极辩护难以说服合议庭认定“事实不清、证据不足”；三是调查取证有利于构建辩方的逻辑体系，使辩护更加有效。根据证据的自身特点，分别从言词证据与实物证据两个角度规范调查取证行为。实物证据客观性较强，以申请调查取证为优先；言词证据稳定性较弱，自行调查取证需要规范操作，防范潜在的法律风险。

【关键词】刑事辩护　调查取证权　程序性权利　实体法风险

一、问题之提出：程序性权利与实体法风险的矛盾

《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称“《刑诉法》”）第四十一条规定了辩护律师的调查取证权，即：“辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料，也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据，或者申请人民法院通知证人出庭作证。辩护律师经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料”。该条包括“自行调查取证”与“申请调查取证”两种调查取证权利（《中华人民共和国律师法》等也有规定）。根据该规定，调查取证是律师应有的程序性权利，然而其在实践中的行使状况却并不理想。这其中，既有不少律师只作“形式辩护”的原因，也有调查取证的现实风险比较大的缘故，而根本问题在于辩护律师调查取证缺乏规范的操作指引。

司法实践中，调查取证最大的法律风险来自于《中华人民共和国刑法》（以下简称“《刑法》”）第三百零六条——“辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪”。从该罪的罪状“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”可以看出，本罪设立的初衷是为了规范刑事辩护的行为，保障司法秩序的顺利进行。然而不幸的是，由于很多律师在刑事辩护中的调查取证行为不够规范，以及一些有意“针对”辩护律师的个案所起的恶劣影响，造成该罪实际上成为了悬在辩护人头顶的“达摩克利斯之剑”，极大地限制了辩护律师的调查取证权。以至于许多律师从心理上就惧怕调查取证，在律

师圈甚至流传着“刑事辩护永不取证”的“名言”。

调查取证的程序性权利遭遇实体法风险并非空穴来风。根据中华全国律师协会的统计，从1995年至2001年，辩护律师因为被指控伪造证据或者“唆使”、“引诱”违背事实改变证言或者作伪证的案件共有30件。在此之后，律师被以《刑法》第三百零六条追诉的案例也是屡见不鲜，在全国有重大影响的“李庄案”，其正是被控辩护人伪造证据、妨害作证罪。在多种因素共同的作用下，调查取证权成为了律师们谈之色变的“禁区”。根据北京大学的一项实证调研，约有42.2%的律师对刑事案件情况认为应该调查而没有调查的最主要原因是担心自己被追究刑事责任。[]有鉴于此，本文将研究的对象选定为辩护律师调查取证的风险防范，希望能为辩护律师规范自己的调查取证行为有所帮助。

二、积极调查取证是刑事辩护必然选择

刑事辩护包括积极辩护与消极辩护。所谓积极辩护，又称进攻型辩护，是指辩护律师通过积极主动调取证据的方式达到目的，这种类型的辩护攻击性较强，风险与收益并存；而消极辩护，也称防守型辩护，是指辩护律师通过查阅办案机关的证据材料，“以子之矛，攻子之盾”。理论与实践中主要有两种观点，一种观点认为，积极辩护与消极辩护在刑事辩护中都应当有所体现。拿人钱财替人消灾，不积极调查取证是不称职的行为；第二种观点则认为，为了保证自身安全，刑事辩护只应当作消极辩护，不到万不得已不调查取证。依据在于中国没有确立辩护律师豁免权制度，积极辩护面临巨大的法律风险。

笔者赞同第一种观点，消极辩护重在防守，但是没有进攻的防守，会让辩护律师自缚手脚，无法有效保障被告人的合法权益。其实，最好的防守就是进攻，调查取证是进攻型辩护的重要手段，是个案切入辩点的突破口。根据北京尚权律师事务所2016年发布的调研报告，约42.1%的律师明确表示，在侦查阶段从未进行过调查取证工作。在刑事诉讼司法改革越来越注重“庭审中心主义”的背景下，这种状况显然亟待改变。

（一）法律适用的辩护意见效果薄弱

“学术型律师”通常喜欢将法律适用作为案件的辩护点。例如，婚内是否存在强奸？再如“偷租房屋”到底属于盗窃罪还是诈骗罪？都是可以独立探讨案件的法律定性问题。有些辩护律师或是在学术界具有重要影响力，或是在刑事辩护圈有极高威望，通常还能左右法官认定。但是对于绝大多数刑事辩护律师，单纯提出法律适用的辩护意见效果不佳。而且，在实践中绝大多数案件的法律定性争议并不大。

法律的制定本身是价值判断的过程，而个案的定性、法律的适用，也取决于法官的自身价值判断。个案的法律定性是价值判断，不分多错。而限于各种现实因素，法官更倾向于站在控方的立场也就不足为怪了。法官采纳何种观点，取决于其自身的价值取向。笔者倒不是认为，刑事辩护不能提出法律适用的辩护意见。只是在实践中，证据辩护尤其是辩护律师自行调查取证的积极辩护，可能对个案的辩护更加有效。因此，证据辩护

与法律适用辩护理应相互配合。

（二）只作消极辩护难以认定“事实不清、证据不足”

2016年，最高人民检察院检察长曹建明在十二届全国人大常委会第二十四次会议上作《关于加强侦查监督维护司法公正情况的报告》，提到自2013年以来，我国的无罪判决率为0.016%，逮捕后撤案率、不起诉率则分别为0.007%、1.4%。可见但凡案件进入审判阶段，作出无罪判决的概率微乎其微。有一点不能忽视的是，侦查机关的证据在绝大多数时候都是比较“充分”的。如果辩护律师拒绝调查取证，仅凭控方提供的证据辩护效果堪忧。

（三）调查取证有利于搭建辩方的逻辑体系

从应然的角度，刑事辩护只需证明存在合理怀疑，即可推翻控诉；然而，限于目前国内的司法环境，在实然的层面，要想真正推翻控方的证据体系，辩护律师通常需要搭建自己的逻辑体系。打一个不恰当的比喻，刑事案件，原本是控方“讲故事”，辩方去寻找这个故事的逻辑问题；但现在要求控辩双方“讲故事”，由法官来裁断谁的故事更让人信服，更符合逻辑。这就要求在司法实践中，辩护律师要说服法官，或者说要放大法官内心的合理怀疑，需要承担一部分举证责任，虽然刑事追诉的举证责任理应在于控方。承担这一部分举证责任，就需要调查取证。可以说，调查取证是构建辩方逻辑体系的基石。

三、防范调查取证法律风险的规范路径

对于办案机关搜集证据的行为规范，《刑诉法》及相关司法解释作了比较详尽的规定。然而，对于辩护律师的调查取证行为，无论是《刑诉法》还是《律师法》等都只是笼统赋予了权利，却并没有规定具体的操作准则。甚至于，在侦查阶段辩护人是否享有调查取证权在理论与实践中都是存在争议的。他山之石可以攻玉，为了防范辩护人的调查取证风险，一方面，可以《刑诉法》对办案机关的调查取证规范为参照；另一方面，可以刑事司法实践为指导，从中国裁判文书网公布的相关案例，寻找防范《刑法》第三百零六条入罪风险的方法。

（一）调查取证的一般行为规范

辩护律师的调查取证权包括自行调查取证和申请调查取证两种。根据证据本身的特点，其适用的主要方式并不相同，实物证据因其客观性较强，通常应以申请调查取证为优先；而言词证据因稳定性弱，更适合自行调查取证，与之相应的就是言词证据的调查取证风险要大很多。虽然具体方式不同，但是言词证据和实物证据的调查取证都有共同可适用的一般行为规范。

1、明确调查目的。律师调查取证需要有针对性，不能漫无目的，尽可能制作调查提纲。预先设置好调查提纲，可以避免在调查的过程中，“无意”地作出诱导性发问，从而让调查取证行为涉嫌违法。

编号	法律来源	主要内容
1	《刑诉法》	第四十二条，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。
2	《刑法》	第三百零六条，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。

2、规避违法取证行为。在实践中，辩护律师调查取证最容易触发法律风险的是“引诱”行为。多数案件律师被控《刑法》第三百零六条，均是涉嫌诱导证人作证问题。这中间，既有个案特殊的因素，也有辩护律师不注意发问方式的问题。在调查取证过程中要严格避免采用诱导性问题，例如预设前提发问等。

3、告知义务。无论是调取实物证据还是言词证据，都应尽到告知义务，明确作伪证或者隐匿罪证要负的法律责任。参照《刑诉法》第一百一十八条“讯问的程序”、第一百二十三条“询问证人时的告知义务”、《检察规定》第一百九十七条、第二百零六条、《公安规定》第一百九十八条的规定，辩护律师调取证据，一方面要出示律师执业证书、律师事务所证明（调查专用介绍信）和授权委托书；另一方面，要告知对象应当如实地提供证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律责任。并且，询问其是否愿意接受司法机关工作人员的进一步核实，或者是否愿意出庭作证。在取证的过程中，不能向证人泄露案情。

4、证据目录的制作。提交证据材料时，应制作详尽的《证据目录》，详细列明证据编号、证据名称、证据种类、主要内容、证据来源、证明目的、备注等。同时，尽量备份电子版，供书记员快速、完整记录。

5、举证期限内提交。根据《关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》第一百八十二条之规定，开庭审理前，人民法院应当通知当事人、法定代理人、辩护人、诉讼代理人在开庭五日前提供证人、鉴定人名单，以及拟当庭出示的证据。该条只是原则性的规定，并无相应的罚则。因此实践中一些辩护律师为了追求庭审效果选择证据突袭，企图以此打乱公诉方的节奏。但这种做法容易导致法庭需要调查核实证据而休庭等，从而浪费司法资源，激怒“侦控审”三方。

（二）言词证据的调查取证规范

由于言词证据的稳定性较弱，且利弊不明，需要调查取证以后才能确定是否有必要提交法庭，因此，言词证据更适合自行调查取证，辩护律师自行调查取证时应当非常慎重。尤其是侦查机关已经调查过的证人，与检察机关的指控体系作相反证明的证人。他们在某种压力下很可能“反咬一口”，从而让调查取证律师陷入被动。从中国裁判文书

网公布的涉嫌《刑法》第三百零六条的裁判文书来看，涉嫌该条罪名的行为无一例外的都是针对言词证据，而“重灾区”无疑是调查取证上述两类证人。调查取证时要坚决避免非法取证，尤其是注意诱导性发问。一方面，要观察被调查者的证言是否有逻辑，是否可靠；另一方面，注意办案机关是否已经取证，已经取证是否改变了证言，改变证言是何种原因，又是否符合逻辑。具体要做好以下几个方面：

1、取证主体。参照《刑诉法》第一百一十六条“讯问的主体”、《人民检察院刑事诉讼规定（试行）》（以下简称“《检察规定》”）第一百九十二条、第二百零四条、《公安机关办理刑事案件程序规定》（以下简称“《公安规定》”）第一百九十七条关于讯问、询问的主体规定，辩护人调取言词证据应尽量由两名律师共同进行，至少是一名律师助理。这样可以提高效率，互相监督，也能在一定程度上能够互证清白。需要注意的是，调查女性时，适宜由女性调查人陪同；调查未成年人时，应由其监护人陪同；调查聋哑人时，应当有通晓聋、哑手势的人参加；无阅读能力的被调查人，应当将调查笔录向其宣读。另外，调取言词证据时，一般不宜让被告人或其家属陪同取证。

2、调查取证地点。参照《刑诉法》第一百一十七条“讯问的地点”、第一百二十二条“询问的地点”侦查机关获取言词证据的规定，辩护人调取言词证据，应尽量选择在对象的住处，或者前往办案机关的场所询问。除此之外，也可以在律师事务所完成取证工作。这样做的目的，是因为在以上比较安定的环境下，获取的言词证据更加可靠。

3、同步录音录像。参照《刑诉法》第一百二十一条“讯问的录音、录像”，以及《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》第十九条、《检察规定》、《公安规定》的相关规定。辩护律师调取言词证据时，应当尽可能的对取证过程进行录音或者录像，并且全程进行，保持完整性。同步录音录像是证明辩护人“清白”的重要手段，但是用之不当，反而可能“自证其罪”。采取同步录音录像时，辩护律师应注意自己“言行举止”。

4、调查取证程序。根据《刑诉法》第四十一条“辩护律师的调查取证权”，辩护调查取证时，应当经证人或者其他有关单位和个人的同意；尤其引起需要注意的是，在向被害人或者其近亲属、被害人提供的证人取证时更要慎重，不仅要本人同意，还需经人民检察院或者人民法院的许可。调查应当个别进行。

5、笔录制作。参照《刑诉法》第一百二十条“讯问笔录的制作”，对于没有阅读能力的，应当向他宣读。如果记载有遗漏或者差错，被询问人可以提出补充或者改正。尽量从客观性出发，询问案件的事实问题，避免询问其观点或者主观猜测。需要注意的是，对于言词证据，不应作概括性记录，应尽量保持“原汁原味”，完整、真实记录被调查人所说的原话。制作完成后，由被调查人以及在场的见证人核对、签字、盖章。如果笔录疑点较大，不宜作为证据提交，可作为证据线索提交给办案单位核实，或者申请证人出庭作证。

6、证据提交。根据《刑诉法》第四十条“辩护人对特定证据的处理原则”之规定，

辩护人收集的有关犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、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。对于言词证据中有关犯罪嫌疑人不在犯罪现场的，应当及时告知公安机关、人民检察院。对于其它言词证据，应当分情况处理，如果是无罪证据、量刑情节证据，应当尽可能及时告知司法机关；如果是一些涉及案件事实的疑点，应当慎重选择提交的时机，避免办案机关在审判前，针对提交的证据，利用一些手段抹掉相关的疑点。

（三）实物证据的调查取证规范

对于物证、书证等实物证据，因其客观性较强，应当充分利用申请调查取证的权利，以申请为基本原则。根据《刑诉法》第四十一条规定，辩护律师可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据，或者申请人民法院通知证人出庭作证；《刑诉法》第三十九条规定，辩护人认为在侦查、审查起诉期间公安机关、人民检察院收集的证明犯罪嫌疑人、被告人无罪或者罪轻的证据材料未提交的，有权申请人民检察院、人民法院调取。然而，有时候公、检、法机关曲意释法，会抑制辩护权的行使。当办案机关拒绝调查取证时，辩护律师也可自行调查取证。

1、制作证据接收笔录。在笔录中要记明证据提交人的详细身份情况、所提证据的准确名称、页数、来源、主要内容、是否原件等。并要求提交人对所提证据的真实性负责，同时明确向其提示伪造证据和提交虚假证据的法律责任，让提交人在笔录上签字按手印，尤其在重点提示之处按手印确认。另外，对于接收的每份证据，还应当让提交人在每一页的背面签字按手印。

2、公证方式调查取证。相较于言词证据，实践中对实物证据采用公证方式调查取证的方式更为常见。辩护律师由公证人员全程陪同，对取证的过程和取证的实物、现场的状况和照片等进行公证，一方面，不用担心证据灭失；另一方面，可以强化证据的真实性。

四、结语

有关辩护律师调查取证的规定看似简单，其背后却隐含着巨大的法律风险。在辩护收益与法律风险并存的局面下，只有规范自己的调查取证行为，才能完成好辩护工作。需要指出的是，除了规范操作之外，调查取证的质量高低还取决于辩护律师的实践经验。尤其是调取言词证据，辩护律师需要根据沟通的氛围、被调查者的情绪、所回答内容等不断应变调整。概而言之，调查取证是一项“技术活”，需要不断的总结经验技巧，才能更加有效的服务于刑事辩护工作。

作者单位：安徽安贵律师事务所

审判中心主义与律师的有效辩护

徐　勃

【摘　要】《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。”审判是对被追诉人定罪量刑的决定性阶段，以审判为中心的精神内涵在于形成判决基础的信息应当有机会得到反驳性检验，推进以审判为中心，必然以有效辩护为最终落脚点。司法实践中，审判中心主义的缺失下律师的辩护面临着诸多困境，庭审的形式化导致律师辩护的格式化和空洞化，法庭审理情况乱象丛生、冲突不断。推进以审判为中心的诉讼制度改革为有效辩护提供了新的契机，也提出了更加严格的要求，针对相关问题笔者提出建议和设想。

【关键词】审判中心主义 有效辩护　辩护困境　司法改革

一、审判中心主义与有效辩护的概念

（一）审判中心主义的概念

审判中心主义是指，在刑事诉讼各阶段之间的关系问题上，将刑事审判阶段作为整个刑事诉讼的中心，侦查、起诉等审判前程序则被视为审判程序开启的准备阶段；只有在审判阶段，诉讼参与人的合法权益才能得到充分的维护，被告人的刑事责任问题才能得到最终的、权威的确定。审判中心主义要求，审判案件以庭审为中心，事实证据调查在法庭，定罪量刑辩论在法庭，判决结果形成于法庭，全面落实直接言词原则，严格执行非法证据排除规则。审判为中心

（二）有效辩护的概念

有效辩护是指，一是享有刑事诉讼主体地位的被刑事指控人在整个刑事诉讼中必须拥有广泛而充分的辩护权；二是应当允许被刑事指控人聘请合格且具备一定知识和经验能够与公诉人有效抗衡的、尽职履行辩护职责的辩护人为其辩护，包括诉讼各个阶段的辩护尤其是审前阶段的辩护，由于审前阶段具有较强封闭性和更强的对抗性，往往更容易侵害被刑事指控人的权利，因此更需要律师的有效辩护；三是国家应当建立并健全法律援助制度，确保每一个被刑事指控人均能平等获得律师的有效帮助；四是在刑事诉讼任何阶段，被刑事指控人有权变更或拒绝辩护律师为其辩护，从而得到更好的律师帮助，最大限度地被刑事指控人维护的合法权益，除法律另有规定外，任何机构和个人均不得加以限制和剥夺。

二、审判中心主义与有效辩护的内在追求

（一）审判中心主义的内在追求

“以审判为中心”即是以审判活动为中心，至少包含以下要求：

被告人有罪的判决只能由法院经由庭审活动作出，此前的侦查、起诉等活动应围绕审判进行并以接受审判的检验为目的，对于事实、证据的认定及对法律的适用等意见应接受庭审活动的检验；一切以审判为中心，且应以第一审庭审活动为中心。

对关涉被追诉人基本权利的强制性措施的采用亦应接受司法审查，由法院或中立的裁判方做出最终裁决。应逐步加强审前程序中对侦查权的司法控制，对于限制或剥夺公民基本权利的强制措施及强制性侦查行为应取得司法授权。

“以审判为中心”应强调以证据为核心。任何裁决的做出均应以事实为根据，以证据为支撑，证据构成审判的灵魂。故刑事诉讼中证据的收集、固定、保存、审查、运用必须依法进行，且必须经过庭审调查程序的检验，控辩双方经过充分的举证、质证和辩论，法庭对证据的证据能力及证明力进行实质审查后，方可认定进而作为裁判的根据。

4、“以审判为中心”应以被追诉人权利保障为重心。审判不是法官的独角戏，也不是公检法三机关的强势配合。区别于行政治罪模式，审判是通过被告人及其辩护人的有效参与，为被告人提供司法的救济和保障。无论是审判主体的中立性要求，还是程序公正的制度安排，其目的都是为了保证被告人公正审判权的实现。在我国，法庭面前一律平等、回避、公开审判、无罪推定、辩护权及法律援助、与证人对质、不自证其罪等项权利还有待进一步强化，以达成通过程序公正实现实体公正的目标。

（二）有效辩护的内在追求

“有效辩护”即是及时充分行使辩护权，使得辩护真正具有实质意义，至少包括以下要求：

1、辩护的及时性。刑事案件宜早不宜迟，辩护应该是及时的，“迟来的正义非正义”。有效辩护的及时性要求被追诉者享有被及时告知指控的权利，及时获得律师帮助的权利。

2、辩护的充分性。辩护权要充分，这是有效辩护的核心内容，辩护人的辩护权利主要包括：调查取证权、阅卷权、会见通信权等，这些权利是辩护人法庭上辩护的先决权利，如果辩护人没有这些权利或不充分享有，那么辩护律师在法庭上的辩护便会陷入“仓促上阵”、“无米之炊”的尴尬局面。只有这些权利得到充分保障，才能使辩护权得到充分贯彻。

3、辩护的对抗性。在对抗式诉讼模式下辩护律师的两项权利，一是“反向”的反驳、检验对方举证的“质证权”或“对质权”，二是“正向”的向法庭提交本方有利证据，用以反驳、削弱对方指控的“取证权”。

4、辩护的持续性。从辩护过程看，有效辩护不仅取决于审判阶段法庭上辩护，而

且甚为关键的是侦查阶段的辩护，侦查阶段证据的收集对法庭上的辩论至关重要，而从公平、公正角度审视，可以这样说，辩护应该从刑事诉讼起动时一直贯穿着整个刑事诉讼阶段。

三、审判中心主义缺失下律师辩护的困境

（一）调查取证困难

在侦查阶段，律师虽然能够介入，但没有调查取证权，只能向侦查机关了解犯罪嫌疑人的罪名，会见犯罪嫌疑人了解案情。在提起公诉和审判阶段，辩护律师享有一定的调查取证权，从《刑事诉讼法》第37条规定可以看出形式上法律赋予律师有自行收集证据的权利和申请人民法院、人民检察院收集、调查证据的权利，实质上这种权利并没有法律强有力的保障，律师能否取得证据，完全看有关单位、个人是否愿意或同意。特别是对被害人的调查，不仅要本人同意还要经人民检察院和人民法院的同意，否则律师的取证无法进行。所以相对于侦、控机关收集证据时享有权利的强制性而言，刑事诉讼对律师取证权的规定显得苍白无力，导致庭审质证时辩方取得的证据很难与控方的证据相抗衡。《刑事诉讼法》及相关规定在关于律师的调查取证请求权的规定上也有缺陷。律师的调查取证请求权的启动是以检察院、法院的批准为前提的，但法律又没有明确规定批准与否的客观标准，只要“认为有需要”等模糊的语言来规定——这不能不说是立法的一个缺陷。《刑法》第306条律师伪证罪使律师在行使本来就有限的取证权时，更加小心翼翼，有些律师为了避免使自己深陷囹圄而不得不浅尝辄止，不敢深入。

（二）庭审的形式化

庭审的形式化体现在两个方面：一是证据审查的形式化，包括举证、质证和认证的形式化；另一个是裁判的形式化，主要体现在合议庭没有裁判权利，既审者不判、判者不审，甚至有的庭上不重要，工作却在庭后。庭审其实是一个听取意见的过程，但在当前我们司法制度背景之下，则对部分律师造成的一个负面效应，不重视庭前准备工作，只阅卷、不取证，他们认为阅卷轻松，取证有风险；二是不重视和公诉人的沟通工作，不少刑辩人认为找公诉人无异于与虎谋皮，甚难合作；三是不重视和法官的沟通工作，习惯我辩我的，你判你的，不注重在庭审上对法官的正面影响和引导，因此导致庭审效果不佳。

（三）辩护的形式化

现行庭审方式的另一种弊端是庭审辩护的形式化，主要体现在质证质量低。举证时无所作为，辩论时不着边际，老生常谈，不能击中要害。在这种情况下，辩护的形式化所造成的后果让部分律师形成了两种极端，一种是不重视庭审工作，将工作注意力集中在庭审工作结束后的灰色地带，久而久之成了勾兑律师。另一种极端是死磕律师。他们认为既然庭审不重要，辩护不能对案件最终裁判结果产生实质性影响，索性就豁出颜面，吹毛求疵，把庭审现场变成情绪宣泄、释放压力的舞台。

（四）非法证据排除难

法律用语模糊造成非法证据的认定困难，对于法条中使用的“刑讯逼供”、“暴力”、“威胁”词汇十分模糊，缺少统一标准，在具体案件中难以操作和适用。申请启动非法证据排除启动时间点相对滞后，不利于辩护的开展。对于应当启动非法证据排除而未采取法律并没有规定制裁措施，导致实践中非法证据排除规则常被束之高阁。

可以说，律师在实务中履行辩护职能特别是侦查阶段的辩护权所遭受的困境，是长期以“侦查为中心”的刑事诉讼惯例所带来的弊端，以“审判为中心”的司法改革方向意味着控辩对抗加强，以前法院审理案件，证人、鉴定人不出庭，法庭上只是摘要宣读口供，非法证据排除程序启动困难，法院审理等于是重复了侦查阶段的调查成果，而以“审判为中心”的司法改革，要求真正发挥法庭的作用，证人、鉴定人、甚至办案民警都要出庭作证，法庭要对侦查机关的证据进行重新审视、评判，真正行使独立审判权。

四、审判中心主义模式下有效辩护的实现路径

（一）完善证据制度

确立自白任意性和传闻法则，审判中严谨适用证据规则、排除非法取得的证据并以此遏制侦查中的非法取证行为。我国刑事诉讼法虽然确认任何人不被强迫自证其罪的特权，但没有将其包含的沉默权引申出来加以保障，使该规则处于闲置状态；我国刑事诉讼中也没有确立自白任意性规则，法院通过行使审判权塑造侦查品质的潜力还没有很好发挥出来；我国刑事诉讼中也没有确立传闻法则，造成证人出庭率仅有微小幅度的增长，没有真正解决证人是法庭上“珍稀动物”的状态，审判空洞化的情况不容小视。这些证据规则有利于推动审判实质化，都需要在建立审判中心主义的时候加以配套解决。

（二）完善庭前会议制度

完善辩护律师参与下的庭前会议制度。以审判为中心强调的是充分发挥庭审在刑事诉讼中的效用，要实现这一目标就需要在机制上保障庭审不流于程序、不流于形式，这就有必要发挥最新修订的《刑事诉讼法》中确立的庭前会议制度。现阶段应加强庭前会议的实践，为庭审高效有序开展提供支撑，在制度上应明确辩护律师的参与权，赋予辩护律师召开庭前会议的申请权，同时应当允许辩护律师在庭前会议中就公诉人公诉意见中的争议焦点发表庭前意见，防止审判人员先入为主的偏向性认知。

（三）确立辩护意见回应机制

以审判为中心在个案中应注重法院裁判文书的说理与论证，杜绝裁判文书“语焉不详”、回避争议问题、对辩护意见“一笔否决”的情形。我应建立辩论意见回应机制，在裁判文书的审判理由部分应就辩护意见的采信与否进行充分的论证与回应，使个案结果具备说服力，为司法公信力奠定基础。

（四）建立新型控辩审关系

法律共同体应当建设新型的控辩审关系，对于以审判为中心的诉讼制度改革是有力

的推动，法官在法庭上应当引导控辩双方对问题予以辩论，而不是加入其中，法官也应当公正全面平等的倾听双方的声音与建议。公诉机关要充分保障律师各项权利，加强与律师沟通协作，做到对抗而不对立，交锋而不交恶，形成彼此尊重、平等相待、相互促进、良性互动的新型诉辩关系。律师在提高执业技能方面，更要做到“忠诚于委托人”、“坚守程序正义”、“坦诚面对法庭”和“理性抗辩”。

作者单位：安徽天贵律师事务所

以审判为中心诉讼制度改革对律师刑事辩护的机遇与挑战

——浅谈刑事辩护律师在庭审中应充分发挥作用

潘小东

【摘　要】党的十八届四中全会提出，推进以审判为中心的诉讼制度改革。这是中央在全面推进依法治国背景下作出的重大司法改革部署，事关依法惩罚犯罪、切实保障人权，是保证司法公正、提高司法公信力的重要举措，对刑事诉讼制度改革创新具有基础支撑作用。2016年6月27日，中央全面深化改革领导小组第25次会议审议通过《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》。为全面贯彻中央改革精神，特别是严格落实中央《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》的要求，最高人民法院制定了《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》，确立了“诉讼以审判为中心”，“审判以庭审为中心”。以审判为中心的诉讼制度更加强调审判、庭审中心的地位，要求案件事实的查明、诉讼证据的出示、公诉意见与辩护意见的发表甚至裁判结果的公布在法庭上形成。这对刑事辩护律师的辩护工作提出了更高的要求，给律师的辩护工作带来了前所未有的机遇和挑战。

【关键词】审判为中心　刑事辩护律师　庭审

2015年8月20日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合召开全国律师工作会议，这在我国法律事业发展史上是第一次。在这次会议上，中央政法委书记孟建柱做了重要讲话，强调：“依法保障律师执业权利、切实规范律师执业行为、充分发挥律师在全面依法治国中的重要作用。”9月16日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部出台《关于依法保障律师执业权利的规定》，总结会议成果，并进一步作了细化。2016年6月27日，中央全面深化改革领导小组第25次会议审议通过《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》。为全面贯彻中央改革精神，特别是严格落实中央《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》的要求，最高人民法院制定了《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》，确立了“诉讼以审判为中心”，“审判以庭审为中心”。这对刑事辩护律师的辩护工作提

出了更高的要求，也给律师的辩护工作带来了前所未有的机遇和挑战。在这样的大背景下有必要重新探讨一个问题——刑事辩护律师在庭审中的作用。

一、刑事诉讼制度改革的背景

改革要以问题为导向，以解决问题为宗旨。习近平总书记指出：“在司法实践中，存在办案人员对法庭审判重视不够，常常出现一些关键证据没有收集或者没有依法收集，进入庭审的案件没有达到‘案件事实清楚、证据确实充分’的法定要求，使审判无法顺利进行。”侦查、审查起诉阶段没有发现和解决的事实证据问题，最终要在审判阶段兜底解决，人民法院一旦受理达不到法定证明标准的案件，就往往陷入“定放两难”的境地：如果勉强下判，既违反法律规定，也极有可能导致冤假错案；如果依法放人，又难以承受放纵罪犯的质疑等巨大压力。这些问题导致疑罪从无原则难以落实，超期羁押难以禁绝，冤假错案难以防范。

以往在我国刑事诉讼的实际重心在侦查阶段，案件的实质调查和全面调查都在这一阶段完成，这就是人们通常所说的侦查中心主义。在侦查中心主义下，侦查到检察机关批捕、审查起诉再到法院判决是一种线性流程，从侦查到提请批捕，到审查起诉，再到一审、二审、死刑复核，每一个工序都是对前一个工序进行检验。从表面看似乎十分合理，但问题在于法官尤其是一审法官缺乏司法亲历性，完全依据侦查机关形成的笔录卷宗进行审理，而侦查阶段缺少必要的外部制约，又由于较高的羁押率、被异化了的错案追究制度及追求不正确的政绩观包括破案率、批捕率、起诉率等情形，使得侦查阶段容易产生各种违法行为，导致案件到了审判阶段，法官先看卷有了先入为主的判断，庭审调查也基本以复核笔录为主要形式，因此法院已经无法发现问题或者即便发现问题都难于纠正，迫使审判机关为侦查机关背书，从而形成整个刑事诉讼流程完全围绕着侦查进行，出现人们所说的“公安做饭、检察院端饭、法院吃饭”的局面，而饭做的好吃不好吃都得吃，法院完全没有更多的选择权。庭审流于形式，在司法实践中一个受贿案件卷宗三十多本，涉及几十笔受贿的案件事实一个上午就可以完成庭审程序，大量的问题都留待庭后解决。而近几年曝光的赵作海案件、佘祥林案件都以极端的形式反映出我国刑事诉讼中确实存在庭审流于形式。

二、刑事辩护律师面临的问题

长期以来，我国刑事辩护现状不容乐观。主要原因为：一是制度设计缺陷使得辩护律师没有有效的辩护权利以及辩护律师的权利受到公权力的限制、打压，导致辩护律师与公权力之间的地位不平等，没有公平对话的机会。二是辩护律师综合素质问题，表现为职业价值观缺失、虽有为犯罪嫌疑人被告人提供法律服务的能力却因畏惧刑事执业风险不做刑事辩护、刑事辩护技能的掌握不到位、缺少对刑辩的热爱而不愿学习研究与刑辩相关的知识。主客观的原因造成了我国尚有百分之五十到百分之七十的刑事审判缺少辩护律师的席位、到位刑事辩护律师的实体之辩和程序之辩的质量迟迟得不到实质性的

提升。

在庭审流于形式的现状下，律师辩护呈现出实质的辩护意见采纳难，申请取证难、非法证据排除难等新三难。具体在庭审时表现为质证时被要求简单质证，发问时被要求直截了当，辩论时被限制长篇大论，所调查的证据难得到采信，申请证人出庭难得到准许等等，辩论沦为表演，区别在于表演的好与坏，以至于律师界出现了不甘于表演的死磕派律师。但不论是表演还是死磕，很难得到以卷宗审查为中心的法庭的认可，形成“你辩你的，我判我的”结局，而这也是造成律师参与刑事辩护意愿不高，刑事辩护率低的原因之一。这从表面看损害了律师制度的发展，但其实质上损害了法律的尊严和公正，因为沈德咏副院长说过：“从确保所有刑事案件审判的公正性、合理性、裁判可接受性而言，辩护律师都是法庭最可信赖和应当依靠的力量，……”辩护律师“是实现公正审判、有效防范冤假错案的无可替代的重要力量”。

三、以审判为中心诉讼制度改革对律师刑事辩护的机遇和挑战

当前律师工作引起方方面面的关注，上至中央决策层下至社会老百姓。但是律师无论是从职业道德规范方面，还是依法办案方面，还存在一些这样或者那样的问题。“审判为中心”视角下的律师地位和作用，就必须把“审判为中心”给予一个合适的定位，这个定位合适了才能接着谈律师的辩护地位和作用。另外，还可以从另外一个角度谈“审判为中心”，就是从诉讼的结构。控辩审三方里审判是一个中心，控辩和控审是两翼。控审分离，控辩平衡，审判中立，这样的视角下律师才可以来谈“审判为中心”。可以说没有控诉就没有辩护，没有辩护那么控诉就失去了它应有的指向。

首先，律师是推动社会法治建设的主力军。十八届四中全会有关依法治国的决定当中，关于推动社会法治建设这一命题中，一共提出了四项任务：第一项是推动社会树立法治意识，律师要发挥重要作用；第二项是推动多层次、多领域依法治理，明确提出律师是重要的参与者；第三项是建设完备的社会法律服务体系，明确提出法律服务要覆盖全社会；第四项是依法推动维权和解决纠纷机制，这更离不开律师。

其次，近现代刑事诉讼的重要标志，就是控辩审三者职能的发挥，缺少了任何一方，这个诉讼就是一个不健康、不完整的诉讼。

再次，以“审判为中心”的诉讼制度改革，律师是当然的主体。离开了律师，离开了辩护，法庭再也无法顺利召开。所以说律师以后的地位和作用只会加强不会削弱。

四、刑事辩护律师在庭审中应当有所作为

一是辩护律师要正确理解和把握“证据裁判规则”。

证据裁判是刑事诉讼的基石性原则，是对侦查、起诉、审判各环节统一适用的要求。侦查机关、人民检察院应当按照裁判的要求和标准收集、固定、审查、运用证据，人民法院应当按照法定程序认定证据，依法作出裁判。刑事辩护律师其一要“熟悉规则”。现行刑事诉讼法和两高司法解释已经形成了较为完整的证据规则，精通和熟练运用证据

规则，是刑事辩护律师充分有效辩护的基本素质。其二要“提高技能”。也就是在法庭发问、举证质证、排除非法证据等程序中具备较成熟的辩护技巧。

二是辩护律师在法庭上保护被告人诉讼权利、行使辩护权，要有理有节。

“有理”就是要理直气壮地、有理有据地行使各项辩护权利；“有节”就是行使权利要有节制，要以遵守法庭秩序、服从法官决定为底线。辩护律师在法庭上因为行使辩护权与公诉人、法官发生争议、争执并不奇怪，但是一定要合法有度。要坚决反对辩护律师在法庭上或者法庭外用歪曲事实、蛊惑煽动性语言进行不正当炒作、干扰司法审判活动。

三是认真思考，充分准备，完成一场高质量、高标准的法庭辩论。

以“审判为中心”要求说理在法庭，辩论在法庭，裁判在法庭，那么毫无疑问，辩护律师的辩护发言是实现控辩平衡、发挥辩护作用、展现辩护成效、衡量辩护质量的重要工作。刑事辩护律师都有这种体会，在侦查和审查起诉阶段与办案人员会面难，陈述意见难，让办案人员认真听取和接受意见更是难上难。因此法庭便是刑事辩护律师的用武之地，刑事辩护律师何不抓住机会充分进行辩护和辩论呢?刑事辩护律师们踏踏实实钻研业务，把智慧和功夫用在法庭上，扮演好辩护律师这个角色。相信随着“庭审程序规范化”相关规定的不断出台，辩护律师一定能够在法庭上大有作为，大放光彩。

作者单位：安徽安东律师事务所

参考文献：

[1]张建伟：《审判中心主义的实质内涵与实现途径》，《中外法学》，2015年第4期，第861页。

[2]沈德咏：《统一刑事司法标准为核心，加快推进以审判为中心的诉讼制度改革》，《人民法院报》，2015年6月12日第二版。

浅析信用卡诈骗罪

戴晋玲

【摘　要】随着我国金融行业的不断发展，信用卡业务普及率越来越高。信用卡的推广和使用在给人们生活带来便利的同时，信用卡金融风险也在不断增加。在司法实践中，信用卡诈骗罪也已成为案发率高、危害性大且定性较难的刑事犯罪之一。在理论界，信用卡诈骗罪存在较多争议的主要是信用卡的概念、ATM机能否成为信用卡诈骗罪的对象以及盗窃信用卡并使用行为的认定问题，本文针对这几个问题并联系司法实践的认定进行了相应的分析和探讨，并提出了不同的见解。

【关键词】信用卡　信用卡诈骗　盗窃　拾得

一、信用卡诈骗罪概述

（一）信用卡的概念

信用卡诈骗是指利用信用卡进行诈骗的犯罪行为，由于我国关于信用卡诈骗犯罪在实践中出现了纷繁复杂的犯罪手段和行为，导致信用卡的概念在刑法中一度存在争议，准确界定信用卡的具体含义及范围对于刑法理论以及司法实践意义重大。争论的焦点主要是借记卡，即我们日常所说的储蓄卡是否包含在刑法规定的信用卡诈骗范围内。中国人民银行1996年颁布的《信用卡业务管理办法》规定：本办法所称行用卡，是指中华人民共和国境内各商业银行（含外资银行、中外合资银行，以下简称商业银行）向个人和单位发行的信用支付工具；单位或个人领取信用卡，应按规定向发卡银行交存备用金。从该规定中可以看出是将贷记卡和借记卡纳入信用卡范围之内。1999年3月1日施行的中国人民银行《银行卡业务管理办法》规定：银行卡分为信用卡和借记卡；信用卡按是否向发卡银行交储备金分为贷记卡、准贷记卡两类；借记卡按功能不同分为转账卡（含储蓄卡）、专用卡、储值卡，借记卡不具备透支功能，我国刑法第196条规定信用卡诈骗罪的行为包括恶意透支，而借记卡不具有透支的功能，借记卡能不能成为信用卡犯罪的对象存在一定的争议。有的学者主张：“刑法对专业领域专有名词的理解应该同该专业领域的法律规定保持一致。以往银行法律法规对银行卡统称为信用卡，但是现在银行法规则将银行卡区分为贷记卡和借记卡，认为前者是信用卡，后者不是信用卡。如果刑法固守原有概念，认为所有银行卡都是信用卡，以银行卡为对象的犯罪，不管是贷记卡还是借记卡，都是信用卡犯罪，那么这种认识无疑混淆了信用卡与非信用卡的界限，与专

业领域的实际情况严重背离，将使刑法显得荒谬。”[1]有的学者则提出了相反的观点，主张应将借记卡纳入“信用卡”的范围内，现行刑法是1997年生效的，按照当时参照的1996年《银行卡业务管理办法》，“信用卡”不仅包含贷记卡，事实上还包括了借记卡，这样的内涵应是当时修订的《刑法》使用的“信用卡”一词应有之意，所以信用卡包括借记卡。[2]2004年12月29日，第十届全国人大常委会第十三次会议专门对此作出了一个立法解释，该解释规定：刑法规定的信用卡，是指由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡。该解释是对法条原意的扩大解释，这在刑法学界已经形成了一致意见。笔者认为，全国人大常委对信用卡的这一解释是对信用卡本身的解释，与1999年3月1日施行的《银行卡业务管理办法》中对银行卡的分类并不存在矛盾，不能将此解释扩大包含储蓄卡或其它借记卡，否则即违背了刑法第196条规定的“恶意透支”内容。

（二）信用卡诈骗罪的概念

关于“信用卡诈骗罪”的概念，我国刑法学界存在众多表述，主要有狭义和广义之分。狭义上的信用卡诈骗罪是指我国刑法第196条所规定的几种犯罪形式，即使用伪造的信用卡或者使用以虚假的身份证明骗领的信用卡、使用作废的信用卡、冒用他人信用卡和恶意透支。广义上指除我国刑法第196条规定的行为外，还将我国刑法第177条伪造、变造金融票证罪中伪造信用卡的行为包含在定义中。有的学者给出了更为广泛的定义：指行为触犯罪名，但其具体实施的行为同信用卡有密切关系，包括作案工具、作案对象、作案手段、方法和作案后果涉及到信用卡，对于这类犯罪，再具体定罪处罚时虽然适用其他罪名，但其行为实际侵犯的客体为多重客体，其中包含了信用卡管理秩序、信用卡发卡银行和持卡人的合法权益，因而从预防犯罪和综合治理的角度考虑，也将这类犯罪统称为信用卡犯罪。[3]大多学者都强调信用卡诈骗罪的概念必须包含“以非法占有为目的”，将其定义为：违反有关规定，以非法占有为目的，进行信用卡诈骗活动，破坏金融秩序，数额较大的行为。[4]也有的学者这样定义：信用卡诈骗罪，是指以非法占有为目的，使用伪造或者变造的信用卡，或者冒用他人信用卡，或者利用信用卡恶意透支，诈骗公私财物，数额较大的行为。[5]上述定义中，大都强调了信用卡诈骗罪内涵包括以非法占有为目的，而没有强调有关信用卡管理秩序的问题。笔者认为，对于我国刑法中新型犯罪罪名的定义，首先要考虑它出现的背景，以及如何定义才能使该罪名最大程度地适用该犯罪行为，达到对其进行立法的目的，预防该犯罪行为的发生。信用卡犯罪是伴随着金融行业的不断发展、信用卡业务的普及而出现的，它不同于普通的诈骗罪，普通的诈骗罪仅指侵犯财产性犯罪，信用卡诈骗则侧重于对金融秩序的破坏。因此笔者认为信用卡诈骗罪的概念应表述如下：信用卡诈骗罪，是指破坏信用卡管理秩序，通过使用伪造的或作废的信用卡、冒用他人的信用卡、恶意透支或以虚假的身份证明骗领信用卡的方法，骗取公私财物，数额较大的行为。

二、我国信用卡诈骗罪的立法背景和立法现状

（一）信用卡诈骗罪的立法背景

改革开放以来，我国经济迅速发展，金融市场日益繁荣。信用卡业务作为一种新型的银行支付业务因其快捷、便利被广泛使用，然而由于信用卡业务是以持卡人的个人信用为基础，因而具有较大的风险性，信用卡运作的任何一个环节出了问题都会给银行或特约商户及信用卡持卡人造成经济损失。近些年来，不法分子利用信用卡为工具的违法犯罪活动层出不穷，犯罪案件逐年增长，在一些地区其发展势头来势迅猛，造成的经济损失惊人，严重扰乱了我国的金融秩序，阻扰了我国信用卡的发展。金融市场的安全对于经济发展以及社会稳定来说至关重要，随着信用卡犯罪数量不断上升、手段不断更新，我国对信用卡的立法也在不断加快以应对日益猖獗的信用卡犯罪行为。

（二）信用卡诈骗罪的立法现状

随着信用卡的普及率越来越高，利用信用卡诈骗的犯罪现象也越来越多。在外国刑法中，设专条明文规定信用卡犯罪的较少，多数国家是把滥用信用卡的犯罪分别纳入“诈骗罪”、“伪造罪”或“计算机犯罪”当中定罪处罚，而不是以独立犯罪另行规定。[6]当然，也有少数国家的刑法对滥用信用卡的犯罪，规定了单独的罪名和法定刑。例如，《美国模范刑法典》第2246条（滥用信用卡罪）规定：“明知有下列所揭事实，而以取得财物或服务为目的，使用信用卡者，即为犯罪。（1）该信用卡系盗品或伪造物。（2）该信用卡已被取消或解约。（3）以其他理由，该信用卡被发行人禁止使用。……关于本条之罪，使用信用卡取得或欲取得之财物或服务之价额超过五百美元即属第三级重罪，其他之场合属轻罪。”

我国1979年施行的刑法是我国建国以来制定的第一部刑法，由于当时的立法条件和经济发展水平的制约，对滥用信用卡的犯罪没有作单独规定，司法实践中遇到滥用信用卡的犯罪案件时，一般以诈骗罪定罪量刑。1995年6月全国人大常委会颁布的《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》规定了金融诈骗犯罪的问题，明确列举出六中关于金融诈骗犯罪的形式，其中第14条规定了独立的信用卡诈骗罪。1997年新《刑法》将其纳入进来，形成第一百九十六条。2005年2月28日，第十届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案（五）》第二条规定：将刑法第一百九十六条修改为，“有下列情形之一，进行信用卡诈骗活动，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；数额巨大或者有其它严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产：（一）使用伪造的信用卡，或者使用以虚假的身份证明骗领的信用卡的；（二）使用作废的信用卡的；（三）冒用他人信用卡的；（四）恶意透支的。前款所称恶意透支，是指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，

并且经发卡银行催收后仍不归还的行为。盗窃信用卡并使用的，依照本法第二百六十四条的规定定罪处罚。”

三、信用卡诈骗罪中较有争议的几个问题

（一）ATM机能否成为信用卡诈骗罪的对象

2008年5月7日最高人民检察院《关于拾得他人信用卡并在自动柜员机（ATM机）上使用的行为如何定性问题的批复》中明确指出：拾得他人信用卡并在自动柜员机（ATM机）上使用的行为，属于《刑法》第一百九十六条第一款第三项规定的“冒用他人信用卡”的情形，构成犯罪的，以信用卡诈骗罪追究刑事责任。此前对上述行为的定性，在学界以及司法实务中争议颇大，主要涉及到诈骗罪、信用卡诈骗罪、盗窃罪与侵占罪等几个罪名。即使在最高人民检察院发布上述司法解释之后，在学界仍存在争议。

ATM机能不能成为诈骗罪的对象？“机器不能被骗”是大陆法系刑法学的共识，但在我国刑法学界，众多学者提出了不同意见。有的认为“ATM机的机械结算与支付是银行的授权或认可，是银行与信用卡权利人信用与权利义务契约的实施者和履行者，执行的是有意识、有思想的银行工作人员发出的指令，ATM自动取款机对拥有信用卡并持有密码的权利人所作出的反映正是银行要达到的预期，也就是说，ATM机的行为代表了银行方的真实意志。”[7]更有学者直截了当提出：“ATM自动取款机在法律地位上相当于一个电子营业员，他和一个作为自然人的银行营业员在经营业务上没有本质区别。”[8]上述观点，均是将机器作为人的意志延伸，在法律地位上与人同等对待。但是，正如上述学者所论述的，机器是按照人所设定的程序进行运行的，所以，在此设定的程序内进行运作时才属于“人的意志的延伸”，超出此范围的，则不能视为“人的意志的延伸”。同样的道理，针对ATM机，人所设定的程序只有在卡号正确密码正确的情况下才能取到现金，在此范围内是人的意志的延伸，但是ATM机不可能识别行为人是否为信用卡的合法持卡人，所以当行为人冒用他人信用卡在ATM机上取款时虽然违反了银行管理者的意志，但并没有使机器陷入认识错误。所以将机器看作人的意志的延伸，只看到了事物的表象，没有看清实质。

（二）盗窃信用卡并使用的司法认定

虽然刑法第196条明确规定，“盗窃信用卡并使用的”依照盗窃罪定罪处罚。但是该条在理论和司法实践中仍然存在一些争议。

一是“盗窃信用卡并使用”中的信用卡，是否包含伪造或作废等无效信用卡。“盗窃信用卡并使用”中是否包含伪造或作废等无效信用卡存在较大争议。笔者赞同此处的信用卡应仅限于真实有效的信用卡，理由有两点：（1）刑法规定的行为对象如果是某种物品而又未标明包含伪造的、无效的、虚假的，那就只能理解为真实有效的。[9]（2）如果这里的信用卡也包括伪造或作废等无效信用卡的话，那么对于使用这些伪造或作废等无效信用卡可以直接按信用卡诈骗罪进行定罪处罚。但问题是，在司法实践中存在行

为人将伪造或作废的信用卡误以为真实有效的信用卡盗窃并加以使用的行为，应如何定性？对此，司法实务上同样存在构成盗窃罪、盗窃罪未遂、信用卡诈骗罪等不同观点。笔者赞同此类行为以盗窃罪定罪处罚的观点。理由是："盗窃信用卡并使用"，以盗窃罪定罪处罚，此处的信用卡要求是真实有效的信用卡，并且要求行为人认识到是真实有效的信用卡，当行为人将伪造或作废的信用卡误以为是真实有效的信用卡盗窃并加以使用，用刑法理论中的事实认识错误内容去解释，即抽象事实认识错误，当主客观有重合内容，即行为人主观想犯轻罪，客观上犯了重罪的时候，应按轻罪故意既遂处理，因此，应当按照盗窃罪定罪量刑。

二是"盗窃信用卡并使用"中的"使用"如何理解。有观点认为"使用"仅包括消费支付、提取现金及转账结算等；但持反对观点的人则指出将盗窃来的信用卡进行消费支付、提取现金及转账结算等，属于"冒用他人信用卡"的行为；还有观点认为，该规定中的"使用"包括盗窃信用卡后出售、转让及赠与等行为。对此，笔者认为，根据刑法第196条第3款的规定，"盗窃信用卡并使用"包括盗窃信用卡和使用信用卡两个行为，对"使用"一词的理解，应结合信用卡的功能加以理解。根据全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉有关信用卡规定的解释》的规定，"使用"应包括消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等方式。在司法实践中存在行为人在盗窃信用卡后，本人并未使用，而是将盗取的信用卡出售、转让甚至无偿赠与他人，由第三者使用该信用卡。对此情形能否认定为"使用"。笔者认为，"使用"，不仅包括盗窃者本人直接使用，还包括利用第三者使用的情形，因为第三者使用该窃得的信用卡，最终使持卡人或银行遭受损失，同样符合刑法第196条第3款的立法目的，而且盗窃行为依然起了关键性作用。

作者单位：安徽戴晋玲律师事务所

参考文献：

[1]刘华：《票据犯罪研究》，《中国检察出版社》，2001年，第55页。

[2]曲新久：《对借记卡诈骗应以信用卡诈骗罪论处》，《检察日报》，2004年第7期。

[3]侯放：《信用证信用卡犯罪问题研究》，《法律出版社》，2005年，第139-140页。

[4]鲜可铁：《金融犯罪的定罪与量刑》，《人民法院出版社》，1999年，第241页。

[5]何秉松：《刑法教科书》，《中国法制出版社》，2000年，第814页。

[6]马克昌：《经济犯罪新论》，《武汉大学出版社》，1998年，第378页。

[7]朱锡平：《拾得借记卡冒用取款行为的司法认定》，《中国刑事法杂志》，2005年第6期。

[8]赵秉志：《许霆案尘埃落定后的法理思考》，《法制日报》，2008年6月1日。
[9]刘明祥：《“盗窃信用卡并使用”的含义解析与司法认定》，《中国法学》2010年。

论民间借贷与诈骗罪的认定与分野

张　新

【摘　要】关于民间借贷与诈骗罪的研究已不鲜见，但二者之间的纠葛却似并无消减，在现实中的操作及理论上的争议仍区别万千，因此笔者着意对此进行深入镂析以求重新认知二者之者的关联。

目前民间借贷的发生数以百千万计，而诉之法院者多又重迭交叉，其中复杂程度远超出立法者设想，由于客观的原因种种而至无力偿还者亦大幅攀升，以至债权人时以诈骗为由诉求以刑事追究，每引发纠纷难以平息。

基于法院执行难的问题，亦形成部分民间借贷经常采用非诉讼方式寻求解决；裸贷、网贷亦层出不穷，花样翻新；逼债形成的非法拘禁、侮辱、伤害、损坏财物事件亦为常见；抑或以虚假诉讼骗逃债务也被纳入司法审查的重点区域；借贷与集资诈骗也深化至普罗大众的日常生活；转借转贷、地下钱庄、替名借贷更是气象万千……

因此固化的法律规定及各地法院定立的适用解释，在面对现实时仍觉捉襟见肘疲于应付。本文试图从民间借贷与诈骗之间的关系和形态为视点出发，寻求解决之道。

【关键词】民间借贷　诈骗　非法占有目的

一、从一起案件说起

万某，开办一农村生产经营合作社，投资实体有精养渔塘200亩、粉丝加工厂、养猪场、连体钢构蔬菜大棚300亩，流转土地上千亩，为生产修建道路数公里，投入资金千余万元，带动本村经济发展，多年来被评为省市级示范农业合作社、龙头企业。该企业多年来在信用社有贷款，又因资金不足向多人借款数百万元，其中两次向曹某借款80万元、60万元。后因自然灾害及农业市场的原因无力偿还借款。信用社向担保人追索回贷款，曹某对其中80万元借款提起诉讼并进入执行，至案发时未能执行到款项，曹某的另一笔借款60万元因与万某达成还款协议并有部分归还暂未起诉。后因另有部分债权人追索无果，向公安机关提起诈骗控告，经审理，法院以万某诈骗曹某47万元为由判决其有期徒刑八年并处罚金10万元。法院判决的理由是万某将该款用于偿还个人债务及个人消费，而不是用于经营。

笔者认为作为民间借贷本身与诈骗罪的构成有本质的区别和界限，在当前银行业逐渐收紧对中小企业的贷款业务的同时，民间融资平台日渐活跃，因此也乱象纷呈，而动

辄以诈骗相染指则必致民间融资抬高风险，且混淆正常的市场经济行为与犯罪之间的本质，因此有必要加以研究并区分。故笔者在结合前人研究成果的基础上，提出本文观点。

二、问题的引出

1、民间借贷对资金的占有是不是一种合法占有？这种占有本身反映的是一种必然的手段，那么应以何标准来审查判定其具有合法的目的，又应以何标准来认定其具有非法的目的？

2、同一类、同一笔、同一性的民间借贷能不能、应不应具有非法占有目的和合法占有目的的交织和混同？

3、以民间借贷为载体所获取的款项，借款人有没有绝对的处分权，这种处分权是不是自由的？是不是只有依借贷事由进行的使用才可以阻却对非法占有的目的构成的适格理由？

4、经与出借人协商后所达成的还款计划的行为事实是否能构成对诈骗指控的一种有效抗辩？还款计划的行为事实是否能够反映双方行为人在实施该行为时的主观判断和期待？

5、非法占有的目的体现在拒不返还，应如何分析评判无力返还与拒不返还的区别和成因？在附有期限的条件要求时，又应当如何认定拒不返还的非法占有目的？

6、对逾期未能偿还的民间借贷所提起的民事诉讼是否可以印证出借人对借贷性质的确认？是否可以成为证明出借人在出借款项时非因受到欺骗而出借的直接证据？

7、在民事诉讼或仲裁中，生效的法律文书所认定的关于真实合意所形成的借贷事实是否可以成为对诈骗指控的有效抗辩？而关于诈骗指控成立后的原民事判决或仲裁裁决的既判拘束力应如何处理？

8、诈骗行为事实的产生和存在必然应伴随客观损失的存在，但这种损失是否仅应及于特定的出借人？对于出借人已通过相关程序主张债权后，从次债务人处已获得清偿时，次债务人能否成为诈骗犯罪的受害人？

9、民间借贷中偿付不能的客观表相与诈骗罪司法解释构成竞合时，应如何重点考察其原因成就的时间及客观条件演变的真正成因？

三、民间借贷的现状及司法审查的实践情况

在我国现阶段，个体、民营等不同经济形式蓬勃兴起，处在发展初期，资金需求量比较大，以银行为主体的金融机构，很难满足市场对贷款的巨大需求。随着经济的发展，银行利率不断调整，而向银行贷款手续比较繁杂、严密，特别是大额资金借贷必须要有合规、足值的担保，加之办理抵押登记费用较高，加大了筹资成本，即便是农村信用社的品牌业务—农户小额信用贷款，贷款灵活方便，但额度过小，根本不能满足需求。加之无庸讳言的货币政策，在民间出现的大量的闲散资金，也缺乏相应的融资渠道，将闲散资金存入银行无多大利润，而民间借贷的利率较高，最少也超过银行的年利率，一般

为10%，有的甚至高于30%。这就极大的刺激了民间借贷的大量发生。近几年来人民法院审理的民间借贷纠纷数量迅速攀升，大量民间借贷背后隐含着市场对资金和资本需求的同时，也伴随着大量的“高利贷”现象和非法集资案件的增加，导致群体性事件、恶性追债案件频发。

结合目前的研究观点，一般认为关于民间借贷纠纷存在如下特点。1、民间借贷纠纷案件逐年增多；2、民间借贷纠纷案件执行率不尽人意；3、民间借贷纠纷案件标的呈上升趋势； 4、民间借贷纠纷风险逐渐增大，部分案件存在“问题借贷”嫌疑；5、被告不应诉情况普遍，审理周期长；6、有的民间借贷案件在借款后还款人未索要收条亦未收回借条；7、借款人擅自在借条上添加或修改内容；8、诉讼保全数量增加；9、借贷合同形式及内容多种多样，难以判断；10、借贷用途由生活消费型向生产经营型转变；11、借贷期限由短变长；12、借贷双方多约定利息，利率计算高低不等，普遍在三分以内，在借贷盛行，法律不加以干预时，有的利息高达五分甚至更高，部分民间借贷存在隐形利息约定；13、借贷参与人种类增多。14、一方当事人人数众多；15、借款人逃避债务的增多，手段多样。

在司法审查的实践环节，还发现存在如下问题，严重干扰正常的处理。1、民间借贷变成一种投资工具；2、参与人法律意识淡薄导致风险增加；3、过分追逐高额利润导致恶意借贷；4、市场投资本身的风险导致诚信缺失；5、担保环节问题多发；6、基础法律关系错综复杂或被掩饰；7、违约金、利息、手续费、担保费、律师费交叉约定抬高借贷成本；8、政府部门对民间借贷的监管缺位；9、社会征信体系不健全；10、借贷双方的恶意故意导致刑民交叉案件大量滋生。

于是与民间借贷相关联的犯罪问题就不得不被引进考虑，大量无法实现的债权被出借人采用刑事手段或非法手段进行追索，发生在民间借贷法律关系领域内的诈骗类犯罪也成为研究的重点和难点。

四、与民间借贷行为关联的诈骗罪的认定及操作空间

正是基于民间借贷已经形成为一种投资工具和财产增加的方式，个人之间的借贷逐步转化为民间融资平台上的来往，资金额不断放大，融资范围不断放大，参与人形式更加多元化，实际上的借贷双方主体也进行着不断的演变，借贷的复杂性远超出立法的设想和调控，因此各类以民间借贷为形式的犯罪也不断出现，给司法审判工作带来了新的研究课题，提出新的挑战。

在采用欺诈手段以非法占有为目的的侵财型犯罪为基础依托的诈骗罪为基础发展起来的各类诈骗犯罪中，诈骗罪是唯一可能与民间借贷相结合的一种最为普通原始的犯罪，随着经济交往的复杂化，其他如非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪、贷款诈骗罪、合同诈骗罪等被先后立法，从司法解释、单行法最终被完善进入刑法规定，同时对其各构成要件也被一一明确，但由于非法占有的目的通常需要被以推定的形式进行认定，而

欺诈手段在刑事层面和民商事层面又具有极大的竞合，导致案件在审理中存在很大争议，长期以来成为司法实践中的焦点和疑点。

1996年最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》（法发〔1996〕32号）首次对（合同）诈骗罪“非法占有目的”表述为如下情形之一均可被认定。（一）明知没有履行合同的能力或者有效的担保，采取下列欺骗手段与他人签订合同，骗取财物数额较大并造成较大损失的：1、虚构主体；2、冒用他人名义；3、使用伪造、变造或者无效的单据、介绍信、印章或者其他证明文件的；4、隐瞒真相，使用明知不能兑现的票据或者其他结算凭证作为合同履行担保的；5、隐瞒真相，使用明知不符合担保条件的抵押物、债权文书等作为合同履行担保的；6、使用其他欺骗手段使对方交付款、物的。（二）合同签订后携带对方当事人交付的货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产逃跑的；（三）挥霍对方当事人交付的货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产，致使上述款物无法返还的；（四）使用对方当事人交付的货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产进行违法犯罪活动，致使上述款物无法 返还的；（五）隐匿合同货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产，拒不返还的；（六）合同签订后，以支付部分货款，开始履行合同为诱饵，骗取全部货物后，在合同规定的期限内或者双方另行约定的付款期限内，无正当理由拒不支付其余货款的。并对集资诈骗罪“非法占有目的”表述为如下情形：（1）携带集资款逃跑的；（2）挥霍集资款，致使集资款无法返还的；（3）使用集资款进行违法犯罪活动，致使集资款无法返还的；（4）具有其他欺诈行为，拒不返还集资款，或者致使集资款无法返还的。

2001年1月21日最高人民法院《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》（法〔2001〕第8号）中认为对金融诈骗罪中具有下列情形之一的，可以认定为具有非法占有的目的：（1）明知没有归还能力而大量骗取资金的；（2）非法获取资金后逃跑的；（3）肆意挥霍骗取资金的；（4）使用骗取的资金进行违法犯罪活动的；（5）抽逃、转移资金、隐匿财产，以逃避返还资金的；（6）隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，以逃避返还资金的；（7）其他非法占有资金、拒不返还的行为。但是，在处理具体案件的时候，对于有证据证明行为人不具有非法占有目的的，不能单纯以财产不能归还就按金融诈骗罪处罚。

2010年最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2010〕18号）中对集资诈骗罪中具有下列情形之一的，可以认定为“以非法占有为目的”：（一）集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例，致使集资款不能返还的；（二）肆意挥霍集资款，致使集资款不能返还的；（三）携带集资款逃匿的；（四）将集资款用于违法犯罪活动的；（五）抽逃、转移资金、隐匿财产，逃避返还资金的；（六）隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，

逃避返还资金的；（七）拒不交代资金去向，逃避返还资金的；（八）其他可以认定非法占有目的的情形。集资诈骗罪中的非法占有目的，应当区分情形进行具体认定。行为人部分非法集资行为具有非法占有目的的，对该部分非法集资行为所涉集资款以集资诈骗罪定罪处罚；非法集资共同犯罪中部分行为人具有非法占有目的，其他行为人没有非法占有集资款的共同故意和行为的，对具有非法占有目的的行为人以集资诈骗罪定罪处罚。

通过以上规定的内容，可以看出非法占有目的的认定多系基于从客观事实出发来进行推定，但从内容来分析，实质上这种规定已经把欺诈手段涵盖进去了，这也是导致在司法实践中往往偏重了对客观部分的歪曲进而并过于注重了对主观部分的推定，导致对诈骗罪的认定呈不断扩大化，有时甚至出现了牵强附会，把只要不能返还且存在一般性欺诈情节而一概以诈骗论处的现象。

由于（法发〔1996〕32号）解释系在1997年《刑法》之前，（法释〔2010〕18号）解释的最后一条规定“此前发布的司法解释与本解释不一致的，以本解释为准”，经过分析可以看出目前对于非法占有目的的认定可以归纳为以下七种情况：1、挥霍所得款项致不能返还的；2、用于违法犯罪活动的；3、携款逃匿的；4、隐匿财产逃避（拒不）返还的；5、明知没有归还能力或明显用途不当致使不能返还的；6、不交代资金去向或无正当理由逃避（拒不）返还的；7、其他情形。

值得重视的是，解释也提出了对非法占有目的，应当区分情形进行具体认定；不能单纯以财产不能归还就按诈骗罪处罚的观点。笔者认为这也正是本文所要讨论的重点。

五、与民间借贷相关联的刑民交叉案件处理的法律、法规及司法解释的规定

当民间借贷确实与诈骗犯罪相关联时，当事人往往具有以刑事追究为手段达到追索借款的主观诉求，这也就引发了案件刑民交叉时应当如何处理的关键，也就是说出借人在借款人被追究刑责的同时或之后，应当如何主张民事权利？或者在民事诉讼过程中，出借人又提出追究借款人刑事责任时，案件应当如何处理？

对此，有观点根据2000年12月4日最高人民法院审判委员会第1148次会议通过的《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》（以下简称《规定》）第五条规定“犯罪分子非法占有、处置被害人财产而使其遭受物质损失的，人民法院应当依法予以追缴或者责令退赔。被追缴、退赔的情况，人民法院可以作为量刑情节予以考虑。经过追缴或者退赔仍不能弥补损失，被害人向人民法院民事审判庭另行提起民事诉讼的，人民法院可以受理”认为可以另行提起民事诉讼。

有观点根据《最高人民法院关于适用刑法第六十四条有关问题的批复》法[2013]229号）的精神，认为对于民间借贷涉嫌或被认定诈骗等犯罪时，出借人提起民事诉讼要求返还借款的，人民法院不予受理，对于出借人被诈骗的款项，通过法院刑事审判方式得以退赔。不可以另行提起民事诉讼。

对于正在审理的民事案件中发现有犯罪嫌疑的则应根据《最高人民法院关于审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》（法释［1998］7号）第十一条："人民法院作为经济纠纷受理的案件，经审理认为不属经济纠纷案件而有经济犯罪嫌疑的，应当裁定驳回起诉，将有关材料移送公安机关或检察机关"。第十二条："……经过审查，认为确有经济犯罪嫌疑的，应当将案件移送公安机关或检察机关，并书面通知当事人，退还案件受理费……"办理。

但同样是该解释第一条却规定："同一公民、法人或其他经济组织因不同的法律事实，分别涉及经济纠纷和经济犯罪嫌疑的，经济纠纷案件和经济犯罪嫌疑案件应当分开审理。"

笔者认为以上矛盾的规定显然不仅在现实中存在打架现象，而且在理论上也存在较大争议。同样的规定一直到《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》（2014年3月25日发布实施）仍被沿用，没有得到好的解决。

为了厘定争议，2015年9月1日《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2015〕18号，以下简称《规定》）（限于篇幅只作总结归纳而不在列举条文）提出了更加全面和易于消除分歧的观点。

《规定》明确提出"发现民间借贷行为本身涉嫌非法集资犯罪的，应当裁定驳回起诉，并将涉嫌非法集资犯罪的线索、材料移送公安或者检察机关。"表明了仅涉及该一罪名，因此因其他犯罪行为导致民间借贷案件发生刑民交叉的，法院应当坚持"刑民各行"的处理方法，这种方法有效解决了此前的争议。

基于目前民间借贷普遍存在各种形式的担保，《规定》认为即使借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪，而民间借贷合同并不当然无效，担保合同亦不因此无效。也就是说借款人和担保人的责任仍应以合同约定为依据进行调整。

当然《规定》也提出相应的处理方式，即符合"（一）套取金融机构信贷资金又高利转贷给借款人，且借款人事先知道或者应当知道的；（二）以向其他企业借贷或者向本单位职工集资取得的资金又转贷给借款人牟利，且借款人事先知道或者应当知道的；（三）出借人事先知道或者应当知道借款人借款用于违法犯罪活动仍然提供借款的；（四）违背社会公序良俗的；（五）其他违反法律、行政法规效力性强制性规定的。"及具有《合同法》第五十二条情形的人民法院应当认定民间借贷合同无效。同时关于担保合同效力也不以是否犯罪作为考察前提，且担保合同无效时也仍应承担无效的相应法律责任。

这样就使得民事领域内的双方合意的法律后果更为严谨规范，也避免了刑民交叉后的无序和混乱，从程序到实体都完成了同一性建设。

通过以上分析，可以看出民间借贷与诈骗最后的一种法律上可能存在的交叉联系基

本上也被切断了，因此在考察二者关系时，只能依据诈骗罪自有的规定进行，而民间借贷又几乎是完全建立在双方合意的基础上，所以关于非法占有目的的认定及对欺诈方法的判定又成为无法逾越的两个标准，笔者也拟以此作为切入谈一些观点。

六、民间借贷与诈骗罪的认定与分野

诈骗罪是指以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。本罪侵犯的客体是公私财物所有权。诈骗行为的表现形式包括两类，一是虚构事实，二是隐瞒真相。其模式一般为行为人以非法占有为目的实施欺诈行为——对方陷入错误认识——对方基于错误认识而“自愿”处分财产——行为人取得财产——被害人受到财产损失。以上是关于诈骗罪的通说观点，然而较为简单粗糙，笔者认为非法占有目的是构成该罪的核心，而虚构和隐瞒是表相和手段，如无非法占有的目的则不构成该罪，而对于受害人明知行为人存在非法占有的目的却在嫌疑人没有采用欺诈手段时是否构成该罪则应区别待之。以下从六个方面进行分析。

1、举债原因的合法性

由于法律对于举债用于赌博、吸毒及违法活动不予保护，尤其是出借人明知该借款事由时，当然不成为诈骗成立的前提，因此当借款人隐瞒该情由进行举债后又无力偿还的，当然构成诈骗。

但对于举债外放被骗、为他人举债被骗的合法性就有待推敲，对于间接被骗导致无力还债及漠视风险随意举债的合法性也存在问题。笔者认为当这些特殊情况发生时就要具体问题具体分析，不能一概而论。

2、举债原因的真实性

基于诈骗罪规定行为人采用虚构事实或者隐瞒真相的方法，使他人在陷于错误认识的前提下处分财产，即骗取借款后不予偿还的，构成诈骗。因此以真实的原因进行借款时，即使无力偿还亦不应构成诈骗。

但现实中借款人往往以真实原因可能无法尽快足额的完成借款，往往会添加一些更有说服力的因素，这就会出现举债的原因与用途不尽吻合的情况，如果严格按照诈骗罪的规定，当还款不能时就存在极大的风险，这就要求应当采用刑法谦抑性的原则去考察借款人是否存在主观的恶意。

3、是否具有偿债能力

如果借款人明知没有偿还能力而进行举债，或者隐瞒没有偿还能力而进行举债，或者所举债明显没有偿还能力，那么果然不能偿还，是否构成诈骗，就是一件复杂的事情了。

这里可能涉及出借人是否对借款人进行了考察，是否被欺骗，是否放任不能偿还的现实后果。由于在民间融资交易中存在部分出借人利用借款人用款急迫性故意抬高利率增加利润，往往伴生一定的非法手段完成借款及收款，借款前其追求完成借款几乎不去

考察借款人的还款能力和现实，加之其使用超短期借款的方式，因此月贷、周贷、日贷纷纷出现，尤其近年来在校大学生也加入进来，更加演绎了复杂多样的民间借贷形式，因此要区分情况具体判断。

4、是否存在恶意逃避

恶意逃避一般可以作为认定具有非法占有目的的一个重要因素，但不是所有的逃避都是恶意的。如果借款后即潜逃、因向多人借款后潜逃、隐匿财产后潜逃、借款后用途不明而潜逃，均可被认为是恶意逃避；如果因财产全部用于还债、确因不堪逼债、有资产而难以变现、经营不善失去偿债能力、确因其他原因可不被认为是恶意逃避。

当然对于是否恶意逃避也应有一些客观便于操作的标准，比如较长时间内使出借人无法联系且电话换号隐藏行踪；虽未隐藏行踪但转移隐匿财产的；对于拒不披露款项用途和支配去向或用途违背日常生活常理的；其他拒不偿还且有逃避还债为目的的行为。

5、无力偿还的原因

对于举债时具备偿还能力而随后在还款期限到来前后失去偿还能力的，应当认为没有非法占有的目的；对于因合法原因导致无力偿还的亦如是；对于因超出借款人主观善意或控制能力而导致无力偿还的亦不应认为具有非法占有的目的。

对于借款人故意导致的无力偿还可以认为具有非法占有的目的。对于有充分证据证明在借款时已丧失还款能力而恶意借款的也可以认为具有非法占有的目的。但对于受到外力胁迫举新债还旧债的可以不认为具有非法占有的目的。

6、借款用途的特别约定

现有法律规定除了将借款用于违法活动的可被认为具有非法占有目的并进而认定为诈骗，并没有认为违背了约定的借款用途就可以构成诈骗，这属于对借款人自由的一种保护，事实上有些借款双方并不对借款用途进行特别的约定，有些借款也根本不涉及借款用途，因此除了借款双方对借款用途进行特别的约定，一般不应认为此情节与诈骗存在因果关系。

由于目前民间融资平台复杂多样，部分放贷机构甚至存在违反平等交易进行放贷、高息放贷、超短期放贷、违法索贷的现象，就应当结合举债的方式比如阴阳利息、名为借贷实为典当、流质契约、兜底条款、实为借贷实为合伙、买卖等不合法约定来进行综合判断。

在区别民间借贷和诈骗时还应重点审查欺骗的情节是不是交付的主要原因，不偿还的事实是不是具有非法占有的目的，不以非法占有为目的的欺骗不是诈骗。也就是说欺骗是必要条件，拒不偿还是充分条件，二者齐备后仍要结合案件的具体证据去论证，不能轻易去对民间借贷认定为诈骗犯罪。

七、结语

经过本文的分析，笔者对文初的问题提出如下观点。

1、民间借贷对资金的占有是一种合意且合法的占有。这种占有是民间借贷的必然要求，也是一种必然的手段，否则就无法完成借贷这一法律事实。这种占有具有当然的目的上的合法性，除非借贷双方均明知借贷款项是用于非法活动，设若如此，其所成立的也未必就是诈骗犯罪。同时笔者也认为如果借款人即使未采用明显欺诈的手段，一旦借贷成立即携款潜逃或毫无归还之意思或行为，仍可以诈骗追诉。同时对于常态下的民间借贷并不能轻易认定其具有非法占有的目的。

2、在同一类、同一笔、同一性的民间借贷能不能、应不应具有非法占有目的和合法占有目的的交织和混同的问题上，尽管《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2010〕18号）提出“非法占有目的，应当区分情形进行具体认定。行为人部分非法集资行为具有非法占有目的的，对该部分非法集资行为所涉集资款以集资诈骗罪定罪处罚”，但笔者认为仅就从民间借贷的主体属性而言，对于同一民间借贷行为仍不应进行区别对待。当然对于部分借款被纯粹用于非法活动的除外。

3、以民间借贷为载体所获取的款项，如果没有出借人对借款用途的特别约定，借款人应当有绝对的处分权，这种处分权是自由的。当然对于借款用于违法活动时，即使没有对借款用途作出特别约定，借款人也不能以享有处分自由进行抗辩。同时合法的使用能够成为对非法占有目的指控的抗辩。

4、民间借贷本身已表明是一种合意，合意自然至少是自愿的，尽管有些带有高利贷色彩的借贷是借款人的无奈之举，但一些民间借贷的出借人有时也是在被动的情况下参与借贷，因此作为法律基础的合意应该是被法律所完全认可的。那么在经与出借人协商后所达成的还款计划的行为事实重新又表明了对合意的确认，笔者认为此足以构成对诈骗指控的一种有效抗辩，毕竟还款计划的行为事实充分反映双方行为人在实施该行为时的主观判断和期待，表明了在一定条件下的还款预期。

5、非法占有的目的体现在拒不返还，但客观上的无力返还与主观上的拒不返还有着天然的界限和区别，笔者认为这里应当考察借款人的综合借款量、合理用款量（违法成分）、财产持有量（变现可能性）、有无恶意举债、有无逃避（隐匿财产）还债、综合偿还情况等具体情节来认定。在附有还款期限的条件要求时，既要引进不安抗辩权制度又要遵守双方的具体约定，甚至可以引进双方约定下的非法占有目的形成机制。

6、对逾期未能偿还或者经催要后的合理期限仍未能偿还的民间借贷，出借人所提起的民事诉讼可以印证出借人对借贷性质的确认，尤其可以说明作为出借人的一方确认了自己并非是在受到借款人的欺诈后形成错误认知而对款项进行出借这一重要事实。同时避免了刑事诉讼中应对受害遭受的损失进行追缴而形成的法律上的矛盾。

7、在民事诉讼或仲裁中，生效的法律文书所认定的关于真实合意所形成的借贷事实是对法律事实确认的一种公认的具有约束力的方式。无论关于诈骗指控起于何时，在先的事实可以被用于对指控的抗辩，即使是在诈骗指控成立后的民事判决或仲裁裁决仍

应可以用于对指控的有效反驳，尤其是作为仅在被推定具有非法占有目的时的一种法定抗辩事由，应被采信。

8、一般情况下，大多数出借人会在穷尽手段仍不能索回借款时，才会提出诈骗指控，此时客观损失已然形成，又由于大多数民间借贷都会存在担保合同，笔者认为担保合同存在的法律意义就是为了避免出借人损失的彻底形成，因此诈骗的受害人在民间借贷主合同中仅应及于特定的出借人，关于次债务人问题，应遵循从合同的相关约定。当然如果借款人存在隐瞒事实采用欺骗的手段骗取担保的，担保人仍然可以在受到损失时主张相关的法律权利，毕竟作为大量存在的单务担保合同，担保人在合同设立时就漠视了风险，也不能因此放大出借人的责任。

9、由于因民间借贷导致出现诈骗指控的根本原因是还款不能，那么当借款人在民间借贷中偿付不能的客观表相与诈骗罪司法解释构成竞合时，应重点考察其原因成就的时间及客观条件演变的真正成因，也就是说导致不能还款的真正原因。对于形成于借款伊始时的完全性的欺骗的主观动机及借款后即潜逃的应当被认为构成诈骗；对于款项用于违法活动或明显违背借款合同约定用途性质或以合法形式掩盖非法目的的应当构成诈骗；对于没有隐匿财产、销毁资料而仅是因无力清偿而逃避的应当区别对待；对于能够证明款项的真实用途去向虽然与约定不符及确实经营不善失去偿还能力或财产已被用来清偿债务的不应被认定为诈骗；对于虽然在借款时存在一定的欺骗手段或不实理由但对于借款并不起到实质性作用或出借人已对借款人进行考察或完全不予考察的不应被认为构成诈骗。

作者单位：安徽金睿律师事务所

参考文献：

[1]胡柏松，安陆市人民法院，《关于当前法院民间借贷纠纷案件相关情况的调查报告》，http://xgzy.hbfy.gov.cn/DocManage/ViewDoc?docId=2c36c9f1-a33a-440f-a9d6-933a6a810be。

[2]甄树清，胡华军，张书华，吕静，《河北高院关于民间借贷纠纷案件的调研报告》，http://www.spp.gov.cn/llyj/201502/t20150226_91602.shtml。

[3]刘洋，狮河区法院，《关于民间借贷纠纷案件的统计分析》，http://news.youth.cn/fz/201109/t20110926_1734342.htm。

[4]刘伟，江苏省社会科学院，《论民间高利贷的司法犯罪化的不合理性》，《法学》，2011年第9期，http://www.cnki.com.cn/Article/CJFDTotal-FXZZ201109020.htm。

[5]腾讯新闻，《民间借贷席卷全国，你的钱是否还要得回来？》，http://news.qq.com/cross/20161017/8O3W92ML.html。

[6]韩洪，北京市一法律师事务所，《民间借贷涉嫌犯罪法律实务 ——刑民交叉民间借贷案件分析与处置》，
http：//www.360doc.com/content/15/1119/08/22741532_514222370.shtml。
[7]郭文彬，《民间借贷与诈骗罪的区别》http：//www.66law.cn/laws/107298.aspx。
[8]王旭，湖北尊而光律师事务所，《无讼阅读丨关于名为民间借贷实为诈骗案件的讨论》，http：//www.360doc.com/content/17/0209/14/29683000_627789585.shtml。
[9]吕佩芬，《如何区分民间借贷行为与诈骗罪》，
http：//www.360doc.com/content/14/1201/10/15989001_429503976.shtml。
[10]王磊，《刑民交叉民间借贷纠纷案件常见法律问题及处理》，
http：//www.360doc.com/content/17/0215/21/38385273_629285845.shtml。
[11]郝正，《新民间借贷解释中刑民交叉案件法律疏议》，
http：//www.360doc.com/content/15/0820/22/7527173_493729339.shtml。
[12]赫少华，远闻（上海）律师事务所，《最高法院关于借款合同纠纷中民刑交叉案件的审判意见及公报案例集成》，
http：//www.360doc.com/content/14/1028/15/20082189_420607033.shtml。

浅谈律师刑事辩护中的法律风险及防范

宿　斌

【摘　要】刑事辩护作为司法制度的一项重要内容，是刑事诉讼制度的重要组成部分，该制度扎根于°尊重人的尊严¡±这一思想，强调“无罪推定”理念。对于案件事实真相的查明，公平正义的实现起到了一定的积极作用。但律师代理刑事案件行使辩护权及维护被告人合法权益的过程中存在许多法律风险。实践中一些律师因自身执业行为不规范以及当事人及其家属给其带来的风险等原因而被行政处罚，甚至被追究刑事责任，使得律师办理刑事案件如履薄冰。本文就辩护律师参与刑事诉讼程序中各个环节存在的法律风险进行分析提示，并就相应的风险提出防范措施。

【关键词】刑事辩护　法律风险　防范措施

律师刑事辩护法律风险主要是在行驶会见权、阅卷权和调查取证权等过程中形成的。如律师会见犯罪嫌疑人或被告人时如何交流，具体能够说什么不能够说什么法律界限并十分明确。还有律师行驶调查取证权时常常面临着涉嫌伪造证据甚至构成伪证罪的现实风险，等等这些都加大了律师刑事辩护案件风险，一旦有些风险成为现实，轻则受到司法行政部门的惩戒、执业过错赔偿等；重被吊销执业证，结束律师生涯，甚至沦为阶下囚，饱受牢狱之灾。如原著名律师李庄因犯辩护人伪造证据、妨害作证罪被判刑。因此，律师必须知道代理刑事案件存在哪些风险并注意防范。

一、律师刑事辩护存在的法律风险环节

（一）受理案件接受委托时的风险

主要表现在律师受理案件时的“承诺”带来的风险。有的律师在接受当事人或其亲属委托时，未能完整的向委托人阐明律师正常办案的流程和辩护或代理职责，未能预先提示诉讼风险，而作出与法律规定或者职业道德，执业纪律相违背的解释及提示。有的为争揽业务建立委托关系而夸大其词，大包大揽对委托人进行误导，接受委托后，违背事实和法律规定向委托人作出虚假承诺。在辩护或代理案件之前及办理业务过程中，向委托人夸耀或宣称自己与司法机关有关人员具有朋友，同学，亲戚等关系，利用这些关系影响案件的办理。这不经违反职业道德与法律，风险亦随之而来，司法实践中，进行“关系化”运作的律师为了迎合当事人的需求，往往进行不切实际的虚假承诺，以此来欺诈当事人的钱财，等当事人发现受骗之后，大多苦于没有对方收受财物的证据，只能

哑巴吃黄连。当然也有部分律师因此而受到诈骗罪的刑事追究，如原广东律师马克东就因“走关系”之路触犯诈骗罪而深陷囹圄。

（二）会见犯罪嫌疑人或被告人时的风险

会见犯罪嫌疑人、被告人时的风险主要由于“信息传递”带来的。律师通过会见犯罪嫌疑人或者被告人能够更好的了解了犯罪嫌疑人、被告人涉嫌的罪名及有关案件情况，听取了犯罪嫌疑人或者被告人对指控罪名的意见和辩解理由，从而能更好的为犯罪嫌疑人提供法律帮助，更好地为犯罪嫌疑人、被告人辩护。但稍有不慎就有可能有意无意的触犯法律。

辩护律师在侦查阶段会见犯罪嫌疑人，除“危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪案件”外，无需再取得侦查机关的同意或者批准，凭三证（律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函）就可以直接会见犯罪嫌疑人、被告人，会见时又不被监听，同时还可以了解有关案件情况。但如果处理不好，辩护律师很可能因触犯《刑法》第306条（辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪）而被追究刑事责任。主要表现如下几方面：

1、信息透露。律师在会见时，有时是为了核实案情，有时是为了改变犯罪嫌疑人、被告人对自己行为的认识，有时是为了证明犯罪嫌疑人、被告人的辩解理由不成立，往往会有意无意地将案件中其他同案犯的供述透露给犯罪嫌疑人、被告人。但说者无意听者有心，犯罪嫌疑人、被告人知道其他同案犯的供述后，可能就会从新的事实、新的角度去改变自己的口供，这时律师实际起到了串供的作用。司法机关发现犯罪嫌疑人、被告人的供述本来与其他同案犯存在差异，但后来改变了供述，且内容与其他同案犯吻合，司法机关会怀疑律师串供，并对律师的会见情况展开调查。

2、代为传话。律师在会见犯罪嫌疑人、被告人前，犯罪嫌疑人、被告人的亲友很多都会要求律师代为传话，如果律师没有掌握好所传递信息的性质，极有可能带来风险。司法实践中常见的现象是犯罪嫌疑人、被告人要求律师托话给其亲友，让亲友去找证人重新出具证言，或与同案犯设法沟通，有些犯罪嫌疑人、被告人还会直接要求律师去做上述工作。这些现象都为律师工作带来了很大的风险。

3、传递资料。为了知道犯罪嫌疑人、被告人的近况，有的犯罪嫌疑人，被告人亲友会要求律师会见时拍照；有的要求律师会见时，将手机交给犯罪嫌疑人、被告人，由犯罪嫌疑人、被告人与其亲友进行通话。不管犯罪嫌疑人、被告人与其亲友的上述联络内容是否涉及案情，这些行为本身都是违反看守所规定的行为。而且，最可怕的是律师还可能在毫不知情的情况下成为了犯罪嫌疑人、被告人和其亲友进行不正当活动的工具，例如传递的信件、手机通话内容里有双方事先约定的“暗语”，这些“暗语”就是在传递非法信息，传递的信件、香烟等物品里夹带有其他的东西，如毒品、串供的纸条等，如此一来，律师的一个不谨慎的违规行为将导致很严重的后果。

4、唆使伪证。犯罪嫌疑人、被告人，特别是面临极刑而又没有减轻处罚理由的犯罪嫌疑人、被告人，可能就会打律师的主意。在会见中诱使律师说违规的话、做违规的事，甚至无中生有，庭审中为了开脱自己指证律师在会见时如何唆使自己串供、翻供，如何告诉自己他去唆使证人改变证言，如何告诉自己他去伪造或指使他人伪造证据。律师代表被告人利益，必然会针对被告人无罪、罪轻、免除刑事责任等方面进行辩护，这本是法律赋予的义务。但是，在履行这些法定义务时，如果稍有不慎，就可能使自己有口难辩，陷入某种危机中。[1]

（三）会见嫌疑人或被告人家属时的风险

作为委托人或者犯罪嫌疑人、被告人的家属，有权向接受委托的辩护律师了解工作情况。辩护律师如何接待家属，辩护律师是将向司法机关了解到的全部案情都告诉家属呢，还是一点都不向家属透露？辩护律师如果不向委托人或者家属介绍案情，委托人、家属就会认为你辩护律师不尽职，会有意见，甚至投诉。如果将了解的案情全部向委托人、家属介绍。就有可能会违反《保密法》的规定，国家侦查犯罪的活动属国家秘密。律师如果将国家侦查犯罪的活动情况泄露，可能被认定为泄露国家秘密的违法甚至犯罪行为而遭受处罚。同时，辩护律师如果将案件细节告知委托人，可能会造成委托人因救人心切而去实施串供，伪造、毁灭、隐匿证据等违法犯罪行为，从而对诉讼造成妨害。一旦发生结果，辩护律师就难逃其责。

（四）行驶阅卷权时的风险

律师行驶阅卷权的风险主要是阅卷、复制案件材料后的“案情泄露”。《刑诉法》第38条规定：“辩护律师对于移送审查起诉的案卷材料可以查阅、摘抄、复制，”这意味着辩护律师可以更为提前地了解到案件的具体情况，也能够有更为充裕的时间准备自己的辩护工作，其阅卷权相对于其他辩护人而言，由于并不需要得到持卷方人民法院、人民检察院的许可，因此自由度相对更大，在行使中也更易滥用。从合法的角度看，根据《律师法》第38条规定，律师保守执业秘密义务的范围主要有三类，即国家秘密、当事人的商业秘密、当事人的个人隐私，因此只要案卷材料中涉及上述三类内容，辩护律师在行使阅卷权时对上述内容便同时具有了保密义务，向任何无权了解的人公开这些内容均会被法律评价为对他人或国家权益造成了损害，其行为属于一种权利滥用。

但当案卷材料中不涉及上述三类的内容时，法律没有做出明确的禁止性规定，但律师若向他人公开此类卷宗内容，也视为是一种滥用权利行为。原因是律师职业的本质属性在于其独立性，就阅卷权而言，辩护律师将摘抄、复印的卷宗材料交由其他人查阅，无疑使他人在某种程度上享有了该案的阅卷权，这不仅破坏了律师职业的独立性，打破了“律师—当事人”的传统职业关系，还混淆了律师执业权利的特殊性、法定性。《律师办理刑事案件规范》第44条如下规定：“律师摘抄、复制的材料应当保密，并妥善保管。[2]

辩护律师阅卷后，当事人亲属往往会发生询问案情甚至提出看案卷材料，容易发生串供、对证人进行威胁等情况。同时在公开审判前，案卷应属国家秘密，复印给委托人，属泄密行为。在庭审公开后，方可公开。如系不公开审理的案件，庭审后仍不允许公开。对涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的内容和情节，在解密前，不得公开。否则，轻则受到处罚，重则被追究刑事责任。

（五）律师调查取证时的风险

调查中的“伪证陷阱”。这是律师辩护的最大风险点。在我国的刑事辩护实践中，辩护律师的调查取证行为常常面临着涉嫌伪造证据甚至构成伪证罪的现实风险：对于辩护律师收集的对辩方有利的证人证言，如果庭审中该证人改变证言，并为开脱自己而谎称为辩护律师故意唆使，那么，根据现行《刑法》第306条的规定，辩护律师就可能涉嫌辩护人毁灭、伪造证据、妨害作证罪而变为“犯罪嫌疑人”。对于控方证人或其他证据的收集、审查核实则更加危险。因为，一旦在辩护律师调查后该控方证人改变证言或实物证据的证明作用发生改变，那么控方证据的原有证明作用便会发生实质性改变或逆转，导致控方的证明体系出现重大疑点、矛盾或漏洞，在此情形下，辩护律师可能遭受被指控的巨大风险。同时基于辩护职责进行调查取证，对于控方证人或其他证据的调查取证，在公诉方未在场的情况下，谁能证明辩护人收集、调取该证据时没有使用唆使、威胁、引诱、欺骗方法？如果委托人故意唆使或与证人共谋作虚假陈述，律师在不知情的情况下收集、提交该证据后，如何证明自己不知情？如果当事人或证人在庭审中随时、任意改变证言，不负责任地将证言改变的动因归咎为律师“指使”。等等这些都加大了律师调查取证的风险。[3]

（六）律师核实证据时的风险

《刑事诉讼法》第37条规定：“辩护律师会见在押的犯罪嫌疑人、被告人，可以了解案件有关情况，提供法律咨询等；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。辩护律师会见犯罪嫌疑人、被告人时不被监听。”两高《关于依法保障律师执业权利的规定》第10条规定：“自案件移送审查起诉之日起，辩护律师会见犯罪嫌疑人、被告人，可以向其核实有关证据。”但关于核实证据的种类、范围、方式等存在不同的理解，实践中做法不一，律师也遇到一些困惑。尤其是对于同案犯供述与辩解、证人证言等言词类证据，如果直接给犯罪嫌疑人、被告人审阅，可能使其产生不实辩解，一旦翻供，律师有诱导之嫌。

（七）律师庭审辩护时的风险

辩护发言中的“禁言”风险。律师在庭审辩护时的风险主要表现在不当的言行与行为产生的法律风险。有的律师在辩护发言时有煽动性言论，扰乱法庭秩序的行为，与法官之间产生冲突，出现了辩护律师被逐出法庭、甚至被司法拘留等情况。《刑法》309条规定：“侮辱、诽谤、威胁司法工作人员或者诉讼参与人，不听法庭制止，严重扰乱

法庭秩序的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。”《刑法》第308条规定：“司法工作人员、辩护人、诉讼代理人或者其他诉讼参与人，泄露依法不公开审理的案件中不应当公开的信息，造成信息公开传播或者其他严重后果的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。有前款行为，泄露国家秘密的，依照本法第三百九十八条的规定定罪处罚。公开披露、报道第一款规定的案件信息，情节严重的，依照第一款的规定处罚。”

二、律师在刑事辩护中的法律风险成因

（一）律师自身问题导致的风险

律师在宏观方面的执业理念以及在微观层面的具体细节操作的缺陷，都可能造成执业风险。一是急于创造业绩。有的律师，特别是刚从业的新律师，在行业内部尚没有名气，但希望尽快代理一些案件，当这种心态一旦与犯罪嫌疑人、被告人或其亲属的非法要求相碰撞结合，极易导致律师为制造有利证据而作出违背职业道德的行为，从而给自己带来风险。二是包打官司的承诺。在这种境况下，律师往往为了单方面追求胜诉结果而不择手段，最终因违反法律规定而招致风险。三是实际操作层面的风险。执业经验尚不丰富的律师，往往在细节上缺乏准确性的把握。

（二）法律保障缺乏导致的风险

鉴于中国律师起步较晚，社会对于律师的认识程度不够，导致关于律师保护的立法还存在一些滞后。体现如下几方面：一是律师义务大于权利。就目前相关律师行为规范的立法，基本上义务多于权利。二是权利缺乏有效保障。即便规定了律师的权利，也很少有对侵害权利的惩罚、处理措施。三是部分法律及相关制度规定不明确，存在着一些合法与非法的模糊地带、边缘地带，给律师刑事辩护行为带来风险。如：《刑法》第306条规定的妨害作证罪。它的罪状是“威胁、引诱证人，违背事实改变证言或者作伪证。”该条具体行为指向不明确，司法机关在归纳总结律师与证人之间的谈话内容、尤其是律师在说服对方配合调查和解释法律的时候，稍不慎重就会有被定为有诱导或暗示的嫌疑。

（三）社会环境因素导致的风险

虽然建立律师制度的积极意义和律师职责宣传在不断的深化，但总体上来看，依法治国的理念还需继续贯彻，社会环境对律师的尊重和保护仍然不够。同时由于还缺乏无罪推定的理念，传统观念认为被司法机关抓捕审判的人都是坏人，由此，为其辩护的律师就是为坏人说话。在加上律师的服务是收费的，因此使得社会公众无形中一些人不能理解刑事辩护工作的重要作用和积极意义，甚至有的司法机关工作人员也将参与诉讼的辩护律师放在自己的对立面，认为他们干扰司法机关办案。在这种错误的理念的指导与影响下，刑辩律师无时不承受着来自社会公众的道德谴责，这种错误的理念也是司法工作人员对律师不公正对待的深层根由。[4]

（四）当事人及其亲属问题导致的风险

刑事辩护律师还有一些执业风险来源于少数当事人对辩护律师的不满、报复，甚至于陷害律师。律师参与刑事诉讼即可以为被告作辩护人，同时也可以为被害人作诉讼代理人出庭。当被告人受到从轻、减轻、免除处罚的时候，有的被害人或其亲属就会有意无意地将对被告人的仇恨转嫁到辩护律师的身上，而当被告人受到刑事处分，或判处了较重的刑罚，有的被告人或其亲属就会怪罪于被害人的代理律师。这种无形中的矛盾则加大了办理刑事案件的律师执业风险。另外，当一些犯罪嫌疑人、被告人及少数亲属瞒着辩护律师进行隐匿、毁灭、伪造证据或者串供，威胁、引诱证人改变证言等行为，这些行为一旦被司法机关侦破，当事人就会顺理成章的将责任推到辩护律师身上。[5]

三、律师刑事辩护法律风险的防范措施

（一）受理案件接受委托时的风险防范措施

与委托人签订《风险告知书》，告知当事人或其亲属案件可能的风险，降低当事人或其亲属的心里预期。不签订风险服务合同，禁止进行“风险代理”或“风险收费”。不私自接受委托，不私自收费或违规收取费用。更不能向委托人索要规定或者约定之外的费用或者财物。不要对当事人承诺办案结果，不可为了承揽案件不负责任的断言胜败。在办理重大、疑难、敏感的刑事案件过程中，要及时向司法行政机关或律师协会请示、报告，要把案件交本所集体讨论、把关，充分发挥律师事务所集体的智慧，从而有效避免或减少可能出现的错误，减少执业风险。

（二）在会见犯罪嫌疑人或被告人时的风险防范措施

辩护律师在会见犯罪嫌疑人时，仍要有被监听的意识。要自觉地接受法律和职业道德的约束，对犯罪嫌疑人提出的咨询，要谨慎地依照法律、法规、司法解释进行解答，提供咨询意见，切不可无所顾忌的无话不谈。对于重大、复杂、敏感或者争议很大的案件，建议两位律师同时会见。在向犯罪嫌疑人、被告人提供咨询过程中，辩护律师一定要法言法语，客观实际，解释法律，介绍诉讼实践知识。在侦查阶段，辩护律师只能向犯罪嫌疑人讲清所涉罪名的实体法律规定和程序法律规定，讲到犯罪嫌疑人明白即可。应当让犯罪嫌疑人根据法律的规定，自己选择供述的范围、方式和程度，而不能直接教犯罪嫌疑人如何供述。辩护律师在回答犯罪嫌疑人、被告人的问题时，要引用法律条文及法律条文的解释、法律原则及法律原则的解释、基本法理、实践规则等进行回答。不要引导、唆使犯罪嫌疑人、被告人作虚假的陈述和辩解。

在会见犯罪嫌疑人、被告人时，不能为当事人传递任何案件线索，包括检举揭发犯罪的立功线索。不要夹带犯罪嫌疑人、被告人家属的信件、物品进入看守所，对于不涉及案情的问好等，辩护律师可以口头转达家属的问候，对于涉及案情的语言，一概不予转达。有些话有可能是有特殊含义的暗语，辩护律师也应注意，不传递犯罪嫌疑人、被告人及其家属要带给对方的“信息”、“暗语”。有些文件，有可能会涉及到犯罪嫌疑

人、被告人或者家属在转移财产，转移赃款、赃物，隐匿、毁灭证据，家属要求辩护律师在会见犯罪嫌疑人、被告人时，签署这些文件，辩护律师千万不要为家属让犯罪嫌疑人、被告人签署本案以外的委托书、授权书等法律文件。

（三）在接待犯罪嫌疑人或被告人家属时的风险防范措施

辩护律师在向侦查机关或者犯罪嫌疑人了解到的案情后，可以向委托人告知基本的案情概貌，但不可以将案件细节透露给委托人，更不可以透露给委托人以外的其他人。对查阅、复制案卷材料的内容，也只能简要的告知委托人（犯罪嫌疑人、被告人的家属），防止委托人向其他证人串证，或者伪造、毁灭、隐匿证据等违法犯罪行为的发生。辩护律师通过复印、拍照复制的全部案卷。不能复制给委托人。

（四）在阅卷时的风险防范措施

律师可以通过复印、拍照方式复制案卷，原则上可以全卷复制。案卷材料在庭审公开前，不能通过上网等方式公开披露，不能交给其他人员，与嫌疑人、被告人核实案情时只能让其阅本人的供述，司法文书、鉴定意见，同案的供述、证人证言不能阅。询问笔录、讯问笔录、证人证言、鉴定文书、起诉意见书等案卷材料的内容都要妥善保密，禁止对外泄露。对涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的内容，更要严格保密。

（五）在调查取证时的风险防范措施

1、严格把握取证程序。在侦查阶段，辩护律师除“犯罪嫌疑人不在现场、未达刑事责任年龄、系不负刑事责任的精神病人”等证据外，不要去调查其他实体方面的证据。辩护律师向证人收集、调查证据时，不要有犯罪嫌疑人、被告人或者家属在场。在调查询问地点的选择上，辩护律师最好到证人所在单位或者其家中或者律师事务所进行，切忌将证人通知到被追诉人家中进行询问。辩护律师切勿鼓励被追诉人家属向证人调查取证。如果被追诉人或其家属提出某个证人能够证明某一事实或者情节，认为有必要向证人调查取证的，也应当由辩护律师亲自去进行收集、调查询问或者申请人民检察院、人民法院调查取证。

辩护律师如果发现被追诉人家属串通证人作伪证，那么就不要向该证人去收集、调查取证，也不应申请人民法院通知该证人出庭作证。辩护律师在自行收集、调查取证过程中，千万不要向证人提供作证草稿或者代证人书写证词，然后让证人参考、抄写或签名。一旦司法机关去找该证人核实证据时，该证人在公权力的威慑下，会供述这个证言是照律师的稿子抄写的。

同时辩护律师在调查取证过程中，除征得被取证人的同意外，还要注意以下问题：一是由两名律师在场进行，如果证人将伪证责任推给律师时，有两名律师可以相互证明；二是对取证的全过程进行录音录像，以固定证人证言，防止日后该证人在受到侦控机关的压力下，将责任推卸给辩护律师；三是不涉及隐私的证人证言，最好邀请基层组织、单位或者其他团体的代表人见证。辩护律师在收集、调查取证时，可以邀请有关人员担

任见证人在场见证，并在调查取证完毕后让其在《调查笔录》上签名确认。

辩护律师不要直接向被害人或者其亲属或者被害人提供的证人收集证据，以免被反诬。如确属必要，则尽可能申请人民检察院、人民法院收集证据和申请证人出庭作证的方式收集证据。辩护律师在收集调查取证过程中，尽量不要收集、调查不利于犯罪嫌疑人、被告人的证据，以免陷入遵守职业道德和妨碍办案机关查明案件真相的两难境地。

2、规范取证调查笔录。辩护律师在所有调查材料中，均应有律师对被调查人要求如实提供证言、讲明证人应如实回答问题不得作伪证的警告，如果作伪证应负的法律责任和被调查人同意接受调查的记载。在调查笔录制作完毕之后，应交证人仔细核对，并在修改处加盖证人的印章或由证人按指纹确认，最后由证人签名或盖章，同时签署或由别人代书说明“笔录已看过或已向其宣读过，与其所述无误”的意见。同时注意调查对象应当在其认可的陈述笔录的每一页上签名，律师应当对询问过程中的问话和回答做全面详细的记录，尽量如实记录原话；在询问结束时应当让被取证人在询问笔录上签名确认辩护律师在取证时没有威胁、引诱的言语和行为，作证内容是证人自愿所述。

3、重大案件及关键证据谨慎处理。辩护律师对于拟作无罪辩护的案件和具有社会影响的重大案件的调查，如果辩护律师相信证人会作出对被追诉人有利的证言，尽量在开庭前不要对证人进行询问，而是在审判时能申请人民法院通知其到庭作证。这样做既可以避免自行取证带来的风险，也可以增强证人证言的可信性，容易被法庭所采信。

辩护律师在收集、调查取证过程中，如果收集、调查到对于与定罪量刑有关的关键证据，为稳妥起见，可考虑采用公证取证的方式，在律师调查取证时可以聘请公证人员在场对取证的过程和内容进行公证。这种取证方式虽然耗时费力，增加了诉讼成本，但是可以提高调查取证质量，增强了所取证据材料的证明力。同时，调查内容关系到案件事实认定与否、定罪量刑的关键证据，最好及时书面报告办案机关要求核实。被告人遭遇刑讯逼供，应由其自行书写材料。律师不得为被告人获得虚假立功提供意见。

4、取证时对案情严格保密。辩护律师在对证人调查询问时，不应向证人介绍案情，也不应将其他证人作证的内容告知该证人或向其出示对其他证人的调查询问笔录。同样，辩护律师在向证人调查取证时，也不应向证人透露案情。如果将其他证人作证内容告知该证人，将会导致串证，影响其客观公正地提供证言，相反会让司法机关怀疑律师有“引诱”证人作伪证的嫌疑。辩护律师对于收集、调查取证到的内容，不应向被追诉人家属透露，除非基于辩护的需要为了核实有关证据材料的真伪。[6]

（六）在核实证据时的风险防范措施

1、直接书面（实物）核实对收集在卷的物证（照片）、书证、鉴定意见及勘验检查辨认侦查实验笔录等，这些以客观形态展现的内容相对固定不容易发生变化的客观证据，辩护律师可以将其中相关的证据材料另行复制或者摘抄后，采用直接书面（实物）的方式交由犯罪嫌疑人被告人查看核对辨认。对收集在卷的视听资料电子数据等要根据

该证据的自身情况进行了解核实，如办案单位是否已经将QQ微信聊天记录手机短信监控视屏通话录音资料等转换成书面形式或者整理为语言文字材料，等等。对于侦查讯问同步录音像等视听资料，如果不宜在羁押场所核实的，辩护律师可以通过观看后与犯罪嫌疑人被告人进行核实。

2、直接双向核实对犯罪嫌疑人被告人本人的供述和辩解，辩护律师可以将其中相关证据材料另行复制（单独挑出）或者摘抄后，采用直接书面的方式交由犯罪嫌疑人被告人查看核对，且双方对该部分的事实与证据存在疑问的地方，可以进行相互提问和沟通交流。

3、间接单向核实对被害人陈述证人证言及同案犯罪嫌疑人被告人的供述和辩解等容易发生改变的言词证据，不宜直接将上述证据材料交由犯罪嫌疑人被告人查看核对，而稳妥的做法是辩护律师根据自己掌握的案件事实与证据情况，对其中尚有疑问的地方，通过提问的方式向在押犯罪嫌疑人被告人进行间接核实甄别，或者选就其中部分相关内容通过朗读的方式让犯罪嫌疑人被告人听取核对。

4、对与本人涉案事实无关的同案犯罪嫌疑人或者被告人的部分笔录及其他言词证据，亦不宜让其查看核对。会见时，对犯罪嫌疑人被告人向辩护律师提问的内容涉及被害人陈述证人证言同案犯罪嫌疑人被告人供述和辩解的，可以通过选择性回答的方式来进行间接单向核实。[7]

（七）在出庭辩护时的风险防范措施

辩护律师在庭审过程中，应当尊重法庭及其合议庭成员，听从法官指挥，要规范自己辩护行为，尽量避免发生不必要的冲突，在自己的辩护、代理意见与公诉人意见大相径庭时，能既不受公诉人意志约束，又注意沟通和尊重不同意见。在与法官意见不一的情况下，应当在表明意见后服从审判长指挥，不要当场与审判长对抗。而是采取变换方式达到解决问题的目的。

作者单位：安徽华翰律师事务所

参考文献：

[1] 门金玲：《刑事辩护操作指引》，法律出版社2015年5月，章节：尚权律师事务所刑事辩护律师的会见技巧（三）实践难题与风险评估

[2] 范思力：《辩护律师滥用阅卷权论》，[期刊名称]《黑龙江省政法管理干部学院学报》，[期刊年份]2015年第二期，[作者单位]贵州省人民检察院

[3] 杨晓静：《刑事辩护律师调查取证的执业风险与防范》，[期刊名称]《中国刑事法杂志》2010年第8期，[写作年份]2010年，[作者单位]山东政法学院刑事司法学院

[4] 王东明：《简论刑辩律师执业风险与防范》，[发布时间]2014年3月27日，载于

《论文天下论文网》

[5] 李纯 师福东：《律师在刑事诉讼中执业风险防范之我见》，[发布时间]2015年8月15日，[作者单位]吉林新锐律师事务所，载于《华律网》

[6] 魏国：《浅论律师办理刑事案件的风险与防范》，[发布时间]2015年7月11日，[作者单位]广东三环汇华律师事务所，载于《智飞法律网》

[7]潘克本：《刑辩律师基本功之如何核实证据》，[发布时间]2016年5月17日，[作者单位] 浙江厚启律师事务所，载于《经典网》

司法改革背景下的律师程序性辩护研究

刘雪影

【摘　要】程序性辩护不同于实体性辩护，是通过说服法官认定警察、检察官、法官存在程序性违法行为或诉讼侵权行为，并宣告某一侦查、公诉、审判行为不具有法律效力，以维护犯罪嫌疑人、被告人合法权益的一种辩护策略。程序性辩护有利于促进控辩平衡，保障人权，实现程序法定原则。在我国推行程序性辩护，存在诉讼理念滞后、制度不完善等障碍因素。树立实体和程序并重、打击犯罪和保障人权并重的诉讼理念；确立程序违法行为的审查制裁机制、程序辩护权的救济机制；完善非法证据排除规则，对于程序性辩护至为重要。

【关键词】人权保障　程序性辩护　非法证据排除　管辖

近年来，随着我国司法责任制改革的不断推进，刑事诉讼制度的发展，非法排除证据规则日益完善。随着程序正义、人权保障等理念的深入人心，在越来越多的法庭审理中，被告人及其辩护人首先不是从指控的犯罪事实成立与否、犯罪构成要件齐备与否，而是首先指出侦查人员的刑讯逼供等程序违法问题，并首先要求排除非法证据。此类辩护方式就是近年来兴起的程序性辩护。关于程序性辩护的制度和经验，西方国家较为成熟。被称为“世纪审判”的辛普森故意杀人案中，辩方以侦查机关收集的有罪证据程序违法为由，而申请排除非法证据，最终辛普森被当庭宣告无罪，就是程序性辩护成功的绝好例证。美国著名刑辩律师德肖维茨称程序性辩护为“最好的辩护”，不无一定的道理。在过去长期“重打击犯罪，轻保障人权”，“重实体，轻程序”司法理念的指导下，程序性辩护缺乏生存发展的土壤。随着程序正义、人权保障等理念的日益深入人心，程序性辩护制度被写入我国刑诉法。

本文首先对程序性辩护的内涵和价值进行分析，以论证在我国推行程序性辩护的必要性。接着，探求在我国推行程序性辩护存在的障碍因素。最后，着眼于我国刑事司法现状，就如何消除障碍因素尝试性地提出建议，为我国程序性辩护制度的完善和发展提供理论支撑。

一、程序性辩护的内涵

关于程序性辩护的内涵，我国对此尚未达成共识。陈瑞华教授认为，程序性辩护可以分为广义和狭义两种。 广义上的程序性辩护，是指所有根据相关刑诉规则进行的刑

事辩护活动，通常包括申请回避、申请变更强制措施。狭义上的程序性辩护，主要是针对侦查机关、检察机关实施的侵犯犯罪嫌疑人、被告人合法权益的违法行为进行的反击。本文认为，程序性辩护，是指向审判机关指出和证明追诉机关程序违法或者在办案过程中有侵犯公民人身权利的行为，使不利于犯罪嫌疑人、被告人的非法证据被排除，违法程序被依法终结，以维护犯罪嫌疑人、被告人合法权益。

自确立辩护制度以来，根据不同时期辩方辩护策略的不同，大致可以分为三类：一是指控罪名犯罪构成要件不齐备的辩护；二是控方证据不足的辩护；三是程序违法方面的辩护。第一类辩护，在实践中常见的如，被告人不具备犯罪主体条件，未达指控之罪的刑事责任年龄、不具备相应的刑事责任能力，或者有正当防卫、紧急避险等违法阻却事由，等等。第二类辩护，辩方可以从某一证据存在缺陷进行辩护，也可以从整体上说明证据链尚未形成，证明标准尚未达到进行辩护。第三类辩护，通过指出侦控审机关诉讼程序违法，如不具有管辖权、该回避不回避、刑讯逼供，等等，通过确认程序违法，来确认其取得的证据无效，或已经过的诉讼程序归于无效。前两类辩护围绕的核心点固然不同，但都是通过确认控方指控的犯罪事实不成立或指控罪名不成立，来实现辩护目的，因此可统称为实体性辩护。与实体性辩护不同，程序性辩护是以国家公权力机关在侦查、起诉、审判活动中存在违法行为为由，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者不应追究刑事责任的材料和意见，以维护犯罪嫌疑人、被告人合法权益的一种辩护策略。程序性辩护作为主动进攻型辩护方式，能积极的以检控机关的违法行为为切入点进行辩护，而不是仅仅让被追诉人被动地回应检控机关的指控，以维护犯罪嫌疑人被告人的合法权益。这种辩护的路径就是通过请求审判机关依法确认侦控机关程序违法，证据无效，达到使被告人被宣告无罪、最轻的辩护目的。

二、程序性辩护的价值分析

1、维护程序正义，保障犯罪嫌疑人、被告人正当权益

社会公平正义，是人类社会孜孜追求的理想状态，也是日久弥新的课题。正义一般分为实体正义与程序正义两种。程序正义是追求程序上的公平、公正。实体正义的标准很难把握，但是，被称为“看得见的正义”的程序正义却是是可以直接感知的。因为程序应是透明的，可被监督的。要实现实体正义，必须树立起程序正义的价值理念。由于我国长期以来“重实体，轻程序”，导致我国实体正义也难以实现。只有实现程序正义，犯罪嫌疑人被告人的正当权益才能得到充分维护。程序正义的实现程度有赖于程序性辩护的实现。如果做到程序正义，败诉一方也往往能容易接受审判结果，因为双方都严格遵守程序，充分表达了自己的诉求。程序正义理论的核心旨在强化对侦诉机关公权力的制约的同时，尊重和保障犯罪嫌疑人、被告人以及辩护人的合法权利。要实现程序正义，就必须赋予被追诉人以及辩护人实质充分有效的辩护权，必然要求程序性辩护在刑事诉讼中得以充分适用。

2、促进控辩平衡

构建控辩平衡的司法制度一直是各国现代刑事诉讼的基本追求。因为控辩双方进行公平的刑事诉讼活动必须平等的制度为基础，当制度平衡并且能保障控辩双方实力保持一定的平衡时，诉讼活动才能保持平衡与公正。这种平衡不仅体现在庭审之中，也同样体现在庭外的诉讼准备阶段。程序性辩护增强了对被追诉人和辩护人相关权利的保障，强化了针对侦查、检察、审判程序性违法行为的制裁手段。通过程序性辩护，在拓宽辩护人辩护的范围和类型的同时，提高了辩方与控方进行抗衡的能力，同时有效地约束公权力。

建立以控辩平衡为核心的刑事诉讼构造是现代法治社会的发展趋势。目前为止，控辩平衡原则已被大部分国家所吸收。控辩平衡不仅要求控辩双方法律地位平等，更要求在侦查、起诉和审判的各个阶段具有同等的对抗手段和机会。只有审判机关同等的重视辩方和控方的意见，公平公正地保护犯罪嫌疑人、被告人和辩护人的基本权利，才能和谐有效地推进诉讼进程。由国家强制力保障的追诉机关在代表国家行使打击犯罪的职责和权力时，在打击犯罪的同时很容易侵犯犯罪嫌疑人、被告人的合法权利。而处于被追诉地位的辩方，其依靠的个人资源无法与国家相比，导致控辩双方实力差距过大。控辩平衡原则就要求控辩双方在诉讼活动中享有平等的地位。

3、树立实体程序并重的诉讼理念，维护程序法的独立价值

长期以来，我国薄弱的程序规范意识是导致程序违法现象在实践活动中较为常见的主要原因。加强程序性辩护制度在刑事实践中的适用，有助于规范侦查、检察、审判机关在诉讼过程中的各项诉讼行为，使追诉人员认识到程序价值的重要性并减少违法行为的产生，这对促进程序正义理念以及维护程序法的价值有着不可估量的重要意义。

三、程序性辩护的障碍因素

1、残存“重实体，轻程序”的诉讼理念。

无论实体，还是程序，定性还是量刑，都要有利于实现刑法的基本原则，避免冤错案件的发生。我国长期固有的“重实体，轻程序；重定性，轻量刑”诉讼理念根本不利于推行程序性辩护。在我国当下量刑制度不完善的大背景下，法官对宣告刑仍有很大的裁量空间。法官对程序辩护的消极态度，极易导致对被告人不利而又“合法”的量刑结论。

2、非法证据排除制度不完善

受制于现有立法，有些程序性辩护尚无据可循，有些程序性辩护规定模糊或不充分，辩护主张于法无据，缺乏制度层面的支撑。如我国刑事诉讼法第152规定的“庭外核实技术侦查证据”，辩方是否有权参与，如何质证，等等，都不明确。根据我国刑事诉讼法规定，当辩方主张某些证据有瑕疵时，控方甚至法官就庭后“补正”；对于非法证据，不是一概排除，还有强制排除和裁量排除之分。庭审中， 程序性辩护直击司法机关的

违法行为时，包括法官在内的国家公权力人员往往带有抵制情绪，为了顾及“面子”，对辩方提出的的程序性辩护，要么含糊其辞，要么拖延审查核实，要么径行否定辩方提出的程序辩护主张。由于缺乏相应的救济规定和对程序违法的制裁措施，当辩方的辩护权受到侵害时，也无从救济，使程序性辩护成为一纸空文。

3、对程序性违法缺乏实体性制裁

四、程序性辩护的推进

1、树立实体与程序并重的科学诉讼理念

程序性辩护制度，是刑事程序法的重要组成部分，甚至在某种意义上，也是证据适用的基本原则。作为一种标准和规范，程序性辩护不仅对辩护律师有约束力，对法官、检察官等其他法律职业共同体同样具有规范性和约束力，在司法实践中也不应存在折扣现象。只有这样，才能保证程序性辩护的“攻击性”和“对抗性”，才能最大程度地平衡控辩双方的法律地位，实现刑事诉讼程序公正、保障人权的司法价值。

2、完善程序性违法行为的审查制裁机制

《刑事诉讼法》第3条第2款规定：“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，必须严格遵守本法和其他法律的有关规定。”这虽然在一定程度上强调程序法定，但由于没有相应的制裁性规则，尚不构成完整意义上的程序法定原则。对此，可以通过立法或司法解释明确规定“对违反法定程序的诉讼行为，人民法院或人民检察院应当根据违法的轻重程度及其后果，决定违法行为是否有效”，并将更多的程序性违法行为纳入审查范围，即凡是侦查、检察和审判机关实施的可能违反法定程序、损害被追诉人合法权益的诉讼行为，均需接受专门的司法审查。

3、完善《非法证据排除规定》

我国最高司法机关分别于1998年、1999年出台了关于被告人供述、被害人陈述、证人证言等言词证据方面的非法证据排除规则。2010年，最高人民法院、最高人民检察院联合公安部、司法部和国家安全部（以下简称“两院三部”）共同发布了《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《非法证据排除规定》），对刑事诉讼中非法证据排除规则的适用范围、启动条件、证明责任分配等问题作了系统规定。这些规定中的绝大部分被2012年修订的《刑事诉讼法》所吸收。2017年4月18日，中央全面深化改革领导小组第34次会议审议通过《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》，并经两院三部印发后，于2017年6月27日起施行。

比较而言，2017年《非法证据排除规定》对犯罪嫌疑人供述、应予排除的非法证据的情形、排除非法证据的期限、程序、救济措施等事项进一步做出了明确规定，具有可操作性。在此之前的非法证据排除规则确立的初衷，更多体现了保障无辜者不受错误追究的思想。保障无辜者不被错误追究，固然是保障人权的一个重要方面。但是，无辜者不被错误追究仍然属于发现事实真实的层面，属于实体正确的范畴。如果一项规则被认

为仅仅有助于实现实体真实，不利于实现程序法定，或者说，相对于程序法定而言，司法机关更看重案件事实真相，那么，它就在虽然破坏了程序法定，但有助于实体真实实现时，仍然被遵守。如果过分强调了非法证据排除规则在实体真实方面的功能，就说明它的程序价值被忽略了。基于此价值取向下制定的非法证据排除规则，其主要目的在于保障无辜者不被错误追究，人权保障只是其副产品。对于事实上的有罪者而言，打击犯罪的功能就上升为首要位置，人权保障功能就退居其次。至于非法证据排除规则，对于事实上的有罪者而言，就可能成为装饰品，最多只是偶尔分享了非法证据排除规则所提供的保护。2017年《非法证据排除规定》最大程度地平衡了追求案件事实真相和程序法定、保障人权二者之间的关系，有利于实现实体和程序并重、打击犯罪和保障人权并重这一现代司法理念。

4、确立程序性辩护的权利保障制度

程序性辩护的主体主要是辩护律师。辩护律师进行程序辩护的形式主要是指出司法机关在刑事诉讼过程中存在的不当或违法之处，是一种与公权力机关“作对”的行为，存在被打击报复的风险。因此，只有赋予辩护律师足够的权利，并提供充分的制度保障，辩护律师才可能解除“后顾之忧”，充分行使程序辩护权。

5、确立完整的无罪推定原则

无罪推定原则不但为《世界人权宣言》、《公民权利与政治权利国际公约》等国际人权法文件所确认，也为区域性国际人权法文件，如《欧洲人权公约》和《非洲人权及民族权利宪章》所确认。2012年《刑事诉讼法》和2017年中央全面深化改革领导小组第34次会议审议通过《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》，虽然规定了“不得强迫任何人证实自己有罪”，但不仅未赋予犯罪嫌疑人、被告人相应的沉默权，还依旧保留了“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答”的规定。无罪推定原则应有一系列的制度和程序保障，诸如疑罪从无、不得强迫自证其罪、控方承担证明责任、预审法官与审判法官分离，等等，我国在这方面的制度还有待完善。

6、特殊案件的管辖问题

在刑事诉讼中，当办案人员对犯罪嫌疑人或被告人实施侮辱、谩骂、逼供等违法行为时，或办案人员的言行表明其立场明显不利于嫌疑人时，毫无疑问，嫌疑人享有申请确认该情形下供述违法的权利。问题是，嫌疑人是否享有申请上述人员或办案机关回避的权利，立法司法机关应如何应对，如何解决下列特殊案件的管辖问题，都值得思考论证。

第一，当地有较大影响的刑事案件的管辖问题。当某一案件涉及到当地群众利益或政府利益时，如大规模拆迁、多人上访、群体性活动、食品事件等而引发的刑事案件，因在当地有较大的影响，为保障案件得到公正审理，被告人能否申请异地管辖、如何决定管辖，等等。

第二、共同犯罪案件或相关联案件的管辖问题。对于共同犯罪案件，或虽然不是共同犯罪，但案件事实或裁决结论互相影响，互相制约，例如，基于同一事实的行受贿案件，事实上有联系的民商事案件和刑事案件，等等，是由同地司法机关一并管辖科学，还是由同一级不同司法机关分案管辖科学，尚待论证。

第三，大要案的指定管辖问题。最近几年，省部级高官职务犯罪案件，频频被最高司法机关指定“跨省异地管辖”，省内高官职务犯罪案件，则被省级司法机关指定“跨地市异地管辖”，等等，这种做法固然有利于避免案外因素的干扰，保证案件的公正审理。但是，长远计议，此类案件的指定管辖问题应尽快制定相应的司法解释，逐渐规范化，以充分犯罪嫌疑人、被告人合法权益，同时，有利于辩护人依法履行辩护职责，监督国家公权力依法有序运行，以进行有效的程序辩护。

作者单位：安徽胡铭律师事务所

参考文献：

[1]詹建红：《我国程序性辩护制度之省思[J]》，《法商研究》，2014（3）

[2]陈瑞华：《程序性辩护之初步研究[J]》，《现代法学》，2005（2）

[3]陈瑞华：《程序性辩护的理论反思[J]》，《法学家》，2017（1）

[4]王俊民，吴云：《程序性辩护的误区及应对思路[J]》，《法学》，2006（10）

[5]王志祥，孙彩虹：《程序性辩护的理论基础[J]》，《中国监狱学刊》，2007（1）

[6]王圣扬，董琼：《论刑事诉讼中的控辩平衡原则[J] 》，《安徽大学法律评论》，2005（2）

[7]陈瑞华：《程序性制裁理论[M]》，《中国法制出版社》，2010年第二版

论刑事被害人诉讼权利的配置和保障

黄若汉　石　方

【摘　要】法律的根本目的在于实现社会正义、保障社会秩序，法律应兼顾犯罪人、被害人和社会三者的利益，不能过于强调一方而忽视他方的存在，否则，将导致社会秩序与正义的丧失。1996年《刑事诉讼法》的修订，使我国在人权保障方面前进了一大步，特别是犯罪人的诉讼权利保障问题受到了前所未有的重视，但对被害人的诉讼权利保障则明显置后。正是立法的先天不足，导致司法实践中，被害人的当事人地位很难落到实处，被害人的诉讼权利在许多情况下得不到有效的保障，犯罪人、被害人和社会三者之间的均衡关系被再度打破，被害人反而沦为社会正义所遗忘的对象。

目前我国刑事诉讼法的再修改工作已经进入关键阶段。在依法治国与构建和谐社会的背景下，刑事诉讼法的再修改必须以加强诉讼民主、强化人权保障、促进社会和谐为目标。而在具体修改议题即改革热点的关注上，则要秉持一定的“问题意识”，坚持一切从实际出发，着重解决现行立法和司法实践中突出存在的问题。为此，本文就有关刑事诉讼中犯罪被害人的诉讼权利的配置和保障作一番探讨，以此希望能加强对我国的刑事诉讼中的被害人保护。

【关键词】刑事被害人　权利　配置　保障

由于法制观念的演进和人权思想的发展，原来在刑事诉讼中居于客体地位的被告人一跃成为刑事司法的中心，对被告人的权利保护日益完备，这是刑事诉讼科学文明的表现。但是与此相反，犯罪被害人的权利却逐渐萎缩，在诉讼法上受到的保护较少。在有些时候，被害人只有告诉人的地位，甚至在诉讼程序中被以证人的身份传唤，并要接受案件被告人及辩护人的质问，这就存在使被害人再度受害的可能。如何保护被害人和重视被害人的权利问题，产生了重新探讨的必要。加强被害人的权利保障，并对被害人和被告人的权利加以合理适当的平衡，成为各国刑事诉讼法的普遍发展趋势。

针对上述情况，就现实司法中如何保障被害人的权利，我试作简要探讨。

一、刑事被害人界定及其诉讼地位

犯罪被害人是犯罪直接侵害的对象，在历史上曾经是刑罚的发起者和实施者，直至后来成为犯罪的起诉者。被害人的态度直接决定着犯罪人的命运。

（一）刑事被害人界定

刑事被害人，亦称为刑事受害者或受害人，是与加害人相对应的称呼。被害人的概念，从不同的视角，学界有不同的定义。

我认为被害人，主要是指合法权益遭受犯罪行为直接侵害的人。正确理解被害人这一概念的内涵，应从以下三方面着手：（1）必须是合法权益遭受到侵害。认定一个人是否刑事被害人，应当首先看其被

侵犯的权益是否合法权益，也即其权利和利益是否受到法律的保护；（2）必须是直接遭受到犯罪行为侵害的人。直接，则将受犯罪行为间接侵害的人排除在外，如被害人的近亲属，其因为犯罪行为心灵上也受到了创伤和打击，同时可能伴随着被害人的医药费等物质损失，但是他们不是真正意义上的被害人；（3）必须是受到犯罪行为侵害。因一般民事侵权行为、自然灾害等造成损失的人，并不是刑事意义上的被害人。

（二）刑事被害人诉讼地位

被害人在刑事诉讼中的当事人地位分两种情况，一种是自诉案件的当事人，另一种是公诉案件的当事人。赋予被害人在刑事诉讼中的当事人的地位，首先从国家社会利益与个人利益平衡角度讲，当公诉无力或不能时，被害人能按照自己的意志实现其追究犯罪的愿望和维护自己合法权益的要求。其次，从程序正义的角度讲，赋予被害人当事人的诉讼地位，利于让被害人通过亲眼目睹审判的公正，缓解被害人过激的报复心理，消解犯罪这一矛盾源所带来的冲突主体间的心理对抗及其对法制和司法过程的不信任感。最后，从被害人实质权利保护的角度讲，刑事司法的目的是要尽可能地恢复被害人受损的权益，只有赋予被害人当事人的地位，被害人才能透过刑事程序的运作维护自己合法权利，有效避免当事人在侦查、起诉、审判和最后执行过程中再次受到伤害。这是刑事被害人权利保护的应有之意。

二、我国刑事诉讼制度中被害人诉讼权利保障存在的不足

我国刑事诉讼法虽然已经确立了被害人的当事人地位，并赋予诸多权利，但在刑事诉讼的具体制度设计中，被害人的诉讼权利在许多情况下仍得不到充分有效的保护，具体体现在以下三方面：

（一）被害人难以及时准确地获知有关司法信息

要使被害人真正发挥当事人作用，直接参与到刑事诉讼活动中来，司法机关应当在程序上尊重被害人的诉讼权利，在诉讼的各个环节及时准确地告知案件的诉讼进展情况，告知其所处的诉讼地位、所享有的诉讼权利和义务，告知其参与诉讼的方式。遗憾的是，在立案、侦查、审查起诉、审判，修订后的刑事诉讼法在被害人对司法信息的知情权的规定上存在许多漏洞，直接影响到被害人参与刑事诉讼的深度与效果。

（二）弱势的被害人缺乏必要的法律援助

所谓弱势的被害人，是指因经济困难或者其他原因没有委托诉讼代理人，而自身参与诉讼能力又较差的被害人；或者是盲、聋、哑、未成年人而没有委托诉讼代理人，他

们是需要社会提供法律帮助的群体。根据刑事诉讼法的有关规定，法院要为弱势的被告人（包括经济困难、盲、聋、哑或未成年人等）及可能判处死刑的被告人指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护，但没有对等规定为弱势的被害人提供法律援助，使被害人难以有效发挥诉讼代理权的作用，必将消弱被害人维护自身权益的能力。

（三）被害人难以充分有效地提起附带民事诉讼

在刑事诉讼中让被害人提起附带民事诉讼，既可简化诉讼程序，提高诉讼效率，也是被害人维护自身权益的重要途径。但现行刑事附带民事诉讼制度上存在的缺陷，也导致了被害人的权益保护存在严重不足。比如：

1、刑事诉讼法没有规定人民法院必须把告知被害人提起附带民事诉讼当成自己的职责和义务，有关司法解释仅将之作为被害人的一种¡°可以¡±告知的权利，可能会使被害人失去一次要求损害赔偿的机会而承担不利的诉讼后果，从而损害到被害人的权益。

2、赔偿范围受到不应有的限制。刑事诉讼法明确规定被害人只能就物质赔偿提起民事诉讼请求，而将精神赔偿排除在民事赔偿外。司法实践中对盗窃、诈骗、抢劫等财产犯罪分子也是始终坚持追赃、退赔的做法，财产犯罪的被（受）害人既不能提起附带民事诉讼，也不能提起单独的民事诉讼，这直接影响到被（受）害人附带民事诉讼权利的行使。

三、我国刑事被害人诉讼权利配置现状

（一）我国刑事被害人所享有的权利

《刑事诉讼法》对被害人的权利作了规定：（1）报案、控告权。被害人对侵犯其人身、财产权利的犯罪事实有权向公安机关、人民检察院报案或者人民法院报案或者是控告，公安机关、人民检察院或者人民法院应当接受；公安机关、人民检察院或者人民法院应当保障控告人的安全。（2）委托诉讼代理人参加诉讼的权利。由于原刑事诉讼法没有规定被害人的此项权利，实践中是否允许被害人委托代理人做法是不一的。修改后的刑事诉讼法第32、40条规定，公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属自案件移送审查起诉之日起，有权委托诉讼代理人。被委托的代理人可以是律师、被害人的监护人、亲友及人民团体或者被害人所在单位推荐的人。（3）申请回避权。被害人对审判人员、检察人员、审查人员及书记员、翻译人员和鉴定人认为具有符合法定的回避的理由时，有权申请其回避。（4）提起附带民事诉讼的权利。被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事诉讼。（5）参加法庭审理权。被害人有权在法庭审理中对起诉书指控的犯罪进行陈述；可以向有关的证人、鉴定人发问；可以对法庭上出示的物证、未到庭的证人证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书发表意见；可以申请通过新的证人到庭，调取新的物证；可以申请重新鉴定勘验；可对证据和案件情况发表意见；有权与被告人互相辩论。（6）异议或申诉权。被害人及其法定代理人不服地方各级人民法院的一审判决，有权请求人

民检察院提起抗诉；被害人及其法定代理人对于已经发生法律效力的判决、裁定，有权向法院提出申诉。

（二）我国刑事被害人诉讼权利配置存在问题

可以看出我国在诉讼领域对被害人权利的保护，范围是相当广泛的，其中有些措施也是很有力度的，但是，现行刑事诉讼对被害人权利保护也存在明显不足，如：（1）现行刑事诉讼法对公诉案件被害人的概念和范围，没有予以界定现行刑事诉讼赋予了被害人当事人地位，而正是由于被害人地位获得，确立被害人的概念和范围就显得尤为重要。（2）对被害人的诉权限制太多，保障不足。我国刑事诉讼法对公诉权制约私诉权给予了高度重视，但对私诉权制约公诉权重视不够。（3）没有建立国家补偿制度。目前，我国尚无有关对被害人进行国家补偿的立法，在司法实务中，对因犯罪行为遭受损失无法得到赔偿而造成生活极为困难的被害人，有的由地方政府给予适当补偿，有的由被害人单位给予救济，有的由某种援助团体予以资助。（4）对被害人的赔偿范围过窄。我国刑事诉讼法对被害人的赔偿仅仅是一种“填平式的赔偿” 。对加害人而言，没有惩罚性赔偿，对受害人而言，没有抚慰性赔偿特别是精神损害赔偿权没做明确说明。（5）对被害人的法律援助过于空泛。在法律援助的具体规定和要求中，没有对被害人如何进行法律援助的内容，以至于讲到刑事诉讼中的法律援助，人们只知道对被告人有法律援助。（6）民事赔偿权利得不到有效保障。根据我国现行《刑事诉讼法》及相关规定，被害人的民事赔偿诉讼只能在刑事诉讼启动后才能一并审判，而不能提前进行，只有为了防止刑事审判过分迟延，才可以在刑事案件审判后，由同一审判组织继续审理附带民事诉讼。

四、完善诉讼权利配置，强化我国刑事被害人人权保障的对策

法律规定的不完善，及一些司法实践的原因，直接导致被害人诉讼权利保障的不尽人意，甚至可以说是令人担忧。针对存在的问题，笔者认为，应从以下三方面对我国的刑事诉讼制度作进一步的完善：

（一）被害人应当享有更广泛的司法信息的知情权

在刑事诉讼法已明确规定被害人享有的不立案侦查的控告案件、移送审查起诉、不起诉、提起公诉案件的知情权的基础上，应通过修订刑事诉讼法或者作出司法解释，对司法机关的以下诉讼活动也应告知被害人：

1、对所有的报案、控告、举报或自首，受理机关无论立案与否，均应在一定的期限内告知被害人初步处理意见，建议受理机关在作出立案或者不立案决定之日起三日内告知被害人。

2、对犯罪嫌疑人采取刑事拘留、逮捕等强制措施，在通知犯罪嫌疑人的家属或者他的所在单位的同时，也应告知被害人；检察机关作出不批准逮捕决定，应同时送达被害人，并允许被害人申请复议。

3、审查起诉环节，检察机关应采用挂号邮寄、亲自上门送达等方式确保告知书及时送达被害人，并应认真听取其意见；为确保被害人尽快了解起诉案件情况，建议由检察机关在向法院提起公诉的同时，将起诉书直接送达被害人。

4、在审判环节，人民法院的裁定、判决书应及时送达所有的涉案

被害人；对被告人服判、公诉机关未抗诉的一审判决，也必须等被害人收到判决书五日内未请求公诉机关抗诉后，方裁定发生法律效力。

（二）应当设置被害人的法律援助制度

对因经济困难或者其他原因没有委托诉讼代理人，而自己参与诉讼能力又较差的被害人；或者被害人是盲、聋、哑或者未成年人而没有委托诉讼代理人的，人民法院可以指定承担法律援助义务的律师为其提供诉讼代理。

（三）需要修改完善附带民事诉讼的有关法律规定

首先，要通过司法解释，将告知被害人提起附带民事诉讼作为人民法院一种应尽的义务和责任。其次，要突破刑事诉讼法第77条关于损害赔偿限于物质损害的范围，将赔偿范围扩大为所有犯罪造成的所有损失，既包括物质损失，也应包括精神损失。第三，应在刑事诉讼活动中充分体现¡°民事赔偿优先¡±原则，在我国要全面确立财产犯罪的附带民事诉讼制度。财产犯罪受害人既可附带也可单独提起民事诉讼，要求犯罪人赔偿损失，并可根据生效判决，请求原处理的司法机关帮助予以追赃、退赃。

（四）需要重新构建并完善被害人权利保护的框架

结合我国的刑事立法现状，有必要重新构建并完善被害人权利保护的框架。主要包括以下几个方面：

1、加强被害人援助

许多被害人由于其特殊的诉讼地位或者某些特殊原因而不能有效行使诉讼权利，甚至还可能在刑事诉讼中处于不利的地位。强化我国被害人的法律援助主要是：（1）对法律援助权予以明确规定。从宪法高度对被害人的法律援助权给予明确，同时在刑事诉讼立法上规定被害人享有和被告人相对应的法律援助权，比如对经济困难或者其他原因没有委托诉讼代理人，而自己参与诉讼能力较差的被害人及其近亲属是盲聋、哑或者未成年人而没有委托诉讼代理人的，法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供诉讼代理；对符合一定条件的被害人应当缓、减、免诉讼费、鉴定费等。（2）司法实践要细化援助的规定。司法实践中应当将被害人法律援助纳入法律援助制度的总体框架中考虑，审判机关、检察机关、侦查机关和律师应当为被害人参与刑事程序提供相应的物质便利和法律上的帮助，如提供免费法律咨询、设立被害人误工补偿制度、对被害人的人身保护制度、被害人出庭期间的休假制度、为出庭被害人提供与他人隔离的休息室或者设立专门的被害人室等。（3）建立对被害人的社会救济制度。主要是建立被害人服务机构，建立经济援助的体系，充分尊重被害人的人格。

2、确立被害人独立提起民事诉讼制度

赋予被害人独立提起民事诉讼的权利是十分有必要的。毕竟附带民事诉讼是一种特殊的民事诉讼，与刑事诉讼同源不同质，其在保护被害人民事权益方面有先天的不足。民事侵权之诉中尚且存在精神损害赔偿，为何较之社会危害性严重许多的刑事案件，如强奸、猥亵、侮辱等行为，被害人只能就直接物质损失获得赔偿，这一制度显然不合理，而确立被害人独立提起民事诉讼制度则可以解决这一问题。

3、赋予被害人提起国家补偿的权利

所谓国家补偿，是指被害人受犯罪行为侵害后，不能从被告人处获得实际赔偿，国家在法定情形下加以补偿的制度。从社会的角度讲，在犯罪分子无法对被害人进行赔偿时，由国家对被害人进行适当的补偿，有利于维护社会公平，避免被害人过激行为的发生，维护社会稳定。我国还没有制定被害人国家补偿制度，鉴于中国的具体国情，可以规定：无法从犯罪人或是其他来源获得物质保障的、因故意犯罪受重伤的被害人及因故意犯罪死亡的被害人的遗属，有权利获得国家补偿。我国是社会主义国家，国家应尽最大力量实现犯罪人对刑事损害的赔偿，如果犯罪人本人没有任何赔偿能力，国家应当尽可能使有赔偿能力的与犯罪人有某种关系的人，合理地承担部分或者全部赔偿。对于不具有前述两类赔偿能力的犯罪人所造成的损害，国家应当承担赔偿责任。随着我国市场经济的逐步发展，法治建设的不断推进，在我国建立刑事被害人国家补偿制度的时机已基本成熟。

4、完善被害人赔偿制度

在刑事诉讼中解决好对被害人的赔偿问题，可以有效地使被害人从被害后果中获得恢复，平复被害人的心理，消除和缓解被害人和被告人之间的冲突，提高被害人及其他公民同犯罪作斗争的积极性，增强公民的法律意识。进而有于实现诉讼目的，维护社会安全。借鉴国外立法与司法经验，完善被害人的赔偿制度主要是：（1）将犯罪人赔偿损失可以从轻处罚作为一项基本规定。在考虑赔偿与刑事责任的关系时，不但要考虑赔偿损失的数额，而且也要考虑犯罪人对赔偿损失的态度和所做的努力。（2）将赔偿损失与缓刑、减刑和假释结合起来。（3）进一步完善民事赔偿优先原则。对某些没收的犯罪工具，可以用来优先赔偿被害人的损失，而不仅仅拘泥于犯罪人的没收财产，以此来最大限度地保证犯罪人的经济赔偿能力。（4）加大对犯罪人逃避赔偿责任的惩罚力度。（5）将精神损害赔偿列入法定赔偿范围。5、尊重被害人人格，避免其再度受害

加强被害人人权保障，有利于刑事诉讼的顺利进行，也有利于保证刑诉的公正，能切实保障被害人的合法权益和正当要求，促进刑事诉讼立法的日趋完善。

结束语

改革开放以来，我国顺应世界范围内加强被害人权利保护的发展趋势，在刑事立法这方面也做了一些努力，但加强对被害人权利的保护势在必行。建立并完善刑事被害人

权利保护制度是社会发展的必然要求与进步的标志。我相信，随着中国刑事立法和司法的不断完善和经济的发展，中国对刑事被害人权利保护的各项制度必将日趋完善。

作者单位：安徽梨都律师事务所

参考文献：

[1]许永强著：《刑事法治视野中的被害人》，中国检察出版社，2003年版。

[2]中华人民共和国最高人民检察院外事局编：《中国与欧盟刑事司法制度比较研究》，中国检察出版社，2005年版。

[3]徐静村主持：《中国刑事诉讼法（第二修正案）学者拟制稿及立法理由》，法律出版社，2005年版。

[5]宋英辉、孙长永、刘新魁等著：《外国刑事诉讼法》，法律出版社，2006年版。

[6]陈光中主编：《中华人民共和国刑事诉讼法再修改专家建议稿与论证》，中国法制出版社，2006年版。

[7]肖建华：《刑事附带民事诉讼制度的内在冲突与协调》，2001年第6期。

[8]王文祖：《刑事附带民事诉讼制度的立法缺陷与完善》，2004年第51期。

[9]蔡国芹：《论犯罪被害人国家补偿制度的构建》，2002年第5期。

[10]周建华：《论我国犯罪被害人国家补偿制度的构建》，2004年第4期。

确立我国以审判为中心诉讼制度下的被告人庭审前的阅卷权

宋　辉

【摘　要】被告人的辩护权是法定的权利，辩护权的实现依赖于通过庭审前阅卷室而案件的知悉，确立被告人的庭审前的阅卷权是当今世界各国刑事诉讼制度通行的原则。我国现行的刑事诉讼法并没有确立被告人庭审前的阅卷权，仅规定了辩护律师在庭审前可以和被告人“核对有关证据”，这种规定无法满足以审判为中心诉讼制度下庭审模式的要求。确立我国以审判为中心下的被告人庭审前的阅卷权不仅是刑事诉讼制度改革的必然要求，而且也具有可行性。

【关键词】被告人　辩护权　阅卷权

引言：

党的十八届四中全会指出：“推进以审判为中心的诉讼制度改革，确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验……保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用。”这一重大决策体现了刑事司法规律的内在要求，明确了刑事诉讼制度的改革方向。中国政法大学教授卞建林认为“以审判为中心，要求所有用作定案根据的证据都要在审判中提交和质证，所有与定罪量刑有关的事项都要经过法庭辩论，法官的判决必须完全建立在法庭审理的基础之上，被告人的辩护权及其他诉讼权利必须得到充分保障。通过建立公开、理性、对抗的平台，对证据进行审查，对指控进行判定，实现追究犯罪的正当性和合法性。”。显然，在以审判为中心的诉讼制度改革中，庭审模式的改革无疑是以审判为中心诉讼制度改革的核心，而被告人庭审前的阅卷权制度确立则是落实这种诉讼制度改革的重要途径之一。诉讼制度改革的当前，阅卷权制度的设立与否，无疑是理论界和司法实践中继续探求商榷的焦点。

一、阅卷权及其在各国刑事诉讼中的确立状况

所谓的被告人阅卷权是指让被告人在刑事诉讼中，为了维持同控方相等或者同等的地位，为了行使辩护权在法庭审理前获取指控自己犯罪的案卷材料信息的权利。辩护权是各国宪法赋予被告人的一项重要的公民权利，是被告人在刑事诉讼中最基本的权利，

而阅卷权则是被告人辩护权的重要组成部分。阅卷权来源于辩护权，又是实现辩护权的方法和途径。我国台湾学者林钰雄教授认为“辩护人于审判中得检阅卷宗及证物，此项权利简称为阅卷权，属于被告最为重要的辩护权利，法理基础导源于听审原则之下被告的请求资讯权，这是刑事诉讼中法律赋予被告人尽早获得被指控行为的相关信息，以便及时、有效地进行辩护准备的一种请求权。”。

目前，被告人的阅卷权已经被众多国际公约所明确，其中依据《欧洲人权公约》设置的人权法院的实践极大地丰富了公约中有关被告人阅卷权的内容，为成员国完善阅卷制度提供了重要参考，在其判例的影响下确认被告人的阅卷权已经成为现代法治国家刑事诉讼法的调整方向。

在英美法系中，英国是通过证据开示制度来实现刑事被告人对证据材料的阅卷和知悉的，相关法律规定警察有义务将侦查过程中获取的证据材料进行记录和保存，并向刑事被告人进行开示，而对于控诉机关获得的新的证据，还规定二次开示，使刑事被告人知悉控诉方掌握的全部证据材料。

为了保障刑事被告人知悉权落到实处，英国刑事诉讼制度中还规定了相应的救济措施。也就是说对没有进行告知而取得的证据，将会以程序违法之由而被排除适用。

美国也是通过证据开示制度实现刑事被告人的阅卷权和知悉权的。美国联邦刑事诉讼规则》第16条规定的证据开示的权利主体就是被告人，根据被告人的请求，政府应当将掌握的有关证据资料对被告人公开，并供其审查、复制或照相。

在大陆法系中，德国无论是理论界通说，还是司法实务以及刑事立法对阅卷权的权属都已经基本达成共识，即承认被追诉人是阅卷权的权利主体。

日本的刑事诉讼制度是引进欧洲大陆法系的诉讼制度，日本刑事诉讼法第180条规定“对通过证据保全程序取得的证据，嫌疑人、被告人都可以前往法院阅览……”。

总之，被告人庭审前的阅卷权是当今世界主流国家刑事诉讼制度普遍确立的一种诉讼制度。

二、我国刑事诉讼法中关于阅卷权的规定现状

1996年的刑事诉讼法仅规定了辩护律师在审判阶段的阅卷权，没有对被告人庭审前的阅卷权进行明确的规定。该刑诉法第三十六条第二款规定“辩护人字人民法院受理案件之日起，可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实和材料”。2012年在修订《中华人民共和国刑事诉讼法》时，虽然修改内容多达100多处，但是对被告人庭审前的阅卷权并没有太多的涉及，也没明确这一问题，仅仅在第三十七条第四款中规定了“辩护律师会见在押的犯罪嫌疑人、被告人，可以了解案件有关情况，提供法律咨询等；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。辩护人会见犯罪嫌疑人、被告人时不被监听。”修订后的这一新内容是否赋予了犯罪嫌疑人、被告人的阅卷权，无论是在法学理论界还是在司法实践中也都存在争议。

“确立说”认为我国刑事诉讼法中关于被告人的辩护权的设定是二重制，即被告人自我辩护和委托辩护人为其辩护。刑诉法第三十八条规定了“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。其他辩护人经人民法院、人民检察院许可，也可以查阅、摘抄、复制上述材料。”结合刑事诉讼法第三十七条款中的“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”规定，由此认为这种“核实有关证据”的权利就是我国新修订的刑事诉讼法确立的被告人庭审前的阅卷权。

“否定说”认为阅卷权是被告人独立行使的一种实现辩护权的权利，应当是既可以由被告人自己独立行使，也可以由其辩护人代为行使的权利。我国刑诉法并没有确立被告人自己独立行使这种权利，司法实践中被告人也无法实现这种权利，“核实有关证据”并不是理论意义上的阅卷权。因此，认为我国刑事诉讼中并未确立被告人的阅卷权。

笔者认可“否定说”的观点，认为我国的《刑事诉讼法》虽然确认了被告人的自辩权，但在该法中并没有确立保障被告人行使自我辩护权所必须拥有的庭审前阅卷权制度，“核实证据”不等于实质意义上的阅卷权。

三、现行法律关于阅卷权的规定不利于以审判为中心制度的实现

由于我国目前刑事诉讼立法仍然坚守“阅卷权归属辩护人”的传统观念，阅卷制度的设置与完善始终围绕辩护人展开，禁止被告人直接接触案卷。这样的权利设置不仅始终没能解决无辩护人的被告人的阅卷问题，同时由于阅卷权归属辩护人也无法使有辩护人的被告人在庭审前详细知悉案件的有关情况。这就直接导致诉辩双方在庭审中由于对案件信息知悉程度的不对称而实力失衡。庭审中被告人始终处于下风，庭审一边倒，辩论会成了“批斗会”。这种庭审模式既不利于法庭查明事实，也不能做到“兼听则明”。显然，这种阅卷权仅归属辩护人的制度以及所产生的实然效果与以审判为中心的诉讼制度改革的根本目的是相悖的。

在司法实践中，辩护律师的虽然阅卷权来源于被告人的辩护权，但却只是辩护人才能享有的诉讼权利。在以侦查中为中心下的传统庭审模式中的举证、质证实质上也只是在公诉方和辩护人之间进行。由于被告人庭前无法阅卷，对证据的来源、形式、证明目的不知情，在庭审中无法有效的质证、反驳，被告人作为当事人在法庭审理中被实质上边缘化了。被告人、虽是案件的当事人，面对公诉方的指控，却不能阅览指控的相关证据材料，这使得被告人无法有利地和有效地进行自我辩护。

虽然刑事诉讼法规定，在庭审前被告人可以通过辩护律师的会见“核对有关证据”，但是律师阅卷权和会见权并不能保障被告人对整个案件的知悉权。这种方式仅仅能使被告人对控方证据及案件有限的知悉权，既对全案情况无法了解，又对控方的指控证据无法全面了解，无法形成有效反驳辩解思路和方案。诚然，通过辩护人的庭审前会见，被告人可了解案件部分情况。但是在司法实践中，律师会见被告人时是不能将复制的案卷

提供给被告人的，否则的辩护人可能因“泄露国家秘密”而追究律师的刑事责任。所谓的“核实有关证据”也只能是律师宣读或者出示有关书证、证言、同案被告人供述等。对于一些视听资料、录音录像等证据，由于看守所会见室条件的限制，观辩、出示、观看、播放一些电子证据、音像资料都无法进行，核对证据也就流于了形式。这种被告人通过与律师的会见“查阅”案卷显然不能使被告人实现对案件的知悉权。笔者曾为一起犯非法吸收公共存款罪、集资诈骗罪单位犯罪的法定代表人进行辩护过，由于该案涉案金额高达3.8亿元，受害群众多达一千二百余人，整个卷中材料是84卷，涉及到的银行交易记录多达四千多笔，包括录音录像、电子数据、证人证言、鉴定意见、书证等各种证据一千多份。面对如此之多的各类证据材料，仅靠庭审前律师会见时核对这些证据，显然无法实现被告人对案件的知悉权。由于没有播放设备，音像资料、电子数据无法核对；由于被告人没有财务U盾数据，往来的银行交易记录和收缴款、还款数额无法核对。就是84本卷中材料都无法一一让其观辩，更不要说对上千份证据进行核对了。显然，寄希望被告人通过与律师的会见了解案件部分情况也无法实现。

虽然按照刑事诉讼法的规定，被告人可以再开庭前十天获得控方起诉书，可以通过起诉书了解指控的罪名和有关证据，但是起诉书仅仅只是对指控犯罪事实简要的表述，起诉书中对于指控证据，起诉书也仅仅以“上述犯罪事实有被告人供述与辩解、被害人陈述、证人证言、鉴定意见等为证”一笔带过，并不详细列举各个证据及内容。显然，被告人通过起诉书并不能了解案件全部情况，更不要说知悉公诉机关所指控的具体犯罪事实、证据详情了。

归根结底，没有被告人阅卷权的诉讼制度及这种制度下所产生的庭审模式和法律效果，无法满足以审判为中心诉讼制度改革的根本要求。

四、确立我国以审判为中心制度下阅卷权的必要性

以审判为中心的诉讼制度的核心是以庭审为中心，即“决战在法庭”，它“要求所有用作定案根据的证据都要在审判中提交和质证，所有与定罪量刑有关的事项都要经过法庭辩论，法官的判决必须完全建立在法庭审理的基础之上，被告人的辩护权及其他诉讼权利必须得到充分保障。通过建立公开、理性、对抗的平台，对证据进行审查，对指控进行判定，实现追究犯罪的正当性和合法性。”由此可以看出，法庭辩论是庭审的核心。而真正意义上的法庭辩论需要旗鼓相当的对手，没有对手，或者对手之间实力不平衡，双方实力悬殊很大，都很难形成真正意义上的辩论。这样庭审就没有“好戏”和看头，法官也无法通过庭审达到“兼听则明”的目的。因此说没有控辩双方的实力平衡，就无法形成对抗，也就没有真正意义上的辩论。而控辩双方的这种平衡就来源于双方对案件材料的知悉和掌握，被告人只有通过庭前阅卷，才能做好法庭辩论的准备工作。

在奉行控辩平衡理论和以“以审判为中心”的诉讼理念中，阅卷权是被告人充分获取案件信息、实现有效辩护的重要制度，也是保障被告人充分行使辩护权的重要手段，

赋予被告人阅卷权也是当今世界各国通行的一项重要刑事法律制度。赋予犯罪被告人阅卷权不仅能够有效地促进司法公正，提高诉讼效率，而且也是尊重和保障人权在刑事诉讼活动中的具体体现。

1、确立阅卷权制度是被告人进行有效辩护的前提

在刑事诉讼中，被告人是与案件有切身利害关系并有权进行自行辩护的诉讼主体。被告人自行辩护，离不开对案件事实和证据的了解。在实践中，由于绝大多数被告人在开庭前不知悉案件全部情况，不了解证据的来源、种类、内容、证明目的、是否合法等，无法在开庭前形成自己的质证意见和辩护思路，做好“备战”，在庭审时只能仓促“应战”。在司法实践中，对于一些证人证言、被害人陈述，同案被告人的供述和辩解，公诉人在法庭举证、质证阶段往往都是有选择性的宣读，这些证据形成的时间、地点、询问人（讯问人）、在场人、记录人、签字等内容并不宣读，也不出示让被告人观辩。虽然辩护律师在庭审前可以和被告人“核对有关证据”，但是由于刑事诉讼法并没有明确规定“核对有关证据” 的范围，大多的辩护律师出于自身安全的考虑，往往仅仅是核对被告人自己的供述和辩解，以及鉴定意见、书证及其他客观证据。对于证人证言、同案被告人的供述和辩解，辩护律师大都视为“雷区”，庭审前不敢与被告人“核对”。笔者在一次樊崇义老师讲课中得到的建议就是尽量不要去“核对”证人证言、同案被告人的供述和辩解这些主观证据。对于一些鉴定意见、辨认笔录、现场勘验等证据，庭审中虽然会让被告人进行短暂的观辩，但是对于这种被告人庭审前不知情、庭审时毫无准备的证据出示、质证，大多数被告人不能及时发现证据的瑕疵或从被告人的角度出发对证据的真实性作出判断，只能是茫然应对，或者简单的以“有异议”进行质证辩解，从而导致被告人无法有效行使其自辩权。

因此，只有确立了被告人的庭审前的阅卷权，才能确保被告人刑事自行辩护权并进行有效的辩护。

2、确立阅卷权制度有助于辩护律师的有效辩护

辩护律师要行使辩护权，履行好辩护职责，通过法庭审理达到最佳的辩护效果，除了了解公诉机关的证据材料外，还必须与被告人进行充分沟通，双方意见一致，形成合力，相互配合，才能更好地为被告人辩护，达到最佳的辩护效果。辩护律师不论是为被告人做无罪辩护，还是为被告人做轻罪、罪轻辩护，都应当征求被告人本人的意见。而被告人要形成自己的意见，就必然要对案件的全部情况知情了解。同时，辩护律师的辩护思路的形成，辩护策略的实施，也离不开被告人的支持和配合。如被告人庭申请知悉公诉机关对其指控的全部案卷材料，既可以与辩护律师对这些指控证据的合法性、真实性形成一致意见，也可以对这些证据的关联性和证明力大小形成一致意见，从而对公诉机关的指控犯罪能否成立、罪重罪轻、此罪彼罪形成一致的判断。这样，被告人就可以在多方面与辩护律师达成共识，使得辩护律师的辩护更有效、具有针对性。

3、确立阅卷权制度有利于提高法庭审理的效率

在司法实践中，一些音像资料、录音录像等证据必须播放给被告人观看以便被告人质证。如果确立被告人的庭前阅卷权，这些证据就可以在庭前让被告人观看，在庭审中就可以节约大量的观辩时间。对于哪些证据数量庞大电子数据、银行交易记录，如果被告人仅在庭上花费大量的时间去阅读和熟悉证据，不仅无法让被告人形成有效的质证和辩解，而且也必然严重影响庭审的效率；如果不让被告人在法庭审阅读和熟悉这些证据，又必然使庭审中的质证、辩护流于形式。如果确立被告人的阅卷权，被告人通过庭审前的阅卷在法庭审理前就知悉公诉机关的全部指控证据，对哪些证据有异议，对哪些证据没有异议，庭审交换证据时就已经形成确认的意见，公诉机关在庭审出示证据时对没有异议的证据就可以一笔带过，仅举证证据目录；对于有异议的证据重点举证质证，控辩双方集中极力有针对性地攻防，既可以明确争议焦点，也可以约庭审时间，提高诉讼效率。

五、司法实践中确立被告人庭审前阅卷权的可行性

在以侦查为中心的诉讼制度下，由于刑事侦查技术的落后等主客观原因，侦查机关过度地依赖被告人的供述与辩解、证人证言等主观证据。认为被告人一旦行使阅卷权，就容易诱使被告人翻供从而影响供述的真实性，给法庭查明案件事实带来困难，甚至会给被告人报复证人、被害人提供了机会等一 些负面作用。被告人通过庭审前查阅公诉方的证据材料，可以知道同案被告人的供述和辩解、证人证言以及被害人的陈述中哪些对自己有利，哪些对自己不利，有可能推翻原来的有罪供述，做出不真实的陈述，或者伪造证据、唆使证人改变证言，甚至对证人、被害人实施报复。这显然不利于查明案件事实的真相、实现国家的刑罚权。

当然了，过去一些看守所的监舍条件和设施也是反对确立被告人庭前阅卷权的理由。

但是，随着诉讼制度的改革，庭审模式重塑的要求，以及科学技术的发展，在我国确立被告人庭前阅卷权制度不仅具有必要性，而且具有可行性。

1、刑事侦探技术的发展使侦查机关摆脱了对被告人供述的依赖，依靠侦查技术、痕迹检验、生物科学技术等能够查明案件事实。

在刑事科学技术飞跃发展的今天，仅仅依赖被告人供述定案的时代已不存在。法医学、物证检验学、遗传基因学等刑事侦探技术的发展为案件的侦破提供了技术支持；计算机技术、互联网的发展，也为案件的侦破提供了便捷的条件。这在客观上使侦查机关摆脱了对被告人口供的依赖，被告人零口供，甚至被告人翻供、串供，照样也能查明案件事实，公诉机关完全不要担心被告人庭前阅卷会造成翻供、串供等不利后果。

2、在移送起诉后，公诉机关指控的犯罪事实和依据的证据都已经确定，对犯罪嫌疑人讯问以获取供述的侦查活动已经终结，让被告人查阅指控犯罪的证据，即便部分被

告人阅卷后发现控方证据不足，或者证据相互间存在矛盾时，心存侥幸心理推翻原来所作的有罪供述，但是在充分的客观证据存在的情况下也不会对追究犯罪产生不利影响。

3、监舍条件更新、监所设备的完善使被告人庭前观看录音录像、视听资料，查阅电子数据成为现实。目前，我国大多数地方都新建了看守所，这些看守所监舍充裕，条件较好，配备了电视、电子阅览室，有的甚至安装了空调。在看守所设立单独的阅卷室成为可能，在阅卷室里安装电脑等播放视听资料的设备也是完全可能的，这就为实现被告人的阅卷权提供了物质条件。

综述，赋予被告人庭前阅卷权是落实以审判为中心诉讼制度改革的关键措施之一，对于促进司法公正、维护被告人合法权利及提高诉讼效率等具有重要意义。目前，已经有一批法学专家和人大代表、政协委员在两会中已提出相关建议。笔者也建议立法部门加大对该问题的调研力度，在借鉴他国经验的基础上，尽早确立符合我国国情的被告人庭前阅卷权制度。

作者单位：安徽三联律师事务所

刑讯逼供与错案之间的三个关联分析

何志平

【摘　要】通过梳理2008年至2014年已纠正的具有典型代表意义的七起刑事错案引发“刑讯逼供与错案之间关联分析”的思考。笔者按照刑事案件的发展规律从三个方面予以分析：从社会心理学角度看，“挫折攻击理论”是刑讯逼供与错案之间的“引擎”；从司法实践角度看，惯性思维是刑讯逼供与错案之间的“推手”；从司法理念角度分析，“疑罪从轻”观念是刑讯逼供与错案之间的“媒介”。从而分析出侦查阶段为什么会发生刑讯逼供、审查起诉阶段为什么会忽视、默许、甚至放纵刑讯逼供行为的存在以及审判阶段为什么又会采信刑讯逼供获取的口供定案的原因。

【关键词】刑讯逼供　错案

近年来，云南昆明杜某某故意杀人案、浙江杭州张氏叔侄强奸案等数起错案相继涌现。另据报道，2013年至2016年，全国各级法院依法宣告3718名被告人无罪，更牵动着民众对司法公正期待的神经，在社会上产生了强烈反响。回顾近年来发生的错案可以发现，绝大数案件中都或轻或重地存在着刑讯逼供，仿佛刑讯逼供与错案就是一对孪生兄弟，形影不离。难道刑讯逼供就一定会引发错案吗？或者说两者之间有多大的关联？在开始我们对这问题的讨论之前，先回顾以下几则具有代表性错案的案例。

一、近年来代表性错案之纵览

案例一：山西乡宁郝某某抢劫错案

1998年1月22日，警方发现山西省乡宁县台头镇斐家河煤矿工人刘茵和被杀。警方经排查发现郝某某有重大作案嫌疑，并在其住处搜出一件带血迹的白衬衣，同时，发现郝某某所穿的皮鞋与案发现场留下的鞋印花纹特征相符。同年1月24日，郝某某被刑事拘留并于当晚承认因图财将刘茵和杀害，同年5月14日，郝某某被提起公诉，之后，一审法院以抢劫罪判处郝某某死刑，缓期二年执行，同年12月30日，郝某某被送往监狱服刑。

2007年3月，因盗窃被河南警方抓获的牛某某交代了伙同张某某、蔡某某抢劫并杀死刘茵和的事实，之后，张某某、蔡某某先后被抓获归案，二人归案后供述了抢劫杀人事实，并称作案后将所穿的白衬衣和皮鞋留在郝某某处。2008年1月，郝某某被无罪释放。

案例二：河南柘城赵某某故意杀人错案

1998年2月15日，警方发现河南省商丘市柘城镇老王集乡赵楼村赵振晌已失踪4月有余。1999年5月8日，赵楼村发现一具高度腐败的无头、膝关节以下缺失的无名尸体。经排查，警方发现赵某某有重大作案嫌疑，同年5月9日，赵某某被刑事拘留并先后作出9次有罪供述。2002年11月11日，赵某某被提起公诉，同年12月，其被一审法院以故意杀人罪判处死刑，缓期二年执行。2010年4月30日，“死亡”的赵振晌返回村中，同年5月9日，再审法院宣布赵某某无罪释放。

案例三：云南昆明杜某某故意杀人错案

1998年4月22日，昆明警方发现一辆昌河牌面包车内有两名警察被枪杀。经过排查，死者王晓湘的丈夫、昆明市公安局戒毒所民警杜某某进入专案组的视线。同年7月2日，杜某某被刑事拘留，同年7月26日警方向检察机关提请逮捕。1999年2月5日，一审法院以杜某某犯故意杀人罪，判处死刑立即执行，宣判后，杜提出上诉，同年11月12日，二审法院留有余地地将杜的量刑降格为死刑并宣告缓期二年执行。

2000年6月14日，昆明警方破获杨天勇劫车杀人团伙案，并查实杨天勇等三人系当年杀害两名警察的真凶。2000年7月6日，杜某某被云南省高院再审改判无罪，当庭释放。此后，对杜某某进行过刑讯逼供的责任人被追究刑事责任。

案例四：广西东兰县王某某抢劫错案

2001年10月10日，广西壮族自治区东兰县武篆镇拉乐村村民王某某持尖刀至广西警方110岗亭报案，随后警方发现吴宗谋被人砍伤在家中，因伤势过重于次日下午死亡。2002年8月2日，检察机关以故意杀人罪对王某某向法院提起公诉，同年11月12日，一审法院以抢劫罪判处王某某死刑，王某某提出上诉。2005年3月14日，二审法院以抢劫罪改判王某某死刑，缓期二年执行。

2007年5月5日，警方发现杀害吴宗谋的真凶系在罗城监狱服刑的东兰县东兰镇覃某某。之后，检察机关经审查后认为，由于证明王某某抢劫杀人的证据发生变化，向法院撤回对王某某的指控并作不起诉处理。

案例五：浙江杭州张氏叔侄强奸错案

2003年5月19日上午，警方发现在浙江省杭州市西湖区留下镇村民在溜泗路旁边的水沟中有一具青年女性尸体，经查被害人因机械性窒息死亡，指甲内检出被害人和一名男性的混合DNA。经警方排查，被害人王某在安徽歙县竹铺镇搭乘的货车驾驶员张某某、张某叔侄俩具有重大作案嫌疑。2003年5月23日，警方在安徽将张氏叔侄俩抓获，二人归案后，先后于5月28日、6月18日作出了有罪供述。2004年4月，一审法院以故意杀人罪判处张某死刑、张某某无期徒刑，同年10月，二审法院改判张某死缓、张某某有期徒刑十五年。

2011年11月，警方发现被害人王某指甲内的DNA混合谱带含有抢劫并杀害浙大女学

生的抢劫杀人犯勾某某的DNA分型。经再审，于2013年3月宣告张氏叔侄无罪。

案例六：安徽巢湖“9·02”故意伤害错案

2005年9月2日凌晨，警方发现被害人刘某某在安徽省巢湖市政府门前的水塘起虾笼时被人打昏，经抢救无效于同年9月7日死亡。经过排查初步认定系王某、焦某、张某、张某四名学生所为，9月9日下午，警方将王某等四人传唤至刑警队问话，至9月10日凌晨，王某等四人陆续供述了殴打并致被害人死亡的事实。同年9月10日，警方将四人刑事拘留，同年10月8日向检察机关提请批捕，检察机关经审查后认为此案证据不足，不符合逮捕条件，经有关部门协调，同年10月21日检察机关对四人予以批准逮捕。

此后，警方又开展了包括技侦、狱侦、测谎等侦查工作，在仍不能达到移送起诉的情况下，于同年12月15日对四人取保候审。与此同时，警方对该案重新梳理，先后于2006年1月19日至22日，相继在上海、合肥、灵璧等地将王伟等四名犯罪嫌疑人抓获，该四名犯罪嫌疑人对殴打刘某某的犯罪事实供认不讳。至此，“9·02”错案浮出水面。错案发生后，相关责任人受到严肃处理，其中两名办案民警被追究刑事责任。

案例七：呼格某案故意杀人错案

1996年4月9日，在呼和浩特第一毛纺厂家属区公共厕所内，一女子被强奸杀害。报案人是呼格某，公安机关认定呼格某是凶手。

1996年5月23日，呼和浩特市中级人民法院作出判决，判处呼格某死刑，剥夺政治权利终身。呼格某不服，提出上诉。1996年6月5日，内蒙古自治区高级人民法院作出刑事裁定，驳回上诉，维持原判。1996年6月10日，呼格某被执行死刑。

2005年10月23日，赵某某承认他曾经在1996年4月的一天，在第一毛纺厂家属区公共厕所内杀害了一名女性。引发媒体和社会的广泛关注。2006年，内蒙古司法机构组织了专门的调查组复核此案。2007年1月1日，赵某某的死刑被临时叫停。

2014年11月20日，呼格某案进入再审程序，再审不进行公开审理。12月15日，内蒙古自治区高级人民法院对再审判决宣告原审被告人呼格某无罪，之后启动追责程序和国家赔偿。12月19日，内蒙古公、检、法等部门启动呼格某案的追责调查程序。

二、刑讯逼供与错案之间的关联分析

（一）从社会心理学角度分析，“挫折攻击理论”是刑讯逼供与错案之间的“引擎”

从本质上看，刑讯逼供是一种发生在特定环境下、特定的主体之间的典型的攻击行为，其符合挫折攻击的情景预设，因此用挫折攻击理论对之进行分析，对于我们洞悉刑讯逼供产生的社会心理原因无疑具有十分重要的意义。同时，对于透视刑讯逼供与错案之间的关联必然具有逻辑上的分析作用。现代心理学有一个基本原理：挫折会引发攻击性的情感。这就是著名的挫折攻击理论。挫折攻击理论最早是由美国心理学家多拉德等人提出的，主要用于说明人为什么会表现出攻击他人的越轨行为，后来的学者对它作了一些修正，现如今挫折攻击理论已成为解释犯罪原因的重要流派之一。挫折攻击理论认

为：挫折——人们在追求目标的过程中遇到的阻碍的感觉——会提高一个人作出攻击的可能性，其基本机理是：当人们的欲望得不到满足时，就会体验到挫折感，挫折感诱发人们的愤怒和焦虑，因此容易导致攻击行为。[1]为论证“挫折攻击理论”是刑讯逼供与错案之间的“引擎”观点的成立，笔者试图根据获取的案例进行针对性的分析。

我们来看郝某某抢劫错案和张氏叔侄强奸错案的分析。郝某某在侦查阶段仅仅做过一次有罪供述，而其在批捕阶段被发现的身体受损状况让人无法直视：入看守所时体检表记载的“浑身多处青紫和肿块”，并在乡宁县医院手术切除了右肾和脾脏。张某在侦查阶段有16次供述和2份自书材料，前2次是无罪辩解，被羁押4天后开始作有罪供述，持续到批捕阶段。张某某在侦查阶段有15次供述和2份自书材料，前9次是无罪辩解，被羁押23天后开始作有罪供述，第15次翻供并拒绝签字，审查批捕阶段认罪，审查起诉阶段翻供。根据相关资料显示，张某某手腕有三处伤痕，张某脸上有一道伤痕。这样巨大的反差，让人一下子联想到了刑讯逼供这一幕，让人产生合理想象的是：办案民警在当年讯问时遭遇了“无罪辩解”的挫折，而当时获取的信息提高了办案民警攻击的可能性，在郝某某抢劫错案中的信息为：一件带血迹的白衬衣和一双与案发现场鞋印花纹吻合的皮鞋，而在张氏叔侄强奸错案中的信息为：被害人搭乘张氏叔侄的货车从安徽至杭州。在这样的情景中，办案民警的愤怒无法自我消解且超出承受范围，于是在封闭的审讯环境中刑讯逼供便“顺理成章”地发生了。同样的思路在审查起诉阶段和审判阶段相继出现，“不打不出货，一打案就破”或许成为侦查、审查起诉、审判之间心照不宣的秘决，从而从心理上认同刑讯逼供是树立司法权威的“杀手锏”这样一种错误认识。

按照挫折攻击理论，挫折并不必然导致攻击行为。在大多数情况下，挫折引起的愤怒只有与特定的社会情境相结合才会激发人的攻击行为，而且只有当激化因素的力量大于抑制的力量时，由挫折引发的愤怒才会最终导致攻击行为的发生。[2]这种情形在王某某抢劫错案中表现的尤为明显，虽然王某某作出多次无罪辩解，但是其没有遭受刑讯逼供。此案中，王某某接受过警方17次讯问，其均否认自己是凶手，也是被害人之一。如此多的讯问挫折能不引起办案人员的愤怒吗？关于此案的资料显示，王某某并没有遭受刑讯逼供。在我们看来，没有激发刑讯逼供的攻击行为与王某某身上有伤是有很大关系，对王某某的讯问挫折引发的愤怒还处于抑制状态。因为，王某某在报案时，其身上胸前部、胸背部、手臂已有39处伤口，背部还有10多处伤口。

（二）从司法实践角度分析，惯性思维是刑讯逼供与错案之间的“推手”

“司法实践表明，错误的执法理念和司法观念，是导致冤假错案的深层原因。只有彻底纠正那些不符合法治精神的错误观念和做法，才能消除冤假错案再次发生的现实危险。”[3]回顾近年来发生的冤假错案，绝大部分原因是侦查机关对犯罪嫌疑人、被告人采取了刑讯逼供，从而获取了有罪的口供。口供作为一项直接证据，既能反映案件的事实过程，又可传达行为主体与案件事实的关系及其行为的意识和意志因素，具有典型的

“人事合一”之特征。因此，口供能否作为定案的依据当然在于口供本身是否真实可靠。[4]值得反思的是，这些案件历经审查起诉、审判，为何就没有发现、排除这些刑讯逼供获取的非法口供呢？主要的、深层次原因还是受惯性思维方式的影响。在呼格某案故意杀人错案中，由于控辩双方的惯性支配下的失误，让这起案件无法峰回路转。1996年5月7日晚，控方检察官再次提审了呼格某，呼格某翻供并供述了警方逼供及诱供的过程。笔录显示，检察官对呼格某使用了“你胡说”等语言，否定了他的翻供，这份笔录并未引起控方的重视。而在随后的法院审理中，检察官指控吉勒图就是杀人凶手。庭审中，辩方做的也是有罪辩护，请求法院从轻发落。终审后，呼格某的父亲再次至检察机关，请求调查清楚，接待他的检察官拒绝了他的请求。

“人们要打破旧有观念的束缚，挣破旧有思想的牢笼，大胆创新，对未解决的问题提出新的假设或解决的可能，并在假设或者可能的道路上进行证明”。[5]在五四时期，胡适提出“大胆的假设，小心的求证”十字真言，把实用主义哲学，变成方法学的口号。胡适考证《红楼梦》、《水浒传》，取得了可观的成就，也都运用这十字真言解决问题。这个研究法，近似牛顿所言之综合方法，从想当然的原理或者假设出发，先“假定原因已经找到，并且已把他们立为原理；再用这些原理去解释由他们发生的现象，并证明这些解释”。[6]不可否认的是，现代经济的发展造就了刑事案件认定的复杂性，如何破解难题关键还在于思维方式的转变。北京大学教授朱苏力在中南财经政法大学探讨“法律的复杂性”问题时，认为法律问题越来越复杂，这主要源于两个方面：一是客观物质世界的发展变化；二是法律人的思维。[7]因此，对于司法实践中出现的疑难复杂案件的处理，还是有必要引入“大胆假设·小心求证”思维方式，突破惯性思维的藩篱。为印证对上述观点的认同，笔者就所引用的案例进行“大胆的假设，小心的求证”。

而在浙江杭州张氏叔侄强奸错案中：在提请逮捕阶段，就已经发现主要证据之间无法相互印证，案件到了审查起诉阶段，证据没有发生根本性变化，发现的问题仍然存在。主要表现为：（1）二人供述中关于强奸时各自所处于车内的位置不一致；（2）二人供述中关于被害人衣着不一致；（3）二人供述中关于抛尸路线不一致；（4）二人有没有作案时间、作案动机合理性等均存在疑问；（5）根据对被害人指甲中提取的DNA谱带的鉴定报告，不能排除有第三人实施犯罪的可能。同时，在审查起诉阶段，发现了张某某手腕处有三处伤痕。案件在一审、二审阶段，审判机关并没有采纳关于刑讯逼供和不具有作案时间等辩护意见。如果当初大胆假设前述辩护意见能够成立，是不是要围绕否定作案进行小心的求证呢？据对汽车的勘查发现，因为车内没有足够的空间，被害人的体位导致强奸很难发生；另对尸检报告分析，如果强奸行为发生于驾驶座上，由于该驾驶座与副驾驶座之间只有10-20公分的间隙，且中间有手刹，如果被害人被按倒强奸致死的话，被害人的背部应该有机体组织反应，但是尸检却没有痕迹。值得一提的是，已有足够的证据包括张某某手腕处的伤痕和无法理解的作案动机（在用自己手机与被害人

亲属联系之后作案）足以引起刑讯逼供成立的大胆假设，然而，在惯性思维方式的作用下，这些本应该被高度重视却一而再、再而三地被忽略，最终使案件滑向错案的深渊，是否应该引起我们反思呢？

虽然在王某某抢劫错案中并不存在刑讯逼供，但是惯性思维方式的作用是同样存在的。剥开王某某抢劫错案的证据看，我们可以发现当年认定王某某构成抢劫的证据主要有：（1）王某某在报案时身上离奇的多处伤口，经鉴定却符合自伤特点；（2）被害人在临死前所作的“与王子高的弟（即王某某）喝酒”的含糊陈述；（3）狱侦耳目为了立功而编造出的王某某抢劫并杀死被害人的证言。这些证据形成的王某某就是抢劫并杀害吴宗谋的凶手的思维定式一直持续至真凶的出现，没有考虑到王某某自己难以形成其体表所有的近50处刺创，更没有考虑到被害人是正值医院抢救和意识不清醒时作出的不完整表述。

作为犯罪侦查的一部分，…讯问的目的就是获取与特定犯罪嫌疑人的口供（由被控告或指控的人作出的承认罪行的书面或口头声明）相一致的信息的过程。…在审讯过程中主要有以下四个常见的问题需要经过验证：有价值的事实真相、排除对无辜者的怀疑、确定真正的犯罪人和获取认罪供认。[8]如果说张氏叔侄强奸错案和王某某抢劫错案是没有进行“大胆假设·小心求证”的反面案例，那么有没有正面的案例呢？答案是肯定的。在我们的研究中也发现了这样的案例，即安徽巢湖“9·02”故意伤害错案。值得庆幸的是，此案是笔者收集到的错案中唯一终结于侦查阶段没有进入审查起诉阶段的案例。在我们看来，其中主要得益于“大胆假设·小心求证”方法的运用、验证。此案在提请逮捕阶段，检察机关提出了诸多疑点并决定不予逮捕，之后在有关部门的协调下此案才予以逮捕。逮捕之后，巢湖警方并没有一捕了之，而是继续进行包括技侦、狱侦等方法予以验证。首先大胆假设这四个人的有罪供述是虚假的，然后带着假设问题进行验证。通过技侦手段验证四人的父母是否知情，通过测谎技术检验四人供述的真假，通过狱侦手段获取四人的真实心理。在通过多项验证之后，得出的结论是此案并非此四人所为，排除了无辜者的怀疑对象，及时调整了侦查方向，对案件的细节进行了重新梳理，仅仅在一个月之后就将真凶抓获归案，确定了真正的犯罪人，还原了案件本来面目。这些方法在我们看来，实际上就是“大胆假设·小心求证”思维方法的在司法实践中的有效运用、验证。

（三）从司法理念角度分析，“疑罪从轻”观念是刑讯逼供与错案之间的“媒介”

引发错案的原因是多方面的，但是在诸多的原因中，司法工作人员普遍接受并实施的“疑罪从轻”观念无疑是刑讯逼供畅通无阻地通向错案的桥梁。在某种程度上看，“疑罪从轻”实际上搭建了一个平台，各方利益在这个平台上得到了平衡。侦查机关为通过刑讯逼供手段而破获案件“沾沾自喜”，并且“乐此不疲”；公诉机关对于刑讯逼供行为的“默许”推动着案件进一步滑向错案的深渊；审判机关虽然发现了刑讯逼供行为，

但是为了应付各种各样的理由包括舆论的影响而予以从轻发落。对于审理中的刑事案件，在明知是疑罪案件时仍然作有罪从轻的判决，是对定罪法定标准的直接违反；而“留有余地”的判决，也是对疑罪从无原则的漠视。[9]我国刑事程序法和刑事实体法关于如何获取证据包括犯罪嫌疑人、被告人口供和违反规定的法律责任均作了详细、严谨的规定。我国《刑事诉讼法》第五十条规定：“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、犯罪情节轻重和各种证据。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。…”而我国《刑法》第二百四十七条也规定刑讯逼供罪：“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言的，处三年以下有期徒刑或者拘役。…”令人遗憾的是，这些规定在司法实践中都没有阻止刑讯逼供行为的“盛行”和错案的迭出，其重要原因还在于“疑罪从轻”观念的“根深蒂固”，疑罪从无理念没有落实到位，而不是法律规定的缺位。正如明朝的张居正曾言：“天下之事，不难以立法，而难以法之必行。”[10]

刑事司法中的“疑罪从轻”（也称“存疑从轻”），是指司法机关因证据等方面的原因，在对被告人是否构成犯罪的问题上产生犹豫，而出于种种考虑认定被告人构成犯罪，但从轻量刑。司法实践中最为典型处理存疑案件的方法是，按照刑法规定，对被告人所认定的犯罪理应判处死刑立即执行（或其他重刑），而以死缓、无期徒刑（或其他较轻自由刑）代替之。理论上有人将这种情况称之为“枪下留人”或留有余地的判决。[11]纵览诸多的错案可以发现，几乎每一个错案都有被告人因遭受刑讯逼供而做出的“有罪供述”，审判机关却根据具体案情作出从轻判决。因此，笔者有理由认为，与其说刑讯逼供是造成这些错案的重要原因，不如说“疑罪从轻”观念是刑讯逼供与错案之间的“媒介”，因为分析“疑罪从轻”观念，我们可以清楚地看到法院对存疑案件的矛盾态度，既知道根据现有证据，尚不足以认定被告人的行为构成犯罪，又认为被告人具有重大犯罪嫌疑，不甘心就此作出无罪判决，而使“犯罪分子逃脱法网”。显然在“不枉”和“不纵”之间，司法人员首先选择了“不纵”，在此前提下给日后可能的翻案留有余地，以便从形式上让“不枉”成为一种可能。[12]这里，我们可以这样理解，“疑罪从轻”为刑讯逼供向错案方向发展打开了一扇门。透视以下错案的分析，可以印证笔者的分析是成立的。

序号	错案名称	一审判刑	二审判刑	前后比较	刑讯逼供
1	郝某某抢劫错案	死缓	未上诉		是
2	赵某某故意杀人错案	死缓	未上诉		是
3	杜某某故意杀人错案	死刑	死缓	由死刑改为死缓	是
4	王某某抢劫错案	死刑	死缓	由死刑改为死缓	否

5	张氏叔强奸错案	张某死刑 张某某无期徒刑	张某死缓 张某某有期徒刑十五年	由死刑改为死缓	是
6	呼格某案故意杀人错案	死刑	死刑	维持	是

通过以上表格分析，我们可以看出，在列举的6件案例中，除去2件被告人因判处死缓没有上诉外、1件维持外，其他3件都无一例外地将一审的死刑改判为死缓，且5件均伴随着刑讯逼供行为。因此，我们有足够理由推断出在这样几则案例中，二审法院都扮演着“疑罪从轻”裁判者的角色，因为他们对其中的刑讯逼供行为不可能视而不见。

张氏叔侄故意杀人错案中，一审法院认为二人到案后分别多次作了有罪供述，虽然有些作案细节方面不尽一致，但对主要犯罪事实供述基本一致，其中部分供述有录像固定，基本排除不当审讯的可能，同时结合二人的指认笔录，最终将二人的“有罪供述”作为定案的依据，作出张某死刑、张某某无期徒刑的判决。这里值得注意的是，是“基本排除不当审讯的可能”，而不是排除。这里“基本排除”一词的暗含的信息应该是有证据排除但是也有证据不能排除，有证据排除即张某某手腕处的三处圆形伤痕、张某脸上的伤痕和二人曾遭受刑讯逼供的辩解，而有证据不能排除即二人的部分有罪供述得到了录像等证据的佐证。令人遗憾的是，二审法院对此案的证据分析与一审认定一致，只是将判决结果进行了改判，将张某由死刑改为死缓、张某某由无期徒刑改为有期徒刑十五年，显然“疑罪从轻”的处理模式起着至关重要的作用。郝某某抢劫错案中，一审法院针对郝某某关于本案系牛金贺和杨小国所为的无罪辩解时，曾提出调查牛金贺和杨小国去向的补侦意见。然而，在补侦证据并没有排除他人作案的情况下，仍然作出死缓的判决。虽然此案中，在郝某某住处搜到的白衬衣的血迹和其所穿皮鞋的鞋印及其鉴定意见，郝某某在第一次接受公安机关询问时谎称白衬衣的血迹系其嘴破所留和扣押的皮鞋从未外借这些信息给此案的判断带来极大的困难。会不会因工作疏忽被忽视了呢？答案是否定的。因为郝某某在批捕阶段就作出了无罪辩解，至审判阶段亦坚持无罪并提出了牛金贺等人系真凶的线索，而之后的事实证实此案正是郝某某提出的牛金贺等人所为。同时，此案中一些明显的证据揭示：郝某某在入看守所时，体检表记载着“浑身多处青紫和肿块”，且其在医院手术切除了右肾和脾脏。赵某某故意杀人错案中，警方对高度腐败的尸体做了四次DNA鉴定，在没有确定死者身份的情况下认定其为赵振晌，检方已发现被害人的DNA鉴定存在疑点但最终放弃这一疑点，而将赵某某在无法承受侦查人员轮流审讯达33天被迫作出的有罪供述作为定案依据提起公诉，一审法院采纳了侦查机关和公诉机关的意见，判处赵某某死缓。

以上是笔者根据真实案例分析得出的一些粗浅认识，试图从社会心理学、司法实践和司法理念三个角度出发，结合近年来发生的并已得到纠正的错案案例予以分析，试图

分析这样三个原因：在侦查阶段为什么会发生刑讯逼供？在审查起诉阶段为什么会忽视、默许、甚至放纵刑讯逼供行为的存在？审判阶段为什么又会采信刑讯逼供获取的口供定案？需要指出的是，笔者这些的论证纯属为了研究的需要，无意对当年办案人员的指责，因为我们需要更多的理性分析。对于如何防止错案的理论研究已较为透彻，司法实践中也进行了深入的反思并出台了具体的措施，因此笔者在此不敢“班门弄斧”，只是对近年来发生的具有代表性的错案案例予以梳理分析，试图揭示刑讯逼供与错案之间存在的三个关联，希冀为减少错案提供一些参考意见，孜孜不倦地追求一个法律人应有的目标——司法者必须始终坚守司法良知、理性和独立的底线，以彰显法治的光芒。[13]既要保护被告免于法官之擅断，亦要保护其免于警察之恣意。[14]

作者单位：安徽华人律师事务所

在押犯罪嫌疑人和被告人会见亲属制度的完善

陆栋良

【摘　要】在押犯罪嫌疑人、被告人是因涉嫌犯罪而被拘留、逮捕，等待审判的人员。由于被限制人身自由，他们更渴望家庭的温暖，更渴望见到久别的亲人，关押期间如果能见到亲人是他们莫大的心愿，为了早日重获自由见到家人，他们也愿意积极配合办案、认真遵守监规。根据《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》和《看守所条例》的规定在押犯罪嫌疑人、被告人有权会见亲属，但在我国司法实践中，亲属想见在押犯罪嫌疑人、被告人几乎不可能。这是有法不依以及对人权保护的漠视。本文通过对在押犯罪嫌疑人、被告人的定义和权利进行说明，对国际国内在押犯罪嫌疑人、被告人会见亲属的规定进行列举，对国际国内该规则适用的现状进行分析，提出建立健全在押犯罪嫌疑人、被告人会见亲属制度的具体建议，从而呼吁法治社会建设中司法文明和人权保障的落实，希望得到立法和司法部门的重视。

【关键词】在押犯罪嫌疑人　被告人　会见权　人权保障　司法文明

一、在押犯罪嫌疑人和被告人的定义及其基本权利

1、在押犯罪嫌疑人和被告人的定义

犯罪嫌疑人（crime suspect）是指对因涉嫌犯罪而受到刑事追查的人，在检察机关正式向法院对其提起公诉以前的称谓，在被提起公诉之后称被告人（accused person），在被法院判决有罪并生效后成为罪犯（criminal）。依无罪推定的原则，除非经审判证明有罪确定，不然犯罪嫌疑人和被告人是无罪的。在押（detain）犯罪嫌疑人和被告人是指依据法定程序被司法机关采取拘留、逮捕等限制人身自由的犯罪嫌疑人和被告人。

2、在押犯罪嫌疑人和被告人的基本权利

我国法律规定的在押犯罪嫌疑人和被告人应当享有的权利具体应包括：保障其基本生活的权利、获得法律帮助、委托辩护人、申请取保候审、使用本名族语言文字进行诉讼、要求解除强制措施、申请补充鉴定或重新鉴定、提出控告和申诉、与律师会见和通信的权利。在国际通行做法中还包括与亲属会见和通信的权利，在合理期限内获得审判的权利，而这正是我国人权保障方面被长期忽视的权利。会见交流权是犯罪嫌疑人和被告人的一项最基本的诉讼权利，是公民言论行为自由与法律帮助权的宪法基本权利和无罪推定的基本人权在刑事诉讼中的具体要求。[1]

3. 国际公约中关于关押犯罪嫌疑人和被告人权利的规定

联合国《公民权利和政治权利国际公约》[2]第10条规定：“所有被剥夺自由的人应给予人道及尊重其固有的人格尊严的待遇”。

根据联合国大会1988年12月9日第43/173 号决议通过《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》[3]，其中原则1：“所有遭受任何形式拘留或监禁的人均应获得人道待遇和尊重其固有人格尊严的待遇。”原则 15：“虽有原则16 第4 段和原则18 第3 段所载的例外，被拘留人或被监禁人与外界，特别是与其家属或律师的联络，不应被剥夺数日以上。”原则 16条第4段：“本原则所指的任何通知应不迟延地进行或允许不迟延地进行。但主管当局可因调查上述要求的特别需要在合理期限内推迟通知。”原则 18条第3段：“除司法当局或其他当局为维持安全和良好秩序认为必要并在法律或合法条例具体规定的特别情况外，不得终止或限制被拘留人或被监禁人授受其法律顾问来访和在既不被搁延又不受检查以及在充分保密的情形下与其法律顾问联络的权利。”原则 19：“除须遵守法律或合法条例具体规定的合理条件和限制外，被拘留人或被监禁人应有权接受特别是其家属的探访，并与家属通信，同时应获得充分机会同外界联络。”原则 31：“主管当局应力求按照国内立法确保被拘留人或被监禁人的家属特别是未成年家属在需要时得到帮助，并应专门采取特别措施对无人监护的儿童给予适当照料。1. 涉嫌被控犯有刑事罪行的被拘留人，在获得辩护上一切必要保证的公开审判中依法确定有罪之前应被视为无罪。2. 在调查和审判期间，只有在执法上确有必要时，才能根据法律具体规定的理由及其条件和程序对这种人进行逮捕和拘留。除为拘留目的、或为防止阻碍调查和执法过程、或为维持拘留处所的安全和良好秩序而确有必要外，应禁止对这种人施加限制。”

《联合国保护被剥夺自由少年规则》[4]第59条规定：“应提供一切手段确保所内少年与外界充分接触，这是他们有权享有的公正人道待遇的一个组成部分，对使青少年作好准备重返社会来说也极其重要。应允许所内少年与其家人、朋友以及外界有信誉组织的人员或代表接触，允许他们离开拘留所回家探亲，并应特准由于教育、职业或其他重要原因而外出。”第60条规定“拘留所内少年均应有权经常定期地接受探访，原则上每周一次，至少每月一次，探访的环境应尊重少年的隐私及其与家人和律师接触并进行无拘束交谈的需要。”可见，针对未成年犯罪嫌疑人和被告人的亲属会见权的规定更加详细、具体，对未成年人的权利保障同样应得到重视。

联合国《囚犯待遇最低限度标准规则》[5]第4条规定：“（1）规则第一部分规定监所的一般管理，适用于各类囚犯，无论刑事犯或民事犯，未经审讯或已经判罪，包括法官下令采取‘保安措施’或改造措施的囚犯。”第37条规定：“囚犯应准在必要监视之下，以通信或接见方式，经常同亲属和有信誉的朋友联络。”

以上国际公约可见，国际通行的刑事司法人权保护规则包括犯罪嫌疑人、被告人、

罪犯都应享有足够的人道主义待遇和尊严，都享受会见亲友的权利，与亲属会见交流是人与人之间社会属性最基本的展现，是人类的基本权利不容侵犯。

4. 台湾地区关于在犯罪嫌疑人、被告人会见亲属权利的规定

台湾地区“刑事诉讼法”[6]第 34-1 条规定：“限制辩护人与羁押之被告接见或互通书信，应用限制书。限制书，应记载下列事项：一、被告之姓名、性别、年龄、住所或居所，及辩护人之姓名。二、案由。三、限制之具体理由及其所依据之事实。四、具体之限制方法。五、如不服限制处分之救济方法。限制书，由法官签名后，分别送交检察官、看守所、辩护人及被告。侦查中检察官认羁押中被告有限制之必要者，应以书面记载第二项第一款至第四款之事项，并检附相关文件，声请该管法院限制。但遇有急迫情形时，得先为必要之处分，并应于二十四小时内声请该管法院补发限制书；法院应于受理后四十八小时内核复。检察官未于二十四小时内声请，或其声请经驳回者，应即停止限制。”“羁押法”[7]第23条规定：“请求接见者，应将姓名、职业、年龄、住所、接见事由、被告姓名及与被告之关系陈明之。看守所长官於准许接见时，应监视之。”第25条规定：“接见被告每次不得逾三十分钟，但由不得已事由，经看守所长官准许者，得延迟之。”

台湾地区一般在押犯罪嫌疑人和被告人被关押48小时内进入快速裁判，48小时之后在押犯罪嫌疑人和被告人都有权会见律师和亲属。香港特别行政区的《刑事诉讼程序条例》也有类似的规定。

5. 国外对在押犯罪嫌疑人、被告人会见亲属权利的规定

法国《刑事诉讼法典》[8]第145条第2款规定：“除前款规定情况外，任何被宣布临时羁押的人，在取得预审法官的许可后，可在羁押场所会见他人。”第3款规定：“宣布临时羁押后满一个月，预审法官不得拒绝许可被羁押人会见其一名家庭成员，除非特别说明是基于预审的必要以书面做出相反的规定。”第64条规定：“受到预防性羁押的人可以在规定的探视时间里接待预审法官同意发给探视许可证的人探视，特别是接待家庭成员的探视。”可见在法国被关押的犯罪嫌疑人、被告人在经过法定程序可以会见其近亲属；对于临时羁押满一个月的犯罪嫌疑人、被告人原则上是可以会见其家庭成员的。

韩国《刑事诉讼法》[9]第34条规定：“辩护人或要做辩护人的人，可以探视被羁押的被告人或嫌疑人”。第91条规定：“法院有相当的理由认为有逃跑或毁灭罪证可能时，依职权或根据检事的请求，可以禁止被羁押的被告与第三十四条规定之外的人接见，可以对收受的文书和其他物品进行检查、禁止收受或扣押。但不能禁止收受或扣押衣物、食品、医疗品。”可见韩国《刑事诉讼法》规定的在押人员除特别限制外，可以会见辩护人及辩护人之外的近亲属。

二、我国关于在押犯罪嫌疑人、被告人会见权的规定及执行

1、在押犯罪嫌疑人、被告人会见律师的规定

《中华人民共和国刑事诉讼法》[10]第37条规定：“辩护律师可以同在押的犯罪嫌疑人、被告人会见和通信。其他辩护人经人民法院、人民检察院许可，也可以同在押的犯罪嫌疑人、被告人会见和通信。”《中华人民共和国律师法》第33条：“律师担任辩护人的，有权持律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函，依照刑事诉讼法的规定会见在押或者被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人。辩护律师会见在押犯罪嫌疑人、被告人时不被监听。”这两部法律只规定了律师携带委托书、律师函、律师证就有权直接会见在押犯罪嫌疑人、被告人且不被监听，对会见亲属的权利只字未提。律师与在押犯罪嫌疑人、被告人的会见权已经能得到切实保障，这是基于对律师职业素养和执业纪录的信任，也是司法体制改革的一大进步。

2、在押犯罪嫌疑人、被告人会见亲属的规定

《中华人民共和国看守所条例》第28条规定：“人犯在羁押期间，经办案机关同意，并经公安机关批准，可以与近亲属通信、会见。”《中华人民共和国看守所条例实施办法》（试行）第34条规定：“人犯与其居住在境内的近亲属通信，须经办案机关同意，要求会见的须经县级以上公安机关或者国家安全机关的主管局、处长批准。人犯与其居住在香港、澳门、台湾的近亲属以及外国近亲属会见、通信，或者外国籍人犯与其近亲属、监护人及其所属国驻华使、领馆人员会见、与外国通信，均须经省、自治区、直辖市公安厅、局或者国家安全厅、局批准。”第35条规定：“会见人犯，每月不许超过一次，每次不得超过半小时，每次会见的近亲属不得超过三人。会见时，应当有办案人员和看守干警在场监视。对外国籍人犯，少数民族人犯和聋哑人犯，还必须由办案机关聘请翻译人员在场。会见中，严禁谈论案情，不准使用暗语交谈，不准私下传递物品。违反规定不听制止的，应即责令停止会见。”第36条规定：“经办案机关同意和县级以上公安机关主管局、处长批准，人犯可以临时离所探视病危的配偶、父母或者子女。案情重大和当日无法返所的人犯不准探视。探视的应当由二名以上办案人员押解和监视，并不得在所外过夜。”

《公安机关办理刑事案件程序规定》第360条规定：“公安机关侦查终结前，外国驻华外交、领事官员要求探视被监视居住、拘留、逮捕或者正在看守所服刑的本国公民的，应当及时安排有关探视事宜。犯罪嫌疑人拒绝其国籍国驻华外交、领事官员探视的，公安机关可以不予安排，但应当由其本人提出书面声明。在公安机关侦查羁押期间，经公安机关批准，外国籍犯罪嫌疑人可以与其近亲属、监护人会见、与外界通信。”

《看守所条例》和《看守所条例实施办法》（试行）都规定了在押犯罪嫌疑人和被告人有权会见亲属，以及具体会见的规定，但其表现载体均非基本法而是条例，其中规定了需要经过公安机关批准的限制性条款。《公安机关办理刑事案件程序规定》还特别规定了外籍犯罪嫌疑人经批准可以与其近亲属、监护人会见与外界通信，可见对非本国公民的待遇甚至高于本国公民，这也反映出不平等的司法待遇。

《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第24条规定：“移送审查起诉的案件具备以下条件之一，且其法定代理人、近亲属等与本案无牵连的，经公安机关同意，检察人员可以安排在押的未成年犯罪嫌疑人与其法定代理人、近亲属等进行会见、通话：（一）案件事实已基本查清，主要证据确实、充分，安排会见、通话不会影响诉讼活动正常进行；（二）未成年犯罪嫌疑人有认罪、悔罪表现，或者虽尚未认罪、悔罪，但通过会见、通话有可能促使其转化，或者通过会见、通话有利于社会、家庭稳定；（三）未成年犯罪嫌疑人的法定代理人、近亲属对其犯罪原因、社会危害性以及后果有一定的认识，并能配合司法机关进行教育。”第25条规定：“在押的未成年犯罪嫌疑人同其法定代理人、近亲属等进行会见、通话时，检察人员应当告知其会见、通话不得有串供或者其他妨碍诉讼的内容。会见、通话时检察人员可以在场。会见、通话结束后，检察人员应当将有关内容及时整理并记录在案。”该规定了未成年犯罪嫌疑人与其法定代表人、近亲属等进行会见和通话的权利，充分体现了对未成年人的特别保护，同时也做了限制性规定。

根据《中华人民共和国监狱法》第48条规定：“罪犯在监狱服刑期间，按照规定，可以会见亲属、监护人。”对于已经判刑入监服刑的罪犯可以正常会见亲属和监护人，而尚处于无罪身份的犯罪嫌疑人、被告人在判决前却几乎见不到亲属，这不符合国际通行的司法文明和人权保障原则，有悖于人权至上的现代法治精神。

3、在押犯罪嫌疑人、被告人会见亲属制度的执行现状

据统计：2016年度全国检察机关共批准逮捕各类刑事犯罪嫌疑人873148人，提起公诉1390933人。对不构成犯罪或证据不足的，决定不批捕131675人、不起诉25778人。对涉嫌犯罪但无社会危险性的决定不批捕90086人；对犯罪情节轻微、依法不需要判处刑罚的决定不起诉50787人。2016年度，全国各级人民检察院对不需要继续羁押的29211名犯罪嫌疑人建议释放或变更强制措施。核查出的羁押3年以上未结案的从2013年的4459人将至6人。2016年度各级法院审结一审刑事案件109.9万件，判处罪犯123.2万人。可见每年有大量的犯罪嫌疑人和被告人不被批捕和羁押，多年来一直有超期羁押现象存在，这一现状急需改变。

《中华人民共和国看守所条例》及其实施办法有关于在押犯罪嫌疑人、被告人会见亲属的规定，但程序繁琐严格，除办案机关同意，还需要公安机关或国家安全机关主管局、处长批准，对涉外或涉港澳台人员的会见还需要经省、自治区、直辖市公安厅、局或者国家安全厅、局批准。但在实践中除了司法机关办案人员外几乎只有律师或外交、领事官员可以会见在押犯罪嫌疑人、被告人，在押犯罪嫌疑人、被告人的亲属很少知道申请，就算申请了几乎都不会得到批准，会被告知只有委托律师才能会见。

司法实践中，公安机关和国家安全局多以为了防止串供、影响案件审讯等理由不予批准亲属会见。在案件侦查完毕移送检察院后至法院判决前，竟然还是同样的理由不予

批准会见。死刑犯在判决前不能会见亲属，竟然还有亲属没有接到会见通知就直接执行死刑的事件发生，这是对人道主义和人格尊严的无视。公安机关和检察机关在收押犯罪嫌疑人、被告人后会想尽办法收集证据指控犯罪嫌疑人、被告人有罪，很多情况下办案人员心里已经认定了他们有罪，常有发生刑讯逼供和超期羁押的违法行为，这与罪刑法定的基本原则是严重相悖的，究其根源是对人权保护的漠视以及法律法规的不健全。

三、应当保障在押犯罪嫌疑人、被告人会见亲属的权利

1、国际公约中关押犯罪嫌疑人、被告人的相关制度

《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第38项原则规定："以刑事罪名被拘留的人应有权在合理期间内接受审判或在审判前获释。"该公约中对确有证据证明犯罪嫌疑人、被告人有犯罪行为或正在实行犯罪行为的，确有必要抓捕和关押的前提下，在关押后有权在合理期间内接受审判或在审判前获得保释。

2、香港特别行政区关押犯罪嫌疑人、被告人的相关制度

香港特别行政区《刑事诉讼程序条例》第91条规定："（2）凡区域法院法官或裁判官根据第（1）款作出命令，区域法院法官或裁判官须立即通知司法常务官，而司法常务官须在切实可行的范围内尽快安排将被如此羁留的人带到法官席前，且无论如何须在48小时内带到，并须将带到的时间及地点通知律政司司长。" 第9 条规定："逮捕获准保释的人 （1）如属以下情况，任何警务人员可无须手令而逮捕和羁留任何获准保释的人—（a）该警务人员有合理理由相信该人获准保释的任何条件或约束该人的任何保释条件已遭违反或相当可能遭违反；或（b）任何警务人员接到为该人作出保释担保的任何担保人的书面通知，谓该担保人相信该人相当可能不按照法庭的指定归押，为此理由该担保人拟获宽免作为担保人的责任。（2）根据第（1）款逮捕任何人后，须在该人被逮捕后24小时内，或在其后切实可行的范围内尽快将该人带到一名裁判官席前，但如该人因其保释而在某一时刻须向任何法庭归押，而该人在紧接该时刻前24小时内如此被逮捕，则属例外，而在该情况下，该人须被带到该法庭席前。（3）根据第（2）款而将任何人带到法庭席前，如法庭觉得准予保释的任何条件已遭违反或相当可能遭违反，则法庭可—（a）命令将该人羁留扣押；或（b）准予该人保释，但须受同样的条件或法庭认为适合的其他条件所约束，但如法庭并不觉得如此，则法庭须将该人从扣押中释放，并以同样的条件准予该人保释。"

香港特别行政区对逮捕和羁押的犯罪嫌疑人、被告人必须48小时内接受法院提审，48小时内只能会见律师，除以法律文书的形式被限制接见的，48小时后亲属可以会见在押犯罪嫌疑人、被告人。简单的案件几天时间内就可以判决并交付执行，复杂的案子也给予更多的保释机会，减少确定有罪判决前错误关押和超期关押的情况。

3、应当准许在押犯罪嫌疑人、被告人会见亲属

从古至今，除特殊情况外在押犯罪嫌疑人、被告人会见亲属都是被准许的，是对在

押犯罪嫌疑人、被告人和其亲属的一种慰藉，是刑事司法人权的基本要求，也是我国作为重视家庭伦理观念的文明古国的具体体现。让在押犯罪嫌疑人、被告人与亲属直接会见符合人之常情，有利于在押犯罪嫌疑人、被告人与亲属当面沟通和安排家事，减少不必要的矛盾和担心，也能鼓励和支持在押犯罪嫌疑人、被告人认真接受教育改造，是在押犯罪嫌疑人、被告人和其亲属长期分离的补偿，这与律师会见具有本质上的区别，律师会见远远不能达到这种现实的效果。

我国办理刑事案件的程序较繁琐漫长，简单的案件经过侦查、审查起诉、审判三个阶段少则3个月，多则几年，犯罪嫌疑人和被告人可能关押的时间都超过可能面临的刑期，在此期间在押的犯罪嫌疑人、被告人几乎是见不到亲属的。这本身就是一种司法体制的诟病，国际通行做法是审前保释为主，审前羁押为辅的方式。由于司法途径花费的时间过长，各种事情都可能在此期间发生，如亲属和在押犯罪嫌疑人、被告人在长期见不到亲人的情况下病重甚至离世，亲属因长期见不到配偶选择离婚，未成年人见不到父母亲人自暴自弃放弃学业甚至自杀等，更有甚者发生母亲被关押而孩子饿死家中的惨剧。对于判决执行死刑的犯人，从被关押开始到执行前的漫长时间里，也只能在执行前见犯人一次，这让犯人和其亲属实在难以接受，是非常不人道的司法现象。如果亲属能定期会见在押犯罪嫌疑人、被告人，以上事件将很少发生，反而可能更有利于对在押犯罪嫌疑人、被告人的改造和疑难案件的侦破。如其亲属没钱请律师又不够申请法律援助的条件时，在押犯罪嫌疑人、被告人长期得不到法律帮助，也无法见到亲属，其基本申辩权和人身权都很难保障，何谈司法文明和人权保障。所以一般情况下，应当准许在押犯罪嫌疑人、被告人取保候审，必须关押的应准许其会见亲属，司法机关应当保障这一基本权利的实现。

四、建立健全在押犯罪嫌疑人、被告人会见亲属制度的建议

1、将在押犯罪嫌疑人、被告人会见亲属制度写入《刑事诉讼法》

限制在押犯罪嫌疑人、被告人会见亲属的规定竟然是由国务院公布的《看守所条例》，法律都未剥夺和禁止的行为，条例更不应当禁止，而应该规定的更明确和可操作性，将该制度上升到法律的层面上。应包括申请人的条件、申请的受理机关、批准和不予批准的法定事由、审批的时间和会见的时限、会见时的注意事项、违规批准和不予批准的法律责任等内容，明确在押犯罪嫌疑人、被告人会见亲属的权利和司法机关配合办理会见手续的义务。减少审前羁押的时间，简化侦查、起诉和审判程序，加快程序的进行，有利于减少错案和超期羁押的情况。原则上除了明文规定的特殊情况不予批准外应当准许亲属会见，将该权利常态化、制度化。在将本制度写入《刑事诉讼法》之前可以先由各省级人民法院、人民检察院、公安厅或公安局局、国家安全局、司法局联合发布《关于在押犯罪嫌疑人、被告人会见亲属有关问题的规定》，由各省、直辖市、自治区试点，经过一段时间的经验积累将推广至全国，并将该制度写入《刑事诉讼法》，从而

切实保障在押犯罪嫌疑人、被告人及其亲属的会见权。

2、在押犯罪嫌疑人、被告人申请会见亲属的范围

在押犯罪嫌疑人、被告人能会见的亲属应包括其配偶、直系血亲、三代以内旁系血亲、有继父母子女关系的继父母或继子女、共同生活在一起的亲属、由其抚养和照顾的亲友，以及其他确又必要会见的人员。亲属应携带身份证件、派出所开具的亲属关系证明、证明亲属关系存在的户口本或结婚证、非近亲属的由居委会或村委会开具的共同生活的关系证明和抚养关系的证明等。对于未成年人亲属会见的，应由成年监护人或亲属携同会见。

3、会见的申请

在押犯罪嫌疑人、被告人会见亲属可以由在押犯罪嫌疑人、被告人或其亲属申请。由在押犯罪嫌疑人、被告人申请的，应向关押处所管理人员提出并告知亲属联系方式，由关押处所向办案机关转达申请。由在押犯罪嫌疑人、被告人的亲属申请的，可向办案机关提出或直接向关押处所提出，办案机关批准会见应征得在押犯罪嫌疑人、被告人同意。申请应以书面方式提出，对于书面申请有困难的可以准许口头申请并记录。

4、会见的审批

根据案件进展和所在阶段，分别由承办该案的公安机关、检察机关和审判机关设置专门部门批准或不予批准，对于批准会见的应发给亲属准许会见在押犯罪嫌疑人、被告人通知书，并告知会见的人员、时间、地点及会见注意事项。不予批准的应说明理由并发给不予批准会见在押犯罪嫌疑人、被告人通知书，并告知不服的复议时间和复议机关名称。承办机关收到申请后应予2日内作出同意或者不同意会见的决定。同一看守所申请人过多的，根据先申请先审批的原则安排，同时优先安排可能判处死刑的人犯及未成年犯的申请。除存在不予批准的事由外，审批机关应当准许会见，将批准会见作为常态化工作坚持下去。

不予批准的理由：在押犯罪嫌疑人、被告人会见亲属可能影响案件侦查，有串供和毁灭证据的可能；在押犯罪嫌疑人、被告人不同意会见申请的亲属；申请人无法提供有效证件的；在押犯罪嫌疑人、被告人身份未查明的；在押犯罪嫌疑人、被告人与申请会见的亲属系所涉嫌案件的同案犯的；申请人提供的亲属关系或共同居住关系的证明不真实或形式不合法的；在押犯罪嫌疑人、被告人病重或情绪不稳定的；在押犯罪嫌疑人、被告人近期违反看守所监规被关禁闭或者禁止会见亲属的处罚的；其他不予批准的情况。不予批准的应告知法定理由、申请复议的期限以及复议机关名称。当不予批准的事由消除后收到再次会见请求的，应予批准。

在案件进入审查起诉和审判阶段时，案情已经事实清楚、证据充分的情况下，在押犯罪嫌疑人、被告人会见亲属可能影响案件侦查、有串供和毁灭证据可能的理由就不能成立了。除有特殊情况应经过办案机关批准外，可以直接向关押场所提出申请由关押场

所进行审批，而无需向办案机关申请，从而减轻办案机关的工作量。经过漫长的侦查阶段后，进入起诉和审判阶段，应尽可能的批准亲属或在押犯罪嫌疑人和被告人的会见申请。

5、会见的场所

在押犯罪嫌疑人、被告人会见亲属的场所应该在看守所内特设的亲属会见室里，会见室应当参照看守所律师会见室设置双方隔开的栅栏保证双方能见到彼此，但不能碰触彼此，可以设置阻挡玻璃及电话方便双方视听，也可以设置视频电话避免近距离接触带来的不利影响。会见室应设置实时监控设备，设置在押犯罪嫌疑人、被告人和亲属及监督人员座椅。

6、会见时的注意事项

同时会见的人数不超过3人。亲属会见在押犯罪嫌疑人、被告人时不得携带食物、信件、衣服、通信工具、烟酒等物品，会见前应检查其身体和随身物品，携带违禁品的不得进入会见室。会见时在押犯罪嫌疑人、被告人应当根据所其危险程度佩戴手铐等限制戒具。会见室应配备工作人员在场监督，告知双方不得谈论案情，不得明示或暗示在押犯罪嫌疑人、被告人翻供、串供等行为，不得明示或暗示其亲属销毁证据或其他影响案件审理的行为。出现违反会见规定的立刻停止会见，根据违反会见规则的严重程序由办案机关决定对违规者进行罚款、拘留等处罚。在押犯罪嫌疑人、被告人会见时的表现记入关押期间的档案中。

7、会见的时间

每周可会见1次，每次会见不得超过30分钟，特殊情况不得超过1小时。如对未成年人犯和由未成年人亲属的，以及亲属中有年老体弱的，鉴于他们情况需要更多的时间陪伴和交流，可适当延迟会见时间。会见时间应在关押场所正常上班时间内。会见中任何一方作出违规行为的立刻终止会见，由监督人员将在押犯罪嫌疑人、被告人带走关押。

8、违规会见相关规定的法律责任

对于应当批准会见而办案机关多次不予批准的，以及不应批准会见而收受贿赂、徇私枉法批准会见的，根据情节根据情节对审批人员进行行政处分，造成严重后果依法追究刑事责任。会见过程中发现违反会见规定不予制止的，应对直接责任人进行行政处分。对于违反会见规定的行为发生的，对违规会见的人员除以罚款、拘留、禁止再次会见等行政处罚，情节严重涉嫌犯罪的移交司法机关处理。

结束语

在押犯罪嫌疑人、被告人会见亲属是公民的基本权利之一，在打击和预防犯罪的同时，也要注重司法文明与人权保障原则，这是法治社会发展的必然。而我国在该制度的规定和落实上不尽人意，相关制度没有法律化，而是散见在国务院的条例中，且在全国范围内基本得不到有效实施。在押犯罪嫌疑人、被告人长期无法见到亲属，也因此引发

众多社会问题有待解决。根据国际社会和港台地区在押犯罪嫌疑人、被告人会见亲属制度的分析，结合我国国情，完善相关立法并早日付诸实施是当下司法体制改革中不可缺少的一部分。

2017年5月3日，习近平在考察中国政法大学时指出，“全面依法治国是坚持和发展中国特色社会主义的本质要求和重要保障，事关我们党执政兴国，事关人民幸福安康，事关党和国家事业发展。随着中国特色社会主义事业不断发展，法治建设将承载更多使命、发挥更为重要的作用。推进全面依法治国既要着眼长远、打好基础、建好制度，又要立足当前、突出重点、扎实工作。”司法文明、重视人权是现代法治社会的基本要求，随着司法体制改革和司法文明建设的深入，跟着一带一路发展的契机，将国内尚未完善的司法制度尽快完善起来，让人民获得更多的发展红利，从而促使我国迈向法治化国家的道路上不断前行。

作者单位：安徽陆汝明律师事务所

参考文献：

[1]谢进杰：《透视写反思：刑事辩护的困惑—以律师会见制度为基点》，载《贵州民族学院学报》2003年第1期，第31页。

[2]《公民权利和政治权利国际公约》，联合国大会1966年12月16日第2200 A（XXI）号决议通过。于1976年3月23日生效。

[3]《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》，联合国大会1988年12月9日第43/173 号决议通过。

[4]《联合国保护被剥夺自由少年规则》， 为联合国大会1990年12月24日通过第A/RES/45/113号决议。

[5]《囚犯待遇最低限度标准规则》，1955年在日内瓦举行的第一届联合国防止犯罪和罪犯待遇大会通过由经济及社会理事会以1957年7月31日第633C（XXIV）号决议和1977年5月13日第2076（LXII）号决议予以核准的

[6]台湾地区“刑事诉讼法”，2017年4月26日修正，2018年1月1日施行。

[7]台湾地区“羁押法”，2010年5月26日修正。

[8]法国《刑事诉讼法典》，1908年公布，最新修订为1993年，1994年3月1日生效。

[9]韩国《刑事诉讼法》，2007年12月21日最新修订。

[10]《中华人民共和国刑事诉讼法》，1979年7月1日通过实施，2012年3月14日第二次修订。

[11]《中华人民共和国律师法》，1996年5月15日通过，2013年1月1日第三次修订。

[12]《中华人民共和国看守所条例》.1990年3月17日发布实施。

[13]《中华人民共和国看守所条例实施办法》（试行），1991年10月5日发布实施。

[14]《公安机关办理刑事案件程序规定》，2012年12月3日通过并发布，自2013年1月1日起施行。

[15]《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》， 2013年12月19日经最高人民检察院第十二届检察委员会通过施行。

[16]《中华人民共和国监狱法》，1994年12月29日公布，2012年10月26日修订，自2013年1月1日起施行。

[17]《2017年最高人民检察院工作报告》，最高人民检察院于2017年3月12日作出。

[18]《2017年最高人民法院工作报告》，最高人民法院于2017年3月12日作出。

[19]《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》联合国大会1988年12月9日第43/173 号决议通过。

[20]香港特别行政区《刑事诉讼程序条例》，1997年第362号法律公告修订，1997年7月1日公布实施。

浅论贪污罪的死刑废止

江　涵

【摘　要】随着反腐力度不断加大，关于贪污受贿罪的量刑问题也越来越被人们所重视。随着刑法修正案九的出台，对贪污罪的数额起点等规定做出了修改，但是仍然保留了死刑。但是死刑作为一种非暴力犯罪，不会对人身造成直接危害，其损害的财产利益明显低于人身权益。虽然依照我国现在的国情来看，废除对贪污罪的死刑是不可能的，但是相信在国际上限制或废止死刑的发展趋势面前，适时废止贪污罪的死刑还是合理的。

【关键词】贪污罪　死刑　废除　人权　刑罚

死刑，是我国从古到今最严厉，最残酷的刑罚，在设置此刑种之初，是为了打击被认为是严重犯罪而设立。随着社会的不断发展，经济，政治，文化的不断前进，法律的滞后性就体现出来了，法律并不能创造社会，只能不断地反映社会。所以，随着时代的不断变化，死刑的适用也要相应改变，需要符合国际发展的潮流。我国现存的对于贪污罪的量刑规定保留了死刑，这无论是从人道主义还是从人权主义来看，死刑都是一个巨大的挑战。虽然目前因考虑到现在国家的国情和民众的接受度，废除死刑还是不现实的，但是未来的发展会趋向于限制或废止，这也会促进中国刑法的死刑制度改革的进程。

所以我觉得这对于我们来说是个非常具有研究价值的问题，因为贪污罪不但侵犯了国家的财产权益，也涉及到国家工作人员的廉洁性，同时因此也会影响到我们公民的生活。这与我们每个人都息息相关，对于整个社会来说，都具有着很大的且深远的影响。

一、贪污罪概述

（一）贪污罪基本定义及特征

贪污罪是职务犯罪，也属于非暴力犯罪的范畴。贪污罪是指国家公职人员以职务之便，侵吞、窃取、骗取以及其他手段非法占有公共财物[参见刑法第三百八十二条]。

关于贪污罪的主体界定，法律明确规定了是国家工作人员，即国家机关是事业单位中依法从事公务的，或者是受国家机关或者事业单位委托而管理公共财物的工作人员。贪污罪的主体具有职务性，不能仅仅理解成国家机关工作人员，正是由于其职务性这一特点，公务活动既包括国家工作人员被法律赋予的管理国家各种事务的职责，也包括工作人员受委托而管理公共事务的职责。

（二）贪污罪量刑标准

我国刑法对于贪污罪大体上是采取了计赃定罪的刑罚模式。现行刑法典对于贪污罪是按照具体数额的多少来规定定罪量刑标准的，分为五千元、五万元和十万元三个层次。在贪污罪中，侵犯的主要法益就是公共财产，而将具体财产权益进行量化，将数额的大小来作为一种可判断的标准还是比较合理的。而且贪污的数额多少也会在一定程度上反映出罪犯的主观恶性和社会危害性的大小。

但是随着社会主义市场经济的不断发展，现行刑法典对于贪污罪的数额设置就体现出其固有的缺陷，单纯按照数额定罪有很大的弊端。因为按照当今社会的经济发展程度来看，刑法所规定的贪污罪的具体数额标准是不科学的，如一味按照法律规定的数额来进行定罪量刑，可能会造成不公正的现象。

如果单纯考虑到法律的可行性和公正性，刑法典中规定的数额标准是存在一定的不足的。法律所规定的贪污数额标准各档次之间轻重衔接是不太合理的，将贪污数额与其刑罚量相比，数额之间的标准差距过小，但是刑罚的幅度的差距却过大。正因为刑法条文的缺陷，在今年新出台的刑法修正案（九）中删去了具体数额标准，重新修改了贪污罪的定罪量刑的标准。

此次修改将贪污罪的数额标准由单一的“数额”标准改变成复合的“数额加情节”标准，更加完善了贪污罪的定罪量刑的法律规定，新修正案删去了五千元、五万元和十万元的贪污数额的标准，但是仍然分为三个档次，但是改为视情节而定，分为“数额较大或者有其他较重情节”、“数额巨大或者有其他严重情节”和“数额特别巨大或者有其他特别严重情节”三种情况，并且设置了较为科学的对应刑罚幅度。这就更加合理，并且确立了实际意义上的“数额加情节”的复合型定罪量刑标准。此次修改可以改善由于贪污罪定罪量刑标准不合理而导致的贪污罪的司法适用日渐偏离了立法规定的情况，解决了司法实践中具体刑罚裁量限制而无法实现罪刑均衡的问题，改善了目前贪污犯罪数额与量刑标准之间的尴尬局面。新修改的贪污犯罪量刑标准更加的科学合理，更能反映实际的个罪的社会危害性及其惩治的需要。

二、贪污罪废除死刑适用的可行性分析

（一）从罪刑相适应角度分析

刑法修正案九的出台，加大了对贪污受贿罪的打击力度，但我觉得加大对贪污等职务犯罪行为的问责及惩罚力度与提倡贪污罪的死刑废止并不冲突。因为首先贪污罪属于一种非暴力犯罪，没有对公民人身权益造成最直接的伤害，所以死刑刑罚与其不致命性犯罪行为存在着不对等性。

贪污罪其犯罪行为存在的特点就决定了其不具有直接侵犯他人生命权益的功能，即与暴力犯罪相比而言，不直接剥夺人的生命。虽然贪污罪的主观恶性较大，但是对比于强奸罪、故意杀人和绑架罪来说，不具备这些暴力犯罪的直接侵害性和残暴性。所以贪

污罪的社会危害性与其剥夺生命的死刑刑罚不是平等的。比如，贪污罪和故意杀人罪同样存在死刑，但在二者的犯罪手段和犯罪对象上都有很大的不同，相比之下，故意杀人罪针对特定的人实施行为，其社会危害性更大，而且相比于贪污罪来说，在社会上来说更具有可谴责性。

贪污罪所侵害的法益主要是公共财产，是一种财产权益。贪污罪设置死刑会在某种程度上导致人的生命价值和财产价值处于平等的地位。这明显是不合理的，人的生命权是最基本的权利，不可以被轻视。从这个角度来说，也违背了刑法中要求的公平正义理念。

一种正确的，良好的刑罚，其惩治力度达到阻止或预防人们犯罪即可。这是从是否能有效实现刑罚的目的，发挥好刑罚的作用等方面来阐述的。预防犯罪是刑罚的主要目的，因此在贪污罪的刑罚设置中死刑的设立就必须要考虑到是否能够有效预防犯罪，同时能达到多好的社会效果。比如对于2013年度社会影响力最大的就是薄熙来贪污受贿罪一案，在这个案件中，贪污数额可谓特别巨大。对于这种严重贪污贿赂罪犯，法院依职权对其判处无期徒刑及剥夺政治权利终身。首先，我觉得这种处理还是很合理的，因为使罪犯失去了再犯罪的条件和犯罪的能力，这样其实也达到了阻止犯罪和预防特殊犯罪的目的。

从实际上来说，对比近几年的贪污罪犯罪案件的发生次数看，犯罪率还是逐年上升的，严重贪污罪案件呈逐年增多的趋势。其实这也说明了一个问题，死刑的设置并不遏制犯罪意识产生的作用，或者说这种作用也是在不断减弱。从刑法谦抑性角度来说，能够用轻的刑罚去阻止违法行为从而保护合法权益的时候就不要采用更重的刑罚。在司法实践中也反映出死刑的适用是很严格，且贪污罪死刑的设置并未有效遏制犯罪的上升，在此角度看，在现代法治社会，废除死刑还是合理的。

随着对生命权的日益重视和社会的不断发展，在未来的法治发展趋势下，像贪污罪这种这种非暴力犯罪不应再适用死刑这种极端残酷的刑罚，肯能会更趋向于用罚金或者自由刑来代替，这种对应方式会更加合理。

（二）从人权人道角度分析

1、人道主义

废除死刑的理论支撑起源于人道主义的产生。在历史的长河上，在近代启蒙运动以前，死刑存在的合理性和正当性并未受到质疑；但是由于随着自由、民主思想的萌芽及发展，死刑的存与废成为近现代刑法理论研究中的一个热点争论话题。透过国外的死刑存废之争，不难发现，支撑争论的根基在于人道主义。

人道主义不但是死刑废止的基础性观念，也是贪污罪死刑废止理论的指导性思想。人道主义始终坚持以人为本，强调尊重人的个人价值，如尊重人的自由、个性、存在还有尊严等。因为在人道主义论看来，人的生命、平等及自由是最根本的也是最重要的价

值所在，人的个体权利是最高价值。人的生命是神圣不可侵犯的，每个人有且只有一次，生命是个人权益存在的基础和载体，生命的丧失和终结也就意味着人身权益和财产权益的丧失和终结。因为生命是作为人存在的唯一标准和标志，以剥夺人生命为主要内容的死刑刑罚的设置是不符合人道主义要求的，从而得出死刑不人道的结论。刑法作为一种国家强制力，这是与个人行为力对抗的最强烈的方式，因此，这个特点也决定了刑罚的设立必须要与人道主义联系起来。

人道主义强调生命权是人最根本的权利，是一切权利之首。因为人的生命是行使权力和履行义务的载体，尊重和保护他人的生命权应该作为一切行为守则的前提。随着社会的不断向前发展，人道主义理论也不断的被赋予新的内涵。它决定着我们在现实社会中如何去对待一个个体的生命，生命权如此重要，不能以公正的名义来压制人道主义。人道主义在未来一定会成为人类的最终选择，要实现人的最终价值，首先必须使人道主义被公民所理解，所接受。刑罚人道主义的内容分为两个：一是罪犯实行了犯罪行为，有社会危害性，其应受到相应的惩罚；二是在惩处罪犯的同时要考虑很多的因素，比如犯罪背景、犯罪目的、是否有违法阻却事由等一系列案外因素，尽量做到法理与情理的有机结合。做到既符合法律精神，又能体现人道主义情怀。

2、人权主义

刑罚的确立是标志着个人权利与国家强制力的明显分界线，分辨一个法律是否为良法，要考虑到诸多因素。刑罚人道主义主张在给罪犯施加必要刑罚的时候，以适当为准，不必要为犯罪分子增加更多的痛苦，达到预防再犯罪的程度即可。一般来说，刑罚的设立超过必要限度就是一种不合理的刑罚，即使当时的社会环境因素给予它必要的存在理由，但从长远的法治建设来看，不合理的刑罚肯定不能适用未来社会的发展，废除是必然的。而且像贪污罪这一类非暴力犯罪，死刑刑种的设立本来就有其不合理的理由，但是由于我国现阶段国情的限制，导致贪污罪死刑仍然保留。但随着社会政治经济文化等不断向前发展，我国具备了废除死刑的物质基础及社会条件，刑罚的体系和种类也在不断发展和改变，这时候死刑墙绘面临着巨大的挑战，肯定会有越来越多的限制因素，最终被刑罚体系排除在外。

贪污罪死刑存在的不合理之处还在于生命权与财产权的不对等，这是人道主义坚持废除死刑的重要理论支撑。未来的刑罚肯定会越来越往人性化的方向发展，像死刑这种残酷而严厉的刑罚会不断的消失在历史的长河中。因为将生命权与财产权等价或者等量计算明显是不合理的，这是证明死刑存在的不合理的有力理由。对于人的生命和财产，在这种价值选择面前，孰轻孰重我们一眼就可看出。所以，要主张废除贪污罪死刑，从人道主义理由出发是最为合理且最能为人们所接受的。从贪污罪的客体为出发点，贪污罪所侵害的法益是公私财产还有国家公务人员的职务廉洁性。通俗的说，无论是公司财产还是国家工作人员的廉洁，都不可以与人的生命价值相提并论，用来等价计量更是不

符合现代法治建设的要求的。

（三）从国际发展角度分析

主张贪污罪死刑的逐步废止是积极响应废除或限制死刑的国际趋势的必然要求，也符合法治社会不断发展的基本规律。死刑虽然在中国古代传统刑罚体系中曾占有很重要的地位，但是经过近代资产阶级革命中民主自由等人权主义思想的影响，中国传统的崇尚死刑的刑罚体系受到了人道主义的冲击。从启蒙运动以来，许多的学者因受到新思想的影响，对死刑废止理论进行了深入的调查与研究，因此，国际上许多国家在其法治建设的进程中都选择废除死刑。

国际上曾展开了一场社会死刑废止运动，始于1966年由联合国颁布的《公民权利和政治权利国际公约》，公约中明文规定了生命权，并对死刑的适用条件和执行条件作出了很严格的限制要求。公约充分体现了人道主义精神，里面还提出了无论何种罪的死刑在符合相应条件下可减刑或者赦免，而且对死刑的适用人群和绝对禁止适用死刑人群进行了范围的限定。

1984年，联合国又颁布了《关于保证面临死刑的人的权利的保障措施》，这个保障措施是对1966年公约的进一步完善，它进一步细化了国际上对限制死刑适用的规定，又增加了一些限制死刑的范围，废除死刑已经在一定的法律范围内成为了国际法规范。

随着20世纪80年代各国以废止死刑为主旨的议定书的相应问世，国际上废除死刑的呼声也越来越高。上述公约和议定书等实质上是为废止死刑提供国际法依据，这明确要求成员国在对待限制或者废止死刑的问题上不能再一味地保留，而是要响应国际发展的大趋势，履行其应有的法律义务。这不但是死刑废止理论的一种号召，这也是为死刑废止运动提供强有力的法律保障制度。

死刑在传统刑罚体系中的核心地位受到了巨大的撼动，不可否认的是限制和废止死刑已成为世界性的潮流与趋势。世界各国包括我国均在着力于推动反腐败领域方面的国际合作与交流，共同进行多边反腐合作机制建设和区域性的反腐合作机制。

主张贪污罪的死刑废止也是履行国际义务的客观要求。因为中国作为我国作为《公民权利和政治权利国际公约》的缔约国之一，应顺应公约主旨而采取限制或逐步废止贪污罪死刑的适用。但是根据今年新颁布的刑法修正案（九）中修改了贪污罪的定罪量刑标准和贪污数额等，但是仍然保留了死刑。在这一点上其实是同废止死刑的国际化潮流相背离的，而我国作为公约缔约国，并没有很好地履行相应的义务。

从国际反腐形势上看，逐步废除贪污罪的死刑是有利于加强国际间反腐工作的合作，从而达到打击贪污犯罪的目的。这是由于在国际司法协助中存在着“死刑犯不引渡”的国际惯例，这给反腐工作带来很大的障碍。随着近几年人权思想在国际范围内的不断进步，废止死刑的呼声也越来越大，因此“死刑犯不引渡”被越来越多的国家所关注和认可，就目前国际形势来看，“死刑犯不引渡”原则已渐渐成为通用的国际法原则。根

据此原则，给我国某些依照我国法律应当被判处死刑的贪官们外逃的理由。由于这些犯罪分子应当被判处死刑，但是根据国际惯例并不能被引渡回国接受法律的制裁，从而无法追缴被贪污的国家财产，造成了严重的经济损失，这给我国打击贪污贿赂犯罪带来了巨大的障碍，同时也使我国在在国际司法合作中处于相对被动的地位，于我国国际交往十分不利。因此，贪污罪死刑的逐步废止有利于追捕在逃罪犯，也为追缴赃款带来了很大的便利，从而扫清打击贪污贿赂犯罪的障碍。逐步废止贪污罪死刑有利于迎合国际反腐的大趋势，也有利于我国在司法活动中同国际社会进行广泛合作，同时也给从外国引渡和遣返在逃的犯罪嫌疑人带来了极大的便利，从而对其进行法律制裁，也可追回流失资金。

如今，死刑废止成为国际主流趋势越来越明显，我国立法必须紧跟国际发展趋势的脚步，基于保障人权的需要，以保护和尊重公民的个人权利为前提，合理配置死刑刑罚和限制死刑适用，达到打击犯罪和保护人权的有机统一。

三、阶段性保留贪污罪死刑的原因

随着刑法修正案（九）的出台，贪污罪仍然保留着死刑。这也反映出立法者对于保留死刑的坚决态度。依照我国现阶段国情来看，我国。也不具备废止死刑的群众基础和物质基础。在未来的一段时期内，死刑可能不会被全部废除，虽然死刑废止在当今的国际社会上已成为共识，但是死刑的存废、死刑的观念与制度以及死刑的立法和司法等理论与实践都与着我国的历史文化背景和民众的价值判断糅合在一起，可想而知，其影响有多么的深远，也不是一时半会能够消弭殆尽的。贪污罪死刑废止之路还是困难重重的。

（一）民意阻碍

随着我国法治建设的进程不断地向前推进，民众了解法律信息的途径也越来越多，也愿意更多的表达自己的想法与看法，公民的思想也越来越多的渗透到司法实践中去。中国几千年来深刻的历史文化沿袭下来的“报应观念”以及官民对立思想，在现如今社会还有着深刻的影响，这种民意传统使得目前社会欠缺一种对生命个体的尊重，认为犯了罪就该死，而不论是暴力型犯罪还是非暴力型犯罪，这就缺少了对死刑的理性的思考。

1、重刑主义思想

中国古代的重刑思想潜移默化的在民众内心形成这样一种认识，无论什么社会纠纷，都应该用刑罚来解决。这种思想沿袭至今，仍然有公民还是盲目的崇拜刑罚。当严重贪污犯罪发生时，我们经常可以看到“民愤”一词。民愤经常会与死刑联系在一起，不管是发生暴力犯罪还是经济犯罪，只要被披露，就会有“贪官该杀”的言论。这种思想有着很重的重刑思想的印记，这种观念会使民众认为，罪犯实施了严重的犯罪，给社会造成了不良影响，就应该得到报应，就应该适用严酷刑罚。同样也认为死刑可以永绝后患，并且能够威慑其他犯罪分子，从而预防犯罪的发生，保障公民的安全，维持社会秩序。

2、官民对立观念

官与民之间的矛盾是从古到今一直存在的，具有不可调和性。官民矛盾从根本上来说是利益冲突与对立，而经济利益又是其中占主导地位的利益。不断爆发出的贪污丑闻与反腐工作的不到位让民众意识到其劳动所得与最终的回报比例严重失衡。而从人性的弱点和机制的缺陷来看，官员们也无法摆脱当官发财的固定思想。物质利益的不到保障，势必会进一步激化官与民之间的利益冲突。民众对官员的腐败行为深恶痛绝，非严法酷刑不足以平民愤，这样看来，民众肯定不愿意接受废止贪污罪死刑。

（二）死刑政策阻碍

我国在全面分析了当前犯罪形势的基础上，制定出一系列与犯罪相抗衡的方

针和政策，主要目的是预防犯罪。政策的制定一般是与公民最基本的权利生命权紧密相连。关于这个问题，无论是理论界还是普通民众间的分歧都很大，主要分歧是死刑政策的侧重点是在保护公民生命权还是惩罚犯罪。我国目前采取的死刑政策是在保留死刑的基础上“少杀”“慎杀”。

我国目前仍然采取保留死刑的政策主要原因有几个，首先我国还不具备废除死刑的物质基础，其次是按照目前的严峻的治安形势和民众的抵触情绪来看，死刑的对于严重犯罪的威慑力不可小看，这也给我国废除贪污罪死刑的道路添加了社会阻力。最后立法的不完善也是一个重大阻碍，按照现在的刑事立法，贪污罪的死刑配置与维护生命权之间的分歧很解决。所以对贪污罪的死刑保留政策更多的考虑到其带来的社会影响而不是依据法理。

四、贪污罪死刑废止应该采取的对策

废除贪污罪死刑并不代表着就不对贪污罪进行严厉惩处，而是从更加完善我国的刑罚体系出发，在逐步废止贪污罪死刑的同时又能完善贪污贿赂犯罪的刑罚体系，从而提高刑罚的有效性，使刑罚为打击贪污犯罪行为发挥更大的作用。

（一）完善刑罚体系，以多种刑罚代替死刑

1、增设财产刑

由于贪污罪所侵害的法益主要为财产权益，而且贪污罪有很明显的贪利性。针对这一点，刑法修正案（九）中规定的“数额加情节”的量刑方式进一步完善了现有的贪污罪刑罚体系。但是，对贪污罪的财产刑配置也可作出相应调整，应着眼于我国社会整体经济发展水平的但基础上，确定与地方经济发展水平相适应的定罪数额，增设罚金刑，以扩大财产刑的法律适用范围。目的是更好地协调各刑种配置，从而形成逻辑严密、层次分明、范围适当的贪污罪刑罚体系。

2、适用资格刑

贪污犯罪很大程度上是运用了其职务性的这一优势，用权力为实施犯罪行为提供便利。如果要预防这类犯罪，就必须避免罪犯再次成为国家工作人员或拥有管理公共事务

资格的可能性。在贪污罪犯受到刑事处罚后，应予剥夺其职位资格，丧失了国家工作人员的身份也就代表着丧失了实施犯罪的便利条件。这也给罪犯身心均带来极大的痛苦，有助于发挥和实现刑罚的惩罚功能。这大大增加了对潜在的贪污犯罪分子或者即将有这种犯罪意识的人产生威慑作用，这也更好的实现刑罚的一般预防与特殊预防的目的。

（二）借鉴国外经验，细化体系改革

我国目前在建设反腐机制和法律规制的方面仍存在不足之处，向国外借鉴优秀的经验不但有助于完善现存的法律体系的缺陷，也可以顺应国际化发展的潮流。各国对贪污罪刑罚规定各不相同，但宏观来看，总的呈现出两个特点。其一是刑种的配置非常丰富，而且有很强的针对性。大多数国家都采用自由刑作为主刑罚，还会设置诸如追缴赃款或者罚金等财产刑，还有剥夺任职资格的资格刑。有的采用单一的刑罚处罚模式，有的却采用几种几种刑罚方式相结合的刑罚配置。我国现行刑法典虽在专章中规定了贪污罪的具体内容，但如果要加强构建反贪反腐机制的进程，在现行刑法的基础上，可以通过制定针对性较强的反贪污反腐败的单行刑法，更好的完善我国关于贪污罪的相关制度和法律规制。

另一个特点则是对于贪污罪刑罚设置较轻，很多国家均废除了死刑，这也是迎合废止死刑的国际趋势的表现之一。我国立法者对于贪污罪刑罚设置的价值倾向还是偏向于保留死刑的。要改善目前这种状况，可以提倡完善以自由刑为主导的刑罚体系，以达到逐步实现限制死刑适用最终废除死刑的目标。比如增加无期徒刑的适用范围，严格限制无期徒刑减刑的适用范围和幅度范围，并且拉长无期徒刑和有期徒刑之间的跨度范围，使减刑成为“特例”而不是作为常态存在。这样在很大程度上可减少死刑的适用，使法庭的判决真正能做到既符合法律规定又符合社会实际。

综合以上，对于贪污罪是否应适用死刑做了一个简略的研究，主要从概念入手，从刑法修正案（九）角度分析了贪污罪量刑标准的变化，重点分析了从不同的角度来论述适用废止贪污罪死刑的合理性，并且提出了我国目前废除贪污罪死刑的阻碍，最后一部分是个人提出的一些相关建议。

中国死刑立法改革是一个长期的系统化的且实施难度较大的工程，根据现阶段的国情等各种因素来看，立即废除贪污罪死刑是不现实的。我们应当正确认识到对贪污罪保留死刑也有其一定的合理性和必要性，并在在合理、适度的范围内对贪污罪适用死刑。在适用死刑的时候应该尽量减少，这也是顺应国际的倡导，从而达到逐步废除死刑的目的。

作者单位：安徽远宏律师事务所

参考文献：

[1] 赵秉志：《中国死刑立法改革新思考—以<刑法修正案（九）（草案）>为主要视角[J]》吉林大学社会科学学报2015，01

[2] 王德满：《人权视域下贪污受贿罪死刑废止研究[D] 》东北师范大学，2008

[3] 周奕：《对当前中国死刑存废问题的伦理思考[D]》湖南师范大学，2010

[4] 张力子：《论贪污受贿犯罪的死刑废止[D]》河北师范大学，2014

[5] 祝丹华：《从刑法修正案九（草案）看死刑制度的存废[J]》法制与社会，2015，02：42-45

[6]赵秉志：《论中国非暴力犯罪死刑的逐步废止[J]》，政法论坛，2005年1期

[7]赵秉志：《当代中国死刑改革争议问题论要[J]》，法律科学，2014年1期