第七届安徽律师论坛论文集
（上）

序　言

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

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

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

安徽省律师协会

二〇一三年八月

目　录

◎ 生态文明与律师业务拓展

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

◎ 创新驱动发展与律师作用

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

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

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

◎ 两大诉讼法框架下的律师辩护代理

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

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

◎ 律师行业管理改革与创新

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

环保与律师业务拓展

安徽褚汉华律师事务所　褚强强

摘　要：随着我国经济的高速发展，科学技术不断创新，人民的物质生活水平得到极大的改善。然而，伴随着经济快速发展到来的同时，环保问题日益成为我国逐渐面临的重要课题。

本文主要就当前环保问题，现阶段律师办理环保类案件存在的问题及现状进行浅要的分析。学习参照国外较成熟、较成功的案例，立足于我国现阶段基本国情，借鉴吸收相关经验，完善我国环境法学的立法和发展，拓宽相应律师业务，对推动生态文明建设和经济社会发展大有裨益。

关键词：环保　企业社会责任　国际环保　律师业务

随着我国经济高速发展 ,科技水平的不断提高 ,伴随我国从机械化进入信息化发展的快车道，经济建设取得了举世瞩目成就的同时 ,我们也应当认识到经济高速发展所带来的严重的环境污染问题。

生态文明是人类的福祉，关系着国家，民族的未来，我们生活在这片土地上，就有责任，有义务地保护好我们的家园。环境污染，这是由于改革开放以来，国家以经济发展为重心，忽视了环境的保护问题，长期以劳动密集型产业经济发展的模式，忽视了经济的可持续性发展。为此，党与政府也高度重视这一现实问题。十七大报告中 ,“在看到成绩的同时，也要清醒认识到，我们的工作与人民的期待还有不小的差距，前进中还面临了不少的困难和问题，突出的是，经济增长的资源环境代价过大，城乡、区域、经济社会发展不平衡”等，十八大明确提出生态文明建设，并把生态，经济，文化，社会，政治五位共同提出，形成五位一体的总布局，显示了我们党与政府高度关注人民群众切身利益的生态建设。

一、我国现阶段环保及法律现状

由于我国长期只注重于经济增长，忽视了环境保护，而且，在发展中企业追求利益最大化，导致对环境污染和破坏的重特大事件不断出现。在长期经济发展中 ,我国不仅忽视了对环境保护的投入 ,也忽视了相应法律制度的设立。甚至有些地方为了本地经济发展及生活水平的提高 ,对环境污染持放任态度。以 2005 年 松花江海洋污染事件为例，2005 年 11 月 13 日，中国石油天然气股份有限公司吉林石化分公司双苯厂的一个车间突然发生爆炸 ,这是一起特大安全生产和水污染然责任事件。这起爆炸造成 8 人死亡，60 多人受伤，并引发松花江水污染，迫使哈尔滨市区停水 ,给松花江沿岸人民群众生活和经济发展带来了严重影响 ,造成直接经济损失 6908 万元，损害了中国石油企业的整体形象，也带来了恶劣的国际影响。这次污染不仅仅造成 6908 万元的经济损失 ,更为严重的是 ,双苯化工产品对人体健康损害极大 ,其造成的潜在社会危害不可估量，甚至在相当长一段时期内影响着该区域内的人民群众生活安全。

再如，黄浦江死猪事件。2013 年 3 月，上海黄浦江松江段水域出现大量漂浮死猪，上海市农委及松江区相关部门启动应急预案，截止 2013 年 3 月 30 日共计 13000 余头死猪被打捞上岸，进行无害化处理。与此同时 ,上海市环卫部门通过鉴定确认死猪身上发现猪圆环病毒 ,而死猪的打捞地恰恰是上海市的饮用水取水地。此事在国内外造成极其恶劣的影响 ,包括华盛顿邮报在内的多家国际媒体对此事件进行了报导，人们对水质的担忧也严重损害了我国的国家形象。

通过上述的两个典型案例，很容易发现我们国家及社会各界生态环保意识十分淡薄，就如同黄浦江抛猪的养殖户竟然振振有词的表示，因为向河内抛猪很方便才有这种行为，而丝毫没有意识到这种行为对环境的破坏，给下游人民群众的生活造成极大的影响。其次，我国生态环保的相关法律严重滞后，不仅缺少相应的法律规范，更谈不上细化的可行性应急方案。在现实生活中，很多情况不知道如何处理，尤其是对一些重特大环保事故的责任单位和责任人，不能得到有效的惩处。如北大师生曾以松花江的名义起诉中石油，法院因自然物非资格主体为由，未能立案。最后，由于环保诉讼案件本身在我国也是新热点问题，不是我国司法领域的传统业务范围，对于律师而言，对办理此类案件提出了新的执业技能要求。

二、关于国外的处理经验

当我们探寻解决环保案件的实践方法之时，就有必要学习国外相对成熟的处理方法，从中吸取经验，结合我国实际，走出符合我国实际情况的道路。

在国际上有着广泛影响的当属于上世纪的八大公害事件。以日本为例，第二次世界大战以来，日本受到重创，为了尽快恢复经济建设，日本推行优先发展重化工业的经济发展路线，建设临海工业带。然而由于日本国土面积狭小，人口密度大，公害的危害也显得尤为突出。因此，八大公害案件，日本就占了四起。

1956 年熊本水俣市医院报告，发生不明原因的疾病，在当地引发多起死亡事件。经过一系列的调查发现疾病的原因来自于当地的氮素公司。由于氮素公司向外排放有机水银废液，导致有害毒素最终在人体内积累，毒素严重损害了人体大脑，最终导致严重的后果。

事件发生之后，因为为了经济的快速发展，在政府的协调下，氮素公司仅仅支付了少量的赔偿款，并加入慰问金条款，迫使受害人无法进一步行使自己的权利。直到 1970 年，由于不断出现公害事件，日本法官运用盖然性理论，减轻原告在举证因果关系的负担，转移给被告。使日本公害案件的处理发生逆转变化，并明确了在排放明知对人体有害的污染物质，却惰于采取必要的措施预防的企业存在过失的原则。同时，由于企业在当时的社会环境下有着特殊的地位，与大企业诉讼几乎没有胜诉的希望。但是，在公害案件发生后，律师在推动整个公害案件革命性变化中做出了重大的贡献和牺牲。日本律师岛林邀请 20 余名律师组成律师团，走访每一家受害者，与当时的日本三井集团对抗，整个诉讼有 345 名律师参与。长时间的诉讼，大量的工作，据理力争。最后的结果是给受害者争取到巨额赔偿金。并确立了企业只要造成公害就有责任的基本原则，极大的促进了公害立法的完善，提高了日本国民的环保意识。

同样的事件也发生在美国，1993 年，美国加州辛克利镇居民将太平洋电力瓦斯告上法庭，指控太平洋电力公司，为了防止机器生锈，使用未进行安全防护的六价铬，造成该镇居民疾病频发，损害人体健康。最终，在舆论广泛关注的压力下，辛克镇居民取得了胜诉，这场诉讼也是美国划时代的案件。

三、我国环境现状及律师参与作用

通过对国外相关环保公益，公害类案件的处置的学习，我们发现我国现在面临的诸多问题与当年日本有很大的相似。过分注重经济发展，人们环保意识不强等等，单纯从法律范畴则表现在：

1、诉讼主体不明。即以目前正在审议的环保法修正案草案为例，环保类公益公害案件的诉讼主体仅限于中华环保联合会。然而，其会员却正是那些导致公益公害的企业。法院对待公益案件态度消极，由于我国长期片面追究 GDP，注重经济发展，GDP 指数成为各级官员政绩的唯一

标准，导致政府及企业之间利益关系复杂，法院不愿介入其中。而且，由于立法滞后，对相关事实的认定，没有一个相对规范的标准，此类案件引起争议较大，导致法院往往无所应对。

2、法制观念淡薄。由于信息化快速发展，人民群众获取信息快速广泛，微博，网页，QQ等新兴传播媒体，引发信息传播革命。同样，由于环保类案件往往关系到人民群众集体利益，一个信息往往极快引发舆论“围观”，使公权部门，强势部门介入，导致民意胜利于法，但这种中国式的处理，虽在个体上解决公民的诉求，却更加促使人们产生信法律不如信政府的观念。甚至不论对错与否，在相关信息不全，证据不足的情况下，民意无形中干涉了正常的法制。

四、我国律师参与此类案件的必要性以及如何拓展业务

在参照国外对此类案件的处置，结合我国实际，我们应当看到律师在此类案件中起到的推动作用，以及双赢的处理方式。

我们应当认识到环保公益诉讼案件关系广泛，与人民群众切身利益密切相关，往往引起民众的广泛关注。且这类案件对律师执业技能要求较高，需要专项专业知识。同时，做好此类案件不仅有助于律师业务的开拓，也能迅速提高律师知名度。无论原告还是被告代理律师，拓展律师业务，发挥律师作用，应加强以下几个方面的工作：

1、运用好媒体。媒体发挥着社会监督作用，也是群众发出需求、诉求的一个重要的途径。同时，媒体也是政府了解民声的重要渠道。律师在办理此类案件时，要充分利用媒体宣传环保生态建设的重要意义，同时要通过媒体及时报导生态环保建设中存在的问题，揭露环保污染事件、破坏生态建设违法行为的人或事，大力提高全民环保意识。运用好媒体将有助于律师办理环保公益、公害案件。

2、加强调查取证。律师办理环保公益、公害案件，最困难的在于取证困难。由于环保公益、公害案件的专业性较强，技术性要求比较高，作为律师，在必要时要主动联系环保监察部门、新闻媒体、公证机关等部门一起实地取证，条件允许的情况下，对专业性问题要委托专业机构作出权威报告或结论。同时要注意取证方法，做到耐心，细致。

3、加强环保案件的技能储备。律师在办理传统案件中，一般集中在刑事和民事案件的几个常见类型，环保案件涉及面虽广，但并不是律师的传统业务范围。现阶段我国律师对环保、生态、公益、公害案件不是很熟悉的业务，缺少相应的实践经验。对此，律师要熟悉环保法律法规，咨询相关专业部门、参与专业培训或相关内容的研讨会。掌握更多此类案件的专业知识，储备更多此类案件的专业技能。

五、小 结

长期以来，我们和自然界和平相处，在过去，人类的生存发展来源于大自然的庇护。随着人类自身的进步，一步步扩大生存空间，在与自然界相处的时候，因为忽视了自然界的客观规律将受到了大自然的惩罚。同时，人类自身在过度无序的发展中，也受到了自身的侵害。我们的生活越来越好，更加要注重我们的生存环境也要越来越好。我们要呼吸新鲜的空气，我们要放心的食用安全的食品，我们要有一个纯净的生活空间，我们要健康的活着！这样就产生了矛盾和冲突，一方面环境污染是不可避免的，工业污染、城市污染等公害伴随着经济建设和人们生活水平的提高；另一方面人们又有权享受良好的环境，这种矛盾就使得人们不得不去寻求法律的帮助。律师作为法律工作者，通过专业知识为社会提供法律帮助，是一种责任，也是一种担当。

时代在发展，社会在进步，人们的环保生态意识不断加强，越来越多的人民群众注重环保问

题，律师也不应当局限于传统，应该更加积极主动跟进时代的脚步，加强自身建设，提高环保、生态、公益、公害办案技能，在国家政策引导下，律师应成为生态文明建设的积极参与者，积极推动经济社会的全面发展，未来律师行业的发展一定更加美好。

参考文献

1、《八大公害案件》http：//baike.baidu.com/view/159035.htm。
2、王宗延《环境侵权的公益诉讼研究》，载《中国人口·资源与环境》2003 年第 5 期。
3、郑少华《日本八大公害案件裁决后的日本环境法发展及对中国环境法发展之借鉴》。
4、日本律师协会《日本环境诉讼典型案例与评析》2011 年。

环境保护基本法律制度的完善

安徽吉和律师事务所 章 翔

摘 要:《环境保护法》的修改已经引起各界人士的关注，各种形式的讨论和研究持续不断，本文从环境保护基本法律制度的角度浅谈对《环境保护法》修改的见解。对环境保护法律基本制度包括哪几项，并无定论。本文立足《环境保护法》既有的明确规定，先分析其存在的缺陷，然后选取已作规定的环境影响评价制度、限期治理制度、排污收费制度、清洁生产制度，对其的修改和完善提出建议；再对需要增加的许可证制度和征收生态环境补偿费制度作了阐述，使其适应时代的发展，这也是《环境保护法》修改之本意。

关键词:《环境保护法》 基本法律制度 协调

1989 年，我国对原有的《环境保护法（试行）》进行了修改并颁布实施，至今已有 18 年。该法对保护和改善环境，促进经济、社会和环境、资源的协调发展发挥了重要作用；为健全环境保护法律体系奠定了基础。20 世纪 90 年代以来，一批新的环境保护法律陆续制定、实施，原有的法律也都进行了大幅度的修订，现行的《环境保护法》已经不能适应时代的需要，急需进行修改。特别是其中确立的环境保护基本法律制度不健全、不完善，很大程度上制约了建立市场经济对环境保护的规范与需要。对《环境保护法》的修改从环境保护基本法律制度着手，有助于建立和完善整部环境保护法的基本结构和内容，也能与各单行法保持协调一致，发挥其在环境保护法律体系中的“宪法”作用。

一、《环境保护法》中确立的基本法律制度

环境保护基本法律制度是为了实现环境保护法的目的、任务，按照环境法基本理念和基本原则确立的、普遍适用于环境与资源保护各个领域的法律规范的总称。环境保护基本法律制度对具体环境法律规范具有指导、整合的功能和提纲挈领的作用；在适用对象上具有特定性，适用于环境保护的某一类或某一方面。[1]各个基本制度之间相互配合形成相对完整的规则系统。

由于环境保护法律众多，涉及的领域比较广泛，因此对环境保护的基本法律制度包含的内容有不同的说法。第三次全国环境保护会议曾将我国环境保护的基本法律制度归纳为八项，即所谓“老三项”：环境影响评价制度，“三同时”制度、排污收费制度，和“新五项”：环境保护目标责任制度、城市环境综合整治定量考核制度、排污许可证制度、污染集中控制制度、限期治理制度。但理论界并未形成定论。根据环境保护基本法律制度的特点，在《环境保护法》中明确规定的制度归纳起来有环境标准制度、环境影响评价制度、排污收费制度、“三同时”制度、限期治理制度、环境污染与破坏事故的报告及处理制度。

二、《环境保护法》规定的基本法律制度存在的缺陷

第一，从宏观上看，《环境保护法》的内容过多的集中在污染防治上，对自然资源和生态环境的保护仅仅是少量的政策性宣示，规定非常抽象、原则，可操作性差。因此，该法中规定的基本制度很大程度上都是适用于防治环境污染和其他公害方面的。例如：排污收费制度、限期治理制度。但是在《水法》、《土地管理法》、《森林法》、《矿产资源法》等单行法中对自然资源权属制

度、许可证制度、有偿使用制度等作了不同程度的规定，而在《环境保护法》中有关自然资源和生态环境保护的制度却未有明确规定，这与《环境保护法》的基本法地位不符，也使得我国生态环境保护工作进展迟缓，生态环境的破坏严重。

第二，《环境保护法》是以有计划的商品经济为立法背景的，其基本法律制度不可避免的带有浓厚的计划、行政主导色彩。行政命令性、行政强制性措施条款占据全篇，政府及其环境保护行政主管部门的干预过多，在很大程度上削弱了市场在资源配置中的基础性作用，已很难适应建立市场经济体制的要求。比如，制定国家环境质量标准和污染物排放标准未体现区域性、灵活性特点，政府行使限期治理制度的决定权，环境主体单一，群众参与不足等。

第三，受联合国环境与发展大会的强烈影响，以填补立法空白和法律制度的完善、创新为基本目标，[2]1993 年以后，共有 18 部单行环境保护法律被制定修改，有的已经进行过多次修改。

三、《环境保护法》规定的基本法律制度的完善

《环境保护法》中规定的基本法律制度有些已经暴露出了不适应新形式的缺陷，亟须进行修改，同时也要在《环境保护法》中增加单行法已经确立的基本法律制度，与之保持协调一致。

（一）参照《环境影响评价法》，修改环境影响评价制度条款

相对于《环境影响评价法》，《环境保护法》中的相关条款已显陈旧、滞后。对环境影响评价制度的规定集中体现在《环境保护法》第 12 条和第 13 条，有三点明显不足：一是环境影响评价的对象单一。第 13 条只规定对污染环境的建设项目进行环境影响评价，把破坏环境的建设项目排除在外，同时环境影响评价也只是针对建设项目。对于《环境影响评价法》明确规定的规划环评只字未提；二是忽略对环境影响评价对象的后评价。第 13 条规定的建设项目的环境影响报告书只包含了预测性评价内容和防治措施，而《环境影响评价法》中还要求对规划和建设项目实施后进行跟踪监测；三是公众参与的规定缺失。《环境保护法》全篇中对公众参与未有规定，环境影响评价制度中的公众参与当然就得不到体现。而公众参与是《环境影响评价法》中得一项重要内容，虽有不完善之处，但较之《环境保护法》是有进步的。

首先，扩大环境影响评价对象的范围，增加对规划的环境影响评价的原则性规定。具体的评价内容、工作程序、文件审批等可以《环境影响评价法》为依据。只要对环境能够产生或可能产生影响的规划和建设项目都要进行环境影响评价，其中就包含了涉及到生态保护的规划和建设项目的环境影响评价，这一点不容忽视。另外，虽然规定了规划环评，但有一部分规划如国务院的规划，市级、省级人民代表大会及其常委会、人民政府编制的规划未被囊括，还有部分规划的环境评价从其编制和审批来看，也有事实上被轻视的可能。[3]

再者，增加对规划和建设项目实施后可能对环境造成的影响进行跟踪监测的规定。环境影响评价报告书中不仅包含评价的结论、预防或减轻不良环境影响的对策、措施，后续的跟踪监测同样重要。这样的规定使得环境影响评价条款更完满，也能与《环境影响评价法》的规定遥相呼应。

（二）对限期治理制度的完善

限期治理制度作为我国环境保护基本法律制度之一，在环境管理实践中发挥了重大的作用。除了《环境保护法》对限期治理制度作了明确的规定外，《大气污染防治法》、《环境噪声防治法》、《海洋环境保护法》等单行法都有相关规定。

依据《环境保护法》第 18 条、第 29 条、第 39 条规定，限期治理针对造成环境严重污染的企、事业单位或者是位于特别保护区域内的超标排污设施；限期治理的决定权由县级以上的人民政府行使；对逾期未完成治理任务的企、事业单位，除了加收超标排污费外，还可以处以罚款或

责令停业、关闭。总结其特点，应从以下方面改进：

第一，扩大限期治理的范围。从《环境保护法》中规定的两类限期治理的范围来看，没有包括污染物排放超过标准的情形。而在《大气污染防治法》和《海洋环境保护法》中都对超过污染物排放标准的污染源进行限期治理作了规定。《环境保护法》应该作出同样的规定，从而强化国家的环境监督管理。

第二，将行为违法性作为限期治理的构成要件。《环境保护法》中不论是否污染严重，还是超标排污，都没有将它们定性为违法行为，限期治理也只是作为一种行政管理手段。而《大气污染防治法》和《海洋环境保护法》早已确定超标排污行为是一种违法行为，其中规定的限期治理是一种行政处罚手段，具有法律制裁性。因此，《环境保护法》中应该将违法性作为限期治理的要件，这样有助于强化企、事业单位的环境责任，提升污染防治的效果。

第三，将限期治理的决定权按辖区下放到各环境保护行政主管部门。《环境保护法》将限期治理的确定权授予给对被治理单位有直接管辖权的人民政府行使，而环保行主管部门只有很少范围的限期治理建议权和较低层次的决定权。这突出表现了“命令—控制”型环境管理模式的特点，影响了行政效率的提高，易助长“地方保护主义”之风，也不利于该项制度经常全面地实施。由环保主管部门行使限期治理的决定权则有利于权责分明，提高行政效率，也是我国经济发展和环境管理制度发展趋势的需要。

第四，增加对环境破坏进行限期治理的规定。《环境保护法》中的限期治理重点是针对环境污染行为。而对环境遭到严重破坏时的限期治理鲜有规定。限期治理作为恢复、补救措施同样适用于严重的环境破坏性为。例如，开发利用自然资源，对自然资源及生态环境造成严重破坏的，环保部门也应对责任人作出限期治理的决定。

（三）对排污收费制度的修改建议

排污收费制度是实施环境管理的一种经济手段。它源于 1979 年《环境保护法（试行）》，经过 20 多年的发展，一些单行法如《大气污染防治法》、《海洋环境保护法》，2002 年修改制定的《排污费征收适用管理条例》已突破了现行的《环境保护法》的规定，有必要对其进行修改。主要从以下两个方面着手：

1、将超标排污行为规定为违法行为。《环境保护法》第 28 条和第 37 条的规定表明超标排污行为并非违法行为，超标排污的只需交纳超标排污费。而《大气污染防治法》、《海洋环境保护法》早已将超标排污修订为一种违法行为，即“排污收费，超标处罚”。同时，依照《标准化法》和《标准化法实施条例》的规定，污染物排放标准是强制性标准，具有法律约束力，超过标准排放污染物即是违法，应给予行政处罚。所以，《环境保护法》应尽早确定“排污收费，超标处罚”制度，将其推广到水污染防治法、固体废物污染防治法等领域。

2、修改按单一的浓度收费为对不超标排污的按排放总量计征排污费；转向按浓度和总量收费。《环境保护法》规定的排污收费制度是建立在对污染物实行浓度控制的基础上的，未考虑区域的环境容量和污染物排放的总量，不利于整体环境质量的改善。我国《水污染防治法》、《大气污染防治法》和《海洋环境保护法》都明确规定了在特定区域的污染物排放总量控制度，《排污费征收适用管理条例》的规定也实现了由单一浓度收费向浓度与总量相结合收费的转变。实践中也已经采用了浓度与总量相结合收费的模式。这种转变要在《环境保护法》修改中反映出来。

（四）增加许可证制度的规定

许可证制度是指环境法所确认的，对从事可能造成环境不良影响活动的开发、建设或经营者，必须向有关管理机关提出申请，经审查批准，发给许可证后才能从事该项活动的一系列管理制度。

[5]

实行许可证制度意义重大。它是加强对排污者监督管理的有效手段，是保护自然资源的合理利用和维护生态平衡的重要途径，也是实现我国环境管理战略思想三个转变的具体手段。我国许可证制度广泛地被运用于环境保护的各个领域：大气、水、危险废物的污染防治方面，对矿产、森林、渔业、土地等自然资源的开发利用方面，对野生动植物的保护方面等。相关的单行法、地方性法规或规章等为许可证的实行也提供了法律依据。但是，作为环境保护基本法的《环境保护法》却没有规定。因此，在《环境保护法》的修改过程中，要将许可证制度作为基本法律制度规定下来。特别是对排污许可证制度，在污染防治一章中，更应予以明确。排污许可证制度具有明显和丰富的功能多样性、灵活机动性，适用于污染防治管理的全过程，是环境监督管理中普遍采行和优先适用的重要法律制度。我国现行的污染物排放许可证制度集中在水污染和大气污染排放上，环境噪声污染没有在单行法中作出规定，对占海洋污染绝大部分的陆源污染物排放没有设置许可证制度；并且各项污染物排放许可证制度法律依据不同，设定主体不明，层级混乱，程序也不健全。[6]

（五）增加生态环境补偿费制度

征收生态环境补偿费制度和排污费制度是征收环境保护费的主要内容， 它是对“污染者付费，利用者补偿、开发者保护、破坏者恢复“原则的反映，是环境保护的基本法理制度之一。而《环境保护法》因侧重于污染防治领域，仅规定了排污收费制度，其第 19 条规定 :”开发利用自然资源，必须采取措施保护生态环境。“太过原则、模糊，对于采取何种措施及相应的法律责任没有具体规定。而实行征收生态环境补偿费制度能够保证生态环境资源的合理利用和持续发展，也为生态环境破坏的恢复和治理提供资金保障，凸显自然资源和生态环境保护的重要地位。建议在《环境保护法》修改中增加征收生态环境补偿费制度，对征收的对象、范围、标准等基本内容作出说明。

四、结语

环境保护基本法律制度是相对动态发展着的，作为《环境保护法》的支撑，在经历社会一系列变迁之后，理应作出适时调整。而《环境保护法》的修改是个很好的契机。正是此时，要抓住时代的脉络，贯彻新思想、新理念，以环境保护基本法律制度为基石，完善作为基本法的《环境保护法》。

参考文献

1、周珂《环境法》，中国人民出版社 2005 年版，第 52 页。

2、李启家《中国环境立法评估：可持续发展与创新》，载《中国人口•资源与环境》2004 年第 3 期。

3、李淑文《完善环境影响评价制度的立法思考》，载《求索》2007 年第 1 期。

4、吕忠梅《环境法学》，法律出版社 2004 年版，第 249 页。

5、周珂《环境法》，中国人民出版社 2005 年版，第 77 页。

6、李启家、蔡文灿《论我国排污许可证制度的整合与拓展》，载《环境资源法论丛》第 6 卷。

论生态文明建设的意义与对策

安徽仲天律师事务所　谢宏献

摘　要：生态文明是基于生态危机、反思传统发展观念而进行的理性选择。把生态建设上升到文明的高度，是我们党对人类文明趋势认识的不断深化。发展循环经济是建设生态文明的有效途径之一，可逐渐缓解我国资源、环境的“瓶颈”制约，减缓生态环境的破坏速度，使我们摆脱能源危机、生态危机和生存危机，实现可持续发展。

关键词：生态文明　资源能源　科学发展　循环经济

党的十七大首次提出建设生态文明，强调要“共同呵护人类赖以生存的地球家园”。把生态建设上升到文明的高度，是我们党对中国特色社会主义、经济社会发展规律和人类文明趋势认识的不断深化。建设生态文明，不仅对于贯彻落实科学发展观、继续推进中国特色社会主义伟大事业和全面建设小康社会具有重大的现实意义，而且对于维护全球生态安全、推动人类文明进步和可持续发展具有深远的历史意义。

一、建设生态文明的重大意义

生态文明是人类在改造客观世界的同时改善和优化人与自然的关系，建设科学有序的生态运行机制，体现了人类尊重自然，利用自然，保护自然，与自然和谐相处的文明理念。建设生态文明，树立生态文明观念，是推动科学发展、促进社会和谐的必然要求。它有助于唤醒全民族的生态忧患意识，认清生态环境问题的复杂性、长期性和艰巨性，持之以恒地重视生态环境保护工作，尽最大可能地节约能源资源、保护生态环境。

自然界是人类赖以生存和发展的基础。人类为了自身的生存与发展，需要利用自然资源，改造自然环境，但我们不能无节制地开发和利用自然资源，不能忽视自然规律去改变自然环境，更不能牺牲人与自然的和谐关系。地球的面积和空间是有限的，它的资源也是有限的，它对人类活动的承载力更是有一定限度的。恩格斯说：“我们不要过分陶醉于我们人类对自然界的胜利。对于每一次这样的胜利，自然界都对我们进行报复。每一次胜利，起初确实取得了我们预期的结果，但是往后和再往后却发生完全不同的、出乎预料的影响，常常把最初的结果又消除了。”[1]人类的活动必须保持在一个良好的生态环境中，才能得以长久地生存与发展。

改革开放以来，我国经济发展取得了令人瞩目的伟大成就。从 1978 年到 2007 年，国内生产总值从 2165 亿美元增长到 3.28 万亿美元，年均增长 9.8%，经济总量跃居世界第四。但是，我们要清醒地看到，我国经济增长方式粗放问题十分突出，资源环境面临的压力越来越大。2006 年我国 GDP 总量 2.7 万亿美元，占世界 GDP 总量的 5.5%左右。然而，资源能源消耗约占世界能源消耗的 15%左右，钢材消耗量约占世界钢材消耗的 30%，水泥消耗约占世界水泥消耗量的 54%。与此同时，我国的资源总量和人均资源严重不足。在资源总量方面，我国的石油储量仅占世界 1.8%、天然气占 0.7%、铁矿石约占 9%、铜矿低于 5%、铝土矿不足 2%等。在人均资源量方面，我国人均 45 种主要矿产资源，为世界平均水平的 1/2，人均耕地、草地资源为 1/3，人均水资源为 1/4，人均森林资源为 1/5，人均石油占有量仅为 1/10。这说明，我国的资源已难以支撑我们由传统工业向现代工业的持续发展，现实的国情要求我们在经济增长中必须加快缓解能源

消耗太大的问题。

我国的生态状况也十分严峻。人均森林面积和蓄积分别为世界的 1/5 和 1/8，森林覆盖率居世界第 130 位。荒漠化土地面积已占国土总面积的 27.9%，而且每年仍在不断增加。90%以上的天然草原退化。七大江河水系，劣五类水质占 27%。668 个城市中有 400 多个城市缺水，其中 100 多个城市严重缺水；因缺水影响城市工业产值 2000 亿元；尚有 3.6 亿农村人口喝不上符合卫生标准的水等等。生态恶化已成为制约我国经济社会可持续发展的最大因素之一。

生态文明建设，能够为人们的生产生活提供必需的物质基础；生态文明观念，作为一种基础的价值导向，是构建社会主义和谐社会不可或缺的精神力量。随着人们日益增长的物质文化需求，对生活质量提出了新的更高的要求，希望喝上干净的水、吸上清新的空气、吃上放心的食品、住上舒适的房子等。创造一个良好的生态环境，使自然生态保持动态平衡和良性循环并与人们和谐相处，比以往任何时候都显得更加迫切。如果没有一个良好的生态环境，便无法实现可持续发展，更无法为人民提供良好的生活环境。建设生态文明任重而道远。牢固树立生态文明观念，积极推进生态文明建设，是深入贯彻落实科学发展观、推进中国特色社会主义伟大事业的题中应有之义。

二、生态文明建设的基本内涵

生态文明是基于生态危机、反思传统发展观念而进行的理性选择。它是人类在改造自然的过程中，不断克服负面效应，积极改善和优化人与自然、人与人的关系，建立有序的生态运行机制和良好的生态环境所达到的文明程度。胡锦涛同志指出："大量事实表明，人与自然的关系不和谐，往往会影响人与人的关系、人与社会的关系。如果生态环境受到严重破坏、人们的生活环境恶化，如果资源能源供应紧张、经济发展与资源能源矛盾尖锐，人与人的和谐、人与社会的和谐是难以实现的。"人与自然是共存、共生、共荣的关系。随着经济的发展，人们愈来愈清醒地认识到以污染环境和破坏生态换取一时的经济繁荣的危害性，愈来愈希望深刻了解生态文明建设的内涵，以及经济活动对生态的影响及其变化规律，以增强保护生态环境、建设生态文明的自觉性。

生态文明，是以生态产业为主要特征的文明形态。它以人与自然、人与社会和谐共生、良性循环、全面发展、持续繁荣为基本宗旨，以建立可持续的经济发展模式、健康合理的消费模式以及和睦和谐关系为主要内涵，倡导人类在遵循人、自然、社会和谐发展客观规律基础上追求物质与精神财富的创造和积累。广义的生态文明，指人类文明发展的一个新阶段，即工业文明之后的人类文明形态；狭义的生态文明，是相对于物质文明、精神文明和制度文明而言的，指文明的一个方面，即人类在处理与自然的关系时所达到的文明程度。生态文明具有丰富的内涵，不仅包含普遍意义上的绿色生态文明，更包含政治、文化和道德伦理的生态文明等。就其基本内容来说，主要包括生态意识文明、生态行为文明和生态制度文明等。所谓生态意识文明，是指人们在对待生态问题时所表现的一种先进的价值观念形态，如所体现出的人与自然平等、和谐的价值取向的生态意识、生态心理和生态道德等。所谓生态行为文明，是指在先进的生态文明思想和科学的生态价值观念指导下，人们在生产生活实践中推动生态文明进步发展的各种活动及其对人们文明生态意识和行为能力的引导和培育。所谓生态制度文明，是指人们正确对待生态问题而形成的一种科学进步的制度形态，如为生态文明建设所制订的法律法规等。

建设生态文明，不同于过去传统意义上的污染控制和生态恢复，而是克服工业文明弊端，探索资源节约型、环境友好型以及科学发展道路的过程。生态文明建设要求人类不仅要积极倡导进步的生态文明思想和观念，而且要推进生态文明意识在经济、社会、文化各个领域的延伸。在经济领域，经济活动要走"绿色化"、无害化道路，积极推进生态环境保护产业发展。要大力开发和

推广节约、替代、循环利用资源和治理污染的先进适用技术，发展再生能源和清洁能源，提高能源资源的利用率。要形成有利于节约资源、减少污染的生产模式、产业结构和消费方式，并将这一发展战略具体落实到单位、家庭和个人。在社会领域，要树立正确的发展观和生态观，把建设生态文明作为贯彻落实科学发展观、构建社会主义和谐社会的重要内容，积极倡导以生态文明意识为主导的社会潮流，优化“人居”生活环境，形成有利于人类可持续发展的适度消费、绿色消费的生活方式，以及保护生态、美化家园、绿化祖国的社会文明新风尚。在文化领域，要树立生态文化意识，摒弃人类自我中心思想，按照尊重自然、人与自然和谐相处的要求，提高人们对生态文化的认同，增强人们对自然生态环境行为的自律。同时，注重生态道德教育，广泛动员群众参与多种形式的生态道德实践活动，使人们自觉地履行保护生态环境的责任和义务。

三、迎接经济全球化的环境挑战

随着经济全球化的深入发展，国际产业分工加快重组，中国面临巨大的环保时代挑战。在国际产业链中，我国由于自主知识产权产品较少，处于不利的分工地位，许多时候成为低端产品的“世界工厂”，付出了资源和环境的巨大代价。在这样的背景下，我们要有效地回应挑战，必须切实贯彻落实科学发展观，调整环境与发展的战略关系，转变经济增长方式，把握发展规律，创新发展理念，破解发展难题，提高发展的质量与效益，才能推动中国特色社会主义建设又好又快地发展。

经济全球化的本质，是市场机制支配下的生产要素及其产品和服务的全球流动与重新配置。在经济全球化条件下，我国处于全球产业结构调整的下游，因而承接着产业转移和积聚的污染风险，加剧了局部地区的环境问题。世界银行研究显示：在全世界 28 个行业中，钢铁、炼油、食品、工业化学、纸及纸制品、有色金属、水泥等 7 个部门的大气和水污染物排放占到了全球的 90%，且这一污染负荷从 1960 年至 1990 年的 30 年中几乎没有大的变化，所变化的只是从一地转移到另一地。而我国目前就是这一转移的环境灾区之一。据中国环境与发展国际合作委员会 2007 年的研究显示，近年来，中国已经成为内涵能源的净出口国。从 2002 年到 2006 年，中国净出口内涵能源从 2.4 亿吨标煤增长到 6.3 亿吨标煤，其占当年一次能源消费比例从 16%快速增长到 26%。此外，我国面临严峻的危险废物越境转移的挑战。有报道称，全世界电子废物的 80%被运到亚洲，其中 90%丢弃在中国。

我国已进入工业化中后期，这一时期的产业结构特点是“重化工业”加速发展，资源能源消费增加。先期实现工业化的国家，如英国、美国等，大都走的是一条大量消耗资源能源、先污染后治理的路子，能源和重要金属消费增长超过经济增长，出现严重的环境污染问题。当年日本的发展，也是走的这条道路。我们国家提出，坚持走可持续发展道路，按照科学发展观的指导思想，探索建设资源节约型、环境友好型的新路，重视重化工业的层次提升和节能减排的结构调整与技术进步，避免一些地方盲目发展和引进重化工业项目造成高能耗和高污染。

“可持续发展”理念，强调人类要珍惜自然、尊重自然、爱护自然，把自己当作自然中的一员，与自然界和谐相处，彻底改变那种认为自然界是一种可以任意索取和利用的对象而没有把它作为人类发展的一种基础和生命源泉的错误态度。这一新的发展思想指出，发展是整体的、综合的、内生的，经济只是发展的手段。从目的上看，发展是为了满足人的需要，但这种需要不仅是物质的需要，还包括各个民族的价值及社会、文化和精神的需要，以及发展不能损害当代人的生活条件和健康，更不能损害代际之间的资源能源的均衡等。这使我们彻底突破了过去那种单纯为经济增长而追求经济增长的传统发展模式，将发展指数放在全局战略的视角上，思考中国实现什么样

的发展、怎样发展等重大问题，以及怎样在经济与道德、效率与公平、工具与目的、眼前与长远、局部与全局、当代与下代的关系上协调发展。

党的十七大报告指出："建设生态文明，基本形成节约能源资源和保护生态环境的产业结构、增长方式、消费模式。循环经济形成较大规模，可再生能源比重显著上升。"[2]发展循环经济是建设生态文明的有效途径之一。2020 年，我国人均 GDP 将比 2000 年再翻两番，届时的能源消耗须有较大幅度的降低，环境质量也将有较大程度的改善。若按以往的传统发展模式和技术水平，单位 GDP 的能源、资源消耗不仅不会降低，还要有所上升，其消耗总量还要大于翻两番。我国是一个人口众多、人均资源相对贫乏的国家，如此大的能源、资源消耗量是难以承受的。实现人均 GDP 翻两番，而能源、资源耗费量又要大幅降低这双重目标的必然选择，就是要尽快转变传统的经济增长方式，大力发展循环经济。

循环经济，源于生态经济系统的物流、能流和信息流的循环、转化和传递的原理。它一改过去以消耗自然资源和环境为代价的传统的"资源——产品——污染排放"单向流动线性经济增长方式，为把各自孤立的生产环节排放的废物，运用技术工艺措施，将其转化为再生资源和再生产品的"资源——生产——消费——资源（再生）"的反馈式循环经济模式。尤其是，它强调循环经济系统是由人、自然资源和科学技术等要素构成的大系统。它要求人在考虑生产和消费时不应置身于该系统之外，而要将自己作为这个大系统的一部分来研究符合客观规律的经济原则，如将"退牧还草"、"退耕还林"、"退田还湖"等生态系统建设，作为维持大系统可持续发展的基础性工作来抓。

循环经济的生产观是，充分考虑自然生态系统的承载能力，尽可能地节约资源并循环使用，不断提高资源的利用率，以良性循环来创造社会财富。循环经济要求我们要走出传统工业经济"拼命生产、拼命消费"的误区，提倡物质的适度消费和层次消费，在消费的同时要充分考虑废弃物的资源化，建立起循环生产和消费并重的观念。同时，它还要求通过税收和行政等手段，限制以不可再生资源为原料的一次性产品的生产与消费。特别是，它视自然为人类赖以生存的基础和需要维护的良性循环生态系统，要求人类的实践活动要在资源承载能力内良性循环，使生态系统平衡发展。

当前，我们建设生态文明、呵护地球家园、迎接经济全球化的环境挑战，应高度重视从发展循环经济入手。生产方式要向原料和能源低投入、产品高产出、环境低污染转变，使原材料在生产链条中多次、反复、循环利用，以形成资源——产品——再生资源的循环流动，并力争做到废物最小化、资源无害化，从而最大限度地减少对资源的消耗和对环境的污染。首先，要大力加强经济杠杆作用。要在主要产业之间组成资源循环利用的技术经济链，如规定家电等制造企业要将用户废弃的冰箱、彩电、手机等产品回收处理，以使有关企业在产品设计过程中充分考虑日后如何再利用问题。其次，要加快立法工作。真正解决在污染防治和生态保护方面存在的有法不依、执法不严问题。第三，要建立激励机制。加快建设自然资源有偿使用机制、生态恢复补偿机制和环境价格体系，实行排污总量有价分配制度等。可以肯定，只要我们认真推进循环经济发展，就会逐渐缓解我国资源、环境的"瓶颈"制约，减缓生态环境的破坏速度，使我们摆脱能源危机、生态危机、发展危机和生存危机，实现永续发展，使中国特色社会主义道路越走越宽广，即直至实现中华民族的伟大复兴！

参考文献

1、《马克思恩格斯选集》[C]，北京人民出版社，1972（4）：284。

2、胡锦涛《中国共产党第十七次全国代表大会文件汇编》[C]，北京人民出版社 2007 年版。

浅析“环境正义”之核心法律理念

安徽拂晓律师事务所 赵 光

摘 要：中国当前的经济发展催生了环境正义的兴起。但是我们对于环境正义诸多方面的了解还远远不够。恰当的环境正义理论有着极大的实践和指导意义，为有效解决生态危机提供了一种崭新的方法，今天对“环境正义”之核心法律理念进行解读，进一步确定环境权的科学定义，有利于构建中国环境正义理论和实现生态文明建设的伟大社会构想。

关键词：环境正义 核心 法律理念

所谓环境正义，各家说法不一，一般来讲是指在环境法律、法规和政策的制定、适用和执行等方面，每个人不分时代、国籍、民族、种族、性别、教育程度、区域、地位、贫富等，都平等享有秩序、整洁及可持续性环境的自由，同时免受环境破坏的危害之权利。

笔者试着剖析环境正义的核心法律理念，以此来对环境正义进行理解与分析。

一、人与自然和谐共处的可持续发展理念

1、早在 4000 多年前，我国古代的人们就懂得了人与自然和谐共处的可持续发展理念。《逸周书·大聚》规定春天不得上山伐林，夏天不得下河捕鱼。《礼记·月令》中还有禁止捕杀幼虫、飞鸟的记述。到了战国时，许多诸侯国家已经有正式的法律条文，从保护自然资源的观点出发，约束乱砍滥伐的行为。革新之国秦国法律则对自然环境的保护提出了更为严格的要求。其《田律》规定，从春天二月开始到夏天七月期间，不得进山砍伐林木、堵塞林间水道，不准烧草木灰，不准诱捕鸟类。百科全书《淮南子·难一》中有：“先王之法，不涸泽而渔，不焚林而猎。被后世奉为经典的《孟子》中有“数罟不入洿池，鱼鳖不可胜食也。斧斤以时入山林，材木不可胜用也。”(如果细密的鱼网不到深的池沼里去捕鱼，鱼鳖就会吃不光；如果按季节拿着斧头入山砍伐树木，木材就会用不尽。)《史记》中有“网开一面”等。

2、20 世纪 60 年代，环境正义理念在美国兴起。当时的美国的黑色人种因为垃圾倾倒问题提出抗争，引发美国社会公众与学者的广泛声援，进而拉开了环境正义这个伦理概念的现代发展序幕。1991 年美国在华盛顿召开“第一次全国有色人种环境领导高峰会”，正式提出环境正义问题。其基本纲领是：环境正义保证地球母亲的神圣、生态系统的统一、所有物种的相互依赖性和免受生态破坏的权利。

3、新中国法制建设在倡导人与自然和谐共处的可持续发展理念上作出了巨大努力。

1992 年 8 月，国务院提出了我国的环境与发展应采取的十大对策，明确提出我国必须转变发展战略，走可持续发展的道路。1994 年 3 月，国务院发布《中国 21 世纪议程》。1996 年 3 月，第八届全国人民代表大会第四次会议审议通过的《国民经济和社会发展“九五”计划和 2010 年远景目标纲要》、国家环境保护局制定的《国家环境保护“九五”计划和 2010 年远景目标》中，都将制定体现可持续发展原则的环境法律、法规和政策作为一项重要工作。同时，从 1998 年起，我国修订或制定的主要环境法律都在第一条明确将“促进经济和社会的可持续发展”作为其立法的目的性规定，法律修订或制定的内容符合实施可持续发展战略的要求建立了基础。

二、共同而有区别的消除环境差别主义理念

（一）确立生态补偿原则。生态补偿原则即要求环境法律中要体现生态保护的投入和成本的损失的关系；保证生态受益者的获利情况；评估生态破坏的恢复成本；反思生态系统的服务价值。《国务院关于落实科学发展观、加强环境保护的决定》要求："要完善生态补偿政策，尽快建立生态补偿机制。中央和地方财政转移支付应考虑生态补偿因素，国家和地方可分别开展生态补偿试点。"国家《节能减排综合性工作方案》也明确要求改进和完善资源开发生态补偿机制，开展跨流域生态补偿试点工作。

为此，必须加强生态补偿立法工作，应尽快制订《可持续发展法》、《西部地区环境保护法》等，对生态、经济和社会的协调发展做出全局性的战略部署，对西部的生态环境建设做出科学、系统的安排。同时修订《环境保护法》，使其更加关注农村生态环境建设；完善环境污染整治法律法规，把生态补偿逐步纳入法制化轨道。

（二）建立效率优先、公平兼顾原则。建立排污许可、收费制度，最能直接体现效率优先公平兼顾原则。我国在 1982 年颁布实施了《征收排污费暂行办法》，以法律的形式规定征收排污费。国家环保局 1988 年颁布实施《水污染物排放许可证管理暂行办法》，开始实施"排污许可证"制度。从"排污收费"到"排污许可证"制度，使污染物管理从浓度控制转向总量控制，这是我国污染物管理的重大发展。我国目前有两种意义的排污收费制度：一是超标准排污收费。1979 年的《环境保护法（试行）》首先规定了在我国实行征收超标准排污费制度。现行的《环境保护法》也明确规定："排放污染物超过国家或地方规定的污染物排放标准的企事业单位，依照国家规定缴纳超标准排污费"。二是排污收费。《水污染防治法》第 15 条规定，凡向水体排放污染物的，即使不超过标准，也要征收排污费。征收排污费的目的，是为促进企事业单位加强经营管理，节约和综合利用资源，治理污染，改善环境。征收的排污费必须用于防治污染，不得挪作他用。同时，我们要强调的是，排污单位缴纳排污费并不意味着购买了排污权，也不排除其治理污染、赔偿损失及法律规定的其他责任。

（三）实现环境公平。从某种角度说，环境问题大多是由于发展不足造成的，只能通过促进发展来解决。例如在气候变化领域，"共同但有区别的责任"原则是发展中国家要求发达国家承担历史和现实排放责任，争取自身发展空间的基本法律原则。这一原则也可以视为中国在应对气候变化政策方面所持气候正义立场的集中表达。

1992 年，联合国制定了《联合国气候变化框架公约》，目前已有 192 个国家批准了这份公约，而该公约的核心内容正是"共同但有区别的责任"原则。

"共同但有区别的责任"原则首先要讲"共同"二字，每个国家都要承担起应对气候变化的义务。如果大家共同生活的家园面临生存危机，那么毫无疑问，所有人都必须齐心协力、相互扶持来共同应对和解决危机。

"共同"责任固然重要，但也不能忘了讲"区别"责任。发达国家要对其历史排放和当前的高人均排放负责，它们也拥有应对气候变化的资金和技术，而发展中国家仍在以"经济和社会发展及消除贫困为首要和压倒一切的优先事项（公约语）"。

《联合国气候变化框架公约》正是因为考虑到各国经济发展水平、历史责任和当前人均排放上存在差异，才确定了"共同但有区别的责任"原则。根据这个原则，发达国家率先减排，并给发展中国家提供资金和技术支持；发展中国家在得到发达国家技术和资金支持下，采取措施减缓或适应气候变化。

多年以来，我国污染防治投资几乎全部投到工业和城市，而全国农村还有 3 亿多人喝不上干净的水，1.5 亿亩耕地遭到污染，每年 1.2 亿吨农村垃圾露天堆放，农村的环保设施几乎为零。

另外，富裕人群的人均资源消耗量大，人均排放污染物多，贫困人群往往是环境污染和生态破坏的直接受害者。

因此，贯彻共同而有区别的消除环境差别主义理念是实现环境正义的重要一环。

三、具有前瞻性的风险预防理念

风险预防原则主要根基于环境污染后果的严重性与治理环境问题的复杂性。环境污染一旦发生，其后果是相当严重的。

对于风险预防原则，有关环境领域的各项国际公约基本上都略有涉及。1982 年《联合国海洋法公约》第 194 条第 1 款中就有规定："各国应在适当情形下，个别或联合地采取一切符合本公约的必要措施，防止减少和控制任何来源的海洋环境污染。"《宣言》在原则 15 中强调："为了保护环境，各国应根据它们的能力广泛采取预防性措施。"1992 年《生物多样性公约》也在序言中提及："注意到预测、预防和从根源上消除导致生物多样性严重减少或丧失的原因，至为重要并注意到生物多样性遭受严重减少或损失的威胁时，不应以缺乏充分的科学定论为理由，而推迟采取旨在避免或尽量减轻此种危害的行动"。上述国际公约奠定了风险预防原则的基础，对我国环境保护法制建设中贯彻风险预防法律理念指明了方向。

我国《环境保护法》早在 1989 年就获得通过，而当时风险预防原则还根本没有传入我国。因此，《环境保护法》的立法意图中不可能含有对该原则的考虑。此外，从立法内容上看，风险预防原则和我们平时所说的"预防为主"的原则是不同的两个原则，认为前者包含在后者之中显然是不科学的。到目前为止，我国只在少数环境领域实施了风险预防原则，如《大气污染防治法》第 45 条对消耗臭氧层物质的控制作出了规定，除此之外，风险预防原则在其他环境领域是缺乏立法规范的。因此，我们在今后的环境法制建设中应当注重对风险预防法律理念的不断深化和内化。

四、建立环境公益诉讼及其他诉讼模式之程序正义理念

所谓"程序正义才是真正的正义"。

公益诉讼起源于古罗马，其根本特点是如果公民认为公共利益受到了侵害，其只要是以维护公共利益为目的，就可以以自己名义提起诉讼。也就是说，提起诉讼的人可以是表面上无利害关系的人，这一点和我们的《民事诉讼法》第一百一十九条有明显冲突。

现代公益诉讼起源于欧美，以美国的发展程度比较高、制度比较健全。其中美国的《清洁空气法》以公民诉讼条款的形式首开公民个人进行环境公益诉讼的先河。其理论来源是"私人总检察长理论": 根据宪法，以立法的形式赋予非公务员的个人或组织提起诉权，即赋予为防止公务员从事违反法律所赋予的权限的行为而起诉的权力。

我国目前已签署加入的国际条约和公约也对公益诉权宪法性保护作了规定。《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 1 款规定："法院面前人人平等，在审理对被告人的刑事指控或确定当事人的民事权利与义务时，人们有权获得依法设立、有管辖权、独立、公正的法院的公正、公开的审理。"《世界人权宣言》第 8 条规定："当宪法或法律赋予的基本权利遭受侵犯时，人们有权向有管辖权的法院请求有效的救济。"

因此，现在我们的程序法所缺的就是一个明确表述，即对公益诉讼的主体开放和预交诉讼费的豁免。具体的，可以表述为"对污染环境、侵害众多公民合法权益等损害社会公共利益的行为，经民政部门登记的社会团体和民办非企业、经人民政府批准成立的人民团体以及村委会、居委会、

业委会等基层群众性组织有权向人民法院提起公益诉讼"。当然，也不排除其他诉讼形式，例如检查院在办理刑事诉讼的时候，可以代表国家提起刑事附带环境损害赔偿诉讼，以此作为环境公益诉讼的有益补充。同时，建立真正的环境公益诉讼还要正确界定环境公益诉讼的范围，扩大我国的环境公益诉讼范围，否则不能起到环境公益诉讼维护环境公共利益的目的。

结束语：比较我国环境现状和国际环境保护的前瞻性，我们不难体会出现在是对中国环境发展状况进行深层次思考的时候了，是到呼唤环境正义的时候了。只有对环境正义"核心法律理念进行深刻剖析，用创新和进步的理论去武装中国的环境法律的发展，才是环境法律的生命力之所在。

参考文献

1、焦华《中国古代环境意识与现代伦理环境观念探析》，环境科学与管理，2005 年版。

2、杨进通《环境伦理学的基本理念》，道德与文明，2000 年版。

3、曾建平《环境正义——发展中国家环境伦理问题探究》，北京中国社会科学院，2004 年版。

4、王韬洋《从分配到承认——环境正义研究》北京：清华大学，2006 年版。

5、吕忠梅：《环境法视野》，中国政法大学出版社 2000 年版。

论环境侵权社会赔偿制度

安徽华冶律师事务所　阮定梅

摘　要：环境侵权与损害赔偿问题已日益成为国际社会关注的焦点，而我国目前有关环境侵权的赔偿问题仍只适用传统的民事赔偿制度，这就不可避免的存在一些不足之处，为完善现有的环境侵权赔偿制度，我国有必要顺应现代侵权法的发展趋势，建立并完善环境侵权社会赔偿制度。本文意在分析目前的传统环境侵权与损害赔偿的民事赔偿制度局限性，通过对国外环境侵权社会赔偿制度的研究与分析，为我国建立完善的环境侵权赔偿等相关制度提出个人的观点与看法。

关键词：环境侵权　传统民事赔偿制度　社会赔偿制度

一、前言

随着国民经济的发展，特别是工业化与城市化的飞速发展，由环境污染与生态破坏所导致的环境侵权问题已成为一大社会焦点问题。因为环境侵权损害事故一旦发生，通常都具有损害后果严重、破坏范围广、社会影响大的特点。针对环境侵权事故，环境法首要解决的问题便是如何对因事故中无辜受害的人们采取及时、切实、有效的法律救济措施。然而，环境侵权行为是一种特殊的侵权行为，其本身存在的特殊性就决定了其适用传统的民事赔偿制度必然存在一些不足之处，环境侵权的社会赔偿制度也因此应运而生。但是任何新事物都不是一产生就成熟的，环境侵权的社会赔偿制度当然也不可避免的存在一些瑕疵，为了维护受害人的合法权益，建立和谐稳定的社会，完善环境侵权社会赔偿制度十分紧迫且必要，具有重要的法律理论价值与社会实践意义。

二、传统民事赔偿制度的局限性

目前，我国环境侵权案件仍然只适用传统的民事赔偿制度，但这一赔偿制度是建立在侵权人确定以及侵权责任具体化、个别化的基础之上的，这无疑使因环境侵权而遭受损害的受害人无法得到公正合理的赔偿，其局限性具体体现在以下几个方面：

（一）　环境侵权责任人赔偿能力不足

依据“谁侵权，谁承担”的传统理论，企业一旦成为环境侵权责任主体，给环境和该环境区域内的人们造成人身损害与经济损失，就必须依照法律的规定承担相应的义务与责任即排除危险、赔偿损失。但环境侵权事故通常都具有突发性强，危害范围广且赔偿数额大的特性。就如 2005 年 11 月松花江重大污染事件，据专家估计，仅哈尔滨市的直接经济损失就高达 15 亿左右，更何况其他间接损失呢！然而在环境侵权损害赔偿中，侵权企业却往往是唯一的责任承担者，即使该企业具有一定的经济能力，在面对高额的赔偿数额时，也很难保证每一位受害人能及时、满额的拿到其所应得的赔偿数额，该企业也可能因此而面临破产的风险。当多数受害人都无法及时得到相应的赔偿额时，就必将成为社会的不安因素，影响社会的稳定与和谐。

（二）　环境侵权责任主体确认难

环境侵权造成的污染损害更多的时候是具有间接性、累积性、持续性等特点，这使得大多数时候环境侵权责任主体的确定非常困难，有时甚至无法确定。具体在实践中可大致表现为以下三种情形：

1、环境侵权事故的发生往往是由不特定的多数人的侵权行为共同作用的结果。比如近代八大公害事件之一的洛杉矶化学烟雾事件，此事件就是由 250 万辆汽车排放的尾气共同造成的。

2、环境本身具有一定程度的自净功能，所以有些环境侵权的损害结果并不会很快出现，但当其出现时，责任主体则可能早已不复存在。

3、无法查清污染源。污染源不明，此时则根本不可能明确责任主体。由此可见，只适用传统民事赔偿制度，环境侵权的受害者是无法通过法律途径正当的维护自己的合法权益。

（三） 环境侵权诉讼时效制度的限制性

我国《民法通则》第 137 条规定了环境侵权最长的诉讼时效即 20 年，但大部分的环境侵权是具有潜伏性的特点，一些环境侵权的潜伏时间有时甚至是以代际计算，在此种情况下，环境侵权所造成的损害后果根本不可能被及时发现，但根据我国目前的诉讼时效制度，受害人则得不到任何有效的救济。

由上文分析可知，环境侵权事故的相关赔偿问题只适用传统的民事赔偿制度是不符合实际情况，存在诸多问题的。而完善并采用环境侵权社会赔偿制度则无疑是顺应时代发展潮流，符合社会发展需要。

三、国外环境侵权社会赔偿制度的研究与分析

环境侵权社会赔偿制度的基本目的在于保护受害人的合法权益，使其得到合理有效的救济，同时也通过社会大多数人分担损害后果与赔偿数额来缓解造成环境污染企业的赔偿压力，从而避免其因支付巨额赔款而濒临破产。正因如此，环境侵权社会赔偿制度才符合侵权法的发展趋势，并被多数发达国家所采纳，其主要实现方式包括责任保险制度、行政救济制度、财务保证制度，具体内容如下：

（一） 责任保险制度

19 世纪后期，责任保险首先出现在法国，20 世纪 60 年代被引入环境侵权损害赔偿领域因而出现了环境侵权责任保险制度。随后，各国相继采纳这一制度，例如美国于 1988 年成立了专门的环境保险集团即环境保护保险公司，并于同年 7 月开出了第一张责任限额最高额为 100 万美元的污染责任保险单。意大利则在 1990 年后出现了由 76 家保险公司组成的联合承保集团，承保污染责任保险。

环境侵权责任保险是指在投保人因污染环境需承担相应赔偿责任时，基于保险合同约定，由保险人向受害人支付赔偿金的保险类型，其可以通过收缴保险费的方式，将个人或企业的赔偿责任由同类投保人共同分担。如此环境侵权责任保险才能在面对巨大的赔偿数额时，既可以使企业避免因数额巨大而濒临破产，同时又可以保障受害人获得相应的赔偿，维护其合法权益。

（二） 行政补偿基金

行政补偿基金是指依据相关法律规定，由政府出面征收环境税、环境费等作为环境侵权损害补偿资金。如日本 1973 年制定的《公共健康受害补偿法》，该法规定的行政补偿对“四大公害”区域内的受害人起到了非常重要的救济作用。又如法国政府从 1973 年起，通过向航空公司征收噪声特许金的方式筹集资金，设立行政补偿基金，赔偿戴高乐机场等机场附近因噪声公害而受到损害的居民。不难发现，行政补偿基金是通过将损失转嫁给所有被征收环境费和环境税的企业，使受害人即使在污染源不明，侵权责任主体难以确定的情形下，仍然能获得相应的补偿，为其提供了更有力的保障。

（三） 财务保证制度

财务保证制度主要是通过让潜在的环境侵权主体预先交纳一定的资金，以便发生环境侵权事故时，受害人能及时得到赔偿。如日本现行的《矿业法》第197条第3款规定的寄存担保制度，该条文就要求以矿物为目的的矿业权所有人或租矿权所有人按照所采掘的数量，每年委托政府保管一定金额的国债，担保其造成环境侵权损害时有一定的赔偿金及时给予受害人。

环境侵权社会赔偿制度已被美国、日本等多数发达国家所采用，并在实践中充分发挥了其保护受害人合法权益，平衡各方利益的重要作用。我国也应在立足于基本国情的基础上，充分借鉴发达国家相关的经验，建立并完善环境侵权社会赔偿制度。

四、对于完善我国环境侵权社会赔偿制度的探讨

随着我国工业化、城市化进程的加快，环境侵权问题已日益严重，但相关立法仍不完善，传统赔偿制度亦存在诸多问题，鉴于此，我国十分有必要积极借鉴发达国家的经验，从法律层面上明确环境侵权社会赔偿制度，切实的维护受害人的合法权益，具体措施如下：

（一） 完善环境侵权责任保险制度与责任保险法

我国在20世纪90年代初开始出现由地方环保部门与保险公司合作推出的环境侵权责任保险，但由于我国相关立法的不足以及其制度系统本身构建存在缺陷等因素，环境侵权责任保险在我国并未得到良好的发展。因此，笔者认为可从以下两个方面改善环境侵权责任保险制度在我国的发展困境：

1、借鉴发达国家的经验与教训，立足于我国基本国情，完善环境侵权责任保险制度，例如扩大环境责任保险承保范围，明确环境责任保险方式等，从而使其更具操作性，真正发挥其作用。同时也要加大相关宣传力度，促使更多的企业了解并购买环境侵权责任保险。

2、制定并完善环境侵权责任保险法，明确环境侵权责任主体的赔偿责任及其他相关问题。

（二） 设立行政补偿基金

日本、德国等多数发达国家都设立了行政补偿基金，且在实践中取得了一定的成绩。我国亦可考虑设立这一制度，保证受害人在侵权责任主体赔付不足或不具备赔偿能力，甚至污染源不明，无法确定侵权责任主体时也能获得赔偿。与此同时，为保证筹集的基金使用情况切实符合设立该基金的目的与意义，国家必须制定相关法律条文与监管制度，严格规定基金的适用对象与适用范围，切实维护受害人与企业的利益。

（三） 建立财务保证制度

我国《公司法》与《合伙企业法》均强调企业的社会责任，其中就包含了企业对环境资源的保护责任和合理利用责任。在企业环境法律责任中，对受害人的及时救济便是企业承担法律责任的重要组成部分。现代企业生产的高风险性决定了环境侵权损害的发生具有较大的可能性。因此，为使环境侵权责任主体在面对环境侵权事故时能及时应对，有效解决问题，企业有必要提前做好准备，储存一定的资金用于赔偿。正因如此，笔者认为我国有必要参照国外的做法，结合国内实际情况，建立符合我国国情的财务保证制度，由经营同样风险的企业按照预先的约定交纳一定的金额，以便受害人受害时则可以优先受偿。

综上所述，笔者认为环境侵权社会赔偿制度在处理赔偿问题方面是有一定可取之处的，我国理应学习、借鉴国外的优秀经验与成果。

五、结束语

环境侵权社会赔偿制度从社会的现实需求出发,对传统民事赔偿制度作出了适度的补充与创新,并站在利益均衡的角度,最大程度的弥补受害人的损失,从而在受害人利益与侵权主体利益以及社会利益之间达到相对平衡,维护了社会的稳定与和谐。虽然我国目前并没有建立相关的制度,但随着我国对环境侵权社会赔偿制度理论探讨的深入和实践经验的积累,环境侵权社会赔偿制度终将会被建立且完善,发挥其应有的作用。

参考文献

1、王明远《环境侵权救济法律制度[M]》,北京:中国法制出版社,2001 年版。

2、王晓丽《论环境损害赔偿的社会化机制——以环境责任保险制度为例[J]》,法学论坛,2005 年第 5 期。

3、曹明德《环境侵权法[M]》,北京:法律出版社,2000 年版。

生态文明建设的立法问题

———经济、法制、生态辩证及统一

安徽睿正律师事务所　杨天祥

摘　要：环境污染、生态失衡等生态危机越来越受到世界各国的关注，寻求环境保护和生态建设的有效途径已成为各国政府的执政要务，由于我国生态法制化建设的复杂性和广泛性，非常需要法律的调整和保障。生态文明的建设应渗透到法治建设的各个环节。我国现有的法律法规体系中虽然已存在体现生态文明理念的内容并取得了一定的绩效，但这些制度和规范是生态文明法制化的基础；同时就现有规范在保障生态文明方面的不足而言，生态文明法制化最迫切的任务并非转换理念，而是大量引入创新型制度。

关键词：生态文明法制化　生态文明　立法体系

一、生态文明法制化的必然

环境污染、生态失衡等生态危机越来越受到世界各国的关注，寻求环境保护和生态建设的有效途径已成为各国政府的执政要务。中国改革开放 20 多年的发展取得了辉煌的成就：生产力得到了巨大的发展、人民生活水平显著提高、综合国力大大增强。然而，中国也没幸免于传统工业文明的负效应，环境污染、能源短缺、人口膨胀、生态失调等问题已很严峻。我国生态建设的复杂性和广泛性更需要法律的调整和保障。同时，法的显著的规范性和特殊的强制性也使法具备了有效地保护生态建设的能力。因此，我国应吸收和借鉴发达国家的经验，借助法律保护生态文明建设，确立起生态法制化，即在法治建设的各个环节：立法、执法、司法、守法以及法律监督活动中都要渗透生态的内容，体现生态的要求。早在上个世纪九十年代，我国学界就展开了对于生态文明发展的研究，但是视角多数是集中于哲学、经济、管理和环境保护等领域，主要是揭示生态文明产生的理论和现实基础。具体方案主要包括生产方式、消费方式，人口模式以及社区建设的转型等。对于生态文明的法律保障问题主要是作为一种实现手段加以宏观描述，缺乏深入研究。[1]十八大报告提出生态文明观念后，生态文明建设成为环境资源法学界研究的热点。代表性的研究成果主要集中在法制理念方面，有学者认为须使生态文明成为法制建设的指导思想， 贯彻到整个法制建设中， 实现法律的生态化。有学者则提出生态文明理念下，法律编制的基本规则必须接受生态规律的约束。具体建议主要集中在环境法的重构上，即在环境立法体系贯彻生态文明理念和促进环境法向生态法的转变。

从总体上看，我国法学界特别是环境资源法学界在生态文明法制理念化问题上已经取得了一定的成果，并且指出了一些建设的路径与方法，但是从立法角度看，还缺乏对生态文明的具体制度化和规则化的深入研究，尤其有些建议和想法和我国的立法现状存在一定的偏差。因此，本文对完善生态法律制度，建立生态保护法律体系，对生态文明的法律系统化的范围、路径和方略等问题进行一个粗浅的分析。[2]

二、生态文明法制化的内涵和范围

（一）生态文明法制化与生态保护立法现状

要想研究清楚我国生态文明法制化的进程和生态立法体系的构造,从我国现有的法律体系可以看到。首先,我国现行宪法中明确写进保护环境、保护自然资源的内容。宪法第 9 条规定:"国家保障自然资源的合理利用,保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人利用任何手段侵占或者破坏自然资源。"第 26 条规定:"国家保护和改善生活环境和生态环境,防止污染和其他公害。"其次,我国的《民法通则》、《刑法》和《环境保护法》等基本法也有相关规定。《民法通则》中关于国家、集体对土地、森林、山岭、草原、荒地、矿藏等自然资源享有所有权或使用权的规定,有关应合理利用自然资源的规定,有关违反国家保护环境,防止污染规定,造成环境污染或他人损害的,应依法承担环境侵权的民事责任的规定等都是涉及环境和自然资源法律保护的内容。修改后的我国《刑法》增加了"破坏环境资源保护罪"类罪的规定,对重大污染罪、非法处置或擅自进口固体废物罪、非法捕捞水产品罪、非法猎捕和狩猎罪、非法占有耕地罪、破坏矿产资源罪和非法采伐盗伐森林罪规定了定罪量刑的标准。特别是《环境保护法》,它是专门保护环境的基本法,对环境保护的基本任务、基本原则、管理体制、组织结构、主要措施和法律责任等做出了原则规定,是我国专门保护环境法律的龙头法,它下面还有许多单行的与之配套的法律,如:《大气污染防治法》、《水污染防治法》、《环境噪声污染防治法》、《固体废物污染环境防治法》、《放射性污染防治法》、《水法》、《矿产资源法》、《农业法》、《渔业法》、《煤炭法》、《土地管理法》《森林法》、《草原法》、《野生动物保护法》、《水土保护法》、《防沙治沙法》等。再次,我国还有一系列关于环境和自然资源保护和利用方面的国务院及其所属部门发布的行政法规或规章、地方权力机关或行政机关制定的地方性法规或规章等。此外,我国还缔结或参加了 30 多项与环境保护有关的国际条约,如《世界文化和自然遗产保护公约》、《防止船舶污染国际公约》、《海洋倾废公约》、《保护臭氧层维也纳公约》等。[3]上述已有这些法律、法规虽然在我国环境和自然资源的生态保护上都曾发挥了重要作用,但随着经济快速发展,我们更需要去完善和发展我们生态法律体系。然而我们应该去怎样完善,用什么方法完善,这是我们下面将要探寻的问题。

(二)生态文明法制化的范围应当涵盖各个法律部门

从现在很多学者包括实务界专家的相关研究成果来看,多数还是聚焦于"生态文明对环境保护法的影响"上,[4]这一观念是不全面的。从上文的分析我们不难看出,就法律部门而言,生态文明法制化的范围不仅仅限于环境与资源保护法,而应当是对整个法律体系的改造。

在以往的法规体系中,就已经存在体现生态文明理念或是为生态文明建设服务的法律条文。虽然从认识论的角度而言,生态文明是近年来才刚刚产生的新理念,但是作为一种文明形态而言,尤其是广义角度理解,人类对生态文明的追求与建设一直在进行。就拿青岛市的地方立法来看也是如此,在其十八个部类的地方性法规中,有约三分之一的部类法规和生态文明有关,包括"城建类"的《青岛市城市绿化条例》《青岛市建筑废弃物资源化利用条例》,"规划类"的《青岛市城乡规划条例》《青岛市海岸带规划管理规定》,"水利类"的《青岛市实施〈中华人民共和国水土保持法〉若干规定》和《青岛市实施〈中华人民共和国水法〉若干规定》,"环保类"的《青岛市大气污染防治条例》、《青岛市环境噪声管理规定》、《青岛市近岸海域环境保护规定》、《青岛市生活饮用水源环境保护条例》,"海洋类"的《青岛市海洋环境保护规定》和《青岛市海域使用管理条例》,"林业园林类"的《青岛市城市绿化管理办法》、《青岛市古树名木保护管理办法》以及"经济类"的《青岛市资源节约条例》和《青岛市资源综合利用若干规定》。[5]在这些法规中有很多条文已经体现了生态文明理念或是满足了生态文明建设的需要。

总之以青岛的法规为参考,在现有的法规体系中,不但是环境保护的法规,规划、水利、经济、海洋管理等等领域都已经存在和生态文明相关的法律规定,并且也需要进一步在生态文明理

念指导下进行改造。从法学研究的角度而言，相关的法律条文的确都可以划入到环境法的范畴中去，但是从立法体系来看，决不仅仅限于环境法这一个法律部门，而是与民法、行政法、经济法、社会法、诉讼法和刑法都有一定的联系。因此要想使生态法制化的进一步的完善，必须要将视野放宽，不能只盯在与环境保护有关的法律上，而是要考虑到相关的全部的法律部门。

三、生态文明法制化的途径

（一）明确生态法制的价值取向。

这是建设生态法制的指导思想，起决定性作用。我国传统的生态价值观是“人类中心主义”，认为人是宇宙的中心，是万物的主宰，人的利益高于一切，经济发展重于环境保护，人类可根据自己的利益利用环境和资源，而且自然资源无限的。这种人类中心主义的价值观，割裂了人与自然共存的和谐关系，给生态环境和人类自身都造成了极大地损害。因此，生态法制建设首先就要改变以往法律中体现的这种传统的“人类中心主义”价值观，确立现代生态文明价值观。用人类一社会一自然和谐共处，尊重自然、保护自然的价值观念指导生态法制建设，确立起既遵循自然规律，又遵循社会规律，既能促进经济发展，又能维护好环境，保护生态的社会主义法律体系。[5]

（二）确立并贯彻好生态法制的基本原则。

生态法制的基本原则，是我国制定生态保护法律、法规的指导思想和方针，是生态法制价值观的具体体现，贯彻在生态保护法制建设的始终，是确立各种生态法律制度的基础。确立生态法制的基本原则，重要的是必须遵守生态规律，违背生态规律的法不仅不能有效的保护生态，反而会破坏生态，使人类受到生态规律的惩罚。关于现代生态法制建设的基本原则，当前我国学者提的较多的主要有：协调发展原则；预防原则；合理开发利用原则；协同合作原则等。

可持续发展原则，我国有的学者又称之为“协调发展原则”、“环境保护同经济建设、社会发展相协调原则”、“三同步、三效益原则”。它的含义是人口、经济和社会的发展必须以资源和生态的可持续利用为前提，不能超过环境和自然资源的承受能力，要实现人、社会和自然的协调发展。[6]这一原则的实质是既要反对以往我们认为的人是自然的主人，自然资源是无穷无尽的错误认识，又要反对一些西方人曾经提出的所谓“零增长论”的极端思想，而是要求人们摆正经济发展、社会进步和人口增长与环境、资源和生态的关系，作到兼顾，统筹规划，合理安排，全面发展。可持续发展是生态文明建设的最基本原则，应贯穿在生态文明建设的各个领域，生态法制建设也一样，应将这一原则贯穿于各级各类生态保护法律中。尽管我国以往有关环境和自然资源保护的法律，体现了这一原则的精神，但由于生态破坏在我国的严重性，生态保护在我国的迫切性，对这一原则还应在法律上给于更进一步的强调，特别是应在国家的根本大法一宪法中将这一原则明确加以确认，以示这一原则的重要，其他相关法律法规也要明确确认和贯彻。预防原则，即预防为主，防治结合原则，是指在生态保护中，应将事先防范放在首位，防止人类活动对环境造成污染，对自然资源滥采滥用，使自然资源浪费和退化，使生态失衡。[7]这一原则的提出是人们总结生态保护经验的结果，也是由生态问题的特殊性所决定的。因为生态损害具有滞后性和不可逆转性，生态治理和恢复又远比预防困难和不经济，因此对生态的保护，防患于未然尤其显示出重要意义。这一原则的实质是要将预防与治理结合起来，并以预防为主。在生态损害恶劣的当今社会，治理是必要的。是亡羊补牢的措施。而要遏制住对生态的破坏，预防才是根本的措施，是高瞻远瞩。

合理开发利用原则，是要求人们对生态环境和自然资源的开发利用一定要适度进行，作到根据环境和资源的特点和规律合理开发，节约利用，能不用的不用，能少用的决不多用，休养生息，世代享用。[8]通过法律将这一原则确认下来，贯彻好，才能保证它的要求的切实实现。因此，我

们应通过法的规范作用，把人们开发、利用环境和自然资源的范围、权利义务的内容界定好，通过法的特殊的强制作用，将人们在这样关系中的行为约束好。

协同合作原则，这是基于生态问题无边界的特点提出的原则。它的含义是指，因为生态问题通常是区域性或全球性问题，因此，解决生态问题就必须靠不同地区、不同国家，甚至全世界的力量通力合作，共同完成。[9]一个国家的生态建设应通过各级政府、各个部门、法人和自然人的共同努力来实现。其中公众参与，依靠群众进行生态建设和监督尤其重要。法律应对人们的生态权利与义务，对生态责任做出明确的规定，使各种力量都能在生态建设中切实发挥作用。

构件好生态保护法律的梯级层次，使生态法制形成内容协调，衔接，效力层次清楚、周延的结构体系。第一，要用宪法把生态文明建设和实现可持续发展的内容确认下来，用根本大法，以最高法律效力确保使之成为人们长期的、普遍的行动准则。第二，要构建起生态保护法律体系，逐渐形成以环境保护法和自然资源保护法为龙头，涵盖生态保护全部内容，包括国家立法、地方立法和部门规章等法的形式在内的生态保护法律体系。第三要在各种民事、商事、刑事、经济、行政等立法中突出生态保护的内容，[10]确保经济建设和行政管理等活动都与生态文明建设相结合，以生态保护和建设作为考查和衡量经济、行政等行为的重要指标。

我们可以得出这样的结论：不仅在现存的法律体系中存在大量的与生态文明有关的实体规则，而且这些规则在运行中已经起到了建设生态文明，推动人与自然并且取得了一定的经验。我们强调生态文明法制化，绝不是将以往制度推倒重来，也不是“更新”现有的法律体制，这些都是忽视实际的想法，我们应当在现有的相关规则体系进行进一步的发展，包括对相关条文的修改、新制度的引入以及旧制度的废除等等。

从上述问题可以看出，我们以往对于生态文明法制化的认识，过多的纠缠于理念的更新、确立和引入上，但是从地方性法规立法的经验来看，生态文明法制化现在最欠缺并非是理念的更新，而是调整领域有待扩展、对新问题新挑战应对不足以及亟需在立法中明确生态补偿制度、公众听证制度、全程评估制度，这些问题无一不指向具体制度的引入与规范。

因此，生态文明法制化的途径应当定位于大量引进具体制度，而后再对根本性法律原则进行修正。就生态文明建设的现实需要而言，如果能够在法律法规中详尽规定上述具体制度并且使之得到有效实施，则必然会对我国根本性法律原则和制度的转变有所推动。

参考文献

1、张维庆《建设生态文明的思考》，2009 年。

2、曹明德《生态法新探》，北京：人民出版社，2007 年，第 302 页。

3、刘国涛《环境与资源保护法学》，北京：中国法制出版社，2004 年，第 25-28 页。

4、蔡守秋《环境资源法学教程》，武汉：武汉大学出版社，2000 年，第 39 页。

5、曹明德《生态法的理论基础》,《法学研究》2002 年第 5 期。

6、汪劲《环境法学》，北京：北京大学出版社，2011 年第 2 版，第 29 页

7、周珂《环境与资源保护法》，北京：中国人民大学出版社，2007 年，第 58 页。

8、吕忠梅《环境法新视野》，北京：中国政法大学出版社，2000 年，第 112 页。

9、姬振海《对建设中国特色生态文明的若干思考（J）》。

10、刘爱军《以生态文明理念为指导完善我国的环境立法》,《生态文明视野下的环境法理论与实践》，山东大学出版社 2007 年版，第 96-105 页。

皖江示范区建设的环境立法创新研究

安徽高速律师事务所 张 辉

摘 要：在推进皖江示范区建设过程中环境立法创新是一个迫在眉睫的问题。当前，皖江示范区环境立法急需在立法理念、立法内容、立法方式三个方面进行突破，可以从更新立法理念、明确立法内容，创新立法方式三个方面入手创新皖江示范区环境立法。

关键词：皖江示范区 环境立法 创新

一、皖江示范区环境立法的现状

2010 年 1 月 12 日，国务院正式批准实施“皖江城市带承接产业转移示范区规划”。这是国内唯一以承接产业转移为主题的区域规划，是国家实施区域协调发展战略的又一重大举措，对于促进我省经济社会又好又快发展，加速崛起进程具有重大的现实意义和深远的历史意义。

建设皖江城市带承接产业转移示范区，是一项有开创意义的大举措，因此在很多方面都需要创新，对于示范区建设遇到的一些瓶颈因素，需要从体制层面进行突破，从制度上作出规范，主动作为，创造性地开展工作。“产业转移的根本是制度转移，承接产业转移的过程实质是制度创新过程，产业转移的承接其根本是制度的承接。”[1]其中，法制的创新可以对示范区建设起到引导、促进和保障作用。2010 年 7 月国务院法制办制发《关于支持安徽省人民政府推进皖江城市带承接产业转移示范区法治政府建设的意见》，支持安徽省人民政府推进示范区在包括节能环保等方面的体制机制创新，并优先选择在示范区开展政府法制方面的试点工作。2011 年 8 月 1 日施行的《安徽省促进皖江城市带承接产业转移示范区发展条例》标志着皖江示范区建设中的法制创新取得了显著进展。

产业转移是全球经济发展的必然趋势。产业转移能够极大地促进承接地经济的发展，同时也会出现与之关联的环境外部不经济性，即承接产业转移建设中出现的环境问题。[2]承接产业转移是一项系统性工程，涉及到皖江城市带环境、经济、社会发展的各个方面，皖江城市带不能将其他区域转移的产业都承接过来。皖江示范区要实现科学发展、全面转型、加速崛起、兴皖富民的宏伟目标，迫切需要把环境保护工作摆在突出的位置，把皖江城市带环境问题的现状与未来发展方向结合起来，把承接产业转移与加快推进生态文明建设、实现可持续发展结合起来。要高度关注承接产业转移中可能对资源环境造成的侵害，摒弃以牺牲资源环境为代价片面追求经济增长的发展模式。只有这样才能将产业转移的承接做实、做好。

环境法律制度的创新在环境与资源管理实践、生态保护和建设等方面发挥了积极的作用，将极大推动两型社会的建设。[3]环境法作为保护环境和资源最为有效的手段，本应对环境保护与经济发展的协调做出合理的制度安排，促进皖江经济社会的可持续发展。但是，近年来省环境问题并未从根本上好转，经济发展对资源的依赖仍很严重，这充分表明了我省环境法制建设缺乏应有的力度，对于皖江示范区的建设来说是一个迫在眉睫的问题。2011 年 5 月 25 日环保部与安徽省人民政府签署了《共同推进皖江城市带承接产业转移示范区建设合作协议》，通过开展六个方面的合作着力推进皖江城市带承接产业转移示范区环境保护与经济协调发展。其中第一个方面就是先行先试，构建政策法规体系，环保部明确表示支持皖江示范区环境政策法规创新。安徽省承接产业转移中遇到的很多环境资源问题是国家立法没有明确规定的，这就需要示范区地方立法先行

先试，发挥出创造性，通过构建符合地方实际的环境法律制度，以此为皖江城市带的发展及安徽的加速崛起提供法制保障。

改革开放以来，安徽省地方环境立法取得了一定成绩，制定了多部地方环境保护法规和规章，对于环境保护事业的推进发挥了积极作用，并在很大程度上遏制了环境污染的进一步恶化。特别是2010年11月1日施行的《安徽省环境保护条例》对于完善安徽省环境保护法制建设，规范和改善环境保护监督管理发挥了重要作用。

二、皖江示范区环境立法的问题分析

从总体上看，安徽省环境立法的成果与环境保护的实际需要还有一定的距离，在当前安徽省加快发展、奋力崛起的关键时期，特别是加快推进皖江示范区建设的形势下，环境保护面临的压力越来越大。当前皖江示范区环境立法急需解决以下三个方面的问题。

（一） 立法理念问题

立法理念体现法的价值取向，明确法所要实现的特定目标，指导具体法律制度的设计。科学的立法理念可以树立正确的立法价值标准，对于实现“良法之治”意义重大。

《安徽省促进皖江城市带承接产业转移示范区发展条例》与皖江示范区内现行的环境法规、规章中，较多的是关于污染防治的规定，而涉及自然资源保护、生态建设的立法较少。这说明立法者的理念仍停留在传统的污染应对上，没有真正将生态文明的理念融入环境立法之中。

皖江示范区获批之后施行的《安徽省环境保护条例》第一条规定，为保护和改善环境，防治污染和其他公害，保障人体健康，促进经济社会全面协调可持续发展，根据有关法律、行政法规，结合本省实际，制定本条例。此条规定完全是与1989年实施的《中华人民共和国环境保护法》的立法理念一致。作为国家层面已经实施了20余年的环境保护法，早已不能适应我国经济社会发展的现实状况，其确立的人类中心主义的立法理念忽视了人与自然相互依存的客观规律，与资源节约型和环境友好型社会的建设目标背道而驰。诚然，地方环境立法一定程度上应当遵循国家环境立法的理念与目的。但遵循并不排斥创新，特别是在国家环境保护的理念已转移为生态中心主义，国家层面的环境保护法已着手修改的背景之下，皖江示范区环境立法理念必须大胆突破。

（二）立法内容问题

两年多来，皖江城市带承接产业转移示范区建设成效显著，但是，尚未形成系统的规范示范区生态建设与环境保护，促进产业发展与生态文明的统一法规制度。在推进皖江示范区建设过程中一些重要的问题，如地方环境标准、排污权交易、资源节约与综合利用等缺乏立法规范，立法的空白状况造成实际工作中无法可依的尴尬局面，在一定程度上影响着示范区经济社会发展的高效、规范运行。早在2008年，皖江示范区的地区生产总值已经占到安徽省的66%，但示范区内环境立法的数量、环境法规规章修改与废止的比率却很低，也就是说，皖江示范区经济社会发展水平与环境立法数量、环境立法的修改与废止活动不存在关联性，这是我们在承接产业转移过程中值得深思的一个问题。

皖江城市带承接产业转移示范区规划明确提出要把承接产业转移与开展先行先试、创新体制机制结合起来。既然是示范区，必然就要超前。但是，当前示范区对于皖江城市带承接产业转移示范区规划赋予的先行先试权在使用上还处于起步阶段，在环境立法方面的探索还不够充分，示范效应发挥不够明显，创新力度有待进一步加大。在经济社会的大背景下，我们要充分利用先行先试权，在科学论证的基础上进行合理规划，通过环境立法予以确认。

（三）立法方式问题

统一的法制是统一的市场体系得以形成和有效运作的根本保障，皖江示范区经济的一体化，也需要统一的法制保障。皖江示范区内各地的环境与资源条件不同，经济与社会发展水平也存在差异，尽管示范区各个方面已经有了细致的规划，但当前皖江示范区内各市县之间缺乏协调沟通，在政策与制度构建方面，各地往往考虑到自身的利益，协作不够，可能丧失了共同发展的机遇。皖江示范区环境立法的实质是对示范区各方利益进行准确定位和合理调整，通过科学合理的环境法律规范平衡不同利益主体的环境需求。

目前，皖江示范区公众参与环境立法的意识及参与的程度还不够，缺乏公众参与环境立法的制度性安排。公众参与"奠定了地方立法的合法性基础；促进了公民权利与国家权力的和谐互动；凸显地方立法的本土特色。为此，必须在地方立法中进一步健全和完善公众参与制度。"[4]尤其是公众参与环境立法，因为环境事务关乎每一个社会成员的切身利益，与每一个社会成员休戚相关。

环境立法与其他部门立法相比，一个重要的特点就是科技型或生态型。环境法要实现对环境保护社会关系的调整，实现人与自然的和谐，必须与环境科学、生态学紧密结合。环境立法必须体现生态规律的要求，把大量的技术规范、环境标准、操作规程纳入环境法律规范之中。而皖江示范区由于不同利益主体力量、参与决策机会等不平衡，导致环境保护立法与生态规律的违背。当前皖江示范区环境立法与环境保护政策的制定没有细致地分析规划区域内污染物的种类、特点与危害范围，污染产生的原因与源头，也就不可能对规划区域内的环境问题予以类型化管理，从而有针对性地进行制度设计。"生态环境的整体性与保护的分散性之间的矛盾，国家环境资源法制的统一性与执法的地方保护主义之间的矛盾，是当前应该尽快研究解决的突出问题。"[5]

三、皖江示范区环境立法创新的具体构想

立法是法制创新的先导，皖江示范区建设需要有力的政策法规为后盾，只有建立健全一整套关于环境资源方面的法律体系，有法可依，有章可循，才能打破行政管理的条块分割、各自为政的地区经济发展的局限性。[6]为此，应从以下三个方面完善皖江示范区的环境立法。

（一）更新立法理念

随着人们环境意识的不断提高，对于环境保护的要求也不仅限于治理污染、保障生产、生活，以及保护人类身体健康。对自然内在价值的承认，更多的对自然环境的直接和单纯的保护得到了认可，反映在环境立法中，应当改变利益的衡量模式，将生态利益纳入考量范围，直到制度的设计。[7]"生态文明是资源节约型社会和环境友好社会的文明形态和文化形式。"[8]生态文明理念对于环境立法具有重要的导向作用，生态文明的立法理念集中反映出法律的价值取向和立法者对生态环境的认识。以生态文明理念指导皖江示范区环境立法创新，就是要放弃传统的人类中心主义理念，确立以生态利益为中心的理念，并确立整个生态系统的主体地位。坚持科学发展，加快转变经济发展方式，以资源环境承载力为基础，科学承接产业转移，在保护中发展，在发展中保护，促进经济社会与资源环境协调发展。

具体而言，要以生态文明引领皖江示范区整体立法工作，不仅要对环境法律规范进行全面检讨、修改和完善，还要在其他部门法中融入生态文明的理念。随着国家对生态发展规律认识的不断深入，法律生态化的趋势逐渐凸显。各法律部门在进行部门立法时，必须考虑生态保护的要求，从各自角度出发对环境保护及自然资源的利用做出相应的规定。[9]皖江示范区建设是一个综合性、系统性的工程，仅仅做好环境立法一个方面的工作是远远不够的，还要充分发挥其他部门立法的作用，在其他部门立法中也要充分体现环境保护和资源节约的要求。环境立法与其他部门立

法在内容上相互渗透，功能上相互配合，共同为皖江示范区建设提供法制支撑。

（二） 明确立法内容

皖江示范区环境立法创新可以从多个方面着手，但核心是立法内容的创新。因为无论是理念创新、方法创新还是立法制度的创新，最终都要落实到立法内容的创新。没有内容上的创新，其他的一切所谓创新都只能流于形式。[10]现阶段，皖江示范区环境立法内容的创新主要包括以下两个方面。

第一，回应示范区建设的新需求，填补立法空白

对于当前示范区建设重要领域的立法空白，应通过立法逐步予以填补，以保证有法可依。当前，推进皖江示范区建设迫切需要启动循环经济立法、排污权交易立法和《巢湖流域管理条例》制定等工作。

循环经济是追求更大经济效益、更少资源消耗、更低环境污染和更多劳动就业的先进经济模式。[11]大力发展循环经济是建设资源节约型和环境友好型社会、实现国民经济又好又快发展的的重要途径。循环经济模式可以在保护示范区现有生态环境的基础上，促进示范区经济发展方式的转变。目前，安徽省已有的与循环经济相关的规定对促进我省循环经济的发展发挥了一定的作用，支持了全省各地循环经济的推进，催生了一大批各具特色的循环经济典型。但离现实需求仍存在一定的差距，与当前全省循环经济的实践具有不适应性。结合安徽省省情着手进行地方循环经济立法已经迫在眉睫。[12]应当及时总结皖江示范区企业、园区循环经济试点经验，尽快制定促进皖江示范区循环经济发展的政策措施。

安徽省作为一个欠发达的中部省份，节能减排的体制机制还不完善，节能减排任务十分艰巨，我们必须探索新的环境管理政策来实现区域经济社会又好又快发展。排污权交易与传统的环境管理政策相比有很大的差异，它是以环境容量的有偿使用为前提，在总量控制的基础上清晰界定产权，通过建立供求双方交易市场等措施，探索出一条以市场机制为基础的环境保护新路径。皖江城市带承接产业转移示范区规划明确提出支持示范区开展排污权有偿使用和交易试点。排污权交易的顺利进行在一定程度上取决于政府的环境管理政策与管理能力，而政府行为需要通过立法的形式进行落实，因此排污权交易制度的完善过程最终可以归结为相应法律对策的探讨过程。当前，由环保部和财政部联合起草的《关于加快推进排污权有偿使用和排污交易工作的指导意见》正在紧锣密鼓地推进中，这是第一份专门针对排污权交易的国家层面政策安排。但是由于排污方面的基础数据匮乏，该份文件定位仅在“指导意见”上，即多为原则性表述，缺乏操作细则，且没有对地方试点中遇到的问题和困惑给出明确的政策安排，更多的还是让地方进一步探索。在推进皖江示范区建设过程下，我们要充分利用先行先试权，在科学论证的基础上进行合理规划，通过排污权交易的法律对策研究推进皖江城市带排污权交易的试点工作。现阶段，应着手研究制定《皖江城市带承接产业转移示范区主要污染物排放总量控制管理试行办法》和《皖江城市带承接产业转移示范区排污权有偿使用与交易管理试行办法》，以规范排污量的认定程序，设立排污权交易平台，保证交易公平、公正。

合肥市作为皖江示范区“双核”之一，是安徽省目前乃至今后一个时期经济发展最具活力和潜力的增长极，是承接产业转移的核心区域。安徽省区划调整后，巢湖成了合肥市的内湖，设立专门的巢湖管理机构，实现对巢湖的统一规划、统一治理、统一管护。巢湖管理的好坏与合肥市和皖江示范区的发展密切相关。巢湖综合治理开发需要良好法制环境的保障，法制护航是巢湖永续发展的必由之路。[13]为适应巢湖流域水污染防治的新形势、新要求，提升巢湖流域生态环境质量的目标，安徽省对 1999 年 3 月 1 日起施行的《巢湖流域水污染防治条例》进行了全面修订，

新修订的《巢湖流域水污染防治条例(修订草案)》于2013年1月1日实施。下一阶段，应当尽快启动巢湖开发治理的综合性法律规范《巢湖流域管理条例》的制定工作。

第二，统一示范区环境准入标准

环境准入制度是从源头上预防环境污染和生态破坏的一项重要环境管理制度。建立环境准入制度，实质是在区域经济增长或产业引进中，形成对不同区域、不同产业、不同污染物排放在不同时空尺度上的引导与控制，寻求环境与经济间的最适平衡点，最终达到经济上最优的环境质量水平。[14]皖江示范区不同地方经济社会发展水平不同，环境污染状况与生态环境承载能力存在差异，但示范区建设是一个整体、系统的工程，必须突破行政区划限制，在综合分析示范区自然环境特征、环境容量、环境功能区划、主要污染物总量控制要求的基础上，结合示范区总体规划目标，以法制化的手段统一示范区环境准入指标的选取与门槛的设置。

当前示范区推进急需规范项目环境准入制度和总量环境准入制度。对于项目环境准入而言，应以国家《产业结构调整指导目录》和《皖江城市带承接产业转移示范区规划》的产业定位为依据，禁止国家明令淘汰的高能耗、高污染的落后生产能力项目转入，加快淘汰已有的落后产能项目，强化冶金、化工等重点行业建设项目环境影响评价。对于总量环境准入而言，要强制实施污染物排放总量控制制度，把主要污染物排放总量控制指标分解到示范区各市、县和重点排污单位，定期公布排放状况。对于总量超过环境容量或控制目标的区域和行业，严格限制增加污染物的新建项目。

（三） 创新立法方式

第一，强化示范区环境立法的统一与协作

“地方环境立法应建立地方环境法治协作机制，对地方环境立法过程中如何处理利益相关部门以及利益相关的相邻行政区之间的关系，建立跨部门、跨行政区的立法(调研)联席会议制度和立法信息共享和通报制度做出规定”。[15]从长远的角度考虑，皖江示范区建设能否深入推进很大程度上取决于相关政策与制度的法治化。因此，在环境保护、资源与能源方面皖江示范区必须建立一个统一的行为规范，冲破地方保护，通过法制建设来保证示范区进一步克服内耗、优化组合、实现共同发展和繁荣。

示范区内不同城市要充分分析各自的污染状况与环境保护能力，推进环保深度协作，以示范区生态环境整体性为基础，各立法主体充分合作与沟通，按照长远性和阶段性目标相统一的原则，充分考虑某一问题的立法需求程度和该问题实际解决的可能性，逐步建立起完备的皖江示范区环境立法框架。实现民主立法，科学立法。

第二，强化公众参与

环境保护公众参与是环境法制的一个基本原则，公众参与环境立法是环境保护公众参与的一个重要方面。“在现代民主国家，公众参与立法是公民普遍和经常行使的一项政治权利，它是代议制民主的重要补充。”[16]

环境信息公开是公众参与环境立法的基本前提，缺乏有效的环境信息公开，公众与政府的信息不对称致使公众参与环境立法缺乏深刻性和有效性。《环境信息公开办法(试行)》的实施对政府的环境信息公开产生了一定的促进作用，政府的环境信息公开有了一些起步。但与公众的需求相比，仍然存在较大的差距。“某些政府及相关部门缺乏人民主权意识，没有从根本上意识到知情权是环境民主的一个不可或缺的环节，习惯于将自己当成信息的主人，看成是由自己决定的权力，而不是必须履行的义务。”[17]因此，完善环境信息公开以此推动公众参与环境立法是皖江示范区环境立法创新的一项重要任务。同时，完善的程序性规定也是公众参与环境立法的必要前提。2005

年 6 月 1 日施行的《环境保护法规制定程序办法》对公众参与环境立法进行了明确的规定。从实践看，公众参与环境立法可以通过多条途径实现，其中，座谈会、论证会、专家咨询、公布立法草案征求意见是普遍采用的几种形式，可以结合皖江示范区环境立法工作的实际情况酌情采用。

第三，建立示范区环境立法的后评估机制

创新是皖江示范区发展的不竭动力，皖江示范区环境立法不仅需要细化国家立法的原则性规定，同时，在不与国家立法相违背的前提下，完全可以结合皖江示范区的建设实际，对具有特色的好的做法、创新的制度进行规范。示范区环境立法的先行先试以及创新的制度，有可能是成功的，但也有可能是失败的，只有经过实践的检验，才能体现出实际效果。因此，为了优化示范区环境立法、提高环境立法的质量，必须建立示范区环境立法的后评估机制。立法后评估，是在法律规范施行一段间后，采用多种方式进行调查研究，对法律规范的实施绩效进行分析评价，对法律规范中所设计的制度进行评判，并针对法律规范自身的缺陷及时加以矫正和修缮。[18]示范区环境立法的后评估工作应当制度化，常态化，定期开展，对于经过实践检验不适的立法内容应及时修改，从而避免立法产生不良的社会效应，影响皖江示范区的建设与发展。

目前，示范区环境立法的后评估可以从两个方面入手。一是评估环境立法的实施效果，现实中实际发挥的作用，取得的环境效益和经济效益。立法如果不能保证制定出来的法律具有实效，那么这种“法”只能是流于形式的规则条文。“实效”意指法律规则多半被遵守的事实，因此任何特定规则的形式效力与他的实效之间没有必然的对等关系。[19]二是评估环境立法的针对性与可操作性。示范区环境立法要针对皖江城市带特定条件和实际需要进行深入的考察和理解，集中解决示范区建设遇到的环境问题，做到有的放矢。

参考文献

1、张 鑫《制度创新视角下的广西承接东部产业转移研究[J]》，梧州学院学报，2009 年版第 4 期第 13 页。

2、叶文虎《可持续发展引论[M]》，北京：高等教育出版社，1999：13.

3、Allan Greenbaum，Alex Wellington and Ron Pushchak. Environmental Law in Social Context[M].Ontario，Captus Press，2002：68.

4、戴激涛《公众参与：作为美德和制度的存在---探寻地方立法的和谐之道[J]》，时代法学，2005，(6)：33.

5、夏勇《论西部大开发的法治保障[J]》法学研究，2001，(2)：28.

6、罗海藩《长株潭城市群转型[M]》北京：社会科学文献出版社，2007：236.

7、刘长兴《广东地方环境立法的评价与展望[J]》法治论坛，2009，(3)：237.

8、蔡守秋《我国环境法治建设的指导思想与生态文明观[J]》宁波大学学报（人文科学版），2009，(2)：126.

9、曹明德《生态法原理[M]》北京：人民出版社，2002：191.

10、吴天昊《社会主义法律体系形成后的地方立法创新[J]》政治与法律，2012（3）：3．

11、季昆森、刘选武《循环经济在安徽[M]》安徽：安徽人民出版社，2007：7.

12、张辉《安徽省循环经济立法初探[J]》安徽农业大学学报(社会科学版)，2011，(3)：19-20.

13、张辉、曹树青《安徽力推巢湖治理良策[J]》环境保护，2012，(18)：59.

14、赵海霞《环境准入门槛设置与指标体系构建实证[J]》城市环境与城市生态，2009，(2)：40.

15、肖爱、唐江河《两型社会”建设中的地方环境立法转型——以湖南省地方环境立法为例[J]》吉首大学学报（社会科学版），2012，(3)：110.

16、蔡定剑《国外公众参与立法[M]》北京：法律出版社，2005：1.

17、刘萍、陈雅芝《公众环境知情权的保障与政府环境信息公开[J]》青海社会科学，2010，(2)：184.

18、丁贤、张明君《立法后评估理论与实践初论[J]》政治与法律，2008，(1)：131.

19、张文显等译《[英]哈特.法律的概念[M]》，北京：中国大百科全书出版社，2003：104.

域外环境民事公益诉讼原告资格对我国的启示

——以美国、日本为例

安徽睿正律师事务所 邵卫星

摘　要：美、日两国环境民事公益诉讼的发展以原告资格的扩张为核心，表现为放宽起诉资格的标准，扩大起诉主体范围及环境民事公益诉讼和环境行政公益诉讼并举，对我国环境民事公益诉讼原告资格的确立有积极的借鉴意义。

关键词：环境民事公益诉讼　原告资格　启示

近年来，环境公益诉讼成为理论界和实务界热议的话题。修改后的《民事诉讼法》规定“污染环境损害社会公共利益的行为，法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼”。这使得环境公益诉讼成为可能，标志着我国环境公益诉讼脱掉了理论探讨的帽子，首次从法律的高度认可公益诉讼的提起不需要与事件有直接的利害关系。但是目前，我国法律鲜有授权相关组织有提起公益诉讼的权利，《民事诉讼法》的该规定，还需有关部门尽快完善立法和明确授权。笔者试图借鉴美国和日本对环境民事公益诉讼的原告资格的规定，以对我国环境民事诉讼原告资格的确立有所裨益。

一、美国环境法上的公民诉讼

（一）美国的公民诉讼简介

美国在立法理论和司法实践中形成了较为完善的环境民事公益诉讼模式，即环境公民诉讼制度。公民诉讼是美国环境法中极具特色的一项制度，在性质上是环境民事公益诉讼。它以公益的促进作为建制的目的与诉讼的要件，诉讼实际的发起者，虽或应主张其与系争事件有相当的利益关联，但诉讼的目的往往不是为了个案的救济，而是督促政府或受管制者积极采取某些促进公益的法定作为，判决的效力不局限于少数诉讼当事人。公民诉讼制度赋予公民对违法排污的排污者和未履行法定监管职责的联邦环保局提起诉讼的权利，使公民可以借助法院的权利对以上两者实行有效的监督，以达到控制污染、加强执法和改善环境的目的。实践证明，公民诉讼对美国环境保护的贯彻与执行起到了重要的作用，同时大大提高了公民环境保护的热情。

（二）公民诉讼中原告资格的确立

原告资格的确立是公民诉讼制度中最为关键的问题。在环境诉讼法定诉讼资格方面，20 世纪 70 年代以来的多部联邦环境法律（包括《清洁空气法》、《清洁水法》、《濒危物种法》、《海洋倾废法》、《安全饮用水法》、《资源保全与恢复法》等），都通过公民诉讼条款明文规定公民的诉讼资格，在它们各自的调整范围内扫除了传统诉讼资格的障碍。最初法院仅适用所谓的“法律上的权利”原则，除非原告能积极证明其法律上保障的权利已经或正在遭受侵害，否则原告不具有起诉资格。由于法院面对有关公益的纠纷日益增加，在 1970 年《清洁空气法》采纳公民诉讼条款时，法律条文中规定“任何人（anyperson）得……提起诉讼”，并没有对原告和诉讼标的的利益关联作任何规定，这便破除了传统上只有与诉讼标的有直接利害关系的人才能作为原告提起诉讼的限制，淡化利害关系因素。

这种规定在 1972 年制定的《清洁水法》中有所改变，该法采纳了最高法院在“塞拉俱乐部诉莫顿”案中对原告资格的见解，特别是将“公民”限定为“其利益被严重影响或有被严重影响可能性者”,这就类似于要求的原告需具备“实际损害”的条件。也就是说只有“其利益被影响或有被影响的可能”的公民，才有资格向法院起诉。在 sierra club v.Morton 一案中，上诉法院和最高法院认为：要具备“诉讼资格”, 当事人必须受到“事实上的损害”。二十世纪九十年代的 Lujan 案极大地改变了七、八十年代适用的联邦法院起诉更宽泛的资格规定，确立了较为严格的资格规定。

然而，这种现象在二十一世纪又被改变。最高法院就莱德劳案的裁决：(l) 环境公民原告不需要证明对环境的破坏，但要证明对自己的损害；(2) 废除的非法行为及罚则，以防止未来的非法补救的损害；(3) 在诉讼过程中遵守法律并不能自动导致请求被驳回的后果，放宽了对环境公民诉讼原告提起诉讼的资格要求。2007 年，美国联邦最高法院在“马萨诸塞州等诉美国环保局”一案中对原告资格的解释，一定程度上是对传统起诉资格理论的新诠释，同时也表明法院开始对原告起诉资格的认定采取了更加灵活的态度。在诉讼中，美国环保局首先提出马萨诸塞州等原告没有起诉资格，想以此否定原告的诉讼请求。美国联邦最高法院突破传统“起诉资格”的条件限制，认为原告具有起诉资格。在要求原告证明必要的“事实上的损害”方面，法院特别强调原告所受的“个别”损害；关于因果关系，法院认为这不是非常重要的；至于可救济性，认为即使是放慢排放增长率也是一种救济。在该案中对于原告是否有“事实上的损害”被放宽了。

美国是两元法律体系，以上就原告资格的介绍是针对联邦环境法律方面的。相比而言，在州法院层面，环境公民诉讼受到的司法限制要比联邦少，州环境公民诉讼的原告提起诉讼并没有太多的限制，一般由各州的司法实践独自决定。一些州的司法判决也明确表明基于环境公民诉讼法律之意图，原告无需履行过度繁重的对特定的个人损害的证明义务，这在事实上减少了公民进入法院的障碍。但从这些具备环境公民诉讼成文法律规定的州的立法规定来看，这些州的环境公民诉讼的原告范围一般局限于本州公民或居住在本州的人，而非“任何人”。

二、日本环境民事公益诉讼原告资格

在日本，源于公害剧烈的特殊历史背景，早期的环境诉讼也表现为依据《公害对策基本法》提起的“公害诉讼”和依据《自然环境保护法》提起的“环境保护诉讼”。尤其是 20 世纪 60 年代，出现了著名的“四大公害”[1]事件，80 年代日本又发生了“新四大公害诉讼”[2]。公害诉讼不断提起，初期的“四大公害”判决原告全面胜诉。尽管在案件的审判过程中针对环境污染案件的特点革新了因果关系理论如“流行病因果关系”、“忍受限度论”、“新忍受限度论”、“盖然性理论”等，“举证责任的转移”也减轻了原告的举证负担，但这个时期的公害诉讼还不是环境民事公益诉讼，由受害人直接提起，性质上还属于私法性救济，完全不同于没有直接利害关系的环境污染与损害的公益诉讼。公害诉讼本身并不存在原告资格问题，只是这些公害普遍影响范围大，历时时间长，对因果关系的认定较困难而已。但是，日本的“公害诉讼”审判促进了环保运动的发展，为日本环境法的发展提供了实践基础，促使国会加强了环境立法。

环境民事公益诉讼主要是环境行政公益诉讼，环境权诉讼占据了环境行政诉讼的主流。为保全环境维护国民的舒适生活不受环境侵害的破坏，日本制定了多种行政法规。环境行政诉讼，依其在何种场合以何种形态出现，大致可以分为以下两类：第一，受到限制的事业者不服过于严厉的限制和其他行政措施提起的环境行政诉讼；第二，受害者方面提出的行政机关的措施过于宽缓的环境行政诉讼。受害者居民主张环境上的利益（环境权）提起的诉讼，主要有取消诉讼、课以义务诉讼、居民诉讼和为请求国家赔偿诉讼。

取消诉讼是请求取消行政机关的处分及其他相当于公权力行使的行为的诉讼。在环境行政诉讼中，当行政机关的行为使国民环境上的利益受到损害或有受到损害的危险时，通过民事诉讼法及其他程序很难得到适当的救济，因此需要通过取消诉讼的程序谋求救济。该取消诉讼，并非任何人都可以提起，有权提起取消诉讼资格（原告资格）的，必须是在请求取消处分上享有“法律上的利益”（行政诉讼法第 9 条）的人。对于“法律上的利益”，学界的通说是指“依据法律受到保护的利益”，而作为判断原告资格的标准，举出了具有因环境破坏遭受实质性损害的盖然性和该利益是“依据法律受到保护的利益”这样两个要件，依据这两个要件来判断原告资格的有无。依该通说，在判定原告资格时，首先法律宗旨的解释就具有重要的意义。但是，按过去行政法上的一般观念，行政法上的限制和管制首要的目的是维护社会公共秩序，而不是保护国民个人的利益，因此近邻对第三者的许可认可主张异议时，其法律上的利益就很难得到认可。但是，随着公害问题的激化，环境保护的重要性得到认识，由于以防止公害、保全环境为目的的控制法的执行得到保护的环境上的利益已被解释为“受到法律上保护的利益”，出现了承认附近居民们对开发行为的许可认可可提起诉讼的原告资格的倾向。

三、对我国的启示

综观美、日环境民事公益诉讼的发展，我们可以发现这样一个规律：以原告资格的扩张为核心而发展，这种发展首先从判例法方面突破对原告资格的立法限制，逐步上升为成文法。这也说明了环境民事公益诉讼要求放宽对原告起诉权的要求，赋予非直接利害关系人以起诉资格。

（一）国外环境民事公益诉讼原告资格扩张的特点

第一，放宽起诉资格的标准。起诉资格的标准经历了由严格到宽松的演变发展过程，经历了从权利损害标准向法律利益损害标准的转变。传统的环境诉讼判例法和成文法把受到的“实际损害”规定为起诉权的前提。20 世纪中叶以来，在日益严重的环境问题和日益高涨的环境保护运动的压力下，实际的损害扩充到了经济损失、人身伤害以外的其他领域损失，承认了一些非直接利害关系人的起诉权。如在判例法方面，美国 sierra Club 案将“事实上的损害”不局限于经济上的损害，美学和环境方面的福利等非经济上的损害也包括在内。现在，美国法院可以因原告受到“美学上的损失”和“实质上的可能性”而确认其起诉权。在制定法方面，美国 1970 年《清洁空气法》第 304 条 a 款规定，任何人都可以以直接或间接受影响者的名义，甚至以“保护公众利益”的名义对包括公司和个人在内的民事主体就该法规定的事项提出诉讼。美国《密执安州环境保护法》第 2 条确认任何人都有向法院提起保护环境的诉权。英国的《污染控制法》也作了“对于公害，任何人均可起诉的规定。”在日本，“法律上的利益”已被解释为“受到法律上保护的利益”，从而拓展了环境民事公益诉讼的原告资格。

第二，扩大起诉主体范围。从美国环境民事公益诉讼的立法实践来看，环境民事公益诉讼的起诉主体非常广泛，所有主要的环境法规都授予“任何人”或“任何公民”针对“任何人”或“任何当事人”违反环境法律的行为而提起诉讼的权利，“人”被宽泛地定义为包括公民个人、公司、法人、社团和政府机关（包括检察机关）。日本承认附近居民们对开发行为的许可认可可提起诉讼的原告资格。

第三，环境民事公益诉讼和环境行政公益诉讼并举。纵观世界各国环境民事公益诉讼的理论与实践，环境民事公益诉讼总体上可以分为两大类，第一类是以环境行政机关为被告，主张其违反法定义务或疏于管理义务而请求撤销环境行政机关的决定。第二类是以企业为被告通过民事诉讼请求加害人停止侵害。在美国，公民可以依法就企业违反法定环境保护义务、污染环境的行为

提起环境民事公益诉讼，也可以就主管机关没有履行法定职责的行为提起环境行政公益诉讼。在法国，环保团体针对国家环境行政机关不法造成环境破坏的行为提起环境行政公益诉讼，当然也可以提起环境民事公益诉讼。在日本，公民为维护自己的环境权益也可以依照行政诉讼程序对政府机关提起环境行政公益诉讼。在印度，公民可以在政府领域进行环境行政公益诉讼。

（二）对我国的启示

目前，我国诉讼法上仍然以“直接利害关系原则”为导向，虽然《民事诉讼法》就环境公益诉讼的起诉主体扩大到法律规定的机关和有关组织，其仍然需要相关法律的细化。目前，我国鲜有被法律明确授权赋予提起公益诉讼的机关和组织。实践中，这将导致法院将维护环境公益的起诉主体拒之门外，这既不利于保护公民的切身环境权益，也不利于保护环境。因此，我国应当借鉴吸收其他国家的成熟做法，逐步突破传统的“直接利害关系原则”限制，赋予私人和团体提起环境民事公益诉讼的资格，使公民能充分参与保护环境，从而更好的借助司法手段达到环保的目的。

第一，完善相应的立法。西方国家通过大量的司法判例逐步取消对原告资格的限制，等到条件成熟时再上升到成文法层面，在环境法律法规中明确设立“公民诉讼条款”，这种先判例再立法的上升路径值得借鉴，因为只有立法的保障才是维护公众环境权益、遏制环境污染的有力武器。虽然我国不承认判例法，但是司法实践中出现的大量环境民事公益诉讼案例可为立法提供参照，从而可以为完善立法发挥重要作用。

第二，适度借鉴“充分利益”标准判断原告资格。关于如何判断是否具有原告资格，笔者认为应该适度借鉴“充分利益”标准，代替传统的直接利害关系标准。“充分利益”标准即对于政府部门或公共权力机构的违法失职行为，任何公众的成员都可以到法院起诉，只要他在正在进行的案件中是出于诚信并有充分的利益，法院就会对他的起诉进行受理。充分利益的范围和性质由法院根据司法裁量权予以认定。起诉人的诚实、善意是法院认定是否存在充分利益和审查原告起诉动机的一个核心。如果原告起诉是为了私人利益、政治目的或基于对被告的嫉妒、仇恨和敌意，或者起诉人是一个纯粹的商业机构，则此种起诉丧失公益诉讼的特质而被法院驳回。

第三，扩大原告资格的外延范围。就原告的类型而言，各国基于不同的经济、政治、文化、法制传统等综合因素采取了不尽相同的诉讼模式。美国环境公民诉讼制度极具特色，立法规定与司法实践较为完善与成熟，对于我们研究、借鉴国外环境民事公益诉讼具有参考价值。但是，美国公民诉讼制度在实施过程中也给法院带来了额外的诉讼负担，同时也给环境行政管理机关带来管理上的不适应。鉴于此，我国应该吸收外国立法的科学合理的部分经验，并充分分析我们国家的具体国情，包括经济、社会发展水平等等实际情况，然后在这些基础上构建符合我国国情的原告资格类型。笔者认为我国环境民事公益诉讼原告资格的范围应包括公民个人、环保非政府组织、环境保护行政机关、检察机关等四种，充分畅通公民个人或其他社会组织为维护公共利益而提起诉讼的渠道。

参考文献

1、“旧四大公害”是日本熊本水俣病事件、日本四日市哮喘事件、日本爱之米糠油事件和日本富山痛痛病事件。

2、“新四大公害诉讼’包括：大阪国际扫肠公害诉讼、西淀川公害诉讼、尼崎公害诉讼和东京大气污染诉讼。

3、叶俊荣《环境政策与法律》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 224 页。

4、汪劲总《环境正义：丧钟为谁而鸣—美国联邦法院环境诉讼经典判例选》，北京大学出版

社 2006 年版，第 51 页。

5、唐忠辉《环境公益诉讼的规则要点与制度衔接》，载《太平洋学报》，2010 年第 5 期，第 26-27 页。

6、张睿《环境侵权民事诉讼举证责任分配之比较研究》，载《河北法学》2009 年 3 期，第 38 页。

7、孔祥俊《公益诉讼与诉权的扩张》，2009 年 6 月 10 日，http：//chinalawedu.com/news/search.asp，2011 年 2 月 10 日。

从生态环境破坏到生态环境的可持续发展

——以淮南市采煤沉陷区治理与环境修复为例

安徽徽商律师事务所　孔维钊

摘　要：淮南市煤矿长达一百多年的开采形成的采煤沉陷区引发的生态环境破坏，造成生态环境危害影响人居；经过环境的综合治理与修复达到生态坏境的可持续发展，成为生态环境城市。

关键词：沉陷区　危害　环境治理　生态

一、采煤沉陷区现状及危害

淮南市位于淮河中游，安徽省中部，拥有 245 万人口，其中 127 万人生活在农村地区，国内生产总值 781.8 亿元人民币（2012）。煤矿仍然是淮南的第一产业，目前淮南已探明煤炭储量 153 亿 t，约占安徽省的 71%，华东地区的 32%，远景储量 444 亿 t，2012 年全市原煤产量达到 9142 万 t，成为中国十三大煤炭生产基地和六大燃煤发电基地之一。

淮南 1903 年建矿，自 60 年代开始，由于常年累月的煤炭开采，随着资源的枯竭，生态环境恶化，耕地退化、盐碱化和沙化，水资源需求告急等问题也接踵而至造成地下资源锐减，导致地质受损。大面积的地面塌陷，生态环境退化，各种基础设施，居民区和耕地不同程度的遭到破坏，严重威胁到整个城市生态环境的可持续发展。

采煤塌陷区涉及六区一县的 25 个乡镇，塌陷面积 28.6 万亩，占总面积的 7.49%，其中减产绝产耕地 23 万亩。现仍以每年约 1.8 到 2.5 万亩的速度塌陷，最大下沉已逾 29 米，预计最终塌陷面积 102.4 万亩，占总面积的 27%。其中耕地约占 80%，塌陷区受损居民 31.1 万人，近 10 万劳动力无地可耕。预计到 2020 年，塌陷区受损居民达 60 万人，失地劳动力达 20 多万人。由于缺乏就业及社会保障资金和优惠政策，导致失地农民就业压力大。

采煤塌陷区生态环境退化是全国煤炭资源城市的共性问题，淮南作为典型的煤炭城市，煤炭资源开发导致生态破坏，造成一些矿区土地塌陷，带来村庄搬迁等一系列社会问题，人地矛盾更加突出。

采煤塌陷危害主要表现：

（1）造成塌陷区生态环境的严重恶化。煤矿开采造成地面下沉。区域塌陷后原本平整的土地变的坑坑洼洼、沟壑纵横，河流水系、道路、农田水利基础设施等遭到严重破坏，排水不畅，易旱易涝，农作物和植物生长受到影响。由于塌陷区植被破坏严重，风过之处，到处是煤灰与粉尘，严重影响当地居民身心健康。

（2）采煤塌陷地严重破坏淮南市的经济、社会和环境和谐发展。采煤塌陷地面积的不断扩大和环境的日益恶化，将迫使淮南市的 10 多万农民离开赖以为生的土地，随着煤矿采掘额的不断进行，每年还会有大面积的土地资源被破坏，耕地大面积塌陷，煤矸石也会挤占部分土地，塌陷区人均耕地日益减少，将加剧了本来就十分尖锐的人地矛盾。失去农业发展的支撑，淮南的经济必然受到很大的影响。由此激发的当地农民和采矿企业之间的矛盾现已十分严重，如果任其发展，将会造成更大的社会问题。

（3）采煤塌陷地对城市的空间结构产生不利的影响，不利于城市土地集约开发与利用。对

于历史形成的和现状继续开采的塌陷区，如不进行有效治理，对煤炭采掘业为主的城市空间造成很大破坏。资源型城市建设用地一般具有“点多、线长、面广”过于分散的特点，土地利用粗放，长时期的城市地下资源开发，使城市土地资源浪费严重和土地生态环境破坏严重，近年来，我国许多城市面临资源枯竭，城市经济转型和产业结构调整的严峻形势，土地利用则是其面临的最敏感和最直接的问题之一，随着城市各项事业发展，各类土地需求将对城市土地供应带来很大压力，塌陷土地治理与利用对城市土地集约利用有直接影响的。

当前急需要解决的主要问题：

（1）截至 2010 年 6 月，塌陷区内的北部区域被当做垃圾堆放场已经使用了 26 年，堆填的垃圾总量将近 275 万 t。垃圾堆放场已经变成该地区地下（地表）水、土壤和空气最大的污染源，急需采取行动进行治理。

（2）因为不稳定的地面塌陷，土地破碎裸露，部分场地长期堆放煤矸石等工业废弃物，土壤受到污染，植被被破坏以及水土流失严重，当地的生态坏境已经被严重破坏，急切需要进行修复。大通区、谢家集区、潘集区部分城市周围社会经济环境也因为紧靠脏乱差的沉陷区，发展一直受到制约。

（3）自然水系遭到破坏和污染，影响到雨水有效排放和农业灌溉用水，对本地区及下游城区防洪排涝安全造成较大危害，自然水系急需进行修复。

（4）所在塌陷区内的道路及相关的公共设施（供排水管线等），因为过去的煤炭开采而塌陷，已被严重破坏，需要进行修复和重建。

（5）农业生产设施也遭到一定程度的破坏，耕地面积的减少和土壤性质的变化影响到当地农耕区的耕种及营生，需要引进新产业和增加就业机会来帮助这些地区恢复生产和生活水平。

二、采煤沉陷区生态环境治理的目标

煤矿企业采煤所引起的采煤塌陷区已经成为当前煤炭城市面临的最大的生态环境问题。它不仅使得城市内的土地问题更加紧张，而且使城市的众多生态子系统遭到破坏。希望通过对塌陷区的生态修复与综合治理，改善区域的空气、土壤、水质等指标，降低区域居民因环境污染看病就医的费用；恢复和提高塌陷区土地生产功能，增加区域居民的耕作或者工作收入；增强自然生态系统的稳定性，改善区域小气候；提高土地利用率与优化产业发展模式，促进区域的可持续发展。

煤炭城市采煤沉陷区的环境生态可持续发展目标是建立生态城市。生态城市具有以下特征：高质量的环境状况；高效益的转换系统；高效率的流转体系；多功能、立体化的绿化系统；高质量的人文环境。在生态城市里，人们在各种经济社会活动中所耗费的劳动，不仅能通过城市系统得到最大的经济效益，而且还能保持城市生态系统的动态平衡并提升社会系统的层次。这是一个比较高的要求，但却是煤炭城市发展的必然趋势。

三、采煤沉陷区生态坏境治理的对策

我国资源型城市约占城市总数的四分之一，主要类型包括煤炭城市、石油城市、冶金城市和森林城市等。资源型城市特别是矿业城市在近 60 年来，对支持国民经济发展起到非常重要的作用，但是大部分资源是不可再生的，这就决定矿业城市将经历由盛转衰的过程，而对于以矿业作为城市支柱产业，其他产业发展较慢的城市，面临转型和就业的问题，如何有效解决，成为困扰着大多数的矿业城市。

按照国内外对煤炭企业和煤炭城市的研究，可以把它们的发展分为四个阶段：预备期，资源

开发前的准备阶段；成长期，全面投产达到生产设计规模阶段；成熟期，生产达到设计规模后继续发展阶段；转型期或衰退期，以矿业为主体的产业地位下降阶段。

淮南作为一个拥有百年煤矿史老资源型城市，当前突出问题是“三个并存”：城市化加速推进与采煤塌陷区不断扩大并存、资源开采处于旺盛期与 1/2 矿区资源枯竭并存、人口密度全省最高与人均环境承载力偏低并存。淮南市现在的采煤挖掘业正处于第三阶段，有经济实力，有一定的品牌效应。在这个阶段，企业和政府应该未雨绸缪，开展采煤沉陷区综合治理，为即将到来的第四阶段作好准备。国内外无数的事例证明，第三阶段的准备对城市和企业的未来发展有至关重要的作用。到第四阶段，究竟是转型还是衰退，取决于当地政府和企业的先见之明。

七十年代以注重灾害和地表复垦为主进行采煤沉陷区治理，八、九十年代开始重视与环境、生态影响相关的多种因素分析和治理对策，近些年来，转向可持续发展的综合治理理念。

开展采煤沉陷区综合治理，是国家作出的重要决策部署，是解决采煤沉陷区群众生活问题的民心工程。国家先后出台多部关于治理采煤塌陷区的文件，要求各地要切实做好这项工作。

国务院在关于《加快发展循环经济的若干意见》中明确指出，为抓住重要战略机遇期，实现全面建设小康社会的战略目标，必须大力发展“循环经济”。在国家发改委等六部、委、局联合下发的文件中，淮南市已成为发展“循环经济”的第一批试点城市。

安徽淮南作为全国 6 个重点“加快推进资源型城市转型”的试点城市之一，加快历史遗留的采煤沉陷区治理，加强环境整治和生态保护，加大塌陷区基础设施建设投资力度，增强和完善城市功能，进一步落实搬迁的居民生活状况，完善基本养老、失业、基本医疗等社会保险制度，创造宜居环境是十分必要的。

国家发改委《关于加快开展采煤沉陷区治理工作的通知》明确要求煤矿城市要加快开展采煤沉陷区的治理工作。2012 年 9 月安徽省专门出台《安徽省皖北六市采煤塌陷区综合治理规划（2012—2020 年）》。规划明确：采取土地复垦、交通水系治理、塌陷区地下充填治理等措施，使塌陷区近期治理率达到 50%，远期治理率达到 70%，其中稳沉区域的治理率达到 90%；塌陷村庄旧址土地复垦率达到 60%，实现塌陷区村庄搬迁安置用地占补平衡，土地节约集约利用水平进一步提高。生态环境得到积极改善。实施矿山地质环境治理、生态环境治理、绿色矿山建设等工程，使塌陷区生态环境得到明显改善。规划将淮南九龙岗-大通塌陷区作为重点治理区，指出采取挖深、垫浅、回填、修坡等措施，将积水塌陷坑恢复治理为绿地景区，努力取得良好的社会、经济与环境效益。

淮南市《国民经济和社会发展第十二个五年规划纲要》指出要加大采煤沉陷区综合治理，坚持“集中式搬迁、发展式安置、开发式治理”的综合治理思路，逐步形成具有淮南特色的采煤沉陷区综合治理模式，努力实现“生活城市化，生产多元化，生态资源化”的采煤沉陷区综合治理目标。在“加快转变发展方式，全面建设两型城市”中提出加强环境保护与治理，推进生态可持续发展。一是综合治理采煤沉陷区。制定淮南生态环境恢复治理规划，加快采煤沉陷区试点工程建设。生产和新建矿山做到边开采边治理恢复，严格按编制的矿山地质环境保护与综合治理方案实施。加强矿区开发和项目建设环境影响评价，加大矿山生态环境保护。二是创建全国环境保护模范城市。实施生态林工程，推进植被和生态修复，推进城乡环保一体化。着力构建绿色长廊体系。三是实施城乡生态保护优先战略，加速城市集中污水处理设施、生活垃圾无害化处理设施、烟尘控制区的建设力度，认真做好农村河道清淤等工作，建立健全农村环境保护的长效机制，倡导文明乡风和良好的生产生活方式。

因此，塌陷区的生态环境修复显然非常重要。以保护生态环境，实现综合效益为中心，按照

把塌陷区建成良性循环的生态系统总体思路，对塌陷区进行生态环境修复，必将为淮南产业转型和可持续发展带来新的机遇，为淮南市的可持续发展注入新的动力。

四、生态修复与有限开发相结合的综合治理方式

淮南市位于淮河南岸，亚热带和温带的过渡区域，日照和温度适宜，降水量充足，绿化植物生长迅速，生命周期长，因此，沉陷区的环境治理相对于北方煤炭城市来说，要容易很多。区域内拥有许多积极因素，包括成片的水面、植被群落、果树林和农田，以及万人坑、水牢等历史遗存和井架、水塔等工业遗存，结合良好的气候条件，区域具有较好的生态修复基础。

创新采煤塌陷区综合治理理念，把塌陷区的环境生态修复与开发利用相结合，发展生产与居民就业、创业相结合，通过对塌陷区综合治理，不但能杜绝公共治安、防洪、地貌沉降等安全隐患，而且能为塌陷区居民提供良好的居住环境、生产条件及较多的就业机会，提高他们的收入，使塌陷区居民能够安居乐业；对塌陷土地、水体的保护和再利用，可充分挖掘塌陷土地资源的生产潜力，在确保环境生态效益的同时，进行统一规划，综合治理，按照“生态修复与产业发展有机结合”的原则，对遭到破坏的生态环境进行修复，使退化的生态系统得到恢复，达到社会、经济、生态效益的同步提高，做到采煤塌陷地的生态、环境、资源、人口和谐发展，实现一举多得的目标。

五、结束语

按环境规划要求，通过采煤枯竭区环境综合整治，可改善枯竭区生态环境，解决枯竭区脏、乱、差，污水横流，水质恶化的问题，把枯竭区打造成淮南市生态优美环境的亮点，为淮南市建设成山水园林城市、环境友好型城市作出贡献。根据《淮南市生态市发展规划》和《淮南市环境总体规划大纲》目标要求，结合建设环境友好型社会的目标，以构建产业生态系统为中心，以生态环境改善、生态产业发展、生态文明建设为主线，因地制宜，统筹规划，突出重点，实现淮南市社会经济和环境保护的协调发展，把淮南市建设成经济繁荣、社会文明、人与自然和谐的环境优美的生态城市。

参考文献

1、郭靖《采煤概论》，山西人民出版社 2010 年版。
2、康志宏《浅谈煤矿开采沉陷区的综合治理措施》,《中国管理化信息》2011 年第 11 期。
3、朱宗泽《潞安矿区生态模式研究》,《河南理工大学》2011 年第 2 期。

生态文明建设的立法问题

——浅议煤炭城市环保法制的完善

安徽衡威律师事务所　王忠道

摘　要：随着我国经济建设的飞速发展，对生态环境的破坏不断加强，为了给子孙后代留下天蓝、地绿、水净的美好家园，党的十八大提出了必须树立尊重自然、顺应自然、保护自然的生态文明理念。笔者认为应当构建一个“以国家立法为指导，以地方立法为基础”的法律机制，通过建立地方法规，从源头上解决环境污染问题。本文结合了安徽省淮南矿区的宏观实际情况，就如何加强地方立法，改善生态环境，谈些粗浅的想法。

关键词：环境保护　地方立法　矿区污染

党的十八大报告从历史的高度，把生态文明建设放在突出地位，确定了“美丽中国”作为未来生态文明建设的宏伟目标，描绘了“给自然留下更多修复空间，给农业留下更多良田，给子孙后代留下天蓝、地绿、水净的美好家园。”的人与自然和谐蓝图，提出了必须树立尊重自然、顺应自然、保护自然的生态文明理念，而且要坚持节约优先、保护优先、自然恢复为主的方针。生态文明建设已经成为一项基本国策。在这一宏伟的系统工程中，环境保护是一个重要组成部分。而立法工作却是根本的保证。笔者认为，由于我国地大物博，自然环境差异很大的特点。所以，应当构建一个“以国家立法为指导，以地方立法为基础”的法律机制。本文结合安徽省淮南矿区的宏观实际情况，就如何加强地方立法，谈点粗浅拙见，欢迎各方指正。

一、遵守国家法律、法规原则

根据《立法法》第 63 条规定：省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规。这是地方立法的依据。

二、立足地方实际，发挥地方立法的主动性

由于我国各地区的自然生态环境和经济文化发展的程度差异，环境保护地方立法就具有很强的地理性，不同的地 区，实际上应当有不同的标准。所以《环境保护法》第 10 条规定，省级地方政府对已有国家污染物排放标准的，可以制定严于国家标准的标准；没有国家标雅的，可以制定地方标准。由此可见，国家最高权力机关鼓励和授权省级地方权力机关根据实际，创新进取。

三、提高对环境保护地方立法的重要性和紧迫性认识

建设生态文明，不同于传统意义上的污染控制和生态恢复，而是克服工业文明弊端，探索资源节约型、环境友好型以及科学发展道路的过程。生态文明建设要求人类不仅要积极倡导进步的生态文明思想和观念，而且要推进生态文明意识在经济、社会、文化各个领域的延伸。在经济领域，经济活动要走“绿色化”、无害化道路，积极推进生态环境保护产业发展。要大力开发和推广节约、替代、循环利用资源和治理污染的先进适用技术，发展再生能源和清洁能源，提高能源资

源的利用率。要形成有利于节约资源、减少污染的生产模式、产业结构和消费方式，并将这一发展战略具体落实到单位、家庭和个人。在社会领域，要树立正确的发展观和生态观，把建设生态文明作为贯彻落实科学发展观、构建社会主义和谐社会的重要内容，积极倡导以生态文明意识为主导的社会潮流，优化“人居”生活环境，形成有利于人类可持续发展的适度消费、绿色消费的生活方式，以及保护生态、美化家园、绿化祖国的社会文明新风尚。在文化领域，要树立生态文化意识，摒弃人类自我中心思想，按照尊重自然、人与自然和谐相处的要求，提高人们对生态文化的认同，增强人们对自然生态环境行为的自律。同时，注重生态道德教育，广泛动员群众参与多种形式的生态道德实践活动，使人们自觉地履行保护生态环境的责任和义务。

淮南市是较大城市，依据《立法法》第 64 条规定，享有地方立法权。

“十五规划”开始之前，煤炭行业萧条，设备成就，履步艰难。淮南动力煤市场销售到岸价格不超过 200 元/吨，从而造成在环保上的欠帐很大，水和土地的污染、破坏程度较重。“十五规划”实施之后，煤炭行业开始大幅盈利，企业环保工作有了雄厚的资金支持。在水防治上，更加关注了矿井水资源的利用及达标排放；在采空区沉陷治理上，更加关注土地复垦、生态治理和搬迁工作。同时，由于废石矿尾的利用、坑口电厂的建设，在大气污染上也加大了治理力度。2009 年，淮南市成立了采煤沉陷区综合治理办公室，为市直属机构，职责是强化搬迁工作，加强土地复垦、生态治理和环境修复的管理。淮南矿业集团公司还提出了矿井水资源化利用率达 90%以上的目标。淮南矿区的生态文明建设工作取得了很多经验和成果，为了进一步巩固在发展这些经验和成果，立法机关应当从立法的高度将过去成熟的措施制度化、成文化，以地方性法规的形式固定下来，指导今后的环保工作，做到有法可依。

今年以来，中央调整了经济发展速度，煤炭市场发生了巨大变化，价格回落幅度较大，煤企出现资金紧张趋势。面对经济困难，如何围绕党的十八大确定的生态文明建设的总目标开展工作，是摆在地方立法机关面前的紧迫任务。

四、地方立法的重点

目前，《民事诉讼法》确立了公益诉讼制度，《环境保护法》修改稿正在评审，“两高”出台了《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》等等，这充分表明环境保护法律制度正在进一步完善。作为重要补充的地方立法也应与时俱进。着重以下方面的工作：

1、参照国家污染物排放等标准，结合矿区特点和经验，进一步完善国家标准的不配套、不详尽之处，制定地方标准，鼓励排放单位努力达标。凡达到地方标准的，予以褒奖。汇编企业环保制度，监督执行，坚决扭转“先污染，后治理”的局面。

2、规范搬迁赔偿标准和争议处理程序。

采煤造成地表塌陷涉及到土地复垦和损害赔偿问题。由此引起与农民的利益冲突情况较为突出。从法律上讲，国企是法人，虽然资产是国家的，但它的经营者具有自身的团体利益，它与农民的民事法律地位是平等的。当农民承包地遭到毁坏后，农民实际拿到手里的补偿款往往不能弥补损失时，就会出现矛盾，甚至激化，上访不断。笔者建议，应加大煤企责任，突出对农民权益的保护。对因沉陷造成侵害农民物权的行为，应充分发挥环保部门的行政调解、行政执法的职能，公正、公平处理，提倡最后解决手段是“找法院，而不是找市长”的解决机制。

3、制定矿井水资源化规范。

笔者认为，通过立法，达到变废为宝的目的，要坚持"立足未来，治用结合，降低成本，利国利民"的思路。

矿井水既是煤炭开采中的五大灾害之一，又是一种十分重要的潜在资源。煤炭开采过程中涉及的地下水（矿井水）、地表水（主要指塌陷区积水）、《水污染防治法》规定的排放水、大型现代化开采设备所需要使用的高纯度水、《水法》规定的取水、井下工人的饮用水等等都需要综合治理。

对矿井水、塌陷区水，过去以排放为主，现在应处理成为成品水，可根据用途分别处理达到城市自来水、直接饮用水、电厂锅炉和机械设备用水（纯水）的标准。通过建立给水站，使用可调水质处理器，向市场供水。在满足自身用量的情况下，可以建水厂或与城市直接饮用水管网对接，为煤炭能源城市打造一个独有的"第二水源"。

另外，鼓励煤企就地取材——建立井下多水平供水站，一方面供应直接饮用水（淮南矿业集团已基本做到），解决工人饮水和洗漱问题（井下水重金属含量高，不宜用之洗漱）；另一方面建立井下水的移动式纯水和超纯水处理系统，直接向所需大型开采设备供水。

据统计，淮南市总体上是缺水城市，主要是优质生活水源不丰富。淮南煤炭产量约 1 亿吨，产水量 5000 万立方。淮南居民用水约 5000 万立方/年。所以，如此丰富的矿井水可以处理利用。淮南矿业集团公司提出了利用率达 90%的目标，经验和成果显著。地方政府对此应当鼓励扶持和推广，抓紧制定《水资源化管理办法》，从金融、财政、税务、城建供水管网配套、水销售、奖励等方面加以规范。

4、建立环境损害鉴定评估机制，设立独立的环境损害鉴定评估事务所，为环境损害案件服务。

5、建立重大政策听证制度，以利于政府、企业、公民及时沟通、平等对话、协商解决问题。

6、依据国家《政府信息公开条例》，制定涉及环境保护信息公开的实施细则，鼓励企业环境信息公开。

结　　语

生态文明建设的世纪新纪元已经到来，只有树立崭新的立法理念、司法理念，坚持一切从实际出发，结合国情，不断加强和完善环境保护法律制度，才能有效地处理好资源节约型和环境友好型社会中各种复杂的社会、经济和生态关系，从而建立符合经济、社会和生态可持续发展需要的社会文明体系。通过生态文明的建设，形成尊重生命、热爱自然、保护环境的良好的生态伦理和环境道德，最终建设一个和谐的美丽中国！

参考文献

1、张玉华《生态文明建设过程中的法律问题研究》e360 网页。

2、束洪福《论生态文明建设的意义与对策》，中国论文下载中心。

3、吕济财《 生态文明背景下流域生态补偿法律机制的构建》。

4、李白英《开采损害与环境保护》，煤炭工业出版社 2004 年第一版。

5、梁从诫《2005：中国的环境危局与突围》，社会科学文献出版社 2006.3 第一版。

论环境污染损害赔民事偿法律问题

安徽寻求律师事务所　李国圣 高绪圣

摘　要：随着我国经济的快速发展，日益突出的环境问题，越来越受到人们的广泛关注。因环境污染引发的民事纠纷在近些年来日益增多。环境污染带来的危害与一般的侵权行为的危害不同，其发生的过程长，造成的危害严重，并且受害人在经济上无法与造成污染危害的大工业抗衡，大多数是在不知不觉中受害。因此对造成环境污染损害的行为人，必须采取不同的制裁措施，对环境污染民事纠纷的处理采取不同的方式。本文笔者根据现行环境保护立法与实践，从环境污染损害民事责任及其构成要件、举证责任、赔偿原则以及我国环境侵权民事责任归责原则之完善的角度对环境污染损害赔偿法律问题进行探讨。

关键词：环境污染损害民事责任　举证责任　赔偿原则

近年来，随着我国社会经济的繁荣，城市建设的步伐明显加快，各种环境问题随之凸显。因环境污染引发的环境侵权民事纠纷，正逐步成为民事审判工作中的热点和难点问题。为了能够妥善的解决好此类纠纷，我国立法对此作了特别规定，采取特殊的责任措施，以保障公民的人身和财产免受环境污染的损害，以及在受到污染损害的时候能够得到合理的救济。下文将从污染损害民事责任的特点、民事责任构成要件、举证责任以及赔偿原则等方面对环境污染民事赔偿问题进行探讨。

一、环境污染损害民事责任特点

环境污染损害民事责任是指环境法律关系主体因不履行环境保护义务而致使生活环境或生态环境受到污染，从而损害一定区域人们的生活权益、环境权益或其他权益所应当承担的民事上的法律后果。

作为民事法律责任的一种，环境污染损害赔偿责任不同于其他的侵权责任，有其自身的特点：

（1）它是一种无过错责任。与普通侵权的民事责任相比，最大的特点就在于侵权行为人在无过错的情况下给他人造成污染损害，也应当承担责任。即只要行为人的活动造成了环境污染或破坏，导致他人财产或人身的损害，依法就应当承担的责任。

（2）环境污染民事责任是一种平等主体之间的侵权责任，是一方当事人向另一方当事人承担的民事责任。它有别于环境行政责任和环境刑事责任，因环境行政责任、环境刑事责任均是行为人向国家承担的责任，而不是向另一方当事人承担的责任。

（3）环境污染损害的民事责任不以当事人是否违法为前提。即使是合法的行为，只要对他人造成损害，行为者依然需要承担相应的民事责任。

二、环境污染损害民事责任构成要件

环境污染损害民事责任作为一种特殊的侵权责任，其在民事责任构成要件上也不同于一般的民事责任，一般的民事责任构成要件包括行为人主观上有过错、存在损害事实、行为的违法性以及违法行为与损害结果之间存在因果关系等方面的要件。而环境污染损害民事责任则不同，其构成只需要以下条要件：

（一）有污染损害环境的事实。环境污染造成损害的事实是行为人承担民事责任的基础条件。如果行为人没有造成环境污染损害的事实，那么就不需要承担相应损害赔偿责任。但是，在司法实践中如何认定环境污染损害的事实则有不同的观点：一种观点认为，环境污染损害民事责任是一种法律责任，行为人的行为只有在违反法律规定标准情况下才需要承担责任，相反，如果行为人在生产经营活动排放的污染物没有超过国家或地方规定的标准，即使有人因此受到损害，行为人也无需承担民事责任。另一种观点认为，只要造成环境污染给其他单位或者个人造成危害的，不管其行为是否符合国家保护环境污染防治的规定，均有责任排除危害，并对直接受到损害的单位或个人赔偿损失。笔者赞同后一种观点，认为不论行为人的行为是否符合国家有关防治污染的规则和标准，只要给他人造成了损害，就应当认定存在污染的事实，承担相应的民事责任。

（二）损害行为与损害事实之间存在因果关系。在法律上，因果关系是侵权行为与危害结果之间的逻辑联系，是判断行为人是否承担侵权责任的重要依据。如果受害人受到的损害与排污者的行为没有法律上的因果关系，就不存在承担污染损害民事责任之说。在一般的侵权案件中，侵权行为大多是直接作用于受害主体，认定因果关系比较容易，但是在环境侵权中对因果关系的确定相对复杂的多，因环境侵权中的侵权行为是通过环境这个载体，然后再作用于人体或财产，是一种间接的行为，这样就使得因果关系的认定存在一定的难度。另外，很多污染损害是由多种因子复合作用的结果。给他人造成的损害的原因也可能有多种，有时候可能是单个因素没有致害能力，而当多种因素结合在一起时，就会产生破换环境的能力，造成损害的事实，此种情况下认定单个因子与危害结果之间的因果关系就显得相对复杂的多。

三、关于环境污染民事案件的举证责任问题

一般的诉讼案件，举证责任的原则是“谁主张、谁举证”，但是对于环境污染民事案件的举证责任《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 4 条第一款第三项规定：“因环境污染引起的损害赔偿诉讼，由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任”。由此可以确定该类案件实行举证责任倒置，由加害人即案件被告承担举证责任。并且法律对此规定了环境污染损害行为人举证责任的方向：

第一，加害人应就法律规定的免责事由承担举证责任。法律规定的免责事由主要有：不可抗力、损害后果由第三人过错造成以及其他免责事由。环境保护法对不可抗力的免责条件也作了特别的限制，即不可抗力仅指不可抗拒的自然灾害，且在加害人采取了合理措施的情况下，仍不能避免造成环境污染致人损害时，才可以免除加害人的责任。第三人过错造成的一般环境污染损害后果的，加害人也同样需要证明其采取了合理措施。

第二，加害人应就受害人的损害结果与加害人自身行为不存在因果关系承担举证责任。一般民事案件中，损害事实与侵权行为之间的因果关系本应由受害人证明，而这类案件采取举证责任倒置，受害人仅就自己遭受损害的事实承担举证责任，我国立法如此规定，不仅加大了对受害人的保护力度，也对加害人的行为做了特别严格的限制，从而在根本上保证了人民群众享有良好的生产生活和居住环境。

四、环境污染损害民事责任的赔偿原则

我国法律有关侵权行为人民事责任规定，侵权行为侵害的客体不同，所承担责任的方式相应的就会发生改变。对此我国《环境保护法》规定了排除危害和赔偿损失两种常见的责任形式，但

是在《民法通则》中所规定的停止侵害、排除妨害、消除危险、恢复原状等责任形式在环境污染损害民事责任中同样可以适用。从司法实践中我们最常见到的侵权人承担责任的方式是停止侵害、赔偿损失，因为从环境侵权的结果来看，大多已经给受害人造成了不可恢复损失，此时再要求侵权人承担恢复原状的责任已无法实现。

对于赔偿损失的范围，我国法律及相关司法解释作了相应的规定，赔偿损失的范围既包括财产的损失的赔偿，也包括造成人身损害引起的赔偿；既包括直接的损失，也包括间接的损失。但是在一般情况下，司法实践中认定的损失赔偿的数额是以受害人的实际损失为准，对于没有实际发生的损失，因为没有一个衡量的标准，难以把握可能造成损失的大小，一般不予支持，这也是对环境污染损害行为人的一种利益保护，避免受害人的无理要求。由此可以看出我国环境侵权民事责任承担遵循的是同质赔偿原则，不允许惩罚性措施的应用。

五、我国环境侵权民事责任归责原则之完善

从目前我国环境侵权民事责任的赔偿原则来看，同质赔偿原则的应用似乎自身存在有缺陷，不能使得法律责任制度实现遏制与赔偿的功能，彰显社会正义。对此，笔者提出以下两点建议：

第一、采取适度赔偿原则。在环境侵权行为中，侵权行为人大多是一些工厂、企业等单位，企业生产行为本身具有合法性和价值性，因而造成的环境污染损害适用无过错责任原则。那么在此种情况下，让这些工厂、企业对这种结果承担全部的赔偿责任，将不利于经济的发展和社会稳定。但是，如果不给于全部赔偿又不足以赔偿受害人的损失，如何解决这一矛盾，关键在于应当坚持行为人的过错程度与受害者的损害程度相结合原则，选择一个合适的赔偿范围，或者建立社会环境污染损害风险赔偿基金或社会保险制度等社会性的救济方法来弥补，这样既可以弥补受害人遭受的损失，又不至于使企业遭受过重的经济负担。

第二、采取有限度的适当惩罚性赔偿原则。惩罚性赔偿是指在原有的损害赔偿之外对受害人给予的赔偿。对于惩罚性赔偿应当有严格的标准，不能针对所有的环境污染损害赔偿案件都一概适用，那样无疑加重了致害人的责任。对此我们应当规定在以下情况下才予以适用该原则：

（1）主观上具有恶意的环境侵权案件。在我国的环境侵权案件中，基于恶意而导致的环境污染和破坏大量存在，甚至有些侵权行为是在行为人经过理性的判断之后做出的。对于这种主观上具有恶性的侵权行为应当进行惩罚。

（2）对于因侵权行为而造成人身权利受到伤害的，受害人可以要求精神损害赔偿。《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》中规定：“自然人因生命权、健康权等人格权利遭受非法侵害，向人民法院提起诉讼请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理”。所以，对于因此种损害而提起精神损害赔偿也符合法律的要求。

六、结语

虽然目前我国《民法通则》、《侵权责任法》、以及《环境保护法》等法律中均对环境的侵权行为作出了法律规定，对责任的认定采取无过错责任原则，但是在司法实践中却不能得到很好的执行，究其原因，一方面是因为环境侵权当事人环境法律知识欠缺，另一方面是法律工作者对环境侵权特殊性的认识不到位，因此要使我国的环境立法得到进一步的完善，使环境侵权民事责任的赔偿原则更趋于合理，必须要同时提高公民及法律工作者对环境侵权特殊性的法律意识。

参考文献

1、金瑞林《环境法学》，北京大学出版社 1999 年版，第 87 页。
2、张新宝《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社 1998 年版，第 42 页。
3、汪劲《环境法学》，人民法院出版社 2001 年版，第 120-124 页。
4、曹明德《环境侵权法》，法律出版社 2000 年版，第 160 页。
5、张新宝《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社 1998 年版，第 532 页。
6、李艳芳《环境损害赔偿》，中国经济出版社 1997 年版，第 52 页。

环境公益违法的权利救济

安徽公众律师事务所　田 红

摘　要:环境危机促使人们思考,法制的发展引导人们从根本上扭转了对环境权的消极观念,让这一新的权利类型在现实中得以有利的实施。司法救济作为现代社会最重要、最正式的权利救济方式,发挥着社会减压阀与平衡器的作用。环境公益诉讼已经成为各国对环境权利进行救济的重要的司法措施之一。

关键词：环境公益　公益诉讼

多年来,我国的经济飞速发展,也为世界经济发展做出了巨大贡献,但是我们的生存环境受到严重的破坏,环境污染日益严重,已经成为制约经济发展的巨大障碍。在这种情况下,环境权成为世界各国普遍重视的问题。

环境公益违法的权利救济的主要方法为法律救济,主要包括司法救济、仲裁救济和行政司法救济。我国环境公益诉讼制度主要是司法救济,司法救济是最具有强制力的救济手段,

司法救济,又被称为司法机关的救济或者诉讼救济,指的是人民法院在权利人权利受到侵害而依法提起诉讼后依其职权按照一定的程序对权利人的权利进行补救。环境公益诉讼已经成为各国对环境权利进行救济的重要的司法措施之一。

在我国环境公益诉讼是环境公益违法权利救济的主要方法。针对司法实践中的情况,全国人大常委会 8 月 31 日表决通过了关于修改《民事诉讼法》的决定。修改后的《民事诉讼法》增加了"公益诉讼"的相关规定：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。确立环境民事公益诉讼可以增强我国环境法律体系的整体有效性,弥补我国环境管理体制的不足,保证公众充分参与保护社会公共环境权益,节省司法资源,满足法治的要求。

一、环境公益诉讼起源

环境公益诉讼是为保护环境公益而设计的一项制度,是当环境公益处于无人通过法律诉求实施保护时,由相关主体向人民法院提起诉讼请求救济的一项制度。

环境民事公益诉讼是从古罗马时期就出现的公益诉讼中延伸出来的,是指一定的组织和个人可以根据法律法规的授权,为了保护社会公共环境利益,对违反环境法律、侵害公共环境权益的行为,向人民法院提起诉讼,由法院按照民事诉讼程序依法审判并追究违法者法律责任的诉讼。

环境公益诉讼渊源于美国密执安州《1970 年环境保护法》,它首次确认公民对构成公益妨害的污染行为可以以个人身份提起诉讼的资格。在美国联邦立法层面,1970 年《清洁空气法》第 304 条 a 款规定:"任何人皆可以自己的名义对任何人(包括美国政府、政府机关、公司和个人等)就该法规定的事项提起诉讼。"[2]美国有关环境公益诉讼的规定滥觞于环境污染大规模爆发的世界八大公害事件之际,自此,环境公益诉讼的理念逐渐为各国理论界和实践界不同程度地接受,各国或通过集团诉讼(美国)或经由集合诉讼(英国)或采取独特的选定当事人制度(日本)对社会环境公共利益进行着最大限度的维护或向着进行最大限度的维护努力。

二、我国确立环境民事公益诉讼的必要性

1、将公益诉讼制度引入环境侵权国际上已有成功经验

在公益诉讼制度方面，最先迈出步伐的是美国。首先，美国在民事诉讼法律上规定："每一诉讼必须以真正有利害关系的当事人名义提出"。而不是像我国所规定的"有直接利害关系"。相比之下，美国的规定其范围要宽得多。在环境侵权诉讼中，保护环境的社会组织就可以据此以原告的身份起诉。其次，在美国一些州的法律中规定了环境保护公益诉讼制度。如《密执安环境保护法》第 2 条确认：任何人都享有向法院提起保护环境诉讼的权利，并对减轻经济困难的原告和诉讼费用作了规定。在第 3 条规定中减轻了原告的举证负担，只要求原告提出"初步表面证明"，把实质性的举证负担转移到被告一方。这些规定都为环境侵权公益诉讼制度树立了榜样。

2、长期以来，我国实行国家环境管理的单轨运行机制，由各级政府环境保护主管部门以国家名义和法律形式全面行使环境保护的监督管理职能，并对社会的环境保护进行预测和决策，政府在环境保护中起着核心作用。实践中，由于我国囿于传统的法律制度，对污染环境和破坏生态的侵权行为大多采取行政处罚的方式。事实上，由于行政体制的局限性和行政措施的软弱性，往往导致行政手段在制裁违法、保护环境方面难以达到预期的效果。由于环境问题的广泛性和复杂性，单靠政府来提供应对生态危机，存在着很大的局限性，甚至出现了政府失灵现象。我国政府几乎都将追求经济的高速增长作为己任，

在面临环境污染与经济增长相冲突时，往往作出妥协，以牺牲环境为代价，这种失误性的决策行为导致了生态环境加剧恶化。

三、我国环境民事公益诉讼出现的问题

民事诉讼法修正案中新增"公益诉讼"条款被视为亮点。但这一条款却让一些正在进行公益诉讼的环保组织焦虑。他们认为，表述中对诉讼主体限制过多。但在立法人士看来，能将"公益诉讼"列入《民事诉讼法》修正案草案，是在各方博弈之下体现共识之举，"先把制度建立起来，也是一种进步"。正因这种词语限定，让在云南、贵州提起公益诉讼的环保组织以后无法再提。"

在我国，三个类别的公益社会组织可在民政部门注册：即社会团体、民办非企业单位（简称"民非"）和基金会。据民政部统计，至 2011 年，中国目前在民政部门登记的社会团体达 25.5 万家，生态环境类的有 6999 家，民办非企业单位共 20.4 万家，生态环境类的有 846 家。目前，大量民间公益组织即使能在民政部门注册成功，大部分也是"民非"身份。上述规模较大的环保组织"自然之友"，以及知名的"达尔问自然求知社"、"绿家园"等均是"民非"。如果民事诉讼法修正案草案中，对诉讼主体所规定的'社会团体'是狭义的依据社团登记管理条例的定义，那大批的民非组织都将被排除在公益诉讼之外。

在环境诉讼中，除了诉讼主体的限制之外，取证难，评估费用高等问题也使得环境权利的不到很好的救济。

四、环境公益违法的权利救济

1、公益诉讼原告的确定问题。由于环境侵权影响的面比较广，其受害方往往带有群体性，有的可能带有跨地区性，同一环境侵权行为可能会有众多主体提起诉讼。这一问题的解决应当规定早起诉者为原告，充分利用法院系统信息网络，加强控制。另外，也可能会出现众多主体就同一侵权行为向众多法院提起诉讼的情况，这时就应明确按侵权行为地管辖的原则来处理，以确定管辖法院。

2、举证责任问题。鉴于环境侵权的特殊性，这其中有许多科学知识方面的问题，原告在提

起诉讼时，只要有“初始证据”即可立案，然后把举证责任转给被告方。因为公益诉讼是一种国家公诉权的补充，就不能完全由当事人负举证责任，应以混合责任制为宜。

3、环境民事公益诉讼的诉讼费用及其承担

民事公益诉讼诉讼费用的承担直接影响了民众提起民事公益诉讼的热情。其中法律规定诉讼费用一般由败诉方承担，但为了避免滥诉的出现，一般要求原告预交诉讼费用，而且除个别类型的案件按件收费外，其他案件都是以诉讼标的额为依据来确定诉讼费用的。但是这样的规定不利于激发公民提起民事公益诉讼的热情。可以从以下几个方面确定诉讼费用收取方法：

（1）民事公益诉讼中免予预先收取诉讼费用

环境民事公益诉讼一般涉及的标的额数额很大，当然诉讼费用也很可观。如果要求原告预先支付诉讼费用，无疑会给原告增加巨大的经济负担，可能造成原告被迫放弃诉讼。但是为了防止滥诉的发生，可以收取原告一部分的保证金，这个数额应当参考当地经济发展水平和人均收入适当予以收取。在经过法院审查之后，合理的诉讼应当受理并返还保证金；若不合理，不但驳回起诉而且应当没收保证金以示惩罚。

（2）按件收取环境民事公益诉讼的诉讼费用

中国按标的额收费在一定范围内是合理的，但对于环境民事公益诉讼是不合理的。因为起诉人是为了公益而提起诉讼的，环境公益诉讼由于涉及到一定的技术性问题，本来所需要的费用就比较大，而且案件的标的额通常都非常高，如果还按照现有的法律规定以标的额收费则会打消起诉人的积极性，不利于环境公益的保护，因此科学合理的诉讼费用承担方式成为关键。可以使用按件收取诉讼费用的模式，这样可以做到以最小的成本换取最大的诉讼效果。

4、建立环境公益诉讼前置程序

企业在市场经济中面临着巨大的竞争压力，为了谋取经济效益，时常发生排污事件。当出现环境污染问题时，环保组织就需要首先与企业协商，要求停止排污，并给予几天的时限予以治理。如果企业能够及时发现问题并自我整改，那么就没有起诉的必要了；如果企业对于环保组织的通知置若罔闻，那么在起诉前应当通知环保行政部门运用行政手段要求企业停止排污并且按照法律规定进行罚款。因为在我国，法律规定公民有向行政机关控告、举报和申诉的权利，而行政机关都必须切实履行其职责，如果公民越过行政程序直接诉诸法院，可能会造成行政机关执法的懈怠，导致环保行政部门的懒政思维，只有对于行政机关在履行期限内不作为或者作为效果不理想的情况下，才应当进行诉讼。但有些情况下的环境污染案件在较短时间内会造成不可挽回的损失，因此环保组织在这种情况下可以免除先行告知的义务而直接提起诉讼。

环境危机促使人们思考，法制的发展引导人们从根本上扭转了对环境权的消极观念，让这一新的权利类型在现实中得以有利的实施，可是，如果要将公民环境诉权进一步的完善起来，还必须注意把环境诉权的理论框架更好地与现实社会衔接起来。现实中，我们都清楚的知道，环境污染损害的是不特定大多数人的利益，众多的承受主体使得不利后果被稀释，单个公民不太愿意费力又费神的去对抗这一公共危害行为，大家都希望有人能够站出来勇敢地拼杀。因此，构建合理的环境公益诉讼制度就变得尤为重要了。

司法救济作为现代社会最重要、最正式的权利救济方式，发挥着社会减压阀与平衡器的作用。司法机关依靠一系列公正且严谨的程序，在很大程度上保障了其中立性、客观性和公正性，这是包括行政机关在内的其他机关所难以比拟的。也正是这样的原因，司法救济被称为权利保障的最后一道屏障，构成现代权利救济体系的一个重要支柱。司法救济是法律救济的核心。这里需要指出的一点就是，在现代社会，司法仅仅是实现环境权利救济的渠道之一，在大力弘扬法治建设的

今天，我们不能片面地把一切纠纷和社会矛盾都纳入法律渠道来解决，这样是对法治的肤浅理解。即便是在西方发达国家，也是主张通过社会自治能力的强化来解决各自纠纷，从而使司法机关可以专门解决其他渠道解决不了，需要提交司法程序的问题。总之，司法为核心并不意味着一切纠纷都要由法院解决，也不意味着提交法院解决就一定是处理纠纷的最佳方式，而且也没有必要让法院来担负这个职责。

参考文献

1、王明远《环境侵权救济法律制度》[M]，中国法制出版社，2001 年版。

2、王曦《美国环境法概论》[M]，武汉大学出版社，1992 年版。

3、李龙《法理学》[M]，武汉大学出版社，1996 年版。

4、韩志红、阮大强《经济公益诉讼的理论与实践》，法律出版社 1999 年版，第 173 页。

5、陶建国《日本龙美环境诉讼评介》，载《中国环境管理干部学院学报》，2008 年第 3 期，第 25-28 页

6、齐树洁、林建文《环境纠纷解决机制研究》，厦门大学出版社，20011 年版

7、戚道孟、王妙婷《我国环境民事公益诉讼制度立法浅探》，载《2009 全国环境资源法学研讨会论文集》

8、王灿发《环境纠纷处理的理论与实践》，中国政法大学出版社，2009 年版

9、邓一峰《论我国环境公益诉讼之构建》，载于《法学》，2007 年第 3 期

10、齐树洁、郑贤宇，《构建我国公益诉讼制度的思考》，载于《河南省政法管理干部学院学报》2010 年第 1 期

11、郝发辉、黄德林《我国环境纠纷诉讼遇到的问题及建立环境诉讼制度的思考》，载于《资源节约型、环境友好型社会建设与环境资源法的热点问题研究——2006 年全国环境资源法学研讨会（年会）论文集》。

环境保护法律制度的缺陷

——浅析农村环境保护法律制度的缺陷

安徽寻求律师事务所　樊玲玲

摘　要：我国是一个农业大国，农民占我国人口的绝大多数。因此，农村的发展是我们必不可缺的一部分。近年来，农村环境问题日益突显，也不得不引起我们的深思。从法理的角度上应如何合理、有效的应对农村环境保护法律制度问题。我国现行的农村环境保护法律体系主要包括法律、行政法规、部门规章、地方性法规等。然而农村环境法律制度的缺陷与不足，影响是多方面的。文中指出为保护农村环境，深入贯彻落实科学发展观，实现农村经济、社会的可持续发展提供法律保障。

关键词：农村环境保护制度缺陷　法律法规　环境保护法律制度　政策

我国正在提倡和追求社会主义新农村的建设，总的要求是“生产发展、生活宽裕、乡风文明、环境绿化、管理民主”。这表明建设的社会主义新农村是经济建设、环境建设、文化建设，社会建设和党的建设协调推进的新农村，也是赋予、民主、文明、和谐的新农村。农业及农村的可持续发展，是我国可持续发展的根本保证和优先领域，也是建设社会主义新农村的重要内容。然而，事与愿违，目前农村环境保护现状不容乐观，农业生产环境污染严重、生态环境退化加剧，农村生活垃圾和生活污水没有得到恰当的处理，如何搞好农业环境保护工作，如何防治农业环境污染、逐步改善农村环境，如何提高农民的环保意识，在转变农业增长方式，使农业生态环境有恶性循环走向良性循环，是关系到农业以及农业环境能否持续发展的重要问题，是建设社会主义新农村的重要任务。应针对当前农业生态环境的破坏情况，加强环境执法力度、深度、加强环境宣传教育，增强各级人民政府工作人员、企业人员和农民群众等广大公众的环保意识，推进社会主义新农村的建设。

一、农村环境保护的法律体系概述

目前我国农村环境保护法律体系，主要包括一下法律、行政法规、地方性法规等。

第一，法律。我国现行的农村环境保护法律主要包括《中华人民共和国环境保护法》、《中华人名共和国大气污染防治法》、《中华人名共和国固体废物污染环境防治法》等。它们在保障我国农村环境的法律体系中居于主导地位，规定和调整着农村环境保护的根本性和基本性问题，在保障我国农村环境的保护体系中发挥主导与重要作用。

第二，行政法规。行政法规在保障我国农村环境的法律体系中具有重要作用，它调整和规范的事项广泛、具体。我国现行的农村环境保护的行政法规主要包括《中华人民共和国水污染防治法实施细则》、《中华人民共和国环境保护标准管理办法》等。这些行政法规在保护我国农村环境方面起着重要作用。

第三，地方性法规。《安徽省环境保护条例》。这些地方性法规结合本地实际情况，因地制宜，在保护本地环境，促进当地经济、社会可持续发展起着不可替代的作用。

二、我国农村环境保护法律制度的缺陷

第一、农村环境保护领域的法律、法规不健全。主要体现在：一是农村环境法律法规的制定滞后于快速发展的农村现代化进程，不能满足农村经济社会发展中环保的新需要。二是现有的法律对农村污染及其特点重视不够，对农村环境管理和污染治理的力度不到位，因而在操作性和适用性方面有短板。三是农村环境污染方面和重要的环境领域还存在立法缺陷、疏漏和空白。四是现行法律在制度上缺乏知情权和参与权，也没有为农村人群提供有效的维权通道等。

第二，缺乏有效的管理体制。近年来，我国有关农村环境保护的管理立法初步发展，然而其存在很多不足与缺陷，缺乏有效性和可操作性。这些因素制约着我国农村环境保护的实践。首先农村环境保护的立法内容欠缺。我国农村的管理立法上并没有明确的涵盖整个农村环境保护过程，也并没有很好地明确各个部门的职责，在管理方面的立法上有许多不完善之处。其次是管理体制上的欠缺、混乱。容易造成各部门在保护农村环境的管理实践中很难很好地协调工作，也难以很好地发挥他们在管理农村环境的合力性。

三、我国农村环境保护的法律不健全的原因浅析

（一）农村环境保护的立法研究薄弱

首先法学界对于农村环境保护的立法研究不够充分，并没有像其它一些法律过度的研究、探讨，这也是一个重要的因素。学界中对于如何完善农村环境立法的研究成果也不多见。我们平时看到的多是志愿者或者环保实践者对保护农村环境的意见或建议，其研究深度远远不够，操作性和运用性不够强，这些特点制约着农村环境保护的成熟、发展。

（二）城乡“二元社会结构”体制的制约

我国是发展中国家，正是基于此种国家性质，所以长期以来，我们都以牺牲农村的资源与环境来支持我国的工业化和城市现代化。一方面，为了支持我国的工业化和城市现代化，农村的资源流向城市；另一方面，城市污染较严重的企业逐步向农村转移，出现了倒流的现象。而农村居民为了追求利益不惜以损害环境为代价，而随着工业化和城市现代化进程的加速，这种趋势有所加强。城市并没有因其污染转移得到适当地处罚，而农村不但要牺牲资源、环境，而且要承担城市污染转移的后果，农村资源的流失与农村环境应受到的保护不成正比，这种现象加快了农村环境污染的速度，不利于农村环境保护法律制度的健全发展。

（三）监督管理方面的空白与缺失

我国农村环境保护的监督管理体制不能够适应农村环境保护的需要。就目前来看，其主要体现在一下方面：第一，现有的乡镇环境保护管理立法缺乏财政、资金等方面必要的保障性规定。基层政府没有相应的财力物力提供给各项公共服务。第二，监督机构和人员不足。目前绝大多数村镇没有专门的环境管理机构，县级环保部门和农业环境检测部门较少在其所管辖的村镇设立派出机构。另外绝大多数乡镇没有环境保护机构，环境监测和环境监理工作基本上处于空白状态，这也是造成我国农村环境保护缺失和薄弱的一个重要方面。

（四）法律起草方面的差异

在农村存在着重经济发展，轻环境保护的发展观。广大农村的基层领导和基层组织在加快发展农村经济，解决农民温饱奔小康的同时，往往会忽视环境建设和生态保护。农民的环保意识比较淡薄，受到的教育宣传的机会较少，缺乏环境资源的保护与可持续发展的理念，同时也缺乏遏制环境污染的主观能动性和权利意识。由于贫困和发展的落后，使得农村地区对农业的依赖程度较大，贫困率高、缺乏可持续发展的经济增长方式，不良的经济和社会基础加上机构能力比城市

地区薄弱，严重制约了农村地区的发展，从而导致环境恶化、加重了平困。

我国的环境保护工作，从一开始就把重点放在了大城市，大工业和大工程上面。这也导致了城乡两地差异日趋拉大，这是个不争的事实。在重视环境保护工作的同时忽视了农村环境保护的工作。同时，我国并没有根据农村环境污染的特点制定是和保护农村环境的法律制度，这也是一些企业，工厂大肆在农村开展污染项目，破坏环境的一大漏洞。以农村居民生活垃圾为例，农村居民居住具有分散性的特点，因而其生活垃圾的来源也具有分散性。然而，我国农村环境保护的法律体系并未对此作出相关的规定与措施，导致其在法律上的空白。另外，农村中小企业污染、焚烧秸秆污染。生活用水污染等都具有分散性，多样性以及小规模性的特点，而我国农村环境保护的法律也并未对此作出相应的规定。因此，如何运用有效合理的方法治理农村较为分散的环境污染来源是法律体制与管理体制上一个急需解决的问题。

（五）农村居民的的环保意识方面

一方面，我国农村居民环保意识不够高，他们平时接触外面社会机会少，对于环境问题的理解出于表面层面，并没有意识到农村环境污染的危害性及严重后果认识不足。农村环境污染的扩大不仅对农村居民自身的生活环境产生了不利的影响，由于大气污染，也带动了周边城市的总体污染。再就是农村居民获取的关于环境保护的只是不够，他们当中的大多数在日常生活中没有形成保护环境的自觉性与主动性。另一方面，即使农村居民中的一部分认识到农村环境污染的危害性以及严重性，然而，他们却不知道如何去解决、利用何种方式、通过何种途径来保护农村环境、来维护自己的切身利益，从这方面可以看出，农村居民缺乏对环境污染的监督权，以及要在农村地区加大环境保护的宣传力度和效应，从而带动整个地区的环保意识。

四、完善健全我国农村环境保护法律制度的措施

（一）努力提高农村居民环保意识和加大环保实践的学习

一个再好的法律制度，一个再健全的征服管理体制与环境监督制度，总要建立在认得行动之上。所以想更好的完善农村环境保护 法律制度，农村居民的践行、实施环境保护异常重要，只有从身边做起，从能带动整个群体的意识的提升。当每个居民的环保意识提高了，才能推动整个农村地区对环境的发展。农村的基层组织，乡政府机构可以定期组织对环保实践的学习与要求，努力加大环境保护意识在整个农村的传播，为后续法律法规、征服管理机制的践行起到铺垫的作用。

（二）健全政府管理体制与环境监督体制

保护农村环境，实现农村经济、社会的可持续发展，征服的作用不言而喻。因此，应当建立一个旨在保护农村环境、协调农村经济社会可持续发展的管理机构。其次，应当建立完善的环境管理机构体系，加强基层环境管理机构人员、硬件配置、增强基层环境管理行政执法能力。从政府管理到环境监督的方面来完善我国农村环境保护的制度，为的是确保各项制度落实到实处，使其行之有效，发挥政府与环境监管部门在保护农村环境中的管理监督作用，从而对农村环境问题进行预防和有效治理。

（三）完善农业环境保护法规和规章，严格执行农村环境污染防治法律制度

在新的历史条件下，我国农业和农村环境保护的政策、法律法规已经难以适应新形势的需求。针对农村环境保护存在的问题，应将农业和农村环境保护的政策、法律的制定、修订纳入立法规划。在总结近年来我国黄静保护与管理实践的基础上，吸收和借鉴了国外成功经验，结合农村环

境保护与管理的实际需要，对《环境保护法》、《农业法》关于进行修订农业和农村环境保护的规定，制定土壤污染防治的专门法律。同时，针对农村环境保护的发展，组织制定和修订地方农业环境标准。地方各级环保部门要严格执法，依法行政，环境法律法规规定的各项管理措施和制度，特别是建设项目环境影响评价审批制度和污染防治设施管理制度、有关农业环境保护的禁限制度等，有效的预防和控制固体废物等污染物造成的环境污染。对违反该法的各种违法行为，依法严肃查处；对构成犯罪的，及时移送司法机关，依法追究刑事责任。

（四）完善法律、法规体系

实践表明，要实现农村经济、社会的可持续发展，必须有健全的农村环境保护法律、法规。因此，应制定和修改相应的法律、法规。具体来说，首先应该从新农村建设和贯彻落实科学发展观的战略高度出发，制定涵盖整个农村环境保护的法律、法规。英爱制定《农村环境保护法》作为保护农村环境的基本法。具体内容可以包括以下：立法宗旨，适用范围，合理开发利用资源与环境的保护制度，污染防治制度，生态补偿制度，对农村环境保护的财政支持制度，农村环境监管制度，破坏农村生态环境的惩处制度与法律责任形式等。还应当在宪法中明确规定公民环境权，确认和保护农民的环境知情权；在环境基本法和其它单行法里明确规定农民参与的原则、程序、基本内容；明确相关政府部门和企业的告知义务，争取从本质上改变农村环境保护的现状问题。

参考文献

1、严仍昱《社会主义新农村建设中基层政府生态管理创新》广西教育学院学报 2007 年版。
2、钟骏树《关于新农村建设中环境问题的法律思考》江西行政学院学报 2006 年版。
3、何立慧《环境与资源保护法》，经济科学出版社 2009 年版，第 274 页。
4、吴汉东《法学通论》，北京大学出版社 2005 年版，第 32 页。
5、马克昌、高铭暄《刑法学》，北京大学出版社 2011 年版，第 317 页。
6、刘青松、张咏、郝英群《农村环境保护》，中国环境科学出版社 2004 年版。

环境侵权责任的责任追究制度

安徽东山律师事务所　李洁丽

摘　要：环境污染是一种特殊侵权行为，有其区别于一般侵权行为的特点与规律。本文论述了环境侵权行为案件责任的归责原则、责任的构成要件、原、被告之间举证责任的分配，提出原告具有初步的举证责任，应对损害事实和环境污染行为的发生予以证明，重点论证了此类案件实行举证责任倒置的原因与意义，被告对所实施的行为与损害结果之间不存在因果关系以及免责事由承担举证责任。

关键词：环境侵权　归责原则　损害赔偿　举证责任

一、环境侵权的概念及其特殊性

环境侵权行为，是指由于人类活动所造成的环境污染和破坏，以致危害公民的环境权益或危机人类生存和发展的侵权行为。与传统侵权行为相比较，环境侵权行为还具有以下特征：

（一）环境侵权主体的特殊性

传统侵权主体一般是普通的公民、法人、或者其他组织，加害人与受害人一般是一对一的，只有在共同诉讼中是一对多的关系。而环境侵权主体一般是企业，它们具有一定的经济、科技、信息实力和法律地位。并且环境侵权的加害人与受害人一般是一对多、多对多的关系。

一般侵权行为的加害人和受害人之间经济、技术势力通常悬殊不大，受害人只要稍加注意，就可举证证明加害人的侵权行为、损害结果及其因果关系。但环境侵权行为的加害人一般为经济势力和科技信息能力较强的工矿企业，受害人一般是经济势力较弱、信息闭塞和技术能力较弱的社会公众，所以，环境受害人或其近亲属要收集足够的证据证明自己的损害及损害与加害人污染环境行为之间具有直接因果关系，难度很大。

（二）污染环境的行为并非都是违法行为

一般侵权行为本身具有违法性，行为人主观上存在过错，但污染环境行为可能是违法行为造成，行为人主观上有过错，但也可能是合法行为造成，行为人主观上不存在过错。如工业企业向环境排放污染物的行为可能是其正常生产经营需要，企业已经按照环保部门要求进行污染治理，其排放物也符合国家规定的污染物排放标准，并交纳了排污费，是合法的排污行为。但长期排放污染物总会对周围环境造成一定影响，存在损害他人人身和财产安全的可能性。《环境保护法》第 41 条规定：“违反国家保护环境防止污染的规定”才对损害承担赔偿责任。并未要求环境加害人的行为须构成违法。环境污染侵权责任是一种结果责任，无论环境加害人的行为是否具有可责难性，只要有损害后果发生，加害人就要承担责任。

（三）环境侵权损害的复杂性和不确定性

一般侵权行为损害状态比较明确、具体和直接，而环境侵权行为一般具有复杂性、隐蔽性、潜伏性、持续性和广泛性等特点。环境侵权受害人的损害后果有时不会立刻显现，可能潜伏隐蔽较长时间，在环境污染多年后甚至受害人的下一代人身上才爆发出来，有的损害甚至影响几代人；另外，损害后果可能是多个排污企业共同行为的结果，且受害人可能在某一区域或行业内具有普遍性。所以，现时的环境污染是否会对他人将来的人身和财产造成潜在损害；若有损害，损害是

在三年后，还是五年、十年后，还是在下一代身上出现；受害人现时的损害事实是否以前或现在环境污染的结果；损害范围和数额该如何确定和估量；环境污染区域内受害人到底有哪些，这些问题若要经济技术势力薄弱的受害人来明确地一一举证几乎难以做到。

二、环境侵权责任的归责任原则和构成要件

（一）环境侵权责任的归责任原则

民事法律责任的归责原则主要包括：过错责任原则、无过错责任原则和公平责任原则，其中过错原则是我国民事责任体系中最主要和基本的归责原则。无过错责任原则在我国主要适用于在法律规定的特定领域和行业内，不论侵权行为人主观上是否存在过错，只要侵权行为人的行为造成了损害结果，就都可确定其承担民事责任的情形。环境侵权民事责任通常以环境侵权行为的存在为前提，在归责原则的适用上，一般认为应采无过错责任原则。在环境损害引起的民事责任中，则不要求具备故意或过失要件，只要实施了危害环境的行为并造成危害后果时，即可追究其民事责任。

（二）环境侵权责任的构成要件

侵权民事责任的构成要件一般均为四要件，即侵权行为、过错、损害结果及行为与损害结果之间的因果关系。由于环境污染侵权民事责任属于无过错责任，因此其民事责任的构成要件仅为污染环境的行为、损害结果及污染环境的行为与损害结果之间的因果关系。就一般侵权诉讼而言，受害人负有就民事责任的构成要件承担举证责任。

一般侵权行为中强调行为的违法性，但在环境侵权中应把违法性从构成要件中剔除出去。《环境保护法》第 41 条第 1 款明确规定："造成环境污染危害的，有责任排除危害，并对直接受到损失的单位或者个人赔偿损失。"《水污染防治法》第 55 条第 1 款也明确规定："造成水污染危害的单位，有责任排除危害，并对直接受到损失的单位或者个人赔偿损失。"这些规定并未将行为的违法性作为行为人承担民事责任的必要条件。这些规定表明，环境民事责任的构成并不要求行为人的行为具有违法性，只要行为人从事了"致人损害"的行为并产生了危害后果，即使行为是合法的，行为人也应承担民事责任。

环境侵权责任不要求行为的违法性也是由环境污染形成的特点所决定的。环境污染形成的原理告诉我们，当一定范围内污染物质的浓度和数量超过环境本身的自然净化能力时，该范围内的环境质量就会下降，就会产生环境污染，而人们的人身或财产就可能因此受到损害。环境污染的形成并不完全取决于人们排放污染物质的行为是合法还是违法，是达标排放还是超标排放。它主要取决于污染物质在一定空间和时间内的累积。当污染物质的累积超过了当地环境本身的容量和自净能力时，污染就会形成。因此，企业即使达标排放污染物质，在一定条件下（污染源较为集中的地区）也会导致环境污染的产生。易言之，企业合法排污同样可能导致致人损害之危害后果的产生。如果一味强调行为的"违法性"，实际上是忽视了环境侵害的特殊性，更重要的是不利于切实有效地保护受害者的利益。

三、环境侵权责任中的举证责任分配

（一）举证责任分配

因为环境侵权行为突破了一般侵权行为的很多限制，按照一般侵权行为"谁主张谁举证"原则，环境受害人将因难以举证而不能救济自己受损的民事权益。现代侵权行为法基于公平正义原则与环境侵权行为的特殊性，为减轻环境受害人的举证难度，在环境侵权领域真正实现侵权行为

法的救济功能，恢复受害人受损的合法权益，需要重新配置环境侵权行为举证责任的分配。

由于环境污染侵权极其复杂且受害人一般处于弱势地位，受害人的举证能力有限等因素，往往产生因果关系的举证不充分，难以追究侵权人的民事责任，不能充分保护受害人的合法权益的现象。为此，最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第 74 条规定，因环境污染引起的损害赔偿诉讼实行举证责任倒置。也就是说，在环境侵权案件中，只要受害人提供初步证据证明自己受到损害的事实，举证责任就转移到加害人一方，如果加害人不能证明损害后果不是其造成的，那么就可推定加害人的行为与损害事实之间具有因果关系，加害人应当承担民事责任。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 4 条进一步规定，因环境污染引起的损害赔偿诉讼，由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任。这一规定是对传统民事侵权举证责任分配的重大突破，从民事诉讼举证角度更加彻底地对受害人进行了保护。

（二）原告承担的举证责任

实行举证责任倒置原则将依传统的举证责任规则原本应由原告承担的部分举证责任转由被告承担。原告本身则仍然负有一定的举证责任，主要有以下几个方面：

1、被告实施或者可能实施了污染环境的行为

存在污染环境的行为应由原告负举证责任。以水污染为例，原告可以在水污染发生当时就请环保局等部门的专业人员对污染水质进行监测、鉴定，也可以在污染企业的排污口监测水质，并证明污水流经自己的鱼塘或其它生产、生活区域。

2、有损害事实的存在

行为人只有在其行为造成了损害事实的情况下，才应承担民事责任。如果行为人虽然实施了某种行为，但并没有对他人的人身或财产造成损害事实，行为人便不应承担民事责任。环境污染损害赔偿案件也是如此。应由原告对损害事实的存在负举证责任，因为损害事实属于原告控制的范围，原告可以请环保局、医院相关部门对损害事实做出鉴定，同时也可以请公证处做出相应的公证。

（三）被告承担的举证责任

被告被告应证明其所实施的行为与损害结果之间不存在因果关系。环境侵害过程的间接性、持续性与复合性，损害结果的潜伏性、滞后性都导致了原因行为与损害结果之间的关系变得极为隐蔽与不确定，欲寻求其间的因果关系，也就异常困难。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 4 条第 3 款规定：“因环境污染的损害赔偿，加害人就法律规定的免责事由及行为与损害结果没有因果关系承担举证责任”。环境侵权诉讼中之所以实行如此的证明责任分配，主要是考虑到加害人更容易收集证据、更有能力收集证据。。

对行为与损害结果之间的因果关系问题，如果被告不否认其存在的，自然勿须举证。但如果被告否认其存在的，被告即应提供足以反驳原告指控的证据加以证明。如果被告不能提出证据证明或者提出的证据不足以证明其行为与损害结果之间不存在因果关系的，被告即应承担“举证不能”所引起的后果，法院将可推定被告之行为与损害结果之间具有因果关系。

四、环境污染民事侵权损害赔偿范围

环境污染侵权不同于传统的民事侵权，尤其表现在其损害范围的扩大，环境污染侵权损害赔偿范围主要应包括以下几个方面：

（一）人身损害和财产损害

这里所指的“损害”不仅包括已经产生的损失，也包括未来必然的不利状态。人身损害指因环境污染侵权行为侵害他人的生命权、健康权致使受害人伤残或者死亡的后果。财产损害指环境污染侵权行为侵害了他人财产权或人身权而致其经济利益的损害，包括所受损害和所失利益。关于环境污染侵权所造成的传统性的人身损害和财产损害赔偿问题在现有法律制度下已得到较为完善的解决。

（二）环境权益损害

环境污染侵权具广泛性，环境权益损害包括当代人的环境权益损害和后代人的环境权益损害。环境权益损害是指环境因素被污染导致环境质量下降，影响了人们拥有健康、安全、宁静、优美的环境的权利。

（三）精神损害

精神损害是指加害人的环境污染侵权行为对民事主体精神活动的损害。精神损害包含两个层次：一是基于传统的人身伤害和具有特殊意义的财产损害所产生的精神损害；二是基于环境权益损害所产生的精神损害。这两者是区别的：一方面，传统的精神损害以对人身的侵害为构成要件，而后者则大多数情况下不具备这一特征；另一方面传统的精神损害的标准是医学标准，尤其是对健康权的侵害，是以产生疾病为承担责任的标准，而在环境污染侵权中造成疾病产生环境污染的最严重后果，环境保护以保证环境的清洁和优美，不对人体健康构成威胁作为立法目标，因此后者以对环境美学价值造成破坏作为承担责任的依据。在环境侵权纠纷中有可能两者同时存在。

五、环境侵权责任的免责事由

环境污染损害赔偿的免责事由主要是不可抗力的自然灾害。环境保护法第四十一条第三款规定：“完全由于不可抗拒的自然灾害，并经及时采取合理措施，仍然不能避免造成环境污染损害的免于承担责任。”水污染防治法第56条，大气污染防治法第63条以及海洋保护法第92条均规定“不可抗拒的自然灾害作为免责条件。但要求加害人对自然灾害及时采取合理措施，尽量减少损失和避免损失的扩大。如果不可抗拒的自然灾害不是引起损害的原因或者不是引起损害的全部原因，则不能免除加害人的责任。

此外，战争行为、第三人的过错、受害人的过错也可在特定情况下成为免责事由。海洋保护法第92条规定：完全属于战争或负责灯塔或者其他助航设备的主管部门，在执行职责时的疏忽，加害人经过及时采取合理措施，仍然不能避免对海洋环境造成污染损害的，造成污染损害的有关责任者免予承担责任。水污染防治法第55条规定：水污染损失由第三者故意或者过失所引起的，第三者应当承担责任。水污染损失由受害者自身的责任所引起的，排污单位不承担责任。根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第3款规定：由被告人对环境侵权的免责事由承担举证责任。

参考文献

1、王明远《环境侵权救济法律制度》中国法制出版社，2001年版。

2、丘国中《环境侵权若干问题探讨》,《嘉应学院学报（哲学社会科学）》2004年第4期。

3、王灿发《论环境纠纷处理与环境损害赔偿专门立法》,《政法论坛》，2003年第5期。

4、吴勇《环境诉讼举证责任分配探析》2006年中国法学会环境资源法学研究会年会论文集。

环境责任的责任追究制度

安徽大雷律师事务所　胡安法

摘　要：随着社会和经济的快速发展，环境污染和破坏行为也日趋突出，造成的危害已经达到非常严重的程度。如何追究环境违法行为的责任，直接关系到我们和子孙后代的赖以生存环境，关系到环境保护法的有效实施。本文所述的环境责任仅指违反环境与资源保护法的法律责任，就环境的法律责任追究制度与大家交流与分享。

关键词：环境责任　环境法律责任　分类　责任追究　立法建议

环境法律责任，是指有关国家机关依法对违反环境与资源保护法者根据其违法行为的性质、危害后果和主观因素的不同给予不同的法律制裁。[1]简单地讲，就是违反环境和资源保护法者所应承担相应的法律责任。环境法律责任是一种特殊的责任形式，环境法律责任是环境法律体系的重要组成部分，是环境法运行的保障机制。

我国现行的环境与资源保护法在实施过程中，对环境责任的法律责任追究存在许多弊端，导致环保法得不到有效实施，环境遭受严重破坏，主要不外乎以下几个方面：第一、受传统观念影响，错误地认为环境资源具有无偿性、无穷性，加上重经济轻环保错误思想，甚至将环境犯罪行为当成一般的环境违法行为。第二，环境与资源保护法是一门形成较晚的部门法，没有其他部门法较成熟、完备，在法律责任追究方面缺乏针对性的规定。第三，同一违法行为符合多种责任构成要件，导致环境法律责任竞合问题，有可能出现“该刑事制裁的，而行政制裁；该行政制裁的，而又民事制裁”等等现象。所以，研究环境法律责任追究制度具有一定的必要性和现实性。

环境责任的法律责任追究根据法律的制裁的形式不同分为环境行政责任、环境民事责任和环境刑事责任。区分不同性质责任的意义在于，在环境保护中如何正确地追究不同性质的责任，将环境违法的法律责任落到实处。

环境行政责任主要包括两个方面，一方面，国家行政机关、企、事业单位根据行政隶属关系，依照有关法规或内部规章对犯有违法失职和违纪行为的下属人员给予一种行政制裁。比如最常见的行政处分，我国各个省相继出台了相关的规定，如 2002 年山东省人民政府通过《山东省环境污染行政责任追究办法》、2001 年北京市环保局和监察局颁布《关于违反环境保护法规追究行政责任的暂行规定》，又如 2002 年 9 月 12 日安徽省人民政府批转省环保局等部门关于“十五”期间主要污染物排放总量控制的意见和对违反环境保护法律法规及有关规定行为的行政处分规定的通知（皖政〔2002〕6 号）。地方政府规章和相关规定对政府和有关部门及其工作人员违法违纪行为，环境行政主管部门在查处违法行为时提出给予行政处分建议，由行政监察机关或其任免机关按照规定权限和程序给予相关责任人行政处分。笔者认为，像这类规定应上升到法律、行政法规层面上来，对相关责任人严格作出行政处分，可以促使有污染防治责任的领导和责任人提高环保意识和责任心，减少行政违法行为发生。我国现行的环保法主要侧重应用行政管理手段治理环境，已经不适应当前复杂的环境保护要求，从根本上起不到治理环境的效果，建议今后环境立法应将行政管理手段、民事手段、刑事手段三者并重，并有机结合起来，以达到从根本上治理环境的最终目的。

另一方面，特定的国家行政机关对违返环境与资源保护法或国家行政法规尚不够成犯罪的公

民、法人或其他组织给予的法律制裁，譬如常见的是行政处罚，罚款是行政处罚中适用最多的一个处罚种类，但实践中罚款一般来说是几万元、几十万元，最多也就是上百万元，"违法成本"远远低于"治理成本"，这样造成我国环保领域"宁可违法、不愿守法"的问题突出。作为企业追求的是利益最大化，通过对其重罚，可以加重其违法成本，为牺牲环境付出惨重的代价，迫使其不得不及时治理改正。，在今后环保法修正案中，建议在行政处罚中，对罚款的幅度和金额应做进一步调整和提高，同时笔者赞同部分学者对违法排污企业"按日计罚"的观点，可以规定"企业事业单位违法排放污染物，受到罚款处罚，被责令限期改正，逾期不改正的，依法作出处罚决定的行政机关可以按照原处罚数额按日连续处罚"。只有加大企业的处罚力度，才能彻底改变企业违法排污的现状。

除此之外，对政府及其有关部门滥用行政权力和不作为的监督缺乏法律规定，在今后的环境保护法修改中，建议建立健全政府环境责任追究制度和环境问责制，像我国现在正在执行计划生育政策一样，采取"一票否决"制，环保做不好，官帽不能保，许多环境污染和破坏行为的发生，与政府及职能部门不无关系，这样来自自上而下的追究，可以从政府及主管部门的源头上杜绝违法行为的发生，让牺牲环境换取地方经济发展的现象得到有效地遏制。

环境民事责任，是指公民、法人因污染和破坏环境造成被害人人身或财产损失而承担的民事方面的法律责任。我国环保法对环境污染致害的侵权行为的构成要件、归责原则、因果关系、免责条件、环境侵权的民事救济、环境责任都作了规定。环境侵权行为的构成要件采取三要素，即致害行为、损害后果和行为与结果之间的因果关系，不再强调主观上的过错和行为的违法性。实行的归责原则为无过错责任，没有将主观上故意或过失作为损害赔偿的构成要件。承担的民事责任的方式主要有停止侵害、排除妨碍、消除危险、赔偿损失、赔礼道歉等方式，实现民事责任可以通过环境诉讼程序。笔者认为，环境民事责任追究存在如下不足及完善：(1)环境公益诉讼的提起主体太窄，导致追责难。根据《环境保护法》和《民事诉讼法》，公众对环境污染和环境破坏行为只能向有关部门检举、投诉，无权向法院提起诉讼。2005 年松花江污染事件发生后，哈尔滨 20 家企业的联合起诉，北京大学三位教授及三位研究生提起的环境公益诉讼，还有一些哈尔滨居民以个人名义提起诉讼，均被法院拒绝[2]。现行的《民事诉讼法》第 55 条规定，赋予了法律规定的机关和有关组织对污染环境等侵害社会公共利益的行为提起诉讼，在环保法的修正案草案中，仅仅赋予了中华环保联合会以及在省、自治区、直辖市设立的环保联合会可以向人民法院提起公益诉讼，应该将环境公益诉讼主体进一步扩大到受害的单位和个人。(2)受害人获得的赔偿的范围十分狭窄，受害人成天生活在饱受粉尘、辐射、有毒有害气体污染的环境之中，受到侵害是不可避免的，虽然没有造成疾病或死亡的现实损害，但对受害人的生理和心理造成不良影响，使受害人遭受巨大的精神痛苦，可以考虑扩大赔偿范围，把精神损害赔偿纳入环境赔偿范围之中。

环境刑事责任，指个人或单位故意违反环境保护法律，污染或破坏环境资源，造成或可能造成公私、财产重大损失或人身伤亡的严重后果，触犯刑法并应受刑事惩罚的行为。环境刑事责任是一种最严厉的处罚，对污染者具有很强的威慑力。我国现行的《刑法》在第 6 章妨碍社会管理秩序罪中设立了专门第六节"破坏环境污染资源保护罪"，从第 338 条到第 346 条，共 15 个罪名，分别是污染环境罪（新修改）、非法处置进口的固体废物罪、擅自进口固体废物罪、非法捕捞水产品罪、非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪、非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪（新修改）、非法狩猎罪、非法占用农用地罪（新修改）、非法采矿罪、破坏性采矿罪、非法采伐、毁坏国家重点保护植物罪（新修改）、非法收购、运输、加工、出售

国家重点保护植物、国家重点保护植物制品罪（新修改）、盗伐林木罪、滥伐林木罪、非法收购盗伐、滥伐的林木罪。当前环境刑事责任的追究存在一定的问题，我国刑法对环境犯罪的规定滞后于环境形势发展，具体体现在如下几个方面：（1）环境刑法立法范围过窄。我国现行刑法在破坏环境资源罪的罪名设置上较西方发达国家有很大差距，针对环境犯罪日趋复杂化、多样化，原有的罪名已不利于与破坏环境资源犯罪作斗争，建议增设几种犯罪：故意排放有毒、有害物质罪、破坏湿地保护罪、破坏名胜古迹罪、 污染海洋罪、污染草原罪。（2）在法定刑幅度方面，刑期设置过低。可以适当提高徒刑的刑期，建议将刑法第 338 条、第 342 条、第 343 条、第 344 条、第 345 条规定最高刑期七年提高到十年至十五年，更有力地威慑环境犯罪。（3）财产刑力度不够。应加大财产刑力度，运用罚金和没收财产两类附加刑，在各罪中规定罚金刑的具体额度，加重罚金的处罚力度，改善环境违法“守法成本高，违法成本低”的局面。如 2011 年福建省龙岩市新罗区人民法院受理紫金矿业集团股份有限公司紫金山金铜矿铜矿湿法厂先后两次发生含铜酸性溶液渗漏，造成汀江重大水污染事故案件，对紫金矿业集团股份有限公司紫金山金铜矿及其他五名被告人犯重大环境污染事故罪一案做出一审判决，公司被处罚金 3000 万元。[3]

在我国，两高的司法解释在司法实践中具有普遍约束力，我国环境立法已历经 34 年，但司法解释颁布是比较落后的。总共仅出台几部与环境刑罚相关的司法解释，即 2000 年 11 月 17 日最高人民法院通过《最高人民法院关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》和《最高人民法院关于审理破坏野生动物资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称高法解释）、2003 年 5 月 16 日通过《最高人民法院关于审理非法采矿、破坏性采矿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称高法解释）、2005 年 12 月 30 日施行的《最高人民法院关于审理破坏林地资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称高法解释）、2006 年 7 月 28 日公布施行了《最高人民法院关于审理环境污染刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称高法解释）、2013 年 6 月 18 日，最高人民法院、最高人民检察院公布了《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称两高解释）。高法解释条款单一，内容匮乏，可操作性不强，不利于司法实践的具体操作和执行，也不利于环境的保护。

值得庆幸的是，最近出台的两高解释出现了几大亮点：（1）将结果犯改为行为犯，只要在保护区内排放了放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质就可以直接认定为严重污染环境追究刑事责任，不需要去查是否发生中毒事故，是否有人员伤亡，也不需要去评估造成多大损失，解决了环境犯罪“取证难、鉴定难、认定难”三难问题，降低了环境犯罪的入罪门框，对排污企业起到很大的震慑作用。（2）进一步规定“严重污染环境”、“后果特别严重”的具体情形以及“有毒物质”概念的内涵和外延，便于司法实践中具体操作和运用。两高的司法解释在一定程度上推动到环保法的修订，期待一部新修订的环保法会更加严格、更加规范。

环境行政责任、环境民事责任、环境刑事责任三种法律责任在环境法律规范的适用中会产生责任竞合，产生法律竞合有两种情形：第一，三种法律责任由于性质不同可以分别适用，互不影响，如环境刑事责任和民事责任同时适用于同一法律主体。第二，由于环境法整合了多部门法规范的综合法律部门，在同一法律部门内部非冲突性法律责任的并存，导致法律竞合更为复杂。既要保护好环境和充分救济环境侵权受害人，同时根据法律公平的理念又不能让侵权人承受多重责任，受到多重处罚，因此，如何协调适用三种环境法律责任形式，更好的解决环境法律责任竞合问题，建立系统的环境损害责任机制是当前我国法学界亟待解决的课题。

随着社会和经济的不断发展，国家提出生态环境建设，保护和建设好生态环境，实现可持续发展，环境立法将会不断完善，环境责任的责任追究法律制度将不断走向成熟。

参考文献

1、金瑞林《环境与资源保护法学》，北京大学出版社 2000 年版，第 161 页。

2、吕忠梅《松花江污染：不能被遗忘的法律话题》载《中国地质大学学报（社会科学版）》2006 年第 6 期。

3、摘自 2011 年 2 月 2 日《新京报》。

浅析环境公益诉讼制度的构建

安徽高速（江南集中区）律师事务所　刘 林 章燕云

摘　要：2013 年 6 月底《环境保护法修正案（草案）》进入二次审稿，将环境公益诉讼主体限定为“中华环保联合会以及在省、自治区、直辖市设立的环保联合会”。作为公益诉讼制度的“一个关注，一个焦点”的“一个焦点”，环境公益诉讼中谁可作为诉讼主体再次成为热议的话题。环境公益诉讼如何构建才能不陷入传统诉讼制度理论的窠臼。本文从从受案范围、诉讼主体、诉讼费用交纳等方面对环境公益诉讼制度的构建进行简单的介绍和分析，建立和完善环境公益诉讼制度刻不容缓。

关键词：环境公共利益　公益诉讼　受案范围　诉讼主体

一、环境公益诉讼制度概述

（一）公益诉讼的概念

了解公共利益的概念是讨论公益诉讼的前提。公共利益作为不确定多数人的利益，一定社会条件下或特定范围内不特定多数主体利益相一致的方面，它不同于国家利益和集团（体）利益，也不同于社会利益和共同利益，具有主体数量的不确定性、实体上的共享性等特征，如何识别公共利益是司法和行政实践中的重要问题。 公共利益公共利益又分为国家利益和社会大众利益 ，环境公共利益属于社会大众利益的一种。

公益诉讼即是为了保护社会公共利益，一定组织或者个人根据法律授权针对侵害公共利益的行为向法院提起诉讼请求法院追究违法者责任的诉讼制度。环境公益诉讼顾名思义是针对侵害环境公共利益行为而进行的诉讼， 环境公共利益在环境权理论中被阐述为大多数人良好生存和发展的环境利益。理论界较为普遍的定义是“为了保护环境和自然资源免受污染和破坏，与案件诉讼请求没有法定利害关系的组织和个人，依法对污染、破坏环境和自然资源者，违法或者不履行环境与资源保护法定职责的行政机关提起的诉讼。”

（二）主要特征和分类

从环境公益诉讼概念以及已有环境诉讼案件可分析，环境公益诉讼具有以下几个明显特征：第一是其发起者多为组织或者个人，在一定程度上包括检察机关和国家环境保护部门。组织和个人多为环境公益损害直接受害人以及因环境公益受损而最终受到间接损害的间接受害人；第二是诉讼对象多为实施侵害环境利益行为的一般民事主体，也包括国家行政机关及其公务人员；第三诉讼目的区别与私益诉讼，并非为个人权利损害之个案救济，实为维护社会公共利益尤其是环境公共利益。

根据公益诉讼对象的不同，环境公益诉讼分为环境民事公益诉讼和环境行政公益诉讼。环境民事公益诉讼即公民或组织针对其他公民或组织侵害环境公共利益的行为，请求法院提供民事救济性质的诉讼。而环境行政公益诉讼是具体行政行为相对人针对行政机关具体环境行政行为损害公共利益请求法院予以权利救济的诉讼。根据诉讼利益的不同，也可分为具有直接利害关系的环境公益诉讼和不具有直接利害关系的环境公益诉讼。

二、中国环境公益诉讼制度构建的理论和现实基础

（一） 建立环境公益诉讼制度理论基础

1、环境权理论

环境权的概念早在上世纪 60 年代就已提出，环境权应当是指自然人享有适宜自身生存和发展的良好环境的法律权利。首先环境权是自然人与生俱来的人权，作为基本权利具有不可剥夺性。其权能主要内容包括包括日照权、宁静权、清洁水权、清洁空气权、景观权、环境参与权等，其中环境参与权是环境权的核心权能。 相比较日照权、宁静权等实体性权利，环境参与权更倾向于作为“程序性权利”而存在。人类利用自然环境和资源进行社会生产劳动的特点决定了其是一个复杂的利益平衡、共存和妥协的过程。环境参与权所代表的民主观念和公众意识是解决利益冲突的核心，因此，环境参与权是环境权的核心，并且仅包括公众的参与权而不同于国家的行政管理权。其次，基于环境的财产属性和生态价值功能，有学者认为环境权内容应当包括使用环境资源权利和享受良好环境的权利。但笔者认为环境权应当仅指享受良好环境的权利，这样才能很好的解释环境权本身是一项权利而非义务。不能将此项权利与环境法律关系主体享受权利承担义务相的概念相混淆。最后，环境权的公益公益性是它区别于其他私权的最根本特征，即使被称为公民环境权也并不能否定其具有的公权之性质。

2、立法发展

1989 年颁布《中华人民共和国环境保护法》，尽管没有明确规定环境权之概念，但是之后各地出台的环境保护条例都有相关环境权内容。例如《上海市环境保护条例》第 8 条规定，“一切单位和个人都有享受良好环境的权利，有权对污染、破坏环境的行为进行检举和控告，在直接受到环境污染危害时有权要求排除危害和赔偿损失。一切单位和个人都有保护环境的义务。”分析此法条规定不难看出，条款内容已经透露出有关公益诉讼制度的信息。《中华人民共和国民事诉讼法》第 108 条规定原告必须是与本案具有直接利害关系的公民法人或其他组织，从法律依据方面根本的否定了公益诉讼可施行性。但是，2012 年通过《民事诉讼法修正案》增加一条，作为第五十五条：“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。”首次将公益诉讼制度写入民事诉讼法，是中国公益诉讼制度的一步飞跃。

（二）我国建立环境公益诉讼制度现实必要性

近年来环境问题渐成焦点，原因无非第一是粗放型经济发展模式所带来的副产品，第二则是环境监管者的失利，环境监管者一方面受到人力、财力、技术手段的限制，一方面又要承受各地政府对经济发展刚性需求的压力，偏见、地方保护主义作祟。2002 年到 2012 年短短十年间，重大公共环境污染事件就有近几十起，主要包括水污染、土壤污染等，环境形势不容乐观。与此同时，环境保护意识逐渐增强尤其是民间环保组织力量的兴起，其强大积极的环保动力却难以得到现行制度尤其是法律制度的保驾护航。公益诉讼制度亟待完善。

三、环境公益诉讼制度构建的讨论

（一）受案范围

受案范围是人民法院受理案件的标准和界限。对于环境公益诉讼制度的构建来说，确定受案范围是首要任务。不论是环境民事公益诉讼或是环境行政公益诉讼，首要标准是行为对环境是否造成损害，包括污染和破坏。只要有行为造成环境污染或破坏的事实，损害了公共环境利益，就具有提起环境公益诉讼的可能。

环境民事公益诉讼的受案范围应该是公民、法人或者其他组织对环境的开发、利用造成环境

污染或破坏可能损害公共环境利益的行为。此时需要关注是区别于普通民事环境诉讼的受案范围。目前来看普通民事诉讼涉及环境部分多为因环境污染或破坏引起的人身权利或者财产权利侵害，是一种直接损害的事后的消极救济方式。例如山东渔民诉康菲石油一案，渔民要求被告方康菲石油赔偿因石油溢油污染对其渔业养殖造成的物质性损害，是典型的普通民事诉讼。

环境行政公益诉讼的立案范围包括行政部门的不当作为、应当作为而不作为以及行为本身损害环境公共利益的具体行政行为。是否包括抽象的行政行为即政府制定行政法规、规定以及其他规范性文件的行为仍有较大的争议。相比较而言，抽象的行政行为在影响力和影响范围上更深，更广。但是根据《行政诉讼法》相关规定，只有具体的行政行为才能进入司法审查的范围。抽象行政行为不具有可诉性。但是鉴于环境抽象行政行为具有适用范围广、具有普遍约束力的特性，许多西方国家都将抽象行政行为作为了司法审查对象，典型代表是美国《清洁空气法》列举 14 类影响力较为重大的抽象行政行为列入公众可提请司法审查的范围。

（二）诉讼主体

在中国，环境公益诉讼制度的必要性已获得普遍的赞同，但是对于原告的诉讼主体资格，问题依然很多，尤其是《环境保护法修正案（草案）》的公布，更是值得探讨。

1、公民个人或组织

传统的诉讼法原告的诉讼主体资格确认是依据“直接利害关系人”这一原则。但是在环境公益诉讼中则不能适用，理论上认为因为他人或者组织、机构的侵害环境的作为或者不作为侵害到环境公共利益的公民个人都有资格向国家司法机关提出诉讼。但是考虑到环境公益诉讼的特殊性，包括证据收集、技术鉴定以及巨额的鉴定费用、诉讼费用和相当耗时的诉讼时长，公民个人并不是最为合适的环境公益诉讼原告人。其次，限制公民个人进行环境公益诉讼在一定程度上为了维持正常的诉讼秩序，防止滥诉，浪费国家司法资源。再次，根据《民事诉讼法（修正案）》的相关规定，并没有在法律上赋予公民个人进行环境公益诉讼的权利。当然因为公民个人是环境公共利益受害的直接感受者，不能忽略公民个人在环境公益诉讼中的积极作用，尤其是证据收集方面。

根据《民事诉讼法（修正案）》第 9 条的规定：“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。”，有关组织的环境公益诉讼原告资格在法律上得以确认，但是究竟有关组织是哪些组织，是否包括非官方组织并未得到解答。根据《民事诉讼法（修正案）》修订过程来看，一审稿规定，“有关机关、社会团体”有权提起公益诉讼，二审稿修改为“法律规定的机关和有关社会团体”三审审议后，“社会团体”被“有关组织”取代。官方认为有关组织代理社会团体的概念实际上扩大了公益诉讼主体资格，同时需要出台更为详尽的法律法规细化“有关组织”的内容。

2、国家机关

除了公民个人和有关组织，“法律规定的机关”是大众关心环境公益诉讼的焦点。

首先，国家作为提起环境公益诉讼的原告是具有十分的必要性。国家在具有保护全体公民环境权责任的同时具有保护全体公民环境权利的能力，国家作为原告可以弥补个人诉讼机制的不足。其次，哪些机关具有代表国家提起环境公益诉讼的资格呢？新修订的民事诉讼法也仅仅做了概括性规定即法律规定的机关。尽管法律上并未有明确规定，理论学界观点众说纷纭。有学者认为此处的机关应该只能是法定的公诉机关——检察机关，而有学者认为相关的环境行政部门也应该具有起诉权，在于其本身就是环境保护机关代表性单位是环保局。笔者认为，检察机关和环境保护机关并不适合单独提出环境公益诉讼。根据《中华人民共和国人民检察院组织法》规定，检察机关的主要职能包括刑事侦查、提起公诉、法律监督等，其起诉之责主要包括刑事公诉，法律

监督主要是针对其他司法机关适用法律的行为和行政机关的执法行为。因此，其在职能性质和职能范围上并不包括环境公益诉讼。第二，由于环境公益诉讼尤其是在证据收集和质证方面，对专业性要求高，检察机关并不具有专业知识和技术能力方面的优势。那么，环境保护机关为何不能作为诉讼主体呢？在中国，环境保护机关一般肩负环境保护和监督的职能，其在行政过程中作为或者不作为的行为极有可能会成为环境破坏的加害者，成为环境公益诉讼的被告。因此，环境保护机关作为环境公益诉讼的被告本身就存在逻辑上的矛盾。但是不可否认的是环境保护机关的专业性水平较之检察机关更适合充当环境公益诉讼原告。环境保护机关通过内部设定特定环境公益诉讼部门，在利用环境保护机关专业性和技术性优势，并且隔绝同时作为管理者和被管理者所带来的权力腐败的可能。例如美国环境保护局就具有提起环境公益诉讼的资格。

但是，根据 2013 年 6 月公布的《环境保护法修正案（草案）》二审稿，环境公益诉讼主体被限定为中华环保联合会以及在省、自治区、直辖市设定的环保联合会。作为环保部主管的社会组织，成立于 2005 年的中华环保联合会从 2009 年至今一提起至少 14 起环境公益诉讼案，是环境公益诉讼的活跃组织。中华环保联合会可能成为第一家也是唯一一家得到公益诉讼授权的社会组织。一石激起千层浪，各路环保组织尤其是民间环保组织几乎是一边倒的态度。但为何一时间中华环保联合会成为众矢之的呢？公众质疑主体范围限定的如此狭窄，是否违背了“环保需要各种社会力量，公众参与”的环保初衷，是否是公益诉讼制度的倒退，民间环保组织维权行动又该何去何从。

（三）诉讼费用承担

《诉讼费用交纳办法》第 2 条规定当事人进行民事诉讼、行政诉讼，应当依照本办法交纳诉讼费用。诉讼费用主要包括案件受理费、申请费以及证人、鉴定人、翻译人员、理算人员在人民法院指定日期出庭发生的交通费、住宿费、生活费和误工补贴。对于诉讼费用的承担，《诉讼费用交纳办法》第 20 条规定：诉讼费案件受理费由原告、有独立请求权的第三人、上诉人预交。第二款规定申请费由申请人预交。第 29 条规定诉讼费用由败诉方负担，胜诉方自愿承担的除外。

根据上述法规规定，环境公益诉讼的诉讼费用也应当由原告预先交纳，如果原告胜诉由被告承担，如果原告败诉则由原告承担。鉴于环境公益诉讼的特殊性，其取证难度大且技术性要求高，同时对于污染范围、程度和污染造成的经济损失等项目的评估都需要委托具有评估能力的相关第三方进行，其花费之巨大并非公民个人或者社会组织可以承担，即使作为法律规定的相关具有公益诉讼主体资格的机关都会承担巨大压力。这在一定程度上就消灭了公民个人、社会组织甚至是国家机关提起环境公益诉讼的积极性，无形中提高了提起环境公益诉讼的门槛和成本。

针对诉讼费用制度带来的限制，笔者认为可以再借鉴欧美国家的经验的同时对国内环境公益诉讼制度进行完善。例如英国的全国性诉讼援助制度、德国的团体诉讼制度。一方面在诉讼费用制度上针对环境公益诉讼进行特殊规定，例如案件受理费用可按比例收取、环境公益诉讼费用的缴纳方式等。另一方面是动员社会力量，例如建立环境公益诉讼基金，基金的来源可以是社会捐款、环境公益诉讼胜诉案件中被告缴纳的部分罚金、环境公益诉讼基金的再投资收益等。解决了环境公益诉讼巨额诉讼费用这一大难题较好改善国内目前消极的环境公益诉讼态度和完善环境公益诉讼制度的构建。

实现经济可持续发展的前提就是构建人与环境的和谐共存，等到环境破坏殆尽再来谈治理已经没有意义了。完善的法制建设，利用科学的法律的手段进行环境的保护和破坏环境行为的惩处是行之有效的。但是，目前我国在环境保护法律制度尤其是环境公益诉讼制度方面刚刚起步，还有许多路要走。

参考文献

1、吕忠梅《环境法新视野》, 中国政法大学出版社 2002 年版。

2、江伟《民事诉讼法》, 中国人民大学出版社 2011 年。

3、王灿发《环境法基本问题新探》, 中国环境科学出版社 1995 年版。

4、邹雄《环境侵权救济研究》, 中国环境科学出版社 2004 年版。

5、蔡守秋《环境政策法律问题研究》, 武汉大学出版社 1999 年版。

6、张艳蕊《公益诉讼的本质及其理论基础》,《行政法学研究》, 2006 年第 3 期。

7、赵文《公共利益的历史演变与实现路径》,《中共乐山市党委党校学报》, 2012 年第五期。

8、颜运秋《公益诉讼理念研究》, 中国检察出版社 2002 年第一版。

9、王灿发《中国环境公益诉讼的主体和争议》,《国家检察官学院学报》, 2010 年版。

10、邹雄《论环境权》,《2006 年武汉大学环境法研究所基地会议论文集》, 2009 年 10 月 19 日。

浅析环境刑法法益保护

安徽天贵律师事务所　尹艳群

摘　要：本文从人类法益与生态法益的对立出发，阐明两种法益产生的历程以及优缺点，结合我国现在经济的发展情况，建议我国环境刑法立法应该采取的法益立场：摒弃纯粹的人类法益的理念，引入生态法益的部分观点，力求能够让刑法提前介入环境保护。

关键词：环境刑法　人类法益　生态法益

随着我国经济发展水平的提高和公民生活质量的提升，环境问题越来越引人关注。空气质量标准中 PM2.5 的检测标准问题，福建紫金矿业污染问题、康菲石油公司渤海湾污染问题等一批环境问题频频见诸媒体。在严重环境污染事故的处理中，民事赔偿与行政处罚始终是处理问题的主流，刑事犯罪对于污染环境行为的威慑力不大，也很少有污染事故进入刑事审判程序。环境刑法应该在日益严重的环境污染中发挥怎样的作用？如何发挥作用？是刑法界应该审慎考虑的问题。而环境刑法的法益定位则是处理上述问题的出发点。

法益，是指“刑法所保护的利益”，它是刑法各罪的立足点。刑法各罪对于犯罪构成要件的种种设计，就其根本来说都是为了保护各种法益。同一种犯罪行为，会由于对其侵犯的法益的不同认识，适用不同甚至完全相反的法律规定。所以环境刑法的法益界定，关系到对于此类犯罪性质的认识，同时还关系到犯罪构成要件的设定、刑罚的设置等诸多问题。因此环境刑法法益，是环境刑法所要明确的基本立场问题。

一、环境刑法法益概述

法益为刑法所保护之利益，刑法中的每个罪名都有其保护的利益，而这些利益之间可以依据性质的不同分成不同的类别。因此可以依据法益的不同，将犯罪进行归类。我国 1997 年刑法在刑法分则第六章“妨害社会管理秩序罪”第六节中设置了“破坏环境资源保护罪”,此节中涉及了我国环境刑法的主要罪名。规制破坏环境资源保护类犯罪和其他环境犯罪有着相同的法益，刑法理论上将其统称为环境刑法法益。

（一）人类中心主义与生态中心主义的起源与基本观点

对于环境刑法法益的判断，根源于人类对于环境的认识，而在人类的发展历程中，人类环境观念经历了人类中心主义和生态中心主义的更迭变换。在狩猎文明和农业文明的时代，由于人类在自然面前的渺小和自身能力的微弱，人类对于自然有着一种原始的崇拜和敬畏，甚至在有的部落，砍伐一棵树木都会进行祭祀。也正是在这个时期，人和自然的对抗观念在人类的脑海中产生了：自然是人类征服的对象，人要得到进步就必须从自然中获取资源和能量，从而发展自己，以便能够更好的征服自然，这种观念就是“人类中心主义”的雏形。但是由于在狩猎文明和农业文明的时代，人类的能力有限，所以这种人类中心主义的观念对于自然的影响不大。

随着工业革命的开展，人类的能力得到了大大的提升，人类发现自己似乎有能力征服自然了。因此，在工业文明的建设当中，人类渐渐淡忘了对于自然的敬畏（某种意义上可以说是生态中心主义的雏形），由此人类中心主义的观念也慢慢确立。同时人也开始了对于环境的掠夺性使用。在大肆破坏原始生态环境的同时，人类还通过对于化石能源的使用，进一步污染了自净能力已经

削弱的环境，形成恶性循环。这样当工业文明发展到上个世纪的 60 年代之后，各种污染事件开始出现，其中排名前十的环境污染事件有：北美死湖事件、卡迪兹号油轮事件、墨西哥湾井喷事件、库巴唐“死亡谷”事件、西德森林枯死病事件、印度博帕尔公害事件、切尔诺贝利核泄漏事件、莱茵河污染事件、雅典“紧急状态事件”、 海湾战争油污染事件。[1]这些事件使很多人认识到，人是环境的一部分，是环境的各种元素之一，如果环境遭到破坏，人类的生存空间将同样被破坏，人类的健康权、财产权、生命权将无从谈起。这种观念是某种程度上对狩猎文明和农业文明中“自然敬畏”的回归，但是又高于这种观念，这就是所谓的生态中心主义。

（二）人类法益与生态法益的对立

在环境伦理上形成的人类中心主义与生态中心主义的对立，表现在环境刑法法益中，就是人类法益与生态法益的对立。人类法益认为，环境刑法在保护环境的过程中，应当从人类出发，只有对于环境的破坏行为导致了人类的健康、生命、财产利益受到损害，刑法才能够规制。生态法益则认为，环境刑法保护的对象是生态环境，可以是人类以外的其他自然物，如果其他物的利益受到损害，哪怕是没有直接侵害到人类的健康、生命、财产利益，刑法都应当规制这种行为。简而言之，人类法益认为环境刑法直接保护的是人类利益，间接辐射生态利益；而生态法益认为环境刑法直接保护的是生态利益，可能间接辐射人类利益。

二、我国环境刑法在法益保护上应当采取的态度

我国刑法理论在犯罪构成要件说上采取的是四要件说，在我国刑法理论中，法益大体是作为犯罪构成要件中的客体来讨论的。虽然客体保护与法益保护在理论上有诸多不同，但是对于环境刑事立法的指导性是相同的。我国环境刑法应该如何把握客体上的立场，或者说是法益上的立场，是环境刑法首先要解决的问题。

（一）纯粹的人类法益在环境刑法中有其滞后性且缺乏制约性，应该摒弃

环境法益的变化与经济发展的程度是息息相关的，对于环境的污染越严重，生态法益的影响力越大，之所以会出现这种此消彼长的情况，就其根本原因来说，还是纯粹人类法益在环境保护上的滞后性。环境保护重在提前预防、尽早处理，纯粹人类法益的滞后性是环境保护的大忌。另一方面纯粹的人类法益缺乏相应的制约性，不能有效控制环境污染行为。所以在环境刑法的立法上，应该摒弃纯粹的人类法益。

1、纯粹的人类法益在环境保护上具有滞后性

人类法益的根本在于“人本主义”，而在“人本主义”者的眼中，刑法作为法律的一种，就其作用来说，是为了维护人类的生命和财产安全。刑法设立环境犯罪的出发点，同样是为了维护人类的利益，如果行为没有危及到人类的利益，刑法没有必要进行调整。这种纯粹的人类法益观念如果在一般犯罪中，人类法益的观点无疑是正确的，某种程度上可以说是“法无明文规定不为罪”和“行为自由”的思想源泉，但是在环境保护方面，纯粹的人类法益就有诸多缺陷。而最为明显的就是环境保护的滞后性。工业文明带来的经济理性，认为利益和效率是优先的。在纯粹人类法益的理念之下，人和自然是站在对立面的，人的利益优先于环境利益，而在经济理性之下，实际操作中往往会导致环境无法得到保护。

2、纯粹的人类法益对环境污染行为缺乏制约性

在环境刑法中践行纯粹的人类法益，一方面会导致部分环境污染行为因不能对于人类法益构成危害，从而被排除在刑法之外，仅仅通过行政手段与民事手段解决。而主要的处理方式也通过经济赔偿来实现。然而通过民事赔偿、行政处罚的处理方式并不能很好的惩罚和威慑到环境污染

的行为。因为通过民事责任承担和罚款的方式惩罚企业，企业丧失的是一种经济利益，污染企业可以很轻松地通过提高自己产品的价格，来将企业污染环境的成本转嫁给消费者，甚至在有些企业来看，自己污染环境所得到的利益远远大于民事赔偿和行政机关的罚款。在经济理性的驱使下，企业很“愿意”去污染环境。因此刑法介入并惩罚部分严重的环境污染行为是很必要的。

另一方面，即使环境污染行为被纳入刑法进行处理，在纯粹人本主义的理念下，对于污染行为的惩罚也是以罚金刑为主、自由刑为辅的，这点在德国行政制裁时代体现得最为明显，“空白罪状”基本都是通过经济制裁实现的。对污染企业的经济惩罚很容易被转移，达不到预期的惩罚效果。这也是人类法益衍生出来的一个比较严重的弊端，因此在环境刑法的立法过程中，应该提高罚金刑之外的自由刑等刑种的地位，同时要提高罚金的数额。

（二）适当引入生态法益观念，让刑法提前介入环境保护

从国外的经验来看，生态法益有着保护环境的天然优势，结合我国现在工业的发展程度，环境刑法应当在人类法益的基础上，适当引入生态法益的观点，让刑法提前介入环境保护，以求能够更好地保护环境，防止环境污染。

1、适当引入生态法益，有利于保护环境，防止环境进一步恶化

因为人是生活在环境之中的，生态法益的核心在于将人作为环境的一个组成部分，认为人有保护环境的固有责任。这种观点无疑是正确的，也正是对于这种观点的忽视，导致工业文明时代严重的环境污染问题。

环境刑法法益与其他的刑法法益相比，有着自身的特点。首先是环境本身的脆弱性。生态环境一旦遭到破坏，其恢复的难度大，恢复的成本很高。以气候变暖为例，据国际能源署的数据，如果气候变暖问题拖延一年，全球将为恢复气候多增加成本 500，000，000，000 美元。从环境的脆弱性来看，应当引入生态法益，让刑法提前介入环境保护领域。其次就是环境问题的迟缓性。这也是生态法益与环境刑法在工业文明时期不受重视的重要原因。经济理性分析的成本大多是能够确切计算的，环境问题则正好相反，环境问题要经过很长时间的积累，只有积累到特定的时间实现质变，才会危害人类的利益。[3]如果将环境刑法之法益局限于人类法益，环境刑法并不能够很好的保护人类利益。由于环境的破坏的迟缓性，在环境污染直接侵害到人类的利益之前，很难看到环境污染的危害性，但是环境污染不被制止又必然危害到人类的利益。而在纯粹人类法益之下的环境刑法，对于没有直接危及人类的环境污染又是束手无策的。这就是人类法益下的“治标不治本”：面对处在量变中的环境污染，只要没有发生质变（危害到人类利益），环境刑法都无法介入，环境刑法只能坐视环境污染发生质变。基于上述的环境法益的两个特点，我国环境刑法应当引入生态法益，提前防治环境污染。

2、生态法益有着自身的缺陷，不能全盘吸收

生态中心主义的生态法益，虽然有着自身的优点，在环境保护方面也有着人类法益所不能替代的作用，但是生态中心主义追求的是在人类利益之上的超人类利益，这种观点过于超前，而且界定标准模糊，在目前的情况下，用生态法益替代人类法益是不可行的。

生态法益主要追求的是生态环境本身的保护，人类的利益是辐射保护的对象。在生态法益的视野下，人类利益是次要利益，这和环境刑法本身的立法宗旨是违背的。刑法同其他法律一样，都是国家机器产生后，为了维护秩序而产生的，就其根本来说是为了维护人类的利益。法律本身就是一部人类价值判断的产物。刑法同样是对于行为作出评价的法律，其中每一个条文都会涉及到立法者对于这种行为的评价，行为的违法性，犯罪的严重程度等等都会涉及到人类的价值观。所以生态法益在这个基础上，是不可能完全超脱人类的价值判断，变成完完全全的超人类法益的，

植物、动物等非人类生物圈元素是不能够对人类的行为进行价值判断的。绝对的生态法益在某种程度上是一种理想化的设计,要在刑法实践中绝对化推行,是有违刑法作为一个部门法的性质的。

从人类的发展历程来看,自人类诞生之日起,对环境的影响已经存在,可以说人类的存在和对环境影响是并存的。人类的发展必然会导致一定程度的环境污染。生态法益要求维护的是超人类的利益,其要求排除污染的理想是很不现实的,这样会使人类本身的行为动辄得咎,不利于社会的持续稳定健康发展。所以我国环境刑法不宜全面接受生态法益。

2011 年 2 月 25 日《刑法修正案(八)》第 46 条作出修改,将原有环境刑法中的重大环境污染事故罪(违反国家规定,向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物,造成重大环境污染事故,致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的)改为污染环境罪(违反国家规定,排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质,严重污染环境的),删除了"向土地、水体、大气",将"其他危险废物"修改为"其他有害物质","造成重大环境污染事故,致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的"改为"严重污染环境的"。重大环境污染事故罪的这些修正,从法律条文分析,一方面删除了限制性的条件,扩大了污染环境罪的范围,另一方面将人类法益最为标志性的条款规定删除,可见是我国环境刑法引入生态法益观念的重要举措,也提前了刑法介入环境污染防治的时间,这无疑也为环境刑法以后的修改提供了"风向标"。

参考文献

1、资料来源于:百度百科"环境污染"词条,http://baike.baidu.com/view/1744.ttm。

2、陈海嵩《环境伦理与环境法》,载于吕忠梅主编《环境资源法论丛》(第 6 卷),法律出版社 2010 年版,第 7 页。

3、蒋兰香《环境刑法基本理论研究》,知识产权出版社 2008 年版,第 47 页。

环境公益违法的权利救济

安徽始信律师事务所　章强贵

摘　要：随着我国经济的快速发展，环境污染的形势也日益严峻起来，环境公益诉讼已经成为我国对环境权利进行救济的重要措施之一。本文通过介绍环境公益性诉讼的法律定义、主体资格、必要性及其如何运用公益诉讼维护环境权利来让大家对环境公益性诉讼有个初步的认识。

关键词：环境污染　环境公益诉讼　法律定义　主体资格　必要性

2011 年 6 月 4 日美国康菲石油公司渤海湾蓬莱 19-3 油田发生溢油事故，大约 700 桶原油和 2500 桶矿物油钻井泥浆溢到渤海湾及其海床，累计造成 5500 多平方公里的海水污染[1]。事故发生后，环渤海海岸均发现油污，河北、山东沿海地区的水产养殖经营者所养殖、生产的海参、扇贝等水产品大量死亡，损失惨重。2011 年 11 月 11 日，国家海洋局发布新闻稿称："经调查，康菲石油中国有限公司在蓬莱 19-3 油田生产作业过程中违反总体开发方案，制度和管理上存在缺失，明显出现事故征兆后、没有采取必要的防范措施，由此导致一起造成重大海洋溢油污染的责任事故。"2011 年 8 月 9 日律师贾方义向海南省高院、青岛海事法院和天津海事法院提起康菲溢油事故环境公益诉讼，请求判令中海油和康菲中国两被告立即设立 100 亿元的赔偿基金，用于对该起事故的污染损害赔偿和生态恢复。该起事件也让"环境公益性诉讼"开始走进普通人们的视野中，进而引发了一些关于环境公益性诉讼的法律定义、主体资格、必要性及具体操作性等方面的思考。

一、环境公益性诉讼的法律定义

环境公益诉讼是指当环境作为一种公共利益遭受侵害或有被侵害的危险时，法律允许公民或团体为维护环境公共利益而向法院提起诉讼的制度[2]。

二、环境公益性诉讼的主体资格

在确立环境公益诉讼诉讼主体资格的问题上，首先应当明确受到什么样损害的"人"享有诉讼资格；其次应当认识到是否仅仅是在事实上受到损害的"人"享有诉讼资格，作为自然环境主体的"物"能否享有诉讼资格。对于第一个问题，我认为在环境权理论的支配下扩大公民受"损害"的范围势在必行。如果限定公民提起诉讼只能是在其受到真实的或具体的、特定的损害的条件下，而不包括推测的或假设的损害的话，那么环保团体作为环境保护的重要组织就根本不可能行使起诉权，因为它们无法证明受到事实上的损害。作为特殊侵权行为的环境侵权，其侵害的对象主要是公民的环境权，即公民享有的在不被污染和破坏的环境中生存及利用环境资源的权利。环境权的范围较为广泛，包括环境知情权、环境参与权、环境使用权及环境请求权等。对于环境权的损害才是提起诉讼的基本条件。

2005 年 12 月 7 日，北京大学法学院三位教授及三位研究生向黑龙江省高级人民法院提起了国内第一起以自然物（鲟鳇鱼、松花江、太阳岛）作为共同原告的环境民事公益诉讼，因此对于第二个问题，针对濒危动植物、国家重点保护生态环境资源，在面临高度危险的时候，授予它们诉讼资格，以它们的名义提起诉讼，由公民个人、团体组织作为代理人。这样就不会导致建立一个无法操作的新的法律机制，不会出现任意的动植物起诉任何人造成的任何损害的情况。

三、环境公益性诉讼的必要性

环境公益性诉讼的提出一方面是由于环境形势的越来越严峻,另一方面也是与我国现行环境保护法律体系的缺陷有关。我国民事诉讼法第 108 条规定,起诉必须符合四个条件,其中第一条件就是原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织。也就是说只有公民、法人或其他组织因自己的民事权益受到侵犯,或者与他人发生民事权益争议,才能以原告的资格向人民法院提起诉讼。除此之外任何人都无权向人民法院提起民事诉讼。很显然,按照该规定,环境侵权诉讼中,暂时没有直接利害关系的人(也许会有间接利害关系、日后有直接利害关系)则不能提起诉讼。我国行政诉讼法第 2 条规定:公民、法人或其他组织认为行政机关或行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益时,有权依据行政诉讼法向人民法院提起诉讼。而第 41 条则规定原告起诉应当符合的首要条件是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或其他组织。这里也特别强调原告是"自身合法权益"受到侵犯的人。如同民事诉讼法规定的缺陷一样,合法权益暂没有受到侵犯的人便不能就环境侵权提起行政诉讼,结果可能是环境侵权的行政行为就有可能逃避法律的制裁。

而一旦实行环境公益性诉讼,对于侵权行为人人都会有起诉权,突破了传统意义上的受害主体独享起诉权的情况,只要为了公俗良序任何人都可以对违法行为提起诉讼。这就是公益诉讼制度核心所在,它使环境侵权诉讼原告资格得到了扩张。

四、环境公益性诉讼的具体操作性

对于我国环境公益诉讼制度的设计,结合我国法律体系及诉讼制度等方面我认为可以从以下几个方面考虑。

1、环境公益诉讼的制度化。建立环境公益诉讼制度,首先要在法律上对环境公益诉讼作出明确的规定。我认为可以采用以下三种方式:一是由最高司法机关制定专门的司法解释,规定环境公益诉讼的基本程序;二是通过水污染防治法、大气污染防治法等环保单项法律的修订,设立专门的环境公益诉讼条款;三是通过民事诉讼法、行政诉讼法的修订,设定包括环境公益诉讼在内的公益诉讼程序。

2、原告资格的适当放宽。按照传统诉讼法理论,只有与诉讼有直接利害关系的人才可以提起诉讼。但是由于环境侵害往往具有间接性、潜在性、广泛性,环境公益的损害不一定与个人有直接的利害关系。根据《中华人民共和国环境保护法》第六条的规定,一切单位和个人都有保护环境的义务,并有权对污染和破坏环境单位和个人进行检举和控告。按照这条规定法律应当赋予国家机关、有关组织、公民个人以环境公益诉权。其中,特定国家机关为检察机关;相关社会团体为环保类非政府组织;个人则是具有我国国籍、年满 18 周岁且有完全行为能力的我国公民。

3、环境公益诉讼的受理范围。环境民事公益诉讼范围应主要限于行政机关根据"依法行政"原则不能直接干预的、损害环境公共利益的民事主体的行为;环境行政公益诉讼的范围应在现有行政诉讼的受案范围上,适当予以扩展。"针对被诉讼行政行为,我国目前仅限于具体行政行为,这在因环境公益而提起的诉讼方面是不充分的。抽象行政行为往往同公共利益的联系更为紧密,对环境公益的影响也更大。如果将抽象行政行为排除在被诉行为之外,无疑在很大程度上阻碍了环境公益的维护,因而应将其作为被诉对象,允许提起行政诉讼。"[4]这样,环境公益诉讼的原告就可以对侵害环境公益的不当行政行为,或者有保护环境公益职责的行政机关的不作为提起诉讼。

4、举证责任的分配。(1)环境民事公益诉讼举证责任的分配。民事诉讼中采用的是"谁主张,

谁举证”的举证原则，但是在环境公益诉讼中被告相对离证据近，易取证，而且环境污染的案件专业性较强，如果由原告取证，会使其处于不利地位。因此，《最高人民法院关于<中华人民共和国民事诉讼法）若干问题的意见》第 74 条规定，因环境污染引起的损害赔偿诉讼，被告对原告提出的侵权事实予以否认的，由被告负责举证。所以，环境民事公益诉讼的原告只要提出证明被告有污染行为的初步证据，而污染事实存在与否以及污染行为与损害结果之间是否具有因果关系等则采取举证责任倒置由被告承担。（2）环境行政公益诉讼举证责任的分配。《中华人民共和国行政诉讼法》第 32 条规定，被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的这句和所依据的规范性文件。在环境公益诉讼中，被诉的具体行政行为由被告负举证责任，对于被诉具体行政行为以外的有关程序或民事上的事实应根据具体情况由原告和被告分别承担。

5、诉讼费用的分担。我国目前实行诉讼费由原告方预付，判决生效后由败诉方承担的制度。在环境公益诉讼中，诉讼费用数目相当大，取证时也可能运用到技术性较高的方法，所需费用庞大，并且公益诉讼是原告出于对公共利益的维护而提出的，因此如果由原告负担诉讼费用，则不可避免的会挫伤其积极性，不利于对公益的维护[5]。

结束语

环境危机促使人们思考，法制的发展引导人们从根本上扭转了对环境权的消极观念，这一切都使得环境公益诉讼在现实中得以有利的实施，可是想要公益性诉权进一步发挥保护环境的作用，还必须在加强公民对法律知识的认知，细化法律制度规则，实现环境法律文化的传播和对法律制度的确实监督等各方面作出长期坚实的努力。毋庸质疑的是环境公益诉讼制度可以从实践操作上具体解决环境公益损害纠纷，更能体现和确认环境公益的社会价值。从尊重和保障人权、构建和谐社会，落实科学发展观的高度来审视我国的环境保护法律制度，完善环境公益诉讼立法，建立环境公益诉讼制度，让更多的公民参与环境资源保护，才能真正促进社会经济的可持续发展。

参考文献

1、新华社《温家宝主持召开国务院常务会议》,《人民日报》2011 年 9 月 8 日，第 001 版。

2、何国萍《环境公益诉讼的理论解读与制度创新》,《中国诉讼法律网》2010 年 3 月 31 日，第 005 版。

3、张蓉《浅析环境侵权的救济——环境公益诉讼》,《沧桑》2008 年，第一期.

4、冯敬尧《环境公益诉讼的理论与实践探析（J）. 湖北社会科学，2003（10）.

5、张玉华《确立公民环境权制度、完善环境责任制度、确立环境司法救济方式与程序》,《中国人大网》2004 年 8 号，第 6 期。

生态环境之美，依赖法治文明之兴

安徽师阳安顺律师事务所　程学平

摘　要：本文从中国现生态环境被破坏，被污染的现状及历史成因入手，提出了生态环保立法的缺陷及执法中存在的问题。从法治的视角，分析了生态文明建设对法治文明建设的依赖。对国家生态环保立法提出了个人的见解，希望立法机关对保护生态环境、惩治破坏生态环保犯罪，尽快尽早地制定出科学、完善、系统、严格的法律制度。

关键词：环境污染　生态环境保护　生态文明建设　法治文明建设

一、神洲何处能寻净土，国人哪方可觅青天？

但凡上世纪七○前出生的中国人，对童年记忆力中，仰望湛蓝天空中飘浮白白的云，而引发的奇妙暇想；嘻戏在池塘、小河的绿水中而享受的快乐，现在都已成为遥远的过去。而八○后出生的中国人，连这种记忆也都无缘享受。除人迹罕至的地区外，中国人几乎再难以呼吸到一口新鲜的空气，难以欣赏到湛蓝天气中飘浮的白云。在你口渴难奈时，面对任一条江河小溪，任一个湖泊水塘，你可能都不敢鞠手捧水而饮。无论大中城市，还是小城小镇，甚至连乡村，能够供你戏水而游的水域，都已是稀缺的资源。我们视线能看得见，嗅觉能闻得着，感观能辩得出，心理能感觉到的，大多都灰蒙蒙的天空，有色甚至腥臭的水体。还有那些飘浮在空气里，渗透在地上、地下水源中，裹伴在土壤里，你看不见、闻不着、辩不出的成千上万种有毒有害物质，每天都在侵蚀着你的健康。

近日国内一知名媒体，在介绍为航天员选择航空食品的报道中，一则消息着实令人震惊，即在南极的企鹅身上，也检测出了 DDV 的农药残留。试问，13 亿中国人还能有几个可以幸免？

无论你到哪里旅游，即便是曾获顶级文明城市、卫生城市、宜居城市等桂冠的所谓“胜地”，流经胜地的水道，座落该胜地中湖泊水塘中的水，飘浮在该胜地上空的空气，脚踏这座胜地的土地，赐给你的，可能都不是清洁、卫生，而都是污染。相比较而言，只不过是五十步与一百步的关系。

三十余年的改革开放，三十余年经济的高速发展，中国富了，中国人富了，但三十多年前的生态环境是永远也回不来了。

笔者手中没有权威资料，官方至今也没有系统公布这方面资料，甚至可能都没系统采集这方面资料。几十年来只有人口普查、经济普查、组织机构普查，还未见对全国环境污染情况进行过全国性的全面普查。所以我们只能凭直觉，凭感观直言，中国的环境被严重污染了。至于污染的严重程度，虽然没有系统权威的数据，但却是每一个中国人直观的感觉。

就环境污染的问题，各类官方、非官方媒体，都不乏难以计数的报道和批露，上至和国家最高领导人，下至最基层的草根百姓，谁都为现实的自然环境不满、忧心。九百六十万平方公里的土地，以及毗邻这块土地的海洋，包裹这块土地的上空，我们何处能寻得一方净土？何处能亮得一片蓝天？试想我们这三五代人现在就活在这样污染的环境中，如此下去，若干年后我们的子孙后代将还会活在一种什么样被污染的环境中？

二、生态环境恶化，谁之错？谁之罪？

曾记得，在改革开放初期，即有诸多有识之士在媒体上撰文，告诫当政者，“经济发展不能以牺牲环境为代价”，“现在的经济成果，将远不足修复破坏的环境”，“我们不能犯西方及发达国家工业化初期的错误”，还有人疾呼：“我们不能吃祖宗饭，绝子孙路”……。然而，这些科学的忠言，警言的呐喊，都因声音的微弱，在众多当政者面前，如同一丝分贝极低的噪音而没有人理会。在“经济发展才是硬道理”，“先发展后治理”，“GDP 政绩观”等理念的绑架下，经济是取得了几十年持续高速发展的成果，但环境恶化的态势同样也是持续高速的，并已到了令国人无法忍受，但也无奈哀叹的程度。不是吗？我们在享受灯红酒绿、山珍海味、莺歌燕舞奢糜豪华的快乐时，我们吃的、喝的，哪一种食品，你认为是安全的？也许哪一种都可能是“有毒”的。就连婴儿的奶粉，也必需从国外购买，以致毗邻的香港不得已而弄出个“限购令”，并严厉地上升到刑责。实令国人悲哀、耻辱。

某地方官员在一次因企业烟尘污染而引发的群体性上访事件的接访中，面对上访村民的质问，该官员的一番话也着实而耐人寻味。话的大意是：你让我关闭某企业，该企业几千工人的工作怎么安排？他们的妻儿老小怎么生活？政府少了税收怎么运转？连皇帝大臣都在雾霾沙尘中吸灰尘、吃沙子，他能关闭首钢？关闭河北省的污染企业？禁止内蒙古牧民放羊牧马吗？

访民面对该官员的一连串质问，却也无言以答。应当说该官员说的是实话，但细细琢磨，却是一种地道的诡辩。

环境污染，生态退化，就某个个案而言，应当有人负责，也完全可以制止，但在法不责众的惯性思维中，各方利益的争夺中，谁之错？谁之罪？似乎又变得是非标准不清而无法判断。

从中央政府到基层组织，从党和国家领导人到草根百姓，谁也都是受害者。但在经济快速发展中，谁也都是受益者，谁之错？谁之罪？谁之功？谁之过？看来是永远也说不清，辩不明了。

三、生态文明建设，不能仅停泊在理论空谈的层面

中共十八大，针对国家环境污染，生态退化的重大环境问题，在原“物质文明，精神文明”这两个文明建设的基础上，增加了“生态文明”建设的说法。并提出“把生态文明建设放在突出地位，融入经济建设、政治建设、文化建设、社会建设各方面和全过程”。这一理论观点的提出，当然是切合民心，顺应民意的。但就理论而言，生态文明建设的突出地位，其突出点在哪？相对于什么而突出？突出的参照物是什么？并没有明确。笔者不是理论工作者，仅仅是一个爱烦神的思考者。吾以为，针对狭义的生态文明建设，其突出地位，应当相对于经济建设。即评判标准为，凡涉及经济建设抽象的政策也好，具体的项目也罢，首先考量与评估的应当是是否符合生态文明建设的标准。凡不符合生态文明建设标准的经济建设的政策一概不能发布，凡破坏生态文明建设的经济建设项目一概不准立项。当代中国人，无论是官员还是草民，都具有戏弄规则的智商和技巧。无论是在理论上，还是在实践中，评判的标准都必须明确。针对“把生态文明建设放在突出地位”这一理论，我们千万不能仅仅把他当作一个口号，把他当作一个抽象的理论，停泊在理论的层面。而必须严格地制定标准，且标准的边界还必须十分明确，不留一丝模糊边缘。在这个问题上，我们需要的是德国人的“呆板”或“严谨”，而不能是中国人的“灵活”或“中庸”。就此而言，我们期待执政高层在制定相关政策与法律、高端学者和高层理论家们在撰写理论文章中，把这一理论落到实处，切忌空谈。

四、没有法治文明建设，就不可能有生态文明建设

十八大报告第八章，以“大力推进生态文明”的专章，提出了“优化国土空间开发格局”、“全面促

进资源节约"、"加大自然生态系统和环境保护力度"、"加强生态文明制度建设"的构想。这说明执政党高层已认识到建设生态文明，是关系人民福祉，关系民族兴衰的长远大计。但如何建设生态文明，则不仅仅是执政党在全国代表大会的报告中提提就能实现的，而是需要一整套科学的、健全的法律制度作保障，才有可能逐步实现。

从自然科学的角度审视，环境污染，生态恶化是市场经济发展过程中的衍生品，与经济发展相伴共生。从法治的视角审视，市场经济又是法治经济，没有法治的保障，市场就会变为丛林。人类社会的发展不可能禁止市场经济，不可能禁止工业化生产，也不可能遏制城市化进程。在这个进程中，污染必然产生。我们每一个人，都可能就是一个污染源，总不可能把这每个污源都消灭吧。但我们可以创设法律制度，以法律的强制力，去约束我们每个人的行为。以科学的方法，去减少污染，治理污染，恢复生态，这当是我们应当能做到的。因此，建设生态文明的前提，首先是建设法治文明，只有用科学而健全的法律制度作保障，才能保证生态文明的建设取得成效。就此而言，十八大报告第八章第四节专节提出了"加强生态文明制度建设"的措施。这一"制度"，我们的理解应当是广义的，他包括经济、科学、政策、法律等相关的制度。对此，我们期望执政党能在加强生态文明制度建设方面，下大气力，尽快尽早地制定出规范、科学、系统的制度。

五、受制于人，环保机构职能弱化

中国环境污染，生态恶化到如今严重的程度，更多人从立法层面分析，认为是中国对惩治环境污染法律制度的缺失。然笔者却认为，中国的环保立法上确存在诸多不具体、不精细、不到位的缺陷，但更重要的是执法层面上的问题。

上世纪八十年代，中国环境污染问题尚不突出，但国家就土地、海洋、河流、空气、森林、草原、水资源、矿产资源、野生动物等环境资源的保护都予以了系统立法。虽然这些法律制定的都不够精细，但法律条文还是相对严格的。其中还存在执法主体多元，部门职能不明，甚至权力冲突的情形。但如果各级政府，各执法主体能够严格执法，我们生存的环境也绝不会恶化到现如此糟糕的境地。

正如有人戏称，中国的法治特色是："严格立法，选择执法，普遍违法"。此话似有偏颇，但确属真实的普遍现象。

在环境执法方面，国家自上而下都设有环保执法机构，但这一机构都在各级政府的权力掌控之中。各级政府在经济项目与环境保护发生利益冲突时，在相当长一段时期里，几乎无一例外地都要求把经济发展放在首位，至于环境保护则退至次要地位。若有不识相的环保局长，坚持原则，拒绝审批，轻则挪位子，重则掉帽子。在这一执法境况中，环保局长只能是被招安，甚至于与污染企业狼狈为奸，为虎作伥。为强化环保机构职能，国家已将环保局升格为环保部，地方政府也将环保局由原建委内设机构升格为独立的政府组阁机构。但在服从地方党委、政府的这一行政权力的架构中，各地方的环保局仍然是不可能很好履行环境保护职能的。就这一角度而言，必然导致环保机构的职能弱化。

在生态文明建设中，国家应在环保机构权力设置的方面进行重大改革，应强化环保机构的执法权力。在现行政府行政权力设置的大构架中，如何为环保机构扩权，确属一个涉及政治乃至意识形态的大问题。但采用责任追究制的方式，还是可行的。即对出现环境污染事件的地方官员，严格责任追究。运用行政和司法手段，追究地方政府主管官员、环保局长的法律责任，以遏制权力的滥用。

另外，为遏制地方官员出于利益本位放任甚至怂恿地方企业对环境破坏现象的蔓延。国务院、

省级人民政府可采用设置环保巡视机构的方式，对所属辖区的环保事件独立展开调查，撇开地方政府的权力干扰，对造成环境污染，生态破坏的相关人员，行使直接处罚权。在这一措施上，古代封建帝制的“钦差大臣”、“八府巡按”的形式，是具有借鉴意义的。

六、治乱世，用重典

“治乱世，用重典”的法治理念，虽然是中国封建社会法治观的产物，但在现代法治文明的理念中，仍具有积极的借鉴作用，且仍被世界各国立法者，执法者所采用。

多年来，各地各类媒体报道披露的破坏环境的事件和现象，累计起来，可能高达天文数字，但真正被法律追究的，却是寥寥无几。个中原因，除法律、法规过于原则，缺乏可操作性外，最根本的原因，是地方保护主义在作祟。以致于大事化小，小事化了。在地方政府的保护下，污染企业有恃无恐，环保机构也只能选择沉默、失言、不作为，以致于造成恶性循环。倘大的中国，几乎每天都有大量破坏环境资源保护的违法、犯罪，甚至重大犯罪在发生。但据最高法院近期公布的数据，每年全国法院审理重大环境污染事故罪的刑事案件的仅有十余件。就此而言，也可以断言，在我国现阶段，应当查处而未查处，人为放纵重大环境污染事故犯罪的现象是何等的严重。

2013 年 6 月 17 日，针对环境污染犯罪，最高人民法院、最高人民检察院终于亮剑，颁布了《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》。该司法解释对《刑法》第 338 条中“严重污染环境”、第 339 条、第 408 条中“致使公私财产遭受重大损失或者严重危害人体健康”，以及“致使公私财产遭受重大损失或者造成人身伤亡的严重后果”的情形，制定了具体的认定标准，并予以了量化，从而使刑法上述条款，具有了可对号入座的具体标准。使司法实践中，对环境污染刑事犯罪案件的办理具有了可操作性。特别是将《刑法》第四百零八条“环境监管失职罪”定罪标准量化后，对各级政府重经济发展，轻环境保护的思维方式及决策理念，将会起到促进转化的积极作用。对于明知对环境有重大污染，仍予以放任甚至庇护的官员们，无疑也具有一定的威慑作用。中央电视台在播放这则消息时，也预计今后一段时间里，全国法院审理环境污染刑事案件的数量将出现“井喷式”的现象。这则消息，听起来确令人鼓舞，但“选择执法”、“普遍违法”的现象，在治环境污染刑事犯罪的问题上，能否有所改观，我们还只能是拭目以待。

“治乱世，用重典”。“两高”在惩治环境污染案件的问题上，尽已之力，已亮出剑锋。但由于“九七刑法”在立法时，虽然环境污染问题已很突出，但出于对经济发展欲望的追求，政府和立法机关对环境污染犯罪的惩治理念尚不强烈。因此，对污染环境犯罪予以惩治的法条只有三条，显然不足以保证对环境的保护。从这一角度审视，我国生态环境之所以在短短三十年时间里污染破坏的程度已远远大于发达资本主义国家三百年的累积程度。根本原因无外于两点，一是政府和国民对环保意识的淡薄；二是国家对环境保护法律的缺位。相比较而言，法律缺位的责任远大于环保意识的淡薄。如今，十三亿中国人中的绝大多数国民，呼吸的是污浊的空气；饮用的是含多种污染物的水；咀嚼的是含多种有害物质超标的食品；居住的是混有多种放射性、挥发性毒气房屋；甚至连婴幼儿食用的奶粉中，也含有这样那样有碍健康的有害元素。于是，食品安全已达到国人“谈食色变”的严重程度。以致于任一国人倘佯在超市食品柜前，面对琳琅满目、五花八门、风味各异的食品时，对任一种包装精美、外观整洁的食品，选购时心中都存有疑虑，不知道该食品中会含哪些对人体有害的物质。就此而言，借用八十年前的一句话：“中华民族到了最危险的时候”，看来也是不为过的。

“两高”将《刑法》破坏环境资源保护罪中的三条法条，作出了扩充性、明细化的司法解释，可谓是“治乱世，用重典”的一项积极举措。但由于《刑法》法典本身对惩治破坏环境污染犯罪法

条的质轻量微，“两高”用再大的气力，也会因工具的缺失，而无所作为。就此而言，我们希望国家立法机关，尽快、尽早对惩治破坏环境资源保护的犯罪作出刑法修正案，除大幅提高对生态环境资源破坏犯罪的量刑幅度外，还应增设更多细化的法条，以用刑法的重典来从重打击对生态环境资源肆意破坏的无良之人。对此，上至立法高层、执法机关，下至草根民众，都应将保护生态环境的意识上升到中华民族能否健康地薪火相传的高度。上世纪八十年代初，为维护社会治安，国家曾出重典予以整治，现从法治的视角评价，可能是贬大于褒。但现若要拯救我们的生态环境，国家再祭出重典，国人的褒一定会远大于贬。因为，这是关乎在中国生活的每个人及子孙后代生存安危的大事。

“治乱世，用重典”。中国古代封建社会法治理念的这一遗产，应当作为当代国人用于生态环境保护的“杀手锏”，对此，我们急切期望国家立法机关，尽快地对此祭出重典。

七、生态环境之美，依赖法治文明之兴

现代工业化的物质生产，对生态环境的破坏，在常人的思维中，似乎是不可避免。从物质不灭定律的理论角度，物质转化过程中所产生的有毒有害物质，对生态环境的影响是必然产生的。但是，现代科学技术的发展，已完全可以将这些有毒有害物质予以掌控，而且可以变废为宝，变害为益。从经济学的角度，成本学的层面，那就是生产者对“三废”治理、回收强制与鼓励。在“人皆挟私”、“人皆趋利”的本能驱使下，更多的生产者往往追求利益最大化而过失或故意地破坏生态环境。虽然，“善良是最好的法律”，但在有 300%利润的诱惑面前，有些人可能会践踏人间的一切法律，不要说毫无约束的“善良法律”了。我们不能奢望物质生产者们，对生态环保能天生善良意识，而是应用国家法律的强大威慑力，来迫使其不破坏或少破坏生态环境，这就需要国家加大对生态环保的立法、执法的力度。在法律强大的威慑力下，当其为了 300%利润而践踏法律时，法律就应回应其付出 3000%的违法成本。

在依法治国的理论中，有“法治兴，国家兴”的宏观理论，微观到生态环境，也有“生态环境之美，依赖法治文明之兴”的道理。

党的十八大已专章提出“大力推进生态文明建设”的构想，但生态文明建设需法治文明建设的先行，需要法律制度的保障。如何构建一整套生态环境的法律体系，在中国尚任重道远。笔者不是理论工作者，提不出什么完整的理论，但从一个基层法律工作实践者的角度，认为无外乎以下几点：

1、加快立法进度。执政党高层已提出“大力推进生态文明建设”构想的决策。作为立法者们，凭借深厚的理论功底，集几十年立法之经验，借国际环保立法之精髓，完全可以制定出符合中国国情，在中国本土可以适用的全套生态环保的法律大全。解决这一问题的当务之急在于意识，在于行动，以尽快解决无法可依的根本问题。

2、加强执法力度。在我国现阶段，就生态环保执法而言，选择执法是普遍存在的问题。也正是各地方政府出于利益本位，而放任甚至怂恿了众多企业生产者破坏了生态环境。解决这一问题，加强执法力度是最重要的解决之道。立法中应扩充对政府官员放任、怂恿破坏环境资源犯罪的惩治广度，在执法中还应加大惩治力度。“两高”对《刑法》第 408 条“环境监管失职罪”适用的司法解释，就是在加大惩治破坏环境资源犯罪的执法力度上所作出的积极举措。但从立法层面而言，对该罪仅处三年以下有期徒刑或者拘役的量刑幅度显属过轻。将来刑法的修正，应提升量刑幅度，以敦促负有对生态环境监管职责的官员增强监管责任心。在执法中，对出于私利，而故意破坏生态环境资源的犯罪，应给予人身刑、财产刑的双重惩处。特别是要加大对财产刑的执法力度，加

大其违法成本，甚至应令其倾家荡产。因为他们的行为，会造成对众多不特定人群持续的、永久的人身财产安全的损害。法律对这类违法之人，不应给予宽容。

3、加大执法监督。文前已述，各地环保机构因受制于人的制度缺陷，往往不能尽职，甚至不能履职，这就需要引入第三方的力量来予以支持和监督。就此而言，法治发达国家，已有很好的成功经验可供借鉴，那就是引入社会团体的监督。应当鼓励各地广泛设立并培育类似于国外的“绿色和平组织”或“环保自愿者组织”的民间组织，借用民间这些团体的公众力量，监督政府，支持环保机构，加大对破坏生态环境资源犯罪的惩治力度。笔者可以断言，如果国家设立并培育了大量的这类民间组织，各地的律师一定会成为一支中坚力量。将会有众多的律师不计报酬地参与环保自愿者工作，代理各类环保的公益诉讼。届时，我国生态环境恶化的势头，一定能得以有效遏制，生态家园，美丽中国的美好蓝图也将会逐步绘就。

“生态环境之美，依赖法治文明之兴”，这虽是法律人法治的意识，但也是全体国人的期望。对此，我们期待着。

论环境公益诉讼

安徽濠梁律师事务所　周光成

摘　要：通过对原告主体缺失、诉讼范围过窄、没有公益诉讼规定等方面，分析了现行《民事诉讼法》、《行政诉讼法》存在的法律缺陷，并从完善环境法制建设，实现全民参与，依法保护环境、宪法权利转为可诉性权利、法律防御功能等六个方面论述了建立环境公益诉讼的重要性和必要性，同时从理论依据、法律依据、现实依据，论证了建立环境公益诉讼的可行性，进一步提出了对构建环境公益诉讼制度的几点设想，充分保障公民宪法权利的实现，维护公共利益，保护环境权利。

关键词：环境权利　公共利益　宪法权利　环境公益诉讼

随着国家城镇化建设、产业园建设的推进，全国各地的加工、制造、化工等各型工业企业不断兴起，国家经济取得了较快的发展，但伴随着经济发展的同时，我国各地的乱占滥用土地、水土流失、重金属污染、水污染、大气污染、噪声污染等现象，日益严重，不断出现“雾霾‘围城”、“镉大米”、“儿童血铅”、“毒水”等事件，环境和自然资源受到了极大的破坏，严重危害社会公共利益，威胁人类的生存和发展。出现这些环境问题的主要原因，是企业、政府和相关行政机关的不作为、胡乱作为或违法行为所致。因此，权利意识觉醒的人们，开始用法律武器以诉讼的方式向侵害环境公共利益的企业、行政机关的胡乱作为、违法行为或不作为进行挑战。如：施建辉、顾大松以“南京市紫金山观景台”的规划许可破坏自然风景为由诉南京市规划局违法行政案[1]；杭州市余杭区农民陈法庆诉余杭区环保局石矿污染行政不作为案[2]等等，但这些案件分别被法院以被诉的行为不是具体行政行为、原告不符合起诉主体资格为由驳回。面对挑战的结局，让人们意识到现行的《民事诉讼法》、《行政诉讼法》在保护环境公共利益，监督、控制环境行政权力中存在严重的不足，必须建立新型的环境公益诉讼，便利公众参与国家事务的监督和公共事务的管理，扩大公民、组织对环境公共事务的有效参与，促进社会公平正义[3]，使无利害关系人具有诉权，实现参与、监督环境管理机关依法行政，制止环境侵权行为，保护环境公共利益的目的。

一、现行环境公益诉讼存在的法律缺陷

1、原告诉讼主体缺失。按照我国《行政诉讼法》和最高人民法院，《关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》的规定，提起行政诉讼的原告必须具备三个条件：①必须是与被诉具体行政行为具有行政法上的利害关系；②必须是认为“自己的”合法权益受到侵害；③必须是自己的合法权益已受到侵害。而修改过的《民事诉讼法》第 108 条与未修改前的规定一致，仍是要求原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织。虽然该法第 55 条规定了“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”，但《环境保护法》及相关的法律法规等没有具体的规定。所以，这说明原告必须是自己的合法权益已受到具体行政行为或侵权行为侵害为前提的，否则，即不符合原告诉讼主体资格，这使“环境公共利益”受到企业、他人或行政机关的违法行为或不行为侵害时，不能通过“往往是最公开、公正和最迅捷、有效解决问题的司法途径去维护”④即造成无人救济，无权救济、无法救济，这样势必造成“环境公害”泛滥，使环境被肆意破坏，疾病到处流行，资源浪费，违法的抽象行政行

为继续作恶等等。所以，现行的民事、行政诉讼法的规定显然排除了无直接利害关系人的诉讼资格，导致原告诉讼主体缺失。

2、诉讼范围太小。根据《民事诉讼法》、《行政诉讼法》的规定，法律利害关系人只能对一定范围内的环境侵权行为或具体环境行政行为有权起诉，而不能对所有的环境侵权行为和环境行政行为（包括抽象行政行为）提起诉讼。同样，法律利害关系人只能就自己的人身权、财产权受到侵害时才可以起诉，但不能就财产权、人身权以外的权益（如环境权、环境行政参与权等）提起诉讼；另外对被害人间的相互推诿、争议，行政机关相互间的扯皮、纷争可否诉讼也没有规定。这种过于狭窄的诉讼范围束缚了广大公民、法人、其他组织，使其无法充分行使宪法所赋予的权利，无法参与社会管理，保护环境，无法监督依法行政，有效抑制或阻止违法环境行政行为的发生，维护环境公益。

3、没有环境公益诉讼的规定。环境公益诉讼是公民、法人或其它组织依法律的规定或授权以自己的名义对公民、法人、其他组织的环境侵权行为或行政机关侵害环境公共利益的行政行为向法院提起诉讼的活动。意在为维护公共利益，允许非法律上的直接利害关系人提起诉讼的权利。行政诉讼法只规定对公民、法人或其它组织认为行政机关侵害了其合法权益的具体行政行为有权起诉，且该诉权还被大量的限制，没有赋予非法律利害关系人对行政机关所作的行政行为的诉权。而民事诉讼法修改后，在规定与本案有直接利害关系的公民、法人或其它组织对环境侵权行为有权提起诉讼之外，虽规定了“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”，但没有具体的法律规定，无法执行。两大诉讼法的这些规定，极大地限制了公民、法人、其他组织的起诉权利，无法保障公民、法人、其他组织依法参与管理环境公共事务的权利，这是与宪法的规定相违背的。

二、建立环境公益诉讼的必要性

由于现行诉讼法的局限性，没有赋予非法律上利害关系人就环境公共利益受到侵害向法院起诉的权利，致使新闻媒体报道的相关环境公益诉讼行为均被驳回的结果，这确令人悲凉痛心。所以为了充分发挥司法审判职能，制约行政权力，保护环境权利，建立环境公益诉讼是非常重要和必要的。

1、它是完善环境法制建设，实现全民参与，依法保护环境的需要。2002 年，我国颁布实施了《环境影响评价法》。该法规定了：“专项规划的编制机关对可能造成不良环境影响并直接涉及公众环境权益的规划，应当在该规划草案报送审批前，举行论证会、听证会，或者采取其他形式，征求有关单位、专家和公众对环境影响报告书草案的意见”，明确了“环境权”、“公众环境权益”的内容，确立了公众参与环境保护的权利。随后，《国务院关于环境保护若干问题的决定》、《国务院关于落实科学发展观加强环境保护的决定》，又进一步明确“建立公众参与机制，鼓励公众参与环境保护工作”，提出“研究建立环境民事和行政公诉制度，------，鼓励检举和揭发各种环境违法行为，推动环境公益诉讼”[5]。可见，环境公益诉讼是完善环境法制建设，推动全民参与环境保护，遏制环境违法行为的一种救济手段。

2、它是实现法律防御功能的需要。“法律的真正价值应当体现为对人们行为的事前警示和防范，而不是事后的惩戒。从经济学的角度来看，法律只是充分实现其御前功能才能实现社会利益的最大化[6]”。现行的民事、行政诉讼的重要功能都是事后的惩戒和补救，即在环境损害事实发生后，人们才能依民事、行政诉讼法起诉于人民法院，来补救受害人的环境损害，维护环境公共秩序和环境权益，这是极大的资源浪费，极不经济，有时会产生难以挽回的损失。所以建立环境公

益诉讼，任何人或组织都可对环境侵权或环境行政行为可能或已危害环境公共利益的时候，依法起诉，及时杜绝或防止环境危害的发生，使危害环境公益的民事、行政违法或不作为消除于萌芽状态，一改过去事后补救为事前监督，真正起到“防患于未然”。

3、它是保障公民参与环境公益事务管理权利的需要

我国《宪法》规定：“中华人民共和国的一切权利属于人民”、“人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务”，这是宪法赋予广大人民的民主权利。长期以来，我国权力的所有与使用实行分离制，即人民是权力的所有者，但不使用权力，并把所享有管理国家事务、公共事务等的权力委托给国家行政机关行使。这种权力的所有与使用的分离，已使广大人民所享有的权力无法行使，也无司法救济途径。“无救济就无权利”，这是法治的准则。在法治社会，诉讼才是人们保护自己权利的最基本形式和最后保障。在我国，人们现有的管理权、治理权、参与权、执法监督权最大缺陷就是不具备可诉性。缺乏司法救济的权利必然成为虚设，只有将人民参与环境治理权等基本权利转化为可诉性的权利，才能实现自己的宪法权利。建立环境公益诉讼恰恰是人民宪法权利转为可诉性权利的最佳途径，以诉讼方式保障公民参与环境管理，参与环境监督等权利的行使，维护环境公共利益。。

4、它是扼制民事权利滥用、阻止环境行政权力膨胀，堵塞环境监督制度漏洞的需要。从历史的角度，环境民事权利是随着历史的发展而发展，是不断扩大的。环境权利的扩大，往往被无限制地滥用，必然造成对环境公益权利的危害，必须通过法律的约束机制，让大众来监督、控制和防范，环境公益诉讼，就是一种有效的环境权利救济手段。同样，“行政法的历史，就是行政权力不断扩大的历史”[7]。按传统法理论，行政权力是用“公权制衡公权”方式设置的，即“某个政府机关被授权行使某项行政权后就相应设置或授权另一政府机关来予制衡、控制，对被授权的另一政府机关的行为，又需设置第三个政府机关予以制衡、控制”[8]。依次，必然 导致环境行政权的不断膨胀、扩张，益发强大，同时也使环境行政权的行使并未受到适当的制衡、控制。由于我国行政法制监督的先天性不足，权力机关无有效的专门监督程序和手段，司法监督又因受案范围、可诉行政行为、原告资格等因素制约，助长其环境行政行为，使环境行政权不断进入恶性膨胀，无效监督的境地，“其结果是，行政权行使行为，即使严重违法、严重损害国家利益和社会公共利益，也不受司法审查”[9]。所以必须建立环境公益诉讼，允许任何人或组织对其侵害公共利益的违法许可、毁损自然资源、无标排污等环境侵权或环境违法行政或不作为向法院提起诉讼，有效制止环境违法行为或不行为对环境公益的侵害。所以为了适应社会现实的需求，必须建立环境公益诉讼。遏制那些层出不穷，触目惊心的人为环境污染事件的发生。赋予像郝劲松、陈发庆等维护环境公益的勇士们适格的诉讼主体资格，为其敞开诉讼大门，以诉讼推动全民为环境权利而斗争，为环境公益而战，以诉讼实现“私权制衡公权”、“权利控制权力”，以弥补环境监督不足，从而使环境权利及环境行政权（即公权）置于广大人民乃至全社会的监督之下，使危害环境公共利益的环境侵权行为、环境违法行政行为或不作为如过街老鼠人人喊打。

5、它是遏止环境公共利益损害日益严重化的需要。随着市场经济的深入发展，私益日益膨胀，国家的、社会的公共利益，不断受到侵害，且日趋严重。严峻的现实已让人不堪目睹：圆明园防渗工程未经建设项目环境影响、评价，违法施工，破坏环境和文物[10]；河南省三门峡市一地方火力发电厂在取得规划部门颁发的规划许可证后，建在黄河河道里，严重影响防洪安全[11]，2011 年江西的铜污染，造成 9269 亩耕地荒芜绝收，1 万余亩耕地严重减产，沿河 9 个渔村因河鱼锐减失去经济来源；2012 年广西龙江河镉污染，对龙江河沿岸众多渔民和柳州三百多万市民的生活造成严重影响。2012 年江苏镇江水污染，发生了抢购饮用水风波[12]等等。这一件件令人

触目惊心的案件，却因主体资格等问题无法利用司法程序来审查。尽管如此，现实生活中，仍有勇士能意识到个体利益以外的社会公共利益的重要性，意识到公共利益受到侵害时，其个体利益必将受到损害。所以他们不畏艰难险阻，"路见不平，依法相助"，仍继续用自己的行动起诉环境侵权和环境违法行政行为或不作为，维护环境公益，制止环境违法行为或不作为。

三、建立环境公益诉讼的可行性

通过分析我们知道：建立环境公益诉讼是非常重要和必要的，那么在现实阶段建立环境公益诉讼是否可行？有没有基础？会不会对我国现行的诉讼法产生不利的影响？我们认为，建立环境公益诉讼是可行的，具有充分的立法依据，不会产生什么不利影响，相反却能进一步推动我国环境法治进程，完善诉讼制度。

1、建立环境公益诉讼的理论依据。随着市场经济的快速发展，民主与法制建设的推进，各部门法的发展也较迅速，环境保护法、行政法更是如此。而"行政法的任何方面都没有有关原告资格方面的法律变化迅速"[13]。近年来，原告资格降低了，诉权扩大了，这也是环境公益诉讼得以产生的一个原因，是社会发展、法律思想理论变动的结果。

（1）公民宪法权利的司法保护。宪法权利的司法保护，要求该权利具有可诉性。建立环境公益诉讼，才能确立权利的可诉性，也才能通过司法程序保护宪法权利的落实，这是法律确认、规范的"权利"获得法律保障的必然结果。也"是通过民事、行政诉讼这一特定的诉讼制度体现一个国家对公民参与环境治理的权利保护的程度。从行政诉讼制度监督行政职权的依法行使这一特定角度来说，原告起诉资格的赋予就是其民主权利的一个表现"[14]，也是诉权理论的发展要求。刚修改过的民事诉讼法第 55 条规定，恰恰是根据诉权理论，确立了环境公益诉讼制度，是一个新的开端，也大大发展了公益诉讼制度，有力促进和保障公民环境权利的实现。

（2）诉讼法的目的与价值

我国民事、行政诉讼立法目的有两个：一是保护公民、法人和其它组织的合法权益，另一个是确保行政机关依法行政。第一目的在公民、法人和其它组织利益被侵害时，可依法起诉得到一定的维护，在涉及到不特定人群，影响公益利益时，诉讼就很难实现。而第二个目的实现有了更多的困难，特别是环境行政行为侵害的是不特定多数人的公共利益时、环境行政行为侵害公益且相对人是受益者时、环境行政违法行为或不作为尚未损害到私益时，依行政诉讼法的规定，无人或无权提起诉讼，法院依"不告不理"原则，也无权主动管辖、监督，促使行政机关依法行政，但该行政违法行为或不作为实际存在，仍侵害着公共利益，所以，确立环境公益诉讼，这些问题都迎刃而解，完全符合立法目的。至于诉讼法的价值取向，应是"对实现诉讼目的的方式、手段及过程的要求"。针对要求，公正性、经济性应是其基本价值取向。所以，在诉讼中能以较小的投入，取得更大的社会效益、经济效益，能使双方利益衡平，矛盾化解，使社会趋于和平稳定，这都是诉讼价值的追求。很显然，环境公益诉讼的建立完全符合这种目的与价值。

2、建立环境公益诉讼的法律依据

（1）宪法依据。我国《宪法》规定"一切权力属于人民"，"人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务、管理经济和文化事业、管理社会事务"。据此规定，一切权力来源于人民，人民是国家的真正主人，可以通过一切正当、合法的程序和方式参与管理国家事务、社会事务。而环境公益诉讼的建立，恰是人民通过诉讼方式来实现管理国家事务、管理社会事务等，是人民实行治理权、监督权的最佳途径和方式，符合宪法的目的和要求。

（2）部门法律依据。我国《民法通则》规定："公民、法人的合法的民事权益受法律保护，

任何组织和个人不得侵犯"。《环境保护法》规定：一切单位和个人都有保护环境的义务，并有权对污染和破坏环境的单位和个人进行检举和控告"。《民事诉讼法》规定："机关、社会团体、企业事业单位对损害国家、集体或者个人民事权益的行为，可以支持手损害的单位或者个人向人民法院起诉"、"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"。《刑事诉讼法》规定："如果是国家财产、集体财产遭受损失的，人民检察院在提起公诉的时候，可以提起刑事附带民事诉讼"。"……检察批准逮捕、检察机关直接受理的案件的侦查、提起公诉，由人民检察院负责……"。这些规定体现了公民、法人、其他组织、检察院为了公共利益有权公益诉权，并可要求侵害者予以赔偿；

我国《行政复议法》规定，对具体行政行为申请行政复议时，可一并对规章以下的规范性文件申请审查。这说明可对部分抽象行政行为进行司法审查。

我国《行政诉讼法》规定的立法宗旨是：保护公民、法人或其它组织的合法权益，维护和监督行政机关依法行使行政职权。依该规定行政机关不依法行政或违法行政、不作为侵害公共利益时，应该可以运用行政诉讼法对该行政行为进行司法审查，以达到该法的立法目的。

（3）司法解释依据。最高人民法院《关于〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第 12 条、13 条规定，已大大将原告主体资格拓宽了，将主体资格标准从行政诉讼法规定的"合法权益标准"转为"利害关系标准"，突破了原有束缚，为环境公益诉讼奠定了基础。

3、事实依据。2001 年 8 月 3 日《中国青年报》以"浙江公益诉讼屡诉屡败"为题集中报道了浙江人为维护公共利益以自己的名义起诉环保局、水利局、规划局的具体行政违法或不作为，要求司法审查；2006 年 6 月 19 日—23 日《人民日报》以"公益诉讼离我们有多远"系列评论，报道郝劲松、陈法庆等人为维护公共利益以自己名义向法院起诉对侵害公共利益的行为进行司法审查的现实情况。该报道中另有"公益诉讼，你了解多少"的网上调查，调查结果显示有 96.3%的网友支持建立公益诉讼制度；另有许多《法制日报》等报刊刊载的零星公益诉讼案例等，均反映了广大人民较强的法律意识、权利意识，维护公共利益的高度热情，对建立环境公益诉讼的热切期盼。这是广大人民的心声和愿望，是广大人民对建立环境公益诉讼的现实需要。众望所归。正如杨立新教授所说："现在随着社会各方面的发展，建立公益诉讼制度是可行的，也是正逢其时的"[15]。

所以，建立环境公益诉讼有强有力的依据，完全是可行的。各地法官在每年办理的环境侵权、环境行政诉讼案件中也积累了较丰富的审判经验，也完全能胜任环境公益诉讼案件的审判。

四、建立环境公益诉讼制度的几点构想

环境公益诉讼是一种新型诉讼制度，是社会转型时期的必然产物，是新型纠纷产生的伴随物。它是解决新型纠纷中危害公共利益的一种手段，所以从现行法律规定的角度结合现实实际发展需要，应当建立简便、快捷、具有可操作性的环境公益诉讼制度。对此，我作了几点设想：

1、拓宽原告资格。结合《民事诉讼法》、《行政诉讼法》的规定，宜采取广义的界定，将以公民、法人或其它组织与侵权或违法环境行政行为是否有直接利害关系为界点分为两类，一类是有直接利害关系的公民、法人或其它组织仍按现行规定起诉；另一类是没有直接利害关系的公民、法人或其它组织则按新设的环境公益诉讼规定，提起诉讼；如没有直接利害关系人或这些当事人不愿出面维护公益，提起诉讼的，则社会团体、民间组织、检察机关都可依公益诉讼规定，单独提起诉讼。如有一方提起公益诉讼了，其它相关方不应再提起了；如环境侵权行为、环境行政违法行为或不作为既侵害了公益，也侵害了直接利害关系人的利益的，直接利害关系人起诉后，其它公民、组织不应再行起诉，除非直接利害关系人不起诉。这样区分规定，便于当事人操作，从

而更有利于保护环境公共利益。

2、扩大受案范围。现行《民事诉讼法》的受案范围有所突破，并规定了“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”, 但没有具体的内容，没有可操作性，应当作出扩大解释，予以具体明确。现行的《行政诉讼法》对受案范围，仍存在局限，不包括抽象行政行为，且具体行政行为也不完全。对此，我们应将抽象行政行为纳入受案范围。因该行为一旦产生公害，危害程度、范围都特别大，所造成损失也难以挽回。所以，需要及时予以纠正。同时，对可诉具体行政行为的范围再作扩大调整，将行为所涉及的除人身权、财产权以外的权益也列入可诉范围内。在制度设计上，可采取概括、列举并行方式，作出规定，并对环境公益诉讼范围予以明确，然后再依社会经济、文化发展状况逐步扩大。正如王汉斌报告中所说 ,“受案范围应逐步扩大，以利于行政诉讼制度的推行”。

3、取消立案审查制度。根据现在《民事诉讼法》、《行政诉讼法》的规定，可诉范围有限，诉讼主体被严格限制，所以民事、行政诉讼立案时，均采取的是审查制度。通过审查确立符合起诉条件的 ,才予以立案审理。这种审查立案制度很不利于环境公益诉讼的行使 ,易造成立案障碍，不便于公益诉讼的进行。所以随着诉讼范围、主体的扩大，为了快捷、简便环境公益诉讼，应取消立案审查制度，建立立案登记制度，简化所有立案手续，直接登记即可。这样更有利于环境公益诉讼的进行，方便诉讼快捷高效地处理环境公益诉讼案件。

4、诉讼费的交纳与承担，应采取免预交，败诉限额承担原则。由于环境公益诉讼是为维护环境公共利益，涉及面大，涉及人多，涉及的事复杂，涉及到高科技知识和方法的情况多等特殊性 ,应采取鼓励的方式予以减轻原告诉讼负担 ,即不预交诉讼费 ,败诉时按小额限额承担诉讼费，至于涉及高科技知识鉴定等特殊诉讼费用，应由强者被告企业、机关承担。至于原告律师费，原则上由原告自己承担，但主张律师援助，少交律师费。等条件成熟后，设立环境公益诉讼基金、保险时，原告所应承担的诉讼费以及诉讼中的鉴定费、律师费等均可由基金、保险支付。这种付费方式，会更加激励人们提起环境公益诉讼，保护公共利益。

5、举证责任的分担。由于环境公益诉讼中，诉的对象是环境侵权或环境行政行为，其产生的依据是大量的环境保护方面的法律、行政法规、规章等规范性文件，所以在诉讼中举证责任的分配 ,原告应当对程序上的事实和损害事实部分即已损害或可能损害的事实承担举证责任 ,被告应对其不存在环境侵权及作出环境行政行为的依据、事实及损害后果与环境行政行为之间无因果关系承担举证责任。但如果检察院提起环境公诉的，则应按“谁主张谁举证”的原则承担举证，被告仍按原举证责任原则承担举证责任。

6、原告胜诉奖励制度。原告为了维护环境公共利益不被非法侵害，冒着诉讼风险，顶着诉讼压力，依法提起环境公益诉讼，为诉讼艰辛努力。如打赢官司即胜诉了，表明“恶人”将受到惩罚，原告自己也为社会公益做出了贡献。所以为弘扬惩恶扬善的中华美德，鼓励公民、法人或其它组织同侵害环境权利，危害公共利益的行为作斗争，应当设立奖励制度。对胜诉的原告给予一定的奖励。这种制度的设立，不但能鼓励原告勇于同环境侵权行为及环境行政违法行为或不作为作斗争，督促个公民、法人保护环境，监督行政机关及其工作人员依法行政，而且也是对原告为环境公益诉讼所付出的时间、精力、金钱、劳动的一点补偿。

通过以上论述，我国建立环境公益诉讼不仅是必要的、可行的，而且已是摆在我们面前的一项非常重要和紧迫的任务，它关乎国家大事，关乎人民生命财产安全，关乎依法治国、依法环境行政的推进，它是宪法权利转化为可以看得清、摸得着、能实实在在行使的活的权利，它是以诉讼手段维护环境公共利益，预防、遏制环境违法行为，监督、控制环境行政机关权力的新途径。

我相信，通过对环境公益诉讼制度的建立和不断完善，通过人们对环境公益诉讼的实践，一定能将公民、法人的权利和权力置于整个社会和广大公民的监督之下，督促其遵守环境保护法，依法行政，切实有效地维护公共利益，实现环境公益诉讼目的，推进依法治理环境的进程。

参考文献

1、王树义《环境与自然资源法学案例教程》，知识产权出版社，2004 年版第 75 页。

2、王振宇《限权与越权的两重困境》《中国影响性诉讼 2005》(吴荣主编) 法律出版社，2006 年版第 55 页。

3、曲昌荣《为讨知情权，市民打官司》《人民日报》2006 年 6 月 19 日第 10 版。

4、颜运秋《公益诉讼理念研究》，中国检察出版社，2002 年版，第 373 页。

5、姜明安《扩大公民维护社会公益的诉权》《民主与法制》2001 年第 5 期。

7、陈云良《通过诉讼推进民治》《公益诉讼理念研究》中国检察出版社，2002 年版第 1 页。

8、田纪云《这次修宪意义重大》《人民日报》1999 年 3 月 14 日第 4 版。

9、王太高《论行政公益诉讼》、《环境公益诉讼》法律出版社，2007 年版第 160 页。

10、别涛《环境公益诉讼》法律出版社 2007 年版第 153 页。

11、阿计《2002—2012：重大环境污染事件之十年纪录》《民主与法制网》《环保法重寻生机》专题报道之四

12、颜运秋《公益诉讼理念研究》，中国检察出版社，2002 年版第 150 页。

13、曲昌荣、石国胜《公益诉讼离我们有多远》《人民日报》2006 年 6 月 19 日、20 日。

14、郭恒忠、吴晓峰《公益诉讼何去何从》《法制日报》2005 年 9 月 28 日 9 版。

企业法律服务的范围

——以完成工作任务为期限的劳动合同之探讨

安徽胜方律师事务所 盛 勇

摘 要：以完成一定工作任务为期限的劳动同作为一种独立的劳动合同类型，旨在满足多元化劳动关系主体的不同需求。因该类劳动合同不受签订次数限制，亦不存在解除难问题，有利于用人单位在《劳动合同法》允许范围内谋求自身最大利益，故很多用人单位对此“情有独钟”。该类劳动合同所针对的工作应具有一定独立性，没有直接转为“无固定期限合同”的可能。以完成一定工作任务为期限的劳动合同系附条件的法律行为，条件成就时劳动合同终止。在劳动关系存续期间，双方各自的期待利益应当受到法律保护。对于通过不正当行为促成条件成就或不成就的一方，应当承担相应法律责任。有必要提高这类劳动合同的法律地位，进一步规范其必备条款、适用范围及劳动者福利待遇。

关键词：工作任务合同 法律地位 期待利益保护 立法完善对策

以完成一定工作任务为期限的劳动合同，是指用人单位与劳动者约定以某项工作的完成为合同期限的劳动合同，根据《劳动合同法》地 12 条规定，劳动合同有三种类型，即固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同、以完成一定工作任务为期限的劳动合同。用人单位与劳动者协商一致，可以订立以完成一定工作任务为期限的劳动合同（以下简称“工作任务劳动合同”）。《劳动合同法》对前两种劳动合同的规范比较明确、完整，关于工作任务合同，主要在第 12、15、19 条作了若干规定。由于签订固定期限劳动合同和无固定期限劳动合同，在解除劳动合同时，法定条件严格，对用人单位制约多，很多企业对无固定期限劳动合同相当排斥，相反，用人单位注意到工作任务劳动合同，既无签订劳动合同次数限制，又不会遇到解除难的问题，成为在在合法形式下最小成本的有效用工形式，有利于用人单位在《劳动合同法》允许范围内谋求最大利益，故对与劳动者签订工作任务劳动合同“情有独钟”。学界对于工作任务劳动合同也少有研究。《劳动合同法》推出该类劳动合同，意欲何为？怎样解释该类劳动合同才能够公平的承认和保护劳资关系双方的利益呢？这些问题值得研究。

一、工作任务劳动合同之界定

在工作任务劳动合同中，用人单位与劳动者明确约定以某项工作任务的完成为期限，该工作任务完成时即合同到期之日，当然解除劳动关系；用人单位依法应向劳动者支付经济补偿金。禁止用人单位在该类劳动合同中与劳动者约定试用期。

（一）“一定工作任务”是什么

“一定工作任务”应是用人单位与劳动者协商约定的特定劳动岗位及其明确、具体的任务，并有任务完成的验收标准。该项工作具有一定的独立性、特殊性。

至于该类劳动合同中要求完成的某项任务，是否属于短期的或一次性的工作任务，是否应具有不可重复性，不能一概而论。实践中，工作任务多种多样，相当复杂。某些需要较长时间才能完成的劳动任务，只要能够与其他工作任务相区分，独立对其进行界定和评判，如果用人单位和

劳动者协商一致，也可以签订完成工作任务劳动合同。根据《劳动合同法》第 19 条第三款规定“以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满 3 个月的，不得约定使用期”。如果该类劳动合同涉及的工作任务短期的或者简单劳动，再约定试用期既无必要，对劳动者也不公允外；或者用人单位对与所雇佣劳动者是否能够胜任该工作任务，已经有较充分的了解，并且直接以任务完成作为终止劳动合同的条件，故无必要在与劳动者约定试用期。用人单位的工作任务十分明确，对选用来承担该工作任务的劳动者的相应劳动能力有清楚的了解和把握，雇佣该劳动者从事较长期的工作任务也非不可能。故不能依据第 19 条第 3 款将该劳动合同针对的“工作任务"统一解释”为短期的或者临时性的。例如，某项科研任务完成，短则数月，长则数年甚至十几年。

（二）工作任务劳动合同是否有”期限”问题

用人单位与劳动者签订工作任务合同的，该项工作的开始时间就是劳动合同的起始时间；该项工作的完成时间，即为劳动合同的终止时间。工作任务的完成是该劳动合同终止效力的条件。用人单位与劳动者在签订此类合同时，通常对完成该项工作任务所需时间有基本预计，但对于较为复杂的工作任务之完成往往不易准确预计时间，故该种劳动合同没有明确时间限制。

有观点认为，工作任务劳动合同属于特殊的有限期劳动合同中的一种，只不过表现形式不同；甚至有观点根据《劳动合同法》第 19 条第 3 款规定，主张完成一定工作任务为限期的劳动合同，“此种劳动合同期限应该是 3 个月以下，如果超过 3 个月，用人单位则应该与劳动者签订固定期限劳动合同。”笔者认为，从字面理解，这些观点也有一定道理，不过，以《劳动合同法》为依据，这些分析比较牵强附会，显然不符合现行《劳动合同法》精神。尽管《劳动合同法》将不得约定试用期的两种情形排列在一起规定，劳动合同期限在 3 个月以下的，不得约定试用期。但是，将工作任务劳动合同的期限限定在 3 个月以内的理解，并没有法律依据。事实上，科研项目助理或合作者等工作任务的完成，以科研项目的完成为期限，而许多科研项目的执行期限是 1~3 年，，也有更长的。

（三）工作任务劳动合同时否具有转为“无固定期限合同”之可能

根据《劳动合同法》第 14 条规定，连续两次订立固定期限劳动合同后，再续订劳动合同时，劳动者可以选择签订无固定期限劳动合同。但是，签订过两次工作任务劳动合同的，显然不符合“连续签订两次固定期限劳动合同”的条件，不适用签订无固定期限劳动合同。因为“固定期限劳动合同”和“工作任务劳动合同”属于不同种类的劳动合同，不能类推适用。《劳动合同法》没有规定连续两次签订“工作任务劳动合同”的，可以签订无固定期限劳动合同，因此，即使已经连续签订了两次“工作任务劳动合同”，用人单位仍无义务与劳动者订立无固定期限劳动合同。

（四）工作任务劳动合同与加工承揽合同在形式上有相似之处。

例如，装修房屋合同、安装设备合同、开发软件合同，与以完成单项工作任务为期限的劳动合同相近似。如何判断究竟是劳动合同还是一般民事合同呢？符合劳动合同关系成立条件的，用人单位应当与劳动者签订劳动合同，即使双方未订立劳动合同，仍属于劳动关系。根据原劳动保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发〔2005〕第 12 号) 规定，用人单位招用劳动者未订立劳动合同，但同时具有以下情形的：“用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格”,“用人单位制定的各项规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位管理，从事用人单位安排的有报酬劳动的”,“劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分”, 劳动关系成立。相反，当事人双方之间无隶属关系、管理与被管理之关系，则应属于加工承揽合同。

二、工作任务劳动合同的法律行为归类分析

按照民事法律行为的归类,工作任务劳动合同究竟属于附条件的法律行为还是属于附期限的法律行为呢?

（一）工作任务劳动合同应属于附条件的法律行为

当事人为法律行为时,为更好地谋划未来,排除不确定风险,可以利用条件或期限两种法律制度。条件是指法律行为效力的发生或消灭系于将来成就客观上的不确定之事实。期限则是指法律行为效力的发生或消灭,系于将来确定发生的事实。条件和期限之间的主要区别,在于条件针对客观上不确定的事实。条件和期限之间的主要区别,在于条件针对客观上不确定的事实,期限针对确定发生的事实。虽然这类劳动合同名称上明文包含有"期限"; 两字,但将其归之于附条件法律行为更为妥当。因为"完成一定工作任务"在客观上当属于不确定的事实,换言之,完成工作任务虽属确定,但不完成的可能性仍然存在,或者能力所限未能完成,或者因任务过于艰巨而致客观上不可能完成,甚至劳动者在完成指定任务之前死亡,亦属可能。

工作任务劳动合同是附解除条件的法律行为。附解除条件的法律行为,在条件成就时,终止生效;解除条件不成就时,法律行为继续发生期限效力。"以完成一定期限劳动任务为期限的劳动合同,是指用人单位与劳动者书面约定以某项工作的完成为合同终止条件的劳动合同。"完成一定工作任务"这一条件成就,该类合同即解除:相反,工作任务未完成时,该劳动合同继续有效。

（二）工作任务劳动合同不宜归类为附期限合同

原则上讲,所有劳动合同均是有期限的。期限是使法律行为效力的发生或消灭系于将来确定的事实。期限可区分为始期和终期,前者于期限届至时发生效力;后者则于期限届满时丧失效力;后者则于期限届满时丧失效力。同意法律行为同时附始期和终期,十分常见。劳动合同是同时附有始期和终期的法律行为。自用人单位用工之日起,劳动合同生效;以完成一定工作任务为期限的劳动合同自劳动者完成指定工作任务之日,劳动合同终止;固定期限劳动合同自约定期限届满终止;无固定期限劳动合同自劳动者达到退休年龄而终止。

工作任务劳动合同不宜归入附期限合同。有一种观点认为工作任务合同实际上属于特殊的固定期限劳动合同。然而,笔者认为,工作任务劳动合同是一种独立的劳动合同,不宜归入固定期限劳动合同。一方面,虽然工作任务完成无一例外都有具体、明确的时间,但该类合同的终止,不是基于这个时间点的到来,而是因为"工作任务完成"这个条件的成就。没有"工作任务完成",就没有该类劳动合同的终止。这显然区别于固定期限劳动合同,后者的终止仅仅因为约定的具体时期到来。另一方面,工作任务劳动合同中劳动者享有的权力在有些方面不同于固定期限劳动合同。例如,该类合同不存在续签的可能,用人单位不受应当签订无固定期限劳动合同的法定约束等。

三、附条件劳动合同利益的保护

法律行为附条件时,在条件成就之前处于不确定状态。在此期间,当事人受其法律行为的约束。附条件劳动合同当事人任何一方,不得当放撤回约定的条件。当事人均有主意义务,使法律行为所企图实现的效果于条件成就时得以实现。因条件成就而取得某种权利的先行地位,王泽鉴先生将附条件利益称为"期待权"。该附条件利益应当受到法律保护。

（一）条件成就与不成就之判断及其制约

在这类劳动合同中,因解除条件成就或不成就,对合同当事人双方利益不同,为了约束贪图不发利益的当事人,对所设条件之成就或不成就的判断及制约就显得至关重要。应关注当事人以

不正当行为阻止条件成就或者促成条件成就的情形。因条件成就而受不利影响的当事人，如以不正当行为阻止条件成就的，应当视为条件已成就。

所谓“不当行为”，是指基于一般社会观念，依诚信+原则衡量而确认为不正当的行为，包括积极的与消极的不正当行为在内，且均须为故意行为。对与劳动者而言，只要工作任务未完成，该劳动合同就始终有效。如果劳动者出勤不出力或者怠于工作或其他原因，故意使工作任务迟迟不能完成的，则该条件可以考虑视为已经成就。相反，对与用人单位而言，工作任务一旦完成，劳动合同即行解除。如果用人单位通过不正当行为促使劳动者工作任务“提早”完成的，应当视为条件不成就。例如，用人单位为了解除劳动合同。提前终止某项工作，或者视尚未完成的工作为已经完成，应当视为条件不成就，继续维持劳动关系。

（二）损害赔偿责任

《劳动合同法》未就故意损害条件成就或故意损害条件不成就可能给相关当事人造成的损失如何救急做出明文规定。中国台湾地区“民法”明文保护期待利益。“附条件之法律行为当事人，于条件成否未定前，若有损害相对人因条件成就所应得利益之行为者，负赔偿损害之责任“。笔者认为，如果《劳动合同法》如能借鉴台湾地区“民法”上有关损害赔偿责任的规制，对于该类劳动合同的规范将会更周全。

四、工作任务劳动合同必备条件探讨工作任务劳动合同应当包括哪些条款，立法上并不明确。

（一）一般劳动合同必备条款是否完全适用于工作任务劳动合同

关于劳动合同的必备条款，法律有明文规定。《劳动法》第 19 条规定，劳动合同应当具备下列条款：劳动合同期限、工作内容、劳动保护和劳动条件、劳动报酬、劳动纪律、劳动合同终止条件以及违反劳动合同的责任。《劳动合同法》第 17 条规定，劳动合同必备条款包括当事人双方姓名等身份信息、劳动合同期限、工作内容和地点、工作时间和休息休假、劳动报酬、社会保险、劳动保护、劳动条件和职业危害防护以及法律、法规规定应纳入劳动合同的其他事项。

（二）这类劳动合同的必备条款

当事人身份信息、劳动合同期限、工作内容和工作地点、劳动质量、工作时间和休息休假、劳动报酬、社会保险及其他保险福利待遇、劳动保护、劳动条件和职业危害防护、劳动合同的解除、终止和经济补偿，当然构成工作任务合同的必备条款，应当在合同中明确约定。

1、关于工作内容和工作地点。劳动者是否必须在用人单位控制或管理的区域内履行劳动义务，还是可以根据工作需要和方便而自由选择工作地点？这取决于工作任务本身的特点，当事人双方应当在合同中明确约定。

2、工作时间和休息休假，完成工作任务的劳动者的工作时间受《劳动法》保护，同样享有法定的休息休假权利。

3、劳动报酬。采用何种工资形式由双方协商约定。用人单位采用月工资形式的，应在每月固定日期或之前以货币形式向劳动者支付工资；采用其他工资形式，按约定时间和方式支付。

4、劳动保护、劳动条件和职业危害防护。工作任务合同的劳动者，是在完成用人单位指定的劳动任务，雇主有义务提供适当的劳动保护，保证劳动者职业劳功的安全。

5、劳动合同的解除、终止和经济补偿。关于工作任务劳动合同终止时，用人单位是否应当向劳动者支付经济补偿金，《劳动合同法》第 46 条规定“用人单位应当向劳动者支付经济补偿”的法定情形时未明确涉及。但是，《劳动合同法实施条例》第 22 条弥补了此缺漏。明定“以完成一

定工作任务为期限的劳动合同因任务完成而终止的，用人单位应当按照劳动合同法第 47 条的规定向劳动者支付经济补偿"。

五、工作任务劳动合同的适用

对于适合签订工作任务劳动合同的岗位，用人单位可以与劳动者签该类劳动合同。但是，并非所有岗位或工作均适用于签订以完成一定上作任务为期限的劳动合同。鉴于 . 工作任务劳动合同不存在连续签订两次劳动合同后第三次必须签订无固定期限劳动合同的法定约束 ,对于用人单位有利。实践中，部分用人单位利用此劳动合同规避无固定期限劳动合同的签订。《劳动合同法》施行以来，滥用以完成一定工作任务为期限的劳动合同的情况客观存在。

（一）可以适用于签订工作任务劳动合同的工作

这类工作应具有一定独立性。这类劳动合同的共同特点是以完成一定工作任务为目标，且以完成这个目标为期限，故该工作任务需要具有独立性，否则，不宜适用这类劳动合同。通常，该类劳动合同可适用于下列几种工作：单项工作、可按项目承包的工作、用工具有明显时间或季节规律性的工作、其他双方约定的以完成一定工作任务为期限的工作。

工作任务合同最常见的适用领域是工程建设。因为该类劳动任务明确，独立性强，且工作成果可以甚至必须单独验收。工作任务劳动合同并非一律适用于工作量不大、完成工作时间不长的工作。具有下列情形之一的，可以考虑签订工作任务劳动合同：第一，以完成单项任务为期限的劳动合同。例如，承建软件设计、创意工作：主持某档电视或电台的节目等。第二，以项目承包方式完成承包任务的劳动合同。例如，城市建设领域的房屋拆迁，承担拆迁、建设工作的单位为了完成一定区域内的房屋拆迁、垃圾清运等事项，以及一些季节性、临时性的工作，可以签订以完成一定工作任务为期限的劳动合同。第三，具有时令或季节特点的用工的劳动合同。例如收割农作物、种植林木等。第四，其他适合约定工作任务合同的情形。

（二）不适用该类劳动合同的情形

无论用人单位或者劳动者，签订这一类型的劳动合同均需要谨慎。在确实了解该类劳动合同的意义并适合签订这类劳动合同时，才予签署。

对于经常性工作或者重要岗位的工作通常不适宜签订工作任务劳动合同。第一，日常工作岗位。没有独立性的岗位，应当避免签订这种合同。第二，管理工作岗位。这种岗位的工作连续性强，不适宜这种合同形式。第三，关键技术岗位等工作。此类岗位需要有连续性。不宜签订这种形式的劳动合同。如果企业只是为了规避经济补偿金，在不适合签署这种劳动合同的情形下签署了这种劳动合同并且借用这种劳动形式，有可能得不偿失。这样做不利于企业职工的稳定和凝聚力的形成。

用人单位利用工作任务劳动合同合理规避签订无固定期限劳动合同的，只要没有违反《劳动法》和《劳动合同法》，在法律上无可厚非，这既是趋利避害之结果，也是现行劳动合同法对合同合同规制所存在的某些缺漏所致。

（三）该类劳动合同当事人双方的权利义务

这类劳动合同当事人双方基本的权利和义务，原则同于其他两类劳动合同。诸如根据《劳动合同法》第 17 条规定，凡是劳动合同都须办理社会保险，签订工作任务劳动合同的，用人单位同样应为劳动者办理社会保险；；向超时劳动的劳动者支付加班费、劳动合同终止时用人单位应当向劳动者支付经济补偿金等等。

关于该类劳动合同的解除。《劳动合同法》第 36 条至第 41 条明文规定了劳动者或用人单位解除劳动合同的法定事由。《劳动合同法实施条例》第 18 条、第 19 条分别就劳动者解除劳动合同的事由、用人单位解除劳动合同的事由作了统一规定，即在 13 种情形下，劳动者有权解除包括以完成一定工作任务为期限的劳动合同在内的劳动合同；凡具有法定 14 种情形之一的，用人单位有权解除以完成一定工作任务为期限的劳动合同在内的所有劳动合同。其中包括由于劳动者不能胜任所承担的工作任务 ,明显难以完成指定工作任务 ,用人单位可以提前解除该类劳动合同。

六、立法完善建议

（一）适当提高这类劳动合同的法律地位

以完成一定工作任务为期限的劳动合同的法律地位偏低，对劳动者是否公平，值得商榷。

首先，这类劳动合同的法律地位低于固定期限劳动合同，更低于无固定期限劳动合同。根据《劳动合同法》，在工作任务劳动合同关系中，劳动者的劳动福利明显低子其他两类劳动合同关系中的劳动者，有被视为“临时工”之嫌。一方面，在法律上，这类劳动合同没有转为无固定期限劳动合同的可能性。劳动者完成工作任务后，该劳动合同当然终止。另一方面，该类劳动合同不存在续签可能。这类劳动合同是以某项工作开始之日为其期限起算之日，以劳动者完成该项工作之日为合同期限终止之日，存在变更、解除、中止（双方协议暂停履行）或终止的情形，但不存在合同续签问题。故这类劳动合同的劳动者，难有机会适用《劳动合同法》第 14 条第 1 款第 1 项“劳动者在该用人单位连续工作满 10 年的”应当签订无固定期限合同。

其次，立法确立其较低的法律地位似无充分正当性。从存续时间看，与固定期限劳动合同相比较，工作任务劳动合同的存续期间并非一定更短，甚至可能长于两个固定期限劳动合同之期限总和。但是，按照《劳动合同法》。工作任务劳动合同不可能因此改变其性质，也没有转化为其他两类劳动合同的可能，它不能给劳动者带来长远的可期待利益。从劳动的复杂性看，工作任务劳动合同之劳动 ,其复杂性并不必然低于固定期限劳动合同 ,也不当然低于无固定期限劳动合同。既然劳动者所完成的劳动之难度不亚于其他两类劳动合同 ,却将工作任务劳动合同归入较低地位的劳动合同显然没有足够理由。

为此，应当赋予这类劳动合同至少与固定期限劳动合同的“同等待遇”。无论是将这类劳动合同理解为“特殊的固定期限劳动合同“或者是附条件的劳动合同，其法律地位理应不低下固定期限劳动合同，因此，不宜将这类劳动合同定位类似于“短工”，甚至与非全日制用工形式无异。

（二）进一步规范工作任务劳动合同

对于这类劳动合同的标准、适用范围等，立法没有明确规制，令人担忧。《劳动法》规定这类劳动合同时，仅使用“以完成一定工作任务为期限的劳动合同“概念，并无其他规制。《劳动合同法》虽然在规制劳动合同类型时明确工作任务劳动合同为其中一类 ,但立法没有相关后果规定。《劳动合同法实施条例》第 22 条规定“以完成一定工作任务为期限的劳动合同因任务完成而终止的。用人单位应当依照劳动合同法第 47 条的规定向劳动者支付经济补偿”但也无其他补充或解释。这使得该类劳动合同有可能被滥用，从而成为劳动合同短朔化的“方便之门”

1、正确认定和处理有规律性的持续时间较长的工作任务劳动合同当事人之间的关系，例如，季节性明显、有规律性地持续数年甚至十余年的工作任务劳动合同，如果仍将其视同第一次签订 6 个月期限的劳动合同关系，对于劳动者而言，是明显不公平的。

2、加班费如何计算，完成工作任务劳动合同履行过程巾，劳动者加班劳动的，当然依法享有加班报酬权。但是。如果劳动合同就劳动报酬作了总括约定的 ,劳动者是否仍享有加班报酬权，

理解可能会有不同。需要立法加以明确。

3、如何正确适用休息休假，这类劳动合同的履行，理当遵守《劳动法》等法定工时制度的规定。不过，这毕竟是工作任务合同，工作的独立性较强，其工作时间是否也具有一定灵活性，要视合同约定及工作任务本身而论。关于休息休假的弹性空间可能比较大，立法最好对此作出原则性规定。

（三）适当限制这类合同的适用范围

在现行法上，工作任务劳动合同的使用未受到明文限制，这是否适当，值得研究。在《劳动合同法》上，无固定期限劳动合同常态化，固定期限劳动合同的使用受到法律较为严格限制。然而，对于以完成一定任务为期限的劳动合同，除了有可能依据“劳动者在该用人单位连续工作满10年”应当签订无固定期限劳动合同的保护外，别无其他约束，工作任务劳动合同是否会成为用人单位规避责任的“避风港”？例如，修建一个水路，劳动关系签订工作任务劳动合同，结果水库修建耗时3年或5年，任务完成，劳动者就得“走人”，别无选择。签订这类劳动合同的劳动者，其权利保护较弱。

总而言之，工作任务劳动合同作为一种新型劳动合同，既便于用人单位吸收适当劳动者完成特定工作，又方便劳动者发挥自身特长从事特定工作，适应灵活用功的需要。但应当改变《劳动合同法》及其实施条例对该类劳动合同定位偏低、规制不全的现状，明确其适用范围，提高对这类劳动合同中劳动者的保护水平，对防止用人单位滥用以规避雇主应当承担的义务与责任，减少或避免争议，切实保护劳动者的正当权益。、

参考文献

1、《中华人民共和国劳动合同法（草案）》第一次审议稿第9条。参见李国光主编；《劳动合同法教程》，人民法院出版社2007年版，第573页。

2、王泽鉴《民法概要》，中国政法大学出版社2003年版，第121页。

3、林诚二《民法总则》（下册），法律出版社2008年版，第418页。

非上市公众公司，值得关注的法律服务区域

北京大成（合肥）律师事务所　周茂铭

摘　要：2013 年 3 月 1 日证监会颁发《非上市公众公司监督管理办法》及其实施配套规则。通过部门法规的法律形式确定了“非上市公众公司”的法律定位、范围、活动形式等内容，为资本市场构建了健康发展的法律体系，目前资本市场以股权交易为中心的“新四板”呼之欲出。从公司规范性角度厘清非上市公众公司的内涵，揭示发展过程中非上市公众公司形态，明确非上市公众公司在资本市场中衔接作用，强调监管办法对非上市公众公司具有提升公司运营管理水平、融通资金、激发科技创新能力的效用。描述了律师为目标公司提供专项法律服务的基本要点和操作规程。力图紧跟社会经济热点问题，积极拓展新的法律服务领域，提供优质服务产品，寻找律师业务新型增长点。

关键词：非上市公众公司　监管办法　操作规程　对目标公司激发作用

背　景：长期以来，针对非上市公众公司的监管一直都处于模糊地带。特别是近年来随着各地非法发行和非法证券经营案件不断出现，加强对非上市公众公司的监管已经是迫在眉睫。为此，监管部门在 2006 年就积极筹备成立相关部门，以对公开发行股票但不在证券交易所上市的股份有限公司实施监管。业界也有人将其通俗地称为“发行二部”。而“非上市公司监管办公室”的成立则意味着，对非上市公众公司的监管已正式纳入法制轨道。

2013 年 1 月 1 日中国证券监督委员会颁发的《非上市公众公司监督管理办法》(以下简称“监管办法”) 开始实施了。中国证监会同时配套规则有：《非上市公众公司监管指引第 1 号——信息披露》、《非上市公众公司监管指引第 2 号——申请文件》、《非上市公众公司第 3 号——章程必备条款》同时予以公布。

非上市公众公司作为一种公司形态是企业提升管理水平、融通资金、激发科技创新能力的重要方式。据证券时报 2013 年 5 月 24 日报道：全国中小企业股转系统公司副总经理陈永民表示，今年，新三板试点扩容的预期是明确的。今后，新三板将突破国家高新区的限制扩大到全国股份公司。他说，本月初，国务院常务会议明确提出要扩大试点方案后，意味着新三板扩大试点的预期已经明确。目前，新三板挂牌企业仅限于四个园区，今后会逐步扩大到全国，并突破国家高新园区的限制扩大到全国的股份公司。近来，华安、国元等主力证券公司为主，组建的安徽省股权交易中心应运而生，省金融办力推动安徽创新型企业通过股权交易平台促进公司发展。

哲学语境：存在就有其合理性。非上市公众公司存在着就一定有其存在的条件和土壤，在现实条件中由其存在的合理性。作为法律人应当选取独特视角，依据现行公司、证券法律规范对“非上市公众公司”的准确内涵加以甄别、比较，从概念中寻找到法理的渊源支撑。因此，对于非上市公众公司的法律形态有必要在概念上加以厘清，内涵到形态上方可持久地健康发展

一、非上市公众公司的概念溯源与法律定义

非上市公众公司，简单地从字面去理解，前字段表明该种公司是不上市的，所谓非上市也；后字段理解不上市但是又具有了公众公司的形态。何谓公众公司？“从本质上讲，公众公司是个对称，是相对于私人公司而立的公司形式。大体上公众公司是对公众公开发行股票的公司，其投

资者是不特定的公众或者特定多数以上的投资群体”[1]。非上市公众公司在已有公司法律制度中又是如何定义的？有必要追根溯源，从中国现行公司法律制度中探究“非上市公众公司”的前世今生。

首先、我国《公司法》相关规定去查找，无法看到“非上市公众公司”在立法层面上已经具有的语义确定、规范严谨、逻辑清晰的法律形态定义。依据《公司法》第 2 条：本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。有限责任公司从信用基础上讲，“公司法对有限责任公司的许多规定，使其既体现出资合性又体现人合性以及封闭的特点。”[2]有限责任公司具有股东人数有限制、公司资本股东认缴不得向社会募集、股东出资转让相对其他股东非优先下不得对外转让等属性，所以有限责任公司封闭性的法律形态明显有异于非上市公众公司具有的“开放性”的公众性质。另外，非上市公众公司又与股份有限公司“攀亲”，股份有限公司设立方式依据公司法规定，可以采取发起设立或者募集设立的方式。该法又规定，设立股份有限公司应当有二人以上二百人以下为发起人，其中须有半数以上的发起人在中国境内有住所。显然，股份有限公司 200 人以下是有明确规定的，《监管办法》对非上市公众公司的股东人数的组织形式上已经完全突破了，股东累计可以超过 200 人，非上市公众公司的法律形态与《公司法》语境下股份有限公司又具有不同之处。

再看《证券法》的相关规定，该法第 10 条：公开发行证券，必须符合法律、行政法规规定的条件，并依法报经国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门核准；未经依法核准，任何单位和个人不得公开发行证券。第二款规定：向不特定对象发行证券的；向特定对象发行证券累计超过二百人的；法律、行政法规规定的其他发行行为。证券法对于公众公司形态也无具体性的法律描述，一般认为公众公司具有下列特征：1、向特定多数公众发行了股票的股份有限公司；2、向特定对象发行股票累计超过二百人的股份有限公司；3、有法律和行政法规规定的其他发行行为的公司。

同时，有些律师认为：从法律上来说，已上市公众公司有特定名称“上市公司”，《公司法》第 121 条将已在证券交易所上市交易的股份有限公司赋予专有名称“上市公司”，《监管办法》将非上市公众公司简称为“公众公司”，“公众公司”也就专指“非上市公众公司”。因此，从法律上可以将股份有限公司区分为三类： 上市公司、公众公司 非公众公司。[3]上述观点，已经将股份有限公司划分了三种形态，但这样对股份有限公司形态上的划分仅为一家之言，在现有公司与证券法律制度中未予以确定之。

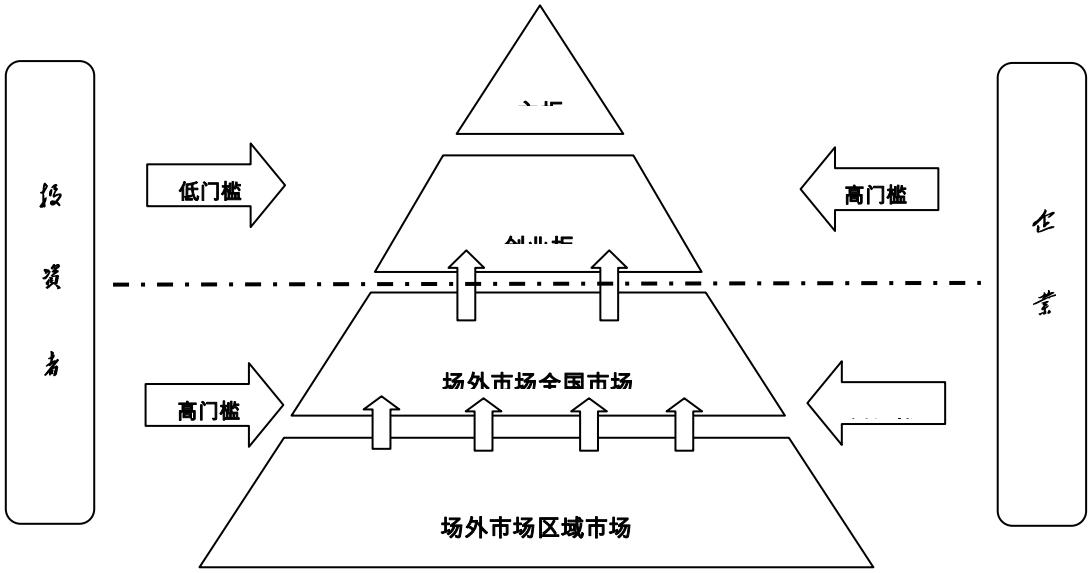
非上市公众公司的定义，《监管办法》第 2 条：“本办法所称非上市公众公司（以下简称公众公司）是指由下列情形之一且其股票未在证券交易所上市交易的股份有限公司：（一）股票向特定对象发行或者转让导致股东累计超过 200 人；（二）股票以公开方式向社会公众公开转让。该管理办法附则第 62 条：本办法所称股份有限公司是指首次申请股票转让或定向发行的股份有限公司；所称公司包括非上市公众公司和首次申请股票转让或定向发行的股份有限公司。

由鉴于此，非上市公众公司是否属于《公司法》规定新的公司形态，是否可以看成是在有限责任公司和股份有限责任公司之外的公司形态“创新”？。非上市公众公司法律形态是受公司法调整，但又具有不同于公司法所确定公司基本形态特点而存在的一种公司形态。非上市公众公司就是未进入上市程序的公众公司，本质上讲它是公众公司，因此它承担着公司治理完善、披露信息义务、股权变动和公司纠纷处置上有硬性要求。但是它因未达到上市条件或者公司不选择上市，在公司股份转让、信息披露程度、公司治理要求等方面无论是监管、要求和规范上与上市公司又有很大不同的公司形态。

二、资本市场发展状态和非上市公众公司设立的意义与作用

1、非上市公众公司从制度设计到实践中存在价值，其重要之处是提供了公司通过股本交易的“路线性”思考，激发中小投资主体发展热情，构建资本市场中初级阶段，解决中小公司发展中诸多问题。目前我国资本市场大的板块主要是主板、创业板、全国性的股权交易市场以及区域性股权交易市场（OTC）四大板块构成。如果形象进行比喻的话：主板是规范的顶级阶段，创业板属于中级阶段，各种股权交易市场是初级阶段。

资本市场分布具体如图：



非上市公众公司交易行为主要活动区域目前限于场外市场全国市场和场外市场区域市场两个区域，这样两个区域提供了公司进入资本市场的初级训练，非上市公众公司活动范围是在交易场所而非证券交易所，非上市公众公司在通过初级资本市场中练好“升入”主板市场的功夫；强化目标公司管理水平，提升股权交易、融资能力，激发科技创新能力等。

通过这样场外市场全国市场和场外区域市场两个基础资本市场交易，主要是通过吸收股东、流通资本两种方式：

第一种情形多为出于实行股权激励计划或引入战略（财务）投资者的目的进行发行或转让行为后，股东超过二百人的公司。包括 PE/VC 的介入。

第二种情形指在依法设立的证券交易场所包括各类产权交易所（股权交易所）、全国中小企业股份转让系统（即新三板）上挂牌转让的公司，进行股权挂牌交易，促成股权交易、转换，实现公司资产流通。

2、通过《监管办法》在制度上对非上市公众公司主体资格进行了确立，对公司发展的意义、作用。

（1）《监管办法》赋予了非上市公众公司法律身份，解除了历史遗留的股东超过 200 人的制度藩篱，为其进入资本市场扫清法律上的障碍。

（2）解决中小公司发展过程中的方向性问题。很多公司渴望上市并把公司“上市”作为企业发展的重要阶段目标和外观形象骄傲。但公司上市门槛之高、之难不是所有企业都可以达到的。提供一个初级阶段课程练习，不能讲不是《监管办法》中关于非上市公众公司制度设立的基本由

衷之所在。

（3）非上市公众公司法律身份确定后具有了进入资本市场的权利能力，监管部门以公司进入资本市场的门槛、监管水平作为手段，按照从低级到高级的发展路径进行了设定，分好“班级”。非上市公众公司通过股权交易为纽带进入资本市场，起步从低年级就学，提升管理水平，适应上市公司运营规则，解决好成长过程中可能出现的公司内、外问题（包括公司发展战略、公司盈利—增长—模式、薪酬制度、股权激励计划、信息披露、财务制度、股票发行、定向转让等），学好基础课程，练好内功，引导其逐步升级。

三、作为律师，我们在非上市公众公司中的服务地位与任务

老生常谈一句话：律师服务“内功”为先，后天、地、人辅之。

作为提供专项法律服务的律师，如果要从公司法律顾问服务上去探寻，当公司初创时期可能我们已经介入，公司成长、壮大的规模运行，到协助公司股份制改造、草拟“三会”决议、参与公司治理制度建设、制定公司章程和议事规则等法律文件使之成为非上市公众公司。《监管办法》本身为律师在公司与证券法律服务中，提供了很多智慧成果和服务操作规程：

1、强化公司自治能力、明确规定了律师作用和工作服务区域。

（1）《监管办法》赋予了律师很多管理责任和履责拒绝的条款规定。

比如《监管办法》第5条：“为公司出具专项文件的证券公司、律师事务所、会计师事务所及其证券服务机构，应当勤勉尽责、诚实守信、认真履行审慎核查义务，按照依法制定的业务规则、行业执业规范和职业道德准则发表专业意见，保证出具文件的真实性、正确性和完整性，并接受中国证券监督管理委员会（以下简称中国证监会）的监管。第18条：公众公司应当在章程中约定纠纷解决机制。第30条：公司不得要求证券公司、证券服务机构出具与客观事实不符的文件或者阻碍其工作。律师事务所在《监管办法》中“排名”提高到会计师事务所及其证券服务机构之前，充分体现了律师在非上市公众公司法律服务全过程中的重要性，监管办法中关于律师工作的服务内容和职责更加明确、具体。

（2）《监管办法》及其配套的规范文件中关于非上市公众公司章程内容“刚性”要求凸显。证监会确定的非上市公众公司章程指引对非上市公司治理作了原则性规定，“公司章程应当符合本指引的相关规定”。比如对公司章程载明董事会对公司治理机制进行讨论、评估，章程应当载明公司的利润分配制度，公司、股东、董事、监事、高级管理人员涉及章程规定的纠纷处理机制等等。《监管办法》具体规制了公司章程的制定、实施以及依据公司章程所进行的公司规范运转的具体化内容，结合目标公司现实情况提出了必要的系统设计和解决方案，法律服务中律师专业素养和智慧经验是大有可为的。

（3）律师法律意见书为申请必备性核准文件。律师事务所需要在非上市公众公司实施并购重组行为、申请其股票向社会公众公开转让或申请定向发行时出具相关的法律意见书，该意见书作为非上市公众公司向中国证券监督管理委员会申请核准申请文件的重要组成部分。当然，律师在股东会决议、公司IPO、增发、配股等上市公司其他经营活动提供法律服务时，律师的法律意见书也是公司必须报送文件。《监管办法》中突出强调了律师工作及法律意见在目标公司的各个阶段必不可缺的重要性。

（4）律师在认真履行审慎义务基础上发表专业意见，保证出具文件的真实性、正确性和完整性。

《监管办法》对于律师工作审慎、尽职是非常具体性进行了规定，充分保障律师在为非上市

公众公司提供系统流程化设计、实施方案的完成。同时确定对律师在工作中未能勤勉、尽责处罚规定。监管办法在律师职责明确后，依法确定了法律服务过程中律师未尽职责的相关处罚规定。

最近证监委对于万福生科、新天地等或已经上市或撤回上市过程中违规行为进行了处罚，中介机构包括提供法律服务的律师事务所均受到了处罚。又有律师同行介绍："2010 年北京发生的律师尽职调查报告错误千万元赔偿案，2008 年广州律师被控合同诈骗案，2010 年北京律师李庄被控眨眼伪证案等等，只是一言不慎或者某些细节处理失当而已，结果却遭受了无法预料的巨大损失"。[4]另外，律师事务所在给非上市公众公司提供服务收费，受到交易机构限制性要求。一般律师提供全程法律服务收费不得超过 10 万元。由此可见，一方面律师提供法律服务收费受限，另一方面律师提供服务过程中职业责任不断加大的现实。

对此，律师行业内应当加强对包括非上市公众公司在内的，有关公司、证券律师执业过程中的风险控制与规避的业务研讨，充分保护律师执业流程安全的规范意见。

2、非上市公众公司强调了中小股东权益保护。

非上市公众公司股东累计超过 200 人，公众公司要点就是开放性，本身就意味着股东人数多，股权构成与比例复杂，公司中小股东多但并具有控股地位的特点，对于非上市公众公司中小股东权益保护：（提出关键 7 个控制点）

（1）章程有规定；

（2）知情要透彻；

（3）投票要规范；

（4）议事要公开；

（5）讨论与评估；

（6）制约要明确；

（7）纠纷有机制。

3、非上市公众公司章程关于公司治理结构制度设计、规范要求，是律师专业性和智慧性工作的集中体现。要充分考虑到公司长远发展目标，和众多股东利益关系，保持公司运行动态平衡，兼顾股东现实要求与目标公司长远利益。

（1）股东身份确定、股票登记存管及股东名册管理；

（2）股东知情权、参与权、质询权、和表决权的权利行使的具体安排；

（3）控制股东和实际控制人诚信与赔偿责任承担；

（4）股东保护和平等权利讨论、评估；

（5）公司组织机构与人员；

（6）投票与回避规定；

（7）信息披露制度；

（8）利润分配制度；

（9）股票非公开转让的特别约定；

（10）纠纷处理机制。

4、章程约定纠纷调处和解决机制。《监管办法》第十八条：非上市公众公司应当在章程中约定纠纷解决机制。

（1）纠纷机制建立与明确是章程中必备条款；包括确定股东权利和义务、违约责任、承担责任方式、纠纷处理方式（诉讼与仲裁）及其管辖地的选择。

（2）纠纷前置程序设立

①包括投票决定机制，通过投票方式对章程议定事项进行民主表决，对投票结果执行具有效力；

②协商沟通机制，股东会可以形成决议授权监事会、股东对议定事项在股东之间进行斡旋、沟通，协调后所形成意见具有效力；

③股东利益协调一致后与公司控股股东与实际控制人之间谈判机制，达成相互妥协，避免公司动荡，陷入僵局；

④股东采取诉讼与仲裁告知程序，公司股东的任何一方在启动诉讼或仲裁程序前应当提前告知相对方。股东启动法律手段解决问题提前告知程序，相当于向对方“宣战”，不能“偷袭”，考虑到诉讼或仲裁提起后对公司运营的深度影响而进行预警，公司采取必要行动予以干预解决。必须说明：设立启动诉讼与仲裁手段的告知程序，绝对不是为了阻断或妨碍当事人行使法律赋予的救助权，寻求法律介入解决公司纷争。

（3）诉讼或仲裁方式选择；依据诉讼法律制度中管辖地约定，依据仲裁法，仲裁方式与仲裁机构的事前约定，事后选择等等。

四、律师办理非上市公司法律事务操作流程。使非上市公众公司挂牌后公司运行规范，逐步熟悉并习惯上市规则，为直通 IPO 打下基础

上市与挂牌是人为区分的两个概念。根据现行法律和资本市场发展态势，“上市”应该仅指在“证券交易所”上市交易。进入在新三板或其他区域性股权交易平台进行交易的，不能称之为“上市”，而只能称为“挂牌”。所以，前者指证券交易所比如上海证券交易所，后者叫交易场所比如深圳前海股权交易中心、天津股权交易所。

非上市公众公司借道“挂牌”走绿色通道，逐步达成“上市”的目的。由挂牌公众公司升格成为上市公司的过程即“转板”过程，可以讲是一个企业稳步成长的战略选择，也是未来公众公司从挂牌到上市，制度上进行必要安排后的重要发展路径。

1、非公众公司定向转让导致股东超过 200 人成为公众公司的。

（1）定向转让应该以非公开方式协议转让，签署转让协议；

（2）向证监会申请核准前，应通知所有股东；

（3）应当自转让行为发生之日起 3 个月内向证监会申请核准；

（4）申请文件包括：定向转让说明书、法律意见书、审计报告等；

（5）公司、董事、监事、高级管理人员对定向转让说明书签署书面确认意见书，保证所披露信息真实、准确、完整；

（6）豁免情形：3 个月内股东人数降到 200 人以内的，可以不向证监会提出申请。

2、非公众公司公开转让股票成为公众公司的。

（1）董事会就公开转让具体方案作出决议并提请股东大会批准；

（2）股东大会经三分之二以上表决，通过审议；

（3）其中股东会和董事会决议中包含有修改章程、健全法人治理机制、履行信息披露义务的相关内容；

（4）文件包括：公开转让说明书、律师事务所出具的法律意见书、具有证券从业资格会计师事务所出具的审计报告、证券公司推荐文件、证券交易场所审查意见等；

（5）公司、董事、监事、高管对公开转让说明书签署书面确认意见，保证所披露信息真实、准确、完整；

（6）提前披露公开转让说明书；

（7）证监会受理申请；

（8）证监会审核公司治理、信息披露等内容；

（9）证监会决定是否核准并出具相关文件。

3、非公众公司定向发行股票导致股东超过 200 人成为公众公司的。

（1）董事会就公开转让具体方案作出决议并提请股东大会批准；

（2）股东大会经三分之二以上表决，通过审议；

（3）其中股东会和董事会决议中包含有修改章程、健全法人治理机制、履行信息披露义务的相关内容；

（4）文件包括：公开转让说明书、律师事务所出具的法律意见书、具有证券从业资格会计师事务所出具的审计报告、证券公司推荐文件、证券交易场所审查意见等；

（5）公司、董事、监事、高管对公开转让说明书签署书面确认意见，保证所披露信息真实、准确、完整；

（6）提前披露公开转让说明书；

（7）证监会受理申请；

（8）证监会审核公司治理、信息披露等内容；

（9）证监会决定是否核准并出具相关文件。

（10）公司可申请一次核准，分期发行。3 个月内首期发行不低于百分之五十，其余十二个月内发行完毕，超期未发行的需要重新核准，每期发行后 5 个工作日内将发行情况报证监会备案；

（11）全部发行完毕后，编制并披露发行情况报告书；豁免定向发行申请核准的，也应当编制并披露发行情况报告书；

（12）公司、董事、监事、高管（均以在公司职位的个人名义）对发行情况报告书签署书面确认意见，保证所披露信息真实、准确、完整。

4、特定对象的规定

（1）范围：股东、董事、监事、高管、核心员工、适格投资者；核心员工须经董事会提名，监事会确认；股东大会审议批准；

（2）特定对象中除股东外，其他投资者合计不超过 35 名；

（3）公司应对发行对象身份确认，签订包含风险揭示条款的认购协议。

西谚云：“弱者等待时机，强者创造时机”。面对飞速变化、发展的中国资本市场，法律人不能“缺位”，应当充分运用我们的职业素养和思想智慧，选择好职业角度顺势而上，发出法律职业人的独特声音。通过分析《监管办法》的相关规定，它触及到非上市公众公司从概念内涵、关系衔接、落实理解上有很多新生事物，这些诸多问题需要在理论上进行甄别，厘清逻辑关系。《监管办法》作为一项重要公司治理的法律制度，其前导和预设功能已经显现出来，结合实践还有许多操作细节问题未来应当明确并深化，从而能够彻底完成法律赋予的根本任务。

中国大陆的资本市场经历过投资收益率世界“倒数第二”的阵痛后，加强市场管理和秩序规范，重树投资者信心，从资本市场管理者、投资者到从业者对资本市场发展方向已经逐步清晰并有所确定。不断扩大投资者投资渠道，嫁接起通融平台，共同努力，繁荣中国各类资本市场，积极发挥资本市场助推实体经济规范运行的放大效应，不断满足社会与经济的发展需要。

“万卉摧剥后，忽见一枝擢秀，便触动无限生机。”《监管办法》颁行预示着资本市场春天来了；律师同仁，让我们一起做好工作准备吧！

参考文献

1、刘炤、徐明《非上市公众公司法律制度研究》[R]. 国务院法制办金融课题组，上证联合研究计划第 18 期课题报告。

2、赵旭东《商法学教程》，中国政法大学出版社 2004 年版。

3、丁旭 刘章印《公众公司的春天——《非上市公众公司监督管理办法》解析》,《资本市场法治网》，2013-5-25http：//www.chinacapitallaw.com/article/default.asp?id=9954。

4、高云著《思维的笔记（上）》,《法律人成长之道》 2013 年 2 月法律出版社第 1 版。

我国农村土地流转过程中的若干问题及建议

安徽见谛律师事务所　黄晓燕

摘　要：2013 年 1 月 31 日，中共中央、国务院《关于加快发展现代农业　进一步增强农村发展活力的若干意见》提出，建立归属清晰、权能完整、流转顺畅、保护严格的农村集体产权制度，激发农业农村发展活力。目前“三农”问题的焦点主要是农村土地问题，而城镇化进程中的农村土地问题尤为典型和关键。城镇化进程中农村土地流转制度研究，有利于加快我国城镇化进程，有利于提高农民的基本生活水平，有利于整个社会公平正义与全面建设小康社会目标的实现。因此着眼于改革与完善我国农村土地在流转过程中的一系列措施在理论和实践上具有重要意义。

关键词：土地承包经营权　集体建设用地使用权　宅基地使用权　流转

要全面了解我国农村土地流转的定义，首先要了解农村土地的含义。广义上的农村土地包括农民集体所有的土地和国家所有的依法由农民集体使用的土地以及国家所有的位于农村地区的土地。依据土地的用途又可以将其分为农业地、建设用地、宅基地和未利用的土地。本文所称的农村土地仅指农民集体所有的土地包括农业地、建设用地、宅基地以及未利用土地。

对于农村土地流转的定义，目前学者们未有一个统一的观点。从理论上看，完整的农村土地流转的含义应该是土地所有权的转移和土地使用权的流转两方面内容的结合，但由于我国农村土地所有权的流转只能在国家与集体这两个主体之间通过征收方式进行，是一种单向的流转，可以说农村土地所有权的流转即为征收。据此，笔者认为，农村土地流转仅包括集体土地使用权的流转这一个方面。具体来讲，是指通过转包、互换、入股、抵押等方式实现集体土地的使用权在不同经营主体之间转移，使农民或农民集体能够根据市场条件转移土地使用权，从而达到土地资源的优化配置。

许多学者在研究农村土地流转时往往仅以土地承包权流转作为其研究对象，对于土地流转的类型研究大多根据土地流转方式转包、转让、出租、互换、入股、抵押、继承、代耕来进行。但随着各地对农村土地流转的实践探索，宅基地使用权流转也成为可能。根据我国《物权法》对宅基地使用权的专章规定，宅基地使用权在法律上已经成为和集体建设用地使用权、土地承包经营权并列的权利，据此，笔者将农村土地使用权流转划分为土地承包经营权流转、集体建设用地使用权流转和宅基地使用权流转三方面。之所以这样分，正是基于这三种不同使用权流转方式的差异性，而这种差异性又将导致流转制度设计上的迥异。

一、农村土地流转的现状

（一）土地承包经营权流转现状

我国《农村土地承包法》对家庭承包土地经营权规定了四种主要的流转方式：转包、出租、互换、转让。除此之外另有两种有名流转方式，即代耕、入股。转包是指承包方在一定的期限内把自己承包的土地部分或者全部转给本集体组织中的其他农户的行为；出租指承包方将自己承包的土地在一定承包期内租赁给本集体经济组织以外的个人或单位的行为；互换在本质上是权利的交换；转让则意味着原承包方与发包方之间承包关系终止和新的承包关系的建立。转让和转包的不同之处在于：

1、转让后原承包经营合同关系终止，而转包后原承包经营合同关系继续有效；

2、转让后原承包经营关系中的权利、义务对原承包人与发包人不再产生约束力，而转包后原承包经营关系中的权利、义务仍然具有约束力。而土地经营权的互换和转让，两者区别在于，转让是土地承包经营权与价款的交换，互换则直接表现为相互间地块的交换，无须支付价款。入股是指土地承包经营权人将土地承包经营权作价入股，并按该股份收取一定的收益。以家庭承包方式获得土地承包经营权的，限于农户以农业生产为目的通过合作生产的方式入股。以家庭承包以外方式获得土地承包经营权的，则无此限制。这一流转方式目前在东部沿海农村采用较多，当地形象称之为“股票田”。

通过以上方式流转土地承包经营权时，需注意流转合同的效力问题，主要从以下几个方面进行审查：流转是否违背平等协商、自愿原则；流转是否改变了土地所有权的性质和土地的农业用途；流转的期限是否超过了承包期的剩余期限，超过部分应属无效；受让方是否具有经营能力；同等条件下是否考虑了集体经济组织成员的优先权；采取转让方式的须经发包方同意；采取转包、出租、互换或其他方式的，须向发包方备案；采取互换、转让方式的是否办理登记，未经登记，不得对抗善意第三人。

根据我国《农村土地承包法》第 49 条：“对以招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地，经过依法登记取得土地承包经营权证或者林权证书的，其土地承包经营权可以依法采取转让、出租、入股、抵押或者其他方式流转”。据此，我国部分县顺势探索开展了土地承包经营权抵押贷款相关试点工作。但对于土地承包经营权能否通过抵押流转，理论界尚存在不少争议。

（二）集体建设用地使用权流转现状

根据现行《土地管理法》规定，集体建设用地只在下列两种情况下才发生流转：一是农村集体经济组织与其他单位、个人以土地使用权入股、联营等形式共同举办企业的。二是符合土地利用总体规划并依法取得建设用地的企业，因破产、兼并等情形致使土地使用权依法发生转移。且使用集体建设用地只能是为兴办乡镇企业或乡（镇）村公共设施和公益事业建设需要，除此之外则不能发生集体建设用地使用权的流转。

虽然法律对集体建设用地流转持限制态度，现实中全国各地农村集体建设用地使用权流转都不同程度存在，并发展成错综复杂的“隐形市场”，民间流转禁而不止。如部分房企在农村集体土地上以“安居房”为名，实施房地产开发，建造的房屋向集体经济组织成员以外的人员出售，实质是规避征收程序，直接在集体所有的土地上变相进行房地产开发。

（三）宅基地使用权流转的现状

宅基地是农村土地的重要组成部分，宅基地使用权是农民建造住宅的物质保障，是农民安身立命的必要条件。宅基地使用权作为我国物权制度中的一种特殊形式，也是农民的一项最基本的财产权。宅基地使用权流转是法定主体依法取得宅基地使用权后将该使用权在“土地二级市场”以一定的方式处分，使其主体发生变化的法律制度。

《土地管理法》第 62 条规定“农村村民出卖、出租住房后，再申请宅基地的，不予批准”，可以看出国家还是肯定农村房屋是可以出售的，无禁止和干涉农村居民行使房屋所有权的立法意图。在现实中，本集体经济组织成员之间这类房屋买卖合同也是不少的，确认该类房屋买卖合同的效力需注意以下条件：

1、经本村委会同意；

2、转让人和受让人同为本村人；

3、转让人户口已迁出本村或“一户多宅”，如系一户一宅，须明确表明不再申请宅基地，并证

明其已有住房保障；

4、受让人无宅基地；

5、宅基地使用权与住房一并转让。

对于将房屋出售给本集体经济组织以外的成员的，因违反集体成员权属性而无效。此外，非自然人（法人或其他经济组织）购买农村住房的，因其不具有宅基地使用权人的主体资格而无效。

二、农村土地流转存在的问题

（一）现有法律法规、政策冲突与不足

我国目前有关规定农村土地流转的法律条文主要散见于《农村土地承包法》（2003 年 3 月 1 号施行）、《农村土地承包经营权流转管理办法》（农业部发布，2005 年 3 月 1 日起正式施行），《土地管理法》，《土地管理法实施条例》，以及《民法通则》、《物权法》、《合同法》等多部法律文件之中。立法的不完善和法律法规规定的不一致在我国农村土地流转问题上反应的比较突出。比如《土地管理法》第 37 条规定："承包耕地的单位或者个人连续二年弃耕抛荒的，原发包单位应当终止承包合同，收回发包的耕地"。但是，《农村土地承包法》及相关的解释、通知中规定，任何组织和个人不能以欠缴税费和土地抛荒为由收回农户的承包地，已收回的要立即纠正，予以退还。又比如《土地承包法》规定，通过招标、拍卖公开协商等方式承包农村土地，其承包经营权可以采取抵押方式流转，而司法解释又规定："承包方以其土地进行抵押或抵偿债务的，应当认定无效。"

现行法律关于农村土地流转的规定主要是站在国家层面角度，过分重视土地的保障性功能，在一定程度上影响了农村土地流转。

（二）集体土地产权的内在缺陷

我国现行农村土地产权的缺陷突出表现在两个方面：一是集体土地权属主体虚位，所有权界定不明。我国《宪法》规定：农村和城市郊区的土地除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有。关于集体所有的主体，根据我国现行法律规定，其表现形式有三种：乡（镇）农民集体、村农民集体和村民小组农民集体。但"农民集体"在我国现行法律中并没有明确界定，在现实中很难找到对应载体，结果导致土地被少数人控制，许多农民的土地经营权被侵害。二是农村集体土地使用权权能残缺，缺乏稳定性、安全性和排他性。如承包经营权下的几种权利：占用权、使用权、收益权和处分权都受到不同程度的限制，不具有真正意义上的独立性和完整性。

产权界定不清晰，产权归属就不稳定，土地流转市场就不能健康发育，30 年来土地流转市场不能健康发展的一个重要原因就是很难规范农民的土地产权。

（三）农村土地流转配套制度不足

1、农村土地流转纠纷解决机制不健全

从《农村土地承包法》实施后，农地流转有了法律保障，但随着农村土地承包经营权流转逐步合法化，规模也越来越大，纠纷也随之多样化。最高院 2005 年出台的《关于审理农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》试图解决这类纠纷，但该解释中的一些规定却与《农村土地承包法》相冲突。现有法律法规之间，法律与政策之间的矛盾冲突使得此类纠纷的解决面临尴尬。

农地流转案件涉及面广，矛盾突出，处理难度较大，目前多数农地流转纠纷诉到法院后，往往不能得到快速有效的解决。

2、农村社会保障制度落后

国家的社会保障制度建设力量始终是以城市为中心的，对于农村“只实行国家救济和社区互助为主的剩余式社会保障制度”,究其原因还是因为考虑到农民还有着土地这一生存保障,农村土地承载着的社会保障功能仍未消失。农民一直以来处于我国社会保障体系的底层,落后的农村社会保障反过来也使得农民对土地流转的意愿不强。

目前我国实施的农村社会保障制度包括农保和合作医疗保险两部分,农保正处在推广期,合作医疗保险覆盖面不广,报销程序复杂,受地区限制,核销比例不高,以及先支付后报销的规定在很大程度上降低了该制度的效率。

3、城乡户籍制度的阻碍

虽然现行户籍制度的形成有其深刻的可以理解的政治、经济原因,但是,它背后承载的劳动就业制度、医疗保健制度,以及在接受教育、转业安置、通婚子女落户等方面所衍生出的许多具体规定,整体上构成了一个利益向城市人口倾斜的社会生活的体系,不可避免的对农村土地流转制度改革形成了牵制作用。只有通过户籍改革,推动人口城市化进程,鼓励农民离土离乡,进入城市安家经商,减少对土地的直接依赖,才能激发农民流转土地的积极性。

（四）农村土地流转市场的不完善

土地市场与土地流转是一种辩证统一的关系,土地流转可以促进土地市场的发育和完善,而健全的土地市场又能为土地流转提供规范的交易场所,使土地流转更趋于合理化。

我国农村土地市场未能形成的主要原因有三个方面:一是农村社会保障制度的缺失导致农村土地承包经营权卖方市场发育不良。二是受让主体身份的限制性规定限制了买方市场的发展。三是政府引导不到位和中介机构的缺位。目前农村土地承包经营权流转尚处于自发阶段,缺乏政府引导和中介服务组织,农地价格评估制度也没有建立,政府对农地流转价格无指导性意见等等,均导致农村土地流转范围狭窄、内容简单,土地流转过程中出现了一些不规范现象。

三、推动农村土地流转的建议

（一）进一步建立健全农村土地流转法律体系

在前文的论述中,谈到了我国现有的关于农村土地流转的法律法规、政策之间存在冲突,今后的立法修订中应予以完善。《农村土地承包法》、《物权法》中关于土地流转方面的规定过于原则笼统,建议全国人大常委会考虑制定相关细则,就相关流转程序操作规定进行细化。

建议制定《中华人民共和国农村土地流转法》。明确界定农村土地流转中的产权主体、产权性质,明确规定农村土地流转出让方、流转受让方以及流转中介的权利义务关系,明确规定流转的原则和程序、流转期限和流转合同、流转权的保护及流转方式、争端解决和法律责任等。同时,明确规定流转土地的用途及奖惩机制,以确保农业用地底线和粮食安全。在《农村土地流转法》出台前,可由政府先行对土地流转价格出台指导性意见,以规范目前农村土地流转过程中价格混乱现象。

（二）创新农村土地产权制度改革

为解决集体土地权属主体缺位,建议取消农村土地集体所有制,建立土地“二级产权制”,即国家具有土地的“终极所有权”即“国土产权”,农民具有土地的“具体所有权”或“实际所有权”。赋予农民清晰稳定的土地使用权,强化权利的独立性,将占有、使用、收益、转让等明确规定在其使用权中。国家则根据土地“终极所有权”进行土地管理,其主要职能是执行土地社会管理的监控权和宏观调控权,完善农村土地管理立法与制定合理的政策,规范农地基本用途与使用制度,明确规

定农民对土地的不可为事项和国家为社会发展依法有价征用土地的权利。

为较好的解决土地所有与土地使用之间的矛盾，可以考虑赋予农民永佃化的土地承包经营权，即土地承包经营权即将成为农民永续享有的用益物权。如果土地承包关系总是不断调整（如当前为第二轮土地承包期，如不调整将面临第三轮、第四轮……），土地使用权的转让就不是很确定的，使人不敢转入也不敢转出，流转机制必然发育不起来。

（三）建立健全农村土地流转市场体系

为了配合农村土地承包权的权能建设，有条件的地方可建立起农村土地产权交易和租赁市场。例如：成都市成立了农村产权交易所，重庆市成立了农村土地交易所，浙江嘉兴市的县（市、区）建有农村土地流转服务中心，它们是全国农村土地流转发展较快的地区，也是土地流转市场建设比较好的地区。

建立完善的土地承包经营权登记制度，在县一级政府设立专门的土地承包经营权登记机关，规范土地承包营权的登记程序和内容，以保证其流转的安全有序。

建立农村土地流转价格机制，建立省、市、县、镇街联网的土地流转价格信息发布网络，向土地供应者和需求者传递土地流转价格变动的方向和幅度，传递土地流转供求等经济信息，作为土地流转市场交易的指导。

建立和完善土地产权评估机构、委托代理机构、法律咨询机构、土地抵押担保机构、农业保险机构、土地流转仲裁机构、农村金融机构等，保证土地承包经营权、农村集体用地使用权、农村房屋产权等农村土地产权流转的健康有序进行。

（四）完善配套制度，改善流转的外部环境

推进现行户籍制度改革，消除阻碍农村劳动力向城市转移的“城乡二元户籍”制度性障碍，给进城农民以市民待遇，为农村人口向城市转移提供制度性保障。

大力推进农村社会保障改革，完善农村社会保障体系，逐步将农村的社会保障由依靠承包地转为依靠社会保障制度。

开展农民培训工程，提高农民素质，提高非农就业能力，使他们成为先进制造业和第三产业的合格劳动者，让更多的农民离开土地，为土地流转创造条件。

参考文献

1、张俊文《农村土地流转的法律问题》,《中国不动产法研究》, 2010 年第六卷，120-128 页。

2、王忠林《我国农村集体土地流转制度研究》, 2011 年，第 127-133 页。

3、李小萍《我国农村土地流转制度的反思与完善》, 2011 年，第 6-10 页。

4、宋朝晖《我国农村土地承包经营权流转法律制度的缺陷及完善》,《农村经济》, 2009 年第 9 期，第 104-106 页。

5、周其仁《还权赋能：奠定长期发展的可靠基础一成都市统筹城乡综合改革实践的调查研究》, 北京大学出版社 2010 年版，第 24-26 页。

6、张峭，张安录等《永佃制——新农村建设背景下农地制度的改革方向》,《湖北社会科学》, 200 年第 3 期，第 62-66 页。

7、王卫国《我国农村土地制度的主要问题及研究路径》,《安徽农业科学》, 2008 年第 1 期，第 346 页。

8、王佳慧《关于土地制度与农村社会保障制度的思考》,《前沿》, 2005 年第 8 期，143 页。

论如何促进我省知识产权律师在科技创新法律服务中发展

安徽睿正律师事务所　王 宏

摘　要：科技创新是当下热门话题也是实现我国复兴的永久话题，科技创新中对知识产权法律服务的需求和律师在知识产权法律服务中如何有效发挥作用，需要供需双方合作共赢，在合作中尤其是我省知识产权法律服务需要多方努力方可形成共赢局面。

关键词：科技创新　知识产权法律服务　知识产权律师

前　言

本文笔者通过对科技创新的定义，内容，引申到其对知识产权法律服务需求的紧密关系，进而引出我省知识产权律师如何服务科技创新，如何在科技创新法律服务中求发展、大发展。

一、何为科技创新

科技创新是原创性科学研究和技术创新的总称，是指创造和应用新知识和新技术、新工艺，采用新的生产方式和经营管理模式，开发新产品，提高产品质量，提供新服务的过程。科技创新可以被分成三种类型：知识创新、技术创新和现代科技引领的管理创新。

原创性的科学研究或知识创新是提出新观点（包括新概念、新思想、新理论、新方法、新发现和新假设）的科学研究活动，并涵盖开辟新的研究领域、以新的视角来重新认识已知事物等。原创性的知识创新与技术创新结合在一起，使人类知识系统不断丰富和完善，认识能力不断提高，产品不断更新。信息通信技术发展引领的管理创新作为信息时代和知识社会科技创新的主题，也是当今时代科技创新的重要组成部分。

知识社会环境下的科技创新包括：知识创新、技术创新和现代科技引领的管理创新。知识创新的核心科学研究，是新的思想观念和公理体系的产生，其直接结果是新的概念范畴和理论学说的产生，为人类认识世界和改造世界提供新的世界观和方法论；技术创新的核心内容是科学技术的发明和创造和价值实现，其直接结果是推动科学技术进步与应用创新的良性互动，提高社会生产力的发展水平，进而促进社会经济的增长；管理创新既包括宏观管理层面上的创新——社会政治、经济和管理等方面的制度创新，也包括微观管理层面上的创新，其核心内容是科技引领的管理变革，其直接结果是激发人们的创造性和积极性，促使所有社会资源的合理配置，最终推动社会的进步。

知识创新、技术创新与管理创新是相辅相成的。知识创新是技术创新和管理创新的文化基础，没有新的理论学说和公理体系，不可能有技术创新和制度创新，技术创新反过来又为知识创新和管理创新奠定了必要的物质基础；管理创新则为知识创新和技术创新提供必要的微观与宏观环境。技术创新是社会发展的“硬件”，而知识创新和管理创新则是社会进步的“软件”，它们对国家的发展和社会进步起着关键性的作用，是社会进步的动力源。[1]

二、科技创新与知识产权法律服务的关系

（一）科技创新的过程和结果需要知识产权法律

1、知识产权法律制度建立的目的是保护智力成果。智力成果是科技创新的产物和结果，而科技创新的本身是建立在现有智力成果的基础上进行创造、突破，是对已有知识产权的再利用、再开发。

2、为了保护科技创新，就必须不断完善知识产权法律体系。完善法律体系的首要就是完善立法。只有立法完善，才有利于保护科技创新成果，才有利于科技创新活动的发展。

3、科技创新的特点决定了其需要知识产权法律知识的方方面面。如专利法律知识、商标法律知识、著作权法律知识、不正当竞争、网络域名、技术秘密等等知识产权法律知识。之所以涉及到这么多的知识产权法律知识，关键在于知识产权是一种法定的权利，是以国家法律法规为基础赋予给某些智力成果的权利。没有规定，就没有这些权利。而且，正因为有了这些权利、这些无形资产，企业才具备独到的市场竞争力、比较竞争优势。所以，企业科技创新离不开知识产权。

（二）科技创新所需要的知识产权法律服务主要指知识产权法律应用层面。

1、我国现有知识产权法律已经为科技创新提供了法律服务的基础——知识产权法律体系，“有法可依”之“法”。

例如在知识创新上，表现为对其载体提供保护的著作权法律规范；在技术创新上，表现为技术法规如企业的技术秘密，包括非专利技术、专利、工业版权如集成电路布图、地理标识等科技法律规范；在管理创新上表现为多种知识产权法律规范，如企业出于打造自身核心竞争力的目标，可以依赖的企业标识管理、商标注册管理、域名管理、网站建设等法律规范。如对自身知识产权进行管理、保护、风险防范等等可依赖的不正当竞争、专利侵权、商标侵权等等方面的法律规范。

2、科技创新知识产权法律服务是知识产权法律应用的重要组成部分。

有法可依还需执法必严、违法必究。执法和违法追究都是法律的应用。如果制定好的法律得到良好的应用，科技创新才真正获得知识产权法律的支撑，否则，法律就是摆设。

知识产权法律应用的主体包括政府、法院、检察院、中介机构如律师事务所、会计师事务所、评估师事务所，科技创新的主体，等等。

知识产权法律服务是提供法律服务的主体对科技创新主体提供法律支持的所有行为之概述。知识产权律师是提供知识产权法律服务的最主要主体。

三、我省知识产权律师在知识产权法律服务中的发展需要法律需求者即科技创新主体与法律服务供给者中的知识产权律师合作共赢

（一）科技创新离不开知识产权法律服务，尤其是知识产权律师的服务

由于科技创新离不开知识产权法律应用，则企业要么自己掌握相关的知识产权法律知识，要么借助外力掌握知识产权法律知识。由于知识产权法律知识的繁杂、复杂；每个企业所能接触、体验、运用知识产权法律知识的局限性；企业自己培养或聘用具备全方位知识产权法律知识的专业人才就变得不可行。因此，与外部知识产权法律服务者的合作就成了必然选择。

外部知识产权法律服务者最活跃也是最有能量的就是知识产权律师，因此科技创新主体与知识产权律师的合作就成为必然。

（二）科技创新主体要善于用好知识产权法律服务

首要，科技创新主体要重视知识产权，要充分认识到知识产权的价值，要认识到国家产业转型升级对知识产权的期许，要认识到国际化竞争对知识产权应用的需求；

第二，科技创新主体要分析自己主要的知识产权应用知识是属于哪种类型的知识产权，根据自己的应用需求，选择相应领域的知识产权法律服务机构和专业人士；

第三，科技创新主体要有知识产权管理人员或建立管理机构，以利于在自身知识产权应用特点上有效把握，同时有助于同外部知识产权法律服务人士沟通交流；

第四，科技创新主体要根据规模大小，逐步建立完善自己的知识产权管理体系，丰富自己的知识产权，做到有权、用权、维权，并积极做到防范自身对他人权利的无意侵犯。

第五，科技创新主体无论大小，都可制定自己的知识产权发展战略。根据自己的发展逐步调整，以适应自身的科技创新和企业发展，为企业的软实力不断添砖加瓦。

（三）我省知识产权律师要练好内功才能做好知识产权法律服务

1、据笔者调查，当前我省知识产权应用现状及对法律服务的特别需求。

1.1 企业的知识产权热情很高，近几年在国家政策的鼓励下，积极申报专利；在市场充分竞争的环境中，积极申请商标。

1.2 中介组织介入较多的均为专利代理机构、商标代理机构。律师提供法律服务基本在诉讼阶段，而且需同其他机构、人才合作。

1.3 企业需要能做知识产权规划、战略的人才，目前有理论有实践的不多。

1.4 企业需要能在知识产权风险出现时，能够总揽全局、提供对策、整合资源的中介机构或人才。

2、笔者认为：当前我省知识产权律师练好内功以服务科技创新的着力点在三方向突破：整合资源、专业突破、宏微兼顾。

2.1 整合资源。律师可以借助第三方中介力量，组成松散或紧密型联盟，为企业提供全方位的服务。律师的定位是“牵头人”。

2.2 专业突破。古人云“术业有专攻”，律师本身就是专业人士，如果在具体的知识产权某项事务上突破、再突破，形成个人的独到之处，如专利申请、专利诉讼、专利战略、商标管理与企业形象策划、电子商务等等单一领域形成他人需借助的专业能力，自然会更好的被企业接受。

2.3 宏微兼顾。如果能够既具备高屋建瓴、纵横捭阖的战略制定和指挥能力，又能亲力亲为，在某些具体专业服务上有相应能力，在能力欠缺时，能迅速找到外部支援，此种律师人才应该最为企业所待见。

3、我省知识产权律师在服务科技创新中的发展更需要律师管理机关大力支持。

律师管理机关可以从两个方面，促进我省知识产权优秀律师队伍形成。

一方面，采取重点扶持，以点带面的支持策略。首先选拔确定几位在知识产权领域有一定能力、有一定影响力的律师作为领军人物；然后为这些领军人物提供外部业务学习和交流的机会和经费；在多个场合推介这些领军人物，提供更多的内部实践机会；最后指导这些领军人物带动知识产权专业律师队伍的建设，使我市知识产权律师能堪大任，以保障科技创新法律服务需求时的“优质供给”。

另一方面，积极宣传知识产权法律服务的重要性，利用各方面途径促进企业知识产权法律意识的形成。积极同其他知识产权行政机关、管理机构联系，共同服务支持科技创新，培育企业知识产权意识，从而为企业知识产权法律服务创造“市场需求”，间接带动知识产权律师的发展。

（四）在我省，科技创新主体与知识产权律师需要联接纽带来促成合作共赢局面

1、科技创新在安徽发展的形式可以说是如火如荼，而知识产权律师介入法律服务却显得缩手缩脚。一方面科技创新主体还没有形成消费知识产权法律服务的意识，导致知识产权法律服务

市场需求不够；另一方面有过知识产权法律服务经验的律师提供供给的能力还不够强，强到在全国或业内形成共识，某律师是知名的专业知识产权律师。

2、科技创新主体的消费知识产权法律服务的意识需要政府机关引导。通过切实的培训、交流，让这些主体意识到科技创新中知识产权法律服务带来的利益，进而产生知识产权法律服务的迫切需求。

3、政府机关的引导需要我们知识产权律师抱团，向律师协会建言，通过律师协会取得主管机关司法厅局的支持，为知识产权律师参与科技创新打开通道。通道建设的重点在于地方立法中和重大项目建设中引入知识产权律师服务。

在国内如北京奥运会、上海世博会、广东亚运会都引入知识产权律师参与，有力的支持了重大活动的顺利开展，提升了我国政府在国际上的知识产权保护形象，促成了一系列高质量的知识产权法律服务成果出现。如广东知识产权律师接受亚运会组委会的两项研究课题《亚运会知识产权移交项目》和《亚运会知识产权法律事务战略研究》，并形成专著《广州亚运会知识产权战略实施》出版。

综上可见，联接知识产权法律服务市场供需双方最好的纽带是政府率先采购知识产权法律服务，以身垂范，引导科技创新对知识产权法律服务的需求，和知识产权律师对服务能力精益求精的追求，形成供需之间的良性循环，为社会发展所需的科技创新提供优质的知识产权法律环境。

结束语

“罗马不是一天建成的”，能为科技创新提供优质服务的知识产权律师不是一天可以成就的，他需要自身的不懈努力，需要存在外部合理的市场需求，更需要主管机关为知识产权法律服务市场的形成、知识产权法律服务的供需衔接提供引导和支持。只有我们安徽有一批这样的知识产权律师，我们安徽的经济转型才能走的更好、走的更远。

注 释

1、百度网《科技创新》http://baike.baidu.com/view/783511.htm。

虚拟财产之财产利益刍议

安徽百大律师事务所　王克生 冯红兵

摘　要：随着互联网的快速发展和普及，网络游戏已走入普通百姓，网络游戏产业正成为一项新兴产业而风起云涌。与之相关的虚拟财产纠纷（网络游戏装备等）案件大量产生，由于法律上的空白，对虚拟财产性质及其属性的界定出现了模糊，使得这些纠纷往往不能够得到很好地解决，这一问题已经严重阻碍了我国网络游戏产业的发展。因此本文从民法角度谈谈对虚拟财产是否具财产利益（债权利益和物权利益），提出自己对虚拟财产一些看法。

关键词：虚拟财产　债权利益　物权特征

2003 年被称为中国虚拟财产第一案的原告李宏晨诉被告北京北极冰科技发展有限公司返还财产一案，经历了半年之久的诉讼，最终北京市朝阳区人民法院以娱乐服务合同纠纷案由作出了（2003）朝民初字第 17848 号民事判决。法院判决被告北京北极冰科技发展有限公司对原告李宏晨在“红月”丢失的虚拟装备予以恢复，并返还其购买 105 张爆吉卡的价款 420 元，以及交通费等其他经济损失共计 1140 元，驳回了原告李宏晨要求精神损害赔偿要求。

2006 年，公诉机关上海市黄浦区人民检察院指控被告人孟动、何立康犯网络盗窃案，后经上海市黄浦区人民法院判决二被告人孟动、何立康犯盗窃罪，刑期分别为三年和一年六个月并缓刑。该案系网络虚拟财产盗窃案中最具权威性的判决，并刊登在 2006 年第 11 期的《最高人民法院公报》上。

通过上述两则案例可以看出：案例一法院是根据游戏玩家与游戏运营商存在合同关系，从虚拟财产具有债权利益进行保护的。案例二法院根据游戏玩家对其占有的虚拟财产具有物权特征进行裁判的。然而，学界和实务界对虚拟财产是否需要法律进行规制？虚拟财产权是否具有财务利益？以及虚拟财产权具有何种财产利益？却众说纷纭。笔者认为：虚拟财产具有财产性利益，需要法律加以保护。本文将从以下几个方面进行阐述：

一、虚拟财产的定义及其基本特征

1、虚拟财产的定义

虚拟财产究竟是什么，学界始终没有一个准确的定义。从现阶段的研究来看，普遍采用的是从广义和狭义两个方面来考虑。从狭义上讲，现阶段的虚拟财产主要存在于网络游戏中，能够为玩家所支配的游戏资源，主要包括：游戏账号（ID）、游戏金币（Q 币）、虚拟装备等。目前司法实践中所发生的虚拟财产纠纷大多数都是集中于网络游戏上。从广义上讲，对于虚拟财产的研究应当突出它的前瞻性。网络的突飞猛进是近几年的事情，但它带给法律的冲击却极为巨大。网络催生了许多新生的权利类型，如网络版权、域名权，“虚拟财产权”更是最近产生的极具争议的权利。因此，在进行研究以及立法时就不应将其范围仅仅限于网络游戏中，对于那些存在于网络环境中，能够为人所拥有和支配并且具有一定价值（或使用价值）的网络虚拟物及其他财产性权利都可以看作广义上的虚拟财产。现阶段，广义上的虚拟财产包括狭义的虚拟财产还应该包括网络游戏账号、QQ、MSN、e-Mail、bbs、网络寻呼等一系列信息类产品。

2、虚拟财产的基本特征

无论是广义还是狭义的虚拟财产都应具备以下特征：

（1）虚拟性：虚拟财产本质上是一组存储于服务器上的电磁记录，它只能够依赖于网络空间。虚拟财产的外部表现形式只能在网络中表现出来，人们必须借助于计算机和互联网才能够把握到它的存在，离开了虚拟空间它只是一堆毫无意义的电磁记录，只有作用于虚拟的网络才能实现它的价值。虚拟性是虚拟财产区别于一般物的本质特征。

（2）可交易性:虚拟财产在现实社会中有巨大的需求量，并可以转化为现实的货币，其价值可以通过市场交换来实现。其交易的方式主要有两种：一是使用者之间的交易，通常是使用即时网络通讯软件，如 QQ、MSN 进行联系，并且在网络中完成交易，或者在网络中进行联系，然后进行离线交易；二是运营商与使用者的虚拟财产交易，游戏运营商通过出售高级的虚拟装备和虚拟货币赚取利润。可交易性是虚拟财产应该得到法律调整的主要原因之一。

（3）期限性：任何一种虚拟财产都不会无期限地存在下去，它的存在期间是由网络运营商和使用者共同决定的。以网络游戏为例，当游戏运营商发觉该款游戏运营成本高于收益时，游戏运营商往往会终止游戏运营，这时虚拟财产就会因服务器关闭而不复存在。当游戏玩家对某款游戏感到厌倦的时候，就会选择退出该游戏，其所控制（占有）的虚拟财产可以选择抛弃、出售、赠送、删除，这完全取决于游戏玩家自己的主观意愿。承认虚拟财产的期限性可以使游戏运营商倒闭时不至于承担巨大的赔偿责任。期限性是虚拟财产区别于三维世界中有形物的特征之一。

（4）价值性：所谓价值性，就是指其能够满足人们的物质需要或者精神需要，并且能够以一定的货币给予衡量的性质。对于任何物品来说，要成为法律意义上的财产，具有“价值”都是至关重要的，虚拟财产也不例外。价值性是虚拟财产区别于其他网络虚拟物的基本特征之一。

（5）合法性：指虚拟财产的产生和取得应当符合法律规定。虚拟财产不是法律禁止和限制的流通物，现行中国法律并没有将其作为非法标的物予以禁止或限制，只是禁止其非法取得方式。[1]

（6）稀缺性：虚拟财产是存在于网络设备中的电磁记录，但这并不意味着虚拟财产可以无限创造，从技术角度讲，都是二进制的数据，但却不能被随意创造或复制。一个具有吸引力的网络游戏的游戏规则，必然会将虚拟财产设定为一种具有稀缺的资源。

（7）排他性：从文章开头的二则关于虚拟财产纠纷的案例可以看出，虚拟财产已成为现实法律诉讼和现实生活需要面对的问题之一，这也恰恰说明了虚拟财产具有排他的利益和价值。所有的虚拟财产归属于特定的账号下，账号具有独立性，这种独立性需要具备技术支持和维护。网络用户可以通过对自己的账号设置密码来防止他人对自己的资料进行修改、增删，也可以通过一定的程序对所占有（控制）的虚拟财产进行买卖、使用、消费。这充分说明了虚拟财产在法律上具有排他性。

（8）依附性：虚拟财产在物理概念上是存在于网络服务器上通过特定的编程程序呈现的电子数据，那么它就必然具有技术限制性，必须依附于特定的网络平台而存在。[2]

二、虚拟财产性质

按照传统民法的观点，游戏玩家在网络游戏中获得的财物、身份等信息完全是虚拟的，它只是存在于特定的网络游戏中的电磁信息。如同现实比赛过程中取得的分数，其本身不具有价值。但本文认为，网络游戏并非传统意义的比赛那么简单。网络游戏中的游戏玩家在网络游戏规则范围内通过特定的行为来提高级别、获取装备，游戏玩家不仅仅耗费了大量了时间，而且也耗费了一定数量的货币，这些游戏装备对于网络游戏玩家而言已不只是单纯的电磁记录数据而是具备了

一定的价值，具有使用价值和经济价值。现实生活中网络已经渗透到社会生活方方面面，今天的我们可以通过网络进行商务、消费、创作等各种活动，由此产生的电子数据普遍被认为是有价值的，那么网络游戏产生的“虚拟财产”这类电子数据也当然具有价值。而且，游戏玩家的“虚拟财产”不仅在游戏中具有使用价值，而且在现实生活中也形成了交易市场，已经成为可以交易的商品，具有了价值，这样其具备了商品的二重属性，即使用价值和价值。如在各大拍卖网站（如易趣网和台湾的 RO 虚拟财产交易中心）上常有游戏中的虚拟道具、财物等进行拍卖，与此同时游戏玩家之间的离线交易也迅速发展，形成了一定的规模，甚至出现了以出售网络装备来获取经济收入的职业游戏玩家，据说一个普通职业游戏玩家的月收入能达上千元。

这样看来，尽管游戏中的“虚拟财产”在游戏终止运营后往往就失去了存在意义，但其一旦产生，就已经独立出来，具备了一定的财产价值。网络游戏玩家的“虚拟财产”其实是由实际财产演变过来的，既可以从游戏开发商处直接购买，也可以从虚拟的货币交易市场（通过虚拟游戏币进行交易）上获得，还可以通过离线的现金交易获得，以及还可以通过自己的努力自然取得，在各种情形游戏中玩家都有实际的花费（时间和金钱）。游戏玩家们也能从这些财产中得到满足和快乐，因而虚拟财产已经具有了一般商品的属性，其经济价值不言而喻。因此可以说该财产虽然是虚拟的，但其产生的利益却是真实的！

那么现行有效的法律有没有对此类财产保护提供法律依据呢？我国关于民事财产（权利）的界定主要见于《中华人民共和国宪法》、《中华人民共和国民法通则》和《中华人民共和国物权法》。

我国 2004 年 3 月 14 日第十届全国人大二次会议通过的中华人民共和国宪法修正案第 22 条，它将原宪法第 13 条“国家保护公民的合法的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权。”修改成为：“公民的合法的私有财产不受侵犯。”这一合法私有财产的概括规定为民法财产（权利）的解释提供了宪法依据。

此外，《民法通则》第 75 条规定：“公民的个人财产，包括公民的合法收入、房屋、储蓄、生活用品、文物、图书资料、林木、牲畜和法律允许公民所有的生产资料以及其他合法财产。”公民的合法财产受法律保护，禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收。《物权法》第 2 条规定“因物的归属和利用而产生的民事关系适用本法。本法所称物，包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的，依照其规定。”另外，2012 年 3 月 14 日通过的《刑诉法修正案》已将“电子数据”作为刑事诉讼证据中的法定证据，而作为证据的三性原则之一的关联性，正是电子数据价值性的体现。

虽然从上述法律条文中并不够当然的得出虚拟财产是民法上的财产，但其中关于其他合法财产的规定至少为我们提供了一个将虚拟财产解释为财产的空间或依据。那么虚拟财产是否属于财产的范畴呢？

按照德国学者拉伦茨的观点“法律解释的最终目标只能是探求法律在今日法秩序的标准意义（其今日的规范性意义），而只有同时考虑历史上的立法者的规定意向及其具体的规范想法，而不是完全忽视它，如此才能够确定法律在法秩序上的标准意义”[3]

我国学者也将财产解释为：“具有物质财富内容与经济利益相关的民事权利。”[4]《法学大词典》作如下解释：“财产：（1）有货币价值的物权客体，即有体物。（2）对物的所有权。某物归某人所有即被视为财产。（3）具有货币价值的有体物和对财物的权利的总和。这些权利包括所有权、他物权、知识产权等。”[5]

综上，笔者看来，无论是法律界还是实务界，也无论是国外还是国内，立法者和学者们在界定个人财产时的“规定意向及其具体的规范想法”就是为了保护私人的利益，因此通过合法途径获

得的并能够给民事主体带来经济价值的东西都应该归类为财产。这一点拉伦茨教授在其德国民法通则中也有着类似的表述“原则上个人的财产是由这个人所具有的金钱价值的各种权利的总体构成。”[6]同样我国《物权法》第 2 条,“……法律规定权利作为物权客体的，依照其规定。”该条法律规定为虚拟财产权的解释留存了立法空间。

财产的外延从宽到窄应该依次分为三个层面“一是指具有经济内容的民事权利义务的总体。其中表现权利的财产为积极财产，表现义务的财产为消极财产。二是广义上的物（积极财产），不仅指有体物，而且包括专指特定财产权利的无体物，法国民法持此观念。三是狭义上的物，以有体物为限，德国民法持此观念。”[7]

虚拟财产在社会上有对其需求的市场，通过交易可以将其转化为现实的金钱价值。权利人可以对其进行处分来实现经济上的利益，显然它是一种具有经济内容的民事权利，因此是可以归类为上述最为宽泛意义上的民事财产范畴，具有财产利益。至此，我们可以认为：虚拟财产是一种新型的财产权，是债权与物权的融合体，其权利性质具有债权属性和物权特征。

三、虚拟财产权具有债权属性

虚拟财产权作为一种固化了的权利凭证，代表着持有人向网络运营商请求相应等级服务的权利，这种权利紧紧依附于虚拟物品之上，权利人唯有凭借虚拟物品才能行使权利。

首先，从主体上看，债权是一种相对权，债的权利人和义务人都是特定的，债权人只能向特定的债务人主张权利。而虚拟财产权正是一种在特定玩家与特定运营商两个特定主体之间发生的相对权。

其次，从内容上看，债权是请求义务人履行特定行为的权利，权利人必须通过债务人履行义务的积极行为而使自己的财产利益得到实现。由于虚拟财产是存在网络运营商的服务器中，虚拟财产所有人行使相关权利受到了很大限制，网络运营商能够修改、删除虚拟财产，玩家必须借助运营商提供服务来完成对虚拟财产权利的行使。

再次，债权的客体是“给付”行为。游戏玩家耗费一定的时间和金钱获得虚拟财产就是为了在游戏中享受更多的服务，得到更多的精神满足和乐趣。虚拟财产所代表的就是运营商提供的服务。不同种类和等级的虚拟财产就是运营商提供不同层次和等级的服务，而这些服务的提供就是运营商的给付行为。

最后，债权在性质上是有期限的权利。虚拟财产的存在也是有期限性的，它主要取决于运营商运营状况，一旦运营商停止运营，关闭了服务器，虚拟财产也就不存在了，或者游戏玩家抛弃或出售了其占有的虚拟财产，那么玩家对该虚拟财产的债权利益也就不存在了[8]。

四、虚拟财产权具有物权特征

虚拟财产权的物权特征主要体现在虚拟财产的流转交易过程中，而这种物权特征是基于其债权属性产生的，是一种附属性权利。这是因为，玩家要想拥有、占有或控制虚拟财产，则首先要按照网络运营商的要求填写相关申请，然而网络运营商对玩家相关申请资料进行审核确认，网络运营商审核同意则双方合同关系成立。只有游戏玩家成为网络运营商的客户以后才有可能拥有、占有或者控制虚拟财产。根据我国《物权法》中的“物权法定原则”，虚拟财产权的这种物权特征需要通过法律的形式予以确认，然而我国现行法律法规对虚拟财产法律地位的缺失（国外比如韩国、台湾地区对虚拟财产法律地位已明确规定）导致了虚拟财产种种纠纷。我国对此类纠纷，各地法院判决也不尽相同。对此我们认为，应加强对虚拟财产立法规制，从保护玩家的利益角度，

应肯定虚拟财产权具有物权特征（案例二就是很好的例证）。

综上所述，本文认为虚拟财产具有财产权，该权利是一种新型的财产权利，它具有债权属性和物权特征，需要立法加以保护。

注 释

1、刘惠荣《虚拟财产法律保护体系的构建》，法律出版社 2008 年 5 月第 1 版，第 10 页。
2、林旭霞《虚拟财产权研究》，法律出版社 2010 年 4 月第 1 版，第 34 页。
3、卡尔•拉伦茨《法学方法论》，商务印书馆 2003 年版，第 199 页。
4、江平、王家福《民商法学大辞书》，南京大学出版社 1998 年版，第 58 页。
5、邹瑜、顾明主编《法学大辞典》，中国政法大学出版社 1991 年版，第 763 页。
6、卡尔•拉伦茨《德国民法通论》，法律出版社 2003 年版，第 410 页。
7、吴汉东、胡开忠《无形财产权制法律出度研究》，法律出版社 2001 年版，第 32 页。
8、刘惠荣《虚拟财产法律保护体系的构建》，法律出版社 2008 年 5 月第 1 版，第 85 页。

参考文献

1、刘惠荣《虚拟财产法律保护体系的构建》，法律出版社 2008 年 5 月第 1 版。
2、林旭霞《虚拟财产权研究》，法律出版社 2010 年 4 月第 1 版。
3、张雷中《马克思主义政治经济学原理》，中国人民大学出版社 2009 年 12 月第 2 版。
4、吴汉东、胡开忠《无形财产权制法律出度研究》，法律出版社 2001 年版。

中外违法建筑治理异同之分析

安徽明博律师事务所 张 健 徐 亮

摘 要:由于美国土地的私有性质和高私有化程度使他与中国的土地产权制度产生了巨大反差。在我国，土地所有权只能归国家和集体所有，能够进入市场流通的土地只限于出让形式使用的国有土地，在这期间须向国家缴纳数额巨大的土地出让金和较为繁琐的各种审批手续。国家在获取巨大收益用于公共建设的同时也就造成了必须面临种类繁多的违法建筑的局面。而美国由于土地私有，在土地上的建设和土地产权的转让多涉及私权利而无需公权力的干涉，这就是中美差异的原因所在。

关键词：违法建筑 美国 新加坡 香港 土地产权制度

一、我国违法建筑治理现状

随着我国经济的飞速发展，城市的违法建筑问题也呈愈演愈烈之势，违法建筑的数量、种类和规模也越来越大，治理也变得越来越复杂。在经济水平发展不同的地区正上演着我国对违法建筑治理的不同阶段的剧目。经济发展最为落后的西部城镇由于现实的经济发展需要对违法建筑的滋生监管和治理严重缺失甚至不闻不问；一些经济欠发达的中小城镇正经历对中小企业和私人搭建的窝棚和简易建筑的治理阶段；而那些经济相对发达的大中城市已经步入难度最大的对违法违规、缺乏各类审批手续的大型违法建筑的治理阶段。

在对全国的违法建筑分类中，依是否建设完成，分为在建违法建筑、已建成违法建筑两类；依违法建筑存在的期限，分为临时性违法建筑、长期性违法建筑两类；依违法建筑形成的时间段，分为历史遗留违法建筑、新建违法建筑两类。违法建筑成因多元性。这里既有历史的 因素，又有社会的因素，既有经济因素，又有部门管理因素。

同时，我国违法建筑主体极其复杂。实践中，单位和个人均可以成为违法建筑的实施主体，包括了国有企业、私营企业、行政事业单位，也包括了公民、个体工商户，涵盖面很广。同时，由于企业破产、撤销、合并、变更等因素，违法建筑的主体也在不断发生变更，更加重了对违法建筑进行治理的复杂性。

二、其他国家和地区对违法建筑治理的现状

（一）美国的防患于未然政策

在美国，违法建筑现象集中出现在家庭住宅 改造扩建时。如何运用有效的管理手段来制止这种现象的发生，成为美国政府的当务之急。住宅业主自行修建附属建筑，而没有按照标准程序办理批准手续，往往是因为他们希望改善自己住宅的结构，却又不想花邀请当地行政机构评估的费用，或是害怕那些繁琐的申办程序 ， 或是要扩建的附属建筑的标准比较低，就错误地认为申请会被立即否决。这些没有经过正常手续获得建筑许可的附属建筑就成了违法建筑。

美国加利福尼亚州房地产监理协会针对这种行为，郑重警告家庭住宅业主，不要随意建造未获得批准的住宅附属违法建筑。潜在的家庭住宅买主也必须知道所要购买的住宅是否有违法建筑。而有资格证书的住宅 监理员应该建议那些业主办理有关手续以便获得建筑许可证。[1]

目前，建筑许可证越来越受到社会的普遍关注。住宅业主在对自己的房子“动手”之前，都会申请办理许可证批准手续。扩建工程一旦开始，住宅监理委员会随时要求检查和分析建筑的内部结构。这一类的检查相当严格，甚至可以说是苛刻。检查项目包括地基、墙、天花板、屋顶表面的框架结构、防水性能、管道、电路、绝缘状况，等等。如果发现有与当地建筑法规有抵触的地方，必须进行修改，半点都不马虎。有时所要求的修改费用可以非常昂贵，即便是这样，业主也没有其他选择，因为建筑许可证的办理手续是不可能半途而废的。另外，业主还被要求支付所有新建筑的相关配套费用，比如说学校配套费、公共下水管道配套费等等。如果附属建筑被判定会对主体建筑物造成危害，就可能被强制拆除或改造。

（二）新加坡治理违法建筑的完善制度

新加坡以严刑峻法而著称，在违法 建筑控制与监管方面有着一整套严密的法律法规和工作机制。

新加坡建立了建设局、市区重建局和消防局三局联审的机制，对违法建筑的发现、检测和国民申报审查工作进行联合管理。新加坡的建设局是违法建筑查处整治的主要责任部门。其主要是通过执业工程师结构安全检查和市民举报来查处。市区重建局是规划控制部门，主要审查规划许可。消防局则负责消防安全管理。同时，由于新加坡 86%左右的居民是在组屋内居住，因此新加坡的住屋发展局也是重要的参与部门。在新加坡建设局的指导下，对组屋区的违法建筑实施日常检查和监督整治。

在新加坡，房屋交付使用之前，必须履行建设局规定的一系列审验程序，并由建设局通过代理机构与居民签订协议。按照规定，居民未经批准授权，不得对房屋结构进行改动。有特殊情形，需要改动的，必须以书面形式，向建设局提出申请。审核通过的，由建设局办理批准通知书。申请未被批准的，由建设局按照有关法令进行严肃处理。处理措施包括：返回原装；对允许的几种情形予以赎买，并经正式审核书面通知；对于不服从处理意见的，诉讼到法院。不过，诉讼的情形极少发生，因为法院处罚力度较大，对当事人具有一定的震慑力。[2]

特殊情况下，对违法建筑当事人进行强制执行。其情形主要有：一是影响到建筑结构安全的；二是公众影响较大或者严重损害公共利益的；三是劝告信寄给业主，通知他们，或者拆除非法建筑物，或者使之合法化，但是业主不接受的；四是给予严重违法者以拆除通知书，但当事人拒不执行的。对于以上行为，均应按照法律规定，通过法律行动，使顽抗者得到更多的惩罚。

由专业结构工程师每 5 年对各类建筑进行结构检测，发现问题及时纠正。新加坡建设局就违法建筑的类型作了简明易懂的图例说明，并制作了宣传指导手册，供国民取用。手册设定了非法建筑物的三个大类：棚/遮盖、平台/夹层、 加层，并通过宣传途径让广大市民知晓。在新加坡建设局的网站上，也有全面的情况说明和介绍，以及各类申报表格的下载。

其来源一是公众的信息反馈，二是房屋管理部门定期例常检查。对于违法建筑的处理是非常严厉的。如果违法建筑行为人不遵守有关建筑结构方面的规定，不仅会给今后承租组屋带来困难，而且可能引起不必要的诉讼，因此，在新加坡，违法建筑现象鲜见。

（三）香港对城市违法建筑的治理

香港违法建筑治理的法律构架已经相当齐全，违法建筑管理中出现的任何问题都能在法律条文中找寻到依据，一切都有章可循。其中由以《城市规划条例》和《建筑物条例》最为重要。

香港的违法建筑管理的法律表述明晰准确，内容相当细密而且非常严格。这些法规没有华丽的词藻，看上去很罗嗦，但实际上形成了操作性很强、市民认同度很高且有强制执行力的健全管理制度。《建筑物条例》规定任何建筑工程，包括铁笼、空调机冷却塔支撑架、平台建筑物、天

台搭建物、分间单位、结构改塔支撑架、结构改动、违规的渠管接驳等，均需先行取得屋宇所的批准和同意，否则，该项工程就属于“违例建筑工程”。[3]界定清晰，有无违例一目了然。对犯罪行为的解释更加不容置疑：违反发展审批地区图以及分区计划大纲图而进行违规开发建设，违反建筑管制而进行房屋建设，违反规划事物监督和建筑事务监督要求而兴建或占用建筑物，都是犯罪行为。“重罚之下，必有怯者”。香港立法中的高额罚款和监禁，惩戒作用巨大，起到了强约束，严惩处，增强市民自律意识的作用。

同时，香港政府接受了新公共管理倡导的市场化理念，并将它运用于对违建物的管理实践中，降低政府成本，提高政府效率。

将一部分政府职能转移给市场或社会，使政府职能收缩。为了全力阻止新的违例建筑物，屋宇署委聘私人公司组成特别巡查小组，调查兴建中的违建物。在接获市民举报后的 48 小时内，该小组对被举报的建筑物进行巡查。再如，如清拆令得不到履行，根据屋宇署委托政府承建商的指引，屋宇署委托政府承建商清拆该违建物。

将部分公共服务外判，通过市场的力量提供公共服务。如将清拆行动的部分准备工作外判给承办商，分四个阶段，每个阶段都有时间要求。第一个阶段三个月：勘察。承办商给业主发信，通知其楼宇已列入清拆行动的范围，接着全面勘察该楼宇，找出违建物和外墙及排水渠破损的地方，提交勘察报告交屋宇署批核。第二个阶段一个月：送达命令。承办商向土地注册处发函查核楼宇的业权，接到业权的详细资料后，承办商拟备清拆令，交屋宇署人员签署，然后把有关命令送达业主。第三个阶段五个月：视察命令履行情况。承判商在清拆令的限期届满后，即时 视察命令履行情况，确定所需工程是否已经完成，根据命令履行情况，向屋宇署提交视察命令履行情况报告。第四个阶段六个月：视察命令履行情况。报告获批后会继续提供服务，期满后承判商向屋宇署提交报告予以认可。[4]

违法建筑对于香港来说是城市建设的一大顽症，香港回归十年，已经形成一套适应而成功的管控模式，即：铁腕治理，形成查处的的高压态势；资源到位，形成查处的有力保障；责任捆绑，形成查处的强大合力；绩效评估，形成查处的倒逼压力；三管齐下，形成查处的叠加效应；爱心操作，形成查处的和谐氛围；市场运作，形成查处的高效机制，从而较好的解决了违法建筑这个城市管理中的老大难问题。

三、中外对违法建筑治理异同之分析

其实，我国和一些发达国家的违法建筑的含义本身就存在不同，在那些法制观念较强的国家，目前已经基本消除了违反法律法规建设房屋、楼宇、厂房和搭建窝棚等现象，但这并不意味着在那些国家不存在违法建筑。他们的违法建筑主要指的是经过审批过的项目在建设过程中不严格按照设计方案进行，或者在作为私产的住宅和办公室内随意改装。

下面，笔者试以美国违例分析中外对违法建筑治理存在巨大差异的原因。以美国为首的发达国家之所以不存在像中国如此严重的违法建筑治理难题很大原因是由他们的产权和土地制度决定的。

美国国土面积中私人所有的土地占 58%，主要分布在东部；联邦政府所有的土地占 32%，主要分布在西部；州及地方政府所有的土地占 10%。土地以私有制为主，国有土地只占其中一小部分。[5]美国法律保护私有土地所有权不受侵犯，各种所有制形式之间的土地可以自由买卖和出租，价格由市场供求关系决定。联邦政府所有土地主要包括联邦政府机关及派驻各州、县、市机构的土地和军事用地等。州、县、市政府也各自拥有自己的土地。联邦、州、县、市在土地的

所有权、使用权和受益权上各自独立，不存在任意占用或平调，确实需要时要依法通过买卖、租赁等有偿方式取得。

土地私有制是由欧洲移民引进美国的，美国有全世界最自由的土地制度，土地所有权分为地下权（包括地下资源开采权）、地面权和地上空间权（包括建筑物大小、形状等），这三部分权益可以分别转让。政府无权任意征用与拆迁。地主愿意让政府在自己土地上修路以换取开发权，开发区的道路、学校等基础设施费用由政府负担，开发商仅需提供宅基地内的建设费用，取得私有土地权与开发权的代价不高，使得大笔资金注入土地投机与开发，土地供应量大且地价低。

在征地方面，世界各国根据自己的实际情况制定适合自己的行政赔偿制度，形成各自不同的“适当”、“公平”、“公正”、“合理”等补偿原则。美国是按征用时市场上的公平价值补偿，这种市场价值，不仅包括征用时的使用价值，而且包括被征用财产的最佳使用价值，即财产因其开发潜力所具有的“开发价值”，体现了对私有财产利益的保护。

美国征用土地主要分两种形式。第一种是警察权，指政府为了保护公众健康、安全、伦理以及福利而无偿对所有人的财产施以限制乃至剥夺的行为。警察权包括土地区划、建筑和健康法规、让移要求、土地分割、污染以及出租管制等。警察权准许政府规划私人土地，而不需要支付补偿。这种征用的方式适用的场合非常有限，并受相关法律严格制约。第二种是有偿征用，指政府依法有偿取得财产所有人的财产的行为。美国联邦宪法第五条修正案规定了关于有偿征用的三个要件：正当的法律程序、公平补偿以及公共使用。在有偿征用中，同样有相当严格的步骤需要遵守。

美国地产市场十分发达，制度健全，所有的土地都实行有偿使用，在政策规定许可的范围内，土地可以自由买卖、出租和抵押。政府对私人土地的管理主要是通过登记收费和规划引导。私有土地买卖完全是私人之间的事，手续十分简单，在双方自愿签订协议之后，只需向政府缴足规定的税金，进行注册登记即可。土地买卖价格，则由买卖双方根据当时土地的市场价值进行估计，完全由买卖双方协商，也可由私人估价公司帮助双方达成协议，并完成交易。

由于美国土地的私有性质和高私有化程度使他与中国的土地产权制度产生了巨大反差。在我国，土地所有权只能归国家和集体所有，能够进入市场流通的土地只限于出让形式使用的国有土地，在这期间须向国家缴纳数额巨大的土地出让金和较为繁琐的各种审批手续。国家在获取巨大收益用于公共建设的同时也就造成了必须面临种类繁多的违法建筑的局面。而美国由于土地私有，在土地上的建设和土地产权的转让多涉及私权利而无需公权力的干涉，这就是中美差异的原因所在。

参考文献

1、张敏《环球博览》，2007 年第 7 期，第 32 页。

2、陈春英《新加坡管控违法建筑的七大措施》。

3、香港立法会《城市规划条例[D B/O L]》， http://legislation.gov.hk/htm.

4、香港屋宇署《服务承诺 2008》，[M]，香港政府印务局，2008，2。

5、《读者文摘》，2008 年第 9 期，第 36 页。

浅议矿业公司股权转让与矿业权转让的关系

安徽景旺律师事务所　龚秀凤

摘　　要 实践中普遍存在通过转让矿业公司股权达到实际控制矿业权目的的行为，以此规避国家对矿业权转让的监管，由此可能造成的矿业资本市场秩序混乱等危害不容小觑，然而我国现有的《矿产资源法》及相关法规并没有对矿业公司的股权转让进行规制，这是目前矿产资源法修改起草中需要解决的问题之一。本文从公司股权与矿业权的性质入手，对矿业公司股权转让是否认定为矿业权转让、两者之间的冲突、缺乏对矿业公司股权转让行为进行监管的危害、如何对矿业公司股权转让行为进行监管等问题进行探讨。

关 键 词 矿业权 股权转让 矿业权监管

我国现行的《矿产资源法》颁布实施于 1986 年，1996 年进行了修改，对我国矿产资源管理与矿业发展发挥了重要作用，随着社会主义市场经济体制的逐步建立等重大体制变革，近年来矿产资源管理出现了许多新情况、新问题，亟待修改。目前，《矿产资源法》修改已列入十一届全国人大常委会立法规划，由国务院起草。

我国《矿产资源法》规定了矿业权的出让、转让的条件和程序，但对矿业公司转让股权变相转让矿业权的行为，没有监督程序和监管规范。实践中，对矿业公司股权转让与矿业权转让关系的认识存在较大争议。

一、公司股权的性质和矿业权的性质

（一）公司股权的性质

股权是股东基于向公司出资而对公司所享有的各种权利。目前，对于股权内容不存在异议，但对于股权性质的认识，却存在较大分歧。我国学者对股权的性质的主要学说有所有权说、债权说、社员权说以及独立民事权利说。

1．所有权说

该学说认为，股权的性质属于物权中的所有权，是股东对其投入公司的财产享有的支配权。所有权说是在经济体制改革背景下，基于股权与法人财产权关系的研究提出的，存在明显不足：一是，所有权是典型的物权，是全面的、排他的对物进行支配的权利，他人不得对此物施加影响。而事实上，股东对公司财产的支配只能通过公司才能实现，股东个人并不能直接支配和处分公司财产，这与所有权的物权特征不同，也违背了“一物一权”原则。

2．债权说

该学说认为，股权的实质是民法中的债权。从公司取得法人资格时起，公司实质上就成为了财产所有权的主体。但认为股权即债权，忽视了股东对公司经营管理的参与和制约作用，也难以界定股东的直接投资行为和债权人认购公司债券行为的本质区别。股权虽然含有请求权的内容，但不能据此认定股权即是债权。

3．社员权说

该学说是德国、日本的通说，认为股权是股东基于其社员身份而享有的权利，包括财产权和

参与管理公司事务的各项非财产性权利。该学说说明确了股权的独立性，避开了股权与公司法人财产权的矛盾，但其也存在不足之处。一是股权是基于出资行为而产生的，而不是基于股东身份；二是股权是股东权利的总称，但有一部分股东权利不是以社员即股东会的身份行使的。社员权说主要强调了公司的人合性质，但忽视了资合性。

4．独立民事权利说

该学说认为，股权以财产权为基本内容，但又不同于债权和所有权。它还包括管理权等非财产权内容，是一种自成一体的独立权利类型。该学说指出了股权与所有权、债权的区别，强调股权是一种独立的权利类型，但该学说中独立民事权利的概念太过空泛，没有对股权进行深入分析，无法明确股权与其他权利的区别。

传统公司法理论认为，公司股权既非物权，也非债权或社员权，而是一种独立的，具有集合性的财产权。是基于股东投资公司而享有的公司资产受益、剩余财产分配、参与公司事务表决等份额权。

（二）矿业权的性质

我国《矿产资源法》中，并没有矿业权的概念，使用的都是探矿权、采矿权概念。而是国土资源部的部门规章首次使用了矿业权的提法，并规定矿业权是探矿权和采矿权的合称。

矿业权，简称为矿权，是指探采人依法在已登记的特定矿区或工作区内勘探、开采一定的矿产资源，取得矿产品，排除他人干涉的权利。实际上，矿业权是以国家对矿产资源的所有权为基础的财产权，是财产使用权人对矿产资源的占有、使用、收益、处分的权利。《物权法》第三编专门规定了“用益物权”制度，明确地规定了“依法取得的探矿权、采矿权、取水权和使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利受法律保护”。这样就从立法的高度厘清了矿业权的物权法律属性。因此，对于矿业物权的保护必须适用物权法的有关制度。

矿业权是基于权利人的投资而产生的财产性权利，如一般物权一样具有对世性、排他性，但权利人却并不享有完全的支配权，矿业权的取得及处分需要行政许可，且有法定的期限限制，这又不符合物权的绝对性、永久性。

与一般物权相比，矿业权的公权色彩比较强烈。“矿”意味的是公法调整的必然性，“业”所包含的是私权性和流转性。因为矿业权与国家战略利益、国计民生息息相关，所以在矿产资源的出让上，国家对申请主体资质进行严格审查，权利转让也被严加限制，修改前的矿产资源法甚至禁止转让矿业权。

二、矿业公司股权转让与矿业权转让的关系

（一）两者的概念及区别

股权转让是公司股东依法将自己的股权让渡给他人，使其成为公司股东的民事法律行为。股权转让遵循自由转让原则，所谓股权自由转让原则是指股东有权自主决定是否转让其所持股份，转让给何人、转让多少股份、转让价格多等有关股权转让的具体内容除非法律另有规定，均由当事人自行决定，其他任何人不得强制股东出让股权，其权利依据来自于民法的私权神圣原则。我国《公司法》还未对特定标的的股权转让进行限制，只是对股权转让的程序有一定规制。

矿业权转让是矿业权人与需求者之间的一种有偿交换，属于对财产的处分，转让客体是勘查开采矿产资源的权利。其与矿业公司股权转让有区别，主要体现在以下几点：

（1）交易标的不同：股权转让的标的是矿业公司的股权；矿业权转让的标的物是转让方持有的探矿权和采矿权。

（2）交易主体不同：股权转让则是矿业公司股东与受让人之间的交易；矿业权转让是《勘查许可证》和《采矿许可证》上载明的探矿权人和采矿权人与受让人之间的交易。

（3）适用的法律不同：股权转让适用《公司法》、《公司登记管理条例》等有关公司方面的法律法规；矿业权转让适用《矿产资源法》、《矿产资源勘查区块登记管理办法》、《矿产资源开采登记管理办法》、《探矿权采矿权转让管理办法》等相关配套法律法规及规章的规定。

（4）交易的审批程序不同：股权转让无需国土资源管理部门的审批，转让各方按照公司法的相关规定到工商管理部门办理股权变更登记；矿业权转让应当经过有关国土资源管理部门的审批方为有效，通过审批后由国土资源管理部门核发变更后的《勘查许可证》和《采矿许可证》。

（5）法律后果不同：股权转让的法律后果则是矿业公司的股权持有人（股东）由A主体变更为B主体，而矿权的持有人并不发生变更；矿权转让的法律后果是探矿权或采矿权由以前的A主体持有变更为B主体持有，主体发生变更。

可见，股权转让仅涉及公司的股权结构变化，矿业权的主体和权属并不产生变更。

（二）两者的冲突

我国法律规定非法转让矿业权会受到行政或刑事责任追究，矿业公司股东转让股权也存在同样的问题，因为在实践中有些矿业公司的转让主体会通过转让股权的形式变相达到转让矿业权的目的，因此在司法实践中会产生相关责任冲突。

矿业公司股东能否同其他公司股东一样，自由转让其股权？矿业公司股权转让是否被认定为矿业权转让？矿业公司的股权转让是否需要受《矿产资源法》对矿业权转让的限制性规定的规制？等一系列问题都是亟待解决的。

矿业公司股东按照股权自由转让原则处分其股权，但却涉嫌违反矿业权转让的禁止性规定。股东权和矿业权同属于私权，两者权利来源的法律具有相同的效力位阶，这决定了股东权和矿业权的法律冲突不能在实在法范畴中解决，而必须借助于立法宗旨、法律体系、价值分析等视角去探求。

从《矿产资源法》的立法宗旨看，第一条明确了“为了发展矿业，加强矿产资源的勘查、开发利用和保护工作，保障社会主义现代化建设的当前和长远的需要，根据中华人民共和国宪法，特制定本法。”

从价值分析角度看。股东权是典型的私有财产权，矿业权是带有明显“公权”色彩的准物权，在股东权和矿业权的冲突中，限制矿山企业股东自由处分股权面临侵犯私人财产权的诘难，涉及财产自由与社会正义的价值选择、私人利益和公共利益的价值判断。矿产品勘探开采是高危险、高污染作业，矿山企业必须承担更多的安全、环保、能源保护等社会责任，矿山企业股东也必须比其他普通行业股东付出更多的注意义务、接受更多的社会及国家监督。如前所述，股权转让中的“自由”是股东私权和社会公权较量的结果，矿业领域的股权转让有必要根据矿业特点抉择出新的自由平衡点。

三、实践中对矿业公司股权转让的认定

面对矿业公司股权转让与矿业权转让之间的冲突及认定难题，我国各地实践中主要存在以下三种处理方式：

1．严格认定矿业公司股权转让为矿业权转让。

湖南、山西、新疆、贵州、宁夏等省、自治区的国土资源管理部门在实际工作中，对持有矿业权的企业进行股权转让的，要求其在该国土资源管理部门作变更登记，不作此登记，不允许该

企业进行股权转让。但是，这种做法尚无明确的法律、法规或地方性规章作依据。

贵州省的规定较为典型。黔国土资发〔2006〕46 号《贵州省国土资源厅关于规范矿业权转让行为的通知》第二条"查处非法转让探矿权采矿权案件的有关政策意见"中指出："探矿权主体是指《勘查许可证》上载明的探矿权人。采矿权主体是指依法向国土资源部门申请采矿权的单位和个人。原以个人独资企业名义向国土资源部门申请探矿权、采矿权的，该个人为探矿权、采矿权主体；以合伙企业名义向国土资源部门申请采矿权的，该合伙企业的全体合伙人为探矿权、采矿权主体；以有限责任公司名义向国土资源部门申请采矿权的，该有限责任公司的全体股东为探矿权、采矿权主体，但上市公司以公司法人为探矿权、采矿权主体。对探矿权、采矿权主体是否变更的审查，以申请该探矿权、采矿权时探矿权或采矿权主体向国土资源部门提交的工商营业执照为准。"

贵州省的规定否认了有限责任公司对于探矿权和采矿权的法人财产权，有限责任公司的全体股东成为了探矿权和采矿权的主体，否认了合伙企业的合法财产权。而仅仅承认了上市公司以公司法人作为探矿权和采矿权的主体。

2．虽不认定矿业公司股权转让为矿业权转让，但需要向相关国土资源管理部门办理备案手续。

福建省、广西省等地区采取这种做法，规定矿业公司内部股权比例及企业法定代表人发生变更的，应向相关工商行政管理部门办理变更登记，并向颁发采矿许可证的国土资源管理部门备案。

《广西壮族自治区矿产资源管理条例》第二十八条规定："在采矿许可证有效期内，有下列情形之一的，采矿权人应当在变更前向地质矿产主管部门申请办理变更登记：……变更矿山企业法定代表人的，应当在变更之日起 15 日内向所在地地质矿产主管部门备案。"

3．不认为矿业公司股权转让是矿业权转让。

大部分地区认为，股权转让是否导致矿业权转让，法律法规对此没有明确规定，实际工作中操作起来难度较大，标准各异。比如矿业公司的名称不变，但公司的法定代表人发生变化的；企业内部的控股股东或所有股东发生变化，导致公司实际投资人改变的，很难判断实际的矿业权是否转让。

四、矿业公司股权转让缺乏监督的危害性

近年，国土资源部领导先后作出明确批示，要求对以股权转让达到相对控股，尤其是取得战略性资源的控股权的情况进行规制，维护矿业开发秩序，保护矿产资源和矿山生态环境。如若对矿业公司股权转让不进行监督规范，则存在如下危害和风险：

1．违反矿产资源法。

矿产资源法禁止非法倒卖矿权牟利，但投机者通过炒卖矿业公司股权方式变相炒卖矿业权，实质性的违反矿产资源法，违背了立法主旨和立法原则。

2．危害矿业权市场交易安全。

以股权转让形式变相转让矿业权，投机者规避矿业权流转管理，极易造成实质性的非法炒卖矿山、非法转让牟利的行为，造成不具有开发资质的主体获取矿业权，危害到矿业经济的健康发展和矿业权交易的安全。这将严重扰乱矿业权市场的正常秩序，导致矿业权市场的矛盾进一步突出。

3．国有资产流失严重。

由于我国证券市场监管不够健全，股权评估机制、股权交易审查制度的不健全等原因，造成

实践中存在通过股权转让致使国有资产流失的现象。但是，矿业公司股权转让造成的国有资产流失，不属于国土资源管理部门的监管范围。

4．税费流失严重。

矿业权依法转让需经过国土资源部门的审批并缴纳相应的税费，包括营业税、增值税、企业所得税等税种。但股权转让不需缴纳营业税，又不涉及矿业公司的土地、房屋等不动产，因此不需缴纳契税。由此，实践中普遍存在的名为股权转让，实为矿业权转让的过程，逃避缴纳相关税费，造成国家税费的流失。

五、结论

矿业公司进行的股权转让并未改变其合法的采矿权主体地位，但股权的变动实际上是间接地调整了矿业权中的收益分配。矿业权流转制度仍需完善，必须要体现出矿业权的“公法”色彩和私权地位。简要地说，要双管齐下，一是订立规范，而是加大管控。建议通过修改现有法律法规，完善立法体系，制定准入制度、交易规则，明确监督主体和究责问责机制，规范矿业公司股权转让方式和程序；建议设置区域性的矿产交易专门平台，所有的矿业公司涉及到矿业权交易必须在指定的平台上进行，有利于矿产资源管理部门进行有效的监督和规制。

对于矿业公司的股权转让不应做过多的干预，但对外需要加强监督和管理。因为矿业公司的特殊性，对其转让股权应有特殊程序，而不应仅适用公司法的相关规定，对其转让股权应当加以限制，加大监管力度，强化股权转让备案制度，完善矿业权等级制度。保证矿业公司股权转让在公开、公平、公正的原则下进行，特别注意矿山安全、环境保护等公共利益的维护，使涉矿股权的转让能够平稳、有序、健康的发展。

参考文献：

[1]崔建远．矿业权基本问题探讨[J]．法学研究，1998(4)

[2]魏铁军．矿股关系与矿业规制的研究[J]．中国矿业，2012(6)

[3]魏铁军．论矿产资源法的原则要素[J]．国土资源报，2005(5)

[4]李显东,刘志强．公权“守护”下的矿业权流转[J]．中国改革，2008(3)

[5]中国土地矿产法律事务中心,国土资源部土地争议调处事务中心编著．土地矿产典型案例评析与法律实务操作指南[M]．北京:中国法制出版社，2012.

[6]范健．商法[M]．北京:高等教育出版社，2007

[7]崔健远．准物权研究[M]．北京:法律出版社，2008

[8]姜丽丽．如何对待转让股权中变相转让矿权？[N]．中国矿业报，2010-4-17(B02)

律师业务拓展中的营销方式

安徽天爱律师事务所　王朝琴

摘　要：笔者系下岗失业后通过自考法律本科取得的法律职业资格证书，2008 年拿到律师执业证时正值不惑之年，证件在握而案件却久久没有接到一起那种失落和焦灼感可谓刻骨铭心。人到中年肯定蹉跎不起，可哪里又有拓展业务的捷径？这几年笔者学做有心人，结合自身实际情况尝试通过各种途径特别是加大网络宣传和参加落地培训以及跨行业交流进行自我营销，目前已取得明显成效。但笔者仍在苦苦思索和竭力探究律师业务拓展中的营销方式这个问题，希望能找到一些规律性或者说是普适性的东西可供正处于迷茫徘徊中的年轻律师借鉴。感谢律协征文促使笔者结合本人数年来的思索与实践，就这个行业内普遍关心和关注的问题谈点尚不成熟的看法和想法，以期抛砖引玉。

关键词：律师业务　拓展营销　网络营销　自我营销

律师业务拓展在行业内是永恒的话题，几乎每一次律师执业前培训都要被提到，并被着重强调。律师业务拓展中的营销方式则是近几年非常热门的一种提法，所谓营销简单来讲就是通过某种方式让更多的人了解产品然后产生购买欲望，律师提供的服务也是一种产品，是产品就离不开宣传推广，结合杰罗姆•麦卡锡在《基础营销学》营销是指某一组织为满足顾客而从事的一系列活动的定义，律师业务拓展的营销方式可以是某一组织，比如律协、律所等为让更多的人了解法律服务组织律师送法进监狱、普法进社区等。而通常我们所说的律师业务拓展中的营销方式更多是针对律师个体而言，这与律师职业本身“单打独斗”的基本属性和律师业务的来源基本上是“自创自收”有关。笔者接下来所论述的内容也是比较适合那些刚刚从事律师行业，没有太多社会资源和关系，或者说性格使然不大愿意走“关系路”，更乐意凭借努力和汗水一步一个脚印拓展业务的年轻律师。

总体来说，律师业务拓展中的营销方式笔者认为主要有以下这些：

一、加大网络宣传

互联网极速发展使之已经渗透到社会生活的各个方面，在网络环境下拓展法律服务完全有可能，而且非常有必要。网络营销最大的好处就是成本低、受众广、渠道多、灵活性强，而且网络营销自身要多读多写的特点还在不知不觉中就能提升热衷于网络营销的年轻律师的综合素质。年轻律师紧随潮流易于接受新生事物，可以很快了解并充分运用各种网络工具，通过网络营销应该能够打出一片属于自己的新天地。

诚如北京炜衡律师事务所资深律师许兰亭所言“现在是信息化社会，网络无疑是帮助律师成功的重要工具！目前律师界叱咤风云的人物大都是网络世界的佼佼者！律师必须熟悉和运用网络才能在现代激烈的竞争环境下生存下来，网络这个平台方便快捷且影响巨大，是律师的好帮手。”网络营销可以像北京杨晓林 (“家事律师网”)、上海贾明军 (“沪家网”)、北京邹道明、李弘晟 (“交通事故网”)、四川成安 (“刑事辩护网”) 及武汉肖小勇 (“劳动纠纷律师网”) 等律师那样建立专业网站。也可以像更多律师包括笔者这样开通不需要求助专业人士帮忙，凭自身条件就能很好经营的律师

博客、微博、微信、QQ 等。律师还可以多管齐下，在新浪、搜狐、百度、网易等各大网络媒体都注册上个人空间，实在没时间逐个打理也可以以一两个空间为主，其他仅仅作个链接让网友能通过链接找到自己的“主打产品”即可。笔者日常工作之余主要在新浪博客和新浪微博勤奋耕耘，另外就是充分利用 QQ 空间的转载和发贴功能联络与与增进同心理学界或对心理学感兴趣的网友们的感情。最近，在人大律师学院老师及同学引领下还尝试着用起私信。

网络交流最好使用真实姓名真实头像，一示对网友尊重，二也方便记忆识别，三更是对自身品牌的大力推广和持久宣传。笔者的新浪博客“王朝琴法律与心理咨询”始建于 2008 年 10 月 22 日，是在知悉自己六进司考场终于以 387 分的成绩取得法律职业资格 A 证的当天。起初没什么感觉，最近两三年却尝到很大甜头，不管是参加中国人民大学律师学院的专业研修培训，还是报名人大法学院与律师学院联合举办的律师百年庆典论坛，抑或入席北京尚权律师事务所的刑事辩护论坛、全国律协民事业务委员会与江苏省律师协会省直分会共同举办的婚姻家庭法律师实务研讨会，都会有一些颇有网缘的律师同行很容易围坐到一起。另外，律师专业化发展已经是必然趋势，律师网络营销也应该考虑到这一点，笔者的新浪微博取名“婚姻家事与刑事辩护律师王朝琴”，一方面是想与同道相谋同长共进，另一方面对正处于困惑迷茫期的年轻律师也不失为一种公益性的启发和引领。

关于网络营销笔者还特别想强调也是感觉最受益的地方就是不经意间能接触到行业内的顶尖人物，笔者感觉律师业务拓展中的营销方式其对象也不应该仅仅只局限于有法律需求的现实或潜在的客户，还应该包括律师同行以及其他法律工作者，有其他专业特色资质的当然也包括另外专业的同道者。

二、参加落地培训

互联网技术的重要特点之一就是交互性，法律网站或博客、微博、QQ 空间等都有在线交流的功能，转份贴子、发个评论、写点留言、传条私信都可以与网友加深印象联络感情，但网络营销再好也只是律师营销的一个方面，不能也不应替代其他行之有效的营销方式，比如说有选择性地参加落地培训。很遗憾报班学习眼下还不为大多数律师同行所认同，感觉很费时太花钱，但笔者始终认为“磨刀不误砍柴功”，年轻律师与其待在律所三两周甚至三两月都接不来一个案件，还不如走出去借别人智慧缩短差距成长自己。笔者在其他方面可以俭省，也一向非常俭省，唯独学习深造绝对舍得投入，不惜“寅吃卯粮”。当然也不会盲目报班，报班前会对师资力量、办学风格甚至是经营理念都做到心中有数，瞅准合适机会了才报名参加等于是为自己量身定做的那种专业培训。

笔者 2009 年在《民主与法制》总编辑刘桂明先生的新浪博客知悉广东融关律师事务所主任徐建律师要筹建成立我国第一所高校开办的律师学院——中国人民大学律师学院，之后便一直很期待。2010 年律师学院第一期刑事辩护班开班就有心想参加，但考虑一个刑事案件都还没有完整经手过，纠结一段时间还是选择了放弃。2011 年婚姻家庭班开班毫不犹豫报了名，后来不仅在开班仪式上印证徐建院长的雄韬谋略和淡定平和，随着一个个专题陆续开讲，还一一对应上先前在网络中就予以高度关注的婚姻家事领域几名领军性人物，比如北京大成律师事务所的王芳律师、北京岳成律师事务所的杨晓林律师、上海沪家律师事务所的贾明军律师。另外，一期婚姻家庭班还给过笔者一个大大的惊喜，那就是在钢铁大王杜双华离婚案专题研讨会上幸会刘桂明先生。此后，也是得益于刘桂明老师和杨晓林老师一定要珍惜时间多读、多写，一定要把握机会多说、多交流的鼓励与鞭策，今年六月人大律师学院第二期“婚姻家庭实务与业务创新高级研修班”

期间，还如愿以偿被上海沪家律师事务所创始合伙人贾明军老师正式接收为门徒弟子。

有人说“我们的未来不是规划来的，而是吸引来的。”这话其实不无道理，2012 年六月第二次去人大律师学院报的是第三期刑事辩护班，也是这期刑辩班让我与贾明军老师由婚姻班师生成为刑辩班学友。第三次是今年四月六日到四月十日的首期“法律人的思维”研修班。第四次就是前面提到的第二期婚姻家庭班。如果说婚姻家庭班和刑事辩护班的学习是向老师们索取术的技巧，思维班就有点道的味道了。笔者如此浓墨重彩描述网络营销与报班学习，主要是想给年轻律师一些经验性的分享，因为在网络营销和报班学习中，笔者发现很多律师没有做到深入细致，导致营销效果大打折扣。比如网上博客、个人空间等等，有心人也能搜索到，但显属浅尝辄止、昙花一现。报班学习也是，很多同学报了名，培训结束后却难得与老师和同学再有互动，一段时间后自然也就淡出他人的视线，学友间互相宣传推荐甚至是直接介绍案件的好事落不到头上不说，师生谊、同学情也因为仅仅是在泛泛之交的层面，很多切中要害的建议老师和同学想不到也根本没机会向他（她）提起，而其本人却浑然不知，错失举手可得的业务发展与完善自我的大好机会。这方面笔者感触很深，参加律师实务培训会遇上，报班心理咨询师资质培训或参加心理工作坊也会遇上，接下来笔者想说的律师业务拓展中的第三种营销方式就是跨行业交流营销。

三、跨行业交流营销

现代社会日新月异的发展对个人才能的要求越来越高，具有一项专业技能并在另外领域有特长的复合型人才在各行各业越来越受欢迎，而且“钱景”喜人。复合型人才的复合不仅是指知识复合、能力复合，更主要还包括思维复合，有意识提高自身综合素质，又不断拓展知识面还能经常调整心态变革思维的人，在事业上必然会得心应手有惊人发展。年轻律师如果能根据自身兴趣喜好有意识在法律之外再接触另一门学问，打开另一扇窗户，得到的自然也不仅仅只是综合素质的提升，更是人脉资源的拓展和延伸。

笔者等于大半道出家做律师，为了将起点抬高些，也为缓解现实工作和日常生活的巨大压力，2009 年 2 月开始接触心理学，并先后取得国家心理咨询师三级和二级资格证书。取得心理咨询师资质后与拿到律师执业证一样没有感到满足，而是继续在法律与心理两条路上并修，先是利用周末去省城合肥尽可能多参加各种不同咨询技能的心理工作坊，求得在面上的宽泛了解，继而远赴杭州、河南、北京等地力争与心理学界的高人近距离接触，学习他们具体到点的实务技能。伴随着参加活动的规模越来越大，接触到的老师和学友越来越多，在心理学界也就有了很好的营销效果。

因为多出一个心理咨询师资质，笔者在从事律师工作时不管是与案件当事人打交道，还是与其他相关部门人员有接触，都会有一个很好的沟通和互动。脚踏法律与心理两条船笔者开始着手让心理学的继续深造围绕律师实务需要来进行，结合年龄、阅历、兴趣爱好及兼有心理咨询师资质的特点，笔者的主营业务定位在婚姻家事与刑事辩护这两块，有意识广泛接触婚姻情感亲子关系方面心理学专家的工作坊，还报班中科院心理研究所婚姻家庭治疗方向的在职研究生，系统学习和探究掩藏在婚姻家庭情感及亲子关系表面问题下那些深层次的背景。

以上是笔者结合自身经历体验着重谈到的律师业务拓展中三种主要营销方式，事实上律师营销的方式有很多，限于篇幅不再一一论述，但是会接着前面的序数继续列举如下：

四、QQ 营销与宣传

QQ 做为一种对外宣传和联系的工具，笔者真正启用则是近两年的事情，最初并没有意识到

QQ 强大的网络交流与即时沟通的功能可以为律师所用。

五、开展法律培训

与中小学校联系担任校外法制辅导员，定期或不定期去学校进行普法教育，或者做一些专题讲座。在《关于苏沪婚姻律师业务市场拓展的会议纪要》中，笔者也读到老师贾明军“将法律知识送到写字楼宇”的业务拓展计划。

六、免费法律顾问

与住宅小区物业管理部门或所在街道社区协商免费做法律顾问，短期内投入产出可能不成比例，但长期来看社会效果应该不错。

七、无偿法律援助

对于实在拿不出钱来打官司的当事人，尽心尽意提供法律援助可以提升法律公信力和律师自身的法律人形像。

八、参与团队营销

多加盟一些专业性或区域性很强的法律网站，时间允许的情况下尽量多解答网友的咨询，扩大社会效应。目前，年初开始创立的沪家网加盟团队加盟成员已接近一百五十人。

九、律所名义直销

随着律师专业化发展的趋势，很多律师事务所都组建有自己的专业团队，借助律所品牌效应比单打独斗更能赢得当事人的信任和市场份额。

十、打公益官司

一场公益官司惠及社会大众，自然很受欢迎，也会吸引媒体眼球。

十一、著书立说

著书立说也可称作学术营销，年轻律师有大把时间可以利用，如果肯在写作上多下功夫，日积月累收效也会相当可观。其实就如笔者这样积极响应律协号召，写篇命题论文也是宣传营销。

十二、参加论坛

参加论坛可以与“著书立说”结合使用，年轻律师没有能力也没有经济条件自己发起并组织论坛，但积极报名参加老律师组织的论坛也是自我营销的有效方式。而且论坛基本都希望参会者能提供相关论文与主办方沟通交流，有的还会编辑成册予以散发，可以达到借力营销的好效果。

参考文献

1、徐浩然：《律师如何赢在网络》，中国政法大学出版社，2012 年版。

2、贾明军：《关于苏沪婚姻律师业务市场拓展的会议纪要》

3、佚名：《律师你是如何营销自己，拓展案源的？》http://wenku.baidu.com/view/99f6b700cc1755270722080b.html

青年律师如何开拓企业法律顾问业务

安徽陆汝明律师事务所　陆汝明 陆栋良

摘　要:企业法律顾问业务是青年律师需要重点开拓的业务之一,不仅能给带来稳定的收入,还能进一步积累经验、扩展其他业务打下基础。本文通过对企业法律顾问职业现状和构成的分析,列举企业法律顾问服务范围,结合笔者承办顾问单位时的经验,进而探讨青年律师如何开拓企业法律顾问业务。青年律师应该发挥自身优势,更多地开拓企业法律顾问业务,为企业提供优质高效的法律服务,从而为国家的经济建设贡献一份力量。

关键词:青年律师　企业法律顾问　企业法律顾问服务范围

一、企业法律顾问职业分析

1、企业法律顾问职业的现状

企业法律顾问是指由企业聘用,专职从事企业法律事务工作的专业人员。真正意义上的企业法律顾问是改革开放以后才出现的职业,还属于新兴职业。随着经济的发展、人民法律意识的增强,越来越多的企业开始聘用专业的法律顾问,依靠法律顾问来帮助企业减少法律风险、规范经营活动。

根据企业规模大小,企业法律顾问人数有 1 人到数十人不等,一般中小型企业聘用 1 到 2 名法律顾问的比较普遍。企业法律顾问的收费多以年为单位计算,一般以完成约定的法律服务内容收取固定费用,也有根据办理案件金额的大小或案件数量来计算顾问费用的。

2、企业法律顾问职业的构成

担任企业法律顾问工作的不仅有律师,还有注册企业法律顾问和一些法学专家学者。律师作为企业法律顾问较为普遍,也被称为商务律师,是指专业从事企业及商务法律服务的律师。注册企业法律顾问是指经中国统一考试合格,取得 《企业法律顾问执业资格证书》 并经注册登记,由企业聘用,专职从事企业法律事务工作的专业人员,中大型国有企业必须具备注册企业法律顾问人员,可见人数也较多。一些法学专家学者也会被聘请作为兼职企业法律顾问,但数量相对较少。很多企业聘有全职的法务人员,他们也承担着部分企业法律顾问工作。

二、企业法律顾问服务范围

根据企业法律顾问业务性质和内容划分,服务范围可以分为诉讼类和非诉类法律事务。非诉类法律事务范围较广,涉及行业较大,是企业法律顾问应该重点开拓的业务范围。在大中型企业里,非诉类法律事务还会分为起草审核文书类、商务谈判类、处理劳动纠纷类法律事务等。

1、非诉类法律事务

非诉类法律事务涉及面很广,几乎可以渗透到企业经营的各方面,对于企业来说做好非诉类法律事务至关重要。非诉类法律事务具体包括:

(1)参与起草、修订企业合同,完善合同管理制度,规范合同的管理与使用。

(2)参与商务谈判,制定谈判策略与方案,起草和审定商务合同,并在合同签订后监督合同的履行情况。对企业重大经营决策提出法律意见,重大项目进行法律分析论证。这对企业日常业务的开展至关重要。

(3)起草、修订《劳动合同》,根据不同职位情况制作《岗位职责》作为《劳动合同》的

附件。发生劳动纠纷的，根据情况协调解决员工和企业的纠纷，帮助企业合法用工，给予违法用工的企业提出法律意见。

（4）根据企业规模和经营范围量身定做系统的《员工手册》，并经民主程序通过实施。制作一份高质量的《员工手册》，可以很好地展现律师的专业知识和职业技能。

（5）起草和修订股东大会和董事会会议制度、财务管理制度、公章管理制度、工资奖金发放制度等规章制度，以规范企业的管理制度。

（6）对企业管理层和企业员工进行法律培训,提高企业全体成员的法制意识。

（7）起草、审核企业设立或变更工商登记时需要提供的法律文件，出具法律意见书。对涉及企业工商管理、税收等法律事务提供指导。对于企业管理人员变更、员工裁员等情况，配合办理各类手续。

（8）列席企业董事会，对董事会议议题涉及的法律问题进行分析论证，提供法律意见书。对企业的管理层结构，包括对董事会、股东会、监事会结构的合法性提供法律意见。

（9）对企业的商标注册、专利申请等法律文件进行审核，为相关法律事务提供法律建议。发生侵权或被侵权行为的，引导企业通过协商或诉讼程序解决，维护企业形象和经济利益。

（10）办理各类涉及企业的劳动仲裁、经济仲裁案件。各类纠纷应通过调查了解，分析出纠纷的起因和将来发生矛盾升级的可能性，告知企业自身违法违约情况及后果，并给出解决方案。

（11）参与企业的合并、分立、解散活动，对其法律可行性和操作性进行论证，负责相关的法律文件的起草、审核，参与整个活动的谈判和监督执行工作。

（12）参与企业的股份制改造或资产重组、企业招标投标、企业收购与反收购活动、企业融资租赁、资产转让等活动,起草、审核相关法律文件并出具法律意见书。

（13）办理企业破产及人员安置等相关法律事务。这项工作需要团队合作的形式开展，成立清算组，共同完成这项工作。

（14）其他业务企业的资信调查，涉外投资所在国有关法律、境外法律纠纷策划与研究，并出具法律意见书等工作。

（15）根据企业的授权，经过查阅案件材料了解相关信息后出具律师函、声明书等文件。

（16）办理企业注册资金的增资、减资事务。办理企业股份发行、回购、公司股票上市等事务。

（17）办理企业因买卖、继承或赠与导致股份变更、转让的各项事务。办理股东之间和股东转让股份，起草和审核转让合同。

（18）企业被行政处罚、行政机关不作为以及其他违法行政行为侵犯企业权益的情况，为企业办理申请行政复议或复核事务。

（19）办理企业在经营管理中遇到的其他法律事务。

2、诉讼类法律事务

（1）因侵权或违约等行为发生纠纷，经协商不成，代理企业通过民事诉讼程序解决纠纷。作为企业法律顾问，首先认真分析案情经过，查阅相关材料和法律法规，慎重选择以诉讼方式处理纠纷。如因企业自身侵权或违约，应尽量说服企业通过协商途径解决。如若被诉应积极应诉，提供减轻责任或减少损失的证据，有理有据地处理纠纷。

（2）代理企业因对不服劳动仲裁裁决导致的诉讼案件。根据企业在纠纷中所负责任，通过诉讼过程化解矛盾，维护企业形象和利益。

（3）企业被行政处罚、行政机关不作为以及其他违法行政行为侵犯企业权益的，经过行政

复议或复核程序仍不服，代理企业提起行政诉讼。如果确实违反法律法规，且行政处罚合理合法的，应说服企业负责人积极履行行政处罚。如果是行政机关违法的，应积极配合企业提起行政诉讼。

（4）企业或企业负责人在经营过程中涉嫌犯罪的，为企业和企业负责人进行刑事辩护。在发现企业或企业负责人有违法行为时，作为企业法律顾问应及时指出，减少构成犯罪的可能性，同时减少被害人的损失。

（5）企业经营业务涉及境外的，到境外或者在境内处理涉外诉讼事务。这需要企业法律顾问懂得涉外诉讼的相关法律知识，包括涉外企业所在国的法律法规，以及我国和该国的国际条件协定等。

（6）其他涉及企业的诉讼事务。

三、青年律师的如何开拓企业法律顾问业务

1、为开拓业务打好基础，不断提升自身素养

（1）掌握丰富的法律专业知识。

青年律师时间较充裕、学习能力强、理论知识掌握的比较好，在工作之余要多读书、读专读细，打好基础才能站稳脚跟向前进。企业法律顾问必须熟悉的法律专业知识包括：《民法》、《刑法》、《公司法》、《劳动法》、《会计法》、国际经济法等法律、法规及配套的司法解释和实施细则。不同行业的企业需要提供不同的法律服务，这就需要懂得与该企业业务范围相关的法律法规和政策，比如保险公司法律顾问需熟悉《保险法》、《金融法》等，房地产开发公司法律顾问需熟悉《房地产法》、《土地法》等，而外贸公司法律顾问需熟悉对贸易进口和出口国的法律法规及相关国际条约、协定等。

知识不仅要掌握的广，还要掌握的精，具体处理某类事务时还需要进一步了解相关的法律法规政策。比如做企业法律顾问要熟悉劳动法方面的知识，不仅要精通《劳动法》，还要熟悉《劳动合同法》、《工伤保险条例》、《劳动法实施条例》、三部最高院的《劳动争议案件适用法律若干问题的解释》、《劳动争议调解仲裁法》、《职工带薪年休假条例》以及各省市涉及劳动人事方面的法规规章等。这样才能完整地掌握劳动法知识，遇到劳动纠纷事务时才能处理的得心应手。

（2）熟知企业管理等多方面知识。

作为企业的法律顾问当然要熟悉企业管理知识，只懂得法律知识还远远不够。企业管理知识包括企业经营战略与决策、人力资源管理、企业财务、国际贸易、商务谈判等方面。熟知企业管理知识，才能更好地融入到企业经营管理之中，帮助企业在运营中获得最大效益。

有时间精力的青年律师，不妨多研究下周边行业的知识。比如学好逻辑学，锻炼逻辑思维能力，遇到案件时能准确快速地分析出案件的起因和解决方式，增强处理繁杂事务的能力。有必要学习心理学，学会观察和分析人物的性格脾气，尽快地了解对方，准确地选择适合的表达方式，更好地处理人际交往。青年律师学习知识的能力较强，应该充分利用时间博学、精学，做一个知识渊博的法律顾问。

（3）培养良好的执业素养。

具有专业的法律知识和企业管理知识外，还需要有良好的执业素养。职业素养是指职业内在的规范和要求，是在职业过程中表现出来的综合品质，包含职业道德、职业技能、职业行为、职业作风和职业意识等方面。良好的职业素养是身为企业法律顾问必备的条件，要时刻以一名法律

界精英的标准要求自己，并在工作中展现出来，从而赢得企业负责人和员工的尊重和信任。青年律师在执业素养方面尚欠缺，还需在不断的学习和工作中积累和锻炼。

（4）具备良好的沟通表达能力。

良好的沟通表达能力，包括写出专业的文书和用流畅的言语传达。最好还要掌握一定的外语说写能力，这样应对企业的外籍人士也可以很好地沟通。良好的表达能力具体表现为：起草和审核各种合同、法律意见书、诉状等文书材料，及商务谈判、会议发言等形式。因此青年律师一定要通过锻炼和实践掌握良好的沟通表达能力。企业法律顾问遇到重大事件要及时和企业负责人沟通，以便更好地处理企业事务。

良好的沟通，还需要熟悉各种办公软件和沟通工具，这也是企业法律顾问的必备能力。由于办公自动化和网络的普及，很多事务沟通都是通过电脑和手机完成的，比如通过电子邮件交流，处理文件就可以不受地域的限制；使用包括 QQ、MSN、微信等聊天工具在同一时间可以和各地的客户交流，这样极大地节省了时间和资源成本。青年律师在这点上还是比较有优势的。

2、运用多种渠道开拓企业法律顾问业务

青年律师的办案经验和社会资源都较少，企业轻易不会主动找上门来，执业初期主要还是靠前辈的带领。通过跟随前辈给企业提供法律服务，慢慢的积累经验和人脉，也会慢慢拓展属于自己的顾问企业。

青年律师经过一定时间的磨练后，可以尝试用更多方式推销自己。发动人脉，让亲友帮忙推荐是最常用的方法，直接推荐给企业负责人是开启企业法律顾问事务的关键因素，这样也会得到被推荐企业负责人的信任。通过在网站或杂志上发表文章，对热门法律事件通过微博、博客等平台做出个人评论，不仅展示了专业知识，也让更多潜在客户认识自己。有条件的话还可以建立个人法律服务类网站，更好地展现自己，也方便与客户沟通。还可以积极参加广播、电视的法治节目，积极参加社会公益活动、做普法宣传、接待免费法律咨询等，通过各种平台扩大自己的知名度，为以后开拓业务打基础。

3、有针对性地筛选服务企业

青年律师需根据自身能力、熟悉的行业，结合经济环境等多方因素做出筛选，从中小型企业开始着手。切忌好高骛远，慎重选择过多企业或大型百强企业，这样超过自己能力范围，不仅服务质量达不到企业要求，也不利于长期合作和业务扩展。对于新兴行业，电子商务、软件开发、时尚服装用品的生产企业、服务型企业，企业负责人多是青年才俊，和青年律师沟通起来比较自然和融洽，青年律师对于这类企业的经营模式和产品流通渠道比较熟悉，以这类企业为选择目标比较适合刚出道的青年律师。

4、做好接洽准备

企业负责人主动邀请律师承办法律顾问事务，或者律师主动挑选一些企业进行自我推荐时，前期功课一定要做足。在洽谈前尽可能详细的了解这家企业，包括企业注册信息、股东信息、企业经营业务范围、企业的经营模式、企业文化等，通过对企业的了解，进一步熟悉企业经营涉及相关的法律法规，近期该企业或所涉行业的新闻也应一并了解，这样洽谈时胸有成竹，才能应对自如。另外，准备一份为洽谈企业量身定制的《法律服务计划书》和《法律顾问合同》也是必要的。《法律服务计划书》尽量全面地展现可提供的服务范围，《法律顾问合同》内容尽量用打印的方式事先拟定，也要注意给企业一定的洽谈空间，根据企业需求做适当改动，更能显示出律师的专业和细致。

5、接洽时的注意事项

接洽地点可以先由企业负责人选择，一般是在企业办公室或者在律师事务所内。如果选择在律师事务所内洽谈，一定要保持律师所办公区域的整洁，提醒律师所同事们给予配合，让企业负责人切身感觉到律师事务所和律师都是相当专业的。接洽企业负责人时，首先要表达出你的真诚和专业态度，给企业负责人良好的第一印象，就算这次没谈成，也为以后的合作打下基础。在洽谈时要注重仪表整洁，尽可能的正装出席，就所掌握的知识和对企业的了解，细致地解答企业负责人的疑问和顾虑，全面展现所在律师所和自己的专业水平。具体洽谈签约问题时，要详细解释《法律顾问合同》中的服务项目，注重每个可能吸引企业负责人的细节，让对方有足够的理由用重金聘用你。

6、注重团队合作

企业法律顾问业务是一项较复杂且系统的工作，很多时候因为事务较多或者跨专业问题，需同事或其他专业人士的帮助，这就需要团队作战。团队作战是进行规模化、专业化、规范化的保障，可以弥补孤军奋战的局限性，增加工作效率。比如办理大型企业的融资上市事务就是一项工作量巨大且涉及面很广的工作，必须有多个精通法律知识、财务知识的律师一起持续奋战才能完成。青年律师毕竟经验不足、精力有限，在承担企业法律顾问工作上，需要其他律师和人员的帮助，最终目的是给企业更好的服务。

青年律师拥有善于学习、理论知识丰富等特点，同时也缺乏办案经验、缺少企业客源。青年律师应该发挥自身优势，在工作中不断学习和积累经验，通过多种渠道开拓企业法律顾问业务，这对青年律师的成长起到至关重要的作用。青年律师要有信心承担起企业法律顾问工作，为企业提供更优质高效的法律服务，从而为国家经济建设贡献一份力量。

经济转型升级与律师服务升级

——浅析我国经济上升转型期律师经纪人发展的必要性

安徽远宏律师事务所　宋俊生 王智勇

摘　要：经纪人在社会活动经济活动中往往起到纽带和桥梁的作用，经纪组织常被誉为“市场经济的看门人”，它的健康发展直接影响到市场经济的深度发展。在目前经济升级转型期，律师的营销出现了滞后性的发展瓶颈。本文试图通过引入明星经纪人的概念打造律师经纪人的构想，试图通过律师经纪人制度解决律师专业化发展与市场需求多元性需求之间的冲突；律师法律服务工作与市场推广营销之间的冲突；法律服务市场供求信息不对等。结合社会实践中对律师经纪人制度的初步探索，力图设置有别于当下“开拓案源”中介型律师经纪人制度的律师人才发展规划与培养型的律师经纪人制度。

关键词：律师经纪人　法律服务市场　市场营销　律师营销

一、律师经纪人概述

（一）我国现有“案源开拓”型律师经纪人的概念

“案源开拓”型的律师经纪人，多是那些社会资源丰富消息灵通的人，在工作之余受律师个人委托，帮助其介绍案源，从中收取中介费用。为我国《律师法》明确所禁止。

究其本质而言，上述“律师经纪人”只是充当律师助理，从事律师案源开拓的角色，他们都属于“案源开拓”型律师经纪人，但不是真正意义上的职业律师经纪人。

（二）文体经纪人的概念

文体经纪人对发展职业律师经纪人有很大的借鉴作用。通过对体系完善的文体经纪人进行对比研究我们从中发现了职业律师经纪人的发展方向。

特别是明星经纪人在与签约艺人之间的关系，对于明星道路发展的重要作用非常值得我们借鉴。职业律师经纪人就是在明星经纪人的体制上打造的一个全新的法律服务行业。

（三）职业律师经纪人的概念

律师经纪人是指受雇于律师事务所，在整合律师资源及自身社会资源的基础上，通过对旗下律师进行营销、包装、推广的外界宣传，培训交流、实践的内部提升，打造各个法律服务部门下专业化品牌律师团队，为客户提供精准、专业、全方位的一站式法律服务，最终实现客户资源整合的职业群体。

1、律师经纪人是受雇于律师事务所的职业群体

律师经纪人是与律师事务所签订劳动合同，由律师事务所根据个人业务能力在支付基本工资的基础上发放绩效工资，双方形成劳动合同关系。

律师经纪人受雇于律师事务所这一模式，既能使律师经纪人充分利用律师事务所的整体平台展开工作，又能有效做到律所对于律师经纪人的整体管理。区别与传统零散型的“案源中介”，也区别于律师个人雇佣的“个人助理”

2、律师经纪人是以律师事务所为平台载体展开活动的整体团队

律师经纪人社会功能的体现必须要求其拥有着一批优良的专业律师团队以满足客户各种不同领域、不同层次的法律需求；必须拥有足够的财力支持保障经纪人通过培训、进修、交流、实践完成律师团队专业技能的内在提升和通过营销、包装、推广的完成律师团队的外界品牌塑造；必须拥有足够的社会资源的进行律师与客户之间、客户与客户之间的资源整合。这些需求决定着律师经纪人需要一个强大的平台资源的支持。

3、律师经纪人打造律师团队和拓展案源业务为主要活动内容

律师经纪人是以打造专业化的品牌律师团队和积极开拓案源为两项主要活动内容，最终达到在客户多元化法律服务需要的背景下为客户甄选合适的律师提供一站式法律服务。

二、我国经济上升转型期律师经纪人发展的必要性

（一）律师个人营销推广与律师业务之间的冲突

律师营销，可以理解为让当事人更方便地找到合适的律师，让律师体面地获得更多的案源；进而在当事人的参与互动下，对案件质量或工作质量进行良性管控；在诉讼业务中以追求个案公正实现社会的公平正义，在非诉业务中以最经济的投入获得客户最满意的效果，最终实现客户价值。

由于市场的发展，律师营销工作的好坏直接影响到律师的最终收入，于是律师将主要精力都放在营销，这就严重影响了律师业务的质量，从而产生了律师个人营销推广与律师业务之间的冲突。

1、律师熟练法律业务但不熟悉市场营销与市场运作的方法和方式

律师熟悉法律业务但不熟悉市场营销，有法学家和法律家的分别 。往往高学历、高专业技能、高法律素质的律师却无人知晓，少人问津。然而那些把大量时间放在宣传和个人营销上的律师，虽然额没有足够的经历办理案件，业务能力一般的大忽悠律师却有很多人“慕名求助”。

大部分律师把法律业务研究的很透彻，但是在做市场营销和个人推广时却无从着手。通常是在网络推广上花费了大量的时间和金钱而收效甚微。

律师经纪人拥有律师事务所的平台和资金支持，自身具有专业的市场营销方法、丰富的经验和可靠的渠道，能很快利用资源和经验优势结合律师自身的特点为律师打开市场。

2、律师没有足够的时间和精力进行市场营销和业务推广

律师的时间是以分钟来计算的，律师如果把大量的时间放在市场营销和推广上时，必然会占有律师办理案件的准备时间和研究业务知识的经历。有些律师整日在网上自吹自擂，晚上拜富求贵、推杯换盏，即做媒婆又做新娘。的确是带来了很多业务。后果是第二天开庭时卷宗还没来得及看完。

想要打造部门领域专业的律师，必须要求律师将充分的时间交给法律研究和实务操作。将不同专业事交给不同专业的人做。

3、个人营销使得律师变成电话接线员和“万金油”律师

由于律师个人进行营销和推广时没有针对性和选择性，各个网站和论坛做推广宣传，各个场合发名片。导致各种类型的咨询电话不断，然而绝大多数的电话仅仅都是“蹭法律”的咨询。能从几十个电话中找出一两个有效签约的客户很少。

同时咨询电话的法律纠纷类别也是五花八门，从离婚、劳动争议、交通肇事到刑事案件。律师往往是来者不拒，离婚案件时声称自己是婚姻家庭法律领域专家，交通事故案件声称自己从事交通事故法律领域数年。这样长期没有专业性的选择致使大部分律师抛弃专业化律师走上了万金

油律师的道路。

律师经纪人在解决这一问题时就显得格外重要，A、律师经纪人有足够的时间和经验来从咨询电话中甄别有效的客户源。B、律师经纪人能通过一定的经验性话述将有效客户留住，并进行分类。C、律师经纪人可以将不同种类案件和不同类型的客户需求选择与之相匹配专业领域、专业水平的律师来代理。做到了双向选择。

4、个人营销推广所获取的客户往往不具有稳定性和高端性

律师个人简单的推广，往往是在当事人遇到了法律问题时才想到咨询律师，这类客户案件具有事后性和偶发性，为律师接下来的案件代理带来了难度。同时通过网络搜索，主动电话咨询的案件往往是标的额不大，客户个人实力不高的案件。

律师经纪人可以通过联系企业及高端客户，在纠纷没有发生时就促成律师和客户之间长期稳定的合作。做到风险监管与防范，纠纷解决及处理的及时与高效。

（二）法律服务需求多元性与律师专业服务单一性之间的冲突

1、客户的法律需要“专科”律师，律师为求生存却大多是“全科大夫”

法律服务的需求者，如同就医的病患，他们要看专科、找专家。当事人需要律师从专业角度，用专业知识和技能为其提供专业的法律意见，帮助其解决专业的法律问题。这就要求法律服务的提供者对某一专业领域深入钻研，成为“专科”律师。

可是律师个体在没有充足的案源可供挑选的情况下，只能适应和满足各种客户不同的需求，来者不拒地成为了“全科大夫”式的“万金油”律师。做“专科”律师第一是没有足够的同领域案源只能食不果腹，第二是没有足够的主业领域案件提供实践训练，培养不出专业化的律师。

律师经纪人试图建立一个客户与律师之间的纽带解决这一矛盾冲突。首先律师经纪人以律师事务所为平台，手中有着足够多案源，同时律师经纪人将案源进行分类后分配给不同的业务方向律师，这样建立一个内部的有效的分配机制和平衡调节。

2、客户在生产、生活中遇到的法律问题是多元的综合的，又并非能有一两名“专科”律师能全部解决

以企业为例，目前中国随着法治社会的建设，企业普遍认识到法律风险防控是企业的生存和发展的保障，一些企业开始主动聘请律师作为自己的法律顾问。但是企业的法律顾问能为企业解决的法律问题很窄是我国律师企业法律顾问业务拓展不开的主要原因。

一家企业所要解决的法律问题往往涉及企业架构设计、劳动关系与用工制度、企业管理、商务谈判、纠纷解决、企业风控等等，同时企业依然需要律师解决法律之外的问题，如投融资、市场分析调查、品牌塑造，市场推广等等。律师个人面对企业这一系列亟待解决的问题往往显得力不从心，一名专业的企业法律顾问律师，很可能因为企业的一个劳动争议仲裁的败诉而被企业解除合同。一名专业的发地产领域律师往往会因为企业发展转型而被一名投融资领域的律师所取代。

以上问题的形成原因很大一部分是因为随着市场经济的发展和社会分工的精细化，客户对于法律服务的需求也变得多元化、专业化、精细化。对于企业来说选择一两名律师作为自己的法律顾问由于律师自身专业化带来的局限性无法满足企业的市场需求。如果聘请多名律师比照成人力资源上的不合理浪费。

律师经纪人的出现恰恰能很好地调和这一矛盾，达到既满足与企业的市场需求又能实现律师事务所的专业化运作。

很少有企业认识到自己签署的法律顾问合同是与律师事务所签订的，而非与律师个人签署。

因此这给律师经纪人解决这一问题带来很大的空间。企业只需要选择合适的律师事务所，由律师事务所指定专业的律师经纪人与企业联系。由律师经纪人指派专业的法律风险测评律师为企业做法律风险评测。将评测结果报律师事务所，律师经纪人再根据测评情况指派不同专业的律师有针对性地解决企业的法律问题。企业也可以将自身出现的法需要反馈给律师经纪人。由律师经纪人指派相关专业领域律师对症下药。

这种律师经纪人体制下的法律服务，能有效解决企业多元化法律服务需求的同时搭建企业与律师事务所深度合作机制。对于企业来说与律师事务所签署的顾问合同，就相当于享有了整个律师事务所的所有律师资源。

（三）法律市场上可供客户甄选的律师信息匮乏

面对庞杂的律师市场，客户很难选择和甄别合适自己的律师信息。在目前的法律服务市场环境下，当事人在选择律师时，能作为参考信息可供选择的往往只有两种：

1、媒体、网络上的各类律师广告及者律所墙上律师个人自己撰写个人简介。首先内容的真实性和有效性很难判断，并且通过简短的个人介绍中的学历信息，执业信息和成功案件很难充分体现律师的业务能力，更难以判读该律师是否合适自己案件的特点。

2、通过亲友介绍律师。不可否认的是他人介绍的律师往往是有着良好的口碑和声誉，但是法律服务是一个专业性很强的技术性和经验性业务。非专业人眼中的好律师未必适合你的需要。

因此需要律师经纪人的出现，发布真实、可靠，多领域、多层次的律师团队及个人信息供参考挑选，或者律师经纪人根据其自身特点和需要帮助其甄选合适的律师。

律师经纪人在打造专业律师团队时，根据律师团队及律师个人的特点和专业方向做品牌宣传推广，会在市场上发布律师真是、可靠，多领域、多层次的律师信息。客户可以根据律师经纪人发布的信息增加对律师的了解，从中选择合适自己的律师。

同时律师经纪人往往具有一定的法律专业知识，和足够的不同类别不同层次的律师资源。在通过简单了解当事人案情和需要后能够很快为当事人从自己的律师源中找到满足当事人法律需求的专业律师来委托代理。

律师经纪人在法律服务委托代理中，起到了衔接客户和律师的纽带作用。

（四）案源中介与现行《律师法》之间的冲突

“案源开拓人员”或“案源经纪人”是律师工作中不可或缺的助手，也是客观存在的，是社会分工的必要，也是社会专业化程度提高的表现，但缺面临着法律地位的尴尬。

我国《律师法》第二十六条规定：律师事务所和律师不得以支付介绍费等不正当手段承揽业务。正是该条规定意味着“案源开拓人员”或“案源经纪人”的收入没有法律依据。因此，律师经纪人没有合法的地位，现在尚处在不公开的状态。

本文所阐述的律师经纪人概念和所构建的律师经纪人制度，是将律师经纪人团队纳入律师事务的业务部门，受雇与律师事务所，由律师事务所发放基本工资和收取成交案件的提成。这样即可有避免触犯《律师法》的相关规定，又可以通过律师经纪人来辅助律师事务所律师团队的建设和管理。

（五）青年律师缺少职业规划与发展机会

青年律师的执业现状一直备受社会关注。徐莹认为青年律师有很多的困境，主要表现在：政治地位低，不受人尊重； 执业风险大，执业权利受限多； 案源少，大多数律师收入不高等。

就目前青年律师发展而言，并没有明确或行之有效的措施。培养青年律师不仅是出于律师行

业发展与青年律师自身成长的需要，也是律师事务所可持续发展的需要，是资深律师实现自身职业发展的需要。

从这个意义上讲，专门为青年律师培训、交流、指导、提供实践机会包装、策划、营销的律师经纪人的职业化就成了律师行业发展的必然，也是改变目前律师事务所和资深律师培养青年律师缺陷的关键。

这是一种职业的空白，是社会法律服务市场中的蓝海，也是促进律师经纪人职业化律师专业化建设的的重要环节。

三、结语

随着我国社会主义法治建设的发展，人民法律意识的逐步加强以及在生产生活对于法律的依赖逐步加深。出现了市场上对于法律服务的专业化、精细化、层次化的需求与律师业务能力、服务水平，律所经营模式、律师培养模式之间的矛盾。在法律服务市场上急需律师经纪人的出现，来达到链接法律服务需求者与律师之间的纽带。

参考文献

1、邵锡山《谈市场经济中的体育经纪人》，载《生产力研究》，1999 年第 6 期。

2、段建国《中国式律师营销》，法律出版社，2009 年出版，第 189 页。

3、徐莹《刍议青年律师生存和发展对策》，载《哈尔滨学院学报》，2011 年第 01 期。

4、包振宇、朱蕾《论律师事务所及资深律师对青年律师培养的责任》，载《中国司法》，2011 年第 09 期。

5、高云《思维的笔记》，法律出版社，2009 年 2 月出版，第 13 页。

农用地征收的纠纷与法律服务
集体土地征收应着重保护农民的合法权益

——写在《农村集体土地征收补偿条例》出台之际

安徽大别山律师事务所　徐晓波

六安职业技术学院　杜　静

摘　要：我国目前的农村土地征收法律制度中，在立法上存在公共利益界限含糊，土地征收权滥用，土地补偿不合理，救济途径不完善等一系列弊端，严重损害了失地农民的合法权益。因此，有必要从立法上和程序上完善我国现行的农村集体土地征收法律制度，以更好地维护广大农民的利益。

关键词：集体土地征收　公共利益　补偿标准　征收程序

一、集体土地征收过程中农民利益受损的根本原因

（一）征地目的过于宽泛含糊

我国《宪法》第 10 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。第 13 条第 3 款还明确规定，国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。《土地管理法》第 2 条第 4 款明确规定，国家为了公共利益的需要，可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿。《物权法》第 42 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。《城市房地产管理法》第 19 条规定，国家对土地使用者依法取得的土地使用权，……在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，可以依照法律程序提前收回，……由于没有明确具体的标准，前述法律中所说的“公共利益”目前在我国正被一些地方政府扩大化或错误地解释，也正在蚕食着农民祖祖辈辈赖以生存的土地。在 2011 年国务院颁布的《国有土地上房屋征收与补偿条例》中第 8 条以列举的方式规定了市、县级人民政府征收房屋的具体情形，其中，第六项规定为“其他公共利益的需要”，这在很大程度上留给地方政府自主解释的权利，也为愈演愈烈的征地补偿纠纷埋下了伏笔。

以私有制为基础的资本主义国家又是怎样界定“公共利益”的呢？比如美国法律规定只有把土地转为公用的条件下，国家动用征收权才是合法合理的。而“公用”有三个含义：第一是指政府拥有，也就是用于某种政府用途如修建一个军事基地或建一所学校；第二是指向公众开放使用，让公众有机会共享，如修建市政公用设施；第三是用于公共利益。再如韩国，其《土地征收法》中对公共利益项目也采用了列举的方法，包括:有关国防、军事；铁路、公路、河川、港口、上下水道、电气、燃气、广播、气象观测等建设事业；国家或地方共同团体设立的办公场所、工厂、研究所、公园、市场等建设事业；国家或地方公共团体指派的建设者，由他们所进行的住宅建设事业或住宅用地事业等。由此可见，世界上大多数国家对“公共利益”的解释都比较宽泛含糊，也很难对此作出详尽的列举。但在土地征用过程中维护公共利益的程序机制很完善，充分考虑土地

征用涉及的利益相关人的利益。事后对土地征用涉及的公共利益的司法监督制度也很健全。这些方面都值得我国借鉴。

（二）征地补偿标准过低，补偿款分配不合理

我国《土地管理法》第 47 条规定:“征用耕地的，按照被征用土地的原用途给予补偿”，征用耕地的补偿包括土地补偿费、安置补助费以及地上附着物和青苗的补助费。前两项的补偿标准分别为该耕地前三年平均年产值的 6 到 10 倍和 4 到 6 倍，二者之和，最低为 10 倍，最高为 16 倍；同时又规定“土地补偿费和安置补助费的总和不得超过土地被征用前三年平均年产值的 30 倍”。如果就补偿的数目来计算，以我国东部为例，每亩耕地的年产值约 800 元，每亩耕地补偿费用约 8000～12800 元。至于青苗费的补偿，各地基本上是在 1000 元左右。[1]

显而易见，这样的土地征收补偿标准即使在土地年产值较高的东部也是较低的。《土地管理法》第 26 条规定:“土地补偿费用归农村集体经济组织所有；地上附着物和青苗补助费归地上附着物和青苗所有者所有。”如果以土地出让成本价为 1 计算，则农民只能得到 5%～10%，村级集体经济组织得到 25%～30%；60%～70%为县、乡、镇各级地方政府所得。[2]

2012 年 6 月，安徽省人民政府出台了《关于调整安徽省征地补偿标准的通知》，规定本省行政区域内征收集体土地的土地补偿费和安置补助费，均按新征地补偿标准执行。建设用地位于同一年产值或区片综合地价区域的，征地补偿水平要保持一致，做到征地补偿同地同价。即便如此，也难以体现集体土地征用后的巨大潜在价值。

（三）司法救济途径不畅

最近几年全国各地都较快地提高了给农民的征地拆迁补偿费用，征地拆迁引发恶性事件和群体上访的数量都不仅没有减少，反而呈快速上升之势。据国家信访局统计，群众性上访事件 60%与土地有关，其中征地补偿纠纷又占土地纠纷的 84.7%，每年因为征地拆迁引发的纠纷在 400 万件左右[3]。

造成此种局面从根本上说是因为征地纠纷的行政救济渠道不畅，不能有效满足被征地农民维护合法权益的诉求。根据现行法规规定，被征地农民仅可对补偿标准存在争议，向批准征地的人民政府申请裁决，并未赋予其对征地目的的合法性、程序的正当性等提出异议的行政救济权利。这些针对征地纠纷救济途径的法律法规从原则上赋予被征地农民话语权，但也存在诸多漏洞和不合理因素。比如现行行政机关既当运动员，又当裁判员的裁决办法让农民不能真正公平合理地参与到征地及补偿中去。此外，在农村土地仲裁制度和行政诉讼制度中也未将集体土地征收补偿纠纷列入受案范围，法院也不愿参与，总之，我国至今尚未建立统一的征地补偿争议裁决机制。这就为现行体制下计划征地和市场供地的巨大利益落差提供了制度上的便利。权利行使和利益分配的失衡，因行政救济渠道不畅，导致大量失地农民群体上访，越级信访的情况时有发生。

二、保障农民权益的几点思考

（一）明确“公共利益”含义

我国与国外不同，没有对“公共利益”含义作出具体限定，在实践中，几乎一切征地项目都搭乘“公共利益”的便车，各种经营活动也都是以公共利益的名义进行。据国土部门调查，我国大部分地区征地项目不仅包括《国有土地上房屋征收与补偿条例》中第八条列举的教育、交通、能源、水利等基础设施，也大量夹杂着工商业、房地产、企业用地等建设项目。尤其是大中城市真正用于公共利益的还不到十分之一，超九成是经营性用地。在对“公共利益”被滥用的今天，重新赋予

农民土地财产权，明确界定“公共利益”的适用范围显得十分紧迫而必要。

首先，申请或征用主体的目的应当是为了公共利益或以公共利益目的为主，例如为建设军事基地而对农民的土地进行征用，是为了增强国防的安全，每个公民都能从中得到利益，享受到安全的生活环境，再如非公办教育事业以解决教育资源紧缺的问题，既满足了公共教育需求，又能为举办者带来经济收益。

其次，集体土地征用的程序应当合法。目前我国法律尚未赋予集体土地所有者对征地的目的与程序提出异议并表达的权利。这一点不妨借鉴西方国家设立听证制度，让土地征用中涉及的利害关系人通过公告、听证程序表达自己的诉求，地方政府应当听取有关专家和农民的意见，实现社会经济的和谐发展。

第三，征地纠纷的裁决中应当赋予司法机关更多的权力，对土地征用目的及程序进行审查。目前，我国司法机关无权对土地征用的目的进行司法审查，对征用行为的目的审查只存在于行政审批程序中，这种审查缺乏公开性和透明性，其可信度较低，也因此容易引发征地主体与被征地者的冲突。在西方国家，法院可以对土地征用的目的进行审查，当事人因对公用目的发生争议，不服批准决定的，可以向法院提起诉讼，法院如认为该征用行为能够促进与公民生存和发展所必需的利益的增长，则符合公共利益原则，否则判决征用行为违法，依法撤销该征用决定。此外，虽然征地机关与被征地农民之间的补偿纠纷可以通过行政诉讼解决，但受到我国司法独立性的限制，导致法院往往不愿插手，农民无处喊冤，这都需要在赋予法院更多的权利后才能真正形成有效的解决机制。

（二）提高补偿标准，确立补偿款分配原则

为了切实保护失地农民的切身利益，我国可以借鉴国外土地补偿标准的等价原则和从宽原则，适当的扩大征地补偿的范围，提高补偿标准，不单要将农民失去土地、地上附着物和青苗的损失列入补偿范围，而且还应包括对失地农民的职业技能教育费用，社会保险，以及年老体弱者的养老保险等都纳入补偿范围，最大限度的维护被征地者的利益。并且土地补偿方式可以多样化，在以货币形式补偿的基础上可以采取替代物补偿的方式，这种替代补偿的方式在我国可以通过多样化的方式实现，可以是实物补偿，也可以是权利政策上的补偿。例如可以是以地换地，以塘换地，使农民转换生产方式，进行养殖、林业或副业生产；对年轻的劳动者可以提供较多的就业机会，在当地的村办企业进行安置等。

（三）完善集体土地征收的司法救济

《国务院法制办公室关于依法做好征地补偿安置争议行政复议工作的通知》（国法〔2011〕35 号）规定，市、县人民政府发布或经市、县人民政府同意由国土资源等部门发布的征地补偿安置方案公告中，应当告知被征收土地集体经济组织和农民申请行政复议的权利。行政复议机关要严格按照行政复议法律规定，办理征地补偿安置争议行政复议案件，切实维护申请人合法权益，促进社会和谐稳定。2011 年 5 月 9 日最高人民法院审判委员会第 1522 次会议通过的《最高人民法院关于审理涉及农村集体土地行政案件若干问题的规定》第 12 条规定，征收农村集体土地时未就被征收土地上的房屋及其他不动产进行安置补偿，补偿安置时房屋所在地已纳入城市规划区，土地权利人请求参照执行国有土地上房屋征收补偿标准的，人民法院一般应予支持。为兼顾行政效率，又方便当事人就近申请裁决，笔者建议征地纠纷经协商、调解不成，当事人申请裁决的，可由征收土地所在地的中级人民法院受理，实行一裁终审制，并由人民政府执行司法裁判，以提高裁决的公信力，维护社会稳定。这些举措已经在程序上作了更加严格，周密的限定，也离我们的“程序正义”越来越近。但仍有诸多需要改进和完善之处：

首先，法律虽然无法准确界定“公共利益”的内涵，但可以通过一系列条款来保证被征地人在征地过程（程序）中充分行使其应有的权利。其一是知情权，即在使用权人或土地占有人的土地被国家征收之前，他有权利被告知，也有权利在法庭就项目的合法性表达自己的意见。其二是听证权，即政府有关部门一旦决定行使土地征收权，就应举行相应的听证会议，邀请公众参加，公众可以表达他们的意见，甚至就项目的可行性表示反对。其三是诉讼权，即公众如果有足够的证据证明项目的非公益性或危害性，可以向法庭提起诉讼，如果对方没有相反的证据，法庭可以宣布取消该项目。

其次，如果公众对项目没有质疑或质疑被正当反驳，就意味着项目被通过而继续进入下一阶段——国家要实际动用土地征收权。同时程序也进入第二阶段——补偿谈判。在这个阶段，法律的作用在于保证双方公平、对等的谈判。一方面征收方可以向被征地人提出补偿报价，被征地人也有权出示通过评估机构评估的资产价值资料，向征收方提出补偿数量要求。如果双方通过磋商达成一致，结局是政府购买——有关部门出钱购买土地，被征收人让渡产权。如果双方无法就补偿额度达成一致意见，程序进入第三阶段——政府强制征收。在这个阶段政府向法院提起诉讼，最后由法院裁决补偿数额，进入执行。当然，双方也可以庭外和解或通过仲裁机构调解、仲裁来解决补偿纠纷。在这里，“公共利益”能否准确界定并不是最重要的，重要的在于公众在从立项到征地到补偿的整个过程中都完全参与，能够充分表达自己的意向且这些意向受到法律的尊重，最后获取充分的补偿—这就是法理上所称的“程序正义”。例如美国、英国等国家动用土地征收权时，采取的就是“程序正义”的方式，法院并不界定“公共利益”的范围，项目的合法性交由议会、公众、被征地人等多方辩沦解决。法律保障的是公众的过程参与权和得到合理补偿，所有的公益、公正、公平等理念都包含在程序中了。

参考文献

1、彭小霞《农民权益保护视野下农村土地征收制度之缺陷与重构》，《农村经济》，2012 年第 7 期，第 19 页。

2、温铁军，朱守银《县以下地方政府资本原始积累与农村小城镇建设中的土地问题》，《经济研究资料》，1996 年第 1 期，第 46 页。

3、高原《集体土地征收条例年内出台》，《法治周末》，2012 年 3 月 7 日，http://house.ifeng.com/news/detail_2012_03/07/13020807_1.shtml。

论完善我国集体土地财产权

安徽天爱律师事务所 张 锐 刘 俊

摘 要：我国是有着8亿多农民的农业发展中国家，如何解决好农民问题是党的每一代领导人都十分关心和重视的问题，它关系到社会的稳定发展，关系到和谐社会的建设。农民最大的生活保障是土地，土地是农民的“命根子”，由于农村经济发展落后，农民文化素质低，法制观念不强，政府对土地政策执行力度不够，落实不到位，缺乏统一的监管，非农建设、国家征用等大量占用耕地，导致农民土地权益受侵害非常严重，农民对国家、集体土地所有权模糊，没有土地产权意识。因此，一旦失去土地，即不懂用法律手段维护自己的权益，又不知道向那个政府部门反映。所以，在国家加大支农力度，推进农业产业化进程，建设社会主义新农村的过程中，完善土地财产权显得尤为重要和紧迫。

关键词：土地法律制度 土地集体所有制 土地所有者利益

一 我国土地法律制度的历史背景及现状

新中国成立后，通过土改彻底废除了封建土地私有制，建立起土地平分的农民家庭私有制，允许私有土地产权自由买卖、出租、典当、抵押、赠与等，并受到国家土地法律制度的有力保护。中国土地法律制度独特，一是中国在世界范围的独一无二的土地公有制，二是在土地公有制和土地非商品性制度基础上“嫁接性”地全面推行土地有偿使用制度的改革。

（一）我国土地法律制度变迁的三个阶段

1、承包制阶段（1978-1988）1988 年以前土地禁止租赁，1982 年《宪法》第十条规定：“任何组织或个人不得侵占买卖、出租或以其他方式非法转让土地。”这表明农业联产承包责任制并未改变耕地产权的主要职能仍控制在上层政府手中。最初的承包制只是集体经营的一种生产组织形式和分配形式，从实际联产承包制到 1988 年耕地产权主要权能集中在上层手中，所谓的“联产承包”只是农民必须保证产量，保证“上缴公粮”，只是生产、分配形式的转换。由于国家当时对各种农产品实行统购统派制度，国家凭借行政力量要求农民完成各种订购任务，农民种植种类和面积上仍很大程度上掌握在国家手中，实际上农民只获得了十分有限的耕植权。“当时的土地承包合同其实就是国家通过生产队下达生产任务的东西”，1982 年 1 月 1 日中共中央批转的《全国农村工作会议纪要》中指出包干到户只是生产责任的一种形式，这种责任制主要发生在国家与农户之间，村与村民组织只是中介，尽管人们把联产承包责任制总结为“交够国家的，留足集体的，剩下都是自己的”，但当时的承包合同并没有规定农户由于使用集体的土地，应向集体支付，土地承包合同对集体而言基本上是无偿的，土地的收益主要控制在上层政府手中，国家通过农业税、粮食差价（即以低于市场价的价格购买农民粮食）工农产品剪刀差来实现。村提留、乡统筹和各种摊派收费的最终使用者虽然是乡村两级组织，但由于其性质，类型和数量均由上层政府规范界定。所以事实上也可看成是上层政府掌控的土地收益的一部分。

2、土地租赁阶段（1988-1995）在这一阶段以乡村组织对土地的占有和收益权得以强化为特点，表现为乡法有平均租赁、划分口粮田和租赁田，其中两田制一度成为发生面最广的土地使用形态。在次阶段，很多村委会依据土地集体所有，村委会有经营管理权的相关规定，采取收回农民承包的部分土地或在土地调整中保留以部分耕地，称其为“经济田”、“机动田”然后以竞争的形式

出租给农民，获取租金，其中具有租赁性质的“两田制”面积到 1990 年为 0.265 公顷，占承包地面积的 34.7%，到 1994 年更上升到 0.323 公顷。

3、土地物权阶段（1995—至今）在本阶段集体土地产权逐步弱化，农户耕地产权完整性则逐渐强化，以 1995 年国务院批转农业部《关于稳定和完善土地承包关系的意见》（以下简称《意见》）为标志，在《意见》中除强调延长承包期 30 年不变外，还提倡在承包期内实行“增人不增地，减人不减地”和农户对土地继承权的政策，同时规定“无论是口粮田”、“责任田”还是叫“经济田”其具体承包费都属于农民集体经济组织上缴的村提留，乡统筹的范围，要严格控制在上年农民人均纯收入的百分之五以内。这等于间接地否定了村及村民组与农户之间的租赁关系。1998 年中央十五届三中全会通过的《中共中央关于农业和农村工作若干重大问题的决定》再系强调承包期延长 30 年，并把家庭承包制度确立为农村的基本经济制度，同时指出抓紧制定确保农村土地承包关系长期而有保障的土地使用权。同时从 2001 年 6 月全国人大农业与农村委员会起草的《中华人民共和国农村土地承包法（草案）》制定情况看，将对原来以家庭为单位的人人有份的“土地承包经营权”给予“物权保护”这实际上是对农民耕地产权的承认与保护，从实际权利行使看，农民对土地的权利也得到强化。

（二）我国现阶段农村的土地制度现状

我国农村土地最显著的特征是“共有私用”。土地所有权为集体所有，《土地管理法》第 8 条规定：“市市区的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于农民集体所有；宅基地和自留地、自留山，属于农民集体所有。”地使用权为集体内的村民所有。《土地承包法》第 5 条：“组织成员有权依法承包由本集体经济组织发包的农村土织和个人不得剥夺和非法限制农村集体经济组织成员承包土地的权利。”在实际执行中，全国各地基本上按照人口平均分配土地的使用权，一项调查研究显示，使用权按人口均分土地的比例为 91.9%[1]，土地的使用权受到限制，不允许将农用地转为非农用地。《土地承包法》第 37 条：“地承包经营权采取转包、出租、互换、转让或者其他方式流转，当事人双方应当签订书面合同。采取转让方式流转的，应当经发包方同意；采取转包、出租、互换或者其他方式流转的，应当报发包方备案。”

在收益权方面，“交够国家的，留足集体的，剩下都是自己的”是对包干到户时代收益权制度的诠释。但是，近年来随着税费改革和国家在 2003 年宣布：五年内取消农业税，农地的收益权基本上都是个人的。在交易权方面，允许对承包权进行转包，出租，互换。《土地承包法》第 32：“通过家庭承包取得的土地承包经营权可以依法采取转包、出租、互换、转让或者其他方式流转。”但是在转让的用途上受到限制，即不允许自由地将农用地转为非农用地。《土地承包法》第 33 条：“土地承包经营权流转应当遵循以下原则：

1、平等协商、自愿、有偿，任何组织和个人不得强迫或者阻碍承包方进行土地承包经营权流转；

2、不得改变土地所有权的性质和土地的农业用途；

3、流转的期限不得超过承包期的剩余期限；

4、受让方须有农业经营能力；

5、在同等条件下，本集体经济组织成员享有优先权。

在国家对土地的产权管理方面，（1）即不允许农用自由转为非农用地和禁止抛荒。（2）国家可以在有偿的条件下对土地进行征用。

二 我国土地制度存在的问题及改革中的争议、困难

在我过土地制度改革过程中，就全国范围来说，主要是农民土地在改革中的权益受到的侵害越来越严重，主要争议、困难主要表现在一下四个方面：

（一）城乡二元体制是困扰农村土地制度改革主要根源

一是农村土地产权制度本身不健全，如土地承包权不够长期稳定明晰，缺乏健全完善的土地承包权流转转让制度等，二是城乡二元体制的制约和束缚。无论是造成弊端的严重程度还是改革的艰难程度，城乡二元体制都是更重大更深刻的弊端根源。因为即便现行农村土地所有制度形式改变，在城乡二元体制下的农民的权益照样会受到侵害，甚至会是更加严重的侵害（缺少村集体的共同保护）。

（二）按照法律规定，完整的所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利

但是在我国有计划经济时期的法律体系中，土地所有权的买卖是禁止的，土地使用权的买卖也仅限于国有土地。农民集体所有的土地除极少数部分用于集体公益事业之外，只能承包给农户用于农业，不的转为非农业用地，农民集体对自己所有的土地没有处分的权利，因此是不完整的所有权，一旦建设需要使用农民的土地，农民的土地由农业用地转为非农业用地时，则必须由国家对所需土地进行征用，征用土地后，国家对农民予以补偿。

第一：多征多占，导致农民无地无业。违法占地数量大，据统计，1997 年-2005 年，全国非农建设平均占用耕地 20.35 万公顷（305 万亩）。其中 70%以上是征地，违法占地数量占一般占用地数量的 20%-30%，有的地方多达 80%。大量征地造成大批农民失地，我国非农建设占地主要集中在城郊和人多地少的经济不发达地区，一般人均耕地不足 0.7 亩，据统计目前全国失地农民估计在 4000 万人左右。第二：土地征用，农民没有发言权。《土地管理法》存在的某些缺陷，给多征多占，侵犯农民权益提供了可能，这突出反映在征地范围和程序上。我国《宪法》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用"。但《土地管理法》不仅未对"公共利益的需要"作出明确的阐释和界定，还进一步规定，"任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地。"依法申请使用的国有土地包括国家所有的土地和国家征用的原属于农民集体所有的土地。"从而将《宪法》规定的征地范围从"公共利益的需要"扩大到包括非公共利益需要的一切用地项目。以至于个体老板开个路边店都可以让政府动用强制性征地权帮助他们获得土地[2]。在征地程序上，农民一方作为所有者完全处于被动地位，从土地征用的认定，到补偿费的确定和劳动力的安置等，都是政府和用地单位说了算。所谓的"征地公告"实际上叫农民到指定单位办手续的"通知书"。"公告"之后，不管农民有什么意见，不管农民的生活出路有没有解决，不管对社会的长治久安会造成什么影响，都可以先征地。

（三）保护农民利益的法律体系不健全是农民利益受侵害的重要原因

第一，我国现行的征地补偿标准还是计划经济的产物，《土地管理法》从 1987 年实施以来，20 年来年都在用这一补偿标准。《土地管理法》第 47 条规定：征用地的补偿标准费用包括土地补偿费、安置补助费以及地上附着物和青苗的补偿费。" "征用耕地的土地补偿费为该地被征用前三年平均产值的 6 至 10 倍，但是，每公顷被征用耕地的安置补助费的总和不得超过土地被征用前三年平均产值得 30 倍。" 但这里有个问题值得我们注意，所谓"前三年平均产值"并不能体现土地的最佳用途，同样的土地种玉米、小麦等以粮食和种中药材、果木等经济作物，其收益差别相当大。由于农户把握市场的信息不灵和一些地方政府政策导向，大都种粮食作物，征地自然就按种粮食作物来测算土地的产值，再加上近几年农产品价格持续走低，农民征地补偿就明显受损。

此外,目前国家征用农村集体土地的征用费与土地二级市场的出让价格差距太大,以南京市 2002 年为例,政府向农民征用土地的最低价格为每亩 8 万元,最高价 20 万元。而政府转手拍卖最高价每亩 980 万元,最低价 120 万元,差距大的惊人。现在这种经营土地已经成为不少地方政府创造政绩,增加财政收入,改善部门福利的已经之一。一些市县仅土地出让金就占财政收入的 40%,有时高达 60%,在地方政府津津乐道其业绩时,殊不知这都是以牺牲农民的权益为代价获得的[3]。第二:在实际征地过程中,农民权益得不到应有的保护。一方面,虽然法律规定:国家为公共利益的需要,可以依法对集体所有的土地实行征用,但在现实中政府不管是为公共利益事业的国家重点工程还是搞土地储备或以营利为目的的商业开发,或作为"以地招商"吸引外资和内资,政府要征,都一定是向农民低价征用。另一方面,征用与被征用双方地位不平等。政府永远都是管理者,而被征用土地者,本来是权利的主体,反而只是被管理者。政府愿征多少地、愿出什么价,农民都得接受,根本没有讨价还价的余地。

(四)农民土地财产观念淡薄

自古以来,农民皆具有强烈的土地意识和观念,但近年来的调查,农户的种植业的收入只占全部收入的很少一部分,农民的土地意识已经渐渐淡薄了,土地从农民的"命根子"成了"鸡肋",食之无味,弃之可惜。耕地作为农民赖以生存的基础地位已经发生了动摇,非农业收入成为农民生活的来源,主要劳动力均从事非农业,老弱病残留守,对一些农民而言,现有的承包地成了"包袱",有的农户甚至表示不愿意承包土地。农民土地财产观念的淡薄,主要体现是对土地权属含混不清。在一些调查中,很多农户知道自己承包集体所有的土地,但有一些农户还认为自己承包的是国有土地,甚至一些基层干部也认为土地是国家的,在调查的一些村集体的资产账目中,没有一个村把集体所有的土地列为资产。这种现象导致的直接恶果就是农民权益受到了极大的伤害。

三 完善我国土地财产权制度思路及方法

(一)近一步完善征地制度。农民土地被征用的后果就是失去土地,土地是农民赖以生存的根本,所以解决农民土地被征用后如何生存,我认为要做好这几点。首先,要完善提高补偿标准时不仅要考虑生产性收益还要考虑非生产性收益,还要考虑土地资源的经济产出价值,而且要考虑土地资源的总价值。应严格实行征地公告、征地补偿安置方案公告及征地补偿登记制度,通过召开村民代表大会或听证会,使征地方案及补偿标准与被征地农民见面,实行"阳光操作",确保被征地农民的知情权、参与权和监督权。其次,要安置好失地的农民,由于有些地方经济发展不平衡,农民文化水平不高,也没有技能,所以一旦他们失去土地将很难生存了,所以有条件的县(市、区)可以将失地农民纳入城镇社会保障体系,消除因土地征用造成的社会不稳定因素。建立有效约束机制,进一步弱化集体所有权,强化农民承包经营权,明确农民的农地部分所有者主体的资格。提高农民组织化程度,在加强农村社区性合作经济组织、专业性合作经济组织等基础上,将农民组织起来,使农民在土地征用中能够直接表达与他们人口比例相对称的意见,把农民真正置于各级政府的公共财政之中,让各种公共服务更加深入农村,惠及农民。第三征地过程要透明化程序化。加强对土地征占的监管力度,建立和完善土地征用合法性调查、审批和监督程序,杜绝少征多占、滥征滥用等违法行为,建立和完善土地征用听证制度,建立土地纠纷仲裁机构,做好土地征用行政复议和行政诉讼工作,保证土地征用的合法性及公平性。第四要制定一套严格的监督体制,组建一个专门负责征地补偿的工作部门,实行领导责任制,对于没有及时足额的发放补偿款的要严格查处,给相关责任人员给予处分。

(二)对于农村的土地要加大监管力度。首先,加强农地农用权保护和管理制度,属于在册

的基本农田、林地、草地、水面等土地，不论是国有、集体所有、个人所有，还是政府所有，都必须遵守农地农用规划，不得随意“农转非”。非农民不得购买农地，只允许农民内部之间交换或者转让，农民之间和农民集体之间交易农地免征税。其次，大力提高建设用地利用效率。把空闲、废弃、闲置和低效利用的土地作为挖掘土地利用潜力的重点，鼓励对地上地下空间进行立体利用，严格执行闲置土地处置政策；强化农村土地管理，搞好乡镇土地利用总体规划和村庄、集镇建设规划，加强农民住宅建设管理，农民住宅建设用地应首先安排利用空闲地、闲置宅基地；严格执行农村一户一宅政策建立健全土地市场动态监测制度，及时公开供地计划、公告、结果、实际开发利用情况等动态信息；加强对各地新增建设用地、耕地减少和违法用地等情况的监测，结果要向社会公开；重点查处严重破坏、浪费、闲置土地资源的违法违规案件。第三，完善土地流转和承包制度：一是要规范流转行为，不得改变承包土地的农业用途，不得超过流转承包期的剩余期限，流转收益归原承包农户所有，不得擅自截留、扣留，不得违反农民意愿，搞强制流转。二是要规范流转手续，土地流转双方要在平等互利、协商一致的基础上，签订书面流转合同，明确流转土地的面积、期限、起止日期、用途、双方当事人的权利和义务、流转价款及支付方式、流转合同到期后地面附着物及相关设施的处理和违约责任等。三是要完善土地流转工作制度。建立土地流转备案、登记和档案管理制度，及时办理申请、登记、备案等相关手续，落实专人负责土地流转资料的收集、整理、归档和管理工作，建立土地流转纠纷信访制度，妥善解决土地流转纠纷，积极做好农户的思想动员及宣传解释等工作。

（三）主体实化，明晰土地产权。“农民集体”实际上是土地所有权主体长期缺失。因此，我国物权法立法应当规定农民集体所有权的主体权利实现机构和主体自决权，以落实农民的土地集体所有权。长期以来，我国农民集体所有权存在的问题是以政治半政治的农村基层组织直接代表农民集体行使所有权，这就使得土地所有权的归属还没有特别明确，模糊界区过大，土地产权主体呈现多元化的特征[4]。换言之，农地集体所有权是一个组织化的产权形式，没有自主的组织，就没有真正的集体所有。对此，我们必须要确定农地产权的主体。明晰界定哪一级（乡、村、组）和哪些组织对土地拥有所有权，确认每块土地的具体主人，并以土地所有权证书这一法律形式予以体现，从而解决“人人有权，农民无权”问题，确保产权主体明确到位。

（四）对于公益性征用而失地的农民进行经济补偿，实行住房安置，就业培训，职业介绍和社会保障等，对于城市、工业建设征用土地这种“非自愿性交易”要在政策和制度上予以保障，在不改变现行征地制度的前提下，应根据农民的土地征用机会成本确定经济补偿标准，保证住房的重新安置，对劳动人口的城镇重新就业提供免费技能培训和职业介绍，利用土地征用款支付家庭成员的养老保险，政府要大大缩减土地征用范围，对非公益性质的土地用途改变，应当通过集体土地产权交易市场，由用地单位直接和农民集体谈判协商有关条件[5]。土地管理部门提供规划、价格指导和办理产权转移手续等服务，并收取交易的有关税费，用市场代替行政手段，有利于农民取得合理的收益，地方政府也可以从土地交易的税费的收取中取得合法收入。

现行农村土地制度即建立在土地集体所有制基础上的家庭承包制，是一个涉及国家（从中央到地方各级政府），乡村集体和农户个体等多重主体的复杂产权体系，蕴涵累积了现代中国三次重大土地制度变革的丰富成果，它具有适应时代要求进一步健全完善的巨大潜力，可以因时制宜地进行必要的改革以发掘实现这中潜力。现行土地制度是一个有缺陷但可逐步完善的根本制度，不能轻易放开这一制度，贸然代之以任何理想上似乎完善而实则具有巨大制度风险的土地制度模式。

参考文献

1、赵阳《中国土地制度的产权特征》[M] ,《改革》2004 年第 4 期。

2、万朝林《失地农民权益流失与保障》[J] ,《经济体制改革》2003 年第 6 期。

3、白呈明《走向法治的农民利益保障》[J] ,《经济师》2003 年第 7 期。

4、黄菡《关于我国农村土地制度的几点思考》[N] ,《中南民族学院学报》2002 年第 7 期。

5、赵晓《启动第三次土地革命正当时》[J] ,《中国新闻周刊》2008 年 1 月 7 日。

城镇化建设中律师的维稳作用

安徽李舒华律师事务所　李舒华

摘　要：1999 年的宪法修正案明确提出了“依法治国，建设社会主义法治国家”的方针，中国的法治建设进入到了一个新的时期，过去被当做“讼棍”的律师职业重新有了用武之地。而这时中国正处在社会转型期，在这个时期社会有两大特点，一是，各种社会矛盾凸现，如招商引资、土地征用补偿安置、城市建设拆迁中公权力被商业利益“绑架”，无节制地侵犯公民和法人的权利引发的突发性群体性矛盾；二是，公民权利意识和维权活动的崛起，处理不当极有可能会影响社会的安定，在这个过程中律师正扮演着越来越重要的角色。本文拟就律师在法制建设及在城镇化建设中的维稳作用谈一些浅陋之见。

关键字：律师　法制建设　城镇化建设维稳

一、律师在我国法治建设中的作用

（一）律师在立法活动中的作用

改革开放以来，伴随着经济上的发展，我国在政治上摒弃了文革时期事实上人治的做法，而实行法治。尤其是党的十五大以来，我国明确了依法治国、建设社会主义法治国家的目标和任务，而在这个过程中，作为法律职业群体中的律师在法治建设和社会稳定中正发挥着越来越重要的作用。

律师作为法律服务人员，本身有着很高的法律素养，而且在长期的执业过程中，对当下民间纠纷及我国社会存在的问题有着深刻的洞察，律师积极参与立法活动将会使基层民意得到更好的表达，更好的反映民众的呼声。鉴于现阶段律师还不能直接参与立法活动，在实践中律师可以以下方式影响立法活动：

1、将自己在法律实施过程中发现的问题及时向立法机关提出立法建议，对于那些被选为人大代表的律师更是可以直接以立法者的身份提出立法建议，以趋完善现有法律制度。

2、执业律师，尤其是那些从事法学教育和研究的兼职律师有能力对立法提出科学合理的意见和建议，可以在法律出台之前以法律专家的身份论证立法[1]。

3、对被选为人大代表的律师可以直接参与规范性法律文件的制定，将自己在执业过程中出现的问题反馈给立法机关，使得立法机关更加科学、合理、合法的立法。

（二）律师在执法活动中的作用

在现有的行政序列中，行政公务人员招考的法律要求并不高，这也使得公务人员的法律素养差强人意，这与作为执法机关的执业要求相去甚远，而作为专职从事法律服务的律师，在行政执法活动中自可发挥其专业特长，现有条件下可通过以下途径实现：

1、以政府法律顾问的方式。在现实中，律师作为政府法律顾问的方式参与行政执法活动已是司空见惯，律师可以通过此种形式对政府的法律活动提供专业性的意见和建议，以保证政府依法行政。通过对政府工作人员进行法制教育培训，使他们强化法律意识、民主人权观念，使他们认识到政府的权力最终是来自于人民的授权，在执法过程中要形成法律至上、执法为民的理念，改变过去那种胡乱执法的形象。

2、以政府公权力监督者的角色出现。由于目前行政执法中出现的以权谋私、以权压法的现

象还比较突出，律师作为一个特殊的职业群体，通过积极的参与到行政听证程序、行政诉讼程序而对行政机关的行政行为通过抗辩的形式进行监督[2]。

（三）律师在司法活动中的作用

当前大多数社会矛盾纠纷都是通过当事人以诉求的方式来体现。律师作为独立于政府部门和矛盾当事人之外的第三方，依法合理地引导当事人走正常的司法程序、调解程序、仲裁程序等解决诉求，对于维护社会稳定有着重要的积极作用，其在司法领域的作用主要表现在：

1、保障司法程序公正。在中国传统的法律文化中，一直以来就是重实体而轻程序，在中国古代，司法权与行政权合二为一，司法审判由行政官员主导，且更多的是采用纠问式方式进行，在这种背景下，刑讯逼供、屈打成招等严重剥夺当事人合法权益的情形经常发生，且传统上中国即不存在律师制度，面对司法专横，当事人无能为力，没有从制度层面保障司法程序公正进行。而在当代，随着法制进程的有序推进，律师在程序上保障司法公正方面起着越快越大的作用，如《刑事诉讼法》第 35 条规定，辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、最轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。又如《刑事诉讼法》第 34 条规定，公诉人出庭公诉的案件，被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人的，人民法院可以指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。被告人是盲、聋、哑或者未成年人而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。被告人可能被判死刑而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。这些规定从法律上保证了被告人享有程序上的辩护权。使得被告人能够在制度层面对抗国家的公诉权，保障自己的合法权益。

2、保障司法实体公正。程序的设置及完善都是为了使得当事人能够最终在实体上获得公正处断，在刑事诉讼中，律师的出庭应诉即是为了保障被告人在实体上能够得到公正的评价，是没有犯罪事实的人能够判处无罪，是存在犯罪事实的人能够承担起与他的罪责相适应的刑罚而不至于被加刑。在民事纠纷中，律师的职责在于保障当事人的合法权益能够得到法律上的承认，在行政诉讼中，作为公民代理人一方的律师直面强大的公权力机关，保障公民的合法权益不至于被行政权所蹂躏，有效约束行政权的滥用。

二、律师在城镇化建设中维护社会稳定中的作用

当前中国正处于社会的转型时期，各种社会矛盾凸显。比如，职工下岗失业，社会财富的分配不合理、社会贫富差距过大及行政权、司法权等国家公权力的滥用导致公民的合法权益得不到有效保障等等这些因素的存在都极大的影响着社会稳定。而作为对法律有着忠诚信仰、对社会公平正义有着强烈追求的律师在维护社会稳定方面正越来越起着很大的作用。

（一）律师可以成为社会的“润滑剂”。律师主要从事诉讼业务，律师通过充当当事人的代理人或者辩护人而维护当事人的合法权益，从而为当事人间的纠纷定纷止争。通过参与法庭调解、社区调解，将法治精神和人文精神有机结合，充当社会生活的“润滑剂”[3]。通过参与法律援助活动，切实维护社会弱势群体的合法权益，帮助他们通过法律途径切实依法维权，化解社会矛盾，维护社会的安定团结。

律师是稳定社会的积极力量，不可忽视，更不应小视。近几年来，社会各种矛盾比较突出，尤以腐败、失业等引发的社会问题比较严重，而诸多矛盾的交织和不得解决，必然引发社会的不稳定。然而，没有一个稳定的社会环境，无论对改革、开放的前景描绘得怎样好，都将是空话。所以稳定是前提，稳定压倒一切。基于这一认识，对律师工作而言，尽管工作千头万绪，也应当

把稳定社会作为工作的出发点，从大处着眼，从小处着手，事事处处想着稳定，人人争着为稳定社会作贡献。一、教育律师认识自己的身份和作用，为稳定社会站好岗，放好哨，守住“前沿”。律师的职业性质、特点，决定律师必须置于人民群众之中，所以律师最容易知道群众需求，也最容易了解群众的疾苦。社会各种问题，各种矛盾都是通过群众情绪反映出来。当事人对于他们聘请的代理律师，一般都会把与案情有关的所见。所闻、所感同其全盘倾诉，目的是求律师对症下药，帮助他们分难解忧。所以说稳定社会，化解矛盾，律师处于前沿位置[4]。

（二）律师可以作为政府和百姓之间沟通的桥梁和中介。历史上出现的影响社会稳定的问题很多时由官民之间的纠纷白热化所引致。如秦时期的陈胜吴广起义，唐时期的黄巢起义等等历史上的农民起义皆是如此。虽然这些起义发生的根本原因皆是由于阶级矛盾不可调和所引起，但是直接导火索无一不是“官逼民反，民不得不反”的结果。在当代中国，由于实行了社会主义制度，阶级对立的土壤在根本上消除，但是影响社会稳定的因素仍然存在，比如从近年来查处的官员贪污案可见，官员贪赃枉法仍然大行其道，普通百姓对行政官员的评价积极方面较少，官民之间的紧张气氛随着社会的转型而有所增加，这也从近年来的房屋拆迁纠纷中可见一斑。而身为法律职业群体一员的律师在消除这些影响稳定因素的过程中可发挥其积极作用。一方面，在律师可以站在普通百姓的立场，在事关普通公民利益的事情面前尤其是群体性事件面前积极为公民的利益而奔走，运用法律武器、通过法律程序维护公民的利益。也可以以公民代理人的身份而与掌握公权力的国家机关寻求调解处理，避免公民因情绪激愤而酿成社会事件。另一方面，律师也可以积极参与到政府的大政方针的制定、关涉到普通公民利益的政策的出台中去，律师可以利用自己对基层社情民意比较了解的优势而对政府机关建言献策，避免损害公民重大利益的方针政策出台，从而在源头上杜绝社会事件发生的可能，防患于未然。

（三）律师积极参与到法律援助中去，为弱势群体带去法律正义的阳光。我国现行的法律援助制度主要是针对社会的弱势群体而设，而律师又是实施法律援助的主体。

《中华人民共和国律师法》明确规定：“律师必须按照国家规定承担法律援助义务，尽职尽责，为受援人提供法律服务。”律师对处于社会弱势群体的公民提供法律援助服务不仅是法定义务，更是基于社会公平正义及职业伦理的要求[5]。社会弱势群体由于自己条件的局限性在自己的合法权益遭受不法侵害时往往不能够通过自己的努力维护自己的合法权益，而他们的合法权益能否及时有效的得到实现又直接关系到社会公平正义能否得到维护、关涉到社会秩序的稳定与否。因而律师提供法律援助服务，使他们的合法权益得到有效维护，可以有效减少社会的不安定因素，最大限度的维护社会的稳定。为和谐社会服务，是时代赋予律师的重大历史使命。近年来，市司法局不断完善律师管理体制，依法加强对律师履行职责的监督、指导、协调，充分发挥律师作用，努力促进社会和谐稳定。

四、结束语

化解社会纠纷，消除社会冲突，是律师不懈的追求。维护社会稳定，不仅是政府的本职，也是律师应尽的社会义务。律师参与城镇化建设维稳，为具体事宜提供专项法律服务，是政府深入推进社会管理创新，进一步完善与社会主义市场经济体制相适应的社会管理体系的具体体现和要求。

农用地征收的纠纷与法律服务

安徽辰元律师事务所 张 文 晁建伍

摘 要：土地征收制度是我国基本的土地法律制度之一，这项制度对于保障我国经济建设具有重要作用。随着我国改革开放和经济建设的不断深入，我国的城市化进程也在不断加快，但土地征收这项制度却在实施过程中暴露出许多弊端，由土地征收制度的缺陷所导致出来的拆迁矛盾也愈演愈烈，引发诸多社会问题。为保证我国社会秩序的稳定以及城市化进程的顺利进行，土地征收制度亟需进行改革和完善。

关键词：土地征收 征收立法 征收程序 征收标准 征收补偿标准 征收法律责任

近年来，随着政府经济建设过程中农村土地征收、城市房屋拆迁等案件的增加，征地纠纷已经成为中国大陆税费改革后农民上访的头号焦点，占社会上访总量的 40%，其中尤以征地补偿上访为最，占到土地纠纷总量的 87%，成为诱发社会不稳定的重要因素。[1]改革现行土地征收征用制度，已经成为摆在中国大陆政府和学界面前的重大而急迫的课题。

一、我国土地征收制度概述

土地征收简称为征地，是指国家为了公共利益需要，依照法律规定的权限和程序，在符合法定条件的前提下将农村集体所有的土地征为国家所有的所有，并对被征地的集体经济组织、集体土地使用权人予以补偿的行为。在我国，有关土地征收及补偿的条款最早出现在 1944 年 1 月颁布的《陕甘宁边区地权条例》中，该条例确立了“租用、征用或者以其它土地交换”的初级形式，后几经发展完善，但一直沿用“土地征用”这一名词，对土地征收及补偿制度大多也只是原则性的规定。我国《宪法》和《土地管理法》2004 年修正或修改前，没有区分“征收”和“征用”的不同，统称“征用”。 2004 年 3 月 14 日，十届全国人大二次会议通过了宪法修正案，将第 10 条第 3 款修改为：“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。”第一次在宪法中明确提出了私有财产权和补偿的概念，明确了征收和征用两种土地流转方式，为今后农村土地征收及补偿制度的进一步建立和完善提供了宪法上的基础和保障。8 月 28 日，《土地管理法》也对相应条款作了同样修改，我国的土地征收及补偿制度正逐步得到完善。[1]

二、我国土地征收制度方面的缺陷

（一）土地征收制度不严密

1、虽然我国《物权法》、《土地管理法》已经就关于土地征收方面，如征收标准及其补偿费用等作出了相关规定，但是这些法律对于土地征收的制度只是通过少数几个条款进行规定，并没有分别列章专门规定，形成一个独立的章节，这难免会造成遗漏和不严密，况且这些规定都偏于理论化，在实际操作中难免会有些困难。

2、土地征收所涉及的内容十分广泛，我国《物权法》、《土地管理法》并不能取代《土地征收法》本身。例如，从范围上看，国土资源部发布了《划拨用地目录》，主要包括 12 类：国家机关、人民团体、军事用地等 9 项，城市基础设施建设用地等 7 项，非赢利性邮政设施用地等 5 项，非赢利性教育设施用地等 4 项，公益性科研机构用地等 2 项，非赢利性体育、公共文化设施

用地等 7 项，非赢利性医疗卫生设施用地等 3 项，非赢利性社会福利设施用地等 7 项，国家重点扶持的能源（包括石油、天然气、煤炭、电力）设施用地等 34 项，水利设施用地等 10 项，交通（包括铁路、公路、水路、民用机场）设施用地等 50 项，监狱、劳教、戒毒等特种用地等 3 项，共 141 项，而法院、检察院所必需的司法用地则未列入。因此就需要制定专门的《土地征收法》对权限、范围、条件和程序、征收标准，补偿标准以及农村集体土地以及城镇居民住房征收的差异标准等作严密而专门的规定。

3、“具体单行法通过后需要配套法律法规，目前国务院正在修订国有土地上房屋征收条例。在征收法没有出来前，制订行政法规是必要的。”但是由于现在征收方面的情况非常复杂，马上制订法律，实践经验有待摸索，理论研究也需要深化，因此制定行政法规和实施细则能在土地征收单行法律出台前起到一定的作用，但是行政法规和实施细则并不能填补我国在土地征收制度方面的空白。

（二）土地征收标准不明确

从《物权法》第 42 条的规定：“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。”可以看出，无论是城镇土地还是农村土地的征收，都必须符合公共利益的这个标准。但是笔者认为公共利益这一标准过于抽象，并且一些政府和村委有片面强调城市设施建设的提高等政绩观，使得土地征收的标准变得不明确，甚至降低了公共利益的标准，使公共利益私化，从源头上导致土地征收的混乱，体现了土地征收制度的缺陷和不可行。

（三）土地征收补偿标准不明确不统一且都较为偏低，分配不合理，严重损害被征收人利益

我国的土地征收补偿标准虽然几经修改，但目前仍然是采用“一刀切”的做法，既不能反映土地地租差、土地位置、地区经济发展水平、土地市场交易价格、人均耕地面积等影响土地价值的因素，也不能体现同一宗土地在不同投资水平或不同投资情形下出现差别的真实价值。低成本征地，极易导致有关国家机关征地行为的随意性，严重侵害相对人权益。尤其是在我国对“公益利益”界定模糊的情况下，大量的非公益性质的土地征收行为除了不符合社会正义原则、降低土地配置效率、延迟土地开发时机之外，较低的征地成本带来了较高的交易费用和延迟成本。现行的征地补偿标准也已经难以保证被征地农民维持现有的生活水平。[2]

笔者认为，虽然对土地征收的补偿标准有一定的规定，但是我国各个地方的经济发展水平和生活标准的不一致，使得这些标准在实施遵守过程中有一定的难度，因此应当根据被征收地的实际经济和生活水平、被征收地的面积等因素适当调整、明确补偿标准，确定补偿数额。

（四）土地征收程序欠缺

我国法律虽然对土地征收方面有一定的规定，但是对土地征收程序却是空白。在我国，行政机关既是土地征收的决定者，亦是执行者，处于绝对优势地位，被征收人处于弱势地位，双方地位上的不平等就容易导致征收的不合法，加之土地征收程序缺乏必要的监督和透明性，这就难免会形成腐败，加重土地征收的难度，因此必须严加监督，防止权力滥用，但我国现行土地立法并没有规定必要的监督机制，如在征地范围的决定权、征地审查权、赔偿方案确定权等方面都只规定由行政机关自主决定、具体实施，缺少对行政机关的必要监督，导致行政机关既当运动员又当裁判员，为权力寻租提供机会。[3]实践中，政府集土地征收者、土地交易者、土地争议裁决者等多种角色于一身，根本无从监督，导致违法征地行为大量发生，侵害了集体和个人的合法权益，也带来了行政权力的泛滥，破坏政府和人民的关系，危害社会稳定和繁荣。

（五）土地征收方面的法律责任规定不明确

我国现有的关于土地征收方面的法律规范，没有规定对土地征收所引起的法律责任应如何承担的问题。由于缺乏必要的承担土地征收法律责任的惩罚性规定，使得政府在进行征收行为的时候无所顾虑，对土地征收的自由裁量权随意扩大，使土地征收方面的正规程序得不到遵守和维护，土地需用地人不严格按照建设工程规划许可证的规定对征收土地进行施工建设，使土地征收没有达到其所应该达到的征收目的，导致土地征收进行不顺利，甚至是失败。

（六）土地征收补偿主体不明确

《土地管理法》是土地征收制度建立的基本法律。按照《土地管理法》的规定，任何单位和个人建设用地必须依法申请使用国有土地。土地征收是国家为了公共利益的需要而采取的一种强制手段，国家强制将农村集体所有的土地收归国有，然后再将征收的土地出让给土地使用者使用，国家收取土地出让金，国家征收土地应当对被征地农民补偿。《土地承包法》规定承包土地被征用、征收、占用的有权依法获得补偿。《物权法》、《宪法》只是规定给予补偿，但对于是由国家给予补偿还是由用地单位给予补偿则没有明确规定。实践中的做法是由用地单位支付补偿。由于用地单位既要支付地价又要支付补偿，补偿费用中包括对被征地农民的社会保障费，用地单位的成本增加，盈利空间减小，因此压低补偿费用是用地单位的首选。

三、土地征收制度完善的意义

1、经济基础决定上层建筑，从我国的经济发展和社会影响角度来说，随着我国经济的迅速增长和城市建设规模的不断扩大，土地征收已经成为影响我国经济发展中的重要环节。近几年由于土地征收问题而导致的安全事件不断发生，对被征收人的合法权益和社会的和谐稳定造成了很大的损害和影响。因此，保障被征收人的合法权益，减少因土地征收而造成的各类侵权和影响社会稳定的公共安全事件，建立起完善的土地征收制度，是我国经济市场的需要，是我国具体国情的要求。

2、上层建筑巩固经济基础。只有在土地征收法律制度完善和健全的情况下，才能更好的指导和规范各种土地征收的行为，保证我国经济的稳定发展和城市化进程的顺利进行。完善我国土地征收制度，可以更大程度的发挥土地征收制度对我国土地征收行为的指导作用，规范土地征收的具体实施行为，巩固我国的经济发展成果，促进我国经济的快速增长。

3、中共中央第十七次全国代表大会提出，政府应以人为本，要转变政府的执政理念，变执政型政府为服务型政府。建立和完善土地征收制度，让政府的征收行为必须严格依照法律的规定进行，增强政府的服务意识，树立政府的责任感，使政府在公共征收中，规范好自己的征收行为，维护被征收人的合法权益，在开发征收中，调节好被征收人和开发商双方利益，保障双方的合法权利，这有利于提高政府的形象和信誉，同时也有利于提高政府的执政能力，增强政府的执政效率。

四、完善我国土地征收法律制度方面的构想

（一）尽快制定专门的《土地征收法》，逐步建立严密的土地征收制度

对于如何构建我国土地征收法律制度，目前学界有不同的观点。有的学者认为可考虑在修改《土地管理法》时增加一些条款以形成我国的土地征收法律制度；也有一些学者认为，应当单独立法，即制定《中华人民共和国土地征收法》。

笔者倾向于后一种观点，因为在笔者看来，土地征收制度是我国经济立法上的一个空白，是

我国改革开放经济建设和我国城市化进程的主要制度指导。制定《土地征收法》，建立土地征收制度是我国国内形势所要求的经济立法行为，它并不能以其他法律制度来替代。首先，《土地征收法》作为一部法律，应当保证它的权威性和严密性，因此应当由全国人民代表大会及其常务委员会制定，对土地征收实际操作中可能遇到的各种问题，如：程序、标准等各方面予以规定。同时，相关部门应制定一些法规规章和司法解释，既可对《土地征收法》进行一些补充，也可对一些特殊案件进行解决，实行具体问题具体分析。再配以《土地征收法》等相关法律和各方面土地征收的具体实施办法、规章、条例等，形成一个严密的法律制度，以保障土地征收的顺利进行。

（二）明确具体、合理的土地征收标准，严格执行

根据我国相关法律的规定，我国土地征收的标准是符合公共利益的需要，但是公共利益如何界定？中共十七届三中全会决定提出："严格界定公益性和经营性建设用地，逐步缩小征地范围"。客观来看，在遵循既要保障经济建设用地，又要维护被征地人的合法权益的原则下，近期应严格控制征地面积，尽可能少征地，特别是农用地转为非农建设用地，到一定时候可先将商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地退出征地范围，待条件进一步成熟后，再将工业用地及各类开发区、园区等用地退出征地范围，最后过渡到真正按公共利益范围征地。因此，在商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地仍属于土地征收范围的现阶段，政府的征收行为应当坚持以人为本的思想，从公共利益及当地实际情况出发，制定合理的土地征收标准，政府还应该树立正确的、全面的政绩观，严禁将公共利益的标准模糊化、私立化。同时，对土地征收进行严格审查，对不需要征收的绝不放行，使征收有标准可循，对征收和征用的标准也要进行细化，严格规定分别适用征收和征用的标准和情形，禁止将征用的情况适用在征收上，从源头上保证土地征收的公平公正，促进土地征收的顺利进行。[4]

因此，笔者认为，从这个意义上说，公共利益应该符合绝大多数人的利益，当绝大多数人利益和个别人利益发生冲突以后，我们还是要考虑绝大多数人的利益。公共利益的内容是不特定多数人的利益，就是不特定大多数人的利益，而不是具体的、某一个人的具体利益。

（三）制定合理的、统分结合的土地征收补偿标准，保护被征收人、征收人和国家等各方的利益

补偿是土地征收顺利进行的重点环节，在以往的土地征收中，补偿标准较低、标准不统一、补偿时间过长等问题严重影响着土地征收的进行和发展。在《土地征收法》出台前，国务院应该规定一个统一的土地征收补偿标准的范围，根据我国近几年经济发展和各地人民生活水平的情况决定土地征收补偿标准的上下限，避免土地征收补偿差别过大，防止部分被征收人的补偿过高，对国家造成损失，并且定期进行调整。各地政府再依据当地具体的经济发展水平，在土地征收补偿标准的范围内制定出适合当地生活需求的具体补偿标准，在对一些特困户、五保户、残疾人等的土地征收补偿问题上，应当适当提高或给予其他补偿，以保障被征收人的合法权益，各级政府要不定期的在补偿标准范围内调整土地征收补偿基准价和标准。

另外，笔者认为，政府征收补偿标准的另一种体现在于农村土地征收中，地方各级人民政府应当采取扶持措施，如安排失地农民就业，支持被征收土地的农村集体经济组织和农民从事开发经营，兴办企业。国家鼓励有条件的地方，实行留地安置、产业安置、住房安置、原地安置等多元化安置制度。

（四）制定严格、透明的土地征收程序

征收是由于公共利益的需要，对集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产的一种占

有行为，是个人利益服从公共利益的表现，因此，在制定土地征收计划时，应举行征收听证会，充分听取被征收人的意见，对被征收人提出异议的，要考虑被征收人的合法权益，重新综合考虑。根据我国国情，我国立法不妨考虑采用一般征收程序的方式。即提出征收报告、发布公告、举行听证会、政府评估鉴定、公告鉴定结果、制定征收计划、实施征收、提交征收结果报告并审查公布。[5]

笔者认为需要强调的是，由于土地征收从提出到鉴定再到最后成功征收，需要经历很长的时间和很大的难度，因此，对征收申请的鉴定部门应该是更有权威的部门，如：提出征收申请政府的上级。同时，对主管部门的评估鉴定时间进行合理规定，避免评估鉴定时间太长，对土地征收的补偿等后续工作造成影响，但也要防止评估鉴定时间过短，鉴定结论不准确。另外，对土地征收要进行全程的监督，让土地征收不能暗箱操作，不仅要求有关部门监督，更要有社会、媒体，尤其是被征收人的参与监督，使被征收人知情，并能够充分参与到土地的征收中，听取被征收人的意见和建议，如果被征收人对征收不满意的，还能够寻求司法途径进行救济。

（五）明确土地征收法律责任，让征收人对其征收行为负责

国务院在《土地征收法》出台前，应该规定土地征收的各种法律责任，明确违反法律规定的权限和程序征收集体、个人所有的土地及其地上附着物等规定以及土地征收后没有根据原计划进行使用，以致土地闲置达到一定时间的所要接受的惩罚，让征收政府及其工作人员对其征收行为、需用地人对其建设行为负责。

具体来说，对违反法定程序实施征地或者不按照国家和法律规定进行征地的，由上级人民政府责令改正，通报批评；对有关人民政府负责人和其他直接责任人员依法给予行政处分。需用地人未按照建设工程规划许可证的规定进行建设的，由相关部门责令停止建设；尚可采取改正措施消除对规划实施的影响的，限期改正，并处适当的罚款；无法采取改正措施消除影响的，限期拆除，不能拆除的，没收实物或者违法收入，并处适当的罚款。[6]

这样，一方面对违反土地征收制度的征收政府和违反征收建设计划的需用地人追究责任，并对其实施具体征收行为的工作人员和需用地人建设主管人员进行惩处，要求对被征收人进行赔偿，使其认识到土地征收中的错误行为，进行纠正；另一方面，对征收政府的违规行为和需用地人违规建设行为进行惩处为其他征收政府和需用地人的行为起到警示和教育作用，使他们立即停止其错误的征收和建设行为，从自我方面来规范其在土地征收中的具体征收行为，使土地征收顺利、有效、合理的进行。同时，对政府征收行为不仅要从征收程序上进行监督，也要对征收结果，如安置补偿费的使用、分配等方面进行监督，任何单位和个人不得贪污、挪用、私分、截留、拖欠征收补偿费等费用。地方各级人民政府审计、监察、财政等部门应当定期或者不定期对征地补偿安置费用的使用情况进行监督和管理，这样从规范与预防相结合，事前监督与事后监督相结合的方式，才能使政府对土地征收制度真正做到有法可依，有法必依，执法必严，违法必究。

参考文献

1、参见《土地矛盾成上访焦点 乱征地引发农民无地无业之忧》,《瞭望》2003 年 6 月 17 日；刘洪滨:《土地资源利用管理要实现四个根本转变》,在全国政协十届三次会议第二次全体会议上的发言，http：//politics.people.com.cn/GB/1026/3231238.html

2、沈晓敏《论我国土地征收补偿制度之完善》[D]．中国论文中心，2008-09-05.[2010-04-12]. http://www.studa.net/jingji/080905/10183075-2.html

3、魏丽娇《对土地征收制度的思考》[J]，载《法律时代》2008 年 12 期第 60-61 页。

4、朱仁《我国土地征收程序的完善》[A] ,《法治论坛》第六辑[C] , 2002 年 12 期 , 第 119-130 页。

5、司可《我国农村土地征收补偿及程序法律问题研究》[D]，中央民族大学， 2007 年版。

6、郑州大学课题组《中华人民共和国土地征收法 (专家建议稿)》 [R] .《法律•法律研究与实践》, 2008 年 12 期。

企业知识产权的保护

——以律师法律服务为视角

安徽国誉律师事务所 韦 国

摘 要：近来，“知识产权保护”在我国备受关注，国家主席习近平在同美国总统奥巴马会晤中都谈到“关于知识产权保护”问题。企业知识产权工作在整个知识产权体系中居于核心地位。企业知识产权保护贯穿于企业知识产权创造、管理、运用、保护的所有环节。目前我国不管是知识产权试点示范企业还是中小企业知识产权保护都存在诸多问题，虽然政府、知识产权中介、企业自身都在不断努力。但政府只能担任宏观调控角色、企业自身缺乏专业知识产权管理人才的现实情况决定知识产权中介，特别是律师群体将在企业知识产权保护中发挥重大作用。

关键词：企业 知识产权 保护 律师

知识产权，简而言之是指人们就其智力劳动成果所依法享有的专有权利。2008 年《国家知识产权战略纲要》颁布以来，我国知识产权事业的发展势头越发强劲。今年 6 月，国家主席习近平在同美国总统奥巴马会晤中都谈到“关于知识产权保护”问题。企业作为创造和运用知识产权的主体，是整个国家和地区知识产权运用能力的终极体现，其知识产权工作在整个知识产权体系中居于核心地位。知识产权作为企业重要的无形资产和战略资源，是企业参与市场竞争的重要手段，是形成核心竞争优势的关键所在。近几年，部分中国企业已逐渐认识到知识产权保护的重要性，但中国企业相比在华跨国企业及发达国家的企业知识产权保护而言才刚起步，因此研究我国企业的知识产权保护问题，为企业知识产权保护提供法律服务才刚刚迎来春天。

一、企业知识产权保护的方式

本文论述的企业知识产权保护是广义上的概念，是一项系统工程，贯穿于企业知识产权创造、管理、运用、保护的所有环节。其保护方式主要如下：

一是知识产权保护需依法进行。知识产权必须依照法律的确认或授权才能产生，具有法律确定性。如商标权需要申请，商标到期后要续展，专利权需缴纳年费等。二是知识产权保护需有效管理。知识产权的有效管理能防范、避免和减少知识产权法律风险，是世界范围内值得推广与运用的有效知识产权保护方式之一。三是知识产权保护需长远规划。企业知识产权战略就是从长远角度对企业知识产权保护所做的规划。企业知识产权战略就是利用知识产权保护制度维护自身的合法权益，打击竞争对手，以获取最佳经济效益而进行的整体性计划和使用的策略与手段。[1] 四是知识产权纠纷需妥善处理。企业知识产权纠纷处理不好不但会影响企业声誉、形象及销售，还会花费大量的人力、物力、财力。

二、目前中国企业知识产权保护存在的问题

以知识产权工作成效对企业进行分类，可以分为知识产权试点示范企业和中小企业。[2]

（一）知识产权试点示范企业知识产权保护存在的问题

根据全国知识产权试点示范企业的考核要素，凡被认定为全国知识产权试点或示范企业的，

其知识产权创造、管理、运用、保护方面的工作都已相继开展，知识产权管理机构、人员、规章制度、培训、战略等形式上都已具备。但仍存在以下问题：

1、知识产权申请重数量不重质量

2012 年我国受理三种专利申请 205.1 万件，国内发明专利申请 53.5 万件，占专利申请总量的 26% ;三种专利授权量达 125.5 万件 ,其中国内发明专利授权 14.4 万件 ,仅占授权总量的 11%。[3]

2、知识产权管理机设置不合理

大型跨国公司都认为知识产权管理是企业的核心管理目标之一 ,其地位高于生产和销售。如荷兰飞利浦 (Philips) 公司知识产权办公室的总经理直接对董事会负责，并由董事会对部门进行考核。我国企业知识产权管理机构设置地位低，一般要经过三、四层级才能对接董事会，其地位低直接影响知识产权工作的开展和实施。

3、知识产权管理人员缺乏专业素质

知识产权管理人才应该懂技术、懂管理、懂法律，但具备这样素质的人才在我国凤毛麟角。目前我国企业的知识产权管理人有的是技术人员出生 ,有的是行政部门出生 ,少数是法律人员出生，这些人缺乏管理和处理知识产权工作的能力，导致许多管理制度没有有效落实。

4、知识产权战略没有有效实施

大多数企业都是聘请律师事务所制定企业知识产权战略。但战略的制定有些企业是为了应付检查，有些企业以领导层变更或部门变更为借口，将知识产权战略束之高阁。

5、缺乏知识产权预警机制

多数企业没有开展过知识产权预警 ,缺乏预警机制易造成企业重大损失。如“康王”商标纠纷，一打官司就是 8 年 ;“IPAD”商标之争，最后和解价格是 6000 万美元 ;“达芬奇”家具事件，整个品牌几乎毁于一旦。

（二）中小企业知识产权保护问题更为严重

中小企业的知识产权保护相比知识产权试点示范企业而言相差甚远 ,问题更加突出 ,主要表现为：

1、知识产权自我保护意识淡薄，缺乏自主知识产权

大多中小企业觉得创新花费大 ,风险高；申请知识产权也要投入精力和金钱。相比这些中小企业更愿意投资厂房、设备等有形资产。

2、不熟悉知识产权法规，知识产权流失严重

中小企业负责人大部分不懂知识产权法律法规 ,开发新产品不进行专利检索 ,导致有些新产品上市即面临侵犯他人专利权的风险。在商标方面，企业商标被抢注，夺回代价太大，不夺回又面临被诉侵权或退出市场。[4]

3、缺乏专门的知识产权管理机构、管理人员及管理制度

中小企业本身机构设置混乱 ,加上领导的知识产权意识薄弱 ,大多数企业不可能有专门的知识产权管理部门、管理制度和管理人员。由于没有制度对诸如什么是职务发明和非职务发明进行界定和约束，导致有些技术人员离职后带走发明技术，从而纠纷不断。

4、不少企业被控专利、商标、著作权侵权时，消极应诉

面对这些纠纷，不少企业感到无所适从，未战先怕。看到“律师函”就害怕；看到法庭的传票，不愿请律师具体分析相关情况，拿出具体应对措施；甚至自己的知识产权遭到侵犯，也不积极在律师的协助下，拿起法律武器维护自己的合法权益。

三、企业知识产权保护需多方主体努力

（一）政府需宏观引导，创造良好外部环境

首先，政府需要加大宣传力度，增强企业知识产权保护意识。第二，完善我国的知识产权法律体系。第三，加大知识产权保护执法力度。

（二）中介机构提供专业服务，帮助企业解决知识产权保护具体问题

知识产权保护工作包含的内容多，涉及面广，专业性强，目前我国企业内部缺乏高素质的知识产权管理人才，因此利用和发挥知识产权中介机构的作用可以较好的解决目前企业发展中遇到的困难。而中介机构的最大优势就是， 具有素质较高的专业人员， 能够提供专业化的服务。这也是当今社会分工不断细化的一个趋势，而越是知识产权制度发达的地方，这种分工就越细化，其向社会提供的服务也就越专业。通过中介机构提供社会化的服务， 已经成为信息化社会中重要的服务业之一。[5]

（三）企业主动开展知识产权保护工作

目前中国企业面临的市场形势迫使企业不得不开展知识产权保护工作，企业要获得市场竞争地位，必须创新，拥有核心自主技术才能具有市场优势。即使没有技术创新，企业也不能侵犯其人知识产权，不然会被行政处罚、诉讼，会承担巨额的赔偿额。在跨国贸易中，更要注重知识产权保护。

四、律师如何帮助企业保护知识产权

（一）多角度培养企业知识产权保护意识

意识是一切行动的基础，只有企业树立知识产权保护意识，才会有效开展知识产权保护工作。律师在普通法律顾问服务中，在为企业处理其他纠纷中，在为企业提供法律培训中，在与企业负责人沟通中，把握机会多角度向企业负责人、相关工作人员、普通员工宣传知识产权，培养和增强企业的知识产权保护意识。

（二）担任企业知识产权法律顾问，为企业知识产权工作把控风险

一是对内就知识产权取得、保护、管理和运用中的具体问题提供法律咨询，提出法律解决方案。如对商标驳回，商标异议、商标撤销等法律行为进行法律论证，提出解决方案；参与涉及知识产权的重大合同谈判与审查，最大限度帮助企业避免或减少法律风险。二是作为企业代理人与合作伙伴、行政部门、其他中介、司法机关等外界沟通，有效帮助企业处理知识产权事务。

（三）作为企业代理人，为企业处理单个知识产权纠纷

应对诉讼，处理纠纷，本身是律师的强项。企业面对知识产权纠纷聘请律师参与处理是妥善处理纠纷的关键因素之一。特别是面对知识产权境外诉讼，律师可帮助判断原告的诉讼动机和目的，判断原告的诉求是否成立，帮助合理估算应诉成本，协助聘请合适的外国律师。

（四）为企业提供知识产权专项服务

1、建设企业知识产权管理标准化体系

知识产权管理在知识产权试点企业的考评要素中分值最高、内容最多。知识产权管理内容主要包括知识产权规划管理、知识产权权属管理、知识产权激励管理、知识产权产业化管理、知识产权纠纷管理、知识产权合同管理、知识产权信息管理、知识产权人才管理、知识产权档案管理、知识产权评审管理。[6]有些知识产权试点示范企业，商标、专利、域名等知识产权数量大，知识

产权工作涉及众多分公司，涉及研发、生产、销售、对外合作众多环节，这些企业急需知识产权工作管理规范化、流程化和标准化。目前北京、上海、广东等东部地区的有些律师已将为企业建设知识产权管理标准化体系作为专项法律服务进行业务开拓。

2、为企业定制知识产权战略

企业知识产权战略本应包括企业知识产权的所有内容和所有知识产权工作环节。完整的战略体系内容包括企业知识产权诊断报告、专利信息分析报告、战略规划报告、战略实施计划、战略实施验收评估方案。部分中小企业因涉及的知识产权工作不多，可能只需要单个商标战略、专利战略、商业秘密战略等。目前，大量律师事务所已经为企业提供知识产权战略服务。

3、对特定技术领域进行专利信息分析

充分收集筛选并深度利用专利信息能够为技术研发提供指引；为技术合作提供支撑；为技术跟踪提供条件；为战略制定提供依据；为风险规避提供便利；为人才引进提供信息。因此，越来越多的企业有需求对目标技术领域进行专利信息分析。目前，市场上有专门的专利信息分析公司，但部分律师事务所也开展了此项业务。

4、知识产权预警机制建设

近年来，我国企业的涉外知识产权纠纷频繁发生，不仅规模越来越大，涉及领域也越来越广，已对各行业的发展形成了危害。知识产权预警能有效发现可疑侵权点，通过制定应急预案规避风险，维护企业经营安全。目前，较常见的是企业新产品上市前、企业投资重大新技术研发前、企业走出国门前需要进行知识产权预警，防止知识产权侵权。

总之，企业知识产权保护涉及面广，律师发挥空间大。律师可以开发像知识产权标准化管理、知识产权战略、知识产权预警机制建设、知识产权培训、专利信息分析这样的专项非诉业务，或担任企业知识产权法律顾问，或为企业解决具体的知识产权纠纷。

注　释

1、刘斌：《企业知识产权保护理论与实践研究》，《新疆师范大学 2012 届硕士学位论文》，第 7 页。

2、注：此分类标准逻辑不严密，重点考虑的是企业的知识产权工作状况。据调查，在政府主动推进知识产权保护工作的形势下，大多数国有企业、大型民营企业、高新技术企业一般都是知识产权试点示范企业。

3、来源：国家知识产权局网站：http://www.sipo.gov.cn/twzb/2012nfmzlsqqk/ ，访问时间 2013 年 7 月 2 日 15:40.

4、李永波：《加强品牌保护意识，顺利进军海外市场》，法律出版社 2007 年版，第 1 页。

5、信息产业部电子专利中心/文：《充分发挥知识产权中介机构的作用》，《电子知识产权》，2005 年第 4 期，第 9 页。

6、洪素恒：《论中小企业知识产权工作中的律师职能》，《2009 中华全国律师协会知识产权专业委员会年会暨中国律师知识产权高层论坛论文集（下）》，第 153-154 页。

参考文献

1、刘春茂《知识产权原理》，知识产权出版社 2002 年版。

2、刘春田《知识产权法》，中国政法大学出版社 2002 年版。

3、张平《技术创新中的知识产权保护》, 知识产权出版社 2004 年版。

4、冯晓青《企业知识产权战略（第 2 版）》, 知识产权出版社 2005 年版。

5、中国石油天然气公司《知识产权保护与管理》, 石油出版社 2005 年版。

6、陈文君《TRIPS 视野下企业知识产权保护制度研究》,《西南大学硕士学位论文》, 2008 年。

7、马瑞峰《基于知识管理视角的企业知识产权保护问题研究》,《东北财经大学硕士学位论文》, 2011 年。

8、李蕊《高新技术企业知识产权保护问题研究——基于长春高新区的调查》,《吉林大学硕士论文》, 2011 年。

9、朱佩《企业知识产权保护现状及对策初探》,《柴油机设计及制造》, 2006 年第 4 期。

10、白玉平《浅谈中小企业知识产权保护》,《科技创业月刊》2006 年第 12 期。

11、金永红，慈向阳《国外企业知识产权管理战略分析及其启示》,《中国科技论坛》, 2007 年第 3 期。

12、常相全《企业知识产权保护的国际借鉴》,《商业时代》, 2007 年第 12 期。

13、李烨《当今企业知识产权管理模式内容及相关问题探讨》,《科技情报开发与经济》, 2010 年第 16 期。

14、代碧波《构建我国企业知识产权体系的对策研究》,《商业经济》, 2010 年第 6 期。

15、马丽《开放经济条件下中国企业知识产权保护研究》,《商场现代化》, 2011 年 5 月下旬刊。

16、陈旭玲、刘京《企业如何完善知识产权保护》,《时代金融》, 2012 年第 6 期。

17、戴蕾《企业知识产权保护的挑战与应对》,《法制与社会》, 2013 年第 4 期。

农村土地流转的法律风险与防范

安徽乐业律师事务所 胡 建

摘 要:新型城镇化战略必须同时对土地制度进行实质性改革，农村土地问题的实质是土地权利问题，农村土地产权改革应是坚持公有制下的农村土地财产权能的激发，理论上突破农村土地所有制的困扰，强调所有权蕴涵的私法上权利的可能性、土地资源的使用效率以及土地收益的分配公平。实务中适用法律路径研究土地流转的具体运行形式，并以适宜的法权构造来实现多边利益的保障和法律风险的规避，以真正实现农民对农村土地之财产权能的目标。

关键词：土地权利 业合作社 土地流转 法律风险

一、问题的缘起

2013 年 6 月 26 日，国务院提请全国人大常委会审议《国务院关于城镇化建设工作情况的报告》，针对国务院的城镇化建设工作报告，北京大学法学院贺卫方教授于 6 月 28 日《法制晚报》上刊文进一步提出:“理应改革农村土地制度,赋予农民拥有更长时间的土地所有权性质的权利和土地自由买卖的权利。通过土地吸引市民到农村置地建房，以形成一种更高层次的城乡融合。”笔者亦认同新型城镇化战略必须同时对土地制度等制度进行实质性改革。但是，三农问题的核心是土地问题，农村土地问题的实质是土地权利问题。[1]当前的土地及其相关制度饱受诟病，现行土地制度下农民对土地的产权非常模糊，农民难以对农地行使合法权利。法律对土地的转让权的界定不利于农民，政府垄断了土地征用权和城镇土地市场。[2]集体土地所有权主体缺位和土地流转机制不健全，仍是当前农村土地制度存在的突出问题。要切实有效地维护农民的土地权益，关键在于赋予农民土地财产权，即必须通过法律来明确界定农村土地的产权归属和具体的土地权利形态，并保障土地权利的自由流转。换言之，城镇化应首先确认农民对土地和房屋等相关财产的合法权益，尤其是明确规定土地的所有权、使用权、产权行使方式和转让程序，将农民的土地资产变为活资产，使其在流通过程中发现其应有的自然价值。

现有的农村土地权利体系具有封闭性和内生性，农民的土地权利仍存在不同程度的虚化和缺失，土地更多地被当作生存手段，非商品，更非资本。[3]城乡统筹发展，创新农村土地流转制度，需稳步推进集体产权制度改革、加强土地产权制度建设。围绕农村土地产权改革问题，学术界已逐步形成国有化、私有化、国家所有和农民私人所有并存，完善农村土地使用权以及重构集体土地所有权五种主要改革方案。重构农村土地所有权的理论主要包括梁慧星为代表的共同共有说、王利明为代表的成员共同所有说、韩松为代表的新型总有说、孙宪忠为代表的法人所有说和马俊驹为代表的合作社所有说等。[4]世界范围内，德、美、法、日等国和我国台湾地区形成了较为成熟和典型的农村土地制度模式。我国的土地权利构造不同于国外，因此操作实践中有其特殊性，不能照搬国外的制度模式，但是国外的发展背景、组织机构和法权运行模式可为我们提供有益的理论启示与制度经验。理应鉴别二者的共性与差异性，借鉴其成功经验与教训，结合我国的国家基本制度和农村现行发展环境采用适合实际情况的法律运行形式。笔者认为，理论上应突破农村土地所有制的困扰，在坚持农村土地公有制的前提下改革农村土地产权制度，强调所有权蕴涵的私法上权利的可能性、土地资源的使用效率以及土地收益的分配公平，使农村土地权利的制度设计适应土地利用方式和农村经济改革的现实需要。

在土地的社会保障功能弱化和强调财产利用制度的趋势下，应以坚持土地公有制为前提改革农村土地产权制度，依法保障农民的土地承包经营权、宅基地使用权和集体收益分配权。我国农村土地产权的制度设计，既要明晰土地产权界限，又要积极拓展农民土地权益实现途径。[5]理论上应坚持农村土地公有制，重新界分所有权与使用权的关系，在肯定用益物权的独立性和处分权能基础上尝试重塑农村土地使用权理论，赋予农村土地使用权自由流动、转移和交易的经济行为能力。理应进一步完善农村土地的流转法律机制，以农村土地权利的市场化途径来补充并优化实现农村土地的资本化，拓展农民土地权益实现途径，使之成为法律支持农村土地流转的有效方式，以克服当下农村土地产权中的理论困扰和制度障碍。土地权利流转是农村经济发展的必然趋势，反映了生产力发展的客观要求。[6]通过构建农村土地流转法律制度以保障农民的土地财产权，提高农民在土地增值收益中的分配，并促进农村土地权利制度的完善，这对于以法律手段推进统筹城乡综合配套改革，解决好农村改革发展过程中的土地科学利用和农民增收问题具有重要的实践意义。

囿于农村土地流转产权问题的理论与实证研究尚处于拓荒阶段，对其法理与现实基础、法权构造等基础性及相关性问题学界研究不足。虽然《农村土地承包经营法》和《物权法》都肯定了土地的流转性，并赋予农民对土地的物权权能，但尚未建立起较为完善的农村土地流转法律制度。从法律实务的路径出发究竟如何实现农村土地流转？在法律关系中采用何种法权构造方能兼顾“效率”与“公平”？仍是实践中未能解决的命题。笔者尝试在城乡统筹发展的背景下，以激活农村土地的财产功能和保障农民的土地财产权为出发点，通过检视《物权法》、《土地管理法》、《农村土地承包经营法》等规范性法律文件，总结试点地区的实践样本，探究农村土地权利流转的法律风险与制度防范方案。

二、农村土地流转的法律制度样本

促进农村土地流转制度，已经具备现实的发展需求和政策基础，且国内试点区域已经开展有益的实践，打破了地权结构固有的制度刚性与路径依赖。目前，安徽、福建、辽宁、宁夏、浙江、四川、北京和重庆等各地已经开展农村土地流转的实践，并呈现出改革试验先行、理论分析和法律制度规范滞后的特点。创新型国家的建设关键在于制度创新，通过分梳和厘定实践中出现的各类制度样本，可建构新型的农村土地流转法律机制，为创新农村土地制度提供制度参考。

以土地承包经营权的流转为例，截止目前，全国范围以内已形成温州模式、枣庄模式、上海模式、苏州模式、北京模式、成都模式和重庆模式等众多的模式选择，各种流转模式对土地权利流转的政策目标实现方面均有其不同的效应。

（一）温州模式

主要内容为农户把承包田有偿转包给大户集中经营，方式包括“招投标式转包”、“中转站式转包”和“中介机构合同转包”等三种。在有些地区，种粮农户只要缴纳一定的费用，便有专业农场、农机专业合作社、粮食专业合作社对粮食生产实行“统一翻耕、统一育秧、统一播种、统一植保、统一收割”的“一条龙”有偿服务，实现土地耕作社会化服务。

（二）枣庄模式

首先发放土地使用产权证。持证人在产权期限内，可依法使用、经营、流转、转让土地，也可作价、折股作为资本从事股份经营、合作经营或抵押担保。其次，建立市、区、乡镇三级有形的农村土地使用产权交易市场。再者，发展农村土地合作社，农民把土地流转给土地合作社，形成以土地为纽带的紧密经济联合体。

（三）上海模式

农民以土地使用权入股给集体（村小组或村集体），然后由集体再入股到乡（镇）或更高级的特定组织，由这个特定组织运作入股土地并以固定的报酬返还给集体，集体再将所得的收益分配给入股的农民。

（四）苏州模式

以土地承包经营权为依据成立农村土地股份合作社。股权设置主要有两种形式:其一种是农民以纯土地入股的土地股份合作社。土地一般不作价，入股土地由合作社统一整合后实行对外发包或租赁，所得收入按入股土地份额进行分配。其另一种是以农民土地入股为主，资金、技术等参股的股份合作社。入股土地一般要作价折股，合作社经营收益按股份进行分配。

（五）北京市模式

实行股东代表大会制度，股东代表由股民推选产生，股东大会选举产生的董事会和监事会作为常设议事机构和决议执行监督机构，同时设置土地承包经营权股和现金股（新股），股权确定期限为 30 年，在土地承包期限内，在本股份经济合作社内股权可以继承，但不能退股、抵押、赠与、转让和流通。按当年股份合作社净利润的 60%进行分红，其余 40%用于公积金、公益金。统一发放股权证书，证书不能转让，不能作为其他抵押凭证。

（六）成都模式

由 2008 年成都市启动农村产权制度改革试点而产生。第一步是农村集体土地和房屋所有权的确权登记。市县财政每年拿出 26 亿元设耕地保护基金，打到农民“耕保卡”上。第二步是土地流转和规模经营。以成都温江区为例，其有三种方式：第一种是对农民“双放弃”(即自愿放弃宅基地使用权和土地承包经营权)后的宅基地和耕地两类土地实施整理，推进土地跨区域流转。第二种是以农业产业化项目规模化经营为依托推进土地集中流转。另外，是将集体资产、集体土地股份化后进行统一流转。

（七）重庆模式

允许土地承包经营权入股成立公司，推行土地承包经营权、林权和农房“三权”抵押融资，创新“地票”交易。2007 年重庆市工商局出台的《关于农村土地承包经营权人股设立公司注册登记有关问题的通知》，其中明确规定允许土地经营权入股成立公司。[7]虽然在公司形式上其限定“以农村土地承包经营权入股目前仅限于设立有限责任公司（不包括一人有限责任公司）”，并要求经营范围应当是与农业生产经营相关的项目。但是由于该规定突破了《公司法》有关出资形式的规定，存在着巨大争议。因为农民以承包经营权投资入股形成的实体经营不善破产，按照现行法律相关规定，债务人必须用现行财产清偿债务，这就意味着作为股民的农民很有可能永远失去对土地的经营权。再者，根据 2010 年《重庆市农村土地承包经营权、农村居民房屋及林权抵押融资管理办法（试行）》规定，用于抵押的土地将由之前仅限于流转的土地，扩大到所有农村承包经营权土地；抵押的农房价值，将同房屋及其占用的土地一并评估。[8]在评估时，应考虑转让的市场价格或复垦产生地票的交易价格；用于抵押的林地不仅包括商品林，还包括一般公益林。所谓“地票”其实是指将闲置的农村宅基地及其附属设施用地、乡镇企业用地、农村公共设施和公益事业建设用地等农村集体建设用地经批准复垦为耕地后，再经由相关部门验收，转换为等量面积建设用地指标凭证。“地票”采用“先补后占”的用地模式，即先把农村建设用地转化为耕地之后，才在城市新增一块建设用地。这样既解决了城市建设用地紧张的矛盾，又实现了保护耕地的目标。

土地权利的流转作为一种制度设计，必须重视与环境的兼容性。由于地理、历史与现实的原

因，各地的具体条件是不同的，要具体问题具体分析，不能用一个模式去解决所有农业问题。土地流转必须约束政府的政绩冲动，绝不能为了政绩采取强制性的手段推进土地流转，损害农民的长远利益。对于农业生产力水平比较低的区域，应发挥土地的社会保障功能，因此公平的价值得以提倡，目前许多经济欠发达的国家或地区在法律制度上建立耕者有其田的农村土地制度即为显例。但是对于地方经济较为发达水的区域或劳动力输出较多的地区，又需建立起以效率为中心的农村土地制度，这也正契合了农业规模化经营的需求。因此，实践中针对那些农民对农村土地的依赖度不高，甚至因非农产业的农民不断增加已经出现耕地抛荒的区域，如果仍推行以公平为中心的农村土地制度必定会极大浪费土地资源，此时农村土地流转模式选择时可以侧重考虑效率。相反，对于那些经济较落后的乡村，农民对土地的依存度较高，此时农村土地流转模式选择应侧重考虑公平。

三、农村土地流转的法律风险与制度防范

中国的城乡一体化是一个艰巨而漫长的过程，土地在一个相当长时期内仍将是大部分地区、大部分农民获取收益和维持生存保障的基石。城镇化的历史背景之下，对于各地方政府主导下推进土地流转过程中可能引发的法律风险不容忽视，有必要采取妥当的法律防范机制来解决在土地流转中给各方利益主体所带来的法律风险。

（一）农村土地流转的宏观法律风险

目前决定农村土地流转制度的主要规范性中央政策文件包括但不限于：1984 年中央一号文件《关于一九八四年农村工作的通知》、1985 年《关于进一步活跃农村经济的十项政策》和 1986 年《关于一九八六年农村工作的部署》、1993 年中央 11 号文件即中共中央和国务院《关于当前农业和农村经济发展的若干政策措施》、 1997 年中共中央办公厅国务院办公厅《关于进一步稳定和完善农村土地承包关系的通知》、1999 年中央十五届三中全会审议通过的《关于农业和农村工作若干重大问题的决定》、2001 年《中共中央关于做好农户承包地使用权流转工作的通知》、2008 年十七届三中全会审议通过的《关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》，2009 年中共中央、国务院 1 号文件《关于促进农业稳定发展农民持续增收的若干意见》，2010 年中共中央、国务院 1 号文件《关于加大统筹城乡发展力度进一步夯实农业农村发展基础的若干意见》，2012 年中共中央、国务院 1 号文件《关于加快推进农业科技创新持续增强农产品供给保障能力的若干意见》。上述通知、决定以及意见等集中我国对农村土地流转的基本政策和方向。从 2004 年始，中共中央连续八年的“一号文件”聚焦“三农”问题，尽管每年的主题不同，但对农村的土地流转问题皆有所投射或明确规定。农村土地流转涉及的法律和法规主要包括：《宪法》、《民法通则》、《草原法》、《土地管理法》、《担保法》、《物权法》、《农村土地承包经营法》、《基本农田保护条例》和《农村土地承包经营权流转管理办法》等规范性法律文件，虽然农村土地权利流转的宏观法律制度初具形态，但仍处于嬗变之中。理应从逻辑上梳理上述规范性文件和法律规定，进一步完善农村土地流转基本法，并协调好其与单行法和司法解释之间的关系，建构农村土地流转法律体系。立法的统一是司法判决统一的前提和基础，只有有了法律作为依据，才有实现土地承包经营权流转纠纷同案同判的可能性，才能实现司法判决的统一。

（二）农村土地流转的微观法律风险

常言道“魔鬼存在于细节之中”。以土地承包经营权流转为例，农村土地流转的微观法律风险包括：

1、农民股份合作组织的主体类型无法可依

尽管《农村土地承包经营法》等法律已对土地经营权人股生产合作组织进行了原则性的规定，但迄今为止， 仍未见到国家或各部委颁布任何有关其主体资格、登记注册等事项的具体操作规范。换句话说， 法律只规定了出资的行为， 并未规定出资的结果。农民股份合作组织可以与其成员签订购销合同， 但与其他民事主体交往时将会面临其行为无效的法律风险。

根据法学理论的划分，《农村土地承包经营法》等法律属于经济管理法，《公司法》等法律属于规范民事主体资格的商事法律。前者只规范经济制度及经济运行， 而后者才规范民事主体的设立、存续及运行。根据民法的原理， 民事主体具有权利能力和行为能力的前提条件就是民事主体资格必须被法律确认， 而民事主体组织法的缺失将会使民事主体的权利能力受到限制甚至否定

2、农民的股东身份缺乏保障

根据公司法原理， 股东的身份需具备一定的外部表现形式， 无论是公司出具的出资证明亦或行政管理部门作出的登记。然而， 农民股份合作组织都是在摸索中设立， 并在缺少法律规制的环境下运转。入股农民持有的“ 股权证”, 都是社区内部发行的，只是社区组织内部的一种简易行为，未得到国家及有关部门的确认。其次， 股东权包括收益、管理等内容，在法律对以土地经营权人股的农民享有的股东权缺少规范的情况下，难以保障农民对合作组织的管理权。合作组织的权力机关不得不沦落为村个别领导行使“家长权”的工具。

3、农民专业合作社的立法内涵有待扩充

尽管土地经营权入股合作社已被 2006 年《农民专业合作社法》等法律所认可，但问题依然存在。[9]该法是借鉴外来法律以引导国内的实践，但实际上部分省市对其适用进行的补充规范恰恰说明了其一定程度上不符合当地的实践需求，将来以其设立的合作社是否可以完全涵盖或代替目前的股份合作组织仍是未知数。

4、缺失具备交易功能的权属证书，土地流转程序失范

农村土地财产制度改革的着力点是“确权赋能”， 理应将法律规定的农村土地权利确定到户，颁发权利证书，并使之具有可流转和市场化的能力。农村土地产权明晰是农村土地流转的基础，有待流转的土地应具有“农村土地权利证书”。从法律的角度来看，农村土地权利证书有四重性质：一是确权证书，是国家对农民土地权利的确认；二是有价证书，是法律对农民土地的经营收益权的保护；三是流转证书，是农民有偿自愿流转土地的法律凭证；四是承诺证书，是以国家权威的形式稳定农民的“定心丸”。再者，实践中对土地权利流转这样的重大法律行为缺少审查、备案登记，以及公证、见证等程序。流转程序的简化使得双方当事人在履行合同过程中，由于口说无凭而易发生纠纷，而且纠纷一旦发生，亦使得当事人举证相当困难。

（三）农村土地流转的法律风险防范

法律制度的设计应在效率与风险之间寻求平衡点。既能使农民将土地这一最有价值的不动产进行充分利用以发挥其潜在功效，又最大程度避免其丧失土地财产权益，并尽可能降低土地流转的风险，保证农村经济和社会平稳发展。目前农村土地的流转相当部分是行政推动，尚未形成能反映市场规律的流转机制，唯有稳定和完善农村土地政策、加快修改制定相关法律，并配套建立土地流转的法律风险防范措施，方能实现公平和效率兼顾的价值目标。

1、以立法形式加快出台《农村土地权利流转办法》

调整农村土地流转的法律、法规以及政策性规定，从法律适用的角度考察，第一位阶是《宪法》对农村土地的相关规定，第二位阶是《物权法》，第三位阶是《合同法》、《土地管理法》，第四位阶是《农村土地承包法》及其相关政策，第五位阶是最高人民法院的司法解释。除了完善上

诉相关法律规定和逻辑上理顺其效力关系外,还应从立法的角度进一步出台或修订有关土地流转的法律制度。法律的产生途径之一就是对社会生活实践进行反射， 将实践中产生的规律总结成法律条文。

在宏观层面上寻求土地类型化的科学标准,考量土地承包经营权、宅基地使用权与集体建设用地使用权三种主要形式各自流转的共性与差异性,予以一体规范设计,并衔接现有的法律、法规和司法解释等规范性法律文件,共同构筑起完善的农村土地流转法律体系。建议尽快以地方法规的形式出台《农村土地权利流转办法》以规范土地流转行为。《农村土地权利流转办法》的内容应对土地流转的适应范围、规模、时机和条件等进行明确界定,对土地流转的方式、方法以及政府的权、责、利等方面进行明确规定,对土地流转的违规违法行为设定可操作的应该承担的法律责任。

2、组建农民专业合作社，制定专门的《农业公司法》

股份制本身就是一种风险规避机制。土地入股模式将土地这种生产要素股份化,并以契约形式固定下来，实现土地收益合法化与制度化，这本身就是一种降低风险的有效手段。[10]可将实践中存在的农民股份合作组织纳入合作社的范畴， 给予其法人资格， 使其享有充分的民事权利能力和行为能力。对于完全不具备民事主体资格条件的,也应当采取温和的措施,以免造成损害农民利益的情况。在具备时机的情况下,允许合作社变更为公司或其他企业形式,以让其适应现代的市场经济。

公司制所带来的效率是合作社等其他企业形式所不能比拟的,前提是国家在政策上对这类公司给予特别的保护和支持。总之， 只有土地入股公司得到发展， 土地才能真正成为农民的财产，农民与其他社会群体的公平才能实现。但是现行《公司法》的规定并不能满足农村土地流转方式创新的实际需求，为此有必要按照特殊原则对农业公司予以特别规定。

3、建立农村土地流转示范合同文本

土地流转应签定具有较强法律效力的完备的书面协议,约定好流转的期限、费用、土地用途以及违约责任等，实现农村以地缘、血缘和业缘关系为纽带的“道义流转”向“契约流转”的转变，尽量减少流转纠纷的发生。合同示范文本应当具备以下主要条款：①流出方、受让方的姓名、住所，当事人是农户的，户主的姓名可代表全家；②流转土地的名称、座落、面积、质量等级等；③土地流转的期间，即流转的年限和起止时间；④流转土地的用途；⑤双方当事人的权利义务；⑥流转价款及支付方式；⑦违约责任等。在微观设计上寻求既使农村土地流转在内部法律关系中权利义务供给均衡，又更多地体现效率的法权模式。该示范文本应着重关注：(1)价值目标、基本原则和法律风险防范。(2)农村土地流转的主体与客体范围。(3)农村土地流转的设定、效力及实现方式所具有的特殊性问题。(4)对农村土地流转予以限制的消极要件。

4、规范流转程序，实行农村土地流转听证会

土地流转程序应确保公开性与公平性。农村土地流转听证会是保证土地流转合法化、妥善解决因土地流转不透明等引发的各类问题的重要途径。土地流转听证会可以由相关国土监督部门主动发起或者由土地流转的双方当事人之一申请发起,经相关部门审核后确定并公告听证会举行的时间和地点,指定与该土地流转行为无关的人员为听证主持人,相关职能部门如发改委、规划局、农业局、国土局等以及乡镇村民代表应该参加土地流转听证会。听证会按照法定程序进行,听取双方关于土地流转的方式和方法,协调好双方的利益矛盾,最终达到化解土地流转双方的矛盾和利益冲突的目的。

5、建立农村土地权利流转风险基金

设立流转风险基金，解决经营不善时农户无红利可分的问题，以及为股份合作社不能支付农户土地股金时的兜底，切实保护农民利益。目前，土地基金制度尚缺乏相应的法律支撑，虽土地基金在我国少数城市得以运用，如厦门市政府 2001 年颁布《厦门市土地管理基金暂行管理办法》，但这些规定尚停留在“地方规章”的层次，还未上升到“地方法规”的层次。[11]迄今为止，亦没有一部具体的法律或行政法规甚或统一的部门规章来规范土地基金这一问题。农村土地流转是互动效应，应建立农村土地权利流转风险基金，形成农户与股份合作社利益联结的机制。实践中可采取财政投入一部分、股份经济组织投入一部分的方式共同组成农村土地权利流转风险基金，如土地流转合同签订后，由股份经济组织按流转总额的一定比例缴纳，由土地流转服务中心统一管理，财政指定专户存储，以防止股份经济组织因经营困难等原因无法履约的情况发生。合同到期若无纠纷发生，则风险金如数退回。

参考文献

1、周其仁《土地、制度和农业发展》，北京大学出版社 2004 年版，第 51 页。

2、贺雪峰《农村地权制度的变化与土地流转》，《中国法律》，2009 年第 1 期，第 18 页。

3、温铁军《土地的社会保障功能与相关制度安排》，社会科学文献出版社 2001 年版，第 237 页。

4、郑永流《当代中国农村法律发展道路探索》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 93 页。

5、李昌麒《中国农村法治发展研究》，人民出版社 2006 年版，第 356 页。

6、王卫国《中国土地权利的法制建设》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 19 页。

7、吴越《从农民角度解读农村土地权属制度变革——农村土地权属及流转调研报告》，《河北法学》，2009 年第 2 期，第 33 页。

8、姜晓萍《农村土地流转风险的形成机理及外部性研究》，《农村经济》，2011 年第 11 期，第 47 页。

9、张璐《农村土地流转的法律理性与制度选择》，《法学》，2008 年第 12 期，第 16 页。

10、金丽馥《农村土地流转的风险及防范机制研究》，《理论与改革》，2011 年第 3 期，第 46 页。

11、黄小虎《关于农村土地承包经营权流转的几点看法》，《红旗文稿》，2009 年第 2 期，第 34 页。

企业战略融资中的法律风险

——浅析异议股东股份回购请求权

安徽径桥律师事务所　燕会娇

摘　要：异议股东股份回购请求权是指在公司作出影响股东重大利益决策时，法律赋予对该决策持有反对意见的股东请求公司对其所持有的股份价值进行评估并以公平价格回购其股份的权利。是一项旨在保护中小股东利益的公司法制度。本文试通过对此概念进行辨析及进一步分析其法理基础和特征，在此基础上介绍异议股东股份回购请求权的适用范围，最后探讨了其适用的相关程序问题。

关键词：异议股东　股份回购请求权　适用范围　程序

2006 年我国《公司法》修改后，第一次在基本法中确立异议股东股份回购请求权，这是公司法制度设计的一大进步，它为保护中小股东利益提供了更完善的法律依据和救济途径。但在具体适用程序上还存在缺陷，有待我们进一步探讨。

一、异议股东股份回购请求权概述

（一）概念辨析

异议股东股份回购请求权，是指在公司作出影响股东重大利益决策时，法律赋予对该决策持有反对意见的股东请求公司对其所持有的股份价值进行评估并以公平价格回购其股份的权利。其实质是异议股东要求公司收购其经过价格评估后的股权从而退出公司，但不同的学者对于该概念的具体表述又有所不同。有学者认为，异议股东股份回购请求权是指在特定形态的交易中，法律赋予异议股东请求公司以公平价格回购其股份的权利[1]。韩国学者李哲松则认为，异议股东股份回购请求权是指在股东大会上决议了对股东的利害关系产生重大影响的议案时，反对决议的股东可让公司收买自己所有的股份的权利[2]。

（二）法理基础

异议股东股份回购请求权的法理基础是契约理论。公司是股东和利益相关者之间的契约，公司的股权结构、权力分配等都是这个契约的必要内容。股东有权根据此契约期待自己的利益。“一个特定的公司总有自己一系列的特征，如果一个人在某个公司购买了股份，他就有权期望自己作为这个公司的投资者身份得以延续，无论谁都不能强迫他成为另一个完全不同的企业的投资者。”[3]股东有权期望当初出资加入该公司时公司固有的结构或运营模式能够得以延续。如果公司发生重大变化，股东所怀有的对公司的合理期望落空，他就有权离开公司。

（三）存在特征

与其他股东权利相比，该请求权具有以下特征：首先，它是一种法定权利。异议股东是否享有请求权以及其适用范围或行使程序应由法律明确规定，公司不得以章程或股东（大）会决议予以剥夺或限制。其次，它具有排他性。异议股东一旦选择了此权利作为救济手段后，一般情况下不能再提起公司行为无效诉讼，这可阻止少数股东滥用诉权破坏公司的预期目标。最后，它是一

种形成权。异议股东这一权利虽然名为请求权，但实质上跟债法意义上的请求权是不同的。债法意义上的请求权是权利人要求他人为特定行为的权利，请求权是基于基础权利而发生的。而异议股东股份回购请求权是股东所享有的特殊的法定权利，不存在真正意义上的基础权利，依照权利人的单方意思表示就能使权利发生、变更和消灭，公司原则上不得拒绝，且负有在法定期限内履行的义务。[4]

二、异议股东股份回购请求权的适用范围

（一）适用的公司类型

韩国 1995 年商法修改之前，依其证券交易法第 191 条第 1 款的规定，只有上市公司适用异议股东回购请求权。此项规定很不合理，有限责任公司股权转让比股份公司有更多的限制，有限责任公司的小股东比上市公司的小股东更需要保护。而美国相关立法肯定“市场例外原则”，以为只应当适用于封闭性公司，原则上不承认上市公司或股份分散到一定程度的公司股东享有股份回购请求权。因为公开的股票市场可以对中小股东利益提供充分的保护。我国有学者质疑，认为无论是上市公司还是不上市公司，都存在异议股东回购请求权。

（二）适用的股东范围

在公司发生结构性变化时，并不是每位异议股东都享有股份回购请求权，应该对有权享有此权利的股东限制，这样可以减轻公司或多数股东不必要的负担。

1、无表决权股东的股份回购请求权。有两种立法例：加拿大采取肯定立场，规定“任何类别的股份持有人均可就合并提出异议，并行使股份回购请求权”；美国持否定态度，只将此权利给予有表决权的股东。笔者以为，赋予异议股东股份回购请求权的法理依据是股权中的自益权，而并非共益权。作为共益权的表决权在此法律程序中并没有发生实际作用，无表决权的股份中的自益权并没有减少，所以，股份回购请求权应当同样赋予无表决权的股东。

2、继受股东的股份回购请求权。立法中少有这方面的规定，而学界普遍持否定意见。韩国学者李哲松认为，在董事会通过合并决议，并将计划公布发表以后，对取得股份的股东给予股份回购请求权并不妥当。这是因为，无须保护那些明知有此计划而取得股份的股东，而且也应防止那些为取得股份回购请求权而取得股份的不健全的投资。[5]笔者认为，继受股东既然在股东（大）会之后受让了股份，可以推知受让人已经知道公司的重大变化且已同意了这个决议，因此，可以认定他成了“同意股东”，没有救济必要。但当受让人是基于继承的原因或加入公司后又出现异议的法定情形，就应当允许其行使此权利。

3、出资存在瑕疵的股东的股份回购请求权。对此，国外立法中并未明确规定。股份回购请求权是基于股东身份而享有。我国对于出资有瑕疵的股东并未剥夺其股东权，只是通过补缴出资或承担违约责任等方式予以救济。因此出资瑕疵只是导致股东权行使的限制，不是有或没有股东权的问题，而是多与少的问题。

（三）适用的具体情形

我国公司法规定，有限责任公司的股东在符合法定条件的连续五年不分红，公司合并、分立、转让主要财产，股东会决议公司存续期限延展情形下可以主张股份回购；而股份有限公司的股东则只能在对公司的股东大会作出的公司合并、分立决议持异议时要求公司收购其股份。笔者认为，对异议股东股份回购请求权不宜给予过多的限制，因为我国大股东侵犯小股东利益的方法不仅表现为收购合并，而且表现为关联交易、修改章程等多方面。所以，异议股东回购请求权应适用于

对股东的利益有重大影响的各种情况。具体来说，一般包括以下几种情况：

1、公司合并或分立。公司合并或分立在一般情况下，对公司的组织基础造成重大影响。这两种情况下，公司都应当根据公平价格回购异议股东持有的股份。不同国家对享有此权利的主体的规定却不完全相同。德国法规定只适用消灭公司的股东，而美国和日本法则规定不仅应适用于消灭公司的股东，而且应当适用于存续公司的股东。

2、公司章程的重大变更。公司章程是公司股东依合意形成的自治文件，股东对公司的期望都通过章程体现出来。因此，在公司章程发生重大变更，导致公司结构发生重大变化可能损害中小股东利益的情形下，应适用异议股东股份回购请求权。

3、重大资产重组。一般来讲，资产重组包括收购、出售、兼并、置换，这几种重组行为能够对公司结构产生重大影响，故应赋予异议股东股份回购请求权。

4、公司章程规定或董事会决议。原则上该请求权由法律直接规定，但法律也可授权公司决定在何种情况下赋予股东回购请求权，如由公司章程特别规定或由董事会决议。

三、异议股东股份回购请求权的程序设计

根据我国新公司法的规定，启动异议股东股份回购请求权的程序为：首先向公司提出股份回购请求权，同公司就股份回购进行协商，如果自股东会决议通过之日起 60 日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，异议股东可以启动司法程序，即向人民法院提起诉讼。这一程序设置并不完善，在司法实践中容易产生争议。笔者认为，应当有严格且统一的程序模式。

（一）提前告知义务

公司应当在发出召开公司股东会议的会议通知时，告知会议审议内容。如果某事项属于股份回购请求权适用范围的事项，应明确告知股东有权提出异议。如美国《示范公司法》规定，公司必须在其发给股东大会会议通知中写明股东可以行使异议者的权利，同时必须附加《公司法》中股份评估权一章的法律条文。

（二）作出异议表示

股东应当作出异议表示，如果股东没有作出异议表示，则不得主张股份回购请求权。股东收到会议通知后，如果对决议存在异议，应当在股东（大）会召开前，向公司提交书面反对通知。提出书面异议通知的股东可无需出席股东(大)会对该决议再次表明反对态度。而若异议股东出席股东会时对决议投赞成票，则应视为其撤回反对，不得再请求回购。

（三）提交书面回购请求

在股东(大)会通过引起股份回购请求权的决议后，异议股东应在法律规定的期限内书面要求公司回购其持有的股份。美国《示范公司法》规定，在决议获得股东大会通过后 10 日内，公司应当向异议股东发出书面通知，告知其事实，并说明股东提交交付请求书的时间、地点以及有效股票的时间、地点，异议股东应在 30 日至 60 日内向公司提出交付请求并有效股票，否则丧失回购请求权。

（四）确定回购价格

回购价格应当由公司和异议股东在法定期限内协商确定，若在该期限内无法达成协议，就应当启动司法评估程序。公司应当在一定期限内请求法院对公平价格作出裁定，否则公司应支付股东要求的价款。

（五）注销

回购价格经协商或司法评估程序确定后，公司应在法定期限内向异议股东支付价款，收买股份，股款的支付和股份回购可以分次进行。公司在回购股份后，应在法定期限内注销该股份。

参考文献

1、（美）罗伯特•C•克拉克《公司法则》[M]，北京中华工商联合出版社，1999 年版。

2、赵永强《浅析异议股东股份回购请求权适用范围》[J]，载《企业家天地（理论版）》，2007 年第 4 期。

3、（韩）李哲松《韩国公司法》[M]，（吴日焕，译），北京中国政法大学出版社，2000 年版。

4、卞耀武《当代外国公司法》[M]，北京法律出版社，1996 年版。

5、B.M.Wertheimer《The Shareholders Appraisal Remedy and HowCourt Determine Fair Value》[M]，Duke Law Journal，Feb.1998:616。

6、蒋大兴《公司法的展开与评判》[M]，北京法律出版社，2001 年版。

7、施天涛《公司法论》[M]，北京法律出版社，2005 年版，第 659 页。

8、（韩）李哲松《韩国公司法》[M]，（吴日焕，译），北京中国政法大学出版社，2000 年版。

9、梁慧星《民法总论》[M]，北京法律出版社，2009 年版，第 74 页。

10、林晓镍《股份买取请求权初探》[J]，《法学杂志》，1999 年版，第 6 期，22-23 页。

11、（美）罗伯特•C•克拉克《公司法则》[M]，（胡平等，译），北京工商出版社，1999 年版。

12、郭富青《中小股东利益保护模式体系及其协调》[DB/OL]，中国民商法律网，（2010-3-10）[2010-3-20].http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=33037。

13、邵万雷《德国资合公司法律中的小股东保护》[A] 梁慧星《民商法论丛》，第 12 卷，北京法律版社，1998 年版，第 481 页。

14、高永深《论异议股东股份回购请求权》[J]，《河北法学》，2008 年 4 期，87-94 页。

15、闻德峰、梁三利《论公司股东股份收购请求权》[J]，《商业研究》，2005 年第 13 期，169-171 页。

16、马俊驹、林晓镍《我国股份回购的现实意义与立法完善》[J]，载《法学》，2000 年第 11 期，53-58 页。

17、李海龙、邹松生《论异议股东回购请求权行使规则》[J]，西南政法大学学报，2007 年第 2 期，1-7 页。

18、美国加州大学《美国斯坦福大学.公司法法律制度》[M]，北京中央广播电视大学出版社，1998 年版 198 页。

19、张民安《公司法上的利益平衡》[M]，北京大学出版社，2003 年版 217 页。

行政权力主动介入商标权领域的正当性研究

——一起商标行政执法案件引发的思考

安徽百济律师事务所　张大成

摘　要：法律所保护的法益分为私益和公益，商标法通过制止混淆以实现保护商标权、维护消费者利益和促进公平竞争的三重目的，前者体现的是商标权人的私益，后两者体现的则是社会公益。保护商标权人的私益时必须尊重私权自治，坚持不告不理的救济原则。判定商标侵权时必须以消费者存在“混淆可能性”为基本前提。行政权力只有在出于保护公益的目的时对私权领域的主动介入才具有正当性。行政机关在扮演管理者角色履行职责时应注意商标法的立法目的，深入理解立法的本意，而不是机械地理解、适用法条而作出有违实质正义和社会整体利益的决断，只有这样才能实现社会整体利益的最大化并防止权力寻租。

关键词：行政权力 私权自治 法益 立法目的 正当性

一、一起商标行政执法案件

2011 年元月，Y 公司在参加“B 市人口计生委办公设备项目”招标过程中，应 B 市招标交易采购中心的要求于三天内提交了一份质保函，其上载有 IBM 公司确认的保修范围、投标专用章（在该专用章的圆心部位有 IBM 标识）。经调查核实，该质保函系 Y 公司从 T 公司以电子邮件传输方式获得（事后查明系 T 公司业务员用电脑 PS 伪造）。商标权人 IBM 公司曾于 2011 年 3 月 14 日向 B 市招标交易采购中心致说明函，确认该公司未出具过该质保函。2011 年 6 月 15 日，B 市工商行政管理局致 IBM 公司协查函，要求其配合调查 Y 公司是否取得商标使用授权，2011 年 7 月 11 日 IBM 公司回函，确认 Y 公司提供的质保函非其正式授权出具。为此，B 市工商行政管理局认为 Y 公司未经注册商标权人许可，在投标交易文书（质保函）上擅自使用 IBM 公司的 IBM 注册商标，其行为构成商标侵权，在商标权人 IBM 公司未请求的情况下，依据《商标法》第 52 条第（一）项、《商标法实施条例》第 3 条、第 52 条之规定，于 2011 年 8 月 10 日向 Y 公司下发行政处罚决定，责令其停止违法行为并处 8000 元罚款。附：质保函

致：B 市招标采购交易中心

关于本次“W 省 C-011-CG-X-018 市××局办公设备项目”中所涉及的 IBM X 系列服务器的质保服务，我公司确认：如果 Y 公司中标，并向最终用户提供由我公司销售的 IBM X 系列服务器产品，我公司将按 IBM 相关产品保修卡规定的保修范围向使用方提供三年人工、部件，5×9 小时响应的保修服务。

国际商业机器（中国）有限公司（IBMC）

2011 年 3 月 2 日

本案值得探讨的是Y公司未经许可使用IBM标识是否构成对IBM公司商标权的侵犯以及B市工商行政机关在无商标权人请求的情况下，主动对 Y 公司做出行政处罚的决定是否妥当？后一问题尤须反思。

二、案情评析

本案中，显然存在对商标的两种情形的使用。一种是作为商标权人的 IBM 公司在其生产的服务器上使用 IBM 商标，另一种则是 B 市工商行政管理局认为的，投标专用章中的 IBM 标识是商标，在投标交易文书上对该商标的使用构成《商标法实施条例》第 3 条所称的商标意义上的使用，[1]由于 Y 公司未经商标权人的许可，所以依据《商标法》第 52 条第（一）项的规定，Y 公司构成商标侵权。前一种商标使用情形是商标权人行使商标权的体现，而且依据商标权穷竭原则，IBM 公司对该批服务器的再次流转无权干涉，否则就是滥用商标权，就是严重损害允许合法商品自由流转这一市场经济赖以存在的基本原则。[2]此情形下不存在商标侵权。下面将着重探讨后一种情形。

（一）Y 公司未侵犯商标法所保护的商标权人的私益

1、投标专用章中的“IBM”标识宜视作商号而非商标

随着市场经济的发展，商标与商号互相渗透，其标识作用的区分越来越小，两者的紧密关联性为商事主体实行商标与商号的一体化战略提供了契机。商标和商号的关系如此密切，以至于有些学者将商号视为商标的邻接标记。[3]IBM 标识是 IBM 公司在全世界许多国家和地区（包括中国在内）注册的商标，商标权在中国由其设立的独资企业 IBMC 享有和行使。IBM 公司显然采取了商标、商号一体化的企业商标战略，IBM 既是其商号也是其注册商标。那么具体到本案，投标专用章中的“IBM”标识应被视作商标还是企业名称中的商号呢？商号是指经营者在其工商业活动中使用的用以表明不同于其他商业主体的特定名称，商号和自然人姓名一样，代表着一个特定的企业。[4]在企业名称中，只有商号具有特殊性并具备识别功能，它是企业名称的核心部分，是企业人格特定化的标记。商号也是公司企业名称中唯一可以由经营主体自主选择的内容，其他标识部分只能依据相关法律、法规确定，不可能为企业自主选择，也不可能被企业独占使用。[5]商号和商标的主要区别之一就是二者识别的对象不同。商号是区别不同企业的主要标志，一个企业只能有一个商号，商标是区别商品或者服务来源的标志，一个企业可以有若干个商标。[6]事实上 IBM 公司就有包括 IBM 在内的很多商标，[7]但是其商号却是唯一的。综上，无论是依据相关法律、法规的规定[8]还是一般的商业习惯，投标专用章中的 IBM 标识宜视作商号而非商标。B 市工商行政管理局将使用商号的行为认定为商标侵权显然存在认识上的错误。

2、投标专用章中的“IBM”标识不会造成消费者对服务器来源的混淆

我国《商标法》第 52 条第（一）项仅仅将商品类似、商标近似以及未经商标权人许可作为判定商标侵权的标准，而将造成消费者对商品来源的混淆排除在外。该规定饱受学界诟病。比较有代表性的观点如混淆原则是判断商标侵权的基本原则，如果未达到混淆则不宜判定商标侵权。[9]未将“导致混淆”作为侵权构成要件是我国《商标法》的重大缺憾。[10]而且发生混淆的主体只能是消费者。本案中，即使承认投标专用章中的 IBM 标识是商标，Y 公司对该商标的使用，也无需征得商标权人的许可，因为其构成商标合理使用中的指示性合理使用。另外，Y 公司对该商标的使用也不会使消费者对该批服务器的来源产生任何混淆，只会让消费者更加明白该批服务器的生产商就是 IBM 公司。所以，投标专用章中对“IBM”标识的使用即使构成商标意义上的使用，也不应产生商标侵权的法律后果。

（二）Y 公司未侵犯商标法所保护的公益

保护消费者的合法利益一直是商标法重要的公共利益目标。因此，在明确宣称立法目的的《商标法》中，消费者保护在立法目的中总是占有一席之地。[11]品牌战略和品牌竞争是市场竞争的核心。市场竞争在很大程度上表现为商业标志特别是商标的竞争。商标法通过加强商标管理，制止侵犯他人商标权的不正当竞争行为，为商品生产者和经营者之间的正当竞争创造良好的外部条件，从而维护正常经济秩序，促进经济的发展。[12]有商标作媒介，消费者可以将不同来源的商品或者服务项目区别开来；经营者可以让消费者同自己的商品或者服务联系起来，并将自己商品的信誉和名声集于商标，使商标产生“顾客吸引力”。[13]商标最重要的经济作用是降低消费者的搜寻成本。由于商标具有帮助购买者认牌购物、指导消费的作用。为吸引和保持顾客，企业有了维持持续稳定的商品品质的激励。商标具有品质保证的功能，持之以恒的质量品质是消费者认可和追随某一商标商品或服务的原因，一旦商品品质降低或发生改变，消费者就不再愿意付出更高价格去购买该品牌商品。[14]如果商品品质降低是商标权人自己的责任，那么不会存在商标侵权和不正当竞争，但如果是因被别人用伪劣商品擅自假冒而使消费者对商品出处产生混淆并最终对商标权人的商标失去信任，则该行为就会构成不正当竞争。在促进有效竞争方面，商标法是通过防止和制止商标侵权行为实现公平竞争秩序来实现公共利益目标的。[15]本案中 Y 公司的行为只是告诉大家 IBM 公司作为商标权人依法负有对该批服务器的品质保证义务，并未改变服务器的质量，也没有误导顾客使其对服务器的来源产生混淆，不会降低 IBM 商标对顾客的吸引力，没有侵犯商标法所保护的任何公益。

另外，《商标法》不加区别地规定一切侵权行为均需承担行政责任，这既不利于执法机关集中力量打击性质恶劣的侵权行为，同时也易使部分执法机关不适当的强化注册商标的行政保护（甚至导致权力寻租）。国家行政处罚权介入私权领域的实质根据是维护公共利益。国家没有必要对一切商标侵权行为都给予行政处罚。[16]

三、结论

综上，将质保函中投标专用章中出现的 IBM 标识，视作商号更为适宜，即使将其视作商标，由于其使用不会造成消费者对服务器来源的混淆和误认，也不会产生商标侵权。郑成思先生在其《民法草案与知识产权篇的专家建议稿》第 1 条开宗明义的指出“知识产权是私权”，[17]江平教授更是多次强调“绝不能把商标管理等同于枪支管理”。[18]相对于公权，私权倡导“天赋人权”，崇尚“意思自治”，奉行“法不禁止即自由”，并坚持“不告不理”的法律救济原则。在权利救济方面，基于“不告不理”原则，当商标权受到侵害时，公权作为私权救济的补充工具不应主动救济商标权。[19]B 市工商行政管理局非应商标权人的申请而积极主动的介入，既非保护商标权人的私益，亦非出于维护消费者利益和促进公平竞争的公益目的，对无主观过错的 Y 公司极不公平，损害了其合法权益，有滥用行政权力之嫌。商标权的保护不仅涉及商标权人的利益，而且事关消费者利益和市场竞争秩序的维护。因此，侵犯商标权不仅是对私权的侵犯，（一般）也是对社会公共利益的侵犯。[20]三者的一致性，使得行政机关在判定是否应对某一行为予以行政处罚时可以先判断该行为是否侵犯了商标权，如果某一行为没有侵犯商标权这一私权利，自然也不会构成对公共利益的侵犯。如果构成商标侵权，却未必会构成对公共利益的侵犯。国家加强对知识产权行政保护的同时也必须关注权利人与侵权人之间的利益平衡，绝对不应忽视行政权力过度介入到知识产权领域所可能引发的危害性。在实践中，商标的私权地位经常受到来自市场不正当势力，以及政府职能部门不当行使、甚至滥用行政权力的侵害与挑战。[21]总之，政府对市场的协调和干预必须把握

的基本原则是，政府的协调不可以损害市场机制所固有的竞争性；政府的作用，只应严格地发生在市场机制失灵的领域。[22]

注 释

1、北京市第一中级人民法院知识产权庭编著：《知识产权审判分类案件综述》，知识产权出版社 2008 年 9 月版，第 72 页。

2、王迁《知识产权法教程》，中国人民大学出版社，2009 年 7 月第 2 版，第 474 页。

3、王莲峰《商业标识立法体系化研究》，北京大学出版社 2009 年 4 月版，第 38 页。

4、王莲峰《商业标识立法体系化研究》，北京大学出版社 2009 年 4 月版，第 12 页。

5、王莲峰《商业标识立法体系化研究》，北京大学出版社 2009 年 4 月版，第 13 页。

6、吴汉东《知识产权法》，中国政法大学出版社 2009 年 7 月第 5 版，第 242 页。

7、At http://www.ibm.com/legal/us/en/copytrade.shtml，2012-010-28.

8、参见《国务院关于国家行政机关和企业事业单位社会团体印章管理的规定》第 14、15 条。

9、程永顺《贴牌加工中的商标侵权问题》,《中华商标》2008 年第 12 期，第 17 页。

10、王迁《知识产权法教程》，中国人民大学出版社 2009 年 7 月第 2 版，第 480 页。

11、王太平《论商标法中消费者的地位》,《知识产权》2011 年第 5 期，第 43 页。

12、张耕《商业标志法》，厦门大学出版社 2006 年 2 月版 ，第 21 页。

13、吴汉东《知识产权法》，中国政法大学出版社 2009 年 7 月第 5 版，第 238 页。

14、吴汉东《知识产权法》，中国政法大学出版社 2009 年 7 月第 5 版，第 239 页。

15、冯晓青《商标法中的公共利益研究》,《新疆社科论坛》2007 年第 2 期，第 64 页。

16、刘平《侵犯商标专用权的行政处罚问题研究》,《知识产权》2010 年第 2 期，第 58 页。

17、沈仁干《郑成思版权文集（第二卷）》，中国人民大学出版社 2008 年 418 页。

18、李步云、江平《WTO 与中国法制建设》，中国方正出版社 2001 年版，第 232 页。

19、宋建宝《论商标权的本质及其异化》,《知识产权》2011 年第 1 期，第 78 页。

20、张玉敏《维护公平竞争是商标法的根本宗旨——以〈商标法〉修改为视角》,《法学论坛》2008 年第 2 期，第 34 页。注：“一般”两字系笔者所加。

21、刘春田《民法原则与商标立法》,《知识产权》2010 年第 1 期，第 6 页。

22、盛杰民《经济法概论》，人民法院出版社 2003 年 2 月版，第 5 页。

城市房屋征收中司法审查的困境及其对策

安徽仲天律师事务所 师 博

摘 要:城市房屋征收补偿制度是协调、平衡和解决城市房屋征收中权益冲突的一项重要法律制度。但是,《国有土地上房屋征收与补偿条例》及我国现行的诉讼制度,明显不适应当今城市房屋征收中社会矛盾处理,缺失了“公共利益审查”和“征收补偿方案审查”制度,是对被征收人权利保护的缺失。如何妥善解决好城市房屋征收中征收与补偿矛盾,对于保证社会公共利益的顺利实现,保护城市居民合法的财产权益和维护社会的安定和谐有着十分重要的意义。因此,在房屋征收实践中,建立适应我国现行征收补偿制度的司法审查制度,保证行政机关依法行使征收补偿权,才能化解社会矛盾,解决征迁困局。

关键词:房屋征收 公共利益 补偿 司法审查

“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]《国有土地上房屋征收与补偿条例》(以下简称《征收与补偿条例》)确立的国有土地上房屋征收与补偿制度,这是一项重大制度变革。但《征收与补偿条例》仅用三十五个条文来实现“规范征收”、“维护公益”、“保障私权”三大立法目的,是明显不足的。近年来,在过程征收中,暴力执法现象屡见报端,引发许多恶性群体性事件和上访事件,严重激化了社会矛盾。因此在《征收与补偿条例》颁行过程中,学者与民众广泛呼吁司法介入征收过程,充分发挥司法职能,限制行政权力的不断扩张。但是从我国现行的诉讼制度和《征收与补偿条例》中司法审查的制度设计,明显不适应当今城市房屋征收中社会矛盾处理,缺失了对“公共利益审查”和“征收补偿方案审查”制度,是对被征收人权利保护的缺失。就此,笔者试从参与房屋征收法律工作的实践,就城市房屋征收中司法审查的困境及对策,简单谈一点看法。

一、《征收与补偿条例》中涉及司法审查的制度设计及缺陷

《征收与补偿条例》第 13 条:“市、县级人民政府作出房屋征收决定后应当及时公告。公告应当载明补偿方案和行政复议、行政诉讼权利等事项。”第 25 条:“补偿协议订立后,一方当事人不履行补偿协议约定的义务的,另一方当事人可以依法提起诉讼。”第 26 条:“被征收人对补偿决定不服的,可以依法申请行政复议,也可以依法提起行政诉讼。”可见,在房屋征收与补偿制度设计中,主要涉及到三类诉讼,即征收决定之诉、征收补偿决定之诉和补偿协议履行之讼。但是从这三类诉讼的制度设计上,不能解决城市房屋征收的“公共利益”和“补偿”这两个核心焦点问题,缺失了“公共利益审查”和“征收补偿方案审查”的司法审查制度设计,使得城市房屋征收的“公共利益界定”和“补偿”成为社会矛盾的焦点。

《征收与补偿条例》在第 8 条规定,为了保障国家安全、促进国民经济和社会发展等公共利益的需要可以作出房屋征收决定,并具体列举了 6 项公共利益的情形。在程序上,《征收与补偿条例》对一个具体的建设项目否合乎公共利益的要求,如何认定没有作出任何规定,在缺乏司法审查制度制约的情况下,这给实施征收行为的地方人民政府留下了巨大的操作空间。虽然《征收与补偿条例》第 9 条规定,需征收房屋的建设活动,应符合国民经济和社会发展规划、土地利用总体规划、城乡规划和专项规划,并应当广泛征求社会公众意见、经过科学论证作。但在中国城

镇化的背景下，使得各项规划更多地只是流于形式，甚至朝令夕改。在缺乏司法制度保障和公众监督的情况下，征求社会公众意见和经过科学论证作，往往是一句空话而已。往往是地方政府打着“公共利益”的旗号，以土地储备为手段，用来“倒卖土地”。

补偿是被征收人最关心的问题，也是产生矛盾纠纷的焦点。征收补偿方案对征收补偿起着至关重要的作用，房屋征收实施的效果很大程度上取决于征收补偿方案的科学与否[2]。为此，《征收与补偿条例》在第 10 条、第 11 条规定了征收补偿方案应征求公众意见以及征收补偿方案的拟定、呈报和公众评议程序，尤其是对旧城改造情况下举行听证会并根据听证会情况修改补偿方案。并在《征收与补偿条例》第 12 条中规定有关社会稳定风险评估及政府常务会议讨论决定的应对措施。但是，征收补偿方案并非征收决定，拟定征收范围内的被征收人不能对此提起诉讼，被征收人缺乏司法权的保护。在被征收土地巨大的利益驱动下，地方政府制定的征收补偿方案决定极有可能不符合《征收与补偿条例》第十七条所规定的补偿范围、第 19 条所规定的按市场价格确定房屋价值的公平补偿原则，影响征收决定的实施，使《征收与补偿条例》设计的审查程序流于形式。

因此，建立“公共利益司法审查”制度和“征收补偿方案司法审查”制度，成为保障《征收与补偿条例》正确实施，化解征收矛盾的重要手段。

二、我国现行司法制度中涉及征收补偿的制度及缺陷房屋作为安身立命之本，是公民生存权的基本保障。

近几年来，随着国民经济的发展，城市建设和旧城区改造在全国各地如火如荼地进行，导致纠纷频发。司法对城市房屋征收纠纷的解决，主要通过对拆迁合同的民事审判和对政府行为的行政审判来实现。但是从目前情况看，各级人民法院均是涉及征收案件为洪水猛兽，甚至在受理普通的民事案件中也以“此案涉及拆迁，不予受理”作为搪塞，丧失了独立、公正和权威的司法本性。体现在具体司法操作上，主要有以下几种情况：

（一）“公益”行政诉讼之困

公益行政诉讼是指与行政行为无直接利害关系的公民、法人或者其他组织，认为该行政行为侵害了公共利益而向法院提起的行政诉讼。从上述定义可以看出，公益行政诉讼是行政诉讼的一种类型，具有以下几个显著特征：1. 原告与被诉的行政行为没有直接的利害关系；2. 诉讼的目的是为了维护公共利益；3. 公益行政诉讼具有预防性质。但是从我国目前行政诉讼的规定来看，公益行政诉讼存在着巨大的法律障碍。首先是“诉权”的缺失，根据传统的行政“诉讼利益”理论，原告只能就与自己权利或法律上利益有直接利害关系的事项提起诉讼。在城市征收中，如果不在征收范围内的人提出行政诉讼，可能因为与行政行为没有利害关系，人民法院对诉讼不予受理，或者在案件受理后，因为没有“诉权”，被驳回起诉。其次，“公共利益”认定的表现形式的不确定，在城市房屋征收中，政府往往在征收决定中，称“某项目因为某某建设的需要”，并没有作出建设需要符合公共利益的认定的书面法律文件，提出公益行政诉讼缺乏诉讼的对象。

（二）“征收补偿方案”诉讼之困

《征收与补偿条例》第 26 条：“房屋征收部门与被征收人在征收补偿方案确定的签约期限内达不成补偿协议，或者被征收房屋所有权人不明确的，由房屋征收部门报请作出房屋征收决定的市、县级人民政府依照本条例的规定，按照征收补偿方案作出补偿决定，并在房屋征收范围内予以公告。”可见，补偿安置方案是房屋征收与补偿的基本价值取向，是征收补偿决定作出的法律基础，对于维系政府、征收部门和被征收人等行政相对人的关系，具有十分重大的意义。从行政学

的分类上，征收方案在行政法学的分类上属于行政指导，是房屋征收部门在其职能、职责范围内，为适应复杂多样化的城市房屋征收的社会管理需要，基于国家的法律、原则和政策，采取指导、建议等非强制性方法，谋取被征收人同意，以有效地实现房屋征收这一行政目的的行为。

2000 年 3 月 10 日开始施行的最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第 1 条第四项规定：公民、法人、其他组织对不具有强制力的行政指导行为提起的诉讼，不属于人民法院行政诉讼的受案范围。最高人民法院行政庭江必新庭长在其后出版的人民法院报上就“正确把握行政诉讼受案范围”的问题，撰文指出：“行政指导行为，是行政机关在进行行政管理的过程中，所作出的具有咨询、建议、训导等性质的行为。行政指导行为不具有当事人必须履行的法律效果。……违反行政指导行为不会给行政管理相对人带来不利的法律后果。既然行政指导行为不具有强制性，没有必要通过行政诉讼的途径来解决。”但是，如果被征收人对征收补偿决定提出行政诉讼，人民法院只审查征收决定是否符合征收补偿方案，而无法审查征收补偿方案的合法性、合理性，在征收机关对于给付的数额等享有较大的自由裁量权的情况下，就可能导致征收机关的征收补偿决定，虽然合法但可能严重失当，损害被征收人的合法权益。因此，赋予被征收人对征收补偿方案的起诉权，是保障被征收人合法权益的重要手段。

（三）“征收补偿争议”纠纷之困

《征收与补偿条例》第 26 条规定，房屋征收部门与被征收人达不成补偿协议的，由房屋征收部门报请作出房屋征收决定的市、县级人民政府，按照征收补偿方案作出补偿决定。2005 年 7 月 4 日，最高人民法院作出了《关于当事人达不成拆迁补偿安置协议就补偿安置争议提起民事诉讼人民法院应否受理问题的批复》，对于征收双方达不成补偿安置协议的，征收补偿决定成为当事人唯一的选择，而现实的情况是，征收机关既是“裁判员”又是“运动员”，同时还是裁判规则（征收补偿方案）的制定者，这背离了权力制约的法治理念。目前立法、司法均将征收补偿安置争议作为民事争议，按照民法奉行的“平等”原则，当事人的“平等地位”具有优先地位。在双方民事法律行为中，“平等”表现为当事人之间的“意思自治”的自由。而依据《征收与补偿条例》第 26 条的规定，房屋征收部门（一般为房地产行政主管部门）报请征收人（市、县级人民政府）依据征收人制定的征收补偿方案，作出补偿决定，是明显违反平等和意思自治原则的。即使被征收人对征收补偿决定提出行政诉讼，人民法院也只能局限于对征收补偿决定合法性的审查，即使认定征收补偿决定不合法，也只能判决撤消并判令由原处理机关重新作出行政行为，从而丧失了人民法院作为民事纠纷最终裁判者的地位。

三、应对建议及对策

随着当前城市化进程的深入推进，房屋征收拆迁工作日益成为社会矛盾焦点，只有建立完善的司法审查制度，才能有效化解社会矛盾根源，为经济发展提供有力的司法保障。

（一）建立“公共利益”认定司法审查制度

而当一项有关拆迁的公共决策没有具体的利益相关对象时，就要靠大力发展诉讼制度来保障公共利益了[4]。“公共利益”认定的主体是行政机关，即县、市人民政府，作用对象是被征收人，认定的内容直接影响被征收人的权利义务，是国家行政执法权和行政司法权的具体运用。“公共利益”的认定在行政行为上属于行政决定行为，是征收行政决定处理中的一个程序环节，即先作出“公共利益”调查研究，再做出决定，后为房屋征收的执行提供事实依据。因此，“公共利益”认定是具体行政行为，是国家行政主体针对特定的行政管理对象实施的行政行为。对于一个具体行政行为，如对其不服的，应赋予被征收人提起行政诉讼的权利。如果不建立公益决定诉讼机制，而把

有关建设活动是否符合公益要求问题留给被征收人通过诉讼征收决定的方式解决，可能会造成行政资源的浪费。一旦公益决定通过了司法审查，建设活动的公益性就不能再于后续的程序阶段予以争执，也就避免了在后续的征收决定诉讼中再对公益目的性进行司法审查，从而避免了行政资源的浪费和不必要的行政赔偿情形的发生[5]。

从目前看，司法界和学界对于"公共利益"的认定属于具体行政行为，是没有争议的。我国《行政诉讼法》第 2 条规定了人民法院受理的行政案件的基本范围，并在第 11 条又具体列出了人民法院受理的各类行政案件，这些行政案件大体可以划分为涉及人身权、财产权的案件和法律法规规定的其他行政案件两大类型。其中《行政诉讼法》第 11 条第 1 款第 8 项规定"行政机关侵犯其他人身权、财产权的具体行政行为属于行政诉讼的受案范围，"一般认为，该项规定是一个兜底条款，"在逻辑上，使得涉及人身权、财产权的具体行政行为全称和周延[6]"。根据该规定，凡是有关人身权、财产权的，只要公民、法人或者其他组织认为受到具体行政行为侵犯，都属于人民法院的受案范围。征收中，县市人民政府一旦做出建设活动符合"公共利益"的认定，伴随而来的是征收决定，直接影响征收相对人的财产权。因此，应赋予被征收人原告资格，对"公共利益"认定提出行政诉讼，并按照最高人民法院《关于行政案件管辖若干问题的规定》第一条的规定，由征收地的中级人民法院管辖，防止地方人民政府对审判的干扰。

（二）将"征收补偿方案"纳入司法审查范围

房屋征收的困境，实际上是"补偿"之争。为维护补偿方案作为征收补偿的核心地位，《征收与补偿条例》在第 10 条、第 11 条、第 12 条规定了征求公众意见、社会稳定风险评估、听证以及拟定、呈报和公众评议程序，力求征收补偿方案体现《征收与补偿条例》所确立的对征收相对人给予公平补偿的基本原则。虽然，征收补偿方案在行政法学的分类上属于行政指导，依据最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第 1 条第四项的规定，行政指导行为不具有强制力，提起的诉讼不属于人民法院行政诉讼的受案范围。但是从《征收与补偿条例》第 26 条"达不成补偿协议，由市、县级人民政府按照征收补偿方案作出补偿决定"的规定来看，征收补偿方案具有行政行为的强制力。即确定力，征收补偿方案一经作出，未经法定程序、法定机关不得随意更改；拘束力，征收补偿方案公告后，征收机关和征收相对人必须按照已经确定补偿标准实施征收行为；执行力，征收当事人达不成补偿协议，征收机关按照征收补偿方案作出补偿决定。因此，将征收补偿方案纳入司法审查的范围，是维护征收决定的公信力，保护被征收人合法权益的重要手段。人民法院通过司法审查可以对征收补偿方案制定过程是否遵循《征收与补偿条例》规定的法定程序进行审查，还可以关注补偿方式、数额的合理性，促使征收机关依法行政，化解社会矛盾，保障民生。

（三）建立"征收补偿争议"民事诉讼制度

2005 年最高人民法院为了把法院从拆迁纠纷的漩涡中解脱出来，作出了《关于当事人达不成拆迁补偿安置协议就补偿安置争议提起民事诉讼人民法院应否受理问题的批复》，从而将行政裁决作为房屋征收补偿争议唯一解决途径。房屋征收行政裁决相对于繁琐的诉讼程序，程序更加简便、灵活、富有效率，有利于补偿安置纠纷的及时解决，但也因为征收机关既是"裁判员"又是"运动员"，导致行政裁决的公信力不高。被征收人对征收补偿决定提出行政诉讼，往往是当事人的补偿纠纷不能全部得到解决。人民法院是对行政机关的行政行为的合法性进行审查，人民法院只能作出维持、撤销或确认行政行为是否违法的判决，而对当事人在征收补偿纠纷应承担的权利义务不能直接判决加以设定。

笔者认为，解决问题的方式是设立一种针对征收补偿同纠纷的专门程序，在行政诉讼审查的

基础上加上民事审判审查，其既可以避免行政诉讼仅对合法性审查的弊端，又避免了大量征收补偿纠涌入民事诉讼。即对于达不成补偿协议，由房屋征收决定机关作出补偿决定。被征收人对补偿决定不服的，可以向复议机关或人民法院提出复议或行政诉讼。如果复议机关或人民法院维持了补偿决定，补偿决定就发生法律效力，允许征收机关就补偿决定的内容，申请人民法院强制执行。如复议机关或人民法院撤销了补偿决定，允许征收当事人（征收机关、被征收人）就征收补偿争议向人民法院提出民事诉讼，人民法院应当对征收补偿争议作出民事判决。

四、结束语

城市房屋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，在城市房屋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，应当城市房屋征收中建立“公共利益”和“征收补偿”的司法审查制度，充分发挥司法职能，限制行政权力的不断扩张，维护被征收人取得合理补偿的权益。

参考文献

1、（美）路易斯•亨金《宪政与权利》（中文版），三联书店 1996 年版，第 155 页。

2、《国有土地上房屋征收与补偿条例释义》，中国法制出版社 2011 年版，第 44 页。

3、吴睿《行政征用制度的合理性及其补偿悖论——一个经济学的视角》，中国公法网，2003/10/24.

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、房绍坤《国有土地上房屋征收的法律问题与对策》，《中国法学》2012 年第 1 期。

6、刘善春《行政诉讼受案范围的理论与实践研究》，《政法论坛》1995 年第 3 期，第 54 页。

城镇化进程中法律服务的必要性

安徽程千胜律师事务所　程千胜

摘　要：城镇化是一个社会进步的标志，也是一个历史必经的过程。然而在这个浪潮面前会出现种种礁石予以阻碍。如何才能使这个浪潮能够更健康、更久远的进行下去？他需要的条件很多，而我们的法律服务就是其中不可忽视的一股力量，我们要合理的发挥法律服务的作用，以适宜的角色加入这个浪潮之中，为其奉献自己的一份力量。那么我们该如何加入、加入后要怎么做呢？这些都值得我们去深思和探讨。

关键词：城镇化　法律服务　律师　和谐社会　中国梦

城镇化一词，是我国学者基于我国特别国情而创造的一个新词汇，这个词一直是中国现代化进程中一个重要的战略性问题和新时期结构战略性调整的主要目标之一。

所谓城镇化进程，就是指在人类社会分工的发展过程中，伴随着工业化进程而出现非农产业及其人口从农业中分离出来，不断向城镇转移，第二、三产业不断向城镇聚集的过程，也是使城镇数量增加，城镇规模扩大的一种历史过程。城镇化作为一种社会历史现象，即是物质文明进步的体现，也是精神文明前进的动力。城镇化作为一种历史进程，不仅是一个城镇数量与规模扩大的过程，同时也是一种城镇结构和功能转变的过程。

1998 年 10 月份《中共中央关于农业和农村工作若干重大问题的决定》中提出："发展小城镇是带动农村经济和社会发展的一个大战略"。党的十六大报告中也提出了："全面健康建设小康社会，全面繁荣农村经济，加快城镇化进程"。安徽省的"十一五"、"十二五"城镇化发展规划也都表明了从中央到地方，我们都将落实城镇化放到非常重要的地位。城镇化是国民经济工业化、市场化和社会化的必然结果，是社会生产力和技术进步的产物，也是转移农村剩余劳动力，提高农业生产率和人口素质，发展第三产业，培育统一市场，实现城乡经济一体化，不断促进产业结构升级的根本途径。

我们将城镇化进程具体分为四个方面：首先，城镇化是农村人口和劳动力向城镇转移的过程；其次，城镇化是第二、三产业向城镇聚集发展的过程；第三，城镇化是地域性质和景观转化的过程；最后，城镇化包括城市文明、城市意识在内的城市生活方式和扩散及传播过程。在这四个方面中，不仅会遇到历史问题，还会遇到现实问题、经济问题、法律问题等。正如：城镇化进程中会遇到大量的土地征用、历史遗迹拆迁、城镇基础设施建设等，不仅会涉及到大量的法律问题，还会涉及到法律没有明确规定的问题。所涉问题一些有法律依据，一些有政策的依据，还有一些既无法律又无政策依据。种种问题出来以后，社会中解决问题的方式、途径就会纷纷涌现，合理的、不合理的；合法的、不合法的，因为百姓们都坚信自己的处理方式一定能解决自己所面临的问题。其实这些现象的出现并非偶然，而是当今快速发展的经济社会的必然产物，而与快速发展相矛盾、对立的另一端，就是我国人口最多的群体—农民。所以我们城镇化进程并非那么顺畅，来化解这个矛盾的其中一个重要群体就是我们律师，以下我将从四大点来分析律师参与该进程中的必要性。

一、城镇化进程中涉及农业用地的转型、农村人口的转化是很正常的事情，当我们将以前农民用于自足自足的耕地转型为非农业建设用地，将农村人口转化为城镇人口的时候会涉及到相当

多的法律问题，这些问题我们无法回避，我们只能面对它、分析它、解决它，这中间很容易激化矛盾、发生摩擦，但是我们律师就可以很好的发挥润滑剂的作用。农民们将自己的耕地交付给国家、政府，他们担心自己转化为城镇人口后的就业、医疗保障、教育等与生活息息相关的问题，特别是对大批失去耕作土地而选择去城市打工的农民工们，他们的合法权益如何得到很好的维护，这些都是需要我们法律工作者要从他们的利益角度出发分析、解决的，我们要让他们知道，国家将农村转型为城镇是为了让他们有更好的物质生活、有全面的医疗保障、有更先进的教育体系、有更多的就业机会，并非是他们担忧的失去，而是收获更多。针对选择外出的务工人员，我们应该选择机会去普及法律知识，让他们能够掌握基本的法律常识，比如：劳动合同法、民法，这些在以后生活、工作中经常涉及的法律，从而在就业过程中很好的维护自身的合法权益，也为和谐社会、法制社会提供一个安定的因素。

二、在城镇化进程中会遇到当前的、遗留的种种问题。比如移民安置、建筑拆迁、土地权属、下岗职工等等问题，那么我们必须正面的面对这些问题。其实这些问题产生的原因都是多元化的，且并非一朝一夕之事，所以我们在分析问题、解决问题的时候，也不要直接从国家固定的法律角度介入，我们可以转化处理方式，以更切合实际的、更具有效率的方式来参与其中。比如下岗职工问题，我们不要直接的以法律规定的条文来予以定性，然后什么都不管了。其实我们可以在法律规范的范围内来灵活的提供法律服务，我们理性的分析问题、解决问题，找出问题的原因，然后我们从感性的角度出发去帮助他们，下岗职工的再就业问题、下岗补偿问题、保险等等，这些我们法律工作者都可以以朋友的身份去很好的帮助他们，起到积极的、独特的作用。

三、城镇化的进程中要求进一步加速工业化和信息化的发展，这也离不开法律的协助。

工业化和信息化是一个地区发展速度、进步成果的重要鉴定标准。所以我们必须对其加大力度，大力推进信息化、高度重视高新技术产业发展，加快培育知识经济，及时跟上国际国内的经济和科技发展的步伐，在这样的前提条件下，更有助于提供更好的创业环境、打造先进的工业园区。然而与此同时我们必须注意到：这些企业纷纷落户、公司不断建成时，法律的作用也会随之越来越重要。因为在企业自身的内部运行、内部管理、公司与员工之间的关系处理离不开法律，公司与公司之间交流、协作也离不开法律，所以公司必须高度重视法律在其发展中的作用，才能更健康、更久远。

四、城镇化建设投融资体制中涉及到更为专业的法律问题，更需要律师在整个过程中提供专项、专业的法律服务，为城镇建设用地管理提供相应的法律服务。在我们城镇化进程中，城镇基础设施建设是很重要的，也是非常关键的一步。这其中含有大量的城镇配套基础建设，比如交通设施、水利设施等等，在这些城市基础设施建设过程中，资金来源方式有招商引资等，他会吸引外来资金的大量涌入，过程中会涉及到土地的开发权、设施的经营权、重点设施的租赁权等，这些都是与法律息息相关的。否则，原本是国家、政府积极的政策却运行为非法人谋取利息的手段。继而这其中的法律所起到的防范作用、指导作用、警示作用是非常重要的，种种可能产生的法律专业性强的问题，必须要专业性强的法律人士提供配套的、高质量的法律服务才能一一化解。

我国律师的特点和专业素养决定了我们律师参与到城镇化进程中的必要性，我国的律师特色之处就在于我们是拥有中国特色社会主义的法律工作者、是中国经济社会健康发展的服务者、是中国公民合法权益的维护者、是中国公平正义的守护者、是中国和谐安定的促进者，我们法律工作者在中国共产党的领导下，时刻谨记党的根本宗旨："全心全意为人民服务"，这个看似简单却要我们用尽全部身心投入的艰巨而伟大的目标，我们法律服务者就要从人民的角度出发，调整好自己的角色，为人民服务。正如当前城镇化建设中不断产生的法律问题，我们就要不怕困难的扛起

重担，要提醒自己是城镇化建设中一支重要力量，会为城镇化进程提供保驾护航的积极作用。我们法律工作者可以具体到以下几个事项来予以发挥我们的作用：

1、我们可以多开展一些法制宣传活动，从而提高我们人民的法律意识。我们每个法律工作者都是一名法制宣传员，应当为城镇化建设中所涉及到的相关法律知识做出相应的法制宣传，加强我们人民的法制意识、民主意识、权利观念，让我们人民知法、懂法、守法、用法。从而让人民既懂得运用法律来维护自身的合法权益，又能自觉的履行法律规定的义务，自觉的用法律来约束、规范自身的行为，这种积极的循环为我们城镇化提供了重要的前提和保障。

2、我们积极参与到城镇化进程中的具体矛盾中去，更有利于城镇化的顺利推行。稳定是城镇化建设的一个重要基础和必备前提，城镇化进程离不开和谐稳定的社会环境，随着城镇化改革力度的加大，矛盾也逐渐激化，而我们法律工作者就要承担起这个化解社会矛盾、维护社会稳定的艰巨职责。大家都知道，社会矛盾化解工作的重心在基层，在基层发生的人民调解属于民间调解，它是依法设立的，在双方当事人自愿的基础上，以国家的法律规则、政策、公序良俗为基准和依据，对民间的纠纷予以教育疏导，解决纠纷、化解矛盾，自愿协商并达成协议的一种自治活动。那么在这个基层很平常的活动中，就需要我们法律工作者来发挥至关重要的作用，正确的作用是解决矛盾，错误的作用是激化矛盾，所以我们律师的作用是相当重要的。我们要积极化解这些矛盾，使人们调解工作走上规范化的轨道。这是日常简单的矛盾中律师的作用，当我们在办理重大、疑难案件的时候，更需要我们能冷静思考，做出理性的判断，发挥我们律师应有的独特作用。城镇化进程中，矛盾的数量和类型不是我们能准确掌握的，我们能做的就是避免和化解。然让当这些复杂、敏感的问题发生时，我们不能因没有接触过、没有把握而躲避或置之不理，我们必须要勇敢的面对问题，在解决时要将社会稳定放在首位，树立大局观、责任观，及时与案件的相关部门联系、协商，从而更全面、更具体的分析问题，确立办案思路，将案件处理的效果达成与国家政策、法制、社会效果相一致。

3、在城镇化进程中我们最不能忽视的就是农民工等弱势群体的合法利益维护问题，我特意将其列为一点，就是想提醒我自己，农民工的问题就是我们律师要最关注、最重视的问题。如果他们的权益受到不法的侵害，没有得到我们律师及时的保护，那么我们的农民工就会对我们这些法律工作者、对这个社会丧失信心，从而消极的转化为一个个不安的因素。农民们因为城镇化建设而失去了他们赖以生存的土地，没有了耕地，他们只能选择换工作。但是在中国，当前的农民普遍学历、水平还是较低的，他们为了生存只能去往城市选择别人不愿意从事的粗活、脏活、累活。农民工这个词语就慢慢的诞生了，最初这只是个简单的词语而已，但是在快速发展的中国，依然会有部分公民对我们的农民工予以歧视，总认为自己高人一等，农民工的地位低下，瞧不起我们农民工，逐渐农民工一词转化成了弱势群体的概念。但是我们要知道，农民工他们也是有独立的思想，他们面对社会中种种不公平都会有自己的意识去辨别与维护，当他们在忙碌了一年后，准备带上一年的血汗钱回家过年的时候，工资被拖欠了或老板消失了；他们在工作中受伤了，只能以最简单的方式被敷衍。这些困难摆在他们面前他们或许是茫然的，然后以偏激的方式去解决导致悲剧的发生；也许他们懂的一点维权意识，但是该找谁、需要花多少钱，这些都是他们所遇到的障碍。所以我们律师针对城镇化进程中的这些默默为我们努力奉献的农民工们要多点关注，关注他们日常遇到的种种法律问题，帮助他们分析、指导、维权，以合法、合理、有效的方式去解决问题，消除社会中的这些不安因素，为我们的和谐社会尽一份力。

4、政府以职能部门在日常工作中、各项经济活动的规则制定与实施中、职能运行中都会涉及到种种法律问题，这时我们法律工作者就要提供优质的法律服务。比如：参与到我们最常见的

信访接待工作中去，中国是个民主、法制的社会，信访就是一个体现。人民因需解决问题而信访、因向政府提供宝贵的意见建议而信访，这些都是他们的权利。然而在这项工作之中常常会出现矛盾的激化，将原本可以解决的小问题上升为处理较难的大问题，所以这就需要我们法律工作者的参入，来帮助信访官员掌握民情、倾听民声、了解民意，然后向政府反映我们广大人民的诉求，同时也为信访官员的种种判断提供正确的意见、建议，促进人民反映的问题能够得到切实解决，人民的建议、意见能够落实到实处，从而更好的发挥信访部门的职能与作用。除了信访部门我们可以起到作用外，我们还可以参与到城镇化建中与完善中相适应的土地、户籍、劳动用工、社会保障、文化教育等方案的分析中去，为政府相关部门提供切实可行的方案，来帮助我们政府更快、更好、更全部的解决城镇化进程中的问题，避免政府在涉及广大人民根本利益的问题上决策的偏差，形成有利于促进城镇化进程的政策环境和法制环境。

城镇化是促进社会公平、经济进步、人民和谐、让城乡居民生活更美好的可靠保障、有力措施，他为社会全面发展提供了巨大的潜在的机会。而在这机会出现的同时，我们律师参与城镇化进程之中，提供优质的、完善的法律服务，处理进程之中出现的种种法律关系，解决好大量专业的法律问题，提出合理的法律意见、建议，也是促进城镇化进程有序推进工作的重要组成部分。

2012 年 12 月，新一届中央政府对城镇化提出了心底诠释，即：城镇化是我国现代化建设的历史任务，也是扩大内需的潜力所在，未来中国城镇化的特殊定义是指农业人口想城市化人口转移的过程，并融入生态文明理念，走集约、智能、绿色、低碳的新城镇化道路。其实无论是以前的城镇化道路，还是新一届中央政府提出的新城镇化道路，其目的都是为了中国的社会发展、经济进步、人民的物质生活水平提高、社会的美满和谐。而这条道路上，我们律师所要发挥的作用是不可忽视的、无可代替的，所以我们每个法律工作者要做的就是一定要参与其中，而不是政府组织或其他外力原因下被迫去参与，因为城镇化最大的获益者是包括我们律师在内的每个中国公民。

如今的中国上上下下都在为了一个伟大的目标而奋斗，那就是中华民族的伟大复兴，这是中华民族和中国人民的整理利益，也是每一个中华儿女的共同期盼。多少年的历程都在不断的见证着我们对这个目标的坚定和渴望，如今我们将其更具体化的称之为“中国梦”。那么这个伟大的目标中，城镇化建设就是其中的一个重要的组成部分，更加提醒我们城镇化对历史和现实的意义和重要性。

说到这里，其实本篇论文只能算对城镇化进程中法律服务的必要性做了个大致的描述，不是很成熟，也存在很多不足之处。但是它是我以从业多年的律师的角度来分析和总结出来的，我表达了最真实的感受。在本篇论文的完成过程中，我深刻的体会到了实践对学习的重要性，因为本文的一字一句都必须是经过时间积累出来的，所以也算的上是我对阅历的总结。我会以此文章不断警示自己，我是一名律师，我应该为社会做什么、该怎么做，以最佳的状态融入到城镇化的建设之中。

参考文献

1、黄学贤《中国农村城镇化进程中的依法规划问题研究》，中国政法大学出版社，2012 年。

2、曲福田《中国工业化、城市化进程中的农村土地问题研究》，中国经济科学出版社，2010 年版。

3、姚志民《中国农村城镇化建设研究》，2006 年版。

4、刘明福《中国梦》（修订版），2012 年版。

从一篇招商引资服务案例探讨项目代建与委托管理模式区别

安徽奥成律师事务所　林 超

摘　要：项目代建与项目委托管理，是近几年迅速推广的项目管理模式，二者在法律关系、服务对象、管理范围和风险责任方面有较大的区别。代建制模式下，代建单位以自己名义从事管理服务；而委托管理模式下，项目管理公司以业主名义从事工程建设，并提供服务。

关键词：招商引资　代建制　委托管理　区别　法律地位

近几年，随着各地招商引资力度的加大，政府代建企业厂房作为一种新型的优惠政策措施，其适用逐渐增多。与一般的代建不同的是，政府代建企业厂房，系由政府下属的项目建设管理机构或企业作为受托主体，招商引资企业则作为委托主体（业主），利用政府在项目建设领域的人才、技术和资金等优势，为企业建设定制厂房的活动。相对于代建而言，项目委托管理模式更适合于政府部门，其作为受托管理方，以招商引资企业名义对外开展项目建设活动，提供项目管理服务，所产生的风险较小。本文中，笔者拟通过一篇非诉案例探讨代建制与委托管理模式区别。

一、案例介绍

A 项目系某市通过招商引资引入的重大工业项目，其总建筑面积近 30 万平方米。因该项目建设工期紧，应项目投资方 B 公司的要求，招商部门同意按其要求实施代建。笔者作为政府部门所聘律师，参与了项目代建谈判事宜。虽然政府下属项目建设管理企业 C 公司在工程建设管理领域非常专业，但考虑到该项目属于专业厂房，在厂房设计、监理、施工和设备采购等方面均与一般工程有所不同，且项目代建需以 C 公司自身名义与第三方签订合同，履约风险较大，因此，笔者建议将代建制模式更改为委托管理模式。

对于 B 公司来说，其合同目的在于工程质量、进度和成本控制方面，有专业的管理团队协助其实施项目管理。从这点来说，代建制与委托管理模式，均可实现该目的。因 B 公司与 C 公司系首次合作，代建模式下，C 公司作为代建方享有较大的自主权，代建模式对于 B 公司来说并非最佳方式。从 C 公司角度说，代建模式相比委托管理模式而言，法律风险更大。鉴于代建模式中，尚需受托方垫资，而在项目委托管理模式中资金问题难以解决，故可通过“委托管理+借款”的方式予以解决，借款及担保可通过银行委托贷款方式解决其合法性问题。项目建设资金则通过银行共管帐户，由双方共同管理。

在笔者的建议下，双方均同意选择项目委托管理模式。B 公司与 C 公司最终签署了《项目管理合同》，明确了管理范围、管理目标、管理费、管理期限等内容。为界定双方工程师的职权及工作流程，笔者协助双方签署了项目建设及管理流程。目前，项目已竣工投产，双方未因项目管理事宜发生争议。

二、代建制与项目委托管理模式介绍

（一）代建制

1、概念

“代建”，亦有称“委托建设”，就是建设单位通过某种方式（如招标、协商等），将建设工程项目委托给专业化的项目建设或管理企业（以下简称代建单位），由其进行建设实施，控制项目投资、质量和工期，并在建成后移交给建设单位或投资主体指定的使用者或经营者。代建期间，项目代建单位依据代建合同约定代行项目建设的投资实施主体职责，对外支付工程款项。

以前，我国各级政府及其职能部门对于财政投资的建设项目，基本都实行“自己建设，自己管理”的操作模式。随着改革的深入及政府职能的转变，该模式缺点凸显：建设单位在缺乏工程技术人员情况下组建临时基建机构，专业水平低，且事后即行解散，造成了人、财、物的浪费；政府自行建设使政企不分，造成腐败等问题产生，不利于政府职能的转变；自建自用使项目建设过程难以得到有效监督。

随着 90 年代后期宽松财政政策影响，政府投资项目增长迅速，“代建”作为一种新的建设项目管理方式在各地政府推广。2004 年 7 月国务院《关于投资体制改革的决定》的颁布，初步确认了“代建”模式，以及后期各地政府以此所开展的投资管理体制创新，大大加快了代建制的推进速度。

2、代建制法律特征

代建制在目前政府投资项目中运用较为广泛。目前政府投资项目代建主要有两种模式：

其一，专业公司代建模式。主要表现为政府投资项目，通过招标等规定程序，选择专业化项目管理公司作为代建单位负责建设实施。目前北京、上海等地主要采取此种模式。

其二，政府专设机构代建模式。主要表现为政府成立建设项目代建机构（亦有称之为重点工程局），将政府投资的党政机关及社会事业建设项目交由项目代建机构进行建设管理。目前安徽、云南等地采取此种模式。

从代建制的概念及实践运用，可看出其有以下基本法律特征：

（1）从合同标的上看，代建不仅在合同范围内提供一种技术性管理服务，还承担建设资金管理等职能，有较大的风险责任；

（2）从各方的关系上看，代建系代建单位完全以自己的名义完成工程建设及其管理的操作方式。

（二）项目委托管理

1、概念

项目委托管理，是指从事工程项目管理的企业（以下简称管理公司）受建设单位（即业主）委托，按照合同的约定，代表业主对项目的组织实施进行全过程或若干阶段的管理服务。全过程委托管理服务在国外称之为项目管理承包，即 PMC 或 PM。具体管理范围、权限、取费和责任等，在合同中约定。

业主委托专业咨询公司对建设项目进行管理越来越受到行业内的关注与认同，尤其是建设部 2003 年 2 月 13 日《关于培育发展工程总承包和工程项目管理企业的指导意见》的出台，以及 2004 年建设部出台了《建设工程项目管理试行办法》，对我国项目管理业的发展有着极大的促进作用。

2、项目委托管理法律特征

项目委托管理目前在政府投资及非政府投资项目运用均较广泛，实践中主要模式有：

其一，授权项目公司选择参建单位并以业主名义签订合同。这种模式下业主赋予了项目管理公司较大的管理范围和权利，对于因项目管理公司的管理造成工程目标不能实现时，项目管理公司应承担相应责任。这种模式下业主在签定项目管理合同时应充分考虑调动项目管理公司积极性

的各种因素，根据项目管理公司的承诺或投标书订立较详细的评价考核指标。

其二，项目管理公司协助业主选择参建单位，并由业主直接与参建单位签订相关合同。相对于前一种模式项目管理公司的权利较小，仅仅是管理协调各有关单位，在重大问题的决策方面还由业主决定，所承担的责任亦小

从项目委托管理的概念及实践，可看出其有以下基本法律特征：

（1）从合同标的上看，项目公司向业主方提供全过程或若干阶段的管理服务，但不涉及建设资金管理，一般来说受托方风险责任要小于代建制；

（2）从各方的关系上看，项目委托管理系项目管理公司完全以业主的名义完成工程建设及其管理的操作方式。

三、代建制与项目委托管理模式区别

（一）法律关系的区别

项目委托管理过程中，项目管理公司以业主名义开展工作，业主对项目的管理完全纳入内部管理程序中。在办理相关手续以及对外签订合同时，均以业主名义代行。项目建设资金由业主直接向第三方支付。

代建制模式中，代建单位以自己名义开展工作，以自己名义对外签订合同，履行合同义务。代建款项由业主拨付给代建单位，再由代建单位支付给第三方。在办理相关手续时，需以业主或使用方名义办理，而这需要业主或使用方出具代建说明，或签订三方协议。

（二）服务对象的区别

选择项目委托管理的业主，往往都有一个专业、自有的基建部门，其完全了解选择一个专业项目管理机构所具备的优势。项目公司的确定完全是一种市场化、自愿选择的结果，故更适合于非政府投资项目。从现阶段推广情况来看，项目委托管理，其内部各单位间的关系比代建制要融洽。

而代建制目前广泛用于政府投资项目，系理顺政府投资体制改革的需要。在原有的体制下，各政府部门均有基建部门，实行代建制以后，相关基建部门被取消，从管理专业化角度说，代建制比以往模式更科学。代建制模式下，代建单位具有非常大的权利，在合同履行过程中，难免与业主单位发生摩擦。从这点上来说，代建模式在目前较适合于政府投资项目。

（三）管理范围的区别

从代建制与委托管理的概念及实践来看，前者管理范围更广，这一差别是由于代建制的特殊性所造成的。二者管理范围最显著的区别在于，代建制模式下，受托方要对项目工程财务进行管理，需设立代建资金账户，需派遣财务人员进行日常维护和管理，而项目委托管理模式下，则不需要提供此种服务。

（四）受托方风险责任上的区别

项目委托管理模式下，管理公司仅提供一种技术服务，一般情况下业主所做的决策比较多，如项目的功能、设计标准、施工单位及其他专业单位的选择、材料及设备的选定等，因此，管理公司对于业主方选择失误造成的工期延误、造价超支、质量缺陷等，所承担的违约责任风险较小。

而在代建制模式下，恰恰相反，代建单位承担了投资实施主体的职责，权利大，所承担的违约责任风险自然也大。

四、两种模式下受托方法律地位问题探讨

前文述及，项目委托管理模式的管理行为是代表建设单位（即业主），以业主的名义作出的；而代建制模式代建单位完全以自己的名义完成工程建设及其管理。两者相同之处在于：代建单位或项目管理公司均是受业主的委托从事工程建设或管理服务；不同之处是后者基于委托关系而形成了相应的“代理”关系，而前者则并没有因为委托关系的存在而形成相应的“代理”关系，即有委托而无代理。

委托与委托代理的区别，19 世纪的德国法学家保罗•拉班德（Paul Laband）是最早系统阐述这一问题的人。他指出委托是指委托人与受托人之间的内部关系，而代理授权是指代理人（受托人）对外的关系，代理关系的发生基于代理权，而代理权既可基于委托人的委托授权，也可以基于法律的直接规定。随着《德国民法典》对这一理论的接受，此后许多民法体系受德国影响较深的国家如意大利等在立法上均采用了此种理论。

关于“委托代理”，我国《民法通则》规定：“代理人”是“在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任”。《民法通则》中的这种规定，从明确代理人对外关系的后果（由委托人承担）角度来看，无疑是与拉班德的理论一致的。其后颁布的《合同法》关于委托合同的规定中，由于引进了英美法系（委托人和相对人）的介入和选择规则，一定程度上使《民法通则》为委托与委托代理之间界限清晰的基础有所模糊。

根据《合同法》的定义，“委托”是指受托人基于和委托人的约定而为其处理事务。从这个定义出发，假如委托人和受托人约定，受托人处理委托事务时须依委托人的名义进行，接受委托人的指示和控制，由此产生的后果由委托人承担，则此种委托关系的结果，就是在两者之间产生了“代理”关系。反过来讲，假如委托人和受托人只是约定受托人完成某事务，受托人在开展委托事务时没有必要向第三人（相对人）声明委托人的存在并以委托人的名义与之进行交易等活动，则此种委托中并不产生“代理”（或者说“代理关系”仅限于委托人和受托人内部），而仅仅是一种委托关系。

目前，关于代建制及项目委托管理模式的法律定位尚无明确法律界定，在实践中，需尽量通过详细的合同约定，厘清委托人与代建单位（或项目管理公司）以及第三人之间的法律关系，降低和避免各方博弈中的风险。笔者认为，代建制更适合于政府投资项目，而项目委托管理在政府投资项目和非政府投资项目中均能较好适用，当然还需根据各自风险控制、责任大小等因素综合确定哪种模式更适合于具体项目。

参考文献

1、江平《中华人民共和国合同法精解》；
2、周相《罗马法原论》；
3、乌云娜、蔡捷《工程项目委托管理服务与代建制的异同》；
3、顾小鹏《代建制”初析及其与项目管理之异同》。

中国企业“走出去”战略与律师业务的提升

——以安徽省律师为视角

安徽元太律师事务所　董劲松 范小亮

摘　要：“十二五”规划之后，中国企业“走出去”的步伐明显加快，安徽省企业也不甘落后，但与此随之而来的是海外投资遇到了种种麻烦和纠纷。我国企业在外贸易、建筑、矿业投资等方面均曾遇到争议，不少进入了法律程序。“走出去”战略对法律人才有着特殊的需求。法律人才的国际化要求，主要是源于经济全球一体化。中国国际化复合型法律人才严重不足，以致在实施“走出去”战略的过程中，绝大多数企业未能得到中国律师的有力支撑和服务。律师涉外业务能力的提升，是一个长期规划，需要中央与地方政府的支持。作为主要服务于安徽省外向型企业的律师，笔者亲身体会到律师在安徽企业对外投资项目中所能够发挥的重要作用和有待改进之处，以及亟待解决的涉外律师培养问题。现将笔者在涉外专业法律服务介入企业“走出去”战略的方法方式，包括涉外律师培养的一些体会进行简要总结。

关键词：对外投资　涉外律师　律师培养

一、律师在企业“走出去”战略中的介入方式

《中华人民共和国国民经济和社会发展第十二个五年规划纲要》（以下简称“十二五”规划）确立了中国企业“走出去”的战略性规划。中国企业“走出去”，是指按照市场导向和企业自主决策的原则，由政府引导各类所有制企业有序到境外投资合作，发展海外工程承包，扩大农业国际合作，深化国际能源资源互利合作，积极开展有利于改善当地民生的项目合作，逐步发展我国大型跨国公司和跨国金融机构，扩大人民币在跨境贸易和投资中的作用，提高国际化经营水平。[1]近年来，中国企业“走出去”的步伐明显加快。2012 年，中国对外直接投资净额在保持过去十年连续增长的基础上，再次刷新年度投资流量纪录，达到 772 亿美元。[2]

在中国企业走出去的大潮中，安徽省企业也不甘落后。截至 2012 年 12 月份，安徽省 2013 年对外承包工程新签合同额 233764 万美元，完成营业额 281148 万美元，同比分别增长 20.7%、18.8%。新签劳务人员合同工资总额 9749 万美元，劳务人员实际收入总额 19046 万美元，同比分别增长 41.9%、29.7%。外派劳务 13370 人，同比下降 1.5%；月末在外 23748 人，同比增长 13.6%。新批境外企业 56 家，协议对外投资额 107262.9 万美元，实际对外投资额 54516 万美元，同比分别增长 19%、55%、8%。进出口总值 393.3 亿美元，同比增长 25.6%；其中出口总值 267.5 亿美元，同比增长 56.6%，进口总值 125.7 亿美元，同比减少 11.6%。[3]

中国企业对外投资热情高涨，但与此随之而来的是海外投资的频频受挫。2011 年 7 月初，中铝宣布澳大利亚昆士兰奥鲁昆铝土矿资源开发项目最终告吹，项目损失高达 3.4 亿元；2011 年 6 月，中国铁建投资沙特轻轨项目亏损达人民币 41.48 亿元；2009 年底，中化集团在海外投资的 3 个油气田项目，累计亏损 1526.62 万美元；2009 年 9 月，中国中铁在波兰 A2 高速公路项目亏损，合同总额 4.47 亿美元。中国石油大学 2010 年的一份报告显示，受管理制度及国际投资环境等因素的影响，三大石油公司在海外的亏损项目达到 2/3。[4]

安徽省企业在“走出去”的过程中，也遇到了种种麻烦和纠纷，在建筑、矿业等方面均曾遇到

争议，不少进入了法律程序。笔者所在的安徽元太律师事务所[5]主要面向外经贸、海商海事、投资、国际金融等涉外业务，数位律师为安徽省及合肥市律协涉外法律专业委员会骨干，曾经参与了多个安徽省企业对外投资、国际银行保函、信用证止付等项目，提供从交易文件起草、谈判、执行，到诉讼纠纷解决等全过程的法律服务，并曾经赴海外参加顾问单位的仲裁及诉讼等相关程序，积累了丰富的境外投资法律服务经验。在服务过程中，笔者亲身体会到律师在企业对外投资项目中所能够发挥的重要作用和有待改进之处，以及亟待解决的涉外律师培养问题。现将笔者在涉外专业法律服务介入企业“走出去”战略的方法方式，包括涉外律师培养的一些体会进行简要总结，与有兴趣的读者共享和交流。

（一）事先了解投资地法律

首先，律师应当熟悉相关国际规则和了解东道国相关法律禁止性规定。要懂得国际惯例，特别是了解和研究东道国的法律制度和文化。在海外上市和投资过程中要注意事前的法律论证工作，做好“走出去”的准备。所谓“准备”就是要借助律师对东道国的法律和市场做好周密研究和调查，了解东道国的市场、法律环境及可能的诉讼成本，掌握市场规则，做到规范投资，科学决策，防范和规避法律与合规风险，这样“走出去”才可能成功。[6]

其次，律师应当针对东道国的法制状况做好准备工作。我国企业境外投资的东道国常常是发展中国家，例如由元太律师事务所承担法律顾问工作的某些安徽省企业在非洲、中美洲的建筑业、矿业等有着大量的投资。这些国家的法律往往存在不健全、不透明和变更频繁等特点，有时甚至相互冲突，从而使我国企业境外投资存在较大的法律风险。在一些国家，外国投资者获得法律法规的渠道有限，难以完全获得所有相关的现行法律法规，尤其是税负方面的法律法规。在某些国家，特许权的授予方同时也是立法主体，可能通过后续立法变更项目的开发条件，取得对其有利的安排，尤其是在外商投资准入、税、优惠政策、技术标准规范等方面的变更会给项目的建设和运营的成本、利润及进度造成影响，甚至影响项目特许权的授予和维持。为防控上述风险，我们通常建议投资者在相关文件中规定，东道国政府尽最大努力保证后续立法不会对项目造成不利影响，否则，项目公司/股东有权从东道国政府获得足够的补偿，并约定补偿金的计算方式。[7]

再次，对于中国与东道国间的法律冲突做好充分准备。在安徽省某企业的涉外合同纠纷中，元太所律师曾经就合同生效效力问题发现了中国与东道国之间的法律冲突。在中国合同经签字即可生效，而在该东道国需要经过公证或者有两个证人的见证才可生效。为避免在纠纷解决程序中，因合同是否成立而造成不必要的麻烦，律师建议在签订合同前首先对投资所在地国、对方当事人所在国的相关合同法律法规进行了解，尽量保证合同效力的完备，避免之后因合同效力法律规定的冲突而造成不必要的问题。

（二）参与交易结构设计与谈判

企业驻外分公司的经营人员主要从管理、营利等方面来进行交易结构设计与谈判，但容易忽视某些潜在的法律风险。如果律师提前介入到企业驻外分公司的成立、与国外企业的商务谈判、合同订立、工程运营的程序中来，可以用法律专业的视角看待问题，发现可能潜在的风险并提前予以规避。在元太律师事务所为顾问单位处理的某次涉外工程纠纷的过程中，发现在纠纷处理中出现的某些不利因素（如分公司设立的股东构成等方面）完全可以在商务谈判和工程运营过程中进行防控。之后，元太所律师开始尝试建立与顾问单位驻外分支机构的常态化联系模式，并取得了良好的效果。

（三）规范合同的订立

首先，明确合同的签订主体以便于追索。在元太所律师经手的某次涉外工程纠纷之中，发现对方实际上是一个空壳公司，即使中方胜诉也难以执行到对方的财产。对方业主拥有多个公司，中方曾经试图利用“刺破公司面纱”原则来执行对方业主其他公司的财产，但被当地法院驳回。通过此次的经验，律师建议公司在之后的业务中，在签订合同前首先查明对方主体的资质和实力，避免因财力不足而造成拖欠款项，甚而造成即使中方胜诉也难以执行到款项的情况。

其次，完善合同条款以避免被恶意索取保函。保函目前是国际商务中的重要一环，在元太所律师经手的某涉外保函纠纷中，中方某公司为其国外分公司提供担保，出具了见索即付保函。基于保函的见索即付性质，对方得以较容易地向投资所在地银行索取到了保函金额，尽管中方所在地法院已要求当地国内商业银行暂时止付，但由于本案的不确定性也给中方索回正当利益造成了很大的难度。因此律师建议公司在以后出具的保函中完善条款，要求对方也出具保函，也就是形成双保函，互相牵制。避免对方利用保函的见索即付性质单方面索取金额，造成公司在纠纷解决中处于被动地位。

（四）完善合同的法律选择条款

法律选择条款在合同中可能仅仅是一句话，并不显眼，但是牵涉到适用哪一个国家法律的重要问题，对于当事人的实体权利义务有着关键性的影响。而且法律选择常常受到内国强制性法规的影响，如果不加以完善和慎重考虑，将可能因为抵触强制性法规而无效。以下用与国内外汇管制性政策密切相关的银行保函为例进行分析。

基于中国的外汇管制政策，关于银行保函的准据法的确定应区分内资外保和外资内保两种情形。就内资外保而言，如当事人并未约定准据法的，则不论是根据我国的冲突法规则，还是根据国际商会见索即付保函统一规则（2010 年修订本），均应适用担保银行所在地的法律，即中国法律。内资外保涉及外汇管制问题，一般须经审批，因而在意思自治原则的适用上受到很大的限制。即使当事人在保函中约定适用其他法域的法律，但若因此而规避了审批，实践中一般都认定其构成法律规避，从而认定此种约定无效，并最终适用我国法律。[8]在中银香港公司诉宏业公司等担保合同纠纷案[9]中，当事人虽然在独立担保契约中约定适用香港的法律，但由于香港特别行政区与我国内地分属于不同的法域，根据最高人民法院《关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见》第 194 条所确立的原则，涉外合同当事人选择法律适用规则时，不得规避我国强制性或者禁止性法律规范。我国内地对于对外担保有强制性的规定，本案担保契约如果适用香港法律，显然规避了上述强制性规定，故本案当事人关于担保契约适用香港法律的约定不发生法律效力。根据最密切联系原则，本案纠纷应适用我国内地的法律。至于外资内保，因其一般不涉及中国外汇管制法律与政策，因而相对来说当事人有更多的意思自治的空间。

（五）保持与企业投资地分支机构的沟通

对于企业海外投资中的一些重要事件，国内律师有必要与东道国政府、法院、银行等单位进行及时沟通，保持信息往来，提前化解问题。在元太所律师经手的某次涉外保函纠纷中，对方通过内部关系使东道国银行执行了保函，给中方工作带来了极大的难度。如果中方能够提前意识到东道国银行因内部人员活动而将保函执行的可能性，提前与东道国银行进行联系并保持沟通，说明纠纷情况，则有可能使东道国银行管理层意识到问题的严重性而加强保函的管控，避免因内部人员活动而草率执行保函。

（六）与投资地律师紧密合作

基于涉外投资的特殊性，国内外律师应当组成团队，进行合作，保持密切沟通，有利于信息

的畅通和纠纷解决。国内律师应当尝试参与投资地法律程序，了解相关情况，更有利的在国内对于纠纷解决进行支持。举例来说，在元太所律师曾经参与了顾问单位在中美洲的仲裁程序，虽然不具有当地律师的出庭资质，但可以以法律顾问的方式旁听，现场观察庭审状况，在内部会议中针对庭审状况及时提出法律建议。

二、中国律师涉外业务能力现状

“走出去”战略对法律人才有着特殊的需求。法律人才的国际化要求，主要是源于经济全球一体化。随着全球经济治理和区域合作成为国际社会的主题，相关法律事务的全球化特征越来越显著，贸易与投资领域法律规范趋同化日益明显，进程显著加快，跨国法律事务日益增多，跨国诉讼和仲裁越来越普遍，对国际交往中能熟练运用国际法和外国法，独立处理有关法律问题的专门人才，有了更多需求。中国律师中，极少数国际化复合型法律人才作为先行者，帮助中国企业了解投资地的政策法律环境，对投资目标进行风险调查和商业调查，协助中国企业家完成整个商业交易的谈判。比如，在国际社会关注的吉利汽车收购“沃尔沃”一案中，由于牵扯到不同的法律管辖、繁多的商业条款和具大的文化差异，优秀的中国律师在其中起到了牵线搭桥、风险控制、权益保障的重要作用。

中国人事科学研究院发布的《2009 年中国人才报告》[10]显示，2010 年我国包括涉外律师在内的 8 个领域内高端涉外人才需求很大。我国平均每个律师事务所仅有一名涉外律师。

中国国际化复合型法律人才严重不足，以致于在实施“走出去”战略的过程中，绝大多数企业未能得到中国律师的有力支撑和服务。一些对外投资项目的损失，显示出防控风险能力较弱，中国律师对外法律服务作用发挥的广度与深度均不足。[11]

三、律师涉外业务能力提升的路径

（一）中央与地方政府支持

律师涉外业务能力的提升，是一个长期规划，需要中央与地方政府的支持，开展多项培训项目，包括讲座、培训等。政府应当推动相关法律法规和政策的制定和修改，完善相关法律规定，拓展我国律师参与国际贸易法律服务的业务范围。推荐具备丰富国际贸易诉讼经验的涉外律师进入国际经济、贸易组织的专家机构、评审机构和争端解决机构，增强我在国际组织中的影响力。通过制定实施相关优惠政策，扶持国内律师事务所通过新设、收购、协议等方式在境外设立分所、代表处、业务部，进一步提高我国律师在国际法律业务领域的竞争力。

目前全国律协已经开始了涉外律师的专题培训，计划于 2013 年至 2016 年有计划、分步骤地培养高素质的涉外律师领军人才，重点在于拓展提升服务对外开放和“走出去”战略法律服务。国家律协要求各地律师协会应当结合本地区实际，制定本地区人才培养计划，并与全国律协涉外律师培养计划相衔接，纳入地方政府有关人才培养的规划。[12]

培养的重点是：服务国有大中型企业实施“走出去”战略，培养精通对外投资、跨国企业并购、国际金融证券等领域律师领军人才；服务我国对外贸易发展，提高我国企业在国际贸易中的竞争力，培养精通 WTO 争端解决机制、反倾销、反补贴、知识产权保护等领域律师领军人才；服务我国总体国家利益和整体发展战略，培养精通能源资源、海洋和空间权益等领域律师领军人才。[13]

（二）提升律师语言能力

律师在处理涉外业务的过程中，其语言能力，主要是英语的运用能力至关重要。对此律师

应当着重提高，通过参加培训班、自学等方式进行学习。同时，建议律师报考雅思、托福等国际认证的英语语言能力考试。一方面有利于律师处理涉外业务；另一方面，在国际法律程序中，如果能够在有必要时出示雅思、托福等语言证明，将更有利于工作的开展。

（三）进行律师国外培训

在有条件的情况下，应当为律师提供国外的培训项目，让律师到国外的律所中进行培训、实习，了解国外律所的运作方式和纠纷处理程序。目的是为了提升律师的国际化能力，帮助律师养成宽广的国际视野和一定的国际问题意识，培养独立从事国际专业活动的能力。培养可以采用境外短期培训和境内集中培训相结合的方式进行。培养费用以律协申请的财政资金为主，以律师个人的支出补贴为辅。继去年成功组织律师赴美学习反倾销、反补贴和保障措施专题内容后，江苏省第二期涉外律师高级人才培训班此前在南京举行。今年的培训仍远渡重洋，走出国门取经。而此时，山东省 24 名律师已到达美国加州大学，开始他们为期 70 天的涉外法律业务培训。一南一北，两个对外贸易大省先后选拔省内优秀律师公派出国学习。[14]

（四）熟悉国外法律

律师应当对于国外法律进行学习，熟练掌握相关法律领域的国际法和比较法，这样在遇到纠纷处理之时，可以即时的做出反应。包括在进行商务谈判与交易结构设计之时，能够规避法律风险。

（五）加强行业复合型知识

复合型，要求法律人才对于“走出去”可能涉及到的风险与法律问题，具有较强的信息处理和应用能力，以及跨文化沟通能力。因此，复合型法律人才，除了应当是法律方面的专才外，还应当具有一定的市场、会计、金融、科技和（风险）管理知识，以及流利的外语和熟练的计算机技能。法律人才的复合型要求，乃是源于“走出去”的复杂性。“走出去”可能面临的法律风险，与国家风险、经营风险、财务风险和文化冲突风险往往交织在一起，是一种跨境的多系统风险，涉及多方面的问题。[15]

（六）取得国内企业的重视

目前，国内部分企业对于律师在企业“走出去”中的作用还没有深刻的认识，忽视了在进行涉外投资等业务中律师的保驾护航作用。企业应当提起重视，接受律师参与到商务谈判、合同订立、商务运营和纠纷解决的程序中。

（七）形成国内外服务网络

国内律师应当与国外律师建立常态的合作模式，形成国内外服务网络，更加有效的为企业管控风险，提供法律服务。

小结

面对全新的世界经济形势，中国企业正站在一个充满挑战和机遇的历史性转折点上。如同三十年来伴随着外资入境，外国律师在中国的出现、繁荣一样，随着中国对全球经济的影响日益加深，中国律师也应当和中国企业一同走出去，作为国际服务贸易的一个重要方面，全面参与并主动引导中国企业的海外投资事业。[16]

“走出去”是国家一项战略，通常指的是中国企业走出去，其实也应包含法律服务走出去。国际社会的最大特点是法治化，“走出去”的中国企业首先要了解、掌握、利用国际规则，只有国际化的中国律师为中国企业“走出去”保驾护航，才能成功实现国家“走出去”战略。[17]通过政府相关

部门、司法行政机关和律师协会的共同努力，推动中国企业在境外投资和经营活动，聘请中国律师，境外投资项目审查由中国律师出具法律意见书，更好地维护我国企业利益。组织开展选择法律服务机构程序设计，方便中国企业境外投资和经营选择优秀律师事务所。

安徽省近年来的对外开放脚步在加快，涉外业务大量增加，纠纷也不可避免地增加。为了进一步促进安徽省企业“走出去”，安徽省律师的涉外业务能力培养也应当加快脚步。省司法厅、省、市律协及协会的涉外法律专业委员会应当在这个过程中发挥重要的作用。安徽省可以跟进全国律协的培训，省司法厅、省、市律协及协会的涉外法律专业委员会可以设定中长期规划，并发动本省的教育资源，对本省律师进行系统培训，有目的、有计划的提升律师处理涉外业务的水平，培养专业涉外律师。

注 释

1、《国家十二五规划纲要》第 52 章第 2 节。

2、安徽省商务厅网站报道：“贸促会：中国企业‘走出去’需解决四层面问题”，http://www.ahbofcom.gov.cn/zhiliView.aspx?TypeId=10879&Id=65677，2013 年 6 月 12 日访问。

3、安徽省商务厅网站报道：“2012 年 1-12 月全省外经业务完成情况”，http://www.ahbofcom.gov.cn/zhiliView.aspx?TypeId=10784&Id=65261，2013 年 6 月 12 日访问

4、http://finance.sina.com.cn/china/hgjj/20120211/081311358170.shtml ,2013 年 6 月 12 日访问。

5、http://www.yuantailawyer.com/

6、赵廷军《中国银行业“走出去”面临的法律与合规风险》,《中国金融》2008 年第 18 期，第 4 页。

7、朱宏文、曹志《能源企业“走出去”投资 BOT 项目的风险及其防范》,《设备监理》2013 年第 3 期，第 58 页。

8、刘贵祥《独立保函纠纷法律适用刍议》,《人民法院报》2009 年 6 月 25 日，第 006 版。

9、最高人民法院〔2002〕民四终字第 6 号。

10、http://www.lawov.com/bencandy.php?fid-1089-id-167-page-1.htm , 2013 年 6 月 12 日访问。

11、黄清华《护航“走出去”战略亟需补足法律人才缺口》,《国际商报》2011 年 10 月 15 日，第 A03 版。

12、中华全国律师协会《<全国律协关于实施“律师服务经济社会发展业务创新拓展工程”的意见>的通知》, 2013 年 3 月 29 日。

13、中华全国律师协会《推荐律师参加涉外律师领军人才培养的通知》, 2013 年 1 月。

14、http://fylz.jcrb.com/lz/lsxy/200812/t20081216_113408.html

15、黄清华《“走出去”战略与中国法律人才培养——关于国际化复合型中华情法律人才的思考》,《中国法学教育研究》2012 年第 2 期，第 39 页。

16、陈锐《加强中国律师在企业“走出去”中的作用》,《中国企业报》2010 年 3 月 8 日第 003 版。

17、廖卫华、马丽《王俊峰：掌舵中国律师业未来》,《法人》2012 年第 9 期，第 55 页。

我国集体土地征收制度的不足与完善

安徽金亚太律师事务所　许文春

摘　要：随着经济的快速发展和城市化进程步伐的加快，大量农村集体土地被征收，许多农民失去土地，土地是农民最重要的生产资料和生活基本保障，但由于现行土地征收制度还存在一些不尽完善的地方，滥用土地征收权，征收范围过宽，征地程序不完善，缺乏透明度，征地补偿费不合理、不到位，失地农民安置途径简单化，且社保体系不完备；对非法占地行为的处罚过轻、监管不力等等。这样的现象时有发生，造成土地资源浪费、失地农民生活无着落并已影响到社会稳定。本文从我国农村土地征收中存在的问题出发，具体分析了影响这些问题的主要因素，并提出一些完善我国农村土地征收制度的途径。

关键词：土地征收　不足　完善

随着经济的快速发展和城市化进程的加快，建设用地的需求量增加，基于“公共利益”的目的，大量农村集体土地被征为国有。由于相关法律缺失，实际操作中轻法律规范重规章政策，再加上利益驱使以及其他一些因素的影响，在征收过程中存在的问题应该得到高度重视。只有进一步改革和完善农村土地征收制度，规范征收程序，提高补偿金，并使安置方式多元化 ，才能更好的维护农村集体组织和农民的合法权益，促进农村经济朝着更健康的方向发展。

一、我国土地征收制度的现状

随着全国各地普遍出现的征地浪潮，我国的耕地面积逐年减少，越来越多的农民失去赖以生存的土地，而依靠微薄的补偿金维持清贫生活。土地征收古已有之，在专制社会中，征收既不需要征得土地私有人的同意，也不需要给予任何补偿，其法律的价值目标就是维护专制统治下统治者的统治。目前，我国农村集体土地征收主要依《宪法》、《土地管理法》及其《实施条例》以及国务院针对特定征收事项制定的相关行政法规、规章等来调整。我国《宪法》第 10 条第 2 款规定：“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。”《土地管理法》第 2 条第 4 款也规定：“国家为公共利益的需要，可以依法对集体所有的土地实行征收。”物权法的颁布则更详细的规定了征收的各项制度，应当说，我国现行立法已经确立了公共利益标准，但是同西方土地征收制度相比较，依然存在很大的缺陷。

二、我国土地征收制度的不足

（一）“公共利益”标准模糊

我国《宪法》、《土地管理法》都规定了“公共利益”是启动土地征收程序的唯一标准。但是，现行法律法规并没有明确界定哪些建设项目用地是为了“公共利益需要”，造成了法律上对“公共利益”的解释模糊，导致许多个人、单位与地方政府打着“国家公共利益”的名义以低廉的价格征收土地，进行商业开发，进而创造商业利润。地方政府通过低价征收农民的农用地，通过土地的“农转非”，垄断大量的土地资源，放入政府“土地储备中心”，集中转让“国有土地使用权”，每出让一块土地，就一次性收取 50 年到 70 年的土地收益，对农民补偿每亩只有数千元到几万元不等。巨大的级差收益成为地方财政的重要收入来源，有的地方土地出让金占财政收入的比重甚至高达 60%

以上。忽略农民利益，必然引起全民对假“公共利益”为名，实获巨额收入的政府行为引起不满，遂对“公共利益”是否名至实归也产生了怀疑，所以对“公共利益”进行有效地法律规制则是大势所趋。

（二）土地征收程序缺乏法律基础

目前，我国农用地无序征收的现象较为普遍，土地征收仅有简单的规定。没有程序的保障，当然就不会有真正的权利保障。我国现行土地征收法律制度既没有规定土地征收前的勘察调查程序、民事前置程序，没有规定被征收土地所有权的转移时间，也没有规定土地补偿金的支付时间、方式、提存等方面内容。可以说，缺少土地征收权力行使的时间、空间方式或顺序方面的细致规定，增加了被征地农民权利被侵犯的几率。

（三）土地征收补偿费用过低

《土地管理法》第 47 条规定：征收土地的，按照征收土地的原用途给予补偿。征收耕地的补偿费，为该耕地被征收前 3 年平均年产值的 6 到 10 倍。每一个需要安置的农业人口的安置补偿费标准为该耕地被征收前 3 年平均年产值的 4 到 6 倍。但是，每公顷被征收土地的安置补助费最高不得超过被征收前 3 年平均年产值的 15 倍，征收其他土地的土地补偿费和安置补助费标准，由省、自治区、直辖市参照征收耕地的土地补偿费和安置补助费的标准确定。在现实中按照这个标准，对农民的补偿虽然具有地区差异，但以现金形式补偿的，通常都在每公顷 22.5-52.5 万元之间，远远低于房地产商炒作的土地价格。在有些人均耕地相对较少的省份，如果人均有一两亩耕地，农作物是水稻，按亩产 1000 元计算，按最高的补偿标准 30 倍来补偿，也不过是 6 万元，只相当于当地职工年平均工资的 2 倍至 3 倍，对农民的征地补偿费只能维持农民几年的生活。另外，以土地过去年均产值作为确定补偿费用标准，不能正确地反映市场经济对土地及其附着物的真实评价，尤其是未考虑到农用地转为非农用地的土地价值的升值潜力，农用地一经征收后，其用途的改变通常会导致地价的暴涨。但是，在制定征地补偿标准时却没有考虑增值因素，而廉价的土地征收成本使政府在征地中获取了本应属于农民的土地征收与土地出让之间的差价利益，使广大农民的合法权益受到了极大的侵害。在改革开放 30 年后的今天，如此的补偿标准明显缺乏公正性与科学性。

（四）失地农民安置方式过于单一

农民的生存离不开土地，土地对于农民来说，是必要的生产资料，起着生活保障的作用。目前在广大农村，许多地方采用一次性货币安置方式，许多地方政府在支付很低廉的征地补偿费获得土地之后，便对农民不闻不问。政府通过向失地农民支付补偿安置费表面上体现了公平，但一次性的底额经济补偿实际上是推卸政府责任，货币补偿的方式仅仅保障了农民的生存权，但无视了其土地的财产性权利。同时，失地农民大量的涌入城市后由于缺乏技能和知识，又没有政府有力的就业培训政策的支持，基本处于失业状态，即使安置了工作，但由于他们的文化素质和劳动技能普遍偏低，也成为企业单位裁员的首选人员，工作无法得到保障。这样就造成了大量种田无地、就业无岗、社保无门的“三无”农民。

三、完善我国土地征收制度的几点意见

（一）严格界定“公共利益”

“公共利益”的界定各国由于国情不同规定也各不相同，从立法模式上看，世界各国关于“公共利益”的法律定义，有两种模式，一种是列举式，一种是概括式。列举式是在与土地征收有关的

法律中详细列举在哪些“公共利益”的情况下能发动征收权。典型如日本、韩国、我国台湾、印度等大陆法系国家。比如日本，列出了所有 35 种可以发动土地征用权的“公共事业”, 几乎每种都有一部法律来约束。政府没有任意行政权，没有但书，没有保留条款。概括式的立法模式是在有关的法律中仅原则性规定，但对于哪些属于公共利益未加以明确界定，以英美法系国家为主，例如澳大利亚、加拿大（各省不同）、美国（各州不同），他们有两种方法来界定“公共利益”: 一是由议会决定；二是由法院对具体纠纷进行判决。我国正在高速发展中，且幅员辽阔，各地社会经济发展水平相差很大，在立法上适合非穷尽地列举方式，这样，确定了“公共利益”的大致方向，克服了概括式的高度不确定性，使法律便于操作。借鉴国外立法经验并结合我国实情，我认为“公共利益”宜采用明确列举的方式规定，包括以下几类：(1) 国防军事用地；(2) 政府机关和其他公益性单位、社会团体用地；(3) 教育、科学、文化、环境、卫生设施用地；(4) 交通、水利、能源设施用地；(5) 国家重点工程用地；(6) 城市基础设施用地；(7) 其他经听证程序认为是公益事业用地。对于非公益性质征地我认为应允许集体建设用地在符合城市总体规划及土地利用总体规划的前提下直接进入土地交易市场。在法律上将国有土地与集体建设用地在地位上平等起来，这样集体经济组织和农民完全有权利用自己手中的集体土地使用权换取各种发展致富的途径。这样有利于农村经济的发展，以及农民的脱贫致富，对解决三农问题也是一剂良方。

（二）规范土地征收程序

程序是实现正义的保证，土地征收制度当然需要正当的程序为实现公平正义来保驾护航。我国对于土地征收的程序规定相对较少，公众参与的空间也相对较小。本文认为土地征收程序应从以下几个方面加强：

1、启动征收前的公告程序

现实生活中被征收土地周围写着大大的“征”或“拆”字是征收决定作出后的公告，但是依法行政要求行政机关作出的事关公民重大利益的行政决定程序应当公开，只有程序公开才能真正保障公民的参与权和意见表达权。把“公共利益”的形成和决策置于广大民众的直接监督之下，并赋予利害关系人相应的权利救济渠道，才能切实的保障农民权益。

2、设立公共利益审查程序

我国目前的土地征收都是由土地征收的申请人向行政机关申请后，再等行政机关的批准决定，但是在行政机关的批准过程设计中，并未对土地征收的公共利益设立专门的审查程序。这样的做法，无法满足土地征收法律制度对于相关权利人利益维护所应该持有的谨慎和认真态度的要求，对于公共利益的认定显得随意且不具科学性。行政机关在作出土地征收批准决定之前，必须对土地征收项目的公共利益进行审查判断，只有符合土地征收公共利益合法条件的项目，才能获得土地征收机关的批准决定。因此我认为可以建立土地征收公共利益的听证制度，对土地征收中的公共利益进行公开的审查，并吸纳被征收土地的相关权利人和利益关系人充分发表意见，参与表决。

3、建立相应的监督程序

在保证一般的民众参与监督之外，还应该考虑设立公共利益的司法审查程序。在土地征收立法中，不仅仅需要规定土地征收中涉及土地征收补偿的争议，可以向人民法院提起诉讼，还要赋予人民法院对土地征收批准决定是否符合“公共利益”的合法基础进行审查，这对于提高我国的行政执法水平，防止土地征收中因行政权的滥用损害被征收土地的相关权利人利益行为的发生，以及救济被征收土地相关权利人的利益损害都有着积极意义。如此，才能为限制政府的非理性征收行为，维护土地相关权利人的合法权益提供了有效的法律保障。

（三）探索新的补偿方式

1、完善农地征收补偿方面的立法

我国农地征收补偿之所以成为难以处理的热点问题，主要是我国的相关立法滞后，没有及时对农地征收补偿中出现的新问题发挥法律应有的社会功能。因此建立一套系统的土地征收补偿法，把本来各个零散的补偿规定集中到一块，便于条文之间的衔接和立法精神的协调，使补偿标准更明确，补偿形式更合理，更能防止出现漏洞或冲突。

2、提高征地补偿标准和范围

（1）我国现行的征地标准是计划经济时代的产物，补偿和安置的标准都非常低且不合理，现行的征地补偿标准既没有反映出土地的地理位置、地区经济发展水平、土地市场交易价格和人均耕地面积等影响土地价值的经济因素，也不能体现同一宗土地在不同投资水平或者不同投资情形下出现产出差别的真实价值。正是由于征地补偿标准不合理，才导致征地补偿费过低，补偿利益不及损失利益，因此应借鉴大多数国家和地区的做法，提高征地补偿标准，以市场作为基础，根据农地的生产力水平、农业用途的预期收益，将土地补偿费、青苗及建筑物、构筑物补偿费、残地补偿费等主要补偿项目的补偿价格参照当前土地市场的价格实行公平补偿，充分体现公平的原则。对于非公益性用地，应以农地转用后土地的用途为土地价格确定的依据，以切实保证失地农民的基本权益。

（2）目前，我国土地征收补偿仅限于土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费，这远远不能满足农民的实际生活需要。因此我国应适当扩大征收补偿范围，将残余地分割损失、正常经营损失以及其他各种因征地而支出的必要费用等财产损失也列入补偿范围，以维护被征地农民的合法权益。因公共事业而行使政府征地权时，政府作为征地方应以市场的原则同农用地所有者交易，并以市场价格为依据，实行公平补偿。在公平补偿的原则下，土地征收补偿应包括土地的市场价格和相关补助金，同时考虑到土地被国家征收后，往往以高出征地价许多倍的价格将所征收的土地使用权予以转让，使土地的价值得到了很大的提高，所以还应充分考虑农用地转为建设用地后土地增值收益的损失。我认为，只有这样的补偿标准，才能充分发挥农民土地所具有的多重功能。

3、改革和完善征地补偿费发放方式

现行的农用地征收补偿方式主要采取货币化，但是结合现在农民的具体情况，这种补偿方式存在明显弊端。借鉴日本、德国等国家的经验，土地征收的补偿方式既可以采用货币补偿，也可以采用实物补偿。而实物补偿又可以采取留地补偿和替代地补偿相结合的方式，从而有效的保障和维护被征地农民的切身利益。因此，改一次性的货币补偿的单一方式为包括货币安置、社会保险安置、土地使用权入股安置等多种形式的复合安置方式，已经成为我国征地补偿安置方式改革的必然趋势。

4、合理分配农地征收补偿费用

根据《土地管理法》第 10 条规定，我国农村集体土地的所有权主体应当为村集体经济组织、村民委员会或乡（镇）农村集体经济组织。所有权主体的多极性和不确定性造成了集体土地所有权主体的虚位。中国现行法律制度对“集体”界定模糊，使村干部成了集体组织的代言人，作为弱势群体的农民在由土地征收补偿费用引发的争议中则处于不利地位。因此，国家应进一步明确界定农村土地征收补偿的收益主体，使农民不会因丧失土地使用权而丧失土地收益权，这能较好地保护农民的合法权益，也可以有效地防止集体财产的流失。

结语

土地资源是国家的垄断性资源，土地资源的商品化正在不断获得承认。处于法治社会中的农民土地征收问题正期待着国家给予公平合理的解决，农民土地征收不仅涉及到宪法保障的财产权和土地资源，而且涉及到整个社会的稳定、安宁。面对逐渐加快的城市化进程，土地征收制度改革已迫在眉睫，但是我国现在法律制度还在进一步的完善中，公民意识的加强还需要一个过程，我国集体土地征收制度的完善还有很长的一段路要走。但这不是我们停滞不前的理由，而更应当是我们前进的动力，完善土地征收制度最终受益的是我们全体人民和整个社会。

参考文献

1、杨建顺《日本行政法通论》，中国法制出版社 1998 年版。

2、王泽鉴《民法总则》，中国政法大学出版社 2001 年版。

3、王卫国《中国土地权利研究》，中国政法大学出版社 1997 版。

4、张迎新，王正立《国外土地征用公共利益原则的界定方式》，国土资源情报 2003 年第 9 期。

5、李宝奇《公共利益与行政补偿制度的关系解析》，延边大学学报（社会科学版）2006 年第 3 期。

合肥市地下空间建设与利用中的法律问题与对策研究

——以合肥市轨道交通项目为视角

安徽天瑞律师事务所 孙 森

摘 要:地下空间建设与利用中的法律问题是城市发展中的一个全新问题。首先从地理学角度介绍地下空间的概念、作用；其次针对合肥市现状特别是轨道交通建设阐述合肥市地下空间建设的必要性以及现状；然后从三个主要方面探讨合肥市地下空间建设与利用过程中的法律问题；最后从完善合肥市地下空间权立法模式和经济效应角度的合肥市立法空间协助两个方面给出对策，对促进合肥市地下空间的建设与发展提出积极建议。

关键词：地下空间 轨道交通 法律

引言

城市地下空间，指的是在城市地表以下的岩层土层中天然或经过人工开发形成的地下空间，即城市规划区地表以下的空间。这一概念从两个方面对“城市地下空间”进行界定：一是空间范围，规定对象必须位于城市规划区以内；二是纵向范围，即地表以下的空间。[1]□

地下空间的建设与利用对城市发展起着重大的作用。城市地下空间作为城市发展的重要资源和载体，它同地面空间一样，一方面不仅是实现城市空间立体化开发发展，逐步促使城市功能多元化、城市生态化以及可持续化发展的基本条件。另一方面，合理开发城市地下空间也是城市走向集约化、效率化发展的重要途径。城市地下空间同时作为一个新兴的国土地下资源，对提高土地利用率、疏导交通、扩充基础设施容量、缓解中心城市建设密度、保护历史文化景观、增加城市绿地、减少环境污染和改善城市生态环境起到不可忽视的作用。

我国的地下空间发展起步较晚，自上世纪六十年代以来在国家政策引导下，逐步形成了相当规模的地下空间工程建设，但是由于缺乏合理规划等诸多因素的影响，目前利用率还较底，很难处理效益和功能之间的相互协调关系。随着我国城市化的进一步发展，对城市地下空间的规划、利用成为当前我国经济建设的一个重点。然而在城市地下空间的建设与利用过程中，存在很多法律问题，成为城市地下空间发展的绊脚石。本文以合肥市为例，试图研究相关问题并提出相应的对策。

一、合肥市地下空间建设与利用的必要性与现状

合肥市自十二五规划以来，拟打造区域性特大城市，正紧锣密鼓地规划城市各项建设。城市基础设施、公用设施的建设以及城市的开发建设都进入新一轮快速增长阶段；城市规模的扩大，加大了对城市空间资源的紧迫需求，大城市通病日益显现。一方面，合肥市机动车辆增长迅速，2012 年底已突破 100 万辆，大城市交通堵塞现象开始有所体现，尤其是老城区更为严重。另一方面，合肥核心地区和商业区域，因地价因素影响，开发强度和难度大、人流车流集聚、交通疏导不够，进而给自身及周边地区带来较大的交通压力。同时随着合肥市的发展，市民对城市的发

展也不断提出了更高的要求，如增加城市绿化及休闲娱乐空间、增加市民参加社会生活的空间、增加文化娱乐休闲等公益设施。城市重构与升级需要创新开发建设模式，地下空间开发利用成为解决城市问题很重要的一支助推剂，从而促进城市各系统协调发展。

城市地下空间的建设与利用已经成为当代城市建设世界性的发展趋势，成为衡量一个城市现代化的重要标志之一。目前，合肥已经具备大规模地下空间的开发利用契机，如表 1 所示，已形成多个地下空间布局。首先，合肥市轨道交通项目获得国家的批准，轨道 1 号线已经开工建设，2 号线、3 号线等在“十二五”期间也即将启动建设，依托城市轨道使得整个城市的地下空间综合利用成为现实，这也是国内外先进城市成功发展的经验。其次，在合肥市节约、集约利用土地试点城市背景下，主动式、积极地下空间建设与利用将成为普遍的共识，而地下空间的建设与利用将更加系统有序，进而使地下空间成为城市发展的第二空间。最后，安徽省、合肥市政府在政策上给予大力支持，《安徽省城乡规划条例》于 2011 年 3 月 1 日正式实施，条例规定了政府应当根据城市发展需要，创造性的编制城市地下空间建设与利用规划；城市地下空间的建设与利用应当服从规划管理，履行合法审批手续。合肥市已进入快速发展的新阶段，节约城市地面资源、优化城市功能、开发和利用地下空间资源、扩展城市的发展空间已成当务之急。

表 1 合肥市地下空间现状

地下空间	范 围
地下通道	车辆、人流密集地，如市府广场、逍遥津、金寨路中国科技大学、南七等地
地下停车场	如市府广场地下停车场、万达广场、天鹅湖畔小区及柏景湾等
地下商场	如淮河路步行街、三孝口 CBD 广场、三里庵国购广场等

合肥市轨道交通项目作为合肥市地下空间核心项目，目前 1 号线项目已经完全落实并在建设中，起点位于合肥火车站北天水路，以地下线沿新蚌埠路向南，经过北二环路，穿过合肥火车站沿胜利路、马鞍山路向南至望湖中路转向西，再向南沿佳洲路直穿高铁站，之后沿青海路、庐州大道、珠江路至徽州大道站。线路全长约 28.8km，全部为地下线。全线共设车站 26 座，全部为地下车站，工程总投资约 133.98 亿元。机电设备包含供电、信号、通信、火灾自动报警、通风空调、环境与设备综合监控、自动售检票、屏蔽门、电扶梯、门禁、综合监控等系统。轨道交通 2 号线工程建设也已箭在弦上，前期准备工作已全面展开。

二、合肥市地下空间建设与利用过程中的法律问题

1、立法层次相对较低、法律法规欠缺

2007 年颁布的《物权法》第一次在法律层面规定了空间使用权。第 136 条规定：“建设用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立。新设立的建设用地使用权，不得损害已设立的用益物权”。虽然该法 138 条还规定：“采取招标、拍卖、协议等出让方式设立建设用地使用权的，当事人应当采取书面形式订立建设用地使用权出让合同”，但对于地下空间权的明确规定尚缺。

从全国来看，我国地下空间建设与利用的法律、法规不够健全，更多的是以行业管理规章的形式出现，目前尚未出台由国家最高立法机关制定的相关法律及行政法规。同时涉及地下空间建设与利用的民事制度立法权属于全国人大，而地方立法机关则无权参与。尽管地方政府可以规定

有关土地产权的归属权限，但根据我国《立法法》规定，地方立法权受限，导致出现地下空间建设与利用民事基本权利的规定无效的难题，而国家建设部的《城市地下空间开发利用管理规定》，其本身综合内容也不够完备，缺乏对理论与实践结合的指导意义。[2]□ □

《安徽省城市地下空间开发利用规划编制审批办法》由于近期才开始实行，并不能评估其效果，但从合肥市目前已经出台的相关法律法规来看，主要针对城市地下空间防空规划、工程建设与利用、工程管理等问题，并没有涉及到或很少涉及到城市地下空间权的归属问题，同时尚未规定城市地下空间建设与利用领导机构，缺乏领导组织，也缺乏城市地下空间相关管理措施，在面临很多土地权等问题时显得力不从心，并不能适应合肥市地下空间建设与利用的现实需要。这里我结合我国目前大部分城市地下空间现状，并结合合肥市现状，概括导致合肥市地下空间建设与利用中存在法律问题。

首先，城市地下空间的开发处于比较混乱的状态，很多是各行业根据自身需求自行建设与利用地下空间，缺乏一个整体性和系统性；

其次，地下建筑的产权归属权问题不明确，很多投资者在建设地下建筑物之后拿不到产权证，这严重影响了投资者的某种积极性；

然后就是国有资产流失问题，由于前面说的现行法律尚未对地下空间权作出一个明确规定，政府缺乏一个法律依据针对投资商在城市国有土地建设与利用地下空间时如何收取土地资金，这就很容易造成构建地下空间时的土地使用资金转让不明的问题。

2、地下空间法律部门协调管理欠缺

地下空间建设与利用的行政管理由于不是全国人大制定的法律或者得到国务院行政法规的授权，因此各地区及各部门的行政管理法律在实践中不能得到相关部门的认同，这就出现各部门之间协调管理出现问题，这种多方管理以及不同认知度会给投资者带来了很多的困难，比如“产权证”的归属及发放问题、 “使用证”与“产权证”之间的关系问题、抵押贷款问题是否能够得到相关金融部门的认可等，这些问题都在很大程度上影响和阻碍着城市地下空间的开发。[3]□ □

合肥市轨道交通建设是发展合肥经济的重点项目之一，其项目建设也是重中之重，但由于各部门之间的协调不通问题，使得地下空间法律规制得不到有效执行，很多有效法律举措在某个部门通过，但在其他部门得到否决，这不仅大大增加了地下空间建设与利用的周期，也降低了政府处理地下空间问题的效率。同时各个部门之间的不协调也促使了多个法律体系的形成。法律是一个大整体，需要多个法律体系的结合才能不断完善和提升。如有些规定由于没有得到民事基本法律加以界定和规范，也就得不到民事基本法律的维护。如地下空间或者人防工程的“产权证”问题，对于投资者而言，他们很可能因为无法取得能够证明其权利的产权归属凭证而影响投资热情，此外也会产生一系列的不良后果，如对租赁、拍卖、抵押、销售、转让、贷款过程中出现的问题相互推卸等现象，这就说明各个部门之间的法律需要协调共同作用才能促进城市地下空间的发展，单方面的法律实行、多种法律体系的冲突都不能促进地下空间的建设，甚至会抑制地下空间的建设与利用。

3、地下空间损失与风险法律补偿机制欠缺

合肥市轨道交通规划在 2020 年前建设 6 条线路约 181km，轨道交通地下空间的建设必然要牺牲很大一部分建筑物，这部分建筑物可能属于国家、个人或者其他单位，而目前面临的一个重要问题就是国家在大力建设地下空间的同时，给本属于该区域土地范围的建筑物或者土地所有者带来了损失，但从目前来看，政府对于这种损失的处理依据还不够完善，缺乏一个合理有效的损失补偿机制。从补偿对象来说，城市地下空间利用的损失补偿对象主要有地下空间、土地空间利

用阻碍、残地与物件转移等。目前很多发达国家都将地下空间、土地空间利用阻碍、残地和物件转移作为损失补偿的对象，这在城市地下空间建设和利用较为成熟的国家和地区都没什么疑问。[4]但在我国目前的实践中，这些都不属于损失补偿对象的范畴，合肥市目前也一样。合肥市目前对地下空间损失补偿的处理不够详细，损失补偿对象与补偿方式都尚未健全。很多为了公共利益使用地下空间，却对具有使用权的所有者因地表利用造成阻碍、因征收或使用某块土地的一部分而造成残地价格下跌或与残地相关的损失、转移原有物件产生的损失没有得到合理的补偿。

另外一个方面就是地下空间建成以后的风险问题。特别是合肥市轨道交通建成之后，地下空间有个重要的特点就是人流量很大，轨道交通更不用说，这也对地下空间的安全性要求很高。但从目前我国地下空间安全问题看来，仍然存在很多安全性问题，如地下公共场所的氡浓度普遍较高，合肥市南七地下通道环境破旧、污染严重。同时还有地下空间质量问题，如地下空间坍塌等。从合肥市目前来看，环保部门只管外面的环境问题，卫生部门只负责对地下空间的卫生质量标准审查，人防部门只负责人防工程的指导，这实际上并没有一个明确的政府行政管理部门负责地下空间环境与质量的管理。也就是到目前为止，没有一个部门发布有关地下空间环境质量的监测报告。同时合肥市政府目前还没有出台一个专门针对地下公共空间风险防范的标准，大部分都是参照建筑行业标准规范去执行，这种执行力度与效率有待商榷。

三、合肥市地下空间建设与利用中的法律对策

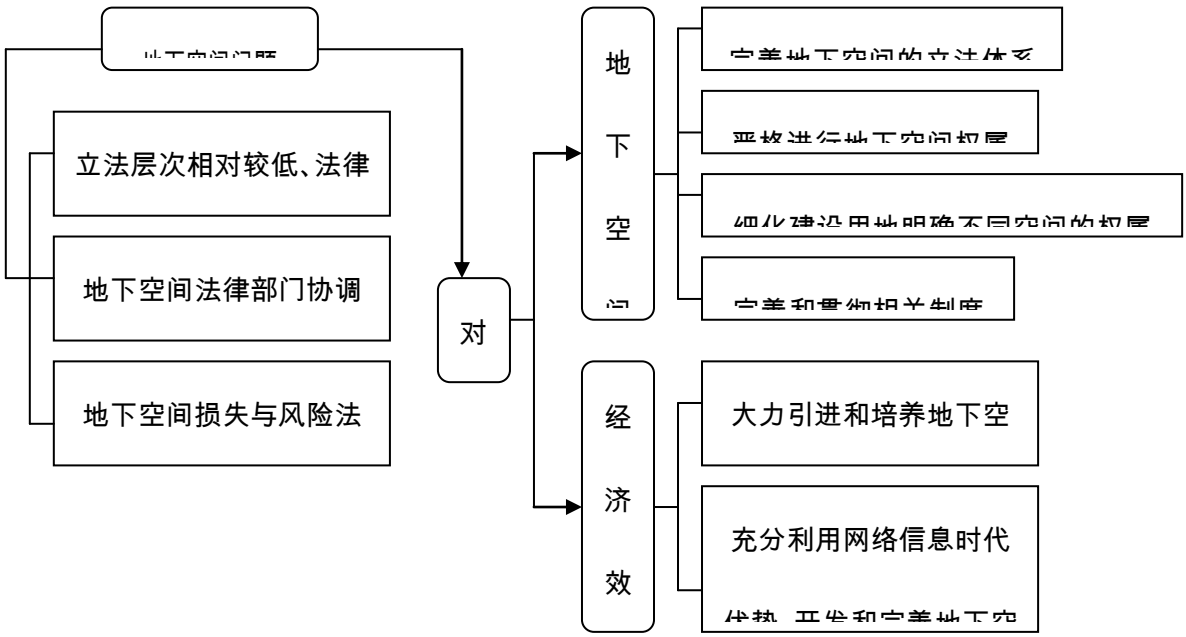


图 1 合肥市地下空间建设与利用中的法律问题与对策框架

现阶段合肥市轨道交通建设，在建成之际急需法律法规以及技术标准的保障。应当尽快制定规范合肥市轨道交通规划、建设与运营的法律法规，完善相关行业标准和规章，要深入研究合肥市轨道交通系统的特点，不断完善相关的规划管理体系，厘清各个规划之间的关系，从而保障城市轨道交通规划的科学性、灵活性、稳定性和可实施性。

目前，我国城市地下空间相关的法律体系主要包括《物权法》、《城乡规划法》、《土地管理法》、

《人民防空法》，这四项法规体系之间缺乏相互联系，各部门之间缺乏协调，这使得各部门对城市地下空间的认识不够。本文拟从两个大方面来探索合肥市地下空间建设与利用中的法律问题对策，一个是完善合肥市地下空间权立法模式；另一个是经济效用角度来分析，如图 1 所示。

1、完善合肥市地下空间权立法模式

合肥市地下空间权目前主要存在四个主要问题：地下空间权主体难以确立、地下空间权使用者客体难以确立、地下空间权事后可以独立使用、地下空间权的物权登记缺乏规范。本文从以下四个方面出发研究此问题。

（1）修改完善相关地下空间的立法体系。对于地下空间立法体系的完善，主要是针对建设用地为主的用益物权，以及与其相关的地下空间地役权、相邻权、优先权以及地下空间土地出让权等。地下空间权的立法体系要与地上空间结合起来才能有效进行，也就是说必须在《物权法》等相关法律完善基础之上，将建筑空间的设计与内部空间的分配结合在一起进行研究。只有这样才能真正对其他空间利用相关的权利进行明确的规定，通过各个部门之间的协调沟通，从而确立一个完整有效的立法体系。

（2）严格进行地下空间权属的确认。合肥市目前对于地下空间权属大部分参照房地产行业规范来执行，这就使得地下空间所有人存在顾虑，造成很多投资人不愿意协助地下空间建设工作。因此，合肥市相关部分应当对地下空间权进行详细而具体的规定，明确合肥市地下空间建设与利用过程中关于地下空间权的归属，消除地下空间所有人的疑虑，从而推动合肥市土地空间资源的综合开发与利用。

（3）通过细化建设用地明确不同空间的权属。不同地下空间的权属需要细化才能明确地下空间权属。例如当进行南七地下空间利用的时候，我们就需要根据不同的用途来进行空间的区分，如裴亚洲所说“不妨从三维的角度进行设置，然后进行建设用地使用权的划分。谈到区分，说明了复合土地这一概念，也就是说，空间是一种单独存在的物，在物权法中提到了建设用地使用权与空间利用权之间的关系。”[5]

（4）相关机构应当完善和贯彻相关制度。建立和完善物权登记制度，不仅保证空间权的流转得到有序高效的进行，也保证了不同空间权属分配得以执行。一方面，地下空间其实是依附于土地上下的，自从被独立出来以后，很多城市为了节约立法成本，将空间及其建筑物的登记方式与土地及其建筑物的登记方式归为同一类，这是不尽合理的，应当明确地下空间相适应的立法制度。另一方面，在进行方案设计的时候，要充分设计土地权属的分配方案，同时，对于土地空间开发的项目审批，也要必须遵循有关土地空间权的规定。在工程进入完结阶段时，必须严格执行相应的专项检查以及工程任务完成之后的验收工作。从项目开始到后期验收，地下空间建设过程中每一个环节都必须得到规范，这样才能让地下空间权的立法模式得以完善。

2、经济效应角度的合肥市立法空间协助

（1）大力引进和培养地下空间综合性人才和试点基地。合肥市目前已开始轨道交通一号线的建设，二号线也在规划设计之中，而轨道交通地下空间的建设涉及到很多学科知识的综合，包括地理学、经济学、管理学、法学、环境学、建筑学等。它涉及到的范围是非常广泛的，这就需要多学科的综合利用才能不断完善和进步，同时地下空间的管理工作也是异常复杂的，需要专业的技术人才来协调管理。因此，需要不断引进和培养“地理学+经济学+管理学+法学+环境学+建筑学”背景的专业复合型人才。另一方面，合肥市轨道交通地下空间的建设与利用是一项复杂同时具有风险的项目，因此合肥市在开展地下空间工作时，可以与科研机构、企业等合作，构建地下空间试点区域或者基地，不断试点和完善地下空间的建设模式、法律界定等问题。

（2）充分利用网络信息时代优势，开发和完善地下空间信息系统。信息技术并不是网络行业所特有的，地下空间的建设与利用也离不开信息技术的支持。通过完善合肥市地下空间信息系统，一方面可以大力引进更多的投资商进行地下空间的投资，为合肥市创造更多的经济效应；另一方面，信息系统的构建可以做到很好的风险预警作用，特别是高技术下的轨道交通运行，在面临地下空间风险时，信息技术可以以最快的速度预警，做到损失最小化，同时可以实时监控地下空间从初期建设到后期使用过程中的违法行为，促进和维护地下空间的协调发展。

四、结论

本文首先从地理学角度介绍地下空间的概念、作用；其次针对合肥市现状特别是轨道交通建设阐述合肥市地下空间建设的必要性以及现状；然后从立法层次相对较低以及法律法规欠缺、地下空间法律部门协调管理欠缺、地下空间损失与风险法律补偿机制欠缺三个主要方面探讨合肥市地下空间建设与利用过程中的法律问题；最后针对合肥市地下空间建设与利用中涉及到的法律问题，从完善合肥市地下空间权立法模式和经济效应角度的合肥市立法空间协助两个方面给出对策，对促进合肥市地下空间的建设与发展具有积极的意义。

注　释

1、唐立达《“城市地下空间”研究文献述评》[J]，《四川工程职业技术学院学报》2011 年第 3 期，第 48-53 页。

2、翁里、王梦茹《城市地下空间开发之立法初探》[J]，《行政与法》，2010 年第 4，第 66-69 页。

3、耿永常、孙玉兴《城市地下空间开发管理的若干问题探讨》[J]，《上海市地下空间综合管理学术论文集》2006 年版，第 38-40 页。

4、肖军《论城市地下空间利用的损失补偿对象》[J]，《中国地质大学学报（社会科学版）》，2008 年第 3 期，第 20-23 页。

5、裴亚洲、陈柏桥《经济学视角下的地下空间权的探讨》[J]，《生产力研究》2011 年第期，第 19-21 页。

浅析股东资格的确认标准

安徽弘大律师事务所　蒋祥爱 陈多

摘　要：股东资格确认也即股权确认，是公司法实务中较为常见的问题。股东资格的确认，对当事人是否为公司股东，是否享有公司股东权益或承担公司的股东责任具有关键意义。虽然《公司法》规定，股东名册的记载作为在公司内部确认股东资格的判断标准，但这并未解决实务所面临的许多具体问题，本文就股东资格的确认标准作了简单分析。

关键词：股东资格　标准　认定　确认

股东资格确认也即股权确认，是公司法实务中较为常见的问题。股东资格的确定，对当事人是否为公司股东，是否享有公司股东权益或承担公司的股东责任具有关键意义。当前发生与公司股权相关的民商事案件中，许多都涉及到股东资格的确认。

认定股东资格首先需要明确股东资格的条件和标准。从《公司法》有关规定看，取得股东资格需要具备的条件包括实质条件和形式条件两个方面。实质条件是股东出资；公司作为资本型企业，股东出资是其成立的基础，因此，股东之于公司出资是取得股东资格的基础条件。形式条件是指股东资格为他人所认知和识别的形式，包括公司章程的记载、股东名册的记载、公司登记机关的登记、公司发给股东出资证明书等。根据我国现行《公司法》，股东名册的记载作为在公司内部确认股东资格的判断标准，但这并未解决实务所面临的许多具体问题。因为股东名册虽然是公司法明确要求公司必须置备的法律文件，但是目前很多中小企业事实上并未置备，加之公司法对股东名册的产生、保管、变更并无严格的形式要件要求，使得股东名册无法在公司内部起到证明股东资格的作用。本文就股东资格的确认标准简单做如下分析。

一、结合股东应具备的基本特征，对股东资格的确认一般考虑如下因素

（一）签署公司章程并被记载为股东对股东资格的认定具有决定性的意义

公司章程的签署，是行为人设立公司并加入公司及公司（或其他股东）同意其入股的意思表示，也是其有成为公司股东的真实意思表示。行为人签署并经工商登记的公司章程对内是确定股东及其权利义务的主要根据，具有对抗股东之间其他约定的效力；对外具有公示的效力，是相对人据以判断公司股东的依据。因此，行为人签署公司章程对第三人认定其股东资格具有决定性的意义；只要没有相反证据予以推翻，凭此善意第三人就可以认定行为人具有股东资格。

（二）在股东名册中记载为股东具有确定股东资格的推定力

从《公司法 》第 33 条第 2 款的规定可以看出，将股东记载于股东名册是公司的义务。一些学者认为，公司股东名册的登记属于设权性登记，笔者并不赞成这种观点，因为现实中大量存在公司履行义务不当的情况，因此，股东名册的记载具有权利推定力，即虽不是确定股东权利所在的根据，却是确定谁可以无举证地主张股东形式上资格的依据；未记载于股东名册，并不能产生剥夺股东资格的效力，而公司或者其他主体否认股东名册记载者的股东身份应承担提供反驳证据的举证责任。

（三）在登记管理机关登记为股东在股东资格认定时具有公示力

按我国法律规定，公司成立必须经由工商管理部门登记。笔者以为，我国《公司法》并未明确将投资人姓名或者名称作为设立有限责任公司的必备条件，只是要求股东（或发起人）的人数和出资符合法律的要求。因此，这种登记事项并无设权性效果，其本质上属于证权性登记，只具有对善意第三人宣示股东资格的证权功能。登记管理机关对公司股东的登记材料可以作为证明股东资格并对抗第三人的表面证据，相反，第三人也有权信赖登记材料的真实性，即使登记有瑕疵，按照商法外观主义原则，第三人仍可认为登记是真实的，并要求所登记的股东按登记的内容对外承担责任。因此，工商登记可以被视为证明股东资格并对抗第三人的表面证据，但不具有股东资格创设性效果。

（四）出资证明书对股东资格认定具有推定力

出资证明书，又称持股证明，是指有限责任公司签发的出资证明文件。出资证明书是表现有限责任公司股东地位或者股东权益的一种要式证券。根据《公司法》第三十条，有限责任公司应当按照下列情形向股东签发出资证明书：第一，向股东签发出资证明书必须于公司成立后才能进行。第二，出资证明书所载事项必须符合《公司法》的规定。第三，公司的出资证明书必须加盖公司的印章。公司的出资证明书没有加盖公司的印章不具有法律效力，即不受法律的保护。

《公司法》之所以规定出资证明书加盖公司印章，一方面表明股东已经向公司缴纳了出资，公司的股东权益一旦被侵犯即受法律的保护；另一方面也证明公司收到了股东所缴纳的财产，这就要求公司必须履行自己的义务即将出资人在股东名册和公司章程中作记载。因此，有限责任公司的出资证明书类似于股份有限公司的股票，其作为出资凭证也应当具有推定股东资格的证明效力。

（五）实际出资并不当然具有股东资格

笔者以为，并不是任何向公司（设立中公司）投入资金的人都可以成为有限责任公司股东。在投资人出资后，可能存在诸多阻碍其成为股东的事由，如投资人在公司成立前撤回出资、公司因各种原因最终未能成立、其他股东不认可等；其次，根据我国《公司法》对缴纳出资与股东资格取得之关系，并未作出明确的规定：一方面并没有明确规定取得股东资格必须向公司实际出资；另一方面从《公司法》条文分析，股东瑕疵出资并不必然产生否定其股东资格的后果，只会导致相应的法律责任的产生，依照《公司法》的规定，未依章程规定出资的股东应当对公司承担差额补缴责任，公司设立时的其他股东承担连带责任。可见我国《公司法》并未规定股东瑕疵出资可以成为否定其股东资格的法定理由。第三，从对外关系的角度看，是否实际出资显然不影响股东资格的认定，因为公司债权人或者公司及股东以外的其他第三人显然没有法律上的义务去了解股东是否已经对公司实际出资，事实上第三人在客观上也无法进行调查。履行出资义务的行为实际是股东对公司履行义务，应当是先有股东资格，后有出资义务，因此，股东未实际出资并不必然否定其股东资格，同时，也不能简单地认定实际出资者就是股东。有出资行为的，应结合其是否在公司章程中签字或实际行使了股东权利等进行股东资格认定。

（六）不能仅以实际享有股东权利认定股东资格

享有股东权利是取得股东资格的结果，而不是取得股东资格的条件或者原因。简单地从这个角度看，以享有股东权利为由主张股东资格是不能支持的。认为没有实际享有股东权利的就不是股东也不恰当，因为被公司不当剥夺或限制股东权利的股东和不召开股东会、不分配利润的家族性公司，客观上都是大量存在的。

二、出资瑕疵情形中的股东资格认定

出资瑕疵主要是指具有虚假出资、抽逃出资或出资不实的行为，或公司成立后需要履行出资填补义务的情况，根据公司法的有关规定，可以分别不同的情形来作出认定。

其一，出资瑕疵严重，导致公司设立无效的情形。如按照《公司法》199 条规定，具有虚报注册资本等行为，情节严重，导致撤销公司登记或者吊销营业执照的后果，使公司解散，法人地位消灭的，股东资格也丧失存在前提，因此，可以认定股东资格亦随公司法人资格的消灭而不复存在。

其二，存在出资瑕疵，但并未达到公司设立无效的程度，即使股东出资完全是虚假的或股东出资后又抽逃了全部出资，只要其仍然具备取得股东资格的形式要件，包括股东姓名或名称已为公司章程或股东名册所记载，或需要进行工商登记的已履行了相应的登记手续，应当认定瑕疵行为人具有股东资格。

三、瑕疵股权转让中的股东资格认定

这里所谓瑕疵股权，是指存在着出资瑕疵的股权。瑕疵股权转让即股东将瑕疵股权已转让给他人的情形。根据前述对出资存在瑕疵的股东资格认定的处理原则，既然对存在出资瑕疵的股东可以认定其具有股东资格，同理，股东转让瑕疵股权的行为只要不存在其他的无效因素，也应当认定为有效。沿循这一思路，进而可以得出股权受让人取得股东资格并可以依法行使股权的结论。因此，瑕疵股权转让中只存在瑕疵行为人如何弥补瑕疵和承担相应的责任问题。

四、存在隐名出资人情形中的股东资格认定

隐名出资人在实践中又称隐名股东，是指公司中不具备股东资格的形式要件的实际出资人。实践中，隐名出资人虽然向公司实际投资，但在公司章程、股东名册和工商登记等公示文件中却将出资人记载为他人。因此，公司存在隐名出资人就必然还伴随另一相对主体的存在，即显名股东(也称名义出资人)。对于隐名投资中股东身份的认定，我国学界存在三种不同的观点：一为“形式说”，即坚持外观主义、公示公信原则，根据公司股东名册、公司章程、公司工商登记材料等显性证据的记载作为股东资格的认定标准，主张以名义股东为法律股东并否认隐名投资人的股东资格，籍以保护善意第三人利益，维护交易安全和交易效率；二为“实质说”，即以意思自治、契约自由为理论基础，认为股东名册、公司章程、工商登记等显性材料仅具证权功能，并无设权效力，对股东资格的认定应探求与公司构建股东关系的真意，不以外在表现形式作为判断股东资格的基础，主张将实际出资的隐名投资人视为股东；三为“折衷说”，认为对于隐名股东资格的认定不能以“形式”或者“实质”一概论之，应区分对内对外两个层面区别对待，并坚持“双重标准、内外有别”的原则：在涉及公司外部事务时，出于对善意第三人利益的保护和经济秩序的维护，应优先考虑形式上的外观主义，特殊情况下考虑实质要件；在处理公司内部纠纷时，通常应充分尊重实际出资人和名义股东的意思自治，优先考虑实质要件，特殊情况下考虑形式要件。

笔者以为，由于隐名投资的成因与类型复杂多样，相比较而言，“折衷说”更符合价值判断的原则，因此，对隐名股东资格的认定，不能一概而论，应区别对待，并坚持“双重标准，内外有别”原则。1、在处理公司内部关系引发的纠纷时，应遵循“契约自由、意思自治原则”。因为就公司内部而言，这种契约并不涉及公司以外的第三人利益，其改变的仅仅是该公司股东的权利义务分配而已。因此，只要该契约建立在双方合意和善意的基础上，就应确认该契约的法律效力，从而确认其隐名股东资格。2、在处理公司与第三人交易等外部法律关系时，则应遵循公示主义原则和外观主义原则，维护交易秩序和安全，保护善意第三人利益。3、在显名股东与隐名投资者

间的隐名投资协议，根据合同相对性原理，本身不对合同外当事人发生效力，他们之间一旦发生纠纷则应当依据当事人双方的真实意思表示认定二者之间的法律关系，如果双方在出资时约定明确，只要其约定不违反法律强制性规定，则按照双方的约定确定二者的权利义务关系；没有约定的，视举证情况确定双方的权利义务。对此，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国公司法>若干问题的规定（三）》也采取了相同的价值判断标准，其第 23 条、第 25 条、第 26 条、第 27 条的规定都体现了该价值判断原则。

五、结语

因为有限责任公司具有很强的人合性特征，所以，公司（所有股东）对股东身份的认可是确定股东资格或者说股东权归属的标志，而证明公司认可的关键性证据是公司登记文件、章程和股东名册记载和出资证明书等。被记载于公司登记文件、章程和股东名册和持有出资证明书的当事人应推定为具备股东资格，其是否履行了出资义务不影响股东身份的认定。而实际出资和行使过股东权利等只能作为认定当事人具有股东资格的证据，在股东资格认定上不具有决定意义。笔者以为，以任一单一标准确定有限责任公司股东的资格都有一定的缺陷，因此，确认股东资格应当综合考虑多种因素，在具体案件中，按照争议当事人的身份、对抗的相对人、当事人具体实施民事行为的真实意思表示等，来选择确认股东资格适用的标准。

参考文献

1、赵旭东《公司法学》，高等教育出版社 2003 年版。

2、蒋大兴《公司法律报告》，中信出版社 2003 年版。

3、刘俊海《股份有限公司股东权的保护》（修订版），法律出版社 2004 年版。

4、赵旭东《新公司法制度设计》，法律出版社 2006 年版。

5、奚晓明主编、最高人民法院民事审判第二庭编《民商事审判指导》，人民法院出版社 2006 年版。

6、奚晓明、金剑锋《公司诉讼的理论与实务问题研究》，人民法院出版社 2008 年版。

7、吴庆宝《公司纠纷裁判标准规范》人民法院出版社 2009 年版。

8、奚晓明主编、最高人民法院民事审判第二庭编：《最高人民法院关于公司法解释（三）清算纪要理解与适用》，人民法院出版社 2011 年版。

论在先企业名称权与在后注册商标专用权冲突问题

安徽众佳律师事务所　项多章

摘　要：企业名称和商标在宣传商品或（和）服务的来源方面具有类似的功能，司法实践中企业名称和注册商标两种权利冲突也较为常见，本文通过对作者代理的一起在先企业名称权与在后注册商标专用权的冲突类型案件的解析，深入总结了在先企业名称权与在后注册商标权的冲突类型、处理和预防。

关键词：企业名称权　商标专用权　权利冲突　冲突处理　冲突预防

[基本案情]

安徽省铜陵市凯伦西餐厅（简称铜陵凯伦西餐厅）成立于 2003 年 4 月 9 日，经营范围为咖啡、西餐、茗茶，经营期限自 2003 年 4 月 9 日至 2023 年 4 月 8 日，登记机关为铜陵市工商行政管理局。铜陵凯伦西餐厅于经营期间在二楼店面门头的黄色面板上醒目写有“KARENCOFFEE 凯伦咖啡”字样，其经营使用的用具上印有“凯伦咖啡会所、Coffee”等字样。辽宁省营口市凯伦咖啡娱乐有限公司（简称营口凯伦公司）于 2001 年成立并以“凯伦”咖啡作为企业名称。2004 年向国家商标局申请注册“凯倫”商标，商标局颁发第 3240219 号商标注册证书，核定服务项目为第 43 类：咖啡馆、餐馆、酒吧、茶馆等。商标有效期限自 2004 年 1 月 14 日至 2014 年 1 月 13 日。营口凯伦公司认为，铜陵凯伦西餐厅未经许可擅自以“凯伦”作为企业名称经营西餐、酒吧等与营口凯伦公司相似的经营项目，侵犯了其注册商标专用权，遂诉至安徽省合肥市中级人民法院，请求判令铜陵凯伦西餐厅停止侵权、赔偿经济损失以及认定“凯倫”为驰名商标。作者代表铜陵凯伦西餐厅答辩认为，首先，铜陵凯伦西餐厅 2003 年 3 月即在安徽省铜陵市申请“铜陵市凯伦西餐厅”的企业名称并依法被核准注册，至此，铜陵凯伦西餐厅依法完全拥有该名称的使用权，并在区域内具有排他性，任何包括商标使用权在内的其他权利的行使都不能侵犯该名称权。而营口凯伦公司的“凯倫”商标和营口凯伦咖啡食品有限公司的“凯伦”商标（本诉讼前营口凯伦公司受让了“凯伦”商标）分别注册于 2004 年 1 月和 2010 年 8 月，显然铜陵凯伦西餐厅名称注册在先，营口凯伦公司和营口凯伦咖啡食品有限公司注册商标在后。所以，铜陵凯伦西餐厅具有名称在先使用权。其次，“凯倫”商标非驰名商标，在铜陵不为消费者知悉，没有知名度和影响力，而铜陵凯伦西餐厅仅仅在铜陵经营，因此不会引起消费者误解和混淆。其三，铜陵凯伦西餐厅自成立至今一直在使用含有“凯伦”字号的简称，这本身就是名称权的表现，且具有连续性，没有任何利用、攀附“凯倫”商标误导消费者的主观故意和客观条件。其四，企业名称权是一种区域性的权利。在登记区域内具有排他性，而不同的登记区域的企业名称是可以并行不悖的，不存在在先使用和相互冲突的问题。因此营口凯伦公司也不能因 2001 年在商标注册前开始使用“凯伦”字号的名称来否定铜陵凯伦西餐厅名称在先使用权。其五，“凯倫”商标不符合《商标法》第十四条规定认定驰名商标的五大实质要件，且作为跨类别的食品商标，没有必要进行司法认定驰名商标。综上五点，营口凯伦公司起诉铜陵凯伦西餐厅没有任何的事实和法律依据，法庭理应驳回营口凯伦公司的诉讼请求。

安徽省合肥市中级人民法院经审理认为，尽管铜陵凯伦西餐厅自 2003 年 4 月始享有对现有

名称的使用权，但其在使用该名称及字号时应依法规范使用，其在店面门头上使用“凯伦咖啡”以及在纸巾上使用“凯伦咖啡西餐”等情节不属于《企业名称登记管理规定》规定的“从事商业、公共饮食、服务等行业的企业名称牌匾可适当简化”的情形，故不属于规范使用。从该使用的形式和内容看，虽上述文字是“凯伦咖啡”和“凯伦咖啡西餐”等文字组合，但“凯伦”两字是词组中的核心文字，属于对“凯伦”文字的突出使用，意在宣示其服务的来源或标识，起到商标的功能，“凯伦”字号与注册商标“凯倫”相比，字体虽不同，但两者的字义及读音完全相同。因此，凯伦西餐厅将“凯伦”作为商标使用的行为属于在类似商品上使用与注册商标相近似的商标，构成侵犯注册商标专用权，适当赔偿营口凯伦公司损失。故安徽省合肥市中级人民法院判决：铜陵凯伦西餐厅规范使用其企业名称中的“凯伦”字号；铜陵凯伦西餐厅赔偿营口凯伦公司经济损失 3 万元；驳回营口凯伦公司的其他诉讼请求。

为此，当事人都不服，遂提出上诉，安徽省高级人民法院经审理认为，本案的焦点是铜陵凯伦西餐厅将其登记在先的企业名称中的字号“凯伦”使用在门头招牌及经营服务用具上的行为，是否构成对营口凯伦公司在后注册商标专用权的侵犯。最高人民法院《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第一条第一项虽将与他人注册商标相同或者相近似的文字作为企业的字号在相同或者类似商品上突出使用，容易使相关公众产生误认的行为认定为侵犯注册商标专用权的行为，但这里所指的企业字号是指登记在后的企业字号（相对于商标注册时间而言）。铜陵凯伦西餐厅登记于 2003 年 4 月，营口凯伦公司的“凯倫”商标核准注册日为 2004 年 1 月。“凯伦”字号权和“凯倫”注册商标专用权都是经合法程序获得的权利，“凯伦”字号权的设立时间早于“凯倫”注册商标，铜陵凯伦西餐厅的在先权利依法应受保护。字号和商标在市场经济中具有重要的识别功能，享有较高信誉的商标或字号在社会公众的消费选择中起到重要的作用。商标权利人和企业名称权人在各自行使权利时，不得使相关公众对冲突双方提供的商品或服务来源产生误认。铜陵凯伦西餐厅对其企业名称中的“凯伦”字号享有合法的在先权，其自登记成立之日起将“凯伦”字号登记为企业字号并在经营场所内使用时，营口凯伦公司的“凯倫”商标尚未注册，更无知名度，铜陵凯伦西餐厅设立、使用“凯伦”字号是善意的，并无证据证明存在误导公众的恶意及攀附、搭便车情形。根据《企业名称登记管理规定》第二十条的规定，特定的行业如餐饮服务行业允许在诚实信用的前提下，依法适当在牌匾上简化使用企业名称。铜陵凯伦西餐厅虽然在店面门头的牌匾使用“凯伦咖啡”字样、在用具上使用“凯伦咖啡西餐”字样，但其自 2003 年 4 月核准登记以来，一直在使用含有“凯伦”字号的“凯伦咖啡”或“凯伦咖啡西餐”简称，铜陵凯伦西餐厅使用“凯伦”字号具有持续性和合法性。同时，铜陵凯伦西餐厅的营业场所仅在安徽铜陵地区，营口凯伦公司在安徽铜陵并无经营场所，咖啡、餐饮行业的特性，决定了其具有区域性，因此，铜陵凯伦西餐厅对其字号“凯伦”的使用没有明显的不正当竞争意图，也没有对相关公众造成混淆误认的后果。因此，铜陵凯伦西餐厅对“凯伦”字号享有在先的合法权益，并不构成对营口凯伦公司的“凯倫”注册商标专用权的侵犯。营口凯伦公司以在后取得的注册商标专用权禁止铜陵凯伦西餐厅在先取得的企业名称（字号）在核准的地域和行业中合理使用，缺乏法律依据。故安徽省高级人民法院采纳了作者的代理意见，终审判决：撤销原判，驳回营口凯伦公司的诉讼请求。

[法理评析]

一、企业名称权和注册商标权及其冲突的原因

企业名称权和商标权同属知识产权项下的识别性标志权。企业名称由行政区划、字号、行业经营特点、组织形式四个部分依次组成，其中字号是核心，具有显著的识别和区分作用，企业名

称权是一种独占性权利，受《民法通则》、《反不正当竞争法》、《企业法人登记管理条例》、《企业名称登记管理规定》等法律法规的保护，除企业自身外，其他企业未经权利人许可不得使用该名称，否则构成侵权。但是，作为标志权，显然缺乏系统的、统一的知识产权法的保护。注册商标是识别某商品、服务或与其相关具体个人或企业的显著标志，注册商标专用权受《商标法》等法律法规的保护。企业名称和商标在宣传商品来源方面具有类似的功能，因而基于企业名称和注册商标而产生的权利在实践中的冲突在所难免。

但造成冲突的主要客观原因在于我国目前对企业名称与商标的注册登记管理分属两个系统：商标是由国家商标局统一实行全国集中核定注册的，企业字号是分别由县级（含）以上工商行政管理局登记注册的，国家商标局与地方工商局之间难以实现信息资源共享，也无法进行交叉检索。

二、企业名称权和注册商标权之间产生冲突的表现形式

企业名称与注册商标自身产生的冲突，可以归纳为二种类型：

（一）在后企业名称与在先注册商标的冲突

对于这种冲突，《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 1 条第一项已经给出了明确的处理原则，即以“突出使用”和容易使人产生“误认”为条件。这类冲突的代表性案例如上海克莉丝汀食品有限公司诉苏州市克莉丝汀食品有限公司等商标侵权纠纷一案。该案中，被告将其企业名称变更为包含原告的注册商标“克莉丝汀”字样的新名称，并在经营活动中突出使用“克莉丝汀”，使相关公众产生混淆，最终被判侵权。

（二）在先企业名称与在后注册商标的冲突

显然，本文作者代理的案例就是此种权利冲突的类型。由于造成此种冲突客观成因的存在，商标局在商标初审中并不主动审查申请注册的商标有否与在先企业名称权发生冲突，故存在大量与他人企业名称中字号相同或近似的商标被公告的情况，使得通过注册程序，“合法”使用他人字号的行为大量涌现。这种冲突判断的标准主要是《商标法》第九条规定：申请注册的商标不得与他人在先取得的合法权利相冲突。《最高人民法院关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件若干问题的规定》第一条规定：原告以他人注册商标使用的文字、图形等侵犯其著作权、外观设计专利权、企业名称权等在先权利为由提起诉讼，符合民事诉讼法第一百零八条规定的，人民法院应当受理。保护在先权利原则是规制企业名称权与商标权冲突的首要原则，同时遵循诚实信用和禁止混淆原则。本文案例就是安徽省高级人民法院以此解决在先企业名称与在后注册商标冲突的成功典范。

三、在先企业名称权和在后注册商标权利冲突的处理

（一）辨析类似商品或（和）服务是基础

根据《商标法》第 52 条第 1 款和《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 1 条第一项的规定，企业名称权要构成对注册商标权的侵犯，必须是在同种或类似商品上使用。因此，同种或类似商品的判断，成为裁判此类案件的基础工作。类似商品，依据《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 11 条的规定，是指在功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等方面相同，或者相关公众一般认为其存在特定联系、容易造成混淆的商品。例如本案中，铜陵凯伦西餐厅经营范围包括咖啡类产品和服务，而营口凯伦公司“凯倫”注册商标也是注册在咖啡类产品和服务上，故两者在功能、用途、消费对象等方面是相同的，相关公众会认为两者存在特定联系并造成混淆。由此得出结论，两种商品构成同

种类似商品。

（二）坚持“三原则”是关键

经过类似商品的判断之后，如果判明不属同种或类似商品，即可确定侵权不成立， 如果判明属于同种或类似商品，就要通过“三原则”来解决，且统筹兼顾，综合运用。

1、坚持保护在先权利的首要原则。我国《商标法》第 31 条规定，申请商标注册不得损害他人现有的在先权利。这里的在先权利一般理解为在系争商标申请注册日之前已经取得的，除商标权以外的其他权利，包括企业名称权、著作权、外观设计专利权、姓名权、肖像权等。其中，将与他人在先登记、使用的字号相同或者近似的文字申请注册为商标，容易导致相关公众混淆，致使在先权利人的利益可能遭受损害的，构成对他人在先字号权的侵犯，争议商标应当不予核准注册或者予以撤销。由此可见，当企业名称权构成对注册商标权的在先权利时，可以使后者权利状态失去稳定，成为撤销后者的原因（商标注册满 5 年除外），当然更可以成为应对商标侵权指控的抗辩事由。

2、坚持诚实信用原则。诚实信用原则是认定行使商标专用权权与企业名称权的行为是否构成不正当竞争的需要，是解决此种冲突的依据和灵魂，而坚持诚实信用原则，就是要审查权利人是否遵循公平竞争原则，是否不正当利用他人的商誉进行竞争。因此，诚信考察作为分析解决此种冲突的一个重要参考。

3、坚持禁止混淆原则。禁止混淆原则就是要求商标权利人和企业名称权人在各自行使权利时，不得使相关公众对冲突双方提供的商品或者服务来源产生误认。无论是商标注册审查中对商标本身显著性和识别性的要求，在企业名称登记时对企业名称之间存在相同或相似情况的禁止，还是在商标权与企业名称权冲突场合侵权的认定，都要遵循禁止混淆原则。判断混淆需综合考虑但不限于以下因素：

首先，应以普通消费者的一般注意力作为评判标准。必须置身于普通消费者的一般注意力角度进行判断。一般注意力可能因人、因物和因时的不同而不同。同时，由于普通消费者通常是基于对商标、企业名称的总体印象进行采购，一般不会顾及他们的细微差别，故应采用隔离观察比较和整体观察比较的方法进行判断混淆的可能。

其次，应考虑商标和企业名称本身的知名度。一般来说，商标、字号的知名度越高，他人攀附和利用的可能性就越大，被混淆或误认的可能性也越大。同时要注意知名度的地域性和市场因素的影响。

其三，应考虑商标与字号的文字相同或近似。主要从文字读音、字形、文字的含义上来评判，如果其中的一个方面或全部近似，则容易产生混淆。文字大小、排列、字体的不同，一般不影响认定。判断商标与字号的文字相同或近似是实践中的难题，应多方位考量，有的商标、字号在音、形、义三方面都较接近，但由于两者实际已长期并存，一般消费者已能通过细微差别进行辨识，则仍可认定不近似。

其四，应考虑使用权利人企业名称字号、商标字样的方式、地域及时间等因素。例如本案中，铜陵凯伦西餐厅就是在安徽省铜陵区域内唯一设立的一家咖啡西餐厅，且连续多年使用“凯伦”字号，而营口凯伦公司在安徽省铜陵区域并无经营场所，因此，铜陵凯伦西餐厅对其字号“凯伦”的使用没有对相关公众造成混淆。

四、在先企业名称权和在后注册商标权利冲突的预防

商标权与企业名称权冲突的最终解决，防止此类冲突的根本发生，则主要需要进行主客观两

方面的工作。

（一）必须建立起系统的、协调的法律规则

首先，应在立法上建立起受知识产权保护的企业名称的字号权制度，商标法律法规中应明确规定在先权范围包括企业名称的字号权。现行《企业名称登记管理规定》等对什么是驰名字号、构成驰名字号的标准、驰名字号的保护范围等均未作明确的规定，立法者应参照《商标法》的立法经验予以修改补充完善。其次，确定企业名称字号权的管理部门，统一管理。其三，应增加规定企业名称的字号登记公示异议程序并建立商标、企业名称字号登记的交叉检索制度。

（二）加强企业自身的保护意识和保护力度

首先，企业要从思想上充分认识企业信誉的载体包括但不限于商标与字号的重要性。其次，企业应尽量做到商标与企业名称字号上的统一，在竞争中应该有意识的创造具有自身特征的统一的企业形象，在所作的一切形象设计中，应采用同一的视觉形象，并将此种形象通过广告等视觉传播媒介传递给公众。其三，在善加使用和培育的同时，无论对“张冠李戴”意图造成混淆还是对“似是而非”意图造成联想的侵权行为，都要毫不犹豫的拿起法律武器，捍卫历尽艰辛创造的成果和企业利益。

婚姻家事律师的发展与业务创新

安徽永承律师事务所　曹冬梅

摘　要：我国婚姻家事律师已有30多年的发展历史，是伴随我国律师制度恢复而相伴产生；只是在近年才有专业的婚姻家事律师，婚姻家庭律师业务的发展经历了三个时期；当前婚姻家庭法领域法律关系渐趋复杂，婚姻家庭法与合同法、物权法、侵权法、知识产权法、公司法交叉关联，出现一系列争议、疑难问题；如离婚股权分割、股权转让、股东资格认定、股权继承、上市公司股份分割等。由于财产种类繁多及所涉及的标的额越来越大，如杜双华五百亿的离婚案，创下中国诉讼标的之最！婚姻家庭律师业务也越来越受到律师的重视。改革开放使世界了解中国，国际交流日益深化使跨国、跨境婚姻越来越多，这对婚姻家庭法律师提出了更高端的要求，同时，资本市场的完善使得私人财富急剧增长，婚姻家庭律师业务出现一系列的创新领域；如财富传承、私人信托、私人银行、移民及财富跨境管理等等，新形式下婚姻家庭新业务创新面临着巨大的挑战，如何使婚姻家庭法律服务水平提升到国际化、区际化，将是一个更全新的课题；婚姻家事律师享有宽广的舞台。

关键词：婚姻家事律师　发展　创新

一、婚姻家事律师概念

婚姻家事律师，指以办理与婚姻家庭关系相关的法律服务为主要业务的律师。在传统婚姻家事法律的概念中，婚姻家庭律师被局限于办理离婚，继承案件，显然这些案件是无法适应新时代婚姻家庭律师的发展的。婚姻家事律师可以发扬传统，同时大胆创新。从婚姻家庭代理业务方面，婚姻家事代理业务不再停留在离婚诉讼上，而是可能涉及到股权分割、公司上市等复杂的法律问题，婚姻家庭律师具有宽广的市场前景，但我们该如何开拓这个市场，实现自我价值呢？主要在于婚姻律师自己的知识储备和技能的提升。机会从来不是给予没有准备的人的，只有完成了专业知识与相关联的专业知识的积累，才是一名合格的婚姻家事律师。

佛家对婚姻和财产的诠释是这样的：面对婚姻，情感为上，一切随缘；面对财产，奉献为高，有舍才有得。要追求人生的幸福必须遵循这两大法则。对婚姻家事律师可归纳为三种：

一是帮人离婚。最初的婚家律师业务主要是离婚和析产。当事人因为“感情破裂”找律师帮忙。这时律师所做的就是，根据当事人的诉求，争取离婚或不离婚。或者使出浑身解数为当事人争取更多财产。此层面婚家律师的工作被喻为“折房子”，是“忠人之事”。

二是帮人和好。许多专业婚家律师兼修并掌握了心理咨询知识，他们首先会根据当事人的情况进行一些心理学分析，接下来他们会尽力帮助当事人修复裂缝的爱情，点燃冷却的心灵，找回青春的激情。这层面婚家律师的工作被喻为“修房子”，为“忠人之家”。

三是为人造福。这时的律师能够娴熟应用哲学智慧与哲理技巧，帮助当事人建立稳固的婚姻家庭基础，促进家庭和睦团结，进而维系社会的和谐稳定。可以教会你作为夫妻如何相互忠实、理解、宽容……，还有以“法”胜“情”妥善处理的行为艺术。这些律师处理业务的能力和水平已经到了追求“妥善”和“艺术”的境界，他们不仅考虑该不该离？如何离更好？该不该分？如何分更好？他们还为当事人规划婚姻、打理财产，他们不单是离婚的“打工仔”，更是婚姻的设计师，有

的还是当事人事业与人生的规划师。总之，他们不再只是“疗伤者”，更是“造福人”。这种婚家律师的工作被喻为“造房子”，能“忠人之心”。

“忠人之事”是工匠，“忠人之家”是好人，“忠人之心”为天使。婚姻家事律师都应争当“天使”。

二、婚姻家事律师的业务发展

1950 年 5 月 1 日新中国第一部婚姻法颁布，距今已经 63 年，1979 年律师制度恢复仅有 34 年，姻姻家庭律师业务也伴随着律师走过了 34 年的路程 。

（一）从婚姻法律的地位看婚姻家庭业务的重要性

1、从毛主席的指示看婚姻立法的重要性。

63 年前伟大的毛主席就说了一句话：“婚姻法关系到千家万户男女老少的切身利益，其普遍性仅次于宪法的国家根本大法之一。”这是中国第一部法律，确实关系到千家万户，所以其重要性仅次于宪法。 毛主席指示 63 年前就说了，这对婚姻立法有着很大的推动，也指出了婚姻法的重要性。

2、从国以家为本，家以人为本，人以身为本，身以爱为本这四句话看婚姻家庭业务的重要性。

家庭、婚姻、爱情是永恒的旋律，而且是没有空间和时间界限的，这个话题是没有时间和空间的界限，家庭是社会组成的基础和细胞，家庭是社会关系的总和，这也是我们常说的一句话：家事无小事。

3、从社会发展看婚姻家庭业务的重要性。

随着中国社会的发展和中国社会经济体制的改革深入，在意识形态政治文化领域都发生了深刻的变化，这种变化又渗透到每个家庭导致人们对生活理念、价值观念、道德准则和择偶的条件都不断变化，一段失败的婚姻会影响一个人的一生，会祸及到相关联的人。63 年来，我国婚姻法治建设始终牢牢把握着时代的脉搏， 婚姻法在社会发展中，不断地完善，逐步解决了新形势下婚姻及家庭出现的各种情况和问题，使婚姻法治更加科学，更符合时代发展的需要，婚姻家庭是个古老的、常新的、永恒的话题，她赋予了作家、诗人创作的灵感，也赋予了专家、学者和律师更多更新的业务内容和研究范围，我们专业律师深深体会到婚姻家庭业务既是传统业务，又是不断创新的业务，更一项极富有挑战性的业务。

（二）从婚姻家庭法律的历史变革看婚姻家事律师的业务发展

建国以来，改革 30 多年来，中国经历了经济、政治体制的重大改革，这个改革也使人们的婚恋观、夫妻关系、子女 关系、财产关系都呈现了时代的特点，随着这个变化， 随着婚姻家庭业务的发展婚姻家事律师的业务也可以分为 3 个阶段。

1、婚姻法的创建阶段（1950—1980 年）

1950 年 5 月 1 日新中国第一部婚姻法颁布，这个阶段的人们思想单纯，财产有限，案件简单。这 30 年，中国的建设刚刚开始，新中国刚刚成立，百废待兴，正处于建设时期，此时人们的婚姻观念具有浓厚的政治、阶级色彩。人们为了政治上的进步，绝对不会提自己的婚姻和感问题。当时也都是无产者，争议的财产大部分都是生活用品。直到 1979 年律师制度恢复时，律师才参与对婚姻家庭案件的办理 ，争议的焦点是婚姻的解除问题，对财产的争议很小；由于历史的特殊原因，把婚姻案件划分为小案件，把婚姻案件说成是含金量小、案情简单。

2、巩固发展阶段（1981-2000 年）

此阶段的特点是观念更新、地域广阔、财产增多、程序复杂。第二部婚姻法是在 1981 年的

1 月 1 日开始实施的，这部婚姻法一共是 5 章 37 条，在内容上也发生了变化，有总则，结婚、家庭关系、离婚，附则。 这部法律重申了婚姻自由、一 夫一妻、保护妇女子女合法权益以及禁止包办和重婚。根据时代的特点和需要，增加了许多新的内容，确立了监护制度，完善了婚姻登记程序，规范了收养行为，细化了婚姻法原则的规定。此阶段外出求学、打工等因素人口流动频繁，由于环境、身份等因素的变化，离婚率不断攀升；这期间婚姻家事律师所代理的案件数量越来越多，但大多数争议的焦点仍是婚姻关系、子女抚养问题，财产的争议标的并不巨大。

3、法律完善阶段（2001-2013）

这个阶段的特点是不动产增加，高科技元素进入了家庭，财产千变万化，案件复杂。

由于时代的发展，法律明显滞后，2001 年 4 月 28 日通过了婚姻法的修正案，一共是 5 章 51 条。这 5 章的内容有总则、结婚、家庭关系、离婚，除此而外，有救助措施与法律责任，这是法治社会的一大进步，提出了夫妻间的忠实义务，提出了平等和睦和文明的家庭关系的原则，将夫妻关系分为人身关系、财产关系两个方面，人身关系涉及到两个义务和六项权利。哪两个义务呢？一个是同居义务，一个是忠实义务， 权利有配偶权、夫妻姓名权、生育权、人身自由权、住所决定权、日常家事代理权，这是婚姻法赋予我们人身权利的一些内容，还有财产权。财产权有几个制度：约定财产制、法定财产制、特殊财产制，同时细化了离婚的法定条件，补充了禁止重婚，禁止家庭暴力和其它违背一夫一妻制度的行为 内容，增设了婚姻无效和可撤销制度，扩充了离婚救济的方式，家务劳动补偿的原则，经济困难的帮助原则和离婚过错的赔偿原则，以及无过错赔偿请求权的法律制度，建立了对家庭暴力受害者、被遗弃成员的救护制度，强化了婚姻当事人的法律责任，至此，婚姻家庭的法律制度进入了全面发展新时期。随着司法审判的需要，最高人民法院相继出台了对《婚姻法》的三次解释，此时期婚姻家庭案件呈现出复杂、疑难性，基于经济的快速发展，法律关系错综复杂，家庭财产剧增等等因素。婚姻只是一个外壳，打开这个壳以后，会发现婚姻案件不仅涉及了动产、不动产、无形资产，还涉及了合伙法、公司法、证券法、股权法、著作权法 以及跨国资产，涉及了继承、子女抚养、探视、收养等许多问题；而且现在婚姻案件的标的少则都是五六十万，大则上亿，涉及面广，影响大，处理不好就会影响社会的安定和谐。婚姻案件既涉及企业的商业秘密，又涉及个人隐私，所以，婚姻家事律师需要有较高的职业道德和执业技能；于是就出现了专业的婚姻家事律师：有专业的不动产分割律师、公司股权律师、财富传承律师、私人财富管理律师等等，新时期对我们婚姻家事律师是一个新机遇，更是一个新挑战，我们大有可为。

三、婚姻家事律师业务的创新

（一）婚姻家事律师的传统业务

按照律师传统的划分标准，我们这个业务范围总体划分为两大类：一类是诉讼，一类是非诉。这是基本的划分标准。诉讼当中包括各种纠纷，按照最高法院案由分类，将其分为 14 类：1、身份权纠纷；2、婚姻家庭纠纷；3、离婚纠纷（包括离婚后财产纠纷、离婚后损害赔偿纠 纷）；4、同居关系析产、子女抚养纠纷；5、婚姻无效纠纷；6、撤销婚姻纠纷；7、夫妻财产约定纠纷；8、抚养纠纷（包括子女的抚养、夫妻之间的扶养，还有 赡养纠纷）；9、监护权纠纷；10、探望权纠纷；11、收养关系纠纷；12、分家析产纠纷；13、继承纠纷；14、适用特殊程序的案件代理。比如说要申请确认外国判决书的效力问题，包括确认人的失踪以及人的死亡等等，这是特殊的程序诉讼案件。统一归为第 14 类。这几类关系基本上囊括了现在案由中的几十个案由，具体的大家可以依据案由走。在非诉讼方面包括：咨询、代书；起草、修改、审查协议；现在契约在每个

家庭当中非常盛行，契约怎么起草，怎么有效？是律师的工作范围。其次是律师的见证，做的更多是律师的遗嘱见证以及双方有效协议的见证，除此之外还 有代为办理收养登记手续等业务。

（二）婚姻家事律师的创新业务

婚姻家事律师的明天在哪里，婚姻家事律师高端业务在哪里？这是我们无数次思考、审视的问题。发展源于创新，创新源于知识；改革创新是律师行业健康发展的核心理念，创新是律师行业发展的不变动力，婚姻家事律师新业务领域的探索，亦是传统律师业务的实务创新，在新形势下，婚姻家事律师已经开拓了如下新业务，我们必须进行学习与推广：

1、代办征婚尽职调查业务

在 2007 年上海何鑫律师事务所是专门从事征婚尽职调查业务业务，在接受富豪委托后，对来面试的征婚者进行详尽的身份、财产调查，公开打出广告，标榜为“亿万富翁的结婚律师”。据了解，他们做了 40 多单业务，收费都在 6 位数以上，并且做成功有 38 件。所以，什么才算合适？只要不违反法律规定，没有什么可去指责或者制止的，有市场就有需求，有需求就有服务。

2、企业家事业务

（1）企业家事律师业务的定义

“企业家事”律师业务，是以婚姻、继承法律业务为中心和切入点，对股东的婚姻、继承问题提供全程的律师服务，把公司利益与股东个人利益相结合，从而在股东面临家事纠纷时达到公司、股东个人双重合法利益的最大化。目前，企业家事业务最为集中的亮点，是“离婚对公司企业股权的影响”，未来继承（股权传承）、结婚、民企家族利益的平衡，都将成为企业家事律师发展的核心业务。

（2）企业家事律师服务的内容

股东婚前、婚内协议、避免、减少离婚对股权影响，由离婚产生的系列股权纠纷案、股权继承、股权传承法律事务、股东的家事法律顾问等。

此婚姻家事创新业务是上海沪家律师事务所贾明军的探索与实践，并且已经代理有近十家公司股东离婚股权分割案件。

3、财富传承业务

（1）财富传承的定义

财富传承就是帮助当事人把物质化的家庭财富和精神化的家庭财富（社会责任感、家族船业精神、荣誉感等）通过直接交付和间接交付（长期委托管理、短期代理、信托）的途径，传递予法定继承人或指定继承人，使当代创业财富合法、合理、合情地完成代际传递。财富传承是财富传（递）和财富承（受）的合称。

每个创业者都是一篇动人的故事，一本厚重的书，其所属家族也往往代代传下来了一定内涵的家族文化。财富传承的家族文化传承和地域文化传承，与物质财富传承同等重要。

（2）财富传承法律服务有三个阶段：

第一准备阶段

创造财富者选定继承人，制订计划，完成部分或全部财富的交付风险评估和程序安排。顾问律师或专项代理律师在这一阶段可以发挥诉讼经验优势，尤其是对股权、物权变动的可能纠纷和其他风险做出预案。

第二落实阶段

交付是财产传承的关键，也是最难最有变数的阶段。表面上一切尽在计划，律师指导委托人按照步骤走下去即可，实际上这是考验律师实战经验、专业素质和应变能力的核心阶段。无论投

资经理人、职业经理人、理财规划师还是一般诉讼律师，都难以胜任。

第三收尾阶段

继承人领受财富，或者基金会、信托公司、职业经理人等间接、分期交付财富（或者财富孳息）的，律师若能受托继续担任顾问，则下一个雇主、委托人将会出现，律师业务也就实现“可持续发展”了。这是一个令双方都能接受和感到愉快的结局。

4、私人财富管理业务

（1）私人财富管理业务定义

是指面向财富人群（家庭），为其资产管理、投资、信托、税务、保险、遗产安排、房地产、收藏、子女教育等广泛领域，是由专职财富管理顾问为高端客户指定一套解决金融问题的方案，以满足客户复杂多样的需求。

（2）哪些机构需要私人财富管理业务

商业银行的私人银行、商业银行的零售部、个类人寿保险公司、基金公司、证券公司、信托公司、第三方理财机构、外资银行。

（3）律师在私人财富管理中服务模式

为高端客户直接提供法律服务、为私人银行综合理财计划进行把关、为其它中介机构为高端客户的服务进行把关、金融机构内部提供法律服务、为高端客户进行财富沙龙讲座、为私人银行内部客户经理进行培训等。

5、涉外婚姻家庭业务

（1）涉外婚姻家庭业务概念

凡民事关系的一方或双方当事人是外国人，无国籍人、外国法人的，民事关系的标的物在外国领域内的；产生、变更或消灭民事权利义务关系的法律事实发生在国外的，均为涉外民事关系。律师受委托为涉外民事关系中的当事人进行婚姻家庭代理的为涉外婚姻家庭业务。

（2）涉外婚姻业务范围

第一诉讼法律事务

代理涉外离婚诉讼、代理涉外夫妻财产约定、代理涉外恋爱同居关系、代理涉外子女抚养、代理涉外监护权、代理涉外收养关系、代理涉外追索扶养费、代理涉外变更抚养关系（抚养费）、代理涉外婚姻无效、 撤销婚姻、代理涉外离婚损害赔偿、代理涉外子女探视权、代理涉外离婚后财产、代理追究虐待、遗弃诉讼、代理追究涉外重婚自诉案。

第二代理非诉业务

代理申请承认外国法院判决、代理涉外离婚调解、代理起草涉外诉前协议离婚、起草涉外婚前（婚内）财产约定、起草涉外离婚、分居协议、担任涉外家庭法律顾问、向涉外当事人提供心理咨询、对涉外当事人的分居协议进行见证、对涉外婚前、婚内财产协议进行见证。

6、婚姻辅导业务

婚姻家事律师可以成为婚姻家庭辅导员，与心理咨询师、婚姻咨询师一起对当事人进行婚姻辅导，婚姻当事人及时接受婚姻指导服务，可以成立婚姻家庭辅导室，将婚姻辅导置于诉讼之前，及时引导当事人在离婚前先接受辅导服务，帮助婚姻当事人树立正确的生活态度及婚恋观念，从而更有效地避免草率离婚行为，及时挽救他们的婚姻和家庭，既起到了预防作用，又发挥稳定剂作用。婚姻辅导将根据当事人的需求，走进了家庭，辅导涉及到婚前辅导，婚姻辅导，生育 的身心辅导和离婚辅导以及离婚后的心理矫正。这些在国外很普遍，而国内却刚起步，此业务是法律空白，有巨大的发展机遇。

创新是一种精神，一项任重道远的使命，是引领律师行业升级转变的重要内因，是中国律师行业发展的永恒课题，也是中国律师行业永葆长青的关键所在。我们只有创新行业发展思路，共同分享发展机遇、共同应对各种挑战，在创新中有所为有所不为，才能使我国的律师行业在经济全球化的历史进程中立于不败。

婚姻家庭案件的创新业务一样能使我们腾飞，婚姻案件无大小，婚姻案件一样成就大律师。

参考文献

1、贾明军《新型婚姻家庭业务的探索与实践》。

2、孙长刚《涉外涉港澳台婚姻家庭与继承案件实务技巧》。

3、王芳《婚姻家庭法律律师专业品牌打造及市场营销》、《婚姻家事法业务创新领域的开拓》。

4、郝惠珍《婚姻家庭律师业务概述》。

5、陈凯《财富传承法律实务与律师业务创新》。

间接信息网络传播行为的界定及法律分析

北京德恒（合肥）律师事务所　黄 敏

摘　要：随着计算机技术的迅猛发展，网络著作权保护问题开始面临新的挑战，特别是新型的信息网络传播行为的出现，对于网络终端用户、网络服务提供者、软件开发者等行为是否构成侵权？是直接侵权还是间接侵权？构成侵权是否承担赔偿责任等问题不得不引起我们的重视。因此，为了更好地规避侵权行为，更好地保护著作权人的合法权益，间接信息网络传播行为的法律界定需明确具体，有法可依。

关键词：信息网络传播行为　p2p　网络用户　网络服务提供者

一、间接信息网络传播行为的概述

北京市高级人民法院印发《关于审理涉及网络环境下著作权纠纷案件若干问题的指导意见（一）（试行）的通知第二条第三项就规定了哪些信息网络传播行为不视为直接的信息网络传播行为。从该指导意见我们可以明显看到，目前在网络著作权保护领域里，有些帮助传播行为也被视为间接的信息网络传播行为。

所以，在论及间接信息网络传播行为之前，首先我们要弄清楚一个概念，即信息网络传播行为。信息网络传播行为是指将作品、表演、录音录像制品上传至或以其他方式将其置于公众开放的网络服务器中，使公众可以在选定的时间和地点获得作品、表演、录音录像制品的行为。目前信息网络传播行为在法理和司法实践中分为直接信息网络传播行为与间接信息网络传播行为。直接的信息网络传播行为是指将作品、表演、录音录像制品上传至或以其他方式向公众开放的网络服务器中，使作品、表演、录音录像制品处于公众可以在选定的时间和地点下载、浏览或以其他方式在线获得，无需当事人举证证明实际进行过下载、浏览或以其他方式在线获得的事实。间接信息网络传播行为是指网络服务提供者为服务对象提供自动接入、自动传输、信息存储空间、搜索、链接、p2p（点对点）等服务，并为服务对象传播的信息在网络上传播提供技术、设施支持的帮助行为，本文拟将这种行为称为间接信息网络传播行为。

二、间接信息网络传播行为的类型及特征

（一）间接信息网络传播行为的类型

随着计算机信息技术的不断发展，网路传播渠道将会体现多样化的发展形态，信息网络传播行为的类型也将体现多样化。目前在信息网络传播领域的间接信息网络传播行为主要表现在以下六个方面：

1、自动传输

所谓自动传输，是指网络资源借用互联网技术在互联网上自由的传播，不需要特定人为操作就能达到传输的目的。

为了满足不同领域、不同层次的用户要求，全系列、多样化的“传输产品家族”概念应运而生。现在的传输产品主要是光网络产品，像 DWDM、OADM 和 OXC 等设备在大规模应用。譬如，针对联通本地网的拓扑结构复杂、电路调度繁琐、维护操作不便等情况，中兴通讯的传输网络管理系统提出人工和自动时隙配置结合的功能，既保证了高效性，又保证了安全性。

从上述计算机技术不断发展的角度来看，网络著作权的保护也将面临新的挑战。大多数网络服务提供者，他们在日常的经营过程中，为了不断满足客户的需要，其开发的网络产品和服务在一定程度必须具备多种功能。当然，作为网络服务提供者，如果在使用新技术的前提下，其本身并没有侵权的主观故意，仅仅是随着互联网技术的发展而使用了新技术，其行为充其量只是实施了一个帮助行为，该行为并不必然导致侵权行为的发生。

2、自动接入

自动接入是指网络使用者通过使用某种网络产品或服务，并利用该产品或服务本身具有的接入链接功能，达到获取网络资源并进行传播的目的。

众所周知，网页软件在最初设计时，委托人都会要求设计者为网站设计一个管理功能，即网站所有板块的内容上传或修改都可以通过后台进行管理，从而达到管理和利用网络的目的。当然，设计者也可以在网站的某一个板块创设一个自动或人为管理的功能。所以说，判断是否人为接入还是自动接入，一般要弄清楚软件当初是如何设计或者由其他原因导致（软件也可能会导致自动接入，这里不再探讨）。如果侵权行为的发生仅是因网站设计者善意设计导致，从而认定网络服务提供者构成侵权并承担赔偿责任有失公允。

3、信息存储空间

信息存储空间是指网络服务提供者利用自身的服务器或者网络服务器为自己或他人提供网络资源储存的空间。

作为间接网络传播行为的表现形式之一，网络服务商在提供信息网络存储空间的时候应承担较高的注意义务，对于由个人上传的影视作品或其他作品，服务商应当对权利来源进行审查，怠于审查的，承担帮助侵权的责任。这里简单以一案例进行阐述：某公司拥有电视剧的著作权，一天，原告发现某第一被告未经授权擅自在其网站上提供上述作品的在线播放，第二被告在其网站上链接了第一被告的播放网页，使其网页的访问者可以直接点击进入第二被告的网站在线观看上述作品。原告认为，两被告的行为共同侵犯了原告对涉案电视剧享有的著作权，故起诉要求两被告赔偿原告经济损失及合理开支。后法院审理认为，涉案电视剧系在第一被告的网站上播放，第一被告作为专业从事信息网络存储空间的网站，对于影视作品的权利审查应施加较高的注意义务，第一被告怠于审查，导致侵权行为的发生，理应承担帮助侵权的责任。最后法院判决第一被告赔偿原告经济损失及合理开支，对原告的其余诉讼请求不予支持。一审判决后，原、被告均未提起上诉，上述判决已生效。实践中，网络服务商是否符合免责规定往往是网络著作权侵权案件的争议焦点。对于视频分享网站，侵权作品虽非网站上传，但用户上传后，作品存储在网站的服务器，故网站对侵权作品是能够控制的，视频分享网站对于自己网站上的内容应施以较高的注意义务。[1]

针对上述案例，如果网络服务提供者对他人上传的影视作品尽到了合理审查的义务，在权利人及时告知后对侵权作品及时进行了删除，对于这种信息网络传播的帮助行为，根据《信息网络传播条例》的规定是完全可以免责的。从法理的角度甚至可以说这种行为不能构成信息网络传播行为，进而不能构成侵权行为。

4、搜索

搜索是指网络服务提供者通过网络在自己的网站上设置一个检索功能，他人利用该程序功能可以方便快捷检索自己需要的网络资源。当然，这里所指的搜索不同于现在的百度和谷歌搜索引擎。

判断网络服务提供者是否构成侵权，是否承担责任，关键是看其是否明知或应知提供搜索的

作品侵权为限,如果网络服务提供者对网络终端用户的行为根本就不知情,也未对作品进行编辑,更未对作品予以推荐,在权利人的警告下就立即对侵权作品进行了删除,那么这种帮助行为作者认为不属于《信息网络传播条例》规定的信息网络传播行为,不构成侵权,不应承担民事责任。

5、链接

链接是指网络服务提供者利用计算机技术在自己的网站上通过点击浏览等方式链接到其他网站,共享其他网站上存储的网络资源。

链接作为计算机的一项基本技术,已经普遍应用于互联网领域。很多网络服务提供商为了扩大广告收益,增加网站点击量,采取与其他网站互链或利用技术手段直接链接到其他网站共享网络资源。这在一定程度上扩大了网络侵权行为的发生。特别是互联网在线收听、网络在线视频等领域,网络侵权行为越来越严重。但是,如果网络服务提供商不明知也不应知其链接的作品构成侵权,对于提供链接服务的网站,因其提供链接的内容并不在自己网站上,其无法实际控制该内容,故判断其是否明知或应知作品侵权应从其是否在网站上对侵权作品进行编辑、推荐等角度审查,若网站并未实施这方面的行为,接到权利人的通知或法院的诉状后又及时断开相关作品的链接,在这种情况下作者认为,这也不符合《信息网络传播条例》规定的信息网络传播行。反之,则构成直接的信息网络传播侵权行为。

6、p2p(点对点)

所谓点对点的概念,简单的说就是指借助于 P2P 软件搭建的一种知识共享的新型网络传播技术的网络系统平台。该网络平台一般在集中式系统或纯分布式系统或混合式系统下运行。现在 P2P 运行的系统大多数是混合式系统,即多点对多点,通俗的说就是下载人越多,下载速度越快。(BT、电驴就是这种下载方式)[2]

P2P 系统运行下的网络传播行为涉及三个主体,一是最终用户,即通过下载 P2P 软件并利用该软件进行下载和上传文件的网络用户;二是软件开发者;三是网络服务提供者。作为第一个主体的最终用户,一般情况下构成直接侵权。软件开发者和网络服务提供者一般情况下构成间接侵权,他们只有在利用该软件传输非法文件的情况下才构成直接侵权。

其实,网络服务提供者利用点对点技术无非就是为了获取广告收益和收取会员费进行商业盈利,因而侵犯他人著作权也就无法避免。但是在利用该技术的时候,侵权的主体大多数表现为网络终端用户即网民。作为网络服务提供者主要是为网络用户提供技术支持,在侵权理论领域里表现为帮助行为,属于间接的侵权行为。因此涉及到 P2P 侵犯著作权问题,首先要界定的是网络服务提供者对侵权行为是否明知或应知,是否做到及时删除义务,否则也可能跟终端用户一样构成直接的信息网络传播行为,成为侵权主体。

(二)间接信息网络传播行为的特征

由于间接信息网络传播行为是借助于网络平台进行运行,所以其传播途径就体现了自己独特的特点,具体表现在以下几个方面:

1、传播渠道的依附性

所谓传播渠道的依附性主要是说间接网络传播行为它是不能独立进行运行,它必须借助于某种系统或平台。比如说上述六种传播行为首先必须是在一个网络系统平台下运行,如 dos 系统或 windows XP 系统等。

2、传播方式的技术性

传播方式的技术性主要是说间接信息网络传播行为它不光是简单的网络传播。如何传播,传播速度,传播方式,传播途径,主动抑或被动,这都需要一个事先设定好的技术平台。如 P2P

（Peer to Peer，称为对等连接或对等网络），P2P 技术其实就是由硬件形成连接后的信息控制技术。P2P 作为一个知识共享的网络平台，该网络平台利用自身研发的 P2P 软件进行网络信息的上传和下载。

3、传播手段的多样性

传播手段的多样性主要表现在网络传播载体的多样性，比如说 QQ、MSN、论坛、贴吧、微博、网页、下载软件、播放软件、网络服务器等。

4、侵权结果的不可控性

由于信息网络传播行为有的是通过自动接入、自动传输、网友上传、链接、搜索等手段进行传播，一旦发生信息网络传播行为，被侵权人很难自主将侵权信息在网上及时进行删除，被侵权人必须寻求专业人士借助于技术手段才能将侵权内容进行删除。

三、间接信息网络传播行为的侵权认定

根据《侵权责任法》及《信息网络传播保护条例》的规定，认定网络服务提供者对信息网络传播权的侵犯，应具备违法行为、损害后果、违法行为与损害后果具有因果关系及过错四个构成要件。针对间接的信息网络传播行为，首先我们要认定传播行为是否构成违法行为，这里关键要看被传播的作品、表演、录音录像制品是否由网络服务提供者上传或以其他方式置于向公众开放的网络服务器上为标准。其次，该行为导致了一定的损害后果。第三、违法行为与损害后果具有因果关系；第四、行为人具有过错。

在司法实践中，由于最高院一直没有出台明确具体的审理信息网络传播权行为的司法解释，只有 2006 年国务院出台了一部《信息网络传播权保护条例》。但是，随着互联网技术日新月异的发展，原有的法律法规也不能很好的指导审判实践。目前在全国各地，只有北京市对信息网络著作权侵权的审理走在了最前面。2010 年 5 月 19 日，北京市高级人民法院就出台了《关于审理涉及网络环境下著作权纠纷案件若干问题的指导意见（一）（试行）的通知。该指导意见就很好的为北京市所有的法院系统审理涉及网络著作权问题提供了最为前瞻性的指导。

（一）认定间接信息网络传播行为构成侵权的前提条件

认定间接信息网络传播行为成立，首先需要认定间接信息网络传播行为是否为信息网络传播行为。如果案件当事人主张网络服务提供者所提供服务的形式使用户误认为系网络服务提供者传播作品、表演、录音录像制品，但网络服务提供者能够提供证据证明其提供的仅是自动接入、自动传输、信息存储空间、搜索、链接、P2P（点对点）等服务的，不应认为网络服务提供者的行为构成信息网络传播行为。因为网络服务提供者为服务对象提供自动接入、自动传输、信息存储空间、搜索、链接、P2P（点对点）等服务的，属于为服务对象传播的信息在网络上传播提供技术、设施支持的帮助行为，不属于传播行为。既然连信息网络传播行为都不构成，所以当然的不构成信息网络传播侵权行为。但是，如果网络服务提供者主张其仅提供信息存储空间、搜索、链接、P2P（点对点）等技术、设备服务，但其与提供作品、表演、录音录像制品的网络服务提供者在频道、栏目等内容方面存在合作关系的，可以根据合作的具体情况认定其实施了信息网络传播行为。这里主要是看网络服务提供者的角色定位问题。

（二）认定构成间接信息网络传播行为的情形

1、网络服务提供者利用了间接网络传播技术和设施，实施了相应的行为。

（1）以第三人实施了直接的侵权行为为前提后的帮助行为

如果网络服务提供者只是实施了间接信息网络传播行为，比如说提供搜索或链接，并未有第

三人利用网络服务提供者提供的搜索或链接，这种情况下即使有传播行为，也不能认定网络服务提供者构成间接信息网络传播行为，因为前提是必须有第三人实施了侵权行为。

（2）在提供技术或设施等帮助过程中又进一步实施了行为

网络服务提供者在利用自身提供技术、设施支持的帮助行为的同时，对通过搜索或链接他人上传的作品、表演、录音录像制品进行了一定的审查或者对上述内容进行了编辑、整理后在网上发布的，其行为直接转化为信息网络传播行为，涉及他人著作权的构成侵权行为。

（3）网络服务提供者对自身行为的举证责任

实践中，如果有人提出网络服务提供者的行为构成侵权，作为网络服务提供者，如果认为自己的行为不构成侵权，首先需提供证据证明其只是提供技术、设施等行为。如证明只是提供搜索或链接或提供信息存储空间，否则人民法院可以推定网络服务提供者实施了间接的信息网络传播行为，可以认定构成共同侵权并承担相应的侵权责任。

2、网络服务提供者主观上具有过错

（1）网络服务提供者是否尽到审查义务

该审查义务主要是指网络服务提供者实际知道侵权行为存在或者意识到侵权行为的存在并被他人利用其服务传播被诉作品、表演或录音录像制品。当然这里的实际知道或意识到不要求事先主动审查和监控。

（2）发现侵权行为以后，在合理的期限内是否进行了移除措施

侵权行为发生以后，一般情况下，为了避免损失的进一步扩大，权利人一般会向侵权人发出善意或警告提醒，这个时候作为只提供技术或设施的网络服务提供者，应当在权利人要求的合理期限内进行删除或移除，否则应认定网络服务提供者具有过错。

（3）网络服务提供者对侵权作品是否进行了一定的处理

这里的处理包括对被诉作品进行了整理、编辑、分类、列表、凸显、创建博客、进行推荐等，只要有这样的行为发生，一般都可以认定网络服务提供者实施了信息网络传播行为，构成共同侵权。

3、侵权行为与损害后果具有因果关系

这里的因果关系包括一因一果，多因一果，一因多果，多因多果。

4、行为导致了一定的损害后果

这里的损害后果包括物质上的损害，也包括精神上的损害。

四、间接信息网络传播行为的责任承担

（一）间接网络传播行为的归责原则

间接信息网络传播行为一般以过错原则为主，特殊情况下可以采用过错推定原则。使用过错推定原则主要是因为互联网具有很强的技术性和复杂性，同时基于公平原则要求网络服务提供者对自己的行为承担举证责任，这也正好体现了我国《民事诉讼法》当中规定的举证责任倒置原则。

（二）间接网络传播行为的责任承担同样适用《侵权责任法》和《民法通则》规定的损害赔偿责任的类型

间接信息网络传播行为一旦构成间接侵权，间接侵权人就与直接侵权人构成共同侵权，根据《民事诉讼法》和《民法通则》的规定，权利人可以要求间接侵权人或直接侵权人承担连带赔偿责任。

（三）间接侵权人的免责条件

由于间接侵权具有主观恶性小，过错程度轻等特点，其行为虽可以认定侵权，但又因网络技术的特殊性，《信息网络传播权保护条例》规定了可以免除网络服务提供者的损害赔偿责任。但是这种免除必须同时具备两个条件，否则不利于网络著作权的保护。第一、提供间接网络传播行为的网络服务提供者对被诉的作品是否侵权不明知且不应知；第二、提供间接网络传播行为的网络服务提供者对被诉的作品在接到权利人的通知后，及时进行移除或断开链接。二者缺一，都不应免责。

五、小结

综上所述，随着互联网技术的飞速发展，新型信息网络传播途径及软件层出不穷，在一定程度上给案件的审理增加了技术难度。所以说，网络著作权的保护面临着巨大的挑战。因此，如何正确界定信息网络传播行为及侵权行为？如何更好的保护著作权人的合法权益？如何更好的指导信息网络传播侵权行为的审判实践？上述问题的解决就显得尤为重要。当然，我认为加大立法，出台相应司法解释或审判指导意见是当务之急。

注 释

1、来源：人民法院报，案例指导，《提供搜索链接和提供信息网络存储空间的责任区分》。

2、王素娟，《知识产权热点问题的法律剖析:失误、风险与对策研究》，知识产权出版社。

参考文献

1、李永明《知识产权法》，2002 年浙江大学出版社出版。

2、项先权《知识产权法律理论与律师实务》，知识产权出版社出版。

3、万鄂湘《知识产权理论与适用》，人民法院出版社。

4、王素娟，知识产权热点问题的法律剖析:失误、风险与对策研究》，知识产权出版社。

5、朱海松《网络的破碎化传播》，中国市场出版社出版。

6、冯晓青《利益平衡论：知识产权法的理论基础》，载于《知识产权》总第 78 期。

7、薛虹《网络时代的知识产权法》，法律出版社。

8、陈心歌、李克《我国计算机软件最终用户责任问题的利益平衡》，中国农业大学学报（社会科学版），2005 年第 1 期。

9、冯晓青《著作权合理使用与其在网络空间的发展》。

10、乔生《我国信息网络传播权司法保护探析》。

11、唐广良《网络环境下著作权保护的几个问题》。

经济转型升级与律师服务升级

安徽兴皖律师事务所　范益民 陈丽

摘　要：加入 WTO 后，中国经济正飞速地迈向国际化。在国际化竞争和较量的进程中，中国经济将出现一种新观念、新技术和新体制相结合的经济转型模式。这种经济转型模式不仅是中国现代经济增长的主要动力，而且还将改变人们的生产方式和生活方式。存在着现存经济制度向更合理、更完善经济制度转型的过程；也存在着从某种经济结构向另一种经济结构过渡的过程。同时其急需相关的政治、制度、文化、法治也有所提升、更加合理，其中法法治服务升级是关键。因此在当前我国经济发展的时期，律师服务升级，不仅对我国法治建设具有极大的促进作用，而且对转型期的经济发展具有助推和保障作用。

关键字：经济转型　企业责任　律师服务　律师　作用

引　言

随着我国加入 WTO，我国经济飞速迈向国际化，经济全球化使得各个国家的经济相互联系，国际的激烈竞争，也要求各国对经济的发展方式，特别是 2008 年国际经济危机蔓延至全世界大部分国家，这也使我国体会到有过分依赖外国经济的弊端，扩大内需，转变经济发展方式刻不容缓。经济转型升级是经济深度发展的必然。这对企业及法律服务人员都提出了新的要求。企业转型升级，律师自身结构和能力也要转型升级，律师服务企业要变被动为主动，加强对企业法律事务的研究，熟悉企业内部管理制度，防范企业法律风险，积极促成交易。律师作为一个“知识密集、身份自由”的团队，它所提供的服务，可以在实践中从专业、现实、前瞻角度对经济转型所依托的政策环境进行论证，并把服务过程中发现的一些共性的、关键性的问题，向政府以及政府有关部门提出建设性意见和建议，为政府决策提供参考，以助政策制定者权衡得失，确保经济转型升级的顺利进行。

一、经济转型升级

（一）经济转型背景

自我国加入 WTO，并经历 2008 年世界性经济危机后，我国急需对经济发展形式作出改变，由消耗较高、成本较高、产品质量难以提高、经济效益较低的粗放型经济模式向消耗较低、成本较低、产品质量能不断提高、经济效益较高的集约型经济增长方式转变。

我国现阶段在经济结构和经济制度发生根本性改变，要想顺利实现经济转型升级、经济发展方式转变，离不开社会法治建设的支撑和保障。律师服务作为社会法治建设的重要一环，能够对经济转型升级起到助推和保障作用。

（二）经济转型中企业承担的责任

在经济转型升级中，我国的企业面临着巨大的挑战。特别是中小企业只有不断转变自己的经营方式、提高市场竞争力方能在经济升级的激流中迎流而上。因此，经济转型中企业首先需要转变方式，提高企业在国际中的竞争力，提升产品附加值，提升价值链；其次，重视企业专利等知识产权的保护。

二、律师服务升级

提升律师服务水平，归根结底就是我们要提升每一个律师的服务水平。只有每个律师在思想上、业务上都有提高，我国律师服务水平，社会法制的建设才能得到提高。提升律师个人水平，建立一支高素质的律师队伍，是充分发挥律师服务在经济转型中作用的关键。

（一）提升律师的政治素质。随着我国律师队伍的不断壮大和律师行业的不断发展，越来越多的律师参加到政府的参政议政中，一些律师为政府政协委员，对社会存在的问题不断提出法律的意见和可行性措施；一些律师被聘用为政府的法律顾问，对党政政策的指定和实施也提出专业意见，为党委政府依法执政提供法律服务。因此，提升律师的政治素质，培养律师的大局意识、责任意识，犹为重要。对此，各律师师事务所和律师个人开展经常性的思想政治教育，学习胡锦涛同志“科学发展观”的重要思想，以社会主义核心价值体系为指导，用坚定的政治信念指导行动。发挥律师队伍中党员律师的带头作用，提升律师水平从而提升律师队伍作用的发挥。

（二）提升律师的专业素质。律师作为一个“知识密集、身份自由”的团队，是提供的服务具有很强的专业性，工作的范围很广，包括到经济、生活、刑事、婚姻家庭等各个方面。随着依法治国方略的深入实施、中国特色社会主义法律体系已宣告形成，律师服务所涉及的广度和深度也较之以前有了质的飞跃。但是随着经济转型的不断深入，提升律师的专业素质，特别是经济方面专业素质和知识产权方面业务能力的学习，在目前我国经济转型的时期，企业是经济转型的主力，而律师在利用律师专业素质规避企业风险，增强企业知识产权保护，完善企业用人的制度等方面，具有极大的作用。对经济转型升级起到助推和保障作用。

（三）提升律师的道德素质。法律服务的公共性使得律师行业承担了更多的社会责任，并由此形成了有别于国家或客户价值的独立的职业道德，保证了律师不会沦为国家的政治附庸或客户的利益枪手。律师职业道德的核心是诚信，如果律师没有诚信，不仅影响自身发展，还影响司法的公正、国家法制建设的进程。只有不断的完善律师职业道德教育体系，努力提升律师律师的道德素质和道德水平，才能更好的服务于经济转型升级和经济社会的发展。

三、律师服务对经济转型中企业的具体表现

（一）律师应升级经济领域服务。加强律师对经济领域法律业务能力的学习，使广大律师能够熟悉经济、证券等各方面法律。现在越来越多的企业已经认识到法律服务的重要，与律师事务所签订顾问合同，由律师专们提供法律服务。在经济转型升级的现在，律师也需要转变律师服务，在事前、事中、事后多层次提供服务。事前，律师帮助企业做好制度的建设，为企业决策提供建设性法律意见和法律风险，从源头上规避企业可能产生的风险；事情发生过程中，律师应积极处理，争取将企业的损失降至最低；事情解决后，律师应当对企业存在的问题提供建设性的意见，指导他们对存在的制度问题、经营方式问题进行改进，企业合同进行审查，对未明确约定的事项进行完善，提升律师服务在企业运营中的作用和功效。

（二）律师应升级知识产权方面服务。律师积极创新法律服务方式，帮助企业将知识产权创造、运用、管理和保护有机融入生产经营全过程，并作为企业生产经营的战略要素有机融入质量管理体系中。依据国家专利、商标、版权、计算机软件、反不正当竞争等法律法规，积极开展专利保护、技术秘密保护等法律服务，对企业知识产权管理活动进行规范，将知识产权管理作为企业整体发展战略的重要部分，突出知识产权战略管理与企业发展战略的联动实施，引入全流程管理理念，使企业生产经营各个环节的知识产权管理处于受控状态，实现知识产权资源配置最优化、智力资本价值最佳化和经济效益最大化。

（三）律师应升级用人制度方面服务。企业的合理、稳步发展离不开企业员工的努力和付出。企业需要积极维持员工长期在岗位工作，而不是流动性大，这一方面增加企业培训员工的成本，另一方面也不利于企业的稳定、效益的提高。因此，就现在企业存在的问题，第一、律师督促企业全面建立劳动合同制度，坚决遵守《劳动法》和《劳动合同法》的有关规定，与员工签订劳动合同，依法经营；为员工购买社会保险，对高危险作业的，还需要购买其他保险，保障员工无后顾之忧，保障员工的基本利益；杜绝不签合同、不交保险等行为，为企业经营创造更和谐的环境。同时，协助建立与员工工会，使企业中员工利益能得到维护，体现企业内部的民主与法治。第二、提供律师服务企业建立奖惩机制，激发员工的积极性，鼓励员工创新发展。绝大部分的企业技术的革新都是有企业工人在实践中完成的，激发员工工作的积极性，鼓励员工创新，对企业转变经济发展方式，转型升级，有重要意义。第三、律师通过培训或开展法制讲座的形式，为企业员工提供法律的咨询，避免员工在工作中违法操作。

四、经济转型升级与律师服务升级的相互作用

（一）经济转型升级促进了律师服务升级

现阶段，我国经济发展问题日益凸显，经济转型升级迫在眉睫。对我国的政府、社会、企业都提出了新要求、新课题。律师作为一个“知识密集、身份自由”的团队，律师服务具有专业性和现实性，可以在实践中从专业、现实、前瞻角度对经济转型所依托的政策环境进行论证。在社会环境和社会政策法规不断发生变化的时候，经济转型升级促使律师服务升级，律师只有不断学习新法规，完善自身素质、提高业务能力才能在经济转型的潮流中奋勇前进；律师服务只有升级服务方式，包括提前介入、创新方式、长远规划等，才能适应社会发展的需要。

（二）律师服务升级对经济转型升级具有推动和保障作用

律师服务在参与企业和社会管理、维护社会稳定、呼唤公民法治意识等方面已经发挥了越来越重要的作用。它为企业提供服务，并把服务过程中发现的一些共性的、关键性的问题，向企业反映并提出可行意见和建议，为企业决策提供参考，确保经济转型升级的顺利进行。律师服务的不断升级，可以推动企业的经济转型升级；同时律师提出的专业性和前瞻证的意见对经济转型升级有保障作用。

五、结语

经济转型升级是经济深度发展的必然。这对企业及法律服务人员都提出了新的要求。企业转型升级，律师自身结构和能力也要转型升级，律师服务企业要变被动为主动，加强对企业法律事务的研究，熟悉企业内部管理制度，防范企业法律风险，积极促成交易，只有这样，才能赢得经济转型升级与律师服务升级的双赢局面。

参考文献

1、聂伟柱《金融新使命：助推经济转型》；
2、余伟平《论经济法在经济转型中的作用》《中顾法律网》；
3、张耀邦《加强律师行业管理，服务经济转型升级》；
4、姚勇高《刍议我国律师的定位与地位 东方法眼网》；
5、马蔚《重新审视律师定位》；
6、江苏法制报《律师服务企业 经济转型升级》；
7、上海律师《试对我国当前律师定位问题剖析》。

对外劳务合作中的当事人法律关系分析

安徽永承律师事务所　李校帆

摘　要：《对外劳务合作管理条例》于2012年8月1日起生效实施，该《条例》对规范我国对外劳务合作起到了重要作用，但其中关于对外劳务合作中三方当事人的法律关系的规定仍有不足。本文通过分析对外劳务合作中三方当事人的法律关系，来阐明对外劳务合作中的三方当事人权利义务关系应当采用劳务派遣的方式加以明确和规定，从而保护劳动者合法权益，规范对外劳务合作市场。

关键词：对外劳务合作　劳务派遣

对外劳务合作是伴随改革开发兴起的一项事业，经过三十多年的发展，我国对外劳务合作取得了巨大的成绩。80年代初我国对外劳务派出人数每年数万人，年收入不足亿元。而到了“十一五”期间中国对外劳务合作营业额年均增长16%，高于同期国内生产总值的增长水平。2005年，在外劳务人员为90.5万人，到2008年底上升到168.9万人。2008年中国对外劳务合作营业额117.6亿元。

在对外劳务合同迅猛发展的过程中，也不可避免的出现了一些亟待解决的问题。劳务合同中介机构不健全，很多中介机构并没有相关资质，甚至出现一些假中介骗取劳务人员押金或中介费的情况。此外政府职能部门的服务监管工作不到位，外出务工人员一旦权益被损害或者发生工伤，其合法权益难以保障。而导致这些问题的原因之一就在于我国对外劳务合作的法律规范不健全，对外劳务合作中当事人法律关系没有明确，管理机关职责划分不清所致。

2012年8月1日《对外劳务合作管理条例》开始生效实施。该法规对我国的对外劳务合作进行了规范，其中加强了对劳务人员权益的保护，规范了对外劳务合作企业的资质条件和经营活动，对我国的对外劳务合作起到了重要的作用。但《条例》中关于对外劳务合作中三方当事人的法律关系的规定仍不明确。因此本文通过分析对外劳务合作中三方当事人的法律关系和权利义务，为完善我国的对外劳务合作立法提出一些自己的意见。

根据《条例》第2条的规定：“本条例所称对外劳务合作，是指组织劳务人员赴其他国家或者地区为国外的企业或者机构（以下统称国外雇主）工作的经营性活动。国外的企业、机构或者个人不得在中国境内招收劳务人员赴国外工作”。《条例》中所述的对外劳务合作不包括国内派遣企业将劳务人员派遣到国内用工企业再将劳务人员派往国外工程项目或海外机构工作的情况。对外劳务合作本身实质上是对外贸易的一种形式即国际服务贸易。对外劳务合作中包含三方主体，对外劳务合作企业、劳务人员和国外雇主。这三方的权利义务关系比较复杂。

一、对外劳务合作企业与国外雇主之间的法律关系。

根据《对外劳务合作管理条例》第21条的规定：“对外劳务合作企业应当与国外雇主订立书面劳务合作合同”。因此两者之间为合同关系，双方的权利义务由双方在合作合同中自愿约定，双方应当对《条例》第21条中规定的十一类事项予以约定。如果双方发生争议双方可以在合同约定管辖法院以及适用的法律，如双方没有约定，双方可以根据国际经济法、国际私法、双边条约及国际法等来处理双方争议。

二、对外劳务企业与劳务人员之间的法律关系。

根据《对外劳务合作管理条例》第 23 条的规定:“除本条第二款规定的情形外,对外劳务合作企业应当与劳务人员订立书面服务合同;未与劳务人员订立书面服务合同的,不得组织劳务人员赴国外工作。服务合同应当载明劳务合作合同中与劳务人员权益保障相关的事项,以及服务项目、服务费及其收取方式、违约责任。

对外劳务合作企业组织与其建立劳动关系的劳务人员赴国外工作的,与劳务人员订立的劳动合同应当载明劳务合作合同中与劳务人员权益保障相关的事项;未与劳务人员订立劳动合同的,不得组织劳务人员赴国外工作。”

因此根据该条款规定,对外劳务合作企业与劳务人员就可以签订书面服务合同,也可以签订劳动合同,《条例》允许对外劳务合作企业既可以与劳务人员签订服务合同,也可以签订劳动合同。如果双方签订的是服务合同,对外服务企业与劳务人员之间是合同关系,双方的权利义务由双方约定,受《合同法》及相关法规调整。同时《条例》中关于对外劳务合作企业规定一些法定的义务,如协助劳务人员索赔的义务、审查国外雇主的义务等。如果对外劳务合作企业和劳务人员是劳动关系,那么双方的权利义务关系受我国《劳动法》、《劳动合同法》等相关法规调整。

三、劳务人员与国外雇主之间的法律关系。

《条例》第 27 条规定:“对外劳务合作企业应当负责协助劳务人员与国外雇主订立确定劳动关系的合同,并保证合同中有关劳务人员权益保障的条款与劳务合作合同相应条款的内容一致。”根据该条款劳务人员与国外雇主之间的法律关系应当属于劳动合同关系,双方之间的权利义务与对外劳务企业和国外雇主之间签订的劳务合作合同内容一致。

根据以上关于对外劳务合作中三方当事人法律关系的分析,我们发现《条例》中 23 条和 27 就存在不明确的地方。第 23 条规定,对外劳务合作企业可以与劳务人员成立劳动合同关系,而劳务人员和国外雇主之间也是劳动关系,那么劳务人员同时与国外雇主和对外合作企业成立劳动关系,而这种关系又不是经过先用人单位同意的兼职行为,那么如何理解劳务人员与国外雇主和对外劳务合作企业之间同时存在的劳动关系,这明显与我国传统的劳动法理论不符,也是对外劳务合作区别于劳务派遣的地方。此外根据《条例》第 29 条规定:“劳务人员在国外实际享有的权益不符合合同约定的,对外劳务合作企业应当协助劳务人员维护合法权益,要求国外雇主履行约定义务、赔偿损失;劳务人员未得到应有赔偿的,有权要求对外劳务合作企业承担相应的赔偿责任。对外劳务合作企业不协助劳务人员向国外雇主要求赔偿的,劳务人员可以直接向对外劳务合作企业要求赔偿。”从该条款中并没有区分对外劳务合作企业与劳务人员是合同关系还是劳动关系,只是规定了当劳务人员权益受到损害时,对外劳务合作企业仅仅只是协助的义务,向国外雇主要求赔偿。只有在对外劳务合作企业未履行协助义务或劳务人员未得到赔偿的情况下其才向劳务人员承担赔偿责任,即使对外合作企业和劳务人员之间是劳动关系。这种责任承担的条件明显又与劳动关系中用人单位的法律责任不同。如果劳务人员与对外劳务合作企业成立的是劳动关系,当出现劳务人员权益受损时,应当是由对外劳务合作企业承担赔偿责任,而非只是协助索赔的责任。正是由于《条例》第二十九条的规定,才导致实践中出现劳务人员权益受损失,因为对外劳务合作企业只是协助索赔的责任,在国外雇主处于优势的情况下,劳务人员的合法权益很难得到保障。

通过以上分析,我们可以得出根据《条例》的规定三方的关系为:对外劳务公司与国外雇主之间是合同关系,国外雇主与劳务人员之间是劳动关系,对外劳务公司与劳务人员之间可以是合

同关系也可以是劳务关系。但是《条例》中对外劳务公司对劳务人员的损害只有配合索赔义务，没有劳动关系中用人单位直接承担责任的规定。根据《条例》的规定一方面劳务人员与对外劳务企业和国外雇主之间都是劳动关系，这是一处矛盾；另一方面《条例》规定对外劳务合作企业与劳务人员可以成立劳动关系，却没有明确规定对外劳务合作企业根据《劳动法》、《劳动合同法》等法规承担相应的用人单位的责任，这又是一处矛盾。正是因为对这两个矛盾的规定不明确，对三方的法律关系、权利义务没有明确规定，从而导致当劳务人员权益受损时，其合法权益难以得到救济。对此，我们建议应当明确三方的法律关系，应当明确对外劳务合作企业与劳务人员之间到底是劳动关系还是合同关系，明确国外雇主与劳务人员之间到底为合同关系还是劳务派遣关系。

而本作者对三方法律关系的问题上认为，从劳动法保护劳动者合法权利的原则出发，应当确定三方当事人为劳务派遣关系，将对外劳务企业和劳务人员之间权益义务纳入劳动法加以调整，而非用合同规范两者的权益。即对外劳务合作企业与劳务人员之间成立劳动关系，对外劳务企业与国外雇主之间是合同关系，国外雇主与劳务人员之间是派遣劳务关系。对外劳务合作企业将劳务人员派遣到国外雇主处工作，对外劳务合作企业是用人单位，根据国内劳动法及相关法规对劳务人员承担责任，并为劳务人员办理社保，承担工伤责任等。国外雇主是实际用工单位，在国外雇主侵犯劳务人员权益时，国外雇主与与外劳务合作企业一起对劳务人员承担连带责任，劳务人员可以任一方求偿。这样明确了三方的法律关系和权利义务，将有利于保护弱势的劳务人员的合法权益，也加强了对外劳务合作企业对国外雇主的审核义务，减少国外雇主损害劳务人员权益的情况发生，即使发生了侵权的情形，劳务人员可以直接向对外劳务合作企业求偿，也方便了劳务人员进行维权，在对外劳动合作企业向劳务人员承担了责任后，对外劳务合作企业可以依据其与国外雇主之间的服务合同向国外雇主追偿，毕竟对外劳务合作企业比普通劳务人员更有优势向国外雇主求偿，如果对外合作企业无法追偿，那是其没有尽到审核义务所应承担的后果。此外，对外劳务合作企业也可以通过为劳务人员办理社保和相关商业保险来降低自己的责任，规避部分风险，这样也不会影响对外劳务合作企业的经营热情，阻碍我国对外劳务合作的发展。

综上，本文认为应当按照劳务派遣的模式来设定对外劳务合作中三方当事人的法律关系，并完善相关保险，这样才能保障劳务人员的合法权益，推动我国对外劳务合作的规范、健康、快速发展。

论夫妻共同债务认定

——对妇女儿童合法权益的不利影响

安徽平衡律师事务所　程秉琴

摘　要：近十年来，随着我国房地产业的不断升温，银行等金融资本市场一片红火，各类担保公司和小额贷款公司雨后春笋般设立，进而引发民间借贷市场异常活跃的局面。但随着国家政策调整，银行银根紧缩，信贷政策转向实体经济发展，以银行为支撑的融资渠道骤然堵塞，于是全国范围内出现了多起跑路事件，各地法院亦迎来民间借贷诉讼高潮，在这些案件中基本将夫妻双方作为共同被告，并形成认定夫妻共同债务的实体判决。然而该类案件的履行，却极大的影响了妇女儿童的合法权益。

关键词：民间借贷　信贷政策调整　共同被告　认定夫妻共同债务

一、司法实践背景

进入 2011 年以来，大量的民间借贷案件涌入法院，借款用途大多是用于资金周转。债权人的资金大多是从亲戚朋友处以较低的利息借款而来，有的是将自己或父母、兄弟姐妹的房产向银行抵押借款而来，而债务人的资金流向基本是以更高的利息再出借给他人，就这样层层加码，利息从低至壹分高至壹角贰分，借贷标的也从少则几万多则上百万上千万。大额标的借款集中在不少担保公司、房地产开发公司。担保公司在从事担保业务的同时，多利用借来的款项，进行垫资，帮助银行贷款客户实现资金调头，以及投向三农产业等。房地产公司利用借来的款项归还土地抵押贷款，再用按揭销售房款支付建筑商工程款和民间融资本息，一段时间以来一直依靠银行在循环往复，形势愈演愈烈。最终遇到市场环境和国家政策变化时，这些融资链条瞬间崩断，诉讼走向必然，因此千万个家庭走向倾家荡产也成为必然。

二、法院判决认定民间借贷款项为夫妻共同债务，给妇女儿童权益带来了诸多不利影响

1、很多家庭女性不堪与丈夫一起陷入债务的泥潭，纷纷选择离婚

中国传统女性相夫教子的不在少数，独立出来打拼的也不在少数，但收到法院传票被起诉偿还借款时往往都是最后一个知道实情的。不管过去多恩爱的夫妻，在现实面前都难以经受打击，于是离婚成了自然而然的选择。其中不乏有自行协议，约定债务归一方承担的；也有法院判决离婚，债务判决由双方共同负担的。这是一段时间以来，全国范围离婚率不断攀升的主要原因，相比国五条、国八条房产政策，男女双方为避税或规避限购限贷政策而假离婚的比例要大得多。

2、女性选择离婚，子女抚养面临难题

不论双方协议约定还是法院判决确定由哪一方抚养子女，但最终子女都不能安稳的随任何一方生活。

大多数情况下，男性一方欠下巨额债务后，都是玩失踪，不与家人联系，根本无法带子女共同生活。很多债权人路子广、门路多，不管配偶一方离婚后是住在娘家、亲戚家或是租房居住，都能找上门，进行撒野、威胁、欺哄，穷尽一切手段要求配偶一方还钱。这些债权人的行为常常给带子女生活一方的女性造成惊吓，对未成年的子女造成极大心理阴影。女性一方选择报警，警

方了解情况，做个“本起案件属于民事纠纷，现已平息”的出警记录就结束。在这种情况下，带子女生活的女性一方不得已将子女藏在父母处或其他亲戚朋友处，子女的安全问题已无法得到有效保障。

3、女性的合法财产遭到强制执行，自身的权益无法得到维护

通常在债权人起诉时，即将被告夫妻双方名下的所有财产进行保全，查封房产、扣押车辆、冻结帐户等。法院一经判决，案件随即进入执行程序，法院下令要求腾房，债权人选择为被执行人租赁为期一年的房屋，代为预交一年的房租，之后就不再过问。虽然法律规定只有一套房产不能被强制执行，但法律同时又规定了设定抵押权的除外。现实生活中，很多家庭的房产都是按揭购买，即使有少部分不是按揭购买，但因为男性一方对外借款，也会向银行、担保公司或其他自然人债权人设定抵押，显然这些设定抵押的房产是可以被依法拍卖、变卖的。基于上述情况，不论夫妻双方离婚与否，连最基本的居住权都难以保障，而这种情形，对女性一方尤为不利。

就财产而言，很多家庭财产都是一方在借贷出现问题之前夫妻双方辛苦积攒下来的。尤其是房产部分，有的是父母亲或其他近亲属的资助购买，有的是用一方或双方多年公积金的积累购买，结果因为一方瞒着另一方在外借款放贷，这些房产被法院一纸判决就遭到了拍卖变卖。因为政策的原因，一段时间内，房管部门规定房产登记在一方名下的，配偶一方无须到场签字，更是加剧了这些现象的发生。女性一方只能无奈的接受残酷的现实。

更为严重的是，女性婚前一方的合法财产，也因法院判决夫妻共同债权由双方共同偿还，导致被无情的拍卖或变卖了。这是很多女性最难以接受的事实，尤其是那些再婚女性，婚前有了一定的积累，因为一次不慎的婚姻，甚至是短暂的婚姻，结果导致财产被洗劫一空。

虽然法律规定，一方偿还债务外可以向对方追偿，但客观事实是追偿的目的根本不能实现，因为对方本已没有财产被执行。

4、女性的工作也因借贷的摧残难以得到保障

本来，女性有一份正常稳定的工作，结果因遭到法院的强制执行，工资被扣划只留下基本生活费用，即便如此，债权人还不时到单位去催还借款，导致在同事和领导面前颜面尽失。所以，很多女性就干脆辞去了本来不错的工作，诸如教师、银行职员等。工作没了，生活就陷入一种不稳定的状态，有些暂时靠亲属接济，有些就奔赴外地寻求新的工作机会来养活自己，过去的亲情关系、同事关系都如过眼烟云。

5、女性精神健康方面受到严重影响

很多女性本身家庭条件优越，经过突如其来的打击，生活一下子从天堂跌入地狱，根本无法适应，过去的光鲜一再不复返，如今甚至比乞丐还可怜。所以很多女性大脑受到刺激，精神方面出现恍惚，记忆力严重下降，甚至有得抑郁症和精神分裂症。这些女性情绪一旦失常，不仅给自己的孩子，给自己的老父老母都带来严重焦虑感，影响着一个家族的人。有些女性因承受不起打击，选择轻生。

6、双方家庭爆发冲突，甚至引发刑事案件

因为一方在外举债，导致配偶一方无辜背负巨额债务。由最初的争吵，演变成最后双方大打出手。一方逃避债务时，另一方及其家庭成员就会与该方家庭成员爆发争吵，甚至引发过失犯罪等。一般出现这种情况，双方家庭就老死不相往来。

三、从根本上保护妇女儿童权益，需要从法律层面入手解决

目前民间借贷频发、高发，如潮涌般一浪高过一浪，法院基本上按婚姻法司法解释（二）第二十四条的规定，认定借款属于夫妻共同债务。只有极少数因为赌博被抓现场才被确认为个人债务。我认为光靠举证责任分配来确立是否属于夫妻共同债务，难以保护妇女儿童合法权益。原因在于，举证不能是现阶段最突出的问题，而目前并没有更好的手段和办法解决。以下从法律层面根本解决问题的症结：

1、配偶一方不应作为被告参加民间借贷诉讼

根据合同相对性原则，配偶一方被告主体资格不适格。民间借贷案件，有签订借款合同的、有未签订借款合同只有借条的、有设定抵押担保的、也有未设定抵押担保的。因此民间借贷不单纯是一个民事行为，更多的是体现双方真实意思表示的合同行为。作为债权人，既然只与债务人一方签订借款协议，或者向债务人出借款项只要求债务人一方签字，视同其对自己的债权处分已尽到了注意义务，从真实意思角度可以看出其当初并没有要求债务人配偶一方履行相关借款义务。否则，债权人一定要求债务人的配偶签字确认。因此法律无须给债权人以特权，来加重债务人配偶一方的责任。

2、配偶一方不参加诉讼并不意味着债务人的权利得不到救济

如果债务人认为其所借款项用于家庭生活，其可以以生效判决为基础，举证证明借款用于家庭生活或家庭共同经营，从而依据婚姻法的相关规定，要求配偶一方承担其应负的债务。根据目前司法实践，举证责任分配给债务人配偶一方，大多因为举证不能承担败诉后果。综上，上述婚姻法司法解释（二）第 24 条需亟待修改，确保从法律层面真正保护妇女儿童合法权益。

论小区地下人防车位、车库的产权归属

安徽仲天律师事务所　李先芝

摘　要：随着经济的发展，我国居民的汽车保有量逐渐增多。对车位、车库的需求越来越强烈。小区车位、车库日益成为稀有资源。小区车位、车库的争议日益增多，特别是小区地下人防车位、车库（以下简称人防车位、车库）成为了争议的焦点。现实中大多数的人防车位、车库被开发商出卖给了业主。业主在购买商品房的时候，已经分摊了人防车位、车库的土地成本和建造成本。开发商又再次将其出卖给业主，这是对业主权益的严重侵犯。此问题产生的根源是法律对人防车位、车库没有清晰的产权界定，笔者认为应为小区业主共有，并建议法律最终为业主确权，以定纷止争，维护业主的合理权益。

关键词：小区人防车位　车库　产权归属

一、从典型案例引出问题

2007 年 1 月 26 日，居民肖某在绵阳市涪城区安昌路某小区以 9 万元的价格购买了一个车库，交钱后，开发商迟迟没有办《产权证》。今年 3 月，开发商明确告诉他无法办理《产权证》，可以退钱，但不退违约金，可以和开发商签订一份使用车库 70 年的协议。但每年 5000 多元贷款利息，开发商却不予计算在内。肖某将情况反映到业委会，业委会后经了解，该地下车库属人防工程。业委会认为，在没有取得合法所有权的情况下，开发商不能对外出售、出租地下车库。业委会遂代表小区 900 多业主，于今年 4 月 13 日将开发商告上法庭，请求依法确认业主对地下停车场有占用、使用、收益的权利。这是四川省首例因地下人防车位、车库权属纠纷引起的官司，引起社会极大关注。

本案双方当事人争议的焦点，在于小区商住楼地下车库（人防工程）的投资者是谁，该工程造价是否进入业主的购房成本？是否进入公摊面积？

判决：业主委员会对地下人防车库享有管理、使用权，收益归全体业主。法院审理认为，原、被告诉争的人防工程建筑虽未计入业主购买的单元房的分摊面积，但由于人防工程是国家的人防战备设施，根据《中华人民共和国人民防空法》第五条“国家对人民防空设施建设按照有关规定给予优惠。国家鼓励、支持企业事业组织、社会团体和个人，通过多种途径，投资进行人民防空工程建设；人民防空工程平时由投资者使用管理，收益归投资者使用。”的规定，原告作为该人防工程的投资者，依法享有对该人防工程平时使用、管理、收益的权利。[1]

二、人防工程车位、车库产权应归全体业主共有

依据《防空法》第 18 条的规定，人防工程是战时的国防保障设施，是为了公共利益而修建的。人防车位、车库就是利用小区结建人防工程，改造成的车位、车库。目前我国关于人防车位、车库产权归属争议比较大，笔者认为业主共同所有，将以下分别从法律、经济、社会、这几个角度，进行详细的分析。

（一）从法律角度分析，地下人防车位、车库是利用业主的土地使用权修建的

（1）中国没有独立的空间权制度，地下空间使用权附属于建设用地使用权。在物权法起草过程中，关于如何规定空间权这一法律制度，形成了巨大争议。学者们对需要设立空间权法律制

度达成了一致意见，但是在怎样具体设计该制度上各有己见。大体上来讲主要分为两大派别，这两大派别体现了设计空间权立法体例的两种模式：一是空间权独立，以王利明为代表，借鉴的是英美法系的立法例；二是空间权非独立，以梁慧星为代表，借鉴的是大陆法系的立法例。《物权法》最终选择了大陆法系国家传统的地上权立法模式，没有规定独立的空间权制度，而是将空间权利归属于建设用地使用权之中。《物权法》第 136 条："建设用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立。新设立的建设用地使用权，不得损害已设立的用益物权"。这是制度上的规定，空间权附属于建设用地使用权，取得了建设用地使用权，就同时取得了相应的空间权。[2]

我们再从实际中的操作去证明空间权是附属于建设用地使用权的，没有独立的空间权。建设部《城市地下空间开发利用管理规定》第 11 条："附着地面建筑进行地下工程建设，应随地面建筑一并向城市规划行政主管部门申请办理选址意见书、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证。"城市规划部门在进行建筑物规划、设计的时候，是将地上、地下建筑物统一进行规划，统一计算容积率的。土地管理部门根据地上、地下总的建筑面积计算出的容积率，统一、一次收取建设用地使用权出让金，地下空间并没用单独缴纳土地出让金。所以说，从出资上看，地下空间权是附属于建设用地使用权的，开发商取得了建设用地使用权就取得了对规划内的地下空间开发、利用的权利。既然空间权不是一种独立的用益物权类型，空间权就不能脱离它所属的用益物权而单独转让。因为不动产转让需要登记，才能承认权利，附属于建设用地使用权的空间权无法满足单独转移登记的要求。所以说，空间权附属于建设用地使用权，建设用地使用权转让，空间权也得转让。建设用地使用权随着商品房的出卖，由开发商转移给了业主，附属于建设用地使用权的空间权也就相应的转移到业主那里。[3]

《物权法》第 146 条："建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的，附着于该土地上的建筑物、构筑物及其附属设施一并处分"。第 147 条："建筑物、构筑物及其附属设施转让、互换、出资或者赠与的，该建筑物、构筑物及其附属设施占用范围内的建设用地使用权一并处分"。由此两规定可以看出，我国对于房地关系采取的是"房随地走，地随房走"的原则。所以，开发商在销售完商品房以后，开发商的建设用地使用权，也就转移给了业主，成为了业主的建设用地使用权。附属于建设用地使用权的空间权，也相应的转移给了业主。在业主已取得了小区的建设用地使用权、已成为权利主体的前提下，如果同时承认开发商保留地下车库的产权，等于承认了地下空间权可以与土地的使用权相分离。而此问题在现有立法上是空白，在法理上也解释不通。 所以，人防车位、车库是利用业主的建设用地使用权修建的，产权应该归于业主。

（2）地下人防车位、车库是利用地表建设用地使用权的地下必要范围建造的

《物权法》规定了建设用地使用权可以在地表、地上或者地下分别设立。如果地表建设用地使用权只允许利用地表，那么法律的规定就是没有意义的。因为任何对土地的利用都需要对地表以上、以下的一定范围的空间展开利用。比如，建造房屋，地面以上的房屋需要占用地上的一定空间，房屋根基需要利用地下的一定空间。种植庄稼、树木，地上的枝干部分需要占用地上的一定空间，地下根系需要占用地下的一定空间。开发商取得建设用地使用权的时候，规划部门必须规划一定数量的地上、地下空间，否则开发商无从开发。该基础平面以上地表以下，都是地表建设用地使用权的地下必要范围，是附属于地表建设用地使用权的。也就是说地下人防车位、车库是利用地表建设用地使用权修建的，是占用业主的建设用地使用权的。所以，根据"房随地主，地随房走"的原则，人防车位、车库的产权应该归属业主。

（3）地下人防车位、车库不计入容积率，说明了地下人防车位、车库的土地使用权与地表建设用地使用权的一致性

《商品房销售面积计算及公用建筑面积分摊规则》第九条规定，作为人防工程的地下室不计入公用建筑面积。人防车位、车库是人防地下室改造的，也就是人防车位、车库不计入公用建筑面积、不计入专有建筑面积，进而不计入容积率。地下人防车位、车库不计入容积率，说明了其土地使用权与地表建设用地使用权的一致性，其是附属于地表建设用地使用权的。进一步说明，人防车位、车库是利用业主的建设用地使用权修建的，产权应该归于业主。

（二）从经济角度分析，业主是地下人防车位、车库的真正投资者，根据“谁投资，谁所有，谁受益”原则，产权应该归于业主

（1）“谁投资，谁所有，谁受益”原则

《防空法》第 5 条：“国家对人民防空设施建设按照有关规定给予优惠。国家鼓励、支持企业事业组织、社会团体和个人，通过多种途径，投资进行人民防空工程建设；人民防空工程平时由投资者使用管理，收益归投资者所有。”建设部《城市地下空间开发利用管理规定》第 25 条：“地下工程应本着‘谁投资、谁所有、谁受益、谁维护’的原则，允许建设单位对其投资开发建设的地下工程自营或者依法进行转让、租赁”。根据这两条规定，国家鼓励平时投资人防工程建设，人防工程的产权归投资者所有。但是对于谁是投资者，没有明确的规定。

（2）小区业主是小区结建人防工程的真正投资者

现实中，开发商根据以上两条的规定，认为自己是人防工程的投资者。特别是根据《城市地下空间开发利用管理规定》中，“允许建设单位对其投资开发建设的地下工程自营或者依法进行转让、租赁”的规定，将地下人防车位、车库单独出卖给业主，业主不买就拒绝业主停车，造成了业主、开发商、物业之间关系的紧张局面。开发商之所以在小区地下人防车位、车库的产权归属上与业主激烈争夺，在于人防车位、车库的巨大利益。多年研究人防问题的一位学者计算，以一个售价为 1 万元，建筑安装等成本为 3000 元，土地成本（楼面地价）为 6000 元的楼盘为例，地上住宅利润 10%。但是对地下车位来说，建筑成本只增加 1000-2000 元，售价却达到 4000 至 6000 元，因为不承担土地费用，所以利润至少 60%。如此暴利，车库的秘密不可不察。如果按照投资者受益的原则分配车库收益，表面上看来，开发商是地下车库的投资人。但实际上，商品房开发成本最终都将体现为房价，虽然地下车库并未像电梯楼道那样列入业主公摊面积，真正的出资者却仍然是业主。一个拥有宽敞的地下车库的楼盘，和一个无处泊车的老式居民楼的房价，是不等同的。[4]

小区在规划建设的时候，开发商需要投资建造人防车位、车库。建成后开发商拥有人防车位、车库的产权，因为其是投资者。但随着小区商品房的出卖，投资者的身份从开发商那里转移到了业主身上，因为开发商在出卖商品房的时候已经把地下人防车位、车库的建造成本计入了房价之中，业主分摊了建造人防车位、车库的成本（其中必然包括利润）。业主成为了真正投资者，所以，这时地下人防车位、车库应该归于业主共有（如果商品房没有出卖完毕，和其他业主一样，开发商也享有共有权益）。

国家计委、财政部、国家国防动员委员会、建设部《关于规范防空地下室易地建设费的规定》规定：“防空地下室所需的资金，纳入建设项目投资计划，建设费用据实列入建设项目开发成本”。可以看出小区地下人防车位、车库的建设费用是纳入建设项目总投资成本的。市场经济条件下，投资成本是要通过产品销售回收的，这是市场经济的基本原则。因为市场经济是竞争经济，只投资不回收成本，只能面临被市场淘汰的命运。商品房开发成本最终都将体现为房价，所以，作为理性经济人的开发商一定会通过商品房的出卖把人防车位、车库的成本回收回来。实际操作中，开发商销售商品房有三种计算房价的方法：其一，单价乘以套内面积与地上建筑物的共有分摊面

积及车位、车库分摊面积之和；其二，单价乘以套内面积与地上建筑物的共有分摊面积之和；其三，单价乘以套内面积。可以看出，开发商销售商品房并没有固定的形式。更谈不上让开发商公布成本、利润等开发商视之为机密的数据。加之国家对商品房没有强制的价格标准，我国商品房现在总体上处于卖方市场，开发商很容易就可以把地下人防车位、车库的成本通过销售商品房的方式进行回收。[5]

（三）从社会角度分析

1、产权界定给业主，有利于地下人防工程的日常维护

小区地下人防工程是用于防空的公共设施，为了战时防空功能的发挥，必须进行良好的日常维护。《人民防空工程维护管理办法》第 6 条第三款规定："公用或者单位（个人）的防空地下室，由人民防空主管部门或者工程隶属单位（个人）负责"。根据权利与义务相一致的原则，产权归开发商就由开发商负责维护、管理，产权归业主就由业主负责维护、管理。

2、产权界定给业主，有利于小区的安全、安宁，和谐

上文已经说过，法律对于车位、车库没有禁止开发商向业主以外的人出卖、出租。如果小区人防车位、车库的产权界定给开发商，会面临开发商向外出卖、出租的问题。产权界定给国家，代表国家的人防办虽然不会出卖，但也会将小区地下人防设施对外出租。出租、出卖人防车位、车库会给小区的管理带来很大的问题，增加物业管理的难度，带来小区的混乱。

三、地下人防车位、车库的产权界定给业主需要解决的几个问题

（一）业主共有人防车位、车库，可以通过业主大会或业主委员会协商解决车位、车库的分配、使用问题

小区地下人防车位、车库属于业主共有，业主共同拥有使用、收益、处分权。但是，业主在行使这些权利的时候，要受到公共利益的限制，必须维持人防车位、车库的防空效能。并且情况比较复杂，有的家庭现在没有汽车，不需要停车。有的家庭有几部车，需要占用几个车位、车库。这样就面临着如何对人防车位、车库进行分配、使用的问题。因为其属于业主共有，就属于业主共同的事项，需要业主通过业主大会或业主委员会协商解决。具体解决问题的一个比较好的方法，就是在共有权的基础上设定专有使用权。专有使用权人向业主委员会缴纳一定的专有使用费，协议明确使用的期限、价款。具体该使用费如何使用，由全体业主协商解决。

（二）地下人防车位、车库的战时征收、征用问题

小区地下人防车位、车库是通过地下人防工程改造建成的，具有平时民用、战时防空的双重属性。一旦发生战事，要迅速投入用于防空。国家可以通过征收、征用制度取得战时人防车位、车库的使用权。因为地下人防车位、车库的产权，在性质上是共有，而不是一个个业主专有，所以在征收、征用时，操作起来也相对简单。

（三）地下人防车位、车库的使用权期限问题

人防车位、车库应该属于业主共有，大家知道所有权是完整物权，是没有期限的，但是土地使用权是有期限的。所以，人防车位、车库也涉及到使用权期限问题。根据《物权法》的规定，居民住宅土地使用权的期限是 70 年，车位、车库属于小区的配套设施，人防车位、车库的土地使用权期限也应该是 70 年，70 年以后使用权期限还可以续期。

四、结束语

小区地下人防车位、车库的产权归属的争议非常激烈，笔者认为无论是从业主分摊了土地使用权出让金，还是业主分摊地下人防车位、车库的建造成本的角度，业主都是真正的出资者。从法律、经济、社会、比较法这几个角度进行分析，产权应该归于业主共有。希望法律能够尽快为业主确权，以维护业主的合法权益，促进社会公平。

参考文献

1、黄志富《地下车库引发官司 人防工程权属归谁？》四川新闻网，http://my.newssc.org/system/2009114/000670390.html.

2、梁慧星《中国物权法草案建议稿》社会科学文献出版社，2007 年版，第 239-241 页。

3、陈耀东、罗瑞芳《我国空间权制度法治化历程与问题探究》南开学报（哲学社会科学版），2009 年第 6 期。

4、王忠、侯琛娟《审理开发商出售小区地下车库（车位）案件的几个疑难问题》，中国房地产，2011 年 5 上半月刊，综合版。

5、颜雪明《从房地产开发视角看建筑物区分所有权——人大“民商法前沿”系列讲座现场实录》第 322 期 http://www.civillaw.com.cn/qqf/weizhang.asp?id=40090

凝聚共识，合力强化青年律师培养工作

——以构筑全方位责任体系为切入点

安徽承义律师事务所　胡国杰 江 凯

摘　要：培养青年律师人才是律师事务所持续发展的内在需要，也是事关律师行业永葆生机活力和健康发展的根本大计，是建设法治社会的必然要求。笔者结合自己的切身感受以及对行业未来的思考，以“律师事务所”、“管理部门”、“青年律师自身”三方如何强化责任意识、如何践行使命责任为切入点，谈几点管窥之见，以求教于行业方家同仁。

关键词：青年律师培养　家庭责任　监管责任　使命责任

“少年强则国强，少年进步则国进步”，百年前梁启超先生的这段警世恒言犹然在耳，一国一家如是，一人、一行业何尝不是如此！我们律师行业要迈入坚实、持续、健康发展的轨道，克服时下发展中的种种困难、革除行业流弊，使律师真正成为当今社会的“主流群体”，真正成为建设法治社会的生力军。笔者认为，对此攸关问题言之太远无补于事，言之太虚讳疾忌医，从而导致寻求方策时过于感性，乃至一味委过于“体制”，归咎于“环境”。笔者认为，立足现实，从行业发展大计而言，其根本之道应当是多些反躬自问、从自我做起、从行业自身抓起、从青年律师培养引导起。

一、青年律师培养方与被培养方应凝聚共识、合力共进

职业价值观本是老旧的话题，但事关行业根本，社会发展的实践表明：一行业如果缺乏核心价值观的定位，行业发展的大计必无从谈起，其发展必然陷入短视、盲目、无序。青年律师培养工作的方向、动力、责任无疑也均发端于此。没有根植于心的正确价值观，培养者不知我培养到底为了什么？价值何在？怎么培养？被培养对象不知我为什么要学？学什么？怎么学？各方必由此心存狐疑、听之任之。近年来，尽管无论是中央高层还是行业有识之士都普遍认识到：职业价值观建设至关重要、迫在眉睫。但对头顶“律师”称号到底追求什么？到底该干什么？其职业终极价值何在？至今律师界包括业界名流都见仁见智、莫衷一是。我们不竟要问，为什么这一本来极其明晰的话题在当下却变得如此凝重、困惑呢？究其根源，笔者认为，现实倒逼是主因，物质主义、利益本位意识泛滥，导致本来完整的价值观被扭曲、被肢解。孔子云“名不正则言不顺，言不顺则事不成”，从目前来看，尽管在“嘴皮官司”上说法或雅或俗、或雅俗兼具、林林总总，但从业界相当部分律师、律所只做不说的践行轨迹来看，律师无非就是“坐贾行商”、奉经济利益为圭臬的职业价值观可谓大行其道，诸如维护社会公平和正义、践行社会责任、献计献力于法治建设等价值功能已被大大弱化，有些甚至被台词化、戏谑化、庸俗化。试想在此种价值观引领下，行业发展的短期化、功利化何不兴风作浪？一些事关行业发展大计的诸如制度建设、模式创新、社会关注包括青年律师培养问题必然随之“应景化”。如不能从根本上唤回我们律师同行的职业价值观、事业观、使命感，就不能形成培养者真培养、被培养者潜心学的良性互动、生气勃勃的局面，培养工作就很难抓出成效。笔者认为，在当前，需要律师事务所、行业管理部门、青年律师三方联动、凝聚共识、形成合力，才能使此项工作有序、持续、有效开展。

二、律师事务所应当承担起青年律师培养的“家庭责任”

很显然，律师事务所是接纳律师、考核律师、管理律师、培养律师最基层的单位，是“律师之家”，因此，它无疑应担当起青年律师培养的首要责任、“家庭责任”。但从笔者了解的现状看，粗放式管理、原始化“传、帮、带”培养模式仍占主流，从而造成行业当前“名律师”多、“名所”少、强将弱兵、独木成林的独特景象，行业发展前景堪忧。笔者认为，这一畸形发展的行业现象足以引起律师界有识之士的高度反思、重视，律师事务所的管理者必须切实承担起青年律师培养责任，在致力自身发展的同时，作出应有的“牺牲”，为行业的发展倾注心血、奠定基业、惠于后人。笔者认为，律师事务所培养工作应着力抓好以下环节：

1、管理者必须树立正确的事业观。毋庸讳言，受当下现实影响，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，律师当然无法“独善其身”，加之律师事业只能实现智力传承而不能实现权利传承，由此造成律所管理者包括业界“大腕”的事业观发生不同程度的位移，“GDP”等个人“名”、“利”几乎囊括了事业追求的全部，根本无心于青年律师培养等行业发展的长远大计，律师事务所往往由此蜕变为追求自身利益的短期平台和工具。对此，绝非笔者附庸风雅，窃以为当下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。但如果将此作为个人尤其是当属社会精英分子的终极目标，显然是俗了思想、低了品味、贬了价值，这又何尝不是社会的不幸、个人的悲哀。纵观古今，一个只关心个人名利、只致力于专业、无功于行业、漠然于社会的人肯定不能算是社会精英分子，也谈不上是真正的事业成功者。因此，律所的管理者应当摆脱这种事业观的偏废，立足高远，将青年律师培养作为律所发展、实现自身价值、确保律师行业薪火相传的大事来抓。

2、要有“甘为人梯”的胸襟和情怀。应当肯定大多成功律师自身学识广、业务精、眼界宽，具有较强的业务拓展能力和实务操控水平。但要真正在青年律师培养方面俯下身来、坚持下去、有所作为，除上述优良特质外，尚必须具有甘于奉献、甘为人梯的胸襟，尚须激发“立人即是立己”的情怀。“法律的生命不是逻辑，而是经验。”[1]霍姆斯的名言表明律师执业经验是多么重要，青年律师的才干显然需要“律师之家”的悉心培养以及老律师的真心传授。古往今来，立业育人，必须具有“成就人才，即是栽培子弟”[2]的师者情怀，真正做到以直道教人而不是以假经唬人、以诚心待人而不是假意邀名，否则，最终都只能是一曝十寒、做做应景文章、徒劳无攻甚至有害而无益。

3、必须要有按部就班、精耕细作、因材施教、注重实效的方法和春风化雨的耐性。律师是极具挑战、极需综合素质、极需理论实践结合能力的行业之一，因而律师也必然是一个极富个性也亟须张力的群体，在培养施教的理念上不可能也绝不能追求“千人一面”。必须根据性别不同、年龄不同而扬长避短，尤其是根据其个体能力差异、性格特点予以锤炼塑造，做到在能力上“教人之善毋过高，当使其可从”[3]，在性格上做到过则却之、虚则补之，使律所无无用之人、人无无用之处；在教育培养方式上要常态化、系统化。其一，牢把进人关，坚持“严进严出”，实行“人员进门、责任到人”的定人、定位负责制，落实以合伙人牵头的指导老师负责制，从培养一始，就应杜绝放任自流、敷衍塞责，彻底改变“自我摸索、无师自通”的粗放培养模式。全面塑造执业价值观、社会责任感、逻辑思维、分析判断、语言表达、沟通协调、心理素质、文化素养，包括挫折承受力、风险意识等等。其二，青年律师执业过程中，根据其特点，建立全体合伙人、老律师联动培养机制，克服目前无人负责或一人一师的单一培养模式。现代学徒制曾经是英美法国家律师职业教育的主要模式[4]，这种模式既是英美法律传统的外来经验，也是我国传统的技能传授方式，是一种在实际工作过程中以师傅的言传身教为主要行为的的职业教育模式[5]。因而师徒制

本身并未过时，但需要紧跟知识技能多元化的时代需要予以模式创新，真正建立起资深律师和青年律师间多师一徒的现代师徒关系。尽最大努力为青年律师提供全面实务操作平台，从诉讼程序的全面参与到非诉讼项目相关材料的收集、撰写讨论，使其得到全面、具体的实践锻炼。其三，结合实务办理中出现的问题及疑难案例进行指导和讨论，纠偏补差，不断夯实青年律师案件分析能力、沟通协调能力、案件风险节点把控能力的基础。其四，除健全落实所内案例讨论、专项业务培训制度外，应安排一定比例的年度培训经费，针对青年律师的特长和培养目标为其提供培训、深造的机会。

三、管理部门应切实承担起青年律师培养的组织责任、推动责任、监管责任

律协以及司法行政管理部门的管理地位和职责，决定了其在实现行业可持续发展中的重要地位和发展方略推动作用，应当在青年律师的培养方面提供有效的制度保障。

1、管理部门可通过会议、报告等各种渠道，不断呼吁国家有关部门、各个律所在青年律师培养方面切实树立起“百年之计，莫如树人”的理念，真正将青年律师培养作为国家人才培养计划的重要部分，建立人才标准、人才激励、人才遴选、人才推荐、人才培养等行业制度和规划，要本着“五湖四海”的胸襟、俯下身去发现人才、激励人才，让青年律师切身感受公平、看到希望，让他们信仰“奋斗”、信仰“正气”、树立标杆、坚定信心。

2、青年律师培养长期、系统，不可能一蹴而就。在当前这项工作极其薄弱的情况下，必须历经有所行动——有所作为——有所成效三个阶段，管理部门可通过建章立制，明确要求管理对象为每一位青年律师提供培训条件和职业规划，建立青年律师培养金费列支和基本生活保障制度，通过年度审计、召开青年律师座谈会、个别抽查等方式，监督落实并定期通报，将其作为律所及其管理者考核、评优、年审条件之一，使该项工作首先制度化、常态化地开展起来，尔后逐步完善、逐步推进、不断总结、逐步优化。

3、律协应通过会费或设立专项基金方式，每年对在青年律师培养上成绩突出的律所及青年律师进行表彰和奖励，通过有一定影响的传媒加大宣传力度、树立典型、带动全面。

4、管理部门在保障律师正当权利、鼓励公平竞争的基础上，对青年律师失范行为应当及时“红红脸、排排毒”，告诫引导、防微杜渐；对于违规行为一旦查实亦应严肃处理，此所谓“教于幼正当光明、检于心忧勤惕厉”，使青年律师一入行即心正苗红，防止带病前行、积重难返，以确保律师队伍健康发展壮大。

5、从成功律师中广泛遴选各种典型客观、真实地加以宣传、示范、引导，突出榜样的真实性、可学性，使青年律师通过真人实例了解创业道路各异的成功律师前行路上的甘苦、优良品质、隐形伤疤，增强青年律师创业的信心、韧性，提高其干事、处事的定力和技巧，解决当前青年律师突出存在的焦躁、迷茫心理，为其成长奠定意志基础、树立行为标杆。

四、青年律师要在被培养过程中发挥能动作用、承担使命责任

虽说“教学相长”，但学业在己，在青年律师成长中，自身显然是基础，自尊、自重、自励、自强的能动作用至关重要，否则一切徒劳无益。近年来，全国律协、省律协多措并举强化了对律师实习工作的管理，从执业精神、执业技能到仪态仪表、临场应变能力等提出了明确要求，律师的“过关压力”、“门槛意识”明显增强，人员整体素质有所提升。但笔者多年来参与面试的体验看，实习人员无论是从执业技能、执业素养的锤炼还是执业精神、风险意识的培植均不同程度存在缺憾。实习人员是青年律师的主力军，上述问题无疑也折射出青年律师现状，就此，笔者不揣浅陋，

有针对性地对青年律师成长提出以下几点建议：

1、着力加强自身法律知识系统化整理和法律思维模式的培养。“工欲善其事，必先利其器”，从青年律师群体看，学历、素质上参差不齐。一些青年律师靠死记硬背通过了司法考试，缺乏基本的法律素养（包括系统的法律知识、自觉的法律意识、缜密的法律思维），逻辑思维、语言表达、临场应变方面均缺乏历练甚至潜质。如缺乏系统培养和强化，必将成为律师个体成长乃至行业发展的极大隐忧。

2、树立客观正确的择业观、价值观。如前所述，缺乏核心价值观引领，没有一个好的精神起点，就不会有一条坚实的职业人生轨迹。在考察执业价值观时，我们通常会问：“你为什么要选择律师执业？”不少回答坦率而直白，当然这符合当代年轻人率真的特点，本身无可厚非，但答案呢？五花八门，有人说律师职业光鲜、社会地位高；有人说律师自由，没有什么清规戒律，可以张扬个性；有人说律师属于高收入阶层、能过上品质生活；有人说律师主要就是服务，没有什么风险；有人甚至说，干了很多职业均了无成就，最终选择了律师，如此等等、不一而足。面对这些即将成为我们同行的兄弟姐妹的回答，作为一名从事了二十年法律工作者来说，我感触良多、五味杂陈。客观地说，目前律师行业存在的问题不容忽视、社会诟病不少，其原因很多，但其中重要一点恐怕就在于：律师队伍特别是不少刚刚入行者择业时就存在误区，趣旨不高、定位不准，“饭碗意识”、“名利意识”、“捷径意识”大量存在，从而造成执业一初就出现精神迷茫、急功近利、过度膜拜关系技巧、行为失范甚至越轨的反常现象。究其原因就在于入门时这种感性、片面的择业观，只盯着远方却不想“风雨兼程”。没有坚定的价值支点，就没有定力，一旦出现心理落差，其心态、其行为自然就缺乏必备的坚守。对此笔者认为，对于刚刚起步青年律师来说，需要更多实务锤炼，需要更多的时间思索。一味求快，反欲速则不达。至少我的艰辛路让我感到：青年律师对每一个成功律师有机会都应善于细心观察，取他山石以利其器；要带有感恩之情虚心接受悉心指导、扶持你的同事、同行，相互之间应如琢如磨、经常交流；要稳住心神、强化定力、经营长处、铸就辉煌；不要将个例作为偶像、东施效颦，要准确定位、脚踏实地；要坚持律师的终极价值目标是以“律”为本，以“师”为梦，而绝不可仅仅喻小利、盯在眼下，应多察时事、多交友，长知识、长见识，规范执业，避免风险，尽力让自己的路迈得坚实、放飞理想。

3、青年律师要树立起坚定的吃苦意识和风险意识。“人间正道是沧桑”，律师行业当然也不例外。在当前，由于青年律师业务承接能力弱、律所培养机制粗放而不健全，青年律师实务操作往往量少面窄，而目前律师行业诉讼律师团队化运作并不普遍，“单兵作战”仍为主流。青年律师不能“等、靠、要”，不能拈轻怕重、斤斤计较，要抓住一切机会“干中学、学中干”、刻苦锤炼，否则其成长必然缓慢艰难、步伐就很难迈得坚实。因而，笔者认为，（1）青年律师创业必须要有“吃苦有益”、“吃亏是福”的理念，以“只问耕耘、不问收获”的心态，不问案之大小、事之艰难、言之逆耳，抓住一切机会，卧薪尝胆、苦练本领、蓄势待发。（2）不宜因为自己心中的偶像或假想，过早盲目定位，挑三拣四、画地为牢，将自己的业务人为限定在某一领域，将全部青春和精力投入一隅甚至非诉讼项目某一单一“工作台面”，造成偏废，使之成为未来发展的短板。而应在发展逐步成熟的情况下，根据自身的内外在条件适当选择、理性定位。（3）克服重案轻学的现象。尽管律师如医师一样，实践经验超乎寻常的重要，从而造成许多青年律师过于迷信老律师传授的经验、膜拜办案技巧，加之浮躁心理，轻视知识技能的互化提升和新知识再补充，造成知识老化、未老先衰。（4）风险意识要常挂心间。对于法律有明文规定的禁止性行为，律师必须严格遵守不越雷池一步[6]。在青年律师成长过程中，这一点极易忽视。一些青年律师往往因为阅事不多、涉世不深，只看到律师光鲜闪亮的一面，认为律师风险小甚至没有风险。这些片面的认识一旦根植于心，

执业中必然滋长盲目性、急躁性、功利性和挫折感，甚至跑偏失足，损了行业、毁了自己。生活实践警示我们：千行百业，哪一行、哪一任都需要经常回头看，都需要“照镜子、正衣冠、洗洗澡、治治病”，不断检讨、健康前行。如上所述，这一点除行业主管部门和律所管理者应当着力做好正面引导、风险提示工作外，其关键在于青年律师本人的重视和实际把控，切实防止“出师未捷身先死、长使英雄泪满襟”悲剧的发生。

注 释

1、霍姆斯《普通法》[M]，(冉吴、姚中秋 译)北京：中国政法大学出版社，2006：1

2、摘自清、王永彬著《围炉夜话》。

3、摘自明、洪应明著《菜根谭》。

4、尹超《英国学徒削法律教育与普通法传统的存续》,《环球法律评论》, 2010 年第 2 期，第 132～14l 页。

5、樊清华、李德平《学徒制”对我国法学实践教育的启示》,《中国成人教育》, 2007 年第 3 期，第 169-l70 页。

6、罗兴亮《律师执业风险与律师维权》,《中国律师》, 2001 年第 2 期第 47 页。

农村房屋买卖合同效力的认定

安徽天禾律师事务所 孟 超

摘 要：农村房屋的买卖与宅基地的密不可分，甚至就是宅基地的买卖。在现行的法律法规中，由于农村房屋法律定位模糊，农民对其自有房屋是否有处分权在立法上存在矛盾，导致在实践中带来很多社会问题。本文主要从宅基地的特殊属性，农村房屋买卖合同发生纠纷的特点，以及将法律效果和社会效果统一的角度，分析哪些农村房屋买卖合同应为有效合同，哪些农村房屋买卖合同应为无效合同。

关键词：农村房屋 宅基地 买卖合同 有效 无效

引言

近年来，农村居民尤其是城郊结合处的居民要求收回原已出卖的房屋引发的农村房屋买卖纠纷案件增多。由于目前相关法律、法规不够明确，审判实践中对农村房屋买卖合同效力认识存在较大差异，从而导致完全不同的裁判结果。农村房屋买卖合同之所以增加，很大程度上是因为农村土地增值以及房屋拆迁补偿等因素，房屋现价或拆迁补偿价格远远高于房屋买卖价格，出卖人受利益驱动而反悔，有的要求直接收回已交付的农村房屋，有的要求与买受人共沾拆迁利益。从现状来看，有的房屋已经过装修、翻建、改建等添附行为，如果确认买卖合同无效还涉及对因房屋翻建、扩建、添附等价值评估鉴定、费用补偿标准难题，甚至遭遇执行难题，从而引发一系列的社会问题。

一、农村房屋的买卖，与宅基地密不可分

农村房屋的买卖与其占用的土地即宅基地是分不开的，一般情况下，农村房屋的买卖实质就是农村宅基地使用权的买卖。根据我国法律和政策的规定，宅基地使用权的特点主要有：一是所有权归村民委员会集体所有；二是主体特定，即本村民委员会户籍农民；三是用途和行使权受限制，使用权人仅享有占有和使用的权利，原则上只能建造住宅和附属设施供其自己居住使用，不能出卖或转让；四是无偿性和社会保障性，农民取得宅基地一般是无偿的，宅基地使用权作为一种用益物权，涉及 7 亿农民“安身立命”，目前我国农村的社会保障体系尚未完全建立，宅基地使用权是农民生产和生活的基本保障。

二、宅基地取得、行使、转让的特殊规定

1、取得方式上的局限性。实践中，农民取得宅基地的方式主要是以合法审批建房原始取得，另有继承或受赠房屋、购买房屋、土地改革分配房屋等途径。物权法规定宅基地使用权的取得适用土地管理法等法律和国家有关规定。根据《土地管理法》的规定，农村村民一户只能拥有一处宅基地，农村村民通过审批取得宅基地使用权，应具备五个条件：一是具有本村村民资格；二是履行规定程序，村民向本村委会申请同意，经乡政府审核后报县政府土地主管部门审批；三是符合土地规划，如已经列入拆迁范围的或水库保护范围的，不予新建住宅；四是以户为单位，根据人数确定面积；五是分配的标准和面积，不得超出当地省政府的规定。如《安徽省实施土地管理法办法》第 43 条规定，农村村民宅基地的面积标准：(一) 城郊、农村集镇和圩区，每户不得超

过 160 平方米 ;(二) 淮北平原地区，每户不得超过 220 平方米 ;(三) 山区和丘陵地区，每户不得超过 160 平方米；利用荒山、荒地建房的，每户不得超过 300 平方米。

2、行使时的排他性和规范性。 法律规定，宅基地使用权只能由宅基地使用人行使，任何组织和个人不得侵占、损毁宅基地，因此具有排他性；同时应依法行使，符合法律、法规和国家政策的规定，不得违法扩大面积，也不得擅自改变宅基地的用途。

3、转让时的限制性。宅基地使用权只能在一定范围内，向特定的人有条件地转让，即经本村委会同意，宅基地使用权可以在本村户籍居民内部随住房的转让而有条件转让。

三、农村房屋买卖合同纠纷案件的特点

1、从交易发生的时间上分析，买卖合同的签订至发生争议的时间较长，这主要原因是土地经过一段时间的升值，价格已经高出合同签订时很多。

2、合同多数已经履行，出卖人交付了房屋，买受人给付了房款并入住，但多未办理房屋或宅基地使用权变更登记。当然也有少部分买卖合同时未履行的。

3、从争议发生的原因上分析，多源于土地增值以及土地征用、房屋拆迁等因素，房屋现值或拆迁补偿价格远远高于当初房屋买卖价格，而买方行使上述经济权利还需要获得出卖人的支持，出卖人受利益驱动而发生争议。

4、从标的物现状看，有的房屋已经过装修、翻建、改建等添附行为；更有甚者，有的已经进行了二次或三次以上的再转让，这就使得案件变得更加复杂。

四、农村房屋买卖合同效力分析

在司法实践中，农村房屋是否允许买卖 ，农村房屋买卖合同是有效，还是无效存在两种截然不同意见：

一种意见是该类合同属于无效合同。其主要理由是：因房屋是建筑在宅基地上的，为土地的附着物，处分房屋的同时也处分了宅基地，而宅基地使用权是集体经济组织成员享有的权利，此类行为损害了集体经济组织的权益，是法律法规明确禁止的。如《土地管理法》第 63 条规定，农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设。国务院办公厅 1999 年 5 月 6 日发布的《关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知》规定，农村的住宅不得向城市居民出售，也不得批准城市居民在农民集体土地建住宅，有关部门不得违法为建造和购买的住宅发放土地使用证和房产证。2004 年 12 月 24 日，国务院《关于深化改革严格土地管理的决定》再次强调，加强农村宅基地管理，禁止城镇居民在农村购置宅基地。由此可见，国家法律不允许宅基地使用权向集体经济组织之外的城镇居民转让 ,城镇居民购买农村住房的房屋买卖合同当属违反法律或法规的强制性规定而无效。

另一种意见认为该类合同有效。其主要理由是：我国目前尚未专门规范关于农村房屋买卖的法律、法规和规章 ,“法无禁止即可行”, 既然法律没有明文规定农村房屋买卖条件，只要双方协商同意，农村房屋就可以买卖。从我国《土地法》第 62 条关于“农村村民出卖、出租住房后，再申请宅基地的，不予批准”的规定可以看出，国家还是允许农村房屋可以买卖的，没有要禁止和干涉农村居民行使房屋所有权的意图。而且，我国《物权法》第 64 条规定，私人对其合法的收入、房屋、生活用品、生产工具、原材料等不动产和动产享有所有权。易言之，既然农村房屋是农村居民合法的私有财产，那么作为农村房屋所有权人的农村居民，完全可依法对其房屋行使包括处分权在内的所有权。此外，我国《农村承包经营法》第 32 条还规定了，通过家庭承包取得的土

地承包经营权可以依法采取转包、出租、互换、装让或者其他方式流转。该条规定的实质也是赋予了农民处分自己的承包土地经营权的权利,让农民能够从自身利益最大化的角度理性地处分自己的财产，这种财产处置原则，理应同样溯及于宅基地。

五、结论

根据农村房屋买卖合同主体的差异,可以将农村房屋买卖合同纠纷分为三类:一是农村本集体经济组织成员之间的纠纷；二是农村本集体经济组织成员与外集体经济组织成员之间的纠纷；三是农村本集体经济组织成员与城镇居民之间的纠纷。因为合同主体的不同,所涉及的相关法律、法规、政策也大有不同。因此，在适用法律认定农村房屋买卖合同效力时也会得出不同的结论。

1、对农村本集体经济组织成员之间农村房屋买卖合同应认定有效。

因购买者具有房屋所在地集体经济组织成员身份,这便排除了宅基地不能进行流转的主体障碍。因此,对本集体经济组织成员之间农村房屋买卖,只要买卖双方所订立的买卖合同符合合同法关于有效合同要件,就应当认定买卖合同有效。这也完全符合国务院《关于深化改革严格土地管理的决定》。

2、慎重对待本集体经济组织成员与外集体经济组织成员之间的房屋买卖合同效力的认定。

我国相关法律、法规虽然禁止将农村宅基地使用权向本集体经济组织成员以外的人转让,但如前面所述,法律、法规对农村居民转让房屋所有权并无禁止性规定,而国家相关政策也无禁止向本集体经济组织外的农村居民出售房屋的规定。因此,司法实践中也就无权在法律未禁止房屋转让的情况下,凭执法者主观认识去用禁止农村宅基地使用权转让的规定来否定农村房屋买卖合同的效力和妨害农村村民对自己房屋所有权的行使。因此,对这类农村房屋买卖合同,只要其符合合同法关于有效合同其他要件，应依法认定为有效合同。

3、对农村本集体经济组织成员与城镇居民之间的房屋买卖合同应认定无效。

对于农村居民是否能向城镇居民出售房屋,我国全国人大颁布的法律中岁无相关明确的禁止性规定,但国务院《关于加强土地转让管理、严禁炒卖土地通知》以及国土资源部《关于加强农村宅基地管理的意见》均明确规定,农民的住宅不得向城市居民出售,也不得批准城市居民在农民集体土地建住宅,有关部门不得违法为建造和购买的住宅发放土地使用证和房产证。如果司法判决此类房屋买卖合同有效,必将导致判决结果与国务院和国土资源部的上述规定冲突,而根据我国的法律基础,人民法院在民事案件中无认定国家相关政策无效的权力。根据我国民法通则第六条“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策”的规定，司法机关在审理此类买卖合同中，理应以违反国家政策而应认定为合同无效。

参考文献

1、符启林、罗晋京《试论农村房屋所有权和农民权益保护》[J],《学术研究》;

2、高巧丽、刘欣《农村房屋买卖法律问题探究》[J],《合作经济与研究》;

3、李旭《农村房屋买卖存在的法律问题及法律对策》[J],《时代法学》。

集体土地所有权在现有法律中的保护及思考

安徽弘大律师事务所　杨金龙

摘　要：我国农村的土地在现有法律规定中属于农民集体所有，尽管在新中国土地历史中，农民集体土地制度设计的初衷是美好的，但是前期实施实际的效果确实不尽人意。历经改革，释放出巨大的生产力。在当前中国全面建设小康社会的历史关键时刻，农业、农村、农民困扰中国多年的问题依然解决中国改革、发展的关键，对现有的土地制度进行突破又是解决三农问题的核心。

进行土地制度改革，必须明晰农村土地产权、放开集体建设用地市场，既能合法解决经济发展的工业用地问题，又能节约耕地征收，提高土地的利用率；既能增加农民收入，让农民参与土地升值的利益再分配，又能为农村建设提供雄厚的资金支持，加快新农村建设；既能提高政府的土地管理、发展经济的宏观调控能力，又能减少社会不稳定因素，为经济发展创造安定、和谐社会环境。

关键词：集体土地所有权　土地制度改革　土地保护

引言：

多起农村土地血案充分说明在城镇化进程中资本原始积累借助于国家力量强征农民的土地进行利益强行重新配置。农民的地被政府低价拿走、高价出售，被强取豪夺却无处说理，自力救济又再次被暴力伤害。农民的无奈正是中国农村现在土地农民集体所有制度的无奈。

一、中国集体土地制度的回顾

1、土地改革、农民合作化

中华人民共和国共和国成立前后，实行了土地改革，变封建地主阶级土地所有制为农民个人土地所有制，主要体现就是中华人民共和国中央政府通过的《中华人民共和国土地改革法》。中国共产党于 1951 年召开了第一次农业互助合作会议，通过了《关于农业生产积极性和互助合作的决议（草案）》，引导农民开展互助合作运动。1956 年 3 月第一届全国人大常委会第三十三次会议通过了《农业生产合作社示范章程》，随后在 1956 年 6 月第一届全国人民代表大会第三次会议通过了《高级农业生产合作社示范章程》。农业生产合作社按照社会主义的原则，把社员私有的主要生产资料转为合作社集体所有，组织集体劳动，实行“各尽所能，按劳取酬”，不分男女老少，同工同酬。入社的农民必须把私有的土地和耕畜、大型农具等主要生产资料转为合作社集体所有。所有这些意味着集体土地制度在中国农村的建立。

2、人民公社化运动

公社化的最初构想是农业合作化运动中产生的小社并大社的想法。毛泽东在《中国农村的社会主义高潮》解释说，小社人少、地少资金少，不能进行大规模的生产经营，不能使用机器，阻碍生产力发展，不能停留太久，应该逐步合并，可以一乡一社，也可以几乡一社。随后中共中央出台《关于小型农业社适当并为大社的意见》，指导全国进行小社并大社，大社合并为更大的组织的运动。1958 年北戴河中共中央通过了《关于在农村建立人民公社问题的决议》，强调人民公社将是建设社会主义和逐步过渡到共产主义的最好形式。为此，全国 74 万个农业生产合作社合

并为 2.6 万个人民公社，全国约 99%的农民都参加了人民公社。

3、土地集体所有制

1962 年中共中央通过了《农村人民公社工作条例（修正草案）》（简称 60 条），对农村土地的性质作出明确规定："生产队范围内的土地，都归生产队所有。生产队的土地，包括社员的自留地、自留山、宅基地等等，一律不准出租和买卖。生产队所有土地不经过县以上人民委员会的审查和批准，任何单位和个人都不得占用，集体所有的山林、水面、和草原，凡是归生产队所有比较有利的都归生产队所有等"。这时候，农村土地集体所有的土地制度在中国正式全面确立。

在农村土地集体所有的制度下，尤其是人民公社体制下，社员个人从形式上看，是集体所有土地的主人、所有者，在民事法律中享有所有权的所有权能，包括使用权、占有权、收益权和处分权。但是，在具体生活生产中，却只能被动接受政社合一的人民公社、生产大队、生产队的指令，机械地劳动，甚至生活都要在一起吃大锅饭。社员个人对于土地和其他生产资料没有独立于其他社员的排他性的使用权和收益权，对于标志着所有权的最终处分权更是没有一丝一毫的权利，对于生产成果只能接受共产主义式的供给制，生产主体的积极性受到严重的挫伤，超出了当时实际生产力发展水平的生产关系制度设计最终导致了人民公社制度的彻底失败。甚至在 1960 年出现中国历史上除战争以外的少有的大规模的非正常死亡，据不完全统计达到近 4000 万人，当时的国家主席刘少奇愤怒地说是三分天灾七分人祸。

二、中国农村土地制度改革

中国的改革开放最初起源就是 18 个安徽凤阳小岗村农民冒着杀头的危险被疾饿逼出来的包产单干。至今按着 18 个血红的手印的协议书还静静地躺在中国历史博物馆里，永远向人们述说着一个不朽的故事。1978 年的《农村人民公社工作条例（试行草案）》的规定是"不允许包产到户，不允许分田单干"。1979 年的《中共中央关于加快农业发展若干问题的决议》的规定是："包产到户"严格限制'在某些副业生产特殊需要和边远山区及交通不便的单家独户'。1980 年的中共中央 75 号文件《关于进一步加强和完善农业生产责任制的几个问题》的规定是："在边远山区和贫困落后地区，集体经济长期搞不好的生产队，群众要求包产到户的，应当支持，也可以包干到户"。1982 年的《全国农村工作会议纪要》的规定是："包干到户是建立在社会主义土地公有制基础上的，是社会主义农村经济的组成部分"。1983 年中共中央《当前农村经济政策的几个问题》全面肯定了农民自发的农村集体土地经营方式变革，从此，拉开了中国近三十年的改革开放的波澜壮阔的大幕，中国的经济也走上了高速发展的健康轨道。

三、农村土地的保护现状

国家对土地的保护也就十分严格，可是高速发展的经济建设对建设用地又有着巨大的需求，导致土地非法占用屡禁不止，致使土地保护情况堪忧。据安徽省国土资源厅预计，仅仅 2010 年全省建设用地需求在 50 万亩左右。其中，新增建设用地需求约 43 万亩，而每年国家给安徽省的用地指标加上国家直管计划共约 20 多万亩，缺口达 20 多万亩。据国土资源部门调查：仅 2007 年第一季度违法用地就多达 90 万亩之多；2009 年在全国 24 个省（区、市）和 3 个计划单位市共 150 个县开展的 39 项例行督察，共发现土地违法违规问题 8514 件，涉及土地面积 38603 公顷，其中耕地面积 12990 公顷。拆除违法用地上的建（构）筑物 119.64 万平方米，没收建筑物 967.64 万平方米，复垦土地面积 1554 公顷。约谈 198 人，对 1323 人提出党政处分建议，移送公安机关追究刑事责任 365 人。

尽管我国专门出台土地管理法加强对土地的管理。加强土地管理，维护土地的社会主义公有制。对土地的管理实质上就是限制农用地转为建设用地，既包括采用合法的方式通过正常的审批取得建设用地，也包括不通过正常的审批程序违法占地的处罚。由于正常的合法审批程序复杂，成本高昂，特别是数量有限，解决地方发展经济、追求经济利益的用地方式多是未批先占、少批多占、以租代征等违法违规操作。针对各地违法用地现象日益严重，耕地减少惊人的被动局面，国务院多次出台政策，一再宣布实行最严厉的耕地保护政策。用法律和行政手段严格控制农用地转为建设用地，不惜牺牲农村建设用地的正常流转，但是依然没有真正遏止住违法批地用地的势头。

四、农村土地的立法保护缺陷

1、农村集体土地所有权的主体虚化

我国施行土地国家、集体二元公有制，在中华人民共和国境内的土地不是国家所有，就是农民集体所有，具体是属于村农民集体所有，分别属于村内两个以上农民集体所有，还是属于乡镇农民所有，要看具体情况。

首先，宪法第十条规定：“城市的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有。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。任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地的使用权可以依照法律的规定转让。一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地”。其次民法通则和物权法中一样规定土地不是国家所有，就是集体所有。国家所有的土地由国务院代表国家行使所有权。集体所有的土地，依照下列规定行使所有权：属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会代表集体行使所有权；分别属于村内两个以上农民集体所有的，由村内各该集体经济组织或者村民小组代表集体行使所有权；属于乡镇农民集体所有的，由乡镇集体经济组织代表集体行使所有权。最后，在对土地进行专门管理的土地管理法的第八条规定：城市市区的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于农民集体所有；宅基地和自留地、自留山，属于农民集体所有。第十条 农民集体所有的土地依法属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会经营、管理；已经分别属于村内两个以上农村集体经济组织的农民集体所有的，由村内各该农村集体经济组织或者村民小组经营、管理；已经属于乡（镇）农民集体所有的，由乡（镇）农村集体经济组织经营、管理。在以上土地管理法的规定中，土地的所有权具体表现为简单的经营、管理，而不是民法理论中的占有、使用、收益和处分。

根据以上法律规定，农村集体土地似乎得到了充分的法律保护。可是现实生活中，违法圈地占地却得不到应有的法律制裁，农民集体所有的土地却成了任人宰割的羔羊，任人肆意攫取的廉价物品。

由于农民集体作为集体土地的所有者，不是一个严肃的法律概念，以致在现实生活中凡是涉及土地的问题，解决起来十分复杂，特别是土地所有人的资格问题无法理清。首先，集体是一个政治概念，不是一个法律术语，指的是一定范围内的人的集合。农民集体仅仅是共同居住在一个自然村或在一个以上行政村的全体农民。只是因为我国在农村实行社会主义公有制即集体所有制，基于一定范围的土地公有制，相应范围的所有农民就被动成为一个利益团体，没有自己的严密组织机构比如表意机关、执行机关。农民集体既不是国家机关、企业单位、事业单位，也不是依法成立的其他组织，更不是法律意义上的自然人，没有一个能成为法律关系主体的术语和农民

集体组织对应。其次，作为农村土地的所有者：村农民集体、分别属于村内两个以上农民集体、乡镇农民集体。是一个历史的产物，在现实生活中，没有一一对应的组织存在。最后，农村土地所有者的虚化带来大量的纠纷无法顺利解决。笔者在现实司法实践中也曾遇到这样的难题。由此可见，作为集体土地的所有者的农民集体组织是一个虚化的概念。

2、国家对农村土地的流转利用严格限制

1962 年的《农村人民公社工作条例修正草案》规定，宅基地归“生产队”所有，一律不准“出租和买卖”。1963 年《中共中央关于各地对社员宅基地问题作一些补充规定的通知》规定，社员房屋归社员所有，社员宅基地，包括有建筑物和没有建筑物的，归集体所有，一律不准出卖和出租。1993 年《国务院办公厅关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知》严厉规定：农民的住宅不得向城市居民出售，也不得批准城市居民占用农民集体土地建住宅，有关部门不得为违法建造和购买的住宅发放土地证和房产证。1997 年《中共中央、国务院关于进一步加强农村集体土地管理的通知》指出：用于非农建设的土地，因与本集体以外的单位和个人转让、出租、抵押附着物而发生使用权交易的，应该依法严格审批。国发[2004]第 28 号文件《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》再次规定：“禁止城镇居民在农村购买宅基地。”2004 年国土资源部《关于加强农村宅基地管理的意见》规定：严禁城镇居民在农村购买宅基地，严禁为城镇居民在农村购买和违法建设的住宅发放土地使用证。

土地管理法规定：任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地；但是，兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的，或者乡（镇）村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外（第 43 条）；农村村民一户只能拥有一处宅基地，其面积不得超过省、直辖市、自治区规定的标准，村民出卖、出租住房后，再申请宅基地的， 不予批准（第 62 条）；农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设；但是，符合土地利用总体规划并依法取得建设用地的企业，因破产、兼并等情形致使土地使用权依法发生转移的除外（第 63 条）。2004 年《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》再次重申：“禁止城镇居民在农村购置宅基地”。由此可见，村镇集体建设用地使用权依法流转的空间十分有限。

新的物权法第 151 条规定，集体所有的土地作为建设用地的，应当依照土地管理法等法律规定办理；第 153 条规定，宅基地使用权的取得、行使和转让，适用土地管理法等法律和国家有关规定。在关于《中华人民共和国物权法（草案）》的说明中解释是，目前我国农村社会保障体系尚未全面建立，土地承包经营权和宅基地使用权是农民安身立命之本，放开土地承包经营权和宅基地使用权的转让和抵押的条件尚不成熟，在维护现行法律和国家农村土地政策的同时，也为今后修改有关法律和调整有关政策留有余地。

五、农村土地保护的建议

第一，抓紧完善相关法律法规和配套政策，规范推进农村土地制度改革。为了保障党和国家的政策能够及时得到落实，有关的法律法规必须及早修改完善。首先，现有的土地管理法应该更改为土地保护法，以体现国家对土地资源的重要性认识的提高，转变工作理念，变管理为服务，以此为原则修改相关的法律条文。其次，提高农村土地征收补偿标准，让被征收土地的农民得到公平合理的补偿，参照国有土地房屋拆迁补偿条例规定补偿农民的房屋等，让广大农民也分享到土地升值带来的财富成果。

完善农村宅基地制度，依法保障农民的宅基地用益物权。宅基地用益物权的提法，意味着农

民对宅基地不仅仅具有占有和使用的权利，而且可以通过宅基地的利用取得收益，为富裕农民开辟了新的财源，也为普通老百姓改善居住条件提供了更多的选择空间。允许农民在自己的宅基地上多建房屋，只有符合规划及安全的要求就行，允许农民通过出租房屋及转让富余的房屋，既可以改变目前房价虚高，中央政府调控成效不大的局面，也能让农民取得资本收益，富裕农民。

第二，改革征地制度，充分利用农村闲置的集体建设用地。严格界定公益性和经营性建设用地，逐步缩小征地范围，完善征地补偿机制。缩小征地范围，尤其是区分公益性和经营性建设用地，按照物权法的规定，经营性建设用地就会被排除在征地范围以外，可以有效地改善目前土地保护不力的被动局面，也可以减少对农民的掠夺，为农民发展经济提供机会。就是依法征收农民的土地，也要按照同地同价原则及时足额给农民合理补偿，弥补农民的财产损失，凡是经营性建设用地没有和农民达成土地补偿及安置协议的，不得进行建设。

允许农民不经过国家征收就可以通过多种方式参与自己土地的建设开发经营。该政策已经突破了土地管理法的规定，只有是在土地利用规划的城镇建设用地范围以外，经批准占用农村集体土地建设非公益性的项目，农民都有权利参与。如果该政策得到很好的落实就能在保障经济建设用地的同时大大减少征地的范围，可以有效地起到保护耕地的作用

第三，逐步建立城乡统一的建设用地市场。

凡是依法取得的农村集体经营性建设用地，可以转让，当然应该以公开规范的方式，通过统一有形的土地市场进行，完全可以参照国有建设用地转让的有关规范运作，以期能够取与国有土地享有同等的权益。目前农村建设用地转让在部分地方已经取得了有益的尝试，在总结提高的基础上上升为国家政策、法律。

参考文献

1、梁慧星《中国物权法研究》(上)，法律出版社，1998 年。

2、胡长明《中国农村集体土地制度研究》，第一章。

3、第十届全国人大第五次会议关于《物权法（草案）》的说明。

4、朱启臻、王念《自己的利益要靠自己维护—论集体建设用地再流转的农民利益的实现》，中国土地 2009 第 8 期。

破产案件受理难的原因分析及对策

安徽深蓝律师事务所　曹勇前

摘　要:新破产法的实施，为律师业务的发展带来了难得的机遇。但破产案件的法院受理难，是全省乃至全国存在的普遍性问题。如何促成人民法院依法受理企业破产，推动破产法的实施，从而实际形成破产管理人的律师非诉业务的增长，是我们要解决的现实问题。为此，本文从破产法律制度设置的价值出发，分析问题发生的原因，寻找探索应对方法。

关键词：企业破产　受理难

市场经济是法治经济。完善的市场经济法律体系中，作为市场主体的企业，其产生、运行以至退出都离不开法律的规范。如果没有解决市场主体如何通过法律途径消亡的破产法，就不能被称为真正的市场经济。企业退出市场，如果资产大于债务，可在工商部门办理注销登记，通过清算退出市场；在资不抵债的情况下，则应该通过司法破产程序退出市场。2006 年《企业破产法》颁布以来，每一年全国受理的破产案件为三千件左右，而同一时期工商部门每年吊销、注销的企业数量高达 80 万户[1]，二者相差甚远。这其中很多的企业未依法定程序退出市场，数量惊人的经营恶化、资不抵债的不良企业，已成为市场经济的毒瘤，随时感染其他市场主体；大批未经清算已被吊销的 “植物人企业”，已成为市场信用的“地雷”，随时毁灭信用交易的合作者。新破产法的实施状况远未达到立法的预期，企业退出市场机制仍然极其混乱。很多应当破产的企业没有破产，应当通过破产程序退出市场的企业没有退出。究其原因，破产案件受理难是主要原因之一。

一、目前破产案件受理难的现状

破产法要发挥作用，首先法院必须依法受理案件。新破产法实施中存在的一个突出问题是，破产案件受理难，对企业的破产申请应当受理而没有受理的情况大量存在。一方面，2008 年金融危机以来，国内企业普遍经营不景气，很多的企业资金链断裂，不能清偿到期债务，资不抵债，应当通过破产程序依法退出市场。另一方面，破产案件的受理数量没有增加反而连续下降，以全国法院的破产案件受理数量为例，1996 年—2005 年十年受理 68162 件，年均 6816 件。2006 年受理数量为 4253 件、2007 年为 3819 件、2008 年为 3139 件、2009 年为 3128 件、2010 年为 2366 件[2]。出现破产案件逐年递减最主要的原因是破产案件受理难，很多符合破产条件企业的破产申请不被受理，不能进入破产程序，使大量的社会矛盾和纠纷悬浮于法律程序之外，不能在法律的轨道内解决。陷入绝境的企业老板不能依法破产，只得“跑路”。

最高人民法院为解决破产案件受理问题，于 2008 年 8 月作出（法释〔2008〕10 号），明确规定，“债权人对人员下落不明或者财产状况不清的债务人申请破产清算，符合企业破产法规定的，人民法院应依法予以受理。债务人能否依据企业破产法第 11 条第二款的规定向人民法院提交财产状况说明、债权债务清册等相关材料，不影响对债权人申请的受理。”；2011 年 8 月，最高院又颁布《关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定（一）》的司法解释，对实践中存在的“破产原因”的模糊认识予以厘清，对“不能清偿到期债务”的标准和债权人、债务人提出破产申请时的举证标准予以明确，对法院的受理程序予以约束规范，并设置了强有力救济途径，特别规定在接受申请的法院未依法受理时，“申请人可以向上一级人民法院提出破产申请”上一级

人民法院收到破产申请后，应当责令下级法院依法审查并及时作出是否受理的裁定；下级法院仍不作出裁定的，上一级人民法院可以径行作出裁定。上一级人民法院裁定受理的，可同时指令下级人民法院审理该案件”。该解释还明确规定，破产案件的诉讼费用从债务人财产中拨付，极大减轻了申请人负担。最高院以上的一系列举措，旨在解决破产案件受理难的问题，用意良苦，但落实效果仍差强人意。

二、破产案件受理难的原因分析

破产案件受理难的原因来自方方面面，有社会历史原因，也有部门现实原因；有思想观念原因，也有利益驱动的原因。笔者根据工作中的具体感受，列举分析如下：

（一）全社会对破产的思想观念存差距，尚未能充分认识破产法实施的积极作用

社会公众对企业破产法对调整产业结构、构建诚信市场环境的重要功能认识还不全面，还没有充分认识到重整和解程序在挽救危困企业方面的作用，以及清算程序在化解债权人冲突、化解矛盾纠纷方面的功能。其中包括：部分党政领导受 GDP 增长模式政绩观影响，认为企业破产即政绩破产，顾忌政治影响，行政干预破产案件的受理；部分法院自身的观念转变也存差距，有的法院法院长期受严控破产率的政策性破产标准的影响，沿袭“从严把关谨慎立案”的老观念，制约了破产案件的正常受理。

（二）社会稳定的巨大压力影响了破产案件的受理

破产案件涉及利益主体众多，各种矛盾突出。破产涉及企业职工的安置，稍有不慎就可引发社会稳定问题，导致有的法院明确规定“职工未完成安置的，破产案件不受理”。有的民营企业因为陷入民间借贷的泥潭而被申请破产，人数众多讨债无门的民间借贷债权人对社会稳定也形成了极大压力。此外，企业破产还牵扯社会方方面面，如：职工安置、社保衔接、税收协调、不动产交易过户以及档案移交等须各部门的分工协作，需要有相关制度配套。而各部门现行的规章制度主要是针对企业正常运营时设定，对于企业破产的规定缺少针对性，配套制度不完善给破产工作的开展带来严重的不可控性和不确定性。面对以上诸多社会问题，法院独力难支，没有地方党委政府的支持，法院不敢受理破产案件。

（三）法院存在畏难情绪，积极性不高

破产案件不同于一般的民商事案件，难度大、程序复杂，涉及多方利益主体，须解决批量的债务清结，面对众多的债权人、债务人、管理人、中介机构等，不仅仅是破产清算，还有重整、和解程序等等。很多法院的审判人员缺乏新破产法的的审判经验，对实体法的运用和程序的把握缺少实务经验。同时，破产案件审理周期长、衍生案件多，在法院本就存在案多人少，人力不足、司法资源紧缺的环境下，受理一个破产案件需投入巨大的人力成本，有的法院宁愿办十件民事案也不愿办一件破产案。主观上的畏难情绪，加上经费保障难落实、社会稳定压力等客观因素的影响，法院受理破产案件的动力不足，“能推则推、能拖则拖”的情况比较多。

（四）管理人队伍现状难以满足破产实际

破产法规定，法院裁定受理破产申请的同时应指定管理人。是否有适格的管理人，也是人民法院受理破产案件时必须考虑的因素。破产案件的具体事务主要由管理人担当，管理人的工作不仅涉及对企业债权债务的清理，对企业财产的管理处分，还涉及职工安置、历史遗留问题的处理等等，管理人工作能力和敬业精神直接决定着企业破产清算工作能否合法有效的开展。但目前管理人队伍建设滞后，由于企业破产案件数量少，致使普遍缺乏清算经验，担任管理人的能力参差

不齐，有些管理人根本不具备破产专业知识和经验[3]，导致法院指定管理人时踌躇不前，客观上也影响了破产案件的受理。

以上原因带来的直接后果是，法院采用各种方式将大量的破产案件拒之门外，使得债权人、债务人丧失法律救济的渠道，使《企业破产法》不能得到有效实施。

三、对策和建议

解决破产案件受理难问题，除加强学习、宣传，提高社会各界对破产制度的认识，加强执法监督外，笔者有以下具体建议：

（一）遵循“有法必依”的原则，申请人应为破产案件的依法受理做不懈的坚持

在最高人民法院专门针对破产案件立案问题出台司法解释后，破产案件的立案标准明确，“有法可依”，只是落实执行而已，破产申请人作为破产利益诉求者理应为此付出最大努力。无论是债权人申请或是债务人申请，均应对照《企业破产法》及司法解释的规定的申请条件，在依法提出申请的同时，积极完善申请材料，主动减少审查障碍，争取顺利立案。如果发生法院无理拒收破产申请、不出具收到申请及所附证据的书面凭证，或者未在法定期限内作出是否受理的裁定等情形，则依法使用救济手段，直接向上一级人民法院提出破产申请。如果法院无理裁定不予受理，则坚决依法提起上诉。如果在司法系统内部不能得到有效救济，则还有人大监督等等。为破产案件依法受理不惜“死磕”，其过程必将是艰辛曲折，但“有法必依”毕竟国家法治的基本原则，尤其在司法高层态度明晰的背景下，相信不懈的坚持会产生有力的效果。

（二）积极和地方党委政府沟通协调，取得支持和理解

破产法律制度是市场经济的产物，法治政府是市场经济的的必然要求，破产法律制度的有效实施符合法制政府的建设需要。法治政府是有限政府，政府是社会公共权力的执行者和社会服务者，而不是具体经济事务的操作者。新《破产法》中通过管理人等制度的确立，明确了法院在破产案件审理中的主导性和权威性，从法律角度排除了行政干预，也为可使政府从具体经济纠纷的事务中解脱出来，切实履行政府职能提供了可能。过去，“企业犯错，政府买单”，因为维稳的需要，政府不得为企业的危机处理付出巨大的人力物力，有的地方政府因危机应对超出了职能权限，充当“冤大头”而广为诟病。如果政府能够从对企业破产的深度行政干预中超脱出来，成为“市场决定，法院主导”企业破产的推动者；如果政府能够从破产一线的具体经济事务处理中解脱出来，将工作转换到对法院依法受理破产案件的支持、对破产相关制度的配套完善以及破产相关事务的协调上来，一定是双赢的结果。

（三）法院及时转变立案观念，提高破产案件的审理水平

1、转变立案审查的思路。从政策性破产时严格把控限制立案，转变为新破产法的依法立案。明确立案的标准，不能因为案件难度大就人为提高案件受理门槛。针对疑难或矛盾突出的案件，必要时启动受理案件实体听证，召集申请人、被申请人以及利害关系人召开听证会，以公开的方式听取各方意见，查明债务人的破产原因，从而做出是否受理的裁定，防止“假破产真逃债”或“恶意申请破产”的发生，保障破产案件受理质量。

2、成立破产法庭，集中审理破产案件。对于尚不具备设立审判庭的地区，可以指定相对固定的合议庭审理企业破产案件，培养专业审判力量，鼓励探索、创新，完善内部考核激励机制，调动破产审判人员的积极性，不断提升破产审判水平。

3、建立和地方政府联动机制。在积极接受地方党委和人大领导监督的同时，加强与工商、

税务、国土、房管、社保等部门的交流沟通，加大协调力度，争取各部门支持，保障社会稳定，解决经费保障，提高工作效率，促进了破产清算进度，从而加快案件审理的步伐。

（四）尽快成立管理人协会，健全对管理人队伍的培训、考核机制。

2008 年《企业破产法》实施后，安徽省高级人民法院编制了管理人名册，首批指定 78 家中介机构（50 家律师事务所、26 家会计师事务所、2 家清算事务所）为破产管理人。此后没有进行过任何更新，既没有考核管理，也没有淘汰更新。管理人业务本身和传统业务差别巨大，专业化、团队化的要求甚高。加之，全省破产案件受理极少，绝大部分的管理人至今没有实际从事过管理人业务。如果破产案件受理难得以解决，则破产业务需求和适格管理人的矛盾将进一步突显。因此，尽快成立管理人协会，开展对管理人进行专业培训和业务协调的行业自治管理，协助人民法院对管理人队伍进行考核监督，引入管理人资格准入、考评和淘汰机制，优胜劣汰，尽快培育出一支过硬的管理人队伍，以满足企业破产法全面实施的需要。

参考文献

1、奚晓明《在第三届中国破产法论坛上的讲话》,《破产法论坛》第六辑，法律出版社 2011 年版，第 505 页。

2、张媛《专家学者在第四届中国破产法论坛上建议 为企业铺设畅通有序的退出通道》，法制日报，2011 年 11 月 07 日。

3、赵柯《在第四届中国破产法论坛上的讲话》,《破产法论坛》第七辑，法律出版社 2012 年版，第 525 页。

浅议律师防控企业法律风险

安徽安泰达律师事务所　计京旺

摘　要：企业以营利为目的，利润的获取，必然伴生风险，企业面临的风险主要包括为商业风险与法律风险，法律风险是指基于法律的原因而可能导致的危险及其他不良后果，对企业而言表现为：一是企业的经营行为违法违约，导致企业面临遭受法律制裁的不利后果；二是法律和政策环境发生变化，伴生的法律风险；三是他人违法或违约，可能导致企业对第三人承担相应责任或者产生损失而引发法律风险。企业的策与经营管理各方面都可能发生法律风险，一旦发生，往往会产生比较严重的后果，有时甚至是毁灭性的后果。对于法律风险，企业日益重视防范与控制，正确地认识法律风险的防范与控制，对于企业有何重要意义？通过何种途径，才能有效地进行防范与控制？

关键词：法律风险　防范与控制

一、企业迫切需要防控法律风险

企业为何要防控法律风险？现代市场经济是法制经济，企业在市场竞争与企业经营的过程中会遇到诸多法律问题，由于自身的处理不当，导致发生了重大的损失与潜在的问题，因此，企业法律顾问的重大作用是在风险处于萌芽阶段就为企业将其扼杀。企业在其生产经营过程中，机遇与风险始终并存，法律风险并不可怕，可怕的是企业没有意识到潜在的法律风险，而由于大多数企业及企业家对法律风险没有足够的认识与防范，对可能存在的法律风险并不知悉，直至风险转化为危险时，才意识到防控风险的重要性。企业应当建立起运转有效的法律风险预警机制，将风险拒之门外，同时还应该拿出一定额度的财务预算，聘请律师担任其法律顾问，检查或评估企业法律风险，及时发现并予以化解潜在的法律风险，将其彻底扼杀在萌芽阶段。从专业角度来说，其他法律从业者无法替代律师的专业性的，企业聘请律师担任其法律顾问，是在企业和律师之间建立了一种稳定、密切、专业的服务关系，相对企业而言，律师就是企业谋取合法利益的谋士。在共同创建和谐社会的当下，企业作为社会的一个重要成员，企业生产经营状况对社会稳定起着支柱性作用，目前金融危机的影响与法律风险同在，如果企业经营状况查，下岗失业人员必然增多，势必会影响社会稳定，对构建和谐社会起着阻碍作用，要创建和谐社会，就必须防范和控制企业法律风险。防控法律风险的迫切性表现为：

1、市场竞争环境伴生各种潜在的法律风险和陷阱。交易违法、知识产权纠纷、劳动纠纷、合同欺诈、行政机关的违法或非法滥用职权等等法律风险和陷阱时刻都在威胁着企业的发展，甚至导致毁灭性灾难的发生。

2、在调整公司企业内外的各种商业、行政关系中，法律的作用日渐凸显。规避和化解法律风险，解决法律纠纷问题，始终是贯穿公司企业发展之路的必不可少的内容。

3、竞争对手往往有法律顾问在法律服务方面的大力支持。竞争对手的法律顾问往往以公司高管身份参与商业谈判，为交易把关，此时如果公司没有法律顾问的参与，势必会在谈判、交易过程中处于劣势，存在陷入对方在法律方面设置的危险，埋下商业风险和隐患的种子。

4、法律顾问有助于商业交易的顺利完成。 商业交易或合作往往是基于朋友关系而交易或者合作。双方谈判时，对合作细节必然涉及利益的安排及取舍，碍于朋友情面而又难以启齿。如果

由法律顾问出面就合作细节谈判，则可两全其美，既照顾了双方情面，又用完备的法律文件将双方的权利义务予以明确，保障交易和合作的安全，达到交易和合作的根本目的，节约了交易时间，提高了效率。

5、优秀的法律顾问能为公司企业的发展保驾护航，排忧解难。由优秀的律师担任法律顾问，能综合运用其掌握和积累的法律知识和实务技巧、经济管理知识，结合其所服务公司企业的具体情况，透彻地分析和预防法律风险，权衡多种法律解决方案的优劣、利弊，以公司企业的利益最大化为出发点，在法律风险产生之前或处于萌芽状态时，将其有效地识别、规避和化解，将法律风险在交易之前或进行的过程中予以有效处理，大大降低了法律风险和纠纷处理的成本，有力地保障公司企业稳健、快速地发展。

企业的利润都是诸多成本背后的收益，生产成本相对而言稳定性高，风险度很低。机会成本的危险与随机性，是因为其随时都有可能引发危险。把以消灭危险为己任的律师放到现代企业运作中主力平台，让律师为企业效力，让律师为企业谋平安，企业随时得到法律服务，有利于律师更全面地了解企业的情况，使其提供的法律服务更具针对性和准确性，经过长期合作，使双方更加适应对方的工作方式和工作特点，便于在工作中更好地相互配合，长期、稳定、密切的服务关系能够激发律师更强的责任心，为企业提供更优质的法律服务。

二、企业面临的法律风险

企业法律风险是指企业在经营发展中，由于欠缺法律意识、疏于审查等不规范行为所导致的可能使企业带来重大经济损失的经济纠纷等方面的风险。企业法律风险可分为以下几个方面：

1、企业设立过程中的法律风险。企业在设立过程中，发起人是否具备相应的法律资格，拟设立的企业章程规范是否合法合理，是否履行出资义务等事项，直接关系到企业能否正常运转，能否健康成长。

2、企业经营管理中的法律风险。在经营管理中，企业要明确各项规章制度，规范股东会、董事会、监事会及管理层之间的权利与义务关系，建立决策、激励与约束机制，落实权力、决策、执行和监督职责，实现企业利益的最大化。而大多数企业公司的章程，是照搬工商行政管理机关的格式范本，其条款简单，不够细致缜密，将会导致公司决策、执行等职责划分不明，容易相互扯皮，将会导致企业严重内耗，无法正常运转乃至经营瘫痪。

3、人力资源管理的法律风险。公司员工从面试、录用、 签订劳动合同直至离职以及竞业限制、商业秘密的保护等各方面，均应受到相关的劳动法律法规的约束，而在企业人力资源管理过程中，企业或员工任何不遵守劳动法及其行政法规的行为，都有可能给企业带来法律风险。

4、合同法律风险。企业的经营离不开合同，市场经济正是由一个个合同交易所支撑维持。在合同的订立、生效、履行、变更和转让、终止及违约责任的确定等过程中，合同当事人一方或双方利益极有可能受到损害或损失。合同作为一种实现合同当事人利益的手段或者工具，具有动态性，受到各种人为因素和客观因素影响，各种法律风险出现的可能性极高。

5、企业税收法律风险。企业的涉税行为由于受企业的具体经营环境影响，其中的法律风险不可避免，具体表现为企业偷税、漏税等行为，以及因为涉税行为而承担了相应的法律责任等等。

6、知识产权法律风险。企业在经营过程中对自由的发明专利享有知识产权，但也有可能对其他企业的知识产权产生侵害。随着国家对知识产权保护的力度逐渐加大，知识产权案件也在逐年增多，但由于多数企业没有意识知识产权的重要性，没有关注到国家对知识产权的保护力度，在此领域存在的法律风险就更大。

7、企业并购法律风险。企业并购的法律 风险大多体现在企业兼并中，企业兼并涉及公司法、竞争法、税收法、知识产权法等法律法规，且操作繁杂，对社会影响面较大，潜在的法律风险较高。

8、企业诉讼法律风险。企业诉讼的结果将对企业的利益造成直接或间接的影响，企业诉讼涉及到调查取证、参与庭审、协调关系等复杂过程，任何一个环节处理不妥，都对案件的结果都将产生影响。

三、律师作为企业法律顾问如何防控法律风险

律师通过对顾问单位的法律风险进行评估、识别、防范与控制，确立法律参与经济活动的程序和环节，从制度上保障合法经营、依法决策的进行。通过设定法律风险控制范围，确立法律顾问对企业的经营与决策全程参与程序，从而有效防范与控制企业经营活动中的法律风险。作为企业法律顾问，工作主要有两大内容，一是预防法律纠纷，二是解决依然出现的法律纠纷。诉讼耗时费力，无论胜败都给企业带来很大负担。企业法律风险控制重在预防，要在风险萌芽阶段就将其消灭，即便是不得已进入诉讼，也要做到对纠纷已经做了充分的法律准备。

在防范与控制法律风险方面，主要有以下几点内容，法律风险的识别，法律风险的评估，制定法律风险的应对预案，法律风险的监控。预防工作量大面广，需要对企业内外的法律资源进行合理的配置。

1、法律风险的识别工作，通过全程参与企业的经营、决策，融入企业，查找企业重要经营活动、重要业务流程中可能存在的法律风险，对查找出的法律风险进行描述、分类，对其原因、影响范围、潜在的后果等进行分析归纳，进行企业全面法律“体检”，最终形成企业的法律风险清单。

2、法律风险评估，律师成为企业法律顾问之后，入驻企业对企业进行法律风险事项调查并出具《法律风险评估报告》，对企业进行的定期“体检”。通过审查企业的组织、股权和治理结构以及公司章程、公司各项许可证照、内部管理制度、业务流程、财务管理制度和流程、对外重大合同签署的决策和流程以及劳动合同、固定资产、知识产权管理等，并对其进行法律风险评估。企业定期进行法律风险评估的有助于发现可能存在的潜在法律风险，事先进行预防与控制，并采取适当措施，防患于未然。有助于企业发现潜在的诉讼纠纷，及时、提前收集有力证据予以应对，从而有效降低公司法律风险，实现公司利益最大化。

3、制定法律风险应对预案，律师作为企业法律顾问，要对识别出的法律风险进行深入、仔细的分析，明晰法律风险对企业的影响程度，并及时选择最优应对策略，评估风险应对现状，制订应对计划。

4、法律风险监控，律师配合企业建立法律风险管理框架，实时跟踪内外部法律风险环境的变化，及时监督和检查监控运行，并根据发现的问题对法律风险管理进行持续改进。法律风险防控实施过程中，企业法律顾问将处于主导地位，但是不是全部作用，需要充分发动企业各部门的力量，推进企业全面风险管理与日常经营管理的深度结合，才能确保信息沟通顺畅，确保反馈及时高效。

随着企业规模壮大，法律风险也大量伴生，法律风险预防与控制工作对于企业至关重要，企业及企业家们应改变法律风险观念，使得企业法律顾问与企业融为一体，从事后处理为主转为事前防范为主，使防范和化解法律风险变成一种常规性的管理工作，并贯通于企业不同的部门、业务与流程之中，只有嵌入到企业生产经营的实践中，才能有效地防范企业可能面临的法律风险。

参考文献

1、冰点《企业如何防范与化解法律风险》,《企业法律顾问》, 2010 年第 2 期，第 18 页。

2、刘国华《施工企业提高法律风险防范能力的途径》,《中小企业管理与科技》, 2010 年 6 月下旬刊。

3、赵荣《浅谈企业法律风险防控体系建设》《中国外资》, 2012 年第 3 期，第 24 页。

4、韩爱芹，吕丽卿《论企业的法律风险》,《商场现代化》, 2008 年第 26 期，第 16 页。

股权转让中阴阳合同法律效力探析

北京大成（合肥）律师事务所 詹 涛

摘 要：企业股权转让中阴阳合同现象普遍，在股权转让争议中，应根据法律、法规结合当事人真实意思对阴阳合同效力进行判断。相较而言，阳合同多不是当事人真实意思的反映，从维护交易关系的稳定性原则出发，应该避免认定阳合同整体无效。价格等条款的部分无效，不影响阳合同其他条款的法律效力。

关键词：股权转让 合同效力 备案 避税

一、股权转让中的阴阳合同现象

近年来，国内资本市场活跃，股权转让是企业募集资本、产权流动重组、资源优化配置的重要形式，有关行政主管机关对企业股权转让的管理也进一步规范。尤其从 2012 以来，为加强股权转让税收征管，各地纷纷建立了税务和工商机关之间的信息交换、联席会议制度，要求在办理企业股权变更登记之前必须先到税务机关申报开具个人所得税完税凭证，这一作法有效地提高了税收征缴力度，也使得长期存在的阴阳合同问题进一步凸显。笔者代理了多起股权转让的诉讼与非诉案件，深感这一现象具有普遍性。

所谓股权转让“阴阳合同”，是指在企业股权转让过程中，提交给工商机关办理股权变更登记的股权转让合同和反映当事人真实意思表示的股权转让合同不一致，以致形成相冲突的两份甚至多份合同。

就企业股权转让而言，签订阴阳合同最常见的目的是避税。股权转让涉及数项税种，其中最主要的是所得税，通常个人所得税税率为 20%，企业所得税的税率为 25%，由转让方缴纳，但很多股权转让方对此难以接受，甚至围绕怎样避税来设计股权转让方案。另外，有限责任公司的股东转让其股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。如转让方仅愿意转让股权给特定的对象，也有采取阴阳合同的方式，对外的阳合同会提高转让价，迫使其他股东放弃购买该股权[1]。签订阴阳合同的目的还有不愿意将股权转让的细节内容提交工商机关对外公示，防止商业秘密泄露，等等。

二、阴阳合同的效力比较

阴阳合同更多地是从行政管理角度，着眼合同是否经过法定的登记备案程序而进行的定义，一旦因此发生民事纠纷，则必然涉及对合同效力的判断。在笔者最近代理的一起诉讼案件中，阴阳合同的效力问题就成了案件焦点。当事人先签订一份反映其真实意思的股权转让合同，即阴合同；在办理股权变更登记时又临时签订了一份内容简单的股权转让合同，即阳合同，其中约定价款远低于真实意思表示。之后，由于新股东无法兑现发展公司的承诺，原股东提出解除股权转让合同，并要求赔偿损失。在诉讼中，对于阳合同的评价成了原告的难题，如果说阳合同有效，则其中价款无法接受；如果说阳合同无效，则已完成的股权转让行为欠缺合法的依据。另外，阳合同中不仅价款与真实意思不一致，其套用的模板中还无意地约定了仲裁条款，这样一来，法院管辖也成了问题。因为即便阳合同无效，仲裁条款作为解决争议的条款，也会独立出来适用。被告因此提出管辖权异议，并认为订立在后的阳合同是对之前合同的修改。在庭审中，面对法官的关

于阳合同效力如何的询问，原告不愿正面回答，场面颇为被动。确实，在这种股权转让合同争议中，阴阳合同的效力问题是同类案件中不可回避的共性问题。

其实阴阳合同并非规范的法律术语，相较而言，似乎其中的阳合同的名称更易被接受。有观点认为，阳合同经过国家行政机关登记备案，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 77 条规定："经过公证、登记的书证，其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言。"因此，阳合同效力更高；从形成时间来看，往往载明真实意思的阴合同订立时间在前，登记备案的阳合同订立时间在后，由此会有一种说法，形成在后的合同对之前合同条款进行了变更。

在阴阳合同同样常见的建筑工程招投标领域，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 21 条规定："当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。"该司法解释实际认可了阳合同的法律效力。

综上，是否可以说阳合同有效而阴合同无效，或者说阳合同效力优于阴合同？结论并非如此。

合同效力并非证据的证明力，根据合同法理论，合同的效力包括有效、无效和效力待定等类型，并未区分效力的强弱。

阴阳合同共同存在，其中哪一份是真实意思的表示，在实践中往往一目了然，即便阳合同订立在后，但实际履行的却是阴合同，因此，并不能因为订立时间有先后而牵强地说成是合同内容的变更。

建设工程施工合同有别于其他合同，调整该合同关系的建筑法有其特定的原则。建设工程质量关系到人民群众生命财产安全，关系到国家利益和社会公共安全，国家对建设工程质量要求严格，确定了很多强制性国家标准。对于一定范围内的工程项目，规定了强制招投标制度，进而有司法解释的规定"备案的中标合同作为结算工程价款的根据"。相比较而言，企业股权转让行为更强调当事人的意思自治，至今未见法律法规有股权转让合同争议优先依据登记备案合同审理的规定。在与之类似的二手房买卖领域，阴阳合同也不少见，《深圳市中级人民法院关于审理房地产纠纷案件若干问题的指导意见》（征求意见稿）第 19 条规定："房屋买卖存在"阴阳合同"，其中阳合同中的价格条款规避国家税收的，该条款无效，交易价格按符合双方真实意思表示的条款认定。"虽说该地方法院的意见并不具有法律效力，但也表达出了法院对此的一般态度。

因此，判断阴阳合同的效力不能仅仅从阴阳合同的形式来看[2]，应以法律法规的规定结合当事人的真实意思来确定。在实践中，阴合同往往更能体现当事人的真实意思。股权转让合同并不以办理工商登记为生效要件，即使阴合同未经办理工商登记手续，也不影响其成立和生效，当事人在阴合同中约定的权利义务应该得到法院支持。对于违反管理性规定的，比如没有登记备案，其法律后果是承担相应的行政责任，并非否定合同效力[3]。当然，以上是对内资企业的分析，如企业是外商投资企业，股权转让合同须经审批机关审批才能生效，阴合同未经审批，则无法生效。

三、阳合同条款的效力分析

《合同法》第 52 条规定了五种无效合同的情形，在股权转让中应该根据情况分别适用。在多数情况下，无论是为了规避纳税，还是规避其他股东的优先购买权，均应适用《合同法》中"恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益"的规定，来认定阳合同的效力。有观点认为，这种违法的阳合同无效，因此，根据该合同所进行的一系列工商变更登记行为也应予撤销，需重新办理工商登记。确实，相关工商变更登记依据股权转让合同而产生，如该股权转让合同无效，则工商变更登记行为就失去了合法的依据，不得不予以纠正。

但阴阳合同的存在是一种普遍的现象，很多企业在变更股东后已长期存续，甚至又数次发生新的股权变更，如果因为阳合同无效，相应的股权变更登记无效而重新办理工商登记，将导致社会关系稳定性的破坏，违背经济和效率原则，会引发一系列新的纠纷，在程序上也难以操作。

应该注意到的一个情况是，在实践中，阳合同与阴合同往往在价格条款上不一致，而其他多数条款内容是一致的，或者阳合同内容更简单，很难想象有阴、阳合同内容完全不同的情况。因此，阳合同属于整体无效还是部分无效，是一个值得关注的问题。《合同法》第 56 条规定："合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。"根据该条规定，确认阳合同部分无效（比如仅价格条款无效），而非整体无效，更符合市场经济鼓励和保护交易的精神和法律原则，也尊重了当事人的意思自治。参考《深圳市中级人民法院关于审理房地产纠纷案件若干问题的指导意见》（征求意见稿）第 19 条规定："……如该条款的无效不影响整个合同的效力，当事人以存在避税的价格条款为由，请求确认合同全部无效的，不予支持。"该条款就体现了这种精神。

根据国税函〔2009〕285 号《国家税务总局关于加强股权转让所得征收个人所得税管理的通知》第四条规定："税务机关应加强对股权转让所得计税依据的评估和审核。对扣缴义务人或纳税人申报的股权转让所得相关资料应认真审核，判断股权转让行为是否符合独立交易原则，是否符合合理性经济行为及实际情况。对申报的计税依据明显偏低（如平价和低价转让等）且无正当理由的，主管税务机关可参照每股净资产或个人股东享有的股权比例所对应的净资产份额核定。"该规定实际认可了签订阴阳合同的情况下股权转让行为的有效性。因为，假设违背当事人真实意思的阳合同整体无效，则股权变更登记无效，税务机关就不能针对该股权转让行为征税。而税务机关核定征税，则是对阳合同中股权转让价格条款部分无效的一个确认。

除价格条款外，对于阳合同中其他与阴合同中不一致的条款，如果没有法定的无效情形，则不能因为与阴合同不一致而当然地认定无效。阳合同约定有某条款，而阴合同未约定，则该条款应被履行，比如订立在前的阴合同未约定解决争议方式的条款，但阳合同约定了仲裁条款，则应按阳合同将股权转让合同纠纷提交仲裁委仲裁。如阳合同与阴合同的其他条款约定有矛盾，则需要综合判断哪一条款是真实意思的表示。

四、结束语

就当事人之间的民事争议来说，法院应判断双方真实意思，以此处理民事法律关系纠纷。对于所涉及的行政责任，比如补交税款以致行政处罚，由行政机关进行追究。法院在审理股权转让纠纷过程中发现了行政违法行为，可向相关行政机关发出司法建议[4]。

参考文献

1、李晓东《有限责任公司签订"阴阳合同"进行股权转让的认定及法律后果》,《决策与咨询》, 2009 年第 5 期，第 61 页。

2、杨中杰《建设工程"阴阳合同"问题研究》,《中外建筑》, 2008 年第 6 期，第 116 页。

3、秦红《达娃之争"阴阳合同"的法律效力》,《中华商标》, 2008 年第 5 期，第 36 页。

4、董则明《建设工程中"黑白合同"法律问题探讨》,《山东审判》, 2012 年第 4 期，第 90 页。

企业知识产权的保护

——浅议企业专利的创造性

安徽沈雪冰律师事务所　沈雪冰 朱雨寒

摘　要：经济大潮席卷着企业自身的发展，企业唯有通过不断的创新才能在竞争日益激烈的市场经济中占据一席之地，科技创新与技术革新的重要性越加凸显，本文通过最高人民法院的一则审判案件，浅显的探讨在现代社会中对企业创新的保护，特别是对企业实用新型创造性的保护，意图探讨现有立法技术在完善性方面存在的问题。随着社会主义市场经济的不断发展，我国知识产权保护取得巨大成就，但与国外，特别是与知识产权保护制度较为发达的国家相比，仍有巨大差距，在肯定成就的同时，也要正视现阶段存在的突出问题。

关键词：知识产权　企业创新　实用新型　创造性　现有技术　交叉保护　参考现有技术

揭开历史的帷幕，我们可以清晰发现，知识产权萌芽与兴起的轨迹与人类社会化大生产的进程基本一致。追溯至中世纪的欧洲，工商业繁荣一时的威尼斯人颁布了人类历史上第一部高举知识产权保护的立法，该法案以法律条文的方式明文规定给机器和技术的发明人授予十年的特权，在这十年期限内，未经发明人的同意和许可，禁止其它任何人再制造与发明相同及相似的装置；若他人贸然仿制，将赔偿专利权人金币百枚，仿制品也将立即销毁[1]。为了进一步适应资本主义经济的发展，随后英国颁布施行了“垄断法”和《安娜女王法》，法国颁布了《关于工厂、制造场和作坊的法律》。与此同时，近现代国际知识产权保护运动也蓬勃发展，1967 年，在斯德哥尔摩签订的《建立世界知识产权组织公约》第一次以公约的形式使用了“知识产权”这一概念。在随后的《关贸总协定》乌拉圭回合系列谈判中，知识产权被列为重要议题。随后世贸组织在乌拉圭回合谈判结束后签定的《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS 协议）中，知识产权成为三大支柱之一[2]。由此可见，知识产权在现代国际经济体系中之重要。

知识产权又称知识所有权。概言之，系指公民、法人或其他组织在科技、文艺及其它科技领域内，基于脑力劳动创造完成的智力成果，

并对其创造成果依法享有的专有权利。纵观世界各国，除极少数国家外，都建立了相对完善的知识产权制度。我国在这一领域亦取得丰硕成果，相继颁布《商标法》、《 专利法》和《著作权法》等基础性法律及《商标法实施条例》、《专利法实施条例》和《著作权法实施条例》等相关辅助性的法律法规，知识产权保护的法律体系逐步完善。

面对浩瀚繁杂的知识产权法律体系，本文仅从最高人民法院的审判实践中探讨企业的知识产权，试图观一叶而知秋，微观的展现我国知识产权法制进程。

在现代市场经济激烈的竞争环境中，创新对于企业而言，是生存和发展的不竭源泉，从苹果公司的 iphone 神话到软件帝国微软 windows 系列，从国产品牌联想的电脑产品，到科技创新起家的海尔公司，无一不是在产品的创新上取得巨大成就，然而突破性的发面创造总是可遇而不可求，更多的产品是基于技术创新，是对现有技术的革新，在现有技术的基础上作适当的调整，因此《专利法》中的实用新型在实践中显得尤为重要，从最高人民法院审理赵东红、张如一及第三人邹继豪与国家知识产权局专利复审委员会专利无效行政纠纷案的案件中可以清晰的得知对实

用新型的创造性而言其要求低于发明的创造性。最高人民法院审理的（2011）知行字第 19 号案件其概况如下[3]：申请再审人：国家知识产权局专利复审委员会。被申请人：赵东红、张如一，一审第三人，邹继豪。申请再审人国家知识产权局专利复审委员会因与被申请人赵东红、张如一，被上诉人邹继豪专利无效行政纠纷一案，不服北京市高级人民法院（2010）高行终字第 811 号行政判决，向最高人民法院申请再审。最高人民法院依法组成合议庭对本案进行了审查，并依法改判了原审人民法院的判决结果。根据《专利法》第 22 条第三款规定：创造性，是指同申请日以前已有的技术相比，该发明有突出的实质性特点和显著的进步，该实用新型有实质性特点和进步。专利法的立法宗旨是为了保护专利权人的合法权益，鼓励发明创造，推动发明创造的应用，提高创新能力，促进科学技术进步和经济社会发展。可见，专利制度不仅要维护专利权人的合法权益，还要充分考虑社会公众的合法权益，进而实现两者之间的平衡。为了实现上述平衡，就需要设置合理的专利授权标准。对于发明或者实用新型专利而言，需要设立合理的创造性判断标准[4]。如果创造性标准设置得太低，会导致创新程度不高的专利申请较容易获得授权且很难被宣告无效，势必会限制技术的传播和利用，不利于科技进步和社会发展，损害社会公众利益。另一方面，如果创造性标准设置得太高，专利申请获得授权的难度就会显著提高，将会减损专利法对技术创新的激励作用。专利法第 22 条规定，发明的创造性，是指与现有技术相比，该发明具有突出的实质性特点和显著的进步；实用新型的创造性，是指该实用新型具有实质性特点和进步。专利法规定的实用新型专利的创造性标准低于发明专利的创造性标准。判断发明创造是否具有创造性，应当基于所属技术领域的技术人员的知识和能力，并通过将发明创造的技术方案与现有技术进行比对来判断。发明专利和实用新型专利的创造性标准不同，因此技术比对时所考虑的现有技术领域也应当有所不同，这是体现发明专利和实用新型专利创造性标准差别的一个重要方面。

技术领域，应当是要求保护的发明或者实用新型技术方案所属或者应用的具体技术领域，而不是上位的或者相邻的技术领域，也不是发明或者实用新型本身。涉案专利是名称为“握力计”的实用新型专利，判断其是否具有创造性，首先应当确定握力计所属的技术领域以及相关和相近的技术领域。技术领域的确定，以权利要求所限定的内容为准，一般根据专利的主题名称，结合技术方案所实现的技术功能、用途加以确定。专利在国际专利分类表中的最低位置对其技术领域的确定具有参考作用。相近的技术领域一般指与实用新型专利产品功能以及具体用途相近的领域，相关的技术领域一般指实用新型专利与最接近的现有技术的区别技术特征所应用的功能领域。涉案专利技术功能属于测力装置，具体用途为测人手的握力。

由于技术领域范围的划分与专利创造性要求的高低密切相关，考虑到实用新型专利创造性标准要求较低，因此在评价其创造性时所考虑的现有技术领域范围应当较窄，一般应当着重比对实用新型专利所属技术领域的现有技术。但是在现有技术已经给出明确的技术启示，促使本领域技术人员到相近或者相关的技术领域寻找有关技术手段的情形下，也可以考虑相近或者相关技术领域的现有技术。所谓明确的技术启示是指明确记载在现有技术中的技术启示或者本领域技术人员能够从现有技术直接、毫无疑义地确定的技术启示[5]。

如果一项权利要求的技术方案与一份证据披露的现有技术相比存在区别技术特征，而该区别技术特征被属于相同技术领域的另一份证据披露的现有技术公开，且该特征在该另一份证据中所起的作用与本专利中的作用相同，则该权利要求不具备创造性。可以得出这样结论，在审判实践中，对区分发明和实用新型的创造性而言，需要明确标准，尤其需要明确对创造性的合理判断标准，将发明的创造性标准直接套用于实用新型的创造性标准，不符合《专利法》的立法精神，众所周知，发明专利的创造性标准要高于实用新型专利的创造性标准，因此在技术比对时所考虑的

现有技术领域也应当有所不同。鉴于实用新型专利创造性标准要求较低，在认定产品的创造性时所参考的现有技术领域范围有限，一般应当着重比对实用新型专利所属技术领域的现有技术。但是在现有技术已经给出明确的技术启示，促使本领域技术人员到相近或者相关的技术领域寻找有关技术手段的情形下，也可以考虑相近或者相关技术领域的现有技术。

在区分发明专利的创造性和使用新型的创造性上司法机关秉持谨慎态度，相对严格的区分了两者之间的差别，在参考现有技术范围当中，发明的创造性要远远高于实用新型的创造性，对于实用新型而已，其可以更多的参考现有技术，在现有技术领域内寻求创造性，即使现有技术的启示性已经凸显，但在为促使本领域技术人员到相近或者相关的技术领域寻找有关技术手段的情况下，也可以考虑以相近或者相关技术领域的现有技术作为参考，实用新型的交叉性日益显现。发明的交叉性与实用新型的交叉性在创造性领域内有明显区别，这种区别要显著于新颖性和实用性。发明专利的新颖性强调产品的突破性，而实用新型的新颖性同样着重于产品的突破性，突破性的内涵是要显著区别与现有的技术成果。

纵观当今世界知识产权保护体系相对完善的国家，首推美国，美国在建国之初是非常落后的农业国，但美国的创立者们很早就认识到科技创新对国家进步的重要性以及专利制度对科技进步的重要性，故在美国最早制定的宪法中就确立了建立专利制度的内容。此后，美国的专利制度一直伴随着美国的成长，见证了美国从落后的农业国变身为世界头号经济强国、科技强国。美国的专利制度经过二百多年的发展，已经形成相当完备的体系，成为各国学习的对象。2009 年美国总统奥巴马签署了《美国发明法案》(America Invents Act， AIA)。这部法案是自 1952 年以来，美国专利制度最彻底的变革，有望在全球经济停滞不前的情况下，专利法的改革能再一次激起创新热潮，刺激经济增长[6]。

专利法之所以受到社会的高度肯定，并在经济发展中发挥了极为显著的作用，其首要在于立法者根据社会需求及时调整立法的法律智慧，而美国特有的资源丰富、劳动力稀缺而重视节约劳动力的发明创造的社会环境，这也是美国专利法发展的重要特点。立法、行政、司法协调发展的专利法发展体制，根据美国专利法发展的经验，普遍认为，专利是法律保障的技术市场权益，科学而合理的专利保护制度，可以激发发明人的创造热情，促进技术进步；同时专利也是产业政策，给哪些主题以专利保护、专利标准的松与严，专利权利范围的宽与窄，反映国家适应特定社会需要的政策安排。我国在适应经济全球化和知识产权保护国际化的条件下，在专利制度的完善和发展的过程中，借鉴和吸收美国专利法的经验，对于提高我国专利保护与运用能力，促进技术创新与进步，参与国际专利交流与合作，都具有不可忽视的参考与借鉴作用。应当说，在经济发展的制高点上争取有所突破并取得知识产权保护，已经成为各国的战略目标，也正在成为我国创新体系在战略上追求的目标。因为如果只有创新战略，没有知识产权保护战略的配合，虽然在制高点上取得突破。阵地将难以巩固，更难以发挥最大效益。因此我国领导人已把知识产权问题从原来的纯法律范畴提升到国家大政方针和发展方略的宏观高度“面对经济全球化趋势的发展，我们既要积极参与，又要善于保护自己，努力把不利因素变为有利因素，特别是要把经济命脉和某些关键高新技术的知识产权牢牢掌握在国家手里。要充分考虑加入世界贸易组织以后，我国经济面临的新机遇和新挑战，研究趋利避害的应对政策和措施，要把提高广大企业的竞争力放在突出的重要位置。”[7]

通过以上叙述不难发现，我们的知识产权保护进程，特别是企业的知识产权保护进程，虽然取得巨大成就，但与国外，特别是与知识产权保护制度较为发达的国家相比，仍有巨大差距，在肯定成就的同时，也要正视现阶段存在的突出问题。

注 释

1、R Miller 等《知识产权法：专利、商标和版权》著 中国人民大学出版社 2004 年版 75 页以下；

2、孙万强《谈〈于贸易有关的知识产权协议〉与我国著作权法》邢台学院学报 2005 年 01 期；

3、最高人民法院法院网 2012 年 12 月 25 日发布；

4、管荣齐《发明专利的创造性》知识产权出版社 2012 年 5 月出版 39 页以下；

5、管荣齐《发明专利的创造性》知识产权出版社 2012 年 5 月出版 117 页以下；

6、管荣齐《发明专利的创造性》知识产权出版社 2012 年 5 月出版 39 页以下；

7、杨立华《美国专利法史研究》中国政法大学出版社 2010 年版 73 页以下。

参考文献

1、R Miller 等《知识产权法：专利、商标和版权》著 中国人民大学出版社；

2、孙万强《谈〈于贸易有关的知识产权协议〉与我国著作权法》邢台学院学报；

3、管荣齐《发明专利的创造性》知识产权出版社；

4、江泽民《江泽民文选》知识产权出版社；

5、杨立华《美国专利法史研究》中国政法大学出版社。

浅谈城镇化建设中的法律问题和律师作用

安徽天瑞律师事务所　彭学斌

摘　要：城镇化的过程是一个系统性过程，在城镇化过程中将面临土地征收、房屋拆迁，工程建设项目的勘察、设计、施工、监理、采购和招投标，劳动、就业与社会保障，项目投融资，环境与资源保护等一系列法律问题，每一个法律问题的解决过程往往都是复杂的，稍有不慎都很容易引起一定范围内的社会矛盾。律师作为社会法律工作，在城镇化建设过程中，可以发挥不可或缺的重要作用。

关键词：城镇化 建设 法律问题 律师作用

一、序言

城镇化，又称城市化，是指伴随着工业化进程的推进和社会经济的发展，人类社会活动中农业活动的比重下降，非农业活动的比重上升，与这种经济结构变动相适应，使得农村人口不断向城镇转移，第二、三产业不断向城镇聚集，从而使城镇数量增加，城镇规模扩大，这样的一个系统性过程被称为城镇化过程。城镇化的过程也是各个国家在实现工业化、现代化过程中所经历社会变迁的一种反映。1999 年中共安徽省委、安徽省人民政府《关于进一步加快我省小城镇发展的若干意见》，当时确定“全省小城镇发展的目标是：在继续发展县城镇的同时，重点发展中心建制镇，兼顾小集镇和新村建设，逐步在全省形成大中小城市和城镇规模适度、布局合理的城镇体系。到 2005 年，全省城镇化水平达到 35％左右。”2002 年安徽省人民政府又发布了《安徽省城镇化纲要》，进一步明确了城镇化目标；党的十八大报告指出“坚持走中国特色新型工业化、信息化、城镇化、农业现代化道路，推动信息化和工业化深度融合、工业化和城镇化良性互动、城镇化和农业现代化相互协调，促进工业化、信息化、城镇化、农业现代化同步发展”，首次提出了“新型城镇化”的概念，2013 年安徽省成为首个新型城镇化建设试点省。

二、城镇化建设过程中所面临的主要法律问题

城镇化的过程是一个系统性过程，在城镇化过程中将面临一系列法律问题，主要有：

（一）围绕土地征收、房屋拆迁所引发的一系列法律问题

土地征收和房屋拆迁系列法律问题，是城镇化进程中需要面对的首要法律问题。城镇化建设的过程中，必然会出现一大批土地被征收、房屋被拆迁，农民对土地享有的合法权益和物权，如何得到合理、合法保护，是一项必须要面对的现实问题。

（二）围绕工程建设项目的勘察、设计、施工、监理、采购和招投标等所产生的一系列法律问题

城镇化肯定不能是一味地增加城镇数量、扩大城镇范围，一味的圈地建房，但城镇化的进程，一定是在伴随着城镇各种配套工程项目不断建设的过程。只要有工程建设项目存在，勘察、设计、施工、监理、采购和招投标等系列法律问题，在所难免。

（三）围绕劳动、就业与社会保障所形成的一系列法律问题

城镇化过程，伴随着农业人口向城镇迁徙的过程中，大量非农业人口的就业、养老、医疗、

子女教育、居住条件等大量的社会问题将更加突出。

（四）围绕城镇化项目建设过程所发生的投融资等一系列法律问题

城镇化建设也是一项庞大工程，资金需求量大。纯粹靠政府资金，难以完成城镇化建设。建设过程中，需要大量的社会资金、民间资金甚至境外资金参与，融资租赁、BT、BOT、公私合营等融资方式都将在一定范围内存在并且有广阔的前景。

（五）围绕城镇化建设所带来的环境与资源保护等一系列法律问题

城镇化建设不能以牺牲环境和资源为代价，社会发展的经验与教训表明，如果在发展初期忽视了环境与资源保护，给社会带来的后果可能是灾难性的，发展后期所付的数倍甚至数十倍、百倍的代价都难以弥补。环境与资源的保护，必须与城镇化发展的规划配套、同时进行，甚至优先考虑。

三、律师参与城镇化建设过程中的重要作用

正因为在城镇化过程中存在上述大量法律问题，而每一个法律问题的解决过程往往都是复杂的，稍有不慎都很容易引起一定范围内的社会矛盾。律师作为社会法律工作，在城镇化建设过程中，可以发挥不可或缺的重要作用。

（一）决策咨询的预防作用

律师可以作为各级人民政府的法律顾问，在各级人民政府实施城镇化建设决策过程中，提供法律咨询意见，供政府决策时参考，使城镇化建设在依法、有序中进行，防范可能带来不安全、不稳定、不和谐的违法行政行为。政府依法行政离不开律师行业的支持，政府出钱购买法律服务已经成为一种社会趋势。律师参与决策咨询的主要方式一般为：参与政府的相关会议并发表意见；就相关法律事项，向政府提交书面的法律意见书或咨询意见书。目前，安徽省包括合肥市在内的许多地方人民政府都聘请了自己的法律顾问，事实证明，律师作为各级政府法律顾问，其决策咨询的作用起来越受到重视。

（二）矛盾化解的维稳作用

律师作为社会法律工作者，作为法律专业人才的形像，已经逐步得到了全社会的认可，特别是广大群众对律师的期望值和信任度比较高，当广大群众与政府发生纠纷与矛盾的时候，大多数人都会选择向律师咨询，了解维护自己合法权益的方法和途径，律师参与涉法信访案件，对相关涉法信访人员进行解释和引导，将对化解矛盾、维护社会和谐、稳定，起到很好的作用，笔者对此深有体会。2003 年合肥市新站区根据发展情况的需要，决定对七里塘镇的部分集体土地进行征收。该次征地拆迁涉及到多个乡村，其所对应的土地面积较大、农业人员较多。被征收土地的群众对土地补偿费用和安置费用标准、方式等方面都存在不同意见，再加上一部分别有用心的人的鼓动，很多人围堵七里塘镇人民政府，并封堵北二环路长达一个多星期。在此情况下，合肥市人民政府专门成立了以常务副市长为组长的市政府工作组，副组长由一名市政府副秘书长和市国土资源局的副局长担任，成员由包括市信访局在内的市政府各相关部门的人员组成，笔者由市司法指派成为工作组的两名律师之一。在工作组工作期间，笔者白天协助工作组的其他同志对群众作解释工作，晚上参与工作组的例会，积极参与讨论相关的征地拆迁安置补偿政策适用问题，通过工作组全体同志一个多星期的艰苦工作和不懈努力，最终平息了此次突发性事件。本次突发性事件处理过程中的很多政策的理解与适用问题的经验，对合肥市后来的征地拆迁工作产生了深远的影响，其中为解决失地农民的养老问题，从征地补偿费用中拿出部分资金来给失地农民交纳社

会保险的做法，已形成以政府文件的方式在全省范围内推行。

（三）项目建设的保障作用

城镇化建设过程的所有投融资项目，都应当有律师参与。律师作为专业人才，运用所掌握的法律知识和工作经验，可以帮助各方当事共同分析、研究，寻找到最适合项目实际情况的投融资方式，帮助委托人在项目谈判的过程中保持商务条件的公平、合理，实现合同权利义务的对等，从技术上保障项目的合法有效、顺利实施。

合肥市王小郢污水处理厂的 BOT 项目，是合肥市 BOT 项目运作的一项创新，为合肥市公用事业改革 提供了成功的模式，积累了丰富的经验。笔者所在律师事务所的律师，全程参与了项目谈判、签约、实施的全过程，为该项目的顺利签约、实施并实际收益，起到至关重要的作用。

（四）案件处理的引导作用

城镇化建设是国家的一项重大方针政策，每一名律师在执业过程中，在现有的法律构架下，都应当自觉维护这项方针政策的实施。律师可以在办理每一个案件过程中，可以根据案件情况，在保护委托人的基本合法权益不受侵犯的情况下，引导案件当事人顾全大局，有理有据、依法有序地主张自己的权利，当个人利益与国家方针政策发生冲突时，对自己的个人利益在合理合法的范围内必须要适度取舍。2002 年合肥市瑶海区“八百户”棚户区拆迁改选过程中，很多居民认为拆迁安置标准太低难以接受，其中一部分居民提起了诉讼，笔者曾参与了该案件的处理。笔者在代理案件过程中，一方面尽力维护群众的合法权益，另一方面又通过各种方式耐心、细致地对群众解释拆迁安置方针、政策，最终使该案件得到妥善解决。

笔者作为一名执业近二十年律师，一直坚定认为绝大多数委托人是相信律师、认可律师的，如果律师的引导方法得当，很多案件都能得到妥善解决，都能在一定范围内取得较好的社会效果，达到和谐目的。

四、律师服务城镇化建设中的基本要求

律师服务于城镇化建设过程，也是一个律师自身不断自我完善、自我提高的过程。

（一）必须要能够熟练掌握和运用相关的法律知识

城镇化建设过程中，所涉及的法律问题范围广、专业性强。律师在城镇化建设中提供法律服务，要想获得当事人的认可和满意，必须要作好充足的知识储备，勤于学习、善于学习，熟练掌握相关的土地征收、房屋拆迁、建设工程、劳动保障、环境保护、投资融资等方面的法律知识，并能熟练运用。

（二）必须要有高度的政治敏感性和社会责任感

城镇化建设过程所发生的一些纠纷，有时社会矛盾突出。律师参与到其中的方式方法是否得当，有时能对案件的发展方向能起到一定的影响。笔者认为，律师是社会法律工作者，应当讲政治，对于自己所受理的案件，可能会引起什么样的社会影响，应当有高度的政治敏感性，不能只顾低头办案而不考虑社会影响；对于自己所办理的案件能引起什么样的社会后果，应当有一定的认知度，要本着高度的社会责任感，提前引导和防止可能出现的不良社会影响，共同维护社会的和谐稳定。

（三）必须要守住法律至上的工作底线

律师毕竟是法律工作，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，是律师的基本职责所在。在城镇化建设过程中，律师要坚持依法、独立履行法律职责不受干扰，既

要顾全大局，又要确保守住法律至上的工作底线。对于土地征收、房屋拆迁、劳动就业、社会保障案件中的农民土地权益、权利人的物权权益、弱势群众的合法权益，必须不折不扣的维护，否则律师就失去了委托人的信任，也失去了律师在社会上的公信力，反而不利于律师行业的持续发展。

（四）必须要善于利用团队和组织的力量

由于城镇化建设过程中的法律问题复杂、面广，涉及专业领域较多，每一个律师个体均无法完成城镇化建设过程的所有法律服务事项，必须要依靠律师事务所整体力量，各律师之间必须有分工、有合作，这样才能确保律师的法律服务优质、高效，满足社会的需求；另外，城镇化建设过程中的许多群体性、矛盾突出性案件，社会敏感性强，律师在办理这类案件过程中，必须要按相关规定，及时向所在律师事务所、各级律师协会、司法行政主管部门汇报，取得所在律师事务所、各级律师协会、司法行政主管部门的支持，成为妥善处理好这类案件组织保障。

五、结束语

城镇化建设，为律师业务带来了新一轮广阔的发展空间，有机遇也有挑战。律师事务所和律师，都应当抓住机遇、乘势而为，法律服务不断转型升级，在新型城镇化建设中努力成就自己、成就他人、成就社会。

浅析建筑施工企业合同管理与风险防范

安徽金亚太律师事务所　江海俊

摘　要：工程合同是工程项目管理的核心，现代工程项目复杂性高、项目参与方众多、建设周期长，致使工程项目实施过程中风险因素加大。近年来，由于合同风险分配不合理、合同文件不规范等原因，合同纠纷案件逐渐上升，给建筑施工企业的合同风险管理带来巨大的挑战。

施工合同是施工企业从事生产经营活动并取得经济效益的基本保证,也是双方联系桥梁和纽带。因此，尽可能有效地防范和控制施工合同的风险、防止企业利益受损是每个施工企业都应十分重视的问题。施工合同涉及的面很广，除了工程发包方、承包方还有地方政府主管部门及各分包方等多方利益。本文想通过亲自参与的案例，试谈建筑施工企业合同管理与风险控制。

关键词：合同管理　建筑施工　风险防范

合同管理是整个项目管理的总纲 ,施工单位和业主之间的利益关系 ,最终都要体现在合同上。因此建设工程施工合同管理及风险控制尤为重要。只有加强施工过程中合同管理 ,时刻保持高度的风险意识，才能在合同双方发生严重分歧时，有效利用法律手段维护自身合法权益。

一、建设工程施工合同管理存在主要问题

1、法律意识淡薄，合同签订不规范

建设工程耗资巨大、涉及面广、个性差异大和履约时间长。因此，客观上要求合同条款细致严密，尽可能做到面面俱到。在实际工作中，甲、乙双方由于缺乏施工合同管理的经验，订立的合同约束条款不全、内容不明、职责不清等现象经常发生。有些建设项目甚至签订“阴阳合同”,待工程实施起来，一旦涉及到经济利益，将容易导致工程纠纷的发生，增加解决问题的难度。

2、忽视合同的严肃性，违背等价有偿的原则

自觉执行合同条款，全面履行合同义务，是合同当事人一切行为的最高准则。签订合同的工程发包方、承包方，其经济法律地位是平等的，没有主从关系。在实际工作中，工程发包方、承包方往往忽视合同的严肃性，违背合同的等价有偿原则，以各自的经济利益为中心，随意违背合同条款。工程发包方、承包方的这些违约行为，最终导致工程经济纠纷的发生。

3、缺乏健全的合同管理机构，合同管理专业人才缺乏

一些建设项目不重视合同管理体系的建设。合同分类管理、分级管理和授权管理机制不健全，谁都可以签合同，合同管理程序不明确，或有制度不执行，该履行的手续不履行，缺少必要的审查和评估步骤。缺乏对合同管理的有效监督和控制。建设合同涉及内容多，专业面广，合同管理人员需要有一定的专业技术知识、法律知识和造价管理知识。很多建设项目管理机构中，没有专业技术人员管理合同，或合同管理人员缺少培训，将合同管理简单地视为一种事务性工作。甚至有的领导直接敲定由一般办公人员办理合同。一旦发生合同纠纷，又缺少必要的法律专业人才支持，在处理过程中难免合同一方或双方利益受损。

二、加强建筑工程施工合同管理的主要手段

1、把好合同签订关，合同签订审核规范化

签订工程合同时，最重要的是要根据各工程的特点，应选择恰当的发包方式和价款调整条件（指工程设计变更或工程签证导致工程增减的结算条件和结算方法），因为不同的发包方式和价款调整条件，直接关系工程造价的控制效果。

合同文本应尽可能选用由国家颁发的通用性合同文本，再根据拟建工程的特点和招标文件以及发包人承包商双方谈判结果来起草。确定合同文本必须准确表达双方谈判确定的意思，做到条款不漏项；标的物表达清楚、标的额计算准确；质量有标准，检验有方法；包装物、提（交）货或移交工程成品、运输方式和结算方式明确；违约责任及违约金（或赔偿金）计算方法准确；文字表达严谨，不使用模棱两可含糊不清词语。

在合同正式签订前应对合同的各项内容进行严格的审查把关。其要点是：施工合同是否合法，业主的审批手续是否完备健全，合同是否需要公证和批准；合同是否完整无误，包括合同文件的完备和合同条款的完备；合同是否采取了示范文本，与其对照有无差异；合同双方责任和权益是否失衡，确定如何制约；合同实施会带来什么后果，完不成的法律责任以及如何补救；双方合同的理解是否一致，发现歧义如何及时沟通。

建设单位应组织技术经济等各方面的专家，审核合同条款是否真实、齐全，并对承包方投标文件进行了解。通过审核了解，对不合理、不合法的条款及时予以纠正，不齐全的条款要补齐，使建设工程施工合同在实施中减少合同纠纷和违约，避免对建设单位造成不必要的损失。

2、动态管理合同履行，合同实施交底制度化

在施工项目合同管理中，合同交底更为重要，只有“按合同施工”才能在执行合同时不出或减少偏差。合同依法签订后，必须建立合同实施的保证体系，以保证合同实施过程中的日常事物性工作有序地进行，使工程建设项目的全部合同事件处于受控状态，确保合同目标的完整实现。建设单位应动态管理合同的履行，明确分解合同责任，按合同的有关条款做质量、进度、投资、安全等目标工作流程图，抓好各目标的事前、事中、事后控制，特别是事前控制。对签订的各项条款必须牢记，注意及时解决合同履行中可能出现的薄弱环节，提前制定各种减少合同纠纷的预防措施。在工程进展中，通过检查及时发现合同执行过程中存在的问题，并根据法律、法规和合同的规定及时加以解决，以提高合同的履约率。整个合同履行的动态控制过程按策划、实施、检查、改进 PDCA 循环方法进行，从而达到有效控制，保证合同目标的实现。

3、做好合同实施管理，加强合同变更处理

合同索赔研究程序化在合同变更中量最大最频繁的是工程设计变更，它在工程索赔中所占的份额也最大。合同变更意味着索赔机会，所以必须加强合同变更管理。合同管理人员应记录、收集、整理所涉及到的各种文件，如图纸、各种计划、技术说明、规范和业主的变更指令，并对变更部分的内容进行审查和分析。经常检查与甲方往来的各种工程文件、记录、指示、信件等资料，以确认它们对合同的影响以及是否符合合同要求，以作为工程变更调整费用、工程索赔的基本依据。

工程合同一经签订，确定了合同价款和结算方式之后，影响工程造价的主要因素便是工程设计变更或签证，以及工程实施过程中的不确定因素，所以，深入理解合同的每一个条款，切实加强日常管理，

使管理行为常态化、规范化，作好处理合同纠纷的各种准备，特别是索赔与反索赔的研究在工程造价控制管理中是非常重要的。索赔与反索赔是合同管理的一个重要内容，是合同双方攻与守的关系，是矛与盾的关系。工程发承包的实践经验证明，几乎没有一个承包商不要求索赔，即要求调增合同价款，因此，要搞好工程造价控制，就必须进行索赔与反索赔的研究。

4、重视合同后评估，不断总结经验

合同后评估是合同管理的总结阶段，往往不为人们所重视，其实合同后评估工作是件很重要的工作，它是对合同制定的规范、执行的得失意义重大，它可为下一工程项目造价控制提供可借鉴的经验。合同后评估工作主要是总结合同执行情况，对合同管理好的经验加以总结推广，对过时、不符合现行法律法规，以及不严谨、容易被对方索赔的条款要加以改正。影响工程造价的不确定因素可分为可预见和不可预见因素，可预见不确定因素应作为普遍性问题，不可预见不确定因素作为可追溯事件加以标识，通过合同后评估加以鉴别，并在以后工程合同中加以明示或制定相应的预防措施

5、建立健全合同管理体制，合同管理人员专业化

随着经济全球化的发展，建筑市场面临着国际化的挑战，《中华人民共和国建筑法》、《合同法》、《招投标法》的颁布和实施，为推动和加快我国建筑事业的发展指明了方向。要想尽快适应新形势，必须加强培训学习，坚持经常性的学习制度，可到专业的培训机构进行外部培训，或聘请专家、知名人士进行内部培训，全员普及合同法制教育，了解施工合同，熟悉和牢记与自己有关的合同内容，使施工企业合法地参与建筑市场经济活动。通过全员参与，促使工程项目各部门、各环节互相衔接，密切配合，保证项目经营管理活动的顺利进行，达到工程项目高质量、高效益，满足社会需要。

合同管理人员首先必须是优秀的工程技术人员，同时还必须熟练掌握和运用各种法律、法规；精通合同业务，熟悉合同履行和工程索赔管理。建设单位应重点培养有应变能力、坚持原则、知识面宽广的工程技术人员担任合同管理工作。根据建设工程施工合同的特点，总结以往一些投资项目合同管理、工程造价管理方面的经验与教训，对工程建设过程中可能出现的各种情况，在合同的签订过程中做出有利于工程造价控制的对策。

6、工程竣工验收情况审计

工程竣工验收是指发包人（建设单位）和总承包人（分包人）依照合同约定或者法律规定对整体工程或者单体工程进行验收并交付工程的一项活动。中华人民共和国合同法第 279 号条规定“建设工程竣工后，发包人应当根据施工图纸及说明书、国家颁发的施工验收规范和质量标准及时进行验收。验收合格的，发包人应当按照约定支付价款，并接收该建设工程。"未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。”一般总承包合同对此项都有明确的约定。对某些特定的房屋建筑和市政基础设施工程竣工验收有关部门还有验收备案的规定。

如：建设部 2000 年 4 月 7 日发布的《房屋建筑工程和市政基础设施工程竣工验收备案管理暂行办法》中规定，建设单位应当自工程竣工验收合格之日起 15 日内，向工程所在地的县以上地方人民政府建设行政部门备案，对逾期或者建设单位将备案机关决定重新组织竣工验收的工程，在重新组织竣工验收前擅自使用的备案机关责令停止使用，处工程合同价 2%以上 4%以下罚款。因此，对此项审计应十分关注。

根据审计实践，有的总承包工程对竣工验收有明确的约定。有的还约定总承包人在其所承包的工程完工时，依照合同约定应向发包人（建设方）提交竣工验收报告和有关文件、资料。还有的总承包人对发包人（建设方）收到其提交的验收报告明确在一定时间内应组织验收，逾期不组织验收的，或未经验收而擅自使用的即视为已竣工验收的约定，这种情况在总承包合同中多见。所以在对总承包工程验收方面审计中应对项目名称、竣工时间、已验收、未验收、验收标准和项目保修情况进行识别性审计。

三、规范整理施工期间档案等证据资料以规避潜在风险

（一）关于建设工程工期的主要证据资料

1、关于开工日期和整个工程工期的证据资料：施工合同书以及施工合同书补充约定，合同书都有对工程开工日期和整个工程的工期的约定，如工程应在 2010 年 1 月 1 日开工，整个工程的工期为 200 天。当然随着工程实际情况的变化，不排除合同双方对开工日期以及工程的工期作出补充约定。

2、关于工程开工条件的证据资料：如开工前业主需完成施工场地的三通一平工作，确保施工单位人员、机具设备以及材料能及时进场；如果开工前需要支付进场费的，有关支付进场费的证据资料；如施工主材都是甲供材料，开工前第一批甲供材料到货的证据资料等；如材料属于施工单位采购的，备料款是什么时间支付的证据资料等。

3、实际开工日期的证据资料：一般以开工报告为准。

4、其他影响工期的证据资料：如甲供材料的到货计划以及甲供材料实际到货的证据资料；施工单位与业主单位约定的工程进度款的支付条件极其时间以及业主单位拖延支付工程进度款的证据资料；其他能影响工程工期的证据资料，如气象资料，洪水、地震等自然灾害资料、设计变更、设计增加的图纸资料等等。

5、施工过程中由业主单位发布的施工场所临时停水、停电通知书等。

6、施工组织设计方案调整的证据资料等。

（二）关于建设工程质量的主要证据资料

1、甲供设备、材料供应清单、合格证书、设备材料验收记录单、设备材料封样记录等。

2、施工企业采购的设备、材料供应清单、合格证书、设备材料验收记录单、设备材料封样记录等。

3、隐蔽工程验收单与验收机构、监理机构质量评估报告，包括但不限于分部分项工程验收记录、单位工程质量验收记录等。

4、工程竣工验收前，业主单位未经同意擅自使用未经竣工交付在建工程的证据资料。

5、有关业主或者监理工程师的指令等证据资料。

6、建设工程质量监督报告，工程质量使用书、注册时间表等资料。

7、业主单位编制的单位工程竣工验收报告等。

（三）关于工程量和工程造价、工程款支付程度的主要证据资料

1、合同书及其补充协议：合同书都有工程合同价以及支付方式的约定条款。

2、如工程有预付款、备料款的约定条款，预付款、备料款实际支付的时间、数额等证据资料。

3、工程各月度进度申报资料以及工程各月度工程进度款支付申请报告等证据资料。

4、经监理核准的工程各月度进度申报资料以及工程各月度工程进度款支付申请报告等证据资料。

5、业主对工程各月度进度申报资料以及工程各月度工程进度款支付申请报告等证据资料的批复文件。

6、业主单位实际支付工程各月度工程进度款的时间以及数额等证据资料等。

7、工程款收付的凭证、单据等明细资料。

8、签证、索赔证据资料及其价款。

9、招标图、施工图以及竣工图等图纸资料。

10、工程报价单、投标预算资料、中标价格资料等。

11、工程的最终结算资料，如工程造价审计报告等等。

当然第三类证据还可进一步细分为有关关于工程量的证据资料、关于工程造价的证据资料、关于工程款支付的证据资料。在发生工程款纠纷案件时，往往会涉及工程量和工程造价的判定，所以本文作者将这些证据资料归为一类。

当然，建设工程证据资料并不局限于上述三类证据，但笔者认为，与施工企业利益密切相关的工程领域的证据资料非上述三类证据资料莫属。

上述证据分类也不是绝对的，证据资料之间与待证事实有很多会有交叉，比如，甲方逾期供货的证据资料一方面可以用作证明工程费用增加的依据，另一方面也可用作证明工期延误的证据；施工组织设计方案调整的证据资料一方面可以用作证明工期延误或缩短的证据资料，同时也可用作施工费用增减的证据资料。

四、结语

市场经济实际上就是契约经济，伴随着市场经济的不断深化和建筑市场逐步完善，合同将发挥更加重要的作用，成为市场双方不可或缺的纽带。合同管理已成为工程项目管理的重要内容，做好合同管理工作将对工程项目的规范有序推进起到事半功倍的作用。而规范整理施工期间档案材料等证据资料则可以防患于未然，规避潜在风险，将发、承包双方发争议的发生概率降至最低。随着全球经济一体化，我国的施工企业面临的竞争越来越激烈、压力越来越大，施工企业只有加强自身管理，才能更好地适应当前的激烈竞争，才能站稳脚跟，从而取得较好的社会效益和经济效益，使企业得以更好的发展。

参考文献

1、刘荣素《工程项目分包规范化管理及风险控制》[J]，《水科学与工程技术》，2010 年第 6 期，第 75-77 页。

2、姜奎平》浅议施工总承包企业在分包中的用工法律风险及防范》[J]，《新西部》，2011 年第 3 期，第 102-103 页。

3、中华人民共和国最高人民法院：最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释，2005-01。

4、万俊，邓蓉晖《工程施工招投标中业主风险的分析与防范》[J]，《建筑经济》，2001 年第 3 期。

5、王丽丽《浅谈建筑工程项目施工分包风险的应对与防范措施》[J]，《科技信息》，2008 年第 15 期，第 139 页。

6、底素卫、王月亭、霍丽芳《建筑企业如何防范建筑工程合同风险》[J]，《商场现代化》，2006 年版，第 17 页。

青年律师如何创新服务企业法律顾问

安徽序力律师事务所　王春雷　李夫永

摘　要：当前诉讼领域法律服务市场竞争相当激烈，青年律师没有客户、没有案源以及收入低导致的生存困境，也有的年轻律师对如何与客户商谈和收取律师费缺乏经验等等。但县域经济日益繁荣的今天，每天都有新的企业注册，老的企业面临企业经济转型，为此衍生大量的法律事务，成为老律师无暇顾及，青年律师可以分割的市场蛋糕。故，青年律师可以利用自己的特有的优势，如精力旺盛，信息资源广泛，熟悉现代化办公等，做好充分准备，大力开拓企业法律顾问这块法律市场。但传统的法律顾问服务方式有诸多的弊端，面对新的经济转型的需要，青年律师必须创新服务，才能根深蒂固于此生存与发展的“根据地”，笔者根据自身及本所的经验，针对相关问题略作阐述。

关键词：青年律师　法律顾问　服务弊端　创新服务

一、当前企业法律顾问服务弊端

与自然风险、商业风险等其他风险不同，法律风险可控可防。企业法律风险防范机制，是指企业建立的对法律风险进行识别、评估、控制、监控与化解的系统工程。但是，传统法律顾问模式，在服务内容、人员配置、服务形式和业务开拓等方面，都存在重大缺陷，无法为企业的生存和发展保驾护航，根本不适应企业发展的现实需要。为此，改变迫在眉睫。

1、传统的法律顾问工作往往流于形式，由于律师没有具体的量化的工作目标，所以，律师往往缺乏责任心，“顾而不问”。一般律师不懂企业的经营、管理，提供的法律意见常常不适应企业的客观需要，很难帮企业防范法律风险。如果遇到职业道德差的律师，企业反而会增加额外的法律风险。

2、传统的法律顾问业务的开拓，往往不是依靠法律专业水准和敬业精神，而是靠关系、给回扣拓展业务。

3、传统的法律顾问模式下，缺乏建立系统的风险防范机制的工作内容。他们更多是“头痛医头，脚痛医脚”、“小打小闹”、“临时抱佛脚”，往往不建立法律风险防范的长效机制。通常就是对企业的法律问题和存在的风险进行一些细枝末节的“粉饰”，进行“参观”式的诊断，进行“领导视察”般法律指导，“蜻蜓点水”。这样的顾问形式，自然无法真正地预防和识别企业的风险，更无法真正地帮助企业化解风险。不能实现“防患于未然”、为企业保驾护航的目的。

4、传统的法律顾问模式下，律师的“顾问”行为往往是被动的。当顾问单位面临爆发的实际法律风险时，才知道去寻求法律帮助，法律顾问往往扮演的是“消防员”或者“擦屁股纸”的角色，只等“救火”或者“擦屁股”。

5、传统的法律顾问模式下，收费模糊。在签订顾问合同时，律师常常对企业的人员情况、业务开展等等情况都不了解，律师和企业双方都不知道将来到底有多少事务需要用到律师，所以，对于顾问费的收取看人下菜，企业有钱就多要一些，企业没钱就少要一些，大律师多要一些，小律师少要一些。还互相心理不平衡，律师觉得钱少活多，企业觉钱多活少。

6、传统法律顾问模式下，律师往往单兵作战。传统法律顾问服务，一般都是一个企业请一名律师，企业方方面面的法律事务由律师一个人完成，这种情况下，律师服务质量难以保证。

二、青年律师应练就法律顾问必需的服务能力

环境在变，需求在变，市场在变，眼下，全国企业面临经济转型的阶段，假如年轻律师没有过硬的服务能力，显然就会在竞争面前趋于被动甚至被淘汰。笔者以为，青年律师应着重培养以下服务能力。

（一）精于自我宣传的能力

律师服务不能像开店理发的理发师一样——等顾客上门找您。多看当地的报纸、电视新闻、工商局的注册公告等信息，看见有新的企业成立或者外地企业进驻本地，您一定要按 CI 与 VI 的模式投书这些还没有法律顾问的企业。纵然是这个企业本身不聘请您，至少您精美而塌实的自荐也许能打动具体读您自荐书的经办人，他（她）留有您的联系方式，说不定会给您带来意外的惊喜。

（二）苦练过强的防范及解决问题能力

在参与领导决策的法律服务方面，是我们赢得客户信任的一个标志。在这方面，我们律师的服务不能成为交易的杀手，而应成为风险防范的能手。如果说在参与决策时，我们经常说这不合法不能做，那风险太大不能做，我们就很难参与决策领域。关键是能否提供一整套完善的风险防范机制。

1、善于制定风险防范预案。在重大突发事件的应急防范方面，重大突发事件对一个客户的影响是巨大的，甚至是致命的。如突发的劳动用工事件，重大犯罪案件的发生等等。在这一方面律师必须提供一个全面的风险防范预案，不仅要考虑法律上的风险，还要考虑经营上的风险，道德上的风险，如果仅考虑法律上的风险，这样的风险防范预案缺乏可行性、可操作性。

2、善于洞察新法规生效后经营风险。如一些重要的新法律法规实施，可向企业单位发放、邮寄一些宣传资料，如《劳动合同法》的颁布和施行，制定违反该法的风险及防范方案，给企业提个醒，以防范法律生效后，一些不知情的违法代价。

3、做一名严谨善战的“消防”律师。企业在经营中，难免有诉讼案件，这就要求年轻律师，要练就过硬的诉讼本领，就像“消防员”，针对企业发生燃眉之急的案件“火情”，在证据上准备充分，在法律上适用准确，在庭审上精彩服众，使企业每发生的一个案件，及时高效的得以解决

三、当前企业经济转型下，青年律师应怎样创新服务模式

针对国家大力提倡企业经济转型，在此背景下，企业遇到的法律问题，更有新的挑战及难题；青年律师虽然不能短期内达到上述的方方面面的要求，但一定要严格要求自己不断地努力，在高标准严要求下，放下面子，走出去，主动挑战新的服务模式。

（一）改变服务认识，倡导法律性消费

“倡导”一词本身就带有主动的含义。如何使得企业或政府机关视律师顾问法律服务为消费呢？这就需要律师主动出击，打好顾问业务的第一枪。知己知彼，安能百战不殆。青年律师要在出发之前首先对待聘企业进行了解及调查。特别是该企业的合同管理、劳资管理、公司法相关管理。在掌握了该待聘企业相关信息后，结合本所业务特长出具有针对性的“法律服务计划书”。计划书为该企业量身定做，提供的服务全部作分项处理，为的是吸引待聘企业眼球，激发其消费欲望。

（二）改变被动服务方式，实行个人与团队协作

1、定期主动上门服务。青年律师不再坐等企业来求医，而是主动设计流程，通过访谈、调查问卷、收集资料等方式，深入企业，主动去发现企业尚未察觉的法律风险。如何寻找、寻问和发现企业生产经营中已出现或可能出现的法律问题并及时出主意、上建议以防患于未然；如何做到想企业领导所想，急企业领导所急，为企业分忧解愁，除了主动上门服务外，再别无选择。上门服务的通常做法是应坚持定期坐班制度和现场办公制度，无论企业有无法律事务，都应坚持到企业主动过问，主动和企业高、中层领导及生产经营负责人取得联系，积极捕捉法律方面的信息，做到有事情积极办，没事情找问题、找漏洞、勤过问、勤建议、主动办，真正成为企业离不了的法律参谋。

2、实行团队服务。团队是进行规模化“经营”的基础，一流的团队更是品质的保证。真正的法律顾问业务是需要相当时间与精力的业务，光凭一个律师要完成所有任务几乎是不可能。团队的建立不仅能实行流水化作业，更为关键的是团队能形成几道风险预警机制，保证服务的准确与安全。

（三）做好企业定期体检，防范风险于未然

越来越多的人懂得日常保健，定期体检，是为了防患于未然或者防病于初期，其安全性、可控性、经济性远比患病之后去治疗好的多。“日常保健，定期体检”的重要性已经被无数包含心酸和血泪甚至以生命为代价的无情事实所证明，迫使人们不得不觉醒。企业也被法律赋予了人格，在法律上叫“企业法人”，在社会关系中也叫“企业公民”。在“稳健生存和发展”的意义上，企业与自然人一样，同样需要“日常保健，定期体检”，其必要性、重要性与自然人相比有过之而无不及。中小企业是推动中国经济发展，促进市场繁荣和社会稳定的重要力量，企业在日常的经营过程中也产生着或者已经面临着各方的法律风险，而且，更多的风险是呈“隐患”状态，直到发展成“癌症”企业才能发现。很多企业都是在遇到了严重的法律纠纷之后才想到寻求法律帮助，但是很多时候已经为时已晚，不得不付出惨重代价。无数类似的调查事实已经为我们敲响警钟，企业再也不能不猛醒，再也不能对“日常保健，定期体检”掉意轻心。

针对中小企业发展中的实际需要，基于多年企业法律服务实际经验，笔者所在的事务所列出“企业经营法律风险体检治理项目”，推出了为中小企业量身定做的法律服务产品——[企业经营法律风险体检、治理]服务，像在医院体检一样，分不同的法律体检项目，由专业的主办律师组成体检组，为中小企业诊断、排查、清除经营过程中存在的各种法律风险隐患，像扫描病毒一样，解除企业经营管理的不察之失和后顾之忧；像战场上的“工兵”，事先清理走前进途中的“地雷”、“炸弹”，真正做到“防患于未然”。

（四）重视非诉法律事务处理，注重企业维权与法制宣传

1、当前新形势下，很多企业急于销售积压的产品，回笼资金，加快绿色、环保、新型企业改造。但笔者发现，在签订销售合同中屡屡上当受骗，其中，一个重要原因就是不了解对方的资信状况，包括对方经办人的真实身份和代理权限。因此，签订合同前的资信调查工作至关重要，法律赋予了律师调查取证的权利，顾问律师应当充分运用调查手段对合同另一方当事人的资产状况、注册资金、经营范围、从业人员等工商登记情况及合同担保能力、代理人代理权限情况、标抵物的抵押登记情况等进行调查，为顾问单位提供可靠的资料和可行性论证，保证合同的法律效力，减少合同风险。

2、针对企业临时出现的侵权危机，一旦发现，顾问律师应及时出面制止侵权，必要时在媒体上发表声明，起到警示作用，对于以造成实际损失、侵权行为严重者，立即调查取证，诉诸法律。

3、企业管理人员及员工队伍的业务素质教育是企业文化建设的重要内容之一，而法制教育应该是重中之重，顾问律师应当定期举办企业高中层管理人员法律知识讲座，有针对性地讲解《公司法》、《合同法》、《劳动法》、《担保法》、等法律法规，对于营销、采购、业务人员应集中组织学习《合同法》知识，使其掌握签订各类购销合同的知识和技巧，在起草、审查各类合同的工作中还应不失时机地向有关人员灌输合同知识，加强其合同知识的积累和提高。

（五）长期加强企业联系，密切做好互动工作

法律顾问工作离不开企业的密切配合和支持，实践中律师的作用得不到应有的发挥，主要有两个方面的原因，一是企业对法律顾问的工作范围和作用了解太少，二是顾问律师不掌握、不了解企业的经营状况和企业领导层、企业管理人员的基本情况，加上主动参与意识差，往往感到无处下手。要改变上述被动局面，必须从加强顾问律师和企业的相互联系和了解入手。顾问律师了解企业应从下几个方面着手：(1)掌握企业生产经营的基本状况，便于发现有可能出现的法律问题；(2)了解企业债权债务基本情况并掌握有关资料，便于随时摸底调查，随时掌握信息和调理债权债务的机会；(3)了解企业管理人员基本情况，便于律师和各部门联系；(4)积极了解和掌握企业的经营决策和方针政策，为法律顾问工作提供方便和信息。

（六）改变“打包式”收费模式，实行“菜单式”双赢收费

传统企业法律顾问，往往在签订顾问合同时，实行一次性打包收费，其实这种收费方式，往往造成律师觉得钱少活多，企业觉钱多活少，导致双方心理不平衡，给每年续签合同造成障碍。

笔者认为，律师收费尽量不实行一次性收费，而是列菜单，让企业自主选择消费项目，并明明白白消费。首先是体检项目有收费清单，比如劳动用工法律风险体检 XXXX 元，企业合同法律风险体检 XXXX 元，都详细列明，由企业自己选择。其次是，体检后，根据发现的问题，诊治这些问题也明码标价，如员工手册存在问题，如果需要律师修改需要 XXXX 元，由企业根据自己的支付能力选择治还是不治，现在治还是将来治。最后，体检完之后，如果需要后续常年法律顾问服务，也是菜单式服务，如修改一份合同，1000 字以内是 500 元，出去调查一次是 500 元，路途时间如何计费等等，清清楚楚。当然，顾问单位仍然可以选择传统的服务方式和内容；也可以选择专项法律服务菜单中的一项或者多项法律服务；还可以选择混合式服务方式。比如：选择传统式一般条款服务 5000 元/年+专项[诉讼、非诉讼业务]。

综上，青年律师在当前经济转型升级新形势下，要开拓法律顾问法律市场，就要大力提高律师在担任企业法律顾问工作中的作用，必须转变服务观念，改变工作方式主动参与，发挥法律顾问充当企业经济卫士法律高参的作用，真正为企业发展保驾护航。

参考文献

1、胡华林《浅谈年轻律师对法律顾问业务的开拓》找法网 2010 年 06 月 16 日；

2、杨崇学《企业法律风险管理与控制》人民法院出版社，2010 年版。

城镇化建设中律师的维稳作用

安徽儒林律师事务所 马 虎

摘 要：随着城镇化进程的不断加速，“拆迁”一词越来越频繁地出现在大众的视野中。应当说，城市房屋拆迁以及后续的开发建设，推动了城市的现代化步伐，也为公众直接或间接带来一定福利。但是，近年来因城市房屋拆迁而引发的社会矛盾日益严重，城镇化进程中大量的土地征用、拆迁、城镇基础设施建设等不仅会涉及到大量的法律问题，还会涉及到法律没有明确规定的问题。律师参与城镇化进程，提供好法律服务，处理好繁杂的法律关系，解决好大量专业的法律问题，提出合理的法律意见，是促进城镇化进程有序推进工作的重要组成部分。

关键词：城镇化 拆迁补偿 律师作用

一、城镇化进程中面临的问题

（一）城镇化与失地农民权益保障的矛盾。城镇化是为了更好地促进经济发展，使经济发展的成果全民共享。然而，我们在看到城镇化积极作用的同时，也必须清楚地认识到在推进城镇化进程中会不可避免地出现社会矛盾或冲突。在这一过程中地方政府将不可避免会面临着征用农民土地问题。然而，土地作为农民生存的根本，失去土地就意味着农民失去了生活的保障，成了“耕种无地、就业无岗、低保无份”的“三无”农民。事实上，造成农民权益受损的真正原因并不是城镇化进程，而是与现行的土地征用补偿制度有关。据法律规定，农村土地是一种集体所有的财产，农民只能作为土地的使用者行使使用的权利，而不能随意买卖土地。那么，在土地征用问题上，农民作为土地的使用者而非所有者，在征用土地的补偿标准上没有过多的话语权。农民只能被动地接受远低于土地价值的一次性补偿，如青苗费补偿等。试问，当农民失去了土地保障，生存都成问题，谈何维护社会稳定呢？

（二）城镇化与拆迁补偿问题的矛盾。随着经济社会的发展和城镇化的推进，城镇规模和城镇人口都会出现不同程度的增长。与此相伴而生的必然会有城镇布局的调整、城镇基础设施的同步跟进以及产业园区的建设。由于城镇建设用地规模是有限的，想要满足城镇日益增长的用地需求，必然会对一些老城区或者道路交通设施覆盖区域的原有建筑进行拆迁重建。那么，城镇化与拆迁补偿问题的矛盾就会应运而生。与此同时，政府作为城镇化拆迁工作的执行者，必然会给被拆迁户一定数额的补偿，以使拆迁工作顺利进行；而站在被拆迁户的角度，他们失去了赖以生存的住房或者店铺，政府不仅要对其进行相应的住房安置和补偿费，还要解决就业和社会保障问题。然而，政府作为补偿方，当然希望补偿标准越低越好，而被拆迁方则希望补偿标准越高越好，由此而引发的利益冲突甚至演变成群体性事件的社会现象也是屡见不鲜。

二、当前征地拆迁引发社会稳定问题的根源

（一）从农村来看，征地最重要的是改变了农民的身份，并因此对其生活产生了重大影响。被征地农民在获得了相应的补偿后转变为城市居民，大多数缺乏新的生活技能，因此心理上有担忧、有惧怕、有抵触，而且农民考虑更多的是“农转非”之后的生活保障问题，他们希望能够用土地换来优于基本社会保障的待遇，但现行的法律政策与社会经济发展水平制约了他们这种预期愿望的实现。

（二）从城市来看，城市搬迁改造带来的土地增值利益分配问题，逐渐成为拆迁方和被拆迁方矛盾的根源所在。如少数群众在拆迁中遇到利益冲突时，总认为正常维权成本太高，不是通过法律途径解决，而是存在“不闹不解决，小闹小解决，大闹大解决”的错误认识，通过群体、越级上访，采取堵门堵路、阻工闹事等方法，阻挠机关正常办公，制造扩大影响，向政府施加压力。也有极少数人通过拆迁，漫天要价。而矛盾的难调和之处就在于少数被拆迁者过多的期望超越了拆迁方乃至社会的承受能力，以至其成为不稳定的主要根源。

三、当前征地拆迁引发不稳定事件主要呈现以下几个特点：

（二）以实现个人最大利益为目的，具有利益相关性。国家、集体与个人利益在一定条件下可能存在冲突，但在征地拆迁中表现得尤为突出，政府是站在国家、全局的立场上做决策，考虑的是发展城市、完善城市功能，进行城市空间资源的合理配置，比如实施的城中村改造、河西秀水路延伸等等，对于改善群众居住环境，提升城市形象具有重大的意义。而被拆迁者往往关注的是个人利益，一旦自己的期望值没有得到满足，就会采取相应的抵制行为。

（二）以个人利益为纽带形成松散组织抵制征地拆迁，具有组织性。现阶段农民的法律意识有所增强，但并不意味着社会大众的法律知识水平的普遍提高。

（三）采取制造负面社会影响的方式向政府施压，具有对抗性。一些人抱着“法不责众”以及“事情闹得越凶，领导越重视，越容易解决”的心态，成团结伙，集体越级上访，在社会上造成较大的负面影响。另因拆迁遗留问题引发信访重复率高，老信访户缠访情况突出，有的群众对政策一知半解，总认为个人合法权益受到侵害，提出问题层层加码，又听不得半点解释，三番五次到多个部门重复上访，牵涉领导精力，也造成较大的负面影响。

（四）拆迁队伍机制合力欠缺。在拆迁工作中尤其是城区拆迁，往往是从有关单位抽调一些人员参加协助拆迁办工作。在工作中抽调的人员和具体业务人员缺少沟通和交流，各实施组之间也同样存在缺少沟通和交流的现象，很难调动各方面的积极因素，在一定程度上影响了合力的形成，不利于整体工作的开展。

四、律师在城镇化进程中提供法律服务工作对城镇化建设顺利推进有重要作用

在城镇化中，律师在事前、事中、事后积极提供有效的法律服务，是城镇化建设中的一支重要力量，起着为城镇化进程提供保驾护航的作用。

（一）律师在城镇化中具体事项实施前积极为政府提出法律意见，参与政府的决策、依法行政、信访活动和维稳工作，开展法律宣讲解说，做到防微杜渐。

1.开展法制宣传，提高市民法律意识。律师作为法制宣传员，应当为城镇化中涉及到的相关法律知识作法治宣传，加强民主法制教育，强化市民的民主意识、法制意识、权利观念，培养他们知法、懂法、守法，用法。使市民既依法维护自身的合法权益，又自觉履行法律规定的义务，自觉用法律规范自己的行为。

2.为政府及其职能部门提供法律服务。政府是各项经济活动的规则制订者和监督者，政府在制订规则，履行经济监督职能时，涉及大量的法律问题，需要律师提供优质的法律服务。

其一，为政府提出咨询意见和法律意见书。

城镇化进程是一项难度大、涉及面广的系统工程。需要各级政府认真做好各项配套工作和政策解释工作，建立和完善与加快城镇化进程相适应的土地、户籍、劳动用工、社会保障、文化教育等方面的制度和配套政策。律师积极参与研究城镇化进程中出现的新问题、新情况，研究各种

法律关系的变化和调整，提高推进城镇化进程的战略意识和法制意识；适时找出与发展要求不相适应的政策规定，进行研究，提出符合实际的发展方案和相关政策。从我省具体情况出发，突出解决城乡“二元结构”的体制矛盾，加快制度创新，为政府依法行政及时提出建议和意见，特别是在一些大项目方面出具法律意见书，避免政府在涉及广大人民根本利益问题上决策失误，形成有利于加快城镇化进程的政策环境和法律环境。

其二，参与涉法信访接待咨询工作，避免矛盾的激化。

律师积极参与信访工作，帮助信访官员掌握民情、倾听民声、了解民意，向政府反映广大群众诉求，为信访官员判断是非对错提供意见，促使群众反映的问题得到依法解决。律师参与政府的信访工作，对律师在消除不稳定因素，维护社会和谐的作用上有着特殊的优势。此项工作在我省一些地方已经开展，且已经取得很好的效果。

（二）律师积极参与城镇化中具体矛盾的处理，有利于城镇化的顺利推进。

1.参与调解工作，为维护社会和谐稳定服务。

稳定是城镇化建设的基础和前提。城镇化进程离不开和谐稳定的社会环境。随着城镇化改革力度的加大，矛盾也渐渐发生了变化。律师应当承担起化解社会矛盾，维护社会稳定的责任。 律师是法律专业人员，有丰富的法律知识和丰富的办案经验，以及较高的调解能力和调解水平。律师参与调解工作，有助于舒缓公众的焦虑与紧张，营造宽松活泼的社会环境，有助于化解矛盾，消除纠纷，把大量的社会矛盾纠纷化解在基层，使人民调解工作走上规范化的轨道。

2.律师办理重大、疑难及敏感案件具有独特的作用。

在城镇化进程中，群体性案件、黑恶势力案件等案件还时有发生。作为律师办理这些案件，首先会把社会稳定放在首位，树立大局意识，责任意识，保持政治敏锐性；其次会及时将案件向所里和律协及司法行政机关汇报；再次会对这些案件进行积极讨论，确立正确的办案思路；最后认真办好案件，努力实现政治效果和社会效果及法律效果的统一。

3.开展法律援助，维护进城农民工等弱势群体的合法权益。

城镇化进程中不能忽略农民工等弱势群体的合法利益的保护。如农民工合法权益得不到法律的及时和强有力保护，农民的不满情绪就会增长。当前进城打工的基本上是青年农民，他们民主意识和维权意识强，对社会不公平的忍耐性差，思想上容易走极端。所以对城镇化中的进城农民工、低保户等弱势群体的社会保障、残疾人救助、抚养类家庭纠纷、交通、医疗事故等人身伤害案件等关系到农民群众利益的纠纷和案件 ,律师与法律援助机构相互配合 ,从促进社会公平正义、促进社会和谐出发，积极参与法律援助活动，认真履行法律援助义务，依法维护弱势群体的合法权益。

律师参与城镇化进程，为具体事宜提供专项法律服务，是政府深入推进社会管理创新，进一步完善与社会主义市场经济体制相适应的社会管理体系的具体体现和要求。

参考文献

1、王克稳《城市拆迁法律问题研究》，中国法律出版社，2007 年 11 月第一版。

2、潘顺《论城市房屋强制拆迁中的公民权利保护》，载《经济研究导刊》，2008 年第 9 期。

3、庞宁《论我国城市房屋拆迁中土地使用权之补偿》，载《中国西部科技》，2008 年 9 月（中旬）第 07 卷第 26 期。

4、魏东《强制拆迁中的侵权及有关法律问题》，载《重庆科技学院学报》，2007 年第 4 期。

5、郑炜、冯代群《对当前城市房屋拆迁补偿与安置制度的思考与完善》。

完善我国创业板信息披露制度的法律思考

安徽长城律师事务所 李仁厅 薛辉 卢轶

摘 要:2009 年 10 月 30 日,创业板开市钟声响起,开启了我国筹备 10 年的创业板市场,给现在尤其是未来的高端创业企业提供直接融资的活水源头,至此,我国建立起多层次的资本市场。“低门槛,高风险”是创业板市场与主板市场相比最主要的区别,然而,由于降低了企业上市门槛,无形中提高了经济活动的风险,对上市公司信息披露的监管就尤为重要。

关键词:创业板 上市公司 信息披露 制度缺陷 治理对策

一、我国创业板信息披露制度法律规范体系存在的缺陷分析

(一)信息披露法规体系不完善

我国有关创业板的法律法规包括法律、规章、自律性规则,然而这些规定并未形成完整统一的体系,仅仅在某些条款对信息披露制度加以规范,其他均参照主板市场的相关规定,给实践带来极大不便。

《证券法》没有把违反信息披露及时性列进民事赔偿范围。另一方面,创业板市场无形资产的比重还是比较大的,然而,创业板上市公司所披露的信息大多以有形资产为主,对企业无形资产信息的披露不能反映企业的真实经济价值和未来经济效益。

(二)法律责任不明确

虚假陈述是指虚假记载,误导性陈述或者披露重大遗漏、不当披露的行为。如果上市公司在信息披露中虚假陈述,则对投资者构成侵权,上市公司及其高管、中介机构、实际控制人在不同程度和不同范围内承担民事赔偿责任。

行政责任方面,未将责任在高管和信息披露义务人之间划分,所以高管被处以一般性处罚,无法适用《证券法》中的金钱处罚;二是未区分违反信息披露义务人的不法收益和对投资者造成的损失,仅采取警告、罚款、没收违法所得等形式的行政处罚。对发行人、上市公司等,最高处以六十万元罚款,对直接主管和其他直接责任人员给予警告,并处最高三万元的罚款;现行刑法对虚假信息披露的最高处以五年有期徒刑,处以二十万元罚金;如此之低的惩治程度,严重脱离违反信息披露义务所获收益。

(三)证券民事司法救济制度缺失

证券民事诉讼制度就是保障受损害的投资者获得民事赔偿救济的重要武器。我国的证券民事诉讼受理范围限于被证监会和证监局立案调查、处罚决定生效的虚假陈述案件,将可诉行为大幅度限缩,即便如此,证券民事诉讼的起诉数量在全国范围内依然保持较低的数字。审理案件的方式上,排除了集团诉讼,未关注其特殊性和涉及广大中小投资者的影响力,除东方电子案、大庆联谊案、银广厦案等,实际提起诉讼的投资者很少。

我国的证券民事侵权诉讼属于人数确定的代表人诉讼,从起诉角度看,权利登记使成本剧增,可能会使部分中小投资者望而却步,长此以往,投资者放弃诉讼,违法者的侵权行为未被追责,证券市场秩序会受到严重威胁。其次,诉讼代表人很难推选,且其权利有限,不利于实现诉讼目的。代表人诉讼制度可能会演变为搭便车,影响执法的公正性。同时,司法系统缺乏一些业务素

质高又熟悉证券和金融专业知识的审判人员,相关经济业务的复杂性以及因果关系的证明需要查阅大量的文件资料和相关记录,给法院的审判工作的开展带来一些困难。从判决执行角度来说,许多拖延数年的证券民事诉讼案件,中小股东费尽周折拿到的胜诉判决却得不到有效执行,面临财产被转移,资产被查封、冻结,控制权已变更等不利局面。

二、完善我国创业板上市公司信息披露制度的法律规范体系的设想

(一)从宏观上完善创业板信息披露制度,由证监会制定行政规章,规范创业板市场信息披露,便于投资者查看与引用,提供有效地规范指导

因创业板上市公司具有高成长性特征,相对应的应建立预测性信息披露制度。预测性信息是对公司生产经营发展趋势进行预计,而形成的有关未来的前瞻性财务信息,具有前瞻性、主观性、不确定性、风险性特征,表现为盈利预测、生产经营及战略规划、业绩报告等财务信息。我国现行法律法规对预测性信息披露并未作完备规定,仅由深交所制定的自律性规则列举了两类应予披露的预测性信息,即公司预计业绩会亏损、扭亏为盈等变化,未要求强制披露。由于以自愿披露原则为主,为促进创业板上市公司积极披露预测性信息,借鉴安全港规则,只要做出预测信息时基于诚信原则,且当时所依据的信息做出这种判断是合理的,即使最后的结果与预测的信息有出入也不会追究披露者的法律责任。且应对预测性信息跟踪披露,若发现与之前披露的信息有出入则更正,以免误导投资者。

因创业板上市公司具有高科技性特征,还应建立信息披露与商业秘密保护的平衡机制。在最大限度合理披露信息的同时,可能会触及商业秘密,且最初设立强制披露制度之时,是否触及商业机密是争议焦点所在。一个优秀的企业往往在降低内部交易费用方面具有独到优势,例如如何提高资产周转率、降低运营成本,这些都可能与内控制度相关,公司往往不愿意详细披露提及公司竞争优势的内控环境、风险识别、控制活动等情况。因此,强制信息披露制度与信息披露豁免并存。上市公司拟披露的信息属国家秘密、商业秘密,履行相关披露义务可能导致其违反国家有关保密法律、行政法规规定或者损害公司利益的,公司可申请豁免披露或者履行相关义务。

(二)深化创业板上市公司的信息披露界定与责任

“就虚假记载而言,我国《证券法》等相关法律规定的行政处罚主要包括:警告;罚款;责令停止发行;责令改正;没收非法所得;取消从业资格;取消业务许可等。”证券交易所的处罚可视作一种准行政处罚。对于情节严重的违法行为,若只处以行政处罚或行政处分,不能对上市公司产生足够的震慑作用,对违规公司的股价、再融资能力影响很小。

稳定安全的证券市场秩序离不开刑事责任的保障。美国颁布的《2002 年萨班斯——奥克斯利法案》,标志了美国新的资本监管时代的到来信息披露也由原来的自愿披露转入强制披露阶段。其中,涉嫌财务造假,最高 20 年监禁,涉嫌信息欺诈或价格操纵,最高 25 年监禁。英国《防止欺诈投资法》规定,以欺骗、故意隐瞒重要事实、轻率做出不真实的允诺,诱使他人或企图诱使他人达成各项投资交易的,构成刑事犯罪,最高 7 年有期徒刑。比较中国与英美的信息披露法律制度,纳斯达克市场监管重点关注信息的准确性和完整性。

“我国《刑法》规定不按照规定披露,严重损害股东或者其他人利益,或者有其他严重情节,最高处三年有期徒刑,并处二十万元罚金。”与国外先进立法,以及国内股市混乱现状相比,目前我国的处罚力度远未达标。建议今后对刑法的修订应侧重提高惩罚力度,以起到震慑信息披露义务人的作用,将有助于解决证券市场诚信缺失、法律法规体系不健全、执法不严、违法成本过低等问题。

1、全面界定信息披露义务的范围

信息披露范围包括招股说明书、上市报告书、定期报告书、临时报告书等法定资料法定发布渠道公告，然而，现代公司股权和治理情况复杂、多种行业的经营活动往往会带来强制披露信息之外的信息披露需要，因此包括自愿性披露信息，这是一种作为义务，需要主体以积极作为的方式来履行。

规范信息披露范围，第一要务在于统一格式，即要求上市公司按照证监会等监管机构要求的统一内容和格式在会计报表附注中展开说明，如此一来，有利于中小投资者理解财务报表和公告，且有利于证券市场完善制度的建立和促进。关注资产、利润、负债等财务信息和交易的真实和完整，重大管理交易和重大诉讼，预防企业存在潜在经营、财务风险。从自愿披露信息角度来说，董事会对内部控制流程中形成的相关经营、财务、审计、稽核信息应当定期或不定期披露，且对于其评价意见也要求审计委员会发表看法。

2、合理界定侵权行为

对于描述性信息披露来讲，由于其注重于客观发生事实的陈述， 是一种硬信息的披露。因此，对该义务标准应严格把握信息披露的全面性或完整性、真实性、及时性、公平性、合法性；而对于预测性信息，从我国证券法律法规的规定来看，由于预测性信息披露是对公司未来的一种主观臆测和评价，带有一定的不确定性，且可能对股价带来很大影响，造成股市震动，即以充分警示和心理确知，作为信息披露义务人是否尽真实、准确性义务的标准。至于关于自愿披露的其他标准，则完全可按照对描述性信息披露义务的要求，我国采取的是重大性标准。

3、增加不同主体的免责事由

发起人、发行人或者上市公司有着不可推卸的责任。鉴于无过错原则，对发行人产生了严厉的惩罚性效果，促使发行人在信息披露中最大限度地恪守信息披露义务。控股股东、承销商、上市推荐人、律师事务所和律师、会计师事务所和签字注册会计师、资产评估机构和资产评估师、企业高管和中介机构的直接责任人及其他机构和自然人，适用过错推定原则应当是处理上述人员与投资者之间关系的平衡点。界定因果关系必须由投资者证明以下两点：其一在于交易因果关系；二在于损失因果关系。从立法上亟需完善免责条款，综合考虑中外立法和实践现状，我国应创设安全港制度，完善界定信息披露准则，有效防止投资者的证券欺诈。

此外，确立投资者责任。即使是由信息披露义务人造成的，但若投资者恶意投资，仍由信息披露主体承担该责任则显失公平。因此，从立法上要明确因恶意投资者造成损害后果时，责任主体可相应免除责任。确立投资者责任，尽管信息披露义务的违反是由信息披露行为人造成的， 从立法上要明确因恶意投资者的行为造成的损害后果， 责任主体可减轻或免责。

4、合理界定因果关系与损失

美国法院通过一系列判例改采因果关系推定说，并将之扩大至其他证券违法行为。在虚假陈述揭露日或者更正日前已经卖出证券的，法院不予认定。但实际上，投资者该时点前卖出证券的原因也可能是由信息披露行为不真实、不全面所致。由于我国股市换手率高，在出现虚假陈述后，忍痛“割肉”的不在少数，此时换手率可能更高，这样将使得揭露日到基准日之间的期间很短，不利于保护投资者的利益。这种方法当然便于计算， 但无法真实准确地反映投资者的实际损失。若投资者以高于均价买入的数量比低于均价买入的数量多， 该算术平均法无法真正保护投资者的利益。

建议相关法规修订为：投资者有差额损失，则在揭露日或更正日之前或之后卖出，皆予认定因果关系。我国的《规定》中， 借鉴美国的真实价值不变法确定了“投资差额损失计算法”损失

数额计算公式可以参照：损失金额×持有天数/损失期总天数的标准来确定，其中损失期总天数为年度财务报告公布之日起至处罚报告公布之日止。罚款犹如九牛一毛，根本无法刺痛造假者的神经，还会让造假者暗地里偷笑，同时也难以对资本市场起到震慑作用。同样是财务造假，当境外的中介机构被罚得“倾家荡产”时，境内却“罚酒三杯”。因此，不少人会担心，如果每个靠造假上市并从中获利的企业都不能得到重罚，而且不被要求直接退市，这明显是对上市公司的袒护，或会让试图造假上市的企业更加的肆无忌惮。应及时修订《证券法》关于处罚的相关条款，提高造假公司的处罚上限，增加违规成本，用严厉的处罚让试图造假的公司望而却步，从而更好地净化我国资本市场。

5、完善信息披露的程序法机制——集团诉讼制度

须设计合理的民事诉讼程序以保护投资者权益。首先，在代表人制度中确定 “集团”的概念，我国的代表人诉讼侧重单个诉讼，而非群体诉讼。其次，美国的集团诉讼采用默示方式消极认可代表人地位，而我国依靠明确授权确定代表人，可能导致诉讼的拖延。因此可以在立法上允许通过默示授权确认代表人资格，在代表人的变更上采取明示授权。和解制度作为集团诉讼不可或缺的一部分内容，发挥着不可替代的作用。和解过程中，有力的司法监督是十分必要的，虽然案件不再以判决书的方式来结案，但是有力的司法监督能够在较好的外部环境下保障小额投资者的利益，有助于减少被告人与部分投资当事人相勾结损害小额投资者的利益。针对执行难的问题，除了要加强法院执行庭的执行能力外，还要对拒绝、怠慢执行证券民事赔偿的被告人进行行政处罚，违法行为严重者可以考虑进行刑事处罚。

结语

创业板具有一小三高的特点，对信息披露提出了特殊的要求。信息披露可有效解决资本市场参与者间存在的信息不对称难题，是投资者了解上市公司、证券监管机构监督和审查上市公司的主要来源。高质量的上市公司信息披露，是证券市场健康发展的基础。我国创业板正处于发展初期，完善创业板上市公司信息披露制度对各方而言都至关重要。

创业板的设立，开拓中小企业的融资渠道，提高资本市场整体效率，对国民经济的发展具有重大意义。创业板设立至今，丑闻频发，使投资者更加关注企业信息披露的相关情况，以此更好的评估企业价值。伴随证监会的监管措施日趋完善，上市公司信息披露制度得以进一步落实，这有利于上市公司的良性发展、稳定股价，同时，也对监管机构提出了更高的要求。

参考文献

1、彭冰《中国证券法学》，高等教育出版社，2007 年。
2、曹荣湘《强制披露与证券立法》，社会科学文献出版社，2005 年。
3、吕富强《信息披露的法律透视》，人民法院出版社，2000 年。
5、李磊、黄格非《创业板上市操作指南》，经济科学出版社，2009 年。
6、张学军、唐清利、刘为民《创业板企业上市指引》，法律出版社，2009 年。
7、[美]莱瑞•D•索德奎斯特《美国证券法解读》，法律出版社，2004 年。
8、[美]托马斯•李•哈森《证券法》，中国政法大学出版社，2003 年。
9、贺绍奇《内幕交易”的法律透视》，人民法院出版社，2000 年。
10、陈碧红《论我国信息披露侵权民事赔偿责任制度的完善》，太平洋学报，2008 年。
11、李理想《上市公司预测性信息披露民事责任研究》，中国科学技术大学，2009 年。

现行公司法相关制度之缺陷分析及完善建议

——以中小股东及债权人保护为视角

安徽铭心律师事务所　汪家元

摘　要：现行公司法完善并新增了相关制度，以突出对中小股东及债权人利益的保护，进而维护公司整体利益和交易安全。但相关制度仍不同程度地存在着缺陷或不足，需进一步加以完善，以发挥其应有的作用，真正符合立法者的立法初衷。

关键词：公司法　制度　缺陷　完善

现行《公司法》是在对 1993 年《公司法》于 1999 年、2004 年进行两次修订的基础上、于 2005 年再次对其全面修订而形成的。该法对 1993 年《公司法》作出了许多创新性规定：为突出对中小股东的权益保护，该法完善了股东知情权制度和公司决议瑕疵的司法干预制度、新增股东的股东（大）会自行召集和主持制度、质询权制度、诚信义务制度、累积投票制度、公司司法解散制度和股东代表诉讼制度等等；为突出对债权人利益的保护，该法首次规定了公司法人人格否认制度。毋庸讳言，上述制度对中小股东及债权人的权益保护无疑具有非常重大的意义。但在具体规定方面，上述各制度都存在着不同程度的缺陷，需进一步加以完善，以期在实践中真正符合立法初衷。

一、股东知情权制度

虽然现行公司法第 34 条将查账权界定为单独股东权，且该条对股东的持股比例与持股期限未作任何限制规定，因此查账权的权利行使门槛非常低。但该条中“公司有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的，可能损害公司合法利益的，可以拒绝提供查阅”等不确定的表达，实际上赋予了公司事实上的绝对拒绝权，使股东这一权利的行使几乎不得不经过诉讼程序。此外，即使股东通过诉讼争取到查阅的权利，查阅范围也只有会计账簿，不能查阅原始会计凭证，这样的知情权对于有限责任公司的股东来说，意义颇值商榷。鉴于此，《公司法》司法解释应将会计账薄解释为包含原始会计凭证，同时应对“不正当目的”作出严格的限制。

二、公司决议瑕疵的司法干预制度

与 1993 年《公司法》相比，现行《公司法》关于决议瑕疵的规定具有明显进步。但不可否认的是，该法关于决议瑕疵的司法干预制度的规定仍存在不足，相关规定亟需细化：

（1）该法没有借鉴日本、韩国关于决议不存在之诉的规定，设立决议不存在之诉。导致实践中出现案件虽得到判决，却并不完全符合案件客观实际的情况。

（2）对受瑕疵决议侵害股东的权利保护不完整。①依据现行《公司法》第 22 条的规定，决议瑕疵之诉仅包括无效确认之诉和决议撤销之诉（本质上皆属于停止侵权之诉），却没有损害赔偿之诉的规定，这对受侵害股东的权利保护是极不完整的。②根据现行《公司法》，会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程时，构成形式上的瑕疵，可提起决议撤销之诉；决议内容违反法律、行政法规时，可提起决议无效之诉。对于决议程序违反政府、部门规章、决

议内容违反公司章程和政府、部门规章时，是否可以提起决议瑕疵之诉、以维护原告股东利益呢？该法未作规定。

（3）决议瑕疵之诉的程序性规定欠缺，导致操作性不强，自由裁量空间过大。主要表现为：①现行《公司法》第 22 条对决议撤销之诉有起诉期间的限制，但对决议无效确认之诉却没有起诉期间的限制，学界对其到底适用一般的诉讼时效还是不受期间的限制存有争议。②提起决议瑕疵之诉的原告是否仅限于股东？对原告股东有无其他条件限制？被告仅为公司还是包括其他股东？对这些涉及诉讼主体方面的问题，该法并未明确。③决议被确认无效或被撤销，决议失去法律效力的时间如何确定？判决对因履行决议发生的其他法律关系是否具有溯及力？该法对前述关于决议瑕疵之诉的法律后果问题亦无规定。

（4）为防止股东滥用决议瑕疵撤销之诉，现行《公司法》规定了原告担保制度，但该制度规定过于原则和简单。应当规定只有当公司能够证明原告股东为恶意时才有权请求法院责令原告股东提供合理担保。

对于上述不足，需要通过司法解释或修改法律对其加以补充、修改和完善，以切实保护可能受瑕疵决议侵害的广大中小股东的利益和善意第三人的合法权益。

三、股东的股东（大）会自行召集和主持制度

现行《公司法》明确规定了适格股东的股东（大）会召集请求权和主持权。但是，对于适格股东行使股东（大）会召集请求权时董事、监事和高级管理人员的配合义务以及为防止该权的滥用所应采取的规制措施，该法缺乏规定。为保证召集请求权的顺利实现，该法应明确规定适格股东行使该权时董事、监事和高级管理人员的配合义务。同时，为防止恶意者滥用股东（大）会召集请求权从而扰乱公司正常经营活动情形的发生，该法应从程序上对其加以限制。

此外，该法关于自行召集和主持临时股东（大）会股东的持股比例为 10%的规定要求太高，不太符合实际。对于股份公司，尤其是上市公司的中小股东而言，由于持股比例极为分散，导致联合 10%股份的股东共同行使临时股东大会召集请求权是很不容易的。针对广大中小股东的持股现实，为维护中小股东的利益，我国应参照国外公司立法的标准，适当降低行使临时股东（大）会召集请求权的持股标准，比如降为 3%或 5%。

四、股东质询权制度

现行《公司法》第 98 条关于股东有权对“公司的经营提出建议或者质询”的规定过于简单，没有对股东行使权利的方式、程序和障碍排除等操作性问题做出规定，更没有对股东行使质询权受到侵害时的救济方式做出任何安排。而且，上述规定仅针对股份公司，并未涉及有限责任公司。因此，为保证中小股东对该项权利的行使，公司法应扩大股东质询权的适用范围，不能仅局限于股份有限公司；应规定书面质询和答复制度；并对股东行使质询权受到侵害时的救济措施作出制度安排。

五、股东诚信义务制度

现行《公司法》第 20 条第 1 款关于禁止权利滥用的规定，显然是对股东诚信义务核心内容的规制。但究竟何为“滥用股东权利”，规定过于抽象，在实践中很难得到确认。如在某只有甲（持有公司 90%的出资额）、乙（持有公司 10%的出资额）两股东的有限责任公司中，假设甲自恃其控制股东地位，不让乙出任董事和总经理、不召开临时股东会和不分红等行为，是否属于滥用股

东权利？实属难以确认。同时，股东甲的上述行为究竟有没有给股东乙造成损失、造成什么损失等问题在实践中也难以确认。

该法第 21 条对公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员利用其关联关系损害公司利益、给公司造成损失时的赔偿责任作出了规定。但对于控制股东在行使表决权、处分自己的股东权、通过自己的董事影响董事会从而支配公司时，控制股东是否对其他股东负有诚信义务，却无明文规定。

基于上述分析，我国公司法对于股东权利滥用的规制对象泛化、关于控制股东及高级管理人员诚信义务的控制仅限于关联交易的局面必须得以改观。应进一步充实、明确控制股东的诚信义务，明确规定“控制股东在行使其控制权时）（包括转让其控制权时），不得损害公司、其他股东和公司债权人的利益”。并且规定，控制股东在行使公司的决定权时，主观目的必须是为了公司利益，客观行为必须合法。

六、累积投票制度

现行《公司法》第 106 条新增规定累积投票制，这对加强中小股东的权益保护无疑具有重大意义。但是，这一规定存在以下缺陷：

首先，累积投票制只适用于股份有限公司，适用范围过窄。其次，与证监会《上市公司治理准则》第 31 条关于累积投票制规定的强制主义不同，立法者在公司法中对累积投票制采取了许可主义。即将是否采取累积投票制的决定权交给股东大会，由股东大会事先在章程中或临时作出决议决定，这实际等于将该决定权交给了控制股东。这一规定显然对中小股东的保护缺乏应有的力度，因为很难想象大股东会自觉运用这种规则来限制自身的权利。

基于上述缺陷，《公司法》应将有限责任公司纳入累积投票制的适用范围。同时，强制实行该制度，以达适用该制度以增强对中小股东权益保护的目的。

七、公司司法解散制度

现行《公司法》第 183 条新增规定了司法解散制度，这不仅有利于强化对中小股东利益的保护，也有利于公司退出机制的完善。但是，该法第 183 条这一简单的条文难以应对现实生活中复杂的公司解散情形。尽管后来的相关司法解释对有关问题进行了规定，但以下问题仍需进一步予以完善。

按照现行《公司法》之规定，在我国适用司法解散的条件或者标准，包括四个方面的内容：首先是公司经营管理发生严重困难，公司运营过程中出现了僵持状态；其次是公司的存续会使股东利益受到重大损害；其三是通过其他途径不能解决，亦即应当穷尽其他救济途径之后，才能适用司法解散这种极端的救济方式；其四是提出申请的股东所持有的表决权必须符合十分之一以上这一法定的比例要求。[1]关于上述条件或标准，以下问题亟需明确或加以完善：

首先，“公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失”的规定十分模糊。在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》（以下简称《规定（二）》）出台之前，实践中对该规定的认识可以归纳为以下三种思维模式：①以公司经营管理发生严重困难为判定重点，进而推导出若公司继续存续将会使股东利益受到重大损失，即“严重困难→→重大损失”模式；②以股东利益是否遭受重大损失为判定起点，判断公司经营管理是否发生严重困难，进而推导出若公司继续存续是否会使股东利益受到更大损失，即“重大损失→→严重困难→→更大损失”模式；③将公司经营管理是否发生严重困难与股东利益是否遭受重大损失作为并

列的判定重点，即“严重困难←→重大损失”模式。笔者认为，从“继续存续会使股东利益受到重大损失”表述中的“继续”二字可以看出，“继续存续会使股东利益受到重大损失”与“公司经营管理发生严重困难”之间并非并列关系，前者实际上是后者“继续”发展而导致的结果。所以，对该规定的正确理解应遵循“严重困难→→重大损失”模式。

《规定（二）》第 1 条第一款对“公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失”的规定细化为四种情形。前三种都侧重于对“公司经营管理发生严重困难”情形的细化，实际上遵循着“严重困难→→重大损失”思维模式，这对于统一司法裁判，无疑具有重要意义。但经仔细推敲不难发现：四种情形中的前三种皆是公司内部治理问题，难以涵盖“公司经营管理发生严重困难”的全面情形；第四项的兜底性规定，与现行《公司法》第 183 条的规定无异，仍是模糊、不确定性的规定。同时，上述规定也没有对股东利益受到的“重大损失”中的“重大”和“损失”究竟是一种现实性还是可能性的损失等作出界定。

其次，如何理解《公司法》第 183 条中“通过其它途径不能解决”的性质，学者众说不一。有学者将其视为司法解散诉讼的前置程序；[2]有的学者则将其作为股东起诉或法院受理的要件；[3]还有学者将其理解为类似于派生诉讼中的“穷尽内部救济”规则。[4]以上认识虽表述不同，但实质无异，即“通过其它途径不能解决的”是司法解散诉讼程序开始前的必经程序或必须予以满足的条件。实际上，如果将“通过其它途径不能解决的”理解为前置程序，则不仅限制了股东的诉权，还会由于法院干预过于滞后，导致解决问题的时间过于迟延，从而进一步加重公司经营管理上的困难，使股东遭受更为重大的损失。因此，亟需明确“通过其它途径不能解决”的性质，应明确规定其只是司法解散事由的构成部分，是法院是否作出解散判决的实体标准，而并非股东提起诉讼的前置程序。

最后，请求法院解散公司的股东必须持有 10%以上公司全部股东表决权的规定，事实上将持有低于 10%全部股东表决权的股东拒之于提起司法解散诉讼的门槛之外，不利于对小股东的利益保护，这一规定亟需改变。

八、股东代表诉讼制度

现行《公司法》规定了股东代表诉讼制度。此项制度通过对公司整体利益的直接维护，进而达到对中小股东利益的间接保护。因此，此制度不论是对公司而言，或是对中小股东来说，都具有非常重要意义。但由于关于此制度简略条文的背后缺乏其他配套法律机制的跟进与配合，该法关于此制度规定的缺陷异常明显。

（1）对提起股东代表诉讼原告股东的资格限制不完备。该法第 152 条对股份有限公司的原告股东资格有持股期间和持股比例的限制，即原告股东必须是“连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东”。《最高人民法院关于适用<中华人民共和国公司法>若干问题的规定（一）》第四条对持股期间的起算点和“合计持有”进行了界定。除此之外，该法对原告股东的资格未作其它特殊限制。该法有必要借鉴美国派生诉讼原告股东起诉时的“净手原则”，规定我国代表诉讼原告股东必须是那些没有支持、批准或者追认公司董事、高级管理人员实施侵害行为的股东。由于支持、批准或者追认公司董事、高级管理人员实施侵害行为的股东已不具有“公正且充分”代表公司利益的资格，理应限制其股东代表诉讼提起权。

（2）该法未建立对恶意提起股东代表诉讼的制约机制。为防止原告股东的恶意诉讼，维护被告及公司的合法利益，该法应明确规定恶意提起股东代表诉讼败诉股东的赔偿责任。

（3）除规定了前置程序外，该法关于股东代表诉讼的其他程序性规定缺乏，使得该制度的

操作性不强。应尽快出台相关司法解释，对涉及股东代表诉讼的管辖、当事人的诉讼地位、举证责任、诉讼费用承担和诉讼和解、撤诉等问题进行明确规定，以增强该制度的可操作性。

（4）该法没有建立强化股东代表诉讼的激励机制，从而不利于该制度应有作用的发挥。股东代表诉讼与股东直接诉讼的区别之一在于目的不同，前者是为了公司利益而非自身利益。因此，应建立股东代表诉讼激励机制（如胜诉股东的直接受偿权、诉讼费用补偿请求权等），以激励股东积极监督公司管理，主动维护公司利益，进而维护自身利益。同时，相对于前述股东诉讼制约机制来说，股东代表诉讼激励机制的建立，亦是一种平衡。

九、公司法人人格否认制度

为维护交易安全，突出对债权人利益的保护，现行《公司法》确立了“公司法人人格否认”制度。该制度的确立无疑是一种伟大的制度创新，但该法关于该制度的规定方面，仍存在着以下不容忽视的缺陷或不足。

1、该法只对公司法人人格否认制度作出原则性规定，未对该制度的具体适用要件和适用情形等作出明确规定。由于缺乏立法规定和相应的司法解释，学界对人格否认制度的适用要件和适用情形等核心问题的认识极不统一。如有学者认为，适用要件包括前提要件、主体要件、行为要件和结果要件；适用情形包括公司资本显著不足、公司人格混同、母子公司之间的过度控制和利用公司法人人格逃避法律义务和契约义务。[5]而有的学者则认为，构成要件包括前提要件、主体要件、行为要件、主观要件、因果要件和责任要件；适用情形包括滥用公司人格从事不法行为、滥用公司人格欺诈债权人、滥用公司人格逃避契约义务、公司资本严重不足、公司人格混同、公司人格形骸化和公司恶意破产等。[6]即便是针对上述“公司资本显著不足”之适用情形，有学者也提出了不同的看法，“即使发起设立公司之后，股东有抽逃注册资金行为的，但实有注册资金不低于法定最低限额 3 万元人民币的，仍然应当认定该公司具有法人资格”，[7]即不能否认该公司人格，并判定该公司股东对公司债务承担连带责任。这种认识上的不统一，表现在具体的司法实践中，极易导致法律适用的不统一。

2、该法对股东权利滥用的范围和责任承担方面的规定过于笼统。该法第 20 条第 1 款没有就滥用股东权利的行为是否需要主观故意还是客观行为、滥用股东权利的股东是否是控制股东或大股东以及其他股东应该承担什么责任等问题作出具体规定。就责任承担而言，该条后两款仅规定了两种情形（滥用股东权利/滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务）和两种责任（赔偿责任/连带责任）。这样的规定，对于存在众多复杂问题的公司人格否认制度来说，显然太过笼统。

3、依照该法第 20 条第 3 款的规定，公司股东的滥用行为只有“严重损害公司债权人利益的”（不包括一般损害），才“应当对公司债务承担连带责任”。“在这一规定中，‘严重’表明的是一种抽象的程度，这就要求在司法实践中确立一个明确、具有可操作性的标准来衡量债权人的利益损害是否达到严重的程度。但是在实践中给出这样一个标准并非易事。”[8]

4、公司法人人格否认制度能否在执行程序中直接适用，该法未予明确。

为弥补上述公司法人人格否认制度立法上的不足，我们应借鉴世界各国立法经验，结合我国国情和司法实践，加强对该制度自身及相关制度的建设，以对其不断加以完善：

（1）在《公司法》中增设“公司法人人格否认”专章，对公司法人人格否认制度的适用条件、适用情形和除外规则等加以具体规定，增强可操作性，使其与法人人格确立、法人人格消灭共同构成三位一体的完整的法人制度。

（2）尽快出台相关司法解释，对公司法人人格否认制度司法适用规则作出全面规定。对公司人格否认制度的适用范围、构成要件、举证责任和执行程序等作出严密规定，做到既要保障债权人及其他股东积极参与诉讼、充分行使诉讼权利；又要严格防止该制度被滥用而造成公司、股东利益或社会公共利益受损。

（3）结合公司法对公司法人人格否认制度的实体规定，修改、完善《破产法》、《民事诉讼法》等法律和其他一些单行条例，增加并完善公司法人人格否认制度的相关内容，使实体规范和程序规范相互协调、共同融通，共同构筑完整的公司法人人格否认制度体系。

公司法中的制度创新不仅关系股东利益、债权人利益，而且关系公司整体利益和交易安全。公司法律制度创新是一项系统工程，其不仅依赖于公司所依存的现实社会环境，也依赖于相关法律机制的完善与配合。因此，该制度创新应该是系统性的而非独立性的。相关制度只有在内在规定完备、外在相关法律机制配套的情况下，才能发挥其应有的作用，才能符合立法者的立法初衷。

参考文献

1、吴民许、杨奕《司法解散制度及其功能归位》，载《理论探索》，2008 年第 2 期。

2、张三保《论解散公司诉讼的起诉条件》，载《企业家天地》（下半月版），2008 年第 10 期。

3、周友苏《新公司法》，法律出版社 2006 年版，第 492 页。

4、张勇健《新公司法的先进理念与公司诉讼》，《法律适用》2006 年第 1 期，第 28—33 页。

5、李晓蕊、李冬梅《我国公司法人人格否认制度研究》，载刘兰芳主编，《公司法前沿理论与实践》，法律出版社 2009 年 5 月第 1 版，第 110—114 页。

6、赵万一、吴晓锋《商事思维下的公司法实务研究》，中国法制出版社 2009 年 4 月第 1 版，第 475 页。

7、吴庆宝《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题（2009—2010 年卷）》，中国法制出版社 2009 年 7 月第 1 版，第 17 页。

8、谢凌云《论公司法人人格否认制度的司法适用》，载刘兰芳主编，《公司法前沿理论与实践》，法律出版社，2009 年 5 月第 1 版，第 104 页。

破解现行土地承包制度约束

——现代农业发展之我见

安徽久安律师事务所　王亦文

摘　要：现代农业的基本要素是土地，农业用地又多以承包方式分散于集体成员手中。以家庭为单位生产模式与现代经济发展已经不协调。现有土地承包制度制约现代农业发展的具体表现为承包土地权属难以厘清，农户为单位的分散经营模式，影响现代农业发展的用地需求。现代农业所需要的土地属性多元化，需要在经营者与土地所有人或承包人分离的情况下，通过建立农业发展用地交易市场，为现代农业发展用地取得提供平台。建立配套的法律制度保障现代农业发展，包括：地所有权属认定与管理制度、农业土地流转的法律规定完善农业市场法律制度等。

关键词：破解　土地承包制度　约束　现代农业发展

国家把农业发展放在发展国家国民经济首位（《农业法》第 3 条）。2013 年中央一号文件中提出“……着力构建集约化、专业化、组织化、社会化相结合的新型农业经营体系，进一步解放和发展农村社会生产力，巩固和发展农业农村大好形势。”农业的发展，应当促进现代农业发展。现代农业定义为广泛应用现代科学技术、现代工业提供的生产资料和科学管理方法的社会化农业。随着我国经济调整发展与城镇化进程的加速，发展现代农业是国民经济全面发展中首要组成部分，高利用机械、技术及社会化分工合作是必然的发展趋势，也是提高农民收入的必然选择。农业发展的基本资源是土地，然而目前我国农村土地承包制度却制约着现代农业发展。现有土地制度如果得不到改善，现代农业全面发展将受到严重制约。

一、现有土地承包制度制约现代农业发展的具体表现

发展现代农业的基本要素是土地，农业用地又多以承包方式分散于集体成员手中。以家庭为单位生产模式与现代经济发展已经不协调。现代农业发展受制于现有制度确立的各个层面。

（一）承包土地权属难以厘清

一是土地所有人权属问题。土地承包经营权通过承包人与发包人通过订立承包经营合同而承包，从取得承包经营权后，作为土地所有人的发包人，失去了对土地权属控制权。特别法律确定的农村集体经济组织，在现实中，并不具备独立法人主体，而现行的农村基层组织村民委员会又经过多次撤并，基本与原先农村集体经济组织在法律上又属于两个互不相干的主体。原先作为发包方的主体生产队组，事实上已经在现代经济发展中退出历史舞台。作为土地所有人的身份，因为其主体的消失，未经过相应法律程序，由目前基层自治组织继承其所有权，导致目前土地承包人对土地权属控制权扩大，以户为单位的土地私有化的土地属性不断强化，从而动摇着土地公有制的根本属性。

二是土地承包人权属问题。上世纪八十年代初开始的土地承包制度，历经三十年，原有家庭承包分户，进城务工抛荒，绝户等因素，导致不规范的土地流转等因承包人主体与现实中的土地经营者很多已经无法对应，承包人的变化与土地实际经营者的变化，土地所有人未能及时有效掌控，导致承包经营权主体无法及时确认，发展现代农业所需农业用地因土地权属不清，难以整合。

（二）以农户为单位的分散经营模式，无法充分提高劳动生产率与提升农业收益

现有农村土地承包制度，赋予农户对土地享有的是充分权利，在取消农业税后并无相对义务。现有政策对承包户经营土地一直处于政策鼓励措施，对承包经营者破坏性使用土地、违法使用土地及抛荒等影响土地可持续性发挥最大效益的行为，约束不力。

（三）土地承包经营权分散，直接影响现代农业发展的用地需求

在权属不清的情况下，现代农民经营者在用地来源上出现严重障碍。现代农业的发展，需要的是规模化、专业化、科技化。目前土地承包经营权分散于各个承包户手中。发展现代农业，往往需要成片土地统一管理使用。如果承包户意见不统一，作为现代农业经营者或者土地所有人，都无法实施强制要求。承包户分散经营所产生的不同观念与现代农业要求统一的经营模式冲突，无法调和，发展现代农业将无从提起。

现代农业用地客观需求因与承包经营者的主观愿望之间的冲突，按照目前土地承包制度首先考虑保护的是承包者权益。哪怕是成片现代农业开发地段，其中几户甚至一户承包经营者拒绝纳入现代农业发展范围进行经营管理，也可能导致整个经营陷于被动之中。而现代农业经营者不能对农业发展所需要的土地取得相对控制权，就失去发展现代农业的空间。

二、发展现代农业所需要的土地属性多元化，现代农业发展已经不单单是局限于农业生产

（一）现有土地承包制度下的农业用地性质单一

农业用地又称农用地，是指直接或间接为农业生产所利用的土地，包括耕地、园地、林地、牧草地、养捕水面、农田水利设施用地（如水库、闸坝、堤埝、排灌沟渠等），以及田间道路和其他一切农业生产性建筑物占用的土地等。现有承包制度中体现出来的土地性质是单一的，在承包证当中体现出来承包地块性质单一性，如耕就是耕地，林地就是林地，适应以家庭模式的低水平在传统的农业生产周而复始生产。但这种生产模式，无法保持土地肥力，无法提供单位土地效益的提高，更无法适应市场需求而及时改变农业地用途。

（二）现代农业发展所需要土地的多元性

现代农业发展公司化、合作化、工厂化及与其它旅游休闲服务相接合，从单一的农业生产发展到与二产、三产紧密结合，作为经营者对经营农业生产所需土地性质多元性，既要直接从事农业生产所需土地，同时还需要二三产业所需要的非农业土地，同一经营者对不同属性的需求，已经不是目前土地所有制度与承包经营制度所能调整。

三、现代农业经营者与土地所有人或承包人分离的情况下，通过建立农业发展用地交易市场，为现代农业发展用地取得提供平台

（一）建立承包土地流转市场，激活土地流转，推进现代农业发展

分散的承包体制延续多年后，农业经营者面临着两种趋势：一方面是因为劳动力减少或者老年化或长年外出务工，对原有土地经营力不从心，生产效益低下，弃地抛荒，浪费土地资源；另一方面，从事农业经营者因生产能力提高，生产规模扩大而没有土地资源而缺少发展空间。通过建立土地流转市场这一平台解决经营者用地需求。土地流转市场应当以政府宏观调控为前提，以土地规划为基础，以土地所有人或承包人自愿为核心，在土地承包人与需求者之间达成交易。国有农用地，可以直接推向市场，以出租、承包等方式交易；集体农业用地，应当按照村民委员会或集体经济组织自治原则，内部整合，达成一致意见后，将准备交易土地挂牌交易。通过土地交

易市场进行土地流转，让现有土地所有人或者承包人与现代农业经营者之间交易提高土地流转效率，既保证土地所有人及承包人因交易取得权益，又保证了经营者具有稳定的土地使用权限，避免因个体交易之间因手续不完备而发生纠纷。土地交易市场的建立，为现代农业经营者为取得用地建立平台，提高土地流转效率与规范，促进农业用地发挥最大效益。

（二）作好土地进入市场之前的使用属性与发展规划

作为土地所有人，在将土地进入市场前，应当作好土地利用规划，对农业发展要有一定时期规划，避免因期限过短而导致农业经营者破坏性经营。规划完成后作好相应的审批手续，农业用地与发展二、三产业配套用地综合上市作好充分准备。

四、建立配套的法律制度保障现代农业发展

（一）目前农业用地流转法律规定的局限性

目前有关农业土地法律规定中对承包土地流转中在《中华人民共和国农村土地承包法》第二章《家庭承包》第五节里面作了具体规定。该法的规定仅调整了家庭承包土地流转，而对其它承包方式的土地流转问题并没有作出具体规定。国有农场、林场等国有性质的土地使用权流转问题，没有具体的规定，在土地流转操作过程中，缺乏规范的法律调整，导致造成两过极端：一是土地所有人或者管理人对土地管理僵化，土地无法流转而充分发挥其效能；二是土地所有人与管理人对土地管理因权利集中，放任土地流转而缺少对土地使用人的监管，诱发经营者过度开发甚至破坏性开发。

（二）建立完整的法律法规制度作保障，是破解发展现代农业土地困局的关键

作为一个人多地少的国家，如果农业发展滞后，二三产业发展再快，作为一产的农业生产滞后，无法真正实现国强富民的中国复兴梦。因此，建立相应的法律法规制度保障现代农业发展符合现代市场经济发展规律，势在必行。

（三）在二元化土地制度下，需要从以下几个方面制定相应法律制度

一是确定土地所有权属认定与管理制度。作为土地所有人，国有农业用地，应当从法律确定土地管理人及权利义务。集体土地应当明晰土地所有者变化所产生的土地所有权相应变化的制度性规定，确保土地所有人能够及时有效地对其所有权属行使相应的权利义务。

二是明确农业用地、农业设施用地、附属于农业生产所需的其它性质土地比例，综合定制农业用地使用权证制度。土地性质变更程序制度与及现代农业经营者对土地使用的权利义务制度。

三是制定相应农业土地流转的法律规定，而不是局限于《农业承包法》第五章规定的内容，确立一套涉及农业用地的流转法律法规；制定现代农业经营者实行职业化管理规定，提高现代农业经营者门槛，防止因经营者专业技能水平低下造成农业资源浪费。

四是完善农业市场法律制度，特别是完善农业土地流转服务市场、交易市场的法律规定，激活、规范现代农业发展所需要市场。

总之，发展现代农业，必须在法律层面，破解现行土地承包制度带来农业发展的困局，才能切实让现代农业发展做到环境、社会、经济、生态等方面效益的统一，以保持农业稳步发展，农业土地良性循环，永续利用。

下一个就是我

——论青年律师如何开拓企业法律顾问业务

安徽浩诚律师事务所　徐艳艳 周涌

摘　要：当今诉讼领域律师之间的竞争相当激烈，至少从目前来看中年律师霸主地位我们年轻律师难以撼动。于是产生这样一个疑问：年轻律师的出路在哪里？有人提出“非诉是年轻律师的奶酪”，在我国大中城市，确实有许多年轻律师在从事非诉讼业务，因此看来这话不假。在非诉业务面前，年轻律师有其特有的优势，如精力旺盛，信息资源广泛，熟悉现代化办公等。只要我们积极努力永不放弃，下一个一定就是“我”。本文着重选取非诉讼业务中的法律顾问业务，就青年律师如何开拓企业法律顾问业务进行阐述。

关键词：青年律师　企业法律顾问　拓展

在我刚入行时，总会有年长的律师调侃般和我说“年轻人，要做好坐三年冷板凳的准备哦”，每到这时，我总会眯着眼睛回答到：“嗯，我知道，冷板凳我都准备好了。”板凳是准备好了，它会冷三年也有心理准备，但三年后呢，板凳它不会自己变热，案子它不会自己过来，别人的翅膀也不会一直为你护航。作为青年律师，我们的出路在哪里，我们的激情和信念有谁会去欣赏，这是我们应该去深思去考虑的问题。

我很同意“非诉是年轻律师的奶酪”这句话，在非诉业务面前，青年律师有其特有的优势，精力旺盛，信息资源广泛，熟悉现代化办公等等，在竞争日益激烈，中年律师占据诉讼业务霸主地位的今天，选择非诉业务作为自己的试金石和磨刀器，无疑是青年律师不错的选择，而且也是有很多青年律师是通过做非诉案件挖到了自己人生的第一桶金。

既然说到非诉业务，其中不得不提的，也是分量最重的当属企业法律顾问业务。那么，青年律师究竟应该如何开拓企业法律顾问业务呢？本文主要针对这一问题进行简要的论述。

一、想要开拓企业法律顾问业务，首先就要明白什么是企业法律顾问

三、四十年前，法律顾问业务还是由有着国家干部身份的律师为国有企业和集体企业服务，无论国有企业还是集体企业用的都不是自己的钱，来请律师担任他们也不知道可以干什么的法律顾问。而现在，随着社会经济的不断发展，律师社会定位、业务的不断变化，企业法律顾问已经变为以企业风险防范业务为中心，以事后补助为辅助手段，维护企业合法利益的具有法律专业知识和技能的人员，他需要在一定的聘用期限内为企业提供专业的法律服务。

曾看过一遍律师的随笔，在里面他写到：“记得以前，曾跟一位同事作业务交流，该同事谈到自己开拓企业法律顾问的尴尬，他说跟一位企业老总就法律事务合作交谈时，该老总问他：你能为我们做什么，这位同事说为你们企业解决纠纷，那位老总听了以后摇头说我们企业一年下来没有什么纠纷，等我们有了纠纷再找你吧，结果这样委婉的一句话，就把同事给拒绝了。”[1]

为什么会出现这么尴尬的局面，我觉得，主要还是没有弄清企业法律顾问到底需要做些什么，他对企业法律顾问的认识，仍然停留在解决纠纷这非常狭窄的传统诉讼领域里面，这种思想对于青年律师开拓企业法律顾问业务是极其不利的。律师从事企业法律顾问工作，应当是结合企业的

实际，利用所掌握的法律知识，协助企业进行规范管理、合法经营，避免纠纷发生，从而更好的促进交易。

二、如何操作和处理企业法律顾问业务，才能赢得企业的信任，这是青年律师进入企业法律顾问领域前必须要清楚的事情

（一）转变观念，主动参与，将法律顾问工作渗透到企业管理及经营、服务的各个方面

律师担任企业法律顾问不仅仅是打官司，更主要的应该是参与企业生产、经营和管理方面等工作，诸如谈判、签约、规章制度的订立、债权债务的清理、资产重组、融资租赁等等非诉讼领域，不失时机地提出自己的法律见解或主张，必要时及时出具法律意见书。事实上，并不是顾问单位没有法律方面的业务，而是很多企业的领导及经营人员不清楚这些工作和法律有关，不知道这些工作是律师可以从事的业务。因为法律是一项非常专业的工作，作为律师要有一种职业上的敏感性，要善于发现与法律有关的问题，要将某项工作在法律上的意义讲出来，让企业领导或经办人员明白这项工作应该请帮忙或咨询律师。

（二）应当遵循提高企业管理效率的原则。

企业管理是根据企业的特征及其生产经营规律，按照市场反映出来的，对企业的生产经营进行计划、组织、领导、控制等管理行为，以求合理配置资源，获取利润。从企业管理的四大基本职能（即计划、组织、领导、控制）看，其核心精神所追求的就是效率，可以说，提高效率无不惯彻企业管理的始终。所以，律师在从事企业法律顾问工作中，提出的法律意见，起草、审核企业规章制度、重大合同以及所处理的其他企业法律事务，也应当遵循提高企业的管理效率这个基本前提。

（三）改变工作方式，定期主动上门服务。

如何寻找、寻问和发现企业生产经营中已出现或可能出现的法律问题并及时出主意，上建议以防患于未然；如何做到想企业领导所想，急企业领导所急，为企业分忧解愁，除了主动上门服务外，再别无选择。上门服务的通常做法是应坚持定期坐班制度和现场办公制度，无论企业有无法律事务，都应坚持到企业主动过问，主动和企业高、中层领导及生产经营负责人取得联系，积极捕捉法律方面的信息，做到有事情积极办，没事情找问题、找漏洞、勤过问、勤建议、主动办，真正成为企业离不了的法律参谋。

（四）重视非诉讼法律事务的办理

非诉讼法律事务是指无争议的法律事务，或者虽已发生争议，但不必或尚未经诉讼来解决的法律事务，非诉讼法律事务与企业的生产经营活动息息相关，范围非常广泛，既包括已经发生争议的各类纠纷，也包括无争议纠纷的法律行为，律师代理非诉讼法律事务的目的在于减少纠纷，预防诉讼，有利于维护当事人的合法权益，有利于维护当事人的商业信誉和保护正常的业务往来关系，某些经济纠纷如在法律上、证据上对自己明显不利，且无法扭转不利局面，则尽可能避免打官司，争取以非诉讼方式解决。

（五）加强顾问律师和企业的联系，增进相互了解，密切配合做好法律顾问工作

法律顾问工作离不开企业的密切配合和支持，实践中律师的作用得不到应有的发挥，主要有两个方面的原因，一是企业对法律顾问的工作范围和作用了解太少，二是顾问律师不掌握、不了解企业的经营状况和企业领导层、企业管理人员的基本情况，加上主动参与意识差，往往感到无处下手。要改变上述被动局面，必须从加强顾问律师和企业的相互联系和了解入手。顾问律师了

解企业应从以下几个方面着手:(1)掌握企业生产经营的基本状况,便于发现有可能出现的法律问题;(2)了解企业债权债务基本情况并掌握有关资料,便于随时摸底调查,随时掌握信息和调理债权债务的机会;(3)了解企业管理人员基本情况,便于律师和各部门联系;(4)积极了解和掌握企业的经营决策和方针政策,为法律顾问工作提供方便和信息。[2]

综上,要提高律师在担任企业法律顾问工作中的作用,就必须转变观念,改变工作方式主动参与,发挥法律顾问充当企业经济卫士法律高参的作用,真正为企业发展保驾护航。

三、现今企业法律顾问业务的现状及瓶颈

截止到2012年年底,据不完全统计,我国中小企业及民营企业从数量上已经达到6000多万户,占全国企业总数的99.8%以上。由此可以看出,法律顾问业务的主要竞争领地还是在民营企业和中小企业。但目前,中小企业聘请律师担任法律顾问的数量非常有限,浙江有113万家中小企业,据浙江省律师协会介绍,全省律师共担任企业的法律顾问不到两万家,占企业总数不到2%。而深圳现有中小企业数量接近29万家,08年律师担任法律顾问7632家,比例为2.63%,不到3%。同时,从实际情况来看,企业在5-15年期间,更多地需要外部律师服务的支持,此后就会转为外内部化和高端化、专业化、品牌化外部的服务。而民营企业创立期就要倒闭40%,能活过5年的只有40%,能活过10年的只有15%,能活过15年就更少了,估计在到5%左右,20年以上的企业更是凤毛麟角,全国能报上名的也就是海尔、联想、万科、华为等。这就是为什么有很多年轻律师推广的低价法律顾问服务和会员制法律顾问、商务顾问服务效果不好的原因。由于目标客户定位比较低,基本都是五年以下的中小企业,这是几乎没有需求的市场空间,就好比在荒漠上怎么耕种也没有收成一样。

由此可以看出,现今社会企业法律顾问业务的发展已经到了一定的瓶颈期。主要表现在:

(一)外部瓶颈:法律顾问目标市场看似很大,其实很窄,还有绝大多数企业没有接触或没有意识到企业法律顾问的作用。法律顾问市场只能算是一个半睡半醒的市场,还有待于进一步的挖掘。

(二)内部瓶颈:法律顾问是传统业务,但诸多律师事务所的法律顾问服务过于"传统"而导致其所法律顾问业务发展不佳,同时也使得我国整体律师法律顾问业务发展都受到限制。"传统"顾问业务内容简单、贫乏,且均为被动性服务,即接受企业法律咨询,草拟、审查法律文书,参与谈判等。上述服务因项目工作量小,服务渗透力不高,直接影响了企业聘请顾问律师的兴趣及是否聘请顾问律师的必要性。企业聘请顾问律师意识下降,势必导致事务所顾问费用的降低,从而使得律师顾问服务数量减少、质量也相对降低。那么法律顾问业务也因此而进入了一个恶性循环。

现实的情况要求律师一方面要要在专业化、专门化和团队化、品牌化等方面做好文章,另一方面要在业务和服务创新上做好文章。随着竞争加剧,律师要想在法律顾问市场分一杯羹,就是看有没有敲门砖和独门暗器了。尤其是青年律师,一定不能僵化思想,要勇于拼搏和创新,不断去开拓市场。有限的市场,无限的竞争,有危机才会有机遇。

四、青年律师应如何拓展企业法律顾问业务

在中年律师占据霸主地位的今天,青年律师在企业法律顾问领域如何能够突破重围,实现自我价值,我以为应该从以下几方面入手:

(一)确立服务对象。现阶段年轻律师主要开拓的服务对象应以中小型企业为主。因为

这些企业而大部分都是民营企业，这些企业的总经理大多数都是风华正茂的青年，年轻企业的老总更容易接受以年轻人的方式提供的法律服务。顾问服务的另一重要对象便是政府各机关部门。由于我国政府“依法办事”的理念逐渐深入人心，法律顾问业务进入各个政府机关是今后的必然趋势。

（二）改变服务对象的认识，倡导法律性消费。“倡导”一词本身就带有主动的含义。如何使得企业或政府机关视律师顾问法律服务为消费呢？这就需要律师主动出击，打好顾问业务的第一枪。知己知彼，安能百战不殆。年轻律师要在出发之前首先对待聘企业进行了解及调查。特别是该企业的合同管理、劳资管理、公司法相关管理。在掌握了该待聘企业相关信息后，结合本所业务特长出具有针对性的“法律服务计划书”。计划书为该企业量身定做，提供的服务全部作分项处理，为的是吸引待聘企业眼球，激发其消费欲望。

（三）顾问业务包装。顾问业务的包装其实就是将顾问业务的细化及重组过程，是将整个顾问业务变成几个相对独立的产品，这些产品是需要我们不断去挖掘的。传统的顾问业务按风险防范来分可分为事前风险防范、事中风险防范及事后风险防范（补救）。而经过业务包装后，便可将事前风险防范独立出来重新组合，可以称之为“法律体检服务”。

（四）顾问业务推销。法律产品不是普通商品，不能采取普通商品如做广告、拉横幅等营销模式。笔者认为法律产品一般从以下几个渠道进行营销。

（1）利用律师事务所的平台，以事务所的品牌效应进行推销，年轻律师完全可以借助这一良好的品牌优势对自己进行推销。

（2）在诉讼事务办理中进行有意识的服务推介，以诉讼业务带动非诉讼业务。

（3）以网站、杂志等进行服务介绍，展示服务经验，我所目前已有很大一部分年轻律师都拥有了个人网站，而且在这方面已经取得了不错的法律服务效果。

（4）在电视、广播等法律咨询节目中有意识的推介律所非诉类品牌。

（五）顾问业务维护。法律产品的维护是产品能否推销成功的关键。做好法律顾问业务，很大程度上在于该业务的合理维护上。也是律师能在竞争中生存的主要保证。法律产品的维护即法律产品的巩固，笔者认为可以从以下几点考虑：

（1）团队。团队是进行规模化“经营”的基础，一流的团队更是品质的保证。真正的法律顾问业务是需要相当时间与精力的业务，光凭一个律师要完成所有任务几乎是不可能。团队的建立不仅能实行流水化作业，更为关键的是团队能形成几道风险预警机制，保证服务的准确与安全。

（2）服务效果。评价某一法律产品服务，关键还是看服务的效果。对与我们的服务对象来说，便是其享受的法律服务给他带来了多少好处以及该服务性价比是否能够接受？服务效果是检验服务质量的最重要标准。

（3）服务效率。相对于客户来说，时间也能创造价值。在最快时间内给予客户最需要的法律服务是年轻律师提高竞争力的重要手段。

（4）服务态度。法律顾问业务本质是服务类业务，良好的服务态度是必不可少的。良好的服务态度包括与客户接触的礼仪、律师的着装、出具的法律文书措辞等。

（5）专业化。专业化是法律服务产品的核心，也是同行竞争中的核心竞争力。法律顾问业务就是在专业中求生存。打造优秀品牌最终依赖于专业化。

（6）规范化。所有的顾问业务应进行严格规范。规范化主要体现在有固定的格式与文本，每一次顾问服务结束后都应勤于撰写顾问工作日志，年终时提交顾问服务总结。这些资料不仅仅是年轻律师进行业务提升的参考资料，更是向服务对象收取顾问费用的“资本”。[3]

法律顾问业务是律师行业的基础性事务，是律师稳定收入的保障。年轻律师应当发挥自己的专长，以律师事务所为平台，以专业分工为导向，以团队合作为基础，以创建品牌为目标，不断挖掘客户资源，深化法律顾问业务。在不断推进专业化的进程中，时刻注意自身风险防范，最终夺取法律顾问业务这块“大蛋糕”。

人类社会的进步是梦想和现实的交替，但人类的梦想一刻也没有中断，人类的追求一直也没有停止，人生的蓝图需要我们自己去描绘。选择了律师这个职业，我们就必须勇敢地面对一切挑战。我们是青年律师，我们不缺乏勇气和激情，国家、社会给我们提供的只是一个适合执业的大环境，更多的因素在于我们自己。在法律服务的领域里，我们永远会遇到新的问题，新的麻烦，新的考验，只有一步一个脚印地走好执业过程中的每一步，只有不断探讨未知领域，逐渐使自己的羽翼丰满，才能称得上一个合格的律师，否则，小律师永远是小律师，甚至还会在惨烈的竞争中被淘汰。

青年律师们，一定要记住：我们率真、我们努力，我们有激情，我们有干劲，我们有大把的青春可以去尝试、可以去失败，只要不放弃，下一个一定就是“我”。

参考文献

1、高云《律师专业思维与写作技能》，法律出版社 2007 版，第 307 页。

2、韩冰《律师是这样做成的》，法律出版社 2008 版，第 228 页。

3、雷海军《小律师，大律师》，法律出版社 2007 年版，第 200 页。

论新型农村土地流转问题

安徽纬纶律师事务所　高 飞

摘　要：中国五千年文明历史，一直对土地都是有种特殊的感情，但随着改革开放及市场经济发展之后，农本位思想逐渐淡化，随之而来的城镇化、现代化进程，逐渐对中国传统农业思想产生了重大的冲击。而土地作为农业的根本，在农民心目中的地位发生了变化，同时土地在我国城镇化、现代化的发展过程中也起着基础性的作用，处理好土地使用权及我国新型农村土地承包经营政策中土地流转相关法律问题就显得至关重要。而目前我国农村、城镇周边土地使用情况的混乱现状，急需政府出台相关政策法规予以规范，加大违法用地及侵害农民权益的违法违规行为的处罚力度。

关键词：土地流转　城镇化　新型农村

从改革开放以来城镇化进程一直没有停滞过，特别是最近几年，我国农村城镇化建设正是突飞猛进，发生了翻天覆地的变化，但是城镇化在我国农村经济发展过程中可以分为积极作用和消极影响两个方面：

1、积极作用：城镇化能快速转移农村人口，吸收了大量农村剩余劳动力进城务工，直接增加了农民收入。目前，我国大约有 1．5 亿农村剩余劳动力滞留在农村，挤占着十分有限的土地资源，这是导致农民收入增长速度缓慢的主要原因。而城镇化能够通过大量转移农村剩余劳动力，快速减少农民数量，使大量进城务工农民工收入提升，从而直接提高农民的人均收入。

2、消极作用：城镇化可以促进国家土地改革的实施，使大量土地流转改变了原来用途。目前农村中有一部分人认为，在农村搞开发、建楼房，把土地征占了，今后靠什么吃饭？这些人把土地当成唯一的生活依靠。从目前农村土地制度本身看，土地在某种程度上为农村人口提供了一定的社会保障。首先，提供给劳动者足够的食品，也就是最低生活保障；其次，集体土地收入能为失去劳动能力的老年人提供一定的养老保障；第三，土地能起到失业保险的作用，能够吸纳大部分的农村剩余劳动力。正是由于土地为广大农民提供着社会保障功能，农民不能轻易放弃与土地的关系也情有可原。而要解决这些问题就必须从农民的角度，为农民的利益去思考才能解决。

一、农村土地承包流转中存在的不规范问题

第一类型是关于农村承包耕地流转不规范。中国的土地基本国策是土地属于全国人民所有或是集体所有，个人只拥有以土地使用价值上的承包经营权，以及从土地使用价值上衍生出来的其他权利。在新型城镇化进程下，耕地流转主要在村集体组织成员内经营权流转、有偿租种的经营权流转两大类。

集体组织成员内的耕地经营权流转是土地流转问题最多，最不规范的一种流转形式，一旦出现矛盾往往很难调和。因为集体组织成员之间的亲疏关系，该组织成员承包组织内其他成员的土地时，往往都是口头协议，没有对以后发生经营权变更及相关事项的约定，而现行法律对这方面的规定也很宽泛，就更加大了出现问题后的处理难度。尤其是城镇化进程之后，征收土地后补偿及安置问题，导致的此类诉讼案件或矛盾纠纷呈现高速增长趋势。

有偿租种的经营权流转中的问题也不少，主要表现在这种以合同形式流转的主体、期限、情

势变更后的经济补偿等问题。签订土地租种的双方主体应该是谁？法律没有明确规定，参考《土地法》及我国的土地所有权政策，本人认为应该以土地的所有者及实际租种的经营者为宜。而目前现状较多的是与集体土地所有者内的实际承包经营者签订的居多。对于主体以土地的所有者主要有以下几点好处：1、便于综合处理集体组织下的土地，有效的利用土地价值；2、在合同约定下，租种条件及方式等相对同一，维护这种经营模式下各方利益的稳定性和公平性；3、便于集体成员内部的协调沟通，利益均衡，促成合同最终敲定，为城镇化进程释放更多的劳动力，达成个人、集体、乃至国家利益最大化实现。经营期限，按目前的承包政策应该在承包期内，不超过30 年为宜，但是根据国家政策调整，法律规定的细致以及承包经营者经营对象可以作相应的调整。合同中违约、利益条款的约定，应该综合考虑，原则上为谁投资、谁收益和集体成员的根本利益，在这种基本原则下，可以根据双方主体协商作相关约定。在城镇化土地征收补偿及安置上优先考虑集体成员的利益，建议国家出台法律予以明确，减小此类约定的可操作空间。

第二类型是关于农村集体建设用地流转不规范。农村私房买卖随意，宅基地随意交换，监管不到位，监管难度大呈农村建设用地流转中的突出问题。由于我国房屋产权登记没有涵盖农村房屋，对于农村房屋的自由买卖也是严格禁止。而实践中，城镇化之后，一部分农民进城定居后，急于想处理原先集体宅基地上的自有房屋，另一部分农民由于家庭成员较多，宅基地批准及建房成本较大，催生了集体成员之间的相互买卖自建房和宅基地的可能性。还有一种就是，原来村集体成员的宅基地逐渐向城镇化方向和公路两旁延伸，出现了大量违建建筑，非法流转土地，侵占农田的行为。由此导致的一系列的法律、制度上的问题逐渐显现，突出在土地使用及政策上规定宽泛，处罚力度不够，监控不力。

二、农村土地流转不规范现状中主要原因

1、我国的土地政策规范的宽泛，执行起来可操作性不强，幅员辽阔，农民人口众多，政策宣传难度大。中国是世界上人口最多的国家，但是耕地面积总量和人均量却是世界上较少的国家之一，对于各地区各土地类型的处理也难以一个标准，对土地登记制度及土地流转监管等方面不能全国一个标准，因此导致土地流转现象混乱。

2、城镇化之后，农村大量剩余劳动力进城务工，有些务工人员长期定居在城市，另农民的知识水平不高，对自身权益的保护及守法意识不强，在流转过程中约定泛泛，使本来就薄弱的农村土地流转乱象更加难以监管。

3、集体成员的迁入迁出，没有及时将土地政策落实，是土地在成员内自由无序转让，甚至出现新成员没有土地可耕，而集体土地中却有闲置荒芜的良田。

4、城镇化促进了农村和城市的经济发展，出现了新型农村下，违规用地，沿公路沿线建房。

5、现行的农村实行一户一基，农民出售房屋后，就不能再申请宅基地，出现大量的违规建设未办理宅基地申办手续的自建房。

6、上述问题，直接导致城市化扩张过程中，土地征收、房屋拆迁下政府安置补偿的法律问题，合法用地与非法用地的补偿，集体村民之间土地自由流转后补偿对象及合同经营下的补偿等一系列问题。催生了一些人对农村土地流转规范不全，钻法律的空子，违法从集体中流转土地、宅基地或是房屋，以期从政府征收中得到利益。

三、对集体土地流转规范管理的建议

由于我国的土地是实行国有或是集体所有，因此必须在法律和制度上予以规范对于一些土地

流转的根本性利益问题，这类问题主要是集中在土地的利用性质、流转受偿利益主体、及流转监管登记单位等。根据现行的土地法规和土地政策以及农村宅基地建设的规定，对有些亟待解决的问题予以具体规范。城镇化进程中土地征收、安置补偿，应充分做到公开、公平、应以集体为单位，杜绝一些非集体成员外人觊觎征收利益而出现的非法流转行为。

1、加强土地法规和土地政策的实施力度。中国幅员辽阔，农业人口又是人数众多，基层组织工作人员和农民的素质又是参差不齐，导致对法律、政策的认识程度不一样，直接影响执行的力度和效果。各基层组织工作人员，应充分学习和宣传土地法律知识及政策，切实保护土地的使用和农民的利益。

2、加强监管及处罚力度。第一、对于土地流转应以集体所有者为主体签订流转合同，对于集体成员以个人名义签订的合同，加强监管和处罚力度。第二、土地流转合同约定流转内容不能改变原土地利用用途，流转期限应在原承包期内。第三、流转收益原则上归集体成员个人，但对对集体外人员承包流转的收益可以尝试留取一部分公益基金。第四、集体成员在同等条件下享有流转土地优先权。

3、规范土地流转登记备案手续。针对现行土地流转自由、随意性特点，应加强乡镇和基层村委会对土地流转登记备案手续。首先，要规范村委会行为，要求村委会工作人员做好土地流转的服务工作，鼓励土地流转合法有序进行，做好土地流转备案登记制度。其次，乡镇机关要加强土地流转备案登记的监督和检查。对流转备案的及时性，准确性予以考核，对土地流转中存在的问题，及时发现及时解决，将检查机制形成日常工作机制，确立登记检查制度持续有序进行。

4、国家可以制定相应土地流转及权利义务的配套法律法规，对土地流转后土地的使用、保护及收益等问题做相应的规定。尤其是对非法土地流转的处罚措施及执行机关。

上述就是我国土地流转过程中存在的一些主要问题，在操作过程中，由于土地法及相关政策对土地使用及流转规定较为宽泛，农民的知识结构及法律保护意思不强，现实中土地流转问题现象更是千奇百怪。亟待对这类案件予以梳理、规范，否则导致国家土地政策的失控，农民利益的受损却得不到有效的控制和维护。

参考文献

1、刘建锋《土地流转必须满足五个条件》，中国经济时报，2001 年 7 月；

2、金文成、刘春明《全国农村土地流转情况、问题和建议》，农村经济文稿，2001 年 7 月；

3、《土地承包法》和《农村土地承包经营权流转管理办法》。

瑕疵出资股东表决权的行使与限制

安徽地平律师事务所　郑文兵

摘　要：股东表决权是一项极为重要的股东权能，在股东瑕疵出资的情况下对其进行必要的限制具有法理上和事实上的依据，现行法律对此却未予明确，本文从限制瑕疵出资股东表决权的理由入手，对瑕疵出资股东表决权限制途径和瑕疵出资股东表决权行使范围及利害关系股东表决权的限制等相关问题进行了探讨，以助于完善立法之不足。

关键词：股东　瑕疵出资　表决权　限制　比例

股东表决权是股东权中的一项重要内容，亦是股东参与公司管理和决策的最佳途径，而瑕疵出资者是否和其他股东一样享有此项权利？这是我国公司法实践中常面临的一个重要问题，现行法律包括司法解释对此均未予明确，致使理论争议与各地司法裁判结果不一，确有必要进一步探索和研究，本文拟就此结合司法实务作一粗浅论述，以期推动对此的进一步深入探讨及最终完善相关立法。

一、瑕疵出资股东表决权限制的理由

股东表决权是股东在股东会议上通过投票进行表决的权利，体现的是股东参与公司重大决策和选择管理者的权利，是股东参与经营管理和决策的核心权利。现代公司所有权与经营权相分离使得多数股东只有通过行使表决权才可能使多数资本的表决行为上升为股东会决议进而影响公司的经营与决策，股东表决权已成为实现股东参与公司管理和决策的最主要的途径。

股东表决权属于股东权（股权）范畴，股权是股东基于股东资格，依据公司法和公司章程规定而享有的、从公司获取经济利益并参与公司治理的权利。关于股权产生的基础在理论上有不同认识，主要有两种学说，一为“股东资格说”，将股权的基础定义为股东的资格或者地位，另一种为“股东出资说”，认为股东对公司出资是取得股东权的对价。我们认为这两种观点都不够全面，股权与股东资格密不可分，有一定社员权的特征，而社员权则被认为是基于社员资格而享有的权利，脱离了股东资格股权就成无本之末，但同时具有股东资格并不意味着就当然享有完整的股权，公司经营活动是以其资本作为基础的，而资本的来源正是股东的出资，如果股东不对公司出资还要享有股东权利则不仅将使公司沦为空壳股权毫无意义，而且也会使权利义务严重失衡，有违股东平等原则及公平正义理念的要求。所以，股权的基础应在于股东资格及出资的结合。与此相对应，若股东出资有瑕疵则有必要限制其相应的股东权利行使。

出资是股东对公司应尽的基本义务，也是公司形成法人财产的基础，当股东的出资行为不符合公司章程或法律规定时即构成瑕疵出资，瑕疵出资通常表现为未履行出资义务或未全面履行出资义务或抽逃出资，对于瑕疵出资股东的股东权利问题理论界也有争议，但《公司法》颁布后较主流观点认为，股东瑕疵出资其股东身份不受影响但股权应受限制，我们基于上文的分析也合乎逻辑地得出了同样的结论。而当前最值得探讨的是哪些类型的股东权利能被限制？我国《公司法》及相关司法解释规定的较为模糊，理论界和司法实务中对此也进行了有益的探讨，大都主张对瑕疵出资股东权利分类限制，一般认为，依股东权行使目的为标准，可将股权分为自益权和共益权，自益权是股东为维护自身利益而行使的权利，主要是一种财产权，共益权是股东为维护包括

自身利益在内的公司利益和全体股东利益而行使的权利，主要是一种参与管理权。股东自益权原则上应当限制，股东共益权原则上不应限制。也有人认为从比例股权和非比例股权分类角度来界定瑕疵出资股东的股权限制范围，具有天然的合理性。[1]比例股权是指股权的内容须依股东的持股比例进行确定的权利，如股利分配请求权、新股优先认购权等，非比例股权是指股权的内容无须依股东持股比例即可确定的权利，如知情权。比例股份与股东自身利益更为密切，对于瑕疵出资股东，比例股权的行使应根据瑕疵出资的实际情况受到相应限制，非比例股权则不应受到限制。学理上的这些探讨有助于我们进一步认识可被限制的股东权利类型，股东表决权从现行公司法及司法解释看并未明确属可限制的股东权能，但从学理上分析则完全是可被限制的：首先，股东表决权属比例股权，股东实际履行的相应出资义务应是其享有相应股东权利的依据，瑕疵出资股东包括表决权在内的比例股权理应受到相应限制；其次，表决权虽为共益权，但同时某种程度上也兼具自益权的若干特征，历史上英国公司法甚至就曾将表决权视为财产权对待。[2]表决权实质是一种控制权，是股东控制公司决策和管理的工具，瑕疵出资股东的投资风险明显要低于正常出资股东，对公司的关心和投入通常也不如正常出资股东，如果让瑕疵出资股东通过表决权的行使控制公司，既不符合风险利益一致原则，有违公平，也不利于公司的发展，故有必要对其表决权加以限制。

二、限制瑕疵出资股东表决权的实务问题分析

瑕疵出资股东表决权通过上文分析显然有限制之必要，但如何限制囿于法律并无明确规定，实务层面亦存在诸多问题有待进一步探讨。

（一）瑕疵出资股东表决权的限制途径

“最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）（以下简称“解释三”）第 17 条对未尽出资义务的股东权利限制明确了两种途径，即公司可以通过章程或股东会表决限制股东权利。公司章程是公司设立的最主要的条件和最重要的法律文件，也是确定股东权利、义务的基本法律依据，依据公司自治的规则，只要公司章程规定不与立法的强制性规范冲突即为有效。而目前存在的问题是界定公司法规范的强制性和任意性标准不明，对公司法中尚未载入的规则更难以判断，此外，当前大多数公司章程都按格式文本填写，对此类问题很少顾及，使得通过制定章程限制瑕疵出资股东表决权难以落实。股东会决议则是公司最高权力机关作出的意思表示，只要不违法就可以对不履行出资义务的股东权利作出限制性规定，应是有效的，然而，股东会决议限制瑕疵出资股东表决权时面临的最大问题就是瑕疵出资的股东有无表决权？如果承认瑕疵出资股东享有完整的表决权，在瑕疵出资股东的表决权足以影响股东会决议通过的情况下，通过股东会决议限制其表决权就成空中楼阁，可见，在立法、公司章程均没有作出限制瑕疵出资股东的表决权规定的情况下，寄希望于单纯由公司通过股东会决议方式限制瑕疵出资股东权利，往往会由于瑕疵出资股东的反对而无法进行。

因此，上述两种限制途径应对纷繁复杂的公司股东表决权纠纷是远远不足的，有必要确立通过诉讼途径来限制瑕疵出资股东表决权，这方面司法实务已出现多起判例。 当公司章程对瑕疵出资股东的股东权限制问题没有规定，股东会亦无法就此作出决议，则出资到位的股东或公司应可以通过诉讼方式请求法院判决限制瑕疵出资股东的包括表决权在内的相应股东权利。而为此则有待相关法律或司法解释明确具体的诉权行使方式，以便于当事人通过诉讼方式来行使该项权利，也便于司法机关在个案中对于瑕疵出资股东表决权的限制的审查与判定处理。

（二）瑕疵出资股东表决权的行使制度

股东由于瑕疵出资而致表决权的行使受到限制，为保障该限制能有效、合理，须设定相应规则完善现行公司法律规范。现行公司法关于瑕疵出资股东的股东权利限制的规定搭建起一个基本的规则体系，但在一些具体权利的限制规定上还显笼统和模糊。[3]而如前所述相关司法解释的可操作性方面也存在不少障碍有待克服，笔者认为限制瑕疵出资股东表决权的行使中的两个主要问题亟须进一步明确。

1、关于利害关系股东表决权的限制

利害关系股东表决权的限制又称股东表决权排除制度，是指股东会决议涉及到某股东或与其有特别利害关系时排除该股东所持有股份的表决权制度，但该股份本身在通常情形下享有表决权，这项制度的目的是为了防止股东为自己私利而滥用表决权，从而确保决议内容之公正性。表决权排除制度最初源于 1961 年《全德商法典》，后被许多国家商法或公司法相继引入，我国公司法第 16 条也有体现，但仅在公司担保这一问题上规定了利害关系股东不得参与表决，其他方面则未作限制。显然，关于限制瑕疵出资股东表决权的股东会决议对于瑕疵出资股东而言利害关系重大，让其参与表决若所占表决权又较多则股东会根本无通过限制其表决权的决议，这就导致通过股东会限制瑕疵出资股东表决权的制度设计沦为摆设，毫无意义。因此，极有必要增设此种情形下的利害关系股东表决权回避制度，限制瑕疵出资股东参与限制其表决权的股东会决议的表决，而该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过即可。

2、瑕疵出资股东行使表决权的合理范围

对瑕疵出资股东表决权的限制虽为必要性同时也应设定在合理、恰当的范围内，以免损害其合法的股东权益。《公司法》第 43 条规定了“股东会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外。”对如何理解该条规定中的“出资比例”，理论界目前有不同观点，一为“实缴说”：即应按股东的实缴出资行使表决权，认为表决权具有可分性，有可分性的股权只能由股东按实际出资比例享有；[4]二为“认缴说”：即按股东认缴出资比例行使表决权，依据为《公司法》第 43 条的规定与第 35 条相比在谈及表决比例时，在“出资比例”之前没有定语“实缴的”限制，就应认为按“认缴比例”行使；三为“折中说”，认为既不能绝对按照认缴出资比例也不能绝对按照实缴出资比例，而应区别两种情况处理，在一名或多名股东实际缴纳出资的情况下，股东按其实缴的出资比例行使表决权，在全体股东都没有实际缴纳出资的情况下，股东按其认缴的出资比例行使表决权。[5]上述观点中我们认为相比而言“折中说”较为合理，“认缴说”显然完全否定了对瑕疵出资股东的表决权限制不可取，“实缴说”与限制瑕疵出资股东表决权的法理依据基本相符，但面临全体股东都没有实际缴纳的情形可能无能为力，会致股东会根本无法进行。因此，瑕疵出资股东原则上应按其实缴的出资比例行使表决权，只有在全体股东均未实际出资的特殊情况下才可考虑按认缴的出资比例表决。当然，这种情况下处理有待另行专门探讨了。此外，还须值得指出的是，在分期缴纳出资情况下尚未出资股东的表决权不应受此限制，股东基于公司法的规定分期缴纳出资与瑕疵出资系完全不同性质。事实上，《公司法》第 43 条没有在“出资”之前用“实缴的”进行限制，一个合理的解释即是考虑到了分期出资的情形。[6]

瑕疵出资股东表决权问题在公司法中并非一个孤立的问题，对其行使与限制的立法明显不足，司法实务上虽进行了一些有益的探索和实践，但缺乏较系统的理论支撑，相关问题的处理也未尽统一和合理，这些均有待于理论研究的进一步深入，以期最终完善相关公司立法，唯此才有助于该问题的解决。

参考文献

1、刘俊海《公司法学》[M]，北京：北京大学出版社，2008 年版。

2、奚晓明《最高人民法院<关于适用中华人民共和国公司法若干问题的规定（三）>》、《清算纪要理解与适用》[M]，北京：人民法院出版社，2011 年版。

3、李建伟《瑕疵出资股东的股东权利及其限制的分类研究》,《规范、解释与实证》[J] ,《求是学刊》，2012 年第 1 期。

4、刘俊海《股份有限公司股东权的保护》[M].北京：法律出版社，2004 年版。

5、雷兴虎《公司法新论》[M]，北京：中国法制出版社，2001 年版。

6、任秀芳《论股东表决权》[J] ,《法制与社会》，2011 ,（03 下）.

7、王勇《股东表决权制度研究》[J] ,《南都学坛（人文社会科学学报 》，2009 年第 1 期。

8、岳岚《瑕疵出资的股东资格及其表决权限制研究》[J] ,《商品与质量》，2012 年第 4 期。

9、卜耀武《当代外国公司法》[M]，北京：法律出版社，1996 年版。

农村基层组织人员职务犯罪引起的法律思考

安徽皖光大律师事务所 朱 叶

摘 要：“农村基层组织人员”是全国人大常委会关于刑法第九十三条第二款的解释中提出的一个新的法律概念。在该解释中第（7）“协助人民政府从事的其他行政管理工作”中“协助人民政府从事其他行政管理工作”的界定，在其依照职务之便可能涉及的犯罪：贪污、受贿、职务侵占、挪用、诈骗等。

关键词：农村基层组织人员 协助 贪污 诈骗

2007 年国家出台义务教育债务化解工作，2008 年国家为加强化解农村义务教育“普九”债务资金支付管理，由财政部与 2008 年 4 月 7 日根据《国务院农村综合改革工作小组关于做好清理化解农村义务教育“普九”债务试点工作的通知》（国农改〔2008〕3 号）、《财政部关于印发〈化解农村义务教育“普九”债务试点补助办法〉的通知》（财预〔2008〕26 号）印发《化解农村义务教育“普九”债务资金国库集中支付管理暂行办法》的通知（〔2008〕28 号）。

2008 年 10 月 15 日宿州市埇桥区财政局向各乡镇财政所、中心校、完中下发《关于印发<宿州市埇桥区化解农村义务教育债务偿还资金支付办法>的通知》。

一些村委会成员在得知这一政策后，产生套取国家资金偿还村里的债务的想法。

2008 至 2009 年一些村委会成员采取编造教育债务的相关材料套取国家资金。2010、2011、2012、检察机关获得相关线索立案侦查，陆续涉案人员归案。

笔者参与辩护的典型的几起案件：

案例一：2007 年至 2008 年宿州市埇桥区开展清理化解农村教育债务工作。埇桥区大店镇 xxx 村民委员会主任秦 xxx、村文书兼会计党支部书记唐 xxx，在得知教育债务偿还资金的政策后遂产生套取国家资金偿还村债务和发放工资的想法，遂找到徐 xxx，虚构伪造《施工合同》、《建设工程程造价书》、虚构 xxx 村 1998 年 3 月 8 日欠徐 xxx 建设村学校教学楼工程款 7 万元。后秦 xxx、塘 xxx 怕该资金到徐 xxx 账户后，徐 xxx 遂又将债权人变更为唐 xxx。2008 年 12 月 31 日经层层批准该教育债务偿还资金汇入唐 xxx 账户。该资金到位后偿还村欠债务 2700 元，剩余的钱秦 xxx 说用来偿还村债务和发放村里工资现在不能动。至案发该笔资金没有用于偿还村债务和发放干部工资。

该案经审理，庭审中几被告辨称，套取国家资金是用于偿还村里债务和发放干部工资。一审法院于 2010 年 11 月 17 日以贪污罪判处秦 xxx 有期徒刑五年、以贪污罪判处唐 xxx 有期徒刑五年、以贪污罪判处徐 xxx 有期徒刑二年；三人均不服一审判决上诉至宿州市中级人民法院，二审经审理以诈骗罪判处秦 xxx 有期徒刑三年，并处罚金三万元，以诈骗罪判处唐 xxx 有期徒刑三年，判处罚金三万元，以诈骗罪判处徐 xxx 有期徒刑一年零六个月，并处罚金二万元。

案例二：灵璧县下楼镇 xxx 村，村书记张 xxx、村长王 xxx、副书记孟 xxx、文书李 xxx、在得知教育债务偿还资金的政策后遂产生套取国家资金偿还村债务和发放工资的想法。随后张 xxx 召集安排编造假手续（会议记录、记账凭证、借条）以建校欠王 xxx、张 xxx、孟 xxx、李 xxx 债务。2009 年 2 月 16 日经灵璧县财政局分别拨付给王 xxx86595 元，张 xxx13731 元，孟 xxx25000 元，李 xxx25000 元；该资金到帐后，李 xxx 称 25000 元是村里欠他的钱，他工作这么多年提村

里垫付修路钱、家变压钱、计划生育钱，补偿款等共计两万五千余元。经笔者核实村里没有账册证明关于李 xxx 所说的债务，经了解部分当事人可以证实李 xxx 当时垫付修路款及补偿款。

该案经灵璧县人民法院审理，庭审中几被告辨称，套取的钱用于偿还村里欠本人垫付款或招待费用。2012 年 4 月 24 日一审法院以贪污罪判处四被告人有期徒刑十年，四被告据不服依法提起上诉。二审庭审结束但至今日尚未判决。

案例三：007 年至 2008 年宿州市埇桥区开展清理化解农村教育债务工作。埇桥区北杨寨乡 xxx 村书记在了解教育化债这一政策后遂想偿还购置教学设备欠小学校长何 xxx 本金及利息。邵 xxx 与何 xxx 重新书写借据及利息共计 33165.60 元，村民委员会主任张 xxx 在邵 xxx 的电话通知到场后在申报债权的资料上签字。随后邵伪造修建小学的水泥路、修花园、购置设备等欠邵 xxx23000 元。当时套取该资金的目的是偿还邵 xxx 女儿代课的工资，具体多少，张 xxx 不清楚。其后邵又提议在套取国家资金偿还村债务（初步了解村外欠债务几十万元），随后找到穆 xxx，采取穆 xxx 修建小学拖欠其工程款 40000 元方式，伪造合同、收条、欠条等材料。

2008 年 12 月 19 日，宿州市埇桥区财政局将 23000 元汇入邵 xxx 账户，33165.60 元汇入何 xxx 账户，40000 元汇入穆 xxx 账户；后案发，穆 xxx 称取出 27000 元给了张 xxx。张 xxx 予以否认。

该案经埇桥区人民法院审理：邵 xxx、张 xxx 辨称没有占有财产的故意，目的是偿还村里债务。张 xxx 还辨称，自己没有占有一分钱，穆 xxx 说占有不是事实。穆 xxx 辨称自己不知情。一审法院经审理于 2012 年 11 月 15 日以贪污罪判处邵 xxx 有期徒刑五年，张 xxx 有期徒刑五年，穆 xxx 有期徒刑二年六个月缓刑三年。该案被告邵 xxx、张 xxx，不服一审判决上诉至宿州市中级人民法院，尚未审理。

上述三案例为农村教育化债案件典型案件，笔者在办理该案件时坚持如果对涉案人员定为有罪的话应当定性为诈骗罪。该案件在本市乃至全国以贪污罪结案的也很多，在司法界引起争议。在案例二几被告人上诉期间，宿州中级人民法院向安徽省高院请示，安徽省高级人民法院向最高人民法院请示。最高人民法院答复：非法占有国库资金支付的化解农村义务教育债务资金的行为构成诈骗罪。至此关于此类案件定性虽已无纷争，但该案不得不引起参与辩护的笔者法律思考。此类案中为什么会有定性偏差？笔者认为不外乎：1、是对“协助人民政府从事其他行政管理工作”扩大随意性理解适用；2、对“村基层组织”的范围的扩大随意性理解适用；

1、村基层组织的范围的界定

《关于刑法第 93 条第 2 款的解释》“村民委员会等村基层组织人员协助人民政府从事下列行政管理工作时，属于刑法第 93 条第 2 款规定的“其他依照法律从事公务的人员”，在这里村民委员会显然没有任何的争议。争议的是“等村基层组织”的范围界定，笔者认为该界定范围应当做限制性理解适用。

《村民委员会组织法》第 5 条第 2 款规定。村民委员会协助乡、民族乡、镇的人民政府开展工作。而其他的村基层组织均无法律授权协助政府开展工作，如村民小组，村调解委员会等组织不是该解释所规定的“村基层组织”，因为从法律的角度说这些组织没有法律的明确授权，笔者认为在没有明确的法律规定或立法解释下，应当适用限制从轻原则，不宜列入村基层组织的范围。对于村级党的组织，笔者认为属于村的基层组织村党支部。

村党支部作为党在农村的基层组织，在处理农村事务中发挥的是领导核心作用，且对村民委员会的工作起到的是“支持”和“保障”功能，在实践中村支部的权力事实上是在村民委员会之上。《中国共产党农村基层组织工作条例》，其规定，村党支部是农村各种组织的领导核心，讨论决

定经济建设和社会发展中的重要问题，领导和支持集体经济，组织管理集体资产，协调利益关系。由此可见村的党支部应当属“村的基层组织”，因为在实际的村的生产经营或协助政府开展工作上，村党支部其决定性的作用。虽然《中国共产党农村基层组织工作条例》是中国共产党的一个文件，而不是法律规定，但在司法实践及司法社会效应上村党支部应当是解释中的“村基层组织“。

上述三案例对农村基层组织的范围界定没有不妥，只是在有些案件中把村民小组列为农村基层组织的范围，对村民小组成员涉及类似案件定性为贪污，笔者认为单独就村民小组的性质定性对成员定性贪污是错误的。

2、村基层组织人员公务行为的“协助”的性质界定

“协助”在《现代汉语词典》的解释是：“帮助、辅助”。作为村一级的基层组织的工作从根本上来讲都是服从于上一级人民政府，即使有村民自治的权利。从这个方面说村一级的工作行为都符合《现代汉语词典》关于“协助”的解释

在该解释“协助”的法律含义笔者认为：“协助”是协助者应当依法享有的权利，又是应当履行的义务，其依据来自法律规定，属依法从事公务，在法律规定之外均无“协助”之说。“协助”行使的是法律规定的职权，以自己的名义辅助被协助者行使职权。

但是在实际的村委会基层组织的行为中的本职工作与“协助”往往有混淆或双重的性质。在上述三个案例中体现的较为突出，这也正是笔者辩护时坚持是本职工作不是协助工作的原因。

在上述案例中由于历史的原因，农村建校采取的是双重的投资方式，一部分是村集体、一部分是国家财政支出。在国家教育化债的政策的根本目的是化解村集体因农村教育所欠的债务。在此村是作为债务人的一方当事人出现的，在《化债》办法中明确要求债权人的债权须经债务人确认才可上报。因此村基层组织无论是伪造或是正常的核实债务，其均是本职工作行为。此时公诉机关及一审法院的观点是“协助”，其理由是教育化债是在村基层组织的协助下完成的。这一观点显然是站不住脚的，正如上面所说的村基层组织之所以参加到债务的化解当中来，是以当事人的身份出现而不是协助。为此笔者从另一个角度解释阐述，三案例中的村人员的行为不是“协助”。《村民委员会组织法》第 5 条第 2 款规定：村民委员会协助乡、民族乡、镇的人民政府开展工作。也就是说村基层组织是协助乡镇一级的人民政府开展工作，本案中化解教育债务的财政承担是国家财政和地方县一级以上政府。显然乡镇一级不是化解教育债务的财政支出者，而作为村级基层组织协助乡镇以上人民政府没有法律的依据。

笔者认为把握是本职工作还是“协助”的关键是协助者只能协助法律明文规定的特定事项。而“协助”行为的启动是由于被协助者的命令、通知等具有行政管理效力的文件确定。否则任意的扩大“协助”范围事项将会导致错案的发生。

随着安徽省高级人法院（2011）皖刑他字第 00088 号请示的批复下发，该类案件的定性不会出现偏差。但对《关于刑法第 93 条第 2 款的解释》中关于村基层组织犯罪的问题的理解和认识还有其他的纷争，在此笔者不再一一赘述，上述只是笔者在办案工程中对一些问题的发现和思考，当然还有很多的不成熟和待完善的地方，望予以指正！

从社区防范角度谈犯罪预防

安徽元太律师事务所　吴艳红

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

关键词：社区治安　社区防范　犯罪预防

一、社区防范的概念、特点及价值评析

（一）社区防范的概念及特点

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

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

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

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

（二）社区防范的价值评析

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

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

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

二、现阶段社区防范存在的主要问题

（一）思想认识上的错位

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

（二）组织建设与物质保障上的欠缺

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

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

三、对我国社区防范模式构建的几点建议

（一）建立一支专职的社区辅警力量，建立起强有力的社区治保组织

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

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

（二）充分发挥保安服务公司、物业公司、社区自治组织在社区防范中的作用

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

（三）加强社区基础防范设施建设

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

（四）做好社区防范的信息统计收集，建立防范预测机制

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

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

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

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

四、结语

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

参考文献

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

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

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

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

新刑诉法框架下的律师辩护

——法律援助适用阶段问题的研究

安徽昊华律师事务所　李成华

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

主题词：法律援助　适用阶段　刑事诉讼　辩护权

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

一、现阶段我国公民辩护权行使的现状

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

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

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

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

律援助有其重要性和必要性

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

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

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

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

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

三、法律援助适用阶段及存在问题的解决思路

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

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

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

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

参考文献

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

略谈电子取证的法律约束及实务

安徽新洲律师事务所　沈国庆

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

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

关键词：略谈　电子数据证据　取证

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

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

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

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

一、当前法律对电子数据证据的规范性约束

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

（一）电子数据证据的原始性和完整性要求

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

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

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

（二）电子数据证据的真实性要求

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

（三）电子数据的合法性要求

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

二、在电子取证实务中应当注意的问题

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

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

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

（一）电子取证的主体

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

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

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

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

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

较好的取证结果。

（二）电子取证的工具

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

（三）现场电子取证的注意事项

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

（四）电子数据证据的提取

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

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

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

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

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

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

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

（五）电子数据证据的保管

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

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

（六）电子数据证据的分析和鉴定

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

（七）电子数据证据的举证

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

1、证明电子数据证据的证据

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

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

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

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

2、电子数据证据本身

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

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

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

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

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

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

注　释

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

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

3、刘品新《论电子数据的原件理论》，载《法律科学》2009 年第 5 期。

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

民事诉讼中再审制度

安徽晟成律师事务所 汪 军

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

关键词：民事诉讼 再审制度 修改

一、民事再审程序的概念和特征

（一）民事再审程序的概念

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

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

（二）民事再审程序的特征

从民事再审程序的概念当中，我们可以提炼出民事再审程序的三大特征：

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

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

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

还有相对严格的审查程序，这决定了其启动方式的特殊性。

二、民事再审制度修订的意义

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

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

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

三、民事再审程序的重要变化

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

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

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

3、增加 2 条，作为第 65 条、第 66 条：

“第 65 条　当事人对自己提出的主张应当及时提供证据。

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

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

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

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

可以在诉讼过程中向人民法院申请保全证据，人民法院也可以主动采取保全措施。

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

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

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

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

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

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

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

对于同一级法院不得进行二次再审进行了规定。

四、对民事再审制度修改的结论

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

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

参考文献

1、闻著《民事再审程序研究》，中国法制出版社 2006 年版，第 l 页

2、杜闻《民事再审程序研究》[M]，中国法制出版社，2006 年版

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

4、张卫平《再审制度修正解读》[J]，《中国司法》，2008，(l)

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

浅谈我国现行民事再审制度

安徽皋兴律师事务所 蒋家毅

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

关键词：民事再审 纠正 完善

一、民事再审程序的概念及特征

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

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

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

1、审理对象系已经生效的判决

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

2、启动原因的严谨性

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

3、不具备专门审判程序

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

二、我国民事再审制度的弊端分析

（一）缺乏科学的思想指导

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

（二）提起再审程序的主体过多

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

（三）再审程序的发动没有次数限制

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

（四）民事再审程序有待规范化

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

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

（五）再审管辖的不足

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

四、对我国民事再审程序完善的建议

（一）树立科学指导思想

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

（二）在我国民事再审程序提起主体的完善

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

具体建议如下：

1、限制法院启动再审行为

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

2．限制检察院抗诉

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

三、限制再审次数

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

四、结语

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

参考文献

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

2、侯惠珍《完善我国民事再审程序的理性思考》。

3、叶宇昆《论民事再审程序的改革与完善》中南财经政法大学法学院。

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

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

6、戴丽丹《浅析民事再审程序》甘肃政法学院。

浅谈犯罪嫌疑人的权利保护

安徽见谛律师事务所　胡珊珊

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

关键词：

一、什么是犯罪嫌疑人

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

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

二、犯罪嫌疑人的权利

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

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

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

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

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

回避：

（一）是本案的当事人或者是当事人的近亲属的；

（二）本人或者其近亲属和本案有利害关系的；

（三）担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人的；

（四）与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的。

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

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

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

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

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

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

三、犯罪嫌疑人权利侵害的现状

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

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

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

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

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

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

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

四、如何加强对犯罪嫌疑人的权利保护？

1、确定并保证无罪推定原则实施。

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

2、加强对非法证据的排除和侦查阶段的监督。

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

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

3、加大对刑事强制措施的审查和核准力度。

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

4、保证犯罪嫌疑人获得辩护的权利。

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

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

五、结语

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

律师参与刑事诉讼的权利范围
刑事诉讼中律师权利的边界

安徽大鸣律师事务所　刘其明

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

关键词：刑事诉讼　律师权利　权利边界

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

一、权利与公权力的关系

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

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

二、律师在刑事诉讼中具体的权利

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

（一）侦查阶段

①辩护人的权利

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

②诉讼代理人

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

（二）审查起诉阶段

①辩护人权利

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

②代理人权利

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

（三）审判阶段。

①辩护权

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

②代理人的权利

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

三、律师权利边界

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

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

四、越界的后果

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

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

办理交通事故侵权案件问题的浅谈

安徽仲天律师事务所　谢宏献

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

关键词：法律关系　交强险　商业险　第三者

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

一、首先，要详细了解、掌握、收集交通事故侵权案件涉及的法律规定

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

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

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

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

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

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

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

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

1、是雇佣关系，还是职务行为

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

2、强制保险合同关系

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

3、商业保险合同法律关系

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

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

4、挂靠合同关系

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

5、其他法律关系

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

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

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

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

四、我们在办理交通侵权案件中可能碰到的、存在争议的问题

1、侵权关系中的连带责任问题

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

2、如何界定"第三者"的问题。

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

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

3、精神损害赔偿问题能否在交强险、商业险中理赔的问题。

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

五、结束语

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

参考文献

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

论民事诉讼中的律师强制代理制度的设立

安徽南山松律师事务所　蔡晓慧

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

关键词:代理人　民事诉讼　律师强制代理制度

一、设立律师强制代理制度对律师发展的必要性

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

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

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

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

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

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

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

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

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

二、不同民事诉讼模式下的民事强制律师代理

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

（一）德、法型职权主义模式与民事强制律师代理

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

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

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

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

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

(二)英、美型当事人主义模式与民事强制律师代理

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

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

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

三、建立我国民事诉讼律师强制代理制度相关内容构想

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

参考文献

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

2、常怡《比较民事诉讼法》，中国政法大学出版社，2000 年版。

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

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

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

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

人民法院公报》2005 年第 5 期。

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

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

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

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

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

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

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

14、徐清《中美律师制度比较研究》，载《法制现代化研究》1997 年。

新民诉法中证据规则的革新

安徽径桥律师事务所　马晓昀

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

关键词：民事诉讼法　证据规则　电子数据　举证时限　证人

一、民事证据的概念及意义

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

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

二、《民事诉讼法》对证据规则的革新

（一）将“电子数据”作为新的证据种类列入法条之中

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

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

电子数据法律定位的现实规避状态，为司法实务提供明确的法律依据。

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

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

（二）对举证时限进行了重新规定。

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

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

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

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

（三）进一步细化证人出庭作证的义务。

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

复外，经济上的补偿有时也有一定的困难。

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

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

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

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

（五）增加了“有专门知识的人”出庭制度。

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

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

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

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

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

三、结语

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

参考文献

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

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

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

4、何家弘《证据学论坛》，检察出版社，2001 年版

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

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

刑事附带民事案件执行难之出路

——从刑事和解到执行和解的路径

安徽南山松律师事务所　张运书

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

关键词：刑事附带民事案件　刑事和解　执行和解

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

一、刑事附带民事案件之执行现状及成因

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

（一）刑事附带民事案件执行之现状

1、执行到位率低，空判现象严重。

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

[3]

2、双方当事人情绪对立，法院执行压力较大。

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

3、申请人请求数额与被执行人赔偿能力悬殊大，调解难。

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

4、被执行人履行能力受到现存制度限制。

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

（二）刑事附带民事案件执行难之成因探析

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

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

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

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

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

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

二、刑事附带民事案件执行难之现有对策及理论分析

（一）刑事附带民事案件执行难之现有对策

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

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

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

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

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

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

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

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

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

（二）刑事附带民事案件执行难现有对策之分析

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

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

三、构建以和解为路径的执行难出路

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

（一）构建刑事和解制度，以和促审

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

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

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

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

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

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

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

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

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

（二）健全完善执行和解制度，以和促执

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

1、执行人员应从思想上提高对刑事附带民事案件和解执行的重要性的认识。

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

2、执行和解应采取的具体措施

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

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

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

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

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

3、执行和解制度的适用范围

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

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

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

参考文献

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

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

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

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

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

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

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

8、马静华《刑事和解制度论纲》[J]，《政治与法律》，2003，（4）

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

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

11、陈光中、葛琳《刑事和解初探》[J]，《中国法学》，2006，（5）

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

13、侯希民《论执行和解制度的完善》[J]，《山东司法》，2005，（5）

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

新民事诉讼法实施后的公民代理

安徽韩德林律师事务所　韩德林

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

关键词：民事诉讼法　公民代理　限制和存废　缺陷和不足　现状　对策及方法

开头语

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

一、一般公民代理的限制与存废

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

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

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

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

二、公民代理人的缺陷和不足

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

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

三、新民诉法实施后的公民代理现状

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

四、治理公民代理乱象的对策及方法

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

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

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

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

五、不让一般公民为当事人做代理人的必要性和可能性

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

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

从刑法修正案(八)谈对未成年人犯罪缓刑适用条件的理解

安徽深蓝律师事务所 邵晖 陶小燕

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

关键词：未成年人犯罪 缓刑 适用条件 理解

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

一、未成年人犯罪及对其特别规定

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

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

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

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

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

二、对未成年人犯罪适用缓刑条件的理解

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

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

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

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

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

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

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

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

三、对我国未成年人犯罪缓刑适用的建议

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

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

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

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

注 释

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

新《刑事诉讼法》背景下刑事辩护之路

安徽徽商律师事务所 杨茜茜

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

关键词:刑事诉讼 辩护制度 辩护道路

一、新《刑事诉讼法》的解读

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

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

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

(二)新《刑事诉讼法》进一步完善了我国刑事诉讼的各项制度

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

二、新《刑事诉讼法》实施后刑事辩护的变化

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

刑辩律师也被其视为敌人，屡遭刁难、打压、报复等。

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

（一）对辩护制度的直接修改

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

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

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

2、辩护范围的扩大。

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

3、律师会见权、阅卷权的保障。

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

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

4、追究律师刑事责任的程序保障。

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

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

（二）对程序制度的重大调整

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

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

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

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

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

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

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

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

三、新《刑事诉讼法》背景下刑事辩护的新空间

（一）重新定位了辩护人的责任

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

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

[3]

（二）深化了定罪的证明标准

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

（三）规范了强制措施

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

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

四、刑事辩护的春天即将到来

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

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

参考文献

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

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

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

新《民事诉讼法》实施背景下的公民代理

——浅谈青年律师的社会作用和执业前景

安徽天德律师事务所　廖荣钊

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

关键词：公民代理　青年律师　土律师　社会作用　执业前景

一、我国的公民代理现状

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

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

二、公民代理现象产生的原因

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

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

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

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

三、青年律师的社会作用和执业前景

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

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

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

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

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

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

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

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

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

参考文献

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

2、《中华人民共和国民事诉讼法》(第二次修正)第 58 条第二款;

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

以食品安全为基准重树惩罚性赔偿制度

安徽元太律师事务所 王 军

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

关键词：食品安全法 社会协同执法 惩罚性赔偿 职业索赔

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

一、从公共利益的角度审视《食品安全法》10 倍赔偿制度的缺陷

（一）10 倍赔偿执行效果的衡量标准是食品安全形势，而不是个人利益的满足

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

（二）公共利益目标的实现委托给了没有执行能力的消费者

1、惩罚性赔偿之诉多以消费者的失败而告终。

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

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

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

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

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

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

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

二、具有实效的社会执法呼唤职业索赔人

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

1、执法者具有不可收买性。

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

2、执法者具有专业性。

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

等专业性的问题。从这一点上看，一般的消费者不能胜任。

3、社会执法具有利益引导性。

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

4、社会执法赋予的利益具有规模性。

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

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

三、对职业索赔的质疑及其转变

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

（一）针对职业打假者的不同意见

1、职业索赔人不是消费者。

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

2、职业索赔人实际上在执法。

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

3、职业索赔人的动机不正当。

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

4、职业索赔会影响经济。

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

5、私人执法者权利会滥用。

私人执法不像行政机关执法，受到的约束较少，会在执法过程中滥用权利。

6、国外的索赔人也是受害人，而不是职业索赔人。

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

性赔偿的性质，因为这个时候已经不能称之为“赔偿”。

（二）对质疑的回应

1、职业索赔满足了公共利益的需要。

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

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

2、职业索赔更有利于经济的发展。

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

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

3、职业索赔人获得利益是正当的。

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

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

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

4、职业索赔人的权利不可能被滥用。

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

5、社会对食品职业打假态度在转变。

（1）食品安全法中索赔条件不同于消费者权益保护法。

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

（2）实践中，许多部门开始支持职业打假。

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

6、中国特色的国情需要中国特色的法律。

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

段应该与其不同，至少要根据我们的效果而进行再创造。

四、社会协同政府执行《食品安全法》的前景瞭望

（一）社会执法者将越来越多

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

（二）社会执法者将会团体化

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

（三）普通民众将会从效仿中成为执法者

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

（四）不安全食品必将迅速受到遏制

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

五、笔者的建议

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

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

容纳职业索赔人。

（二）违法标准设定要合理

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

（三）惩罚标准不宜过高

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

（四）大力宣传国家对社会执法的肯定态度

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

（五）将政社协同执法模式贯穿整个行政执法体系

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

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

注　释

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

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

参考文献

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

2、中国新闻网：10 倍赔偿能否阻击问题食品

EB/OL□ .http://www.chinanews.com/cj/2011/09-27/3356211.shtml。

3、中国新闻网：10 倍赔偿能否阻击问题食品

EB/OL□ .http://www.chinanews.com/cj/2011/09-27/3356211.shtml。

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

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

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

7、中国网络电视台：法院：职业打假人一定程度促进商家合法经

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

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

9、同上

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

11、腾讯网：北京法院首次明确 职业打假人视同于普通消费者

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

12、网易新闻：《食品安全法》出台疑助推职业打假

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

13、北方网："职业打假"不是拒赔理由

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

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

EB/OL□ .http://www.ce.cn/xwzx/shgj/gdxw/201103/15/t20110315_22300186shtml。

非法证据排除规则在刑事辩护中的运用

安徽金亚太律师事务所　王亚林 孙舒维

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

关键词：非法证据　非法证据排除规则　言词证据　实物证据　毒树之果

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

一、非法证据排除规则概念

（一）非法证据

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

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

法证据所指对象远小于广义和狭义的非法证据。

（二）非法证据排除规则

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

二、新《刑诉法》中的非法证据排除规则

（一）非法证据排除规则的适用主体

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

（二）非法证据排除规则适用范围

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

1、非法言词证据的排除。

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

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

2、非法实物证据的排除。

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

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

3、“毒树之果”规定的缺失。

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

（三）非法证据排除规则的适用阶段

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

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

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

（四）非法证据排除的决断

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

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

三、非法证据排除规则在刑事辩护中的运用

（一）明确非法证据排除规则对刑事辩护的价值

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

（二）坚持有利于被告人的原则

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

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

（三）淡化非法证据排除规则观念

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

（四）适时地提出非法证据排除

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

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

（五）申请排除意见应该具体明确

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

（六）以积极的行为应对非法证据排除规则

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

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

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

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

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

（七）从实体到程序两方面强化非法证据排除的必要性

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

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

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

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

结 语

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

注 释

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

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

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

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

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

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

参考文献

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

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

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

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

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

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

论侦查阶段律师权利的完善

安徽嘉闻律师事务所　魏在军

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

关键词：侦查阶段　律师介入　调查取证权　讯问在场权

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

一、侦查阶段律师权利的不足

（一）律师现有的权利得不到有效地落实和保障

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

（二）律师缺乏必要的讯问在场权和调查取证权

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

二、侦查阶段律师权利不足的原因分析

（一）抗辩观念的淡薄，导致我国刑诉实践控强辩弱

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

（二）价值取向上片面追求打击、控制犯罪的高效率，导致人权保护上的失衡

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

（三）传统职权主义侦查模式与现代控辩式诉讼模式的冲击有待制度上加以调和

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

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

（四）“憎恨一种行为的最自然、最普遍的理由就是行为的有害性。”[3]

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

三、侦查阶段律师权利的完善

（一）赋予律师讯问在场权

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

（二）赋予律师调查取证权

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

（三）律师在会见时享有录音、录像、拍照的权利

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

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

参考文献

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

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

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

4、顾永忠《你准备好了么？》[N]，《法制日报》，2007-06-24。

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

监狱行刑社会化问题研究

安徽华冶律师事务所　周正东

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

关键词：罪犯　监狱　矫正　处遇 行刑　社会化

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

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

一、监狱行刑社会化的概念

（一）一些重要概念的界定

1、监狱

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

2、行刑

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

3、罪犯

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

4、处遇

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

5、社会化

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

（二）监狱行刑社会化的概念

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

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

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

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

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

二、监狱行刑社会化的优点

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

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

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

（一）行刑社会化直接的好处就是节省了监禁犯罪人的成本

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

（二）有利于有效地改造犯罪人，提高行刑的效果

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

（三）社会化的行刑还有助于罪犯顺利回归社会。

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

（四）行刑社会化还可以降低犯罪率

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

重新犯罪率。

三、我国监狱行刑社会化的存在的问题

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

（一）短期自由刑问题

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

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

（二）传统监狱行刑的弊端

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

（三）社区矫正等方法有待发展

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

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

四、我国实行行刑社会化可以采取的方法

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

（一）缓刑与管制刑应得到充分运用

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

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

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

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

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

（二）建议推行开放式处遇制度，对不同罪犯实行不同处遇

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

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

（三）进行监狱行刑改革，为监狱赋予社会化属性

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

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

（四）借鉴德国采用和解方式处理刑事案件的方法

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

五、结语

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

注 释

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

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

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

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

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

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

7、张甘妹《刑事政策》，台湾三民书局 1979 年版，第 275 页

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

参考文献

1、马克昌《刑罚通论》，武汉大学出版社 1999 年版。

2、陈明华《刑法学》，中国政法大学出版社 1999 年版。

3、陈兴良《刑法适用总论论》（下卷），法律出版社 1999 年版。

4、张苏军《中国监狱发展战略研究》，法律出版社 2000 年版。

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

6、谢瑞智《犯罪与刑事政策》，台湾文笙书局，1996（增订版）。

7、张甘妹《刑事政策》，台湾三民书局，1979 年版。

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

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

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

11、甘雨沛《犯罪与刑罚新论》，北京大学出版社 1991 年版。

12、梁根林《刑罚结构论》，北京大学出版社 1998 年版。

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

14、武延平《中外监狱法比较研究》，中国政法大学出版社 1999 年版。

15、潘华仿《外国监狱史》，社会科学文献出版社 1994 年版。

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

论我国非法证据排除程序的启动

安徽华冶律师事务所 金凤涛 郑和英

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

关键词：启动 非法证据 非法证据排除

一、非法证据的范围

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

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

二、非法言词证据与非法实物证据适用不同的排除规则

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

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

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

三、非法证据排除规则的启动程序

（一）非法证据排除规则的启动方式

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

（二）非法证据排除规则的启动主体

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

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

（三）非法证据排除规则的启动时间

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

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

（四）非法证据排除规则的启动条件

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

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

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

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

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

四、非法证据排除规则的完善

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

论我国的环境民事责任追究制度

安徽敬梓律师事务所　尚昌根

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

关键词：民事责任　环境民事责任　责任追究制度

前 言

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

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

一、环境民事责任的概念

1、法律责任和民事责任的相关概念。

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

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

2、环境民事责任的概念。

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

般是由坏境污染造成损害而引起的民事侵权责任。

二、对环境民事责任的解析

1、环境民事责任的构成。

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

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

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

2、环境民事责任的归责原则 。

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

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

3、环境民事责任的分担。

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

4、环境民事责任的免责事由。

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

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

三、对环境民事责任追究的制度

1、环境赔偿纠纷的解决方式。

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

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

2、环境污染损害赔偿的诉讼时效。

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

3、环境污染损害赔偿诉讼的举证责任。

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

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

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

4、环境民事责任的承担方式。

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

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

四、对改进我国环境民事责任追究制度的建议

1、进一步完善环境公益诉讼制度。

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

2、适当延长环境污染损害赔偿的诉讼时效。

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

3、加大环境污染损害赔偿的力度。

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

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

4、建立完善环境污染责任保险制度。

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

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

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

参考文献

1、张文显《法理学（第四版）》，高等教育出版社 2011 年版。

2、吴汉东《法学通论（第六版）》，北京大学出版社 2012 年版。

3、江平《民法学（第二版）》，中国政法大学出版社 2011 年版。

4、吕忠梅《环境法学（第二版）》，法律出版社 2008 年版。

5、吴继刚《论环境法律责任》,《学术交流》2004 年第 2 期。

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

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

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

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

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

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

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

现阶段民间借贷的现状及存在的问题

安徽见谛律师事务所　刘东峰

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

关键字：民间信贷　影响应对措施

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

一、我国民间借贷的现状及特点

（一）民间借贷的现状

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

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

（二）民间借贷的特点

现阶段，民间借贷主要具有一下特征：

1、参与主体的广泛性。

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

2、资金来源的广泛性。

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

3、借贷方式的灵活性。

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

4、借贷形式的多样化。

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

5、借贷金额扩大化。

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

6、借贷期限长期化。

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

7、借贷利率市场化。

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

二、民间借贷对中国经济的积极影响

（一）促进了非公有制经济的发展，优化了市场机制

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

（二）解决了农村市场对资金的大量需求，促进了农村经济的发展

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

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

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

（四）遵循市场规则配置资源,客观上对促进经济结构调整有积极作用

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

三、民间借贷对中国经济的消极影响

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

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

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

（二）民间借贷造成了国家税收的流失，损害正规部门的利益

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

（三）民间借贷在一定程度上加重了企业负担

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

四、民间借贷存在的问题

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

（一）法律保护缺乏和监管缺位，容易引发民事纠纷

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

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

（二）民间借贷多为短期行为，不利于企业自身与地方经济长期稳定发展

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

（三）单笔金额小，资金合力难以形成

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

（四）民间借贷容易引发资金恶性循环

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

五、应对措施

针对现阶段我国民间借贷存在的一系列问题，我们可以采取以下措施：

（一）加强监管，定期监测民间借贷发展态势，规范民间借贷的操作行为

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

（二）完善政策供给，大力优化金融产业布局

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

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

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

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

（四）改善金融服务，疏通融资“瓶颈”

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

（五）深化经济金融体制改革，化解民间信贷风险

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

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

参考文献

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

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

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

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

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

存款人的利益保护

安徽国伦律师事务所　刘晓莉

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

关键词：存款　社会责任　金融监管　存款实名　存款保险

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

一、保护存款人利益原则的确立及意义

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

（一）存款对银行和存款人都有着非常重要的意义

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

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

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

(二)保护存款人利益原则

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

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

二、银行与存款人关系的性质是合同关系

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

(一)存款合同的表现形式

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

(二)存款合同的性质

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

(三)存款合同的特征:

第一、存款合同是无名合同,即存款合同不属于法律所明文规定的有名合同;

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

第三、存款合同是要式合同,即存款合同必须采用书面形式;

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

三、现存保护存款人利益的措施

（一）有关存款人利益保护的直接法律规定

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

1、保护存款人利益的一般原则。

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

2、对存款人的保密义务及例外规定。

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

3、依法公告存款利率。

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

4、存款准备金与备付金。

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

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

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

5、保证存款支付。

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

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

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

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

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

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

（二）存款实名制

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

1、国外相关规定。

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

2、实行存款实名制的意义。

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

3、对存款实名制的完善。

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

制的成功经验,完善配套技术、硬件设施、法律制度来支撑它，从而健全实名制度。

（1）严格为存款人保密

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

（2）完善技术系统

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

（3）加强法治

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

（4）推进银行制度建设，缓解金融风险

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

（三）金融监管

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

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

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

四、完善存款人利益保护——存款保险制度

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

1、存款保险制度的历史发展。

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

2、建立存款保险制度的意义。

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

3、关于我国的存款保险制度。

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

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

险制度的推出做好技术准备。

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

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

参考文献

1、施一飞、束景明《金融法教程》,立信会计出版社 2005 年版;

2、吴志攀著《金融法概论》,北京大学出版社 2000 年版;

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

4、王瑛《我国存款实名制亟待完善》,经济问题探索 2003 年第 5 期;

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

律师伪证罪的缺陷和规制

安徽百大律师事务所 王克生 张善君

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

关键词：辩护人 妨害作证罪 立法缺陷 程序 完善

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

一、刑法 306 条对辩护人妨碍作证罪的规定现状

（一）罪罚的规定

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

（二）犯罪构成解析

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

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

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

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

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

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

（三）该罪法律效果的透析

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

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

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

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

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

二、辩护人妨碍作证罪的缺陷

（一）立法缺陷

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

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

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

（二）追诉程序缺陷

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

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

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

三、律师伪证罪完善之思考

（一）立法角度

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

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

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

（二）追诉程序之保障

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

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

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

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

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

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

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

参考文献

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

论非法证据及其排除

安徽贾东峰律师事务所　贾东峰

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

关键词：

一、非法证据排除规则的理论基础

（一）人权保障理论

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

（二）程序正义理论

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

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

（三）排除虚假理论

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

二、我国非法证据排除规则的现状及存在的问题

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

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

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

三、非法证据排除规则的意义

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

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

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

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

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

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

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

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

（一）关于非法获取的言词证据的排除问题

1、非法获取的口供不能作为证据。

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

2、对于非法获取的证人证言、被害人陈述，不能作为证据使用。

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

（二）关于非法获取的实物证据的排除问题

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

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

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

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

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

参考文献

1、罗森贝克等《德国民事诉讼法（上、下）》[M].（李大雪，译）北京：中国法制出版社，2007：475，第 1219-1221 页。

2、最高人民法院审判监督庭《民事诉讼法审判监督程序修改的意图及其实现》[J]，《人民司法•应用》，2007（23）：第 19-22 页。

3、江苏省南京市中级人民法院《再审之诉框架下申请再审的程序性制度建构—关于民事申请再审制度改革的调研报告》[J]，《法律适用》，2007，（2）：第 50-55 页。

4、田光耀《重构我国民事再审制度之理性思考》[D]，《湘潭大学》，2005：第 47 页。

5、汤维建、毕海毅、王鸿雁《评民事再审制度的修正案》[J]，《法学家》，2007，（6）：第 24-29 页。

6、苏丹萍《重构民事再审程序的启动条件》[J]，《行政与法》，2002，（8）：第 63-65 页。

7、葛洪义、陈年冰《法的普遍性、确定性、合理性辩析—兼论当代中国立法和法理学的使命》[J]，《法学研究》，1997，（5）：第 77-85 页。

民事诉讼中再审制度

安徽金华安律师事务所　张舒霞

摘　要：在我国，审判监督程序与再审程序是同一概念，早在 1982 年的《民事诉讼法（试行）》中首次将审判监督程序确定为民事诉讼中的法定程序。民事再审制度是法律维护公民合法权益的最后一道保障，也是对法院审理制度的监督与救济。

关键字：审判监督程序　再审制度　主体　调解书　止争原则

在我国，审判监督程序与再审程序是同一概念，是指对判决、裁定和调解协议已经发生法律效力的案件提起再审的程序以及人民法院依法对这些案件进行再审的程序。[1]从再审制度的首次提出至今，通过民事诉讼法两次对再审制度的修改与补充，现今的再审制度已较为合理具体，如明确了当事人申请再审的法院，具体了应当再审的法定事由，规定了法院审查再审申请的期限，赋予了检察院在再审制度中的监督权等。但是，通过理论分析及司法实践，当前的再审制度仍存在着进一步完善的必要。

一、提起再审的主体有违当事人意思自治原则

根据民事诉讼法的规定，引起再审程序的启动有如下四种途径：1、各级人民法院院长发现本院需要再审的民事案件，提交审判委员会讨论决定；2、最高人民法院对各级人民法院、上级人民法院对下级人民法院的民事案件提审或指定再审；3、当事人申请再审；4、最高人民检察院对各级人民法院、上级人民检察院对下级人民法院的案件提出抗诉。可见，引起再审程序启动的主体有法院院长、法院、当事人、检察院。但是，在此讨论的是民事诉讼中的再审制度，民事纠纷最显著的特征是，只要不损害他人利益，应当尊重当事人的意思自治。当事人是否起诉，什么时候起诉，以何事起诉，等等，原则上都是依据当事人自己的意志。只有当事人起诉了，法院才能审查该诉讼是否符合法律的规定，请求能否得到法律的支持等；而检察院在民事案件中主要行使的是监督的职权。但法院依职权再审和检察院的抗诉，都不仅违背了当事人的意思自治，还有悖法院审判权的被动性、中立性以及检察院监督的公正性。所以在提出再审的主体上，不应当列入法院、检察院。

二、应明确生效调解书应当再审的法定情形

民诉法第 200 条具体规定了对于当事人申请应当再审的判决、裁定的法定情形，但第 201 条规定“当事人对已经发生法律效力的调解书，提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的，可以申请再审。经人民法院审查属实的，应当再审”，可见，第 200 条明确的法定再审情形只是针对于已生效的判决或裁定，并不适用于发生法律效力的调解书，针对调解书应当再审的法定情形只是粗糙的违反自愿原则或协议内容违反法律。违反法律规定是可以明确看出的，但是违背自愿原则，这是一个主观判断，即使是违背了自愿原则，也很难用证据加以证明，而这往往成为法官对生效的调解书申请再审案件不重视、大意对待的原因。从而导致生效的调解书在司法实践中，开启审判监督程序时，则似乎是法官的意志，而不是当事人的意志起主导作用。[2]故而，民诉法亦应明确已经发生法律效力的调解书应当再审的法定情形。

三、申请再审时效规定的局限性

民事诉讼法第 205 条规定“当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后六个月内提出；有本法第二百条第一项、第三项、第十二项、第十三项规定情形的，自知道或者应当知道之日起六个月内提出。”再审制度是为纠正已经发生法律效力的错误判决、裁定，对案件重新进行审理。既然是错误的，纠正就是理所当然的，为什么要有六个月这么短的时效呢？难道过了六个月，原先生效判决、裁定中的错误就不存在了，而转变为正确的了吗？这明显不符合有错必纠的原则，也是对法律存在本意的违背。再者，对于法院自身决定再审、检察院提起抗诉导致再审的情况下，则没有 6 个月时效的限制，同样的事由不一样的标准，很可能在一定程度上为司法腐败提供了条件。假如当事人没能在 6 个月时效内及时申请再审，其必然会想到走法院或检察院引起再审之路，有可能间接导致成为极个别法官、检察官腐败的新渠道。

不同国家对再审有着不同的定义，如日本学者兼子一、竹下守夫认为，再审是当事人对已经确定的判决以诉讼程序上有重大瑕疵或作为其判断的基础资料有严重缺陷为理由，请求撤销该判决，并且恢复已终了的诉讼，进行重新审判的，非常的不服申明的方法。[3]但再审制度的最终目的都是一致的，即都是为更好的保障公民的合法权益。当事人之间发生纠纷了，一般会选择协商解决，诉讼是在通过其他途径解决不了情况下的不得之举。在初审时，法院就应当秉承止争原则。止争原则是指法院应作出解决争执的最终决定，诉讼程序之所以要遵循止争原则，是由于“倘若人们求助法律程序来解决争执，那么争执须在某一阶段上最终解决，否则求助法律程序就毫无意义。”[4]不论再审制度能有多完善，都是在为原生效的法律文书纠正错误，给当事人带来众多的诉累，也加大了司法负担。期盼我国的民事诉讼早日实现能在初审阶段基本上达到止争的愿景。

注　释

1、张卫平《民事诉讼法教程》，法律出版社 1998 年版，第 347 页。

2、江伟《民事诉讼法》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 249 页。

3、（日）兼子一、竹下守夫著，白绿铉译《民事诉讼法（新版）》，法律出版社 1995 年版，第 249 页。

4、（美）迈克尔.D.贝勒斯，《法律的原则》，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 37 页。

参考文献

1、沈德咏《最新再审司法解释适用与再审改革研究》，人民法院出版社 2003 年版。

论我国刑讯逼供的遏制

安徽香樟律师事务所 咎青青

摘 要：刑讯逼供是我国法律严令禁止的，但是云南杜培武案、河北李久明案、湖北佘祥林案，尤其是2010年曝光的赵作海案等案件的发生无非是刑讯逼供的恶果！为何刑讯逼供屡禁不止？我们到底怎样做才能遏制刑讯逼供？中医学讲究“对症下药”，本文在分析刑讯逼供存在原因的基础上找了一些对策，愿刑讯逼供能够真正的销声匿迹，实现社会的真正和谐。

关键词：刑讯逼供 原因 对策 监督

刑讯逼供是指在刑事诉讼过程中，司法工作人员对犯罪嫌疑人和被告人进行讯问时，采取肉刑、变相肉刑或精神折磨等方法逼取口供的行为。[1]刑讯逼供有如下特征：第一，时空特定性。刑讯逼供必须发生在从刑事案件中的立案、侦查、起诉到审判的全过程。第二，主体特定性。刑讯逼供的主体必须是司法工作人员，即负有侦查、检察、审判、监督职责的工作人员。第三，对象特定性。是被追诉者，即侦查和审查起诉过程中的犯罪嫌疑人、审判过程中的刑事被告人以及刑罚执行过程中的罪犯。[2]第四,实施的场所特殊。刑讯逼供基本上都发生在司法机关的办案、办公等特殊场所，与外界相隔绝。第五，目的和动机特殊。刑讯逼供的目的是侦查破案、打击犯罪，其动机本身具有正当性。

刑讯逼供是一种野蛮、愚昧、不人道的办案方式，严重侵犯了公民的合法权益，尤其是侵犯了犯罪嫌疑人、被告人的人身权益；它降低了政策与法律的权威，严重损害了公安司法机关在群众中的威信和形象；它极容易造成冤假错案，使无辜者蒙受冤狱；它容易造成积案、疑案；它使被侵害人对法律、政府甚至社会制度失去信任增加了定罪后对其改造的机会。它破坏了国家法律的尊严和权威，严重侵犯了人权，践踏了人类社会的科学、文明和人道。刑讯逼供是披着合法外衣下国家权力对公民人权的粗暴侵犯，是建设和谐社会的绊脚石。

一、我国现行法律关于严禁刑讯逼供的规定

刑讯逼供是对人类尊严的侮辱和对人权的严重侵犯，为现代法律所不允许。在我国，从革命根据地时期到改革开放，以至从实体法到程序法都有明文规定：严禁刑讯逼供。

1942 年 2 月公布的《陕甘宁边区保障人权财产条例》第十条规定：“逮捕人犯不准以侮辱，殴打及刑讯逼供，强迫自首，审讯采取证据主义，不重口供”。

我国《刑法》第 247 条规定：“司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供或者使用暴力逼取证人证言的，处三年以下有期徒刑或者拘役。致人伤残、死亡的，依照故意伤害罪、故意杀人罪从重处罚。”

我国《刑事诉讼法》第 43 条规定“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据”。

《最高人民法院关于执行<中华人民共和国刑事诉讼法>若干问题的解释》第 61 条规定：“严禁以非法的方法收集证据。”凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述，不能作为定案的依据。

1987 年公安部制定的《公安机关办理刑事案件程序规定》第 54 条规定：“讯问的时候，要认

真听取被告人的供述和辩解；严禁刑讯逼供或者使用威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法逼取口供。”1992 年 6 月，公安部发布了《公安部关于坚决制止公安干警刑讯逼供的决定》。1995 年公布的人民警察法第 22 条第 1 款第 4 项规定严禁刑讯逼供。

根据《刑诉法》第 137 条的规定：“人民检察院审查案件的时候，必须查明：……（五）侦查活动是否合法。”此处所指的“侦查活动是否合法”，当然就包括侦查活动中是否存在刑讯逼供的行为，如果存在刑讯逼供，那么侦查活动就是不合法的。[3]

最高人民法院《关于执行<中华人民共和国刑事诉讼法>若干问题的解释（试行）》第 58 条规定，对非法取得的证人证言、被害人陈述、被告人的供述予以排除。

中国刑事诉讼法第 46 条规定：对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供，只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据充分确实的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。这明确表明口供不能单独作为定案的依据。[4]也是为了减轻、遏制刑讯逼供的发生。

最高人民检察院在 1999 年修订的《人民检察院刑事诉讼规则》第 160 条规定：“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱欺骗以及其他非法的方法获取供述。”第 265 条规定：“严禁以非法的方法收集证据。以刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法获取供述、被害人陈述、证人证言，不能作为指控犯罪的证据。”[5]2001 年 1 月 2 日最高人民检察院还向全国各省、市、自治区的检察院发出通知，要求“各级人民检察院要严格贯彻执行有关法律关于严禁刑讯逼供的规定，明确非法证据排除规则……发现犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言是侦察人员以非法方式收集的，应当坚决予以排除，不能给刑讯逼供等非法取证行为留下余地。”

从国际上看，一些国际性的文件如 1948 年的《世界人权宣言》，1966 年的《公民权利和政治权利国际公约》以及 1984 年《禁止酷刑和其他残忍，不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》中都明确规定，对任何人均不得加以酷刑或施以残忍、不人道的、侮辱性的待遇或刑罚。包含着对他们保护的条款。而且我国签署并加入，应该是恪守承诺，遵守约定的。如我国《宪法》规定“国家尊重和保障人权”。我国宪法和法律明确规定了公民人身权利不受侵害，即使是犯罪嫌疑人的人身权利也不应受到侵害，人身安全也不应受到威胁。

另外，我国于 1988 年加入的联合国《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》，其中明确规定酷刑逼供取得的陈述不得作为任何诉讼的证据。

二、刑讯逼供在我国的现状

近年来，刑事诉讼中的冤假错案成了人们议论的焦点，新闻媒体更是高度关注，接二连三地曝光了“河南胥敬祥案”、“河北聂树斌案”、“湖南腾兴善案”、“云南孙万刚案”等一批冤假错案，详细报道了办案人员刑讯逼供，制造冤假案，使无辜者被羁押、判刑甚至处死的过程。

我们都说赵作海、佘祥林很“幸运”，因为他俩“杀死”的人 11 年后活着回来了。和赵作海、佘祥林一样“幸运”有云南警察杜培武、河南农民胥敬祥；比他不幸的有湖南屠夫滕兴善、河北工人聂树斌——以及许许多多不知名的人。这些类似的案件虽然得到了纠正和赔偿，但是试问，金钱可以弥补这些人所遭受的身心折磨吗？

由刑讯逼供铸成错案的事例，在当代刑事诉讼中屡见不鲜。据公安部有关部门统计，1997 年上半年公安机关发生刑讯逼供致死人命案 14 起，涉及公安警察 26 人。[9]1999 年到 2006 年 4 月，仅湖南省各级检察机关立案侦查国家机关人员利用职权实施的非法拘禁、非法搜查、刑讯逼供的犯罪案件就有 220 件、341 人，其中 28 件重特大案件，造成 l0 人死亡、5 人重伤。[10]

来自《青少年犯罪研究》期刊的一篇题为《刑讯逼供调查报告》的文章显示，47.54%的警察调查对象对嫌疑人有过很多次或多次“粗暴行为”，只有 11.48%的被调查者表示“从未有过”。近 20 年因刑讯逼供立案查处的案件平均每年在 400 起左右，涉案人数近千名，涉及警察 400 名左右。

来自广州大学人权研究中心在 2006 年对刑讯逼供所作的田野调查数据显示:检察官方面，在其办理的案件中，只有 17%的嫌疑人没有提出遭受刑讯逼供；在法官和律师方面，这一数字分别为 11%和 1.33%；有 70%的服刑人员知道与他关押在一起的人遭受过刑讯逼供。当然，认为自己受到过刑讯逼供的服刑人员只有 44%。调查数据的一个推论是，刑讯逼供存在比例较大。

2000 年全国人大常委会组织对新刑事诉讼法实施情况进行检查，调查结果表明新刑事诉讼法在实施中存在着三个突出问题，其中问题之一就是刑讯逼供。在检查组对天津、内蒙古、黑龙江、浙江、湖北、陕西六省、自治区、直辖市进行的执法检查中，1997 年～1999 年构成犯罪的刑讯逼供案件达 221 起，涉及干警 372 人，其中有 21 起刑讯逼供致死人命案件，社会影响极为恶劣。[11]

2005 年 7 月 26 日最高人民检院王振明副检察长透露，一年间侵犯人身权利罪案件共计立案 1204 件、1751 人，起诉 1924 人，有罪判决 1450 人。可见，杜绝刑讯逼供的目标依然“路漫漫其修远”。

三、刑讯逼供屡禁不止的原因

刑讯逼供是我国法律所明文禁止的，然而在现实中它却仍然存在，屡禁不止。到底是什么原因导致刑讯逼供屡禁不止？借鉴学者及专家的观点，笔者认为有以下原因:

（一）历史原因

我国的刑讯制度可谓源远流长，早在西周时期就已经存在。到了秦朝，刑讯逼供开始合法化。汉承秦制，刑讯逼供一直被视为治狱的基本方法。至唐朝，刑讯进一步系统化、制度化，对受刑对象、受刑部位、拷囚次数、拷囚工具、拷讯违律者的责任等都形成制度化规定。经宋、明、清时期，刑讯的手段发展到了极其野蛮残酷的程度。刑讯几乎贯穿了我国几千年封建司法制度的全部历史，刑讯合法化、制度化是我国封建时代证据制度的重大特点。[12]文化的自然传承，使刑讯逼供成为必然。

新中国建立后，虽然我国法律中也明确规定了禁止刑讯逼供，但绵延了几千年的强职权主义的诉讼传统并没有因为一两部文本的出台而令行禁止，而且由于长期以来革命斗争生活中“左”的思想的影响，犯罪嫌疑人、被告人都被认为是阶级敌人，刑事诉讼更被认为是阶级斗争，对敌人应该“无情打击”，而刑讯逼供当然也就成为用来表明阶级立场、表达对“敌人的恨”、“对党和人民的忠诚”的最好方式。因此，中国历史上三次“左倾”思想严重泛滥的时候，也是刑讯泛滥的三次高峰时期，也正是由于这个历史原因，在新中国的刑事诉讼中，“左”的思想仍一直表现的很突出，刑事诉讼被认为是统治阶级的专制活动，在刑事诉讼中，还存在“宁枉勿纵”、重打击轻保护、重权力轻权利、疑罪从轻等等的惯常做法。但是刑讯逼供历史根源的顽固性及长久性始终影响。这也正是刑讯逼供今天仍然存在的重要历史因素。

（二）现实原因

除了历史原因，还有现实原因的存在使刑讯逼供屡禁不止。其现实原因有以下方面：

1、缺乏一套完整的监督机制。

赵作海、佘祥林等受害者的悲剧是与监督机制的不够完善有很大关系的。一是公安机关内部

监督、接受监督意识不强；二是检察机关对侦查诉讼活动监督不力，未严格行使法律监督权；三是审判监督不够，在证据不够太充分的情况下就妄下结论，给定案了；四是党内监督不严。

司法实践本处于暗箱操作状态，缺乏有效的监督，督察机构中，刑讯逼供大多数发生在刑事侦查阶段，尤其是公安机关的侦破活动中，而且侦察活动有时形同虚设。刑讯逼供缺乏一套富于完整有效的监督机制，司法实践中往往出现监督软弱无力，流于形式的消极现象，以致难以对刑讯逼供起到有效遏制作用。刑讯逼供是公安机关搞出来的，而检察机关、法院为什么抵挡不住？错案一旦铸成，公检法机关因怕承担责任而且往往还会“保护”错案。

虽然检察机关是我国法律监督机构，但长期以来，公、检制约不够、配合有余、携手共同对付被追诉人。在这种关系中，检察机关不便也无法对公安机关的执法活动进行监督。

侦查机关对犯罪嫌疑人采取强制措施时，除逮捕应向检察机关提请批准外，都是自己决定是否采取强制措施，缺乏有中立性地位的机构对它进行有效监督。这也很容易导致刑讯逼供，使刑讯逼供屡禁不止。

2、司法人员的素质低下。

改革开放以来．我国司法队伍迅速扩大，但是据调查统计，全国公安干警中，拥有大专以上学历的只占 28%。侦查人员的文化、法律、业务素质不高具有整体性。这种现状难以满足依法执法、程序正义、保障人权的趋势的。[13]

实施刑讯逼供者，绝大多数缺乏法纪观念，业务素质低下。其自身原因有:第一，某些执法人员法律观念淡薄。他们头脑中缺乏法律至上观念，法制观念淡薄、未能树立依法办案理念，漠视人权，实践中也没有养成依法办事的习惯，尽管我国法律明令禁止刑讯逼供，但执法中长期以来存在着“重实体，轻程序”的观念，而且刑讯逼供行为确有获得某项证据而揭示案情的实效等，致使某些执法人员把刑讯逼供作为案件的突破口，而置法律的规定于不顾，刑讯逼供时有发生。第二，业务素质低。现有基层侦查人员中，正规高等院校毕业的寥寥无几，绝大多数人是“半途出家”，有的是从社会上现招的，没有受过系统正规的专业知识教育、培训，思想散漫，不积极学习专业刑侦知识，不善于研究违法犯罪活动的规律、特点及有关当事人的心态，不善于积累、总结办案经验，只好靠土办法—— 刑讯逼供。[14]

3、科技水平低，对司法投入不够。

我国目前的社会发展还处在一个比较低的水平，国家没有拿出足够的社会资源投入到司法领域。因此，在地方司法机关中，经费短缺的情况非常普遍。而相对物证、书证、证人证言等客观证据，通过刑讯直接获取口供则是一个成本相对要低很多的方法。这可能是司法机关内部甚至部分社会成员在一定程度上容忍刑讯逼供现象从而导致其泛滥的重要原因。

4、办案有指标，限期破案压力大。

破案任务的量化规定和政绩思维的根深蒂固很可能让“不采纳证据”成为一纸空文。一旦出现大案要案，领导就会给下级定破案的日期，案子破了就会得到奖励，破不了就会被处罚。特大凶杀案件一发生，上级往往要求限期破案，而且办案有指标要求，侦查人员的思想压力大，而且多数犯罪嫌疑人都拒不供认犯罪事实或尽可能抵赖、狡辩，长期连续疲劳奋战极易为尽快解脱而走捷径，即通过逼取口供来破案。当然，侦查人员亲历犯罪现场，目睹犯罪分子造成的悲惨后果，也容易激起对犯罪者的愤恨，在愤怒战胜理智的情况下，极容易施以刑讯。[15]

5、人权意识、人权保护观念的淡薄。

在我国，虽然现代的诉讼制度已经确立，但是，人们的观念还没有完全摆脱几千年纠问式诉讼模式的影响。在不合理的封建等级制度下，普通百姓已无充分的人权，而犯罪嫌疑人、被告人

则更无人权可言，因此，诉讼制度本身便没有什么保障犯罪嫌疑人和被告人权利的义务。[16]

四、遏制刑讯逼供的对策

探讨问题是解决问题的先导，但探讨问题的最终目的仍是要解决问题。前面我们透视刑讯逼供的危害、分析其成因.最终目的都是为我国当前司法实践中的刑讯逼供现象找寻妥善的应对策略。笔者认为以下对策对遏制刑讯逼供是值得参考的：

（一）认识到刑讯逼供的危害，摒弃封建思想

1、有些学者认为刑讯逼供在古代是合法的，但是笔者认为事实上它一直都具有极大的危害性。无论是在古代还是当代刑讯逼供的危害都是相当大的，是不能称得上是“合法”的。

2、站在时代的角度，我们应该取历史之精华，去刑讯逼供之糟粕。

公安司法人员受封建证据制度的影响，总认为有了口供好破案—— 按图索骥收集其他证据；有了口供好定案，认为只有有了口供定案才踏实。尽管我国刑事诉讼法明确规定，只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据充分确实的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。但在具体执行中，往往是只有口供不定案，但其他证据充分确实的也希望得到被告人口供，这样定案才觉得有底，才算是铁案，在这种思想的支配下，有的人为取口供而施以刑讯逼供。我们应该摒弃这种思想，做到不必用口供就能定罪。

（二）建立健全司法监督机制

建立监督制约机制，加强内外监督，加大查处力度。“无规矩不成方圆，无五音难正六律。”为有效遏制刑讯逼供犯罪势头，还应建立司法系统内外监督制约机制，健全强有力的事先、事中、事后的监督体系，细化监督措施，以防监督流于形式不能发现问题对于已经发现的刑讯逼供案件应当依法查处，决不姑息养奸。适度压缩公安司法机关业已过度膨胀的刑事司法权力，注重公安司法机关之间权力的相互制衡与监督，防止司法权力的滥用。

在注重侦查机关内部法制部门及检察机关对刑讯逼供监督的同时，在适当的条件下，也运用社会舆论予以监督，从外部环境防止侦查机关讯问权的滥用对公民合法权益的危害，避免刑讯逼供的出现。

建立起中国特色的监督制约机制。主要包括党的监督、国家权利机关的监督、民主党派的监督、检察机关的监督、诉讼参与人的监督、人民群众的监督和舆论监督等。在司法实践当中这些监督基本上处于事后监督，没有直接参与到案件当中，给素质不高的办案人员提供了对犯罪嫌疑人，被告人行使刑讯逼供的机会。为此必需强化对侦查办案过程的监督。强化对侦查办案过程的监督是防止刑讯逼供的有效措施。在政法体系内部，从监督的形式上可采取内部监督和法律监督。内部监督就是办案人与办案人之间的监督和办案单位纪检监察部门与办案人员的监督由纪检监察部门与办案人员签定责任书，做到责任到人。法律监督就是检察机关的监督，检察机关行使监督对于保证和促进严格公正文明执法，维护公平正义具有重要意义。主要也就是以下两种监督：

1、公检法之间相互监督。

一是公安机关的内部监督。应加强公安机关的领导尤其是基层公安机关的领导，预防和禁止刑讯逼供，把它作为一项铁的制度，平时不放松教育，一旦查出刑讯逼供致人伤亡，要对刑讯逼供的上级主管领导实行党纪、政纪、处分，对刑讯逼供者处罚及时恰当，对有典型意义的通报批评，以一警百。二是检察机关的监督。检察机关是法律规定的监督机关，有权监督公安机关的侦查活动，并有权提出纠正意见。但由于公安机关享有广泛的职权，在程序上缺少有效的监督机制，除逮捕犯罪嫌疑人须由检察机关审查批准外，其它涉及公民人身、财产权利的强制性措施，均可

自行决定与执行。在司法实践中，公检法配合有益，制约不足，导致检察机关并未真正发挥法律监督的作用。针对上述情况，应尽早健全检察官制度，加大检察机关的制约权。三是法院的监督。在审判过程中，法官若是发现有刑讯逼供存在不应予以定罪宣判。

作为领导，必须保持清醒的头脑，一旦发现不良倾向，立即予以批评纠正，决不护短，必须率先重范，要有过硬措施，对有刑讯嗜好的干警，不论他工作成绩怎样出色都不提拔，不重用！同时，必须强化监督机制。

我们应当借鉴国外的经验，适当调整公检法的职责权限，明确区分拘留、逮捕的实施与羁押这两种不同的职责权限。因为大多数的法治国家将拘留或逮捕作为强制犯罪嫌疑人、被告人到案的一种手段，羁押是不同于拘留、逮捕的一种独立的诉讼保障措施。与此不同的是我国并未对此作出严格的区分，羁押被当成对犯罪嫌疑人刑事拘留或逮捕后的直接结果，并不具有独立性。因此为了有效遏制侦查机关的刑讯逼供，应当建立羁押场所与侦查机关分别主管体制和羁押、询问分管制度。

2、公众的监督。

报刊、广播、电视、互联网等传媒的透明度很强，对执法机关智破案件、勇擒罪犯、文明执法的好人好事要大力宣传，努力弘扬广大干警与犯罪分子斗智斗勇、吃苦耐劳、舍己为人、秉公执法、文明执法的精神风貌，从而在人民心目中树立起高大形象。与此同时，对个别屡教不改、刑讯逼供造成严重后果的，发生一起，曝光一起，并从不同角度进行剖析、评论，让广大读者充分发表意见，群众的力量是无穷的，动员整个社会力量来监督司法行为，尽管不具有法律效力，但司法机关难以漠视，形成刑讯逼供如同过街老鼠人人喊打的局面。媒体介入、阳光监督的确是防止刑讯逼供的有效办法。

（三）加强对侦查员的思想政治教育

1、提高司法人员的政治素质，克服特权思想。

司法人员的人权保护意识亟待提高，执法人员应当忠实于宪法和法律，坚持以事实为依据、以法律为准绳，依法行使侦查权、检察权和审判权。尤其要正确对待和处理情与法的关系，坚决防止脱离法律和事实，办所谓的“民意案”、“政治案” “关系案”、“金钱案”。

要开展制止刑之讯逼供的专项教育，认真组织民警进行自我对照、自我教育，尤其是要对一线民警进行遵纪守法专题教育，是民警认识到自己是人民的公仆，必须对自己的工作兢兢业业，一丝不苟，必须认识到手中权利是人民给的，稍有偏差就将酿成人命关天的大事，来不得半点马虎和懈怠，要十分珍惜手中的权力。要努力培养民警不断加强对案件敏锐的洞察力和独立分析问题、解决问题的能力，要真正确立依法治国的观念。

2、强化业务建设，提高司法人员的执法办案能力。

通过岗位考核制度，严把进入关，择优录取，对在职人员进行定期考核，不合格者先进行培训，再不合格坚决予以辞退，从而提高司法人员的整体业务素质。

让办案人员多看犯罪心理学等书籍，让他们了解刑侦工作的多样性、复杂性、增强讯问人员良好的审讯素质，分析能力、应变能力，掌握案情、要学会善于分析被告人、犯罪嫌疑人的心理和个性特点，加大通盘考虑，把握审讯工作的分寸。

大力提高侦查机关办案人员的综合素质，积极改善其侦查设备，加强其侦查力量，增强其侦查水平，努力降低对口供的依赖程度。

3、开展教育培训，提高办案人员素质。

贝卡利亚在论述犯罪预防时指出：“预防犯罪的最可靠也是最艰难的措施是完善教育。”再好

的法律也要借助高素质的执法群体共同努力和社会的普遍遵守来实施。

加强对侦查人员的职业道德教育，培养其重证据、不轻信口供的实事求是的工作态度。侦查机关应进一步加强法制教育和纪律教育。办案人员特别是侦查机关负责人应切实转变刑事诉讼价值观念，正确理解公正与效率的关系；同时，牢固树立程序法治观念和无罪推定思想，充分认识到犯罪嫌疑人、被告人是刑事诉讼主体，在侦查中特别是讯问中应注意保护他们的人格尊严和合法权益，防止刑讯逼供现象的出现。

4、纠正审判人员心理认识误区，改变“无供不录案”的司法实践。

刑诉法规定：对于没有被告人供述，证据充分、确实的可以认定被告人有罪和处以刑罚。作为审判机关，应摆脱传统审讯方式的影响，彻底改变“无供不录案”的司法习惯，严格执行刑诉法的规定，只要证据确实、充分，即便是没有被告人的口供，也要敢于受理和宣判。严防以无口供而退案致使侦查机关实施刑讯逼供大作口供“文章”。

（四）加大财力投入，改善技术设备，提高侦查水平

针对当前社会犯罪逐渐呈现智能化、科技化、国际化、集团化的趋势，要提高破案效率，就必须从人员素质和技术装备两方面来努力，既要用先进的科学技术武装侦查人员的头脑，又要用先进的科学技术武装侦查机关，使二者达到完美结合。[17]购置现代科技强侦的技术设备，实现科技强警，提高刑事侦查的技术含量。

（五）降低办案指标，提高办案质量

1、给刑警“减负”，取消实践中存在的办案定指标的做法。

破案率是多年以来公安机关衡量刑侦工作的一项主要指标，破案率往往直接与刑警的奖励、晋级、提拔挂钩。因此，追求较高的破案率，必然给侦查人员增添沉重的工作负担，有的侦查人员为了完成任务，急于求成，容易出现刑讯逼供现象。因此，让审讯工作与刑侦的高破案率“脱钩”，不失为有效地遏止刑讯逼供现象的一副“良药”。

破案应当实事求是，不能简单地规定期限、制定指标。当然，办案应当有压力，但这种压力应当是一种责任感和使命感。不是不切实际的简单指标、期限的压力。[18]

2、注重办案效率。

树立质量第一理念，严格把握证据关、事实关、适用法律关坚持办案质量优先的原则，正确处理执法过程中公正与效率的关系、质量与数量的关系、质量与目标考核的关系，决不能为了提高效率、增加数量、为完成目标考核而牺牲公正，禁止办粗放案、勉强案、“霸王”案；树立全面、客观、公正的证据理念，注重证据的全面性、真实性、关联性、合法性，始终坚持重调查研究、重证据不轻信口供的原则，坚决纠正过分看重和依赖口供的倾向，坚决克服证据收集、审查、使用中的各种片面性、主观性、偏向性。

（六）树立人权意识，提高人权观念

2004 年我国《宪法修正案》“尊重和保护人权”宪法原则的确立，在此背景下深化对“尊重和保护人权”在刑事诉讼中的认识更具有积极的现实意义。[19]我国的人权保障已上升至宪法层面，在刑事法律制度中也有相关规定，问题的关键在于如何贯彻执行。笔者认为，首先，要对现有的制度加强宣传，牢固树立无罪推定和重证据不轻信口供思想，培养侦查人员的人权意识。其次，要加强群众的人权观念，以期全面确立尊重保障人权的理念。

五、结语

我国是一个社会主义法治国家，真不应该出现刑讯逼供现象，但是刑讯逼供现象确确实实在我国存在并且造成了严重的后果。禁绝刑讯逼供是时代的呼唤，是法制文明的要求，也将是我国建设现代化法治国家的重要标志。彻底根绝刑讯逼供，真正实现高效率的司法公正，尚须一代人甚至几代人坚持不懈的努力，我国还有很长的路要走。本文所提到的这些措施对提高犯罪嫌疑人、被告人的人权保障来说是十分重要的，这也是社会主义和谐社会，即一个民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会所提倡和张扬的。

参考文献

1、陈光中、江伟《诉讼法论丛（第三卷）》法律出版社，1999 年版，83 页。

2、井力涛《刑讯逼供问题研究》载《哲理》 2010 年第 12 期。

3、朱斌《刑讯逼供的动态证明责任和相对证明标准》载《刑事法专论》 福建法学 2010 年第 2 期。

4、孟君 臧益廷《试论刑讯逼供的成因及对策》载《哲理》 2010 年第 12 期。

5、包斯琴《论刑讯逼供产生的原因及对策内蒙古师范大学学报》（哲学社会科学版） 2010 年 3 月第 39 卷第 2 期。

6、7、贺敏《论如何有效遏制刑讯逼供》载《黔西南民族师范高等专科学校学报》2006 年 6 月第 2 期。

8、张大奎《叶县冤案始末》载《律师与法制》1998 第 9 期。

9、武晓黎《试论"刑讯逼供"》载《河北工程大学学报（社会科学版）》2007 年 6 月第 24 卷第 2 期。

10、贺敏《论如何有效遏制刑讯逼供》载《黔西南民族师范高等专科学校学报》2006 年 6 月第 2 期。

11、李新权，刘堂亮《论遏制刑讯逼供的程序法律对策》载《辽宁商务职业学院学报》（社会科学版） 2004 年第 3 期 总 64 期。

12、包斯琴《论刑讯逼供产生的原因及对策》载《内蒙古师范大学学报》（哲学社会科学版）2010 年 3 月第 39 卷第 2 期。

13、李春谋《遏制刑讯逼供，保障犯罪嫌疑人的合法权利》载《吉林公安高等专科学校学报》2010 年第 2 期。

14、张峰《刑讯逼供的法律规制》载《铁道警官高等专科学校学报》2005 年第 4 期第 15 卷。

15、王明英《遏制刑讯逼供的对策》载《焦作大学学报》2006 年 7 月第 3 期。

16、赵幼鸣、张维 、李强《刑讯逼供原因的解读》载《湖南公安高等专科学校学报》2005 年 4 月第 17 卷第 2 期。

17、张志英《遏制刑讯逼供之对策探讨》载《郑州航空工业管理学院学报》（社会科学版）2008 年 8 月第 27 卷第 4 期。

18、王明英《遏制刑讯逼供的思考》载《焦作大学学报》2006 年 7 月第 3 期。

19、刘建华《遏制刑讯逼供，弘扬保障人权》载《检察前沿》2007 年第 9 期。

民事诉讼举证相关问题探讨

安徽黄淮律师事务所　张劲松

摘　要：本文拟从《民事诉讼证据规定》中存在的若干问题中列出举证责任分配、举证时限与证据失权等问题。并就这些存在的问题逐一提出了完善对策。目的是在司法实践中，使每一位律师及当事人都能熟练掌握《民事诉讼证据的若干规定》的理解与适用，确保司法公正，维护当事人合法权益。

关键词：民事诉讼证据　举证责任分配　举证时限　证据失权

一、实务中民事诉讼举证存在的问题

（一）举证责任分配方面的问题

民事诉讼中举证责任的分配，是指举证责任在诉讼主体之间的合理分配，即举证责任在原告、被告及第三人之间的合理配置。举证责任的分配所要解决的问题首先是谁应就何种事实负举证责任，以及在争议的案件事实处于真伪不明的状态时谁应当承受不利的诉讼后果。在民事诉讼理论领域，举证责任的分配是民事举证责任制度的核心内容，被认为是“民事诉讼上的脊梁”；在司法实践中举证责任问题是每一个民事案件都会遇到的问题，而个案举证责任的分配又错综复杂、情况各异。关于举证责任的分配最初由《民诉法》第 64 条作出规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供 证据。”这一规定是民事诉讼中当事人举证责任分配的一般原则，即“谁主张，谁举证”。此规定的含义为民事诉讼中的当事人如果提出事实，就要提供证据，否则，其提出的事实将有可能不被法官所认定，自己的主张得不到证明，有可能败诉的后果。最高法关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见第 74 条规定了侵权诉讼中举证责任倒置的 6 种情形.此条规定，只规定由被告承担举证责任，但被告如何举证举什么样的证据证明什么问题没有作出详细规定，实践中难以操作。2001 年 12 月 6 日最高法《关于民事诉讼证据的若干规定》第四条规定了侵权诉讼中举证责任的八种情形。该证据规定比关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见第 74 条列举的 6 种情形增加 2 种情形。而且对举证倒置的各项情形由谁来举证、举什么证，证明什么问题作了较为详细的规定，司法实践中更具操作性。且《民事诉讼证据规定》第五条、第六条对合同纠纷和劳动争议纠纷案件也作出了举证分配。但任何举证责任分配原则都难以尽善尽美，由于民事举证责任的分配是一个极为重要的法律问题，不同的分配方式可能会引起截然不同的诉讼结果，司法实践中，举证责任分配存在的问题在于：对具体案件中当事人举证责任的分配，除《民事诉讼证据规定》对举证责任分配有明确规定以及当事人对事实的自认和事实免证外，应当按照《民诉法》第 64 条“当事人对自己提出的主张，有责任提供 证据的规定执行。然而，该规定过于笼统，可操作性差，增加了律师和当事人在司法实践中的难度。为了弥补缺陷，《民事诉讼证据规定》第七条规定：“在法律没有具体规定，依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，结合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。”这一规定赋予了法官举证责任的分配权，问题在于民事诉讼中，法官的举证责任分配权应于何时作出？法官能否在上述法律、法规、司法解释以外，作出举证责任倒置的分配决定？法官对证据采用什么方式进行分配等没有作出明确规定。

（二）举证时限与证据失权的问题

举证时限制度，是规定负有举证责任的当事人必须在法律规定或法院指定的期限内提出证明其主张的相应证据，逾期不举证则应承担证据失效法律后果的一项民事诉讼期间制度。证据失权是指当事人丧失提出证据的权利,实质是丧失证明权。《民诉法》采取“证据随时提出主义”，当事人在人民法院审理的各个阶段，均可提出证据。而《民事诉讼证据规定》确定了“举证时限制度”，举限期限可以由当事人协商或由人民法院指定；当事人在举证期限内不向人民法院提交证据材料，视为放弃举证权利。当事人在举证期限内提交证据材料确有困难的，应当在举证期限内向人民法院申请延期举证，由人民法院决定是否准许。《民事诉讼证据规定》中关于举证期限的规定，旨在克服“以证据随时提出主义”存在的弊端，加强法院对民事诉讼制度的管理，提高审判效率。《民事诉讼证据规定》第 34 条规定“对当事人逾期提交的证据材料，人民法院审理时不组织质证，但对方当事人同意质证的除外。”司法实践中存在的问题在于：对于当事人逾期提交的证据材料，人民法院审理时即使该证据不审理可能导致错误裁判或裁判明显不公，同样不组织质证。法官如果认为需要质证，唯一的方式是取得对方当事人的同意，而对方当事人对逾期提供的证据材料，由于利益上的对立，一般都不会同意。《民事诉讼证据规定》第 47 条规定：“证据应当在法庭上出示，由当事人质证。未经质证的证据，不能作为认定案件事实的依据。”该规定第 43 条又规定：“当事人举证期限届满后提供的证据不是新的证据的，人民法院不予采纳。当事人经人民法庭准许延期举证，但因客观原因未能在准许的期限内提供，且不审理该证据可能导致裁判明显不公的，其提供的证据可视为新证据。”从审判实践来看，当事人的法律意识低，对证据失权的不了解，一般都未申请延期举证，由于在举证期限届满后提交的证据不属于新的证据，人民法院不予采纳，也不组织质证。即使证据对案件的处理结果导致错误裁判或明显不公，一审对此证据也不能采信，不能在判决中认定，只能因为证据失权的程序问题而违背客观事实地作出实体上的错误裁判。证据失权的后果是极为严重的，由于我国公民的法律意识普遍较低，往往无法正确理解某一证据的作用及证据不在举证期限内提交所产生证据失权的严重后果，如果严格依照《民事诉讼证据规定》来处理，必然会出现许多与客观事实不符的错误裁判。无法实现公正司法的基本要求。这一已正经在司法实践中成为一个突出的问题。

二、民事诉讼举证问题的完善对策

（一）慎重行使举证责任承担的分配权

法官在行使举证责任承担的分配权时应当慎重。至于何时作出举证责任承担的分配，有的法官主张在诉讼中，收集到必要的证据后才能进行，理由是：立案庭仅根据原告提交的诉状和初步的证据材料立案，仅从形式上审查符合立案条件，确定的案由不一定准确。在这一阶段，不一定需要法官对举证责任作分配。而在诉讼进行中；双方当事人都提交了一定的证据材料，法官能够归纳出准确的案由，此时的举证责任确需法官自由分配时才进行。而笔者主张，采用《举证通知书》的形式作出初步的分配。立案法官在填发举证通知时，根据诉状及原告提供的证据材料，结合自己的审判工作经验确定案件性质。案由确定后，接着对原、被告双方的举证责任承担作出分配。并列明在《举证通知书》里，对当事人各方应举出的哪些方面的证据材料全部列明。举证责任倒置责任承担的分配，笔者认为，法官不能随意作出，应按法律、司法解释执行。但是，社会生活是千变万化的，新的法律关系不断出现。对出现的新案由，如有必要倒置举证责任的，消极地等待法律、司法解释作出规定才执行，显然不适应社会经济发展的需要。笔者主张以积极的态度对待，出现新类型案件需要法官确定如何分配举证责任时，情形由合议庭讨论后，由院长提

交审委会讨论决定，审委会不能决定的，可请示上一级法院指导，充分发挥集体智慧，避免遗漏举证事项，影响案件的审判质量和效率。

（二）对逾期提交的证据材料赋予法官灵活决定权

实践中有一定比例的民事案件不实行庭前交换，对当事人未申请延期举证，举证期限逾期后提交的证据材料，如按《民事诉讼证据规定》不组织质证，进而对决定案件胜败的证据材料该采的不予采信，一审法院只能作出错误判决。当事人在二审、再审程序中提交在一审中不组织质证的证据材料，导致改判或发回重审的，不视为错判。带来不少的负面影响，降低了公正司法的形象。另一方面，这样的判决， 当事人永远不服，不上诉也会不断地申诉，导致当事人诉累，浪费当事人的人力、物力、财力，也浪费法院有限的审判资源。笔者认为，对逾期提交的证据材料，如果凭借法官审查判决，不组织质证不会导致错判的，按《民事诉讼证据规定》作为证据失权处理。给逾期举证的当事人承担证据失权的后果。如果凭法官审查判断认为该证 据事关本案的胜败，不质证，可能导致错判的，则不能掉以轻心，必须慎重审查。为了使该证据能在庭上质证，人民法院应在庭审中不失时机地对当事人的举证进行指导，行使好释明权，将该重要证据认定为“ 新的证据”, 以此作为关键证据在程序上失权的救济。维护客观事实和当事人的实体权利，依照《民事诉讼证据规定》第 41 条第（一）款、第 43 条、第 45 条规定通知对方当事人在合理的期限内 答辩、举证和庭上组织质证。确保案件的裁判质量和效率。既依法又能取得更好的社会效果。

（三）应建立相应的法律制度来配套运作

一是应建立当事人互动式的诉讼答辩程序。这是与举证时限制度相匹配的环节，通过诉答程序固定当事人的诉讼请求，可以使当事人的争点明确。二是完善庭前准备程序，尤其是完善证据交换制度。三是完善当事人调查收集证据的程序保障机制，扩大当事人调查收集证据的权利，法院按照法定条件，对当事人实现调查收集证据提供程序上的支持。同时完善证人作证制度，规定证人不履行作证义务应承担一定的法律责任。四是加 强律师队伍建设，提高律师的整体素质，为当事人提供充分的法律帮助。五是完善证据保全制度。六是法官应适时行使释明权，对关于证据失权和“新的证据”的规定向当事人充分释明。

参考文献

1、江伟、孙邦清《对我国举证时限制度确定的反思》;
2、张卫平主编《民事证据制度研究》;
3、毕玉谦《民事证据原理与实务研究》。

浅谈儿童性侵害现状、制度保护

安徽徽商律师事务所 范 珣

摘 要： 儿童遭受性侵害的事件见诸报端，性侵行为长期存在的，有的甚至潜伏十几年，这样的恶劣行为带给儿童的深远而无法消失的伤害。笔者结合承办的案件就目前我国儿童性侵害案件的特点进行归纳，并借鉴国外的立法规定，努力推动立法机关从制度上保护儿童免受性侵伤害。

关键词：儿童 性侵害 立法研究

一、我国儿童遭受性侵害的现状

香港《预防儿童性侵犯训练手册》对儿童性侵犯给出了定义：儿童性侵犯是指为满足侵犯者性欲或其他目的，而透过暴力、欺骗、物质引诱、讨好或其他办法，引诱儿童进行性活动。这包括有身体接触和没有身体接触的性侵犯：有身体接触的儿童性侵犯，如非礼、强奸、乱伦、引诱儿童触摸侵犯者的私人部位、触摸儿童的私人部位；没有身体接触的儿童性侵犯，如强迫儿童看色情电影、录像带，用猥亵言语挑逗儿童，吩咐儿童露体，向儿童露体和拍摄儿童裸体照片等。儿童性侵害，是一个世界性的问题，也是首届世界性健康大会（第 18 届世界性学大会）讨论的重点。东西方性学研究所邓明昱博士和他的中国学生丁力等，于 2006 年对中美青少年在儿童时期遭遇性侵害的情况进行了调查和研究。他们对 200 名中国青少年和 180 名美国华裔青少年进行问卷调查。调查结果显示：19.3%的中国青少年在 12 岁以前有一次或多次遭遇性侵害：言语性骚扰 12.5%，抚摸或亲吻乳头和臀部 11.2%，抚摸或亲吻性器官 9.8%，他人暴露性器官 7.2%，企图性交（强奸未遂）3.6%，强奸 2.5%。33.2%的美国华裔青少年在 12 岁以前有一次或多次遭遇性侵害：言语性骚扰 31.4%，抚摸或亲吻乳头和臀部 27.6%，抚摸或亲吻性器官 25.2%，他人暴露性器官 22.7%，企图性交（强奸未遂）8.4%，强奸 6.3%。在国内，还没有关于儿童性侵害案件的权威统计，但媒体不时公开的案件却不少见。

自我代理本起校长强奸、猥亵儿童案后，不知道是不是巧合，今年 5 月 8 日，“海南万宁”事件被曝光，随后全国各地儿童性侵害案件呈“井喷式”爆发，我代理的本起案件随之被媒体高度关注，因为之前案件也被我们省内一些媒体采访曝光，在案件发生地——潜山县也引起了很大反响。随着全国媒体人的关注，我们的案件也发生了很大变化，当然这些变化对我的当事人来说是好的，是激励人心的。儿童性侵害案件是普遍、长期存在的，不只是被曝光才发生的。从媒体报导的案件来看，性侵行为是长期存在的，有的甚至能潜伏十几年，这样的恶劣行为对儿童的伤害将是深远而无法消失的。

二、我国儿童性侵害案件特点

（一）儿童性侵案呈上升趋势。根据人民网从北京市多个法院获悉，朝阳法院 2007 年 1 月至 2012 年 12 月共审结猥亵儿童案件 47 件，2007 年为 3 件，占侵犯公民人身、民主权利案件比例为 4.1%，而到了 2012 年这个比例升为 14.5%。10 岁以下儿童受猥亵侵害几率明显较高，占 80.9%。其中最小的被害人仅 3 岁。两成被害人受 2 次以上侵害。丰台法院从 2009 年至 2011 年，该院共审理 28 件案件涉及被害人 42 名，虽然年龄都集中在 10-13 岁之间，但 3-5 岁的儿童也多

达 8 名。

（二）儿童熟识的人要比儿童不熟识的人对儿童实施性侵害的比例要高。根据北京青少年法律援助与研究中心分析的 138 个媒体报道的案件中，有 96 件是熟人作案。这些熟人中，其中三类人最容易对儿童实施性侵害：邻居或同村的人；教师或校长；儿童的生父、养父、继父或者其他近亲属。

（三）农村学校、留守儿童发生性侵害比率高。近期频繁被曝光的儿童性侵案件有很多都是发生农村学校，受侵害的儿童有很多是留守儿童。据一些办案机关统计，55%的被侵害人是留守儿童。我所代理的潜山案件就是典型的代表，本案发生在潜山县一个小山村里，学校只有两老师，案发后，学校只剩下一位老师和三名学生。小山村闭塞的信息传播途径和村民的无意识，给学校老师长期强奸猥亵儿童提供了违法的温床，本案杨姓老师强奸猥亵儿童长达 12 年之久，有多少无辜的孩子受到了终生的伤害，他恶劣的违法行为在他进行了 12 年之后才被家长知晓，孩子的伤害才被提及，这样迟来的“惩罚”到底能带给受伤害的孩子多少公平与公正？

（四）公职人员实施性侵害行为比例高。根据北京青少年法律援助中心与媒体发起的“儿童性侵害调查”，对近年来公开报道的儿童性侵案件进行梳理。调查中受害者的年龄界定在 14 周岁以下，案发时间界定为 2005 年至今，案例来源于近年来公开报道。结果显示，性侵案中 8 成为熟人作案，其中公职人员占 45%，年龄超 43 岁者近 7 成，施暴者的双重人格现象严重。在公职人员参与的性侵害案件中，教师性侵害案件多发让人痛心。施害者的身份包括校长和普通老师，受害者的身份包括幼儿园学生、小学生、初中生和高中生。今年 5 月至 6 月被频繁报道的儿童性侵案件中，施害者近 70%是学校老师或校长。

三、国外关于儿童性侵的立法规定

（一）美国：罪犯信息公布上网，公共场所严禁接近儿童

1996 年 5 月 17 日，克林顿总统签署了“梅根”法案，随后该法案在美国各州普及开来。“梅根”法案规定，为避免有犯罪前科者出狱后继续危害社会，警方会录取强奸犯的指纹、气味和 DNA 等资料，并永远存档保留。强奸犯出狱后，他所在社区的警方还会将其照片、住址、外貌特征等个人信息放到网上以供读取，提醒公众留意防范。2004 年，《梅根法案》又有了进一步的发展：性侵儿童的罪犯，假释期间须佩戴手腕警告标志与电子追踪器。若一个人曾经犯案两次以上，出狱后还必须每 3 个月前往警方接受一次问询，甚至胡须、发型等体貌特征有所改变时，也必须及时向警方报告。在美国，虽然各州对强奸或猥亵未成年人的量刑不同，但都将其视为重罪。多个州法律规定，只要与 14 岁以下的儿童发生性关系，无论是否出于自愿，一律按强奸罪处理。有五个州允许对强奸幼童者判处死刑。

（二）日本禁与未成年人发生性关系

在日本，援助交际常常导致性犯罪。为此，日本早在 1999 年设立了儿童买春及儿童色情处罚法，规定如果通过金钱让未满 18 岁的儿童提供性交或者性服务就被看成是“儿童买春”行为。与未满 18 岁的儿童进行性交或者猥亵行为时，无论有金钱往来与否都要受到处罚。

（三）德国允许性犯罪者自愿选择是否“化学阉割”

在惩治强奸儿童犯上，德国恐怕是欧洲最为严格的。与美国相同，与年龄在 14 岁以下未成年人发生性行为一概视为强奸。心理学家研究证明，很多犯有强奸罪的罪犯在被释放后都没有真正改过自新，还会第二次、第三次走上同样的犯罪道路。单靠刑罚，难以阻挡犯罪。有鉴于此，

德国允许性犯罪者自愿选择是否通过外科手术进行“化学阉割”。所谓化学阉割主要是指通过注射雌性激素和抗抑郁药物，降低性冲动。作为减刑假释条件，对恋童癖罪犯实施药物治疗。

（四）英国、瑞士专门针对儿童进行防止性侵害教育

很多国家的儿童性教育不仅仅讲述男孩女孩青春期身体和心理的变化，还着重普及预防保护教育，并将其纳入教育计划中。这方面的教育主要是应付性骚扰的对策和技巧以及在危急关头如何自救或寻求帮助。英国把性教育排进课程表，根据“国家必修科学课程”的具体规定来进行教育。儿童从5岁开始，就在学校接受有关防止性侵犯的课程。该课程将向学生解释身体的哪些部分属于私处，大人摸不得。瑞士儿童保护协会也发起过一项小学生防止性侵害宣传教育活动。主要以交互式展览的形式向小学生说明什么是性侵害，与异性接触应该掌握的分寸等问题，同时让他们知道在遭受性侵害的时候应该怎样求助。

四、我国现行立法对儿童性侵害保护不足及完善

（一）立法不足

我国立法没有界定性侵害的概念，只是在刑法中规定了每种性侵害犯罪的概念以及刑罚。2007年6月1日实施的新《未成年人保护法》首次明确提到了禁止对未成年人实施性侵害。该法第四十一条规定：“禁止拐卖、绑架、虐待未成年人，禁止对未成年人实施性侵害。禁止胁迫、诱骗、利用未成年人乞讨或者组织未成年人进行有害其身心健康的表演等活动。”但作为一部未成年人保护的原则法，该法没有对性侵害作出具体规定。[1]我国男童受害存法律空白，按照我国法律规定，强奸罪被害主体必须是女性，男童被性侵只能以“猥亵儿童罪”或“故意伤害罪”起诉，处罚力度大大降低。

（二）法律制度应不断健全完善

作为专业律师，看到很多儿童遭受侵害而无法从法律上帮助他们，很是痛心。我们应该从个案做起，努力推动立法机关从制度上保护儿童免受性侵伤害。从律师工作角度来看，关于儿童性侵保护立法应从以下几个方面进行完善：首先，完善家庭、学校保护制度，将儿童性侵内容融入保护制度设置中。《未成年人保护法》中家庭、学校保护章节没有关于儿童性教育的内容。我国传统的家庭教育根本没有意识到儿童性教育的重要性，父母永远将性教育作为难以启齿的话题，从来不触及，更谈不上科学的教授孩子性知识。我所代理的这起案件，也是完全印证了这个问题，受到侵害的儿童曾经在父母面前提到过自己受到伤害，但是完全被家长忽视，甚至被家长制止述说，从而导致儿童长期处于被伤害的境地。学校保护制度中也没有完全融入儿童性侵内容，比如：《未成年人保护法》和《民法通则》及相关司法解释规定了校园伤害的责任承担制度，但是学校并未足够重视校园性侵问题，校舍不安全、教师行业准入制度缺陷以及处罚措施不完善等问题，导致校园性侵案件频繁发生。其次，对于儿童遭受性侵害的案件，《刑事诉讼法》在修改时，应该有所突破，要求公安机关接到举报后，先立案收集证据，而不是等着当事人提供证据后再立案。[2]办案机关在证据收集方面也应足够重视受侵害儿童的证人证言，最大限度保护儿童的合法权益。第三，加大儿童性侵施害者的处罚力度。“海南万宁事件”发生后，最高人民法院做出重要批示：坚持最低限度的容忍、最高限度的保护，该重判的坚决依法重判。第四，建议政府部门成立专门的未成年人保护机构，加强未保工作立体全面保护，加强监督力度。从现行立法中可以看到，未保工作都是多头管理，很多部门都有涉及到未保工作，而没有统一的专门未保机构，造成多方面管理却多方面都不管理的状态。政府应该成立专门的机构，专门负责未保工作，综合处理涉及

的未保工作。比如：合肥市包河区人民检察院就设置了未检科，合肥市大部分未成年人案件在包河区人民检察院审查起诉，不仅节约了司法资源，也大大提高了检察院的专业素质。第五，办案律师应增强专业技能。儿童性侵案具有独特性，要求律师办案过程中不同于普通的成年人案件处理方式。2010 年，全国律师协会制定了律师办理未成年人遭受性侵害案件指导意见手册，手册强调律师在办案过程中对未成年人的全面保护，体现为手册界定的性侵害范围广，诉讼过程延伸至立案和立案前的咨询阶段，尽量提供包括争取赔偿、介绍心理咨询和辅导、帮助脱离侵害环境等综合帮助。但是目前，本手册的运用范围不大，大多数律师不知道有这样的指导意见，应该大力普及手册的使用范围。

综上，作为潜山校长性侵案的承办律师，对于我国儿童性侵案件现存的很多问题进行了上述几点分析。我们不是希望要把儿童置于风口浪尖上，我们更多的希望通过有效的信息公开，督促政府部门推进司法改革，将儿童利益保护最大化原则切实贯彻在法律、法规、政策中，逐步完善儿童保护立法体系。

参考文献

1、摘自《律师办理未成年人遭受性侵案件指导意见》；

2、佟丽华、张文娟 《中国儿童遭受暴力侵害的现状、法律保护困境和对策研究》。

浅析电子数据证据

安徽华冶律师事务所　张有旺 李璐璐

摘　要：在我国，随着计算机技术的迅猛发展和网络应用的飞速延伸，司法实践中涉及电子数据证据的案件越来越多，电子数据证据也扮演着越来越重要的角色。为解决电子数据证据问题在我国立法和司法实践中的长期困扰，我国《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》都已确立电子数据证据作为一种独立证据的法律地位，但对电子数据证据的具体适用还没有出台相应的规定。本文拟从电子数据证据的概念和特征、取证以及审查判断三个方面对电子数据证据进行简要分析，以探讨如何适用电子数据证据。

关键词：电子数据　特征　取证　审查判断

一、电子数据证据的概念和特征

电子数据证据是指能够证明案件真实情况的，以数字信号、模拟信号为表现形式，借助电子、磁性物、光学设备或其他类似设备生成、发送、接收、存储的信息。电子数据证据主要有以下五个特征：

1、依赖性。电子数据证据的依赖性是指电子数据证据必须依赖于一定的设备才能产生、存储、复制、转移、读取等等。而传统证据则不然，以传统的书证、物证来说，这些证据形式依靠一定的自然或者人工的材料得以存在，可以直接读取其中包含的内容。但是电子数据证据的产生、存储、复制、转移、读取则不能直接进行，它必须依赖于特定的系统并通过相应的程序解码，使用打印、屏显、运行等方式将其显现出来，才能使人们获知其内容。

2、易被改变性。从本质上来说，所有的电子数据，包括声音、图像、符号等，都以“0”和“1”两个数字组成的一系列二进制代码储存在各种介质上，这些“0”和“1”数字在其存在的介质上表现为光学材料中光信号的变化或磁性材料中磁向的变化等。而这些光信号或磁向的变化很容易改变，就具体操作而言，一个简短的指令就可在极短的时间内对电子数据进行修改、删除、转移。而且供电系统或网络通信的故障，强磁、高温、高湿度等外部环境的影响，也极易导致电子数据的改变。

3、信息与载体的可分离性。电子数据证据是以数字或模拟信号的形式存储在各种电子介质如芯片、软盘、硬盘、光盘、磁带、移动存储设备等载体之上的，这与传统证据的存储方式有很大的区别。传统书证、物证、证人证言都与其载体密不可分，但是电子数据证据所载的信息并不必然与特定的载体相连，不同的磁盘、光盘、磁带完全可以复制转载同一内容的电子信息。电子信息可以从一个载体转换到另一个载体，而内容却不发生任何变化，还可以通过网络传给远方的一个或多个接收者[1]。

4、外在形式多样性。电子数据在计算机内部的存在形式是简单电磁形式的，但其外在表现输出形式却是多种多样的，它可以输出在计算机屏幕上成为图像、动画等视频形式，输出在打印纸上成为传统纸介文件，输出在音箱中成为音频信息，输出在缩微胶卷上成为视听资料，计算机程序的执行操作更是以不同的动作指令为表现形式，这都显示了它的外在形式多样性。多媒体技术的出现，更使电子证据综合了文本、图形、图像、动画、音频及视频等多种媒体信息，使得证据外在形式复杂多样。

5、可挽救性。电子数据证据的产生、保存和删除的操作就是对介质进行电、磁、光学处理，产生痕迹的过程。在某些情况下，计算机可以按照例行程序或特定软件追踪和挽救一些信息。而通过模拟信号表现的证据同样可以通过技术手段检测痕迹，恢复被删除、修改的文件。即使将“回收站”清空，文件也实质上并未从硬盘上删除，删除的只是指向文件物理地址的逻辑指针，而不是实际删除程序和文件[2]。

二、电子数据证据的取证

（一）取证原则

1、及时性原则。及时性原则就是当获取相关涉案信息时，应尽快赶赴相关地点，及时采取保护措施，并立即着手对现场进行处置。一旦错过时机，证据可能就不复存在。

2、全面性原则。全面性原则就是既要收集电子数据证据，也要收集与系统稳定性及软件使用等情况的证明；既收集存在于计算机软硬件上电子数据证据，也收集其他相关外围设备中的电子数据证据；既收集文本，也收集图形、图像、动画、音频、视频等媒体信息；既收集对当事人有利的证据，也收集对其不利的证据；既收集已发现的证据，也收集磁盘中已被删除但可恢复的文件。

3、利用专门技术工具取证原则。因为电子数据证据的真实性很大程度上取决于所依赖系统的质量和性能等方面的因素，只有借助于高灵敏度、高性能、高质量的技术设备，才能获得高度真实的电子数据证据。为了保证电子数据证据的证明力，在收集电子数据证据时应使用专门的技术工具，使电子数据证据能够准确储存并反映有关案件真实情况。

（二）取证程序

首先，在收集电子数据证据时，应当获得相关机构或当事人的授权或许可。在刑事诉讼中，对电子数据证据采取搜查、扣押、动态截获等措施时，往往会涉及公民隐私权或商业秘密权，所以各国一般采取令状原则，即侦查机关只能依据法官签发的令状实施搜查、扣押，对此，我国刑事诉讼法就技术侦查措施也规定了类似的措施从程序上予以制约。对于动态截获网络中传输的信息，有两种情况，一是经信息发送人或者接受人同意而截取信息；二是未经信息发送人或者接受人同意而截取信息。在立法上，对于前者可规定由侦查机关自行进行；对于后者，则应当规定须经有决定权的机关批准，以防止侵犯公民权利[3]。在民事诉讼中，当事人收集电子数据证据时，一般也应当获得证据持有人或保管人的许可。

其次，收集电子数据证据时，应当对电子数据证据的各个载体作详细的标签，标明有关电子数据证据的详细信息，并要记录对电子数据证据进行的各种操作，最终形成完整的证据保管链，以防止电子数据证据在收集及保管过程中被篡改。证据标签的内容包括:信息来源（地点和持有人）；信息是否需要许可才能调查；信息的描述如果证据是存储设备，还包括设备中包含的信息；获得信息（证据）的时间和日期；最早接收证据的人员的姓名和签字；与证据相关的案件及标签号码[4]。在以证据保管链方式保存搜集的电子证据时，任何未经授权的人都不能接近它。对获得的每一个证据都必须有一个完整的保管链记录，保管链要求从证据搜集的那一刻到它出现在审判过程的那一刻都可以从记录中找到它的位置。只要相关人员想查看证据，就必须进行出库登记，当电子数据证据被再次送回来保存时，必须进行入库登记[5]。通过对电子数据证据的收集和保管过程采取严格的程序控制措施，可以保证电子数据证据的完整性和真实性没有发生改变，从而确保电子数据证据的证明力和证明能力。

最后，规定科学的方法和措施来保全电子数据证据。对重要电磁介质及数据档案必须按科学

方法保全，避免由于疏忽大意的行为造成电磁介质数据丢失而破坏重要线索和证据。运送计算机硬盘和其他存储装置时要格外小心。由于静电释放的潜在威胁，运送这类物品不应使用塑料包装[6]，同时此类证据要注意防潮、防热、防磁和防冷。特别是使用安装了无线电通讯设备的交通工具运送电子数据证据时，一定要关掉车上的无线设备，以免其工作时产生的电磁场破坏计算机及软盘、磁带等存储的数据。

（三）取证方法[7]

1、打印。对于可以直观或直接反映或证明案件事实的电子数据证据，可以直接将有关内容打印在纸张上的方式进行取证。打印后，可以按照提取书证的方法予以保管、固定，并注明电子数据证据打印的时间、数据信息在计算机中的位置（如存放于那个文件夹中等）或来源、取证人员等。

2、拷贝。将作为电子数据证据的电子文件，通过拷贝复制到U盘、移动硬盘或光盘中的方式。取证人员应当检验所准备的U盘，移动硬盘或光盘，确认没有病毒感染。拷贝之后，应当及时检查拷贝的质量，防止因保存方式不当等原因而导致的拷贝不成功或感染病毒等。取证后，注明提取的时间并封闭。

3、拍照、摄像。对于具备视听资料特征的电子数据证据，可以采用拍照、摄像的方法进行证据的提取和固定，以便全面、充分地反映证据的证明作用。此外，在电子数据证据取证过程中，对取证全程进行拍照、摄像，也可以增强被固定采集的电子数据证据的真实性。

4、制作司法文书。由执法机关对电子数据证据制作相应的检查笔录和鉴定。检查笔录是指对于取证证据种类、方式、过程、内容等在取证中的全部情况进行的记录。鉴定是专业人员就取证中的专门问题进行的认定，也是一种固定证据的方式。

5、查封、扣押。申请执法机关对于涉及案件的电子数据证据的载体进行采取查封、扣押，将有关载体置于执法机关保管之下，之后再对该电子数据证据进行分析、解读。

6、公证。通过公证机构以证据保全公证的方式对有关电子数据证据进行公证，这是有效获取电子数据证据的便捷途径。

7、数据解析。对于不能直接或直观的证明案件事实的电子数据证据，在确保数据真实的情况下，运用特定的软件工具，对相关数据进行分析、转化，使得其可以直观的形态为人们所认知或了解。

8、恢复。大多数计算机系统都有自动生成备份数据和恢复数据、剩余数据的功能，因此当有关电子数据证据已经被修改、破坏的，可以通过对自动备份数据和已经被处理过的数据证据进行比较、恢复，获取电子数据证据，也可以使用一些专门的恢复性软件或专门设备来恢复、获取电子数据证据。

三、电子数据证据的审查判断

（一）审查判断的内容

对证据的审查，包括审查它的真实性、关联性、合法性。审查电子数据证据的关联性、合法性的方法与审查传统证据的方法差异不大，所以在这里仅分析一下如何审查判断电子数据证据的真实性。

1、审查电子数据证据的来源。主要是审查作为证据的数据电文是怎样形成的：例如数据电文是在正常业务中按常规程序自动生成还是人工录入的，自动生成数据电文的程序是否可靠，有没有非法干扰；由人工录入数据电文时，录入者是否按照严格的操作规程、采用可靠的操作方法

合法录入。另外，该电子数据证据所依赖的计算机系统或其他类似设备，在所有关键时刻是否处于正常运行状态，若关键时刻不处于正常运行状态，该事实是否影响电子数据记录的真实性；该电子数据证据是在正常业务中制作的还是为诉讼目的制作的，前者的可靠性要高于后者。

2、审查电子数据证据的收集。主要是审查收集的技术是否达到一定水平，操作是否恰当。由于电子数据的易变性，任何一个不恰当的操作，都会导致电子数据的丢失、改变或不可恢复的删除。有的电子数据浩如烟海，对其排列、组合、抽样时，要审查其方法是否客观、科学，因为不同的排列组合得出的结果可能完全不同。还要审查收集的设备是否符合要求，用低性能的计算机处理高性能的计算机才能处理的数据很有可能出现误差甚至错误。

3、审查电子数据证据的传送与接收。数据电文通常要经过网络的传递、输送，所以要考虑传递、接收数据电文时所用的技术手段或方法是否科学、可靠，传递数据电文的“中间人”如网络运营商等是否公正、独立，数据电文在传递过程中有无加密措施，数据电文的内容是否被改变等。

4、审查电子数据证据的存储。就是审查作为证据的数据电文是怎样存储的：如存储数据电文的方法是否科学，存储数据电文的介质是否可靠，存储数据电文者是否公正、独立，数据电文是由不利方储存的还是有利方储存的或是中立的第三方储存的，不利方储存的数据电文的可靠性最高，第三方储存的数据电文的可靠性次之，有利方储存的数据电文的可靠性最低。（存储数据电文时是否加密，所存储的数据电文是否被改动等等）。

（二）审查判断的方法

1、印证法

印证法是指将若干证据所分别证明的若干事实结合起来进行验证，以考察它们是否相互呼应、协调一致的方法。即把电子数据证据与案件中的其它证据结合起来考察，看是否矛盾，各自证明的结论是否一致，是否形成完整的证据链条，与案件发生的时间、地点等案件要素逻辑上是否统一。由于电子数据证据极易修改且了无痕迹，所以印证法是审查判断电子数据证据真伪的一种最有效的方法。

2、实验法

对于没有其它证据印证的电子数据证据来说，实验法是重要的方法。我们可以尝试用同样的设备、同样的方法对电子数据证据的生成、传递、存贮、保管等进行检查、验证，看其内容是否会发生变化，也可依此确定收集的技术、方法的科学性、可靠性，进而间接地确定内容的真实性。

3、鉴定法

对于进行实验会导致不可恢复的损害又无法与其它证据印证的电子数据证据，鉴定法是比较好的方法。电子数据证据大多是多方位的信息资料，能够反映案件发生的动态过程，作案人无论有多高的伪装和伪造手段，也不可能面面俱到，我们可以聘请有关技术人员对它鉴定，以确定其所反映的真实情况。

四、结语

我国有关于电子数据证据的立法才刚起步，对电子数据的具体适用没有相应规定，而且我国证据立法本身也不健全，但经济社会的快速发展又决定了电子数据证据在未来的司法程序中会占据越来越重要的位置。因此我国可以考虑逐步建确立专门的证据法，这不仅是完善电子数据证据相关制度的需要，也是我国规范证据适用的重要途径。

参考文献

1、冯惠玲《认识电子证据》,《档案通讯》, 1998 年第 2 期，第 43 页。

2、段海新《计算机取证———应急响应精要》, 人民邮电出版社 2003 版，第 362 页。

3、宋英辉《关于搜查、扣押电子资料的立法完善问题》,《证据学论坛》, 2004 年第 7 期，第 35 页。

4、汪青青《应急响应&计算机司法鉴定》, 清华大学出版社 2004 年版，第 167-168 页。

5、汪青青《应急响应&计算机司法鉴定》, 清华大学出版社 2004 年版，第 163 页。

6、蒋平《计算机犯罪的刑事对策探讨》,《江海学刊》, 1998 年第 5 期，第 27 页。

7、江苏省律师协会 ,《电子证据的固定采集与展示业务操作指引》, 2009 年 11 月 11 日印发。

8、陈志敏《电子数据证据问题探析》,《河南公安高等专科学校学报》, 2001 年第 4 期 。

9、赵春雨、张云泉《论电子证据的特点及其对取证的影响》,《黑龙江省政法管理干部学院学报》, 2006 年第 1 期。

浅析婚内侵权的相关问题

——婚内侵权赔偿制度探析

安徽纬纶律师事务所 石必亮

摘 要：在法律意识日渐普及的今天，人们的维权意识亦是与日俱增。其中，对于婚内侵权这一特殊的侵权，在我国的《婚姻法》和《侵权法》中一直缺失相关的法律规定，留有空白。很显然，这是不符合建设建立健全法治国家要求的。本文将结合现今司法实践和立法的缺失或不足，综合《民法通则》中的基本原则、《侵权法》和《婚姻法》的相关内容，对婚内侵权从规范基础、权利基础、制度基础以及构建后的执行障碍的解析等方面阐述该制度在我国构建应考虑和注意的相关问题。主要包括婚内侵权的基本内容、婚内侵权赔偿制度的建立和婚内侵权赔偿制度建立后执行难的解决方法探讨。

关键字：婚内侵权 损害赔偿制度 人格独立 夫妻权（配偶权）

夫妻在家庭舆论的观念里是一个整体，但是从法律上来说它既是一个生活的共同体，又是两个独立异性民事主体的结合。现行法律大多将这种生活共同体视为一个整体，关注的也主要是这个整体与外界的纠纷，而忽视了这个整体内部相互侵权——夫妻婚内侵权的现象，而这一立法的缺失，显然会导致司法、执法、与守法者在这一块陷入迷惘。面对影响日益加剧的“小三”、家庭暴力等婚内侵权案件的频频出现的现象，让我们不得不重新审视法律在这块的缺失，建立婚内侵权赔偿制度的必要。在此，笔者就婚内侵权的相关问题做一个浅析，以期有所助益。

一、婚内侵权的基本内容

（一）婚内侵权的含义

婚内侵权是指在婚姻关系存续期间，夫妻一方以作为或者不作为的方式违背了法律对夫妻整体互为配偶的权利和义务和夫妻双方作为独立的法律主体的权利和义务的规定，即主要规定为夫妻的人身权和财产权。

（二）婚内侵权的构成要件

婚内侵权的构成要件跟一般侵权的构成要件基本相同，主要包括：主体、客观的侵权行为、损害事实的发生、侵权行为和损害事实的发生之间存在因果关系、侵权人的主观过错。在这，对婚内侵权与一般侵权相同的构成要件不做分析，笔者想在侵权人主观过错方面谈谈对醉酒侵权这种特殊情形的主观定性的问题。

在婚内侵权中，其赔偿责任只能适用过错原则，并且主观上的故意是确定行为人承担民事责任的重要依据，这是由夫妻双方的人身性质所决定的，如果侵权方主观上无故意的过错，就不会对家庭的稳定性产生多大的影响。而在婚内侵权中，经常会出现醉酒后发生侵权行为的现象，醉酒后侵权在主观上是否构成主观的过错？在我国，民事侵权采用的是客观过错说，也就是说只要是在客观上没有尽到应尽的义务，做到必要的防范，并在客观上造成了一定的损害结果，在主观上则认定为有过错。而醉酒情况下发生的婚内侵权行为，虽然构成过错，但是到底是定性为主观故意的过错，还是过失的过错值得思虑。笔者首先将醉酒后侵权与醉酒驾驶做个比较，两者都是

受酒精影响，都造成了损害结果。但同时两者也有很大区别，醉驾后发生的事故在主观认定上大都为过失，如果在这里沿用《刑法》上对醉驾的主观定性，醉酒后发生的婚内侵权行为则不能由醉酒侵权方承担赔偿责任，显然是不公平的。随着《刑法修正案（八）》后醉驾入罪，就更重视醉酒行为有害性，《刑法》重在惩罚、预防不法行为，《民法》则是重在救济，醉酒行为是将自己处于醉酒状况，本身就有很大的过错，所以从救济的角度来审视由此之后发生的婚内侵权，应认定为主观过错已形成。

其次对于婚内侵权与一般侵权的区别——主体和客体的特殊性留待下文重点阐述。

（三）婚内侵权的特殊性

婚内侵权的特殊性主要体现为主体的特定性和客体的特定性两个方面。

主体具有特定性，只有具有合法婚姻关系的夫妻双方在婚姻关系存续期间发生的侵权才可能成为婚内侵权。在这一方面上要注意两点：其一是具有合法的婚姻关系，这是婚内侵权的前提。从时间上看，婚内侵权是发生在双方进行婚姻登记之日起至婚姻关系解除这段时间内，婚前、婚后以及同居时期内的侵权行为都不能构成婚内侵权。以 1994 年 2 月 1 日颁发的《婚姻登记管理条例》为分界线，在此之前，承认事实婚姻，即在事实婚姻发生期间内所发生的侵权行为，应纳入婚内侵权的范畴。而在 1994 年 2 月 1 日以后不承认事实婚姻的法律效力，即在此之后以婚姻登记为具有合法婚姻的标志。

客体具有特定性，婚内侵权的客体主要为人身权和财产权。其中人身权包括配偶作为一般民事主体的人身权和配偶基于婚姻关系而产生的人身权。前者包括生命权、健康权、身体权、名誉权、荣誉权等一般人身权，后者主要指配偶权。

在现实生活中，由于婚姻关系的建立，许多婚内侵权的案例不得不了了之，面对受害方遭受的不法待遇，法官也无所适从，没有具体法律的规定，让大多法律人士在这一块陷入了迷茫。例如下面这个案例：刘某（女）与何某（男）系夫妻，双方经常因琐事争吵，何某性情暴躁，经常动手殴打刘某。2011 年 7 月 3 日，双方又因琐事发生激烈争吵，何某顺手拿起板凳朝刘某砸去。经医院诊断，刘某头外伤，双眼挫伤，左肩、胸部等部位软组织损伤。2011 年 8 月 12 日，刘某经某某市司法鉴定所鉴定为伤残十级。2011 年 9 月 1 日，刘某将何某告上法庭，要求何某赔偿其医疗费、误工费、伤残赔偿金等各项损失合计 20453、6 元。对于该案，首先在是否受理上就存在争议：

第一种观点认为，我国《婚姻法》第 46 条，实施家庭暴力的，无过错方有权请求损害赔偿。根据<最高院关于适用《婚姻法》>第 29 条规定，在婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚而单独依据《婚姻法》第四十六条规定提起损害赔偿请求的，人民法院不予受理。

第二种观点认为，根据我国《民法通则》第 119 条的规定：“侵害公民身体造成伤害的，应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残废者生活补助费等费用；造成死亡的，并应当支付丧葬费、死者生前扶养的人必要的生活费等费用”这条适用于所有公民，并没有把夫妻排除在外。尽管婚内侵权有其特殊性，但是婚内侵权主体身份不应该成为人身侵权案件承担赔偿责任的障碍。故法院应当受理。

在上述案例中很明显已构成婚内侵权，但是由于我国在婚内侵权方面制度的缺乏，以至于让婚内侵权案件在应否受理问题上一直存在争议。如果受诉法院根据部门法优于一般法的原则，《婚姻法》优先使用，这类侵权案件就成了法治的“漏网之鱼”，也无疑加深了受害方起诉的顾虑和成本，阻碍了建立法治社会的步伐。由此，建立婚内侵权制度已刻不容缓。

二、婚内侵权制度的建立

婚内侵权包括离婚损害赔偿和婚内侵权损害赔偿两种。其中离婚损害赔偿，自我国 2001 年修改后的《婚姻法》增设了离婚损害赔偿制度，相关司法解释进一步完善了对离婚损害赔偿适用中的缺失和不足，至此，离婚损害赔偿制度已趋近完整，但对婚内侵权损害赔偿责任并没有通过立法确定下来，在这一块的立法上仍是空白。在这里本文所指的婚内侵权主要是婚内侵权损害赔偿，建立的亦是婚内侵权损害赔偿制度。

（一）婚内侵权制度建立的必要性

婚内侵权制度建立的必要性主要体现在三个方面：其一，根据我国《民法通则》中对独立民事主体的人身权利和财产权利的保护，每个民事主体的人身权和财产权不允许任何人非经法定程序伤害或剥夺，不论《民法通则》还是《婚姻法》并没有把具有夫妻关系的配偶间的侵权排除在外，而在《婚姻法》中始终都没有相对应这一块的具体立法，这显然与《民法通则》对个人权利保护的立法相矛盾；其二，婚内侵权赔偿制度的建立是社会发展的必然趋势。顺应我国建立健全法治的步伐，婚内侵权损害赔偿必不能一直留有空白；其三，其他国家和地区的相关法律规定，从国际立法来看，以立法来规定分别财产制作为法定财产制以保障婚内侵权损害赔偿制度，凡是不以分别财产制作为法定财产制的国家，大都规定有“非常财产制”来保障婚内侵权赔偿制度，即在不解除婚姻关系的前提下，在出现法定的婚内侵权事由时，暂时或永久地对原夫妻财产制类型进行强制变更，当上述事由消灭，可依法恢复原先适用的法定财产制。《法国民法典》、《德国民法典》我国台湾地区的《民法》都做了类似的规定。

（二）婚内侵权赔偿制度建立的可行性

婚内侵权赔偿制度建立的可行性体现在两个方面：

前提条件——夫妻双方的独立性

本文开篇已道明夫妻在法律上既是一个生活的共同体，又是两个独立异性民事主体的结合。夫妻双方分别作为独立的民事主体，又称为夫妻异体，夫妻结婚后，各自仍具有独立的人格，各自有人身权利，财产权利，承担各自的义务，夫妻地位平等，并且其独立的人身权和财产权都受法律的保护，这就为夫妻间民事责任的承担奠定了主体上的可能性，是建立婚内侵权赔偿制度的前提条件，也是婚内侵权赔偿制度的法律来源。

物质基础——个人财产制

为了适应时代变化的需要，我国于 2001 年对《婚姻法》进行了修改，不仅肯定了夫妻双方在婚姻关系存续期间的人格独立，而且特别承认了夫妻双方享有独立的财产权利。《婚姻法》第 17 条、18 条、19 条更是专门规定了夫妻法定财产制、约定财产制和个人特有财产制相结合的夫妻财产制度，使得夫妻双方可以根据法律规定或约定各自独立的财产。《婚姻法解释（一）》第 19 条彻底否定了婚前个人财产因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产的不恰当立法，使得受害方主张婚内侵权损害赔偿变得切实可行，为建立婚内侵权损害赔偿制度奠定了坚实的物质基础。

（三）婚内侵权赔偿制度建立的几点意见

第一，婚内侵权救济的限度要合理

要建立完善的婚内侵权赔偿制度，不仅仅要考虑在立法上的完整，更要考虑到建立出来的制度在司法上切实可行。这就要求我们首先做到合理救济，明确婚内侵权赔偿的程度。中国自古以来都崇尚“和”的思想，“家和万事兴”的理念更是传承至今。明确在什么样的程度内可以免责？而又在什么样的程度内给予民事救济显得尤为重要。法律是调节矛盾的，所以在追究婚内侵权赔偿责

任上一方面要保护被侵权方的合法权益，另一方面也要注重合理调节，而不是草木皆兵，人人自危，在适应现代社会的基础上适当调节才是合理的。例如侵权人实施了伤害被侵权人的健康权达到一个什么样的程度可以提起婚内侵权赔偿，又在什么样的程度内是可以予以免责的；在侵犯配偶权、未履行贞操义务的情形上达到什么样的后果予以追究，而侵犯配偶的财产权的情况，那些情形分别达到多大的数额予以追究……都是需要一一明确的。

第二、合理界定婚内侵权的范围

婚内侵权的内容主要为两大部分：第一部分为人身权。人身权又分为夫妻权和其它人身权，其中夫妻权是婚内侵权主要救济对象。夫妻权又称配偶权，其具体内容包括哪些，一直存在争议，在这里，笔者认为主要包括姓氏权、同居权、人身自由权、家事代理权、相互抚养权、生育权、计划生育权和要求对方保持忠诚的权利等。夫妻权是一个与夫妻关系联系在一起的权利，其始于夫妻关系建立，终于夫妻关系解除，所以是一个独立于夫妻各方人身权之外的一个非常重要的权利。笔者认为，夫妻权的独立性与法人的独立性有其共通之处。首先，法人的权利、义务产生于法人的设立，终止于法人的消灭，与设立者没有直接的联系，而夫妻权同样与夫妻双方并无直接联系，只与其夫妻关系直接联系，夫妻关系解除，夫妻权则消灭。其次，夫妻与法人一样对外是一个整体，共同承担对外的义务，共享对外拥有的权利；对内，则如同法人按照法律法规或公司章程一样按照不同的法定或约定的内容分担义务，分享权利。最后，夫妻双方对对方所享有的夫妻权如同法人股东之间所享有权利一样本身既是权利又包含义务，是相对的，也是平等的，同时都对法人、夫妻这个整体承担着相同的义务，享有相同的权利。所以，笔者进一步大胆臆测，解决婚内侵权赔偿制度建立后执行难的问题可以借鉴法人这个独立的拟制人格来解决。其他人身权主要为《民法通则》所保护的基本权利，主要有健康权、身体权、人格尊严权、名誉权、限制人身自由权等。第二部分为财产权。在我国，根据我国《婚姻法》的规定，如无特殊约定，夫妻财产实行婚后所得共同财产制。可知，夫妻共同所有的财产，夫或妻具有平等的处理权，由此我们可以认为，除一些基本的日常生活所需之外，夫或妻一方实施处理夫妻共同财产的行为都要经过其配偶的同意，否则擅自处分夫妻共同财产，造成共同财产减损的，应当视为对配偶财产权的侵犯。

三、婚内侵权赔偿制度执行难的解决方案

我国《婚姻法》采取的是以夫妻共同财产制为原则，以夫妻约定财产制为补充的婚姻财产法律制度。由于受传统思想的影响，夫妻之间很少对共同财产做份额约定，这就会导致婚内损赔偿难度加大，也更容易造成把钱从这个口袋掏进另一个口袋没有实质变化的假象误区。同时，这应该也是《解释》对婚内提起的损害赔偿请求非离婚不受理的一个重要原因。但共同财产并非婚内侵权损害赔偿不可逾越的鸿沟，面对婚内侵权制度建后执行难的问题，借鉴各国和地区的法律制度，取其精华，结我国的立法现状，可以尝试以如下方案来解决：

（一）强制分别财产制度

强制分别财产制是指依据法律规定，当出现法定事由时，经夫妻一方申请由法院宣告，撤销原法定或约定的共同财产制，强制改设为分别财产制，这样，受害夫妻一方可以借此财产制实现损害得到赔偿的目的。

（二）特别账户制度

开设特别账户制是指由法院为受害人在银行开设专用账户，将从侵害方财产中划出的赔偿费存入该账户，并且该账户仅能凭受害人签章才可以提取存款，该存款不属于夫妻共同财产。这样

就解决了执行困难。

（三）第三方损害赔偿制度

第三方损害赔偿，是指第三方明知对方有配偶而与对方同居或结婚的，侵害了婚姻一方当事人的配偶权，即与有过错配偶实施了共同侵权行为，承担共同侵权的连带责任。那被侵权人，理所应当的可以向共同侵权人主张损害赔偿。要确立这个制度，首先要注意两个问题：一是明确第三方有故意的过错，即明知对方有配偶而仍与之同居或结婚；二是要明确侵害的是对方配偶的配偶权，而非其他权利。明确这两点之后，这一制度对社会上第三者插足婚姻家庭这种不道德，也不利于社会稳定、阻碍文明发展的行为进行了必要的制裁，改变这部分一直仅仅依靠舆论控制不足的现状，从而弘扬良好的婚姻家庭道德，维护家庭的稳定。

（四）债权凭证制度是指人民法院在执行程序中向申请执行人发放的具有法律效力的用以证明强制执行后申请执行人对被执行人享有尚未实现债权的权利证书。借鉴《民事诉讼法》的债权凭证制度，人民法院在受害人执行申请后，发现债务人没有可供执行的个人财产时，及时向申请人发放债权凭证，待双方婚姻关系终止或被执行人因其他原因取得个人财产时恢复执行。这样，既保护了受害方，又使对加害方的惩罚得以切实执行，使其无法逃脱法律的制裁，从而也能够有效地解决婚内侵权损害赔偿问题。

（五）强制分居制度是指通过司法裁判或当事人协议的方式解除夫妻双方的同居义务，因婚姻所生的其他夫妻权利义务亦有所变更，但婚姻关系仍然存续的法律制度。家里有句老话：夫妻打架，床头打，床尾和。这句话虽然粗俗点，但也很鲜明的变现出夫妻关系的亲密性，夫妻之间因婚内侵权要闹到分居，足见其严重性，大部分为顾全“面子”而放弃以这种方式来消除对方将给其继续造成侵害的可能性。其实这样委曲求全的做法非但不能解决问题，反而让对方更加肆无忌惮，加大再次侵权的可能性。强制分居制度一方面以司法的形式消除屡次侵权的可能性，同时对侵权方产生一定的威慑作用，保全了一些被侵权人顾忌离婚的某些因素，维护家庭的稳定性，又能达到与离婚部分相同的效力和作用，在很大力度上保守的解决了执行难的问题。

四、结语

人权的发展、平等观念的日益加深、女权呼声的高涨，同时伴随着保持婚姻家庭稳定的重要性日益突出，婚内侵权将在法律不断完善的路上落下重重的一笔。夫妻，不论是作为独立的法律主体，还是作为一个整体，其人身权和财产都不会因其身份的变化而变化，都会得到法律的平等保护。

参考文献

1、王改萍、王勇《关于建立婚内侵权损害赔偿制度的几点思考》
2、陈秋玲《论我国婚内侵权赔偿制度的建立》
3、俞瑾《论我国婚内侵权损害赔偿制度的构建》
4、李传熹《论婚内侵权行为的民事救济》
5、梁仕华、李晓兰《论婚内侵权损害赔偿制度》
6、刘爽《浅析婚内侵权及其构成》
7、任松芹《论婚内侵权赔偿责任制度在婚姻法中的确立》

浅议劳务关系的认定及责任承担

安徽仲天律师事务所　余家燕

摘　要：《中国人民共和国侵权责任法》的实施，规定了个人劳务关系的责任承担问题，从而确立了劳务法律关系，取代了以前雇佣法律关系的规定。劳务法律关系作为独立于劳动法律关系和承揽法律关系之外的一种法律关系，其责任的归责原则及责任如何承担均区别于劳动关系以及承揽关系。本文从劳务关系的特征、归责原则、责任的承担等方面进行探讨。

关键词：劳务关系　归责原则　责任承担 过错 追偿权

随着社会经济的迅速发展，劳务关系已成为我国一种重要用工形式。但是 2010 年 7 月 1 日施行的《中华人民共和国侵权责任法》仅对个人劳务关系中的责任作出了规定，但是该规定却过于简单，在司法实践中不便操作。笔者结合自己的司法实践从以下几方面对劳务法律关系进行探讨，以供大家在以后的司法实践中作为参考。

一、目前我国现行法律法规针对劳务关系的规定及立法背景

由于我国《民法通则》制定时，当时还处于计划经济时代，劳动用工关系比较单一，所以我国《民法通则》中没有关于劳务关系中责任承担的规定。为适应司法实践的需要，1992 年 7 月 14 日颁布的最高人民法院《关于适用中华人民共和国民事诉讼法若干问题的意见》中，从程序法司法解释的角度，规定了雇员侵权责任关系。该《意见》第 45 条："个体工商户、农村承包经营户、合伙组织雇佣的人员在进行雇佣合同规定的生产经营活动中造成他人损害的，其雇主是当事人。"该解释虽然不是对雇主责任的直接规定，但是该规定也意味着雇主要承担实体法上的责任。但是从程序法上规定雇主的诉讼地位来确定雇主的法律责任，很显然对雇主是不公平的。

为解决这一问题，2003 年 12 月 26 日最高人民法院颁布了《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》，该解释针对雇员致人损害以及雇员受损的责任作出明确规定，只是该规定使用的是雇佣法律关系，而不是劳务关系。和用人单位不同，接受劳务一方的经济实力毕竟有限，因此要求雇主承担无过错责任，明显归责原则过于严格。

2010 年 7 月 1 日施行的《中华人民共和国侵权责任法》对个人劳务关系中作出了规定，个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。该规定仅仅规定了个人之间形成劳务关系的处理原则，并没有针对接受劳务方不是个人的情况，责任如何承担作出规定。

2010 年 9 月 14 日实施的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第七条规定，用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。该规定明确了接受劳务一方为单位的，同样可以形成劳务关系。从上述法律及相关规定中可以看出，在我国不仅仅存在个人之间形成劳务关系的情况，同时还存在个人与用人单位之间存在劳务关系的现象。

二、劳务关系的概念和特征以及如何认定

在司法实践中，劳务关系一般是指根据当事人约定，一方于一定或不定的期限内为他方提供劳务，他方给付报酬的关系。其主要表现为 1、双方之间有劳务合同或口头约定；2、接受劳务的一方支付报酬；3、提供劳务的一方以提供劳务为内容；4、提供劳务的一方受接受劳务一方的控制、指挥和监督。

笔者认为，要正确理解和把握是否构成劳务关系应该重点从以下方面把握：

1、接受劳务的一方的主体性质。

根据 2011 年 1 月 1 日实施的《工伤保险条例》第 2 条规定，中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户（以下称用人单位）应当依照本条例规定参加工伤保险。最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 11 条规定，属于《工伤保险条例》调整的劳动关系和工伤保险范围的，不适用本条规定。因此如果接受劳务的一方不是应当参加工伤保险统筹的用人者，即接受劳务方一般不具有受劳动法调整或公务员法调整的劳动关系或人事关系的用人单位主体资格，或不具有工商登记资格和社团法人登记资格。则可以考虑该关系是劳务关系，如个人之间、家庭与个人之间、农村承包经营户与个人、个体工匠与学徒、帮工之间，用人单位与已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员之间等。因此，这一点也是区别劳务关系和劳动关系最主要的标准。

2、劳务的目的。

如果接受劳务的一方是要求另一方以直接提供劳务为目的，不考虑劳务行为是否带来经济利益，以及有无经济利益接受劳务的一方都必须要接受，则可以考虑该关系为劳务关系。如果接受劳务的一方是要求另一方以完成一定的工作并交付工作成果为目的，不考虑劳务的过程，仅考虑工作成果是否符合接受劳务的一方要求，则可以考虑该关系为承揽关系。这一点也是区别劳务关系和承揽关系的最主要的标准。

3、劳务过程及内容的独立性。

如果提供劳务的一方在劳务过程中受另一方控制、支配、监督、指挥，双方具有从属关系，且提供的劳动是接受劳务一方生产经营活动的组成部分，则可以考虑该关系为劳务关系。反之，则可以考虑该关系为承揽关系。

4、工作场所、提供劳动工具或劳动设备的准备。

如果接受劳务的一方指定工作场所、提供劳动工具或劳动设备，并对提供劳务的一方的劳动时间提出要求和限制，则可以考虑该关系为劳务关系。

5、劳动报酬的结算方式。

如果接受劳务一方要求另一方继续性提供劳务并定期支付劳动报酬而不是要求另一方一次性提供工作成果及一次性结算劳动报酬，则可以考虑该关系为劳务关系。

6、法律明确规定为其他关系的。

《中华人民共和国合同法》第 251 条明确规定加工、定做、修理、复制、测试、检验等工作，属于承揽关系。因此对于这几种劳动不应认定为劳务关系。

总之，认定是否属于劳务关系，不能单一的、片面的去理解上述特征，而应该综合考虑上述特征，从而准确的认定是否属于劳务关系。

三、劳务关系侵权责任的法律缺陷

《中华人民共和国侵权责任法》第 35 条对个人劳务关系中作出了规定，个人之间形成劳务

关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。首先、从该规定可以看出，提供劳务致人损害的归责原则是适用无过错原则，提供劳务者自己遭受损害则适用过错原则。该条对于接受劳务一方承担责任后，能否向提供劳务一方追偿，以及如何追偿没有作出规定。其次、该规定仅规定了个人之间形成劳务关系的归责原则及责任承担，对于特殊情况下的个人与用人单位之间形成劳务没有作出规定。第三、该规定对于提供劳务一方因劳务伤害接受劳务一方如何承担责任没有作出规定。第四、对因第三人侵权行为致提供劳务的一方受损责任如何承担没有作出规定。第五、对提供劳务的一方相互之间造成损害责任如何承担没有作出规定。

四、劳务关系侵权责任承担方式的完善

（一）劳务关系侵权责任的归责原则

1、提供劳务一方因劳务自己受损归责原则为过错责任原则。

最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》中对雇员在从事雇佣活动中受损害，雇主承担责任采取的是无过错责任，而《中华人民共和国侵权责任法》规定，对提供劳务一方因劳务自己受到损害的，接受劳务一方承担责任采取的是过错原则。根据法律适用原则，因本条实际上已经取代了《人身损害赔偿解释》的规定，在以后的司法实践中应按《侵权责任法》的规定处理。

2、提供劳务一方因劳务致人损害归责原则应过错推定责任原则，不应为无过错原则。

最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》中对雇员在从事雇佣活动中致人损害的归责原则虽采取无过错原则，但是雇主能证明雇员存在故意或重大过错的情况下，与雇员承担连带责任，雇主承担责任后，可以向雇员追偿，雇员存在一般过错的情况下，雇员不承担任何责任。而《中华人民共和国侵权责任法》仅规定提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任，对于其他没有作出任何规定。根据提供劳务一方因劳务自己受损归责原则为过错责任原则规定，同时为保护第三人利益。在这种情况下，可以推定接受劳务的一方具有过错，由接受劳务的一方承担侵权责任。然后再根据接受劳务一方与提供劳务的一方双方之间的过错程度去行使追偿权。而不应考虑提供劳务的一方只存在故意和重大过失情况。

3、非个人之间形成的劳务关系侵权责任的归责原则应与个人之间形成的劳务关系侵权责任的归责原则相同。

对于接受劳务的一方不是自然人情况下劳务关系的归责原则问题，笔者认为，既然劳务关系的概念特征没有区别主体方面，同时为保证法律适用的统一性，因此针对其他类型劳务关系的归责原则也应该与上述情况的归责原则相同。

（二）几种特殊情况下劳务关系侵权责任的承担

1、对于提供劳务一方致接受劳务一方受损责任承担问题。

有人认为，提供劳务一方因劳务而伤害接受劳务一方的责任应当同提供劳务一方因劳务而伤害自己的情形一样，即根据双方各自的过错承担相应的责任。因《中华人民共和国侵权责任法》规定了提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任，该规定并没有将接受劳务一方排除在他人之外，只是赔偿权利人与赔偿义务人为同一人。因此，笔者同意该观点，根据双方的过错承担责任。

2、劳务关系以外的第三人侵权造成提供劳务的一方受损接受劳务一方责任如何承担的问题。

劳务关系以外的第三人侵权行为致提供劳务的一方伤害的赔偿问题，在司法实践中争议很

大。最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 11 条明确规定，雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的，赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任，也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后，可以向第三人追偿。而《侵权责任法》对此未作出明确规定，因此，在司法实践中，如遇到该情形，仍可适用《人身损害赔偿解释》第 11 条的规定来处理。

3、提供劳务的一方致另一个提供劳务的一方受到损害接受劳务一方责任承担问题。

提供劳务的一方致另一个提供劳务的一方受到损害，不同于劳务关系以外第三人的侵权，该情况下，应认定为提供劳务的一方致人受损，由接受劳务一方承担责任，如果提供劳务的一方（致害方）存在过错，接受劳务一方仍可以向其追偿。

五、结束语

随着社会的发展，劳务关系已经成为我国一种重要的用工关系，因《侵权责任法》仅规定了个人劳务关系有关责任的规定，且过于简单。因此，在新的司法解释尚未出台的情况下，应考虑《侵权责任法》与现有司法解释的关系，谨慎处理司法实践中劳务关系中责任承担问题，尽量做到法律适用的统一性。

参考文献：

1、黄松有《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》，人民法院出版社 2004 版，第 153-186 页。

2、奚晓明《中华人民共和国侵权责任法》条文理解与适用。人民法院出版社 2010 版，第 257-262 页。

浅议我国公益诉讼发展现状及立法完善

安徽永承律师事务所　王家龙

摘　要：公益诉讼是相对于传统私益诉讼的一种新型诉讼形态，它在诉讼目的、原告资格等方面都有其特殊性。我国从上世纪九十年代初开始引入公益诉讼制度，从此以后，我国公民个人、社会团体和国家政府部门都对公益诉讼进行了大胆有益的尝试，为公益诉讼的发展进步提供了实践依据。虽然公益诉讼开始在我国逐渐展开，但是由于制度的缺失，我国公益诉讼一直处于无法可依的状态，导致很多案件最终无法进入诉讼程序，严重地挫伤了原告积极性。2012 年 8 月，我国新修订的《民事诉讼法》对公益诉讼做出规定，虽然公益诉讼开始有法可依，但是由于现行法律对其规定较为简单、原则，缺乏可操作性，亟须立法或司法解释对上述问题进一步完善。

关键词：公益诉讼　发展现状　立法完善

一、公益诉讼的概念及其与私益诉讼区别

公益诉讼起源于罗马法，古罗马法学家把为保护私人权益以私人资格发生的诉讼称作私益诉讼；而以保护公益为目的的，则称为公益诉讼[1]。 而现代的公益诉讼，一般认为是 20 世纪在美国等国家首先兴起的，随着近现代生产力的发展，各种公私利益的冲突，公益意识的增强，美国在 20 世纪中期开始设立了众多的法律机构，为了消费者的利益，为了女性的利益，为了有色人种的利益，为了穷人的利益等展开了公益诉讼，由此形成的诉讼概称为公益诉讼。所谓公益诉讼，是指非以维护自身民事权益，由特定的国家机关、社会团体或个人提起旨在维护社会公共利益为目的，追究侵害社会公共利益者民事责任的诉讼[2]。

公益诉讼与私益诉讼相比，两者的区别主要表现在：（一）诉讼目的不同。公益诉讼的目的是为了维护国家利益、社会公共利益；私益诉讼的目的则是为了解决私人间的纠纷。（二）原告资格不同。公益诉讼原告具有广泛性，原告不要求与本案有法律上的直接利害关系；私益诉讼中，原告要求必须与案件有法律上的直接利害关系。（三）成立前提不同。公益诉讼成立的前提是违法行为有公害性且不要求损害结果已实际发生，明显有别于“无损害，无赔偿”的私益诉讼；私益诉讼成立的前提则是违法行为损害了个体的利益；（四）当事人地位不同。公益诉讼中，原告一方为个人或社会团体，被告一方往往为拥有智力、财力优势的大型企业、垄断行业或是特权部门，故双方当事人的地位具有明显的不对等性；在私益诉讼中，双方当事人大体上能够处于对等的地位。（五）判决的效力范围不同。公益诉讼中，判决的效力及于整个社会，当然地对所有社会成员发生效力，即判决的效力具有扩张性；私益诉讼中，民事判决的效力一般仅及于诉讼当事人。

二、我国公益诉讼制度的发展现状

据可查的资料显示，公益诉讼制度从上个世纪九十年代初开始引入国内，当时理论界首先提出经济公益诉讼概念，认为经济公益诉讼就是指特定的国家机关、相关组织和个人，根据法律的授权，对违反经济法律法规，侵犯国家利益、社会利益或不特定的他人利益的行为，向法院起诉，由法院依法追究相对人法律责任的活动。在学者们积极倡导和媒体大力宣传下，我国公民个人、社会团体和国家政府部门都对公益诉讼进行了大胆有益的尝试。

从公民个人来看，为公共利益而奔走的人并不鲜见，从“中国公益诉讼第一人”丘建东状告电

信,到河南葛锐起诉郑州火车站收取三角钱入公厕案,到中国政法硕士郝劲松起诉铁路有关部门,要求提供收费厕所发票案及李刚"进津费"案等诸多以个人名义提起的"公益诉讼",虽然都与当事人具有"直接利害关系"但无疑问是以社会公共利益为宗旨的,是公民个人为公共利益奋力疾呼。

从社会团体层面来看,2010 年 6 月 21 日,昆明市环保局作为原告,正式向昆明中院环保审判庭递交诉状,状告辖区内两家养猪企业污染地下水源,致使附近上千村民出现饮用水危机。这起云南首例环境民事公益诉讼案引发了社会的关注。

从国家层面来看,真正为公益诉讼破冰的是检察院,1997 年河南方城县检察院就国有资产向本县法院提起民事诉讼,追回流失的国有资产,这是我国检察院提起公益诉讼首个案例[3]。此后各地陆续出现检察院为原告的案件,据不完全统计,自 1997 年河南方城县检察院就国有资产流失提起民事诉讼以来,全国各地检察院提起的民事公益诉讼案件数量呈逐年上升趋势。

综上所述,从上世纪九十年代开始,公益诉讼开始在国内生根发芽,无论是公民个人、社会团体,还是检察院都对公益诉讼进行了积极的探索,这种精神无疑是难能可贵的,为中国的公益诉讼的发展进步提供了实践依据。

三、关于完善我国公益诉讼的几点设想

虽然公益诉讼自上世纪九十年代起引入国内,但是我国立法对于公益诉讼一直没有做出相关规定,导致很多案件因为各种原因未能进入诉讼程序,法院对提起的公益诉讼案件不予受理、驳回起诉或者判决原告败诉的现象屡见不鲜,严重挫伤了原告提起公益诉讼的积极性。2012 年 8 月 31 日,全国人大常委会对我国《民事诉讼法》进行修改,其中最大的亮点是首次将公益诉讼条款写入法律。从此我国公益诉讼开始进入有法可依阶段,这是我国法制进程中的一件大事。虽然我国民事诉讼法将公益诉讼纳入法律调整的范围内,但是现行法律对公益诉讼规定较为简单、原则,缺乏可操作性,如原告主体范围、诉讼费用如何承担以及公益诉讼案件一审管辖法院等与公益诉讼密切相关的问题,亟须立法或司法解释对上述问题进一步完善以及做出相关规定,笔者针对如何完善我国公益诉讼法律程序提出如下几点设想:

第一,应将公益诉讼的主体界定为法律规定的机关、有关组织以及公民个人,扩大公益诉讼的原告主体范围。

我国新修订的《民事诉讼法》第 55 条规定:"对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。"不难发现,上述条款规定公益诉讼的主体为法律规定的机关和有关组织,未将公民个人纳入公益诉讼主体范围,立法机关对公益诉讼主体做出限定,主要防治"滥诉"和"恶意诉讼"[4]。

个人能否提起公益诉讼有争议。赞成者认为,允许个人提起公益诉讼,有利于维护社会公共利益。反对意见认为,如果个人提起公益诉讼,有可能导致滥用公益诉权[5]。

笔者赞成将个人纳入公益诉讼主体范围。首先,在公益诉讼起源地罗马法中,以及公益诉讼发展最为成熟的美国、英国等法律均规定允许个人提起公益诉讼。其次,将公民个人纳入公益诉讼的主体范围,虽有滥用诉权之虞,但是不能因噎废食,可以通过制度设计减少和避免恶意诉讼的发生(具体见下文,在此不赘述)。最后,让公民个人参与到公益诉讼中来,不仅可以及时发现并补救受损的公共利益,敦促有关机关和组织积极履行职责,还可以培养我国公民的法律意识,从而更好地推动我国法制化进程向前迈进。

笔者认为应出台相关司法解释,借鉴国外关于公益诉讼的规定以及结合我国实际情况,将新修订的《民事诉讼法》第 55 条修改为:"对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共

利益的行为，法律规定的机关、有关组织可以向人民法院提起诉讼。在上述机关和组织不履行职责、怠于履行职责、或者情况紧急不及时提起诉讼将会给社会公共利益造成重大损害的情况下，公民个人有权向法院提起诉讼。同时，应将现行《民事诉讼法》第 119 条“起诉必须符合下列条件”第（一）项“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织”调整为：“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织，但因公共利益受损而提起诉讼的，不以直接利害关系为前提”。

第二，公益诉讼的费用应由国家财政及公益诉讼基金承担，鼓励有关机关、社会团体及公民个人积极参与到公益诉讼中来。

公益诉讼涉及的费用主要包括但不限于法院诉讼费、律师费、调查费以及鉴定费等。由于公益诉讼的诉讼请求往往要求赔偿损失的数额较大，因此需要支付的诉讼费及律师费等也是一笔为数不小的支出。如果上述费用需要原告自行承担的话，势必很大程度上会打消和削弱原告提起公益诉讼的积极性，因此合理确定公益诉讼的费用承担方式，是确保公益诉讼得以顺利进行先要条件。

笔者认为，应根据不同的诉讼主体确定公益诉讼的费用承担方式。首先，如果公益诉讼是由检察机关提起，所需要的相关费用由国家财政支出，即建立检察机关提起公益诉讼专项基金，以国家财政为后盾，支持检察机关对损害社会公共利益的行为提起诉讼，以保护国家和社会公共利益不受非法行为侵害。其次，如果公益诉讼是由环保机构、消费者协会等组织或者公民个人提起的，其所需的诉讼费、律师费等费用应有专门的公益诉讼基金会承担。公益诉讼基金来源可由国家财政拨款、社会捐助以及被告败诉后支付的无人认领的赔偿金或补偿金组成，公益诉讼的原告在提起公益诉讼之前可以向公益诉讼基金会申请公益诉讼费用，或在败诉后申请由基金会支付一定数额的补偿金。

上述对公益诉讼费用承担的制度安排，虽然可以打消原告怕承担败诉费用的顾虑，避免放弃公益诉权的情形发生，但同时也会产生原告滥用诉权的可能，从而造成社会公共资源配置的浪费。为避免上述情况发生，公益诉讼基金会在接受原告费用申请时，要严格把关，审查原告身份是否合法、起诉是否符合法律规定以及提交的证据是否充分等，公益诉讼基金会认为原告的诉讼符合法律规定的，给予诉讼费用上的支持，否则驳回原告费用申请，这样可以在一定程度上杜绝原告滥用诉权的发生。其次，法院在正式受理民事公益诉讼前，也应该对原告提交的诉讼材料严格审查，必要时，可由法院举行听证会，召集原、被告以及社会有关人士，在辩论的基础上做出判断，以决定是否立案和进入实质审理程序[6]。

第三，公益诉讼举证责任的分配应根据具体情况进行合理规定。

我国《民事诉讼法》采取的一般举证责任分配原则是“谁主张，谁举证”。在特殊情况下，法律也规定了举证责任倒置的规则，即将举证责任由对方当事人承担。为了保障民事公益诉讼公平、公正地进行，举证责任的分配应按具体情况进行合理规定。

首先，检察机关提起的诉讼，应适用“谁主张、谁举证”原则。检察机关作为公权力的行使机关，可以赋予其较为广泛的调查取证权限，在搜集证据过程中处于有利地位。而且检察机关具有较丰富的诉讼资源和实践经验，与被告相比较并非处于弱势地位，由其负举证责任并不会削弱对公共利益的保护。

其次，社会团体和公民个人提起的诉讼，应适用部分“举证责任倒置”原则，即原告只需证明被告的行为造成了公共利益受损的事实，因果关系由被告承担举证责任。其理由即在公益诉讼中，被告方大多处于社会强势地位，往往处于技术、行政上的垄断地位，而公民个人势单力薄，公益

团体属于民间组织，不享有特权，不易搜集证据，尤其是在某些生产领域，生产手段、经济管理、流通渠道都具有保密性，一般受害者更是无法收集到相应证据。所以由被告承担举证责任，加大了侵权人败诉风险和运行成本，可以有效预防和阻止侵害公共利益行为的发生[7]。

第四，公益诉讼一审案件应由案发地中级人民法院管辖。

我国《民事诉讼法》第 17 条规定：“基层人民法院管辖第一审民事案件，但本法另有规定的除外。”笔者认为，应将公益诉讼一审案件纳入中院管辖范围内。具体理由如下：首先，由于公益诉讼案件往往损害不特定多数人的利益，牵涉面较大，涉诉人员多，有重大影响，符合我国民事诉讼法、行政诉讼法及其相关司法解释中的“社会影响重大的共同诉讼、集团诉讼件”。因而，公益诉讼的一审案件应由案发地中级人民法院审理为宜。其次，公益诉讼与其他普通诉讼相比，起诉人所受到的阻力也相对较大，比如行政公益诉讼，面对代表国家的公权力机关，诉讼人往往会显得力不从心，甚至，违法的行政机关会以权压力，阻挠诉讼人的起诉。正是出于对公益诉讼的重视及保护起诉人的诉权，有必要把公益诉讼一审案件交由中级人民法院审理。同时由于中级人民法院对法官有着更高的学历和审判经验要求，因此，相当于基层人民法院来说，中级法院法官更能满足公益诉讼对法官高素质的要求[8]。

四、结语

综上所述，公益诉讼制度的建立，标志着我国立法逐渐完备，同发达国家之间的差距在不断缩小，但同时我们也应清晰地看到，目前虽然我国公益诉讼进入有法可依阶段，但是关于公益诉讼的法律规定还比较笼统、模糊，同美、日等公益诉讼发达国家相比，在程序设计上还有缺陷和不足，有待于从司法解释层面对上述问题做进一步完善。

参考文献

1、周楠、吴父翰、谢邦宇《罗马法》，群众出版社 1983 年版，第 350 页。

2、张卫平、李浩《新民事诉讼法原理与适用》，人民法院出版社 2012 年版，第 128 页。

3、参见 http://www.hanjilayer.com.cn//luntang/luno37.htm

4、江必新《新民事诉讼法导读》，法律出版社 2012 年版，第 24 页。

5、张卫平、李浩《新民事诉讼法原理与适用》，人民法院出版社 2012 年版，第 130 页。

6、吕忠梅《我国应建立环境公益诉讼制度》，载于新华网湖北频道 http://www.hb.xinhuanet.com 。

7、《我国民事公益诉讼制度的构建》，载于北方网 http://ne ws.enorth.com.cn/system/2012/04/26/009117152.shtml ，。

8、公益诉讼 载于百科名片 http://baike.baidu.com/view/134240.htm#6。

论民事举证责任分配制度

安徽净源律师事务所 宋 杰

摘 要：我国《民事诉讼法》和《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》对举证责任都有明确规定，尤其是《规定》的内容比较详细。在我国民事诉讼中，举证责任的分配实行“谁主张，谁举证”的一般原则和对特别案件实行的举证责任倒置原则，人民法院调查收集证据的补充原则以及无法确定举证责任的承担时，由人民法院根据公平和诚信原则，综合当事人的举证能力等因素来确定举证责任的承担原则。我国对民事举证责任的分配尚存在一些问题，有待在立法上进一步完善。

关键词：举证责任 举证责任的分配标准 责任倒置 立法完善

一、举证责任的含义

举证责任，是指民事诉讼当事人对自己提出的主张，向法院提出证据并予以证明的责任，以避免因待证事实处于真伪不明而给自己带来不利的诉讼后果。

《民事诉讼法》第 64 条第 1 款规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”[1]，这仅仅规定了当事人的主观证明责任。主观证明责任又称提供证据责任、行为意义上的举证责任，指的是当事人为了避免承担不利诉讼结果的风险而负有的向法院提供证据的责任，其实质是一种提供证据的必要性。

2001 年最高人民法院颁布了《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《规定》)，第 2 条对举证责任进行了具体规定，即“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果”。《规定》首次在我国民事诉讼中确立了现代意义上的举证责任制度，其标志就是规定了客观的证明责任。客观的证明责任，又称证明责任、结果意义上的举证责任，指的是当案件的案件事实最终呈现为真伪不明状态时，一方当事人承担不利的诉讼结果的责任。同时承认这两种责任，即是所谓的证明责任的“双重含义说”[2]。《规定》对当事人举证责任的承担、举证时效以及当事人申请人民法院查证等内容作了具体的规定，完善了我国民事诉讼举证责任制度，结束了这种制度规范与理论及实践发展相脱节的局面。

二、我国现行民事诉讼中举证责任分配的原则及其存在的问题

民事举证责任的分配制度是民事证据规则的核心问题，负有举证责任的当事人对自己的诉讼主张必须提供证据证明，否则将承担败诉后果。针对这一问题，《规定》提供了较为系统和全面的规范，不仅提出了分配的一般原则，也提供了较多的具体的分配规则。《民事诉讼法》第 64 条第 1 款规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”，即“谁主张，谁举证”原则。根据“谁主张、谁举证”原则，无论原告、被告、还是有独立请求权的第三人，都有责任对自己的主张提供证据并加以证明。只有法律明文规定无需证明的事实，当事人可不负举证责任。而在某些特殊的侵权案件中，由于种种原因导致一方当事人无法取得证据，这就存在举证责任的合理分配问题。合理分配举证责任，不但有助于更好地寻求事实真相，而且还可以通过举证责任的分配及证明标准的确定，科学地分配社会资源，维护司法的公正和效率，最大限度地满足当事人的合法权益[3]。

举证责任的承担，实践中的做法主要体现在以下几个方面：

（一）举证责任分配的一般原则

在一般民事侵权案件中，举证责任适用谁主张，谁举证原则，即“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”，这就是举证责任的一般原则。《规定》第二条对此进行了具体化，从行为意义和结果意义上丰富了“谁主张，谁举证”的内容。该原则的基本内涵是：提出诉讼请求的人就权利根据事实（即当事人的诉讼请求所依据的事实）承担举证责任，反驳诉讼请求的人就抗辨事实（即当事人反驳对方的诉讼请求所依据的事实）承担举证责任；当事人各自对实体法所规定的要件事实（即当事人负有证明责任的事实）承担证明责任。比如原告提出被告侵犯了他的合法权益，要求被告承担民事责任，就应举证证明被告有侵权行为、主观上有过错、造成损害后果、被告的侵权行为与损害后果之间有因果关系，从而使自己的诉讼请求有事实依据；同样，被告进行答辩，反驳原告的诉讼请求，或提起反诉，也要提出相应的证据予以证明；第三人提起诉讼或参加诉讼，对自己的主张和请求也应负举证责任。

《规定》第5条、第6条对合同案件和劳动争议案件中特殊事项的举证责任分配问题予以明确，完善了举证责任分配的一般原则。举证责任的一般原则具有特别重要的意义，不仅因为它对于具体分配规则的理解和把握具有提纲挈领的意义，更因为它是解决具体案件的举证责任分配的直接法律依据。

当然，并不是所有的事实都需当事人举出证据加以证明，根据法律规定，下列事实当事人无需举证：第一，一方当事人对另一方当事人陈诉的案件事实和提出的诉讼请求明确表示承认的；第二，众所周知的事实和自然规律及定理；第三，根据法律规定或已知事实能推定出的另一事实；第四、已为人民法院发生法律效力的裁判所确定的事实；第五，已为有效公正书所证明的事实。

在诉讼实践中，只要涉及对事实的认定，首先应当考虑的不是先由当事人举证，而是判断是否属于当事人举证的范围[4]。如属当事人举证责任的例外，即不再考虑由当事人举证。

但是笔者认为，这并不能真正解决举证责任的分配问题，因为它未触及到双方当事人各自应当对哪些事实负举证责任以及在诉讼中各自应当主张哪些事实这一实质性问题。并且，这样说法也无法解决事实真伪不明时法官如何裁判的问题。

（二）举证责任的倒置原则

举证责任倒置以立法的明确规定为前提，是指在一定情形下，不应当按照举证责任分配的一般原则“谁主张，谁举证”来决定案件事实由谁举证，而应当实行与该原则相反的分配，即一方当事人提出的主张不由其提供证据加以说明，而是由对方当事人承担举证责任。举证责任倒置理论产生于德国19世纪末20世纪初的工业革命时期，在这一时期出现了大规模的环境污染问题，医疗事故引起的伤害赔偿问题等案件[5]。在这些特殊侵权案件中，事故的发生原因十分复杂，技术性强，且在发生过程中行为人常常处于持有或垄断案件主要证据的地位，存在优势能够举证证明该事实是否存在，在这种情况下，如果按照传统侵权法的过错责任和“谁主张、谁举证”的举证责任规则，确实不能为当事人的权利提供充分的救济，这就在侵权法和证据法上都提出了一个如何对危险责任以及事故责任中的受害人进行有效的救济和全面的保护问题，举证责任倒置正是适应这一需要而产生的。

《民事诉讼法》没有举证责任倒置的规定，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>若干问题的意见》第74条列举了专利侵权、高度危险作业、环境污染、建筑物致人损害、饲养动物致人损害等几种侵权诉讼举证责任倒置的情形。《规定》第四条对特殊类型的侵权案件适用举证责任倒置的情形予以具体化，进一步完善了举证责任倒置原则，主要是：（1）因新产品

制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼,由制造同样产品的单位或者个人对其产品制造方法不同于专利方法承担举证责任;(2)高度危险作业致人损害的侵权诉讼,由加害人就受害人故意造成损害的事实承担举证责任;(3)因环境污染引起的损害赔偿诉讼,由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任;(4)建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼,由所有人或者管理人对其无过错承担举证责任;(5)饲养动物致人损害的侵权诉讼,由动物饲养人或者管理人就受害人有过错或第三人有过错承担举证责任;(6)因缺陷产品致人损害的侵权诉讼,由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任;(7)因共同危险行为致人损害的侵权诉讼,由实施危险行为的人就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任;(8)因医疗行为引起的侵权诉讼,由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。在适用举证责任的倒置原则时应注意以下几个问题:

第一,要掌握举证责任倒置的范围,必须有明确的法律规定和最高人民法院具体的司法解释方可适用,不能任意扩大适用范围。

第二,要正确掌握举证责任倒置的内容。在适用举证责任倒置的案件中,当事人所负的举证责任以证明自己没有过错或受害者有过错为内容。

第三,如果损害的发生是由数个责任人造成的,有关责任人想要免除其民事责任,都应当证明自己没有过错或受害人有过错,适用举证责任倒置的主体有时是一人,有时是共同诉讼人。

(三)法院分担当事人的举证责任

提供证据是当事人的责任,根据"谁主张,谁举证"的一般举证规则,提供证据的责任应当由主张案件事实的当事人提供,但有时由于客观原因,譬如说,有些案件当事人需要到国家机关、公司企业、个人等处调查、收集证据,因涉及到国家秘密、商业秘密、个人隐私等情况,当事人很难调查、收集到相关证据,在这种情况下,人民法院需要根据当事人的申请和审理案件的需要主动调查、收集证据,分担当事人的举证责任[6]。我国《民事诉讼法》第64条第2款规定:当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据,或者人民法院认为审理案件需要的证据,人民法院应调查收集。人民法院在特定情况下可以调查收集证据,这在一定程度上等于分担了当事人的举证责任。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第15条、17条对人民法院调查收集证据的范围作出了规定。问题是有些法官对当事人的申请置之不理,常以无时间调查推脱。

(四)法官自由裁量分配举证责任

对个别案情比较复杂,举证责任不明的案件,人民法院的法官遵循法律的基本精神与司法正义的理念,并且根据司法经验与理性逻辑来对这些特殊的个案自由裁量分配举证责任。这是对法定的举证责任分配规则的一种例外和必要的补充。[7]《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第7条规定:在法律没有具体规定,依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时,人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则,综合当事人的举证能力等因素确定举证责任的承担。问题是有些法官素质不高,不能够公正科学地在当事人之间分配举证责任,导致有些当事人虽然有理,但因举证不能而败诉。

三、关于完善我国民事诉讼中举证责任分配制度的思考

举证责任制度在我国的经历是相当坎坷的。在相当长的时期内举证责任又被误解为仅是当事人向法院提供证据的责任。笔者认为,我国民事诉讼中举证责任的分配主要标准应是:

(一)凡主张权利或法律关系存在的当事人,只须对产生权利或法律关系的特别要件事实(如

订立合同、立有遗嘱、存在构成侵权责任的事实等）负举证责任；阻碍权利或法律关系发生的事实（如行为人无相应的民事行为能力、欺诈、胁迫等）则作为一般要件事实，由否认权利或法律关系存在的对方当事人负举证责任。

（二）凡主张已发生的权利或法律关系变更或消灭的当事人，只须就存在变更或消灭的特别要件事实（如变更合同的补充协议、修改遗嘱、债务的免除等）负举证责任；一般要件事实的存在由否认变更或消灭的对方当事人负举证责任。

（三）当实体法或最高法院的司法解释对举证责任的分配已作出明确规定，而这些规定与按上述标准分配举证责任的结果不一致时，按法律或司法解释的规定确定举证责任的分配[8]。例如，在因产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼中，按法律要件分类说的标准分配举证责任，被告使用了原告的专利方法，属产生侵权法律关系的特别要件事实，应由原告负举证责任。但立法机关考虑到证据偏在的特殊情形，即使用何种方法生产的证据完全处于被告控制之下，原告则处于无证据状态，故规定应当由被告对不是用专利方法制造负举证责任。这是依据实体法规定对举证责任分配标准进行完善的典型例证。

（四）当按上述标准分配举证责任的结果与公平正义的价值准则发生严重抵触时，应参照其他学说提出的标准进行完善。例如，在因污染环境引起的损害赔偿诉讼中，按法律要件分类说分配举证责任的结果，原告需对损害事实、违反环保法行为以及两者之间存在因果关系负举证责任，但在现有技术条件下，因果关系的存在常常是难以确切证明的问题，加之原告通常无法获得由被告占有的与污染有关的技术资料，因此，应参照危险领域说、盖然性说和损害归属说中的保护原则，对因果关系举证责任归属进行完善，由被告对不存在因果关系负举证责任。再如，如果一方当事人故意实施妨碍对方举证的行为，使负有举证责任的对方当事人无法有效地收集和提供证据，那么就应当根据诚实信用原则将举证责任分配给妨碍举证的一方当事人。

（五）依据举证责任契约予以完善。举证责任契约是指双方当事人在诉讼发生前订立的关于特定法律行为中要件事实的举证责任负担问题的协议。举证责任具有实体法和程序法双重属性，依照私法自治原则和处分原则，只要契约的内容不与法律或司法解释中举证责任的规定相抵触，法院就应当尊重当事人的安排。所以，在举证责任契约约定的举证责任负担与法律要件说分配的结果不一致时，应按契约的约定分配举证责任。

参考文献

1、江伟《民事诉讼法学原理》[M]，北京：中国人民大学出版社，1999 年版。
2、谭兵、肖建华《民事诉讼法学》[M]，北京：法律出版社，2004 年版。
3、吴明童、吴俐，韩红俊《民事诉讼法》[M]，北京：法律出版社，2006 年版。
4、史长青、郑莹《民事诉讼法教程》[M]，北京：北京大学出版社，2004 年版。
5、郭洁萍《论民事诉讼中的举证责任分担制度》[J]，《法制与社会》，2007 年第 2 期。
6、刘冰、黄萍萍《关于民事举证责任分配原则的研究》[J]，《学习与探索》，2005 年第 4 期。
7、时红霞《举证责任问题研究》[J]，《平原大学学报》，2004 年第 4 期。
8、伍青萍《论民事诉讼中的举证责任》[J]，《中山大学学报论丛》，2005 年第 6 期。

谈民事诉讼中再审制度的缺陷与完善

安徽君光律师事务所　孙云鹏

摘　要：民事审判监督程序，也叫再审程序，是我国民事诉讼中的一项重要制度，该程序强调无论在事实认定或法律适用上，只要有错误即应通过再审制度加以纠正，该项制度对于保障司法公正、树立司法权威，维护国家法律的统一正确实施具有重要作用，但随着我国司法改革的深入发展，该项制度本身存有的一些问题也日渐显露。司法机关的强行介入，漠视了再审当事人的合法权益，这有违民事诉讼的本质特征，影响了我国民事诉讼程序的科学性、民主性与文明性。因此，我国的民事再审程序迫切需要改革与完善。在此拟从分析我国设立民事再审程序的理论依据入手，指出我国民事再审程序存在的问题，并对我国民事再审程序的改革与完善进行初步探讨。

关键字：再审制度　司法公正　缺陷与完善

一、民事诉讼中的再审制度

民事审判监督程序，也叫再审程序，是我国民事诉讼中的一项重要制度，它是指人民法院对已经发生法律效力的裁判或调解，因本院法院院长或上级法院发现确有错误依法定程序决定再审、提审或指令再审，因当事人或其他有权提出申诉或申请再审的人的申诉或申请再审符合法定再审情形，或因人民检察院发现生效裁判符合法定情形而依法提出抗诉，进行再审所必须遵循的步骤和方式。新修订的《民事诉讼法》集中解决了原《民事诉讼法》实施过程中矛盾突出的民事再审问题，一直困扰我们多年的“申诉难”状况有望得到相当的改观。

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

二、二审中的司法公正

我们国家一贯坚持实事求是、有错必改德原则，坚持司法公正。“公正是人类社会孜孜以求的道德理想和法律目标，它熔铸了苦难的人类对美好生活的无限希冀和向往。”在民事诉讼的价值体系中，公正居于核心的地位。现行民事诉讼法第 177 条具体规定了人民法院内部启动审判监督程序的权利划分，第 179 条至 182 条具体规定了当事人申请再审的内容，第 185 条、186 条具体规定了人民检察院启动审判监督程序的权利划分，即：人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有下列情形之一的，应当按照审判监督程序提出抗诉：（1）原判决、裁定认定事实的主要证据不足的；（2）原判决、裁定适用法律确有错误的；（3）人民法院违反法定程序，可能影响案件正确判决、裁定的；（4）审判人员在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊，枉法裁判行为的。

地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有前款规定情形之一的应当提请上级人民检察院按照审判监督程序提出抗诉。

以上可以看出，就启动再审程序的条件而言，只要生效裁判在认定事实上、适用法律上确有错误或违反法定程序即构成启动再审程序的实质理由[1]。此外，程序上的违法如可能影响正确判决、裁定的以及审判人员贪污受贿的，也构成法院启动再审及检察院提出抗诉的理由。法院启动再审及检察院提出抗诉，使案件中止执行，进入再审程序。当然，最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定如发现确有错误，皆有权提审或指令下级人民法院再审，最高人民检察院对于各级人民法院包括最高人民法院的裁判在一定条件下，皆有权提出抗诉。

裁判文书生效后，当事人提起申诉的时限的裁判文书发生法律效力后两年内，而就法院启动再审程序以及抗诉提起的时限而论，现行民事诉讼法并无规定，可以解释说是无期限限制的，即无论何时，只要发现民事判决认定事实、适用法律有误的或违反法定程序可能影响案件正确判决、裁定的，两部门都有权启动再审程序。

三、再审的缺陷与完善

（一）提起再审申请与依职权提起再审的落差问题

仔细研究新修改的《民事诉讼法》，我们可以发现，对于一个案件，可以有四个程序提起再审：1、依当事人申请；2、本院院长发现并提交审判委员会决定；3、最高人民法院可以对各级人民法院、上级人民法院可以对下级人民法院的案件提审或指定再审；4、检察院抗诉。以上程序中，只有当事人申请再审有两年的时间限制，而其他三种程序中则无此限制。对于这两年的诉讼时效原《民事诉讼法》中就有此规定，新的《民事诉讼法》对此予以保留[2]。这一规定，我们认为存在以下问题：1）仅从“有错必纠”的审判监督程序价值取向和基本宗旨考虑，当事人申请再审不应有时间的限制。因为错误并不因时间的流逝而变成正确。但如果同时考虑法律的权威性、稳定性及司法效率原则，那么无论是当事人申请还是法院检察院依职权所启动的再审，都应有时效的规定。2）这一规定没有任何意义。因为当当事人超过两年申请再审时，似乎法律上已行不通。但是，如果当事人向法院院长、上级人民法院甚至最高人民法院反映情况，可以成为本院院长、上级人民法院和最高人民法院“发现”案件有错误的途径，而如果案件确实存在再审的理由，则法院就应该提审或指定再审；如果当事人向检察院反映情况，则检察院也可以根据情况进行抗诉处理。那么，这两年时间的限制事实上只是导致了当事人无法直接申请启动再审程序，而当事人绕了一圈后，仍然可以达到再审的目的。这无疑是增加了一道“关卡”，增加了当事人的再审成本，没有任何必要。3）该规定在实践中容易成为司法腐败的温床。由于在其他三个程序中没有时效的限制，因此，无论在任何时候，对有的当事人来说，只要在法院或检察院找找关系，就可以通过提审、指定再审或抗诉的手段达到再审的目的。那么这一规定，无疑对“有权有势有关系”的人没有什么用途，而只是在一般程序上限制了普通老百姓的申请再审行为。

对此，笔者认为，诉讼时效制度是平衡司法正义与司法效率的制度。审判监督制度是保证审判过程中真正实现司法正义的制度。但是，任何正义都不是永恒的，而是相对的，阶段性的，在一定意义上说，失去司法效率的正义是没有价值的、无用的。因此，建议作为审判监督制度的再审制度中，对院长、最高法院、上级法院、检察院的依职权的提审、指定再审、抗诉的行为安排时效制度，最好与当事人申请再审的时效一致。这样就可以避免上述弊端。而对于超过规定时效期间发现的错案，用错案追究制度进行解决。

（二）启动主体的多元化

在我国，法院是除检察院之外启动再审的主要力量。赋予法院再审程序启动权的国家很少。世界上绝大多数国家都未将法院列为再审程序的启动主体[3]。法院作为启动再审程序的主体有违诉讼的本质特征，违背当事人权利自由处分原则。诉讼的本质特征是双方当事人平等对抗，法院居于其中、踞于其上，以一种消极中立的态度对双方的纠纷进行裁判。居中裁判和不告不理应成为现代的文明诉讼应遵循的两项基本原则。历史证明，违背居中裁判和不告不理原则的诉讼是不人道的、不公正的诉讼，这样的诉讼而因缺乏公正的最基本要素而违背了司法公正这一理念。再审程序也是审判程序，是通过对案件进行重新审理这种方式来纠正原生效裁判中可能存在的错误，从而达到实现司法公正和对当事人进行救济的目的。而法院主动开启再审程序，在一定程度上触犯了当事人对诉的处分权，使法官的中立性受到影响，先入为主与主观预断的存在可能使法院的再审裁判缺乏公正性和权威性，使其公信力受到质疑。

（三）启动再审程序的随意性

不管抗诉机关抗的对也罢，错也罢，已经提出，法院必须再审。按现行法的规定，此种抗诉权实质上是赋予了检察机关中止民事判决效力和再一次启动诉讼程序的权力，即该种权力是不受制约的权力，不受制约从某种程度上来说就是放任，很有可能出现权力的滥用，而这种权力的滥用造成的后果和影响却是巨大的，即造成了审判的重复性和不严肃性，既浪费了审判资源，又影响了即判法律文书的严肃性和稳定性，影响了法院审判的权威性[4]。民事抗诉是对生效的判决和裁定提出，那么就意味着能对再审的裁判提出抗诉，理论上也没有限定抗诉的次数和时间，这意味着抗诉可以永无止境地进行下去，最终必然导致各级法院包括最高人民法院的裁判始终处于不稳定的状态，毫无效力可言，终审不成为终审，在这一点上动摇了法律规定的两审终审制度。

完善民事抗诉制度即民行检察监督制度，应尽快立法或司法解释的方式在以下几个方面予以明确[5]。对提起再审的规范性问题上加以明确，严格限制法院自行启动民事再审程序和检察院提起抗诉启动民事再审程序的条件，即由公权力启动民事再审程序的案件仅限制在该类案件损害国家、集体或案外人的利益的案件，其他案件由当事人或有独立请求权的第三人向人民法院申诉，通过申诉程序加以解决；设立申诉之诉，取消申诉听证程序，专门对申诉问题加以解决，即建立进入再审程序的前置程序；设立民事抗诉制度新方式，限制提起抗诉的条件；对当事人的申诉案件，必须经过上诉程序，否则不于审查。

综上所述，在整个的国家法律体系中，民事再审制度是一个重要的环节，是对大量的民事案件进行最后补救的一个很好的方式，在当今的司法改革中，该项制度必须加以改革完善，才能适应新的审判方式的要求。否则就会影响司法改革的进程和全局。

注　释

1、符六文、何鉴伟、潘华山《审判监督程序实务释疑》，人民法院出版社 2000 年 11 月出版。

2、柴发邦《体制改革与完善诉讼制度》，转引自齐树洁主编《民事司法改革研究》，厦门大学出版社 2000 年 11 月出版。

3、金友成主编《民事诉讼制度改革研究》，中国法制出版社 2001 年 6 月出版。

4、李德蓉主编《民事（经济）审判方式改革理论与实践》。

5、金友成主编《民事诉讼制度改革研究》，中国法制出版社 2001 年 6 月出版。

论被追诉人辩护权的宪法保障

安徽国伦律师事务所 奚 玮

摘 要：在“惩治犯罪与保障人权”并重的现代刑事法理念的倡导下，控制国家权利，保障公民个人的权利，用权利制约权力是平衡控辩双方地位，实现人权保障的重要途径。而将普通的被追诉人权利上升为宪法性权利，运用宪法来保障刑事被追诉人之人权，则为当今法治较为发达的国家所普遍实行。然，“无救济则无权利”，在提升权利之位阶的同时，建立和完善宪法救济机制才能真正实现权利之宪法保障。

关键词：人权 辩护权 宪政 宪法性权利

一、问题的提出

2012 年 3 月 14 日，十一届全国人大第五次会议通过了关于修改《中华人民共和国刑事诉讼法》的决定。至此，时隔十六年的刑诉法二次修正（以下简称“新刑诉法”）最终尘埃落地。此次修改亮点颇多，受到了各方面的积极评价。其中最令人鼓舞的莫过于是将“尊重和保障人权”写入刑事诉讼法。新刑诉法突出人权保障功能，使“尊重和保障人权”明确成为刑事诉讼活动中必须遵循的一项基本原则。这一举措有学者称之为是社会主义司法制度在文明、人道、法治道路上的又一次生动实践，是宪法原则具体化的重要体现[1]。更有学者将其称之为是继 2004 年“人权”入宪、2007 年《物权法》颁行后人权保障事业的又一次巨大飞跃[2]。

放眼当下，中国特色社会主义法律体系业已形成，各领域的人权保障在制度化、法治化轨道上不断推进。但是，在我们通往民主法治社会的道路上却并非一帆风顺。相反，荆棘布满前行之路，尤其是在我国刑事程序法领域，国家权力和公民个人权利冲突不断，矛盾尖锐依旧。究其原因，是由于此领域中，国家可能对公民个人权利施加最严厉的限制或剥夺，且在立案、侦查、审判等诉讼活动中存在着国家权力被滥用的可能性，而对这种滥用权力的行为，刑事程序法领域并未建立完善的预防机制和制裁体系，从而使得被追诉人之生命、财产、人身自由等基本人权可能随时受到任意的限制和剥夺。类似于佘祥林、杜培武、聂树斌、赵作海等冤假错案的接连发生就是对其最好的佐证。

在我们看来，刑事诉讼中的人权保障，其核心应该是保障被追诉人的权益[3]。我们认为，不论犯罪的危害程度有多高，也不论犯罪情节有多恶劣，被追诉人作为宪法上的公民，都享有不受非法侵害、不当侵害的权利，并且这些权利必须在整个诉讼过程中得到确保。而相较于人权之生命权、健康权、自由权等基本人权来说，有一种特殊的权利，即被追诉人的辩护权，它在刑事诉讼过程中发挥着举足轻重的作用。辩护权是被追诉人进行自我保护的一种手段，是其所有诉讼权利的总和，因为被追诉人的各项诉讼权利的行使，其总体目标均在于针对刑事追诉进行防御，进而维护其自身之生命、健康、自由等合法权益[4]。然而，作为被追诉人所享有的基本人权，辩护权在我国却长期因为被忽视而畸形地存在和发展。为此，本文有意选择以辩护权为视角对刑事诉讼中人权的宪法保障问题作一简要论述，反思被追诉人之辩护权的宪法保障，并就如何完善提出对策建议，以期中国人权保障事业再度飞跃。

二、辩护权宪法保障之理论根据

（一）辩护权本质上是全体公民的权利

长期以来，关于辩护权的主体归属问题，理论界的认识可谓高度一致。即认为辩护权是被追诉人包括犯罪嫌疑人和被告人的权利以及由此派生的辩护人的权利[5]。在这一认识的引导下，辩护权被认为是少数人的权利，是“坏人”的权利，辩护律师也即成为“魔鬼的代言人”。那么，宪法何以要对“坏人”的权利如此关注呢？

简而言之，这是因为涉嫌犯罪的人并非就是真正的犯罪人，即使被追诉人是一个真正的罪犯，在未经法院最终判决确认有罪之前，在法律上应推定为无罪。另外，由于刑事程序的运作具有不确定性，每个公民都是潜在的犯罪嫌疑人、被告人，继而每个公民也都可能成为被害人。与其说辩护权是被追诉人的权利，不如说辩护权是每个公民的基本权利。

（二）强化辩护权之保障有助于控辩平衡的实现

控辩平衡，是诉讼权力（利）制衡理论的重要内容，是现代刑事诉讼结构的内在需求。控辩平衡不仅要求作为行使辩护权的辩护方享有同强大的国家控诉机关同等武装、同等保护的权利，而且还要求通过辩护方积极行使辩护权利对国家权力的运用实行有效的制约和监督[6]。

在现代刑事诉讼结构中，控诉和辩护是现代刑事诉讼的两大基本职能，二者互为对立而又相互统一，缺一不可。然而，在事实上，控辩双方地位存在天然的不平衡，过分强大的国家权力对于普通公民的权利来说，始终是一种威胁。为保障公民个人的权利，各国普遍通过立法措施来改变这一状态。目前，世界各国纷纷在宪法中对被追诉人之辩护权加以规定，将辩护权规定为一项基本人权。因为，唯有充分有效的辩护才能真正实现控辩平衡。

（三）辩护权的宪法保障是宪法内在属性的要求

宪法作为一国之根本大法，任何法律、法规的制定都必须依据宪法而为之，并不得与其相抵触。否则，会因违宪而丧失效力。刑事诉讼法作为国家的基本法律，当然亦应依据宪法而制定，并不得违背宪法的规定和精神。

基于宪法效力之最高性，宪政理论按重要性不同，将公民权利分为基本权利和一般权利两种，并要求基本权利必须由宪法作出规定。其中，一般权利是指那些适应国家和政治形势的需要而变更或废止的权利，而基本权利则是那些不能因为国家和政治形势的需要而变更或废止的权利。以此为标准，刑事诉讼中公民的绝大多数权利都属于基本权利，都应当规定在宪法当中。生命、健康、自由等实体性权利属基本权利自不待言，正当法律程序权、被推定无罪的权利、辩护权利、获得法律援助的权利、获得司法救济的权利等程序性权利同样属于基本权利。原因在于：没有这些程序性权利作保障，生命、健康、自由、财产、隐私等实体性权利也很难真正得到保护。

对程序性权利的保障是维护好实体性权利的前提，而程序性权利中辩护权之保障最为关键，甚至可以说，辩护权是所有程序性权利的总和。因为被追诉人各项程序性权利的行使，其总体目的均在于针对刑事追诉进行防御，维护其自身合法权益。

三、辩护权宪法保障之不足

近些年来，从佘祥林到赵作海，一件又一件令我国司法蒙羞的冤假错案接连发生，无不引起众人深思。这些冤假错案的背后显露出的是公民个人权利遭受国家公权力的任意限制或剥夺的问题，实质是限制或剥夺了被追诉人的程序性权利进而实体性权利无法保障的问题。这个问题产生的原因很多，但宪法对刑事诉讼中基本人权的保护力度不够无疑是不可忽视的重要原因。前已述及，辩护权是程序性权利之总和，对任一程序性权利的侵害归结到最后都是对辩护权这一防御性

权利的侵害。故而，有必要对我国辩护权的宪法保障问题进行审视并检讨。

（一）辩护权之宪法规定严重滞后

我国《宪法》第 125 条规定："人民法院审理案件，除法律规定的特别情况外，一律公开进行。被告人有权获得辩护。"该条是《宪法》对刑事被追诉人之辩护权的唯一规定。但是，该规定并非完美，存在问题如下：

首先，就辩护权这一基本人权而言，该权利并非规定在《宪法》关于公民基本权利义务规范一章，而是将其置于国家机构规范部分。如此设置，导致作为被追诉人之程序基本权的辩护权缺乏宪法效力，无法发挥其应有之功效。

其次，将辩护权局限于法院审判工作的层面不甚合理。被追诉人可自行行使辩护权也可以委托他人代为行使。如若被追诉人自行辩护，辩护权之享有则无所谓审前、审后；如若委托辩护人代为行使，按照新刑诉法，侦查阶段即可委托辩护人，即使按照修正前的刑诉法，审查起诉这一审前阶段辩护人就可介入其中[7]。《宪法》如此规定，容易使人误认为被追诉人在审前阶段是无权行使辩护权的。

再次，仅规定刑事被告人有权获得辩护不符实际。1996 年的《刑事诉讼法》一次修正，将"被告人"、"犯罪嫌疑人"这两个称呼作了区分，在提起公诉前称之为"犯罪嫌疑人"，在提起诉讼后称之为"被告人"。在这种情况下，"被告人有权获得辩护"这一宪法规定，在措辞上无疑是不妥的。然而令人奇怪的是，在此后两次修宪过程中，这一如此明显的错误竟一直未能引起修宪者的重视[8]。

最后，"有权获得辩护"这一表述不准确。辩护包括自行辩护和委托他人代为辩护。犯罪嫌疑人、被告人的自行辩护是不受诉讼阶段限制的，因此，这里的"有权获得辩护"应当指的是获得他人代为辩护的权利，而不应包括自行辩护情形，但这种模糊的法律表述无疑会引起理解上的歧义。

（二）大量程序性基本权利的宪法缺位

为防止国家侦控机关在追诉犯罪的名义下任意侵犯公民权利，许多国家都在宪法中赋予公民以大量程序性保障（权利），从而使原本处于弱势地位的被追诉人能够在一个人为设置的法律空间内与国家展开平等、理性的对话与抗争[9]。这些程序性权利主要有被推定为无罪的权利、不得被迫自证其罪的权利、获得法律援助的权利、获知被指控的罪名的权利、要求排除非法证据的权利等。

然，反观我国《宪法》，除"辩护权"外，对以上所列程序性权利均未作规定。这种程序性权利的缺位所导致的后果是刑事诉讼法所确立的诉讼制度包含很多内容，而宪法所确立的公民权利保障条款无法涵盖全部刑事诉讼程序，犯罪嫌疑人、被告人所享有的一些基本权利，在宪法中根本就不存在直接的法律依据。甚至可以说，缺少如上所列举的程序性权利，特别是获知被指控的罪名的权利和获得法律援助的权利，将不利于辩护方积极防御，被追诉人之基本权利恐将遭致不应有的侵犯。

（三）对国家权力的行使缺乏严格的控制

世界各国都非常重视通过宪法来严格控制国家权力的行使。如在国外宪法中，对立法机关制定限制、剥夺公民权利的立法设定严格的条件；对侦控、审判权运作的条件、程序等规定得严格而具体；规定国家机关及其工作人员非法侵犯公民个人权利必须承担严重的不利后果等。

在我国宪法文本中也可见对国家权力的行使进行限制的条款。但就这些条款而言，它们多为原则性的规定，而看不到限制性条款所应有的内容。其实，就宪法而言，重要的不是原则性规定国家机关限制或剥夺公民权利应"依法"进行，而是具体规定国家机关在限制或剥夺公民权利时应

遵守何种法定规则[10]。在人权保障事业不断上升的今天，面对我国《宪法》之窘境，为避免公民的权利惨遭国家权力的侵害，修宪者有必要通过修正宪法，以达到对国家权力行使之严格控制。

（四）权利救济机制不健全

就被追诉人的宪法性权利而言，这种权利同时也是刑事诉讼权利。在被追诉人权利宪法化问题上，最为关键的一点就是在被追诉人的宪法性权利遭受侵害后，国家的刑事司法体系应提供一种有效的司法救济机制，从而使得那些宪法性侵权行为受到有效的惩治，使得遭受公权力侵害的被追诉人获得及时有效的权利救济[11]。

需要给予肯定的是，在我国刑事诉讼体制内，目前已经存在一些对被追诉人宪法权利的保障救济机制，如申诉机制、检察监督机制、非法证据排除规则、国家赔偿制度等。但是，刑事诉讼体制之内的权利救济机制并不能涵盖全部宪法性权利之救济。如果出现了宪法性权利遭受侵害而刑事诉讼等部门法又没有相应的措施予以救济时，我们又该如何保障这种遭受侵害的宪法性权利呢？对此，我们认为，此种情形下宪法本身之救济当属首选，否则写在宪法上的权利将会沦落为一种口号或宣言。而相较于刑事诉讼法，我国《宪法》对公民权利的救济却规定的极为疏漏。整个宪法文本有关公民权利之救济的规定只有一条，即《宪法》第 41 条之规定[12]。

四、辩护权宪法保障之完善

（一）明确辩护权之基本人权地位

被追诉人之辩护权在我国《宪法》当中的规定有待重新确认，首先就辩护权之具体条款应从现今的“国家机构规范”一章迁移至“公民基本权利和义务规范”一章；其次，辩护权之主体归属问题须结合新刑诉法之规定进行修改，明确犯罪嫌疑人、被告人是辩护权的主体；最后，“有权获得辩护”并不能涵盖辩护权应有之内涵，因为辩护权的行使除了委托他人代为辩护和接受指定辩护之外，自行辩护伴随诉讼全过程。

（二）应上升为宪法权利的被追诉人权利

刑事诉讼权利保障体系的形成，首先是以刑事诉讼权利的宪法化为前提。具体到我国，我们认为与辩护制度密切相关，并且已经得到各国立法和国际公约公认的刑事诉讼权利，诸如，被推定为无罪的权利、不得强迫自证其罪的权利、获得法律援助的权利等有必要上升为宪法性权利。这里仅对“不得强迫自证其罪的权利”作一简要介绍：

不被强迫自证其罪是联合国人权宪章确立的一项刑事司法国际准则。该准则对于保护被追诉人的人格尊严，防止侦控机关滥用国家权力，遏制刑讯逼供，实现刑事诉讼的人道化具有非常重要的意义。

1、联合国关于不得被迫自证其罪的权利的规定：

联合国《公民权利和政治权利公约》第 14 条第 3 款（庚）项规定：“受刑事追诉的人不得强迫作不利于已的证言或强迫承认有罪。”该原则是任何人所应享有的最低限度的权利保障。但是权利公约没有规定沉默权。第 15 条规定：“每一缔约国应确保在任何诉讼程序中不得援引任何确属酷刑逼供作出的陈述为证据。”

联合国《少年司法最低限度标准规则》（北京规则）规定：“在诉讼的各个阶段，应保证基本程序方面的保障措施，诸如假定无罪，指控罪状通知本人的权利，保持沉默的权利。”

2、有关国家关于不得被迫自证其罪的宪法规定：

世界上几乎所有国家的宪法都对不得被迫自证其罪的权利作了规定，如《日本宪法》[13]、《韩

国宪法》[14]、《印度宪法》[15]、《加拿大宪法》[16]等，其中《加拿大宪法》还对被告人的沉默权和证人不自陷于罪的权利分别作了规定。

值得一提的是，此次刑诉法修改，增加了“不得强迫任何人证实自己有罪”的条文。它是我国刑事司法领域改革的一个重要成果。对于完善我国刑事诉讼法、与国际刑事司法和人权准则衔接、保障人权等方面都有极为重要的意义[17]。在此背景下，进一步提升权利位阶将其宪法化，实乃大势所趋。

（三）对国家权力的行使实行严格的控制

被追诉人辩护权贯穿整个刑事诉讼过程，从侦查、起诉到审判，所抗衡的都是国家公权力。现实中，国家公权力过分强大，对于被追诉人来说始终是一种威胁。强弱对抗之下，如若不严格控制国家公权力的行使，则控辩平衡难以达成，人权保障难以实现。

1、立法上严控权力之行使。立法是“源”，具有普遍性，指向的是法律效力范围内的所有公民。如若立法不公，所有公民必受其害。故而，宪法保护公民个人权利除了要关注执法与司法领域公民权利之保护，更要关注立法领域公民权利之保护。这也即现今多数国家在宪法中即对行政和司法机关剥夺或限制公民权利作出了严格的规定，又对立法机关制定剥夺或限制公民权利的立法设定严格条件之原因。

2、对权力运作的条件和程序等作出严格的规定

为了实现对社会的有效管理，在不违反宪法的前提下国家有权对各项制度作出进一步规定。例如，《宪法》第37条对人身自由权作了规定，其中第2款：“任何公民、非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。”从该条中，我们知道决定逮捕的主体是谁，执行机关是谁，但是，何种条件下方可实施逮捕和逮捕应遵循何种程序，该条并未严格规定，国家立法机关就可能在制定普通法律时赋予侦控与审判机关以广泛的权力，导致公民个人的权利得不到应有之保障。为防止出现这种情况，我们有必要在规定侦控、审判机关有权实施逮捕等强制措施的同时，对其实施这些强制性诉讼手段的条件、程序等作出严格而具体的规定。

3、设定严格的制裁机制

宪法规范对国家权力行使的规则规定的再具体，也会有基于个人恩怨或职业利益而逾越法定的规则、侵犯公民个人权利的行为发生。因而，有必要设定严格的制裁机制，以使那些违反法律规定的国家机关及其工作人员不仅不能获取违法收益，而且还需为此付出沉重的代价。只有这样，才能有效消除国家机关及其工作人员实施违法行为之动机。

（四）建立宪法层面的权利救济制度

目前，我国尚未建立专门的违宪审查制度，诸如美国式的排除规则、撤销起诉、撤销有罪判决等程序性救济机制在我国宪法层面上根本未能得到任何的体现。已有的非法证据排除规则、撤销有罪判决只是刑事程序内的救济制度，而所谓的宪法性救济制度在我国可谓缺失。其实，与民法、刑法一样，宪法的“可诉性”和有效实施也是需要具体的诉讼机制加以保障的。在被追诉人权利宪法化的今天，如何保障被追诉人的宪法性权利在受到国家公权力侵犯后能够获得有效的司法救济，已经成为我国宪法所面临的重要问题。

具体到我国违宪审查制度之构建，我们认为可以参照外国的经验性做法：首先，有权进行违宪审查的主体必须独立于立法机关和行政机关，或采专门机关审查制，如设立专门的宪法法院或宪法委员会；或采普通法院审查制，如最高人民法院实行违宪审查或普通法院分级别审查[18]。其次，专门机关或普通法院主要对侦查、检察机关和审判机关所实施的涉及被追诉人人身自由、财产、隐私等实体性权利以及辩护权等程序性权利的行为是否违宪进行审查。最后，上述行为一

且被宣布违宪，将会通过排除规则、撤销起诉和撤销有罪判决等救济制度来保障被追诉人之合法权利。当然，一旦宣布违宪，国家权力机关所实施的行为则归于无效。

与宪法司法化一样，违宪审查的建立具有重大的现实意义，在保障人权、建设法治国家等方面将发挥重要作用。但是，法治建设并非一蹴而就，不能企图一朝一夕就能解决所有问题。在刑事被追诉人辩护权的宪法保障问题上，我们同样需要一个循序渐进的过程。

注 释

1、胡云腾《公正司法就是"尊重和保障人权"》，载《法制日报》2012 年 3 月 28 日第 9 版。

2、中国人民大学王利明教授在接受媒体采访时如是说，详见《湖北日报》2012 年 3 月 10 日第 2 版。

3、在今年"两会"上，清华大学法学院周光权教授表达了此观点，我们对此表示赞同。详见《中国妇女报》2012 年 3 月 9 日第 A01 版。

4、熊秋红《刑事辩护论》，法律出版社 1998 年版，第 6-7 页。

5、相对于 1996 年《刑事诉讼法》而言，新刑诉法明确了侦查阶段犯罪嫌疑人的辩护权和律师的辩护人身份，强化了法律援助和指定辩护。

6、管宇《论控辩平等原则》，中国政法大学博士学位论文，2006 年 4 月，第 1 页。

7、新《刑事诉讼法》第 33 条第一项："犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，有权委托辩护人。在侦查期间，只能委托律师作为辩护人……。"1996 年《刑事诉讼法》第 33 条："公诉案件自案件移送审查起诉之日起，犯罪嫌疑人有权委托辩护人……。"

8、1999 年的第三次修正和 2004 年的第四次修正。

9、陈永生《刑事诉讼的宪政基础》，北京大学出版社 2010 年版，第 175 页。

10、陈永生《刑事诉讼的宪政基础》，北京大学出版社 2010 年版，第 208 页。

11、屈新《被追诉人的人权保障研究》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 228 页。

12、《宪法》第 41 条第 1 款："中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利；对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利，但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。"

13、《日本宪法》第 38 条规定："不得强迫任何人作不利于本人的供述。"

14、《韩国宪法》第 12 条第 2 款规定："任何国民'不被迫在刑事上作不利于己之供述'。"

15、《印度宪法》第 20 条第 3 款规定："不得强迫被告自证其罪。"

16、《加拿大宪法》第 11 条第 3 款规定："在刑事诉讼中，被指控犯罪的人享有'不得被强迫在指控本人犯罪的诉讼中作为证人'的权利。"第 13 条进一步规定："在诉讼程序中作证的证人，有权不让所提出的任何显示有罪的证据在其他任何诉讼程序中被用来指责该证人犯罪，但是关于伪证罪或者提出反证的控诉除外。"

17、杨宇冠《论不强迫自证其罪》，载《甘肃政法学院学报》2011 年第 6 期。

18、采用专门机关审查制的国家主要还有法国、德国、俄罗斯、意大利、葡萄牙、西班牙和比利时等国，而采用普通法院审查的有日本、美国、英国。

新《民事诉讼法》实施后对律师执业的变革

安徽杨夫胜律师事务所　杨夫胜

摘　要：修改后的民事诉讼法，从以下几个方面体现了民事诉讼制度的完善和改革机制：1、完善了调解与诉讼相衔接的机制，对充分发挥调解作用，尽量将矛盾纠纷解决在基层、解决在当地具有现实意义；2、完善了举证制度，增加了公益诉讼制度，对进一步保障当事人的诉讼权利将发挥重要作用；3、完善了简易程序，增设了小额诉讼制度，对提高审判效率、合理利用司法资源具有重要意义。这些制度的修改增加了诸多当事人可选择的程序设计，为实体审判带来了充分的保证，同时也是律师自主性功能作用的增强。因此，作为律师在以后的执业过程中应当针对新《民事诉讼法》的修改，转换工作思路、提高勤勉负责的工作态度，积极适应、应对新《民事诉讼法》的实施，以最大化地维护当事人的合法权益、树立律师代理民事诉讼的良好形象。

关键词：民事诉讼法修改　协议管辖　公益诉讼　举证时限　调解　小额诉讼

2012 年 8 月 31 日，全国人民代表大会常务委员会关于修改《中华人民共和国民事诉讼法》的决定已经十一届全国人大常委会第二十八次会议通过，经过长期的酝酿和讨论，修改后的民事诉讼法终于面世，自 2013 年 1 月 1 日起生效施行。这是中国法律历史上的大事，也是中国法治进程上的一个里程碑，同时也是律师执业过程中为社会提供法律服务的升华。《新民事诉讼法》修改，律师的作用和意义在以下方面应当得到有效的发挥。

一、当事人在民事诉讼活动中的选择权扩大，律师驾驭民事诉讼的能力应当全面提高

在新民事诉讼法集万千宠爱于一身时，在万众期待中粉墨登场时，新民诉法的修改给当事人及律师执业带来了不同凡响的变化。扩大协议管辖的范围，为当事人提供了充分的选择权，尊重意思自治。

《民事诉讼法》第 34 条：“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定”。

通过新旧民诉法的对比可知，旧民诉法中对协议管辖的规定在适用范围上仅限于民事主体之间的合同纠纷，而不包括民事主体之间的其他财产权益类型纠纷，如物权纠纷、债权纠纷等。此规定严重束缚了国内民事管辖案件的类型，对于实践中大量存在的除合同纠纷之外的债权纠纷和物权纠纷，当事人不得协议管辖。修改后的民诉法则对协议管辖的适用范围作出了扩大，保留原有的五类法院之外，还增加了一个兜底性的条款“与争议有实际联系的地点”，这就充分体现了协议管辖案件中当事人自主选择范围的扩大。在客观上给民事活动的当事人提供了充分的选择权，无论是合同纠纷、债权纠纷、物权纠纷等，只要具有财产权益争议的案件，当事人都可以自主选择与争议有实际联系地点的法院管辖，这些的固定都完全符合协议管辖的初衷；同时要求代理律师主观上必须认真审慎考虑作出合理的建议以最大化实现当事人的合法利益，对于律师驾驭整个民事诉讼活动的能力也提出了更高的要求，使律师不断提供法律服务的水平。

二、新增公益诉讼制度，保护群体性利益，将使律师的执业范围扩大

《民事诉讼法》第 55 条：“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼”。

随着经济社会快速发展,民事案件数量不断增多,新的案件类型不断出现,民诉法的规定在某些方面已经不能完全适应人民群众的司法需求,有必要进一步予以完善。近年来,环境污染和食品安全事故不断发生,一些全国人大代表和有关方面呼声多次提出在民事诉讼法中增加公益诉讼制度。为此，新的民诉法增加规定：“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，法律规定的机关、有关组织可以向人民法院提起诉讼”。此条新增公益诉讼制度，可谓是对民众呼唤公益诉讼的立法相应。在此之前，公益诉讼因原告主体问题，成为法律救济的瓶颈。该条的出现，解决了原则为题，但对于具体实施而言，尚待法律规定对“机关和有关组织”进行明确和界定。

按照民诉法的规定，律师在执业中应全面了解民事公益诉讼的案件范围，包括污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的案件。这里包括两层意思：一是污染环境、侵害众多消费者合法权益的纠纷只有在损害社会公共利益的情况下，才能成为公益诉讼案件，如果只涉及社会成员个体利益（如污染环境造成公民个体损害），可以按照普通民事案件处理；二是除污染环境、侵害众多消费者合法权益以外的其他损害社会公共利益纠纷，也可以按照公益诉讼案件进行处理。律师在企业中如果担当法律顾问，企业在生产经营中，更应当注意加强对社会公共利益的保护，也要明确民事公益活动的责任，以免作为公益诉讼的被告被追究民事赔偿责任。

目前，我国还无任何法律授权有关机关或组织提起公益诉讼，公益诉讼的审批原则、程序、责任承担，收益的奖励与分成等一系列理论和制度问题，这就要求律师在实践中不断摸索、研究和完善，以适应民事诉讼法中公益诉讼制度的发展需要，同时也是律师业务范围的扩大。

三、新民事诉讼法关于举证期限的规定，对于律师执业提出了更高的要求

《民事诉诉法》第 65 条规定：“当事人对自己提出的主张应当及时提供证据。人民法院根据当事人的主张和案件审理情况，确定当事人应当提供的证据及其期限。当事人在该期限内提供证据确有困难的，可以向人民法院申请延长期限，人民法院根据当事人的申请适当延长。当事人逾期提供证据的，人民法院应当责令其说明理由；拒不说明理由或者理由不成立的，人民法院根据不同情形可以不予采纳该证据，或者采纳该证据但予以训诫、罚款”。

通过第 65 条的规定，举证时限是法院提供给当事人的在合理期限举证的时限，当事人对举证时限应当予以重视。如果在法院提供的举证时限内有证据未举证，又没有正当理由的，法院可以根据案件实际情况选择采纳该证据，也可以选择不采纳该证据，即使采纳该证据，也要给予当事人以训诫、罚款。此条款即时对民事诉讼时限的保护，也是针对滥用诉讼制度的当事人制裁。

本条规定不但强化了当事人的举证责任，还加大了对迟延举证的限制并增加了对无故迟延举证的惩罚措施，律师在执业中为当事人提供法律服务意识应当避免自己的工作迟延或失误导致当事人利益损失，特别是律师的庭前准备应当充分，因为诉讼过程中因当事人委托律师代理，其举证义务直接转嫁到受委托的律师身上，受委托的律师应当在法院规定的举证期间内完成举证，避免因迟延举证导致当事人受到法律制裁；同时，对于律师诉讼设计也增加了风险，如果律师未能准确判断法庭审理的争议重点，误将重要的证据认为不重要或者无关而未提供，则可能导致当事人受到制裁，律师也可能会遭到当事人的赔偿请求。这就要求我们在民事诉讼过程中严格提高法律服务，强化专业知识，提高服务技能，充分保护当事人的合法权益，同时努力避免给当事人造成不必要的损失，以维护律师执业良好形象。

四、诉前调解加大力度，调解原则贯穿始终，律师应当在当事人的特别授权范围内行驶自己的权力，维护当事人的利益

新《民诉法》第 122 条：“当事人起诉到人民法院的民事纠纷，适宜调解的先行调解，但当事人拒绝调解的除外”。

此条修改进一步体现了调解制度在我国民诉法程序中的重要地位，只要适宜调解的，都应当先行进行调解，力争将民事纠纷解决在调解阶段，而不是通过判决、裁定等方式解决。纵观我国民诉法现行对调解制度的规定，调解可以在庭审前提出，可以在庭审时提出，可以在庭审后提出，甚至可以在判决后提出，也可以在法院执行时提出，只要双方当事人达成一致，不违背法律规定，都可以调解解决。这就是民事诉讼中调解制度贯穿整个民事诉讼的体现，充分表明了调解制度的优越与重要。

当前我国处于社会矛盾凸显期，各类民事纠纷日益增多，充分发挥调解作用，尽量将矛盾纠纷解决在基层、解决在当地，对及时化解矛盾纠纷，促进社会和谐稳定，具有重要意义。调解作为解决纠纷的有效方式，具有程序简便、方式灵活、自觉履行率高等优点。未经人民调解委员会调解的纠纷，起诉到法院的，可以先行调解；经过人民调解委员会调解未达成调解协议的纠纷，起诉到法院的，也可以先行调解。为此，新法完善了调解与诉讼相衔接的机制，增加了先行调解的规定。律师在执业中应当在当事人的特别授权范围内行驶自己的调解权力，在诉讼过程中可先行调解也可事后调解以维护当事人的利益。

五、新增小额诉讼制度，减少当事人和律师的诉累，节约司法资源

新《民诉法》第 162 条：“基层人民法院和它派出的法庭审理符合本法第一百五十七条第一款规定的简单的民事案件，标的额为各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资百分之三十以下的，实行一审终审”。

《新民诉法》第 157 条：基层人民法院和它的派出的法庭审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的民事案件，适用本章规定。基层人民法院和它的派出法庭审理前款规定以外的民事案件，当事人双方也可以约定适用简易程序。

为及时解决面广量大的民事纠纷，2011 年 4 月，最高院启动了小额速裁试点工作，北京、湖北、青海等十三个省、直辖市的高院分别制定辖区内的两个基层法院作为试点单位。经过一年多的试点，从统计的数据来看，小额速裁案件在民事案件中占的比例不高，但是审结的效果初显，对于定纷止争的作用初显。根据一些地方的试点探索并借鉴国外好的做法，将小额诉讼制度写进了民诉法，该条修改的亮点在于：明确规定“小额诉讼一审终审”，其适用前提是：第一，只能是基层法院及派出法庭，简单的适用简易程序审理的民事案件；第二，标的额为各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资百分之三十以下。小额诉讼程序是对简易程序的再次简化，是简易程序中的“简易程序”。小额诉讼既方便消费者针对企业提起消费诉讼，也方便涉诉企业迅速从诉讼程序中解脱出来。

现行民诉法对于民事案件统一实行两审终审制，也就是说当事人不服一审判决，均有权向上一级法院提起二审，在二审审判终结前一审判决并不生效。但在司法实践中，个别当事人为拖延审判时间，延长最终法院执行期限，对一审认定事实清楚，适用法律正确的判决依然无故提出上诉，一个简单的案子有时能拖延一年甚至更长；另一方面，权利人苦于诉讼时间太长，权利得不到及时救济而放弃诉求，进而通过一些非正常的甚至是违法手段行驶私利救济，反而给当事人造成了更大的损失。

针对上述情况，新民诉法对于小标的额，事实清楚、争议不大的简单民事案件适用简易程序审理的一审案件，增设了一审终审制度，既有利于当事人实现诉讼目的维护合法权益，也使审判工作效率提高，彰显公正，对于提高审判效率，减少当事人和委托代理人的诉累，降低诉讼成本、节约司法资源、合理利用司法资源，使公平正义得以及时实现具有重要意义。

综合以上论述，本人认为，从事民事诉讼案件代理是律师的主要内容，参与民事诉讼代理活动是展现律师技能的重要活动场所。《新民事诉讼法》的颁布及实施，增加了许多当事人自由选择的程序内容的同时，也避免了累诉、滥诉不良行为，即扩大了律师发挥主观能动性的范围，也赋予律师在民事诉讼活动中的权利责任，但许多条款的规定也对律师执业技能和职业道德提出了新的要求，更有许多新的规定值得律师在民事诉讼代理工作中思索、探讨，这不仅是对律师个人执业技能提高的要求，同时也是对整个律师行业的整体执业技能的要求，使我们律师业务在社会新生事物中不断地适应与成长。

参考文献

1、陈卫东《中国律师学》，中国人民大学出版社，2008 年 3 月。
2、何家弘《证据学研究》，中国人民大学出版社，2007 年 1 月。
3、《民事诉讼法法条》，中国法律出版社。
4、《中国律师学》，中国法律出版社。

论刑事非法证据排除规则的完善与发展

安徽黄淮律师事务所 王成艳

摘 要：美国非法证据排除规则的发展历程及最新发展动态，对我国非法证据排除规则的发展具有很好的借鉴作用。领悟和掌握非法证据排除规则的科学内涵，对律师在实务中利用好该规则，维护犯罪嫌疑人的人权具有重要的程序价值。进而，为新《刑事诉讼法》中“非法证据排除的规则”制定司法解释提供建议。

关键词：非法证据排除 发展 律师实务 完善建议

非法证据排除规则的适用是遵守和保障人权原则的体现，彰显程序的价值。基于刑事诉讼法全面强化人权保障趋势，刑事司法要树立现代刑事司法理念，强化程序公正意识，强化证据裁判观念，完善和发展非法证据排除规则。下面分别从五个方面探讨非法证据排除规则，以起到抛砖引玉的作用。

一、非法证据排除规则在美国的发展及最新动态

非法证据排除规则在美国是一项宪法性权利。其根本目的就在于限制以警察权力为代表的国家权力的滥用，进而取得保障公民宪法权利的效果。1914 年，美国联邦最高法院在威克斯诉讼一案（Weeks V. US）中，警察利用被告邻居提供的钥匙，闯入了被告的家中查抄了大量罪证文件，后来又与美国联邦司法官员一同返回再次查抄了更多的文件，警察在没有获得搜查许可的情况下获取该物证、书证，后来这些证据最终确认为非法证据而被依法排除。九名大法官一致同意撤销原判，发回重审，并裁定联邦警察非法搜查和扣押所得获的证据不得在联邦法庭上使用。以此为标志，美国现代意义上的非法证据排除规则确立起来。美国狭义上的非法证据排除规则，就是指违反美国联邦宪法第四修正案而获取的证据不得在刑事诉讼中用于证明被告人有罪。美国联邦宪法第四修正案规定：“人民保护自己的人身、住宅、文件及财产不受任何非法搜查和扣押的权力不容侵犯。”

1961 年，美国联邦最高法院在马普诉俄亥俄州（Mapp V .Ohio）一案中，非法证据排除规则的适用扩展到了美国各个州。在马普案中，警察强迫 Mapp 开了门，并且将其律师阻挡在门外，手中晃动着事后证明虚假的搜查许可证，强迫给 Mapp 戴上了手铐并彻底搜查了她的家，来寻找淫秽物品。这些证据后来被排除。美国联邦最高法院认为通过民事赔偿、行政处分不能遏制警察违法取证，唯有将其非法行为获得证据彻底排除，消除其违法行为的动机，才能保障人民宪法权利。

美国非法证据排除规则，首先是为了震慑警察的不法行为，其次是宪法修正案之直接要求，再者是司法正洁之要求。

随着犯罪浪潮的到来，美国非法证据排除规则，从严格运用到逐步设立一些例外规则，以达到控制犯罪与保障人权之间的平衡。从其发展轨迹看，例外规则越来越多是基本趋向。以最近的美国联邦最高法院 Herring 案为例。美国科菲郡警察根据戴尔郡警察局通缉名单逮捕了 Herring，在逮捕时搜出毒品和枪支。因戴尔郡警察疏忽，该局通缉名单数据库出了问题，对 Herring 的逮捕决定在五个月前已被撤销。在对 Herring 非法持枪和毒品公诉中，Herring 主张适用非法证据排

除规则对上述非法证据予以排除。区法院和 11 巡回法院都认为警察本身没有过错，唯一疏忽来自戴尔郡警察局数据记录，根据 US V. Leon 案确定的“善意的例外”, 不适用非法证据排除规则。在 Leon 案中，确立了例外原则：如果警察根据搜查许可而行为，该许可后来因缺乏合法根据而无效，只要警察是“客观合理信赖”搜查许可而进行搜查，非法证据排除规则就不适用。Herring 不服上诉，2009 年 1 月 14 日美联邦最高法院判决：警察所进行的非法搜查主要是因与搜查本身不太相关的孤立疏忽造成的，而不是制度性错误或者对宪法义务的疏忽，不适用非法证据排除规则。

在 Herring 案中，非法证据排除规则的适用必须具备两个因素：一是警察的行为必须完全是基于蓄意以至于必须适用排除规则来阻吓这种行为；二是警察的行为必须具备有足够的可归责性，才有必要值得司法制度为此付出，让可能的罪犯逍遥法外的代价。在 Herring 案中，Herring 被逮捕仅仅因为警察局数据库出现了问题而不是警察自身问题，警察的行为不具备足够的可归责性，不值得适用非法证据排除规则来阻吓这种行为。

综上，美国非法证据排除规则产生与发展都是紧紧围绕限制警察非法搜查和扣押这一主题的，从一开始的严格适用到用例外规则来限制适用的科学发展过程。

二、非法证据排除规则在我国的发展

1982 年《宪法》第 37 条、第 30 条、第 40 条分别规定了公民的人身自由权、住宅权以及通信自由权等宪法基本权利，为认定非法取证行为提供了宪法基础。1988 年，我国批准加入联合国《禁止酷刑公约》，排除非法证据已成为我国的国际法义务。1996 年《刑事诉讼法》第 43 条规定，严禁刑讯逼供和以威胁引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。1998 年《刑事诉讼法解释》第 61 条，明确规定排除非法言词证据。1999 年《人民检察院刑事诉讼规则》第 265 条同样规定了对非法言词证据的排除。2004 年我国《宪法修正案》增加了“国家尊重的保障人权”。

2010 年在中央政法委的协调和主持下，最终促成最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合出台了两个《规定》。该规定规范了非法证据的内涵和外延，非法证据的排除程序，证明责任等。“两个规定”第一次以司法解释的形式对我国非法证据排除规则进行系统规范。首次规范非法实物证据的排除规则。体现了惩罚犯罪与保障人权并重，实体与程序并重，彰显程序价值，确立了公平正义的证据规则。

2012 年新修改的《刑事诉讼法》第 2 条增加“尊重和保障人权”, 将尊重和保障人权写入刑事诉讼法，是宪法尊重和保障人权原则在刑事诉讼中的具体体现。宪法中尊重和保障人权是抽象的，司法机关在刑事诉讼活动中不能直接援引，因此将尊重和保障人权写入刑事诉讼法，具有重大的实践意义。新《刑事诉讼法》在第 50 条、第 54 条至第 58 条以及第 171 条规定了我国非法证据排除规则，对“两个规定“中非法证据排除规则进行了进一步完善：首次把我国非法证据排除规定的效力位阶从司法解释上升到国家基本法律的高度；新《刑事诉讼法》克服两个“证据规定”仅从法院审查判断证据方面，规定了法官在审判阶段应当如何处理并排除非法证据，加强了遏制和防范刑讯逼供的事前控制机制，规定了人民法院、人民检察院和公安机关都具有排除非法证据的义务；增加了不得强迫任何人证实自己有罪的规定；针对司法实践中刑讯逼供行为多发生于将犯罪嫌疑人送交看守所之前的情况作出了针对性规定：刑事诉讼法第 83 条、第 91 条，完善了拘留、逮捕后立即送看守所羁押的规定；第 116 条规定，讯问应当在看守所内进行；第 121 条规定，对讯问时进行录音录像制度。新《刑事诉讼法》很好地借鉴了两个“证据规定”, 在此基础上，综合理论界和实务界的研究成果，实现了非法证据排除规则的新突破。

三、非法证据排除规则的科学内涵及排除程序

关于新《刑事诉讼法》对“证据”概念的修改:

新《刑事诉讼法》第 48 条：可以用于证明案件事实的材料，都是证据。新法采用“材料说”的观点，摒弃“事实是证据”的传统观点。证据就是指证明案件事实信息的载体，其内容是指可以证明案件事实信息，具形式是证据内容的载体。

关于“非法证据”的内涵：

非法证据是针对合法证据而言的，合法证据具有三个特征，即合法性、关联性、客观性，而非法证据就在于其非法性。新《刑事诉讼法》第 50 条：审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人，被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集、证据，不得强迫任何人证实自己有罪。

“非法证据”中“非法”科学界定问题，不仅涉及到“非法”手段的界定，还涉及到非法手段的严重程度，更关系到证据的内容与形式。它包括非法言词证据和非法实物证据。

关于对非法言词证据的排除：

新《刑事诉讼法》第 54 条：采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人被告人供述和采用暴力、威胁等非法收集的证人证言、被害人陈述，应当预以排除。对于“刑讯逼供等非法方法”以暴力、威胁等非法方法中“等非法方法”的理解不宜片面限适在上述范围内，对于违法程度、强迫程度达到与刑讯逼供或者暴力、威胁相当，并使犯罪嫌疑人、被告人以及证人、被害人不得不违背真实意愿陈述的非法取证行为，应当归入“等非法方法”的范畴。以这些非法方法收集的言词证据，不仅内容容易失真，而且还可能存在严重侵犯人权的行为，同样极易导致出现冤假错案。

正是因为证人证言、被害人陈述，犯罪嫌疑人、被告人供述属于言词证据，其可变性较强、容易受到外界的干扰而形成有违案件事实的证据，所以应当一律予以排除，也就是所说的绝对排除。

关于对非法实物证据的排除：

新《刑事诉讼法》第 54 条：收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。

对于违反法律规定收集的物证、书证，应当有选择地予以排除。物证、书证属于实物证据，实物证据不同于言词证据，具有不以人的意志为转移的客观性，故不宜根据其获取手段的非法性作一律排除。而是根据非法手段的违法严重程度，是否可能严重影响司法公正的程度而作出有选择性排除，这也叫相对排除。

“可能严重影响司法公正”可以从以下情节考量：一看收集物证、书证行为违反法定程序的程度是一般违法行为，还是犯罪行为；二看违反法定程序收集物证、书证司法工作人员的主观罪过程度，是故意，还是过失；三看违反法定程序收集物证、书证的重要程度，是一般证据还是关键证据；四看违反法定程序收集物证、书证手段所侵害的效益。

当收集物证、书证不符合法定程序，没有达到可能严重影响司法公正的，不予排除；当达到可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释，不能补正或者作出合理解释的，应当予以排除。

四、非法证据排除规则中的律师实务

新《刑事诉讼法》不仅承认律师在侦查阶段辩护人的地位，为律师在刑辩方面的发挥提供更大的舞台，而且律师可以用非法证据排除规则，来更好地捍卫犯罪嫌疑人、被告人的人权。律师

首先要基于刑事诉讼法全面强化人权保障的趋势，及时转变和更新观念，时刻思考着如何从保障犯罪嫌疑人、被告人合法权利的角度确保非法证据排除规则落到实处。排除非法证据是公检法机关的法定义务，这些机关发现在侦查、审查起诉、审判时有应当排除的证据的，应当依法予以排除，不得作为起诉意见，起诉决定和判决的依据。

在犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，有权委托律师作为辩护人。律师要充分利用好会见的机会，向犯罪嫌疑人了解是否受到刑讯逼供；问清在进看守所之前的羁押场所，时间长短以及讯问次数和讯问时间；观察犯罪嫌疑人的表情以及有无伤势情况等。若存在刑讯逼供的可能，一定要问清刑讯逼供时间、地点、人员、逼供的问题，供述的内容，供述笔录签字情况，刑讯时有无录音录像。一旦发现有刑讯情况，律师应当及时提供相关线索或者材料，向检察机关的审查批准逮捕部门控告，要求检察机关对非法证据进行查证并予以排除。把非法证据排除在萌芽状态，守护好第一关。在《非法证据排除规定》第 3 条：人民检察院在审查批准逮捕中，对于非法言词证据应当依法予以排除，不能作为批准逮捕的依据。笔者在办理杭州市萧山区周某涉嫌抢夺案件中，在会见中成功避让侦查人员会见时在场，获取公安机关办案人员对周某有五次逼供行为。前四次逼供周某供述抢夺 1700 元，第五次迫使周某供述抢夺 2100 元，而周某当时在网吧上网，没有作案时间。我以周某父亲名义向萧山区人民检察院提出控告，强烈要求排除该非法言词证据，不能作为批准逮捕周某的依据。后来萧山区人民检察院让当地另外一个派出所调查核实，办案机关则主动撤销案件，无条件释放周某。

在侦查阶段，律师发现侦查人员以非法方法收集证据的，应向人民检察院提供相关线索或者材料，对非法取证的侦查人员提出控告。检察院对确有以非法收集证据情形的，应当提出纠正意见，并且该非法证据不得作为起诉意见的依据。

在审查起诉阶段，律师除了会见犯罪嫌疑人外，还要充分利用好阅卷。《刑事诉讼法》第 38 条：辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，可以查阅、摘抄、复制本案的案卷材料。律师要重点比对犯罪嫌疑人历次供述、被害人历次陈述，证人历次证言是否一致。律师对发现非法取证线索的要慎用自己调查取证权，该阶段最好向检察院申请调查核实。在苏州市平江区法院审理高某涉嫌非法出售、购买假币案中，控辩双方对高某进看守所之前的供述没有质证。这部分供述作为非法证据予以排除，苏州市平江区人民检察院院邓学平检察官通过提审高某，询问办案民警，调阅高某进入看守所的体检材料，认定在侦查过程中可能有非法取证情况。2011 年 10 月 28 日，苏州市平江区人民检察院将该案起诉至法院，同时向公安、法院送达《排除证据函》，对该供述作为非法证据依法予以排除。笔者建议：检察院应举行听证，以公开、透明的原则对非法证据依法予以排除额，而不是检察官个人予以排除，以减少办案过程中的随意性。

在审判阶段，非法证据排除的启动有二种情形，一是审判人员认为可能存在以非法方法收集证据情形的，应当对证据收集的合法性进行法庭调查，二是律师发现有非法取证情形，提供相关线索或者材料，依法申请法院依法予以排除的。在公诉人宣读起诉书后，启动法庭调查，由检察院承担证据收集合法性的证明责任，公诉人应当向法庭提供讯问过程的全程录音录像。必要时，提请法庭通知讯问人员出庭说明情况，有讯问人员签名并加盖公章的说明材料可以作为说明其取证合法性的证明。对于经过法庭审理，确认或者不能排除本法第五十四条规定的以非法方法收集证据情形的，对有关证据应当予以排除。在现实中已成功对非法证据依法予以排除的案件里，在田文昌律师办理佛山案中，田文昌律师在法庭上坚持：公诉人对被告人提出非法取证线索无法否定，庭前供述就不能再念了。田文昌律师一再要求法院对被告人进行伤势鉴定。最终鉴定结论证明被告人指控属实，即脚趾刑讯时被踩伤。根据该份鉴定结论排除了该份非法证据，排除了被告

人的有罪供述，从而判决被告人无罪。这属于事后鉴定，事后排除，没有遵守排除程序。在浙江宁波章国锡案中，辩护律师申请警察出庭作证被驳回；申请播放全案录像却仅播一小部分，仅有盖侦查机关公章，没有办案人员签名的情况说明。后来法院到看守所调取两份证明：一份是被告人出入看守所的记录，一份是被告人身上有伤的照片，这才把非法证据予以排除。法院的庭外调查核实证据，成了非法证据排除的关键，也没有遵守排除程序。从这两个成功排除非法证据的案件来看，都是法院依职权调取了看守所的书面材料，出入看守所时间证明和体检表或相应的身体检查照片。上述法院调取的证据成为排除非法证据的关键线索。对于律师来说，很难调取到，这也是一大缺憾。

五、对非法证据排除规则完善的司法建议

关于对非法言词证据的排除的问题：应着重落实不得自证其罪的规定；在讯问时规定律师在场权；规定讯问过程应当全程录像。待以后时机成熟时可以考虑沉默权问题。

关于对非法实物证据“可能严重影响司法公正的”科学界定：一是看排不排除是否可以阻吓警察的非法搜查和扣押行为；二看是否达到严重侵害公民人身、财产权利的程度；三看非法取证办案人员的过错程度。

关于对非法实物证据排除的例外规则：一是对非法搜查或扣押的物证、书证的排除将严重危害国家安全或公共利益的；二是取证对疏忽，缺少合法手续，经审查及时补救未履行法律手续不涉及公民人身权利的；三是对公民人身、财产权利侵害显著轻微，排除将危害社会秩序的。

关于“毒树之罪”问题：通过非法言词证据而获得实物证据，能直接证明案件事实，法院可以采信；通过非法言词证据而获得实物证据不能直接证明案件事实的，还需结合该非法言词证据才能证明的，该实物证据不可采信；但结合其他合法证据能够证明案件事实的，法院可采信。

关于排除程序缺乏可操作性问题：建立当事人或律师申请排除的启动程序；建立检察院听证排除和法院法庭调查排除程序，包括播放全程录像、侦查人员到庭接受质询，调取看守所相关记录等具体步骤；建立检察院听证决定或法院合议庭合议的决定程序；建立一审提出排除申请而未被采纳，二审中应对非法证据排除审查的补救程序。

关于建立庭前证据开示制度的建议。

关于承担证明责任一方，对有涉嫌非法取证的证据拒绝播放全程录像或者播放经过剪辑录像的，应当承担举证不能的责任，视为存在非法取证的情形，而依法予以排除。

关于对侦查人员在讯问过程中涉嫌存在刑讯逼供行为而又拒绝出庭的，视为存在非法取证情形，而依法予以排除。

关于建立律师可以向相关部门申请颁发调查令，调取看守所相关记录制度的建议。

参考文献：

1、《中华人民共和国刑事诉讼法》（2012.3.14 修正）法律出版社，2012 年 3 月第 1 版。

2、《中华人民共和国刑事诉讼法》适用解答，人民法院出版社，2012 年 3 月第 1 版 。

3、《刑事辩护的中国经验》，北京大学出版社，2012 年 5 月第 1 版。

4、《刑事证据制度发展与适用》，人民法院出版社，2012 年 5 月第 1 版

5、“非法证据排除规则”在美国最新发展——美国最高法院 Herring 案的影响 《中国应用法学信息》（丁广宇 编译）2 009 年第 1 期。

论无罪推定原则

众星合律师事务所 李 宁

摘 要：本文共分为三大部分，对无罪推定原则进行了探讨。第一部分为无罪推定原则的基本内涵与价值分析，对无罪推定原则的内涵进行了深入的分析，从而使我们对无罪推定原则有一个全面的认识。第二部分为我国无罪推定原则存在的不足及原因分析。第三部分主要讲无罪推定原则在我国的完善。

关键词：无罪推定原则 内涵 不足 完善

自十六世纪以来，资本主义生产方式不断得到发展。为了适应资本主义的需要，一些思想家大力抨击封建专制制度，提出民主、自由、平等的口号，宣传从人性论出发，是法律脱离神权与宗教，直至今日，人权观念日益发展。刑事诉讼民主化、科学化已成为当今世界的潮流，如刑事诉讼的目标已由最初的惩罚、控制、预防犯罪转向了人权的保障与维护。无罪推定原则为世界大多数国家刑事诉讼立法和司法所奉行，并且是国际性法律文件确认的刑事诉讼原则，因而成为国际社会通行的刑事诉讼原则。但在我国，诉讼法学界和司法部门对于该原则在认识上存在很大分歧，在接受无罪推定原则上一直争议不断。1996 年实施的刑事诉讼法虽然吸收了无罪推定原则中的某些因素，但目前还不能认为无罪推定原则已经在中国确立和贯彻，中国该如何适用无罪推定原则是很值得探讨的问题。本文就无罪推定原则的基本内涵、存在的问题及在我国的完善三个方面来加以论述。

一、无罪推定原则的内涵

无罪推定，简单地说是指任何人在未经证实和判决有罪之前，应视其无罪。无罪推定所强调的是对被告人所指控的罪行，必须有充分、确凿、有效的证据，如果审判中不能证明其有罪，就应推定其无罪。

无罪推定包含两个方面的基本内容：第一，任何人在未经法律规定的程序被判决有罪之前，不能认为是有罪的；第二，对被告人所控的罪行，在没有充分证据证明以前，一律推定被告人无罪，也就是说，不能证明被告人有罪，被告人就是无罪。因而犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中的地位是诉讼主体，与诉讼者享有平等的法律地位。犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利受到法律的保护，对司法人员侵犯其人身权利、诉讼权利的行为有权提出控告。在法院判决生效以前，既不能把犯罪嫌疑人、被告人当做罪犯对待，也不能称之为“罪犯”、“犯罪分子”、“人犯”。犯罪嫌疑人、被告人由被纠问、被刑讯逼供的对象、诉讼客体跃升为享有充分权利保障的诉讼主体，是诉讼制度走向现代文明的标志，是刑事诉讼民主化、科学化的结果。

无罪推定的基本内涵是确定的，它在不同的国家和法系没有明显实质的区别，只有理解程度的侧重点的差异。综合起来，无罪推定原则的基本内涵应包括三个方面:

1、法院在判决犯罪嫌疑人、被告人有罪之前，在法律上应推定其无罪。它要求把犯罪嫌疑人、被告人视为诉讼主体，在诉讼中与原告人的诉讼地位是平等的，并在诉讼中享有相应的诉讼权利。其内容包括:一是无论任何人，即使是现行犯，在未经法院依法审判确认有罪之前，其身份只是“嫌疑人”、“被告人”，而不是“人犯”、“罪犯”，要把他作为无罪的公民一样看待；二是犯罪嫌疑

人、被告人应获得一系列旨在对抗国家追诉权的诉讼特权和程序保障，以使国家权力与个人权利之间天然的力量不平衡状态得到弥补和矫正[1]。审判机关有义务为被告人实现自己的诉讼权利提供一切必要的条件。这些特权保障主要包括将指控罪状通知本人的权利、保持沉默的权利、获得律师帮助的权利、最后陈述的权利、传唤证人询问证人的权利、上诉的权利等[2]。

2、明确举证责任承担，即由控诉被告人犯罪的机关或人员承担证明被告人被指控犯罪的事实之责任。其内容包括:一是提供证据证明被告人有罪的责任由控诉一方承担，并禁止其采用刑讯逼供等酷刑和其他非法方法收集证据；西方学者认为无罪推定的效果之一是“举证责任在起诉人一方，他必须反驳无罪推定被告人……被告人没有为自己申辩无罪的责任[3]。”前苏联学者也认为，无罪推定的第二个效果是“把被告人从驳回起诉的证明义务中解放出来，证明起讼的义务，起诉方承担，换言之，证明有罪之义务在于起诉者身上，而不在被告人身上[4]。”因此，在资本主义社会，英美法系实行当事人主义，原则上由控诉方承担证明责任；大陆法系国家的刑事诉讼，大都由检察机关代表国家起诉，检察官应当证明自己的指控。前苏联原刑事证据制度中证明责任也同样规定由司法机关担负。二是履行证明责任的控诉一方的证明必须达到案件事实清楚、证据确实充分，或者达到“没有合理疑点”的最高程度来推翻原来的无罪推定；否则，控诉一方要承担败诉的风险，法庭就应从有利于被告人的原则出发，就应认定被告人无罪。“疑罪从无”即案件作有利于被告人的处理，是无罪推定的应有之义。现代社会中每一个公民的诉讼权利都无一例外地受到法律的保护，司法机关承担着将之实现的各项责任。指控某人必须以充分的证明为基础，这也是保护公民权利的需要，是刑事诉讼发展客观规律的要求，也是司法公正的体现。三是被告人有辩护的权利，却没有证明自己有罪或无罪的义务，不因为被告人不能或没有证明自己无罪而认定其有罪。人类社会中几千年来诉讼实践证明，在被告人的辩护权利得不到可靠保障的条件下，冤狱的发生是不可避免的。

3、由法院依照法定程序对被告人是否犯被指控之罪行做最后的认定。其内容包括:只有法院拥有法律意义上的定罪权，其他任何机关，包括侦查机关和检察机关，都无权行使这一权力，法院只有在经过合法、公正、理性的审判程序，才能最终认定被告人有罪。

无罪推定原则的价值，突出表现在其在人权保护方面的价值。无罪推定原则以人权思想和人权理论的发展为契机，是资产阶级启蒙思想家针对封建法律制度的落后、野蛮、残酷，在“天赋人权”的思想下提出的，无罪推定原则本身孕含了人权思想。无罪推定原则也必将推动人权保护的发展，它能够有效避免冤假错案、刑讯逼供的发生，从而切实保障公民的人身自由权利，保障公民的身体健康权利，保障公民的名誉、人格尊严等权利，对人权保障具有十分重要的价值，因而被联合国人权委员会在相关法律文件中称为“人权保障的基石”。法学家们也对无罪推定原则给予了高度评价。

二、我国无罪推定原则存在的不足及原因分析

我国受封建传统思想的影响较深，封建传统的法律价值观使中国的法文化中缺少一种普遍的宽容精神，我国刑事诉讼法的价值取向是控制犯罪和严厉打击犯罪，并且一直以“以事实为根据，以法律为准绳”的刑事政策指导刑事诉讼，导致我国刑事诉讼长期以来存在重实体轻程序，重口供轻证据的现象，存在的主要不足之处表现在我国刑事立法、司法中。

（一）立法方面存在的问题

1、修改后的《刑事诉讼法》第 12 条规定：“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。”对此，现在有不少人认为这是对无罪推定原则的规定。这是值得商榷的。笔者赞同这样的观

点：新《刑事诉讼法》第 12 条的规定，无论从语法角度，还是从逻辑学角度，也还是从法律角度来分析，都只是表达“确定有罪权由人民法院依法行使”的含义。斟酌此条文，根据无罪推定原则及科学规范的要求来衡量，它至少存在三点缺陷：⑴前半句最后缺少“有罪”二字。因为根据逻辑规则来解释，该第十二条规定可以推导出：“经过人民法院依法判决，对任何人可以确定有罪”。显然不太合理。因为人民法院的判决分为无罪判决和有罪判决两种，只有当人民法院依法做出“有罪”判决时，才能确定被告人有罪；如果人民法院依法做出无罪判决，又岂能确定被告人有罪。⑵前半句最后还缺少“且生效”三字。因为即使是法庭依法做出了有罪判决，还有未宣判和上诉期、核准期内不生效的问题，如果是未生效判决或判决未生效，仍不能确定被告人有罪。⑶其后半句应改为“对任何人都应确定或推定为无罪”。因为公民在刑事法律中的地位有三种情况：无罪、有罪和介于无罪和有罪之间的不确定状态。这第三种情况即是犯罪嫌疑人被告人状态。现行法条从“有罪”的角度来规范，而不明确规定“确定或推定无罪”，不利于明确当事人的法律地位，不利于保护当事人的合法权益。特别是当某人被确定为犯罪嫌疑人被告人以后，其刑事法律地位不能确定——不能确定为“推定无罪”，其权益更容易遭受侵害。

2、刑事诉讼某些法条和无罪推定原则相抵触。第九十三条规定：“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答”；第九十五条规定：“侦察人员也可以要犯罪嫌疑人亲笔书写供词”；第一百五十五条规定被告人在法庭上有义务接受公诉人、审判人员的“讯问”（注意不是“发问”、“询问”）。这些规定表明：犯罪嫌疑人被告人在一定程度上承担着证明自己是否有罪的法律责任，而这种责任承担要求的前提中，实际上已经隐含了其“有罪”的认定。不仅如此，“如实供述”剥夺了被追诉人是否陈述的选择权，如实供述以法律规定的形式出现，而且是以被追诉人义务的规定出现，无疑构成了对被追诉人的一种强制。被追诉人必须履行如实供述的法律义务，否则将承担不利的法律后果（后果现无明确规定）。

（二）司法实践中的问题

1、自证其罪，片面相信和依赖口供。在我国的刑事诉讼中口供一向被认为是证据之王，口供在刑事诉讼法中处于极其重要的地位。由于我国刑事诉讼法没有规定犯罪嫌疑人，被告人有沉默权和虚假陈述权，而是规定犯罪嫌疑人、被告人必须如实回答侦查人员和检察人员的提问，这就造成了用法律规定来强迫犯罪嫌疑人、被告人自证其罪，从而减轻侦查机关和检察机关的举证责任。由于我国刑法的犯罪构成采用的是主客观相一致的原则，口供对确定犯罪嫌疑人、被告人的主观故意至关重要，因此更突显了口供的重要地位。

2、刑讯逼供现象还没有杜绝。由于我国的侦查人员队伍素质总体偏低，业务素质又参差不齐，总爱戴着有色眼镜看犯罪嫌疑人，“进门三分罪”的先入为主观念严重，对犯罪疑人进行的是“有罪推定”而不是“无罪推定”，对犯罪嫌疑人实行“专政”也就顺理成章。有的侦查人员在侦查案件时不会也不懂如何运用证据去证实犯罪事实，在审问犯罪嫌疑人时不讲方法，对绝拒回答或回答的不合己意的犯罪嫌疑人经常武力相加。刑讯逼供所造成的后果是严重的，它严重的影响了司法机关的形象，造成了很多冤假错案，前一段时期发生的佘祥林案件就是一个很好的例证。

3、待审羁押强制措施滥用、超期羁押现象大量发生。我国刑事诉讼法规定的拘留、逮捕、取保候审、监视居住等待审羁押强制措施是有其法定适用条件的，但在司法实践中，拘留、逮捕为最常见的措施，取保候审、监视居住适用相对较少。这一问题也与有罪推定有关，既然认定犯罪嫌疑人、被告人有罪，那么为了防止“纵虎归山”，就要限制他们的人身自由。在案情疑难时，司法机关想到的不是恢复犯罪嫌疑人、被告人人身自由，而是想方设法延长侦查期间，或者补充侦查，规定的侦查期间往往得不到严格遵守。强制措施的滥用、超期羁押，不仅直接侵犯了犯罪

嫌疑人、被告人的人身自由权利，而且也影响到最终的裁判结果，由于犯罪嫌疑人、被告已被采用拘留、逮捕强制措施，即使符合适用缓刑条件、从轻或减轻处罚条件，法院也往往不予适用，虽然最高法、最高检已注意到这一问题的严重性，并采取了相关措施，但如果不从制度着手，强制措施滥用、超期羁押难免会卷土重来。

无罪推定原则不能在实践中得到切实，主要有以下原因：一是中国古代传统法律制度中，刑事司法采取有罪推定的原则，传统的侦查、审判模式和观念根深蒂固，一时不能得到改变。二是意识形态理论的影响，认为“封建社会采取有罪推定的原则，资产阶级针对有罪推定，提出了无罪推定。我们坚决反对有罪推定，但也不是西方国家那种无罪推定，而是以客观事实为根据。”从而确立了“以事实为依据，以刑事法律为准绳”的刑事司法原则。三是长期以来，刑事诉讼价值取向侧重于控制和惩罚犯罪，以维护社会秩序，许多制度设计简单、粗糙、不合理，忽视涉讼公民的人权等相关权益的保护。

三、无罪推定原则的立法完善

惩罚和保障人权是刑事诉讼追求的价值目标，刑事诉讼立法既应当有利于打击犯罪、惩罚犯罪，又应当能最大限度保障当事人、其他刑事诉讼参与人合法权益不受侵害，保证案件的质量，真正做到不纵不枉，不疏不漏。我国刑事诉讼法》虽然却定了无罪推定原则，但从刑事诉讼的价值目标角度衡量，现有该原则的立法规定尚有一些不完善之处，有待改进和完善。

（一）应当通过补充立法，明确规定被告人享有沉默权

沉默权是现代法制国家中犯罪嫌疑人，被告人在刑事诉讼中享有的一项基本权利，也是刑事司法正当程度的一项重要保障。学界普遍认为，沉默权是无罪推定的核心之一。世界各国刑事诉讼法普遍对沉默权作了规定，有些国家甚至直接规定宪法中。联合国在刑事司法领域中确立和推行的国际准则也将沉默权作为被告人的一项基本人权，加以强调和维护。

立法上如果在规定无罪推定原则的同时不规定沉默权，则如此的无罪推定原则是欠缺的，不完善的。而我国刑诉法就没有规定犯罪嫌疑人、被告人享有沉默权，相反，刑事诉讼法第 93 条规定犯罪嫌疑人对侦查人员的讯问有‘如实回答”的义务。不仅如此，我国刑诉法还规定讯问犯罪嫌疑人是检察机关审查起诉的必经程序，法庭审理的基本结构也是围绕讯问被告人而构建的，庭审中被告人同样必须如实回答检察人员和审判人员的讯问，显然，我国刑事诉讼法这种关于供述义务的法律规定和审问被告的程序构造与被告人享有沉默权的国际立法通则和联合国国际司法准则是不相一致的，也是与无罪推定的基本精神相抵触的。

在刑事诉讼中，被告人面对的是庞大国家司法机器对其进行刑事迫诉的巨大压力，本来就处于弱者地位，沉默权作为被告人抗衡国家权力的有力工具之一，如果不能从立法上被赋予反而是被剥夺，被告人将处于更不利的地位，将加剧控辩双方力量失衡，也易助长司法机关刑讯逼供、诱供、骗供等不法行为，因此，从增强被告人在刑事程序中与国家权力抗衡的力量，维护其合法权益，抑制司法权力的不当扩张，保证无罪推定原则的切实实现角度看，我国立法机关，应当通过补充立法明确规定被告人享有沉默权。

（二）应当通过补充立法，明确规定非法证据的排除规则

除沉默权外，无罪推定原则的另一核心是确立非法证据的排除规则。非法证据排除规则又称为违法证据排除规则，是指违反法律规定获得的证据，不得作为认定案件事实的依据。书卜除法则最重要的价值在于回击政府执法官员违反宪法的行为，保护公民的宪法性权利。困非法证据排除规则作为无罪推定原则的核心之一，对于保证司法机关依法取证，维护犯罪嫌疑人、被告人的

合法权益具有十分重要的意义。但是我国刑事诉讼法》在修正过程中及最终的法律规定中对非法证据效力问题、对是否确立非法证据排除规则采取了避而不谈的回避态度。但在司法解释一 最高人民法院关于执行 < 中华人民共和国刑事诉讼法 > 若干问题解释》第 58 条和最高人民检察院人民检察院刑事诉讼规则》 第 265 条中，确定了有限排除规则，即仅确定非法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述、被害人陈述、证人证言不予以采信，而对其他非法收集的证据的效力则予以回避。但从已废止的 1997 年 1 月 5 日发布的《〈人民检察院实施中华人民共和国刑事诉讼法〉规则试行》 中可窥出司法机关对非法证据的有限排除规则的全貌，即除非法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述、被害人陈述、证人证言不予以采信外 ,对其他非法证据若能查证属实应当予以采信。但在实际的司法工作中由于各种原因，就连这有限排除规则，亦难完全做到。

司法解释的规定毕竟与刑事诉讼法典本身是否承认和确立非法证据排除规则的效力不同。笔者以为 ,非法证据排除规则作为无罪推定原则的核心之一 ,立法机关应当通过补充立法将该规则在刑事诉讼法中正式确立以来，从而使无罪推定原则构成一个有机整体。

参考文献

1、《中华人民共和国刑事诉讼法》(修正)。
2、金立河 :《疑罪从无”诉讼原则浅析》, 辽源市西安区人民法院。
3、樊崇义:《刑事诉讼法》,中国政法大学出版社 1997 版。
4、金瑞锋 :《试论无罪推定原则的立法完善》, 山东法学，1999 版。

注 释

1、陈瑞华《刑事审判原理论》, 北京大学出版社 1997 年版，第 18 页。
2、雷迅《中国少年刑事审判实践》, 人民法院出版社 1997 年版，第 338 页。
3、戴维·沃克《牛津法律大辞典》, 光明日报出版社 1988 年版，第 714 页。
4、卡敏斯卡亚《苏维埃刑事诉讼中被告的口供》1960 年版，第 11 页。

恶意透支型信用卡诈骗罪探究

安徽铜鼎律师事务所 冯 玮

摘 要：恶意透支犯罪是当前经济领域中利用信用卡作为犯罪工具的一种犯罪，是信用卡诈骗罪最常见的一种表现形式，其特征相对其他信用卡犯罪有特殊之处，因此有必要对恶意透支进行分析，予以准确界定，以便协调立法冲突。本文围绕恶意透支信用卡犯罪中的一些疑难问题做了探讨，并为完善立法提出了建议，以求共识。

关键词：恶意透支 成因 对策

一、“恶意透支型”信用卡诈骗罪的入罪门槛

（一）对恶意透支的主体——“持卡人”的界定

对于持卡人的界定，总体分为两种情况。一种情况是登记持卡人与实际用卡人一致的情况，恶意透支人就是登记持卡人本人。另一种情况是登记持卡人与实际用卡人不一致。这种情况下又可以根据用卡人取得信用卡的途径，分为几种不同的情形：(1)实际用卡人通过合法正当的途径取得登记人的信用卡，例如两人是夫妻、情侣或者朋友关系。在这种情形下，应追究实际用卡人的责任。若借卡人与用卡人恶意串通，共同实施恶意透支的，则可一并追究责任。(2)通过非法途径获得信用卡,实际持卡人与登记持卡人不一致。通过非法途径获得信用卡的情况，其实已经包含在刑法所列举的信用卡诈骗的前三种行为之中，或者另构成其他犯罪的情形。例如以盗窃的方式获得信用卡的，按盗窃罪定罪处罚。

（二）恶意透支的主观目的——“以非法占有为目的”的理解

构成恶意透支犯罪，行为人在主观方面必须具有非法占有的目的。如何认定恶意透支犯罪的“非法占有目的”,《解释》也作了比较周延的规定：“(一)明知没有还款能力而大量透支，无法归还的；(二)肆意挥霍透支的资金，无法归还的；(三)透支后逃匿、改变联系方式，逃避银行催收的；(四)抽逃、转移资金，隐匿财产，逃避还款的；(五)使用透支的资金进行违法犯罪活动的；(六)其他非法占有资金，拒不归还的行为。”笔者认为，主要还是结合持卡人的客观行为及其他主客观因素综合加以认定。如果持卡人超过规定的限额或规定的期限透支，经过银行的催收后仍不归还，一般就可以推定持卡人具有非法占有的目的，从而成立恶意透支。但是如果被告人确有事实证明其不归还的原因不是主观上不想归还，而是由于其他客观因素导致无法返还或不能返还，则因其主观上不具有非法占有之目的，而不成立恶意透支。

（三）关于“数额较大”的认定

只有催收不还的透支款项达到数额较大的，才可能构成恶意透支型的信用卡诈骗罪。至于数额较大的具体标准是什么?根据解释，恶意透支数额在1万元以上不满10万元的，应当认定为刑法第一百九十六条规定的“数额较大”；数额在10万元以上不满100万元的，应当认定为刑法第一百九十六条规定的“数额巨大”;数额在100万元以上的,应当认定为刑法第一百九十六条规定的“数额特别巨大”。而且解释还对恶意透支的数额范围作了限定，恶意透支的数额是指在第一款规定的条件下持卡人拒不归还的数额或者尚未归还的数额。不包括复利、滞纳金、手续费等发卡银行收取的费用。

（四）对于“两次催收”的理解

两高《解释》中规定，持卡人以非法占有为目的,超过规定限额或者规定期限透支,并且经发卡银行两次催收后超过 3 个月仍不归还的,应当认定为刑法第一百九十六条规定的“恶意透支”。对于此规定，我们有必要对“催收”进行分析和研究。从目前银行业务的实践看,银行的催收记录存在很大缺陷。银行的催收多为电话催收,缺少书面催收函,并且是银行单方面提供的电话记录。作为案件当事人,银行提供的电话催收不具有客观性。这就对银行的催收的正当性和作为证据的合法性提出挑战。另外，这里的催收是银行的两次程序性催收,还是有效性催收呢？在联系不到持卡人的场合，银行并不积极追求催收的实际效果,虽没有真正与透支人进行沟通和对话,但是在业务程序上已经完成催收的行为。只有在实际有效通知了透支人之后，才能算是有效的催收,否则永远达不到催收的效果,只会将催收沦为程序性走过场。然而,在实践中透支人往往以逃匿、改变联系方式的办法来逃避催收,这也给有效性催收带来很大阻力和困难。这就需要银行在持卡人登记时采取谨慎的态度,尽可能全面的采集持卡人有效的信息来避免逃避催收的行为。

二“恶意透支型”信用卡诈骗罪的成因分析

和国外通行的“后付卡”制度（可先办卡使用以后再补足款项）不同，我国银行开办的信用卡一直实行“先付卡”制度，即持卡人在申领信用卡时需要在信用卡账户上存入一定数量的起用金以备进行一般的消费和支取。这种制度本身已经降低了信用卡诈骗的风险，而且有的信用卡在使用时还要求出示持卡人的身份证件，这又对信用卡诈骗行为起了很大的防范作用，但为什么在我国还有大量这样的犯罪发生呢?主要原因有以下几个方面：

（一）银行卡本身的特点，决定了恶意透支风险的潜在性

我国银行卡大多属于准贷记卡,持卡人必须先存款后消费,但又具有透支的功能。只要在规定的限额内,即使银行卡帐户备用金额不足或为负数,仍可以在特约商户和 ATM 柜员机消费或取款。在这种情况下,一旦对恶意透支跟踪不力,处理不及时,极易产生潜在的恶意透支的风险,造成坏帐损失。

（二）我国银行卡业务处理中，技术设备的落后无法防止不断上升的恶意透支案件

当前我国银行卡业务上的技术漏洞,主要是电子化程度不高,通讯技术比较落后。虽然现在大城市中已实行“金卡工程”,采用“银联”标志的柜员机进行服务,但还有许多中小城市仍未能全部实行设备联网，导致难以在发卡银行、特约商户、储蓄网点、代办银行之间,以及异地银行、特约商户之间迅速地传递和处理各种信息。因此,当持卡人在异地使用银行卡,发卡银行根本无法及时掌握及控制,需要紧急止付时，银行只能通过各种不同的渠道,如常用的电话、电报及止付器,往往存在一个时间差,有的行为人在当地恶意透支暴露后,便利用现阶段我国缺乏信息联网的弱点，进而转向异地,利用空间差、时间差,从容地进行大肆的恶意透支。

（三）持卡人的财务状况不定性带来恶意透支的风险

发卡银行在决定给申请者发放银行卡时,主要以该申请人当时的经济状况和信用程度为依据,发卡时可能财务状况良好,偿还能力较强,但随着时间的推移,持卡人的经济状况可能恶化,可能无法履行其在银行卡业务中应尽的义务。此外,持卡人频繁地调换工作,住址的变迁,容易与发卡银行联系中断,发卡银行也难以控制其银行卡的使用状况,这些都构成恶意透支的潜在风险。

（四）从业人员的素质不高

目前,国内许多银行和特约商户均发现违章、违法行为。一方面是银行卡工作人员利用银行、

特约商户的信用管理和操作银行卡的方便之机,贪污银行资金或侵占本公司财产;或者银行卡工作人员和社会不法分子内外勾结,共同作案。另一方面是网点中特约商户的工作人员,在银行卡操作、管理过程中,不按规定的正当程序操作银行卡,或者其他不履行、不正确履行职责,致使银行资金及持卡人的财产蒙受重大损失。

(五)银行风险防范能力不高以及监督制约不好

在我国受到传统的消费观念、居民银行卡意识、社会银行卡环境等多种因素的制约,加之目前我国银行卡发行的市场容量还不是很大,而各发卡银行受指标、竞争压力、市场前景的影响片面追求、急于扩大发卡量,使资信调查限于形式,风险防范的第一道关卡形同虚设,发卡银行对申请人资信调查和审批不严格,致使申请人和保证人资料不完整、不准确;保证人资信不高或担保方式不妥当等都使恶意透支存在潜在的风险。

(六)没有完善的法律、法规及社会信用体系

目前,我国有关银行卡恶意透支的法律法规很少,并且立法的层次较低,效力也较低,只有中国人民银行发布施行的《银行卡业务管理办法》、1995 年全国人大常委会作出的《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》、《刑法》第 196 条有关恶意透支的规定以及 2009 年 12 月 3 日,最高人民法院、最高人民检察院联合颁布了《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》。另外,我国没有完善的社会信用体系,没有建立个人信用制度,信用资料的采集、资信评估、共享机制不够健全,持卡人的诚信意识和法制观念淡漠以及社会对失信行为的惩戒不够严格,也是导致恶意透支产生的原因。

三"恶意透支型"信用卡诈骗罪的应对策略

(一)学习外国刑法,单独设立"恶意透支型"信用卡诈骗罪

恶意透支的过程,从性质上来说,不同于其他种类的信用卡诈骗行为就在于它在实施过程中并不存在故意欺骗银行的行为,并没有隐去真实身份实施诈骗。银行支付透支款项不是基于错误,更多的是基于与持卡人的合同约定而去履行义务。因此,说它是一种背信行为更为合适,将这种行为列入信用卡诈骗罪中似乎不妥,而应当单独成罪。从国外立法来看,许多国家刑法是将这种实为恶意透支性质的滥签信用卡的行为作为独立犯罪规定的。当中以德国为代表,德国第二次抗制经济犯罪法案将有权利的所有人滥用支票卡和信用卡的行为,作为单独的犯罪构成规定进德国刑法典第 266b 条,该条规定:因持有支票卡或信用卡,而被授予权利,在消费后,由发卡机构担任付款,如持有人滥用此种权利,并导致发卡机构的损失,处 3 年以下自由刑或科罚金。此外,瑞士刑法典第 148 条规定:虽无支付能力或无支付意愿,但仍使用信用卡或类似支付工具,意图获得财产价值上的好处,并因此损害支票出具商的财产利益,如果支票出具商和协议企业采取针对滥用支票的措施的,处 5 年以下监禁刑。行为人以此为职业的,处 10 年以上重惩役或 3 个月以上的监禁刑。基于上述理由,笔者认为,将恶意透支犯罪独立出来是比较适宜的。

(二)完善先民后刑的处罚

银行的催收行为是银行的一种自力救济,并没有上升到公力救济的诉讼程序。而在银行自力救济未取得成功后,直接将之纳入刑事诉讼程序欠妥,应该先受到民法的救济,通过民事诉讼采取一些措施后若未果,再由刑法来规范。这样也体现了刑法的谦抑性和保守性,避免扩大打击面。

(三)完善对银行监管的立法,提高银行的注意和提示义务

加强银行自身的规范,建立信用预警机制也能对遏制恶意透支型信用卡诈骗起到一定作用。

近年来，银行盲目提高业务增长的幅度,无节制办卡,对持卡人的情况缺乏了解,并没有充分掌握持卡人财产评估、消费能力以及偿还能力等方面的资料,并且对持卡人的信用卡资金流动状况缺乏监管和跟踪。由于网络时代的到来,网上银行结算业务的开展使得人们生活的各种交易都可以通过账户刷卡进行,并且几乎无时空的限制。因此,控制银行的发卡量,提高银行对持卡人的管理和注意义务是十分必要的。一方面鼓励刷卡消费,另一方面却放纵持卡人的行为,在怠于监管出现问题时直接要求国家对持卡人的刑事制裁,这无论对银行、持卡人还是国家都是无益的,只会出现更多的问题,影响银行业务的正常开展,占用更多司法资源。因而加强和完善银行监管的立法,明确银行的监管责任,建立个人信用评估机制,能够在一定程度上遏制恶意透支的行为出现。

四 结语

信用卡作为一种先进的金融支付工具，给人们的生活、工作带来了极大的便利。但在个人利益和贪欲的驱使下，又有许多犯罪分子铤而走险，不择手段地扰乱社会正常的金融秩序，给个人、社会造成了极大的损失。如何防范信用卡恶意透支的犯罪风险，是摆在我国乃至全世界金融专家和犯罪学家面前的一道课题。虽然风险的防范办法已有不少，但这场没有硝烟的战争还将继续下去。在追求经济效益的同时，必须提高风险防范的意识，不给犯罪分子以可乘之机，这样我们才能赢得战争的最后胜利，达到最大限度地减少、甚至消灭该种犯罪的目标。

参考文献：

1、赵秉志《金融诈骗罪新论》[M]，人民法院出版社，2001 年版。

2、梁华仁、郭亚《信用卡诈骗罪若干问题研究》，[J]，政法论坛，2004（1）。

3、张明楷《诈骗罪与金融诈骗罪研究》[M]，《清华大学出版社》2006 年

4、赵秉志、许成磊《恶意透支型信用卡诈骗犯罪问题研究》[J]，《法制与社会发展》，2001 年。

5、冯涛《恶意透支信用卡诈骗罪的认定及立法完善》[J]，《中国刑事法杂志》，2004（1）.

6、杨端《银行卡被恶意透支的原因及其对策》[J]，《江汉论坛》2004.08

7、刘宪权、庄绪龙《恶意透支”型信用卡诈骗罪若干问题研究——兼 评“两高”》，《关于办理信用卡管理刑事案件问题的解释》之有关内容，[J]，《当代法学》2011.（1）

8、赵文一《对“恶意透支”型信用卡诈骗罪认定的思考》[J]，《武汉公安干部学院学报》2011 年第 2 期。

9、刘敬新《恶意透支”型信用卡诈骗犯罪预防》[J]，《消费导刊》2007 年 9 月。

10、孙玉仁《试论恶意透支信用卡犯罪及其立法完善》[J]，《时代经贸》2007 年 9 月第 5 卷。

关于合伙人团队建设与中小型律师事务所发展的思考

安徽见谛律师事务所　杜家勤

摘　要：目前，中小型律师事务所依然在律师事务所中占比最高，中小型律师事务所的发展壮大事关律师行业的兴衰成败。而律师事务所的发展和专业化建设实际上要靠事务所和全体合伙人在这一问题上有共同的理念和决心，因此，合伙人的团队建设就具有至关重要的作用。本文试从加强提升合伙人团队建设入手，以期对推动中小型律师事务所乃至整个律师行业的发展有所裨益。

关键词：合伙人　团队建设　中小型律师事务所

一、中小型律师事务所的定义和地位

律师事务所规模划分标准说法不一，本文将 50 名以上的律师事务所定义为大型律师事务所，10 名以上不足 50 名律师的律师事务所定义为中小型律师事务所，不足 10 名律师的律师事务所定义为小型律师事务所。

截止 2012 年年底，全国律师事务所数量和规模统计数据如下：律师事务所 1.9 万多家，其中合伙制约 1.4 万多家，个人所约 4000 家，国资所约 1500 家。50 名以上律师的律师事务所约 400 家、100 名以上律师的律师事务所 80 家。可见目前以中小型合伙制律师事务所为主流。

二、中小型律师事务所存在的问题

全国律师协会于 2012 年 9 月 24 至 25 日，在甘肃省兰州市召开了全国中小型律师事务所建设研讨会，研究信息表明：多数中小型律师事务所的管理模式相对滞后，已成为制约律师业健康、持续发展的瓶颈。建立与经济发展相适应的律师事务所规模结构、内部治理结构和服务结构，提升行业整体服务能力，是目前律师行业迫切需要解决的问题。

合伙制中小型律师事务所是法律要求的三名以上执业律师共同出资设立，共同参与管理，共同发展的律师事务所（现实中存在的虚假合伙不在本文研究范围）。其中，绝大多数中小型所都存在管理制度不完善、人员流动性强、结构不合理、团队化服务模式刚起步、律师文化建设不重视、党建工作空白或者形式化等问题。此外，中小型律师事务所的分权管理，还容易走上谁都说了算，谁都说了不算的泛民主道路问题。

三、管理学视角的合伙制律师事务所和合伙人的定位

从管理的组织类型划分来看，律师事务所显然属知识型非生产型组织。知识型组织的运营效率需要通过“业绩、人才和时间”三方面的效率提升来实现整体组织的经营管理效果，其中高端人才和人才团队是知识型组织的核心资源。

现有法律关于合伙人权利义务的规定，律师事务所提供的服务特点和律师队伍现状，决定了合伙人的身份具有投资人、管理者和高端专业人才（执业律师）三种角色，对应定位包括：一是作为投资人，应当直接或授权其他合伙人参与律师事务所的发展战略、业务规划以及其他重大事

项的研究、决策。二是根据律师事务所管理分工，或承担业务开拓或承担队伍培养或承担业务管理等律师事务所的管理工作。三是作为律师事务所岗位体系中执业律师岗位的雇员，应当依法规范执业，恪守律师职业道德和执业纪律规范等行业规范，遵守律师事务所的规章制度。

四、以团队管理理论对合伙人定位的必要性和现实意义

律师行业经过近期的快速发展已成为服务业的主要力量之一，出于行业竞争压力和社会对服务需求的要求，没有科学的管理，已经成为制约律师事务所发展的瓶颈。但受限于律师行业发展状况、行业特点等因素影响，至今还没有一个可直接引用或借鉴的律师行业管理模板。行政主管部门、行业协会提出的指导意见以及部分律师事务所的实践，也只能起到启发引导作用，具体如何选择合适的管理模式，还是律师事务所合伙人的职责。因而如何从合伙人定位着手，借用现代管理学的团队建设、知识型企业管理等理论，研究中小型律师事务所的管理问题具有十分重要的现实意义。

五、团队建设基本理论

（一）基本概念

团队建设主要是通过自我管理的小组进行，每个小组由一组员工组成，负责一个完整工作过程或其中一部分工作。工作小组成员在一起工作以改进他们的操作或产品，计划和控制他们的工作并处理日常问题。他们甚至可以参与公司更广范围内的问题。

团队建设应该是一个有效的沟通过程。在该过程中，参与者和推进者都会彼此增进信任、坦诚相对，愿意探索影响工作小组发挥出色作用的核心问题。

（二）团队精神

简单来说就是大局意识、协作精神和服务精神的集中体现。团队精神的基础是尊重个人的兴趣和成就。核心是协同合作，最高境界是全体成员的向心力、凝聚力，也就是个体利益和整体利益的统一后而推动团队的高效率运转。团队精神的形成并不要求团队成员牺牲自我，相反，挥洒个性、表现特长保证了成员共同完成任务目标，而明确的协作意愿和协作方式所产生的真正的内心动力。没有良好的从业心态和奉献精神，就不会有团队精神。具体表现需要做到具有凝聚力、合作、组织无我、士气四大特征和统一的目标、统一的思想、统一的规则、统一的行动、统一的声音五个统一。

（三）建立团队

1、要素：优秀的组织领导，共同的事业愿景、清晰的团队目标、互补的成员类型、合理的激励考核、系统的学习提升。

2、阶段：形成阶段（是指团队确定其任务宗旨，并且被团队成员广泛接受的过程）、锤炼阶段（团队成员们开始逐步熟悉和适应团队工作的方式，并且确定各自的存在价值。在这个阶段，矛盾会层出不穷）、规范阶段（经过锤炼期后，团队逐渐平静下来，走向了规范。那么这个阶段的主要任务就是协调成员之间的矛盾和竞争关系，建立起流畅的合作模式。合作成为了团队合作的基本规范，而这时团队应该不断充实自我，努力让自己的团队成为学习型团队）、运作阶段（团队成员们开始忠实于自己的团队，并且减少了依赖。成员们相互鼓励，积极提出自己的意见和建议，也对别人提出的意见和建议，也对别人提出意见和建议给出积极评价和迅速反馈）。不能把每个阶段分裂开来看。要建造一个高效的团队，作为一个管理者，在每个阶段都不能掉以轻心。只有在整个过程中抓好每一个环节的工作，才有可能建立起一个好的团队。多开展团队训练对团

队建设有非常大的帮助。

六、合伙中小型律师事务所合伙人团队建设

（一）中小型律师事务所自然形成承担管理职能的合伙人团队

大型律师事务所因合伙人众多，因发展需要，在设立初期或发展到一定规模后，基本实行公司化管理，逐步建立了一套适合发展需要的律师管理体系。小型合伙律师事务所因合伙人较少决策管理权集中，基本不存在合伙人团队建设问题。随着社会对法律服务要求的不断提高、律师事务所行业竞争的日趋激烈，绝大多数中小型律师事务所为适应生存、发展需要，向“规范化、专业化、精细化、品牌化”发展是必然趋势，需要中小型律师事务所进行准确的发展战略、科学的业务规划、合理的团队配置、有效实施管理。上述管理涉及面广、工作量大在实施过程中，由1人或极少数人难以有效组织，另外从合伙人法定权利保障角度，也必然要求合伙人通过行使投资人重大事项参与决策权、对律师事务所直接管理或选择管理者管理等方式，对决定律师事务所发展的上述四个方面或直接或间接的产生正向或反向作用，进而影响律师事务所的发展。这样就形成了全体合伙人共同参与管理或委托多位合伙人参与管理的局面，自然形成了合伙人管理团队。

（二）中小型合伙律师事务所需要以团队建设理论指导律师事务所的管理，解决存在的问题

中小型合伙人律师事务所普遍存在的传统、粗放的管理模式相对滞后，容易走上谁说了都算，谁说了都不算的泛民主道路的问题，从管理分析原因无非有：一是不懂得团队的重要性，从而忽视团队建设，甚至缺乏对员工的重视；二是崇尚个人英雄主义，过于追求短期效益，形成急功近利的势力文化；三是懂得团队重要性，但对于如何选人，如何构建团队文化缺乏认知和能力。

而上述三种现象恰恰是团队建设的误区。因此建议中小型律师事务所从团队建立的要素是否具备，目前团队人员能力和特征，团队建设的阶段等方面，进行全面梳理。从是否符合战略实现和规划实施的高度，现有合伙人在管理岗位配置调整、有效团队建设要素配置、团队建设目标设定和对应措施等方面工作，注重合伙人团队能力建设培养，同时形成单个合伙人在创新团队建设方面的意识和能力，将其他员工分别纳入不同的团队，服务于律师事务所的业务发展，进而提升律师事务所的整体能力。

七、合伙人团队建设和中小型合伙律师事务所具体管理

（一）合伙人团队建设的内容主要包括组织建设（成员数量、个体和整体能力、成员分工、成员考核）和行为建设（机制、制度和流程等）

在遴选团队成员过程中，应该坚持成员是有道德基础和责任意识，与确定团队信念或称事业愿景相一致的人，在成员结构方面还需要考虑互补性尤其是在个性互补和能力互补。具体需要根据律师事务所规模的大小、业务类型的多寡、分支机构有无和多少，设定管理岗位的设置和对应职数、管理工作量、管理流程后，来进行遴选。另外，团队建设还需要注意以下几点：1、在团队形成和锤炼阶段，需要个别相比其他成员在能力、权威方面强的团队领导，但随着团队不断成熟，应该限制直至取消这样的现象。2、需要适当的内部竞争，实现合理的成员调整和变动，以保持团队的活力。3、合伙人配置需要与中长期规划对管理需求想结合。

合伙人团队成员确定后，需要进行选择优秀品德好、能力强、具有领导艺术的人组织领导，进一步统一组织愿景，确定清晰的团队目标，合理调配成员位置，制定合理的奖励机制，确定持续系统学习规划等基本要素建设，不断推动团队的成长、成熟。

团队建设还需要进行行为建设。即合伙人作为投资人基本权益的保障和合伙人决策权机制、

律师事务所管理效率、律师事务所发展科学性等，在某种程度可能存在冲突确定，设定合理的合伙人决策机制及配套制度、流程，即团队行为建设，目的是最大限度解决冲突可能带来的负面影响，同时也对如何进行组织建设密切相关。中小型合伙人律师事务所可以根据现有合伙人的数量、解决现有管理问题和适应未来发展趋势需要，综合评估现有合伙人的能力，选择合伙人共同直接参与管理，还可以在保障合伙人决策权的前提下，部分合伙人直接参与管理，进而设置组织架构。

（二）合伙人团队以服从和服务于律师律师事务所管理和发展为目的

本文将律师事务所管理中的合伙人协议、章程、发展战略和发展规划方面的管理定义为律师事务所“宏观”管理，将律师事务所的团队管理、业务管理、财务管理、行政管理，以及与上述具体管理相适应的组织架构、制度流程体系管理定位律师事务所的“微观”管理。

1、从以上关于合伙人团队的组织建设、行为建设、团队文化建设等表述，我们可以发现组织成员的特定性决定了合伙人团队建设过程实质上基本涵盖律师事务所“宏观”管理的基本内容，两者是本质相同、核心内容基本一致，具体内容交叉互补的关系状态。合伙人团队需要妥善解决好合伙人团队建设和律师发展的关系，克服“团队利益高于一切”的小团体主义，推进以团队个体成员为领导、以其他非合伙人员工为成员的多团体建设，形成合伙人团体和非合伙人团体在信息、资源、思想、诉求合理平衡。

合伙人团队在律师事务所“宏观”管理中，应发扬“大局意识、协作精神和服务精神”的团队精神，遵循“凝聚力、合作、组织无我、士气四大特征和统一的目标、统一的思想、统一的规则、统一的行动、统一的声音五个统一”。

2、“微观”管理设计围绕业务管理和（或）团队管理，可根据律师事务所的发展阶段和具体情况而定。承担业务管理和团队管理设计的合伙人，需要准确理解律师事务所“宏观”管理方面的内容，把握服务标准化、流程化、团队分工协作的发展趋势，改变营销、生产和售后过渡集中在一个或部分律师的“个体”化模式，进行个体合伙人定位方面精细化，即确定业务拓展或销售管理合伙人、分专业和流程化的业务操作指导合伙人。该类合伙人有提出对行政、财务、制度管理体系方面的诉求的责任，协助或参与财务、行政和制度体系的建立健全工作。承担财务管理、行政管理和制度体系的合伙人，需要论证分析发展战略和规划的实现对对应管理的需求和规律，以科学、可行、适应、系统为基本要求，确定管理思路、管理目标和措施、制度体系。在具体制定、实施过程中，将与管理对象的沟通交流、对应理论的研究和应用、重点难点和突出问题的破解、效果评价等有机结合。

承担“微观”管理工作的合伙人既是“微观”管理对应团队领导，又是合伙人团队成员的优势，将履行合伙人团队成员和“微观”管理团队领导有机结合，推动律师事务所发展。

八、结束语

从管理学角度律师事务所是知识型非生产型组织，该类组织的运营效率通过“三个杠杆”得以体现——业绩、人才和时间，其中以人才为核心。充分发挥中小型合伙律师事务所中合伙人作为投资人、管理者和执业律师的三重身份，更能够发挥“人才杠杆”的作用，有效的合伙人团队建设，必然能够推动中小型律师事务所向“规范化、专业化、精细化、品牌化”。

参考文献

1、陶　金：《团队建设与管理》暨南大学出版社 2010 年版 。

2、卢盛宽：《浅谈中小型律师事务所的管理与创新》。

律师事务所分配模式探究

安徽郢都律师事务所 王 磊

摘 要：我国律师事务所现行普遍采用的提成分配制存在诸多弊端，成为影响律师事业发展的矛盾焦点所在，为使律师业改革和发展获得新的空间，必须实行综合绩效考评分配制，并且必须实行法定的强制性改革。

关键词：律师事务所 提成 分配

我国律师事务所对执业律师的报酬分配没有统一模式，实践中主要有两种分配方式：固定工资制，即按照一定的标准如学历、职称、工龄和职务等确定一个固定且稳定的工资额；提成分配制，又被称为效益工资制，即按照律师个人所承办业务收费的一定比例作为律师劳动报酬的分配方式。实践中也有极少数律师事务所采用年薪制等其他分配方式。固定工资制是计划经济时代通行的分配模式，如今少数经济欠发达地区仍在适用，提成分配制是现行最流行的分配方式，为极大多数律师事务所采用。

一、提成分配制溯源

在上个世纪九十年代初计划经济向市场经济转轨时期，传统吃大锅饭的工作模式和分配模式，已经失去其存在的合理性，为了最大程度满足市场对法律服务的需求，充分发挥律师的主观能动性，必须废除固定工资制，但因为没有历史经验可以参照，取而代之便是同其他产业如工商业承包效益提成相类似的收费提成分配制。这种改革的优点是：过程简单，不需要太多的制度设计；操作简便，按一定的比例做简单的数学运算；见效明显，能最大限度地激励律师多办案、多创收。这种分配制度的逻辑立足点是着重发挥律师个体的积极性，价值取向是激励律师多办案、多创收。这种改革将律师积极性发展到了极至，律师业因此得到快速发展，法律服务的质和量都得到明显提高，客观上也促进了律师维护司法公正的积极性，因为有眼光的律师知道，只有为社会提供更好的服务，诚信对待客户才能赢得社会的承认，最终取得更多的业务量，从而能够得到更多的经济回报。这种分配模式因其上述三个优点，加之当时也没有更多的经验可以参照，在当时急迫的改革形式下，被认为是最合理的分配制度为绝大多数律师事务所采用。

二、提成分配制成为制约律师业发展的各种矛盾集聚点

经过律师分配制度改革以来十年左右的发展，律师群体构成、社会环境以及人们对律师的要求，都发生了很大变化，特别是律师队伍快速发展甚至是膨胀发展的今天，提成分配制度的弊端已经充分暴露，律师业发展中的诸多问题与这种不合理的分配制度不无关系。

一、不利于律师间的业务合作和新律师的培养。实行提成分配制后，律师从收案到办案有了明确的分工，再也不会互相推委，但现实又走向另一个极端，分工变成了分家，有的律师事务所甚至成了律师个体户协会，律师间不仅没有良好的协作关系，反而为争抢案源而互相诋毁。一个律师接案后，不希望其他律师参与合作，因为参与就意味着分享收费提成，其他律师没有分享收费提成也不愿意参与该律师所承办的案件，甚至对业务讨论也没有兴趣，至于该律师因工作忙，由其他律师代替提供服务在制度上更是没有依据。同以前简单的法律服务要求相比，现在的客户

对律师的服务时间、律师的知识结构、律师办理委托事务的效率都有了新的、更高的要求，律师合作办理委托事务已经越来越重要，但事实上“客户很难享受到一个律师组织而不是一个律师个体的服务”[1]，国外可以组织一个律师团为客户提供全面服务，但在提成分配制度下，我国就很难组成律师团，即使在当事人的组合下形成了律师群，但律师群也很难“抱成团”，因为各个律师与当事人都是直接地独立地发生关系，结果往往是各行其是，并不是当事人所想象的是能量的累积。

同样的原因，提成分配制也不利于对新律师的培养。一个新律师的成长，资深律师的言传身教至关重要。但由于前述原因，有资历的律师很难自愿地将自己的案源完全交给或者是带着新律师合作办理。这既不利于让新律师尽快的多接触社会，锻炼办理各种类型案件的能力，同时也造成新律师的基本生活和工作条件难以得到保障，一些素质很好起点很高的新律师甚至因此长期得不到发展，这必然造成律师事务所发展后劲不足的结果。

二、阻碍律师事务所的自我发展。现代社会对律师事务所规模化发展的要求越来越强烈，而一个有规模的律师事务所，除了办理法律事务之外，还有许多公共事务比如文化建设、促销宣传、规模发展、总体服务档次的提高等等，这既需要所领导的组织指挥也需要全所律师的积极参与。著名心理学家弗鲁姆的期望理论认为：只有当人们预期到某一行为会给自己带来有吸引力的结果时，个人才会作出这种特定的行为[2]。有效的激励措施对一个组织的重要性即在于此，而且物质激励是基础的激励措施。但由于将收费和分配的简单直接的挂钩，律师工作的动因就是多收费多分成，因此与业务收费没有直接联系或者说是联系不太紧密的工作也就没有人会关心，因为收费的多少基本依赖个人的能力和影响，管理公共事务付出与所得并没有像收费与分成联系的那么的直接和紧密。这也包括律师事务所的领导，因为他们也主要是靠业务收费提成取得报酬。这使律师事务所在制度上不能形成一个让领导和全所律师积极关心公共事务的机制，导致律师事务所的自我发展失去动力支持。

三、妨碍自律功能的发挥。律师事务所的自律是规范律师执业行为管理系统的基础，而自律功能的发挥，必须有使律师服从管理、遵守规章制度的措施，即管理学上所称的正强化和负强化[3]。通常情况下，物质上的措施是一个主要的或者说是重要的措施。而且对律师事务所来说，物质的与人事的和精神的相比，其调节功能会更灵敏、细微。解聘本来是最严厉的人事上的负强化手段，但对律师事务所来说并不常用，一个律师事务所不太可能因为一些管理上的细节而轻易进行人事变动，而且律师的选择空间并不如产业工人那样大，尤其是合伙人律师，在合伙期限内进行人事变动更加困难，甚至会导致律师事务所的解散。所以，物质上的强化手段是律师事务所实现其管理职能的主要手段。但提成分配制使律师的收入与其业务收费呈量化的比例关系，没有可以调整的余地，所以无法将收入分配作为一种管理手段使用。而且，由于律师对个人收费的关注，使少数律师可以依仗自己的高收费而无视律师事务所管理制度，甚至有些律师事务所出现了按收费高低自然形成地位高低的现象，这些都会成为律师事务所实现管理意图的障碍。另外，由于律师事务所的领导也同样按收费提成，有的领导在经济利益驱使下会发生与下属争夺业务的现象，这必然会影响领导威信，导致律师事务所管理效能的下降。

四、不利于律师事务所内部专业化分工。众所周知，现在我国的律师事务所绝大多数没有实行专业化分工，任何律师可以接任何类型的案件，被人戏称“万金油”律师，即什么案子都能办，但什么专业都不精，这在改革之初社会对法律服务需求层次较低的情况下并没有什么不妥，但现在随着立法和法学理论的快速发展，随着社会对法律服务质量和深度要求的提高，“万金油”律师已经感到越来越难以胜任一些非常见服务领域的法律服务要求，社会对“万金油”律师的服务水平

也有颇多微词，认为“律师懂的我都懂，我不懂的律师也不太清楚”。所以，实行服务专业化是律师事务所的发展趋势，有条件的地区可以设立专业所，而在县城等人口积聚不多的地方，专业所的业务量难以满负荷，只能在所内进行专业分工，这就需要所内按专业类别统一调配律师和统一分配案源，但提成分配制下，案源多的律师对到手的业务是不愿意轻易交给其他律师去办理的，也很少有律师自动选择从事诸如刑事、行政之类的既“麻烦”又少收益的专业，结果，即造成因为经济利益矛盾无法调和而不能形成专业分工的困局，法律服务水平不能上升到新的层次。所以，有人认为，利益分配是目前阻碍律师事务所规模化、专业化发展的最为突出而又必须解决的问题[4]。

五、对律师社会形象产生负面影响。社会对律师的期望是法律的化身，是正义的使者，国家建立律师制度的根本目的是促进法治和司法公正，因此，律师应当是诚实信用的楷模。但是在提成分配制下，律师对金钱的注意力会更加集中，甚至会发生律师收费不办案，重收费轻服务，为接业务而乱承诺或者与法官搞不正当关系等现象，根据广东省司法厅对律师社会形象做过的一个调查显示，人们对律师印象不好主要因为五方面的问题，而收费是最突出的问题[5]。甚至有专家认为，律师出现诚信危机最根本的问题是律师的收入分配问题[6]。在少数律师眼中，只要接到业务、律师费收进来，其目的就已经达到，接下来的服务工作是凭着其“良心”或者说是为了长远追求更多的金钱而进行的，这难免会造成社会对律师职业越来越出现信任危机的局面。另外，目前社会上有人挖苦律师“收人钱财替人消灾”，其中一个重要原因就是，办案的律师直接收案子、与当事人谈收费，有的甚至直接收现金，这显得办案律师与钱的距离太近，捍卫正义与收费联系的太直接，势必造成社会上的这种看法。但是，提成分配制决定了必须采取这种接案、办案和收费程序。

六、影响法律服务市场的收费管理。维护正常的法律服务市场秩序，既体现对律师工作的充分尊重，吸引优秀人才加入律师队伍，又保障有更多的人有机会接受律师提供的法律服务，国家制定了律师法律服务的收费标准，规范律师事务所的收费行为。但出于对案源的追求，一些律师尤其是一些资历较浅的律师会采用降低收费标准的方式受理案件实现“薄利多销”，从而构成不正当竞争；而一些资历较深的律师，会擅自抬高收费标准，用抬高门槛的方式来甄选案源、提高业务收费总量，这看似一种市场行为，但法律服务市场不同于普通商品市场，如果可以随意提高收费标准，就会使很多人失去律师帮助的机会。这些无序的市场现象，必然妨碍律师业的健康发展。

七、误导对律师的评价标准。评价律师优劣的标准，应当是一个律师对捍卫法律正确实施所作贡献的大小，可以从业务素质、业务水准、业务实绩、职业道德水平等综合要素反映出来，但由于实行了个人报酬与业务收费的直接的正比例关系，而报酬又往往被认为是一个人被社会被本单位承认程度的体现，是劳动成果的体现，报酬多自然被认为是贡献大。因此，在提成分配制下，评价一个律师，人们的注意力会很自然的集中到律师的业务收费上来。现实中往往是这样，谈哪位律师有名望有水平，结果往往是那些收费高的律师，评价律师事务所，社会甚至是律师管理组织会很自然的以收费作为一个硬性指标，“数钱论英雄”。当然，收费多的律师很多都是比较优秀的律师，但业务收费与律师是否优秀之间在本质上并没有必然的因果关系，收费高低带有很多偶然性，而且真正忠诚律师职业的法律卫士，其收费并不一定很高，而且有些律师的高收费是以败坏律师职业道德为代价的，如跟法官搞不正当交易，给介绍人回扣等等，但他们往往会成为其他律师羡慕的对象，社会舆论的宠儿。

总之，提成分配制造成的不利后果是将律师工作各方面与收费单纯地直接地联系起来，使很多律师为案源所困，为收费所累，这是一个不争的现实。这种状况如不能得到改变，我们就会变

得象美国的律师那样，鼓起了自己的钱囊却迷失了灵魂和信仰[7]，使律师职业成为人们既羡慕又看不起的行业[8]。

通过前文分析可见，律师队伍中存在的问题，很多都或多或少的与现行分配制度有因果关系，提成分配制度成为制约律师业发展的各种矛盾集聚点，甚至，律师界经常感到困扰的执业环境问题，也与此不无干系，一个管理失当的行业受到相关行业的排斥是一个自然法则，所以，也正是这些问题反过来影响了律师执业环境。最近，多位最高层中央领导专门针对律师工作作出批示，要求加强律师队伍建设，这是建国以来的第一次，说明律师业发展中的问题已经非常突出，解决这些问题的要求已经非常迫切，说明当前律师管理工作出现的问题，需要新的思路来解决。分配制度改革是一个重要途径。

三、改革分配制度的必要性及其框架性构想

前文分析的提成分配制度引起的问题，如律师的规范执业问题、合作问题、发展问题，律师形象问题，通过以前惯用的教育引导、组织管理、法规规范和制裁等手段和措施已经无法解决。律师行业中出现的问题越来越多、人们对律师的评价越来越低是最有说服力的事实。因为教育引导本身是柔性措施，必须通过律师的个体自律才能起作用，而人的欲望无限膨胀的特性注定了这种措施的作用有限性；律师工作相对独立的特性也决定了律师事务所自律、行业协会管理和行政部门管理的作用发挥难以深入；至于对律师违法行为的处罚则是亡羊补牢的措施，很难说有多少预防功能，而且它所能解决的问题范围也极其有限；而改制仅仅是通过所有制的改变激发了律师的主人翁意识，使律师有了“恒产”，为提高律师工作积极性奠定了物质基础，其作用仍然是经济意义的，但律师业的生产力价值决不仅仅在于经济效益，改制对促进司法公正这一更重要的律师业生产力价值，已经穷尽其功能。因此改革分配制度必须纳入我们的视线范围，一方面分配制度是生产关系的三要素之一对生产力具有反作用，社会经济关系的本质是物质分配关系；另一方面物质分配也是一个重要的管理内容，是一项主要的管理措施。对现有分配制度进行改革，可以为我们的律师管理工作拓展一个崭新的空间，因为物质分配的功能除了实现人的物质需要之外，还有一个重要功能就是价值引导，能使管理者预期的目标成为每一个人内心的追求。

国家建立律师制度的目的是为了更好的实现社会公正，所以社会公正的实现是改革分配制度的首选目标，但我们也不能忽视了律师对个体经济利益的现实追求，因此，合理的分配制度应当实现一个双重目标——社会效益和经济效益的最佳平衡，实现个体对经济利益的追求和社会对公平公正的追求的统一。为实现这个双重目标，我们必须以律师工作的综合绩效而不是单以收费，为确定律师收入分配的依据，笔者称以这种理念为基础的分配制度为综合绩效考评分配制，即根据一系列指标对律师工作进行综合考评，量化得分乘以一定的系数得出律师的劳动报酬的分配制度。它不失为是一个解决当前律师业存在问题的有效途径。它将管理者的管理目标化作具体的考核标准，并将考核结果转换为律师报酬的分配依据，这样，管理目标将自动成为引导律师行为的规范和准则。这也正符合司法部提出的“进行律师事务所分配制度改革，逐步引进、推广以执业质量、资历、专业水平、经济效益等因素综合确定工资分配办法”[8]的要求。

综合绩效考评分配制的价值取向应当是：促进律师诚信执业、依法执业，提高服务质量；鼓励律师主观能动性；促进律师事务所的综合发展包括经济实力的增强；增强律师的集体观念和团队精神，以及律师事务所的凝聚力；强化律师事务所的管理职能；吸引人才并培养人才。如果说提成分配制的价值取向侧重于增加业务数量，那么，综合绩效考评分配制则侧重于提高服务质量，最终是为了律师业更健康的发展。

为此，在综合绩效考评分配制度下，律师（包括合伙人）的工资性分配考评指标应当涵盖以下要素：1、固定的底薪。以律师的基本生活和工作条件得到保障为标准，每个律师同等享受，以解决律师的基本生存问题。“仓廪实而知礼节”，这是规范律师执业行为、鼓励律师提高服务质量的物质基础，也有利于为培养新律师创造物质条件；2、办案数量及个案的复杂程度积分。统计每个律师当年总的办案数量，并对每一个案件的复杂程度按一定标准作出评定，得出一定的积分。该指标考核律师的业务工作量，实现“多劳动者多得食”，鼓励律师为社会提供更多的服务；3、招徕案源的数量及所收取的律师费情况，据此换算相应的积分。该指标考核律师为律师事务所作出经济贡献的大小，同时也鼓励律师积极主动向社会提供法律服务；4、业务学习及理论研究情况积分。业务学习包括学历现状、进修情况、其他知识学习情况等，理论研究如调研论文写作、发表和获奖情况等，该指标促进律师加强理论修养，提高法律服务水平；5、律师事务所安排工作的完成情况及规章制度执行情况积分。考核该指标以强化律师事务所行政管理职能；6、受表彰和奖励情况积分；7、当事人反馈（投诉及处理）情况。受到当事人投诉并确有违反执业道德、执业纪律及律师事务所规章制度的，扣除一定的积分。该指标用以规范律师执业行为，提高服务质量；8、其它重大贡献情况积分。第 1 项为固定额，第 2 至 8 项应当有合适的比例。关于如何设计各项指标的积分方法，本文因篇幅所限，不做具体讨论。

解决律师管理工作中存在的问题是一个复杂的系统工程，需要各方面的制度和措施同时跟进，最关键的是加强律师事务所的综合管理，提高管理水平，建立健全各项管理制度，因为现行分配制度对管理目标的实现依靠的是律师自律，而改革后的分配制度则更依赖组织管理。立案和收费管理尤其重要，实行综合绩效考评分配制的必要条件是统一收案、统一收费谈判、统一指派承办律师（应当尽量满足当事人指定需要），不实行上述三统一，前文所述弊端仍然不能革除，改革将失去意义。

必须实行法定的统一改革。普通企业实行什么样的物质分配制度是企业内部问题，国家一般不做干预。尽管现在把律师事务所定位于社会中介机构，但它的确不同于一般的企业，一般企业的唯一目的就是获取最大经济利益，而律师事务所在国家制度设计上不以追求经济利益为终极目标，它负有维护公平正义的神圣社会公共职能，是一般企业所不能代替的。因此，对律师事务所的内部管理，国家进行适当的干预是必要的，比如说，国家对一般商品价格实行随行就市的市场原则，而对律师的收费标准则通过制定法规来规范，并明确限制协商收费。正如前文所述，提成分配制造成的问题已经阻碍了律师事业的健康发展，而且依靠律师事务所自身已经不能实现这一改革。我们知道，本文列举的律师业存在的问题早已经显露，而且也有很多有识之士看到这些问题与提成分配制的联系，官方也深感提成分配制不符合律师业发展方向[9]，但事实上十多年来一直不能改变，究其根本，是因为分配制度改革的呼吁和倡导得以变成现实，我们依赖的动力，仅仅是律师事务所通过信息反馈而自主作出的应变，但各方面的信息反馈转变成律师事务所制度自觉的改革，反应速度和程度取决多种因素，这个过程是非常漫长的，而且结果也并不完全相同，所谓“南橘北枳”。这与社会的对律师业革除弊端要求的迫切性和律师业健康发展自身要求的差距太大。而且，分配制度改革的制度设计也是非常复杂的过程，这种改革甚至可以说是全新的变革，各个律师事务所的组织管理能力参差不齐，有些所很难依赖自身能力实现改革，客观上也需要规范性指导。另外，从主观方面分析，笔者认为新制度的实行很有可能遇上人为的阻力，因为我国律师事务所的现实控制者（主任、合伙人）一般都是资深律师，是提成分配制的既得利益者，论个人业务收费他们一般都名列前茅，而论综合素质、水平、能力则有可能不在他人之上，实行综合考评后，他们的收入就有可能不再保留现有水平，这些实际控制者如果不能顾全发展大局而放

弃眼前利益，就很难会自行发动改革，甚至会极力阻挠。而且，这种改革需要统一的行动步骤，否则就可能发生有律师尤其是个人业务收费较多的律师向仍实行提成分配制的律师事务所流动的情况发生，造成改革所的尴尬，从而挫伤其他所改革的积极性。因此，实行法定的强制性改革对推行新分配制度是必须的。

参考文献

1、周三多《管理学——原理与方法》，复旦大学出版社，2003 年 11 月版。
2、高云《通向成功律师事务所之路》，法律出版社，2003 年 12 月版。
3、克罗曼《迷失的律师：法律职业理想的衰落》，法律出版社，2002 年 12 月版。
4、司莉《中国律师业现状及发展对策》,《中国律师》2000 年第 5 期。
5、周三多《管理学—原理与方法》，复旦大学出版社，2003，11，第 529 页。
6、《创办规模化、规范化律师事务所若干问题的法律思考》， 2004 年 5 月 13 日。
7、项仙君《调查：破解律师“三难”困局》， 2004 年 4 月 9 日。
8、杨艾祥《律师诚信危机》， 2003 年 7 月 31 日。
9、（美）克罗曼《迷失的律师：法律职业理想的衰落》，法律出版社。

中小律师事务所发展策略之团队型律所的建设

安徽英锐律师事务所 李 甫

摘 要：现阶段，我国中小律师事务所大量存在和不断涌现，中小律师事务所在发展过程中面临诸多问题，如何解决中小律师事务所发展中的问题，是事关全国 20 多万名律师队伍的作用发挥、力量整合、形象提升，以及律师行业在新的起点上继续成长与进步的重大课题。本文拟结合本所的实际发展经验，就团队型律师事务所的建设，进行剖析并努力找出破解之策。

关键词：专业团队 储备人才 利益分配 制度约束

目前，中小律师事务所的发展现状不容乐观。诸如随意拼凑合伙人、团队合作意识匮乏、专业定位模糊、管理混乱、品牌及创新意识不强、忽视后备人才的培养等等，可谓比比皆是。中小律师事务所如何突破瓶颈，做大做强，不仅需要智慧更需要敢于创新的勇气。笔者结合所在执业机构——安徽英锐律师事务所的做法，尝试从一个侧面探求律所发展的新路径。

安徽英锐律师事务所成立两年多来，荣誉不断。引起主管司法机关、当地律协的关注并寄予厚望。究其原因，乃建所之初大胆选择并坚持走团队合作和集体领导模式的结果。正所谓“孤军奋战，其力有限；众志成城，坚不可摧”。概括起来，有如下几点：

一、改变决策方式，成立专业团队

“一堆沙子是松散的，但与水泥、石子、水混合后，比花岗岩还坚韧”。以一个团队为律所决策核心，摒弃个别人不客观、不科学、不民主的决策方式，将全所整合为一个团队，以改变律师单打独斗以及个别合伙人或者主任独撑局面的传统落后的发展模式。

团队内部根据案件性质划分为若干个相对独立的专业部门，将部门内的案件交由核心成员或者业务骨干带领的“小团队”专门办理，从而形成专业团队。这一点尤为重要，不仅可以形成团队合力，对团队内部成员专业水平的提升也异常关键。结合区域经济及社会发展状况，在律所内形成有影响的专业优势还是可以做到的。不向专业团队的方向发展，以“万金油”式的律师组建起来的律所最终会被市场淘汰。目前，英锐所正是按照这种思路向前迈进，例如医患纠纷及刑事辩护专业代理水平在本区域内已具影响力。

二、完善选人机制，积极储备人才

律所的发展从本质上来说是人的发展，团队合作归根结底也是人的合作，人才是关键。

（一）慎选合伙人。作为一名合伙人必须具备以下三个基本素质：第一，扎实的法律理论功底及丰富的实践经验；第二，过硬的人际交往能力；第三，较强的社会责任感。而英锐所在选择合伙人时，不仅要求合伙人具备上述基本素质，更看重其人品：是否正直，是否有牺牲和奉献精神，是否能够起表率作用，是否有着共同的执业理念以及共创事业的理想。拼凑或挂名合伙人的做法有百害而无一利，是一种短视和功利行为，务必坚决摒弃。

（二）严把进人关，宁缺毋滥。正直的人品是首要的，坚持只有做好人才能做好事的信条；当然高学历、高水平以及良好的沟通能力也是必须的。英锐所目前在册十名专兼职律师，拥有副

教授职称的两位、拥有法学硕士学位的四位，年龄结构以中带轻，丰富的生活阅历和较高的法学理论及实践经验，保证律所的整体素质维持在较高层次。

（三）留住人才与培养人才并举。尽管当前我国律所和律师人数在逐年增加，但也应清醒的认识到，当下我国专业化的律师队伍还非常的稀缺，年轻律师在进入律所的初期阶段也并未得到较好的成长锻炼。因此，在当前律师人才紧缺的情况下，想办法留住核心律师和培育年轻律师应属律所重任。目前英锐所的做法是，对于新进律师，经过一段时间的考察，对人品好、素质好、可塑性强的执业律师，律所为其提供优厚的待遇和宽松的执业环境，并使之逐渐成为核心成员，甚至是管理层。

把培养青年律师人才作为律师事务所的一项战略任务来抓。对于年轻律师而言，特别是那些刚入行、案源少的律师，律所不应采取拉进来任其自由发展的方式，而是从加强职业道德和执业纪律入手，在保证其基本收入的同时又不养成依赖的坏习惯的情况下适当分配案件，并吸引其参与所里事务的决策和管理，树立“我是所的人，所是我的所”的理念，尽力不使一个律师游离于团队之外。

（四）对于实习律师的管理应有一套宽严相济的措施。实习律师最终的考核可借鉴交通事故倒查驾校责任的方法，将视情况追究其指导老师的责任，以保证实习不流于形式。而且英锐所对实习期满，只要第一年执业在所注册的，不收取其任何管理费用，给予其最大限度的关怀，帮其树立执业信心，走出困境。

三、建立长效机制，平衡利益分配

利益如何分配是团队型律所一个重要、现实而且棘手的问题，处理不当，团队合作只能是空中楼阁。

表面上看，团队型律所只存在团队利益。但实际上除了团队利益，还有律所利益和个人利益。律所利益当然是最终和最高的利益。但没有其他二者，律所利益也只能是无源之水、无本之木。认识并正确协调、平衡各利益体之间的矛盾，至关重要。回到选人的标准上，团队型律所应强调大局观和奉献精神，正是基于这种考虑。

团队型律所利益分配制度的形成务必力求科学公平，一旦确立并为大家接受必将巩固团队合作，有助于形成团队的凝聚力。笔者设计的分配机制已为英锐所采纳且逐渐形成了具有特色和可行的模式：

（一）以引进案源的案值税前提取 40%归引入律师，以鼓励开拓市场的积极性；

（二）案件根据专业性质或其他情况由律所统一调配至专业法律部门办理（当事人有特殊要求的除外）；

（三）律所的利润按照下列次序进行分配：

1、支付公共费用；

2、弥补亏损、垫付赔款、奖励先进等；

3、提取发展公积金 5%—10%;

4、团队成员根据所内《考评细则》年终考评得分分配剩余利润。

（四）营业税及附加税、年度注册费用、培训费纳入公共费用，其余如个人所得税等由个人承担。

当然，任何一种分配机制都有待时间的检验，都有这样或那样的不足和缺陷，但适合自己的才是最好的。

四、培养团队理念，强化制度约束

团队型律所还需要着力培养团队理念。律师行业自由散漫、单打独斗显然不能适应现今涉法事务及当事人的需求。律所的成员亟需提高思想境界和团队合作意识，求大同、存小异，相互尊重、相互信任、相互提高，勇于自我牺牲，勇于奉献他人和集体，放眼长远，抱团取暖，实现共同发展的目标。

合作理念的体现和巩固不能停留在口号上，还须制度的完善和约束，监督制度、奖惩制度、分配制度等等一系列建所的基本制度必须跟进，以此团结、调动成员的潜力和积极性，化解利益冲突。除此而外，英锐所还采取了如下措施：

1、完善培养机制，搭建年轻律师人才成长阶梯。为提高年轻律师执业水平，英锐所定期开展业务学习制度，如案例评析、理论研讨等。同时，英锐所还不定期的与兄弟律所交流学习，以期博采众长。所内专业小团队也可根据自己需要灵活安排学习时间和方式。

2、强化执业保障，缩短执业迷茫期。英锐所秉持以人为本的理念，把年轻律师作为最重要的人力资源，选拔好、使用好、培养好，使年轻律师的生活有保障、执业有希望。并着力提高年轻律师的动手能力，增强其业务水平；着重政治素养和职业道德和执业纪律的培养，力求每个年轻律师根正苗红，不偏激，不调词架讼，规范文明执业。

3、加强责任管理，降低律所风险。团队主管负责本团队的组织和管理，履行以下职责：审查代理方案、代理合同、顾问合同，并签发案件指派单；对团队律师承办的案件以及其他法律事务进行业务指导和帮助，对团队律师对外出具的法律文书予以指导、审核把关，其中律师函、法律意见书必须有团队主管审查签字。以层层负责、严格把关的制度将执业风险降至最低或可控范围内，同时也提高了执业律师的自律性和严谨的作风。

中小律所人员少、底子薄、影响小、业务单纯等客观原因导致了律所发展艰难。强调客观因素固然重要，但很大一部分原因在于合伙人、所主任没有发展眼光、没有大局意识，成立一个所，无非是为自己办案挣钱方便，做不大、做不强，甚至出现一大就分家的尴尬的怪圈。于是多年走来，还是当初那个样。

当今社会发展迅速，当事人的需求更广、要求更高。我们的中小律师所如果再停留在传统的管理和传统的案件上，不思进取，早晚会被市场淘汰。如何发展路径很多，但因团队协作的力量更能整合资源，为社会提供更高效优质的法律服务，已成为律师同仁的共识或选择。但如何创新，如何迈出第一步，值得每位律所管理者深思。他山之石或可攻玉，但路必须自己去走。

律师社会责任建设与行业管理创新

蚌埠市律师协会　张志银

摘　要：随着经济的深入发展，我国面临着社会政治等一系列的改革，在这个过程中，我国律师事业也逐步发展壮大，取得了辉煌的成绩。尤其是21世纪开头这十年来，我国律师从业队伍日益壮大，行业发展日趋成熟，但是我们应当看到在这个发展的过程中也出现了一些问题，部分律师缺乏基本的社会责任感与诚信意识，个别律师甚至不惜违法犯罪以谋利。因此，在当前的律师行业管理创新工作，应当根据律师行业规律，重视和加强律师社会责任建设与诚信建设，通过加强律师社会责任建设，对“两结合”管理体制进行改革和完善，推动我国律师事业的发展，培养符合时代要求的“中国特色社会主义法律工作者”，促进我国社会主义民主与法制的进步。

关键词：律师　社会责任　行业管理创新

在当前形势下，随着中国改革工作的不断深化，整个社会面临一次大的转型，不仅仅是之前的简单的经济改革，我们更多地会看到社会领域政治、文化方面的改革，这个过程不可避免的会出现些许的混乱，社会管理面临着严峻的挑战，这个过程需要我们对社会管理进行创新。所谓社会管理创新，是指在现有社会管理条件下，运用现有的资源和经验，依据政治、经济和社会的发展态势，尤其是依据社会自身运行规律乃至社会管理的相关理念和规范，研究并运用新的社会管理理念、知识、技术、方法和机制等，对传统管理模式及相应的管理方式和方法进行改造、改进和改革，建构新的社会管理机制和制度，以实现社会管理新目标的活动或这些活动的过程。

一、律师服务社会管理出新的着力点

中华全国律师协会《意见》指出，要积极拓展工作思路，充分发挥律师专业优势，找准律师服务社会管理创新的结合点，为社会管理制度的创新、社会管理制度的有效运行提供优质高效的法律服务。律师服务社会管理创新可从以下方面着力。

（一）继续做好各类法律顾问工作

要发挥政府法律顾问职能，促进政府依法决策。一是要围绕政府的中心工作和农村征地、城市房屋拆迁、社会保障及群众最关心、最迫切的问题，积极开展调研，及时发现和反映可能影响社会稳定的苗头性、倾向性问题，协助政府健全社会稳定风险评估机制和应对机制。二是要协助政府对涉及群众切身利益的重大工程、重大改革、重大决策等进行事前社会稳定风险评估，从源头上预防和减少社会矛盾。三是要建立健全律师参与重大突发事件和群体性事件集体讨论制度，积极为政府和职能部门处理重大涉法事件提供法律论证和法律咨询意见。四是要通过陪同党政领导接访、下访、把握涉法信访案件的特点与动向，并找出涉法信访问题的原因，帮助政府有的放矢的解决热点、难点问题，为政府化解社会矛盾和正确决策提供切实可行的法律建议。

要深化企业法律顾问工作，一是要通过以案说法、专题讲座等形式，进企业开展法律咨询和法律宣传，不断提高企业管理人员和企业员工的法律意识。二是要帮助企业运用法律手段防范企业经营与规范治理方面的风险和漏洞，要引导企业通过合法的程序和途径表达诉求，解决纠纷。三是要全力帮助企业进行“法律体检”，制定相关服务措施，有针对性地为企业提供法律服务，增强企业经营管理者的风险意识，提高企业防范风险的能力，促进企业健康发展。

（二）积极参与预防和化解社会矛盾

律师办案要坚持调解优先原则，要把“最大限度地促进社会和谐”作为办案的指导思想。努力探索促使当事人和解的方式与途径，通过诉前调解、庭内调解、庭外和解及其他非诉讼手段，积极做调解和疏导工作，引导当事人更多地通过调解和其他非诉讼手段消除纷争，努力实现政治效果、法律效果和社会效果的统一，以有效疏导、分流和化解矛盾纠纷，维护社会稳定。要通过参与涉法涉诉信访工作积极有效化解社会矛盾。律师在参与涉法涉诉信访中通过向来访者解答法律问题、提供咨询意见和建议，以及参与重大疑难信访事项的法律论证等，从法律角度进行利害关系分析，引导信访当事人依法、有序、理性地表达利益诉求，劝导信访当事人息诉罢访、化解矛盾。要通过具体个案研究形形色色的矛盾、纷争以及信访问题中带有普遍性、规律性的问题，善于发现制度、机制及工作方法中的问题与弊端，向党政部门提出完善制度与机制、改进工作的建议，通过为党政部门提供事前的社会稳定风险评估以及法律论证和法律咨询意见，从根本上预防和减少影响社会和谐的因素。

（三）面向基层，做好服务民生工作

一要积极参与法律服务走进农村、走进社区。律师进农村、进社区，一方面有利于搭建起村委会、社区与村、居民之间更为有效的沟通平台，让民众通过这个平台有序表达诉求，并通过这个平台协调解决问题，维护自身权益，促进民生改善；另一方面律师深入农村、社区，了解民情民意，掌握民生诉求，通过为民众解决就业、就医、就学、社会保障等民生问题提供法律服务，为社区管理提供更加有建设性的意见，也可以有效提高社区的民主管理水平，拓宽民主参与渠道，创新民主参与方式，更好地服务和改善民生。律师走进农村、社区，要当好矛盾纠纷的调解员，促进社会和谐稳定；当好法律法规的宣传员，强化市民法治观念；当好居民涉法事务的服务员，满足群众法律需求；当好社区管理的参谋员，提高基层民主自治水平。

二要积极参与法律援助，扶助弱势群体。弱势群体能否有效、及时地实现自己的正当利益，直接关系到社会公平与正义能否得到维护，也关系到社会的稳定与安定。律师要进一步加强对弱势群体的援助与扶持，为他们提供多种形式的法律服务。特别是在企业改制、土地征用、房屋拆迁以及拖欠民工工资等事由引发的群体性纠纷处理中，律师应当帮助弱势群体整合、梳理并恰当调整利益诉求，引导弱势群体用理性的、合法的的方式解决纠纷，防范这类纠纷恶化，尽量减少和降低纠纷所形成的负面影响。

三要进一步扩展律师的公益性服务职能。要从地区经济发展和人民群众生活水平的实际状况出发，向低收入家庭、下岗失业人员、困难群众主动减免服务收费，切实减轻群众负担，让上述群体能请得起律师，打得起官司，也使律师业获得更为广泛、更为坚实的社会基础。

四要积极参与普法活动。普法也是预防与化解社会矛盾的有效途径。律师除通过解答法律咨询、刑事辩护、诉讼代理、调解、参与涉法信访等方式进行普法外，还可通过参与电视、电台、报纸、网络等媒体开办的法制宣传、法律咨询节目，直接向大众宣传法律知识、解答法律咨询、提供法律建议。

二、推进律师服务社会管理创新工作常态化的若干建议

（一）要提高思想认识

律师工作作为政法工作的重要内容，在创新社会管理中具有独特优势与作用。律师要从抓住用好重要战略机遇期，实现全面建设小康社会宏伟目标，维护社会和谐稳定的高度，充分认识加强创新社会管理的重大意义，充分认识律师服务社会管理创新的重大责任，坚持不懈地把这项工

作做实做好，为不断完善中国特色社会主义社会管理体系，构建和谐社会作出新的贡献。

（二）要加大培训力度

律师协会要以科学发展观及律师队伍主题教育实践活动为载体，深入推进社会主义法治理念教育、社会主义荣辱观教育、职业道德及执业纪律教育，不断提高律师队伍的政治思想素质，努力打造一支坚持信念、精通法律、维护正义、恪守诚信的高素质律师队伍。同时，围绕律师服务社会管理创新工作涉及到的法律政策、方式方法等问题，有针对性地组织开展业务知识和业务技能培训，不断提高律师服务社会管理创新的工作能力与工作质量。

（三）要加强考核与奖惩

律师协会要把服务社会管理创新工作实绩作为律师事务所和律师年度考核的重要内容，作为律师事务所、律师评先评优的重要指标，以激发律师事务所与律师服务社会管理创新工作的热情，增强律师事务所与律师服务社会管理创新工作的积极性、主动性。要广泛宣传服务社会管理创新中表现优秀、成绩突出的律师事务所和律师，并给予表彰和奖励。

（四）要建立保障机制

周永康同志在全国律师工作会议上讲话指出，要求律师承担相应的政治、法律、社会责任，同时也应当给予他们相应的保障。要从完善执业法律制度到财税、社保、经费等方面采取有效措施，加大对律师服务社会管理创新的保障力度。一是要切实维护律师执业权益，解决会见难、阅卷难、调查取证难等问题。二是要落实律师工作经费，健全律师担任政府法律顾问和参与信访、调解、社区工作等公益性法律服务的经费保障机制。三是要加大律师培训投入，完善律师行业财税、劳动用工和社会保障政策，维护律师和员工合法权益。

三、构建律师社会责任的途径分析

1、与律师诚信体系相结合制订科学合理的律师社会责任评价行业标准。当前，我国各级律师协会正在和已经建立了诚信体系，但诚信体系更侧总于对律师违法违纪等恶性方向问题的记录和曝光，社会责任评价体系则侧重于对律师主动开展公益活动、承担社会责任等良性问题的记录和反映。2011 年 3 月，全国人大吴邦国委员长郑重宣布我国具有中国特色的社会主义法律体系已经建立。在这种历史背景下，探索和构建具有中国特色的律师社会责任体系，成为律师行业急待解决的历史任务之一。

2、将律师社会责任意识教育纳入行业培训计划。目前，司法部每年都根据中央政法委要求，确定不同主题加强对全国律师的政治教育和学习工作。同时，根据中华全国律师协会的规定，执业律师每年需开展继续教育，实习律师也必须参加不得少于 40 课时的岗前培训。但是，目前培训的课程更重于法律知识和执业纪律的学习，对于律师社会属性方面的价值观、社会责任、诚信建设方面的学习则相对较少。因此，应当考虑将律师社会责任意识教育、价值观教育纳入行业教育计划，加强律师文化建设。

3、有计划地推进青年律师的业务发展与公益性社会活动相结合的工作。党的十七大报告指出，要将全社会的发展积极性引导到科学发展上来，把科学发展观贯彻到经济社会发展的各个方面。科学发展观的核心是以人为本，以统筹兼顾的方法实现以人为本的可持续协调发展。以律师行业而言，青年律师是行业的主力军，青年律师的发展方向将决定整个行业的方向。当前青年律师发展面临的问题之一即是案源不足。同时律师又从来不是一个单纯讲求经济效益的职业，因此，从行业协会的角度，引导青年律师从科学发展的角度看待其职业特征，将青年律师个人的职业规

划融入我们行业发展规划之中，积极探索和深入开展青年律师参与法律援助案件办理、政府律师顾问团工作、未成年人与妇女儿童残疾人保护工作，以及进企业进社区进农村进学校等活动，在这些公益性社会活动中引导青年律师认识普通业务与公益性社会活动的区别与联系，支持和鼓励青年律师在积极参与公益性社会活动的同时善于和敢于发现新的业务领域和业务方向，从而有计划地推进青年律师的业务发展与公益性社会活动相结合工作。

4、全面引导律师介入社会管理创新各个方面的工作。中国改革开放 30 年，律师从主要从事刑事辩护到向民商、行政多个诉讼领域发展，从提供法律咨询、担任诉讼代理人、辩护人，到为个人、企业、政府和社会团体提供广泛的法律服务，虽然其法律服务方式逐步和国际接轨，但业务形态与国际上发达的法律服务市场相比依然是初级化的，律师在非诉讼业务、新类型业务和国际业务上介入能力和介入程度的不足，既属于经济学上的供给不足，也直接影响了律师“维护法律正确实施，维护社会公平和正义”职能的发挥。当前我国开展的社会管理创新工作，正在深入我国社会的方方面面，律师行业应积极介入其中，全方位参与到社区网格管理、非政府组织建设、社会风险评估机制和应急管理体系建设工作中并为之提供配套法律服务，这不但顺应了社会事业发展的需要，同时也必将极大地开拓律师业务形态与新业务领域，进一步推动律师社会责任的构建。

参考文献

1、吴瑞文《论我国的律师管理体制及其完善》，载《法制与社会》2009 年第 8 期（下）。

2、“两结合”的提法，肇始于《司法部关于律师工作改革的方案》的规定：“从我国的国情和律师工作的实际出发，建立司法行政机关的行政管理与律师协会管理相结合的管理体制。经过一个时期的实践后，逐步向司法机关宏观管理下的律师协会行业管理体制过渡。”

3、董春江《对深化“两结合”律师管理体制改革若干问题的思考》，载《中国司法》2005 年第 7 期。

4、李金华《中美律师管理制度比较研究》，载《重庆工学院学报》2006 年第 10 期。

5、钟坤凡《从比较中外律师管理体制中探索中介组织规范化的途径》，载《西南科技大学学报》2004 年第 3 卷第 21 期。

6、钟坤凡《从比较中外律师管理体制中探索中介组织规范化的途径》，载《西南科技大学学报》2004 年第 3 卷第 21 期。

7、王公义《关于当前司法行政理论研究的若干问题》，载《中国司法》2009 年第 6 期。

谈中小型律师事务所发展之路

安徽淮河律师事务所　方 陈

摘　要：中小型律师事务所已经成为我国律师行业的主力军，在发展过程中，遇到了许多问题，通过对中小型律师事务所发展路径的探析，提出应注重律师的过渡教育和继续教育，细分市场、占准定位、提高服务质量，加强律师事务所之间的交流与合作，建立完善的法律服务质量保障体系，发展底蕴丰富的律师事务所文化。

关键词：中小型律所　发展　质量保障　文化

一、中小型律师事务所概况

目前，国内中小型律师事务所超万家，占全部律所的近 90%，成立时间大多不足十年，人员规模从几人到二十几人不等，管理经验不足，经验积累不够，没有形成任何规模优势和竞争优势。这些中小型律师事务所在面对有挑战性的业务邀约时，往往只觉力不从心，或不敢接，或不能接。绝大多数中小型所的主营业务都为诉讼业务，诉讼业务更注重律师的个人能力，对整体管理制度的要求并不高，因此少有律所能够突破传统的诉讼律师“单打独斗”模式，缺少长远发展的战略眼光，不重视或者没有能力重视品牌建设。全国资源分配不均衡，有些地方律所面临更严酷的信息和资源短缺。如何突破自身瓶颈？如何在外部竞争中立于不败？这就需要中小型律师事务所探寻一条属于自身特色的战略发展之路。

二、中小型律师事务所发展路径

（一）注重律师的过渡教育和继续教育

律师是任何一家律师事务所，尤其是中小型律师事务所成败的关键。律师的过渡教育是保证律师称职性的必要手段，也是律师执业的必经途径。律师的过渡教育主要为实习律师的岗前教育和律师事务所的实习培养。实习律师的态度很关键，因为实习律师在所里有许多基础性的工作要做，与实习律师希望尽快熟悉业务工作的期望有一定的差距。而对于律师协会组织的培训，多数律师反映，律协的培训次数其实不少，但缺乏针对性。律协举办的培训讲座，尚不能满足从事不同领域、不同层次法律服务律师提高执业技能、获取新知识、开拓思路的继续教育需求。律师事务所应定期或不定期对律师进行其它方面的培训，包括由律师事务所资深律师进行内部培训、聘请相关专家讲课、律师自己学习，培训主要内容可以涉及新法培训、职业道德培训、礼仪培训等。通过培训，增强律师业务能力，提高执业水平，更新知识，为中小型律师事务所的发展提供最根本的动力。

（二）细分市场，占准定位，提高服务质量

律师行业属于服务业，须直接面对客户，如何提高为客户提供的法律服务质量，成为律所提升竞争力的关键点。中小型律师事务所受自身资源所限，不适合“广涉猎、广撒网”式的发展。要求得长远发展，就必须把“精准、细分”提高到战略层面，找准擅长业务点，将业务细分做到极致，战略先行，模式确定，资源聚焦，体系完善，在一套明确的思路指导下巩固优势，拓展业务，才能最终确立地位，赢得市场。

首先，明确定位，找准领域。再小的所也有自己的优势，与其杂乱无章见一单打一单、走到

哪看到哪，不如找准方向深发展。中小型律所要有明确的定位，不为小利所动，有明确目标，并且“一根筋”似的追逐，往往是战略发展的基础。

其次，全盘布局，精细分工。中小型律所切勿不可盲目发展，要对律所进行标准化、团队化、流程化工作模式的探索。要适当引入专业的管理软件，信息化管理可以为律所打造诉讼业务标准、建立诉讼业务流程奠定了良好的基础。此外，中小型律所还需摸索出诉讼业务的团队合作模式，以主办律师-协办律师-业务秘书的架构组建各个业务团队，阶梯式分工，业务主管合伙人对各个团队进行提纲挈领式的指导。这样，传统模式下集于律师一身的营销、作业、研发、管理就进行了精细化分工，并分别专业化运作，工作效率和服务质量都大幅度提高，这样的布局也使得中小型律所的业务能力和业务数量得以呈几何式增长。

第三，品牌先行，勇于开拓。过硬的团队素质和专业能力，还只是律师事务所站稳脚跟的基础，要谋求发展，还需有先进的市场意识。“酒香不怕巷子深”的年代已经远远过去，在信息纷杂、强者林立的今天，以战略眼光来开拓业务，也是中小型律师事务所应当着重考虑的问题。律所作为专业型服务机构，与大众消费品式的商业拓展有很大区别，因此建立适合于自身特点的商业推广模式也是十分必要的。品牌先行，建设企业文化，树立企业形象，制定符合业务特色、客户特点的传播体系，在扎实的业务功底基础上，打造出律所品牌的价值和高度。

（三）加强律师事务所之间的交流与合作

据统计，约 65%的律师事务所和其它律师事务所之间没有进行过诸如相互介绍总结执业经验、相互委派资深律师进行讲课等业务交流。常言道：“和”能聚力，能生财，能致祥。“和”是中华文化的民族精神，是中国人固有的价值观念。按照现代系统管理理论，系统由相互联系的要素，呈现整体性、层次性。成熟的现代企业无一例外的将系统观渗入企业管理，以大大提高企业的整体效率，形成最优的资源配置。从行业来看，运用系统观念梳理行业，使整个行业的各个主体间形成互补，更能提升行业的整体实力。

诚然，在规模、资源的制肘下，中小型律所自身有着无法克服的劣势。但自身无法克服，不代表绝对无法克服。中小型律所应引进“竞和”理念，打造“竞和”模式，避免硬碰硬的单纯竞争，开展跨地域、跨领域的广泛合作，对抗大所业务的挤压。事实上，律所之间、律师之间、律所和律师之间，也存在着广泛且双赢的合作契机。

以商事再审为例。当事人在选择律师事务所时，就可能会着重考虑其能否突破地域和审级的限制，是否具备在更高级别的法院代理诉讼的能力，在一审开始时，是否可以兼顾二审、再审等后续程序，提供跨审级的法律分析，制定更为全面的诉讼策略。这样，在一审和二审法院具有优势的律师事务所，就可以考虑和在再审程序方面具有优势的律师事务所形成联合，通过优势整合、短处互补，全面提高为客户提供法律服务的专业能力。

律所之间的交流与合作，可以为当事人提供全方位、全流程的解决方案，既增加了客户对律师团队的信任度，又往往能使案件得到最稳妥、最完善的解决。

（四）建立完善的法律服务质量保障体系

纵观世界和国内品牌律师事务所，其都有一个共同的本质，那就是服务质量的领先地位。律师事务所的所有制度和行为都是为了保证和实现这一目的。如何保证服务的质量的领先，如何保证服务的过程对质量予以有效地控制？引进和通过现有的质量管理体系是许多品牌律师事务所的经验。中小型律师事务所应当规范各项业务办理的流程，制订律师事务所的质量管理体系，从收案到结案的各个环节对业务流程中的质量进行监督，结合律师事务所的专业化分工和分配制度的改革逐步通过国际质量体系认定。

律师事务所的法律服务过程是一个法律事务的作业过程。质量体系要求律师在拟接受客户委托开始直至为客户法律服务的结束，都是在一个控制状态下完成的。质量体系要求在为客户服务的事前、事中、事后都要进行监督，以保证服务质量的优质。如对法律事务在收案时进行审查，对重大复杂法律事务的讨论，对各类法律事务办理时的不同要求，对法律事务办理后的归档要求等。发现可影响服务质量的问题，分析产生的原因，以便采取纠正措施和预防措施，确保律师事务所质量目标的实现。律师事务所还应当建立律师执业保险制度，因律师事务所或律师的过错对造成当事人损失的，依法予以赔偿，执业保险制度实际上也是律师事务所质量保障体系的重要组成部分。

（五）发展底蕴丰富的律师事务所文化

中小型律师事务所与其他规模型律师事务所一样，都应当有自己的文化。律师事务所的文化建设无庸置疑在律师事务所的建设和发展上起作推波助澜的作用，是律师事务所持续发展的原动力。律师事务所文化建设的方式要丰富多彩。例如：创立所训，创办所刊，开通网站，包括在媒体、名片、法律文书上广泛宣传事务所文化；律师事务所确立所文化内容时，应根据律师事务所发展规划，律师事务所现状以及人力资源状况等因素，从基本规章制度中高度提炼，从而确立自己特有的所文化，并以此作为事务所发展的精神支柱。律师事务所的文化建设对律师事务所团队意识的培养也起作关键性的作用。通过树立先进典型，感召全所律师；坚持开展理论、业务研讨，形成互相沟通、互相交流、互相合作、互相促进的良好氛围，把律师事务所的文化精髓作为全体律师团结奋进的纽带。

中小型律师事务所的品牌化建设必须符合律师事务所所在地区的经济发展状况，符合律师事务所的现状，任何脱离现实的做法只能是空中楼阁。一个品牌律师事务所的建设是一项旷日持久的工程，坚持律师事务所的发展理念和发展思路是一个律师事务所核心层律师的长期奋斗过程，保证律师事务所核心层旺盛的生命力和战斗力是一个律师事务所能否达到最终目标的重要因素，不论遇到什么困难，都能够坚持自己的信念。律师事务所品牌创建的过程从某种程度上说就是一个律师事务所核心层打造的过程。

三、结语

进入 21 世纪以后，中国法制发展速度空前，中国法律业务市场也在急剧膨胀，中小型律所作为新生力量，业务模式大多尚未定型，切忌急进和盲从。旧有单一的规模扩张和资本扩张并非人人可为之，大型律所和外资所的模式并非所所可照搬，市场更期待着各律所发掘个性鲜明的、目标客户群明确细分的、业务定位于长远发展的创新模式。在设计自己发展模式和战略布局的同时，中小型律所应当理性看待竞争，积极谋求协作，且“竞”且“和”，与行业发展齐头并进。

参考文献

1、高天资《中小型律师事务所可持续发展战略展望》，《经济研究导刊》，2011 年第 15 期，第 213 页。

2、金鹰《我国中小律师事务所发展模式与建议》，《法治研究》，2011 年第 6 期，第 102 页。

3、温丽媛《中小型律所的人力资源管理策略》，《中国律师》，2009 年第 8 期。

4、蒋勇《竞和:中小型律师事务所突围之道》，《法人》，2011 年第 8 期。

5、梅向荣《律师事务所的三大战略管理》，《经营与管理》，2011 年第 7 期。

6、《中国律师年鉴》编辑委员会《中国律师年鉴》，人民法院出版社 2009 年版。

浅谈县域律师事务所的现状及品牌建设

安徽安东律师事务所　周新征 方金平

摘　要：县域律师事务所师面临着人员少，规模小，业务单一、业务收入低，分配形式单一，内部难以进行分工和组建专业化团队，县域法律服务市场不规范、竞争激烈，律所制度建设不健全、管理粗放，律师素质参差不齐，律师政治地位低、执业环境有待改善等现状。已解决生存问题的县域律师事务所应当立足县域现状，先树好“牌子”；靠规范管理，保证办案质量，做精品案件，提供精品法律服务，丰富品牌内涵；打造奋进的团队，倡导团队精神为核心要素的律所文化，丰富品牌的文化底蕴。加强律师党建工作，注意发挥党支部的战斗堡垒作用和党员律师的先锋模范作用，通过品牌建设的引领，使律师事务所步入稳定可持续的健康发展之路，突破制约县域律师事务所发展的瓶颈，实现律师事务所的层次提升和发展。

关键字：县域律师事务所　品牌建设

一、县域律师事务所（以下简称：县域所）的现状

（一）人员少，规模小。目前县域经济不发达，县域所的发展也受到了严重制约，人员上讲，一般就三、五人，超过十人的律所不多，难以形成规模。笔者所在区域而言，有两家律师所事务所，一家律师事务所有五名律师，一家有八名律师，相邻地区县域所律师人数也大体相当，有八名律师的县域所属于规模较大的律师事务所。

（二）业务单一，业务收入低。县域所主营业务为传统的诉讼业务，面向的是农业、林业等农村法律服务市场，案件标的小，收费低。法律顾问业务方面，因个人或单位往往是陷于诉讼等纠纷之中才会想到聘请律师，通过签订顾问合同，取得个案收费的减免，县域律师法律顾问业务拓展困难，收费低。笔者所在区域而言，主要为婚姻家庭纠纷、人身损害赔偿纠纷为主的侵权纠纷、金融借款合同纠纷为主的合同纠纷和为数不多的刑事辩护案件，没有高端的诉讼与非诉讼业务。律师整日疲于奔命，业务收入仅能养家糊口。

（三）分配形式单一，律师素质参差不齐。县域所普遍采用提成制的分配方式，律师的个人业务收费直接决定律师的收入。县域律师的受教育程度底，大多是半路出家从事律师执业，后期知识的补充和更新不够，接受高水平业务培训的机会少。

（四）县域所内部难以进行分工和组建专业化的团队。县域律师主要是个人营销，自行拓展案源，如果按照分工办理案件，会造成部分法律服务领域的律师没有业务可做，收入减少，甚至影响生存问题。县域律师办案无法固定在某一领域，只能什么类型的案件都办，“万金油”式的律师反而更加符合县域法律服务市场的需求。

（五）县域法律服务市场不规范，竞争激烈。县域律师面临其他地区律师和大量基层法律工作者的竞争压力。笔者所在的区域而言，招商引资引进的大型企业往往自带法律顾问；各乡镇都设立有法律服务所，法律工作者以“律师”身份收案、办案、低价揽案，成熟的法律服务市场难以培育。

（六）县域所制度不健全，管理粗放。律师为案源、生计整日疲于奔命，无暇顾及律所制度建设和内部管理。就笔者所在地区而言，大多数律所制度建设不健全，管理粗放。

（七）县域律师政治地位低，执业环境有待改善。虽已步入“六五”普法教育阶段，但就县域

而言公民法律意识仍需提高,权大于法的思想根深蒂固,甚至有些领导都不能正确理解律师职业,认为律师是麻烦的制造者,律师依法执业特别是代理敏感案件是跟党和政府作对,律师工作难以得到社会认同,不被社会所尊重。

(八)县域所党建工作基础薄弱。县域所受制于规模小,人员少,律师整日忙于业务,无瑕顾及党建工作。现县域所党的组织机构设置难、培养发展党员难、党员教育管理难、组织作用发挥难、基础保障落实难。

二、品牌建设是已经解决生存问题县域所的现实选择

县域所面临的上述现状,导致县域所发展到一定层次后会出现瓶颈,律师的业务类型将相对固定,业务收入趋于稳定,但难以提高。虽然县域所想要进一步发展的愿望迫切,但却苦于无法找到切实可行,行之有效的发展模式。笔者认为:业务稳定且已解决生计问题的县域所,要想实现层次提升和发展,无外乎二种方式,一是走专业化发展道路;二是办精品案,打造品牌所即品牌建设。品牌,是给拥有者带来溢价、产生增值的一种无形的资产,他的载体是用以和其他竞争者的产品或劳务相区分的名称、术语、象征、记号或者设计及其组合,增值的源泉来自于消费者心智中形成的关于其载体的印象。相对而言,专业化的发展道路目前不符合县域所的实际,品牌建设是切实可行的一个方案。

(一)专业化发展的道路("专业化模式")

目前不是县域所的首选。虽然,专业化模式与县域所传统多元化模式相比较有以下诸多方面优势:首先,经济的发展,社会分工趋向精细,社会分工的精细要求法律服务不必面面俱到,而应在某一领域,甚至某一领域的某一环节能够提供细致的、专业的法律服务,专业化符合法律服务市场的这种需求;其次,专业化以确定执业范围为基础确定营销对象,执业项目需团队完成,办案质量能够得到提高;再次,律所上升为经营主导力量,律所主导经营,使经营中积累的无形资本为律所所有,而不是归属分散的律师个人,这样无形资本成为律所的共享资源,在经营中可以重复使用,避免重复投入和恶性竞争。但是,笔者认为要实现专业化发展,需要解决三个关键问题:一是,全所律师均能无条件的将个人多年苦心经营积累的案源奉献给律所由全体律师共享;二是,能够制定一套科学合理的利益分配机制;三是能够有一批高素质的律师,组建专业化的团队。县域所的现状决定了,县域律师不可能甘愿奉献自己多年苦心经营积累的案源为全所律师共享;计时制、积分制等分配制度,在县域所难以细化执行,制定和实施能够平衡各方利益的分配制度难;县域所规模小,人员少,人员素质参差不齐,难以组建专业团队。因此,县域所目前尚不适合专业化模式,如强行推动专业化还可能导致律师事务所内部矛盾激化,甚至分裂。

(二)已经解决生存问题的县域所适合走办精品案、打造品牌所即品牌建设的发展道路

走办精品案、打造品牌所的发展道路符合市场竞争规律,能够提升律师事务所的品质,树立良好的口碑,保障律所稳定可持续的健康发展。市场竞争中,经营主体的竞争就是产品和服务的竞争,要想在激烈的市场竞争中脱颖而出并立于不败之地,需要解决产品和服务同质化的问题,提供有自己特点的高质量产品和服务,甚至形成知名、驰名的品牌,通过知名品牌带动营销,在营销中体现品牌的附加值,使二者相得益彰,良性循环。律师事务所的产品是法律服务,县域法律服务市场业务单一,法律服务同质化问题严重,要想在竞争中脱颖而出并立于不败之地,必须遵循市场竞争的规律,提供有自己鲜明特色的法律服务,即:让自己提供法律服务的产品精品化,品牌化,并以知名的品牌带动律所的营销,确保案源稳定,将品牌附加值体现在业务收费上提高业务收入,避免陷入恶性循环的价格竞争,走上稳定可持续的发展之路。品牌建设在已经解决生

存问题的县域所可以因地制宜的实施，能够有效的推广。

综上，笔者认为：已经解决生存问题的县域律所可以通过强化内部管理、保证办案质量，靠提供精品法律服务的方式建设自己的知名品牌。

三、县域所如何进行品牌建设

笔者所在律师事务所，采取了一系列有力措施， 2008 年底在全市设立第一家县域律师事务所党支部，通过基层党组织的战斗堡垒作用和党员律师的先锋模范作用的引领，在全所形成了创先争优的良好氛围，保障了律师事务所的产品质量，律师事务所和办案律师赢得了委托人的认可和良好的口碑；律师之间一荣俱荣一损俱损的观念逐步形成，品牌效应初步显现。 2009 年被省律师协会授予“安徽省优秀县域律师事务所”, 2011 年所党支部书记被司法部授予“2011 年度全国律师行业党员律师标兵”, 2012 年所党支部相继被省司法厅党委和司法部授予“全省律师行业创先争优先进基层党组织”和“全国律师行业创先争优先进集体”。本所现有 8 名律师，近三年来，全年业务收入基本稳定在 200 万元以上，案源稳定。律所品牌在当地乃至全市拥有一定知名度和美誉度，步入了稳定可持续的良性轨道。在中部欠发达的县域取得上述成绩，实属不易。笔者认为这得益于律师事务所长期坚持品牌建设的发展思路。它山之石可以攻玉，笔者认为：县域所进行品牌建设，实现律所稳定可持续的健康发展，至少可以从以下几个方面进行努力：

（一）以律师事务所的字号作为品牌符号，树“牌子”

虽然县域所大多没有自己的商标，但律师事务所字号有一定寓意和内涵，特别是成立比较早的律师事务所，因持续经营，其字号已经在法律服务市场被一定范围的公众所知悉，甚至享有一定的声誉，因此可以结合实际以律所字号作为品牌，树好牌子。

（二）靠强化内部管理，提高律师业务素质，严把办案质量关，提供精品法律服务，丰富品牌内涵

1、建立健全统一收案、收费制度并严格执行。律师执业应当由律师事务所统一收案、收费是《律师法》的规定，律师事务所主任或行使收案审批权的合伙人依法严把收案关，严格执行利益冲突审查制度，对于接受委托后办理起来可能影响律师或律师事务所声誉以及存在低价揽案情形的案件坚决拒之门外，把好收案质量关。

2、建立《案件集体讨论和请示汇报制度》以及《案件结案登记制度》。严格要求律师办案过程中要定期汇报办案进度，疑难复杂或者有较大影响的案件应当组织全所律师集体讨论并以集体的智慧确定办案思路和代理观点；严格落实结案登记制度，案件办结后应当要求承办律师提供书面的结案报告总结办案经验，特别成功的案例律师事务所组织召开经验交流会，通过交流让成功的办案经验供全所律师共享，用于提高全所律师的业务能力。

3、建立印章、印鉴和文书使用审查制度，保证律师事务所法律文书的统一和规范，保证律师事务所对外有良好规范的形象。

4、建立案件回访制度，向委托人发放法律服务质量监督卡，就办案律师是否诚信、尽职，委托人对案件质量是否满意征求意见，并以此为依据对律师奖惩，督促律师诚信、尽职对委托人负责，为委托人争取利益的最大化。

5、加强人员管理，建立学习制度，通过不断的学习提高律师的业务能力和政治素养。签订《聘用合同》，依据律师事务所规章制度和合同约定对律师进行统一管理，严格上下班制度，请假制度，外出请示汇报制度，扭转县域律师自由散漫的形象，形成良好的风气。学习是保障律师业务能力提高和办案质量的基础工作，可以结合办案经验交流制度，建立层次不同的学习制度，

分层次开展学习。笔者以为至少应当包括以下三个层次：一是，业务人员定期的专题学习；二是，业务人员不定期的学习，主要学习新出台法律法规，司法解释，有条件的律师事务所应当安排专人每天负责汇总新的法律法规、司法解释，交业务人员学习；三是，业务人员各自的看书、看报、上网学习。学习的内容不能局限于业务领域，还应当包括其他的领域，完善律师的知识结构。有党支部的律师事务所应当落实“三会一课”制度，党员律师自觉加强思想政治学习，提高党性和休养。

6、加大硬件投入提升律所整体形象，是赢得社会认同的方式之一。律师事务所应当加强硬件设施的改善，提高律师的办公条件，完善办公设施，有条件的律师事务所还应当统一律师着装、统一标牌、标识，树立律所良好的整体形象，给来访者留下深刻的印象。建立党支部的律师事务所，应当加强党支部的硬件建设，保障党组织的活动经费，为党支部开展活动提供必要的物质保障。

（三）律师事务所应当积极主动履行法律援助义务，保证法律援助案件办案质量，多种形式的开展宣传工作，树立律师事务所和律师的良好形象，以赢得社会赞誉，做好品牌宣传工作

办理法律援助案件是律师的法定义务，法援对象一般是困难群体，律师办理高质量的法律援助案件能够帮助律师和律师事务所赢得良好的社会口碑，既可以丰富品牌的内涵又可以起到宣传的作用。当然，宣传工作仅靠委托人的口口相传还远远不够，应当结合律师行业特点，通过大众媒体，义务法律咨询等多种形式，宣传律师事务所和律师良好的形象，让社会了解律师事务所和律师，提高律师事务所和律师的社会知名度，让公众对律师事务所品牌留下深刻、美好的印象。有党支部的律师事务所，应注重发挥党员律师的模范带头作用，党员律师积极主动的为困难群体提供高质量的法律援助服务，有效开展“送法下乡”、“送法进校园”、“送法进社区”等多种形式的法律服务和宣传。总之，应利用一切有利条件开展宣传工作，把宣传工作作为品牌建设的重要环节之一。

（四）打造奋进的团队，在合作中倡导律师之间建立兄弟一般的情义，丰富品牌的文化底蕴

团队精神的培养既是律师事务所稳定的需要，也是律师事务所持续发展的要求。社会分工越来越细使得律师业务的分工也越来越细，对律师的专业水平要求越来越强，律师单兵作战有时不能满足客户对法律服务的需求。县域律师事务所，应当根据项目或诉讼案件的需要能够随时组建团队并要求律师事务所为团队服务，这就需要打造具备良好精神面貌的律师团队。同时，一个奋进的团队不仅能够提高律师事务所整体水平，还能够反映全体律师的精神风貌。律师之间通过长期共事和合作，能够心往一处想、劲往一处使，精诚团结，建立兄弟一般的情义也是律师事务所一种良好的文化氛围。有党支部的律师事务所，应当发挥党支部的凝聚力，团结带领全所律师，打造一个奋进的律师团队。这样律师事务所的品牌就能具备文化底蕴，更加稳定，可持续。

综上所述，已解决生存问题的县域所应当立足县域的现状，先树好“牌子”；靠规范管理，保证办案质量，做精品案件，提供精品法律服务，丰富品牌内涵；打造奋进的团队，倡导团队精神为核心要素的律所文化，丰富品牌的文化底蕴。加强律师党建工作，注意发挥党支部的战斗堡垒作用和党员律师的先锋模范作用，通过品牌建设的引领，使律师事务所步入稳定可持续的健康发展之路，突破制约县域所发展的瓶颈，实现律师事务所层次的提升和发展。

参考文献

1、丛伟华《浅谈律师事务所经营模式的转型》，广州市律师协会，http://www.gzlawyer.org/info/24c38ca2d10943cd9e03646ae8828fc8，2009 年 8 月 24 日发布。

2、黄斌《县域律师事务所如何实现律师专业化》,《第四届律师安徽律师论坛论文集》(上),安徽省律师协会,第 153 页。

3、孙文俊《破解中小律师事务所转型难题》,中国律师网,http://www.acla.org.cn/lvsuoguanli/6365.jhtml,2013 年 2 月 22 日发布。

4、桑云《律师事务所规范化建设的若干问题》,中国律师网,http://www.acla.org.cn/lilunyanjiu/7612.jhtml,2013 年 4 月 24 日发布。

5、李桂华《律师事务所规范化建设的意义及途径》,北大法意律师频道,http://law.lawyee.com/news/news_I2.html,2004 年 7 月 30 日发布。

6、蒋勇《律师事务所建设和管理》,中华全国律师协会示范性培训资料之二十七,第 118 页。

7、李甫《中小律师事务所发展之我见》,《安徽律师》,2012 第 5 期,第 25 页。

8、安顺《人和心和兴大业------团队合力打造地方优秀法律服务品牌》,《安徽律师》,2010 第 6 期,第 23 页。

9、刘桂明《从分配到分享:中国律师的理念转型》,《安徽律师》,2010 第 6 期,第 38 页。

10、蒋祥爱、张华、张运领《党建指引发展路------获全省律师事务所综合十强感想》,《安徽律师》,2010 第 5 期,第 34 页。

11、《创新 和谐 维护 履行—安东律师事务所扎实推进创先争优活动》,《安徽律师》,2011 第 3 期,第 32 页。

12、元林《律师文化建设的深化和创兴—由"星星之火 可以燎原"说开去》,《安徽律师》,2011 第 4 期,第 15 页。

13、雁秋《众志成城 播种法治精神 兢兢业业 收获硕果奇葩》,《安徽律师》,2010 第 3 期,第 18 页。

14、张云《君子和而不同—安徽天禾律师事务所发展纪实》,《安徽律师》,2010 第 4 期,第 20 页。

15、百度百科:http://baike.baidu.com/view/9013.htm。

16、许立群《如何打造县区律师事务所品牌》,《中国律师网》,http://www.acla.org.cn/lvsuoguanli/8654.jhtml,2013-05-28 发布。

社会管理创新的法治思考

安徽徽商律师事务所　陈宏光

摘　要：社会管理创新是在法治社会的视野内的社会创新。用宪政思维、创新精神去建设法治体制、更新法治观念、完善法律制度、确立法律规则，才能实现法治建设的历史使命。文章思考了社会管理创新的法治思维与路径，提出公信力在公权机关解决纠纷机制中的价值问题，权威性在当前调解机制中的定位与价值问题。文章还指出社会管理活动的管与理之分离的现象，提出理是管之本、管是理之术，以理为重的服务才是社会管理创新的追求和目的。应当厘清社会管理创新中“管”和“理”的价值位阶。

关键词：社会管理　法治创新　公信力　价值位阶

社会转型期的中国社会，经济体制深刻变革，社会结构深刻变动，利益格局深刻调 整，思想观念深刻变化。面对当前的社会现象，既是经济社会发展的战略机遇期，也是社会矛盾和纠纷的多发期。对此，社会管理创新问题，需有整体思维，实现预防与解决纠纷的统一。从理论层面来说，研究社会管理创新问题可以弥补在法律救济方面的不足，并推动社会管理功能的拓展；从实践层面来说，研究社会管理创新问题可以从制度建设的角度，为构建解决纠纷机制探索直接的切实可行的模式。对于建立和完善多元化纠纷 解决机制，维护社会稳定一、社会管理创新的法治内涵

一、社会管理创新的法治内涵

宪政的基础是法治、民主与人权。社会管理创新应当在法治社会的路径中寻求突破。我国建设法治国家的进程是采取政府推进型的法治建设模式。各级人民政府在建设法治政府、推进依法行政、构建和谐社会的过程中肩负着重任，只有以创新精神去建设法治体制、更新法治观念、完善法律制度、确立法律规则，才能完成法治建设的历史使命。构建和谐社会的意义深远。在我国政府推进型的法治建设进程中，法治创新是法治政府的责任。

首先，社会管理创新是法治体制的创新。当前我国法治体制的建设在发展根本性变革，集中体现在国务院《全面推进依法行政实施纲要》、《关于加强法治政府建设的意见》,以及已经颁布的具有推进性的法律规范之中，如《行政诉讼法》、《行政处罚法》、《行政许可法》等，各级人民政府应当用依法治国的理念构建我国新型的法治体制。

1、调解工作体系建设问题。社会转型期的中国社会面对的既是经济社会发展的战略机遇期，也是社会矛盾和纠纷的多发期。社会生活中还存在许多不和谐的因素，这些矛盾和纠纷多数为利益诉求，而非政治诉求，我们可以运用调解的方式化解矛盾。“大调解”工作体系建设，正是回应了社会的矛盾和纠纷新特点以及构建和谐社会政治语境而应用而生的。调解是原则，是方法、是目的？观念决定行为。

2、行政纠纷解决机制问题。我国行政机关解决纠纷机制有多种形态，每一种形态都有各自独特的解决纠纷功能。然而，现实中却往往存在这样的悖异现象：一个纠纷历经多个行政机关解决纠纷机制、一级级的行政机关解决纠纷机制都无法有效解决，行政机关解决纠纷机制所具有的优势效能并没能得到充分的发挥，现实中面临公信力不足、解决纠纷的决定和结果难以得到当事

人信服的困境。从行政机关解决纠纷机制因公信力缺失而造成的现实困境出发，归纳提炼出公信力在行政机关解决纠纷机制中的作用，进而尝试性提出在当下中国提升行政机关解决纠纷机制公信力的可行性路径。

其次，社会管理创新是法治观念的创新。法治观念的创新包含基础观念和思维观念。各级人民政府应当更新“权力观念”，公共权力法无规定即禁止；“权利观念”，民事权利法无限制即享有；“制度观念”，权力要受到法律制度的规范和制约；“人权观念”，即尊重与保障人权。依法行政需要宪政理念的指引，用法治观念进行思维，法律思维就是按照法律的逻辑来观察、分析和解决社会问题的思维方式。政府的执政理念应当体现依法行政、执政为民、以人为本、和谐发展的宗旨。

再次，社会管理创新是法律制度的创新。从依法治理到依法治权不仅是观念的变化，更是法律制度的变革。行政法律制度建设应当以规范行政权力为核心，以保障公民权益为宗旨，以构建体现法治思想的法律制度为纽带的新型制度体系。社会管理创新所涵盖的法治涉及多领域、多方面，需要法律制度更新与完善。社会管理创新首先应当解析宪政与法治基础问题，社会管理创新涉及到行政管理制度更新问题、公众参与权利的制度问题、行业自治的制度问题、社区自治问题、社会纠纷解决机制的法治基础问题，其间还包容纠纷解决机制多元化问题等。这些方面都是法律制度建设需要跟进的问题。

最后，社会管理创新是法律规则的创新。我国社会管理的法治创新远非才提出来，大量的立法规范与制度建设都体现了社会规则的变化。例如，《全面推进依法行政实施纲要》就是对法治政府提出了新的“行政规则”。因为，《纲要》是一种政治规则，它提出了解决政治与法律关系问题的基本思路。《纲要》是一种法律规则，它其中蕴涵了法律规范的基本内容。《纲要》是一种法治规则，它指出行政法治的基本目标。《纲要》是一种行政规则，它确立了法治政府依法行政的基本要求。《纲要》还是一种社会规则，它试图以法治理念和创新思维来构建新型的社会秩序。在法治政府建设与依法行政的“路标”指引下，更新观念、创新规则，才能有效的推进与正确引导社会管理创新。

二、社会管理创新的宪政思维与法治路径

当前，社会调解的机制整合是用社会管理创新的思路与方法去促进社会矛盾的化解，建立解决社会矛盾的多元机制。所谓的大调解工作体系，是在党委和政府的统一领导下，以人民调解为基础，以行政调解和司法调解为纽带，运用多元化的、相互衔接的、创新的工作方法，实现化解社会矛盾为目的的新型工作体系。调解体系与机制建设，既是践行社会主义法治理念的措施，又是推进社会管理创新的重要内容。

现阶段的社会矛盾，具有新老问题相互交错，多种矛盾纠纷叠加的特点，涉及多层次的社会关系、多样化的矛盾主体、多领域的利益冲突以及观念、政策、法律、体制、机制等多方面的因素。解决这些矛盾纠纷，需要创新社会管理机制，建立和完善多方面、多层次的矛盾纠纷解决机制。建立和完善调解机制与制度是创新社会管理机制的重要内容。从法治与宪政的视野中看，树立调解的权威性、提高公权的公信力尤为重要。

首先，公信力在解决纠纷机制中的价值

一是，提高公权机关解决纠纷机制的信用度。当事人的矛盾或纠纷之所以愿意通过某种机制进行解决，总是建立在对该解决机制的信任和认同基础之上。当纠纷发生主体信任、认同某解决纠纷机制时，就愿意将矛盾和纠纷诉诸于该解决纠纷机制，也表明他们相信该解决纠纷机制对解决纠纷或冲突是有效的，公平的。

二是，提高公权机关解决纠纷决定的执行度。实践当中经常存在这样的情况，公权机关解决纠纷机制已经就某一纠纷进行解决并作出决定，该决定也得到当事人的认可，但由于各种原因，决定的实际执行情况不尽如人意，纠纷解决的实际效果没有达到，久而久之，造成当事人以及其他民众对公权机关解决纠纷机制丧失信任，损害了公权机关解决纠纷机制的公信力。提高公权机关纠纷解决机制公信力，提高公权机关解决纠纷决定的执行度，使公权机关解决纠纷机制的每一个决定都得到切实有效的执行，达到“言”必信，信必行，行必果”。

三是，提高公权机关纠纷解决决定的接受度。人们对事物的接受总是建立在信任的前提之上，只有对某事物信任、认可之后，才有可能接受它。如果公众认为公权机关解决纠纷机制具有公信力并值得信任，就会相信这种机制能够公平、公正解决纠纷、化解矛盾，从而能够接受这种机制所作出的决定，如果认同其公正性，即使该决定在实际效果上可能适度偏离，也不会对制度与规则本身持有异议，良好的制度设计是允许机制的前提。

四是，解决纠纷的社会效果有效实现。任何机制解决纠纷所追求的最低层次的目的不应仅是“案结了”，而应当是“案结、事了、社会效果达到”，更不应因解决一个纠纷和矛盾而引发新的或更多的纠纷和矛盾。增强公权机关解决纠纷机制的公信力，强调公权机关解决纠纷机制运行过程中，既要注重个案的公正解决，公平正义的实现，也要强调社会效果的实现，通过公正个案的累积和放大，实现整个社会的公正。

其次，权威性在化解社会纠纷机制中的定位

一是，提高调解机制的认同度。社会纠纷当事人相信调解机制在民众之中具有权威性，解决纠纷是有效的、公平公正的，对其就自然产生敬畏感。

二是，确保调解机制的中立性。中立性是调解机制的生命所在，是调解机制权威性的重要渊源之一，也是调解机制公正解决纠纷的必然要求。

三是，保证调解机制的有效运行。调解机制得以有效运行必须具有内在和外在两个条件，内在条件是调解机制所具有的合理内部设计和架构，处理协调纠纷的基本条件具备，即本身所拥有的值得信任东西；外在条件是指调解机制在长期解决纠纷过程中所形成的“自身形象”，即公众对其所作的评价状态，权威性程度。

四是，促使调解机制的应时完善。任何一个解决纠纷机制都不可能是尽善尽美，总会存在这样或那样的问题，与民众的期望也会存在一定的距离。但我们不能因此而放弃对解决纠纷机制的发展和完善，就调解机制权威性而言，在承认其权威性不高这一最大的实际基础之上，着力缕析其原因，探索解决问题的路径。

确立和提升大调解机制权威性的路径在哪里？一是独立性，独立性是大调解机制权威性的前提。相对独立性是调解机制保证解决纠纷结果公正性的重要条件，而且这种独立的程度和调解机制权威性在一定程度上是成正比例关系的，即相对独立性越高，调解机制所具有的权威性就越强。二是专业性，专业性是大调解机制权威性的保证。专业性应是其要求之一。具有实际所要的专业知识和能力，一是可以提高对争议事项的分析水平，从而增强处理解决问题的能力；二是专业性可以增强职业思维的规范性、判断标准的统一性、调解处理类似纠纷的一致性，从而有利于避免大调解机制在协调处理纠纷过程中的随意性，增强解决纠纷的公正性。

三、社会管理创新中管与理的价值位阶

首先，社会管理活动的管与理之分离一个显而易见的事实是：人类需要群居才能生存和发展。于是，在共同的生产和生活之中，互相之间的联系就成为了不可或缺的，在互相发生人际交往和

利益交换的过程之中，不可能总是和谐融洽，一帆风顺的，必然会发生这样或那样的矛盾和纠纷，事涉群体的共同事务也需要集中进行处理，这种情况之下，社会管理便因应实际的需要而产生了，也许在以前没有用“社会管理”这个词。从这个意义上而言，社会管理不是一个新的课题，只要人类社会存在着，社会管理总是不可或缺的，而且社会管理会随着历史发的展而不断发展，不断适应实际的需要，用新观念、新方法和途径去解决现实之中出现的问题，这就是我们所说的社会管理创新。

毋庸置疑，我们今天正大力提倡和将进行社会管理创新是一个延续的过程，绝对不是从零开始的，要做好当前的社会管理创新工作，就必须对已经积累起来的宝贵经验和教训，进行认真深入地整理吸纳，哪些社会矛盾化解的方法，效果是良好的；而哪些对群众利益诉求的反映是迟钝的，受到了大家的诟病，总结的成果作为今日创新的基础，不能一概否定，另起炉灶。假如对历史上的经验教训一概视而不见，我们的社会管理创新也就必然失去客观基础，没有了历史渊源，成为了“无源之水，无根之木”，就会陷入在脱离实际的错误之中，难以找到解决实际问题的路径。

在历史上，社会管理一向重视“管”字，作为国家层面而言，是用一些方针、政策对社会和民众进行管理，使民众因服从管理而形成有利于统治阶级的社会秩序，也可以说是建立在国家和民众二元对立的基础之上的，是将民众视为被管理的对象，而国家是主动去管理的，所要追求的也是全社会的整齐划一，服从王权或专制的统治。这样的管理绝对不是我们今天所追求的，今天我们国家是社会主义中国，人民才是国家的主人，作为国家代表的政府是为人民服务的，目前所出现的一些问题和矛盾是人民内部矛盾，在社会管理方面需要进一步加大创新力度，但我们今天我们所提倡的社会管理创新的重点应当是以“理”为追求，即理顺各利益群体之间的关系，协调矛盾和纠纷，而不应当单纯的放在“管”上，尽管“管”是必须的，但在二者的位阶序列上，“理”应居于前。

其次，以“理”为重是创新之追求和目的

对社会管理来说，以“理”为重心的服务才是我们的追求和目的，管只是手段，不能反客为主，本末倒置，颠倒主次。当然必要的“管”是需要的，甚至也可以说是不可或缺的，但必须予以明确的是“管”只能是权宜之计，一时之策，只能是局部行为。必须给予民众和社会一个正当诉求的途径，而且这些途径应当是畅通的，我们要让民众话有地方说、怨气和不满有地方释放，话说出来就踏实了，气撒出来就平安了。矛盾的普遍性原理告诉我们，时时有矛盾，处处有矛盾，任何事物都是对立的统一体，正是矛盾双方的对立统一促进事物的发展。正如一句民谚所言，在斗争中求发展，在斗争中求团结，从这个意义上来说，一定形式的紊乱和不同的声音是我们必须承担的代价。刚性的社会稳定容易折断，有效也有限，弹性的社会稳定是包容性的社会稳定，才是本质的稳定。和谐良好的社会稳定绝对不是死气沉沉，绝对不意味着鸦雀无声，而是多样性的稳定和有序。

就社会管理创新重在“理”而非“管”的观点，有一则历史故事很能说明这个问题。大家都知道的春秋战国时期的神医扁鹊，只要人生了病，不管是多大的怪病奇病，扁鹊都能有办法治好，所以大家都称扁鹊是神医。但是扁鹊自己却从不认为自己是神医，而积极的向人们推荐他哥哥，说他哥的医术比他高得多。人们都百思不得其解，感到非常的奇怪，因为从来没听过他哥哥还能够给人治病。扁鹊向人们解释说因为他哥只治没有生的病，预防人们得病，就是说这个人还没生病之前，他哥就告诉你有可能要生病了，告诉你如何去保健、养身、调理，经过事先的预防，人们便不会得病了。这样的医术其实才是最高明的医术，但是由于被告诉过的人大都没有生病，便以为自己本来就没病，所以就感觉不到他哥医术的高明。这个故事告诉人们，得病之后治病重要，但是如何预防不得病更加重要，将本来可能要患的病在事前预防处理，减少疾病对身体机能的损

害，对于一个人的身体健康具有更加重要的意义。

最后，理是管之本、管是理之术

在法治的视野中推进社会管理创新，这是法治社会的理之基础。法律是蕴含法治精神的社会规则，我们应当透视法理、掌握规则；法律是平衡公共利益的基础原则，我们应当熟悉原则；法律是化解生活矛盾的基本准则，我们应当了解准则。因为，法治是社会秩序，法律是社会规则；矛盾是社会插曲；法理是智慧结晶。正因为如此，法律不能不懂，也不要机械的适用。法律如“车”，法治如“路”，规则如“标”，法理如“术”。合法的依据是“法律”，违法的标准也是“法律”。不是有了车就可以随意上路行驶的，不是佩戴了枪可以随便乱放的。法律是由法治精神贯穿于其中。法律实现（执法）需要掌握法治观念、熟悉法律规则和遵守执法程序。不是有了“法律规定”就可以执法，拿着“法律条文”就去执“罚”，往往钱收上来了，“法治”丢了。有些执法者通过对法律的自我理解（一知半解），认为知道了法律规定、就有了法律根据，似乎有了“尚方宝剑”。这样的执法，往往误解或曲解法律。

现代社会为保障生产有序、交换公平、相处和谐，需要依靠一种强有力的判定和调解的力量，这种力量往往是司法权威。立法将何种社会冲突纳入司法审查范围，一方面取决于国家干预社会生活的主观意愿和客观可能性，另一方面也受制于社会对于司法控制的主观和客观需求。社会本身就需要存有一定的自治空间来进行运转，并且目前我国司法资源的现状也需要公民能够更加合理的利用规则作出判断，用更加便利和经济的方式解决纠纷。我国现阶段的司法救济存在的困局：法院受案范围之外的权益如何寻求救济，公民如何最佳地利用法律规则维护自身权益。有所为，有所不为，将成为公民权利时代面临的一个新的选择，而非诉讼方式（调解、仲裁、复议、申诉、和解等）的救济途径是实现权益保护的最大化有效方法。

大道同理。无论从宪政视角，行政层面，管理阶段，我们所说的社会管理创新何尝不是如此。如果平时在“理”和“服务”民众上多下功夫，立足宪政的观念指引，树立服务型政府的理念，完善诸种机制，使民众的正常利益得到满足，正常诉求得到重视，很多问题必然能够防患于未然。即使出了一点问题，也是要直面这些问题，想办法去解决，而非把问题压下去，大事化小，小事化了，暂时平息了，而真正的矛盾并没有得到解决。对于社会管理中的问题，事后和稀泥式的糊弄不是办法，事前付出时间和金钱预防不是浪费；未雨绸缪显本事，防微杜渐见功夫。

对于社会管理创新的研究，需要宪政理论与观念的指导，更需要实证平台的支撑。我们的研究空间在地方，我们的成果可能有局限的，甚至是片面的。然而，只有特色的才是自己的，只有民族的或者地域的，才是中国的、才是世界的。但愿我们的地方性探索的拙见与素材能够为社会管理创新的研究提供基层经验。

谈中小型律师事务所发展之路

安徽衡远律师事务所律师　陈本胜

摘　要：目前，大多数中小型律师事务所疏于管理，甚至没有管理的理念，更没有长远发展的目标。管理仍被很多事务所视为可有可无，这些律师事务所往往实行人治，重视硬件建设而忽视管理的软件效益。不安于人治的事务所又“缺乏管理思路”，要么完全交给市场，要么片面追求企业化管理，忽视事务所与传统企业的结构差别，而对于发展之路，更是没有一个远期的发展目标。要想改变上述现状，需要走出一条适合中小型律师事务所的发展之路

关键词：管理模式创新　专业化发展

目前，中小型律师事务所普遍存在疏于管理，甚至没有管理的现象。管理仍被很多事务所视为可有可无，这些律师事务所往往实行人治， 重视硬件建设而忽视管理的软件效。不安于人治的事务所又“缺乏管理思路”， 要么完全交给市场，要么片面追求企业化管理，忽视事务所与传统企业的结构差别。关于律师事务所的发展方向问题，许多业内人士提出了各种观点，其中“规模化发展“是大多数人认同的观点，但是对于中小型律师事务所的发展，这种模式并不合适，规模化发展固然有其优势，但是也存在着很多问题，如成本的增加、市场环境的影响等，尤其是对于大多数中小型律师所来说并不具备这方面的条件，无法完成这一模式 。要想改变上述现状，走出一条适合自己的发展之路，我认为要从以下两个方面进行：

一、管理模式要创新

1、充分认识规范化管理的重要性

（1）规范的管理是律师事务所的“立所之本”。律师事务所既是律师执业的基本机构，同时也是对律师管理的基层组织。在中小所内，作为事务所的合伙人，决不能仅仅专注于业务开拓，更要意识到作为管理者的责任。律师事务所既然是一个单位，就必须要有规范的内部管理制度。一个管理基础薄弱的律师事务所不能有强大的竞争力和良好的社会形象。现实中，部分律师事务所因为片面追求经济效益而忽视了内部管理，导致出现执业律师制度约束欠缺、投诉不断等情况，不仅阻碍了律师事务所的健康发展，而且损害了律师队伍的整体形象。

对中小型律师事务所而言，合伙人要将办所与执业当成一种事业的两个方面来看待，立足于长远发展，不片面追求经济效益，坚持走可持续发展的路子，重视内部管理，以管理促发展、向管理要效益；做到制度先行，建立健全内部各项规章制度，严格按制度办事。

（2）坚持规范化管理首先要解决思想观念问题。许多中小型律师事务所认为只要有经济效益，无所谓管理，合伙人工作本身就很繁忙，自己还要去创收，哪有时间去搞管理？律师业务的发展靠自己去拓展，制定太多的制度束缚了律师的发展，反而不利于律师所的发展。这些认识都是错误的，实践证明抓管理非但不会影响业务发展，而且会增加一个所的凝聚力和向心力，极大的促进业务发展。那些管理不到位的所，时刻面临着生存的危机，即使是一时有所“发展”，由于缺乏坚实的基础，也终将难以长久。

（3）建立健全内部规章制度是实现规范化管理的关键环节。律师事务所必须建立一整套规章制度，要靠制度去管理，在中小型律师所内不能靠所主任或合伙人的一时意愿进行管理。现在

的律师所管理规范以及律师协会制定的操作规范，都要求所有的律师事务所要有规范的规章制度，只有有了健全的规章制度，律师所的管理工作才能健康、稳步的发展。

（4）规范化管理贵在坚持，任何制度不可能一劳永逸，管理制度也需要结合实际运行过程中出现的新问题而进行修改，以谋求更好的适合本所发展的管理制度。对全体合伙人及专职律师，特别是新成员，要经常进行教育，用所的各项规章制度去管理。

2、律师事务所合伙人必须要对全所律师有充分的了解。作为一个管理者，必须对律师有个清楚的认识，律师通常具有以下特性：一是文化水平高，二是独立性强，有较强的流动意愿；三是具有民主意识；四是希望有共同的理念制定相关制度，同时由于每个人的性格不同，导致管理方法也不相同。因此我们律师事务所的合伙人应当根据每个律师的特性进行管理，了解他们的特性，才能有针对性地制定适合本所发展的模式，才能更好的管理他们，才能使律师事务所发展、壮大。

3、管理职能的灵活运用。

（1）律师事务所主任的职能灵活转换。律师事务所主任是律师事务所的负责人，主任在章程和合伙人协议授予的职权范围内，享有充分的管理权，主任具有管理律师事务所的日常事务，对外代表律师事务所等职责。随着律师事务所规模的不断扩大，管理事务的日趋繁重，加上律师行业之间竞争越来越激烈，律师事务所主任在从事律师业务的同时对事务所进行管理必将会导致两者之间发生冲突，要么对律师事务所疏于管理，要么自身律师业务受到影响。对大多数主任来讲，他们既是所里的业务骨干，同时又是创收大户，具有举足轻重的地位，因此，放弃业务是不可能的。要做业务，势必要忙，忙于业务必然会疏于管理，疏于管理，就可能出现问题。因此，对于这种情况，律师事务所可以尝试聘用专业的管理人员对律师所进行管理，由他们来处理日常事务。这样可以大大减轻律师事务所主任的管理工作。还可以在本所中选择一个管理能力强的合伙人由其担任常务副主任，主要从事律师事务所管理工作，所里在年终分红时给与固定的报酬，这样可以将主任的管理职责转移出去，同时让所主任仍然把持着所的发展方向不改变。

（2）全体合伙人共同担负管理职责，不能把管理责任推给主任一人。这就需要主任在各合伙人之间合理分配职权，做到人人有分工，事事有人管，权责明确，这样才能真正做到民主决策、责任共担，增强合伙人的集体观念。

（3）对于非合伙人律师，如果属业务骨干，可以制定较低的门槛吸收他们作为新的合伙人。这样可以留住这些人才，为律师事务所的发展创造更大的发展空间，同时更是为他们提供了上升的平台，增加他们对律师事务所的感情，把这个所作为自己终身可以依托的组织，避免人员的流动，使律师事务所可以得到持续的发展。

二、走专业化发展道路

1、律师所实现专业化发展，是律师行业发展趋势的一种体现，具有重要的现实意义。

（1）多元利益平衡的需要。随着我国社会主义市场经济体制的发展，利益关系、分配方式等愈加多样化，各种利益冲突不断出现，律师所参与调整的社会关系也随之多样化和复杂化，参与的广度和深度也随之加大。科学合理地平衡不同主体的多元利益，解决繁杂的社会矛盾，维护社会稳定，要求律师所招纳具有不同学历背景、复合型知识（诸如具有知识产权、医学、证券等知识专长）的律师加盟以推进专业化发展。

（2）法律服务现代化的需要。服务，是具有无形特征的可以给人带来某种利益或满足某种需求的一种或一系列活动，其发展的一个基本特点是规模不断扩大，交易人流不断增多，同时其

复杂度和整合度也越来越高。现代服务业已具有以深度专业化为核心进行高度整合的特点。法律服务作为服务的一种,其发展同样须遵循现代服务的发展规律。律师所作为提供法律服务的组织,在服务流程中体现专业化、规模化,使之能够根据客户的需求为其提供最优化的资源配置方案,是法律服务现代化的需要。

2、律师所专业化发展的必要性。任何一个优秀的企业都有自己的主业和主打产品。我们谈论知名企业时,总是会想到其代表产品,想到它在哪一个领域是领先的。律师事务所也是如此。现在的律师业务已从以前单纯的刑事辩护、民事代理发展到今天的证券业务、企业的破产清算等等。人们谈到某知名律师所时,也是首先谈论这个所有哪几个著名的律师,该所擅长哪些领域的法律服务。在市场经济条件下,一方面社会分工越来越细;另一方面市场主体间相互协作更加密切,所以中小型律师事务所要想生存发展要有自己的业务特色。在当今激烈的市场竞争中,客户在选择律师或律师事务所时都有很大的选择空间,同时客户的要求也不断地趋于多样化。如果没有专业化与之对应,服务没有特色,律师所就没有竞争优势,那么生存就会出现问题,更谈不上发展。

3、专业化发展需要考虑以下因素:

(1)律师行业的发展需求。律师行业的发展现状是律师所专业化发展的重要起点,发展路径的选择主要是针对发展现状中所凸显的需求来决定。只有根据社会发展的需求选择专业化路径,才能在同业的正当竞争中取胜。

(2)区域的经济发展水平。不同区域的经济发展水平制约着律师所专业化路径的选择。律师所的专业化发展有其独立性,但应依据律师所所处区域的客观条件选择专业化路径。在经济发达地区,高端产业的发展可以为律师所的专业化带来发展机遇。而经济欠发达地区,则往往可以通过律师所的专业化法律服务等配套服务的完善、提升来促进相关项目实施。律师所应根据所处区域的经济发展状况及发展趋势选择专业化路径。

(3)市场的供需状况。市场供需状况直接决定着律师行业的竞争强度,律师事务所现有业务的开拓状况,任何一种专业化的发展方向确定,其前提和基础必须要先适应市场需求。任何不切实际、不尊重本地区经济发展现状和前景的专业定位必然是纸上谈兵,也是对人力资源的浪费。

(4)对资源进行合理、有效的配置,才能使之发挥最大的功效,使其服务具有强大的竞争力,所以,一个律师所要想成为名牌律师所,就必须有所舍弃,必须有自己的专业定位和专业优势,有一批优秀的专业人才。同时,由于律师所所在的地区特点不同,法律服务市场的需求和结构也不同,律师所需要根据自己对市场的判断和自身的特点进行目标定位和专业定位,培养一批精英型的专业律师,打造一个或几个具有专业优势的律师团队。

4、专业化发展的基本路径

(1)合理进行专业划分、人力资源的搭配。在律师所内部按相关专业种类或业务类型等划分标准设立业务部门的基础上,根据具体细分市场的战略选择,对某一个或几个专业法律服务领域进行专业化重点建设。针对具体服务领域进行环节细化,在专业部门内部实现无缝对接,规范相关的服务程序并制定详细制度,推进该领域的标准化管理。在上述根据业务领域、组织功能细分设立专业团队的基础上,具体的团队组建应注意人员的搭配和调配,如按适当比例搭配基础成员律师、资深律师和后援律师;合理搭配开拓型律师(擅长寻找客户、项目和市场)、经营型律师(擅长有效分配资源)及业务型律师(擅长具体案件处理);有效调配具有会计师、税务师、医师、工程师、专利代理人等不同专业背景的复合型律师,整合律师所的人力资源,有效提高律师所专业化建设的整体效益。

（2）专业研究。整合专业律师团队的实践经验及研究成果，通过提炼、总结和优化，确立律师所重点专业化建设领域的研究体系，要研究律师意见被采纳，或者被否定的经验教训，写案例分析，将经典案例在律师业务学习时交流，并向客户展示和反馈。律师的实务研究很大程度上就是案例研究，就是对办案成败得失的研究。很多律师往往案件办完，归档了事，缺少事后的总结分析。来自实际案例的分析研究是非常重要的，起到总结经验教训、举一反三的作用，案件分析是最好的业务学习教材。

（3）参加专业领域的各项培训、交流。加大在专业业务领域的培训投入，选派律师参加相关研修班、培训班。通过这些培训，能够及时掌握相关专业领域的最新动态，了解相关专业领域的各类信息、与同行和客户交流实务经验、强化了相关专业领域的知识储备。

总之，任何管理模式都有利有弊，各中小型律师事务所选择什么样的管理模式不能生搬硬套，应当根据本所的实际情况来选用适合自己的模式，但是这种管理模式不是一成不变的，而是应当根据客观情况的变化而变化，也就是在管理中要有所创新。为在激烈的市场竞争中生存发展，就必须要坚持走出自己的专业化道路，实现专业化发展方向，切不可急功近利，要舍得人力、财力、物力的投入。

关注县域律师 促进县域律师良性循环发展

——县域律师的发展现状及应对措施

安徽弘大律师事务所 蒋祥爱

摘 要：安徽省是一个农业大省，县域律师是一支庞大的律师队伍，县域律师的发展是安徽省律师行业发展的重要一环。安徽省司法厅和安徽省律师协会非常重视县域律师工作。自七届律师代表大会以来，一直把县域律师工作的良性循环发展作为一项专门工作，省律协设立了“县域律师工委”。了解我省县域律师的管理现状，总结县域律师事务所的不同管理经验，研究分析县域律师发展存在的主要问题及成因，探讨解决问题的方式和发展目标，促进县域律师工作的良性循环发展。本文围绕上述问题，与同仁们共同探讨县域律师的发展之路。

关键词：县域律师事务所 县域律师 管理现状 存在问题 发展目标及建议

一、我省县域律师事务所的现状

（一） 县域律师执业机构设置

我省县域律师事务所的分布，按照行政区划和人口比例考察，不够均衡。17 个地级市共有县辖(包括区)律师事务所 300 多个,处个别贫困县除保留国资所外,其余均为合伙所和个人所。17 个地级市平均每个市约有 17 个县辖律师事务所;每个地级市平均有 150 名律师在县辖律师事务所执业；平均每个县辖律师事务所有近 8-9 名执业律师。

（二）人员结构

1、执业律师分布。我省在县辖律师事务所执业的律师共 2000 多名,主要分布在几个较大的地级市下辖的县（区）。其中，县辖律师事务所执业律师最多的是：安庆市、六安市、;阜阳市、滁州市。县辖律师事务所执业律师最少的是：马鞍山、铜陵市、淮北市、淮南市。2、合伙人结构。调查显示,我省县域律师事务所的合伙人绝大部分为三至五人,只有极个别的律师事务所合伙人超过五人。年龄结构以中年律师居多，30 岁以下的合伙人较少。学历结构：本科学历以上学历的约占 70%。3、执业律师人员构成。县域律师事务所的执业律师普遍较少，80%的县域律师事务所执业律师在十人以下,只有少数县域律师事务所的人数达到十人以上(这些所主要分布在城区)。4、辅助人员情况。在县域律师事务所中,基本没有设置律师助理和其他辅助工作人员，也没有行政主管人员。普遍的做法是聘请一名内勤人员，负责财务，兼顾收案、收费、接待等各项行辅工作。

（三）业务类型

我省县域律师事务所的业务类型主要是以诉讼为主,非诉为辅。整体来看,诉讼业务是县域律师的主要业务，传统的民事诉讼，刑事诉讼和行政诉讼占律师业务的 90%以上，非诉讼业务只占极小部分（个别县例外，如：宣州市的宁国、广德）。

（四）业务创收

县域律师的创收悬殊很大。县域经济的发达与否,决定着县域律师的业务创收;经济较发达的县律师创收高一些,经济欠发达的县,律师的创收较低。综合全省平均,县域律师人均创收约

5-6 万元。创收高的县人均 10 万元左右，创收差的县人均不到 5 万元。

（五）分配制度

县域律师事务所的分配基本都是提成制，只有个别律师事务所是底薪加提成。

从我省县域律师事务所的分布看，基本合理，但不均衡。普遍为在市内（城区）的县域律师事务所人员规模相对较大，而在县辖的律师事务所人员规模较小。大部分律师事务所成立时间不长，成立五年以下的事务所占二分之一强。从体制上看，目前县域律师事务所基本是三种类型。通过二 000 年和二 00 八年的两次改制，目前除保留的部分国资所外，基本都是合伙所，个人所近几年有所增加。主要是小型所，合伙人在 3—5 人之间，10 人以下的所占 80%以上。从人员结构上看，非律师人数较少，几乎所有的所都是只有一名非律师人员，这与事务所的小型化，律师队伍的老龄化以及分配制度提成制有直接关系。从业务类型看，县域律师的主要业务是诉讼，非诉业务所占比例极少，甚至个别律师事务所就没有非诉业务。而在诉讼业务中，主要是民事诉讼和刑事辩护。可喜的是，近几年以来非诉业务有逐渐增长的趋势。从业务创收情况看，虽有逐年增长的趋势，但增长幅度不大，年人均创收一直在 4—5 万元之间徘徊。只有个别市的县域律师增幅较快。但不可忽视的是：在县域律师中，合伙人的创收占县域律师收入的 70%以上，聘用律师的收入非常低。

二、县域律师事务所管理现状

（一）律师事务所的管理

管理机构与体制：我省的县域律师事务所主要是合伙制，基本是合伙人集体管理模式，没有分级。合伙人会议基本不定期的为多，根据事务所的需要或主任（执行合伙人）的意愿确定，每年以 3-4 次的居多。国资所为数不多，管理体制主要是主任负责制。合伙律师事务所的费用基本是合伙人平均分担，基本没有公共积累，也没有设立退休制度。国资所是自收自支，没有保险，但有退休制度。县域律师事务所没有设立专门的管理机构，合伙人既是管理者又是经营者。几乎所有的律师事务所主任任期都为三年，可以无数次连任，由合伙人会议选举产生，行使日常管理和决策权。大部分管理合伙人与非管理合伙人之间的关系较好，管理合伙人牺牲大量时间进行所务管理，但没有报酬。但县域律师事务所的合伙人队伍不够稳定。离开的主要原因是：理念差异过大、收入差距过大、分配制度的不公；对事务所管理模式的异议、业务方面的制度支持不力、无法认同律师事务所的文化。

我省县域律师事务所的管理模式体现了事务所规模较小的特点。主要采取相对集权的主任负责制管理模式。这种现有的管理模式在县域律师事务所管理中基本可行；但也有部分律师事务所认为这种管理模式不够民主。规范化管理是事务所管理的发展方向。现在的县域律师管理主要是沟通协商的“人治”，多数事务所认为，今后的事务所管理应加强“制度建设”，逐渐由“人治”转向“法治”。对于省厅和省律协已经出台和即将出台的相关管理规范持欢迎态度。

（二）律师事务所的律师管理

律师入所 大部分律师是通过自荐或他人推荐入所，有一部分是通过实习自愿留所，基本上没有实行公开招聘方式。律师流动 县域律师的流动率较大，每年的出所与入所比例约为一比二。律师待遇 几乎所有的律所都是提成制，没有底薪；办理“五项”险的为数不多。多数事务所仅为律师办理“社保和医保”，其他待遇基本没有，更没有休假制度和退休制度。事务所支持 事务所除了为律师配备基本的办公室和网络支持外，其他条件很差。事务所没有自己的文化建设和风格。

事务所没有自己的培训计划，对年轻律师也没有具体的帮教计划，随意性较强。律师之间的合作大部分律师主要是各自办理业务，相互游离程度很高。 县域律师的准入门槛较低，没有具体的选聘标准；人员流动率过高，基本是一比一；律师待遇不好，收入偏低，很多律师现在仍然处于谋生阶段，相当一部分律师的收入不稳定，也是律师外流的一个重要原因；县域律师的办公条件较差，绝大部分事务所没有自己购买的办公用房，主要是靠租赁；事务所对律师的培训机制没有建立，完全靠律师个人或上级的安排。为实现县域律师工作的良性循环发展，司法行政和协会近几年加大对县域律师的管理力度，帮助指导事务所对律师的管理。特别是开通网络培训，深受县域律师的欢迎。

（三）律师事务所的业务管理

首先，事务所都能做到统一管理、统一接受委托。在立案管理上，统一收案，已基本实现网上登记，但没有专业分工和分配。其次，案源开拓方式。主要是律师自己联络，自己客户的推荐介绍，当事人上门的传统方式。其三，宣传途径单一，主要是靠律师自己的影响，通过亲朋好友介绍。客户管理 事务所没有建立客户管理、维护制度，个别事务所正在考虑建立客户维护体系。目前维护客户的主要方式是：定期回访，案件意见反馈，不定期联络座谈等方式。事务所在业务管理方面，虽然基本上是统一收案，统一管理，但利益冲突把关不严，个别事务所仍存在个人收案的情况。业务开拓的局限性大，依然是传统的客户推荐方式，很少有媒体的宣传。绝大多数事务所没有把客户维护管理纳入事务所发展的议事日程。

（四）事务所的规范化建设

制度建设 所有的事务所根据本所的实际，都制定了自己的内部规章制度。多的二十几项，少的也有十多项。主要范围包括：合伙人会议制度，收案、结案制度，财务分配制度，档案管理制度，投诉查处制度，政治、业务学习制度，重大疑难案件讨论制度，利益冲突审查制度，办公室工作制度，内勤人员工作职责等制度。 投诉与风险防范 对于投诉，事务所都有自己的制度，并公布了投诉电话，但投诉制度不规范。对于风险防范，事务所没有办理执业责任保险，主要依靠省律协的执业保险和平时的风险提醒。事务所对基本制度建设都比较重视，但均不够规范，对其他制度的建设，缺乏足够重视。对规章制度的落实，缺乏得力措施。风险防范意识不够，事务所抗风险的能力较差。

三、事务所的发展目标与定位

县域律师事务所对自己的定位和目标的认识是：绝大部分事务所认为：根据本地的经济发展状况和人文环境，县域律师在今后一段时间内仍应坚持以传统诉讼案件为主，逐步拓展服务领域，扩大服务范围；事务所的规模应以十人左右为亦，不亦在县域倡导专业化分工和建设规模所。所有的事务所几乎都没有自己的中、长期发展规划。

县域律师事务所虽然能够清醒认识县域律师的定位，但对县域律师的发展缺乏信心，没有明确的发展目标，创新观念较差。

四、县域律师发展面临的几个主要问题

（一）事务所的规模普遍较小，管理者的理念滞后。

县域律师事务所的规模普遍较小，一般在 5-6 人，还有的所仅达到法律规定的注册人数，10 人以上的事务所仅为少数。事务所的管理者（合伙人）基本是各自为政，形不成合力。满足于现状，没有明确的发展目标和创新理念，制约着事务所的发展。

（二）县域律师人员流动率过高，不利于县域律师队伍的稳定

县域律师的进出不规范，流动比例基本为一比一。特别是一些高素质的年轻律师，不能扎根县域律师工作；事务所之间的不正当竞争也导致律师不断转所。

（三）管理不规范

虽然所有的所都有自己的规章制度，但真正能够执行的不多；管理的随意性很强。事务所的管理主要还是“人治”，司法行政和行业协会的各项管理措施不能得到有效的贯彻落实。

（四）法律服务市场混乱，管理不善，律师业务受很大冲击

县域的法律服务市场混乱。特别对法律服务所的不正当竞争意见较大。其次是对部分公民代理（县域律师称之为“黑律师”）不规范问题反映强烈。

（五）县域律师执业环境差

由于相关政府部门和政法机关的理念不同，对县域律师执业行为的限制程度不同，各地的律师执业环境也不同。律师执业过程中经常受到刁难，不能充分行使律师权利。很多情况下，为了办理案件调取证据，不得不通过熟人关系，才能调取；虽然《律师法》已经施行几年了，但“三难”问题依然在困绕县域律师。

（六）县域律师劳动价值不能体现

县域律师的收费普遍较低，但办理案件的数量却很大。一名律师一年办理上百卷案件，但收费却只能达到 3—5 万元。这种付出与价值背离的现象，也是县域留不住高素质律师人才的一个重要因素。

（七）各项社会保障措施不落实，事务所的抗风险能力弱

事务所没有办理执业 责任险，律师没有退休制度（国资所除外），律师和事务所的后顾之忧严重。有些事务所的律师已经达到退休年龄，但因没有退休制度，现在又很少有案源，生活非常窘迫。

六、问题的初步分析及加强县域律师工作的建议

从整体上看，我省县域律师工作是健康发展的，但不平衡。我省县域律师发展的势头，特别是近几年的发展速度是较快的。然而，由于地域经济发展的限制，我省的县域律师工作各项指标与其他省份存在着较大的差距。综合考虑；制约我省县域律师工作良性循环发展的主要问题是：

（一）事务所的管理水平低

县域律师的管理水平低下，管理方式简单，没有形成真正的团队合作机制，没有现代化的管理意识，主要靠“人治”。制度不健全，现有的制度也不能得到有效执行。旧观念的阻力，严重影响了事务所的管理和发展。虽然通过开展律师事务所规范年建设活动取得了一定成效，但县域律师事务所真正能够实现规范化管理的寥寥无几。

（二）县域律师队伍专业水平参差不齐

在县域律师队伍中，律师的业务能力悬殊较大。主要原因是：留守在县域的律师多数是恢复律师制度初期的人员（简称“旧人”）和近年新取得资格的人员（简称新人）。“旧人”缺乏系统的法律专业知识，靠多年积累的经验办案，观念比较陈旧，缺乏上进心；“新人”虽然有激情，但缺乏经验，往往眼高手低。一些优秀的专业律师，往往因为地域经济的原因，把县域事务所作为一个跳板，在县域工作 2-3 年便远走高飞。

（三）倡导上的失误

多年来，一些部门在大力倡导事务所的规模化和专业化时候，而忽略了县域律师的现状。实际上，根据我省的县域经济发展和法律服务市场的情况以及县域律师的状况，县域律师事务所在短期内是不可能实现规模化和专业化的。

（四）外部执业环境的制约

县域律师处在最基层，经常与农民和基层的相关部门机构打交道。由于文化素养和法律理念的差距，导致县域律师的执业环境较差。同样的问题，县域律师要比在经济发达地区的律师多付出数倍的精力。律师的“三难”问题，在县域始终没有解决。法律服务市场的混乱，导致县域律师面临不正当的竞争，部分县域律师甚至面临生存危机。

（五）促进县域律师工作良性循环发展的几点建议

1、司法行政和行业协会应为县域律师创造良好的执业环境。凡是县域律师工作开展得好的，当地县委、县政府领导都高度重视律师工作。凡是县域律师工作开展得较差的，几乎无一例外地都提出了执业环境问题。为此建议，司法行政和行业协会，应通过不同的方式，帮助县域律师协调当地政府有关部门和公、检、法等司法部门的关系，切实保障律师的执业权利。阜阳市司法局和阜阳市律师协会在《律师法》出台后协调公、检、法出台相关纪要的办法可供各地参考。

2、规范县域律师事务所管理机制。县域律师的管理，重在提高县域律师事务所的规范性管理。由于县域律师事务所主任一般都由合伙律师担任，而主任的人选在一定程度上决定了该所的管理状况，因此，司法行政和行业协会对主任的任职条件应当做出指引性的规定。要改变现行律师事务所主任有权无责的状况，从行业规范入手，建立主任的责任追究制度，从制度上增强律师事务所主任的管理责任心。行业协会应重点加强对律师事务所管理制度制定的指导，制定一些事务所管理必备的规章制度指引，并定期检查执行情况，促进县域律师的规范化管理。要改变过去对县域律师事务所管理的观念，不能再隔靴搔痒，不能在不做深入调查研究的基础上（或者走马观花）作出一些不切实际的文件。笔者认为：任何个体律师的不规范执业行为都是由于律师事务所这个律师执业机构的内部肌体存在顽疾所至，治理律师的不规范执业行为，最根本的是治理好事务所的内部管理。这是管理律师的最基本的层面，也是最关键的层面。

3、司法行政和行业协会应制定政策，指导事务所改革分配模式。利益分配是律师事务所的敏感问题，县域律师的很多矛盾因利益而生，利益分配的矛盾是导致律师事务所解体的一个重要原因。现在的县域律师事务所，多数是按人头平均分摊公共开支，各办各的案，互不通气，使律师事务所成了个人执业律师的组合。司法行政和行业协会应当根据合伙律师事务所的性质和特点，指导事务所建立合理的分配制度。对于县域律师事务所中聘用律师的报酬制度和福利待遇作出一些规范性的规定，促使事务所在现有提成制的基础上予以改革，解除县域律师的后顾之忧。县域律师的老有所养问题已经比较突出。一些在县域工作的老律师，他们在律师制度恢复之初，从不同的行业跨进律师行业。可以说，他们为律师事业的发展，作出了不小的贡献， 然而，随着律师行业的发展和市场化，他们的知识老化，业务量锐减，有的甚至难以维持生计。除国资所外，绝大部分的事务所，没有退休制度，办理社会保险额较低，随着年龄的增长，其生活越来越困难。前几年，个别律师为了生存，甚至到县委、县政府上访，要求解决自己的退休问题。

4、加强县域律师的基础设施建设。县域律师事务所不论是基础设施建设，还是信息平台建设普遍都比较薄弱。因此，司法行政和行业协会应当通过优惠政策引导县域律师事务所加大基础设施投入。首先要从理念上帮助解决合伙律师的短期观念；从制度上，对合伙人频繁退出合伙又

再次举办合伙所的行为加以适当限制。行业协会可以制定县域律师事务所财务制度，从制度层面上解决事务所积累和税收问题；在政策上鼓励县域律师事务所多积累、多投入。帮助县域律师事务所加强信息平台建设，行业协会应当组织适合县域律师事务所的信息管理软件的开发，特别是信息化办公管理软件，应当考虑律师协会与律师事务所的互联互通，解决信息化应用不达标的问题。对贫困地区县域律师事务所使用信息管理软件予以帮助和扶持。

5、司法行政和行业协会应对县域律师工作加强宏观管理和因地制宜的分类指导。我省司法行政和行业协会对县域律师工作的管理和指导是走在全国前列的。特别是省司法厅和省律师协会近几年下发的《关于进一步加强县域律师工作的意见》和《关于促进县域律师工作的实施方案》受到县域律师的好评。同时，律师和事务所也反映，《意见》和《实施方案》是治标不治本，不能解决县域律师发展的根本问题，有些措施在县域很难落实。对于帮扶制度，县域律师事务所非常欢迎，但是帮扶目标不明确，自推行以来，效果并不明显，有流于形式的感觉。律协联络组也未能充分发挥作用，县域律师的管理和指导主要还是靠司法行政。根据县域律师的普遍反映，笔者认为：司法行政和行业协会应当在县域律师的宏观管理上制定符合我省县域律师实际的规范性文件，不能想当然，要因地制宜，为我省县域律师的发展规划一个发展蓝图。在此基础上，建议充分发挥协会专门委员会和各专业委员会的职能作用，对县域律师进行分类指导，培养县域律师树立新理念；要“授之以芋”而不是“授之以鱼”。加大对县域律师事务所主任和县域律师的培训力度和业务指导，保证县域律师工作的良性循环发展。

律师事务所品牌建设

安徽民之声律师事务所　梅传喜

摘　要：随着社会经济的迅猛发展，律师业的面临前所未有的机遇和挑战，我国的律师事务所从无到有，从小到大，逐步进入到品牌化的时代，但是一直以来，律师个人品牌竞争都是业界竞争的主旋律，这显然已不能适应新的要求。如何打造律师事务所的品牌是我国律师同行普遍关心的问题，本文分析了目前制约我国律师事务所品牌建设的因素，继而提出律师事务所品牌建设的对策，通过详尽分析，本文认为品牌建设是事务所长期、系统、全方位的发展战略，律师事务所的品牌建设工作应当围绕律师所提供的服务产品和服务质量展开，最终要打造自己的优秀品牌，形成核心竞争力。

关键词：律师事务所　品牌　品牌建设

我国律师制度恢复三十多年，全国律师已达 20 余万人，经过三十年的发展，我国形成了一些在当地或全国有影响力的规模所、品牌所。随着中国的入世，中国律师走进世界经济，参与国际化法律服务品牌竞争成为我国律师事务所发展的必然趋势，发展事务所品牌变个人优势为事务所品牌优势，不断提升品牌价值，强化品牌市场，建立和实施个人专业品牌和事务所品牌互补共举的品牌发展战略，成为中国律师事务所发展的必由之路，这也是实现法律人的中国梦的重要举措。

一、品牌的内涵与构成

（一）品牌的由来

品牌的英文单词 Brand，源出古挪威文 Brandr，意思是“烧灼”。人们用这种方式来标记家畜等需要与其他人相区别的私有财产。到了中世纪的欧洲，手工艺匠人用这种打烙印的方法在自己的手工艺品上烙下标记，以便顾客识别产品的产地和生产者。这就产生了最初的商标，并以此为消费者提供担保，同时向生产者提供法律保护。16 世纪早期，蒸馏威士忌酒的生产商将威士忌装入烙有生产者名字的木桶中，以防不法商人偷梁换柱。到了 1835 年，苏格兰的酿酒者使用了“OldSmuggler”这一品牌，以维护采用特殊蒸馏程序酿制的酒的质量声誉。

（二）品牌的定义

20 世纪 50 年代，美国的大卫•奥格威第一次提出品牌概念，至今不过 50 余年，但“品牌”已成为营销界使用频率最高的关键词 。品牌能否取得预期效果，最终取决于消费者的品牌体验，品牌的实质也因此表现为一种关系，而不是企业的单方声明。品牌不是人为设计的形象，或者绚丽的包装、时髦的口号，或者以虚式掩盖本质。“品牌是买主或潜在买主所拥有的一种印象或者情感，描述了与某组织做生意或者消费其产品或服务时的一种相关体验”。在《牛津大辞典》里，品牌被解释为“用来证明所有权，作为质量的标志或其他用途”，即用以区别和证明品质。随着时间的推移，商业竞争格局以及零售业形态不断变迁，品牌承载的含义也越来越丰富，甚至形成了专门的研究领域——品牌学。

1、一般意义上的定义：品牌是一个名称、名词、符号或设计，或者是它们的组合，其目的是识别某个销售者或某群销售者的产品或劳务，并使之同竞争对手的产品和劳务区别开来。

2、作为品牌战略开发的定义：品牌是通过以上这些要素及一系列市场活动而表现出来的结果所形成的一种形象认知度，感觉，品质认知，以及通过这些而表现出来的客户忠诚度，总体来讲它属于一种无形资产。所以这时候品牌是作为一种无形资产出现的。

3、品牌是企业或品牌主体（包括城市、个人等）一切无形资产总和的全息浓缩，而"这一浓缩"又可以以特定的"符号"来识别；它是主体与客体，主体与社会，企业与消费者相互作用的产物。

品牌最持久的含义和实质是其价值、文化和个性；品牌是一种商业用语，品牌注册后形成商标，企业即获得法律保护拥有其专用权；品牌是企业长期努力经营的结果，是企业的无形载体。

为了深刻揭示品牌的含义，还需要从以下六个方面透视[1]。

1、属性：品牌代表着特定商品的属性，这是品牌最基本的含义。

2、利益：品牌不仅代表着一系列属性，而且还体现着某种特定的利益。

3、价值：品牌体现了生产者的某些价值感。

4、文化：品牌还附着特定的文化。

5、个性：品牌也反映一定的个性。

6、用户：品牌暗示了购买或使用产品的消费者类型。

（二）品牌的构成要素

品牌不同于作为产品标识的商标，是具有更为广阔内涵的全新概念。品牌具有标识、区别的功能，但这只是前提和基本功能，除此之外，品牌还包括其他许多内涵，只有将这些内涵最大限度的整合起来，才能实现提升企业竞争力这一最终功能和目标。具体而言，品牌包括显性要素和隐性要素，其中显性要素作为一种标识存在，是品牌的基础和依托，隐性要素则是品牌的精神内核和实质：

1、显性要素

显性要素是品牌外在、具体可见的构成要件，与商标等并无差异，其中包括品牌名称、标识与图标、标记、标志字、标志色、标志包装以及广告曲等，是建设品牌的外在形象基础。

2、隐性要素

隐性要素是品牌灵魂，但不可以被消费者直接感觉，具体包括品牌承诺、品牌个性和品牌体验。与显性要素不同，隐性要素是不能一蹴而就的，它要在长期的品牌营销推广中逐步形成。显性要素可以由品牌拥有者完全掌握，而隐性要素的有效建立，还需要高度依赖于品牌与消费者的互动，并以社会对品牌的体验和评价为最终标准[2]。

二、律师事务所品牌建设的重要意义

从律师制度恢复以来，律师行业从无到有，从有到初步繁荣，应该说得到了长足的发展。事实上，将中国与其他发达国家的律师行业进行比较有两种方式：一种是横向的，一种是纵向的。如果从横向来比较，没错，中国的律师行业的确有很多地方存在不足，简直不能同日而语；纵向来看，将今天的中国律师行业与二十年前的中国律师行业比较，哪怕与十年前来比较，甚至与去年比，都可以发现巨大的变化，这种变化才是中国律师行业的进步。但是在我们肯定这种进步的同时，我们也应清醒的认识到中国的律师行业和欧美发达国家的律师行业存在的巨大差距，这种差距在一定历史时期是客观存在的，我们必须审时度势，顺应时代发展潮流，借鉴学习西方律师行业发展经验，这样才能是中国律师行业获得长足发展。随着科技的进步和世界经济一体化的进展，市场高度成熟，并且越来越呈现出个性化和规模化的特点。所有这些都充分显示了一个基本

的事实——市场已经进入了品牌时代。也就是说律师事务所的发展已经进入品牌发展阶段，品牌战略将是律师事务所最重要的发展战略，这是律师事务所发展的客观规律所决定的。

（一）品牌是一个律师事务所存在与发展的灵魂[3]

众所周知，服务作为产品本身是没有生命力的。可口可乐公司 CEO 罗伯托•郭思达（Roberto Goizueta）曾说：我们所有的工厂和设施可能明天会被全部烧光，但是你永远无法动摇公司的品牌价值；所有这些实际上来源于我们品牌特许的良好商誉和公司内的集体智慧。由此可见，品牌是一个律所的灵魂，是律所存在和延续的价值支柱。因此，只有重视品牌，构筑自身发展的灵魂，我国律所才能走向更广阔、更美好的未来。

（二）品牌代表着律所的的竞争力

服务作为产品参与市场竞争有三个层次，第一层是价格竞争，第二层是质量竞争，第三层是品牌竞争。今天的竞争已经发展到了品牌的竞争。品牌意味着高附加值、高利润、高市场占有率。品牌意味着高质量、高品位，是消费的首选。好的品牌可以为企业带来较高的销售额，可以花费很少的成本让自己的产品或服务更有竞争力。早在 40 年前美国著名广告研究专家 Larry Light 就根据他对市场发展的研究大胆地提出：未来营销之战将是品牌之战，是为获得品牌主导地位而进行的竞争。未来的企业和投资人都将把品牌视为企业最有价值的资产。拥有市场比拥有企业更重要，而拥有市场的惟一途径是拥有占据市场主导地位的品牌。由此可见，品牌及品牌建设战略已经成为提升我国律师行业竞争力的关键。

（三）品牌意味着客户群

对于消费者来讲，有品牌的产品不仅在质量上能给予消费者以保证，更重的是他能满足消费者在消费时的那种愉悦感，从心里上得到了更大的满足。品牌代表着一贯的承诺。品牌对于顾客不仅意味着他们消费的产品、享受的服务源自何处、出自谁手，而且与一定的质量水准、品牌信誉始终相连。一个品牌代表这一定的产品、服务质量，凝聚着企业的形象和顾客、公众和社会对它的评价，吸引着相对稳定的、忠诚的客户群。对于广大律师事务所来说，品牌意味着客户忠诚，意味着稳定的客户群，意味着同一品牌覆盖之下的持久、恒定的的利益。

品牌是一种长时间的积淀，从品牌身上你可以看出企业或产品的文化、传统、氛围、或者精神和理念。奔驰的稳重大方，高贵舒适，诺基亚的科技以人为本等，无不建立了消费者对这些品牌所有者所提供产品和服务的信心。因此，构建品牌战略，培育自身品牌对于中国的律师事务所来说，意义重大深远。

三、目前制约我国律师事务所品牌建设的因素

（一）品牌意识淡薄，不注重品牌建设

国外律师行业长期处于市场竞争中，对于市场已经形成了完整的制度和体系，而相对与国外的律师行业，我国处于市场经济的时间毕竟有限，律师行业并没形成一个完整的竞争机制，律师行业改革还处于摸着石头过河的阶段。虽然有发达国家的经验可以借鉴学习，但是由于具体环境和自身发展形势的不同，我们还应具体问题具体分析。联系具体实际，中国的品牌链（国家品牌，产业品牌，区域品牌，企业品牌和个人品牌）目前还处在起步和创建阶段，中国的企业众多，但卓越的企业家却是凤毛麟角，而且品牌意识与高度普遍不足，中国品牌群体崛起的道路任重而道远。总的来说，我国律师事务所都有字的名称，律所的每位律师也有自己的名称，但是律所和律师的影响力却非常有限。究其原因主要是因为整个律师行业没有成熟的品牌理念，律所的管理者

和成员更在意的是眼前的效益，而没有树立品牌建设理念，更没有指定品牌发展战略，所以也就导致品牌建设的滞后。

（二）品牌评价体系不完善、不科学

目前各种社会中介组织的品牌评选活动过多过滥，导致其社会公信力严重受损，对我国品牌建设产生了很大的负面影响。主要表现为：各种评奖评选活动过多过滥，事事办节，行行评选，层层评奖。过多过密的评奖，不仅难以起到对于优秀产品和品牌的推荐和褒奖作用，反而冲击了那些有影响、有权威的正规大奖；设奖随意，标准不高，把关不严，评选不规范。某些别有用心的人借各种评选捞取好处，关系奖、人情奖、照顾奖层出不穷，甚至荒唐到了出钱可买奖，钱多获大奖，钱少拿小奖的地步，这些现象的存在严重阻碍了我国律师行业品牌建设。

（三）品牌建设没有核心的专业团队支撑

没有核心的专业团队支撑，品牌就没有支撑点，不可否认的是，国内律师所的合伙人既是投资者又是管理者，既当裁判员又当运动员，多重身份交织使合伙人焦头烂额、疲于应对。懂法律业务的合伙人往往不懂管理、不善管理、不愿管理、不敢管理；导致合伙人会议或管委会流于形式，难以形成科学的决策，并得到强有力的执行。而懂管理的人往往不懂律师业务或不了解律师所的运行规律，导致律师所即使聘请了具备管理知识和管理经验的人，也难以对律师所“望闻问切”，形成有效的管理和完善的风险控制体系，而合伙人会议或管委会也难以对管理人员充分的授权和有效的激励，导致引进的管理人员进退两难、无所适从，进而导致律师所无序发展或由合伙人“轮流坐庄”。合伙人即使被推选为执行合伙人、执行主任或管委会主任，也往往忙于自己或自己团队的业务，甚至需要著书立说、维护客户关系、参加大量的社会活动，由于其精力、时间和管理知识有限，难以形成对律师所的全面把握和有效管理。而且，合伙人会议或管委会也缺乏针对执行合伙人、执行主任或管委会主任的监督与制约、奖励与惩罚制度，导致合伙人会议或管委会被高级合伙人“架空”或被创收能力强的合伙人“把持”。最终导致律所的品牌建设缺乏核心的专业团队的支撑，品牌建设也就不能效科学的开展。

（四）律师事务所的服务质量偏低

1980 年《律师暂行条例》将我国律师确立为“国家法律工作者”，虽然这一确立在后期遭到否定，认为律师的全部工作内容与保障公权实施的法官、检察院官不同，律师不应以“国家”公职人员的身份为当事人提供法律服务。但学者们除否定“国家”这个前提外，从来就没有否定过律师工作的法律性。律师工作的法律性，是律师职业基本要求决定的，这种基本要求大体分为三个层面：一是必须掌握法学学科体系的基本知识。二是应当具备法律职业基本的职业素养。这主要是指法律意识与现代司法理念；法律精神与法治信仰；法律语言与法律思维；法律职业伦理与执业规则；以及法律发现、法律推理、法律解释、价值衡量、漏洞补充以及法律论证等。三是必须掌握基本的职业技能。如沟通协商的技能、谈判妥协的技能、辩论的技能、写作法律文书的技能、获取和运用信息的技能、制定规则的技能、起草合同的技能、证据审核和有效运用的技能等等。律师职业的突出特点，主要表现在律师是以自己渊博的法律知识和高超的辩论技巧为社会提供法律服务，属于社会结构中的知识阶层。但是由于职业准入门槛较低以及考试内容的局限性导致律师整体素质参差不齐，这也就根本上限制了我国律所服务质量的提高。律师事务所的服务质量不仅有赖于律师的水平、能力、经验和敬业程度，还有赖于律师事务所的管理方式、管理水平和物质条件。但就目前我国律师行业发展状况而言，律所的服务质量整体偏低。盲目贪大贪多在一定程度上影响服务质量，最终毁损自己的品牌。律师的每一次解答咨询、每一次出庭辩护、每一份

法律文书都表现出律师所的服务水平，天长日久便在客户和公众的头脑里形成了对该律师事务所的质量认知。这个质量认知是正面的，就有利于品牌的优化；反之，则导致品牌的毁损。

四、加快我国律师事务所品牌建设的对策

（一）树立正确的品牌经营理念

律师事务所必须更新观念，树立品牌意识，注重品牌塑造，把自身经营理念和行为从律所效益经营为核心转变为以品牌经营为中心。首先科学地设定品牌建设目标。在品牌发展过程中，律师事务所目标不仅包含服务产品经营中的主要目标，即销量、利润、占有率等，而且更要包含品牌发展相关指标，如品牌忠诚度、品牌个性、品牌价值水平等；另一方面应该积极借鉴学习国外优秀律所品牌建设理念，分析并加以学习国外律所成功的经验，只有这样才能更好的树立科学高效的品牌经营理念。

（二）建立律师事务所品牌等级管理评估体系

对律师事务所各个品牌价值作出评估后，有利于律所的管理人员对品牌投资做出明智的决策，合理分配资源，减少投资的浪费。品牌价值不但向律师事务所以外的人传达本单位品牌的健康状态和发展，而且还向律所成员传达律所的信念，激励成员的信心。品牌评估的最大作用则是可以提高律所的声誉。这样可以促使我国律师事务所更加积极主动的进行品牌建设。对此我国应加快建立律师事务所品牌等级管理评估体系，具体可以借鉴扬州律师事务所“星级模式”管理，实施过程必须始终坚持“机制、手段、评价、导向”的宗旨，将“星级评定”作为一种构建机制、管理手段、激励评价、发展导向来引导律师事务所科学化、规范化发展。在品牌评估的基础上，可以有针对性地提出改进品牌管理、提升品牌价值的解决方案，从而对律师事务所改进品牌管理产生直接作用。

（三）引进专职管理合伙人，推进准公司化管理

律师事务所必须找准自己的定位，打造“百年名所”，在五年之内跻身国内律师所前列，甚至成为行业领军人物，引进优秀的专职管理合伙人（类似于公司的 CEO），推进准公司化管理，是合伙人会议或管委会实施品牌战略的关键所在。可以说，打造“百年名所”，不仅是律师事务所的光荣与梦想，也是中国律师业做大、做强的终极目标和有益尝试，合伙人会议或管委会应当有所担当、勇于开拓。在实践中，国内大型所实行管理合伙人制度，但是收效甚微。管理合伙人一般不拿薪酬，对大型所进行无偿管理；而且管理合伙人在任职期间，承办一定数量的法律业务，缺乏宏观思维、能动性和独立性。最近几年，在大型所推行的管理合伙人制度中，能准确理解并认真推进准公司化管理，并取得成功的少之又少。所以，合伙人会议或管委会应打破常规、不拘一格，引进懂业务、懂管理、善于协调和沟通、富有创新意识和奉献精神的专职管理合伙人，对大型所做大、做强，快速建立律所品牌，无疑是明智之举。对于律师事务所而言，既需要吸收现代化企业管理的经验，又不能不考虑律师行业的特殊性和律师事务所的实际情况。所以，推进准公司化管理，使律师事务所“基业长青”，是专职管理合伙人工作的重中之重，也是专职管理合伙人的价值追求。让法律创造价值，让管理创造品牌。

（四）提高律所服务质量，打造律所核心竞争力

律师事务所的服务质量有赖于律师的水平、能力、经验和敬业程度，有赖于律师事务所的管理方式、管理水平和物质条件。首先，要树立质量第一的价值取向，律师事务所必须围绕提高服务质量去选聘人才，培养人才，管理人才；必须在保证服务质量的前提下承揽业务，办理业务；

必须在提高服务质量的基础上创新服务品种和扩大经营规模。这一点可以借鉴美国飞泽律师事务所的经验，他们认为，和商业领域中的任何企业一样，“品牌”效应对律师事务所也极为重要。在法律服务领域，最重要的不是精深的市场策略，而是工作成果的质量。为促进事务所的品牌影响力，他们非常看重律师个人的品牌发展。一直以来，他们都非常重视对年轻律师的培训和发展，给他们提供展示能力的机会。为此，事务所会制定一些内部培训项目，例如演讲、讨论会等形式，由合伙人对年轻律师做指导。同时，也会聘请外面的专家和我们的年轻律师在法律方面和有效技巧方面进行多层次的沟通交流。另外，还为每位年轻的律师指派一位合伙人以帮助其发展技能，律所也非常鼓励所有律师在不同场合发表文章和演说。其次，牢记信用之上的经营理念，市场经济是一种信用经济，市场经济的发展有赖于社会信用体系的建立和完善。律师既是信用制度的维护者，又是信用制度的实践者。现实当中，常有律师大包大揽，作包赢官司的虚假承诺；或者在与委托人的协议中对自己的义务含糊不清，甚至免除自己的责任；或者虽然在合同中规定了律师的义务，但在实际工作中敷衍了事、玩忽职守；出现了问题以后，又百般推托，不负责任。我国《律师职业道德和执业纪律规范》第五条规定：律师应当诚实守信，勤勉尽责，尽职尽责地维护委托人的合法权益。日本《律师道德》第二条规定：律师应注重名誉、维护信用，努力培养高尚的品德和精深的修养。对一名律师来讲，信用就是一种对当事人信守承诺的责任感，就是对自己提供的法律服务后果负责的道德感。人们把律师视作一种神圣的职业，赋予律师实现社会正义和社会信用的职责。无论律师本人还是律师事务所，要生存，要发展，要在激烈的市场竞争中立于不败之地，永葆品牌的鲜亮和持久，必须诚实守信。只收钱不办事的律师或律师事务所是不能长久的。

五、结论

品牌是一种长时间的积淀，从品牌身上你可以看出企业或产品的文化、传统、氛围、或者精神和理念。奔驰的稳重大方，高贵舒适，诺基亚的科技以人为本等，无不建立了消费者对这些品牌所有者所提供产品和服务的信心。因此，构建品牌战略，培育自身品牌对中国的律师事务所来说，意义重大。但中国律师行业的品牌建设才刚刚起步，品牌建设非一日之功，任重而道远，需要长期的付出和努力。本文认为律师事务所品牌的建设是一个复杂的系统工程，首先应在思想观念上树立正确的品牌经营理念，其次应提高律所的服务质量，打造律所的核心竞争力，并引进引进专职管理合伙人，推进准公司化管理。最后，还应该在外部环境上促进律师事务所的品牌建设，也就是建立律师事务所品牌等级管理评估体系。这样内外因相结合才能确保品牌建设的科学高效地开展，也才能这也是实现法律人的中国梦，让中国的律师事务所品牌屹立于国际律师业舞台之上。

参考文献

1、吴建安《市场营销学》，安徽人民出版社出版 2004 年版，第 253 页。
2、林泰松《律师事务所的品牌战略研究》。
3、生奇志《品牌学》，清华大学吃版设 2011 版，第 301 页。

律师文化建设的深化和创新

安徽刘金莲律师事务所　刘金莲

摘　要：目前我国正处在一个整体转型的大发展时期，各种文化也出现了百家争鸣、百花齐放的繁荣景象，律师文化作为法律文化的重要组成部分，其建设成果的优劣直接影响着国家的法治进程。故，作为一项抽象的精神工程，思想工程和信念工程的律师文化建设，其与律师队伍建设、制度建设、业务建设等具有同等重要的作用。我国的律师业历经二十几年的积累和沉淀，已经逐步地成长成熟，与此同时，也积累了比较丰富的文化内容。因而对律师文化建设给予关注，审视律师文化的内涵和本质特征，已成为律师界面对的重大课题。

关键词：律师　律师文化　内涵

一、律师文化的概念和内涵

从所周知，对任何一件事物、工程、现象的研究，首先要弄清被研究的对象是什么。同样，对律师文化研究也要首先从律师文化的概念、内涵入手，唯有如此，才能目标明确、方法得当、深入浅出，得出律师文化建设的真谛。

律师文化，顾名思义是律师的文化，它应包括律师个体的文化、律师事务所集体的文化、律师协会团体的文化。它是一种意识形态，律师意识形态的好坏、优劣、先进性与否直接关系到律师业生存、发展的质量，也是律师业是否有竞争力的重要保证。

律师文化具体内涵表现在律师的人文律师的人文精神，服务宗旨，职业道德、行为习惯、口牌形象、管理制度、工作环境、自主知识产权等。律师文化是律师行业的整体发展战略管理运作制度，法律服务模式等在理念上的反映。概括地讲，律师文化是律师文化的核心，包括律师精神、律师理想、律师宗旨、律师道德、律师行为文化，包括律师职业行为约束、管理制度、工作环境、行为习惯等，律师文化的内涵集中反映了“知行合一”的理念。因此，从某种意义上讲，律师文化不仅影响律师整体素养能力的提高，也影响到律师业务能否高效发展，是否有竞争力与生命力。成熟的律师文化是律师群体集体智慧的结晶，其外延极大，内涵丰富多彩，最终律师文化成为律师事业的核心与精神支柱，成为对律师个体行为进行评价的价值标准，因此应重视律师文化的建设，从而在律师的行业内形成一股凝聚力，树立律师群体的整体形象。

二、如何构建先进的、主流的、和谐的律师文化

2006 年 7 月 24 日，司法部副部长赵大程同志在全国律师工作座谈会上的讲话中所指出的那样“开展律师文化建设，最终的目的是要用先进的律师文化来支撑律师事业的发展”我们所谓的律师文化。应该是在社会主义经济政治制度下，在法律服务实践中经过发现、提炼、弘扬、传承的过程中形成的，它符合法制社会和市场经济的要求，代表律师制度自身发展的规律，为律师所遵从的共同的思想基础，价值理念，道德模式，职业品质和行为方式；因此，我们要构建的律师文化应是先进的，主流的、和谐的律师文明成果。

对律师界来说，律师文化是一种新事物、新现象，正从自发阶段到自觉阶段过渡，尚处于起步阶段，先进的、主流的、和谐的律师文化在律师界居于主导地位。但是，由于历史和现实的原因，还存在着一些带有消极、庸俗、空虚等色彩的落后文化，甚至还存在一些腐蚀律师精神世界，

危害律师事业的腐朽文化。有些律师，在职业过程中，讲实际、讲实惠，商人习气严重，对政治极为冷淡，更对政治学习不当一回事，主管部门组织学习时敷衍了事；有相当一些律师普遍存在小市民思想，小富则安，追求生活水平比上不足，比下有余的低层次目标，缺乏终身为民众服务的理想，思想观念庸俗。个别律师执意拉关系，拉拢司法人员办假案，行贿，介绍行贿，破坏法制，造成人们对律师的负面认识。部分律师胸无大志，精神空虚，拜金主义严重，讲究实惠，得过且过，混同于普通老百姓，精神境界平民化。

就我国律师文化现状而言，律师文化建设也极不平衡，经济较为发达的北京、上海、天津沿海开放城市，经及内地省会城市为数较少的精英律师齐头并进，已经从温饱走向小康，甚至走进富裕，这些地区的律师文化建设较为先进，对中部县域律师及大多数西部律师而言，律师文化建设是可望不可及的，因为这些地区经济发展较弱，许多律师事务所名为团体，实为各自为战，这些律师竞争力较弱，加上团体会费，个人会费，保险费、税费等集于一身，一年下来，几乎没有什么节余，加上基层法律师服务所的“低价竞争、夸海口竞争”无疑给律师业务雪上加霜，“仓廪实，而知礼节”这些人连温饱问题尚未解决，一味强调律师文化建设，也只能是望洋兴叹。

律师文化要建设好，首先，要从政治上关心，把律师的冷暖放在心上。把律师吸收进党组织，人大，政协，在提高他们地位的同时，也相应提高了这些部门参政，议政，决策的能力，为我国构建和谐社会出力献策，要通过完善政策和律师制度，加强教育和管理，努力改造落后的律师文化。其次，要从政策上支持，司法部及地方各级司法行政主管部门要从全局出发，长远出发，规范基层法律服务所，取缔“黑律师”，“野律师”为律师从业创造良好的执业环境。法律服务所设立的初衷是为了缓解我们律师紧张的局面，为地方基层群众提供法律咨询帮助。现实生活中，法律服务所涌进城市，打着律师的牌子，进行收费代理与律师事务所进行不正当竞争。再次，从经济上扶持，国家可以对中西部律师、县域律师从财政上给予支持，拨出专项资金为律师文化建设给予帮助。国家、省、市各级律协应减免各种费用，最起码对中西部律师及县域律师会费有所倾斜，使中西部律师，县域律师不再为一日三餐发愁，能够轻装上阵，迎头赶上发达地区的律师文化建设水平。最后，要加强对律师文化的理论研究，对它们应有的内涵、特征、作用，实现多条件和途径等进行深入的研究和探索，积极引进国外法治国家律师及其制度的先进经验，执业理念，去粗取精，去伪存真，不断加以扬弃，使其最终成为我们自己的文化的一部分。

综上所述，构建先进的、主流的、和谐的律师文化是中国律师面临的一项全新的事业，而只有形成了先进的律师文化，中国律师才能持久、健康的向前发展，成为中国社会民主与法治建设的重要力量。

注 释

1、宋占文《律师文化，“知行合一”的结晶》，载《中国律师》杂志 2005/11 等 21 页。

律师行业管理与创新

泗县司法局律师管理股　鲍莲华

摘　要：律师行业的社会管理创新，是指在现有社会经济发展和法制条件下，运用现有的资源和经验，依据我国社会经济和法制的发展态势，把握律师行业规律，研究并运用新的社会管理理念、知识、技术、方法和机制，对我国实施“两结合”律师管理体制尤其是行业管理工作进行改革和完善，以帮助、引导我国律师加强行业管理和自律管理，使之尽快成长成为合格的社会主义法律工作者，积极投身当前中华民族伟大复兴和社会主义民主与法制建设事业。

关键词：律师管理　创新

一、当前我国律师行业管理的新问题

在当前我国律师行业中，部分律师缺乏基本的社会责任与诚信意识，个别律师甚至为蝇头小利不惜出卖法律，在追求个人利益最大化的同时却败坏和污染了法制环境，扮演了一个与追求法律公正形象相悖的反面社会形象。这些问题的形成，是当前我国改革开放形势下社会矛盾冲突在律师行业的集中体现：

1、律师作为专门从事社会矛盾解决工作的代表、公民个人私权的代表，但是，这个具有鲜明特征的新兴社会阶层，既代理着社会不同阶层内部及外部的各种冲突与纠纷，又面临着自身与传统社会阶层之间的冲突，而且这些冲突与纠纷极易引发社会问题。

2、行业快速发展与文化建设滞后的冲突。改革开放三十多年来，律师行业发展速度很快，新一代年轻律师人数的不断增加，律师的精神需求和权利意识不断加强，他们对科学与民主管理的要求也大大增强。一个行业，只有基于共同的价值观才可能产生一致的行动。律师作为一个新的社会阶层，其价值观的形成可能需要更长的时间。随着律师的精神需求和权利意识的不断增加，在全行业建立普遍的具有中国特色的社会主义律师价值观之前，多元的观念冲突不可避免。

3、信息化社会现状改变了行业发展方向。信息开放与封闭状态下的社会管理方式是截然不同的。同时，互联网还有强大的组织功能，互联网可以在极短的时间内把全世界看似毫无联系的人组织在一起形成集体行动。

二、律师行业自身的管理创新是律师服务社会管理创新的前提保障

要想加强律师行业管理，引导律师更好地服务经济发展与社会稳定，服务社会管理创新，律师协会自身要转变观念，不断探索与改革，寓管理于服务，努力推进律师行业自身的管理创新。

（一）律师协会职能定位的再认识

《律师法》规定了律师协会的主要职能是保障律师依法执业，维护律师的合法权益。律师协会作为律师行业的自律性自治性组织，其职能归纳起来说应该体现为四个方面的基本职能：一是提高律师执业水平；二是规范律师执业行为；三是化解律师执业难题；四是引导律师执业开展。律师协会这四项基本职能，应该是律师协会存在的价值所在，律师协会工作的开展和安排，律师行业管理创新与制度设计，均应围绕发挥律师协会的四项基本功能展开。

（二）改进律师行业管理方式

律师协会以发挥四个方面的基本职能来引领决定工作目标和内容,来谋划和推进律师行业的发展。具体：

1、提高律师执业水平。就是适应社会对律师服务质量和层次的要求，有针对性地组织律师进行业务学习与培训，或整合人才资源，不断提高法律服务的水平。

2、规范律师执业行为。包括规范律师个人的执业行为与规范律师事务所执业行为两方面，使律师行业始终健康发展。

3、化解律师执业难题。律师执业难题包括“三难”(会见难、取证难、阅卷难) 的老大难问题，也包括律师行业发展遇到的深层次的难题,律师协会需要进行认真分析研究,努力找出化解难题的路径和方法。

4、引导律师执业开展。律师执业开展，更需要在律师协会不断整合资源进行平台建设的前提下，改变服务方式，组团提供服务，主动提供服务。组织和引导律师改进执业理念，转变工作方法，实现律师行业的快速发展。

（三）加强律师协会管理工作

律师行业管理创新是一种具有高度自主性的创造性活动,依赖于不同思想、意见和利益诉求的相互交流和撞击，依赖于开放性、自由交流、容忍不同观点的环境，更依赖于相关各方全方位参与管理、决策或者提出合理化建议。

1、现阶段“两结合”律师管理体制下，全行业都面临着律师协会、事务所和律师个人如何有效管理以适应新形势的问题，律师行业的管理创新势在必行。

2、在强调党和政府在律师行业发展中的中心位置的同时，正确处理司法行政机关与律师协会、事务所和律师个人之间的关系,明确各方主体在律师管理中的定位,要健全和完善行业自治、自律和自我发展的新机制。

3、在当前，我国律师事务所的运营模式普遍是律师个人接案和办案，客户资源属于律师个人,律师转所客户资源随之带走。律协要探索有利于律师全面发展和承担社会责任的新管理模式，推动律师事务所开展自律管理，具有重要意义。

4、我国实施的“两结合”律师管理体制，行业管理工作有待于进行改革和完善。主要是通过加强律师诚信与社会责任建设,帮助、引导我国律师加强行业管理和自律管理,从而推动律师事业的新发展，实现“中国特色社会主义法律工作者”全面构建。

（四）律师行业的社会管理创新的构建

当前律师行业的社会管理创新工作中，可通过以下途径推动中国特色律师社会责任的构建：

1、与律师诚信体系相结合制订科学合理的律师社会责任评价行业标准。社会责任评价体系则侧重于对律师主动开展公益活动、承担社会责任等良性问题的记录和反映。探索和构建具有中国特色的律师社会责任体系，成为律师行业急待解决的历史任务之一。

2、将律师社会责任意识教育纳入行业培训计划。根据中华全国律师协会的规定，执业律师每年需开展继续教育，实习律师也必须参加不得少于 40 课时的岗前培训。培训内容应当考虑将律师社会责任意识教育、价值观教育纳入行业教育计划，加强律师文化建设。

3、从行业协会的角度，引导青年律师从科学发展的角度看待其职业特征，将青年律师个人的职业规划融入我们行业发展规划之中，积极探索和深入开展青年律师参与法律援助案件办理、政府律师顾问团工作、未成年人与妇女儿童残疾人保护工作,支持和鼓励青年律师在积极参与公益性社会活动的同时善于和敢于发现新的业务领域和业务方向,从而有计划地推进青年律师的业务发展与公益性社会活动相结合工作。

律师行业自治与国家公权

——论律师管理改革与创新

砀山县司法局公律股　解晶晶

摘　要：我国实行的是政府集中监管体制和律师协会行业自律管理体制“ 两结合”的律师管理体制。但是，司法行政机关在律师管理中的权力过于广泛，应充分发挥律师协会的独立性，转变司法行政机关管理理念，真正实现律师协会的行业管理。

关键词：律师管理体制　司法行政机关　律师协会

一、我国律师管理体制的现状

1986 年 7 月，第一届全国律师代表大会召开，正式成立了中华律师协会，会上制定了律师协会章程。全国性的律师资格考试开始实行，合作制律师事务所的试点开始进行。这段时期律师协会在律师 管理体制 中处于辅助地位，行业管理的职能仍未得到加强。1996 年《律师法》诞生，最终把两结合的管理体制即司法行政机关的行政管理和律师协会的行业管理相结合的体制确认下来。

l、司法行政管理。司法行政部门的监督与指导。《律师法》第 4 条规定：“国务院司法行政部门依照本法对律师、律师事务所和律师协会进行监督、指导。”这里实际上表明国务院司法行政机关在律师管理体制中的地位和职权，基本上处于律师管理的核心地位，享有对律师、律师事务所以及律师协会的监督权和指导权。

2、律师协会的行业管理。《律师法》 第 37 条规定：“律师协会是社会团体法人，是律师的自律性组织。全国设立中华全国律师协会，省、自治区、直辖市设立地方律师协会，设区的市根据需要可以设立地方律师协会。”第 39 条规定：“律师必须加入所在地的地方律师协会。加入地方律师协会的律师，同时是中华全国律师协会的会员。律师协会会员按照律师协会章程，享有章程赋予的权利，履行章程规定的义务。”确立了律师协会在整个律师行业管理当中的地位角色。

新的《中华人民共和国律师法》在律师的监管方面加强了律师协会的权力。1、律师执业准入环节。新《律师法》46 条第五项将组织管理申请律师执业人员的实习活动，对实习人员进行考核的权力明确给予了律师协会。这就使得律师协会能够在律师执业准入环节发挥更 为重要的作用。2、在对律师的惩戒和考核方面也给予了律师协会更为明确的权力。新《律师法》的第 46 条第 4 项和第 6 项对此作出了明确规定。基于该规定，在新《律师法》开始实施后，律师协会将能够行使制定行业规范和惩戒规则的权力，并可对律师和律师事务所实施奖励和惩戒。这就使得律师协会的行业管理职能有了明确地法律依据。它对律师和律师事务所的惩戒权力也就更具权威性，从而有利于其职能的发挥。尽管如此两结合的精神仍然统领着现行的律师管理体制。

二、我国现行律师管理体制存在的问题

经过多年实践探索形成的，我国现行的司法行政机关和律师协会“两结合”的律师管理体制，与原来单一的司法行政机关的管理体制相比，有了较大的突破比较符合我国的国情，也取得了较好的效果，有力的推动了我国律师业的健康发展。但是，随着经济社会的发展、民主法治的进步，

现行的管理体制也暴露出了许多弊端，主要体现在一下几个方面：

（一）实质上仍然是行政管理方式管理律师

根据《律师法》的规定，司法行政机关的职责是在宏观上对律师工作进行指导和监督， 但司法部在 1996 年 9 月发布的《关于严格执行< 律师法> 进一步加强律师队伍建设的决定》的解释是：司法行政机关的主要职责是：对律师行业进行政策指导、机构管理、人员管理、执业活动监督和业务指导。这些宏观内容几乎遍及律师管理的各个环节，使得司法行政机关并非真正从宏观上去履行指导和监督律师工作的职能，而已经从宏观走向了微观，这仍然是沿用过去的管理方式。

（二）司法行政机关和律师协会之间的人事关系未理清

目前，我国律师协会组织人员的组成均由司法行政机关确定， 民主选举流于形式。相当一部分律师协会秘书处人员与司法行政律师 管理处人员为一套人马两块牌子。律师协会的会长要么由离退休的 司法厅局长担任，要么由在任的司法行政机关领导兼任。由于这些领导不是执业律师 ,在管理的观念和方法上都有行政化的色彩 ,使名义上的两结合管理变为实质上的单一管理，这与《律师法》的精神明显相悖。

（三）律师协会的内部组织设置不合理

根据现行《律师法》及《律师协会章程》的规定，律师协会的设置基本上按照行政区划进行，各省建立省律师协会，各地级市建立地市级律师协会。首先这样的设计背离了律师管理组织的根本属性：既然是行业组织，是民间机构，就不应该根据行政管理机构的模式层层设置；其次，忽视了各地律师业发展不平衡的现实，不利于达到行业管理的目标；最后，不利于律师协会与当地司法行政机关的真正分离， 难以形成律师协会的真正自治。目前，虽然大部分地级市建立了律师协会但大部分仍旧与司法行政机关律师管理部门“两块牌子，一套人马”,“两结合”管理在多数地级市实际上只有行政管理。

（四）律师协会的管理职能不健全

在我国律师资格证的授予，律师一定时期的停止执业、律师执业资格证的吊销等实质意义上的律师惩戒权都由司法行政机关米行使。律师协会目前只有行业规范制定权和训诫、通报批评、公开谴责等口头意义上的惩戒权。律师协会不能取消律师的会员资格，并没有在制止律师违规方面发挥应有的作用，是一个没有牙齿的组织而已。 律师协会管理职能的不健全使得律师协会无法在律师管理体制的中树立自己的地位和权威，造成律师行业管理的虚化、弱化，也致使律师协会目前现有的部分职能难以发挥。

三、推进我国律师行业自治的建议

我国律师管理体制存在着许多问题， 但就存在的诸多问题而言， 首当其冲要解决的是让律师协会真正成为律师的管理组织。所以，实行律师协会的行业自治是完善我国律师管理体制的基础。

（一）在坚持“两结合一管理体制的前提下逐步扩大律师协会的行业管理职能

我国新《律师法》所采纳的“两结合”的管理体制有着深刻的历史和现实的原因。但是我国的客观情况并非是恒久不变的。随着我国国民的素质特别是他们法律意识的不断增强，执业律师职业道德的明显提升，法制环境的日益改善，律师协会机构设置和职能的日趋完善，《律师法》应该给予律师协会更多的管理职能，使其发挥更为重要的作用。司法行政部门对于律师行业的管理

应该逐渐弱化。根据律师协会的成熟程度和管理水平适时强化律师协会的行业管理作用，淡化行政管理色彩，是今后我国律师管理体制的发展方向。这一趋势对于律师业管理成本的降低，律师行业的健康发展都将是大有裨益的。同时也是推动我国律师行业与世界律师行业接轨的重要因素之一。

（二）明确律师协会的宗旨和地位

律师职业是具有独立性的职业，独立性是律师职业的属性之一， 包括律师执业时的独立性和对律师进行管理时的特殊性，律师在职业身份上不隶属于处律师协会和律师事务所以外的一切组织和个人； 律师协会也不隶属于任何组织和个人，具有独立的宗旨和地位。笔者认为，作为律师自治组织的律师协会，不仅应当起到监督律师行为， 进行行业自律的作用，更重要的是要代表律师业，不断提高律师群体的社会地位和加快律师业的发展，促使律师业形成代表民主的一股社会力量。同时，律师一方面与社会大众联系最为紧密，另一方面又对法律有较深的理解，在不断实践中应当为国家法制发展建言献策， 提高立法质量和促进司法公正。

（三）科学设置律师协会，明确各级律协的权利和义务

修改后的《律师法》第 43 条仍规定协会设置基本上依照行政区划进行。首先，这背离了行业管理组织的根本属性：既然是行业组 织，是民问机构，就完全不应该依照行政管理机构的模式层层设置；其次，忽视了各地律师业发展不平衡的现实，不利于达到行业管理的 目标 ；最后，不利于律师协会与当地司法行政机关真正分离，致使 “两结合”管理很难有效实施。

律协设置应脱离行政区划，并应考虑地方差异如人口数量、经济文化发展水平等科学设置律协，使律协与当地司法行政机关真正分离，实现“两结合”而不是听命于司法行政机关。三级律协之间的相互关系过于原则，应将各级律协的权利、义务加以明确。如应具体规定每一级律师协会的权利和义务，上下级律协之间应借鉴大陆法系国家如法国的规定，各级律协之间应是平等的协作关系，而不是类似行政管理的隶属关系，这样才有利于使律协体现民间自律组织的特点而脱离行政格调。

（四）实现律师协会的自主管理，完善律师协会管理职能

要真正的实现律师行业自治，树立律师协会的权威，就要使律师协会获得完善的管理职能，改变司法行政机关主导的模式。我国建立和完善律师行业管理体制,是在司法行政机关的直接推动下进行的，而反过来，行业管理体制的完善又意味着司法行政机关的权力范围越来越小和越来越弱。在中国政治体制改革的进程中，律师行业管理的改革才总是反映出它的不彻底性。要改变这种现状并非一蹴而就的，只能一步一步实现过渡，逐步把律师惩戒、执业注册、资格审查的权力收回律师协会，司法行政部门不应当参与具体的工作，只对律师协会的工作进行监督，律师协会应当接受监督，对章程和律师行为规范的修改及时向司法行政机关备案。同时应当加强律师协会自身的建设，提高其专业性程度，使之能够胜任管理律师行业，推进社会法制化的任务。

（五）加强律协的自身建设，使协会能承担起行业管理的重任

具体说来，国家应该从人、财、物及政策等方面对律协加以大力扶持，改变把律师协会当作司法行政机构的办事机构的错误观念，确保律师协会的自立、自主，使律协建设得到切实加强，使律协有能力切实履行行业管理的职能。律师协会往后需要加强以下系列的职能：保障律师依法执业，维护律师的合法权益：总结交流律师工作经验；组织律师业务培训；进行律师职业道德和执业纪律的教育、 检查和监督； 组织律师开展对外交流等的职能。

四、结语

在中国要建设法治社会，使权力意识深入民心，需要律师阶层的不断发展。与法官检察官相比，律师相对来说力量比较弱小，这与我国律师对诉讼过程的参与程度较小，发挥作用不大有关。作为一个法律职业阶层，减少对律师的行政控制，实现律师行业自治是我国律师制度发展的必经之路。在我国实现律师自治， 通过改革诉讼制度，发挥律师的权力制衡功能是必要的，根本的则是改变整个社会对律师职业的观念，提高律师的社会地位，使律师维护民权的形象深入人心。而要改变整个社会的观念并不是一夕之功，一方面需要律师不断提高自身专业素质和道德素质，真正成为维护民权的 “在野法曹”; 另一方面需要社会政治风气的改变和民众的法律意识的提高，逐步扩大律师行业的发展空间。

参考文献

1、史晓寒《浅谈我国的律师管理体制》，载自《法制与杜会》2008 年第 10 期。

2、司莉《中国律师行业管理体制研究》，载自《河北法学》2004 年第 2 期。

3、赵大程、李本森《探索有中国特色的律师管理体制》《中国律师》1997 年第 9 期。

4、新华社《完善律师法律制度须健全管理体制》，2008 年，10.12。

5、严本道《论我国律师管理体制的改革》[J]，载自《理论月刊》，2003 年第 4 期，第 82 页。

6、肖晖《中外律师制度比较及反思》[J]，载自《曲靖师专学报》2000 年第 1 期，第 28 页。

律师事务所管理规范与发展

安徽知秋律师事务所　宫鉴 樊逾

摘　要：随着中国法制的逐步健全以及民众法律观念的逐渐加强，不论是政府，还是公司等集体组织，乃至公民个人都表现出对法律的依赖和通过法律途径解决纠纷的趋势，由此，中国的法律市场呈现出一派欣欣向荣的局面。然而，日益增长的法律市场需求与现有律师事务所大多规模偏小、管理落后、领域狭窄、服务理念陈旧等问题也构成了当下的重大矛盾，该矛盾对律师事务所规模化、规范化、专业化提出强烈要求，对未来律师事务所的发展作出明确导向。本文意在投石问路，通过浅谈律师事务所的管理规范和发展方向，抛砖引玉。

关键词：规模　管理　专业　服务　发展　公司化　合作

与西方律师行业的发展相比，我国现代意义上的律师行业起步晚、时间短、经验少，但随着我国经济和社会的飞速发展和民众普法事业的显著进步，法律作为依靠国家强制力量解决各层矛盾纠纷的工具，日益获得社会各界的重视，并逐步成为确定权利义务、解决矛盾纠纷的重要手段，由此，对律师行业提出了越来越高的要求，目前法律服务水平普遍欠缺的律师事务所在获得广泛发展的平台同时，也受到巨大挑战，生存和发展成为律师事务所的主题。

一、当下律师事务所，至少是大部分律师事务所与法律市场现状存在诸多矛盾

（一）律师事务所规模偏小与市场对律师事务所团队合作需求的的矛盾

我国的律师事务所从最初的国资所，发展到合作所、合伙所，再到个人所，虽然是为了改善最初中国法治不健全的状况，放宽成立条件，以求大量催生律师事务所，使之形式极大丰富，但是，也造成了在律师事务所的队伍中，很多只有几个人甚至一个人，这样的所，律师之间无法互相借助彼此的资源和能力，面对一些复杂重大的案件，往往无从下手，或者无法圆满完成当事人的委托。如今的市场需求，使得律师业务呈多元化发展，已经不再局限于刑事案件、民间的个人纠纷或者一些法律关系简单的经济纠纷等，而是出现了各式各样复杂的案件，特别是一些涉及公司企业事务的案件，甚至政府和跨国集团等也越来越多的成为诉讼主体，还有非诉业务的发展，这些显然都是需要大型团队合作才能妥善处理的。同时，律师的业务量逐渐增加，原本应当是律师喜闻乐见的情况，却常常成为小规模律师事务所无法承受之重。

（二）律师事务所管理理念落后与市场需求复杂化之间的矛盾

法律市场需求的扩张，在带来大量业务的同时，也增加了律师业务的复杂性，进而增加了律师承办业务的风险，甚至是律师事务所生存的风险。法律市场对律师的办案能力和业务水平要求越来越高，律师不仅成为维护当事人合法权益的保护者，也容易成为当事人维护自身权益的声讨对象。大部分律师事务所业务仍然以律师带入个案为主，少部分律师事务所实行带薪律师和个案律师相结合，极少部分律师事务所实行统一分配和管理，这也就意味着，大部分的律师事务所风险控制仍依赖于承办律师个人而不是律师事务所的规章制度。在律师事务所内部人员管理上，合伙人之间，大多实行“沟通、协调”方针，与挂牌律师之间，大多实行程序性审查，而没有做到统一管理、风险防范、规范办案质量要求等必要措施。在业务管理上，虽然收案时由负责人审批决定是否受案，但大部分是程序性审查，甚至部分事务所仍然完全由引入业务的律师决定是否接受

委托，最终也是引入业务的律师自己承办，而不论其他律师是否在该专业领域具有更强的专业素养，也不论该案件的复杂程度是否需要团队服务，在案件承办过程中，律师事务所也甚少介入，基本完全由承办律师自行处理。在客户群维护上，也往往是采取各自客户各自维护，忽略了律师事务所的品牌效益和律师个人品牌效益之间相互依存的关系。在机构健全上，很多律师事务所没有明确的机构分工，财务、后勤、开拓案源、维护已有客户群、具体办案等各环节混乱不堪，严重影响了效率和发展。

（三）律师事务所承办案件领域的局限性与法律市场需求的多元性之间的矛盾

由于大部分律师事务所缺乏对未来发展的统一规划和高瞻远瞩的战屡眼光，在建所之初和发展过程中，常常局限于某一类案件，也就是案件构成单一，业务领域狭隘。虽然业内有一种思想，认为律师事务所就应该走专业化道路，放弃所谓的“万金油”理念，但是至少在现阶段的执业环境和成本控制上，只有极少的部分大城市，如北京、上海等的少部分区域允许走律师事务所专业化，而大部分地区只允许律师个人的专业化而律师事务所业务多元化，甚至很多地区连律师个人业务专业化的条件也不符合。首先，从执业环境来看，市场需求是多元的，业务种类是繁多的，一个律师事务所的专业化也就意味着局限了承办业务的领域，也就是俗话说的“为了一棵树，放弃了一片森林”，很少有律师事务所可以完全依靠某一类案件很好的生存和发展，一个上规模的律师事务所有多位律师，为了追求律师事务所业务的专业化，也意味着要求各位律师放弃其他业务或少接其他业务，这对事务所的凝聚力和律师个人的发展都是有害的；再从成本控制上看，律师个人的专业化很容易做到，进而一个律师事务所可以拥有多位在不同领域具有专业取向的律师，不论是律师个人还是律师事务所乃至是整个律师界所需要付出的成本都是比较小的，然而，一个律师事务所的业务专业化，不仅要同意全部律师的专业取向，还要在整个业界分配各个律师事务所的专业取向，要做到利益均衡的同时又能满足市场多元性需求，无疑是需要投入极大成本的，而且，在现阶段以及未来很长一段时间，基本不可能做到。而且该矛盾还有一个重要体现，就是市场需求的多元性中包含了很多传统律师业务未能覆盖的方面，例如反倾销案件、反垄断案件、专利权案件等领域，这要求整个律师界对自身业务范围的拓展。

（四）律师事务所服务理念陈旧与市场需求优质律师服务之间的矛盾

律师行业也属于服务业，但是由于历史原因和律师自身优越感，很多律师在为委托人提供法律服务时，并没有将自己定位为服务人员，为很多律师事务所不仅没有对办案律师的的服务态度和服务质量进行严格要求，甚至助长了该风气。如今的法律市场，委托人是复杂的，案情是复杂的，对律师服务的要求是越来越苛刻的，优质的服务，不仅是所办案件效果显著，还要求在案件承办过程中，与当事人很好的沟通，耐心的服务，做到态度好、效果好的有机统一，如此才能打造出良好的口碑。

（五）律师事务所业务培训欠缺与市场需求日新月异之间的矛盾

一个优秀的律师应当是在不断成长的，如此才能通过每个律师的成长促进一个律师事务所的成长。社会矛盾随着经济发展不断涌现出新的矛盾，由于法律的滞后性，法律本身都无法及时处理，更遑论以法律为工具的律师，律师即使无法走在法律的前沿，至少也要紧跟法律和司法实践推陈出新的脚步，但由于律师个人精力的局限，律师个人很难做到，这也就反映出律师事务所业务培训的重要性，而现阶段，即使在北京，大部分律师事务所也没有投入足够的资本，其他很多城市，甚至根本都没有律师事务所愿意作任何投入。

解决以上矛盾，是律师事务所良性发展无法逃避的过程，而解决上述矛盾重中之重就是要结

束律师事务所松散的结构，将律师事务所打造成一个有机整体。

二、引入公司化管理模式

实践证明公司体制是最为广泛高效的经济组织形式，时至今日，已基本发展成科学、成熟的体系。虽然中国不同于西方，现阶段成立完全意义上的公司制律师事务所有困难，但是仍不妨碍将公司的管理模式变通应用于律师事务所，形成实质上合伙而管理上公司化的复合形式。对比于公司的股东会，律师事务所可以成立以合伙人为成员的“类股东会”，以合伙人会议形成的决议和章程作为律师事务所常务管理规范，这些规范就相当于“公司章程”，合伙人必须严格遵守并确保章程在全所上下贯彻实施；对比于公司的董事会，可以由全体合伙人选举产生日常管理层，在律师事务所主任的指导下，管理律师事务所常规事务，并由律师事务所非合伙人成员选举产生部分人选参与管理层，以期协调发展；对比于公司监事会，可以由律师事务所全体成员共同选定数人，形成监督机构，确保律师事务所各层均已律师事务所整体利益为优先，并协调成员关系，防止矛盾产生和激化；对比于公司的业务机构，律师事务所对应成立后勤保障部门、财务部门、行政部门、营销部门和实践部门，分别管理后勤、财务、文书、拓展和维护案源以及实际承办案件等不同事务，律师事务所主任对各部门有统一调配和管理的权利；对应公司的业务种类，律师事务所可以根据法院立案案由，做广义或狭义区分，根据不同律师的专长，分配案件主办人员，协调调度。如此，将律师事务所打造成一个完整的有机整体。当然，出于律师事务所和律师职业的特殊性，不能死搬硬套公司模式，在引入公司化管理模式的同时，还要切实考虑行业的特殊性，做到总体管理即可，制度性与灵活性相结合。

三、明确利益分配制度，协调各成员利益关系

一个较大的律师事务所，往往有多位合伙人，多位非合伙人律师，还有其他人员。利益交叉，相互关联，没有明确的利益分配制度，势必会导致彼此之间存在冲突，从而影响律师事务所整体的发展。因此，必须将利益分配制度写入律师事务所管理规章，任何人务须严格遵守。

首先是合伙人之间。在最初的合伙协议中，对利益的分配有所提及，但随着发展，原有的协议不一定能跟上变化的节奏，因此，应当定期或不定期召开合伙人全体会议，研究和分析当前律师事务所的发展状况和各合伙人的贡献程度，在提倡奉献的基础上，共同决议分配制度的改革，增强凝聚力，进而打造出一个对内和谐统一，对外团结一致的律师事务所高层。当然，作为人合性极强的律师事务所，还应当考虑到最初的合伙精神，不能一味追求利益，实现人性化规范管理。

其次是合伙人与其他律师的关系，非合伙人的律师，有一部分是受薪律师，这一部分律师对律师事务所有更强的依赖性，也更容易接受律师事务所的管理，但，作为放弃了自由职业精神的律师，其不仅对高收入和稳定收入具有较大的期待，对管理层的尊重程度和工作环境以及能否通过承办律师事务所的业务提高自身的业务能力和积累资源有较高的期待，这些律师很多是入行不久，对行业有着极高期望和荣誉感的“新人”，虽然短时间内不能为律师事务所带来很多新的案源，但却属于律师事务所的中坚阶层，支撑律师事务所一般业务的正常进行，相信在律师事务所的高层尊重和给予相应的收益和发展机遇，这些律师可以成长地越来越优秀，也会在无形中打造律师事务所的品牌形象，吸引更多更优秀的成员加入。还有一部分律师，虽然不是合伙人，但主要以自己的个案为主，这些律师对自由职业环境有很强的要求，对外的资源也比较广，他们可以给律师事务所带来很大的直接利益，开拓案源，维护关系，创造效益都是他们引以为傲的能力，这些律师应该获得相对宽松的工作环境，以便于发挥其特长，同时，在收益分配上，可以适当放宽，

根据不同的业绩进行分配，也有益于促进其积极性，但是，仍应当严格要求其贯彻实施管理规范，这是一个所发展的基础，个体的强大终究不敌一个团体的强大。

最后是行政、后勤、财务等费律师成员，这些成员虽然不承办律师业务，但是，他们的存在对于律师事务所极其重要，律师的精力应当集中于开拓案源和承办案件，因此，保障律师事务所的后方这样的重要使命就负担在非律师成员数身上。行政管理直接影响律师事务所的正常运转，后勤保障直接影响律师的办案效率，财务管理直接关系律师事务所的经济命脉，对此，律师事务所应当充分考虑律师事务所的发展状况，尊重他们，并根据律所的收入调整他们的收益，使之收益与律师事务所的发展相挂勾，树立起个人荣誉感和集体价值观。

四、开拓案源与维护客户群

律师事务所是既有利益目的又有社会价值目的的团体，但首要的生存条件便是开拓案源和维护原有客户群。

开拓案源不能仅仅依赖律师个人能量的简单相加，还要发挥出作为律师集合的集体力量，塑造律师事务所的品牌形象。现在企业和政府等团体基本已经明白律师的价值，即使做再多的宣传工作也只是与其他律师事务所的竞争，律师事务所想要充分发展，还要依靠普通群众的力量。普法事业在中国尚需继续努力，不仅要依赖于国家，还应当有律师事务所的努力。律师事务所应当经常实习“法律进社区”、“送法下乡”等活动，宣传法制，为老百姓解决法律问题的同时，也打响了自己的品牌。

维护现有客户也需要集体与个人的协同努力，不仅要在每个承办律师办案时尽心尽力，做到服务质量与案件效果俱佳，留住客户，还要有律师事务所投入精力，加强与原有客户特别是大型单位等的日常联系，从业务往来发展到具有共通利益的依存关系。

这些都需要律师事务所投入专门的注意力，应当根据需要，全体研究方案，或者分块负责，并设立奖励机制，这样，既稳定了基础，又促进了发展。

五、加强专业培训和业务导向

对办案律师，应当有意识的分析和商讨其专长，不求其放弃其他业务，只求其能在专长的领域向专家化发展。律师事务所每年从收益中抽调专门资金，对律师进行分方向培训，使有专长者更专业，无专长者有专长，并有针对性的指派相应案件让其进行实战训练，并通过案件进行宣传，如此，使外界深知本所各领域均有较专业的律师服务，必定能增强律师事务所整体的竞争力，又能缓解本所律师之间的不良竞争。

对法律市场，要充分调研，敏锐发觉市场动态，捕捉新兴案件领域的痕迹，在律所建设和律师培训中，进行明确的业务导向，使正在产生的和即将产生的领域，有储备律师人才，更快地融入市场变化，满足多元化需求。

结语

在中国特有的环境下，律师事务所的生存和发展是亟待解决的问题，只有在迎合法治大势的前提下，充分考虑法律市场需求，提高自身的综合实力，才可以继续发展，进而实现律师事务所的社会目的，推进中国的法治进程，同时也可以实现律师事务所的经济目的，由此，规模大、管理理念先进、服务质量优秀、专业分工明确的大型律师事务所才是适者生存的。

浅析律师事务所公司制分配制度

安徽深蓝律师事务所　音邦定 朱 寅

摘　要：分配制度在任何商业机构里都是不容忽视的大事，一个好的分配体系是维系团队的纽带，甚至关乎着本机构的生死存亡。毫不夸张地说，一套科学、合理的分配制度决定了律师事务所的稳定和发展。世界排名前 50 强的律师事务所，平均规模在千人左右，基本都拥有一套完备的管理经营体系。与欧美发达国家的律所相比，目前我国律师事务所的规模尚小，组织形式较单一，综合服务能力弱。随着市场经济的发展，“万金油”式的律师服务终究将被时代的浪潮所淹没，社会需要的是专业水平高、服务能力强的律师团队。因此，如何打造一支能够适应法律市场发展的精英团队，将成为每个从事律师行业的人都应深思的问题。本文从我国律师事务所现有分配制度谈起，比较各模式的优劣，重点分析公司制分配制度后指出该分配制度是律所适应法律市场迅速发展的有力武器；最后，笔者仅就自己的理解对公司制分配制度在律师事务所运行过程中理应注意的问题提出完善建议。

关键词：公司制分配制度　律师事务所　服务模式

一、我国律师事务所分配模式现状

我国律师事务所目前存在三种分配模式：包干制、提成制和公司制。三种模式在律所的成本、费用分担、利润分配等方面有较大的差异，同时受规模、业务构成、合伙人经营理念等因素的影响，各律所必然会采用不同的分配模式。

包干制分配的主要内容是“合伙人分摊费用、律师上缴管理费后全部收费归个人”[1]该项制度的优点非常明显，即最大限度地鼓励律师多承办案件，个人创收越多，所得利益便越大。一般说来，少数人合伙的小型律所经常采用包干制进行分配，鼓励个人充分发挥能动性，以期更多地承揽案件，达到利益的最大化。在追求数量的同时，包干制的缺点也伴随而生。每个律师各自为战，往往忽视了与本所其余律师的合作，难以形成专业分工和团队合作；其次，随着规模的扩大，律所会因为缺少公共管理成本和发展基金而导致陷入管理混乱和发展受限的窘境。

提成制要求“合伙人和律师均提取一定比例的收费作为业务费用和报酬，年终如有利润，在合伙人之间进行二次分配。”[2]这种体制下，合伙人之间，合伙人和律师之间有一定的互助关系，可能出现以部分高级合伙人为主导的局部团队合作。提成制在鼓励创收的同时也为律所提供了部分发展基金，一定程度上保证了律所持续健康的发展。正基于此，我国现阶段大部分律师事务所采用该项分配制度。但是，提成制并不能解决律师事务所内部组织松散，律师队伍稳定性，律所内部向心力日益弱化差等问题，不利于形成长期合作的专业化律师团队。

公司制的大致理念是对律所内的律师全员授薪，结合综合绩效积分考评结果决定最终的分配方案。该项体制下，团队的业务和收入变成了公司化，律师（尤其是年轻律师）的基本生活和工作条件能够得到保障；综合绩效积分也鼓励了律师在案件中“多劳多得”；律师最终的收入不仅与办案数量有关，还与招徕案源的数量、业务学习成果的多少、对律所影响力贡献的大小息息相关；另外，在公司制分配下，律所的管理水平变得更高，发展基金变得更丰厚，更利于形成专业化、规范化的律师服务团队，有助于律所长期稳定的发展。当然，公司制分配也会因为综合绩效考评过于复杂，管理费用过高而遭到部分律师的诟病。但是，不能否认的是公司制分配确实是律师事

务所发展壮大的“良药”,国外众多大型律所的经营理念中,都涵盖了公司制分配制度,我国北京、上海、广东等城市的部分律所已经开始着手施行公司制分配,并且取得了很显著的效果。

二、公司制分配制度的现实意义

据前瞻产业研究院《2012-2016 年中国律师事务所深度调研与投资预测分析报告》统计,自 1979 年律师业恢复以来,行业规模一直成指数增长。全国律师人数从 1979 年底的 212 人发展至 2008 年 15.67 万人,再到 2010 年的 1.72 万家律师事务所、近 20 万律师。但在 1.72 万家律师事务所中,规模超过 1000 人的律师事务所只有 2 个,超过 100 人的有 28 个,50 人到 100 人的有 149 个,30 人到 50 人的有 471 个,这些加在一起是 650 家。另据司法部估计,小于 10 人的律师事务所占总数的 50%以上。至 2011 年,我国已经拥有接近 1.9 万家律师事务所,超过 20 万的从业人员。

根据以上统计数据不难看出,我国律师事务所规模大部分处在中小型阶段,主要的业务来源还是靠律师个人挖掘,很难形成规模化的团队。《律师法》第十五条的规定:“合伙律师事务所可以采用普通合伙或者特殊的普通合伙形式设立。”从现状来看,律师“单打独斗”似乎成为了行业中的常态,各合伙人名为合伙,实际上却各自独立地进行办案,几乎不能够以整体的面貌面对市场、面对客户,各个律师之间信息交流的频率也较少,相互协作、互补的机会也只能靠少数律师之间偶尔的共同办案所得。有学者讽刺国内现有的律所合伙制度缺乏内部协调、市场开发、质量控制、外部公关、行政管理等,体系上甚至不如建筑公司和夜总会。一个只依靠个人能力发展的机构注定不会长久,这点从高特律师事务所失败的案例中我们可以很清晰地认识到。

美国纽约曼哈顿的高特兄弟律师事务所是美国最早成立的律师事务所,辉煌的成绩数不胜数。2005 年 8 月,高特兄弟律师事务所突然宣布倒闭,做为一个有着 153 年发展史的律所,究竟是什么原因导致其走向终结呢?“我国律师事务所管理专家高云先生指出,高特兄弟律师事务所的瓦解是因为它在治理方面的决策和约束等环节上出现了致命错误,国外大型律师事务所大多是采用公司化模式对外扩张,也就是对外是有限责任,对内按股份大小进行决策,但高特兄弟律师事务所却采用了与它对外扩张的运作模式不相适应的”一人一票“的合伙制式决策模式,这种内部管理的‘人合’与形式上的‘资合’导致了高特兄弟律师事务所的最终解散。”[3]

虽然从现行立法来看,我国律师事务所依然只能是合伙制的组成形式,但是却能从分配制度上实现公司制的管理,充分整合资源,发挥团队合作的作用,创造律师智力劳动的最大价值,使得律所能够长久地发展。因此,公司制分配制度在我国律师事务所壮大的道路上可谓“呼之欲出”。

三、公司制分配制度构建的完善

律师事务所公司制分配制度基本上采用的是底薪+绩效积分×创收利润基数,具体操作细节各所根据自身的情况决定,最适合自身发展的分配机制才是最适宜的分配机制。从细节操作层面来看,公司制分配其实并不难实现,关键是在制度构建的理念上需要注重诸多问题。

(一)正确树立律所分配机制的价值取向

律师事务所在实施公司制分配制度上一定要把握其精髓,即增强律师的团队观念,加强律所的凝聚力,提高组织的发展潜力,吸引和培养专业化的精英律师。由此可见,底薪的设置不宜过低,也不宜过高,过高会大幅减少律所的发展基金;过低会降低律师的积极性。在案件办理的过程中,对绩效积分考评施行严格的控制,鼓励“多劳多得”,同时鼓励团队成员进行专业上的研究,增强自身的业务能力。不可否认的是,公司制分配制度在实施的初期可能会给合伙人的收入造成

一定的影响。但从长远来看，合理的分配制度会给整个团队和合伙人个人带来更大的收益。

（二）团队管理层应具备高度的协调和组织能力

律师事务所实行公司制分配制度的关键执行者是团队的管理层。制度的实施不仅要求管理层公平公正地进行绩效考评，还需要注重培养成员的研发能力，让有能力的律师愿意去专注于法律专业的研究，从事学术理论研究的成员不会因为业务量的减少而影响收入，甚至获得更高的报酬。

团队负责人应具有高度的协调能力，将工作交给最适合的人去做，引导成员间相互协作，相互监督，进而提高法律服务的质量。整体利益的提高自然而然地会带动个人经济效益的增长，这就会使所有的团队成员向心力变强，也防止了律师个人出现违规办案的情况发生。

（三）建立健全职业经理人制度

目前我国大部分的律师事务所缺少专门从事管理的职业经理人，实施公司制分配制度后，律所有较充足的发展基金去探索和培养一支专业化的管理团队，负责外部公关、内部协调、风险控制、研发培训以及质量控制等工作。从长远战略角度来说，职业经理人制度对律所业务量的提高，业务水平的提升和团队有序开展工作都有着非常重要的作用，是律所文化建设过程中必需的一环。

（四）平稳有序地开展公司制分配制度

由于提成制在国内律师事务所积淀的时间已经相当长，很多律师已经习惯于提成制的分配方式，不难想象公司制分配制度的实行会遭到部分人的异议。因此，笔者建议在律所内部可以吸纳业务模式和收入相近的合伙人先行业务和收益公司化，组建较小的团队首先进行试点，平稳有序地将公司化扩散到整个律所，保证制度的实施不给律所现行的框架造成太大的影响，让其他的合伙人和律师能够逐渐认识并接受公司制分配所带来的益处，以求更进一步地推动制度的实施。

安徽深蓝律师事务所致力于发展百年大所，但从现有的制度管理上来看确实有不尽如人意的地方，整个律所团队整合力还比较欠缺，律师各自为政的状态也比较普遍。律师助理长期由一名律师带领工作的方式并不利于年轻律师的培养。公司制分配制度带来的是业务和收入公司化，对于培养律师团队意识和提高业务能力都有着不可估量的作用。有鉴于此，本所在发展的过程中可以结合自身的特点适时地试行公司制分配制度，将每位成员的汗水换化成整体的硕果，以期取得更大的辉煌。

注 释

1、蒋琪《广东律师》，2012 总第 182 期。

2、王先东《中国律师》，2004 年第 11 期。

3、郑效军《我国公司化律师事务所治理机制研究》第 4 页，2006 年复旦大学硕士学位论文。

试论县域青年律师的培养

安徽黄淮海律师事务所　唐凤龙

摘　要：青年，是国家和社会的财富；青年律师，是整个律师行业的财富。青年律师的成长和发展关乎律师业的前途，更关乎国家法治建设的进程。然而，由于目前我国经济地区差异较大，律师业发展很不平衡，出现的最直接的后果就是县域律师业发展迟缓、执业环境差、律师政治地位低、收入少，特别是青年律师甚至不能维持最基本的生存，加之县域律师事务所多数不能给青年律师提供一个合适的成长环境，县域青年律师处境堪忧。这一状况应该引起司法行政机关、律师界及整个社会的关注和重视，借现今社会大发展的良好契机，认真研究解决办法，并严格执行法律规定，抓好各项制度的落实，尽快改变目前县域青年律师所面临的不利局面，促进县域青年律师的培养与发展。笔者结合自己的执业经历仅就这一问题作以浅析，以求对县域青年律师发展之路的共同探讨。

关键词：县域　青年律师　培养　发展

在我的理解中，“青年律师”应该指进入律师行业且执业年限在五年以下的律师，年龄不能且不应成为定义的标准。目前，在县域范围内，通过司法考试进入律师行业的新同行中，有相当一部分人年龄大于三十岁，有的律师是半路出家。他们可能具有其他方面的工作经验，但律师作为一个实践性很强的职业，必须在律师实务上有较多的锻炼，才能胜任。然而，由于区域及执业环境的条件限制，县域青年律师缺乏案源、生活没有保障、业务无人培养，基本上处于放任自流、自生自灭的状态，其生存环境之恶劣已经到了必须高度关注的程度。

一、县域青年律师生存现状及困境

（一）案源贫乏

囿于县域经济发展，县域律师的业务几乎还是普通的诉讼案件，并且收费不高。在当地有名的律师，其收入也是一个个诉讼案件的简单累积，即使是这样，县域青年律师对此也只能是望尘莫及，有时甚至是几个月没有一个案件，哪怕是法律援助案件也很少指派到青年律师的头上，几乎被法律援助中心的律师瓜分。曾经有一位司法行政官员表扬一位县域青年律师一年内办了多少件法律援助案件，希望其他青年律师向他学习，不要认为是法援案件不赚钱就不办。殊不知，这位县域青年律师也是靠着不一般的关系才拿到法援案件的。不赚钱的法援案件的竞争尚且如此激烈，县域青年律师的案源贫乏程度可见一斑。

（二）生存压力大

由于县域经济不发达，必然导致业务量少；很多当事人经济状况不佳，绝大部分当事人不愿花钱委托律师；还有部分请得起律师的当事人认为要请也要到市里请“大律师”。所以，基于对县域青年律师的不信任，其所能接手的案子就更少，收取的代理费也较低，除去基本的生活费用和办案开支、税费等，几乎没有剩余，甚至入不敷出，不能维持最基本的生活，自己养活不了自己，经济压力过大，时刻处于自生自灭的境地。

（三）业务无人指导

在县域律师业中，没有形成有力的律师间的合作，还只是单打独斗的散兵游勇。有的律师有“教会徒弟，饿死师傅”的观念，认为进来一个律师就多分走一份蛋糕，不愿给青年律师以指导，而眼下又无必须给予青年律师指导的强制性规定，造成有些合伙人固步自封、保守管理，青年律师基本是摸着石头过河，“自学成才”，积累一定的实践经验周期过长、成本较高，从一定程度上也限制了县域青年律师的发展。

（四）县域执业环境恶劣

到过沿海或发达地区办案的律师都有一个明显的感受，案件只要依法办理，进程还是比较顺利的。而县域内一般社会关系圈较小，青年律师往往被各种繁琐的人际关系缠绕，不认识公权力机关的人员，不与他们搞好关系，案件很难进行得下去。同时，法律工作者跨区域代理、黑律师活动猖獗，致使县域法律服务市场混乱不堪，严重损坏了县域律师的社会声誉。这些无疑是县域青年律师致命的枷锁。

（五）社会地位低微

当前县域地区相当多的政府部门和司法机关对律师的职业不理解，认为律师正常履行职责维护群众利益的行为是与政府作对，是捣乱。甚至司法机关某些司法人员对律师还存在着相当的歧视和偏见，认为律师代理案件是搅和事的、是添乱的。律师的地位与作为国家公务员的公、检、法工作人员相比，在司法制度框架内权利不平衡，律师社会地位低下，处于明显的劣势，律师职业受尊重程度较低。

二、形成县域青年律师执业与生存困境的主要原因

（一）县域青年律师业务技能和实践经验缺乏

毋庸置疑，青年律师经过系统的法学教育并通过国家统一司法考试，对法律条文比较熟悉和敏感，接受新事物的能力较强，对工作充满激情，但青年律师普遍缺乏法律实务方面的实践经验，业务技能还很欠缺，法律知识尚不能很好地转化并在实践当中运用，这些都是制约青年律师发展的自身因素。

（二）律师事务所的团队作用没有得到发挥

目前，县域律师事务所大多规模较小，管理松散，利益分配采取提成制，律师基本上是单打独斗，缺乏合作，律师事务所缺乏凝聚力，律师的团队作用没有得到发挥，不能形成律师事务所的规模化、专业化、品牌化。合伙人不能正确处理眼前利益和长远利益的关系，过分强调眼前利益最大化，从没想过要在律所的公共积累和长远发展上做文章，结果是吃光分光，以至于对青年律师的培养无从谈起。

（三）司法行政部门与行业自律组织没有发挥应有的作用

对于混乱的法律服务市场，司法行政机关没有做到有效的监管，法律工作者的跨区域的野蛮代理、黑律师不顾一切的大肆忽悠、司法行政及政府工作人员的有偿代理，这些现象，都没有得到有效监管，从而进一步恶化了青年律师的执业环境；作为律师行业自律组织的律师协会，其主要领导大都是司法行政机关的负责人，律师协会从某种意义上来说是第二司法行政机关，它的作用仍是对律师的规范和限制，维护律师权益的作用不到位，县域律师特别是县域青年律师在这种环境下执业，其状况可想而知。

（四）制度保障不力，律师处境尴尬

我国在立法上虽然对律师的执业权利作出了大量的规定,但是在相关的司法解释里又受到了不同程度的限制,致使律师的地位及作用不能很好地体现出来,律师始终处于边缘化的尴尬境地。加之律师受排挤、沦为牺牲品等问题的进一步的凸显,舆论导向对律师执业中的一些不法行为和现象片面化地妖魔化报道,造成社会上对律师的片面化认识,律师执业环境问题没有得到改善。

三、县域青年律师培养与发展的途径

(一)县域青年律师的成长首先要从自身做起

俗话说,打铁还得自身硬。县域青年律师只有苦练内功,才能在不利的执业环境中固守自己的阵地,形成自己的风格。

1、县域青年律师要树立正确的世界观和价值观。既选择了律师行业,就要在这个行业坚定地走下去,不为一时的困难所吓倒。只要有了这个坚强的信念,就能不断克服眼前的困难并保持一个良好的心态。

2、要谦虚地学习。要学习书本上新旧知识,更要向老律师学习他们在长期执业生涯中积累的丰富经验,全面提高业务能力,培养律师业务思维。

3、通过不断的学习和实践,确定专业化发展方向,并为此做好知识储备,抛却"万金油"式律师的习惯,力争在某个领域成为行业的领头羊,提升在这些领域的服务水平,进而形成自己的专业优势。

4、要诚信执业,保证质量。始终恪守律师职业操守,不作空头承诺,不大包大揽,要讲究诚信,用心办案,最大限度维护当事人的合法权益。

(二)律师事务所应建立各项机制,保障青年律师成长

1、思想上要高度重视。县域律师事务所主任及其他合伙人应在思想上充分认识到青年律师是律所的新鲜血液,制定切实可行的培养制度,以增添律所的活力,培养律所发展的后备力量。

2、生活上要充分保障。青年律师都具有较高的学历并刚刚通过司法考试,有扎实的理论知识。但是,由于刚刚执业,缺乏案源,收入较低,生活没有保障。因此对县域青年律师的培养,首先是解决生活保障问题,笔者认为可以通过以下途径:第一,律所通过调节案源分配拿出一部分案件给青年律师的方式,确保青年律师有案可办,有相对稳定的收入;第二,制定制度来规定青年律师与指导律师合办案件分成比例的形式,保证青年律师能够获得收入;第三,可以通过由律所或指导律师支付固定工资的方式,保障青年律师的基本生活。第四,通过奖励、补助等方式来解决青年律师的生活保障问题。

3、业务上要加强指导。律所老律师要摒弃传统观念,放眼长远,无所保留地对青年律师进行业务指导、传授其办案技巧、告知如何防范执业风险、督促青年律师学习新的法律法规、协助青年律师制定符合自己的营销计划并提出一些合理的意见和建议。

(三)司法行政机关及律师协会要有所作为,提供有效的制度保障

1、司法行政机关要规范县域法律服务市场,为县域青年律师创造良好的执业环境。目前,在县域法律服务市场中,除县域执业律师外,还有法援中心律师、乡镇基层法律服务所的法律工作者,这些人中成员复杂,有的是公务员(在去开庭时侯开着警车、穿着制服),有的是聘用人员,他们经常跨区域代理案件,服务范围、收费方式和律师没什么区别,但同律师相比,他们存在服务质量低劣、收费混乱、冒充律师名义执业、无证执业、乱立招牌等诸多问题,严重损害和败坏了县域律师的执业声誉和公信力,严重扰乱了县域法律服务市场。如果不从根本上加以整顿

治理，必然会影响县域律师的发展，县域青年律师受害也会首当其冲。因此，司法行政机关应从制度入手，在市场准入、服务范围和空间、收费方式及标准上进一步规范县域法律服务市场，为县域青年律师创造良好的执业环境。

2、律师协会是律师的“娘家”，青年律师的成长离不开律师协会的关注和支持。律师协会的行业管理地位和职责，决定了其在县域青年律师的发展中的重要地位和作用，律师协会能够也应该高瞻远瞩，在县域青年律师的培养方面提供有效的制度保障。要加强与有关部门的沟通和协作，争取有关部门提供资金对青年律师进行专项培训，邀请有关专家和经验丰富的律师对青年律师进行培训，提高青年律师法律服务的综合技能。另外，应在律师年度培训费、律师年度注册费上给予一定的减免优惠，为青年律师的发展提供支持。

县域青年律师的培养与发展问题，直接关系到县域律师乃至整个律师行业的可持续发展，关系到我国民主法治建设的进程，是一个系统工程，需要司法行政机关、律师协会、律师事务所、律师个人和全社会的共同、长期、不懈的努力。我们有理由相信：在各方目标一致、通力合作的基础上，县域青年律师必将成为律师行业未来的中坚力量。

参考文献

1、池方景：《WTO 背景下，我国县域律师事务所面临的挑战和对策》，载《第四届中国律师论坛•百篇优秀论文集》，中国政法大学 2004 年版。

2、邱旭瑜《穷律师富律师》，法律出版社 2006 年 8 月版。

3、陈虹伟、朱宏：《关注青年律师》，载自法制网。

4、安徽省律师协会《关于促进我省县域律师工作发展的若干措施》试行。

浅谈我国设立公司制律师事务所的必要性

汪淑芬

摘　要:随着社会经济的发展和全球化的进一步加深，我国律师事务所在运行中产生了许多问题，严重制约了其健康发展。在这样的背景下，律师事务所体制改革势在必行，设立公司制律师事务所是一种值得借鉴和参考的思路，有助于我国律师服务业走向规模化、专业化、产业化，摆脱目前我国律师事务所发展面临的困境，在激烈的竞争中生存和发展。

关键词：公司法　律师事务所　公司制　改革

随着全球化的进一步发展，我国的法律服务业同制造业等行业一样，受到一系列来自国外的影响：国外的律师事务所凭借其深层次、宽范围和强实力，迅速地进入中国法律服务市场，中国法律服务市场的行业竞争日益激烈。国外律师事务所之所以能够如此强大，并且迅速开展跨国业务，不仅因为其本国诉讼制度的完善，还在于事务所本身的体制使其实现了组织机构和业务的产业化、规模化。

而中国的律师服务业，面对外来的竞争对手和内在的发展需要，只有实现事务所体制的深层次改革，实现规模化、产业化，才能在全球化的竞争中不被淘汰，实现可持续发展。

一、我国律师事务所的现状

1、组织形式和基本特征

2007 年 10 月 28 日，十届全国人大常委会第三十次会议审议通过了新修订的《律师法》。新法增加了特殊的普通合伙律师事务所和个人律师事务所，确立了国资所、合伙所和个人所三种律师事务所组织形式。其基本特征如下：

国资所。是指由司法行政部门根据当地的实际情况下达人员编制、核拨经费、选配人员、确定场所，由国家一次性出资设立的律师事务所。国资所有以下特点：(1) 资产归国家所有。(2) 自主经营，由司法行政机关对其进行指导和监督，内部设立律师会议制度，由全体律师组成，民主管理国资所的重大事务，其负责人由全体律师推选，报请设立该所的司法行政机关任命。(3) 是法人单位，以该所的全部资产承担有限责任。

合伙所。是由律师依照法律和合伙协议的规定共同出资设立的，财产归合伙人律师所有，责任由合伙人律师承担的律师事务所。其基本特征有:(1) 人员自愿愿组合设立，必须有书面的合伙协议，合伙协议是合伙所的设立依据和决定律师权利义务关系的准则。(2) 设立时，由合伙人共同出资，合伙所的财产归合伙人共同所有，每个合伙人在合伙所的财产中所占的份额由合伙协议约定。(3) 合伙人会议是合伙所的权力机构，由全体合伙人组成，决定合伙所的发展规划、分配方案、修改章程、负责人人选及其他重大事项。(实行独立核算、白负盈万，合伙人对事务所的债务承担无限责任和连带责任。

个人所。是指由一个律师独立出资、自主经营、自主管理、自负盈亏的律师执业机构。主要有以下特征：(1) 由一名律师独立投资设立，设立资金不少于十万元。(2) 自主经营、自主管理、自负盈亏。(3) 投资律师对外承担无限责任。

以上三种类型的律师事务所各有所长，共同发展，为我国现阶段的律师服务提供了多种可供

选择的执业机构，为我国律师业向前发展起了巨大的推动作用。

但是，由于这三种律师事务所在投资主体、管理模式、分配制度、债务承担等方面的差异较大，在实践中存在的问题也日益凸现出来，阻碍了我国律师事业的进一步发展。

2、存在的问题

现阶段，根据国家有关规定，国资所逐步与司法行政机关脱钩，国资所律师不再具备国家公务员的身份。尽管如此，国资所本身的问题却依旧存在，并未因合作所、合伙所的出现而消失。在人事问题上包袱沉重束缚太紧，缺乏自主权；在分配上，律师的收入无法与其他类型的律师事务所相比；在产权制度方面，不具有法人财产制度和共同治理制度，是一种不完善的组织，在非国资所面前竞争力较弱。由此，导致国资所的人员素质下降，发生人才危机，积极性下降，业务深受影响，最终影响律师业的发展。

此外，阻碍律师业发展的因素还表现在合伙所和个人所的无限、连带责任问题的局限性越来越突出。

律师法规定合伙人律师和个人所的设立律师律师对律师事务所的债务承担无限、连带责任。当然，这可看成是对律师执业水平的严格要求和对服务对象利益的严格保护，但其局限性非常明显:第一，让合伙人或律师个人承担无限、连带责任不利于律师事务所规模化发展。由于历史的原因，我国律师制度恢复只有 20 来年，真正具有实力的律师事务所并不多，与国外律师业的发展相距甚远。承担无限、连带责任，在规模化、专业化及高层次发展方面受到很大的制约，严重影响我国律师业的发展壮大和竞争能力提高。无限、连带责任增加律师的负担，阻碍了律师业的发展。第二，承担无限、连带责任将不可避免地削弱律师从业的积极性。第三，不利于律师业同国际律师体制接轨。在美国、英国、法国及比利时等西方国家，律师事务所已向有限责任公司发展，律师事务所和公司一样具有民事主体资格，合伙人就是股东，只承担有限责任，大大降低了律师的执业风险，激发律师从业积极性。

另外，传统形式的律师事务所不便于科学管理。律师有时候既是投资人，又是管理者，还是职业律师，一般而言无暇花功夫进行管理，更谈不上管理的效能与科学化。

在这样的背景下，学习英美等西方国家，设立公司制的律师事务所，似乎更能够实现对律师事务所的科学管理，促进律师服务行业的发展。

二、我国设立公司制律师事务所的必要性

公司制律师事务所是由两个以上投资主体或执业律师组成的法人制律师事务所，它是以营利为目的而依法设立的具有法人资格的律师执业机构。其主要特征是:（1）具有法人资格，主任是法定代表人；（2）能够独立承担民事责任；（3）名称具有多样性；（4）是营利性组织；（5）具有公益性；（6）经营范围具有特殊性；（7）其权力机构是股东会。

（一）公司所的优越性

公司制律师事务所综合了国内外各种律师事务所的优点，因而具有其他形式的律师事务所所不具有的优越性。

1、有利于降低律师的执业风险。

由于法律规定合伙律师须承担无限连带责任，这在一定程度上影响其内部管理的完善和规模的扩大，从而影响其经济效益和服务质量的提高。公司制律师事务所的设立，赋予律师事务所具备完全的民事权利能力和民事行为能力，使律师事务所成为独立的法人实体，律师可以象有限责任公司股东那样只承担有限责任，这就大大降低了律师的执业风险。

2、有利于律师事务所管理的科学化。

公司制律师事务所在管理上完全借鉴有限责任公司的管理体制和管理经验,凡是出资的律师就是股东,实行股东大会、董事会及监事会制度。股东大会由全体股东组成,是律师事务所的权力机构。董事会由股东大会选举产生的律师组成,是律师事务所的执行机构。监事会由股东大会选举的监事组成,监督董事会的日常运作,这样形成权力制衡格局,权责明确,管理民主,既可提高律师的积极性和责任感,又可扩大律师事务所的规模,提高律师事务所的效益。

3、有利于吸引社会对律师业的投资。

根据现行律师法规定,合伙所的合伙人都是执业律师,换言之,不是执业律师就不能成为合伙人,就不能投资于律师业,这种局面限制了合伙所规模的扩大,资金的扩张,并且削弱了其抵抗风险的能力及信誉,公司制律师事务所可以解决以上问题,允许非执业律师个人或单位投资设立律师事务所,这样,有利于发挥各方面的积极性,募集一部分社会闲散资金,扩大律师事务所的集资范围,取得雄厚的资金信誉,从而促进律师业的发展和服务质量的提高。

4、有利于实现律师行业的规模化发展

首先,公司化律师事务所由于其产权明晰(现在的普通合伙所也一样),投资主体多元化,权责明确,分配科学以及强调事务所自身的积累和发展等制度上的优越性,都昭示着有限合伙律师事务所的远大发展前景,这有利于吸引高层次的人才加眼,而人才是律师事务所发展壮大的人力资本。其次,公司化律师事务所采取公司管理模式,在入伙、退伙上没有传统合伙所那样具有浓重的人合色彩,本身对人才的吸引力以及吸纳能力都比较强。最后,公司化律师事务所采取公司制管理模式,实行科学管理,出现管理混乱情形的可能性大大降低。

5、有利于整合提升律师行业竞争力

竞争力就是指某一企业在经济效益上不被其他企业所击败的能力,即企业在竞争中求取生存与发展的能力。公司化律师事务所能扩大律师行业的规模,建立律师行业的品牌。规模上去了,品牌树立了,那么律师行业也就获得了“在竞争中求取生存与发展的能力”。这里强调规模对于提高律师行业的竞争力的意义,着眼点在于全球化下大型的法律服务项目竞争,如重组上市、兼并收购以及项目融资等。“大所的优势是显而易见的,不论是重组上市、兼并收购还是项目融资,几乎都被具有一定规模的律师事务所垄断,而小型律师事务所一般无缘问津,或者只能从事一些辅助性工作。这对于将来与国外同行竞争大型法律服务项目具有重要的现实意义。

6、有利于律师行业持续发展壮大

传统律师事务所的体制都存在存续稳定性的问题。诚然,国资所由于其国家出资支持的特性而稳定性较强,存续期问得以长期维系,但是国资所并非律师事务所体制的主流,也非律师行业中坚,数量较少;个人所稳定性较差是显而易见的:一旦出现律师因为人身伤亡等不确定性因素,个人所就立即分崩离析;合伙所则注重人合性,其存续的期问与合伙人之问的关系有莫大关系,如果合伙人之问如发生矛屑不能解决,导致合伙人的退伙,那么极为容易因为退伙引发合伙所的解体,这就是所谓合伙所的“三年之痒”。

公司化律师事务所注重其自身企业战略的确立,有长远的发展目标和理想。所谓企业战略目标,是“企业为实现各种特定目标以求自身发展而设计的行动纲领或力一案,它具有全局性、长远性和力一向性的特点”。这正是传统律师事务所体制所缺乏的,虽然有一些大所订立了其宗旨(如金杜所的“追求卓越”),却也很难说是其企业战略,允其量是服务品质的追求与彰显。公司化律师事务所有其自身的战略目标,形成了整个律师事务所的核心价值观,使其稳定性大大增强,得以长期存续。事实上许多国外的成功公司化律师事务所都已经存续了数十年乃至上百年之久,并将

继续发展壮大。因而，构建有限合伙律师事务所对于我国律师行业的持续发展壮大有重要的意义。

（二）设立公司所的必要性

任何新生事物的出现都有它的社会基础，也就是马克思主义哲学理论所讲的生产力决定生产关系。20 世纪 80 年代，我国的律师制度处于恢复初期，且当时为计划经济时代，故律师所尚属官办部门，它的最主要任务是服务于上层建筑。到 90 年代，随着经济体制改革及市场经济的发展，单纯的国办所已不能适应社会经济发展的需要。于是，便产生了集体所有制的合作所。再后，合作所也不能适应社会经济发展的速度。于是，又出现了合伙所。合伙所的出现无疑是我国律师业发展史上的一大进步，当然这一进步是与社会经济发展相适应的。再后来，2007 年新修改的《律师法》去掉了合作所，新增了个人所。我国律师服务业形成国资所、合伙所和个人所三种律所组织结构。但是，我国社会经济及民主政治发展到今天，前三种律师组织结构已远远不能适应。反而，最进步的合伙制律师所也由于其先天的种种弊端而成为社会经济发展的侄桔之一。于是，当今的社会生产关系便对公司所这一新的生产力形式呼之欲出。

由于公司所采取的是法人治理结构，且为有限责任，并具有人合和资合的双重特征，故这些优点决定了它比国资所、个人所、合伙所具有更大的发展潜力和市场竞争力及法律服务能力。如此，公司所更容易组建律师业的航空母舰，从而使中国的律师服务业能跻身于国际经济贸易的商海之中，并具有抢滩能力和占领国际法律服务市场的能力。相比之下，“老三制”由于种种主客观原因而不具备这种能力，而公司制律师事务所的组织模式符合现代法律服务市场的要求因此，建立公司所则具有十分的必要性和紧迫性。

现代律师事务所的组织模式应由产权制度、组织治理制度及责任制度构成，三种制度相互联系、相互影响和制约，决定着律师事务所的组织模式。由于人们对产权制度、组织制度及责任制度的不同选择，可以采取不同的律师事务所组织模式，而公司制律师事务所的产权制度、组织治理制度及责任制度决定了律师事务所能适应现代化法律服务市场的需要，有利于调节事务所内部责、权、利关系，有利于律师事务所参与市场竞争，保持律师事务所持续稳定发展。

另一方面，组建公司制律师事务所符合我国《律师法》、《公司法》的基本精神。

我国《律师法》规定的国资所、合作所具有法人资格，独立承担财产责任，具有公司的本质特征。根据《公司法》规定有限责任公司是企业法人，公司以其全部资产对公司的债务承担责任，股东以其出资额为限对公司承担责任，因此，责任有限化是公司的最根本特征，国资所、合作所与有限责任公司之间具有对接的基础。

合伙所虽然要求承担无限连带责任，但事实上律师责任无限化是不现实的，《律师法》之所以要规定合伙所承担无限责任，其目的是要防止合伙所逃避执业赔偿责任，但赔偿责任完全可以通过参加律师执业保险来转移。律师事务所与有限责任公司在设立上有着共同之处。《律师法》规定，律师事务所是律师的执业机构，应当有自己的名称，住所和章程，有 10 万元以上人民币的资产，有法定数量的律师。《公司法》规定，设立有限责任应当有自己的名称、组织机构、章程、法定股东、生产经营场所、注册资本。因此，律师事务所与从事服务的有限责任公司在成立条件上是一般与特殊的关系，根据公司法的精神，个人成为股东组建有限公司将承担有限责任，而根据《律师法》的精神，个人出资组建律师事务所将承担无限责任，对律师来说是极不公平的。

公司制律师事务所虽不是律师所唯一的组织形式，但却是重要的组织形式，尤其是规模化、管理型律师所的发展方向。我们相信公司制律师所一定能在 20 年中抢抓机遇，发展自己，在做大律师业、做强律师所的创新道路上发挥“龙头”作用，成为中国律师业的领跑者。

注 释

1、范健《引入有限责任合伙制度的立法思考》,《国家检察官学院学报》, 2007 年第 6 期。

2、郭义贵《论英国早期的律师制度》,《法学评论》, 2008 年第 1 期。

3、李本森《国际法律服务业的自由化与我国法律服务业的对外开放》,《中国司法》, 2005 年第 6 期。

4、朱凡《律师行业发展之制度瓶颈——论我国律师事务所的组织形式》,《湖南师范大学社会科学学报》2005 年第 2 期，第 46 页。

5、金 鑫、徐绪柏《公司制律师事务所之构想》,《律师世界》, 2003 年第 3 期，第 39 页。

6、李自根、丘云卿《关于我国构建公司化律师事务所的几点思考》,《学术研究》2009,年第 4 期，第 58 页。

7、朱代恒《简论律师事务所的公司制改革》,《探索》, 2001 年第 6 期，第 138 页。

8、刘源《律师事务所公司化改革应从四方面入手》, 中国改革报 , 2006 年 1 月 25 日第 6 版。

9、钟扬飞《律师事务所公司化问题面面观》,《学术探索》2005 年 8 月，第 74 页。

10、何金忠《浅析律师事务所公司化治理》,《湖北警官学院学报》, 2011 年 7 月，第 44 页。

我国律师管理存在的问题及原因分析

安徽众佳律师事务所　赵礼平　黄世亮

摘　要：律师管理是一个国家律师制度的重中之重，律师管理的成败直接关系到一国法律服务的质量，本文从律师职业属性与律师管理的关系入手，通过对我国律师管理的概述对我国律师管理经历的几种模式进行了简单的陈述，引出我国现阶段的“两结合”、“ 四层次”的律师管理体制。文章研究的重点是我国现阶段律师管理中存在什么样的问题，这些问题应该如何加以解决，旨在为我国律师管理的完善提出宝贵的建议。在研究的过程中，通过分析我国各阶段的律师管理的特点，对我国现阶段律师管理中存在的问题进行深刻的原因分析。

关键词：律师管理　两结合　律师执业机构　问题　原因　对策

一、我国律师管理的概况

1、我国律师管理的历史发展

从当前我国律师管理的体制来看，我国现阶段实行的是“两结合”、“四层次”的律师管理模式，这种模式的具体内容是：“司法行政机关的宏观管理、律师协会的行业管理、律师执业机构的自律管理和税务、审计等政府有关部门的管理与监督。”在这之前，我国律师管理经历了以下两种形态：

（1）单一的行政管理体制

这种管理体制主要存在于新中国刚刚成立后的一段期间，在这期间我国律师管理开始恢复。当时律师管理的主要特点是：司法行政机关内部设置律师协会，律师的身份是国家工作人员，表面上看，律师协会通过法律顾问处对律师进行直接管理，实际上这种管理是行政管理，完全没有体现出律师协会的行业管理。《律师暂行条例》首次从法律上对律师协会的地位、作用进行确认。律师管理部门“一套人马，两块牌子”，主要表现在律师协会的工作人员尤其是领导人员，有很大一部分是当地司法行政机关直接安排的，这也造成了律师协会在律师管理中司法行政管理特点突出，制约了律师协会本身应有的行业自律管理的职能的发挥。这种体制一直延续到改革开放初期。

（2）司法行政为主导，律师协会为辅的律师管理体制

20 世纪 80 年代中期，律师制度恢复重建工作基本完成，全国县一级行政区域普遍设立了法律顾问处（后更名为律师事务所），律师队伍有了空前的发展。1986 年 7 月，第一届全国律师代表大会通过颁布《中华全国律师协会章程》对律师协会的一些基本职能进行了确认，如对律师进行业务指导、促进律师之间的工作交流、维护律师的合法权益等。这是我国律师协会走向律师行业管理的第一步，具有里程碑意义。从此，我国律师管理在司法行政机关单一管理的基础上引入了律师协会行业管理。然而这个时期，关于律师工作的一些实质性权力依旧是由司法行政机关实施，律师协会的工作人员存在不少比例的司法行政机关人员律师协会在律师管理体制中仍处于从属地位，行业管理的职能并不明显。

二、我国律师管理存在的问题

我国现阶段实行的是司法行政机关的宏观指导、监督与律师协会的行业管理相结合的“两结合”的律师管理体制，这种律师管理模式开始于上世纪 90 年代，与单一的司法行政管理相比具有很大的进步性，在一定程度上促进了我国律师管理事业的发展，但是随着社会的发展，民主法治

建设的完善，律师职业属性的独立性、社会性、专业性对现阶段律师管理提出了更高的要求。现有的律师管理体制当中存在的一些问题已经成为律师管理更好、更快发展的阻碍。

（一）我国律师管理存在的问题

1.“两结合”的律师管理体制中存在的问题

“两结合”的律师管理体制中存在的问题主要是司法行政机关与律师协会的权限划分不明确，具体表现在以下四个方面：

（1）律师管理的法律、法规的制定主体模糊。首先，在律师的管理法规方面仅有《律师法》这一法规，而且《律师法》的内容大都是是一些原则性的规定，缺乏具体的实施细则。《律师法》对相关事务的处理办法规定的很笼统，很多措施以“依照本法”一概而过，以至于司法行政机关的工作人员理解为这是赋予了司法行政机关概括性权力，以至于对律师管理事事插足，什么都管。这也是造成现阶段法规制定主体模糊的一个原因。“依照本法”应该这样理解：依照该部法律中的具体明文规定，这并非是所谓的一些工作人员认为的是法律赋予相关单位的、带有很大随意性的概括性权力。其次，现行《律师法》明确规定律师协会拥有行业规范的制定权，同时又规定了：“国务院司法行政部门依据本法对律师、律师事务所和律师协会进行监督、指导”虽然法律并未规定司法行政机关拥有行业规则制定权，但是依据上述规定，司法行政机关在律师管理的过程当中制定了包含行业规范的相关规章，如《律师职业道德和执业纪律规范》等，实际上律师协会和司法行政机关共同行使行业规范的制定权。同时，律师协会制定的行业规范和惩戒规则，不得与有关法律、行政法规、规章相冲突。这种局面一方面，造成律师协会实际管理中依据混乱，另一方面，使得律师协会在律师执业规范和行业管理规则的制定权方面受制于司法行政机关，削弱了律师协会行业规范制定权。最后，律师管理制度是国家司法制度的重要组成部分，地方司法行政机关、律师协会拥有律师管理法规、行业规范制定权，有可能为了自己所辖地区律师利益，在制定法规、行业规范时实行地方保护主义，对所辖区域之外的律师及律师执业机构进行限制。这样不但不利于律师执业环境的整体发展，而且不利于律师管理标准的统一。

（2）律师执业资格的审核与管理主体错位。现行《律师法》明确规定律师执业证书的申请和初步审查机关为申请人欲执业地设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门。首先，在律师执业资格的取得方面，要经过司法行政机关的初步审查和最终审核两个阶段。初步审查的司法行政机关对申请人的申请材料齐全、符合法定形式的予以受理；申请材料不齐全的，司法行政机关可以要求申请人在一定期间内予以补正，申请人的材料补正之后合格的予以受理；由于申请事项不符合法律规定的条件或者由于申请人的原因造成相关材料不齐全，司法行政机关可以不受理，但是必须向申请人出具书面材料说明理由。在对申请人提交的材料进行审查的过程中，可以征求申请人所向往的执业地的县级司法行政机关的意见，同时也可以委托该司法行政机关核实、调查相关的材料是否属实。省、自治区、直辖市司法行政机关根据初步审查机关的审查意见和全部申请材料作出是否准予执业的决定。准予执业的向申请人颁发律师执业证书，不准予执业的，应当向申请人书面说明理由。其次，律师执业证书的年审注册由地级司法行政机关负责。行业准入，是司法行政机关的重要职责，在现阶段律师协会的建设不够完善的情况下司法行政机关把好律师行业的入关口很有必要，但是，律师协会作为律师行业的主要管理组织，相对于司法行政机关，不论是在律师执业资格的条件的理解上，还是在律师执业的管理方面都更具有优势，业务能力强、管理效率高。然而在律师行业准入方面，2007 年修正后的《律师法》规定：“申请人申请律师执业资格时须提交当地律师协会出具的申请人实习合格的材料”,这是我国首次从法律上对律师协会在律师执业资格审查过程中权力加以规定，在此之前律师协会没有律师执业资格审查权。

律师协会在行业管理的入关口上就丧失了行业管理权，不利于律师协会后续权力的继续发挥。

（3）律师协会缺乏实质的律师惩戒权。首先，新《律师法》规定“律师协会对律师、律师事务所实施奖励和惩戒”，相比较修订前的“律师协会按照章程对律师给予奖励或者处分”，具有进步意义。律师惩戒权分为行政处罚权和纪律处分权，我国现行的律师管理体制中，司法行政机关行使律师行政处罚权，律师协会行使纪律处分权。设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门可以对执业过程中有违法行为的律师给予警告、没收违法所得、停止执业3个月至1年、吊销执业证书的处罚；律师协会可以对执业过程中律师的违纪行为给予训诫、通报批评、公开谴责、取消会员资格的处罚。由此可见，在我国，司法行政机关是律师惩戒权的实施主体，具有实质性的管理权力；律师协会在律师惩戒管理中处于辅助地位，其惩戒权力不论种类上还是权威性上都显得过于薄弱，可以说没有实质性的权力。其次，在对律师的违法行为做出处罚决定时，司法行政部门依据《律师法》以及司法部制定的《律师违法行为处罚办法》行使律师管理惩戒权的，而根本没有采用中华全国律师协会制定的《律师职业道德和执业纪律规范》，结果造成同样的违法行为处罚的依据截然不同，律师协会制定的行业规则缺乏权威。最后，律师协会所拥有的惩戒权中最重要的一项“取消会员资格”如同虚设。我国法律规定：“律师协会的的会员资格是因具有律师执业资格而当然取得的，司法行政部门授予律师执业证书。”由此可以得出结论：只要司法行政部门不吊销律师执业证书，律师就是律师协会的当然会员。实际上，律师协会这一惩戒权只是摆设，形式远大于内容，没有实际权力。

（4）律师收费管理中存在的问题。首先，在律师收费标准的制定主体方面。根据《律师服务收费管理办法》的规定，律师服务收费的标准有两种，即政府指导价和市场调节价。律师担任法律顾问、办理非诉讼法律事务、法律咨询等业务，实行市场调节价格，由律师事务所与委托人，根据案件的复杂程度、律师服务的开支及法律服务市场的需求状况等因素，协商确定律师服务的收费数额或者标准。各类诉讼案件、诉讼案件的申诉及仲裁案件，实行政府指导价格。所谓的政府指导价是指政府有关部门依法定职责和程序制定的律师办理法律事务的收费标准，具体是指由省、自治区、直辖市人民政府的价格主管部门会同同级司法行政部门制定。律师的社会性决定了律师执业必须得到相应的经济回报，只有在自己的劳动成果得到别人的肯定并获得相应的回报的基础上，律师才能有更大的动力去发挥自己的服务特长。然而，司法行政机关与同级物价管理部门在制定相关政策的过程中过于倾向于法律服务接受者，维护律师权益的律师协会没有参与到其中。相对于司法行政机关，律师协会对法律服务市场提供的法律服务的成本把握的更准确。缺少律师协会参与的律师收费标准，内容上缺乏科学性，实施中缺乏可执行性，这造成了律师提供的法律服务得不到应有的回报，抑制了律师的积极性，结果导致很多律师改变自己提供的法律服务的方向，转而涉足非诉讼类案件业务，在一定程度上影响了诉讼类案件的服务质量，这种情形发展下去，有可能会造成从事政府指导价与市场调节价的律师人数比例严重失衡。其次，律师收费的监督、检查方面。律师事务所、律师收费的监督检查由各级政府价格主管部门和各级司法行政机关负责。政府价格主管部门和司法行政部门依据有关法律、法规，对律师事务所、律师的收费行为进行检查，对于律师执业过程中的违反收费管理的情况，司法行政部门及同级物价管理部门对其进行相关处罚。律师协会相对于政府部门，对律师、律师事务所执业过程中是否违法相关法律、法规、规则把握的更准确，更贴近律师的实际业务活动，但是却没有律师收费监督管理权。从某种意义上讲，律师收费管理关系到律师个体的利益，进而影响到律师行业执业环境的健康发展，是律师执业的动力之所在，同时也是律师协会发挥行业管理的重要领域。我国律师协会在这方面没有发挥应有的作用。

三、“两结合”律师管理体制存在问题的对策

（一）律师协会的行业管理。律师协会是社会团体法人，是律师的自律性组织。律师协会是由律师组成的社会团体法人，是律师的自律性组织，依法对律师实施行业管理。可见，在我国，律师协会是律师进行自我管理的行业组织。按照法律的规定，律师协会是在国家司法行政机关的宏观指导、监督下，对律师工作进行管理，是我国律师管理的主要组织。根据 2007 年修订的《律师法》第 46 条的规定，我国律师协会履行下列职责：

第一、保障律师依法执业，维护律师的合法权益

保障律师依法执业是指保障在现有法律框架下进行合法执业，这主要是通过制定并执行律师行业规范和惩戒规范来实现的。维护律师的合法权益主要是通过多种手段来维护律师执业中的各种合法权益，为提高律师行业在社会中的影响和声誉采取各种措施。各地的律师协会也相应下设了权益保障部门来负责律师的维权事务。

第二、总结、交流律师工作经验

为律师提供总结、交流律师工作经验的平台，促进律师业务水平的提高，这是律师协会的另一个重要职责。全国律师协会主要通过刊物、网站等形式来总结律师的工作经验，同时定期举行律师代表大会和学术性会议的形式来为律师业搭建平台。一些地方律师协会通过定期发布执业指引、召开研讨会等形式来总结和交流律师的工作经验。

第三、制定行业规范和惩戒规则

通过制定行业规范和惩戒规则，律师协会得以实现自身的对整个行业的管理权。这一职责具有重要历史意义，从法律上确认了律师协会的行业管理权，为律师协会参与到律师行业管理奠定了基础。1996 年全国律师协会制定了《律师职业道德和执业纪律规范》，此后又在 2004 年颁布了《律师执业行为规范（试行）》。各个地方律师协会也相继颁布了地方性的律师执业规则。这一职责是 2007 年《律师法》修改之后增加的，尽管律师协会实际上从 20 世纪 90 年代开始便实际上行使制定行业规范和惩戒规规则的职责了。

第四、组织律师业务培训和职业道德、执业纪律教育，对律师的执业活动进行考核

第五、组织管理申请律师执业人员的实习活动，对实习人员进行考核

组织实习人员进行活动并对其进行考核也是 2007 年《律师法》加以明确的一项职责。中华全国律师协会在 2007 年 6 月就颁布了《申请律师执业人员实习管理规则（试行）》。作为律师行业的管理组织，律师协会对于这些准备进入律师行业进行执业的人员负有考核和审查的职责。

第六、对律师实施奖励和惩戒

奖励和惩戒是律师协会实现对律师业进行管理的重要手段，目前的惩戒手段主要包括训诫、通报批评、公开谴责、取消会员资格等几种方式。行使律师惩戒权是对律师协会行业管理职权的强化，具有里程碑意义。

第七、受理对律师的投诉或者举报，调解律师执业活动中发生的纠纷，受理律师的申诉

律师协会是解决律师业内部纠纷的重要组织，律师协会应当受理对律师的投诉或者举报，既包括业界内部的举报也包括业界外部的举报。律师协会应该对律师执业活动中发生的纠纷积极进行调解，这是因为律师协会是律师业与社会之间进行良好沟通的代表，负有维护律师业声誉的重要职责，律师协会作为律师执业活动纠纷的解决机关有助于纠纷的合理解决。

第八、法律、行政法规、规章以及律师协会章程规定的其他职责

（二）律师执业机构的自律管理。在我国“四层次”的律师管理结构中，律师执业机构的自律性管理是基础，是律师行业管理和律师队伍建设的基础环节，规范律师执业机构的执业行为，充

分发挥律师执业机构律师管理的职能具有重要的意义。律师执业机构在律师管理中有着特殊的地位，一方面，它必须接受司法行政和律师协会的管理；另一方面，它对其内部的律师负有管理和教育的作用，甚至还必须为律师的执业活动承担过失赔偿责任。因此，律师执业机构既是律师管理的客体，又是律师管理的主体。作为管理的主体，律师执业机构的管理工作是整个律师业管理的基础。律师管理的许多基础性工作都是在律师执业机构内部进行的，律师执业机构规范的管理工作，是律师行业管理的基础。离开了律师执业机构的日常管理，律师协会的行业管理工作很难顺利进行开展。因此，律师事务所的自律管理在律师管理体系中是不可忽略的。

现阶段我国律师执业机构的常规工作内容主要有：案件讨论制度；结案归档制度；特别重大案件向主管机关通报备案制度；本所内案件通报制度；统一收费和合同管理制度；投诉处理制度；向客户报告工作制度；统一调配承办律师制度； 法律顾问统一管理制度。

最后，税务、审计等政府有关部门的管理与监督。税务、审计等政府有关部门按照税务、审计等相关方面的法规对律师、律师事务所的营业收入、经济往来、会计账簿进行审核，规范律师及其执业机构的业务活动。

影响县域律师事务所发展的不利因素及对策

安徽渊源律师事务所　许 翔

摘　要：县域律师事务所是指业务范围主要在县级的事务所，县域律所分布广泛、发展不平衡，受县级区域经济的发展制约，共同的特点是规模小、综合性强、以诉讼业务为主、稳定性差、发展缓慢，如何推动县域律所的发展事关整个律师队伍的发展，笔者作为长期在县域律所执业的律师，试图从本地区、本所的实际出发，阐述影响县域律所发展的不利因素，重点是立足改变内部因素，如何规范健康地促进县域律所发展提出自己的观点。

主题词：县域律师　发展　不利因素　对策

一、不利的因素

对律师事务所发展影响的因素主要是外部和内部两个方面，由于各律师事务所受地域、历史、人文等客观方面的影响，发展的个性特征有所不同，但仍有很多因素是共性的，我的分析主要是针对本地区和本所的实际情况，从内、外两个方面加以阐述。

1、不利的外部因素

首先是律师这一职业的特点和属性尚未被社会所普遍理解和接受，特别是政府官员不能理解和接受。律师虽属法律人范畴，但与法官、检察官的职业属性不同，律师是运用知识和技能维护委托人的利益，争取委托人利益最大化是律师工作的重心，更多时候体现为对委托人私权的保护和公权的抗衡。由于律师职业的特点和属性没有被社会所普遍理解和接受，进而对律师执业产生负面的认识和影响。

其次是现阶段律师事务所和执业律师的社会政治地位与所承担的社会责任和经济压力不相吻合，执业的精神压力普通反映沉重。《律师法》对律师的定位和各级行政部门对律师都提出较高的职业要求，律师事务所的生存、建设、发展都来自于律师的收费与积累，同时还要承担对政府部分事务的无偿服务、法律援助、普法宣传、维护社会稳定、参加信访接待等工作任务，在现实社会中，虽有极少数执业律师担任人大代表、政协委员，但整个律师业的社会政治地位并不高，相对于公检法和政府机关仍然是弱势群体，执业权利不能得到充分有效的保障，对律师的执业侵犯甚至报复时有发生，极大地阻碍了律师业的发展。

再次是法律服务市场的无序和恶性竞争严重影响和制约律师业的发展。一些政府职能部门和行业协会以单独设立资格考试或行业专业性为由，变相参与法律服务市场的竞争，并企图形成行业性垄断。司法行政部门在手心手背都是肉的思想下，不可能出台严格的规范法律服务市场的行政规章，各种类型的法律服务所和形形色色的公民代理人出现在法律服务市场也就十分自然，而这些法律服务所和公民代理人办案成本极低，无需承担任何社会责任甚至不用纳税，在这种情形之下恶性竞争已成为普遍现象，社会公众对律师事务所和法律服务所、律师和法律工作者、律师和公民代理人无法区别，市场的无序和恶性竞争同样是制约律师业发展的不利因素。

2、不利的内部因素

（1）律师事务所普遍缺乏中长期发展战略，急功近利的问题突出。现实中能够制定事务所发展规划的极少，能认真写出上年度的工作总结和下年度工作计划已属难能可贵了，没有规划和计划的发展是任意的发展、无目标的发展，在这种前提下，急功近利、浮燥执业就成为常态，这

对发展是十分不利的。

（2）律师事务所普遍缺乏对规章制度建设和执行的重视。规范律师事务所和律师的执业即是要求也是自身发展的需要，没有规则不成方圆，没有严格的规章制度就不可能获得社会的信誉，更谈不上“百年老店”的品牌，尽管多年来我们一直在强调，但是制度的建设和和执行仍是没有解决的问题，要么没有规章制度，要么有了是挂在墙上没有很好的执行。

（3）律师事务所缺乏公共的财产和公共的积累，很难形成坚强的团队，往往是个体户的联合体，缺乏凝聚力。各事务所分配制度有所不同，但大多数事务所没有形成公共的固定财产，基本上是年终分配完毕，没有提留公积金、公益金或者其它发展基金，就像是个体户的联合体，这样就很难形成牢固的团体精神，内部缺少凝聚力，对外缺乏竞争力，制约了事务所的发展。

（4）律师事务所缺乏品牌意识和品牌战略，不注重所文化的建设和发展。每个执业律师性格各异、执业风格不同，如何使事务所每一成员通过自身努力和积累形成事务所品牌和文化，如何在品牌战略之下形成品牌效应？如何形成有特色的事务所文化等等，都是事务所应当考虑并着手实践的，从长远的角度看，这也是影响事务所发展的不利因素。

（5）律师事务所往往不重视在职培训教育或者总是被动的接受，缺乏人才引进的机制和动力。由于上述种种情形的存在，事务所成员都有一种惰性，在后期学习上只是被动地接受律协组织的培训，很难有意识有计划地组织培训，特别是为拓展新的业务领域进行知识储备就更难做到。由于没有长期发展的战略对建立人才引进机制缺乏动力，没有太大的积极性，为年青律师提供较好的执业条件往往是某个律师个人的行为，而没有在事务所形成机制，这些同样是影响事务所发展的不利因素。

二、思考与对策

本人从 1991 年开始执业，经历了从国资所到合伙所的过程，从整体上看无论是事务所的规模、执业律师的人数还是执业条件的改善都得到较大的发展，事务所存在的问题有的原来没有、现在有了，有的始终解决不好。影响事务所发展的外部不利因素仅以事务所或者行业协会的力量是难以改变的，我相信在国家民主与法制建设的过程中，这些不利因素会逐步得到解决和改变，我们要做是多一些呼吁和呐喊，现在要解决的关键是影响发展的内部因素，内因是根本外因只是条件，解决好发展中存在的内部不利因素，会使我们的发展更健康、更规范，在此我提出以下观点：

1、事务所应树立长期发展的理念

我们应当清醒地认识到律师行业是我国民主与法治建设中的重要力量，律师业的发展与国家的政治、经济紧密相连，律师事务所是律师业发展的重要载体，我们应克服短视的目光、急功近利的浮燥心态，静下来做好发展规划，实现有目的的发展。

2、事务所应确定规范执业的原则

这是一个常谈的老话题，但也是必须常念的“经”。规范执业首先是各项规章制度的建立、建全，最好形成事务所的执业年册。重要的是在事务所执业中对规章制度的严格执行，规章制度不执行就形同虚设。规范执业是事务所的立足之本、发展之前提，这个问题应引起事务所合伙人和主任的高度重视，这个问题必须解决也能够解决。

3、事务所应形成共同的发展目标

建设什么样的事务所？是事务所必须要做的功课，单纯的追求规模或者专业化都不是我们选择的目标，现阶段建设适当规模的中小型事务所，在内部进行一些可行的专业分工，重点是调整

好内部的人员结构、知识结构、年龄结构，事务所全体成员对发展目标应当形成共识，这是非常重要的人合因素。

4、事务所应解决知识储备和人才引进的瓶颈

事务所发展要克服“鼠目寸光”，更不能搞“武大郎开店”，对律师的在职培训要舍得下功夫下精力，最好能建立相应的培训基金，通过培训增强知识储备，提升执业水准拓展新的业务领域。通过人才的引进和培养，使之成为事务所发展的亮点。

5、事务所应建设成为坚强团结的团队

当一个事务所不是一个整体而是个体户的联合体，那一切都无从谈起，只有事务所成为一个团队时所有的东西才有可能实现，这其中分配制度的公平合理、所文化的建设、品牌的战略都显得十分重要。

6、事务所应有开拓、进取的精神

县域律师行的业务基本限定于传统的诉讼业务领域，如何发展新的业务领域是重要课题，事务所应通过知识储备、人才引进、品牌战略、发展规划、横向联合等一系列举措，积极开拓房地产开发、证券、专利、商标等新的非诉业务领域，争取更大的发展空间。

7、事务所主任应做好发展的领头人

事务所主任应当是事务所全体成员的核心，主任的素质、性格、执业风格都会影响事务所的发展。主任应担当领头人，主任应通过自己的言行告诉全所同仁们：应怎样做人、怎样做事、怎样办案、事务所应如何发展，同时主任应接受批评和建议，不断修正发展的方向，带领事务所这个团队共同发展。

论律师事务所对青年律师人才的培养

安徽赵洪亮律师事务所　赵洪亮

摘　要：对青年律师人才的培养，是一项关乎律师事务所可持续发展的工作。要把青年律师人才培养列入律师事务所的发展规划，要把律师事务所建成青年律师之家，要加强对青年律师的业务培养，要在经济上扶持青年律师，要加强对青年律师的管理。

关键词：律师事务所　青年　人才 培养

青年律师作为律师队伍中一个新的群体，是一股新生力量，无时不释放着青春的活力，我们可以毫不夸张地说，青年律师的健康成长关系到中国律师业的兴旺发达，关系到中国律师业的繁荣昌盛，是中国律师业未来发展的希望。然而，我们也必须清楚地看到，当前的现实是，青年律师由于受到执业时间短，执业经验少，人脉关系缺等各种主客观因素的影响，生存正面临着一定的困难，发展面正临着一定的挑战，由此而使青年律师的培养成为一个非常现实而颇具深远意义的重大课题摆在我们面前，值得我们深思与研究。笔者作为一个执业二十年的老律师，作为一家县域个人律师事务所的负责人，深感律师事务所对青年律师的培养责任重大，可谓是责无旁贷，任重道远啊。笔者认为：就律师事务所而言，对青年律师人才的培养，是一项关乎律师事务所可持续发展的工作，在当前以及今后一个很长的时期，都应当做好以下几方面的工作：

一、要把青年律师人才培养列入律师事务所的发展规划

律师事务所的发展，当然要依靠中老年律师的努力，也可以说中老年律师是律师事务所发展的中坚力量，但必须看到律师事务所未来的长期发展，却完全要靠现在的青年律师，因为当青年律师成为中老年律师的时候，他们同样也可以成为律师事务所发展的中坚力量，可以说，未来的竞争，就是现在的青年律师之间的竞争，即所谓是人才之争嘛。所以，从这个意义上来说，律师事务所一定要重视青年律师人才的培养，把青年律师人才的培养列入律师事务所的发展规划，并作为一个重要工作紧抓不懈。一方面，要确定青年律师培养的长期计划及培养目标，即要在青年律师之中挑选具有潜质的优秀人才进行长期培养，并明确相应的培养目标，把青年律师打造成优质律师；而一方面，为实现这一长期培养目标，必须首先确定青年律师培养的近期计划及培养目标，即在近期比如 3 - 5 年内，如何对青年律师进行培养，并且取得什么效果，要有一个近期计划及培养目标，这是为实现长期计划及培养目标所做的准备，也是一个基础。总之，通过青年律师人才培养发展规划的实施，加强青年律师人才的培养，并且使之能够快速取得成效，真正让青年律师成为律师事务所可持续发展的后续动力。

二、要把律师事务所建成青年律师之家

律师事务所作为青年律师工作的地方，是青年律师职业之旅起飞的重要平台，应当把律师事务所建成青年律师之家，因为青年律师刚刚开始执业，对执业环境、前景等等诸多方面都不清楚，因此，律师事务所应当着重从政治上、精神上、道德上给青年律师以更多的关心与教诲，让青年律师对律师事务所有家的感觉，从而能够安心舒心地工作。

（一）要教育青年律师树立有志于中国律师事业的伟大志向

有时候，青年律师对自己为何要做律师、从事律师这份职业都有困惑，而这种困惑对青年律师执业是很不利的。因此，律师事务所可以谈心、开会等多种形式与青年律师交流，教育青年律师树立有志于中国律师事业的伟大志向，把律师不仅当作一种职业更是一种事业去做，只有这样，才有奋斗的动力源，才会不懈努力，坚持走下去，相信总有一天会成功的。

（二）要帮助青年律师确立职业规划和人生目标

青年律师因为年轻，且又是执业初期，对职业规划和人生目标，有时并不清晰，但青年律师可塑性很强，做好引导，成长起来是非常快的。因此，律师事务所要了解青年律师的思想与想法，对未来职业的期待，根据青年律师的自身条件，引导、帮助青年律师确立职业规划，树立人生目标，并在这个过程中，进一步帮助青年律师调整、修正职业规划。当然，职业规划和人生目标都是青年律师个人的事情，一般而言，律师事务所对此并不干预，但就青年律师人才的培养而言，这却是一个非常重要的问题，因为青年律师如果没有自己的职业规划与人生目标，是一定会迷失的，一旦失去前进的方向，那是非常可怕的，而这一点作为律师事务所是不愿看到的。所以，要帮助青年律师确立职业规划和人生目标，不仅对于青年律师本人而且对于律师事务所来说都是很重要的。

（三）要强调青年律师养成认真务实的工作作风

当前，有些青年律师急功近利，急于求成，总想一事成名，一案成名，因此，往往只注重眼前利益，没有长远的目光，做事也比较马虎，不够认真。对于青年律师，如果律师事务所要进行培养的话，一开始就要强调青年律师养成认真务实的工作作风，即要有认真的执业态度、务实的执业作风，并对此进行严格要求，加强监督。因为如果一开始就形成了做事马虎的习惯，这种习惯将是很难改变的。因此，对于青年律师而言，唯有认认真真做事，以高度负责的工作态度和敬业精神获得当事人的认可，树立一个良好的口碑，才可能为自己将来的发展奠定良好的基础。

三、要加强对青年律师的业务培养

对青年律师进行业务培养，不断提高青年律师的业务素质，不断强化青年律师处理法律事务的能力，是律师事务所对青年律师培养的一个重要方面。律师事务所对青年律师进行业务培养，一般可以通过以下方式：

（一）确定好律师教导青年律师

律师事务所要确定执业道德良好、执业经验丰富、乐于奉献的好律师当青年律师的“导师”，引导青年律师在律师职业之旅上起好步、开好局，因为良好的开端是成功的一半嘛。从实践来看，最传统也是最有效、最成功的，恐怕就是师徒式的培养模式了吧。所谓师徒式的培养，就是师傅带徒弟，也就是由一名年长律师尤其是资深律师、优秀律师带着一名或多名青年律师工作而进行的培养。师徒式的培养能够使青年律师最直观、最深刻地体会到资深律师、优秀律师的执业经验、基本技巧，并很好地从资深律师、优秀律师身上吸收营养，在资深律师、优秀律师潜移默化的教导即言传身教中快速成长起来，从一开始就给青年律师注入优秀律师的“基因”，从而向着优秀律师的方向去培养青年律师。

（二）为青年律师提供更多锻炼的机会

青年律师缺少的不是法律方面的才华，而是缺少做事的机会，缺少展示才华的平台。所以，律师事务所在机会来临的时候，一定不要忘了青年律师（有时没有机会，但可以创造机会），要在正确引导与严格把关的情况下，大胆地放手让青年律师去施展才华，在一个又一个的实践中获

得锻炼与成长；对一些重大、疑难和有代表性案件的讨论和研究，一定要让青年律师多多参与，让他们充分发表意见、表达观点，也许这些意见、观点是肤浅的、欠缺的、甚至是不正确的，但这至少可以表明，他对这个案件是有自己的思考的，并且也是有自己的想法的。这是对青年律师来说，是一个非常好的业务学习和提高的办法。

（三）让青年律师多承办一些法律援助案件

青年律师受各方面因素的影响，案源上仍然存在一定的欠缺，为使青年律师能有更多的煅炼机会，在实践中不断地提高自己，律师事务所在接受法律援助机构的指派，办理法律援助案件时，应当将法律援助案件更多地交给青年律师去办理。这样，既让青年律师有一定的业务收入，缓解一下经济压力，又让青年律师的综合能力得到了培养，有利于加快青年律师的成长。

（四）让青年律师参与办理重大、复杂、疑难法律事务

对于重大、复杂、疑难法律事务，一般而言，年长律师、资深律师都不愿青年律师参与其中，因为他们没有经验。其实，让青年律师参与办理，可以很好地促进青年律师的成长，因为重大、复杂、疑难法律事务往往是对律师综合服务能力的一种极大挑战，让青年律师参与其中，无论介入有多深，相信都会让青年律师从中学到很多，因为对青年律师而言，是很难有机会接触到重大、复杂、疑难法律事务的。

（五）安排青年律师参加知名优秀律师的庭审观摩（讲座培训）

知名优秀的律师之所以能够知名优秀，其中必有其独特过人之处。作为律师事务所，要安排青年律师参与知名优秀律师的庭审观摩（讲座培训），让青年律师亲身感受知名优秀律师的庭审风格、办案技巧、辩论思想，分享其成功的经验。这样，可以很快地吸知名优秀律师的法律素养入自己之身，加快自己的成长。

（六）选派青年律师参加国家级的业务培训甚至出国深造

对于青年律师中的优秀分子，律师事务所要重点培养，选派他们参加一些由中央部委、法律专业机构举办的业务培训，以提高他们的素质，开阔视野，有条件的律师事务所，还可以选派特别优秀的青年律师出国深造，进行重点栽培，使他们快速成长起来。

四、要在经济上给予青年律师一定的扶持

经济，是基础。青年律师因为刚刚出道执业，往往面临着生存问题，作为律师事务所应当予以高度重视，在经济上给予一定的扶持：

（一）建立青年律师最低生活保障制度

针对律师的职业特点，结合律师的现状，为解决青年律师的生活问题，缓解生活压力，律师事务所可以尝试着建立青年律师最低生活保障制度，每月给予生活费。这个制度的实施，可以免除青年律师的后顾之忧，不至于使青年律师饿着肚子去执业。

（二）建立青年律师生活补贴制度

实行青年律师最低生活保障制度如有困难或难以实施的，可以建立青年律师生活补贴制度，即根据当地生活水平，结合本所实际，并考虑青年律师本人的现状，可以发给一定数量的生活补贴，缓解青年律师的生活压力。

（三）建立青年律师培训基金

除了执业前的岗前集中培训外，青年律师一般不再接受系统性、专业性的学习培训，原因是

多方面的，但其中主要的一个，就是因为青年律师由于目前经济条件欠佳，没有能力去参加一些需要付费的法律培训。为此，律师事务所可以建立青年律师培训基金。青年律师培训基金的经费来源，主要有律师事务所的投入，即以律师事务所收入按一定的比例提取，还有就是律师的投入，即以律师业务收入按一定的比例提取。对于青年律师经律师事务所同意后，自费去参加法律培训的，可以在青年律师培训基金报销全部或部分培训费用，以此提倡、鼓励青年律师积极主动参加法律培训，不断更新知识，提高自我。

五、要加强对青年律师的管理

青年律师刚刚走上职业之路，可朔性很强，且律师又属相对自由的职业，故管理如何，就可能导致“近朱者赤，近墨者黑”。所以，律师事务所要加强制度建设，运用一套严格的制度对青年律师进行严格的管理，使青年律师一执业就知道律师是一个有“规矩”的行业，一切言行都应当在“规矩”规范下进行，从而规矩做人，规矩做事，为青年律师今后成长为“大”律师奠定良好的基础。

（一）以法律管理

法律是律师执业的根本。对青年律师的管理，律师事务所不仅要用以《律师法》为主的律师管理法律法规进行管理，使青年律师能够模范遵守《律师法》，按照《律师法》的规定开展执业，而且还要以《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》等等法律法规进行管理，教育青年律师严格按照这些法律法规的规定去执业，避免在执业初期就遭遇执业风险的打击，断送自己的职业前程。总之，要使严格遵守“以事实为根据、以法律为准绳”的办案原则成为青年律师自我约束的铁的纪律。

（二）以规章管理

除了《律师法》及基本法律外，还有司法部关于律师管理的规章，比如《律师执业管理办法》、《最高人民法院、司法部关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》等等。作为律师事务所，也要以规章为依据，加强对青年律师的管理，监督青年律师贯彻落实。要以纪律进行管理，用律师执业纪律去约束青年律师，规范青年律师的执业行为。另外，对是党员的青年律师，还要以党章要求他们，使他们能够成为模范带头人。

（三）以制度管理

律师事务所要制定相应的管理制度，以制度治所，以制度管人。特别是对于青年律师，更是要运用所内制度进行严格管理，因为青年律师对自己执业行为的法律后果往往考虑的不多，有时甚至是不计后果，但真的后果来临时，却又后悔莫及。要做到在制度面前人人平等，这样才能将制度真正落实下去，使制度成为青年律师不能突破的底线。

（四）以道德管理

道德的力量是无穷的。对于青年律师，除了以法律、规章、制度进行管理之外，道德也是一种很好的管理方式。律师事务所要在青年律师开展职业道德教育，把青年律师培养成真正有职业道德的人，成为有高尚道德的律师，可以说在当前，缺乏律师职业道德的人，也还是存在的，这些人对律师造成了一定的负面影响。另外，也要对青年律师进行社会主义道德教育，把青年律师培养成有真正人格魅力的人，打造既有高超执业素质又有高尚职业道德的青年明星律师，成为推进中国律师事业又好又快发展的中坚力量，把中国律师事业推向前进！