前 言

八月的季节、美丽的太平，第五届安徽律师论坛的魅力在徽州大地完美展现。作为律师理论与实务探索的重要成果，《第五届安徽律师论坛论文集》在广大律师和论坛组委会工作人员的共同努力下，终于展现在大家面前。

第五届安徽律师论坛旨在紧密联系我省经济社会发展重大决策设计主题，充分发挥律师工作职能优势，坚持理论研究与实务探索相结合，在服务经济的同时提升律师的理论研究水平。

本届论坛以“皖江城市带承接产业转移示范区与安徽律师业的发展——律师与学者同行”为主题，重点更加突出，主题更加务实；并与中国人民大学民商事法律科学研究中心共同举办，从律师、学者不同的角度深入探讨构建律师服务示范区的新模式，更加具有互动性。

组委会从示范区服务、社会责任和行业自律、业务研讨三个方面确定了三大版块124个论题。在各市律协的精心组织和安排下，本届论坛组委会共收到论文263篇，经过严格评审，共有129篇入选论文集，但难免有遗珠之憾，还请各位律师谅解。

作者的言论仅代表其个人意见，并不代表本论坛的观点。

安徽省律师协会

二〇一〇年八月

目　录

学者论文篇

城市带建设中信用权的民法保护…… 杨立新　王丽莎（1）
建立稳定和谐的劳动关系，促进示范区的建设与发展 …… 黎建飞（6）
建设用地使用权设立规则研究…… …高圣平（12）
生态环境法学思辩 …… 周　珂（18）
论外商投资企业法与公司法之间的互动关系及未来的并轨改革趋势 …… 刘俊海（22）

皖江城市带承接产业转移示范区篇

浅论律师在示范区自主创新过程中保护知识产权的作用 …… 程玉伟（39）
承接产业转移 律师应当大有作为 …… 吴正林（44）
皖江城市带，我们知识产权律师如何与你共舞
——律师在示范区自主创新过程中的作用 …… 王　宏（48）
皖江城市带次优战略的最优法治化实施 …… 钟仁玖（52）
浅谈示范区建设中律师资源的优化配置 …… 李　敏（58）
政府购买服务
——示范区政府法律顾问制度新模式……张剑雄（62）
示范区重大项目建设过程中律师服务范式建构 ……孙　箫（67）
律师在承接产业转移中的企业法律体检服务 …… 张晓健（73）
试论示范区建设中律师在承接产业转移中的作用 …… 朱年友　倪文英（79）
皖江城市带律师文化建设的法律思考 ……音邦定　范大平（82）
马鞍山律师服务承接产业转移的实践与思考…… 张玉科（87）

律师职业使命与律师业发展篇

和谐社会视阈中的律师职业自主性及其实现进路 ……胡　建　郭宏保（91）
关于青年律师培养问题的几点探讨 ……席文禄（96）
律师的职业使命和职业荣誉感 ……万长玲（100）
切实把律师行业党的建设工作落到实处 ……姜　莉（105）
律师办理群体性案件的经验和教训 ……杨　宽（110）

律师参政议政——蹒跚行走在法治的道路上 ……王亚林（114）
维护社会公平正义与律师行业自身发展…… 许　憬（120）
合伙律师事务所规范化建设初探 ……盛　勇（124）
和谐社会与律师职能的实现 ……吴　雷（128）
律师文化的内涵及模式构建 ……尹里奇（131）
律师诚信体系建设 ……江　瑞（136）
律师收费制度研究 ……李　伟（139）
我的律师入行之路——团队合作 ……孙可发（143）
浅谈党建工作在律师事业发展中的地位和作用 ……孙艺茹（146）
律师调解是最优质高效的法律服务 ……陈传杰　陈　玮（150）
浅谈化解社会矛盾中律师的作用 ……陆汝明　陆栋良（154）
律师事务所信息化浅析 ……本文课题组（157）
论构建和谐社会与律师调解工作 ……李夫永（161）
青年律师成长之道 ……王成艳（165）
为了中国律师的明天
——试论青年律师成长机制的构建 ……李成俊　张怀州　张　坤（169）
构建和谐社会与律师业发展 ……方　正（175）
律师事务所制度化规范化建设 ……邱　林（178）
用成本管理法运作律师事务所 ……范大平　邵　晖（181）

律师业务篇

刑事类

沉默权在我国适用问题的思考……郭　姝　陈　永（185）
警察出庭作证制度研究 ……王　忠（194）
论非法证据排除原则原理
——毒树之果是否应被排除 ……过俊峰（198）
刑事诉讼中的律师在场权 ……曹承龙（202）
证人出庭制度和保护制度研究 ……焦纪明（207）
浅析诉讼中鉴定人出庭作证若干问题 ……何　坤（212）
犯罪构成之刑法上的因果关系 ……李小龙（216）
刑事诉讼中电子证据的收集与人权保障平衡研究 ……王亚林（223）
在宽严相济刑事政策下构建前科消灭制度 ……孙舒维　毕孟琪（230）

完善检察监督　建设生态安徽 …… 聂志琦　关朝银（234）
沉默权与刑事诉讼的价值冲突 …… 黄方军（239）
证人、鉴定人出庭制度和保护制度研究 …… 王顺馍　吴靖祺（244）
浅论短期自由刑的替代措施 …… 洪　强（247）
刑事辩护中的律师在场权 …… 夏旭东（252）
分权与垄断：域外疑罪不起诉模式的动态考察 …… 奚　玮（256）
论受虐杀人案件不应适用死刑 …… 王　治（265）
受贿罪立案追诉标准研究 …… 彭凤莲　胡文静（270）
试论刑事诉讼法对被害人权益保护之缺憾 …… 罗永胜（275）
论“90后”青少年犯罪预防机制 …… 范　珣（279）
浅谈我国司法实践中的量刑均衡问题
——以交通肇事案量刑为视角 …… 李仁厅（283）
关于“酒驾”肇事案件的几点法律思考 …… 胡继桃（288）

民商类

论城市综合体项目投资中法律风险管理 …… 孙　森　刘冬平（293）
交通事故认定书性质浅析 …… 叶德春（301）
浅析股东代表诉讼制度 …… 江大海　汪　超（304）
交通事故人身损害赔偿责任比例问题研究 …… 管启飞（309）
试论如何行使破产管理人职权公平保护各方权益 …… 张向前　周自明（312）
《劳动争议调解仲裁法》中调解效力规定存在的缺失与完善 …… 王　琦（318）
公司知识产权法律风险防范 …… 卜　实　刘小成（322）
关于商业责任险在交通事故赔偿诉讼中的赔付机制和程序探析 …… 李子宽（327）
浅析劳动者的单方解除权及其引起的相关法律问题 …… 胡亚榴（331）
身体组织之不疼痛破坏的界定与救济 …… 李治海（334）
新公司法视角下，一人有限公司为其股东担保的效力分析 …… 张　蕾（339）
利用网络侵犯隐私权的法律探讨 …… 刘静洁　杨　亮（342）
夫妻财产制度研究 …… 高立东（347）
我国民事诉讼级别管辖研究 …… 丁启峰（353）
关于我国仲裁司法监督制度的思考 …… 沈国松（360）
律师在民事再审诉讼中新证据实务分析 …… 谢晓剑（363）
浅论道路交通事故责任认定“动力学原理” …… 赵洪亮（367）
对夫妻忠实义务的法律与道德思考 …… 赵征宇　刘平安（370）

公司发起人出资不实的民事责任承担问题探讨…… 李国圣（377）
婚内侵权损害赔偿问题…… 罗来玉（382）
论环境污染侵权中受害人之举证责任……汪培文　孙劲草（386）
浅谈董事补偿制度…… 郑玉爱（390）
论网络虚拟财产权的物权法保护……杨　勇　黄　奥（393）
胎儿利益的继承法保护…… 许文春　江海俊（399）
我国劳务派遣法律规制研究…… 岳　岳（405）
劳务派遣制度的现状及其完善 ……张　亚　郭　波（410）
浅谈医疗纠纷与诉讼…… 闫　灯（414）
股权变动模式的再梳理…… 朱　庆（420）
浅谈国际工程中银行保函的风险及防范…… 王文玲（427）
浅谈我国海事立法关于最大诚信原则在海上保险中对被保险人的约束…… 吴艳红（431）
浅析《最高人民法院建设工程施工合同司法解释》第26条…… 庞　虎（437）
论我国信息隐私权的法律保护……丁宝颜　虞　宝（443）
浅析公司对外担保的效力兼评《公司法》第16条第一款…… 樊玲玲（448）
浅析民事举证时限制度…… 彭怀胜（453）
有限责任公司股权强制执行若干问题研究…… 张　劲（457）
EPC总承包合同风险防控之法律准备…… 吕兴跃（461）
对《国有土地上房屋征收与补偿条例（征求意见稿）》
中规范拆迁行为的探析…… 张乐明（464）
论我国著作出租权的保护现状及立法完善…… 付　磊（469）
未成年学生在校期间人身损害的民事责任研究
——从一起不该撤诉的案件说起 …… 郑秀军（473）
浅谈我国民事诉讼中的电子证据…… 朱　政（478）
浅议中小企业融资途径以及律师在融资过程中的作用…… 刘智昌（483）
论个体工商户的法律地位
——兼谈个体工商户的诉讼主体资格 …… 朱世贾（488）
交通事故责任
——浅论《交强险条例》第22条与保险公司的赔付责任 …… 赵　光（492）
浅析我国婚姻无效制度…… 陆栋良（497）
医疗损害责任因果关系的几个问题…… 刘　强（502）
劳务派遣立法完善之我见…… 耿宏志（506）
从仲裁协议效力的主体溯及范围
——浅谈商事仲裁中可否追加第三人的问题 …… 张俊杰（511）

发挥律师作用 防范私募股权投资风险…… 范大平 曹勇前（516）
海水与火焰的博弈
——论律师见证业务中的风险防范 …… 徐艳艳（521）
论我国劳动争议处理制度的现状及完善…… 刘 虹（526）
侵权责任形态的种类及其在《侵权责任法》中的体现…… 周 平（530）
浅谈完善我国的民事调解制度 …… 王明水 李海根（535）
浅议《侵权责任法》对医患纠纷处理的影响…… 李 祎（539）
试论夫妻财产制…… 胡卫国（542）
现代公司中股东与职工利益的平衡…… 沙 风（546）
土地承包经营权提前终止后权利人权益之法律保护…… 韩志才（550）
《侵权责任法》实施对医疗损害赔偿的影响…… 高文侠（556）
有限责任公司股权转让法律问题浅析 ……李会民（560）
农村土地承包经营权纠纷解决若干思考…… 戚枝淬（564）
土地一级开发及法律风险防范 ……殷向东（571）

行政类

浅议抽象性行政行为的救济
——从一件提供法律服务涉及的行政性规定谈起…… 范国平 梁 猛（577）
浅析住房保障中的政府责任……韦 国 丁 敏（584）
论行政公益诉讼…… 周光成（589）
浅议行政不作为的危害及其矫正…… 张成龙（596）
被辞退事业编制职工诉讼类型选择 ……王 军 李昌文（601）
行政权力的客观控制
——论电子裁量技术对依法行政的意义 ……王 军（606）
论城市房屋被拆迁人的现场救济权…… 李多如（611）
行政强制程序的构建
——兼评《行政强制法（草案）》的相关规定 …… 孙照圣 王 颖（616）
法律视角下的“钉子户”
——兼议房屋拆迁的重新立法 ……程学平（621）

城市带建设中信用权的民法保护

杨立新　　王丽莎

【内容摘要】城市带的建设与发展，与我国市场经济的繁荣息息相关。市场经济本质上是信用经济，《民法典（草案）》将信用权作为一项具体权利加以规范，通过法律对信用权制度的确立，为建立良好的信用环境提供了法律上的保障。信用权作为一项独立的人格权，具有信用保有权、信用维护权和信用利益支配权三项内容。侵害他人信用权的行为，主要集中在征信活动，不正当竞争、商标和专利等领域，以及日常经济活动中自然人之间。侵害信用权民事责任的基本方式，是损害赔偿。《侵权责任法》第 20 条为信用权侵权的损害赔偿提供了一个原则性的指引。作为《侵权责任法》的特别法，《反不正当竞争法》规定了侵害信用权更为具体的赔偿规则，因此，应当适用或参照《反不正当竞争法》的相关规定确定信用权侵权损害赔偿的数额。

【关键词】信用　信用权　侵权　损害赔偿

皖江城市带是实施促进中部地区崛起战略的重点发展区域，加快建设皖江城市带承接产业转移示范区，是顺应国内外产业转移新趋势，探索建立承接产业转移新模式的客观需要，对于促进中部地区崛起、推动区域协调发展、在全国范围形成更加合理的区域产业分工格局具有重要意义。在皖江城市带的经济建设和发展中，信用制度的建设和信用权的保护是需要特别研究的问题。

2002 年 12 月 23 日提请九届全国人大常委会第三十一次会议首次审议的《民法典（草案）》中，人格权法一编明确规定自然人、法人享有信用权，禁止用诋毁等方式侵害自然人、法人的信用。《民法典（草案）》以法律的形式来规范信用问题，首次将信用权作为一项独立权利加以保护，一方面，这是充分考虑到我国目前社会经济生活中的信用缺失现象较为严重，因而，急需将信用权以法律的形式确立下来加以保护；另一方面，也充分反映了随着我国社会主义市场经济体制的建立，信用在社会经济生活中的地位和作用也越来越突出。市场经济在本质上是信用经济，在推进我国社会主义市场经济体制改革过程中，与之相适应的信用体系及其法律制度尚未确立，在社会领域中，信用缺失、信用危机现象十分严重，社会信用环境日益恶化，已成为制约我国市场经济深入发展的重要因素。培育信用观念、健全信用制度、形成良好的社会信用环境，是市场经济发展的客观要求。通过法律对信用权制度的确立，可以为建立良好的信用环境提供法律上的保障，保障社会主义市场经济的发展。

一、信用及信用权的内涵

信用虽早在罗马法中就已出现，但罗马法中并未形成真正意义上的与信用相对应的信用权。随着商品经济的发展，信用权逐渐在近代法律中得以确立，《德国民法典》824 条规定：“违背真相主张或传播适于妨害他人的信用或对他人的生计或前途造成不利益的事实的人，即使其虽不明知，但应知不真实，仍应向他人赔偿由此而发生的损害。”

国内学者对信用的界定，有以下四种：一是认为信用是在社会上应受经济的评价；[①]二是认为信用是在社会上与其经济能力相应的经济评价；[②]三是认为信用应指一般人对于当事人自我经济评价的信赖性，亦称信誉；[③]四是认为信用乃基于人之财产上地位之社会评价，

所生经济上之信赖。[④]我们认为，信用是指民事主体所具有的经济能力在社会上获得的相应的信赖与评价。信用不独为法人所享有，公民亦有信用。包括个体公民及个体工商户、承包户和合伙。

信用是民事主体主观经济能力与社会的客观评价及依赖的结合。这种经济能力是一个很宽泛的概念，包括经济状况、生产能力、产品质量、偿付债务能力、履约态度、诚实守信的程度，等等。概言之，经济能力是经济方面的综合能力，不涉及政治态度和一般的道德品质。信用的客观因素是社会的信赖和评价。信用的客观表现是一种评价，这种评价是社会的评价，而不是自己的评价。前述学者的定义中，有谓当事人自我经济评价，将评价这种客观因素认作主观因素，实属不当。自我经济评价是自己对自己经济能力的评估，是自己对守信态度的自我肯定，不是信用的客观因素。信用的另一客观表现是社会对特定主体经济能力的信赖，它是社会评价的内容之一，但又包括情感的因素，具有独立的意义，表明信用的实质内容是“信”。信用是关于经济信赖的社会评价。民事主体的主观经济能力是该种经济信赖的社会客观评价的基础和根据。只有这两种因素，即主观因素和客观因素的紧密结合，才产生信用。对于信用权的态度，在我国学理研究上分两种主张，一是认信用权为独立的人格权，二是将信用纳入名誉权的范围之中，不认其为独立的人格权。的确，信用权与名誉权有很多相似之处，如权利性质、权利主体、权利客体的客观属性等，都是一致的。但是，信用权确有名誉权容纳不下的内容，二者性质又有区别，侵害行为的特点又不相同，故有将信用权独立并特别予以法律保护的必要。第一，信用权的客体具有单一性，信用是信用权的客体，信用的基本内容是关于经济能力的社会评价，只此而已。而名誉权的客体则是关于人格的综合评价，范围宽泛，内容复杂。第二，信用权包括信赖的因素和社会评价，名誉权则只包括社会评价。第三，信用权包含明显的财产利益因素。信用权虽然是人格权，非财产权，但却是关系到主体经济能力评价的权利，因而信用利益包括两部分，一部分是精神利益，另一部分则是财产利益。该种财产利益并非为直接的财产利益，而是含于其信用利益之中，在具体的经济活动中，能够转化为财产利益，损害信用利益，也会造成严重的财产利益的损失。因而，信用权具有明显的财产性。而名誉权则不具有财产性，只是与财产利益有关联。

信用权主要有三项权能：第一，信用保有权。这是信用权的基本权能。信用是民事主体因自身主观能力与客观的社会信赖及评价结合的产物，虽然不能以自己的力量去强迫社会改变评价，增进信赖，但却可以通过自身的努力，影响于社会，保持社会对自己经济能力的信赖，扩大自己的经济影响力，使社会对自己的经济评价获得改进。信用保有权一是主体保持自己的信用不降低，不丧失；二是通过自己增强经济能力，加强诚信履约的努力，而使自己的社会经济评价和信赖感不断进展，获得更好的社会经济形象。第二，信用维护权。信用维护权包括两重含义：一是信用权的绝对权属性，要求任何其他人都对自己的信用负有不可侵害的不作为义务，权利主体对自身以外的任何人都享有不得侵害的不作为请求权；二是对于违反法定义务而侵害信用权的行为人，权利人基于其信用维护权，可以寻求司法保护，要求司法机关对侵害自己信用权的加害人进行制裁，救济自己的信用权损害。第三，信用利益支配权。权利主体就其信用利益，可以进行支配。如利用自己良好的信用，扩大经济交往，开展经济活动，以获得更好的社会经济效益，创造更多的社会财富，满足自身的经济、文化需要，同时也满足社会的需要。这是信用权主观能动作用的体现。信用利益的支配不是无限的、任意的，它不包括信用的抛弃权，更不得将信用转让他人，也不能作为财产由继承人继承。但是，权利主体可以利用自己的信用为他人谋利益，为他人进行服务。例如，信用良好的法人和个人，可以用信用为其他债务人进行担保，是为保证。子承父业，其继承人可以利用继承的营业所享有的信用而进行活动，扩大经济交往。这些虽然不是信用的转让和继承，但却具有相近的联系。

二、信用权侵权的类型化

侵害他人信用权的行为，主要集中在三个方面：一是征信活动中信用权的侵害行为，二是不正当竞争、商标和专利等法域有关商业信用的侵害，三是日常经济活动中自然人之间发生的信用权侵害行为。后两种侵权类型相对简单，我们对征信中信用权侵权行为着重加以探讨。

尽管我国征信产业还处于初始期，但是，从已发生案件和征信中心已经受理的信用异议看，信用侵害行为已经足以引起我们的重视。从征信活动来看看，信用权侵害主要可以分为征信资料收集过程中的不当收集信用信息的行为、信用数据处置过程中发生的侵害信用权行为和征信信息对外公开过程中发生的侵害行为等几个方面。

（一）征信系统设计程序瑕疵

因征信系统程序设计的瑕疵导致的信用权侵害发生的原因，主要有三个方面：第一，信息处理程序本身设计不科学导致数据统计分析错误。第二，我国部分地方性金融机构接口程序处于完善过程中，部分数据被迟报、错报、漏报。第三，数据处理不及时。由于个人征信系统在收到各商业银行报送的征信数据后，会首先进行一系列的校验，如果数据不合格就无法入库。而数据没有入库，客户的还款记录得不到更新，有些客户的信用报告中就无法显示最近几个月的还款记录。这种时间上的迟滞，往往导致信用权人在申请贷款时被银行拒贷。

（二）原始数据不正确

数据提供人提供的数据不准确导致信用侵害的行为在征信活动中常常发生。我国的征信实践时间很短，征信数据的收集程序不规范，甚至出现银行、保险等机构本身内部信用信息处理程序规则与征信录入规则之间存在冲突，导致信用权人信贷申请被拒绝。

（三）信用信息共享发生错误

银行之间也可能基于信用信息共享原则而发生信用侵害。例如在银行间进行信用照会时就可能发生信用传播错误的行为。对于银行之间的照会错误，日本学者岩原绅认为，“ 银行间的信用信息照会，往往因业务急需，只是为尽快地得到对方的回答，而没有严格考察信息的真实度，而接受了虚假的或编造的信息，从而使客户蒙受损失，对于这种疏忽职守的行为，必须改变以往的习惯即银行不负责任的做法，原则上应视为过失行为，如是严重过失必须承担责任 ”。[⑤]

三、信用权侵权的责任构成

《侵权责任法》第 2 条保护的民事权益中没有将信用权明确进行例举，但这并不影响对于对其进行民法的保护。不管立法机关还是学者，普遍认为《侵权责任法》保护的民事权益包括但不限于第 2 条所例举的民事权利，信用权也是《侵权责任法》保护的人格权。

《侵权责任法》第 6 条第 1 款规定：“ 行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。” 因此，侵害信用权的民事责任构成，需要具备违法行为、损害事实、因果关系和主观过错四个要件：

第一，侵害信用权的违法行为，首先必须具备有损他人信用的内容。这样的内容，包括对主体的经济实力、履约能力及态度、产品质量、经营现状、销售状况等经济能力的贬损、误导以及其他施加不当影响的事实。这种主张或散布的事实，必须是不真实的事实，包括绝对不真实的事实和相对不真实的事实。前者包括故意虚构的事实、自认为真实但却不真实的事实、轻信他人主张的不真实事实。后者为行为人所述事实为真实，但对其实质内容未作详细说明，或对事实未作全面报道者。[⑥]

第二，侵害信用权的损害事实，是侵权行为作用于社会，而导致公众对特定主体经济能力的信赖毁损和社会经济评价的降低，以及由此而造成的财产利益损失。2005 年 8 月 31 日，我国全部商业银行、股份制银行、城市商业银行建立的个人信用系统实行全国联网，2006 年 1 月正式运行，这意味着，和银行发生信贷关系的客户如果不遵守银行的还贷约定，就会有不良信用记录，以后无论在全国哪个银行贷款都会被拒。而且，可能在购买保险、求职等各种情况下，要面临比没有不良记录的人有更大的困难，现在很多单位在招聘时把政审材料改为个人信用报告,尤其是银行、保险、证券等行业,大多数在招聘时都要求提供个人信用报告，部分企业在招聘财务人员时,也要求应聘者提供个人信用报告，这些都是客户信用利益的毁损和财产利益的消极损失。

第三，侵害信用权的因果关系。侵害信用权的因果关系较易判断，但应注意的是，违法行为与信用利益损害之间、违法行为与财产利益损失之间，因果关系有不同特点。在违法行为与信用利益损害之间，因果关系判断的标准在于违法行为所包含的内容被“ 公布 ”，即被第三人所知悉，未被第三人知悉者，不会引起信用损害。在这一点上，侵害信用权与侵害名誉权是相同的。在违法行为与财产利益损害之间，应以确定的因果关系证明为标准，即后者确实为前者所引起的，才能确认其有因果关系。

第四，侵害信用权的主观过错，不限于故意，过失也可以构成对信用权的侵害。而过失实际上是“ 对受害人应付的注意义务的违反。”[⑦]注意义务来源及其是否产生民事侵权赔偿责任的不同，可分为法定注意义务以及准法定注意义务。前者为法律规范明文规定之注意义务，后者则为从习惯、惯例中产生的注意义务。法定注意义务是指由法律对当事人定型化的或常见的危险作出设定，要求行为人实施各种避免危险结果的义务。法律确定的注意义务一般都具有明确性，容易查明和被人接受。此外，有些规章制度，只要其所调整的行为规则能为侵权行为法接受为价值目标，则可以成为此种意义上的“ 法 ”。甚至行政行为，即官方的具体行政行为，只要具有命令性和禁止性，也可以当作此处的法律对待。[⑧]而习惯、常理所要求的注意义务都是根据社会共同生活准则形成的。具体而言，当行为者从事某项职业或处于某种环境时，其身份、能力及生活或工作常识自然会产生某种注意义务。此种义务为一般性的注意义务，其基础介于法律和非法定之间，可谓之准法律规范。[⑨]

四、信用权侵权的责任承担

侵害信用权民事责任的基本方式，是损害赔偿。根据《侵权责任法》第 20 条的规定：“ 侵害他人人身权益造成财产损失的，按照被侵权人因此受到的损失赔偿；被侵权人的损失难以确定，侵权人因此获得利益的，按照其获得的利益赔偿；侵权人因此获得的利益难以确定，被侵权人和侵权人就赔偿数额协商不一致，向人民法院提起诉讼的，由人民法院根据实际情况确定赔偿数额。” 这为信用权侵权的损害赔偿提供了一个原则性的指引。由于《反不正当竞争法》中规定了侵害信用权更为具体的赔偿规则，该法作为《侵权责任法》的特别法，基于特别法优先于普通法的原则，可以适用或参照《反不正当竞争法》的相关规定确定信用权侵权损害赔偿的数额。

（一）按照《反不正当竞争法》第 20 条规定

确定经营者侵害经营者信用权的损害赔偿，应当按照《反不正当竞争法》第 20 条规定处理。该条的内容是：“ 经营者违反本法规定，给被侵害的经营者造成损害的，应当承担损害赔偿责任，被侵害的经营者的损失难以计算的，赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润；并应当承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。”

按照这一规定确定损害赔偿责任的理由是，经营者侵害经者的信用权，绝大多数属于《反不正当竞争法》第 14 条规定的“ 经营者不得捏造、散布虚伪事实，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉 ”中的不正当竞争行为，适用第 20 条规定确认损害赔偿责任，自属当然。这种损害赔偿的范围包括：

第一，赔偿经营损害。其方法有二：一是依经营者的实际经营损失，确定赔偿范围；二是经营者经营损失难以计算的，按照侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润，确定赔偿范围。

第二，赔偿受害人为调查其信用受损害的行为所支付的合理费用。这一赔偿范围，是反不正当竞争法确定损害赔偿责任的一个新的规定。确认这种赔偿责任，是完全合理的。确定这种赔偿范围，应遵循两个原则：一是实际支出原则，即赔偿的费用，必须是实际支出的费用，因而，这种损失的性质是直接损失；二是合理支出原则，即赔偿的费用，必须是合理支出的费用，凡不合理的支出，或不属调查该行为支出的费用，均不应予以赔偿。

第三，为恢复信用而支出的费用。信用损害以后，权利主体为恢复其信用，所做宣传费用等，均属此范围，亦为信用损害所造成的财产损失，应按实际、合理的赔偿原则，实事求是地予以赔偿。

（二）参照《反不正当竞争法》第 20 条规定

对于其他一般主体侵害经营者信用权的，应当比照《反不正当竞争法》第 20 条的规定，确定赔偿责任，其赔偿范围，亦如上述。所应注意者，一般主体侵害经营者信用权，大多不具有侵权人获利的情况，对此，无法参照侵权人的获利润数额确定赔偿范围。

（三）非经营主体的损害赔偿责任确定

对于侵害非经营者主体信用权的损害赔偿责任确定，应参照侵害名誉权损害赔偿责任的确定方法，确定赔偿范围。

侵害信用权的民事责任，除损害赔偿之外，还包括除去侵害的责任，其方式包括停止侵害，消除影响，恢复信用，赔礼道歉。应按照具体案件的情况，选择适用，以救济信用权的损害。

注释：

①史尚宽：《债法总论》，台湾荣泰印书馆 1978 年版，第 147 页。

②王利明：《民法·侵权行为法》，中国人民大学出版社 1993 年版，第 299 页。

③张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社 1991 年版，第 158 页。

④龙显铭：《私法上人格权之保护》，中华书局 1948 年版，第 71 页。

⑤钟楚男：《个人信用征信制度》，中国金融出版社，2002 年版，第 107 页。

⑥王利明、杨立新：《民法•侵权行为法》，中国人民大学 1993 年版，第 301 页。

⑦杨立新：《侵权法论》（第三版），人民法院出版社 2006 年版，第 197 页。

⑧[德]克里斯蒂安•冯•巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（下），焦美华译，法律出版社 2004 年，第 295 页。

⑨廖焕国：《侵权法上注意义务比较研究》，法律出版社 2008 年版，第 75 页。

作者单位：中国人民大学民商事法律科学研究中心
中国人民大学法学院博士研究生

建立稳定和谐的劳动关系 促进示范区的建设与发展

黎建飞

【内容摘要】用人单位与劳动者之间稳定和谐劳动关系的建立，在皖江城市带承接产业转移示范区经济建设与社会发展中具有特别重要的意义。从企业规章制度的建立健全、解雇权的正确行使、社会保险责任的积极履行三个方面积极构建和谐的劳动关系，为示范区经济建设和社会发展提供有力的保障。

【关键词】劳动关系　和谐稳定　皖江城市带

示范区的经济建设与社会发展，应当建立在稳定和谐的劳动关系基础之上。没有稳定和谐的劳动关系，就没有稳定和正常的生产秩序和社会秩序，也就谈不上建设与发展。因此，有效地运用我国有关劳动关系的立法来确立、维护和发展用人单位与劳动者之间稳定和谐的劳动关系，在皖江城市带承接产业转移示范区经济建设与社会发展中具有特别重要的意义。

一、建立健全企业规章制度，依法进行有效的企业管理

无论从人类劳动法产生、发展的历史考察，还是从现实和社会生产方面考察，只要有众多人在一起劳动，即进行社会劳动，就必然要求有一定的劳动规则，以实现正常的劳动秩序。因此，我国有关劳动关系的立法赋予用人单位建立健全规章制度的权利，通过加强劳动纪律和企业管理来防止和制裁劳动过程中破坏稳定和谐劳动关系的越轨行为，解决和消除用人单位与劳动者之间的冲突和矛盾，以维护稳定和谐的劳动关系。

我国《劳动合同法》第 4 条规定：“ 用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。” 用人单位制定的规章制度是加强企业管理的要求，依法制定规章制度是法律赋予用人单位的权利。用人单位要通过制定各项规章制度来管理员工，以实现企业的正常高效运转。企业要建立健全员工招聘制度、解聘制度、奖惩制度、绩效制度、考勤制度、档案管理制度、费用报销制度等各项可操作的制度，使企业能够成为和谐高效的团队。同时，企业还应当完善保守商业秘密和竞业限制等各项补充协议和相关制度，以保证企业的正常运转和保障企业特有的合法权益。

制定劳动规章制度是用人单位行使管理权的主要方式，既是用人单位的权利也是用人单位的义务，一方面是用人单位对劳动者的权利，即在行使用人权和经营权的时候必然包含制定劳动规章制度的权利；另一方面又是用人单位对国家的义务，即用人单位必须以制定劳动规章制度来保障劳动者享有劳动权利并履行劳动义务。因此，《劳动合同法》第 4 条第 2 款规定“ 用人单位在制定、修改或者决定直接涉及劳动者切身利益的劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。” 这一规定反映出立法对于用人单位此项权利的相对限制和对劳动者利益的特殊保护，即制定规章制度虽然是用人单位的权利，但却在一定程度上受到限制，并且在涉及到劳动者切身利益的情况下，必须有劳动者的参与才能发生效力。在规章制度实施过程

中，工会或者职工认为用人单位的规章制度不适当的，有权向用人单位提出，通过协商作出修改完善。对于违反这一条的法律责任，按照本法第 51 条的规定，违反本条第 2 款的规定制定的规章制度无效，而且如果对劳动者造成损害的，用人单位还应当承担赔偿责任。

由于规章制度的制定是用人单位行使企业管理权利的主要形式，用人单位的内部规章制度以全体职工为约束对象，所以应当为全体职工所了解和理解。因此，该条第 4 款明确规定：“ 直接涉及劳动者切身利益的规章制度应当公示，或者告知劳动者。” 实践中将规章制度作为劳动合同的附件，明确地写在劳动合同当中，或者在给职工送达规章制度时让职工签字，或者组织职工学习规章制度并写出学习心得留档等等，都可以证明向职工履行了明示的义务。

内容不违法和制定程序合法的规章制度具有法律效力。我国《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》第 19 条规定：用人单位根据《劳动法》第 4 条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。这实际上赋予了用人单位规章制度的法律效力，即用人单位的规章制度对本单位内的全部职工和单位内的各个部分都具有法律约束力。这种法律约束力主要表现在：(1) 用人单位规章制度的实施范围应包括本单位的所有方面，劳动过程中的劳动行为、用工行为等所有行为都必须受规章制度的约束；(2) 用人单位有权对违反规章制度的职工给予处罚，并追究其相应的责任；(3) 用人单位的规章制度可以作为审理劳动争议案件的依据，可以作为劳动仲裁和劳动案件审理中的裁决依据。

二、正确行使解雇权，减少和避免劳动争议

由用人单位或者说雇主单方面终止劳动合同的履行，即解除或者终止劳动关系的行为，通常称之为解雇。解雇直接相对的是劳动者的就业权，会对劳动者的工作和生活构成重大影响。正是基于这样的事实，也同时基于劳动立法的根本属性与功能，劳动法为自己确立了一项基本规则——招聘容易解雇难，由此产生了解雇保护的法律制度。解雇保护制度加重了用人单位或者说雇主的解雇中的法律责任，也是引发用人单位与劳动者之间形成劳动争议的重点区域。

我国《劳动合同法实施条例》第 19 条把用人单位依照劳动合同法规定的条件和程序与劳动者解除固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同或者以完成一定工作任务为期限的劳动合同的十四种情形进行了集中的规定，包括：(一) 用人单位与劳动者协商一致的；(二) 劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的；(三) 劳动者严重违反用人单位的规章制度的；(四) 劳动者严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；(五) 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；(六) 劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；(七) 劳动者被依法追究刑事责任的；(八) 劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；(九) 劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；(十) 劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的；(十一) 用人单位依照企业破产法规定进行重整的；(十二) 用人单位生产经营发生严重困难的；(十三) 企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；(十四) 其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

这种立法的形式和内容不仅明示了用人单位解雇劳动者在法律上的可能性，也明确了解雇的具体条件和事项。准确地理解和适用这些规定，正确行使解雇权，减少和避免劳动争议的发

生是保障用人单位用工自主权，进行有效经营管理的重要前提。在立法上采用集中列举的方式长处就在于具体明确，既明确告知了用人单位在行使解雇权时能够找到的相应的法律规则，也提示用人单位将立法未列举的事项排除在行使解雇权的选项之外。

我国在有关解雇权的立法中，采用了“ 从重到轻 ”的排列方式，突出了将解雇作为最后手段、不得已为之的立法意图。同时，立法将因劳动者过错而解雇的情形排除在支付经济补偿金之外，但《劳动合同法》在因有固定期限的劳动合同到期而解雇上有着特殊的规定。立法将因劳动合同期满而终止劳动合同规定为《劳动合同法》第 44 条第 1 项，并在该法第 46 条“ 用人单位应当向劳动者支付经济补偿 ”情形中第（五）项规定了“ 除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，依照本法第 44 条第 1 项规定终止固定期限劳动合同的。”换言之，在劳动合同履行期限届满时，用人单位应当在同等或者优于原合同约定条件的前提下与劳动者续订劳动合同。只有劳动者在这一前提下仍然不同意续订导致解雇，用人单位才能免除向劳动者支付经济补偿金的义务。否则，因劳动合同履行期满而解雇的，用人单位仍然必须向劳动者支付经济补偿金。

在解雇的法定事由上，不论是《劳动法》还是《劳动合同法》均以三个条款表述为三类事态。《劳动合同法》第 39 条承续的是《劳动法》第 25 条，是以劳动者过错为前提的解雇条款。该条所列款项不仅源于劳动者在履行劳动合同中的不当行为，而且这些不当行为还是以劳动者实施行为时存在主观过错为依归的。因此才有了雇主在解雇交不需要提前通知、在解雇后不需要支付经济补偿金的便利。将这样的条款单列出来，并且放在第一位置，即表明了解雇是雇主不得已才采用的，而且强调了劳动者实施了有主观过错的行为在解雇中的法律后果。由此也区分开了第二种情形，即《劳动合同法》第 40 条（承续的是《劳动法》第 26 条）所规定的情形。该条所涉内容被解读为因劳动者“ 客观不能 ”所致，以有别于前一条所规定的劳动者有“ 主观过错 ”，并且以必须提前 30 天通知和支付经济补偿金与前一条款有了实质之别。

接下来的《劳动合同法》第 41 条承续的是《劳动法》第 27 条，规定的内容为经济性裁员，或者称之为“ 无过错解雇 ”，即该条所涉内容是劳动者既无主观过错，又无客观不能的。就劳动者而言，在劳动合同履行中无可挑剔，找不到任何可供雇主用以解雇的理由，但解雇依然要发生。“ 无过错解雇 ”突出了该项解雇与劳动者的履约行为无关，对劳动者在劳动合同中约定权利会构成根本性影响。因此，不仅必须提前 30 天通知并且支付经济补偿金，而且还必须“ 向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见，经向劳动行政部门报告后，可以裁减人员。用人单位依据本条规定裁减人员，在六个月内录用人员的，应当优先录用被裁减的人员。”（《劳动法》第 27 条）“ 需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员 ”，“ 裁减人员时，应当优先留用下列人员：（一）与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；（二）与本单位订立无固定期限劳动合同的；（三）家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的。”并且，用人单位“ 在六个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员。”

用人单位的解雇权在行使中还会受到法律的特别禁止与限制。解雇权行使禁止是指在雇主成就法定解雇权行使条件情形下，依据法律的除外规定，禁止雇主行使解雇权。解雇权行使限制则是指雇主在行使法定解雇权时，依法应当遵循的其他法定限制条件。台湾有学者将“ 差别歧视解雇 ”列为解雇的限制之首，大陆《劳动法》第 12 条规定了“ 劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视。”第 13 条依据对女职工进行特殊保护的立法精神规定“ 妇女享有与男子平等的就业权利。在录用职工时，除国家规定的不适合妇女的工

种或者岗位外，不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。”第 14 条针对特殊群体专门规定“ 残疾人、少数民族人员、退出现役的军人的就业，法律、法规有特别规定的，从其规定。” 并为此制定了一些专门的法律、法规和规章，对于这些特殊就业群体进行了专项保护。

在劳动者职业灾害医疗期间，雇主解雇权的行使受到法律的禁止。《劳动合同法》第 42 条分别列为三项禁止事由“:(一)从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；(二)在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；(三)患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的。” 尤其是其中的第一项，将保护范围扩大至未进行离岗前职业健康检查的从事接触职业病危害作业的劳动者和在诊断或者医学观察期间的疑似职业病病人，不仅能够有效地保护遭受职业病伤害的劳动者，而且还能够遏止用人单位以替换用工的方式不断地制造出潜在的职业病患者，又不断地将他们推向社会的行为。

“ 女工分娩前后停止工作期间的解雇限制 ” 在《劳动合同法》第 42 条中规定为第 4 项“ 女职工在孕期、产期、哺乳期的 ”。《劳动合同法》并不认可雇主因其自身的原因而免除遵守女职工在孕期、产期、哺乳期解雇保护的禁止性规定的义务，但由于第 42 条的限制范围为该第 40 条和第 41 条的情形，即仅限于劳动者“ 客观不能 ” 和“ 经济性裁员 ” 两种情形，没有涉及该法第 39 条所列劳动者有“ 主观过错 ” 的情形。这一条款承续的是《劳动法》第 29 条，且与其内容一致。实际上，在《劳动法》实施过程中，相关的异义就不鲜见。[①]的确，在对女职工特殊期间的特殊保护上，现代社会应当更加人道、更加人性和更加宽容。因为对于女性特殊期间的保护是对人类社会的根本性保护，保护母亲和婴儿是对人类自身未来的根本性保障。

《劳动合同中》，第 42 条在《劳动法》第 29 条的基础上新增了“ (五)在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的 ” 这一情形。该项新增对于肯定了劳动者对用人单位的长期贡献，为就业相对困难的高龄劳动者提供了特殊的解雇保护，对于劳动关系长时间的稳定与和谐具有特别重要的意义。

解雇保护的预告期是用人单位在解雇劳动者时应当遵守的附加义务。《劳动合同法》相关的规定是“ 用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人 ” 和“ 用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况 ”。所适用的范围囊括了除因劳动者“ 主观过错 ” 解雇的其他情形，包括“ 客观不能 ” 和“ 经济性裁员 ”。 在条件上，仍然是以解雇发生的责任归属为分野；在时间上，都以 30 天为同一标准。

该项解雇预告期起始于《劳动法》的规定。该法第 26 条、27 条均有“ 应当提前三十日以书面形式通知劳动者本人 ” 和“ 应当提前三十日向工会或者全体职工说明情况 ” 的规定，没有可以用工资替代的规定。但实际情况是，用人单位为免除提前三十天通知后产生的诸多麻烦，演化出了几乎无处不在的所谓“ N 加 1 ” 制度。这里所谓的“ N ” 是用人单位按照劳动者工作一年支付给劳动者一个月的经济补偿金，而这所谓的“ 1 ”，则是用人单位“ 提前三十天通知 ” 后还应当支付劳动者的工资。这种情况完全就是台湾学者“ 买预告工资 ” 的现实写照。由于有了“ N 加 1 ”，劳动者在预告期内继续工作者几近绝迹。

然而，生活总是差强人意的，“ N 加 1 ” 也有“ N 加 1 ” 的麻烦。首先，有劳动者在仲裁和诉讼中主张劳动的权利，理由是劳动是劳动者的权利，用人单位不得因为支付了工资就剥夺劳动者的劳动权利。其次，似乎更加麻烦：劳动者在“ 三十天 ” 内的任何一天告之用人单位：我现在生病了！更有甚者是告之用人单位：我此前遭受工伤了！尽管用人单位惊愕不已，但法定的医疗期和工伤的特殊保护规定却是谁也违背不得的。

于是，用人单位在《劳动合同法（草案）》征求意见过程中表达出了强烈的诉求，《劳动

合同法》也在《劳动法》第 26 条中增加了“ N 加 1 ”的规定，以第 40 条中完整地规定为：“ 用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同。”这里的“ 或者额外支付劳动者一个月工资后 ”使“ 买预告工资 ”合法化、法定化，用人单位的诉求得到了法律充分的保障。该项内容相在《劳动合同法》实施后不久即颁布实施的《劳动合同法实施条例》第 20 条中得到了强化：“ 用人单位依照劳动合同法第 40 条的规定，选择额外支付劳动者一个月工资解除劳动合同的，其额外支付的工资应当按照该劳动者上一个月的工资标准确定。”

在解雇保护中，由用人单位支付给劳动者的经济补偿金所适用的范围在《劳动法》中囊括了除因劳动者“ 主观过错 ”解雇的其他情形，包括“ 客观不能 ”和“ 经济性裁员 ”。 在条件上，仍然是以解雇发生的责任归属为分野；在金额上，由 1994 年 12 月 23 日劳动部发布的《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第 11 条规定为“ 经济补偿金的工资计算标准是指企业正常生产情况下劳动者解除合同前十二个月的月平均工资。……劳动者的月平均工资低于企业月平均工资的，按企业月平均工资的标准支付。”

这些规定在《劳动合同法》有了对用人单位和劳动者的诉求都有考虑的新变化。该法第 46 条在适用范围上明确了由用人单位“ 向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的 ”，应当向劳动者支付经济补偿金。第 47 条第 1 款规定“ 经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。”改变了《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》“ 工作时间不满一年的按一年的标准发给经济补偿金 ”的规定，解决了实践中劳动者于工作一年后的第二天被解雇，用人单位也需支付二个月工资的状况。并且在第 47 条第 2 款中对劳动者月工资高于用人单位所在地区上年度职工月平均工资三倍的情形规定了支付的最高限额，即支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，支付经济补偿的年限最高不超过十二年。这两项限制是明显有利于用人单位的，同样也是符合设立经济补偿金的立法意图的。让劳动者以经济补偿金的形式获取过高金额既不是劳动法的本意，也不符合立法应当促进经济发展和社会进步的要求。

对于用人单位非法解雇的法律责任，《劳动合同法》第 48 条的作出了更加严格的规定：“ 用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第 87 条规定支付赔偿金。”首先，该条赋予了劳动者单方选择权，即“ 劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行 ”。体现出了劳动立法的根本目的在于保障劳动者的劳动权，也有效地杜绝了用人单位只要花钱即可解雇的弊端。其次，该条加重了对用人单位违法解雇的处罚力度，增加了用人单位违法解雇的经济成本，即“ 用人单位应当依照本法第 87 条规定支付赔偿金 ”。而 87 条的规定是：“ 用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照本法第 47 条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。”从而以“ 二倍赔偿金 ”取代了“ 经济补偿金 ”，能够更加有效地遏止用人单位违法解雇的行为。

三、履行社会保险责任，保障劳动关系的稳定和谐

中共安徽省委、安徽省人民政府在《关于加快推进皖江城市带承接产业转移示范区建设的若干政策意见》中明确了要“ 完善社会保障制度，建立适应转移企业发展需要的社会保障体系，构建基本养老、医疗卫生服务体系。” 中共安徽省委、安徽省人民政府《关于皖江城市带承接产业转移示范区规划的实施方案》中也要求“ 制定城镇职工社会保险和城乡居民社会保障制度衔接办法。”这些都是用人单位的社会保险责任在皖江城市带承接产业转移示范区

建设中的具体体现，也是皖江城市带承接产业转移示范区经济建设和社会发展的有力保障。

社会保险由国家立法加以确认，并强制实施。社会保险的强制性，决定了保险当事人，不得自行确定是否参加保险，以及选择所参加的保险项目。被保险人及其所在用人单位，必须依据国家法律规定的保险金额缴纳保险费，并不能自行选择缴费标准。我国《劳动法》第72条规定：“用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。”一经国家立法确定的社会保险范围和种类，管理社会保险的专门机构与被保险人之间即建立了保险法律关系，并不必订立保险合同，保险责任也即行开始。即使用人单位未按期缴纳保险费，也不影响劳动者依据社会保险制度所享有的物质帮助权。对于拒不依法缴纳或延迟缴纳保险费的用人单位，劳动行政部门可以责令其限期缴纳；逾期不缴的，可以加收滞纳金。

根据《社会保险费征缴暂行条例》规定，基本养老保险费的征缴范围：国有企业、城镇集体企业、外商投资企业、城镇私营企业和其他城镇企业及其职工，实行企业化管理的事业单位及其职工。基本医疗保险费的征缴范围：国有企业、城镇集体企业、外商投资企业、城镇私营企业和其他城镇企业及其职工，国家机关及其工作人员，事业单位及其职工，民办非企业单位及其职工，社会团体及其专职人员。失业保险费的征缴范围：国有企业、城镇集体企业、外商投资企业、城镇私营企业和其他城镇企业及其职工，事业单位及其职工。省、自治区、直辖市人民政府根据当地实际情况，可以规定将城镇个体工商户纳入基本养老保险、基本医疗保险的范围，并可以规定将社会团体及其专职人员、民办非企业单位及其职工以及有雇工的城镇个体工商户及其雇工纳入失业保险的范围。

企业必须按时足额缴纳社会保险费，社会保险费不得减免。未及时、足额缴纳社会保险费的，社会保险经办机构应当向其发出《社会保险费催缴通知书》；对拒不执行的，由劳动保障行政部门下达《劳动保障限期改正指令书》；逾期仍不缴纳的，除补缴欠缴数额外，从欠缴之日起按日加收2‰的滞纳金。

企业不按规定申报应缴纳的社会保险费数额的，由社会保险经办机构暂按该单位上月缴费数额的110%确定应缴数额；没有上月缴费数额的，由社会保险经办机构暂按该单位的经营状况、职工人数等有关情况确定应缴数额。企业逾期拒不缴纳社会保险费、滞纳金的，由劳动保障行政部门或者税务机关申请人民法院依法强制征缴。

根据我国《刑法》的规定，挪用特定款物罪和挪用公款罪的最高刑期分别为七年有期徒刑和无期徒刑。最高人民检察院的司法解释明确规定，挪用失业保险基金和下岗职工基本生活保障资金属于挪用救济款物，情节严重的，对直接责任人员，应当按照刑法第273条的规定，以挪用特定款物罪追究刑事责任；国家工作人员利用职务上的便利，挪用失业保险基金和下岗职工基本生活保障资金归个人使用，构成犯罪的，应当依照刑法第384的规定，以挪用公款罪追究刑事责任。

注释：

①2000年，在由北京市劳动和社会保障局组织编写，由该局党组书记、副局长洪士珩任主编，该局研究室主任喻乃忠任副主编的《职工劳动权益和社会保障指南》一书中，对《劳动法》第25条第1项的解释表述为：“对试用期内不符合录用条件的怀孕女职工能否解除劳动合同？试用期内不符合录用条件的人员，用人单位有权解除。对在试用期内，不符合录用条件的女职工因怀孕，用人单位不能立即解除其劳动合同，待到三期（孕期、产期、哺乳期）满后，再依照试用期的规定办理解除劳动合同手续。”(《职工劳动权益和社会保障指南》，186页，中国政法大学出版社，北京，2000)。

作者单位：中国人民大学民商事法律科学研究中心

建设用地使用权设立规则研究

高圣平

【内容摘要】建设用地使用权制度与我国房地产市场的健康发展息息相关。在现有法律框架下，《物权法》仅规定了建设用地使用权物权变动的基本规则，其具体贯彻还有赖于《土地管理法》和《城市房地产管理法》去落实。目前，该两部法律对于建设用地使用权的调整范围多有重复。建设用地使用权的取得方式有设立和转移之分，因此，《土地管理法》应仅调整建设用地使用权的设立，《城市房地产管理法》应仅调整建设用地使用权的移转。本文仅就建设用地使用权的设立主体、设立方式、期限进行探讨，进而厘清调整范围的界限。

【关键词】建设用地使用权 房地产 物权

一、问题的指出

建设用地使用权制度与我国房地产市场的健康发展息息相关。在现有法律框架下，《物权法》仅规定了建设用地使用权物权变动的基本规则，其具体贯彻还有赖于《土地管理法》和《房地产管理法》去落实。目前，《土地管理法》和《房地产管理法》的修改已经提上议事日程，厘清两者之间调整范围的界限，并相应完善现有规则，无疑是我们面临的首要任务。

建设用地使用权作为一项用益物权，是在他人享有所有权的土地之上设立的，设立之后，建设用地使用权人可以占有、使用他人的土地并从中获益，并可以处分其建设用地使用权，由此形成了所谓土地的“一级市场”和“二级市场”。[①]建设用地使用权的取得方式也就有了所谓“设立”和“转移”之分。其中，建设用地使用权的设立是指将土地所有权的部分权能分离和独立出来而创设建设用地使用权，属于创设的继受取得，反映的是土地所有权人和土地使用人之间的关系，属于土地一级市场的交易行为；建设用地使用权的移转则是指已取得建设用地使用权的权利人处分自己的建设用地使用权，属于转移的继受取得，反映的是土地使用人和土地使用人之间的关系，属于土地二级市场的交易行为。例如基于转让、互易、赠与而继受取得建设用地使用权；基于股东的出资而传受取得建设用地使用权；基于继承和受遗赠而取得建设用地使用权，均属此类。[②]建设用地使用权的“设立”和“转移”之间的规则设计应不相同：建设用地使用权的设立涉及用地审批、用途管制、规划许可，程序自当复杂，而已设立的建设用地使用权只要不改变用途，其移转应是自由的。

我国现行《土地管理法》和《房地产管理法》均调整建设用地使用权，但两者之间多有重复，例如，《土地管理法》第五章专章规定了建设用地，其中自然就涉及建设用地使用权的出让和划拨，而《房地产管理法》第二章也专章规定房地产开发用地，并专节规定了土地使用权的出让和划拨。两者之间如何在调整范围上作出明确区分？本文作者认为，虽然房地产开发必然涉及用地，但在我们目前行政管理体制未作重大调整的情况下，为使各部门条分缕析地履行自己的职能，避免相互争权和彼此推诿，《土地管理法》应仅调整土地的一级市场，亦即仅涉及建设用地使用权的设立，《房地产管理法》应仅调整土地的二级市场，亦即仅涉及建设用地使用权的移转。本文仅就前者而展开。

二、建设用地使用权的设立主体：公法主体抑或私法主体

依《物权法》的规定，建设用地使用权是在国有土地之上设立的以建造建筑物、构筑物及其附属设施为目的的他物权。我国法上对他物权的设立大抵采取了“合同＋公示（交付或登记）”的模式，[③]建设用地使用权的设立也是“建设用地使用权设立合同”＋“建设用地使用权登记”。[④]建设用地使用权设立合同当属建设用地使用权设立中的重要一环。

在《物权法》通过之前，学界就建设用地使用权出让合同的法律性质素有争议，行政合同说和民事合同说之间莫衷一是。在《物权法》明确规定了建设用地使用权出让合同及其内容[⑤]之后，其民事合同性质应无争议。通说认为，当国家参与政治、社会管理活动时，国家是以主权者或管理者的身份出现的，其身分并不具有民事主体的属性，但当它参与民事活动时，国家是以民事主体的身份出现的，而不是主权者或管理者的身分。[⑥]在建设用地使用权设立合同中，县级以上人民政府的国土资源管理部门代表国家以土地所有权人的身分与土地使用人订立合同，是以民事主体的身分与其他民事主体从事交易行为，他们之间发生的关系属于平等主体之间的民事关系。由国土资源部、国家工商行政管理总局发布的《国有建设用地使用权出让合同》（示范文本）(GF-2008-2601)（以下简称《示范合同》）第 1 条明确指出：“根据《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国土地管理法》、《中华人民共和国城市房地产管理法》等法律、有关行政法规及土地供应政策规定，双方本着平等、自愿、有偿、诚实信用的原则，订立本合同。”建设用地使用权设立合同的民事合同性质即昭然若揭。

在现行法之下，国家作为国家所有权的唯一主体，并不直接行使所有权的权能，而是根据“统一领导、分级管理”的原则，按照财产的性质、用途，把财产分别交给相应的机关、企事业单位，这些机关、单位在授权范围内代表国家行使国家所有权的职能，但是财产的所有权并不发生转移，仍然属于国家。市、县人民政府国土资源管理部门在建设用地使用权的设立中即是行使国家土地所有权。《示范合同》即由作为出让人的市、县人民政府国土资源管理部门[⑦]与受让人签订，市、县人民政府国土资源管理部门的法律地位可见一斑。按照《物权法》第 135 条的规定，建设用地使用权属于土地所有权的处分，土地使用人要与国家进行磋商、谈判，签订建设用地使用权出让合同，在国家所有的土地所有权上设定一个权利负担，在这一过程中，市、县人民政府国土资源部门即代表国家在行使国家土地所有权的职能。但现行《土地管理法》并未对市、县人民政府国土资源管理部门建设用地使用权设立中的法律地位作出规定，虽然其第 5 条明确规定：“国务院土地行政主管部门统一负责全国土地的管理和监督工作。县级以上地方人民政府土地行政主管部门的设置及其职责，由省、自治区、直辖市人民政府根据国务院有关规定确定。”但《物权法》第 57 条第 1 款规定：“履行国有财产管理、监督职责的机构及其工作人员，应当依法加强对国有财产的管理、监督，促进国有财产保值增值，防止国有财产损失；滥用职权，玩忽职守，造成国有财产损失的，应当依法承担法律责任。”这里，并未明确作为履行土地管理职能的国土资源管理部门的私法主体地位。国土资源管理部门与土地使用人签订建设用地使用权出让合同的明确法律依据是《房地产管理法》第 14 条第 2 款。[⑧]因为国土资源管理部门在《土地管理法》中的很多权利的行使都仰赖于其私法主体定位，因此，《土地管理法》中对此应作出明确授权性规定。按照前述《土地管理法》和《房地产管理法》在调整范围上的区分，关于县级以上人民政府国土资源管理部门作为国家土地所有权行使主体的地位更应在《土地管理法》中作出明文规定。

应当说明的是，在《土地管理法》上，县级以上人民政府国土资源管理部门还担负着土地管理的职能，学者们对此提出了尖锐的批评，认为国土资源管理部门混用行政权与所有权代表身份，将行政公权的手段运用到私权的领域，造成了“以地谋财”的天价出让和以招商引资为目的的低价出让。[⑨]就此，国家正通过相关制度设计来加以解决，如设立国家土地监察制度，专门对耕地保护责任标的落实情况、土地执行情况、土地管理审批事项和土地管理

法定职责履行情况等依法进行监督，此点并已专章规定于《土地管理法》修正草案之中。

三、建设用地使用权的设立方式：出让、划拨抑或包括其他

就建设用地使用权的设立方式，《物权法》第 137 条明文规定：“ 设立建设用地使用权，可以采取出让或者划拨等方式。工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一土地有两个以上意向用地者的，应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式出让。严格限制以划拨方式设立建设用地使用权。采取划拨方式的，应当遵守法律、行政法规关于土地用途的规定。” 该条从保护土地资源和国家土地收益的大局出发，严格限制建设用地使用权的无偿设立(划拨)，倡导和鼓励建设用地使用权的竞价有偿设立(出让)。[10]在《土地管理法》和《房地产管理法》修改过程中，有学者主张，既然建设用地有偿使用方式包括了出让、租赁和作价出资入股，[11]那么，建设用地使用权的设立方式除了出让和划拨之外，还应当包括租赁和作价入股，[12]并因此建议《土地管理法》修正时将建设用地使用权的取得方式明定为 “ 建设用地使用权可以依法通过出让、划拨、租赁、作价出资入股和转让、出租、继承、赠与、互换等方式取得。” 就该条文的结构来看，“ 和 ” 之前的 “ 出让、划拨、租赁、作价入股 ” 应属于建设用地使用权的设立方式(创设的继受取得) ；“ 和 ” 之后的 “ 转让、出租、继承、赠与、互换 ” 则属于建设用地使用权的移转方式(移转的继受取得)。对此，本文作者不敢苟同。

(一)《物权法》第 137 条第 1 款的解释论

在解释论上，上引《物权法》第 137 条第 1 款条文中的 “ 出让或者划拨等方式 ” 是否完全列举了建设用地使用权的设立方式?也就是说，出让和划拨这种类型化的方法是否足以周延地涵盖依某种分类标准对建设用地使用权设立方式的所有分类?

第一，建设用地使用权在《物权法》之下被架构成一种用益物权，《物权法》总则中关于物权法定的规定[13]自有其适用空间。在物权法定原则之下，物权的取得方式应需法定，亦即 “ 物权得因何种原因、方式与条件取得，概由法律规定。” [14]准此以解，在其他法律没有对建设用地使用权的设立方式作出相反规定之前，《物权法》第 137 条规定的建设用地使用权设立方式仅限于 “ 出让 ” 和 “ 划拨 ” 两种。虽然该条文中使用了 “ 等方式 ” 一语，但在物权法定主义之下，该 “ 等 ” 为 “ 等内等 ”，而非 “ 等外等 ”。亦即，建设用地使用权的设立方式并不包括租赁和作价出资入股。

第二，“ 出让和划拨 ” 两种设立方式是依建设用地使用权人在取得建设用地使用权时是否支付对价为标准所作的分类。本文作者认为，出让和划拨本不属于 “ 法言法语 ”，大抵了反映着土地利用制度改革之初人们对于土地使用权取得方式的初步认知。在现有物权体系结构之中，建设用地使用权属于他物权之下用益物权中的以国有土地建造建筑物、构筑物及其附属设施的一种物权，自应依他物权的一般原理来设立。准此以解，建设用地使用权依土地所有权人和使用人之间的建设用地使用权设立合同而设立，是在他人所有的土地上所设定的权利负担，至于是否支付对价，自应由双方当事人去约定不过，在我国现行法之下，为防止国有土地资源的流失，促进国有土地资源的合理利用，无偿(划拨)设立受到了严格限制]。由此可见，出让方式的准确说法应是建设用地使用权的有偿设立，而划拨方式则为建设用地使用权的无偿设立(使用权人所支付的补偿、安置等费用并非其取得建设用地使用权的对价)。至于所谓国有土地有偿使用中的租赁方式和作价出资入股方式，当然也是支付一定对价，应属特殊的出让方式，当无疑问。至于建设用地使用权是否可以依租赁或作价出资入股方式设立，容后详述。

(二)租赁是否是建设用地使用权的设立方式

土地所有权人是否可以依租赁方式为他人(承租人)在自己所有的土地之上设立建设用地

使用权?在物权法定主义之下，尚无法得出建设用地使用权可依租赁方式而设立的结论。依法理，承租人依租赁合同所取得的利用土地的权利并非物权，而债权，承租人依租赁合同所取得的利用土地的权利当然不是建设用地使用权这种物权。如果承租人仅仅是取得的债权性质的利用国有土地的权利，在我国现有建筑许可管理模式之下，承租人并无多大助益，因为并不拥有物权法意义上的建设用地使用权证，也就无法在办理有关施工许可与手续，从而无法进行建设行为，其取得利用国有土地的权利也就毫无意义了。

目前，允许建设用地使用权依租赁方式取得以仅为国土资源部于 1999 年 7 月发布了《规范国有土地租赁若干意见》。从该意见的内容来看，建设用地使用权的取得仍要支付对价(租金)，仍应尽可能地采取竞价的方式取得，可以划拨使用的仍应划拨，不实行租赁。准此以解，租赁方式与出让方式的区别在于：承租人支付的是租金，而受让人支付的是出让金；租赁期限比较灵活(但也不得超最高出让年限的限制)，而出让期限受到最高年限的限制。但这两个区别并不足以说明在出让方式之外再规定一种租赁方式的正当性。土地使用人均应支付对价，只不过过称呼不同而已，一个称租金，一个称出让金，但就出让金的本质而言，它属于建设用地使用权的市场价格，在我国土地出让的现状之下，出让金在性质上亦属于租金（批租）；至于期限上的区别，更不是允许以租赁方式设立建设用地使用权的正当理由，因为，出让期限本身就可以在最高年限范围内约定的 (容后详述)。实际上，国有土地租赁往往成了规避法律对国有土地出让强势管制的一种工具，应予否定。因此，本文作者反对将租赁作为建设用地使用权的设立方式之一加以规定，但已经取得建设用地使用权的权利人自可将其建设用地使用权以租赁方式出租给他人使用，不过这已经属于土地二级市场的问题，不属本文讨论范围。

(三)作价出资入股是否可以作为建设用地使用权的一种独立设立方式

土地所有权人是否可以依出资入股方式在自己所有的土地之上为他人设立建设用地使用权?“ 出资入股 ”即意味着自己丧失权利而他人取得权利，由此可见，在土地一级市场上，土地所有权人的“ 出资入股 ”，肯定不是以土地所有权出资入股(在现行法之下，土地所有权禁止交易)，而是土地所有权人以建设用地使用权“ 出资入股 ”，即在自己所有土地之上为其所投资的公司或其他组织设立建设用地使用权，这实际上是“ 出让 ”建设用地使用权的一种形式，只不过土地所有权人从土地使用人那里所取得的对价不是土地出让金，而是股权。由此可见，作价出资入股并非建设用地使用权的一种独立设立方式。

在现行法之下，对建设用地使用权的作价出资入股作出明确规定的主要是《国有企业改革中划拨土地使用权管理暂行规定》。该暂行规定指出：“ 国家以土地使用权作价出资(入股)，是指国家以一定年期的国有土地使用权作价，作为出资投入改组后的新设企业，该土地使用权由新设企业持有，可以依照土地管理法律、法规关于出让土地使用权的规定转让、出租、抵押。土地使用权作价出资（入股）形成的国家股股权，按照国有资产投资主体由有批准权的人民政府土地管理部门委托有资格的国有股权持股单位统一持有。”此外，《确定土地所有权和使用权的若干意见》第 40 条第 2 款更是明确规定：“ 国家以土地使用权作价入股的，土地使用权确定给股份制企业。” 由此可见，这些方式大抵是为了解决国企制和土地利用制度改革遗留下来的历史问题所为的权宜之计，实不足以作为已相对成熟的土地一级市场市场中的一个具有普适性的稳定方式。

四、建设用地使用权的期限：法定抑或约定

现行法上对建设用地使用权期限作出规定的是《房地产管理法》第 14 条以及《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第 12 条，其中前者规定：“ 土地使用权出让最高年限由

国务院规定。”后者规定：“土地使用权出让最高年限按下列用途确定：（一）居住用地 70 年；（二）工业用地 50 年；（三）教育、科技、文化、卫生、体育用地 50 年；（四）商业、旅游、娱乐用地 40 年；（五）综合或者其他用地 50 年。”这里，如何理解上述“ 70 年 ”、“ 50 年 ”、“ 40 年 ”的性质即成争议。一种观点认为，上述期限应属强行性规范，违之将导致建设用地使用权出让合同的期限条款的无效。本文作者对此不敢苟同。

第一，就《物权法》第十二章“ 建设用地使用权 ”的规定来看，建设用地使用权的期限不属于强行法规范，而明确留由建设用地使用权出让合同当事人在合同中去约定。[15]《物权法》通过后，《示范文本》第 7 条即规定“ 本合同项下的国有建设用地使用权出让年期为 年 ”，明显赋予当事人约定建设用地使用权期限的权利。

第二，《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第 12 条关于土地使用权出让年限的规定的表述是“ 最高年限 ”，自然就允许当事人在建设用地使用权出让合同中约定不超过该“ 最高年限 ”的期限。实践中，有的开发商与国土资源管理部门签订了为期 40 年的国有建设用地使用权出让合同，并在其上开发商品房出售，由于建设用地使用权取得成本较低，其房价相对较同地段、同区位、同品质的商品房为低，但有的购房者在以较低的价格购房之后，又以建设用地使用权的使用年限不符合法律、行政法规规定为由请求人民法院确定了该期限条款无效。对此，本文作者以为建设用地使用权的期限本属当事人约定的条款，在由现行法之下，只要不超过最高年限，均属有效，该期限并已载入购房者与开发商之间的商品房买卖合同之中，自已由当事人双方所明知，在明知的情况下仍然签订合同，当然不得仅以此为由而反悔。

在《土地管理法》和《房地产管理法》修改之时，如何看待建设用地使用权的期限问题?本文作者认为，首先应考虑的是，是否有必要规定建设用地使用权的最高年限?在我国承认房屋的私有和土地的公有这一现状之下，房屋的所有权人和土地的所有权人不统一，房屋所有权人必须同时取得房屋占有范围的土地的建设用地使用权，其房屋所有权才具有正当性。由于建设用地使用权本身即是在他人土地所有权之上所设定的权利负担，自应有期限限制，由此而形成了房屋的无期限性与建设用地使用权的有期限性之间的矛盾。此时，建设用地使用权期限的确定大抵应结合房屋的结构和耐用年限，以使两者相互契合为宜，但房屋与房屋之间差异较大，最好由当事人自已去协商。因此，《土地管理法》修改时是否有必要规定建设用地使用权的最高年限，还需要进一步研究。本文作者认为，只要出让金制度设计合理，就没有必要规定建设用地使用权的最高年限，也不会发生国有土地资产收益流失的现象。相反，为了防止当事人约定很短的使用年限，损及与土地使用人进行交易的第三人的利益，维护建设用地使用权作为一种物权本应具有的稳定性，规定一个最低年限是妥适的。在比较法上我们看到，国外地上权立法一般只规定最短期间，最长期间可以由当事人约定，如《日本借地借家法》即规定，借地权存续期间为 30 年，但契约约定超过 30 年者，从其约定。

如果要规定建设用地使用权的最高年限和最低年限，应当由哪部法律在规定?正如本文前述，对建设用地使用权的设立自应由《土地管理法》去规定，而不是由以调整土地二级市场为主要对象的《房地产管理法》来规定。同时，在最高年限确定的问题上，应在把握土地资源的合理配置和利用的基础上，确定一个相对适中的方案，既不能单纯依照现有建筑技术所决定的房屋耐用年限，也不能单纯考虑土地的用途，而应结合考虑土地收益率与土地还原利率、土地估价误差、房屋的结构与耐用年限和土地用途等综合确定。[16]

不过，建设用地使用权的最高年限和最低年限的确定，也要与土地出让金制度的改革结合起来。我国现行土地批租和土地出让金涵盖了住宅用地 70 年使用权、综合用地 50 年使用权、商业用地 40 年使用权的土地资源税收。这样一种制度设计导致了所谓“ 土地财政 ”，刺激政府一次性地收取几十年的土地资源税收，并构成各级政府财政收入的重要来源。因此，

有学者主张土地资源税收(土地出让金)应按年度向土地实际使用人(开发商或购房者)征收。[17] 果若如此，规定最高年限的意义就不大了。

注释：

①红生：《土地管理学总论》，中国农业大学出版社 2007 年版，第 237 页。

②王利明：《物权法研究》（修订版•下卷），中国人民大学出版社 2007 年版，第 105 页；崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 316 页；房绍坤：《物权法用益物权编》，中国人民大学出版社 2007 年版，第 143 页。

③物权的设立自属基于法律行为的物权变动的范畴。就基于法律行为的物权变动而言，当事人可在法律规定的物权体系内，通过合意并完成一定的公示手续而设立物权，此即所谓“ 合同＋公示（交付或登记）” 模式。参见王利明：《物权法研究》（修订版•上卷），中国人民大学出版社 2007 年版，第 273 页。

④《物权法》第 138 条、第 139 条。

⑤《物权法》第 138 条。

⑥见王利明：《物权法研究》（修订版•下卷），中国人民大学出版社 2007 年版，第 116 页。

⑦土资源部、国家工商行政管理总局联合发布的《示范文本使用说明》明确指出：“ 二、本合同中的出让人为有权出让国有建设用地使用权的市、县人民政府国土资源主管部门。”

⑧该款规定：“ 土地使用权出让合同由市、县人民政府土地管理部门与土地使用者签订。”《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 1 条也从合同法律效力角度明确了市、县人民政府国土资源管理部门是出让合同关系中的唯一法定出让人。

⑨王瑞杰：《我国地方政府在土地出让中的法律地位分析》，天津师范大学 2007 年度硕士学位论文，第 12 页以下。

⑩全国人大常委会法制工作委员会民法室：《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2007 年版，第 137 页以下。

⑪行《土地管理法实施条例》第 29 条规定：“ 国有土地有偿使用的方式包括：（一）国有土地使用权出让；（二）国有土地租赁；（三）国有土地使用权作价出资或者入股。”

⑫张东伟：《建设用地使用权法律适用与疑难释解》，中国法制出版社 2008 年版，第 33 页。

⑬《物权法》第 5 条规定：“ 物权的种类和内容，由法律规定。”

⑭保玉：《物权法》，中国法制出版社 2007 年版，第 60 页。本文作者曾对此提出不同意见，见高圣平：“ 物权法定主义及其当代命运 ”，载《社会科学研究》2008 年第 3 期。

⑮《物权法》第 138 条第 2 款第 5 项。

⑯毛璐、汪应宏、申定钢：“ 土地使用年限的确定方法研究 ”，载《国土资源科技管理》2007 年第 6 期。

⑰邦荣：“ 改革土地出让金制度，推动房价理性回归 ”，载《上海商业》2009 年第 7 期。

作者单位：中国人民大学民商事法律科学研究中心

生态环境法学思辩

周　珂

【内容摘要】我国的环境保护和环境立法起步于上世纪 70 年代，环境法作为法学领域最年轻的分支学科之一，在范式结构等方面一直处于探索过程。在这过程中，生态环境法学的提出和发展具有一定的代表性。生态环境法的价值判断并不着眼于其语方学和逻辑学的正确性与否，而在于它对我国经济、社会、法制等领域的功能。

【关键词】环境法　生态环境　环境保护

环境法作为我国法学领域最年轻的分支学科之一，在调整对象、研究范式、体系结构等法学研究的基本层面问题上一直处于探索和争鸣过程中，生态环境法学的提出和发展具有一定的代表性。2001 年法律出版社出版了《生态环境法论》，该书是作者主持的教育部九五法学重大项目《建设社会主义法治国家若干重大理论和现实问题研究》的子课题《建设社会主义法治国家的生态环境问题》的最终成果。该成果以生态学、环境科学与法学相结合为研究基础，反映我国生态环境法制建设的实际，探索符合我国国情的生态环境法制建设途径和法律体系，以生态学中的生态要素原理为依据，拓展传统环境法的研究领域，革新研究范式，创设生物资源保护法、非生物资源保护法、人文生态保护法和生态外部空间保护法的自然资源法体系，并将这一体系移植到二十一世纪系列法学教材《环境法》当中去。

在此之前我国的环境法教学与研究基本上是建立在环境科学的基础上，生态环境概念的提出及其在环境法中的应用并非一帆风顺，也曾受到过严厉的质疑。生态环境用语最早是我国黄秉维院士于 1980~1982 年修宪时提出，并写入宪法中[①]，此后，“ 生态环境 ”一词更多地进入到政府层面和人民大众层面[②]。2005 年有水利方面的院士等对此概念发难，认为“ 生态 ”是与生物有关的各种相互关系的总和，不是一个客体，而环境则是一个客体，把环境与生态叠加使用是不妥的。“ 生态环境 ”的准确表达应当是“ 自然环境 ”，外文没有“ 生态环境 ”或“ 生态的环境 ”的说法，《中国大百科全书》中将“ 生态环境 ”译为“ ecological environ- ment ”，是中国人的造词，未见于国外的科学著作。[③]上书不久，国务院即要求全国科学技术名词审定委员会对该文组织讨论，提出意见。环境保护重要人物迅速响应，称：依照国际上的通用提法，根据不同需要采用“ 环境 ”、“ 自然环境 ”、“ 环境保护 ”、“ 自然保育 ”等提法[④]。在此情况下黄秉维院士出面澄清：“ 我本来也没想到这个东西是错的。”“ 现在我不赞成用‘ 生态环境 ’这一名词，但大家都用了，你禁止得了吗，禁止不了，但应该有明确的定义 ”；“ 我觉得我国自然科学名词委员会应该考虑这个问题，它有权改变这个东西 ”[⑤]。但也有不少学者坚持使用这个概念，如有学者认为，生态、环境两个概念完全不同，说“ 生态环境 ”是概念重复或大致重叠，是不对的；说由此“ 生态环境 ”一词不科学，不能用，也是不对的。“ 生态环境 ”一词，就是“ 生态和环境 ”，或“ 生态或环境 ”。当某事物、某问题与“ 生态 ”、“ 环境 ”都有关(既是涉及生态，又是涉及环境)，或分不太清是“ 生态 ”还是“ 环境 ”问题，就用“ 生态环境 ”(如生态环境问题，某地区的生态环境)。这正是中国语言的特点。[⑥]科学上该如何翻译，可根据其固有的意思，明确为“ 生态 ”时就“ 生态 ”，明确为“ 环境 ”时就“ 环境 ”，明确为“ 生态 ”和“ 环境 ”，或“ 生态 ”或“ 环境 ”，都可以按实际译。此种现象在中外文翻译中很多，是文字、语言的特点，不能认为中国语言形成的词汇在外国没有，就不科学。“ 生态建设 ”、“ 环境建设 ”、“ 生态环境建设 ”都可以用。至于生态环境的概念究竟对中

国环境保护事业有何实质性的危害，至今自然科学界没有给出明确的答案。

修宪时如此重要的问题法律界不可能一无所知或无所作为，只是因为时过境迁难以准确考证。但与自然科学界围绕语言学和逻辑学纠缠不清形成对照的是，自人大环境法教研室提出生态环境法学的概念以来，它得到了学界高度的认可并得以不断拓展。究其原因，一是学界前辈的支持与肯定，事实上如果没有法学界在修宪过程中的肯定，而仅凭自然科学界人物的认可，这个重要概念应当是无法入宪的；二是国家与公众的需要与认可；三是环境法学特殊的发展背景。这里主要谈第三点。

我国的环境保护和环境立法起步于上世纪七十年代，当时国际上两大阵营苏联东欧的社会主义阵营和西方的资本主义阵营，纯粹意义上的环境法起源于西方阵营，基本上是以环境科学为基础的污染防治法，针对的是以当时发生于西方国家的“八大公害事件”为标志的、以污染受害者利益为核心的环境问题。而苏联东欧当时大都没有环境法，代之的是生态法和自然资源法，简单地说就是把大气、水、海洋、土地、森林等自然资源要素同时视为环境要素，保护了这些自然资源等于是保护了环境，也等于是加强了环境对污染物的承载力。为此，前苏联制订了《生态法》和《自然资源保护法》，而这些法律同时承担着环境保护的功能。[⑦] 这种模式符合这个阵营的实际需要，尤其是符合苏联的情况，与日本等自然资源贫乏的国家相比，作为自然资源大国的苏联强调自然资源保护是顺理成章的，更何况苏联经济在很大程度上是对自然资源的严重依赖；其次，这也更符合计划经济的体制要求，部门经济在相当程度上就是对自然资源的分类管理，既要分部门又要讲平衡，生态学及其方法成为至关重要。当时全球环境法可以说是向两个路径发展，即污染防治方向的环境法路径和自然资源保护的生态法路径，当时我国参加修宪和最早环境立法的法律界人士不可能没有看到这个背景。这两条路径均有合理之处，也均需要完善和发展，同时这两条路径也有融合的趋势，例如更偏左的法国就有所谓自然保育法和污染防治法的二元化趋势，日本等国在九十年代起也重视了自然资源保护，俄罗斯则在 2003 年制订了《环境保护法》。

黄秉维先生关于“生态环境”提法来历的一段叙述，主要是回顾了五届人大宪法修改过程中的某些片段。黄秉维先生回顾说：“现在所说的生态环境有两种意见：一种意见认为除了环境污染之外都是生态环境，污染不是生态环境；一种意见是都包括在里头了。“生活环境”是就人民的生活条件而言，“生态环境”一词的含义显然是侧重人民生存于其中的自然环境的生态质量。[⑧]但在我看来，当时国内立法者不可能不考虑东西方环境保护特别是立法上的上述差异，在立法上更有话语权应当是法律界而不是自然科学界。我国改革开放之初百废待兴，在立法上非常重视借鉴国外的经验，环境立法作为阶级性和政治性较弱的领域，更强调与国际接轨甚至可以移植。但当时西方经济的兴盛与苏联东欧的势微不可能不对我国环境立法产生影响。我国早期环境立法带有很明显的西方特别是日本的痕迹，从早期学者群的分布来看，也是以研究欧美和日本的学者为主，只有马骧聪先生等少数学者对苏联东欧环境法有较系统的研究。因此，在我国宪法的“生活环境与生态环境”这二元中，早期环境立法更多地体现的是以生活环境保护为重点的污染防治，到了上世纪八十年代中后期，联合国提出可持续发展以来，特别是九十年代全球环境问题突显以来，生态问题才得以更广泛和高度的关注，并追求与环境问题的一体化解决模式，这个过程在国外是早已开始的，在国内却是法学界敏锐体查并及时把握了的，九十年代制订的《中华人民共和国海洋环境保护法》率先就污染防治与生态保护设计出一体化的保护模式并在其的后的许多环境立法中得以体现，笔者提出的生态环境法概念不过是顺应这个历史趋势，并不关心自然科学界的是是非非，生态环境保护的理念和方法已迅速根植于中国大地，这是也自然科学界所始料不及的。

生态环境法的价值判断并不应着眼于其语言学和逻辑学的正确与否，而在于它对我国经济、社会、法制等领域的功能。自生态环境的概念提出以来，与以往纯粹意义上的环境保护

相比，至少有以下进步：

第一，在污染防治方面，传统的污染防治是以人为核心，而生态环境是以生物群体为中心，这对环境保护提出更高的要求，举例来说，人能忍受 DDT 而秃鹫则不能，等人不能忍受时一切都为时已晚了，即以秃鹫作为生态环境中生物群体的中心物比以人为中心物为有利于环境保护，因此美国已不再使用水污染防治法这个用语，而是使用清洁水法这个生态环境法的用语，此外还有清洁空气法等也是同样道理。

第二，在环境保护的方法上，传统的污染防治是末端治理方式，难以做到预防为主，而生态环境引入了生命科学的理念，强调类似生命周期的全过程治理，而且也只有把生态作为系统才能及时发现和解决环境问题。事实上，也正是生态环境法的概念提出以后，环境保护立法上诸如《清洁生产法》、《循环经济法》等“ 从摇篮到坟墓 ”的全过程控制型环境保护法才得以出台。

第三，从历史上看，人类生态保护远早于环境保护，特别是中国的生态文明有悠久的历史，应当而且可以植入环境保护而赋予环境保护新的活力与内涵，近年来我国提出的科学发展观、人与自然的和谐、生态文明建设等与我国环境保护事业溶为一体，一定意义上是我国生态环境保护概念的延伸和必然结果。从这个切入点出发，人民大学环境法在国内首次运用社会法学的原理研究了环境责任社会化问题[9]，在生态补偿研究、环境保险研究[10]等新领域的研究取得突破。并在国内首次系统地研究环境法与民法关系，将民法的权利本位理念和方法引入到环境法学研究[11]，发挥物权法中相邻权的环境保护功能，在我国民法典的制订特别是物权法和侵权责任法的制订过程中，提出并被采纳了环境保护的要求，同时运用民法典的立法成果和研究成果积极推动环境法学研究的发展[12]。

第四，传统环境法学中自然资源保护法体系的设计是与部门经济相对应，缺乏科学的组合，长期以来，各种教材中自然资源保护法有的分为七、八章，有的分为十几章，但各章之间没有任何科学关联性，学生学习起来吃力，也不能象其他法学分支学科那样形成有机联系的整体，相当程度上影响了环境法学科的科学性。生态环境法将生态学原理引入到自然资源法，按照生态三要素原理，将这部分内容整合为三章（生物资源保护法、非生物资源保护法和特定空间保护法），或四章（上述三章外另有一章为人文生态环境保护法），这种体系与联合国有关规范中自然资源按生态属性或持续性属性的分类方法相接近，使环境法体系趋于严谨和科学，很快得到我国学界的认可。

第五，生态环境法远比传统的环境保护法更开放，能够适应环境保护发展的需要。传统环境法的原理下，诸如人类文化遗产和历史文化遗产[13]、自然灾害防治[14]、能源法[15]、气候变化应对等重大生态环境问题是难以包容的，生态环境法的提出有效地解决了这个问题。事实上，也正是人大环境法第一次将人文生态环境保护和自然灾害防治法纳入环境法体系，在能源法、气候变化应对法制研究[16]等方面较早形成系统性的成果并处于国内较领先的水平上也就不是偶然的了。

生态环境法受到国内学者的重视与响应，成为环境法学界久盛不衰的研究热点。一些高质量的专著相继问世，如：曹明德教授的《生态法原理》（人民出版社 2002 年），郑少华教授的：《生态主义法哲学》（法律出版社 2002 年），陈泉生教授的《宪法与行政法的生态化》（中国环境保护出版社 2003 年），陈泉生教授的《科学发展观与法律发展：法学方法论的生态化》（法律出版社 2008 年），张晓君等《生态环境保护的国际法理论与实践》（厦门大学出版社 2007 年），杨树明教授等的《生态环境保护法制研究》（西南师范大学出版社 2006 年）等。国内生态环境法的论文检索结果近十万条。

生态环境法理念对人民大学环境法学科建设起到重要的推动作用。形象地比喻，生态是具有生命特征的，它使环境法更富活力，更积极，更具成长性。例如，竺效的博士生论文《生

态损害的社会化填补法理研究》[17]荣获 2008 年度全国优秀博士论文提名奖。又如，教研室承担的联合国和国家林业局项目《中国干旱半干旱地区土地退化防治能力建设法律完善》子课题，成功地运用了生态环境法的理念和生态系统管理模型对我国相关法律体系做出科学的评价并提出完善建议，取得良好的效果，受到联合国专家组的高度评价。这个课题组的论文《Toward an improved legislative framework for China ' s land degradation control》发表在联合国《自然资源论坛》上[18]，这是美国人文社会科学索引 SSCI 和自然科学索引 SCI 的系列刊物，这也是我国环境法学界及人民大学法学院在这一等级学术刊物上发表的第一篇论文，标志着我国环境法学研究进入国际最高水平的突破。此外，生态环境法强调的系统平衡、利益平衡等理念运用到教研室的房地产法教学与研究，在国内最早提出物权法、城市房地产管理法、住房保障法和物业管理法四位一体的模式[19]，受到有关部门、社会各界和国内学界的高度评价，正在得到许多院校的认可和采纳。

注释：

①《中华人民共和国宪法》第 26 条规定，国家保护和改善生活环境和生态环境，防治污染和其他公害。

②陈永林：《我对“生态环境”一词的理解》，《生态学名词审定委员会简讯》，2003 年版第 9 期。

③钱正英、沈国舫、刘昌明：《建议逐步改正“生态环境建设”一词的提法》，《科技术语研究》，2005 年版第 2 期，第 20-21 页。

④曲格平：《应该现在就加以纠正》，《科技术语研究》，2005 年版第 2 期，第 27 页。

⑤黄秉维文集编辑组编：《地理学综合研究——黄秉维文集》，(北京) 商务印书馆，2003 年。

⑥蒋有绪：《不必辨清“生态环境”是否科学》，《科技术语研究》，2005 年第 2 期，第 27 页；李志江：《“生态环境”、“生态环境建设”的科技意义与社会应用》，《科技术语研究》，2005 年第 2 期，第 37-38 页。

⑦王树义：《俄罗斯生态法》，武汉大学出版社，2001 年。

⑧侯甬坚：《“生态环境”用语产生的特殊时代背景》，《新学术》，2007 年版第 3 期。

⑨周珂、杨子蛟：《论环境侵权损害填补综合协调机制》，法学评论，2003 年版第 10 期。

⑩周珂、刘红林：《论我国环境侵权责任保险制度的构建》，政法论坛，2003 年版第 5 期。

⑪周珂、侯佳儒：《环境法学与民法学的范式整合》，河海大学学报，哲学社会科学版，2007 年第版 2 期。

⑫李延荣：《制定中的民法典与环境法的互动》，中国地质大学学报，2005 年版第 2 期。

⑬周珂，《生态环境法论》，法律出版社，2001 年。

⑭周珂：《生态环境法论》，法律出版社，2001 年。

⑮李艳芳：《论我国能源法的制定》，法学家，2008 年版第 2 期。

⑯周珂：《论气候变化应对的水循环机制》，昆明理工大学学报，2008 年版第 7 期。

⑰竺效：《生态损害的社会化填补法理研究》，中国政法大学出版社，2007 年版第 12 期。

⑱周珂等：《Toward an improved legislative framework for China 's land degradation control》，《自然资源论坛》（Natural Resources Forum）第 32 期，2008 年版。

⑲李延荣：《房地产法律体系研究》，北京市自然科学基金项目，2003 年版；周珂：《新时期居住权制度研究》，政治与法律，2008 年版第 2 期。

作者单位：中国人民大学民商事法律科学研究中心

论外商投资企业法与公司法之间的互动关系及未来的并轨改革趋势

刘俊海

【内容摘要】在当前的情况下，准确把握新《公司法》与外商投资企业在适用范围方面的相互关系，具有重要意义。我国从1979年以来陆续颁布了《中外合作经营企业法》、《中外合资经营企业法》和《外资企业法》，并颁布了与之相互配套的行政法规和部门规章，从而建立了三套外商投资企业立法体系。这一法律体系颁布于《公司法》出台之前，《公司法》与三套外商投资企业立法就同一事项有不同规定的情形不少。2005年《公司法》是统一公司法，普通公司法，不仅是内资公司法或者分散公司法；加上现行外资企业法的某些特别规定不合乎国际通行的立法惯例，也落后于中国现行公司立法，为鼓励外商投资，立法者应尽快废止三套外资企业法，实现外资企业法与《公司法》的并轨，赋予外商投资企业国民待遇。凡是涉及外商投资企业设立、组织机构、股东权、合并、分立、破产、解散、清算和财务、会计等事项的，都应与内商投资的公司一体纳入《公司法》的调整轨道，不应、也不必就这些内容作出与《公司法》相重叠、相抵触的规定。

【关键词】外商投资企业法 公司法 互动关系 并轨改革

一、外商投资企业法的历次修改回顾

我国从1979年以来陆续颁布了《中外合作经营企业法》、《中外合资经营企业法》和《外资企业法》，并颁布了与之相互配套的行政法规和部门规章，从而建立了三套外商投资企业立法体系。这些外商投资企业立法对于我国吸引外来资本、技术和先进管理经验，对于外国投资者追求投资回报、开辟我国市场都发挥了积极的作用，受到了国内外投资者的充分肯定。在邓小平先生的正确指引下，我国于20世纪70年代末确定了对外开放政策。我国的外商投资企业立法旋即启动。《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》和《外资企业法》及其配套法规、规章不仅奠定了外商投资企业设立与运营的法治基础，也为我国1993年《公司法》的出台和国有企业进行现代企业制度改革提供了制度标杆。例如，这些立法文件中确立的董事会制度、注册资本制度、投资者有限责任制度基本上体现了有限责任公司制度的基本精神。

我国的外商投资企业法律体系是与时俱进的法律体系，迄今经历了两次大规模的修改。第一次是20世纪90年代，第二次是21世纪初。

（一）20世纪90年代的第一次修改

为了优化外商投资环境，进一步放宽市场准入条件，赋予中外合营企业更大的经营自主权，全国人民代表大会于1990年4月4日修改了《中外合资经营企业法》。主要内容包括以下四个方面：

1. 增加了国家征收条款

新法第2条增加了第3款：“国家对合营企业不实行国有化和征收；在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，对合营企业可以依照法律程序实行征收，并给予相应的补偿”。该款规定的增加主要体现了对合营企业投资者权益的保护。因为，立法者一方面郑重承诺国家对合营企业不实行国有化和征收的政策，从而消除投资者担心国家随意实行国有化和征收的

担心和顾虑；另一方面郑重承诺国家在特殊情况下实行国有化和征收时应当接受法定条件的拘束。法定条件有二：一是，为了维护社会公共利益的需要，才能实行国有化和征收。如果不存在社会公共利益对合营企业的限制，则不能实行国有化和征收；二是，即使实行国有化和征收，也要对投资者给予相应的补偿。当然，自法律解释学上看，仍有两大问题需要解决：一是如何界定“社会公共利益”，以避免国家与合营企业投资者各说各话；二是界定“相应的补偿”，以明确国家的补偿义务的内容和范围。

2. 修改了董事长任命条款

根据修改前的法律的规定，合营企业的董事长由中方合营者担任，副董事长由外方担任。这无疑是一种制度歧视，因为不管中方股东持股比例如何，中方股东均可担任董事长，无疑剥夺了外国投资者包括大股东担任董事长的权利。修改后的《中外合资经营企业法》第 6 条规定：“董事长和副董事长由合营各方协商确定或由董事会选举产生。中外合营者的一方担任董事长的，由他方担任副董事长”。与中方股东单方把持董事长职位的旧规定相比，新规定允许外方股东担任董事长，无疑是一大进步。当然，从发展的眼光看，这一新条款仍存在美中不足。例如，倘若小股东在董事会选举董事长、副董事长时双双落选，既不能担任董事长，也不能多人副董事长。但根据该条规定，即使小股东在董事会选举中败北，仍可以担任副董事长。这样，董事会的意志就被立法者的意志淹没了。为弘扬公司自治精神，立法者不宜干预合营企业中董事长与副董事长的名额分配，而应将改事项回归公司董事会自治的范围。实际上，在有多家我国股东和多家外国股东的情况下，由哪一中方股东出任董事长，由哪一外方股东出任董事长，仅仅依据该条规定很难确定，甚至有可能导致公司董事长和副董事长的难产。

3. 大幅调低了合营企业享受税收优惠的门槛

根据修改前的《中外合资经营企业法》第 8 条规定，只有“具有世界先进技术水平的”合营企业才能在开始获利的前两年至三年申请减免所得税；而修改后的第 8 条则取消了这一门槛限制，并将合营企业的税收待遇问题直接指向相关税法的规定：“合营企业依照国家有关税收的法律和行政法规的规定，可以享受减税、免税的优惠待遇”。而废止前的《外国企业和外商投资企业所得税法》，合营企业不仅可以享受“三免两减半”的所得税收优惠待遇，还可享受进口设备免于缴纳关税等税收优惠。这种阳光普照的立法改革极大扩张了享有税收优惠的外商投资企业的范围，受到更大中外股东的一致好评。当然，如何在企业法人所得税领域落实外商投资企业与内商投资企业之间的国民待遇原则，也值得关注。

4. 允许合营企业自由选择开户银行

根据修改前的《中外合资经营企业法》第 9 条规定，合营企业只能在我国银行和其同意的银行开立外汇帐户；而新规定则允许合营企业凭营业执照在国家外汇管理机关允许经营外汇业务的银行或其它金融机构开立外汇帐户。这无疑扩大了合营企业的选择权，打破了开户行的垄断局面，引入了银行和金融机构之间的公平竞争。

（二）21 世纪初的第二次修改

我国已于 2001 年加入世界贸易组织。在我国加入世界贸易组织之前，根据世界贸易组织规则（尤其是《与贸易有关的投资措施（TRIMS）协议》）和我国的对外承诺，我国再次对外商投资企业法进行了修改，以求在符合世界贸易组织规则要求的同时，增强我国吸引外资的能力。此次修改的主要内容包括：

1. 废除了外汇收支平衡条款

《中外合作经营企业法》第 20 条曾经规定：“合作企业应当自行解决外汇收支平衡。合作企业不能自行解决外汇收支平衡的，可以依照国家规定申请有关机关给予协助”。《外资企业法》第 18 条第 3 款规定与之相若：“外资企业应当自行解决外汇收支平衡。外资企业的产品经有关主管机关批准在我国市场销售，因而造成企业外汇收支不平衡的，由批准其在我国

市场销售的机关负责解决 ”。虽然《中外合资经营企业法》中没有关于外汇平衡的明确规定，但国务院颁布的《中外合资经营企业法实施条例》第 75 条有此规定。

但根据世界贸易组织《与贸易有关的投资措施协议》第 2 条及该协议所附《解释性清单》第 2 项规定，各缔约方不得通过外汇平衡的要求，限制企业进口。而且，我国政府在加入世界贸易组织谈判中承诺在加入世界贸易组织后取消与《与贸易有关的投资措施协议》相抵触的外汇收支平衡条款。更重要的是，随着我国对外贸易的发展和外汇体制改革的不断深化，随着我国外汇储备地增加，人民币经常项目实现了可自由兑换。如此以来，外商投资企业开展经营活动所需外汇不再受到限制。有鉴于此，我国全国人大常委会于 2000 年 10 月 31 日删除了《中外合作经营企业法》第 20 条和《外资企业法》第 18 条第 3 款规定，国务院亦于 2001 年 7 月 22 日删除了《中外合资经营企业法实施条例》第 75 条。

2. 删除了本地含量条款

《中外合资经营企业法》第 9 条第 2 款曾经规定：“ 合资企业所需原材料、燃料、配套件等，应尽先在我国购买，也可由合营企业自筹外汇，直接在国际市场上购买 ”;《外资企业法》第 15 条和《中外合作经营企业法》第 19 条也曾存在类似规定。这类条款可以统称为本地含量条款。

但根据世界贸易组织《与贸易有关的投资措施协议》第 2 条及该协议所附《解释性清单》第 2 项规定，各缔约方不得以任何形式限制企业购买、使用当地生产的或者来自于当地的产品。而且，我国政府在加入世界贸易组织谈判中已经承诺在加入世界贸易组织后取消与《与贸易有关的投资措施协议》相抵触的本地含量条款。

实际上，我国外商投资企业立法文件中的本地含量条款与其说是一个强制性条款，不如说是一个倡导性条款，因而可操作性不强。但由于流露着立法者希望外商投资企业购买我国当地原材料、燃料、配套件的主观愿望，致使这类条款成为《与贸易有关的投资措施协议》相抵触的本地含量条款。

为尊重企业自治，赋予外商投资企业更大的经营自由，并使我国外商投资企业立法符合《与贸易有关的投资措施协议》的基本要求，我国全国人民代表大会于 2001 年 3 月 15 日将《中外合资经营企业法》原第 9 条第 2 款改为第 10 条第 1 款，修改为: “ 合营企业在批准的经营范围内所需的原材料、燃料等物资，按照公平、合理的原则，可以在国内市场或者在国际市场购买 ”; 我国全国人大常委会于 2000 年 10 月 31 日对《外资企业法》第 15 条和《中外合作经营企业法》第 19 条也做了类似修改。这样，外商投资企业在采购原材料时就可以在国内外市场自由选择价格性能比最优的原材料了。

3. 删除了对外资企业出口实绩的强制性要求

《外资企业法》原第 3 条第 1 款曾规定：“ 设立外资企业，必须有利于我国国民经济的发展，并且采用先进的技术和设备，或者产品全部出口或者大部分出口 ”。这条规定旨在强制外资企业采用先进的技术和设备，强制外资企业产品出口。该条规定不仅起着鼓励高科技企业和出口型企业的作用，还有着限制外国投资者设立外资企业、鼓励外国投资者寻求我国投资伙伴设立中外合资经营企业和中外合作经营企业的效果。

而根据世界贸易组织《与贸易有关的投资措施协议》第 2 条及该协议所附《解释性清单》第 2 项规定，各缔约方不得限制企业产品出口的数量、价值或者份额。我国政府在加入世界贸易组织谈判中，亦曾承诺在加入世界贸易组织后取消与《与贸易有关的投资措施协议》相抵触的出口实绩要求条款。实际上，许多外国投资者到我国设立企业的主要考虑是着眼于开辟我国的广阔市场，愿意将其在我国生产的产品在我国当地市场销售。立法者强制外资企业将其在我国生产的产品销往国外市场，往往有违有资者的投资愿望。

为在外商投资领域充分体现投资自由与契约自由的精神，尊重投资者的出资自由和外资企业的产品营销自由，并使我国外商投资企业立法符合《与贸易有关的投资措施协议》的基

本要求，我国全国人民代表大会于 2000 年 10 月 31 日将《外资企业法》原第 3 条第 1 款修改为: “ 设立外资企业，必须有利于我国国民经济的发展。国家鼓励举办产品出口或者技术先进的外资企业。” 这样，强制性的出口实绩要求条款就转变为倡导性条款。产品出口型和技术先进型的外资企业固然最受欢迎，但产品内销型和技术非先进型的外资企业也得以在我国设立，至于此类企业的生命力和竞争力若何则听凭市场机制决定。

4. 删除了企业的生产计划备案条款

《中外合资经营企业法》原第 9 条第 1 款曾要求，“ 合营企业生产经营计划，应报主管部门备案，并通过经济合同方式执行 ”;《外资企业法》原第 11 条第 1 款亦要求外资企业的生产经营计划报其主管部门备案。此种规定体现了国家公权力对外商投资企业内部经营活动的不当干预，实际上是传统计划经济体制下国有企业政企不分的经营模式在外商投资领域的翻版，明显违背市场经济国家的主流公司制度。实际上，自我国建立社会主义市场经济体制以来，即使内资企业的经营自主权也进一步扩张，鲜有政府主管部门要求内资企业向其报送企业生产经营计划的。

顺乎政企分离的市场经济改革潮流，我国全国人大常委会于 2000 年 10 月 31 日毅然删除了《外资企业法》第 11 条第 1 款，全国人民代表大会亦于 2001 年 3 月 15 日删除了《中外合资经营企业法》原第 9 条第 1 款。

5. 简化了企业设立过程中的行政审批程序

根据 2001 年修改之前的《中外合资经营企业法实施条例》原第 9 条规定，投资者设立中外合资经营企业必须由我国合营者向企业主管部门呈报拟与外国合营者设立合营企业的项目建议书和初步可行性研究报告。该建议书与初步可行性研究报告，经企业主管部门审查同意并转报审批机构批准后，合营各方才能进行以可行性研究为中心的各项工作，在此基础上商签合营企业协议、合同、章程。

从法理上看，设立中外合资经营企业本是中外投资者的私法自治事宜，无论是营利还是亏损，均与政府无涉，因此政府缺乏审查批准建议书与初步可行性研究报告的正当性。为尊重企业自治和投资者自治，国务院于 2001 年 7 月 22 日删除了前述条款。这样，中外投资者在申请设立中外合资企业时，不再需要预先办理项目建议书和初步可行性研究报告的审批，而可以直接由中外合营者共同向审批机构报送合营各方共同编制的可行性研究报告。

二、外商投资企业法与公司法是一般法与特别法的关系

我国从 1979 年以来陆续颁布了《中外合作经营企业法》、《中外合资经营企业法》和《外资企业法》，并颁布了与之相互配套的行政法规和部门规章，从而建立了三套外商投资企业立法体系。这些外商投资企业立法对于中国吸引外来资本、技术和先进管理经验，对于外国投资者追求投资回报、开辟中国市场都发挥了积极的作用，受到了国内外投资者的充分肯定。但随着时间推移，从立法技术和实体内容看存在不少缺陷，不再适应对外开放需要，急需进一步改革。

我国三套外商投资企业立法体系颁布于《公司法》出台之前。我国外商投资企业中有相当一部分是有限责任公司。《公司法》与三套外商投资企业立法就同一事项有不同规定的情形不少。1993 年《公司法》第 18 条对此作出规定 :“ 外商投资的有限责任公司适用本法，有关中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业的法律另有规定的，适用其规定 ”。可见，公司法与外商投资企业法是一般法与特别法的关系。

2005 年《公司法》第 218 条将 1993 年《公司法》第 18 条修改为 :“ 外商投资的有限责任公司和股份有限公司适用本法；有关外商投资的法律另有规定的，适用其规定 ”。两相对照，主要的修改内容是增加列举了近年来出现的外商投资的股份有限公司。 至于外商投资

特别法律规定与公司一般法律规定之间的关系并未发生颠覆性变革。换言之，《公司法》与三套外商投资企业立法仍为一般法与特别法的关系。

根据 2005 年《公司法》第 218 条规定，《公司法》与三套外商投资企业立法就同一事项有不同规定时，优先适用外商投资企业立法；《公司法》就某一事项没有规定、外商投资企业立法对此有规定时，应当优先适用外商投资企业立法；《公司法》就某一事项有规定、外商投资企业立法对此无规定时，应当补充适用《公司法》；《公司法》与三套外商投资企业立法就同一事项均无规定时，应当适用《公司法》的基本原则（如资本多数决定原则、股东平等原则）、商事习惯和公司法理。法院和仲裁机构裁决有关外商投资企业的纠纷时，也应当根据上述精神确定裁判案件的法律依据。

尽管 2005 年《公司法》第 218 条比 1993 年《公司法》第 18 条有所进步，但仍存在着缺憾，有待进一步解释。例如，“ 有关外商投资的法律另有规定的，适用其规定 ” 中的 “ 法律 ” 究竟仅指全国人大及其常委会颁布的法律，抑或泛指包括法律、行政法规、部门规章、地方性法规在内的各类立法文件，在实践中容易引起分歧。

为了进一步澄清 2005 年《公司法》第 218 条的涵义，理顺新《公司法》与外商投资企业法在公司审批登记管理环节的适用关系，国家工商行政管理总局、商务部、国家外汇管理局、海关总署于 2006 年 4 月联合印发了《关于外商投资的公司审批登记管理法律适用若干问题的执行意见》（工商外企字[2006]81 号，以下简称《执行意见》），对外商投资的公司在审批、登记、管理过程中存在的一些法律适用问题提出了指导意见，值得各界关注。

根据《执行意见》第 1 条规定，“ 外商投资的公司的登记管理适用《公司法》和《公司登记管理条例》；有关外商投资企业的法律另有规定的，适用其规定；《公司法》、《公司登记管理条例》、有关外商投资企业的法律没有规定的，适用有关外商投资企业的行政法规、国务院决定和国家有关外商投资的其他规定 ”。

此处的 “ 国家有关外商投资的其他规定 ” 显然包括部门规章在内。根据《立法法》第 71 条规定，国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构，可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内，制定规章。部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。又根据《立法法》第 79 条规定，“ 法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。行政法规的效力高于地方性法规、规章 ”。因此，国家工商行政管理局、商务部等部门在与《公司法》、外商投资企业法等法律、行政法规不相抵触的情况下，可以制定相应的部门规章。这些部门规章也应得到外商投资企业各方法律主体的自觉遵守。

三、外商投资企业法与公司法的主要制度区别

既然外商投资企业法是公司法的特别法，就必然存在着外商投资企业法与公司法的制度差异。兹将这些制度差异简述如下：

（一）投资主体的差异

《公司法》对于股东的资格包括国籍并无任何限制。《中外合作经营企业法》和《中外合资经营企业法》将外方投资者界定为 “ 外国公司 ”、“ 企业 ” 和 “ 其他经济组织或个人 ” 等四类主体，而对中方投资者的界定中只有 “ 公司、企业和其他经济组织 ”，没有 “ 个人 ” 这对中国的个人投资者来说显然不公，对于从海外留学归来的高端技术人才来说尤为可惜。这些留学人才为了达到与外国公司合作投资的目的，只能先行注册一家公司，然后再一这家公司的名义与外商共同投资设立企业。如此以来，徒增不必要的交易成本。

（二）企业治理机构的差异

《中外合资经营企业法》虽然将中外合资经营企业界定为 “ 有限公司 ”，但第 6 条规定：

“ 董事会根据平等互利的原则，决定合营企业的重大问题。董事会的职权是按合营企业章程规定，讨论决定合营企业的一切重大问题:企业发展规划、生产经营活动方案、收支预算、利润分配、劳动工资计划、停业，以及总经理、副总经理、总工程师、总会计师、审计师的任命或聘请及其职权和待遇等 ”。诚如《中外合资经营企业法实施条例》第 30 条所言，“ 董事会是合营企业的最高权力机构，决定合营企业的一切重大问题 ”。《中外合作经营企业法》第 12 条也规定董事会或者联合管理机构依照合作企业合同或者章程的规定决定合作企业的重大问题。至于股东会和监事会则榜上无名，而且董事会实行一人一票规则和人头多数决规则。而国内投资者设立的有限公司根据《公司法》应当设立股东会、董事会及监事会等公司机关，而股东会实行按照出资比例行使表决权的规则以及资本多数决规则。

（三）企业设立程序的差异

根据外商投资企业立法，外商设立有限责任公司实行绝对审批制，一律报经对外经济贸易主管部门批准；而根据《公司法》第 8 条规定，国内股东要设立有限责任公司，实行登记制为主、审批制为辅的原则。

（四）股权转让程序的差异

根据《中外合作经营企业法》和《中外合资经营企业法》的规定，投资者相互之间转让股权须履行四个环环相扣的法定程序：转让双方签署股权转让协议；合营（合作）他方同意；对外经济贸易主管机关批准；公司登记机关办理变更登记程序。例如，根据《中外合作经营企业法》第 10 条规定，“ 中外合作者的一方转让其在合作企业合同中的全部或者部分权利、义务的，必须经他方同意，并报审查批准机关批准 ”。《中外合资经营企业法实施条例》第 20 条规定：“ 合营一方向第三者转让其全部或者部分股权的，须经合营他方同意，并报审批机构批准，向登记管理机构办理变更登记手续。合营一方转让其全部或者部分股权时，合营他方有优先购买权。合营一方向第三者转让股权的条件，不得比向合营他方转让的条件优惠。违反上述规定的，其转让无效 ”。

通说认为，未经对外经济贸易主管部门批准的股权转让合同属于无效合同或者效力尚未发生的合同，即使合同已经实际履行完毕也是如此。而对内资的有限责任公司而言，股东即使向股东之外的第三人转让股权，该转让合同只仅需双方当事人签署以及全体股东过半数以上同意即可生效，而无需对外经济贸易主管部门的行政批准。

受外商投资企业特别立法的影响，《外商投资企业和外国企业所得税法》在区分内外资企业的法律待遇上走得更远：在所得税税率、税收减免、税收返还三个方面对外资企业实行分地区、有重点、多层次的税收优惠办法，创设了所谓的 “ 超国民待遇原则 ”，既违反 WTO 规则中的国民待遇原则，也为《补贴与反补贴措施协议》所禁止。

四、外商投资一人公司

《执行意见》第 2 条第 1 款规定：“ 外国公司、企业和其他经济组织或者自然人（以下简称外国投资者）可以同中国的企业、其他经济组织以中外合资、中外合作的形式依法设立公司，也可以外商合资、外商独资的形式依法设立公司 ”。这就再次重申了外商可以独自设立一人有限责任公司。

实际上，外商投资企业中有相当一部分采取了一人公司制度形式。据外经贸部统计，外商独资企业的数量近年来在中国新批外商投资企业中增长最快。2001 年，在中国新设立的外商独资企业达到 15643 家，几乎为中外合资企业的两倍、中外合作企业的 10 倍，在合同外资和实际使用外资数字上独资企业更是其它两类企业的 2 到 4 倍。在外商实际投资的 344 亿美元中就有 200 多亿美元是属于独资的，比重将近 2/3。2002 年，在中国新设立的外商独资企业达到近两万家，几乎为中外合资企业数的两倍、中外合作企业数的 10 倍，在合同外

资和实际使用外资数字上独资企业更是其它两类企业的２到４倍。

外商独资企业尤其是一人公司的异军突起决非偶然。原因之一是，随着中国对外开放不发的加快，中国的投资法律环境越来越透明，外国投资者对中国的市场与法律的熟悉和了解程度与日俱增，无需借助中方合作伙伴即可顺利进入中国市场。与之相反，在我国改革开放之初，外国投资者由于对中国的外商投资政策、法律与市场环境知之甚少、甚至一无所知，不得不借助中外合作经营企业、中外合作经营企业的形式，从中国投资者那里寻求投资的经验、智慧、信息、资源和市场。随着中国加入世界贸易组织和中国投资法律环境的日趋改善，外国投资者越来越自信，直至直接设立外商独资企业。原因之二是，股东人数越多，纠纷越多。加之《中外合资经营企业法》和《中外合作经营企业法》强调股东之间的人合性因素，注重董事会对特定决策事项的一致决定原则的结果容易导致公司僵局，许多投资者开始放弃中外合资经营企业和中外合作经营企业，改采外商独资企业形式。因此，在外商投资企业的过程之中，外商投资企业的重心由中外合资经营企业和中外合作经营企业转向外商独资企业有着复杂的成因。

《执行意见》第 2 条第 2 款针对外商独资的一人公司适用《公司法》的问题作了明确规定：“ 以外商独资的形式依法设立一人有限公司的，其注册资本最低限额应当符合《公司法》关于一人有限公司的规定；外国自然人设立一人有限公司的，还应当符合《公司法》关于一人有限公司对外投资限制的规定。2006 年 1 月 1 日以前已经依法设立的外商独资的公司维持不变，但其变更注册资本和对外投资时应当符合上述规定 ”。具体说来，该款规定包含四个层次的内容：

首先，在新《公司法》生效以后，外商投资者愿意以外商独资的形式依法设立一人有限公司的，其注册资本最低限额应当符合《公司法》第 59 条规定：“ 一人有限责任公司的注册资本最低限额为人民币十万元。股东应当一次足额缴纳公司章程规定的出资额 ”。这是由于，《外资企业法》及其《实施细则》对于外商独资有限责任公司的注册资本最低限额及其股东是否应当一次足额缴纳公司章程规定的出资额均未作出规定。根据一般法补充适用的法理，新《公司法》第 59 条规定的注册资本最低限额当然适用于外商独资有限责任公司。

其次，在新《公司法》生效以后，外国自然人设立一人有限公司的，还应当符合《公司法》关于一人有限公司对外投资限制的规定。根据新《公司法》第 59 条第 2 款规定：“ 一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司。该一人有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司 ”。需要指出的是，该款前句规定的一人公司计划生育政策仅适用于自然人设立的一人公司，并不禁止法人设立多家一人公司；该款后句也仅禁止自然人设立的一人公司再设孙子一人公司，并不禁止法人设立的一人公司再设孙子一人公司。

其三，2006 年 1 月 1 日以前已经依法设立的外商独资的公司继续有效存续。这既是新法不溯及既往原则的要求，也是企业维持原则的要求。中国作为一个重约守信的民族，当然要保护外国投资者对《外资企业法》的合理预期。在一定程度上，《外资企业法》可以解释为中国立法者对外国投资者所作的一种承诺。

其四，在新《公司法》生效以后，2006 年 1 月 1 日以前已经依法设立的外商独资的公司变更注册资本和对外投资时应当遵守符合新《公司法》第 59 条规定。

五、分期缴纳出资制度与外商投资企业

新《公司法》第 26 条规定了分期缴纳出资制度：“ 有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的百分之二十，也不得低于法定的注册资本最低限额，其余部分由股东自公司成立之日起两年内缴足；其中，投资公司可以在五年内缴足 ”。这原则上也适用于外商投资公司。除了特别规定

之外，新《公司法》第 26 条规定的分期缴纳出资制度具有补充适用的功能。

其实，分期缴纳出资制度并非新《公司法》的发明创造。早在新《公司法》出台之前，有关外商投资企业的法律、行政法规和部门规章就允许投资者分期缴纳出资，以缓解投资者一时资金紧张的燃眉之急。但是，这些立法文件对分期缴纳出资制度的某些规定与新《公司法》存在差别，因而构成了特别规定。依据特别法律规范优于一般法律规范事由的法理，这些特别规定当然应予优先适用。

例如，外经贸部与国家工商局于 1988 年 1 月 1 日联合发布的《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》第 4 条规定：“ 合营各方应当在合营合同中订明出资期限，并且应当按照合营合同规定的期限缴清各自的出资。合营企业依照有关规定发给的出资证明书应当报送原审批机关和工商行政管理机关备案。合营合同中规定一次缴清出资的，合营各方应当从营业执照签发之日起六个月内缴清。合营合同中规定分期缴付出资的，合营各方第一期出资，不得低于各自认缴出资额的 15%，并且应当在营业执照签发之日起三个月内缴清 ”。又根据该《若干规定》第 10 条规定，中外合作经营企业合作各方的出资参照本规定执行。《外资企业法实施细则》第 30 条也规定：“ 外国投资者缴付出资的期限应当在设立外资企业申请书和外资企业章程中载明。外国投资者可以分期缴付出资，但最后一期出资应当在营业执照签发之日起 3 年内缴清。其中第一期出资不得少于外国投资者认缴出资额的 15%，并应当在外资企业营业执照签发之日起 90 天内缴清 ”。

可见，外商投资企业法框架下的分期缴纳出资制度比起新《公司法》框架下的分期缴纳出资制度更加开放、自由。因为，国家允许公司在股东没有实际缴纳任何出资的情况下先行取得企业法人营业执照。实践中，许多外商投资企业领取的企业法人营业执照上载明的实缴注册资本为零。这在一定程度上也纵容了投资者的迟延出资现象。而新《公司法》第 26 条虽然也允许股东分期缴纳出资，但在公司成立之前、取得企业法人营业执照之前至少必须将公司注册资本的 20%实际缴纳到位。相比之下，新《公司法》第 26 条的规定更有利于保护债权人，而外商投资企业法框架下的分期缴纳出资制度更偏向于投资者。从长远看，立法者应当对内资公司与外资公司采行统一的授权资本制，早日废除股东分期缴纳出资制度，以实现鼓励投资与保护债权人的价值目标的和谐统一。

《执行意见》第 9 条在糅合新《公司法》与外商投资企业政策的基础上，明确指出：“ 外商投资的有限责任公司（含一人有限公司）的股东首次出资额应当符合法律、行政法规的规定，一次性缴付全部出资的，应当在公司成立之日起六个月内缴足；分期缴付的，首次出资额不得低于其认缴出资额的百分之十五，也不得低于法定的注册资本最低限额，并应当在公司成立之日起三个月内缴足，其余部分的出资时间应符合《公司法》、有关外商投资的法律和《公司登记管理条例》的规定。其他法律、行政法规要求股东应当在公司成立时缴付全部出资的，从其规定。外商投资的股份有限公司的出资应当符合《公司法》的规定 ”。

首先，国家依然鼓励外商投资的有限责任公司（含一人有限公司）的股东一次性缴付全部出资。但根据，股东出资应当在公司成立之日起六个月内缴足，而不必像内资的有限责任公司那样在公司成立之前一次足额缴纳出资到位。这是内资公司与外资公司的区别之一。之所以如此，乃承袭我国对待外商投资企业的传统做法。

其次，外国投资者选择分期缴付出资时，首次出资额不得低于其认缴出资额的百分之十五，也不得低于法定的注册资本最低限额，并应当在公司成立之日起三个月内缴足。这实际上即重申了《若干规定》第 4 条第 3 款有关首次出资额比例和缴纳时间的两大限制，以及新《公司法》第 26 条有关公司全体股东的首次出资额不得低于法定注册资本最低限额的规定。值得注意的是，根据新《公司法》第 26 条规定，股东的首次出资额不得低于其认缴出资额的百分之二十；而根据《若干规定》第 4 条第 3 款和《执行意见》第 9 条，外国投资者选择分期缴付出资时，首次出资额只要不低于其认缴出资额的百分之十五即可，而无需达到百分之二十。

其三，外国投资者选择分期缴付出资时，首期出资之外的其余部分的出资时间应符合《公司法》、有关外商投资的法律和《公司登记管理条例》的规定。换言之，根据新《公司法》第 26 条规定，外国投资者在首期出资之外的其余出资部分由股东自公司成立之日起两年内缴足；其中，投资公司可以在五年内缴足。

其四，其他法律、行政法规要求股东应当在公司成立时缴付全部出资的，从其规定。例如，根据《保险法》第 73 条规定，设立保险公司，其注册资本的最低限额为人民币二亿元；保险公司注册资本最低限额必须为实缴货币资本。倘若中外投资者合资设立一家从事保险业的有限责任公司，则全体股东必须在公司成立之前将其所认资本全部缴纳到位。

其五，外商投资的股份有限公司的出资应当符合新《公司法》的规定，不适用外商投资企业法及其实施条例、部门规章有关分期缴纳出资的特别规定。这是由于，外商投资企业法及其实施条例、部门规章有关分期缴纳出资的特别规定均针对中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业中的有限责任公司而设计，而未曾预料到外商投资的股份有限公司。因此，外商投资的股份有限公司的出资应当符合新《公司法》第 81 条的规定：“ 股份有限公司采取发起设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额。公司全体发起人的首次出资额不得低于注册资本的百分之二十，其余部分由发起人自公司成立之日起两年内缴足；其中，投资公司可以在五年内缴足。在缴足前，不得向他人募集股份。股份有限公司采取募集方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额。股份有限公司注册资本的最低限额为人民币五百万元。法律、行政法规对股份有限公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定 ”。倘若外商投资者在中国境内设立一家普通产业的股份有限公司，全体股东的首期出资额达到 100 万人民币，公司即可成立，剩余的认缴资本可以在公司成立之日起两年内缴足即可。

又根据《执行意见》第 15 条规定，“ 外商投资的公司增加注册资本，有限责任公司（含一人有限公司）和以发起方式设立的股份有限公司的股东应当在公司申请注册资本变更登记时缴付不低于 20%的新增注册资本，其余部分的出资时间应符合《公司法》、有关外商投资的法律和《公司登记管理条例》的规定。其他法律、行政法规另有规定的，从其规定。股份有限公司为增加注册资本发行新股时，股东认购新股，依照设立股份有限公司缴纳股款的有关规定执行 ”。可见，新《公司法》规定的分期缴纳出资制度不仅适用于公司新设之时，而且适用于公司增加资本之时。值得注意的是，只有以发起方式设立的股份有限公司在增加注册资本时适用分期缴纳出资制度，至于以募集方式设立的股份有限公司在增加注册资本时则不适用分期缴纳出资制度。

六、出资方式创新对外商投资企业的影响

与 1993 年《公司法》第 24 条相比，新《公司法》第 27 条大幅放宽了股东的出资方式，“ 股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外 ”。

现行外商投资企业法规定的出资方式也较为广泛。例如，《中外合资经营企业法》第 5 条规定：“ 合营企业各方可以现金、实物、工业产权等进行投资。外国合营者作为投资的技术和设备，必须确实是适合我国需要的先进技术和设备。如果有意以落后的技术和设备进行欺骗，造成损失的，应赔偿损失。中国合营者的投资可包括为合营企业经营期间提供的场地使用权。如果场地使用权未作为中国合营者投资的一部分，合营企业应向中国政府缴纳使用费。上述各项投资应在合营企业的合同和章程中加以规定，其价格(场地除外)由合营各方评议商定 ”。又如，《中外合资经营企业法实施条例》第 22 条进一步细化为：“ 合营者可以用货币出资，也可以用建筑物、厂房、机器设备或者其他物料、工业产权、专有技术、场地使用

权等作价出资 ”。再如，《外资企业法实施条例》第 25 条规定 :“ 外国投资者可以用可自由兑换的外币出资，也可以用机器设备、工业产权、专有技术等作价出资。经审批机关批准，外国投资者也可以用其从中国境内举办的其他外商投资企业获得的人民币利润出资 ”。

鉴于新《公司法》第 27 条对于非货币财产出资的构成要件的把握更加严谨、科学，又鉴于《公司登记管理条例》第 14 条和《公司注册资本登记管理规定》体现了新《公司法》鼓励投资兴业的精神，《执行意见》第 10 条要求，“ 外商投资的公司的股东的出资方式应当符合《公司法》第 27 条、《公司登记管理条例》第 14 条和《公司注册资本登记管理规定》的规定。在国家工商行政管理总局会同有关部门就货币、实物、知识产权、土地使用权以外的其他财产出资作出规定以前，股东以《公司登记管理条例》第 14 条第 2 款所列财产以外的其他财产出资的，应当经境内依法设立的评估机构评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。实缴出资时还必须经境内依法设立的验资机构验资并出具验资证明。中外合资的有限责任公司的股东以《中外合资经营企业法》规定的实物（含设备）、工业产权等非货币财产（土地使用权除外）出资的，其价格可以由合营各方评议商定 ”。

可见，即使某些非货币财产（如股权、债权、探矿权、采矿权等）未被外商投资企业法明文列举，但符合《公司法》第 27 条、《公司登记管理条例》第 14 条规定的出资条件，也可作价出资。

有人问，外商投资企业法有关知识产权出资法定上限的规定应否遵守？例如，根据《外资企业法实施条例》第 27 条规定，外国投资者以工业产权、专有技术作价出资的，该工业产权、专有技术的作价应当与国际上通常的作价原则相一致，其作价金额不得超过外资企业注册资本的 20% ”。

鉴于该条规定源自 1993 年《公司法》第 24 条第 2 款规定 :“ 以工业产权、非专利技术作价出资的金额不得超过有限责任公司注册资本的百分之二十，国家对采用高新技术成果有特别规定的除外 ”；又鉴于新《公司法》第 27 条第 3 款允许全体股东的非货币出资（包括知识产权出资）金额高达有限责任公司注册资本的百分之 70%，建议对外商投资企业尤其是外资企业股东的知识产权出资限额放款到 70%。这对于推动高新技术企业的成长，建设创新型国家都具有重要意义。

值得注意的是，传统的外商投资企业法强调出资者对货币出资财产的所有权，并禁止股东 “ 空手套白狼 ” 的行为。例如，《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》第 2 条就规定，“ 合营各方按照合营合同的规定向合营企业认缴的出资，必须是合营者自己所有的现金，自己所有并且未设立任何担保物权的实物、工业产权、专有技术等。凡是以实物、工业产权、专有技术作价出资的，出资者应当出具拥有所有权和处置权的有效证明 ”。第 3 条进一步从反面重申，“ 合营企业任何一方不得用以合营企业名义取得的贷款、租赁的设备或者其他财产以及合营者以外的他人财产作为自己的出资，也不得以合营企业的财产和权益或者合营他方的财产和权益为其出资担保 ”。在现实生活中，有人错误地认为，股东从他人取得的借款也不能作价出资。为此，2006 年《执行意见》第 11 条规定，“ 外商投资的公司的股东以自己的名义通过借贷等方式筹措的资金应当视为自己所有的资金，经验资机构出具验资证明以后可以作为该股东的出资 ”。

鉴于我国吸引外资的目的是吸引外国的资金、先进技术、设备和管理经验，为避免外国投资者滥竽充数，以虚假资金、落后技术和过时设备欺诈国内投资者、危害交易安全，我国外商投资企业立法对于货币出资的期限性以及非货币出资的真实性、足额性作了不遗余力的详尽规定，包括确认公权力深度干预的法律规定。笔者认为，这些规定在不与新《公司法》第 27 条鼓励投资的立法精神相抵触的情况下应予适用。

就机器设备作价出资而言，《外资企业法实施条例》第 26 条规定 :“ 外国投资者以机器设备作价出资的，该机器设备应当是外资企业生产所必需的设备。该机器设备的作价不得高

于同类机器设备当时的国际市场正常价格。对作价出资的机器设备，应当列出详细的作价出资清单，包括名称、种类、数量、作价等，作为设立外资企业申请书的附件一并报送审批机关 ”。《中外合资经营企业实施条例》第 24 条规定 :“ 作为外国合营者出资的机器设备或者其他物料，应当是合营企业生产所必需的。前款所指机器设备或者其他物料的作价，不得高于同类机器设备或者其他物料当时的国际市场价格 ”。

就知识产权出资而言，《外资企业法实施条例》第 27 条规定 :“ 外国投资者以工业产权、专有技术作价出资的，该工业产权、专有技术应当为外国投资者所有。该工业产权、专有技术的作价应当与国际上通常的作价原则相一致，其作价金额不得超过外资企业注册资本的 20%。对作价出资的工业产权、专有技术，应当备有详细资料，包括所有权证书的复制件，有效状况及其技术性能、实用价值，作价的计算根据和标准等，作为设立外资企业申请书的附件一并报送审批机关 ”。《中外合资经营企业实施条例》第 25 条要求，“ 作为外国合营者出资的工业产权或者专有技术，必须符合下列条件之一：(1) 能显著改进现有产品的性能、质量，提高生产效率的；(2) 能显著节约原材料、燃料、动力的 ”; 第 26 条又接着要求，“ 外国合营者以工业产权或者专有技术作为出资，应当提交该工业产权或者专有技术的有关资料，包括专利证书或者商标注册证书的复制件、有效状况及其技术特性、实用价值、作价的计算根据、与中国合营者签订的作价协议等有关文件，作为合营合同的附件 ”。

外商投资企业立法除了规定非货币出资的基本条件，还赋予行政机关对非货币出资的行政监督权限。例如，《外资企业法实施条例》第 28 条规定 :“ 作价出资的机器设备运抵中国口岸时，外资企业应当报请中国的商检机构进行检验，由该商检机构出具检验报告。作价出资的机器设备的品种、质量和数量与外国投资者报送审批机关的作价出资清单列出的机器设备的品种、质量和数量不符的，审批机关有权要求外国投资者限期改正 ”; 第 29 条要求，“ 作价出资的工业产权、专有技术实施后，审批机关有权进行检查。该工业产权、专有技术与外国投资者原提供的资料不符的，审批机关有权要求外国投资者限期改正 ”。《中外合资经营企业实施条例》第 27 条更明文要求，“ 外国合营者作为出资的机器设备或者其他物料、工业产权或者专有技术，应当报审批机构批准 ”。

七、外商投资公司中的中方合作者身份

现行《宪法》和三部外商投资法律，允许我国的公司、企业和其他组织可以和外国的公司、企业、自然人设立合资企业和合作企业。例如，《中外合资经营企业法》第 1 条开宗明义规定，“ 允许外国公司、企业和其它经济组织或个人(以下简称外国合营者)，按照平等互利的原则，经中国政府批准，在中华人民共和国境内，同中国的公司、企业或其它经济组织(以下简称中国合营者)共同举办合营企业 ”。《中外合作经营企业法》第 1 条也规定 :“ 为促进外国的企业和其他经济组织或者个人(以下简称外国合作者)按照平等互利的原则，同中华人民共和国的企业或者其他经济组织(以下简称中国合作者)在中国境内共同举办中外合作经营企业(以下简称合作企业)，特制定本法 ”。

实践中，不仅中国的自然人不能与外国投资者举办外商投资企业，而且一些政府部门禁止非法人企业作为外商投资企业的投资主体。原对外贸易经济合作部与国家工商行政管理总局于 1987 年 9 月 21 日发布的《关于严格审核举办中外合资经营企业中方法人资格的通知》规定，中方合营者必须是根据依法成立的“ 企业法人 ”或者是取得法人资格的其他经济组织。并要求“ 各审批机构不应受理审批不具备法人资格的企业或其他经济组织所签订的中外合营企业的合同、章程等法律文件 ”。

相比之下，《公司法》并未限定股东的身份是中国人、外国人、无国籍人、多重国籍人，亦未限定股东身份为法人。相反，法人、自然人和其他组织均可担任股东。

八、外商投资公司的治理结构

（一）中外合资经营企业与普通内资公司的董事会制度比较

根据《中外合资经营企业法》第 6 条规定，合营企业设董事会，其人数组成由合营各方协商，在合同、章程中确定，并由合营各方委派和撤换。董事长和副董事长由合营各方协商确定或由董事会选举产生。中外合营者的一方担任董事长的，由他方担任副董事长。董事会根据平等互利的原则，决定合营企业的重大问题。董事会的职权是按合营企业章程规定，讨论决定合营企业的一切重大问题：企业发展规划、生产经营活动方案、收支预算、利润分配、劳动工资计划、停业，以及总经理、副总经理、总工程师、总会计师、审计师的任命或聘请及其职权和待遇等 ”。为落实该条规定，《中外合资经营企业法实施条例》专设第 5 章规定了 “ 董事会与经营管理机构 ”。

相比之下，《公司法》框架下的董事会制度与中外合资经营企业法框架下的董事会制度存在以下区别：

1. 法律地位不同。《实施条例》第 30 条将董事会界定为 “ 合营企业的最高权力机构，决定合营企业的一切重大问题 ”。可见，中外合资经营企业不设股东会，即使设立了股东会，也不是公司的最高权力机构（最高决策机构）。而根据《公司法》第 47 条与第 109 条第 4 款规定，董事会对股东会负责，行使的职权包括但不限于召集股东会会议，并向股东会报告工作；执行股东会的决议等。可见，《公司法》框架下的董事会并非公司内部的最高权力机构。

2. 职权范围不同。根据《中外合资经营企业法》第 6 条规定，董事会的职权是按合营企业章程规定，讨论决定合营企业的一切重大问题：企业发展规划、生产经营活动方案、收支预算、利润分配、劳动工资计划、停业，以及总经理、副总经理、总工程师、总会计师、审计师的任命或聘请及其职权和待遇等 ”。根据《公司法》第 47 条规定，董事会对股东会负责，行使下列职权：（1）召集股东会会议，并向股东会报告工作；（2）执行股东会的决议；（3）决定公司的经营计划和投资方案；（4）制订公司的年度财务预算方案、决算方案；（5）制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；（6）制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案；（7）制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；（8）决定公司内部管理机构的设置；（9）决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；（10）制定公司的基本管理制度；（11）公司章程规定的其他职权。可见，《公司法》框架下的董事会在公司治理结构中扮演着承上（股东会）启下（经理）的角色，其权力范围大大小于股东会职权，小于《中外合资经营企业法》框架下的董事会职权。

3. 董事产生方式不同。根据《中外合资经营企业法实施条例》第 31 条第 1 款规定，董事名额的分配由合营各方参照出资比例协商确定。因此，合资经营各方均有机会选派代表进入董事会。而根据《公司法》第 38 条规定，非由职工代表担任的董事由股东会选举和更换。因此，持股比例较小的股东也可能没有机会将自己的代表塞进董事会。

4. 董事任期不同。根据《中外合资经营企业法实施条例》第 31 条第 2 款规定：董事的任期为 4 年，经合营各方继续委派可以连任。而根据《公司法》第 46 条规定，董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过 3 年；董事任期届满，连选可以连任；董事任期届满未及时改选，或者董事在任期内辞职导致董事会成员低于法定人数的，在改选出的董事就任前，原董事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行董事职务。

5. 董事会的召集权主体与主持权主体在范围上有所不同。根据《中外合资经营企业法实施条例》第 32 条第 1 款规定：董事会会议每年至少召开 1 次，由董事长负责召集并主持。董事长不能召集时，由董事长委托副董事长或者其他董事负责召集并主持董事会会议。经 1

／3 以上董事提议，可以由董事长召开董事会临时会议。倘若董事长既不亲自召集与主持董事会会议，也不委托副董事长或者其他董事负责召集并主持董事会会议，则董事会会议无法正常召开。即使副董事长或者其他董事抛开董事长的授权召集并主持董事会会议，则董事会决议存在程序瑕疵。而根据《公司法》第 48 条规定，董事会会议由董事长召集和主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长召集和主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事召集和主持。可见，《公司法》框架下的董事长没有垄断董事会的召集权与主持权。

6. 董事会的议事方式和表决程序不同。根据《中外合资经营企业法实施条例》第 32 条第 2 款规定，董事会会议应当有 2／3 以上董事出席方能举行。该《实施条例》第 33 条又规定：“ 下列事项由出席董事会会议的董事一致通过方可作出决议：(1) 合营企业章程的修改；(2) 合营企业的中止、解散；(3) 合营企业注册资本的增加、减少；(4) 合营企业的合并、分立。其他事项，可以根据合营企业章程载明的议事规则作出决议 ”。而根据新《公司法》第 49 条规定，“ 董事会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定 ”。可见，《公司法》框架下的公司章程对于董事会的议事方式和表决程序比起中外合资经营企业的章程具有更大的意思自治空间。实践证明，《实施条例》第 33 条规定的董事会会议全体董事一致表决同意制度容易导致董事会长期无法就上述事项作出决议的僵局现象。

7. 法定代表人与董事长的身份是否重叠存在区别。根据《中外合资经营企业法实施条例》第 34 条规定，“ 董事长是合营企业的法定代表人。董事长不能履行职责时，应当授权副董事长或者其他董事代表合营企业 ”。可见，董事长是公司的当然法定代表人。而根据新《公司法》第 13 条规定，“ 公司法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或者经理担任，并依法登记。公司法定代表人变更，应当办理变更登记 ”。可见，董事长不是公司的当然法定代表人。总经理也有机会成为法定代表人。

8. 董事长和副董事长的名额不同。根据《中外合资经营企业法》第 6 条规定，“ 董事长和副董事长由合营各方协商确定或由董事会选举产生。中外合营者的一方担任董事长的，由他方担任副董事长 ”。可见，合营一方担任董事长的，另外一方必然担任副董事长。而根据新《公司法》第 13 条规定，“ 董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定 ”。可见，在《公司法》框架下的公司中，大股东的代表有可能同时占据董事长与副董事长的职位。

中外合资经营企业与普通内资公司的董事会制度虽有区别，亦有共性。例如，董事都应严格遵守新《公司法》第 6 章有关公司董事的资格和义务的规定，都要以维护和增进公司和股东利益为行为指南。

（二）中外合资经营企业与普通内资公司的经理制度比较

1. 是否法定机构不同。根据《中外合资经营企业法实施条例》第 35 条规定，“ 合营企业设经营管理机构，负责企业的日常经营管理工作。经营管理机构设总经理 1 人，副总经理若干人。副总经理协助总经理工作 ”。可见，总经理制度是中外合资经营企业中的必设机构。而根据新《公司法》第 50 条第 1 款规定，“ 有限责任公司可以设经理，由董事会决定聘任或者解聘 ”。可见，总经理制度并非《公司法》框架下的法定必设机构。易言之，公司可以设经理，也可不设经理。

2. 出任主体不同。根据《中外合资经营企业法》第 6 条第 3 款规定，正副总经理(或正副厂长)由合营各方分别担任。而新《公司法》仅要求经理由董事会决定聘任或者解聘，至于担任经理的人选是否限于股东，则授权董事会决定。

至于经理的职权范围，《中外合资经营企业法》及其《实施条例》与《公司法》相比并无本质区别。《中外合资经营企业法实施条例》第 36 条规定，“ 总经理执行董事会会议的各项决议，组织领导合营企业的日常经营管理工作。在董事会授权范围内，总经理对外代表合营企

业，对内任免下属人员，行使董事会授予的其他职权 ”。新《公司法》第 50 条将经理的职权表述为 :“ 经理对董事会负责，行使下列职权：(1) 主持公司的生产经营管理工作，组织实施董事会决议；(2) 组织实施公司年度经营计划和投资方案；(3) 拟订公司内部管理机构设置方案；(4) 拟订公司的基本管理制度；(5) 制定公司的具体规章；(6) 提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人；(7) 决定聘任或者解聘除应由董事会决定聘任或者解聘以外的负责管理人员；(8) 董事会授予的其他职权。公司章程对经理职权另有规定的，从其规定 ”。当然，在立法技术上，新《公司法》比起《中外合资经营企业法实施条例》更加成熟：既列举了总经理的通常权限，又允许公司章程限制其职权范围，允许董事会对其授予更多权限。

（三）外商投资公司治理的一般性与特殊性

外商投资企业法调整的外商投资公司与新《公司法》调整的公司相比，既有共性，也有个性。外商投资企业法针对外商投资公司的个性而设计的法律规范为特别法律规定，新《公司法》针对各类公司的共性而设计的法律规范为一般法律规定。这决定了外商投资企业的治理结构既要优先遵守外商投资企业法的特别规定，又要补充遵守公司法的一般规定。

有鉴于此，《执行意见》第 3 条区分外商投资企业的不同类型作了不同规定 :“ 中外合资、中外合作的有限责任公司的董事会是公司的权力机构，其组织机构由公司根据《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》和《公司法》通过公司章程规定。外商合资、外商独资的有限责任公司以及外商投资的股份有限公司的组织机构应当符合《公司法》和公司章程的规定 ”。

就中外合资、中外合作的有限责任公司而言，董事会是公司的权力机构。这是由于，根据《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》及其实施条例，中外合资、中外合作的有限责任公司不设股东会和监事会，董事会是当然的公司权力机构。但是，董事会的组织机构可以由公司根据《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》和《公司法》通过公司章程规定。诸如董事会的召集程序与表决方式就可以通过公司自治的方式在章程中作出详细规定。有人问，中外合资经营企业可否设立股东会？答案是否定的。因为，《中外合资经营企业法》除规定董事会为当然的公司权力机构之外，并未预留股东会的权力空间。当然，律师也可以帮助中外合资经营企业在章程中以股东会的制度内核改造董事会。例如，章程可以约定，在董事会作出决议时，实行按照出资比例表决的规则，而非一人一票的规则。

就外商合资、外商独资的有限责任公司以及外商投资的股份有限公司而言，组织机构应当符合《公司法》和公司章程的规定。换言之，《外资企业法》并未具体规定外资企业的外商合资、外商独资的有限责任公司的治理结构制度，外商投资的股份有限公司亦不存在特别的公司治理制度，因此应当补充适用公司法的一般规定。换言之，外商合资、外商独资的有限责任公司和外商投资的股份有限公司的组织机构应当按照《公司法》的规定，建立健全公司的组织机构，包括股东会制度、监事会制度、董事会制度、董事长制度和总经理制度。但是，对于 2006 年 1 月 1 日以前已经设立的外商投资的公司是否对章程进行修改，由公司自行决定，这是新法不溯及既往原则的体现，有利于尊重外商投资的既成事实。但是，倘若外商投资公司修改其公司章程，则应报审批机关批准和公司登记机关备案。

九、外商投资企业的股权转让特殊规则

与《公司法》有关股权转让的规定相比，我国《中外合资经营企业法》及其《实施条例》对于中外合资经营企业的股权转让规定了特别的生效程序。因此，判断外商投资企业股权转让行为是否生效，应当严格遵守《中外合资经营企业法》及其《实施条例》的特别规定。《中外合资经营企业法实施条例》（国务院根据 2001 年 7 月 22 日《国务院关于修改〈中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例〉的决定》修订》）第 20 条规定了中外合资经营企业的股权转让程序 :“ 合营一方向第三者转让其全部或者部分股权的，须经合营他方同意，

并报审批机构批准，向登记管理机构办理变更登记手续。合营一方转让其全部或者部分股权时，合营他方有优先购买权。合营一方向第三者转让股权的条件，不得比向合营他方转让的条件优惠。违反上述规定的，其转让无效 ”。

可见，中外合资经营企业股东权转让行为欲生效离不开四个步骤：(1) 签署股权转让协议；(2) 征得合营他方同意；(3) 报请审批机构批准；(4) 前往公司登记管理机构办理变更登记。这四个步骤缺一不可，旨在维护外商投资有限责任公司作为外商投资企业的特殊性以及股东之间的人合性，保持审批机构对中外合资经营企业股东身份的有效监控。 从总体来看，中外合资经营企业股东转让股权的程序比起内商投资的有限责任公司要复杂些。

未经审批机构批准的股权转让协议的效力若何？无效，抑或未生效？《中外合资经营企业法实施条例》第 20 条指出，违反审批规定的股权 “ 转让无效 ”。由于《中外合资经营企业法实施条例》为行政法规，《合同法》第 52 条又将违反法律、行政法规的强制性规定的合同视为无效，许多法院或者仲裁机构裁判此类股权转让协议无效。这也是司法实践中的通常做法。

《合同法》第 44 条规定 :“ 依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定 ”。因此，外商投资公司的股权转让只有获得审批机构的批准才能生效。又根据最高人民法院 1999 年 12 月 19 日发布的《关于适用合同法若干问题的解释》（一）第 9 条第 1 款之规定，“ 依照《合同法》第 44 条第 2 款的规定，法律、行政法规规定应当办理批准手续，或者办理批准、登记等手续才生效，在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的，或者仍未办理批准、登记等手续的，人民法院应当认定该合同未生效 ”。依反对解释，必须办理批准手续才生效的合同，倘若在一审法庭辩论终结前当事人办理了批准手续，则该合同应当认定有效。

再参酌 2005 年 12 月 26 日最高人民法院印发的《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第 88 条之规定，“ 外商投资企业的股权转让合同，应当报经审查批准机关审查批准，在一审法庭辩论终结前当事人未能办理批准手续的，人民法院应当认定该合同未生效 ”。最高人民法院的上述司法解释和司法态度既体现了尊重审批机关对外商投资企业的股权转让合同依法监管的理念，又体现了成全股权转让双方当事人意思自治的思想，可谓对《合同法》第 44 条规定的忠实解释。笔者认为，应当将未经审批机构批准的股权转让协议视为已成立、未生效的行为。理由之一是，将未经审批机构批准的股权转让协议视为未生效，贴近《合同法》第 44 条的立法原意。转让双方签署股权转让协议后未履行批准手续，自然属于已成立而尚未生效的合同。毕竟，未经审批机构批准的股权转让协议不同于已经报请审批机构批准、而遭到审批机构否决的股权转让协议。

理由之二是，将未经审批机构批准的股权转让协议视为未生效，更贴近当事人契约自由的内心真意，而且强化了转让双方继续履行股权转让协议审批程序的信心，有助于促成而非压抑股权交易活动，充分有助于充分体现服务型的裁判思维。如同看待四十五度斜坡上的一辆汽车一样，与其将其看作正在下滑的汽车，不如将其看作正在奋力前行的汽车一样更振奋人心。

理由之三是，将未经审批机构批准的股权转让协议视为未生效，有利于有效地预防转让方的投机心理和道德风险。否则，转让方在与受让方签署股权转让协议后有可能稳坐钓鱼台，迟迟不启动审批程序，而是坐等牟取高额转让利益的二次转让机会。

理由之四是，由于合同法理论储备的不足，加之立法技术较为粗糙，我国许多立法文件包括行政法规并不严格区分合同法 “ 无效 ” 与 “ 未生效 ”。其实，就私法领域的民事行为而言，即使民事行为的法律效力要履行行政审批程序，也不能抹煞民事行为的私法自治性质，更不能将民事行为转化为行政行为。毕竟，民商事主体基于被审批的民事行为而取得的利益并非源于审批机构，而仍源于民事主体的意思自治。因此，将《中外合资经营企业法实施条例》第 20 条中的 “ 无效 ” 解释为 “ 已成立、未生效 ” 更接近私法自治精神。

但是，从弘扬契约自由精神的角度出发，笔者主张，尚未获得行政审批的股权转让合同

条款并未全部都未生效。就股权转让双方当事人启动行政审批程序的义务而言，虽具有行政法律关系的元素，但从本质上看更贴近双方合同当事人之间的契约义务。据此，人民法院可以判决当事人协助对方启动申请行政许可程序。这有利于鼓励外资企业股权转让，消除股权转让过程中的道德风险，符合公平与效率兼顾的法治精神。

此外，转让双方私下达成的股权转让补充协议的效力亦有争议。转让双方私下达成的股权转让补充协议分为两种情况：一是在报请审批机构审批时，只提交了股权转让的主协议，而未提交补充协议；二是在报请审批机构审批后，达成了补充协议，但未将其报请审批。笔者认为，对于转让双方私下达成的股权转让补充协议的效力，应当根据严格区分私法关系与公法关系的原则，具体情况具体分析，而不宜“一刀切”。首先，对于补充协议中的纯粹私人自治事项（例如转让价款、支付方式、违约责任等），原则上应当尊重转让双方的契约自由，不宜以补充协议未经审批机构批准而将其视为无效或者未生效。之所以如此，是因为即使这些补充协议事项报请审批机构审批，审批机构也无权越俎代庖，代替转让双方确定更有智慧的协议条款。其次，对于补充协议中接受公权力干预的非私人自治事项（例如外商投资产业的准入政策等），应当将其视为已成立、但尚未生效的合同条款。

十、改革前瞻：外商投资企业立法与公司立法应当并轨

不必要的制度设计重叠是立法技术粗糙的集中表现，是各国立法者最忌讳的败笔之处。而不必要的制度设计抵触则直接违反了市场经济社会中的平等原则，与中国加入世贸组织而应当采纳的国民待遇原则更是背道而驰。

鉴于 2005 年《公司法》是统一公司法，普通公司法，不仅是内资公司法或者分散公司法；又鉴于现行外资企业法的某些特别规定不合乎国际通行的立法惯例，也落后于中国现行公司立法，为鼓励外商投资，立法者应尽快废止三套外资企业法，实现外资企业法与《公司法》的并轨，赋予外商投资企业国民待遇。凡是涉及外商投资企业设立、组织机构、股东权、合并、分立、破产、解散、清算和财务、会计等事项的，都应与内商投资的公司一体纳入《公司法》的调整轨道，立法者不应、也不必就这些内容作出与《公司法》相重叠、相抵触的规定。

在合同法领域，1999 年新《合同法》的出台标志着《涉外经济合同法》、《经济合同法》与《技术合同法》的三足鼎立局面的结束，也标志着中国与外国的法人、自然人与其他组织之间在合同领域已经确立了平等原则。在税法领域，我国也长期对内资企业与外资企业采取两套不同的税法体系。例如，七届全国人大四次会议 1991 年 4 月 9 日通过了《外商投资企业和外国企业所得税法》，国务院于 1993 年 12 月 13 日发布了《企业所得税暂行条例》。为在税法领域落实国民待遇原则，十届全国人大五次会议 2007 年 3 月 16 日通过了《中华人民共和国企业所得税法》。该法自自 2008 年 1 月 1 日起施行。该法生效后，《外商投资企业和外国企业所得税法》和《企业所得税暂行条例》同时废止。既然在行为法和税法领域能贯彻中外平等的原则，在组织法和公司法领域也不应存在例外。

实际上，一些外商投资者已经开始通过股权信托方式按照《公司法》注册成立有限责任公司，而非根据外资企业法注册成立外商投资企业。一些国内投资者试图通过股权信托方式，按照外商投资企业法注册成立外商投资企业。一些中国公民和企业甚至不远万里到国外（尤其是开曼群岛和维尔京群岛）以及我国港澳台地区注册外国公司或者港澳台公司，然后再回到我国大陆注册外商投资公司。其实，此类外商投资公司的实质股东依然是中国公民和企业。笔者作为仲裁员仲裁案件的过程中发现，许多外商投资企业的中的外方股东虽是外国公司，但外国公司的控制股东和实质股东都是中国公民和中国企业。在有些仲裁案件中，有些中外股东的控制股东和实际股东虽然都是中国人、且实际居住在中国大陆，但由于外方股东的注册地在国外或者港澳台地区，仲裁机构送达仲裁文书的时间也旷日持久。

外国投资者的股权信托现象引发了投资者是否因涉嫌规避法律而导致公司设立无效的争议，国内投资者以外商投资者名义设立外资企业的情况就更加复杂。由于外商投资企业与内资公司相比享有许多税收优惠，人们更有充足的理由谴责“ 假合资 ”现象，一些“ 假合资 ”企业也见光就死。从我国法治改革的长远目标看，内外企业的所得税并轨乃大势所趋，过去仅向国外投资者开放的市场领域也将逐步向国内投资者打开大门。特别是随着所得税立法的内外统一以及我国对外开放的深度的提高，“ 假内资企业 ”与“ 假外资企业 ”的现象都将自然大幅萎缩。

按照投资者的身份是否为外国人而将企业立法区分为内资企业立法与外资企业立法，不仅导致了我国目前公司法律体系的紊乱局面，而且直接违反了公司平等原则、股东平等原则，容易诱发制度之间的不当竞争，徒增公司与股东等公司利益相关者的守法成本，降低了公司效率。为在各个领域落实国民待遇原则，从而保护外国投资者的投资积极性，笔者早在 1998 年有关主管部门召开的外商投资企业法改革座谈会时就曾建议立法者坚持平等原则与国民待遇原则，整合特别公司法的制度资源，废止外商投资企业法，将所有外商投资公司全部纳入公司法的调整轨道，打造统一公司法、普通公司法、一般公司法，适时废止与普通公司法相抵触的立法文件。这意味着，传统的外商投资企业立法应当被统一的《公司法》所取代。不采取法人形式的外资企业虽不能适用《公司法》，但可分别纳入《合伙企业法》、《个人独资企业法》和《合作社法》的调整范畴。

当然，针对外商投资的特殊性，立法者可制定《外商投资促进法》。但是，该法不是商法中的组织法，不是公司法的特别法，而属于经济法中的促成型干预法，具有浓厚的公法色彩，主要规制允许、限制、鼓励、禁止外商投资的产业政策，以及政府鼓励外商投资的经济但由于 2005 年公司法修改的阶段性特点，导致 2005 年公司法在推进公司法制的统一方面仍存在一定缺憾，需要在未来公司法改革中予以关注。在当前的情况下，准确把握新《公司法》与外商投资企业在适用范围方面的相互关系，具有重要意义。

注释：

①细心的读者注意到，《外资企业法》和《中外合作经营企业法》均是在 2000 年 10 月 31 日的全国人大常委会上修改的，唯独《中外合资经营企业法》是在稍后的 2001 年 3 月 15 日在全国人民代表大会上修改的。主要原因是《中外合资经营企业法》原第 15 条曾经规定：“ 本法修改权属于全国人民代表大会 ”，而非全国人大常委会。但是，该条款亦于 2001 年 3 月 15 日被删除。

②根据对外贸易经济合作部 1995 年 1 月 10 日颁布的《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》第 2 条规定，“ 本规定所称的外商投资股份有限公司是指依本规定设立的，全部资本由等额股份构成，股东以其所认购的股份对公司承担责任，公司以全部财产对公司债务承担责任，中外股东共同持有公司股份。外国股东购买并持有的股份占公司注册资本 25%以上的企业法人 ”。股份有限公司这一组织形式无疑极大地丰富了外商投资企业的外延。

③最高人民法院在香港辉展有限公司与天津市轻工实业总公司合资合同纠纷上诉案中所作的（2001）民四提字第 5 号民事裁定

作者单位：中国人民大学商法研究所

浅论律师在示范区自主创新过程中保护知识产权的作用

程玉伟

【内容摘要】建设皖江城市带承接产业转移示范区，是党中央、国务院从全局出发，促进中部地区崛起、推动区域协调发展作出的重大战略决策，对于探索中西部地区承接产业转移新途径和新模式、深入实施促进中部地区崛起战略具有重要而深远的意义。同时，党的十七大明确提出实施知识产权战略，国务院于 2008 年 6 月 5 日发布了《国家知识产权战略纲要》，决定实施国家知识产权战略，我省被确立为国家技术创新工程试点省，标志着我省发展跃上了具有里程碑意义的新平台。

面对新形势、新任务，律师要想在服务示范区建设中大有作为，必须要紧紧围绕“整体经济实力大幅提升，主导产业核心竞争力明显增强，自主创新能力居于全国前列，成为全国具有重要影响的城市带”这一示范区建设目标，与时俱进，锐意进取，从实际出发，积极探索服务新模式，开辟服务新领域。

【关键词】律师　知识产权　皖江城市带承接产业转移示范区

一、知识产权的概念

“知识产权”一词，英文为”Intellectual property”，是人们对智力劳动成果所享有的民事权利。知识产权是一种无形产权，根据 1967 年 7 月 14 日在斯德哥尔摩签订的《建立世界知识产权组织公约》第 2 条第 8 款规定，知识产权包括以下一些权利：对文学、艺术和科学作品享有的权利;对演出、录音、录像和广播享有的权利;对人类一切活动领域的发明享有的权利;对科学发现享有的权利;对工业品外观设计享有的权利;对商标，服务标记，商业名称和标志享有的权利;对制止不正当竞争享有的权利;其他一切来自工业、科学及文学、艺术领域智力活动所产生成果享有的权利。《与贸易有关的知识产权协议》中将集成电路的外观设计、未泄露的信息列入的知识产权法律保护范畴。随着科学技术的发展进步，有理由相信，将来会有更多的事项受到知识产权法律的保护。

我国《民法通则》规定知识产权的范围是：专利权、商标权、著作权、发明权、发现权和其他科技成果权。

知识产权法是调整因创造、使用智力成果而产生的，以及在确认、保护和使用智力成果所有权的知识产权的过程中，所发生的各种社会关系的法律规范总称。

改革开放以来，为适应改革开放和社会主义现代化建设的需要，我国已经颁布了一系列的知识产权法律法规。传统的三大知识产权领域颁布了商标法及实施条例、专利法规及实施细则、著作权及实施条例，最高人民法院出台了相应的司法解释。在计算机软件、集成电路布图设计、植物新品种、知识产权海关保护、反不正当竞争、药品行政管理、文化遗产保护，地理标志及其他特殊标志等领域制定了许多全国性的法律法规，这些法律法规连同《刑法》中关于知识产权刑事犯罪规定和我国已加入的与知识产权有关的国际条约和国际组织，共同构成了我国现行的知识产权法律体系。

二、加强知识产权保护，是示范区建设的客观内在需求

2010 年 2 月 1 日，中共安徽省委、安徽省人民政府颁布的《关于推进皖江城市带承接产业转移示范区建设的决定》（皖发〔2010〕2 号）中明确提出“ 围绕国家技术创新工程试点省建设，以合芜蚌自主创新综合试验区为抓手，努力承接一批技术含量高、创新能力强、带动作用大的战略性新兴产业，实现在承接中创新，在创新中发展，走出一条创新驱动的发展道路 ”，皖江城市带工业门类齐全，业已形成冶金、汽车及零部件、建材、家电、化工等产业集群；拥有马钢、铜陵有色、奇瑞汽车、江淮汽车、安庆石化、海螺水泥等一大批大型骨干企业，由于示范区将重点围绕新型化工、装备制造、冶金及金属材料深加工和高新技术等产业，高起点承接沿海地区和国外产业转移，着力培育高技术产业，加快发展现代服务业，构建现代产业体系，发展壮大一批规模和水平居全国前列的产业集群，培育形成若干具有国际竞争力的行业龙头企业和世界品牌，因此，随着示范区的逐步深入建设，将有越来越多的知名企业到示范区落户、发展；鉴于企业对品牌战略的重视程度不断加强，知识产权保护法律需求将日益增多。

2010 年 7 月 13 日，省司法厅会同省推进皖江城市带承接产业转移示范区建设领导小组办公室联合下发《关于为皖江城市带承接产业转移示范区建设提供法律服务的意见》（皖司发〔2010〕44 号）要求：一要服务示范区重大项目建设。通过担任法律顾问、代理民事诉讼和非诉讼法律事务、开展现场监督公证证明等形式，为重大工程项目建设提供全程法律服务。二要服务示范区企业运营。依法办理风险评估、融资引资、市场营销等法律事务；为企业间买卖租赁、加工承揽、技术转让等提供合同协议公证。三要服务示范区招商引资。就招商项目可行性从法律上论证，出具法律意见书；为投资商担任法律顾问，提供全过程服务。四要服务示范区项目投融资。积极办理与示范区建设相关的投融资法律业务；为境内外投融资、资本引进、重大招商项目等提供合同协议公证。五要服务示范区社会和谐稳定。协助示范区各级党委、政府疏导化解涉法信访案件；为示范区政府处理重大突发事件和群体性事件提供法律服务。

由此可见，加强知识产权保护，充分发挥律师在保护知识产权中的作用，是示范区建设的客观内在需求。

三、律师在示范区知识产权保护法律服务中的作用

律师知识产权法律服务是指律师围绕知识产权创造、管理、运用和保护等环节，为市场主体提供的法律服务活动。知识产权法律服务在知识产权保护中的作用，主要表现在以下几个方面：

1. 市场主体将创新成果转化成为自主知识产权，需要经过知识产权获权和确权的过程，这一过程是综合运用科技知识和法律实务经验的再创造过程。实践表明，市场主体单纯依靠内部知识产权管理人员申请知识产权，不如委托经验丰富的知识产权法律服务机构提供的服务更为完备和高效。特别是具有大量知识产权纠纷处理经验的法律服务机构，能够为市场主体选择恰当的知识产权类型，促使有关企业事业单位的自主创新成果转化为高质量自主知识产权，防止因知识产权创设阶段的瑕疵，留下日后可能出现纠纷的隐患。

2. 利用律师知识产权法律服务，是市场主体形成并有效运作起知识产权管理系统，实施自身知识产权战略的现实需求。包括：通过提供法律服务，有选择性、针对性的形成由专利、商标、著作权、商业秘密等知识产权构成的保护体系，全方位的保护市场主体创新成果；综合应用实施、转让、许可、入股、质押等手段，推动自主知识产权产生经济效益。

3. 律师知识产权法律服务提供的各种服务，是促进创新成果商品化、市场化、产业化，进而产生经济效益和社会效益的重要方式。律师协助有关企事业单位办理商标、专利、版权等知识产权的转让、许可等法律事务，审查知识产权的转让和许可合同等，促进知识产权的有效运用。

4. 知识产权的有效保护和正当行使是整个知识产权制度的关键环节之一。无论是保护自己的知识产权，还是应对他人的知识产权侵权指控，都需要有娴熟掌握各种法律知识和诉讼技巧、具备科学技术专业知识、具有丰富的纠纷处理经验的专业人员参与，通过律师为知识产权受到侵犯的有关企事业单位提供法律咨询、诉讼代理、仲裁代理和调解等法律服务，依法打击和节制侵犯知识产权违法犯罪行为，促进知识产权的法律保护。

5. 律师在代表当事人依法维权或合法抗辩时，将知识产权保护的意识和方法传递给客户，使当事人在经营活动中，尊重知识，遵守规则，形成良好的知识产权保护意识，有利于增强全社会的知识产权保护意识。

6. 律师走出国门，通过积极投入国际知识产权纠纷的解决，维护我国企业的利益。同时，还可以通过参与国际知识产权规则的研究、探讨和制定，从企业当事人的角度表达心声，更容易被理解和认同，从而促进世界知识产权制度的发展。

四、拓展律师在示范区知识产权保护的领域

鉴于示范区现阶段的客观现状和现实需求，律师在示范区知识产权保护的领域主要分为：

1. 关于著作权及其保护的法律事务，律师的工作主要有：

第一、担任著作权法律顾问，帮助聘请人规范常用的著作权合同，如出版合同、委托创作合同、表演合同、软件开发合同等。使聘请人明确与著作权及其保护密切相关的基本权利和义务，预防和减少著作权纠纷的发生。

第二、代理著作权纠纷案件，如代理由于职务作品、合作作品、委托作品所引起的著作权归属纠纷案件，代理由于歪曲、篡改、剽窃、抄袭等行为而产生的著作权侵权纠纷案件，代理由于著作权许可使用合同约定不明确、在履行的过程中违约、侵权等产生的纠纷的案件，代理计算软件著作权的权属、转让或许可使用合同、侵权等纠纷案件。

第三、代理著作权行政案件。依据合法性原则，代理委托人对著作权行政管理部门所作出的对有关侵权行为的警告、责令停止制作和发行侵权复制品、罚款、没收非法所得等行政处罚不服而依法复议或者向法院起诉的行政案件。

第四、办理有关著作权非诉法律事务，如参与著作权合同谈判，起草、审查、修改合同，出具法律意见书、发表有关律师声明、发律师函，进行侵权调查，调解著作权权属合同或侵权纠纷等。

2. 关于专利权及其保护的法律事务，律师的工作主要有：

第一、担任专利法律顾问。代理聘请人适时申请国内或国外的专利，帮助聘请人规范常用的有关专利合同，如合作开发、委托开发、专利申请权转让、专利权转让、专利实施许可合同等。

第二、代理专利纠纷案件。如代理由于职务发明创造与非职务发明创造、合作开发成果、委托开发成果产生权属纠纷的案件，代理由于专利权转让、专利申请权转让、专利实施许可合同等产生纠纷的案件，代理专利侵权纠纷案件等。

第三、代理专利行政案件。如代理委托人对专利管理机关作出的行政处理决定不服提起的诉讼，代理委托人对中国专利局、专利复审委员会做出的决定不服提起的诉讼。

3. 关于商标权及其保护的法律事务，律师的工作主要有：

第一、担任商标法律顾问。帮助聘请人依法设计商标，抢先在中外申请商标注册，规范商标使用合同等与商标有关的合同，依法使用商标及时申请续展，防止与制止假冒侵权行为等。

第二、代理有关商标纠纷案件。如代理因假冒、伪造、擅自制造他人注册商标标识等行为而引起商标侵权纠纷的案件，如代理因商标权的转让、许可使用等合同而引起纠纷的案件。

第三、代理商标行政案件。即代理委托人不服工商行政管理机关对违法使用商标或商标侵权行为所作出的罚款、责令限期改正、停止侵权行为、赔偿被侵权人的损失以及商标局对违法使用商标的行为所作出的撤销注册商标的行政处罚或行政处理决定而向法院起诉的案件。

第四、办理有关商标的申请、复审、异议与争议的解决等法律事务，依据《保护工业产权巴黎公约》和《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS）以及国家工商局发布的《驰名商标认定和管理暂行规定》做好驰名商标和驰名服务商标的认定与保护工作。

4. 依法办理计算机软件、集成电路布图设计、植物新品种、知识产权海关保护、反不正当竞争、药品行政管理、文化遗产保护，地理标志及其他特殊标志等其他知识产权领域内的诉讼及非诉讼案件。

五、现阶段示范区律师开展知识产权法律服务的现状和建议

第一、律师开展知识产权法律服务的兴趣不高、力度不强、氛围不浓。

由于经济发展、地域发展的不平衡，现阶段示范区律师的服务领域还大部分停留在传统领域，主动开展知识产权法律服务的积极性不高、收益不明显。知识产权传统虽属民事法律领域，但因法律专业性强，涉及知识面广，操作难度大，所以从事知识产权法律服务的律师必须要夯实知识产权法律知识，关注经济社会发展动向，创新法律服务理念和服务机制，适应知识产权法律服务市场需求。事实上，律师知识产权法律服务在知识产权发展体系中，发挥着服务创新主体、放大创新效益、保护创新成果、激励创新意识、完善创新保护法律体系等重要作用。从发展的角度来看，知识产权法律服务将是一块待开发的新领域、律师施展才能的新舞台，律师完全可以大有作为！

为了能更好地服务示范区建设，需要加强知识产权宣传，提高全社会知识产权意识，努力营造保护知识产权的舆论氛围，努力解决法律服务工作中遇到的问题和困难，努力改善法律从业人员从事知识产权法律服务的执业环境，促进律师法律服务资源向知识产权法律服务领域倾斜。

第二，拥有知识产权专业知识与能力的律师人才匮乏，需要加强知识产权法律服务人才的培养。

建立部门协调机制，统筹规划知识产权人才队伍建设。加快建设国家和省级知识产权人才库和专业人才信息网络平台，把知识产权法律服务人才的培养作为长期战略任务，从加强教育、严格管理、强化培训等方面入手，不断提高知识产权法律服务队伍的整体素质。

第三、需要进一步完善各项法律法规，使知识产权法律服务有章可循，有法可依；规范非律师以公民代理身份进行知识产权诉讼，细化公民担任代理人、辩护人的条件，明确公民担任代理人、辩护人必须坚持的原则，规定公民从事诉讼活动的范围和程序、违法行为的法律责任等，维护正常的法律服务秩序。费用高的知识产权业务进行扶持；开展律师收费的专项检查，防止恶性竞争，促进知识产权法律服务的良性发展。

总之，皖江城市带承接产业转移示范区的建立，全面昭示我省发展迎来了前所未有的历史性机遇，同时也意味着我省律师知识产权事业迎来了千载难逢的发展机遇。律师知识产权法律服务是现代知识产权保护的重要力量，在企业知识产权保护中发挥着不可替代的作用。我省律师应积极参与示范区建设，与时俱进，锐意进取，从实际出发，积极探索服务新模式，开辟服务新领域，为示范区建设做出自己应有的贡献！

注释：

①国务院批复《皖江城市带承接产业转移示范区规划》(2010 年 01 月 21 日)

②《承接产业转移示范区获批 皖江城市带后劲飙升》

③《律师提供知识产权法律服务的对策》（作者：李茂德）

④《安徽：法律护航皖江城市带承接产业转移示范区》（来源：中国金融网）

作者单位：安徽中皖律师事务所

承接产业转移　律师应当大有作为

吴正林

【内容摘要】律师在经济活动中扮演的角色越来越重要，在服务经济转型和产业结构调整，服务重大经贸活动中发挥着不可替代的作用。在承接产业转移过程中律师同样大有可为。律师可以帮助各级政府科学决策，为招商引资当好法律参谋，为长江岸线资源保护和利用方面的立法和各项政策出台提供法律意见，为转移园区、集中区以及相关基础设施建设提供专项法律服务，为入园企业提供全方位的法律顾问服务，同时通过执业活动为优化法治环境做不懈努力。我们要苦练内功，主动出击，为促进产业转移规范有序进行提供优质法律服务，发挥应有的作用。

【关键词】承接产业转移　律师　法律服务

新年伊始，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》。这是我国第一个为促进中西部地区承接东部沿海地区和国外产业转移而专门制定的规划，对于促进安徽的发展具有划时代的意义。这个国字号的规划对于充分发挥我国中西部地区比较优势，挖掘发展潜力，探索承接产业转移新途径和新模式，在全国范围内推进形成更加合理的区域产业分工格局，加快转变经济发展方式，保持经济平稳较快发展，同样具有十分重大的意义。上述规划出台以后，相关政府部门、公司企业以及社会各界对规划所能带来的机遇和发展前景充满期待，安徽省及皖江各市均很快就制定出台相应的政策措施。

在轰轰烈烈的承接产业转移发展安徽经济的过程中，律师作为专业的法律服务人员，应当有所作为，发挥应有的作用。

承接产业转移：律师作用不容忽视

律师是市场体制中的“经济民警”，在促进经济社会发展过程中作用不可小觑。他们活跃在市场经济的各个领域，为党委政府、企事业单位、公民个人提供法律帮助，维护当事人的合法权益，扮演着不可替代的角色。他们积极服务于保增长、保稳定、保民生，为落实国务院出台的扩大内需促增长的十项措施保驾护航。他们积极服务于各种类型的基础设施建设，为重大项目提供全过程法律服务。他们积极服务于经济转型和产业结构调整，积极稳妥地办理与此相关的国企改革、企业并购、清算、重整和涉及资产规范化处置等方面的法律事务，保护各方当事人的合法权益。他们积极服务于合芜蚌自主创新区建设，服务于自主创新和知识产权保护，不断拓展法律服务领域。他们担任政府法律顾问，为政府的依法行政和科学决策提供法律帮助，为企业把脉问诊，积极介入到企业的重大决策过程中去，变事后被动应诉做“消防员”为事前主动介入做“保健员”，及时发现企业经营和管理中存在的风险和漏洞，避免企业陷入经营危机。他们坚持以促进社会和谐稳定为着力点，以化解社会矛盾纠纷为切入点，以实现社会公平正义为立足点，着眼于预防和化解社会矛盾，引导群众依法正确行使诉求，积极参与社会公益事业，关注弱势群体，在群众最关注、最直接、最现实的利益问题上，充分发挥律师职能作用，维护社会的公平正义，为促进经济又好又快发展，创建“和谐安徽”做出了应有的贡献。

近几年来，安徽律师先后参与服务中博会、徽商大会、中国合肥高新技术-资本对接会

等各种会展经济，为 861 计划的多个重大项目以及各级政府的重大决策如合肥大拆违提供专项法律服务，蓬勃开展法律服务进社区、进乡村和涉法信访工作，开展为农民工义务讨薪、热心捐资助学等多项公益活动，开展为企业做法律体检活动，为企业排忧解难，在助推经济中展现了良好的执业水平和社会形象。

承接产业转移，律师的作用同样不容忽视。

承接产业转移：律师大有可为

在皖江城市带承接产业转移的历史机遇下，作为向社会提供法律服务的专业人士，理应承载服务皖江经济崛起的历史使命，为经济的发展和社会进步尽一份绵薄之力。

《皖江城市带承接产业转移示范区规划》明确了九个方面的重点任务。分别是：着力优化产业承接与发展空间布局；加强承接产业转移园区建设；明确产业承接与发展重点；推动自主创新和产业结构优化升级 强化承接产业转移基础设施支撑 加强资源节约和环境保护；推动区域联动发展；创新体制机制；加大政策支持力度。在完成上述九个方面任务时，律师应当并完全可以一展身手，发挥积极的作用。

在下面几个方面，律师所能发挥的作用更为明显。

一是帮助各级政府在加强资源节约和环境保护、创新体制机制等科学决策以及招商引资方面当好法律参谋。在承接产业转移过程中，接受转移是主旋律，但不是捡到篮子都是菜。不能承接落后、承接污染。应当按照《环境保护法》、《水污染防治法》等相关法律的规定，严禁国家明令淘汰的高能耗、高污染的落后生产力转入，大力发展循环经济和低碳经济。要合理利用长江岸线资源，强化污染防治，推进资源节约和环境保护。在承接什么样的产业问题上，律师应当可以从法律上为政府把好入门关。《皖江城市带承接产业转移示范区规划》明确要在突破行政区划界限、深化土地管理制度改革、试行有利于承接产业转移的环保政策、完善资源价格形成机制、建立适应转移企业发展需要的社会保障体系五个方面采取更加灵活的政策措施，进行先行先试。但先行先试是有底线的，不能违反现有法律的禁止性规定。只能在法律没有规定或规定不明确的情况下才允许先行先试。在底线的把握上，律师也应该为政府当好参谋，防止将“先行先试”理解和执行为“为所欲为”。从另一个角度来说，先行先试，也应该在法律没有禁止性规定的基础上积极有所作为。对此，律师应该多思考，多研究。另外，在示范区建设中，各级政府要转变职能，规范行政行为，创新政府服务，着力提高行政效能；要构建公平竞争的良好环境，完善社会管理和服务。在此过程中，律师可以通过担任政府法律顾问等多种形式为政府提供法律服务，促进政府职能的转变和效能的提高。

二是为长江岸线资源保护和利用方面的立法和各种政策出台提供法律意见。承接产业转移，将以长江一线为发展轴，主要是依托长江黄金水道和良好的岸线资源。因此，长江岸线资源的保护和合理利用应当列入首要的立法计划。除此之外，国家将从投资、财税、金融、土地、对外开放五个方面明确一些政策措施，省市将相应出台配套政策措施。在上述立法和制定政策过程中，律师可以发挥专业特长，提供立法建议。

三是为转移园区建设、集中区建设、基础设施建设提供专项法律服务。产业转移可以是在已有产业园基础上吸引其他地区产业，也可以通过合作方式共建产业转移园区，发展“飞地”经济。在皖江沿岸适宜开发地区，将依托中心城市高水平规划建设承接转移集中区。同时，将强化承接产业转移基础设施支撑，在交通、能源、水利、信息等方面通过一些实实在在的项目，推进基础设施建设，构建示范区互联互通的交通通信网络和示范区与长三角地区一体化发展的综合交通运输体系。在转移园区建设、集中区建设、基础设施建设中，我省律师拥有施展才华的广阔舞台。近年来我省加大基础设施建设，房地产开发发展迅猛，律师为

重大建设项目提供法律服务已经积累了丰富的经验，因此我省律师具备为重大建设项目专项法律服务的能力和水平。

四是为入园企业提供全方位的法律顾问服务。入园企业将面临项目可行性论证、合作方式选择、投融资等各种法律服务需求。律师可以为企业提供法律论证服务，代理企业办理工商登记服务，构建法律风险防范体系制度服务，专项投融资服务等。上述服务涉及面广，实务性强，专业性也十分明显。如在办理投融资法律业务中，要为投融资项目的可行性分析、投资环境、商业机会出具法律咨询意见；为投融资项目的立项审批、投融资形式、投融资结构及投融资方案出具法律意见书；对投融资项目中涉及的经营、税收、外汇管理等方面的法律问题提供解决方案；对国际投资中可能出现或造成的法律冲突，进而引起的法律风险提供预测、防范等。在入园企业正式投产以后，律师可以为企业提供常规的法律顾问服务。示范区建设还强调要推动自主创新，完善自主创新体制机制，促进产业结构优化升级。在此过程中知识产权保护十分重要。律师可以帮助企业确立知识产权保护战略，建立知识产权保护制度和机制，协助企业做好知识产权保护工作。

五是通过执业活动为优化法治环境做不懈努力。构建公平竞争的良好环境，完善法律环境，健全市场机制，是示范区建设的重要任务之一。律师作为法律工作者，通过诉讼代理、辩护，非诉讼调解，担任法律顾问，举办法制讲座等多种形式宣传法律，宣传法治，是义务的普法宣传员。律师在代理、辩护过程中，通过与司法人员交流，通过发表代理词、辩护词和发表各种法律意见，帮助司法机关正确认定和掌握案件事实，准确适用法律，有利于促进司法公正，是推动法治进程的重要力量。在皖江城市带承接产业转移示范区建设中，我省律师要通过大量的诉讼服务、非诉讼服务以及法律顾问服务，为改善法治环境贡献自己的力量。

承接产业转移：律师要主动出击

皖江城市带承接产业转移示范区建设事关国家区域经济发展，事关安徽的腾飞，对安徽律师来说也是绝好的发展机会。我们首先要加强宣传，着重宣传律师在服务经济、建设和谐社会中的作用，宣传律师在助推经济中的典型案例，宣传律师行业中的先进典型，让社会进一步了解律师，认识律师，进而关注律师，重视发挥律师的作用。我们要注重发挥行业自身的宣传阵地像《安徽律师网》、《安徽律师》杂志、《安徽司法》等业内媒体，更要在省内重要媒体上组织文章，打造声势。特别是在有关迎接产业转移的专业网站、官方网站上发出律师行业的声音。

一要主动争取，积极融入产业转移示范区建设的大潮中。司法行政主管部门和律师协会可考虑争取与有关部门联合下文，界定律师参与示范区建设的范围，规范律师提供法律服务的方式，充分发挥律师对重点建设项目法律风险防范的作用，争取在建设的关键环节如集中区建设、重大项目风险评估中明确必须有律师出具法律意见书，要求各级政府部门必须组建律师服务团等。这样做，既有利于促进示范区建设的合法性，保证健康有序发展，又拓展了律师的业务领域。司法行政机关也可考虑专门就示范区建设中做好法律服务工作专门下文，提出具体要求，并加强监督指导，提高律师法律服务的质量。

二要苦练内功。示范区建设虽然在安徽进行，但是法律服务不一定全部由安徽律师来完成。随着法律服务市场的逐步成熟，法律服务的市场竞争日益激烈，这一块蛋糕归谁所有尚属未知数。因此安徽律师应当抱着舍我其谁的气概，主动出击。律师协会应适时举办迎接产业转移法律实务研讨会，研究探讨在建设示范区过程中的理论问题和律师服务问题。各专业委员会结合年会和专题研讨会，研究产业转移中的各种法律问题，形成专业服务优势。律师同仁都应该积极行动起来，做好知识储备，研究“飞地”经济中的法律问题，探讨合作园区

建设中的法律问题，做好产业转移法律服务这篇大文章。

三要创新服务形式。可参照服务合芜蚌自主创新区建设一样，组建专门的律师服务团，定期召开各服务团会议，针对实际强化学习研究，提升专业服务水准。可以探索在示范区内建立律师事务所间相互协作机制，或建立我省律师事务所与沪、浙、苏律师的相互协作机制，加强交流和合作，相互取长补短，合作共赢。

我们相信，律师的优质法律服务，会让皖江城市带承接产业转移示范区建设更加规范，更加顺利，更加稳健。

作者单位：安徽徽商律师事务所

皖江城市带，我们知识产权律师如何与你共舞
———律师在示范区自主创新过程中的作用

王　宏

【内容摘要】八百里皖江步随虎年的春天迎来历史上最好的大发展时机，这就是国家批准的皖江城市带承接产业转移示范区规划带来的发展机遇。该规划的实施将会使安徽的经济发生巨大的变化，伴随经济发展的巨变，社会主义建设一份子的律师如何抓住机遇，顺势而为，大力发展呢？本文从解读皖江城市带规划发展对知识产权法律服务需求及安徽知识产权法律服务现状分析入手，提出对示范区园区、示范区企业建立点对点服务、知识产权律师采取组团发展的模式提供优质服务的设想，希望能引发知识产权律师服务皖江城市带、与皖江城市带共发展提出合理化建议。

【关键词】皖江城市带　知识产权律师　法律服务　发展

2010 年 1 月，国务院正式批准《皖江城市带承接产业转移示范区规划》（以下简称规划），这标志着皖江城市带成为首个国家级承接产业转移示范区（以下简称示范区）。《规划》明确将皖江城市带承接产业转移示范区定位为合作发展的先行区、科学发展的试验区、中部地区崛起的重要增长极、全国重要的先进制造业和服务业基地。规划期为 2009 年—2015 年，重大问题展望到 2020 年。到 2015 年，示范区地区生产总值比 2008 年翻一番以上，三次产业协调发展，实现与长三角分工合作、优势互补、一体化发展，成为在全国有重要影响力的城市带。

其中，在《规划》中专设第六章谈“ 产业创新升级 ”。而产业创新升级中首当其中的就是专利技术、技术秘密、商业秘密的保护。因此，讨论知识产权律师有何作为就有必要分析示范区建设对知识产权法律服务的需求。

一、示范区知识产权法律服务需求剖析

示范区设立的目的是通过承接长三角产业转移，使长三角地区的产业升级，示范区产业发展，带动中部崛起，辐射影响全国。转移的六大产业：装备制造业、原材料产业、轻纺产业、高技术产业、现代服务业及现代农业都能充分利用皖江城市带在区位优势、资源要素、产业基础、环境承载、内需拉动等方面不可替代的优势。

示范区承接的产业侧重于长三角已有产业，因此示范区建设过程中，必然涉及以下知识产权法律事务：

（一）商标法律事务

1. 新建企业如投资人已有商标，则其作为商标权人在转移产业时，对投资企业要区分企业设立方式不同，采用不同的商标使用方式，可能是商标许可使用，也可能是商标转让给他人，也可能是商标作为无形资产出资到新设企业等等。

2. 没有商标的企业会考虑申请商标、域名，并考虑企业名称与商标、域名的关联等。

3. 根据上述分析，示范区企业会委托律师办理商标注册申请、转让注册商标申请、商标使用许可等法律事务；也有可能需要委托律师代理商标权诉讼。商标权诉讼案件主要有商

标侵权案件、商标使用许可合同纠纷案件、注册商标转让合同纠纷案件。

（二）著作权法律事务

1. 示范区企业在新建时对于原企业的著作权同样存在如商标一样的问题，可能是继受使用，如母子公司；可能是许可使用，如关联公司；也可能是转让，如对关联公司或其他公司。总之律师可以帮助著作权人办理著作权登记、转让、许可使用等法律事务

2. 在示范区运营过程中潜在的有著作权诉讼案件。主要有著作权侵权案件、著作权转让合同纠纷案件、著作权许可合同纠纷等案件。这些都意味着对律师服务的需求。

（三）专利权法律事务

1. 专利权方面的事务在示范区建设初期，主要是非诉事务。如专利申请、专利许可、专利授权、专利转让、专利权权属事先规制等方面法律事务。

2. 示范区企业也可能会遇到专利侵权纠纷、专利转让合同纠纷、专利权属纠纷等等诉讼类法律事务。

（四）其他知识产权方面的法律事务

1. 商号权。帮助示范区企业保护企业名称或者企业字号的专用权。

2. 产地标记权。保护商标原产地名称、货源标记或者产地标记权利。

3. 工业版权。保护集成电路设计、计算机软件登记保护等。

4. 商业秘密。对未公开的企业技术秘密和经营秘密保护、经营等法律事务。

5. 反不正当竞争。示范区企业对不正当竞争行为的依法制止、依法维权，对被指不正当竞争的抗辩等均需律师提供支持。

二、安徽知识产权法律服务律师现状

1. 安徽省知识产权服务律师队伍在不断壮大。安徽省律师协会知识产权法律专业委员会自成立以来一直在发展，目前委员已有 30 人，委员分布于全省各地，远到亳州、黄山。而且一批年轻的知识产权律师悄然兴起，只是囿于成为专委会委员的资历限制，没有进入专委会。但他们很多是跨专业具备综合素质的律师，通过专利代理人考试的就有好几位。

2. 安徽省律师对知识产权提供法律服务的内容在扩大。据笔者不完全了解，目前诉诸法院的著作权纠纷案件，尤其是网络侵权案件，基本上是律师为主：调查、固定证据、确定起诉赔偿金额、诉讼、保全、调解、执行。律师的身影贯穿于各阶段。此外，在专利纠纷案件中，从专利代理人占主导的诉讼代理局面变革为以律师为主导的代理局面。而且，已有一些知识产权律师高瞻远瞩，开始谋划帮企业制定专利战略，进而知识产权战略了。在商标领域，驰名商标的认定、商标侵权纠纷案件等等都活跃着我省知识产权律师的身影。而且在软件著作权、工业版权、商业秘密、反不正当竞争、原产地标记等领域都有律师参与其中。

3. 安徽知识产权律师的不足在于专业化不明显。基本上从事过知识产权法律服务的都可称之为知识产权律师，但没有专门或只做知识产权服务的律师。造成这种局面的原因有两方面：一是知识产权法律服务市场还不够大，不足以支撑专业律师生存发展；二是知识产权法律服务的市场没有集中到部分律师手里，市场集中度不够，没有涌现出特别专业特别知名的知识产权律师。

三、安徽省知识产权律师的挑战和机遇

1. 安徽省知识产权律师当前所面临的发展机遇可以说是“ 黄金时期 ”。首先，国家知识产权战略的实施为全国知识产权法律服务带来了黄金机遇；其次，安徽省合芜蚌自主创新示

范区建设正如火如荼；再次，皖江城市承接产业转移示范区的建设刚刚拉开帷幕。知识产权经济一定程度上讲是“富人”经济，他是社会经济总量发展到一定阶段必然要重视、要发展的经济，同时又是决定我国在世界各国中经济地位的重要决定因素。可以说，作为知识产权法律研究比较多的律师，感到的是振奋！

2. 虽然机遇来临，但我们这些安徽省知识产权律师能否抓住机遇，趁势而上，还面临着许多挑战。主要是：知识产权法律服务市场如何打开？法律服务的水平如何快速提高？知识产权律师的知名度、美誉度如何实现？这其中最关键的挑战就是打开知识产权法律服务的市场。因为律师是实践科学，需要不断地在法律服务的过程中提升。

四、安徽省知识产权律师如何与示范区共发展之我见

（一）外省园区发展法律服务经验借鉴

1. 2008 年 5 月，天津市司法局抓住天津滨海新区进一步开发开放的重大历史机遇，出台《关于做好推介律师服务重点项目工作的意见》把做好推介律师服务重点项目工作作为拓展律师法律服务的重要措施，从建立健全组织领导机制、教育培训机制、信息发布机制、沟通协调机制、指导监督机制、宣传报道机制等方面提出了具体工作意见，强化了司法行政机关的组织领导责任，要求区县司法局进一步做好推介律师服务重点项目工作。

天津市司法局组织、引导广大律师主动研究滨海新区各项综合配套改革政策，积极拓展服务领域，为天津重点项目建设及体制创新提供全方位、多层面法律服务，在服务经济、社会发展、促进社会和谐的过程中把握自我发展机遇，实现了天津律师行业与滨海新区共成长。

2. 2008 年 12 月浙江省司法厅出台《浙江省司法厅关于服务重大建设项目投资的若干意见》，积极为法律服务有序介入重大投资建设项目搭建平台。

意见中明确提到：做好重大建设项目投资法律顾问工作。组织律师事务所、公证处以建立“法律服务联系卡”、发送“法律服务咨询函”等方式，全面了解当地重大建设项目投资情况，掌握重大投资项目建设业主单位的法律服务需求，有针对性地制定法律服务方案和服务措施，提高服务的能力和水平。建立项目建设单位与律师事务所的常年法律顾问关系，随时解答相关法律咨询，提供相关法律服务，为重大投资项目建设涉及的土地、环保、规划、融资、拆迁、招标投标、勘察设计、施工、监理、设备及材料采购等事项把好法律关；做好承建企业的法律顾问工作，促进企业规范公司治理结构，加强内部管理，保障重大投资项目建设的顺利进行。

（二）我省示范区知识产权法律服务的发展之首要是律师行业协会、行业主管机关重视

虽然无论在省政府还是在市政府，大家都认识到知识产权经济的重要性，但并没有意识到律师服务知识产权经济的重要性。因此如何唤醒政府决策者的重视，需要律师的组织行动起来。

安徽省律师协会如何向安徽省司法厅建言，进而由司法厅向政府决策者建言，使知识产权法律服务切实的进入到知识产权经济的发展中，促进安徽省知识产权经济良性发展。

虽然笔者是合芜蚌自主创新基地的法律顾问团知识产权服务律师，但至今未直接服务合芜蚌自主创新，主要还是服务顾问单位自主创新，不排除有其他知识产权律师为合芜蚌提供过切实服务。但总体感觉，这种连接“虚”而不“实”。

笔者建议：

1. 在示范区建设过程中，由省律协牵头，政府搭桥，实现知识产权服务律师与具体的园区对接，实现点对点，从而使法律服务落到实处。

2. 点对点对接需做到律师列席具体实施园区同级科技局、工商局或经贸局的有关知识产权法律事务的会议，首先实现对政府提供知识产权法律服务。

3. 点对点对接需做到园区牵头，服务律师与主要依赖知识产权经济发展的企业面对面服务，即是政府招商、亲商政策落到实处的延伸，又是律师企业共发展的结合。

4. 点对点对接需律师多做讲座，多做专题讲座，借助平台宣扬、展示知识产权律师的风采，提高受众对知识产权法律服务的重视！

（三）知识产权法律服务律师宜抱团发展

目前省内知识产权律师专业不明显，而且散落于各家律师事务所。在这种大发展的机遇期，笔者认为，应该抛弃律所门户限制，组团发展。

1. 组团发展主要是多位律师可以是共同研究专利、商标、著作权等专业领域相似的律师一起拓展市场，服务示范区企业、政府对口部门；也可以是不同专业领域律师组团服务示范区企业、园区。

2. 组团发展需要成立若干小组，对应于园区。设牵头人即可实现高效服务。

3. 组团发展也可以相对发展较好的知识产权律师较多的律所为单位，对口服务示范区园区、企业。

4. 组团发展还能解决皖江城市带县域律师知识产权法律服务水平相对滞后的问题，可以采取前线+后方的组团模式，后方提供专业支持。

（四）知识产权法律服务中的利益分配

律师是靠自己的业务技能谋生发展的个体，在服务中有公益更多的是私益，因此不能回避知识产权法律服务中律师的利益分配。笔者认为：

1. 如果按照前述建议能够将知识产权法律服务落到实处，则知识产权服务律师的利益自然是水到渠成。因为我们在培育市场，夯实服务水平的基础。

2. 如果存在明显的经济利益，可以通过组团的团队成员内部协商平衡利益，也可通过投入的工作时间进行内部分配，还可以通过律协进行外部协调。

综上，笔者认为解决安徽省知识产权律师的大发展、切实服务示范区的关键是“好风凭借力，扶我上青云”的“好风”，笔者真切希望以此文能为知识产权法律服务市场的兴起引得“好风”！

参考文献：

①国家发展和改革委员会：《皖江城市带承接产业转移示范区规划》，2010 年 1 月公布。

②天津市司法局网站：《关于做好推介律师服务重点项目工作的意见》，2008 年 5 月公布。

③浙江省司法厅网站：《浙江省司法厅关于服务重大建设项目投资的若干意见》，2008 年 12 月公布。

作者单位：安徽睿正律师事务所

皖江城市带次优战略的最优法治化实施

钟仁玖

【内容摘要】皖江城市带承接产业转移示范区建设战略，是在全球金融危机尚未结束，人民币升值趋势不断加强，沿海地区出口导向型经济不断寻求廉价资源，正在进行整体的产能转移，处于华东经济发展相对落后的地位安徽，所受到的经济与社会发展的压力很大，期望通过资源换市场的供求关系，谋求以点带面，所逐步形成的一个次优发展战略。实施该战略，应当依据民事法律制度与行政法律制度相互配合、相互制约的最优法治化策略，以推动全省经济与社会的可持续较快发展。

【关键词】皖江城市带　次优战略　法治化

2010 年 4 月 2 日，安徽省委省政府发布《关于加快推进皖江城市带承接产业转移示范区建设的若干政策意见》（皖发〔2010〕10 号）（以下简称《意见》）。皖江城市带发展战略，是在一定历史背景、当前现实和发展期望下的思想产物。尤其是在全球金融危机尚未结束，人民币升值趋势不断加强，沿海省份和地区的出口导向型经济不断寻求廉价资源，正在进行整体的产能转移，处于华东经济发展相对落后的地位安徽，所受到的经济与社会发展的压力很大，期望通过资源换市场的供求关系，谋求以点带面，推动全省经济与社会的全面发展，所逐步形成的。

在此供求关系下，决定了皖江城市带发展战略，是一个次优战略。该战略是在农耕文明深厚，工商文明薄弱的历史条件下展开的。实施该战略，在追求积极的经济与社会发展目标的同时，必然会产生新的社会矛盾，诸如：环境保护的压力陡增；自然资源的增量不明显，部分生产要素诸如局部地区的土地价格将继续上扬 ;示范区相对封闭，人才切入机制不明显，本地人才战略难以施展等。

面对历史条件和现实需要，从历史经验反复验证过的发展路径来判断，皖江城市带发展战略，应当同步实施最优的法治化战略。这里所称的法治化战略，主要是指保障各类经济组织的基本民事权利。这里所称的最优的法治化战略，是指实现民事法律制度与行政法律制度之间的相互配合与内在制约，合理行政、积极行政和依法行政。同步实施最优的法治化战略，就是以制度文明释放当地居民的物质文明生产的潜能和精神文明创造的潜能。

释放当地居民的物质文明生产潜能和精神文明创造潜能，是需要充分掌握经济与社会发展主导权为基本条件的。从民事法律制度的发展历史可以看出，人们通过在微观上设定民事法律关系主导权要素，逐步地加速了人的劳动输出，进而在宏观上逐步地实现了社会供求关系的自觉平衡。而行政法律制度，则围绕着民事法律制度的发展需要，以发展人的劳动能力，促进劳动工具改善，加速劳动对象流转，保障劳动收益分配为基本线索，得到了同步发展。没有微观与宏观的制度文明的发展与保障，任何经济与社会发展的战略，都只能昙花一现，难以为继；或者，在经济全球化背景下，则始终摆脱不了经济与社会发展梯度末端的地位，当地居民的生产能力与消费能力难以取得应有的平衡，社会的可持续发展，始终悬而不决。

那么，民事法律制度是如何通过设定微观的民事关系主导权，逐步实现全社会范围内的供求平衡的呢？当代国家的民事法律制度，继承和发扬了人类制度文明的遗产，满足着人们在物质产品、精神产品、服务产品创造与交换的需要。但是，人们在建立和维持这种社会关系时，由于供、求之间的不平衡，社会主体之间就经常地处于对该种社会关系主导权的争

夺之中。由此，这类社会关系所形成的社会关系群落和社会生活秩序，并不平静。只要供、求之间不平衡，人们对于民事法律关系主导权的争夺，就可能即时产生。为了达到社会生活稳定、有序的目的，民事法律规范通过一些外在的要素，来预先确立那些拥有该要素的社会主体，“ 法定 ” 地拥有某一具体的民事法律关系的主导权，以提高民事法律关系的稳定性、效率性。从远古的风俗开始，到逐步发展起来的交易习惯，直至传统的民事法律规范，都以财产的占有状态和血缘关系的尊卑顺序，作为分配民事法律关系主导权的两大基本要素条件，强制地平衡着社会的供求关系，维系着社会生活秩序。

社会供求关系的强制平衡，非常容易让民事法律关系的一方主体，遭受有主导权的另一方所给予的不平等、不等价、不诚实的待遇，甚至是无偿的或者是丧失信用的待遇。对此，一方主体可能采取相应的措施，包括通过各种正当的努力，以重新掌握社会关系的主导权；或者通过防卫手段，乃至采取破除双方民事法律关系的最后防卫手段，最大限度地减少自身的损失；或者通过建立新的交易，将自身的损失弥补起来，以至直接将受到的不平等待遇转嫁给第三人，等等。社会主体总是在民事法律关系上进行着合作、反击、破裂、再生的行为中，掀起了社会生活的波澜起伏。

人类社会的生产方式进入资本主义时代以来，为了增加民事法律关系的总的数量，以适应不断增加的价值交换总量对社会关系数量的需要，民事法律规范率先突破了血缘关系尊卑顺序上原有的 “ 禁治产 ” 的限制，以普遍的权利能力（人格平等）的为基础，确立了 “ 行为能力 ” 的主导权要素，迅速而有力地削弱了 “ 血缘关系的尊卑顺序 ” 主导权要素的作用，家庭开始走向小型化。一切具有 “ 权利能力 ” 和 “ 行为能力 ” 的人，都可以依据 “ 财产占有状态 ” 获得社会关系的主导权，集团化的劳动分工协作开始取代家庭作坊成为全社会的主要生产方式。尊亲属的意志，在新的生产方式下，不再当然地作为确定卑亲属的行为是否有效的必然依据。家庭型社会关系对生产型社会关系的束缚，家庭对劳动力的束缚，逐步被打破。这也让家庭这一社会组织及其内部社会关系，虽然还处于民事法律制度调整的范畴内，却遇到了前所未有的困难。人的解放与家庭的失稳，似乎有着某种对应的关系。

货币符号是为价值交换的便利而诞生的。它让民事法律关系的主导权，可以暂时地脱离价值物本身，而可以直接地由社会主体拥有货币符号数量的相对多寡来决定。国家自掌握了铸币权以及建立了中央银行以后，通过排他性的货币的供给，在国家范围内就掌握了价值交换的总的主导权。国家通过货币政策，也就是控制价值与价值符号的比例关系，诱导、限定社会主体的具体行为。国家还可以通过限制社会主体运用货币的方式，来进一步获得经济生活的主导权。价值符号的供求平衡，与价值的供求平衡，是同等重要的；两个供求关系之间，也是形影不离的。价值与价值符号之间的供求关系，也处于深刻的强制平衡之中。

但是，生产力发展的需要，总是在不断地推动生产关系的发展与变化。

为了增加民事法律关系的稳定性和效率性，在社会化、集团化的劳动分工协作生产方式取代家庭小作坊式的生产方式后，人们在建立特定的民事法律关系时，除了要具备通常的行为能力之外，还应当具备超过通常行为能力之上的某种专业行为能力，或者具备承担某种特定风险的能力，这就是建立和主导某种民事法律关系所应当具备的资质要素。该资质要素，通常地是以社会主体获得某种特定劳动能力为依据。它让民事法律关系上的有效供给，逐步地建立在劳动分工之上，直至集团化的劳动分工之上。具有相当资质的社会主体，可以通过竞争的方式，获得劳动交易的机会。民事法律关系的主导权，转而建立在差异化的劳动基础上，而不再是绝对地和纯粹地建立在物的占有、货币的占有或者血缘的尊卑顺序关系上。因此，对民事关系主导权的争夺，将处于现实的劳动能力的差异变化之中，大批的企业家应运而生。主导权可发生变化的状态，不仅极大地促进了物质消费资料的生产，还极大地丰富了民事法律规范本身。因为，此时的民事法律关系，已经开始接近辩证统一的社会关系，而不

再是传统的单极意义上的社会关系。

随着价值创造方式即劳动方式的变化，具备新颖性、创造性和实用性的产品、工艺、方法，乃至能引起美感的产品外观，都能满足普遍的或者特定的价值交换的需要。知识产权制度应运而生，并不断扩展。专利权、商标权、著作权、发现权等，以新的法律文化和新的民事法律规范，确认了人们就创造性劳动成果所形成的财产权关系和人格权关系。对智力成果享有权利，是民事法律规范所设立的民事法律关系主导权的另一个重要要素，即知识产权要素。知识产权主导权要素的确立，为文化组织参与推动社会发展提供了最直接的契机。

以资质要素、知识产权要素作为民事法律关系主导权的新的预设条件，对人类社会的经济生活秩序产生了深刻影响，也对人的社会化再生产过程产生了深刻的影响。人的社会化再生产过程，与多种劳动形式和复杂劳动形式联系了起来。也就是说，人的社会化再生产，与劳动关系下的劳动分工、文化继承、文化创新紧密地联系了起来。

表面上看，资质要素或知识产权要素，都是劳动分工的结果，而本质上，它们都是制度文明反过来推动劳动输出和强化劳动分工，并形成以有效劳动输出为特征的竞争性经济生活秩序的结果。由“私人劳动”到“社会劳动”的转变，不仅仅是完成一次价值交换的过程，也是经济生活秩序生成与发展的一部分。如果民事法律制度中缺乏资质要素或知识产权要素，那么，人的劳动就会趋向同质化，人的社会化再生产也将走向单调。所以，在微观上看，“资质要素”或“知识产权要素”与“财产占有状态要素”一样，都是以社会主体享有民事法律关系主导权为其归宿，而宏观上，则为政治生活秩序与经济生活秩序的分野，奠定了制度文明的基础。经济生活秩序，因为有了比较完整的民事法律关系主导权要素，因而可以暂时地独立于政治生活秩序而自洽。民事关系上所交换的物、精神产品和人的劳动，不再是可以随意被占用的对象，而是作为整个社会生活秩序的基点，得到了法的确认。依赖政治力量维持的经济生活秩序，被暂时地削弱了。全社会供求关系，开始从强制的平衡，逐步地走向了自觉的平衡。我国的改革开放，走的就是这条普遍适用的道路。

随着价值交换程度的发展，多主体参与的广空间范围、长时间跨度的价值交换，越来越频繁。为了扩大民事法律关系的总的数量，同时也为了稳定民事法律关系的效率性，现代民事法律规范，又大力地发展了信用要素，作为民事法律关系主导权的要素。信用要素，可以将多主体占有的财物、复杂生产过程所需要的多种劳动，以及预期的未来劳动收益等，都调用到现实的民事法律关系中，从而大大提高了现实经济生活的效率。作为信用要素的有效载体，合格的经济组织发行的各种形式的有价证券，事实上就是建立在信用基础上发行了“私人货币”。

信用要素发挥作用的基础，是当前的生产能力与消费能力。信用要素对民事法律关系主导权的影响机理，可以运用博弈论的观点得到恰当的解释：当期的合作，未必带来远期的合作；当期的不合作，一定延缓或者取消了远期合作；个别的合作，未必带来普遍的合作；个别的不合作，一定妨碍或者断送普遍的合作。由此可以明确地看出，社会主体之间当期的、个别的合作，是发生远期的、全面的合作所不可逾越的基本条件。

当然，信用要素并不只是在价值流动的某一环节上才能发挥作用。事实上，信用要素可以在“生产—交换—分配—消费—生产”的循环全过程中发挥作用。恰是信用要素可以在价值流动的全过程发挥作用，因而，信用要素对全部社会主体，包括国家这样的特殊主体在内，在民事法律关系中都要遵循信用要素发挥作用的基本准则，来对待价值交换的相对方。否则，全社会范围内“生产—交换—分配—消费—生产”链条，就会出现萎缩、阻塞甚至断裂。因为，劳动输出程度，尤其是脑力劳动的输出，是由千千万万个社会个体最终决定的。强制或者强迫的劳动，只能适用于简单的体力劳动和单调脑力劳动。以劳动资质、知识产权、社会信用为民事关系主导权的价值交换体系，才可能激发出人的脑力劳动的最大潜能。由人

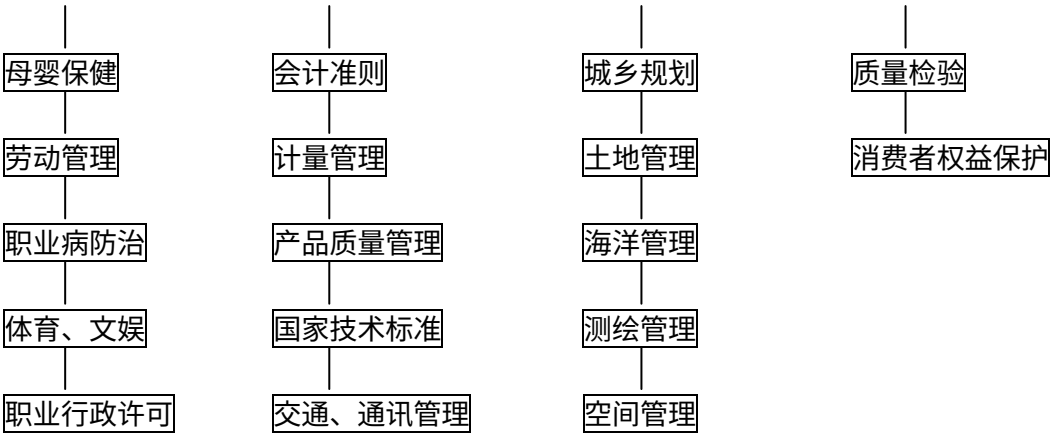
的有效劳动输出而构成的社会生活，才是经济基础强大的保障。

供给的有限性和需求的无限性，决定了民事法律规范，首先要完整地设定出民事法律关系的主导权要素，以打通“ 生产—交换—分配—消费—生产 ”的完整循环，并将自己的发展前景，建立在为整个社会的供求矛盾的有效化解，和对人格权进行平等保护的策略下。如果不能解决供求之间的矛盾，那么，民事法律规范所假设的民事法律关系属性，将难以避免地走向其反面。欺诈、胁迫、强占、滥用、防范、反击等行为，将成为社会主体从事民事行为的主要成分，社会主体也将因此而消耗掉大量的时间和精力。一旦欺诈、胁迫、强占、滥用等行为得以盛行，社会生活可能走向两个极端：一个极端情况是，佐以“ 人际关系 ”的传统文化背景，人的劳动能力的供给趋向单一，“ 知识无用论 ”喧嚣尘上，人的社会化再生产走向重复与单调。随之而来的是，差异化的劳动力结构无法形成，资质要素和信用要素难以成为现实的民事法律关系主导权的条件。少数人的专业化的劳动能力，配合权力的异化，反而极为可能成为实施欺诈、胁迫、强占、滥用等行为的专业化手段。在物质生活资料长期匮乏的时期，社会生活常常表现出这个极端；另一个极端情况是，在“ 崇尚自由 ”的暴力合法化文化背景下，暴力手段脱离了公共安全的限制，分散于全社会范围内的无数刀枪和棍棒，成了实施欺诈、胁迫、强占、滥用等行为的终极手段，彻底破坏了民事法律关系所应当具备的伦理内涵，民事社会关系无法摆脱强权的属性。此时，社会生活将时时处于暴力阴影的笼罩之下；社会的平衡，只是暴力对抗下的平衡。由物统治人的社会，很容易营造出这样的极端社会情形。

为了有效阻断民事法律行为中存在的欺诈、胁迫、强占、滥用行为，行政权力就应当发挥其应有的作用，以保障民事法律关系的价值，共同解决全社会范围的供求矛盾。

行政权力发挥作用，不仅要积极否定封建的人身依附的劳动关系，发展意思自治立劳动分工协作关系 ;不仅要否定不等价劳动产品交换关系,维护均价的劳动产品竞争交换关系；否定不可预期的责任，发展可预期的责任，更重要的，是要积极培育人的劳动潜能，改善劳动工具的效能，提高资源的重复利用程度，保障劳动收益的分配。我们不妨用下面列明的纵横关系图表，来说明行政权力发挥作用的一般机理。





通过上述的纵横关系图表，我们可以看出，国家的不同行政管理行为，都是围绕着人的社会化再生产、物质消费资料的再生产而展开的。虽然现代民事法律制度要借助于行政手段，打通全社会范围内“生产—交换—分配—消费—生产”的循环，但是，诸多的行政法律规范，却不是简单地与这些诸环节发生着映射对应关系，而是与每一个环节内都包含的“人的劳动—劳动工具—劳动对象—劳动收益”循环链节点，发生着映射对应的关系。最终，行政法律制度是与社会化的劳动分工、协作关系相适应的。如果我们把“人的劳动—劳动工具—劳动对象—劳动收益”的循环链，看作民事法律制度展开的一条轴线，那么，行政法律制度与民事法律制度之间的相互配合与相互制约关系，就相当明显了。行政法律制度虽然以范围宽、内容广、错综复杂、变动频繁而著称，行政法律规范很难形成一部统一的法典，但是，这不等于说，行政法律制度是散漫的和毫无重心的，更不是“头疼医头，脚疼医脚”。行政法律制度在规范、保障、激励和监督行政机关及其组成成员的劳动输出时，事实上，正是围绕着民事法律制度所设定的民事关系主导权而展开的，也就是围绕着人们熟知的民事权利而展开的。行政法律制度的生命力，不仅来自高位的宪法法律制度，还来自对人的社会化再生产循环的有效保障，来自对物质资料再生产循环的有效保护。市场经济体系下，保证行政法律制度正确立法、正确实施，克服行政悖论的根本出路，也就在于此。

从上述纵横关系图表中，我们还可以看出，政府除了通过依照宪法占有国家的土地资源外，占有其他社会资源的主要方式，是运用税收征管、海关管理、行政征用及行政征收等手段，对全社会范围内的劳动收益进行强制的分配而得来的。那么，在振兴东北老工业基地、两江流域规划、发展新疆经济、中部崛起等多个国家级发展战略中，皖江城市带发展战略，是处于一种竞争性的发展环境中。按照一般的思路，我们能做的，就是继续通过税收优惠、土地供给优惠以及便捷的排污权交易、快捷的环境评估服务等，吸引合格的投资者进入承接带。可是，在这个规划中，安徽本身的经济与社会发展的主导权却非常不明显。主要表现为：

人才培养制度的重心安排不精确。人才是经济与社会发展的根本所在，一切经济、文化、政治的竞争，归根结底都是人才的竞争。我们要通过皖江城市带次优战略实现安徽经济与社会的可持续较高速度发展，没有精细的人才培养战略，是无法达到目的的。人才培养，特别是与示范区企业当前用工需求和未来用工需求相匹配的职业教育，是以较快速度推进农业社会向工商业社会转变的根本出路。大量外出务工人员，是本省居民中率先成为熟练劳动力的重要成员，吸引这些劳动力回省加盟示范区企业，也可以很好地发挥他们在生产技术与业务管理上的“传、帮、带”作用。

金融服务制度安排偏窄。在《意见》中，着力强调的是每一个县要成立一个金融服务机构。其出发点当然是以希望金融产品推动实体产品的生产、流通、分配和消费。可是，金融服务是高端产业，金融服务企业本身在市场竞争环境下生存与发展，需要苛刻的条件。一

些有一定规模和竞争实力的地方性金融机构，例如徽商银行应当借此机会做大做强，实现服务产业的飞跃，在服务示范区企业的同时，带动全省第二产业和特色农产品的生产与流通。可是，这种安排在《意见》中却没有见到。而没有本地高端服务业的异军突起，皖江城市带发展战略将面临无法实现产业超越的危险。

资源入股、技术参股的制度安排不明显。掌握经济与社会发展的主导权，在经济组织中是以产权比例为依据的。在金融资本相对薄弱、劳动力结构同质化严重的社会条件下，通过资源入股、技术参股等方式，推动本省企业和居民掌握一定的主导权，推动劳动工具的持续改善，提高就业层次与就业数量，降低就业成本，是有重要意义的。可是，《意见》中对此没有进行适度规划，甚至回避了这一中观层面的问题。

对本地配套企业所需要的生产要素调控不完善。在皖江承接带发展战略实施以后，本地企业必将作为产业链条的环节，参与到生产与流通之中，成为示范区企业的配套企业。对配套企业的收益进行分配，不仅关系到配套企业自身的发展，同时将制约者进入示范区企业的发展。在《意见》中，主要是对进入示范区的外来企业给予了诸多的政策优惠，而对于即将成为和必然成为配套企业的本地企业，却没有予以足够的重视。表面上看，这将导致行政不公；而实质上，将再次损害本地企业的发展机遇。这也是过去三十年来我省没有解决的历史问题，已经导致了今天我们还只能实施皖江城市带这一次优战略。我们更不应该在实施这个战略之后，再度扩大本地企业的低端地位。

在市场经济体系下，正确、全面、及时实施皖江城市带承接产业转移战略，本质上就是要正确、全面、及时地实施我国的基本民事法律制度，带动全省范围内“生产—交换—分配—消费”的循环，逐步实现全社会范围的供求关系自觉平衡。尤其是通过合理行政、科学行政，依法对经济活动中尚处于劣势的本省企业，从产权、组织权、金融权、知识产权、从业资质、社会信用等方面，依法给予足够的行政扶持，将政府的力量与民间的力量结合起来，奋起直追，才能改变安徽经济与社会发展相对落后的被动局面。

当然，合理行政、科学行政的基本尺度，就是在政府掌握着大量的土地、矿产、金融、交通、通讯、教育等资源的条件下，为民事主体实现两个“否定”，即物质形态的技术否定和占有状态的社会否定创造良好的法治环境。没有物质形态的技术否定和占有状态的社会否定，民事法律关系将不是一个辩证统一的社会关系，民事关系的主导权将是一种一劳永逸的、僵化的绝对权利，依赖辩证统一的民事社会关系而交换的物质财富和精神财富，将出现生产成本偏高、劳动收益偏低、空间范围偏窄、时间维度偏短的局面。参与该发展战略的民事主体，将缺乏市场竞争的明确心理预期。即使是进入皖江城市带的企业，也会慎于投资和再投资，更不用说广泛地培养、运用当地人才了。

很显然，由于安徽经济的相对落后和传统农耕文明的深厚，我们在过去的三十年中已经丧失了部分经济发展的某些主导权。即将展开的皖江城市带承接产业转移示范区建设战略，又是深处全国范围内大开发、大建设的竞争环境中。脱离历史条件和当前环境来谈论发展，发展展望是难以变为现实的。短期内，历史问题不很容易得到根本的解决。所以，通过稳定的和长期的制度安排，艰苦奋斗，齐心协力，从保护民事权利入手，依法行政，科学行政，推动全省经济与社会以较高速度可持续发展，任重而道远。

作者单位：安徽里奇律师事务所

浅谈示范区建设中律师资源的优化配置

李　敏

【内容摘要】律师资源浪费原因在于缺少业务。皖江城市带承接产业转移示范区建设为解决这一浪费现象提供了拓宽业务领域的途径，使律师参与到经济生活、政治社会、社会生活中，对律师专项业务素质提出了要求。同时，在两公律师、首席公司律师等方面积极探索，以达到律师资源的优化，从而为国家区域经济建设发挥律师应用的作用。

【关键词】皖江城市带　资源　律师　业务领域

长期以来，我国一直存在着律师资源浪费的问题，安徽更是不例外，安徽的贫困地区由于享受照顾分数的待遇，每年增加一批又一批的 C 证律师，情况更是严重，近年来尤其突出。有人说：我国律师是高收入阶层，这不符合实情。事实上：约有五分之三的律师收入不及同龄的公务员；约有四分之一的律师，其年收入达不到 1 万元人民币，最低的律师年收入只有 3 千元。其主要原因由于缺少业务而几乎处于“ 闲置 ”状态，从而造成律师资源的浪费。人们都称司法资格考试是“ 中国第一考 ”（是难度最大的考试，堪称“ 国考 ”）但就是这样的都通过了这种考试的律师群体却存在着如此严重的资源浪费，不得不引人深思。

安徽律师的窘境随着国务院关于《皖江城市带承接产业转移示范区规划》的出台而锋回路转，我欣喜地看到一个新生的安徽如红日喷薄欲出，作为一个法律职业人，我认为解决安徽律师资源浪费这一问题的主要途径是：拓宽律师的业务领域。下面就这种途径略谈浅见：

一、开拓专项业务领域具有广阔的前景

随着依法治国方略的实施，经济全球一体化浪潮的到来，安徽以主人翁的姿态融入长三角，随着皖江城市带承接产业转移示范区建设号角的吹响，律师将更广泛、更深入地参与到国家的区域经济、政治和社会生活中去。

在经济生活中，市场经济是法治化经济，即以法律为规范的经济，律师能够有效地运用法律规则，为当事人防范风险采取最经济，最可靠，最直接的措施和步骤。实现各种交易的合法性，平稳性和安全性。律师帮助企业建立合同的债权债务管理，知识产权管理，人才资源管理等基本制度，引进先进的管理经验，确保企业资产的安全，经济资源的有序流动，保持企业的竞争优势。律师在经济建设中已成为关键角色。首先，表现在律师审核已成为国家经济建设决策的关键环节，尤其在重大经济建设决策过程中，律师的意见甚至直接决定了一个建设项目能否设立；再次，安徽融入长三角后、为积极实施“ 引进来，走出去 ”的战略，加大引资力度，提升对外开放水平，把握国内外产业发展和转移大趋势，大力宣传示范区的比较优势，围绕组团式承接和集群式发展。加强与沪苏浙的横向联合，搭建合作平台，拓宽合作领域，扩大合作成果，每一步都离不开律师的积极参与；为进一步加强面向珠三角、环渤海、海峡西岸和港澳台地区的招商引资和市场开拓，在重大招商的谋划上，在招商引资方式的创新中，迫切需要律师全程参与；进一步密切与中西部地区合作，吸引中西部的企业在示范区落户发展，更少不了律师的出谋划策；为扩大与欧美、日韩、东盟等国家和地区的交流与合作，着力引进世界 500 强等知名企业，提高利用外资的质量和水平，迫切需要既精通法律又精通外语的涉外律师的鼎力相助。

开发建设皖江城市带承接产业转移示范区，这一国家区域经济发展战略的出台，可谓牵一发而动全身，相关的法律事务急剧猛增，为安徽律师提供了前所未有的机遇和挑战。在国际贸易、反倾销、反补贴调查及保障措施等领域急需律师的广泛参与；在建筑工程、知识产权房地产等领域更为律师提供了广阔的空间；在农村经济改革（特别是三农问题）、国企改革、金融改革、经济示范区建设等重大经济改革中，更少不了律师提供优质法律服务。律师已成为完善市场经济体制的重要力量，律师在经济领域的发展空间将随着区域经济的迅速发展而不断扩大。

在国家政治生活中，在依法治国方略下，必须有一个优秀的律师队伍为社会提供优质的法律服务，律师是捍卫民权，制约国家权力和政府权力，维护法治统一，建设法治国家的一只重要力量。律师全面参与国家政治生活，可以有力推动民主进程，充分发挥对司法权和行政权的监督职能，推动法治社会的建立，加快依法治国方略的实现，为区域经济又快又稳地发展奠定一个安全的法治环境。

在社会生活中，构建和谐社会的科学命题赋予了律师更丰富的内涵，构建和谐社会，律师发挥着独特的功能。随着皖江城市带承接产业转移示范区的开发建设方略的进一步实施，特别是利益主体的多元化格局的形成和发展，社会矛盾日益复杂化和多样化，迫切要求建立和完善包括诉讼在内的多元化纠纷解决机制，律师在疏导和解决社会矛盾方面起着‘ 调节器 ’和‘ 减压阀 ’的作用。

律师业作为一个经济部门，一个产业部门，在新形势下研究市场对律师的要求，是优化律师资源配置的必由之路。

二、开拓专业业务领域具有专业性

律师已不仅仅是承担最传统的辩护职责的辩护人。公职律师和公司律师的出现更强调律师应具备专项业务素质，律师的专业性体现在以下三方面：

第一、专业性体现在具有良好的职业操守。其核心精神是诚信和敬业，诚信是律师为人之本，立业之基，诚信决定着律师业的兴衰。唯有坚持诚信为本，操守为重，不断提高职业道德修养，才能赢得政府公众的信赖，才能赢得广阔的业务空间。

第二、专业性体现在具备专业知识。律师不仅要精通法律基本原理，还应掌握一些法律以外的专业知识，比如从事公司法律事务的律师应懂得一些企业管理和资本运营方面的知识、涉外律师必须精通外语及国外的相关法律规定。律师行业是智力密集型行业，靠服务质量、业务素质取胜。而法律服务的国际化发展，对律师的业务素质提出了更高的要求。特别是在皖江城市带承接产业转移示范区的建设中，急需一批知识结构全面，专业知识丰富，精通外语的律师队伍，为皖江城市带的开发与发展保驾护航，引进外资成为开发皖江城市带的重头戏，不可避免地会产生对外贸易摩擦加剧，反倾销调查频繁，知识产权需加强保护力度，证券市场需进一步规范，这些领域迫切需要一支能够胜任国际律师业务的高素质，高水准的律师团队。

第三、专业性体现在具有执业技能。律师的技能更多的体现在解决问题的方法和能力上，律师作为法律职业人应具有更冷静和更客观的思维。在经济问题的过程中，既坚持原则，又不失灵活性；既有调查取证的技能，又有诉讼仲裁的技能；既有务实谈判的技能，又有理论研究的技能。这些能力来源于不断学习、不断实践，唯有如此才能适应不断发展进步的社会对律师职业的专业性要求。

三、开拓专业业务具有专职性

第一、公职律师在政府内大有作为，律师走进政府，为法治政府的建立起着至关重要的作用。使政府由计划经济时期形成的主要依靠行政管理转变到主要依靠法制管理。市场经济条件下要求树立“有限政府”，“依法行政”的理念。行政主体必须依法行政，行政主体的行政职权由法设定与依法授予，一切行政行为以行政职权为基础，无职权就无行政。律师通过为政府担任公职律师和法律顾问，将有力推进政府决策的民主化、科学化不断提高政府的决策能力和管理水平，使政府及其工作人员的不当行为得到及时纠正，以此推进政府依法决策，依法行政，在开发皖江城市带的建设中，为招商引资搭建安全平稳的法治平台，律师作为政府机关，行政机关的公职律师和法律顾问，在为其依法管理，依法行政发挥着越来越重要的作用的同时，也为律师资源的优化配置探索出了一条有效路径。

第二、公司律师在招商引资企业中是势在必行的选择。公司律师的出现，促进了企业依法经营、依法管理，也彰显了公司律师工作的复杂性和艰巨性。决定了它必须依法有序地进行，也决定了作为法律专业者的律师必须积极介入其中。一方面，招商引资是一个复杂的系统化工程。无论是招商方案的制定，还是招工制度的出台；无论是债权债务的处理，还是资产的评估、转让；无论是企业的破产，还是新公司的成立，每个环节，每个程序都牵扯到方方面面的法律法规。另一方面，要建立现代企业制度，与国际接轨，包括许多企业接受外资的参股或合作，其中涉及到许多新的更复杂的法律问题，这些法律问题，只有用法律手段和方法才能解决。这就需要律师提供优质高效的法律服务，与此同时律师也为拓宽自己的业务领域，打下了坚实的基础。律师将成为企业工作的一支重要力量：一是为企业献良策，充当“参谋员”。特别是从法律的角度去论证招商方案的科学性和可行性，保证招商文件的合法性和严谨性，不断改进参谋方式，提高服务质量；二是造舆论，充当法制“讲解员”。招商引资是一项法律和政策性都强的工作。哪一方法律把不准，政策吃不透都可能影响到招商的顺利进行。在纠纷调解中积极宣传法律法规，不断强化决策层的法律观念和依法改制的意识，为企业招商与外资合作营造出良好的法律氛围；三是严把关，充当“监督员”。严把招商、合作方案等文件的合法关，严把招商、合作程序的合法关；四是保稳定，充当危机“化解员”。维护权益保稳定，调解纠纷保稳定，应变故保稳定。

第三、首席公司律师制度的设立是需要，更是必然。在开发皖江城市带的建设中，广泛涉及外资公司、国际跨国公司等涉外公司，首席律师设立的必要性突现在眼前。首先公司律师，是指在公司整个生产经营过程中，参与生产经营决策，行使法律事务职责的公司内设的高层律师机构。它与“三总”，即总工程师、总经济师、总会计师平行，居于公司副总地位。这是其与普通公司律师的重要区别；它只能代理该公司行使律师职责，直接对公司总经理负责，同时接受公司的行政管理；它的代理权来源于企业组织制度的规定。因而不容许拒绝委托代理，除非退出该律师机构。

设立首席公司律师的必要性在于：设立首先公司律师是公司适应市场经济和适应环境的必然要求。根据市场经济是法治经济的理论。首先公司律师的创设，是发展市场经济的必然选择。我国现有的公司组织机构，设立了“三总”，但总法律顾问（或首席律师）的职位却一直空缺。而在市场经济发达国家，如美国、英国的大中型企业都设有首席律师，直接参与企业公司的重大决策，成为最高管理机构成员之一，享有很高的权威。首席律师一个命令，可以查封全公司的资金帐号，我国公司企业理应借鉴；设立首席律师是公司自身发展的需要。公司在市场中求生存谋发展，公司自身素质的高低是国家.公司的自身素质体现在对各种事务的预测、设计和处理上。公司各类谈判以及诉讼和非诉讼代理等各类事务。都离不开法律的框架，具体的事务可由律师操作，但高屋建瓴的运筹，整体的谋划，却绝不是一般公司律

师所能及的。实践证明设立首席公司律师在公司运作过程中具有不可或缺的作用。同时对律师提出了前所未有的高标准、严要求，也提供了机遇，更提出了挑战。

总之，律师资源的优化配置任重道远。探索的路径远远不止以上几种。我相信通过以上几种途径的探索和努力，安徽律师资源一定会得到优化、合理的配置，扭转目前律师资源浪费的状态，安徽律师一定更能健康，持续地、更好地发展，为国家的区域经济建设贡献自己的才华和力量。

作者单位：安徽滨阳律师事务所

政府购买服务
——示范区政府法律顾问制度新模式

张剑雄

【内容摘要】皖江城市带承接产业转移示范区的设立，为律师服务业的发展带来了契机。示范区内各级政府在科学发展观的引导下，在依法行政的推动下，必须对律师服务有更多的需求，也会提出更高的要求。因此，为各级政府提供法律服务必须能够形成律师服务业的一个新市场。现代服务业要求政府购买服务，而不是为政府免费提供服务，更不能把律师变成政府政治需求的摆设。政府只有通过等价有偿的商业模式，才能真正获取律师专业性和独立性的法律服务。律师无偿担任政府法律顾问违反了基本商业准则，不利于律师服务市场的有序发展。

【关键词】皖江城市带　政府购买服务　政府法律顾问　律师服务

2010 年 1 月，国务院正式批复《皖江城市带承接产业转移示范区规划》。根据规划，皖江城市带包括合肥、芜湖、马鞍山、铜陵、安庆、池州、巢湖、滁州、宣城九市以及六安市的金安区和舒城县，共 59 个县（市、区），土地面积 7.6 平方公里，人口 3058 万元人。作为我国承接产业转移的“ 先行先试区 ”，皖江城市带示范区必将依托自身优势和政策扶持，成为承接我国新一轮产业转移的重点区域。

科学承接产业转移，引导生产要素合理流动与优化配置，是当前 及今后相当长的一段时间内皖江城市带各级政府的工作重点。围绕政府承接产业转移这一工作重点，各地律师作为服务社会经济不可或缺的一支力量，应充分发挥专业特长，为政府承接产业转移提供高效法律服务，并在一个更高的平台上施展律师的专业才华。为此，建立商业模式的政府法律顾问制度及充分发挥政府法律顾问的功能，必然成为律师业拓展法律服务空间的契机。

皖江城市带示范区应以“ 先行先试 ”为原则，尽快将“ 政府购买服务 ”的现代服务模式，引入到政府法律顾问工作中去，去政府法律顾问行政化和名誉化，充分发挥律师中介服务的专业性、独立性，保障皖江城市带示范区各级政府依法执政能力的提高，进而全面提升示范区内各级政府软实力建设。

一、聘任政府法律顾问的法律基础及现状

政府法律顾问是由政府设置的法制机构和由政府聘请的律师、法学专家组成的，依法为政府提供各种法律服务的专业人员。政府法律顾问既包括了政府系统内的法律顾问也包括了政府系统外的法律顾问。根据国务院《全面推进依法行政实施纲要》的规定，各级政府法制机构是政府系统内的法律顾问，而律师、法学专家则可以受聘于政府，成为政府系统外的法律顾问，与政府法制机构共同成为政府法律领域的参谋和助手，帮助政府更好地依法行政。

从 20 世纪 80 年代中期开始，我国许多省市地方政府及其部门就开始了聘请常年法律顾问或专项法律顾问的实践与探索：深圳市人民政府在 1988 年 9 月，正式成立了市政府法律顾问室。随后，广东省各地区政府机关都先后聘请律师担任法律顾问。1999 年 6 月，吉林省组建了由法学专家和律师参加的全国首家政府法律顾问团，并建立起省、市、县三级政府法律顾问团网络等。各地的政府法律顾问工作正在如火如荼地开展。

律师担任政府法律顾问，其作用是多方面的，根据司法部《关于律师担任政府法律顾问的若干规定》的要求，律师担任政府法律顾问可以开展的工作包括：对政府重大决策进行法律论证；对政府起草的规范性文件提出建议；参与处理涉及政府的纠纷；代理政府参加诉讼；协助政府进行法律宣传教育等方面。

据有关资料统计，目前全国有 4195 个地、县、市人民政府组建了法律顾问团（组），有 8356 个国家机关和政府负责人聘请律师担任法律顾问。各地政府还邀请法律顾问参与政府重大决策课题研究和信访工作；在《政府工作报告》的形成过程中，听取法律顾问的意见；政府重大投资和其他方面的决策，吸收法律顾问参加，并由其起草各种法律文件等等。政府法律顾问不仅具备较高的法律专业水平，还具备较优良的道德品质和强烈的社会责任感，在诚实信用、客观公正、忠于职守、遵纪守法等方面，都能严于律己，认真履行职责，为政府提供了高效优质的法律服务。同时，政府法律顾问因地制宜，配合政府领导信访接待工作，积极参与做好信访接待的法律咨询解答工作，取得了良好的社会效果。可见，政府法律顾问已经全面参与政府涉法事务和工作，参谋助手作用得到有效发挥。

虽然政府法律顾问具有不可替代的作用，但就制度建设而言，各级政府并没有形成聘请律师担任政府法律顾问的制度，是否聘请律师担任政府法律顾问往往取决于政府主要领导的法律意识及对律师行业的了解和认识。

二、示范区各级政府应建立政府法律顾问制度

国务院批准设立皖江城市带承接产业转移示范区，具有国家战略意图，因此，在建设示范区的过程中，就要充分发挥各级政府的推动作用，加强政策和规划引导，严格执行法律、法规所确定的产业准入标准，坚决转变传统的产业承接方式，积极优化要素资源配置，提高资源节约利用水平，发展循环经济、低碳经济，将承接产业转移科学化、规范化、法律化。

科学化、规范化、法律化必然要求示范区内各级政府提高自己的依法行政水平、政策制定水平和平衡各种法律纠纷水平，而依法行政、政策制定、平衡纠纷水平的高低，往往取决于各级政府决策者对国家法律、法规的掌握和理解，同时，基于承接产业转移的特殊性，各级政府在其中不仅要为产业转移提供各项政府服务，更重要的是各级政府在很多项目上已成为民事主体，参与到具体的项目实施中，包括土地出让、政府集中采购、基础设施 B-T 和 BOT 建设、旧城拆迁改造、城郊农村土地国有化征用等。于是，建立各级政府聘请律师担任法律顾问制度，必然成为政府保障其自身利益和民众利益的一项重要制度。

律师担任政府法律顾问制度是推进政府依法行政加强执政能力的保证。推进依法行政，客观要求政府的一切活动必须置于宪法和国家法律、法规和规章的控制和约束之下，政府行政行为违反了法律规定，就要承担相应的法律责任。据有关部门统计，约有 80%的法律法规、90%的地方性法规和全部规章都是由行政机关组织实施的。如果行政机关不能依法行政，公共事务就不能依法管理，执政水平和能力就会大打折扣，政府就会陷入执政窘境。通过让律师担任政府法律顾问全面介入政府决策、立法和行政执法领域，积极参与突发事件应对，能够有效解决依法行政进程中的问题，提高政府依法执政能力。

律师担任政府法律顾问制度是化解行政争议，解决经济和社会发展中诸多涉法问题和矛盾的重要方法。皖江城市带正处于黄金发展期和矛盾凸显期，行政争议呈现数量大、法律关系复杂、解决难度大的特点，随着政府作为行政主体、民事主体多层次参与经济活动、民事活动，导致一大批具体法律事务的产生。公民与法人的法治观念和法律意识不断增强，引发对政府具体行政行为不服的行政诉讼案件大量增加，政府需要法律专家代表政府出庭参与诉讼，以维护政府所做出的合法决定。政府大量运用公共财政政策依法进行投资、采购等活动

时，需要专业法律人士参与在投资、采购领域存在的合同的谈判、起草、审查等非诉讼事务，以维护政府的合法权益。因此，政府法律顾问工作内容复杂、专业而艰巨。

律师担任政府法律顾问制度是加强政府自身建设，顺利实现政府职能转变的推动力量。示范区政府职能随着承接产业转移走向市场经济体制而在不断变迁，正在向有限政府、责任政府、服务政府和法治政府转变，主要体现在经济调节、市场监管、社会管理和公共服务方面。然而政府职能转换不是一帆风顺的，必然涉及保持政府行为及经济政策具有较高的透明度、可预见性和稳定性，涉及加强对政府行为的行政立法，规范行政权力，避免政策行为的主观性和随意性；涉及强化政府职能部门的执法力度，加强社会公众对政府行为的监督，确保政策的统一实施等工作。这些必然要求一批专门的法律专业人士代表政府处理日常的法律事务，为政府提出有前瞻性、有价值的建议，通过对这些法律事务的处理，发现政府职能转变中存在的问题和漏洞，客观检验政府职能转变是否到位，及时提出法律意见和建议，帮助制定改进措施，从而有助于政府职能转变，加强政府自身建设。

律师担任政府法律顾问制度是贯彻落实科学发展观，坚持依法决策的重要保障。要减少行政决策的盲目性、随意性，避免因决策失误给经济、社会发展和公民权益造成不应有的损失，实现科学决策、依法决策、民主决策，就要进一步规范和加强政府法律顾问的工作，充分发挥专家学者在科学决策、依法行政方面的参谋、顾问作用，使行政机关的管理决策进一步走向规范化和法律化。曾有报纸报道这样一则新闻，某地政府为了吸引来考察的外商投资，在税收、土地、基建等方面随意向外商许诺给予优惠，本意是通过优惠留住外商，但给外商的印象却是政府没有依法、依规则办事的概念，这种环境不利于公司的长期良性发展，该地尚缺乏市场经济发展的基本环境，反而吓跑了外商。通过推行重大决策合法性论证制度，充分发挥律师在政府重大决策方面的法律审查职能，参与规范性文件等抽象行政行为的审查，通过律师对法律风险进行研究评估，对法律风险环境、法律风险现状进行分析认证，提出防范法律风险的措施，形成“事前防范、事中控制为主，事后补救为辅”的政府法律事务风险防范机制，能够有效地提高行政决策水平，提升皖江示范区政府软实力建设。

三、示范区应采取“政府购买服务”的方式聘请律师担任法律顾问

调查显示，现在各地方政府组建的法律顾问组（团），多是以政府内设的机构为主导，以职业律师为辅的一种法律顾问模式。2008 年 1 月，某市政府成立政府法律顾问团，成员为 20 人，由市委政法委书记任团长，司法局局长、法制局局长为副团长，17 家律师事务所主任担任成员。以政府行政官员为主导的法律顾问模式，律师在其中的角色地位更多的是荣誉性和名誉性的，政府实质上并不需要律师处理具体的法律事务，也不按商业模式向律师支付顾问费用，政府需要的是“我们已聘请律师担任法律顾问”，律师作为政府法律顾问成了一种政治需要的摆设。

律师“名誉性”“荣誉性”地担任政府法律顾问，是对律师服务市场的一种破坏。地方政府聘任律师担任法律顾问虽然不向律师支付任何费用，但还是有许多律师愿意干这种“赔本买卖”。无偿担任政府法律顾问不是这些律师具有崇高的为政府“排忧解难”的政治觉悟，也不是这些律师想通过自己的专业技能为政府解决复杂的法律事务，一展自己的才华与能力，而是这些律师需要在自己的名片上印上“某某政府法律顾问”头衔，以示明自己与政府之间深厚的关系，达到在律师服务市场上竞争优势。在“官本位”根深蒂固的中国，律师展示自己的政府背景，无疑为自己在市场竞争中加上一只获胜的法码。律师担任政府法律顾问不收费，但政府法律顾问的光环，却给“义务”为政府服务的律师带来无尽的竞争优势。表面的无偿已转化为潜在的有偿，这种“周瑜打黄盖”式的政府法律顾问模式，以然变种为律

师服务业有序竞争的病毒。

法律服务是市场条件下平等的社会成员因具体的利益需求到法律服务市场上所购买的具有商品属性的专业人员的法律服务，这种服务具有商品的属性。政府聘任律师担任法律顾问，从法律服务业的角度出发，政府是从市场购买律师服务，而不是给予律师名誉或荣誉。律师作为职业服务者为政府提供法律服务，从政府处取得行业公允的合理报酬，是律师服务业生存和发展的基础，律师取得服务报酬不仅是从业人员的生活来源，也是行业生存发展的经济基础。政府、作为社会成员无论以政府采购的形式还是以市场自由交易的方式取得律师的服务都无可非议应向律师支付市场对价。

现代服务业的发展需要有宽松的发展环境，法律服务业更应在市场经济的框架下得到政府的支持，而不应成为各级政府政治诉求的附庸。律师作为法律服务市场主体也要自觉维护市场秩序，拒绝任何形式的非市场化服务，不能为了谋取名誉性“某某政府法律顾问”的虚职，而背离法律服务业的商业属性。

无论从净化法律服务市场，还是从律师服务的商性属性出发，示范区内各级政府都应采取购买的方式以获取律师提供的法律服务。从政府法律顾问与政府之间的关系来看，政府法律顾问的产生是政府购买服务理念的产物，建立政府有偿法律服务制度，各级人民政府应当每年从财政中单列法律服务费用，用于支付外聘法律顾问的法律服务费，从而明确双方之间的法律关系。

政府只有通过对价的方式获取律师提供的服务，才能有效保证律师服务的专业性、独立性。律师有偿参与政府法律事务具有非官方性、专业性的特点，律师与政府之间形成平等委托服务关系，摆脱行政体制对律师执业活动的束缚，管理体制上不直接受制于政府。为此，律师在处理政府委托的法律事务中，才能充分发挥其独立身份，可以较为自由地发表观点，更会站在人民群众的角度看问题，敢于向政府“挑刺”，有利于政府工作的完善。这种政府购买律师服务的有偿性、非官方性、专业性制度的建立，无疑会为示范区内各级政府行承接产业转移提供可靠优质的法律保障。

目前，我国政府尚缺乏一套系统科学的政府决策的具体制度，示范区的设立，在“先行先试”的政策指引下，建立政府购买律师服务的制度模式，形成一套让律师参与政府决策的长效机制，将会有效改变各级政府在决策制定过程中缺乏合法性论证制度，会有效改变政府决策法律风险论证的随意性，更能有效改变律师担任政府法律顾问“摆设”形象，使政府法律顾问服务归位。

四、有偿制度下的政府法律顾问服务模式

传统模式的政府法律顾问工作，局限在为政府提供法律咨询、陪同政府领导信访接待、参与行政复议及行政诉讼等一些简单、传统法律服务事项上。律师根本没有全程介入政府有关重大行政决策中，没有参与到政府重大项目实施中，律师应有的作用没有得到发挥。

在“政府购买服务”的模式下，律师担任示范区内各级政府法律顾问的工作方法必须推陈出新，以适应承接产业转移政府工作新形势的需要，更好地展示律师工作的专业性、独立性。

就对政府内部服务而言应采取以下方式：

（1）保持律师的独立性，对政府拟制定的各项地方政策进行法律审查，防止地方政策与上位法律规定发生冲突，并对拟出台的地方政策的合法性发表律师独立意见。律师参与政府法律顾问工作的优势就在于独立阐述自己的观点，坚持己见。充分发挥这一优势有利于保证政府法律顾问工作的客观公正。然而，目前许多律师参与政府法律顾问工作，为了迎合一

部分政府领导，不能以事实为依据，不能坚持律师独立性，更不能以人民利益或社会利益为重，不敢依法发表与政府官员意见相悖的律师意见，致使律师在参与政府法律顾问工作中丧失了应有的独立性地位。

（2）法律顾问定向服务政府领导。结合政府领导分管工作，安排专业对口的律师为政府领导提供定向服务，在必要时法律顾问应陪同政府领导进行考察、调研、检查和信访接待，使法律顾问及时获取第一手信息，并及时向领导提供律师专业意见，使领导在处理具体事务时有法可依。

（3）通过法律论证会和专家座谈会等形式专题解决重大疑难事务，并发律师独立的法律意见。针对一些重大、疑难的法律事务，政府顾问律师应主动提议召开法律论证会或专家座谈会，邀请相关领域的专家、律师，从不同层面进行论证和研讨，经过反复研究形成较为权威的政府法律顾问意见，供政府时决策参考。

（4）全程参与政府民事法律事务。在企业改制、旧城改造、项目引进、政府集中采购等政府民事活动中，由于涉及法律事务繁多，且关系群众的切身利益，法律顾问以项目为中心全程参与其中，对各环节出现的法律问题随时提出法律意见，确保工作依法快速推进。

就政府民事活动而言，示范区内各级政府应确定特聘专项法律顾问制度，实施具体项目律师跟踪法律服务。

在承接产业转移过程中，各级政府的主要工作之一，是政府工程项目、政府招商引资项目、政府投融资项目的实施与管理。其中包括项目立项、洽谈意向、规划许可、用地许可、土地批租、征用补偿、组建项目公司、建立融资平台、旧城拆迁、落实供电、供水、环保、卫生、消防、绿化、勘察、设计、工程招标、投标、决标、工程承发包等等。另一方面，项目管理适用法规较多，涉及的法律领域广泛。其适用的法律法规包括：公司法、土地管理法、拆迁法规、建筑法、招投标法、工程监理法规、质量管理法规、工程计价法规、安全生产法、房地产法、银行金融法律法规、保险法、物价、税收法律法规等等。

根据现代服务业规则，项目管理越来越趋向社会化，故政府应充分发挥外部法律服务机构的功能，把政府项目中的法律事务交给外部法律服务机构承担，聘请专业律师为项目提供专项法律顾问服务，这是项目管理社会化的一个重要表现，也是政府购买律师服务的延深。

市场经济使社会关系和交易规则趋于复杂，社会分工越来越细，很多领域需要具备相应行业专业知识的律师提供专项法律服务。解决这一问题就需要法律服务实现专业化，因为，每一个律师的知识广度和深度是有限的，要求其对各行各业所涉及的专业知识都非常精通是不可能的，也是不现实的。专项法律顾问的实施能够促使律师专业分工，同时，由于实施法律服务专业化，也可以使律师更加精力集中地学习相关领域的专业知识，更能详细掌握特定领域易发生纠纷的关键点，并有利于同领域实践经验的积累和总结，达到法律服务熟练、工作效率高、质量好的效果。另外，从项目的整体性来看，律师从项目前期决策阶段即介入，可以更了解项目前期状况及目的等信息，可以在项目的早期就以法律手段对项目运行及项目管理进行规范，使项目运行中的各个阶段在律师的协助下顺利运行，从而取得项目的最终成功，这样也更能有效体现律师专业服务的功能。

政府购买服务是律师为政府提供法律服务的必然趋势，也是律师职业属性回归。安徽律师应借皖江城市带示范区的设立之东风，努力将商业模式的现代服务业引入到为政府提供法律服务中去，以“先行先试”为原则，以行业收费为标准，以专业性为精髓，充分发挥职业律师独立性功能，为示范区内各级政府承接产业转移提供法律保障。示范区内各级政府也应充分认识到，没有对价就不可能有服务，天下没有免费的午餐，建立有偿聘请律师为政府服务的长效机制，才是示范区内各级政府依法行政科学发展观的践行。

作者单位：安徽安泰达律师事务所

示范区重大项目建设过程中律师服务范式建构

孙　箫

【内容摘要】随着经济社会的发展，律师参与重点建设项目和集中开发的经济片区的广度和深度不断增加，作用得到重视。对于皖江城市带承接产业转移示范区重大项目的建设，律师参与显得尤为必要。积极构建项目律师团队，按照工作流程，参与到项目建设、项目实施阶段，为投资方、管理方提供优质高效的法律服务。

【关键词】示范区项目建设　法律服务模式　律师

2010 年 1 月 12 日无疑是安徽发展史上一个里程碑式的纪念日。这一天，国务院正式批复《皖江城市带承接产业转移示范区规划》（以下简称《规划》），安徽沿江城市带承接产业转移示范区建设纳入国家发展战略。这是迄今全国唯一以产业转移为主题的区域发展规划，是促进区域协调发展的重大举措，对推进安徽参与泛长三角区域发展分工，探索中西部地区承接产业转移新途径和新模式，深入实施促进中部地区崛起战略具有重要意义。

省委省政府迅速行动，很快出台了《关于加快推进皖江城市带承接产业转移示范区建设的若干政策意见》；两个产业承接集中区“二区”、“八园”的整体布局构想尘埃落定；省直建园区的管理机构业已组建完毕……一个承载了太多使命的“国字号”示范区，即将在风起潮涌的皖江喷薄而出。

省司法厅、省律师协会积极响应，要求我省律师提升认识、积极行动，在安徽崛起的这一历史性华章中奋勇争先，积极奉献。

一、律师服务重大建设项目和集中工业园区的背景情况

1997 年 11 月 8 日，全世界的目光都聚焦在三峡工地。就在大江截流那激动人心的时刻，德恒律师事务所的王丽律师作为三峡总公司邀请的贵宾来到了截流现场。在长江三峡这项世界最大的建设工程中，律师以无可挑剔的法律服务赢得了三峡总公司的高度赞扬，受到了中央领导的肯定。

放眼过去的 20 多年，律师参与重点建设项目和集中开发的经济片区的广度和深度在不断增加，所发挥的作用也日益得到重视。几乎所有的高速公路、机场、港口等重点建设有律师的参加，浦东开发、特区建设、各大城市的经济技术和高新产业开发区建设有律师的介入。国有集团公司、中央和地方金融机构、较大规模的开发区管委会都设有专门的法务部门，同时建立有专业对口的律师库，随时应对各类可能出现的法律问题，防范潜在的法律风险。律师在经济建设中的作用正越来越受到国人的瞩目。

安徽律师多年以来始终围绕党委和政府工作大局开展法律服务，主动投身到重大经济活动中。“中国国际徽商大会”、“中部投资贸易博览会”、“合肥高新技术产业项目资本对接会”等重要经贸活动中，都活跃着安徽律师的身影。全省各大城市经济技术开发区、高新产业开发区、工业园、创业园、示范区等企业、产业集中区，都留下了安徽律师的坚实的足迹和辛勤的汗水。为了更好地服务我省重大项目的投资融资和项目建设，安徽省律师协会于 2005 年适时组建项目投融资和项目建设法律专业委员会，在全省 4000 多名律师中优选 30 余名熟悉项目投融资和建设、精通经济商事法律的律师，为我省的重大项目建设以及集中工

业园区的建设和发展提供全过程和全方位的专业法律服务，最大限度地维护了委托方的合法权益。赢得了各级政府、企业和社会各界的一致好评。

今天，能够为国字号的皖江城市带承接产业转移示范区（以下简称“示范区”）提供法律服务，保证示范区各项工作的依法有序推进，是安徽律师的光荣，也是安徽律师肩负的神圣使命。

二、律师参与示范区建设特别是重大项目建设的必要性

随着我国法治进程的加快及企业和民众法律意识的提高，律师的工作已经涉及社会生活的方方面面。律师参与示范区建设的全过程，显得尤为必要：

1. 示范区重大项目都具有投资大、风险高的特点，律师全程参与可以在相当程度上减少风险。

《规划》下发后，已经引起了国内国际的高度关注。我们预计，将来的示范区内，一个项目，可能动辄上千万甚至数亿元的资金。这种投入的高风险可能是来自国家政策调整、新的法律的实施、金融环境的变化、自然环境的不可抗力、合同相对方的违约、以及自身在签订合同或履行合同中的失误等等。对于合同的任何一方来说，任何一个风险都可能付出重大代价。

律师的参与虽不能让项目与风险完全隔离，但是其可能通过法律、法规、政策的合理运用，在立项时进行法律风险的论证，为项目的开发经营设计出最佳的规避风险方案；在招标投标、谈判签约阶段，制定结构严谨、内容详尽的法律文件；在履行合同过程中，为委托方完善各种手续，采集重要证据，对出现的问题及时提出解决方案，把风险隐患消灭在萌芽状态。

2. 重大建设项目涉及法律繁多、合同关系复杂，律师全程参与有利于合同当事人合法、有序地开展工作，避免或减少纠纷隐患。

无论是政府投资或招商引资，都涉及到新的项目在示范区内的开发建设。其开发经营与管理过程涉及众多基本的民商事和行政法律制度，如公司法、合同法、建筑法、物权法、土地管理法、城乡规划法、房地产管理法等诸多方面，法律关系可谓纵横交错，纷繁复杂。一个重大项目从开始到结束，所涉及的合同和其他法律文件数量多达上百份，是其他专业法律领域所少见的。在示范区内未来各类重大项目建设过程中，没有专业律师的参与，整个项目不留任何隐患与缺陷，是难以想像的。

3. 国家法律、政策、司法实践变化较快，律师参与示范区建设可以更好地维护委托人的利益。

我国法治建设起步较晚、进程较快，导致法律法规和有关司法解释不断变化。个别领域还经常受国家调控政策影响。新的法律、法规、司法解释不断出台，致使司法实践也变化较快。示范区的管理者也好，投资者也好，建设者也好，如果没有专业律师的参与，很难较好地理解与运用这些法律、法规、司法解释，通过法律途径维护自己的合法权益。

4. 律师参与示范区重大项目建设，也能很好地整合律师的客户资源，加快示范区尤其是两个产业承接集中区的建设进度。

一般来说，执业多年、业务过硬、勤勉尽责、诚实守信的律师都有良好的客户资源。其中不泛世界五百强、央企省企、上市公司、知名企业、领军企业等等。律师参与示范区重大项目建设的过程，也是有意无意引进其优质客户资源的过程，这无疑对园区建设进程的加快起到强有力的推动作用。

三、律师参与示范区重大项目建设服务目标

1. 为示范区、集中区或委托方提供优质、高效、全过程、全方位的法律专业服务。不断强化和改革服务理念、服务机制、服务方式，为示范区保好驾、护好航。为促进示范区特别是两个省直建园区健康发展做出贡献。

2. 遵循“ 事前预防为主，事后救济为辅 ”的原则，运用法律专业知识、法律思维和法律实务技能避免或减少重大项目开发和建设中可能出现的法律疏忽及失误，对因失误所带来的法律纷争及时、果断地采取法律救济措施，减少或避免可能造成的各项损失。

3. 利用较好的客户资源、信息资源等优势，为示范区重大项目开发建设创造良好的外部环境。

4. 通过律师专业服务，提升引进重大项目的品牌效应，增加重大项目品牌附加值，降低重大项目风险及项目建设的机会成本，提高重大项目的赢利能力。

四、示范区重大项目建设律师服务内容

（一）为示范区特别是省直管集中区管理机构筑巢引凤和优化管理提供法律保障。

《规划》提出要鼓励示范区大胆探索，允许示范区在经济社会发展的相关领域先行先试，提出要积极转变政府职能，规范政府行为，创新政府服务，着力提高行政效能，要构建公平竞争的良好环境。示范区律师将在投资、财税、金融、土地、外经外贸等各方面为管理者提供法律咨询服务，为管理者提供决策依据。面对不同的投资者、建设者，律师既要协助管理者完善、优化和创新政府的公共服务功能，向投资者充分展示安徽的良好投资环境和示范区的热情、创新，同时也要时刻绷紧风险之弦，及时、妥善和有效地消除、化解管理者因管理、服务和发展而产生的各种法律风险。

（二）重大项目前期法律服务

1. 参与重大建设项目立项的前期法律文件的起草和准备，包括提供项目法律、政策可行性分析，出具法律意见书；协助或参与项目建议书和可行性研究报告的编制、申报、备案。

2. 协助办理重大项目开工建设的一系列许可证和取得项目建设用地的国有土地使用权。例如，协助办理《建设用地规划许可证》、《建设工程规划许可证》、《国有土地使用证》、《施工许可证》等。

3. 就土地使用权或在建工程或房地产实物抵押融资的法律可行性出具法律意见书，起草相关的合同。

4. 协助委托人拟定建设项目合作开发方案；参与起草联建或合资、合作合同文件。

5. 协助委托人办理竞地手续；起草、审核土地补偿、安置协议，签订相关合同等。

6. 协助委托人制定拆迁方案；草拟、审核委托拆迁协议、拆迁安置文告、拆迁安置协议等；处理拆迁纠纷等。

（三）重大项目实施阶段

1. 参与编制勘察、设计、施工、监理等招标投标文件，对其合法性进行审查，提供招标投标的法律咨询。

2. 对重大建设项目招标投标程序、及各种招标投标文件的合法性、严谨性进行审查；为评标、决标和授标提供法律意见。

3. 代为起草或者审查重大项目的勘察合同、设计合同、施工合同、设备安装合同、设备材料采购合同、代建项目管理合同等合同文本和相关补充文件，审查相关单位的专业资质，

参与或代理合同谈判，协助开展合同管理事务。对有关合同相对方的主体资质、资格及履约能力进行审查和资信调查。

4. 为重大项目业主、施工单位等开展法律实务培训，帮助建立健全项目管理制度、合同及工程档案资料管理制度。

5. 严格控制重大项目造价，协助处理因项目造价引起的争议；代理对有争议项目造价审核、委托鉴定以及诉讼、仲裁工作。

6. 参加重要的协调会，协助委托单位发表意见、整理会议纪要。

7. 协助委托人建立和完善重大项目质量监控制度，协调处理因质量问题而产生的争议，参与质量事故的调查和分析，为事故处理提出法律意见。

8. 参与安全与文明施工管理，协助建设各方建立安全生产责任制度，参与安全事故的分析与处理。

9. 参与委托人对重大项目竣工的验收工作，审查验收资料，对验收工作提出法律意见。

10. 代理委托方因重大项目引起的合同纠纷、侵权纠纷的调解、诉讼或仲裁。

（四）示范区重大项目建设者的日常法律服务

1. 为建设、施工单位运营管理中所涉及的法律事务提供口头或书面法律咨询。

2. 草拟、修改、审查完善建设施工单位运营管理中所涉及的各类合同、协议书和内部管理规章制度及其他法律文件，或对有关合同和协议提供审查意见或律师意见书；

3. 应建设施工单位要求为员工或管理层提供法律知识培训或讲座；

4. 根据需要帮助较大企业建立内部法律事务机构；

5. 就企业运营中各类业务和内部管理问题，以及已有或可能有的各类纠纷出具法律意见书或提供律师意见书；

6. 从事专项的法律尽职调查、取证以及相关企业的资质情况的查询；

7. 接受委托，协助或代表重大建设项目建设者好施工方参与重大商业谈判；

8. 以诉讼或仲裁方式作为重大项目单位的代理人处理有关法律纠纷；

9. 受托向有关单位或个人出具律师函；

10. 处理其他的法律事务。

五、律师配备及工作方式设想

省直管集中区的二区八园由主要从事经济法律服务、人数较多的综合性律师事务所担任其法律顾问机构。园区内各重大项目或投资引资企业指派 1 名资深律师担任首席律师，其他专业律师 2-4 名，组成项目律师团队，全程负责处理项目法律服务范围内的各项法律事务。在必要的情况下，省律师协会或相关律师事务所还可随时增派骨干律师参加项目律师团队的工作，以加强律师团队的工作力量。

根据委托合同的约定并结合园区管理和重大项目建设实际，项目律师团队可以定期、不定期或常驻的方式赴委托方单位或到重大项目现场提供法律服务，一般文件处理事项也可通过网络办公处理。紧急情况下，项目律师应立即到达现场。

具体服务方法包括但不限于：

1. 简单的法律咨询，由承办律师口头解答或通过电子邮件回复解答；

2. 对重大项目建设过程中出现的问题需提供法律意见的，由首席律师签名出具《法律意见书》；

3. 对重大项目法律事务提出改进性措施的，根据需要由首席律师或其他承办律师出具《法律建议书》；

4. 对重大项目的重大合同进行审查、评判，并提出修改意见的，由首席律师出具《合同审查意见书》；

5. 根据会议的重要程度和委托方的要求，首席律师或其他承办律师以委托方法律顾问的名义参加有关会议，在征得委托方负责人或其代表同意的情况下代理委托方发表意见或建议，并协助有关各方完善会议纪要。

6. 对重大项目法律事务的真实性、合法性进行证明的，根据需要由承办律师出具《律师见证书》，或由委托人委托，代理办理公证。

7. 对涉及重大项目质量问题的处理、价款变更、影响工期的原因等事项，可由律师协助办理证据收集或保全，为责任的划分和承担准备证据材料。

8. 受委托人委托，参与与重大项目法律事务有关的商务活动（如磋商、调解、谈判和签约）。

9. 代理与重大项目有关的诉讼、调解、仲裁、听证等法律事务。

10. 受托参与其他需律师专业处理的法律事务。

六、工作流程

1. 日常类法律事务工作流程

①接受委托人交办的法律事务或律师主动承办法律事务。

根据委托人委托或项目律师发现问题时，及时处理相关法律事务，律师团队统一建立工作日志，及时、详细记录工作内容及相关事项。

②审查、修改、起草、出具法律文件。

所有经律师审查的合同及其他书面材料须留存复印件一份并归入律师工作档案；律师出具法律文件由项目律师团队统一编号并建档。承办律师在收到待审法律文件后，应进行认真、细致的审查，对于重大事项，必须由首席律师审核。在接受起草、出具法律文件的委托后，应首先对相关事项进行必要的调查、核实、确认工作，然后进行认真分析和研究，必要时应检索有关法律和背景资料，然后才能出具法律文件，对于涉及重大事项的法律文件，必须经首席律师审核并签字。简单文件在一个工作日内，重要文件在三个工作日内完成，特别复杂或重大文件交项目律师团队或律师事务所集体审议修改，在五个工作日内完成定稿。

③ 归档

工作日志由项目律师团队归入律师事务所档案，留存备查；律师审查或出具的法律文件副本，归入律师事务所档案，留存备查，正本在规定时间内提交给委托人。

2. 非日常类法律事务工作流程

① 接受委托人交办的专项法律事务

对突发性事件或其他非日常性法律事务的处理，与日常性法律事务的处理应有所区别。其中对于突发性事件，律师应做出快速反应，综合分析各方面的信息，迅速收集和妥善保存证据材料，主动介入，凭借专业知识和技能及时做出初步应急处理方案并提交委托人，为委托人做出正确决策提供专业法律支持。

② 调查收集和妥善保存证据

对于重大事项，如涉及重大项目质量问题、各类事故、突发事件、合同价款的大幅调整、项目工期大幅度延误等，律师应协助委托人调查收集和妥善保存证据，调查收集证据要做到

及时、全面、充分、完整、取证程序合法，以便为案情分析、责任划分和责任承担提供依据。证据保管由专人负责，立卷存档，妥善保存。

③ 分析、研究委托事项，提出解决方案。

承办律师对委托的非日常法律事务应进行认真分析和研究并及时提出解决方案，对于重大事项的解决方案，应经首席律师审核，必要时提交律师事务所召开专题会议进行分析讨论，然后提交委托人。

④ 实施解决方案

解决方案经委托人同意后，由承办律师负责实施或协助委托人实施。对实施过程中出现的新情况、新问题及时向委托方通报，并及时提出解决方案。

⑤结案、报告工作

委托事务办结后，承办律师对有关材料进行及时整理，并书写小结，将有关材料和小结及时归档，留存备查。承办律师就结案情况向委托人提交书面报告。

七、结语

安徽已进入厚积薄发、加速崛起的重要阶段，资源的比较优势和创新的后发优势，正在释放与日俱增的发展能量，示范区的加快建设，搭起了开放合作、创新发展的战略平台。这也是沿海产业加速向皖江地区转移的一个重要基础。站在安徽发展和崛起的历史性时刻，我们安徽律师倍感自豪，深感责任重大！我们将以饱满的热情和只争朝夕的精神，全神贯注地融入到示范区的建设中来。为把示范区建设成为合作发展的先行区、科学发展的试验区、中部地区崛起的重要增长极、全国重要的先进制造业和现代服务业基地做出律师业应有的贡献。

作者单位：安徽天禾律师事务所

律师在承接产业转移中的企业法律体检服务

张晓健

【内容摘要】目前，承接产业转移已成为我国中西部欠发达地区与东部发达地区经济互动与优势互补的重要途径与方式。承接产业转移是一项复杂的系统工程，在具体操作过程中将会涉及项目投融资、企业重组与并购、环境保护、企业内部法人治理结构、财务管理、人事管理等法律问题。企业法律体检是近年来律师开展法律服务的新形式，通过法律体检帮助企业查找和解决潜在与现实的法律问题，一方面帮助企业控制、规避法律风险，增强企业抗风险能力与规范运作，另一方能可以优化产业承接区域的投融资环境，更好的为承接产业转移提供法律服务，确保承接产业转移的顺利开展。

【关键词】产业转移　法律体检　法律风险　法律服务

产业转移是指特定时期某个产业或产业集群从产业成熟地区转移到其他地区的过程和现象。纵观世界经济发展，承接发达国家或发达地区产业转移，是欠发达国家或地区实现经济发展，改善产业结构的重要机遇，也是实现转变经济发展方式、实现跨越式发展的重要助推器。自改革开放以来，我国东部沿海地区就利用率先开放和地域上的有利条件，抓住发达国家和港澳台地区产业转移的机遇，承接和发展了大量劳动密集型产业，不仅有力地推动了当地经济发展，而且成为拉动我国经济增长的重要力量。随着东部沿海地区经济发展，产业结构调整、优化、升级已经成为必然趋势，再加上近年来开始出现土地与劳动力等生产要素供给趋紧、资源环境约束矛盾日益突出等问题，东部地区部分产业向中西部地区转移的趋势日益明显。

法律服务业作为经济发展不可或缺的重要力量和法治建设的重要组成部分，面对产业转移的浪潮，如何利用自身优势保障产业转移高效有序进行是律师行业应当关注的重要课题。其中，做好承接产业转移中的企业法律体检服务，是律师服务经济社会、促进经济社会又好又快发展的一项重要内容。所谓企业法律体检，是指通过法律专家，对企业的经营管理、项目开展等进行科学的调查分析和法律风险评估，发现并分析企业存在的潜在法律风险及主要症结，为企业提出有效的风险防范、控制手段或解决方法，从而为企业规范运行，降低和避免经营管理风险提供法律保障。企业法律体检能够促进企业规范运行，创造适合承接产业转移的法治和市场经济环境，降低承接产业转移项目风险。

一、承接产业转移的主要法律模式

从经济学的角度进行划分，承接产业转移的具体模式可以主要划分为以下几种：市场进入模式、品牌扩张模式、资金输出模式、管理输出模式、技术转移模式、资源开发模式、异地生产模式、兴办市场模式等，而从法律的角度、特别是从律师法律服务的角度对承接产业转移的方式进行分析和归类，则承接产业转移的模式主要有以下几种：

（一）直接投资模式

直接投资模式指投资者在承接产业转移区设立新的企业法人进行投资建厂和经营管理。直接投资模式作为产业转移最为传统的模式，与传统招商引资项目基本相同，其面临的主要法律问题是对承接区域的工商、税收、土地、劳动政策调查，项目投资和建设过程中的法律

风险控制等。直接投资的方式是产业转移的最基本模式，我国中西部地区承接发达地区企业直接投资的产业转移案例也较多，如海尔、美的、格力等家电巨头基于土地、劳动力、运输、能源等因素通过直接投资将其制造重心转移至中西部地区。

（二）整体迁移模式

整体迁移模式是指发达地区企业将其住所变更至承接区域，同时将其经营资产和人员、业务也一并转移至承接区域。整体迁移模式是比较直接的产业转移方法，特别是沿海地区的企业考虑到人工工资、土地成本、资源环保等因素，将企业整体迁移到中西部地区，实施产业区域转移。整体迁移模式主要涉及的是企业名称、住所变更，营业执照、税务登记证和其他有关证照的变更，生产经营设备搬迁，主要客户和原有业务的承接等法律问题。如联合利华将其全球主要生产基地由上海迁移至中部的安徽合肥。

（三）企业并购模式

根据并购标的的不同，企业并购分为股权并购与资产并购，但无论哪种并购，均是从控制企业有效经营资产的角度来进行操作。通过企业并购进行产业转移，对企业来讲能够实现并购双方优势互补和资源整合，扩大企业规模，节约项目建设和市场开发的时间成本；对承接方地方政府来讲，能够充分利用承接地基础产业，盘活存量资产，做大做强传统产业，避免重复建设，节约土地等招商成本。通过企业并购实现产业转移容易形成多赢局面，有利于实现产业转移的高效和自然过渡，此种模式下的产业转移更像是资本对接与资本组合优化，企业并购也越来越成为产业转移的首选模式。如青岛啤酒和华润啤酒在中西部地区均各自收购了多家啤酒生产企业，并扩大被收购企业的产能。

（四）联营合作模式

通过发达地区企业与承接区域企业之间的联营合作达到产业转移的目的，如通过委托加工（OEM）、委托经营等形式，将发达地区企业的有关业务转移到欠发达地区企业，利用欠发达地区企业的成本优势，以提高产品的市场竞争力，获得联营双方共赢的结果。目前全球所有著名的 IT 产业巨头均采用 OEM 形式委托欠发达国家或地区的代加工企业生产其产品。在联营合作模式下，劳动保护、环境保护、产品标准、知识产权等环节是要重点关注的法律问题。

二、企业法律体检在产业转移中的重要作用

承接先进地区的产业转移，不仅仅需要在人力资源、土地、能源等方面提供必要的承接条件，而且需要在市场秩序、公共服务、透明政策、法治环境等具体的投资环境方面创造良好的承接条件。承接产业转移承接的不仅仅是资本与产业，更为重要的是承接与经济发展相适应的市场和法治环境。近年来，为进一步提升承接层次与理念，南沿海发达地区纷纷开展了企业法律体检活动，组织律师对承接区域的企业进行法律体检，帮助企业查找和解决潜在与现实的法律问题，优化承接地投资环境。中西部地区也在逐步开展企业法律体检工作。具体来说，法律体检对于产业承接区域的重要意义在于以下几个方面：

（一）规范企业运行，消除企业法律风险，为承接产业转移提供“ 壳资源 ”，打造与发达地区无差别的项目投融资环境

承接地企业是承接外来投资和并购整合的重要“ 壳资源 ”，承接地企业是否规范运行也是承接地市场与法治环境的重要表现。例如，目前很多企业不注重合同管理，甚至常年以送货单代替购销合同，这样很容易为企业带来法律风险。又例如，某些公司内部控制和管理体制不健全，造成财务管理制度混乱，公司财产与股东财产混淆不清。在上述两种情况下，投资者因面临无法预知的法律风险，往往会放弃投资或并购计划。

对企业进行法律体检，有利于规范承接地企业的运作，降低企业法律风险，打造优良的投资环境，同时还有利于政府部门了解企业优势，掌握承接产业转移的壳资源，发挥政府在承接产业转移过程中牵线搭桥的作用。

（二）对转移企业与转移项目进行法律体检，为承接产业转移把好入口关

对承接地而言，引进产业转移项目固然重要，但同时也应当对项目有所取舍，结合本地实情，对引进项目及企业进行核查，把好引进项目的进口关。一般而言，不仅要看引进的企业实力如何，能否做大产业总量；还应当看项目是否符合资源节约要求、环保要求。通过对转移企业进行法律体检，能够了解转移企业在环境保护、产品、债权债务、知识产权等各方面的法律状况，判断拟转入产业或项目是否符合国家和承接区域的产业政策和环境政策，其产品的工艺、技术是否已经被淘汰或濒临淘汰、项目是否存在潜在法律纠纷等等，从而为政府和承接产业转移的承接地企业提供决策参考依据。

（三）通过对企业的法律体检，发现企业的共性风险和迫切要求，促进政府建立和完善相关政策法规，为承接产业转移打造良好的政策和法治环境

如前所述，无论是承接国际产业转移还是承接国内产业转移，均需要提升并优化承接地的投资软环境，投资软环境主要反映为市场秩序与法治环境，以及便捷、透明、平等的投资政策和公共服务。投资软环境也是当前承接产业转移竞争的重要指标。

发达地区经过多年发展，已经形成了较为成熟和规范的、有利于企业成长和经济发展的政策和法治环境，承接产业转移也要创造这样的环境。通过对企业进行法律体检，能够发现企业的共性风险和迫切要求，有利于承接地政府有针对性的完善相关政策措施，为承接产业转移打造良好的政策和法治环境。

例如，笔者在给几家企业提供法律体检服务时，发现该地税务部门为控制税源，对企业实行发票控制，导致企业增值税发票供应不足，形成大量无票收入和帐外业务，造成大面积系统性的税收和财务风险，该地税务部门的政策就很难让该地承接发达地区的产业转移。

（四）为承接产业转移个案项目提供法律体检服务，发现法律风险，提出解决方案，确保承接产业转移的平稳过渡和成功融合

在具体的承接产业转移项目实施时，对项目、承接方、被承接方进行详尽的法律体检，梳理法律风险节点，提出降低和规避法律风险的措施，协助相关各方制定承接产业转移的具体操作方案，为该项目拟定相关法律文件，可以为产业转移项目顺利实施与开展奠定基础。例如，德国某汽车零部件公司为全球范围内的龙头企业，具有某汽车零部件生产的技术优势和销售市场优势。安徽省某公司与该德国公司合资设立了公司，承接汽车零部件生产的产业转移。笔者在为这一项目提供服务时，通过法律体检发现中方准备用于出资的房产已经抵押给银行，造成合作中存在法律障碍，而通过有针对性地设计解决方案，顺利解决了这一难题，排除了合资项目的实施障碍。

三、承接产业转移企业法律体检工作的主要形式

根据承接产业转移的需要，为企业提供法律体检工作主要有以下三种形式：

（一）政府部门或相关组织机构组织开展的一般性法律体检

根据各地“法律体检”活动的开展情况来看，司法部门、律师协会、各行业主管部门、行业协会一般会进行牵头，组织法律专家为企业提供法律体检服务，帮助企业进行法律风险梳理和剖析，防范和化解经营中的法律风险，同时为政府制定承接产业转移战略方案、制定承接法规政策提供依据。

由政府主管部门、行业协会牵头组织的法律体检专项活动一般由律师参与组成“法律体

检服务团”，通过实地调查、底稿收集等方式，了解和分析法律风险，内容一般涉及到公司治理、历史沿革、合同管理、知识产权保护、并购重组、投资融资、税务筹划、劳动关系、企业上市、投融资等内容，通过出具“法律风险提示单”或“法律意见书”的形式总结分析企业的具体情况，对存在的问题进行分析，提出相应的法律意见和建议。同时，针对一些较为典型的共性问题，组织开展“法律风险讲座”，通过交流沟通，增加企业的风险意识，提高企业风险防范能力。

（二）根据政府相关部门及有关组织的委托，对拟到承接地进行投资的企业或项目进行专项性法律体检

一般在政府或有关组织引进重大项目进行决策时，所引进的项目或企业均有种种个性化及牵扯面较广的复杂法律问题，会邀请法律专家对拟进驻企业或拟引进的项目所涉及的知识产权问题、产业政策和环保政策、投资者的筹资安排、履约能力、资信状况等进行调查了解，并评估其投资方案、后续发展战略的合法性和可行性。这种专项的法律体检更具有针对性，为引进转移企业或项目提供切实可行、行之有效的法律问题解决方案与相关的法律文件，使得项目引进能够不留影响承接转移的后遗症或潜在纠纷。

（三）根据当事人的委托，对承接产业转移的企业并购或联营合作进行法律体检

对承接产业转移的企业进行法律体检，是企业成功并购的前提。对承接产业转移的企业进行尽职调查，一般重点关注被收购方主体资格、表决和审批程序、处分权瑕疵、股本演变过程及股权合法性、重要资产的价值和权利瑕疵、税收风险、环境风险、或有负债、重要合同、核心人员和劳动用工情况等法律问题。从企业并购的角度来看，法律体检还应当把握并购方案及实施计划的可行性、并购重组项目管理制度的操作性等内容。

四、承接产业转移企业法律体检工作的内容

对企业进行法律体检一般由法律服务机构根据与委托方之间的法律服务合同，明确企业的具体要求及所涉及项目的服务内容，通过收集资料、走访、调查取证等手段对企业的法律存续状况以及存在的潜在法律风险进行了解分析，提出防范措施或解决方案，出具法律体检报告。在为承接产业转移提供企业法律体检工作时，根据法律体检对象和目的的不同，对企业不同方面的法律风险进行侧重调查。

（一）对承接区域企业进行常规法律体检的主要内容

常规企业法律体检，主要是对企业法律状态进行全面调查分析，梳理企业法律风险，提出整改措施，其主要内容如下：

1. 对公司的股权变动进行法律体检

公司股权关系到股东的权益，更关系到公司能否稳定持续经营，如果股权变动或股权设置上存在问题，股东之间爆发股权争议，则对企业将可能是致命性的打击。如果其中涉及到国有股东与外资股东，则股权变动的合法性则显得更为重要。对公司股权变动的检查主要集中审查公司股权设置的合法性，出资的合法性，历次股权变动的合法性与程序的完备性。

2. 对公司合同管理进行法律体检

实践中很多企业忽视合同的作用，在与其他主体发生经济往来时，往往签订条款简单的“君子协议”，有时对合同向对方的主体资格也不加考证。一旦发生合同纠纷，因为合同条款的缺失或不严谨，给企业带来的损失是不可估量的。法律体检中对合同的审查主要包括对公司的常用合同进行审查，对公司的重大合同履行、合同风险进行全面分析，同时对公司的合同管理制度的建立健全及其实施进行核查。

3. 对公司财务进行法律体检

企业财务混乱是很多中小型企业的通病，法律体检中主要核查公司财务的独立性，相关财务制度是否建立及执行情况，是否存在帐外资金，帐外业务，是否存在公司财务与股东财务混同、或将公司资金违法、违规提供给他人使用，以及资金管理制度及财务内控制度的建立、健全和执行情况。

4. 对公司规范运行和治理结构进行法律体检

公司是否按照法律法规的规定建立健全股东（大）会、董事会（执行董事）等法人治理结构，公司的章程是否依法制定并得到贯彻执行，章程内容变更是否履行相关的内部决策程序和工商变更登记，公司各部门及职权的设置是否合理等方面的内容，均是法律体检在公司治理方面需要关注的内容。

5. 对公司主要财产法律风险的体检

针对公司主要财产的法律体检，其重点主要是核查公司名下的主要财产是否已经为公司合法拥有并办理了权属证书，知识产权是否按照要求办理展期或续费，抵押资产是否已经完善手续，是否存在公司资产被公司股东或其他主体占用等等内容。

6. 对公司人力资源制度法律风险的体检

随着劳动合同法的颁布，劳动者的权益保护越来越受到重视，法律体检针对公司人力资源制度的风险排查，主要核查公司劳动合同的签订与执行状况、薪酬待遇的构成、社会保险与住房公积金的缴纳与支取、保密协议与竞业禁止协议的签订与执行、员工录取、休假、辞退、辞职、奖惩等各环节的管理等问题。

7. 关于公司融资与担保方面的法律体检

法律体检关注公司融资与担保方面的法律风险，主要集中在对公司融资与担保方式的合法性、融资与担保合同的合法性与合同风险、融资资金的使用合规性、对外融资与担保是否履行了必要的内外部审批程序、对股东担保是否进行了回避表决等方面进行核查。

（二）对转移企业及产业转移项目进行法律体检的内容

如前文所述，对于拟引进产业转移企业或项目，承接区域也应当结合本地的具体情况，对引进项目及企业进行严格考核与检查，核实拟引进企业与项目的真实情况与是否适合本承接区域。对转移企业及项目进行法律体检，主要应关注如下内容：

1. 对拟转移产业项目的环保和产业政策进行核查

了解转移企业的经营范围与资质，核查拟转移产业项目的环保政策和产业政策，如该企业属于外资企业，该产业项目是否属于外资禁止投资的项目，核查该产业项目所需配套的设备需求，了解该产业的产品质量与技术监督标准。

2. 核查项目的知识产权

对于引进的高新技术型产业承接项目，法律体检将重点核查项目所涉及的知识产权的权属及注册情况、知识产权的保护状况与许可使用状况，商业秘密及专有技术、商业信息的保护状况，核心商标的持有人及许可使用情况，以及是否存在知识产权侵权等法律问题。

3. 核查企业治理结构和管理团队

对拟转移企业的公司管理团队进行核查，掌握其实际控制人和管理团队的组成，对其拟派驻本项目的高级管理人员进行调查了解，核实是否具备担任高级管理人员的法律条件。

4. 核查企业业务和重大债权债务情况

核查拟转移企业的业务许可、重大合同、主要客户、重大债权债务情况，判断该企业的业务转移是否存在障碍，投资是否面临重大外部风险。

5. 核查转移企业的历史沿革

对于转移企业的历史沿革与股权演变状况，可以根据前文所述的常规法律体检的内容对转移企业进行核查。

6. 核查项目资金来源和转移企业的融资能力

通过对转移企业的财务审计资料、银行往来账、企业的主要融资渠道的核查与考量，对转移企业的融资能力进行核查，同时对转移企业拟投入项目的资金来源进行明确。

7. 对拟转移企业的其他核查

对拟转移企业的其他情况进行法律体检的，也可以参照对承接区域企业进行常规法律体检的内容。

目前，我国面临承接国际、国内产业转移的重大发展机遇。特别是国内地区间的产业转移为我国实现经济发展均衡化，优化产业结构布局提供了良好的契机。在承接产业转移过程中，应充分重视企业法律体检工作的重要作用和重大意义。律师作为中国特色社会主义的法律工作者和经济社会又好又快发展的服务者，应做好承接产业转移中的企业法律体检工作，为促进国家经济发展和法治环境改善作出应有的贡献。

作者单位：安徽天禾律师事务所

试论律师在承接产业转移中的作用

朱年友　倪文英

【内容摘要】皖江城市带承接产业转移示范区，是党中央、国务院从全局出发，促进中部地区崛起、推动区域协调发展作出的重大战略决策。示范区范围辐射了我省全境，示范区的建设，将进一步推动我省参与泛长三角区域的分工与合作，加快构建现代产业体系，转变发展方式，推动区域协调发展。我省正举全省之力将示范区打造成积聚产业、积聚资本、积聚人气、积聚政策的大平台。随着示范区建设的不断深入，我省律师业也面临着空前的机遇与挑战。律师在承接产业转移过程中是一支不可或缺的力量，为示范区的建设提供优质法律服务。

【关键词】环境保护 土地征迁 劳动者权益 业务创新

一、基础设施建设及投资环境建设

皖江城市带由于其良好的区域位置及基础设施建设，而被国务院批准列为全国首个承接产业转移的示范区。随着示范区建设的深入开展，相关的基础设施建设也将进一步完善。基础设施建设主要包括交通运输、能源动力、环保水利、建筑等项目的建设。其中，大力构建与长三角地区一体化发展的综合交通运输体系，强化水利保障体系，增强能源供应，是示范区基础设计建设的重要方向。在政策指导下，律师应积极参与基础设施保障建设。基础设施建设往往为大型项目，关系到保民生、促发展的社会根本问题。在项目实施前，对项目有一个完整的策划方案，是避免日后在项目建设过程中发生纠纷的保障。一个大型基础设施建设项目，可能涉及的问题有：项目立项的可行性；项目的审批规划；企业介入项目的准入标准；项目建设过程中的征地、补偿、安置等等。律师为企业提供法律咨询，参与项目讨论，拟定法律文书，确保项目在依法、有序的状态下进行，为基础设施建设的开展保驾护航。

承接产业转移，首要考虑的问题是招商引资。企业选择投资地区，首要考虑的便是投资环境。投资环境主要包括经济环境、政治环境和法律环境。可见，法律环境是投资环境中的一个重要因素。一个好的法律环境应包括行政部门依法办事，公民守法，具有良好的法律意识。当前，律师参与到政府招商引资活动中去，一方面，体现出政府对律师这支重要力量的信任与重视，另一方面，律师因其专业性及严谨性而受企业信赖，某种程度上，律师成为政府与企业间沟通的桥梁。律师帮助企业了解相关的法律及政策，使投资企业加深对示范区政策的了解，更好的作出投资决策。律师还可以凭借自身良好的专业素质，为企业的发展出谋划策。

二、自然资源及环境保护

皖江城市带自然资源丰富，风景秀丽。丰富的土地资源、矿产资源、水资源、劳动力资源孕育着皖江大地。在承接产业转移过程中，要避免走“先发展，再治理”的老路，将承接产业转移和可持续发展结合起来，促进资源综合利用，促进示范区资源节约型和环境友好型社会建设。律师应协同企业做好环境保护这一关，引导企业决策在资源节约和环境保护上作

出努力，加强企业的环保意识，确保示范区在少污染、无污染的人与环境和谐发展中建设。

三、土地征迁及纠纷解决

皖江城市带承接产业转移其中一项重要的资源就是土地资源，示范区建设必然涉及大规模土地征用及房屋拆迁，公共利益与个人利益必会发生碰撞。如何协调双方利益，寻找平衡点，是百姓关心、律师关注的问题。当前，因土地征用及房屋拆迁而引发的纠纷数量很大。律师在处理此类纠纷时应合理引导民众依法行使权利，避免群体性事件的发生。自《物权法》颁布实施后，法律加强对公民财产的保护，如何处理好物权与公权力之间的关系，使示范区的土地征用及房屋拆迁在即不损害民众的物权，也不影响国家重要战略目标实施的前提下进行，是律师努力的目标。目前，全国各地因拆迁而出现的“钉子户”现象屡见不鲜，究其根本，是在二者之间没有达成一个利益平衡点。律师还应当引导民众树立正确的权利观念，必要时应对相关法律详细释明。律师在土地征迁及纠纷解决中可发挥的作用很大，民众遇到土地征迁纠纷会找律师，行政部门遇到此类纠纷也会找律师，律师应积极发挥自己的专长，在群众与政府部门之间搭起一座桥梁，使国家的战略措施顺利实施，使民众的合法权益受到保护。

四、劳动者权益及保护

皖江城市带由于其丰富的劳动力资源及较高的劳动者素质，成为其承接产业转移中的一个突出优势。面对沿海城市较高的劳动力资源成本，企业将目标转向皖江这个中部城市。特别是示范区的建设，将会吸引众多外商及内地企业来皖江地区投资。资本的本质属性，使得劳资纠纷不可避免。随着示范区建设的深入，越来越多的企业进驻皖江地区，企业与劳动者之间的纠纷将会呈现。律师应积极协调解决双方之间的纠纷，或对将会出现的纠纷进行积极的预防。《劳动合同法》实施后，劳动者保护自己权益的意识明显加强。企业在用工过程中也应当遵循法律的规定，依法用工。企业与劳动者建立劳动关系时，应签订书面的劳动合同。劳动合同的履行、变更、解除和终止，以及劳动者的工资、工作时间等都应遵循《劳动法》、《劳动合同法》等相关法律法规的规定。近来，深圳富士康事件的发生对用工企业以警醒，律师也应当深刻思考事件发生的深层次原因。律师一方面应帮助企业建立劳动规章制度，劳动规章制度的建立应符合我国法律的规定，也应当具有人文关怀。另一方面，当劳动者的合法权益受到侵害时，律师应帮助劳动者正确行使权利。相对于用人单位，劳动者属弱势一方，加强对劳动者权益的保护，也显得尤为重要。在律师的努力下，为示范区建设创造一个良好的劳动用工环境，建立和谐的劳资关系。

五、外商投资企业为律师业发展带来的契机

随着示范区建设的深入，将会吸引大量外商投资企业来皖投资。这对律师业的发展既是契机，又是一个挑战。一方面，外资企业的入驻，需要相应的法律服务。从投资方案的拟定，企业管理及制度建立，与外部及内部民事法律主体建立民事法律关系等等一系列的行为都少不了律师的参与。具体包括：1、前置介入；2、资信调查；3、项目论证；4、随团服务；5、谈判参与；6、签约把关；7、履约跟踪；8、纠纷协处；9、诉讼仲裁代理；10、执行跟进。另一方面，外资企业很多时候也意味高技术含量、高科技标准，其需要的法律服务涉及到项目投融资、知识产权保护、国际贸易与涉外业务、反倾销诉讼、反垄断诉讼、反不正当竞争

诉讼等领域，有些业务甚至可能是我省律师未曾办理过的。通过对这些项目的参与，我省律师处理涉外律师业务的能力会得到大大的提高。也可以此为契机，提高我省律师的竞争力。

同时，我们还应当意识到，我省律师法律服务还未全面拓展到外商投资、从我省对外商务活动的实践来看，重实体、轻程序，重行政、轻法律，重行政干预、轻法律服务的意识和倾向客观存在，对律师参与对外商务活动认识还不到位，致使无论是在对外商务活动中的前期资信调查、可行性法律论证还是合同洽谈、合约履行、纠纷调处等方面都缺乏律师广泛、深入的参与。因此，我省律师应积极作好提供相关方面法律服务的准备，加强对律师业务新领域的学习、研究，加强理论的学习要与国际接轨，积极适应形势发展的需要，为示范区建设探索出一条成功的业务创新之路。

总的说来，皖江城市带承接产业转移，对我省律师来说，既是机遇，也是挑战。我省律师应积极应对，把握机遇，迎接挑战。在做好传统业务的同时，锐意进取，开拓新兴业务，振兴我省的律师产业，发挥律师在承接产业转移过程中应有的作用。

作者单位 :安徽景旺律师事务所

皖江城市带律师文化建设的法律思考

音邦定　范大平

【内容摘要】任何文化都带有区域性特征。律师文化的区域性特征，必然反映到律师文化建设上。皖江城市带律师文化是指皖江城市带律师对律师制度、律师行为、律师理念、律师价值所抱有的社会心理和社会意识。它包括皖江城市带律师的个人气质,人格力量,精神面貌,职业道德和执业水平以及与之相适应的律师制度和律师组织(律师事务所和律师协会)文化建设。皖江城市带是承接产业转移的一个特殊的经济区域，这一区域经济反映在律师文化建设上也必然有其特殊的地方。因此我们应当加强皖江城市带律师文化建设，以促进皖江城市法治建设，使皖江城市承接产业转移顺利进行。

【关键词】皖江城市带　律师文化　法律思考

一、律师文化的区域性决定皖江城市带律师文化建设的必要性

由于地理环境和自然条件不同，导致历史文化背景差异，从而形成了明显与地理位置有关的文化特征，所以任何文化都带有区域性特征。

律师文化的区域性特征，必然反映到律师文化建设上。就律师队伍而言，一提到北京、上海等地的律师，大家不约而同的感觉是，北京、上海的律师创收高、收入高，学术水平高，竞争激烈。律师文化既反映律师这一整个职业群体的特征，而不同省份、不同地域的律师所也会体现出其差异性。正因为有区域性差异，在律师文化内部才会有学习和借鉴的需要，有了这种需要，才会推动律师文化向前发展。

对于经济较为发达的北京、上海、天津及沿海开放城市等地的律师，已经从温饱走向小康，甚至走进富裕。因此，这些地区的律师文化建设的基础较好。这些城市的律师的业务已经从国内走向国际，从诉讼走向非诉讼，并有较多的与国外律师相互交流，建立了较为具有中国特色的律师文化制度，代表了较高水准的律师文化水平。他们无论从政治上、经济上、文化上，还是从人文的关怀方面都优越于中西部及欠发达地区的律师。所以，我们应该正视区域性差异的事实。

2010 年 1 月 12 日，国务院正式批复《皖江城市带承接产业转移示范区规划》，安徽沿江城市带承接产业转移示范区建设纳入国家发展战略。这是迄今全国唯一以产业转移为主题的区域发展规划,是促进区域协调发展的重大举措,为推进安徽参与泛长三角区域发展分工，探索中西部地区承接产业转移新模式，也为中部地区加速崛起点燃了助推器。

长江流经安徽 400 余公里，有“ 皖江 ”之称。皖江城市带包括合肥、芜湖、马鞍山、铜陵、安庆、池州、巢湖、滁州、宣城九市，以及六安市的金安区和舒城县，共 59 个县（市、区），土地面积 7.6 万平方公里，人口 3058 万人，2008 年国内生产总值 5818 亿元，分别占全省的 54%、45%和 66%。皖江城市带是实施促进中部地区崛起战略的重点开发区域，是泛长三角地区的重要组成部分，在中西部承接产业转移中具有重要的战略地位。

皖江城市带是承接产业转移的一个特殊的经济区域,这一区域经济反映在律师文化建设上也必然有其特殊的地方。因此我们应当加强皖江城市带律师文化建设，以促进皖江城市法治建设，使皖江城市承接产业转移顺利进行。

二、皖江城市带律师的特殊性

与其他地域的律师相比，皖江城市带律师具有以下特点。

（一）皖江城市带律师事务所规模较小，执业律师业务收入偏低

皖江城市带处于东西部结合带，与东部相比，由于经济发展滞后和地域局限等原因，制约着皖江城市带律师事务所的发展，皖江城市带律师执业的律师事务所无论在律师的数量上，还是在办公条件上，与城市的律师事务所是无法相比的。较小的规模也直接影响到皖江城市带律师的执业和律师事务所的发展。执业律师业务单一，业务收费也往往达不到规定的标准，很多民事案件收费尚达不到司法行政主管部门和物价部门规定的最低标准。

（二） 皖江城市带律师执业业务单一

目前，皖江城市带律师的主要业务仅限于一些诸如离婚、损害赔偿、交通肇事、较小标的的经济纠纷等小的民事案件，而且是以传统的诉讼业务为主。大多数皖江城市带律师为了这些较小的民事案件，整日疲于奔命，如果放弃这些较小的民事案件，很多皖江城市带律师将难以养家糊口。而金融证券、公司上市、涉外投资等非诉高端法律服务业务几乎与皖江城市带律师无缘。律师业务类型单一直接制约着皖江城市带律师综合业务素质的提高。①

（三）皖江城市带律师业的发展不平衡

由于各皖江城市带对律师的需求不同，皖江城市带律师的发展也很不平衡。有的律师素质较高，有的律师素质偏低。有的城市法律服务市场发展滞后，能干的律师为了寻求更大的发展空间，离开皖江城市带到大城市去发展。皖江城市带律师所的规模、律师的业务水平难适应为皖江城市带承接产业转移，促进经济快速发展的需要，以至于一些新型业务或难度较大的法律服务案源外流，皖江城市带律师普遍缺乏危机感，缺乏品牌意识，品牌所、规模所难以形成。

（四）皖江城市带律师所管理尚不规范

皖江城市带律师所的数量近年来虽然有了较快增长，却未能改变律师事务所中大所少、小所多，管理科学的所少，管理欠规范的所多的状况。有的律师所管理不严、纪律松驰、违规违纪的现象时有发生。有的律师事务所各种规章制度不健全，没有实行民主、透明、规范管理，没有建立主任责任制。有的律师事务所主任不向主管司法行政机关、律师协会负责并报告工作，不按时提交工作报告、统计报表和相关资料。有的律师事务所甚至从不集中进行政治学习，即使有的律师事务所组织了学习，也不认真作好学习记录。

（五）皖江城市带律师事务所小作坊式管理模式突出

皖江城市带律师事务所多数是以“ 人合 ”为前提而设立的。由于其合伙人基本上是由同学、好友等关系密切的人员组成，因此，管理上往往采取以感情管理的手段居多，致使管理流于形式。皖江城市带律师所始终摆脱不了“ 小作坊式 ”、“ 家族式 ”、“ 哥们式 ”管理的模式。这样的经营管理模式也导致合伙人对引进管理人才始终保持高度的戒备和警惕，极大地妨碍了皖江城市带律师所做大做强。不仅如此，皖江城市带律师所管理中存在的结构冲突以及管理者角色的多重化大大弱化了管理职能。目前，皖江城市带律师事务所实行的是主任负责制，不是主任分工负责制。而主任往往既是投资者又是管理者，还是执业律师，可能同时还是人大代表、政协委员以及在其他一些社会组织、学术团体中兼职；他们既要对本人及家庭的生活来源负责，又要对律师所的生存发展负责。皖江城市带律师所主任扮演的多重身份，承担的多重责任，带来了一个严重的管理结构冲突。②

三、皖江城市带律师文化概念及存在的问题

所谓皖江城市带律师，是指主要在皖江城市带范围内提供法律服务的具有律师资格的法律工作者。皖江城市带律师文化是指皖江城市带律师对律师制度、律师行为、律师理念、律师价值所抱有的社会心理和社会意识。它是依附于皖江城市带律师这一特定职业,并以皖江城市带律师的言行,举止和执业活动为载体来反映和传播的一种文化现象。它包括皖江城市带律师的个人气质,人格力量,精神面貌,职业道德和执业水平以及与之相适应的律师制度和律师组织(律师事务所和律师协会)文化建设。但是，皖江城市带是一个新的区域经济概念，在建设皖江城市带律师文化过程 可能会存在以下问题。

（一）与宪法赋予人权的不适应

有的律师认为，律师文化就是律师事务所领导的文化，律师事务所的个性就是律师事务领导的个性，因此，主张建立严格劳动纪律的皖江城市带律师文化。有的律师事务所过分强调以律师事务所领导为核心的文化建设，信息传输沿着律师事务所管理的层级纵向流动。所主任发布的指令通过各个层级向下传达到第一线的员工,而且每经过一个管理环节都会形成信息的损耗和失真。因此，员工得到的信息通常要经过相当时间，而且不一定能反映出所主任的原意，甚至谬以千里。这种律师文化培养出眼睛向上看的员工，往往对自己的要求是对客户服务不出大错，一般应付过去就行了。如此，律师的服务和工作绩效不可能提高，顾客和自己的上司相比永远处于第二位?“ 顾客至上，服务第一 ”只是律师市场推广和公共关系的口号。这种律师文化在有的律师事务所,特别是一些个人领办的律师事务所予以强行推行，强迫员工接受，甚至造成对员工的侵权，显然与宪法赋予人权的规定不合。

（二）与劳动法律法规的不适应

独立性是律师职业的一大特点。保持职业独立是律师业良性发展的基本保证，也是皖江城市带律师文化的一个独特的地方。[③]由于律师的独立性，皖江城市带律师往往强调自己的自由，在与律师事务所的劳动合同上往往并没有严格地按法办事。劳动合同具有较强的强制性，即劳动合同内容等主要以劳动法律、法规为依据，且均有强制性规定，法律虽允许当事人协商签订劳动合同，但协商的内容不得违反或排斥强制性规范，否则无效。但有些律师事务所，特别是一些规模很小的皖江城市带律师事务所往往不按照法律法规签订劳动合同，甚至根本不签合同，因而常常发生法律冲突。

（三）皖江城市带律师在侦查阶段接受委托存在限制

律师文化反映了律师的价值取向和追求目标，可以引导律师主体行为，使律师为共同的理想、愿望而努力。主要表现在对律师心理、价值观、思想、行为起导向作用。[④]但是，皖江城市带律师在侦查阶段接受委托存在比大城市律师更大的限制。刑诉法没有规定侦查机关有告知义务,因而犯罪嫌疑人往往不知道在侦查阶段就可以聘请律师,而错过及早获得帮助的机会。还存在这样的情况,有的侦查机关不及时把犯罪嫌疑人聘请律师的要求及时转达给其家属、法定代理人或单位,这是长期以来 “ 有罪推定 ”倾向和司法权力绝对权威以及由此导致对犯罪嫌疑人歧视的反映。[⑤]在这一点上，皖江城市带律师比大城市律师受到的限制更大。

（四）皖江城市带律师文化建设与皖江城市带社会环境难适应

皖江城市带律师既能参与刑事、民事、行政各类诉讼活动，又能涉足更广阔的非诉讼领域。在私权利之间、私权利与国家公权力之间、国家各公权力之间，凡是存在法律关系的领域，皖江城市带律师都可能涉及到，这是各公权力机关无法比拟的。[⑥]因此皖江城市带律师文化建设需要有良好的社会环境。但是，目前的社会环境对于律师文化建设存有许多障碍。

1. 来自有关政府部门的人为因素也对皖江城市带律师执业环境形成不良影响。以非诉讼法律业务为例：许多项目在正式开始之前，都需要进行前景分析和法律专项调查。尤其在外商投资领域，对投资项目进行法律分析，往往是投资商要求律师进行的第一项工作。开展此项工作，涉及的许多问题需要在多个政府部门配合下方能完成。但实践中，皖江城市带律

师前往调查取证时，有关部门往往明确告知不接受律师调查，除非法院来调查。而在非诉讼法律业务中，根本不可能有法院的参与。即使在诉讼业务中，法院也很少根据代理律师或当事人的申请进行调查取证。⑦

2. 皖江城市带律师有与法官之间幕后交易现象。有人说：“ 律师与法官之间存在某种幕后交易的情况在诉讼中已经具有了一定的普遍性。从目前反映出来的情况看，有的法官为了获取个人利益，违反规定为当事人推荐、介绍律师作为其代理人、辩护人，或者为律师介绍代理、辩护等法律服务业务，或者暗示当事人更换承办案件的律师；有的律师以给法官回扣、提成等为交换条件，明示或者暗示法官违反规定为其介绍代理、辩护等法律服务业务；有的法官利用职务便利，索取、变相索取或者接受当事人及其委托律师贿赂的财物或其他利益；有的律师以各种方式直接或变相贿赂法官，或为法官提供其他不当利益，甚至假借法官的名义以贿赂法官为由向当事人索取财物或者其他利益，严重侵害当事人的合法权益，损害法官的声誉，亵渎法律职业的庄严和神圣。”⑧

3. 皖江城市带律师调查取证难。皖江城市带律师调查取证遭遇种种“ 为难事 ”：国土房管部门要求有业主授权才能调查；工商部门限制律师调取企业注册资料；公安车管、户籍部门内部规定律师必须先到司法行政部门开具身份证明才可取证……而在香港，律师发函调查取证，有关部门是法定必须答复的。而在大陆，即使是大城市，律师调查取证也比较难，皖江城市带律师调查取让就更加困难，有的律师为此而抱怨，甚至产生放弃律师职业的念头。

4. 皖江城市带律师会见当事人难。律师会见当事人难是刑事诉讼中的“ 老大难 ”。而皖江城市带律师尤为突出。不安排会见或不依时安排会见时有发生，公安机关总有各种理由：负责人出差了！开会了，暂时安排不了。会见限时，“ 经常是 30 分钟 ”，案子还没有了解完就到时间了。对会见内容也限制，有个别公安机关有害怕律师全面了解案情的心理，“ 这部分你不能问，这内容不要再说了 ”，公安人员总是这样出面“ 制止 ” 律师。

5. 追求正义而遭到误解。当皖江城市带律师站在弱者或受害者一边，他们是正义与力量的化身，有着正直、善良、让人赞赏的一面；但是，当皖江城市带律师在刑事辩护中为被告慷慨陈词的时候，皖江城市带律师仿佛又成了“ 魔鬼代言人 ”；他们常常会在事业稍有成就的时候就被看作精明的商人和矫情的高级白领，而又常常在莫名其妙的时候被法官呵斥，被得不到满意结果的当事人说成是“ 法律个体户 ”。在舆论的赞赏和质疑之间、在维护当事人利益的职责与维护社会正义的道德感之间，皖江城市带律师常常左右为难。⑨

四、皖江城市带律师文化建设的意义

当前皖江城市带律师文化正处于一个重要发展时期。我国皖江城市带承接产业转移已初显成效，承接产业转移涉及大量法律和政策问题，皖江城市带经济的发展需要皖江城市带律师发挥作用。各级司法行政管理部门对皖江城市带律师也十分关心和重视。这是皖江城市带律师文化发展难得的历史机遇，也为皖江城市带律师文化的发展创造了空前有利的社会环境。皖江城市带律师应充分抓住和利用这一重要时期，加快皖江城市带律师文化建设的步伐。因为皖江城市带律师文化有其特殊功能，因此，发展皖江城市带律师文化有着极其重要的意义。参照鹿存强先生对律师文化的理解，皖江城市带律师文化有五大功能。一是导向功能。皖江城市带律师文化反映了皖江城市带律师的价值取向和追求目标，可以引导皖江城市带律师主体行为，使皖江城市带律师为共同的理想而努力。主要表现在对皖江城市带律师心理、价值观、思想、行为起导向作用。二是融合功能。皖江城市带律师文化所形成的环境氛围和自我调解机制，可以把来自不同文化背景、具有不同人格特征和行为习惯的皖江城市带律师有机地融合在一起，使之能相互合作、共同奋斗。文化的吸引和融合是一只看不见的手，让

志同道合的皖江城市带律师和睦共事。三是激励作用。皖江城市带律师文化提倡的先进理念是文明与进步的标志，可以极大地激发皖江城市带律师的职业荣誉感、社会责任感和历史使命感，使皖江城市带律师为理想和宗旨而不懈地努力。四是辐射功能。皖江城市带律师文化具有扩散性，皖江城市带律师可以通过良好的职业道德和优质的法律服务向社会传播皖江城市带律师文化的先进理念，并辐射到律师业以外的领域，对整个社会风尚都产生一定的影响。五是协调功能。皖江城市带律师文化倡导的价值观必然符合社会文化的要求，这就使得皖江城市带律师能够协调好与社会的各种关系，履行所承担的社会责任和义务。同时皖江城市带律师文化作为一种维系皖江城市带律师内部关系的“贴合剂”，也使得皖江城市带律师个体之间建立良好的人际关系，从而实现律师与律师之间、律师与社会之间的和谐。[10]

总之，当前皖江城市带律师文化正处于一个起步和发展时期，需要方方面面的关注、支持和帮助，也需要广大皖江城市带律师树立信心、不懈努力。

参考文献：

①黎光：《鹤壁市关于开展县域律师执业状况的调研报告》，黎光的个人博客发表于2006-10-20 21:59:00。

②《法制日报》：2003 年 10 月 29 日载文《中国律师业呼唤 CEO》。

③刘武俊：《律师业荣辱关乎法治文明》，中国民商法律网 2004 年 3 月 15 日。

④鹿存强：《加强律师文化建设，推进依法治国进程》来源：http://www.jlbosen.com/Article_Print.asp?ArticleID=259。

⑤宋巍：《论律师提前介入》，中国律师网 2004 年 3 月 25 日。

⑥刘京华：《也谈律师地位之高低》，《法制日报》2004 年 7 月 7 日。

⑦《参政议政不忘为律师维权——刘子华律师提议制定<北京市律师执业保障条例>》，载于 2004 年 3 月 3 日《法制日报》。

⑦黎伟华：《法官律师间的屏障能管用吗？》，载于《工人日报》2004 年 6 月 5 日。

⑧焦洪宝：《律师的角色与律师文化》。http://www.china-lawyering.com/main/list.asp?unid=718

⑨鹿存强：《加强律师文化建设，推进依法治国进程》，http://www.jlbosen.com/Article_Print.asp?ArticleID=259

作者单位：安徽深蓝律师事务所

马鞍山律师服务承接产业转移的实践与思考

张玉科

【内容摘要】承接产业转移示范区建设是当前皖江地区各级党委、政府的中心工作。如何充分发挥职能作用，为承接产业转移示范区建设的各项重大举措提供优质高效的法律服务，马鞍山律师在努力实践和认真思考。承接产业转移对于马鞍山律师来说是机遇更是挑战；在服务承接产业转移过程中马鞍山律师必须主动作为；要在服务承接产业转移的实践中推动马鞍山律师工作再上新台阶。

【关键词】承接产业转移　律师服务　实践与思考

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》，这是党中央、国务院从全局出发，促进中部地区崛起、推动区域协调发展的重大战略决策。这也是我国首次为促进中西部地区承接东部沿海地区和国外产业转移而专门制定的规划，对于充分发挥中西部地区比较优势，挖掘发展潜力，探索承接产业转移新途径和新模式，在全国范围内推进形成更加合理的区域产业分工格局，加快转变经济发展方式，保持经济平稳较快发展，具有重大意义。这一规划给皖江地区的发展带来了巨大的机遇和美好前景。马鞍山全市上下掀起了承接产业转移新一轮大征迁、大建设、大发展的热潮。在这一过程中，律师工作应当如何充分发挥职能作用，为承接产业转移示范区建设的各项重大举措提供优质高效的法律服务，马鞍山广大律师在认真思考。

承接产业转移对于马鞍山律师来说是机遇更是挑战

马鞍山是一座厚积薄发、加速崛起的工业城市，是承接产业转移示范区的重要组成部分。在皖江城市带“一轴双核两翼”的结构中，马鞍山处在“一轴”轴头的位置，一直是安徽东向发展的“桥头堡”和“排头兵”，可以说是承接产业转移的最前沿城市。市委七届十二次全会提出“坚持科学发展，走在全省前列，努力把马鞍山建设成为现代化大城市”的宏伟目标，制定了构建“6653”现代产业体系和实施“1255”城市发展战略的规划，着力改变不合理的产业结构和狭窄的城市发展空间。2010 年 3 月，马鞍山正式成为长三角经济协调会成员城市，马鞍山经济技术开发区也晋升为国家级开发区。6 月初，由省政府和中国外商投资企业协会共同主办的皖江城市带承接产业转移示范区政策推介暨项目对接会在马鞍山成功举办，一批海内外知名企业高管云集马鞍山，共商合作大计，共谋发展大业，取得了丰硕的成果。马鞍山地理位置特殊，区位优势明显，综合商务成本低，经济发展基础好，城市环境优美，市民整体素质高，开放包容性强，科技教育较发达，马鞍山已成为中外投资的热点。目前承接产业转移的载体多，项目多，大建设、大发展的框架已经拉开，“开门大招商，落地倍亲商”理念深入人心。市委、市政府要求全市上下，要为所有来马投资的企业提供一站式联合审批、一表制规范收费、一条龙全程服务，全力以赴为投资者提供最优良的环境、最优惠的政策、最优质的服务，以优越的发展环境赢得客商的青睐。

经济发展越快，对环境的要求就越高。一个城市要吸引外来投资，要承接产业转移，不仅需要政府出台各方面的优惠政策，更重要的是要有良好的投资环境，关键是软环境，最重要的是优良的法治环境。承接产业转移示范区建设对于马鞍山律师来说是一个重大历史机遇

和绝好的发展机会。一方面必须承担起服务发展的历史使命，必须深入研究承接产业转移的各项政策和要求，全面高效地为招商引资、转移园区建设、集中区建设、基础设施建设、项目对接、企业经贸活动、知识产权保护等提供专项法律服务，通过执业活动进一步规范企业运行，优化法治环境；另一方面，产业转移是经济发展的客观规律，其本质是生产力在空间布局上的合理流动，是资源在更大区域内的优化配置，必然带来产业的结构调整和转型升级，这对马鞍山律师来说是一个巨大的挑战，在服务能力和服务质量上提出了新的更高的要求，全体律师必须加强学习、苦练内功、增强本领、改进服务、提升质量。

在服务承接产业转移过程中马鞍山律师必须主动作为

参与并服务承接产业转移，是律师的神圣职责，责无旁贷。律师业是以专业法律服务为主要特征知识密集型的高端服务业，具有调节经济关系、规范经济运行、防范和化解市场主体经济风险等方面的服务功能，在服务承接产业转移中具有不可替代的作用。马鞍山市司法局、市律师协会及时进行研究，作出安排和部署，梳理服务的方式和内容，出台文件规定，制定工作措施，有针对性的开展服务，主动作为。

一是为招商引资提供法律服务。与市招商局对接并反复磋商，市司法局、市招商局、市律师协会共同印发了关于成立马鞍山市招商服务团的文件。招商服务团由市司法局分管副局长担任总干事，市律协会长和秘书长担任副总干事，全市 12 家律师所分成六组，分别为六个招商分局提供法律服务，每家所都推荐 2 名骨干律师参与这项工作。服务内容包括提供法律咨询，开展法律宣传讲座，应邀参与招商谈判，提出法律意见，草拟审查合同，代理有关法律事务等。各家律师所及经办律师与对应的招商分局加强联系、互相配合、主动服务。在服务过程中，注意研究相关产业转移及招商引资政策和相关法律法规，主动、客观地向外地企业客商介绍我市良好的投资环境和优势。各所对此项工作认真做好日常工作日志记载，各服务小组每季度对服务情况作一次小结，市律协每半年对招商服务团工作总结一次，并适时与市招商局开展座谈交流。招商服务团的工作是卓有成效的，也得到外来客商及招商官员的充分肯定和高度赞扬。我省 861 项目投资计划，投资 2.8 亿元的长江物流港综合物流园区建设、由海归博士团队投资 4.5 亿元的国际前沿的生物医药高科技项目落户、无锡万邦投资 10 亿元的皖江金属物流园的引进等项目在马鞍山落地，都能见到律师忙碌的身影。明博所张健律师参与东环路股权回购项目谈判，由于律师的努力股权回购顺利完成，外方香港恒基集团对张健律师“ 开明诚信的精神、敏感灵活的思维方式和实事求是的工作作风 ”表示敬佩和谢意。

二是深入企业开展法律体检。根据省厅“ 千名律师为企业解千难 ”要求，马鞍山律师深入各自的顾问单位，对企业的规章制度和重大投资、重要经营活动、资产处置、知识产权保护等方面进行了一次科学的调查、分析和评估，为企业把脉问诊，适时向企业出具了“ 法律风险提示函 ”或“ 法律意见书 ”，为企业规范运行、降低和避免法律风险提供了保障，也为创造适合承接产业转移的法治和市场经济环境提供了条件。净源律师事务所是星马集团的法律顾问，所主任吴明带领一班人，深入企业内部，又一次为企业的运行提供了全方位耐心细致的法律服务；华冶律师事务所深入马鞍山长江大桥项目建设工程，对合同签订、劳动用工等方面进行法律体检；项目投融资是明博律师事务所的重要服务产品，全所律师认真为服务单位的投融资项目进行可行性分析，为投融资项目的立项审批、投融资形式、投融资结构以及投资环境、工商税务登记等提出法律咨询意见和出具法律意见书，并对存在的法律问题提出解决方案，有效预测、防范投融资过程中的法律风险。

三是为征迁拆迁拆违工作提供法律服务。为呼应承接产业转移，市委、市政府强力实施

“1255”城市发展战略，市经济开发区、慈湖开发区、当涂开发区扩容，秀山新区、滨江新区、丹博新区和龙山承接产业转移集中区快速组建并运行，马鞍山市从3月份就开始了大征迁、大拆迁、大拆违工作。征迁拆迁拆违可以说是当前党委政府的中心工作，既关系到承接产业转移项目是否能够顺利落地，又直接涉及群众的切身利益。市司法局、市律师协会受市政府委托成立了征迁拆迁拆违法律服务工作领导小组，统一指导、协调并监督征迁拆迁拆违活动的法律服务工作。市政府法律顾问团的律师参与政策法规组，参与研究制定征迁拆迁拆违工作的政策和规定，保证所出台的政策和规定符合现行法律法规和相关规章；担任各级政府及新区建设法律顾问的律师，主动提供优质法律服务，协助政府依法有序推进各项工作。对要求提供咨询帮助等法律服务的被征迁人、被拆迁人、被拆违人做到热情接待、耐心细致做好解释和说明；对要求提供代理的，各家律师所必须先组织律师对代理事项进行集体讨论，严把受理审核关，慎重提出代理意见；律师在处理有关征迁拆迁拆违纠纷案件中，把握原则，不纠缠细节，采取积极沟通、协调、非诉讼调解、庭外和解等方法，妥善化解矛盾纠纷，依法维护社会稳定和当事人的合法权益。

四是举办中小企业法律服务论坛。市律师协会与市工商联、市中小企业服务中心，共同举办以律师服务与企业法律风险防范为主题的论坛，律师与各位企业家开展互动交流。律师作为企业的贴身顾问，主动为企业依法经营、依法管理、依法决策、依法维权、劳动用工等方面提供全方位的法律服务。市律协组织律师开展“江淮普法行”活动，送法进企业，深入了解企业的法律需求，提供法律服务，服务全民创业，与中小企业“同舟共济、伴同成长”。

在服务承接产业转移中推动律师工作再上新台阶

法律服务业（主要指律师服务业）发展如何，是一个地区投资环境、社会经济规范有序发展和社会治安秩序稳定的重要考察指标。世界500强企业在选定公司总部和研发中心时，首要考察的就是通畅快捷的金融系统和发达的律师服务体系。马鞍山目前共有12家律师事务所，其中2家所在全省统一考评中进入全省十强，4家所进入前40位；各类执业律师达200人，每万人拥有律师人数为1.59名，已达到并超过小康社会万分之1.5名律师的指标；2009年全市律师业务收费2580万元。全市律师坚持围绕中心，服务大局，关注民生，服务群众，充分发挥了职能作用，为全市经济快速发展、社会和谐稳定和民主法治建设作出了应有贡献。

但是马鞍山市的律师服务业与周边城市相比，尤其是与长三角城市相比还有差距，还不能完全适应承接产业转移示范区建设法律服务的需求。承接产业转移，意味着市场经济的转型升级，这对法律服务市场的需求必然要加大，如何提升法律服务整体水平，完善长效工作机制，以满足更宽领域、更深层次的法律服务需求，是摆在我们面前的紧迫课题。这需要我们不断地创新与完善。

一是要体现法律服务的专业特性。根据服务承接产业转移的需要，推动律师所的专业化分工，举办承接产业转移法律实务研讨会，研究探讨在建设示范区过程中的理论问题和律师服务问题，开发适应形势发展和市场规律的法律服务新产品，形成专业服务优势。

二是要整合司法行政工作的各方资源。司法行政工作点多、面广、线长，许多业务具有互补性。但长期以来，各项业务自成体系，职能资源没有得到很好地整合，制约了律师服务职能优势的发挥。在服务承接产业转移这项中心工作中，整合法律服务、法律援助、法制宣传、 人民调解等与招商引资、新区建设、园区建设直接相关的服务职能，形成以律师法律服务为龙头的司法行政基础性、大众性、公益性的服务工作机制，发挥司法行政法律服务的综合优势。

三是要把法律服务业作为高端知识产业来扶持。法律服务业是现代服务业的重要组成部分，市委、市政府在近期出台的加快发展现代服务业总体规划中，将法律服务业纳入其中，明确对法律服务业发展的政策引导和政策支持。强调进一步发挥律师在承接产业转移的各项重大经济活动中的作用；引进国内外知名律师事务所来马鞍山市办所兴业，提升马鞍山市法律服务业的结构和品质；关注、扶持青年律师成长，纳入全市人才建设的总体规划，多举措推出优秀青年律师。

四是要营造一个有利于律师业健康发展的社会环境。第一，加强市场监管。规范法律服务市场秩序，重视法律服务的质量管理和效能建设，大力倡导公开、公平、公正的竞争能力，防止产生灰色地带，推进法律服务业的健康发展。市委、市政府在六月份启动了公共服务行业和市场中介组织专项效能评议活动，共有 94 家单位参加评议，马鞍山市城区 10 家律师所列入其中。专项效能评议采取日常考察与集中测评相结合的方式，这对规范律师所和律师的行为，改善服务态度和工作作风，提升服务质量必将起到促进作用。第二，不断拓展行业发展空间。加强法制宣传教育，让各级领导干部、市场经济主体、企业经营班子和广大人民群众充分认识法律服务的重要性，从而自觉地走上依法决策、依法行政、依法经营、依法维权的轨道。第三，加大对律师行业的宣传力度。着重宣传律师在服务经济、建设和谐社会中的作用，宣传律师在助推经济中的典型案例，宣传律师中的先进典型，让社会进一步了解律师、认识律师，进而关注律师，重视发挥律师的作用。

作者单位：马鞍山市司法局

和谐社会视阈中的律师职业自主性及其实现进路

胡　建　郭宏保

【内容摘要】将律师角色定位于社会法律工作者，并不能满足社会对律师的角色需求，也没有全面反映律师的自身属性。在实践中，这种角色定位越来越暴露出自身存在的难以解决的问题，因此，必须对我国律师角色重新定位。应将律师总体上定位于“独立的社会法律职业者”。律师应秉持其职业自主性，不受国家公权和当事人私权影响，恪守独立维护法律正确实施的本质属性。律师该职业自主性的实现可从宏观和微观两个维度有所作为，宏观方面从诉讼领域、非诉事务的处理以及信访工作的参与予以探讨，微观方面就确立律师刑事辩护豁免权、强化律师的调查取证权和建立律师诉讼业务垄断制度等方面进行分析。

【关键词】职业角色　职业自主性　律师功能

一、律师的职业角色定位

角色定位是对自身或自身以外的某人或某团体的社会地位、社会身份以及由此而应对社会承担的责任和享有的权利的理解、认同和预期。对于任何职业来说，角色定位都是该职业社会职责良好运行的一个重要前提。因此，首先有必要对我国律师角色定位这一问题作有益的探讨，方能澄清今后律师业发展的进路。律师究竟是什么？这是一个难以回答的问题。因为，它既可以是一种制度，也可以是一个饭碗（职业），还可以是一个具体的个人。于是，有人说，律师是军师，律师是参谋，律师是仆人，律师是刀笔手，律师是导游，律师是智者，律师是打官司挣钱的一种职业。这些定位虽然正确但并不全面，只能算是一种文学定位。所以，“律师”无疑是一个难以界定和概括的概念和定义。尽管如此，在法律的层面上，我国对律师角色的认识就存在逐步历史演进与提升的过程。1980 年颁布的《律师暂行条例》明确地将律师定性为“国家法律工作者”。此规定赋予了律师同公安、司法人员同等的社会政治地位，是与我国当时的计划经济的特征相适应的。计划经济要求国家对社会生活的各个方面都保持决定性控制能力，所有的社会因素的运行都要以国家的利益为重，具体到律师制度上，当然也要求由国家对律师进行统一的管理与控制。[①]1993 年国务院批转了司法部《关于深化律师工作改革的方案》，指出不再以生产资料所有制的性质和行政级别的属性来界定律师及律师事务所的性质。1996 年颁布的《律师法》第 2 条对律师性质正式做了明确规定，律师是“依法取得律师执业证书，为社会提供法律服务的执业人员”，而不再是国家法律工作者，从而将律师的功能从行政权力的束缚下解放出来，扩大了律师的社会参与作用。但令人遗憾的是，由于当时正处社会转轨初期，立法在实现律师性质定位由“国家化”向“社会化”转型的同时，并没有赋予必要的权利保障，一部原本旨在发挥律师法律服务功能的《律师法》，却用了一半以上的篇幅规定律师权利的限制和法律责任。1997 年，在党的十五大报告中将律师事务所定位为“社会中介组织”。2001 年第九届全国人大常务委员会对律师法部分条款进行修改的时候保留了上述第 2 条内容，因而律师的定位和权利受限的状况并没有得到根本改观，这种立法现状，很大程度上限制了律师执业和公民获得法律服务的空间。目前

的《律师法》(2007 修订) 第 2 条规定：“ 律师，是指依法取得律师执业证书，接受委托或者指定，为当事人提供法律服务的执业人员。律师应当维护当事人合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平和正义。”，与原“ 律师法 ”第 2 条规定相比，新律师法的这一定义凸显了在时代的推进之下，律师职业性质定位的理性提升，强调了律师与客户的商业关系，将律师定位为“ 为当事人提供法律服务的执业人员 ”，具有一定律师的职业属性和职业内涵。

回顾我国近 30 年律师制度的发展，可以看出，从“ 国家法律工作人员 ”到“ 为社会提供法律服务的执业人员 ”再到“ 社会中介组织 ”最后到“‘ 三个维护 ’的法律服务执业人员 ”的身份嬗变，反映出律师职业定位的价值取向从最初的国家主义到今天的商业主义。而今，随着我国市场经济体制逐步建立和完善，特别是民主法治进程的加快，对律师也提出了更高的要求。律师不能仅仅是为社会提供法律服务的人员，还应当承担起制约国家权力，推进民主，完善法制的重要社会责任。很显然，将律师角色定位于社会法律工作者或社会中介组织人员，并不能满足社会对律师的角色需求，也没有全面反映律师的自身属性。国家权力具有无限扩张性，这种扩张性是不自主的、无意识的，也是依靠其自身机制不能限制的，按照现代国家的国家政治与市民社会“ 二元化 ”结构的理论，正是律师、民间社团和新闻机构的存在，国家权力才能被限制在民众可以接受的程度，律师作为自由职业者，虽然不是国家公权力的组成部分，却在公权力的运行过程中充当着不可或缺的角色，他们通过自己对法律的理解为公民法人提供帮助，同时作为公共权力与公民权利之间的有效缓冲力量，对公权力的行使进行监督，最大限度地促进法律的公平适用。

在角色的定位上，学者刘桂明将律师定位为“ 政治人 ”、“ 经济人 ”、“ 文化人 ”与“ 法律人 ”四个方面，[②]对此笔者深表认同。首先，对于国家权力进行制约，代表民众同国家权力进行抗衡，是律师制度和律师职业设立的根本目的，这也是发达国家为何将律师作为司法体系的重要组成部分并赋予律师许多适当的执业权利的原因。在我国，作为行使国家公共管理职能的各个国家机构同样必须要受到人民的监督，设立律师制度有助于进一步完善监督体制、理顺各种社会关系，实现社会的公平正义，这体现出的是律师作为“ 政治人 ”的角色定位。其次，律师以自己有偿的服务劳动来获得报酬，体现出的是律师作为“ 经济人 ”的角色定位。而律师凭借自己的高度技术性的专门知识，面向社会大众从事与法律相关的专业性服务，体现出的是律师作为“ 文化人 ”的角色定位。再者，律师在业务活动中依据事实和法律，维护委托人的合法权益，根据事实和法律对司法机关及当事人提出意见和建议，目的在于促成司法机关正确适用法律，实现公正的审判，这体现出的是律师作为“ 法律人 ”的角色定位。以往，我国律师角色中只包含社会角色和市场角色，而没有政治角色。将律师定位为社会法律工作者或社会中介组织的成员，都是对律师社会属性的确认。但从前面分析中可以看出，除了社会属性外，政治属性是律师的另一本质属性，也应当在律师角色定位中加以体现。对律师政治角色缺位的定位，降低了律师的社会地位，限制了律师的政治功能，实质上将律师制度排斥出司法制度的范畴。我国现阶段的律师定位可以表述为：律师是共同与法官、检察官、公证员组成法律职业共同体，以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为职业伦理，依法从事法律专业性服务，实行行业协会自治的、独立的社会法律职业人员。

二、律师的职业自主性

我国近现代意义的律师是在清末民初出现的。清末法律改革，民国建立，我国大力引进西方国家近现代法制，律师制度也随之进入中国。上世纪八十年代，随着四人帮案件的公开审理，中国律师重新出现在了法庭上，经过三十年的发展，今天的中国律师已经发展到了空

前的规模，截至 2009 年底，全国执业律师已达 16.6 万人。律师最重要的本质属性应是其职业的自主性。所谓律师的职业自主性，是指律师不受国家公权和当事人私权影响，独立维护法律正确实施的本质属性。首先，这一自主性的最可贵表现，在于同国家公权的巨大权力对峙的能力和勇气。当国家公权和整个社会舆论都站在法庭的一边时，你能独自勇敢地站在另一边，代表着自己的羸弱的当事人言说着他无力表达的辩解。其次，律师职业的独立性表现在律师独立于当事人。律师是当事人的委托代理人而不是丧失独立人格的唯命是从的附庸，律师有义务维护当事人的合法权益、有义务保守当事人的秘密，但也有权利拒绝当事人提出的与律师职业道德相悖的不正当要求。

在民国史上，不乏勇于坚持法律原则、力搏公权、捍卫民权民主直至奉献生命的律师。例如京汉铁路大罢工中身为铁路工人工会法律顾问的中共党员施洋大律师；三十年代身为国民党党员但却为被捕的中共党员陈赓辩护的吴凯声律师；七君子事件中的沈钧儒、沙千里、史良、王造时四个人，都是当时著名的律师。[③]从律师的本质属性看，一个真正的优秀律师应该是一个对于中国法治现代化有所贡献的律师，是能够坚持自己的独立性、能在提供法律服务的过程中发现现行法律的不足和瑕疵，并以此作为突破口促使法律进一步完善，从而更有利于维护普通民众权利的律师。在构建社会主义和谐社会的今天，我们有很多愿为无钱聘请律师的刑事被告人义务充当辩护人、指出司法机关违法办案的律师，他们促使最高司法机关完善了有关的程序法，对于刑事案件的侦察等采取了更多的监控措施，更利于维护犯罪嫌疑人和被告人的基本人权；我们有很多为了一元钱车票或过路费而打公益诉讼的律师，他们促使有关政府部门取消了一些不合理的收费规定；我们有很多为了“倒钩执法”案件而致函法院和政府的律师，他们促使政府部门在今后的行政执法中更加注意执法的合法性；我们有很多为利益受损的动迁户提供代理的律师，他们促使国家立法部门开始将国家城市化过程中的动迁行为进一步规范化，更加注意保护被拆迁人的利益；我们有很多为千夫所指的“黑社会”辩护的律师，他们中有的人曾为打击“黑社会”而参与制定过法律，但现在又秉承着法律的公平和正义，为犯罪嫌疑人和被告人争取着其作为一个“社会人”所应得到的权利……。

在构建和谐社会的过程中，律师的作用日益凸显。律师通过具体的执业活动，提供法律服务，为当事人排忧解难，寻找合理合法的救济途径，维护当事人的最大利益，化解社会矛盾，维护社会稳定，对促进我国经济建设和依法治国进程发挥着重要的积极作用。从历史发展规律来看，一个社会的经济市场化和政治民主化的程度越高，律师在社会生活中可以发挥的作用也就越大；相反，在经济封闭、专制极权的国家中，律师的数量和律师社会作用的范围都要小得多。[④]律师职业伴随着发达的商品经济和开明的民主政治最先发祥于古罗马共和国。当古罗马帝国灭亡，欧洲大陆陷入封建统治的阴影中时，律师职业也就伴随着商品经济和民主政治的消亡在欧洲大陆名存实亡了。而 13 世纪律师制度之所以能在英国复兴，也是得益于当时英国发达的商品经济和相对开明的民主政治。因此，律师制度的命运是与商品经济和民主政治的发展程度密不可分的。随着商品经济的深入开展和政治民主化程度的不断增强，律师在社会生活中的地位会越来越重要，律师这种角色内容也会越来越丰富。

三、实现律师职业自主性的路径选择

实现我国律师应有的职业自主性角色是一项复杂的社会运作过程，涉及到社会结构的完善和多项具体制度、措施的实施，不可能一蹴而就。笔者认为当务之急，应从宏观和微观两个维度方面做出努力。

（一）律师职业自主性的宏观进路

律师职业是化解社会矛盾的职业，律师通过对个体权利的维护，来约束国家公权力的行

使，达到私权与公权的相互制衡。[⑤]律师在与当事人、法院、检察院、公安机关的相互接触中，处理方方面面的关系，维护法律的正确实施，解决各种冲突摩擦，实现社会公平与正义，维护团结稳定的社会局面，促进社会和谐。构建和谐社会的历史进程中，律师职业自主性的实现在诉讼的领域主要体现以下：1．在刑事诉讼中，律师独立行使辩护权，与国家公诉权形成制衡。在我国目前律师执业环境中，律师需要有极大的智慧和超凡的勇气，竭尽全力为被告人争取应当享有的最基本的人权和诉讼中的各项权利，对被告人不枉不纵，使法律正义得到充分展现。2．在刑事诉讼中，律师应诚实守信，切实维护委托人的各项合法权益，疏导社会纠纷，保持社会各种利益的平衡。随着社会经济的不断发展，各民事主体之间的利益日趋复杂多样，因此，律师应积极参与诉中调解和诉前调解，使矛盾得到有效化解，减少给社会带来的不稳定因素。3．在行政诉讼中，律师作为特殊职业属性的群体，必须克服畏权心理，勇于向日益膨胀的公权力说不，积极参与到行政听证、行政诉讼中，为维护当事人的合法权利提出正确的代理意见，起到对权力的监督和对抗作用，有效防止合法权利受到行政行为的损害，遏制行政权的滥用。在权利和权力的抗争过程中律师通过维护法律的正确实施，加速和谐社会的进程。4．诉讼中的法律援助制度，律师是最主要的力量，也是最可依靠的力量。自 2003 年法律援助条例实施以来，律师参与办理各类案件，大量困难群体得到救助。如果没有律师队伍给急需法律援助的弱势人群法律上的帮助，他们就得不到依法治国阳光的普照。

非诉法律活动也是律师参与和谐社会构建的又一重要领域。非诉法律活动，是不经过法律程序的涉及法律方面问题的活动。业务涉及到社会政治、经济、文化生活的各个领域，如国有企业改革、“ 三农问题 ”、西部大开发、国际贸易、投资融资、仲裁、劳动争议等民商事活动。不仅如此，还涉及到国家立法活动。因此，可以说律师业已成为影响中国社会发展不可低估的重要力量。律师不仅是法律工作者，同时也应是社会活动家，律师应积极参与国家的政治活动，提高其在政治生活中的地位，增强律师的社会影响。律师中有相当一部分是共产党员、各民主党派成员，有人大代表，有政协委员，他们向各级机关反映民意，谏言献策，同时对各级国家机关进行监督，提出各种宝贵意见。

在社会的转型时期容易产生各类矛盾，律师应合理参与信访工作。首先为信访部门提供与信访工作有关的法律咨询，对信访工作人员进行法律培训，对重大疑难的信访案件进行法律论证，提出法律意见；其次，就涉法信访事项，义务为上访群众提供法律咨询，对需要通过诉讼、仲裁、行政复议解决的案件，引导上访群众依照相应的法律程序和办法进行解决，对属于政策性的、历史遗留的问题，难以通过诉讼、仲裁、行政复议途径解决的，但不及时解决又严重影响当事人利益，影响社会稳定的，应主动地与有关部门协商寻求法律之外合理的解决途径；最后，对上访人自身认识偏差引起的上访，应耐心地进行思想疏导和法律引导，教育其息诉罢访，同时，在接访当中，自觉地宣传党和国家的方针政策，普及法律知识，促进公民法律意识的提高，为维护社会稳定，构建和谐社会，创造良好的群众基础。

（二）律师职业自主性的微观进路

1．确立我国律师刑事辩护豁免权。律师刑事辩护豁免权是指律师在刑事辩护活动中，特别是在庭审中发表的举证、质证意见以及辩护言论不受刑事法律追究。我国《律师法》第 36 条、第 37 条虽从广义上和人身权利方面提出了对律师予以保护的要求，但是，这些规定未能反映刑事辩护豁免权的基本含义，缺乏可操作性。因此，有必要确立律师刑事辩护豁免权，应明确规定：（1）对律师在刑事辩护中依职责发表的书面或口头言论，不得追究诽谤、侮辱、伪证或包庇等刑事法律责任。（2）律师凡依法进行刑事辩护活动，不得受到拘留、逮捕、审讯和起诉。（3）律师在刑事辩护活动中违反了执业纪律或职业道德，由律师主管机关对其进行相应的惩戒。（4）律师行使辩护豁免权的例外情形及追究律师刑事责任的特殊程序。

2．强化律师的调查取证权。调查取证权是指律师在承办法律事务过程中享有的调查案情，收集核实证据的权利。目前，律师调取证据难是不争的事实，这除了传统观念及自身能力不足等因素以外，立法方面存在缺陷更是重要原因。因此，我国法律应尽快就律师调查取证权及其法律保护作出合理的规定，为律师执业提供一个宽松的法制保障环境。(1) 删除《律师法》和《刑诉法》中对律师调查取证的各种限制性内容，明确规定律师承办法律事务，有权向有关单位、个人调查情况，收集证据，有关单位、个人应当给予支持。(2) 考虑有些单位、个人拒不配合律师调查取证的情况，在法律中增加相应内容。如：“ 律师无法调取有关证据和材料时，有权申请人民法院调取，除法律有明确规定情形外，人民法院应当调取 ”。

3．建立律师诉讼业务垄断制度。目前，我国法律服务市场主体呈多元化的状态。这不仅导致了诉讼法律服务市场的无序竞争，也严重制约了律师作用的发挥，而由律师垄断诉讼业务是多数国家通行的做法，因此，我国也应确立律师垄断诉讼制度。着手：(1) 修改《民事诉讼法》、《行政诉讼法》和《刑事诉讼法》相关条款，明确规定在各类出庭诉讼活动中，代理人和辩护人均应由律师担任。并废止司法部相关规章，对基层法律服务工作者服务范围重新界定。(2) 加大对非律师人员从事诉讼活动的处罚力度。明确规定非律师人员侵犯了律师的诉讼垄断权，情节严重的，应承担相应的刑事责任。(3) 做好法律服务人员分流工作。将现有除律师外的其他法律服务人员转化为律师，对未能转化人员的业务活动限制在非诉讼领域。

注释：

①章武生：《中国律师制度研究》，中国法制出版社 1999 年版，第 32 页。

②刘桂明：《救亡与图存：中国律师业面临十大难题》，《中国律师》，2002 年第 11 期第 14 页。

③杜钢建：《中国律师的当代命运》，改革出版社 2007 年版，第 155 页。

④陈卫东：《司法公正与律师辩护》，中国检察出版社 2002 年版，第 325 页。

⑤孙国华、朱景文：《法理学》，中国人民大学出版社 2006 年版，第 74 页。

作者单位：安徽百济律师事务所

关于青年律师培养问题的几点探讨

席文禄

【内容摘要】青年律师是中国律师业的希望，是中国律师未来的支柱力量，其发展状况如何直接影响到整个国家法制建设的效果，然而目前青年律师的成长却受到各种因素的制约，这既有现阶段法律服务市场过分强调市场的作用，导致市场混乱的原因，也有律师行业组织机构在青年律师培养模式和培养方法失当的原因，本文作者结合自身的工作经历，提出了青年律师前进道路上存在的优势与困难，剖析了制约青年律师发展的诸多因素，并就青年律师的培养和扶植从律师协会、律师事务所、青年律师个人三个层面进行了探讨。

【关键词】困难　改革　措施　培养　成才

随着我国依法治国战略的不断推进，我国律师数量也急剧上升，律师队伍不断壮大，这是党中央、国务院坚定推进依法治国战略的重大成果。广大律师在维护公民合法权益，保障法律正确实施，促进社会主义和谐社会方面发挥着重要作用，同时我们也必须要清楚地看到我国律师队伍在迅速壮大的同时，其自身发展方面也存在诸多问题，突出表现在广大青年律师培养与成才方面，对此笔者粗略地谈几点看法，旨在抛砖引玉以此与大家共同来探讨中国目前青年律师的生存现状，探寻青年律师培养成才的方向与出路。

一、优势与困境并存

（一）存在的优势

1. 青年律师崇尚法律和律师职业，具有强烈的社会责任感。

胡乔木先生在上个世纪八十年代的那句脍炙人口的诗词代表了人们对律师职业的敬仰：“你戴着荆棘的王冠而来，你握着正义的宝剑而来。律师，神圣之门，又是地狱之门，但你视一切诱惑为无物。你的格言：在法律面前人人平等，唯有客观事实才是最高的权威”。很多青年律师想象着律师散发的迷人和智慧的光芒，对律师这一神圣而又光辉的职业充满了渴望与憧憬，渴望能在在法治社会的建设中大显身手，为法治国家的建立做出自己应尽的贡献。

2. 青年律师对现行法律条文理解比较准确，掌握比较全面，尤其对新修改或新颁布的法律条文较之老律师有更多的掌握。

众所周知，我国司法考试号称中国第一考，其考试难度可想而知，随着司法考试制度的不断改革与完善，考试方向越来越侧重对法律条文细节的考察，广大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，特别是从广度而言，具有比较全面的覆盖，对法律的基本制度、基本原则的理解较为准确，加之青年人思维活跃，具有创新精神，容易接受新事物，因此对新修改或新颁布的法律条文较之老律师有更多的掌握。

3. 青年律师思维活跃，工作上不拘一格，常常出奇制胜。

广大青年律师在通过司法考试之前，做了大量系统学习，长期潜心学习研究法律使青年律师拥有了较为深厚的法学理论功底，广大青年律师在工作中将法学理论与现实的案例相结合，必将为其在思想上带来新的启迪，激发青年律师的热情和斗志，进一步点燃工作激情。由于青年律师没有太多的办案经验，在面对疑难复杂案件时，不会因经验主义对案件先入为主，其办案思路往往会突破常规，达到出奇制胜的效果。

（二）面临的困境

1. 中国的法律服务市场竞争激烈且极不规范，青年律师被迫过早参战，不利于青年律师的培养。

在我国，法律服务市场在现阶段有其特殊性，一边是各种服务主体充斥市场形成无序竞争，如法律服务所、黑律师、假律师的存在；一边是一些领域的市场比较成熟，竞争急剧加强。在这种几近于残酷的竞争大环境下，各个律师事务所无论大小更无论强弱无不卷入激烈的业务竞争之中，无暇顾及所里青年律师的培养工作，广大青年律师也不得不置自己学习修炼于不顾，加入声势浩大的竞争洪流之中，而事实上竞争出局的多以青年律师为主。

⑴社交面狭窄，人际关系简单，为开拓案源透支自身学习的时间与精力。

美国的时间管理专家杰佛瑞•梅尔曾经说过：人生旅途只有两大考验，一是找到可以培养长远关系的对象；二是懂得知道如何去培养这种关系。他的意思是人际关系对你的成功关系重大，人正是通过和别人发生作用而发展自己，实现自己的价值，这是每一位成功者的必经之路，舍此别无它途。青年律师为自己创建一个良好的人际关系网络对其业务开展事业成功也是至关重要的一环，律师事务所只是一个松散的组织，案件的来源主要靠自己的人脉关系，无论大所小所都是这个情况，而人脉的积累需要时间，一个入伍时间不久的青年律师人脉关系比老牌律师及主任相差甚远，在此情形下，广大青年律师刚入行不久就加入争案源的行列，把大量时间、精力花在处理人际交往之中，过多的透支了学习业务知识，提高业务素养的宝贵时间，往往是舍本逐末，得不偿失。

⑵生存保障存在问题，不利于青年律师自身进步。

广大青年律师为职业的神圣而四处奔波的同时，却又不得不经常会担心牛奶、面包哪一天会没有，由于律师收入不稳定，有的年份甚至是入不敷出，今天可能拿到一个案子，但明天不知道还是否会有案子做。也就是说，今天做完事情后，你根本无法预知明天有什么事可干，这种极大的不稳定性会极大地影响到青年律师的生活。目前法律服务市场的竞争已发展到了白热化和异常残酷的局面，对广大的青年律师来说更是雪上加霜，举步维艰。

美国心理学家马斯洛的需求层次理论告诉我们，一个人只有基本的生理需求得以满足后，才能增加对自我发展需求的渴望。而我国目前相当一部分青年律师表面上衣着光鲜实际则囊中羞涩，自问明天的早餐在哪里？今夜酒醒何处？种种局面已经成为多数青年律师无法言表的尴尬，生存保障存在问题，无力对自己成长进行应有的智力投入，更无力进行应有的自我教育、自我培养和自我发展。

2. 律协对律师的某些管理制度有碍于青年律师的成长

⑴部分地方的律师协会在会费的收取上并未对刚执业的青年律师和资深律师加以区分，不利于年轻律师培养。

广大毕业生经过浴火重生，凤凰涅槃般的历练终于拿到了带有共和国国徽的法律职业资格证书，他们满怀激情的加入了没有分文收入实习行列，刚刚执业时还一穷二白，律师行业协会却要求每个青年律师必须先缴纳数额不菲的会费才给予注册，这使吃饭温饱都成问题的青年律师又是雪上加霜，举步维艰。

⑵律协对青年律师培训次数有待进一步增加，培训质量有待进一步提高，青年律师对其有更多的期待。

众所周知，律协是律师的娘家，是所有律师尤其是青年律师温暖的家园和心灵的归宿，在帮助青年律师度过难关，进行培养方面青年律师对其有更多的期待。

可是理想很丰满，现实很骨感，很多地方律师协会虽然组织了相关业务培训，但无论从次数和质量上都远远无法满足青年律师成长的需要，平时的业务知识只能在办案过程中慢慢积累，有时不免走弯路，事倍功半。全国律协、中国法学会等单位举办的所谓专项培训，收

费动辄几千元，使本来就囊中羞涩的青年律师更望而却步。培训教育不足导致青年律师难以迅速成长，无法在行业内形成良好的梯队优势。

3. 律师事务所管理制度以及人才培养模式亟待改革，年轻律师孤军奋战不利于青年律师的培养。

⑴提成制是导致青年律师生活没有保障的主要原因之一。

提成制分配模式，采用这种方式可以调动律师的工作积极性，最大限度地激励律师去开拓市场，也能可以减轻律所的负担，但高提成的分配方式也使律师事务所成了“ 空壳 ”，律师事务所的分配问题已经成为现今制约律师业发展的瓶颈，可以说目前“ 提成制 ”的分配制度，不仅导致了律师事务所吃光分光，律师事务所财力的弱小，更使其无力对年轻律师投入更多的人力和物力进行培养，许多刚入行的年轻律师某种程度上处于自生自灭的状态，不得不为生存而另谋职业出路。

⑵单兵作战的模式下律师同行中良师稀少，益友难寻，对青年律师培训缺乏。

虽然律师的执业机构是律师事务所，对外签订委托代理协议的受托方也是律师事务所，而不是具体某个律师。但是，一个不得不面对的现实却是，全国有相当数量的执业律师实质上采取的仍然是单枪匹马闯天下的创业模式，律师事务所变成了个体工商户联合体形式，甚至有些规模大的律师事务所都被业界戏称为是“ 高级个体工商户联合体 ”。在此背景下，很多资深律师出于潜在的“ 教会徒弟，饿死师父 ”的顾虑，为了避免有限的案源被无限的后来律师执业者瓜分，于是每个人都像修道院的修女一样把自己紧紧的包裹起来。由此带来的直接后果之一就是，刚刚迈入律师门槛的青年律师，很多时候犹如刘姥姥进了大观园，急于走出大观园迷宫时，却找不到引路人，好不容易碰到个识路的，结果连问三遍，人家都不搭理你，更有甚者，居然恶意卑劣的将青年律师误引至通向地狱的不归路。

二、培养青年律师的几点建议

（一）对于青年律师的培养与成才司法行政机关责无旁贷。

我国青年律师的培养工作离不开政府的关心，律师为国家长治久安、社会稳定、民主法制建设和维护法律正确实施方面起到了不可替代的作用，是社会主义法制建设中一支不可或缺的重要力量， 青年律师是我国律师队伍的未来和希望，其发展状况如何直接影响到整个国家法制建设的效果，因此政府要站在建设社会主义法治国家的政治高度去看待青年律师的培养工作。

充分发挥政府的宏观调控职能，弥补法律服务行业市场调节的弱点，净化法律服务市场环境。为青年律师发展提供一个良好的执业大环境；各级司法行政机关应结合本地区青年律师成长发展中所面临的具体情况，积极探索青年律师培养成才的模式和方法，把对青年律师的培训投入和培训成果作为对律师事务所考核的重要内容之一；同时注重选派专业资深律师与青年实习律师分组搭配，参与由政府主办的公益性法律服务活动，为来访群众特别是弱势群体无偿解答涉法问题，同时给参与法律服务的律师尤其是青年律师适当的物质补贴，保障年轻律师的基本生活，一方面既为青年律师成长提供了丰富执业经验的实习舞台；另一方面又很好地履行了政府对人民群众普法教育的公共服务职能。

（二）律协积极利用自身优势，加大对年轻律师的扶植和培养。

1. 不断加大对扶持青年律师的力度，对青年律师的个人会费缴纳实行“ 一免二减半 ”的政策，做到前三年执业的新律师个人会费全免，第四年减半征收。

2. 投入大量经费用于新律师培训，并将已取得律师资格但尚未获得执业证的青年律师纳入新律师培训计划，对青年律师要重点做好新颁布的法律、法规培训和继续教育、学历教

育，不断提高青年律师业务水平、学历层次和综合素质，其培训费用主要由律师会费支出，并形成常态机制。

3. 律协在每年向每家律所收取的会费中，通过设立基金的方式，对在青年律师培养方面做出突出成绩的律所进行表彰和奖励，也可以通过减低或返还会费等方式，鼓励律所在青年律师的培养方面加大投入力度。

（三）律师事务所要增强队伍优化意识，力行内部改革，为青年律师的培养搭建良好平台。

1. 律所应采用更合理的分配制度扶持青年律师的成长。

对三年以下的青年律师可以采用工薪制，同时以多劳多得的方式作为奖励，帮助他们走过最初执业的困难期，为整个律师业的发展发挥每个律所的作用。

2. 努力提高青年律师、实习律师的政治素质和业务素质。

安排经验丰富的老律师以“传、帮、带”的形式培养青年律师、实习律师的实践能力，加大培训力度，通过多层次、多渠道、多种方法的政治和业务培训，使青年律师、实习律师的思想观念不断更新，视野更加开阔，业务更加过硬，努力向复合型人才发展。

（四）青年律师是自己的救世主，要努力完善自我。

1. 端正心态，贵在坚持。

青年律师要认识到，这是发展的必经阶段，必须要承受和跨越这一阶段，自己才有可能成为成功的律师。律师是一个坚持到底、“剩”者为王的职业，所以青年律师不要为执业前期的曲折所吓倒，成功的人往往就是那个在最艰苦的时候，还在做麦田守望者的人。

2. 努力学习，厚积薄发。

“千里之行，始于足下”的古训对今天的青年律师依然适用，要虚心向老律师学习，学习他们在长期的执业生涯中积累的丰富经验，学习他们的执业操守和敬业精神；全面提高业务能力，培养律师职业思维。同时与同事主动探讨，钻研业务，共同进步；对同行应相互尊重，提升形象，只有这样才能厚积而薄发。

综上所述，笔者以上的感悟和体会，还不足以全面概括当今青年律师的现实状况及其培养策略，不过谨借此文，唤醒更多的人都来关注、关心青年律师的培养与成才问题，青年律师因为年轻，他们有激情有梦想，也正因为年轻，他们有不足、有欠缺，更有迷茫和困惑。因此，为了律师事业的未来，我们应抱着欣赏与呵护的心态来关注他们的培养与发展，我们有理由相信通过司法行政机关的关心、律师协会的重视、律师事务所的扶植，再加上青年律师自身的努力，青年律师一定能茧破化蝶，成长为律师界的人才梯队，推动我国律师队伍的健康发展。

参考文献：

①谷新杰：《我国法学教育中法律思维模式培养的缺失与确立》，图书出版社 2009 年版。
②张杰发：《律师培养模式》，法制出版社 2000 年版。
③贺卫方：《中国法律教育之路》，中国政法大学出版社，1997 年版。
④顾纯江：《律师成功宝典》，教育科学出版社，2001 年版。
⑤苏继强：《中国法律服务市场与法律人才》，科学出版社，1998 年版。

作者单位：安徽褚汉华律师事务所

律师的职业使命和职业荣誉感

万长玲

【内容摘要】专业性、独立性和有偿性是律师职业的基本属性。政治性是现代律师职业的本质属性。律师的职业使命是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。其中“维护当事人合法权益”是律师应尽的具体职责，“维护法律正确实施，维护社会公平和正义”则是律师应履行的法律职业义务。随着经济对社会的影响力的增强，与道德有关的律师职业荣誉感，也在世界各国发生衰退，而且中国律师有着更具有中国特色的尴尬。真正以法律职业为理想的律师职业个体，应充分发挥个体的能动作用，在客观环境允许的情况下，竭力挽救一份职业荣誉感。

【关键词】律师　职业属性　使命　荣誉感

一、律师的职业属性

（一）律师职业的基本属性

由于政治、历史及法律制度的不尽相同，当今世界各国所规定的律师职业概念及范围也不尽相同。但各国的律师职业基本上具备如下共同特征：受过系统的法学理论教育和实践训练、成为律师要经过严格的资格考试并领取执照、组成律师协会并主要采用律师自律性管理、律师工作有相当大的独立性、有偿办理诉讼及非诉讼业务等、有严格的职业道德和执业纪律要求等。我国 2007 年新修正的《律师法》相关规定与上述共同特征也并无二致。其中第 2 条第 1 款规定:“ 本法所称律师，是指依法取得律师执业证书，接受委托或者指定，为当事人提供法律服务的执业人员。”第 3 条第 4 款规定：“ 律师依法执业受法律保护，任何组织和个人不得侵害律师的合法权益。” 第 43 条规定：“ 律师协会是社会团体法人，是律师的自律性组织。” 可以说专业性、独立性和有偿性是律师职业的基本属性。一方面这三项基本属性使律师职业与执业医师、注册会计师在表象特征上是相同的。另一方面主要办理代表公民私权的诉讼与非诉讼的专业性范围及其独立性、有偿性的基本属性又使律师职业与法官、检察官职业在表象上显而易见的区别开来。

（二）律师职业的本质属性

发源于西方的律师制度经历了漫长的演化过程，萌芽于古希腊，草创于古罗马，衰落于中世纪，在十七、八世纪资产阶级民主革命后发扬光大并逐步完备，资本主义经济的迅猛发展，伴随着自由、民主、人权思想的普及以及英美法等欧美主要国家近代宪法的产生、三权分立的法治国家的构建，各国先后以法典形式确认了律师职业的正当性和合法性。律师职业获得了空前的发展，律师业务从单一的诉讼渗透到了社会生活的各个方面，律师的活动范围也从法律领域拓展到经济、政治等各领域。同时，律师的职业功能也发生了质的变化。由此追溯以往，律师是为少数贵族的民主提供法律服务。而在法治国家追求的是由宪法保障的日益普及的公民的平等、民主、自由和人权，并在法律制度上对国家或政府以及一切公权力进行限制和监督，形成了公民社会与三权分立的政治国家、也即私权与公权相对立和制约的二元分立结构状态，而司法独立是其核心制度之一。 但是由于司法权仍然是一种为国家所垄断的权力，普通公民在强大的司法机关面前显得弱小和孤单。同时，伴随着社会关系的多样化，法律规则日益走向复杂化，普通公民面对日益膨胀的法律规范体系同样存在诸多盲区。

而精通法律规范的律师，不仅利用其所具有的法律知识，同时还由于律师具有的司法职业者的身份，在与司法机关打交道的过程中往往能发挥一般公民无法具有的优势。因此，律师不再仅是为少数贵族服务，而是成为市民大众的代言人，在实际上行使了一种“ 平民司法 ”的职能。可以说正是因为有了律师的参与，公共司法才不至于发展成为一种专制的权利；换言之，律师的存在是对公共司法权威的极大制约。早在十九世纪，法国的政治思想家托克维尔在其经典名著《论美国的民主》中认为律师和法官是“ 平衡民主的最强大力量 ”，在“ 行将诞生的民主政治社会负有重大使命 ”。 二十世纪，联合国 1948 年通过的《世界人权宣言》第 11 条、1966 年通过的《公民及政治权利国际公约》第三部分第 14 条都规定了刑事案件当事人必须获得律师的帮助。1959 年各国法学家、法官和律师组成的国际法学家委员会在印度通过的《德里宣言》认为“ 司法独立和律师自由是实施法治原则必不可少的条件 ”。联合国 1990 年《关于律师作用的基本原则》前言中则鲜明指出：“ 鉴于充分保护人人都享有的人权和基本自由，无论是经济、社会和文化权利或是公民权利和政治权利，要求所有人都能有效地得到独立的法律专业人员所提供的法律服务。”

正如西方学者所言：“ 律师是一个复杂法律制度的专家。他犹如法院里的官员一样，以一种替大众服务的精神来运用他的知识，虽然法律界人士散布全国各地，并无统一组织，可是在他们之间却存在一种‘ 同盟 ’”。“ 企业及社会生活，以及政治制度的力量，都得靠律师们来担负起职业责任。”[①]毫无疑义，律师制度是法治国家进程中民主政治制度直接需要的、必不可少的组成部分。“ 法律的历史表明,没有职业律师阶层就不会有法治。”[②]律师职业是法治国家不可或缺的职业。律师制度已经成为法治社会的标志之一。因此，现代律师制度的本质来源是法治国家的民主政治制度需要，律师职业的政治性才是现代律师职业的本质属性。律师制度与法官、检察官制度共同组成法治国家的司法独立体系，其中虽然律师业并不是国家的机关，但如果缺少律师职业，司法体系则顷刻失衡，无法运转，因为普通公民无法运用专业的法律操作,公民的私权和对公权的制约权将因此落空。正是基于这种无可否认的事实，律师与检察官、法官共同组成法治国家的法律职业共同体。因此，律师的本质属性——政治性决定了律师与检察官、法官的相同点——皆系出自同一法律职业共同体的法律（职业）人。

二、律师的职业使命

我国 2007 年新修正的《律师法》第 2 条第 2 款明确规定了律师的职业使命：“ 律师应当维护当事人合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平和正义。”其中“ 维护当事人合法权益 ”是律师应尽的具体职责，“ 维护法律正确实施，维护社会公平和正义 ”则是律师应履行的法律职业义务。

（一）律师应尽的具体职责

“ 维护当事人合法权益 ”是律师的职业使命，是由律师职业的基本属性——专业性、独立性和有偿性决定的。律师运用专业的法律知识有偿的、独立的、不受干扰的为委托当事人提供法律服务，在此过程中的目标自然应当是最大化的维护当事人的合法权益，这是社会基本的公平价值观和基本的职业操守，是律师业作为一个社会职业群体必须履行的职责。

(二) 律师应履行的法律职业义务

不仅我国律师法规定了律师应当“ 维护法律正确实施，维护社会公平和正义 ”，而且国外和地区也多有类似的立法例。如《日本律师法》第 1 条规定：“ 1. 律师以维护基本人权、实现社会正义为使命；2. 律师根据前项使命应当诚实地执行职务，努力维护社会秩序和改善法律制度。”《欧洲共同体律师行为准则法典》关于“ 律师在社会中的职能 ”指出：“ 律师必须服务于司法公正，同时也应当捍卫委托人的权利与自由 ”。我国台湾地区 1992 年《律师

法》第 1 条规定：“ 律师以保障人权、实现社会正义及促进民主法治为使命。律师应基于前项使命，诚实执行职务，维护社会秩序及改善法律制度。” 国际有关律师的文件也有类似规定，如联合国《关于律师作用的基本原则》的前言载有“ 鉴于律师专业组织在维护职业标准和道德，在保护其成员免受迫害和不公正限制和侵犯权利，在向一切需要他们的人提供法律服务以及在与政府和其它机构合作进一步推进正义和公正利益的目标等方面起到极为重要作用 ”、第１4 条载有 ” 律师在保护其委托人的权利和促进维护正义的事业中，应努力维护受到本国法律和国际法承认的人权和基本自由，并在任何时候都根据法律和公认的准则以及律师的职业道德，自由和勤奋地采取行动。”

国外国家和地区以及国际文件有关律师的规定多有律师应“ 维护法律正确实施，维护社会公平和正义 ” 类似内容，当然不是巧合，而是由现代律师职业的本质属性——政治性所决定的。一个法治进程中的国家需要律师制度，其首要目的是让律师代表普通民众，做普通民众的法律代言人，依照国家法律参与司法体系运行，与检察官、法官共同组成法治国家的法律职业共同体，共同完成国家的司法运行工作。在同一司法体系、同一法律体系和同是以法律为职业的共同背景之下，律师与法官、检察官虽各自承担了具体不同的法律职业，但“ 维护法律正确实施，维护社会公平和正义 ” 则是法治国家的司法制度对这个法律职业共同体共同要求的终极目标，是司法独立原则的终极价值。而对于维护“ 法律正确实施，维护社会公平和正义 ” 标准的理解，只能从司法角度作狭义理解，即只要在国家现有法律框架之中维护了法律的正确实施，则就维护了法律框架所保障的社会公平和正义。“ 维护法律正确实施，维护社会公平和正义 ” 并不是司法体系中任何一个单独职业所能孤军奋战的结果，而是法律职业共同体共同协作运行的结果。每一个具体职业不同的法律职业共同体，只要各尽其职，那么从其自身的履职角度，就可以说已经履行了“ 维护法律正确实施，维护社会公平和正义 ” 应尽的法律职业义务。共同的目标不仅是三种职业各自存在与发展的共同基础，也是三种职业人相互转化互换的共同基础。正因为如此，在意大利，没有各自独立的律师法和检察官法，而有两种职业共同的《意大利律师和检察官法》。在英美法系各国，“ 律师 ” 这个称谓从来就包含着 “ 检察官 ”，因此，检察官与律师不仅都共同注册于律师协会（或律师公会）以取得从业资格，而且两种职业经常可以转化互换。至于法官则必须从执业若干年以上的律师中择优选拔产生。不仅律师、检察官、法官三种职业可以相互转化，甚至在有的国家，即使在从事某种法律职业的同时，还可临时 “ 客串 ” 其他法律职业。譬如在日本，在特殊情形下，法官可指定律师执行检察官的职务，担任某一案件的公诉人。在英国，律师也可临时担任治安法官审理案件。③

为配合我国 2007 年修订后《律师法》的实施，司法部二〇〇八年七月十八日发布的《律师执业管理办法》，第 3 条规定了 “ 律师通过执业活动 ”，“ 应当维护当事人合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平和正义 ”。对于律师而言，“ 维护当事人的合法权益 ” 是律师应尽的具体职责，律师在其本职工作范围中正确履行该具体职责，就是为“ 维护法律正确实施，维护社会公平和正义 ” ——这个法律共同体所追求的共同目标，尽了应尽的法律职业义务，就是维护了法律正确实施，维护了社会公平与正义。

三、律师的职业荣誉感

（一）职业荣誉感的内涵

在我国，职业荣誉感，通常而言是指一定的社会或集团对人们履行社会义务的道德行为的肯定和褒奖，是特定人从特定组织获得专门性和定性化的积极评价，作为从事本职业的个人因意识到这种肯定和褒奖所产生的道德情感。换言之，职业荣誉感就是每个职业人，在自

己职业范围内做好自己本职范围内的事情的那种职业责任感及做好职业之后在社会上获得的尊敬、自尊及感到光荣的那种感觉。在一个良好社会里，只要认真把自己职业岗位上的事情做得尽量完善，在社会上就会得到充分的尊敬，作为个人也能够得到充分的职业荣誉感与幸福感。显然，职业荣誉感的内涵包括三个依次的内容：1. 本人认真履职；2. 履职行为得到社会的肯定评价；3. 本人对自身履职行为得到社会肯定评价，在道德情感上产生职业认同感、尊严感和自豪感。毫无疑义，按理想而言，在社会上应当受到特殊的崇敬和高度的自豪感是律师职业荣誉感应当包括的内容。

（二）律师职业荣誉感的衰退

工业革命带给了人类社会巨大的物质进步，却也造成了人类道德生活退步的直接后果，而信息与现代高科技发展的后工业社会则进一步加剧了物质进步与道德退步的“ 大裂变 ”，造成了全球性的“ 道德危机 ”。④与道德有关的律师职业荣誉感，随着经济对社会的影响力的增强，也在世界各国发生衰退。律师职业之日趋商业化及其追求利益最大化、漠视律师社会责任的倾向，不仅损害了律师制度作为一项政治和法律制度而存在的基本价值，而且律师职业本身固有的职业荣誉感也在衰退。

以上所有这些情况，同样表现在当代中国，而且中国的律师处于具有中国特色的更为尴尬的境地。由于官本位、人治观念对司法界的流毒甚深以及拜金主义在中国当今的主流地位，律师为了当事人的合法利益也要帮助当事人疏通关系，否则就有被黑掉、败诉的危险，也有不少律师出于捞钱目的，为当事人疏通关系谋取非法利益，结果无论当事人的合法、非法利益，律师都必须帮助当事人疏通关系，当然这其中还有各种原因导致失手的。因此市民社会对律师的评价是唯利是图、不择手段、骗子，而执法、司法人员只把律师当法制摆设而已，只有利用、漠视和蔑视，没有对待法律人应有的尊重。中国的律师就是这样在两头都不看好的市民社会与国家政治之间的夹缝中没有地位、没有尊严的艰难生存。这种境况确实存在一定的普遍性，并恶性循环，有愈演愈烈，每况愈下之势，令人堪忧。曾经当选为中国十大杰出青年法学家的顾培东律师说：尽管律师个体利益扩张的实际倾向在任何社会都是存在的，但在中国现实条件下，这种倾向更为明显，“ 在谋求利润最大化这一点上，律师事务所与企业、律师与商人几乎没有本质区别 ”。⑤

（三）律师职业个体对职业荣誉感的挽救

全球道德危机、国家道德危机乃至与道德有关的律师职业荣誉感危机，就大处而言，是世界、国家乃至律师行业组织需要解决的问题，是道德重建、法律重建及两者相互关系的再调整问题乃至律师行业组织的重振问题等，本文在此不作讨论。

就职业律师而言，职业荣誉感的丧失，固然有律师职业不能左右的政治体制、法律体制、经济体制和道德态势等社会客观环境为背景，所有这些问题根本不是律师个体所能扭转的。并且，职业荣誉感的丧失是一个恶性循环，当律师因一些客观和主观的原因不能依法认真履职，就会得到社会的负面评价，自我感觉自然也是否认的和不安的。而这种否认和不安的感情加上导致不能认真履职的客观原因和社会的负面评价，更加导致律师不能依法认真履职，则又越发招致社会的负面评价，如此恶性循环。律师在职业荣誉感的丧失中连同其中基本的职业尊严一同丧失，而职业尊严，对于一个职业人来讲，丧失了职业尊严，犹如丧失了人格尊严，其所从事的职业不是给其带来应有的荣誉，而是带来没有尊严的耻辱。当一个职业的价值，仅仅体现为这个职业所能带来的物质价值的时候，职业荣誉感也就荡然无存了。人生已没有意义，只有为金钱、为生存而卑微生存。面对此种情况，凡是真正以法律职业为理想、而不是仅仅为饭碗的律师，不应在这样的循环中随波逐流，自感沉沦下去。而应铭记 1990 年联合国《关于律师作用的基本原则》第 12 条：律师应随时随地保持其作为司法工作重要代理人这一职业的荣誉和尊严，第 14 条：律师在保护其委托人的权利和促进维护正义的事

业中，应努力维护受到本国法律和国际法承认的人权和基本自由，并在任何时候都根据法律和公认的准则以及律师的职业道德，自由和勤奋地采取行动。充分发挥个体的能动作用，在客观环境力所能及的情况下，依法认真履职，并在执业行为中抵御过度商业性的趋向和执法、司法不公的情形，以合法手段竭力维护当事人合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平和正义。这既是职业义务，也是职业权利，同时也是在维护律师的职业尊严。唯有如此，我们的内心尚有信念支持，我们的外形尚有职业尊严需要维护，就个体而言，也会得到一定范围、一定程度的积极评价，同时，作为市民精英身份的法律职业人也一尽了一份对道德和法治社会应尽的一份社会责任，唯有如此，我们的内心对自己的职业才有认同感和自尊感，也就挽救了一份职业荣誉感。只有从内心树起的尊严才是真尊严，只有从内心自觉的荣誉感，才是真荣誉。“ 在自己的工作中抓住机会实现它的那些人，就象风暴中的海员，以某种方法抢救自己及船上珍贵的货物一样，他们将为自己赢得无价的荣誉。” ⑥

注释：

①［美］哈罗德·伯曼：《美国法律讲话》，陈若桓译，三联书店 1988 年版，第 208 页。

②[美]约翰· 梅西·赞恩：《法律的故事》孙运申译 ，中国盲文出版社 2002 年版，第 150 页。

③参见顾永忠:《论律师维护社会公平和正义的社会责任》，http://www.procedurallaw.cn/xsss/zdwz/200901/t20090127_131353.html，最后访问：2010 年 6 月 28 日。

④佚名：《道德危机与道德重建》，http://www.wyzxsx.com/Article/Search.asp?Field=Title&ClassID=&keyword=%B5%C0%B5%C2%CE%A3%BB%FA%D3%EB%B5%C0%B5%C2%D6%D8%BD%A8&Submit=+%CB%D1%CB%F7+，最后访问：2010 年 6 月 28 日。

⑤参见余少祥：《律师职业价值与商业限制》，http://www.acla.org.cn/pages/2005-6-27/s29522.html，最后访问：2010 年 6 月 28 日

⑥[美]安索尼 T.克罗曼：《迷失的律师》，周占超、石新中译，法律出版社 2002 年版，第 416 页。

参考文献：

①李峰、梁静、丁娟：《律师制度改革热点问题研究》，人民法院出版社 2004 年版。

②王亚林：《中西律师制度比较研究》，http://www.y-tlaw.com/NewsShow.asp?ID=559，最后访问：2010 年 6 月 20 日

③代政：《律师的本质属性》，《律师事业与和谐社会——第五届中国律师论坛优秀论文集》，2005 年。

④陈海：《律师职业的本质属性与律师职业定位的应然性思考》，《内蒙古农业大学学报》(社会科学版)，2010 年第 1 期。

⑤陈卫东、刘计划：《论我国律师的性质》，http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=30216，最后访问：2010 年 6 与 20 日。

⑥王隽、 蔡杰峰：《谈律师的职业荣誉感》，《中国律师》，2007 年第 3 期。

⑦章靖忠：《律师应充分认识到职业荣誉的重要性》，http://www.xuefa.com/lawyer/mood/06123E02010.html，最后访问：2010 年 6 月 26 日。

作者单位：安徽万长玲律师事务所

切实把律师行业党的建设工作落到实处

姜 莉

【内容摘要】高举中国特色社会主义伟大旗帜，以邓小平理论和三个代表重要思想为指导，深入学习实践科学发展观，认真贯彻落实党的十七大和十七届四中全会精神，认真贯彻落实中组部、司法部党组《关于进一步加强和改进律师行业党的建设工作的通知》，不断提高各律师事务所党支部和广大律师党员贯彻落实科学发展观的主动性和自觉性。把学习实践科学发展观与市委提出的“追宿迁、超千亿、进前列”主题和市局提出的“拉高标杆、争先进位、突出重点、全面提升，推动全市司法行政事业良性循环发展”目标有机结合起来，以坚定理想信念为重点加强思想建设，以造就高素质党员律师为重点加强组织建设，以保持党同人民群众的血肉联系为重点加强作风建设，以健全民主集中制为重点加强制度建设，以完善惩治和预防腐败体系为重点加强反腐倡廉建设，全面推进律师行业党建工作。

【关键词】律师行业　党的建设　支部工作

中组部、司法部党组《关于进一步加强和改进律师行业党的建设工作的通知》下发以来，各级司法行政机关党委（党组）高度重视律师行业党的建设工作，省委组织部和司法厅党委专门出台《加强和改进律师行业党的建设工作实施意见》，从建立健全律师行业党的组织体系、做好律师党员发展和教育、管理、服务工作，从建立和完善律师行业党建工作各项制度和切实加强对律师行业党建工作的领导和工作指导等四个方面做出了具体规范。作为基层律师事务所党支部如何贯彻好各级领导机关加强律师行业党的建设工作的指示，把律师行业党建工作切实抓实抓好，已成为基层司法行政机关党委（党组）和律师事务所党支部抓律师行业党建工作的首要任务。本人从律师事务所党支部角度，就如何抓好支部建设，谈一点不成熟的看法。

一、加强党的理论知识学习，进一步明确支部工作内容和工作形式

在律师事务所建立党支部，是党的建设工作的一项新的任务。律师事务所党支部的性质、工作目标、工作任务、工作机制、工作抓手都是一项新的任务。

（一）明确律师事务所党支部的性质

《中国共产党党章》规定，党的基层组织是党在社会基层组织中的战斗堡垒，是党的全部工作和战斗力的基础。律师事务所党支部是律师行业党的组织体系中最基层的组织形式，是对党员律师进行教育、管理和监督的基本单位，是党联系广大律师的桥梁和纽带，是党团结和带领广大律师进行社会主义现代化建设的战斗堡垒。

（二）明确党支部工作目标

我认为，近几年，律师事务所党支部的工作目标是：通过党支部和党员律师在律师事务所各项经营管理活动中的重要地位和作用，影响、引导、支持、推进律师事务所贯彻党的路线、方针、政策，提升律师及律师事务所为社会提供优质高效的法律服务能力，保证国家法律法规的正确实施；通过党支部和党员律师的先进性，引导广大律师对中国特色社会主义法律工作者的职业属性认同，凝聚、引领广大律师向党组织靠拢；坚持带动律师成长、促进律师事务所发展壮大，更好地服务和回报社会。

（三）明确党支部工作任务

1. 坚持把思想建设摆在首位，不断提高党员律师队伍的思想政治素质。组织全体党员律师认真学习党的路线、方针、政策，不断提高党员律师的政治理论水平；坚持用党的基本理论武装党员律师，教育广大党员律师模范遵守行业规范、执业纪律和各项制度，争做业务骨干，为社会提供优质高效的法律服务；带头贯彻落实党的方针政策、国家法律，促进律师事务所规范化、专业化建设，增强党组织活动的亲和力和凝聚力，保证律师执业的政治方向，促进律师行业和律师事务所的健康发展。

2. 加强职业道德建设和精神文明建设，树立党员律师的良好形象。端正业务指导思想，克服一味追求经济效益、不讲社会效益的思想倾向。把党的“全心全意为人民服务”的宗旨意识与“维护当事人合法利益”的敬业精神结合起来、 把对当事人负责与对国家、对社会、对党负责结合起来，以高尚的职业道德引领广大律师坚定律师事业发展方向，发挥党员律师的先锋模范作用。

3. 加强所内团结，切实把广大律师团结在党支部周围。充分发挥党支部在凝聚人心、凝聚所力方面的重要作用，推动实现党支部内部和谐、所内和谐、行业内和谐，营造良好的工作氛围。

4. 强化对党员的教育、管理、激励和监督

加强律师党员的教育培训。以学习实践科学发展观活动为契机，积极开展创建学习型党支部活动。重点抓好：党的十七大、十七届四中全会精神的贯彻和学习；社会主义法治理念的经常化教育；职业道德具体化教育；党的路线方针政策、法律法规制度化教育等。充分运用现代信息技术和互联网等现代传媒手段，进一步探索党员律师培训的新方法，增强教育培训的针对性和实效性，使党员律师保持先进性，模范践行中国特色社会主义法律工作者的基本要求。

加强对律师党员廉洁从业的监督约束。制定、完善党员律师廉洁从业制度。引导党员律师做依法、诚信、廉洁执业的模范，确保党员律师在行风建设中发挥好骨干带头作用。

激励律师党员参与政治和服务社会活动。通过参政议政、法律援助、社会公益活动等实现全心全意为人民服务的宗旨，体现律师党员的人生价值。

5. 坚持标准，严格要求，不断发展壮大党员律师队伍。高度重视对律师入党积极分子的培养教育工作，通过各种形式，帮助端正入党动机，提高对党的认识，做到成熟一个、发展一个；注重把保证质量放在首位，在对积极分子考察中，政治上重视其现实表现，思想上重视其基本素质，工作中重视其工作实绩，坚持全面考察。

6. 建立健全律师党支部各项工作机制。以学习实践科学发展观活动为契机，建立健全支部各项工作机制。主要是党员大会制度、支部委员会会议制度、支部组织生活制度、工作报告制度、民主评议党员制度、发展党员制度、支部工作目标管理制度和党员目标管理制度等。严格规范党员日常管理，严肃惩戒违法违纪党员律师，保持党员律师队伍的纯洁性。重点做好流动党员律师管理工作，保证党员律师无论流动到哪里，都能够与党组织取得联系，融入党的组织，参加党的活动。要通过建立党员律师先锋岗、推行党员承诺制、建设党建示范点等，使党员律师在实践中能力得到提升，在服务群众中先进性得到体现。要结合新社会组织结构特点，创新工作机制，使支部各项制度既符合党章规定又符合工作实际，既符合上级要求又适应律师工作特点，推陈出新。

7. 研究律师职业特点和时代特色，探索新形势下律师事务所发展方向。在学习党的路线方针政策、国家经济社会发展大势中寻找发展律师事务所事业的方向；从当地经济社会发展目标中寻求壮大律师事务所业务的契机；从社会化分工、市场经济发展中捕捉律师业务的突破，实现律师业务规模化、团队化，发展壮大律师事务所事业。

8. 明确支部工作抓手，创建工作平台。在认真履行党支部八项基本任务的基础上，重点抓好党员律师进村入户、党员先锋岗、法律六进（进机关、进乡村、进社区、进学校、进企业、进单位）、党员律师挂牌上岗、义务接访、参与信访接待、法律援助、为党和政府机关提供优质高效的法律服务等公益活动，自觉践行党的宗旨、宣传贯彻党的路线方针政策，团结带领广大律师维护国家法律的正确实施，在维护社会稳定、推动经济发展、促进社会和谐等方面发挥律师作用。

二、紧密结合实际，提升党支部对内、外工作的沟通协调能力

新社会组织中的党支部，面临着社会大变革、经济利益大调整的新环境，支部的沟通协调能力，比其他行业党的组织更为重要，可能会决定支部的生存与发展。

（一）加强律师事务所内部沟通，建立所内常态管理机制

1. 明确参与所内事务管理的理论依据。基层律师党支部是党在律师队伍中的最基本单位，具有执政党的基本职能，律师事务所党支部参与所内管理是由律师党支部的性质决定的。同时，律师事务所又是“合伙人依照合伙协议约定，共同出资、共同管理、共享收益、共担风险”的合伙制律师事务所，从《律师法》规定的合伙制律师事务所的性质、法定组织形式和治理结构看，律师事务所党支部并不处于直接的领导地位，也没有任何特权。但是律师事务所主任和合伙人与律师事务所党支部在履行“律师是中国特色社会主义法律工作者”的职业使命、推进律师事务所贯彻党的路线、方针、政策、提升律师事务所为社会提供优质高效的法律服务能力、保证国家法律法规的正确实施、发展壮大律师事务所事业、保障律师事务所及律师的经济效益等目标上是相一致的。因此，党支部积极、主动与非党员律师事务所主任和合伙人沟通，参与律师事务所的内部管理，是坚持和完善中国特色社会主义律师制度的内在要求，是坚持律师中国特色社会主义法律工作者本质属性、实现律师业科学发展的政治基础和根本保障。

2. 明确党支部参与管理工作的基本要求。（1）创建所内文明与所内文化。在服务社会事业发展的过程中促进律师成为政治人、法律人、商业人与文化人，实现律师职业价值。组织律师积极参与中国特色社会主义律师文化建设，发挥律师文化的导向、凝聚和激励作用，培育中国特色社会主义律师执业精神。要从政治上关心律师的成长，维护律师的合法权益，使党员律师找到归属感，使广大律师感受到党的关怀和温暖。（2）党支部参与管理工作的重点是思想政治教育、教育培训、社会公益事务、律师服务、律师权益保障、协调解决对内、对外纠纷等。（3）根据各律师事务所的实际情况，逐步建立一套切实可行的管理决策方式，做到与非党员律师事务所主任和合伙人在各项工作上既有分工合作，重大事项又能集体决策。（4）积极为律师事务所的全面发展献计献策。切实承担起把握方向、整合力量的责任，积极协调利益关系、化解矛盾纠纷、营造民主氛围，为律师工作促进和谐提供坚强有力的政治保证。（5）在满足律师基本生活需要的基础上，逐步实现所内财力积累，并使财力积累的利益不仅只与合伙人挂钩，也与所内每个律师挂钩，实现利益共享。

（二）加强对外工作协调，提升律师事务所的社会形象

协调对外关系，是提升律师事务所品牌和影响力、凝聚社会公共资源的重要途径之一。党支部工作重点是：（1）做好司法行政系统内部的协调、政法机关和司法系统之间的协调、权力机关和政府部门之间的协调。切实做好参与信访接待、担任政府法律顾问、维护社会稳定等具体工作。（2）做好社会工作协调，包括积极参与服务“三农”、服务乡镇、街道、社区、学校法制宣传、法律服务、法律援助等；积极参与律师行业业务交流、理论研究交流等。（3）加强政法系统各部门与律师工作之间的交流和工作协调，解决司法工作中面临的

司法理念和实践问题，营造相互尊重、理解、信任、监督的良好司法环境。（4）积极组织律师参与所在地社区各项公益活动，努力为构建和谐社区作贡献。

三、加强工作保障，强化律师事务所党支部的功能定位

大量的新经济组织、新社会组织和流动党员的出现，使传统的基层组织设置模式受到挑战，传统的党务工作已不能适应要求。我们还要从新社会组织的功能定位和支部工作保障方面加以研究。

（一）明确律师事务所党支部的功能定位

律师事务所党支部是由党员律师组成的，党员律师首先是执业律师，其利益就是律师利益。党员律师的利益只有溶于律师事务所的发展中，才能得到保障，党支部的工作目标才能实现。因此，新形势下，律师事务所党支部的功能定位应当是：全体律师的政治引导者、律师队伍的服务者、律师社会利益的协调者、律师意见的倾听者、所内重大工作的监督者、律师情感的寄托者。党支部和全体党员律师只有通过全心全意为律师服务、为律师事务所服务，使律师个体、律师群体、律师整体都能实实在在地得到好处，才能实现党支部的工作目标，实现党员律师的人生追求。

（二）切实加强律师事务所党支部的工作保障

一是积极争取地方党委、政府重视、关心、支持律师工作和律师队伍建设，进一步为推进律师行业党建工作，特别是加强律师事务所党支部建设、完善政策措施，创造有利条件。二是积极协调上级党组织和司法行政领导机关在有关政策、工作条件、活动经费等方面给予大力扶持，保证党支部各项工作正常开展；三是以自身工作成效争取律师事务所主任、合伙人的大力支持，在涉及对外联系、维护律师及律师事务所权益、探索、调研律师事务所发展、开展社会公益活动，提升律师及律师事务所形象、发展律师事务所业务等方面取得经费支持；四是发扬我党光荣传统，艰苦创业，创造条件加强党建工作，把支部建设各项工作落到实处。

四、发挥政治核心作用，引导广大律师认真履行好“律师是中国特色社会主义法律工作者”的职业使命

中央已将律师定性为“中国特色社会主义法律工作者，”为增强对中国特色社会主义法律工作者的职业属性认同，就必须加强律师队伍的思想政治建设。这也是律师党支部工作的重中之重。要组织全体律师通过深入学习实践科学发展观，中国特色社会理论体系、社会主义核心价值观体系、社会主义法治理念等，进一步提高广大律师的政治意识、法纪观念和职业道德水准。就我市律师队伍状况而言，当前，要抓好党支部的思想政治建设，重点是履行好“四个使命”：

（一）引导广大律师履行好服务经济社会又好又快发展的重要使命

引导广大律师从我市改革发展大局出发，提高法律服务的前瞻性、实效性，找准律师工作服务经济社会发展的切入点，创新服务方式，增强服务效果。立足本所工作实际，紧紧围绕 “追宿迁、超千亿、进前列”和保持我市经济社会良好发展势头，积极为推进自主创新，加强服务“三农”、 服务“大滁城”建设、服务深化改革、扩大开放、服务促进金融改革发展等工作，努力为我市经济社会发展提供优质高效的法律服务。

（二）引导广大律师认真履行维护社会和谐稳定的重要使命

维护社会和谐稳定是推进科学发展的前提条件，也是律师义不容辞的社会责任。引导广大律师把是否促进社会和谐稳定作为检验自身职业道德水准和执业能力的重要标准，坚持在

党和政府主导的，人民法院审理的维护群众权益机制中，充分发挥职能作用，积极化解矛盾纠纷，努力实现法律效果、社会效果与政治效果的有机统一。引导律师无论办理诉讼法律事务还是非诉讼法律事务，都要着眼于化解矛盾，消除纷争，正确处理好“维权”与“维稳”的关系，努力引导当事人依法妥善处理各种矛盾纠纷，防止矛盾激化，决不允许在执业活动中挑辞架讼，唆使、诱导当事人上访、闹事。

（三）引导广大律师认真履行维护当事人合法权益的重要使命

依法为当事人提供法律服务，是律师的法定义务，也是以人为本、执业为民在律师工作中的具体体现。引导广大律师在执业过程中严格遵守“以事实为根据，以法律为准绳”的要求，恪守职业道德、执业纪律，尽心尽力为当事人服务。一方面，律师维护当事人合法权益要勤勉尽责，做到“受人之托，忠人之事”；另一方面，律师维护当事人的权益要依法进行，在维护当事人合法权益的同时，不得损害国家、集体利益和其他公民合法权益。要坚决纠正少数律师诚信缺失、工作敷衍了事、收费不办事、服务不尽责的行为。

（四）引导广大律师认真履行维护社会公平正义的重要使命

引导广大律师依法参加诉讼活动，把办理的每一起案件都当作维护社会公平正义的具体实践，从程序、实体和时效上体现维护社会公平正义的要求；注重关爱困难群众，积极履行法律援助义务，使困难群众真正感受到社会主义法治的公正公平。

作者单位：滁州市琅琊区司法局

律师办理群体性案件的经验和教训

杨　宽

【内容摘要】2006 年 5 月，中华全国律师协会下发了《关于律师办理群体性案件指导意见》。如何认识与充分发挥律师在群体性事件处理中的积极作用，不仅是律师行业的重大课题，更是构建和谐社会的重大课题。本文联系笔者的执业经验谈一谈律师参与群体性案件处理的基本原则及经验和教训。

【关键词】群体性案件　基本原则　化解矛盾　政治与法律效果统一

一、群体性案件的定义

群体性案件，是指一方当事人众多（十人以上）、基于同一或类似的事实问题或法律问题而提起的代表人诉讼或共同诉讼；或者分案处理的系列诉讼或非诉讼案件。传统意义上的群体性案件多产生于征地补偿、房屋拆迁、拖欠工程款、劳动报酬等，但近年来随着我国房地行业的发展，集体退房以及物业纠纷所引发的群体性案件呈逐年上升趋势。

二、群体性案件的特征

从定义上看群体性案件有两个显著的特点一是人数在十人以上；二是基于同一或类似的事实问题或法律问题。但笔者认为仅仅从定义上把握群体性案件的特点还远远不够，我们还必须从深层次上去认识群体性案件，结合执业经验笔者认为群体性案件还具有以下几个显著特征：

（一）松散性

与共同诉讼不同，群体性案件当事人的结合没有法律上的强制性，其往往是基于共同的目标或目的而走到一起，在结构上存在明显的松散性，一旦出现诉求上的不一致，极有可能转化为单独的个案诉讼。笔者在 2008 年曾办理过一桩集体退房案，在与开放商的第一轮谈判结束后，即有部分住户退出，而在起诉立案前又陆续退出了一部分，最终参与诉讼的不足原来的一半。群体性案件的一系列特征几乎都是基于“松散性”这一根本特征，只有充分认识这一点在处理该类型案件时我们才能清晰的把握住一些表面现象从而做到游刃有余。

（二）诉求的不一致性

虽然群体性案件是基于同一或类似的事实问题或法律问题而产生，但群体性中的每一个个体的诉求呈现明显的不一致性。以笔者代理的上述退房案为例，部分业主希望退房，部分业主希望获得赔偿，甚至部分业主连基本的诉求也没有完全的随大流。“松散性“决定了“诉求的不一致性”，正如合伙型组织那样，虽然大家大的目标都是为了维权，但如何才算是实现这一目标，每一个个体的理解都不相同。在办理群体性案件前我们必须充分的了解每个个体的诉求与期望值，才能更好的确立诉讼目标，盲目的求同存异或盲目的陷于个体的诉求都会为未来的代理工作带来无穷的烦恼。

（三）从众性

从众心理指个人受到外界人群行为的影响，而在自己的知觉、判断、认识上表现出符

合于公众舆论或多数人的行为方式。群体性案件从众性的特征表现尤其明显。群体性案件在形成最初呈现出强烈的诉求不一致性，但随着案件的一步步深入尤其是当群体中出现一种主流诉求时，个体的诉求往往能极快的得到统一。我们在办理群体性案件应当善于将我们认为合法、合理的诉求引导为主流诉求，否则当主流诉求与律师认为的诉求相冲突时即使这种诉求再不合法、合理也很难改变，这个时候我们只有放弃案件以规避自己的风险。当然在引导诉求时我们在合法、合理不违背职业道德的基础上应尽量将最低的诉求引导为主流诉求。

（四）依赖对象的多样性

当事人在寻求律师时，往往对律师的依赖性很强，因为他们知道自己不是专业人士，只有在律师的帮助下才能更好的实现自己的诉讼目的。群体性案件虽然也呈现出依赖性，但较个案有所区别。个案当事人的依赖对象往往是律师，但群体性案件人数众多、松散性、从众性的特征决定了他们的依赖对象不仅仅局限于律师。律师、群体中的代表、媒体甚至是对方都有可能成为他们依赖的对象。常常听到律师在办理群体性案件时抱怨当事人“不听话”、“自作主张”、“不知道在想什么”，这恰恰反映了我们没有把当事人的依赖对象引导到律师身上，一旦出现这种局面，基于从众性和松散性的特点，结果可想而知。

（五）矛盾的易激化性

由于群体性案件当事人人数众多，情绪激动，个别当事人的不良情绪容易扩散到整个群体，一旦这种情绪成为主流时群体性案件极有可能演变为群体性事件。律师在办理群体性案件时稳定情绪必须贯穿始终，一刻也不能放松。尤其是接案和遇到困难时，要善于劝导，必要时应当适时的组织座谈会稳定情绪统一思想。

三、律师办理群体性案件时应当注意的事项

规范执业是对每个律师的基本要求，在办理群体性案件时这种基本要求和稳定情绪一样要贯穿始终一刻也不能放松。群体性案件法律关系复杂，矛盾易激化，易影响社会稳定，律师在办理群体性案件，只能通过法律途径、就法律问题履行职责，而不是成为为所欲为的大侠仗剑行走天下。除了严格遵守《关于律师办理群体性案件指导意见》外，笔者总结还应当做到以下几点：

（一）以化解矛盾为根本出发点

群体性案件不同于个案代理，个案代理中即使矛盾激化对社会稳定也不会造成过多影响，但群体性案件的矛盾一旦激化极有可能演化为群体性事件，不仅会对社会稳定造成冲击也会给我们自身执业带来巨大风险。群体性案件的当事人往往带有将矛盾扩大化的倾向，认为“小闹小解决、大闹大解决”这种情绪在征地拆迁这一类群体性案件中尤其突出。笔者曾代理过一起征地纠纷，当事人在案件处理过程中反复提出要越级上访、要到相关部门静坐请愿。当遇到这种情况时一定要冷静处理，时刻记住化解矛盾这一根本目的，尽量把当事人的维权行为纳入到正常的法律渠道，不能把当事人的诉求视为律师自身的诉求，否则，就可能“当局者迷”而作出错误的判断偏离正确的轨道。

（二）注重政治效果与法律效果的统一

法属于上层基础范畴，法的目的在于维护有利于统治阶级的社会关系和社会秩序，是统治阶级实现其统治的一项重要工具。在我国，律师的本质属性是社会主义法律工作者。在政治社会中，律师必须讲政治，必须具有高度的政治敏感性，必须具有大局意识。在个案代理中，律师重点考虑的是委托人的利益，但群体性案件的特殊性决定了这类案件不仅涉及社会的热点和难点问题，而且在法律适用上呈现出复杂及困难的情况，不能简单地看作是单纯的民事或行政案件，律师在处理该类案件时应当坚持服从和服务于国家安全及社会稳定的原

则，注意把握好政治与法律的关系、委托人利益与案件整体公平的关系、个案胜败与社会影响的关系，注重政治效果与法律效果的统一。

（三）树立风险意识

有的律师指出：律师的最大敌人是自己的当事人。笔者认为虽然不能把自己的当事人看成敌人，但在处理群体性案件时不应当把当事人看成朋友。群体性案件人数众多，诉求呈现不一致性，即使存在从众性，但一旦办案结果不好，这些个别诉求的人就会站出来指责律师的工作。慎言是办理群体性案件时应当具备的基本思想之一，因为人数众多，你不知道是不是有个别当事人会给你录音，也不知道你说过的话经过十几二十人的转述最终会变成什么样，所以最好的规避上述风险的方法就是惜字如金。多做谈话笔录，尽量让每一个个体都签字。几乎每个律师事务所都有自己格式性的风险告知表，在办理群体性案件时这些表格只是个基础，如果你仅仅依靠这个基础，一旦办案结果不好，你会发现这个基础在群众的口中什么都不是。多向主管机关以及事务所主任汇报工作，让他们知道事态的发展和案件的进展，因为在处理群体性案件时你面对的是十几二十几个甚至更多的人，没有组织的帮助，你很可能沦为“ 弱势群体 ”。时刻记住群体性案件松散性的特征，把群体中的每一个个体都想像为随时可能脱离这个群体，这样才能牢牢的树立风险意识，更好的驾驭整个案件。

(四)与媒体保持一定距离

在群体性案件中，几乎每一个当事人都希望寻求媒体的合作，但律师在遇到这种情况时应保持冷静，笔者建议在处理群体性案件时应与媒体保持一定距离。媒体毕竟不属于法律专业人事，在发表观点时难免带有主观色彩，甚至带有煽动性语言，尤其在涉及案件事实问题或某些敏感性问题时，一旦让公众产生媒体的观点来源于律师时，对律师而言就有可能产生风险。在与媒体接触时即使要发表观点也应限于程序性问题，尽量不涉及实体性问题。我们应当牢牢记住办理群体性案件的根本目的是为了化解矛盾，尤其在网络发达的今天，任何不恰当的报道和语言都有可能引起矛盾的扩大化，一旦让群体性案件在媒体和网络的炒作下演变为群体性事件时，案件就已经脱离了律师的掌控，维权的道路就有可能偏离正确的方向。

（五）正确处理好与政府、与司法机关的关系

在办理群体性案件特别是征地、拆迁类案件中，难免会与政府机关出现联系。律师是沟通国家公权力与社会私权利的桥梁，在出现上述情况时，律师应相信政府，积极与政府有关领导部门、监督部门进行联系沟通，请求有关部门给予积极的支持。笔者建议在与政府机关联系时应当让当事人回避以免矛盾激化，应当客观的反映案件事实及法律适用，必要时可以请求他们介入对案件的处理。群体性案件因涉案人数众多，笔者认为在保证诉讼时效的前提下，可以考虑先行挑选一到两个先行诉讼，在形成生效判决后，再进行其他诉讼。如果无法采取上述方法，在立案前就应当与司法机关提前取得联系，就是否集中立案，还是分批立案达成共识，以避免打乱司法机关正常的工作秩序。对群体性案件我们应当尽量争取司法机关并案审理，以减少当事人的诉累。

四、律师办理群体性案件时的教训

谈到教训，李庄案件可谓是近年来对律师界震动最大的事件。“ 李庄事件 ”、“ 李庄教训 ”等等在一段时间占据了各大媒体的显要位置。从来没有一起事件像李庄案件那样给业界带来这么大的震动，也从来没有一起事件像李庄案件那样给业界带来这么大的影响，其直接引发了律师行业的整风运动。李庄案件虽然源于个案代理，但其产生于重庆打黑期间，属于敏感性案件代理，其教训对律师办理群体性案件具有强烈的借鉴意义。律师办理群体性案件时，只能通过法律途径，就法律问题履行职责，不能支持或协助委托人故意隐瞒、遗漏重要证据

或作虚假陈述，不能参与或建议当事人以违反社会治安、干扰国家机关正常工作等手段促使案件解决。笔者认为律师应当时刻牢记社会主义法律工作者这一本质属性，对法律应当时刻保持敬畏，游戏法律必将给自己甚至给整个行业带来惨痛后果。

参考文献：

①于建嵘：《当前我国群体性事件的主要类型及其基本特征》，中国政法大学学报 2009 年第 6 期。

②王才亮：《律师在群体性事件处理中的积极作用》，第八届中国律师论坛演讲。

作者单位：安徽高速律师事务所

律师参政议政—蹒跚行走在法治的道路上

王亚林

【内容摘要】知我者为我心忧，不知我者谓我何求？目前越来越多的中国律师“不务正业”，积极的参与到国家管理活动中来，律师参政议政已经成为了一种趋势。有着强烈的政治诉求，追求更广泛的社会价值与社会认同，不仅是包括律师在内的中国新的社会阶层的特点，更应该是新的形式下中国律师的使命。

本文从律师参政议政的价值入手，探讨我国律师参政议政的现状以及面临的问题，并重点提出了相关的完善建议，希望可以推进律师参政议政的进一步深化。

【关键词】律师　参政议政　依法治国　公平正义　民主政治

著名学者贺卫方曾指出“凡是发达的国家，律师们的用武之地都不仅仅限于司法领域；他们在更广泛的社会事务管理方面发挥着重大的作用。”在 20 世纪 80 年代中期的美国参议院中，律师出身的参议员高达 60%。美国历任总统中曾担任过律师职务者占一半以上。美国是一个典型但并非一个特例。我们放眼当今世界，许多国家和地区的元首或行政首脑都是法律科班出身。英国、德国、俄罗斯、加拿大、阿根廷、我国的台湾……不一而足。在人类政治文明的发展史上，没有人能够否定律师在政治生活中发挥的重大作用，因此律师素有“天生就应该是政治家”之说。

自 1979 年律师制度恢复以来，我国的律师业取得了飞速的发展，在社会生活的方方面面都发挥了极其重要的作用。在政治生活方面，越来越多的律师在积极的为社会提供法律服务的同时，已经认识到提高自身政治地位的重要性，并且体现出强烈的参政议政热情，可以这样说：律师已经作为一支新生力量登上了我国的政治舞台，积极参与国家的各项管理事务。

一、律师参政议政的价值

(一) 有利于实现民主政治

广泛的政治参与是实现民主政治的重要途径之一，而律师阶层根源于市民社会，可以作为民意的代言者，对民间冷暖有着丰富的体验，对社会的诉求有着敏锐的感知，是社会问题最近距离的感受者。律师参政议政，可以更好的代表各个阶层的人们参与政治，表达自己的政治主张，民意可以在国家权力运作的过程中充分得到体现，所以，律师参政议政不仅是民主政治的体现，并且有利于进一步推动民主政治的全面实现。

(二) 有利于实现依法治国的基本方略

在我国，依法治国的概念从上个世纪 90 年代初被法学界提出继而被写入了宪法。但是，一些人大代表、行政官员，对依法治国的认识还存在偏差，尤其是应该首先治谁、谁来治理的问题没有弄清楚。依法治国的核心。应该是依法治吏，法治政府的理念重点不是“治民”，而是“治官”，其基本的精义在于“治国者先受治于法”。而依法治国的前提则是制定出反映人民意志、可以良好运作的“良法”。如果立法者和执法者不懂法律，不信仰法律，那法治就只能是一句空话。所以，法治国家都非常重视法律专家学者在国家政治生活中的作用。美国历史上,由律师出身的“议员、州长、部长、总统”占有相当大的比例。在 20 世纪 80 年代中期的美国参议院中,律师出身的参议员竟高达 60%。在本届美国国会中,律师出身的众

议员 163 名(占总数的约 38%),参议员 58 名(占总数的 58%)。在美国历史上的 43 位总统中,有 23 位担任过律师。所以有人说,在美国的“ 依法治国 ”(rule of law)是“ 律师治国 ”(rule of law-yers)。现任联邦最高法院首席大法官伦奎斯特曾将这些律师们称之为“ 律师-政治家 ”(lawyer-statesman)。

我国规定了较为严格的律师准入制度，可以这样说，我国的律师都是具有较高法律素养的职业法律人，对法律制度以及法治理念都有着娴熟的把握。律师参政议政，可以正确理解法律的精神，客观的按照法律的规定处理各项国家事务，防止对法律的错误理解，切实做到依法治国。

(三) 有利于实现社会公平和正义

在参政议政的过程中，律师作为独立的法律职业者相比于政府部门的工作人员，更能冷静、客观、公正的处理国家事务，而政府部门的工作人员有时存在着官本位的思想，在立法、执法、监督、投诉等事务中会带有一定的倾向性，会在一定程度上影响公平正义的实现。另外，政府是为全体人民服务的，公权力必须受到制约，律师参政议政可以对政府部门的行为形成制约，监督政府部门的工作人员的工作，保障公平正义的实现。

(四) 有利于提高律师的社会地位，更好的发挥律师的社会价值

法学家江平说：律师兴，则国家兴。然而，目前中国的律师的法律地位和社会定位不明，律师作为社会中介机构被划分到新的社会阶层，但被排除在主流法律共同体之外。作为长期从事法律服务工作的中国律师，接触对象涉及社会的各个阶层，企业、个人、犯罪嫌疑人、社会困难群体等，对社会矛盾有着深刻广泛的了解；律师在工作中直接接触司法部门和行政执法部门，把发现的问题通过政协渠道向上反映，可以充分发挥对司法权和行政权的监督职能；同时律师参政，一方面可以充分反映律师的意见和呼声，另一方面可以广交朋友，倾听社会各界对律师工作的看法，对于提高律师队伍素质、拓宽服务领域也具有积极的意义。

二、我国律师参政议政的现状

1979 年我国的律师制度得到恢复，1988 年，全国人大代表中首次出现了律师的身影。目前在我国近 16 万人的律师队伍中，担任各级人大代表、政协委员的律师人数已逾 3000 名，仅在十一届全国人大一次会议和全国政协十一届一次会议上，就有 22 名律师代表和委员在履行代表职责、参政议政。越来越多的执业律师担任各级人大代表、政协委员，另外还有一些律师虽然没有担任人大代表、政协委员的职务，但积极通过其他方式参政议政。就安徽而言，截止到 2009 年 12 月，全省共有 4587 名律师，在各级人大、政协中担任代表和委员的有 142 名，其中，人大代表 35 名、政协委员 100 名。其中，安徽省人大代表 2 名，政协委员 5 名。另外，还有相当一部分律师以民主党派、无党派人士的身份担任各级党委、政府或部门，以及人民法院、检察院的党风监督员、执法监督员等等。具体而言，现阶段，我国律师主要通过以下几种途径参政议政：

(一) 担任各级人大代表、政协委员

担任各级人大代表、政协委员是我国律师参政议政的首选途径和有效方式。

自 1988 年全国人大代表中首次出现律师人大代表以来，律师便主要通过作为人大代表参与立法和法律监督来实现其参政议政作用。另外，律师作为代表旁听人代会是近些年来许多省、市、县人大及其常委会逐步推行的一项完善会议制度的新举措，并取得了不错的社会反响和积极的法律效果。很多地方人大聘请在社会上享有很高声誉的律师担任本级立法咨询顾问，以便为本级人大立法建言献策，确保立法的可行性、民主性和科学性。各级律师人大代表们凭借良好的政治素养、深厚的法学理论功底和丰富的法律实践经验反映民情民意、提

出议案、参与立法、监督行政，逐渐成为各级人大不可或缺的一支精通法律的民间政治力量，并为提高国家立法水准和质量做出了独特的历史贡献。就律师担任各级政协委员而言，委员律师主要是通过“建言献策”来实现其参政议政职能的。建言献策范围较为广泛，小到社情民意，大到国计民生，不论是城乡规划还是经济建设等，委员律师均可以通过提案、建议等方式向有关部门提出，并监督相关部门落实的情况。

(二) 担任各级政府的法律顾问

律师还可以通过担任各级政府的法律顾问，参与政府的日常行政管理和决策，为政府提供法律服务，实现自身参政议政的能力。如合肥市担任政府法律顾问的执业律师达 8 名，这些律师经统一安排，分别定向为党委和政府领导担任顾问。其工作的内容主要包括：为政府科学决策、民主决策和依法决策提供智力支持和法律帮助，为政府依法行政提供法律意见和正确指引。协助政府普及法律知识，及时化解社会矛盾和纠纷等。律师作为政府的“高参”，有利于监督、提醒政府依法行政，预防社会矛盾的发生，把不稳定的苗头消灭在萌芽状态，防止危害社会稳定的群体性事件发生。在进行行政授权立法与具体行政行为之前，听取顾问律师的法律意见，防范违法行政于未然。同时，律师由于其职业特性，对于协调和处理各种矛盾有着丰富的经验，因此，在面对各种复杂的社会问题和矛盾时能协助政府寻求一种稳妥的解决方案。顾问律师们通过参与立法起草、听证与咨询，关心弱势群体等一系列方法和途径，为贯彻落实各级政府“执政为民、科学理政、依法行政、从严治政”的施政理念和执政方针，推进法治政府建设做出了自己应有的努力和贡献，不仅实现了律师个人价值和社会价值的有机统一，而且实现了律师参政议政的作用。

(三) 参与信访工作

律师通过参加信访工作参政议政也是我国现阶段的一种趋势。律师参加信访一方面可以更好的宣传法制理念，普及法律知识，指导上访的当事人通过法律手段解除纠纷，打消其通过采取过激手段解决纠纷的念头，还可以为经济上有特殊困难的来访者提供法律援助，消灭社会的不和谐因素。另一方面，律师参加信访接待可以将一些重要的信息及时向信访机关报告，使信访部门把握住工作的主动权。另外，律师还可以针对信访中群众反映的热点、难点问题提出相应的解决办法和司法建议，进一步的促进信访部门依法行政水平和能力的提高，为维护国家的政治安定和社会稳定贡献自己的一份力量。

合肥律师除了参与安徽省公安厅领导率先在全国进行的大接访外，还把参与党委、领导、人大领导的接访，作为了日常性的工作。在安徽省委政法委进行的信访倒查中，有多名专职律师作为检查团成员随行。

(四) 其他参政议政的方式

在我国，很多律师通过开展一些社会公益活动间接参加社会政治生活。例如担任人大司法监督员、立法咨询员、担任政府立法咨询员、执法监督员，担任各级人民法院、检察院的党风监督员、执法监督员等等；还通过举办一些法律知识讲座、义务法律咨询工作、参与法律援助机构等各种方式，宣传社会主义法治理念，积极参与政治生活；通过参与党政部门对于重大突发性群体事件等个案的处理，参政议政。另外，有些地方人民政府以购买律师法律服务为突破口推进法治政府建设并取得成效。

三、律师参政议政存在的问题

从上边的论述中，我们可以看出现阶段，我国律师的政治地位得到了明显的上升，越来越多的律师积极通过各种方式和手段参与国家政治生活。但是，我们也应当看到的是律师在参政议政的过程中面临着很多的障碍和挑战，具体来说，有以下几种：

（一）有些部门和人员对律师参政议政抱有偏见

律师的社会角色应当是维护社会正义、维护法律的正确实施，真正成为人权保障的卫道士。可现实生活中，由于律师已经不再具有官方的身份以及提供法律服务的有偿特点，也由于极少数律师的不规范执业带来的消极影响，有些部门和人员对于律师群体抱有偏见，对于律师参政议政持有抵触情绪。整个社会对律师的偏见是其深层次的原因，要想改变这种状况，不仅律师应切实履行职责，恪守职业操守，社会更要给予客观公正的评价，对于一个新兴的行业应持宽容和扶持的态度。

（二）律师参政议政的广度和深度不够

律师参政议政的广度和深度都不是很理想。首先，律师参政议政广度不够。广度是指律师参与政治活动人数比率分布。从担任人大代表或政协委员的情况来看，律师人大代表、政协委员的比例非常低，相比而言与美国律师在众议院中约占 40%，参议院中约占 60%的比例相去太远，与一些发展中国家相比也是很低的。从律师转任国家机关公职的情况来看，由于体制的原因，律师被排除在现行体制之外，其所占比例极低。其次，律师参政议政的深度不够。深度，即影响政治系统整体的程度和持续性。我国数千年的封建传统“ 官本位 ”思想泛滥，律师影响国家机关行为的程度和持续性就可想而知了。

（三）律师参政议政的权利缺乏相关制度保障

制度是指稳定的受到尊重和不断重现的行为模式。律师参政议政的权利缺乏制度保障就意味着律师在参加国家管理事务时得不到尊重。如前所述，受到传统观念的影响，律师常常被看做只看重经济利益的商人，其参政议政的动机和目的容易受到社会上大部分人的质疑和误解，导致其在从事具体的立法、行政工作时得不到尊重和理解。有些地方政府甚至把律师当做其下属部门的工作人员任意差遣，只要求律师履行义务而没有任何权利保障。所以，律师参政议政保障制度的缺失，在很大程度上限制乃至窒息了一些律师的参政议政积极性，并可能形成了恶性循环。

（四）代表、委员的遴选制度减少了律师直接参政议政的机率

根据《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》(以下简称《选举法》)的规定，全国各级人大代表候选人产生渠道主要有三种：一是按区域或选举单位选举产生；二是由各政党、各人民团体推荐；三是选民或代表 10 人以上联名推荐。我国各级律师协会既不属于党派系列，也不属于人民团体系列，这种人大代表候选机制就把律协组织挡在了全国和地方各级人大代表候选人的推荐单位之外。同时由于律师执业的性质决定了律师很难被其所在的行政区域选民所了解，律师直接由选民推选为人大代表的机率很低。在人民政协也存在同样的问题。由此可见选举制度的缺陷减少了律师参政议政的机会，造成了律师参加国家管理的障碍。而政协三十多个界别的设计也使律师无法通过自身的行业界别进入政协。

（五）律师协会没能在帮助、促进律师参政议政方面发挥重要作用

律师协会是律师的自律性组织,依法对律师实行行业管理。当前，律师协会在加强对律师业务指导、交流工作经验、维护律师合法权益等方面发挥了很大的作用,但是在组织律师参政议政方面的作用没能得到很好的发挥。因此在律师尚未能单独组成界别参政议政的情况下,律师协会引导律师参政议政方面功能的缺失在一定程度上影响了律师参政议政的热情。

四、促进律师参政议政的建议

现阶段，随着法治社会和民主政治的不断构建，越来越多的律师在做好本职工作的同时，积极投身到国家日常管理中，体现出一派政治繁荣的美好景象。但是我们也应该看到的是，律师在参政议政的过程中也面临着一些困境，如何解决这些问题，突破障碍，也是现在必须

面对和解决的问题。笔者建议从以下几个方面入手，促进律师参政议政：

（一）加大宣传和沟通

要通过大力宣传和沟通联络等方式,促进社会各界充分理解律师参政议政的重要性,消除社会公众对律师参政议政的片面认识，让社会公众特别是国家权力机关认识到律师参政议政是一件利国利民的好事。在安徽合肥，经司法行政部门和律师协会的多方宣传和沟通，律师作为政府的法律顾问，一对一的为包括党委主要领导在内的市级主要领导提供法律服务；律师参与市领导的接访已经成为常态；同时，律师作为省委、市委政法委疑难案件专家组成员、作为省、市人大立法咨询员、政府立法咨询员、政府参事、执法监督员等广泛的参与到党委、政府工作的各个方面。

(二)改革人大代表推选制度、增加政协界别

各级人大、政协应有律师代表并保持一定的比例，尤其是还应有一部分是律师群体选举产生的代表。各级权力机构保持一定比例的律师代表，有利于权力机构作出正确反映和决策。应当通过立法形式改革我国的人大代表选举制度，通过增加政协界别的方式将律师协会作为各级人大代表和政协委员的推荐单位，发挥律师协会的积极作用，充分利用律师协会所掌握的律师资源，推荐更多符合条件的优秀律师参与到国家的政治生活中来，为法治国家的最终建成贡献自己的一份力量。目前，律师担任人大代表、政协委员往往通过民主党派或其他界别进行，律师协会的作用并没有真正的发挥。而在人民政协中设立律师或法律界别在各级政协组织中的呼声越来越高。因此，应在制度层面上增加律师参政议政的机会和逐步扩大参政、议政人员比例。

（三）建立律师转入政界和司法界的流动机制

大力建立和不断拓展律师进入各级党政领导岗位的制度渠道,即建立律师的社会流动(socialmobility)机制，为广大律师进入立法、行政、司法等国家机关、更好发挥律师政治才能提供制度保障。建立了这样的机制，大批的优秀人才才会有计划地设计自己，到律师业中磨练发展，既为国家培养法律人才，又提高律师队伍的整体水平。尤其是律师能同政界加强交流联系，进行经常性的对话，反映社会问题，发挥政治功能作用，实现对偏离于法律的公权和私权的制衡。建立律师转入政界、司法界的机制，挑选品质优秀，富有政治才华，具有行政管理和决策能力的律师进入政界无疑能加快实现党中央“ 依法治国 ”的方略；挑选富有办案经验、技巧和综合能力的律师进入司法界，无疑会成为司法界的骨干力量，加快司法体制的改革。

（四）规范律师参政议政的权利和义务

通过党委、政府的规范性文件明确规定律师在参政议政中所享有的权利和应当履行的义务。保证律师在参政议政的过程中受到社会各界的尊重，基本的权利可以得到制度的保障。同时，律师作为法律服务市场的主体，不仅自收自支而且要依法纳税，因此要建立政府购买律师服务的机制，律师不可能一直无偿为政府服务。深圳、沈阳等地方人民政府以购买律师法律服务为突破口推进法治政府建设并取得成效，政府采购律师服务类项目以公开招标的方式，选择一些专业能力强、管理规范的律师事务所作为为政府提供专业法律服务的机构，为政府重大决策的制定、重大经济项目谈判等方面提供专业、优质的法律服务；在化解社会矛盾、解决信访问题等方面利用律师的专业知识和第三方客观地位发挥独特作用。合肥市人民政府就以专项拨款的方式，解决政府顾问的劳务费用。

（五）参政律师应注意的问题

1. 要认识到为政府提供法律服务的特殊性

首先，要摆正自愿服务与有偿服务的关系。作为法律顾问，律师与政府之间的关系是平等的民事法律关系，但必须注意到，与一般的法律服务不同，律师与政府之间并非是纯粹的

经济利益关系，律师应将为政府提供的有偿服务与自愿服务相结合，基于社会公共利益的需要，律师顾问在特定情况下可以也必须向政府提供必要的无偿法律援助服务。其次，律师要正确处理好与政府的内部法制工作部门之间的关系，政府法律顾问和政府法制部门都为政府提供专业性的意见和建议，在职能上有一定的重叠，但二者不能相互代替，律师应当与其相配合共同为政府的依法行政提供思想与技术层面的支持。

2. 提高个体素质，发挥个体的影响力

律师事务所作为律师生活学习工作的场所，其发展的好坏必将对律师个人的成长产生重大的影响和制约，因此律师事务所和律师个体应当注意加强律师事务所和律师个体的建设，把事务所做大、做强，以提高社会的认知度和美誉度。事务所和律师应利用自身的知识和社会影响，积极参政议政。而律师参政议政不能成为一个花架子，律师们一定要注意不断提高自身的专业文化素质以及职业道德素质，在参政议政的过程中，积极发挥自身的优势作用，切实参加到国家的具体管理工作中，为人民做实事，将人民的根本利益放在首位，促进社会主义和谐社会的建设。

3. 参政律师应自律

律师参政后，其身份是双重的。律师是私权利的代表，参政时又往往带有公权力的成分，这一双重身份必然产生角色的冲突和角色的模糊。因此，律师参政应及时自律和规范，划清双重身份带来双重行为的矛盾。

中央政法委书记周永康要求中国律师做中国特色社会主义的法律工作者 ;做经济社会又好又快发展的服务者；做当事人合法权益的维护者；做社会公平正义的保障者；做社会和谐稳定的促进者。党对中国律师的政治和社会定位标准之高，超过世界上任何一个国家。在通往法治的征途中，我们这一代律师注定是铺路石的角色。“ 衙斋卧听萧萧竹，疑是民间疾苦声。些小吾曹州县吏，一枝一叶总关情 ”。这是清代画家郑板桥当知县时的感怀。关切之情中，透着沉甸甸的责任。“ 怀一腔热血，展一身才华，更加关注民生，参与国事，致力发展，奉献社会。” 李瑞环、贾庆林两任政协主席对于参政议政者的要求，当激励我们诤言参政，寸心系民。所以，律师发挥特长，参政议政，是对全社会的责任，也是对 17 万中国律师的责任。

参考文献：

①奥利弗.克伦威尔：《通往律师之路—律师之政治参与状况观察》，中国法理网。

②托克维尔：《论美国的民主》董果良译，商务印书馆 1997 年版。

③杨扬：《目前律师业发展亟待解决的若干问题》，《中国法学》2002 年第 4 期。

④贺卫方，《律师的政治参与》，《中国律师》2002 年第 3 期。

⑤石富元，张竹君：《北京市律师参政议政现状及反思》，《行政法学研究》，2007 年第3期。

作者单位：安徽金亚太律师事务所

维护社会公平正义与律师行业自身发展

许　憬

【内容摘要】文章从公平正义的涵义和重要性出发，论述了公平正义是社会主义法治和律师行业的价值追求。维护社会的公平正义是时代赋予律师行业的神圣使命，是每个律师肩负的社会责任和历史责任。维护社会公平正义是律师行业发展的重中之重，是律师行业发展的最高目标。只有始终不忘以维护社会公平正义为执业宗旨，才能满足新形势下，对律师行业发展提出的新要求，律师行业的发展之路才能走得健康平稳。为了实现这一理想，在执业活动中，我们应当把最广大的人民群众的利益放在首位，坚持党的领导、讲政治、顾大局、勤勉诚信、执业为民，把自己塑造成为一名对国家和人民有用的社会主义法律工作者，建设一支有战斗力的、符合人民要求的律师队伍。

【关键词】公平正义　维护社会的公平正义　律师行业发展

公平正义是社会主义法治的基本价值取向，是社会主义法治理念的基本内涵之一。公平正义既是人类社会共同的愿景，也是社会主义法治永恒的价值追求。只有坚持公平正义，才能使宪法规定的建设社会主义法治国家的任务落到实处，才能真正维护人民群众的利益，从而促进社会和谐发展。

现代法治既是公平正义的重要载体，也是保障实现公平正义的重要机制。公平正义，就是社会各方面的利益关系得到妥善协调，人民内部矛盾和其他社会矛盾得到正确处理，社会公平和正义得到切实维护和实现。公平正义是人类社会文明进步的重要标志，是社会主义和谐社会的关键环节。随着市场经济的发展，社会结构的变动，利益关系的多元化，社会公平问题日益凸显出来。高度重视、科学分析、正确解决这些问题，对于保持社会的稳定与和谐，减少社会风险和动荡，至关重要。①

社会主义司法制度的根本任务正是保障在全社会实现公平正义。公平正义是社会主义法治的基石和衡量法治实现程度的重要标尺，是构建社会主义和谐社会的重要任务，是广大人民群众的强烈愿望，维护和实现公平正义是每一位法律工作者的神圣职责。律师是人类社会从人治到法治的产物。胡锦涛总书记指出：“ 加强律师队伍建设，是维护司法公正、促进依法治国的重要举措，是坚持执法为民，防止司法腐败的必要保证 ”。正义不仅应当实现，而且应当以人们看得见的方式实现。而律师的职业特性和角色定位决定了，律师在这方面必将起到特殊而关键的作用。

一名合格的律师，必须有社会责任感和正义感，应把追求公平正义当成自己的职业目标。当前，我国正处在加快经济建设，构建和谐社会的重要时期，强调以维护社会公平正义为首要任务，全面加快推进律师队伍建设，对更好地保持经济发展的良好态势，促进社会和谐稳定，具有十分重要的意义。

在第七次全国律师代表大会上，中共中央政治局常委、中央政法委书记周永康同志明确要求广大律师要‘ 做中国特色社会主义的法律工作者、做经济社会又好又快发展的服务者、做当事人合法权益的维护者、做社会公平正义的保障者、做社会和谐稳定的促进者 ”。这是新时期党和国家对律师工作者提出的殷切希望，为我们下一步做好律师工作，乃至整个律师行业的未来发展指明了方向。即始终不渝地坚持中国共产党的领导，讲政治、顾大局，维护社会公平正义，保障人民群众的合法权益不受侵害，为经济发展和构建和谐社会做好法律服

务。

为了完成党和国家赋予我们的光荣使命，我们必须深化对法治的认识，有选择的借鉴国外法治理念，结合我国基本国情，清醒地认识到构建社会主义法治国家所面临的困难和挑战。律师职业具有的专业性、社会性、有偿性、商业性的特点使得律师行业不可避免地与商业联系在一起，但我们决不能以追求利润最大化为执业目标。做人民的律师，帮助最广大的人民群众追求和实现公平正义，才是律师职业光辉的所在。维护社会公平正义，正是律师与商人的本质区别。西方法学家认为“法乃善与正义之科学”。“所谓善良，即是道德；所谓公平，即是正义”。[②]律师对法的信仰和价值追求，就是对人类社会公平正义的信仰和追求。

维护社会公平正义是律师行业发展的重中之重，也是律师行业发展的最高目标。只有始终坚持以维护社会公平正义为执业宗旨，才能时刻检视我们的行为是否符合人民群众的要求，有没有偏离社会主义法律工作者的的本质属性，律师行业的发展之路才能走得平稳顺畅。

一、坚持党的领导，坚持社会主义法律工作者的本质属性

我们国家的发展不仅是要搞好经济建设，而且要推进社会的公平正义，促进人的全面和自由的发展，这三者都不可偏废。集中精力发展生产，其根本目的是满足人们日益增长的物质文化需求。而社会公平正义，是社会稳定的基础。我认为，公平正义比太阳还要有光辉。

——温家宝

党的领导是中国特色社会主义事业取得胜利的根本保证。做好新形势下的律师工作，必须坚持党的领导，始终在思想上、政治上、行动上与以胡锦涛同志为总书记的党中央保持高度一致。要自觉接受党的领导，认真贯彻党的路线方针政策。党员律师更要坚持党性和人民性的高度一致，自觉遵守党的纪律，与党和人民同心同德，做党和人民的忠诚卫士。[③]

我国是社会主义国家，社会主义是我国律师的本质属性。广大律师作为社会主义法律工作者，一定要切实履行自己的法定职责，维护当事人的合法权益，维护法律的正确实施，维护社会公平和正义，建设和捍卫中国特色社会主义事业，坚决同一切干扰、破坏中国特色社会主义事业的行为作斗争。[④]

二、恪尽职守，树立维护国家法律与社会正义的执业观

律师的责任是尽力地运用合法的手段来维护其当事人的利益，而不是使用非法的手段来达到这一目的；律师所负有的责任要求他尽其最大的力量去调和以下两者—他有责任去维护的其当事人利益与他所负担的维护永恒正义与真理的责任。

—— 科伯恩

律师作为法律职业人，承担着维护委托人合法权益和基本社会正义的双重职责。每位律师在执业之初都应当扪心自问，基本道德观念和基本社会正义观念在内心确立的底线究竟是什么。律师职业可以是天堂之门，也可能是地狱之门，每位律师的头上都悬着一把德谟克利特之剑。律师以法律知识、专业技能为委托人提供法律服务，首先我们自己的行为就必须在法律许可的范围内。这是律师职业的红线，不可逾越，否则就会万劫不复。

《律师职业道德和执业纪律规范》第 4 条、第 5 条规定，“律师应当忠于宪法和法律，坚持以事实为根据，以法律为准绳，严格依法执业。律师应当忠于职守，坚持原则，维护国家法律与社会正义。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利益”。这就要求我们要把办理好每一起案件作为维护社会公平正义的具体实践，通过依法参加诉讼活动，从实体上、程序上、时效上体现维护社会公平正义的基本要求，促进司法公正和公正

司法。要坚持对法律负责、对社会负责、对当事人负责、对职业操守负责，确保法律的正确实施；努力学习，不断提高法律素养，业务能力，通过自己的工作，从每一件小事做起，维护法律的权威与尊严，维护好社会的公平和正义。

三、维护社会公平正义，贯彻法律执业人共同的价值观

一个律师应负有双重职责。其一是要保护当事人的利益。诉讼当事人对法律或正义这类的抽象问题并不感兴趣，他们只对他们的案子能否胜诉感兴趣。律师所要做的一切就是要使当事人的案子能够公平地获得胜诉。律师的另外一个职责是协助法庭得出正确的判决。法官与律师是正义的两个支柱，这应当是法官与律师的共同目标。 —— V.G 奥克

律师与法官、检察官同属法律职业共同体，三者应当拥有共同的职业价值取向。法律职业是指以法官、检察官、律师为代表的受过专门的法律训练，具有娴熟的法律技能与法律理论的人所组成的自治性共同体。在这一共同体中，律师肩负着与法官、检察官相同的使命，即对最大多数人的公平、正义的维护。[⑤]从这个层面上看，作为社会主义法治制度下的法律职业共同体成员，律师的职业道德与法官、检察官的道德标准应当是一致的。社会主义制度下的律师绝非是利用自己的专业技能，钻法律空子，颠倒是非，谋求不当利益的讼棍和法律掮客。他已经被赋予了新的时代内涵，他的作用不是制造矛盾，而是解决矛盾。司法体制改革的目的就是建设公正、高效、权威的司法制度，司法公平正义是其中的核心内容。如果法官、检察官、律师在履行职责的过程中，对司法价值的认识是割裂的，甚至是对立的，那么司法价值观念冲突所引发的矛盾，将为我们构建法律职业共同体设置障碍，也不符合建设社会主义法治国家的要求。而维护社会的公平正义正是法官、检察官、律师三者共同的价值标准。因为只有在这个前提下，才能真正实现司法的公平正义。司法的公平公正，正是法律人共同的追求目标。

四、热心公益，关注民生，肩负社会职责和历史使命

与商业不同，律师业所从事的是一种公共服务。当然，律师也要吃饭，也不免要把法律服务作为谋生的手段。但是，挣钱绝不应当是律师从事法律服务的唯一目标，他必须遵守一定的道德准则和崇高的职业规则。一个律师，他不仅是公民权益的保护者，他也是执行正义的卫士，他应始终想到社会的利益。 —— 戈帕尔吉.梅罗特拉

在市场经济飞速发展的当前，贫富差距日益扩大已经成为社会不稳定的隐患。对于部分弱势群体而言，因为经济拮据，往往无法支付诉讼所产生的各种费用，而法律赋予公民的权利也因为知识水平的不足无法了解掌握。在受到不法侵害时投诉无门，或者委曲求全、自认倒霉，或者采取自杀、报复社会等极端的方法来解决。目前，就业、社会保障、收入分配、教育、医疗、保险、住房、安全生产、社会治安等关系到群众切身利益的民生问题日益突出，特别是在土地征收征用、城市建设拆迁、环境保护、企业重组改制和破产、拖欠农民工工资、人身损害赔偿等案件中弱势群体的利益不断地受到侵害，较为高额的诉讼费用与漫长的诉讼过程成为他们寻求司法救济的最大障碍。很多农民和下岗职工因打不起官司而选择上访、静坐等方式来维护自己的合法权益，有的甚至采取一些极端方式来表达对社会的不满，引发社会悲剧。公平正义是促进社会和谐稳定的核心。只有让那些处于社会最边缘、最底层的人也打得起官司，请得到、请得起律师，才能保证公平正义的阳光照耀到每个人的心上。对此，律师应当勇敢承担起自己的社会责任，力求在对弱势群体的法律援助以及其他公益事业中有

所作为，执业为民，捍卫弱势群体的合法权益，为广大人民群众提供法律帮助。

五、定纷止争，化解矛盾，维护社会和谐稳定

法律的功能决不是为了挑起争端，而是要制止争端；不是要制造分歧，而是要阻止分歧；不是要混淆是非，而是要以公允的态度、准确的措词提供确切的事实。无论你处理事务是大，还是小，无论这一事务的直接影响面是宽是窄，在这当中，你首先要以勤奋、无畏和公正去运用正义与自由的崇高原则。 —— 约翰.A.麦考利

维护社会和谐稳定是建设社会主义法治国家的前提条件，也是律师义不容辞的社会责任。律师队伍作为依法化解社会矛盾的重要力量，应坚持以定纷止争为切入点，以维护社会的公平正义为目标，充分发挥疏导和解决社会矛盾的作用，为实现社会和谐稳定提供有效的法律保障。构建社会主义和谐社会是一项功在千秋的伟大工程，需要各行各业为之努力奋斗。在这个历史进程中，维护社会的公平正义，实现社会的稳定发展是一项艰巨的政治任务。律师作为法治建设的重要力量，在国家的经济生活、政治生活、社会生活中扮演着日益重要的角色。广大律师应当认清自己肩负的历史使命，站在更高的起点上，以科学发展观武装自己，全面加强和改进律师工作。始终不忘把最广大的人民群众的利益放在首位，坚持党的领导、讲政治、顾大局、勤勉诚信、执业为民，把自己塑造成为一名对国家和人民有用的社会主义法律工作者，建设一支有战斗力的、符合人民要求的律师队伍。

注释：

①中共中央政法委：《社会主义法治理念教育读本》，中国长安出版社 2006 年 4 月版。

②［古罗马］查士丁尼：《法学总论》，张企泰译，商务印书馆 1993 年版。

③司法部部长吴爱英：《深入开展“大学习、大讨论”活动，推进律师事业不断发展》讲话，2008 年 9 月 10 日《法制日报》。

④张文显、信春鹰、孙谦：《司法改革报告:法律职业共同体研究》法律出版社，2003 年版。

作者单位：安徽金亚太律师事务所

合伙律师事务所规范化建设初探

盛　勇

【内容摘要】合伙律师事务所是目前律师事务所的主要组成形式，合伙律师事务所的规范化建设，对律师事务所的建设发展有着重要意义。本文就合伙律师事务所规范化建设从四个方面提出了自己的浅见。

【关键词】合伙律师事务所　规范化　建设

我所是合伙制县域律师事务所，自 2003 年以来，在规范化建设中根据安徽省司法厅、省律师协会的布置，就规范化建设进行了一些有益的尝试和探索，我们的做法和努力方向有以下几点：

一、强化合伙人的管理意识、明确合伙人的管理责任、统一律师对规范管理的认识是实施规范管理的思想基础

1．重视合伙人队伍建设。合伙人作为出资人和管理者能否承担起对律师事务所的管理责任，首先取决于全体合伙人对律师事务工作和律师事业是否具有趋同的价值理念和事业追求。只有办所理念的一致和理想信念的基本统一才能做到相互支持、相互理解、共同合作，心意合一就会形成共同创业的合力和凝聚力。其次，良好的个人业绩只是业务能力的证明，单纯的业务能力不表明他(她)当然具有管理才能或乐于为大家服务，而律师事务所管理是一个系统工程，需要个人作出舍弃和牺牲。因此，作为合伙人应该具有公心、爱心和责任心，应该具有牺牲和奉献精神，应该具有管理意识，具备管理水平。惟如此，合伙人方能建立起彼此间的理解和信任，形成相互间的互补和促进，做到“道同者众志成城”。

2．提高合伙人管理意识，发挥合伙人会议的决策功能，使合伙人切实履行管理职责。“轻管理、重效益”是律所管理中存在的较为普遍的现象。为牢固树立合伙人的管理意识，使合伙人履行管理职责，要把合伙人主动参与管理作为经常性工作常抓不懈。一方面，要制定好合伙人协议和合伙章程，明确合伙人的管理责任和义务，要组织合伙人经常学习与律师工作相关的法律法规，司法部和全国律协关于合伙制律师所管理的有关规定，使全体合伙人清楚：作为律师事务所第一责任人，合伙人对外的法律责任是一样的，对内的管理义务是共同的、必须的，彼此之间“一荣俱荣，一损俱损”。每一个合伙人应把为了全所的生存和发展作为最重要的原则来处理相互间的关系。另一方面，把合伙人会议作为统一合伙人思想认识，树立管理意识，明确管理责任，有效实施管理的工作平台，按照规定定期召开合伙人会议，集思广义，畅所欲言，共同研究解决存在的问题，不断创新管理思路和方法。

3．作为出资人，合伙人不是特权拥有者，也不是称号、荣誉和象征，是律师事务所的责任承担者，必须切实承担起管理者的职责。因此，应该对合伙人作出权责明确的分工，使合伙人司职尽责。在保持管理职能相对稳定的前提下，应根据发展的实际需要对合伙人的分工和职责适时作出调整，并以严格的标准对合伙人的工作绩效进行考核、奖罚。

4．为使律师接受规范管理，要针对律师对规范管理的不正确认识多做思想教育工作，使律师认识并理解：管理也是生产力，管理出效益的道理，明确规范管理的目的在于建立律师事务所科学的自律管理机制，谋求的是律师事务所长期稳定的发展。

二、结合律师事务所发展和需要，不断建立、健全规章制度并严格贯彻执行，是实现规范管理的重要措施

实施规范管理，首先应该以有关法律法规为依据，在充分借鉴先进律师事务所管理经验的基础上，按照规范管理的要求，建立健全各项规章制度，使规范管理制度化，这是实现规范管理的前提。其次，在制度建设上，应该围绕律师工作的特点，在突出业务管理、质量控制的同时，既要注重日常行为规范管理制度的建设，也要注重组织机构、业务学习与培训、人事与财务、福利和后勤保障等管理规范的建设，使规章制度覆盖律师事务所管理的方方面面和工作中的每一个环节。在制度设计中，在做好规章制度整体设置和彼此衔接的基础上，应突出程序管理和细节控制，使律师事务所各项管理都有相应的工作流程，每项工作都有相应的目标、责任和监督。

律师事务所的规范管理是一个不断变化、不断发展的过程，随着律所规模的发展和形势的变化，需要及时调整、补充、完善、新建相应的规章制度。行政制度建设应以服务质量控制和服务保障为重点，紧紧围绕业务受理、诚信服务、质量控制与质量跟踪考核等环节进行设计。规章制度的制订在认真贯彻执行法律法规、行政规章和行业规范及律师行为准则的同时，应充分借鉴、吸收国内外先进律所管理经验，使制度建设符合形势发展的需要，否则制度的陈旧与滞后将阻碍规范管理工作，制约律所的发展。

制度作为组织和实施规范管理的依据，关键在落实。应该承认，在绝大多数律所设立和发展中都形成了一些自己的规章制度，之所以出现律所间管理的巨大差异，关键在于规章制度执行中的差异。朝令夕改和束之高阁是制度建设中的大忌，直接后果就是使律所无法实现规范管理。因此，工作中应该树立规章制度执行的严肃性，制度一出，任何人不能挑战制度，违反者必须严肃处理。

三、健全管理机构，实行民主管理，不断创新管理方法与形式是落实规范管理的保障

民主管理是现代企业制度的重要特征，合伙律师事务所“ 人合 ”的属性，合伙律师事务所管理规定均要求对律所实行严格规范的管理。对管理工作认识的统一和健全完善的规章制度是实施规范管理的基础，而使规章制度得到切实有效的执行则是一项长期、艰苦的工作，需要把规范管理的各项内容落实在律所工作中的每一个环节。因此，律所应实现民主管理，在完善合伙人会议、日常事务管理机构、律师大会等律所管理机构的同时，努力抓好律所基层党组织建设和工会、团支部群众组织建设，做到事事有人管、件件有落实，保证各项工作有序开展，使律所保持稳定协调发展。

建立健全律所组织机构是实施规范管理，保证各项工作落实的基础。律所应严格依法制定合伙人会议和律师大会制度，并根据律所规模和实际需要确定管理模式和管理机构，建立起律所由决策、执行和监督构成的民主管理体系，再通过制订具体的制度规程，使管理的各项内容制度化、程序化。

合伙人会议作为律师事务所最高权利机构，会议决策的内容应通过律所章程作出明确规定。在合伙人会议的决策规则中，基于合伙所的“ 人合 ”属性，应充分发挥合伙人会议在统一思想，履行管理者责任和实行科学、民主管理中的职能作用。合伙人会议应定期召开，研究决定规范管理和律师队伍建设中的重大事务，通过民主决策，保证规范管理的各项任务落到实处。

在民主决策的基础上，合伙人会议对各合伙人进行权责清晰、考核指标明确、监督措施到位的分工。通过合伙人分工负责、各尽其责与相互支持配合，形成有效的管理团队。律师

大会作为民主监督机构，对关系全体律师切身利益的规章制度通过律师大会听取大家的意见和建议，这样既可以让每一位律师感觉到自己在所里得到充分尊重，又可以增加管理的透明度，保证决策事项得到自觉有效的贯彻。

律师作为社会主义法律工作者的社会属性，决定了律师工作必须坚持党的领导，服务于政府的工作大局，而规范管理的目的亦在于通过严格的业务、质量控制和律师队伍建设，保证律师更好地为社会提供优质高效的法律服务。因此，律所应加强党支部建设，发挥党支部在律所规范管理中的政治核心作用和战斗堡垒作用，通过深入细致的思想政治工作，提高律师的政治、业务素养，并通过发挥党员律师在实施规范化管理中的先锋模范作用，使规范管理的各项任务得以有效落实，全面完成规范化管理的目标。

工会作为开展群众性活动与职工维权机构，在实施规范化管理中，通过组织律师积极开展形式多样的文体活动，既缓解了律师工作压力，使大家保持良好的工作状态，以饱满的工作热情投身律所规范化建设，又可以增加彼此之间的了解与合作，形成向心力和凝聚力，促进律所各项工作的顺利进行。青年律师是律师事业的中坚力量，团支部应发挥青年律师在规范化管理中的先锋队作用，通过积极组织爱岗敬业、争先创优等活动，使规范管理从形式到内容不断创新、发展。

规模化和专业化是律师业不可逆转的发展方向，而走专业化规模化发展道路，要求律所必须根据各自的地域特点和业务优势与人才结构等因素不断组织、整合内部资源，同时以业务管理和质量控制为中心加强专业管理机构建设，通过设置专业管理委员会或工作小组等形式，全面落实规范管理的各项工作任务。例如：为把好业务受理关，成立业务指导委员会和利益冲突审查小组；为加强质量控制，成立重大疑难案件指导委员会．为落实质量管理、质量控制和质量反馈，成立质量控制检查与考评委员会并制定相应工作制度，实现业务管理与质量管理的制度化、程序化。

四、努力形成律所先进的团队文化，是保持律师队伍稳定和律所规范管理的基石

优秀的律师事务所文化，不仅能为律师事务所的规范管理创造和谐稳定的环境，还为规范化管理提供丰富的内涵，全面促进规范化管理水平的提高。律师文化由律师的人文精神、服务宗旨、职业操守、行为习惯、品牌形象、管理制度等因素组成，体现为律师的执业理念、价值观、服务标准，是推动律所规范管理的思想基础。

在律师文化建设中，首先应该把律师的道德观、价值观和执业理想提炼并凝聚成律所核心文化，形成一种具有规范作用的“ 文化定势 ”和具有感染力的共同执业理想，来影响律师的思想和行为，不断提高律师的整体素质，进而不断推动规范管理向前发展。因此，要把律师正确执业理念的培养作为律师文化建设的首要内容。不应把律师工作简单当成一种职业，一种谋生手段，应把其当作一项崇高的事业来做。这样，在律师工作中，就不会把执业活动单纯作为追求经济利益的手段，使律师树立正确的执业理念，忠诚律师事业，扎实工作。

规章制度是律所文化建设的重要表现形式，制度建设应以“ 客户服务 ”为中心并使之贯穿于规范管理的始终。通过树立“ 对客户负责就是对自己负责 ”的服务理念，坚持“ 精益求精，尽善尽美，时时保持敬业精神，处处维护客户利益 ”的服务标准，就会使律师自觉按照全方位质量控制体系的要求，认真执行主办律师制度、委托事项风险告知制度、案件讨论制度、案件跟踪反馈制度等规定，就会通过自觉的行动推动良好执业理念的实现，而执业理念的实现将会帮助律师更容易接受和理解规章制度。因此，良好的律所文化容易认同规范管理，自觉接受规范管理，主动参与规范管理，按照规范管理的内容和要求不断规范服务行为，不断提高工作质量，进而全面促进规范管理水平的提高。

人是生产力中最活跃的因素，管理则是作为服务行业工作的第一生产力。团结、稳定是律所健康稳定发展的基础和保证。因此，在律所文化建设中，应坚持以人为本的发展原则。努力形成“一家人、一条心、一股劲、干大事、创大业”的团队精神，使大家以所为家，团结进取，形成稳定发展的合力，推动和巩固规范化管理。

作者单位：安徽胜方律师事务所

和谐社会与律师职能的实现

吴　雷

【内容摘要】和谐社会建设渐次取代法治国家建设成为中国政治进程的主旋律，国家对律师职业的定位和要求正在悄然发生着改变，这一切都要求律师在和谐社会建设中发挥积极作用。文章阐述了和谐社会建设和法治国家建设的内涵一致性，在此基础上提出了要求律师发挥职能的几个制度性前提，并就律师在和谐社会建设中如何发挥职能进行了较为全面的探讨，提出和谐社会建设是律师行业发展所面临的挑战，更是重大的历史机遇，律师在和谐社会建设中大有可为的基本观点。

【关键词】和谐社会建设　法治统一性　律师执业保障　职能实现

法律是社会利益的载体，法律的宗旨是在维护社会成员之间的利益平衡的同时，避免社会矛盾的扩大对整个社会秩序的冲击。由此，法律所追求的是在现有法律框架内的社会和谐有序发展，依法治国的理念和和谐社会建设的理念从不同的角度阐释了我国社会发展的现实轨迹。律师职业是现代法治文明的产物，律师的工作是在法律的框架内对失衡的社会利益运用法律所允许的手段加以矫正，体现了立法者对法律独立运行的良好愿望，律师职能的有效发挥是社会主义和谐社会能否实现的关键因素。

一、和谐社会建设与法治国家建设的内在统一性

1. 和谐社会是社会主体利益的法律平衡所表现出的良好社会状态

我国的传统文化历来强调和谐：中华文化中“和为贵”的哲学思想和民间社会“厌讼、惧讼”的社会心理，无数圣贤所追求的天人合一的崇高境界，历代统治者对“太平盛世”不懈追求，无处不体现了和谐这一中华文化的人文内涵。党的十六届四中全会也明确将“构建社会主义和谐社会”作为我国社会发展的基本目标。“和谐社会”的内涵应该是什么呢?根据十六届四中全会文件的描述：“要坚持最广泛最充分地调动一切积极因素，不断提高构建社会主义和谐社会的能力，不断增强全社会的创造活力，妥善协调各方面的利益关系，推进社会管理体系创新，加强和改进新形势下的群众工作，维护社会稳定。”

2. 法治是协调社会成员利益冲突，实现和谐社会的制度性方式

我国所要建设的社会主义和谐社会，应该是民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会。和谐社会的前提是社会成员具有诚信的品德、平等的地位和表达意愿的自由，在这一前提之上，和谐社会以实现社会成员之间的利益平衡作为基本的价值诉求。现实的和谐社会应当是社会成员以相互妥协的方式建立相对均衡的利益关系，和谐社会是冲突、妥协，再冲突、再妥协的社会发展过程。而法律在和谐社会建设中的作用则是确认利益的分配关系，用规定的程序恢复失衡的利益关系或防范利益关系失衡。

3. 法治与和谐社会是社会稳定发展的过程和结果的理想融合

美国社会学冲突理论的代表人物科林斯指出：“人是社会的但具有冲突倾向的动物”，社会不同主体之间的冲突实质上是利益的冲突。当代中国已进入改革发展的关键时期，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。这种空前的社会变革，导致我国社会现阶段处于矛盾多发期。法律本身就是利益冲突的结果，因而又具有

解决利益冲突的功能。法治国家建设的过程就是化解社会矛盾，保障社会秩序，从而实现社会和谐的结果。法治要求依法治国，以良好的法律和法律的良好运行，来创造社会成员之间利益平衡、互爱互利、人人平等的和谐社会状态。从这个意义上说，法治与和谐社会可谓殊途同归。

二、在和谐社会建设中实现律师社会职能的现实需求

《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》对律师工作提出的要求第一条就是要充分发挥律师的职能作用，律师职能的发挥是律师执业外在环境和律师自身要素交互作用的结果。充分发挥律师的职能作用，对律师执业环境和律师自身素质提出了较高的现实要求。

1. 优化律师执业环境

律师职业具有很强的外部依赖性，良好的律师执业环境是律师职能充分发挥的基础条件。现阶段，有些决策机关常常把律师视为异己力量，常常人为阻碍律师正当、正常的执业活动，这些障碍极大地阻碍了律师职能的正常发挥。在和谐社会建设过程中，首要的前提是改善律师的执业环境，在立法上赋予律师执业更多的权能；在司法中尊重和支持律师正当的执业行为，为律师职能的充分发挥创造良好的外部条件。

2. 形成健康向上的律师职业文化氛围

律师文化是律师这一社会群体在社会主义经济政治制度下，在法律服务实践中形成的，为广大律师认可并共同遵守的价值理念和行为规范的总称，律师同业者必须形成共同的和谐的律师文化。律师职业文化氛围集中表现在“崇法”“敬业”两个方面。一方面，律师应当将“保障法律的正确实施”作为职业的核心价值，用自己作为法律人对法律的理解去贯彻法律宗旨，实现立法目的。另一方面，律师要将“维护当事人的合法权益”作为根本服务理念，要为当事人选择合法的维权途径，提供合法的建议，既要维护当事人的合法权益，又要坚决拒绝当事人的无理甚至违法的要求，说服当事人“走正道”，以自己的行动保障国家法律的正确实施。

3. 增强律师的社会责任感

律师职业应当将社会的和谐与稳定作为律师自身的社会责任，坚持以“定纷止争”为律师职业服务的目标，以科学的理念、和谐的方法，尽最大限度地增加和谐因素，保障社会的公平正义，充分发挥律师在调解化解矛盾、维护稳定方面的作用，从而维护人民群众的合法权益和社会和谐稳定。

三、律师职能在和谐社会中的实现

律师作为职业法律工作者，是界于“公共与私人”、“私人与私人”之间利益矫正的独特行业，律师通过为当事人提供合格的法律服务，在调解、仲裁、诉讼各个环节中发挥着重要作用，以此维护社会和谐，是社会矛盾的“减压阀”、维护社会稳定的“调解器”、减少利益冲突的“稳定剂”。在和谐社会建设过程中，律师的职能应当而且可以在立法、司法、执法、信访等领域得到充分的发挥。

1. 律师应当积极参政议政，在立法领域架起法学理论与法律实践的桥梁

律师要有崇高的政治理想与抱负，在一切可能的情况下积极参政议政，促进国家法治进程。在法治国家，律师工作的触角深入到社会的各个阶层、各个角落，他了解社会各阶层的利益需求，律师参政议政，能从法律职业的角度最大限度地反映民情民意，推动国家立法符合社会发展的客观要求，用法律人对法律的理解去贯彻法律宗旨，实现立法目的。

2. 做好司法领域的法律服务工作，保障法律的公正实施

首先，在诉讼业务中，无论是民事、刑事诉讼，还是行政诉讼，律师要将“维护当事人的合法权益”作为根本服务理念，在代理的每一起哪怕很小的案件中，都要唯法律至上，遵循事实和法律，不畏强权暴力，为当事人的权利而斗争。

其次，积极参与替代性纠纷解决机制，将社会矛盾和消弭在萌芽状态。律师在办理非诉讼业务的过程，实质上是在法律的框架内平衡各利益主体对社会利益分配的过程，随着经济发展和社会主体对法律意识的觉醒，律师在替代性纠纷解决机制中的作用日益突出。在一些尚未酿成纠纷的利益冲突中，律师对当事人的引导和建议、对当事人决策与判断的影响，不仅直接关系各种社会矛盾与纠纷能否得到妥善解决，同时也在一定程度上影响全社会的社会纠纷总量以及社会纠纷发生的概率。

3. 参与信访接待，保障法律监督工作的合法有序进行

法律是人们心中维护社会公平、正义的最后一道屏障，一旦认为公、检、法部门执法不公，人们往往将上访作为寻求救济和保护的最后一道屏障，导致涉法上访案件数量较多。律师参与信访接待工作，可以凭借着丰富的法律知识，对群众在上访中涉及的法律问题进行有理、有据的分析、评判，上访群众从情感上易于接受，能够在较大程度上赢得人们的信服，在息诉息访中起到了积极的作用。

4. 积极参与行政听证和行政决策的过程，做好政府的的法律参谋

律师从过去的单纯代理行政机关出庭应诉，到现在的参与地方政府立法，提出法律建议，甚至一些大项目的谈判，政府的招商引资工作……律师的介入越来越广泛，律师正从“灭火队员”转变为政府的法律参谋，律师的作用也日益受到行政机关的重视。政府的依法行政，是建立一个自行双向良性运转的法治系统的关键，律师在促进政府依法行政、依法决策，为经济发展和社会稳定保驾护航方面，可以发挥更大的作用。

5. 参与社会法律服务，做好普法宣传

依法治国，需要每一个公民法律意识的提高。律师通过广泛的执业活动，将国家的法律和政策以及政府的社会管理要求传达给社会公众。同时，律师还应当走向基层群众，让普通群众了解自己的工作和生活与法律的关系，增强群众的法律意识、法制观念和法律素质，提高他们依法自律、依法自治的能力。

四、结语

社会主义和谐社会建设与社会主义法治建设相辅相成，共同推动中国特色社会主义国家的建设。而国家法治体系的建构和运作，是和谐社会建设的制度前提和法治框架。律师基于职业的特点和优势，在和谐社会建设中应该而且可以发挥更大的作用。同时，由于我国社会正处于转型时期，现实中存在的诸多问题、国家体制上的各种障碍也让我们清醒地认识到在法治基础上构建社会主义和谐社会决不会是坦途，任重而道远，有待于律师群体的共同合作和长期的不懈努力。

参考文献：

①《中共中央关于加强党的执政能力建设的决定》。

②《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》。

③《法理学——法律哲学与法律方法》，[美]E.博登海默著，中国政法大学出版社 1999 年第 1 版。

④《律师力与中国和谐社会的构建》，《律政杂志》2010 年 3 月。

作者单位：安徽八公律师事务所

律师文化的内涵及模式构建

尹里奇

【内容摘要】本文就“律师文化的内涵及模式构建”这一主题，充分论述了文化、律师文化和律师文化模式，在律师事业发展中的重要作用。在21世纪知识经济的今天，解放和促进文化生产力已成了世人的共识，也是促进社会生产力发展的重要途径，更是实现各行各业可持续发展的根本途径。在本文中，作者就律师这一特殊的行业，充分地阐述了狠抓律师文化建设，对促进律师和律师事务所不断发展的重要作用，特别是结合本所近十年在律师文化建设过程中所取得的成果，充分地说明了律师文化建设对律师事务所的发展有着什么样的作用。在文章的尾部，通过对里奇律师事务所文化系统的展示，说明了律师文化在统一人们思想和规范律师行为过程中的重大意义，充分论证了律师事务所要实现可持续发展，必须要狠抓律师文化建设这一主题。

【关键词】文化　律师文化　律师文化模式

狠抓律师文化建设，构建律师文化模式，加强对律师事务所的文化管理，是实现律师事务所可持续发展的根本途径，也是中国律师事业发展中的一项战略任务。律师是一个特殊的文化群体，他们是通过为当事人提供有偿的法律服务而实现生存与发展的。因此，在律师工作的服务要素中，对他们内在的知识、思想、专业特长、价值取向和思维方式等方面，对文化都有较高的要求。律师从诞生的那天起，就建立在以输入文化和输出文化的基础上，并在先进文化的不断培育中得以成长起来的。因此，律师要不断成长，律师事务所要不断发展，就必须狠抓律师文化建设。

任何一名律师都可以切身的感到：在律师事务所的运行过程中，通过律师文化的建设，可以使律师们形成共同的理想信念，价值理念，行为规范，从而为律师事务所的发展提供强大的精神动力。司法实践经验也证明：律师文化是律师事务所的精神特质和文化底蕴的集中体现，是律师事务所培育创意阶层崛起，不断开拓创新，实现可持续发展的根基和灵魂。为了解放和促进律师文化生产力的不断发展，我们必须在狠抓律师文化建设的过程中，深入研究律师文化的内函，渊源、特征、内容和作用等方面的问题，从而结合律师事务所本身的实际，构建具有中国律师特色的律师文化及律师文化模式。

文化是人类在物质生产过程中，所创造出来的一切精神财富。它外在表现为语言、文字、书籍、图象、文物、传统、习惯、伦理、道德、宗教及各种思想观念等，这些文化的因素无时无地不在影响着人们的思想和行为。文化的形成是一个漫长的历史过程，它是由特定的民族在生产劳动中创造的，在生活中形成的，任何文化都具有极强的民族性，在民族的发展中，文化就成了民族的魂，民族的根。不仅如此，文化还是民族共有的精神家园，它是维系民族存在的纽带，也是促进民族发展的精神动力。实践证明：文化可以创造生产力，提高竞争力，增强吸引力，形成凝聚力。任何一个民族，只要掌握了人类的先进文化，就能够实现快速发展。

律师文化是社会文化在发展过程中，在特定行业内所滋生的特殊的观念形态，律师文化是律师们在为当事人提供法律服务的过程中，对律师事业内在发展规律的正确认识的精神成果及文化观念。它是律师事务所的世界观、人生观、价值观、发展观等问题最集中的体现。

律师文化不是独立的存在物，它来源于世界文化与民族文化的统一，西方文化与中国文化的结合，历史文化与现实文化的交融；而律师文化的现实基础，只能是中国 20 多万律师和 1 万多家律师事务所的实践经验和精神创造的成果。律师文化是律师事务所的灵魂与精神支柱，是律师们获得可持续发展的源泉和动力。由此可见，优秀的律师文化对律师事务所的管理和发展有着极为重要的作用。

众所周知，律师事务所发展靠管理，管理成败靠文化。任何一个律师事务所无论有多么完善的制度，管理流程和管理手段，最终都要通过人来实现的。司法实践的经验证明：行政制度只能管人的身，不能管人的心，而律师文化的核心作用，就在于它能够通过精神的无形力量激发人的主动性，提高人的自觉性，增强人的责任感；从而使有形的规章制度，操作流程，有限的资源创造出无限的价值。总之，律师文化的作用，就是对既定价值观念和现行秩序的坚持，对价值失范及叛逆秩序的抵抗。律师文化建设的目的就是要激发人、开发人和发展人，从而把律师内在的文化知识转化为现实的文化生产力，更好的为当事人服务。

可是，我们如何来构建律师文化呢？这就要求我们在不断学习人类先进文化的基础上，认真研究和掌握中国律师事业发展的内在规律性，及时的总结法律服务过程中的经验与教训，然后对涉及律师事务所发展中的重要问题，进行科学的界定和理论的抽象。例如：涉及律师事务所未来发展的办所宗旨，奋斗目标，政治路线，思想路线，指导思想，实践理念，思维理念，人生观、价值观、基本任务、律所体制和办所理念等问题。律师文化建设就是要针对这些问题，结合律师在司法实践中所获得的经验与教训，并根据中国律师未来发展的前进方向，再运用科学的方法和哲理的语言，抽象出人们易于操作的行为规范，从而形成特有的律师文化系统。这一形成的文化系统还只是停留在书面上，要变成大家的自觉行动，我们必须要通过不断教育的方式，形成为广大律师认可和共同遵守的行为规范，使律师们形成广泛的思想统一和行为一致，以保证律师事务所各项计划的执行到位，这就是律师文化建设的主要内容和目的。

安徽里奇律师事务所在长达 10 年构建律师文化的过程中，我们运用科学的发展观，结合本所的实际，深入研究中国律师事物发展的内在规律性，广泛的吸取中西方文化的精髓，集中分析了中国律师事业 31 年来的经验教训，特别是运用了马克思主义的唯物史观，对中国传统文化中的儒、道、释、法四大思想体系，进行了批判性的继承，从而形成了独具里奇所特色的律师文化模式。这一律师文化模式的内涵是：重塑有信仰的律师，培育有能力的员工，铸造有创意的个体，建设有灵魂的律所。根据这一律师文化模式的内在要求，我们从本所的实际出发，从律师们的心理特征和行为特点入手，以里奇所十年来的经验教训为切入点，以中国律师未来发展的前进方向为目标，我们对涉及律师和律师事务所发展中的一般性问题，进行了长时间的科学研究和理性的抽象，从而构建了一整套独具里奇所特色的律师文化系统。这一律师文化系统，虽然是淮南律师长期实践经验的总结和精神创造的成果，不免具有地域性的色彩；但该律师文化系统对中国律师事业发展中一般问题的界定，却始终代表着中国律师未来发展的前进方向，正确的反映了律师事业内在发展的规律性。因此，这一律师文化系统的构建和实施，既是当前律师工作不断发展的客观要求，也是中国律师未来发展的必然反映。这一律师文化系统主要包括以下内容

1. 办所宗旨：人民万岁，法律至上。
2. 政治路线：政治建所，思想领先。
3. 思想路线：求真务实做真人，脚踏实地干实事。
4. 思维理念：辩证性思维，创造性工作。
5. 指导思想：承中庸而适度，继创新而勃发。
6. 律所体制：党支部领导下的合伙人负责制。

7. 律所性质：法律服务的单位，增长才干的学校，精神创造的家园。

8. 基本任务：精神的创造与业务的创收。

9. 律所精神：励精图治，天道酬勤；从零开始，从无做起；大干今天，开拓明天；修身固本，思进求变。

10. 律所灵魂：求新促变谋发展，善谋实干成大业

11. 办所理念：重塑有信仰的律师，培育有能力的员工；铸造有创意的个体，建设有灵魂的律所。

12. 做人目标：做追求事业的"疯子"、无私奉献的"傻子"和博学多才的"呆子"。

13. 用人标准：我们急求愿把一生物化于律师事业的人，我们不要甘将自我异化为赚钱机器的人。

14. 思想要求：为了事业敢于玩命的人，追求事业死心踏地的人，实现事业铁心到底的人。做律师要有上天堂的信心和下地狱的胆量。

15. 职业要求：能跑、能写、能讲，律师应成为经济人和政治人相统一的文化人。

16. 人才培养目标： 一年入门，三年成才，五年骨干，十年精英。

17. 行为要求：刻苦学习，不断实践，勤于思考，认真总结。

18. 为人要求：真心相见，真情相待，真言相劝，真行相助。

19. 办案要求：办一个案件，出一个精品，赢一方信誉，开一片天地。

20. 道德要求：

遵孝崇德，布仁集贤，诚实信用，敢说真话，
踏实工作，认真思考，守时保密，根据事实，
依照法律，维权护法。

21. 管理理念：以创新谋发展，向管理要效益。

22. 管理模式：

树"与道为一"的精神，创"天人合一"的境界；
走"始终如一"的道路，追"天下第一"的目标；
做"天工汇一"的事业。

23. 管理目标：

人格平等、思想自由，政治民主、经济公平；
激发创意，开拓创新，促进发展，提高生活。

24. 发展理念：

惟才不为财，精神树品牌；知识创价值，学习铸未来；
实践出真知，奋斗成英才；运动中生活，实践中发展。

25. 发展途径：以捍卫当事人的合法权益为导向，以满足当事人的需要为基础，以提高律师的执业水平为手段，以真情服务他人为途径，以唯权护法为目的。

26. 发展手段：用科学管理加大对人的推动力，用不断的学习与实践提高人的自身能力，用思想政治工作激发人的内在动力，用激烈的市场竞争增强人的压力，用律师文化培育人的竞争力和提高经济力。

27. 律师的性质：律师是具有中国特色社会主义的法律工作者

28. 律师的本质：为当事人提供有偿法律服务的执业者。

29. 实践理念：站在明天的高度，开创今天的事业。

30. 实践原则：以人为本，因道而合；顺时而谋，促动而变。

31. 实践方法：做人是根本，做事是本份；成事多做事，成学勤思学。

32. 里奇所的实践观：

做事先做人，做人是根本；得到需付出，做事是本份；
成败是常事，得失应自然；无我则有我，无为而有为；
生存靠自己，事业靠大家；成功靠勤奋，发展靠创新；
图难于其易，为大于其细；成事多做事，成学勤思学；
中庸致和谐，斗争促发展；求索天地间，实践最风流；

33. 里奇所的人生观：

生命真可贵，活着就幸福，走好人生路，生活近百年；
一切转瞬逝，抓住每一天，我生故我在，求索天地间；
无我利他活，度生无倦存，做事有益世，为人无愧心；
人人管闲事，世上无难事，人人都帮人，世上无穷人；
为人应存厚，人生要自在，不畏权势利，不受金钱迷；
居中走正道，谋事不谋人，未来成功愿，不懈奋斗中；
热爱新生活，享受每一天；心静平似水，笑看苍桑变。

34. 里奇所的价值观

人的价值高于物的价值，共同价值高于个体价值；
人民价值高于律所价值，社会价值高于利润价值。

35. 里奇所的认识观：

有知才觉无知，有能才知无能；
有学才感无学，有识才晓无识；
有物才知无物，有权才感无权；
有路方感无路，有道才知无道；
有我方知无我，有为才知无为；
精神虚实相依，事物相反相成；
社会不断发展，求索永无止境。

36. 里奇所的社会观：

人类社会，苍桑变化，有无相生，相反相成；
虚实共存，互为因果，阴阳相依，万物重生；
动静相宜，变化发展，对立统一，和谐共生；
自然运行，物竞天择，社会发展，物竞人择；
生的偶然，死的必然，生命有限，人生短暂；
时光易逝，苦学实干，不学不成，不问不知；
不走没路，不做无果，播种今天，收获明天；
克躁守静，清静无为，倚天问道，道法自然；
道后有路，亦为道路，道中有理，故称道理；
道后有德，称为道德，道后有门，就是门道；
道由心悟，顺其自然，遵道守法，天随人愿。

37. 里奇所的发展观：

极致谈定，心静似水；超凡脱俗，与道为一；
物我两忘，天人合一；天人相分，人定胜天；
淡泊明志，宁静致远；深邃执着，始终如一；
用心悟道，无我利他；做事益世，为人问心；
事业神圣，名利轻盈；利而不害，为而不争；
成败相生，得失相成；高下相形，前后相随；

有取有舍，有得有失；有放有收，有进有退；
辩证施然，适度应然；顺其自然，自然而然；
依思求理，以行谋生；因道而合，顺时而变；
生活可爱，奋斗可敬；进取可钦，创新可佩；
超越自我，创意无限；天道至善，人道归真；
自强不息，厚德载物；励精图治，从我做起；
为之未有，从零开始；慎终如始，终成正果。

38. 所训：做真人，办实事。

“做真人”的内涵是：有我则无我，无我而有我，以无为本；有为则无为，无为则无不为，无为至上。

“办实事”的内涵是：能今天做的事，绝不明天做；能一个人做的事，绝不两个人做；能一次做好的事，绝不分两次做。

39. 律师与当事人的关系：

（1）满足当事人的需要是法律服务的起点和终点。

（2）您的到来没有打断我们的工作……您正是我们的工作中心和工作目的。

（3）事实上……您正是我们成为律师的理由。

（4）作为我们的当事人，您不依靠我们……我们则依靠你们。

（5）当事人是我们办公室里最重要的人……他们本人，他们的邮件，他们的电话或传真。

（6）当事人有权期望我们全神贯注，得到我们的热情和我们的关注。

（7）我们将根据事实，依照法律，竭尽全力地保护或伸张当事人的权益、自由和财产。

（8）感谢您成为对我们非常重要的人……我们的当事人。

上述的律师文化系统，在我们 10 年的科学构建和全面实施的过程中，对推动里奇所的可持续发展起到了极其重要的作用，我们的这一做法也得到了上极各级党组织的全面肯定，在党的第十六届四中全会上，明确的提出了“解放和促进文化生产力”的战略目标。作为以法律文化输入和法律知识输出为主要任务的律师事务所，在其发展的过程中理所当然的应把律师文化建设，当作一项重要的战略任务来对待。历史的教训和现实的经验都反复证明：无论是律师的成长，还是律师事务所的发展，都离不开强大的文化支撑，先进的文化一旦被人们所掌握和运用，就会转化为巨大的物质力量。因此，加强律师文化建设，构建律师文化系统，加强律师事务所的文化管理，用文化力来培育竞争力，以文化力来提升经济力，既是国家的发展之道，也是律师事务所发展的根本途径。

作者单位：安徽里奇律师事务所

律师诚信体系建设

江　瑞

【内容摘要】诚乃诚实无欺，信乃踏实守信，诚信是一个具有政治内涵的道德观念，它不仅是公民的基本道德规范和社会行为准则，而且是治国、平天下的重要政治原则。中国古代就将“诚”、“信”作为一种道德准则，至今还流传着许许多多重然诺、讲信义的动人故事；在当代社会里，信誉更是发展商品经济的基本守则之一，市场经济不仅仅是法制经济，更是诚信经济，建设社会信用制度，是整顿规范市场经济秩序的重要保障，是社会主义市场经济正常运行的根基；同时律师诚信又是社会诚信的重要组成部分，律师是“法律之师”——操法为业，以律为师；作为为社会提供法律服务的法律工作者，要获得委托人的尊重与信赖，就必须诚信为本，规范执业。否则，将失去客户信任，损害律师形象。因此，建立律师诚信体系，对规范律师执业行为、塑造律师良好形象有至关重要的作用。

【关键词】律师　诚信　监管　自律

一、当前律师执业不诚信的原因

（一）个别律师自身存在人品缺陷

律师是为社会提供法律服务的法律工作者，在我国的法制建设中有着重要的表率作用。但不可否认，当前确实存在着某些人品低下，道德素质欠缺的律师。这些律师受到利益的驱动，以追求金钱利润的最大化为根本目的，因而在执业过程中，为了实现自己的不正当的代理费用或其他非法利益，违背律师诚信的基本要求，甚至违反法律的规定，侵害当事人的合法权益。

（二）个别律师自身业务能力有限

从律师制度恢复以来，我国律师业也得到了长足发展，但是律师队伍的水平参差不齐。在现在的律师队伍中有些律师由于法律专业知识不系统不扎实，再加上律师事务所应当具备的律师间的“帮、扶、带”的传统，在律师收入分配格局的冲击下，名存实亡，因此一些律师虽然已经取得律师资格和执业资格，但是，他们的实际执业能力并没有真正提高，在接案后无法为当事人提供优质到位的法律服务，使当事人的委托目的无法实现，从而失信于当事人。

（三）有的迫于生活压力而采取缺乏诚信的行为

律师行业服务范围的狭窄、案源的不稳定已经成为制约律师业健康发展的瓶颈，在广大的农村和中西部地区表现的更为明显。虽然我国律师从业人员相对全国人口来说比例极小，但是目前我国市场经济尚不够发达，人民的法律意识也不够高，有些本来需要由律师介入的法律行为，当事人不知道甚至不愿意聘请律师参加。再加上我国通过其他法律、法规的规定，将提供法律服务的主体扩展到其他不具备律师资格的人员。因此，当前律师之间的竞争以及律师与非律师的竞争越来越激烈。与此同时，律师自由执业，政府和社会没有为其提供基本的生活保障，这增大了律师的生存、生活压力，迫于此，一些律师为争取案源、保障其代理费用的取得，提高其收入，不得不采取一些违背诚信的行为。

二、充分认识建立律师诚信制度的紧迫性和重要性

为了加快社会信用制度建设，整顿规范市场经济秩序，司法部下发了《关于在整顿和规范市场经济秩序中加强法制宣传和法律服务工作促进诚信制度建设的通知》。为加快律师诚信体系的建设和完善，促进律师业快速健康发展，应充分认识建立律师诚信制度的紧迫性和重要性。以律师的诚信来影响和推进社会诚信体系和社会信用道德规范，形成“ 诚信光荣、失信可耻 ” 的浓厚氛围[①]。

诚信乃立身之本，治世之道，是市场经济的基石，也是对律师的道德和法律的要求。我国律师的本质属性是为社会提供法律服务的社会主义法律工作者。律师服务的特殊性表现为当事人委托，为当事人提供法律服务[②]。律师工作的本质和律师服务的特点，决定了它必须以诚信为本，诚信应该是对律师服务的基本内在要求，应贯穿于律师工作的全过程。加强律师诚信制度建设是加快社会信用制度建设的重要组成部分，也是社会信用制度在律师业的具体体现，诚信对于律师来说，具有特别重要的意义。一方面，律师维护法律的正确实施本身就是诚信制度的维护者。律师起草合同、章程，见证法律行为乃至参与诉讼、仲裁等执业活动，本质上都是对诚信的维护。另一方面，更为重要的是，律师必须是诚信的实践者，他们仗义执言、不畏权势、洁身自好、忠于法律，在维护诚信方面起表率作用。律师如果失去诚信，就失去其作为法律服务的特殊性质，就会丧失委托人信任，就会失去自己的服务市场，尤其是在国际竞争中处于完全被动的地位。如果失去诚信，整个律师业的社会公信度也将随之丧失，这个职业所依托的社会基础也不复存在。诚信是我们拓展服务领域的基础，是我们提升服务的根本，是我们提高律师队伍素质的关键，是我们完善律师形象的前提。只有坚持以服务与诚信为主题，才能增强律师业的凝聚力和战斗力，增强自我约束、自我规范的力度。因此，诚信事关律师业整体命运，对律师的诚信必须有更高、更严格的要求。

加强律师诚信制度的建设，尽快建立起科学完善的律师行业诚信体系以及相应的评价系统，用制度规范执业行为，用制度保证诚信服务，事关律师业的社会公信度和律师事业的兴衰成败，是当前和今后一个时期全国律师行业的重要的战略性任务。

三、司法行政机关、律师协会要进一步加强对律师的诚信机制进行监管

（一）公示制度

除每年年检注册后，将通过年检注册和给予处罚的律师事务所和律师在当地主要媒体公告外，各级律师管理机关应充分利用网络在信息传输中的作用，将所管理的律师事务所和律师的情况、律师执业的工作 “ 流程 ”、标准、司法部的有关规定及当事人注意事项长期公诸于众，置于全社会监督之下，增加社会的可识别性，使律师管理工作更加透明[③]。

（二）惩戒制度

目前，对律师违规违纪投诉的查处是律师管理工作中的一个薄弱环节。查处不力的后果，使违规违纪律师得不到应有的惩处，甚至获得的收益远远大于违规违纪付出的成本[④]。今后应根据违规违纪情节的轻重，轻者在行业内部进行通报，重者可通过新闻媒体曝光，使有不良行为记录者如过街老鼠，人人厌弃，真正起到以儆效尤作用。

（三）执业保险制度

根据司法部的要求，在年内强制推行律师执业责任赔偿和保险制度，使由于律师违法执业或因过错给当事人造成的损失，都能够得到赔偿，以有效保护当事人的合法权益，强化律师行业的社会信用[⑤]。

（四）诚信教育制度

对执业律师开展经常性的诚信教育，每两年进行一次以律师职业道德执业纪律为主要内容的考试，未通过考试的，当年不予注册。

（五）委托代理制度和利益冲突审查制度

要改变目前绝大多数律师事务所使用简单的格式委托协议的做法，根据每一个案件的不同情况，与不同的当事人签订不同的委托代理合同，双方的权利义务要尽可能详尽、细化，便于双向监督。防止和减少收费不办事，不勤勉尽责等失信行为。

（六）服务质量跟踪反馈制度

服务质量是律师业发展的生命线，也是建立律师诚信的关键。通过建立健全服务质量意见卡等方式，把律师执业的诚信情况更好地置于当事人的监督之下[⑥]。

（七）诚信档案制度

省律师协会建立不可更改的律师诚信记录档案，内容主要包括律师和律师事务所信息和奖惩信息。

（八）责任赔偿和保险制度

推行责任赔偿和保险制度，使由于律师违法执业或因过错给当事人造成的损失，都能够得到赔偿，以有效保护当事人的合法权益，强化律师行业的社会信用[⑦]。

无论是在过去还是在现在，信誉都是社会发展的基础。然而，律师作为法律的推行者、公平正义的守护者，更应该秉着良好的职业操守，做好本职工作。因此，在社会主义市场经济下，建设切行有效的律师诚信体系是确有必要的。律师诚信体系的建设，将有助于律师行业整体素质水平的提高，同时也为律师行业未来的发展奠定了良好的基础。

参考文献:

①郑强：《合同法诚实信用原则研究--帝王条款的法理阐释》[M].北京:法律出版社,2000年版。

②郑强：《诚实信用的概念起源》[J]《律师文摘》，2005 年第 2 期。

③张富强：《诚实守信义务》[J]《律师文摘》,2002 年第 4 期。

④章武生：《中国律师制度研究》，中国法制出版社 1999 年版。

⑤李本森：《中国律师业发展问题研究》，吉林人民出版社 2001 年版。

⑥ [美]雷蒙德 马克斯：《律师、公众和职业责任》，舒国滢等译，中国政法大学出版社 1989 年版。

⑦王利明：《司法改革研究》，法律出版社 2000 年版。

作者单位 :安徽寻求律师事务所

律师收费制度研究

李　伟

【内容摘要】笔者结合中国律师收费制度的演进过程,阐述了律师收费的概念、特征,并论证了律师收费的必要性与合理性。本文认为,律师收费行为是基于律师自身社会服务者与“文化商人”的双重角色而存在的。这样理解来，我们可对律师收费的正当性形成全面而深刻的认识。接着本文通过对我国律师收费制度几次变革的细致梳理与分析,提出了我国现行律师收费制度存在的一些问题。最后本文探索了解决有关律师收费制度存在的问题的一些初步解决方案与应对策略。

【关键词】律师费 收费项目 收费类型

律师提供法律咨询、代理、辩护或其他帮助，是一种服务行为，而服务是有偿性的，因此律师收取律师服务费是自然合理的行为。然而，律师怎样收取律师服务费、收取多少费用则是委托人与律师之间所容易产生分歧的地方。社会大众普遍认为律师收费不规范、不合理，而律师则抱怨收费太低、太难，特别是在像我国这种律师制度尚不完善的国家，律师收费合理与否成了有损律师公正形象的一个最大污点。由此可见，合理的律师收费制度的建立是律师制度完善中一个关键的组成部分,如何正确认识我国目前的律师收费制度和如何构建适合于中国现有国情的律师收费制度，是我国律师制度建设的重要组成。鉴于我国现代律师制度发展较晚且很不成熟，我国的律师收费制度还在不断地摸索和完善之中。笔者旨在通过对我国律师收费制度的变迁、律师收费方式、费率的变化、律师收费存在的不足等方面的探讨来构建适合我国国情的律师收费制度。

一、我国律师收费的历史变迁

“律师费”是人们日常生活中经常听到的名词，律师收费制度就是指有关律师在为当事人提供法律服务的过程中如何向当事人收取相关费用的规程或准则。我国最早关于律师收费的规定是 1956 年司法部出台的《律师收费暂行办法》，但是由于中国律师制度在 1959 年被取消，这个《律师收费暂行办法》并没有在全国得到真正意义上的实施。1978 年我国律师制度开始恢复后没有来得及制定律师收费方面的制度,于是在律师制度恢复初期还是仍然执行这个《律师收费暂行办法》。

根据 1980 年 8 月 26 日第五届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过的《中华人民共和国律师暂行条例》第 20 条中的规定,司法部在 1981 年 12 月 9 日会同财政部以(81)司发公字第 361 号通知下达了《律师收费试行办法》，统一了全国的律师服务收费标准。

随着社会主义市场经济的快速发展，这个《律师收费试行办法》已经不适合当时的形势了。于是 1990 年 2 月 15 日司法部、财政部、国家物价局三家又以司法[1990]043 号下发了《律师业务收费管理办法及收费标准》。1991 年 11 月 19 日国家物价局、财政部又制订了《关于发布司法行政系统行政事业性收费项目和标准的通知》[（1991）价费字 549 号]，其中的附件三是《律师服务收费管理办法》、附件四是《律师服务收费标准表》，这个通知自 1991 年 12 月 1 日起施行。1997 年 3 月 1 日起施行的《律师服务收费管理暂行办法》，取代了《律师业务收费管理办法》。2004 年 3 月 19 日以司法部令第 78 号发布的《律师事务所收费程序规定》自 2004 年 5 月 1 日起施行。2006 年 4 月 13 日国家发展改革委和司法部发布的《律

师服务收费管理办法》（发改价格[2006]611 号），该办法自 2006 年 12 月 1 日起施行。

自 1991 年开始，近十年来国家对律师收费方式和费率几乎没有作修改，到了九十年代后期收费制度与实际律师收费现状有了明显的不相配套，在这种情况下，各省司法行政机关从自己省的实际情况出发制定了自己的收费方式和费率标准。所以在过去的二十几年间律师收费制度呈现的是全国统一与各省自治相结合的模式，这种模式导致了全国律师服务收费的混乱和无序，但正是这种无序中积累的经验为我国律师收费制度的建设奠定了基础。

二、我国的律师收费类型

当事人聘请律师打官司需要与律师事务所签订委托代理协议，并给具体办律师签署授权委托书。通常情况下，委托之后就应支付代理费以及相关办案费用。但司法实践中，还有其他多种律师收费方式。

原司法部 1956 年的《律师收费暂行办法》对律师收费的方式规定很简单且没有全面实施。1981 年的《律师收费试行办法》中，则将律师收费方式规定为按件固定计费和根据每件涉及的争议标的按比例计费两种。1990 年的《律师业务收费管理办法及收费标准》与《律师收费试行办法》最大的不同是在咨询和涉外业务上允许计时收费，这样形成了计时、计件固定、计件按涉及标的的比例三种方式并存的局面。1997 年 3 月 1 日起施行的《律师服务收费管理暂行办法》在此三种基础之上又增加了协商收费这一方式。

2006 年 4 月 13 日国家发展改革委和司法部发布的《律师服务收费管理办法》（发改价格〔2006〕611 号），明确了计件、计时、按标的比例三种方式的适用范围及实行政府指导价，另外规定办理涉及财产关系的民事案件在向委托人告知政府指导价后委托人仍要求实行风险代理的可以实行风险代理收费。

从上述变化可以看出我国的律师收费方式是从计件固定收费和按比例收费发展到计件固定、按比例、按时收费、协商收费四种。

三、我国现行律师收费方式存在的问题

（一）计时收费依赖律师个人职业道德，对当事人一方显失公平

计时收费是指律师事务所根据其提供法律服务耗费的有效工作时间，在规定的标准范围内，按确定的小时收费标准向委托人收取律师服务费用的计价方式。该收费的方式好处在于能够充分体现律师工作时效与报酬的对等性，国外客户是比较乐意接受的。但是由于在计时操作上较多依赖律师个人的诚信度，且根据我国司法制度律师和委托人都比较难以予先估算所需时间，所以国内委托人很难接受。

（二）计件收费忽略了个案难易程度，不能体现律师服务水平

计件收费是指以每一委托事项为基本单位，按规定的数额在规定的范围、幅度、限额内具体商定收取律师服务费收费标准和总额的计价方式。计件收费在刑事、民事、商事以及行政诉讼等案件中是按不同的阶段和标准来执行。其中一部份是固定标准的，还有想当一部份是在收取一定基础费用的基础上，再按一定比例的争议标的来计费。这种收费方式计费简单明了，但是案件的争议标的大小并不能体现案件难度和律师的工作量。因此，此种收费不能真正体现出律师工作量与报酬之间的关系，并且这种收费标准容易引导律师形成办案选标的的不良风气。

（三）协商收费下，律师占据专业优势，可能会有损当事人的公平交易权利

协商收费是指由律师事务所与委托人双方依据办理某项法律事务的难易程度自愿协商确定收费标准和总额的计价方式。这种收费方式虽然真正体现了律师与委托人之间的平等协

商，但是由于律师占据专业知识优势，容易利用自己的专业在协商过程中与委托人达成显失公平的协议，让委托人多支付不应当支付的费用，并且这种计费方式仅适用于除诉讼、仲裁、执行案件外的其它各类非诉讼法律事务。

（四）风险收费容易引导律师不择手段追求胜诉，并促使当事人违反诚信原则出尔反尔

风险收费是指律师事务所与当事人达成依据委托事务最终达到的结果来收取费用的方式。风险代理将委托人与律师捆绑在一起，有利于提高律师办案的积极性和责任心。但是此方式也有不利之处，一是律师为了追求风险代理的高额回报，有可能会利用不法手段达到目的；二是委托人在事务即将有利于自己结果时，为避免支出高额律师费，故意找借口解除委托的事有发生。

总之，上述律师收费方式中的前三项对律师来说是风险最少的，而委托人来说则认为这种律师不担风险的收费方式会使律师在收费前对委托人满腔热情，而收费后则对委托人不理不睬。而第四项收费虽然能让律师更尽力提供法律服务，但是由于委托人对律师费支出心态的各异，经常出现在委托人利益即将实现之时则出现委托人找各种借口解除委托，引发律师与委托人之间的纠纷。

四、对我国律师收费制度改革的建议

律师收费制度的改革是律师与当事人的共鸣，但如何改革则是双方的分歧，笔者旨在探索解决有关律师收费制度存在的问题的一些初步解决方案与应对策略，以期实现双方的利益共赢。

（一）首先，从律师双重性管理的角度着手，应以司法行政监督为主，行业协会在具体工作上全面实施

政府在律师收费的博弈中要做的，一是要在不涉及价格的前提下制定收费程序、规则等；另一方面，也要防止律师形成价格同盟，损害当事人的利益。而中华全国律师协会作为律师的自律组织则应对具体价格制订实施掌控，在广泛征求全国律师意见的前提下制订出详细的律师收费方式、标准，并每二至三年做一调整。

（二）其次，要创新收费方式，完善现行收费格局

对于国外律师使用最多的计时收费应当在较多方面予以实行，在国内计时收费难以展开的原因主要是委托人与律师之间很难达成一个案件所需时间的先期预算，所以只有制订一个可参照性的计时收费数据，才能让计时收费得到更多的采用。

对于协议收费特别是胜诉收费应当大大限制期适用范围，在国外很多国家是禁止律师与当事人协商收费（包括胜诉收费）的，如英国。并且在我国由于诉讼不是对抗性的，所以律师对案件胜诉的预测率相对较高，因而过多适用胜诉收费对委托的利益将带来损害。

（三）应当以经济发展水平为基础，合理确定律师收费一般标准

经济基础决定上层建筑，一个地方的经济发展水平是决定该地区法律纠纷数量、类型与解决方式文明程度的基础性因素；也是当地律师收费的最重要决定因素。

安徽省现处于皖江城市带承接产业转移示范区建设的大好机遇期，经济发展大有前景。在此背景下，我省律师行业也遇到了自身发展的难得机遇。在收费制度上，律师行业应以经济发展动态为基础，适时调整标准，做到与时俱进，全力服务皖江城市带建设。

（四）建议试行律师费计入诉讼费用制度。

由于目前实行本人诉讼主义，法律并未要求一定要通过律师进行诉讼，因而规定律师的报酬由各当事人负担，其报酬额也是由委托人与律师双方自由商定，高额费用的沉重负担已影响到当事人接近司法救济制度。由于律师收费高昂，中下层阶级很难获得律师的法律帮助，为有钱人服务成为支配律师活动的经济规律，因而出现 90%的律师为 10%的人服务的怪现

象。所以为了让需要正义支持的委托人能打得起官司，将律师报酬算入诉讼费用中，实行报酬法定化是迫在眉睫的事。

参考文献：

①《中华人民共和国律师法》（中华人民共和国主席令第七十六号）。

②《律师服务收费管理办法》（发改价格[2006]611 号）。

③吴泽勇:《论我国律师收费制度改革》,《南京大学法律评论》，1999 期。

④《皖江城市带承接产业转移示范区规划》。

⑤《中华人民共和国合同法》（1999 年 3 月 15 日第九届全国人民代表大会第二次会议通过）。

作者单位：安徽梁昌胜律师事务所

我的律师入行之路——团队合作

孙可发

【内容摘要】传统印象里，律师的发展多依靠的是个体的人格魅力、法律素养、经验和社会资源，很少有以团队形式面向市场的。本文以个人通过律师团队成功入行的亲身经历谈律师团队的特点和作用，并进一步探讨如何实现律师团队合作，更好地发展律师事业、服务社会。

【关键词】律师团队　团队成员　团队合作

一、我的律师入行简历

我本是一名中学英语教师，教了上十年的书。2004 年，我看到不少同事考研升造，于是突发奇想，也读个研究生吧。读什么？考自己的英语专业，我二外不行；考历史，看了几天的书觉得自己根本不是研究历史的料。正犯愁间，有同事推荐我读法律硕士。于是我跑到书店买了两本法律书，一本刑法，一本民法。工作之余，我一口气读完，突然觉得我对法律产生了浓厚的兴趣。我于是在 2005 报名参加了全国统一研究生录取考试，结果我被安徽大学法学院法律硕士专业录取。读研期间，未曾想为找工作遇到了前所未有的困难。参加公务员考试吧，早已过了 35 周岁的底限，报名的机会都没有；进高校继续当老师吧，人家说法律专业要博士，我的文凭低了；继续考博吧，一家老小生活没指靠，不容我这样做；打工吧，能干什么活呢，一月能挣多少工资呢，心不甘。幸亏我于 2006 年通过了国家司法考试，没辙了，还有一条路：当律师。我的学法律的同学大都说当律师难啊，门槛高，入行易，发展难。全班 50 名同学，没听说哪一个同学把当专职律师作为毕业后的首选。毕业后，我别无选择，终被逼上了律师之路。至今我已从事专职律师工作近三个年头。

我这个半路出家、满腹狐疑、被迫走上专职律师之路的律师现在发展得怎么样？我不敢妄自菲薄，自以为取得了不错的成绩，至少我的发展之路远超出了我个人的想象。下面就是我短暂律师之路的概述：

2008 年 7 月，刚从安徽大学毕业我就通过熟人介绍到了一家律师事务所开始正式从事专职律师工作。刚开始的那会儿真的不堪回首。首先是经济紧张。十几年当老师的积蓄在读研期间已所剩无几，每月仅有妻子打工的几百元入账。一家三口租住在 20 几平方米的房子里。孩子读书费用和每月的房租就让我捉襟见肘。其次是没案可办，每天早出晚归呆在律师办公室里看书。那心里是说不出的滋味。让我幸运的是，我来所之前，所里有与我年龄相仿的四位律师，比较投机，常在一起聊天。过了一段时间之后，他们四位或许是业务太忙，或许是要真心帮我，开始安排我和他们一起办案。他们安排我调查取证、开庭、出差、一起讨论案件、甚至独立办案等等。从此我们走在一起，未曾想，我的业务水平从此开始迅速提高。约一年后，我们五个人当中不知谁提议，我们组成六安市第一个律师团队吧。一拍即合，我们从此开始了律师团队之路。我们五人还签订了《五人律师团队合作协议》，以“ 精诚团结、共创辉煌 ”为理念，以“ 业务共做、利益共享 ”为宗旨。协议书里详细地制定了合作实施细则，比如案件分配机制、案件讨论机制、工作协调机制、利益分配机制等等。很快，我们的团队进入良性运转的轨道，收到了大家都意想不到的效果，特别是我，业务能力提高最快，业务量有了大幅度上升，自以为完全进入了角色。总结我的短暂律师发展之路为一句话：团队之路是我律师入行的捷径。

二、律师团队是什么

笔者以为所谓团队就是一群人以项目或任务为导向，成员之间齐心协力，用群体的智慧结合成巨大的创造力，高效地实现团队共同的目标的一个组织。那么，“ 律师团队 ”就应该理解为由一些具有共同信念的律师为达到共同目标而组织起来的，各律师通过沟通与交流，保持目标、方法、手段的高度一致，从而能够充分发挥各律师的主观能动性，运用集体智慧将整个团队的人力、物力、财力集中于同一方向或同一目标，创造出一流的业绩，而组织起来的团队。

律师团队有以下几方面的特点和作用：

（一）资源共享、效益优化

每个人都有不同的经历、不同的人脉资源。我们五人当中有当过医生的，有在高校担任副教授的，有在法援和司法局工作过的，有在基层担任过行政领导的，有当过中学教师的。有着广泛的社会接触面。我们五人的专业也各不相同。有医师、技师、政法、法硕、外语等不同的行业和专业。这些不同的个人资源，在办理纷繁复杂的不同案件时，可充分调动、优化组合，体现团队的效益。

（二）优势互补、相互提高

尺有所短、寸有所长，各人的知识结构不同、经历和资源不同，优势也必定不同。不同的优势整合在一起，将形成巨大的整体优势，个人优势将无与伦比，即起到 1+1 大于 2 的效果。我们五人相互交流和学习，达到相互提高的目的，比单打独斗情况下的进步要快的多。

（三）协作办案、提高效率

业务好的单打独斗律师，常会觉得很累，经常同时要处理好几件事，觉得忙不过来。特别是遇到同时几处开庭的情况，恨不得一个人掰几伴用。这样的情况多了，肯定会影响办案质量，甚至会误事。法律服务的内容、案件的种类千变万化，任一个律师不可能样样精通，“ 万金油 ”式的律师绝不能保证服务质量。我们五人当中有擅长刑诉的、有擅长医疗纠纷的、有擅长房地产的、有擅长保险金融的，等等。我们在遇到不同类型的案件时，有针对性地分工，尽量让最擅长的人主办。智者千虑必有一失，三个臭皮匠赛过诸葛亮。每个案件、特别是疑难复杂案件若能经多人讨论、合议，必将大大提高办案质量。无论日常琐事、还是出差开庭，我们都在五人之间相互协调，从不担心没分身术的问题。这样大大提高了办案的效率，从而也会提高办案的质量。

（四）利益共享、风险共担

既然是个团队，肯定有个团队利益和个人利益共存的问题，且团队利益高于个人利益。维护团队利益，才能更好地实现个人利益。所以，在一个团队里，大家的利益都捆在一起，成员之间的利益可以达到一定程度的平衡，对于刚入行的律师帮助尤其大。团队成员在共享利益的同时，自然共担风险，故成员之间相互监督，相互约束，从而也实现共同发展的目的。

三、如何实现真正的律师团队

组成律师团队的律师可以是一个律师事务所里的全部律师，也可是一个所里的部分律师，还可以是不同的所、跨区的律师组合。如何组建成功的律师团队，笔者以为是一项相当复杂的工程，涉及的问题很多。本文重点谈以下几个方面：

（一）每个成员都要有远大的目标

律师职业的一大特点是自由，正因为如此，一般的律师都各行其是，挣到钱就行，何必考虑与他人纷繁复杂的合作，多一事不如少一事。特别是那些暂时业务能力高、业务量大的律师尤其如此。他们考虑与他人合作会增加他的负担，减损个人利益。这种理念与团队合作

是格格不入的。每个欲走律师团队之路的律师首先要有博大胸怀、前瞻眼光和团队精神。团队成员考虑的是：当律师，不但考虑个人效应，还要考虑整体效应、社会效应。因此每个成员，必须极大地提高自己的思想境界和团队合作意识，从内心深处彻底摒弃任何私心杂念，绝不打个人的小算盘，不目光短视。如果仅想着大家抱在一起多挣点钱，那么最终会因利益纷争而不欢而散。

（二）志同道合，求同存异

物以类聚，人以群分。若志不同、道不合，不可能走到一起组成团队，即使违心地组建起来，很快就会四分五裂。律师是高层次的服务行业，笔者以为特别强调人品，甚至以为人品大于能力。实践中，有的律师能力很好，但人品欠缺，最典型的是不择手段唯利是图。这样的律师必然会私心太重，处处斤斤计较，猜疑别人，而不适合做团队成员。作为团队成员必须要求很高的思想道德品质，能够求大同、存小异，能够相互尊重、相互信任、相互提高，勇于自我牺牲，勇于奉献他人和集体。故，笔者强调，若成员之间明显品行各异、志向不同、差距太大就不要在一起组织团队，或加入别人的团队。

（三）高素质的领导

领导是一门艺术，确不是任何一个人都能当的。一只羊是带不出一群狮子的。团队成员之间虽然地位平等、相互尊重，但跟任何一个单位一样，团队、特别是以律师事务所形式出现的团队也要有一个优秀的头。笔者以为，当好一个律师团队的领导，要特别有大局观，有崇高的人品和人格魅力，善于沟通和协调。律师团队可说完全是“ 人合 ”的组织形式，律师事务所也不像一般的公司、企业，完全是一种服务行业。能把参差不齐的人组织在一起发展事业，有小家子气、金钱利益至上思想的人是绝不能当领导的。

（四）利益协调是绝对的难点

每个团队成员实际业务能力、业务量肯定是有区别的，有时区别还会很大，从而对团队的贡献就会有大小。人人都有私心，除非圣人或傻子。能耐大的人为什么要把自己的利益平衡给能耐小的人。从而，团队里每个成员无论人品多么好、思想境界多么高，都会产生一定的利益纷争。利益纷争如何处理，事关团队的生死和发展。既然选择在一个团队里合作，团队成员之间肯定要相互平衡和照顾。因此，要制定一系列严格的规章制度来规避纷争。比如，监督制度、奖惩制度、分配制度等等，来化解成员之间的利益冲突，实现团队成员之间的团结，并充分调动每一位成员的潜力和积极性。

四、结语

单靠律师个人的力量已无法满足社会日益增长的法律服务市场的需要，单兵作战、各自为营的创收模式的弊端已经制约了律师业务的提升。现在市场环境强调合作共赢。只有发挥团队力量、整体优势，才能向社会提供高效优质的法律服务，这已成为律师同仁界的共识。据笔者了解，在全国已有个别律师“ 事务所走律师团队 ”之路，且取得了骄人的成绩，比如上海建伟律师事务所。

律师团队合作制度 ”作为律师事务所发展道路上的一种全新体验，其成熟必将经历诸多艰难，其前景也将极为开阔。将来，我们不希望看到少数几个名律师，而是越来越多的名律师事务所。我们可以这样预言，个人奋斗的时代将退出历史舞台，中国律师事业将是团队的时代。中国律师事业的健康快速发展也应该实行团队精神、团队力量、团队协作、实施团队战略。

作者单位：安徽金六州律师事务所

浅谈党建工作在律师事业发展中的地位和作用

孙艺茹

【内容摘要】党的基层组织是党全部工作和战斗力的基础，是落实党的路线方针政策和各项工作任务的战斗堡垒。中国律师事业的发展，必须坚持中国共产党领导，坚定不移地高举中国特色社会主义伟大旗帜。加强律师行业党建工作，夯实党建工作基础，增强律师基层党组织生机活力，发挥好政治核心、组织保证、团结凝聚、组织引导、推动发展等方面的作用，对于促进律师事业健康、科学发展具有战略性和决定性的意义。

【关键词】律师党建　　事业发展　　地位作用

党中央对新社会组织党建工作高度重视。胡锦涛、习近平等中央领导同志先后就以律师、会计师等行业为突破口，以点带面，积极探索加强新社会组织基层党建工作作出了一系列指示。以 2008 年 3 月中央组织部和司法部党组联合下发的《关于进一步加强和改进律师行业党的建设工作的通知》为标志，律师行业党建工作进入全面推进的发展新阶段。截止 2009 年底，全国律师行业已经实现了党的组织和工作全覆盖的目标。

律师行业党建工作是党的执政能力建设和先进性建设的重要内容和组成部分。从政治和全局的高度进一步认识律师行业党建工作，充分认识律师行业党建工作对于律师事业发展的作用和意义，是事关我国律师事业举什么旗，走什么路，向何处发展，如何发展的战略课题。笔者认为，“ 全覆盖 ” 阶段性工作目标的实现，只是律师行业党建工作迈出的第一步，今后的工作更加艰巨。当前和今后一个时期，律师行业党建工作的重心和着力点，应当紧紧抓住如何切实增强律师事务所基层党组织生机活力和作用发挥。鉴于此，党建工作在律师事业发展中应所发挥的作用和实践途径作一探析。

一、政治核心

通过基层党组织发挥政治优势，坚持党对律师工作的领导，确保律师事业发展的正确政治方向。

律师行业从业人员大多比较年轻，具有知识层次较高、接受新事物较快、职业独立性较强、流动性较大和广泛接触社会各个阶层等特点，能否把广大律师团结凝聚在党的周围，事关律师事业发展方向，也是检验律师行业党建工作成效的首要标准。

首先，可以通过党建工作将律师事业置于党的绝对领导之下。中国共产党领导是中国人民的历史选择。律师行业党的基层组织通过广泛运用党史、国情知识教育、竞赛以及时政形势报告会等多种形式和途径，加强经常性教育和宣传，使广大律师在情感上认同党的领导、在思想政治上拥护党的领导、在行动上服从党的领导，自觉自愿团结在党的周围发挥作用、贡献力量。

其次，可以通过党建工作进一步坚定广大律师走中国特色社会主义道路的信念。中国特色社会主义是全国各族人民团结奋斗的伟大旗帜，是关系党和国家前途命运的根本问题。律师行业党的基层组织在认真落实《党章》规定的八项基本任务过程中，应创新教育方法，增强教育效果，加强思想理论武装，使广大律师真正坚定走中国特色社会主义道路，坚持并不断完善中国特色社会主义律师制度，自觉抵制不良社会思潮和西方错误法治观念的侵蚀和影

响。

第三，通过党建工作可以使党的路线方针政策在律师行业得到不折不扣地贯彻执行。这是律师行业党的基层组织最基本也是最重要的职责和任务。党的基层组织应通过组织学习、讨论、座谈、主题实践活动等形式，经常性地向党员、律师宣传党的主张，宣传党的路线方针政策，使广大党员、律师在理解、认同党的路线方针政策的基础上，自觉拥护并贯彻执行。

二、组织保障

以党建工作带动律师队伍建设，推动建设一支“政治坚定、法律精通、维护正义、恪守诚信”的高素质社会主义法律工作者队伍。

周永康同志在第七次全国律师代表大会上明确指出，建设一支政治坚定、法律精通、维护正义、恪守诚信的律师队伍，是律师事业健康发展的根本保证。队伍是事业成败的关键。无论从律师队伍的整体考量，还是从一名优秀律师的个体而言，政治素质、业务素质、价值追求和职业道德，均是“四位一体”的要求。律师行业党建工作在律师队伍建设中应当发挥牵引、带动作用，同时两者又相互促进、相辅相成，统一于律师事业健康、科学发展的伟大实践。

首先，加强律师行业党建工作，需要夯实律师行业基层党组织这一基础建设，通过发挥基层党组织的凝聚力、感召力和党员律师先锋模范的示范、导向作用，团结、培养和吸引业内更多的优秀分子加入到党的组织，不断壮大律师行业的党员力量，优化党员结构，为律师事业的健康发展奠定坚实的组织基础。

其次，加强律师行业党建工作，需要通过精心策划，把党内相关主题实践活动与律师文化建设、职业道德建设等有机结合，创新载体，增强吸引力，扩大参与面，着力培育反映社会主义本质要求和时代特征的律师精神和价值观念，形成律师队伍建设积极向上的价值取向和职业操守。

第三，加强律师行业党建工作，需要以“五好”党支部、党建示范点、党员先锋岗等为抓手，通过大力开展争先创优活动，唱响行业主旋律，着力弘扬正气，弘扬先进，以典型、标杆的示范导向，激励广大律师的争先进位意识，营造争先进位的浓厚氛围，树立正确、积极地价值追求。

第四，加强律师行业党建工作，需要着力把“自觉做中国特色社会主义法律工作者”这一主题实践活动做深做实。运用座谈、讨论、演讲、事迹报告会、文艺创新等多种载体，增强广大律师做中国特色社会主义建设者、捍卫者的荣誉感、使命感和责任感。

三、团结凝聚

通过基层党组织发挥密切联系群众的优势，强化服务功能，着力推动律师事务所、律师行业团队精神的培育和建设，联系群众、服务群众，凝聚人心，努力形成发展合力。

首先，可以通过开展谈心活动、征集意见建议等方式，加强思想政治工作，经常了解并虚心听取群众对党员、党的工作的批评和意见，维护群众的正当权利的利益，及时疏导、化解矛盾，增进团结协作。

其次，应当切实增强服务意识，通过建立和落实党内激励、关怀、帮助机制。增强基层党组织的向心力。一是注意做好关心、爱护老党员律师和生活困难律师党员律师工作，主动了解、切实帮助其解决工作、学习、生活中的实际困难，使其真正感受到党组织的关怀和温暖；二是通过党内、党员与非党员律师“结对”等方式，做好对年轻律师业务上的传帮带工

作，增强其对党组织的归属感；三是注意关心党员律师的政治进步，基层党组织通过积极推荐优秀党员律师参选党代表、人大代表、政协委员，为其参政议政提供平台，激励党员律师更好地发挥先锋模范作用。

四、组织引导

通过发挥基层党组织的感召力，团结、带领广大律师忠实践行职业使命，为律师事业健康发展营造良好的职业声誉和环境。能否有效地组织引导广大律师以一个正确的执业理念去履行职责使命，是对基层党组织感召力、战斗力的重要考验。

首先，加强律师行业党建工作，通过深化践行社会主义法治理念主题教育实践活动，可以充分运用媒体、专题报告会、文艺演出以及警示教育等形式，丰富教育内容、增强教育成果，使服务为民的执业理念根植于广大律师心中，将党员全心全意为人民服务的宗旨贯穿和落实到律师执业活动的始终。

其次，加强律师行业党建工作，通过党员律师的率先垂范，组织引导律师参加法律援助、农民工维权，参加诉讼、信访案件和敏感、群体性事件接待处理，通过推动发挥律师事业技能优势参与矛盾纠纷调处等，依法维护当事人合法权益，促进解决民生问题，维护社会稳定，促进社会和谐，在践行“三维护”职责使命的过程中，实现律师工作法律效果。政治效果和社会效果的统一，增强律师行业的美誉度和社会影响力。

第三，可以通过采取教育培训、制度建设和监督检查等有效措施，加强对党员律师的反腐倡廉教育，督促党员律师廉洁执业，引导广大律师养成重品行、讲操守、守纪律、诚信勤勉服务的执业风尚。

五、推动发展

通过组织贯彻落实党的路线方针政策，推动律师事业在围绕中心，服务大局中实现自身价值，谋取律师事业自身的科学发展。

发展是党执政兴国第一要务。抓党建最终要落实到促发展，这才是律师行业党建工作的根本要义。

首先，通过加强党建工作，律师行业的基层组织应当团结、带领广大律师，坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上的原则，忠实履行职责，自觉做中国特色社会主义法律工作者、经济又好又快发展的服务者、当事人合法权益的维护者、社会公平正义的保障者和社会和谐稳定的促进者。

其次，可以通过加强学习型党组织建设，注重加强时政的学习、研判，学会自觉把律师工作放到党和国家工作大局中去谋划，把律师事业与党和人民的事业紧密联系在一起，这样才能谋取不断拓展律师法律服务的广度和深度，最大化实现律师事业自身价值，在服务大局中赢得律师事业的又好又快发展。

律师行业党建工作是一项长期、艰巨而具有战略意义的工作。新的形势，以及律师行业自身的规律和特点，赋予律师行业党建工作以新的挑战，责任重大。抓党建，带队伍，促发展，简单而又深刻地揭示了行业党建与律师队伍建设、律师事业发展之间的关系。党建工作作用的真正发挥和实现，有赖于基层党组织尤其是律师事务所党支部建设的进一步加强，有赖于党员律师先进性作用的发挥，有赖于基层党组织生机活力的不断增强和作用进一步发挥，这正是我们需要着力研究并加以推动的。

作为一个有着十七年党龄又曾在律师行业管理机构工作过多年的执业律师，在本次论坛

的众多选题中决定与同仁们探讨探讨党建问题，笔者是怀着对律师行业和党的事业的真切情感，写下了这篇文字。真正使理想得到实现会有一个过程，但我相信，所有同仁都会怀着坚定的信仰，为律师行业党建事业的发展、为律师事业走向辉煌贡献力量。

作者单位：安徽承义律师事务所

律师调解是最优质高效的法律服务

陈传杰　陈 玮

【内容摘要】“调解优先、调判结合”，在人民法院系统被公认为“高质优效”的工作原则。对于律师队伍来说，“调解优先”同样是“高质优效”的法律服务。律师调解的前哨性、信任性、广泛性和法律性，决定了律师调解的实效性和无可替代性。通过这种“优质高效”的法律服务，最大限度的维护了服务对象的合法权益，促进了社会和谐，最终也奠定了律师高素质法律服务的潜质，促进了律师工作的长效机制。

【关键词】律师　法律服务　调解优先

“ 调解优先、调判结合 ”的工作原则，是新时期人民司法工作经验的科学总结，是人民司法优良传统的继承和发扬，是人民司法理论、制度的创新和发展。在人民法院内部，调解被公认为高质量、高效益的审判。对于律师来说，调解同样是高质量、高效益的法律服务。只有正确坚持“ 调解优先 ”的工作原则，维护社会的和谐与稳定，才能从根本上维护法律服务对象合法权益，提高服务的质量与效益。

一 、律师在调解工作中的角色影响

我是从 1978 年大规模复查纠正历史冤假错案开始走上法律服务工作岗位的。当时社会矛盾的错综复杂程度，一度的提法是“ 积重难返 ”。最主要的原因， 除了政治因素外,就是缺乏律师制度, 没有律师为调处社会矛盾提供服务。无论民事、行政案件的调处，还是治安、刑事案件的判决,全是一家之言。1979 年，军事法院成立，我成为建国后首批军队律师(当时称义务辩护人)。在当时条件下, 虽然律师在承办案件中的作用很有限, 但我还是深深体会到律师在调处社会矛盾中的影响力。

1980 年初, 由于文革等多种因素的影响, 某地军民关系存在问题。一天下午, 因一名战士的不法行为, 诱发了严重的军民冲突事件,数千人围堵军分区机关，推倒围墙, 进入军事管理区，打伤数名干部战士。事件平息后, 部队追究了六名责任人员的刑事责任。案件调查取证的过程中, 在发现仍有诸多不安定因素存在的同时, 也发现地方与部队关心军民关系、关心社会稳定的共同点，特别是发现相当多的群众对这一事件的态度是痛心和惋惜。案件办结后, 我向省军区领导呈报了关于组织基层连队与驻地厂矿开展军民共建的书面报告，报告批准实施后，又运用法律知识，结合办案中的见闻和体会, 为连队和厂矿企业作法制报告，根据共建活动的进展, 编发了一些改善军民关系的简报, 并将《拥军垫》等军爱民、民拥军的典型事例写成新闻稿,在军内外报刊发表。共建活动结束后, 从部队制度化建设的角度出发，总结撰写了《关于部队预防事故工作的几项建议》， 被解放军总政治部转发全军师以上的单位, 产生了良好的社会影响。这一案件及其善后工作办理过程，在当时历史条件下, 应当说是一次参与调解、共建和谐的亲身体验。这一次深刻的身心体验，也为我后来的 20 多年如一日热爱法律服务工作打下了良好基础，也使我深深认识到律师调解在构建和谐社会过程中的不可或缺作用。特别是在当今律师事业立法相对完善、律师地位改善、律师服务领域扩大、律师素质提高的情况下, 律师调解在构建和谐社会过程中的角色更加重要, 作用更加突出，影响更加广泛。

二、律师在调解工作中的角色特征

1. 律师调解的前哨性。律师生活在普通民众中间，与民众具有天然的联系。民间纠纷的发生，律师往往能够最早接触，最早发现，最早了解调解信息。特别是在纠纷起诉到法院以前，当事人就预先聘请了律师。到开庭调处时，律师对案情的了解、纠纷的起因、争议的焦点以及利益关系的平衡点等早已心中有数，这与通常“开了庭再说”的法官相比，更具有预判性和前哨性。

2. 调解行为的信任性。当事人不到万不得已，不会主动打官司。在聘请律师之前，到处打听、咨询，挑选自己最信任的律师，把自己要办的事情全部托付给律师。当事人与律师建立的这种信任关系，决定了律师在调解工作中的作用是无可替代的。纠纷发生以后，要不要调解，当事人听律师的；调解方案如何拟定，当事人听律师的；调解内容是否同意，当事人还是听律师的。建立在这种信任背景下律师调解的作用和效果，是其他任何调解都无法企及的。民事、行政方面普通案件如此，重大的刑事附带民事案件也是如此。

3. 调解范围的广泛性。律师的服务范围，包括社会各行各业的方方面面。目前，社会生活中被法律所调整的社会关系越来越纷繁复杂，这就使社会从客观上产生了对法律服务的强烈需求，可资法律服务的社会领域也越来越广泛。大到国家改革、内外交往，小到家庭婚姻、衣食住行，都可以成为律师服务的对象。亳州市青年李某与信用社因借款纠纷，被错以诈骗罪判处有期徒刑三年。刑满释放后仍坚持上访。在问题得不到解决的情况下，购买了炸药，想走极端。接触该案后，我一方面耐心做思想工作，进行正确引导；一方面想方设法协助申诉。在再审过程中，协助法院与信用社沟通，对原借款中的遗留问题妥善处理。在纠正原审错误处刑部分的同时，赔偿也通过调解解决。在办理此案的同时，也与李某建立了良好的信任关系。在后来的商务活动中,李经常上门或介绍他人前来咨询有关法律问题，要求提供更多的法律服务。

4. 调解原则的法律性。律师是法律服务工作者。律师服务，是以对当事人合法权益的保护，推动法律的正确实施为实现条件的。而公检法机关、行政机关、或其他国家权力机关，在执行职务过程中，多以服从为实现条件。对于这些机关在工作中的偏差或失误，律师的天职就是及时发现违法现象，寻求调解途径， 促进执法公正。通过这种法律性与服务性的统一，既对当事人负责，又对国家和人民负责，更是对法制负责，归根结底，是对构建和谐社会负责。淮南市有一民营企业，80 年代曾红极一时。破产后，原使用的土地等财产权受到侵害，企业职工没有得到妥善安排，纠纷无法进入诉讼程序，数千职工连续上访多年。在调处这起纠纷时，律师一方面建议职工依法申诉，一方面受邀参加省人大组织的协调会。协调会上，当地政府和相关部门以“改制”为由，站在各自的角度，坚持己见。意见无法统一的情况下，律师提出“公权不得侵犯私权”、“行政权必须服从司法权”的思路和主张。在此基础上，建议服从人民法院的调处意见。最后，省人大接受律师意见，并在会议纪要中转发“律师建议”，问题得到妥善解决，职工不再上访。

三、律师在调解工作中的角色实现

1. 要树立律师调解的本位理念。法律属于政治的范畴。法治追求的价值准则和目标是社会和谐，调解是实现这一目标的最有效手段。律师要有所有作为，要在构建和谐社会中作出较好贡献，必须树立“调解优先”的理念，切实转变重代理、辩护，轻调解、甚至排斥调解的思想。受理案件后，要以真挚的感情和对当事人负责的态度，怀着为当事人解难题和办实事愿望，做好各个诉讼阶段的把调解工作。

2. 要抓住律师调解的重点环节。民事或行政案件的诉前调解，是减少当事人诉累的最重要阶段。在当事人起诉前后，要帮助当事人理清思路，制定方案，积极与相关的调解组织沟通、配合，协助当事人就近、就地选择非诉讼组织解决纠纷，力争把矛盾纠纷化解在诉前；诉讼阶段，要根据案件的难易和复杂情况，主动与法官沟通，建议适用简易或普通程序；对于当事人对立情绪严重、证据优势不明显、相关法律规定不明确、判决后难以执行等情况复杂的案件，要下大工夫劝慰当事人同意调解，帮助当事人制定周密的调解方案，尽一切可能争取调解结案，以最大限度的化解诉讼风险，最大限度的维护当事人的合法权益。

刑事自诉案件的调解，要从维护当事人长远利益的角度，促进当事人和解。为被告人辩护，要通过积极有效的调解工作，促成其认罪悔过，积极赔偿被害人损失，取得被害人谅解，促成自诉人撤诉。公诉案件，也应当树立调解意识，劝导被告方认罪悔过，赔偿损失，争取谅解，为正确适用“宽严相济的刑事政策”创造条件，实现依法从轻或免予刑事处罚的辩护目的。为被害人代理，更要通过努力，晓以各种利害关系，化解当事人的恩怨和对抗情绪，把握一切有利于附带民事调解结案的积极因素，争取达成民事调解协议，为当事人争取到更大的实惠。宿州市朱仙庄镇秦德斌在当地邮政工程施工中被路过车辆碰撞身亡。因双方对立情绪尖锐，死者所在村庄曾组织人员干扰施工并到省城上访。律师与受害方签订了刑事附带民事代理合同以后，首先向死者亲属说清二个问题：一是伤亡伤事故的过失性质；二是最高法定赔偿数额。接着，又与肇事单位沟通，说清适度解决问题的得失及法律依据。在取得当事人信任的基础上，主动约请双方到律师事务所商谈，达成和解协议。最后，受害人不但在法律规定的范围内得到一次性赔偿，还获得了一些额外的补偿；肇事单位也减少了在聘请律师、司法鉴定等方面的总体支出，还避免了累诉等所带来的不必要损失。

3. 要提高律师调解的工作质量。2007 年 2 月，淮南市农民工曹正霞乘坐他人车辆外出打工，因车祸终身致残。肇事单位和保险公司以司机无证驾驶为由，拒不承担责任。曹系孤身一人，经济困难，在医院刚刚苏醒即被停止治疗。因无人过问，医院不得已将伤者抬往公安部门。

有权利必有救济，这是法理。但由于国情和立法等方面的原因，有些个案的救济途径难之又难。本案的客观情况是，肇事驾驶员也是穷困潦倒的农民，没有任何赔偿能力；当时的交强险规定尚未出台，“保险条款”确实有“无证驾驶在任何情况下不予赔偿的规定。为使曹得到救济，律师做了大量工作。首先是多次上门沟通，建议保险公司从社会效果出发，从宽理解“无证拒赔”的条款，照顾第三人利益；其次是与消费者协会联系，要求从消费者角度维护弱者利益；再次是发动新闻媒体和理论刊物，讨论“无证拒赔”的“霸王条款”问题，安徽日报用通栏标题先后六次报道讨论情况。在各方面的关注推动下，法院历经二年四次审理，最终否定了保险公司该霸王条款，使曹正霞终于得到法律救济。

对于一些重大复杂的疑难案件，在“普遍明知不可为”的情况下，也不能走过场，不能敷衍塞责。更应当穷尽一切手段，提供高质量的法律服务，不留有任何缺憾。2008 年 7 月，萧县刘某因琐事持刀与他人群殴，致 2 人当场死亡，3 人重伤，一审被判处死刑，立即执行。二审接受聘请后，律师劝说被告人亲属尽快赔偿被害人损失，采取一切措施，淡化与被害人的对抗情绪，争取从宽处罚。被告人亲属则认为，自古杀人偿命，何况本案死伤多人。连被告自己也丧失信心，甚至放弃辩护的权利。这种情况下，律师仍然进行了深入的调查研究，掌握了被害人的一些过错行为，发现了被告平时表现较好等可以酌定从轻处罚的情节。在此基础上，动员被告亲属赔偿被害人损失。被告 70 多岁母亲卖掉了家庭房产，推着板车在县城卖菜筹钱“为被告人赎罪”。其交给被害人的 20 多万元钱款，不少部分都是几元几角小票，有的还沾有泥土。被告及其家人的二审态度，也使被害人亲属的对抗情绪有所淡化。综合全案情况，二审改判被告人死缓，社会效果较好。

4. 要把握律师调解的合法原则。律师调解的根本目标,是最大限度的维护服务对象的合法权益。保证这一目标的实现，应当处理好三个关系。

首先是调解意见与当事人意愿的关系。律师代替当事人拟定的调解意见，主要是按照律师个人的理解和经验提出的。无论律师个人多么自信，都要尊重当事人的意愿。当事人有不同意见的，要慎重斟酌，认真对待。在没有统一认识的情况下，不能片面的认为当事人不懂法而意气用事，越庖代俎 。

其次是调解意见与相关组织的关系。有些调解意见和建议，来源于法院，或来源于相关的组织。无论来自何处，都要从维护当事人的利益出发，坚持“ 自愿调解 ”的原则，防止相关方面为片面追求调解率而不当调解的倾向。对于可能影响社会和谐稳定的群体性案件、集团诉讼案件以及与社会公共利益相关的案件，当事人认识和理解有偏颇时，要善于针对不同环节，针对当事人文化知识、诉讼能力等不同特点，透彻的释法解疑，充分说明可能存在的诉讼风险，引导当事人在充分认识自身权利义务的基础上，自愿的接受调解意见。

再次是调解意见与法律法规的关系。无论是当事人个人反映的调解意见，还是相关组织建议的调解意见，律师都应当进行合法性审查。要选择恰当的调解组织和工作人员，保证调解程序的合法性，防止以拖促调、以判压调的违法倾向；要认真审查调解协议的内容，在不损害国家利益、社会公共利益、第三人利益的前提下，最大限度的维护当事人利益；要坚决否定以牺牲当事人合法权益为代价的调解。对相关方假借调解拖延诉讼的，调解方案显失公平的，调解行为纵容违法的，调解效果与成本不成正比的等，应当建议法院依法判决。

5. 要建立律师调解的适应机制。律师真正进入调解领域，发挥应有的调节作用，必须有体制和机制作保障。对此，国外早有建树。在美国，人们普遍认为，官司输赢主要取决于律师好坏。律师也是法院解决纠纷的倚重力量，各地都设有律师调解组织。法院甚至通过与律师协会合作，直接设立调解仲裁机构，让一些律师专向调解领域发展。在俄亥俄州，调解机构有 100 多名律师在册登记，作为法院的义务人员；5 万美元以下的经济纠纷，大多由律师调解。在我们的近邻日本，律师同样被视为“ 在野法曹 ”，是定纷止争的主力军。相比之下，在我国，由于历史的原因，律师形象长期被“ 讼师 ”、“ 讼棍 ”等不雅诨号所亵渎。同为法律人，而且是通过“ 司考 ”优中选精的法律人，在从事调解等相关法律事务的活动中，本来应当受到公检法等同路人的青睐，应得到应有的尊重与配合，事实却相反。许多纠纷诉至司法机关后，有的人员不是主动与律师沟通，共同探讨调解途径，而是官欲作祟，故弄玄虚，盛气凌人，处处刁难设障。相关方面也以“ 独立办案 ”为由，人为地在律师与司法人员之间建立“ 防火墙 ”。说到底，这些人说的与做的根本不一样，根本不了解什么叫司法工作的“ 人民性 ”；根本不知道什么叫“ 三项重点工作 ”；根本没有把“ 调解优先 ”当回事。这些，都与律师调解、共创和谐的社会要求背道而驰。身正不怕影子斜。真正高素质的法官或其他司法人员，在工作中是很愿意和律师交朋友的。因为律师的配合，确实有利于调解，有利于整个司法工作，对法院和法官等有很大的、根本的、实质性的帮助。要使律师真正进人调解领域，充分发挥律师的调解作用，首先要克服人们对律师传统观念的错误认识，克服人们对律师的偏见。在此基础上，建立健全与律师调解相适应的机构和机制，提高律师的社会地位，改善律师的执业环境，使律师真正成为调解工作的生力军。

作者单位：安徽国运律师事务所

浅谈化解社会矛盾中律师的作用

陆汝明　　陆栋良

【内容摘要】构建和谐社会首先要化解当前出现的各种社会矛盾，这就需要大量专业人员的参与。律师是面对社会从事法律服务的专业人员，他们用自己掌握的专业知识，积极化解着因社会发展引发的各种社会矛盾，为社会的稳定和发展不断做出贡献，是构建社会主义和谐社会不可或缺的重要力量之一。本文对法治社会建设中出现的主要社会矛盾及特点，阐述化解社会矛盾中律师的各种作用，同时倡导律师应更多地承担社会责任。

【关键词】社会矛盾　律师作用　重点工作

一、当前各类社会矛盾的起因及特点

社会两极分化现象日趋严重，贫富差距不断扩大，各种各样的矛盾，包括工农矛盾、城乡矛盾、政府和群众之间的矛盾等等，交织碰撞，不断激化。从社会发展方面看，近阶段中国正处于社会转型时期，社会利益格局发生了重大变化，不可避免地引发了一些新的问题和矛盾。目前，我国已由生存型社会步入到发展型社会的新阶段，生存型社会是社会发展的初级阶段，其发展的主要目标之一是解决温饱问题。而发展型社会是发展水平相对较高的阶段，其发展的目标开始逐步聚焦于人的全面发展。最近两年由金融危机引发的全球性经济危机，使得社会矛盾呈现出集中多发的态势。社会矛盾的多发与激化，提高了中国社会、经济发展的代价和成本。

当前社会矛盾主要表现为群体性、突发性事件数量增多，对抗性增强以及涉及物质利益色彩浓厚，尖锐和对立的程度加剧，而且纠纷与冲突涉及范围在不断扩大，涉及各行各业以及各类人群，带有明显的多元性、发散性。

二、律师办理各类案件过程中面临的社会矛盾

1. 刑事案件引发的社会矛盾

据统计，2002—2009 年全国公安机关的年均破案率徘徊在 40%－50%之间，可见当年尚未侦破的存案数量是大于破案数量的，每年大约有 250 万件刑事立案后得不到侦破。这样就会有大量的刑事案件被害人不但得不到赔偿，犯罪嫌疑人也一直逍遥法外，增加社会不稳定因素，引发大量社会矛盾的发生。据中国犯罪学研究会的调查，80%以上的刑事犯罪受害人无法从被告人方得到充分有效的经济赔偿。虽然部分犯罪分子经过司法途径得到应有的惩罚，但更多时候受害方是得不到充分及时的赔偿的，这就导致被害方持续或加剧因受犯罪侵害导致的损害。比如被害人受伤住院没有治疗费而延误治疗、依靠被害人抚养的人没有能力抚养而无法生存等情况，成为长期存在的不稳定因素之一，严重制约着整个社会的稳定发展。

2. 民事案件引发的社会矛盾问题

民事案件是生活中最普遍发生的案件，其数量之大、涉及人员之多，直接关系人民群众日常生活，如婚姻案件、拆迁纠纷案件、土地承包权合同纠纷、劳动纠纷案件等，这些矛盾轻则使人民群众无家可归、工人失业，重则升级成为刑事案件，加重矛盾处理的难度，也是

众多刑事案件发生的起因。虽然处理民事案件多是人民法院、公安机关和基层组织的责任，同时更少不了律师的作用。通过多部门多角度的化解，从而能更有效减少因民事案件引发的社会矛盾，使人民得以安居乐业、企业得以健康发展，国家得享繁荣富强。

3. 行政案件引发的社会问题。

1990 年 10 月 1 日开始施行《行政诉讼法》，这是新中国第一部规范行政诉讼的专门法律，从而使行政诉讼案件有法可依。行政诉讼是行政相对方监督政府依法行政的司法途径之一，通过行政诉讼可以更有效地监督和限制行政权力的行使。俗称“民告官“的行政案件同样关系着人民群众根本利益，如土地权属纠纷案件、政府颁证违法案件、违法行政处罚案件等，牵涉到大量农民和集体利益、商业经营者利益，因为行政案件相对更专业，更需要律师的参与。

三、律师如何在化解社会矛盾中发挥作用

1．转变观念，多层次适时地发挥律师的社会作用

随着社会主义法治理念的逐步确立，人民群众的法制观念不断增强，很多矛盾纠纷都通过法律途径解决。律师也应适时地转变观念，通过处理案件而站在化解社会矛盾的前沿，既做好维护法律公平正义的使者，成为构建和谐社会的积极参与者。律师应在履行职责过程中发挥更多的社会作用，律师既要做好代理或辩护的本职工作，更要发挥调解和说服教育工作，基于当事人的信任更有利于化解社会矛盾。律师具有化解社会矛盾的岗位优势和专业素养，推进社会矛盾化解，维护社会和谐稳定，是律师必须承担的政治任务和履行的社会责任。

如今，全国经济迅速发展，做好公益事业也被摆在及其重要的位置上，公益律师和公益诉讼也应运而生，律师通过积极参与公益事业，积极从事法律宣传工作，从而在化解社会矛盾方面贡献力量。随着《法律援助条例》的公布实施，律师更多地承担起为经济困难群体提供免费法律服务的重担，国家也更加重视发展法律援助事业，通过对困难群体的法律帮助，让经济困难的人民有了律师的帮助，也更有利于社会矛盾的化解。律师还为政府作出行为提供参谋工作、参与信访接访工作、帮助政府处理重大群众性和突发性事件等方面发挥积极作用，多渠道多层次地化解社会矛盾，减少不和谐因素的产生。

2．律师办理刑事案件中发挥的作用

很多刑事案件都是因为很小的事件引发的，这时有了律师的参与，做当事人的说服教育工作，使加害方和被害方能尽快达成和解就能很好地减少进入审判阶段的案件数量，节省司法资源的同时也化解了因刑事案件引发的社会矛盾，使社会矛盾在没有发生和升级的情况下就被消灭。如果案件已经进入侦查起诉阶段，通过律师与犯罪嫌疑人或被告人的会见过程可以全面了解案情，对他们进行法律宣传和教育工作，说服有罪的人认识错误积极认罪，便于司法机关对案件的处理，也利于被告人日后的改造。律师还应积极说服犯罪嫌疑人或被告人积极赔偿被害人，不仅能帮助被害人及时得到赔偿，减少被害人方面其他的损失，对促进社会和谐稳定方面也起到重要作用。

3．律师办理民事案件时的作用

民事案件牵涉面广，数量众多，涉及到人民群众工作、生活的方方面面。律师只要接受了委托人的委托就有职责有义务去处理纠纷，成为矛盾当事方最可信任的角色。律师运用专业知识和影响，通过促成民事案件的诉前、诉中调解和执行和解工作中使各方化解矛盾，通过民事诉讼和仲裁途径解决纠纷，从而在化解社会矛盾、构建和谐社会中发挥积极作用。

4．律师办理行政案件时的作用

从《行政诉讼法》颁布以来，行政诉讼案件的数量年年增加，涉及的领域也不断增加，

从零星个案到集体诉讼，体现了人民群众的法制观念增强，全方面多角度监督政府依法行政。律师通过代理行政复议、行政裁决、行政诉讼等方式解决当事人与行政机关间的矛盾，既监督了行政机关依法行政，也为因行政案件引发的社会矛盾的化解工作起到重要作用。

四．如何建立律师化解社会矛盾的运行机制

1. 建立律师参与化解社会矛盾的预防机制

围绕提升法律服务在防范社会矛盾纠纷中的预防功能，司法行政部门和律师事务所将加强对外协调，组织律师参与政府重大公共决策调研和风险评估，从源头上防范和减少社会矛盾发生。律师在政府部门、企事业单位担任法律顾问的，要突出对重点领域、重点工作和重点项目的法律服务，切实预防经济社会活动中矛盾纠纷的发生。

2. 建立律师参与处理群众问题的工作机制

应该建立律师参与党委政府定期接访制度，引导来访群众依法合理表达诉求。司法行政部门对信访工作中的重大疑难问题，要组织优秀律师会诊；对突发性群众纠纷，要尽早安排律师介入。律师事务所要积极配合基层调解中心工作，帮助基层人民调解组织提高调处能力，认真完成党委政府指派的矛盾纠纷化解任务。围绕构建和谐社会这一主题，律师要充分发挥其社会职能，为预防群体性社会矛盾的发生和激化及时提供法律建议，为处置重大、突发、疑难、群体性社会矛盾提供法律帮助，为大量社会矛盾的化解提供法律咨询、法制宣传和法律援助。

3．建立对律师的支持和奖励机制

律师协会是律师的维护和管理组织，律师协会应大力支持律师行使其社会职责，很多律师想做公益事业可没有一个很好的平台，这就需要律师协会发挥其组织作用，为律师提供各种帮助和方便。律协和政府应给予有突出贡献的律师更多的荣誉奖励，以鼓励更多有社会责任感的律师献身到建设社会主义和谐社会的大潮中去，从而建立起一套完整的律师化解社会矛盾的长效机制。

新中国已经走过 60 年风雨，随着经济和社会的发展，各地区各领域都存在大量的社会矛盾，每一个小的矛盾没有处理好都有可能被无限放大增加化解难度。所以，只靠各级政府部门、各级基层组织去化解这些矛盾是不够的，还需要律师更多地发挥社会职能，全方面多角度地去分担和化解大量社会矛盾。建设和谐社会需要律师，建设社会主义法治社会更离不开律师。

作者单位：安徽陆汝明律师事务所
安徽安友律师事务所

律师事务所信息化浅析

本文课题组

【内容摘要】信息化时代的到来，让每一个律师事务所，面临崭新的发展机遇与严峻的挑战。传统的律师事务所管理及其业务发展模式已经相对滞后。具有超前发展眼光的律师事务所应充分利用信息化给律师业带来的优势，通过建设网站以及搭建综合管理平台等途径，积极应用律师管理系统，从根本上提高管理效率与法律服务质量，进而才能让律所在激烈的法律服务市场竞争中——踏浪前行。本文从律所信息化的定义谈起，阐述律所信息化是律所永续发展的必由之路，再从四个角度讲述律所信息化的重要作用。

【关键词】律所　信息化　发展

引言：

从百度搜索显示信息化的定义是指培养，发展以计算机为主的智能化工具为代表的新生产力，并使之造福于社会的历史过程。（智能化工具又称信息化的生产工具。它一般必须具备信息获取、信息传递、信息处理、信息再生、信息利用的功能。）

与此相对应的是，我们认为律所信息化的定义应该是：以计算机为依托，充分利用先进的网络技术，充分搜集与律师事务所日常业务有关的各种信息，择优加以应用（或在吸收提高的基础上加以应用）到本所业务之中去，不断使律所的业务市场开发管理、品牌管理、律师管理、薪酬管理、资源管理、现有客户管理、潜在客户管理（如对已办结案件客户的有效回访，了解案件后续情况，还有咨询后并未在当时接受委托，这其实既有代理费用的因素，也有咨询满意度的问题……）、办案质量管理等一系列律所日常管理活动规范化、程序化、自动化，从而最终做到律所信息资源被多次运用，帮助律所和律师及时做出决策，提高工作效率，在提高律师个人办案水平的基础上，持续增强整个律师事务所在法律服务市场中核心竞争力的过程（律所信息化的过程就是让律所运营效率不断提高的过程）。

首先，律所信息化是律所永续发展的必由之路

从客观上说，随着社会的发展，人们对各行各业都提出了更高的要求，传统的律师事务所管理运营模式显然已经相对滞后。法律服务市场的竞争也不再仅仅局限于法律服务技能方面，理应包括律所管理水平及降低执业风险的竞争。此外，随着国家相关部门及行业协会对律所监管力度的加大，律所如果不具备一定的信息化管理能力，注定难以适应当前和未来网络化监管环境的要求；同时律所也无法及时准确了解本行业的发展状态，也就更谈不上与同行开展良好的沟通与合作了。

从主观上说，很多律师甚至一些资深律师认为，律所信息化没有必要，和自己没有关系（对自己的律师执业工作没有影响……），甚至在律所按照主管部门及行业协会要求配备电脑，按照律所应用管理系统的规定定期使用该系统时，面露难色，消极对待。不容否认一些律师喜欢“单打独斗”，“天马行空，独来独往”我行我素，无拘无束……当然这并不是说我们反对律师“单打独斗”，这也就如同说坚持独立自主与对外开放并不冲突一样。世间不存在全才，作为法律精英人才的律师亦是如此。“三人行必有我师”，但若是在关键时刻，没有互相可以传递信息的途径，也许一个案源就将随风而逝——到别的律师事务所了（比如一个

当事人到所里来咨询，而且这个案件需要及时采取包括起诉在内的等法律手段，而这个当事人所要找的律师恰逢出差或其它原因而不在本地，这时大家采取沟通的方式首先是电话，其次若因该案在操作上具备一定难度，而在外的这个律师又比较擅长此类类型的案件，那么毫无疑问我们通常会想到通过 QQ 及电子邮件等方式来解决此事）。而且目前，已经开始有当事人要求我们在初步形成一些法律文书初稿时，让我们发送到其邮箱，在其初步认可后，再发回律师个人邮箱由我们律师进行再次修改，至定稿时再由当事人到所里现场确认。在平时，我们与异地的律师同行或法律界的人士，也可以相互切磋，相互帮助，而这都离不开通过 QQ 及电子邮件等手段完成彼此信息的传递和交流。古人尚有“ 狼烟四起烽火台 ”的实践运用，那么科学技术飞速发展的今天，网络为我们提供了信息传递最佳途径，如果加以利用，无疑会达到如虎添翼、事半功倍之效果。而对于那些身为律所主要领导的合伙人来说，律所信息化对其显得就更加重要。因为律所主要领导人是决定一个律所前途命运的关键人物之一，而他们平时都很忙，那么如何通过网络对律所进行有效的监管就显得尤为必要。

其次，律所信息化在律所提供法律服务中的四个重要作用

（一）律所信息化在案源开拓上的重要作用

毋容置疑，案源是律师和律所的经济命脉，没有案源，律师与律所便无用武之地。诚然案源的开拓方式，有很多种方法及策略，而做出什么样的策略，跟获得的信息息息相关，更与提炼合成后的有用信息紧密相连。对于律师业来说，开拓案源类似于战争中军人抢占“ 制高点 ”，抛开“ 口碑相传 ”的案源开拓模式不讲，剩下的便是从报纸等媒体方面获取有用信息，在对其分析并及时采取相应的措施（如律师可以发表时评，引起公众注意，最终增加律师取得该案源的砝码或者此后类似案件数量的砝码。）这个过程就是律所信息化的组成部分。现在，很多律所都有自己的网站（这是律所对外形象展示的平台或者说是其才艺展示的平台，在这里可以展示律所成功案例，获奖荣誉，学术专著等，公布律所及律师简介和联系方式，这是律所开展网络营销、构筑自身品牌宣传及对外交流的平台），每天哪些客户在点击律所网站？他们查询什么内容？需要什么帮助？通过什么渠道来到律所网站？哪些关键词能使客户直接找到律所网站？我们用哪些关键词能够吸引目标客户等等，这些信息可以用一个自动化软件帮助我们得到（或者通过值班律师在线咨询等方式进行统计），通过这些信息，我们可以加强关键词的整理，使客户更加准确、便捷地获得律师及律所的法律服务或帮助（最起码可以拥有越来越多的潜在客户，因为很多人想找律所及律师进行相关法律常识咨询，但现实中有些律所就是“ 处在深山无人知 ”，在这种情形下通过网络对律所及律师进行宣传就显得十分重要）。为潜在客户提供便捷的法律咨询服务，是律师或律所与潜在客户建立相互信任的基础，也是潜在客户变成最终实际客户的最重要的前提之一（因为还有代理费用等因素在起作用）。现实生活中，如果我们律所结合咨询登记等手段进行统计分析，我们不难发现，许多客户是通过网络找到我们的（当然也不能否认 114 的作用，律所要重视律所咨询电话的作用，必要时应具备转接功能，但这也是符合律所信息化的应有之义的），其实这就是我们律所信息化的局部显现。

（二）律所信息化在律所提高法律服务质量中的重要作用

自动化管理几乎是经济生活中所有经营者的最高追求，工业生产在很多领域已经实现高度自动化，但律所的管理却始终因为这样或那样的各种因素，难以实现初级的自动化。而律师为客户提供的又是无形的法律服务，管理起来难度亦会随之增大。把律所信息化纳入到律所日常管理中来（不妨称之为律所应用管理系统），就能达到化无形法律服务为有形法律服务。而有形化的法律服务给我们区别彼此法律服务质量提供了相互的“ 参照物 ”，而且这更

可以给同所律师提供借鉴，提供比对，促使同所律师之间能互相学习、共同提高，进而律所的整体素质都会随之不断提高。说到这里，那么律所应用管理系统应该具备哪些功能呢？

我们认为，一个优秀的律所应用管理系统，应该包括但不限于如下功能：

1. 主管部门、行业协会及律所内部的通知公告可以及时有效传达（同时应保证每位律师，可以发布各类健康有益的信息或留言，达到反馈之目的，且整个系统的查询权限泾渭分明），律所日常报送的材料亦应能通过该系统完成。

2. 律师个人动态能得以显示（因为在我们看来有时很多案件需要协作办案，而能否掌握律师行踪便自然是一个关键）。

3. 律所主要领导（分管负责人）通过网络，对律所提供的法律服务能做到有效管理，掌控网上办案流程。同时该系统，亦能调动律师个人积极参与到管理中来，产生良性互动的效果。律所律师，可以通过该系统，及时了解所里发布的信息（查询权限内的），可以通过系统，及时反馈所存在的问题，对相关部门提供一些意见或建议，可以通过系统的信息统计，明确自己的办案数量、类型、效率、处理结果等，进一步明确自己的专业方向与优势，可以利用系统，实现律师合作团队办公的网络化，有利于增加同所律师彼此之间的凝聚力与提高律师事务所整体工作效率。同时该系统可以方便的进行综合检索，避免利益冲突，最大限度避免发生为双方当事人代理情形的出现。

4. 文档管理绝不能长久地处于初级阶段。文档管理既包括日常法律顾问合同的管理，也包括常用合同文本的管理，还包括经典或成功案卷等的管理。国外一些知名律所在咨询接待一位当事人结束时，一份质量高且打印完成的诉讼或其它法律文书，即可摆在当事人面前——其效率之高让人惊叹！所以我们认为，在条件许可的情况下，一个对当事人及其自身负责任的律所或律师，应该有自己的常用合同文本，而不应让简单通过网络搜索查询加以改进成为常态（毕竟快洗萝卜不去泥——质量难以保证）。如果一些非经典案件档案处于流水账式的管理状态可以原谅的话，那么律所的经典或成功案件应该有更高的管理方式。在这个系统的相关栏目（即文档管理，而且可以考虑设定查询权限）里，承办律师可以提交自己的（经典或成功）案件详情、办案思路、办案中撰写的法律文书、运用的法律法规及司法解释、案件结果及归档总结等文档，形成一个完整的办案实录。这可以再现承办律师办案的历程，也便于让全所其他律师在不同的工作时间和地点进行查阅，律师之间可以互相学习、互相交流、并最终达到互相促进之目的。随着时间的流逝，全所律师都可以去感知这些案件办案的策略错对与否、承办律师观点的正确与错误。在激发律师工作积极性，提高律所荣誉感的同时，它的最大好处还在于，这能为本所后进且执业伊始的青年律师——提供业务指导与法律服务方向等方面的帮助，从而使本所律师以过硬的业务质量与服务质量在激烈的法律服务市场竞争中——踏浪前行……

（三）律所信息化在律师之间信息资源共享上的重要作用

当今世界，谁拥有大量的资源谁就能在很大程度上，最有可能获胜或者最有可能成功。而资源共享则成为减少资源浪费的最佳途径之一，从律师事务所的角度来说，怎样才能做到信息资源真正有效共享呢？我们认为律所信息资源共享，包括客观资源共享和主观资源共享。客观资源共享包括前面所述的高级阶段的文档管理，也包括法律法规等适时更新内容等的共享。我们认为主观资源共享即是人际关系资源的共享（虽然这很难彻底落实，但同所律师，在这方面的合作前景还是很乐观的）。比如律所每一位律师都有与公检法、其他行政部门、证券商、会计师事务所、当地企业、法律贵族、老乡、同学的一些人际关系……在日趋繁忙、工作压力越来越大的今天，我们律所如果能通过律所管理系统充分依法利用这些共享的信息资源，自然就会节省不少时间与精力，也能够产生更大的经济效益与价值。我们相信随着科技的进步，律所信息资源共享措施的有效落实，律所信息化在律所执业中必将会发挥

越来越大的作用。

（四）律所信息化在客户完成远程委托上的重要作用以及社会发展大环境下的律所主动进步。

众所周知，电子商务在我们的社会经济生活中扮演着越来越重要的角色，在信息化的诸多领域中，电子商务已被普遍应用于企业之间的交易流程中去，我们认为电子商务在律所信息化中日益重要的作用是律师事务所信息化的最高阶段。据我们所知我国信息化应用水平、企业电子商务应用均是处于初级阶段，至于律师事务所对互联网的应用则就更加单一，大多数律师事务所仅仅局限在网络内进行信息查询和律所形象的宣传与推广上（即以律所广告为主）。其实，律师事务所也可以通过互联网实现客户委托，完成交易。目前很多律师事务所，在让当事人签署授权委托书时有如下几种模式：面签、邮寄空白委托书后寄回，传真过去签署在寄回、通过电子邮箱或 QQ 邮箱传送，对方打印签署再寄回。应该说最后一种应该比较好一点。据我们目前所知，也有律师事务所正在考虑如何建立一个网上委托系统，即法律服务电子商务，使远程客户在节省时间与交通成本的基础上，依托电子商务完成授权委托及付款。因为该系统尚未付之于实践或未得以良好运用，故不是本文重点陈述对象，但这绝不会否认电子商务的应用在未来律所信息化过程中举足轻重的地位。当医学远程手术的实施，当公务办公视频会议举行的出现，那么未来的“某年某月某一天”法庭审判是否也会如此……人之常言“学习如逆水行舟不进则退”，那么律所是否应该提前采取应对措施？

结束语

最后因为律所信息化具有很大的外延，限于文章篇幅，本文在此不予一一赘述，如律所信息化在律所团队建设、品牌建设、文化建设、薪酬管理、客户管理等方面所起的重要作用，这些项目既相对独立存在又互相交叉。一个律师事务所的律所信息化程度，律所领导将起到无可替代的关键作用。律所信息化是技术问题不断改进的过程，更是实现律所从松散模式管理向规范管理模式漫长转变的过程。而对于始终恪守“客户至上”并且想创“百年老所”的律师事务所管理者来说，管理者的高度重视、直接决策、宣传推动和组织实施，对律师事务所信息化进程将起到至关重要的作用。我们相信在律师管理系统不断加以改进的前提下——我们更相信律师事务所的管理者只要具有高瞻远瞩的战略思想，加强网络等信息平台的建设，做好不同类别信息的充实、提高等工作，那么律所信息化的进程必将加快，律所及律师所提供的法律服务必将“百尺竿头更进一步”……

注：

1、本文课题组成员：李成俊、杨保全、梅卫民、张怀州、张　娟、赵　健、张　强、牛清敏、赵　光、李召侠、张　庆、张　坤等律师或行辅人员。

2、本文由李成俊、张怀州、张坤律师执笔。

参阅文献：

1、武绍智　张馨心《律师事务所信息化建设的必要性》
北京市邦道律师事务所

作者单位：安徽拂晓律师事务所

论构建和谐社会与律师调解工作

李夫永

【内容摘要】构建社会主义和谐社会是我们党按照科学发展观的本质要求，从加强党的执政能力建设和全面建设小康社会全局出发提出的一项重大战略任务。律师在构建和谐社会中有着独特的功能，发挥着重要的作用。目前全国律师事务所已发展到 1 万 1 千多家，律师近 12 万人，如充分发挥律师的调解作用，着力打造现代律师业，将为构建社会主义和谐社会起到重要积极效果。在当前构建和谐社会时期，笔者认为，律师调解是一种社会责任，从创建和谐社会的当前形势下，予以简要说明律师调解的必要性；其次从律师调解工作的多种途径，说明律师调解业务的广阔市场需求，将极大的推进律师业的发展；再者，就律师调解业务的一般程序和办案技巧，依实践予以略述；最后，提出几点关于律师调解工作的法律思考。

【关键词】调解必要　调解业务　程序技巧　调解思考

一、新形势下律师调解工作的社会必要性

1. 当前的社会形势下，社会矛盾纠纷增多，而纠纷的解决方式过于集中在法院。有数据统计，去年我国地方各级人民法院共审结各类民事一审案件四百三十余万件，诉讼标的额高达 6390 亿元，且诉讼案件以每年百分之十几的速度增长，但司法资源日显短缺，当事人付出的成本越来越高。我国目前的法官队伍大约在十八万人左右，虽然近年来法官队伍总体素质不断提高，但仍参差不齐。民事纠纷案件“ 诉讼爆炸 ”式的增长，使基层法院的法官不堪重负。

2. 作为执政党的中国共产党，在十六届六中全会《决定》中，明确提出：为建设和谐社会，要建立“ 科学有效的利益协调机制、诉求表达机制、矛盾调处机制、权益保障机制 ”四大机制。社会需要更多地的创新机制和方式来化解人民内部矛盾。

3. 整个世界范围内都新兴起了非诉讼解决方式。这种趋势影响到东方，导致作为“ 东方经验 ”的调解制度在中国开始复兴。

4. 社会呼唤更多更灵活更符合中国国情的矛盾解决方式，人民调解、法院调解、行政调解等社会“ 大调解 ”网络体系呼之欲出，法院调解制度的“ 委托调解 ”“ 协助调解 ”需要专业法律人士或机构的承接。

5. 社会上企业和老百姓对打官司的弊端有新的认识，希望通过非诉讼方式解决纠纷。

6. 律师的使命感和律师的社会责任感，在中国律师界自发地觉醒，许多律师和律师所主动参与到构建和谐社会中来。律师业务发展逐步由诉讼向非诉讼转移，调解业务是服务创新、拓展业务领域的新选择。

上述社会背景深刻表明了律师调解服务的社会必要性，而律师职业的法律专业性、保密职业性、中立独立性都赋予了律师调解这一国内的新生事物以强大的生命力和社会需求。构建社会主义和谐社会的政策要求和各方面因素，为律师调解工作提供了现实可行性。

二、律师多渠道参与调解，将极大促进律师业的发展

律师作为法律之师、文明之师、律己之师，在百姓之间有很高的权威，同时又深谙人际关系学、心理学、经济学等专门解决矛盾的专业知识，可谓诊治“社会疾病”的专家医生。基于此，律师参与调解工作，论能力与技巧，则明显可游刃有余。

笔者认为，鉴于目前的律师执业环境，可着眼开展以下行业调解业务：

（一）对农村村民及城镇居民民间纠纷调解工作的参与

此类纠纷，均萌发于广大农村及城镇居民之间，这些所谓的纠纷，多因为当事人之间权利、义务不明确而发生的一种矛盾争端。针对此类纠纷，农村调解组织及基层司法所往往因法律知识欠缺，分析处理问题不全，不能很好的依法办事，造成矛盾不能彻底消除；而律师则作为法律专家，完全可以依据法律准绳，采取说服、教育、引导、感化等方法，出面主持纠纷当事人，使当事人在平等自愿基础上，本着互谅互让的态度，促使双方当事人及律师达成共赢的协议，最终通过息诉止争来实现法律正义的精神与稳定的社会效果。

（二）对仲裁部门调解工作的参与

据了解，一般县、市的劳动仲裁委员会、经济仲裁委员会、均有律师担当仲裁员，这种吸纳律师作为主体成立的仲裁机构，很显然突出了民间调解机构的行业性与责任性，在此机构律师的调解能力可以充分发挥，据资料显示，仲裁中的调解作用已引起国际法学界普遍重视。另外，广大律师也可参与仲裁等非诉案件的代理，使律师真正能够居中调解，谱写社会的和谐乐章！

（三）对其他团体部门处理纠纷中的参与协助

目前居民委员会、村民委员会、工会、妇联、共青团等团体部门的调解组织很薄弱，对此律师可以担任专家顾问的角色介入，指导这些组织合法地解决各类矛盾，则必然能取得良好的社会效益。

（四）对企业之间积极参与谈判调解

社会上企业对打官司的弊端有新的认识，希望通过非诉讼方式解决纠纷，律师可作为企业法律顾问身份出现，无论是平时法律服务，还是在诉争阶段，均可以利用自己的丰富的法律知识，娴熟的语言艺术，精炼的谈判技巧以达到商务谈判的双赢局面。

（五）对已诉案件调解、和解的参与

笔者认为，现在的广大百姓中间仍有“畏诉”的心理，到法院打官司的绝大部分已是矛盾激化，动辄诉诸公堂的则较为少见，此类案件如案结事不息，则“一场官司十年仇”的诉讼阴影，往往又在他们及子孙后代的身上显现的十分突出，故律师在参与诉讼案件代理中，应当善于抓住适时的调解机会，配合法官促进当事人和解，以争取合法的利益最大化，诉讼成本最小化的效果，切实防止诉累，造成劳民伤财，最终怨恨“助火”律师的后果。

三、律师参与纠纷调解的程序与技巧

笔者所在律师事务所在开展非诉调解业务以来，已成功调处纠纷案件 30 余件，获得了较好的社会效果，并积累了一定的经验，现略述如下：

（一）做好前期工作

律师接受当事人的调解委托，需当事人的有效授权，明确当事人需求目的及可能遇到的难题障碍，设定当事人的最高及最低需求限度，以便律师调解时有一定的变更请求幅度，这需要认真做好接待记录、签好委托协议、全面特别授权三项工作。

（二）初步知己知彼

这需要和委托当事人进行深入的交流，细心查阅现有的证据材料与法律依据，以了解以下内容：（1）纠纷五要素（时间、地点、人物、情节及原因）；（2）初步依法划分双方之间

的是非责任；(3）当事人矛盾没有自行解决的症结所在；(4）查找当事人共同利益；(5）寻找解决问题的“ 临时解 ”与“ 根据解 ”。

（三）绘制处理方略

古人云：“ 凡事预则立，不预则费 ”，故处理非诉调解案件，一定要注重方法与谋略，方能成功。所以接受代理后，你可详细列出各种处理方案，并与已方当事人探讨各方案的可行性，筛选最佳方案。当然，律师最为关注的是什么是对方欣然或“ 屈从 ”接受的调解方案。

略举两例：笔者曾处理的一起土地侵权案，就设计处理两种方案：一、就证据依据法律，另一方当事人必然将新建在我方当事人土地上的永久性建筑予以拆除，而刚进住此是非之地的又是对方刚娶进门的儿媳…，如果诉争下去，后患无穷，故初定此方案为下策；二、能否调换土地使双方双赢；笔者通过现场观察，发现两家另有宅基地接壤，如果换地，使用都将很方便，我们提出此调解方案后，两方欣然接受，遂达成换地协议，可谓案结事息。

另一宗是离婚案。女方委托笔者起诉与丈夫离婚，在接待中发现，其丈夫已与另一女性以夫妻名义同居近十年，明显已构成了重婚，且男方为国家干部，月收入不菲，而女方又考虑儿子正读高中，不想控告，为此我建议女方从财产上提出较高的要求，以示对其丈夫严重过错的惩罚，女方提出补偿 4 万元及住房归其和孩子所有的要求，我记录在卷，在调查对方重婚与房产的证据后，给男方打了一次电话说明其问题的严重性并声明了女方的要求，后男方便匆匆赶来，完全答应女方的条件。时机已成熟，我便主持双方达成了离婚协议，两人到民政局办了离婚证，友好的分了手，此案，可谓维护了女方合法权益，节约了高昂的诉讼费，又及时结束了他们的痛苦婚姻。

（四）两手准备

树立预先取证、边取证边调解的意识，如：注意制作调解笔录，制作视听资料，搜集其他证据。一方面为依据“ 事实与法律 ”调解作好充分准备；另方面为调解失败后的诉讼救济作好必要的准备。

（五）友好进入“ 对方 ”

律师调解一般都是接受一方的委托，代表一方的合法利益去说服对方，故应当学会巧妙接触对方当事人，以消除对方敌对设防的心理，使律师以公正的第一形象出场，问题就好处理得多。如：运用无意与有意的接触艺术、找他人作桥梁的接触艺术等等。

（六）活用调解“ 十大 ”法宝

笔者简略表述如下：(1）同类案件集体调解（高效）；(2）溯源“ 清障 ”调解（治本）；(3）舆论引导调解（知耻）；(4）冷却转机调解（天时）；5、亲情感化调解（扬善）；(6）整体联动调解（集智）；(7）求同存异调解（妥处）；(8）附加条件调解（加压）；(9）保全促进调解（屈人）；(10）案例提示调解（明底)。

（七）促成共赢局面

一切矛盾都会转化，立场对立都有妥协到妥善的过程，只要方法得当，找到合理的处理点，就能争取共赢。

（八）完成非诉任务

及时与当事人打结案报告（双方签名)，了结本起纠纷，并及时入档。

（九）永远不忘总结

成功经验与失败教训是人生巨大的财富，撰写总结文章能够升华人生，调解律师应当坚持之，以提高能力，推广经验。

四、对律师参与调解的几点法律思考

（一）参与调解的法律依据

我国《律师法》第 25 条第（五）、（六）项规定：律师有权接受当事人的委托，参加调解、仲裁；有权接受非诉讼法律业务当事人的委托，提供法律服务。以上法条可见，律师参与非诉调解业务是法律赋予的权利，尤其在构建“和谐、节约”型社会时期，更为重要。

（二）调解“协议”的法律性质

律师主持当事人调解达成的协议，具有民事权利、义务内容，由当事人签字或盖章后，即具有民事合同法律效力，鉴于是互谅互让达成的协议，一般都能顺利履行。但有个别协议，为防范反悔，重蹈诉讼风险，律师可以建议当事人通过公证处或人民法院确认协议的强制执行效力。

（三）合理收费的把握

2006 年 4 月 13 日国家发展改革委员会、司法部颁布的《律师服务收费管理办法》第 3 条规定“律师事务所应当便民利民，加强内部管理，降低服务成本，为委托人提供方便优质的法律服务”，同时有的省司法厅会同省物价部门又制定了地方律师收费标准。

笔者认为，“君子之财、取之有道”，律师是法律规定可以有偿服务的神圣职业，收费当然无可非议，但要遵循合理自愿、诚实信用的原则，特别是针对民间纠纷调解争议数额小，案情简易，律师服务时间短，当事人的承受能力差等特点，律师应当有别于正常的收费标准，而以合理且偏低正常费用标准的程度让广大群众能够接受，同时此费用的负担可在双方当事人的自愿同意下，在协议中列为双方共同负担，以求公平。

总之，我们相信在构建和谐社会、倡扬律师神圣使命的大潮流中，在“和谐”、“和为贵”等精神下，中国特色的律师调解工作必将欣欣向荣，为世界调解制度提供新的“东方经验”。

作者单位：安徽序力律师事务所

青年律师成长之道

王成艳

【内容摘要】作为一名青年律师，深知我国青年律师成长的艰辛.笔者结合自己的执业经历，解析青年律师成长中存在的问题，探索青年律师的成长之路。

【关键词】青年律师之痛　青年律师之道　青年律师之盼

一、青年律师之痛

青年律师通常是指进入律师行业、执业年限在五年以下的律师。青年律师痛在“无案源，无经验、无关系”。这样的“三无”人员参加到竞争激烈的律师行业，面临的首要问题就是为生存而战，为尊严而战。青年律师成长历程中，外在表象风光，但却饱尝心酸。

“不在奋斗中爆发，就在沉默中灭亡”，这是当今青年律师的真实写照。青年律师痛之根源在于缺乏客户对你的信任。律师行业特点是实践性极强，是靠“learning by doing”。客户选择大律师，是因为对大律师的信任。相信大律师实战经验丰富；相信大律师执业技能强；相信大律师与法院的关系牛；相信大律师提供的法律服务产品优。反过来看，青年律师缺乏实战经验，“纸上谈兵”；青年律师执业技能有待提高；青年律师到法院去，法官不认识，更谈不上关系；青年律师没有形成自己独特的法律服务产品，缺乏法律服务拳头产品，缺乏核心竞争力。

况且，法律服务具有不可逆转性，一旦败诉，当事人损失的不仅仅是金钱，费时、劳神不说，有些结果无法再改变。老实话，新手就是新手。试问青年律师，如果你是客户，你会选择新手吗？

难道我们青年律师只能坐以待毙吗？回答当然是否定的。

二、青年律师之道

（一）青年律师的政治成长

青年律师的成长离不开坚定的政治方向，离不开律师所肩负的使命与责任。要践行“三个至上”，履行“三个维护”。

做青年律师要以“党的事业至上，人民利益至上，宪法和法律至上”为方向，要以“维护当事人合法权益，维护法律的正确实施，维护社会公平和正义”为使命。方向不能错，这不是大道理，这也是李庄案带我给我们青年律师的警示。

做一个有良知的律师，做一个有职业操守的律师，要知道“小赢靠智，大赢靠德”。

一个好律师必须是一个立场坚定的政治人，一个专业精湛的法律人，一个视名誉为生命的人。

（二）青年律师的品格成长

1、勇气

青年律师要有勇气向权威挑战，要有勇气向挫折挑战，要有勇气向生存环境挑战。

青年律师要坚信“青年兴则国家兴，青年强则国家强”。

青年律师要想修炼为大律师，就必须承受常人无法承受的痛苦。“劳其筋骨，饿其体肤”。这种痛苦任何人无法替代，也无法逃避。青年律师不要被困难吓倒，更不能轻信别人的误导。

“小马过河”了，你才会发现——其实河水既不是那么深，也不是那么浅。

2、信心

青年律师尤其缺乏自信。只有自己相信自己，别人才会相信你。青年律师最缺乏的是客户对你的信任。你不自信，自然会在语言、行为上流露出来，从而传染给你的客户，让客户对你产生怀疑。

年轻，是我们的优势，我们有旺盛的精力。我们有理由相信，没有什么东西我们学不会的。

大律师通常在庭审时会轻视我们青年律师，我们不能自暴自弃。恰恰相反，我们自己要努力，努力，再努力，准备，准备，再准备，出奇制胜，战胜一个个不可战胜的神话，从而一次一次增强我们青年律师的信心。“梅花香自苦寒来”，我们向大律师的梦想在一步一步地迈近。

3、诚信

国学大师季羡林生前对北大新生一次不经意托付其看管行李之事，在原地坚守了数小时，讲的是诚信。

诚信是一种价值追求。作为客户信任的律师更要一诺千金，凡是承诺的就一定要做到，凡是违反法律规定的，决不承诺。正如卢梭所说：“法律既不是铭刻在大理石上，也不是铭刻在铜表上，而是铭刻在公民的内心里。”

客户需要承诺，更需要诚信。青年律师更要理性分析，提示法律风险，不能为了揽到案源而虚假承诺。

良好的口碑是青年律师的最好宣传，青年律师更要经得起诱惑，不可越过诚信底线。大律师成功体会无不都是受益于“诚信”二字。

何家弘说：“规则乃律师行为之本”。律师不能带头破坏规则，要杜绝潜规则，无规则则无秩序。

只有诚信，才能赢得客户对你的信任，这正是我们作为青年律师所最需要的。

4、敬业

干一行爱一行，不能凭“三分钟热度”，力争把每一个案子都做成精品。要爱岗敬业，虽然面临的是反复出现的案件，但要做出特色，每个案件都要有新的标准，更高的追求。对客户要高度负责，像对待自己的事情一样对待客户的业务，要有同理心，换位思考。要勤勉尽责，要主动积极完成任务，不能拖沓。做事要有激情。

（三）青年律师的业务成长

青年律师要想迅速、健康地成长起来，一定要按照自己的职业规划，高标准，严要求推出法律服务产品，并使之规范化、品牌化、专业化。一定要有自己的特色，体现出个性，处处体现出你与众不同的精湛的专业服务水准。

1、青年律师无案源之对策——营销

（1）宣传营销。印制自己精心设计的宣传手册，包括个人名片，包括律所的专业定位，尤其要突出个人的专业特长及团队协作优势。向自己已有的客户寄出，并挖掘潜在客户。记住营销的对象一定要搞准，切记不要见人就发名片。

（2）写文章营销。一定要在某个你感兴趣的法律问题上研究透，研究深，写出专业论文，并发表出来。把你发表论文的杂志放在自己的办公桌上。当你的客户光临时，可以把它拿来主动向客户介绍自己的特长。这样，客户对你的信任度会立刻增加。

（3）讲课营销。给企业员工进行法律培训，给学校开展法制讲座，记住要用笔记本精心制成课件，这才能体现出你的专业水准。要免费讲课，不要计较得失。

（4）演讲营销。积极参加行业协会会议或论坛，并在会议或论坛上发表演讲，发表你有见的的观点，留下你的声音。

（5）网络营销。要建立自己专业特长的个人网站，在网站上发表你在该领域研究成果，并提供相关的法律咨询。这是我们青年律师的优势。另外在外语上，我们青年律师也占有一定的优势，开展涉外法律业务不是不可以考虑的。

2、青年律师无经验之对策——实践

青年律师不禁要问，没有案源，谈何实践。这种思想观念要转变。

（1）研究案例，并按相关法律部门归类，你会发现相类似的案例，在不同地点可能有不同的判决结果，这样，在代理类似案件时可以从不同的角度发表见解。笔者建议研究《最高人民法院公报》上的案例。

（2）研究本所有经验律师的卷宗，也是一条捷径。看看如何取证，取哪些证，怎样发表代理意见，法院如何判决等。

（3）常去法院旁听庭审，感受法庭实战氛围，看一看大律师的风采，增长自己的见识，增强自己的庭审技能。

（4）观看中央电视台法制频道《庭审现场》。

（5）最后，才是自己案件的实战经验总结，撰写结案小结。总之要不失时机地增加自己的诉讼经验。

3、青年律师无关系之对策——拓展人脉资源。

（1）先稳固亲戚朋友及同学的关系，通过他们再认识他们要好的朋友。

（2）再开拓新客户。只有诚信、乐观、进取、能言善辩的外向型性格的律师才易于交际。

（3）开拓客户的基本方法是利用现有人脉，做横向、纵向拓展。

（4）与一定数量的人每周要密切联系一次，“ 潜在 ”客户要定期联系，以加深和“ 潜在 ”客户的关系。

（5）关注客户的“ 需求 ”，量身定做法律服务产品。开拓客户要靠过硬的专业服务水平，去赢得客户的认同和信任。

（6）学会与公、检、法人员相处，要学会尊重对方。要经常找他们交流，谈心，留下一个好的印象。

4、关于诉讼

青年律师要靠诉讼起家，所以对于诉讼案件要做到专业化、品牌化、规范化程度尤为重要，研究律师业务操作指引，分享优秀律师的成功执业经验，熟悉法律的操作流程。

（1）接待当事人，首先要做问话笔录，把诉讼风险以笔录的形式告知当事人。与客户沟通要言简意赅，要理性分析法律风险，不要虚假承诺，要谨慎承诺，并不得失信于人。谈成了就办委托手续。

（2）作为原告代理人拟写诉状。诉状的学问主要体现在诉讼请求上，青年律师一定要在诉讼请求上下功夫。作为被告代理人在收到应诉通知书、传票后要认真阅卷，组织应诉证据。

（3）庭前做好充分准备，分析法律事实，寻找关键证据和证人，做好证人出庭工作非常重要，这里大有学问的。

在举证期限内一定要提交证据，作出一份规范的证据清单包括证明事项。

（4）起草备忘录给客户，备忘录对案件基本事实，法律关系，诉讼策略进行全面分析。这最能体现你的专业水准。

（5）庭前进行庭审演习，针对案件的法律事实及争议焦点展开辩论。

（6）准备好庭审大纲，包括事实、举证、质证、辩论，最后陈述各阶段的发问要点。

（7）庭前要写好书面代理词。在辩论时要脱稿，要声音宏亮，要驾驭自由。要围绕庭审焦点，展开辩论，不要跑题。不要理论连篇，要紧紧围绕证据，法律事实及法律后果，这

三个核心展开论战。

（8）庭审后，提交一份根据庭审修改整理的书面代理词。

（9）及时关注判决结果，以免耽误上诉。

5、关于非诉讼

非诉业务已成为当今律师行业的主流业务。随着青年律师的成长也会从诉讼业务转向向非诉讼业务。非诉讼业务是青年律师发展的方向。青年律师对非诉业务不应畏惧，不要认为神密莫测，其实有机会用心做，你一定行。

（1）企业法律顾问。青年律师若拿下二家企业法律顾问，基本上解决了生存问题。作为企业法律顾问，首先要了解客户的需求，再推出不同的法律服务产品。例如制定企业规章制度，修改规章制度，开展员工法律培训，审查合同，参与项目洽谈，处理解决法律纠纷等。经常与公司的联系人取得联系，进行沟通。多去顾问单位转转，了解客户的工作流程，增强服务意识，让客户满意。

（2）法律意见书。法律意见书常见的类型有公司上市项目法律意见书，国有产权交易法律意见书，股权交易法律意见书，兼并收购法律意见书，投资项目法律意见书等。

首先选准意见书的模块，然后弄清事实，进行全面、深入、细致、准确的法律研究，把个案代入模块。可以利用模块中共有的规范语言，但针对不同客户的特殊要求，量身定做出高水准的法律意见书。

6、法律尽职调查

法律职尽调查分为兼并收购尽职调查，证券首次发行尽职调查，金融机构贷款尽职调查，资产重组尽职调查和重大资产转让尽职调查。法律尽职调查是指律师接受客户委托，对目标公司进行法律全方位调查，包括目标公司资质、营业执照和公司章程，目标公司资产权属状况，目标公司公司治理结构，目标公司的重大合同，目标公司合规经营文件等，分析目标公司存在的法律问题，指出交易法律风险，提出解决方案或补救措施。

巧用范本，但不是简单改动，而是针对不同客户的特殊要求，进行创造性地运用。笔者有幸参与了一起重大资产转让尽职调查报告撰写工作，认为法律尽职调查最能体现律师的个人价值，很有成就感。

三、青年律师之盼

我们青年律师在跌爬滚打的个人奋斗中已看到了希望，律师协会已全面关注青年律师的成长，并在政策上给予了帮扶。

我们青年律师深知，只有专业化定位才是我们为客户提供优质服务的核心竞争力，它不仅仅是服务手段的专业化，更是一个涵盖服务理念、效率、品牌、形象的全方位专业化。尽管我们青年律师现在仍为生存而战，专业化对我们来说可望不可及，但我们毕竟看清了发展方向。

我们青年律师除了个人奋斗外，更要具有团队合作精神，团队化运作是律师事务所的发展方向。

可以毫不夸张地说：中国青年律师今天的成长，就是中国律师的未来。努力吧，青年律师朋友们！

参考文献：

《律师之道》，君合律师培训二十年菁华，君合律师事务所著，北京大学出版社，2010年5月版。

作者单位：安徽黄淮律师事务所

为了中国律师的明天
——试论青年律师成长机制的构建

李成俊　张怀州　张　坤

【内容摘要】本文从一起不该发生的青年律师自杀事件谈起，首先对本文所指的青年律师进行界定，其次略谈行业隐忧，再次尝试从三个方面谈谈我们对我国青年律师成长机制构建的设想。即一、以青年律师个人为中心，自我成长为主。讲述青年律师成长必备常识，发扬优势，力避劣势。二、以律师事务所为一个“基本点”。以所为单位，建立青年律师成长互助制度。确定聘任青年律师人选时，注重其法学素养与人品同时兼顾。签订律师聘用合同，依法为其办理相应社会保险，以解其后顾之忧等。三、构建以主管部门、行业协会为另一个“基本点”的成长机制。出台相应指导意见引导律师、律所之间签订最低服务期限合同。有针对性的免费为青年律师举办法律实务讲座。为青年律师办理展业贷款牵线搭桥等。最后结束语部分，阐述构建青年律师成长机制的意义。

【关键词】青年律师、律师事务所、行业主管及律协。

引子：

陕西宝鸡青年律师小 B 自杀事件。小 B 属于不成功的律师，从业六七年了，一直没混出个名堂，而且渐渐陷入了恶性循环：难于接到案子——接到也打不赢——没人再愿委托——案子更难接，这样下来，他自己亦慢慢地对从事的这个职业没有了往昔的热情。”他没有和别人说过，他的这些无奈，后来生活窘迫，到处借钱，性格亦慢慢地变了很多，再后来又参赌，一步一步滑进了人生的陷阱……这是一个发生在律师界的极端事件，就其事件本身来说，我们勿需多言。无疑，它进一步说明了，我们青年律师的生存现状不容乐观，具体表现如下：案源少、收入低，生存压力大、执业之初缺乏必要的指导……一些青年律师执业时间不长，由于无法解决生计的问题，最后不得不离开这个——让其又爱又恨的职业！我们作为这个职业的一员，写下一点心得，希望能起到抛砖引玉的作用。

首先，谈谈本文对青年律师的界定

本文所说的青年律师指包括实习律师在内的执业年限在三年以内的律师（从公检法辞职改行做律师的人员，因为已经拥有了得天独厚的人脉资源，故本文将此种情形排除在外。另外在其它行业因具备一定经济基础，为专职从事律师职业而辞职的人员亦排除在外）。换句话，说白了，本文的青年律师主指一无案源，二无经济基础的“ 二无 ”人员。

其次，行业隐忧

我们先看看现实律师行业存在的一些问题。

1. 律所青年律师众生相：

众所周知，很多实习律师在到一家律师事务所之前，司法考试过关的欣喜尚在心头，对未来的憧憬、向往喜形于色.....当其进入实习阶段后，却发现其在律所里面无所事事，充其

量律所安排其打扫卫生、端茶倒水等琐事，有的干脆直接把实习律师“挂起来”——一“挂”就是三个月甚或半年。在这一段时间里，消极实习的青年律师会选择干什么呢？是“一张报纸翻啊翻，一杯清茶慢慢品”，是“上网聊天聊不停，网上种菜忙忙忙”……倘若一个所里的青年实习律师多，于是乎有些志同道合的“战友”们便一起整日与扑克牌为伍了！更有甚者，有的青年律师看到律所没有太多的关注自己，于是乎就不经常到律所报到了。在这种“放羊式”的律所实习模式的运转下，许多青年律师，一年下来变成名副其实的“挂名实习”——脑子里只剩下模糊的司考理论记忆。甚至，有的青年律师在短暂的一年实习期间居然也有“转所”的行为，究其缘故，无非是“执业本领没提高，经济收入更免谈”。至于正式执业后的青年律师转所的行为的个中缘由，无非有如下几点：对收入分配问题或自己个人可持续发展的前景不满意，当然也有对此二者皆不满意的情形。

2. 律师事务所的无奈：

律所的律师大都“各自为战、单枪匹马”独闯江湖。而每个律师亦有其自身的创收任务额度，与青年律师们合办案件吧，又牵扯到利益分配问题。而青年律师由于其在律所短暂的执业经历，律所负责人对其办案能力及其人品更是高度关注，律所更担心自己培养出来的青年律师会“背所”而去。如果这种状况（律师转所频繁）长时间得不到改善，必将延缓我国律师业持续快速健康发展的进程。

再次，构建青年律师成长机制的设想

上列行业隐忧及引子所述故事反映的问题，不能不让我们深思……那么，我们能否构建一种机制来最大限度的使青年律师顺利、快速成长呢？下面我们来谈谈，我们心中青年律师成长机制构建的设想，我们认为应该做到“一个中心”，“两个基本点”。即以青年律师个人为“中心”，以律所及主管部门、行业协会为两个“基本点”的成长构建机制。

一、所谓以青年律师个人为“中心”，就是要求青年律师个人在其自己成长的这个问题上，要最大程度发挥其个人主观能动性。在具体展开我们的观点之前，我们想先给青年律师们（尤其是实习律师）讲两个小故事（即律师成长必备常识）：

（1）.“蘑菇效应”，小小蘑菇多孤单，阴暗角落它生长，阳光稀少肥料乏，自生自灭自个知，只有长到足够高，人们才会去关注……我们认为这个故事，非常形象地诠释了多数人的工作经历：一个刚参加工作的人总是先做一些不起眼的事情，而且常常得不到重视。当他默默无闻地工作一段时间后，如果工作出色，就逐渐被人所关注，并得到不同程度的重用；与之相反的是，如果工作不出色则就逐渐被边缘化，甚至被人所遗忘。事实上无论在什么地方，初学者或新入行者，往往不被重视，得不到必要的指导和提携，常常被安排干些打杂跑腿等最苦、最累、最脏的活，甚或被无端的批评指责、代人受过……而相当一部分年轻人刚刚走上社会，大都踌躇满志、血气方刚、心高气傲，对自己的期望值又过高（如对自己的经济利益斤斤计较，而不去考虑自身客观实际……），目标远大，对自己的成长和发展过程缺乏应有的认识，不知道天下还有“蘑菇效应”这等咄咄怪事。

青年律师，尤其是刚刚执业的青年律师，大都不为人知道和认可，因而就必须从最粗、最累、最苦的小案件做起，即使能进入一个大（好）的律师事务所，通常情况下也都得从最简单的整理材料、装订卷宗、起草文书甚至从干接电话、跑腿打杂开始。于是一些青年律师们就会变得越来越不满足，觉得这样埋没自己的才华。殊不知，这是人生必然要经历的过程，很多人生的经验、道理，职业的技能及技巧，为人处世的学问都集中在这种最粗、最累、最苦的活中。所以我们青年律师注定要从整理材料、装订卷宗、跑法院、跑仲裁委等单位送材料取文书这样简单的活干起，这其实亦是青年律师培养自己人脉资源的一种行之有效的途径

之一。总之，在青年律师初始执业阶段最重要的是要坚持、要实践、要奉献、要勤快、要不怕吃苦。在这里，我们想奉劝青年律师们一句“金子发光会有时，抢着发光非良策”，毕竟抢着发光，光的质量难以保证……青年律师如果再想不通，那就用“吃得苦中苦，方有甜中甜”来自我安慰吧……

（2）“老外科医生的故事”，这个故事，我们不想多说，究其实质就是“学完大学本科取得医师资格，肯定不能毕业就独立上手术台主刀做手术的，必须经过数年的临床积累一定的实践经验后才能独立完成操作”。律师成长的实际现状与此同，正是律师职业的特殊性，决定一个律师成长需要较长的学习过程，如果没有一段实践的过程，青年律师的成长将无从谈起。

下面来具体谈谈我们的一些认识，首先青年律师们一定要养成终生学习的习惯，而且要有目的的学习。同时我们认为青年律师在其自身成长的过程中应该做到如下几点：

（一）发扬优势

1. 青年律师们学习能力强

由于当今社会经济发展变化日新月异，新的商业模式和思维模式的不断涌现，这就需要律师快速适应经济社会的变化，学习相应的法律知识，为社会经济服务。如创业基金、风险投资等业务，在这方面，青年律师无疑具有相对优势。

2. 精力充沛

现代社会生活节奏加快，这就要求律师提高服务效率。很多经济活动要求在一定的时间和空间里完成，青年律师由于精力充沛，更能适应当今社会生活的快节奏，从而在赢得发展的机会上处于优势。

3. 具有良好的创新和合作精神

社会竞争日益加剧，只有创新的思维才能在激烈的市场竞争中脱颖而出。面对分工越来越细的现代社会，青年律师更知道合作的重要性，更能适应法律服务市场的变化，主动适应市场的需要。

4. 极强的危机意识

正是因为青年律师刚刚进入律师这一行业，深知竞争压力大，生存发展的压力更大，所以青年律师更知道珍惜其在执业发展过程中所遇到的各种机会。危机意识是其面对现实的压力，更是其内心永不止步的动力。

（二）力避劣势

1. 经验缺乏

新执业的青年律师在最初的几年，大多在新的业务领域没有实践经验，缺乏认识；原有的领域没有实质性的进步，也就是说缺乏律师执业实践的经验和技能。由于我们所从事的这个职业对经验的要求比较高，很多青年律师因为经验的缺乏失去了很多代理案件的机会，故青年律师一定要多向周围的律师同行请教学习，登录权威网站进行相关查询，平日多看案例及其分析……

2. 缺乏自信

知识和经验是每一个人自信的前提，试想有哪一个当事人，愿意请一个自信心不足的律师做代理人呢？缺乏自信的根源是自己执业实践能力的不足。青年律师应通过学习迅速提升自己的业务素质和服务能力，同时认真做好每一件案件，通过自己的执业一点一点积累成功的经验，从而最终树立信心。

3. 缺乏独立意识

很多青年律师在执业的过程中，独立意识缺乏，对自己缺乏信心，难以迈出独立执业的步伐。养成了依赖心里，内心深处总是盼望老律师能帮他一把。要牢牢记住，代理律师是当事人最后的心灵依靠，如果青年律师自己却要依赖别人，这怎么能取得当事人的信赖呢？

4. 拓展个人的社交圈，撰写论文参与各种律师论坛的积极性不够。

大部分青年律师案源匮乏，业务接触面尚不广，沟通、协调和平衡能力不足。办案过程中亦会遭遇很多法律以外的障碍，……如社交范围不广，缺乏人脉资源的支持等等。拓展社交圈必将对自己的案源开拓起到积极的促进作用，参与律师论坛，可以加深自己对很多法学理论及实践的更深层次的认识。这些都能起到宣传青年律师个人的作用，从而最终提升青年律师执业影响力（至于案源中介费等隐性规则技巧的运用，我们认为只要是在不违法，并且不违反道德伦理的情况下，青年律师们可以予以践行——毕竟中国是人情社会啊！）

二、作为其中“基本点”之一的律师事务所应该怎么做呢？

由于我国传统的法学教育与律师实务操作之间存在严重脱节，如果作为青年律师安身立命的律师事务所，不承担起培养青年律师的主要历史使命，这必将在很大程度上阻碍我们整个行业的快速发展。这肯定不是任何一位具有超前战略眼光的资深律师所愿意看到的。故我们认为律所应该做的工作或应该采取的办法有如下几点：

1. 以所为单位，建立青年律师成长互助制度，当然这要靠律师自愿。为避免一些律师产生不愉快的想法，这项制度的设立不妨采取老人老办法，新人新办法，即在律所正式留用一名青年律师时，律所与青年律师书面约定：律所在青年律师执业的前三年（这个年份可在3至5年之间浮动）采用包括调剂案源合办案件在内的等手段，帮助青年律师渡过执业困难期。（这主要靠身为合伙人的律师来完成此项任务，青年律师有案件时允许其独立承办，按提成制方式分配；案件少时，有身为合伙人的律师调剂案源与之合办，按授薪制方式分配，或者灵活地确定双方之间的比例分成。）同时青年律师应承诺在其执业困难期过后应主动帮助后继的青年律师们，如可以是以资折抵，也可以是采取调剂案源合办案件的方式（当然对此要约定相应的违约责任）。我们认为，这需要身为合伙人的律师眼光具有前瞻性，为了律所的可持续发展，要主动暂时牺牲眼前利益。让这种互帮互助的优良传统在本所律师之间代代相传，为本所未来的可持续发展完成初步的人才战略准备。当然这种制度绝对不应该局限于物质帮助，还是应该让青年律师有多参与案件（包括非诉）的机会，提高其法律实践能力，毕竟我们中国还有句古话“授人以鱼不如授人以渔”（语出《老子》）在警醒我们呢！

2. 确定聘任青年律师人选时，在注重其法学素养的同时，更要注重其人品等素质，注重其执着从事律师执业的信念。因为本领不会可以学，人品不好，则无异于引狼入室。我们常常听到顾问单位的老总们说“有才的，人品靠不住；靠得住的吧，才气又不行”。而最后老总们还是把人品放在第一位。如果把这些观点运用到律师行业，这最起码可以避免“教会徒弟，饿死师傅”的悲剧上演。律所的资深律师们更是精于此道，故青年律师们首先应树立起科学正确的人生观，具备优秀的道德品质。其次对律师这个职业无比热爱，有一定要把这个职业作为其毕生追求的信念。那种仅把做律师作为权宜之计的想法在我们看来是不可取的，因为这违反了最起码的“一心不二用”之原则，同时从某种意义上亦加重了律所的担忧……

3. 签订律师聘用合同时应明确双方的权利和义务，诚然律所应依法为其办理相应的社会保险。同时要明确青年律师在本所的最低服务期限（如5到10年之间），否则在承担本所培训费用的同时还应承担一定的违约金。毕竟在此期间，律所及其指导律师付出了很大的心血，而且律所的人脉等资源也已为青年律师所不同程度地得到分享，并将在其离开本所后继续得以分享。这一条款的落实，可以在一定程度上避免青年律师转所过于频繁事实的出现。

4. 设立指导老师谈心制度。及时掌握青年律师执业上的困难、思想上的困惑。并尽可能的通过谈心制度予以解决。要让青年律师们主动依法进行自己所有的执业活动，要让青年律师及时树立起“日常工作尽全力，我为律所增光辉”、“以所为家”等理念。教育青年律师，时刻谨记：出所在外，每一位律师都是本所流动的广告宣传平台。在律所同事之间，要求本所资深律师要给青年律师提供力所能及的帮助（如引导青年律师有目标的进行法学理论学习，为人处世的方法等），从而在不断增强全所律师之间凝聚力的同时增强律所的核心竞争力。

5. 逐步培养优秀青年律师参与律所日常事务管理的能力。并让优秀青年律师积极参与到配合司法行政部门、行业协会与律所有关的工作开展中去。让他们为律所的可持续发展建言献策，有意识地鼓励他们、初步培养他们管理律师事务所的能力。

三、另一个“基本点”，即司法行政主管部门及行业协会应该（可以考虑）采取如下举措：

1. 出台相应指导意见引导律师、律所之间签订最低服务期限合同。同时严格落实律师事务所建立社保制度与律师事务所年检（考核）挂钩制度。以解青年律师后顾之忧。如果说注定青年律师和律所之间，从彼此陌生到互相信任有一个过程的话，那么律协及行业主管部门应该对此有所作为。比如在为实习律师与律所提供签订实习协议书范本时，要进一步有针对性的细化双方的权利义务。在实习的一年里，要督促协议相关条款落到实处，要让青年律师的经济利益依法得到保障，莫让“放羊式”律师实习再有市场……

2. 有针对性的免费为青年律师举办法律实务讲座，为青年律师执业心得提供交流平台（包括网络在内）。我们认为由于青年律师执业伊始接触的案件主要是交通事故案件、婚姻及借贷等方面的小案件，故我们行业协会的讲座内容，是不是可以考虑向此倾斜呢？青年律师们通过交流执业心得，可以让彼此的执业目标及执业方法得到适时修正。

3. 为青年律师办理展业贷款牵线搭桥。在青年律师与相关金融部门之间达成贷款协议时，起到“桥梁”作用。在这一方面，上海市律协进行了初步的尝试，中国银行上海市分行与该市律协进行了积极有效地探索，“律师展业贷款”就是其创新成果之一，该业务把银行产品的现有特点和律师群体的个性需求有效融合，为该市青年律师的执业环境的改善起到了积极的推动作用。这无疑值得我们兄弟省市律协借鉴。

4. 让青年律师参与到行业发展中来。邀请部分青年律师代表旁听律师代表大会，倾听青年律师的心声和要求，鼓励青年律师主动关注律师事业的发展，同青年律师们一道共同探讨与青年律师成长有关的问题。不断加大对青年律师的扶持力度，继续贯彻落实对青年律师的个人会费缴纳实行“一免二减半”的政策，即第一年执业的新律师个人会费全免，第二年减半征收。要号召行业内部所有的青年律师为此而齐心协力，不断进取，同时为改善行业执业环境“添砖加瓦”做出贡献。

5. 小范围的试行律师行业的师徒制度。纵观全球文明史，律师行业的师徒制度在一些发达国家自古有之，在英国，可以上溯到 16 世纪，在资产阶级革命尚未爆发之际，其律师行业的师徒制度就已初步形成，并一直传承至今。其中有益之处，值得中国律师业予以参考和借鉴。行业协会不妨小范围的试行律师行业的师徒制度。在取得一定成效时，可在行业内予以逐步推广，条件成熟时，可以考虑向有关部门提出立法建议。

结束语：构建青年律师成长机制的意义

很多青年律师，在较长的自我奋斗的过程中，逐渐走向了成功。但是在其内心“感悟法律、完善自我、寻找光明、追求正义、鼓励别人、关心社会”等优秀律师所应该具备的品质

早已抛到九霄云外。其所从事的律师职业不仅没有给其带来光荣和快乐，心中却常常有着无法言传的心痛。当一个职业群体中，多数人不能对自己所从事的职业引以为豪，那这个职业的明天会是什么样子？……在这个以金钱比大小的律师时代，我们呼唤良知，我们希望看到越来越多慈悲为怀的律师，我们更希望看到越来越多坦荡无私的律师……我们首先要构建好我们行业自身成长的机制，我们才能心中无悔。许多年以后，当我们的后人以我们从事的职业而感到自豪，而律师们心中再无难言的隐痛（主指执业环境的改善，可这需要一代又一代青年律师为此而前赴后继……）当这一切都出现时，还有谁不相信我们律师这个行业和我们的国家明天会更好！

附：与同行共勉诗一首

相 信 明 天

急功近利要不得，耐得清贫与寂寞。
时时学习不停息，执业技能与日增。
君的能力和人品，显现出来须时日。
律师律所互体谅，方有合作终双赢。
主管部门与协会，指导意见适时导。
同行同仁齐努力，共把成长机制建！

参考文献：

1、《穷律师富律师 2》，作者：邱旭瑜，2009 年 9 月第 1 版 P72。
2、《如何做中国最好的律师事务所》，作者：梅向荣，2009 年 9 月第 1 版 P23。
3、《中国律师的第二次飞跃》，作者：冯宾，2007 年 11 月第一版 P36。

作者单位：安徽拂晓律师事务所

构建和谐社会与律师业发展

方　正

【内容摘要】构建一个民主法治、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，即构建社会主义和谐社会。律师业无论从律师职业特点、职业使命，还是从律师职业在社会政治经济生活中的重要地位，都决定了律师在构建社会主义和谐社会中的重要作用。律师在执业活动中以及其他社会活动中包括公益活动，通过一系列的工作来化解社会矛盾，协调各种关系，影响带动其他社会成员，促进社会法治和德治意识的提高。同时律师业发展也需要加强自身建设，规范提高政法机关的执法意识和水平，扩大律师业的社会舆论宣传，提高律师业整体社会形象。

【关键词】律师　构建　和谐社会　律师业　法治

构建和谐社会为律师业的发展提供了一个飞跃的平台，律师业的发展会大力推进构建和谐社会的进程。胡锦涛总书记指出，我们所要建设的社会主义和谐社会，应该是民主法治、公平正义、诚信友受、充满活力、安定有序，人与自然和谐相处的社会。而律师作为维护公平正义，促进民主法制，保持社会稳定的一支重要力量，在构建和谐社会中有着独特的功能，发挥着重要的作用。笔者作为一名执业律师，结合自身实际，认为构建和谐社会必须大力发展律师业，律师是构建和谐社会的重要力量。

一、深刻认识律师业发展在构建和谐社会中的作用

律师是近现代法治文明的产物。毋庸置疑，在现代法治社会的舞台上律师必然是不可或缺的重要角色，因为律师业的兴衰和荣辱将直接关系到公民的权利和国家的法治，关系到广大公民正当的权利诉求和一个国家法治的文明程度。因此，无论从律师的职业特点，职业使命，还是律师职业在社会政治、经济生活中的重要地位，都决定了律师应在构建社会主义和谐社会中有所作为，这是社会发展对律师的要求，也是对律师业的挑战。在社会主义市场经济发展中，由于四个多样化的存在，社会成员在收入和利益分配方面，差距不断扩大，使社会矛盾，各种摩擦和冲突不断产生，人民内部矛盾的表现形式非常复杂，从而影响到社会的和谐，为了协调这些矛盾，保持社会的稳定和有序发展，需要律师为各种民商事活动提供法律服务，促进市场经济的建立和规范，需要律师积极参加社会治安综合治理工作，努力化解各种矛盾纠纷，为维护社会稳定做出积极贡献。

（一）通过向当事人提供咨询、担任法律顾问，办理非诉讼业务，预先对当事人行使权利的行为提供建议，促使当事人合法行使权利。法律的功能是调整各种社会关系，而律师的工作是运用法律知识为当事人和其他社会成员之间缔结各种社会关系，提供沟通，协调和代理服务，律师为当事人服务是基于当事人的信任，律师通过向当事人提供法律意见和建议，更多地发挥出引导、协调的功能，促成当事人在缔结各种社会关系时能夠更具合法化、规范化，从源头上减少因缔结社会关系而引发的社会矛盾，从而预防社会矛盾以达到实现社会和谐。

（二）律师通过办理刑事、行政案件，为当事人提供服务可以制衡国家公权力的滥用，在现代国家的政治、法律、社会生活中，没有律师的参与，私权利一方将更弱小，更难以与

强大的国家公权力制衡，是律师在法治国家享有的“独特的不可替代的”政治、法律和社会地位。良好的法律制度是和谐社会之本，但法律需要具体的人来实施，依法办案，依法行政就是要求司法人员和行政机关工作人员必须严格依法办案和办事，依法办案和依法行政能否以社会公平正义为价值尺度，调整社会关系，平衡社会利益，整合社会资源，维护社会秩序，以达到建设和谐社会的目标，直接关系到构建和谐社会的成败。而律师参与刑事、行政案件的办理，可以监督有关办案单位是否依法办案，可以通过对办案单位的办案材料审查，提出相应意见，以维护私权即当事人的利益，促使办案单位的工作人员做到“心中有法，虑必及法，言必合法”，依法决策、依法用权、依法办案、依法办事，以维护法律的权威，律师通过其工作，可以促进行使公权的公务人员和相对方的矛盾，为构建和谐社会做贡献。

（三）律师通过提供法律服务活动宣传法制。律师是和谐社会的协调者。律师工作涉及的领域渗透到社会生活的各个方面，凡是存在法律关系的领域，律师都可能涉及到，和谐社会的不同层面应融洽相处，而非彼此紧张对立的关系。构建社会主义和谐社会，就要妥善处理各种矛盾，不断消除不和谐因素，不断增强和谐因素，在当今深化改革，扩大开放，市场经济快速发展的过程中，我们所处的国际，国内环境相当复杂，不可避免地会遇到各种各样的矛盾和问题，随着国有企业改革的深化和私有经济的发展，随着城市化进程的加快和失地农民的增多，因土地征用、房屋拆迁，国有企业产权转让和重组引发的群体性事件和恶性事件日益增多，社会成员之间，社会成员与政府之间的冲突和对抗日益严重，这些现象严重影响了构建和谐社会。这就要求当社会出现这些矛盾时能够及时解决，政府与社会成员之间产生矛盾时，能得以引导和疏通。而律师这一职业的特殊性赋予律师能够充当这些矛盾的协调者，能够给这些矛盾降温减压，最终化解各种社会矛盾，因此笔者认为律师是促进社会和谐的协调者，作为一名专职律师，从工作的感受总结认为构建和谐社会必须发展律师业，让更多尽职尽责的律师投身构建和谐社会的事业中去。

二、构建和谐社会，律师业责任重大

“律师兴、法治兴，法治兴、国家兴。”这是法学泰斗江平先生的话，因此，和谐社会的构建需要律师，然而现实社会与和谐社会的构建还相距甚远，如制定的法律不被遵守，法院的判决难以执行，司法不公，社会诚信严重缺失，这些都使法律的权威和尊严受到严重挑战。一系列社会矛盾产生，局部激化的现象，涉法上访，群体上访现象屡屡发生，作为律师不能不思考这些问题，在现实的社会中，不能没有法律，如果离开了法律，就根本不可能建立基本的社会秩序，人类最基本的社会生活就不可能存在，但是法律不是万能的，仅仅有法律，处处都是机械规范的法律关系，缺少文化的底蕴，道德的支撑，这样的社会同样不能构建和谐社会。真正的法律不是写在纸上的，而是用道德写在每个人的心中，法律是我们心中的道德，法律才会有强大的生命力。因此，我国在依法治国的基础上，又提出以德治国。法治与德治，从来都是相辅相成的，相互促进的，构建物谐社会二者缺一不可，也不可偏废。在以德治国方面，并不能因为律师职业的特点崇尚法律至上，就认为德治方面律师是无所作为的。法治属于政治建设，以其强制性规范社会成员的行为；德治属于思想建设，以其道德的说服力和感召力提高社会成员的思想认识和道德觉悟。而律师资格准入的要求相对其他行业整体的文化素质也较高，在促进德治与法治协调发展过程中具有绝对的优势，更应起模范者的作用。

作为法律人，律师在社会生活中具有示范和扩散作用，在执业活动和其他社会活动中，应逐步陶冶自己的法律品德、职业修养和道德情操。塑造一种崇高的职业形象，影响带动整个社会精神面貌的改观。律师的部分职业行为是具有社会公益性，能够为和谐社会的构建提

供创新性实践。能够让法治和德治在律师职业活动得到完美的融合和体现。比如律师承担法律援助，并不在于法律援助本身的影响，而是律师通过这种公益行为提升了行业的社会公信力，扩大了行业的社会影响，此外律师的专业技能与社会身份也决定了不少公益事务只能由律师实施，或者由律师实施才会有更好的效果。我们清醒看到构建和谐社会，中国律师业任重道远。

三、应当加强律师为构建和谐社会服务的保障措施

笔者认为律师为要为构建和谐社会服务必须要有措施提供保障，首先，要健全律师队伍建设长效机制，提高律师队伍综合素质，强化服务社会主义和谐社会的能力和水平。其次要改善律师执业环境，保障律师执业权利，畅通律师参政议政渠道。政法机关工作人员要加强社会主义法治理念教育，牢固树立打击犯罪与保障人权，实体与程序并重的现代司法理念，依法保证律师的会见权、阅卷权、取证权。进一步优化律师执业的社会环境。最后，加强律师协会行业管理职能和社会舆论监督，树立律师的良好社会形象，律师协会应切实发挥服务功能，密切与会员联系，以服务取得会员拥护，树立行业管理权威，规范律师与法官、检察官、警官的相互关系，加强社会舆论监督，树立律师业的良好社会形象。

当前，我国经济的高速发展，构建和谐社会的时代要求为我们律师业发展带来了前所未有的机遇，时代呼唤着律师业的进一步崛起，社会期待律师能真正成为社会精英。平衡社会关系，调处矛盾纠纷，稳定社会秩序，推动制度创新，构建和谐社会，必将成为律师业义不容辞的使命。律师必须深刻认识所肩负的使命，以高度的社会责任感，精湛的专业水平和饱满的精神状态，积极投身构建社会主义和谐社会的伟大实践中。

作者单位：安徽华律律师事务所

律师事务所制度化规范化建设

邱　林

【内容摘要】随着经济的快速发展，社会法制的进步，人们生活水平的提高，生活中各种社会矛盾也呈现出来，尤其是平等主体之间的经济纠纷日益增多，纠纷的增多必然会带动诉讼行业的发展，也必然催生出更多的律师事务所，那么怎样去更好经营律师事务所、给客户提供优质服务、更好的担当社会责任呢？这不仅仅依靠我们的司法行政管理机关的管理，更重要的是律师事务所在工作管理上要做到规范化、制度化。本文就如何建立健全律师事务所制度化规范化，从不同的角度进行了阐述，律师事务所的管理制度是基础，是管理制度化规范化的核心，风险防范是手段，律师培训是保障，监督管理是鞭笞，他们之间是相辅相成，相互促进。

【关键词】律师事务所　制度化　律师事务所制度化　规范化

随着经济的快速发展，社会法制的进步，人们生活水平的提高，生活中各种社会矛盾也呈现出来，尤其是平等主体之间的经济纠纷日益增多，纠纷的增多必然会带动诉讼行业的发展，也必然催生出更多的律师事务所，那么怎样去更好经营律师事务所、给客户提供优质服务、更好的担当社会责任呢？这不仅仅依靠我们的司法行政管理机关的管理，更重要的是律师事务所在工作管理上要做到规范化、制度化。

律师事务所要做到规范化和制度化，我认为应从以下几个方面入手：首先要完善管理制度，使事务所在遇到各种问题是有章可循；第二、建立起风险防范与控制机制，有效的避免和控制风险；第三、加强律师业务培训和律师职业道德教育制度建设，不断更新知识面；第四、健全利益冲突审查制度，避免不必要的损失，保证律师事务所与律师利益的最大化；第五、要及时对业务质量进行监督及检查；其次对重大疑难案件集体研究讨论制度，提高办案的质量；最后，律师事务所要加强凝聚力，发挥团队精神。现就上面几项进行具体阐述：

一、建立各项完善的管理制度

没有规距不成方圆，凡事预则立，不预则废。完善的规章制度，可以规范律师的执业行为，使律师事务所的管理从个人行为，规范为集体行为，可以减少事务所内部成员间的矛盾，能够增强事务所人员的稳定性，会形成事务所的正规化形象，使接受服务的客户产生更强的信任感，有利于事务所开拓和稳固服务市场。

律师事务所规则制度如此重要，在制定的时候要以法律、法规为基础，结合本所的实际情况和执业环境的特点加以制定，广泛征求律师的意见，同时保证各种规章制度的制定要具有较强的可操性，特别是涉及到业务分配及影响律师各人利益的规章制度，应做到设计合理，规定细致，以达到合理调配工作量，增加律师工作积极性的目的。以上是关于律师事务所规则制度建设应该关注的相关事项。

二、建立起风险防范与控制机制

其一，建立起覆盖整个流程的管理机制，管理者积极收集信息材料，做到信息掌握充分，

监督管理及时，例如谈判签约之前，要对对方的资质、注册资金以及商业信誉进行审查，科学判断对方是否有履行能力，发现情况要及时处置；谈判签约阶段要审查利益冲突问题，要注重律师及律师事务所承诺的事项与技巧，合同审查和风险告知到位，做到律师及律师事务所在任何情况下能进能退，永远处于不败之地；案件办理阶段要坚持重大问题讨论制并做好讨论记录，定期督促检查，做到不求件件做到最好，当求件件所里最棒。

其二，建立起评估和预警机制，采取预防措施，努力将事故消灭在萌芽和初始阶段。这就要求律师事务所及时沟通，律师及时报告，事务所和律师及时处理，特别是在参与处理维护社会稳定案件、人民切身利益案件、社会正义案件的处理方面，更要完善报告备案制度，使民怨消灭在萌芽阶段。

其三，建立健全及时应急预案。这种及时应急预案应当包括应对有关机关、利害当事人、新闻媒体，以最大限度降低负面影响的一般性方案、措施，也包括一些具体的有针对性的特定紧急措施，应对紧急情况。

三、律师业务培训和律师职业道德教育制度

其一、律师事务所业务培训由本律师事务所安排专人负责。律师事务所应在每年度的年初制定具体的学习培训计划，对新颁布的法律、法规要及时调整学习计划。

其二、律师事务所的执业律师应按规定的学习时间参加学习，其无正当理由不得缺席参加学习，在学习时要做到学前有准备，学后有总结，将所学的知识及时应用到实务中。

其三、律师事务所安排专人负责本所执业律师的职业道德教育，其应在召开律师会议时，将职业道德教育列入专项教育，保证律师队伍的纯洁。

四、健全利益冲突审查制度

其一、律师事务所负责人在审批律师承办的业务时，应先查明本所是否已受理过与该委托事项有利益冲突的其他利害当事人的委托或委托事项与本所的法律顾问单位是否有利益上的冲突。若存在上述情况，则应要求相关接待律师向委托人讲明情况并拒绝委托。

其二、法律顾问单位交办的法律事务，若与其它法律顾问单位存在利益冲突时，应向该单位讲明情况，在征得双方法律顾问单位同意的情况下，先行指派律师进行调解，调解不成时，向双方当事人说明理由后，拒绝办理该案。

五、及时对业务质量进行监督及检查

第一、办案律师对所承办的案件必须依法办案，其必须做到认真阅卷，及时会见犯罪嫌疑人、被告人或当事人，并与当事人客观地、充分地收集证据材料，在查明案件事实的基础上，认真拟写代理意见或辩护词，做好出庭前的准备工作。

第二、承办律师在承办下列案件时，应报主任提请合伙人会议决定，并报告司法局审批备案：① 作无罪辩护或改变犯罪性质辩护的刑事案件； ② 计划生育案件； ③ 行政案件； ④ 可能会引发群众性冲击政府，造成地方不稳定的案件； ⑤ 复杂疑难的案件或有重大影响的案件。

第三、对被投诉的律师在执业中若出现已被查证属实的违反所规章制度的情况，由合伙人会议依据所有关制度进行查处。对被投诉的律师若触犯了有关法律、法规情况的，则由所上报有关部门，追究其相关责任。

第四、因律师事务所承办律师的过错给当事人造成损失的，应及时根据当事人的要求及申请，要求律师承担相关法律及赔偿责任。

六、重大疑难案件集体研究讨论制度

首先、律师事务所承办律师若有重大疑难案件时，可以在律师会议上提出，由所全体律师进行研究、讨论，总和各方观点，总结出一套既便于执行又有利于当事人的方案。其次、律师事务所承办律师承办下列案件时，必须提请律师会议讨论： ①涉外的，涉外案件涉及较少，相关的法律使用频率不高，相对其他案件难度系数要大，所以要求全所律师进行研讨，集中力量突破； ②改变定性或作无罪辩护的，次类案件关系到利害关系切身利益且难度较大，对律师要求较高，所以要求讨论； ③有可能引起社会不稳定的。

七、加强凝聚力，发挥团队精神

一个团队是否团结，是否有凝聚力会影响甚至会决定其成败。律师事务所业一样需要团结和凝聚力，加强凝聚力就应该实施亲情化管理，亲情化管理就是要增加执业律师之间的相互了解，相互沟通，使大家能够坦诚相待，给执业律师创造一个团结互助，以诚相见，情意融融的工作环境。成员之间的相互沟不是难事，只要事务所稍加引导和组织就会达到一定的效果，这种引导和组织的形式可以是多样的，比如，集体的出游、适当的餐叙等；事务所成员之间的有效沟通必然会促成成员之间情感上的融和，从而产生凝聚力；这种情感的凝聚力是可以与物质诱惑相抗衡的，因为，舒心的工作环境可能比金钱更重要，营造成员之间相互关心、相互帮助、关心集体、努力奉献的氛围。

总而言之，律师事务所制度化规范化建设需要在司法行政机关的正确领导下，按照法律规定，认真检查梳理，以健全的制度、完善的程序、强化的监督来保证律师执业服务活动的正确有效的进行，使律师事务所的制度化规范化走上轨道。要牢记诚信执业的服务宗旨，改正以往工作中存在的不足之处，吸取经验，更好的维护当事人的合法权益，同时要清楚凝聚力对于律师事务所团队的稳定性是至关重要的，能做到以上几点，我想在不久的将来，会出现大量的大所强所名所。

参考文献：

①段建国：《中国式律师营销》，法律出版社 2009 年第 1 版，第 93 页。

②http://www.001law.com/file/18/7738.html。

③《省司法厅关于印发全省律师事务所内部管理规范年活动方案的通知》，2009 年 3 月。

作者单位：安徽铜鼎律师事务所

用成本管理法运作律师事务所

范大平　邵　晖

【内容摘要】成本管理法是企业管理的一个行之有效的方法。律师事务所尤其是规模化的律师事务所也应当借鉴成本管理法来管理。当前律师事务所面临的新形势具有一些新的特点，要结合新的理论来进行成本管理才能更有效地管理好律师事务所。根据新形势的特点，我们认为律师事务所的成本管理应当做好以下工作：一、实行全员成本管理；二、运用高科技手段进行成本信息管理；三、推行成本效率；四、降低交易成本。

【关键词】律师事务所　成本管理

有人认为成本管理是企业管理方法，律师事务所不是完全意义上的企业，因此成本管理法对律师事务所的管理不适用。我们认为律师事务所的运作完全可以借鉴企业管理上的一些先进方法对律师事务所进行管理。其中成本管理法就是一种行之有效的重要方法。国外一些成功的规模较大的律师集团就普遍运用成本管理法来管理业务。国内一些发展得较好的律师事务所也是在自觉或不自觉地在运用成本管理法来管理律师事务所。律师事务所的成本管理是对律师事务所活动过程中发生的成本，有组织、有系统地进行预测、计划、决策、控制、核算、分析和考核等一系列的科学管理工作。简单地说就是通过成本来计划和控制律师事务所的经济活动。一般成本管理理论认为成本管理需要做好以下几点工作：1、开展成本预测，提高成本计划水平；2、加强成本控制；3、正确及时地组织成本核算工作；4、作好成本分析和成本考核。这些无疑是有效的管理方法，但是我们认为，在新的形势下仅仅做到这些还不够，必须采用一些新的手段，结合一些新的理论来进行成本管理才能更有效地管理好律师事务所。

当前我国律师业发展的形势和特点，我们认为主要有以下几个方面：

1. 我国已经加入 WTO 数年，作为服务业的律师行业也不可避免的面临国外法律服务机构向国内渗透、抢滩的压力。国外律师事务所在规模和管理水平上都要高出国内律师事务所很多，凭藉先进的管理理念和雄厚的综合实力，通过大量吸纳和储备国内优秀的法律和其他专业人才，为不久将来更为激烈的法律服务市场竞争积蓄力量。这对国内律师事务所尤其是对于主要以涉外业务为主的律师所的生存与发展无疑是巨大挑战和考验。国外律师事务所的介入使本来已经十分激烈的中国律师业竞争更加激烈。虽然我国现行法律对国外律师和律师事务所在华执业有严格限制，但随着我国融入全球经济一体化进程的加速，外国律师事务所在华设立代表机构的业务活动不可避免的与国内经济活动更加密切，事实上直接或间接地已与国内律师业务发生越来越多的重叠。

2. 国内律师事务所规模普遍不大，很难向国外拓展业务。目前全国历史最长的合伙律师事务所也就十几年，在北京的 900 多家律师事务所中，大部分是近５年成立的。由于国内律师事务所开办时间一般都比较短，经验相对比较缺乏，规模不大。目前世界上最具竞争力的前 50 名律师事务所平均拥有律师 800 人，排名前 10 位的律师事务所平均拥有律师 1300 名，最大的律师事务所有 3600 名律师，而我国目前超过 100 人的律师事务所才不到 10 家，人数最多的北京金杜律师事务所也才有 200 多位律师。[①]国内大多数合伙律师事务所只有３至５个合伙人，一半以上的律师事务所专、兼职律师不到 10 个人，抗拒风险能力较弱，因而向国外拓展业务比较困难。

3. 国内律师业的管理水平相对较低，律师的素质相对较差。由于我国律师队伍建设较晚，管理水平和律师队伍素质必然难以与发达国家相比。目前大多数合伙所由于其合伙人基本上是由同学、好友等关系密切的人员组成，管理上往往采取以感情管理的手段居多，致使管理流于形式，律师所始终摆脱不了“小作坊式”、“家族式”、“哥们式”管理的模式。

4. 我国执业律师在人群中占有的比率较小。截至 2008 年底全国执业律师已达 156710 人，全国律师事务所 14467 家。然而，就个人律师的拥有量而言，不但低于发达国家，甚至低于一些发展中国家。根据 2007 年的统计资料，[②]平均每万人拥有律师的数量仅 1.15 个，这个比例不但低于发达国家，例如：美国 30 人，英国 15 人，而且，还低于一些发展中国家，如巴西和阿根廷就分别达到了 20 人和 12 人。就企业方面讲，我国现有各类企业 5000 余万家，仅有 4 万家聘请了律师当法律顾问。[③]尽管近几年有一部分人通过司法考试进入律师队伍，每万人拥有律师的数量有一定提高，但这与我国经济、社会和法治发展的客观需求仍极不相适应。

5. 区域性发展不平衡将增大。美国律师发展也不平衡，规律是律师向大城市、经济中心、政治中心等等地区集中。在我国这种情况更加明显而且还会加剧。美国律师资格考试以州为单位，即便你通过一个不发达的小州的考试你也去不了大城市执业，而这些经济发达之州的律师资格考试是比较难的。我国律师资格考试（司法考试）则是全国统考，取得资格后可以到国内任何地方执业。这样一来，北京、上海、广东等经济发达的地区就会吸引越来越多的律师去执业。截至 2006 年 10 月，北京律师人数已占全国律师总人数的十分之一强，这意味着全国每 10 名律师中就有 1 名律师在京执业。而经济欠发达地区律师增长速度较慢，从而使区域性不平衡加大。广西每万人拥有律师量为全国平均水平的 56%，律师总数是 2506 人，其中有 70%的律师集中在南宁、柳州、桂林三市的城区，而有 4 个县却没有一名律师。[④]

6. 千军万马共占法律服务市场。在我们执业律师的外部环境不是很好的情况下，各种类型的法律服务提供者也抢占着执业律师的服务市场。法律服务所的法律工作者、企业法律顾问、公、检、法退休人员、社会上的“黑律师”等等千军万马共赴法律服务大道，使本来已经十分拥挤的法律服务市场更加不堪重负。不难想像，一个本来就不太成熟的法律服务市场如果没有统一的准入制度和严格的保障机制，可以任由不同机构、人员从事同类的法律服务，混乱和恶性循环将不可避免。

鉴于上述特点，律师事务所为适应新形势、健康发展，就有必要规范和强化自身管理，借鉴和采用更科学的成本管理法，进行成本核算，精打细算、科学管理。有些律师事务所开办时间不长便难以为继，原因当然是多方面的，但其中一个重要原因就是没有严格核算成本，盲目运作。律师事务所的成本主要体现在人力资源、交通费用、能源消耗、物料消耗、办公费用、风险成本等方面。我们认为律师事务所的成本管理应主要做好以下工作：

一、实行全员成本管理。律师事务所的成本费用发生在运作过程中的每一个环节，涉及到每个成员的具体操作，所以要实行全员成本管理才能真正见到成效。

1. 树立全员成本意识。成本意识（Cost Conscious）主要指在经营过程中注意控制成本，使成本不超过限额，经常保持成本的最低水平，努力使成本降到最低数。如果成本发生较大波动，财务人员要及时向事务所主任及骨干律师提出警觉信号，以引起注意。树立成本意识不仅仅是律师事务所主任和合伙人的事，只有每个人都树立了成本意识才能提高律师事务所经济效益和管理水平。

2. 明确成本责任单元。在运作中可以案件为主线将合作办案的律师划作若干成本责任单元。凡是能为某一成本责任单元所控制的成本，不管发生在什么地方，都划归该责任单元承担。这样除法律援助的案件外，律师在受理案件时对于成本高效益低的案件就会慎重考虑是否接下来。

3. 采取成本抑减措施。对于成本抑减的对象进行排序，分轻、重、缓、急，拟定方案和计划，通过成本抑减法挖掘降低成本的潜力。

二、运用高科技手段进行成本信息管理。成本信息是人们所获得的经营活动过程中与管理有关的信息流，每一层次的管理人员都要处理信息，经过处理而使由下层向上层汇报的成本信息流在自己这一层被提炼，并使上层向下层转达的指令信息在自己这一层被分解，用信息流的提炼与分解，比单纯层次更为科学，它对于成本管理人员的要求也更高。同时为适应当前信息发展的迅猛态势，成本信息管理中的科技含量要求也更高。如，现代网络技术的运用就必不可少。其它高科技管理手段，在条件允许的情况下要尽量运用。

三、推行成本效率。所谓成本效率是指按“成本—效益”的观点来测定成本开支效果的一项质量指标。这项指标通常可用一定期间内的成本开支额对营业收入的比率、或成本开支额对平均资金占用额的比率、或成本开支额对利润的比率来反映。提高成本效益的主要途径一是充分利用本、量、利分析法（cvp 分析法）来研究在什么样的量的水平上使律师事务所的运作成本最低，利润最大，从而追求成本的最佳效率，在决策分析中，以成本习性为基础，根据各个备选方案的成本、业务量与利润三者之间的依存关系来确定在什么情况下哪个方案最优。通过成本分析，可以对几种不同方案分别比较它们的预期效益和成本支出，从中选出最佳方案。如果有几个可供选择的方案，产生相同的经济效益，则其中成本最低的方案为最佳方案；如果有几个可供选择的方案成本相同，则其中效益最高的方案为最佳方案。还要积极开展价值工程（VE）活动来探讨怎样能在业务量和服务质量不变的情况下，降低成本的开支。在运作过程中可以采取边际贡献分析法来选择最佳方案。在选择最佳方案时，有时需要运用边际贡献分析法。在短期决策中，固定成本通常稳定不变，故只需对所创造的边际贡献进行分析，就可确定哪个方案最优，这就叫做边际贡献分析法，也叫创利分析法。同时还可采取成本要素控制法来控制成本。费用要素是指律师事务所运作过程中所发生的费用按照经济性质进行的分类。如：材料、交通工具、工资、提取的职工福利基金、办公用品折旧费、利息支出、其它支出等。对这些费用逐一进行监督和控制。在财务上可采取帐款收现法。在运作过程中，业务收入一般是在收案时确定的，但有时为了稳妥起见，要把业务收入推迟到现金到帐之时才予以确认，这种方法就叫做帐款收现法。规模较大的律师事务所还可建立了应收帐款岗位责任制，明确职责权限，以控制律师为提高收案率而不管因客户拖欠而带来的坏账损失。

四、降低交易成本。市场经济社会最本质的成本就是交易成本。人们合作进行的某项事业之所以失败，通常都是交易成本太高造成的。任何一种企业制度的设立，都是合作者在博弈过程中的共同选择，其目的就在于实现最低的交易成本。律师事务所亦然。如果律师事务所的所有人员都拿全员固定工资，就一定会影响大家的积极性。实行工资制把提成降下来并不一定是最好的办法。因为关键问题在于，是合伙人素质（制度方面共享的知识）决定了他们之间将发生多大的交易成本。如果交易成本大于律师事务所的收益，制度安排就会作出相应的调整，或者造成合作的解体。所以，合作的成功与失败，取决于人与人之间的交易成本。律师的工作可能不会产生生产成本，但律师事务必然要发生交易成本。在市场经济条件下，人和人之间的合作过程就是交易的过程，即用自己的人力资本进行交易。制度作为一种工具，解决的是人与人的交易成本问题，科学技术解决的则是生产成本问题。[⑤]因此，要降低交易成本就要作好制度安排。设计和制定好的一个科学合理的分配制度是降低律师事务所人力资源交易成本的关键所在。

总之，新形势下，我们律师事务所只有通过借鉴成本管理法等企业管理的一些先进方法来管理，规范化建设才会更符合市场化要求，才能更好的适应越来越激烈的法律服务市场竞争。

注释：

①李本：《中国律师业产业化发展及其立法完善·中国政法大学硕士学位论文》2006 年。

②《中国律师从业人员达 15.3 万 将立法保障律师权利》 中国发展门户网 www.chinagate.com.cn 2007 年 02 月 27 日。

③《应届法科生难入律师行》 《经济参考报》 2003 年 12 月 4 日。

④张志铭 《关于律师的话题》 《法制日报》 2005 年 11 月 24 日。

⑤中国律师嘉年华网。

作者单位：安徽深蓝律师事务所

沉默权在我国适用问题的思考

郭 姝　陈 永

【内容摘要】在长期的司法实践中，将当事人的口供摆在了一个相当重要的位置上，这是因为我国的侦查技术不够先进，所以需要当事人的口供指引。在忽视沉默权的中国，文明发展到现在，开始不断暴露出一些问题。沉默权是西方一项古老的尊重人权的制度，面对我国对人权问题的逐渐重视和我国依法治国的必然要求，我们应借鉴国外先进理论经验，结合中国法制的实际情况，建立适应中国特色法制的沉默权制度，它对完善我国的刑事诉讼制度具有深远的意义。

【关键词】沉默权　必要性分析　可行性分析　模式

一、沉默权的起源概述

沉默权是指犯罪嫌疑人、被告人对讯问官员的提问依法可以保持沉默或拒绝回答，不必因此而受到追究，讯问官员则有义务告知犯罪嫌疑人、被告人享有此项权利。简单地说，沉默权就是不回答问题的权利[1]。又被称为反对自我归罪特权，是犯罪嫌疑人、被告人的一项诉讼权利。

刑事沉默权的起源可追溯到 16 世纪英国宗教法庭对宗教异端的审理，当时的被审理人员即开始用“人民不自我控告”的沉默方式来对抗宗教法庭的不人道审讯方法。1637 年的约翰.李尔本出版煽动性书刊案件，英国议会以裁判违法撤销了对它的有罪判决。1898 年英国的《刑事证据法》进一步明确规定被告人享有沉默权，该证据法称沉默权为“不被强迫自证其罪”的特权。从此，犯罪嫌疑人享有沉默权及反对自证其罪的制度便以法律的形式确立下来。后来，反对强迫自罪原则和犯罪嫌疑人沉默权在美国得到了极大的发展。将沉默权制度在美国推到极限的“米兰达规则”。1996 年由美国联邦最高法院对米兰达等四起案件一并进行了评议，于 1966 年 6 月 13 日由美国最高法院的 9 名大法官以 5 比 4 的表决结果确立了著名的“米兰达规则”，其要求警察在对犯罪嫌疑人进行讯问前，必须先告知四句话：你有权保持沉默；如果你选择回答，那么你所说的一切都将用作对你不利的证据；你有权要求律师在讯问时在场；如果你没有钱雇请律师，将为你指定律师。如果警察在讯问犯罪嫌疑人之前没有向他作上述的告之，犯罪嫌疑人的供述将被法庭作非法取证被排除。米兰达规则把英国 17 世纪确立并由美国宪法第五修正案重申的以“反对强迫性自我归罪”为基本内容的“默示”的“审判”沉默权制度演变为“明示”的“审讯”沉默权制度，从而使西方沉默权制度发展到了巅峰。

二、世界各国对沉默权的规定

（一）英国对沉默权的规定

沉默权制度最早来源于英国，英国 17 世纪的约翰•李尔本出版煽动性书刊案对该制度的确立，具有里程碑意义。1641 年议会宣布李尔本案的判决不合法，禁止在刑事案件中使用“依职权宣誓”。一年以后，在一起由议会审理的十二主教案中，沉默权被引用并得到确认。到 1688 年，沉默权在英国已完全站稳了脚跟。由于英国是一个不成文宪法的国家，它的宪

法性规定体现于《权利请愿书》、《人身保护法》和《权利法案》等宪法性文件、法院判例或宪法惯例中，沉默权也在其中被确定下来。1912 年，英国《1912 年法官规程》对沉默权作了明文规定。该规程是英国高等法院法官制订的若干录取招认口供的具体规则，制订时只有 4 条规程；1918 年又增加到 9 条。它不等于法律，只是提供警方在录取口供时作参考的备忘录。

1.《1912 年法官规程》的有关内容第 1 条规定：有关提问情况。警察追查罪犯时，可向一切有关人提问，不论某人是否与案件有关，只要认为可以获得有用资料，就可以向该人提出与案件有关的问题。第 2 条规定：对嫌疑犯提出起诉情况。警方决定对嫌疑犯提出起诉时，要先采用“ 简短的警诫词 ”对其警诫，再进行问话和盘问。即警方盘问嫌疑人时，事先要复述“ 简短的警诫词 ”，提醒该人有权对提问保持缄默，凡是在警诫后的答话，都可能在开庭时作为证词出示。第 3 条规定：对在押人问话情况。对于在押的人，在进行问话时必须先采用“ 一般的警诫词 ”对其警诫。第 4 条规定：犯人主动作供情况。当犯人主动作供时，警方仍然要对其进行警诫，警诫使用“ 一般的警诫词 ”。

2.《1918 年法官规程》的有关内容该规程在《1912 年法官规程》的基础上增加了 5 条：第 5 条规定：再次警诫情况。在正式起诉犯人时，要使用“ 正式的警诫词 ”对其警诫，并且要避免使犯人认为对警方的答话，只会作为对自己不利的证词。否则会造成一些无辜者拒绝作出洗刷自己罪名的口供。警方在对某人正式警诫后，警诫词在一段时间内生效，在此期间内，警方不必再次进行警诫。如果警方正式起诉某人并对其进行警诫数小时后，犯人想作口供，在录取口供时，要再次对其警诫。第 6 条规定：补充警诫情况。当犯人未经警诫自动作出口供，法庭可以视情况予以接受，警方则应尽快补充进行警诫。当犯人在警方没有来得及对他警诫时或者再次进行警诫前，自动地招认自己犯罪，或者讲出对自己不利的证词，法庭也可以接受该口供作为证据。警方要尽快补充警诫。第 7 条规定：自动作供情况。如果嫌疑犯自动作供，警方不得向他提出任何问题，也不能对他加以盘问，除非是为了澄清嫌疑人口供中的含糊之处而发问。第 8 条规定：对同案犯情况。当两个或两个以上的人被指控同一项罪行，警方在对其中个别被告录取口供后，不能将录取的口供向其他被告复述，但可以将口供的副本提供给的同案被告。警察在分发口供副本时，不应用任何语言或行动引导被告答话。如果被告自愿作供，警察要对其使用“ 一般的警诫词 ”进行警诫。第 9 条规定：口供的程序。凡是按照法官规程作出的口供，警官应尽量作笔录，然后向作供人复读。需要时可作修改，最后请他签名作证。这条规定十分重要，如果在开庭时，被告拒绝认罪，控方最重要的证据就是被告自愿录取的招认书。辩方会千方百计推翻这份书面口供，并利用其中的谬误进行辩驳，因此，招认书的内容必须清晰无误。有时，警察在路上拘捕犯人，当时的环境不容许他将犯人的口供作笔录，警察应该尽量记住犯人的口供，到返回警署时，或者等其他人员到场后，尽快记录犯人的口供，并让他过目和向他宣读，最后让他签字作证。

（二）美国对沉默权的规定

受英国法的影响，美国 1789 年宪法修正案第 5 条明确规定反对强迫自我归罪的特权。规定任何人“ 不得被强迫在任何刑事案件中自证有罪 ”。何时适用此条款，在“ 布朗姆诉美国 ”案（1987 年）中，法院宣称：“ 在美国的刑事诉讼中，当涉及到一个供述是否因非自愿地做出而无效的问题时，适用宪法第五修正案规定。”但据最高人民法院的解释，这种不得强迫自证有罪的特权不仅限于在刑事案件，其适用范围要宽泛得多，它“ 不仅保护个人在刑事起诉中不能被不自愿地传唤充当不利于自己的证人，而且还允许他在其他民事的或刑事的、正式的或非正式的程序中拒绝回答官方的问题，如果他对这些问题的回答有可能在未来的刑事诉讼中被当作证明他有罪的证据的话。”“ 宪法所赋予的这一特权，不仅包括那些根据联邦刑法可以直接作为定罪证据的回答，而且也包括那些能为一系列证据提供线索从而用于向权利人提起联邦罪起诉的回答 ”[②]。美国联邦最高法院通过判例，对宪法第 5 条宪法修正

案作了如下解释：1. 这一特权不仅指实质上导致自我归罪的陈述，而且包括所有可能导致自我归罪的其他证据；2. 这一特权不仅能为犯罪嫌疑人、被告人所主张，而且能为证人所主张；3. 这一特权不仅可在侦查程序中主张，而且可以在审判过程中主张；4. 这一特权限于为本人利益而主张，不能扩大适用于他人利益；5. 这一特权只适用于自然人，不适用于法人。从而构成沉默权的完整内涵[③]。

1966 年美国联邦法院所判的“ 米兰达诉亚里桑那州 ”一案具有特别重要的意义。最高法院判称，不得强迫自证有罪的特权适用警察对羁押中的个人所作的讯问。法院进而详细规定了为了保障这一宪法上的特权而必须遵守的程序。法院指出：必须将以下事项告知被羁押人：他有权保持沉默和不回答问题；他所说的每一句话都有可能在法庭上用作不利于他的证据；他有权同律师协商并让律师在讯问时在场；如果他请不起律师，有权免费获得一个指定的律师来代理他[④]。这一程序规定，被称为米兰达警告。最高法院在米兰达案的判决中还指出了其他一些规则：如果某人在讯问前或讯问中的任何时候以任何方式表示他希望保持沉默，那么讯问必须停止；如果某人表示他想要一名律师，那么讯问必须停止，直到律师到场为止；如果某人找不到律师，但表示只有在有律师的情况才愿意和警察交谈，那么警察必须尊重他保持沉默的决定；如果讯问在没有律师在场的情况下进行，而且取得了一项陈述，那么政府方面就负有很大的责任证明，被告有意识和自愿地放弃了他不得强迫自证有罪的特权和聘请或指定律师的权利。在讯问时，如果某人在行使他保持沉默的权利之前，主动回答了一些问题或提供了一些情况，这并不等于他放弃了该项特权。被羁押人的沉默并不是他有罪的证据。即使他在审判中作证，提出证明他无罪的情况并接受交叉讯问，起诉方也不得提出被告在听取米兰达警告后保持沉默这一事实来攻击被告，因为米兰达警告指出被告人有权保持沉默，不必回答任何问题[⑤]。

（三）其他各国和国际文件对沉默权的规定

德、日等大陆法系国家则是通过刑事诉讼的立法直接规定沉默权规则。例如，德国《刑诉法》第 136 条规定：“ 依法被指控人有就指控进行陈述或者对案件不予陈述的权利，并且有权随时(包括在讯问之前)，与由他自己选任的辩护人商议 ”，“ 对被指控人决定和确定自己意志的自由，不允许用虐待、疲劳战术、伤害身体、服药、折磨、欺诈或者催眠等方法予以侵犯。”日本《宪法》第 38 条规定：“ 不得强迫任何人作不利于己的供述 ”。日本刑诉法第 198 条第(二)款规定：“ 在进行前项调查时，应当预先告知嫌疑人没有必要违反自己的意思进行供述。” 第 311 条第(一)款规定：“ 被告人可以始终沉默或对于每个质问拒绝供述。”意大利刑诉法第 64 条第(三)款规定：“ 应当告知被讯问者：他有权不回答提问，并且即使他不回答提问，诉讼也将继续进行。”加拿大 1982 年的《权利与自由宪章》第 7 条规定：“ 每个人都有生存、人身自由和安全权利 ”，“ 依据基本正义的规则 ”，不得剥夺 ”。据此，加拿大最高法院的判例认为，在警察拘捕后的讯问过程中保持沉默的权利，是《权利与自由宪章》所规定的“ 基本正义的原则 ”之一，并指出：“ 刑事诉讼中或许唯一最重要的组织原则是被追诉者不得被强制协助对自己的指控。”此外，保加利亚、波兰、南斯拉夫，以及我国的台湾、香港和澳门刑事诉讼法律均有这方面的规定。随着联合国不断确立、推行刑事司法的国际化，特别是刑事司法领域最低限度人权保障标准的努力，沉默权得到联合国许多文件的确认。1966 年第 21 届联合国大会通过的《公民权利和政治权利国际公约》在第 14 条第三项规定，刑事被告人有“ 不被强迫作不利于他自己的证言或强迫承认犯罪 ”的权利。该公约于 1976 年 3 月 23 日生效。我国政府在 1998 年已签署该公约，并获最高国家权力机构的批准。1969 年的《美洲人权公约》第 8 条以及 1985 年的“ 北京规则 ”即《联合国少年司法最低标准规则》也有沉默权的规定。1994 年 9 月 10 日世界刑法学协会第十五届代表大会《关于刑事诉讼法中的人权问题的决议》第 16 条建议各国立法规定：“ 被告人有权保持沉默，并且从警察或司法机关进行首次讯问即有权知悉受控 ”的内容。

三、我国关于沉默权规定的现状

我国刑事诉讼法没有将沉默权赋予犯罪嫌疑人、被告人，而是规定其有义务如实陈述。这主要表现在四个方面：一是在侦查阶段，犯罪嫌疑人对侦查人员的提问应如实回答。《刑事诉讼法》第 93 条规定：“ 侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，应当首先讯问犯罪嫌疑人是否有犯罪行为，让他陈述有罪的情节和无罪的辩解。然后向他提出问题。犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答。” 二是在审查起诉阶段，讯问犯罪嫌疑人是审查起诉的必经程序。《刑事诉讼法》第 139 条规定：“ 人民检察院审查案件，应当讯问犯罪嫌疑人……。” 三是在法庭审判阶段，法庭调查的启动以讯问被告人为标志。《刑事诉讼法》第 155 条规定：“ 公诉人在法庭上宣读起诉书后，被告人、被害人可以就起诉书指控的犯罪进行陈述，公诉人可以讯问被告人。被害人、附带民事诉讼的原告人和辩护人、诉讼代理人，经审判长许可，可以向被告人发问。审判人员可以讯问被告人。” 四是坚持 “ 坦白从宽、抗拒从严 ” 的刑事法律政策，被告人如实陈述，可以作为酌情从轻的量刑情节。反之，被告人保持沉默或者拒绝问答，则被作为酌定从重的量刑情节。以上 4 个方面中，前 3 个方面强调的是，公安司法机关有权向犯罪嫌疑人、被告人发问，后者有义务如实回答，而没有权利保持沉默或拒绝回答；后一个方面强调的是：犯罪嫌疑人、被告人没有履行如实回答义务的，可能导致从重量刑的处罚。这一规定与沉默权的核心内容明显相悖。正如我国的刑事诉讼法学界所普遍确认的法律的这项“ 如实回答 ”义务的规定，既与有关口供在刑事证据中并不重要（甚至不必要）的法律规定有矛盾，也没有存在的理性根据。显然，如果被刑事追诉之人是否招供并不重要，其供认只是刑事证据中证明效力最低的一种证据，其“ 如实回答 ”的必要性应当是不存在的；并且，“ 如实回答 ” 的基本前提是被审讯人的开口说话，而如何才能使其开口说话本身就与不得以刑讯的方式逼供的规定相矛盾；即使其对讯问予以回答，也面临着由讯问者判断其是否 “ 如实 ” 的问题，而如果审讯者认为回答并不 “ 如实 ”，尚存在着如何让其 “ 如实回答 ” 的问题。因此，“ 如实回答 ” 的义务就十分容易导致以刑讯逼供等非法方式获取口供的结果。虽然人们可以将现实中时有发生的刑讯逼供现象归咎于诸如某些司法警察和其他司法人员素质低下、法律意识淡薄等原因，但不可忽视的是，刑事诉讼法本身的这种 “ 如实回答 ” 义务的规定，也是重要原因。因此，保障沉默权就需要在刑事诉讼法中全面、明确规定这项权利的核心内容，并且废除与这项权利并不相符的 “ 如实回答 ” 义务。

四、我国设立沉默权的必要性分析

（一）设立沉默权是中国融入国际社会，享有国际权利，承担国际义务的需要。

法律作为上层建筑，最终取决于经济。随着世界经济全球化和一体化的发展趋势，尤其是我国加入 WTO 后，中国融入国际社会的步伐大大加快，中国与国际社会联系的日益密切，使作为上层建筑的法律必须与国际接轨，遵守国际规则，遵循国际惯例，加强与他国法律的沟通。沉默权在刑事诉讼领域的积极作用是多数法治化国家的共识，我国要建设社会主义法治国家，理应设立沉默权。

同时，设立沉默权也是我国承担国际义务、遵守国际条约的客观要求。我国已经加入了 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》 、1984 年的《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》 、1985 年的《联合国少年司法最低限度标准规则》（北京规则）、1989 年的《儿童权利公约》 等国际公约，这些公约均对沉默权做出了义务性规定。按照国际惯例，国际条约一旦对缔约国生效，缔约国就有义务在其国内保证国际条约的执行。而中国政府在 1990 年对联合国禁止酷刑委员会所表明的态度

是：“在中国法律制度下，中国所缔结或参加的国际条约会经过立法机关的批准程序或国务院的通过程序。条约一旦对中国有效，在中国便有法律效力，中国便有义务去施行该条约。”这一声明虽然是针对《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》做出的，但实际上这一声明表明了中国对待国际条约的态度，体现出国际法优于国内法的原则适用于我国已加入的国际公约，即我国正式承诺遵守的国际刑事诉讼准则可直接适用于中国。如果国内法与之相矛盾，则应以国际条约优先，遵循国际刑事诉讼准则。

（二） 设立沉默权是现代公正刑事诉讼制度的必然要求。

现代公正刑事诉讼制度要求建立公正性的诉讼模式，公正性的诉讼模式是以控辩双方的对抗作为诉讼体制的基本构成，控方发动进攻，辩方组织防守，在案件未有定论之前，被控者仍应以无罪者的身份对待。这种诉讼模式必然要求被告为自我保护做出必要的防御，而沉默是众多防御手段中最基础的一项，沉默权可以加强被控者的抗衡和防御力量，使刑事诉讼中诉讼双方地位平等，力量均衡。从另一个角度来讲，沉默权作为犯罪嫌疑人、被告人是否真正享有辩护权的基础，其设立与否反映了刑事程序中犯罪嫌疑人、被告人的人权保障状况和诉讼民主进步程度。因此，设立沉默权是依法治国的必然要求，是进一步促进我国刑事诉讼民主和公正的需要。

（三）设立沉默权是保障公民宪法权利，抑制传统诉讼模式弊端，保障人权，实现司法公正的客观要求。

古罗马法中有句格言：“正义从未呼唤任何人揭露自己的犯罪。”而我国传统的诉讼模式，由于历史和传统的因素，一贯强调“惩罚犯罪”的实体公正，把“违法必究”、“有罪必罚”作为刑事司法中绝对优先的目标，诉讼程序的设计都是为了方便公安司法机关有效地查明真相，及时惩罚犯罪，程序成了单纯为“惩罚犯罪”服务的工具。这样在司法实践中必然产生两个恶果：一是忽视公民权利的保障，使宪法赋予公民的权利成为“空头支票”；二是纵容司法人员滥用暴力和刑讯逼供，滋生和鼓励“目的正当，不顾程序”执法观念横行。我国宪法明确规定公民享有“言论自由”、公民的“人身自由”、“人格尊严”不受侵犯，2004 年宪法修正案将“国家尊重和保障人权”明确写入宪法，但受传统诉讼模式的影响，个人孱弱的力量同强大的国家机关权力相比，不均衡的力量和不平等的地位使其往往处于孤立无助状态，作为最低限度抵御国家权力进攻的沉默权，如果犯罪嫌疑人、被告人不享有，则意味着一个人只要涉嫌犯罪受到追究，其在诉讼过程中就有义务协助侦查起诉机关查明“自己的罪行”。我国《刑事诉讼法》第 93 条“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答。”该举义务性规定是这种状况的突出表现。在这种诉讼模式下，侦查起诉机关收集证据、证明犯罪事实的责任就会在相当程度上转移到受追诉人的身上，要求其“自证其罪”，而这与我国刑法所确定的基本原则是相抵触的。因此，设立沉默权有助于改善犯罪嫌疑人、被告人在传统诉讼模式中的境遇，有助于减少司法专横现象，使宪法规定的“人权”、“言论自由”、“人身自由”、“人格尊严”的权利得到进一步落实，从而促进我国诉讼制度走向民主化、法治化，遵从惩罚犯罪与保障人权并重，克服传统诉讼模式弊端，最终实现司法公正的目标。

（四）设立沉默权是维护国家法制统一，协调中国大陆地区刑事法律与港澳地区有关法律法规的需要。

我国以一国两制的形式，成功的收回了香港和澳门的国家主权，但港澳地区仍保持原有的法律制度不变，香港、澳门的刑事法律对沉默权有着不同程度的规定和体现。我国设立沉默权有助于协调中国大陆地区与港澳地区法律的冲突，并最终有助于维护国家法律体制的统一完整，共同实现打击犯罪和保障人权的刑事法律目的。

五、当前我国设立沉默权的可行性分析

（一）中国已具有设立沉默权的法律基础

早在抗日战争时期，《晋冀鲁豫边区太岳区暂行司法制度》规定：“绝对禁止跪拜、打骂以及非刑拷打、强迫供述的方法……”这可以说是中国沉默权最早的萌芽，可惜后来并没有得到延续和发展。改革开放 20 多年来，中国的法制建设事业有了重大进步。首先，我国法治环境较以往有了很大改善，“依法治国”已被写入宪法，1999 年宪法修正案规定：“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家”。我国已将“依法治国”确立为治国安邦的战略目标。自 1979 年公布新中国第一部《刑法》后，在官学两方面的努力下，我国已建成了一个包括宪法、立法法、刑法、民法、经济法、行政法、社会保障法以及相应的诉讼程序法、有关组织法、国家赔偿法等在内的庞大完备的法律体系，并不断对这个法律体系加以修订完善和改进，仅 1997 年至 2002 年五年间我国全国人大常委会就审议通过了 109 件法律。其次，宪法和法律的有关规定为沉默权的设立和实现提供了有力支持。突出表现在：《宪法》第 35 条规定保障公民的言论自由，它既包括公民有发表言论的自由，也包括公民有不说话的自由；《刑事诉讼法》第 43 条有严禁刑讯逼供的规定，第 46 条又有重证据、重调查研究、不轻信口供的规定；《刑法》中规定有刑讯逼供罪；《人民检察院刑事诉讼规则》第 265 条、《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 条在口供问题上确立了违法证据排除规则。这些规定为设立沉默权提供了一项基本保证。

（二）中国已具备了设立沉默权的社会条件

1. 我国正在建设的社会主义市场经济为沉默权地设立和发展提供了社会经济条件。在市场经济条件下，作为独立利益主体的商品生产者，要求在经济活动中具有独立的人格和平等的地位，这种要求在法律关系上的表现就是要求建立权利本位的法律机制，要求法律确认市场主体相应的权利和平等的地位；公民民主意识的增强、法治观念的提高，要求法律确认的公民的各项权利得到保障不受侵犯，这些权利不仅包括公民基本的人身权利、财产权利及政治权利，而且还包括公民诉讼过程中的各项权利。而诉讼权利中的沉默权是赋予公民同国家权力进行理性对抗的最低防御手段，也是公民在法律面前人人平等的具体体现。

应当看到，中国 20 多年来由计划经济向市场经济的转化过程中，传统的道德意识和价值观念已受到很大的冲击和改变，市场主体的独立性和自主性要求促使人们的权利意识、民主平等意识、自由正义意识在逐渐培养和确立，对人权和法治的追求使越来越多的人们了解并接受诸如沉默权的价值观念，这些都将成为推行沉默权的思想基础。

2. 执法者素质的提高使沉默权的设立成为可能。我国《法官法》、《检察官法》将法官和检察官任职条件中的学历要求为大学本科以上，《人民警察法》将警察学历要求为专科以上，固然学历水平与素质高低并不必然成正比，但不可否认执法队伍文化水平整体的提高却带来执法水平的整体提高。同时我国司法改革的一个成果就是执法人员的诉讼观念发生改变，程序法观念和程序公正意识深入人心，甚至在执法机构内部已经产生了要求设立沉默权的呼声，如在一些地方，公安机关将使用多年的“坦白从宽、抗拒从严”替换为“严格执法、依法行使职权”，突出了程序上的要求，还有被有些学者称为我国沉默权萌芽的辽宁抚顺检察院提出的“零口供”规则 。这种改变说明执法者对沉默权的到来已坦然面对并做好了迎接挑战的准备。

3. 我国现在的侦查技术和装备较好发展为沉默权的设立提供技术支持。我国已拥有一批世界级的刑事科学技术研究人员和先进刑事证据研究机构，现代化的侦查技术和设备如 DNA 合成仪、DNA 序列仪、声谱仪、多参数心理测试仪和电镜扫描等已经在许多地方的执法机关使用。这些技术装备比起 17 世纪的英国和 18 世纪的美国，要先进的多了。科学技术和设备的运用，必然会在一定程度上弥补因设立沉默权而丧失口供的证据价值损失。

4. 律师制度的健全完善以及新的刑法诉对律师提前介入的规定，使沉默权的设立具有了可操作性和现实保障性。

六、我国沉默权制度的模式探索

（一）世界各国及地区沉默权制度模式分析

通过上述对各国沉默权的规定分析可得，各国对于沉默权制度有不同的立法模式，主要有以下几种情况：

1. 有的国家将沉默权规定为一项独立的先发行的诉讼权利。如美国宪法修正案第 5 条规定“ 任何人不得被迫自证其罪 ”。加拿大权利和自由宪章第 11 条规定，被告人有权在针对自己的刑事指控中不被迫作证。

2．有的国家实行的是侦查、审判阶段的全面沉默权保障制度。如日本《刑事诉讼法》第 311 条第 1 款规定 “ 被告得始终沉默或对各个讯问拒绝陈述 ”。美国联邦最高法院通过司法判例对宪法第五修正案的含义作解释时指出，“ 这一特权不仅可在侦查程序中主张，而且可在审判程序中主张。”

3．有的国家着重保障审判阶段的沉默权。如法国《刑事诉讼法》第 114 条规定 “ 被控告人初次出庭时，预审法官应当告知他有不供述的自由。”

4．有的国家在规定沉默权的同时又限制沉默权。如英国是世界上第一个提出在法律中 “ 确立 ” 沉默权的国家，但英国在 1994 年《刑事审判与公共秩序法》颁布时对沉默权的规定又作了较大限制。

（二） 我国设立沉默权模式分析

沉默权是在西方国家诞生并成长成熟完善起来的，我国法律对沉默权的设立实质上是对西方先进法律制度的引进和移植。我们在吸收引进时，必须根据我国的国情有选择的吸收消化借鉴，设立具有中国特色的沉默权制度，不能全盘移植，防止出现 “ 逾淮成枳 ” 现象。

在我国当前的司法环境下设立的沉默权，首先应明确这需要一个相当长的过程，需要一个不断发展和完善的过程，不能期望一蹴而就；其次我国设立沉默权至少应遵循以下三个原则：一是沉默权立法是确认权利而非限制权利，二是应明确界定沉默权利和陈述义务的界限，三是坚持贯彻在我国已生效国际条约中的最低限度保障国际司法准则。

由此，笔者认为我国设立的沉默权制度，应当包括明示的沉默权、默示的沉默权和沉默权的例外三方面内容。

1. 明示沉默权模式。明示的沉默权就是在有关的法律条文中明确规定犯罪嫌疑人、被告人在诉讼过程中或某一诉讼阶段依法享有沉默权，在有关法律条文中出现“ 沉默权 ”字样，通过有关法律条文的具体规定对沉默权予以确认。这种明示的沉默权在有关法律中至少应体现三点具体要求：

（1） 明确告知规则。这一规则要求执法者执法时必须告知犯罪嫌疑人或被告人依法享有保持沉默的权利，同时应告知其保持沉默的后果和进行供述的效果。执法者只有在履行该规则后，才可以进行下一步的工作。

（2） 明确讯问时律师在场规则。这一规则要求执法者在讯问过程中，应允许犯罪嫌疑人或被告人的律师在场，使被追诉者能及时获得法律程序上的帮助和救济。这也是保障告知规则内容实现的客观要求。

（3） 明确违反沉默权后果规则，包括被追诉者的事后救济规则。这一规则要求执法者必须严格按照法律的规定执法，保障被追诉者沉默权的实现和受侵犯后能依法获得救济。这一方面要求有关法律建立对被追诉者切实有效的人身保护机制，防止刑讯逼供、滥用暴力或进行精神强制等现象的发生；另一方面要求法律明确违法证据排除规则，违法证据应依法排除，不能作为定案的证据依据，甚至不能进入诉讼程序。

2. 默示沉默权模式。默示的沉默权是指在有关的法律条文中并不明确出现 “ 沉默权 ”

的字样，但依据立法的原意和宗旨可以推断出其隐含沉默权的内核，法律通过对被追诉者陈述的鼓励机制和保障机制使沉默权得以实现。默示的沉默权应当通过以下两个方面来确立：

（1）鼓励犯罪嫌疑人、被告人如实陈述。这主要通过法律完善量刑制度得以实现，对如实供述的犯罪嫌疑人、被告人，真正贯彻落实“坦白从宽”。对主动认罪者，可在法定刑内从宽处理，甚至可以低于法定刑。

（2）对特定犯罪建立起诉豁免和证据豁免规则。这一规则主要要求对特定犯罪“法律应尽少促成犯罪团伙之间可能的团结”。所谓起诉豁免是指经许诺豁免的犯罪嫌疑人，在就其涉嫌参与的犯罪行为作证或提供其他资料后，对该人不得再因其证词或提供证据所涉及的犯罪行为提出刑事诉讼，该犯罪嫌疑人因作证或提供证据而被彻底免除刑事责任。所谓证据使用豁免是指被豁免的“证人”所提供的证词或其他资料以及根据这些资料所获得的材料，不得在随后进行的刑事诉讼中用作不利于该证人的证据，但其在经许诺豁免后犯伪证罪除外。我国法律在设立沉默权过程中，应通过建立起诉豁免和证据使用豁免规则，鼓励如实供述和交待同案犯罪行。但这一规则的适用范围不易宽泛，仅适用于如集团犯罪、黑社会性质犯罪、恐怖活动犯罪等特定刑事案件。

3. 沉默权的例外。沉默权的例外是指在特定情况下或者特定案件中，如果被追诉者要求行使沉默权，法院有权依法做出对其不利的推断。沉默权的例外是对沉默权利限制，因此必须严格掌握，只有在法律有明文规定的情况下才能适用。

对此，笔者认为，我国沉默权的例外应借鉴英美国家的经验，结合我国的现实情况，从我国国情出发主要确立以下几个例外：

（1） 被追诉者在警察讯问时以享有沉默权为由，不回答提问，而后在法庭上又以此提问为自己辩护的。

（2）被追诉者有重大犯罪嫌疑。即在被追诉者身上或住处发现与犯罪有关的物品或痕迹，或者被追诉者被发现在犯罪现场或附近而其拒不说明原因的。

（3）具有履行特定职务的人员犯罪的，如公务人员犯罪。

注释：

①赵晓华、林乾：《法律省思》，中国经济出版社，第 369 页。

②列夫拜维茨诉特利案：《美国最高法院报告》1973 年版第 414 页，第 4 节。

③宋英辉：《不必自我归罪原则和如实陈述义务》[集]，《法学研究》1998 年 5 月。

④《美国最高法院报告》，1966，第 384 页，第 4 节。

⑤《美国最高法院报告》，1976，第 426 页，第 4 节。

参考文献：

⑥余定宇：《中国人，你有权保持沉默》，人民法院出版社，2002 年 6 月第 1 版。

⑦易延友：《沉默的自由》，中国政法大学出版社。

⑧曾辉林：《简论沉默权对完善我国刑事诉讼制度的意义》，人民司法出版社,1999 年 6 月。

⑨李海明：《权利与义务》，暨南大学出版社，1998 年 5 月 7 日。

⑩孙长永：《沉默权制度研究》，法律出版社，2001 年 10 月。

⑪陈光中：《沉默权问题研究》，中国人民公安大学出版社，2002 年 5 月。

⑫卢梭：《社会契约论》，商务印书馆 1987 年版。

⑬伟恩•R.拉费弗等，卞建林、沙丽金等译：《刑事诉讼法》，中国政法大学出版社。

⑭谢佑平主编：《刑事诉讼国际准则研究》，北京法律出版社 2002 年 5 月。

⑮李龙、李小萍：《论宪法中人民主权与基本人权原则的沟通一以哈贝马斯的宪法有效性理论为视角》，《法律科学》2008 年第 l 期。

⑯李建明：《刑事错案的深层次原因》，《中国法学》2007 年第 3 期。

⑰黄维智：《刑事证明责任研究—穿梭于实体与程序之间》，北京大学出版社，2007 年版第 6 期。

⑱徐静村：《刑事诉讼前沿研究》，中国检察出版社，2006 年版。

⑲卞建林、杨诚主编：《刑事正当程序研究:法理与案例》，中国检察出版社，2006 年版。

⑳黄立，杨松才：《刑事司法公正与人权保障》，湖南人民出版社，2006 年第 8 期。

㉑陈光中：《<公民权利与政治权利国际公约>与我国刑事诉讼》，北京商务印书馆，2005 年版。

㉒杨兆龙:《刑事法律科学中的无罪推定与有罪推定问题》，载《刑事诉讼法论文选萃》中国法制出版社，2004 年第 12 期。

㉓陶杨：《沉默权可能给侦查讯问带来的新问题及应对措施》，载北京人民警察学院学报，2004 年第 6 期。

㉔卜思天•儒佩基奇:《从刑事诉讼法治透视反对自证其有罪原则(斯洛文尼亚)》，载《刑事诉讼法论文选萃》，中国法制出版社，2004 年第 12 期。

㉕杨宇冠:《论不强迫自证其罪原则》，载《中国诉讼法学精萃》2004 年卷，高等教育出版社，2004 年版

㉖王敏远：《沉默是一种权利》载《诉讼法学、司法制度》2000 年第 2 期。

㉗章克勤：《对沉默权的理性思考》载《政治与法律》2000 年第 1 期。

㉘龙宗智：《英国对沉默权制度的改革以及给我们的启示》2000 年第 2 期。

㉙何家弘：《“ 零口供 ” 与沉默权》载《人民检察》2001 年第 4 期。

㉚徐静村：《我国刑事诉讼法的再修正》载《现代法学》2003 年第 3 期。

作者单位：安徽南山松律师事务所

警察出庭作证制度研究

王　忠

【内容摘要】警察出庭作证在西方国家是一种通行做法，但我国尚未建立起完整的警察出庭作证制度。建立这一制度不仅有利于打击犯罪，保障人权，还有利于改变我国证人出庭率低的情况，构建更有效的刑事诉讼司法体制。

【关键词】警察　证人　证据

第一部分　警察出庭作证制度概述

一、警察出庭作证制度的含义

关于警察出庭作证制度的含义，学界争议不大，有的认为警察出庭作证制度是指承办案件的侦查人员以控方证人的身份出席法庭审判，接受控辩双方的当庭询问和质证的司法制度。[①]有的认为警察出庭作证，也就是以警察身份出庭就其在侦查取证过程中所接触的事实向法庭作证。[②]因此，所谓警察出庭作证制度，就是指刑事诉讼中刑事案件的侦查人员在人民法院开庭审判时出席法庭，接受控辩双方以及人民法院的询问，就其侦查行为的合法性以及侦查过程中所接触的案件事实和搜集到的证据向人民法院作证，以期查明案件事实的司法制度。

二、警察出庭作证制度的意义

（一）有利于查明案件事实

首先，警察是某些案件事实的亲历者，如警察亲眼目睹了整个犯罪事实的发生过程，此时，警察就应当作为一名普通的证人出庭作证。鉴于此，凡是亲眼目睹犯罪事实发生过程的警察都应当不再参与该案件的侦查，而是作为一名证人出庭参加诉讼，这样更有利于查明案件的事实，其证言也更具有可信性。

其次，警察比检察官离客观事实更近，检察官所知的事实都是从警察转述而来的，在转述的过程中，有可能发生歪曲的现象。因此，警察出庭作证有利于控辩双方和法官直接面对相关的事实而非转述而来的事实，这也是刑事诉讼法直接言词原则和传闻排除规则的要求。

（二）有利于监督警察的执法过程，督促其提高执法水平

警察出庭，将其侦查取证的具体过程、抓捕犯罪嫌疑人的经过向法庭陈述，有利于监督警察在侦查取证过程中是否严格按照法律规定办事，有无刑讯逼供、诱惑侦查、伪造证据、诱供的现象，从而督促其提高执法水平。

（三）有利于保障被告人的合法权益，防止无罪的人受到法律追究

警察出庭，直接接受辩方律师的询问，从而可以使辩方发现其证言中的虚假成分和侦查活动中的违法行为，从而为被告人争取有利的判决。例如在著名的美国辛普森一案的庭审中，辩方律师正是抓住了控方主要证人福尔曼警探出庭作证的漏洞，才力挽狂澜，使辛普森最终被无罪释放。警察出庭作证实际上是给辩方行使质证权增添了一枚重重的砝码，失去它，被告人的权益保护将更加艰难。[③]

（四）有利于提高诉讼效率

警察出庭作证一方面可以及时对某些有争议的案件事实作出澄清，揭穿被告人恶意翻供的图谋，为检察官提供强有力支持；另一方面有利于法庭在审判中及时准确认定案件事实，使有罪的被告人认罪伏法，无罪的被告人当庭释放，防止出现被告人因不服法院的判决而一

次一次的上诉和申诉，及时做到定纷止争，案结事了，防止“缠诉”现象。

第二部分　两大法系的警察出庭作证制度

一、英美法系的警察出庭作证制度

在英美法系国家，警察出庭作证没有任何法律障碍，而且警察出庭率也很高。在美国，警察属于普通证人的一份子。《美国联邦诉讼规则及证据规则》第 601 条规定：“除该规则另有规定外，每个人都有资格作证。”[④]这里的另有规定只排除了“法官”和“陪审员”，并没有排除警察，只要是案件需要，警察完全可以出庭作证。警察出庭作证跟其他证人一样需要宣誓，负有与普通证人同样的义务和责任，如果作伪证，构成伪证罪；如果拒不出庭作证，构成妨碍司法罪。一般情况下，警察为了支持公诉的需要作为检察官的证人出庭作证，指控被告人有罪。此外，应辩护人的要求，法院也会传唤某个警察出庭作证。警察出庭作证的目的主要在于了解警察实施某一侦查行为的情况，特别是需要了解证据收集的合法性情况，例如逮捕、扣押、搜查、现场勘验、讯问等，使法庭明确警察执法行为的合法性，从而准确的查明案件事实。在英国，根据《1984 年警察与刑事证据法》第 76 条的规定，法庭应当排除被告人声称基于非法手段获得的供述，除非控诉方能够向法庭证明供述并非“非法”获得的。[⑤]控诉方为了证明“供述”并非非法获得的，一般就会让警察出庭证明没有刑讯逼供、诱供等情况的存在。英国的检察官一般并不直接取证，因此大量的取证工作都由警察完成，这也决定了警察出庭作证的必要性。

二、大陆法系的警察出庭作证制度

大陆法系国家一般不允许警察出庭作证，警察与承办案件的法官、检察官一样被排除在证人的范围之外。比如《意大利刑事诉讼法典》第 195 条规定：“司法警官和警员不得就从证人那得知的陈述内容作证。”第 197 条规定：“不得兼任证人的情况：在同一诉讼中担任法官或公诉人职务的人以及他们的助理人员。”[⑥]这两条规定说明在意大利，警察不能在询问证人后到法庭出庭作证，同时，警察作为公诉人的助理人员，一般也不能出庭作证。

但是，随着两大法系的融合，以及高智商、高科技犯罪的不断涌现，大陆法系国家借鉴了英美法系允许警察出庭作证这一制度，从更大范围上允许警察出庭作证。在法国，警察作为“行政机关的工作人员，在法庭上就其进行的勘验与查证作说明介绍时，应当进行证人宣誓”。[⑦]

在德国，学者克劳斯•罗科信在《德国刑事诉讼法》中指出，如果警察人员以证人身份在被讯问时作陈述，其虽然无法对该案有所记忆，但其所制作之所有的检举告发书状已尽力符合真实了，此时依联邦最高法院之见解，则审判的刑事法官得依据书面的及该制作检举告发书状的警察所为之空白保证，就被告之罪责以自由心证之方式来形成确信。[⑧]纵观整个大陆法系，除意大利以外，大部分国家都允许警察出庭作证。

从两大法系特别是大陆法系的做法可以看出，允许警察出庭作证是一种潮流和发展趋势，因此我国也应当顺应这一趋势，建立符合自己国情的警察出庭作证制度。

第三部分　构建我国的警察出庭作证制度

一、我国警察出庭作证制度的现状和存在的问题

我国现阶段尚未建立明确，清晰、完整的警察出庭作证制度，警察出庭作证率低。各地司法实践中有零星的案例，但各自的做法也不一样，不具有规范性。一般认为，我国警察出庭作证制度存在以下问题：

（一）警察出庭作证制度没有明确的法律规定

有的学者认为，我国《刑事诉讼法》第 48 条关于证人资格的规定不甚明确，导致理论和实践中对警察是否可作为证人存在一定的分歧。《刑事诉讼法》第 28 条又规定“ 担任过本案证人的侦查人员应当回避 ”，使得警察与证人的角色不相容，进而直接导致刑事司法实践中警察出庭作证少之又少。[9]但也有学者认为，《刑事诉讼法》第 28 条实际是规定在警察因非职务因素耳闻目睹了刑事案件的发生，或者警察执行职务中抓获正在实施犯罪的现行犯的情况下，警察应自行或者应当事人及其法定代理人的要求回避自己的警察身份，即已是证人就不能再作为侦查人员介入本案的侦查过程。这恰恰是警察作为一般证人应当出庭作证的法律依据，是证人身份优先的原则在我国刑事诉讼法上的体现。[10]笔者同意这种观点，我国刑事诉讼法并没有否定警察出庭作证，只是规定的不甚明确，导致理论中和实践中观点和做法不一，容易产生争议。

（二）没有将警察出庭作证规定为一项法定义务

无论是刑事诉讼法，还是两高的司法解释，都没有将警察出庭作证明确规定为一项法定义务。即使是普通证人，由于相关的例外规定，也可以不出庭作证。例如《刑事诉讼法》第 141 条规定：证人应当出庭作证。符合下列情形，经人民法院准许的，证人可以不出庭作证：未成年人、庭审期间身患严重疾病或者行动极为不便的、其证言对案件的审判不起直接决定作用的、有其他原因的。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 58 条规定：“ 未出庭证人的证言宣读后，经审查属实的，可以作为定案的根据。”正是由于这些例外规定，很多证人由于怕麻烦或者怕打击报复而选择不出庭，而是向法庭提供书面的证人证言的方式。人民检察院为获得证人配合以便利用证人证言支持公诉，也默认了这种做法。这使得原本是法律规定的例外却成了一般原则，原本是法律规定的一般原则却成了例外情形，这不得不说是对法律的极大讽刺。普通证人都是如此，那更不要说法律事务繁忙、特权思想严重的警察了，这直接导致实践中警察既没有压力也没有动力出庭作证。

（三）现行的诉讼体制不利于警察出庭作证

根据刑事诉讼法的规定，我国实行公检法三机关“ 分工负责，互相配合，互相制约 ”的诉讼体制，公安机关在刑事诉讼中有自己独立的地位，既不隶属于人民检察院，也不是法庭的“ 仆役 ”。因此，人民检察院和人民法院都不能命令公安人员出庭作证。这一诉讼体制不改革，警察出庭作证制度就难以从根本上建立。

二、构建并完善我国警察出庭作证制度的几点建议

我国警察出庭作证实务中存在，但在制度上尚未根本建立。根据我国警察出庭作证存在的问题并借鉴两大法系国家在这一制度上的有效做法，特提出以下几点建议：

（一）在立法上将警察出庭作证明确规定为一项法定义务

可以在我国刑事诉讼或者人民法院的司法解释中明确规定根据案情的需要，人民检察院可以要求警察出庭作证，人民法院也可以命令警察出庭作证，将出庭作证明确规定为一项法定义务，以防止警察拒绝出庭现象的存在，同时，严格适用不出庭的例外情形，防止例外成一般，一般成例外。

（二）明确警察出庭作证的情形

并不是所有的案件都需要警察出庭作证，对于被告人认罪等特殊案件，警察可以不出庭。但对于以下情形，警察应当出庭作证：1. 亲眼目睹案件的发生过程；2. 案件的受案情况；3. 警察通过现场勘验、检查、搜查、扣押、辨认等手段获取的证据；4. 警察通过秘密侦查手段获取的证据；5. 对犯罪嫌疑人的抓捕、审讯过程存有疑问等。

（三）明确警察出庭作证的申请

借鉴国外的经验，首先，人民检察院可以申请警察出庭作证以支持公诉；其次，辩护人对案件是否存在刑讯逼供、伪造证据或者诱惑侦查存有怀疑时可以向人民法院申请警察出庭；再次，人民法院为了查清某些案件事实也有权要求警察出庭作证。

（四）改革我国现有的诉讼体制

将公检法三机关“分工负责，互相配合，互相制约”的诉讼体制改为公检法三机关分工负责，公安机关配合检察机关和人民法院查清案件事实的诉讼体制，使公安机关树立起“检察机关的助手，人民法院的仆役”的法治思想。

（五）建立警察出庭作证制度的保障机制

首先，警察出庭作证应视为正常的工作，工资、奖金和各种福利不变。

其次，国家对于出庭作证的警察应当给予一定的补助。

再次，保护出庭作证的警察及其近亲属的人身和财产安全，对于打击报复出庭作证的警察及其近亲属的，应当予以严厉制裁。

注释：

①王强、王翼飞《建立刑事诉讼警察出庭作证制度的思考》载《民主与法制-南方论刊》。2009 年第 6 期。

②吴光升：《警察出庭作证的几个前提条件辨析》载贵州工业大学学报第 9 卷第 1 期。

③蔡杰、陈水星《警察出庭作证之解析》载山东公安专科学校学报 2004 年第 5 期。

④卞建林：《美国联邦诉讼规则及证据规则》载中国政法大学出版社，1998 年版第 111 页。

⑤何家弘、张卫平：《外国证据法选择(上卷)》载人民法院出版社，2000 年版第 88 页。

⑥黄风译，《意大利刑事诉讼法典》载中国政法大学出版社，1994 年版第 69 页。

⑦卡斯东•斯特法尼等：《法国刑事诉讼法精义》中国政法大学出版社，1999 年版第 751 页。

⑧Claus Roxin 著，吴丽琪,译。台北：三民书局，1999 年第 495 页。

⑨马李芬：《我国警察出庭作证问题探析》载四川警官高等专科学校学报，2007 年第 19 卷第 6 期。

⑩李群英：我国警察出庭作证的身份确定和程序设计，载山西警官高等专科学校学报，2006 年第 14 卷，第 1 期。

参考文献：

①刘继国:《论侦查人员出庭作证》,转引自中国检察日报正义网,http://www.jcrb.com/zyw/,2002 年 12 月 12 日。

②卞建林:《美国联邦诉讼规则及证据规则》,中国政法大学出版社 1998 年版。

③王超：《警察作证制度研究》，中国人民公安大学出版社 2006 年 1 版。

④陈光中：《刑事诉讼法学五十年》，警官教育出版社 1999 年 1 版。

⑤贾颖：《警察出庭作证问题研究》，吉林大学出版社 2007 年版。

⑥李群英：《警察出庭作证制度研究》，中国政法大学出版社 2005 年版。

作者单位：安徽径桥律师事务所

论非法证据排除原则原理
——毒树之果是否应被排除

过俊峰

【内容摘要】非法证据排除规则的范围应当限定在以侵犯相关人基本权利的手段获取的证据，“毒树之果”不应属于排除范围。非法证据的排除只应限定在该证据在证明被告人有罪方面不具有可采性，其效力并不及于其他方面。非法证据排除规则的运行，有赖于“二元式”裁判结构的建立；有赖于科学的动议、听证和裁判程序的建立；有赖于证明责任的合理分配。

【关键词】非法证据　基本权利　毒树之果

一、需要被排除证据的类型

非法证据排除规则[①]，有的称为合法性规则，是指收集证据必须依法进行，违法所得的证据不得作为定案根据。

证据自身本无合法与非法之分。“非法”一词无疑是针对取证手段而言的，国际上公认的“非法证据”是指“不是通过合法程序获得的证据”。因此，讨论非法证据范围，必须从分析非法取证的性质和程度入手。

司法实践中的非法取证行为大致可以分成两种类型：一种是以侵犯宪法赋予公民基本权利的手段收集证据；另一种是违反刑事诉讼法规定的程序收集的证据，但并未对公民的基本权利构成侵犯。前者主要表现为侵犯相关人的身体健康权、意志自由权、隐私权、住宅不受侵犯权、财产所有权等，这些权利是法治社会中人之所以为人之最基本权利，也是各国宪法保护的重点；后者则表现为在收集证据的过程中未遵守某些程序规定，例如，勘验现场时未邀请见证人到场等。

笔者认为，非法证据排除规则中的非法证据，应限定在第一种类型中，第二种类型收集的证据不应当属于排除范围[②]。从这个意义上讲，可以将第一种类型获得的证据称为非法证据，而将第二种类型获得的证据称为“有瑕疵的证据”。

虽然各国刑事诉讼中的证据排除规则不尽相同，但设立这一规则的目的或初衷是相同的——都是从人权保障价值出发的。换言之，非法证据排除规则的目的并不是为了保证获取证据的真实性，也主要不是为了规范取证行为，而是为了维护证据收集过程中对相关人基本权利的尊重。证据排除规则在建立和适用过程中，实际上面临着一种权衡和选择：一方面是证据的证明价值；另一方面是取证手段的违法程度。只有当某一证据的取证手段侵犯了相关人的基本权利时，排除这一证据的使用才能实现人权保障的初衷；而如果某种证据的取证手段没有侵犯相关人的基本权利却排除该证据的使用，既不能实现犯罪控制的目的，也对保障人权没有意义，显然是得不偿失的。即使在美国这样程序制度高度建全的国家，在有关证据排除规则的建立和发展过程中，也是以侵犯公民的宪法性权利作为排除标准的，而对于那些不违反公民宪法性权利的一般违法取证手段则称为无害错误，所获取的证据当然不会在排除之列。

二、“毒树之果”的由来

“毒树之果”，是指以非法方法收集的证据为线索，再用合法方法收集的证据。其中，前面用非法方法收集的证据是毒树，后面用合法方法收集的证据是“毒树之果”。例如，犯罪嫌疑人在刑讯之下供述了赃物的隐藏地点，然后通过合法方法搜查提取了该赃物，或者在一项非法侵入犯罪嫌疑人住宅的搜查中获取了赃物，再以该赃物为线索找到了被害人，并用合法方法对被害人进行了询问。因此,应当明确的是,“毒树之果”中的“果”应当是独立的新证据，而不是原有证据的重复收集。先通过刑讯的方法获取犯罪嫌疑人的口供,然后再用合法的讯问方法让犯罪嫌疑人将原口供重述一遍等做法,仍然属于非法证据范畴,而不是‘毒树之果”。因为实质上，这种情况下该证据还是通过前面的非法行为获取的，而不是通过后面的合法方式获取的。

“毒树之果”规则有三种例外情形。

其一是“独立来源”的例外。即如果案件的事实情况可以通过独立来源获得时，这些事实仍旧可以得到证明。

其二是“最终或必然发现”的例外。即控方只要以有力的证据证明非法取得的这项证据，最终或必然会以合法手段取得，这项证据即可采用。

其三是“稀释或清洗污染”的例外。

三、“毒树之果”的域外采信概况

（一）美国对“毒树之果”的采信情况

1902 年之西尔弗索恩案中，首次针对衍生证据能力，做较为深入而详细的分析探讨。兹简述该案之事实如下：西尔弗索恩父子经营了一家以其父子为名叫木材公司，因涉嫌违反联邦法律而被调查。联邦探员于大陪审团准予追诉西尔弗索恩父子及其公司所涉之犯行后，遂即加以逮捕留置，在留置西尔弗索恩父子期间，未持经依法取得令状即擅自潜入西尔弗索恩木材公司内扣押西尔弗索恩父子所有之文件资料，提呈大陪审团；西尔弗索恩父子立即向联邦法院申请谕命发还该批被非法查扣之文件资料，法院依其所申请准予签发返还令，联邦探员在遵令返还资料前，却私将该文件资料摄影留存，嗣并据以向大陪审团申请签发令状，西尔弗索恩父子及其公司再次交出该批文文件，西尔弗索恩父子坚拒不从，遂均被判藐视法庭罪。被告不服，乃向联邦最高法院请求救济。该院以大陪审团据以签发命被告提出该批文件资料之证据系本于非法查扣之文件资料内容所得之资讯而来为由,认定原审判处以被告藐视法庭罪之判决不能成立。著名的大法官霍尔姆斯在其所撰写之判词中指称：“法律之所以严禁采某种方法取得证据，其法规范之真髓，不但在于禁止以此种法所不许之方法所取得之证据不得提出于法院使用，抑且更应禁止其一切使用”。霍尔姆斯大法官判决所称“禁止其一切使用”，最主要者即在指用非法取得的证据来取得其他之证据。不法取得之原始证据如譬为“毒树”，则其衍生证据即是毒树之果，为“毒树”之证据既无证据更无证据能力，则因其“毒树”而衍生之证据自亦应一并禁止使用。此“禁止使用非法取得之证据来取得其他证据”之原则，即著名的“毒树之果理论”

（二）英国毒树之果的采信情况

尽管“毒树之果”理论发端于美国，但并非为美国所独有，美国只不过是这一理论的代表而已，相反，英国也有关于“毒树之果”的理论争鸣。如在被告人的供述因为违反法律规定而被排除或否定其证据能力之后,由该非法供述所派生的其他证据是否具有可采性？也就是通常所说的“毒树之果”是否可食的问题。一个典型的例子是，警察运用刑讯手段，强迫被告人交代了作案用的凶器的存放地，并依此找到了该凶器。在法庭审判过程中，法官依法

排除了被告人供述本身的可采信性，但是警察从供述中发现的其他证据，例如凶器，能否作为定案的根据？无论是立法还是司法判例，英国从来不采“毒树之果”的理论，那些听来的事实或沿着非自愿供认而发现的情况，是可以采信的，尽管供认本身是不能采证的。[①]总之，英国普通法和成文法都采取了“排除毒树”，但“使用毒树之果”的原则。即对于从被告人的供述中发现的任何其他证据和事实，只要具备相关性和其他条件，就可以采纳为定案的根据。换言之，否定被告人供述之证据能力的这一事实并不影响从该供述中发现的其他证据的可采性。但是，由于法官享有较大的自由裁量权，因而有的判例又规定，对于其他所有非法或不公正的证据的排除，要由法官根据案件具体情况并通过行使其自由裁量权来进行。[②]所以，英国对“毒树之果”的证据能力，从最初的全部肯定到在特殊情况下由法官行使自由裁量权，体现了英国对待这一问题的灵活性及其历史进步性。

（三）其他国家对“毒树之果”理论的采信情况

从德国的司法实践（主要是联邦最高法院的司法判决）可以看出，德国的法官比较趋向于发现事实真相的价值取向，从而使某些非法取得的证据被采用。在德国，“毒树之果”被称为“波及效”。[③]对通过明确禁止作为证据采用的事实而获得的其他事实能否采用，学者众说纷纭。多数意见认为应禁止利用，否则证据禁止这一规范就不易被实行。然而在某些州高级法院判例中也有利用的情况，联邦法院的某些判例认为应禁止利用，但没有明示其意见。[④]因此，从总体上看，基于震慑和预防作用的“毒树之果”规则在德国几乎没有什么影响，他们认为某些证据本身并没有受到非法行为的污染，例如犯罪嫌疑人被强迫供述出杀人凶器的所在地点。在司法实践中，某些非法取得的证据也会被合法的手段所替代。在一些情况下，即使证据的排除符合相关条件，法官也会用“利益权衡”的原则采纳非法所得证据，他们认为如果不采纳，会对发现事实真相造成损失。

日本学者把“毒树之果”分为：1. 与非法收集的证据密不可分的证据（非法收集的证据的照片、与这些证据有关的搜查或扣押调查笔录、鉴定书），第二次证据应按照非法扣押物看待并从中排除；2. 依据非法收集的证据发现的第二次获得的证据（如从非法窃听说话内容所知悉的证据，从没有令状而实施的逮捕所获得的供述中引导出的证据，依据非法取得的供述所获得的实物证据）；3.以非法收集的证据作为引诱所获得的证据（由于出示非法收集的证据而获得的供述）；4. 非法取得的供述后连续获得的供述（反复自白）。在上述情况下，在判断适用排除规则是否适当时应就每一案件考虑如下情况：“毒树”收集方法上的违法程度；“毒树”与“毒果”的关联性程度；“毒果”的重要性；案件的重大性；侦查机关的目的（最初的违法行为是否是以获得“毒果”为目的进行的）。而在日本司法实践中，下级法院一般仍持日本最高法院的既定标准加以掌握，肯定与否定派生证据之证据能力的判例均有出现。[⑤]

“毒树之果”应否排除,各国做法不尽相同。美国虽然通过判例确定了“毒树之果”的排除规则，但又通过一系列判例确定了例外；日本虽然也认为“毒树之果”不具有可采性，但附加了十分严格的条件；英国则不排除“毒树之果”的可采性，不管是普通法还是成文法都采取排除“毒树”，但使用“毒树之果”的原则,典型的例子就是排除被告人供述这一事实并不影响从该供述中发现的证据的可采性。排除“毒树之果”对于非法取证行为来说，无疑是最彻底的釜底抽薪的治疗方案，但问题是付出的代价过于沉重——如果对“毒树之果”也予以排除，有可能彻底堵住了查明案件事实真相的大门。因此，各国对待这一问题采取非常审慎的态度也就不足为怪了。

四、建立具有中国特色的“毒树之果”排除理论

在我国目前现实条件下,应当借鉴英国的做法,“ 毒树之果 ” 不应当排除。首先,“ 毒树之果 ” 中的 “ 果 ”，是通过合法的方式取得的，本身并没有侵犯相关人的基本权利；其次，犯罪控制也是刑事诉讼中不可忽视的目的之一。非法取证行为只能导致这一行为所获取的证据无效,而如果将这一效果无限扩大到阻止一切证据信息暴露的程度，犯罪控制的目标将会受到过度伤害;再次，“ 毒树之果 ” 的排除非常复杂，程序观念高度发达的美国，也不得不通过判例建立起一系列例外规则，这些例外规则基本上使排除 “ 毒树之果 ” 规则无用武之地；最后，我国是一个有着 “ 重实体、轻程序 ”、“ 重打击、轻保护 ” 传统的国家，警察收集证据的能力和手段还不十分先进，在这种情况下，接受排除非法证据尚且需要进行艰苦的论证和说服工作，再提排除 “ 毒树之果 ” 很不现实，相反倒有可能欲速则不达，连建立非法证据排除规则的基本目标都难以实现。

非法证据排除规则是一件 “ 泊来品 ”，这项规则有其赖以生存的制度环境。由于篇幅和论题所限，本文只能就非法证据排除规则自身的一些比较突出的问题进行研究。但如果要想使这一制度能够在未来中国刑事诉讼中被接纳并且有效运行，还有很多工作要做。

首先，非法证据排除规则的目标，并不是为了排除而排除。理想的状态当然是非法证据排除规则使用得越少越好，而不是越多越好。如果有一天，非法证据排除规则仅仅是一条宣示性规则，实践中几乎没有非法证据需要排除，中国的刑事法治便达到了最高境界。但问题是，要实现上述目标，监督和规范取证行为的一系列制度便是必不可少的，这些制度如讯问嫌疑人时的律师在场制度，讯问时的全程录音、录像制度，沉默权制度以及证据开示制度等。

其次，只要承认非法证据不是自动排除，而是法官(程序性法官)裁量排除的，那么法官在具体证据的排除中就具有重要作用。而法官究竟如何排除一项证据，除了制度层面的因素以外,还有很多政策性和技术性因素需要考虑。这些问题即使再高明的立法也是无法解决的；而如果让各地法院自行其是，又有损法制的统一性。因此，最高法院针对实践中的非法证据排除规则问题建立起系统的、比较有影响力的判例，无疑非常必要。

最后，在笔者所主张的非法证据的排除规则中，将未经合法授权的监听、采样、通讯截留也作为排除范围，那么，哪些情况属于合法授权的问题，则是现行中国刑事诉讼法中没有解决的问题，而这些取证手段在实践中却是客观存在的。因此，未来的立法中，这些问题也应当统筹考虑。

参考文献：

①卞建林：《证据法学》中国政法大学出版社。

② 世界刑法学协会第 15 届代表大会通过的《关于刑事诉讼中人权问题的决议》 第 10 条规定：“ 任何侵犯基本权利的行为取得的证据，包括由此派生出来的间接证据，均属无效。” 显然也是遵循了这样的标准。

③ Claus Roxin：《德国刑事诉讼法》［M］。台湾三民书局，1998 年版第 253 页。

④ 王以真.外国刑事诉讼法学［M］。北京大学出版社，1994 年版第 341 页。

⑤汪建成：《理想与现实》北京大学出版社，2002 年版第 205 页。

作者单位：安徽祥峰律师事务所

刑事诉讼中的律师在场权

曹承龙

【内容摘要】律师在场权有广义、狭义之分，一般指狭义上的，律师在场权仅指在侦查阶段，侦查人员对犯罪嫌疑人进行讯问时，犯罪嫌疑人有权要求其辩护律师在场提供法律帮助，辩护律师根据其当事人的要求有权在场。律师在场权有利于刑诉目的之实现、有利于实体真实、有利于程序正义、有利于诉讼效率之提高。侦查讯问中，赋予律师在场权一方面有助于遏制刑讯逼供的滋生，增强侦查讯问的透明度，保障犯罪嫌疑人的诉讼权利；是否建立律师在场制，应做客观全面地论证。建立律师在场权制度，除了警察和检察官在讯问之前必须口头告知之外，还可以考虑在看守所的入口处将告知的内容张贴出来，以使被拘留或逮捕的犯罪嫌疑人尽早地了解该项权利。

【关键词】律师　刑事诉讼　在场权

广义上的律师在场权，是指在刑事诉讼的整个过程中，当国家专门机关对犯罪嫌疑人、被告人进行讯问或审讯时，辩护律师有权在场为其当事人提供法律援助，犯罪嫌疑人、被告人也有要求律师在场的权利。狭义上的律师在场权仅指在侦查阶段，侦查人员对犯罪嫌疑人进行讯问时，犯罪嫌疑人有权要求其辩护律师在场提供法律帮助，辩护律师根据其当事人的要求有权在场。本文讨论的是狭义上的律师在场权。

我国现行刑事诉讼法第 96 条规定“犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起，可以聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告。犯罪嫌疑人被逮捕的，聘请的律师可以为其申请取保候审……受委托的律师有权向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名，可以会见在押的犯罪嫌疑人，向犯罪嫌疑人了解有关案件情况……”。侦查阶段律师的辩护权内容主要包括：会见权、通信权、调查取证权、阅卷权以及讯问时律师在场权。虽然我国刑事诉讼法将律师介入刑事诉讼的时间提前到侦查阶段，但律师正式行使刑事辩护权的时间仍是从案件被移送审查起诉之日起，通行的观点将侦查阶段律师享有的上述权利，称之为“有限的律师帮助权”。我国律师在侦查阶段并不享有辩护权，有限的律师帮助权中也不包含讯问时的律师在场权，但鉴于国内对在立法上赋予律师讯问在场权的呼声日益高涨，笔者认为有必要对其加以理性的分析。国外著名的“米兰达规则”对律师在警察讯问犯罪嫌疑人时的在场极提供了具体的保障。供认了犯罪事实的米兰达，被判有罪后以对他进行讯问时警察未告知他有权聘请律师、自己的供述因律师不在场而不能作为证据为由，上诉于联邦最高法院。最高法院认定上诉有理，推翻了有罪判决。首席法官厄尔·沃伦在阐明理由时说：“单独隔离进行讯问的作法是与我们国家（指美国）最珍视的准则之一，也就是不能强迫某人把自己陷入刑事案件的规定相抵触，除非采取适当的保护手段以消除看守所固有的强制因素，否则，从被告人那里得到的任何供述都不是真正的自由抉择的结果。”

“在欧洲各国，只有对警察讯问须有律师在场的规定，而没有律师会见时警察可以在场的规定，对律师的会见权均无限制。”英国原则上允许律师在警察讯问嫌疑人时在场。在警察进行列队辨认时，如果嫌疑人提出要求，也允许他的律师在场。意大利刑事诉讼法赋予辩护人较为广泛的在场权即警察可以从未受到逮捕或拘留的被调查人那里获取有助于侦查工作的概要情况，在获取上述概要情况之前，司法警察要求被调查人为自己委托一名辩护人，在未委托辩护人的情况下，可要求指定一名辩护人。司法警察应当及时向辩护人发出通知，

辩护人有义务出席有关的询问活动。

辩护律师的在场权对于保障犯罪嫌疑人诉讼权利的及时行使，保持合理的诉讼构造，增强程序的透明度，维护程序的正当性和权威性，都有十分积极的意义。正因为如此，现代法治进步的国家，刑事诉讼法或判例都承认了律师在场权的正当性。

一、律师在场权的现实意义

（一）律师在场权有利于刑诉目的之实现。现代刑事诉讼理论并不将打击犯罪作为其追求的唯一价值目标。保护犯罪嫌疑人的个体权利，尊重他们的人格尊严同样是其题中应有之意。我国学者对此也已达成共识。

当前我国司法制度存在种种问题，最主要的原因在于侦查过程的封闭性。虽然规定了检察机关有立案监督、批捕时的监督等权力，但由于侦、控、审三方主体更多强调协调一致，追求高效，故司法实践中警检关系极其密切，公安机关拥有极大的决定权和采取相当强制措施的权力。在侦查讯问过程中，侦查人员仍将获取口供作为结案的主要方法。出于对每一个被追诉人的人文关怀和实现保护人权的诉讼目的的需要，赋予犯罪嫌疑人在面临司法讯问时要求律师在场的权利，对犯罪嫌疑人来说，可以大大改善处境，增强其有效抵御追诉的能力，使被告人受到公正、人道的对待；对侦查部门来说，可以降低违法办案和减少非法羁押、刑讯逼供等违法行为的发生。在落实宪法人权方面，可以保障犯罪嫌疑人得到基本的人权保障，维护国家法律的尊严。

（二）律师在场仅有利于实体真实。我国《刑事诉讼法》第 2 条明确规定：“ 刑事诉讼法的任务是保证准确、及时地查明犯罪事实。” 发现实体真实，是刑法理论和实践中普遍承认的诉讼目的。为达此目的，收集证据和审查判断证据是主要方法。我国现阶段刑事资源短缺，司法人员素质不过硬，侦查技术、装备普遍落后等因素都导致了口供成为 “ 证据之王 ”。讯问时律师在场权对于固定证据和见证审讯过程，有着重要意义：1. 对于嫌疑人而言，律师在场能缓释其心理压力，从而正确而充分地理解法律并说清事实经过。2. 于侦查人员而言，有助于澄清讯问过程和证明取证的合法性，同时，侦查人员不可能全面地兼顾侦查程序中的排除犯罪或肯定犯罪的双重目的，在实践中，不可避免的是侦查人员的职责更倾向于后者，而有律师在场，也使侦查人员在讯问中必须重视对犯罪嫌疑人无罪、罪轻证据的收集和审查。3. 公诉人而言，律师在场能够有效固定证据，解决被告人在法庭上的翻供问题。4. 法官而言，有利于调查口供获取的合法性，明确口供的证据资格，决定是否使用。

（三）律师在场权有利于程序正义。现代刑事诉讼的结构讲求三方组合，控辩之间对立并且相互制衡，案件真实通过控辩之间的攻守来实现，权力的配置必须切合刑事诉讼的功能与目的。侦查机关作为国家的追诉机关，其地位具有天然的优越性，为了保证控辩之间的平衡，辩方必须拥有能对其构成制约的权利。律师在场权的设置也是出于加强其辩护权的考虑。让律师在侦查讯问时在场，一是能够充分地了解案情以及控诉方指控的内容，为在法庭审判中进行有效的辩护创造良好的条件；二是可以对侦查人员的讯问过程是否存在司法暴力的情况形成直观的认识，为在法庭上掌握主动，提高辩护活动的有效性创造条件。律师在场权，有利于改变侦查程序的封闭性，使平等权利在侦查程序中得以体现。

（四）律师在场权有利于诉讼效率之提高。我国正由计划经济向市场经济转轨，在这个转型期，犯罪率居高不下。若不提高诉讼效率，会导致案件积压，影响社会稳定。律师在场可以提高诉讼效率。一是监督，在传统的检察机关对侦查机关的司法监督日渐暴露出其不可避免的弊端时，赋予辩护律师一定的监督权更有实效。二是见证，在犯罪嫌疑人、被告人翻供时，律师作为讯问的最直接证人，可以防止犯罪嫌疑人提出侦查人员刑讯逼供的虚假指控，

从而使案件的流程加快，提高诉讼效率。解读律师在场权与刑讯逼供的关系。刑讯逼供是侦查实践中的一个顽疾。从我国刑事诉讼改革的趋势看，日益走向打击犯罪与保护人权并重这条主线。这对刑事诉讼的特殊阶段—侦查，提出了严峻挑战。笔者认为要全面认识讯问中律师在场制度的意义，有必要澄清两个认识误区：其一，“ 反对强迫自证其罪 ” 不等于 “ 反对自证其罪 ”，在侦查讯问中，这个原则强调的是 “ 强迫 ”，没有达到这个程度，犯罪嫌疑人就应有容忍讯问的义务；其二，侦查机关讯问嫌疑人的目的在于获取供述或听取其辩解，形成可以在审判中用作证据的讯问笔录或其他证据形式，并且可以借此发现其他证据，而不仅仅是为了获取供述。刑讯逼供现象屡禁不止，严重侵犯了犯罪嫌疑人的合法权益，是依法治国，建设社会主义法治国家主旋律中的不和谐音符，既不利于打击犯罪也损害了司法公正，应坚决予以遏制，这是不容置疑的。口供作为重要的证据以及其在侦查破案中的特殊作用，使得各国在刑事案件侦查中仍然十分重视口供的使用，并在讯问程序上不断予以规范，口供的法律地位并不因为现代侦查技术的发展和对于 “ 外部证据 ” 的侧重而受到影响。讯问只是产生刑讯逼供现象的一个环境因素，并不是滋生刑讯逼供的根源，强调律师在场权与遏制刑讯逼供之间的必然性是一个误区，不应因为存在刑讯逼供，就企图削弱讯问的功能，因噎废食不可取。

律师在场权的价值在实践中也得到了证实。中国政法大学诉讼法研究中心通过对 2000 年以来 300 多起案件所作的 “ 侦查人员第一次讯问律师在场权 ” 的调查证实：1. 可以遏制刑讯逼供，强化审讯文明。2. 对被告人以受到刑讯逼供为由而翻供变证的现象，实行讯问时律师在场制度可以因律师的见证作用而消除。3. 律师在场能够平衡犯罪嫌疑人的心理状态，缓解和消除犯罪嫌疑人的对抗情绪。4. 通过侦查人员和律师相互交换笔录，可以及时纠正侦查讯问笔录中的错误。5. 可以使非法证据的排除增加认定根据。

二、律师在场权与侦查讯问权的冲突权衡

首先，在刑事诉讼中，侦查机关和辩护律师所要承担的诉讼风险不同。侦查机关承担着严格举证责任，在侦查终结时，要达到事实清楚，证据确实充分，也就是说，侦查机关为了使犯罪嫌疑人受到刑事追究，必须收集到足够的证据，形成完整、严谨的证据锁链，排除其他合理性怀疑，得出唯一的结论，才不至于被法庭否定。而辩护律师只要拿出一个有力证据，就足以粉碎侦查机关耗费大量 “ 侦查资源 ” 构建的证据体系，侦查成本与侦查效益严重比例失调。最能说明此问题的当属辛普森一案了。在庭审中，控方指出辛普森多年来暴力虐妻（并有报警记录），有血迹和染血手套等铁证，辩护律师则强烈攻击控方证据的漏洞，如辛普森不可能有足够时间行凶并毁灭凶器和衣服等，特别针对被告的手穿不进血手套，同时攻击作供的警方证人是种族歧视者以打击证言的可信性，强调控方没有足够的证据，未能达到 “ 毫无合理的疑点 ” 的标准。辛普森案件的审讯耗时九个月，耗费纳税人巨额资金，随着辛普森被判无罪，追诉机关的努力也付之一炬。对此，美国一个法官的话说：“ 我们过于频繁地追求其他次要的，甚至是虚幻的价值，而牺牲了查明真相这一目的。” 我们是否应三思而后行。

其次，讯问作为侦查机关获取犯罪信息的一种重要手段，是构建证据锁链中的重要一环，而律师在场权无疑弱化了侦查讯问的效能。犯罪嫌疑人是拥有最完整犯罪信息的主体，而侦查讯问则是获取犯罪信息的一个切入点，同时也是获取其罪轻、无罪的信息的一个途径，应指出的是侦查讯问应是在一定有罪证据基础之上进行的，否则侦查讯问则有可能触犯法律，侵犯犯罪嫌疑人的合法权益。

再次，侦查讯问是讯问人员和犯罪嫌疑人之间在合法的前提下进行的活力对抗，讯问的有效开展在一定程度上依靠对犯罪嫌疑人的心理攻势，打的是心理战，以求发现犯罪嫌疑人

的犯罪心理痕迹，“ 勘查 ”的是犯罪心理现场。我们都期望犯罪嫌疑人“ 完全自愿供述 ”，但实践证明这只是一个侦查讯问的理想状态而已，出于趋利避害心理，犯罪嫌疑人总是试图掩饰自己的犯罪事实，给讯问工作制造种种障碍。律师在场制度的目的之一旨在为犯罪嫌疑人提供心理支持，减缓其心理压力。试想，在没有任何压力的情况下，侦查讯问也就形同虚设，讯问策略也就失去了有效实施的环境。另一方面，律师也可能因不懂侦查讯问的专业知识，无法正确理解讯问策略，干扰讯问，极易给讯问人员扣上骗供、诱供、逼供的黑帽子，使得侦查讯问人员的职业风险性加大。

以上是我国侦查方面对律师在场权的主要担心，但是律师在场权不仅是犯罪嫌疑人和被告人刑事诉讼的需要，也是保障人权、保障司法公正的需要。相比政府的警察、检察官，这些大权在握的司法人员，一般群众可谓是无权无势的小民百姓，律师在场权的运用保障，可以使警察们想对无权无势的小民百姓，做出格行动前三思而行，想想可能引起的法律后果，律师在场权的运用可直接去呼吁、去保护那些孤立无援无权无势的民众的正当权利。甚至连有钱有势的人与政府相比，他可能动员的社会力量、经济力量也相形见绌，虽说他们与穷人相比有天壤之别。

三、我国律师在场权建设设想

（一）不利因素。当前，我国律师在场权的实现在制度上面临三大障碍：首先，聘请律师需要一定的经济基础，但刑事案件的被追诉人以社会底层公民居多，很多人犯罪的直接原因就是贫困，有能力聘请律师的只是极少数。其次是律师从事刑事辩护风险较大。律师刑事豁免权和保守职务秘密权是1990年哈瓦那第8届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会通过的《关于律师作用的基本原则》赋予律师的基本权力，但是在我国，律师并不享有这两项职业特权。第三，我国犯罪嫌疑人通常是羁押在附属于公安机关的看守所，对犯罪嫌疑人的讯问没有固定的时间限制，实践中因讯问策略的需要，讯问常常在午夜进行或者随时突击，讯问时犯罪嫌疑人要求律师在场较难实现。

（二）律师的权力和侦查机关的义务。为实现律师在场权，律师应享有以下权利：1. 知情权。律师有权了解嫌疑人被采取强制措施或讯问的原因及涉嫌罪名，有权查阅相关诉讼文书，如拘留证、逮捕证。2. 法律咨询权，提示被追诉人如何应对警察的强迫性、诱惑性问题。3. 会签讯问笔录权。为防止笔录制作人歪曲、篡改嫌疑人回答问题的原意，在场律师有权审阅讯问笔录，核实无误后签名，未经在场律师会签的讯问笔录不能作为证据使用。4. 违法讯问异议权。对于威胁、诡计、承诺，以及刑讯逼供等非法讯问得来的证据予以排除。5. 时间保障权。讯问时律师在场不仅仅是第一次在场，而是整个讯问过程，如遇不可抗力等因素，可要求侦查机关变更讯问时间。6. 职业豁免权。讯问时通过在场了解到有关案件情况，律师不负有侦查机关说明的义务。

保障讯问时律师的在场权，警方应负有以下义务：1. 告知义务。在讯问前，警方应告知嫌疑人有权委托辩护律师，在讯问前有义务同律师协商。2. 告知律师有关嫌疑人被指控的事实和罪名。3. 为在场律师提供必要的方便。如提供座位、不干涉律师在讯问前同嫌疑人的单独会谈，不责令律师告之谈话内容等。

（三）实现律师在场权的具体设计。侦查程序启动后，犯罪嫌疑人应当被告知其享有律师帮助的权利。除了警察和检察官在讯问之前必须口头告知之外，还可以考虑在看守所的入口处将告知的内容张贴出来，以使被拘留或逮捕的犯罪嫌疑人尽早地了解该项权利。借鉴英美国家的告知卡片的做法，制作一张类似于“ 米兰达卡片 ”的《告知犯罪嫌疑人书》，在犯罪嫌疑人被拘留或逮捕时交由犯罪嫌疑人。另据报道，有些地方的检察机关专门制作了《告

犯罪嫌疑人书》，上书法律规定的 12 项权利和检察官必须遵守的 3 条纪律。这种告知方式也不失为一种选择。

为实规律师在场权，法律援助中心应建立值班律师制度，保证律师在犯罪嫌疑人可能在任何时间被讯问时在场。

在律师到场以后，应允许犯罪嫌疑人单独与律师交谈。律师可以建议犯罪嫌疑人在讯问中如何表现，如果他认为嫌疑人能够提出好的辩护，并能解释事件的经过，就可以建议他回答问题。反之，如果律师觉得警方“ 证据透露 ”与举证责任不符，并且委托人的回答可能对自己不利，律师可以建议他行使沉默权。讯问时，嫌疑人有权要求讯问暂停，以便独自征求律师的意见。受专业规则的约束，律师只能在被告告知的事实上行事，不得为委托人捏造辩解，更不允许阻止被告人认罪。

在美国，从警察讯问开始，律师就可以全面介入。从第一次讯问开始，律师就可以代表犯罪嫌疑人出席和辩护(包括代替犯罪嫌疑人回答问题，除非其不愿请律师)。律师全面介入警察讯问对保障无罪的人不受刑事追究有利，但对侦查干扰较大。

对律师在场权、对于侦查讯问权，现在应该思考的是如何规范它，使其在法治的轨道上正常运行，促进侦查破案效率的提高，而不应一味地去限制、削弱其功能。修改刑事诉讼法的根本目标应该是：加强对犯罪嫌疑人、被告人的人权保障，扩大辩护律师权利，实现司法公正。

参考文献：

① [英]理查德.杜.坎恩著，陈泉生译：《律师的辩护艺术》，群众出版社，1989 年版。

②何家弘：《犯罪鉴识大师李昌钰》法律出版社，1998 年版。

③ [美]艾伦.德肖维茨著，唐交东译：《最好的辩护》，法律出版社，1994 年版。

作者单位：安徽潜川律师事务所

证人出庭制度和保护制度研究

焦纪明

【内容摘要】证人的作证问题，一直是刑事诉讼以及民事、行政诉讼过程中一个重要难题。证人不愿意作证，有的虽然已经作出书面证言但是不愿意出庭作证，证人作证后人身和财产安全得不到保障，诸如此类的种种困难都非常现实的摆在我们每一个法律职业人的面前。不可否认，这一难题产生的主要根源在于我国的诉讼程序法中至今仍然没有建立起完善的证人出庭以及保护制度。多年来虽然有关的专家、学者积极呼吁，但是相关法律、司法解释仍然没有能对此作出相应的改进。笔者作为一个执业十多年的专职律师，根据自己在执业过程中的所见所感，在本文中按照证人出庭制度以及保护制度的现状、证人出庭制度以及保护制度中存在的问题、完善证人出庭作证制度和保护制度的建议三大部分对上述问题的现状和相应的解决方法进行了分析、说明。

【关键词】证人　出庭　保护　制度

我国的刑事诉讼法、民事诉讼法以及行政诉讼法都将证人证言明确的列为诉讼中证据的一种。特别是在刑事诉讼法中，更是将证人证言列为物证、书证之后的第二类证据形式，可见证人证言作为证据种类的重要程度。我们甚至可以说，在目前诉讼环境下的司法实践中，依赖于证人证言进行诉讼活动、完成诉讼活动的，占到了绝大多数。不论是婚姻家庭案件还是合同纠纷案件，甚至是恶性刑事案件中，都离不开证人证言这一重要的证据形式。

一、司法实践中证人出庭制度以及保护制度的现状

目前司法实践中关于证人作证中的问题，有几个显著的难题，我们经常能够遇到，对于诉讼活动已经造成了严重的影响。

（一）向证人取证难、说服证人出庭作证更难

在各种案件中向证人取证时，证人不愿意作证的情况非常普遍，对于出庭作证更是强烈的抵触。在刑事案件中，由于取证的主体是公安机关或者检察机关这样的人们普遍理解的司法机关，因此向证人取证还相对容易些。而在民事诉讼这样的没有公权介入的纯民间纠纷案件中，向证人调查取证或者是申请证人出庭作证的成功与否，很大程度上都是完全取决于案件当事人本身对证人的影响力。笔者近四年间亲自代理的民事案件有 198 件，涉及需要证人作证的有 142 件，但是没有任何一个案件或者说是任何一个证人是因为证人自身法律素质或者是笔者进行的法律宣传的原因，使得证人愿意作证的。在愿意作证并制作了证人调查笔录的 262 名证人中，只有 41 名证人最终出庭作证。民事案件中证人的作证或者是出庭，都是由当事人对证人的影响力决定的。即使在刑事案件中，虽然证人证言都是以调查笔录、询问笔录的形式记录在卷，但是有证人出庭作证的案件却是极少。笔者在近四年办理的刑事案件中，包括合同诈骗、抢劫、聚众斗殴、故意伤害、盗窃等各类刑事案件 42 件，其中涉及的证人近 500 人，但是没有一个证人在实际中能够出庭作证。

（二）证人以及亲属人身安全的难以得到有效保护

证人作证后，也面临着很大的风险，首先就将面临着自己证言中涉及的不利一方当事人的直接侵害或者间接报复。在笔者办理的案件中，有的案件需要在庭前交换证据，因此在交

换证据时对方当事人发现的不利于自己的证人绝大多数都会或多或少的受到对方当事人的骚扰和影响。有的案件虽然不是庭前出现的证据，而是在庭审中或者庭审后出现的证人证言，但是在证据展示完毕后，证人也会受到相同的影响。让笔者记忆最深的一个案件是本区夏阁镇某村的两户村民之间因邻里纠纷发生争执后揪打，因为在农闲时村里小商店门口闲聊过程中发生纠纷，自始至终有二十多名村民在现场，也参与了劝解和拉架。但是就是这样一个案件，派出所到现场后，只有四名村民客观的陈述了案件事实，绝大部分村民都是说自己虽然在现场，但是忙于其他事情，不知道发生纠纷的详情和过程，实际上都回避了作证的义务。笔者接受一方当事人委托后作为代理人到了村里补充调查，虽然经多方做宣传、解释工作，同时当事人也央求证人客观作证，也仅仅说服了两名证人，补充调查了两份证人笔录。但是让笔者没有想到的是，调查后的第二天一早，两名证人就带着家人到了笔者的律师事务所，要求取回前一天做的调查笔录。原因是前一天晚上，对方当事人得知笔者的调查情况后，到了笔者调查的所有证人家中，威逼证人不得作证。证人及家人在笔者办公室哭闹不止，最终从笔者处取回了前一天的调查笔录。对于对方当事人威吓证人的这一情况，笔者不仅向当地公安机关反映，也向法院反映了，但都无人过问，不了了之。这也进一步反映出司法机关对于证人合法权益保护的无力和制度上的缺失。

（三）证人陈述证言的随意性很大，真实性难以保证

同一名证人对于同一事实的陈述，由不同的取证主体调查，可能就会出现不同的内容。这类情形，在笔者的执业过程中经常遇到，在笔者与同行甚至是检察院、法院进行业务交流时，也经常相互提及，深有同感。证人在案件事实发生之后不同的时期、不同的取证环境以及面对不同的取证主体，可能都会做出不同甚至根本矛盾的证言。笔者办理的一起合同诈骗案件中，有一位关键的证人在公安机关和辩护人做出的证言内容有矛盾之处，后来在辩护人申请法庭核实证据的时候，证人在法院进行调查时做出的证言又与前两份已有的证言出现较大的出入，最终法院对该位证人的全部证言都没有采信。

（四）证人的损失或者产生费用的补偿没有可执行的规定

证人接受取证单位的调查取证甚至出庭作证，在实践中都势必将牵涉到证人的误工、交通以及食宿费用。有的证人甚至可能在外地，相对而言，给证人造成的经济损失可能更大。截止到目前为止，对证人的上述损失补偿问题，法律和司法解释都是含糊其辞，没有做出一个可执行的具体规定。笔者办理的一个案件中证人出庭作证时，与当事人协商要求当事人承担出庭的误工费等各种损失 400 元，当事人出于案件需要也同意了证人的要求，结果对方诉讼代理人在得知这一情况后，在庭审中质证认为当事人是“买证”，因而证人证言不真实。

以上几种情况，在现实的证人作证过程中，是非常有代表性的情形，而且也是仅仅证人作证过程中诸多问题的冰山一角。

二、我国的证人出庭制度以及保护制度在立法上就存在的问题

证人作证应当出庭作证，并且接受控辩双方的当庭质证、询问是当今世界上大多数国家在诉讼中通行的做法，并且被认为是保障案件证据能够得到客观、公正地予以认定的最佳认证方法。我国三大诉讼法也都有相应的条款规定了证人证言作为我国诉讼证据的重要法定证据之一以及证人作证的举证、质证和认证程序。但这些规定在证人作证制度的实践中还存在很多的缺陷。主要表现在：

（一）立法对证人是否必须作证规定过于笼统

我国《刑事诉讼法》第 48 条规定：“凡是知道案件情况的人，都有作证的义务”；《民事诉讼法》第 70 条规定：“凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证”。这二个

条款都只是笼统规定了证人作证的义务，但并未能对证人作证的方式、作证的程序规则以及证人拒绝作证的法律责任，加以全面的设置和规范。证人如何向有关部门作证？证人不履行作证义务将要承担什么样的法律后果？三大诉讼法在立法都没有规定。从某种意义上讲，这对证人逃避作证义务实际上是起到了放纵作用。而英美法系国家和大陆法系国家对此都有相应的规定。

（二）立法对于证人是否必须出庭的规定有矛盾之处

《刑事诉讼法》第 47 条规定：“ 证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方询问、质证，听取各方证人的证言并且经过查实以后，才能作为定案的依据。” 此条规定明确说明刑事案件中证人必须到庭作证，否则证人证言不能作为定案依据。而《刑事诉讼法》第 157 条又规定 “ 对未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书，应当当庭宣读。审判人员应当听取公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人的意见 ”，此条规定实际上是为证人不出庭作证找到了法律依据。那么到底证人要不要出庭作证？仅有的书面证言能否作为作为证据？同一部诉讼法中规定却出现前后不统一，对证人不出庭作证制度而言显然是一种最大的损害。

（三）立法没有对证人出庭作证例外明文规定

笔者承认，有些案件中证人确实无法出庭作证，例如证人自身身体原因、有些案件客观情况等等。但是我国三大诉讼法仅对证人的适格性作了规定，却没有明文规定证人不出庭作证的例外情况。即使是最高人民法院《关于执行〈刑事诉讼法〉若干问题的解释》第 141 条对 “ 准许证人不出庭 ” 的条件作了些规定，但该规定明显不够具体、全面，也缺乏科学性和可执行性。该条第 4 项规定的“ 有其他原因的 ”，到底什么是其他原因？谁来掌握、认定？；第 3 项规定的 “ 其证言对案件的审判不起直接决定作用的 ”，也是明显缺乏科学性和可操作性。

（四）证人及其家属人身和财产安全缺乏立法保障

我国《刑法》第 307 条和第 308 条分别规定了妨害作证罪、打击报复证人罪，《刑事诉讼法》第 49 条规定了对证人及其近亲属的安全保护措施，但上述法律规定对证人的保护方式显然不够具体，对证人及其近亲属的保护力度也显然不够，没有专职的保护人员以及行之有效的保护机制，对证人的保护只停留在事后保护、人身保护等范围内，忽视了对证人事前预防性及财产方面的保护。对于其他诉讼程序中的的证人保护方式以及没有出现严重后果的威胁、恐吓等妨害证人作证、打击报复证人的行为，更加是没有具体规定。

（五）缺乏证人出庭作证的经济补偿保障

证人在尽出庭作证义务的同时，必然会造成一定的误工损失和支付一定的交通、住宿、生活等方面的费用，而现在对证人出庭作证所造成的经济损失，我国法律没有规定，虽然 2002 年 4 月实施的最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》和同年 10 月实施的最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》均对证人出庭作证的经济补偿作出了规定，但现有的补偿的方面规定也没有具体的操作方式和执行程序。补偿费用的标准以及支付程序到底怎样执行，没有任何具体规定。甚至在刑事诉讼中，对证人的补偿问题更是没有作出任何规定。

三、对完善证人出庭作证制度和保护制度的建议

我们应当承认，证人出庭作证难是多种社会因素综合作用的结果，既有历史的又有现实的，既有立法的又有司法的，既有证人自身的又有社会环境的。因而笔者认为，除了我们国家应当进一步加强法律宣传教育，鼓励广大公民同违法犯罪作斗争，以便营造证人自觉出庭

作证的良好社会环境的同时，也更加应当加强司法人员对证人出庭作证重要性的认识，积极做好通知证人出庭作证的相关配套工作。当然，目前最重要的重点还是从立法上对证人出庭作证制度和保护制度予以完善。

（一）建立强制证人出庭作证制度

对无正当理由拒不出庭作证的证人进行制裁，是当今世界各国的立法通例。在英美法系国家，证人拒绝出庭作证，将被指控犯有藐视法庭罪，法官有权力对其判处罚金或监禁。英国对拒不到庭的证人使用传票传唤，如仍未到庭作证，证人就会受到处罚，甚至被判处蔑视法庭罪。在大陆法系国家，大多也有强制证人出庭的处罚措施。

目前我国证人出庭作证率低的一个重要原因是缺乏强制证人出庭作证的立法规定，这是造成了司法实践中证人不愿作证、不愿出庭作证问题上的最基本原因。有鉴于此，笔者认为，我国应尽快立法建立强制证人出庭作证制度，规定证人必须以言词方式在法庭作证。对于无正当理由不出庭的证人，立法应赋予人民法院强制证人出庭的权力；对于证人拒不出庭作证的，立法要明确对不出庭作证证人的相应制裁措施。

当然，在建立强制证人出庭制度的同时，也应当立法明确证人出庭作证的程序，合理界定证人出庭作证的例外情况。对于符合法律规定的出庭作证例外情形的，应当由证人予以申请，经人民法院允许，在法庭上宣读对证人的询问笔录或证人书面证言，代替证人出庭作证。当事人对于书面证言真实性或者内容有异议的，可以通过法定程序对证人进行调查获取书面证言，以便在法庭进行质证。

（二）建立证人出庭作证经济补偿制度

从世界各国的立法实践来看，许多国家和地区普遍建立了证人的经济保护和补偿制度。在英美法系国家，由于实行当事人主义，控方证人由政府付费，辩方证人由辩方付费，为防止“买证”，也有的规定了补偿的最高限额。英国甚至还规定了“证人酬金制度”。大陆法系国家也有证人出庭作证经济补偿的法律规定。

在我国的民事诉讼领域，最高人民法院 2002 年 4 月出台的《关于民事诉讼证据的若干规定》对证人出庭作证经济补偿作了有益的尝试，但把赔偿范围限定在“因出庭作证而支付的合理费用”之内，而刑事诉讼领域只规定了证人出庭作证的义务，对证人出庭作证的经济补偿没有任何法律规定。因此，对于证人作证的补偿制度可以说，我国从法律意义上根本就是一个完全的空缺。不仅大大影响了证人出庭作证的积极性、主动性而且实际上是漠视了证人正当权益的保护。证人出庭作证，不仅要付出往返差旅费、食宿费，必然会耽误时间，影响工作、休息及经济收入。本着实事求是，保护每一位公民合法权益的原则，我国应当也必须尽快建立和完善证人出庭作证经济补偿制度，立法制定单独的证人出庭作证经济补偿法或者是在三大诉讼法中增加专门章节，对诉讼中证人出庭作证的经济补偿作出统一规定，明确补偿标准、范围、程序以及基金来源。

（三）建立证人伪证惩罚制度

司法实践中，证人出具伪证的现象层出不穷，不仅严重妨害了诉讼秩序，而且容易导致案件的错判，影响人民法院的尊严和权威，这与我国一直未能建立证人伪证惩戒制度是有很大关系的。证人在法庭的伪证行为，也同时会严重的影响到我国诚信社会的建立。胆敢在法庭上面对法律作伪证的人，有什么诚信可言？如果伪证也能够帮助当事人从诉讼中获利，那么诉讼体制的本身也没有任何公正性可言了。笔者注意到，有些法院也在试行证人宣誓制度或具结不作伪证制度，虽然也取得了良好成效，但笔者认为，由于社会制度以及文化背景、宗教信仰上的区别，证人宣誓制度在我国的实际意义有很大的局限性。我国应当尽快立法设立一套专门的程序对于证人故意甚至是恶意作虚假证言的行为予以严厉惩戒，对证人的伪证行为，从罚款、司法拘留乃至刑事惩罚作出具体明确的规定。

（四）健全证人保护制度

给予证人最全面的保护，是促进完善证人作证制度非常重要的一个方面。因此，如何全面、有效保护证人的合法权益，这是世界各国司法系统都面临的一个既重要又棘手的问题。在司法制度比较健全的国家，都有证人保护措施的法律规定，英、美等国更是有专门的《证人保护法》。

证人作证，特别是出庭作证往往会顾虑重重，担心自己和亲属的人身、财产、名誉受到侵害，这是我国诉讼程序中证人尤其是刑事证人不愿出庭作证的一个重要原因，“证人自身难保，谁还敢来作证”？1998 年 10 月 29 日《羊城晚报》报道的震慑中国司法界的强奸犯刘桂安服刑出狱后报复杀害证人胡秀娟母子案，因害怕再遭报复，六名目击证人无一人愿意出庭作证，可以说这是我们目前证人保护制度一个最真实的写照。我国现行三大诉讼法虽有保护证人的相关规定，但缺乏有效的具体保护措施，且保护程度也明显不力，不能适应社会的发展。为此，笔者建议，我国必须尽快完善证人保护制度，为证人出庭作证营造良好的法律环境。可采取制定专门《证人保护法》的立法或将其置于《证据法》或者是诉讼法中的一个章节的立法形式来具体规定。对于保护的对象、保护的方式、负有保护义务的机构、保护的期间等等都应当做出具体的规定。而且对证人保护应当坚持预防为主、防打并用；保护的对象不仅包括证人，还包括证人的近亲属；保护的范围包括人身、财产以及名誉等内容；保护过程包括庭前、庭中和庭后保护三个阶段。

参考文献：

①武鼎之：《证人拒证，良策安在—完善中国证人权利保障制度构想》，载《人民检察》1999 年第 3 期。

②龙宗智：《中国作证制度之三大怪现状评析》，载《诉讼法理论与实践》，人民法院出版社 2001 年版。

③史立梅：“证人出庭作证制度研究”，载《国家检察官学院学报》，2002 年第 2 期。

④周国均：《刑事案件证人出庭作证制度研究》，载《中国刑事法杂志》2002 年第 2 期。

⑤陈光中主编：《中华人民共和国刑事证据法专家拟制稿（条文、释义与论证）》；中国法制出版社 2004 年 1 月版。

⑥厦门市中级人民法院课题组“论证人出庭作证制度的完善”，载《人民法院报》2005 年 4 月 27 日。

⑦曾小平、梁宝俭：《论设立证人作证规则》，载《中国审判方法改革理论问题研究》，新华出版社 1999 年版，第 212-213 页。

⑧毕玉谦：“最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定解释与适用”，中国民主法制出版社 2002 年出版，第 414 页。

作者单位：安徽焦纪明律师事务所

浅析诉讼中鉴定人出庭作证若干问题

何　坤

【内容摘要】任何证据都必须经过法庭质证才能被用作定案的根据，作为鉴定结论也是如此，我国《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》将鉴定结论列举为一种法定证据种类，并规定“以上证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据”。那么作为鉴定结论的制作人---鉴定人，应出庭作证，接受控（诉）辩双方的质证与询问，这既是保障诉讼双方充分行使其诉讼权利、实现司法公正、确保鉴定结论准确的有效措施，又是鉴定结论产生证明效力的前提。故鉴定人出庭接受质证参与诉讼，直接影响法庭对鉴定结论的采信情况。

但在我国司法诉讼体制中，鉴定人员出庭作证相对较少，据调查，当前鉴定人出庭率不到 5 %。诉讼过程中部分鉴定人员只负责鉴定，不愿意出庭作证，不参加诉讼活动。这影响了诉讼的程序和实体正义，使得诉讼双方的合法权益不能得到保障。笔者现就我国诉讼程序中鉴定人员出庭作证活动应当进一步认识的几个问题略抒己见。

【关键词】鉴定人　出庭　作证　诉讼

一、国外鉴定人出庭作证制度

英美法系国家采取的是当事人主义的诉讼制度，一般并不区分鉴定人和证人，诉讼双方当事人都可以聘请鉴定人。鉴定人的诉讼地位与证人相同。法律规定对任何一方当事人提出的证据都必须给对方当事人以反询问的机会。对鉴定结论的审查必须通过法庭的交叉询问进行。因此，鉴定人必须出庭，否则，法官可以直接将鉴定结论排除在证据之外。

在大陆法系国家，鉴定人与一般的证人一样，都必须亲自出庭作证，接受法官、控辩双方的提问。根据直接、言词审理的原则，法官必须亲自接触证据的最原始的形式，并按照言词和口头的方式实施诉讼行为。因此，对于言词证据，包括证人证言、鉴定结论等，都要传唤这些证据的提供者亲自出庭作证。由此可见，无论英美法系还是大陆法系国家在出庭作证这一点上，鉴定人与证人几乎没有什么两样。如果鉴定人员无正当理由拒绝鉴定或者拒绝出庭作证，法院可以根据具体情况，处以罚款或者令其承担有关费用。

二、我国诉讼程序中鉴定人出庭作证较少的相关原因

在我国，不论是民事诉讼，还是刑事、行政诉讼中，鉴定人出庭作证的比例都非常小。据调查，当前鉴定人出庭率不到５％。甚至部分基层法院就从未有过鉴定人出庭作证的先例，法官在庭审中只看鉴定结论，即使有诉讼当事人提出申请鉴定人出庭作证也不予准许。出现此种现象的原因笔者认为有以下几点：

（一）立法上的缺陷造成鉴定人出庭作证没有强制性要求

我国目前还没有专门的证据法，也没有比较系统全面的证据规则，有关证据的规定主要渗透在三大诉讼法及相关的司法解释中，细观之，就会发现在鉴定人出庭作证问题立法上有较大的缺陷。

例如我国刑事诉讼程序中，刑诉法第 47 条规定，证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并且经过查实以后，才能作

为定案的依据。《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 58 条第 1 款规定：“ 证据必须经过当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实，否则不能作为定案的根据。” 因此，鉴定结论作为一种法定证据形式应当接受法庭的当庭询问和质证；而《刑事诉讼法》第 157 条又规定：“ 公诉人、辩护人应当向法庭出示物证，让当事人辨认，对未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书，应当当庭宣读。审判人员应当听取公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人的意见。” 这些立法的冲突和漏洞无疑为鉴定人不出庭起到了一定的铺垫作用。

同时，国际上较为普遍的做法对应当出庭而不出庭的鉴定人会给予一定的处罚，承担相应的法律后果，我国尽管三大诉讼法及相关的司法解释都对鉴定人出庭以及询问鉴定人作了规定，但是，由于法律只对此作了原则性规定，并没有明确鉴定人不出庭的条件，也没有就违反该项义务的法律责任和后果做出明确规定。因此，无责任即无义务，鉴定人缺乏出庭作证的法定义务感，往往认为何必多此一举自寻烦恼，使得鉴定人出庭作证难以实现。

（二）由于我国传统的重实体轻程序的观念与做法而导致

长期以来，我国的法律规定以及审判实践总是追求实体公正而忽视程序正义，并进而很大程度上形成了惯性。法律对于诉讼当事人程序性权利少有规定或者规定的比较粗糙，在实践中很难操作，或者仅作原则性的规定致使操作起来大变样，正是由于此观点及作法，造成法官不严格按照法律规定的程序操作，缺乏正义的理念和理性思维，诉讼中一般不通知鉴定人出庭或者不批准诉讼当事人的出庭申请。也使得鉴定人出庭作证难以实现。

（三）现行法律没有建立对于鉴定人出庭作证补偿制度

鉴定人出庭作证也势必耗费时间、精力、财力，要产生一些费用，比如交通费、食宿费、误工费。因此绝大多数国家法律规定鉴定人有获得经济补偿权。

但我国鉴定人出庭作证如何进行补偿法律没有规定，也没有相应的制度予以配合。只有部分省市如安徽省作出了部分规定，但也只是停留在试行阶段，这两方面在很大程度上使得鉴定人不愿意出庭，缺少出庭作证的积极性。这也是司法实践中鉴定人不出庭作证的原因。

（四）法官的认识误区

在我国的司法实践中，法官存在这样的认识：一是片面认为鉴定结论是“ 科学的判决 ”。鉴定结论是各领域的专家依据科学知识对案件中的专门性问题做出的分析、鉴别和判断意见，其结论不可能会错，即使错了，自己也难以发现、判断。在他们的认识和理解中，认为鉴定人就是“ 科学的法官 ”，鉴定结论是科学的、知识的结论，鉴定结论的科学性、公正性、权威性是不用质疑的，只要是鉴定结论就能用，就该用。既然法官在审判过程中都认为鉴定结论没有必要进行怀疑和质证，也就难怪他们很少通知鉴定人出庭接受询问以及无原则地迁就他们不出庭而仅仅是宣读鉴定结论了。

（五）现行法律未明确规定鉴定人享有司法保护的权利

英美法系国家大多法律对鉴定人出庭作证的保护参照适用证人的保护规则，禁止对鉴定人以暴力、威胁、贿买方法阻止其出庭作证，对鉴定人进行侮辱、诽谤、诬陷、殴打和打击报复的要依法追究法律责任。但我国，没有对鉴定人制定相关保护规则，故对于诉讼有直接影响的鉴定人，其司法保护的缺陷也必然影响其出庭作证的积极性。

三、鉴定人不出庭作证而产生的负面影响

（一）导致控辩双方无法询问质证

因为“ 作为书面的鉴定结论实际上是一种广义上的书证，他们本身无法回答有关的质问和疑问。因此，对书面上的鉴定结论只有经过口头宣读后，由当事人等诉讼参与人对鉴定结

论的内容进行质疑，但不可能得到直接、正面的回答或者解释。由此可见，就这些类型的证据属性而言，并不能产生应有的质证效果。”另一方面，即使法官要求双方对其宣读的鉴定结论发表看法或者提出异议，作为非专业人员的控辩双方不了解其中的程序和相关实体问题，如何能够有效地提出异议？这无疑限制甚至是剥夺了控辩双方尤其是辩方以及被告人询问质证的权利，不利于案件当事人合法权益的保护。首先不能保证程序的公正。

（二）鉴定人不出庭有碍审判的公正

鉴定人不出庭，鉴定人没有受控辩双方在法庭上“交叉询问”，法官就不能针对有关鉴定结论的疑问询问鉴定人以实现对鉴定结论的充分审查，也就丧失了从这一程序中发现和纠正鉴定结论中可能存在错误的机会。一旦错误的鉴定结论被法庭采纳为定案的根据，就极可能产生错案，这妨碍了审判的公正性。

（三）鉴定人不出庭接受询问和质证，也会导致诉讼的迟延，影响诉讼的效率、浪费司法资源

在庭审中法庭采纳的证据必须经过双方的质证这是现代诉讼的一条基本的原则。那么鉴定结论用为证据形式的一种，应当当庭宣读，并接受当事双方的质证，在当事人有异议的情况下，无专业知识的法官亦不能确认鉴定结论是否公正。而鉴定人不出庭接受质证法官即不能及时判断是否需要依当事人申请补充鉴定或者重新鉴定，只能等调查之后再次开庭，庭审无法顺利的进行。造成了诉讼迟延、诉讼资源的浪费，导致诉讼效率的低下。

（四）鉴定人不出庭造成对审判权威的怀疑、造成诉累

如果鉴定人不出庭作证，当事人对鉴定结论的疑问没有得到合理的、信服解答，此时如直接适用或不适用该鉴定结论，必然会导致当事人由对鉴定结论的不信任转化到对整个庭审过程的不信任、对庭审结果的不信服，进而对审判的公正性、权威性产生怀疑。即使最终作出了生效判决，当事人也会不服，并可能会促使当事人上访、申诉。同时这种不信任、怀疑的积累，又会进一步影响到其他公众对司法活动产生怀疑及不信任，导致公众对法律程序甚至法律制度的不遵从。

四、完善鉴定人出庭作证制度的意见

（一）从立法上完善鉴定人的出庭作证制度

笔者认为，我国应制定统一的《证据法》，明确规定取证、采证、查证和认定案件事实的规则，鉴定人出庭作证制度作为一项重要的制度也应纳入其中，将鉴定人定位为证人化了的鉴定人。通过这样定位，强化了鉴定人作为证人的地位，对于推动鉴定人出庭作证是有帮助的。

同时按照现代诉讼直接言词原则的要求，确立传闻证据排除规则，对于无正当理由拒绝出庭的鉴定人，其所制作的鉴定书列为传闻证据，除法律有明文规定的情形外，法庭不得采用传闻证据作为定案的证据。 通过此程序的制定，要求鉴定人必须出庭作证。

（二）将现代科学技术用于司法审判工作中，突破客观条件的限制

电脑、因特网、3G 技术、视频电话等给我们的生活提供便利，与此同时，我们也可将它们不断运用于审判工作，用科技手段促进审判的公平、公正。

就拿视频电话为例，只要一台笔记本电脑 ，一只“猫”，一条电话线，就能实现视频电话，远隔千里的人们因此也变得很近，而且费用也不高。配套相关设施后，北京的亲子鉴定的专家，就可以借助视频电话，走进安徽的一个基层法院的审判法庭，接受诉讼各方的质疑和询问，完全鉴定人出庭作证的义务。

（三）要建立对鉴定人出庭作证的人身、经济保障和补偿的法律制度

实践中由于鉴定结论对定案有至关重要的作用，鉴定人经常受到威胁、引诱甚至打击报

复，使自身及家人的安全受到影响。这不但大大降低了鉴定人出庭的积极性，也使其出庭作证变成一种带风险性的行为。因此，西方许多国家都为鉴定人制定了严密的保护制度，而我国在这方面却是一片空白。为此，笔者认为，应制定相关的法律法规，对鉴定人及其家属的身份、住址进行保密，对出庭作证的鉴定人进行特殊保护，对威胁、恐吓、打击报复鉴定人及其近亲属的行为进行严惩。

同时，由于鉴定人出庭作证所支出的旅行费、食宿费、误工费是客观的事实，理应给予鉴定人适当的经济补偿。对此我国可以借鉴国外的立法经验，如德国的《证人、鉴定人补偿法》，并结合我国国情，制定相应的制度保障鉴定人出庭作证的经济补偿。

（四）明确鉴定人无正当理由不出庭作证应承担的法律责任

鉴定人出庭作证是其合同义务（委托鉴定协议）、社会道德义务和法律义务，鉴定人无可辩驳地应当出庭作证，在英美法系，鉴定人和证人一样，法庭对不出庭可以采取强制措施；大陆法系对鉴定人不出庭的，可以剥夺鉴定人资格。我国可以借鉴他们建立自己的规定，如通过立法，规定鉴定结论如果不经鉴定人亲自出庭作证，不作为法庭据以定案的根据。或对于无正当理由拒不出庭作证的鉴定人，可以考虑对其采取批评、训诫、警告、罚款、吊销执业证等措施，并建议取消其司法鉴定人资格或从司法鉴定人名册中删除。

同时，相应的，也应当制定法律法规，规定如因不可抗力，鉴定人自身的疾病、行动极为不便等原因，鉴定人可不出庭作证，但这些规定应考虑到可操作，并严格规定和把握，否则前面所述关于出庭作证义务的规定就可能形同虚设了。

（五）提高鉴定文书的质量，便于当事人及法官理解

鉴定事项属于专业性范畴，鉴定结论也往往使用大量专业术语，但如果提高鉴定质量，在鉴定文书中详细注明鉴定的依据，适用的标准，鉴定的过程等，当事人在信服的前提和心理下，也许不会要求鉴定人出庭作证，这不仅是对诉讼程序的简化，也对当事人最终认可鉴定结论，信服判决是有帮助的。

五、结语

综上，笔者认为，鉴定人应当出庭作证，但在我国现阶段，制约鉴定人出庭作证的原因有很多，影响鉴定人出庭的因素也很复杂。对此，我们要加强司法建设，从立法到宣传等各方面进行努力，同时在结合我国实际的情况下借鉴国外的优秀经验。只有如此，保证及促使鉴定人出庭作证，以实现公平、公正的审判。

注释：

①杜志淳、霍宪丹：《中国司法鉴定制度研究》，中国法制出版社 2002 年版，第 166-168 页。

②徐景和、李禹：《完善我国司法鉴定人制度的若干思考（上）》，载《中国司法》2000 年第 11 期。

③邹明理：《侦查理论与实践研究》，警察教育出版社 1999 年版，第 582-591 页。

④孟勤：《论司法鉴定人出庭作证》，载《四川警察学院学报》2008 年第四期，第 8-12 页。

⑤毕玉谦：《民事证据发判例实务研究》，法律出版社 1999 年版第 285 页。

⑥李昌珂：《德国刑事诉讼法典》，中国政法大学出版社 1999 年版第 22 页。

⑦林安人：《鉴定人出庭制度初探》，载《中国司法鉴定》。

⑧孙业群：《司法鉴定制度改革研究》，法律出版社 2002 年版第 276 页。

⑨李昌珂：《德国刑事诉讼法典》，中国政法大学出版社 1999 年版第 22 页。

作者单位：安徽天贵律师事务所

犯罪构成之刑法上的因果关系

李小龙

【内容摘要】无论在刑法理论上，还是在刑法实践上，刑法因果关系都是一个极其重要而又极其复杂的问题，也是我国刑法理论研究中争论的问题。刑法因果关系的有无，直接关系到某些犯罪是否成立，犯罪人是谁，关系到行为人的刑事责任问题。而刑法因果关系能否成立的答案则存在于内外因、必然性与偶然性、因果性与必然性和偶然性的对立统一原理，并在刑法实践中得到最终验证。正确的区别及认识它们对于研究刑法因果关系具有重要意义。

【关键词】刑法因果关系　　必然因果关系　　偶然因果关系

无论是普通法法系还是大陆法系，刑法因果关系都是犯罪构成理论中非常重要的一部分内容。从 1805 年《犯罪之构成要件》一书中提出因果关系问题以来，各国学者对刑法因果关系的一直都存在争论。[①]并且随着法学理论的日趋完善，对刑法因果关系的争论也越发激烈。同时也产生了比较有影响的学说，例如：“必然因果关系说”、“偶然因果关系说”等等。无论采用哪种学说来解释刑法因果关系，在司法实践中都必须以“刑法因果关系只是追究刑事责任的一个依据，并不是所有具有刑法因果关系的行为都要承担刑事责任”为落脚点。那么，具体如何理解刑法因果关系呢？这还要从刑法因果关系本身谈起。

一、刑法因果关系概述

（一）哲学因果关系和刑法因果关系的产生及辨证统一关系

按照刑法学界的通说，刑法上的因果关系学说是根据哲学关于原因和结果这一对范畴的原理发展而来的。然而，如果进一步分析，哲学上的因果观又是在物理因果关系学说的基础上产生的。按照物理学上的解释，经典力学是对宏观低速机械运动的因果关系的抽象和概括。[②]所谓哲学上的因果关系就是在 18 世纪对经典力学的原理推而广之的基础上产生的一个普遍法则，可以应用于自然界、社会界两个基本领域。按照哲学上的解释，原因和结果是反映事物或现象普遍联系和相互作用的一对范畴。在客观事物或现象彼此制约和相互影响的过程中，任何事物或现象都是由其他事物或现象引起的。原因是引起他事物或现象产生，作为他事物根源的要素。结果是受某种事物或现象的作用而产生。因果联系是整个世界最普遍联系的一部分。

根据上述哲学关于因果关系的抽象原理，刑法学上引申了犯罪构成中的因果关系原理。在刑法学的因果关系意义上，犯罪的行为是一种特定的社会现象，危害结果则是由犯罪行为所引起或者决定的另一种现象。犯罪之所以具有社会危害性，关键在于行为对于客观事物具有特定的，合乎规律的作用力或破坏力，能够引起或者决定危害结果的发生和发展。因此，犯罪行为的作用力或破坏力一旦得到具体的实现，就会在客观规律和周围环境的制约下，对客观事物造成一定的变化或损害，形成特定的危害结果。刑法根据这一原因关系的基本原理，要求行为人必须对自己的行为直接造成的危害结果承担刑事责任。同时，如果行为与危害结果之间并不存在内在的因果关系，行为人的行为就不构成犯罪，对其进行惩罚就丧失了基本的事实根据。[③]

哲学上的因果关系与刑法因果关系，是一般与个别、普遍与特殊的关系。这种关系既相互区别又相互联系，是对立统一的。一方面，二者具有统一性，刑法因果关系相对于哲学因果关系来说，所研究的范围及其对象更为具体，是在一个非常特殊的领域内，研究特定现象之间的因果联系。但是，无论怎样，它总不能脱离哲学所研究的因果关系而独立存在。另一方面，二者是对立的。刑法科学所研究的因果关系，除同哲学及其他科学存在着普遍性以外，还存在着特殊性。他们研究的目的不同：哲学因果关系研究目的主要是揭示事物之间合乎规律的普遍性联系，以找到解决问题的方法。而刑法研究因果关系的目的则是为了确定危害社会的结果是由谁的行为所引起的，从而为追究刑事责任提供客观基础。由其研究目的不同而决定二者的研究对象不同，哲学因果关系是以整个世界作为一个相互联系的“链条”来研究它们的前因后果及其发展规律的，而刑法所研究的因果关系只能是危害社会行为和危害社会的结果之间的因果联系等等。

（二）刑法因果关系的界定

关于刑法因果关系，有的学者认为，是指犯罪实行行为与对定罪量刑有价值的危害结果之间引起与被引起的合乎规律的联系。[④]也有的学者认为刑法上研究的因果关系，是指人的危害行为与危害结果之间的因果关系。[⑤]还有的学者认为，刑法因果关系是作为刑事责任的客观根据而存在于刑法之中的，它既是行为与结果之间的一种客观存在的事实因果关系，也是为法律所要求的法律因果关系，是事实因果关系与法律因果关系的统一。[⑥]种种不同的观点，分别从不同的角度理解刑法因果关系。从以上的观点中可以看出：

第一、刑法因果关系首先是一种联系。根据马克思列宁主义哲学，事物之间的联系具有普遍性，事物不是孤立存在的，而是和其它的事物相互联系着的。

第二、刑法因果关系是一种人的行为和危害结果之间的联系。因为只有人的行为才能给予法律上的评价，自然力或者动物力纵使造成了严重的危害结果，也不能以刑法来处罚它们。

第三、人的行为是有主观罪过的行为，才能成为刑法上的原因，如果没有主观罪过，人就不能对他的行为所造成的危害结果负刑事责任，自然不能认为行为和结果之间有刑法上的因果关系。要从其它的角度来看刑法因果关系，应该先考察刑法因果关系的机能，以及研究刑法因果关系要解决的问题。

刑法学上的因果关系理论，是刑法理论的重要组成部分。在大陆法系国家，自十九世纪提出因果关系理论至今，存在着各种各样的学说和观点，且随着刑法理论的向前发展，先后出现了一系列极有影响的因果关系理论。而英美法国家刑法学中的因果关系理论，则将因果关系区分为事实因果关系和法律因果关系。所谓事实上的因果关系，就是客观存在于外界之中的先行为与后结果之间引起与被引起的联系。这种联系是纯自然的存在，与人的主观认识没有任何关系，与法律规定也无关。而所谓法律原因，就是在法律上有价值的原因，也就是事实原因中，能够被法律认为应让行为人对产生的危害结果承担责任的原因。而我国的刑法理论，是秉承前苏联的刑法理论，在刑法因果关系问题上，局限于马克思列宁主义哲学上的必然性联系和偶然性联系以及内因和外因的论述上，而造成对刑法因果关系的种种理解，使学说观点长期争论不休。

二、必然因果关系说

（一）“必然因果关系说”概述

由于因果关系的复杂性，使得因果关系成为刑法理论中最有争议的问题之一，而争论的焦点主要集中在如何认识和理解刑法上因果关系的性质和由此而产生的如何正确区分对结果都有影响的原因和条件，即对于致使某一个危害结果产生的因素中，哪些是原因，哪些是

条件，以及它们之间有什么样的区别和联系。

持“必然因果关系说”的学者认为，刑法上的因果关系只有必然的因果关系一种形式，不存在偶然因果关系。这种观点指出，危害行为总是在一定条件下产生的，如果行为人所实施的危害行为对所发生的危害结果起着引起和决定作用的，就是原因。它和所发生的结果之间的联系是一种内在的、必然的联系。如果不具有这样的联系，即使所实施的危害行为对所发生的危害结果发生有一定的偶然联系，虽然起一定的作用，但并不能引起和决定这一结果的发生，它和所发生的结果之间是一种外在的、偶然的联系，那就不是刑法中的原因，而只能是条件，条件是不能成为刑法中的原因的。“必然因果关系说”强调一定条件下的不可避免性和合乎规律性。当然无论必然现象还是偶然现象，都是一定原因引起的结果，都包含有因果性。但不能因此就认为刑法因果关系也应当分为必然因果关系和偶然因果关系两种形式。

具体的说，“必然因果关系说”认为：只有当某种或某些危害社会行为在一定的条件下必然地、不可避免地引起某种或某些危害结果的时候，才认为这些危害行为与危害结果之间存在因果关系，那么,尽管这个人的行为表面上与所发生的危害结果之间有着某种联系,也不能认为有刑法上的因果关系，行为与结果之间不存在必然的因果关系,就不能使行为人对这一结果负刑事责任。[⑦]据此，“必然因果关系说”具有以下特点：

第一、作为某种原因的行为必须具有危害结果发生的实在可能性，这是该行为与危害结果之间具有因果关系的必要前提。所谓某种行为具有危害结果发生的实在可能性，是指该行为中存在着使危害结果发生的客观根据。如果该行为不具有使危害结果发生的客观根据，那它就不是结果发生的原因，只能是结果发生的条件。

第二、具有上述实在可能性还不能说明具有因果关系，只有当具有结果发生的实在可能性的某一现象也已经合乎规律地引起某一结果的发生时，才能确定某一现象与所发生的结果之间具有因果关系。如果某一现象虽然有发生的实在可能性，但在其发展过程中，偶然地与另一因果性的锁链联系在一起，以致由另一现象合乎规律地产生这一结果时，那么，前一现象和所发生的结果之间就没有因果关系。

第三、因果关系是在一定条件下的因果关系。因此，在确定某种行为与某种结果之间是否具有因果关系时，不能脱离该行为实施时的具体条件孤立地进行考察，而应联系当时的具体条件进行判断。

（二）对“必然因果关系说”的思考

我们通常认为，“必然因果关系说”的出发点是正确的。但是，还存在一些问题：

第一，认为刑法上的原因只能是必然原因，作为原因的行为，只是对结果的发生起决定性作用的危害行为。作为结果的危害结果，也只能是危害行为所直接引起的结果。这势必将那些仅对危害结果的产生起了非决定作用的行为，统统不作为刑法上的原因。这就缩小了刑事责任的范围。因为在科学发展的今天，一些人会通过制造条件的方式实行犯罪目的，但“必然因果关系说”却自然地将这种行为排除在原因之外。

第二，在多因一果的情况下，如果认为数个原因都对结果的产生起决定作用，就会产生困难，特别是在多个行为人不是共同犯罪的情况下，要确定每个行为都必须是对结果产生起了决定作用，可能更加困难。

第三，这种学说提出的认定标准不具有可操作性。在司法实践中很难判断行为中是否包含着危害结果产生的根据，很难判定行为导致危害结果是否合乎规律，因为许多规律还并没有被认识和掌握。

第四，“必然因果关系说”主张，必然原因的作用需要一定的条件配合，但条件又不能当原因，这在司法实践中也会出现问题，如果起作用的条件正好是危害行为时，就无法使其

承担刑事责任。

在司法实践中例如：某甲是小孩某乙的继母，某乙经常遭其继母殴打，因而对某甲产生畏惧心理。有一次，某乙又见继母拿起棍子追来。便顺胡同向大街奔跑躲避，到胡同时，一边回头看，一边向前跑，不幸被汽车轧死。按照“必然因果关系说”的观点，继母的追打行为并不能必然决定或者引起小孩的死亡，而只是小孩死亡这一危害结果的条件，所以两者之间不存在必然因果关系。[8]但是继母的追打行为这一条件恰恰又是危害行为。如果我们证实继母的追打行为在主观上不仅预见，而且希望小孩被汽车轧死，很显然在这种情况下就应当追究继母故意杀人的刑事责任。而按照“必然因果关系说”，既然继母的追打行为和小孩死亡之间不存在必然因果关系，那么对继母的故意杀人就失去了客观依据，其就无需承担刑事责任，而这显然是不公平的，也是不合乎情理的。

所以在司法实践中，在对案件定性和追究当事人的法律责任时就不能仅仅考虑必然因果关系。在刑法因果关系中，如果只承认必然因果关系，而否认偶然因果关系可能会造成两种情况：一是把实际中存在的偶然因果关系归之于必然的因果关系，结果就扩大了必然的因果关系，也就扩大了刑事责任的客观依据，使不应受惩罚或应从轻惩罚的人受到了惩罚或受到偏重的惩罚；二是把偶然因果关系从刑法因果关系范畴中排挤出去，这就缩小了刑法因果关系的范围，使偶然因果关系中能作为刑事责任的客观依据的一部分被排除了。结果势必放纵了罪犯，使应受惩罚者逍遥在法律的惩罚之外。

三、偶然因果关系说

（一）“偶然因果关系说”概述

刑法理论中持“偶然因果关系说”观点的学者认为，必然因果关系是刑法因果关系的主要表现形式，但是,除此之外,还存在着偶然的因果关系形式,这两种因果关系都是刑法因果关系论的研究对象。必然因果关系是指危害行为与危害结果的内在的、本质的因果联系，而偶然因果关系是指危害行为与危害结果之间的外在的、非本质的因果联系。持“偶然因果关系说”的学者认为：“认为刑法因果关系只有必然因果关系一种形式，是把因果关系等同于必然性，不能正确理解因与果，必然性与偶然性这些哲学范畴之间的相互关系的结果。”

所谓偶然因果关系,是当危害行为本身并不包含危害结果产生的根据,但在其发展过程当中,偶然地介入其他因素,并由介入的因素合乎规律的引起了危害结果时,危害行为和危害结果就是偶然因果关系,介入因素和危害结果之间就是必然因果关系。换句话说,两个因果过程偶然交错在一起，产生某种结果,最初的现象同最后的结果之间,就表现为偶然的因果关系。[9]在司法实践中，一个危害行为往往会同时对多个社会关系造成侵害，造成几个危害结果，而一个结果又往往会同时有多个行为共同作用而造成，其中各个行为作用有大小分别，如果在定罪量刑时只考虑必然联系，不考虑偶然联系，就不能对案件做出恰当的处理。

该学说还认为：不能将条件和原因绝对分开，条件是相对于根据而言的，条件和根据都是原因，只是处于不同层次和等级而已。从重要性来说，与根据相比，条件是次要的、第二位的，但就必要性来说，条件和根据都是不可缺少的。只有在根据和条件相互作用才能产生结果。只有根据没有条件，结果就不会发生，也就谈不上原因。据此，“偶然因果关系说”具有一下特点：

第一，刑法中偶然因果联系具有一定的间接性。偶然因果关系是发生在两个必然因果环节发生联系的情况下，即第一个原因在引起一个必然结果的过程中或引起后，又偶然与另一原因相交叉或相衔接，又引起另一结果发生。是由偶然因果关系连接两个必然因果关系，是由一个偶然关系将两个必然关系联系在一起形成的因果关系链。但它不是间接因果关系。间

接因果关系是指由某种行为非直接地、但也合乎逻辑地产生某种危害结果情形下行为与结果的联系。它是两个首尾连接的必然因果关系之间的联系，如行为人的不作为与危害结果之间是间接因果关系。如教唆犯的教唆行为与危害结果之间是间接因果关系。

第二，刑法中偶然因果关系的原因在导致危害结果发生的所有原因中起到次要的作用。这是因为，最后结果发生的根据存在于后来出现的原因之中，也就是说，后原因对结果的发生起了决定性作用，起决定作用的是后原因而不是前原因。否则前原因与后结果之间就是必然因果关系了。当然，先前的原因也是最后结果的发生所必不可少的，起到了不可忽视的作用。前原因决定发展的趋势，后原因改变了发展方向。如果前原因、前结果与后结果没有一定的联系，则前行为与后结果之间的这种作用关系也不可能存在偶然因果关系，充其量只是一个客观联系的一般性地条件。将前原因理解为后结果的次要原因更为合理。

第三，刑法中的偶然因果关系原因和结果之间的关系比较复杂。社会现象或自然现象之间的联系是多种多样的，有的是内在联系，有的是外在联系，有的是必然联系，有的是偶然联系。刑法因果关系大多是多个原因造成一个结果或者多个原因造成多个结果，在抽取特定环节时必须多方面的考察。偶然因果关系经人为的简化和孤立加以考察，它至少有三个因果关系链，一个偶然因果关系链和两个必然因果关系链，在每个关系链中又可能存在多因或多果或多因多果同时存在的情形。在多因的情况下，就必须要区分哪些是主要原因，哪些是次要原因，这都使得偶然因果关系变得更为复杂，同时增大了分析偶然因果关系的难度。

（二）对“偶然因果关系说”的思考

在司法实践中，“偶然因果关系说”的解释也是存在缺陷的。例如：甲乙两人在一个冬天的傍晚于收工途中在旷野打着玩耍。甲向乙小腿踢了一脚,乙倒在地上“哎哟不止”。甲以为乙装样子吓唬他,便不加理睬,径直回到家里,也没有给任何人说就睡觉了。乙因小腿骨折,不能行走,又由于当夜大风降温,天气异常寒冷,第二天人们发现乙时,乙已经冻僵死亡。“偶然因果关系说”认为：乙被冻死这一结果对于甲踢乙一脚来说,可能出现,可能不出现,可能这样出现,可能那样出现,乙被冻死对于甲踢乙一脚来说具有偶然性,它们之间是偶然因果联系。[10] 我们认为，乙因为被甲踢倒在地而小腿骨折，乙的小腿骨折倒在地上与甲的行为有必然因果关系。乙被踢成骨折已经是甲的行为的结果了,而此结果借助天气降温这一外在条件而演化为乙被冻死这一更为严重的结果。那么,已经包含了乙被踢成骨折这一结果的乙被冻死这一结果最终仍应视为甲的行为的结果,而天气降温只是甲的行为造成最终结果的外在条件而已。因此,甲的行为与乙的死亡之间存在的就是刑法因果关系而非所谓的偶然因果关系。而只有把甲的行为与乙的死亡之间视为刑法因果关系,则让甲对乙的死亡结果负责才是合乎情理的。也只有把甲的行为视为乙的死亡的原因,我们才有可能围绕乙的死亡结果来考察甲的主观罪过,从而确定一个恰当的罪名。若想通过两个因果关系的竞合或连接而把甲的行为视为乙的死亡的偶然原因,则等于是人为地把天气降温这一外在条件抬高至所谓必然原因的地位,而甲的行为这一所谓的偶然原因也就实质地降低到了乙的死亡这一结果的条件上去了。那么,追究行为人的刑事责任是以其行为构成了危害结果的原因为由让人信服,还是以其行为构成了危害结果的条件让人信服?偶然因果关系论在本案中容易在司法实践中造成危害是:由于认定甲的行为与乙的死亡之间构成偶然因果关系,则甲的行为就具备了对乙的死亡负责的客观基础。假如审判人员远离乙的死亡原因的诸多因素而仅抓住甲踢一脚本身就是故意,则对甲定为故意杀人罪。 而在本案对甲的行为定过失致人死亡罪才是合乎情、理、法的。所以,偶然因果关系论在本案容易造成轻罪重判的情况。

学术界对“偶然因果关系说”的批评主要表现在以下三个方面：

第一，“偶然因果关系说”违背马克思主义哲学关于必然性和偶然性相互关系的原理。他们引用唯物辩证法观点，认为必然性和偶然性不仅是对立的，而且是统一的，它们共存于

每一事物的发展过程之中。因而，不能将它们生硬地割裂开来，刑法因果关系本质上是发展的关系，亦是必然性和偶然性的有机统一，同样不能将他们割裂开来。所以，将刑法因果关系分为必然因果关系和偶然因果关系两种情况，从根本上说是一种形而上学的错误划分。

第二，“ 偶然因果关系说 ” 说违背了刑法因果关系的 “ 简化 ” 和 “ 孤立 ” 原则。原因和结果这两个概念只是在应用于个别场合时才有意义，否则，脱离了一定的因果环节，就无法区分原因和结果。而 “ 偶然因果关系说 ” 把两个必然因果环节的巧遇或衔接说成是偶然因果关系，这就使原因和结果都失去了其本意。所以，脱离 “ 简化 ” 和 “ 孤立 ” 原则来谈因果关系，实际上就潜伏着扩大犯罪因果关系的危险。

第三，“ 偶然因果关系说 ” 加大了刑法因果关系的范围。加大了刑法因果关系的范围就可能扩大承担刑事责任的范围，使原本应该无罪的判有罪或者轻刑的判重刑。

四、结 语

总的来说，“ 必然因果关系说 ” 已经丧失其通说地位，但是 “ 偶然因果关系说 ” 也是存在很多缺陷的。判定因果关系的存在只是追究刑事责任的一个依据，并不是所有的具有刑法因果关系的行为都要被追究刑事责任，否则，犯罪构成就是一要件而不是多要件了。行为与结果之间具有刑法偶然因果关系的可能被追究刑事责任，不具有刑法偶然因果关系，当然是在不具有必然因果关系的前提下，一律不被追究刑事责任。所以在司法实践认定刑法因果关系时，一定要注意以下几点：

第一，刑法因果关系只是研究某种行为是否是某种结果的原因，即所研究的行为与结果之间的引起与被引起的关系，而不是对行为与结果本身的研究；由于危害行为本身具有法定性，故不能以刑法因果关系的认定取代危害行为本身的认定。

第二，刑法因果关系是一种客观联系，不以人的意志为转移，行为人是否意识到自己的行为可能发生危害结果，不影响刑法因果关系的认定；刑法因果关系又是一种特定条件下的客观联系，不能离开客观条件认定刑法因果关系，行为人是否意识到特定条件，不能左右刑法因果关系的认定。

第三，一个危害结果完全可能由数个危害行为造成，因此，在认定某种行为是否是某种危害结果的原因时，不能轻易否认其他行为也是该结果发生的原因；反之，一个危害行为可能造成数个危害结果。所以，在认定某种行为造成某一危害结果时，也不能否认该行为同时造成了其他危害结果。

第四，在行为人的行为介入了第三者或被害人的行为而导致结果发生的场合，要判断某种结果是否是行为人的行为所造成时，应该考虑行为人的行为导致结果发生的可能性大小、介入情况异常性大小、介入情况对结果发生作用的大小。

参考文献：

①张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 118 页。
②胡乔木等：《中国大百科全书》，2000 年光盘（1.1）版，《物理学卷》。
③陈浩然：《理论刑法学》，上海人民出版社 2000 年版。
④马克昌：《犯罪通论》，武汉大学出版社 2000 年版，第 214 页。
⑤高铭暄：《刑法学原理》，（第一卷），中国人民大学出版 1993 年版，第 569－570 页。
⑥张绍谦：《刑法因果关系研究》，中国检察出版社 1998 年版，第 111 页。
⑦赵秉志:《刑法争议问题研究》(上卷),河南人民出版社 1996 年版,第 374 页。
⑧李光灿，张文，龚明礼：《刑法因果关系论》，北京大学出版社 1986 年版，第 119

页，第 165 页。

⑨王作富:《中国刑法研究》,中国人民大学出版社 1988 年版，第 128 页。

⑩李光灿，张文，龚明礼：《刑法因果关系论》，北京大学出版社 1986 年版，第 123 - 124 页。

⑪赵秉志：《刑法争议问题研究》（上卷），河南人民出版社 1996 年版。

⑫丁露、于安、马克昌：《国家司法考试辅导用书》（第二卷），法律出版社 2005 年修订版，第 19 页。

作者单位：安徽高速律师事务所

刑事诉讼中电子证据的收集与人权保障平衡研究

王亚林

【内容摘要】新近公布并施行的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(以下简称《死刑案件证据规定》)中确立“电子证据”作为一个独立证据种类的地位。我们可以预见到电子证据将成为刑事证据中越来越常见的一种证据种类。然而，作为一种新兴而又缺少完善规范的证据种类，电子证据的发现和收集过程中往往出现侵犯犯罪嫌疑人或他人人权的现象。为此，本文以平衡电子证据的收集和人权保障为目的，探讨了电子证据的概念、特点，阐述了在电子证据的收集过程中对人权造成侵害的可能性以及对两者进行平衡的必要性，并且在《死刑案件证据规定》的基础上对收集电子证据的原则、主体及具体规则提出设想并进行详细论证。

【关键词】电子证据　　人权保障　　冲突平衡

美国乔治大学的保罗·罗斯坦教授曾经说过：“20 世纪早期是法庭雄辩术的时代，而中期是论证证据的时代，晚期则出现了高精技术证据时代。随着智能犯罪的增加，出现了大量五花八门、令人眼花缭乱的典型案件，使得那些高精技术证据成为正确处理这些纠纷的最重要的依据。”电子技术的成熟，计算机技术的成熟，催生了电子证据。随着计算机和网络的日益普及，“电子证据也就走上司法的殿堂”。作为证据的一种新的表现形式，电子证据被世界上很多国家和国际组织认可。如加拿大《1998 年统一电子证据法》、菲律宾《电子证据规则》、印度《1999 年信息技术法》和《1872 年证据法》、美国《统一电子交易法》、联合国《电子商务示范法》等法律文件中明确使用了电子证据这一概念。在英国《1995 年民事证据法》和《青少年审判与刑事证据法》、法国《刑事诉讼法》、德国《刑事诉讼法》等法律规范中也包含有对电子证据的零散规定。电子证据在我国的《刑事诉讼法》，以及《公安机关办理刑事案件程序规定》、《人民检察院刑事诉讼规则》和《关于检察机关侦查工作贯彻刑诉法若干问题的意见》等司法解释中也有所体现，除此之外，国务院《互联网信息服务管理办法》，信息产业部、公安部、文化部、国家工商行政管理局联合颁布的《互联网上网服务营业场所管理办法》，信息产业部颁布的《互联网电子公告服务管理规定》等行政法规、部门规章也对电子证据作出了相关规定。这些规定在一定程度上为我国刑事案件中的电子证据问题提供了依据。

近日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布的《死刑案件证据规定》更是进一步明确了电子证据的审查判断规则，为电子证据在司法实践中的规范化运用奠定了法律基础。

一、电子证据的概念及其特征

（一）电子证据的概念

由于电子证据的内在无形性和外在的多样性，加之其所依托的计算机技术日新月异，其更新之快使得很难对电子证据从理论上加以精确定义。本文给出的定义只能是在已有的研究

成果基础上，结合司法实践对其加以理论归纳和抽象，因此其不是终局性的，而是可以继续推敲并随着技术的进步而不断发展的。

纵观，国外立法例关于“ 电子证据 ”的定义通常分为广义和狭义两种。广义的定义方式如联合国通过的《电子商务示范法》规定：“ 数据电文是指通过电子手段、光学手段或其他类似手段生成、发送、接收或者储存的信息，这些手段包括但不限于电子数据交换、电子邮件、电报、电传或者传真 ”。狭义的定义方式如加拿大《1998 年统一电子证据法》中的规定：“（1）‘ 数据 ’是指关于信息或概念的任何形式的表述。（2）‘ 电子记录 ’是指以任何媒介形式在计算机系统或其他类似设备中，或者借助计算机系统或其他类似设备记录或储存的，而且能够被某人或某一计算机系统或其他类似设备读取或识别的数据。它包括关于该数据的如下显示、打印输出或其他输出——除本法第 4 条第 2 款所指打印输出以外的显示、打印输出或者其它输出 ”。

自 7 月 1 日起刚刚施行的《死刑案件证据规定》对于“ 电子证据 ”采用的是列举概括的定义方式，即“ 电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、网络博客、手机短信、电子签名、域名等电子证据 ”。笔者认为，可将“ 电子证据 ”界定为：以电子的、数据的、磁性的、光学的、电磁的以及性能相似的相关技术形式存在，并能够证明案件真实情况的一切材料，包括但不限于电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、网络博客、手机短信、电子签名、域名等。

（二）电子证据的特征

电子证据作为诉讼证据的一种，必然具备客观性、合法性和关联性这三个基本特征，同时也有其自身鲜明的特征，这些特征既昭示了电子证据的优势，也暴露出其不足。

1. 高科技性

电子证据优于传统证据的一个方面表现在，占用物理空间很小的媒介物就可以储存大量的数据，且电子证据并不局限于传统证据的物理空间传递，它可以利用网络技术在虚拟的空间中进行传递，可以瞬间由一地传递到其他任何地点。因此我们可以快速地收集、保存和固定电子证据，使得取证活动变得便捷、高速。与此同时，电子证据无论产生、存储、提取、传输、识别，均必须依赖高科技设备，这就要求取证主体应当具备与电子证据相关的专业技术知识和技能。

2. 储存和提交形式多样化

电子证据表现为文本、图形、图像、音频、视频、计算机运行的程序语句以及它们的复合形式，储存于计算机硬盘、软盘、光盘、磁带等设备及介质中，其生成和还原均离不开计算机等电子设备。电子证据的提交形式可以相应地表现为文书、计算机硬盘、光盘等介质，因而具有与书证、物证、视听资料等证据种类相同或相似的表现形式，并且随着科技成果的不断丰富，电子证据的提交形式将会更加多样化。

3. 无原件和易破坏性

电子证据的特性决定了其很难满足传统纸面文书的原件特征，它在计算机系统或网络环境中传递，并以电子数据的形式记录下来，这很难被称之为传统意义上的有形“ 原件 ”。虽然电子证据一经生成必然会在计算机系统、网络环境中留下相应的痕迹或记录并被保存于系统自带日志或第三方软件形成的日志中，但由于计算机信息采取的是二进制信息编码形式，并以数字信号的方式存在，而数字信号是非连续性的，很容易被截取、监听、剪接、删除，且由于计算机系统、网络系统、物理系统的原因，该变化难有痕迹可寻。

4. 存在的广域性

电子证据因行为人使用网络种类的不同或目的不同，存在于局域网或互联网中，而在遍布全球的互联网的各地网络服务商提供的服务器就会留有电子证据。基于这一特性，对于电

子证据的取证活动常常非局限于某一地区或国家，且由于各地区或国家分属不同法域，对电子证据的法律规定自然存在差异，必然会带来取证上的障碍和冲突。

5. 实时准确性

行为人使用计算机及网络，是一个实时产生电子证据的过程，除了在行为人操作下形成的电子证据外，还存在计算机及网络针对行为人的操作活动自动记录的相关电子证据，特别在网络中电子证据都是实时形成的，并可以通过取证获得具体、详细且准确的时间记载以及变化情况。电子证据一经形成，便保持了其最初最原始的形态，如排除人为篡改或系统故障等外在因素，可以确定电子证据的准确性和真实性。它的这一特性决定了电子证据具有其他传统证据种类难以比肩的优越性，同时也使实时犯罪线索搜集与其他取证活动成为可能并富有成效。

二、电子证据的收集与人权保障的平衡

（一）电子证据收集过程与人权保障的冲突

电子证据的收集、认定就像一把双刃剑。一方面，电子证据可以快速全面地还原案件真实；另一方面，随着人们在生活中越来越依赖计算机和其他电子系统，当越来越多的电子证据作为法庭调查的对象时，个人隐私等人权的保障也越来越困难。我国对于公民隐私权的保护向来不受重视，隐私权常常被纳入民法中“名誉权”的调整范围，而电子证据的大量出现更使得公民隐私权受到更加严峻的挑战。随着经济的发展，不仅姓名、住址、职业、收入状况等个人身份的信息属于隐私，就连个人的上网习惯、网上消费倾向等都可以视为隐私权，这些信息若被不当使用，不仅可能侵犯公民个人的生活安宁，还可能对其造成经济上的损失。

侦查机关收集电子证据时，往往需要搜查犯罪嫌疑人使用的计算机、电子邮件和通过互联网获得的各项服务等，这其中可能有犯罪嫌疑人的犯罪证据，也可能有犯罪嫌疑人的私人信息，还可能有与刑事案件无关的他人的个人信息。如此，侦查机关在搜查电子证据时极有可能侵犯犯罪嫌疑人及他人的隐私权。

此外，在司法实践中，侦查人员常常使用秘密手段（如安装窃听、跟踪装置或秘密侵入他人的计算机系统）收集犯罪证据，以增加打击犯罪的力度，更迅速、准确地侦破案件，但一旦超过使用这些手段的尺度，滥用这些手段，很容易造成对公民合法权益的侵害。同时，鉴于我国刑事侦查过程中易产生的刑讯逼供现象，我们无法排除侦查人员破案心切而私自篡改所收集电子证据的可能。

（二）平衡两者间冲突的必要性——电子证据的合法性要求

合法性是所有证据材料是否具有可采性的一个重要标准，刑事诉讼中的电子证据也不例外。证据的合法性要求与严格遵守诉讼程序紧密相关，刑事诉讼中电子证据的形式、取证主体、程序、手段、来源符合法律规定的条件和要求，是电子证据能力不可或缺的要素。民事诉讼中“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据”，不得作为认定案件事实的依据。在刑事诉讼中，以非法手段收集证据也应不被允许，否则将会鼓励侦查人员的违法行为，纵容对公民隐私权利等的侵犯，甚至可能急功近利为破案而恶意篡改相关电子证据。因此，为保障犯罪嫌疑人及他人的合法权益、提高取证的效率及证据采纳率，必须严格按照法律规定的原则和步骤对电子证据进行收集和保存。

三、冲突之平衡一：发现和提取电子证据的原则

作为指导司法机关、电子技术专家和电子司法取证鉴定认证机构及律师等取证主体进

行刑事电子证据取证活动的基本准则，笔者归纳了以下几项原则作为规范、调整刑事电子证据取证活动的纲领性准则，贯穿刑事电子证据取证活动的始终。

（一）任意侦查原则

对于任意侦查，法律没有特别限制，即使法律没有明文规定，原则上也可以采取适当的方式进行。而对于强制侦查，则只有当刑事诉讼法有明确规定时，才可进行。 虽然目前学界对我国目前警察权力庞大又缺少审前司法审查制度的情况存在担忧，引入该原则可能会使人权保障更难落实，但笔者仍然认为，在刑事电子证据取证方面应确立贯彻任意侦查原则。电子证据的高科技性、易被破坏性、实时性，决定了侦查人员发现、收集证据的难度，为及时、有效地惩治与威慑网络犯罪分子，网络侦查人员通过使用科技手段建立对网络实时的跟踪、搜索和监视系统，针对网络中传输通信的往来数据和内容数据进行实时搜集和实时截获，以寻找未来可能发生的网络违法犯罪案件，并对已经发生了的网络违法犯罪案件实行即时取证，刑事诉讼法与证据法对此可不作限制，仅对一些可能动用强制侦查措施并严重侵犯公民合法权益的取证行为作出限制性的明文规定。

（二）比例原则

比例原则又可称为相当性原则，国家机关行使公权力，其所采行的手段必须是达成目的的适当手段与造成最小侵害的必要手段，而且手段与目的，或方法与目标之间，或国家公权力之干预程度与有益于社会公益之间，必须成相当比例，包括适当性、必要性与相当性三个原则。比例原则追求行使公权力以使法律有效执行实现惩罚犯罪、维护社会秩序与避免公权力对人权与自由不当侵犯、以保障公民权益二者之间的平衡。在刑事电子证据取证领域，比例原则体现于侦查机关在进行前述实时数据收集与截获等任意侦查活动时，保持必要之谨慎，以适度技术手段，将对公民隐私权、财产权的侵犯降至可容忍的限度，从而实现维护网络公共秩序与网络空间公民权益保障的平衡。比例原则可以说是对任意侦查原则的规范性准则，是对任意侦查原则应有的尊重公民权之意的重申与深化。

（三）强制侦查中的令状原则

世界上多数国家对强制侦查中的搜查、扣押电子资料等都采取令状原则，即侦查机关需依据法官签发令状，才可实施搜查、扣押等侦查行为。在英国，搜查分为有证搜查和无证搜查。在一般情况下，警察对嫌疑人进行搜查时，必须先向治安法官提出书面申请，由治安法官批准后签发搜查证，由警察负责执行。搜查证自签发后的1个月以内有效，每张搜查证只能使用一次。如果是有证逮捕，则可以在逮捕后进入犯罪嫌疑人的房屋进行搜查而不必另用搜查证。但如果是无证逮捕，则不允许在逮捕后直接进入嫌疑人的房屋进行搜查。《1984年警察与刑事证据法》第二编第20条扣押计算机化信息的权力范围：一、本条所适用的授予已经进入房屋的警察行使法规所赋予的每一项扣押权力应解释为包括有权要求贮存在计算机里且从房屋来看可以进入的信息以能够带来且可见、易读的形式展现出来。美国、法国、德国、日本等国家对此均有相似或相同的法律规定，以实现保护公民自由权和财产权，而在刑事电子证据取证领域，贯彻令状原则则是侧重对公民财产权与隐私权的保护，也是对强制侦查取证中搜查、扣押行为的约束，在目前我国超强行政性侦查活动中引入令状原则，对某些严重侵犯公民权的取证活动予以司法审查，是我国社会生活民主化法治化程度不断提高的必然要求。

（四）合法性原则

合法性原则本是传统证据学理论中调查取证坚持的基本原则，也是证据合法性的前提条件，笔者将其重申为刑事电子证据取证合法性的一个基本原则，是考虑了电子证据的特性和取证的特殊性，并结合非法证据排除规则的要求后，为突出该取证的程序合法价值理念而作出的选择。因为刑事电子证据取证中，主体不合法、取证程序不合法，其结果将直接导致取

证后结果的不真实，这一点与其它证据相比，尤其突出。传统的刑事证据种类，特别是实物证据，取证主体不合法、取证程序不合法，在很大程度上，取证结果无本质变化，证据失真的可能性相对小很多，但电子证据却相反，在其取证中，一个小小的失误，就可能改变其性质和内容，并且难以将其恢复原始状态，所以在刑事电子取证中坚持并突出合法性原则不仅是对程序保障价值的追求，更是为了实现案件的实质真实。

（五）及时性原则

及时性原则是传统证据学理论中另一基本原则，昭示着司法活动诉讼效率价值要求，也是节约司法成本的需要。刑事电子证据取证中坚持及时性原则，不仅仅体现于诉讼效率价值，还体现于司法公正方面。因为刑事电子证据易变特性决定了取证活动对及时的必然且急迫要求，不当的迟延将导致取证的失败，进而无法完成惩罚犯罪、维护社会秩序与安全的任务，司法公正更无从谈起。

四、冲突之平衡二：发现和提取电子证据的主体及规则

证据的合法性主要包括三个方面的内容：一是收集、提供证据的主体必须符合有关法律的规定；二是所提供证据材料的形式也必须符合有关法律规定；三是证据的收集和提取方式必须符合法律的规定。《死刑案件证据规定》未施行之前，理论界和实践部门对于电子证据的法律地位有诸多论证，但立法上却始终没有确定的回应。而《死刑案件证据规定》赋予“ 电子证据 ”独立的法律地位，使其在刑事证据种类中有了一席之地，并且规定了如何审查、认定电子证据。该规定明确了应主要审查电子证据的如下内容：“（一）该电子证据存储磁盘、存储光盘等可移动存储介质是否与打印件一并提交；（二）是否载明该电子证据形成的时间、地点、对象、制作人、制作过程及设备情况等；（三）制作、储存、传递、获得、收集、出示等程序和环节是否合法，取证人、制作人、持有人、见证人等是否签名或者盖章；（四）内容是否真实，有无剪裁、拼凑、篡改、添加等伪造、变造情节；（五）该电子证据与案件事实有无关联性。对电子证据有疑问的，应当进行鉴定。 对电子证据，应当结合案件其他证据，审查其真实性和关联性。”因此，我们可以在该规定的基础上，对电子证据的取证主体及取证规则加以进一步的设想和论证。

（一）电子证据的取证主体

电子证据的特性决定了其取证主体与传统证据取证主体的不同。在刑事诉讼中，取证主体的特定性是刑事电子证据是否具有证据能力及取证活动是否合法的关键因素。

1. 侦查机关

毫无疑问，刑事诉讼中最重要的取证主体是侦查机关，包括公安机关（含网络警察）、检察院、国家安全机关、军队保卫部门、监狱和海关缉私部门。网络警察是侦查人员中对刑事电子证据进行取证的代表性主体，是从事刑事电子证据取证，监控网络犯罪的主要力量。在美国，出于打击日益猖獗网络犯罪的目的，成立有专门收集网络犯罪证据、反击黑客的组织，如计算机紧急反应小组（CERT），高科技犯罪侦查组织（HTCIA）以及国家基础建设保护中心（NIPC）等。他们的任务就是及时应对网络运行中出现的紧急情况，协助收集隐藏在网络空间中的证据，网上追踪罪犯，提供有关电子证据效力法律帮助等。在德国、英国和法国也都成立有网络警察组织，虽然他们的名称并不完全一致，但目的都是为了追查网上各种形式的犯罪，搜索犯罪证据，维护网络秩序。

2. 辩护律师

律师是刑事电子证据取证主体，这一点在各国法律上均没有争议。我国刑事诉讼法和律师法均为律师作为刑事电子证据的取证主体提供了法律依据。同时还具有以下法理依据：

其一，是发现案件真实和维护犯罪嫌疑人合法权益的条件；其二，是律师有效行使辩护权的前提；其三，符合维护程序正义的要求。

3. 电子技术专家和电子司法取证鉴定认证机构

电子技术专家是那些对电子技术精通并在某些领域拥有特长的人员，应隶属于电子司法取证鉴定认证机构，其取证活动是法律行为，类似鉴定活动，否则就不能成为取证主体，只能成为类似专业技术辅助人员的角色，如：取证中涉及相关网络服务公司的管理员、被害公司的电子技术人员等。电子技术专家可以在下列方面发挥作用：(1) 从获取某一电子证据的困难程度和最终的可能结果分析，给出是否提取该电子证据的建议；(2) 制定提取某一电子证据的计划、步骤，以及相应的要领；(3) 协助搜查、扣押计算机硬件寻找潜在的电子证据，依法定的程序提取，从技术的角度确保证据的真实性和完整性；(4) 恢复被删除的某一电子证据；(5) 协助保管某一电子证据，保证其不遭改动；(6) 作为专家证人出庭作证，介绍收集、保全电子证据的技术过程的可靠性，解决相关技术问题，并接受对方当事人和律师的质询等；(7) 对有关电子证据的专门问题鉴定结论。 电子技术专家作为专家证人出庭作证，不存在理论上的障碍，但如果已作为取证主体则不能同时作为鉴定人出具相关的鉴定结论，除非对同一取证对象（鉴定对象）分别由两位无回避理由的电子技术专家分别取证和鉴定。电子技术专家组成的电子司法取证鉴定机构，不仅具有传统的鉴定职能，还应具有电子证据的取证职能，因为其依法成立，所以该机构经委托后取得的电子证据具有证据能力，可以作为刑事诉讼认定案件事实的依据。同时，该机构还可以面向社会，接受司法机关、企事业单位、公民个人的委托，提供有偿司法取证服务。

刑事电子证据的取证主体主要包括上述三种，而且具体的取证活动研究也是以司法人员和电子技术专家、电子司法取证鉴定认证机构为重点的，因此其它主体（如：自诉人）在此不再赘述。

（二）发现和提取电子证据的规则

电子证据的取证过程必须严格执行具体的证据操作规范，为保证数据收集、获取及采证的连续性，要对数据获取过程进行详细、具体的归档，对被取证的电子证据材料的原始状态、周围环境、采用的技术方法、具体操作、获取的结果、分析的结论进行详细书面描述，注明取证人员的姓名、职务、操作时间、地点等，保证证据在采集的整个过程中不会被恶意删除、篡改，保证电子证据材料的真实性和合法性。笔者认为，刑事电子证据取证活动因其特点而应适用以下几种证据规则约束和规范，以保证取证合法、有效，实现打击犯罪与保障人权的统一和平衡，为随后的举证、质证和认证活动奠定基础。

1. 关联性规则

英美法系国家与大陆法系国家对于证据的关联性均有规定，但侧重点不同，英美法系的关联性侧重规范证据的证据能力，而大陆法系则侧重于规范证据的证明力。英美法中的关联性是指证据必须与案件的待证事实有关，从而具有能够证明案件的待证事实的属性。取证中适用的关联性规则应主要是用于规范证据的证据能力，刑事电子证据取证因而受到这种关联性证据规则的规范。

刑事电子证据取证中，取证主体面对与案件事实可能有关联并保存于各种载体上的数据或信息，首先将其划分为数据电文、附属信息和系统环境三大类，然后再根据关联性规则识别前述数据或信息，之后确认其证据能力。具体要求如下：第一，根据案件性质，划定取证范围。因为不是每一个案件都必然存在前述三类数据或信息，如：在非法入侵、破坏计算机系统信息犯罪中一般只有附属信息和系统环境两类数据信息。第二，识别可获取的数据或信息类型，使用匹配工具传输获取的数据或信息到取证机上。第三，分析该数据或信息与案件事实有无关联，关联程度如何，是否为实质性关联，其中附属信息与系统环境往往要相互

结合才与案件事实发生实质性关联，确定能够证明案件事实的数据电文证据、附属信息证据和系统环境证据，并排除相互之间的矛盾。

2. 搜查、扣押规则

众所周知，很多国家的法律对于侦查人员的包括搜查、扣押在内的侦查取证行为都规定了法官预审程序，由法官签发司法令状作为批准其实施的条件。因而刑事电子证据取证中的搜查、扣押行为应在审前程序中，向法官申请令状，这一点同我国目前的现行法律规定不符。公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》第197条规定，计算机犯罪案件的现场勘查，应当立即停止应用，保护计算机及相关设备，并复制电子数据。第215条规定，扣押犯罪嫌疑人的邮件、电子邮件、电报，应当经县级以上公安机关负责人批准，签发扣押通知书，通知邮电部门或者网络服务单位检交扣押。考虑到刑事电子证据多存储于计算机及网络上，在计算机存储的空间和网络上特定于个人化的虚拟空间，可能保存有大量的公民个人隐私和公司、企业的大量商业秘密，因而不应由侦查机关本部门负责人批准取证，我国在刑事诉讼法修改时，应参照外国的司法令状规定，明确规定对某些可能严重侵犯公民隐私权和企业公司商业的秘密的搜查、扣押取证活动需经法官批准并签发搜查令和扣押令，并明确搜查和扣押的范围，除对营利性公共场所外存在的，为公民个人或企业公司所有或控制的计算机及所属网络空间，均不得无令状而被搜查扣押。

3. 可靠性规则

可靠性规则是刑事电子证据取证活动特有的规则，是基于刑事电子证据的易变性、不稳定性等特性建立的。通过规范电子证据可靠性来保证其真实性。因为可靠性规则是保障取证中的电子证据的真实性的外部条件。因此取证主体在具体取证活动中谨遵以下规则：第一，考察刑事电子证据生成、存储、传输的程序、系统、网络状态是否正常可靠稳定，排除非法入侵、非法控制、非法操作等情况发生。第二，考察计算机网络系统环境运行是否良好，排除系统自身故障，排除感染计算机病毒的可能。第三，考察计算机网络的物理环境，排除高温、高压、静电、电磁影响破坏刑事电子证据生成、存储、传输的可能。第四，运用网络取证分析技术考察刑事电子证据在生成、存储、传输过程中有无剪接、删改、替换的情况，其内容是否前后一致、通顺，符合逻辑。

参考文献：

①马进保、刘祁宪：《智能诉讼》，公安部群众出版社 1990 年版。

②何家弘：《电子证据法研究》，法律出版社 2002 年版。

③韩鹰：《对电子证据的法律研究》，《中国律师 2000 年大会论文精选》上卷，法律出版社 2001 年版。

④刘晓丹：《美国证据规则》（译），中国检察出版社 2003 年版。

⑤李学军：《美国刑事诉讼规则》（译），中国检察出版社 2003 年版。

⑥王佩岚：《刍议电子证据》，人民法院报 2003 年 08 月 19 日。

作者单位：安徽金亚太律师事务所

在宽严相济刑事政策下构建前科消灭制度

孙舒维　毕孟琪

【内容摘要】在我国，曾经受过有罪宣告或者被判处刑罚的人就会有犯罪前科，在其入伍就业的时候，应当如实向有关单位报告自己曾经受到过刑事处罚，不得隐瞒，这就是我国刑法所规定的前科报告制度。但是，永久保留曾经的犯罪分子特别是未成年犯和轻刑犯的犯罪前科，不利于其完全回归社会，也不利于宽严相济的刑事政策的贯彻，所以笔者认为，我国应该坚持宽严相济的刑事政策，并在此基础上全面构建合理有效的前科消灭制度。本文中，笔者对前科消灭制度进行了介绍，并对在我国如何构建该制度提出了相应的对策，相信前科消灭制度将在我国的刑事司法体制中充分发挥作用。

【关键词】前科消灭制度　宽严相济刑事政策　回归社会　社会危害性　构建

我国现阶段所坚持的宽严相济的刑事政策是在刑事司法实践的过程中形成的，主要包含双重含义：宽，就是要坚持区别对待的基本原则，依法应当宽大处理的就要宽大处理，对情节轻微、主观恶性不大的犯罪人员，尽可能给他们改过自新的机会，依法从轻减轻处罚。严，就是要毫不动摇地坚持“严打”方针，集中力量依法严厉打击恶性刑事犯罪，对危害国家安全犯罪、黑社会性质组织犯罪、严重暴力犯罪以及严重影响人民群众安全感的多发性侵财犯罪必须从严打击，决不手软。[①]宽严相济的刑事政策要求司法机关在具体的司法实践中贯彻宽严互补、区别对待的原则，而前科消灭制度是对宽严相济刑事政策的坚持和丰富发展。前科消灭制度体现的是对未成年犯和轻刑犯等社会危害性不大的犯罪分子的宽大处理，充满了浓重的人性关怀，是在具体司法实践中贯彻了宽严相济刑事政策中宽的一面。另外，对一些社会危害性较大的恶性刑事案件犯罪人不适用前科消灭制度则体现了宽严相济刑事政策中严的一面。所以我们可以这样说：前科消灭制度是宽严相济刑事政策的具体体现，宽严相济刑事政策要求在我国构建前科消灭制度，并在具体的司法实践中具体运用该项制度，推进宽严相济刑事政策的具体贯彻。如何打破长时间的前科记录传统从而全面构建前科消灭制度是我们面临的首要问题，现在我们就从前科消灭制度的概念入手，谈谈如何在我国构建合理有效的前科消灭制度。

一、前科消灭制度的概念及其来源

（一）前科消灭制度的概念

前科消灭制度又可以称为犯罪记录销毁制度，是指曾经受过有罪宣告或者被判处刑罚的人在其具备法定条件时由法定机关注销其有罪宣告或者被处刑记录的制度，在此制度下，该行为人曾被国家审判机关依法宣告有罪或者判处刑罚的法律事实将被视为不再存在，其复归社会的不利因素消失，正常法律地位得以恢复。所以，前科消灭制度是对犯罪标签的事后摘除，有利于犯罪行为人重新融入正常的社会生活，从而消除社会矛盾，对犯罪行为人和社会都具有重要的意义。[②]

（二）前科消灭制度的来源

前科消灭制度最初起源于法国，是 17 世纪后半页在君主赦免权基础发展起来的。最初是通过国王的赦免行为，被处罚者在刑罚执行完毕和赔偿被害人经济损失之后，可以从有损

声誉的污点中解脱出来。在取消国王的赦免权之后，1791 年的《法国刑法典》把该权力赋予了法院，并在以后历次修订刑法和刑事诉讼法的过程中逐步完善了该制度。在法国的现行法律中，除 1994 年的《刑法典》中设专节规定前科消灭内容外，还在《刑事诉讼法典》中专门对未成年人前科的消灭作了全面具体的规定。法国的未成年人前科消灭制度确立后，由于成效显著，世界各国纷纷仿效，现在已经成为世界上绝大多数国家和地区普遍采用的一项刑事制度。另外，这些国家和地区的立法和司法实践表明，该制度对于预防重新犯罪具有明显的效果，已成为世界刑事立法的潮流和趋势。

二、我国应当全面构建前科消灭制度的原因

从严格意义上来说，我国并无明确的前科消灭制度。相反，我国《刑法》第 100 条还强调，依法受过刑事处罚的人，在入伍就业的时候，应当如实向有关单位报告自己曾经受到过刑事处罚，不得隐瞒。所以，在坚持贯彻宽严相济刑事政策的今天，全面建立具有中国特色的前科消灭制度具有一定必要性和紧迫性，具体原因如下：

（一）构建前科消灭制度是建设社会主义和谐社会的需求

现阶段，我国致力于全面建立社会主义和谐社会，促进全社会健康有序稳定的发展。但是前科人员在社会上的大量存在及其所诱发的较高的重新犯罪率已成为威胁社会稳定与和谐的重要因素，有时甚至可能在一定时期内会激化社会矛盾，引发社会冲突。因此，构建前科消灭制度，有条件的消灭行为人的犯罪前科，撕掉其“ 罪犯 ”标签，可以尽力消除社会对前科者的身份歧视，为其排除新生的障碍，架起其复归社会的正确道路，从而有效地化解社会矛盾，防止前科人员重新犯罪，最终维护社会的稳定与和谐发展。

（二）构建前科消灭制度有利于全面贯彻法律面前人人平等原则

法律面前人人平等原则是我国宪法确立的社会主义法制的基本原则。任何公民，不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限，都一律平等地享有宪法和法律规定的权利，也都平等地履行宪法和法律所规定的义务。我国一些基本法律都规定了这一原则，而《刑法》作为惩罚犯罪保护人民的基本法律则更加贯彻这一原则。[③]所以，平等权是公民作为权利主体平等参与国家管理和社会生活的基本前提和条件。但是犯罪前科的无限期存在使得有前科者永远是“ 二等公民 ”，他们在就业、受教育等方面遭受社会的歧视和不公平的待遇。一个刑罚已执行完毕并诚心悔改，一直保持良好品行的人，应当有权利享受与其他社会成员平等的待遇，而不应因其曾经犯过罪而终身背上沉重的枷锁，承受着种种不利的后果。所以，前科的消灭可以为有前科的人和其他正常人一样平等地就业、入学和入伍等提供条件，从而实现法律上的平等原则。

（三）构建前科消灭制度有利于我国经济的快速发展

当前我国正处于经济蓬勃发展时期，经济的发展离不开科学技术力量的支持，各行各业都大量需求各种技术人才，但是前科的永久存续把前科者特别是有一定技术的前科者和正常的市场活动隔离开来，一系列资格与权利的限制或剥夺以及社会的歧视、不信任使得前科人员成了社会的“ 局外人 ”，那些真正拥有相关技术的前科人员不能投身于经济建设之中从而实现自己的社会价值，不利于我国经济的快速发展。因此，建立前科消灭制度，给予那些诚心悔改的犯罪人一个用自己所学的科学技术报效社会的机会，从而对于促进社会主义经济稳定有序的发展有很大的积极意义。

（四）构建前科消灭制度有利于犯罪人早日回归社会并降低再犯率

对犯罪人而言，这是前科消灭制度最现实的意义。众所周知，犯罪前科的存在，将犯罪当事人产生一系列的消极影响或者不利的法律后果，如导致当事人在民事和行政等方面的资

格或者权利受到限制或者剥夺。保留前科制度的主要目的是防止为犯罪人提供再次犯罪的机会，但对于诚心悔悟的轻刑犯以及未成年犯而言，无限期地保留前科，将给其带来长期的消极影响，打击其重新做人的信心，延缓他们复归社会正常生活的进程，有可能使他们成为社会新的犯罪隐患。所以，有条件的取消曾被刑事处罚的行为人的刑事污点，有利于对他们的教育和感化，降低再犯率。

三、在我国如何合理有效的构建前科消灭制度

根据上文所述，在我国全面构建前科消灭制度是宽严相济刑事政策的基本要求，有利于帮助犯罪人回归社会，实现社会的全面和谐。但是，前科消灭制度不能被滥用，并不是所有的犯罪人不论罪行大小和性质都可以适用该制度，也不是不需要任何条件就可以适用该制度，构建前科消灭制度也要体现宽严互补、区别对待的基本原则，只有合理有效构建该制度，其积极作用才能够充分发挥。如何合理有效的构建前科消灭制度，使得适用该制度的犯罪人不再危害社会，我们将从以下几个方面对这个问题进行分析：

（一）从适用对象上进行归置

以下几种犯罪分子的社会危害性较小，消灭其前科不会危及其他社会成员的人身财产安全，可以酌情适用前科消灭制度：

1. 未成年犯（具有严重社会危害性的未成年犯除外）

从犯罪原因来分析，未成年人由于社会化程度较低，文化知识和社会知识相对缺乏，辨别是非善恶及控制自己行为的能力较差，容易受到不良社会环境的侵蚀和毒害，容易走上违法犯罪的道路。但是我们必须明确的是未成年犯主观恶性不深，可塑性以及可改造性较大，正确引导和及时教育、改造，极易塑造出一个崭新的形象，如果因其初犯、偶犯，而终生被贴上“ 罪犯 ”的标签，等于切断了其回归社会的路径，使其容易受到社会的歧视和排斥，那么今天的未成年罪犯，可能变成明天的成年罪犯。所以对未成年犯适用前科消灭制度意义深远。④

2. 过失犯

在这种情况下，犯罪人应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生相应的犯罪结果⑤。我们认为过失犯的主观恶性较故意犯而言较小，社会危害性也不大，如果永远保留其犯罪前科不利于该犯罪人复归社会，过上正常的社会生活，应此可以对其适用前科消灭制度。

3. 被判处拘役以及三年以下有期徒刑的轻刑犯

这种犯罪分子主观恶性和客观社会危害性都不大，根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现，适用前科消灭制度确实不致再危害社会的，可以酌情适用前科消灭制度保护其复归社会的权利。

另外，为了保护社会的安全稳定发展，累犯和惯犯不得适用前科消灭制度，严重刑事犯罪如危害国家安全的犯罪以及因抢劫、强奸、故意杀人、故意伤害等暴力犯罪被判处十年以上有期徒刑、无期徒刑、死刑的犯罪人以及犯罪手法极端恶劣的犯罪人不适用前科消灭制度。⑥

（二）适用前科消灭制度应当具备一定的悔改条件

悔改条件是前科消灭制度实行的关键，只有从内心完全悔改，才能减少甚至消灭其人身危险性，使其在回归社会后不再给社会带来新的危害，真正实现前科消灭制度的存在价值。有犯罪前科的行为人是否真正悔罪，改过自新，可以通过观察其在一定时间内是否遵纪守法、

表现良好来确定，主要表现为在消灭其前科之后没有再犯新罪以及没有实施比较严重的违法行为。另外，有其他特别突出表现的也可以视为悔罪，如阻止他人重大的犯罪行为；见义勇为；在生产、生活中舍己救人；有发明创造或重大技术革新；对国家和社会有其他重大贡献等。只有在有充分的证据证明其诚心悔悟，不致再次危害社会安全的情况下，才能适用前科消灭制度。

（三）应当制定合理有效的法定程序全面推进前科消灭制度的正确适用

应当制定严谨的适用前科消灭制度的配套程序，只有这样，该制度才可以落到实处。目前我国暂时尚无相关的程序，应当及时填补此方面的空白。我们可以从以下几个方面入手构建前科消灭制度的配套程序。

1. 撤销前科的申请

申请的提出者应该是有前科者本人，应通过书面形式提出消灭前科的申请，有前科者有特殊情况不便提交申请时，经过有关机关的批准，也可由其近亲属代为提交。如果有前科者是未成年人的，申请人也可以是其父母或其他监护人。

2. 申请的受理和审查

受理前科消灭申请的机关应该是确立前科的人民法院，即作出最终判决的人民法院。人民法院应该建立专门的前科消灭审查部门，由工作经验比较丰富的法官来审查消灭前科的申请。另外，人民法院接受消灭前科的申请后，应在半年内进行审结，并依法作出是否消灭前科的决定。

3. 撤销前科决定的执行

法院在经过审查和确认后，若认为前科消灭的申请符合前科消灭的条件并做出前科消灭决定后，应当及时通知保留前科记录的机关注销该犯罪人前科记录，并且及时将撤销前科的决定通知当事人。

通过以上途径，我们可以在宽严相济的刑事政策之下合理构建前科消灭制度，使其有利之处充分发挥，促进曾经的犯罪人回归社会，过上正常的社会集体生活。最后，值得一提的是在我国部分省市，前科消灭制度已试点实施，并取得了可喜的效果。所以我们有理由相信，在未来的日子里该制度一定会在我国的刑事司法体制中大放异彩！

注释：

①2006 年全国政法工作会议：《政法工作会议：宽严相济刑事司法政策构建和谐》，载中国平安网。

②马克昌：《刑罚通论》（修订版），武汉大学出版社2006年版，第761页。

③高铭暄 马克昌：《刑法学》（第二版），北京大学出版社 高等教育出版社 2005 年版，第 29 页，第 119 页。

④朱胜勇：《少年事件处理法新论》，台湾三民书局有限公司 1976 年版，第 247 页。

⑤高铭暄、骏昌：《刑法学》（第二版），北京大学出版社高等教育出版社 2005 年版，第 119 页。

⑥喻伟：《刑法学专题研究》，武汉大学出版社 1992 年版，第 373 页。

作者单位：安徽金亚太律师事务所

完善检察监督　建设生态安徽

聂志琦　　关朝银

【内容摘要】自 2007 年 12 月在安徽省经济工作会议上，省委第一次提出“政治生态建设”这一命题以来，全省上下都在调动各方力量，共同推进政治生态建设，其中检察机关的法律监督权是不应该被忽视的一支有生力量。根据我国宪政体制的安排，检察权与行政权、审判权并列，承担法律监督的职能，对严重破坏国家法制的行为实行追诉，维护国家法制统一，而且检察监督还具有专业化、规范化的特点，并以国家强制力为后盾。所以检察机关理应并且能够承担起整顿党风、政风、社会风气的责任。但是，检察监督还存在着体制不顺、职权虚化、监督不到位的问题，需要我省对症下药，完善和加强检察监督，促进检察机关更好地行使检察监督权。

【关键词】检察监督　政治生态　　法律监督

政治生态是各种政治要素关系结构及其运行方式的综合体，是一个地方政治生活以及政治发展环境的集中反映。当前，安徽政治生态建设正在积极进行之中，创新政治生态建设的路径和方法成为增强政治生态建设效果的基础性工程，检察机关及其依法开展的法律监督，是政治生态建设中的一支不容忽视的主力军。

一、检察机关是我国专门的法律监督机关

与西方公诉型的检察制度不同，我国的检察制度是一种控权型的检察制度。在我国，检察权是隶属于统一的最高国家权力，与行政权、司法权并列的一种独立的国家权力，具有与其他国家权力明确不同的国家职能，即法律监督权。检察机关的这一与西方国家截然不同的新身份，是由我国的历史传统和现行政治体制共同决定的。

中国自有国家以来，高度集中的皇权就是国家权力的核心。为了防止各级官员的腐败和权力膨胀，更主要的是为了时刻掌控国家权力的每一个分支，封建王朝的君主们在二千多年的时间里逐步建立了一种特殊的国家监督机构——御史。御史制度是中国古代特有的政治法律现象，它创始于秦汉，发展于魏晋南北朝，日臻完善于隋唐两宋明清，经历了监察御史、御史台、御史院、都御史等不同形式，贯穿于中国整个封建社会的始终。御史组织的职权主要有两个：一是代表中央集中统一监督法律和法令的实施，对违反朝廷法令的官吏进行弹劾；二是通过参与或干预审判活动，监督审判权的行使。并且，为保障监督有效进行，御史机构是独立于行政权、司法权，直接隶属于皇权的，无论组织机构、人员配置和资金保障等方面均自成体系。御史制度虽是封建专制统治的工具，但它所蕴涵的治权理念——设置独立的监督机关、行使独立的监督权，以达到防止权力滥用、维护法制统一的目的——还是积极的，对后世有着深刻的影响。中国检察制度的某些内容就可以在御史制度中找到源远流长的文化传承，如法律定位、职能设置、追诉犯罪等。

1949 年 10 月 1 日，社会主义新中国成立，社会主义国家权力的基本性质和运行方式就是我国设置控权型检察制度的政治基础。社会主义国家制度是一种前所未有的事业，怎样在社会主义制度下保障人民的权利，最重要的就是要保证法律实施的完整和统一。我国实行议行合一制度，人民代表大会代表人民统一行使国家权力，其他国家权力都来源于人民代表大

会，由其产生，对其负责。在这种新型的国家制度下，行政权、军事权和审判权都是相对封闭的运行系统，不存在西方那种分权制衡的关系。而且由于人民代表大会对行政权、审判权的监督只是宏观监督，而不是一种经常性的具体的监督，客观上就需要有一种新形式的权力约束和法律保障制度，承担常规性的监督职责，发挥以权力制约权力作用，防止行政权、审判权滥用，保障宪法和法律能够在全国范围内统一正确的实施。如此，法律监督职能就从其他国家职能中彻底分离出来并专门化，赋予检察机关行使，检察机关继而成为由人民代表大会产生并向其负责的一个独立的国家机关，专门行使检察权，履行法律监督职能。

由上可知，我国检察制度赖以存在的历史传统和政治结构决定了在中国语境下检察权必然承担权力监督的角色，而不仅仅限于公诉职能。故此，文革结束后重建检察机关时，时任中共中央副主席的叶剑英同志在《关于修改宪法的报告》中就检察机关的定位做出了这样的阐述：“ 鉴于同各种违法乱纪行为作斗争的极大重要性，宪法修改草案设置人民检察院。国家的各级检察机关按照宪法和法律规定的范围，对国家机关、国家机关工作人员和公民是否遵守宪法和法律，行使检察权 ”。颁布的宪法第 129 条作出了 “ 中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关 ” 的规定。这是我国根本大法关于检察机关的定位。在此基础上，根据相关法律授权，检察权的每一项权能中都蕴涵着法律监督的实质，具体表现在以下方面：1. 检察机关依法对分裂国家、危害国家安全、损害国家利益的行为以及严重破坏国家政策、法律法规统一实施的重大案件行使检察权，从而维护国家、社会和公民的合法权益，创造和谐的社会秩序。2. 检察机关对国家工作人员的职务犯罪有侦查和起诉的权力，从而有效监督行政权，促进依法行政、廉洁行政。3. 检察机关对公安机关、人民法院、监狱等部门在侦查、审判、执行、监管等诉讼过程中的行为实行诉讼监督，从而监督司法权，促进司法公正。

建国以来，中国各级检察机关依法履行职权，以法律监督机关的身份，对严重破坏国家法制的行为实行追诉，维护了国家政权和社会的稳定，这使得检察监督权成为国家政权体系中一项不可或缺的独立而又重大的权力。

二、检察监督对我省政治生态建设的重要意义

政治生态是一个地方政治生活现状以及政治发展环境的反映，是党风、政风、社会风气的综合体现，其核心就是党员领导干部的作风问题。省委书记王金山多次强调要以改进领导干部作风为重点，进一步营造良好的政治生态。而党员领导干部的作风建设中最突出的问题就是腐败。总体上看，我省政治生态环境是好的，主流是健康向上的，但是在某些领域党员干部违纪违法案件仍然呈易发多发态势，权钱交易频频发生，动辄上百万。涉案干部级别也越来越高，近十年来，已有 30 余名市厅级以上领导干部受到刑罚处罚。在金融、建筑等腐败多发领域，窝案串案普遍，一般是查处一人扯出一窝一串。 如此严重的腐败势头，首先给我省造成了一定的经济损失，其次有些职务犯罪案件还引发了群体性事件，破坏了社会稳定，严重影响了我省的经济发展，败坏了党风、政风和社会风气。可以说，腐败是我省政治生态建设中的最大阻碍，因此，反腐倡廉应当是我省政治生态建设的主要着力点。

剑桥大学教授阿克顿勋爵有句名言：“ 权力导致腐败，绝对的权力导致绝对的腐败 ”。精确地揭示了腐败的根源。反腐倡廉就必须针对这一根源，从治权入手，权力只有受到控制和约束才不会被滥用。在我国，通过长期的法治实践，逐步形成了人大监督、检察机关的法律监督、人民群众的监督、行政监督等一整套监督体系。其中，检察机关作为法律监督机关的宪法地位和性质，决定了其必然是监督行政权力、打击和预防腐败的主力军。而且与其他监督形式相比，检察监督有着其他监督方式所不可替代的特点。

（一）检察机关是一支专业的、独立的、具有权威地位的监督机关，能够胜任监督工作。首先，检察监督权是与行政权、审判权并列的国家权力，是依法设置的专门的法律监督机关，具有权威地位。同时这种宪政定位又决定了检察监督相对于受其监督的行政权、审判权来说，是与之相分离的独立体系，是来自外部的、更具客观性的监督。而且，检察机关实行上下一体化的组织结构，既可以形成法律监督整体合力，又可以加强对自身运行的监督与制约。 另外，根据《中华人民共和国检察官法》，担任检察官必须在专业上至少应是高等院校法律专业本科毕业或者高等院校非法律专业本科毕业具有法律专业知识，从事法律工作满二年，这样就确保了检察官具有相当的专业水平，能够胜任法律监督工作，保证了监督质量。

（二）检察监督是一种规范性的法律行为，不是任意的，其对象、内容、范围、方式、手段、条件、程序、效力等，都由法律明文规定。检察监督的权力来源是包括《宪法》、《人民检察院组织法》、《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》等在内的由全国人民代表大会制定的法律，权力内容是由宪法、宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例、规章等规范性文件所规定的。而且检察监督只是“ 使任何地方政权机关的任何决定都不同法律抵触 ”，因而只能 “ 对一切不合法律规定提出异议 ”， 引起一定的程序，而没有任何行政决定权和审判裁决权。这就保证了检察监督的严肃性、稳定性、谦抑性，在监督他人时最大程度地避免了自身出现权力滥用问题。

（三）检察监督以国家强制力为后盾，是最为严厉的监督方式。检察监督具体表现为侦查权、起诉权、批捕权、纠正违法权，都普遍具有国家强制力，必要时可以采取剥夺被监督对象人身自由的方式来进行，被监督的单位和公民必须认真接受和执行，否则既构成违法。这种特性保证了检察监督能够有效进行。另一方面，检察监督是以刑事追诉的方式来进行的，如果其对被监督对象的指控成立，被监督对象就要承担刑事责任。基于此，检察机关的法律监督是其他监督形式的坚强保障和最后司法救济的有力手段，其他监督形式的最终实现必须借助检察机关的法律监督手段。

专业性、规范性、强制性是检察监督的特点，也是其优势所在。检察监督正是以雷霆手段、规范化运转，准确、及时地打击了我省职务犯罪蔓延的趋势，很好地完成了我省反腐倡廉的总体部署，清理了党风、政风，净化了社会风气。以 2008 年为例， 全省检察机关坚持标本兼治、综合治理、惩防并举、注重预防的方针，加大了查办和预防职务犯罪工作力度，全年共立案侦查职务犯罪案件 1238 件 1591 人，其中贪污贿赂案件 1018 件 1327 人，渎职侵权案件 220 件 264 人，为国家挽回经济损失 25822 万元；同时积极开展个案预防、专项预防和系统预防，推动教育、制度、监督并重的惩治和预防腐败体系建设，为把腐败扼杀在摇篮里起到了积极作用。

三、在政治生态建设的实践中完善和加强检察监督

当前安徽正处在加速崛起的关键阶段，机遇前所未有，挑战也前所未有，我们比任何时候都更需要一个良好的政治生态，以此内聚人心、外树形象，形成推动科学发展的强大合力。检察监督的作用自然不容忽视。但是由于体制上和实践中各种因素的影响，检察机关在法律监督工作中还存在着力度不够、水平不高、监督不到位的问题，未能完全发挥出其真正的作用，因而需要在政治生态建设的实践中针对问题根源，完善检察监督权加强检察监督工作。

究其实，检察监督不力的根本原因，就在于检察机关对政府的依附。我国检察机关系双重领导体制：在人事方面，地方各级人民检察院的人事任免基本上由地方党委提名经本级人大及其常委会决定；在财政方面，地方各级人民检察院的办案经费及工作人员的工资福利列入同级政府财政预算；在业务方面，地方各级人民检察院接受上级检察机关的领导。由于人

事权和财权都掌握在地方人大和政府手中，所以这种双重领导体制在一定程度上就异化为以地方为主。这样的弊端在于，检察机关与地方政府的关系在事实上就不再是宪法所规定的平等及相互制约的关系，检察机关沦为地方政府的“附庸”，通过检察监督权制约政府权力就会困难重重了。从另一方面来说，我省正好可以利用省人大及其常委会和政府对检察机关的影响力，针对我省政治生态建设中出现的问题，在宪法和法律的范围内，对我省检察监督的现状进行部分改良，充分发挥检察监督权的积极作用。那么对检察监督权的充实与完善，是我省可以作为之处。主要有以下三个方面：

首先，正确认识检察监督权的宪政地位。当前，对检察机关的法律监督权，不少人往往只提其诉讼监督职权，而有意无意忽视其对政府的监督职权，这无疑使检察监督的权能大大缩小，更主要的是不符合我国的宪政体制。我国实行的是统一的国家权力之下行政权、审判权与检察监督权并列，通过国家权力机关对它们的监督以及它们相互之间的制约与监督，来保证权力运行的廉洁、高效。如果检察监督只是对审判权的监督，那么这三种权力之间就不能形成相互制约的链条，极可能造成权力失控。所以，我省必须充分肯定“检察机关是国家专门的法律监督机关”这一宪政定位，促使检察机关走出单一的司法监督的小天地，回归宪法所规定的法律监督的大舞台，促使各级政府机关自觉地、积极地接受检察机关的监督。

其次，充实检察监督的具体权能，使其具有可操作性。在我国，宪法虽然明确了检察机关是法律监督机关，但是相关的职权配置却比较粗放、简单，检察机关无权介入政府行政行为，只能等犯罪发生之后才有权进行追诉，不能起到预防犯罪的作用。因此，可以考虑通过地方立法充实《宪法》和《人民检察院组织法》的相关内容，赋予检察机关对一些行政行为——如关系重大国计民生的、职务犯罪多发领域的行政行为等一定的程序参与权，便于适时监督，从而消弭犯罪隐患；也便于及时发现犯罪，及时收集固定证据，有效查获犯罪。

第三，明确检察建议权，加强犯罪预防。检察建议是检察机关履行法律监督职能的方式之一，“它是在一定范围内，针对行业、系统和相关单位在机制、制度、管理、执法等方面存在的问题，以检察机关的名义，提出堵塞漏洞、消除隐患、改进管理、规范执法的建议或对策”。作为一种非诉讼性活动，检察建议的方式较灵活、针对性强，易于为相关单位接受，预防犯罪的效果比较理想。但是这项检察监督权仅在作为司法解释的《人民检察院刑事诉讼规则》中提到“对扣押在人民检察院的犯罪嫌疑人的违法所得需要没收的，应当提出检察建议，移送有关主管机关处理”。这条规定法律效力不高，而且适用范围狭窄，也缺乏必要的适用条件、范围、程序等规定。因此，为使检察建议真正发挥作用，我省也可通过地方立法的形式，首先肯定“检察建议是检察机关实现法律监督权的一种形式”；其次必须明确规范检察建议书的写作格式、写作期限和内容要求，使其更客观、准确、及时，更具备法律性；再者，还需规定被建议单位有义务在限期内进行整改，并及时向检察机关回复整改情况，如果该单位在规定期限内既未提出异议又为认真落实检察建议的，可以对其单位进行处罚或建议有关部门对该单位领导、主要责任人予以行政处分。

第四，依法确认检察机关有提起公益诉讼的职责，发挥检察监督在保障公共利益方面的作用。公益诉讼是指特定的国家机关或相关社会团体、组织、公民个人，根据法律，对违反法律，侵犯国家利益、社会公共利益的行为，如国有资产流失、环境污染等，向法院提起诉讼，依法追究其法律责任的活动。在我国，有不少人民群众基于社会公益而提起此类诉讼，但是个人的法律知识、经济力量毕竟是有限的，所以社会效果并不好。而有检察机关承担此项职能是符合我国检察机关的宪政定位的。我国检察机关是法律监督机关，本身就负有监督法律是否得到统一正确实施的职责，所以如果某个政府组织或企事业单位有违反法律私分国有资产、污染环境、盲目规划、乱上项目等行为时，检察机关是有权利更有义务追究其法律责任的。事实上，我省不少地方人民检察院已经进行了公益诉讼的实践，积累了一定的经验，

但由于没有法律的明确授权，所以只是试点，并没有完全铺开。因此建议我省可以作为先行者，通过地方立法确定检察机关有提起公益诉讼的职责并完善之，这样可以更好地监督政府组织不以权寻租，全面保障我省经济建设的成果不被蛀虫侵吞，也能可以起到整顿党风、政风的作用。

作者单位：安徽元太律师事务所
合肥市肥东县人民检察院

沉默权与刑事诉讼的价值冲突

黄方军

【内容摘要】“你有权保持沉默，现在你所说的每句话都可能在审判中用作不利于你的证据。你可以请律师在讯问时到场，若无力聘请，可以为你指派。”

这是从著名的米兰达案中衍生出来的“米兰达告戒” （Miranda warnings），进而引出了沉默权的概念。沉默权是所有司法制度中最受争议的制度之一。我国对沉默权制度的争论至今还无定论。沉默权作为被告人的一项重要的诉讼权利,它是被告人的防御权、人格权,是对国家权力的制约权；它具有体现刑事诉讼价值、丰富刑事诉讼职能、实现刑事诉讼结构公正、完善刑事诉讼证据规则的作用；没有沉默权的权利体系是不完备的权利体系。本文通过对沉默权概念的阐述,分析了刑事沉默权的法律价值及其与刑事诉讼中的公正和效率原则所产生的矛盾，并且提出了对沉默权制度建立的建议。

【关键词】沉默权　公正与效率　　价值冲突

一、沉默权的概念

沉默的字面含义是不说话，从法律意义上看，沉默是指犯罪嫌疑人、被告人可以不回答司法人员的提问。沉默权又称反对自我归罪特权，是犯罪嫌疑人、被告人的一项诉讼权利。沉默权制度是指犯罪嫌疑人对司法机关的讯问有权拒绝陈述，不被强迫自证其罪，并且不因拒绝陈述而被司法机关作出对其不利的法律推定的制度。西方学者对沉默权的理解主要表现在以下四个方面：

（一）犯罪嫌疑人没有义务向追诉一方或法庭提供任何可能使自己陷入不利境地的陈述或其它证据。追诉一方不得采取任何非人道或有损犯罪嫌疑人人格尊严的方法强迫其就某一案件事实作出供述或提供证据。

（二）犯罪嫌疑人有权拒绝回答追诉官员的讯问，有权在讯问中始终保持沉默。

（三）警察、检察官应及时告知犯罪嫌疑人享有这一权利，并不得因犯罪人行使这一权利而作出对其不利的推论。

（四）是犯罪嫌疑人有权就案件事实作出有利或不利于己的陈述，法庭不得将犯罪嫌疑人出于非自愿而是迫于外部强制或压力所作出的陈述作为定案的根据。

从以上四点可以看出，沉默权实际上是法律赋予犯罪嫌疑人的一种特权，在不利于己的情况下保持沉默。在有利于己的情况下打破沉默。作有利于己的陈述。也就是说，犯罪嫌疑人既享有在沉默与陈述之间进行选择的权利，又享有如何进行陈述的权利，即在提供有利于己的陈述和不利于己的陈述之间进行选择的权利。因此沉默权又被称为反对自我归罪的一种特权。在我国沉默权是指在无罪推定的原则之下,当犯罪嫌疑人、被告人针对侦查人员、检察人员、审判人员的讯问时,享有拒绝回答、保持沉默的权利。它是在刑事诉讼中赋予犯罪嫌疑人、被告人的一项非常重要的防御性权利。

二、沉默权的价值

作为我国法律体系中的刑事诉讼法的诉讼价值，是价值问题的一部分。当今刑事诉讼价

值的实现，以既能准确地惩罚犯罪又能有效地保护人权作为最为理想的追求，二者皆为建立自由、和平的社会而服务，但是时常会发生诉讼利益上的冲突与矛盾。是否承认沉默权，是法律在这样的冲突与矛盾中作出的选择。

丹麦诉讼法学家伊娃•史密娃曾作过精辟的论述：“ 一方面，社会希望减少刑事犯罪；另一方面，又希望维持社会公民的最大程度的法律安全，这两者是矛盾的，目的在于保护无辜者的规章必然被犯罪分子滥用。 ”[①]有冲突就会有选择，法律在牺牲社会利益多一些还是牺牲个人利益多一些的抉择上也是痛苦的。

程序正义是法律的生命，是社会有机体健康的重要特征，程序正义要求法律确立沉默权制度。

（一）沉默权制度是保障人权的需要

1. 沉默权与保障人格尊严

任何一个公民都享有人格尊严和自由，享有私生活不受外界干涉的权利。康德曾经说过：人有天生的尊严，任何人都无权把别人当作达到主观目的的手段，每个人总是把自己当作目的。

人格尊严能否在刑事诉讼中得到承认和保障，取决于刑事诉讼的文明程度，同时也取决于刑事诉讼程序对人性的尊重程度。沉默权是现代刑事诉讼中犯罪嫌疑人和被告人作为诉讼主体的基本标志之一，它的确立曾被认为是“ 人类在通向文明的斗争中最重要的里程碑之一 ”。[②]

在中国确立沉默权，有助于减少各种司法专横现象，使宪法所保障的“ 公民的人格尊严不受侵犯 ”的权利得到进一步的落实，从而促进诉讼制度向民主化、法治化方向发展。人的尊严是人类的终极目的，而沉默权制度是保障人类尊严不受侵犯的法律手段之一。

2. 沉默权与言论自由

沉默权本质上属于言论自由的范畴。言论自由的最基本含义就是公民有说与不说的自由。反映到刑事诉讼中，就是说当事人有陈述和沉默的自由。沉默权是最基本的言论自由，它要求：（1）被告人有权在陈述与沉默之间进行完全无约束的选择；（2）法律不应当强迫被告人必须进行陈述，而只应当规定被告人有权进行陈述；（3）法律应当禁止一切强迫被告人供述的行为发生，并且在该行为发生之际宣告依该行为取得的证据为非法。

（二）沉默权是实现诉讼价值的需要

1. 沉默权与无罪推定原则

根据无罪推定原则，任何公民未经法定的能够为其辩护所需要之一切权利提供保障的公开的审判程序证明其有罪之前，均应被假定为无罪。[③]犯罪嫌疑人面对控方的讯问有陈述与沉默的自由，这是无罪推定原则的必然要求，也是现代刑事诉讼制度发展的逻辑必然性。

2. 沉默权与刑讯逼供的抑制

在司法实践中大量存在的刑讯逼供的现象，并不是完全由于我国没有规定犯罪嫌疑人享有沉默权造成的。但是，不能否认，沉默权的确立，也就是取消了犯罪嫌疑人和被告人的“ 如实陈述 ”义务，增强了沉默权阻却刑讯逼供的力量。从而扭转了司法部门重“ 口供 ”轻“ 证据 ”的作法，使其调动资源和人力，着重收集外部证据，抑制了其违背讯问人意志的强迫取证行为，同时也强化了控方的举证责任。

三、沉默权与刑事诉讼的价值冲突

（一） 公正与效率的价值冲突

从严格意义上说，公正与效率并非那种左右为难的价值冲突，在公正与效率之间很容易作出价值选择，原因很简单，是因为效率相对于公正而言永远是处于第二位的。法谚云：“迟来的正义为非正义”，强调的是诉讼的及时性，从某种意义上来说也就是强调了效率价值，防止司法拖延，但及时到来的非正义更是本身就不具有正义的属性。如前所述，有效率而无公正则无效益，也就是没有实现刑事诉讼总价值目标；无效率而有公正则效益较低，虽然可能只部分地实现了刑事诉讼总价值目标，但公正（亦或正义）历来就是法律程序所追求的最高价值目标，任何其他价值目标都不能撼动其至高无上的地位，正是如此沉默权制度的建立，是以人们对于公正的追求为出发点的，当公正与效率发生价值冲突时，绝不能为了效率牺牲公正，宁可为了公正而牺牲效率。我国《刑事诉讼法》第 93 条规定：“犯罪嫌疑人对于侦查人员的提问，应当如实回答”。由于我国暂不承认沉默权并将如实供述犯罪事实作为被讯问人的法定义务，加之侦查人员自身素质的原因，使得侦查人员错误地坚持“口供是证据之王”这一“至理名言”，只注重口供而不积极地调查其他证据，而一旦被讯问人不进行供述，由于诉讼时效和社会舆论等压力的存在，就必然会采用刑讯的方法，这样又突出了口供的地位了。这时候仿佛侦查人员看到只有效率而对公正就睁只眼闭只眼了。对执法者的权力予以限制，的确在某种程度上严重影响了执法部门破案的效率，保护了一些坏人的权利，使一些真正的罪犯借机逃脱法网。然而，如果从更宽广的视野看，法律程序性地保护被告人的权利，限制执法者的权力，防止政府官员执法犯法、滥用特权，是对守法公民自由和人权的最好保护。霍姆斯弟法官认为：“罪犯逃脱法网与政府的卑鄙非法行为相比，罪孽要小得多。”

（二） 程序公正与实体公正的价值冲突

对程序公正与实体公正的价值冲突，不同的程序价值理论作出了不同的选择。笔者较为赞同程序本位主义理论对这两者价值冲突作出的选择。首先，程序公正是独立于实体公正的一项价值目标，它并不附属于实体公正，它们在地位上是平等的，不存在谁优谁劣，谁主谁次的关系。追溯刑事诉讼发展的历史，可以发现，在最初由于程序忽视可能形成“恶”的结果，因此人们开始对法律诉讼程序形成了一定的价值要求，而随着时间的发展，当这些诉讼程序要求已经深入人心时，程序公正就脱离了实体公正而独立存在了，因此，如果说，在历史上程序公正曾经从属于实体公正，那么时至今日，程序公正早就已经脱离了实体公正，成为与实体公正平起平坐的另一独立的价值目标了。其次，由于在诉讼过程中，实体公正的实现受制于其他因素，而程序公正的实现相对而言较为容易，因此在两者地位平等的前提下，发生冲突时选择程序公正价值。实体公正的实现不仅取决于诉讼程序，更取决于实体法律以及其他社会因素，而程序公正的实现则相对较易，只要严格遵守体现程序公正的程序规范即可实现，因此，实体公正在某些情况下无法实现时，刑事程序所追求的公正价值目标就只能由程序公正来体现了。而沉默权主要体现的是程序上的公正。从理论上说，每一个公民都有沦为罪犯的可能性，好人也会因触犯法律或遭受诬陷而沦为罪犯和坏人。所以，程序性地保护罪犯人权，也就是保护每一个普通公民的基本权利。实际上，如果不保护罪犯和坏人的人权，那么好人的人权也很难得到保护。为了使公民享受自由和权利，法律应当保护所有人的自由和人权，首先就应该在程序上予以保护。而且，在实体公正与程序公正发生冲突时，如果为了实现实体公正而放弃了程序公正（事实上如果使用刑讯逼供等不法手段得来的证据很难保证实体的公正），即为了追求实体判决的正确性而忽视程序的正当性，违反法定程序进行诉讼，以不公正的程序作出判决，这种判决即使正确其本身也已经丧失了权威性和公正性，因为普通群众判断一个判决是否公正，只能通过考察这个程序本身是否公正，而不是通过考察判决的结果是否与实际情况相符（因为他们根本无从得知实际情况究竟是怎么样的）。另外需要指出的是，程序公正与实体公正在绝大多数情况下是重合的，实体公正和程序公正同时都能实现，只有极少数情况下才会发生冲突。在这些冲突中选择程序公正，虽然牺牲了实

体公正，也能实现总的价值目标，而如果选择实体公正放弃程序公正就不能实现总的价值目标。

四、我国应不应该确立沉默权制度

沉默权是无罪推定原则的内容之一，还是一种证据排除规则，同时也是保护人权的一项内容，被国际社会所提倡。但由于我国受大陆法系审判模式的影响，我国在刑事诉讼立法并未设置较为系统而规范的排除规则。而基于两大法系诉讼模式优势互补的需要，设置证据法上的排除规则有助于维护社会公共政策、公序良俗，有利于提高审判效率，有利于增加司法审判上的透明度，增加社会对司法公正的信心，这也是我国司法改革的一个方向。所以我国是应该引进沉默权的。

首先，确立沉默权可以使我国的刑事诉讼制度与有关的国际条约相一致。这是将来与国际接轨必不可少的一步。反对强迫自证其罪的规则在《公民权利与政治权利国际公约》中有明确规定，《联合国少年司法最低限度标准规则》（《北京规则》）第 14．2 段规定少年刑事被告人应享有“ 保持沉默的权利 ”，这两个公约都是我国已经参加的国际公约，我国应当结合国情加以遵行。因此，在法律上确定这一规则是我国应当履行的国际义务，我国应当尽早在国内法中做出明确规定，以便于在实践中予以施行。

另外，确立沉默权符合人道主义精神、个人自由和自由主义的精神，有利于保障人权。从人道主义观点看，“ 公权力强迫被告承认犯罪，无异强迫被告人在自己头上带枷锁，诚属于过于残酷而不人道之行为。”确立反对强迫自证其罪的规则，有利于防止在刑事诉讼中使用不正当手段取证的行为，防止警察滥用职权侵犯普通公民的自由、财产和隐私权。

同时“ 以人为本 ”的理念，也给沉默权的引进开辟了通道。理念的提出后是应有相应的制度配合，因此我们更应该引进沉默权。而且不仅是引进，还要根据国情，结合实际创立适合自己国情的沉默权，只有这样才能使沉默权得到发展，而不至于使其像中国西湖引进的水葫芦，由于忽视了它的生长环境和我国西湖的自身环境，本来是治污的好植物，现在却成了每年都要耗费大量人力财力去排除的植物污染。

五、对我国建立沉默权制度的展望

第一，要对沉默权进行必要的限制，确立有限的沉默权。所谓有限，是指在普遍确立沉默权的同时，具体作出某些限制，即实行普遍确立与具体限制相结合的原则。如借鉴英国的推论原则，对于一些特定的犯罪，法官可以对犯罪嫌疑人、被告人的沉默作出不利于犯罪嫌疑人和被告人的推论。再我国对于沉默权如何进行限制，必须事先经过对侦查、审判实务的充分调查和论证，使其具有可操作性。

第二，应改革我国目前的刑事诉讼证明标准。我国目前的证据制度不是实行自由心证和内心确信，而是采取的彻底真实的客观标准，要求“ 事实清楚，证据确实充分，排除一切可能 ”，这对于有些案件是十分困难的，在实行沉默权制度以后，由于犯罪嫌疑人、被告人没有义务向司法人员提供证明材料，因此会使一些有价值的证据丧失，要达到“ 事实清楚，证据确实充分，排除一切可能 ”的要求将更加困难。特别是一些犯罪分子利用沉默权制度对抗司法机关的追诉，以逃避惩罚，要求证据排除一切可能性几乎没有可能。因此，我们在确立沉默权制度的同时，必须对我国的诉讼证明标准进行重构。

第三，沉默权制度确立之后，讯问犯罪嫌疑人和被告人的程序将被取消，取而代之的是犯罪嫌疑人和被告人的自愿陈述，对口供的依赖将转化为对证人证言的依赖。而我国的证人责任十分松弛，证人不出庭是目前刑诉中的突出问题，人们对出庭作证有畏惧心理而且缺乏

法律义务感，如果要建立沉默权制度，就必须改造作证的传统，对我国的证人制度进行全面改革。

第四，确立沉默权制度，必须大力发展和完善律师辩护制度，使律师广泛参与到刑事诉讼中去。犯罪嫌疑人和被告人保持沉默，并不意味着诉讼对抗性的丧失，而是由律师进行辩护，来维护犯罪嫌疑人和被告人的正当权益，保障犯罪嫌疑人、被告人获得律师及时有效的帮助，对建立沉默权制度至关重要。

沉默权虽然主要是一种诉讼制度，但由于它与以个人主义为基础的民主宪政、司法体制、正当程序、无罪推定等关系，要在中国得到真正确立，需要有识之士长期的努力、争取和持续的研究。

参考文献：

① 李富源：《刑事诉讼目的实现中的利益冲突与选择》，《法律科学》，1997 年第 6 期。

② 易延友：《沉默的自由》，《中国律师》，2000 年第 4 期。

③ 江晓阳：《沉默权的终极价值》，《南方周末》，1999 年 10 月 8 日 B1 版。

④ 《联合国少年司法最低限度标准规则》，《北京规则》。

⑤ 刘根菊：《在我国确立沉默权原则几个问题之研讨》（上下），《中国法学》， 2000 年第 2、3 期。

作者单位：安徽徽安律师事务所

证人、鉴定人出庭制度和保护制度研究

王顺馍　　吴靖祺

【内容摘要】我国的证人、鉴定人出庭制度不完善，各种原因导致出庭率极低。笔者认为解决途径有：从法律上规定证人、鉴定人的强制出庭义务，并明确规定对应当出庭而没有出庭的证人制裁；从法律上明确规定哪些证人和鉴定人可以免予出 庭作证，以及在何种情况下可以不出庭作证，并且在不出庭时应当提供哪些证据;加强对证人、鉴定人的保护措施;加强对证人、鉴定人的经济补偿;减轻法官负担，促进法官职业化。从建立统一的证人保护机关；案卷独立；庭审时的安全隔离；庭审后的隐秘保护；证人人身财产保险制度等方面完善健全证人、鉴定人的出庭制度和保护制度。

【关键词】证人　鉴定人　保护　出庭　经济补偿

著名法学家边沁就曾经形象的说过：“ 证人证言是司法审判的耳朵与眼睛 ”。 特别是在英美法系与大陆法系国家，证人出庭作证是整个庭审得以顺利、公正进行的必要条件。鉴定人具有可替代性，但是鉴定人出庭作证同样有利于提高审判的公正性。以下是笔者对目前中国证人、鉴定人的出庭情况及出庭制度进行分析和论述。

我国《刑诉法》第 48 条规定：“ 凡是知道案件情况的人，都有作证的义务 ”。《最高人民法院关于执行<刑诉法>若干问题的解释第 141 条规定 “ 证人应当出庭作证 ”;第 144 条规定：“ 鉴定人应当出庭宣读鉴定结论，但经人民法院准许不出庭的除外 ”。 根据以上法律规定和相关的司法解释》，证人、鉴定人一般都应出庭，不出庭当属例外。而实践中，证人、鉴定人出庭的机率极低，出庭反成例外。经过调查研究表明，在法庭审理过程中实际出庭作证的证人、鉴定人在全部提供证言、鉴定结论的证人、鉴定人中所占的比例一般不会超过 10%。即使在一些经济相对发达、文明程度较高的地区，证人、鉴定人出庭的比例也不高，有的甚至低于 5%。究其原因：我国证人、鉴定人出庭的相关配套法律还不健全，制度还不完善。

笔者分析可以从以下几方面入手：

1. 法律对证人作证方式的规定不完善。我国《刑事诉讼法》第 157 条规定：“ 对未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书，应当当庭宣读。” 同时，《民事诉讼法》第 70 条规定：“ 凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证，有关单位的负责人应当支持证人作证。证人确有困难不能出庭的，经人民法院许可，可以提交书面证言。”这就从法律上肯定了证人既可以出庭作证，也可以不出庭而以书面方式作证，这就从法律上,为证人不出庭提供了依据。笔者认为应当从法律上规定证人的强制出庭义务，并明确规定对应当出庭而没有出庭的证人制裁。一方面，由于受到法律的制约，证人出庭作证就成为一项法律义务，不出庭就可能承担违法制裁的危险。证人就不会因为害怕可能的打击报复而先行违法；另一方面，法律规定了证人的强制出庭义务，也能降低被判决不利一方的仇恨感，减少打击报复证人的行为。

2. 法官与鉴定人的职责不明确。一项鉴定结论到法院之后，法官通常过分依赖结论，直接将鉴定结论作为事实使用，在当事人提出异议后再重新做鉴定，鉴定人出不出庭对于法官断案没有太大的影响，即使鉴定结论错了也可以改判。笔者认为应当从法律上明确鉴定人出庭作证的义务，借鉴英美国家 “ 专家证人 ” 模式，将鉴定人的地位证人化,而非 “ 法官助理 ”，使鉴定结论作为证据而非事实使用。

3. 从法律上明确规定哪些证人和鉴定人可以免予出庭作证，以及在何种情况下可以不出庭作证，并且在不出庭时应当提供哪些证据。通过细化的、明确的规定最大限度的保证应当出庭的证人和鉴定人能出庭，提高庭审的公正性。

4. 加强对证人、鉴定人的保护措施。对证人进行事前保护和事后保护。尽快制定事前预防性保护措施，包括严格替证人保密，使其姓名、住址、单位等细节信息在出庭作证前不被公开；对作证后可能遭到报复的证人进行重点保护，等等。事后保护，就是在证人受到打击报复后，从刑法和民法上对打击报复者进行制裁，切实保护证人的合法权益。

5. 加强对证人、鉴定人的经济补偿。从法律上进行明确的规定，使证人、鉴定人因作证而遭受的经济损失能得到有效补偿，提高他们出庭作证的积极性。

6. 减轻法官负担，促进法官职业化，加强庭审的抗辩性和对证人、鉴定人的证言、鉴定结论的质证力度，使证人证言、鉴定结论在庭审中的能得到证实或证伪。

笔者认为最主要的还是第四点，证人的保护。我国没有单一的证人保护法律，也没有专门的计划和经费，现有的证人保护制度多是宣示性的规定，缺乏可操作性，在实践中实施的效果也不甚理想。目前的证人保护体制尚未建立，主要是散见于一些法律条款之中。如《刑法》307 条规定“ 以暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证或者指使他人作伪证的，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。”第 308 条规定：“ 对证人进行打击报复的，处三年以下有期徒刑；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。”此外，《治安管理处罚条例》第 17 条也规定了对证人及其近亲属进行威胁、侮辱、殴打或者打击报复的处罚方式和力度。与实体相比，诉讼法的规定相对详细。《刑事诉讼法》第 43 条强调，审判人员、检察人员、侦察人员必须保证一切与案件有关或了解案情的公民，有客观地、充分地提供证据的条件。第 49 条进一步明确：“ 人民法院、人民检察院和公安机关应当保障证人及其近亲属的安全。对证人及其近亲属进行威胁、侮辱、殴打或者打击报复，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，依法给予治安管理处罚。”该法第 56、57 条规定，被取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人和被告人不得以任何方式干扰证人作证。第 85 条规定，公安机关、人民检察院或者人民法院应保障报案人、控告人、举报人及其近亲属的安全。报案人、控告人、举报人如果不愿公开自己姓名和报案、控告、举报的行为，应当为他保守秘密。这些法律条款就构成了我国证人保护制度的基本框架，但是缺点是显而易见的：第一、没有明确的保护主体，即没有明确保护的责任，导致在实践中各个机关相互推诿，难以对证人安全确实做到保护。第二、保护的手段属于事后保护，而证人已经为此付出了惨痛代价。导致证人因为害怕打击报复而拒绝出庭作证。第三、我国的证人保护在法律条款上的不协调也对证人保护不利。我国刑事诉讼法规定了对证人及其亲属进行威胁、辱骂、殴打或者打击报复，构成犯罪的，依法追究刑事责任。但是我国刑法 308 条却将保护的对象仅仅限于保护证人，造成对证人近亲属保护的空白，证人的亲属在收到打击后求诉无门，使得不法分子逃避法律制裁，对证人作证带来心理负担。第四、对于证人出庭作证造成损失的经济补偿问题没有明确规定，当证人向司法机关提出给予经济补偿时，司法人员以作证是公民应尽的义务或立法没有规定为由予以拒绝。第五、对证人保护的措施方法极其有限。比如在实践中如何保护，保护的具体阶段，证人希望的证人身份的保密制度。有些地方的庭审中已经出现对应的保护措施，像是设置隐蔽作证室，询问证人时对声音进行技术处理等手段，但是还缺乏有效的法律支持，且这些手段单纯的靠地方法院来实行，成本偏大，技术条件也有限。

对此，笔者关于证人保护制度有以下几方面看法：

1. 建立统一的证人保护机关。我国《刑法》与《刑事诉讼法》均将公安机关、检察机关和法院相提并论，并没有特别具体的分工。责任没有明确所以导致工作时候的拖沓，无论

是关于证人身份的保密事项，还是对证人人身的保护事项，三个部门都不愿意去投入经费、人员等。所以明确证人保护的责任主体是构建证人保护制度的前提。

2. 案卷独立。对于检察机关移送的案卷，如果涉及需要保密的或者重点保护的证人，应当单独制作案卷，单独秘密移送，移送后非经法定程序不得对外公开等。

3. 庭审时的安全隔离。在庭审过程中，可以确定护送，化名或者隐声等手段。即在开庭前，法院设立独立的证人候审区域，由证人保护机关派出相关人员护送证人从住处到候审区，同时对候审区进行安全隔离。在庭审中，如果需要或者依证人申请，可以在证词中使用化名，或者隐去真实姓名与需要保密的信息。同时由秘密案卷向法庭说明。在庭审时还可以让被告人暂时退庭，作证完毕后在由法庭告知作证内容或者播放作证录音，当然播放录音时应当采用技术手段对证人供词进行变声，在被告退庭期间，他的辩护人还可以对证人进行交叉询问。这是借鉴德国证人保护法的做法。或者在庭审中，采用摄像头播放候审区内证人的录像，只现其人，不见其容的做法。

4. 庭审后的隐秘保护。证人保护制度应当贯穿于整个诉讼程序，不仅仅包括侦查起诉审判阶段，还应当包括在案件结束后的因为作证而可能受到的未知威胁。庭审结束后，对证人进行打击报复，这是大多数人不愿意作证的最主要原因，案件完结了，证人的保护没有完结。虽然《刑法》与《治安管理处罚法》都对打击报复证人的行为做出实体上的制裁，但是这样的制裁的滞后性不言而喻。针对重大案件的证人申请可以提供给新身份，新工作以及因为原来财产而给予的经济补偿等等都是非常合理的方案。或者对于重大案件的证人及其近亲属或者关系密切人员，在案件完结后将其纳入军籍，提供临时住所。在适当时间过后再提供新身份，新户籍。这样消户消籍的方法对证人做到彻底的保护以打消其作证时的疑虑。

5. 证人人身财产保险制度。即针对成为证人的相关人员所可能受到的人身危险，财产损失建立证人保险制度，由保险公司进行理赔。

综上所述，证人权利的保障，是社会文明、民主发展的必然要求，是诉讼程序顺利进行的必然要求，也是推进审判方式改革的需要。证人证言就诉讼程序而言，对于查明案件真实情况具有不可替代的作用。从我国的具体情况来看，构建一套切实有效的可行性的证人出庭制度和证人保护制度是我们司法改革的必然之途，而这对于建立中国特色社会主义和谐社会亦具有重要作用。

作者单位：安徽天爱律师事务所

浅论短期自由刑的替代措施

洪　强

【内容摘要】短期自由刑是各国刑法典普遍采用的刑罚方法，在人类的刑法史起过相当重要的作用。但是短期自由刑的弊端也是十分突出的，短期自由刑极易使罪犯受到监狱亚文化的影响，造成罪犯人格扭曲；并大量损耗了国家有限的司法资源。因此，世界各国纷纷采取各种措施来替代短期自由刑，取得了良好的效果。本文拟通过对各国在短期自由刑替代措施中的成功经验的研究，对建构我国短期自由刑的替代措施提出自己的浅见。

【关键词】短期自由刑　替代　措施

一、短期自由刑的法律反思及应对措施

所谓短期自由刑（short-term imprisonment），世界各国刑法比较一致的认识是指 6 个月以下的自由刑。长期以来，人们普遍认为短期自由刑不仅是人道的，而且是一种促使罪犯改造、有利于其早日回归社会的理想刑罚方法，因此，世界各国的刑法典都规定了短期自由刑。然而正如德国学者李斯特所言：“我们今天的刑事司法几乎完全依赖于短期监禁刑。我们正冒着这样的危险：如果短期监禁刑一无是处，那么我们的整个刑事司法制度则一钱不值。然而不幸的是，事实正是如此。短期监禁刑不仅是无用的，而且它极大地毁坏了法律制度，甚至全然断送了刑法制度。短期监禁刑不仅是无价值的，而且事实上是有害的。它既不具有威吓的作用，也不具有改造的功能，它只能使犯罪人受到传染。”[①]1872 年和 1885 年分别在英国的伦敦和意大利的罗马召开的“国际监狱大会”都提出最大限度减少使用短期自由刑的建议。1980 年第 6 届联合国关于犯罪预防与罪犯处遇大会提出：刑事司法要减少精神康复处所关押人犯。因为，监狱的特性与其使犯罪人康复的功能具有内在矛盾性。监狱违反了人类的本性，监狱则使罪犯的人格感削弱。现在我们更加清楚地了解到，监狱不可能促使犯罪人过一种守法生活，也不可能减少犯罪率，我们应当寻求在“狱外”或“不用监狱”来改造罪犯。[②]20 世纪 80 年代开始，西方国家采取了一系列措施以减少短期自由刑的使用，并取得了显著的效果，这些措施主要包括间歇性拘禁（Periodic Detention）、半拘禁（semi-detention）、半自由（serei-liberty）、周末监禁（weekend detention）、以劳代刑（work release）以及缓期执行（the suspended sentence）。[③]然而，如果我们进一步分析这些替代措施的本质，就会发现这些措施其实“只是监禁刑的补充形式，而并非真正的监禁刑的替代措施”。[④]现在，刑法理论上一般认为作为西方国家的短期自由刑的替代措施主要有三种：社会服务、罚金和缓刑。

(一) 社会服务（community service）

社会服务，作为一种以公益劳动替代自由刑的刑罚制度，最早出现于 1972 年英国《刑事司法条例》。但是，在欧洲中世纪时期的德国许多城镇法规中，就已经出现以公益劳动来抵偿因不能缴纳罚金而受到的拘禁刑。当时这种公益劳动主要有：修筑城墙和清理城镇渠道。[⑤]1698 年《奥古斯都撒克逊法典》规定：法官可以对犯罪人适用“手工劳动刑”（Itandar-beitsstrafe）用以代替监禁刑或罚金刑，并规定劳动 3 天折抵监禁刑期 1 天。[⑥]现在许多欧洲国家的刑事法律中均规定了社会服务这一替代措施。

(二) 罚金（fine）

罚金作为一种刑罚制度，早在《汉漠拉比法典》中就有记载，该法第 199 条规定：设若

某个奴隶主弄伤另一个奴隶主的奴隶的眼睛或折伤其骨头，则他应偿付买该奴隶时价格之半的金钱。但是在以“身份”为标志的社会经济形态中，罚金刑“不是一种惩罚，而是对法律享受特权和豁免的代价。”[7]随着近现代资本主义经济的迅猛发展，罚金刑在现代社会中扮演着越来越重要的角色。例如，1882 年，德国罚金刑占判决总数的 25.3%，1912 年增至 51.8%，1955 年增至 70%，进入 70 年代后则保持在 84%左右。[8]故有学者认为，在一些西方国家，刑罚体系甚至已发展到以罚金刑为中心了。[9]所以，罚金刑在西方也被广泛地应用于短期自由刑的替代措施。

(三) 缓刑（suspension of sentence）

缓刑制度最早发源于英国的教士恩赦、司法暂缓和具结释放。现代意义上的缓刑制度则开始于 1878 年美国马萨诸塞州的缓刑立法，之后大多数国家的立法均采纳了缓刑制度。在西方的刑事司法实践中，自由刑特别是短期自由刑的弊端越来越为人们所认识，作为克服短期自由刑弊端的缓刑的使用率也随之越来越高，例如，据《日本犯罪白皮书》公布的数字，日本第一审法院判处有期徒刑、监禁刑中的缓刑比率，1955 年为 46.1%，1960 年为 50.15%，1976 年为 60.89%；法国 1960 年的缓刑适用率是 48.2%。[10]

二、短期自由刑的弊端

世界各国刑法理论一般认为，短期自由刑的弊端主要在于：第一，短期自由刑的刑期较短，司法机关对于罪犯的改造却需要一定的时间，在较短的时间里是根本达不到对罪犯进行改造的目的，从而造成罪犯服刑期与改造期之间的内在冲突。第二，在罪犯入狱接受改造的较短时间内，罪犯的悔过自新意识尚未形成，却很可能受到监狱亚文化的影响，并且在罪犯之间的交互感染的过程中，又学会了新的犯罪方法和犯罪技巧，强化了其犯罪心理和犯罪意识。第三，短期自由刑的刑期过短，无形中弱化了对罪犯的惩罚功能，消弱了对社会其他成员的威慑功能，无法实现刑罚的特殊预防和一般预防。第四，罪犯入狱接受改造，哪怕时间再短，也会因此在心理上蒙上阴影，造成其心理扭曲，并极大地损害其自尊心，使其在社会上极易受到他人的孤立和排斥，很容易重新走上犯罪的道路。第五，国家为保证短期自由刑的执行，必须建造足够的监所、投入大量的人力物力和财力，其结果是造成国家有限资源的损耗与浪费。第六，监狱是将罪犯与社会隔离的场所，但是监狱的最终目的又是使罪犯重新返回社会，这种监狱性质和监狱目的之间的内在矛盾客观上会对罪犯的心理造成不良影响，不利于其重新返回社会。

三、我国短期自由刑的现状

短期自由刑，在我国指的就是拘役（criminal detention）。所谓拘役，是指短期剥夺犯罪分子的人身自由，就近予以关押并实行劳动改造的一种刑罚方法。《刑法》第 42 条规定：“拘役的期限，为 1 个月以上 6 个月以下，数罪并罚时最高不能超过 1 年。”第 43 条第 1 款规定：“被判处拘役的犯罪分子，由公安机关就近执行。”根据公安部于 1998 年 5 月 14 日发布《公安机关办理刑事案件程序的规定》第 278 条规定：“对于被判处拘役的罪犯，公安机关在收到人民法院的判决书、裁定书、执行通知书后，将罪犯送交拘役所执行。没有拘役所的地区，由看守所执行。”然而，在司法实践中，拘役刑却暴露出相当严重的问题，虽然公安部门制定了拘役所或看守所应对不同类型的罪犯予以分别关押的规定，但在司法实践中，看守所或拘役所由于受到场地或人力物力等各种因素的制约，往往将不同的罪犯予以混同关押，不可避免地造成了罪犯之间的交叉感染，据不完全统计，因拘役而被关押的罪犯重新犯罪率达到

了相当高的比例；此外，因拘役而被关押的罪犯心理扭曲程度也相当严重，他们出狱后很可能在“破罐子”心理的作祟下，任意放纵自己的行为，从而形成新的不稳定因素；并且在当前社会治安状况较为严峻的情况下，各级公安部门却将有限的人力物力和财力投入到对社会危害性较小的拘役犯的管辖中，明显造成司法资源的浪费。

四、对策

基于以上的分析，我们可以看出短期自由刑的弊端在我国刑事法律中也同样存在着。然而，我国现行刑事立法对于短期自由刑的替代措施却没有作出相应的明确规定，立法上的空白使得各级人民法院在审判实践中常常会陷入两难境地，即对犯罪分子（特别是初犯）判处拘役，很可能使其受到监狱亚文化的影响，导致其再次滑入犯罪的深渊；但是根据其犯罪性质和情节，判处其较重的刑罚既违反罪行法定原则，也违背了人道主义精神，而与之截然相反的是采取短期自由刑的替代措施同样是无法可依。因此，笔者认为为了减少短期自由刑带来的负面效应，顺应国际社会刑罚轻缓化的趋势，我们必须借鉴各国在短期自由刑替代措施上的成功经验，结合我国特有的刑事司法制度，在立法上建构起具有中国特色的短期自由刑替代措施。在现阶段，我国短期自由刑的替代措施应该有以下几种：

(一) 管制（public surveillance）

管制是指对罪犯不予关押，但在一定期限内限制其人身自由以及部分政治权利的行使，由公安机关管束和群众监督的一种刑罚方法。管制是我国独创的一种刑种，是主刑的一种。通过管制，可以有效避免了短期自由刑的弊端，并使罪犯受到应有的惩罚和教育。正如有学者指出的，首先，保留和完善管制刑，以开放式的限制部分自由代替封闭式的监禁，顺应了当代世界刑罚缓和的发展趋势，是对自由刑的一种改革，是我国刑罚文明先进的标志之一。其次，管制的适用和执行，可以减少被监禁的犯罪分子人数，充分发挥群众监督威力，节省国库开支，减轻国家负担，体现刑罚经济原则。再次，管制的适用和执行，避免了因收监执行而给犯罪分子本人及其家庭带来的负面影响（如自由刑执行场所的交叉感染，给犯罪分子家庭造成的某些困难），有利于犯罪分子的改造和社会秩序的稳定。[11]

司法建议：针对当前管制中存在的对被管制对象缺乏有效监督的问题，应建立一个以公安机关为主，法院、检察院、司法行政机关、单位、家庭和社区为辅的相对固定的监督机构，明确各自的职责，形成联动监督机制，采取管理、监督、考察、回访和帮助等方式，具体实施对被管制对象的监督。

(二) 罚金

罚金是指强制犯罪分子向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法。在我国罚金属于附加刑的一种，根据刑法理论，附加刑既可以附加于主刑而适用，也可以独立适用。一般而言，我国刑法规定的罚金刑主要适用于贪财图利或者与财产有关的犯罪。然而，随着我国社会主义市场经济的迅猛发展，罚金的附加刑地位以及罚金适用范围的局限性，使得罚金刑远远不能适应时代发展的要求，因此，刑法学界关于加强和完善罚金刑的呼声也越来越高，有学者甚至认为罚金刑应当跻身于主刑的行列。在今后我国的刑事立法改革中，罚金刑的价值将会得以彰显，特别罚金刑在代替短期自由刑方面所起的作用更是无法衡量。因为罚金刑可以最大限度地避免监狱亚文化对于罪过较轻的犯罪分子的不利影响，免除其可能因入狱所产生的心理畸变，同时金钱的惩罚也会使犯罪分子体会到犯罪的代价，其经济和精神都将遭受着双重痛苦。相反，对于国家而言，罚金刑既减轻了因监禁罪过较轻的罪犯所耗费的人力和财力资源，又增加了国家的经济实力，从而使国家有更多的人力和财力投入到对具有严重社会危害性的犯罪的打击之中。所以在司法实践中，人民法院要充分运用罚金刑，以求达到法律效果和社

会效果的“双赢”。

司法建议：将罚金刑规定为主刑的一种，使之成为我国刑法所规定的绝大多数犯罪均可适用的法定刑，这样，人民法院在选择短期自由刑的替代措施时就会有法可依。

(三) 缓刑

缓刑是指对于符合法定条件的犯罪分子，附条件地不执行原判刑罚的制度。在我国缓刑不是一个刑种，而是依附于原判刑罚存在的一种执行刑罚的方法。我国《刑法》第 72 条第 1 款规定：“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。”由于被判处缓刑的罪犯无须入狱服刑，从而使其不可能受到监狱亚文化的影响，也不可能被其他罪犯的交叉感染，对于罪犯的心理亦不会产生过多的负面作用，有利于罪犯重新做人，而且缓刑的使用同样有利于节约司法机关大量的人力物力和财力，保证有限的司法资源被用于刀刃之上；同时司法机关对于罪犯不执行刑罚是附条件的，当法定条件出现时，司法机关仍然可以对罪犯依法执行刑罚，因此，缓刑的适用使司法机关保留了对罪犯的强大威慑力。缓刑的双重功效，使得缓刑应该是人民法院特别是基层人民法院经常性使用的，作为短期自由刑的替代措施的刑罚执行方法。

司法建议：针对缓刑中存在的监督不力的情况，同样应建立一个以公安机关为主，法院、检察院、司法行政机关、单位、家庭和社区为辅的相对固定的监督机构(该机构可以和管制的监督机构重合)，明确各自的职责，形成联动监督机制，采取管理、监督、考察、回访和帮助等方式，具体实施对被判处缓刑的犯罪分子的监督。

(四) 社会服务

社会服务是指犯罪分子以自愿参加社会服务的方式，替代其应该承担的监禁刑或罚金刑的刑事司法措施。根据各国惯例，以社会服务替代短期自由刑的前提必须是罪犯自己的“同意”。在我国社会服务能否作为短期自由刑的替代措施尚处于争论之中，但是有的地方法院对于某些青少年犯罪已经开始尝试以社会服务的方式代替短期自由刑，并取得了一定的成效。根据国外法律关于社会服务的相关规定，以及社会服务本身所具有的独特优势，在我国实行以社会服务代替短期自由刑既是可能的也是必须的。因为通过社会服务的方式执行刑罚，完全符合联合国有关机构提出的“狱外”或“不监狱”精神，有利于克服监狱亚文化的影响和罪犯间的交叉感染；通过社会服务的方式执行刑罚，使罪犯在劳动中接受改造和教育，既有利于罪犯悔过自新，也有助于罪犯社会责任感的形成和培养；通过社会服务的方式执行刑罚，标志着刑罚的文明和进步，体现了刑罚人道主义精神，符合时代发展的潮流。

司法建议：在立法相对落后的情况下，最高司法机关应以司法解释的形式明确规定罪犯参加社会服务的条件、方式以及参加社会服务的时间、地点和强度，并且对于罪犯参加社会服务的监督机关和监督模式也应明确加以确定。这样，社会服务作为短期自由刑的替代措施才具有法律上的可操作性，才能真正发挥其应有的作用。

注释：

①Anton M. van Kalmthout and Peter J. R Tak, Sanctions—systems In the Member—states of Council of Europe, Part l, Kluwer Law and Taxation Publishers. 1988, p2～3.

②United Nations Secretariat, Alternatives to Imprisonment, Intemational Review ofCriminal Policy No. 36, 1980, New York 1983, p3.

③谢望原：《世纪之交的中国刑法学研究》，中国方正出版社 2000 年版，第 339 页。

④同上。

⑤H. von Hentig Die Strafe, Teil II, Die moderne Erscheinungsformen, Hei—delberg 1955,

p408.

⑥E. Rosenfeld，Welche Strafmittel konnen an die Stelle der kurzzeitigen Freiheitsstrafe gesetzt werden?P3 1 4.

⑦[英]霍布斯：《利维坦》，商务印书馆 1986 年版，第 244 页。

⑧赵秉志：《刑法总论问题探索》，法律出版社 2003 年版，第 224 页、第 517 页。

⑨甘雨沛、杨春洗、张文：《犯罪与刑罚新论》，北京大学出版 1991 年版，第 397 页。

⑩赵秉志：《刑法总论问题探索》，法律出版社 2003 年版，第 517 页。

⑪孙国祥：《刑法学》，科学出版社 2002 年版，第 210 页。

作者单位：安徽铭心律师事务所

刑事辩护中的律师在场权

夏旭东

【内容摘要】律师在场权特别是侦查讯问中的律师在场权是犯罪嫌疑人第一次接受侦查机关讯问开始到侦查终结，可以得到律师在场帮助，避免遭到侦查机关的刑讯逼供，从而保障自己合法利益的一项权利。但是在我国当前条件下，侦查工作对讯问犯罪嫌疑人的依赖性还相当大，如果规定律师在场，犯罪嫌疑人就可能拒绝与侦查机关合作，拒不提供案件情况，许多案件的侦查工作就将受到很大影响，难以进行。因此，律师在场权遭到了侦查机关的强烈反对。但是，从法治文明、国际趋势以及我国司法实践来看，在中国建立律师在场权就显得十分紧迫和必要。

【关键词】律师　在场权　制度保障

随着我国近几年若干重大错案接连发生，几乎都与刑讯逼供有着密切关系。尽管刑讯逼供涉及的原因错综复杂，但法律机制不完善是其原因之一。如何完善法律机制，以遏制刑讯、减少错案，就成为法律人不断探索的重要课题。律师在场权是保护犯罪嫌疑人合法权益的重要手段，也是完善法律机制的内容之一，加快建立和完善律师在场权的相关制度，不仅有利于律师了解案情，也便于律师发挥监督、辩护的职能，预防和杜绝刑讯逼供等违法现象的发生。

一、建立律师在场权的必要性

（一）法治文明的内在要求

由于受中国古代传统法律意识及法律制度中德主刑辅、重刑轻民、严刑峻法以及义务本位和官本位的影响，我国刑事诉讼的侦查阶段是一个相对封闭、秘密的阶段，侦查机关以国家强制力为后盾，拥有极大决定权和采取相当强制措施的权力，尽管这是为查明、打击犯罪，维护社会治安，保护国家秩序必备的权力配置，但是存在权力就存在权力被滥用的可能，加上受破案率的压力，刑讯逼供很有可能发生。依法治国，建设社会主义法治国家，已成为加强社会主义民主和法制建设中的最强音，现代法治尤以尊重人的权利（包括人的最基本权利即人权）、保障人的权利为依归，虽然打击犯罪是现代刑事诉讼理论最主要目标，但保护犯罪嫌疑人的基本人权，尊重他们的人格尊严同样是其题中应有之意。因此，赋予犯罪嫌疑人在面临司法讯问时要求律师在场的权利，可以防止侦查人员以各种非法手段收集证据，保护犯罪嫌疑人合法权益不受侵害。

（二）控辩双方平衡性要求

控辩关系的平衡是指在刑事诉讼中赋予控辩双方平等的力量，使控辩双方处于平衡，使法官处于相对超然的状态，从而实现司法公正。控辩双方平衡性问题的实质就在于提高被指控人的诉讼地位，保障其在诉讼中的各项权利，尤其是辩护权。现代刑事诉讼理论强调控辩之间对立并且制衡，案件真实通过控辩之间的攻守来实现。控方侦查机关作为国家追诉机关，其拥有辨方所不具备的强大的诉讼资源（如机构设置、人员配备、资金调度等）和诉讼权力（强制措施、法定侦查手段），为了平衡控辩双方的力量，设立律师在场权，有利于保证刑事辩护的有效性和充分性。

（三）我国司法实践与国际接轨要求

西方法治国家不同程度规定了刑事侦查阶段的律师在场权，比如，美国通过米兰达等一系列案件强调了讯问犯罪嫌疑人时律师的在场权；英国《拘留、待遇和讯问守则》第 6 条也明确了讯问时律师有在场权；意大利不仅规定了律师有权在场，而且规定了违反此程序的后果，即按照其刑事诉讼法典第 350 条规定，无论是司法警察还是检察官对被告人进行讯问，都必须通知辩护律师到场参与，在没有律师在场的情形下，嫌疑人所作的任何供述在任何阶段不得作为证据。在我国，刑事诉讼法没有规定律师在场权，主要是受大陆法及我国“ 德主刑辅 ”的传统观念的影响，司法实践中，又受“ 破案 ”利益的驱动，接连出现类似佘祥林、赵作海这样的冤假错案。建立律师在场权，不仅是保护犯罪嫌疑人基本人权的现实需要，同时也是我国与国际接轨，步入文明法治国家的迫切要求。

二、律师在场权的权利内容

赋予律师在场权意味着犯罪嫌疑人在第一次被侦查机关讯问时就有权要求律师在场，侦查机关应该对律师在场提供方便。从保护被追诉人利益角度考虑，实质型律师在场权优于形式型的，而且这种情况下，律师在场权就不仅只是在场这么简单，它包含着一系列的权利内容，具体如下：

（一）提供法律咨询权

提供法律咨询权是指律师有权就与案件相关的法律问题向犯罪嫌疑人作出解释。律师作为职业法律人士，为缺乏法律知识和诉讼经验的犯罪嫌疑人提供法律帮助，帮助他们正确对待侦查机关的讯问，积极配合侦查机关的依法询问，避免与案情无关的询问，这是控辩平衡原则应有之义，也是律师在场权的基本权利内容。律师在场提供法律咨询是为了促使犯罪嫌疑人对侦查人员正当的讯问作出如实回答，对非法的讯问拒绝回答，对有利于自己的事实进行充分辩解，对有利于自己的证据材料要求侦查人员及时取证，从而能够积极主动地参与到侦查讯问程序中来，与侦查机关展开有效的对抗。

虽然律师有提供法律咨询的权利，但是要注意提供的方式和内容，不允许律师借此诱使犯罪嫌疑人不供述或进行虚假供述，也不允许律师代替犯罪嫌疑人回答侦查机关的问题，同时，律师也不能利用自己在场的机会向犯罪嫌疑人询问。

（二）监督权

监督权是指律师在侦查机关讯问现场对侦查机关的讯问方式、手段是否合法、正当进行监督的权利。监督权的内涵不仅要求律师对侦查机关讯问犯罪嫌疑人的方式、手段进行监督，还要求律师对侦查机关的讯问内容进行监督，了解侦查机关是否全面讯问了犯罪嫌疑人，是否对犯罪嫌疑人的辩解和有关能证明他们无罪、罪轻的证据给与了必要的重视。监督权是加在犯罪嫌疑人权利一边的重要法码，对于平衡双方力量，保证侦查程序的正当性具有重要意义。

（三）申诉权

申诉权是指侦查人员在讯问过程中，违反正当程序原则侵犯了犯罪嫌疑人的合法权益，经律师在场提出异议或事后提出意见，而侦查人员拒不改正的，律师有向侦查机关或人民检察院申诉，要求更正及追究相关违法人责任的权利。律师在场对侦查机关可以起到一定的约束作用，但是如果侦查机关对律师的意见不予采纳，则犯罪嫌疑人的合法权益仍然难以有效保障，这就需要借助上级机关的力量来制约侦查机关，因此，申诉权作为律师在场权的一个权利内容也是非常必要的。

（四）签字确认权

签字确认权是指律师对于侦查机关所作的讯问记录有阅读核实并签字确认的权利。签字确认权作为律师在场权的一个权利内容具有两方面的意义，一方面，可以保证侦查机关讯问取证的合法性，当犯罪嫌疑人要求其辩护律师在场时，侦查人员应当暂停讯问，及时通知其辩护律师到场，因未告知或未通知犯罪嫌疑人的辩护律师到场，导致辩护律师未能在场的，讯问笔录无效；另一方面，可以起到固定证据的作用，即一旦律师签字确认，则询问口供就具有了证明力，犯罪嫌疑人、被告人则不能在以后的诉讼程序中翻供。

三、律师在场权相关制度保障

（一）完善法律援助制度

在我国，大多数刑事犯罪嫌疑人的经济状况并不好，难以支付昂贵的律师费。目前我国刑事案件中当事人聘请律师的不超过 10%。在这种情况下即使赋予犯罪嫌疑人“律师在场权”，他们也没有能力来实现。因此，在我国“律师在场权”要想得到普遍落实，则必然通过法律援助方式来实现。

我国的刑事诉讼中法律援助制度面临着不少的困境，具体表现为：一是法律援助的范围太窄，不仅是受法律援助的对象仅限于自身生理、心智不成熟的人，而将大量因经济困难的又急需法律援助的人并没有纳入法律援助对象范围，同时，即便上述受援助的人，法律规定受援助的介入时点，也是在法院审判阶段，司法实践中，律师仅是查阅案宗，庭审时走过场，法律援助流于形式。在我国目前仅在盲、聋、哑、限制行为能力人以及开庭审理时不满 18 周岁的未成年人的案件中以及被告人可能被判处死刑而没有委托辩护人的案件中，才规定法院为被追诉人指定承担法律援助义务的律师提供辩护。但是当案件处于侦查阶段时，他们同样需要律师的帮助。只有将处于侦查阶段的被追诉人纳入进法律援助的对象范围，才能真正确保律师在场权的实施，也才能充分实现法律援助制度的目的。二是经费紧缺是制约法律援助制度得以普遍落实的重要因素。据统计，我国每年需要法律援助的案件超过百万件，并呈递增趋势，但实践中能够得到法律援助的人则寥寥无几，部分地区的财政很难解决法律援助的经费问题，因此造成法律援助难以起到作用，律师在场权就更无从谈起，可见，要使律师在场权起到作用，就需要解决法律援助机构的经费问题，当前不仅需要国家财政资金支援，更需要动员全社会的力量来多方筹措资金，可尝试采取专用基金的方式，保障法律援助经费的供给。

因此，要求“律师在场”，就需要使刑事法律援助制度普遍化，让更多的人能够得到帮助。受法律援助的对象范围需要放宽，国家还应给法律援助机构充分的运作资金保证。除此以外，还可以在操作层面进行细化，如规定援助机构设在哪里，羁押场所如何设置等，以方便律师履行法律援助义务。

（二）建立刑事豁免制度

律师刑事责任豁免，主要指律师在刑事诉讼中的责任豁免，即律师在刑事诉讼中的言论和出示的有关材料不受法律追究。在刑事诉讼中律师是犯罪嫌疑人的帮助人，与侦查机关处于对立的地位，面临强大的国家机器，执业具有相当的风险。如果法律要求律师履行自己的职责，尽其所能的帮助犯罪嫌疑人，就需要设立良好的制度以保障律师的权利。实际上，许多国家都已经建立了较完备的律师刑事豁免制度。联合国相关法律规定也肯定了律师辩护中的言论豁免权，如《关于律师作用的基本原则》第 20 条规定：“律师对于其书面或口头辩护时所发表的有关言论或作为职责任务出现于某一法院、法庭或其他法律或行政当局之前所发表的有关言论，应享有民事和刑事豁免权。”根据这一条款，律师应享有广泛的刑事豁免权，即不仅对律师在法庭上的言论享有刑事豁免权，而且在法律当局或行政当局所发表的相

关言论也同样享有刑事豁免权。

在我国律师的权利也很有限，法律上没有规定律师的刑事豁免权，相反，我国刑法第306条则规定：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，构成辩护人伪证罪。基于此条，近年来司法实践中律师的权利也是经常遭受侵害，因代理刑事辩护而入狱的律师也与日俱增，风险的增加使得律师们越来越远离刑事辩护。没有律师的参与，律师在场权就没有发挥作用的时候，所以建立律师在场权就需要同时加强对律师的权利保障，建立刑事豁免制度，保障律师参与辩护的权利。当然，赋予律师刑事豁免权并不意味着他们可以在刑事诉讼中可以为所欲为，当律师违反义务与职责，触犯刑律时，依法应当追究律师的刑事责任。

（三）改革侦查讯问程序

律师在场权要得到有效的实施，就需要改革目前的侦查讯问制度。律师在场权的实施需要对侦查人员讯问犯罪嫌疑人的时间做出明确的限制，否则侦查讯问就难以保障犯罪嫌疑人的律师在场权。侦查程序在整个诉讼程序中起着非常重要的作用，如果侦查程序的构造不合理，不坚固，那么整个刑事诉讼程序就有可能发生偏差，甚至导致出入人罪。中外刑事诉讼司法实践反复证明，实体的不公很大程度上源于程序的不足。因此，建立律师在场权的同时，必须改革侦查讯问程序，使两个制度配合起来，发挥协同功能。

为了在程序上保障律师在场权的有效实施，一是要规定夜间不得提审犯罪嫌疑人，但首次讯问或为解救人质、查获危险物品、阻止恐怖犯罪除外；二是侦查讯问持续时间不要太长，否则会造成犯罪嫌疑人供述的非自愿性，也给律师在场设置了障碍。为了从程序上保障律师在场权的行使，不少国家都对该问题做出了明确的规定。如英国《1984 年警察和刑事证据法》规定：在任何 24 小时内，必须保证在押嫌疑人连续 8 小时的休息，不受讯问、旅行或来自警察的打扰，而且除非被拘留者本人或者其适当的成年或法律代理人要求，或者符合法律规定的特殊理由外，休息时间应在夜间，不得干扰或被迟延。原则上每隔 2 个小时应当有短暂的休息，并保证普通的进餐时间。《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》也有相关规定：一次讯问的时间不得连续超过 4 小时，至少间隔 1 小时休息和用餐后才允许继续讯问，而且一天内讯问的总时间不得超过 8 个小时。如果有医生证明，则讯问时间的长短根据医生的诊断书确定。可见，对讯问时间的长短做出规定也是改革侦查讯问程序制度的一个重要方面，只有侦查讯问的时间合理才能保障律师在场帮助犯罪嫌疑人。

参考文献：

①陈瑞华：《刑事诉讼的前沿问题》，中国人民大学出版社 2005 年版。

②宋英辉：《刑事诉讼原理导读》，法律出版社 2003 年版。

③谭世贵：《刑事诉讼原理与改革》，法律出版社 2002 年版。

④樊崇义：《迈向理性刑事诉讼法学》，中国人民公安大学出版社 2006 年版。

⑤刘嵩：《论控制平衡性问题中的被指控人权利保障》，《中州大学学报》，2004 年第 2 期。

⑥徐卉：《中国法律援助制度的建立与发展：从合法性危机到社会安全阀》，http://www.iolaw.org.cn/article/。

作者单位：安徽承义律师事务所

分权与垄断：域外疑罪不起诉模式的动态考察

奚　玮

【内容摘要】《说苑•杂事》有载：“狱疑则从去，赏疑则从与”即“疑罪从无，疑赏从有”的规则。现在法治的不断发展，秉承了中国古代这种“有疑从无”的精髓，在现代不同法系背景之下，起诉制度的不断完善，刑事诉讼中存疑的行为，代表国家公诉权的有关机关如何实际运作？在起诉分权模式和垄断模式之下，公诉权行使的终极目的是实现追诉的便宜主义，还是追求回归限制公权力的原点。不同的法系和起诉模式下，各有其利弊。本文旨在研究分权模式和垄断模式下对域外疑罪不起诉模式的动态研究，以期找寻域外疑罪不起诉模式的完美状态。

【关键词】分权模式　垄断模式　域外　疑罪不起诉

在现代刑事诉讼中，公诉权的实际运作状况，直接决定着一个国家诉讼制度惩罚犯罪的现实能力和实际状况。为了防止公诉权在实际运作中偏离立法目的，为了规范公诉权目的的行使，必须对公诉权设置一定的规则措施。何谓疑罪不起诉？一般而言，它是指有关机关经过审查，认为不能确定被追诉人是否构成犯罪，即对被追诉人是否构成犯罪存有疑问，未达到有关证明标准的，停止刑事追究的一项诉讼活动。从世界主要国家和地区立法、司法来看，疑罪不起诉相关制度已成为各国在刑事司法过程中贯彻程序法定主义、罪刑法定主义、证据裁判主义的中心地带。

根据起诉主导权的归属，起诉制度可以分为分权模式和垄断模式两种。分权模式又可进一步划分为司法控权模式与大陪审团控权模式。对于分权模式，起诉制度调整的是法官或者大陪审团与检察官之间的分权与制衡，其功能主要表现为约束公诉、防止公诉权的滥用；垄断模式又称检察控权模式，所涉及的则是检察官对公诉权的垄断，在功能上更多地表现为保障公诉权的高效行使。尽管在价值基础方面具有相当的共性，但在不同的起诉模式下，疑罪不起诉制度的运行具有不少制度特性，其中权力的界定及其控制机制、社会反应状况等具有很大的差异。为了实现人权保障与惩罚犯罪之间的平衡，实现该制度的功能，许多国家和地区完善了疑罪不起诉的配套措施。在《刑事诉讼法》再修改之际，深化域外疑罪不起诉制度及其配套措施研究，推进疑罪不起诉制度改革，对于规范我国检察机关公诉权的科学行使具有重大的理论和实践意义。

一、域外疑罪不起诉的价值基础

从保障人权的目的出发，近现代国家特别注重对公诉权实行强制性的外部审查，以防止公民被政府无根据地或非法地提起刑事诉讼。具体而言，以保障人权为核心，各国在规范检察机关职权和加强其独立性的同时，普遍强调无罪推定原则在审查起诉阶段的应用，加强了对提起公诉的证明责任、证明标准的规范，以及对检察机关提起公诉权的制约与监督，以防止公民被检察机关无根据或非法地提起刑事诉讼。

（一）有罪推定与无罪推定的冲突与选择

对于疑罪案件，绝大多数国家都实行有利于被告人的疑罪从无原则。疑罪从无原则的基本含义是：被告人有罪无罪难以确定时，按无罪处理，即在没有确实、充分的证据证明被告

人有罪时，应宣告被告人无罪。疑罪从无原则的价值取向在于，避免冤狱为刑事诉讼法的重要目的之一，宁可选择让有罪者逍遥法外，也不要让无罪者被误判为有罪。无罪推定原则自然成为疑罪不起诉制度最为重要的法理依据之一。1948 年 12 月 10 日，无罪推定原则在联合国大会通过的《世界人权宣言》这一联合国文件中被首次得以确认。该宣言第 11 条规定：“ 凡受刑事控告者，在未经获得辩护上所需的一切保证的公开审判而依法证实有罪以前，有权被视为无罪。” 此后，《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 2 款，《欧洲人权公约》第 6 条第 2 项，《少年司法最低限度标准规则》（《北京规则》）第 71 条，《联合国囚犯待遇最低限度标准规则》第 84 条第 2 款，《联合国保护被剥夺自由少年规则》第 17 条等都予以了细化规定。联合国人权事务委员会指出：“ 对保护人权十分重要的假定无罪的规定，含义常常甚不明确，在某种情况下可能变成无效。基于无罪推定，对控诉的举证责任由控方承担，对疑案的处理应有利于被指控人。在对指控的证明达到超出合理怀疑的程度之前，不能推定任何人有罪。而且，无罪推定暗含着被指控的人享有按照这一原则对待的权利。因此，所有的公共当局都有义务不得预断审判结果。” 这对我国完善疑罪不起诉制度也是一个重要的参照。目前，我国学术界和实务界许多人也认为，在刑事诉讼中，对于符合法定起诉标准的案件，检察机关必须履行起诉的义务。相反，对于证据不充分的案件，作出疑罪不起诉的决定，体现了检察机关坚持客观公正的自由裁量原则，凸显相应的司法公正效果，是联合国刑事司法准则中无罪推定和检察官客观义务的应有之义。

提起公诉是刑事检察工作的最后一道关口，是指控犯罪的最后一个环节。“ 现代刑事诉讼建立在证据裁判主义的基础之上。因此检察机关提起诉讼，须以必要证据的掌握为基本前提，否则，不仅不能最终获得对起诉的诉讼确认——有罪判决，而且缺乏诉讼进行的条件。” 对证据不足以证明被告人有罪的案件提起公诉，虽然不是对被告人的实体性处理，但会导致被告人长期处于被追诉的地位，还有可能使被告人在审前处于长期被羁押状态，这与无罪推定原则是有所冲突的。我国台湾地区的林文丰先生在几十年前任职检察官时，曾经在他所侦办的一件杀人疑案的不起诉处分书当中写下这几句至今为后辈法律人所一再转述、掷地有声的谠论：“ 罪莫大于大辟，刑莫重乎死刑，使刑罚不得其中，则死者之冤未雪而生者之冤又成，与其杀无辜，宁失不经 ”。不要把罪犯当作实现正义的手段。如何对待罪犯本身就是最大的正义！确立了“ 罪证有疑，利归被告 ” 法则在刑事司法上的地位才是最大的正义。从近年来世界各国和地区立法看，在规范检察机关职权和加强其独立性的同时，逐步重视并强调无罪推定原则在起诉阶段的应用，尤其加强了对其提起公诉权的制约与监督机制，以防止公民被检察机关无根据或非法提起刑事诉讼。

（二）事实真相与人权保障的结合

从域外来看，疑罪不起诉是一个事实真相与人权保障冲突严重的领域，也是一个事实真相与人权保障容易统一实现的领域。有资料表明，在英国经过检察机关审查后的案件，每年决定不起诉的约占 12%，其中，约 70%是因证据不足；约 30%是检察官认为不符合公共利益而决定不起诉。英国检察官在审查起诉时，需要认真考虑证明案件事实的证据是否充分，并综合公共利益等标准决定是否提起公诉。这导致英国不起诉率所占比例不是很高。在德国，检察官对于证据不足不起诉，又被称之为撤销案件或停止起诉。在司法实践中还存在由侦查机关作撤案处理的情况。在德国司法实践中，检察官在行使不起诉斟酌权时往往较多利用证据不足不起诉的规定，作出撤销案件的处理。在英美国家，检察官拥有广泛而几乎不受限制的自由裁量权。譬如，在美国，检察官在行使不起诉权时，并不受案件性质、犯罪轻重、个人情况的限制，原则上对任何案件都可以裁量不起诉。即使是对于重罪案件，检察官如果认为提起公诉不利于犯罪行为人改造、不体现公众利益、无助于遏制犯罪或耗费司法资源太大时，都可以不予起诉。检察官决定不起诉一般勿需附任何理由，且告诉人不得申请再议。在

大陪审团起诉场合，对于是否构成犯罪的判断也是重要内容，而且体现对证据的要求。无论是大陆法系国家还是英美法系国家，检察官、大陪审团等要决定起诉，都离不开对证据的审查判断，只有对收集到的全部证据进行系统全面的了解后，检察官才能根据自己的理性、 良心和经验作出判断，从而作出是否提起公诉的决定。

对待没有达到有罪认定的案件作不起诉，多被认为既是对事实问题负责，也是对人权问题负责。在美国，检察官被认为“ 他必须始终诚实地、按照自己的良好的判断力去行使他的自由裁量权。他负有崇高而艰巨的责任，必须按照确立的各项法律原则，公平地、谨慎地运用专业知识和理智去办事。” 使无辜的人及早脱离刑事诉讼程序是疑罪不起诉制度赖以存在的一个重要依据。当然，在美国，检察官害怕在法庭中败诉。“ 许多检察官在决定是否起诉时会考虑的现实因素还包括证据的力量，以及在审判中证明有罪的可能性和难度。” 如果说“ 排除合理怀疑 ” 的判断标准赋予陪审团或法官一个减少定罪裁判事实错误的最重要的工具，那么，也不能排除，这一标准对于检察官处理未达到该标准案件所具有的警示作用。所以，疑罪不起诉制度体现了“ 无罪推定 ” 原则的要求，兼顾了保障人权和保护社会的价值目标追求，强化了控方证明责任。在错误起诉和错放有罪的风险分配上，疑罪不起诉制度偏重于防止错误起诉。

当然，在域外并不乏与疑罪不起诉相摩擦、冲突的制度。在“ 辩诉交易 ”的司法实践中，即有一些规避。检察官在作出正式的起诉决定前，通常要与被告人及其辩护律师协商和谈判，以允诺撤销某些指控、降格指控或者要求法官从轻判处刑罚等为条件，换取被告人作“ 有罪答辩 ”。如果被告人答辩有罪，检察官必须实践其作出的诺言，终止未结束的指控、降低指控等级或向法官作出相应的从轻量刑建议。“ 辩诉交易 ” 在一定情形下可能迫使被告人放弃法定权利而自证其罪，这些犯罪可能并非为被告人实施，或者对于检察官而言这些罪名即使起诉也很难通过“ 排除合理怀疑 ” 的阀门。“ 因辩诉交易的案件肯定以有罪判决而告终，这对检察官而言，是大有裨益的，他深知无论案情如何不利于被告，都存在着错误地无罪开释被告的危险，尤其是在陪审团审判的情况之下。”

（三）起诉法定主义与便宜主义的权衡

起诉机关对某一具体案件是否拥有不起诉裁量权，由该国刑事程序采取起诉法定主义还是起诉便宜主义所决定。在刑事诉讼价值层面上，两者分别体现了对正义、秩序和效益的取舍和兼顾。

所谓起诉法定主义，也称起诉厉行主义，是指只要具有犯罪的客观嫌疑，具备起诉条件，公诉机关就必须提起公诉的追诉原则。在此情形下，是否提起公诉，是强制的、法律硬性规定的，检察官没有自由裁量权，故也称起诉强制原则。《刑事诉讼法》第 152 条第 2 项规定：“ 除法律另有规定外，在有足够的事实根据时，检察院负有对所有可予追究的犯罪行为进行追究的义务。”赫尔曼教授在阐述德国刑事程序中的起诉法定主义时说过：“ 对每个犯罪行为嫌疑，检察院、警察原则性地负有展开侦查的义务。有足够的行为嫌疑时，检察院必须提起公诉。通过职权原则所应当达到的，是对犯罪行为的规律性地追究，也就是说避免检察院滥用其公诉垄断权力。” 但需要强调的是，只有在本案超过“ 起诉法定门槛 ” 时，才能提起公诉，否则，检察官的起诉即违背起诉法定原则，属滥诉案件。这类滥诉案件一旦涌入法院，不但浪费法院的诉讼资源，更会混淆控诉原则之下审、检、辩三面的诉讼角色。 “ 在起诉法定原则之下，检察官认为犯罪嫌疑达到起诉法定门槛时，应即提起公诉，反之则应为不起诉处分。起诉法定原则乃检察官所负之法定性义务，严格控制检察官职务活动之合法性，其与客观性义务并列为检察官执行职务时的两大义务。” 起诉法定主义有利于防止检察官滥用起诉权随意决定不起诉，也有利于防止检察官受到政治势力的干扰而决定不起诉，以维护法律秩序的稳定。

所谓起诉便宜主义，“ 谓诉追机关对犯罪事实已明，而予诉追条件未相符合时,仍得自由参酌情形决定是否提起公诉之主义也。” 也即虽然具有犯罪的客观嫌疑，具备起诉条件，但起诉机关斟酌各种情形，认为不需要起诉时，可以裁量决定不起诉。与起诉法定主义相比，起诉便宜主义体现了充分考虑刑事程序所涉及的各种利益并在此基础上予以权衡选择的理念。

在刑事诉讼中，提起公诉具有发动审判的效力，不起诉则具有终结程序的效力。为了规范公诉权的行使，保障人权，追求诉讼效益，各国立法均要求提起公诉必须符合一定的条件。但是，对于满足起诉条件的案件，是否必须提起公诉，则与一国在追诉问题上所持的政策密切相关。因此可以说，从刑事诉讼理论上来讲，起诉遵循的是起诉法定主义，不起诉既遵循起诉法定主义，又遵循起诉便宜主义。如果是实行起诉法定主义的国家，检察官不具有起诉与否的裁量权，只要案件符合条件，就必须提起公诉；如果是实行起诉便宜主义的国家，根据起诉便宜主义原则，检察官有权作出是否进行追诉的裁量权。

疑罪不起诉并非是起诉便宜主义的体现，而属于起诉法定主义的范畴。缺乏证据而终止案件乃是法定起诉原则的一种引申表述。对于不具备起诉条件的案件不得提起公诉，这是对公诉机关最基本的限制。即使是实行起诉便宜主义的国家，公诉机关对此也不享有起诉与否的裁量权。例如，在日本，起诉便宜主义称为“ 起诉犹豫 ”，检察官对于有充分嫌疑的案件，未必一定要提起公诉，即使嫌疑充分，根据《刑事诉讼法》第 248 条的规定，在“ 没有追诉必要时，可以不提起公诉。” 在德国，按照起诉便宜主义，“ 在刑事追究利益不大，优先考虑程序的经济性或者有其它的法律政治利益与刑事追究相抵触的时候，尽管存在着行为嫌疑，检察院仍可以对此不立案侦查、提起公诉。” 可见，起诉便宜主义的前提是“ 有充分嫌疑 ”，即“ 犯罪事实已明 ”，而“ 证据不足，不符合起诉条件 ” 的案件并不属于起诉便宜主义意指的情形。将疑罪不起诉当作起诉便宜主义的体现，就会混淆疑罪不起诉与酌定不起诉的界限，将疑罪案件看成是“ 罪明 ” 案件，甚至导致将疑罪作有罪处理的严重后果。

二、分权模式下疑罪不起诉的运行

（一）分权模式下的起诉权的运行

在分权模式中，起诉请求权与起诉决定权相分离，承担控诉职能的检察官仅享有起诉请求权，实质意义上的决定是否交付审判的权力则归属于专门的具有司法性质的起诉审查机关。检察机关仅拥有起诉请求的职能，其诉讼行为受到起诉审查机关（又称预审机关）的监督。换句话说，在起诉机制内部，起诉权被法律分割为起诉请求权与起诉决定权，并委诸不同的诉讼主体。其中，检察官享有起诉请求权；对于具体案件，检察官的起诉请求不能直接导致开庭审判，而只能启动一个审查程序。审查程序由具有司法性质的起诉审查机构负责；该机构作出的起诉决定具有开启审判程序、确定审判范围的法律效力。不过，作为司法机构，它只能对检察官的起诉请求作出被动反应，即“ 不告不理 ”。

（二）分权模式下的权力控制

欧美国家的现代刑事起诉制度多属于司法控权模式。自启蒙时代，在欧美各国，追诉犯罪已经不再笼统地被看作是社会秩序的福音，而更多地将其视为维持社会安全必不可少的“ 有组织的暴力 ”。因此，在法律上，一方面将国家刑罚权严格限定在法律明文规定的范围之内；另一方面，在承认国家负有追诉犯罪义务的同时，试图通过诉讼制度约束国家追诉权的具体行使，以期尽可能减少国家追诉权的滥用。在西方法治传统中，以权力制衡权力是一种普遍接受的控权理论。因此，在欧美刑事诉讼制度中，对国家刑罚权的程序控制，采用的也是权力制衡的方法。其中，就刑事起诉制度而言，这一权力制衡关系在诉讼程序上表现为

公诉权与审判权相互牵制：在启动上，审判权受制于公诉权，没有起诉就没有审判；而另一方面，有起诉却并不必然有审判，公诉权受到审判权的监督与控制。司法控权模式的设计原理，是将诉讼上的权力予以分立，以权力制约权力，藉以达到防范滥权，保障被追诉人人权的目的。该模式主要由中间程序、强制起诉程序及强制处分审查程序三大部分组成，与检察官起诉、不起诉及强制处分等三大权限相呼应。

强制起诉程序是针对检察官不起诉处分的外部监督机制，简言之，就是申请法院来强制案件起诉的程序。该立法用意在于诫命检察官遵守其法定义务并贯彻起诉法定原则。这种程序的功能在于提供一种特别监督，以使不服不起诉处分者有请求法院救济的途径，让法院介入审查检察官的不起诉权限，其效果便是强制案件起诉，也就是以法院的意思表示来替代检察官的起诉处分，犹如采用起诉审查制一般，只要采用强制起诉制度，检察官的固有权限便会受到进一步的限缩，而相对地，法院审查权限则肝进一步的扩张。在立法论上，因而产生这种制度是否会破坏控诉原则的疑虑。需要注意的是，该制度设计是建立在不信任检察官的基础之上，所以才委由法院介入其不起诉处分。这一制度本来就有扩张法官权限并压缩检察官权限的倾向，如果审查过度，甚至于可能架空自控诉原则以来的审检关系，形成法官独揽大权的“新纠问制”。确立法院的审查标准，才能免除这些可能的弊端。

作为分权模式的一种，美国实行独特的大陪审团制。在美国联邦和保留大陪审团制的州，被告人有权要求由大陪审团决定是否起诉，大陪审团批准起诉的案件将由检察官具体负责法庭控诉。美国联邦宪法第 5 条修正案规定：任何人非经大陪审起诉，不受死刑案件或不名誉犯罪之审判。保障被告人有接受大陪审程序的权力。在存在大陪审团制的联邦及各州，在重罪案件中，检察官只有起诉的动议权和执行权，没有决定权，拥有起诉决定权的是大陪审团。大陪审团依据检察官提交的某重罪案件的公诉书草案进行调查、评议，同意重罪指控意见的，检察官才得进行重罪起诉。大陪审团认为证据只能证明嫌疑人犯有轻罪或微罪者，可以指令检察官提出相应罪行的起诉，大陪审团认为证据不足以支持嫌疑人犯有罪行者，则签署“不予受理”意见，检察官就得撤销诉讼，不得对该嫌疑人就该罪行提起刑事诉讼。大陪审团制度旨在判断检察官方面所提出的证据是否足以支持本案审理程序之进行，至于被告人是否有罪并非判断的标的。故析言之，大陪审团制度的主要功能在于确保是否具有相当证据可信被告人业已触犯重罪，以保障被告人免于无谓的追诉。大陪审制至少具有以下两种特色：由民众直接参与起诉与否的决定，故已完全跳脱出“事后审查检察官起诉”的模式，因此显得相当宝贵。被告人对于是否进入大陪审程序享有选择权，进入大陪审团制度势必耗费比较多的时间，但可能获得不进入实体审理程序的利益，故可以由被告人衡量情形，平衡追求实体利益与程序利益，也是非常有价值的地方。这里特别需要说明的是，大陪审制作为诉讼民主的重要形式，不是对检察官不起诉决定的监督，而是对检察官起诉决定的监督。

应当承认，在具体制度上，两大法系也存在着一定差别：英美法国家的司法机构只对提起诉讼的案件进行审查和控制，“其核心理念是让法院或者民众对检察机关准备起诉的案件进行司法审查，以及时过滤掉那些不符合起诉条件的案件”，从而限制公诉权的滥用以保障被指控人不被任意提起公诉，督促检察官公正行使职权；对于不起诉的案件，则承认检察官享有广泛的自由裁量权。而在大陆法系国家，即使对于检察官不起诉的案件，也认为有司法监督的必要。其目的是防止检察机关在作出不起诉决定方面滥用自由裁量权，从而有效追诉犯罪，以维护国家、社会和被害人的合法权益。不过，即便如此，两大法系的基本立场却是一致的，即通过分权与制衡，起诉权被置于检察官和司法机构的共同管理之下、相互作用之中。而且，在理论上，普遍强调司法审查程序的制衡功能，只不过两大法系制衡的侧重点不同，英美法系侧重通过对拟起诉的案件的审查以保护被追诉人的合法权益，而大陆法系则是侧重对不起诉案件进行审查以维护国家、社会和被害人的合法权益。

（三）分权模式下的社会反应

在分权模式下，疑罪不起诉的决定作出后，其社会效果如何？社会各界评价如何？这是分析、研究疑罪不起诉制度的重要内容。这可从两个方面考察：一是社会各界对疑罪不起诉作出者的评价；二是社会各界对被不起诉人的评价。关于前者，在疑罪不起诉的权力控制中已有所介绍。其中，分权模式下，尤其是大陪审团的介入，增加了诉讼的民主性，在很大程度上已缓解了社会各界对疑罪不起诉制度的质疑：因为这是代表社会公众自身作出的裁决。以美国为例，“由于美国的刑事司法系统负担过重，所以选择性起诉的原则已被大多数美国人所接受。既然社会中的犯罪行为已经大大超过了刑事司法系统的负荷，那么把某些犯罪行为截留在刑事司法系统之外就是不可避免的。至于哪些犯罪种类、哪些犯罪人以及哪些犯罪行为应当截留，则完全属于检察官的自由裁量权。大陪审团和预审法官对此是无权过问的。”

当然，更为重要的是，社会各界对被不起诉人没有歧视性的规定。在疑罪不起诉的情况下，无论是检察官作出的决定，还是大陪审团作出的决定，被不起诉人都被认为是无罪的、自由的人。社会各界对待因为疑罪而被不起诉的人比较宽容，基本上未见有对这些人的在就业、学习、生活方面的歧视。除非这些被不起诉人涉嫌一些引发众怒的、破坏重大伦理价值的犯罪，要完全消除社会民众对他们的偏见有时很难。在一些无罪判决的案件中也是如此。当然，由于美国检察官不起诉裁量权太大，许多人也担心疑罪不起诉可能错放有罪的人。对于这些人如何看待，一般而言，并没有影响他们事实上获得的无罪的地位。

三、垄断模式下疑罪不起诉的运行

（一）垄断模式下起诉权的运行

在垄断模式（检察控权模式）中，制度的着眼点不在于防范公诉权滥用，而在于保障公诉权的有效行使。检察官独占公诉权，自主地决定起诉或不起诉，该起诉决定具有启动审判程序、确定审判范围的法定效力。典型的国家是日本和韩国。

与司法控权模式相比，检察控权模式在功能取向有以下显著特点：首先，在检察控权模式中，就启动审判程序而言，公诉权的行使缺乏来自他机关的制约。少一层制约，多一份效率。因此，该模式的首要特点是强调追诉的效率价值。其次，起诉决定权主体的变化，实质上意味着公诉权运作方式的实质改变。在司法控权模式下，决定权主体是具有司法被动性的审查机构；而在检察控权模式中，检察官尽管有时也被称为“准司法官”，其权力运作却不以被动性为特点。因此，在检察控权模式中，检察官可以通过更积极主动的方式，推动追诉活动向前发展。更重要的是，在检察控权模式中，检察官虽然也需要对侦查结果进行审查，但其审查却毋庸像司法审查那样被限定在已完成的侦查结果范围内，也不必以开庭的方式进行并即时做出裁断。因此，该模式在很大程度上减小了因审查而终止追诉的可能性。再次，在司法控权模式中，司法机构的审查更强调对被告人不受任意追诉权的司法保障；而就检察控权模式而言，由于决定权主体是同样肩负追诉职能的检察官，该制度更倾向于对侦查结果的补充与强化。

（二）垄断模式下的权力控制

在检察控权模式中，尽管制度体系也包含有保障无辜的因素，但在整体功能上，该模式更强调公诉权的有效行使，更强调对犯罪的有效追诉；而对于公诉权滥用，该模式则持一种乐观态度，基本上不存在有效的控制机制。这一制度模式中，由于公诉机关拥有完全的公诉权，法院对公诉案件一般只作形式审查，缺乏制约公诉权滥用的专门机关和程序。因此，检察控权模式容易导致公诉权被滥用。以“嫌疑不足的起诉”为例：在检察控权模式中，控方的起诉是否有足够的证据支撑，无法在起诉时进行审查和衡量，而只能等到审判程序的最后，

作为有罪与否的实体问题进行裁断。然而，在司法控权模式中，司法机构制约检察官起诉权的核心恰恰在于对控方的证据进行实质性审查，以确认客观犯罪嫌疑的有无及大小。例如，在德国，在裁判是否开始审判程序时，“ 如果侦查结果为，被告对一犯罪行为有 ‘ 充分的犯罪嫌疑 ’ 时，亦即其极有可能会被判有罪时，则法院有义务开启审判程序。在美国预审程序中，审查的重点是指控是否具备法律要求的证据条件。美国绝大多数法院以 “ 合理根据 ” (probable cause)作为预审审查的证据标准，但是，亦有学者认为，大陪审团的审查标准应确立为 “ 证据之形式上有罪 ”（prima facie case，也译 “ 案件表面上成立 ”）,即令无需诠释，也足以担保有罪判决之成立。“ 证据之形式上有罪 ” 的证据标准要高于 “ 合理根据 ” 证据标准。

（三）垄断模式下的社会反应

在垄断模式下，社会各界对疑罪不起诉作出者存有或多或少的担心。这也正是在垄断模式下，不起诉决定权受到较多控制的原因之一。尤其是在检察控权的情况下，人们担心检察机关基于追究犯罪的压力会不适当地规避疑罪不起诉的适用。但是，随着 “ 精英化司法 ” 改革的普遍实施以及对不起诉的控制机制的加强，这种担心日渐式微。

与分权模式下具有较大的相似性的是，针对因为疑罪而被不起诉的人，在法律层面等同于无罪的人。社会各界也基本上未见有特殊的歧视或者偏见。即使出现错误放纵罪犯的情形，相关的批评也多集中在对精英司法的怀疑上，而且多强调警察、检察机关在当时处理案件时未尽职责。当然，这中间也有证据变化等客观原因。

四、两种模式的发展趋势

应当说，分权模式和垄断模式各有其制度优势。分权模式有助于防止因公诉权垄断而导致的权力异化现象；而垄断模式则可以有效地统一起诉标准，也有利于提高起诉的效率。

尽管各国制度上存在种种差异，但随着犯罪案件的激增，检察官职业化程度的不断提高，在实践效果上，强化检察官在起诉中的作用，已经逐渐成为公诉制度发展的一种基本趋势。在此意义上，传统意义上的分权模式已经逐渐被弱化，司法权对起诉的控制越来越多地变成一种事后制约，即对起诉的案件，主要就是否交付开庭审判问题进行审查。当然，由于分权模式比检察官垄断起诉更有助于防止起诉权的滥用，所以，一些国家在强化检察官作用的同时，仍保留着由司法机关决定重罪案件是否起诉的传统。

在权力控制机制中，随着被害人保护运动的兴起，两种模式均逐步注重被害人对检察机关疑罪不起诉的制约程序，尤其是赋予被害人防范检察机关权力滥用的事后救济性程序。当然，作为配套制度，为保障被害人参与疑罪不起诉程序，许多国家往往通过被害人补偿机制、被害人心理辅导机制等 “ 吸收其不满 ”。同时，为阻止被害人任意启动救济程序，注重对被害人权利滥用的约束。此外，为保障信息畅通和对称，许多国家通过检察机关机构改革或社区建设等建构被害人信息通报机制。如近年来，英国检察机关建立起专门的‘ 被害人联络室 ”，将案件的进程及时通报被害人，听取被害人的要求，并与被害人所在社区密切合作，注重被害人心理辅导和法律救济。

为了获得被害人的支持，以及来自社会公众的肯定，说理机制成为疑罪不诉发展中的一个重要发展方向。在公正层面，“ 说理 ” 的本质价值是，通过说明疑罪不起诉决定的合理性和合法性，将检察机关作出的不起诉决定书主动交予当事人和社会公众实行监督，提供了一个批判性的制度平台。如此证据 “ 说理 ”，好比阳光，可以防止滋生暗箱操作等腐败因素，进而促进司法公正。联合国《关于检察官作用的准则》第 13 条 B 项要求检察官必须 “ 保证公众利益，按照客观标准行事，适当考虑到嫌疑犯和受害者的立场，并注意到一切有关的情况，无论是否对嫌疑犯有利或者不利 ”。证据 “ 说理 ” 还可改变不起诉决定书机械、简约的

“瘤疾”，加入充分、细致论证，有利于抑制随意断案，提升检察机关认定案件事实的准确性，实现不冤不纵，进而提升司法权威。

近年来，两大法系在裁判文书上说理上，有相互借鉴、融合趋势。在说理风格上，法国裁判文书相对简单概要。相形之下，德国受古典哲学理性主义传统的影响，裁判文书说理性极强，强调在“三段论”上的逻辑性、学术性，尤其是探讨侵犯《基本法》规定的公民基本权利场合。在德国，基于检察官客观性义务和保障被告人利益需要，证据不足案件被坚决施以不起诉决定；但是，检察官在制作不起诉决定书时，往往担心会遭受来自被害人的制约——强制性起诉到法院。因此，从司法实务上看，如何运用恰当的语言进行证据“说理”也是德国检察官们必须迈过，而又感受困难的一道“门槛”。相形之下，美国大陪审团在不起诉决定书上表述较为简便，但为了引导检察官正确行使自由裁量权，许多检察官事务所已制定作出指控决定的指南，要求检察官说明不起诉的理由，以便于其他人监督。

注释：

①宋英辉、吴宏耀：《刑事审判前程序研究》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 282 页。

②吴宏耀：《我国刑事公诉制度的定位与改革——以公诉权与审判权的关系为切入点》，载《法商研究》2004 年第 4 期。

③龚佳禾：《检察官客观义务研究》，载《湖南社会科学》2007 年第 5 期。

④龙宗智、左卫民：《法理与操作——刑事起诉制度评述》，载《现代法学》1997 年第 4 期。

⑤史志君：《论“疑罪从无”原则在刑事诉讼证据制度中的运用》，载《法律适用》2003 年第 1-2 期。

⑥李喜春：《英国起诉自由裁量权之借鉴》，载《国家检察官学院学报》2004 年第 6 期。

⑦龙宗智：《两大法系检察官自由裁量权之比较》，载《法制日报》2004 年 10 月 10 日。

⑧[美]乔治•T•费尔肯尼思：《论美国检察官》，刘赓书译，载《法学译丛》1982 年第 2 期。

⑨[美]约书亚•德雷斯勒、艾伦•C•迈克尔斯：《美国刑事诉讼法精解（第二卷•刑事审判）》，魏晓娜译，北京大学出版社 2009 年版，第 116 页。

⑩宋冰：《读本：美国与德国的司法制度及司法程序》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 345 页。

⑪宋英辉：《刑事诉讼原理》，法律出版社 2003 年版，第 278 页。

⑫王以真：《外国刑事诉讼法学（新编本）》，北京大学出版社 2004 年版，第 20 页。

⑬[德]赫尔曼：《<德国刑事诉讼法典>中译本引言》，载《德国刑事诉讼法典》，李昌珂译，中国政法大学出版社 1995 年版，第 15 页。

⑭林钰雄：《严格证明与刑事证据》，法律出版社 2008 年版，第 161 页。

⑮林钰雄：《严格证明与刑事证据》，法律出版社 2008 年版，第 170 页。

⑯徐静村：《刑事诉讼法学（上）》，法律出版社 1997 年版，第 234 页。

⑰刁荣华：《刑事诉讼法释论（上册）》，台湾汉苑出版社 1976 年版，第 305、326 页。

⑱宋英辉：《刑事诉讼原理》，法律出版社 2003 年版，第 280 页。

⑲宋英辉、吴宏耀：《刑事审判前程序研究》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 302 页。

⑳陈光中、[德]汉斯—约格•阿尔布莱希特：《中德不起诉制度比较研究》，中国检察出版社 2002 年版，第 142 页。

㉑[德]赫尔曼：《<德国刑事诉讼法典>中译本引言》，载《德国刑事诉讼法典》，李昌珂译，中国政法大学出版社 1995 年版，第 15 页。

㉒叶青、张少林：《关于疑罪案件不应起诉的法理分析》，载《华东政法学院学报》1999 年第 2 期。

㉓吴宏耀：《我国刑事公诉制度的定位与改革——以公诉权与审判权的关系为切入点》，载《法商研究》2004 年第 5 期。

㉔吴宏耀：《我国刑事公诉制度的定位与改革——以公诉权与审判权的关系为切入点》，载《法商研究》2004 年第 5 期。

㉕林钰雄：《刑事诉讼法（下）》，台湾元照出版有限公司 2003 年版，第 89、92 页。

㉖宋英辉、吴宏耀：《刑事审判前程序研究》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 289 页。

㉗王以真：《外国刑事诉讼法学（新编本）》，北京大学出版社 2004 年版，第 19 页。

㉘郭福三：《诉讼监督机制之比较研究——以起诉审查为中心》，中国文化大学法律学研究所 2002 届硕士学位论文，第 33-35 页。

㉙陈瑞华：《刑事诉讼的前沿问题》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 263 页。

㉚龙宗智：《两大法系检察官自由裁量权之比较》，载《法制日报》2004 年 10 月 10 日。

㉛吴宏耀：《我国刑事公诉制度的定位与改革——以公诉权与审判权的关系为切入点》，载《法商研究》2004 年第 5 期。

㉜吴宏耀：《我国刑事公诉制度的定位与改革——以公诉权与审判权的关系为切入点》，载《法商研究》2004 年第 5 期。

㉝[德]克劳思•罗科信：《德国刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社 2003 年版，第 379 页。

㉞王兆鹏：《美国刑事诉讼法》，北京大学出版社 2005 年版，第 467 页。

㉟吴宏耀：《我国刑事公诉制度的定位与改革——以公诉权与审判权的关系为切入点》，载《法商研究》2004 年第 5 期。

㊱宋英辉、吴宏耀：《刑事审判前程序研究》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 301 页。

㊲季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 36 页。

㊳奚玮、黄海龙：《论被害人参与疑罪不诉程序》，载《安徽师范大学学报（人文社会科学版）》2008 年第 5 期。

㊴奚玮、陶卫东：《论疑罪不诉中的证据“说理”机制》，载《法学杂志》2009 年第 7 期。

㊵[日]田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪等译，法律出版社 2000 年版，第 287 页。

㊶[德]K•茨威格特、H•克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社 1992 年版，第 228 页。

作者单位：安徽铭诚律师事务所

论受虐杀人案件不应适用死刑

王　治

【内容摘要】家庭暴力的受害者包括妇女、子女、老人甚至某些男性等家庭中的弱势群体。部分受虐者选择了“以暴抗暴”杀死家中施暴狂的解脱路径。当前对受虐杀人案件量刑标准极不统一，且存在量刑畸重，死刑不断适用的现象。受虐人群杀人犯罪有其复杂的原因，其主观恶性、社会危害性、人身危险性都远小于普通故意杀人行为，无论从罪刑均衡原则、刑事政策，还是从量刑情节角度，都不应对受虐人群适用死刑（包括死刑立即执行和死刑缓期执行）。

【关键词】受虐人群 家庭暴力 以暴抗暴 死刑

引子：日前笔者看到贵州都市报 2007 年 8 月 30 日的一则新闻：“女医生不堪虐待杀前夫碎尸分弃，一审被判死缓”，贵阳市中院对贵阳客车站碎尸案作出一审判决，以故意杀人罪判处被告人彭翠敏死刑，缓期二年执行。受虐杀人案件为何总是有死刑的不断适用？为何各地受虐杀人案件至今未能有一个统一的标准？

家庭暴力是一颗与社会和谐格格不入的毒瘤，是一个关涉人权、关涉家庭、关涉社会无法回避的问题。家庭暴力不仅可能令受虐者致伤、致残以致死亡，还可能引发恶性的杀人案件。持续性的身心伤害犹如慢性毒药，累积到某种程度就会达到爆发的力量，积攒了几年、几十年的惊恐、仇恨或委屈化为一场场血腥的暴力复仇。心痛感慨过后或许我们可以从更加开阔的视野关注受虐人群，从公平的角度审慎地思考她们（他们）杀人之后的量刑问题。

一、受虐人群杀人案件的现状及量刑特点

（一）家庭暴力受害者人数众多、对象广泛

毋庸置疑，家庭暴力的受害者以女性居多，因而同情和关注的目光也大多放在女性身上，但不容忽视的是，受害者还包括儿童、老人甚至某些男性等家庭中的弱势群体。家庭暴力发生在社会各家庭成员中，有夫妻之间的、父母与子女之间的，也有兄弟姐妹之间及姑嫂妯娌之间的。对这些受虐群体我们必须加以同等的关注，给予同等的法律保护，不能厚此薄彼。

1. 女性（妻子）。家庭暴力的受害者主要是女性。全国妇联 2002 年的一项调查表明，在我国 2.7 亿个家庭中，约 30%存在不同程度的家庭暴力，其中施暴者九成是男性。值得注意的是，近年来，农村妇女特别是女性农民工遭受家庭暴力的情况比较严重，2006 年“全国农村妇女权益状况和维权需求调查”显示，有 11.6%的农村妇女近一年内和配偶之间曾有过动手打架的行为，女性农民工的这一比例更是高达 13.5%，而且被调查对象中近一半的人认为主要是丈夫对妻子的暴力 。长期的家庭暴力在得不到有效救助的情形下极易引发“以暴抗暴”案件，中国法学会统计资料表明，“以暴抗暴”案件占女性犯罪案件的 40%，其中辽宁省女性犯罪中犯有重伤害、杀人的女性犯罪由家庭暴力所致的更高达 80%。

2. 子女（尤其是儿童）。对于家庭内暴力（domestic violence）问题的探讨，最早是源自于对儿虐（即虐待儿童）问题的关注 。然而，当针对妇女的家庭暴力逐渐被社会重视并加以公共力量干预时，针对子女（尤其是儿童）的家庭暴力却在大多数情况下还被看作是私事。事实上针对儿童的暴力与针对妇女的暴力一样，具有普遍性和严重性。已有的调查表明，大部分儿童在成长过程中都挨过父母的打骂 。这种极为隐蔽的家庭暴力行为严重影响了孩子

的身心健康，尤其是对配偶实施家庭暴力的家庭，子女往往也成为受害者，这些家庭中的有些子女容易成为受虐杀人案件中的帮凶 。

3. 老人。虐待老人现象也已经成为一个世界性问题。联合国前秘书长安南 2002 年在联合国总部发表了题为《虐待老人现象大都逃避追究》的报告，呼吁采取全球性行动保护老年人权益。报告指出，虐待老人在发达国家和发展中国家都非常普遍。世界卫生组织 2002 年 10 月 3 日在日内瓦发表的《世界暴力和健康报告》指出，从全世界范围来看，虐待老人的事件处于上升中，60 岁以上的老年人中有 5%在家庭遭到暴力虐待。据西安市妇联维权部统计，遭受家庭暴力的中老年人占到 25%以上。实践中也偶有发生因不堪忍受子女长期家庭暴力而反抗杀人的案件 。

4. 男性（丈夫）。在家庭暴力问题上，人们固有的观点是：女性是受害者，男性是加害者。事实是，虽然媒体报道和统计数字一再显示受害者以女性居多，但是随着社会的发展变化，一部分男性在社会上、家庭中开始变为弱势群体，成为家庭暴力的受害者。男性因不堪忍受妻子虐待而杀人的案件也现诸报端 ，足以证明女性施虐者存在也是事实。2004 年 2 月 3 日《人民日报》报道，天津市春节期间家庭暴力事件比平时高发 20%以上，而且“ 白领 ”女性施暴者、男性受害者增多。既然法律规定男女是平等的，那么无论是谁，只要其合法权益受到了侵害，都应得到平等的保护，在家庭暴力问题上也应如此。

除此之外，家庭暴力还可能存在于兄弟姐妹之间及姑嫂妯娌之间。

（二）受虐人群杀人案件量刑标准极不统一

家庭暴力已经成为引发犯罪的一个不可忽视的因素。实践中，家庭暴力的受害者长期遭受虐待，受到身体和心里的双重摧残，却无法得到有力保护，致使施暴者更加有恃无恐，变本加厉。部分受虐者在走投无路、忍无可忍及诱发事件的推动下，为了避免自己或家人遭受更加持久的危害，使用非法手段进行报复，致使家庭惨案不断重演。

在受虐人群杀人案件中，量刑是一个至关重要的问题。对于不同的犯罪群体，实践中有不同的处理原则。对于未达到刑事责任年龄的未成年人自然是排除刑罚的适用；对于因不堪忍受长期家庭暴力引发的杀子（女）案，我国法院往往判处较轻的刑罚（如云南樊同昆杀子案）；但对于配偶间的杀人案件，则比较复杂。从整体趋势而言，对于受虐杀夫（妻）案件的量刑主要经历了两个阶段，第一阶段是 2001 年《婚姻法》修订以前，法院对家庭暴力引发的杀夫（妻）案件大多判处死刑（包括死刑立即执行和死刑缓期执行）；第二阶段是 2001 年以后，在司法实践中逐步出现了“ 轻刑化 ”现象，这是各方面因素综合带来的结果。首先，90 年代以来民众对人权保障认识不断加深，特别是 1995 年在北京举行了世界妇女大会以后，家庭暴力问题逐步引起全社会的广泛关注；其次，2001 年 4 月 28 日修订的《婚姻法》总则中明确规定“ 禁止家庭暴力 ”；最重要的是，随着家庭暴力问题研究的深入，学者们对受虐杀人者从轻处罚的呼声不断高涨，援引各种理论帮助受虐人群，因此对于受虐杀人者的审判开始了从严厉到宽容的变迁。但在“ 轻刑化 ”的趋势中，各级法院对于情节相似的案件的轻重判决却差别很大[①] 。例如同样是受虐杀夫案件，刑期的差别却相当大，2005 年包头市昆都区法院以故意杀人罪判处连捅数刀杀死正在施暴丈夫的刘颖有期徒刑 3 年缓期 5 年执行，而 2006 年上海浦东新区法院则以故意杀人罪判处用尖刀杀死丈夫的王长芸有期徒刑 14 年。同样是不堪忍受虐待而杀夫（妻）的案件，有些案件却判处了死刑，如 2002 年内蒙古自治区某中院判处以杀夫焚尸的李胜萍死刑缓期两年执行；2002 年安徽省高级人民法院判处因不堪忍受妻子暴力杀妻的陶自平死刑立即执行；2007 年贵阳市中院判处杀夫碎尸的被告人彭翠敏死刑缓期两年执行。

因此，我们可以发现不同时间、不同地域、不同法院，此类案件的判决结果往往大相径庭。往往是因承办案件的法官对案件的认识不同而量刑各异，从死刑立即执行到死刑缓期两年执行，从无期徒刑到有期徒刑，到最轻的判处三年有期徒刑缓期五年执行。由于法律和司法解释都没有明确的量刑规定，导致各地在受虐人群杀人案件的量刑标准上极不统一。而部

分案件的轻判，也更多是在媒体的密切关注和舆论的强大压力下作出。笔者认为此类案件死刑判决的适用是最不可取的。

二、受虐杀人者不应判处死刑的刑法基础

（一）受虐人群杀人犯罪有其复杂的原因

绝大多数“以暴抗暴”的受虐者，都经历过求助无门的过程。他们是在长期受到虐待，身心受到摧残，家庭暴力的严重程度超过他们的忍受力时，才拼死自救。受虐人群“以暴抗暴”杀人犯罪原因复杂，有个人原因、家庭原因和社会原因，也有文化原因、经济原因和制度原因等等。其中最深层次的原因，是他们没有得到有效的社会支持。

从观念层面上看，民众普遍有着根深蒂固的家本位理念，认为家庭暴力是家庭私事。尤其是与受虐人群有密切联系，对其生活有较大影响的家人、亲戚、朋友、同事或宗教团体等对家庭暴力持漠视和容忍态度，保护人权观念淡薄，缺乏反对家庭暴力的意识。当遭受暴力以后，消极劝导受虐人群，对他们的负面影响很大，导致他们在心理上失去依靠，深信只能用极端方式方能自救。从国家机关及社会专业服务机构的反应来看，公安、检察、法院、医疗、社会及专业服务机构等部门之间缺乏合作的主动性、积极性和有效性。不能做到：公安机关及时立案，必要时对施暴者依法采取强制措施，并提供伤情鉴定；医院及时治疗并提供第一手证据；法律援助机构及时为受虐者提供法律帮助；庇护所能及时为受虐者提供人身庇护，使之走出暴力关系后有处可归；心理治疗机构及时提供心理咨询服务等。实践中如果家庭暴力不达到重伤程度，一般是公安机关不立案，检察院不提起公诉。如果受害人不告发，法院也认为是家庭私事。受虐者多数得不到有效的司法保护，反而招致施暴者更加有恃无恐。

由于种种的不利条件，使得他们受虐后既得不到及时的司法救助，也得不到有效的社会支持，导致了他们在精神极度崩溃的情况下愤而制造杀人案件。

（二）从刑法的规定与理论看，受虐人群罪不至死

中国刑法典第 5 条规定：“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行为和承担的刑事责任相适应。”这一罪责刑相适应原则（即罪刑均衡原则）的规定要求无论在刑事立法，还是刑事司法过程中，都应根据行为的社会危害性与行为人的人身危险性的大小来综合设定和裁量刑罚的轻重。在立法既定的前提下，司法机关在追究刑事责任时，首先是对犯罪行为的否定性评价，其评价的核心内容是犯罪行为的“社会危害性”，然后再进入对犯罪人和单位的否定性评价和谴责，其评价的核心内容是犯罪人和单位的“人身危险性”，即犯罪人和单位再次犯罪的可能性[②]。

《刑法》第 232 条的规定：“犯故意杀人罪的，处死刑、无期徒刑或者 10 年以上有期徒刑；情节较轻的，处 3 年以上 10 年以下的有期徒刑。” 故意杀人罪的刑罚由重到轻依次排列，这意味着对被告人原则上应首先适用死刑。然而在受虐人群杀人案件中，被告人的“社会危害性”和“人身危险性”都远小于普通的故意杀人行为，不应对其适用死刑。

首先，受虐杀人案件比普通故意杀人犯罪的社会危害性小的多。社会危害性在形式上有现实危害和可能危害、物质危害与精神危害之分[③]。受虐杀人案件的确造成了被害人伤亡的物质危害和现实危害，侵害了他人的生命健康权。但是案件产生的可能危害或精神危害远小于普通杀人案件。受虐杀人案件发生后，民众大多对被告人持同情态度，并有许多人为之纷纷求情，甚至一些被害人亲属也请求从轻处罚。民众的“求情”行为与被害方的谅解态度与普通故意杀人案件民愤较大，要求严厉惩罚的态度形成了鲜明对比，说明受虐杀人案件的社会危害性在某种程度上得到了减轻。

其次，受虐杀人案件的被告人比普通故意杀人犯罪的被告人人身危险性小的多。在诸多受虐杀人犯罪的案件中，都存在着这样一个事实，即被害人长期对被告人实施严重的暴力人身侵害。被告人作为家庭中的受虐者，当其权利被侵害尚不至于危及生存权时，其最可能的

行为就是忍让、躲避。遭受严重的暴力侵害时无法得到有效的社会与司法救助，在孤立无援的境地下，受虐者违法犯罪，说明其心理防线已经到了崩溃的边缘，而惟有用最强势的“暴力”才能舒缓他们长期压抑的心理，摆脱受虐状态。对于一个受尽虐待、忍无可忍方才出手的家庭成员来说，实事求是地说，她（他）们的主观恶性、人身危险性应当比之于此前虐待过她（他）们的施暴人要小得多[④]。对他们判处死刑（包括死刑立即执行和死刑缓期执行），既不符合刑法的罪刑等价、罪刑均衡原则，也不符合刑罚价值论上的人道性、公正性与效益性要求。严惩这些几乎没有人身危险性的被告人，对国家、社会、被害人及其子女都有害无益。它不仅会浪费有限的刑罚资源，而且还会带来更严重的社会家庭问题，危及社会的和谐发展。

最后，从刑法谦抑性角度来看，被告人的刑罚完全可以用死刑之外的其他刑种替代。2004年南京受虐杀夫的丁晓林被判处五年有期徒刑；2005 年 2 月 2 日，因不堪前夫骚扰，用铁锤砸死前夫的妇女李某被北京市海淀区人民法院从轻判处有期徒刑 3 年缓刑 3 年；2003 年 9 月 21 日，云南省宣威市人民法院以故意杀人罪判处因不堪忍受儿子长期的家庭暴力，将儿子活打死的樊同昆有期徒刑 3 年缓期 4 年执行。这说明当前部分刑事法官在司法实践中开始具体问题具体分析，将受虐杀人案件与普通杀人案件予以区别。采用替代死刑的其他刑种既能够惩罚杀人行为，又切实考虑了受虐被告人的苦衷，最大限度的实现了公平与正义，体现了刑法谦抑性的要求和社会正义的要求。实践证明，对受虐杀人的被告人处以轻档法定刑完全能够得到社会的认同。

三、受虐杀人者不应判处死刑的刑事政策基础

（一）从宽严相济的刑事政策看，对受虐人群不应适用死刑

作为我国当前应对犯罪的基本方针和策略，宽严相济的刑事政策是新的历史条件下对惩办与宽大相结合的刑事政策的传承与超越。这一政策体现了以人为本、公平正义的理念和罪刑法定原则、罪责刑相适应原则的精神，对于化解社会矛盾、公正惩治犯罪、维护社会和谐具有重要意义。宽严相济的刑事政策涵括宽松刑事政策与严格刑事政策，强调要根据社会形势和犯罪分子的不同情况，区别对待，当宽则宽，当严则严[⑤]。其要求在准确定罪的基础上正确量刑，强调注意量刑情节的运用。在受虐杀人案件中，应当侧重运用宽松刑事政策，贯彻“宽”的精神。

首先，是法定从轻、减轻量刑情节的存在。大部分受虐者（被告人）作案过后一般会立即报警，这符合《刑法》第 67 条规定的“对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚”的法定量刑情节；部分情节较轻的受虐杀人案件符合《刑法》第 232 条中“3 年以上 10 年以下的有期徒刑”这一轻档法定刑。对这类罪行较重但给予宽宥处理的方式，体现了刑法对于犯罪人的感化，对于鼓励犯罪分子悔过自新具有重要意义[⑥]。

其次，是酌定从轻、减轻量刑情节的存在。在故意杀人案件中，杀人事实当然是重要的，但杀人的起因以及被害人有无过错这些酌定情节对于量刑有重大影响，也应该充分考虑。受虐人群杀人案一般属于故意杀人案件，在这些案件中，犯罪主体的行为普遍是由于被害人的过错而引发。我国有资料显示，国内某省 80%以上的妇女是在忍受恶性暴力多年、走投无路、精神极度崩溃的情况下愤而制造“杀夫案”的[⑦]。这说明受虐杀人案件中的被害人具有明显的重大过错。在以往的司法实践中，法官往往只重视法定量刑情节，而忽视对酌定量刑情节的处理和认定，被告人的酌定量刑情节往往在判决中得不到必要的体现[⑧]。为更好地贯彻宽严相济的刑事政策，应重视酌定情节的正确适用，尤其是在受虐杀人案件中的适用，以减轻或免除被告人的刑事责任。

（二）从少杀、慎杀的死刑政策看，对受虐人群不应适用死刑

在死刑适用问题上，严格限制死刑适用，少杀、慎杀是我国一贯的死刑政策，它是宽严

相济的基本刑事政策下的一种具体的刑事政策，是整个刑事政策的重要组成部分。在我国当前死刑废除条件显然没有成熟的大背景下，贯彻少杀、慎杀的死刑政策，从司法实践的角度严格限制死刑的适用，是立法废除死刑前，执法者博弈传统观念以顺应时代需求的必然选择。从司法适用的角度严格控制死刑，不仅是我国当前逐年减少死刑数量最关键的选择，也是他国有效遏制死刑的经验所在。尤其对于被害人有严重过错、被告人社会危害性和人身危险性都较小的受虐人群杀人案件而言，贯彻少杀、慎杀的刑事政策，严格限制死刑适用尤为迫切。

少杀、慎杀的死刑政策实质上是犯罪的一般预防与特殊预防综合考虑的刑事政策。对于受虐人群杀人案件而言，仅就个案后果而言的确是非常严重，但就犯罪预防的综合考虑层面而言并不足以判处死刑。首先，从犯罪的一般预防角度考虑，对被告人适用死刑并不能有效阻止社会上其他成员尤其是其他受虐者不再实施杀人犯罪。受虐人群实施杀人犯罪有着多重的、复杂的原因，其中缺乏社会有效支持而使家庭暴力始终存在是深层次原因。若仅凭简单地对被告人适用死刑，而不是有效的制止家庭暴力，最终只能是受虐杀人案件的有增无减，并不能起到良好的一般预防作用。其次，从犯罪的特殊预防角度考虑，对受虐人群适用死刑没有必要。死刑的适用应当限于具有再次实施犯罪可能的人身危险性极大的犯罪分子。受虐人群在工作生活中一般都是勤勤恳恳、吃苦耐劳、遵纪守法的人，若非长期遭受家庭暴力，很难想象这类人实施杀人行为。他们杀人的对象仅限于施虐者（即被害人），一旦施虐者不存在了，他们的人身危险性就很小甚至没有了，这说明他们与普通杀人犯有截然不同之处。特殊预防是刑罚的一个重要目的，对于受虐杀人者这类再犯可能性极小的犯人，适用较轻的刑罚完全可以达到特殊预防的目的。

因此，在受虐人群杀人案件的处理中，应当改变过去“重后果适重刑”的片面倾向，适当考虑犯罪人的人身危险性和教育改造的可能性，通过对案件被害人是否有过错、过错程度如何、对犯罪发生的影响力大小以及被告人对该过错刺激反应的强烈程度等进行分析，结合其他事实及各自人格特征，正确把握犯罪人的人身危险性，从而确定适当的刑罚[⑨]。也就是要充分考虑被告人实施“以暴制暴”杀人犯罪的复杂原因，考虑其主观恶性、社会危害性、人身危险性都远小于普通的故意杀人行为，运用刑法的基本理论，贯彻当前刑事政策的基本要求，对受虐人群既不适用死刑立即执行，也不适用死刑缓期执行。笔者认为，可以参照对于受虐杀子（女）案件的处理，判处有期徒刑的缓期执行，从而统一量刑标准，使他们获得更加公正的审判。

注释：

①李云虹：《法律宽恕杀夫女子——对“以暴抗暴”杀夫案的调查》，载《法律与生活》2005 年第 15 期，第 30 页。

②陈明华主编：《刑法学》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 250 页。

③陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社 2000 版，第 160 页。

④屈学武：《死罪、死刑与期待可能性——基于受虐女性杀人命案的法理分析》，载《环球法律评论》2005 年第 1 期，第 65 页。

⑤赵秉志：《和谐社会构建与宽严相济刑事政策的贯彻》，载《 吉林大学（社会科学学报)》2008 年第 1 期，第 7 页至第 8 页。

⑥陈兴良：《宽严相济刑事政策研究》，载《法学杂志》2006 年第 1 期，第 21 页。

⑦刘丽普：《关注家庭暴力系列-2：受虐妇女综合症》，转引自新浪网。

⑧赵秉志：《论中国刑事司法中的人权保障》，载《北京师范大学学报(社会科学版)》2006 年第 3 期，第 105 页。

⑨史卫忠：《论被害人过错对故意杀人罪量刑的影响》，载《山东法学》1995 年第 2 期，第 21 页。

作者单位：安徽银佳律师事务所

受贿罪立案追诉标准研究

彭凤莲　胡文静

【内容摘要】我国目前刑法典没有规定受贿罪独立的立案追诉标准，是依照贪污罪以5000元为立案追诉标准的。根据1999年最高人民检察院《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》，4000元以上情节较重的也予以追诉。上述立案标准存在着易惹争端、不符合罪责刑相适应原则、不利于刑法的公正性、统一性和稳定性等诸多缺陷。在司法实践中受贿数额事实上成了唯一的立案追诉标准，且立案追诉标准的大幅度提高亦为普遍事实。与贪污罪、非国家工作人员受贿罪采取相同的立案追诉标准不符合受贿罪的罪质与特征。因此，应当对其加以完善，取消具体立案数额标准，建立以概括性数额与情节相结合的独立的立案追诉标准，且不能让情节标准被虚置。

【关键词】受贿罪　受贿数额　立案追诉标准

当前，我国处于转型时期，腐败犯罪形势严峻，其中国家工作人员索取或收受贿赂，进行权钱交易，是严重的腐败行为。受贿犯罪居高不下，将严重危害国家机器的正常运转和政权巩固。在我国已经批准加入的《联合国反腐败公约》中，将贿赂犯罪作为重点防范和打击的对象。但在我国目前，一个不争的事实是，各地司法实践中实际运用的受贿罪的立案追诉标准已远远低于最高人民检察院规定的立案追诉标准，尤其是经济发达地区。因此，为有效地实现预防和惩罚受贿犯罪的目的，必须重新审视并修改受贿罪的现有立案追诉标准。

一、受贿罪立案追诉标准的规定

（一）受贿罪立案标准的实然规定

1979年刑法将受贿罪作为一个独立的罪名规定，但并未规定其立案标准。1982年全国人大会常委会《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》中，规定对受贿罪比照刑法第155条贪污罪论处。1988年全国人大常委会《关于惩治贪污罪、贿赂罪的补充规定》中规定：对犯受贿罪的，根据受贿所得数额及情节，依照贪污罪的规定处罚。而此“补充规定”中贪污罪的立案标准是2000元，据此，受贿罪的立案标准亦为2000元。

1997年刑法第386条规定：对犯受贿罪的，根据受贿所得数额及情节，依照贪污罪进行处罚；索贿的从重处罚。因此，两罪的处罚标准完全一致。即将受贿罪的立案标准提高到5000元，情节较重的，也应追究刑事责任。那么，何为“情节较重”？“不满5000元”不满5000元有无下限？1999年最高人民检察院《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》对此进行了规定：个人受贿数额在5000元以上的，应予立案；个人受贿数额不满5000元，但具有以下三种情形之一的，应予立案，即（1）因受贿行为而使国家或者社会利益遭受重大损失的；(2)故意刁难、要挟有关单位、个人，造成恶劣影响的；(3)强行索取财物的。另外，在附则中又规定有关犯罪数额的“不满”，是指接近该数额且已达到该数额的80%以上，这实际上是指明了受贿不满5000元应予立案的下限是4000元。

可见，我国目前刑法典没有规定受贿罪独立的立案追诉标准，是依照贪污罪进行追诉的；最高人民检察院《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》，对个人受贿数额不满5000元，情节较重的追诉情形予以了具体化。

（二）受贿罪现行立案追诉标准存在的问题

综合上述规定，我国目前对受贿罪的立案追诉，主要是以数额标准为根据，兼有情节方面的考虑，立法主要是一种具体式的数额规定，司法实践中也主要依据这种硬性的数额立案标准进行操作。这种以数额为主要追诉标准存在以下问题：

1. 固定的数额标准易惹争端

我国法律规定个人受贿数额达到 5000 元的，应予立案。学界对于这个数额标准是应当降低还是上升存在着不同意见，因此，可分为降低论和上升论两种观点。

降低论者认为，受贿罪是一种职务犯罪，其侵害的是国家工作人员的职务廉洁性，受贿行为严重腐蚀了国家肌体，妨碍国家职能的正常运行，极大地破坏了政府的公信力和权威性，导致民众对政府丧失信任。受贿罪相对于其他非职务犯罪而言，具有更大的社会危害性，因而应处以更严厉的刑罚。另外，根据我国严厉打击腐败犯罪的刑事政策以及目前腐败案件频发性的现状，降低受贿罪的立案数额标准，加大处罚力度成为必要，否则，宽松的立案标准就会有放纵犯罪之嫌。把国家工作人员当成是普通公民来看待，当他们面临犯罪成本极其低廉、犯罪利益极其巨大、犯罪机会遍地丛生的时候，腐败犯罪的高发就是当然的结果[①]。 因此，应当降低目前受贿罪的立案数额标准，严厉打击腐败犯罪。

上升论者认为，1997 年刑法所规定的 5000 元立案标准已不能适应我国经济发展的现状。1997 年至今十多年了，我国的国民经济增长迅速，人民的生活水平也逐年提高，相应的，公务员的工资水平也在逐渐提高，一般地区的公务员每月基本工资已有 2000 多元，发达地区的甚至已达到 5000 元，而受贿罪的立案标准才规定 5000 元，这显然不能与我国的经济发展水平相适应。这种低数额标准容易模糊一般违法行为与犯罪行为的界限，增加司法成本，同时也有违刑法的谦抑性原则，不利于对受贿罪的惩治。因此，应当根据人均国内生产总值等数据进行统计计算，确立与我国经济发展水平相适应的受贿罪立案追诉标准。

我国现行刑法规定，个人受贿数额不满 5000 元，情节较重的，也应予以立案。对此，最高人民检察院确定的立案标准在细化“情节较重”的同时，将个人受贿数额定为 4000 元以上。这实质上就是一种有下限的数额标准，“情节较重”仅是一定数额范围内的限制性条件而非立案追诉的主要标准。即使行为人的受贿行为使得国家或社会利益遭受重大损失，导致了严重的后果，但由于其受贿数额低于 4000 元，也不能对他进行立案追诉。这显然不符合刑法惩罚犯罪的目的，有违刑法的罪责刑相适应原则，也不符合刑法的原意。

2. 受贿罪的立案追诉标准不应与贪污罪相同

根据 1997 年刑法第 386 条和第 383 的规定，受贿罪的立案标准与贪污罪相同，都是 5000 元，受贿罪的量刑也与贪污罪完全相同。

行为的社会危害性是确定行为是否应被立案追诉的根据，同时也是确定追诉标准的依据。社会危害性不是一个纯粹的事实概念，而是体现了对犯罪行为的否定的社会政治评价，因此犯罪的社会危害性不只是指行为对社会造成的客观危害，而且也包括行为人的主观恶性，是行为的客观危害和行为人的主观恶性的统一。[②]贪污罪作为一种不同于受贿罪的犯罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。它侵犯的客体不仅包括国家工作人员的职务廉洁性，还包括公共财产的所有权。贪污罪的犯罪客观方面和侵犯的客体都表明其行为人的主观恶性和行为的客观危害比受贿罪更严重。因此，对贪污罪应当设置比受贿罪更严格的立案标准，受贿罪的立案标准不能简单的与贪污罪相等同。

另外，贪污罪和受贿罪是独立的两个罪名，二者的犯罪构成各不相同，社会危害性也不同，因此，根据罪责刑相适应原则，二者不应当适用相同的立案标准。从本质上看，贪污罪侧重于惩罚贪利性，受贿罪侧重于惩罚渎职性。贪污罪直接体现为对公共财产的侵犯，因此

可以直接用数额表现其社会危害性的大小，而受贿罪收受的贿赂并未侵犯公共财产权，其社会危害性主要体现在利用职务之便的犯罪故意上，受贿数额的大小并不能当然反映社会危害性的大小。因此，受贿罪既不应仅以数额作为立案标准，更不应将定罪和量刑标准等同于贪污罪。

3. 受贿罪的立案追诉标准不应与非国家工作人员受贿罪相同

2010 年 5 月 18 日发布的《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》中规定公司、企业或者其他单位的非国家工作人员受贿５０００元以上的，将被立案追诉。将非国家工作人员受贿罪与受贿罪的立案标准等同，显然是不符合罪责刑相适应原则。

非国家工作人员受贿罪与受贿罪是两个独立的犯罪，二者的构成要件不同，前者是非职务犯罪，其犯罪主体、犯罪客体和犯罪客观方面等体现的社会危害性比后者要小。社会危害性越小，立案标准就越高；社会危害性越大，立案标准就越低。因此，不应将受贿罪与非国家工作人员受贿罪的立案标准等同，前者应当比后者低。

综上所述，我国目前受贿罪的立案追诉标准规定存在诸多问题，应当对其加以改善。

二、受贿罪立案追诉不应以数额为主要标准

受贿罪立案追诉不应以数额为主要标准。理由有：

（一）以数额为立案主要标准来界定罪与非罪不符合刑法基本原理

1. 受贿罪不是数额犯，不应以数额作为衡量其社会危害性进而作为定罪量刑的标准。

1997 年刑法第 385 条规定：“ 国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。国家工作人员在经济往来中，违犯国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处。” 此法条内容表明，受贿罪不是数额犯，以数额作为其立案追诉标准不合适。

2. 以受贿数额作为追诉标准不符合罪责刑相适应原则

受贿罪侵犯的客体是国家工作人员的职务廉洁性，其社会危害性主要体现为行为人利用职务便利，妨碍国家职能的正常运行，腐蚀国家廉政肌体。有学者将受贿罪的故意分为违法履行职务的故意和以此为代价去获取贿赂的故意，后者可以用金钱去衡量其主观恶性程度，而前者则不总是能用金钱来衡量。受贿行为的主观恶性程度主要表现在违法履行职务的故意上，受贿的数额并不能表明受贿行为的本质特征。 因此，受贿数额不与受贿行为的社会危害性成正比，不能作为立案追诉的标准。例如，受贿 1 万元但给国家带来重大损失，造成恶劣社会影响，与虽然受贿 10 万元但并未给国家带来较大损失相比，前者的社会危害性并不当然比后者轻，甚至有可能更重。

3. 以受贿数额作为定罪量刑的标准，有客观归罪之嫌。

以具体硬性的受贿数额作为定罪量刑的标准，不加以考虑行为人的主观恶性、犯罪情节、造成的危害后果等其他犯罪事实，难免有客观归罪之嫌，不能很好地贯彻主客观相一致的定罪原则。

（二）以数额为立案主要标准不利于司法运作

1. 受贿罪的犯罪对象已多样化

随着国家经济发展水平的提高，社会的利益承载方式和人们的消费方式呈现多样化的特点，贿赂的方式不仅仅表现为金钱或其他物质性利益，也越来越多地表现为非物质利益，如出国深造、子女升学、设立债权、豪华旅游甚至提供色情服务等。这些非物质利益的计算方式、计算标准等在各个地区、各个时期都不相同，无统一标准，难以衡量。在司法实践中如

何将这些非物质性利益准确地转化为具体数额且又保持司法认定的统一性确属难题，因此，不宜以受贿数额作为立案追诉的主要标准。

2. 以受贿数额为定罪量刑的主要标准加大了受贿犯罪证据收集的难度

受贿犯罪具有“一对一”的特点，即这种犯罪是以隐蔽的“一对一”的方式进行的。因此，对这类犯罪的证据收集，口供占很大一部分，而口供在证据种类中又属于稳定性和真实性较差的。这导致了在司法实践中被告人经常当庭翻供，有时在侦查阶段审查确认的受贿数额到庭审阶段可能会因被告翻供而缩水几倍，剩下的不能查明的财产通常就会被认定为巨额财产来源不明罪，而巨额财产来源不明罪的法定刑幅度要比受贿罪轻，因此，被告人最终受到的刑罚处罚就会大大减轻。这种情况暴露了以受贿数额为立案标准在司法实践中的缺陷，既浪费了司法资源，又不能起到严厉打击犯罪的效果。

（三）以数额为立案主要标准不利于维护法律的公正性和稳定性

受贿数额所体现的社会危害性与国家的经济发展水平有着直接的联系。

1. 固定的数额标准易抹杀法律的实质公平

首先，同一国家，不同时期的经济发展水平各不相同，如我国现在的经济状况与十年前相比差异巨大。现在的 5000 元与 10 年前的 5000 元已不是一个概念，其所体现的经济含量、社会劳动价值、在犯罪论中的社会危害性等等都已不能同日而语。其次，同一时期，不同地区的经济发展水平也不尽相同，例如我国的东南沿海地区与西北地区的经济发展亦存在巨大差异。因此，同一受贿数额在不同历史时期和不同地区所体现的社会危害性是不同的，若对其处以相同的刑罚则有违法律的公平正义。因此固定的数额标准易抹杀法律的实质公平，不利于个案公正。

2. 固定的数额标准易破坏法律的稳定性

如果追求个案公正，就得根据经济发展的变化对各时期或各地区的受贿罪立案标准进行相应变动。鉴于我国目前经济发展的高速度，从长远看，则不管是进行立法修改还是司法解释，都会导致受贿罪立案追诉标准的频繁变动，从而破坏法律的统一性和稳定性。

实践中已有许多经济发达地区不按照刑法规定的立案标准而采用内部制定的标准来进行执法，这实际上严重损害了法律的统一性和稳定性，进而破坏了形式上的公平正义。

（四）以数额为立案主要标准不利于维护法律的严谨性和权威性

1. 以受贿数额作为立案标准不科学

受贿罪立案数额标准的难以确定性和难以统一性决定了以受贿数额作为立案标准的不科学性，进而影响了法律的严谨性和权威性。受贿罪立案标准如果确定得过高，就容易导致放纵犯罪，不利于我国严厉打击腐败犯罪的刑事政策的实现，老百姓会认为立法与司法有官官相护之嫌；如果确定得过低，又会模糊一般违法和犯罪的界限，不能体现刑法的最终介入性，有违刑法的谦抑性原则。

2. 明确的数额标准有怂恿小额受贿嫌疑

明确的数额规定，可以说在立法上就为腐败分子预先规定了一个不小的行为空间，司法实践中的刚性掌握更会使人们产生一种错觉，即一定数额的受贿是我国法律所允许的。[③]因此，腐败分子在进行行为时就会在心底设定一个底线，只要不超过这个底线就不用受到法律追究。这有怂恿国家工作人员小额受贿嫌疑，同时就使得一部分受贿数额没有达到立案标准，但社会影响恶劣，对国家造成重大损害的受贿行为能够避开法律的规制。这种立法本身的缺陷及现实中存在的钻法律漏洞的行为严重影响了法律的强制力和权威性。

因此，以固定的数额为标准，使得对受贿罪的追诉进退两难。而且以数额为主要标准，在司法追诉中事实上数额成了唯一标准。

三、受贿罪立案追诉标准的完善

根据前述内容，笔者认为应当对我国受贿罪的立案追诉标准加以修改完善，针对数额标准存在的诸多问题，笔者认为应当取消具体立案数额标准，建立以概括性数额与情节相结合的立案追诉标准。

首先，单一的具体性数额标准虽然具有简单确定、可操作性强的优点，但是正是由于其硬性的规定导致其经常与受经济发展水平影响的社会危害性产生矛盾，进而使得这一具体性数额要经常进行修改变动才能符合刑法对受贿罪的规制要求，而这种频繁的变动又会破坏刑法的统一性和稳定性，因此，不宜以单一的具体性数额作为受贿罪的立案标准。

其次，单一的概括性数额标准虽然具有弹性大，有利于保持刑法稳定性的优点，但是却抽象笼统、可操作性不强。法官为了司法适用就会制定大量司法解释来细化这一标准，导致这些概括性的数额标准最终还是变成了具体性的数额标准，如“ 数额较大 ”可能被解释为数额达到 5000 元以上。因此，也不能实质性地解决受贿罪立案标准确定性的问题。

再次，应当取消具体立案数额标准，建立以概括性数额与情节相结合的立案追诉标准。一如前述，受贿罪不是数额犯，受贿数额的大小并不能直接反映出其社会危害性的大小，因此，不能将其作为受贿罪立案的主要标准，而应当以概括性数额与情节相结合，而且情节标准不能被虚置，具体可以表述为 “ 数额较大或有其他较重情节的 ”。相应的，其量刑标准紧接着可以表述为“ 数额巨大或者有其他严重情节的，数额特别巨大或者有其他特别严重情节的 ”。

最后，应根据受贿罪的罪质与特征，设立不同于贪污罪、非国家工作人员受贿罪的独立的立案追诉标准。

注释：

①吕天奇：《贿赂罪的理论与实践》，光明日报出版社 2007 年版，第 265 页。

②孙步云：《行贿罪与受贿罪的立案标准不应相同》，《检察实践》，2004 年第 1 期。

③陈国庆：《新型受贿犯罪的认定与处罚，法律出版社 2007 年版，第 147 页。

作者单位：安徽铭诚律师事务所

试论刑事诉讼法对被害人权益保护之缺憾

罗永胜

一、问题的提出

随着人类文明的进步，人类社会不断加大对人权问题的研究，人权问题已成为衡量国家民主与法治的标杆。门德尔松创立被害人学后，各国对被害人问题的研究也给予了专门的重视。日本于 1980 年颁布了《犯罪被害人等抚恤金付给法》，美国国会也颁布了《被害人和证人保护法》、《被害人权利法案》等法律。有的国家还成立了被害人赔偿基金会、援助被害人协会等团体。1973 年 9 月，在以色列召开的第一届被害人学国际研讨会，标志着世界性的被害人研究团体即国际被害人学学会的成立。进入新世纪，世界各国纷纷采取措施，完善其保护刑事被害人权利方面的制度。

我国《刑事诉讼法》明确规定被害人在刑事诉讼当中具有当事人的诉讼地位，目前世界上绝无仅有。但显而易见的事实告诉我们，赋予被害人以当事人地位的国家，其被害人权利保障与救济制度不见得完善与合理，其被害人的权利状况不一定很完美。恰恰相反，笔者认为：我国刑事诉讼法对被害人的权益保护严重缺失。被害人的诉讼权利极易受到执法机关的漠视，其权利多数情况下无法得到救济。真正原因是什么呢？表面上看起来好像是司法机关对于人权的忽视，但罪魁祸首却是制度规定的缺失。

二、我国刑事诉讼法被害人权利保护之缺失

权利缺失之一：诉讼权利不平等

被害人能否获得人民检察院的起诉书副本，刑事诉讼法无明文规定，人民法院不向被害人送到起诉书也就变得理直气壮，甚至根本不传唤被害人到庭。被害人连到庭机会都无法保证，诉讼当事人地位徒有虚名。刑事诉讼法规定，十四岁以上不满十六岁未成年人犯罪的案件，一律不公开审理。十六岁以上不满十八岁未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理。但对于被害人是未成年人的案件则并无不公开审理之规定。被告人在开庭审判时享有最后陈述权，被害人则没有上述权利。此外，与其他当事人相比，被害人还有多项诉讼权利不具备。这从刑诉法中对被告人权益保护规定的条文多达被害人四倍可见一斑。诚然，被告人由于人身自由被强制，需要法律对强权机关加以约束和予以法律帮助，但被害人是弱势群体，受到犯罪行为侵害，更需要法律帮助。虽然现行法律对被告人权益保护并不令人满意，我国与国际上被告人权益保护相比仍有很大差距，对被告人权益保护仍应逐步加大和完善，但在提高被告人权益保护同时，亦不应忽视另一弱视群体。

权利缺失之二：刑事被害人对刑事判决无权上诉

根据我国刑事诉讼法规定，自诉人及其法定代理人有上诉的权利；附带民事诉讼的原告人及其法定代理人仅对第一审判决、裁定中的附带民事诉讼部分有上诉的权利；被害人及其法定代理人不服地方各级人民法院第一审判决的，仅有权请求人民检察院提出抗诉。公诉案件的被害人并不享有上诉权，其不服地方各级人民法院第一审判决，只能看人民检察院眼色，造成被害人与被告人诉讼权利的明显不对等。被害人及其法定代理人不服地方各级人民法院第一审判决的，自收到判决书后五日以内，有权请求人民检察院提出抗诉。人民检察院自收

到被害人及其法定代理人的请求后五日以内，应当作出是否抗诉的决定并且答复请求人。而《刑事诉讼法》第八十二条第（三）项规定：“法定代理人是指被代理人的父母、养父母、监护人和负有保护责任的机关、团体的代表”。依照我国《刑事诉讼法》的有关规定，只有无行为能力人和限制行为能力人才有法定代理人，而具有行为能力人，即精神健康状况正常的已满十八周岁的成年人没有法定代理人。由此可见，在刑事案件中，被告人享有上诉权，而被害人及其法定代理人仅享有提请人民检察院抗诉的权利。但当被害人是具有行为能力人且已死亡时，即使法院的判决不公，被害人的近亲属（夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姊妹）既没有提出上诉的权利，又没有请求人民检察院抗诉的权利。

权利缺失之三：被害人的委托代理人权限制约

我国刑事诉讼法虽然规定了被害人有权委托诉讼代理人参与刑事诉讼，并享有对这一规定的知悉权，人民检察院及人民法院应当告知被害人有权委托代理人。但是，刑事诉讼法对被害人委托诉讼代理人仅规定了诉讼代理人的范围，并没有涉及诉讼代理人的具体权限，使被害人的诉讼代理人与被告人的辩护人的权限不对等、不均衡。如检察机关和辩护人均能在法庭上出示证据以证明罪名是否成立，而被害人代理人收集的证据是否能作为直接指控被告人的证据刑诉法并无规定，证人证言必须在法庭上经过辩护人质证，而无必须经过被害人代理人质证之规定。此外，公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属与自诉案件的自诉人及其法定代理人相比，有权委托代理人的期限为案件审查起诉之日，而自诉案件却无此限制。而公诉案件被害人相对自诉人，其遭受的犯罪侵害更为严重，更需及早寻求法律帮助。公诉案件的被害人及其法定代理人与犯罪嫌疑人相比，犯罪嫌疑人在受到强制措施之日起有权聘请律师为其提供法律帮助，公诉案件的被害人及其法定代理人是否有权随时聘请律师为其提供法律帮助，刑事诉讼法无明文规定。

随时委托律师作为代理人并赋予代理律师与辩护律师同等权利，保障被害人获得法律帮助的权利，是法治社会的必然要求。刑诉法对于被害人代理人的诉讼权利虽未予专门规定，但是笔者认为，被害人代理人充分享有其代理诉讼的权利，是被害人获取法律帮助的重要途径之一，是符合立法本意的。对此，参照刑诉法关于被告人的辩护律师权利义务的规定，可以允许被害人的代理人向人民检察院和人民法院查阅、摘抄、复制本案的有关材料，经证人或者其他有关单位和个人的同意，可以向他们收集与本案有关的材料，也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据，或者申请人民法院通知证人出庭作证等。被害人的代理人，尤其是代理律师应当重视刑事诉讼案件被害人的代理工作，确保刑诉法对被害人权利保护的实现，为刑事诉讼活动的有效进行发挥其作用。公安机关也应当加强与被害人代理人的沟通，争取在事实的认定和法律的适用问题上取得共识，并在庭审中从控诉的不同角度，发挥各自职能，揭露和证实犯罪，以利于人民法院对被告人准确地定罪量刑并实现社会正义。

权利缺失之四——刑事案件被害人无权获取精神损害赔偿

我国 1996 年修订的《刑事诉讼法》第 77 条第 10 款规定：“被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事诉讼”。2000 年 12 月 4 日最高人民法院，对刑事附带民事诉讼范围问题，作出了司法解释，即《最高法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》，其中第 1 条第 2 款规定：“对于被害人因犯罪行为遭受精神损失而提起附带民事诉讼的人民法院不予受理。” 2002 年 7 月 15 日，最高人民法院公布了《关于人民法院是否受理刑事案件被害人提起精神损害民事诉讼问题的批复》。其中规定：“……对于刑事案件被害人由于被告人的犯罪行为而遭受精神损失提起的附带民事诉讼，或者在该刑事案件审结以后，被害人另行提起精神损害赔偿民事诉讼的，人民法院不予受理。”同属侵权行为，一个受害人，因侵权行为没有构成犯罪而可通过民事诉讼的途径获得精神损害赔偿，一个则因侵权行为构成犯罪而不能通过刑事诉讼途径获得精神损害赔偿。显然，这种极具中国特色的精神损害赔偿法律体系荒谬之至。毋庸置疑，刑事案件被害人的精神损害

比民事案件中对被害人造成的精神损害更加严重，特别是对故意伤害等行为致被害人容貌毁损、肢体伤残的，造成被害人终生痛苦，给被害人的婚姻、家庭造成灾难。给被害人的工作、生活带来不可逆转的负面影响，造成其巨大的精神痛苦。但公民的合法权利却因法律体系自身的问题而得不到保护，这无异于遭受第二次犯罪。“ 法律应当是公平正义的体现，而不仅仅是统治者手中的工具和武器 ”，然而让人痛心的是，在当前刑事犯罪中，被害人提起精神损害赔偿的请求几乎得不到法律的支持。

笔者认为：在刑事诉讼中，被害人的精神痛苦理应成为衡量犯罪行为社会危害性的一个重要标准，也是量刑上应考虑的重要因素。如果被告人承担了精神损害赔偿，在一定程度上填补了被害人的损失，应当视为被告人的悔罪表现，可以从轻处罚。

权利缺失之五——刑事被害人请求国家赔偿权的缺失

虽然我国刑事诉讼法有明确规定，被告人应当对其犯罪行为造成被害人的损失承担赔偿责任，但被害人的损失往往因被告人经济困难等原因，得不到赔偿或不能得到有效的赔偿。国家既然不能保障其公民不受犯罪行为侵袭，理论上应当对不能得到合理赔偿的被害人承担经济补偿义务。卢梭在《社会契约论》一书中认为，每个人的力量和自由是他生存的主要手段，但为了使社会由一种自然状态过渡到另一种文明状态，人们就必须“ 寻找一种结合形式以全部共同的力量来护卫和保障每个结合者的人身和财富 ”，这种结合的形式即为国家。基于社会契约理论，公民对国家承担义务，如依法纳税、服兵役、遵纪守法等，同时将保护自己人身和财产的权利交给国家来行使，国家便产生相应的义务。如果允许公民自由地采取手段保护自己，社会便又重返自然混乱状态，但这是现代文明所不允许的。因此如果国家没有很好地履行义务，则要承担由此产生的后果。尤其是社会主义中国，对公民实行枪支、刀具管制，既然国家不允许公民携带武器防范犯罪，却又无法杜绝携带武器的暴力犯罪，可以认为国家在一定程度上加重了被害人受害的机率。国家没有尽到抑制犯罪的责任，国家理应承担一定的责任。在惩罚犯罪方面，又不允许私力救济，当被害人不能从犯罪人处得到充分赔偿时，国家就应当给予被害人及时有效的补偿，以承担应有的责任。 因此基于社会契约理论，刑事被害人遭受特定犯罪侵害，不能得到充分救济时，国家承担责任，给予国家补偿，以保障被害人得到充分的救济。

《最高人民法院关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》明确提出研究建立刑事被害人国家救助制度。希望不远的将来刑事案件被害人不再流血又流泪。

权利缺失之六——执行阶段的监外执行、减刑、假释权，被害人无权参与

在犯罪执行阶段，刑事诉讼法规定基于一定的事由人民法院可以对服刑人员作出监外执行、减刑、假释决定，服刑人员提前释放情形司空见惯。但由于法定事由失真可能及司法腐败客观存在，不免出现暗箱操作可能。作为服刑人员的直接侵害对象，被害人认为有关人民法院对服刑人员所作减刑、假释的裁定不当，理应有权提出异议，但刑事诉讼法并未赋予其向该人民法院提出异议的权利。

权利缺失之七——自诉案件取证困难

刑事诉讼法划出一部分轻微刑事案件，不走公诉程序，而是由被害人直接向法院起诉，这种做法表面上看似乎是对被害人自诉权的保护，扩大了被害人行使诉权的范围，但实际上是限制和缩小了被害人的诉讼权利。这是因为此类案件划入自诉案件范围后，被害人无法利用公权调查取证，加之刑事案件证据标准“ 排除合理怀疑 ”比之民事案件证据标准“ 盖然性优势 ”更高，自诉案件的无罪判决比例比之公诉案件自然高出很多，这样，自诉案件取证存在困难，又失去了公诉的保护，与法律加强对被害人诉讼权利的保护的立法意图背道而驰。

三、完善我国刑事被害人诉讼权益保护制度的必要性

（一）适应弱势群体希望得到社会帮助的实际需要

朱鎔基总理在 2002 年的政府工作报告中首次公开提出了弱势群体的概念，他是就经济地位而言的。在刑事诉讼方面，弱势群体也同样存在。刑事案件被害人作为犯罪对象通常都相对弱小，在遭受犯罪侵袭后更加迫切需要司法机关惩处犯罪以防止类似情况发生。而一些犯罪分子自恃金钱、权利至上而肆意践踏法律，法治社会绝不允许出现法律向权势倾斜的现象存在。

（二）是贯彻我国宪法规定的“ 法律面前人人平等 ”原则必然要求

现代法治的基本特征就是平等。我国宪法第 33 条明确规定，公民在法律面前人人平等，国家尊重和保护人权。公民在法律面前人人平等，体现在刑事诉讼过程中，必然要求每个当事人的诉讼权利都受到平等保护。平等地保护每个公民的诉讼权，就是尊重个人人格平等，尊重个人的基本人权。

（三）适应惩治司法腐败、推进司法改革的实际需要

无可否认的是，权钱交易、司法腐败的客观现实致使犯罪分子逍遥法外，一些利益熏心的执法者利用法律漏洞庇护关系人甚至徇私枉法、贪赃枉法。遏制司法腐败现象，关键是要推进司法体制改革，完善各项诉讼制度。

（四）与司法和谐密不可分

党的十六届六中全会做出了《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》。在构建和谐社会的进程中，人民法院肩负着维护社会稳定、促进社会发展的重任；肩负着维护群众利益、促进矛盾化解的重任。人民法院既是和谐社会的建设力量，更是和谐社会的保障力量。刑事被害人权利保障问题的研究，在建设和谐社会的今天尤为必要。刑事被害人权利保障有利于社会稳定，有利于社会主义经济健康快速的发展，民安才能国泰。刑事诉讼法作为调整、保障人权的重要法律，就是要在充分保护公民权利的基础上，平衡诉讼双方利益，建立和维护稳定和谐的社会关系。

四、完善刑事被害人权益保护机制的构想

刑事诉讼法关于受害人权益保护制度规定的缺失，急需权力部门修正。令笔者振奋的是，一些地方司法部门已经注意到刑事诉讼法的滞后并采取了积极、有效的尝试。

2009 年 6 月，《关于向刑事案件被害方征询对被告人量刑意见的暂行规定》正式成为宁夏回族自治区中卫市两级法院审理刑事附带民事案件的量刑新机制，实践证明，新机制既体现宽严相济的刑事政策，又实现了案结事了。据悉，2009 年，中卫市两级法院已审结刑事附带民事案件调解率为 75.9%，其中对 127 名被告人量刑时，采纳了被害方关于减轻对被告人处罚的量刑意见。中卫市两级法院的改革创新机制，从精神上安抚了被害方的受伤心灵，缓释了被害方的仇恨，消除了一切不利于社会稳定的因素，法律效果和社会效果都得到提高。

笔者认为，司法机关应当突破桎梏，在刑事诉讼法尚未修正之前，不宥于刑事诉讼法的规定，采取灵活多样的方式进行司法探索，以实现社会正义。

作者单位：安徽宣广律师事务所

论“90后”青少年犯罪预防机制

范　珣

【内容摘要】面对越来越多低龄、稚气未脱的青少年走上犯罪道路的现象，如何拯救这些十几岁的孩子？显然，光靠打击只能治标不治本，整个社会都应该联动起来，教育环节更是尤为关键。未成年人的性教育、生命教育、法制教育任重而道远，应该从义务教育到进入社会，从个人、家庭到司法、企业，全社会联动来解决这一问题，从根源上预防和遏制青少年犯罪。

【关键词】“90”后　青少年　犯罪预防

一、“90后”青少年犯罪概况

在我国第一部命名为《青少年犯罪学》(1986年)的著作中，徐建对青少年犯罪作了如下界定：“青少年犯罪是指儿童向成年期过渡这个特定年龄阶段的人实施的犯罪行为。这个特定年龄阶段的划分是以生理、心理特征为基础，并以法律来加以确认的。”2009年，“90后”的队伍在逐渐壮大，而相应的，“90后”的犯罪率也在持续上升。中国青少年犯罪研究会的统计资料显示，2007年青少年犯罪总数占全国刑事犯罪总数的70%以上，其中14岁至18岁的未成年人（“90后”）犯罪又占到青少年犯罪总数的70%以上。重新犯罪率20世纪80年代为7%，90年代上升到17%，现在还在继续上升。据北京市海淀区检察院侦查监督处统计，2007年共受理案件4096件6433人，“90后”的犯罪为189件363人，占案件总数的4.6%；2008年全年共受理3463件4764人，“90后”的犯罪为198件284人，占案件总数的5.7%；2009年（截至6月底）共受理1848件2631人，“90后”的犯罪为168件272人，占案件总数的9.1%。从三年来的数据可看出，“90后”犯罪率在持续上扬，这些数据令人震惊。“90后”犯罪的特点、原因及应该采取的相应对策都需要引起全社会的广泛思考。

二、“90后”青少年犯罪特点、成因

“90后”犯罪呈现出的多种形态，表现出新的特点，已成为困扰社会治安的现实问题，给家庭、学校及社会都敲响了警钟。

（一）“90后”青少年犯罪呈现出新的特点

1. 在校团伙犯罪增多，“90后”犯罪案件中，团伙作案增多。

2. 侵财类案件居首，且具有暴力性和随意性。据海淀区检察院统计，“90后”犯罪以财产犯罪为主，排在前五位的犯罪类型依次是：盗窃（65件85人）、抢劫（36件76人）、寻衅滋事（12件23人）、故意伤害（11件16人）、强奸（7件10人）。

3. 犯罪主体低龄化。在这些“90后”的犯罪分子中，低龄化也成为一大特点。几年前，青少年犯罪平均年龄还在17岁以上，而今青少年犯罪的平均年龄只有15.7岁。据统计，2009年（截止6月底），14-16岁的犯罪分子已占到“90后”犯罪案件的9.5%。

4. 值得注意的新动向是，网吧几乎成为了“90后”犯罪团伙的聚集地和犯罪行为的高发地。许多“90后”犯罪团伙成员大都在网吧内结识，由于他们没有固定的住所，常常以

网吧、公园、个体小旅馆等作为临时过夜场所，因此团伙成员也并不是很清楚对方的真实姓名、家庭住址、暂住地等详细情况，他们彼此之间也仅是以绰号相称，作案时的成员组成比较松散，结伙时的随意性更强，并没有形成固定模式的团伙。

（二）“ 90 后 ”青少年犯罪的成因

1. 诸多教育局限。一是义务教育局限。我国义务教育目前仅普及到初中，要必然使一些成绩不好的学生被考试淘汰，加之自身厌学和父母放纵等因素，部分本该继续在学校学习的青少年过早进入社会；二是法制教育缺位。与其他教育相比，在学校，法制教育更容易被忽视。学校常以简单说教或严格纪律要求代替法制教育，学生很少受到系统的法制培训，缺乏法律意识和基本的法律知识，对自己的行为难以进行法律上的判断，以致无法意识到自己的犯罪行为……诸如这些教育局限均给青少年成长带来不利影响。

2. 网络对青少年犯罪的影响。目前青少年网络犯罪已成为一个严重的社会问题，青少年网络犯罪呈现智能化高、隐蔽性强、犯罪手法多样、社会危害性大。2006 年 3 月，安徽日报与安徽大学社会学成立调查组，从合肥市某少年犯管教所随机抽取 202 名 15-29 周岁以下犯罪青少年进行调查。据统计，犯罪青少年中有 144 人上网，占被调查人数 71.3%。这些青少年平均每周上网要花 83.12 元，面对如此大的开支，他们当中只有 10 人认为自己从来没出现过缺钱的情况，其他绝大多数人普遍存在缺钱的问题。当想上网却没有钱的时候，这些自制力差的青少年会采取多种手段，或向父母讨要（占 31%），或借（占 20%），或欺骗父母或亲戚朋友（12.4%），有的甚至铤而走险，或偷（12%），或勒索（11%），或抢劫（3%），从而走上了犯罪道路。这些青少年中，超过 50%的人作案前 5 个小时还在上网（其中作案前 2 个小时还在上网的超过 30%）。

3. 家庭的因素。一是家长在教育、制止和挽救青少年犯罪方面的作用是非常重要的，但由于受自身素质的限制或教育不当等多方面的原因，有些家长不能很好的教育子女。二是留守儿童犯罪问题。近年来，留守儿童犯罪日呈增多之态势，已成为严重的社会问题。据全国第五次人口普查统计，我国农村留守儿童人数近 2000 万人，已经成为一个庞大的社会群体，而且还有继续增长的趋势，其中 14 周岁及以下农村留守儿童占留守儿童的 86.5%。2005 年 1 月～8 月，肥东县公安检察机关共批准逮捕犯罪嫌疑人 233 人，其中不满 18 周岁的未成年人 27 人，占 11．6%，这 27 人中，有 10 人属留守儿童，占 37%。

三、国外关于青少年犯罪的预防制度

（一）美国青少年犯罪的预防机制

美国青少年犯罪问题的存在并不是孤立的，它是美国整体社会问题的一部分。近些年来，很多州都试图在青少年司法系统中就系统与青少年罪犯责任感、青少年罪犯的合适发展和社会保障之间寻求一种平衡。

1. 美国青少年法院的创建与发展。早在 1825 年，美国预防青少年犯罪协会就倡导将青少年与成年罪犯分开。伊利诺斯州在 1899 年通过了青少年法院法案，这个法案建立了美国的第一家青少年法院。到 1910 年，32 个州建立了青少年法院或缓刑服务，有的州是双重建设。到 1925 年除两个州外，其他的州都跟随建设了这样专门的青少年司法系统。到现在绝大多数州都建立了青少年法院。有的是单独建设，有的是综合法院的分支，有的是在综合法院有专门的青少年司法管辖部门。

2. 美国校园暴力机制建立。面对不断加剧的校园暴力,美国政府、社会各界机构和学校采取了很多措施，目前美国主要使用三级预防策略来干预校园暴力。①初级预防。初级预防指的是在校园暴力尚未发生之前，通过一系列的预防工作来减少暴力的发生比率。初级预防

是针对整个人群和社区进行的，它有赖于社会和家庭之间的共同合作参与，控制心理原因和社会病因，防患于未然，避免校园暴力事件的发生；②二级预防。二级预防指的是在校园暴力发生之前及时发现,并及时干预。二级预防的工作重点是在学校和家庭。对一些年轻人来说，在某些情况下，一些不同寻常的事件、行为和情绪可能预示着他们的愤怒以及对自己或他人的暴力行为。这些警告信号出现时，暗示着危机可能会来临，学校和家庭需要提高警惕来确定一个恰当的干预方法；③三级预防三级预防指的是在暴力事件发生后做出及时的反应。

（二）英国社区预防青少年犯罪的模式与理念

英国社区青少年犯罪预防包括两个层次：一是社区整体层次上的群众性集体预防措施；二是个人层次上的个人家庭预防措施。具体包括社区组织、社区防卫和社区发展。(1）社区组织：社会变化导致了社会组织的削弱以及社区机能的瓦解，又导致了社会对青年人控制力的减退。社区组织法旨在唤起公众与邻里参与预防犯罪；(2）社区防卫：由于城市居民区混乱的情况日益严重，人们普遍缺乏社会安全感，社区防卫模式应运而生。它强调自警自保，共御外敌，采用了减少社会与自然混乱的若干措施，诸如减少闲杂人员，加快城市修复速度，警察与普通市民的共同步巡等；(3）社区发展：社区发展是对城市混乱与瓦解的对抗措施。它包括重建社区的社会、经济与自然的合协。社区发展有四种战略：改善建筑环境；住房的管理与服务分散化；改善住房布局政策；社会与经济的复兴。这些措施共同发挥效益，就能减少犯罪。在基层开展的环境的、社会的、自然的、经济的综合治理，对减少青少年犯罪率将会发生长远的效益。

四、完善我国相关制度的建议

（一）完善立法是预防青少年违法犯罪的根本途径

我国很早就开始致力于预防青少年犯罪的立法活动，早在 1992 年就制定了《未成年人保护法》，又在 1999 年出台了《预防未成年人犯罪法》，最高人民法院也于 2001 年 4 月 4 日颁布了《关于审理未成年人刑事案件的若干规定》，填补了我国青少年犯罪立法的空白，保护了未成年人的合法权益。与此同时，我国在建立和完善保护未成年人权益的法律制度过程中，一直重视借鉴世界上的成功经验和做法，并且努力把我国的法律政策与贯彻保护未成人的国际公约紧密结合起来。例如，联合国《少年司法最低限度标准规则》(即《北京规则》)。确认了“ 双向保护 ”原则，即保护社会利益与保护犯罪少年利益相统一。规定了“ 慎用监禁刑、适用无偿社会服务劳动的原则 ”，我国作为缔约国理应在司法实践中体现这种原则。此外，《联合国预防少年犯罪准则》、《儿童权利公约》、《联合国保护被剥夺自由少年规则》等国际公约所确立的基本原则、标准和规范，在我国法律中都通过相应的条款得到了充分的体现。但是毋庸讳言，与国外的立法相比，我国现有法律、法规由于线条过粗，规定过于笼统，操作起来难度较大。我国至今仍在运用成人的刑法去应对青少年犯罪，儿童保护的理念尚未进入司法层面。同时，我们又没有制定出一部具有实体和程序意义的独立的少年法。

（二）关于完善预防青少年犯罪立法的几点具体建议

1. 关于网络问题的规范

网络是把双刃剑，在给青少年带来种种便利和好处的同时，也给他们带来许多负面的影响。有的中小学生对上网非常着迷，一天不上网就浑身不自在，有的中小学生通宵达旦沉溺于互联网游戏不能自拔，给中小学生的学业、健康和精神带来极大的危害。不少学生认为，网络上的一切都是不诚实的，因而用假名、说假话、不负责任地胡言乱语成了一种“ 时尚 ”。网络对青少年的负面影响如果任其发展，毁掉的将是国家和民族的未来。有效预防、控制青

少年网络成瘾、网络不良信息的毒害以及网络犯罪等，已经成为有关部门，尤其是立法部门必须高度重视的问题。首先，源头是关键。如果网上是一片净土，青少年自然就不会被污染了。我国应积极借鉴美国、德国、日本的做法，以“防止青少年信息污染，维护青少年网上安全”为原则，制定涉及信息发布、审查、监管、青少年监护和知识产权保护的法律法规。《未成年人保护法》和《预防未成年人犯罪法》是处理青少年行为问题的特别法律文本，迫切需要修订、补充、完善相关的法律内容，以更适用于青少年网络权益的保护和使用的管理。在条件成熟时，应着手制定《青少年互联网使用法》等专项法规。其次，就是要对青少年上网场所加大规范力度，规范网吧从业行为。尽快出台全方位的关于网络管理和青少年上网和网吧经营方面的有关法律规定，在立法层面上把好进门关、内容关和传播关。

2. 关于青少年性行为的规范

改革开放以来，国人摆脱了性禁锢的约束，昭示了一种社会进步的理念。南京的一项调查显示，中学生发生性行为时安全套的使用率非常低。另一项调查还显示，性病、艾滋病等有低龄化的趋势。面对中学校园性行为的增多，说服、教育效果都非常有限，最有效的办法就是通过立法对其进行规范，让法律的震慑力使中学生们不敢轻易造次。从世界范围来看，目前共有 89 个国家禁止 16 岁以下的青少年发生性行为，美国共有 6 个州禁止 18 岁以下的青少年发生性行为。有专家建议，应当把禁止未成年人性行为的年龄定为 16 周岁，不满 16 周岁的未成年人进行性行为违法。立法部门应当认真考虑这些的意见，及时为青少年的性行为立法，以规范青少年的性行为。

（三）完善我国与少年案件相关的社区矫正制度

社区矫正，也称社区处遇，是相对于传统的机构式而言的一种新兴的罪犯处遇方式。社区矫正是让符合一定条件的罪犯以服刑者身份进入社会。它适应现代司法理念的发展、变化，从传统的观念加以更新或改变，倡导教育矫正罪犯的新观念，使罪犯改恶从善成为新人的最高人道主义，是一种有效的、彻底的社会防卫方法。在对未成年犯的处罚上，因未成年人身心发育不成熟，具有很强的可塑性，易接受教育、感化，当前司法机关在对未成年犯的处罚上，以轻刑化、缓刑化为主。以合肥市未成年人犯罪案件为例：合肥市市辖区未成年人刑事案件自 2006 年 5 月份开始由合肥市包河区集中管辖，2006 年 6 月至 2006 年底，合肥市包河区人民检察院未成年人刑事检察科共收到法院判决书，判处的未成年人有 187 人，其中判处有期徒刑 50 人，占 27%；判处缓刑、单处罚金、拘役的 117 人，占 73%。合肥市审判机关对未成年人犯罪显然是以宽缓为宗旨。但是，在这种宽缓的刑事政策下，一些未成年人并不珍惜重新做人的机会，而是流入社会重新犯罪。至 2007 年底，仅仅一年时间，受理上述人员中重新犯罪的 11 人，占已判人数的 5.9%。而从我国的司法实践来看，被判处非监禁刑的重新犯罪比率一般比较低，有学者对某法院 7 年来判决的 121 名缓刑犯进行了研究，发现重新犯罪的仅有 2 人，重犯率仅为 1.65%。未成年人犯罪的高发态势以及被判处非监禁刑后缺乏必要的矫正措施而致其重新犯罪率过高的现象，直接要求对未成年人处以轻、缓刑罚的同时，应配以恰当的矫正措施，使其真正做到迷途知返，未成年人社区矫正制度正是解决这种矛盾与冲突的比较合适的制度。

目前，我国青少年犯罪预防机制不完善，依然缺乏立法依据的支持。青少年犯罪比率依然有上升趋势，“90”后青少年所处社会环境，让他们更有优越感，也更加张扬，他们所处的社会环境比较复杂，个人利己主义比较严重，种种因素导致他们更加漠视法律，更加容易走上犯罪道路。因此，笔者认为，建立较完善的犯罪预防机制，对他们进行大量的法制教育，规范网络环境等，都将为青少年营减少犯罪有着重要意义。

作者单位：安徽徽商律师事所

浅谈我国司法实践中的量刑均衡问题
——以交通肇事案量刑为视角

李仁厅

【内容摘要】交通肇事案件在我国屡增不减，恶性交通肇事频发更是引发人们对交通肇事的思考。在目前的司法实践中，交通肇事罪案件量刑中不均衡、不适当，甚至量刑畸轻畸重的情况时有发生，严重影响了了法律的威信。本文从交通肇事犯罪量刑的实证分析入手，对当前交通肇事犯罪案件中的罪责刑相适应问题进行综合分析，并对问题的解决提出一己之见。

【关键词】交通肇事犯罪　量刑均衡　成因　透析　框架重建

从2008年12月成都的孙伟铭醉酒驾车撞死4人，到去年5月7日杭州的胡斌飙车在斑马线上撞死谭卓，到去年6月30日南京的醉酒司机张明宝驾车撞死5人，再到去年8月4日杭州的魏志刚酒后驾车撞死马芳芳，无辜行人被撞的悲剧一再上演。交通肇事罪作为一种常见多发的犯罪，极具社会危害性。在交通不发达、私家车不普及的年代，交通肇事案、交通肇事伤亡并不十分突出，社会舆论也不十分关注。随着交通事业迅猛发展，私家车进入寻常百姓家，交通事故伤亡常常成为社会关注的热点。尽管我国《刑法》第133条，2000年《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用若干问题的解释》都对交通肇事罪的惩治作了具体明确的规定。但从当前的司法实践来看，交通肇事犯罪案件量刑过程中刑罚不当的现象比较突出，在一定程度上造成了对法律权威的破坏。古罗马法谚云：“ 所谓正义，不是关于实际规则的对或错。人类的正义，是要求同样的事情，按同样的规则来处理，而且，这种规则应能适用于一切人，适合于一切人与生俱来的本性 ”。社会公众对刑事审判的理解，最直观的就是看判决结果，也就是判断量刑是否准确。量刑的偏差或者失当，会导致当事人的不满和对立，甚至引起社会公众对司法均衡乃至法治建设的怀疑和动摇，对刑罚的目的之实现造成不良影响；相反，量刑正确，就可以有效地实现预防犯罪的刑罚目的。所以一个刑事被告人能否得到均衡的裁决，在某种意义上合理的量刑比准确的定罪更为重要。

一、面对同样犯罪情节的不同判决———我们需要量刑均衡

孙伟铭无证醉酒驾车致人死伤并逃逸一案，因为被告人被法院以“ 以危险方法危害公共安全罪 ”判处死刑，而与杭州胡斌飙车致人死亡一案被告仅仅被判 3 年有期徒刑相比，让人无比想象。而且也因为这段时间一系列的恶性交通肇事案件频频曝光，使得我们越来越对这一问题加以关注。刑罚，作为刑事责任非难的主要承载形式，它以对犯罪人科处一定法益剥夺为实体内容，体现了犯罪所引发的否定性法律评价与效果。量刑的公正规则体现在刑罚分配正义问题的正确解决上，量刑的制约对正义的实现显得尤为重要。刑事法官运用自己的审判经验，充分发挥量刑自由裁量权是审判权的应有之意。但是司法审判必须以事先存在的一般的规范命题为前提,如果法官过度的利用自己的刑罚价值观来影响量刑，就会导致不同程度的“ 量刑不当、司法不公甚至司法擅断，量刑的畸轻畸重 ”。众所周知，客观性是法治所

要求的重要价值，“ 恣意 ”与“ 分歧 ”则是建立理想法治所需要防范的现象。在当前刑事司法实践中，交通肇事犯罪量刑不均衡的情况主要表现为三个方面:

(一)交通肇事罪量刑过轻，缓刑的适用比率趋高化

在我国，包括醉驾、飚车在内的各种交通犯罪案件，绝大多数被判处三年以下有期徒刑或者拘役，且这类被告人有 80%以上都适用了缓刑（一般赔钱可做缓刑依据），这样的判罚现状，引起了民众极大的不满。2008 年全国有 73484 人因为交通事故而丧生。大概平均不到 8 分钟，就有一个人死亡。刑罚的目的是为了起到一般预防的作用，即通过对犯罪分子适用刑罚，威慑、儆戒潜在的犯罪者。量刑过轻导致人们无视法律的严肃性，存在侥幸心理，即使犯罪了顶做就坐 3 年 5 年牢，这样刑罚起不到预防的作用。过高的缓刑率不但严重影响了检察机关对交通肇事犯罪的查处力度，同时也严重削弱了刑法对于恶意交通肇事的威慑力度。近期，一系列恶性交通事故的频繁发生，使得酒后驾车成为舆论的焦点，与缓刑的过度适用是有关系的。

(二)交通肇事罪中“ 刑事和解 ”过分滥用

《红楼梦》里，贾雨村判薛家杀人案。贾法官初也想拘拿凶犯，怎奈薛家势力顽强，只好令其赔付“ 许多烧埋银子 ”。被害人“ 无甚话说 ”。重庆，一母亲被酒店老总率众打死，老总扬言“ 大不了花 200 万元买条人命 ”。派出所以“ 刑事和解 ”的名义，令老总赔付被害人家庭 28.5 万元人民币，不用偿命。一个是不成文的潜规则，一个是成文的“ 刑事和解 ”规则。现行刑事附带民事诉讼的审判固然节约了司法资源，但却在立法上人为地分割出刑事附带民事诉讼与独立的民事诉讼。明明都是民事诉讼，前者竟然至今仍不承认精神赔偿！就算是“ 直接物质损失 ”，在被告人领刑之后，也多半不愿赔偿，被害人通常也能拿到一纸赔偿判决，不过只是永无兑现可能的“ 法律白条 ”，法院着力推行“ 以赔偿换轻判 ”，试图通过被害人与被告人提前达成的赔偿协议，来缓和两者之间的紧张关系，但如果不给被告人一点甜头，被告人就没有积极履行赔偿义务的动力。权衡之下，作出牺牲的也就只能是法律的公平与正义。

(三)减轻、从轻等量刑情节的认定标准过宽

在法定量刑情节方面往往不是从情节的正确认定来推导出合理的量刑，而是从量刑的需要来设置情节。其一，对定性的苛求很多成为变更量刑情节的“ 艺术 ”，立案时认定的犯罪情节往往根据量刑的需要，寻找一些枝节的理由，从而影响量刑。其二，对自首的认定过于宽泛，绝大部分交通肇事犯罪案件都被认定为有自首的情节，有些案卷材料中甚至没有自首的证据，仅凭被告人在审理中自说自话就认定为自首。在酌定的量刑情节方面则具有更大的自由裁量。《刑法》67 条第一款规定:“ 对于自首的犯罪分子，可以从轻或减轻处罚 ”，但在我国关于交通肇事犯罪审判的司法实践中不只是从轻，基本上都给予了犯罪分子减轻处罚。因此，造成了交通肇事犯罪案件审理中“ 送一个自首、降一档处罚 ”的现象。同时，绝大多数交通肇事犯罪分子都因积极赔偿、自愿认罪等情节，得到了从轻甚至减轻处罚，酌定情节基本上成为法官从轻或减轻处罚的“ 共识 ”。

另外，从司法体制本身来看，交通肇事犯罪量刑失衡主要原因是:

1. 现行刑法中关于缓刑和减刑免刑适用的实质要件的规定过于抽象，给予了法官过大的自由裁量权，这是交通肇事犯罪出现量刑失衡的客观原因。

2. 法官由于各种因素的影响，对交通肇事犯罪的量刑失之过宽，这是交通肇事犯罪量刑过轻的主要原因。(1) 对于法定或酌定从轻减轻情节的不当适用。(2) 法院对交通肇事犯罪量刑存在量刑思想上的偏差。有的审判人员认为，交通肇事犯罪是过失犯罪，他们不大可能重新犯罪，故尽可能地对他们适用缓刑。还有的审判人员认为，交通肇事犯罪分子在立案查处后，其大多能积极赔偿受害人，其在经济上已经受到了处罚，量刑上应当尽量从轻，甚

至给予免刑。这些错误的量刑思想直接导致了量刑失衡的出现。(3) 量刑监督机制的不健全。长期以来，我国法院的量刑活动是不公开的。合议庭的评议活动是秘密进行的，法官可以在法律规定的量刑幅度内决定刑期，这种量刑浮动空间很大，法官既可以在法定刑的底线刑期量刑，也可以在法定最高刑期量刑，甚至可以在量刑中通过一些酌定量刑情节对减免刑罚，具有较大的任意性。尽管我国法律规定检察机关对量刑活动具有法律监督权，但检察机关在审判监督中普遍存在着“ 重配合、轻制约 ”的现象。检察机关对审判活动的监督重心放在如何准确定罪上，而对量刑活动重视不够。即使检察机关想对法院不当适用缓刑或免刑的情况进行抗诉，由于相应条款属于任意性规定，抗诉难度大，而且如果抗诉后又不改判将会影响检察院年终考核成绩，以致于公诉部门对职务犯罪中量刑失衡的判决不敢抗诉，从一定程度上弱化了检察机关的监督职能。

二、推进交通肇事犯罪案件量刑均衡的框架构建的思考

要在量刑过程中正确的适用法律，从形式正义层次而言，必须限制法官的自由裁量权。然而社会关系的复杂性、犯罪情况的各异性又要求量刑过程中不能过于机械，因此，从实质正义层面而言，又必须赋予法官一定的自由裁量权。在司法实践中，既不能一味的追求理想状态的实质正义而放弃形式正义所包含的处罚统一性、稳定性、可预见性的价值，也不能仅仅停留在形式正义的层面上而满足于形而上学的公正，而应该将两者很好的结合，在控制自由裁量权与赋予自由裁量权的博弈中，实现法律效果和社会效果统一的最大值。

(一) 确定量刑基准，加重交通肇事罪的处罚力度。

处罚力度过轻会导致违法成本低，这个成本肇事者是付得起的，所以就无所谓了。处罚力度有两种，一个就是说事后的力度，出了事以后，撞了人后，这个惩罚力度显然是偏轻的。交通肇事造成他人生命受到严重威胁为什么轻判呢？矛头集中指向了立法。法律中“ 交通肇事罪 ”，除了逃逸等少数加重情节，顶格判三年。然而山重水复疑无路，柳暗花明又一村。近年来，在一些情节特别恶劣的交通犯罪案件中，逐渐引入了“ 以危害方法危害公共安全罪 ”，此罪起刑点 10 年，最高刑死刑，较交通肇事罪 3 年的起刑点和最高刑 7 年加重了处罚，可以说弥补了“ 交通肇事罪 ”量刑过轻的不足。收拾乱象还必须用重典。学习美国，酒后驾车撞人判二级谋杀，美国法律认定驾车是一种特权，而非基本权利。任何人驾车撞了人，不管责任在哪一方，都要先扣驾车人的驾照，这是为了强调生命权高于一切的理念。酒后驾车在美国也被严格禁止，酒后驾车者如被抓获会被吊销驾照并判刑，如果发生了撞人事故，驾车者将会被定为二级谋杀罪并被处以巨额赔偿。

从量刑活动的思维过程来看，法官量刑就是对定性事物(罪名) 进行定量化(刑量) 的过程，现代心理学已经证明人类完成这一评价过程必须依赖可用于衡量的参考点。存在量刑基准，就可以为宣告具体犯罪的刑罚量提供参考，还可以为法官的法定刑运用设置一道起码的栅栏，尽可能地防止量刑畸轻畸重现象。在刑事司法的视野中应当如何确定交通肇事犯罪案件的量刑基准呢？笔者认为，一方面要吸收前人关于量刑基准的合理观点，另一方面又要为量刑基准增加一些司法的特性。从操作层面来看，首先必须先行确定各种犯罪行为在一般既遂状态下所应当判处的刑罚；其次，必须筛选影响量刑的各种情节，这里的关键是要将这些情节依功能分为两类，一类用于确定基准，另一类用于基准确定后调节刑罚；再次，必须通过一定的方法将宣告刑与法定刑连接起来。这里共有三个具体步骤，其中第一步是一种观念只要确立即可，后两步则需要在刑事审判实践中通过有权机构予以具体构建。通过确定量刑基准，来实现量刑之整体一致性基础上的个别相当性。具体而言就是在审判实践中实现：(1) 同一法官对犯罪性质和情节相同或相似的罪犯所适用的刑罚具有一致性。事实上，每个法官

在处理大量案件中，很可能遇到案件性质和情节无甚变化，而个人感受因时空人物的变化却不尽相同的情形。对此，法官应当排除个人的情感因素，理性地考量和处理好问题。(2) 不同法官对犯罪性质和情节相同或相似的罪犯所适用的刑罚具有一致性。在审判实践中，不同的法官很可能因为个人的经历、知识、经验、感受不同或者分别属于不同的合议庭，办案压力大无暇进行相互间的必要交流、沟通而对相同案件给予不同评价，从而导致量刑差异。从司法公正和罪刑相当原则的要求来讲，这些差异性虽然事出有因,但仍属应当尽量减少直至消除的现象。原因很简单，司法公正的标尺应当是一种共同社会背景下的普遍社会共识，不能各人自执其度。因此，法官在量刑时不仅要关注自己所作判决的前后一致性，而且要留意与其他法官所持标准的相互协调性，在遵循同一量刑基准的基础上实现量刑均衡的目的。

（二）提高司法人员的综合素质。

量刑活动既是一门技术，也是一门艺术。在尽可能的规范化、细化量刑制度的同时，也要充分发挥自由裁量权对于分析具体情况，实现个案公正中的积极作用。自由裁量权存在本身是中性的，只有当其与掌握它的人结合时才会表现出积极的一面或者消极的一面，因此，当在复杂的刑事量刑过程中不可避免的需要一定程度地自由裁量时，通过提高司法人员的素质来遏制自由裁量中恣意的产生,无疑也是确保量刑活动公平、公正、合理的治标之策之一。提高法官的职业素养，使其掌握正确的法治理念，确立明确的审判思想，通过培训和交流学习，实现对刑罚最大的理性把握，达到判决的最大正义性。

（三）加强审判监督，严格坚持“先刑后民”的原则，构建良性量刑运行环境。

有效的监督环境，可以防止法官量刑活动的随意性。对于量刑的监督，应该贯穿量刑活动的全过程。赋予检察机关和辩护人量刑建议权，在量刑过程中充分发挥辩护功能，增强量刑的透明度，从而有效的制约法官的恣意，促进判决的公正性。由刑事侵害产生的民事赔偿，在司法实践中应当遵循“先刑后民”的一般原则。而在很多案件中刑事审判尚未开庭，民事和解就已经先期进行。坚持“先刑后民”原则就是要先进行刑事审判再进行民事和解，而且进行民事和解，也只能由被告人或其家属与受害人家属进行协调，并在法官的主持下形成赔偿和解协议——请注意，只能就刑事附带民事部分进行赔偿和解。公诉部分，仍不能由侵害人和受害人自行协商决定。若在美国被和解，连被害人都是有罪的。美国刑事程序法上对被告人在庭审之前接触被害人就有诸多约束，如果被害人因接受了被告人的赔偿而改变原来证词，不仅被告人会被追诉“妨碍作证罪”，被害人也将被控以“伪证罪”。

众所周知，法律量刑尺度具有一定弹性，可以从重或从轻判罚，然而刑事公诉，是国家与犯罪人之间的对话，不是个人对个人的讨说法。它以追究被告人刑事责任、实现遏制犯罪并以恢复被破坏了的法律秩序为使命，着眼点在于对社会公共利益、社会秩序的维护。任何人、任何机关，不能就国家公诉案件进行庭外和解，因为在法学理念上，公共利益不容让渡。

（四）丰富“司法解释”的内容，进一步明确量刑法律规范。

众所周知，司法解释的规定细化了交通肇事罪的构成要件，为交通肇事案件的罪与非罪的区分提供了操作性很强的标准，然而随着时代的发展，司法解释应该适应时代的发展作出适当的改变。《解释》对“其他特别恶劣的情形”的规定过窄，醉酒驾驶以及飙车带有很大的主观恶性，从法理上讲，醉酒驾车及飙车，涉嫌到危害公共安全，是一种危险犯，对其采取更高的刑事制裁完全可行；而且，只有规定醉酒驾车及飙车亦属于“其他特别恶劣的情形”，而不是等到发生事故后对其责任认定只是一般情节，才有利于从源头上制止醉酒驾车和飙车，车祸发生的机率就会小。

《刑法》将量刑的幅度、情节规定得有弹性、抽象、原则，有其合理的一面，毕竟面对复杂多变的社会关系，形式各样的犯罪行为,法律规定的原则抽象，可以适应不断变化的社会关系，增强法的生命力。同时，在理想状态下，在对法官的理性和职业操守完全信任的前提

下，法律规定得越原则，越容易使法官对个案进行综合衡量与评价，越容易达到个案审理的实质正义。而实际上，这种思想状态是不存在的，完全避免法官的好恶对量刑的影响几乎是失败和徒劳的。即使像美国这样法治相对比较发达、法官的公信力相对比较高的判例法国家，也于1984 年颁布了《量刑改革法》，成立了量刑委员会，负责制定和不断修改美国的量刑指南，以控制法官的自由裁量权，保证刑罚的统一性和公正合理性。这种做法对我国有较好的借鉴意义。刑法作为规定刑罚的根本法要保持其稳定性、全面性，不能规定得过于具体、过于细化,因此，必须在刑法的框架以外，根据刑法的规定的量刑原则和标准，通过最高人民法院或最高人民检察院通过司法解释的形式，对具体的量刑法律规范作进一步的明确和细化。在此过程中，要充分发挥每位法官、检察官、律师的作用，通过实践中对复杂多样的情节的整合，不断丰富和完善量刑标准,从而来指导量刑实践。

三、结束语

现在，应该到了重新审视“交通肇事罪”的时候了：尽管交通法规和刑法严明，但是社会上少数人总是酒后驾车，总是超速飙车，总是藐视道路交通标志，总是造成多人伤亡，总是以巨额赔偿换取从宽治罪。如果说，正常行驶，因为偶然疏忽和过分自知而造成交通事故，还属于个别、特殊交通肇事，那么多次明知故犯、放纵性的多人伤亡恶性交通肇事案，还能认为是过失犯罪吗？司法暗示应该具有警钟性、示范性、不可容忍性。依照这个原则，交通肇事罪的司法解释和法律修改就存在两条出路：一条是，把过失性交通肇事罪，仅限于法律手续齐全的驾驶人员，常速行驶下因无法避免或过分自信，而造成的一般交通伤亡（规定伤亡人数）事故，除此以外均为以危害公共安全罪论处；再一条是，纠正目前刑法失之过宽的立法缺陷，修改法律条文，提高最高刑期年限，同时辅之以高额罚款附加刑。对一次造成多人（规定人数）伤亡的恶性交通事故，对连续多次（规定时间、起数）发生交通伤亡事故者，均以危害公共安全罪论处。这样，既有法律的威慑性效果，又有查处上的公平公正、从重从快，才能从根本上遏制恶性交通肇事案屡屡发生的趋势。

参考文献：

①陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社，第二版。

②姚莉: 《司法公正要素分析》,《法学研究》, 2003 年第5 期。

③屈学武: 《量刑自由裁量权述论》,《中国刑事法杂志》, 1999 年第6 期。

④万毅: 《量刑正义的程序之维》,《华东政法学院学报》, 2006 年第5 期。

⑤[美] 安德鲁。邓郝希: 已然犯罪还是未然罪——对罪犯量刑中该当性与危险性[M], 北京: 中国检
察出版社, 2001 年版, 第186 页。

⑥候国云：《过失犯罪论》，人民出版社。

⑦白建军: 《量刑均衡实证研究》[M], 法律出版社, 2004 年版, 第135 页。

⑧苏惠渔：《刑法学》，中国政法大学出版社第一版。

⑨赵秉志、陈志军: 《刑罚价值理性比较研究》, 《法学评论》, 2004 年第1 期。

⑩曹子丹、候国云：《中华人民共和国刑法精解》，中国政法大学出版社

作者单位：安徽长城律师事务所

关于“酒驾”肇事案件的几点法律思考

胡继桃

【内容摘要】近年来，随着社会经济的快速发展，汽车数量急剧增长，交通安全逐渐成为现代城市化进程的一大隐患。广东省佛山市黎景全案、四川省成都市孙伟铭案、江苏省南京市张明宝案等一系列“酒驾”引起的恶性交通事故的发生，对社会的公共利益和公共安全造成了严重后果和不良影响。本文基于社会发展和司法实践的迫切需要,分析了我国处罚酒后驾车行为的立法，借鉴国外先进经验，思考“酒驾”肇事案件中存在的法律问题，寻求对“酒驾”危害行为的刑法立法完善对策。

【关键词】酒驾　交通肇事罪　量刑情节 连坐

一、我国处罚酒后驾车行为的立法现状

我国关于酒后驾车行为的处罚的立法主要集中在《中华人民共和国道路交通安全法》和《中华人民共和国刑法》的有关规定中。

我国《道路交通安全法》第 91 条规定：“饮酒后驾驶机动车的，处暂扣一个月以上三个月以下机动车驾驶证，并处二百元以上五百元以下罚款；醉酒后驾驶机动车的，由公安机关交通管理部门约束至酒醒，处十五日以下拘留和暂扣三个月以上六个月以下机动车驾驶证，并处五百元以上二千元以下罚款。饮酒后驾驶营运机动车的，处暂扣三个月机动车驾驶证，并处五百元罚款；醉酒后驾驶营运机动车的，由公安机关交通管理部门约束至酒醒，处十五日以下拘留和暂扣六个月机动车驾驶证，并处二千元以下罚款。一年内有前两款规定醉酒后驾驶机动车的行为，被处罚两次以上的，吊销机动车驾驶证，五年内不得驾驶营运机动车。”

我国《刑法》第 133 条规定，“违反交通运输管理法规，因而发生重大交通事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的，处三年以上七年以下有期徒刑；因逃逸致人死亡的，处七年以上有期徒刑。”故酒后驾车引发交通事故致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，以交通肇事罪定罪处罚。

由上述规定我们可以看到，当前立法对单纯酒后驾车行为只作行政处罚，即使醉酒驾车最多也只能拘留 15 天。对于酒后驾车引发交通事故致严重后果的，才会触犯刑法，给予刑事处罚。实际生活中，一旦因酒后驾车发生轻微事故，很多驾驶员为了逃避法律责任常常通过给予事故另一方更多实惠的方式与之私了，真正受到刑事处罚的很少。当前酒后驾车引发交通事故已成为严重的社会问题，酒后驾车已成为威胁公共交通安全的重大隐患。我国法律对酒后驾车行为的处罚明显处于滞后的状态。

值得关注的是，2009 年 10 月初，公安部给全国交管部门下发《关于修改酒后驾驶有关法律规定的意见(征求意见稿)》，拟将醉酒驾车等行为纳入刑法处罚范围，并首次提出“与醉驾司机同乘一车的乘客也应进行处罚”的内容。其主要内容体现在以下几方面：

（一）醉驾纳入刑法调整范围。征求意见稿加重了对醉酒驾驶和酒后驾驶的处罚力度，将醉酒驾车等行为纳入刑法调整范围，并分别按照没有造成交通事故、造成交通事故和情节特别严重三个档次进行处罚；将饮酒后驾驶等情形造成交通事故构成交通肇事犯罪的，作为“其他恶劣情形”，降低起刑点，但在量刑上由三年以下有期徒刑或者拘役提高为三年以上

七年以下有期徒刑。

（二）司机醉酒驾驶乘客担责。征求意见稿首次列入“与醉驾司机同乘一车的乘客也应进行处罚”的内容，规定对酒后驾驶不劝阻、不制止的同乘者设定罚款处罚。

（三）认定酒驾最低标准降低。征求意见稿对酒精测试标准进行修改，适当降低了饮酒驾驶和醉酒驾驶的最低标准。

此外，将酒后驾驶违法行为与机动车交通事故责任强制保险费率浮动挂钩；明确嫌疑车辆拦查、酒精检测仪使用、血样提取、血样检测以及设立检测机构、约束醉酒驾驶人等内容均在征求意见稿中有所体现。

二、国外对酒后驾驶处罚的做法

在美国，司机血液中的酒精浓度超过 0.06%时，无条件吊销执照。有醉酒记录者，汽车保险费用将上升近 10 倍。醉酒驾驶当场吊销执照和入狱一年，对造成生命伤害的酒后驾驶员可以以二级谋杀罪起诉，最高可适用死刑。

在加拿大，政府通过了一项法令，规定凡酒后开车者，罚款 1470 美元、监禁 6 个月，造成人身伤害的监禁 10 年，造成死亡的监禁 14 年。

俄罗斯《反酗酒法》规定，驾驶员酒后行车或在行车过程中饮酒如系初犯，取消 1 至 3 年驾驶资格；如系重犯，则会受到 3 至 5 年不许开车的处罚。军队驾驶员若有违法，则将吊销执照，在服役期间无权再驾驶车辆。对于那些因饮酒造成交通事故的驾驶员，分别给予判刑 5 年以内、罚款、吊销行车执照、剥夺终身驾驶权利等处罚。

日本《道路交通法》规定，要严惩酒后驾车、酒后驾车恶性逃逸，以及隐瞒饮酒经历的驾驶员。另外，对于为饮酒驾驶员提供车辆的人、同乘者和供酒人都要处以相应的惩罚。例如，对于同乘者和供酒人，如果驾驶员醉酒驾车，他们要被处以 3 年以下有期徒刑或 50 万日元罚款；如果驾驶员属于饮酒驾车，他们会被处以 2 年以下徒刑或 30 万日元罚款。

三、关于酒驾肇事案件的相关法律思考

（一）“酒驾”肇事案件如何定性

根据饮酒的程度不同，“酒驾”包括了醉酒驾驶和酒后驾驶。目前我国司法机关处理因饮酒或者醉酒驾车而致死伤的案件，主要以行为人违反交通安全法律法规为根据，认定行为人构成交通肇事罪。最高人民法院于 2001 年 11 月 15 日发布的《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 2 条第 2 款第 1 项对此也作出了规定。但是,对于行为人在事故后逃逸致人伤亡的行为定性则仍存在争议,主要表现行为人对逃逸行为及其后果在主观心态上是犯罪过失还是间接的犯罪故意?

实际上，对于行为人在“酒驾”肇事后逃逸致人伤亡行为之定性需要具体分析，其中尤为关键的是行为人对逃逸行为及其后果在主观心态上是出于过于自信的过失，还是间接故意？这涉及对“酒驾”肇事行为是定交通肇事罪，还是定以危险方法危害公共安全罪。

最高人民法院对孙伟铭、黎景全两个案件的判决说明中认为，行为人第一次肇事之后又连续冲撞的，就应当构成以危险方法危害公共安全罪。纵观孙伟铭案件、黎景全案件，判决中认定行为人在第一冲撞后产生间接故意的放任心理是完全可以成立的,特别是黎景全案件中行为人竟然又加大油门冲撞，是典型的放任心理，属于犯罪的间接故意。但是，对“酒驾”肇事行为的定性不能绝对化，第一次肇事应当为过失，后面的连续冲撞如何定性，还是需要进一步区分行为人的主观心态，尤其是出现连环事故的情况下，肇事车辆对后面车辆撞击完

全可能是因为车辆本身的失控所致，在这种情况下就不能推定行为人一定具有放任危害公共安全的罪过。因此，在认定行为人是否具有间接故意时，不能简单地根据冲撞次数，而是应当依据案件具体情况进行分析，特别注意两点：第一,所判断的行为人的心态只能是他实施交通肇事和逃逸行为时的心态,不能将他事后酒醒后的态度作为判断的依据；第二，饮酒或者醉酒的行为人仍具有一定的刑事责任能力,能认识到行为可能发生危害社会的后果。

（二）“ 酒驾 ”肇事案件如何运用量刑情节

很多类似的 “ 酒驾 ”肇事案件，最终判决量刑却有很大区别，这主要是由在个案中的量刑情节不同导致。在 “ 酒驾 ”肇事案件中应注意以下几点：

首先,慎重对待和合理衡量以间接故意实施的以危险方法危害公共安全罪的社会危害程度。通常而言,在危害后果大体相同的情况下,间接故意犯罪在社会危害性程度上要轻于直接故意犯罪。但根据犯罪的危害后果和主观罪过来看,有些间接故意犯罪案件,可能比另一些同种性质的直接故意犯罪案件的社会危害性程度更大。在 “ 酒驾 ”肇事案件中,如果危害后果极为严重,那么,即便行为人在主观上出于间接犯罪故意,也不能认为其犯罪的社会危害较小。此时仍可对其与直接故意犯罪同等处罚甚至也可处罚重些。

其次,切实考虑犯罪人对犯罪行为的认罪悔罪表现。在最高人民法院正式公布的黎景全以危险方法危害公共安全案、孙伟铭以危险方法危害公共安全案中,犯罪人都表示或者已经向被害人及其家属积极赔偿,从而取得了被害人家属的谅解,人民法院没有判处犯罪人死刑。有人质疑这这种做法是花钱买刑，也有人认为这和我国古代的赎刑类似。应该说，民事赔偿本身不属于刑事案件的量刑情节,是刑事案件犯罪人与被害方处理民事法律关系的表现。民事赔偿本身并不直接等同于犯罪人的真诚悔罪。但是,是否积极地赔偿被害方,在一定程度上表明犯罪人是否确实认识到个人的罪错、是否真诚悔罪。犯罪人基于真诚悔罪态度作出积极赔偿,且取得被害方的真心谅解的情形可以作为从宽量刑的考虑因素之一。而如果犯罪人没有真诚悔罪、没有取得谅解,即便赔偿了被害方也不宜考虑对其从宽处罚。

第三，犯罪人酒后或者醉酒后的限制刑事责任能力或者无刑事责任能力状态不能作为从宽处罚的因素。根据我国《刑法》第 18 条第 4 款规定，醉酒的人,应当负刑事责任。尽管这一款本身没有明示醉酒者是承担完全的刑事责任还是限制的刑事责任,但是,第 18 条其他款以及《刑法》其他法条并没有规定对醉酒者犯罪予以从宽处理作出规定。因而醉酒者要为其犯罪承担完全的刑事责任。在酒驾或醉酒致死伤的案件中,饮酒或醉酒的行为人辨认和控制能力下降,但仍冒险驾驶机动车辆,对道路交通安全造成了危险,应该受到社会的谴责和法律的否定。因此，在造成事故的情况下饮酒或者醉酒的情节不宜作为酌情从宽的根据。

（三）“ 酒驾 ”肇事案件的刑法立法如何完善

从我国相关的立法和司法实践以及我国交通安全的实际状况和需要角度出发，适当借鉴并参考国外先进经验，对于 “ 酒驾 ”肇事案件，可以考虑从以下三个方面进行立法完善：

1. 适当提高交通肇事罪法定刑幅度。我国《刑法》中对交通肇事罪的刑罚设置整体较轻。反观其他国家对于交通肇事行为的法定刑都较重，在日本危险驾驶致人死伤可能判处 15 年有期徒刑；在英国酒后驾车致人死亡，情节恶劣的可能被判处 10 年有期徒刑。因此，为了遏制频繁发生的交通事故，可以适当提高交通肇事罪的法定刑幅度。

2. 借鉴国外做法，增设危险驾驶罪。在醉驾危害公共安全的情况下，行为人主观心态多为间接故意，在性质上不同于交通肇事罪的过失；而以危险方法危害公共安全罪并不是针对醉酒驾驶行为专门设立，对于多数危害结果并不是特别严重的醉驾肇事行为来说，其十年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑的刑罚明显过重。因此，从现有刑法规范上看，无论是交通肇事罪还是以危险方法危害公共安全罪,都不能准确地反映出以醉驾方式危害公共安全行为的罪质特征。就国外立法而言，考虑到酒后驾驶特别是醉酒的行为严重危害到了公共安全，英

国、日本、等国家都设有醉酒驾驶车辆罪，即醉酒驾驶本身就构成犯罪。这对于遏制这些国家中频繁发生的交通事故起到了明显效果。因此，可以考虑在我国刑法中增设“危险驾驶罪”，将醉酒驾驶、吸食毒品后驾驶、严重超速违规驾驶等严重威胁公共安全的情形都包含在一个罪名之中。

3. 进一步完善刑罚设置。基于现实中危险驾驶特别是醉酒驾驶造成的人员伤亡较多，对于公共安全的威胁较大，社会危害性较重的，应当设置死刑，明确规定死刑适用条件。另外，在刑种配置上，可以设置罚金刑，并视情节不同增设一定时期甚至终身禁驾的资格刑。

（四）“酒驾”肇事案件能不能适用“连坐”

公安部《关于修改酒后驾驶有关法律规定的意见(征求意见稿)》中首次提出“与醉驾司机同乘一车的乘客也应进行处罚”的内容，即对酒后驾驶不劝阻、不制止的同乘者设定罚款处罚。该内容一经媒体报道，立即引发社会热议。“酒驾”肇事案件能不能适用“连坐”呢？

《史记·商君列传》记载：“令民为什伍，而相牧司连坐。”连坐，又称相坐、随坐、从坐、缘坐，是中国古代因他人犯罪而使与犯罪者有一定关系的人连带受刑的制度。每个人不仅仅要对自己的行为负责，还要对其他人的行为负责，否则就受罚，这种立法思维倒还真有中国特色。但我们现在已处于立法技术已经相对发达的二十一世纪，而不是立法技术粗糙的先秦时代。立法有立法的技术和科学性，不能凭着热情、激情和想象立法。现代立法技术的进步，正因为回首人类几千年的法律史，回顾了古人们积极的凭着热情立了一大堆的条款，但是却不断的苦于这些条款沦为形式而一步步改进得来的。

法律，尤其是刑事法律最为重要的特点就是要具有可预见性，什么人做了什么行为会有什么后果应当清清楚楚，罪与非罪一目了然，不存在过多的争议，而只有罪轻或罪重的部分存在一定争议。从司法的实践而言，判断是否醉驾非常清晰明了和简单，而判断乘客是否属于“对酒后驾驶不劝阻、不制止的同乘者”，无法制定统一的、标准，不具有可操作性。因此，倘若又是出于道德的热情订立了一条无法执行的连坐条款，还不如法律的归法律，道德的归道德，切实针对司机制定更多可行可操作的规定，真正的解决醉驾问题。不过，不管乘客是否连坐，但这具有复古意味的的“连坐”是否预示着中华法系的复兴讯息，抑或是对国学文化的借鉴？这些都是值得我们关注和思考的问题。

四、结语

越来越多的“酒驾”肇事案件和其他“酒驾”危害行为已经严重威胁到社会公共安全,而现行立法对其缺乏有针对性和有力度的规范,对此我们应当清醒认识、充分重视,积极寻求立法完善的对策，努力倡导和树立“饮酒不驾车,驾车不饮酒”的良好风尚,多角度、全方位对酒驾行为进行综合治理，减少“酒驾”肇事案件的发生。

参考文献：

①彭菊萍:《浅析交通肇事因逃逸致人死亡的有关问题》,《法学杂志》，2009 年第 7 期，第 104 页。

②龚昕炘、刘佳杰:《交通肇事因逃逸致人死亡的法律适用分析》,《法学杂志》，2008 年第 6 期，第 37 页。

③高歆：《酒驾肇事的定罪量刑及其刑法完善》,《法制与社会》，2010 年第 3 期，第 126、127 页。

④袁彬、高雪梅：《论“酒驾肇事”案件的刑法理论问题》,《法学杂志》，2009 年第 12 期，第 21-23 页。

⑤高铭暄、马克昌：《刑法学》，北京大学出版社 2000 版。
⑥陈兴良：《刑法学》，复旦大学出版社 2005 版。
⑦赵秉志:《英美刑法学》,中国人民大学出版社 2004 年版。

作者单位：安徽华冶律师事务所

论城市综合体项目投资中的法律风险管理

孙森　　刘冬平

【内容摘要】城市综合体项目投资，不同于一般的房地产开发，由于其规划设计复杂、开发周期较长、资金投入巨大、物业形态众多、不同物业形态利益诉求存在差异等特征，需要根据城市综合体项目投资的特点，就其开发、运营过程中存在的主要法律风险进行全面的分析和科学的管理。

【关键词】城市综合体　　项目投资和运营　　法律风险管理

“对于土地资源日益稀缺，而人口却日益膨胀的都市，城市发展正在步入城市综合体唱主角的时代”，这是日前召开的“2010 中国杭州城市综合体发展峰会”上传出的声音。现实是，在城市化背景下，中国的一线、二线、甚至三线、四线城市的政府都开始关注这种特殊的城市开发产品。杭州市还专门出台了规范性文件（《关于推进城市综合体建设的若干意见》【2009】6 号文件），并成立了领导小组，组建新城、城市综合体建设领导小组办公室，计划在杭州市域范围内规划建设 100 余个城市综合体。而开发商对于城市综合体项目投资的兴趣也与日剧增，最近，一直以专注住宅开发著称的万科就高调宣称已进入城市综合体的项目投资中。各地政府和开发商对于投资建设城市综合体的热情，让我们有机会和理由从专业律师的视角对此进行深入研究和分析，并寻找法律服务的空间。

一、城市综合体的概念及典型特征

根据笔者的了解，国内城市综合体概念的形成是近 5 年左右的事情，还有诸多类似的称呼，如：商业综合体、城市融合体、CBD 综合体等。目前，尚无规章等对此有明确定义。根据目前房地产开发行业基本一致的理解，城市综合体可简称为 HOPSCA（也有译成中文“豪布斯卡”的），它是英文单词 Hotel（酒店）、Office（写字楼）、Park（公园）、Shopping mall（超级购物中心）、Convention（会议中心、会展中心）、Apartment（公寓）首个字母的缩写。一般情况下，一个城市综合体至少组合了上述功能中的三种，以一种功能为主、多种功能配套的多功能、高效率建筑群落；是各种物业功能复合、互相作用、互为价值链空间的高度集约的街区群体，有商务办公、居住、宾馆酒店、商业、休闲娱乐、纵横交叉的交通及停车系统；有些城市综合体还具有会展等功能，因此又被称为“城中之城”。城市综合体具备相当完整的城市街区特点，是建筑综合体向城市空间巨型化、城市价值复合化、城市功能集约化的结果，同时城市综合体通过街区的作用，实现了与外部城市空间的有机结合、交通系统有效联系，成为城市功能混合使用中心，延展了城市的空间价值。

最早的城市综合体是美国的洛克菲勒中心，它被视为现代世界城市综合体的开山鼻祖。城市综合体的经典之作是日本的六本木新城，它是真正意义上的集办公、住宅、商业设施、文化设施、宾馆、影院于一体的城市综合体。而香港的铜锣湾时代广场曾是国内开发商效仿、借鉴的城市综合体典范之一。在中国国内，近二十年来，各地城市综合体项目建设也如雨后春笋般一个个的兴建，如北京的华茂中心、东方广场、深圳的华润万象城、上海的恒隆广场、宁波的天一广场等等。合肥的城市综合体项目投资近年也非常迅猛，已经建成和在建的就有 CBD 中心、元一时代广场、国购广场、万达广场、明发商业广场、华侨广场、安高广场等，

这些堪称地标的城市综合体项目已成为一张张耀眼的城市名片。而像万达集团这样的公司已经成为全国性的专业投资、运营城市综合体项目的公司，万达广场项目已经遍布全国。

城市综合体的开发建设，动辄几十万上百万平米的建筑面积，因此具有规划设计复杂、建筑体量偏大、投资巨大、建设周期较长、物业形态众多、不同物业形态利益诉求存在差异、经营业态较多、运营管理复杂等一系列的典型特征。正是因为上述典型特征，有些开发商在开发、运营城市综合体项目时，特别是在二线城市特征、运营城市综合体项目时，往往会根据城市特点和项目具体条件侧重 HOPSCA 中的一个项目，然后附带开发建设其它项目，如侧重 Hotel（酒店）、侧重 Office（写字楼）、侧重 Shopping mall（购物中心）、侧重 Convention（会议中心、会展中心）等，从而确保开发、运营成功。

二、法律风险管理的含义及其特点

简言之，法律风险是指由于交易的参与各方中的某一方或多方不精通法律、疏于法律审查，或者主观上逃避法律监管而违反国际、国家、地方性的法律、法规、规章或者其他公共政策制度，导致承担法律责任或者受到法律制裁的风险。从管理学角度看，法律风险管理，即是对相关交易主体经营过程中可能出现的法律风险点进行系统性归纳和层次性分析，并根据相关各方法律风险的不同程度进行深入分析。其重点在法律分析的基础上，全面地、个性化地测评利益相关方的法律风险，并提出一整套适合各方特征的法律风险管理流程。这涉及到法律风险评估的提起（任何一方均可独立提起）、法律风险的辨识、法律风险的测定、法律风险的系统分析、法律风险的规避措施、法律风险的动态监控，等等。在这一系列过程中，除了相关交易主体内部的法律风险控制外，其外部的法律服务亦不能滞后，成为游离的简单法律咨询，而要要积极主动地全程参与法律风险管理的流程和环节。虽然说法律风险的形态较为复杂和具有隐蔽性，但其是可以治理的风险。

从法律风险管理角度看，其主要特点在于：风险可以预测、风险可以控制、风险防范措施可以系统集成、风险监控过程可以促进利益相关方形成合力、风险管理的收益可以最大化，同时，因管理对象不同，法律风险的管理也各有侧重。

三、城市综合体项目投资中的具体法律风险管理

根据城市综合体项目投资的一般程序，笔者认为城市综合体开发、运营中存在的法律风险主要表现在政策风险、资金风险、施工风险、营销风险、运营风险等五个主要方面，笔者拟从上述五个方面来探讨风险的内容、形成及其管理。

（一） 政策风险及其管理

城市综合体项目中面临的政策风险主要是指国家、地方政府有关城市综合体投资、运营的政策发生重大变化或是有重要的调控举措出台，引起城市综合体项目的困境，从而给投资者、经营者带来巨大的风险，有时可能是灭顶之灾。表面上看，政策风险的产生较为突然和难以控制，其实不然。因为涉及城市综合体项目的公共政策往往牵一发而动全身，国家、地方一旦调整相关的政策，必然要经历一个充分调查论证的过程，而这一过程正是利益相关方不断博弈、讨价还价的过程，同时这一过程也使得相关方能够做到未雨绸缪，提早设计应对方案。因此，要充分关注涉及行业的政策过程，必要时主动地搜集相关的政策背景资料，积极地参与政策的调查、论证。一旦政策风险业已形成，则要利益相关方重新商定新的发展对策，特别是要做好风险分担工作、利益均衡工作。

（二） 资金风险及其管理

正如前文如述，由于城市综合体开发建设所需资金巨大，动辄几十亿，上百亿，面对如此巨大的资金压力，除了通常的银行贷款、部分先行开发销售带动后期开发建设的“ 滚动 ”开发模式解决方式外，笔者认为还可以通过不同的方式进行合作开发，或其它渠道来达到融资的目的，融通资金为项目开发所用。

1. 定向开发

任何开发商完成地产开发建设后，一般都不愿意再持有物业从而沉淀大量的资金，相反都是想变现拥有现金流。城市综合体开发建设中的 Hotel（酒店）、Shopping mall（购物中心）、Convention（会议中心、会展中心），往往是沉淀资金的项目。针对这些项目，笔者认为在项目规划前期就应积极的进行招商，寻求潜在的客户，并根据客户的需要进行规划设计，进行订单式的开发建设。

我国《商品房销售管理办法》第六条规定“ 商品房预售实行预售许可制度。商品房预售条件及商品房预售许可证明的办理程序，按照《城市房地产开发经营管理条例》和《城市商品房预售管理办法》的有关规定执行。”《城市商品房预售管理办法》第五条规定“ 商品房预售应当符合下列条件：（一）已交付全部土地使用权出让金，取得土地使用权证书；（二）持有建设工程规划许可证和施工许可证；（三）按提供预售的商品房计算，投入开发建设的资金达到工程建设总投资的 25%以上，并已经确定施工进度和竣工交付日期。 ”第六条规定“ 商品房预售实行许可制度。开发企业进行商品房预售，应当向房地产管理部门申请预售许可，取得《商品房预售许可证》。未取得《商品房预售许可证》的，不得进行商品房预售。 ”实际上，除了上述条件，地方政府部门还会对项目的形象建设进度作出具体的要求。在项目未开发建设，达不到预销或销售的条件情况下，如何从客户手中融通资金呢？笔者认为可以与潜在客户签订《定向开发协议》，约定给潜在客户进行定向开发建设，而不是销售，从而规避我国商品房销售的相关法律法规的适用。并且，在《定向开发协议》中约定客户先期支付一定数额的定向开发定金，然后等到项目建设达到预销条件情况下，与客户签订正式的《商品房买卖合同》，先期支付的定金转化为首付款，余款无论是分期支付还是银行按揭贷款支付，对于开发企业来讲都达到了很好的融资效果，从而化解项目开发建设过程中的资金压力与风险。

2. 项目公司增资扩股

房地产开发项目的投资人，通常情况都是在项目所在地注册成立项目开发公司，由项目开发公司作为独立的法人来运作项目的开发建设事宜。当项目公司出现开发资金上的风险时，投资人又不想或无力再追加投资的情况下，进行项目公司的增资，让其它有资金实力的组织（包括一些私募股权投资基金等）或个人加入，并通过签订《有限公司增资扩股协议》方式进行融资，笔者认为也是一种较好的方式。我国《公司法》第 35 条规定“ 股东按照实缴的出资比例分取红利；公司新增资本时，股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是，全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。”，那么此时作为项目公司就有空间，在进行充分的测算后，与新加入的股东进行商谈，约定城市综合体中的某些项目建后归新股东所有，而不进行其它的红利的分配，从而融取资金为项目公司所用，化解资金上的风险和压力。这样，在某种程度上，可以在不违反我国《商品房销售管理办法》等相关法规的禁止性规定前提下，达到提前对某个物业进行“ 销售 ”的目的。

3. 地产商合作

地产商间的强强联手，也是项目公司融通资金的重要方式。除了不参股项目公司外，其运作方式与参股开发类似，主要是通过签订《合作开发协议》的方式，约定项目建后的某个物业归其所有，从而达到融资的目的。因此，这里不再赘述。

4. 建筑商垫资

建筑商垫资，实际上是向下游单位进行融资，从而来化解城市综合体开发建设时存在的资金压力和风险。城市综合体开发建设投资大，建设周期长，社会影响大，有实力的建筑商往往也热衷于参与此种项目的施工建设，一则经济利益的驱动，二则也是彰显建筑商综合实力的好机会，从而积累重大的施工业绩。

所谓垫资，是指承包人在签订合同后，不要求发包人先支付工程款或支付部份工程款，而是利用自有资金先进场进行施工，待工程施工到一定阶段或者工程全部完成后，再由发包人支付承包人垫付的工程款。在最高人民法院《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》颁布实施之前，承包人垫资一般被认为是企业间拆借资金的行为，从而认为违反有关金融法律法规而认定无效。但最高人民法院《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》颁布实施后，为此扫清了障碍，认可了垫资的法律效力。该解释第六条规定“ 当事人对垫资和垫资利息有约定，承包人请求按照约定返还垫资及其利息的，应予支持，但是约定的利息计算标准高于中国人民银行发布的同期同类贷款利率的部分除外。当事人对垫资没有约定的，按照工程欠款处理。当事人对垫资利息没有约定，承包人请求支付利息的，不予支持。”

5. 履约保证金条款的设计

城市综合体投资大，而工程建设投资部分占有其中很大的比重。因此在与工程施工承包人签订《建设工程施工合同》时注意合同履约保证金条款的设计，也能在一定程度上绶解项目开发建设资金外的压力与风险。

履约保证金制度是《招标投标法》为确保工程质量和工期所建立的一项法律制度,采购人在招标文件中也确实可以运用这项制度来保证工程质量和工期。所以笔者认为，在工程发包的招标文件上或《建设工程施工合同》中都可以结合项目进度需要，对履约保证金数额、收取时间、退还时间等方面进行合理设计。

6. 以房抵款

以房抵款，是指在与工程施工承包人签订的《建设工程施工合同》中约定，以发包人开发建设的房屋来充抵部分或全部工程款,待约定的条件成就后,双方签订《商品房买卖合同》,当然也可以根据承包人要求在合同中设计一定期限后的回购条款。此外，根据需要，也可以和建设过程中的其他设备供应商等约定以房抵款，从而减轻资金压力。

（三） 施工风险及其管理

城市综合体工程施工周期较长，工程建设涉及到勘察、设计、施工、安装、设备材料采购、装修等各个方面，同时整个工程中专业的项目繁杂，不可预见的风险也就同样增多。因此选择一家综合实力强的工程施工单位，是工程管理上首要的核心的工作。同时应做好《建设工程施工合同》相关条款的设计，对风险分担进行约定。

1. 资质预审

首先应该明确的，此类项目根据我国招投标相关法律法规的规定，属于必须进行招标的项目。我国《招标投标法》第 3 条规定“ 在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：(一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；(二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；(三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。前款所列项目的具体范围和规模标准，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准。法律或者国务院对必须进行招标的其他项目的范围有规定的，依照其规定。”2000 年国家计委令第 3 号文件根据《招标投标法》第三条的规定对哪些工程必须进行招标又作出了详细的规定,很明显城市综合体这样的大型建设项目是必须进行招标

的项目。

城市综合体项目工程招标工作中，建议应对潜在的投标单位进行资质预先审查，不宜资质后审。从资质等级、类似工程业绩、单位财务状况、技术管理人员素质等方面进行资质预审，从中选择至少三家以上综合实力强的投标单位入围，淘汰未入围的单位。资质预审合格的单位参加下面的工程竞标工作，根据投标单位的商务报价和技术标的情况进行评比打分，依次选择至少三家中标候选单位。然后组织人员或聘请律师对候选单位进行实地考察、业绩调查，做好尽职调查，以便最终确定中标单位并签订《建设工程施工合同》。

2. 工程施工总承包

城市综合体工程规模大，工程建设涉及面广，同时各项专业工程也多，一般勘察、设计都进行单独另行招标确定承包人。如果再将项目中的各专业工程另行发包，就难免会出现管理多头，交叉管理的情况，加上工程建设周期长，这样无疑加重了工程建设的管理难度，增加工程建设管理的风险。因此笔者认为，城市综合体工程建设宜采用总承包的方式，除项目中专业性很强的工程外都均约定承包人不得对外进行分包。我国《合同法》第 272 条、《建筑法》第 24 条均有关于工程建设总承包的规定，并鼓励实施工程建设总承包。《合同法》第 272 规定“ 发包人可以与总承包人订立建设工程合同，也可以分别与勘察人、设计人、施工人订立勘察、设计、施工承包合同。”《建筑法》第 24 条规定“ 提倡对建筑工程实行总承包，禁止将建筑工程肢解发包。建筑工程的发包单位可以将建筑工程的勘察、设计、施工、设备采购一并发包给一个工程总承包单位，也可以将建筑工程勘察、设计、施工、设备采购的一项或者多项发包给一个工程总承包单位。”

同时《合同法》第 272 条还规定“ 总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。” 这样实际上既解决了因管理多头而导致现场工程管理工作难以协调的问题，同时也增加对工程建设的责任承担主体，从而能更好的规避工程建设管理中存在的风险。

3. 工程价格

由于城市综合体工程建设周期长，工程施工所需的钢筋、水泥等主料以及人工费因市场因素发生大幅度的涨跌是在所难免的。比如 2008 年钢筋水泥主材及人工费的大幅度上涨，就给开发商和建筑商造成两难局面，如果不对此类涨价带来的商业风险进行约定，就一定会产生纠纷，从而影响工程建设进度而导致一系列的纠纷。对此，可以约定因定价格，或对可调价格的比例作出约定。但对于开发企业来讲，笔者认为采用固定价格合同为宜，从而规避因市场因素导致价格暴涨给自己带来的风险承担。

司法实践中，如果材料价格和人工费出现大幅度的上涨，对合同固定价格的约定可不可以申请法院或仲裁机构适用情事变更原则作出变更的裁决，存在比较大的争议。笔者认为是不能作出变更裁决的，一是合同的约定是双方当事人真实意思的表示，对双方均有约束力；二是作出变更裁决法律依据不足，目前我国施行的《合同法》已经取消了情势变更原则，同时《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16条规定“ 当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的，按照约定结算工程价款。”、第22条规定“ 当事人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，不予支持。”,《最高人民法院关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）服务党和国家的工作大局的通知》中规定“ 二、严格适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（二）第26条。为了因应经济形势的发展变化，使审判工作达到法律效果与社会效果的统一，根据民法通则、合同法规定的原则和精神，解释第26条规定：合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，

继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或解除。对于上述解释条文，各级人民法院务必正确理解、慎重适用。如果根据案件的特殊情况，确需在个案中适用的，应当由高级人民法院审核。必要时应报请最高人民法院审核。”

4. 工期、质量、安全管理

工期、质量、安全管理，除了有开发商现场工程师的管理外，还引入了第三方工程监理方的管理，大多属于现场管理的内容，在此不作赘述。需要特别提醒的是，应对承包人因工期、质量等方面的违约可能导致发包人对下游客户承担的违约或赔偿责任作出充分预测，从而在建设工程合同中对承包人的此类违约责任的比例作出约定，避免发生纠纷时对实际发生的损失另行举证。

（四）营销风险及其管理

房地产开发的最终成果表现在销售环节上，营销成功，所有物业均变现而未沉淀资金，就是项目运作成功的重要标志。城市综合体项目中包含不同的物业形态，从而给营销工作带来新的挑战和风险。不同形态的物业就需要不同的营销策略。

1. 城市综合体中住宅部份的销售工作，与其它常规住宅开发销售工作没有大的区别。关键在城市综合体项目中，经常会把项目中拥有星级酒店、大型购物中心来作为亮点、卖点进行宣传，吸引潜在的客户。实践中开发商应注意以酒店、购物中心作为卖点进行宣传时的措辞，比如不少开发商会打出“星级酒店什么时间会开业”、“某某品牌零销商入驻项目”等。《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第3条规定“商品房的销售广告和宣传资料为要约邀请，但是出卖人就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定，并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的，应当视为要约。该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同，亦应当视为合同内容，当事人违反的，应当承担违约责任。”根据此规定，如果因故星级酒店不能按时开业、某某品牌零售商也未入驻，那么客户就完全有可能提起违约之诉讼，而且这种诉讼一般均为群体性诉讼，一定程度会给开发商造成不良的影响。因此，我们建议在此类广告用词上加上“意向”两字，一则达到广告效果，二则避免了法律风险。

2. 非住宅商业地产部份的营销策略

（1）分割出售，售后返租

“分割出售”是将大型的商业物业进行分割，然后对外出售。从而将一个商业物业出售给一个客户，转变为出售给多个客户，解决了大型商业物业因交易标的大而“无人问津”的问题。从而项目快速回笼资金、减轻开发公司财务压力，而不至于沉淀大量资金。当然这种销售方式，如果缺乏整体的规划、有效的管理，往往会为日后的经营种下了“不治之症”。因为商业地产一旦被分割出售，就意味着一个完整的商业设施在所有权和经营权上都被彻底分割，失去了它的整体性，这就会给日后的商业经营埋下隐患。一个不具有整体性或经营格局紊乱的商场是不会有好的效益的，会酿成主力店不进，品牌店不跟，最后成为街头“大排档”的结局，实际回报与预期收益相差甚远。

为了弥补该模式的不足，解决商业地产经营中可能出现的问题，笔者建议开发商可以在与客户签订《商品房买卖合同》的同时，委托该物业的管理公司与业主签订《租赁协议》或《委托经营管理协议》，在商业地产售出之后统一返租、统一招商经营，采用包括返租回报、带租约销售、利润共享、保底分红等形式，宗旨是“以先销售后返租，同时给予一定比例租金回报的方式”吸引买家入场。

（2）分割出售，售后回购

上面讲到分割销售的不足，解决此问题除了返租外，还可以选择回购。同时售后回购，

不但能让项目快速回笼资金、减轻开发公司财务压力，还可以消除客户的投资顾虑。在销售时承诺客户购房后满若干年的，可以以原购买价将所购房屋出售给开发商，开发商保证回购。

这种方式，其实是在双方间形成的是一种附期限附条件的合同关系。附期限是指投资者购房满若干年后，附条件是指原价格出售，在符合这二个条件的情况下，只要客户要求履行该约定，开发商将无条件按原出售价回购投资者所有的房屋。 依《民法通则》、《合同法》的相关规定，只要所附条件不违反法律、行政法规的强制性规定，应属合法有效。在条件成立时，一方可以要求另一方履行合同义务。回购涉及到时间、条件、价格、税费承担、违约责任等内容，需通过合同加以明确约定。执行这种回购约定时，开发商应对自己未来的经济实力、经营状况进行充分的考虑。

（3）建设与招商运营同期进行的“ 地产开发与商业运作同步并存模式 ”

“ 地产开发与商业运作并存 ”的经营模式是商业地产开发经营中一种较新的模式，在城市综合体项目开发之前，就先与知名商业企业结成战略联盟，尤其是目前扩张迅速的商业连锁经营企业，如：沃尔玛、家乐福、乐购、大润发、世纪联华等公司，项目公司受让土地后、规划前，充分考虑项目商圈的市场需求，并与其相适应的一家或若干家商业企业确定合作关系，在开发过程中，让这些商业企业参与相关的工作，最终使整个开发经营在投资估算、商圈分析、市场定位、业态组合、经营收益与风险控制等多方面更合理、更科学。与先建设后再销售或招商的传统模式相比，这种模式具有多种优点，即能吸引投资者的关注和购买信心，又能较大程度地保证该地产的商业增值空间，更适应变化中的市场环境。

（4）值得提醒的是，上述营销策略推出应注意方式方法，避免误入“ 非法集资 ”嫌疑。

我国《商品房销售办法》第 11 条规定“ 房地产开发企业不得采取返本销售或者变相返本销售的方式销售商品房。房地产开发企业不得采取售后包租或者变相售后包租的方式销售未竣工商品房。”，第 12 条规定“ 商品住宅按套销售，不得分割拆零销售。”而且目前国家对此类销售方式一直保持着高调控态势。同时，《中国人民银行法》、《商业银行法》以及《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》和国务院办公厅的多部文件已经涉及过非法金融机构和非法金融业务的内容。并在《关于进一步打击非法集资等活动的通知》中归纳出的非法集资种类第二类就是对物业、地产等资产进行等资产、等份分割，通过出售其份额处置权进行高息集资。因此笔者建议，上述营销策略的制定，应有专业律师的参与，以免误入“ 非法集资 ”嫌疑。

（五）运营风险及其管理

投资城市综合体的最终目的在于满足城市发展的需要，虽然说有的投资者并不关注出售、出租后的运营环节，但城市综合体的可持续发展对开发商仍然至关重要，因为城市综合体的盈利效应会影响其后续的竞争能力。简单地说，城市综合体的持续收益主要来自于对城市综合体物业的租赁和经营长期积累的滚动收益，因此城市综合体的运营中存在着诸多风险。近年来，由于开发商缺少深入细致、科学的分析和研究，很多城市综合体项目运营状况不佳，一些城市已经出现大百货商场、购物中心、批发市场和商业街的倒闭，导致投资者对投资商业地产的信心大大减弱，对商业地产的健康发展造成严重的负面影响。而对运营风险管理的主要措施有：科学、足够的调研和分析；明确自持性物业与招商性物业的科学比例；组建或委托优秀的运营管理团队；维护良好的品牌效应；强化软环境；提升综合服务能力建设。

四、结语

总体上看，城市综合体项目投资中的法律风险管理问题是法律界、实务界必须认真关注

的问题。任何法律风险均是可以辨识和管理控制的，就城市综合体项目投资中的法律风险管理议题而言，需要从政策风险、资金风险、施工风险、营销风险、运营风险等方面展开探讨，寻求科学有效的风险管理机制。当然，本文的一些讨论只是就有关问题做了较为初步的分析，还有待于进一步的论证、分析。

参考文献：

①杭州日报网：www.hzrb.cn。

②赵曾海、于强伟：《律师与企业法律风险管理》，《中银律师》（2009 年 8 月第一期）。

③安徽省高级人民法院民四庭编著：《房地产审判业务辅导与典型案件》（2007 年 11 月）。

④盛华军：《商业地产投资法律风险及防范分析》（http://www.law-lib.com 法律图书馆网站，2005 年 6 月 4 日）。

作者单位：安徽天瑞律师事务所

交通事故认定书性质浅析

叶德春

【内容摘要】《交通事故认定书》的性质属性，目前在法学界争议颇大，司法实践中对这一法律文书的使用，亦见仁见智。虽《中华人民共和国道路交通安全法》对其性质界定为“证据”，称谓上亦从“交通事故责任认定书”改为“交通事故认定书”，但结合我国当前的司法解释，笔者认为运用这一“证据”指导于司法实际工作，仍与我国宪法、其他基本法律制度的规定不符，有必要对其性质重新界定。笔者提出较浅显的见解，与学界交流，希望对其性质重新界定有所益处。

【关键词】交通事故　认定　性质

一、目前法律对《交通事故认定书》性质的界定

2003 年 10 月 28 日，我国以基本法的形式制订了《中华人民共和国道路交通安全法》（以下简称《道交法》），虽然 2007 年 12 月 29 日修正，但对《交通事故认定书》的性质界定仍始终如一。该法第 73 条规定“公安机关交通管理部门应当根据交通事故现场勘验、检查、调查情况和有关的检验、鉴定结论，及时制作交通事故认定书，作为处理交通事故的证据。交通事故认定书应当载明交通事故的基本事实、成因和当事人的责任，并送达当事人。”由此看来对这一法律文书的性质，被界定为“证据”，并在该文书中划分了交通事故当事人的责任。虽然《道交法》在此将原《道路交通事故处理办法》中“责任”二字予以了删除，但根据上述《道交法》第 73 条的规定，仍在该文书中载明交通事故当事人责任，并据此指导与交通事故有关的司法实践，实质上还是用“新瓶装老酒”的做法，不但与我国宪法、其他基本法的规定相违背，而且对保障司法公正、准确划分交通事故中当事人的责任进而依此确定当事人的刑事、民事法律责任亦有负面影响。

二、司法实践中运用这一证据指导审判工作的习惯做法

（一）确立交通肇事罪与非罪的界限

最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称法释[2000]33 号）第 2 条规定，交通肇事致一人死亡或三人重伤负事故全部或主要责任；致三人死亡负事故同等责任；造成直接财产损失三十万元而无力赔偿负事故全部责任或主要责任，应认定为构成交通肇事犯罪。

（二）做为交通事故损害民事赔偿的重要甚至是唯一依据

《道交法》第 76 条规定，交通事故造成人身伤亡、财产损失超出机动车第三者责任保险限额的部分由有过错的一方承担赔偿责任，双方都有过错的，按各自的过错比例分担责任。由于《交通事故认定书》已经载明了当事人的责任，所以审判机关一般不再审查这一责任划分是否公平、公正，直接以此做为证明力非常强大的证据认定事实，确定民事赔偿责任。

三、将《交通事故认定书》界定为“证据”不符合法律规定

我国《宪法》规定，人民法院是国家的审判机关，是确定刑事被告人刑事责任、民事诉讼当事人民事责任的唯一法定机关。前述，无论是司法解释还是在民事审判实践中，将《交通事故认定书》作为确立罪与非罪、民事赔偿责任的依据，显然违反了宪法的规定。

《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民诉法》）第 63 条规定，民事诉讼证据分为书证、物证、视听资料、证人证言、当事人的陈述、鉴定结论、勘验笔录七种，《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑诉法》）第 42 条规定，证据有下列七种：（一）物证、书证；（二）证人证言；（三）被害人陈述；（四）犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解；（五）鉴定结论；（六）勘验、检查笔录；（七）视听资料。均未涵盖《交通事故认定书》，换句话说，《交通事故认定书》无法归属于法定诉讼证据中的任一种类。

我国没有统一的证据法，对证据的概念，只有《刑诉法》做了定义[①]，即证明案件真实情况的一切事实。在法学理论界一般均认为证据具有客观性、关联性、合法性三个基本特征，其中首推客观性。该特征要求证据必须是能真实再现客观事实的全貌或局部的非主观推定、判断的物品、言辞、材料等。从《刑诉法》和《民诉法》对证据种类的规定中，我们也可以清楚地看出，七种证据中除鉴定结论可以是经检验、分析、检查后的综合性结论从而带有主观因素的证据外，其他全部没有任何主观因素成分，但法律对鉴定结论这一证据，做了非常严格的要求。要求必须是专门的技术人员就专门的技术问题按法定的程序所做出的综合性分析、判断意见，并且异议人、司法机关可以要求对其做出重新鉴定、补充鉴定，在诉讼过程中，各方当事人，甚至辩护人、代理人、公诉人均可要求鉴定人到庭接受质询，从而保障法官能从这一带有主观因素的证据中断定案件的客观事实。《交通事故认定书》中对当事人的责任认定显然是纯主观的对事件性质的界定，但又不同于鉴定结论。

综上分析，将《交通事故认定书》界定为证据，不符合法律规定。

四、将《交通事故认定书》界定为证据应用于司法实践，存在以下弊端

（一）直接赋予了公安机关刑事审判权

前述，法释[2000]33 号已经规定，将交通事故责任做为确定交通事故肇事者是否有罪的一个实质性条件，这无疑是将刑事审判权赋予给了交通事故处理机关。

（二）直接影响民事审判的公正

前述，人民法院在审理道路交通事故损害赔偿的案件时，是将《交通事故认定书》做为重要证据使用的，对其载明的事故责任，除非异议方能够提出证明力更强的反驳证据，几乎不可能改变法官对事故责任的认定，这样，使得交通事故损害赔偿案件的法官实际上是在公安机关已分清责任的基础上，对赔偿金额在做算术。

五、《交通事故认定书》性质界定之己见

通过以上分析，笔者建议修改《道交法》第 73 条，将《交通事故认定书》这一法律文书改称为《交通事故成因分析报告》，不再在该文书上载明当事人的责任。

交通事故处理机关经过对事故现场的勘验、检查以及对与事故发生有关的情况的调查后，然后对交通事故发生的原因进行分析，制做《交通事故成因分析报告》交付事故当事各方。对事故当事人在事故发生时是否违反《道交法》，应否施以行政处罚应另行制做用于交通违法违章行为处罚方面的法律文书，即做出具体行政行为，异议人可通过行政复议或行政诉讼的途径获得救济；对交通事故当事人的违法违章行为与事故的发生与否、损害后果之间是否具有因果关系，以及影响的程度，完全可以在《交通事故成因分析报告》中叙清。二者不能简单混同。

已经有客观真实的报告，对于行为与事故发生与否以及后果影响力大小之间是否存在因果关系，法官根据日常生活经验法则和良好的职业道德，应该能够做出准确的判断；同理，对于违法的交通肇事者应否被追究刑事责任，刑事警察、检察官、法官亦会根据《交通事故成因分析报告》独立做出准确的判断，交通警察不能越庖代俎。

综上所述，笔者认为，重新界定《交通事故认定书》的性质，不仅具有必要性，而且具有可行性。

参考文献：

①陈卫东：《刑事诉讼法学》，法律出版社，2000 版，第 49 页。

作者单位：安徽律信律师事务所

浅析股东代表诉讼制度

江大海　　汪　超

【内容摘要】股东代表诉讼制度是我国公司法确立的一种新制度，它的建立具有重大的意义。它能有效扩大股东维权的范围，能充分保护中小股东的合法权益。本文将着重论述股东代表诉讼的实质要件、提起股东代表诉讼的前置程序、管辖及时效、调解及反诉等法律问题。

【关键词】股东代表诉讼 前置程序、 重要意义

前 言

股东代表诉讼（shareholder representative litigation）又被称为股东派生诉讼（shareholder derivative litigation），是指当公司拒绝或怠于通过诉讼的方式追究公司董事、监事、高管、控股股东、实际控制人或第三人对公司所负的责任或义务时，具备法定资格的股东可以以自己的名义为维护公司的权益而提起诉讼。在公司制度建立的初始阶段，股东代表诉讼是被严格予以限制的，其中以英国的 Harbottle 规则为典型。该规则是在 19 世纪中期英国的 Foss vs ·Harbottle 案件的基础上发展起来的。该规则确定了两个重要的原则：一是适当原告原则，即如果发生了侵害公司的行为，只有公司能提起诉讼，股东是不能作为原告的；二是多数规则原则，即公司要作为原告提起诉讼，必须要征得多数股东的同意。Harbottle 规则完全束缚了股东的诉权，其实质是一种大股东原则，严重损害了小股东的利益。随着公司制度的不断发展，保护中小股东权益的呼声日益高涨。英国和美国率先在衡平法上创设了股东代表诉讼制度，同时这一制度也被大陆法系国家所承袭。法国法院于 1983 年即准许股东行使代表诉讼提起权；德国也规定了类似的制度；日本于 1950 年修改《商法典》时在第 267 和 268 条中也确定了股东代表诉讼制度。[①]股东代表诉讼制度不仅修复了公司利益维护机制，而且完善了公司治理制度，是股东维护自身权益的重要手段之一。

一、股东代表诉讼制度在我国的发展

20 世纪初，由于我国公司立法技术薄弱及司法实践经验的匮乏，1993 年的《公司法》并没有引进股东代表诉讼制度。随着公司制度在我国的迅猛发展，公司已经成为了一种十分普遍的现象，与此相应的是在司法实践中股东代表诉讼的案件日趋增多。新《公司法》出台前，我国法院处理此类案件没有明确的法律规定作为依据，多采取观望的态度，甚至有些法院对此类案例持否定意见。其缘由是对《民事诉讼法》第 108 条第 1 项“ 原告必须是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织 ”的机械理解。持否定意见的法院认为公司具有法律拟制的人格，公司和股东是两个不同的法律主体，公司利益受到损害，公司才是直接利害关系人，应由公司提起诉讼，而股东不是适格的原告。当时的很多裁判都是根据这种理解作出的。如 1998 年红光实业的中小股东要求经营层对公司因违法经营给红光招致的罚款向红光承担连带责任，这是国内首例股东告董事的案例，后来法院却以“ 原告主体不适格 ”为由，对案件不予受理。又如 2003 年小股东以大股东侵占公司资产为由，起诉“ 三九医药 ” 董事长赵新先，法院也是以主体不适格为由不予受理。其实这种裁判是曲解了创设公司拟制人格

制度的本意。法律之所以赋予公司拟制的人格，最根本的目的是为了方便公司这种经济组织对外进行交易和活动，并为有限责任制度提供理论基础。这种制度的创立并非意味着割断股东和公司的联系，股东是按照投资额对公司享有权利承担义务的，并且公司活动的最终着眼点还是股东的利益。公司可以被形象的看成是所有股东权利和义务的集合体，公司的利益一旦受到损害，虽然在法律上公司是直接受害人，但在实际利益上股东才是真正的被侵害者，可以说股东是与公司的利益密切相连的。因此当公司怠于主张权利时，赋予股东以诉权完全符合公司制度创设的本意。

为鼓励中小股东捍卫公司的合法权益，确保公司利益免受公司高管、控制股东及第三人的侵害，新《公司法》在借鉴国外先进立法经验、判例和学说的基础上，突破了对《民事诉讼法》108 条第一项的机械理解，引进了股东代表诉讼制度，并在第 152 条予以了明确的规定：“ 董事、高级管理人员有本法第 150 条规定的情形的，有限责任公司的股东、股份有限公司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，可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼 ;监事有本法第 150 条规定的情形的，前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。

监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，本条第一款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼。

新《公司法》引入股东代表诉讼制度后，中小股东监控公司高管和控制股东的积极性空前高涨，这类诉讼案件的数目激增，在一定程度上加强了对公司高管及控制股东的监督。这种制度是一种公司良性调节的内部机制，为中小股东利益的维护提供了另一条途径。

二、股东代表诉讼制度的适用

（一）原告的主体资格

新《公司法》152 条中，股东代表诉讼的原告主体资格因公司形式的不同而有所区别。新《公司法》对有限责任公司股东代表诉讼案件的原告主体资格没有严格限制，只要是公司的适格股东，就有资格提起股东代表诉讼。但对股份有限公司股东代表诉讼案件的原告主体资格分别在持股时间和持股份额上予以了限制。持股时间要连续 180 日以上，单独或合计持股份额则需达到 1%，满足这两项条件才有资格提起股东代表诉讼。与此相应，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）》对原告的主体资格作了进一步的阐述：“ 公司法第 152 条规定的 180 日以上连续持股期间，应为股东向人民法院提起诉讼时，已满的持股时间；规定的合计持有公司 1%以上股份，是指两个以上股东持股份额的合计。” 之所以对股份有限公司股东代表诉讼案件的原告主体资格要求更为严格，在于股份有限公司的的股份转让比较自由，尤其是上市公司，任何人都可以随时买进公司的股票。这种情况下如果不对股东资格设定限制，则容易发生代表诉权的滥用。

从法理上讲，上述的股东代表诉讼的原告主体资格不仅在诉讼时要具有，而且在整个诉讼程序中都要予以维持，如果原告的主体资格在诉讼中丧失，法院应当裁定终结诉讼。但我国新《公司法》中对原告股东资格维持原则没有予以明确规定，司法实践中相应的案例也出现不多。在这方面美国的公司法判例值得我国借鉴。如美国 Srin 诉 Shahmoon Industries, Inc. 及 Vista 基金会诉 Garis 的判例都确定了原告股东资格维持原则，即股东在提起代表诉讼之

前卖出所持股份，将导致丧失原告资格，且不得以回购股份的方式重新恢复此种原告资格。但原告股东资格维持原则也可能被大股东或公司高管所利用，通过公司重组来取消股东的诉权。如 A 股东对 B 公司的大股东 D 提起代表诉讼后，B 公司的大股东 D 通过运作将 B 公司并入自己的 C 公司。这时 A 股东不再是 B 公司的股东，而成为了 C 公司的股东，从而很被动的丧失了对原 B 公司大股东 D 的诉权，法院也被迫要终止对案件的审理。针对这种情况，美国法院在原告股东资格维持原则之外还确定了原告的股东资格是由于被告行为而灭失的，该诉讼仍可继续的特例，这对代表诉讼制度的发展起到很大的推动作用。

对于股东代表诉讼的原告是否可以包括无记名股东，在新《公司法》及相关解释中并没有明确的规定。国外的公司法学界也存在不同的观点。日本学界的主流观点认为提起代表诉讼的股东只能是股东名册上所记载的股东。而美国学界则承认无记名股东也享有代表诉讼的权利，并在立法中予以了确定。《美国模范商事公司法》第 740 条中明确规定了：“ 股东一词包括那些将其股份设立表决权信托或者指定第三人代表自己持有股份的受益所有人。 ”美国之所以承认不记名股东的诉权，源于美国信托制度的快速发展。随着信托制度的发展，美国有诸多的投资者以证券商名义购买股票，或者通过机构投资者购买，并大量运用表决权信托制度，名义股东和实质股东相分离的局面越来越普遍。如果否定无记名股东的诉权，将使很多投资者的利益受到损害，极大的影响投资者的投资热情。基于这种情况，美国才有此相应的规定。鉴于我国于 2001 年和 2003 年分别出台了《信托法》及《证券投资基金法》，信托及证券投资行业在我国正蓬勃发展，因此立法及司法实践也应当顺应情势，及时的作出相应规定来保护广大无记名股东的利益。

股东代表诉讼的原告既包括普通股东，也包括特别股东，尤其是无表决权股东。代表诉讼权和表决权是相互平行的两种不同共益权，不得借口股东无表决权而限制股东的代表诉讼权。

（二）被告的范围

对于股东代表诉讼制度的被告范围，国外在立法例上有较大的区别。狭义立法例是以日本和台湾为代表，股东代表诉讼的被告仅限于董事的责任。广义立法例是以美国为代表，凡大股东、高管、第三人侵害了公司的利益，都可以作为股东代表诉讼的被告。

我国在制定新《公司法》的过程中，对股东代表诉讼制度中被告范围的确定也历经了由窄到宽的过程。根据 2004 年 12 月 28 日《公司法修订草案送审稿》第 70 条及 142 条的规定，股东代表诉讼的被告只限于违反法律、行政法规、公司章程，给公司造成损害的董事、监事和高级管理人员，至于控股股东或第三人侵害公司利益时是否可以作为股东代表诉讼的被告却没有明确的规定。这一立法思路极大地限制了股东代表诉讼制度的作用，削弱了对广大中小股东利益的保护力度。令人欣喜的是，后出台的新《公司法》明确地将股东代表诉讼的被告范围扩大到股东、高管及其他第三人。这里值得注意的是“ 第三人 ”范围的确定，“ 第三人 ”即可以是民事主体，如公司债务人；也可以是行政主体，如行政机关的不作为侵害了公司的利益。因此，股东代表诉讼从诉讼性质上可以分为民事诉讼和行政诉讼。当行政机关的具体行政行为侵害公司利益时，如公司怠于诉讼，公司的股东则完全可以代表公司提起行政诉讼。这种规定充分体现了新《公司法》保护中小股东利益的特色。

对于公司在股东代表诉讼中的地位，新《公司法》及相关解释没有予以明确。公司在这一诉讼过程中所处的地位比较尴尬，它虽是诉讼利益的最终获得者，但它无法作为诉讼的原告，也无法成为被告，即使是作为第三人出现在诉讼中也值得商榷。首先，股东代表诉讼之所以会提起，是由于公司怠于或拒绝诉讼，这种情况下如果还将公司列为原告，这与设立股东代表诉讼制度的本意是违背的；其次，如将公司列为被告也不妥，因为股东代表诉讼的最终责任方不是公司而是侵害公司利益的主体，公司恰恰是该诉讼的最终受益方，因此是不宜将公司列为共同被告。因此在有限的司法实践中，我国法院往往将公司列为第三人。如将公

司作为有独立请求权的第三人参与诉讼，公司实质上就成为了新的原告，原来的原告和被告共同成为了新的被告，公司应当既不同意原告的主张也不同意被告的主张，但如果被告是公司的控股股东或高管的话，实际上公司的意志往往是和被告相一致的，这不利于保护中小股东的利益。鉴于上，公司在诉讼中作为无独立请求权的第三人参与诉讼，对法院的审理进行配合，更有利于保证诉讼的顺利进行和股东利益的实现。

（三）股东代表诉讼的程序

1. 前置程序

新《公司法》为了保证诉讼效率的最优化，在立法过程中借鉴了美国的“穷尽公司内部救济”原则，规定在提起股东代表诉讼之前要经过前置的救济程序。之所以在提起股东代表诉讼之前要经历前置程序，究其法理有以下几个方面：

“首先，公司是管理公司事务的主体，包括就特定行为提起诉讼作出决策，也就是说，代表公司提起诉讼的适格主体应当是公司，股东代表诉讼只是一种非常救济。因此在提起代表诉讼之前，必须首先最大限度的利用公司自己的资源。

其次，先诉请求可以节约司法成本。如果公司自己提起诉讼或公司自己可以采取措施维护自己的权益，就没有必要通过代表诉讼的方式解决问题。

再次，先诉请求可以使公司免受无端诉讼的折磨，因为一些好事的股东可能会冲击公司的正常经营活动。

最后，先诉请求可以抑制律师为了追求个人利益而启动无意义无价值的恶讼。”[②]

根据新《公司法》第 152 条规定，原告股东应当区分两种情况分别向不同的公司机关提出落实公司诉权的请求：董事和高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或公司章程的规定，给公司造成损失的，股东应当请求监事会或执行监事对其提起诉讼。监事执行公司职务时违反法律、行政法规或公司章程的规定，给公司造成损失的，股东应当请求董事会或执行董事对其提起诉讼。第三人侵害公司利益的，股东可以请求董事会对其提起诉讼。并且股东的请求方式要以书面形式来行使。

只有当董事会、执行董事、监事会、执行监事明确拒绝股东的书面请求，或者自收到书面请求之日起 30 天内未提起诉讼，股东才能够启动代表诉讼程序。为了更好的保护中小股东的权益，新《公司法》在“穷尽公司内部救济”原则的基础上规定了特别的救济程序，即在“情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害”的条件下，股东可以跳过前置程序，为了公司的权益直接以自己的名义向法院提起诉讼。

2. 管辖法院及诉讼时效

我国新《公司法》及《民事诉讼法》对股东代表诉讼的管辖问题并没有明确的规定，只是在《关于审理公司纠纷案件若干问题的规定（一）》征求意见稿中提出了立法思路。该征求意见稿的第一条和第二条确立了股东代表诉讼的管辖原则，即当事人因公司设立过程中产生的民事责任、股权确认、股权转让、股东权益保护、股东对公司债务的直接责任等公司法律关系产生纠纷提起诉讼的，由被告住所地或者与诉讼标的直接相关的公司住所地人民法院管辖。征求意见稿所确定的原则仅是立法者的立法思路，并非以法律的形式予以了明示，因此司法实践中股东代表诉讼的管辖权问题仍然函待解决。我国有学者提出“《民事诉讼法》第一编第二章规定的级别管辖原则、地域管辖原则、移送管辖和指定管辖原则对于股东代表诉讼完全适用。这样即可以保持股东代表诉讼制度与我国整个民事诉讼法体系的协调，也可以充分体现股东代表诉讼中真正原告是公司的精神。另外在股东为追究董事责任而提起诉讼时，依据合同纠纷或侵权纠纷的地域管辖原则，也可由公司住所地的法院管辖。”[③]如果股东代表诉讼提起的是行政诉讼当然适用《行政诉讼法》的管辖原则。

股东代表诉讼的诉讼时效应当根据诉讼的性质分别适用《民事诉讼法》或《行政诉讼法》的规定。诉讼时效的起算时间原则上自股东知道或应当知道公司权利被侵害之日起计算，但特别法另有规定的除外。

3. 调解及反诉

股东代表诉讼是否能调解，是根据案件的性质而定。如果案件为行政诉讼，根据《行政诉讼法》第 50 条的规定：“ 人民法院审理行政案件，不适用调解。 ”是不得调解的。如案件为民事诉讼则可以适用调解，这符合《公司法》的自治原则。但是股东代表诉讼会涉及到公司及其他广大股东的利益，如果允许原、被告毫无限制的进行调解，很可能会出现原告股东在得到被告允诺的好处后，在调解协议上作出不合理的让步，从而损害公司和其他股东的利益。因此，我国法院在调解该类案件时应当积极引进司法审查机制。法院在审查调解协议时，要综合考虑各方的利益，如发现该调解协议损害了公司和其他股东利益时有权否定该调解协议的效力。

根据《行政诉讼法》的规定，行政诉讼中不存在反诉，如股东代表诉讼案件为行政案件，那么反诉制度当然不得适用。《民事诉讼法》中虽规定了反诉制度，但在股东代表诉讼中也不应存在反诉。反诉的重要特征是反诉对象的特定性，即反诉只能由本诉被告对本诉原告提出。反诉所蕴含的利益冲突只能在本诉的原、被告之间展开的。而股东代表诉讼的利益冲突是在被告与原告所在公司展开的，如果允许被告提出反诉，那么反诉利益却是在原告和被告之间展开。该类本诉和反诉的利益冲突的性质是不同的，是与反诉制度相违背的。因此，股东代表诉讼中被告对原告所提起的诉讼不能构成反诉，不得合并审理，但可以作为另案提起。

综上所述，新《公司法》较 93 年《公司法》有了很大的进步，是一部可诉性较强的法律。新《公司法》在赋予公司以诉权的基础上，进一步赋予股东以诉权，这极大的完善了公司的诉讼体系。但白璧微瑕，新《公司法》规定的股东代表诉讼制度过于原则化，缺乏更为细化的操作规则，如上述的管辖、时效等制度的具体适用。但随着司法实践的逐步深入，上述的立法细节将随着公司法理论和实践的成熟而日臻完善。

参考文献：

①刘兴善：《商法专论集》，1982 年版，第 332 至 334 页。

②施天涛：《公司法论》，2006 年版，第 448 页。

③刘俊海：《新公司法的制度创新》，2006 年版，第 272 页。

作者单位：安徽安联律师事务所

交通事故人身损害赔偿责任比例问题研究

管启飞

【内容摘要】交通事故人身损害赔偿的责任承担比例是指交通事故的当事人对于受害人的人身损害所应当承担的具体份额。我国相关法律关于当事人交通事故责任的规定还存在不明确之处，没有明确规定行人的损害赔偿责任问题。此外，在实践中，法院一般按照当事人的交通事故责任来确定其损害赔偿责任，但是，在承担主要责任和次要责任时，当事人具体承担多大比例的损害赔偿责任，法律没有明确规定，各地法院做法也不一。本文试图确立一种标准，以具体确定当事人在承担交通事故主要责任或次要责任时所需要承担的具体损害赔偿责任比例。

【关键词】交通事故　　人身损害　　赔偿责任

交通事故人身损害赔偿制度对于保护受害人的合法权益，维护社会的和谐稳定具有重要意义。[①]在确定人身损害赔偿的具体数额时，首先要做的前期工作就是确定交通事故当事人的赔偿责任承担比例问题。《中华人民共和国道路交通安全法》第 76 条规定：机动车之间发生交通事故的，由有过错的一方承担赔偿责任；双方都有过错的，按照各自过错的比例分担责任。机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故，非机动车驾驶人、行人没有过错的，由机动车一方承担赔偿责任；有证据证明非机动车驾驶人、行人有过错的，根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任；机动车一方没有过错的，承担不超过百分之十的赔偿责任。根据该条规定，要确定交通事故当事人的赔偿责任承担比例，确定其事故责任就显得至关重要。

那么如何确定当事人的事故责任呢？根据公安部发布的《道路交通事故处理程序程序规定》第 46 条的规定，交通事故中当事人的事故责任可以分为全部责任、主要责任、同等责任、次要责任和无责任。确定了当事人的交通事故责任，就可以进一步确定其人身损害赔偿责任。根据安徽省《道路交通事故处理办法》实施细则第 11 条、12 条的规定，机动车、非机动车交通事故责任者如承担全部责任，则承担损害赔偿损失的 100%；如承担主要责任，则承担损害赔偿损失的 60%－80%；如承担同等责任，则承担损害赔偿损失的 50%；如承担次要责任，则承担损害赔偿损失的 20%－40%。机动车如无责任，根据道路交通安全法的规定，承担不超过 10%的赔偿责任。以上虽仅仅是安徽省的规定，但其他各省的规定与安徽省的大同小异，也都是按照当事人的道路交通事故责任来确定人身损害赔偿责任的比例。实践中，各地法院也都是按照以上原则和规定来确定某一具体的道路交通事故人身损害赔偿案件中当事人的具体赔偿责任分担比例的。

但是，我们认为以上规定存在以下问题：

一、行人的交通事故损害赔偿责任规定不明确

以上规定对于机动车、非机动车驾驶员的损害赔偿责任规定的比较明确，但是没有明确规定行人的损害赔偿责任问题。

（一）行人有责，造成该行人以外的人包括机动车、非机动车驾驶员和乘客伤害的，应当按照各方的交通事故责任比例来确定损害赔偿比例。

之所以这样规定，是宪法规定的平等原则和民法规定的责任自负原则在道路交通领域的具体适用。同时，道路交通事故人身损害赔偿法律关系是一种民事法律关系，民事法律关系的一个最为基本的特征就是当事人地位平等，无论是机动车、非机动车驾驶员还是行人都是平等的民事主体，在损害赔偿中都应当按照自己的责任大小来承担责任。[②]此外，虽然行人在道路交通中是弱者，处于弱势地位，法律给予行人以倾斜保护，但是这种情况只适用于有责行人同时是受害人的情形，在行人不是受害人而只是加害人时，不能进行倾斜保护，而完全应当将行人和机动车、非机动车驾驶员同等对待，均按照公安部《道路交通事故处理程序程序规定》第 46 条的规定和安徽省《道路交通事故处理办法》实施细则第 11 条、12 条的规定承担赔偿责任。此外，有责行人承担相应的损害赔偿责任还可以遏制越来越严重的行人违章问题，有效地维护交通秩序和交通安全。

因此，如行人负全部责任，则承担 100%的赔偿责任；负主要责任，应当承担 60%—80%的赔偿责任；负同等责任，应承担 50%的赔偿责任；负次要责任，应承担 20%—40%的赔偿责任。

（二）行人无责，机动车、非机动车驾驶员也无责，造成机动车、非机动车驾驶员人身损害的，对于行人和非机动车之间的交通事故，应当由行人和非机动车驾驶员平均承担损失；对于行人和机动车之间的交通事故，行人应当给予机动车驾驶员适当补偿。

根据道路交通安全法的规定，如果行人和机动车发生交通事故，行人无责时，无论机动车一方是否有责，均由机动车一方承担赔偿责任。[③]此时的情况是行人是受害人，或机动车驾驶员以外的人是受害人，但不包括机动车驾驶员。可是如果行人与机动车、非机动车发生交通事故，机动车、非机动车驾驶员是受害人，同时机动车、非机动车驾驶员没有责任，此时赔偿责任如何承担，道路交通安全法没有明确。我们认为，此时完全由机动车、非机动车驾驶员自负责任有欠公平。因为根据民法的基本原理，当事人对于损害的发生均没有责任时，适用公平责任原则，由当事人分担损失。[④]因此，在法律没有明确规定，行人和机动车、非机动车驾驶员对于机动车、非机动车驾驶员损害的发生都没有责任时，应当由行人和机动车、非机动车驾驶员平均承担损害数额。[⑤]但是考虑到机动车的高速危险特点和行人的弱势地位，适用公平责任对行人又有失公平，因此，此时可以要求行人给予机动车驾驶员适当补偿，具体数额可以根据交通事故发生的具体情况，行人是否受益、驾驶员的具体行为以及行人的经济能力等确定。

二、当事人承担事故主要责任或次要责任时的具体损害赔偿责任比例不易僵硬适用“三七分成”的做法，应当更加灵活，更加公平

虽然安徽省《道路交通事故处理办法》实施细则明确规定当事人承担事故主要责任时损害赔偿责任比例为 60%-80%；承担次要责任时，为 20%-40%。但是这一规定仍比较宽泛和笼统，仍然无法指导法院确定某一个具体的道路交通事故人身损害赔偿案件中的当事人所要承担的具体赔偿比例为多少。我省大部分法院在司法实践中一般认为当事人主要责任时承担 70%的损害赔偿责任，次要责任时承担 30%的赔偿责任。这就是所谓的“三七分成”。我们认为这一做法是欠妥的，因为虽然当时人都承担主要责任或次要责任，但是每一个案件都有自己的特殊情况，将千差万别的案件作统一化处理极易造成案件审理的不公，当事人难以服判；此外，也不符合具体问题具体分析的哲学基本原理。[⑥]人民法院应当根据交通事故的基本事实和当事人的主要过错和过错程度、违法行为，以及当事人违法行为和损害后果之间的因果关系来具体的判定所要承担的损害赔偿责任比例。

以一个案例为例，甲驾驶厢式货车与乙驾驶的二轮摩托车相撞，造成乙三级伤残的交通事故，交警认定甲负事故主要责任，乙负事故次要责任。甲的违法行为主要有饮酒驾驶、机

件不符合技术标准、左转弯车辆未让行直行车辆、左转弯车辆未靠路口中心线左侧转弯四项；乙的违法行为主要有饮酒驾驶、无证驾驶、驾驶报废摩托车、未戴安全头盔四项。如果按照法院的一般做法，由于甲承担事故主要责任，乙承担事故次要责任，甲应当承担 70%的赔偿责任，乙自负 30%的责任。但是我们综观本案双方当事人的过错、违法行为和因果关系，我们认为双方在过错程度和违法行为上基本相当，都是四项；但是从违法行为与损害后果的因果关系上考察，甲只有饮酒驾驶、左转弯车辆未让行直行车辆这两项违法行为与损害后果之间具有因果关系，而机件不符合技术标准和未靠路口中心线左侧转弯并非造成本案损害后果的原因。乙的四项违法行为均与本案损害后果有直接的因果关系。首先，饮酒驾驶使其对机动车的控制能力大大降低，在遇到紧急情况时无法做到及时有效的处置，极易造成交通事故；其次，无证驾驶使其不具备基本的驾驶技能，属于非法驾驶，在遇到相关情况时无法正确有效地处置，是造成本案交通事故的重要原因。再次，所驾车辆为已报废机动车，该车已不具备基本的安全性能（后经市机动车辆安全检测站检测，其所驾车辆前轮制动仅为 3.1%），是国家明令禁止上道路行驶的车辆，由于其刹车系统基本处于报废状态，在两车相遇时，发生碰撞是无法避免的。最后，不带安全头盔，一旦发生碰撞，极易导致头部受创。乙的医院病历最后也证明正是由于其没有戴安全头盔，才导致头部受伤严重，花费了大笔医疗费。

通过以上分析，我们认为甲乙双方的违法行为虽然相当，但导致交通事故的违法行为乙反而比甲还多两项。虽然甲承担事故的主要责任，但是如果硬是让其承担 70%的赔偿责任明显不公。综观本案案情，我们认为让甲承担 50%以上 60%以下的赔偿责任比较合理。

综上，进一步明确当事人的交通事故责任，以及交通事故责任与损害赔偿责任之间的关联关系，才能更好的处理交通事故损害赔偿案件。

参考文献：

①杨立新，张新宝，姚辉：《我国〈道路交通安全法〉第 76 条修订三人谈》，“ 民商法前沿 ”系列讲座现场。

②姚宝华，王竹：《新修改〈道路交通安全法〉第 76 条第 1 款第 2 项的解读与适用》，《人民司法》，2008 年第 15 期。

③杨立新：《修正的〈道路交通安全法〉第 76 条的进展及审判对策》，《法律适用》，2008 年第 2 期。

④李薇：《日本机动车事故损害赔偿法律制度研究》，法律出版社 1997 年版。

⑤房绍坤：《中国民事立法专论》，青岛海洋大学出版社,1995 年版。

⑥梁慧星：《论制订道路交通事故赔偿法》，《安徽大学学报》， 1998 年第 5 期。

⑦刘士国：《现代侵权损害赔偿研究》，法律出版社 1998 年版。

⑧梁慧星、王利明：《中国民法典草案建议稿附理由》，法律出版社 2004 年版。

⑨徐国栋：《绿色民法典草案》，社会科学文献出版社 2004 年版。

作者单位：安徽乐业律师事务所

试论如何行使破产管理人职权 公平保护各方权益

张向前　周自明

【内容摘要】破产管理人是整个破产程序中最为重要的机构，通常指在破产案件受理后成立，全面接管破产企业，并负责破产财产的清理、保管、估价、处理、分配等破产事务。管理人作为破产程序的主要执行者，享有很大的权限，甚至主宰着债务人企业的命运，这是修订后的企业破产法的一大创新。但是在破产程序中管理人如何定位与法院之间的关系．如何充分正确行使企业破产法赋予管理人的职权,妥善处理好与债权人、债务人等各主体关系，保护各方合法权益，从而保障破产程序公正、有序、规范运行，以实现破产法设立管理人制度的价值追求,是企业破产法实施中面临的重要课题。本文拟围绕上述问题,结合工作实践 ，探讨如何从制度和措施上保障管理人工作目标的实现，确保破产程序顺利进行。

【关键词】破产管理人 法院监督　管理人建设　权益保护

2007 年 6 月 1 日开始实施的企业破产法与国际上通行的破产法律制度接轨，正式确立了破产管理人制度。本文结合新破产法及相关司法解释，通过查阅有关文献，并结合自身实践，就如何正确行使管理人职权，公平保护各方权益，保证破产程序公正、有序运行进行评述。

一、法院监督——破产程序公正有序运行的前提保证

（一）法院与管理人法律上的关系定位

管理人是指在破产程序进行过程中负责破产财产的管理、处分、业务经营以及破产方案拟定和执行的专门机构。根据企业破产法的规定，管理人享有从破产程序开始到终结的全面参与破产事务管理的权利，这些权利涉及到财务管理、对外诉讼、处置法人财产等核心事项，可以说，管理人在很大程度上决定了破产的进程和结果。如何对管理人这种广泛而具有决定性的权利进行控制和监管，是在企业破产法实施过程中必须关注的。而这种控制和监督的实行，应当通过法院依法进行。

在债务人企业进入破产程序后，普通债权人会集中到破产程序中主张债权、要求分配破产财产，除此以外还有财产权利人、公法债权享有人(如税务机关)、雇员等主张权利，另外债务人的股东和管理层、消费者、顾客、供应商等各种与债务人企业有利害关系的群体也会表达自己的利益诉求。众多的利益相关者在破产程序中产生了复杂而又尖锐的利益冲突。如何协调冲突、平衡利益成为破产程序中要解决的根本问题，有三种基本途径：一是通过立法对各方利益进行调整，即在破产法中确定权利种类与清偿顺序；二是通过债权人会议、债权人委员会、管理人等形成团体自治，破产事务一般由债权人会议决定，由管理人执行；三是通过法官的裁量。总的说来，破产程序是一种内部团体自治与外部强制干预相结合的程序。一方面，必须强化和充分发挥债权人会议和债权人委员会对管理人工作的日常监督功能。另一方面，法院应从管理人的选任、履职、行为、结果等方面对管理人进行全程监督、管理。

管理人在破产程序中的行为会受到单个债权人、债务人和其他利益相关者的监督与制

约，只是这些主体不能依法直接对管理人的行为采取监督措施，只能通过向法院提出意见、表示异议等形式请求法院履行监督职能。其实，根据企业破产法的规定，即使债权人会议、债权人委员会监督权的行使，也必须通过法院才能真正发挥作用。可以说，法院是整个破产程序的主持者、指导者，是破产案件中国家审判权的行使者，也是最权威的监督者，管理人则是破产案件具体事务的执行者。整个破产程序就是以法院为主导、以管理人为中心来推进的，管理人在破产程序中的行为，直接关系到破产程序能否高效、公正、顺利地进行。所以，法院和管理人相互之间的关系在本质上就是监督与被监督的关系，法院对管理人的监督权实质上就是国家审判权的体现。

但是，管理人毕竟是独立的机构，有独立的人格，在法律规定的范围内独立从事破产管理事务，不允许任何阻挠管理人依法独立履行职责的行为发生。同时，管理人只是社会中介机构，无权代替或代表法院行使破产案件的审判权，管理人可以实施的行为只能是企业破产法明文规定的职责，管理人对债务人财产的处分、分配和债务人业务的处置都必须得到法院的确认。如果管理人认为自己在破产程序中是法院的代表，可以滥用职权侵犯债权人利益，中饱私囊，最终只会导致承担法律责任的后果。

（二）法院对管理人的监督

法院对管理人行为的监督是一种全程监督，主要包括以下几方面内容。

1. 对管理人选任的监督

企业破产法规定由法院指定破产管理人，对此，最高人民法院专门发布了《关于审理企业破产案件指定管理人的规定》(以下简称《规定》)。但在具体的破产案件中，考虑到管理人的独立性，法院在指定管理人时，应当注意管理人的回避问题。实践中，当管理人确实存在与破产案件某一利益相关者有特殊关系的情形时，制度将很难保证管理人的公正，仅凭管理人自觉遵守职业道德显然是危险的。所以，当存在上述情形时，被指定为管理人的机构、组织或个人均应当主动申请回避，如果管理人未申请回避，在管理人执行管理工作的过程中，法院发现了其应当回避的情形，或债权人、债务人、利益相关者了解到管理人应当回避的情形并向法院反映，法院查证属实，必须立即更换管理人，对未回避的管理人应当予以处罚，不向其支付报酬，并在年度资格审核时从管理人名册中作出相应的调整，如暂停被指定为管理人的资格、除名等。

2. 对管理人报告义务的监督

对管理人处理破产事务重大事项的监控与制约，是管理人监督机制中的重要环节。因为重大事项的处理，通常会使以破产企业财产为载体的权利义务关系产生重大变化，因此，法院加强对管理人重大事项报告义务的监督十分重要。除了对重大事项管理人应履行报告义务外；在处理破产事务的过程中，管理人还应当建立与法院经常沟通的机制。管理人经常性地向法院汇报处理有关事务的情况，听取法院的意见，减少管理工作的失误，法院通过管理人的报告可以充分了解破产案件处理的进展情况，控制破产程序中问题和争议的出现，保证破产程序有序、顺利地进行。因此有效的管理人报告制度是法院和管理人之间互动、长效的沟通机制。

3. 对管理人更换的监督

管理人能否胜任职务，依法、公正、忠实地执行职务，勤勉尽责，是保证破产程序能否顺利进行的决定性因素。法律赋予债权人会议和债权人委员会对管理人的监督权，就是要从机制上对管理人执行职务的行为和能力加以监督，债权人会议可以申请人民法院更换管理人。法院更换管理人的职能与法院指定管理人的职能相对应，是对管理人在被指定后，发生不符合资质情形的救济，也是法院监督管理人的有效途径之一。

4. 对管理人报酬确定的监督

管理人报酬的确定，本身是一个复杂的问题，由于管理人在破产程序中并非为某一方当

事人的利益工作，因此不可能由管理人与当事人直接协商确定管理人报酬。但是管理人的报酬又是与债权人的利益紧密联系的，管理人报酬需要从破产财产中优先拨付，从表面上看管理人报酬的高低与债权人的利益是有冲突的，报酬的多少影响到债权人最终的受偿额，所以债权人会议应当对管理人报酬有发表意见的权利。企业破产法规定管理人的报酬由法院确定，债权人会议对管理人的报酬有异议的，有权向法院提出。在确定管理人报酬时，法院和债权人会议都应考虑管理人的报酬要与管理人的能力和工作效率成正比。

最高人民法院《关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》要求法院在受理破产案件后，应当对管理人的工作量和可分配财产数额做出初步预测，并决定管理人报酬的方案，明确管理人报酬的计算标准和收取时间。法院决定管理人报酬方案后，可以根据破产案件和管理人执行职务的实际情况对原方案进行调整。法院具体的考量因素包括管理人的工作量、工作效率、公开程度、履行义务的情况等。

二、加强管理人自身制度建设——破产程序公正有序运行的重要保障

依照我国新破产法，破产管理人包括清算组、机构管理人、个体管理人三种类型。无论何种类型，保证破产程序有序顺利进行，均是破产管理人的内在呼唤。最高法院 07 年已经有相关司法解释出台，这些规定是保证破产程序规范运行的重要举措。笔者在此想从破产管理人自身制度建设的微观层面，分析如何保障破产程序的公正、有序地进行。

（一）加强破产管理人自身职业道德建设

破产活动的专业化，必然需要通晓法律、会计等方面的社会中介机构和人员参加。有学者早就提出“ 破产管理人职业化 ”的说法，即应当由市场上专门的破产服务组织来担任破产管理人。在我国，这类中介机构主要就是律师事务所、会计师事务所等，破产清算事务所相比于前者，数量较少。尤其是我国目前尚未建立专门的破产管理人资格考试制度，实际上可以从事破产管理业务的就是律师、会计师、审计师等从业人员。习惯于担任顾问和代理人，服务于委托人一方利益的律师、会计师、审计师等，能否适应角色的变化，公正履行破产管理职责，兼顾到破产程序各利害关系方的利益，确实是一个挑战。这些中介机构及其从业者在充当破产管理人角色时，除了接受方方面面的监督，内心职业道德自律必不可少。他们不但应分别遵守各自行业协会制定的职业道德和执业规范，还应一体遵循破产管理人职业道德和执业规范，确立公正信念，树立公正形象，营造优良的破产管理人市场。我国新破产法第 27 条对管理人执业规范仅仅提出了“ 应当勤勉尽责，忠实执行职务 ”的要求，过于原则和简单，制定专门的破产管理人职业道德和执业纪律规范，尤显刻不容缓。

（二）加强破产管理人内部分工制约机制建设

破产活动纷繁复杂，依照最高人民法院《关于审理企业破产案件指定管理人的规定》，人民法院一般应指定管理人名册中的社会中介机构担任管理人。中介机构作为管理人，必然会指派机构内部多名从业人员参与破产管理，经过人民法院许可，还可以对外聘用必要的工作人员。由此可见，破产管理人名义上是一个整体，实质上则还要细化机构内从业人员之间的关系，有时还要涉及与所雇人员之间的关系。作为管理人，为保证破产程序的公正和效率，制定内部规程，明确成员职责分工，与所雇人员签订保密协议，显然也应当成为破产管理人制度建设的一部分。对此，我国新破产法没有涉及。但笔者认为，破产管理人就破产管理事务所做的工作筹划、分工安排，可用以判断其履行破产管理人职责的能力，法院应当要求其提供，债权人会议也应当有权要求管理人对此项内容进行说明，并提出异议，甚至不满意时据此要求更换管理人。一个内部分工合理、职责明确、相互协助的管理人，将更有利于发挥其工作绩效，有利于保障破产程序的公正、高效进行。

（三）增强破产管理人的责任能力

1986 年破产法中清算组制度受人诟病的一个重要原因，就是清算组的责任难以有效追究。如果清算组违法，造成破产财产的浪费、破产成本过高或者侵犯了有关权利人的权利，由于清算组是临时组织，没有承担责任的能力，破产程序终结后便告解散，因而无从追究其责任。新破产法确立的管理人制度虽然大体上克服了这一弊端，但面对动辄上千万上亿的破产债权，管理人承担责任的能力同样不容忽视。一般而言，中介机构的规模、资金都是要远远小于破产债务人、债权人的。虽然新破产法第 130 条规定“ 管理人未依照本法规定勤勉尽责，忠实执行职务的，人民法院可以依法处以罚款；给债权人、债务人或者第三人造成损失的，依法承担赔偿责任 ”。但是在破产管理人承担责任能力较弱情况下，承担赔偿责任只是一句空话。新破产法只要求“ 个人担任管理人的，应当参加执业责任保险 ”，对机构担任破产管理人未作要求。笔者认为这样规定不利于机构类管理人作用的发挥。从减少职业风险角度考虑，要求机构类管理人也参加保险，有助于破产程序中其他方权益的维护；管理人责任能力的增强，亦有助于其工作绩效的发挥。新破产法对同一破产程序中管理人的人数没有明确规定，理论上分析，对一些比较重大的破产案件，不应排除由两个甚至更多个中介机构以合伙的方式共同担当管理人，如同融资时的“ 银团贷款 ”制度，组成管理人团队，减轻破产管理人执业压力，也有利于分担执业风险，从而保障破产程序的健康、有序进行。

（四）完善破产管理人的监督机制

管理人负责管理的破产财产，在整个破产程序中处于最核心的地位，债权人的所有诉求均指向于此。破产管理人对破产财产的权力，也就衍生出对其进行监督的必要性。按照新破产法，破产管理人向人民法院报告工作，并接受债权人会议和债权人委员会的监督。在国外，大都采用多元化的监督主体制度，除了法院和债权人的监督外，还确立了与债权人会议、破产管理人相互独立的破产监督人机构。我国虽然规定管理人也要接受债权人委员会的监督，但债权人委员会成员大多数毕竟是代表债权人利益，职工或工会代表有限。因此，笔者建议设立更加超脱的监督机构，或者规定破产企业工会也有相应的监督权。此外，应当建立破产管理人履行职责保证金制度，督促破产管理人依法公正履行职责，在其因违法而应承担行政责任或赔偿责任时，可以抵作罚款或赔偿金。

三、妥善处理与债权人和债务人之间的外部关系，公平保护各方权益——破产程序公正有序运行的关键

破产活动涉及利益，更涉及关系，利益在关系中得到体现。作为破产程序中各种关系的核心，破产管理人是各种关系的交叉点，其能否公正合理地协调处理各类关系，直接影响到破产程序的顺利进行，影响到破产目的和价值的实现。在与其他主体的关系中，破产管理人与债权人、破产债务人的关系最为关键。

（一） 妥善处理破产管理人与债务人的关系：把握代言度

在关于破产管理人法律地位的众多学说中，“ 破产人代理说 ”、“ 破产企业法定代表人 ”两种观点虽然不完全科学，但却比较客观的反映出破产管理人与债务人之间在利益、业务等方面某种程度的一致性。破产申请被受理后，债务人的主体资格就受到限制，其财产要移交管理人接管，对其继续还是停止营业管理人也有一定程度的发言权。特别是对于破产申请前债务人的一些行为，管理人还有法定的撤销权。笔者认为，在这种意义上，将管理人看作是债务人的“ 代言人 ”亦未尝不可。而且，管理人的报酬要从债务人的财产中优先清偿，债务人财产清理回收的多少、有担保债权申报的多少，都与管理人自身报酬的实现密切相关。对于债务人财产，管理人与债务人有共同追求的目标，就是让财产总量尽可能多，财产上的优先债权尽可能少。从法理和情理两方面分析，管理人维护债务人利益，并不损害其公正性。问题在于，这种维护，抑或说是“ 代言 ”，不能逾越应有的界限。譬如对于依法申报的债权，

管理人认真客观的予以登记清偿是其职责所在，不能为自己的报酬或者债务人职工利益考虑漏登漏报。破产程序中，债务人无论是债务清偿还是职工安置，都背负着巨大的包袱，处于明显的不利地位。在法律许可的条件下，管理人尽力维护并争取债务人利益最大化，恰恰是其正确履行职责的最好体现。在出台司法解释时，可以考虑规定管理人向法院、债权人会议或者债权人委员会反映债务人有关诉求的正常渠道和机制，以便管理人依法公平地保护债务人的利益，从而有利于破产程序的顺利推进。

（二） 妥善处理破产管理人与债权人的关系：塑造公平感

破产的最终目的是为让债权人得到公平清偿，债权人在破产程序中经济利益至上，追求债权最大程度的实现。债权人希望有一个不代表任何一方利益的人来负责用债务人有限的财产公平清偿其债权，管理人应运而生。新破产法出台之前的清算组，地方政府国有企业主管部门广泛参与，实际上是由债务人的股东担任清算工作，首先即丧失了形式的公平性。新破产法中，债权人会议对于法院指定的管理人有权申请更换，管理人要接受债权人会议和债权人委员会的监督，向后者报告职务执行情况，并回答询问。但是，管理人并非依附于债权人，专为债权人利益服务，完全受制于债权人。为了平衡，法律规定管理人由法院指定，债权人会议申请更换管理人最终也须由法院批准，从而限制债权人的权力。对于管理人，在所有债权人之间树立公正的形象，公平保护各方利益最为重要。债权的性质和数量有差异，譬如已申报的债权和尚未申报的债权、有担保的债权和无担保的债权、大数额债权和小额债权，在债权人行使表决权、债权清偿等方面肯定存在差异，管理人如果厚此薄彼，实施歧视待遇，损害某一个或某一些债权人的利益，肯定会损害其公正性，让债权人产生不公平感，影响到破产程序的效力，势必影响破产程序的整体进程。

四、企业破产中劳动债权的保护——破产程序公正有序运行的社会需求

企业破产法作为规范市场主体退出的法律规范，是市场经济法律体系的重要组成部分，破产法的主要功能是通过法律程序清理到期不能清偿的债权债务。但破产法的本质是一种救济，是一种对债权人、债务人利益与社会公共利益的平衡。依法优先保护劳动者权益，是破产法律制度的重要价值取向，妥善处理好破产企业职工安置问题也是和谐社会的内在要求。劳动债权的保护涉及到破产企业的每一位员工，其中问题错综复杂，矛盾难以调处，实践中倾注了管理人的大量精力。职工安置的好坏直接关系到破产程序的进程，甚至关系到社会的稳定。

破产管理人在处理破产企业职工安置、劳动债权处置方面应该注重以下三个环节：

1. 准确计算劳动债权

劳动债权包括工资、社会保险等多种内容，在裁定宣告破产前，由于职工劳动关系继续存在，就会不断产生新的债权，如果不事先明确基准日，劳动债权无法公示。一般情况下，应当把管理人列出的劳动债权清单并予以公示确定的日期作为计算基准日。劳动债权计算基准日确定以后，对于劳动债权的计算就迎刃而解。

2. 适时公示劳动债权

根据《企业破产法》第 48 条规定：劳动债权不必申报，由管理人调查后列出清单并予以公示。包括：⑴债务人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用；⑵所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用；⑶法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金。职工对清单记载有异议的，可以要求管理人更正；管理人不予更正的，职工可以向人民法院提起诉讼。

3. 及时清偿劳动债权

按照《企业破产法》规定，债权的清偿顺序为：有担保债权—劳动者债权—税款—无担

保债权。《企业破产法》第 113 条规定，破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，依照下列顺序清偿：⑴破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；⑵破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款；⑶普通破产债权。破产财产不足以清偿同一顺序的清偿要求的，按照比例分配。

破产法的主要功能是通过法律程序清理到期不能清偿的债权债务，并不涉及职工安置问题，后者应通过劳动立法及社会保障制度加以解决。但社会保障制度的完善不是一蹴而就的事情，它需要一个过渡期，所以新法承认了过渡期的政策性破产。但是笔者认为也不能太过强调职工问题的安置，把破产法变成职工安置法，否则破产法就会成为一时的权益之策，在将来无法得到良好的实行。而且这样也容易造成职工的依赖心理，从长远来看，更不利于对职工的保护。完善的破产机制应当在职工的善后安置和社会稳定之间保持适度的张力，在与债务人、其他债权人之间利益保护上寻求平衡，从而保障破产程序公正、有序规范地运行。

结　语

管理人制度是新破产法中最重要的一项制度。管理人在市场主体的退出机制和挽救机制中扮演着极其重要的角色，这个角色使破产程序的操作更加市场化和专业化。虽然在某些西方发达国家，管理人这个职业是高度自由、开放和自律的，但对于中国这个初步建立市场经济体制的国家来说，加强和完善人民法院的监督职能，是管理人制度中不可或缺的内容，法院监督贯穿于破产程序的全过程，它是破产程序得以公正有序运行的前提保证。管理人作为破产程序的实际执行者，加强团队自律和自身制度建设，正确行使破产法赋予的职权，是破产程序公正有序运行的重要保障。妥善处理好与债权人、债务人等主体之间的关系，公平保护各方合法权益，是破产程序公正有序运行的核心内容。依法优先保护劳动者权益，是破产法律制度的重要价值取向，妥善处理好破产企业职工安置问题也是和谐社会的内在要求。总之，破产管理人实务的内容纷繁复杂，触及到方方面面，出色地完成管理人的工作，保障破产程序公正有序运行，除须加强制度层面的完善外，还要求管理人必须在实务中不断地总结和借鉴成功的经验，以不辜负破产法赋予的使命，更好地为社会主义市场经济服务。

参考文献：

①王欣新：《破产法》， 中国人民大学出版社 2002 年版。

②孟祥刚：《企业破产纠纷》，中国法制出版社 2010 年版。

③王欣新：《论新破产法中管理人制度的设置思路》，载《法学杂志》，2004 年第 5 期

④王欣新、尹正友：《破产法论坛》,法律出版社 2008 年 4 月第 1 版。

⑤程春华：《破产救济研究》，法律出版社 2006 年 3 月第 1 版。

作者单位 :安徽乐业律师事务所

《劳动争议调解仲裁法》中调解效力规定存在的缺失与完善

王　琦

【内容摘要】为解决调解协议效力问题，突出调解程序在解决劳动纠纷的作用，新制定的《劳动争议调解仲裁法》试图解决劳动争议调解协议效力问题，设置了劳动争议调解协议可向法院申请支付令等制度。但是，该法在劳动争议调解效力规定存在问题，本文从《劳动争议调解仲裁法》中调解效力规定存在的缺失入手，进而阐述劳动争议调解制度的完善。

【关键词】劳动争议　调解　缺失　完善

为发挥调解程序在解决劳动纠纷的作用，把劳动纠纷解决在初级阶段，《劳动争议调解仲裁法》赋予调解协议的效力，对于拖欠劳动报酬、工伤医疗费等劳动纠纷，双方达成劳动协议，用人单位不履行，劳动者可以向法院申请支付令。但是，《劳动争议调解仲裁法》对调解协议的规定依然存在缺失。

一、《劳动争议调解仲裁法》中调解效力规定存在的缺失

（一）调解应有效力没有体现

《劳动争议调解仲裁法》在强化调解程序同时，通过立法强调调解的效力。从三个方面体现调解的效力，一是调解协议书对双方当事人具有约束力，当事人应当履行，二是规定对于一方不履行调解协议的，另一方当事人可以申请仲裁，三是实行有条件的直接向法院申请支付令。但是，《劳动争议调解仲裁法》没有确认调解协议合同效力，一方不履行，另一方不能直接向法院起诉，法律没有赋予调解协议的直接执行力。

劳动争议调解和人民调解在性质上同属于民间调解。我国法律规定人民调解协议民事合同性质，《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(二)》赋予劳动争议调解委员会主持的调解协议合同效力，但是，《劳动争议调解仲裁法》依然没有确认其民事合同效力，确实有很大的遗憾。对于劳动争议调解效力，学界有许多观点。有学者认为，对于公共调解应当赋予其强制执行力 ;对于社会化调解达成的调解协议，可以赋予其合同效力。[①]有学者认为，应赋予调解协议的直接执行力。

调解协议的达成靠自愿，调解协议的履行也靠当事人自觉。《劳动争议调解仲裁法》规定的调解协议没有任何法律约束力，调解就很难解决劳动纠纷，调解成了多余的程序，不能树立调解的权威，不能发挥调解的作用。[②]调解协议的效力不能确认，当事人选择调解的作用无从体现，在实践中，劳动争议发生后，当事人选择调解解决劳动争议的数量逐年减少，一个制度规定之后，很少有人遵照执行，说明该制度本身存在许多合理性的地方。[③]调解力的有限性，必然导致劳动争议调解机制形同虚设。因此，应相应地赋予其典型民事合同法律效力，并赋予其强制执行力。[④]

（二）支付令存在徒有虚名的问题

为使调解程序落到实处，最大限度发挥调解在解决劳动纠纷的作用，《劳动争议调解仲裁法》引入有条件的调解支付令程序。体现出该法注重发挥调解职能，劳动者依据调解协议书可申请支付令。[⑤]该法第 16 条规定：“ 因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者

赔偿金事项达成调解协议，用人单位在约定期限内拒不履行的，当事人可以持调解协议书依法向人民法院申请支付令。人民法院应当依法发出支付令。”与原《企业劳动争议处理条例》相比，《劳动争议调解仲裁法》设置的有条件调解支付令程序有很大进步。有人认为，它进一步强化了对劳动者的保护，为劳动者维权开辟了又一保障措施。[⑥]但是，在实践中，这一美好设计可能存在徒有虚名的问题。

支付令是人民法院根据债权人的申请，督促债务人履行债务的程序，是民事诉讼法规定的一种法律制度。在劳动争议解决中引入支付令制度，主要原因：一是为了保护劳动者的合法权益，尽快解决劳动争议；二是为了强化调解的作用，解决调解协议的效力问题。[⑦]但是，支付令作为民事诉讼法规定的一种法律制度，在民事诉讼实践中，利用此程序解决民事纠纷的微乎其微，《劳动争议调解仲裁法》引入的支付令程序解决劳动纠纷只能是空中楼阁。而且，支付令需要缴纳费用，一旦对方提出异议，按照《劳动争议调解仲裁法》的规定，可能会推倒重来，重新进行劳动仲裁，不但延长了纠纷解决时间，而且加重了劳动者维权成本。

《劳动争议调解仲裁法》设置的支付令程序与《劳动合同法》的规定相矛盾。《劳动合同法》第 30 条规定：“ 用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定，向劳动者及时足额支付劳动报酬，用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬的，劳动者可以依法向当地人民法院申请支付令，人民法院应当依法发出支付令。” 对于以上劳动纠纷，不需要达成调解协议，可直接申请支付令。《劳动争议调解仲裁法》第 16 条试图解决调解协议的效力问题，赋予调解协议书的执行效力。但是，它规定申请支付令争议双方必须达成调解协议，导致与《劳动合同法》规定相矛盾，限制了劳动者申请支付令。

另外，支付令制度设置有不完善的地方，立法未对支付令失效后如何处理做出明确规定，这就为法律的实施留下了隐患。根据民事诉讼法第 194 条的规定，支付令失效后，劳动者可以向法院起诉。根据《劳动争议调解仲裁法》，劳动者只能申请劳动仲裁，究竟选择起诉还是选择仲裁，法律没有明确规定。建议法律规定支付令失效后，劳动者可以直接提起诉讼，作为仲裁前置的一种例外。[⑧]不然，支付令程序在劳动争议解决中没有任何意义。

（三）调解协议履行配套措施缺失

劳动争议调解的目的是调解协议的履行，最终使劳动纠纷得以解决，这就要求需要配套措施保障调解协议的履行，不然，调解协议只能是废纸一张，调解程序只能是摆设。关于调解协议效力，[⑨]有学者提出，调解达成协议可以置换成仲裁调解协议书，以取得协议的法律效力。 有学者提出，直接赋予劳动争议调解协议的强制执行效力。不论什么观点，法律都没有规定调解协议履行的配套措施，造成协议不履行，没有相应的保障、惩罚措施的结果。首先，信用机制对调解协议的保障作用没有引入。应从信用的角度设计保障措施，把企业与劳动者之间的信用关系、企业遵守劳动协议情况作为企业信用的重要内容。对于不遵守调解协议的企业在信用体系中予以公示，对于不遵守调解协议的企业要付出沉重代价。[⑩]其次，没有规定劳动争议调解协议违约金。劳动争议调解，在双方自愿的基础上达成协议，在协议中可以约定违约金，一方不履行协议，应向对方支付违约金，以此对不履行调解协议的惩罚。再次，没有规定有关部门对不履行劳动调解协议的惩罚措施，比如，劳动监察部门对不履行劳动争议调解协议的惩罚就没有规定。这些方面，《劳动争议调解仲裁法》规定欠缺。

（四）调解应有地位没有体现

调解，在我国民事案件处理法律制度中占有举足轻重的地位，在我国的劳动争议处理程序中历来受到重视，一直被奉为重要的原则之一。《劳动争议调解仲裁法》继承并丰富了劳动争议处理坚持着重调解原则。[⑪]但是，调解的应有地位没有体现。作为劳动纠纷调解，它是解决劳动纠纷的第一道程序，发生劳动纠纷，劳动者希望通过调解解决纠纷，调解组织应具有一定的权威性，大部分劳动纠纷应通过调解程序解决，以此确定调解程序在解决劳动纠纷的重要作用。

我国《劳动争议调解仲裁法》设置的调解组织权威性不高。首先，企业劳动争议调解委员会仅有企业代表和职工代表组成，缺少独立第三方，实质上是协商；其次，基层人民调解组织设立层次低，调解人员素质不高，对劳动法律法规知之较少；再次，乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织设立层次不高，人员素质有限。调解组织自身的缺陷，再加上调解组织缺少中立性，调解成功率不高，调解协议不能很好地履行等因素，导致调解组织的权威很难树立。

调解解决纠纷效果不佳。在国外，大部分劳动纠纷通过调解程序解决，我国则恰恰相反，争议各方不愿意申请调解，而是直接申请劳动仲裁，进入调解程序的，能够调解结案的少知又少，大部分劳动纠纷被推向仲裁和诉讼，调解的应有作用没有体现。我国调解制度远不能达到设计该机制的目标，劳动争议调解机制存在结构性的缺陷，必然的功能性障碍。缺少纠纷的预防机制，缺少纠纷咨询机构，没有调解程序的约束力，调解制度没有和国际接轨。针对《劳动争议调解仲裁法》规定的调解协议效力规定依然存在缺失，调解程序的应有作用没有体现，为充分发挥调解程序在解决劳动纠纷的作用，应从以下方面完善。

二、《劳动争议调解仲裁法》规定的调解效力的完善

（一）赋予调解协议合同效力

《劳动争议调解仲裁法》突出调解程序，把调解单列一章，把它和仲裁放在同等地位，这是立法的重大进步。但是，关于劳动争议调解协议效力问题，《劳动争议调解仲裁法》规定不尽人意，仅规定当事人应当履行，除有条件的可申请支付令以外，一方不履行调解协议，只有申请劳动仲裁，这一规定限制了调解作用的发挥，应从立法上明确调解协议合同效力，一方不履行合同义务，不需经过仲裁程序，可直接向法院起诉。具体可从以下方面明确。

首先，从立法上明确规定劳动争议调解协议是民事合同，由合同法调整和保护。其次，确立企业劳动争议调解协议与劳动合同具有相同的法律效力。双方可到劳动仲裁委置换劳动争议仲裁调解书，使双方的调解协议得到法律认可。再次，赋予劳动争议调解的法律拘束力，如不履行调解协议需要承担相应的法律责任。最后，必须立法予以明确，除有条件强制执行外，规定一方不履行协议，另一方直接享有诉讼权，且不履行方承担相应的法律责任。

（二）赋予可支付令协议申请法院执行效力

为解决调解协议执行问题，《劳动争议调解仲裁法》规定了有条件的申请支付令，这是立法的重大进步，但是，由于支付令自身的缺陷，再加上符合支付令条件的很少，支付令不能解决协议执行问题，建议立法赋予符合支付令条件的协议直接申请法院执行的效力。有学者认为，劳动争议调解协议是民事合同，由合同法调整和保护，并考虑到劳动争议调解协议的特殊性，如果一方不履行调解协议中规定义务，另一方可直接向法院申请强制执行。”符合支付令条件的协议具有执行内容，且都是劳动者急需得到的生活必须保障资金，如果不能直接申请法院执行，不利于保护劳动者的合法权利，因此，立法可赋予此种情况申请法院执行效力。

（三）完善调解协议履行配套措施

在我国，全部赋予调解协议可执行效力不现实，但可制定一系列配套措施保证劳动争议调解协议的履行。可制定以下配套措施：首先，信用机制引入到协议履行中，把遵守劳动调解协议的情况作为评价企业和个人信用的要素之一。其次，把违约金引入到协议履行中，既然赋予劳动争议调解协议的合同效力，就可以在调解协议中规定违约金条款，作为对不履行方的惩罚。再次，立法赋予劳动行政监察部门对劳动纠纷调解协议履行监督权，并对不履行调解协议的行政处罚权。

（四）突出调解在解决纠纷的地位

树立调解机构权威地位。《劳动争议调解仲裁法》设置的调解制度自身的缺陷，导致调解机构的权威性不高，调解机构应有地位没有体现，需要对调解制度设计进行改革，树立调解机构权威。可从以下方面予以树立：首先，政策引导，让劳动纠纷尽量通过调解程序，并提高调解成功率。其次，完善劳动争议调解组织，提高调解人员素质，完善“三方机制”，建立政府调解组织为主体的多层次、全方位调解网络。再次，提高调解协议履行率，赋予调解协议合同效力及强制执行力，让不履行方承担法律责任，以此提高调解机构权威。

发挥调解在解决劳动纠纷的效果。《劳动争议调解仲裁法》设置调解程序，其效果难以体现，可从以下方面发挥。首先，重视调解，建立“三方机制”，寻求柔性方式解决纠纷，尽可能把劳动争议解决在基层，解决在萌芽状态，充分发挥各种调解组织的功能。[12]其次，完善调解具体程序，赋予调解协议相应的法律效力。再次，建立劳动争议咨询、预警机制，重在预防劳动纠纷的发生。

参考文献：

①林嘉：《社会法的热点及其新发展》，《法学家》，2007 年第 1 期。

②康桂珍：《劳动争议处理制度中若干亟待解决的法律问题》，《北京市总工会职工大学学报》，2004 年第 2 期。

③樊长远：《论我国劳动争议处理制度的改革兼评调解仲裁法》，《现代企业文化》，2008 年第 3 期。

④周艳何：《试论劳动争议调解协议的性质和效力》，《山东省工会管理干部学院学报》，2007 年第 1 期。

⑤李坤刚：《劳动争议处理的制度创新及其作用》，《安徽广播电视大学学报》，2008 年第 2 期。

⑥刘云甫、朱最新：《和谐社会视角下的劳动调解仲裁法——劳动调解仲裁法若干不足之评析》，《行政与法》，2008 年第 4 期。

⑦《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法注释与配套》，中国法制出版社 2008 年版，第 14-15 页。

⑧张冬梅：《劳动争议处理体制的比较研究——兼谈调解仲裁法的不足和完善》，《中国劳动关系学院学报》，2008 年第 3 期。

⑨康桂珍：《贯彻劳动争议调解仲裁法强化非诉讼机制作用》，《中国劳动》，2008 年第 4 期。

⑩王天玉：《借鉴与整合:从英国 ACAS 看我国劳动争议调解制度改革》，《中国劳动关系学院学报》，2008 年第 1 期。

⑪秦中忠：《研读劳动争议调解仲裁法的两点体会》，《天津市工会管理干部学院学报》，2008 年第 2 期。

⑫王芳、赵宝华：《论劳动争议处理中的调解制度改革》，《集团经济研究》，2006 年第 11 期。

作者单位：安徽东屹漆园律师事务所

公司知识产权法律风险防范

卜　实　　刘小成

【内容摘要】知识产权法律保护在公司发展中所起的作用越来越大，但保护工作的整体水平还比较低，法律意识薄弱、产权流失、管理弱化、被抢注等现象时有发生。只有认真研究分析知识产权流失的情形，并积极提出对策，通过建立完整的知识产权法律保护立体防线，从而提高公司的知识产权保护意识。

【关键词】知识产权 法律意识 产权保护

随着市场经济的不断深入与完善，公司从体制、机制和竞争能力等多方面得到迅猛发展，而公司在发展过程中需要多方面的配合，其中良好的法律环境是公司发展的必要条件，而在法律环境中，知识产权保护制度尤为重要。在经济全球化的 21 世纪，公司的知识产权法律保护制度已成为企业发展必不可少的支撑条件。

一、公司知识产权法律保护的现状

近年来，安徽的经济得到飞速发展，市场经济载体的公司跨越式发展却遇到诸多瓶颈制约，其中对知识产权的法律保护已凸显其重要位置，按照我国法律规定，著作权采用的是自动保护原则，即以作品的产生为条件而自动取得著作权。商标权和专利权需要通过特定的行政程序即申请、审批、注册才能取得。若公司未严格按照法律规定的程序进行，则不可避免的会产生知识产权纠纷。就安徽省来讲，近两年具有自主知识产权数量上得到大幅增长，知识产权促在进安徽省经济发展，提升经济运行质量有着不可估量的促进作用。但是由于我省知识产权法律政策措施工作起步较迟，公司在知识产权法律工作上整体水平还较低，主要存在以下问题：

（一）部分公司整体知识产权法律意识薄弱

随着知识经济的发展，知识产权法律保护在公司发展中所起的作用也越来越大。但长期以来，我国形成了“ 重论文轻专利、重研究轻创新，重成果轻市场、重有形资产轻无形资产 ”的习性。严重缺乏“ 创新产权化、保护法制化、产权资本化、产业市场化 ”的知识经济理念，普遍不重视甚至不懂得“ 创新—成果－知识产权－资本和市场—效益 ”的转化之路，既造成了数额巨大的知识产权流失，又给知识产权侵权假冒行为打开了便捷通道。

2000 年中国平均每百万人授予专利数只有 1 件，而同期美国为 289 件、日本则高达 994 件。我国平均每一个大中型企业申请专利只有 2 件，与日本、美国一些大企业超过 2 万件的专利申请量相比简直相别天壤。至今我国竟还有 60%的企业没有申请过专利。就安徽省 09 年统计，全省仅有 6185 家企业申请上过专利，占全省工业企业总数的 3%，在全省 1813 家高新技术企业中申请过专利的也只有 22%。而在我国已家喻户晓的美国宝洁公司仅在 2002 年就申请专利 3000 多件，平均每天 10 件，至 2009 年底该公司已经拥有专利 37000 多件。

在 IT 行业甚为流行的四句话确实具有广泛的意义：三流企业卖苦力，二流企业卖产品，一流企业卖专利,超一流的企业卖标准。而在我国也确有许多忽视知识产权保护的惨痛教训：VCD 是安徽某人首次运用数字压缩和解码高新技术研制而成的整机技术发明，但遗憾的是发明人没有申请专利，导致国内有几百个厂家竞相生产 VCD，曾经带来市场一片混乱。哈

尔滨中药二厂曾研制生产出一种畅销全国的好产品消咳喘，由于未进行专利保护，使得全国范围内在不到两年的时间里就冒出了 20 多家企业竞相生产这个完全相同的产品，本来供不应求的畅销产品一下子出现大量积压、利润也大幅度下降，教训十分沉痛。福建农业大学先后研制出“ 菌草代木代粮栽培食用菌 ”等近 20 项国际先进水平的科技成果，多数都未申请专利加以保护，结果使菌草技术通过学术会议。论文传遍了 16 个国家，现在全世界每年仅“ 花菇 ”一项的产值就达 100 亿美元，就这样因未进行专利保护而放弃了一个巨大的国际市场。倘若我国水稻专家袁隆平发明的杂交水稻也申请了专利，那这笔世界性的技术收入更为巨大，仅他这一发明为美国的水稻生产就增加了 2000 亿美元的收益。在知识产权保护方面还缺乏足够的认识，具体表现在整体保护意识不强。公司在研究开发、生产经营中尚无完整保护知识产权的良好措施，例如科研成果研究出来后，不是先去申请专利，寻求法律保护，而是先进行成果鉴定、发表论文、公开成果，造成新颖性的丧失，失去了申请专利的大好时机。

（二）公司知识产权流失较重

由于公司内科技人员的流动性较大，在缺乏有效保护知识产权措施的情况下造成技术和成果的流失。目前看来科技人员流动是市场经济体制下劳动择业自由的体现，也是促进人才分流、实现科技人才和技术资源优化配置的一项重要措施。然而，由于公司管理的缺陷，加上科技人员法律意识薄弱，不少科技人员在流动过程中，将原本公司的关键技术或秘密当作给新企业的见面礼和提高自己身价的筹码，从而得到器重和今后工作的资本，携其“ 跳槽 ”导致知识产权流失；另一方面公司忽视知识产权流失，以知识产权为重要内容的无形资产评估未受到公司应有的重视。

（三）公司知识产权管理弱化

加强知识产权管理和保护是美、日等发达国家公司的通常做法。与他们相比，我们的差距很大。对于知识产权，公司缺乏有效的、可行的内部保护机制。这一方面使得公司不能对市场上出现的新的技术成果做出迅速的反应，另一方面浪费大量的人力、物力和财力，最终导致知识产权的流失。目前，国内很多公司尚没有专门负责处理知识产权事务的机构和人员，也没有制定相应严格的知识产权管理和保护规定，更谈不上灵活地运用知识产权战略来促进公司发展的措施，公司不懂或不善于运用专利文献提供的技术信息，在研发过程中造成重复或无效劳动，导致科研经费的浪费。有的公司在赴国外考察或引进国外技术前没有事先检索专利文献，结果引进的技术落后或侵犯了他人的专利权。

（四）公司的知识产权被抢占时有发生

商标方面，使用者不及时申请注册，容易被他人恶意抢注。而对于专利，由于我国实行先申请原则，如果被竞争对手抢先申请了专利，技术发明人将陷入困境。

（五）公司信息匮乏、滞后带来的风险

知识产权是具有严格的地域性的，对同业竞争对手、我国现行知识产权相关的法律法规、各国知识产权制度和国际通行规则等的不了解，将使公司陷入被动地位。

知识产权的法律风险潜藏在公司发展的各个细节中，保护和风险规避关键在于预防，只有重视预防，并积极保护，依法维护自身的合法权利，才能有力地促进企业知识产权的发展和升级。

二、公司防范知识产权法律风险的几种情形与对策

（一）防止因未及时缴费和及时申请续展而导致知识产权流失

在实践中，因为未按时缴纳专利年费或未按要求申请商标续展而导致企业专利权、商标

权丧失的情况时有发生。为了避免因这种疏忽而导致的企业知识产权流失现象，在专利方面，企业应当按照《专利法》及其《实施细则》以及国家知识产权局的有关规定，按时提交有关材料，交纳专利年费；在注册商标方面，企业应当在商标有效期（核准注册之日起 10 年）届满之前六个月内申请续展注册，在商标有效期后六个月内（即宽展期内），企业仍有权申请续展注册商标，但须交延迟费；此外，已注册商标无正当理由连续三年不使用，也会被宣告无效，公司应当注意及时使用。

（二）、公司改制、重组、合资中的知识产权保护与应用

公司在改制、重组、合资过程中的不规范运作，如低评估或漏评估公司的专利、商标、商号、商誉、著作权和商业秘密等知识产权的价值，或没有及时办理知识产权的变更、转让等手续，或改制、重组、合资后的公司将具有重要价值的知识产权搁置不用，或知识产权形式组合不当、分离造成品牌价值降低，容易导致公司知识产权的大量流失。对于上述知识产权的流失问题，公司应当在改制、重组、合资过程中注意加强知识产权评估工作，积极办理相关变更、转让等手续，并对具有重要价值的知识产权的权属和使用方式、使用范围等进行明确约定，对于企业已有品牌组合优势，应尽力避免人为拆散或名称变更，保持企业商标、商号、专利和著作权等有机统一。

近些年来，中方公司的知识产权，特别是商标权在合资过程中流失现象相当严重，因此要重点加强公司在合资过程中的商标权流失的防范。

1. 我国公司合资过程中商标权流失的主要形式

第一，中方公司商标被无偿转让，分文未取。

第二，中方公司商标价值被低估，“ 骡子卖了驴价钱 ”。

第三，中方公司商标被商买断或获得使用权后，商标被束之高阁，弃之不用。如“ 美加净 ”商标的遭遇就很有代表性。在 1994 年上海牙膏厂与联合利华合资之前，“ 美加净 ”牙膏在中国可以说是家喻户晓，年销量达到了 6000 万支，产品的出口量全国第一，但当它被折价 1200 万元投入合资企业后，立该被打入冷宫，代之而起的露美庄臣。到 1997 年，联合利华停止在各种媒体上投放美加净的广告，但在同时双在洁诺的广告上不遗余力的大量投入，虽然中方后来又以 5 亿人民币的代价买回了美加净，但此时美加净的市场地位已急剧下降，年销量只有 2000 万支，如再想恢复合资前如日中天的发展态势，其困难可想而知。

2. 公司合资过程中知识产权流失的防范措施

第一、合资协议上加强控制、维护中方企业权益。我国企业应在有关合资协议合同中加入知识产权条款，规定在使用外方商标的同时，也必须使用中方商标，中方商标的广告宣传投入不得低于一定额度比例，中方知名商标只能许可给外商使用，不能转让或部分园外让外商等。从而一定程度上维持了中方商标的公众熟知度，也避免因存在“ 注册商标连续 3 年停止使用的 ”情形，而由商标局撤销该商标。

第二、建立科学的外资质量评价体系，知己知彼，慎重决策，进一步提高合资质量。我国企业在今后的合资中应考虑以下几项准则：

（1）合资项目是否符合国家产业政策；

（2）外商技术水平是否先进适用；

（3）能否提高原有企业的经营管理水平并增强企业活力；

（4）合资后公司是否具有长期持续发展的后劲。

第三、公司应力争掌握决策权。较具实力的中方公司同外商合资时，应力争掌握企业的控股权，没有控股权就没有决策权，也就等于将命运交给外商。中方企业即使因实力所限不能取得控股权，也应努力做到掌握企业运营中的关键环节，如销售和渠道等，以免被外方“ 卡脖子 ”。

（三）防止企业人才流动中的知识产权流失

合理的人才流动有益于社会经济总体水平的提高，但是，对一个企业来讲，如果管理不当，企业人才流动则会造成企业知识产权的流失。企业人才流动中知识产机流失的防范措施。防范措施包括：合同约束措施、制度约束措施、人才激励措施、法律制裁措施四种。前三种属于事前防御型措施，第四种属于事后补救型措施。

1. 合同约束措施。即企业与职工签订知识产权保护合同书，以合同的形式约束企业职工行为，防止知识产权的流失。合同约束措施包括三种形式：①企业在与职工签订的劳动合同中，增加有关知识产权保护条款。②企业与职工签订专门的知识产权保护合同。③企业与少数掌握知识产权的关键人员签订《竞业禁止协议》，企业要求职工承担竞业禁止义务时，应给予适当的补偿，竞业禁止期限以下超过 3 年为宜。

2. 制度约束措施。即通过建立健全企业知识产权管理制度，构筑企业自身的知识产权保护体系。

3. 人才激励措施。要树立“ 人才资源是第一资源 ”的观念，对贡献突出的人才应采取一次性重奖、技术作价入股、效益提成等多种奖励形式，打消其因怀才不遇而产生“ 跳槽 ”的念头。

4. 法律制裁措施。对于人才流动中，采取违法手段，导致企业知识产权流失严重的，要通过法律途径维护企业的合法权益。

（四）防止公司档案管理和对外交流中的知识产权流失

公司档案是企业在科学、技术等活动中的真实记录，一些公司的档案管理工作薄弱，缺乏对企业档案的收集、整理和编撰。一些科研档案散存于个人手中，科研人员利用档案发表论文、参加学术会议、申报评奖等，把不该透露的技术秘密和盘托出。少数公司对编辑的档案编研不严，或分发范围过宽，致使公司技术秘密流失。因此，加强公司档案管理是防范知识产权流失的重要措施。同时，在对外发布信息、发表论文、参加展览会、研讨会之前，公司就加强信息审查工作，防止些过程中的知识产权流失。例如，论文的发表往往与专利申请的获得相冲突，论文一旦发表，往往将可以进行专利申请的发明点予以公开，使得专利申请的新颖性被破坏，专利权的取得成为不可能。例如，某研究所是首次开展某项技术试验并成功的单位，为此已有不少单位欲就委托该所做相实验与之签订合同。这时，由于该所试验主持人在报奖过程中发表了论文，详细介绍了试验设备和试验方法，结果有关单位纷纷按照其论文的指导，自行完成了试验，导致该所的流失并造成极大的经济损失。

（五）防止商务谈判和生产过程中商业秘密的流失

在一些商务谈判中，经常会出现泄露商业秘密的情形，个别公司甚至利用磋商的机会不当获取对方的关键流程、诀窍等，如我国当年的“ 景泰蓝 ”技术以及“ 宣纸 ”技术的失密。为防止失密，公司应注意在谈判过程中采取有选择地披露信息、限定参观区域、禁止录音和记录等措施进行防范 ;同时应重视根据我国国际惯例与对方签订保密协议和谈判不成功时的“ 不使用 ”协议，以此加强对公司商业秘密的保护，防止失密。

三、建立完整的知识产权法律保护立体防线，提高公司的知识产权法律保护意识

知识产权法律制度，国家通过立法使其地位得到确认，并且通过知识产权法律的施行而使其取得现实的法律保障。知识产权对法律和法律的施行依赖程度较其他有形财产的民事权利要高得多。然而知识产权的保护决不仅仅是行政执法和打官司，而是一项系统工程。其法律保护起码包含 5 个方面的内容，即立法保护、司法保护、社会集体管理组织保护、当事人的自我救济保护和行政保护。

（一）公权力保护

对公司而言寻求知识产权的司法保护是重要的知识产权法律实施活动。知识产权通过司法途径进行保护，即由享有知识产权的权利人或国家公诉人向法院对侵权人提起刑事、民事诉讼，以追究侵权人的刑事、民事法律责任，以及通过不服知识产权行政机关处罚的当事人向法院提起行政诉讼，进行对行政执法的司法审查，以支持正确的行政处罚或纠正错误的处罚，使各方当事人的合法权益都得到切实的保护。

（二）、公司的自我救济

公司与其他利害关系人对知识产权具有直接利害关系，对侵权、盗版往往有切肤之痛。他们本身的知识产权及其法律意识有无或高低，对知识产权保护意义重大。发达国家的公司、企业等都十分重视自身知识产权的保护，设有专门从事知识产权法律事务的部门，并制定了一系列如何保护知识产权、如何在开展业务中避免对他人侵权等的具体措施和手段，以完善地保护自己的权利。我国的公司相对来说知识产权保护意识淡薄，不懂得利用多种知识产权保护和发展自己的知识财产，对屡屡发生权益被侵犯、域名被强注、误将公知技术当“专有技术”受让当“冤大头“等，有的将发明专利的专利号等仅起到包装装潢作用等。知识产权人的自我救济范围很广，在主张权利阶段，就包括向侵权人提出警告、交涉，各类请求权的行使等等。

公司通过多个方面的法律保护互相渗透、互相配合，形成综合治理的立体防线，才能有效的对知识产权进行保护，才能及时制止、制裁侵权行为，才能为人类智慧之火，添加知识产权保护之油。此外，通过全面树立和提高全社会、全民族的知识产权意识，实现知识产权的全面保护，实现社会的真正文明。

结语：随着时代的发展，人类社会总是不断地进步，有所发现、有所发明，有所创造，有所前进，技术创新是永无止境的。公司针对技术创新的挑战，知识产权制度作为一种保护智力创造成果的制度本身是不可能没有创造性的。知识产权制度所走过的历史就是不断地创造、更新、发展和完善的历史。公司面对层出不穷的新技术挑战，知识产权法律保护将得到不断地检验、丰富和发展，并走向更加公平、合理和完善前程。

作者单位：安徽银鼎律师事务所

关于商业责任险在交通事故赔偿诉讼中的赔付机制和程序探析

李子宽

【内容摘要】在交通事故赔偿案件诉讼中，根据《中华人民共和国道路交通安全法》第76条规定，受害第三者可以将强制责任险的保险公司作为损害赔偿纠纷案件的被告直接主张赔偿权利，在司法实践中已经统一。当受害第三者的损失数额超出交强险限额时，受害人对商业责任保险的保险公司能否在同一案件中要求承担赔偿责任？如果可以，商业责任险保险公司在损害赔偿纠纷案件中处于何种地位，责任如何承担?由于对法律解读不同，各地法院在实践中的做法也不统一，因此寻求商业责任险保险公司向受害人直接赔付的机制和程序不仅必要而且迫切。笔者根据司法实践认为：在同一交通事故案件中，将商业责任险和强制责任险纳入一案并案处理具有必要性，且具有理论基础和法律依据。

【关键词】商业责任险　交通事故诉讼　赔付机制　赔付程序

在交通事故案件中，机动车辆大都投保由交强险和商业责任险。当受害第三者的损失数额超出交强险限额时，受害人能否在一案中要求商业责任险保险公司承担赔付责任，涉及到受害人的利益能否及时、有效得到保护。笔者就寻求商业责任险保险公司向受害人赔付机制和程序进行分析和探讨，不足之处，敬请指正。

一、商业责任保险功能取向

从我国的现行法律框架来看，我国的机动车责任保险采用了商业责任保险和强制责任保险并存模式。《中华人民共和国道路交通安全法》、《机动车交通事故责任强制保险条例》出台后，使责任保险的产生和发展，从契约自由时期转化为保护受害人赔偿利益为重点的历史时期。照顾和保护受害第三人的赔偿利益，逐步发展成为适用责任保险的主要方面，使得责任保险具有维护第三者利益的公益性。契约自由的衰落以及责任保险社会公益性的发展，为推行强制责任保险创造了条件。从而可以看出，强制保险源于商业责任保险，在产生上具有同源性。

根据现行《中华人民共和国保险法》第65条第4款规定，责任保险是指以被保险人对第三者依法应付的赔偿责任为保险标的的保险。责任保险的基础意义在于，加强被保险人的赔偿能力，有助于因被保险人而受害的第三人提起赔偿诉讼，并能通过胜诉而取得切实赔偿。从责任保险与侵权行为法的发展来看，二者具有互相推动发展的作用。“侵权责任的加重，促进了责任保险的发达，而责任保险制度的建立也使侵权行为法采取较严格的责任原则。责任保险制度一方面有助于侵权行为法分散损害的功能，另外在某种程度上亦会减损其预防损害的作用。”具体到机动车责任保险领域而言，无论是强制责任保险还是商业责任保险，从其产生具有同源性分析来看，其在有效赔偿、分散损害等侵权法功能上的取向是相同的，只是其发挥作用的运行方式和功能侧重不同。

二、在同一交通事故赔偿案件中，商业责任险与强制责任险并案处理具有必要性

发生交通事故的机动车既投保了强制责任保险，又投保了商业责任保险，当强制责任保险限额不足赔偿受害人时，受害人能否在同一案件中要求商业责任险保险公司承担赔偿责任？法院目前普遍做法是，不将商业保险公司纳入交通事故损害赔偿案件的审理中，让另案处理。尽管在理论上讲得通，看似合法，但在司法实践中实不合理，滋生了种种弊端：

其一，不利于保护受害人的权益。

在某些交通事故赔偿诉讼案件中，肇事者发生事故后不主动履行赔付义务，被保险人因赔偿数额巨大、赔偿能力有限，干脆不赔偿，也不向保险公司积极申请理赔，致使受害人的权益得不到及时保护。当被保险人取得理赔款后隐匿或转移财产，并离家出走，或者干脆与受害人玩“捉迷藏”游戏，保险公司已经赔付的保险金就很难转移到受害人手中。

其二，增加当事人诉累，影响受害人利益。

在某些交通事故赔偿诉讼案件中，受害人虽然拿到了侵权诉讼的民事判决书，但由于保险公司有的不予理赔，有的对理赔项目、数额不能达成一致协议，或者有的保险公司不按约定赔付损害被保险人的利益，致使被保险人与保险公司之间的诉讼不断，短则半年，长则一年、二年不等。这明显增加了当事人的诉累，同时影响受害人的利益。

其三，不利于保护保险公司的正当权益。

被保险人向保险公司要求赔付的主要依据之一就是交通事故赔偿案件生效民事判决书。该民事判决书已确定了相关侵权事实、赔偿标准、赔偿项目等事项，由于生效民事判决书判决内容具有法律效力，所以该判决书中载明的内容不容置疑和更改。但在实践中，保险公司往往对赔偿标准、赔偿数额等均有不同意见。由于未并案处理，保险公司未参加交通事故损害赔偿案件审理，因而即使保险公司对该损害赔偿纠纷的判决结果有不同意见，也不能向上一级法院提起上诉来维护自身的合法权利。

在司法实践中，有的法院虽没有将商业责任险赔偿与交通事故损害赔偿案件一并审理，但依据《中华人民共和国民事诉讼法》中关于执行程序的相关规定，裁定直接扣划商业责任险保险公司的账户款项。这种做法虽然使受害人的权益得以实现，但事实上是典型的“非审即判”情形，剥夺了保险公司的诉讼权利。

上述内容说明，在一起交通事故案件中，将商业责任险与强制责任险分案处理存在诸多弊端。如并案处理，可以消除上述弊端，同时不仅可以有效及时保护受害人的合法权益，而且可以保护保险公司的正当权益，有利于纠纷的彻底解决。因此笔者认为，将商业责任险与强制责任险并案处理纳入到交通事故损害赔偿诉讼中，具有司法实践必要性，已是刻不容缓的事情。

三、在同一交通事故赔偿案件中，商业责任险与强制责任险并案处理具有可行性

第一，在同一交通事故赔偿案件中，商业险责任与强制险责任产生的原因相同，其诉讼标的是同一的。

受害人在交通事故损害赔偿案件中，可能把纠纷归结到一个请求中，也可能就同一纠纷提出不同的请求，这里的一个请求或多个请求是解决纠纷的最小单位，而划分这种单位的基准就是诉讼标的。根据诉讼标的理论的主流观点，结合我国和大陆法系国家的司法实践，诉讼标的包括诉讼原因与诉的声明。只要诉讼原因相同，诉讼标的就相同。具体到同一交通事故引发的强制责任保险纠纷或者商业责任保险纠纷而言，其诉讼原因是同一交通事故，所以他们的诉讼标的也是同一个。既然两种保险实质上有着共同的诉讼标的，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第 53 条规定可以纳入一个案件之中处理。

第二，在同一交通事故赔偿案件中，商业责任险与强制责任险功能实现具有同一性。

前述一中的内容已经说明，无论是强制责任保险还是商业责任保险，从其产生具有同源性分析来看，其在有效赔偿、分散损害等侵权法功能上的取向是相同的。这种特殊功能是否得以发挥和实现，需要以保险合同外的同一第三人是否得了赔偿和救济来评价。

第三，在同一交通事故赔偿案件中，商业责任险与强制责任险产生和履行具有同一的“依他性”。

虽然两种责任保险合同主体具有相对性，但如果没有第三人受到被保险人侵害的事实发生，则这一保险合同的预期目的会一直处于“蓄势待发”而未发的状态，被保险人的合同目的将无从实现。由于责任保险的保险标的是“被保险人对第三人承担的赔偿责任”，所以保险公司如履行责任保险合同义务，就必须有交通事故侵权案件事实的发生，而不能仅靠保险合同双方的内部行为来实现。所以商业责任险与强制责任险的产生和履行，必须以同一交通事故侵权事实发生为前提。

第四，并案处理已有司法实践。

在《中华人民共和国道路交通安全法》于 2004 年 5 月 1 日实行后，关于在处理交通事故侵权纠纷案件中能否列承包责任险的保险公司为被告问题，各地高级法院出台了不同的指导意见。其中安徽、江西等地的意见，均将商业责任险和强制责任险并案处理。在司法实践中，将商业责任险和强制责任险并案处理的做法不仅可以及时有效的保护受害第三人的合法权利，而且避免了保险公司与被保险人因保险理赔再次产生纠纷，使诉讼纠纷从根本上得到了解决。

第五，法律规定同一。

2009 年 2 月 28 日新修订的《中华人民共和国保险法》第 65 条第 2 款规定：“责任保险的被保险人给第三人造成损失的，被保险人对第三人应付的赔偿责任确定的，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，第三人有权就其应获赔偿部分直接向保险人请求赔偿保险金。”该法律条款的规定，就赋予了受害第三人直接向保险公司的赔偿请求权。同时，该法律条文中所规定的责任保险当然包括商业责任险和强制责任险。不过关于机动车强制保险的赔付，《中华人民共和国道路交通安全法》与《机动车交通事故责任保险条例》还有特殊的规定。因此，该法律条款的规定也佐证了将同一交通事故案件中的商业责任险与强制责任险一案处理的可行性。

上述四点理由说明，在同一交通事故案件中，将商业责任险和强制责任险纳入一个案件程序处理，具有理论依据、司法实践和法律依据，因此具有可行性。

四、在同一交通事故赔偿案件中，商业责任险与强制责任险并案处理程序模式

在司法实践中，机动车所投保的商业责任险与强制责任险的保险公司，有的是一家，有的并非一家。所以关于并案处理的程序，应根据不同情况区别对待。为此笔者提出如下建议：

（一）非诉讼程序

从责任保险的侵权法功能来看，责任保险具有赔偿损失、救济等功能。被保险人投保责任险的目的主要是分散风险、损失补偿，而保险公司承保义务是当承保的机动车发生保险事故时，依照法律规定和保险合同的约定支付赔偿金。关于强制责任保险，受害第三人已经可以根据《中华人民共和国道路交通安全法》第 76 条规定，直接向保险公司主张赔偿权利。关于商业责任保险，投保人和保险人在签订保险合同时可以直接约定，保险事故发生后保险公司直接向受害第三人赔偿。这样不仅可以减少中间环节，而且使投保人（被保险人）已达到了投保的目的。

关于赔付模式，责任保险的保险公司应设立专门的交通事故赔付部门，以便为受害第三

人提供及时、便捷、高效的服务。不过在此过程中，被保险人应向保险公司出具赔付请求和相关的证据材料。

（二）诉讼程序

在交通事故赔偿诉讼案件中，对商业责任险和强制责任险的保险公司的诉讼地位，司法实践中有不同的认识，有的认为是被告，有的认为是无独立请求权的第三人。笔者建议：当两种责任保险的保险人是同一保险公司时，该保险公司应作为诉讼案件的被告，依照保险责任限额的规定向受害人承担赔付责任。当两种责任保险的保险人不是同一保险公司时，均应当作为诉讼案件的被告，依照各自的责任保险限额，按规定向受害人承担赔付责任。为达到司法程序的统一，当然还需立法部门或司法部门作出相关的法律或司法解释的规定，进一步规范和完善。

上述内容，从商业责任险和强制责任险并案处理的必要性、理论基础、法律依据、程序模式等内容进行了分析。从而说明，将同一交通事故中的商业责任险、强制责任险并案处理是司法实践的必然趋势，关于程序模式还需法律或司法解释进一步规范和完善。

参考文献：

①李展辉：《对《道路交通安全法》第七十六条的理解与适用》 互联网 2009 年 11 月 17 日发布。

②李崇军：《论保险公司在交通事故损害赔偿诉讼中的法律地位》 互联网 2009 年 11 月 17 日发布。

作者单位：安徽志豪律师事务所

浅析劳动者的单方解除权及其引起的相关法律问题

胡亚榴

【内容摘要】《新出台的劳动合同法赋予了劳动者很大自由度的辞职权也即单方解除权，这无疑是为劳动者的自主择业权提供了强有力的法律保障。劳动合同法对于劳动者的单方解除权，也规定了一些义务作为前提。但从实际操作中来看，只要劳动者想辞职，并且按照法律规定履行了相应的一些义务，就肯定能自由离职。事实上，任何一种权利，过于自由化以后，必然会导致某些权利拥有者恣意滥用，从而引起权利的相对方的不满及反抗。这样的权利设定必定会导致劳动者与用人单位产生很多新型的纠纷，这必然阻碍这种权利的继续行使。因此，为了保证劳动者与用人单位的关系更和谐、劳动者的权益切实的得到保障，需对劳动者的单方解除权加以一定的限制。

【关键词】劳动者　单方解除权　限制

自 2008 年 1 月 1 日现行劳动合同法实施以来，劳动者的权益得到了较之前更加强有力的保障，这一点毋庸置疑。单就劳动者的单方解除权这一点，就让劳动者在整个劳动合同履行的过程中掌握了极大主动权。但是，在劳动者提出解除劳动合同时也会涉及到违约责任等相关法律问题。笔者仅就浅薄所学，谈谈对劳动者的单方解除权的理解，并从实践中的困惑总结其引起的相关法律问题。

一、劳动者的单方解除权及相应义务

（一）劳动合同法明确规定，劳动者享有解除劳动合同的权利。

劳动者单方解除劳动合同的权利可以分三种情况：

1. 一般情况下，劳动者提前 30 日（试用期内提前 3 日）书面通知用人单位便可以解除劳动合同。

2. 其次，对于用人单位有劳动合同法第 38 条（以下未特殊注明的法条均指劳动合同法）第 1 项至第 6 项规定的情形的，劳动者可以解除劳动合同。对于这里的“ 可以 ”，劳动合同法和其实施条例均未作具体的解释。笔者认为，这里的“ 可以解除 ”，应该是指劳动者不需要按照 37 条的规定提前通知用人单位即可解除劳动合同，但是仍需告知用人单位。

3. 第三种情况是指 38 条的后半部分，即用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需要事先告知用人单位。

（二）劳动合同法赋予了劳动者解除劳动合同的权利，但是这种权利并不是无条件的，劳动者也应当履行劳动合同法上的程序性和实体性义务。

根据劳动合同法的有关规定，劳动者单方解除劳动合同应履行下列义务：

1. 应当书面通知用人单位，除了由于用人单位过错解除劳动合同的情况外。实践中，对于用人单位存在过错而劳动者单方解除劳动合同的，也建议劳动者采用书面通知的形式，以免因行使解除权不当而出现争议，也有利于清新明了的解除劳动关系。

2. 应当履行工作交接的义务。劳动者单方解除劳动合同，应当本着诚实信用的原则，与用人单位办理交接手续，并通过交接单等书面形式将交接情况作出记录。

3. 劳动合同解除后，应注意履行保守用人单位秘密的义务。保守用人单位商业秘密是一个劳动者的无条件义务，由于泄密而给原用人单位造成经济损失的，该用人单位不仅可以依法追究劳动者的法律责任，而且还可以依据相关法律追究受密单位的法律责任。根据 23 条的规定，对于有竞业限制约定条款的劳动合同，劳动者还应当按照协议履行竞业限制的义务。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

4. 劳动者还应当向用人单位索取解除劳动合同证明。解除劳动合同证明是劳动者与用人单位解除劳动合同的书面证据，也是劳动者办理失业保险和再就业等相关手续所需的重要文件。同时，劳动者应当配合用人单位办理档案转移和社会保险转移手续。根据劳动合同法的规定，用人单位为劳动者办理档案和社会保险转移手续是用人单位的义务，但在办理相关手续过程中，劳动者也应当履行告知和配合等义务，以免使自己的权益受到损失。

二、劳动者单方解除劳动合同需承担违约金的情况

违约金是指当事人在合同中约定或者由法律规定的，当一方违反合同约定时向对方支付的一定数额的货币，是违约责任的一种最主要形式。 劳动合同法赋予了劳动者单方面解除劳动合同的权利，但在两种特殊情况下，用人单位有权与劳动者约定违约金，此时劳动者单方面解除劳动合同，就构成违约，需要向用人单位支付违约金。第 25 条规定：“ 除本法第 22 条和第 23 条规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。” 这是我国第一次从法律上比较明确规定劳动合同违约金的适用情况。

首先，用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者约定服务期，以及劳动者违反服务期约定的违约金问题。这一点第 22 条规定已经有了明确的规定。同时还指明，此时约定的违约金数额不能超过用人单位提供的培训费用，且用人单位要求支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。

其次，劳动者违反竞业限制规定的，可以约定违约金，第 23 条明确指出了这一点。对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款。不过，劳动合同法对于违反竞业限制应当承担违约金的数额并没有具体规定，这说明劳动者和用人单位可以协商约定，但不能违反相关法律的规定和公平原则。

除了以上两种情况以外，劳动合同法明确规定了用人单位与不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。在目前的实践中，仍有违法在劳动合同中载有违约金条款的现象，但是依据第 25 条的规定，均归于无效。

三、劳动者的单方解除权引起的相关法律问题

对于劳动者的单方解除权，劳动合同法几乎没做实质性限制。有人质疑，虽然劳动合同具有特殊性，但其仍处于合同法的大前提下，其签订的原则理应与合同法的基本原则相符，即合同一经有效成立，在当事人之间便具有法律效力。当事人双方都必须严格信守，及时、适当履行，不得擅自变更或解除。而这种抛却劳动合同约定而直接在法律中规定劳动者单方解除权的条文，似乎与合同法的合意性相冲突。

首先，应当肯定的是，新劳动合同法对劳动者单方解除权的是有相当的积极意义的。由于劳动力供需关系的失衡，使得用人单位在用人时占据主导地位，劳动者无法与用人单位通过平等协商签订劳合同来保护自己的合法权益。这种实质地位的不平等使得劳动者更需要社

会乃至法律的特殊保护。劳动者的单方解除权问题实质上就是人才流动问题。如此规定，就是为了充分保证劳动者的自主择业权，促进人才流动、优化资源配置。

但同时，片面扩大了劳动者的单方解除权，所引起的问题也不在少数：

第一，片面扩大了劳动者的单方解除权，明显限制了用人单位的权益。由此导致在实践中拥有比劳动者更强大优势的用人单位为了保护自身利益想出各种办法来限制劳动者的单方解除权，许多劳动争议便由此产生。换一个角度看，不难发现，许多劳动争议的产生除了用人单位的主观原因(例如人为故意提出一些显失公平的苛刻条件或故意违反有关法律规定)外，客观上还存在着一个“迫使”这些用人单位去“违规操作”的因素，即法律的漏洞。用人单位为了防止或限制劳动者随意解除劳动合同，保护自身利益不受或少受损害，针对我国劳动合同法的某些规定的漏洞而采用相应的对策。并且，由他们的这种钻法律漏洞而获得的“合法利益”比实际的遵守劳动合同法的规定所得到的利益要大，因此用人单位甘愿冒这样的险来限制劳动者的单方解除权。

第二，劳动合同签订，虽然很多情况下，劳动者处于被动地位，但有些时候劳动者也会处于积极主动的地位。此时，劳动合同的条款便是劳动者真实意志的表现。那么，劳动合同法赋予劳动者的单方解除权实际上是允许劳动者出尔反尔，性质上也是“违约”。当然这对于劳动者并无不妥，但对于用人单位就未免有些不公平了。双方平等协商出来的条款（这里最主要的是合同期限）只能限制用人单位，却不能限制劳动者，这种保护明显显得不太公平。此时，用人单位也会相应的处于一种尴尬无助的处境中。说到这种，很多人可能会以“劳动者处于弱势地位”来反驳。但是考虑到现在创业的人越来越多，很多的用人单位不是来自地位强大的社会人士，而是处于同样弱势地位的新兴创业者。再退而言之，即使是强势的用人单位，我们也不能忽视其对社会经济的强大推进作用，人员流动过于随意和频繁，也不利于其经济的发展以及对社会贡献能力的加强。

所以说劳动合同法的上述规定，片面扩大了劳动者的合同解除权，不仅没有积极有效的保护劳动者利益，反而会阻碍社会经济的进步发展。事实上在实践中，在一些特殊领域如人才稀缺的区域性行业，用人单位甚至是出于劣势地位的。这样笼统的赋予了劳动者单方解除权，对一些用人单位的造成了很大负面影响，人才过分频繁的流失对这些企业造成的损失，最终还将间接反馈到对劳动者的负面影响上来。

社会最终是一个整体，法律不能片面的强调某一方面。实践中，国家和地方应注重立法，对新情况、新问题应及时制定出新法规、新规章及规范性文件，同时应兼顾法律体系的整体性，理顺劳动法律管理体系，规范用人单位和劳动者的行为。在对用人单位要加强法制宣传和教育的同时，还要不断增强劳动者的守法意识和履约意识，使得每个劳动者都有较高层次的法律意识和合同观念。只有这样，才能保障经济的快速平稳发展，社会人才资源的有序流动和良性循环。

参考文献：

①王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社 2003 年第 1 版。

②董保华、于海红：《劳动合同违约金立法评析》，中国劳动关系学院学报 2005 年第 2 期。

③王全兴：《劳动法学》，中国法制出版社 2001 年版。

④胡志鑫：《劳动者单方解除劳动合同的规制》，集团经济研究 2005 年 11 月上半月刊(总第 185 期)。

作者单位：安徽元太律师事务所

身体组织之不疼痛破坏的界定与救济

李治海

【内容摘要】身体组织之不疼痛破坏是侵害身体权的一种行为方式，目前法学理论界对其专门研究较少，学界给出的定义也比较含糊。本文通过对我院在校学生献血案等案例入手，对身体组织之不疼痛破坏的概念和特征进行分析研究，提出了界定身体组织之不疼痛破坏要注意区分与侵害身体权和侵害物权的关系。笔者认为，对身体组织之不疼痛破坏的救济手段应从属于侵害身体权，但救济方式应侧重于通过补偿人身伤害抚慰金来救济，并据此提出了对身体组织之不疼痛破坏救济的立法和司法建议。

【关键词】身体组织　不疼痛破坏 界定　救济

身体组织之不疼痛破坏是侵害身体权诸多行为中的一种。我国《民法通则》没有明确规定身体权，法学理论界对身体组织之不疼痛破坏的专门研究比较少。然而，身体组织之不疼痛破坏在日常生活中并不鲜见，由于其属于人身权范畴，涉及人身利益及道德伦理层面，在大力贯彻落实以人为本的科学发展观，积极构建社会主义和谐社会的今天，有必要对该行为进行深入研究，明确其概念和救济手段，以便权利人更好地维护自己的合法权益。

一、典型案例

案例 1：2006 年 11 月，梁某、李某到保定市中心血站无偿献血，二人均明确表示愿意献血 200 毫升，但在实际采血中，采血医师分别抽取梁某、李某血液各 400 毫升。梁某、李某以侵害身体权为由向人民法院提起了民事诉讼。

案例 2：据 2006 年 2 月 24 日的《华晨商报》报道，沈阳医学院奉天医院一名医生未经就医者林虹的同意，在其被实施全身麻醉后，抽走了其一定数量的骨髓，声称用于“ 骨髓干细胞体外培养 ”。

案例 3：手模谢小姐与王小姐是闺中密友，因王小姐的男友爱上谢小姐，王小姐为了报复，趁谢小姐熟睡之机，将其美丽的中指指甲剪掉，致使谢小姐无法参与手模表演和比赛。

案例 4：刘先生因嫌弃美容师张小姐给自己的小狗剪发太多，当场将张小姐的长头发剪掉大半。

二、对身体组织之不疼痛破坏的概念与界定

(一) 对身体组织之不疼痛破坏的概念

目前理论界没给身体组织之不疼痛破坏下统一的定义。一般认为，对身体组织的破坏，只要不造成严重的痛楚，不认为是对健康的侵害，而认为是对身体的侵害。根据这种标准，构成对身体侵害的行为。一般是针对人体没有痛觉神经的身体组织而实施的行为。例如，头发、眉毛、体毛、指甲、趾甲等。

对一个具体法律行为的准确定义是研究该法律行为的基础，是权利人正确维权的前提。法学理论界对身体组织之不疼痛破坏的上述定义过于笼统和模糊，表述的比较凌乱。

笔者认为，身体组织之不疼痛破坏应当作如下定义：身体组织之不疼痛破坏是指针对他人没

有痛觉神经的身体组织实施的对身体组织完整性或原有状态破坏但未损害人体健康的一种侵害身体权的行为。

(二) 身体组织之不疼痛破坏的特征

1. 身体组织之不疼痛破坏属于侵害身体权范畴

所谓身体权是指自然人维护其身体完全、完整并支配其肢体、器官和其他组织的具体人格权。除了对身体组织之不疼痛破坏以外，侵害身体权的行为还包括非法搜查他人身体、非法侵扰他人身体（例如某男用污物袭击某明星）、不破坏身体组织的殴打（仅限不构成轻微伤的行为）、侵害尸体（身体利益的延伸保护）。

2. 身体组织之不疼痛破坏采用的是破坏手段

破坏手段指的是暴力或非暴力的损害手段。具体包括机械（物理）手段、化学手段、生物手段等。破坏的结果既包括使原有身体组织减损，比如切割毛发；又包括使原有身体组织增加，比如《医疗事故分级标准（试行）》规定的四级医疗事故第 13 种情形“ 体腔遗留异物已包裹，无需手术取出 ” 。这就是对身体组织之不疼痛破坏导致的异物与人体结合，从而使原有身体组织增加的情形。

3. 身体组织之不疼痛破坏是一种未对人体健康造成损害的行为

这是认定对身体组织之不疼痛破坏的重要标准。如果侵权行为对人的健康造成损害，一般应认定为侵害健康权。健康权是指自然人以其机体生理机能正常运作和功能完善发挥，并以其维持人体生命活动的利益为内容的人格权。

4. 身体组织之不疼痛破坏是针对人体没有痛觉神经的身体组织实施的行为

所谓没有痛觉神经的身体组织是依照医疗科学来认定的，比如指甲、毛发、血液、牙釉质、假肢等。从概念整体上来理解，对身体组织之不疼痛破坏中的疼痛程度，笔者认为应该对受害人的主观感受加以考虑。

三、界定身体组织之不疼痛破坏应注意的几个问题

(一)身体组织之不疼痛破坏与侵害生命健康权的关系

身体组织之不疼痛破坏不同于侵害生命健康权，其主要区别在于：第一，身体组织之不疼痛破坏的客体是身体，侵害生命建康权的客体是自然人的生命和健康；第二，身体组织之不疼痛破坏损害的利益是自然人身体组织的完整性，侵害生命健康权损害的利益是自然人生命安全和肌体功能的完善性。一般而言，身体组织之不疼痛破坏并不危及人体生命健康。如果对身体组织之不疼痛破坏超过一定的限度，比如医师违反规定和事先约定，对无偿献血者超采血液超过一定的限度（根据《中华人民共和国献血法》的规定，血站对献血者每次采集血液量一般为二百毫升，最多不得超过四百毫升，两次采集间隔不少于六个月），则视为侵害健康权。如果对身体组织之不疼痛破坏超过一定的限度，严重危及受害人生命安全，则对身体组织之不疼痛破坏转化为对生命权的侵害。比如案例二中如果医生将病人的所有骨髓抽干，则该行为可定性为故意杀人。

(二)身体组织之不疼痛破坏与侵害物权

身体组织之不疼痛破坏侵害的是没有痛觉神经的自然人身体组织，这些组织如果脱离人体，一般可以视为独立的特殊物，比如，头发、指甲、血液等。因此，在司法实践中很容易将此种破坏看成是对物权的侵害，其与物权的区别在于这些特殊物在脱离人体时是否基于自然人本人的意愿，人体组织是人体完整的组成部分，在违背自然人本人意愿的情况下强行使其脱离人体，则不能认为是对物权的侵害。此外，某些基于医疗目的而附加于人体的器具属于身体的组成部分，对这些器具的损害可能构成对身体组织之不疼痛破坏。当然，如果损害

行为对受害人健康或生命安全构成威胁，则应认定为侵害健康权和生命权。判断这些附加的器具是否构成人体的组成部分，关键是看该器具和人体结合的紧密程度，看该器具是否可以不依赖于专业人员的技术而进行自由拆卸。心脏起搏器，以及需要专业人员的技术才能拆卸的义肢，已植入牙床的假牙，还有一些女性接受隆胸手术而注射入胸部的凝胶，显然都是身体的组成部分。而不需要专业技术就可以自由拆卸的假牙和义肢则不是身体的组成部分，这些不需技术就可以自由拆卸的辅助医疗器具是民法上的物，适用物权法的规定。

(三)违约与侵权的竞合

从合同法的角度看，在案例 1 中，可视为梁某、李某各自与保定市中心血站签定了献血 200 毫升的无偿献血合同，因为保定市中心血站违反合同多抽取每人 200 毫升血液，可认为保定市中心血站违约，梁某、李某与保定市中心血站之间成立合同之债，梁某、李某有权追究保定市中心血站的违约责任。由于无偿献血合同没有约定违约金，梁某、李某必须举证自己所受损失从而主张赔偿金。血液为限制流通物，并且没有相关法律条文规定血液的价值，如果以血站供血价格或医院用血价格来衡量损失则又显失公平，因为无论血站供血价格还是医院用血价格都跟一般人体器官移植价格一样，这本身并不是血液或器官的价格，法律也不允许对类似人体组织或器官标价。梁某、李某无法就违约所造成的损失合理举证，故按违约处理不利于维护梁某、李某权益。笔者认为类似情况应按对身体组织之不疼痛破坏侵害处理，受害人得请求人身伤害抚慰金和赔礼道歉。

四、身体组织之不疼痛破坏的救济

身体组织之不疼痛破坏目前世界各国都没有作出相关的立法规定，对身体组织之不疼痛破坏一般比照侵害身体权给予救济，而且身体组织之不疼痛破坏损害的程度除因违反相关合同造成间接损失外，很难确定损害的程度，因此一般采用人身伤害抚慰金的方式予以救济。

(一)参照侵害身体权的救济立法

在罗马法时期，私法极其繁荣，但亦只在私犯中规定对人私犯，称之为侵害行为或侵辱，那时就没有区分生命权、身体权、健康权的不同。

《德国民法典》第 823 条率先规定身体权，并与生命权、健康权等并列：“ 因故意或过失不法侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利者，对被害人负损害赔偿义务。” 此后，《瑞士债务法》第 46 条、《奥地利民法》第 1325 条、《日本民法》第 710 条，以及我国清政府 修编的《大清民律草案》和正式颁布的国民政府民法，都正式确认公民身体权为独立的民事权利，并对侵害身体权的行为规定予以民事法律制裁，对于公民身体权予以严格的民法保护。

在我国，人身权的法律保护体系包括宪法保护、刑法保护、行政法保护、民法保护。实际上，对身体权的概念、性质及范围进行界定应是民法的任务，刑法只是保护这一权利的最后一道防线。

从我国《民法通则》第 134 条的规定看，可以适用于侵害身体权的民事责任方式是多种多样的，如停止侵害、消除危险、赔偿损失、赔礼道歉等。但侵权行为法的主要目的之一，是让受害人获得补偿。因此，侵害身体权民事责任主要表现为赔偿损失的责任。我国著名民商法学家杨立新认为对侵害身体权应当坚持财产损失全部赔偿的原则，对于难以确定损失价值的身体损失，应当参照相当标准确定适当的赔偿数额。

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 17 条第 1 款规定：“ 受害人遭受人身损害，因就医治疗支出的各项费用以及因误工减少的收入，包括医疗费、误工费、护理费、交通费、住宿费、住院伙食补助费、必要的营养费，赔偿义务人应

当予以赔偿。”在这些赔偿项目中，都是对人身损害直接造成的财产损失的赔偿。

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 17 条第 2 款规定“受害人因伤致残的，其因增加生活上需要所支出的必要费用以及因丧失劳动能力导致的收入损失，包括残疾赔偿金、残疾辅助器具费、被扶养人生活费，以及因康复护理、继续治疗实际发生的必要的康复费、护理费、后续治疗费，赔偿义务人也应当予以赔偿。”

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 17 条第 3 款规定：“受害人死亡的，赔偿义务人除应当根据抢救治疗情况赔偿本条第一款规定的相关费用外，还应当赔偿丧葬费、被扶养人生活费、死亡补偿费以及受害人亲属办理丧葬事宜支出的交通费、住宿费和误工损失等其他合理费用。”

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 18 条规定：“受害人或者死者近亲属遭受精神损害，赔偿权利人向人民法院请求赔偿精神损害抚慰金的，适用《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》予以确定。”

(二)采取人身伤害抚慰金救济

对于权利人身上的假牙、义肢等人体的器具的损害赔偿可参照市场价格和医疗安装费用予以确定。在对身体组织之不疼痛破坏造成的受害人间接利益的损失的场合，还要考虑对其所损失的间接利益，给予赔偿。例如，对手模特的手指甲等造成损害，在赔偿的时候，应当计算受到侵害以后损失的间接利益，予以赔偿，这也是民法基本原则中的公平原则的要求。

笔者认为，对身体组织之不疼痛破坏应侧重于通过人身伤害抚慰金的途径来救济。比如说案例 4 中的切割头发，就给受害人造成了心灵上的巨大伤害，仅仅赔偿受害人物质损失是不足以让受害人感到满足的，这就为主张人身伤害抚慰金奠定了基础。

人身伤害抚慰金赔偿的性质，是民法赋予人身伤害的受害人对造成精神痛苦的一项保护性的民事权利，属于损害赔偿的请求权。此项救济手段不以受害人有财产上的损害为前提，但为了防止权利的滥用，因此要求受害人所受的痛苦必须达到不易恢复的程度。

确定对身体组织之不疼痛破坏抚慰金，应当依据最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第 10 条的规定进行酌定。主要应考虑：一是侵权人的过错程度。二是侵害的手段、场合、行为方式等具体情节；三是侵权行为所造成的后果；四是侵权人的获利情况；五是侵权人承担责任的经济能力；六是受诉法院所在地平均生活水平。此外，还应当根据最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第 11 条的规定进行过失相抵。同时应当考虑对身体组织之不疼痛破坏一般较难获得其他财产补偿的情况，因而不可过低。

五、身体组织之不疼痛破坏的立法和司法建议

(一)身体组织之不疼痛破坏的立法建议

法律作为上层建筑，不可避免地在某些时候滞后于经济社会发展的需要，这就需要在司法实践中不断的完善法律制度。建议在民法典中规定对身体组织之不疼痛破坏的救济。中国民法典人格权法编草案专家建议稿中对物质性人格权进行专项规定。笔者认为，在对身体权的专项规定中，应明确对身体组织之不疼痛破坏的定义和救济手段，正确区分对身体组织之不疼痛破坏与其他侵害身体权行为，专门规定对身体组织之不疼痛破坏的特殊救济手段，比如定立赔偿的原则性规定。民法典应当就身体权的保护制定完备的措施，最重要的就是针对身体权保护的慰抚金制度作出相应的规定，使该保护系统完善化。应当制定相当于《日本民法》第 710 条和我国台湾地区民法第 195 条内容的条文，规定对身体组织之不疼痛破坏，受害人所受侵害虽非财产上的损失，也应因受损害的程度，请求赔偿相当的金额。同时，应制

定与《民法通则》或者民法典相配套的法律实施条例或规定，并就对身体组织之不疼痛破坏出台类似道路交通事故赔偿标准的专门的赔偿标准和赔偿数额计算方法的规范性文件。确保在司法实务中受害人的损害赔偿要求有据可寻。

(二)身体组织之不疼痛破坏的司法建议

对身体组织之不疼痛破坏是特殊的侵害身体权的行为，由于人的身体是无价的，在对此类案件的审理过程中法官应该大胆地运用自由裁量权，把以人为本的思想贯穿案件审理始终。在判决中充分考虑侵害的手段、场合、行为方式、过错程度以及受害人身体组织恢复原来状态的时间和损失程度。我国虽然不是判例法国家，但就如对规章的适用一样，某些类似判决可以起到参照作用。在立法相对滞后于社会发展需要的时候，这点对于维护权利人的权益显得尤为重要。

身体组织之不疼痛破坏的保护是 “ 以人为本 ” 理念的要求，尽管目前法学理论界对其专门研究比较少，但对此种行为的保护是现代社会文明进步的必然要求。随着法制的进步，对身体组织之不疼痛破坏将得到进一步重视，笔者相信在不久的将来，我国民事立法定能做出相关规定，使自然人的人身权利得到更全面的保护。

参考文献：

①杨立新：《论公民身体权及其民法保护》，《法律科学-西北政法学院学报》 ，1994 年第 6 期。

②陈小嫦：《医疗行为领域中的身体权》，《医疗信息》，2007 年第 1 期。

③曹承磊：《身体权基本问题研究》，《四川大学》2006 年。

④王凤民：《人体器官移植与人格权法律保护》，《佳木斯大学社会科学学报》，2007 年第 2 期。

⑤王雪琴：《侵害身体健康权的精神损害赔偿研究》，《科技咨询导报》，2007 年第 1 期。

⑥毛立新：《身体权理论与实践的再思考》，《河南社会科学》，2006 年第 2 期。

⑦李青、 耿辉：《浅谈身体权及其民法保护》，《华人时刊》，2000 第第 Z4 期。

⑧毛宁：《关于身体权的法律思考》，《平顶山师专学报》 2002 年第 4 期。

⑨陈年冰：《物质性人格权精神损害赔偿中的几个问题》，《法学》2005 年第 6 版。

⑩杨立新：《人格权法专论》，高等教育出版社 2005 年版。

作者单位：安徽元太律师事务所

新公司法视角下，一人有限公司为其股东担保的效力分析

张　蕾

【内容摘要】新《公司法》实施后，公司不得为其股东担保的禁令被打破，与此同时，一人有限公司大量涌现，而在其经济交往过程、金融活动的过程中不可避免的出现一人有限公司为其股东担保的情形。但新《公司法》第16条的规定，又让债权人产生了困惑：一人有限公司能否为其股东担保？如何才能让该担保有效以保证自身的权益？笔者试图从新《公司法》在对待公司为其股东担保的立法态度，及新《公司法》第16条的立法初衷上做了探析，以期为实务工作找出解决问题的方案。

【关键词】一人有限公司　为股东担保　效力 程序性要件

一、实践中的困惑

笔者在为合肥某银行、某小额贷款公司提供法律顾问服务的过程中，都曾遇到客户提出的这样的问题：“A公司是由B股东设立的一人有限公司，现在B股东向我们贷款，由于种种原因B股东无法提供物的担保，现A公司名下还有有价值的财产，我们要求A公司为B股东提供了连带责任担保，这样做是否存在很大的风险？这笔贷款是否能发放？”经过沟通，笔者发现，银行或小额贷款公司的担心源于《公司法》（2005年10月27日修订，以下简称“新《公司法》”）第16条“公司向其他企业投资或者为他人提供担保，按照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的额数额有规定的，不得超过规定的限额。公司为股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该表决事项由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。”

即按照银行、小额贷款公司的理解，如果A公司为B股东提供担保，那么该担保事项必须要经股东会决议，但A一人有限公司的股东只有B,在B又必须回避的情况下，该担保决议是无法做出的，无股东会决议，那么担保即被认为无效。故这样的担保没有效力，那么银行、小额贷款公司所发放的贷款便无保证，存在很大的风险。

“因噎废食”向来不是解决问题的最好途径，但该困惑确实是银行、小额贷款等经营金融业务的单位不可回避的问题，我们作为法律服务者需要为其提供解决方案。因此，首先要明确的是一人有限公司能否为其股东提供担保？该担保经过什么样程序做出方才有效？

二、理论上的探析

（一）一人有限公司能否为其股东担保

从我国立法对一人有限公司由否定到肯定的演变过程来看，对一人有限公司的承认和规制源于社会经济生活发展变化的客观需要，而一人有限公司大量产生的原动力恰恰在于其股东有限责任制原则的刺激和吸引。[①]新《公司法》第2章第3节对一人有限公司做出了特别

规定。一人有限公司是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。根据该定义，一人有限公司只是有限责任公司的一种形式，实质仍是有限责任公司，除了《公司法》对一人有限公司有特别规定的外，一人有限公司的设立和组织机构等规定均适用有限责任公司的规则。

众所周知，新《公司法》于 2005 年修订后的一大变化就是，从原来禁止公司为其股东担保，改为允许，但要完成严格的公司批准程序。原《公司法》第 60 条第 3 款规定，董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保。《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（以下简称《担保法解释》）第 4 条规定，董事、经理违反《公司法》第 60 条的规定，以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的，该担保合同应认定为无效。从原《公司法》到新《公司法》的立法指导思想发生了实质性的变化，即更加注重公司的意思自治，最大限度赋予公司本身决策的权利。公司意思自治基本体现在公司章程的自治。只要公司章程的规定不违反我国现行法律的强制性规定，其对内既具有约束力，具体到公司为股东担保，只要不违背公司章程的规定，便为有效担保。新《公司法》之所以做如此规定，主要是出于保护公司、公司股东及公司债权人的合法权益，防止董事和经理利用职务之便损害公司和公司股东利益。公司法的重要作用之一就是为公司法上的利益主体提供法律上的保护。而无论从公司法提供法律保护的经济合理性还是从公司法提供法律保护的法律合理性上来看，公司法对公司法上的利益主体提供法律上的保护的根本目的在于实现相关利益主体之间的利益均衡，制止某些主体以牺牲其它主体的利益为代价实现不正当利益行为的发生，确保公司组织的稳定、健康和持续发展。②

（二）担保有效的程序性条件

从前述讨论中可知，只要公司章程中允许公司为股东担保，法律便承认该担保的合法性。但一人有限公司为股东担保，是否如两人以上股东的有限责任公司一样，履行严格的公司批准程序？也即新《公司法》16 条的规定，是否适用于一人有限公司？笔者则认为，新《公司法》16 条的规定，不能适用于一人有限公司。

首先，新《公司法》第 16 条的立法初衷与目的是为了保护中小股东的利益，防止大股东或实际控制人滥用股东权利，损害其他股东的利益。学界称这一规定为“关联股东回避表决制度”，即公司为其股东或实际控制人提供担保时，必须经股东表决，且与该事项有着利害关系的股东必须回避，不得参加表决。该条规定是为防范大股东、实际控制人滥用股东的表决权为已谋利而设置，对于平衡大股东、小股东的利益有着重要作用。但在一人有限公司中，股东仅为一个自然人或一个法人，不存在大股东、小股东之分，也不存在利害关系股东与无利害关系股东之别，唯一的股东同意提供担保，不仅体现股东意志，也体现公司意志，在没有其他利害关系股东存在的情形下，也就谈不上损害其他股东的利益。③

其次，如果新《公司法》第 16 条适用于一人有限公司，势必会造成一人公司因股东仅为一人且有系关联股东，不得参加表决，无法形成股东会决议而致使担保无法实现。也即，在操作层面上，一人有限公司无法为其股东提供担保，这与新《公司法》允许公司为其股东担保的立法初衷相矛盾。安全、效率都是法律所追求的价值，既要促进经济市场的发展与繁荣，又要保证经济秩序的有序与安全，故新《公司法》在允许公司为其股东提供担保时设置了严格的公司审批条件，目的就是为了公司更加客观、公平地进行决策，处置公司资产，使得公司稳步发展，而非一味的禁止或是阻碍。过于谨慎的禁止，无异于剥夺了公司决策的权利。

其次，在理论界有学者担心允许一人有限公司为其股东担保，会让一个有限公司的公司财产与个人财产混同情况愈加严重，从而会损害到公司债权人的利益。事实上，新《公司法》在制定的过程中，考虑到了同样问题，即如何保护公司债权人利益，因此，在新《公司

法》对设立一人有限公司时做了相应的限制性规定，对一人有限公司的管理及运行也做了诸多强制性规定，比如提高最低注册资本的额度，严格公司财务制度，引入公司法人人格否认制度等等。法律在设置某项制度时并非能做到十全十美，而缺陷可以通过一些配套措施的完善加以修正和弥补。

虽然新《公司法》16 条不适用于一人有限公司为其股东担保的情形，但笔者认为，一人有限公司为其股东担保时还是需要有程序性的要件约束。新《公司法》第 62 条要求一人有限公司的股东对做出一些重要决定时，应当签字并采取书面形式备置于公司。据此，笔者认为，一人有限公司为股东提供担保时，还是需要将该意思表示书面化形成决定文件并经该股东签字确认。只有完备了上述程序，一个有效的担保才能成立。

三、实务中的建议

通过上述分析，笔者认为，一人有限公司只要在章程中未明确禁止为其股东担保，那么该公司为其股东担保的行为即可认为有效，当然该担保还是需要经股东决议并以书面形式确认。该观点虽也在司法实践中得到一定程度的印证，但至今理论界仍存有争议，因此，实务中也会因司法者对该问题认识不同而导致不同裁决结果的出现。故在文末部分，笔者从司法实务的角度为从事金融业务的单位及需要金融服务的公司提出几点建议，以期减少或避免风险。

首先，对于一人有限公司来说，建议在公司成立之时制定公司章程过程中，在股东或董事会行使的职权中列明，“ 对公司对外、为股东提供担保做出决议 ”。而相应的，如果是银行或小额贷款公司在审查一人有限公司为股东担保的事项时，首先要求该公司提供在工商部门备案的章程，并审查其中相应的担保条款，看章程中对 “ 为股东担保 ” 有无禁止性的规定。

其次，对于一人有限公司来说，如果允许公司为股东担保，那么在操作过程中，就要根据章程的权限划分，要求股东或董事会对具体的担保事项做出书面决议或决定。该份决议或决定必须备置于公司，以便公司全面完整的反应其运营状况。而相应的，银行、小额贷款公司也审查该担保事项时，务必要求公司提供股东同意担保的决定或者董事会同意担保的决议，而不是仅仅有一个加盖公司公章的担保合同或条款或是承诺函就可高枕无忧了。

参考文献：

①江平、李国光：《最新公司法理解与适用》，人民法院出版社，2006 年 1 月第 1 版。

②王利明、崔建远：《合同法》，北京大学出版社，2000 年 11 月第 2 版。

③姜旭阳：《一人公司为股东担保的效力》，人民法院报，2010 年 1 月 28 日第 6 版。

作者单位：安徽元太律师事务所

利用网络侵犯隐私权的法律探讨

刘静洁　　杨 亮

【内容摘要】随着网络技术的发展和网络空间的不断扩展,传统隐私权不断向网络领域延伸,并增加了许多新的实体内容,网络隐私权应运而生。但是网络空间的法律缺失导致了对网络隐私侵权行为的规制捉襟见肘。本文从对于网络隐私权概念的简单分析入手，分析网络隐私侵权的法律特征，网络隐私权侵权的现状、《侵权责任法》规定的归责原则，提出了从宏观上完善我国立法，到微观上建立网络营运商自律系统和网民提高自我保护意识的建议。

【关键词】隐私权 网络隐私权 民事责任 立法

随着网络普及到了千家万户，一方面给人们带来极大的便利，同时也带来了很多问题。特别是伴随着论坛、博客的迅速发展，出现了很多对公民人格权利的侵害案例，近年来的“ 间谍门 ”“ 电话门 ”“ 博客门 ”“ 艳照门 ”“ 人肉搜索 ” 等等。随着公民对保护个人隐私观念的不断增强，同时由于侵犯他人隐私在网络上泛滥带来的社会问题逐渐显现，《侵权责任法》在第 2 条首次明确列出了“ 隐私权 ”， 对个人隐私权加以保护，成为我国立法上一大进步，本文将从从侵权责任法的角度对网络隐私权予以探析。

一、隐私权和网络隐私权

1. “ 隐私权 ” 概念是美国学者沃伦和布兰代斯在 1890 年提出的, 他们针对当时媒体动辄侵入人们私生活领域的现象指出, 个人有独处的权利(the right to be let alone) , 即隐私权。同时总结隐私权的四种类型，即不合理侵入他人隐私、窃用他人姓名或肖像、不合理公开他人私生活和公开他人不实形象。传统的大陆法系并没有隐私权的概念，直到 1970 年，法国才颁布法令，在《民法典》第 9 条中规定“ 任何人均享有私生活受到尊重的权利。” 自此确立公民隐私权受法律保护的一般原则。

这一理论走进我国法学领域是上世纪 80 年代末 90 年代初，隐私权作为法律上的一种权利，内容包括: （1）个人生活安宁权。权利主体按照自己的意志从事或不从事某种与社会公共利益无关或无害的活动，不受他人干预、破坏或支配。(2）个人生活情报保密权。个人生活情报，包括所有的个人信息和资料。诸如身高、体重、女性三围、病历、身体缺陷、健康状况、生活经历、财产状况、婚恋、家庭、社会关系、爱好、信仰、心理特征等等。权利主体有权禁止他人非法使用个人生活情报资料，例如:对公民身体的隐秘部分、日记不许偷看等。(3）个人通讯秘密权。权利主体有权对个人信件、电报、电话、传真及谈论的内容加以保密，禁止他人非法窃听或窃取。(4）个人隐私利用权。权利主体有权依法按自己的意志利用其隐私，以从事各种满足自身需要的活动。如利用个人的生活情报资料撰写自传、利用自身形象或形体供绘画或摄影的需要等。对这些活动不能非法予以干涉，但隐私的利用不得违反法律的强制性规定，不得有悖于公序良俗，即权利不得滥用。例如利用自己身体的隐私部位制作淫秽物品，即应认定为非法利用隐私，从而构成违法行为。

2. 网络隐私权是由现实社会中个人隐私权的有关问题延伸到网络空间而产生的,是指公民在网络环境下借助互联网而享有的个人生活安宁和私人信息不受他人侵害的权利。网络隐私权主要表现为公民对个人信息控制和利用的权利。网络隐私权的侵权就是利用互联网实

施的非法泄露或利用他人的个人信息,侵入他人的计算机系统，干扰他人私生活的行为。

二、网络隐私权侵权的法律特征

1．网络隐私权侵权行为的实施具有简单易行性。由于网络是一个开放性的、巨大的虚拟空间，人人都既是信息的接受者也随时可能成为信息的传播者，多数情况下在网络空间中从事任何活动是不需要与现实中的真实身份相关联的，而行为人无需具备高深的计算机理论知识和操作技能，往往就能在任何时间、任何地点实施侵权行为，使侵权行为的发生更加简单。

2. 网络侵权行为损害后果的发生具有即时性。这点与传统意义上的侵权有明显的区别。网络侵权无需传统的载体，只需借助无形的高速运转的网络进行上传，全世界的网友都可以访问载有侵权内容的网站，其他网络也可以轻易地为带有侵权内容的网页设置链接。而且网络的互动性使得他人不仅仅是被动地阅读或使用侵权标的，而且可以随意删节、添加、改动，并以各种链接方式广为传播，造成侵权的内容迅速扩展。

3. 侵权主体的复杂性。网络隐私权侵权实施者可能涉及多个主体，如信息最初发布者、网络运营商、搜索引擎、论坛、各网站及很多的传播者，前两类是网络用户，后两类属于网络服务提供者。但网络侵权责任的始作俑者往往难以及时确定，而传播者则数量众多，这使我们对网络隐私侵权主体的认识产生一定的困难。

4. 网络隐私权侵权案件取证困难。传统的侵权方式因为易于察觉因而也易于识别。而网络的流动性和交互性，决定了与传统侵权行为相比，网络侵权行为的范围广，取证难。网络中存在的数字化信息不存在连续性，对其所作的修改和删除难以发现和鉴别，具有不稳定性和易变性，使得网络上的证据失去原始性。

5. 网络隐私权侵权案件难以确定司法管辖。一般侵权行为的管辖主要适用被告所在地或侵权行为地。但是，因特网将全球的计算机及其网络连为一体构成了一个独特的网络空间，同一侵权行为往往同几个地点相联系，物理位置在网络空间中的意义微乎其微，从而使传统管辖权的基础在网络空间中发生了动摇。

三、我国网络隐私权侵害现状

中国信息产业部最新统计数据显示，全国手机用户数约达 5147 亿户,网民数量达到 2198 亿，国家 CN 域名数达 135712 万，三项指标均稳居世界第一。可以说，我们的生活已经逃不脱电子信息这张无形的网，传统的传信方式被电子邮件所取代，大量的日常信息传递和信息交换工作都通过网络来完成。目前，存在于我国互联网上的侵害隐私权的行为主要有：

1. 对个人信息的非法收集

当用户进入一个网站获取该网站相关服务时，都会被相关网站要求填写相应的个人资料，尽管很多网站在要求用户提供其个人资料时都附有隐私权保护的相关声明，但是只有极少数网站真正做到了相应的要求。再加上我国相关法律的不完善，造成了网站对个人信息非法收集、存储行为十分普遍。

2. 对个人信息的非法公开

这种对他人隐私信息未经权利人允许而向他人公开的行为在我国网络世界中发生的频率最大，影响的范围也最广。其中，最有代表性的就是形成于我国的“人肉搜索”现象。“人肉搜索”在其诞生之初是为了显示出强大的民愿力量，是网民希望在网络世界中表达一种对现实世界公平、正义的诉求。但是，这种强大的力量所带来的负面效应也给现实生活中的人

们带来难以承受的后果。

3. 对个人信息的非法利用、出售

有些网站非法搜集全国各地的企业家信息、私家车主信息、银行用户数据、股民信息等等，而且将其以极为低廉的价格出售，严重侵害了网络用户隐私权。

四、《侵权责任法》规定网络侵权的归责原则

归责原则是认定网络侵犯隐私权民事责任的重要前提，《侵权责任法》第 36 条规定：“网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的，应当承担侵权责任。网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。”这里规定了两部分内容，第一部分是网络用户或者网络服务提供者利用网络实施侵权行为的责任，第二部分是网络用户利用网络实施侵权行为网站承担连带责任的两种情况。

（一）网络用户或者网络服务提供者的侵权责任

《侵权责任法》第 36 条第 1 款规定的是网络侵权责任的一般规则：网络用户或者网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益，都构成侵权责任，都应当由自己承担赔偿责任。

网络用户利用网络，在网络上实施侵权行为，符合《侵权责任法》第 6 条第 1 款规定要求的，构成侵权责任，应当对被侵权人的损害承担赔偿责任。这是一般侵权责任，适用过错责任原则。

网络服务提供者自己利用网络，侵害他人隐私权，按照《侵权责任法》第 6 条第 1 款的规定，构成侵权责任，应当承担赔偿责任。

这两种侵权责任都是过错责任，也都是自己责任，与第 36 条第 2 款和第 3 款规定的网络服务提供者的连带责任都不相同。

（二）网络服务提供者的连带责任

网络服务提供者的连带责任，是指网络用户利用网络实施侵权行为后，网络服务提供者在法定情况下与网络用户承担连带责任的网络侵权责任形式，《侵权责任法》第 36 条规定了两种规则：

1. 提示规则

提示规则，是《侵权责任法》第 36 条第 2 款规定的网络服务提供者的连带责任。 提示规则的要点是：网络服务提供者不知道网络用户利用其网络实施侵权行为，被侵权人知道自己在该网站上被侵权，有权向网络服务提供者提示，通知其网站上的内容构成侵权，应当采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者在接到该提示之后，应当按照其提示，及时采取上述必要措施。如果网络服务提供者未及时采取必要措施，构成对网络用户实施的侵权行为的放任，具有间接故意，视为与侵权人构成共同侵权行为，因此，就损害的扩大部分，与侵权的网络用户承担连带责任。如果网络服务提供者未经提示、或者经过提示之后即采取必要措施，网络服务提供者就不承担责任。

2. 明知规则

明知规则，是《侵权责任法》第 36 条第 3 款规定的网络服务提供者的连带责任。明知规则，就是网络服务提供者明知网络用户利用其网络实施侵权行为，而未采取必要删除、屏蔽或者断开链接必要措施，任凭网络用户利用其提供的网络平台实施侵权行为，对被侵权人造成损害，对于该网络用户实施的侵权行为就具有放任的间接故意。网络服务提供者的这种放任侵权行为的行为，在侵权行为造成的后果中，就有网络服务提供者的责任份额，其应当

承担连带责任。

五、我国网络隐私权保护的几点建议

1. 将网络隐私权作为一项独立的人格权利而立法保护

为了充分保护隐私权，使权利受到侵害时有法律规定的救济措施，使受害人能够保护自己的权利。应当将网络隐私权作为一项独立的人格权加以立法保护。网络隐私权的专门法律保护已成为国际立法的趋势，制定一部专门保护隐私权的法律具有极大的现实意义。该法应当明确规定个人对其隐私数据资料的支配权利；国家、网络服务商及其他主体收集、储存、处理、使用和传播个人数据的条件和程序、侵权的法律救济等。

2. 明确《刑法》修正案实施细则,确保网络隐私权保护和归责的可操作性

刑法修正案(七)中侵犯公民个人信息的行为在中国首次进入刑事犯罪的范围，明确规定“国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位或工作人员,泄漏公民个人信息的行为规定为违法行为。”修正后的《刑法》第 253 规定:“国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员,违反国家规定,将履行公务或者提供服务中获得的公民个人信息出售或者提供给他人,或者以窃取、收买等方式非法获取上述信息,情节严重的,追究刑事责任。”但是由于没有配套的实施细则,“情节严重”如何解释,“公民个人信息”包括哪些,这些问题仍没有规定。笔者认为,像姓名、肖像、住址、电话号码、财产状况、婚姻状况、疾病情况等这些情况都应当纳入个人隐私的内容。而该规定中的“违反国家规定”也可能成为违法者在相关规定还没出台之前逃避法律责任的挡箭牌。目前呈交国务院的《个人信息保护法》草案仍未通过,该草案规定了拥有个人信息的企业与团体应承担的法律责任,禁止任何团体在未经个人同意的前提下,将个人信息泄露给第三方,但犯罪与税收记录以及媒体调查除外。所以其出台,对刑法的实施是一个非常重要的补充。

3. 确立适合网络侵权案件的司法管辖原则

传统的司法管辖通常以地域、当事人的国籍和当事人的意志为基础，但网络空间的特殊性使得传统的管辖原则受到了挑战。网络的发展使传统的地域概念变得模糊，在网络隐私权侵权案件中，侵权言论瞬间就可以通过互联网传遍全世界，那么，按传统方法以行为地、侵权地和原被告所在地为基础确定司法管辖地是很困难的。现在，在管辖问题上产生了一些新的理论，如有的理论认为可以将网址作为新的管辖基础，还有的理论认为应当将网络空间作为一个新的管辖区设立不同于传统规则的新的管辖原则。笔者认为要确立适合网络侵权司法管辖的原则，不仅要考虑原告的合法利益，也要兼顾被告的合法利益，体现民事诉讼的“两便”原则。在网络侵权案件侵权行为地的确定上要从严把握，不应将计算机终端等侵权结果扩散地作为管辖的依据，而应将管辖与实质性损害相联系。

4. 适用惩罚性赔偿责任

惩罚性赔偿是指由法院依据侵权人的主观恶意程度及损害后果所判决的超出实际损害数额的赔偿。其目的在于全面补偿受害人的损失、惩罚和遏制不法侵权行为。我国现行法律规定惩罚性赔偿是在《消费者权益保护法》第 49 条:“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的,应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失,增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。”笔者认为网络隐私权侵权责任中也可以适用惩罚性赔偿。近年来网络隐私权侵权行为不少,而依法主张自己权利者却寥寥无几。其原因除了我国公民隐私意识、权利意识淡薄之外还在于受害人“打官司得不偿失”。很多受害者维权的积极性不高。侵权者也因此肆无忌惮。如果法律能够在网络隐私权侵权责任中也规定适用惩罚性赔偿制度,由法院根据具体情况判以巨额惩罚性赔偿金,使公民的依法维权行为变得划算甚至是有

利可图,就可以大大调动受害人的维权积极性。

5. 网络服务商应加强行业自律，明确责任

应当提倡和鼓励网络服务商加强行业自律，依照法律和行业习惯制定个人资料使用政策和隐私权保护政策。在当前网络个人隐私缺乏有效立法规制的情况下，行业自律不失为一种有效的规制模式。经营者的个人资料声明或隐私权政策声明体现了经营者在收集、持有及使用个人资料方面的整体政策及具体措施，是经营者自律的纲领，也是经营者与用户间签订的一个关于个人资料利用及隐私权保护的合同。如果经营者违反自己所做出的声明用户即可依法要求经营者承担相应的法律责任。另外，网络服务商在意识到侵权行为存在、发生或收到投诉时，应立即做出相应的调整，删除或隐藏侵权信息，并对权利人做出适当物质赔偿。

6. 网络用户应增强个人隐私自我保护意识

网上个人隐私遭到侵害，往往较多的情况下，泄露个人相关资料的不是别人而是用户自己。因此，网络用户应提高自我防范意识，采取必要的措施保护个人的隐私资料。如申请免费电子邮箱时，尽量不要用真实姓名和填写相关的真实资料；谨慎对待网上购物，在计算机中使用个人防火墙和杀毒软件并保持定期更新版本 ;把一些易被窃取的重要的系统文件和保密级别比较高的文件安装在自定义或非缺省的目录下等等。

综上所述，网络的良性发展，需要道德、管理、法规三管齐下。即网民的道德约束、政府的监督管理以及服务商的自我管理，还要有一系列法律、制度的监督。因此立法机关需要对所涉各方的利益进行精细的平衡，以达到最佳立法效果。使网络发展变得更为规范，防止隐私权侵权行为的发生。

参考文献:

①王利明：《隐私权的新发展》《人大法律评论》 2009（1)。

②王利民：《人格权法新论》 吉林人民出版社 1994 版 第 288 页。

③杨立新：《对侵权责任法规定的网络侵权责任的理解与解释》。

④周一：《网络隐私权的立法保护》《无锡南洋学院学报》，2006(1)。

⑤张新宝：《侵权责任法原理》，中国人民大学出版社，2005 版，第 261 页。

作者单位：安徽众城高昕律师事务所

夫妻财产制度研究

高立东

【内容摘要】夫妻财产制也称为婚姻财产制，是确定夫妻婚前财产和婚后所得财产的归属、管理、使用、收益、处分，以及对外的财产责任，婚姻终止时的清算等法律制度。任何时代、任何国家或地区的夫妻财产制，都不是立法者随心所欲地任意规定的，它是社会制度、社会经济条和妇女地位在夫妻财产关系上的集中反映，同时，还受着诸如立法传统、风俗习惯和其他思想、文化因素影响。从古至今，随着世界各国夫妻财产法律制度的演变，我国的夫妻财产法律制度也发生了许多变化。本文拟就夫妻财产制度的现状、缺陷与风险以及制度的完善等方面作了一些探讨。

【关键词】夫妻财产制度　共同财产　约定财产

一、我国夫妻财产制度的现状

我国现行的婚姻法是2001年4月28日经第九届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议修正并颁布的《中华人民共和国婚姻法》。现行婚姻法，在夫妻财产制度上规定，夫妻财产的三个部分：即夫妻共同财产制、夫妻个人财产制、夫妻约定财产制。

（一）夫妻共有财产制

夫妻法定财产制是法律直接就夫妻财产关系有关内容做出具体规定的法律制度，可分为分别财产制度和夫妻共有财产制。分别财产制度即夫妻所得财产分别归夫妻个人所有、个人管理，同时也不排斥双方对其中部分或全部分财产共同管理，或者作为夫妻一方的财产以约定形式由另一方管理的一种法律制度。夫妻共有财产制，是夫妻对所得财产归夫妻双方所有，由夫妻双方对该财产共同管理的法律制度。夫妻共有财产制是实现婚姻家庭生活的基本物质要求，夫妻共有财产制是夫妻财产制的主导制度。

依据婚姻法规定，“夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，归夫妻共同所有”。应该有以下几方面：(1) 工资、奖金，是夫妻一方或者双方基于劳动而获得的报酬和基于劳动而获得的工资以外的报酬，包含货币和有关财物。(2) 从事生产、经营的收益，是夫妻一方或者双方从事生产、经营，主要指农村中的农业生产和城市里的工业生产以及第三产业等各行各业的生产经营收益，有劳动收入，也有资本收益，如股票债券收入、股份、股权等。(3) 知识产权的收益，是夫妻一方或者双方基于知识产权而获得的财产收益。(4) 因继承或赠予所得的财产，这里说的继承所得的财产，是夫妻一方或者双方在婚姻关系存续期间，依照法律规定接受被继承人死亡时留下的合法财产，包括法定继承和遗嘱继承所取得的财产；赠予所得的财产，是夫妻一方或者双方接受赠予人无偿给予财产的法律行为取得的财产，赠予所得的财产必须是已经取得所有权的财产，比如受赠予人进行所有权变更登记、实际取得财产等。对婚姻关系存续期间没有实际取得财产权的，赠予合同未发生法律效力的赠予财产，不是夫妻财产。(5) 其他应当归共同所有的财产。

（二）夫妻个人财产制度

夫妻个人财产制是相对于夫妻共同财产制而言的，与夫妻共同财产制相互依存的一种财产制度。夫妻个人财产指法律规定夫妻一方对婚前财产或者婚后所得某些财产，由夫或妻一方占有、管理、使用、收益、处分的权利和承担的义务，以及就该特有财产的效力等形成的

法律制度，分法定特有和约定特有。法定特有财产，指的是根据法律规定所确认的属于夫妻个人各自所有的个人财产。约定特有，指的是根据夫妻双方的约定确认的夫妻各自所有的财产。夫妻个人财产制，包含以下内容：(1）一方的婚前财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。但当事人另有约定的除外。(2）一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用。(3）遗嘱或赠予合同确定只归夫或妻一方的财产。即夫妻在婚姻关系存续期间继承或接受赠予所得的财产，如遗嘱或赠予合同写明了遗产或赠予财产只归夫或妻一方的，应认定为夫或妻的个人特有财产。(4）一方专用的生活用品。这类用品具有明显的个人性质的生活用品，一旦脱离专用人，往往就失去了应有的价值，如衣服、首饰、鞋帽等。(5）其他应当归一方的财产。

（三）夫妻约定财产制

婚姻法第 19 条规定：夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第 17 条、第 18 条的规定。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。该条文是关于夫妻约定财产制的规定。包括对财产的占有、使用、管理、收益、处分，以及将来婚姻关系终止时财产的归属等等。夫妻约定财产制包括以下基本内容：

1. 夫妻财产约定的主体。约定的主体应该仅限于夫妻，其他任何人不得成为夫妻财产约定的主体。

2. 夫妻财产约定的时间。应该是当事人从有婚约开始，到婚姻关系结束前。

3. 夫妻财产约定的范围。法律条文规定的约定财产范围包括婚前财产和婚姻关系存续期间所得的财产，也包括法定的个人财产，即凡属夫妻个人所有和共同所有的财产均可成为夫妻财产约定中的财产，但是不能约定夫妻以外的人的财产。

4. 夫妻财产约定的方式。法律明文规定 “ 应当采用书面方式 ”。

5. 夫妻财产约定的内容。(1）夫妻可以将婚姻关系存续期间所得财产约定为全部归共同所有或归各自所有，亦可以约定其中的部分归各自所有，部分归共同所有。(2）夫妻可以将婚前财产约定为全部归夫妻共同所有，亦可约定将婚前财产中的某部分归共同所有，其余部分仍归个人，还可将夫或妻一方婚前个人财产的全部或部分约定归另一方妻或夫个人所有。(3）约定内容必须明确，明确具体财产归属，明确财产项目、明确财产处所等。

6. 夫妻财产约定的效力。一方面是对内效力，指约定对当事人夫妻自己的效力，夫妻对财产的约定一旦生效，对双方具有约束力，夫妻双方必须严格遵守执行，不得随意变更、撤销，如果确实需变更撤销的，须经由双方协商一致后，同样以书面的方式撤消。另一方面是对外效力，指约定对夫妻以外的人的效力，即夫妻的财产约定对于第三人（主要是债权、债务人）的效力。“ 夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿 ”，夫或妻一方对第三人负有个人债务时，约定的对外效力，只有当第三人知道该约定时才生效，如果第三人不知道该约定，对第三人不发生法律效力。夫妻任何一方不得以夫妻有约定拒绝承担另一方个人债务，除非非债务人一方能证明作为债权人的第三人知道该约定的，否则均应该以夫妻共同财产和个人财产先对第三人清偿债务，非债务人清偿债务后，可以向负债务一方索赔。

7. 夫妻约定财产是一种民事法律行为。具体地说，属于合同行为，该约定发生法律效力仍然必须符合合同成立、生效必须要件。

二、我国现行夫妻财产制度的缺陷与夫妻财产风险

尽管新婚姻法对我国夫妻财产制进行了许多完善和改进，为维护夫妻财产权益和解决夫妻财产方面的争议提供了有效的法律依据，但笔者认为仍有不足之处。而由于立法上的不足，往往会引发夫妻财产风险和市场交易安全，危害婚姻当事人合法财产权益和第三人利益。具体表现为：

（一）在法定共同财产制上只规定了普通情形没有规定非常情形，使法定共同财产制的共有关系持续于整个婚姻关系存续期间。

现行夫妻共同财产制只规定了在夫妻关系正常的状态下，对夫妻共同财产的范围和权利进行了确认，只局限于对财产的静态保护。但对夫妻关系处于非正常状态下或者在管理、使用、收益和处分夫妻共同财产的动态运行过程中，一方超越夫妻家事代理权限，损害另一方合法财产权益及第三人权益时，却因在婚姻关系存续期间夫妻财产共有关系非因夫妻一方死亡或离婚而不得终止，使共同财产分割成为不可能。法律缺乏对财产动态运行的保护手段和有效的救济途径，使权益受到损害的一方眼看着自己的合法权益受到损害却束手无策。夫妻一方为了维权，不得不选择离婚。

在现实中由此给婚姻当事人和第三人所带来的财产不良后果是：第一，婚内夫妻一方对另一方实施人身权的侵害而引起的损害赔偿，往往会借口夫妻财产共有关系，赔偿无实际意义，从而使得受害方请求损害赔偿的合法权益无法实现，也违背了民法侵权损害赔偿的一般原理；第二，在婚姻关系存续期间，一方未经另一方同意或与第三人恶意串通，擅自处分夫妻共同财产，如为重大借贷、变卖共同财产、伪造债务等供个人挥霍或达到其他个人目的，侵害另一方的财产权益；第三，在离婚诉讼期间或分居期间，由于对另一方的投资、经营情况无从了解和掌握，往往无法享受到从中带来的财产利益，却反而要承担因此带来的巨额债务。第四，夫妻一方对外所负的个人债务，当其个人财产不足以清偿个人债务时，如若债权人主张以夫妻共同财产中属于债务人一方的份额清偿，因夫妻财产共同共有关系的性质而得不到支持，则债权人的债权无法实现。

（二）夫妻约定财产制缺乏公示程序的规定，使约定缺乏公信力。

人们通常认为，建立夫妻财产约定公示制度的目的是为了依法制止夫妻双方恶意串通逃避夫妻共同债务，保护市场交易安全和第三人的合法权益也即债权人的合法权益，这确实没错。但从另一方面考虑，夫妻财产的约定缺乏公示制度，同样会危害夫妻中非交易一方的合法财产权益。

我国《婚姻法》第 19 条的规定，夫妻财产约定后，将产生两个方面的效力，一方面是对内效力，即对婚姻当事人双方具有约束力，夫妻双方必须严格遵守执行。另一方面是对外效力，即夫妻财产约定对于第三人的抗辩力，第三人事先知道交易相对人夫妻之间约定实行分别财产制的，具有对抗第三人的效力；反之，第三人事先不知道“该约定”的，夫妻的财产约定不得对抗第三人。同时，最高人民法院的司法解释（一）第 18 条规定“夫妻一方对此负有举证责任”。由此，在夫妻约定实行分别财产制下，夫或妻一方对外所负的债务作为个人债务，必须以第三人“知道该约定”为前提。如果第三人与夫妻中的一方进行交易并事先知道这对夫妻约定实行的是分别财产制，则该方对外所负债务为个人债务，应以其个人财产清偿；如果夫妻之间即使约定实行分别财产制而第三人事先不知道，那么，夫妻一方以个人名义对外所负债务，则仍应认定为夫妻的共同债务，以夫妻共同财产清偿。至于第三人是否知道夫妻之间对财产有约定，由于现行婚姻法对夫妻财产约定未规定公示制度，且把举证责任归于夫妻一方，这无疑加大了操作的难度和夫妻的财产风险。因为：第一，第三人“知道”难于认定。夫妻财产约定是夫妻间的内部契约，具有隐秘性和任意性。当第三人与夫妻一方交易时，如若夫妻一方不明确告知，第三人很难得知财产约定的存在。第二，“举证”操作难。在经济交流日益频繁、快捷和人际关系复杂的现代社会里，即便是夫妻，对另一方

的行为也不可能完全了解。如果夫妻一方为达到与第三人交易的目的或其他个人目的，故意隐瞒实情或与第三人串通，夫妻中非交易一方的合法财产权益就难以保护。还有，以什么方式让第三人“知道”夫妻约定的存在，夫妻一方或双方以口头方式当面告知第三人或以书面形式通知第三人财产约定的存在，而第三人为追讨债权而否认“知道”时，夫妻一方将无法举证。

（三）夫妻债务制度的缺失

在民法上，财产既包括积极财产或称财产权利，也包括消极财产也即财产义务或称债务。同样，夫妻财产不仅包括财产权利，也应包括财产义务即债务。夫妻债务是夫妻财产制不可缺少的内容之一。夫妻财产制如果缺乏夫妻债务问题的相关制度，在理论和内容上都是不完整的。我国现行的夫妻财产制只注重对夫妻财产权的确认，局限于对夫妻财产的静态保护。然而，在婚姻关系存续期间，夫妻的财产权并非一成不变。随着我国社会主义市场经济快速发展和完善，现实中越来越多的家庭投身各种各样的经济活动以谋求财富增值，夫妻在对外的经济活动中，对夫妻财产的管理、使用、收益、处分等，这些行为往往形成夫妻财产权利义务的变动，产生相应的债权债务关系。因此，夫妻财产制应同样关注夫妻财产权的动态调整。夫妻债务问题是财产制度动态调整的重要一环，夫妻财产制如果缺少对夫妻债务关系的确认和规范，而只停留在财产权的确认上，则不能满足现实生活中夫妻财产关系变动的需求，也不利于夫妻与第三人交易的快捷与安全。

我国现行夫妻财产制中的夫妻债务制度的欠缺主要体现在以下几方面：

1. 夫妻财产制部分未对夫妻债务性质、清偿、分割等问题作出原则性规定，缺乏预设的统一规则进行引导与规范，导致夫妻财产制缺乏完整性与操作性。

2. 对夫妻共同债务和个人债务的范围、认定及举证责任的分配未作出具体的规定。这样就增加了夫妻之间的财产纠纷，不利于保护夫妻一方的合法权益，也给司法机关审理案件带来困难。在司法实践中，往往导致两种性质的债务相互混淆，而法官出于对债权人权益保护，往往作出有利于债权人的判决。

3. 规范夫妻债务问题的条文稀缺，现有的法律条文过分侧重于保护债权人利益，债权人与债务人利益严重失衡，加大夫妻一方的财产风险，给居心叵测之人以可乘之机。我国修正后的《婚姻法》对规范夫妻债务问题仅有两个条文涉及到。一是《婚姻法》第 19 条第 3 款对在夫妻约定实行分别财产制下的夫妻个人债务的规定。因其以第三人“知道该约定”为条件，且夫妻财产约定缺乏公示程序的规定，由此给第三人和夫妻一方所带来的财产风险，前面已经作了论述。这里不再重复。二是《婚姻法》第 41 条对离婚时夫妻共同债务及其清偿作了原则性规定，但对在婚姻关系存续期间形成的到期债务的清偿等相关问题未作出规范和调整。此外，最高人民法院的《司法解释（二）》中第 24 条更是混淆夫妻共同债务与个人债务、造成债权人与债务人利益失衡的直接源头。该条规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第 19 条第 3 款规定情形的除外。”这一规定至少有几点值得商榷：第一，夫妻一方能证明债权人与债务人明确约定为个人债务，在现实中，即便亲密如夫妻，一方对他（她）方的行为也不可能尽知，如果一方连对方借债的事情都不知道，又如何去证明债权人与债务人有约定？如果夫或妻一方未经对方同意，擅自甚至恶意向外负债，谁会明确约定为个人债务，即使是夫或妻想约定，债权人出于自身利益的考虑，也不会同意；第二，夫妻实行分别财产制，且第三人知道该约定，但夫妻内部的财产约定，第三人如何知道，怎么认定第三人知道，当第三人知道而否认时，夫妻一方又如何举证；第三，不论夫妻一方所借债务大小、用途及受益等具体情况，只要是在婚姻关系存续期间所借债务，债权人主张权利的，一概认定为夫妻共同债务。这无疑扩大了

夫妻日常生活代理权，如果过分扩大日常家事代理权的范围，会危及家庭财产关系的稳定，不恰当加重一方的经济风险承受能力，损害夫妻一方的财产利益，容易引发夫妻一方恶意举债或与第三人恶意串通，伪造债务，侵占对方财产的侵权行为。同时，也预示着法院办案不是以事实为根据，以法律为准绳，而是以债权人的意志为转移。

三、我国夫妻财产法律制度的完善

（一）完善夫妻法定财产制

1. 明确婚姻生效后财产的划分范围，随着市场经济的建立，人们收入的增多，财产在生产、交换、分配、消费中的流转愈来愈频繁。人们积累的财产不再限于储蓄，而是大多采用再投资的方法令财产保值、增值。如果财产归属不明，财产权利模糊不清，那么在商品交易中必然要损害到真正权利人的利益，也使得与之交易的第三人产生不信任感。有配偶都是否真正对某项财产拥有所有权，能否任意处分该财产，必须有赖于对婚姻存续期间的各项财产实行明确系统的划分。我国夫妻财产制度分为法定财产制和约定财产制，公民如果选择适用约定财产制度，那么排斥了法定财产制度的适用。其次，规定夫妻财产的形式，包括实物财产和财产权利，即有形财产和无形财产。将财产以结婚登记之日为分界点划分为婚前财产和婚后财产，按与公民身份密切程度划分为个人特有财产和夫妻共有财产。另外，对于所有权不明的财产，应当“ 谁主张，谁举证 ”，双方均无有力证据，人民法院又无法查实的，推定为夫妻共同财产。按以上原则划分财产，可以把夫妻婚姻关系存续期间拥有的财产大致划分出轮廓，便于确定财产所有权的归属。

2. 建立婚姻家庭财产登记制度，婚姻关系存续期间，如果夫妻财产划分的界限不甚明确，一旦感情破裂，对财产的争执就会酿成大的纠纷。夫妻财产内容在目前这种经济形势下越来越不仅仅限于夫妻之间，还涉及第三人的权利义务关系。解决此问题的关键是财产登记制度。在婚姻登记机关进行结婚登记时增设财产登记制度，应包含以下几方面的内容：(1) 约定财产制度的登记。在结婚时确定适用何种夫妻财产制度，法定或是约定式，并予以登记。(2) 对适用法定财产制度的，约定设立财产管理人，丈夫或妻子都可以作为约定的财产管理人。(3) 结婚时对各自的婚前财产登记造册，没有进行登记的财产视为共同财产，以上内容登记后一式三份，一份留存婚姻登记机关，其余由夫妻双方随结婚证各持一份。

3. 建立婚姻关系存续期间的财产管理制度，明确夫妻共同财产、夫妻个人财产的管理，有利于夫妻共同财产、夫妻个人财产的保值、增值，同时能避免因财产管理意见不一致而导致的夫妻关系破裂。(1) 对夫妻个人财产应由其本人享有占有、使用、收益和处分的权利，但法律另有规定或夫妻另有约定的除外；(2) 夫妻对共同财产享有平等地占有、使用、收益和处分的权利。夫妻可以协商由双方或一方管理并承担相应的财产责任；(3) 对共同财产做出重大处分时，须经夫妻双方同意，夫妻一方擅自处分的，他方有权主张无效，但不得对抗善意第三人，其因此所受到的损失可以请求做出擅自处分的一方以其个人财产进行赔偿。

（二）完善夫妻约定财产制

我国现行婚姻法仅以除外规范的方式对夫妻财产约定作原则上的肯定，没有更具体的规定，这种状况已不能满足在夫妻财产构成日趋复杂、财产数量不断增加的现实中，夫妻双方通过约定协调财产关系，维护财产权益的需求。

1. 明确规定夫妻个人特有财产的范围，加强对夫妻个人权利的保护，避免因财产归属认定不清而引起的财产纠纷，便于充分保护夫妻个人的合法权益。根据我国国情，本人认为夫妻个人特有财产的范围包括：(1) 婚前个人所有的财产和已取得的财产权利及其孳息。(2) 婚后夫妻一方具有专属性质的日常生活用品。(3) 婚后夫妻一方从事职业、业余爱好的专用

财产。(4) 婚后夫妻一方继承、受遗赠或受赠所得的财产和财产权利。(5) 婚后夫妻一方具有人身性质的补偿金、福利费、伤残补偿费、人身伤害赔偿金等；(6) 婚后夫妻一方在社会贡献中所得的荣誉奖品和奖金等。

2. 明确规定约定的有效条件。这些条件有：(1) 约定的主体必须是具有完全民事行为能力的夫妻双方，限制行为能力人和无行为能力人不得进行约定，夫妻财产的约定不适用代理制度。(2) 约定的双方必须是自愿的，并且双方意思表示其实，以欺诈、胁迫手段或乘人之危使对方违背真实意思表示做出的约定无效。(3) 约定的内容合法，约定财产制的标准包括婚前个人财产和婚后所得财产，约定的内容包括财产所有权归属、财产管理、使用收益、处分、家庭生活费用的负担等，约定内容必须符合法律和社会公共道德，夫妻双方不得通过约定规避法律义务或损害第三人的合法权益。(4) 约定的形式合法，对夫妻财产的约定必须以书面形式进行。

3. 明确规定约定的时间及其效力。夫妻财产约定可以在婚前，也可以在婚后进行，但应以书面形式进行。婚前所作的约定，应在婚姻登记机关进行登记，婚姻关系存续期间所作的约定必须经过公证，否则不得对抗第三人。夫妻双方对婚前财产和婚后的财产有约定的按约定处理，没有约定或者约定无效的，适用法定财产制。

4. 明确规定约定允许变更和撤销。夫妻进行财产约定后，应允许夫妻双方在一定条件下对约定做出变更或撤销。约定的变更和撤销必须以书面形式进行，而且原约定是在婚姻登记机关进行登记的，应到婚姻登记机关进行变更或撤销登记，原约定是经公证机关公证的，约定的变更和撤销必须经公证机关公证。

参考文献：

①杨立新：《债法总则研究[M]》，中国人民大学出版社，2006 年版。

②张贤钰：《婚姻家庭继承法（第三版）[M]》，法律出版杜，2004 年版。

③陈玉玲：《论我国夫妻财产制度及其完善[J]》，东南学术，2005 年第 6 期。

④陈丽华：《婚姻 · 家庭 · 继承》，中国社会科学出版社，1999 年版，第 80 页。

⑤李志敏主编：《比较家庭法》，北京大学出版社，1988 年版。

作者单位：安徽东山律师事务所

我国民事诉讼级别管辖研究

丁启峰

【内容摘要】级别管辖是民事诉讼重要的基础制度之一。由于我国现有的级别管辖立法粗疏，日益脱离实际，使得级别管辖无序的现象凸显于司法实践之中。应当以“争议标的额和案件性质相结合的标准”代替传统的案件性质、繁简程度和影响范围相结合的“三结合标准”，同时完善一些相关的法律制度，使级别管辖划分标准更为确定化。

【关键词】级别管辖　标准　完善

民事诉讼管辖制度是随着民事诉讼制度的建立而建立的，它是民事诉讼法学研究的一个重要方面。我国的《民事诉讼法》第 18-21 条规定了级别管辖，第 22-35 条规定了地域管辖。级别管辖是指按照一定的标准，划分上下级法院之间受理第一审民事案件的权限和分工，[①]又称为事物管辖。[②]我国现行的《民事诉讼法》和《人民法院组织法》规定了四个等级的人民法院管辖的第一审民事案件的范围。关于级别管辖，最高人民法院发布的司法解释进行了较多的规定，地方各级人民法院经最高院批准，也制定了各自辖区内的级别管辖规则。但是，这些司法解释和规定不便于统一理解和适用，由此带来的后果是很多地方的法院不同程度地违反法律规定和司法解释受理案件，这对司法公正的实现和当事人诉讼权利的维护产生了负面影响。针对级别管辖存在的问题，本文拟从设立民事诉讼级别管辖制度的法律理念入手，结合划分标准，借鉴吸收日本、德国等国家成功的立法例，在比较分析的基础上，完善我国的民事诉讼级别管辖制度。

一、级别管辖制度的法理透视

民事诉讼价值是民事诉讼所追求的理想和信念，它是民事诉讼作为程序法本身所应该具有的元素。作为民事诉讼的基本制度，管辖制度的产生与设定与民事诉讼的基本价值应密切相关。诉讼管辖作为民事诉讼相对独立的一个阶段，一个过程，它的建立必然有一个贯穿全部管辖制度用以指导诉讼管辖的基本理念，这种基本理念就是民事诉讼的程序价值。因此，从某种程度上说，民事诉讼管辖是实现民事诉讼价值的工具，民事诉讼价值是民事诉讼管辖制度的根本所在。我国的民事诉讼程序价值分为两个基本类型：内在价值（即目的性价值）和外在价值（即工具性价值）。管辖制度只有充分体现程序自由、公正和效益的内在价值，才能真正实现实体的公正与程序。

公正是一个永恒的主题，也是诉讼追求的最高目标。程序公正是民事诉讼程序制度所保障的价值核心，它要求程序规则即制度具有科学性，符合诉讼行为的客观规律。[③]立法应该将这种公正的理念反映到现实的程序中，管辖制度的设立应体现这一目标。在级别管辖中，如果案件是由当事人期望的依照法律享有管辖权的法院审理的，那么，就是公正的，否则为不公。因此任何未经正当程序提高或降低案件级别的做法都是不允许的。所以级别管辖的划分标准应当固定以达到确定化和精确量化，只有这样才能使管辖权作为一个确定无疑的连接点被确定下来，不致发生级别管辖混乱的现象。再如，程序公正价值中有一项很重要的原则就是法官中立原则。法官不能对任何一方当事人存有偏见或偏爱，同争议的事实和利益不得有关联。因此任何因地方保护主义和经济利益而对级别管辖带来的干涉应坚决予以摒除。公正与效益是市场经济下法律体系的两大价值目标。程序效益作为民事诉讼程序的内在价值

取向，它内含于程序的诸要素中，由这些要素来承载和体现。目前，学界已将诉讼成本这一经济分析方法导入了诉讼领域，传统的以诉讼公正作为司法正义的绝对法律价值目标理念逐步得到修正，人们考虑更多的是如何实现诉讼效益与诉讼公正的最佳整合。[④]因此，管辖制度的设置，不仅应当考虑对公正的追求，也应考虑对效益的追求。例如在级别管辖中，选择到一定级别的法院起诉以及法院是否受理时，从当事人角度看，要求降级诉讼费用，缩短诉讼周期，简化诉讼程序；从法院角度来讲，应便于法院调查取证，实施冻结、扣押财产等措施，便于法院采取先予执行、财产保全等措施，这些都涉及到效益问题。因此，在管辖制度中建立效益观念，对于降低当事人与法院的诉讼成本，有着重要的意义。再者，从管辖恒定的角度来看，既要考虑到诉讼经济的要求，又要避免因管辖变动而造成的司法资源的浪费，还要减少当事人的讼累，使诉讼尽快了结。

程序自由价值反映了民事诉讼程序价值的主体性尤其个体性。程序自由价值主要体现在：(1) 保障当事人的诉权不受审判权的贬损和压制；(2) 保证程序价值主体进行理性选择。[⑤]在级别管辖中，体现自由价值，就要保障当事人的诉讼权利充分、自由地行使，使之不受不正当的压制和侵犯。当当事人对级别管辖有异议时，法律应赋予他们提出异议的权利，并设置相关制度来维护当事人的这一权利。对当事人来讲，他们希望在一个公平自由的诉讼制度（包括管辖）下，顺利地完成诉讼从而实现自己的权利，如果首先因为管辖制度而使程序的运行困难重重，理所当然要影响到当事人权利的实现。对当事人来讲，自由价值是通过诉权对审判权的制约机制而得以保障的。因此，一个好的管辖制度要涉及到当事人诉讼权利的实现程度。

从诉讼程序的三大价值看，我国现行的级别管辖制度并非尽善尽美，有些规则仍需要很大的修改。我国目前采用的是案件性质、繁简程度和影响范围相结合的“ 三结合标准 ”。这一标准随着时间的推移和司法实践的发展，其实施过程中出现了很多问题。在当前表现最突出的就是级别管辖无序现象严重，管辖权冲突的现象层出不穷。不管是积极冲突还是消极冲突，事实上都是管辖制度设置的乏力和不到位引起的，都导致了具体案件审判权的落空，从而不利于维护民事诉讼的目的。其实，完善民事诉讼管辖制度的价值取向是一个公正与效益的问题。管辖权意味着给法院带来好的收益，于是群起而争之，此种效益就与当事人期望的公正以及法律设定上的公正产生了尖锐的矛盾。这种矛盾的根源在于对公正和效益定位的失调上。我国现行的民事诉讼法颁布于 1991 年，当时市场经济体制尚未具体建立，当时的公正与效益的定位拿到今天看未必是妥当的。因此，我们有必要重新完善我国的民事诉讼管辖制度。

二、现行级别管辖制度存在的不足

我国现行《民事诉讼法》第 2 章第 1 节规定的级别管辖采用的是案件性质、繁简程度和影响范围相结合的“ 三结合标准 ”，也就是说受理案件之时就要区分案件的简单与复杂、涉及面的宽与窄、处理结果的可预期的社会影响大小。应当说这一标准出发点很好，考虑全面周到，但实际执行起来却有很大困难。同时，级别管辖的相关制度和司法解释也落后于实际，不能满足司法实践的需要,出现了诸多问题：

1. 该标准缺乏可操作性，难以达到预期效果。一是该标准过于理想化了，实务操作起来很难。笔者曾在基层法院实习过，在接触了大量的案件和法官后，觉得这一标准并不可行。因为案件的性质、繁简程度和影响范围，在接触到每一个具体案件之前，往往是无从确定的。而级别管辖问题是在受理案件前所要解决的问题，而这个时候整个诉讼程序尚未启动，更不谈对整个案情的了解了。因此法院不可能在这个时候只听原告的陈述而确定自己能否受理这个案件，当事人也不可能清楚地知道应该向哪个法院起诉。二是该标准实施难度大，不容易把握。作为确定级别管辖之标准的案件的性质、繁简程度和影响范围，应当是明确的，而不

应该是笼统的规定，也就是说最好由法律直接列举出来。例如，中级人民法院审理的“重大涉外案件”，何谓“重大”，并不是一个确定性的标准，尽管最高人民法院对此有过解释，“重大”是指“争议标的额大或者案情复杂，或者居住在国外的当事人人数众多”，但争议标的额大的底线是多少，案情到何种程度为复杂，居住在国外的当事人为几人时为人数众多？这就难以把握，难免造成基层人民法院与中级人民法院在级别管辖上的冲突。三是由于该标准的不确定性，一些地方的法院随意抬高一审案件审理级别，从而给较高级别的法院带来了较重的审判任务。针对高级人民法院一审案件过多的现象，最高法院发布了[1999]11 号《关于各高级人民法院受理第一审民事、经济纠纷案件问题的通知》，通知对各高级人民法院每年受理第一审民事案件有了定额的要求，超过定额需要受理的，受理前须报最高院批准,如：浙江省高院每年的总数不得超过 8 件；江苏、山东和安徽高院每年的总数不得超过 5 件。这种限制反过来也说明了“三结合标准”本身的不确定性，因为在一个高级法院管辖区域内不可能正好只有限定数额的“复杂、影响大”的案件，正是由于该标准的不确定和它的主观随意性，最高院不堪重负，而不得不加以定额限制。

2. “争议标的额”这一“法外标准”的实施暴露了现有法律的种种不足。尽管我国级别管辖划分的“三结合标准”中没有争议标的额这一说，但最高人民法院很早就开始指导各地法院实施“争议标的额标准”。鉴于我国东西部经济发展不平衡的情况，最高院 1992 年颁布的《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>若干问题的意见》中，规定各高院可以“从本地实际情况出发，根据案情繁简、诉讼标的金额大小、在当地的影响等情况，对本辖区内一审案件的级别管辖提出意见，报最高人民法院批准。”依据该司法解释，各高级人民法院纷纷制定其管辖范围内的中级及基层人民法院受理案件的争议标的额的标准，对辖区内民事、经济纠纷案件的级别管辖作了划分。同时，最高院在 1998 年的一项司法解释中也专门规定了各省、自治区、直辖市的高级人民法院级别管辖的争议标的额标准。但是这些规定还存在着如下问题：

（1）我国地域辽阔，经济发展水平参差不齐，各地方法院在受理一审民事案件时也会因地区的不同而有所不同。例如各高级人民法院受理以财产为内容的第一审民事案件的争议标的额，北京、上海等不低于 1 亿元，福建、浙江等不低于 5000 万，江苏、山东等不低于 3000 万，其他各高级人民法院则不低于 1000 万；再如江苏省，将民事、经济类案件区分对待，根据经济发展水平的差异将各中级人民法院受理案件的争议标的额划分为好几个等级，苏州最高，其次为南京、无锡、常州等。这种差异直接导致的是同一案件在不同的地域就可能由不同级别的法院审理，有损诉讼的公平与公正。笔者还认为在当前条件下，不应该再把案件区分为民事、经济类，因为那是计划经济体制下的产物。在如今的市场经济条件下，并不存在这种划分的基础。因此，笔者主张应改变这种立法习惯，将民事经济类案件统一对待。

（2）各级人民法院的规定中尽管都以争议标的额作为划分级别管辖的标准，但均未对标的额的计算方法作出规定，因而带来了一些不确定的因素，因为不同的计算方法会得出不同的诉讼标的额，从而涉及到不同级别法院的管辖。这就不能不给当事人带来不必要的麻烦。在这里，日本新《民事诉讼法》可以成为我们的有益借鉴，该法典第 8 条 1 项，第 9 条 1 项，第 15 条作出了规定，诉讼标的额以起诉时为标准，按“诉中主张的利益”加以计算。如果一个诉讼包含若干个诉讼请求，则通过合并计算所有诉讼标的额来确定。但根据第 9 条，以收益、损害赔偿、违约金或费用是诉讼的诉讼标的，其价额不算入诉讼标的的价额。[⑥]《法国民事诉讼法》在其第三编第一章的“职权管辖”中也比较详细地规定了诉讼标的额的计算方法。[⑦]而对地方各级人民法院纷纷制定争议标的额的计算方法时，由最高院制定统一的争议标的额的计算方法日益显得重要。

（3）由于关于标的额的计算标准未能规范，不利于当事人行使诉权，并有可能导致当事人滥用诉权，因此容易出现挖此漏洞规避级别管辖谋取非法利益的现象。由于我国四级人

民法院都享有民事案件的一审管辖权，在有些情况下，当事人不了解各级人民法院根据诉讼标的金额对级别管辖所作的划分，所以其无法清楚且准确地把握和适用级别管辖的规定标准，不可能及时而有效地向法院提起诉讼。尽管最高院 1996 年 5 月 7 日的《关于案件级别管辖几个问题的批复》中规定：“ 当事人在诉讼中增加诉讼请求从而加大诉讼标的金额，致使诉讼标的金额超过受诉法院级别管辖权限的，一般不再变动。但是当事人故意规避有关级别管辖等规定的除外。但实际上这个规定并没有发挥其相应的作用，因为尽管该规定排除了故意规避级别管辖的情况，但是谁都知道，这是很难除外的，因为我们无法回答何谓故意规避，由谁来认定，由什么程序来纠正？当无法证明或无充分证明时，这种规避就是不可避免的。因此，有的学者认为在因增加诉讼请求使诉讼标的额超过受诉法院级别管辖时，得依一方当事人之申请，移至有管辖权的法院审理。[⑧]

3. 案件的受理违反级别管辖规定的，缺乏严格的管辖权异议程序。我国《民事诉讼法》第 38 条未明确规定当事人对级别管辖提出异议，但从其 “ 当事人对管辖有异议的…… ” 这一笼统规定中，可以推断出当事人是可以对级别管辖提出异议的。事实上，人民法院受理案件符合地域管辖的规定，并不必然表明符合级别管辖的规定。司法实践中，法院故意违反级别管辖而越权受理一审民事案件的情况经常发生。级别管辖是一种法定管辖，其设定是保障当事人正当选择和行使诉权的根据。假如不允许当事人对级别管辖提出异议，那么就有可能使法律规定的级别管辖得不到正确的实施。但是，当事人如何提出级别管辖异议，有没有期间限制，有没有法定的程序保障？这些问题在现行法律中是很难得到回答的。最高院 1995 年 7 月 3 日的《关于当事人就级别管辖提出异议应如何处理问题的函》规定了当事人有权就级别管辖提出异议，但是其中的某些规定却颇值得商榷。“ 当事人就级别管辖权提出异议的，受诉法院应当认真审查，确无管辖权的，应当将案件移送有管辖权的法院，并告知当事人，但不作裁定。受诉法院拒不移送，当事人向其上级法院反映情况并就此提出异议的，上级法院应当调查了解，认真研究，并作出相应的决定，如情况属实确有必要移送的，应当通知下级法院将案件移送有管辖权的法院 ”。显然，根据该函的规定，受诉法院对级别管辖异议不作裁定，只是 “ 告知 ”， 实际上等于剥夺了当事人通过正常诉讼程序维护自己利益的权利。因为，这种 “ 反映情况 ” 比起上诉，在解决管辖异议的效果上，肯定要差的多，不利于对当事人诉讼权益的维护。

三、他国立法的考察与借鉴

从各国民事诉讼法对一审案件由哪一级法院受理的规定看，大体上有两种类型：一种是所有的第一审民事案件的管辖权均属于基层法院，上级法院原则上不受理一审案件，美国联邦地区法院、法国[⑨]、俄罗斯以及我国台湾地区的法院即属于此种类型，这种类型实际上不存在级别管辖问题。另一种是划分基层法院和其上一级法院受理第一审民事案件的分工和权限，将第一审案件交给基层法院和其上一级法院审理，基层法院的受案范围是事件性质较为简单或需速审速结，或诉讼标的金额较少的事件。至于一般案件，归其上一级法院管辖，依普通程序审判。德国、日本、匈牙利、英国等属这种类型。这种级别管辖仅在两级法院之间对受理一审案件的权限进行分工，因而级别管辖问题相对来讲较为简单。

对于任何一个设置级别管辖或相关制度的国家，都是将重要的案件划归较高级别的法院管辖，把相对来讲不重要的案件分配给级别低的法院管辖。由此引起的问题是如何来区分案件的重要与否，也就是用什么标准来划分，这是所有设置级别管辖的民诉制度共同面对的问题。[⑩]因此,级别管辖制度最核心的问题是级别管辖划分标准的确定性问题。不同于我国的‘ 三结合标准 ”，西方国家大多是以 “ 争议标的额 ” 为首要标准的。

如德国和英国，根据争议标的额和案件的性质为标准，划分级别管辖划分的标准，使管

辖明白无误。他们的法律对案件的性质列出极为详细，区分也很具体。依据《德国法院组织法》和相关法律规定，初级法院管辖 1500 马克以下的一切案件和法律明确规定的 6 类案件，州法院（初级法院的上级法院）对不属于初级法院管辖的民事一审案件有管辖权，除非特别法院有管辖。[11]而英国的一审法院为高等法院和郡法院，其中，郡法院为民事审判的基层法院，管辖大部分的民事案件，主要包括诉讼金额 5000 英镑以内的债务、合同、侵权、租赁、动产返还案件；可估价金额不超过 1000 英镑的工地占有、抵押物合同案件；可估价金额不超过 5000 英镑的对作为营业场所的房屋提出新租赁申请 ;诉讼请求金额不超过 3000 英镑的衡平事项；对住房占有的保护案件；遗嘱检验案件；分期付款及其他管制协议案件。高等法院审理 15000 英镑以上的案件，人身损害赔偿诉讼请求金额超过 50000 英镑的案件及其他性质的案件。[12]

再如日本，没有做太多详细的划分，法律主要对初级法院的管辖范围作出明确区分。简易法院（最基层的法院）主要受理一些轻微的民事、刑事案件。按照《日本法院法》规定，简易法院管辖争议标的额 90 万日元以下的案件，超过 90 万日元的，由地方法院管辖。争议标的额 90 万日元以下的不动产案件，地方法院和简易法院共同享有管辖权。非财产诉讼，争议标的额视为超过 90 万日元，由地方法院管辖。[13]这种级别管辖的规定方法对我国有很大的借鉴意义。

从上文我们可以看出对级别管辖进行划分国家的民事诉讼立法，一般都是以争议标的额作为划分的主要标准的。这种一审管辖权的分配是简单明确的，无论是法院还是当事人都容易确定某一诉讼应当由哪一级法院管辖，而且法院之间也不可能发生管辖权争议。以争议标的额作为级别管辖划分的标准，有许多优点。其确定程度高，可精确量化，实务操作起来容易。具体表现在：1. 争议标的数额基本上能反映出案件的难易程度和影响的大小。争议标的额大的也就涉及到国家、集体或个人的大笔财产，案件大多比较复杂，将此类案件划到级别较高的人民法院管辖，既可以保证案件的审判质量，又可以起到良好的社会效果。2. 以争议标的额作为确定大多数案件级别管辖的标准，可以避免法院在确定级别管辖时带有过浓的主观性因素。因为案情繁简、影响范围都是不确定且看不见的因素，在很大程度上取决于法官的自由裁量，而以争议标的额作为划分级别管辖的标准，则客观明确，可操作性强，不容易发生管辖上的冲突，而且符合国际上通行的标准。3. 对于当事人来说，他们希望案件的受理所依据的是可以看得见的标准，否则就会产生较为感性的疑虑。而这种确定的标准能使当事人确信受理案件的法院是有权审理的，从而消除疑虑，以便顺利地推动整个诉讼进程。

四、我国级别管辖制度的完善建议

基于前文所述，我国目前的级别管辖制度正确实施起来难度很大，已经出现了很多不易解决的问题。而且，随着司法改革的不断深入和民事诉讼法学研究的日益发达，现行民事诉讼法的局限性和滞后性越来越明显，修改民事诉讼法的呼声也日益高涨。因此在下一步的民事诉讼法修改过程中，应当处理好设置级别管辖制度公正与效益的定位问题，有针对性地消除存在的问题，吸收国外先进的立法成果并结合我国立法现状，对我国级别管辖制度作适当调整。在修改和完善时应考虑到以下几个方面：

1. 完善民事诉讼法级别管辖立法体系，不再规定最高人民法院对民事一审案件享有管辖权，同时严格控制高级人民法院受理一审民事案件的范围，即不排除高级人民法院受理一审案件的可能性。随着多年的民事审判方式改革，加上法官素质的不断提高，基层人民法院和中级人民法院的法官已经具备了审理大多数一审民事案件的专业技能和职业道德水平，与其让高级人民法院审理大量一审案件而增加最高院审判任务，弱化最高院和高级人民法院的其他职能，还不如将最高院和高级人民法院从大量的审判任务中解脱出来。但是不能从根本

上取消高级人民法院受理一审民事案件，是因为中级人民法院特别是不发达地区的中级人民法院从整体上看还是属于级别较低的法院，审判员的业务水平和观察能力以及对法律的认识与理解能力都有一定的局限性，因此对于一些轰动全省全国，受舆论压力较大的大案要案，由高级人民法院审理起来更为妥当。对此在程序上如何处理，立法上可以借助民事诉讼法中的“ 管辖权上移 ”这一规定来处理。即当碰到此类案件时，下级法院可以报请上级法院审理，上级法院也可以按一定程序来提审。这样做一方面是控制了高级人民法院一审数量从而减少了最高院的二审负担，另一方面也保证了案件质量。

2. 将 “ 争议标的额和案件性质相结合的标准 ” 作为级别管辖划分的原则，明确基层人民法院和中级人民法院的管辖范围。采用争议标的额作为划分标准的理由前面已经论述过，这里不再赘述。案件的性质在一定程度上决定了案件的繁简程度和影响范围，如专利案件，由于案件涉及技术性，专业性强，一般法院审理起来难度较大，因此将此类案件作为中级人民法院管辖的第一审民事案件。再如重大涉外案件，其重大且涉外之性质本身就说明了这类案件的影响范围，因此案件的性质也可以作为确定级别管辖的标准。况且，原有的 “ 三结合标准 ” 中，首先就是将案件的性质作为划分级别管辖的标准之一的。只是作为确定级别管辖标准的案件性质应该是明确的，而不是目前这样笼统的规定，也就是说最好像德国、英国那样由法律直接列举出来。

因此，笔者主张将这两个标准结合起来，以争议标的额为主要标准，以案件性质为辅助标准，由最高人民法院在现有标准的基础上，考察各地的经济发展情况，经过必要的调查研究，制定出符合我国国情并且允许选择的几种标准，例如可以划分东部、中部和西部等几个有梯度的标准，各高级人民法院可根据当地情况自行选择一种，一经选择即具有司法解释的效力，不得随意变更。特别指出来的是要对基层人民法院管辖的一审案件作出明确规定，只有这样明确界限，才不至于发生管辖权冲突的现象。当然在当前市场经济条件下应当制定一个不分经济、民事纠纷的统一的民事案件级别管辖划分标准。对于离婚等非财产案件，应认定其为零争议标的额，根据案件的性质来确定其管辖法院。在这方面，上海市的做法值得效仿，其规定基层人民法院管辖的争议标的金额为 150 万元以下的普通案件，50 万元以下的涉外案件，200 万元以下的房地产案件，这就是将案件性质与争议标的额结合在一起来确定级别管辖。[14]

3. 顺应当前学界争议的焦点，修改《民事诉讼法》第 39 条的规定，删除下放性转移，只保留上调性转移部分。我国《民事诉讼法》第 39 条规定了上调性和下放性两种管辖权转移的情形。其中，管辖权向上转移是必要的，因为 “ 在审判实践中，管辖权转移的原因主要在于，案件虽属下级法院管辖范围，但案件影响较大，或者在执行政策法律时与有关部门争议很大，或者由下级法院审理可能使案件处理有失公平或产生不良影响 ”，[15]因此案件的上调性转移有利于保证案件审理质量，于案件和当事人均无不利。但是，管辖权向下转移则未必是好事。这样做一方面会给规避级别管辖留下可乘之机，另一方面会弱化程序保障和损害诉讼当事人的利益。如上级法院很可能基于某种目的将终审权留在自己手里而将案件下移，这样就容易出现很多司法腐败和地方保护现象。日本在这方面规定的比我们好，其民事诉讼法第 3l 条第 2、3 款则规定了简易法院裁量移送和必要移送，允许或者要求简易法院在一定情形下将其享有管辖权诉讼移送到所在地的地方法院，但却未规定地方法院可以将其管辖的诉讼移送给简易法院。[16]由此可见，他们虽有管辖权转移的规定，但未规定下放性转移，是允许上级法院提审那些依法定管辖应由下级法院受理的案件，而不允许上级法院将依法应由其管辖的案件交给下级法院审理。加上 “ 由上级法院审理下级法院管辖的诉讼，大多数情况下都会对案件作出正确的处理，而下级法院越级审理上级法院管辖的诉讼则有可能违背司法的正义理念，损害当事人的利益 ”。[17]另外，考虑到我国刑事诉讼法已经取消了管辖权向下转移，民事诉讼法也应当取消下放性转移的规定，而仅保留上调性转移部分的规定。

4. 由法律或司法解释明文规定级别管辖异议程序，改变当前含糊不清的规定。民事诉讼追求的最高理念是公正，这个公正既体现在实体法上即认清事实正确适用法律，也体现在程序法上即由享有管辖权的法院依据正当的诉讼程序，由中立的法官审理。因此，我们未来的民事诉讼管辖制度要充分体现这一点，赋予当事人对级别管辖提出异议的权利。当事人提出级别管辖权异议，是一种行使诉讼权利的诉讼行为，要给予保护。对此在程序上如何处理，立法上可以参照处理地域管辖权异议的程序。即首先要赋予当事人（包括原告、被告和有独立请求权的第三人）提出级别管辖权异议的权利，其次是当事人在向受诉法院提出异议时，受诉法院要作出相应裁定，在裁定驳回其管辖权异议时要赋予当事人上诉权，上级法院对不服管辖权异议裁定的上诉案件可以作出相应的裁定予以维持或移送。这样才能从程序上充分保障当事人诉权的行使，才符合程序合理、程序规范化的要求，也才能使整个民事诉讼程序顺利进行。

注释及参考文献：

①江伟：《民事诉讼法》，高等教育出版社、北京大学出版社 2000 年版，第 76 页。

②在德国，级别管辖称为事物管辖(sachliche Zust?ndigkeit),在美国也称为事物管辖（Subject matter jurisdiction）,系指按诉讼标的确定的管辖权。

③肖建国：《民事诉讼程序价值论》，中国人民大学出版社 2002 年版，第 109 页。

④赵刚、占善刚：《诉讼成本控制论》,《法学研究》1997 年第 1 期。

⑤肖建国：《民事诉讼程序价值论》，中国人民法学出版社 2002 年版，第 96 页。

⑥常怡主编：《比较民事诉讼法》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 255 页。

⑦罗结珍译：《法国民事诉讼法典》，中国法制出版社 1999 年版，第 10-11 页。

⑧黄川：《民事诉讼管辖研究——制度、案例与问题》，中国法制出版社 2000 年版，第 107 页。

⑨法国的基层法院分为大审法院、小审法院、商事法院、劳动法院、社会保障法院和农事借贷法院。一审案件根据诉讼标的额和案件性质由这六种法院管辖。张卫平、陈刚：《法国民事诉讼法导论》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 39-42 页。

⑩李浩：《民事诉讼级别管辖存在的问题及其改进》,《现代法学》1996 年第 4 期。

⑪这 6 类案件包括出租人与承租人的大部分争执；旅客和旅客业主、车辆运输人与货主之间的争执；关于家畜的残缺的一切争执；关于法定扶养费的一切争执；非婚生子女问题；假如抵押标的物所在地的初级法院对该标的物引起的争执有管辖权。常怡主编：《比较民事诉讼法》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 254 页。

⑫徐昕：《英国民事诉讼与民事司法改革》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 61-63 页。

⑬兼子一、竹下守夫：《民事诉讼法》，白绿铉译，法律出版社 1995 年版，第 19 页。

⑭黄川：《民事诉讼管辖研究——制度、案例与问题》，中国法制出版社 2000 年版，第 87 页。

⑮齐树洁：《民事程序法》，厦门大学出版社 2002 年版，第 104 页。

⑯黄川：《民事诉讼管辖研究——制度、案例与问题》，中国法制出版社 2000 年版，第 237 页。

⑰常怡主编：《比较民事诉讼法》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 258 页。

作者单位：安徽东山律师事务所

关于我国仲裁司法监督制度的思考

沈国松

【内容摘要】仲裁作为一种非司法方式解决民商事法律纷争的途径，已成为一项重要的法律制度，为我国社会主义市场经济建设起到一定促进、保障作用。申请撤销仲裁裁决制度和不予执行仲裁裁决制度是人民法院对仲裁裁决进行司法监督的两种方式。这两种制度虽然相互独立、各具特点，但审查内容又有重复和不一致的地方，形成了矛盾和冲突。司法实践中，由于仲裁司法监督制度尚不完善，导致当事人的合法权益无法保障，造成审判资源浪费，不能真正体现仲裁与司法的监督关系。

【关键词】司法监督　撤销仲裁裁决　不予执行仲裁裁决　实体　程序

随着市场经济建设的飞跃发展，我国仲裁制度的建立为经济建设过程中产生的法律纷争提供了一种非司法方式的解决途径，公平、公正、便捷、有效地处理平等主体之间产生的争议，为经济建设发展起到一定促进、保障作用。仲裁是指当事人在平等自愿的基础上达成仲裁条款或协议，将纠纷提交非司法机构的仲裁机构审理，并作出对当事人各方均有法律约束力的裁决的一种解决纠纷的制度或者方式。这是一种制度化的司法外解决争议的方式，充分体现了意识自治原则，与诉讼制度和审判机关的司法活动存在着密切的关系。也就是说，仲裁与诉讼的关系，实质就是仲裁与司法权的关系，或者说是仲裁机构与审判机关的关系，或是司法（法院）对仲裁的监督关系。[①]

我国《仲裁法》第 58 条对申请撤销仲裁裁决作了规定;《民事诉讼法》第 213 条对不予执行仲裁裁决作了规定；《最高人民法院关于适用<中华人民共和国仲裁法>若干问题的解释》对申请撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决又作了规定。这些法律及司法解释规定，充分体现了司法（法院）对仲裁的监督关系，即对仲裁裁决的司法复审。[②]归纳起来具体分为二种，即申请撤销仲裁裁决制度和申请不予执行仲裁裁决制度。但是，司法实践中，申请撤销仲裁裁决制度和申请不予执行仲裁裁决制度也存在着问题，尚不完善，笔者对此谈谈自己的观点，并请各位同仁指正。

一、申请撤销仲裁裁决之局限

我国《仲裁法》对申请撤销仲裁裁决制度作了规定，是指对符合法定应予撤销情形的仲裁裁决，经由当事人提出申请，人民法院组成合议庭审查核实，裁定撤销仲裁裁决的行为。《仲裁法》第 58 条规定，仲裁当事人提供证据证明有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：(一)没有仲裁协议；(二)裁决事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁；(三)仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序；(四)裁决所根据的证据是伪造的；(五)对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据；(六)仲裁员在仲裁该案件时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决的行为。另外，人民法院认为仲裁裁决违背公共利益的，应当予以撤销。

从《仲裁法》第 58 条具体条文来看,涉及两方面内容：

1. 该条第一项“ 没有仲裁协议 ”、第二项“ 裁决事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁 ”、第三项“ 仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序 ”、第六项“ 仲裁

员在仲裁该案件时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决的行为”，上述规定的审查内容并不是针对仲裁争议事项的实体内容，对案件争议事实不进行直接评判，而是从程序上间接否定仲裁裁决的合法性；

2. 该条第四项“裁决所根据的证据是伪造的”、第五项“对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据”;该条第 3 款“人民法院认定该裁决违背社会公共利益的，应当裁定撤销”，这三项规定针对对象是仲裁争议事项的实体内容，属于对仲裁裁决实体内容的审查和监督。但是，第四、五项规定又存在一定的局限性，这种局限性表现在审查的对象特指“证据”，即证据是伪造的或是当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据，仅注重这两类证据特指的事实问题，而忽略适用法律问题。该条第 3 款规定过于原则而不具体，“公共利益”不同法系有不同的称谓，大陆法系国家称为“公共秩序”，英美法系国家称为“公共政策”，台湾地区法律称为“公序良俗”，通常都是指国家社会存在及其发展所必要的一般秩序。乃至私有财产、财产继承，皆属于公共秩序。[③]我国在法律上并没有对“公共利益”的范围予以明确界定，形成理解和认识上的分歧，法律适用上存在着无法准确把握和操作性不强等诸多问题。

2006 年 9 月，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国仲裁法>若干问题的解释》实施，该解释从司法解释上又明确了申请撤销仲裁裁决制度和申请不予执行仲裁裁决制度，但内容上并没有重大突破，有关这两项制度并没有更加具体的新规定，与《仲裁法》第 58 条和《民事诉讼法》第 213 条规定基本一致。

笔者认为，《仲裁法》第 58 条规定和《最高人民法院关于适用<中华人民共和国仲裁法>若干问题的解释》存在一定欠缺，司法实践中，不能真正做到对仲裁裁决进行严格的实体内容审查和监督，容易出现流于形式、敷衍了事的对待裁决，继而忽略实质问题，导致司法审查、监督不严给当事人带来不公正的结果。理论上，实体内容是与当事人的权利义务有直接联系的事实与法律。如果不对实体内容进行严格审查，而过于程序化，当事人的正当理由得不到支持，合法权益的保护难以实现，维护法律的公正只是空谈。司法实务中，由于法律规定存在的缺陷，多数人认为《仲裁法》第 58 条规定是程序审查，造成审查范围局限，监督流于形式，未能真正切入实质。

二、不予执行仲裁裁决之审查标准

不予执行仲裁裁决是《民事诉讼法》规定的，是在执行程序对仲裁裁决进行司法审查。《民事诉讼法》第 213 条规定，对依法设立的仲裁机构的裁决，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行。被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：(一)当事人在合同中没有订立仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；(二)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的；(三)仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；(四)认定事实的主要证据不足的；(五)适用法律确有错误的；(六)仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。

该条文规定与《仲裁法》第 58 条规定，存在两个不同方面：申请撤销裁决的规定是：裁决所根据的证据是伪造的，对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；而不予执行裁决的规定是：认定事实的主要证据不足的，适用法律确有错误的。这可以明显看出，不予执行裁决的规定对实体内容审查较申请撤销裁决的规定更为具体、严格，包括争议事实和法律适用问题。但也反映出这两种审查和监督方式存在标准不统一的问题，继而可能出现当事人申请撤销裁决未能实现的情况下，又以同一事实与理由申请不予执行仲裁裁决。当然，当事

人行使这一救济权利是可以的，也可能理由是正确的，但这是对司法资源的浪费。

笔者认为，司法实践中，这样的情况普遍存在，而真正按照《民事诉讼法》第 213 条规定组成合议庭审查核实的又有多少呢？审查核实是采取审判方式、还是听证方式或是书面审理？法律上目前还没有详细规定，实务操作存在诸多问题难以解决。另外，司法人员的职业素质和理论水平的差异，也影响着当事人行使权利，妨碍了司法公正，使当事人的合法权益无法得到保护。

三、统一或合并申请撤销仲裁裁决和申请不予执行仲裁裁决的审查标准或程序

申请撤销仲裁裁决是《仲裁法》规定的，申请不予执行仲裁裁决是《民事诉讼法》规定的，虽然申请撤销裁决和申请不予执行裁决的审查程序相互独立、各具特点，但审查内容又有重复和不一致的地方，导致矛盾和冲突。这种矛盾和冲突也反映出申请撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决审查标准存在程序和实体上的差异，司法审查存在“双轨制”。④

笔者认为，解决这一矛盾和冲突的方法可以采取统一申请撤销仲裁裁决和申请不予执行仲裁裁决的审查标准或合并申请撤销仲裁裁决和申请不予执行仲裁裁决的审查程序。如果采取“统一审查标准”，这样对于当事人来说，在选择了一种司法审查程序之后，就排除了他再启动另一种司法审查程序的可能性，使得仲裁裁决只经由一项司法审查程序而具有终审效力；如果采取“合并审查程序”，即把两个审查程序合并为一，也使得裁决只经一次司法审查程序而终审。这不仅有利于保护当事人的合法权益，而且避免审判资源浪费，更能真正体现仲裁与司法的监督关系。

我国仲裁法实施已十五余载，仲裁已成为解决民商事经济纠纷的重要法律制度。随着我国仲裁制度的不断完善，仲裁与司法的关系日趋合理，我国仲裁裁决司法监督制度必将更加完善，法院对仲裁的支持和监督力度会进一步加强。仲裁在解决经济纠纷、促进社会和谐中必定会发挥越来越重要的作用。

参考文献：

①孙瑞玺：《国内民商事仲裁司法监督制度研究》《中国民商法律网》程序法学。

②江伟、李浩：《论人民法院与仲裁机构的新型关系》，《法学评论》1994 年第四期。

③梁慧星：《市场经济与公序良俗原则》，梁慧星主编：《民商法论丛》，法律出版社，1994 年第 1 号，总第 1 卷，第 49-50 页。

④马培培：《论司法对仲裁的支持与监督》，《天津仲裁》2006 年第 2 期。

作者单位：安徽震一律师事务所

律师在民事再审诉讼中新证据实务分析

谢晓剑

【内容摘要】新证据的提出和认定，是近年来民事审判实践中的热点和难点问题，直接关系到民事再审程序公正与实体公正，也直接关系到律师能否在民事再审诉讼中取得良好的实务效果。笔者试结合我国《民事诉讼法》关于民事再审的规定、《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>审判监督程序若干问题的解释》（以下简称《解释》）以及最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）的相关规定对“新的证据”，在民事再审诉讼中的实务问题进行分析，从新证据的法律界定、特征分析及几种情形之间的关系三个方面谈谈粗浅的看法。

【关键词】民事再审　新证据　实务分析

“有新的证据，足以推翻原判决、裁定的”是我国《民事诉讼法》第179条第1款列举了十三项当事人申请再审的事由之一。那么，什么是再审中的新证据、如何认定再审中新的证据，成为分析审查这一法定再审事由的关键。2008年12月1日颁布施行的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>审判监督程序若干问题的解释》分别在第10条和第39条对民事再审程序中新证据进行了比较具体的规定，对律师在审判监督程序中意义重大。笔者参照相关法律规定及司法解释从以下三个方面对“新证据”在民事再审实务中进行分析。

一、“新证据”的法律界定

《解释》第10条第1款具体列举了“新的证据”的三种情形：(一)原审庭审结束前已客观存在庭审结束后新发现的证据；(二)原审庭审结束前已经发现，但因客观原因无法取得或在规定的期限内不能提供的证据；(三)原审庭审结束后原作出鉴定结论、勘验笔录者重新鉴定、勘验，推翻原结论的证据。第10条第2款对“应当视为新的证据”作出了规定：“当事人在原审中提供的主要证据，原审未予质证、认证，但足以推翻原判决、裁定的，应当视为新的证据。”2008年12月11日最高人民法院发布了《关于适用<关于民事诉讼证据的若干规定>中有关举证时限规定的通知》(以下简称《通知》)，该《通知》第10条专门对如何认定新证据做出了补充规定，即人民法院对“新的证据”的认定需要综合考虑两个方面的因素：一是证据是否在举证期限或者《证据规定》第41条、第44条规定的其他期限内已经客观存在；二是当事人未在期限或者司法解释规定的其他期限内提供证据，是否存在故意或者重大过失的情形。可见，《通知》对适用过程中争议比较大的新证据的认定判断问题，从两个方面提出了解决的思路：其一是通过对举证期限的理解，在一定程度上降低新的证据出现的几率；其二是通过规定认定新的证据的指导性标准，为人民法院在适用中提供参考。该指导性标准，能够在一定程度上减少人民法院在新证据认定上的随意性，为人民法院在认定新的证据的过程中提供裁量的尺度。作为审判程序之一的再审程序对新证据的认定同样必须综合考虑这两个方面的因素。

二、“新证据”的特征分析

根据上述司法解释关于再审新证据的规定，笔者从证据出现和提交的时间、与原裁判讼争主要事实的关系以及证据提交人的主观心态等方面对再审诉讼中新证据的四种情形进行分析界定。

(一)再审诉讼中新证据四种情形的共同特征

1. 新证据必须是在再审期间提交的，原审期间已提交的证据明显不属于再审新证据的范畴，当事人在原审中提供的主要证据，原审未予质证、认证，但足以推翻原判决、裁定视为新证据的除外。同时，要正确区分“新的证据”与“新提交的证据”。“新的证据”是指虽然在举证期限届满后提出，但未失去证据资格的证据；而“新提交的证据”是指当事人在举证期限届满后向人民法院提交的证据。两者之间是交叉关系，即“新的证据”不一定是“新提交的证据”，如“视为新证据”的情形。同样，“新提交的证据”也未必一定是“新的证据”。

2. 当事人提出“新的证据”，主观上不存在故意和重大过失。这是再审新证据的主观要件。无论是新形成的新证据还是原审中就已经存在而再审时才发现的新证据，都强调了因客观原因当事人无法提供证据。原因在于，举证时限制度的建立主要目的是防止证据突袭，提高诉讼效率，实现程序正义，但在公正与效率这一对价值目标中，必须在程序正义和实体正义之间求得平衡，实现公正与效率的和谐统一，最大限度地维护当事人的合法权益。因此，《证据规定》确立了证据制度，新的证据作为证据失权制度的例外，其价值本身也就在于此。再审程序也不例外，尽管再审程序是一种特殊的纠错和补救程序，对其启动条件限制较为严格，但在当事人具有客观原因提出新的证据且足以推翻原判决、裁定的，还是要确认当事人提出“新的证据”的效力，最终实现实体裁判的公正。根据《通知》精神，对原审中逾期提交的证据，如果原审法官仅仅由于当事人的一般过失甚至轻微过失便使证据失权的，再审中应当把它认定为新证据。

3. 新证据必须与原审事实相关联且与原审诉讼具有不可分性。再审程序是在原审诉讼基础上的延续和补充，是相对于原审的特别救济程序。因此，再审诉讼中的新证据必须与原审事实及诉讼请求相关联。如果该新的证据与原审事实没有关联性，或者再审新证据与原审诉讼具有可分性，能够形成新的事实以及新的诉讼请求，则该证据就不能作为再审诉讼中新的证据，当事人可以另行起诉处理，不应冲破原审裁判的既判力而启动再审程序。因为再审诉讼限制在原审范围内，是对原审裁判在事实认定、适用法律方面是否存在错误进行审查，故再审中不允许当事人增加、变更诉讼请求和提出反诉。最高人民法院相关司法解释均有明确规定。比如，1984 年 8 月 30 日，最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第 23 条规定：“子女由于生活和受教育的需要，或者父母一方的经济情况有较大的变化，因而提出改变原定抚养费数额的，应由当事人双方先行协议，协议不成时，根据实际情况判决。父母对子女的抚养义务到子女独立生活时止。”最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第 15 条规定：“离婚后，一方要求变更子女抚养关系的，或者子女要求增加抚育费的，应另行起诉。”2002 年 7 月 1 8 日，最高人民法院公布的《关于民事损害赔偿案件当事人的再审申请超出原审诉讼请求人民法院是否应当再审问题的批复》规定：“民事损害赔偿案件当事人的再审申请超出原审诉讼请求，或者当事人在原审判决、裁定执行终结前，以物价变动等为由向人民法院申请再审的，人民法院应当依法予以驳回。”因此，对此类情况，必须另行起诉，而不是通过对已生效裁判的案件申请再审来处理。

4. 新的证据必须产生足以推翻原判决、裁定的证明力。再审程序的启动比较严格，目的在于维护已经生效裁判的稳定性和权威性。因此，当事人提出新的证据，要能够证明原审裁判在认定事实或适用法律等方面存在错误，即民事诉讼法所规定的“足以推翻原判决、裁定”的程度。反之，如果当事人提出新的证据仅是一般的证据材料，或者对原审裁判没有什

么实质影响，或者仅能证明原审裁判存在细小瑕疵，并未达到启动再审程序的条件，这些证据都不是民事诉讼法所规定的严格意义上的“新证据”。

(二)“原审庭审结束前已客观存在庭审结束后新发现的证据”的特征分析

所谓“原审庭审结束前已客观存在庭审结束后新发现的证据”，是指新发现的原先就形成的证据，即所谓“新发现的旧证据”，这是最严格意义上的新的证据。律师在实务操作时着重注意以下两点：

1. 该新证据必须是原审庭审结束前已经客观存在，即旧证据、老证据、原先已形成的证据，即在规定期限届满前就已经客观存在，只不过在规定期限当事人尚未发现或者因客观原因未能提出，故有人将该类新证据称之为“新发现的老证据”。对于原审庭审终结之后新形成的证据，因该类证据在原审中未出现，故应将该新形成的证据排除在新证据之外。

2. 该新证据必须是原审庭审结束后新发现的证据。发现的时间必须是原审庭审结束后，对于原审庭审结束前已经发现的证据不是该款规定的“新的证据”。

(三)“原审庭审结束前已经发现，但因客观原因无法取得或在规定的期限内不能提供的证据”的特征分析

所谓“原审庭审结束前已经发现，但当事人因客观原因无法取得或者在规定的期限内不能提供的证据”，主要是指在正常情况下当事人应当知道该证据已经存在，但因客观原因无法获得该证据。理解时着重把握以下三点：

1. 该新的证据在原审庭审结束前已经客观存在，这与第一种新证据的情形是相同的。

2. 该新的证据在原审庭审结束前就已经被发现，这就说明新的证据不一定是新发现的证据，也有可能是原审庭审结束前已经发现，甚至是在起诉等规定期限内就已经发现，但因客观原因无法取得或在规定期限内不能提供的证据。比如人身损害赔偿案件中，当事人明知有路人目击，且路人目击的证言是本案审理的重要证据，但由于客观原因一时无法找到该目击证人而使原告承担了不利的后果，原审审理完毕后却找到了该目击证人对重要事实进行作证，属于再审诉讼中的新证据，当事人可以申请再审。

3. 如何理解该情形规定的“客观原因”，笔者认为应当与提交人的主观心理状态结合起来综合考虑，既包括客观不能，即在规定的举证期限内，任何处于同一条件下的当事人都不可能获得该证据，也包括因当事人的自身因素，如当事人的一般过失而丧失及时取得或及时向人民法院提供证据的机会。

（四）“原审庭审结束后原作出鉴定结论、勘验笔录者重新鉴定、勘验，推翻原结论的证据”的特征分析

所谓“原审庭审结束后原作出鉴定结论、勘验笔录者重新鉴定、勘验，推翻原结论的证据”，是指同一家鉴定结论、勘验笔录者根据同样的检材，重新作出鉴定结论、勘验笔录。推翻自己原先作出的鉴定结论、勘验笔录的情形。笔者认为，这是司法解释规定再审诉讼新证据四种情形中唯一一种新形成的证据，它与其他三种新证据不同，其他三种新证据必须是原审庭审结束前已经客观存在，是老证据、原先已形成的证据，而该新证据的情形不仅是法律意义上的新证据，而且还是新形成的新证据。

（五）“视为新的证据”的特征分析

“当事人在原审中提供的主要证据，原审未予质证、认证，但足以推翻原判决、裁定的，应当视为新的证据”的规定，主要是兼顾现实国情和解决申请再审难问题。在司法实践中，有的案件的当事人在原审法定期间或指定期间内已经提交了证据，但由于承办法官的业务能力等原因，未对该证据予以审理认定。如果对这类证据不纳入“再审新证据”，将严重影响当事人的合法权益以及司法公正。另外，在再审诉讼中，经常发生一些当事人在超出举证时限后提供了重要证据，另一方当事人以超出举证时限不予质证的情况，原审法院在未予质证

的情况下当然的未在判决、裁定中加以认证，即不将该证据作为认定案件事实的依据。但由于该证据足以证明作出的原判决、裁定确有错误，足以推翻原判决、裁定，如果当事人以该证据申请再审得不到支持，便会导致大量的上访案件，甚至引起比较强烈的社会反应。因此，在比较权衡程序正义和实质正义的情况下，《解释》作出了“视为新的证据”的规定。实际上，后一种情况已经超出了该条文本身的含义，是对该条文的扩大理解。

三、正确理清新证据四种情形之间的关系

1. 对于新证据的种类并未明确规定，也没有限定在书证、物证上，因此，我们认为新证据应当覆盖民事诉讼法所规定的七种证据，包括当事人陈述。从这一点，我们也可以看出，我国对新证据的界定是比较宽松的。

2. 新证据第二种情形与第四种情形的关系。根据《解释》对第二种新证据的界定，当事人在“原审庭审结束前已经发现，但因客观原因无法取得或在规定期限内不能提供的证据”才是新证据，既然限定在由于客观原因无法取得或者未能在规定期限内提交，如果并非是客观方面的原因，而是可归咎于当事人主观方面的原因在原审中已被失权的证据，按照对第二种情形新证据的反面解释，就不能算作是再审中的新证据，就不能再以此作为申请再审的事由。但问题在于，这些不能作为新证据的证据，既然被当事人作为再审的理由，一般都相当重要，往往具有推翻原裁判的效力，所以如何对待这样的证据，仍然是新证据认定过程中无法回避的问题。笔者认为，主要从当事人的主观心理状态来考虑，如果当事人的确是由于故意或者重大过失而逾期提交的，即便该证据具有推翻原审裁判的效力，人民法院也不能认定为该证据是再审诉讼中的新证据来打破原审裁判的既判力。

3. 新证据前三种情形与第四种“视为新证据”情形的关系。从《解释》第 10 条关于三种新证据的逻辑关系来看，应当认为视为新的证据是对前面三种具体性证据的补充，其本意是某一原审庭审结束前已经发现的证据即便不是因客观原因而无法取得或者未在规定期限内提交，即使原审法院按照《证据规定》对它们采取了证据失权而未组织质证，只要它们具有足以推翻原裁判的证明力，人民法院在再审程序中也应当把它们看作是新证据。

对于新证据的认定和判断，在民事再审实务中是一个比较复杂且富有争议的问题，没有可供遵循的先例，其他国家也没有明确具体的标准可供参照，都是由审理案件的法官根据上述三部司法解释的规定进行自由裁量，新的证据的判断只有结合案件的具体情况才能较好的平衡实体公正和程序公正的要求。因此律师需要在千变万化的再审实务中发掘总结出新证据的共性与特性，更科学运用新证据，从而达到更好的实务效果。

参考文献：

①江伟主编：《民事诉讼法》，北京大学出版社。

②黄松有主编：《民事诉讼证据司法解释的理解与适用》，中国法制出版社。

③李国光主编：《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定的理解与适用》，中国法制出版社。

④毕玉谦主编：《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定释解与适用》，中国民主法制出版社。

⑤李浩：《点评“关于新证据若干问题的探析”》，人民法院报 2003 年 6 月 17 日理论版。

作者单位：安徽地平律师事务所

浅论道路交通事故责任认定“动力学原理”

赵洪亮

【内容摘要】道路交通事故责任认定“动力学原理”，就是根据违法行为在交通事故发生中是否处于主动地位，是否是促成交通事故发生的内在动力去认定事故责任的一种理论。如果当事人的违法行为在交通事故中处于主动地位，是促成交通事故发生的内在动力，则认为违法行为与交通事故之间具有因果关系，违法行为在交通事故中发生中起作用，当事人就应当负事故责任。违法行为作用大，则事故责任大；违法行为作用小，则事故责任小。在进行交通事故责任认定时，应当根据右侧通行原则、各行其道原则、优先通行原则、确保安全原则这四项基本原则去确定违法行为在交通事故中是否处于主动地位、是否是促成事故发生的内在动力，从而作出客观正确的交通事故责任认定。

【关键词】事故责任　认定　动力

《道路交通安全法》第 73 条规定：“公安机关交通管理部门应当根据交通事故现场勘验、检查、调查情况和有关的检验、鉴定结论，及时制作交通事故认定书，作为处理交通事故的证据。交通事故认定书应当载明交通事故的基本事实、成因和当事人的责任，并送达当事人。”《道路交通安全法实施条例》第 91 条规定：“公安机关交通管理部门应当根据交通事故当事人的行为对发生交通事故所起的作用以及过错的严重程度，确定当事人的责任。”由此可见，公安机关交通管理部门在定责时，就是根据当事人的违法行为与交通事故之间的因果关系，以及当事人的违法行为对发生交通事故所起的作用，并结合其过错的严重程度，确定当事人的责任。当事人有违法行为，其违法行为与交通事故之间具有因果关系，就应当负事故责任；当事人没有违法行为，或者虽有违法行为，但其违法行为与交通事故之间没有因果关系的，则不负事故责任。这就是交通事故责任认定的“因果归责”原则。

但是，应当如何认定违法行为与交通事故的因果关系及违法行为在交通事故中的作用，却一直是交通事故责任认定中的重点与难点。笔者总结多年来办理交通事故案件的经验与体会，对违法行为与交通事故的因果关系及违法行为在交通事故中的作用，进行了深入的研究，提出了交通事故责任认定的“动力学原理”，以此来认定违法行为与交通事故之间是否具有因果关系、违法行为在事故中是否起作用以及作用的大小，从而确定当事人的事故责任。

所谓“动力学原理”，就是根据违法行为在交通事故发生中是否处于主动地位，是否是促成交通事故发生的内在动力去认定事故责任的一种理论。如果当事人的违法行为在交通事故中处于主动地位，是促成交通事故发生的内在动力，则认为违法行为与交通事故之间具有因果关系，违法行为在交通事故中发生中起作用，当事人就应当负事故责任。违法行为作用大，则事故责任大；违法行为作用小，则事故责任小。在进行交通事故责任认定时，应当根据以下四项基本原则去确定违法行为在交通事故中是否处于主动地位、是否是促成事故发生的内在动力。

一、右侧通行原则

《道路交通安全法》第 35 条规定：“机动车、非机动车实行右侧通行。”这就是道路

交通中右侧通行原则。可以说，右侧通行原则是我国道路交通的一项最基本的原则。在交通事故处理中，当事人违反了右侧通行原则，就意味着侵害了对方当事人合法的通行权利，因此，可以认定当事人的这一违法行为在交通事故发生中处于主动地位，是促成事故发生的内在动力，违法行为与交通事故之间具有因果关系，当事人应当负事故责任。

二、各行其道原则

目前，我国道路上实行的大多是一种混合式的交通方式，车辆、行人在同一道路上通行。为确保交通安全，防止交通权利发生冲突，车辆、行人就必须各行其道。因此，《道路交通安全法》 第 36 条规定：“ 根据道路条件和通行需要，道路划分为机动车道、非机动车道和人行道的，机动车、非机动车、行人实行分道通行。没有划分机动车道、非机动车道和人行道的，机动车在道路中间通行，非机动车和行人在道路两侧通行。 ”第 37 条：“ 道路划设专用车道的，在专用车道内，只准许规定的车辆通行，其他车辆不得进入专用车道内行驶。”这就是道路交通中各行其道原则。在交通事故处理中，当事人违反各行其道原则，必然会妨碍、影响、侵犯对方当事人合法的通行权利。因此，可以认定这一违法行为在交通事故发生中处于主动地位，是促成事故发生的内在动力，违法行为与交通事故之间的因果关系，当事人应当负事故责任。

三、优先通行原则

一方车辆或行人与另一方车辆或行人的通行权发生矛盾、冲突时，一方车辆或行人享有优先通行权，即另一方车辆或行人应当让一方车辆或行人优先通行，这就是优先通行原则。例如：《道路交通安全法实施条例》第 48 条规定：“ 在没有中心隔离设施或者没有中心线的道路上，机动车遇相对方向来车时应当遵守下列规定……(二)在有障碍的路段，无障碍的一方先行；但有障碍的一方已驶入障碍路段而无障碍的一方未驶入时，有障碍的一方先行；(三)在狭窄的坡路，上坡的一方先行；但下坡的一方已行至中途而上坡的一方未上坡时，下坡的一方先行；(四)在狭窄的山路，不靠山体的一方先行…… ”，这就是机动车会车时一方车辆享有优先通行权的法律规定；《道路交通安全法》第 47 条第 1 款规定：“ 机动车行经人行横道时，应当减速行驶；遇行人正在通过人行横道，应当停车让行 ”，这就是行人通过人行横道时享有的优先通行权，等等。在交通事故处理中，一方当事人违反了优先通行原则，就是侵犯了对方的优先通行权，即可以认为其违法行为在交通事故处理中处于主动地位，是促成事故发生的内在动力，违法行为与交通事故之间具有因果关系，当事人应当负事故责任。

四、确保安全原则

我国由于是实行混合式交通方式，而道路交通情况又是千变万化，因此，《道路交通安全法》、《道路交通安全法实施条例》等道路交通法律法规是不可能把每一种可能出现的交通情况都加以规定的。所以，在遇到没有规定的情况时，车辆、行人就必须在确保交通安全的原则下通行，这就是确保安全原则。《道路交通安全法》第 38 条规定：“ 车辆、行人应当按照交通信号通行；遇有交通警察现场指挥时，应当按照交通警察的指挥通行；在没有交通信号的道路上，应当在确保安全、畅通的原则下通行。 ”这是关于确保交通安全的一个原则性法条。《道路交通安全法实施条例》第 75 条规定：“ 行人横过机动车道，应当从行人过街设施通过；没有行人过街设施的，应当从人行横道通过；没有人行横道的，应当观察来往车辆

的情况，确认安全后直行通过，不得在车辆临近时突然加速横穿或者中途倒退、折返。”这是行人通行确保安全的规定。在交通事故处理中，当事人违反确保安全原则，即可以认为这一违法行为在交通事故中处于主动地位，是促成事故发生的内在动力，违法行为与交通事故之间具有因果关系，当事人应当负事故责任。

总之，笔者认为：右侧通行原则、各行其道原则、优先通行原则、确保安全原则是构建我国道路交通基本规范的四大基石，是运用“动力学原理”认定交通事故责任的基本准则，只有坚持这个基本准则，才可以作出客观正确的交通事故责任认定。下面通过一个案件，来阐述交通事故责任认定“动力学原理”的具体运用。

有这样一起交通事故：A 驾车在与 B 车交会时，因疲劳打瞌睡，车辆方向失控驶入道路左侧，撞着 B 车车厢，致车厢内数名乘员伤亡，案发后查明，A 属疲劳驾驶，B 车违法载人。在认定事故责任时，产生了分歧：一种意见认为 A 疲劳驾车，应负主要责任，B 车违法载人加重了事故的损害后果，应负次要责任；一种意见认为 A 疲劳驾车应负事故的全部责任，B 属违法载人，但这一违法行为与事故之间却无因果关系，不负事故责任。笔者持后一种观点，理由如下：

从这起交通事故的发展过程看，交通事故是因 A 疲劳瞌睡致车辆方向失控突然驶向路左而造成的，A 驾车违反了“右侧通行原则”，该车在事故发生中处于主动地位，即由路右驶向路左撞上了 B 车车厢，可以认定 A 的违法行为与事故之间具有因果关系，A 应当负事故责任。在两车交会时，B 车车厢即使没有载人，同样也会因 A 车由右向左行驶撞上车厢而发生事故。因此，可以认为这起事故的发生是不因 B 车车厢内是否载人、载多少人、是否超载而有所改变的。所以，可以确定 B 车在这起事故发生中完全处于被动地位，其违法行为不是事故发生的内在动力，可以认定 B 车违法载人与事故之间没有因果关系，B 不负事故责任，A 负事故的全部责任。

认定事故责任，只能以事故发生原因为标准，而不能根据事故后果发生原因去认定。事故发生原因与事故后果发生原因是两个不同概念，有时事故发生原因也就是事故后果发生原因，但有时二者却不尽相同。在这起事故中，B 违法载人，这是加大事故后果的一个原因，与事故后果之间具有一定的因果关系，但我们却不能因此认定 B 的违法行为也是事故的发生原因，从而认定 B 负有事故责任。

作者单位：安徽赵洪亮律师事务所

对夫妻忠实义务的法律与道德思考

赵征宇 刘平安

【内容摘要】作者首先对忠实义务的定义和特点，并以此为入手逐步论述忠实义务的定义和特点，以及对社会的现实意义。所谓夫妻的忠实义务是社会主义优越性的重要体现之一，忠实和诚信是社会主义精神文明的主要体现。不仅指夫妻双方互守贞操不发生性生活上的越轨而且包括夫妻双方不得恶意遗弃。婚姻法设立此条的目的在于维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。对处理夫妻关系及其他的家庭关系具有指导意义，但这是原则性规定而不是具体规则。接着作者联系一些社会现象就忠实义务从道德和法律上展开论述。在法律和道德结合最紧密的婚姻家庭领域，法律和道德均起到调节和制约作用，两者在调节中存在着一个度，即法律与道德的最佳结合点。是否应将忠实义务纳入法律？是否可以作为独立的诉讼请求？法律和道德在婚姻家庭方面各起到什么作用？作者就上述问题展开讨论。

【关键词】忠实义务　不可诉条款　法律与道德的契合点

引言

在过去的 2000 多年里，封建思想深深的影响着中国人民。在婚姻家庭领域，三纲五常以及三从四德严重束缚着人民的思想。男性可以有“ 三妻四妾 ”,而女性却必须从一而终。随着封建社会的解体，尤其是伴随着女权运动的发展，妇女才从这一枷锁中摆脱出来。近年来，随着人们思想的开放，一些不良现象时有发生，从而影响家庭以及社会的稳定。在这次婚姻法修改前，据全国妇联调查结果显示，99.4%的人认为，夫妻间应相互忠实，只有 0.6%的人认为夫妻间不应该相互忠实。[①]可以说，忠实二字恐怕是我们对婚姻的基本要求。可是许多人缔结婚姻之后，就会忘记了婚姻所包涵的社会责任及道德结束。我们不断地听到这样或者那样的故事：“ 包二奶 ”、“ 养小蜜 ”、重婚、通奸、嫖……我们呼唤着法律在道德之外对不忠之人的惩戒！婚姻需要双方的理解与宽容，家庭需要相互的体贴与信任，更需要彼此之间的相互忠实！

一、夫妻忠实义务的概述

在我们传统的思维观念中，夫妻双方应相亲相爱，相互忠实，但是古往今来中，出轨的事件却屡屡发生，这就涉及到一个敏感的问题：夫妻双方是否具有忠实的义务，如果负有义务，在违反此义务的情况下该承担何种责任？有人认为夫妻相互忠实属于道德的范畴，不具有法律上的约束力，如果违反了此义务只能受到道德以及舆论的谴责则而不能对其实施法律上的制裁措施；相反有人对此持反对态度，他们认为夫妻相互忠实应当作为一种法律义务，在违反此义务的条件下，违反义务的一方和第三者都应当承担相应的法律责任。在社会上人们也是各有各的观点。直到 2001 年婚姻法修改以后才把夫妻双方相互忠实的义务定为一项法律义务，也就是实现了道德的法律化。下面我们就来讨论一下忠实义务。

（一）忠实义务的定义与特点

1. 所谓夫妻间的忠实义务，现行婚姻法规定的是，忠实义务主要指的是专一的夫妻性生活的义务。通长意义上认为，关于夫妻忠实义务可以作狭义和广义两种解释。[②]狭义上的夫妻忠实义务，又称贞操忠实义务，仅仅意味着配偶性生活的排他专属义务。广义上的夫妻

忠实义务，[③]不仅包括夫妻在性生活上互守贞操，不为婚外性行为，也包括夫妻不得恶意遗弃配偶他方，不得为第三人利益牺牲、损害配偶他方的利益。现代社会，随着社会经济的不断发展及社会主义市场经济的建立，各种资本主义浪潮纷纷进入中国，人们的观念也发生着各种各样的变化，尤其是现代人对婚姻的观念更新极快，一夜情时有发生，于是很多人对婚姻产生了恐惧。这为法律如何规范夫妻双方忠实义务敲了一个警钟。在现代社会，夫妻相互忠实不仅在性生活上要互守贞操而且要不发生内心的背叛，不得恶意遗弃、背叛配偶他方。

2. 忠实义务的特点。夫妻忠实义务是基于婚姻关系的存在而产生的，因此其具有以下特点：

（1）忠实义务基于婚姻关系的存在而产生的，婚姻是两性结合的社会形式，具有自然与社会的属性。从本能上看，人类的性上是趋于自由的,可以根据自己的爱好选择性伙伴或对象。但人是生活在社会中的人，具有社会性，其社会性就决定了人不可能根据其自然的本能来行为。所以为了保持婚姻的稳定，实现其社会价值必须对人的自然本能加以限制。婚姻关系具有社会性，因此存在于社会中的婚姻便受到社会伦理道德及国家强制力的规定及制约，从这个意义上看忠实义务具有排他性，只有夫妻双方当事人才具有忠实的义务，对于夫妻以外的其他人对此是不付任何责任的。

（2）当今文明社会实行男女平等和真正意义上的一夫一妻制，这样忠实义务就成为配偶双方平等负担的义务。婚姻法中的性规范约束对象是夫妻双方而不是一方。因此忠实义务具有平等性，夫妻双方平等的享有忠实的义务。忠实义务具有期间性，忠实义务是基于婚姻关系为前提，是特定主体承担的义务，起始于合法婚姻关系的确立，终于婚姻关系的自然终结和法律终结。

（二）夫妻忠实义务的内容

夫妻应当相互忠实是夫妻双方共同所拥有的权利和义务。婚姻关系中，妻子有要求丈夫忠于自己、不移情别恋于她人的权利，而同时自己在感情和性上赋有对丈夫忠实的义务；相应的丈夫有要求妻子在感情和性上对自己忠实的权利,而同时自己在感情和行动上不移情别恋于她人、不做有损于妻子的事，即不得有违反忠实义务的行为，其实这种规定是与我国的传统文化及我国现实社会道德规范相一致的，这是一种广义上的忠实，同时也是实质上的忠实，只有这样的忠实才是我们真正需要的忠实，狭义上的忠实仅仅是指个体有没有与配偶以外的其他主体发生性行为，即有没有婚外性行为，有没有对贞操的破坏，这种观点很片面，很容易导致将忠实的内涵仅仅限制在对性的束缚上,在文明社会中发生的性虐待案就是这种思想下的一种最典型的反映。其实我们都知道如果一个人的感情上已经不忠实于自己的配偶，但仅是在贞操上还是清白的，那么他们在一起还是不幸福的，那这种忠实还有什么意义呢？因为他们已经没有了婚姻合意产生的基础。我们要求夫妻双方忠实的目的就是为了构建幸福的家庭，如果偏离这一目的就大错特错了。夫妻忠实不只是夫妻两人的事，同时还有第三人的原因，也要对第三人有一定的约束才会更有利于帮助忠实义务的实现。所以我们一方面要求配偶之间相互保持爱情专一、要感情忠诚，要相互忠实于对方；另一方面，要求一对配偶以外的任何其他人,都对该对配偶负有不得破坏该对配偶的合法的婚姻关系和专一的贞操方面的权利和义务，因为事物都是双面的，所以人们会接受这种规定。只有从各个方面都加以约束，加以规定，才能从最大程度上保证忠实的实现，维护正常、稳定的婚姻关系。

二、忠实义务纳入法律的必要性

（一）有关夫妻忠实义务的理论争论及评析

在 2001 年婚姻法修改前，是否应将忠实义务纳入法律存在着不同的观点主要有以下几种：

第一种观点认为合法的婚姻关系就其法律归属上来看，可以说就是一种契约，其成立的要件就是夫妻双方的合意，这种合意就是婚姻双方的意愿，而这种意愿最直接的体现就是夫妻双方互相尊重、互相忠实，因此婚姻法没有必要再做出规定。但是在现实生活中，我们在执法过程中对法律的适用有一条基本的原则，就是“罪刑法定原则”，既然法律没有做出这样的决定，一旦夫妻一方或双方违反了这一义务，那么我们就不能对违反义务的一方依法进行制裁，而我们只有用没有约束力的道德规范去制约这一领域，因此就无法保证受侵害方的权利。所以这种观点是错误的。

第二种观点认为在新婚姻法中对忠实义务进行规定的出发点是好的，但是在现实生活中却是行不通的。在现实生活中，不能保证每一个人都对另一方绝对忠实，否则也没有必要对这一问题进行讨论和通过立法进行确认。如果将忠实义务上升为法律，当一方违背了此义务，另一方便有权寻求法律的援助和救济。持这一观点的人并不反对忠实义务，反而主张增加、照顾无过错方的权利，尤其在夫妻分割财产时对无过错的进行照顾，从而体现法律的平等和公平的正义理念。但是，既然主张不对忠实义务进行规定，又如何依法保护受害者的权利呢？又如何惩罚背叛者呢？所以不对其进行法律规定，现实生活中就不能对忠实义务进行界定。所以这种观点也不正确。

第三种观点认为将忠实义务上升为法律是一种立法上的倒退。[④]持这种观点的人认为，随着人们思想的开放，非传统的两性关系正在发展，这正是他们的依据。但是，可以肯定的说，传统的两性关系仍是社会的主流。如果按照倒退说的观点，已婚者不必忠实于配偶，而是完全凭感觉，势必会加剧时风日下，道德评价混乱的局面。

（二）将忠实义务纳入法律是非常必要的，原因有以下三点：

1. 忠实义务纲入法律是社会制度的要求。在以私有制为基础的剥削阶级社会中，一夫一妻制是片面的，名不副实的，专对妇女而言的。社会主义社会中的一夫一妻制是建立在公有制基础上的，男女平等的、真正的一夫一妻制。夫妻应当相互忠实是巩固社会主义婚姻家庭制度的必然要求。新中国成立以后，通过婚姻家庭方面的法制建设和道德建设，在禁止重婚、纳妾，取缔卖淫、嫖娼等方面取得很大的成绩。一夫一妻制的法制建设和道德建设，是我国婚姻家庭制度改革的重要成果之一。但是，由于种种原因，一些违反一夫一妻制的行为在现实生活中还时有发生。在有的地区，有配偶者“包二奶”等现象及其消极影响更是令人不容忽视的。对此，必须在法律上做出相应的对策。

2. 忠实义务纳入法律是夫妻双方内在的共同要求。这种互相尊重，应当表现于婚姻家庭生活的各个方面，如在思想感情上互相体贴、互相谅解，在生活上要互相扶助、互相照顾，在赡养老人、抚育和管教子女等方面要通力合作，在财产处理、家务管理等方面要相互协商，一方不得把自己的意见强加于对方。要做到互相尊重，需要夫妻双方共同努力，从我国人民婚姻生活的历史传统及现实生活来看，破除夫权、家长制的传统影响，对贯彻执行这一规定具有重要作用。

3. 忠实义务纳入法律是保护子女利益的要求。在我国社会发展的现阶段，男女两性在法律地位上的平等和实际生活中的完全平等之间尚有一定的距离。现实生活中，因婚姻一方不忠实而受到损害最严重的就是他们的子女。这是因为家庭是子女成长最重要的舞台。良好的家庭环境可以使子女在良好的氛围中健康成长，得到良好的家庭教育，同时，父母的行为也会对子女产生耳濡目染的影响。

所以，将忠实义务纳入法律有着重要的理论和现实意义，符合我国的基本国情和国际立法的惯例。

三、忠实义务的意义

（一）法律和社会上的意义

从法律上看，将忠实义务纳入法律是法律的进一步完善。法律对其加以规定，为其他调整婚姻家庭的制度提供了法律依据。[5]以前的婚姻法没有将忠实义务纳入法律规范，使法律在婚姻的诚信方面出现了真空。由于从“罪刑法定原则”上来说，即使婚姻一方或双方违背了忠实义务，法律也没有制裁的依据。随着这一义务纳入法律，这一问题也就得到了解决。从社会方面来看在如今的社会中伴随着社会的发展，一些人首先跨入了富裕的行列，他们开始向往西方的富裕生活，便出现了对丈夫或妻子的背叛，国家这次把忠实义务上升为法律规范可以说是利用道德和法律这两把剑，去发挥他们之间的互补作用，实现家庭的和睦。从而达到社会的稳定和国家的繁荣。同时我们也应看到，21 世纪上半叶仍是中国社会的转型期，人们的生活观念、价值趋向、道德评价中会出现一些误区。当时西方盛及一时的以自我为中心的个人至上享乐主义仍会冲击我国的婚姻家庭关系，对婚姻自由的理解会更加绝对化、个性化，爱情的功利色彩将会对婚姻生活带来挥之不去的阴影。在西方一些学者已经发出拯救家庭、拯救婚姻、信守婚姻誓言之时，我们应当充分吸取西方社会婚姻家庭发展的教训，从道德层面和法律层面上及早做出反映。

（二）道德上的意义

社会主义优越性的重要体现之一，就是社会主义的精神文明。忠实和诚信是社会主义精神文明的价值取向。忠实对于婚姻法就如同诚信对于民法（诚信原则被认为是民法中的帝王条款），忠诚自古就是中华民族的传统美德，这次婚姻法将忠实义务纳入法律，体现了人们对传统美德的期待。尤其是现在社会主义荣辱观的提出，推进在全社会进行传统美德教育的步伐。家庭是社会的最基本的结构，是社会的细胞。如果每个家庭都能遵守社会主义的美德，以此推广到更多，必然有利于全社会道德水准的提高。在婚姻家庭领域进行传统美德的教育，这一举措对全社会道德建设具有重要意义。

（三）对家庭方面的意义

从婚姻家庭方面来看。家庭是社会的细胞，夫妻则是家庭的主体和前提，婚姻就如同一叶小舟，若要达到幸福的彼岸，则需要夫妻间互相忠实、患难与共。首先看对夫妻关系的意义，忠实义务的内容是双方面的，即要求丈夫对妻子的忠诚，也要求妻子对丈夫的忠诚。这种观点打破了过去男尊女卑的封建思想，有利于维护妇女在婚姻家庭中的合法权益。过去讲究妻子对丈夫的绝对服从，即使在废除封建制度以后，男女在婚姻方面，特别是在性质方面并不具有完全的平等性。这次法律对违反忠实义务的明文禁止性规定，具有了强制性的措施，有利于维护和保护妇女的权益，因为在婚姻家庭方面受害的大多是女性。再次，对子女的成长环境具有重要意义。正如前面所说的那样，对于一个离异的家庭，受害最深的往往就是他们的子女，看现在的青少年犯罪，青少年犯罪率居高不下的原因中，有多少是因为他们生活在离异的家庭之中？而造成家庭离异的最主要原因便是夫妻一方或双方违反了忠实义务，通过调查显示，违反忠实义务的夫妻的年龄大概都在三十到四十五岁，这一年龄段占到 80%。而这一年龄段的夫妻们的子女大多处于青少年时期，这一年龄段的接受能力特别强，即可塑性强，如能得到良好的家庭生长环境和良好的教育环境则可能被培养成国家的有用之才，否则，则有可能走向犯罪的深渊。

四、违反忠实义务是否可以独立的提起法律诉讼？即忠实义务在立法中的应用

（一）案例分析

在开始这个讨论之前我们先看个下面这个案例。不久前，上海市某区人民法院审理了一起因婚外情而引发的“夫妻不忠赔偿案”。该案的案情大致为：原告曾某原是上海一家企业

的营销人员，与前妻离婚后在常州创业。1999 年，他与被告贾某登记结婚。由于双方均系再婚，为慎重起见，夫妻俩于婚后经“ 友好协商 ”签定“ 忠实协议 ”一份。协议约定，夫妻婚后应当互敬互爱，对家庭、配偶、子女要有责任感；协议中还特别强调了“ 违约责任 ”：若一方在婚后由于道德品质问题，出现背叛另一方的不道德性行为（婚外情），要向对方支付违约金 30 万元。协议签订后不久，贾某即取得了曾某违反“ 忠实协议 ”有婚外性行为的证据。至此，夫妻双方都认为婚姻已经破裂。2002 年 5 月，曾某向法院提出离婚诉讼。与此同时，贾某以曾某违反“ 忠实协议 ”为由提起反诉，要求法院判令曾某支付违约金 30 万元。受诉法院判决双方离婚，同时认为曾某“ 存在违约行为 ”，判令其支付贾某违约金 30 万元人民币。曾某不服提起上诉，但不久其撤诉。此后，曾某与贾某达成新的“ 协议 ”：曾某赔偿贾某 25 万元人民币。这起被媒体称为“ 忠实协议纠纷第一案 ”就此尘埃落定。但媒体与民众对此案的关注和讨论并没有因此而结束。

对于上面的案例，社会上和理论界也存在着不同的观点。主要有肯定说和否定说这两种观点。

否定说指出，夫妻忠实协议不具有法律强制效力。代表人物是北京大学婚姻法专家马忆南。马教授认为，除非自愿履行，当事人不得就一般的婚外情行为要求赔偿，法院不能强制执行“ 忠实协议 ”，因为这超出了现行法律的规定。

肯定说则认为，这一协议符合合同法的规定，具有法律效力，并可以适用《合同法》的有关规定。虽然，对违反“ 忠实协议 ”义务而情节尚未达到“ 重婚 ”、“ 与人非法同居 ”等严重程度的一方如何承担相应责任，法律未做具体规定，但法律也未明文禁止当事人自行约定“ 一般法 ”，合同的规则和婚姻的规则，均属于“ 特别法 ”。

（二）观点论述

全国人大常委会 2001 年新修订的婚姻法第 4 条对夫妻忠实义务已做出明确而又具体的规定，在总则第 4 条中对忠实义务给予了明确的规定，但第 4 条的规定仅仅具有指导意义，只是一个不可诉条款，所以最高人民法院专门对此做出司法解释中指出，“ 当事人仅以婚姻法第 4 条为依据提起诉讼的，人民法院不受理，已经受理的，裁定驳回诉讼。”这条司法解释也就意味着，在有关夫妻忠实义务的案件中不能直接以婚姻法第 4 条的规定为依据来处理和解决纠纷。婚姻法的修订是根据社会发展的需要而进行的，其势必会对受到侵害的当事人一方的权利给予一定的救济和保障。那么如何根据新修订的婚姻法的规定来维护当事人的权利，尤其是在忠实义务方面受侵害一方的权利，如何对违背夫妻忠实义务的一方进行制裁与处罚呢？这些热点问题应该引起各界人士，尤其是法律界学者的强烈关注，同时应该在立法、法律解释及法学理论研究中继续探索和深入研究，努力寻求在现实生活中具体而又可操作性的措施，使当事人的法律权利得到切实的保障。

夫妻的忠实义务在新婚姻法中已经有了明确而具体的规定，并写入到总则之中，这足以表明了广大人民群众以及立法者对这个问题的重视程度。由于新婚姻法第 4 条“ 夫妻应当互相忠实 ”的规定只是一个不可诉条款，在执法的过程中又没有明确作出规定具体的操作措施，所以对于“ 忠实 ”的法律性质如何界定，也即立法或者司法解释应该对何为“ 违背夫妻忠实义务 ”做出明确的法律界定，是在现实执法中所要解决实际问题的一个重要前提。然而，对夫妻忠实义务的法律定位的范围既不能范围过大，太过于笼统、概括，以免导致在现实生活中无法进行操作；也不能太过狭隘、以偏概全，导致不能全面反映现实生活中存在的问题。要尽可能的对现实生活中存在的现象加以总结和概括。

在现实执法过程中，如何根据法律判断夫妻有一方的行为已经违背了夫妻忠实义务呢？作者根据新婚姻法第 3、第 32 条的有关规定，总结概括出以下几种行为违背了夫妻忠实义务，应该对其行为依据法律作出制裁和处理。

1. 重婚行为。重婚是指明知对方有配偶而与其结婚的行为。现实中的重婚行为包括两种存在形式，即法律重婚和事实重婚。法律重婚是指在先前婚姻合法存续的情况下，却又于他人履行法定结婚程序而结为婚姻关系，这样就在法律上有了两个婚姻关系，违反了一夫一妻的法律规定。事实婚姻是指在先前婚姻合法存续的情况下又于他人以夫妻名义共同生活的。虽然男女双方没有履行法定结婚程序，但在事实上是以夫妻关系生活，而且在别人看来他们就是夫妻关系。

2. 是有配偶者而与他人同居的行为，也就是通常所说的“包二奶”、“包二爷”、“养小蜜”等非法同居的现象。

3. 通奸行为，这种行为在如今的社会中很普遍，是指男女双方自愿的、暂时的发生性关系的行为，如“婚外恋”、“一夜情”等。这种情况带有很大的随意性，只是短暂的关系。

4. 卖淫嫖娼的行为。这是一种违法行为，在新中国建立之后就对这种行为予以取缔，但由于社会风气的不好及部分黑恶势力的控制一直以来都有这种情况存在。这种行为无疑也严重违背了夫妻忠实义务，应该受到法律的谴责。根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（一）第 3 条的规定，当事人仅以第 4 条即夫妻忠实义务为依据提起诉讼，人民法院不受理，从这一条的法律精神可以看出立法者的意图，将其规定为法定离婚事由不仅于此冲突，而且时机还不成熟。这也是作者呼吁社会各界人士，尤其是法律界学者的强烈关注，在立法、法律解释及法学理论研究中都要继续探索和深入研究，努力寻求在现实生活中具体而又可操作性的措施的原因。

五、夫妻忠实义务在法律与道德上的分析

现实社会中存在的违反忠实义务的一些现象可以概括为婚外情问题。婚姻关系极强的伦理性决定了婚姻法也具有一定的伦理性。所以在处理婚姻家庭关系的复杂性问题时，我们要充分考虑法律和道德的各自作用，在比较的过程中，寻找法律和道德的最佳结合点。

道德是社会调整体系中的一种调整方式，它是人们关于善与恶、美与丑、正义与非正义、光荣与耻辱、公正与偏私的感觉、观点规范和原则的总和。法与道德是同属于上层建筑中的两个部分，它们既相互区别又相互联系。

道德与法律之间的联系表现为：首先，它们都是由社会生活条件所决定，都是为经济基础服务的；同时又受到一定阶级的政治和社会意识形态的直接影响，并为实现一定的政治和社会意识形态服务。其次，法贯穿于道德精神，它的许许多多的规范是根据道德原则或规范制定的。而道德的许多内容又是从法律中吸取的。再次，他们之间相互制约。道德通常对法的某些规定的公正性和公正程序的评价，促使法的立、改、废，使其符合统治阶级或人民的利益，保持法的伦理方向。法则通过立法或司法促使某些道德规范的完善和道德的发展，制约不道德行为，不得越出法律许可的范围。最后，他们相互保障。因为法和道德的社会本质和服务方向是一致的，所以法所禁止和制裁或要求和鼓励的行为，也是道德所禁止和谴责或培养和赞扬的行为。

法与道德的区别。首先，法是以国家意志的形式出现的，往往表现在权力机关所制定的宪法，法律，法规等规范性文件中。而道德则是以社会意志的形式出现，其表现形式也是多种多样的，其主要的表现是社会舆论。其次，违反法律受到的是法律制裁，而违反道德往往受到的是道德制裁。最后，法是通过人们之间所决定的权利和义务法律关系来调整人们之间的行为。道德则是主要通过人们的义务来调整人们之间的关系。

夫妻忠实义务要求夫妻之间切实履行同居和专一的夫妻性的生活义务，还包括不得恶意遗弃配偶他方，不得为第三人的利益而损害或牺牲配偶他方的利益。

夫妻相互忠实，这本是社会所提倡的，为人们所遵守的道德规范。但近年来，受西方所谓的性开放以及“ 权色交易 ”、“ 钱色交易 ”的冲击，“ 包二奶 ”，一夜情一时尽成为了“ 时代的新宠 ”。夫妻相互忠实早在几千年前的封建社会就已经成为人们的道德规范，只不过受传统思想的影响，夫妻忠实往往强调的是妻子对丈夫的忠实，这在儒家的三纲五常、三从四德等思想中得到了充分的体现。也许正是因为这些旧思想的影响，在当今社会丈夫首当其冲的成为了夫妻忠实义务的背叛者。而另一方面，在人们大肆批判丈夫背叛行为时，三从四德的妻子却拥入了他人的怀抱，也许是对丈夫背叛行为的报复，也许是对这种思想的挑战。

是道德沦丧导致了“ 包二奶 ”，一夜情现象，还是法律规范出了问题？作者认为，这种有悖于夫妻忠实义务的现象，并非是一个简单的道德问题或法律漏洞问题。2001 年颁布的新婚姻法首次将“ 包二奶 ”这一社会反响强烈的问题写入其中，做了禁止性规定和这一行为应当承担相应民事责任的规定。可以肯定的是这一立法举措顺应了时代潮流和历史大趋势。将忠实义务写入法律，并初步将其法定化，这表明了国家公权对此类行为的批判态度，并体现了一种道德的精神。不容置疑，借助国家强制力提倡忠贞专一的爱情为基础的婚姻家庭道德，将有利于培养良好的道德观念。

道德和法律是上层建筑中两个紧密联系的相关部门，均是社会调解的手段。法律的调整是依靠国家的强制力为后盾进行的调整，具有强制性的特点；道德的调整是通过舆论、教育系统、习俗和个人的内心观念来实现的，多是当事人的自我调节。法律只是调整与人们利益最直接、最重要的社会关系，而道德的调整范围几乎涉及社会的一切领域。婚姻家庭这种具有强烈伦理道德色彩的领域，既是伦理关系，同时也是一种法律关系。靠法律的手段维护爱情的专一和稳定，并不是立法的本意，而且法律不应该也不可能对这一关系进行过多的干预和调整，否则会有损法律的威严性。在对夫妻相互忠实问题上，应当有伦理道德来唱主角。婚姻能否经的起时间考验，关键取决于婚姻当事人双方的合意以及道德品质。法律所要做的应是，尽量对因种种不忠行为而受到伤害的受害者予以法律救济以及社会救济，或者是尽量将这种不忠行为所带来的消极影响减少到最小，法律调整过多或过深，只会降低法律的权威性，法律的执行也会失去相应的精神条件。如果把夫妻忠实义务法律化、看作国家公权对高品质的婚姻家庭生活的导向，对建立在爱情基础之上的婚姻道德精神的提倡，而不是“ 包办 ”，从这个层上来理解，新修改的婚姻法是婚姻立法的一次飞跃，符合依法治国和以德治国的辩证关系。

结语

夫妻忠实义务是婚姻稳定、家庭和睦的主要因素，是子女血缘清白的保障。不仅是子女的身心健康的发展以及后期成长的需要，也是维护社会稳定发展的条件。家庭领域是法律和伦理道德结合最紧密也是冲突最多的领域。法律和道德作为社会调节的两种手段，由于其调节的方式不同，所以两者之间存在着一个度。只把握住这个度，才能使法律和道德携手并进，优势互补，才能维护正义、保障人权，才能实现法治和社会的长治久安！

参考文献：

①巫昌祯：《婚姻家庭法新论[M]》，中国政法大学出版社，2002 年版 114 页。
②杨遂全：《婚姻家庭法新论[M]》，法律出版社,2001 年版 253 页。
③杨遂全：《婚姻家庭法新论[M]》，法律出版社,2001 年版 256 页。
④李银河、马忆南：《婚姻法修改论争[M]》，光明日报出版社.1999 年版 275 页。
⑤陈丽华：《婚姻、家庭、继承》，中国社会科学出版社，1999 年版 75 页。

作者单位：安徽梅山律师事务所

公司发起人出资不实的民事责任承担问题探讨

李国圣

【内容摘要】出资是公司股东最基本、最重要的义务，也是形成公司资产的基础。但是，在实践中，公司发起人出资不实的现象大量存在，严重损害了债权人和社会公众的利益，危害了正常的经济秩序。本文拟结合《公司法》的相关规定，就公司股东发起人出资不实的民事法律责任作一初步探讨。

【关键词】出资不实　违约责任　资本充足责任

有限责任公司和股份有限公司是我国公司法所规定的两种法定形态，两者均属于资合性质的公司，因此，公司资本是二者一切经营活动的财产基础，也是承担公司债权的重要担保。2006 年 1 月施行的新《公司法》采取了两个方面的措施：一是允许分期缴纳出资，放宽了对出资方式的限制，并大幅降低了注册资本最低限额；二是完善了出资瑕疵的法律责任体系，强化了出资瑕疵的法律责任。其目的在于，确保公司在设立之初具备与其经营规模、责任承担能力相适应的财产基础，严格规范发起人的出资行为，防止屡屡出现的因发起人出资不实行为而致使公司资本空洞的现象。但是，在经济活动中，公司发起人出资不到位而又领取公司营业执照的现象仍然屡屡发生，该问题并没有因为法律的重新规制而得到充分的解决。公司发起人出资不实一方面侵害其他股东和公司的利益，另一方面也加大了与其有业务往来的客户的经营风险，侵害公司债权人的利益。

一、出资不实的概念和表现形式

出资不实是指股东未按照法律、设立协议和公司章程的规定缴纳出资或者股东缴纳的出资不符合法律、设立协议和公司章程的规定。在实践中，出资不实的具体表现形式有：(1) 股东未缴纳出资或未足额缴纳出资；(2) 股东缴纳出资后，又在公司成立前将该出资全部或部分抽回；(3) 股东以非货币财产出资但没有依法办理财产权转移手续；(4) 股东交付的非货币财产不是设立协议或公司章程规定的非货币财产；(5) 股东以不能用货币估价或者依法不能转让的非货币财产出资；(6) 股东以法律、行政法规规定不得作为出资的财产出资；(7) 作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额；(8) 股东以非货币财产出资，但该财产在办理财产权转移手续前毁损或灭失，如房屋被烧毁、非专利技术泄密、商标权被撤销等；(9) 以非货币财产出资，但该非货币财产存在质量上或权利上的瑕疵，如该财产的质量不符合设立协议、公司章程或者国家规定的标准，不具有应有的功能和效用，或者第三人对该财产享有所有权或抵押权等合法权益；(l0) 全体股东非货币出资金额高于公司注册资本的百分之七十；(11) 有限责任公司全体股东的首次出资额低于注册资本的百分之二十或者低于法定的注册资本最低限额；(12) 以募集设立方式设立股份有限公司，发起人认购的股份少于公司股份总数的百分之三十五 (法律、行政法规另有规定的除外)；(13) 股东未按照法律和公司章程的规定的期限缴纳出资；(l4) 有限责任公司变更为股份有限公司，折合的实收股东总额高于公司净资产额等等。[①]

公司发起人出资不实不仅严重影响公司的资信，有损公司本身在市场经营活动中的正常运转，也损害了已出资发起人和公司债权人的合法权益。在公司发起人出资不实的情况下，

发起人应当承担怎样的相应责任，才能确保其他发起人的合法权益以及公司债权人的债权的及时实现是现实需要探讨和解决的主要问题。

二、公司发起人出资不足的责任承担

公司发起人出资不足的民事责任应包括出资违约责任、资本充实责任以及对公司债权人的责任。

(一)公司发起人的出资违约责任

各国公司法普遍认可出资行为是一种以设立协议或公司章程为纽带的契约行为，因此，当发起人出资不实时，可比照债的不履行的一般原则处理。即发起人出资不实构成了对设立协议或公司章程的违反，构成了对其他已履行出资义务股东的违约，应承担相应的违约责任。我国新《公司法》第 28 条第 2 款和第 84 条第 2 款 [②]为履行了出资义务股东追究瑕疵出资股东的违约责任提供了法律依据。

1. 对履行了出资义务股东的责任

具体来说，股东可以在设立协议或公司章程中约定出资瑕疵的股东对履行了出资义务的股东承担以下违约责任：

（1）继续履行出资义务。股东出资瑕疵的，其他股东可要求其按设立协议或公司章程的约定继续履行出资义务，如缴纳出资、补交出资差额、办理财产权转移手续、交付替代物等。

（2）支付违约金。如果设立协议或章程对出资瑕疵行为约定了违约金的，其他履行了出资义务的股东可要求出资瑕疵股东支付约定的违约金。

（3）赔偿损失。在出资瑕疵行为给其他履行了出资义务的股东造成了损失的情况下，无论设立协议或公司章程是否约定，已履行出资义务的股东均可要求出资瑕疵股东赔偿该损失。

（4）取消出资瑕疵股东的认股人权利。许多国家的公司法规定股东出现出资瑕疵行为，其他股东可以催告其在一定期限内履行出资义务，逾期仍不履行的则丧失认股人权利。取消出资瑕疵股东认股人权利的途径有以下几种：一是由其他股东认缴出资瑕疵股东的出资，获得出资瑕疵股东的股东权；二是由股东外的第三人认缴出资瑕疵股东的出资，并成为股东；三是在保证公司注册资本不低于法定最低限额的前提下减少公司章程约定的公司注册资本额。建立失权制度，可以督促股东及时履行出资义务，防止因出资瑕疵而影响公司的设立或者使公司设立归于失败。[③]

2. 对于公司的责任

股东出资瑕疵，违反了公司章程，损害了公司的财产权，并影响公司正常的生产和经营。因此，公司有权要求出资瑕疵股东承担相应的民事责任。[④]我国新《公司法》规定，股东未按照公司章程规定足额缴纳出资的，应当向公司足额缴纳；公司成立后，发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的股东补足其差额，从而赋予了公司对出资瑕疵股东的追缴出资权。

从新《公司法》的规定看，尚存在两个方面的不足：一是根据新《公司法》的规定，出资瑕疵股东对公司仅承担补缴出资的责任，显然过轻；二是未规定抽逃出资的股东对公司应承担何种民事责任。为有效保护公司的利益，借鉴其他国家公司立法，我国《公司法》应就出资瑕疵股东对公司的民事责任作如下补充规定：

（1）支付利息。当股东出现逾期未缴纳或未足额缴纳出资、抽逃出资等出资瑕疵行为时，公司可以要求该股东支付逾期未缴纳或抽逃出资部分的利息。

（2）赔偿损失。由于股东出资瑕疵而造成公司损失的，该股东应对公司的损失承担赔偿责任。

（3）取消股权。在股东出现出资瑕疵行为时，公司可以催告该股东在一定期限内履行出资义务；逾期则取消该股东的股权。

（4）返还抽逃的出资。在股东抽逃出资的情况下，公司可以要求该股东返还被抽逃的出资，并可要求该股东支付利息和赔偿公司由此而造成的损失。如果该股东经催告，未在公司确定的期限内返还被抽逃的出资的，公司可以取消该股东部分或全部股权。⑤

（二）公司发起人的资本充实责任

发起人的资本充实责任是指为贯彻公司法中的资本充实原则，由发起人共同承担的保证公司成立时的实有资本额与公司章程记载的资本额一致的民事责任。我国《公司法》在第31条规定，有限责任公司成立后，发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的股东补足其差额；公司设立时的其他股东承担连带责任；第94条规定，股份有限公司成立后，发起人未按照公司章程的规定缴足出资的，应当补缴；其他发起人承担连带责任。股份有限公司成立后，发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的发起人补足其差额；其他发起人承担连带责任。

公司资本充实责任在学理上的认识分歧主要是其内容包括的基本范畴。对此，主要有三种观点：

第一种观点认为公司资本充实责任实为保证公司在登记时，其财产的实际价值不得少于章程所规定的资本额，如果公司登记时其财产不能满足章程所规定的数额时，发起人有义务填补这部分差额，因而，这种责任又称之为“差额填补责任”或“差额责任”。公司资本充实责任是公司发起人责任中与出资违约责任、损害赔偿责任并列的一种民事法律责任。⑥

第二种观点认为资本充实责任是指为贯彻资本充实原则，由公司发起人共同承担的相互担保出资义务履行的民事责任。它通常包括认购担保责任、缴纳担保责任及差额填补责任。⑦我国台湾地区也持此观点：“未认足之第一次发行股份，及已认而未缴股款者，应由发起人连带认缴；其已认而经撤回者亦同，此谓之发起人所负之充实资本之责任。”⑧

第三种观点认为发起人的资本充实责任一般包括认购担保责任、缴纳担保责任、价格填补责任以及由于资本不实而给公司或第三人造成损失的损害赔偿责任等内容。⑨

从贯彻资本充实原则的角度出发，公司应当经常维持与资本总额相应的财产，以维持公司应有的资信，保持公司清偿债务的能力，保护公司债权人的利益。⑩公司发起人因出资不实而产生的公司资本充实责任发生在发起人和公司之间，是发起人违背了法定的出资义务而向公司承担的法定责任。因此，认为公司资本充实责任的内容包括“由于资本不实而给公司或第三人造成损失的损害赔偿责任”则过于宽泛。而发起人的“出资不实”主要有两种情况：一是未缴足出资，一是高估非货币财产出资的实际价值。对于前者称之为“缴纳担保责任”，对于后者则称之为“差额填补责任”。综上，笔者认为，第二种观点较为合理。

（三）公司发起人对债权人的民事责任

一般情况下，股东仅以其认缴的出资额或认购的股份为限对公司承担责任，并不应对公司的债务承担清偿责任，这是公司独立人格和股东有限责任制度赖以创设的目的。但是，在股东存在出资不实的情况下，股东是否仍仅承担有限责任，而不需对公司的债务承担清偿责任呢？对此问题，有两种截然不同的观点。一种观点认为，只有股东履行了出资义务，公司才有足够的资产清偿债务，债权人的利益才能得到保障。股东的出资存在瑕疵，必然削弱公司的清偿能力，并直接损害债权人的利益。因此，出资瑕疵股东应对债权人承担民事责任。另一种观点认为，股东出资是股东对公司的责任，在股东出现出资瑕疵行为时，只能由公司

要求弥补出资瑕疵，债权人不能直接要求股东承担民事责任。[11]

新《公司法》和最高人民法院此前颁布的诸多司法解释均采纳第一种观点。《公司法》第 20 条规定，公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。股东出资瑕疵的，公司债权人显然可以依据这一规定追究股东的民事责任。也就是说，在公司财产不足清偿公司债务时，出资瑕疵股东应对公司债务承担连带责任。当然，股东出资瑕疵的程度不同，其对公司债务承担责任的范围也有所不同。如果股东出资瑕疵，但全体股东实际缴纳的出资已经达到法定注册资本最低限额，则该股东应在出资瑕疵金额内对公司债务承担连带责任。如果全体股东实际缴纳的出资未达到法定最低限额，导致公司法人人格被否定时，则该股东应对全部公司债务承担连带责任。[12]

这里值得探讨的是，由于股东抽逃出资而使公司的实有资本低于法定注册资本最低限额的情况下，股东是否应对公司债务承担连带责任。对于这一问题，在实务中有两种观点：一种观点认为，无论股东抽逃多少，哪怕将资本抽逃完毕，也不影响公司独立法人资格，股东仅在所抽逃资金的范围内承担责任。这一观点是审判实践中占主导地位的观点，其理论依据是，公司的独立法人资格取决于公司成立时的资本情况，抽逃出资的前提是公司成立时的资本是真实的，法律一旦根据其成立时的真实资本情况授予其独立法人资格，一般就应自公司成立时起至公司解散时止始终具备，当然也不因为抽逃出资而改变其独立法人地位。另一种观点则认为，股东抽逃出资与虚假出资的主观恶意相同，造成的危害后果相同，因此由于股东抽逃出资而导致公司注册资金少于法定最低注册资本限额时，股东应对公司债务承担无限责任。[13]笔者认为，公司的独立法人资格不应由于资本的抽逃而予以否认，股东在所抽逃资金的范围内承担责任更符合公司法的立法精神。

在实践中，债权人为实现债权，一般有以下两种方式，一是行使代位权，二是提起公司法人人格否认诉讼。

（一）行使代位权

我国《合同法》第 73 条规定，“ 因债务人怠于行使其到期债权,对债权人造成损害的,债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权 ”。由于股东和公司的特殊关系,可以推定公司怠于对出资不实的股东行使到期债权,债权人因此可以根据我国的《合同法》第 73 条的规定,向股东主张代位权。

(二) 提起公司法人人格否认诉讼

在股东出资显著不足的情况下,对公司适用法人人格否认制度,让出资不实的股东直接对债权人承担无限责任。由于股东出资显著不足,从而使公司失去承担民事责任的物质基础,使公司实际上已经不具备独立承担民事责任的能力,实际上已经丧失独立的人格,所以对于出资显著不足,应该适用法人人格否认制度,即可以认为债权人实际上是直接在和出资不实的股东发生交易,应该直接让出资不实的股东对债权人承担无限责任。[14]

在判断什么情况下可以认定为“ 出资显著不足 ”应从出资不足的比例、实有资本与公司的经营规模及风险是否相称等加以考虑。

三、结语

由此可见，发起人出资不实的责任承担作为公司、其他出资人利益以及公司债权人债权的有效救济制度，对于防止股东出资中的违法行为，规范股东出资行为，保证资本及时到位，保障交易安全和债权人利益具有重要作用。加之通过救济方式的有效运行，为权利的实现提供有力保障，这是完善我国公司法相关制度的重要组成部分。

参考文献：

①黄良友：试论公司股东出资瑕疵的民事法律责任——关于新《公司法》相关规定的解读，《中国律师》，第 2006 年第 9 期。

②计静怡、陈殿生：股东出资瑕疵的法律责任——对《公司法》相关规定的法律适用解析，《中国律师》，第 2009 年第 3 期。

③齐奇：《公司法疑难问题解析》，法律出版社 2005 年版。

④李卓：论新《公司法》与股东出资瑕疵的法律救济，《法律适用》，第 2006-3 期。

⑤孙晓洁：《公司法基本原理》，中国检察出版社 2006 年版。

⑥范健、王建文：《公司法》，法律出版社 2006 年版。

⑦柯芳枝：《公司法论》，中国政法大学出版社 2004 年版。

⑧冯果：《论公司股东与发起人的出资责任》，《法学评论》1999 年第 3 期。

⑨李卓、李岩：《股东出资瑕疵民事责任的比较研究》，《行政与法》2006 年第 3 期。

⑩周友苏著：《新公司法论》，法律出版社 2006 年版。

⑪赵旭东等：《公司资本制度改革研究》，法律出版社 2004 年版。

⑫张峥：《公司出资不实现象研究》，《财经政法资讯》，第 2004 年第 5 期。

⑬左传东：《股东出资法律问题研究》，中国法制出版社 2004 年版。

作者单位：安徽寻求律师事务所

婚内侵权损害赔偿问题

罗来玉

【内容摘要】在法制日益健全、人们维权意识不断增强的今天，对于婚姻存续期间夫妻间的侵权，当事人也应承担民事责任。但遗憾的是，我国现行的婚姻法和司法解释都仅规定了离婚损害赔偿制度，对婚内侵权损害赔偿制度却未涉及，而现阶段婚内侵权行为的大量出现，显示出实践对婚内侵权损害赔偿制度的需要。本文从婚内侵权赔偿的概念、侵权损害的种类、我国婚内侵权损害赔偿的现状及建立婚内侵权损害赔偿制度的必要性等方面对在我国构建婚内损害赔偿制度进行了分析和探讨。

【关键词】婚内侵权 损害赔偿 婚内损害赔偿制度

随着社会的发展，人们的生活观念和方式的转变，家庭关系也出现了新的变化。在家庭关系中，夫妻关系是一个主要方面，而夫妻间出现矛盾和纠纷是正常现象。但夫妻间的侵权现象近些年不断出现，保护夫妻一方权益，制止婚内侵权，建立婚内侵权损害赔偿制度是社会发展的趋势。

一、婚内侵权损害赔偿的概念

婚内侵权损害赔偿是指法律在不解除配偶婚姻关系的前提下，规定以作为或不作为的方式侵害另一方合法权益的一方赔偿另一方因其过错行为而受到的损害。婚内侵权损害赔偿作为民事侵权之特殊概念，既有民事侵权的一般特征，又呈现出特殊性：第一，侵权行为发生时间具有特定性，即必须发生在婚姻关系存续期间；第二，婚内侵权的主体具有特定性，即婚内侵权必须发生在合法夫妻之间，只能是夫对妻或妻对夫的侵权，单纯的第三者不能成为婚内侵权的主体，但如果第三者与夫或妻合伙共同侵害配偶另一方的婚姻权利，危及婚姻稳定，则构成婚内侵权的共同主体；第三，侵权行为的客体是夫妻间的法定权利和义务即配偶权及由配偶权派生的配偶财产权；第四，侵权行为的方式包括作为和不作为。以作为方式构成的婚内侵权有暴力殴打配偶、私自处理夫妻共同财产等。以不作为方式形成的婚内侵权有恶意抛弃对方、拒不履行救助义务等。

二、婚内侵权损害的种类

婚内侵权是对配偶权及由配偶权派生的配偶财产权的侵害。配偶权是夫对妻或妻对夫的身份权。

（一）侵害配偶人身权。根据人身权利的基本划分标准以及夫妻间特殊人身权利的规定，夫妻间侵害对方人身权利的行为主要可包括以下几种：

1. 侵害一般人身权

夫妻间的一般人身权利，是指与其他平等民事主体相一致的人身权利。这些人身权利主要包括：生命权、身体权、健康权、肖像权、名誉权、隐私权。[①]生命权是以公民的生命安全的利益为内容的权利。身体权是公民维护其身体完全并支配其肢体、器官和其他组织的具体人格权。健康权是指公民以其机体生理机能正常动作和功能完善发挥，以其维护人体生命

活动的利益为内容的人格权，这三种权利都是独立的人格权利，专属于权利人自身。因为夫妻具有独立之人格，因此其相对应的生命权、身体权、健康权亦应受到保护。夫与妻任何一方不得以任何借口剥夺另一方的生命权，侵害另一方的身体权、健康权。肖像权，是自然人对自己的肖像享有利益并排斥他人侵害的权利。肖像权所保护的客体是肖像上所体现的人格利益，它直接关系到自然人的人格尊严及其形象的社会评价是自然人所享有的一项重要人格权。名誉是社会对个人的评价。由于夫妻关系的特殊性，夫妻名誉权侵害的后果可能比一般名誉权侵害的危害性更大。

2. 侵害配偶权

配偶权是指夫妻关系之间互为配偶的基本身份权，它是夫妻之间互为配偶的身份利益，由权利人专属支配，其他任何人负有不得侵犯的义务。对于夫妻关系而言，配偶权是夫妻权利关系中的核心与基础，也是夫妻关系与其他民事主体间关系最主要的区别点。婚内对配偶人身权的侵害这要表现为：

（1）侵害夫妻同居权。同居有广义和狭义之分。广义同居包括夫妻共同生活、在经济上相互给予扶持、精神上相互给予抚慰、工作学习上给予帮助、以及保持良好的夫妻生活；狭义的同居仅指良好的夫妻生活。本文采狭义解释。婚内适当正常的性行为是婚姻的应有之义，也是法对婚姻自然属性的认同。侵害夫妻同居权的情形有：①拒绝同居；②在不适当的情况下强行同居；③性虐待；④性遗弃，即无正常理由长期分居等情形。

（2）违背夫妻间的忠实义务。夫妻之间有忠实的义务，保持感情专一，不得为婚姻外的性行为。对夫妻忠实义务的违背主要为：婚外恋；与他人通奸；重婚等情形。

（3）侵害夫妻共同生育权。生育权，指在一定历史条件下公民基于婚姻基础而享有的决定是否生育子女以及如何生育子女的自由。侵害夫妻共同生育权有：①一方拒绝另一方合理的生育要求或无正当理由未经一方同意终止妊娠；②妻子未经丈夫同意采用第三者精子人工授精或体外授精；③丈夫未经妻子同意向他人提供精子等行为。

（4）遗弃。夫妻双方有相互扶助的义务。我国现行婚姻法对遗弃的解释主要是指经济上的遗弃，但是忽略了感情上的遗弃。遗弃的形式包括：①有扶养能力的一方拒不扶养没有生活能力的另一方；②一方在精神上长期冷落对方；③性遗弃等。

（二）侵害夫妻财产权。夫妻财产权是指夫妻之间直接体现一定经济内容的权利。依婚姻财产权属不同，对夫妻财产权的侵害行为表现为：

1. 侵害夫妻共同财产。依现行婚姻法等相关的规定，婚姻存续期间的所得为夫妻共同财产，夫妻双方对夫妻共同财产享有平等的处分权。因此，侵害夫妻共同财产表现为：未经对方同意，超越或滥用处分权处分夫妻共同财产，生活中常见的如一方未经另一方同意出售共同所有的房屋；在提起离婚诉讼前或离婚判决生效前隐匿、转移、毁损、转让夫妻共有财产；以夫妻共有财产偿还赌债；等。

2. 侵害配偶个人财产。依照现行婚姻法等相关规定，配偶个人财产包括婚前个人所有、受赠、继承的财产；婚后约定属个人的财产；归个人日常生活所使用价值不大的财产，如一般的首饰、衣物、化装品等。个人财产其本人对之有绝对的占有、使用、收益、处分权，对方不能限制、干涉。

三、我国婚内侵权损害赔偿的现状

我国《婚姻法》46 条规定 “ 有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚的；（二）有配偶与他人同居的；（三）实施家庭暴力的；（四）虐待、遗弃家庭成员的。” 最高人民法院关于使用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（一） 第

29 条“ 承担婚姻法第 46 条规定的损害赔偿责任的主体，为离婚诉讼当事人无过错方的配偶。人民法院判决不准离婚的案件，对于当事人基于婚姻法第 46 条提出的损害赔偿请求，不予支持。在婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚而单独依据该条规定提起损害赔偿请求的，人民法院不予受理。”

由此可见，我国现行婚姻法将离婚作为夫妻间侵权损害赔偿的前提条件。但是离婚损害赔偿制度只是婚姻损害赔偿制度的一个方面，是在特定情况下采取的补救措施，其适用条件和范围都比较窄。由于婚姻家庭关系的特殊性，在很多情况下受害方出于各种原因的考虑，并不愿意离婚，仅仅只是想获得救助和维护自己合法权益。但是我国关于婚内侵权损害赔偿的法律规定却少之又少，仅仅只是的民法通则 106 条第 2 款中规定“ 公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的应当承担民事责任。” 但是在现实的生活中，运用此条来保护婚内侵权损害赔偿的却很少，且很难得到法院的支持。

四、国外关于婚内侵权损害赔偿的相关法律制度

一些国家在刚开始运用法律调整家庭关系时，并没有把家庭内的侵权纳入侵权赔偿的范围，但是随着经济的发展，社会的进步，根据实践的需要，相继都建立了婚内侵权损害赔偿制度。如美国自 1884 年起，已婚妇女保护法（married women ' s Acts），赋予妇女独立的人格和对个人财产独立的所有权后，许多州也准许夫妻间提起侵权索赔的诉讼了。[②]法国民法典规定：“ 妻对于夫有请求补偿的权利。”“ 夫因不为适当保存行为致其妻的个人财产受损害者，应负赔偿责任。” [③]瑞士民法典则更明确地规定：“ 配偶一方未履行婚姻共同生活的义务或其行为对他方有危险、污辱或损害时，他方可据此向法官提出诉请。” [④]可见，针对婚内侵权，这些国家的解决方法都是建立婚内侵权损害赔偿制度。

五、建立婚内侵权损害赔偿制度的必要性。

我国的法律制度在婚内侵权损害赔偿问题上可以说算得上是空白，很多人认为，在夫妻关系存续期间，在一方侵害另一方权益让其向另一方赔偿等于是将左边口袋的钱放入右边口袋，没有多大意义。笔者对此观点持不同意见，夫妻双方的法律地位是平等的，权利都应该得到保障。建立婚内侵权损害赔偿制度可以弥补我国相关法律的空白，可以构建和谐家庭关系，有利于保护夫妻一方的人格权。随着社会的发展，文明的进步，建立婚内侵权赔偿制度是顺应潮流发展的。

六、对婚内侵权损害赔偿问题的几点建议

笔者认为在完善婚姻立法，构建我国婚内侵权损害赔偿法律制度时，可以从以下几点入手：

（一）在夫妻人身权利关系方面

在夫妻人身权利义务关系方面，立法除保留以赋予给夫妻各方所有的姓名权、参加生产、工作、学习和社会活动自由及夫妻双方有计划生育义务外，再增设：夫妻双方互享配偶权利，互负配偶义务；夫妻双方互负共同生育的权利和义务；夫妻双方互负操持家务的义务；夫妻双方均享有一定的稳私权；禁止婚内性暴力等。

（二）在财产权利关系方面

增设分别财产制，在夫妻一方非法转移或隐匿夫妻共同财产侵害另一方利益是时，另

一方可以向法院申请撤销并将夫妻财产改为夫妻分别财产，以保护另一方的合法权益。

（三）在侵权责任承担方面

将停止侵害，排除妨碍，消除危险，返还财产，消除影响，恢复名誉，赔礼道歉等侵权责任承担方式运用到婚内侵权行为。

综上所述，婚内侵权已经是一个普遍存在的社会问题，但由于种种原因，使得婚内侵权这一社会问题迟迟未得到根本解决。婚内侵权赔偿制度的建立和完善将是解决此问题的关键所在。

参考文献：

①杨立新：《民商法判解研究（第一辑）[M]》，吉林人民出版社，1999 年版第 111 页。

②Eduard J Kionka．Torts 北京：法律出版社 1999 年版，第 353-357 页。

③拿破仑法典，李浩培、吴传颐、孙鸣岗译，北京；商务印书馆，1997 出版第 197 页。

④瑞士民法典，殷生根译，法律出版社 1987 版,第 39 页。

作者单位：安徽盛华达律师事务所

论环境污染侵权中受害人之举证责任

汪培文　　孙劲草

【内容摘要】《中华人民共和国侵权责任法》自 2010 年 7 月 1 日起正式施行。该法确立的环境污染侵权责任规则继承了以往法律法规和司法解释的精神并适时增加了环境污染侵权诉讼中的举证责任分配制度的内容。深刻理解并熟练运用环境污染侵权诉讼中的举证规则对保护合法环境权益，制裁环境侵权行为，具有重要意义。法律虽然规定了环境侵权人的举证责任倒置规则，但是这在实际中并没有排除受害人的举证责任。

【关键词】环境污染侵权　反证　举证责任　举证责任倒置

一、环境污染侵权的举证责任概述

举证责任是指诉讼当事人对自己提出的诉讼请求有提供证据加以证明的责任，否则该当事人可能将承担败诉的后果。举证责任的法律制度早在罗马法中已确立，即“谁主张，谁举证”，现代的举证责任制度就是从罗马法发展而来。[①]我国在民事诉讼中也基本确立了“谁主张，谁举证”的诉讼原则。另外，在实际的诉讼过程中，双方当事人都会充分利用本证和反证。本证是指负有证明责任的当事人所提出的证据材料。反证则是指能够证明对方当事人主张的事实不存在的证据。反证会起到否定对方当事人的主张的作用。

《中华人民共和国侵权责任法》（以下简称“侵权责任法”）第 66 条：“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。”2001 年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称“证据若干规定”）第 4 条第（3）项：“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。”这两项规定通常是我们在环境侵权诉讼中所称的举证责任倒置规则。那么究竟举证责任倒置是什么含义？这需要对举证责任有一个大致的了解。

所谓举证责任倒置，指基于法律规定，将通常情形下本应由提出主张的一方当事人（一般是原告）就某种事由负担的举证责任，转由他方当事人（一般是被告）就该事实存在或不存在承担举证责任，如果该方当事人不能就此事由举证证明，则推定原告主张事实成立的一种举证责任分配制度。[②]在证据规则中，“谁主张，谁举证”是举证责任分配的一般规则，而举证责任的倒置规则是例外。举证责任分配是民事证据规则的核心部分，而举证责任倒置是举证责任分配的重要组成部分，因此，举证责任倒置在民事证据规则中的地位是十分重要的。

那么，具体到环境污染侵权诉讼之中，举证责任倒置规则规定由污染侵权人对自己的行为不承担法律责任或者承担减轻的法律责任提供证据加以主张（这里笔者顺便说明一点：《侵权责任法》增加了污染者承担举证责任的范围，即法律规定污染者可以减轻责任的情形。法律之所以做出如此规定，是出于公平分配举证责任的原因），但是笔者对于这种倒置的举证规则有自己的看法。法律虽然规定了环境侵权人的举证责任倒置规则，但是在整个环境污染侵权的诉讼中，受害人的举证责任并不因为法律规定了环境污染侵权的举证责任倒置规则而彻底被排除。在以下的内容中，本文将结合环境侵权诉讼的实际情况和反证的证明规则，从

诉讼的阶段和不同的角度、环境污染侵权的因果关系逐步分析：举证责任倒置没有完全排除环境污染诉讼的受害人之举证责任，反而要求受害人承担一定的举证责任。

二、提起环境污染侵权诉讼的前提要求受害人承担一定的举证责任

环境污染侵权的举证责任倒置规则在范围上是有限制的，这种倒置的举证责任分配规则只限于侵权行为与损害结果之间的因果关系或者侵权人具有减轻责任情形两方面的举证责任倒置，但是在整个环境污染侵权的诉讼过程中，侵权人与受害人在不同的诉讼阶段有没有提供证据以及所提供的证据是否充足和完善，直接关系到诉讼的结果。

从起诉的前提条件看，环境污染侵权的受害人的起诉应当满足最基本的条件。《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：“在诉讼中，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”结合环境侵权的特殊举证责任规则，受害人向法院起诉要求环境侵权人承担责任时，至少需要提供环境侵权人实施了侵权行为的证据和造成受害人损失的证据。虽然说环境侵权行为与损害结果之间不具有因果关系的证据由环境侵权人提供，但是这并不意味着在实际的诉讼中受害人不需要提供环境侵权和损害结果之间的因果关系的证据。相反在实际中，为了能使自己的权利主张得到支持，受害人还是需要提供环境侵权行为与损害结果之间的因果关系的证据，例如有关部门的检测报告、鉴定结论等，否则对于受害人来说是极为不利的。换句话说，环境污染侵权诉讼中，受害人需要提供一定的反证来证明自己的主张，尽管法律规定了证明环境污染行为与损害结果之间不存在因果关系或者具有减轻责任是侵权人的本证责任。至于受害人提供多少反证或者说受害人提供的反证需要达到什么样的证明标准，这需要法官行使自由裁量权来确定。

从诉讼时限角度看，环境污染侵权诉讼的受害人也应当在起诉前提供更多的证据，包括反证，否则到了开庭阶段，受害人再要求提供新证据，这很可能导致因为证据不充分而增加诉累。

三、环境污染侵权诉讼中因果关系证明实际中要求受害人提出一定的反证

在环境污染侵权诉讼中，由于侵权人处于强势地位，掌握了大量的证据资料，侵权人很容易就能提供证据证明自己的侵权行为与损害结果不具有因果关系或者证明自己具有减轻责任的情形，如果环境污染侵权的受害人不提供一定的反证，那么诉讼结果很可能对受害人来说是极为不利的。笔者之所以这样认为，是因为：

1. 我国虽然明确规定了环境污染侵权行为属于特殊侵权行为，适用无过错责任原则和举证责任倒置，这在一定程度上减轻了原告的举证责任，有利于对环境污染受害人的保护。但是，由于目前我国法律对环境污染侵权案件的因果关系证明标准没有具体的规定，仅仅是在无过错责任原则下，适用举证责任倒置。然而举证责任倒置只是证明案件的部分事实而非全部事实，那么原告为了能够达到期望的诉讼结果，就有必要提供证据证明自己的主张。也就是说，这种举证责任的倒置实质上只是将一部分本应由原告承担的举证责任转移给被告，在原告提出表面的证据，证明污染者已有污染行为或可能有污染行为时，如果被告举不出可靠的证据来证明该污染、破坏结果不是其行为所致，法院则可以认定环境污染损害与被告的行为有因果关系。而非顾名思义地全部由被告承担举证责任。③

一般民事诉讼采用高度盖然性的证明标准，这是基于均衡原被告利益的考虑而设定的。但是，环境污染侵权的情况复杂，侵权人与受害人之间的地位不平等，在诉讼中要求原告对于因果关系的证明达到高度盖然标准十分困难，这就需要受害人对环境侵权的因果关系提供一定的反证以达到一定的证明标准。环境污染侵权的因果关系证明标准对于受害人是十分重

要的。如果受害人能够就环境侵权行为与损害结果之间的因果关系提供证据证明，并且达到了一定证明标准，并最终获得法官对其诉讼请求的确信和支持，这对于受害人来说是非常有利的。为了能够使权利得到主张，受害人不仅仅应该提供反证证明环境侵权行为与损害结果之间的因果关系，而且提供的反证能够使这种因果关系达到一定的证明标准。至于环境污染侵权诉讼中的因果关系存在的证明标准的高低，很遗憾，由于环境污染侵权的种类繁多，而且不同种类的环境污染侵权需要高度的不同的自然科学加以判断，我国目前的法律没有就环境污染侵权中因果关系的证明标准一一加以规定，但是在现实意义上，环境污染侵权诉讼中的受害人更应当主动提供更多的反证以求达到能够使法官确信存在因果关系以及侵权人不具有减轻责任情形的证明。

2. 环境污染侵权人举证责任倒置的范围有限制，这种被限制的举证范围足以排除受害人的权利主张。《侵权责任法》和《证据若干规定》虽然都对环境污染侵权人的举证责任加以了规定，然而，如果对《侵权责任法》第 66 条和《证据若干规定》第 4 条第（3）项的两项条文加以总结的话，可以得出环境污染侵权人承担举证责任的范围是有范围限制的，表现在如下两种情况：（1）侵权人提供证据证明了其污染行为与损害结果之间不存在因果关系；（2）侵权人提供证据证明其污染行为具有法律规定的具有免责事由或者减轻责任的情况，即使侵权人的污染行为与损害结果之间具有因果关系。简单分析上述两种表现，无论环境污染侵权人证明了哪一种情况，都能够使侵权人免于承担相应的法律责任，或者说都能够排除受害人的主张。因为，第一种情况涉及的是环境污染侵权诉讼的前提——环境侵权是否存在。如果说诉讼的前提都不存在了，那么受害人主张要求环境污染侵权人承担赔偿损失等责任就缺乏法律依据；第二种情况涉及的是即使存在环境污染侵权的行为，侵权人也不承担责任或承担减轻的责任。因此，受害人为了能使其权利主张得到支持，就必须提供一定的反证来证明侵权人的行为与损害结果具有因果关系或者侵权人的行为不具有法律规定的免责事由或减轻责任的情况。

四、因环境污染侵权而造成的损害结果更需要受害人举证加以证明

首先，环境污染侵权有没有造成损害结果的举证责任应当由受害人承担。环境污染侵权的构成要件一般包括侵权行为、损害结果以及两者之间的因果关系。本文虽然在第二部分就环境侵权诉讼中的损害结果的举证责任论述过，但是在这一部分，笔者仍然要强调：环境污染侵权的受害人必须就侵权行为造成的损害结果提出证据证明之，反之，如果没有损害结果，即使只有侵权行为，也难以追究侵权行为人的责任。《侵权责任法》就环境污染侵权人对侵权行为与损害结果的因果关系、免责事由和减轻责任的事由做出了举证责任倒置的规定，但是它并没有规定环境污染侵权人必须对侵权造成的损害结果承担举证责任。那么，因环境污染侵权而造成的损害结果的举证责任当然就应当由受害人承担。

其次，环境污染侵权造成了怎样的损害结果应当由受害人加以举证。损害结果的大小或者说损失的多少是法院审理环境污染侵权案件又一重点，同时也直接关系到受害人的权利主张。环境污染侵权的受害人对损失大小的掌握较之侵权人来说更明确，那么，从举证责任分配的角度看，由受害人举证证明损失的大小也就更为合理。因此，环境污染侵权的损害结果的举证责任不适用举证责任倒置的规则，还应当使用“谁主张，谁举证”的规则。

本证与反证历来是原告与被告为了能够达到有利于己方的诉讼效果而由法律规定或者自己主动承担的举证责任。《侵权责任法》和之前的相关规定明确了环境污染侵权责任的举证规则，但是在实际运用中，从环境污染侵权诉讼的前提条件、侵权行为与损害结果的因果关系论证以及具体损害结果的确定，都需要诉讼双方当事人不断的提出本证和反证，特别是当环境污染侵权人对因果关系提出不利于受害人主张的证据时，为了自己的权益能够得到充

分的保护，更需要受害人提出反证以支持自己的权利主张。这也证明了虽然在环境污染侵权诉讼确定了举证责任倒置的举证规则，但是这并没有完全排除受害人的举证责任，相反，受害人需要承担一定的举证责任。

参考文献：

①戚魁：《论我国民事证据规则中的举证责任倒置》，中国论文下载中心，转引自张卫平：《民事证据制度研究》，清华大学出版社 2004 版。

②戚魁：《论我国民事证据规则中的举证责任倒置》，中国论文下载中心，转引自法苑精粹编辑委员会编：中国诉讼法学精粹［M］，机械工业出版社 2004 版。

③奚晓明：《民商事裁判精要与规范指导丛书——人身损害赔偿纠纷》，法律出版社 2010 年版，第 79 页。

作者单位：安徽徽商律师事务所

浅谈董事补偿制度

郑玉爱

【内容摘要】董事及其行为对现代公司的影响是不言而喻的，在某种意义上，可以说公司法的发展过程就是一个不断修正董事责任和义务的过程。新公司法强化董事责任，并完善了董事责任追究制度。但过重的董事责任会影响公司管理效率。为了转嫁董事为公司谋取最大利益进行决策时可能面临的风险，在制度设计上可能方式之一是设立董事补偿制度。本文试图对建立董事补偿制度的必要性，适用董事补偿制度的条件、程序及限度额等几个问题进行初步探讨，旨在强化董事个人责任的前提下寻求一个适当的平衡，防范董事在经营过程中违反忠实义务的同时鼓励董事在经营中大胆开拓创新，减轻董事责任压力以解决其面临的不确定风险。

【关键词】董事　义务　责任　补偿

董事及其行为对现代公司的影响是不言而喻的，在某种意义上，可以说公司法的发展过程就是一个不断修正董事责任和义务的过程。新公司法强化董事责任，并完善了董事责任追究制度，可以预期在未来公司实务上，尤其是随着公司经营的国际化，跨国纠纷屡见不鲜，董事违反公司法规定的义务而因此被追诉责任的案件会日益增加。但就像一把双刃剑，过重的董事责任会使董事在虽不掺杂其个人利益但信息不完备的情况下必须做出经营决策时过于保守，从而一定程度上影响公司管理效率。公司法没有明文规定对于董事因职务造成损害所产生的赔偿责任是否能够以及在何种条件下得转嫁他人。为了转嫁董事为公司谋取最大利益进行决策时可能面临的风险，在制度设计上的可能方式之一是董事补偿制度。

一、建立董事补偿制度的必要性

公司法表面上看似乎强调在权利与义务、公司内部机构之间权力的“均势”与“衡平”，但实际上强调的是这些权利和权力背后的利益均衡。我国社会传统思想以集体利益至上，新公司亦强调保护中小股东、债权人等弱势群体利益，而对相对表现为强者形象的董事的权力加以严格规制，甚至忽视董事利益的保护。[①]在董事利益缺乏保护的立法现实之下，公司通过公司章程自治方式设立董事补偿制度，对符合一定条件董事行为造成的损失限制其过失责任，这是完全合法合理的。

董事补偿制度是指公司通过公司章程或者合同设立信托基金、由第三人保管的基金或者由不受公司控制的第三人作为这种补偿权的保证人，以承诺保证在一定条件下董事因职务行为而被起诉时，对董事为抗辩其民事或刑事责任而支付的有关费用（如诉讼费用）以及根据法院判决或和解协议应支付的赔偿数额或相关罚款将予以补偿。通过补偿，尽管董事是以被告身份出现的，但事实上在董事对第三人或者公司承担责任的情况下将以公司的资产填补董事的损失，由公司承担了诉讼费、判决书或和解协议中的赔偿责任。这种补偿制度实质上是公司通过债务履行承担的方式而实际免除或部分减轻董事过失责任。债务履行承担行为是债务人（董事）与承担人（公司）之间的契约，履行承担是承担人（公司）在既存债权债务关系（董事与第三人、公司的损害赔偿关系）之外，而负有履行债务人（董事）债务的义务，是内部承担。[②]公司只对董事负担清偿其债务的义务，对债权人（主要是第三人）并不直接负担债务，也就是说，债权人不得直接向公司请求履行。

董事补偿制度的合法性和合理性可以从多方面来理解。首先，基于公平因素的考虑，董事的过失行为虽给公司造成损失，但自身并未从中获利，过重的责任负担往往与其行为的违法性和其从担任公司职务中所获得的经济利益极不相称。其次，单向性的责任追究制度虽然对董事的过错行为具有阻止作用，却完全无法对其过分保守行为课以责任，从公司的营利性特征来看，保守行为与鲁莽行为一样地影响公司的盈利性。潜在的、过高的赔偿责任可能会使董事在决策时变得过分谨小慎微，导致公司低效率运行并最终损害股东的利益。再次，保障公司商业决策质量这一目标应该主要通过董事会的独立性、公司控制权市场、竞争压力以及公开披露等制度而非诉讼强制董事尽义务来实现。过高的责任所造成的人们不愿意担任公司董事的社会成本可能高于该责任通过董事尽谨慎注意义务给社会带来的收益。[③]最后，从本质上来说，董事与公司及股东的法律关系是建立在意思自治这一私法基本原理之上的，在不涉及第三人的利害关系，不影响社会公共利益的情况下，公司通过债务履行承担的方式认可董事自由裁量结果，实际免除或部分减轻其过失责任，这属于公司章程的任意性规定，并不违背私法自治原理。

二、董事补偿制度的内容

（一）董事补偿的条件

董事补偿制度的实际效果是以公司财产服务于董事个人利益，公司法对此没有明确授权，依公司自治而设立该制度时，要严格限制董事补偿制度的适用条件，否则流弊之产生将难以避免，甚至出现违背公司法基本原理和公共政策的情形。首先，必须是董事在履行职务过程中因违反法律或者公司章程而产生的赔偿责任，与公司无关的个人行为被诉则不在补偿范围内。其次，在主观上要求董事的职务行为必须是善意且其有理由相信自己的行为是对公司有利的，至少不违背公司利益。鉴于目前《公司法》、《证券法》等法规对董事的职业义务尤其是“注意义务”的规定还比较模糊，对董事的管理过失或过错行为也难以具体界定，仍需要利用社会公共利益原则，以“社会公共利益”这样内涵丰富且具有流变性的抽象概念所蕴涵的合理的确定性和巨大的不确定性，加以自由裁量。

当董事违反法律法规、公司章程的职务行为存在主观的故意或重大过失，毫不顾及公司利益的违反忠实义务，不可以对这类责任进行补偿。例如，甲公司董事王某恶意把公司商业秘密泄露给甲公司的竞争对手乙公司，但王某没有因此从乙公司收到任何金钱上的利益。甲公司的股东就王某的行为给公司造成的损失对王某提起派生诉讼，王某不能从甲公司得到补偿，因为他的行为不是善意的，而是故意的违反忠实义务行为。如果公司补偿公司董事因故意或重大过失造成公司财产损失的责任，实际上是使董事享有了基于故意和重大过失侵害公司的权利，可以实施挪用公司资金等违反忠实义务的行为，这显然严重危害了社会公共利益。为了利益平衡的需要，通过形式上的强制以强化公司董事的义务和责任来弥补实质上不平等或不对等的关系，防止董事利用其在公司中的优势地位并损害股东的利益，使参与人能够达到真正的平等、实质意义的自治。

针对董事不违反社会公共利益行为所造成的损失，即使在没有法律明确授权的情况下，公司也可以承诺补偿董事对其因一般过失而给公司带来的损失的损害赔偿责任。因为在复杂多变、竞争激烈的当今社会，即使是最谨慎、最勤勉的董事也无法保证做出市场抉择尤其是一些大胆、创新的决策时无过失，更有理由担心其他人，特别是法官可能会误解真实的情况。公司法规定董事的勤勉义务，本质上是要求董事参加董事会会议，就公司所讨论和决议的事项加以注意。如果丙公司董事黄某在最近一年里多次生病，从而缺席丙公司这一时期的所有董事会会议，仅口头委托另一董事张某代为出席。在此期间公司出现严重的商业危机时，董

事会采取了一项通常依据黄某的专业技能会否决的错误决定，导致丙公司重大损失。如果黄某因上述事实而被判定对该项错误决定承担连带责任，黄某可以享受董事补偿制度的保护。

（二）董事补偿的程序

公司章程可以规定通过股东大会特别决议，在一定限度内免除董事基于善意、无重大过失的职务行为而产生的赔偿责任。实际上，公司章程关于董事补偿的程序规定旨在为各方提供一个利益冲突的缓冲期，以促进董事利益与公司利益实现“双赢”。首先，由第三人、基金保管人任命的独立法律顾问有权决定是否应当给予补偿。其次，在独立法律顾问认为应当补偿时，该董事可以通知股东开会，并在通知中表明开会的目的即是否对其行为给予补偿。最后，依股东大会普通决议程序，经出席会议的股东所持有表决权过半数通过该补偿决议，并记载与公司章程中，补偿决议才能生效。值得注意的是非中立董事持有或控制的投票权不得参与表决。在董事请求公司对其进行补偿时，董事和公司的关系已经发生改变，而且由于公司控制权的转移或者其他原因，公司将不会偏袒该董事。同时在没有立法授权的情况下，作为对真正协商的一种代替，公司章程应当规定股东大会无须经董事会同意，可以在任何一次股东大会废除或者修改这种特别决议。

（三）董事补偿的限度额

离开责任的义务形同虚设，完全补偿董事则等于放弃董事义务本身。因此，董事补偿制度应着眼于减轻董事过重的责任，而不是废止该项义务。公司章程可以设定一个扣除金额，股东大会只能就超过扣除金额以上的赔偿责任，通过决议决定是否予以免除，实际上是将董事的个人责任限制到“每年从公司得到的报酬上”。④但是“报酬”的范畴比较模糊，在公司规定的报酬之外，董事的实际收入还可能包括奖金、兼任公司的收入以及从股票期权中获得的收益等多个方面。公司应当考虑到不同类型的董事在报酬金额以及责任分担方面的差别，对不同类型的董事在扣除金额计算上采取不同的确定标准，以在允许违反义务与要求负起全责的两个极端之间求取平衡。

总的来说，强化董事责任和维护公司经营的稳定发展，本身应是完善董事责任制度的两个方面，公司治理不能忽略其中任何一方。为确保公司经营的健全、稳定发展，不仅要明确公司经营者的责任，同时还要考虑如何救济董事的责任，适当减轻经营者的风险压力。董事补偿制度旨在强化董事个人责任的前提下寻求一个适当的平衡，既要防范董事在经营过程中违反忠实义务发生损害公司利益和股东利益的行为，又要鼓励董事在经营中大胆开拓创新，减轻董事的责任压力以解决其经营过程中所面临的不确定风险。

注释：

①新公司法没有规定判断董事责任的商业判断规则、董事责任免除制度、公司补偿制度等对董事责任的法律救济制度。

②郑玉波：《民法债编总论》，中国政法大学出版社 2004 版，第 448-459 页。

③我国新公司法没有明确规定董事的注意义务，而是只规定了其中的勤勉义务。

④美国法律研究院通过并颁布：《公司治理原则：分析与建议》，楼建波等译，法律出版社 2006 年版，第 819 页。

参考文献：

①郑玉波：《民法债编总论》，中国政法大学出版社 2004 版。

②王文宇：《公司法》，中国政法大学出版社 2004 版。

③美国法律研究院通过并颁布：《公司治理原则：分析与建议》，楼建波等译，法律出版社 2006 年版。

作者单位：安徽徽商律师事务所

论网络虚拟财产权的物权法保护

杨 勇　黄 奥

【内容摘要】以物权的客体为标准，网络虚拟财产权是以网络虚拟财产为客体的所有权，属于物权的范畴。他是指以数据化形式存在于网络空间，网络用户可以通过使用和交易对其进行支配的财产利益。理论和实践证明网络虚拟财产权为物权，对其保护应该以物权为出发点，将网络虚拟财产权纳入到物权的范畴，并用物权的保护方法对其予以保护。针对网络虚拟财产本身所特有的特点，建立网络虚拟财产的价值评估平台，对其价值予以确定，并建立由政府监管的网络虚拟财产交易平台以方便其流转，利用交易平台对流转的过程进行公示和监督，是对网络虚拟财产权进行保护的切实方法。

【关键词】物　物权　物权法　网络虚拟财产

一、网络虚拟财产权的定性

（一）网络虚拟财产权性质的学说评析

1. 知识产权说

该观点认为：“网络虚拟财产应属于开发商的智力成果，应列为知识产权中的著作权范畴。”[①]“开发者创造了游戏的角色、形象，各种不同功能的装备等有其自身新颖性的东西，开发者的确享有保证其作品的完整性、不被任意删除、模仿复制等权利。但司法实践中所存在的网络虚拟财产不是作为整体的网络游戏程序，而是玩家花费了一定时间和金钱通过正当的游戏程序获得的，可以满足玩家在虚拟空间生存和发展需要的一种独立存在的客体。”[②]另外，知识产权具有时间性，专有性等特点。而网络虚拟财产权不具有这两个特征。

2. 新型财产权说

该观点认为：“虚拟财产的产生离不开网络和网络游戏，在虚拟财产之上的财产权是一种新型的财产关系，应当专门立法加以调整。”[③]不可否认，网络虚拟财产确有不同于以往权利类型的诸多特点，但是不能仅仅因为这些特点，就认为网络虚拟财产权是一种新型的民事权利，从而改变现有的民事权利体系。判断网络虚拟财产权的性质不能仅仅从其载体和组成部分着手，需要从权利区分最根本的标准入手。网络虚拟财产权完全可以纳入现有的民事权利体系，而无需创设出一种新型的财产权利类型。

3. 债权说

该学说认为：“网络游戏开发商向不特定的对象以注册协议的形式发出要约，一旦用户同意接受该协议便构成了承诺。由此，玩家通过支付对价取得了接受服务的债权，并享有对游戏开发商提供适当服务的请求权，游戏开发商则负有按约定提供服务、有序管理及保障服务质量、安全等义务。”[④]“对用户协议的无条件接受这一技术规则是网络虚拟财产生成基础，但是技术规则毕竟不能等同于法律规则。”[⑤]虽然网络虚拟财产生于特定游戏运营商的服务器，但它的产生和变化并不完全受网络游戏开发商所控制，用户拥有多少、什么样的网络虚拟财产则完全取决于用户自身的活动，而不是取决于统一的、格式化的合同。因此，债权说虽有一定的合理性，但其无法对网络虚拟财产关系做出恰当的解释。

4. 物权说

物权说认为：“虽然传统的物权理论认为物权的客体应有体并占有一定的空间，应当具有有形性和独立性的特征。但是随着社会经济和现代科学技术的发展，物的范围早已不限制在有形、有体的范围内，只要具有法律上的排他支配的可能性或管理的可能性，都可以认定为物。”[⑥]

物权说较其他学说观点更能充分保护作为弱势一方——用户的权利。但是目前很多的论证都局限于传统物权法理论中关于物的有体与无体思维之中，以这种传统的僵化思维来论证现代网络虚拟财产权物权性质只能隔靴搔痒。如何从根本上充分合理的解释网络虚拟财产权的权利性质，需要找到各种不同民事权利类型最为本质的界分标准。

（二）以权利的客体为标准——网络虚拟财产权为物权

“法律在不同的客体上设定权利，必然要依据客体的自身状况合理设计权利的内容和保护方法，因此，权利客体的本质属性与特点必然影响乃至决定权利的性质和特点，权利关系的其他要素——主体和内容，尽管也有界分权利性质的作用，但不如客体来得根本。”[⑦]按照权利所实现利益的性质为区分标准，可把权利分为物权，债权和人身权。“设定权利，是为人在外部世界确定条件和限度，因此设定权利是直接针对外部世界的某一部分，通过赋予权利人控制、作用那一部分世界的能力，以达至目的，这些部分就是权利客体。”[⑧]与之相对应，债权的客体为给付，知识产权的客体为知识，而物权的客体则为物。

究竟什么是物，仍然存在较大的争议，包括《物权法》在内也没有对物进行明确的定义。大陆法系将物权客体限定在有体物上，其内在逻辑是：只有能够占有的物才能被所有，而只有能够所有的东西才能成为物权客体，即只有“看得见、摸得着”的有体物才是物权的唯一客体。德国和日本都在民法典中明文规定物为有体物。科学技术的发展，使得光、电、气等新型财产类型得以出现。此时，有体物显示不能涵盖这些新型的财产类型。但即使在立法中承认无体物，也不是解决问题的根本。因为“无体物指没有实体存在，仅有人们拟制的物，即权利”。[⑨]此时就会出现权利的客体和权利的主体同为权利的逻辑错误。人类进入了信息时代，很多网络虚拟财产不仅没有形体，而且不通过一定的媒介是无法感知的，显然其既不是有体物也不是无体物。

“物的分类也类似于自然人和拟制人这样的分类，即与诸如牛、轮船、房屋和汽车之类的具体物相对称，法律又规定了抽象的物，这种物不能被感官观察到，只能通过思维去想象。”[⑩]存款、证券只是一种文字或数据的文件，基本无“体”可言，但却是实实在在的财产，其价值有时远远大于有体物。不仅如此，人类还从实际需要出发拟制出许多具有稀缺性的资源和财富，从而使其成为一种拟制的财产。物的有体性与无体性都有一个共同的特点即他们都是价值的载体或者说是表现形式。所有这些财富的表现形式都不是物，而是各种财产利益。现代社会的物权制度应该以财产的价值性为支点，不必纠缠于有体物、无体物之中。无论是二者中的任何一种，在现代的市场经济中都可以表现为一定的金钱价值，支配金钱价值与支配物品在实在意义上没有任何区别，只不过换一个角度，将物权的客体由实物性转向价值性来处理物权的客体，所以，我们在对于物权的客体下定义时，可以摆脱物之有体与无体的束缚，而从价值的角度对其作如下定义：“物，能为特定民事主体直接支配的财产利益。”[⑪]以财产利益代替具体的物，贴近现代社会的财产状况，对于新兴科技背景下形成的虚拟的、没有物质形态却同样具有价值和使用价值的资源与财富，都能给予合理的定位和解释，财产利益超脱于物的具体形态，体现了不同的物所共有的内容。而且财产利益贴近现代生活的财产状况，对许多由社会虚拟形成的资源与财富，他们既不是传统的有体物，也不是类似于气和电的无体物，例如出租车的营运执照、汽车的车牌号以及本文所探讨的网络虚拟财产等等。对于这些人为拟制因素很强的财产都能给予合理的解释和定位。

财产利益，一般表现为金钱价值，财产利益是金钱价值的抽象法律语言，表明了资源与财富具有价值和使用价值的事实。网络虚拟财产就使用价值而言，其可以为拥有者在虚拟世界中称雄称霸而带来内心的愉悦，这样的感觉是任何其他有体物都不能提供的。就价值而言，权利人可以通过网络虚拟财产的交易而获取相应的金钱。因此网络虚拟财产完全符合财产利益这一物的特征。

二、网络虚拟财产的定义

学界目前对于网络虚拟财产有多种不同的定义。“ 网络中具有财产性质的物有两种：一种是以游戏装备或网络虚拟财产社区中的宠物、房子为代表的物，即玩家以娱乐为目的，通过计算机终端免费或支付对价进人某一虚拟环境，按照虚拟环境的规则操作，取得该环境下物的所有权的人可以在网络上对他们占有、使用、收益、处分以获得精神上的愉悦感，另一种是以网络银行中货币为代表的。这两种财产前者可称为虚拟财产，后者称为数字化财产。” “ 所谓网络虚拟财产，指网络游戏中，游戏玩家的游戏人物本身的各项指数以及游戏中使用的货币、武器装备、宠物等。” 这些对网络虚拟财产概念的界定有的是对广义的网络虚拟财产的界定，有的是对某类特殊的网络虚拟财产的概括，有的是对某种个别的网络虚拟财产的描述。总的来说都没有把握好“ 一般 ”与“ 个别 ”之间的关系。对网络虚拟财产概念的界定，必须立足于对“ 网络虚拟 ”的界定，并结合“ 财产 ”的内涵，而且要处于物权法的视野之下。

（一）就“ 网络虚拟 ”而言，网络虚拟财产具有如下三个特征

第一，其存在于特定的网络空间或者网络环境中。“ 网络空间是一个由密码和网址划分的虚拟但客观存在的空间，是用 0 和 1 的数字方式，来表达和构成事物以及事物之间的关系，从而形成一个独立于现实世界又具有实在性的数字化的社会空间。” 网络空间与我们所处的现实环境不同，不如现实世界直接来得直观，需要通过一定的设备和方法才能感知其存在。网络空间是一个人为创造的，有其自身规则的独立世界。但是网络空间又是以现实的物理空间为基础，是现实物理空间的延续。 网络虚拟财产就是储存于这种空间之中，并在这个空间中进行传输。

第二，以数据化的形式存在的虚拟性。虽然网络虚拟财产给人的感觉是锋利的刀剑、金灿灿的网络游戏货币、面容狰狞的怪兽等等不同的外部形象，但其背后的本质上都是游戏研发人员所编写的一串串计算机字符，以系列电磁和光电信号等物理形式存在的。所有的网络虚拟财产本质上都是保存于网络运营商服务器存储设备中的信息数据，用户只有通过电脑才可以感知他的存在，但是网络虚拟财产虽然“ 虚拟 ”但却并不“ 虚幻 ”。

第三，期限的不确定性。网络虚拟财产产生于网络虚拟世界，并且以一定的计算机程序平台为基础。如网络游戏中的虚拟装备，游戏玩家的账号和账号中的虚拟装备都是以该款游戏的成功稳定运营为前提。运营商的经营状况直接影响网络虚拟财产的存续与否和价值的大小。另外国家的法律政策也影响着网络游戏的存续时间。除了网络游戏本身的存在原因之外，游戏的运营商为了促进游戏的人气指数和节省服务器空间，会对长期没有登录的游戏账号进行限制或删除等。由于上述的多种情况都会导致网络虚拟财产的意外灭失。所以期限的不确定性是网络虚拟财产的一个重要属性。

（二）作为财产，网络虚拟财产有以下四个特征

第一，网络虚拟财产具有价值。价值是指凝结在商品中的一般的、无差别的人类劳动。游戏参与者在获取网络虚拟财产的过程中投入了大量的时间、精力和金钱，所以网络虚拟财产同样凝结着无差别的人类的体力和脑力劳动，这种劳动产品能通过市场调节确定同类商品的一般劳动时间进而确定一件商品的价值量。“ 凡是成为财产的物，都具有一定使用价值，

能够给人带来利益或能够满足人的某种需要，这种利益或需要可以是物质上的，也可以是精神上的。”网络游戏的游戏参与者通过网络虚拟世界实现了自我满足和自我实现，获得高度的心理满足。不仅如此，网络虚拟财产的所有权人还可以通过交易网络虚拟财产而获取金钱利益。因此网络虚拟财产具有价值。

第二，网络虚拟财产具有稀缺性。财产的稀缺性一般是指这种财产存在的数量有限，不能够无限的产生。正是因为某种财产的稀缺性，使其不能均匀分配，不可能每个人都能够拥有，所以人们才会通过竞争而获取它。财产具有稀缺性有两种原因，第一个是因为财产的自然属性，如房屋和矿产资源等，另外一个原因是规则所致。网络游戏规则的限制使得网络虚拟财产具有稀缺性。

第三，可交易性。网络虚拟财产之所以能够成为他人侵权的对象，并且能够给被侵权人带来损失，是因为其有价值，并且这样的价值可以通过使用和交易得以体现。其中，交易是用户取得网络虚拟财产的主要方式之一。玩家在游戏过程中通过不断地完成游戏预定的相关任务，得到游戏虚拟装备。这样的装备会随着任务的难度及复杂程度增加而越发稀缺，相应的其在网络市场的价值就会越大。由于网络虚拟财产可以通过交易为玩家带来收益，从而催生了一种新兴的职业——“游戏职业玩家”，他们通过出售在游戏中获取的网络虚拟财产而获取利益。

第四，网络虚拟财产必须具有可支配性。可支配性是财产的一个基本属性。物权的客体必须可以为物权人所控制，在传统民法中称之为：“能为人类所控制”。由于人类对外界征服和控制能力不断的发展，因此财产的范围随着人类社会发展和技术进步而不断的扩张。以电脑数据组成的网络虚拟物品的种类有很多，如虚拟角色中的 QQ 号，网络游戏账号，网络游戏装备，但是并不是所有的网络虚拟物品都可以为用户所控制，如网络游戏的场景中的建筑物等是游戏开发商写成的代码，这些代码玩家不得而知，也不能通过电脑的操作去处理它。所以，只有用户可以通过电脑进行使用和交易的网络虚拟物才可以称之为网络虚拟财产。基于上述对网络虚拟财产特征的分析并且在以财产利益界定“物”的基础上。笔者在本文中对网络虚拟财产做出如下定义：网络虚拟财产是指以数据化形式存在于网络空间，网络用户可以通过使用和交易对其进行支配的财产利益。

三、网络虚拟财产权物权法保护的完善

美国加州高等法院认为邮箱为用户的动产，随意向他人邮箱发送邮件的行为构成非法侵入他人的动产的侵权行为。韩国法律规定：网络游戏中的虚拟角色和虚拟物品独立于服务商而具有财产价值，网络虚拟财产的性质与银行账号中的钱财并无本质的区别，服务商只不过是为游戏玩家的网络虚拟财产提供一个存放的场所，而无权对其进行肆意修改和删除。“我国台湾地区刑法第 323 条规定：‘电能、热能及其他能量或电磁记录，关于本章之罪，以动产论’，虽然在 2003 年将电磁记录部分从第 323 条的删除，将其改纳入到新增的妨害计算机使用罪一章之中，”但这一修正的原因是为了刑法体系逻辑的合理性，而并非是否认电磁记录的动产性质。

2003 年有 19 名律师联合署名了一份《保护网络虚拟财产的立法建议书》，寄望全国人大法律委员会。建议书认为：“目前网络游戏在中国的年收入已达到 10 亿元人民币（2009 年的年收入为 256.2 亿元），已经形成了一项庞大的产业，拥有数千万的消费者。同时，网络虚拟财产本身具有价值，已经具备了一般商品的属性，理应立法进行保护。而在目前已经颁布和实施的《关于维护互联网安全的决定》以及《计算机信息系统安全保护条例》等规范性文件中，网络虚拟财产的保护仍然是一片空白。”虽然早在 2003 年网络虚拟财产权的保护

就已经引起了关注，但是遗憾的是，直到今日为止，我国仍然没有一部相关的民事法律文件对网络虚拟财产权的保护做出正面的回应。

网络虚拟财产本质为一种物权法意义上的物，所以要充分地保护网络虚拟财产权，需要以物权法为基点，通过完善物权法将网络虚拟财产整合到物权法中，用物权制度对其予以保护，这是对网络虚拟财产权进行保护的最为根本的方法。

（一）将网络虚拟财产纳入物权法物的范畴

网络虚拟财产权为物权，具体而言，是以网络虚拟财产为客体的所有权。物权法第 2 条第 2 款规定：“ 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。” 所以物权法对于那些可以确立为物权法上的物，没有明确的规定。动产和不动产只是对物的分类，是物的众多的分类方式之一。依传统理论，这种分类是以物在特定的时空范围能否移动作为标准。那么对于不存在物理空间的网络虚拟财产，则难以包含其中。物权法第 5 条规定：“ 物权的种类和内容，由法律规定。”“ 物权法定原则，一般是指物权的种类和内容由民法和其他法律规定，当事人不得任意创法律规定之外的物权。”“ 物权法定的内容主要有两项：第一、不得创设民法或其他法律所不承认的物权，例如在他人动产上设定用益物权，学说上称为类型强制。第二、不得创设与物权法定内容相异的内容，如设定不转移占有的动产质权，学说上称为内容固定。” 本文将网络虚拟财产纳入物权法物的范畴，与物权法第五条并不矛盾。认定网络虚拟财产权为物权，并没有在现行法律框架之外创造出新的物权类型，网络虚拟财产权只不过是以网络虚拟财产为客体的所有权。网络虚拟财产权因为其客体处在网络虚拟世界，其与以现实世界中的物为客体的所有权必然有所区别。虽然存在区别，但是其仍然符合物权的基本属性，并没有创设出与物权法定内容相异的内容。既然现有物权法没有相关的条文对物的范围做出明确的规定，那么我们可以对《物权法》上物的作扩大解释，将网络虚拟财产纳入到物的范畴，从而为司法实践提供法律依据。

确认网络虚拟财产为物权法意义上的物，则可以用物权的规则，依据物权的保护方法对网络虚拟财产权予以保护。当网络虚拟财产权受到侵害时，可以根据《物权法》第三章物权的保护的相关规定，对网络虚拟财产权进行保护，使网络虚拟财产权可以恢复其圆满状态，保护网络用户的合法权益。

（二）建立网络虚拟财产的价值评估平台

虽然网络虚拟财产的损害可以通过网络运营商的数据回档的形式予以补救，但是由于有些网络虚拟财产特别是某些网络游戏中的极品装备由于其稀缺性，对于所有者在游戏中战斗力和防御力的提升具有至关重要的作用，如果网络运营商对数据进行任意回档，则可能会破坏游戏的预定规则，打破游戏的平衡性。而且甚至有的网络虚拟财产在纠纷发生之时已经易手多次，依据善意取得的原则，又不能返还原物给网络虚拟财产的原始所有人，那么此时一旦网络用户的网络虚拟财产被盗取或者以其他的形式被侵害，则需要通过金钱赔偿的方式进行救济。根据《侵权责任法》第 19 条的规定：“ 侵害他人财产的，财产损失按照损失发生时的，市场价格或者其他方式计算 ”。由于网络虚拟财产的市场价格不稳定，没有一个统一的权威机构对其价值进行确定，所以在网络产品众多的情况下如何迅速准确的计算出网络虚拟财产的价值是一个相当复杂的过程。目前网络虚拟财产价格的确认方式主要有三种方式。第一种是网络运营商制定的网络虚拟财产的销售价格。第二种为网络用户之间的离线交易价格。第三种为网络用户举证，证明其为获取某种网络虚拟财产所投入的成本从而确定该种网络虚拟财产的价值。网络虚拟财产的价值不是一成不变的，而是随着游戏用户的数量，财产本身的属性等而发生变化的，应该根据实际情况做出相应的调整。在实务中应该成立专门的网络虚拟财产价值评估机构以离线交易价格为主，参考网络运营商的定价和用户的举证对网络虚拟财产价值进行评估，从而为损害的赔偿数额提供专业的数据。

（三）建立由政府监管的网络虚拟财产交易平台

由于目前网络虚拟财产的交易缺乏有效的监管，所以大部分网络虚拟财产纠纷都发生于网络虚拟财产交易的过程中，并且与网络虚拟财产的盗窃诈骗等案件息息相关。目前的网络虚拟财产交易往往是用户之间的单独联系，不涉及权威的第三方。这样虽然便于网络虚拟财产的流转，但是同时也容易产生纠纷。为了保证交易安全需要建立一个统一的交易平台，将进行交易的网络用户的身份信息予以认证，并且对数据进行收集和保存，对整个流转过程进行实时监督。平台可以从交易中提取相应的少量费用以维持平台的运行。交易平台对整个交易的过程中都有监督和记录，起到一个类似于现实世界中物权流转的公示作用。交易过程的数据记录间接的发挥了对网络虚拟财产权权属的登记作用，当某种网络虚拟财产权权属不明时可以通过查询交易记录确定其归属。

参考文献：

①吴高臣：《虚拟财产的法律保护初探》，载《中国律师》2004 年第 5 期。

②刘惠荣：《虚拟财产法律保护体系的构建》，法律出版社 2008 年版，第 80 页。

③陈维铨：《虚拟财产权是一种新型财产权》，载《学术界》2007 年第 1 期。

④石杰：《论网络虚拟财产的法律属性》，载《政法论丛》2005 年第 4 期。

⑤林旭霞：《虚拟财产性质论》，载《中国法学》2009 年第 1 期。

⑥杨立新、王中和：《论网络虚拟财产物权属性及其基本规则》，载《国家检察官学院学报》2004 年第 6 期。

⑦胡吕银：《债权、知识产权与物权的界分》，载《江海学刊》2004 年第 6 期。

⑧龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社 2002 年版，第 122 页。

⑨周枏：《罗马法原论》，商务印书馆 2001 年版，第 303 页。

⑩劳森，拉登：《财产法》，施天涛等译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 5 页。

⑪孟勤国：《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》，人民法院出版社 2002 年版，第 42 页。

⑫刘军霞：《首例虚拟财产纠纷案引发的法律思考》，载《河北法学》2004 年第 11 期。

⑬陶军：《论网络游戏虚拟财产在民法中的地位》，载《中国律师》2004 年第 12 期。

⑭齐爱民、刘颖：《网络法研究》，法律出版社 2003 年版，第 4～6 页。

⑮高富平：《物权法》，清华大学出版社 2007 年版，第 25 页。

⑯赵秉志、于志刚：《计算机犯罪比较研究》，法律出版 2004 年版，第 91～102 页。

⑰“19 律师联名建议立法保护网络虚拟财产”：http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=98678。

⑱谢在全：《民法物权论》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 42 页。

⑲王泽鉴：《民法物权•通则•所有权》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 46 页。

作者单位：安徽金亚太律师事务所

胎儿利益的继承法保护

许文春　江海俊

【内容摘要】胎儿作为自然人生命的初始阶段，是任何人都无法逾越的。现代风险因素的增多导致司法实践中胎儿损害赔偿案的数量日益上升。五十年代以来，世界各国均陆续发生关于胎儿期内遭受不法侵害的诉讼案。我国近年来也有此类案件出现并引起众多法律、道德上的讨论。而我国对此立法却失之于简单，除《中华人民共和国继承法》第 28 条外，关于胎儿利益保护的相关规定几乎是一片空白。笔者有感于这一现状，选择胎儿利益的民法保护作为论文，希望通过自己的研究，推动立法的完善。

【关键词】胎儿　继承法　保护

一、胎儿的含义

何谓法律上的“胎儿”?我国法律没有明确规定，理论定义也不尽一致。有的认为“胎儿是处于母体之胎盘之中的生命体，是生命体发育的一个阶段，即出生的最后一个阶段的存在形态”。　也有的认为“胎儿是指自然人未出生但在受胎之中的生物体状态”。这些定义似乎受医学界和生物界界定胎儿的影响。实际上界定法律上胎儿的标准应当注重的是胎儿的社会性也就是胎儿将来利益的保护。从各国法律保护胎儿的立法精神来看，主要就是保护胎儿出生后的应当享有的财产权利凭借此财产能够生存，如果用生物学或医学标准界定胎儿就与立法精神不符。若准确给胎儿下个法律定义的话，笔者非常赞同台湾法学家胡长清的观点，谓“胎儿者，乃母体内之儿也。即自受胎时此起，至出生完成之时止，谓之胎儿”。法律保护的胎儿应该是指正在孕育中的人。

换句话说，法律保护的胎儿是指出生这一法律事实发生之前尚未露出母体，并且处于孕育中的生命体。具体可以从以下几个方面去认定:⑴法律保护的胎儿必须是人的精子和卵子的结合。该条件有两方面的要求，一是提供精子和卵子的必须是人，如果不明确受精卵必须是由人提供，那么人和动物的杂交试验产生命体是否为法律所保护将产生难题。二必须是精子和卵子结合在一起，也就是通过性交或人工授精使受精卵着床开始，如果没有结合，精子和卵子只能作为遗传物质存在，作为特殊的物存在。⑵法律保护的胎儿必须是通过母体子宫受孕。通过母体子宫受孕、分娩是人类自然的生殖方式，法律保护的胎儿首先以此种方式为必须，至于是婚生还是非婚生，是否具备人形在所不问。

二、胎儿利益保护的理论基础

（一）胎儿利益保护的各种学说

1．权利能力说

（1）权利能力说的内容

该学说以胎儿具有权利能力作为对其进行保护的理论基础。在当代各国，尤其是大陆法系国家广为援用。在此学说支持下，形成三种立法模式：第一，以活着出生为条件，承认胎儿具有权利能力，对其进行全面保护；第二，以活着出生为条件，在若干特别事项上承认胎

儿具有权利能力，给予有限的保护；第三，不承认胎儿具有权利能力，不能作为民事主体予以保护。

（2）对权利能力说的评析

权利能力说长期以来，一直是法学界的主流观点。以权利能力作为胎儿保护的理论基础，符合传统立法模式，保持了法律体系内部的和谐，易于被人们所接受。但是，该学说也存在以下弊端：其一，如果以活着出生为条件，承认胎儿有权利能力，对其全面保护，虽然形式上有利于胎儿，但是按照民法“有权利必有义务”的理论，有可能导致胎儿负担义务，从而对其不利。而且，这种立法模式，把胎儿包括在该国立法体系中的自然人行列。但实际上，胎儿并不能像自然人一样享有丰富多彩的诸多权利，与自然人相比，胎儿享有的利益范围是非常有限的。笔者可以感受到，立法者的初衷是通过一定的立法技术，对传统权利能力理论稍作变通和修正，使胎儿的利益受到民法的保护。可是，将其权利能力范围等同于自然人，就有包罗万象，喧宾夺主之嫌，反而削弱了立法目的。其二，如果赋予胎儿民事权利能力，也就意味着胎儿为“人”，那么，堕胎就无异于杀人。这与我国目前《人口与计划生育法》的立法思想是相抵触的。其三，以权利能力理论为基础来构筑胎儿利益保护的制度，还有其自身无法解决的矛盾：以胎儿活着出生为条件赋予其权利能力，如果因他人的侵权行为导致胎儿死亡的，反而因其始终未能取得权利能力而得不到任何救济。

由于存在上述不足之处，笔者认为，以承认胎儿有权利能力对其利益进行保护，并不是理想的方式。有不少学者也持反对意见，他们认为，“如果在胎儿利益的保护上仍固守权利能力制度，不仅难以周到地保护胎儿的利益，而且会因固守权利能力制度而限制法律的进步与发展。”“胎儿本身不具有权利能力，法律不能为了保护胎儿的某种特殊利益而改变权利能力制度，赋予胎儿权利主体的资格。”

2．人身权延伸保护说

（1）人身权延伸保护说的内容

为了避开权利能力理论的影响，国内学者提出了人身权延伸保护说。该理论的基本要点是：第一，民事主体在其诞生前和消灭后，存在着与人身权利相区别的先期法益和延续法益。这些先期法益和延续法益虽然与民事主体的人身权不同，但是维护这些法益对于维护该主体的法律人格具有重要意义；第二，人身法益与人身权利互相衔接，统一构成民事主体完整的人身利益。在对人身利益进行保护时，缺乏任何一个环节的保护，就必然导致民事主体人身利益保护的残缺，也必然导致民事主体人格的损害。第三，民事主体人身利益的完整性和人身法益与人身权利的系统性，决定了法律对民事主体人身保护必须以人身权利的保护为基础，向前延伸和向后延伸，保护先期人身法益和延续人身法益。没有对人身权利的保护，民事主体就丧失了最基本的人权，丧失了法律人格或者造成法律人格的残损。但是如果法律仅仅保护民事主体的人身权利，必然会使其先期人身利益和延续人身利益成为自然的利益，无法抵御外来侵害，进而损害人身权利的本身。只有全面保护民事主体的人身权利和人身法益，方能够维护其人格的完整性和统一性，建立社会统一的价值观、道德观、荣辱观，并且通过制裁侵害他人人身权利和法益的违法行为，维护整个社会利益。

（2）对人身权延伸保护说的评析

人身权延伸保护说以人身利益为出发点，指出人身利益不仅包含人身权利，而且包括人身法益。所以，保护人身利益的完整就必须同时保护人身权利和人身法益。该说绕开了权利能力理论在胎儿利益保护上的困境，不再陷于胎儿究竟是不是法律上的“人”的讨论。而是另辟蹊径，试图从“法益”的视角去解读这一古老的命题。因为既然胎儿期间的利益是一种“法益”，而不是权利，那么就不必要求其必须实际具有权利能力而仅需有利益存在即应受到法律的保护，这样，在相对有力地保护胎儿利益的同时，既不必对权利能力制度进行修正

来寻求解决之道，也不必非要利用法律拟制的手段将胎儿“视为出生”。所以，该学说有相当合理性，受到不少学者的推崇。

3．本文的观点

笔者认为，人身权延伸保护说可以作为胎儿利益保护的法理依据。下面，笔者将对其理论要点再作进一步分析。众所周知，人的存在是一种社会存在。人只有在社会生活中才能实现人之为人的价值与尊严。所以，民法以人为终极目标，为出生后的人构筑了一个广泛的权利体系，充分保障人自由活动的空间和范围。人是一种社会存在，但是，他首先是一种生物学存在。在人出生前，这种生物学存在已经在胎儿身上得以体现。胎儿是人成长发育的初始阶段，胎儿与出生后的人具有生物学上的同体性，这是勿庸置疑的事实。胎儿的健康状况影响并决定着出生之后人的健康状态，胎儿与父母的亲子身份关系将延续至出生后的民事主体身上。由于胎儿与出生后的人之间具有无法割断的自然联系，所以，出生后的民事主体通过权利所享有的某些物质性人格利益与身份利益在胎儿阶段就已经客观存在，学者称之为“先期人身利益”。这种先期人身利益与民事主体人身权利所保护的利益在客观上是一脉相承。胎儿与出生后的人具有共同的生命物质基础，使先期人身利益的存在成为必然和可能。因此，法律对民事主体的人身权利给予保护，就必须同时对胎儿阶段存在的先期人身利益予以保护。否则，必然会使这种先期人身利益成为一种自然的利益，无法抵御外来的侵害，进而损害人身权利的本身。法律上保护的利益有很多，按照受法律保护力度的不同可将利益划分为两类，即法益和权利。两种利益形态受法律保护的力度不同。其中，权利是民事主体“享受特定利益的法律之力”，以特定的利益为其内容，以法律上之力为其外形。权利形态下法律对利益的保护最为有力。关于法益，学者有多种阐述，史尚宽认为“法益乃法律间接保护之个人利益”。

从不同学者对法益的不同表述中可以总结出，法益是除权利之外，社会的法观念认为应予保护的利益。这种利益不具有具体的权利形态，法律对其保护的力度弱于权利。在区别了法益与权利之后，再来考察胎儿的先期人身利益。首先，这种利益客观存在，对出生后的民事主体有重要意义，法律应予保护；其次，胎儿在出生前，还不是民事主体，不具有权利能力，也不享有任何权利。所以，法律不能以权利的方式对其利益做出保护。第三，胎儿在孕育期间，作为母亲身体的一部分，母亲的身体健康受损，一般而言，会影响到胎儿的健康利益。故，母亲维护自己的身体、健康权不受侵害，那么，胎儿就可以得到母亲享有权利的反射利益。所以，胎儿的先期人身利益更多地体现为一种人身法益，而不是权利。在胎儿阶段，除了存在先期人身利益，还存在一些特定的财产利益。这些财产利益是以胎儿的先期人身利益为基础的，没有胎儿人身利益的存在，就谈不上胎儿财产利益的享有。因此人身权延伸保护说仍是对这部分财产利益进行保护的理论基础。

三、胎儿利益的保护

（一）我国现有法律规定的缺陷

我国法律对胎儿上述问题的解决表现得明显不足，主要表现在实体法方面存在的缺陷。我国的《民法通则》并没有对胎儿之问题做出规定，其第九条规定：“公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。”该条明确了权利能力始于出生，对于尚未出生的人，按照我国民法的规定，则不具有民事权利，不属于我国法律上的“人”，对其保护也就无从谈起。

我国《继承法》第 28 条规定：“遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。”由本条观之，至少存在如下两个问题：

首先，是我国虽有保护胎儿继承利益的规定，却没有明确胎儿继承法益的有无。故当胎儿的应得份额受到不当侵害，或并未得到法定份额时，在其活体出生后，是否可以作为诉讼主体提出侵害之诉的问题不甚明确。

其次，是“ 胎儿的继承份额 ”用语模糊，是将胎儿与己出生者等同视之，还是仅留有一定比例的份额?该条不甚明确。　同样，我国法律也并未明确关于胎儿的其他法益，如健康法益，均体现出实体法之缺漏。

6. 完善措施

综合全文考虑，矛盾混乱之所以存在，归根结底是由于我国相关法律领域的空白所致。我国法律除规定保留胎儿的继承份额外，不仅不承认胎儿的权利能力，亦不承认胎儿的法益。对于这种规定，有学者将“ 计划生育 ”作为理由。虽然“ 计划生育 ”为我国的一项国策，但该项政策绝不足以构成否认胎儿利益保护的“ 挡箭牌 ”。一方面，“ 计划生育 ”仅对超生的胎儿进行控制，而符合生育政策的“ 胎儿 ”恐怕仍是大多数的群体，对于他们的利益，法律不可怠于保护；另一方面，堕胎（权）与保护胎儿的利益，两者之间并无矛盾。其实质不过是在承认被保护之法益的重要性与保护必要性的同时，又兼顾考虑对孕妇之人性尊严与人性自由的保护与尊重。

同时，随着我国改革开放进一步深化，经济发展水平和国民素质的整体提高，社会压力的加大，人们尤其是上世纪八十年代以后出生的人思想观念都发生了很大的转变，一般都考虑只要一个孩子甚至有的不要小孩而组成丁克家庭，可以想象，将来“ 计划生育 ”将成为我国的一个历史名词。因此，法律不能简单的偏废。通过对本文比较法上的资料及案例的研究，我们知道关于胎儿利益的保护特别是损害赔偿问题本身是一个综合而复杂的问题，用传统上简单、一概而论的研究方法已经显得“ 力不从心 ”，因此只能以新的视角为突破口，吸收借鉴英美法系和大陆法系在理论和司法实务中关于胎儿利益保护的成功经验，参照我国民事立法和司法的理论和实践，结合相关的民法学说，来解决我国关于胎儿利益的民法保护问题。因此，对我国关于这一问题的研究本文提出如下建议：

1. 确认胎儿的健康法益及财产法益，采人身权延伸保护说的法理，在胎儿活着出生获得民事权利能力之后，允许其以先期法益受到侵害为由提起诉讼。

2. 对人于出生前受侵害致死亡的情形，应包含因侵害致出生后不久即告死亡与致出生前死亡（即死产）两种类型。在因第三人过错而致胎儿流产于母体的情形，曾有以此为诉因提起的个别诉案。但在因最常见的医疗操作过失致以上情形发生时，反而没有发现我国实务中有相关判例，这从一定程度上透视出了立法者与司法界对这一问题的漠视态度，当然与我国的法律意识层次与传统心理也有很大关系。但是，笔者认为，随着我国公民法律意识的增强，此类诉讼必将占有一席之地，立法与司法界将不得不寻求新的解决途径，因此本文建议：在前种情形下，由于胎儿出生后先是存活，既而死亡，因此，即使时间再短，此时的“ 胎儿 ”实际上已经成为一个具有权利能力的独立的人，可适用非法致人死亡的一般原理处理之。但对于死产的情况，应将其视为母体的一部分加以保护还是视其为独立的“ 人 ”，以及应如何很好地处理两种类型在处理结果上可能出现的冲突?这些问题还尚须学界结合实践发展做出进一步研究。

3. 对“ 不当出生 ”、“ 不当生命 ”与“ 不当妊娠 ”的情形，我国立法与学界均未涉及。但司法上却已有了相关判例，如由天津高级人民法院审结的“ 脑瘫婴儿案 ”，原告获赔 55 万元；以及 2000 年发生在广州的基于医院检查过失未发现胎儿的缺陷而引起的“ 女婴出生少右臂，父母向医院索赔 ”案等。以上诉因可归为本文所述的“ 不当出生 ”，但由孩子本身作为原告的“ 不当生命 ”与“ 不当妊娠 ”之诉则未见其例。

笔者赞成美国实务中对“ 不当出生 ”诉因的一般认可态度。同时，也反对以“ 不当生命 ”

与“不当妊娠”为诉因提起诉讼，认为在目前状况下对该问题尚须进一步观察与研究，否则可能会引发与人类生命价值观的冲突。

4. 对父母为侵权主体的情形，笔者认为，我国应参酌多数国家的法理，基于胎儿与父母之间的特殊关系、家庭关系维护、公共政策也即公益方面和实际操作等技术方面的考虑，原则上，不得支持子女向父母提起的侵权之诉；但在奸生或由欺诈婚姻所生以及实施侵权行为的一方父母于道德或法律上都具有可受谴责性时，应对子女向其父母提起的赔偿请求作适当考虑。但在父母有一般性过错的情况下，不应忽视生母与胎儿形体上的一体性与特殊性。同时，国家要强化其社会服务功能，采取切实措施，比如给孕妇授课、开立健康防护与咨询中心等，给在孕育期间疏于注意的父母充分的产前教育与预防，以减少此类情形的出现。

5. 父母（尤其是母亲）关于阻却违法之允诺，所订立之免责条款，基于父母之法定代理权，应理解为对于胎儿亦生效力，但是如果允诺违反公序良俗原则或者明显损害胎儿利益的则应视为无效。

6. 父母对损害之发生或扩大有过错时，不适用过失相抵规则，理由有二：一是适用过失相抵规则将使胎儿的利益得不到有力的保护，二是适用过失相抵规则对父母的隐私利益构成威胁，并导致家庭关系紧张。

注释：

①郭明瑞：《民法总论、人身权法》，中国人民大学出版社 2002 年，第 382 页。

②龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社 2002 年版，第 202 页。

③胡长清：《中国民法总论》，中国政法大学出版社，1997 年 12 月版，第 60 页。

④汪渊智：《胎儿利益的民法保护》载《法律科学》，2003 年第 4 期，第 49 页。

⑤同上

⑥王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社 2003 年第 1 版，第 338 页。

⑦杨立新：《人身权法论》，人民法院出版社 2002 年第 1 版，第 303-305 页。

⑧杨立新：《人身权法论》，人民法院出版社 2002 年第 1 版，第 305 页。

⑨熊谓龙：《权利，抑或法益》，《比较法研究》2005 年第 2 期，第 52 页。

⑩王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社 2001 年第 1 版，第 84 页。

⑪史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 1983 年第 1 版，第 127 页。

⑫李新天、朱琼娟：《未出生者之民法保护探析》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第 33 卷），法律出版社 2005 年第 1 版，第 228 页。

⑬李新天、朱琼娟：《未出生者之民法保护探析》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第 33 卷），法律出版社 2005 年第 1 版，第 229 页。

参考文献：

①杨立新：《人身权法论》，人民法院出版社 2002 年第 1 版。

②王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社 2001 第 1 版。

③胡长清：《中国民法总论》，中国政法大学出版社 1997 年第 1 版。

④王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第四卷），中国政法大学出版社 1998 年第 1 版。

⑤梁慧星：《民法总论》，法律出版社 1996 年第 1 版。

⑥ [德]K•茨威格特、H•克茨：《比较法总论》，潘汉典译，法律出版社 2003 年第 1 版。

⑦ [意]彼德罗•彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版。

⑧周楠：《罗马法原论》，商务印书馆 1994 年第 1 版。

⑨王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社 2001 年第 1 版。

⑩[德]罗伯特•霍恩等：《德国民商法导论》，楚建译，中国大百科全书出版社 1996 年第 1 版。
⑪魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社和高等教育出版社 2000 年第 1 版。
⑫罗玉珍：《民事主体论》，中国政法大学出版社 1992 年第 1 版。
⑬张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社 1997 年第 1 版。
⑭郑玉波：《民法总则》，中国政法大学出版社 2000 年第 1 版。

作者单位：安徽金亚太律师事务所

我国劳务派遣法律规制研究

岳 岳

【内容摘要】作为传统用工形式的补充，劳务派遣有其积极意义，但也带来一系列问题。希望通过大力发展劳务派遣来解决我国失业问题的观点是错误的。我国《劳动合同法》中关于劳务派遣的规定存在着很多不完善的地方。在派遣机构的市场准入上，我国规定的门槛过低。我们可以借鉴德、日、台湾的立法经验，采取“许可证制度”；《劳动合同法》中规定的劳务派遣的业务范围不够清晰。在现阶段不适宜将劳务派遣完全推向市场，应先在一定范围内发展劳务派遣业，逐渐放开业务范围；为了防止用工单位无限制使用派遣劳动者，逃避长期雇佣，应根据派遣工作的不同，对派遣期间做出限制；《劳动合同法》中缺少对雇主责任的规定。派遣机构作为派遣劳动者的法定雇主，在所有的事项上都须承担雇主责任。用工单位对劳动者在工作岗位上受到的损害与派遣机构承担连带责任。立法还应增加如何行使对派遣劳动者的惩戒权的规定，有利于保护三方主体的合法权益，起到息讼止争的作用。

随着劳务派遣的发展，更多具有中国国情的问题会暴露出来，我们应继续深入研究劳务派遣，完善相关立法，保证劳务派遣的健康发展，充分发挥其作为传统用工形式有益补充的作用。

【关键词】劳务派遣　市场准入　业务范围　派遣期间　雇主责任

一、劳务派遣在我国的发展状况

我国的劳务派遣业起步于上世纪九十年代中后期。随着我国社会经济的发展，产业结构变化，企业为了在越来越激烈的商业竞争中占得优势，想尽一切办法压缩人事成本，改变雇佣形式，劳务派遣机构如雨后春笋般发展壮大起来。涉及的实际用工单位类型不仅包括外企、私企，也有国有企业，甚至国家机关和事业单位；所涉及的行业不仅是传统的加工制造业，也有现代服务业和高科技企业；派遣的对象不仅包括蓝领工人，还包括越来越多的白领，甚至是高级管理人员。由于劳务派遣在我国的迅速发展不过是近十年的事情，相关的法制建设十分不完善。北京、上海、福建、湖北等省市出台过一些地方性规章或政策，但多为暂时或试行办法，普遍存在调整范围过窄、内容不全面和不系统等问题。我国《劳动合同法》及其实施条例对劳务派遣作了一些规定，但明显存在很多不足，在一些关键问题上仍旧留有空白。

二、我国的劳动力市场背景决定了不能盲目发展劳务派遣

从目前的状况我们可以看出，劳务派遣在我国的发展可谓一片欣欣向荣之景，有人甚至用“异军突起、生机勃勃、活力无限”12 个字来概括劳务派遣业在我国的现状。各地媒体对劳务派遣的报道也是极尽赞誉之词，将这一新兴的用工形式看作是解决失业问题，扩大社会就业，促进经济发展，改善人民生活质量，进行人力资源开发和配置的重要手段。但是，我国的劳动力市场发展状况与发达市场经济国家有很大不同，盲目发展劳务派遣不适合我国国情。

首先，近年来的资料显示，资本主义国家经济增长缓慢，失业率总体呈下降趋势，劳动力市场比较活跃。劳动力供求关系比较均衡，甚至出现供小于求的局面。劳务派遣在这种背

景下有很大的生存空间。在就业市场上占绝大部分的依然是长期雇佣的稳定工作，劳务派遣只占很小的比例，只是传统就业模式的有益补充而已。从劳务派遣业发展的比较成熟的美、日、欧洲的情况看，派遣劳动者的人数占就业总人口的比例仅为 2%左右。而在我国，就业形势十分严峻，劳动力供大于求依然是主要矛盾。从国家整体来看，农村大量剩余劳动力依然存在，城镇新增劳动力以及大量失业人员需要进一步安置。劳动保障部测算我国每年都有 1200 万的供职缺口。巨大的就业压力使得劳动者在求职时处于完全的弱势地位，为了获得一份工作不得不牺牲自己的很多利益。在这种背景下再去盲目发展劳务派遣只会使用人单位更加肆无忌惮的减少长期雇佣的员工，大量使用劳务派遣工。就业不安定感加剧，劳动者人人自危。长此以往，社会的经济秩序必然受到冲击。

其次，我国的劳务派遣，对劳动者的使用是与以无固定期限合同为主的国际主流相背离的。在以无固定期限劳动合同为主，以稳定就业为特征的国家里，劳务派遣会在有限的程度上促进就业。雇主通过使用派遣员工而节省了一笔超额的加班费，这种情况将鼓励雇主雇工，从而创造更多的社会就业岗位，增加社会就业总量。而我国的就业是以有固定期限劳动合同为主，以灵活就业为特征的，并许可签订“以完成一定工作为期限的劳动合同”，无限制地允许采取劳务派遣，用人单位可能只和核心员工直接签订劳动合同，将员工数量永远维持在最低量，这样会进一步增加失业率。

“劳务派遣在我国不仅不能促进就业，而且会提高失业率。在全国的市场上，就业职位需求没有增加的情况下，就业率是不可能增加的。”我国目前亟待解决的问题是，承认劳务派遣存在的合理性，正视其社会价值，认识其弊端，尽快完善相关立法，帮助其健康正确地发展。

三、我国劳务派遣法律规制的完善

（一）派遣机构的市场准入

1．劳动合同法规定的派遣机构市场准入门槛过低

《劳动合同法》第 57 条规定：劳务派遣单位应当按照公司法的有关规定设立，注册资本不得少于五十万元。这个门槛规定的过低，等于向市场打开了劳务派遣的大门。可以预计，今后几年劳务派遣公司会大量涌现，这其中又不知会有多少“李鬼”在横行。如果不对劳务派遣单位的从业资质进行严格规范，劳动者将成为这一用工形式的最大受害者。

2．我国应建立许可证制度，明确主管机关的责任

全国人大 2006 年 3 月向全社会公开征求意见的草案中规定了通过许可证和备用金制度等行政手段来管理劳动派遣机构。但最终通过的《劳动合同法》中取消了许可证和备用金的规定，只用了“劳务派遣单位应当依照公司法的有关规定设立，注册资本不得少于五十万元”一句话了事，给劳务派遣的发展打开了大门。我们应该看到，在市场经济已经十分发达的美、日、欧以及台湾，劳务派遣尽管已经发展了几十年，从事派遣业的劳动者总数也不过占就业总人口的 2%左右，尽管如此，这些国家和地区的法律大多还是制定了严格的规制措施，确保劳务派遣有序的发展，他们在保护的是整个劳动力市场不受冲击，社会经济秩序不受影响。我国的劳动力市场极不成熟，城镇就业人口存在着“三多”——下岗职工多，农村进城务工人员多，失业的青年学生多。这与发达资本主义国家的劳动力市场是不一样的。庞大的就业人口造成我国劳动力廉价，供大于求的局面，如果对派遣机构的市场准入不加以严格限制的话，可以想象，派遣机构在今后几年将会“遍地开花”，这其中有多少是真正有能力开展好劳动者派遣这项业务的呢？派遣机构设立很容易，做成几笔业务，50 万元就回来了，经营不好就关门走人，换个身份再开一个，用工单位大量解雇正式职工，代之以派遣劳动者。如

此一来，派遣劳动者的权益得不到有效保障，正式职工丢掉了工作，社会的经济秩序必然会遭到破坏。现阶段不加管制地将劳务派遣完全推向市场是极不负责任的，跟我国建立和谐社会的战略方针也是相悖的。因此，我们应对派遣机构的设立采取许可证制度，派遣机构应具有专业人员从事派遣业务。许可证的审批、续展、拒绝、收回、撤销，许可证的明示义务等都应明确规定，劳动保障部门应承担起指导、监督、检查的责任，并制定完备的罚则来处罚派遣业中不合法的行为。规范派遣机构的市场准入，让我国的劳务派遣业从一开始就走上正确的道路。

（二）劳务派遣的业务范围

1．现行立法对劳务派遣范围的界定不清晰

《劳动合同法》第 66 条规定：劳务派遣一般在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。该条文的表述过于含糊。“ 临时性、辅助性或者替代性 ” 的标准是什么没有清晰的界定，任何一种岗位在特定的情况下都可以变成 “ 临时性、辅助性或者替代性 ”，这种岗位性质是由劳动保障部门决定还是由企业在特定情况下岗位的需求决定也没有统一的标准，在实践中意义不大，并不能起到限制派遣范围的作用。

2．我国应明确劳务派遣的业务范围

德国、日本、台湾三地的劳务派遣的业务范围尽管不相同，但发展的趋势是整体相同的。在劳务派遣刚刚起步时，政府通过立法进行严格的管制，随着劳务派遣的迅速发展，立法也在不断完善，逐步解决着新出现的劳务派遣问题。政府积累了大量应对劳务派遣的经验，就逐渐放松了管制。

我国劳务派遣的发展时间比德、日、台湾要短得多，对于哪些工作在我国适合以派遣的方式进行，哪些工作在派遣业中市场需求大，经验还很欠缺。在劳务派遣发展的初期，整个产业还不成熟，相关法制仍不健全的情况下，我们也应明确劳务派遣业的业务范围，先在一定范围内发展劳务派遣，随着该产业的逐渐发展，更多具有中国国情的问题涌现出来，加上法学界对其研究进一步深入，再通过立法逐渐对业务范围进行调整。在现阶段，这不失是一个妥善的方法。

（三）对派遣期间的限制

1．对派遣期间进行限制的必要性

劳务派遣对用工单位来说就是为了减少人事成本，在那些不需要长期雇用，临时性、可替代性的工作岗位上使用派遣劳动者。劳务派遣应该具有一定的期限，若不加限制的话，用工单位大可永久雇用派遣劳动者，以逃避劳动法课以的部分义务。对派遣劳动者来说，也失去了获得长期稳定的劳动合同的机会。用工单位哪天不需要这些派遣劳动者了，就可以不支付劳动补偿金，将其退回派遣机构。用工单位长期大量使用派遣劳动者，会对正常的劳雇关系造成破坏，危及社会的就业安定，不利于保护派遣劳动者的权益。

2．我国立法应限定派遣期间及 “ 中断期 ”

《劳动合同法》第 59 条第 2 款规定：用工单位应当根据工作岗位的实际需要与劳务派遣单位确定派遣期限，不得将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议。该条规定弹性太大，只应作为一个原则，应有具体的时间期限。派遣劳动者从事的工作有全日制的，也有非全日制的，如超市的清洁工一天只需在超市开门前或打烊后工作几个小时，超市没有全日制雇用他们的必要，且这些清洁工可同时在几家单位从事清洁工作，超市既减轻了人事成本，清洁工们又有时间多从事几项工作来增加收入。对于这类非全日制工作，不需要限制派遣期间。我国可以借鉴日本、法国的相关立法，按派遣工作的不同，对那些非全日制的、对专业知识技术能力要求较高的工作放宽派遣期间的限制。对那些一般的全日制工作，设定一年左右的派遣期间，超过该期间继续使用该劳动者的，用工单位有义务与该劳动者建立劳动关系。

为了防止用工单位为规避派遣期间的限制以各种理由在派遣期限到来前将派遣劳动者退回，然后在同一岗位上继续使用派遣劳动者，或者分割订立数个短期要派契约，立法应规定除不可抗力以及用工单位内部发生重大变化使得派遣工作必须中止或确因派遣劳动者自身的原因不适合继续从事原工作外，用工单位在同一岗位上再次使用派遣劳动者必须经过一段时间（如 3 个月）的“ 中断期 ”，“ 中断期 ”的设立，能很好地扼制用工单位恶意规避法定派遣期限的行为。

（四）雇主责任

1．我国《劳动合同法》中缺少对雇主责任的规定

在传统的劳动关系中，劳动者只与一个用人单位形成劳动关系，其权利义务是明确的。当劳动者在工作中受到损害，用人单位应承担相应的责任。用人单位对违反规章制度的劳动者享有惩戒权这也是毫无疑问的。但在劳务派遣这种涉及“ 两地三方 ”的用工形式下，派遣劳动者受雇于派遣机构，却要在用工单位处工作，同时要遵守派遣机构和用工单位的规章制度。当劳动者在工作中受到损害时，派遣机构认为派遣劳动者在用工单位处工作，接受用工单位指挥管理，出现职业灾害理应由实际用工的用工单位负责，用工单位会认为，派遣劳动者跟自己没有劳动关系，谁是雇主去找谁，最终派遣劳动者的损害也无人承担。当派遣劳动者违反用工单位内部的规章制度，给用工单位造成损失时，用工单位对这种“ 其他单位的员工 ”有无惩戒权呢?若没有惩戒权，用工单位该如何应对这种情况，是不是只能选择与派遣机构解除要派契约或者将该违纪派遣员工退回派遣机构，要求派遣机构另派人前来工作。在法律对派遣机构和用工单位应承担的责任没有明确划分的情况下，派遣劳动者的权益很难得到保障。劳务派遣业在近几年能迅速发展的一个重要原因，就是派遣机构和用工单位看准法律上的漏洞，希望能够逃避长期雇佣劳动者应承担的劳动法上的义务。

《劳动合同法》规定当派遣劳动者的权益在被派遣的工作岗位上受到损害时，派遣机构和用工单位应承担连带责任，这样的条文过于笼统，派遣机构和用工单位很容易互相推诿，由哪一方对违反规章制度的派遣劳动者来行使惩戒权等也没有规定。

2．我国立法应如何解决雇主责任问题

首先，派遣劳动者的权益受到损害时，应如何划分雇主责任。第一，派遣机构作为派遣劳动者法定的雇主，在所有事项上都须承担传统劳动关系中雇主应负的责任。第二，在与“ 雇佣 ”相关的事项上，派遣机构单独承担雇主责任。如派遣机构从业资质的保证，派遣劳动者的招募，保险的办理，对派遣劳动者的基础训练，保障派遣就业权的平等，对经常雇佣型劳动者无派遣工作期间最低工资的支付，退休金的支付，要派契约内容的告知义务等。第三，对派遣劳动者在派遣工作岗位上受到的损害，用工单位承担连带责任。具体如下：⑴工伤损害。派遣机构应承担给派遣劳动者办理各种保险的义务。用工单位在签订要派契约时应明确要求派遣机构出示给派遣劳动者办理各项保险的证明资料，并在派遣工作期间监督派遣机构对保险费用的支付。当派遣劳动者没有办理保险的情况下遭遇损害，用工单位应与派遣机构承担连带责任。派遣机构与用工单位内部责任的划分应视损害的发生与用工单位的关系而定。这样的规定既能使派遣机构和用工单位对给派遣劳动者办理保险给予足够的重视，又能使用工单位尽心尽力做好对派遣劳动者的训练、管理，提供符合劳动基准的工作条件，避免损害的发生。⑵派遣劳动者在派遣工作中遭遇到的其他损害，如休息、请假、就业歧视、加班、福利等。这些损害基本上都是由用工单位造成的，其理应承担责任。派遣机构应监督用工单位履行要派契约中确定的义务，对派遣劳动者的工作情况实时监控，处理好派遣劳动者的各项申诉，对这些损害的责任分担，派遣机构与用工单位可事先在要派契约中约定各自承担的比例，无约定的情况下两者连带承担。⑶工资给付。由于用工单位是通过派遣机构将工资支付给派遣劳动者，因此要监督好派遣机构的工资支付情况，防止派遣机构克扣工资，应

将派遣机构开出的派遣费用的收据向派遣劳动者出示。派遣机构也应按时督促用工单位支付派遣费用，并及时将向派遣劳动者支付工资的单据向用工单位出示。一旦发生工资支付上的争议，两者应承担连带责任。该条规定会促使派遣机构与用工单位在业务开展的整个过程中加强对对方营业资质、信用、经营状况的审查、监督，一旦发现对方不具有相关营业资质或经营不善有可能出现薪资争议时，及时制定相关策略，防止问题发生。

其次，当派遣劳动者违反用工单位的规章制度，如何来行使惩戒权。派遣机构与用工单位之间是一种商务契约关系，派遣机构应按照约定向用工单位提供合适的派遣劳动者服劳务，如果该派遣劳动者不符合用工单位要求，或是在工作中违纪给用工单位造成损害，派遣机构应负不适当履行的责任。用工单位只能要求派遣机构承担责任，对与自己并无劳动契约关系的派遣劳动者无权直接进行惩戒。派遣机构在订立要派契约时，应将用工单位内部的组织管理规章如实告知派遣劳动者，派遣劳动者接受派遣，就意味着其自愿遵守用工单位的规章制度。当派遣劳动者在工作中违纪或不适任时，用工单位应将情况反映给派遣机构，由派遣机构按照用工单位的规章制度对派遣劳动者进行惩戒或另行派遣适任的劳动者。用工单位不得随意变更自己的规章制度，应严格按照要派契约的约定进行指挥、管理，如遇特殊情形确需变更规章制度的，应取得派遣机构与派遣劳动者的同意，对不能接受新的规章制度而不愿意继续工作下去的派遣劳动者，用工单位应作出补偿，如支付补偿金或另行安排工作岗位并提供不低于以前工作的待遇条件。可见，在立法中明确惩戒权的行使规范，有利于保护劳动者派遣三方主体的合法权益，起到息讼止争的作用。

通过以上的论述我们可以看到，劳务派遣是劳动力市场发展的客观结果，这种用工形式在劳动力市场上将长期存在，但它不可能成为最基本的劳动关系。通过大力发展劳务派遣来提高就业率的想法是不可取的。作为传统用工形式的补充，合理地发展劳务派遣，对活跃就业市场能起到积极作用。《劳动合同法》将劳务派遣作为专章进行规定，肯定了其存在的合理性。但由于学界对劳务派遣的研究不够深入，《劳动合同法》的相关内容存在着很多不完善之处，一些被利益蒙蔽双眼的派遣业者会利用这些法律上的空白，再加上求职者对劳务派遣制度不甚了解，不当地剥削派遣劳动者。在实践中派遣劳动者的权益很难得到有效保障。今后学界对劳务派遣的研究应进入一个新的阶段，要在具体制度的架构上展开讨论，尽快填补立法上的空白。劳务派遣涉及经济、社会、法律、制度等多方面的因素，笔者水平有限，文中的观点肯定存在着不成熟之处，还请多多指正。笔者也希望对劳务派遣的讨论能进行到一个更深的层次，进行更加深入的思考，用理论联系实际的原则来指导我们的研究，早日完善相关立法，保证劳务派遣行业的健康发展，使其真正能够发挥促进就业的积极作用。

参考文献：

①董保华：《劳动力派遣》，中国劳动社会保障出版社，2007 年 5 月版，第 14 页。

②朱达明、田培杰：《人力派遣法律保障制度建设及其路径选择》，见丁薛祥主编，《人才派遣理论规范与实务》，法律出版社，2006，第 152 页。

③常凯、李坤刚：《必须严格规制劳动派遣—论我国劳动派遣的作用及其法律规制》，见周长征主编，《劳动派遣的发展与法律规制》，中国劳动社会保障出版社，2007 年 4 月版，第 309 页。

④李坤刚：《劳动者派遣：起因与规制》，见周长征主编，《劳动派遣的发展与法律规制》，中国劳动社会保障出版社，2007 年 4 月版，第 65、66 页。

作者单位：安徽金亚太律师事务所

劳务派遣制度的现状及其完善

张 亚　郭 波

【内容摘要】劳务派遣制度在我国经过了三十年的发展，在新的《劳动合同法》实施以后走向了空前的繁荣。劳务派遣的大量出现一方面适应了市场经济的需要，有利于劳动者就业，减少了企业的用工成本和风险。另一方面，由于劳务派遣制度自身存在的缺陷，导致有些企业利用劳务派遣制度规避劳动法对于劳动者的倾向性保护，侵害了劳动者的合法权益，造成了不良的社会效果，长久下去，必然不利于劳动关系的和谐。因此，本文对现行的劳务派遣制度提出若干意见，以求抛砖引玉，完善我国的劳务派遣制度，切实的维护劳动者的权益。

【关键词】劳务派遣　缺陷　完善

一、劳务派遣制度的概况

所谓劳务派遣，是指依法设立的劳务派遣单位和劳动者订立劳动合同后，依据用工单位的需要，将能满足不同期限和完成不同任务标准的劳动者派遣到用工单位，并由用工单位负责管理这些劳动者，完成由派遣而产生的所有事务性工作的一种劳动法律制度。

劳务派遣的显著特点是劳动力雇佣与劳动力使用相分离，被派遣劳动者不与用工单位签订劳动合同，不建立劳动关系，而是与派遣单位存在劳动关系，但却被派遣至用工单位劳动，形成“用人不招工、招工不用人”的招聘与用人相分离的用工模式。[①]

在我国，劳务派遣用工形式发端于上个世纪中晚期，鉴于各国驻华使馆及外国企业在我国设立的代表机构对国内劳动力的需求而又不具备用工主体资格，我国成立对外服务公司，与被招聘的劳动者签订劳动合同后将劳动者派往用工单位工作。广州市第一批劳务派遣公司应运而生，时间大约在 1986 年左右，此为劳务派遣的雏形阶段。而后，国有企业的改革使大批产业工人失去了“铁饭碗”，劳动者们或与原单位重新签订定期合同，或“买断工龄”，成为下岗职工；城市的扩张导致农村耕地大量流失，产生了众多无地农民，大批剩余农村劳动力涌入城市寻找就业机会，形成汹涌的民工潮；高校的扩招使得很多大学生由于无法找到合适的工作，不得不面临“毕业即待业”的窘境。一边是劳动力人才市场有限的就业空间，一边是不断膨胀的就业队伍，在长期稳定的劳动关系无法满足就业需求的时候，劳动者们不得不转向短期、流动频率较高的工作。劳务派遣公司在解决灵活用工、实现多渠道就业以及储备人才等方面发挥了一定的作用，使得劳务派遣这一新型用工关系应运而生，并在很短的时间内得到快速发展。新的劳动合同法生效之后，劳务派遣更是走入空前的繁荣。劳动派遣市场之所以能够如此迅猛的发展，是有其必然原因的[②]：

1. 降低了用工单位的管理成本。采用劳动派遣用工方式，招聘、培训、考核、工资、社会保险、档案管理、劳动合同管理等一般劳动管理事务大多由派遣单位负责，用工单位极大降低了一般劳动管理成本，提高了自身效益。

2. 有利于用工单位转移用工风险，减少劳动纠纷。用工单位和劳动派遣单位订立劳动派遣协议，由劳动派遣单位与劳动者订立劳动合同，用工单位和派遣劳动者只有劳务使用关系，没有劳动合同关系，从而有效地避免了很多劳动纠纷。

3. 降低用工单位的用人成本。由于有劳动派遣单位的派遣服务，可以减少内部人员储

备，降低固定人工成本。另外，同工不同酬的存在为企业大量压缩了工资，也是企业乐于选择劳务派遣的原因。

4. 对于劳务派遣公司来说，基本属于无本获利。这种行业无须多少太多资金、无须先进技术、无须兴建厂房、无须购买设备、无须生产产品，仅仅需要公关联络和一些基本的人事管理。在目前的劳动力市场，经营劳务派遣公司既无经营风险，又能无本获利。

二、现行劳务派遣制度的缺陷

2008 年《劳动合同法》及其《实施条例》的颁布,结束了劳务派遣无法可依的历史局面，但制定的法规还是存在缺陷的。经过两年的实践发展，暴露出目前运行的劳务派遣制度以下几个方面的问题：

1. “ 同工同酬 ” 的规定不具有可操作性

劳动者在单位工作最重要的目的就是为了获得劳动报酬，同工同酬就是要求被派遣劳动者在工作期间与用人单位在相同岗位工作的正式员工取得相当的报酬。虽然《劳动合同法》第 63 条明确规定：“ 被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位无同类岗位劳动者的，参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。” 然而在实践中，被派遣劳动者的工资低于用工单位同岗位正式员工的现象普遍存在，用工单位各项福利待遇、社会保险等方面的不平等待遇使得 “ 同工同酬 ” 的法律规定形同虚设。③

究其原因，笔者认为有以下三点：（一）缺少进行报酬比较的基础，“ 同工同酬 ” 的规定因此丧失了可操作的前提。根据《劳动合同法》的规定，在派遣劳动者工作期间，用工单位 “ 支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇 ”。实际操作中，用工单位将应支付给劳动者的报酬支付给派遣单位，再由派遣单位按月支付给劳动者。这样导致被派遣劳动者的工资很难和用工单位同岗位和类似岗位进行比较，劳动者举证也很困难，工资支付方式不同实际上就形成了报酬水准的 “ 内外 ” 之分。（二）用工单位利用支付低基本工资和高奖金的方式合法规避了法律要求的同工同酬。很多企业，特别是一些制造业的企业，对所有员工都支付很低的基本工资，差别在于对于正式员工支付高额的奖金，年终奖或者季度奖；而对于派遣用工就只支付按照法律规定的加班工资，劳动者必须依靠加班来增加收入，加班工资成了被派遣劳动者主要的收入来源。由于报酬的差别主要体现在奖金上，而被派遣劳动者大都是短期的，具有很强的流动性，一般不会待到足够年限以获得这样的奖金，用工单位就 “ 合法 ” 的造成了同工不同酬。（三）用工单位的违法成本几乎为零，即使存在同工不同酬的现象，并且被劳动监管部门查出，《劳动合同法》也并没有规定相应的行政处罚。劳动者也很难依据现行法律要求用工单位承担相应的民事赔偿或者补偿的责任。这样就致使用人单位肆无忌惮的同工不同酬。

2. 企业劳务派遣用工泛滥

《劳动合同法》第 66 条规定：“ 劳务派遣一般在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。” 这样的规定太过笼统。对于 “ 临时性，辅助性和替代性的工作岗位 ” 没有明确的界定，导致劳动主管部门对于工作岗位的监督管理也很难实施。并且该条规定用了 “ 一般 ” 的字眼，法规的强制性也是略显不够。虽然《劳动合同法》规定 “ 用工单位应当根据工作岗位的实际需要与劳务派遣单位确定派遣期限，不得将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议。” 实际上，在一个应该连续用工的岗位上，很多企业甚至可以在不同时期使用不同劳动者。

《劳动合同法》实施以后，企业在用工的时候为减低成本，规避法律风险，大量使用派遣用工，结果派遣用工成为有些企业的主要生产力，脱离于法律规定的 “ 临时性、辅助性或

者替代性”，严重损害了劳动者的权益。因为派遣工不是本单位的正式员工，福利待遇实际上要差很多，而这种差别本身是不合理不合法的。国家制定规范劳动关系的的法律是为了维护劳动者的权益。派遣用工是市场经济发展的产物，能够更有效的利用劳动力，但是派遣用工毕竟只是正式用工方式的补充。如果劳务派遣泛滥的发展，企业利用劳务派遣规避相关的责任，会导致劳动者群体的利益受损。长久下去必然影响到社会的和谐与安定，前段时间出现的富士康管理危机给我们敲了警钟。

3. 设立劳务派遣公司的条件过低

劳动者与派遣单位之间形成劳动关系，用工单位在用工结束之后与劳动者不再具有任何法律上的关系。劳务派遣公司不仅要与用工单位承担事故中的连带责任，还要支付劳动者的社保和没有劳务分派时的基本工资。这些都要求派遣单位具有一定的资金，更何况，近几年劳务派遣公司发展迅猛，一家劳务派遣公司可能与上万个劳动者建立劳动关系，一旦发生劳动纠纷，派遣公司的资金能力直接影响劳动者的权益能否得到充分保护。 目前法律规定劳务派遣公司仅需要 50 万的注册资金，显然太低。而且，法律仅仅要求劳务派遣公司具有 50 万的注册资金也是存在很多风险的，因为劳务派遣公司实际上并不生产和销售产品，但是承担了很大的法律风险，这要求劳务派遣公司要有特别要求的财务状况。这些财务状况的要求在目前的法律中并没有提到体现。

三、对劳务派遣法律制度的完善建议

综合上述分析，现行劳务派遣制度的诸多缺陷，有些地方与我国劳动立法的宗旨也不完全协调，这些缺陷都有待我们进一步去完善：

1. 规范员工报酬的支付方式，以求“同工同酬”

笔者认为，导致被派遣劳工报酬很低的主要原因在于企业报酬支付的方式不合理。基本工资太低，依靠加班工资和奖金提高收入。而被派遣劳动者大都是短期的流动的，往往不能享受用工单位对于与员工的奖金待遇。如要减少报酬差距，就要缩减用工单位奖金的支付。有关部门可以立法限制支付给劳动者收入中年终奖等奖金的比例，提高基本工资在所有收入中的比例。另外要增加对于同工不同酬的处罚规定，必要的惩罚措施才能促使企业遵守法律的规定。当劳动者遭遇同工不同酬的待遇时，法律也应当赋予被派遣者要求赔偿的权利。这样可以提高被派遣劳动者的自我保护意识和追究用工单位不法行为的积极性，很好的遏制有些企业的不良居心。

2. 明确劳务派遣的实施范围

劳动派遣的用工方式降低了企业的成本，但减少了劳动者的收入，为保护劳动者这一群体的合法权益，法律有必要细化“临时性、辅助性或者替代性的工作岗位”。对于不同行业，具有“临时性、辅助性或者替代性”的岗位不同，相关部门可出台相应的标准，明确哪些岗位，在哪些情况下符合“临时性、辅助性或者替代性”。笔者认为，这三性当中，最重要是辅助性。企业中的辅助性岗位是派遣用工存在最大的原因，也是派遣用工价值所在的地方。而在实际管理上，根据企业不同的经营范围和行业划分，在一个企业里面，哪些岗位具有辅助性是很容易界定的。另外，法律可以明确派遣用工在不同企业中所能占的最大比例，对于违法相应比例的企业予以处罚。这样就能有效的遏制派遣用工泛滥的局势，切实保护劳动者的合法权益。

3. 提高劳务派遣公司的设立条件，并加大对劳务工派遣公司的财务监管

劳务派遣公司的设立条件低导致很多不规范劳务公司的出现，劳动者的权益也时常得不到充分的保护。为杜绝这样的现象，有必要增加劳务派遣公司设立的注册资金。另外，对劳

务派遣公司的资金要加大监管，特别是有必要要求劳务派遣公司留取一定的款项保证劳动者无工作期间的基本工资和社会福利待遇。也有必要对于不同资金状况的劳务公司进行分类，可以限制不同资金状况的公司签订劳务派遣合同的数量。

四、 结束语

劳动者与企业相比是弱势群体，国家制定劳动方面的法律是为了维护劳动者的合法权益。劳务派遣用工在《劳动合同法》生效后得到了迅猛的发展，很大程度上是因为劳务派遣用工减少了企业的成本，降低了用工的风险，但是损害了劳动者的利益。劳务派遣的过度发展实际上是企业利用派遣用工的形式规避了新的《劳动合同法》，严重损害了劳动者的权益。如果不及时规范劳务派遣的非正常繁荣，维护的是派遣单位和用人单位短期小利，损害的是被派遣劳动者的切身利益，最终与国家和谐稳定的劳动关系立法宗旨背道而驰。

注释：

①周舒、顾雪瓶：《劳动派遣的法律规制》，《大众商务》2010 年第 1 期，第 219 页。

②黄其蔚：《劳务派遣扩大化的动因及其规制》，《社科纵横》2010 年第 2 期，第 40 页。

③刘月亮：《浅论劳务派遣存在的问题及对策》，《经济研究导刊》2010 年第 11 期。

④刘川：《我国劳务派遣法定连带责任分析》，《社会与法制》2010 年第 4 期，第 69 页。

参考文献：

①沈同仙：《劳动法学》，北京大学出版社 2009 年版。

②王全兴：《劳动法》，法律出版社 2008 年版。

③江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社 2007 年版。

④郑尚元：《劳动合同法的制度与理念》，中国政法大学出版社 2007 年版。

⑤郑尚元：《不当劳务派遣及其管制》，《法学家》 2008 年第 8 期。

⑥杵秀琦：《劳务派遣的法律规制及完善》，《河北法学》2009 年第 4 期。

⑦周舒、顾雪萍：《劳务派遣的法律规制》，《大众商务》2010 年第 1 期。

⑧侯玲玲：《我国劳务派遣连带责任规定之法理分析——评劳动合同法第 92 条规定》，《法学》2008 年第 5 期。

作者单位：安徽庐州律师事务所

浅谈医疗纠纷与诉讼

闫 灯

【内容摘要】本文通过分析医疗纠纷的主体内容，并确定了医患双方在发生争议时，双方可以通过哪些途径选择案由进行诉讼。明确双方在诉讼中的主体地位和要求，进而确立双方的权利和义务内容，尤其是在诉讼过程中，双方应负的举证责任及举证责任分配原则。在举证责任确定以后，其受害方要求的赔偿内容项目及法律适用就有了相对明确的适用标准。强调了医疗损害纠纷的可诉性，规范了诉讼程序的合法性，使医患双方在进入法律程序时有明确的指导性，特别是患者在进入诉讼程序前就有选择适用法律的余地，从而有针对性的选择确定诉争内容和要求，以便更有利患者解决医疗损害纠纷诉讼难的法律问题。笔者在这仅作了浅显的初步的探讨，仅供各位学者参考。

【关键词】医疗纠纷　医疗事故　举证责任　司法鉴定

一、医疗纠纷的概念与案由的分类

医疗纠纷是指患者及其亲属认为医疗机构及其工作人员在诊疗护理过程中存在过错，并因此给患者身体和精神上造成损害事实，从而引发的以要求赔偿为诉请内容的民事权益争议。目前随着人们法制观念的增强，致使人们维权意识也随之加强，尤其是人们在求医问药过程中，要求医疗机构及其医务人员在给自己看病治疗过程中更加认真负责，从而为其提供最佳的医疗救治方案，以确保人们现有的生命健康权不受侵犯。

根据现有的法律法规及最高人民法院的司法解释规定，当前能解决医疗纠纷的途径有多种，笔者在此仅就人们通过诉讼途径解决医疗纠纷进行论述。首先就目前法律所规定可供人们选择适用的案由可以确定为四类：医疗事故损害赔偿纠纷、医疗服务合同纠纷、医疗损害赔偿纠纷、人身损害赔偿（现在叫生命权、健康权、身体权纠纷）纠纷。这四个案由应当是统一和概括了目前司法界对医疗纠纷全部案件的诉讼，以下笔者将逐步进行阐述。

先来看医疗事故损害赔偿纠纷。在这一案由中首先应当弄清楚什么是医疗事故，其构成要件及内容有哪些。根据《医疗事故处理条例》第 2 条规定“ 本条例所称的医疗事故，是指医疗机构及其医务人员在医疗活动中，违反医疗卫生管理法律，行政法规，部门规章和诊疗护理规范、常规，过失造成患者人身损害的事故。”从这一定义可以得出以下几个方面的构成要件。

第一，从医疗事故行为责任主体上看，医疗事故的行为责任人必须是依法成立从事疾病诊断，治疗活动的医院、卫生院、疗养院、门诊部、诊所、卫生所（室）、急救室等医疗机构及其从业人员。这里的从业人员应当是在医疗机构执业的，并经过考核和卫生行政机关批准或承认的，且取得相应资格的各类卫生技术人员。还有一些与诊疗护理无关的行政管理人员及工程技术人员和后勤人员不能构成医疗事故行为责任主体。有的学者在此忽略了这一点。还有的学者往往在认识这一医疗事故责任主体时，不把医疗机构即法人作为主体，没有把责任主体弄全面或者说是遗漏了应当承担责任的主体。而有些不具有从事医疗护理资格的乡村医生、个体行医者、黑诊所等非法行医者，当然不能成为医疗事故责任主体，他们这些人的行为是不能构成医疗事故的，对此《医疗事故处理条例》第 61 条有明确规定：“ 非法行医，造成患者人身损害，不属于医疗事故。触犯刑法的依法追究刑事责任，有关赔偿由受害

人直接向人民法院提起诉讼。”当然关于非法行医的构成与赔偿诉讼笔者在后面将有明确的论述，在此不在赘述。

第二，从医疗事故责任主观方面看，构成医疗事故的行为责任主体在给就医患者进行诊疗护理过程中主观上存有过失。在诊疗护理过程中如果行为责任主体没有过失，那就不构成医疗事故。当然，引起过失行为的原因可根据不同行为责任主体而不相同。有的是自身技术水平限制，有的是对患者病情认识和预见不足，有的是责任心不强引起的，有的是疏忽大意所引起的。总之，引起这种过失行为因不同主体而异，没有一定的规律性。这也就是说构成医疗事故的过失具有不确定性，从而导致了构成医疗事故的内容呈多样性。

第三，从医疗事故责任内容看，构成医疗事故过失行为必须具有违法性。其违法性表现在行为责任主体在给患者实施诊疗护理过程中，其行为违反了医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规。这些违法内容都应当是行为责任主体在给患者实施诊疗，护理过程中应当遵守和严格执行的法定内容。这一点在《医疗事故处理条例》第 5 条中有明确规定：“ 医疗机构及其医务人员在医疗活动中，必须严格遵守医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规，恪守医疗服务职业道德和规定。”

第四，从医疗事故客体上看，构成医疗事故应当是行为责任主体在给患者诊疗护理过程中，造成患者人身损害。医疗事故所侵害的对象是患者身体，只有给患者身体造成损害，才能有医疗事故责任，才能构成医疗事故。所以，根据《医疗事故处理条例》的规定，必须是直接造成病员死亡、残废、组织器官损害导致功能障碍，达不到这种程度都不能认定构成医疗事故。

从以上对医疗事故构成要件的分析，应当可以看出这四个构成要件是确定医疗事故人身损害赔偿案由不可缺少要件，只有同时具备以上四个构成要件的医疗纠纷才能确定为此案由。

其次，医疗服务合同纠纷。最高人民法院《民事案件案由规定（试行）》对此医疗纠纷案由的确定主要是契约责任说在民事纠纷案中的具体体现。确定这一学说的人认为医患关系是一种民事合同关系，即医疗服务合同关系。医疗纠纷的民事责任是一种违反合同的违约责任。医疗机构与患者之间虽然没有签订书面合同，实际上是一种事实上的民事合同关系。从法律角度来讲这种民事关系的存在是没有专门法律调整的，但在患者在就医前与医疗机构之间的关系的确是平等主体之间的关系，在这里医疗机构存在一个被动接收病员的法定义务，这种义务就是合同法上所规定的一个强制缔约的义务，患者选择医疗机构进行就医，该医疗机构不得拒绝就治，正上基于这种强制缔约义务的存在，医疗机构才被动与患者之间建立了医疗服务的合同关系。

从《合同法》所规定的内容来看，把医患关系确定为医疗服务合同关系也是符合《合同法》之规定的。当然，医疗服务合同是具有特殊性的合同，需要有个转化过程。那就是，当患者有病要求医疗机构就治时，只要医疗机构同意给患者看病，就将把医疗行为具体化，特定化。也就是说，对合同的权利义务就将产生明确和具体的约定，实际上这种约定是将医生的工作内容建立在违反法定义务的默示协议的基础上。因为此时的合同不是书面的没有明示条款作保障，故称此合同为默示协议，这就把相关医疗的诊疗护理规范、常规纳入了医疗服务合同的条款内容。只要患者为救治疾病而履行了相关的金钱给付义务，那么医患之间的合同关系也就算确立了。

医疗服务合同的主体一方是依法成立的医疗机构，一方是患者。医疗机构一方主要与医疗事故行为责任主体相同。其合同内容主要体现在双方应当共同遵守的合同权利义务，这种权利义务是默示的法定的。从客体上讲医疗机构在此承担的主要是医疗合同的违约责任，这种违约责任在具体实际表现中即医疗机构在给患者诊疗护理过程中不得违反《医疗事故处理

条例》第 2 条所列举的医疗卫生管理法律、行政法规，部门规章和诊疗护理规范、常规等确定的义务，医疗机构违反上述法定义务，即是违反合同约定，所以在认定医疗机构责任主体行为是否违约时，应当审查医方行为是否违反法定义务为主。这种审查过程也是确定医方在实施医疗行为时有无遵守执行这些法定义务，如果没有或违反这些法定义务，那么应当认定医疗机构有过错，从而依据医疗机构的医疗行为，来确定给患者诊疗护理过程中的过错程度，来确定违约责任程度以使患者在此程度范围内得到赔偿，这一点也与后面的侵权责任相吻合，在此不再多讲。

在医疗服务合同纠纷案件中，医患双方的矛盾主要体现在违约责任程度，这种违约责任在具体操作中又表现在过错责任方面，这与下面论述的医疗损害赔偿纠纷的案由所确的内容有时是完全竞合的。

再次，医疗损害赔偿纠纷，此案由所确定医疗纠纷的范围主要是指医疗纠纷民事案件包括医疗事故赔偿纠纷民事案件和医疗服务合同纠纷以外的其他医疗损害赔偿纠纷民事案件。这种案件纠纷包括以下三个方面行为的纠纷：1. 因医疗故意行为引起的赔偿纠纷；2. 医疗机构的诊疗、护理行为造成患者伤害虽不构成医疗事故，但确因其诊疗、护理行为存在过失引起的赔偿纠纷；3. 其他违反医疗方面法律、法规的行为引起的赔偿纠纷。

对于 1 项讲到的因医疗故意行为引起的，这里的故意行为主要表现在医疗机构医生、护士在给患者实施医疗行为主要是报复患者或发泄私愤，当然这种故意行为一但给患者造成人身伤害，触犯刑法的，应当承担刑事责任，笔者在这仅仅指因故意行为引起的民事赔偿纠纷的案件。对 2 项讲的过失行为引起的赔偿纠纷，过失行为与医疗事故过失行为相同。3 项其他违反法律、法规的行为在医疗纠纷务实中主要是医疗机构不作为引起的。那就是医疗机构没有履行法律规定的强制缔约义务，致使患者人身受到损害而引起的医疗损害赔偿行为。

医疗损害赔偿纠纷行为责任主体与医疗事故损害赔偿纠纷行为责任主体相同，其内容也是医患双方应履行的权利义务，只是这一赔偿内容与前面两个案由赔偿内容有少数不同。其侵犯的客体是医疗机构承担人身侵权责任，这种侵权责任不仅包过前面讲到的医疗过失行为和医疗过错行为，同时也涵概了故意行为。所以这一案由所确立的医疗赔偿纠纷内容广泛几乎可以涵概前面两个案由的全部内容。

最后，人身损害赔偿纠纷（生命权、健康权、身体权纠纷），这一案由在医疗方面主要表现在单位没有医疗机构执业许可证，个人行医没有医生执业资格证的诊疗行为引起的损害赔偿纠纷及医疗机构虽然有执业许可证，但相应的从业医生没有人相关的执业资格证，还有非医疗机构的医用产品存在质量缺陷以及在非医疗机构进行医疗美容等引起的损害赔偿纠纷。此案由表现在医疗纠纷实务中主要是针对非法行医行为而言，笔者认为应当从广义上理解这一案由，笔者只所以把其归入医疗纠纷范畴就是因为这一损害主要也是与相关医疗规范分不开的。虽然非法行医行为在《刑法》中有明确规定，但免不了在实务中存在人身损害的赔偿请求。而且这种人身损害的赔偿请求又与其他的人身损害有区别。主要是因为这种损害行为涉及到相关的医疗行为，仅仅用人身损害的一般原则和规则来加以识别和调整是远远不够的。有时还必须运用医疗上的相关规定来加以定性和调整。从以上分析可以看出人身损害赔偿表现医疗方面的主要是非法行医行为和医用产品生产、销售行为及医疗美容行为。这是一个复杂主体，其主观方面所表现出来的是故意行为和过失行为，在这里笔者认为象这类案件大部分都是非法行医行为，也就是故意行为，因为这样的主体都明确知道自己不具有从业资格或相应资质却放任这种行为发展，因而构成了故意伤害他人身体的行为后果，所以在责任承担方面应当承担全部损害后果的赔偿责任。

二、以上是对医疗纠纷概念及案由的简单分析和论述，下面笔者将从以下几个方面阐述

这四类案由在诉讼中的具体异同：（一）诉讼当事人；（二）赔偿请求内容；（三）举证责任；（四）法律适用。

（一）诉讼当事人。笔者在这里讲的当事人仅限定具有原告资格和被告资格的当事人。这四类案由的原告资格应当说是相同的，主要有两项 1. 患者本人；2. 患者死亡的，其同一顺序的法定继承人，但法定继承人明确表示放弃继承权的除外，没有法定第一顺序继承人的由第二顺序继承人行使诉讼权利。能够具有被告资格的，分两部分：一是前三类案由具有的被告资格，二是人身损害案由具有的被告资格。这里前三类案由起诉的具有被告资格的有：（1）医疗单位有医疗机构执业许可证和法人资格的，该医疗单位为被告；（2）企、事业单位、国家机关设立的为内部职工服务的门诊部、诊所、卫生所（室），虽领有医疗机构执业许可证，但不具备法人资格的，以设立单位为被告；（3）依法设立的不具有法人资格的个体、私营诊所，以医疗机构执业许可证或医生执业资格证上载明的单位或个人为被告；（4）农村村民委员会将集体性质的村卫生室（所）发包给有医生执业资格证的个人的，以村集体和个人为共同被告，个人以村卫生室的名义行医的，以个人为被告。

人身损害赔偿具有被告资格的有：1. 单位没有医疗机构执业许可证、个人行医没有医生执业资格证的以单位或个人为被告；2. 医用产品存在质量缺陷的以生产者或者销售者为被告；3. 在非医疗机构进行医疗美容的以该美容机构或直接侵权人为被告；4. 虽然有医疗机构执业许可证但行医者没有从业资格证的应当以医疗机构及直接侵权人为共同被告；5. 使用他人执业许可证或执业资格证的以出借人和使用为共同被告。以上具有被告主体资格的当事人，依据患者起诉为前提条件，只有患者起诉，从而才能把具体被告资格确定下来，否则就不存在原告和被告主体资格。

（二）赔偿请求的项目。根据以上四类案由，目前能够直接规定赔偿请求项目和内容的法律、法规和司法解释的只有《民法通则》、《医疗事故条理条例》、《合同法》、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》和关于精神损害赔偿的解释，还有《侵权责任法》。由于医疗纠纷具有特殊性，最高人民法院于 2003 年 1 月 6 日下达了《关于参照<医疗事故处理条例>审理医疗纠纷民事案件的通知》，这样以来各级法院在受理了医疗纠纷案件都参照《医疗事故处理条例》的赔偿内容来判决。但在随后 2003 年 12 月 26 日公布的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》把涉及到人身损害赔偿的具体内容给重新作了调整。应当说目前我国凡涉及到医疗纠纷的赔偿请求内容，应当主要依据这两部法律的规定。笔者认为这两部法律所规定的赔偿内容应当可以互相适用，不应当仅局限于某一部。而现在的《侵权责任法》实施后对上述两部法律作了形式上的统一，这种统一主要表在医疗行为上有了规范性的法律规定，使得医疗纠纷有了直接的法律规定可以适用，但就赔偿的项目和内容，仍然适用上述两部法律法规的相关规定。患者在起诉时认为哪项赔偿内容更能弥补损失的，可以选择适用。致于患者的具体赔偿请求项目应当根据患者所受伤害的程度而定，这里需要明确的，具体赔偿数额应当根据被告在医疗行为和侵权行为中所承担责任的程度来确定。当然，具体案件应当根据案情在具体操作中的异同而定，笔者在此对赔偿请求只是作了概括性的论述，不能具体阐明所有案件。

（三）举证责任。举证责任又称证明责任，它是指当事人对自已提出的主张有提供证据进行证明的责任。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称“ 证据规定 ”）第 4 条第 8 款规定：“ 因医疗行为引起的侵权纠纷，由医疗机构就医疗行为与损害后果之间不存因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。”也就是说，在医疗行为引起的侵权诉讼中，实行的是举证倒置原则和过错推定原则。有这样一个举证责任倒置的规定，作为原告的患者是否就排除了举证责任，无需举证了呢？当然不是，作为原告的患者应当承担初步举证责任。

在诉讼过程中，患者应当对损害赔偿请求权的成立负有初步举证责任，即原告首先应当证明其与医疗机构之间存在医患关系，接受过被告医疗机构的诊断、治疗，并因此受到损害后果。如果患者不能提供证据对上述问题予以证明的话，其请求赔偿的内容应当是得不到支持的。在实务中作为原告的患者应当提供证据证明在被告处就治诊疗过，也就是说患者需提供相应证据证明在被告医疗机构接受过诊断和治疗。患者要有就医疗行为而引起具体的损害结果。没有损害结果的医疗纠纷，原告的诉请同样也得不到支持。

作为被告的医疗机构虽然在诉讼中负有举证责任，但到底需举哪些证据，证明目的是什么？怎样算是完成了相关的举证义务等等问题，笔者作如下分析。根据《证据规定》，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。在这一规定中医疗机构对以下事实负有举证责任：1. 对患者的诊疗、护理不存在过错；2. 医疗行为与患者主张的损害结果之间不存在因果关系。针对这两个证明内容，医疗机构仅提供患者在治疗期间的全部病历资料和医学教科书等证据材料，能视为完成了举证义务吗？笔者认为所有医疗机构提供的病历资料，来源均为自已一方形成的，医疗机构用自己的材料来证明自已的主张成立，从而达到反驳对方的观点不成立的证据，这显然不符合证据规则，其证明效力是非常低下的。而且法院对医疗机构所提供的证据能否证明其观点成立，往往也难以判断。为了解决这一问题，大部分案件都要求进行医疗过错的司法鉴定，其目的就是用司法鉴定结论来辅助判断医疗机构在给患者实施医疗行为过程中是否存在医疗过错，其过错与患者损害结果之间是否存在因果关系。就现在司法鉴定而言有多种，其中涉及医疗方面的鉴定有医疗事故鉴定、医疗过错鉴定、伤残等级鉴定，有时还有法医学鉴定。这几种鉴定根据患者不同的诉请和案由，双方当事人都可以申请，法院委托相关的司法鉴定机构进行鉴定，医疗事故鉴定机构是法学会，医疗过错鉴定是具有法定资质的司法鉴定中心鉴定。伤残等级的司法鉴定，上述鉴定机构都可以进行评定。法医鉴定，从实务操作中大部分是公安机关的刑事技术鉴定科鉴定，有的司法鉴定机构也可以作。通过法院的委托，鉴定事项被委托后，鉴定机构最终作了出鉴定结论。法院大部分医疗纠纷案件都是经过鉴定后才判决的。对鉴定的提出大部分都是医疗机构提出，而鉴定费的承担由败诉方承担。那么是否所有的医疗纠纷案件都需要鉴定才能得出结论吗？笔者认为也不全是。根据安徽省高院《关于审理医疗纠纷民事案件的若干意见（试行）》和《侵权责任法》等相关法律和法规的规定，只要患者有证据证明医疗机构有下列行为之一的，法院是可以直接认定其存在过错：1. 明显违反医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规的；2. 涂改、伪造、隐匿、销毁病历资料的；3. 未尽到必要的告知，说明义务的；4. 违反医疗服务职业道德，对急、重、危病人拒绝诊治而贻误救治时间的。依据其过错程度法院可以利用证据的概然性来确定被告的责任。以上所阐述的举证责任主要是对医疗事故损害赔偿纠纷，医疗损害赔偿纠纷，医疗服务合同纠纷而言的。

对于人身损害赔偿（生命权、健康权、身体权纠纷）的案由，笔者认为不应当按照《证据规定》适用举证责任倒置，而依然按照《民事诉讼法》的规定“ 谁主张权利，谁举证 ”的原则承担举证责任。法院在审理这类案件时，凡涉及到医疗内容的事实，可以依法分配举证责任，这样以便更好的保护患者和受害人的合法权益。有时这类案件也需要进行相关的司法鉴定，从而确定侵权行为与损害结果之间是否存在因果关系，以辅助法院认定案件事实的正确性。

以上所讲的举证责任，在整个医疗纠纷诉讼中占具主导地位，通常一个案件一旦举证责任明确了，解决医疗纠纷的实体内容也就简单的多了。

（四）医疗纠纷的法律适用。医疗纠纷的法律适用多而杂。能够经常适用的主要有以下的法律《民法通则》、《医疗事故处理条例》、《侵权责任法》、《合同法》、《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》卫生管理法规《执业医师法》、《药品管理法》、《食品卫生法》、《传染病防治法》、《献血法》、《医疗机构管理条例》、《血液制品管理条例》、《医疗器械监督管理条例》等法律法规，都是医疗纠纷案件中可以适用的法律，还有一些实体法如《消费者权益保护法》《产品质量法》等都可以适用。在适用法律方面，患者作为原告可以选择适用对其最有利的法律来维护自身的合法权益。

三、结束语

医疗纠纷在实务中发生的较多，案情复杂，在操作中具有很强的专业性，给专业从事法律工作的人们在操作医疗纠纷案件中带来了难度和深度。这就要求具体操作者，不仅要熟知相关法律规定，而且要掌握相关的医疗医学知识。只有这样才能使具体的医疗纠纷在个案中得到合理、合法的解决，以维护医患双方的合法权益。笔者在此也只是对医疗纠纷作一些粗浅的探讨，仅供参考。

参考文献：

①卞晶晶主编：《最新医疗事故纠纷的鉴定程度，举证规则与赔偿计算全书》，京华出版社，2002 年 5 月出版。

②黄松有主编：《民事诉讼证据司法解释的理解与适用》，中国法制出版社，2002 年 3 月第 1 版。

③董峻、赵建华：《举证责任倒置对医疗纠纷诉讼的影响》，载于《医学与哲学》，2002 年 7 月第 23 卷第 7 期。

④杨绿君主编：《法医学》，中国政法大学出版社，2004 年 7 月出版。

⑤高祥阳、陈宇著：《医患纠纷 医疗事故赔偿 患者维权》中国城市出版社，2003 年 3 月出版。

⑥周伟著：《常见医疗事故的鉴识与纠纷处理》，人民法院出版社，2003 年 1 月第 1 版。

⑦奚晓明主编：《<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 年 1 月第 1 版。

作者单位：安徽金的律师事务所

股权变动模式的再梳理

朱　庆

【内容摘要】2005 年修订的《公司法》未对股权变动模式给以全面、系统的规定。除无记名股权与上市公司股权，《公司法》对其它类型股权变动模式并无明文，需要解释。《物权法》不但未对此加以明确，反而冲突迭生，有必要进行再梳理。《物权法》对股权质押采登记要件主义存在缺陷，《公司法》对有限公司股权变动采登记对抗主义也有错误。应对股权变动进行类型化的规定，对有限公司股权变动采交付主义，对非上市股份公司的非公开发行股权变动采背书主义，对非上市股份公司的公开发行股权变动采附条件的背书主义。

【关键词】股权变动 意思主义 交付主义 背书主义 登记对抗主义 登记要件主义

2007 年 3 月通过的《物权法》对物权变动模式做出了系统规定，基本解决了这一困扰理论与实务界多年的难题。但《物权法》规定的重心在于有体物，对于股权这样的无体物，关注的并不多。而其中零星的规定又令本就不甚明晰的股权变动立法更加混乱，矛盾重重。本文拟对此进一步梳理，并提出若干完善建议，以求教于同行。

一、现行立法对股权变动模式的规定及其问题

就股权变动而言，既有转让、出质等由法律行为引起的情形，也有由继承等事实行为引起的情形。本文研究的重心在于由法律行为引起的股权变动，所以仅讨论转让与出质两个方面。综观现行立法，主要有以下条文与此相关：

《公司法》第 33 条第 3 款规定：“公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。”可见，《公司法》对有限责任公司股权转让采登记对抗主义，但股权变动究竟是采意思主义还是形式主义并不明确。

《公司法》第 72 条，第 73 条[①]规定了有限责任公司股权转让的内部程序与优先购买权规则，这些规定构成了有限公司股权转让的效力附款，并将影响股权能否依当事人的意思顺利发生变动。

《公司法》第 140 条规定，“记名股票，由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其它方式转让；转让后由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册。”对本条做文义解释，似乎记名股票的权利变动标志是“背书或法律行政法规规定的其它方式”，否则，本条后段不会使用“转让后”再进行股东名册登记的措辞。当然，对于本条中的“转让”，也可以理解为并非对权利变动的规定，因为“背书转让”是一个习惯用语，只是交付行为在股票上的变形，至于其是否能否引发权利变动，还得取决与其它条文的规定。[②]

《公司法》第 141 条 规定了股份有限公司无记名股票转让的债权形式主义，即无记名股票的转让，由出让人与受让人达成合意，并将该股票交付给受让人后即发生转让的效力。

《公司法》第 145 条规定，“上市公司的股票，依照有关法律、行政法规及证券交易所交易规则上市交易。”根据我国现行交易规则，上市公司的股票系由出让人发出指令，委托证券公司通知其场内交易员或以计算机终端向场内申报竞价，撮合成交后，当日进行清算交割，次日由证券登记结算机构进行登记过户。上市公司流通股的股权变动一般认为采登记要

件主义。

综上可见，《公司法》对股权变动模式进行了类型化规定。对无记名股票和上市公司股权权利变动采债权形式主义，只是前者以交付引起权利变动而后者以登记引起权利变动；而对有限公司股权变动与非上市公司的股权权利变动模式未有明文，需要解释。

《物权法》的通过似乎进一步明确了股权变动模式，其第 226 条规定，“ 以基金份额、股权出质的，当事人应当订立书面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质的，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其它股权出质的，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。”从本条来看，《物权法》对股权出质的权利变动一律采登记要件主义，除了当事人合意以外，必须办理登记手续才能有效设立质权。只是上市公司股权在证券登记结算机构登记，其它股权在工商行政管理部门登记。如果说《物权法》是将无记名股视为占有与所有相一致的特殊动产，不存在出质情形的话，那么它与《公司法》在无记名股和上市公司股权权利变动方面态度是一致的。但有限公司股权变动模式在解释和法律适用上出现了在股权转让时采登记对抗主义，而在出质时却采登记要件主义的尴尬局面。由于转让行为引起的是根本性权利变动，出质仅仅是为权利设置负担，而后者对权利变动的要件设置却较前者严格得多，这里显然有矛盾。

出现这一矛盾的原因很多，既有《物权法》与《公司法》起草者不同，立法思想亦有不同的原因，也有理论研究尚不够深入的背景。目前当务之急是对股权变动在我国的应然模式做深入研究，以做出取舍。如果不采登记要件主义，则需要进一步明确的是既然工商登记不能引发股权变动，那么股权变动究竟由何引起？除当事人合意以外，还需不需要某种形式？如果需要，应当以什么形式作为权利变动要件，股权凭证交付、背书，还是股东名册登记？

由于无记名股与上市公司股权变动模式在《公司法》与《物权法》上已取得一致，而且也较为合理，本文不做进一步讨论。下文重点分析有限公司与非上市股份公司股权变动模式的设计。如无特别说明，下文中的“ 股权 ”均指此两类记名股权。

二、登记要件主义不合股权变动的实践需要

对于《物权法》与《公司法》的法律冲突，《物权法》较《公司法》为新法，而《公司法》较《物权法》为特别法，而两者亦均为法律层次，故不宜简单做出谁更优先的结论。本文认为，对股权变动采登记要件主义会大大增加交易成本，影响效率，非为明智之选。因为股份有限公司的股东人数众多，常分布于全国各地，进行股权转让或出质，都要跑到公司登记地的工商部门去办理登记手续，成本实在过高。即使在有限责任公司，股权出让人与受让人亦均在本地的情形下，采登记要件主义也会大大推迟股权变动的时间，从而为一股多卖提供温床。在交易安全保护方面，只要为股权变动设计一个明确的可以公示的外观作为变动标志，便不成问题。所以，对股权变动，不应选择最不效率的登记要件主义。《物权法》对股权出质规定登记要件主义，显然未能考虑到股权的特殊性，简单的将股权登记比照不动产登记进行规定，有失偏颇，应予修正。

既如此，在解释论上，对《物权法》第 226 条的理解与适用应严格限于其文义，即记名股权仅在出质时才以工商登记作为权利变动生效要件，而在转让时仍应适用《公司法》的规定，不以登记作为生效要件。不宜对该条做举轻明重的当然解释，认为连仅仅为股权设置负担的出质行为都采登记要件主义，股权转让当然也应采登记要件主义。排除上述当然解释固然是为了防止《物权法》第 226 条的错误进一步延伸，其中也并非没有理论依据，因为《物权法》规制的重心是有体物，其第 2 条规定，“ 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。”可见股权作为无形财产权，被《物权法》原则上排除

在外，只有在法律有特别规定时，才适用《物权法》的规定。事实上，《物权法》也是在规定权利质的时候才将股权考虑进来，其它场合并未针对股权设计特别规则。

三、股权变动意思主义与债权形式主义的分歧

如果不采登记要件主义，进一步需要分析的问题便是股权变动除当事人的合意以外，是否还需要满足某种特定形式作为要件。《公司法》第 33 条第 3 款仅明确了有限公司股权变动采登记对抗主义，至于股权变动是否需要其它外观要件，则不明确。《公司法》第 140 条规定，“ 股份公司的股权转让以背书方式或者法律、行政法规规定的其它方式转让。”正如前文已经分析的，这里的“ 背书或法律、行政法规规定的其它方式 ”是否为对股权变动模式的规定尚不无争议；即使采肯定结论，其是否为效力性规定，即是否为股权变动的生效要件，亦需要解释。对上述条文的理解，有意思主义说与债权形式主义说之对立。

意思主义说认为，股权变动仅由债权合意独立引起，背书、登记等形式要求并非效力性规定。《公司法》第 33 条第 3 款明确采用登记对抗主义，已足以推出其对股权变动的基本态度是意思主义。因为在形式主义下，当事人之间的意思必须配合法定形式才能引发权利变动，即有公示才有权利变动，权利变动后受让人以绝对权的优先效力与排他效力实现自我保护，无需另行规定公示对抗效力。公示对抗主义是为弥补单纯意思主义对交易安全保护的不足而产生的，它只能与意思主义的权利变动模式相配套，而与形式主义的权利变动模式并不兼容。至于《公司法》第 140 条，在意思主义下，应解释为取缔性规定，对股权变动并不生影响。

意思主义说还可从《公司法》第 33 条第 3 款的反对解释得到印证。因为私法领域原则上采自由主义，对于私权变动，除非有特别理由，不宜限制当事人以意思为之，所以在立法技术上，如果立法者认为某类私权变动需要外观要件的话，则应当加以明文，否则就应解释为意思主义。例如《物权法》以第 9 条，第 23 条两个条文明确规定了不动产物权变动的登记要件主义与动产物权变动的交付要件主义；而从《合同法》第 44 条可知，除非法律明确将批准、登记手续作为合同生效要件，合同债权变动应采意思主义。回到股权上，既然《公司法》于第 33 条第 3 款明确规定登记对抗主义，排除了登记作为有限公司股权变动要件，而该法又未在其它任何地方明确规定有限公司股权转让是否需要交付或背书等外观要件，做反对解释可知，立法者无意为有限公司的股权变动课以任何外观要件。

债权形式主义说则认为，股权变动仍然需要一定的外观作为要件。理由在于，意思主义说虽有前述理论作为支持，但于交易安全之保护却至为不利。即使在配合了登记对抗效力的情况下，也不无问题。例如出让人甲将股权协议转让给受让人乙以后，又将同一股权转让给善意受让人丙，并办理了登记过户手续。在股份公司场合，丙要想依据《公司法》第 33 条对抗乙尚存在障碍，因为该条是针对有限公司的规定，股份公司能否参照适用仍需要解释。即使在有限公司场合[④]，丙可以根据《公司法》第 33 条对抗乙，但这里的“ 对抗 ”如何理解仍不无争议。因为如果采意思主义，乙是该争议股权的真正权利人，甲对丙则构成无权处分。虽然丙的权利经过了登记，但其权利仍为债权，应当劣后于作为绝对权的股权。而且在登记对抗主义下，登记并不具有公信力，丙不能依据其对登记的信赖而取得股权，所以丙事实上很难对抗乙的权利。

为避免这一尴尬处境，在采物权变动意思主义[⑤]的日本，学者们从各个角度对登记何以产生对抗力进行解释，提出了诸如债权效果说、相对无效说、不完全物权变动说、第三人主张说、诉讼法构成说等学说，但我国亦有学者分析指出，债权效果说实际上否定了《日本物权法》第 176 条之意思主义立法。相对无效说、不完全物权变动说不同程度地与一物一权主义、物权排他性主义相冲突且其无视未登记的物权变动对一定条件第三人也完全有效的事

实，从而显得有些以偏概全。第三人主张说要求第三人提出反对事实或行使否认权，在第三人不知未登记的情况下，就很难说明（二重买卖之）前买受人与第三人之间的关系。在后买受人亦未登记的情况下，互相行使否认权时，其相互间的权利关系也难以解释。诉讼法构成说试图用程序法的理念来解释实体法上的权利义务也不足取，因为程序法毕竟不能完全诠释实体法问题。可见，意思主义模式下公示对抗力的产生仍缺乏足够的理论依据。即使我们不去追究其理论基础是否坚实有力，依通说认可登记公示即使不能引起权利变动也能对抗物权人，虽能在一定意义上保护善意第三人，但其保护力度仍然是非常有限的。因为登记对抗主义所保护的信赖乃消极的信赖，于此场合，纵使登记簿记载甲为权利人，但第三人丙也不能信赖其为真正权利人，倘使丙予以信赖而与其为交易，由于无公信力，法律对丙并不提供积极的保护。这样，如果登记簿的记载有错误，譬如误将无权利人甲记载于登记薄，那么丙与甲所为的交易便不能获得法律保护，交易安全仍然会受到侵害。由于股权能否适用善意取得尚不无争议 ，丙就该股权主张善意取得也未必能获得法院的认可。相反，如果以形式主义来解释上述条文，则股权变动有明确的外观可以识别，权利变动时间明确并能产生公信力，交易安全自然能得到更有效的保护。

对于《公司法》第 140 条，债权形式主义说将其解释为效力性规定。认为股票采背书转让方式是通行做法，不背书则股权不转让已是学界共识，法定的形式要求不能满足更会影响股权变动能否发生。

四、对股权变动采债权形式主义的根本理由

笔者认为，单就解决股权变动中交易安全保护的问题，意思主义和债权形式主义都能够办到。唯债权形式主义解决问题更为直接，而意思主义则需要借助系统的股权善意取得制度进行配套。在此债权形式主义虽有优势，但似乎并没有到非此即彼的地步。《公司法》第 140 条的规定解释为效力性规定与取缔性规定亦均无不可。本文主张股权变动采债权形式主义的根本理由在于以下几个方面：

第一，意思主义以牺牲绝对权的优先性为代价换取交易安全，会给绝对权与相对权的区分增加许多不必要的麻烦，如无特别理由，应尽量避免采用。海因•克茨指出，所有的绝对权必须公示，使得每个社会成员（在民事活动中）考虑到这些权利关系，避免侵害他人权利。即使配合登记对抗效力以弥补意思主义的缺陷，由于登记对抗主义本身也矛盾重重，也应尽量避免采用。事实上，我国《物权法》对物权变动以债权形式主义为原则，仅对交通工具、农村土地承包经营权和地役权等极少数例外情形适用登记对抗主义，而其中都有非常特殊的理由。例如交通工具不采登记生效主义，是因为民法学界认为船舶、航空器和机动车等本身具有动产的属性，其物权变动并不是在登记时发生效力，所有权转移一般在交付时发生效力。对于农村土地承包经营权和地役权，我国采登记对抗主义，主要是基于“ 适应国情 ”、“ 提高效率 ”、“ 降低登记成本 ”等考虑 ，本文在此不赘。股权变动显然不存在上述特殊背景，而且理论上也更倾向于将股权视为动产，所以不宜轻易将其权利变动模式解释为意思主义或登记对抗主义。

第二，如果将眼光放到整个民商法制度层面，就整个财产权权利变动模式的设计而言，将股权变动模式解释为债权形式主义的优势则更加明显。因为无记名股权、上市公司股权的变动采债权形式主义已成定论，从体系上，应尽量避免人为割裂大同小异的各类型股权的变动模式。虽然《物权法》对记名股权质押采工商登记主义并非最优选择，但也不至于要到放弃债权形式主义而转采意思主义的地步。对股权变动统一采债权形式主义，仅针对不同类型股权的特点分别设计权利变动的外观标志，在逻辑上会更加顺畅，体系上也更具美感。

第三，退一步说，即使不考虑意思主义对绝对权与相对权区分带来的麻烦，也不考虑整个股权体系权利变动的体系美，仅考虑操作实践层面，意思主义还是会有不小的问题。因为如果股权随债权意思而变动，那么交付、背书、登记都可能成为对抗要件，在一股多卖情形下，三种公示方式分别对不同人采用，对于何种公示方式的对抗效力更强的问题，法官在解释时必然颇费思量。相反，若采债权形式主义，以法律条文明确股权变动的公示要件，自然可以避免以上麻烦。

综上可见，对股权变动模式采债权形式主义明显优于意思主义。但以上分析都是从效用角度分析债权形式主义更优，并没有正面回应意思主义提出的两点论据。这里需要解决两个问题，一是如何解释《公司法》第 33 条 3 款对登记对抗主义的明文规定；二是如何解释《公司法》不明文规定股权变动形式要件的做法。

对此，笔者认为，这里有必要区分股权变动的对抗效力与股权变动对公司的对抗效力。前者是指股权在出让人与受让人之间的变动是否可以对抗第三人，主要是一个民法上的问题。后者是指受让人可否依股权变动对抗公司对股东资格的认定，是一个组织法上的问题。由于股权是一种复合性权利，既有类似于物权的处分权，又有类似于债权的请求权，还有作为公司出资人的身份权。公司股东名册登记主要是针对身份权，即公司是否承认受让人为公司股东，其影响的是后一种对抗效力。由于股权证书的非设权性，导致其不具文义性，公司发放股利或接受股东行权时，并不能依据股权证书本身来确认股东资格，还要考察其它因素。由于股东资格的确认是一个较为复杂的问题，需要考虑的因素很多，公司每次召集股东开会或发放股利都去分别确认股东资格十分不便。对公司而言，最简单有效的方案便是依股东名册登记来确定股东范围。从经济学上分析，让公司调查确认股东资格比公司仅凭股东名册确认股东范围，促使股权受让人主动办理登记过户效率要低得多。于是便产生了股权变动“ 不登记，不能对抗公司 ” 的立法。我国《公司法》第 33 条第 3 款规定 “ 未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。” 其实是对股权变动两种不同意义的对抗效力的误解，因为无论根据其它发达国家和地区的立法还是我国公司法权威专家对公司股东名册登记对抗效力的理解 ，都是不登记则不能对抗公司而不是不登记则不能对抗第三人。《公司法》第 33 条第 3 款的规定，其实是对国外立法的误读，应进行目的性限缩。

至于《公司法》未明文规定股权变动形式要件，笔者认为此处构成法律漏洞，应该结合股权变动的制度要求进行补充，而不应对《公司法》第 33 条第 3 款做反对解释。与对物权变动模式的选择一样，股权变动模式之选择主要是一个立法政策问题，考虑的重点应是对交易安全的保护程度以及制度体系上的连贯性与逻辑的一致性等，上述两种主义并无是非之别，仅有优劣之分。如果我们认可股权变动债权形式主义优于意思主义的结论，则最优的方案应是从立法上明确规定股权变动的形式要件，次优的方案是尽可能从解释论上分析股权变动的形式要件，例如将股权解释为动产参照物权法适用，而不是轻易将其解释为意思主义，从而带来更多的问题。

四、在债权形式主义下股权变动模式的具体设计

笔者更倾向于在《公司法》上明文规定股权变动的形式要件，因为股权作为无形财产权，毕竟不同于动产，其公示方法有许多特殊之处。例如股权转让过程中，除交付股权证书外，还可能会有背书、股东名册登记、工商登记等不同的公示方式，这里又有一个法律选择的问题。本文主张针对 “ 无形财产权有形化 ” 的发展不同阶段进行区别，对股权变动的外观标志进行类型化的规定。

现当代民商法的重要特点之一便是无形财产权的有形化。近一个世纪以来，知识产权、

股权等无形财产权在财产权体系中的地位越来越重要。但由于无形财产权并无实体形态，发生权利变动时，利害关系人常无从得知，这对交易安全显然不利，因此无形财产开始出现有形化的趋势。无形财产有形化的第一阶段是“ 证书化 ”阶段，因为对无形财产权最基本也是最简单的公示方法就是通过颁发或变更权利证书来实现。对已经证书化的无形财产，其权利的归属、内容、负担、期限等都能在权利证书上体现出来。而且发证机构对一份权利原则上也只发放一份权利证书，权利证书成了该权利唯一公示于外的凭证。当然，对于需要登记转让的无形财产权，相关机构的登记簿也是彰显权利的重要标志。这样，权利的变动便可以通过对权利证书的拟制交付或在相应的机构登记来实现，即权利出让或设质通过交付权属证书或登记 即可产生公示效果。

为进一步便利交易，一些对流动性要求较强的无形财产权发展到了有形化的第二阶段，即“ 证券化 ”阶段。对进入证券化阶段的无形财产权，如上市公司的股票和根据《证券法》发行的债券，其交易或设质除交付权属证书外，还须进行相应的背书方可发生权利变动。 背书手续成为了证券化权利最标准甚至唯一的变动依据。

基于此，本文主张根据其“ 有形化 ”的不同阶段，对不同类型的股权分别配置不同的权利变动模式。具体而言，对于有限公司的股权，由于其转让是附条件的，即需要经过其它股东的同意，而且还可能发生优先购买权的问题，不宜规定以出资证明书的背书转让作为权利变动标志，比较适当的选择采工商登记要件模式，因为这样还可以兼顾到与《物权法》第 226 条的协调。但对于非上市股份公司的股权变动，则以采背书引发权利变动模式为宜，因为前文论及，对此采工商登记要件主义对于当事人而言，成本过高，不符合效益原则。而且，从《公司法》第 140 条的规定来看，如此解释也更附和该条的文义和交易习惯。至于无记名股权和上市公司股权，则遵从《公司法》的规定，对无记名股权采交付转让，对上市公司股权登记转让。这样，便可以建立起一个统一采债权形式主义，但不同类型股权的形式要件又有一些区别的大同小异的股权变动模式。

注释：

①《公司法》第 72 条第 3 款：经股东同意转让的股权，在同等条件下，其它股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。第 73 条：人民法院依照法律规定的强制执行程序转让股东的股权时，应当通知公司及全体股东，其它股东在同等条件下有优先购买权。其它股东自人民法院通知之日起满二十日不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权。

②《物权法》第 23 条规定，动产物权的设立和转让，自交付时发生效力，但法律另有规定的除外。股票背书转让可否准用本条规定，取决于是否存在“ 法律另有规定 ”的情况，事实上，《物权法》第 226 条变动另有规定的例证，另股权变动模式的确定变得更加复杂。

③《公司法》第 141 条：无记名股票的转让，由股东将该股票交付给受让人后即发生转让的效力。

④为讨论的方便，本文不考虑有限公司股权转让的内部程序要件，均假设公司内部程序无瑕疵或章程不设内部程序。

⑤因为学界对股权变动模式的讨论极少，而股权变动的登记对抗主义与物权变动的登记对抗主义的优势与弊端基本一致，故此处引用对物权登记对抗主义的评论。

参考文献：

⑥孙毅：《物权法公示与公信原则研究》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（7），法律出版社 1997 年版，第 483 页。

⑦王轶：《物权变动论》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 122 页。

⑧我国学界通说认为股权不适用善意取得。对此可参见梁慧星：《中国物权法研究》，法律出版社 1999 年版，第 492 页；马俊驹、余延满着：《民法原论》，法律出版社 2005 年版，第 331 页。但台湾有学者亦指出股权应可适用善意取得，参见赖源河：《股票有无善意取得规定之适用》，收录于赖源河主编：《商事法实例问题分析》，五南出版社 2000 年版，第 397 页以下。

⑨【德】海因•克茨：《德国私法与商法》，第 69 页。转引自董安生：《民事法律行为》，中国人民大学出版社 1994 年版，第 64 页。

⑩胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社 2007 年版，第 69 页。

⑪参见崔建远：《土地上的权利群研究》，法律出版社 2004 年版，第 166 页；胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社 2007 年版，第 286 页、348~349 页。

⑫股东资格的确认是一个非常复杂的问题，由于这与本文内容相去较远，在此不作展开。相关讨论可参见蒋大兴：《公司法的展开与评判——方法•判例•制度》，法律出版社 2001 年版，第 444 页以下。

⑬参见台湾地区“公司法”第 165 条；

⑭王保树：《有限公司股东的两种不同登记》，《中国工商管理研究》2005 年第 8 期。

⑮以仓单和提单的交付最为典型。

⑯以知识产权的权利变动最为典型。

⑰“证券化”的权利在近些年又出现了“无纸化”的新动向，例如上市公司股权。对于无纸化的股权变动，自然无法背书，而必须通过在证券登记结算机构办理登记过户手续实现。这里的“登记”实际上是背书转让的一种变形，在权利变动方面产生与纸面证券的背书产生同样的效果。

作者单位：安徽元太律师事务所

浅谈国际工程中银行保函的风险及防范

王文玲

【内容摘要】在国际工程承包业务中，开具银行保函是承包商承包工程的通行证，国际上各类银行保函以其可靠的信用和灵活、方便、多样的特征确保了各项施工商务活动的顺畅进行。同时，开立国际银行保函的风险也是比较大的。因此，合理的规避其风险是当前工程承包行业尤为重要的工作之一。

【关键词】银行保函　风险　防范

在国际承包工程中，业主为了避免因承包商违约而蒙受的损失，通常要求承包商提供可靠的经济担保，这是买方市场的特点之一，也是国际公认的业主采取的防范措施。在各种担保形式中，银行保函由于其信用最高，且收费合理，成为最普遍、最易被各方接受的常见的经济担保形式。作为银行担保业务的一种，银行保函以迅猛的发展势头成为国际商业银行对外业务的一种，也成为商业银行行利润的重要来源，下面笔者拟通过一起案例来分析银行保函有关问题。

A 公司通过国际招标，中标建设一座日产 3500 吨现代化水泥生产线，与法国建材公司（业主）签定了该项目总承包交钥匙工程合同书，A 公司作为总承包商向中国银行申请开立以法国业主为受益人的预付款保函和履约保函，金额分别为合同总金额的 10%。预付款保函生效条款规定，A 公司收到预付款后保函自动生效，并根据合同规定，随着工程进度款项的支付，预付款保函金额凭支付单据按比例递减。如果 A 公司违约，业主只凭一纸书面索赔通知就可向担保银行提出索赔，并不需要出具其它任何证明文件。履约保函则规定，保函开出即生效，保证工程项目按期完工，保函有效期至合同规定的工程初步完工，点火试车成功之日，索赔条件也是凭业主的书面索赔通知，银行无条件向业主支付赔偿款项。这两个保函均属于充分保护业主利益，无条件见索即付保函性质。为圆满完成该交钥匙工程项目，A 公司不但在合同条款中严格明确业主与总承包商的责任和权利，并从德国聘请专业项目监理，直接对业主负责。尽管 A 公司做了充分的准备工作，但在长达 4 年的工期内仍然遇到两个影响工期的主要问题，一是由于地质原因，窑炉位置必须变更设计，可属于人力不可抗拒原因，但不可避免地的影响了工期。二是设备供应商（分包商）设备逾期交货，造成工期拖延。A 公司作为总承包商同样承担因分包商违约的风险。在这种情况下，A 公司并不掩饰过错，而是积极采取补救措施，加班加点安装调试设备，尽量缩短拖延的工期。正是这种勇于承担责任并努力采取措施的积极态度使业主感到 A 公司是一个可信赖的总承包商，有能力完成该项目的安装调试。同时，业主也知道德国项目监理手中也掌握有关业主自己违约的记录，可 A 公司并未把业主违约作为开脱自己的借口，使业主感觉到了 A 公司的诚信态度。正是这种诚信态度和有效的补救措施，使双方合作达到默契，保函项下风险被化解。交工验收时，尽管工期有所拖延，业主并未因此索赔。

A 公司的成功经验告诉我们，在承包工程过程中，开立银行保函不遇到风险是不可能的，重要的是怎样面对风险采取积极措施，化解风险。如果只强调客观，以别人之短护自己之短，相互指责，最后的结果只能导致保函项下发生索赔，不但在经济上受到损失，而且更重要的是公司信誉受到的损害失则是不可估量的。

一、银行保函的概念

工程承包中的银行保函，是指银行应承包商的申请，向业主或其指定的受益人开具的独立的书面保证文件，是有条件地承担经济责任的契约性凭证，它能担保承包商正常履行合同规定的义务，是一种备用性质的银行信用。目前国际通行的是担保银行承担第一偿付责任，即只要保函规定的偿付条件已经具备，担保银行即应当偿付受益人的索偿。

银行保函主要涉及到委托人、受益人、担保人三方当事人。国内常见的银行保函有三种，即投标保函、履约保函、质量/维修保函，国际上银行保函则多达十几种。除了上述三种，还有施工设备融资/租赁保函、工程预付款保函、保留金保函、付款保函、海运提单保函、延期付款保函、海关保函保付保函、临时进口设备再出口保函等。当今，在招标投标工程中业主要求递交的银行保函大都是业主提供的独立的、无条件格式的保函，是一种从属性的、有条件的文本格式。

二、银行保函的风险分析

国际承包工程中的银行保函既是一份独立的法律文件，又是工程投标和工程承包合同不可缺少的组成部分，要受招标文件中有关保函条款的制约要开展业务就要开保函，而开立保函不可避免的存在诸多风险。笔者在为合肥某从事国际工程承包的企业服务过程中，就曾参与处理过该企业遇到的一起银行保函事宜。该企业与沙特业主签订了建设水泥生产线的承包合同，应业主要求，开立以业主为受益人的合同金额 10%的无条件银行保函。如果该企业违约，业主只凭一纸书面索赔通知就可向担保银行提出索赔，并不需要出具其它任何证明文件。虽然该企业认真履行合同，但由于建设场地更换、天气不好等多种原因，工程延期。此时，该企业就面临着业主向银行提出索偿的风险。

本文中，笔者拟从以下几个方面对银行保函的风险进行分析：

一是来自业主（保函受益人）的风险。主要包括银行保函格式风险、银行保函期限管理风险、受益人的能力风险和品行风险。一般情况下，由于业主处于优势地位，在国际工程中的银行保函的格式都是由业主提供的，承包商往往只能按照业主提供的格式申请开立银行保函而很难对银行保函提出自己的意见。

保函作为备用的偿付他人的契约性凭证，决不是一纸无足轻重的空文。在实际工作中，因保函管理不善，很容易给保函申请人造成不必要的损失。例如，为了拿项目、签合同，承包商往往急于申请开具保函，保函开出后该延期而未及时办理延期手续，业主则以担心保函到期失效为借口而在有效期满前就向银行索偿，使承包商处于被动的地位；在保函该减额时而未及时办理减额手续，则造成应减除的责任未及时减除，既面临被业主多索偿的风险，也由此多负担银行担保手续费；在保函到期该撤销时未及时办理撤销手续，则要继续向银行支付担保费用等等。

而对招标人、受益人能力和品行审查的粗疏，是保函申请人面对的最大风险。
对大多数国际建设工程来讲，往往有投资大、建设周期较长的特点。一个项目是否能顺利竣工，从业主方来说，就要看其资金实力和应对市场变化的能力，因为招标合同采用的语言是有利于业主方的语言和解释争议解决的仲裁机构也是业主指定的。承包商所支出的仲裁费用、聘请律师费用、来往交通费用、食宿费用等累加起来也不是一个小的数目，打不赢的可能性大一些，即使打赢了，最终获得的受益与付出的代价相比，恐怕还是零。

二是来自保函申请人的风险。由于保函背后总有相应的基础合同的存在，银行保函担保的是申请人基础合同的履约行为，所以申请人对于基础合同的履行情况很大程度上决定着保

函的索赔风险。来自申请人的风险主要包括中标后拒绝签约、中标后签约后不认真履约、工程完工后迟迟不交竣工资料、质量保修期间不正确履行职责等。如笔者在实务中遇到的一个案例：A 公司向国外 B 公司购买减速机用于在国外承包的工程中。B 公司应 A 公司的要求开立了以 A 公司为受益人的银行保函，后由于 B 公司提供的减速机在质保期内屡次损坏，而 B 公司虽然进行维修，由于其减速机在设计上存在固有的却缺陷，减速机再次损坏，A 公司因此遭到业主的索赔。后 A 公司与 B 公司在双方协商赔偿事宜的过程中，B 公司态度亦很坚硬，A 公司遂决定提起银行保函索偿。

另外，从市场的实际来看，建筑市场竞争激烈，处于绝对的买方市场，因而一般不可能发生中标后放弃签约或随意终止履约的情况。信誉、能力等情况均较良好的建筑企业，在市场价格不发生大幅度波动的情况下，一般对其投标价格都会有比较科学合理的计算，所以一般也不可能发生因中标价过低而拒绝履约的情况。但是也有的企业，为中标而不计成本的压低价格，中标后由于物价上涨，导致其反悔，拒绝签署合同 从而造成投标保函被没收。银行为了规避来自申请人的风险，一条重要的措施是要求申请人交纳一定比例的保函保证金，保证金比例的高低，主要是依据申请人的资信情况；另一条措施是要求申请人提供反担保。因此银行保函也是需要申请人付出一定代价的，并不仅仅是支付一定的手续费。

三是保函本身执行过程中的风险。除了上述的几种风险来源，银行保函本身在执行过程中也存在着风险。以预付款保函为例，按国际工程承包的例行做法，合同生效一个月内，业主应向承包商预付一笔款额，通常合同总额的 10%-15%，由于是预付，承包商必须在合同的中期或后期偿还，通常是由工程进度款中扣回。为保证承包商能如数偿还这项预付款，业主要求申请人(承包商)的银行出具等额的担保函，付款的偿还是分批扣还，而预付款保函则是一次性开出，如果保函中未曾写明预付款保函的担保金额，将随保函归还金额而相应减少，则很可能出现预付款已大部分偿还，而保函额不减的局面，业主随时可能全额没收保函，而承包商却不拥有全额预付款（因为很可能在业主没收保函时，承包商已经偿还了部分预付款）。

三、保函的独立付款责任及避免风险的措施

银行保函具有独立于基础合同的特点。一般银行保函都承诺在接到受益人书面索赔通知和所要求的单据后 7 个工作日内向受益人支付保函中规定的款项。这就是银行作为担保人明确表示独立承担对受益人直接的付款责任，而该付款责任是独立于该保函所涉及的合同之外，形成担保银行与受益人新的法律关系，这种法律关系与保函所涉及的商务合同相互独立，各自独具法律效力平行的法律关系。事实上，银行既无义务也无不能去了解保函申请人是否违约，而只能根据受益人是否提交了与保函要求一致的单据做出判断。有些保函还要求在条款中列明不必提供任何违约证据和索赔理由，银行的赔付行为也不受任何政府部门或任何人的影响和约束，这就更证明保函鲜明的独立担保性质。这无疑给银行带来无理或恶意索赔的潜在风险。运用唯物主义的观点认真分析独立担保与风险的矛盾，采取必要措施，转化或削弱风险还是有可能的。笔者认为可以从以下几个方面考虑采取适当措施防范银行保函风险。

1. 认真审查保函受益人的资信和履约能力、财务状况、施工资质等级、产品市场和产品质量认证等级、公司主要业绩等项，确保其有足够能力完成合同。特别是要对贸易背景、合同条款、保函保证责任及保函期限做严格审查，选择诚信客户和国家重点工程项目。因为此类项目工程管理严格，有监理公司作为第三方参与工程管理，即使出现问题，也容易沟通解决。保函开出后，加强对项目的监督检查工作，及时了解项目进展情况、工程款项的支付、预付款保函按比例减额，及听取受益人对工程质量的意见等，不失为避免风险的一种积极措

施。特别是大型工程建设在设备交接、安装调试、质量保证等阶段都要有严格完善的签字验收手续，责任分明，便于及时取得有关证据，减少或消除保函项下风险。尽管银行没有义务和责任判断合同纠纷中的谁是谁非，但也应该尽量争取到对自己有利的证据。

2. 承包商要慎重开保函

在劳务分包和工程分包合同项下出具无条件保函并非国际惯例，特别是私人公司提出这种保函要求要特别慎重，力争不开保函或开有条件保函。在向总包商或业主开具保函的同时，争取总包商或业主以合理比例的外汇现汇做保函风险抵押金，或出具资信良好、能开展国际金融业务的金融机构的反担保，以共担保函风险，建立相互联系又相互制约的经济关系。当然，这要求分包商、总包商、业主的地位处于相对平等的地位，否则，就会受制于总包商或者而业主；对纯劳务的项目应不出具任何保函；如果我方成为总包商，再选择分包商时，要求分包商提供分包项目的经济担保，以保障分包商充分履行自己的义务，同时也可转嫁部分总包商的保函风险。

除了大型工程项目在标书中已经规定的保函格式不允许做任何修改外，在国际贸易项下，因为合同内容不同，条款各异，且无固定保函格式，所以在商务谈判中，可根据实际情况尽可能地的争取加列对申请人有利的条款，以减少保函风险。例如：保证按时发货的履约保函项下可加列收到可接受信用证后该保函生效，如果是受益人派船，则规定因船期延误不得索赔；交货履约加质量保证保函中，可加列提交提单等单据后，保函金额自动减额 50%，因为交货责任已经完成。质量检验可由第三方出具检验证书等条款；经国外银行转开有条件保函，我行在承诺对国外银行的付款的同时，必须要求国外银行证实受益人已经提交了符合保函要求的单据，否则，担保银行则承担了对国外转开行无条件见索即付的责任。

3. 强化保函的善后管理

承包商和项目经理部都要重视保函的管理，应指定专人负责管理保函、办理保函的展期、减额、收费和撤销等事宜，把项目的进程和保函的管理紧密联系起来，并纳入项目经理的目标责任制之内，发现问题及时研究解决措施。本文前面提到的 A 公司在这方面就做的很好，在 B 公司申请的银行保函快到期而减速机问题尚未解决时，A 公司保函管理人员及时汇报保函情况并要求 B 公司办理了保函展期，这才能最终向银行提出索偿。

银行保函是合同重要组成部分，现在银行保函业务涉及的商业范围很广，所担保的合同不论在内容和形式上都各有不同，保证条款各异，需要企业尽一切可能降低保函风险。为了保证工程的顺利实施，签约后，严格守约是企业风险防范最有效的措施，当然企业也应加强对银行保函的管理，把工程项目的进展与保函管理联系起来，以降低风险、减少损失。

参考文献：

①郑光然：《国际工程项目银行保函的有效风险控制》，《科学致富向导》2009 年第 2 期。
②刘国著：《商业银行表外业务及风险管理》，对外经济贸易大学出版社，2001 年版。
③雷胜强、许文凯著：《国际工程承包实务》，对外经济贸易大学出版社，1993 年版。
④李梅：《工程包含索赔案例引发的思考》，《中国外汇》2007 年第 12 期。

作者单位：安徽元太律师事务所

浅谈我国海事立法关于最大诚信原则在海上保险中对被保险人的约束

吴艳红

【内容摘要】本文通过对我国海事立法中关于最大诚信原则的相关规定的分析，详细论述了被保险人在海事保险合同订立与履行阶段应该据此分别承担的如实告知、保证和防灾施救义务。通过对违反最大诚信原则的被保险人应承担的责任分析，并参照国内外海上保险合同的立法与司法实践，笔者就我国目前海上保险合同的修正提出了个人意见。

【关键词】海上保险　最大诚信原则 如实告知 保证 被保险人

最大诚信原则作为现代保险法的四大基本原则之一，最早起源于海上保险。该原则在《英国 1906 年海上保险法》中首先得到确定，该法第 17 条规定：“ 海上保险是建立在最大诚信原则基础上的契约，如果任何一方不遵守最大诚信原则，他方可以宣告契约无效。” 在早期的海上保险中，投保人投保时作为保险标的的船舶或者货物经常已在海上或在其他港口，真实情况如何，在当时的条件下，只能依赖于投保人的告知；保险人根据投保人的告知决定是否承保及估算保险风险、确定保险费率。因此投保人或被保险人告知的真实性对保险人来说有重大的影响，诚信原则对保险合同当事人的要求较一般的民事合同要求就更高、更具体。

最大诚信原则贯穿于保险法的全部内容，统帅着保险立法，指导着保险司法，是保险合同当事人和关系人必须遵守的基本行为准则，适用于保险活动的订立、履行、解除、理赔、条款解释、争议处理等各个环节。限于篇幅，本文仅从我国海事立法关于该原则在海上保险中对被保险人的约束方面予以略论，同时提出一些个人的建议，以求教于同行。

一、最大诚信原则在我国海事立法中的体现

我国 1995 年颁行的《保险法》第 4 条规定：从事保险活动必须遵守法律、行政法规，遵循自愿和诚实信用的原则。2002 年、2009 年修订的《保险法》第 5 条规定：保险活动当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。而《海商法》中虽然没有明确提及诚实信用原则及违反诚实信用原则的法律后果，但是《海商法》对此项原则的具体内容还是有所体现的。该法第 222 条规定：合同订立前，保险人应当将其知道的或者在通常业务中应当知道的有关影响保险人据以确定保险费率或者确定是否同意承保的重要情况如实告知保险人。第 223 条规定：由于被保险人的故意，未将本法第 222 条第 1 款规定的重要情况如实告知保险人的，保险人有权解除合同，并不退还保险费。合同解除前发生保险事故造成损失的，保险人不负赔偿责任。不是由于被保险人的故意，未将本法第 222 条第 1 款规定的重要情况如实告知保险人的，保险人有权解除合同或者要求相应增加保险费。保险人解除合同的，对于合同解除前发生保险事故造成的损失，保险人应当负赔偿责任；但是，未告知或者错误告知的重要情况对保险事故的发生有影响的除外。该法第 235 条还规定，被保险人违反合同约定的保证条款时，应当立即书面通知保险人。保险人收到通知后，可以解除合同，也可以要求修改承保条件、增加保险费。第 236 条规定，一旦保险事故发生，被保险人应当立即通知保险

人，并采取必要的合理措施，防止或者减少损失。被保险人收到保险人发出的有关采取防止或者减少损失的合理措施特别通知的，应当按照保险人通知的要求处理。

从《海商法》具体条款的规定看，我国海事立法将海上保险合同中的最大诚信原则规定在海上保险合同的订立和履行阶段。在合同订立阶段，要求被保险人应当履行如实告知义务；在合同履行阶段，要求被保险人不得违反保证条款以及防灾和施救义务。

二、最大诚信原则在海上保险的不同阶段对被保险人的约束

（一）海上保险合同订立阶段，被保险人的如实告知义务

相对于日常生活中一般的民事、经济合同而言，保险人是不可能在事先就对投保人提供的保险标的有足够的了解的。而保险合同的一大特征就是它的射幸性，也即保险人对保险标的在保险期间是否会发生保险事故根本无法预测，而事故发生后的赔偿却是必然的，这样就要求保险人在订立合同时仔细判定保险标的的风险，而判定保险标的风险就需要对投保人提供的保险标的予以足够的了解，审慎把握合同订立的可行性。这就要求投保人订立合同阶段必须就保险标的的真实情况向保险人履行如实告知义务。

虽然《海商法》中有规定，被保险人在订立保险合同时，应当将保险人在确定保险费率或者是否同意承保的过程中应该考虑的任何重要情况告知保险人，以便保险人作出是否接受投保的决定。被保险人未履行这一义务的，视为被保险人未履行如实告知义务。但在如实告知的问题上，实务中经常发生争议或者认识不一致的是何谓“ 重要情况 ”。发生保险事故后，保险人常常以被保险人未尽如实告知义务而拒绝理赔，被保险人则可能会以某项事实是否为影响保险人确定保险费率的重要事实提出其已经尽到如实告知义务。

而在确定如实告知的范围上，目前有两种作法，一是无限告知义务主义（也称客观告知义务主义），即要求被保险人尽量将有关情况提供给保险人；二是被动告知主义，即保险人就需要了解的事项向被保险人询问，被保险人如实回答即可，没有问及的无需回答。

回过头来看，我国《海商法》规定的被保险人如实告知义务与《保险法》规定的如实告知是不同的。2009 年《保险法》第 16 条规定：订立保险合同，保险人就保险标的或者被保险人的有关情况提出询问的，投保人应当如实告知。从规定可以看出《保险法》关于告知义务采用的是被保险人被动告知，要求保险人就有关问题向被保险人进行说明并询问，被保险人就保险人的询问如实告知。而《海商法》规定被保险人应当将其知道的或者在通常业务中应当知道的有关影响保险人据以确定保险费率或者确定是否同意承担的重要情况，如实告知保险人，并不以保险人询问为条件。只是强调合同订立前，对于保险人知道或者在通常业务中应当知道的情况，保险人没有询问的，被保险人无需告知。可以说，《海商法》关于告知义务的特点是无限告知和被动告知相结合。注意到《保险法》和《海商法》的不同规定，就应当在适用不同法律的前提下，正确确定被保险人是否尽到如实告知义务。另外，从法律适用角度来看，依据“ 特别法优先适用原则 ”， 我国实行两种不同的告知义务标准，不会产生法律上的冲突，在海上保险领域中《海商法》关于如实告知的规定应得到优先适用。

通常被认为是重要情况的事实有：A、任何表明保险标的暴露于超出保险风险通常能遇到的危险的事实；B、任何表明被保险人因特殊动机而投保的事实；C、任何显示保险人可能会承担超出通常预期范围内的责任的事实；D、任何与道德风险有关的事实；E、保险人认为重要的任何其他事实。

（二）海上保险合同履行阶段，被保险人的保证义务

关于保证的定义，我国《海商法》以及《保险法》均无规定。依英国 1906 年海上保险法的解释：即保证作为或不作为某些特定事项，或保证履行某项条件，或肯定或否定某些事

实特定状况的存在，一旦违反，保险人可以据以解除合同。简而言之，保证是被保险人订立合同所需履行的某种义务。如无此保证，则保险人可以不订立合同或改变合同的内容。

笔者倾向于保证是在保险合同中明确约定的以及法律规定的被保险人对保险人的特约担保事项的观点。其中前者在合同中明确约定，后者则是法律强制性规定。在保险理论上一般将前者称为明示保证，后者称为默示保证。明示保证是以文字规定于保险单之内或附属文件中，明确规定的被保险人应当为或者不为的重要行为。默示保证在保险单内虽无文字规定，但习惯上认为被保险人应保证某一事项的作为或不作为。海上保险的默示保证一般有三：(l) 有适航能力，即被保船舶在构造、性能、人员、装备、供给等方面，均应具备适合预定航行的能力；(2) 不改变航道。即被保险船只不应驶离两个港口之间的通用航道，除非为了躲避危险或履行人道主义义务；(3) 具有合法性。即被保险人不得从事非法运输，如进行走私，载运违禁品等。

但何谓保证条款，在我国海事法律中也是没有规定的。因为《海商法》第 235 条仅规定：被保险人违反合同约定的保证条款时，应当立即书面通知保险人。保险人收到通知后，可以解除合同，也可以要求修改承保条件、增加保险费。《海商法》第 244 中规定被保险人提供适航船舶的义务，从除外责任角度规定了保证义务。《海商法》第 244 条的规定可以作为默示保证条款。而第 235 条仅对被保险人违反保证条款的后果作了原则性规定，显得比较简单。我国法律除该法条外，没有其他法律规定提及这一特定的“ 保证条款 ”。但是在海上保险的实践中，保证条款已经大量存在。1986 年 1 月 1 日开始实施的中国人民保险公司船舶保险条款（以下简 86/1/1 条款）中就有关于航区保证，船级保证，船东、经理人、经营人不变保证，货物保证，开航保证，拖带保证，救助保证等规定。可 86/1/1 条款并不属于法律、法规范畴，司法实践中，如何理解保证条款，只能从《海商法》第 235 条的文意出发来揣摩保证条款的特征。

由上述法条的文意可以看出，保险合同中某条款是否为保证条款，要看合同约定，看是否明确约定为“ 保证条款 ”，看是否约定当被保险人违反该条款时，保险人享有解除合同，或要求修改承保条件、增加保险费的选择权。对于不具备这些特征的条款，就不能识别为保证条款。如果某保险条款虽然没有明示为“ 保证条款 ”，但其规定的内容即违反该条款的后果与《海商法》第 235 条的规定一致，该条款具备保证条款的基本特征，也构成保证条款。如笔者经办的一个案件：A 公司将其所属“ 远洋 98 号 ”船舶向保险公司投保，约定投保船舶的可保航区为内河 A 级航区，保险合同签订后，船舶却航行到了渤海海域作业，并发生事故。随后 A 公司起诉至海事法院，诉请保险公司依据保险合同承担赔偿责任。保险公司认为 A 公司以该轮超过保险合同约定的航区航行为由拒绝赔偿。海事法院最后判决也是以 A 公司未履行保证义务，驳回其诉请。当然了，在这个案件中被保险人的另一个行为也违反了最大诚信原则，其矢口否认收到保险公司交付的保险单，将责任完全推到保险人身上。

（三）防灾及施救义务

被保险人往往都有这样的思想，认为投保后就进入了保险箱，而不再去防范风险。这无异开门揖盗、引狼入室，不仅增大了危险发生的可能性，也加重了保险人的补偿责任，其结果，保险制度不但未达防御灾害、增进人类福社的目的，反而成为灾难发生的罪魁祸首。故保险法对被保险人课以维护保险标的安全和施救的义务，以求双方平衡利益。

众所周知，保险事故发生的概率，既取决于保险标的的固有风险，也取决于人为风险。防灾防损、未雨绸缪、防患于未然，对保险人、被保险人和整个社会具有积极的意义。保险事故发生后，对保险人而言，意味着要给付补偿金，对被保险人而言，因为有免赔率及间接损失的约定，也未必能得到十足的补偿。另外，保险事故发生后还有可能给第三人的人身或财产造成损害。而实践证明，风险如若进行有效预防是可以避免或减少的。为加强被保险人

的责任心和防范意识，从社会整体利益出发，《海商法》第 236 条做了明确规定。

保险事故的发生，既是个人财产的损失，也是社会财富的浪费。被保险人参加保险后，风险转嫁给保险人，而被保险人往往实际控制着保险标的，对危险的防范及施救更为有效。因此，各国保险法均规定，当保险事故发生后，被保险人负有施救义务，以防止损失的扩大和蔓延，但被保险人为防止或者减少保险标的的损失所支付的必要的、合理的费用，保险人应当承担。

三、海上保险合同被保险人违反最大诚信原则应承担的后果

既然法律规定了被保险人的如实告知、保证、防灾及施救的义务,就必然涉及违反有关义务的法律后果。

（一）违反如实告知义务的后果

对于被保险人未尽如实告知义务的法律后果，从我国《海商法》有关规定看，其赋予保险人的是解约权。被保险人未如实陈述，违反法律规定的如实告知义务，影响了保险人确定保险费率和是否决定接受承保的考虑因素，但并不影响保险合同的效力。

同时对于被保险人未尽如实告知义务的法律后果，《海商法》从区分其是否故意角度考虑的。若被保险人故意未告知，保险人有权解除合同，并不退还保费，对于合同解除前发生的保险事故造成的损失，保险人不负赔偿责任。若不是由于被保险人的故意，未将重要情况告知保险人，保险人有权解除合同或是要求相应增加保费，保险人解除合同的，对于合同解除前发生的保险事故造成的损失，保险人应负赔偿责任，但未告知情况对保险事故发生有影响的除外。值得注意的是，这里的对保险事故发生有影响，是否指直接的因果关系，从公平的角度来讲，应该比直接因果关系的要求更宽松一些。笔者经办的另一案件，投保船舶在事故发生后，公估报告显示实船与经审批合格的设计图纸有多处不符，如实船仅在货舱中部设置了一道横舱壁，且已开孔；横舱壁的垂直桁、扶强材为半圆型护舷材形状，且在与内底骨架的节点结构处未采用肘板连接。与原图纸的“ 典型横剖面图 ”正好相反船舶改建是事故发生的重要原因。而被保险人在投保时并没有将船舶改建的“ 重要情况 ”如实陈述，法院认为被保险人故意未就重要事项如实陈述，保险公司有权解除合同，并不退还保险费。最终法院驳回被保险人要求保险公司赔付的诉讼请求。

此外《海商法》对保险人解除合同的权利也作了一些限定条件：保险人知道或者应当知道被保险人故意不履行《海商法》规定的如实告知义务，仍继续收取保险费或者支付保险赔偿的，视为保险人放弃解除合同的权利，选择了继续履行合同，此时保险人就不得再以被保险人未如实告知重要情况为由行使《海商法》第 223 规定的解除合同的权利。

（二）违反保证义务的后果

关于违反保证义务的法律后果，在理论上有两种观点。一种观点认为，违反保证义务和违反告知义务一样，其法律后果就是赋予保险人解除合同的权利。另有观点认为，保证是合同存在的基础，任何违反将导致保险合同的无效。后一观点应当说是有一定依据的。因为保证与告知是不同的，保证条就必须是在保险合同中明确约定的(默示保证除外)，已经成为合同的条款，并且应当是合同的重要内容。告知则是被保险人在订立保险合同时的陈述，并不构成保险合同的内容。 违反保证义务和违反告知义务的法律后果也应当是不同的。保证条款是保险合同的基础。违反保证义务，丧失合同存在的基础，而违反告知义务只是在被认为会影响到保险人决定是否承保或者提高保费时，保险人才有权解除合同。但基于私法自治的基本立法理念,我国海商法规定 :违反这一保证义务保险人可以在解除合同与修改承保条件、增加保险费之间进行选择，并不影响到合同的效力。所以在法律修改之前，违反保证也仅仅

是赋予保险人解除合同等的权利，不动摇保险合同的效力。

至于被保险人违反防灾及施救义务的，《海商法》规定对此造成的扩大的损失，保险人不负赔偿责任。

四、关于完善海上保险最大诚信原则的一些建议

（一）我国《海商法》关于被保险人如实告知义务的规定相对来说是更有利于被保险人的。被保险人只需将“重要情况”告知保险人，该种“重要情况”具体来说包括以下两种：1. 被保险人知道的情况。2. 被保险人在通常业务中应当知道的情况。前文笔者提及，对于被保险人应当主动告知的“重要情况”的认定标准，由于实践中存在争议，被保险人也可巧妙利用这一点来逃避告知义务。

从我国《海商法》以及《英国 1906 年海上保险法》对此的规定可以看出，重要情况并不是法律问题，而是事实问题。因为法院在判决时常常因个案而采纳不同的判断标准。总的来说，标准有两个：第一：此情况是否影响到保险人接受承保；第二，此情况是否会影响到保险人确定承保费率。如何界定重要情况，从立法政策上来看是为了平衡海上保险中保险人和被保险人之间的利益。此条款一方面是为了保护保险人，要求被保险人主动向保险人告知影响保险标的的风险大小的事项，另一方面也要防止保险人讲被保险人的告知义务无限扩大，因此，《英国 1906 年海上保险法》中用一个“谨慎的保险人”来加以限定。所谓“谨慎的保险人”是指与当时市场上其他一般保险人具有相同的知识、经验和技能的保险人。此外关于保险标的的重要情况和所承保的风险的密切程度，只要该情况足以影响谨慎的保险人决定是否承保和确定保险费率，无论其他相关程度如何，被保险人应当如实告知保险人。笔者认为，在以后完善我国海事立法关于海上保险的规定，建议引入“谨慎保险人”概念，以更好的认定重要情况。

（二）从我国《海商法》第 235 条的规定已可看出，被保险人的保证义务，保险人的解约权和“续保”等已经得到了确认，但是作为最大诚信原则的一项重要内容，仅用一项简单的条文予以规定，未免使当事人在实际业务中无所适从。笔者认为，在我国航运力量不断增强、航运市场不断扩大的情况下，应该借鉴英国的海上保险保证制度对我国立法予以完善。

第一，应借用 MIA1906 中的保证概念。英国关于海上保险保证的规定已经在世界范围内得到认可，这样既有利于明确保证的概念、性质，借鉴国外丰富的经验资源，也有利于与世界海上保险市场保持一致，从而为我国海上保险业扩大海外市场提供技术支持。

第二，对违反保证的后果，可以根据国情予以适当的修订。我们并不是要一味地抄袭、照搬国外的规定，为了与以往的实践及其他相关法律保持一致，应该对保证的后果予以适当的修订。在这方面，美国就是一个成功案例。美国海上保险法基本接受了英国 1906 年 MIA 关于保证的定义，并接受了明示保证和默示保证的分类，但其违反保证的法律后果遵循的原则不同于英国法的保险人责任自动解除原则，而是采取中止原则或可撤销合同原则。

第三，应明确保证的内容及形式。不论我国是否采用英国关于保证形式等内容的规定，都应该借鉴国内外的司法经验对保证的内容予以明确。

作为航运大国，我国关于海上保险最大诚信原则的规定不甚完善，不利于本国海事实践的发展，同时也阻碍了与他国海上保险业的衔接和向外拓展市场。中国是海运大国，却不是海运强国，与法律制度的不完善、不能充分参与国际规则的制定大有关联。因此，深入理解国际海上保险市场并建立适合本国的海上保险制度已是刻不容缓。

参考文献：

①王海明：《船舶保险理论实务与经营管理》，大连海事大学出版社，2006 年。

②曾立新：《海上保险学》，对外经济贸易大学出版社，2001 年。

③肖和保：《保险法诚实信用原则原则研究》，法律出版社，2007 年。

作者单位：安徽元太律师事务所

浅析《最高人民法院建设工程施工合同司法解释》第 26 条

庞　虎

【内容摘要】建筑业由于种种原因，常导致转包及非法分包。为保护第一线实际施工人——农民工的利益。《最高人民法院建设工程施工合同司法解释》第二十六条，突破了合同相对性，规定了实际施工人可在欠付工程价款范围内要求发包人承担责任的权利。很好地维护了农民工的权益，这对社会稳定也具有重大的现实意义。但在实际操作中，因谨慎行使该权利。

【关键词】合同相对性 对策 限制

建筑业是我国国民经济的支柱产业，对促进社会进步和提高人民水平发挥着重要作用。建筑业属于劳动密集型行业，技术含量低，随着建筑业发展，大量农民工被吸收就业，并成为施工第一线的实际施工人。因我国建筑业实行准入制且准入门槛较高，承包人必须有相应资质才能承包相关工程。

由于投资的不足，以及长期以来建筑市场存在供大于求的现状，许多资质等级低、信誉较差的建筑施工企业难以应对市场的竞争现实。甚至没有资质也没有企业建制，只是包工头临时带领一帮农民工实际从事施工任务的施工队伍。他们为了生存与发展，往往会依托、挂靠一些有相应资质的企业去承揽工程，获得工程后，再由有资质的承包人以转包或违法分包的形式将工程交由实际施工人施工，转包人或违法分包人从中获得一定的利益。有的工程几经转包，层层剥皮，实际施工人已经没有利润，只能依靠偷工减料、克扣农民工工资维系企业生存。

不规范的市场秩序和供大于求的市场供需关系，造成拖欠工程款的问题相当突出，特别是大量拖欠农民工工资现象十分严重，不仅影响了建筑市场的正常的交易秩序，而且也影响了社会的稳定。由于转包人未实际施工且已经收取了转承包人交纳的转包利润，发包人是否支付工程价款与自己的利益无关，对发包人是否支付按期支付工程价款并不特别关注，也并不会向业主积极主张权利；而实际施工人由于与发包人没有合同关系，即使发包人欠付工程款，实际施工人也无法向发包人主张权利。在转包人资信状况恶化、破产、法人主体资格消灭、超过诉讼时效等情况下，可能永远无法主张权利，对于众多的农民工来说维系生存的血汗钱可能永远都难以要回。这种情况下，应当在一定条件下赋予实际施工人以诉权，在一定条件下可以向发包人(业主)主张权利，进一步扩展保护实际施工人权益的渠道，维护社会稳定，为解决此类问题，《最高人民法院建设工程施工合同司法解释》第 26 条因运而生，赋予实际施工人向发包人追索工程欠款的诉讼权利，其目的在于保护农民工利益。

一、《最高人民法院建设工程施工合同司法解释》第 26 条

（一）《最高人民法院建设工程施工合同司法解释》第 26 条全文

第 26 条：实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当

事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。

（二）条文解读

1. 本条为两款。第 1 款为程序性规定，第 2 款分别规定了程序和实体两部分内容。第一款规定：实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应予受理。实际施工人与转包人、违法分包人是建设工程施工合同的承、发包当事人，是建设工程施工合同的相对人。由于转包、违法分包合同违反法律的强制性规定而无效，作为无效合同的当事人，一方向另外一方起诉主张权利的，人民法院应当受理，对此毋庸置疑，不会产生歧义。本款在此出现主要是倡导性的，告诉各级人民法院实际施工人起诉索要工程款的，首先应当向其转包人主张权利，这是实际施工人主张权利的主渠道、主导方向，实际施工人应当首先应当向合同相对方主张权利，而不是向业主主张权利。第 2 款规定的是特殊情况，即在程序上，实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为当事人。在程序上讲，当事人包括共同被告和第三人，第三人有可分为有独立请求权第三人和无独立请求权的三人两种。第三人表明与本诉是两个法律关系，或有牵连，或对本诉当事人讼争法律关系有独立请求权；而共同被告则是与业主存在承担连带责任的情形。在实体上存在某些特殊关系，如债务人与担保人、共同侵权人、共同共有人、合伙人、挂靠集体组织的个体工商户、个人或者私营企业、集体组织等之间，由于存在紧密联系的特殊的实体法律关系，体现在程序上就是必要的共同诉讼。本款的含义首先是实际施工人以发包人为被告向人民法院起诉主张权利的，人民法院应当受理。其次是实际施工人为原告以发包人为被告的诉讼中，法院可以追加转包人或者违法分包人为共同被告或者第三人，追加为哪一种当事人应当视情况而定。

2. 法理分析：首先，实际施工人与发包人之间不存在合同关系，发包人成为被告在实体上讲就是突破了合同相对性，什么是合同的相对性呢？由于债本质上是当事人之间一方请求他方为一定行为或不为一定行为的法律关系，为对人权或相对权，所以债权不能像物权那样具有排他性，而只能对特定人产生效力。尤其是对两种权利的侵权和司法保护之上，债权和物权是不一样的。由于债权关系的义务主体是特定的，所以债权就称为相对权或者对人权。债权人得向债务人请求给付，债务人之给付义务债权人之权利，乃同一法律关系上给付关系之两面。此种仅特定债权人得向特定义务人请求给付之法律关系，学说上称之为债权之相对性。其次，本条已突破了合同相对性。实际施工人以发包人为被告起诉的，人民法院可以追加转包人、违法分包人为当事人。实际施工人与转包人、违法分包人之间存在转包、违法分包的无效合同关系，他们之间是合同相对方，发生纠纷后互为被告向人民法院起诉不存在突破合同相对性问题。只有在实际施工人以发包人为被告提起诉讼时，才存在突破合同相对性问题。实际施工人与转包人和违法分包人之间具有合同关系，转包人与违法分包人与发包人(业主)具有合同关系，实质上讲，三方当事人之间存在承包与违法分包、转包两层法律关系，实际施工人以业主为被告提起诉讼存在突破合同相对性问题。从性质上看，转包行为实质上是承包人在订立第一个承包合同且不终止第一份合同效力的前提下，又与第三人订立转包合同，两份合同尽管在内容上有相同或者相似性，但二者的合同当事人是不一样的，他们将依照不同的合同分别承担不同的义务和责任。因此，如果第一个承包合同中的承包人不能履行合同义务，应由其承担合同责任，而不能由第二个合同中的当事人代其承担责任。如果第二个合同中当事人为第一个合同中当事人承担责任，显然违背了合同相对性的原理。同样，依此推论，第一个合同中的发包人为第二个合同中的发包人承担责任同样存在违背合同相对性原则。再次，本条规定有越权的嫌疑，其合法性值得怀疑。《合同法》对突破合同相对性原则仅规定了两种情况，即代位权和撤销权。本条赋予实际施工人的权利从性质和构成要件上

来看即非撤销权，更非代位权。司法解释只能根据法律法规的规定，对法律法规在司法实践中运用作出规定，超出法律法规规定的司法解释从法理上来讲应为越权，合法性值得怀疑。

因此，牵强的来讲，本条司法解释应属于一种变通的规定，其目的是为了更好的维护实际施工人的利益。因为实践中，发包人对承包人转包或者违法分包的情况是清楚的，对施工人施工的事实予以默认，与实际施工人实际履行合同，违法分包合同或者转包同无效，应当说发包人在主观上存在过错，应承担过错责任。

且由于违法分包人或者转包人怠于主张权利，还有可能超过诉讼时效，导致实体权利丧失。应当讲，在合同无效的情况下，合同相对性应对弱化，在程序上人民法院可以视不同情况追加发包人为第三人或者共同被告，在实体上发包人对欠付工程价款承担责任的规定有利于保护实际施工人权益。本条规定有利于保护农民工利益。现阶段，清欠农民工工资是当前和今后一个阶段党中央和国务院的重点工作，也是一项紧迫的政治任务，在不明显违反现行法规定的原则基础上应当切实保护农民工的利益。

（三）现实意义

本条司法解释对保护实际施工人利益，确保社会安定具有重大的现实意义：

1. 对实际施工人的合法权益提供了重要的维护措施。过去，实际施工人如果与发包人没有直接的合同关系，往往投诉无门，在程序上受合同相对性制约而不能以发包人为被告直接提起追索工程款的诉讼，通常只能依靠转包人或违法分包人来提起诉讼；实体上，即使发包人欠付工程款，只要转包人、违法分包人不主张权利，实际施工人就无法单独向发包人主张权利；此外，个别转包人或违法分包人怠于主张权利的，还可能超过诉讼时效，导致实体权利丧失。《司法解释》生效后，根据解释第 26 条，实际施工人可以直接以发包人为被告向其追讨久拖不决的工程欠款，而不必再依赖于转包人或违法分包人的意志。由于实际施工人大多是农民工组成，维护了实际施工人的利益，也就很好地维护了农民工的权益，这对社会稳定也具有重大的现实意义。

2. 进一步加强建筑市场追讨拖欠工程款的力度。过去，施工单位可能会考虑到发包人特殊的地位或长期合作关系而不敢轻易动用法律武器来维护自身利益，最终导致工程款拖欠问题久调不决。《司法解释》赋予实际施工人可以发包人为被告直接提起诉讼的权利后，由于拖欠的工程款直接影响实际施工人的切身利益，实际施工人就会更为主动地运用法律武器来维护自身利益，这就进一步加强了建筑市场追讨工程欠款的力度。

3. 对建设单位或不讲诚信逃避债务的违法行为给予有力的遏制与惩罚。 过去，发包人可能以与实际施工人没有合同关系为由，逃避实际施工人对工程欠款的追讨。但 2005 年 1 月 1 日《司法解释》生效后，如果发包人没有处理好与实际施工人的工程款结算问题，发包人很有可能被实际施工人作为被告直接告上法庭。在此情况下，发包人不讲诚信、逃避债务的违法行为就能得到遏制与惩罚。

二、实际施工人如何根据本条规定保护自身利益

根据对《司法解释》第 26 条的分析和解释，可以发现，虽然《司法解释》赋予实际施工人可以直接起诉发包人的诉权，但如何正确行使该诉权，预防诉讼风险，也是实践中需要研究并采取相应对策的。

（一）根据相关法律及时行使诉权

由于《司法解释》赋予实际施工人直接起诉发包人的权利，如果发包人拖欠工程款，而转包人或违法分包人又不愿起诉发包人的，实际施工人要及时提起诉讼，否则可能会失去其应有的权利。《合同法》第 286 条规定了承包人对建设工程有优先于抵押权和其他债权的优

先受偿权，但根据最高院的司法解释，“ 建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算 ”。实际施工人如果也想利用优先受偿权来追讨工程款，那么就要在法定期限内提起诉讼。

（二） 把握发包人应当对实际施工人承担的责任

首先，由于《司法解释》规定发包人只在拖欠工程款的范围内对实际施工人承担责任。因此,实际施工人提起诉讼前，应当了解发包人是否已经向合同相对方承包人支付了全部工程款，如果发包人已经向转包人支付了全部工程款，而转包人没有向实际施工人付款，此时实际施工人就应当将转包人列为被告，而不应当向发包人提起诉讼。 其次，实际施工人在行使诉权时，应当按照相关的合同进行工程造价的结算。要了解和掌握发包人欠款的事实就应当与发包人结算工程款，核对收付款情况，确定已经支付的工程款和尚未支付的工程款，以便明确债权、债务关系。如果难以与发包人进行工程款结算的，实际施工人可先与转包人结算工程款，并收集相关的付款凭证、往来函件以及涉及价款和经济签证等。为在法院主持下结算或司法审价鉴定时提供充分的依据。 另外，实际施工人在提起诉讼前，要提供工程质量合格的依据。《司法解释》生效后，工程质量是否合格成为支付工程款的关键依据。《司法解释》第二条规定，施工合同无效，但建设工程竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程款的，应予支持。《司法解释》第三条规定，修复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。由于多数实际施工人是通过转包获得工程的，转包合同是无效的，那么是否能按无效合同结算工程款，就要看工程质量是否合格了。另外，如果工程质量不合格，实际施工人提起诉讼后，被发包人反诉质量问题的，实际施工人可能会承担不利后果。

（三）制定诉讼策略

是联合转包人或违法分包人，还是将他们追加为第三人或共同被告。 实际施工人除了可依照《司法解释》以发包人为被告提起诉讼外，还可直接以转包人或违法分包人作为共同被告，或要求人民法院追加转包人或违法分包人为共同被告或第三人。是否要将转包人列为诉讼当事人就应根据诉讼的需要或有利于实际施工人的利益予以选择。 如果实际施工人与转包人或违法分包人有着共同的利益或较好的合作关系，那么可以联合转包人或违法分包人，共同起诉发包人，以便获得更多的证据材料并增加追讨工程欠款的力度。 如果转包人或违法分包人怠于行使权利，而发包人对拖欠的工程款无力支付的，实际施工人可以考虑将转包人或违法分包人列为共同被告，要求其与发包人一起承担支付工程款的连带责任。

三、具体实践中的运用

（一）实际施工人的界定

1. 要解决这一问题，首先要明确《解释》第 26 规定的“ 实际施工人 ”应如何界定。《解释》共有四条规定提及实际施工人，其中第 1 条第 1 项规定：“ 没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的，应当根据合同法第 52 条第（五）项的规定，认定无效。 ”第四条规定：“ 承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。 ”第 25 条规定：“ 因建设工程质量发生争议的，发包人可以以总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼。”第 26 条规定：“ 实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。 ”

2. 建筑市场中的实际施工人一般有三种：第一种是法人，即有劳务法定资质的企业；

第二种是包工头，它虽然不是一个企业，但是它是一个团队，往往是工种相同的一个班组，或者不同工种的几个班组的组合，其负责人即俗称的包工头；第三种是农民工个人。

3. 实际施工人的特征：（1）无效合同的承包人；（2）违法承包人，特指转包、违法分包、借用资质的承包人；（3）实际与工程发包人之间不存在直接合同关系；（4）与上位承包人（非法转包、违法分包人）之间是工程款结算关系而非雇佣关系。

4. 农民工一般不是实际施工人

有观点认为《解释》第 26 条第 2 款对农民工利益的保护是一种间接保护。笔者同意此观点，虽然《解释》第 26 条第 2 款创设的目的是为了保护农民工的利益，但该条主要是通过缺乏建筑资质的建筑企业或施工队的保护，进而达到维护农民工利益的目的。原建设部在 2001 年 10 月 25 日颁布的 107 号文件，即《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》，该办法规定：“ 施工图预算、招标标底和投标报价由成本（直接费、间接费）、利润和税金构成。 ”按此定义，工程价款包括直接费、间接费、利润和税金四个部分。而直接费的组成主要包括材料费和人工费（即工资，包括农民工工资）两类。因而农民工的工资与实际施工人诉求的工程价款存在本质区别。只有符合上述法律特征的农民工才是实际施工人。

（二）实际施工人诉权的限制

为弥补突破合同相对性带来的法理上的缺陷，适用《解释》第 26 条第 2 款规定必须受严格条件限制。

1. 实际施工人直接起诉发包人的条件。《解释》第 26 条第 2 款的立法目的是为了保护农民工的合法权益，但从其表述上看，仅要求“ 工程存在转包或违法分包情形 ”，并未对其适用条件作其他任何限制。而根据最近最高人民法院相关业务庭及法官的观点和意见，认为：第 26 条第 2 款的立法目的主要在于解决由农民工组成的实际施工人在与其有合同关系的相对人，因下落不明、破产、资信状况恶化等原因导致其缺乏支付能力，实际施工人又投诉无门的情况下，为实际施工人主张工程价款提供的特殊救济途径，即准许实际施工人突破合同相对性，提起以发包人、施工总承包人为被告的诉讼。然而，根据《解释》第 26 条第 2 款及对该款的相关解读中均未对该款的适用条件作出上述限制，虽然，最高人民法院相关业务庭及法官对该款司法解释的重新解读有利实现对合同相对性的维护与在合同相对性突破问题上的理性回归。但上述解读作出了《解释》规定以外的其他限制条件，这必然会损害司法解释的权威性。

2. 被告的确定，原则上不准许实际施工人提起以不具备合同关系的发包人、总承包人为被告的诉讼。实际施工人在维护自己的权益时，有二个方案可供选择。一是，根据《解释》第 26 条第 1 款的规定，起诉与其有合同关系转包人或者违法分包人；二是，根据《解释》第 26 条第 2 款的规定，在因下落不明、破产、资信状况恶化等原因导致其缺乏支付能力，实际施工人又投诉无门的情况下，为实际施工人主张工程价款提供的特殊救济途径，即准许实际施工人突破合同相对性，提起以发包人为被告的诉讼。但不允许实际施工人不分青红皂白地将发包人、转包人、违法分包人作为共同被告提起诉讼。在实际施工人根据《解释》第 26 条第 2 款的规定，直接以发包人为被告提起诉讼后，法院根据查明的案件的具体情况，依职权追加转包人或违法分包人作为案件当事人。但不应允许实际施工人在起诉后追加转包人或违法分包人为案件当事人。

3. 关于“ 欠付 ”的界定，《解释》第 26 条第 2 款的规定：发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。所谓发包人“ 欠付 ”或“ 拖欠支付 ”工程价款在实践中通常表现为以下几种情况：（1）发包人与承包人之间已经按照合同约定进行完工程结算并确定好工程款，而且发包人支付工程款的期限已经届满的。（2）承包人所施工工程已竣工，但因发包人或承包人拖延进行工程结算等原因，工程结算在双方合同中约定的结算期限内未能完

成，但根据承包人或实际施工人提交的结算报告金额与发包人已实际支付的金额之差为正值的。（3）承包人所施工工程未能竣工（如因一方违约导致合同解除），发包人与承包人在合同约定的时间（或一个合理的时间）内未能完全已完工程的结算，但根据承包人或实际施工人提交的已完工程结算报告金额与发包人已实际支付的金额之差为正值的。而在上述几种情况外，如果不允许发包人据发包合同以抗辩，那么发包人显然承担了签约时不能预料的风险，负担了合同以外的义务，这对发包人而言是不公平的，不能保障交易安全。容易造成承包人与实际施工人相互串通或合谋，以“实际施工人”的名义直接起诉发包人，以达到尽快得到工程款的目的，甚至审判实践中出现了实际施工人并不存在投诉无门的情况，其合同相对人也具备支付工程款的实力，而原告只是为向发包人索要超出合同约定的高额不法利益，甚至原告与其有合同关系的相对人恶意串通，或者说就是合谋借机向发包人或者总承包人敲诈勒索，恶意提起以发包人或总承包人为被告的诉讼。由于发包人与实际施工人之间并不存在合同关系，有的发包人对工程被转包或被几经转包并不知情，对实际施工人的工作情况不了解，对工程支出的实际费用更是无从考证。此种情况下，以实际施工人名义提起诉讼的原告虚构事实，伪造证据，将工程量做大，工程费用提高，向发包人恶意主张高额工程款，企图通过恶意诉讼索取不正当利益，其中，甚至有些原告并未参与施工。由于发包人对转包、违法分包合同的履行情况并不知情，无法抗辩，诉讼结果极有可能损害发包人利益。应当明确的是，此类诉讼不属于《解释》第 26 条规定的案件受理条件，尚未受理的，应当裁定不予受理；已经受理的，应当裁定驳回起诉。

四、结语

《解释》第 26 条第 2 款突破了合同相对性原则对“实际施工人”进行保护，但合同相对性的突破必须有必要的条件和限制。而且，实际施工人所在的关系是为法律所否定的施工关系，所以《解释》对实际施工人的保护是救济性的，是为保护农民工利益作出的补充规定。只有解决转包、违法分包的问题，才能从根本上解决对实际施工人和农民工的保护。为此，我们必须进一步规范劳务企业和劳动关系。原建设部《建筑企业资质管理管理规定》和《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包合同管理办法》对建设工程劳务分包企业和劳动分包等方面作出了相关规定，相关行政主管部门应当引导、监督相关市场的建筑企业、劳务分包企业、劳动合同以及劳务合同的签订情况，只有这样，才能将规定落到实处。杜绝损害农民工合法权益的事情的再次发生。同时加强对农民工的法律宣传力度，避免农民工盲目跟随包工头务工，逐步规范劳务市场。进一步完善建筑市场的担保支付机制，保障施工企业及时得到工程款或劳务报酬。配套建立农民工工资支付保障体系，考虑适用简易程序解决拖欠工资纠纷。逐步实现和谐的建筑市场秩序，践行《解释》体现的民事审判工作以科学发展观为指针，为构建和谐社会和解决民生服务的社会主义法治理念。总之，《司法解释》具有新的创意，具有重大现实意义，建设施工合同各方当事人应充分理解其立法本意，运用《司法解释》切实维护自身的合法权益。

作者单位：安徽元太律师事务所

论我国信息隐私权的法律保护

丁宝颜　虞　宝

【内容摘要】信息隐私权是隐私权的一部分，是一项重要的人格权。本文讨论了我国信息隐私权的法律保护问题。目前我国信息隐私权保护的现状堪忧。为加强信息隐私权的保护，我们一方面要确立其作为独立人格权的地位，另一方面要明确信息隐私侵权的救济途径，同时要通过网络管制，在政府的参与下，借助全社会力量保护信息隐私权。

【关键词】信息隐私权　隐私权　人肉搜索　网络管制

2008 年 12 月 18 日北京市朝阳区人民法院对王菲诉张乐奕侵犯名誉权案做出了判决。被告网站上刊登的部分文章中披露了原告的“婚外情”以及姓名、工作单位、住址等信息，并包含有侮辱和诽谤的内容。引发了网民对原告的“人肉搜索”，使王菲的姓名、工作单位、家庭住址等详细个人信息逐渐被披露。法院认定被告披露原告“婚外情”的行为侵犯了原告的隐私权。在判决中，对于被告披露原告姓名、工作单位、住址等信息的行为是否构成侵权，并没有给出判断[①]。该案使信息隐私权得到广泛关注，但没有起到实质性的推动作用。本案中，披露他人“婚外情”的行为毫无疑问是侵犯隐私权的行为。而判决所回避的这部分事实涉及的正是本文要讨论的信息隐私权的问题。

一、信息隐私权的界定

（一）隐私权的概念

信息隐私权是一个合成概念，有必要对其进行界定。广义的信息指的是客观世界中各种事物的存在方式和它们的运动状态的反映。用通俗的说法，可以认为信息就是客观世界一切事物存在和运动所能发出的各种信号和消息。狭义的信息指的是能反映事物存在和运动差异的、能为某种目的带来有用的、可以被理解或被接受的消息、情况等。Information 一词理解为狭义的信息时，常被译为情报。本文使用的是狭义的“信息”的概念。[②]同时，本文也不讨论法人是否存在隐私权，商业秘密与隐私的关系等问题。我们只把目光集中在个人的信息隐私权上。

（二）信息隐私权的概念

隐私权就是指自然人享有的对其个人的与公共利益无关的个人信息、私人活动和私有领域进行支配的一种人格权。[③]信息隐私权所保护的是隐私权中关于个人信息的那一部分。这种信息往往以数据的形态存在，如姓名、上网账号、银行卡号等。关于信息隐私权的概念，学界众说纷纭。台湾淡江大学公共行政学系的简荣宗先生认为，“信息隐私权的中心思想在于:个人不仅是个人资料产出的最初来源，也是其正确性、完整性的最后查核者，以及该个人资料的使用范围的参与决定者。信息隐私是隐私的特殊方面，它所包括的领域相对来讲比较狭窄，他人未经我们的同意不得获取关于我们的知识。”浙江省委党校哲学教研部的董金华认为，“个人信息隐私权就是公众对个人信息的了解、拥有、公开的控制权以及不受他人侵犯的权利。”[④]田韶华认为，所谓个人信息隐私权是指信息主体为保护自己的隐私权而对自己的个人信息所享有的支配、控制并排除他人侵害的权利。[⑤]本文采用田韶华的观点。

（三）信息隐私权的权能

信息隐私权包括三个方面的权能：支配权、控制权和排除他人侵害的权利。支配权是指信息主体自由收集、加工、处分个人信息，不受他人干涉的权利。控制权即信息主体对有关本人的信息有最终的决定权。他人收集、使用这类信息必须经本人的同意，否则构成侵权。排除他人侵害的权利属于请求权的范畴，体现在两个方面，一个是对正在进行的侵害有权要求停止侵害、消除危险；二是对已遭受的侵害有权要求赔偿损失、恢复原状和赔礼道歉。这些权能是信息隐私权得到保护的前提。

（四）信息隐私权的客体范围

由于信息隐私权的积极性，在数字环境下，信息隐私权保护的客体可分为四个方面；①个人属性的隐私权。如一个人的姓名、身份、肖像、声音等；②个人资料的隐私权。当个人属性被抽离成文字，个人的消费习惯、病历、宗教信仰、财务资料、工作、前科等纪录，若其指涉及客体为独立的个人，则该项资料即含有高度个人特性，而常人能据以辨别出个人的本体；③通讯内容的隐私权。个人的思想与感情，原本存在于人的内心之中，不为他人所识，只有当与外界通过电子媒介沟通时，就存在被窥探的危险，此项内容也应加以保护；④匿名的隐私权。匿名发表在历史上一直都扮演着重要的角色，这种方式常可以保障人们愿意对于社会制度提出一些批评。这种匿名权利的适度容许，能鼓励个人的参与感，并保护他自由的创造力空间。

二、信息隐私权法律保护的现状

（一）法资源现状——直接保护的缺乏

我国目前还没有有关信息隐私权保护的全国性专门法律或法规，涉及信息隐私权保护的条款仅有《计算机信息网络国际联网管理暂行规定实施办法》、《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》、《互联网电子公告服务管理规定》、《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》等法规。

另外，虽然我国《民法通则》未对公民隐私权做明确规定，但宪法、刑法、民事诉讼法的有关规定和有关司法解释都表明了承认公民隐私权的态度，如《民事诉讼法》第 120 条规定: “ 人民法院审理民事案件，除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定的以外，应当公开进行。” 最高人民法院在《关于审理名誉案件若干问题的解答》中也再次强调: “ 对未经他人同意，擅自公布他人的隐私材料或以书面、口头形式宣扬他人隐私，致人名誉受到损害的，应按照侵害他人名誉权处理。”

上述规定都是保护公民隐私权的法律依据。然而，细看发现，这些规定对网络隐私权实行的是间接保护，缺乏针对性和系统性，也没有对网上侵害个人隐私权的行为规定明确的制裁措施。这就会导致司法实践中公民隐私权得不到切实有效的保护。

（二）信息隐私侵权的现状——保护难度加大

信息隐私侵权的现状表现在以下方面：1.对象范围扩大。传统信息隐私权的侵权对象一般为公众人物，而当今社会，普通人也可能成为侵权对象。2.侵权客体范围扩大。基因技术使通过基因分析预测个人未来的身高、体重、健康状况、寿命等成为可能。如果这种预测行为得不到有效管制，信息隐私遭遇侵权的风险极大。3.侵权后果难以控制。传媒对个人私生活信息的过度揭露会对其造成损害，在当今社会中，侵害信息隐私权后果的严重性大大增加了。因此，信息隐私权的保护难度空前加大了。

在传统隐私权领域，原则上要求每个人都应自己去为自己的私人领域设置围墙。个人的隐私信息只需靠道德的约束和生活习惯就能有效地受到保护。但科技的发展已经改变了我们某些信息的获取方式和扩散方式，个人通过自身行为保护个人信息存在很大难度。例如在生

物信息领域，基因信息必须在第三方的介入之下才能获得，个人事实上不可能完全地隐匿此类信息，这会使发生侵权的危险性增加;同时信息技术的发展，使个人信息具有了更多的经济价值，且侵权成本小、速度快、获利大，侵权行为具有了经济上的诱因及技术上的可行性，权利人极难加以控制。

三、信息隐私权保护不力的原因

（一）技术进步对现行法的挑战

新技术的发展，尤其是网络技术的进步，使得隐私权的保护面临着巨大的挑战。信息传播的途径和传播速度疯狂增加。这就大大增加了隐私被侵犯的风险。同时由于网络游戏、电子商务和网络化管理等新事物的发展，大量的个人信息被网络服务商收集。而我国目前对这些服务商的监管还比较薄弱，一旦被收集的信息被泄露和利用，将造成难以想象的后果。征信体系的建立、政府管理技术逐渐信息化，使得大量的个人信息以合法的方式被政府数据库归类储存。信息的广泛收集使个人在政府面前变得透明，使公私界限变得模糊，不仅破坏了个人独处和保持安宁的权利，而且减弱了个人对抗政府权力肆意扩张的能力，加剧了二者的矛盾。

与此同时，我国关于信息隐私权的法律一直处于空白状态。虽然在某些法规中有零星的条文涉及这一问题，但都只是原则性的规定，并且没有正式提出信息隐私权这一概念。这使得信息隐私权需要救济时基本无法可依。那么我们能否依靠有权机关的解释来弥补这一空白呢？显然是不合适的。当前，我们的有权机关对尚无法律规定的领域进行立法式的解释已经司空见惯了。而没有解释对象的解释是没有基础的，因而与解释的根本目的相悖。

（二）利益冲突与权利冲突的尖锐化

一直以来，我们一味的强调国家利益、集体利益，忽视了个人利益，并且将强调个人利益的行为视为资本主义思想加以批判，这就更加使得我们的立法机关或者立法人员在立法时倾向于对公共利益加以重视，对公民个人权利，尤其是强调个性独立的一些权利缺乏应有的关怀，这也在很大程度上导致了隐私权迟迟未能被立法确认。国防安全、经济安全的维护以及政府行为都大量涉及个人隐私信息，立法在这些方面过于偏重公权力一方，个人权利的救济没有得到应有的关注。

“知情”与“隐私”是一对截然对立的矛盾。由于人类的窥私、猎奇、好奇、探索等本性，知情权的范围无边无际，必将威胁个人的私生活安宁和自由。因此，为了协调隐私权与知情权的平衡，有必要在法律上设置公众人物、新闻价值等抗辩事由，以及公共利益、正当的公众兴趣等抽象的判断标准，以期划分私人领域与公共领域的合理界限。我们的问题是，对公共利益关注得太多，而对隐私权关注得太少。

（三）立法的过于谨慎和司法的无奈

我国传统上对隐私权保护不足，建国以来缺乏对私权利的正确认识，在法治进程中对于隐私权的保护虽然取得了一些成绩，但缺乏周密的制度保障。在调整公民权利义务关系最为基本的民法领域，我国现行的《民法通则》没有引入隐私权，只是在近几年的司法解释中可以看到隐私权的规定，由于司法解释的法律效力低于《民法通则》的效力，以及作为法律渊源的司法解释自身的局限性，不可能填补完全空白的立法领域，造法性的司法解释是违背其存在本意的。

上文提到，隐私权与公共利益存在着冲突，保护这两种利益需要二者都做出让步。而目前的社会现状是经济发展水平和人民生活水平有待提高、民众的隐私观念有待培养、立法技术也有待进步。在这种状况下一步到位的对隐私权进行立法保护是不现实的，而且很可能导

致许多疏漏，甚至由于民众一时难以接受而出现大面积的法律规避现象。我们需要做的是使立法跟上实践的需要，逐步的完善隐私权制度。

司法的无奈表现在,一方面直接法律依据欠缺，面对信息隐私侵权诉讼往往苦苦寻找，却无法可依。另一方面，法官解释法律的权利和自由裁量权都受到严重的限制，往往内心确信原告遭受到侵权却不敢给出对其有利的判决。

四、信息隐私权的法律保护

（一）保护模式的选择

虽然个人信息并非完全属于隐私信息,但是隐私权所关注的道德内容能够在很大程度上影响对个人信息进行法律保护的方式。由于社会和政治传统上的差别，欧洲大陆国家的法律和美国的法律在对隐私权的认识上存在着相当大的差异。就其核心，大陆国家对隐私的保护采取的是一种保护名誉和个人尊严的形式。相反，美国人更为关注的是自由的价值，尤其是个人在政府面前的自由。在其核心观念中，强调个人自由，尤其是在个人住宅中的自由。因而，在美国人看来，隐私之大敌是政府机关对住宅神圣性的侵犯（这一说法在 19 世纪曾是最高法院的主流观点）。所以，美国人对于媒体的担忧相对小得多。他们更倾向于保护自己的隐私免受公权的侵扰。

人格尊严和自由都是法的重要价值，我们在对信息隐私权进行立法时需兼顾这两种价值，避免顾此失彼。一方面，我们要强调“信息自决”，防止个人信息被滥用；[⑥]另一方面，也要强调个人信息免于公权力机关和其他主体的侵害。同时，我们还需要保证信息保护与信息流通的平衡。在充分保护个人信息安全的同时，我们也需要防止堵塞了正常的信息流通渠道，导致呈现过于保守的氛围，这样使信息的价值得不到充分的利用。

（二）对具体保护措施的构想

1. 实体法的完善：确立信息隐私权独立的人格权地位。这是有效保护信息隐私权的前提。为了充分保护隐私权，使权利受到侵害时有法律规定的救济措施，使受害人能够保护自己的权利。应当将网络隐私权作为一项独立的人格权加以立法保护。网络隐私权的专门法律保护已成为国际立法的趋势，中国加入 WTO 后，必须使其法律与国际立法接轨，因而制定一部专门保护隐私权的法律就具有极大的现实意义。

2. 程序法的保障：明确信息隐私侵权的救济途径。有权利必有救济，没有救济的权利等于一纸空文。我们在明确了信息隐私权独立的人格权地位的同时，亦应明确侵权的救济途径。其中最主要的就是诉讼。我国的《民事案件案由规定》已经将隐私权纠纷纳入受案范围，我们要做的是在实践中司法机关依法受理这类案件，同时认真审理，而不应以“没有法律依据”为由随便驳回当事人的请求。在管辖方面，由于信息隐私侵权多存在于网络领域，侵权行为极度不确定，为诉讼的便利，应该更多的考虑与被侵害对象联系更密切的侵权行为地或结果地法院作为管辖法院。证据方面，应尽快明确电子证据的证据地位、取证方式和举证规则。在赔偿方式方面，由于信息隐私侵权产生的损害主要是精神损害，因此对精神损害赔偿应依法认定。同时，对侵权主体的刑事责任和行政责任亦应依法认定和追究。

3. 加强网络管制。网络管制就是要利用技术手段和法律手段,禁止、限制有害信息输入网络,禁止未经授权的“入侵者”非法提取、窃取、监听有关信息,尤其是个人隐私资料。未来网络管制立法应从以下方面入手：

第一，由于网络涉及社会生活的诸多方面,内容复杂,技术性较强,可以设立专门的网络管理机构,配备专门的管理人员从事网络管制工作。第二，实行入网账号实名登记制。即用户在服务商处登记取得入网账号时必须使用实名来登记,以保证取消用户资格这一处罚能够真

正有效,同时便于监督用户输入信息,及时通知用户。但登记内容是保密的,未经许可不得公开,用户在网络中仍可使用“匿名”。 第三，对网络服务商的管理。网络服务商是互联网络接入和相关服务的提供者。为了净化网络信息和保障网络安全,各国都规定了网络服务商所应承担的一系列义务,包括:①检查义务。网络服务商有义务对用户输入的信息进行经常性检查,一旦发现禁止性信息,及时做出适当处理。②监察或隔离义务。网络服务商对那些具有反动、淫秽等禁止性内容的站点所发送的信息进行监察，防止禁止性的信息传递至用户。③通知和报告义务。对输入禁止性信息的用户应当及时通知,并报告有关主管机关,以便其做出查处。④协助义务。网络服务商应当协助政府有关部门对网络管理,协助司法机关对网络犯罪的侦查。同时,网络服务商对那些沉迷于网络的“网络成瘾”用户,尤其是对“网络成瘾”的未成年人,网络服务商有协助未成年人的亲属或监护人查找相关信息并及时予以答复的义务。

五、小结

信息隐私权是隐私权的一部分，是一项重要的人格权。随着依法治国的不断深入和实践的发展，信息隐私权的保护问题已经得到越来越多的关注。我们在隐私权问题上的实践探索和理论研究上也迈出了重大的步伐。信息隐私权的法律保护，尤其是民法保护，关系到社会的良性发展、社会关系的和谐及法治社会的构建。应该看到信息隐私权的法律保护还有很长的路要走，关于这一问题的研究和实践任重而道远。

注释：

①该判决书只是简单的写到：“……这些个人信息的披露、使用等行为是否构成侵犯隐私权，应当视行为人对这些信息的取得方式、披露方式、披露范围、披露目的及披露后果等因素综合认定。”

②广义地说，信息就是消息。一切存在都有信息。甚至隐私本身也可以被认为是一种信息。对人类而言，人的五官生来就是为了感受信息的，它们是信息的接收器，它们所感受到的一切，都是信息。然而，大量的信息是我们的五官不能直接感受的。这些信息至少在目前不会对我们的生存状态产生影响，它们仅能影响我们的认识，因而不可能产生侵权的问题，所以不在本文讨论的范围之内。

③王利民:《中国民法案例与学理研究》，总则篇[M]，法律出版社 1998 年版，第 135 页。

④程文艳：《我国信息隐私权及其保护》《情报科学》，2006 年第 2 期，第 228 页。

⑤田韶华：《浅谈个人信息隐私权的法律保护》，《产业与科技论坛》2007 年第 10 期，第 79 页。

⑥洪海林：《个人信息保护立法理念探究——在信息保护与信息流通之间》，河北法学，2007 年第 1 期，第 108 页。

作者单位：安徽皖西律师事务所

浅析公司对外担保的效力
———兼评《公司法》第 16 条第一款

樊玲玲

【内容摘要】我国《公司法》第 16 条第 1 款规定:“公司向其他企业投资或者为他人提供担保,依照公司章程的规定,由董事会或者股东会、股东大会决议;公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的,不得超过规定的限额。”根据以上规定,在公司对外提供担保而未提供股东会、股东大会或董事会决议的情况下,担保行为是否有效?公司能否据此要求免除担保责任?如果章程没有规定公司是否可以对外担保,是不是意味着公司不具有对外担保的能力?如担保的数额超过了公司章程的规定,担保合同是否有效?如果是无效的话,究竟是整个担保合同无效,还是仅仅超出章程规定限额的部分担保无效呢?这一系列问题已成为学界及司法实践中的争论焦点。文章通过法学理论的阐述、司法案例的评析以及域外法的整理、借鉴试图对以上问题能够有个较为清晰地认识,并以此提出解决的方案。

【关键词】担保行为　担保责任　担保合同

一、问题的提出

《公司法》第 16 条第 1 款规定:“公司向其他企业投资或者为他人提供担保,依照公司章程的规定,由董事会或者股东会、股东大会决议;公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的,不得超过规定的限额。”根据以上规定,第一个问题,在公司对外提供担保而未提供股东会、股东大会或董事会决议的情况下,担保行为是否有效?公司能否据此要求免除担保责任?第二个问题,如果章程没有规定公司是否可以对外担保,是不是意味着公司不具有对外担保的能力?第三个问题,如担保的数额超过了公司章程的规定,担保合同是否有效?如果是无效的话,究竟是整个担保合同无效,还是仅仅超出章程规定限额的部分担保无效呢?这一系列问题已成为学界及司法实践中的争论焦点。

以一个具体的案例来说明问题。2008 年 1 月,某聚酯公司与某银行签订《借款合同》一份,约定聚酯公司向银行借款 1500 万元。同日,某房地产公司与银行签订《保证合同》一份,为聚酯公司前述借款提供连带责任保证。后,聚酯公司未按合同约定履行还款义务。银行遂起诉至人民法院,要求聚酯公司还款,并要求房地产公司承担担保责任。在诉讼过程中,房地产公司以“公司提供担保未经过董事会或者股东会、股东大会决议,违反《公司法》第 16 条的规定应为无效”进行抗辩,请求免除其担保责任。该案人民法院以“虽未经过董事会或者股东会、股东大会决议,但并不违背其意愿”认定担保合同合法有效,不能免除其担保责任。[①]为了说明第二个问题我们将这个案例变一下,如果某房地产公司的章程规定对外担保的限额为 1000 万元,那么这个担保合同是否有效?如果认为无效,那么是整个合同都无效,还是只是多出的 500 万元无效,房地产公司仍要对 1000 万元的担保承担责任?

二、国内研究现状

对第一个问题，在学术界和实务界中颇有争议，而论者对各自所持观点的论证主要围绕《公司法》第 16 条的规定是否为强制性规定，该规定是否仅为规范公司内部行为而对相对人不具有约束力等方面进行。

黄龙教授于 2008 年 7 月 10 日在《人民法院报》上发表的一篇名为《违反公司法第 16 条不当然导致合同无效》的文章中指出“ 违反公司法第 16 条规定是不能简单等同于违反法律、行政法规的强制性规定，并据此作出合同无效认定的。”在该文中还指出“ 第 16 条规定不能约束公司行为的相对人，这是由公司法的调整对象决定的。从调整对象上看，公司法是以公司为规范对象的法律部门，不能约束其他民事主体。而公司向其他企业投资或者为他人提供担保而签订合同必然要涉及相对人，这已超出公司法的法律调整范围。故公司对外签订的投资或担保合同是否有效，应依合同法、担保法的有关规定进行判断，而不是根据公司法第 16 条的规定。”②

随后黄承军法官有针对性地于 2008 年 10 月 9 日在《人民法院报》上发表《违反公司法第 16 条将导致合同无效——兼与黄龙先生商榷》一文，针对黄龙教授的上一文做出具体的回应和疑问，在其文章中指出从目的性解释的角度出发，宜将第 16 条解释成强制性规范，如果将第 16 条解释成非强制性规范，将导致公司法法条之间存在体系不合。在其认为强制性规范的前提下，认为第 16 条的规定对相对人具有约束力是不言而喻的。③

对第二个问题，一种观点认为应属无效。例如最高法院曹士兵法官就认为，“ 根据新《公司法》第 16 条的规定，则必须由公司股东会亲自决策•董事会的一般担保决策权也是经由公司章程授权产生的，因公司章程是股东集体意思表示的产物，所以董事会的担保决策权在本质上也是公司所有者授权公司经营层行使的特殊权利 ”。④言下之意，如果公司章程未进行授权(比如就对外担保问题未作规定)，公司对外担保的决策权就应复归于股东。曹士兵法官进一步认为，“ 一般担保的相对人，有义务向公司索取公司章程规定的担保决策机构关于同意担保的决议……否则，一旦公司越权提供担保(董事会、董事、高级管理人员均可能成为越权实施人)，相对人因未尽到必要注意义务而存在过失，无法获得我国合同法第 49 条规定的表见代理制度的保护，担保合同归于无效 ”。⑤

另一种观点认为未经股东会或章程授权的公司对外担保行为应属有效，比如司法实务界就有人认为，“ 公司法第 16 条规定并非约束合同效力的法律规范。从规范内容上看，该条规定属于指导公司正确运作即公司权力行使的法律规范，是规范单方行为的规范……而合同属于双方或多方行为，它显然并不属于公司法的调整对象 ”，且“ 违反公司法第 16 条规定不能等同于‘ 违反法律、行政法规的强制性规定 ’……公司法第 16 条规定既非内容禁止，也非形式禁止，只是对公司单方行为的一种程序要求，而不是对公司行为的禁止 ”，只有“ 相对人明知公司违反公司法第 16 条而与之签订投资或担保合同的，才应认定合同无效 ”。⑥

第三个问题，在一篇名为《新<公司法>视野下的公司对外担保法律问题探析》的文章中认为，担保的数额超过了公司章程的规定仅仅超出章程规定限额的部分担保无效，其中的原因有二：其一，根据《公司法》第 16 条规定，公司有权对外提供担保，在公司章程规定的限额范围内提供的担保应为有效，如将超出章程规定的限额订立的担保合同解释为整体无效，则违背《公司法》允许公司对外担保的精神。其二，《合同法》第 56 条规定，“ 合同部分无效，不影响其他部分的效力的，其他部分仍然有效 ”。对于超出公司章程规定限额的担保合同来说，超出限额以上部分的担保因违反公司章程和公司法第 16 条的强制性规定应为无效，而未超出限额部分符合公司章程和公司法规定，不具备无效原因，该担保合同部分无效不影响其他部分的效力，在公司章程限额内的担保仍然有效。⑦

三、国外（地区）立法例考察

（1）美国

在美国多数州公司法都采取原则上允许公司得为担保的立法模式。1991 年修订的《示范公司法》赋予公司的权力极为笼统宽泛，第 3.02 条规定，“ 除非公司章程另有规定•公司有权力像个人那样去做一切对经营公司业务和处理公司事务有必要或有利的事情……[8]即公司可以享有任何权力，除非受到公司章程的明确禁止。既然公司提供担保并无不利，且并不为章程所禁止，则其理应属于公司自身的自治活动范畴，公司就有根据实际情况决定是否为他人债务提供担保的自由，于公司有利时即可提供，无利时则不提供。《示范公司法》的该项规定为美国许多州立法所采用，即美国多数州公司法都采取原则上允许公司得为担保的立法模式。

（2）英国

英国《1985 年公司法》第 336 节规定，公司可以为第三人对其控股公司提供的贷款或准贷款进行担保以及可以作为债权人为其控股公司从事的信用交易提供担保。英国《公司法》不仅规定公司为其股东提供担保，而且还明文规定集团公司成员之间以及控股公司与被控股公司之间可以相互担保。英国公司法虽然明文禁止公司为其董事及与董事利益相关的人员提供担保，但却明白认可公司 “ 向下游担保 ”、“ 向上游担保 ” 以及将资金贷与他人的权能。[9]

（3）德国

德国公司法未就公司担保问题作出任何直接规定 ,既未明文禁止也未明文许可，但它却就公司能否为董事、监事以及业务执行人或者与这些人相关的人及公司的贷款问题作了规定。即公司在得到监事会许可情形下，即可以向与本公司的董事、监事有利益牵连的另一非关联公司提供信贷 ；若公司向其关联公司提供信贷，则无须监事会之许可仅有董事会之批准即可进行。既然公司向其关联公司直接提供信贷都可以，那么推定至少公司可以为其关联公司债务提供担保。[10]同时也可以从公司向非关联公司提供贷款的程序限制推出，公司为非关联公司债务提供担保同样应有一定限制。

（4）台湾地区

在我国台湾地区，1966 年修正前的旧《公司法》中，规定公司除以其他法律或公司章程规定，以保证为业务者外，不得为任何保证人，如果公司负责人违反该规定，以公司名义为他人作保证，按照台湾实务上的理解，该行为不能认为是公司的行为，对公司不发生效力。1966 年公司法修改之后，增加了一款，条文变成 “ 公司除以其他法律或公司章程规定得为保证者外，不得为任何保证人。公司负责人违反前项规定时，应自负保证责任，并各科两万元以下罚金，如公司受有损害时，亦应负赔偿之责 ”。有台湾学者将这一条文解读为训示规定，而不是效力规定，也就是说这一规定并不限制公司对外担保的权利能力，只是法律强制的把债务转由公司负责人承担。[11]

由此可知，我国台湾地区关于公司对外担保的权能的规定采取 “ 原则禁止，例外许可 ” 的立法模式，主要是为了稳定公司财务以保障股东及债权人之利益。此外，应加以说明的是，台湾学者认为，公司非以保证为业外，不得为任何保证人，于解释上，为他人提供物上担保也在禁止之列，因公司法第 16 条规定不得为任何保证人，是举轻以明重，公司为他人提供物保，尤足以致公司及其股东和债权人蒙受损害。[12]台湾 “ 经济部 ” 也曾指出公司法第十六条旨在稳定公司财务，其对公司保证加以限制，乃不因人保物保有所不同，公司以其财产为他人设定担保物权，其原因关系仍属保证性质，当然在受限制之列。[13]须说明的是，台湾 “ 经济部 ” 还曾拟议将《公司法》第 16 条加以修正，该修正意见建议 “ 准许公司为保证，但须就个案取得股东同意或经股东会决议，以保障股东及债权人之利益 ”，但最终未获立法院通过。立法院认为，公司为公众的结合，并委托少数人主其事，倘少数主其事的人自作主张，拿大多数投资者的财产为注，去保证不相干者的债务，一方面所冒的险太大，一方面也未顾

及大多数的权益。[14]

四、评述

对于第一个问题，学理和司法实务所争议的第 16 条是否为强制性条款，我们认为第 16 条第 2、3 款系强制性规定，第一款非强制性规定。“ 法律解释必先由文义解释入手，且所作解释不能超过可能的文义。否则，即超越法律解释之范围，而进入另一阶段之造法活动。”[15] 对《公司法》第 16 条的理解也得先从文义解释入手。我们认为，从措辞表述来看，第 16 条第 2 款和第 3 款属于明显的强制性条款。第 2 款“ 公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议 ”，“ 必须 ” 一词的强制性特色明显，且不能被公司章程“ 选出 ”，意即即使章程规定公司为股东提供担保授权董事会行使，这样的规定亦属无效。依此逻辑，如果公司为股东或实际控制人提供担保而未经股东会同意，或未遵守被担保股东或实际控制人控制的股东不得参与表决这一法定程序，则不论章程是否授权董事会可作出为股东担保的决议，也不论作为交易相对方的债权人是否善意，该担保合同均属无效。对此，司法不宜作明显超出文义解释范围的另类解读。但是，仔细研究《公司法》第 16 条第 1 款前半句的文字，即“ 公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；”，该表述措辞含糊，并无“ 应当 ”、“ 必须 ” 等字样，单从文义解释来看，并不能反向推出如果公司章程未就对外担保问题作规定，就非得由股东会对此作出决议不可，董事会无权对此问题作出决议。所以，从文义解释角度，很难说第 16 条第一款前半句是强制性规定，也就难以得出未经股东会决议的公司对外担保行为违反了第 16 条第一款的强制性规定这类结论。对此，我们认为公司对外提供担保时如果未经公司有权机关决议，则应属越权行为，此时担保合同的效力可借鉴无权代理的规定，将其界定为效力待定。

第二个问题，我们认为，新《公司法》第 16 条的规定倾向于公司原则上具备对外担保能力，除非章程进行禁止或限制。首先，放松管制，强调公司自治，是新公司法修订的一大原则。如果认为章程没有明确规定公司可以对外担保，即意味着公司不具有对外担保的能力，显然比旧公司法有过之无不及，这样理解是违背修订精神的。其次，结合新《公司法》第 149 条的规定，第 16 条应当理解为，公司章程仅仅是对公司对外担保的决策程序的规范，并非对公司对外担保能力的限制。第 149 条规定，“ 董事、高级管理人员不得违反公司章程的规定未经股东会、股东大会、董事会同意，以公司财产为他人提供担保。再次，可从章程的性质角度进行分析，得出相应结论。关于公司章程的性质，存在自治法说、契约说、公司宪章说等观点，而自治法说被视为通说。章程由公司发起人制定，是全体股东共同意志的体现，如果股东制定公司章程时认为需要对公司的行为进行限制，则尽可规定。但是如果没做限制的，应该坚持“ 法无禁止皆自由 ” 原则（此处的“ 法 ” 即为公司章程）。否则，如果坚持只有章程授权公司才可为的观点，在章程中详尽列举公司的可为事项，在事实上不可能，且将导致章程成为公司发展的障碍，与章程的性质及功能不符。为避免法律理解和适用中的争议，建议立法将该问题明确化，即规定除非公司章程另有规定，公司可以为其股东、其他主体提供担保。

第三个问题，我们同意上文所提的观点，如果公司章程对数额有限制，担保的数额超过了公司章程的规定，那么仅仅超出章程规定限额的部分担保无效，公司仍然要承担限额以内的责任。具体到上述案例来说，房地产公司要对银行承担 1000 万的连带责任。

五、总结

通过前文结合案例提出的三个问题，在一一列举了目前对这些问题的主要观点以及考察国外（地区）的立法例之后，分别对三个问题进行了评析，我们认为在公司章程对公司对外担保做出规定时，公司对外提供担保时如果未经公司有权机关决议，则应属越权行为，此时担保合同的效力可借鉴无权代理的规定，将其界定为效力待定。在公司章程没有做出规定时，应默认公司原则上具备对外担保能力，除非章程进行禁止或限制。对于限额的问题，我们按照合同法的思路，认为仅仅超出章程规定限额的部分担保无效。

参考文献

①参见扬州司法行政网，http://www.yzsfj.gov.cn/html/2009-12/2009121161024.htm，浏览于 2010-5-8。

②黄龙：《违反公司法第十六条不当然导致合同无效》，载《人民法院报》2008 年 7 月 10 日。

③人民法院报，http://oldfyb2009.chinacourt.org/public/detail.php?id=122768。

④ 曹士兵：《我国新公司法关于公司担保能力的规定评述重温最高人民法院‘中福实业公司担保案’》，《法律适用》，2006 年第 6 期，第 51 页。

⑤曹士兵：《我国新公司法关于公司担保能力的规定评述重温最高人民法院‘中福实业公司担保案’》，《法律适用》，2006 年第 6 期，第 53 页。

⑥黄龙：《违反公司法第十六条不当然导致合同无效》，《人民法院报》，2008 年 7 月 10 日。

⑦ 王广仁、周文文：《新<公司法>视野下的公司对外担保法律问题探析》，中国律师网 http://www.acla.org.cn/pages/2007-8-3/s40452.html。

⑧ 王耀武：《当代外国公司法》，法律出版社 1995 年版，第 16 页。

⑨刘连煜：《论公司保证之有效性》，《公司法理论与判决研究(商事法专题研究文库)》，法律出版社 2002 年版，第 182 页。

⑩虞政平：《公司可以为其股东提供担保—<公司法>第 60 条第 3 款之解读》，《法律适用》，2003 年第 7 期，第 55 页。

⑪张嘉麟：《论公司与他人所缔结之保证契约的效力》，《月旦法学》1996 年第 19 期，第 71-74 页。

⑫刘鸿坤：《公司法第十五条及第十六条之研究》，《商事法论文选辑》（上），五南图书出版公司 1984 年版，第 44 页。

⑬陈长文：《论公司保证》，《商事法论文选辑》（上），五南图书出版公司 1984 年版，第 27 页。

⑭陈顾远：《公司应否对外保证问题》，《商事法论文选辑》（上），五南图书出版公司 1984 年版，第 47 页。

⑮梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 210 页。

作者单位：安徽寻求律师事务所

浅析民事举证时限制度

彭怀胜

【内容摘要】证据问题历来是民事诉讼的核心问题，它与诉讼的实体内容直接相关，对当事人的诉讼活动和人民法院的审判活动具有十分重要的意义。我国的法律制度正处于健全和完善阶段，现行的的举证时限制度可能使法院的判决背离实体公正，背离实体公正的程序必然导致程序不正义。通过细化逾期提出证据的原因，对非以拖延诉讼为目的之逾期提出证据不适用证据失效，以此增加我国举证时限制度的正当性和合理性。

【关键词】举证时限　证据失效　新证据

证据问题历来是民事诉讼的核心问题，它与诉讼的实体内容直接相关，对当事人的诉讼活动和人民法院的审判活动具有十分重要的意义。我国《民事诉讼法》对证据加以规定的条文只有 12 条，且大部分是原则性规定，难以解决司法实践中的证据问题。证据问题已成为制约我国民事审判公正与效率的重要因素。2001 年最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）是较为系统地针对民事诉讼证据问题作出的司法解释，对促进民事审判方式改革及司法改革的深化起到的积极作用。

一、举证时限制度的内涵及其设立的意义

（一）举证时限制度的内涵

举证时限制度是指负有举证责任的当事人应当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，逾期不举证则承担证据失权法律后果的一项民事诉讼期间制度[①]。举证时限是当事人提出证据的期限，逾越期限则须承担证据失权的不利后果。

具体而言，它应当包括两方面内容：一是期限，即当事人应在该期间内尽自己可能提供对己有利的证据；二是法律后果，即负有举证责任的当事人如逾期提供或未提供证明自已主张的证据，则要承担对己不利的法律后果。这两方面内容有机统一，缺一不可，共同构成了完整的举证时限制度，缺少一个则失去其存在的意义。

举证时限制度应具有时效制度的功能，即具有稳定法律秩序、作为证据的代用、促使权利人行使权利的功能，但它又不同于一般时效制度（作为特殊的时效制度），应当如诉讼时效有法定的期间，并应允许个案中特殊情形下的变动，即属于可变期间，故又不同于如除斥期间这种不变期间。综上，举证时限制度既有原则性又有灵活性的特点，以适应错综复杂的案件的不同情况。

（二）设立举证时限制度的意义

举证时限制度在实践中克服了“ 证据随时提出主义 ”的弊端，直接影响到庭审程序的顺利进行，对司法实践具有很大的意义。结合两大法系的司法实践来看，举证时限制度具有以下实践意义：

首先，有利于实现程序公正，保护当事人的合法权益。举证时限制度通过给予诉讼当事人双方公平合理的举证期间，为双方当事人创造进行诉讼行为的平等机会，实现诉讼过程中的平等。[②]一方面可以避免当事人在审判中采取“ 突然袭击 ”策略，尽可能让事实本身来决定审判的命运，而不是靠证据偷袭和诉讼技巧来取胜。另一方面可以防止一方当事人以追求

客观真实为幌子故意拖延诉讼或者缠诉，造成对另一方当事人的不公。程序公正是司法公正的一个方面，从长远来看，举证时限制度又有利于实现司法的公正，提高司法的公信力。

其次，提高了诉讼的效率和效益。由于举证时限制度规定必须在一定期限内进行举证，逾期不举证将承担不利的法律后果。这样会促使当事人积极举证，使举证责任制度真正落到实处，有利于法院及时审结案件，避免案件超审限情况的发生，提高审判的效率。[③]同时，可以避免当事人以证据为由提起二审和再审程序，降低诉讼成本，减少诉讼资源的浪费，减轻法院的负担。

最后，有利于提高公民的法律意识。辩论式的审判方式要求当事人有较强的法律意识和较高的法律素养。要求当事人能够自主、全面、客观地收集证据。但现行的证据制度不利于培养当事人的法律意识，他们往往消极地收集证据。在审判实践中，特别是在广大的基层法院，法官为了查明案件事实，得不断地提醒当事人提交相关证据。举证时限制度可以促进公民民事活动时的法律意识的培养，依法进行民事活动，保存好证据，强化其举证责任。[④]

二、现行法律、《证据规定》有关举证时限方面的规定及其缺陷

我国《民事诉讼法》未真正设立举证时限制度，该方面规定仅有最高院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干具体问题的意见》第 76 条的规定：“ 人民法院对当事人一时不能提交证据的，应根据具体情况，指定其在合理期限内提交。当事人在指定期限内提交确有困难的，应在指定的期限届满之前，向人民法院申请延期。 ”《证据规定》肯定了举证时限制度，第 33 条至 36 条对举证时限作了明确的规定：法院在送达案件受理通知书和应诉通知书时，应送达举证通知书，在举证通知书上应载明指定的的举证时限以及逾期提供证据的法律后果，法院指定的举证期限不得少于 30 日，自当事人收到案件受理通知书和应诉通知书的次日起计算。当事人不在举证期限内提交证据的，视为放弃举证权利。当事人协商举证时限的，应经法院认可。此外，当事人变更诉讼请求的，人民法院应重新指定举证期限。笔者认为，《证据规定》的上述内容至少存在以下缺陷：

第一、简易程序使用何种举证时限问题。依照《证据规定》第 81 条，人民法院适用简易程序审理的案件，不适用其规定的举证时限。既然明文规定举证时限制度不适用于简易程序，那么，是否简易程序不适用证据交换呢？显然证据交换制度适用于简易程序的，否则就出现无举证期限可依的局面，因此笔者认为该制度需要在这方面加以完善。

第二、举证期限确定方式存在问题。《证据规定》第 33 条第 1 款规定：“ 举证通知书应当载明人民法院根据案件情况指定的举证时限 ”，而该条第 2 款又规定：“ 举证时限可以由当事人协商一致，并经人民法院认可。 ”依据这两款规定，是否可以理解为：人民法院若认为应当指定举证期限即可指定；若认为可以协商就由当事人协商。那么，若协商不成是否还应由法院指定？况且，举证通知书是在送达受理通知书和应诉通知书时向当事人送达的，而双方当事人尚无协商机会，此规定显然难以执行。

第三、法院调查收集证据的展示及再举证时限问题。《证据规定》第 51 条规定：“ 法院依当事人的申请调查的证据，作为申请人提供的证据，应在庭审质证中出示；法院依职权调查收集的证据在庭审时展示。 ”亦即，法院调查收集的证据被推定为全面、正确的，无需在庭前证据交换程序上开示，当事人也无权提出相反证据加以辩驳。实践中，法院依职权调取的证据不可能都做到全面、周全。而一方当事人总是从利已的角度申请法院取证，必然对申请的对象和范围做了符合自己利益的取舍。法院根据一方当事人的申请进行的取证很难做到全面。所以，法院收集的证据在庭审时出示无异于证据突袭。

第四、证人作证与再举证时限问题。《证据规定》明确了证人以出庭作证为原则，规定当事人申请证人作证应在举证时限届满前十日提出。而证人在证据交换程序中出席陈述证言视为出庭作证，说明证人出席证据交换程序只是一种例外。那么，这样一个问题便随之产生：一方当事人在举证时限届满前十天向法庭申请证人出庭作证，依《证据规定》，法庭没有义务告知对方当事人这一请求事项，对方当事人也就浑然不知庭审时将要面临证人出证，更无从知道证人证词所要证明的主张是什么。而到庭审时发现证人的证言对自己不利时，已经失去再举证加以反驳或申请已方证人出证的时效了。因此，在这种制度构架下，证人证言就可能成为一方当事人的“秘密武器”，使对方当事人只有“挨打的份儿”。

三、国外立法关于举证时限制度的规定

由于我国民事诉讼举证制度刚刚确立，尚有有许多不完善之处，而国外许多国家很早就设立了举证时限制度，本着吸取精华的原则，应当学习和了解国外的先进立法经验，以对我国的民事诉讼举证制度的完善起到一定的借鉴作用。法国现行民诉法第 134 条规定，“法官应规定将证据通知对方的期限，如有需要，并规定通知的方式，必要时可采取强制处分”；第 135 条规定，“法官可以摈弃那些没有适时通知对方的证据。”[⑤]在预审程序之后，当事人相互提供的证据被固定封存，即使当事人在事后提出了新的证据，法官也不予审理。德国的民事诉讼法可以说是大陆法系的典型。它在 1976 年修改法典前实行的是证据随时提出主义，修改后变为证据适时提出主义（德国民事诉讼法第 296 条规定：“在作为判决基础的言词辩论终结后，再不能提出攻击和防御方法”）。[⑥]德国原来的法律规定只要在法庭辩论结束之前当事人都有权提出证据，现在规定为在主辩论日期之前提出证据，并且还设立了准备性的口头辩论阶段，当事人应当在此期间提出证据并通知对方当事人，否则其证据失效，在主辩论期日原则上不准提出新证据。

由上可知，尽管各国对举证时限的终时规定不同，但其立法原意均是要限制当事人的举证时限，一旦当事人超期提供举证，该证据即失效，除非当事人有正当的理由。各国关于举证时限制度的规定历经检验，并经多次修改，较为完善，值得我们借鉴。

四、我国民事诉讼举证时限制度的完善

审判方式改革的深入迫切要求设立举证时限制度，学术界长期以来的研究以及对国外先进经验的借鉴，为设立举证时限制度提供了强大的理论支持，而司法实践中较长时间的探索，积累了丰富的实践经验，这一切使设立举证时限制度成为必然。《证据规定》肯定并明确规定了举证时限制度，但该制度存有缺陷，又与其他制度配套时不协调，基于此，笔者认为依据我国现行法律规定、司法实践及法学理论，我国民事诉讼举证时限制度应从以下几个方面予以完善：

第一、举证时限的具体设定既要有利于提高诉讼效率，同时又要确保当事人有充裕的时间收集证据，适用简易程序审理的案件，由于其不经过证据交换程序，因而其法定的举证时限应当是法庭辩论终结之前。在案件进入庭审阶段，若因案件的复杂或辩论致使重新提供证据的，在程序上应设立可由法官自行裁量的举证期间。

第二、《证据规定》规定的由法院调查收集证据的展示规则存在明显缺陷，在操作中容易损害当事人的程序利益，从而影响实体公正。对此，笔者认为，应从以下两方面修补《证据规定》中的这种疏漏：(一)规定法院调查收集的证据应在审前强制开示，通知各方当事人于审前查阅，对于提出再举证要求的当事人，由法官指定或当事人协商确定一个合理的再举

证时限，使证据的发现趋于透彻。(二)如法院调查收集的证据数量繁多、复杂疑难，则应将其纳入证据交换程序，按照证据交换的相关规则，当事人就有了提出反驳证据的权利。

第三、为了避免证人成为突袭工具，笔者设想可从以下两方面着手对证人作证制度进行完善：第一，证人证言是对过去发生事实的回忆，其可采信度受证人的年龄、智力状况、精神健康状况、与诉讼当事人关系之亲疏等因素的影响，再者，证人需在法庭上接受双方当事人及法官的询问与反询问，证人证言的展示及质证本身就是一项复杂的活动。所以，有证人出庭作证的案件当属于《证据规定》第 37 条第 2 款所说的“证据较多或者复杂疑难”的案件，统一将其归入必经证据交换程序的范畴。这就使得未提供证人的一方有了再举证和申请证人出证以对抗对方主张的可能。第二，首先，对提出申请的一方的申请书的形式要件作出具体规定，规定申请书应列明证人出庭作证所要陈述的主要事实和所要证明的主张；其次，规定应在开庭前一定期间将申请书副本送达对方当事人，指定一个再举证的时限以使之有提出反证和申请证人出庭的机会；再次，借鉴美国民事诉讼规则中的规定，赋予对方律师在庭前对申请方的证人进行询问的权利，并由书记员将问答内容记录在案，作为法官心证的依据。这样一来，有关证人作证的时限规定就相对较为完备。

注释：

①叶自强：《民事证据研究》，法律出版社，1999 年版，第 136 页。

②施延亮：《两大法系举证时限的比较与借鉴》，天涯法律网。

③同②。

④吴家友主编：《民事诉讼举证实现制度研究》，法律出版社 2002 年版，第 381 页。

⑤吴丹红：《举证时限的理论思考与立法构想》，中顾法律网。

⑥同⑤。

作者单位：安徽事顺律师事务所

有限责任公司股权强制执行若干问题研究

张　劲

【内容摘要】在人民法院的执行案件中，申请人可以申请人民法院对被执行人持有的在有限责任公司的股权进行强制执行，将股权变现，偿付申请人的债权。虽然股权的强制执行是合理的，也是必要的，但是，由于股权的强制执行必然影响公司原有股东、公司债权人、公司自身的利益，因此在人民法院对有限责任公司股权进行强制执行的时候，要充分顾及各方的利益，最大限度地缩小股权强制执行所带来的负面影响。

【关键词】强制执行　　股东优先权　　股权回购

一、什么是有限责任公司股权强制执行

有限责任公司股权强制执行，是指在民事案件的执行过程中，申请执行人申请人民法院对被执行人在有限责任公司中的股权采取的一种强制性转让措施，通过对被执行人在有限责任公司中股权进行强制拍卖，以转让款偿付股东作为被执行人所欠的债务。由于股权的强制执行是法院采取的股权强制措施，因此，它明显有别于以股东会决议而进行的自愿性转让，及因继承、遗赠等法律行为而产生的股权继受。

二、现行法律关于股权强制执行的规定

目前，关于有限责任公司的股权强制执行制度主要有两个方面的规定，其一是 1998 年最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第 53 条、54 条规定。其中第 53 条第一款规定：“ 对被执行人在有限责任公司、其他法人企业中的投资权益或股权，人民法院可以采取冻结措施 ”。第 54 条规定: “ 对被执行人在有限责任公司中被冻结的投资权益或股权，人民法院可以依据《中华人民共和国公司法》第 35 条、第 36 条的规定，征得全体股东过半数同意后，予以拍卖、变卖或以其他方式转让。不同意转让的股东，应当购买该转让的投资权益或股权，不购买的，视为同意转让，不影响执行。 ”

2005 年，修订后的《公司法》第 73 条规定：人民法院依照法律规定的强制执行程序转让股东的股权时，应当通知公司及全体股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。其他股东自人民法院通知之日起满二十日不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权。

上述规定，为我国法院在执行中对强制执行有限责任公司的股权提供了有效的法律保障，是对被执行人持有的有限责任公司股权进行强制执行的法律依据。

三、关于股权转让强制执行有关问题的争议

虽然法律有明确的规定，但是，对于有限责任公司的股权强制转让，一直存在争论，有代表性的观点认为，有限责任公司的股权不应该被强制执行，归纳起来，主要有以下几方面的理由：

其一，有限责任公司的股东之间的关系不仅仅是一种资合关系，同时还是一种人合的关系，如果允许股权的强制执行，无异于将第三者强加给公司的原有股东，打破原来公司股

东之间相互信任的格局体系，对公司经营带来不利的影响。

其二、股权的强制执行与契约自由原则相违背。强制执行股权虽然保护了债权人的利益，但是，是以牺牲契约自由原则作为代价的，也是和公司自治的理念相悖的。

有限责任公司的股权是否可以强制转让？其实这个问题涉及的深层次的问题是，有限责任公司的股权是否可以自由转让？为什么要规定有限责任公司的股权可以自由转让？世界各国的立法均普遍承认股权的自由转让原则，正如我国的公司法第 143 条规定，股东持有的股份可以依法转让。股权转让的深层次原因是什么？

首先，有限责任公司的股东必然要接受其他股东中途退出，并将出资变现的风险。虽然现行法律规定，有限责任公司股东转让出资应该经过股东大会的同意，但是，法律又规定，不同意转让的股东有义务购买其股份，不同意转让又不购买其股份的，视为同意转让。对于这一条的理解，也可以理解为，只要找到合适的买家，谁都挡不住有限责任公司的股东将其股权变现的步伐。因此，有限责任公司虽然说是人合的公司，但是也是一个不稳定的，随时解体的人合，只要一个股东想变现，这个有限责任公司人合的基础格局就一定会被打破。因此，有限责任公司的人合只是暂时的，相对的。

同时，确认有限责任公司股权自由转让有利于股东盘活资产，收回投资，促进资产的保值增值。出资成为股东当然是以盈利为目的，实现盈利目的的手段也应该是多样的，可以是以分红的方式实现，也可以是以股份增值后转让的方式实现。设想如果有限责任公司设立后股份就不能转让，或者在股东设立发起协议或公司章程中就约定不能转让的话，那么无异于使公司的股东陷入经济上的无期徒刑的境地，使资产无法盘活，使投资人对设立公司、参股投资望而生畏。造成有限责任公司的股东投资的资产呆滞于公司之中，无法流通，不利于资产的增值。而如果股权可以自由转让，抵押，则相当于资产可以自由流通，这样有利于资产的保值增值，这与设立公司是为股东获得更多回报的初衷是相一致的。因此，从盘活资产，促使资产保值增值的角度来看，股份应该是允许转让的。

既然公司股权可以被股东通过一定的形式自由变现，那么，在股东作为被执行人在无其他财产可以执行的情况下，作为股东的被执行人就应该转让其股份，用以偿付申请执行人的债权。在其不愿意或怠于转让自己的股份的情况下，债权人就应该能请求人民法院通过强制拍卖程序，将股份变现，用以偿付债权。这是顺理成章的，否则，如果被执行人愿意转让股权的话，申请人又何必请求人民法院对其进行强制执行？

因此，从上述几个角度来理解股权的强制转让，就不难得出股权强制转让的合理性的结论。

四、有限责任公司股份强制转让应该注意的问题

通过人民法院执行中的拍卖程序来偿还债务的。这对债权人当然是一个好事，但是，任何法律上的强制执行，都是在衡平某种利益，它不能以牺牲其他合法利益作为执行的代价。在强制执行被执行人的股权的过程中，我们也应该注意到，股权的强制执行，必然会涉及到以下几方面主体的利益：

（一）公司债权人的利益。由于股东的变化，公司原来赖以生存和发展的人合关系便不复存在了，在有的情况下，必然使公司的债权人的利益受到损害，例如公司原本与债权人建立很好的合作关系，由于新的股东进入，以前的合作关系难以维系；

（二）公司员工的利益。公司员工原来是为某股东工作，由于股东发生变化，也会使员工的利益受到一些影响；

（三）公司其他股东的利益。强制执行公司的股权主要是建立在公司股权财产性的基础

上。但是，公司的股权还有一个非常重要的性质，那就是社员权，社员权的行使不仅是权利，同时也是义务，如果其他股东在设立的时候希望和被执行人合作，希望被执行人参与决策的过程，如果被执行人被更换成他人，则必然造成其他股东的愿望落空，另外，如果被执行人掌握了一定的销售渠道，或掌握一定的技术，被执行人的离开也一定会对公司其他股东的利益带来影响。

（四）公司的利益，现代公司法认为，公司具有独立的人格，公司拥有除专属于自然人的权利之外，根据宪法和法律所享有的一切权利。公司作为独立的经济和民事主体，与自然人一样均为社会组织中的成员，公司的利益不能仅仅还原为股东的利益，公司理应对劳动者、债权人、供应商、消费者、所在地社区居民、自然环境和资源、国家安全承担一定的责任，是多元化利益聚焦的焦点。即便作为被执行人的股东的利益，在多元化的利益关系前，也应该受到压制，何况股东的债权人。因此，如果强制执行公司的股份，一定有可能影响公司的利益。

正是因为股权的强制转让是牵一发而动全身的问题，因此，在股权的强制转让中，我们就一定要顾及强制转让所带来的负面效应，充分顾及各方的利益，让股权强制转让给其他主体带来的不利因素最小化。因此，笔者认为，股权强制执行，应该遵循以下几个原则：

（一）执行股权的最后手段原则，也就是说，首先，只有在无其他财产可供执行的情况下，才可以执行有限责任公司股权；如果有债权、不动产、股份有限公司的股权，应该先执行其他财产，只有其他财产不足以偿付债权人的时候，再对其在有限责任公司中的股权进行强制执行；

对此，《最高人民法院拍卖上市公司股权规定》中明确了这一最后手段原则。即第 4 条、第 8 条的规定：股权持有人或所有权人作为债务人，如有偿还能力，人民法院一般不应对其股权采取冻结保全措施；人民法院对股权采取强制执行措施，如果股权的持有人或所有权人在限期内提供了方便执行的其他财产，人民法院应当首先执行其他财产，其他财产不足以清偿债务的，方可对股权进行执行。

拍卖上市公司的股权需要遵循的原则，拍卖有限责任公司的股权同样也要遵循这一最后手段原则；

（二）切实保护其他股东的优先购买权

现行法律关于股东优先购买权的规定是不完善的，没有充分有效地保护股东的优先购买权。依据《中华人民共和国公司法》第 35 条、第 36 条的规定：征得全体股东过半数同意后，予以拍卖、变卖或以其他方式转让。不同意转让的股东，应当购买该转让的投资权益或股权，不购买的，视为同意转让，不影响执行。这一条没有规定股东如何行使优先购买权，比如，股东同意转让，但是并没有说放弃自己的优先购买权，在股权拍卖的过程中，在同等条件下，应该赋予原股东优先购买权。但是现行法律对这一点没有明确规定。因此，应该规定，除非原有股东书面放弃优先购买权，否则在拍卖中，其他股东在同等条件下有优先购买权。

另外，修订后的《公司法》第 73 条规定：人民法院依照法律规定的强制执行程序转让股东的股权时，应当通知公司及全体股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。其他股东自人民法院通知之日起满二十日不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权。那么这一条显然忽视了一个问题，那就是，如果股权通过公开拍卖的程序，即便超过了 20 天，原有的股东也应该有优先购买权。事实上可能出现的情况就是，在人民法院通知其是否行使优先权的时候没有行使，在人民法院公开拍卖的时候希望行使，这个时候没有理由剥夺其在同等条件下的优先购买权。正确的规定应该是：在股权通过公开拍卖程序中，人民法院应该书面通知其他股东参与竞拍。不参与竞拍的视为放弃优先购买权，参与竞拍的股东有权按照最后竞拍

成交的价格和条件优先购买。

（三）引入公司回购股权程序。在有的情况下，其他股东也希望购买被执行人的股权，但是鉴于资金实力不够，无法购买，而公司拥有足够的资金。因此，在股权有可能被强制执行到他人名下之前，应该允许公司通过一定的程序回购被执行人的股权，以回购款偿付被执行人的债权。因为我国现行法律并没有禁止有限责任公司的股权回购。即，当公司的其他股东接受回购方案，并且这一方案可以偿付申请执行人的债权的时候，人民法院就应该优先考虑回购股权的方案，而不是直接将被执行人的股权公开拍卖。

对于回购的资金，公司可以用公积金或未分配利润来支付。如果公积金和未分配利润不足以支付，也可以用资本金来支付，而对于用资本金支付导致实收资本的减少，公司则可以事先通过我国《公司法》相关的减资程序，减少注册资本，解决资本金不足的问题。

（四）引入考虑公司意见的程序。在人民法院强制执行公司股权的时候，应该引入考虑公司意见的程序。即首先究竟是采取股份回购的方式偿付债务，还是拍卖的方式偿付债务，应该由公司选择；究竟是采取拍卖股份的方式来偿付债务还是采取分红的方式来偿付债务，也应该由公司选择。因为公司在了解到被执行人的股份可能被拍卖的情况下，如果公司愿意分红，并且足以或基本足以偿付申请执行人的债务，就不需要拍卖被执行人的股份了。

综上所述，在人民法院执行案件中，通过拍卖等方式执行被执行人在有限责任公司中的股权是合理的，也是必要的。但是，由于股权的强制执行必然影响公司原有股东、公司债权人、公司自身的利益，因此，在人民法院对有限责任公司股权进行强制执行的时候，应该遵循最后手段原则，并充分保护原股东的优先购买权，同时应该引入公司股权回购机制，以最大限度地保持公司原有的构架，最大限度地缩小股权强制执行所带来的负面影响。

作者单位：安徽安泰达律师事务所

EPC 总承包合同风险防控之法律准备

吕兴跃

【内容摘要】EPC 总承包合同风险的防控问题，始终是总承包合同项目实践中的核心问题。本文在阐述 EPC 工程总承包合同项目风险分析的基础上，拟制相关风险防控规则及措施，从而布局合同法律风险防控系统，为 EPC 工程总承包公司合同风险规避提供了一定的看法。

【关键词】EPC 合同 风险

EPC 总承包合同风险的防控问题，始终是总承包合同项目实践中的核心问题。从一定意义上说，法律的防控措施超越了与之交叉的经济的、管理的措施而位居更高的层级。因而，在总承包合同项目实施之前，则必须予以充分的法律思考与法律准备。

根据 EPC 总承包项目的特点及 EPC 总承包合同实践与理论中的相应状况与情形，应有如下之风险防控的法律思考：

一、先法律措施的风险分析

风险控制的方向和重点所在，相当程度地依赖于事前对于各类风险的预估预测，将相应条款用于正确的方向和正确的工程体位及阶段。因而，EPC 总承包项目实施前的风险分析，必得提前：由项目实施人员予以专门性地研究预测 EPC 总承包合同的政治、经济、市场、业主和自然条件等方面的风险，就风险来源、风险的分类或分组、风险特征以及对项目可能的影响甚至可能的影响程度，作出相对完整的析分并形成相应的资料，由法务人员会同公司相关方面人员，拟定相应法律准备。

如：针对通货膨胀使工程造价提高而总承包合同又多为固定总价条款合同的情形，拟定总承包合同、分包合同则应充分考虑这一因素，并作相应尽可能灵活地或具体而固定的价款约定。当然，在相应条款表述上，需有相关斟酌后的合同语词。如关于分包商不得要求取得总承包人之业主权利类的条款。由此防控 EPC 总承包项目的额外支付风险。

再如：针对可能存在的分包商在项目分包阶段，故意低报分包价款，但在中标后又以各种可能的手段，寻求提价，甚至以工程质量或工期为要挟，甚而故意违约。如处理不当则可能确实地产生工程质量不合格或工期拖延的结果。对此，则需要严格相应的报价审核机制和审核责任，在先行规则及相应合同中拟定防范条款。

而对于那些相对便于分析把握的风险，如项目本身的一些情况，具体而言又如项目资金来源、项目技术水平、有关标准要求等，则又需要相关项目人员将有关事项明细与明晰后，再会同法务人员据此设定相应具体的工程工期要求、承包商的工作范围和业主的风险承担范围要求等，并将其立之于相应的合同条款，以相应地分配分散风险。

因此先法律措施的风险分析，是为法律准备不可缺失的先行的重要环节。

二、相关风险防控规则及措施的拟制

相关风险防控规则及措施的拟制，其重要意义的一个体现，在于从初始阶段即准备出一套相应的风险分解或分散方案等。如：

（一）对相应分包商或其他相关的合同相对方，设定相应的履约保证条款，并要求该保证条款的满足是分包合同产生效力的必要条件。

保证金条款要求相应保证手段是为分包商全面履行义务的保证，如乙方有违相应义务要求的，则甲方可直接实施相应保证金条款。

（二）由“业主”或“总承包商”设定独立的或联合的投标规则及方法。

与“业主”商定相关的规则，为总承包商有效完成 EPC 总承包项目工程设计相应通道；在该通道之中，纳入总承包商防控风险可用之手段。总承包商所拟之规则，则是直接保证工程总体良性运行的具有全程指导性意义的，同时又明确了风险防控的基础性工作方法。如：1. 确立子公司或其他公司参与投标的相应规则及其参与投标的的责任方式和范围，而在事实上予以风险的分解；2. 根据设计、采购、施工不同阶段、不同方面的不同风险状况，拟定相应的分包层级（增设一级子公司分包），以转移限定风险；3. 确定相应的工程等的保险要求，以较为系统性地防控可能的多种类风险。

因此，该部分的风险预防、风险转移、风险分散规则的拟制，也必须有先法律措施之风险分析工作的紧密配合。

三、布局合同法律风险防控系统

各项拟定的法律准备的中心，即在于合同、规则的法律准备，各类风险又主要地或最终地体现为合同的和规则缺失的风险。相应地，各类风险防控便又主要地或最终地体现为合同的和防备规则缺失的风险防控。而防控措施、形式、手段的最基本的、相对也是最为完整的落点即体现在合同上的全面防控。进而，合同法律风险的防控，其侧重点又在于合同条款风险和合同管理风险的防控。

法务人员的一个基本功底便是要精于对合同每一条款含义、意义的把握，予以仔细斟酌每一条款以防遗漏任何一个潜在的风险。与之相联的，则是要注意合同类型、合同文件构成和合同文件效力优先顺序的恰当选择。而就总体而言，合同管理则是 EPC 总承包项目获利的关键手段，理想的经济效益依赖于良好先进的合同管理。

在这一场合，合同内容敲定中的以下注意点是最为基础性的问题：

（一）合同文件明确相应合同当事人的责任范围及其相关各方责任范围之间的界限划分。

（二）合同价款的构成和在相应的影响因素条件下的合同价款调整方法、范围、幅度等，以及合同价款的分段支付。

（三）根据具体项目的具体状况及资金组织情况，慎定合同的支付方式。

（四）对争议解决条款的约定。

上述主要是就一般情形而论的。具体到特定业主或特定总承包商的特征而言，要预用的合同手段即：总承包合同宜有效地留有一定调整空间。

与 EPC 总承包项目相应的合同，并没有法律的或公认的固定形式或格式。所谓惯例性、常见性为其一般形式或格式；而 EPC 从承包合同中业主保留部分重要工程设备和特殊材料的采购权或其他权利条款，亦属常有。同时，结合 EPC 总承包项目的相应特点，即：在确定 EPC 总承包合同之初，业主、总承包商对合同项目的理解多属原则性内容，对项目的设计、采购、施工的具体环节一般也无比较具体明确的概念。

故而，风险控制的第一点，即是从业主和总承包商关系考虑，全面设计权利义务分配方案和内容，在业主对总承包合同适时调节空间方面留有相应余地，处理好项目要求中的具体与概括性问题。如：1. 合同价格并不确定为绝对固定，从而留有一定的调整空间（施工中

的相关费用、开支或施工中因某种特定原因而支出的工程维修费及相应调节问题，以及在特定情形下，如物价的超预期上涨情况下合同的调价等）；2. 在特定情形下可予一定的合同期限调整，如遇到某些可予以证实的不可抗拒因素或政策因素而导致不可能按期完工时的合同期限的适当延长及相应的确定方式等。

实施合同条款的精研及有效有序的管理，必然引导出这样的要求，即必须完整地建立大量的细分合同每一条款的周密布控体系，进而要求有具备良好法律素质的相应法务人员，各司其责地完善完整起草审核定稿的组织布局。如此，具体条款拟制中的斟酌推敲注定是极大的工程，法务人员法的功底和责任心，将要受到现实的考量。

为确立合同条款精研的相应思路，特举相关条款提示如下：

1. 就债务或赔偿的直索条款来看，可有：甲方有权从乙方（分包商）在本合同的任何收益中索取其拖欠的债务或其应支付的相应赔偿。

2. 约定支付中的防守性条款：考虑到业主资金及时筹措的可能受限，并可能影响到对总承包商的相应支付，因而，可在相关的或相应的分包合同或分包合同的特定项目中留有某些特定支付条件的条款。

3. 明确分包合同的风险防控条款，如：在所有情况下，经甲方的书面同意而把部分工程分包出去的乙方，始终都要其与第三方共同对执行本合同负责。

4. 明确转让合同的风险防控条款，如：乙方向他方转让整个或部分合同的，甲方无须经过任何其他程序即可直接通知乙方废除合同、扣除履约保证金，并可要求乙方赔偿特定或某些不特定的损失。（该类条款应予较多使用。）

5. 要求分包商对其相应违约责任提供相应的担保，如：乙方的误期罚款，甲方可直接在其保证金中予以扣除或直接要求担保方给予偿付。

6. 设定避免乙方攀比甲方权益而提出索求的防范性条款。（司法实践中常见而又往往为相关方面所忽略。）

7. 明确并防范特定损失条款，如：为避免可能发生的事故，乙方须采取必要措施，如按交通规则设置白天与夜晚的路标。施工中由于乙方及其职工等相关人员的不慎而造成事故的，乙方须独自承担由此而引起的索赔和补偿等。

8. 尽可能的全面性要求相应保险责任，如：乙方对因其施工而使第三者及其财产遭受的损失进行责任保险，对工程中的其他相关责任及其他对现场已完工程、材料和器具遭到破坏、失火或失窃予以保险等。

9. 为适应整体工程的多种需要及风险防控而设计余地性、可调性条款。

10. 其他，如对相应预付款条款等设定相关的预付条件等等。

综上，EPC 总承包合同的法律风险防控，具有超全程性特点，法律先行、且又不随工程收尾而收尾。对 EPC 项目工程的招、投标程序及各种招、投标文件的合法性进行审查，拟定、审核招、投标文件和合同，确定招、投标文件的修改和澄清规则，健全 EPC 项目管理制度、合同及工程档案资料管理制度，明确工程洽商变更、签证文件的效力条件及相应的法律风险审查规程，建立施工过程、竣工前后的索赔与反索赔处理、监控机制，等等。总之，先于 EPC 总承包项目前期立项而历经招投标阶段、合同约定、过程监控、结算清算、索偿清理等各个阶段，尽须法律风险之防控。

作者单位：安徽安援律师事务所

对《国有土地上房屋征收与补偿条例（征求意见稿）》中规范拆迁行为的探析

张乐明

【内容摘要】《国有土地上房屋征收与补偿条例（征求意见稿）》的出台，对于贯彻实施《中华人民共和国物权法》、规范房屋征收过程中的拆迁程序、推进我国的城市化建设具有重大作用。在这部征求意见稿中，加强拆迁行为的规范，无疑是一个亮点和焦点。本文通过对征求意见稿中具体规定的分析，努力从实务操作的角度，对如何规范拆迁行为，避免违法拆迁予以探讨，并提出笔者自己的一些看法和建议。

【关键词】预防监管　责任承担　赔偿救济

一、引言

随着社会经济的高速发展，在城市建设大潮中，随处可见的拆迁行为日益成为人们关注的焦点，其中暴力拆迁、极端对抗、因拆暴富等“拆迁”过程中暴露出来的种种问题，也日渐成为全社会讨论的热点。为此，根据 2007 年 10 月 1 日起施行的《中华人民共和国物权法》,2007 年 8 月 30 日十届全国人大常委会第二十九次会议审议并通过了《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国城市房地产管理法〉的决定》，授权国务院就征收国有土地上单位、个人的房屋与拆迁补偿制定行政法规。随后，经过两年多的调查研究、征求意见，国务院法制办会同住房城乡建设部制定了《国有土地上房屋征收与补偿条例（征求意见稿）》（以下简称征求意见稿），拟取代原有的《城市房屋拆迁管理条例》，并于 2010 年 1 月 29 日正式公开向公众征求意见。可以说，在拆迁矛盾日益加剧的背景下，这是一部承载着国人无限关注和期待的法律法规，也是一部贯彻实施《物权法》、改革我国拆迁现状、进一步促进社会和谐的实践性法规。

该征求意见稿总共五章四十一条，分别对适用范围、征收程序、征收补偿、关于非因公共利益的需要实施的拆迁等问题予以了明确规定，同时对于最容易引发矛盾冲突的“强制拆迁”以及相关责任的承担也做了规定。但是，面对现阶段利益交错、问题层出的拆迁工作，该征求意见稿仍然存在一些问题亟待进一步完善。在这中间，如何规范拆迁行为，避免因“强制拆迁”导致的社会矛盾产生，更是成为了各方论证研讨，提议修改完善的焦点问题。“流转往返于理论与实务，在忠于既定法实践法律的同时，也不能停止思考法律。思考法律在社会流变中的功能和回应，思考法的终极价值——社会正义带给法律运作的指引和反思”[①]。

为此，笔者根据征求意见稿中的规定，结合执业过程中遇到的实际情况及相关法律观点，对拆迁行为的规范与完善，做以下探讨和建议，以期对拆迁立法进程有所帮助：（注：征求意见稿中将“拆迁”一词变更为“搬迁”，但现行的《城市房屋拆迁管理条例》及拆迁实务中仍使用“拆迁”词语，为便于本文的阅读和表述，笔者仍沿用“拆迁”这一概念）。

二、目前拆迁行为的现状及征求意见稿中规范拆迁行为的规定

现阶段，无论是否因公共利益拆迁，对于拒绝拆迁的所谓“钉子户”，经常会遭遇恐吓、

威逼、停水、停电、停气等现象，甚至会出现强行推倒房屋的情景。在此，笔者试举两例：“2008年11月8日凌晨，湖南衡阳市两栋居民楼的居民正在熟睡之中，一伙暴徒破门而入，将居民们强行从床上拖起。随后将居民楼夷为平地，居民财物被埋在废墟中。这桩令人发指的野蛮拆迁案，牵出了一宗精心设计的侵吞国有资产案及一批幕后“操盘”的国家公职人员。之后，衡阳市纪委对“桑园路野蛮拆迁、故意毁坏公私财物事件”所涉及的违法违纪案件进行了审议，并作出了处理”②。另一起因强拆导致的事件，使得规范拆迁行为进一步成为社会的焦点。“2009年11月13日成都金牛区市民唐福珍在阻止城管强拆时，在楼顶自焚，唐福珍重度烧伤并呼吸道烧伤，16天后医治无效死亡”。以上事件不仅严重损害了公民合法权益，影响了法制进程，也制造了不稳定的社会因素。

为此，针对规范拆迁行为这一社会关注的问题，征求意见稿首先在第32条规定了“房屋征收部门及其委托的单位不得采取中断供水、供热、供气、供电等方式实施搬迁。任何单位和个人不得以暴力、胁迫以及其他非法手段实施搬迁”，随后在第35条、第36条中对采用违法行为强制拆迁的房屋征收部门及其委托实施征收补偿与搬迁的单位，需要承担的相关法律责任作出了规定，最后又在第40条中规定了“非因公共利益的需要进行拆迁的活动.....建设单位、受委托实施拆迁的单位不得采取中断供水、供热、供气、供电等方式或者以暴力、胁迫以及其他非法手段实施拆迁。”至此，在一部仅有41条规定的法规中，竟不惜笔墨的使用了四个条文对拆迁过程中的拆迁行为予以规范，足见立法者的良苦用心，也说明了目前拆迁过程中的拆迁行为，存在的不规范、野蛮拆迁等现象确实较为严重。

三、对征求意见稿中规范拆迁行为的探讨

回顾以往涉及拆迁方面的法律法规，不难发现条文中均缺乏对于拆迁行为的规范、约束，即使存在个别条文也是缺乏操作性，缺少监管及责任承担机制的规定，这种先天不足的法制现状导致管理部门在预防和追究违法拆迁行为时，常显得心有余而力不足。本次征求意见稿吸取了以往法规在这方面的欠缺，从预防监管、责任承担、赔偿救济等三个主要方面规范了拆迁过程中的具体拆迁行为，笔者也以这三方面内容作为基础和出发点，对拆迁行为的规范做以下探讨及建议：

（一）关于规范拆迁行为的预防与监管问题

“预防胜于治疗”。征求意见稿首次对于违法拆迁作出了预防性的规定。征求意见稿第32条的规定“房屋征收部门委托有关单位从事征收补偿与搬迁具体工作的，应当加强对受委托单位的监督，并对其实施的征收补偿与搬迁行为承担相应的法律责任”。在这里，我们有必要就本条中的各项主体及关系作进一步探讨，本条中的房屋征收部门根据征求意见稿第5条“县级以上地方人民政府负责本行政区域的房屋征收与补偿工作”的规定，房屋征收部门应为县级以上地方人民政府，而在具体拆迁法律关系中，房屋征收部门即我们熟知的拆迁委托单位。本条中接受委托从事征收补偿与搬迁具体工作的单位，一般是指根据《城市房屋拆迁单位管理规定》第3条“依法取得房屋拆迁资格证书，接受拆迁人委托，对被拆迁人进行拆迁动员，组织签订和实施补偿、安置协议，组织拆除房屋及其附属物的单位”， 通常情况下即房屋拆迁公司，它是拆迁工作的具体实施者。那么在具体拆迁过程中房屋征收部门与房屋拆迁单位，这两个主体究竟有何种关系呢？实际上，房屋征收部门作为拆迁委托方，在获得房屋征收和拆迁合法手续后，一般都会通过签订协议的方式，委托具有一定专业经验、技术人员的房屋拆迁公司来实施具体的拆迁事宜。在笔者曾经接触的委托拆迁协议中，一般会约定由拆迁公司负责拆迁谈判、代为办理签订拆迁安置补偿协议、负责拆除旧房、办理回迁手续等，而拆迁公司可以获得拆迁代办费，拆迁旧料等收益。同时，为了保证拆迁工程不影响

项目的后续建设开发，协议一般都会对具体拆迁时间做出约定，要求拆迁公司在一定期间内完成拆迁工作，并约定了相应的违约金。在委托拆迁协议中，委托方房屋征收部门一般仅负责支付拆迁补偿费用、提供拆迁资料等配合拆迁公司的工作。而其他具体事务，基本上全部交由拆迁公司完成。由于，现阶段拆迁市场竞争残酷，很多拆迁公司为了尽快完成拆迁协议内容获得收益，避免因延期承担高额的违约金，故而不惜采用诸如停水、停电、深夜砸玻璃、堵锁眼甚至是强行搬迁的方式进行拆迁。当出现这些违法拆迁行为时，作为委托人的房屋征收部门，为了保证整个项目的顺利进行，有时会采取默认同意、推脱不清楚情况、或者对拆迁公司进行小额罚金等方式进行处理。其疏于监管、甚至是不管的态度，使得违法拆迁的现象时有发生，且屡禁不止。

因此，如何监管好拆迁单位、规范好房屋征收部门与具体拆迁单位的关系，对于预防违法拆迁行为的产生具有重要意义。而在目前情况下，“ 我们不赞成那种要求政府完全退出拆迁市场的观点，不仅因为其忽略了作为土地所有权人代表的政府的话语权，更因为其忽略了以保护和监督为任务的行政权介入的重要性 ”[③]，政府有义务承担保护弱势群体、平衡社会利益的重任。对此，征求意见稿第32条中规定了房屋征收部门对受委托的拆迁单位负有监督义务，这样的规定是对以往制度的一次革新。遗憾的是，该监督义务由于缺乏具体的监管细节、方式，显得可操作性不强；同时对于因违法拆迁产生的法律责任，条文仅规定承担相应责任，而非连带责任，这样的规定，无形中减轻了房屋征收部门的义务及可能承担的法律成本，进而对其履行监督职责产生消极、懈怠的影响。

“ 善法还需善施 ”，为了完善房屋征收部门的监督义务，并使征求意见稿的相关规定具有操作性、实践性。笔者建议，可以参照建设工程施工领域过程中，建设单位与施工单位的具体操作模式，规定房屋征收部门应成立项目组或安排1-2名专员负责监督受托拆迁单位的工作，并要求拆迁单位在进行具体拆迁行为前向项目组或监督专员提出书面拆迁报告，经书面核准后，方可进行拆迁工作。这样的操作模式，一方面可以在实际履行中体现拆迁监督权的行使，另一方面也有助于房屋征收部门把握和了解整个拆迁状况、拆迁细节，同时对整个项目的顺利进展也能起到积极推动作用。

对于房屋征收部门与拆迁单位应当承担的法律责任。笔者认为，由于房屋征收部门系拆迁公司的委托方，无论从委托的法律关系层面上看，还是从提高法律成本以促进其履行监督职责的角度出发，都有必要规定房屋征收部门与受托拆迁单位，对相关征收补偿与拆迁行为承担“ 连带 ”的法律责任。这样，才能从根本上减少违法拆迁行为的产生，从而规范拆迁行为，改变我国现存的违法拆迁现状。

（二）关于规范拆迁行为的责任承担问题

征求意见稿针对违法拆迁行为，规定了通报批评、处分、承担赔偿责任及追究刑事责任这几种责任承担方式。对比现行的《城市房屋拆迁管理条例》，原条例中几乎看不到对具体违法拆迁行为的责任承担规定。显然，征求意见稿从条文细节上增加了违法拆迁应负的法律成本，意欲减少违法拆迁行为的发生。这是拆迁法制进程的一次历史性的进步，一次观念的飞跃，体现了国家保护公民合法拆迁权益、规范拆迁行为的决心。

分析征求意见稿第36条，其中“ 以暴力、胁迫以及其他非法手段实施搬迁的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予处分 ”。笔者注意到，该条文虽然对房屋征收部门与委托搬迁单位的责任承担加以了规定，但由于房屋搬迁单位存在以公司法人的方式运作，而公司是以追求利润为第一目标。因此，笔者建议不仅要在行政责任、刑事责任上予以处罚，还需规定一定数额的经济处罚。这样，对于责任承担的主体，必将增加其违法拆迁的法律成本，从而使其认识到“ 得不偿失 ”的风险代价，进而对于规范拆迁行为起到积极作用。

（三）关于赔偿救济方面的研究

罗尔斯认为，正义的一个原则是有利于社会之最不利成员的最大利益，尽管这可能损害某些人在经济利益和财富分配方面的权利。“ 被拆迁人处于弱势地位，居住权是生存权，是人的基本权利，相对于另外其他非生存性利益来说，具有优先性 ”④。因此，在这一基本权利被侵犯并产生损失时，如何有效的救济受损方利益，是征求意见稿亟待解决的重要问题。

为此，征求意见稿在分别在第28条、第35条中分别对于强制搬迁导致损失的赔偿救济，以及 “ 采取中断供水、供热、供气、供电等方式实施搬迁……未作出补偿决定实施强制搬迁的，或者虽作出补偿决定但未按照法定程序实施强制搬迁 ” 等具体违法搬迁行为产生损失的赔偿救济做出了明确规定，确定了赔偿的主体及责任。对比《城市房屋拆迁管理条例》，上述规定对于普通百姓主张因强制搬迁后导致的损失，无疑具有重要的意义。而 “ 现行的《城市房屋拆迁管理条例》中，是将 “ 保障建设项目顺利进行 ” 列为立法目的 ”⑤，缺少对于违法拆迁，特别是强制拆迁房屋的赔偿救济。部分被拆迁人在未签订拆迁安置协议，房屋又被强行拆除的情况下，不仅无法向行政机关提起裁决程序，甚至无法向法院主张自己的权利，“ 而被拆迁人权利救济渠道的不通畅也是造成拆迁矛盾激化 ，进而导致冲突事件的重要原因之一 ”⑥。

为说明上述情况，笔者试举一起曾经代理的违法拆迁案件。当事人王某因未到期签订拆迁安置协议，在出差过程中其房屋被强行拆除，家中的电器、古玩等破损严重，损失巨大。王某在向行政主管部门申请裁决过程中，行政主管部门依据《城市房屋拆迁行政裁决工作规程》第8条 “ 房屋已经灭失的，房屋拆迁管理部门不予受理裁决申请 ” 的规定，对其申请不予受理。此后，笔者又代其向法院提起诉讼，但法院根据《最高人民法院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》法释[2005] 9号，以当事人双方未达成拆迁安置协议，房屋已经灭失，应先由行政机关裁决为由，对本案不予受理。目前，本案仍在协调过程中。结合这一案例，征求意见稿第28条、第35条中规定 “ 由作出房屋补偿决定的县级以上地方人民政府以及房屋征收部门作为赔偿责任的主体 ”，对于今后类似本案王某这样的被侵权人来说，无疑在赔偿救济方面，获得了一定的制度保障。

“ 法相宜则事有成 ”。为了能够使这一体现民生权益的规定，能够切实得以操作实施，笔者建议对上述赔偿制度，建立具体的工作规程。比如将如何申请赔偿、赔偿受理的期限、手续等流程予以规范化。同时，笔者也建议司法部门能够及时对相关司法解释予以修改，以确保公民因拆迁导致的赔偿纠纷能够在法院得到公平的救济，毕竟 “ 人权在实践上完全是通过法院得到保护和实施的 ” ⑦。

四、结语

《国有土地上房屋征收与补偿条例（征求意见稿）》自公开征求意见以来，迄今在国务院法制办官方网站上已有上万条意见，而媒体等公共平台上，各种讨论、建言和争议更是此起彼伏。但人们在热情讨论征求意见稿修订之时，违法拆迁产生的纠纷仍时有发生。在这样一个破旧革新的拆迁变法浪潮中，《征求意见稿》除了尊重民众的物权、自由选择权、重塑利益结构外，如何规范拆迁行为、预防违法拆迁行为的产生，对于减少拆迁矛盾、避免拆迁纠纷具有不可替代的作用，而完善拆迁行为的预防监管、责任承担及赔偿救济方面的立法，无疑是解决这一问题的关键。只有让拆迁步入依法、和谐的大道，才能保证城市建设朝着健康、有序的方向发展，推进我国的城市化进程。

注释：

①陈无风：《拆迁案件评说》，《云南大学学报法学版》，2008 年第 5 期，第 76 页。2009 年 1 月 27 日，《潇湘晨报》，第三版。

②杨建顺 ：《论房屋拆迁中政府的职能》，《法律适用》，2005 年第 5 期，第 5 页。

③李钟书：《论城市拆迁中社会利益和经济利益的博弈》，安徽大学学报（哲学社会科学版），2004 年第 4 期，第 16 页。

④孙向齐：《城市房屋行政强制拆迁问题探讨》，《人大复习资料》2004 年第 2 期，第 35 页。

⑤张琴：《关于行政法视野中的拆迁问题》，《行政与法》，2004 年第 3 期，第 67 页。

⑥托马斯·弗莱纳：《人权是什么？》，北京人民出版社，2000 年版，第 87 页。

作者单位：安徽华人律师事务所

论我国著作出租权的保护现状及立法完善

付　磊

【内容摘要】随着人类生活日益向电子化、数字化、网络化发展，越来越多的人选择租用而非购买影视作品。这种新型的消费方式促进了新型利益关系的产生以及新权利的出现，著作出租权就是于上世纪八十年代出现的一种新权利。作品被大量出租加之市场无序管理的现状直接危及辛勤创作的著作权人的权益，通过立法确认著作出租权势在必行。正如刘茂林在其所著《知识产权法的经济分析》中所言："使作者能够从读者那里取得报酬，免受除其预定读者群以外任何其他人的影响和干预"[①]。2001 年修改后的《著作权法》明确规定了著作出租权法律制度，这无疑有助于加强对著作权人的保护。著作出租权在国内的实现方式，主要通过著作权集体管理机构实施。但是在著作出租权集体管理组织机构的设置和运行上，还存在许多缺点和不足之处。笔者在本文试图通过分析我国著作出租权的现状及其存在的问题，并结合日常法律服务实践，从立法层面上提出建议，以期更好地维护著作权人的权益。

【关键词】著作权　出租权　著作出租权

一、 我国著作出租权的保护现状

知识产权立法在我国起步较晚，新中国成立后的一段较长时期该领域的立法一直处于空白状态，更不用说对著作出租权这种"小权利"的保护了。改革开放以后随着国内立法的不断完善，尤其在我国正式加入世界贸易组织后，根据《与贸易有关的知识产权协议》的规定，我国及时修改了《著作权法》，首次将著作出租权确定为著作财产权中的一项独立权利。由于我国《著作权法》规定的著作出租权是参照国际条约的规定制定的，其规定与国际条约基本一致。但是相比较欧盟关于著作出租权的规定，我国对著作出租权的保护范围是比较窄的，仅仅达到了国际条约的最基本要求，这主要是由我国的经济发展水平和法治现状决定的。

我国《著作权法》第 10 条第 7 款规定："出租权，即有偿许可他人临时使用电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件的权利，计算机软件不是出租的主要标的的除外"；第 41 条规定："录音录像制作者制作录音录像制品，应当同表演者订立合同，并支付报酬"。根据上述规定，我国《著作权法》对著作出租权的规定与国际条约的规定是一致的。两者所保护的出租权客体都是电影作品、计算机软件和录音制品，其权利主体均为著作权人或与著作权有关的权利人。据此笔者认为，著作出租权主体包括作者及其合法继承人、与作品有关的邻接权人以及经授权在版权贸易中获得独占许可的被许可人。

虽然我国《著作权法》已将出租权确立为著作权人的一项独立财产权，但出租权作为著作权人的一项"小权利"，究竟如何实施和实现法律赋予的该项权利却是个令众多权利人头痛的问题。随着社会的发展，复制技术的不断提高，实施出租权的难度也在进一步加大，仅凭著作权人个体的力量还远不能够实现其出租权。虽然我国也曾大张旗鼓地进行了几次普法宣传教育活动，可现实生活中就连著作权人也极少关注自己是否有此项权利，更别说其出租权是否受到侵害以及如何维权了。虽然从理论上讲，著作权人享有出租权，可以自己或委托他人行使该项权利，但是由于该权利的"微小性"和侵权行为的广泛性，仅仅依靠个人行为是难以实现该项财产权利的。这就需要确立一项制度来解决出租权实现的问题，著作权集体管理组织的出现，解决了著作权人无法实现其"小权利"的困难。

根据现行法律规定，我国著作出租权实现的主要方式是通过成立著作权集体管理组织。著作权集体管理组织在我国当前属于垄断性的半官方组织，目前其在维护著作权人相关权益方面发挥着不可替代的作用。由于我国《著作权集体管理条例》对成立著作权集体管理组织的条件规定过于苛刻，迄今为止，仅成立了中国音乐著作权协会等五个著作权集体管理组织，这种状况难以满足近年来人民群众日益增长的知识产权法律需求。

二、我国著作出租权的立法完善

（一）完善著作出租权的立法保护

自 2001 年修改《著作权法》明确规定著作出租权以来，针对著作出租权的主体、客体、内容以及各种侵犯著作出租权行为的法律责任，无论是高等院校法学研究人员还是司法部门从事知识产权相关工作的法律人都进行了诸多探讨。为使权利人的著作出租权尽可能得到实现，国务院根据《著作权法》也制订了相应的《著作权集体管理条例》，从而进一步完善了《著作权法》关于出租权的管理规定。但是，笔者在向当事人提供法律服务的过程中，时常感觉在出租权的保护当中还存在着许多不足之处，需要进一步完善。

1. 完善著作出租权保护客体的规定。根据我国现行《著作权法》的规定，著作出租权的客体主要分为三类：一是电影作品；二是以类似摄制电影的方法创作的作品；三是计算机软件。很显然，我国对著作出租权客体的保护尚处于国际条约规定的最低水平。随着我国经济发展水平的提高，知识产权的保护水平理应随之提高，扩大著作出租权的保护客体是经济发展的客观需要，也是维护更广大著作权人利益的需要。

2. 设立公共借阅权，维护广大著作权人的财产利益。公共借阅权指作者按照其享有版权的每本图书在图书馆被借阅的次数收取版税的权利，它主要是针对图书馆的出借而言的。赋予著作权人公共借阅权，也就是收取版税报酬收入来实现本国作者的利益，鼓励本国作者的创作热情，促进本国文化发展。公共借阅行为虽然没有引起作品所有权的转移，但是社会公众的借阅行为可以获得作品的内容，从而导致作品销量的下降，构成了对著作权人经济利益的损害。所以我国应该规范知识产权立法，加大对出租权的保护力度，设立公共借阅权，以维护图书作品出租权人经济利益。同时，按照世界贸易组织 TRIPS 协议的规定，各成员国应当对电影作品、计算机软件和录音制品提供出租权的保护。而依据公共借阅权，则大多数其它种类的作品都可以因作品的借阅而获得报酬。所以设立公共借阅权对维护著作权人的经济利益是非常有利的。

3. 规范出租权侵权行为和侵权责任立法。目前我国现行法律对该类侵犯著作权行为仅规定了民事及行政两类法律责任，虽然已经形成了一个相对完善的法律责任体系，但责任承担方式仅限于停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任以及停止侵权行为，没收违法所得，没收、销毁侵权复制品等行政责任。对于那些严重侵权违法行为的处罚力度并不大，不利于打击侵权行为，维护著作权人利益。所以我们应该加大对严重违法行为的处罚力度，形成权责统一的侵权责任体系。

（二）加强和完善著作出租权集体管理组织的管理

虽然著作权集体管理组织对著作权人的出租权实现发挥了很好的作用，但由于我国法律规范著作出租权的时间较晚，就连专门规范著作权集体管理组织的《著作权集体管理条例》也是于 2005 年才开始正式实施的。目前我国的著作权集体管理制度存在着管理混乱、服务意识不强、收费混乱等亟待解决的突出问题。为了更好地保护出租权，维护著作权人的利益，笔者认为我国的著作权集体管理组织须要在以下几个方面做出进一步改进：

1. 要加强和完善著作权集体管理组织的监督机制。根据《著作权集体管理条例》第五

章的规定，我国对著作权集体管理组织的监督是多方面的，主要有依法建立财务、会计制度和资产管理制度，并按照国家有关规定设置会计账簿；政府部门监督资产使用和财务管理情况；每年委托会计事务所审计财务报告；对收费情况进行登记和记录；权利人的举报监督；使用者的举报监督；社会公众的举报监督；国务院著作权管理部门的监督。虽然我国法律对著作权集体管理组织的监督规定很全面，也很详细，但是在实际的运行中上述规定却往往被“打折”。因此，在今后的著作权集体管理工作中应该加强权利人和社会公众的监督途径和法律的严格执行，进一步加强和完善著作权集体管理组织的内部监督机制和外部监督机制，使著作权集体管理组织的运行更加科学合理，更加高效。只有切实保护著作权人的利益，才能更好的促进著作权的发展和文化事业的繁荣。

2. 要规范对著作权集体管理组织的管理。我国现行法律对著作出租权集体管理组织的成立设置了过于苛刻的条件，并严格限制其他组织从事著作权集体管理活动。在我国，国务院著作权管理部门对全国的著作权集体管理组织实行统一管理，具体到著作权集体管理组织的内部，其管理机构是著作权集体管理组织会员大会。根据法律规定，大会设立理事会，对会员大会负责，执行会员大会的决定。由此可见，我国对著作权集体管理组织的管理明显属于外部管理行政化、内部管理民主化的“半官方”性管理模式。在现实当中，这种管理模式虽然可以集中财力物力，快速便捷的维护著作权人的出租权权益，但由于我国对成立著作权集体管理组织有着严格的限制，导致各个集体管理组织垄断著作权管理市场，服务态度和服务意识较差，费用分配也不透明，积累了很多弊端。所以在以后的工作中我国还要加强著作权的管理力度，切实提高著作权集体管理组织的服务水平，更好的为著作权权利人和作品使用人服务，以实现设立此制度的良好初衷。

3. 改进著作权集体管理组织的设立方式，适当引入竞争机制。我国的著作权集体管理组织的设立是非常严格和过于苛刻的，全国各个行业只能有一个统一的著作权集体管理组织，这样的好处是可以方便、集中的对著作权人的出租权进行保护。但是，同样弊端也很明显，由于缺少竞争环境，著作权集体管理组织对著作权人的权益保护消极怠慢，维权意识不高，造成著作权人的权利得不到积极保护。所以，在著作权管理模式上，我国仍然有必要向知识产权保护最为完善、对知识产权的规定也最为详尽的欧美国家学习，适当引入竞争机制，放松著作权集体管理组织的成立条件，允许同一行业设立两个或三个集体管理组织，这样既可以适当竞争，优化著作出租权的保护手段，使著作权人的权益保护更加高效、积极。

结 语

出租权是适应数字化与信息化时代的要求而产生的，从根本上讲其目的是为了平衡作者利益和社会公共利益。出租权的法律保护不仅是保护作者利益,同时也是维护社会公共利益。虽然著作出租权已经成为法律明确要求保护的一项独立性财产权利，但现实生活中人们的知识产权意识普遍较弱，切实维护著作权人的各项财产权益任重而道远。出租权是一种典型的财产性“小权利”，最适合以集体管理的方式实现，司法实践中保护著作出租权的主要方式也即是通过著作权集体管理组织。在数字化环境下，著作权集体管理组织在著作权保护领域具有更大的发展空间。笔者认为，我国的知识产权立法应从本土出发并结合国内实际，适当引进竞争机制，放宽著作权集体管理组织的成立条件，为著作权人维权提供更多的选择机会。

注释：

①刘茂林：《知识产权法的经济分析》，法律出版社 1996 年版,第 68 页。

②郑成思：《知识产权法》，法律出版社 2006 年版。

③李扬：《知识产权法总论》，中国人民大学出版社 2008 年版。
④江苏省高级人民法院民三庭：《论作品出租权》，人民司法,2002 年第 1 期。
⑤刘蔚文：《论著作权中的出租权》，当代法学,2003 年第 10 期。
⑥郝敏：《关于著作出租权制度探讨》，现代法学,2000 年第 6 期。

作者单位：安徽王良其律师事务所

未成年学生在校期间人身损害的民事责任研究——从一起不该撤诉的案件说起

郑秀军

【内容摘要】未成年学生在校期间受到的人身损害是未成年人受到伤害的主要来源之一，他们在这特定范围内受到的伤害该由谁承担责任、承担什么样的责任等问题，不仅关系到未成年学生合法权益的保护问题，而且也关系到幼儿园、中小学等教育机构该如何尽到教育与管理的责任问题。未成年人的健康成长，不仅仅是一个家庭所要关心的问题，同时也是学校、社会所共同关心的问题，因为他们是国家的希望、民族的未来，而学校如何避免未成年学生受到伤害也是教育者们所要思考的问题。本文以案说法，在这个特定的案件里，受害的未成年学生是在学校受到的伤害，但起诉学校后又撤回对学校的起诉。另外一个未成年学生的监护人被法院判决承担了相应的赔偿责任，但该案到现在还没有执行。其所在学校的免责并没能保护该受害未成年学生的合法权益，因此，学校该承担的责任是不应被随意免除的。

【关键词】未成年学生　人身损害　民事责任

未成年学生是指未满十八周岁的在幼儿园、中小学及其他教育机构学习知识的人。近日，随着一些人针对幼儿园、中小学学生无辜伤害事件的频繁暴发，多名未成年学生受到伤害，有的还造成了死亡的严重后果。学校安全问题再次引起政府、社会、学生家长等各界的高度重视，并通过给学校配备保安等措施来加强安全防护。在现实生活中，未成年学生在校期间受到的意外伤害已经成为这部分弱势群体受到伤害的主要来源之一。当学生在校期间受到伤害的时候，学校是否承担责任、该如何承担责任就成了一个值得关注的问题。

笔者作为一名未成年人保护志愿律师，在执业过程中办理过多起未成年学生在校期间人身伤害的案件，有的案件学校承担全部赔偿责任，有的案件学校承担部分赔偿责任，有的案件学校不承担赔偿责任，还有的案件受害人的监护人不起诉学校、只起诉有过错的另一名未成年学生家长，结果尽管受害的学生胜诉了，但是由于另一名未成年学生的家庭非常困难，导致判决难以执行的后果。还有的未成年学生家长在孩子在校期间发生死亡后果的伤害事件后，在学校校园内闹丧，搭设灵堂，哭天喊地，对学校的领导、老师进行人身攻击，导致该校无法正常上课的后果……笔者今年年初代理的一名小学生在校期间受到伤害但撤回对其所在学校起诉的案件，就引起笔者太多的思考。

一、案情简介

在2008年奥运前夕，第一次在我国举办奥运会的喜悦洋溢在每一位中国人的心田，于是各地都在举行运动会以示庆贺，安徽省合肥市长丰县某小学也不例外，于是各个报名参加运动会的学生都利用课余时间进行练习。2008年5月8日下午两点多钟，该校还没有正式上课，很多孩子都提前到校，在操场上进行比赛项目的练习、嬉戏、玩耍。有在跑道上跑步的，有在单、双杆上玩耍的……就在这时，一个年仅6岁的一年级学生肖某从单杠上

下来，朝操场北侧的跑道上跑去，在跑道边缘摔倒了，她的右眼受伤，经过治疗，最终落下残疾，被鉴定为八级伤残。

当时该校十四岁的六年级张某因为要参加 100 米的比赛，在跑道上练习跑步。当肖某突然摔倒后，正在快速奔跑的他躲闪不及，也摔倒在跑道北侧的混凝土块上，右手也摔破、流血了。于是，肖某的父母就认为她的伤是张某撞的，而且老师也要求张某等同学写肖某的伤是张某撞的。张某等学生写事实经过，几遍都未通过，最后，张某只得按照老师的要求写他把肖某撞伤了。事后张某并没有把这些事情及时和父母说，学校也没有及时把这件事情和张某的家长进行沟通。当肖某把张某及其父母还有其所在的小学都起诉到长丰县人民法院后，张某的家长才知道这事。由于张某的家长认为这个事情发生在学校里，学校就要承担责任，因此，对这个案件也没有引起高度的重视。既没有请律师，也没有写书面的答辩意见，一审开庭虽然去参加了，但是也没有说几句话。在一审开庭后，肖某却撤回对该小学的起诉，一审法院判决张某的父母赔偿肖某各项损失 33000 余元。因为张某的父母都是农民，不认识几个字，也不能完全理解判决的含义，不知道上诉的含义，他们也没有提出上诉。但是肖某的父母认为一审判决的赔偿数额太少，提出上诉。在二审诉讼期间，张某的父母委托笔者作为代理人，参与二审诉讼活动。在二审诉讼过程中，笔者认为长丰县某小学应承担主要的赔偿责任，提出了撤销原判、本案应发回重审的代理观点。二审开庭审理后，双方没有调解好，最后上诉人肖某撤回上诉，该小学依然没有承担责任，一审判决生效了，但是因为张某的家庭比较贫穷，该案到现在还没有执行。

二、办案经过

接受张某及其父母的委托后，笔者就立即赶往合肥市中级人民法院查阅卷宗材料，发现上诉人肖某在一审诉讼期间对于她的伤是如何形成的这一事实没有提供充分的证据加以证明。于是，笔者就开始对事故的原因进行调查。在张某母亲的陪同下，笔者先来到事故发生的现场，发现那里的操场在事发一年多之后还依然非常破旧，跑道上散落着很多砖块，跑道依然没有修好，有很多小石子，而且单、双杠都很高，下面还垫着砖块。笔者找到该校的校长了解当时的情况，校长不予接待，认为学校没有配合律师调查取证的义务。笔者又找到当时在现场的两个学生调查取证、他们都说肖某的伤是她自己跌倒摔伤的，不是张某撞的。同时笔者也见到了张某本人，向他了解当时的情况，并且与中院法官协商，申请这两名学生出庭作证。而且，笔者也申请二审法院开庭审理此案。法官同意了笔者的建议，开庭时，那两名未成年学生证人在其监护人在场的情况下，出庭作证了，张某本人也在法庭上对当时的情况进行了陈述。开庭后，法院多次调解，张某的父母认为不是自己的孩子撞伤的对方，是老师要求张某承认撞伤肖某的，因此，他们感觉到冤枉，不愿承担超过 15000 元的补偿，在法院调解无果的情况下，上诉人肖某撤回了上诉。

这个案件虽然从审理的角度结束了，但是问题并没有得到妥善解决，因为张某家比较贫穷，这个案件到现在还没有执行，肖某还没有得到有效的赔偿。也就是说肖某选择不让学校承担责任的作法并没有很好保护自身的合法权益，因此，学校不是在任何时候都是可以免责的。

三、未成年学生与幼儿园、中小学等教育机构之间的关系

我国是人口大国，未成年人比很多国家的人口总数都多，特别是未成年人是家庭的希望、民族的未来，“ 再苦也不能苦孩子、再穷也不能穷教育 ”的观念已经深入人心，特别

是国家实行九年制义务教育，使得几乎所有的未成年人都能够入学。因此，未成年学生与其所在的学校到底是一种什么关系不仅是判断学校承担责任的依据，而且也是学生家长是否应该免责的依据。在现实生活中，很多人特别是未成年的学生家长都认为既然孩子交给了学校，那么在校期间学校就是孩子的监护人，出了问题都得学校承担责任。这种误解不仅导致很多学校不敢多开展课外活动、怕担责任，而且成为很多家长无理纠缠学校的借口。关于学校与未成年学生之间的关系问题，没有明文的法律规定，因而对此有不同的认识。现在学界都普遍认可未成年学生与学校不是监护关系的观点。因为根据我国法律的规定，学校不是未成年学生的监护人。关于监护的问题，我国的《民法通则》作了专节规定，其中关于什么人可以成为监护人，该通则第 16 条有明文规定，其具体内容是：“ 未成年人的父母是未成年人的监护人。未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列人员中有监护能力的人担任监护人：（一）祖父母、外祖父母；（二）兄、姐；（三）关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。对担任监护人有争议的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。没有第一款、第二款规定的监护人的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。 ”从这一规定可以看出，学校被排除在监护人之外。“ 监护人是一种法律资格，不是任何人或者组织都可以担任的，只有法律规定的个人或者组织才可以担任。 ”①

如果说未成年学生与学校之间不是一种监护关系，那么他们之间到底是一种什么关系呢？以佟丽华为代表的未成年人法学研究者认为是一种“ 监护代理关系为基础的民事法律关系。学生家长是监护人，学校是监护代理人，而学生是第三人。 ”②

笔者认为这两者之间的关系是由幼儿园、中小学等教育机构的职能所决定的。作为教育机构，向学生传授知识是根本的目的，给学生提供安全的学习环境是教育机构应尽的义务，因此，学校与未成年学生的关系就是一种教育与被教育、管理与被管理的关系。

四、校园侵权案件的归责原则

讨论学校与未成年学生的关系问题，其实就是讨论校园侵权责任的归责原则问题。

随着我国法制建设步伐的加快，对未成年人合法权益保护的立法也在逐步完善。从加入国际条约到各省市制定未成年人保护条例、从预防未成年人犯罪到禁止使用童工、从义务教育到特殊教育……我国《未成年人保护法》还专门把对未成年人的保护分为家庭保护、学校保护、社会保护、司法保护四个方面，这里笔者就学校保护方面列举几条法律规定：《中华人民共和国未成年人保护法》第 22 条规定：“ 学校、幼儿园、托儿所应当建立安全制度，加强对未成年人的安全教育，采取措施保障未成年人的人身安全。学校、幼儿园、托儿所不得在危及未成年人人身安全、健康的校舍和其它设施、场所中进行教育教学活动。”第 60 条规定：“ 违反本法规定，侵害未成年人的合法权益，其他法律、法规已规定行政处罚的，从其规定；造成人身财产损失或者其他损害的，依法承担民事责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”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（试行）160 规定：“ 在幼儿园、学校生活、学习的无民事行为能力的人或者在精神病院治疗的精神病人，受到伤害或者给他人造成损害，单位有过错的，可以责令这些单位适当给予赔偿。”《安徽省未成年人保护条例》第 26 条规定：“ 学校、幼儿园、托儿所应当保证校舍和活动场所具有符合国家规定的安全、卫生、通风和采光条件，配备符合国家规定标准的教学、生活设施，并及时维修、改造存在安全隐患的设施。”《学校伤害事故

处理办法》第 8 条规定：“ 学生伤害事故的责任，应当根据相关当事人的行为与损害后果之间的因果关系依法确定。因学校、学生或者其他相关当事人的过错造成的学生伤害事故，相关当事人应当根据其行为过错程度的比例及其与损害后果之间的因果关系承担相应的责任。当事人的行为是损害后果发生的主要原因，应当承担主要责任；当事人的行为是损害后果发生的非主要原因，承担相应的责任。”

《合肥市中小学校学生人身伤害事故预防与处理条例》第 25 条规定：“ 学生人身伤害事故的责任，应当根据相关当事人的行为与损害后果之间的因果关系，依据过错责任原则确定。法律、法规另有规定的，从其规定。…… ”

从这些规定可以看出，学校、幼儿园对学生在校期间遭受人身损害承担的是过错责任。即需要学生和监护人提出证据证明学校幼儿园存在过错时，学校、幼儿园才会承担责任。而要提供这方面的证据是非常困难的，因此，从 2010 年 7 月 1 日起生效的《中华人民共和国侵权责任法》有了不同的规定。其中第 38 条规定：“ 无民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的，幼儿园、学校或者其他教育机构应当承担责任，但能够证明尽到教育、管理职责的，不承担责任。” 第 39 条规定：“ 限制民事行为能力人在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害，学校或者其他教育机构未尽到教育、管理职责的，应当承担责任。” 第 40 条：“ 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间，受到幼儿园、学校或者其他教育机构以外的人员人身损害的，由侵权人承担侵权责任；幼儿园、学校或者其他教育机构未尽到管理职责的，承担相应的补充责任。” 这三条规定不仅把十周岁以下的无民事行为能力和十周岁以上十八周岁以下的限制民事行为能力人做了区分，而且对学校、幼儿园对于 10 周岁以下未成年学生遭受人身损害规定了要承担过错推定责任。这意味着 10 周岁以下未成年人在学校、幼儿园等教育机构受到人身损害的，家长不需要提出证据证明学校、幼儿园存在过错，而只要学校幼儿园不能提出证据证明其确实已经尽到了教育和管理责任，就要对孩子受到的人身损害承担赔偿责任。这就要求学校、幼儿园以及其他教育机构对孩子承担更重的保护职责。因为一旦发生学生伤害事故，学校幼儿园要提出证据证明自己已经充分尽到了教育和管理职责是非常困难的。学校和幼儿园等应当在学校的安全管理和保护方面下更大的功夫，扎实细致地做好校园安全工作，避免学生伤害事故的发生。

从这些规定也可以看出，校园侵权案件也有自身的法律特征：

首先，校园侵权的被侵权人是未成年学生，这是研究未成年学生追究学校侵权责任的前提。如果被侵权人不是未成年学生，那么学校承担的责任不在本文的研究范围之内，如学校与他人的合同纠纷等。

其次，校园侵权的侵权人具有多样性，但是教育机构往往是直接或者间接的侵权人。只有这时，我们才可能考虑要追究教育机构的责任。

第三，校园侵权必须发生在学校对未成年学生履行教育和管理职责的时间范围和地域范围内，在此之外的学校不承担责任。

第四，在客观上必须造成了未成年学生受到人身损害的事实，包括伤残、死亡及严重的精神损害等。但是这里并不包括学生的财产损失，尽管未成年学生的财产权利也受法律保护。

第五，学校对未成年学生人身损害的发生具有过错是学校承担责任的基础。

因此，只有在这五个条件同时具备的情况下，学校才承担校园侵权责任。

五、本案的遗憾

在本案中，笔者认为肖某在学校里发生的伤害事故，学校是不能免责的。笔者注意到该学校的教学设施存在瑕疵主要表现在双杠的高度不符合国家规范，且在操场上、跑道旁有很多坚硬的石块、砖块、混凝土块等危及学生健康的物品。

根据国家有关体育器材的标准规定，在小学对于不具有杠面弹力性能的双杠器材的规格，杠高的尺寸在 700MM～1300 MM 之间，因此对于一、二年级的学生和五、六年级高年级的学生不应使用相同的双杠，也就是说对于肖某这样的学生在上小学一年级时应适用 700MM 高度的双杠，但是该小学只有一个双杠，而且双杠的高度肯定大于 700MM，可能都不止是 1300MM；单杠的高度在 1000 MM—2000MM 之间，该校的单杠的高度也大约在这个高度的上限。正是由于该校的单杠、双杠太高，致使包括肖某在内的小学生只有通过在杠下垫砖块、石块的方式才能使用这些体育器材。正是这些垫在杠下的砖块、石块成为了伤害肖某的凶手，这些砖块、石块是该校在修建围墙时剩下的，该校没有及时清理。肖某是在从操场上单杠的位置往跑道上跑的时候，被双杠旁边的石块绊倒了，趴倒在地面上，她的眼睛的伤是她的面部撞击地面形成的，不是张某通过身体的接触碰撞造成的。就是现在，该操场上依然散落着很多红色的砖块，安全隐患依然没有消除。特别是该校的跑道简直就是一条石子路，路面上到处都是小的石头。

该校疏于对学生的管理表现在：由于该校是个小学，其百分之百的学生都是无民事行为能力人和限制民事行为能力人，因此，不论是上体育课还是在业余时间，一旦有学生要使用体育器材，都应该有老师在场负责管理、指挥。既然老师要求学生在课余时间去练习报名参赛的项目，老师就应该对这些学生进行指导，但当时老师却并没有在场、对于体育设施的使用也没有专门的指导老师。尽管该校有安全制度，在大会小会上也对学生进行安全教育，但是这都不能免除该校应承担的责任。

在二审诉讼的过程中，原本很有希望把本案发回重审，发回重审后，追加该校为共同被告，以使得肖某能够获得更多的赔偿，但是却因为肖某的两次撤诉，使得她的右眼在构成八级伤残的情况下，才获得三万余元的赔偿，而且还面临执行不能的困境，真是太遗憾了！

总之，笔者通过这个不该撤诉的案件，想说明学校应该承担赔偿责任时不应轻易放弃对学校责任的追究，但是也不能无限扩大学校责任。承担对未成年学生进行教育的教育机构只有在没有尽到教育、管理职责的时候才承担责任，认识这一点非常重要。

注释：

①佟丽华主编： 法律出版社， 2007 年 9 月第 1 版 ，第 7 页。

②佟丽华主编： 法律出版社，2007 年 9 月第 1 版，第 8 页。

参考文献：

①杨光磊、周玉辉主编：《百案通解校园侵权》，中国法制出版社 2010 年 2 月第 1 版。

②奚晓明、王利明主编：《侵权责任法热点与疑难问题解答》，人民法院出版社，2010 年 1 月第 1 版。

作者单位：安徽金晟律师事务所

浅谈我国民事诉讼中的电子证据

朱　政

【内容摘要】随着社会的发展，电子商务与信息网络的普遍应用，电子证据在民事诉讼中的地位也越来越重要，但是由于我国法律的相对滞后，目前对电子证据还没有具体的规定。作为一名执业律师，笔者深知电子证据在诉讼中的重要性，在研读了相关书籍，并结合自己实践经验，尽已所能，试图对未来我国电子证据的立法大胆提出一些意见和建议。

【关键词】电子文件　电子证据　电子商务示范法　证据种类

一、电子证据的涵义及特点

随着计算机技术的发展和网络技术的普及，电子商务以及其他许多基于网络的人际交往大量出现，电子文件已经成为传递信息、记录事实的重要载体。既然电子文件具有记录事实、还原事件真相的能力，那么从理论上讲就应该赋予它证据的法律意义。所谓证据，是指能够证明案件真实情况的一切事实，但并不是所有的事实都是证据。事实要想成为诉讼中的证据必须具备证据的三大特性：真实性、关联性、合法性。所谓真实性是指事实发生时证据必须客观存在的，它不能是事先或后来伪造而成的；关联性是指证据必须和待证事实存在逻辑上的联系，客观存在的事物与待证事实之间如果没有必然的联系也不能成为案件有效的证据；合法性是证据必须得到法律的认可，符合法律的规定。电子文件作为一定信息的载体，能够被人所感知，具有客观存在的特点，符合证据真实性的要求，当它与待证事实有关联性，如果再能够得到法律的认可，那么毫无疑问它能够成为诉讼中的证据。但是，目前电子证据在我国民事诉讼法中并没有作为一类独立的证据而存在，而是在司法实务中就其反应的内容通常将其归纳到“书证”或者“视听资料”中。笔者在此发表愚见，浅谈我国民事诉讼中电子证据的一些特点及立法趋势。

前面已经介绍过，电子证据作为诉讼中的证据，必须具备证据的三性，这是前提与基础；同时，电子证据作为现代科学技术的新兴事物，它又具有自己下列所述的独有特点：

1. 无形性：电子证据实际上就是一堆“0”和“1”按编码规则组成的代码，它看不见摸不着，正是因为这个无形的特性，法官在认定时往往对其缺乏直观的认识，所以它必须通过一定的载体表现出来，所以司法实务中法律工作者又往往依据民事诉讼法律的规定将电子证据分别归类为“书证”或者“视听资料”等。

2. 高科技性、多样性：电子证据是近现代科学技术发展的产物，带有很强的科技特点，而且它不仅可以表现为文本形式，还可以以图像、动画、音频及视频等多媒体形式出现，由于其改变了证据的运作方式，因此对电子证据的认定往往还会涉及到专业人士的司法鉴定问题，即还会由此产生“鉴定结论”。

3. 易修改、易破坏性：电子证据是人为地利用科学技术而“制造”出来的，当事人当然也可以利用科技手段对其进行修改，而修改后的电子证据不仅不能反映案件的真实面目，甚至会造成与实际情况相反的证明效果。从技术上来讲，这种对电子证据的修改往往又是不留痕迹的，如果没有可供对照的副本、映像文件等实际载体，不仅法官难以查清，就是一般的技术人员也难以判断真伪。这也是很多法学专家反对把电子证据作为单独一类证据的一个重要原因。

4. 易保存、易复制：当今社会，电子证据之所以经常出现，正是由于电子商务与信息网络的发展需要，电子商务与信息网络本身就是一种非常节约的交易与交流方式，作为这种交易与交流的表现形式，电子证据也是非常经济的。电子证据作为数据的形式存储，占用空间少，易于保存，并且复制简单，传递和运输方便，作为证据易于使用、审查、核对，便于操作。正是由于电子证据的容易复制，并且复制的资料与原件无法区分，所以电子证据不可能像“书证”与“视听资料”那样，在诉讼中要求其提供原件。

二、电子证据在我国民事诉讼中的地位与应用

《中华人民共和国民事诉讼法》第 63 条对我国证据的种类有明确的规定，法定证据有以下几种：(一）书证；(二）物证；(三）视听资料；(四）证人证言；(五）当事人的陈述；(六）鉴定结论；(七）勘验笔录。从这一条款规定就可以明显地看出，电子证据目前还不是我国法定的证据种类，司法实务中多把它当作“书证”或者“视听资料”，也有些法官在断案时对其属何种证据避而不谈。对于电子证据的法律地位与应用，在理论上也存在着很大的争议，主要有以下三种观点：

第一种观点认为电子证据应该属于“书证”，持这种观点的人认为电子证据和“书证”在本质上都是一样的，都是信息的载体，只是一个记载于现实的书面上，一个记载于虚拟的数字电文中，但其没有实质的差别。并且《中华人民共和国合同法》第 11 条规定，“书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式”，因此，只要对书面形式作出扩大解释，使之涵盖了数字电文，就可以将电子证据归入“书证”。虽然也有很多专家反对将电子证据简单认定为“书证”，但他们的理由主要是因为电子证据没有“原件”。根据联合国国际贸易法委员会 1996 年制定的《电子商务示范法》中的规定，只要该信息可以显示而且是完整的，即构成“原件”，不必拘泥于其形式。这样，“原件”的问题解决了，电子证据“理所当然”地归为了“书证”。

第二种观点认为电子证据应属于“视听资料”，支持这种观点的学者认为电子证据在形式上和“视听资料”有相同或相似的地方，都是以电磁或其他形式储存于一定的介质上的，都必须通过一定的手段才能为人所感知；而且，一些“视听资料”也可以用数字形式存储，直接用计算机处理，所以主张可以对“视听资料”作扩大解释，包括电子数字资料。同时，我国《民事诉讼法》第 69 条规定，“人民法院对视听资料，应当辨别真伪，并结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据”。由于电子证据容易被伪造、修改，再加上人为原因和技术条件也容易出错，所以其应该认定为间接证据，这与我国法律对于“视听资料”证据的认定是相同的，故该部分学者认为电子证据应被归入“视听资料”证据。

第三种观点是现在学术界比较主流的观点，认为电子证据既不应属于“书证”，也不应属于“视听资料”证据，而是独立于这两类证据之外的一种新的证据种类。理由如下：

首先，电子证据不同于“书证”。“书证”是以一定的文字、符号、图画等直接方式存在于载体上的，并能直观的再现，而电子证据则是以模拟和数字信号形式存在于载体之上的，不经过一定的手段不能直接显现出来。“书证”具有不易篡改、保真性较好的特点，一旦被涂改很容易被发现或被鉴定出来，一般可以作为直接证据使用，为了能够更准确地反映案件的真相，我国《民事诉讼法》第 68 条规定，书证应当提交原件。同时，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 49 条也规定“对书证、物证、视听资料进行质证时，当事人有权要求出示证据的原件或者原物”。但是电子证据却不具有这样的特性，它十分地脆弱，容易被删改、被复制，且被删改后不留痕迹，根本没法要求其像“书证”那样提交原件或原物。正因为如此，电子证据一般要求与其他证据相结合，作为间接证据使用。至于联合国贸易委员

会制定的《电子商务示范法》中规定的，“只要该信息可以显示而且是完整的即构成原件”也只是当今各国在电子证据没有明确、统一法律定位情况下的权宜之策。因为按其规定，电子证据就是会出现多份“原件”的证据,这样的原件本身也失去了其应有的意义。

其次，电子证据也不同于“视听资料”。顾名思义，“视听资料”是通过影像和声音来表现，以视觉和听觉来直接感知的，它包括声音证据、书面证据和影像证据等。声音证据和书面证据一样，是通过单一媒体来表现的，影像证据有单一媒体形式（如照片），也有复合媒体形式（如影视节目），而电子证据则具有多媒体性质，它既可以是文字的，也可以是图像的（包括静态图片和动态影像），也可以是声音的，还可以是两者及以上的组合，它可以以单一媒体和多种复合媒体形式来表现，这是其他视听资料所不具备的特点。因而以视听资料来包含电子证据是不符合事物本质的。此外，目前各大商业银行的银行卡在自动柜员机上进行电子资金划拨或者自动取款，以及使用银行卡在网上银行进行资金划转，整个过程均只有电子记录，且只有银行单方面的电子数据记录。对于这种电子资金划拨的电子数据记录以及其他的如电子数据交换、电子签章等，如果把他们划入“视听资料”类证据，那么对各商业银行与相关运营商来说是极为不利的。因为根据我国《民事诉讼法》第 69 条规定，人民法院对“视听资料”，应当辨别真伪，并结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。也就是说，这类证据只能作为定案的间接证据，在没有其他证据佐证的情况下，各商业银行与相关运营商要承担不利的法律后果，这显然是极不公平的证据认定。

再次，电子证据作为独立的证据种类具有重要的理论和实践意义。电子证据既不能简单认定为“书证”，也不能随意划为“视听资料”证据，当然它与“物证”、“证人证言”、“勘验笔录”、“鉴定结论”等证据类别的区分更是显而易见的，不可能归入他们其中的任何一类。随着科技的快速更新、信息网络的发展和交易模式的转变，电子证据大量地存在，它的重要性不言而喻，我们决不能对它采取熟视无睹的态度，立法机关确有必要将其作为一类独立的证据加以规范，这样既可以更好的反映事实真相、保护法律的公平公正，又可以促进电子商务与信息网络的发展、顺应社会发展的需要。

作为一名从事法律实务工作多年的执业律师，笔者个人比较赞同上述的第三种观点。在民事诉讼的实务中，出现了大量有关电子证据认定的问题，如何对它进行规范、让它更好的反映事实真相？已经成为法律急需解决的棘手问题。笔者欣喜地看到：2010 年 6 月 24 日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合颁布了《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》，正式地以规范性法律文件的形式对电子证据加以认定，但由于这只是适用于刑事案件的规定，对于民事诉讼，电子证据仍为一片空白。我认为，鉴于电子证据已经有作为一类独立的证据种类的必要性，应该以更高层次的法律形式加以规范。

三、国外对电子证据的一些法律规定

虽然电子证据作为一种新型的证据形式出现时间还不是很长，但是国外很多国家都已经以法律的形式对其进行了规范，大陆法系国家与英美法系国家的法律文化传统不同，他们对电子证据的规定有共同点也有些差异，下面就笔者有限的知识做些简单的介绍。

首先，在共同点方面包括：1. 国外的很多国家都以法律的形式对电子证据进行了规定，因此电子证据是有实在效力的法律规范，在本国属于真正意义上的法律，具有法律的强制力，可以作为定案的依据；2. 由于电子商务交易中大量电子合同的存在，各国都吸收了联合国贸易委员会制定的《电子商务示范法》中功能等价法的规定，从侧面解决了电子证据原件的法律问题；3. 由于电子证据自身高科技性、易破坏性等特点，各国法律都赋予法官一定的自由裁量权，鼓励使用推定的方式，即按照正常的合理判断而又没有相反的证据证明即可认定其

具有证明效力，解决了电子证据真实性的法律问题。

其次，由于法律文化传统不同，大陆法系国家与英美法系国家对电子证据的规定也有很大差异性：1. 在法律渊源方面，由于英美法系国家有着判例的传统，故电子证据法律规则呈现着多样化形式，不仅有着大量的电子证据判例，还有着大量的成文法规范；而大陆法系国家一般都实行“ 自由心证制度 ”，他们认为只要是能够证明案情的各种材料都可作为证据使用，故电子证据的规则实质上隐含在其原有的诉讼法中，只需根据其特性对它进行一些特殊规定。2. 在立法形式方面，英美法系国家对电子证据的规定复杂而具体，他们一般都制定专门的法律规范对其调整，例如：美国的《统一电子交易法案》、加拿大的《1999 年统一电子证据法》等而大陆法系国家则很少针对电子证据作专门的立法规定，往往是在电子商务立法或者诉讼法中作些原则性的规定，没有把它当作特殊证据对待。3. 在立法角度方面，两大法系国家的规定也不尽相同，英美法系国家的规定倾向于完善电子证据的可采性，从“ 静态 ”角度提高电子证据的可信度；而大陆法系国家则致力于建立健全电子证据的取证规则，从“ 动态 ”角度提高电子证据的证明力。

四、我国有关电子证据立法的预测及建议

虽然国外很多国家对电子证据都有了明确的规定，但我国电子证据立法规范仍处于滞后阶段。在涉及到电子证据的司法实践中，由于没有明确的法律规定，法官一般都采用笼统、模糊的概念来认定相关证据，这样既不利于现行交易模式的发展、也不利于法律的公平、公正与权威。所以，制定关于电子证据的完备法律规范势在必行。由于本人才疏学浅，仅对将来的电子证据立法提出以下几点建议：

1. 有关电子证据定义条款的规定，这将涉及到电子证据法律规范的适用范围，因此非常重要。对于这个问题，理论界基本达成共识，大多数法律专业人士都认为应该采取广义说，即借助现代信息技术而形成的一切证据，它包括伴随计算机技术、电信技术及网络技术在社会生活中应用而出现的各种材料。因为电子证据本身具有高科技性，未来的发展潜力极大，我们没办法、也没必要作狭义的规定。另外，也有专家提出，既然电子证据采取广义说，包括利用多媒体手段而获得的证据，那么“ 视听资料 ”也可归纳到电子证据里面。当然，“ 视听资料 ”的具体采证规则也需要进行相应地调整，我个人认为这种提法很有道理。

2. 关于电子证据类型的规定，这个问题在理论界争议最大，因为电子证据是不是独立的一类证据直接关系到有没有必要为其制定一些特殊的规则。对此，本文在第二部分已经详细介绍，在此不再赘述。我个人认为电子证据由于其多样性，它的表现形式很多且极为复杂，所以可以考虑在确定电子证据为独立证据类型的前提下，设立很多子类型证据，如电子书证、电子视听资料、电子物证、电子证人证言等等，再根据这些子类型证据的特点，再制定一些特殊的规则。

3. 有关电子证据可采性方面的规定，这实际上是指电子证据能不能成为证据，如何成为有效的证据。既然电子证据确定为证据，那么它肯定要符合证据最基本的三性标准：（1）合法性标准，我国已确定了非法证据排除规则，结合电子证据的特点，可以借鉴《电子商务示范法》的相关规定，“ 凡是电子证据的生成、传递、存储、显现等环节不合法，且其不合法程度足以影响证据真实性的，或者足以影响某一重大权益的，则可考虑对其加以排除 ”；（2）真实性标准，电子证据由于其高科技性、易破坏性、易复制性等特点往往很难像传统证据一样“ 确定 ”其真实性，这就需要赋予法官一定的自由裁量权，允许其进行合理的推定，笔者认为一般通过证据保全公证、司法鉴定、证人具结、自认等方式也都可以认定电子证据的真实性；（3）关联性标准，其实就是要求电子证据与待证事实之间有着逻辑上的联系，有个最简

单的标准，就是有它一定比没有它能够更好、更全面地反映案件的事实情况。

4. 有关证据证明力的规定，这主要考虑有无证明力及证明力大小的问题。

关于有无证明力可以从以下四个方面着手：(1) 充分性标准，即电子证据的证明力足以证明案件待证事实，而该待证事实是案件中的实质性问题；(2) 可靠性标准，根据国外的相关规定，法官可以通过推定方法进行侧面认定，如某一电子证据是由对其不利的一方当事人保存或提供的、根据合理性推断电子证据应是真实的反对者又提不出证据证明其虚假的等；(3) 完整性标准，主要是看该证据所载明的内容是否遭受了非必要的添减或改动，这往往需要与其他证据结合分析；(4) 有效性标准，主要是指具有证明力的电子证据能否成为诉讼法上的定案证据，能否为法官认可，这就要求定案的电子证据要符合相关的法律规定。

关于证明力大小主要有这样几个规则可以参考：(1) 在正常业务活动中制作的电子证据的证明力大于为诉讼目的而制作的电子证据；(2) 由不利方提供的对己方不利的电子证据的证明力大于中立的第三方提供的电子证据的证明力，由中立的第三方提供的电子证据的证明力大于由有利方提供的对己方有利的电子证据的证明力；(3) 经公证的电子证据的证明力大于非经公证的电子证据的证明力；(4) 经过有资质的司法鉴定部门鉴定过的电子证据证明力大于非经鉴定的电子证据的证明力；(5) 由相关证据加以佐证的电子证据的证明力大于孤立但被法官认可的电子证据的证明力。

5. 有关电子证据举证责任的规定，电子证据的举证责任严格来说没有什么特殊性，主要还是应该遵循民事诉讼中“谁主张、谁举证”的原则，但是由于电子证据的易破坏性，往往对方当事人会提出反对意见。笔者认为对电子证据提出反对意见必须要有明确的事实证据，仅以电子证据是一项数字电文或者说它是举证人按合理预期所能到的最佳证据但不是原件为由，否认它的法律证明力是不可取的，在联合国国际贸易法委员会制定的《电子商务示范法》中有此规定。我个人认为这也从侧面解决了电子证据的“原件”问题，即原则上不要求其提供原件，除非有足够的证据证明其是虚假的。

笔者现为安徽省律师协会电子商务与信息网络法律专业委员会的委员，深知电子证据在民事诉讼中的重要性。为了更好地推进电子证据的发展，帮助与引导从业律师能够在执业过程中合法有效地组织、收集、提交相关的电子证据，维护委托人的合法权益，笔者在此浅述己见，抛砖引玉，望有关部门与各位学者、律师能够给予批评指正，共同为我国电子证据的发展、规则的制定尽绵薄之力。

参考文献：

①白红平：《全球化进程中的电子商务若干法律问题研究》，法律出版社第 2008 年版；

②秦成德 苏静 吕西萍：《电子商务法律与实务》，人民邮电出版社第 2008 年版。

③梅绍祖 范小华 黎希宁：《电子商务法律规范》，清华大学出版社第 2000 年版；

④宋朝武：《民事诉讼法学》，厦门大学出版社第 2007 年版；

⑤张楚：《电子商务法》，中国人民大学出版社第 2001 年版；

⑥约纳森·罗森诺：《网络法——关于因特网的法律》，中国政法大学出版社第 2003 年版。

作者单位：安徽中天恒律师事务所

浅议中小企业融资途径以及律师在融资过程中的作用

刘智昌

【内容摘要】中小企业已成为我国国民经济发展的重要组成部分，在吸纳劳动力、促进市场竞争、方便群众生活、推进技术创新、推动经济发展等多方面发挥了不可替代的作用。随着企业进一步发展，特别是企业融资过程中遇到很多瓶颈，给中小企业发展带来很大的障碍和阻力。作者将在本文对中小企业融资的主要难点，现阶段的融资途径及律师在融资过程的作用粗略的进行探讨

【关键词】中小企业 融资 律师 法律服务

中小企业是推动我国国民经济发展、构造市场经济主体、促进社会稳定的基础力量，特别是在确保国民经济适度增长、缓解就业压力、实现科技兴国、优化经济结构等方面都发挥越来越重要的作用。但是中小企业在发展过中，特别是企业融资过程中遇到很多瓶颈，给中小企业发展带来很大的障碍和阻力。作者将在本文对中小企业融资的主要难点，现阶段的融资途径及律师在融资过程的作用粗略的进行探讨。

一、中小企业在国民经济中的作用和地位

改革开放以来，中小企业的发展是比较迅速的。据悉，目前在中国正式注册的中小企业已超过 1000 万家，占全国企业总数的 99%；中小企业创造的最终产品和服务的价值占中国国内生产总值比重超过 50%，提供的出口占 60%，上缴的税收占 43%，并提供了 75%的城镇就业机会。中小企业已成为国民经济发展的重要组成部分，在吸纳劳动力、促进市场竞争、方便群众生活、推进技术创新、推动经济发展等多方面发挥了不可替代的作用。中小企业已经成为拉动经济的新的增长点。

二、中小企业融资的主要难点

虽然中小企业在国民经济中发挥着巨大的作用，但是中小企业在发展过程中融资渠道仍然是一个瓶颈，为中小企业的快速发展带来阻碍。中国中小企业协会会长李子彬表示，融资难是中国中小企业面临的最大的难题。中小企业融资的主要难点表现在以下几个方面：

（一）银行信贷成功率低。信贷支持是我国企业融资的主渠道，对企业的发展具有重要意义。但在银行体系中，中小企业融资困难重重。究其原因：1. 信用体系不完善使银行普遍存在惜贷行为从银行角度来看：安全性、流动性、赢利性是银行贷款的基本要求，而中小企业存在过高的经营风险，使得银行加强对中小企业的贷款支持存在着天然的屏障。中国中小企业的寿命非常短。根据全国私营企业大规模抽样调查，1993 年以前私营企业平均存继周期只有 4 年，2000 年提高到 7.02 年。有 70%中小企业会在创业后的 5 年内被淘汰，而运行期超过 10 年的中小企业不足 10%.在这种情况下，金融机构对中小企业贷款就慎之又慎了。

从企业角度来看：不少企业缺乏信用观念，在交易和融资关系中不讲信用，往往有意拖欠贷款，再加上地方保护、政府干预和惩治失信行为的法律法规缺位，使逃避银行债务现象日趋严重。企业违约后，银行很难回收贷款本息，因此不得不加强信贷管理，提高放贷条件，致使惜贷行为比较普遍。

2. 有效担保抵押不足成为融资的首要障碍。房地产抵押是当前银行发放贷款通用的一种担保方式，也是担保公司防范贷款风险的一个重要途径。我国 90%以上的中小企业厂房用地多是集体用地、宅基地，由于集体土地所有权主体（至少 3 个）在法律上的模糊，造成在实际工作中集体土地所有权主体很难确定，加之常常以行政权代替土地资产经营权，带来集体土地流转过程中各主体的土地产权“ 边界纠纷 ”，导致的后果就是集体建设用地使用权难抵押问题。

《担保法》明确规定：“ 抵押人所有的房屋和其他地上定着物可以抵押 ”，“ 乡镇、村企业的土地使用权不得单独抵押。以乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的土地使用权同时抵押 ”。“ 耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权不得抵押 ”。房屋所有权与宅基地使用权在抵押上的错位，已成为当前中小企业难融资、金融机构难变现、担保机构难担保的死结。

3. 信用管理和经营环境风险中小企业信息披露不够和财务数据失真，造成银行贷前调查的困难和不实。我国对包括中小企业在内的全社会信用体系和征信管理尚未形成。

（二）资本市场融资渠道不通畅。我国虽然早在上世纪 90 年代就建立了资本市场，但资本市场的准入制度使得中小企业被边缘化或隔离。例如股票发行额度和上市公司选择就受到规模限制，如股份有限公司注册资本最低 500 万元，上市公司股本总额不少于 5000 万元，这些硬性条件是我国现阶段中小企业达不到的，加上中小企业利用资本市场的制度和信息成本与主板市场存在不对称性，根本不可能到沪深两大主板市场融资。即使目前新设计的创业板市场对中小企业全面开放，但其设置的门槛仍然较高，相对于大部分中小企业而言，其经营规模和管理能力远未能达到要求，因此，对零散、科技含量低的中小企业而言，参与社会直接融资仍然是难以逾越的坎，而对企业债券的发行更是望尘莫及。

（三）中小企业缺乏贷款担保机构。近年来，商业银行和其他金融机构为防范金融风险，加强内部管理，大幅度减少信用贷款数量，绝大部分贷款都需要抵押或担保。与大型企业相比，中小企业关系简单，一般没有上级部门和其他单位为其解决担保问题，加之其自身固定资产或抵押品不足，即使银行认为其有发展潜力，往往也因担保问题没有解决而爱莫能助。

（四）中小企业自身素质的局限性。首先，中小企业产品技术含量普遍较低，市场前景不明朗。中小企业由于资金技术等的限制，客观上处在为大型企业配套的地位上，中小企业无法获得大企业提供的融资、担保、优先采购和预付款等方面的帮助。金融机构也无法借助完整的企业组织链条来发挥融通资金的作用，只能分别向大、中、小企业贷款，导致社会信用资源紧张。其次，中小企业管理不规范，财务状况缺乏透明度。许多中小企业在管理方面落后，缺乏规范的财务管理程序和制度，给金融机构的贷款管理带来了困难。

三、中小企业在现阶段下融资的途径

1. 银行贷款。银行贷款虽然是各企业获得融资主要的途径之一，但是对于中小企业来说，由于上述的原因银行往往很难给中小企业批准贷款。据统计，我国 1000 万户私营企业获得银行信贷支持的仅占 10%左右。2003 年全国乡镇、个体私营、“ 三资 ” 企业的短期贷款占银行全部短期贷款的比重仅为 14.4%。据调查，2001 年浙江省民间投资中银行贷款仅为 20.1%。

2. 民间借贷。民间借贷是中小企业，特别是小企业的融资主要渠道。民间借贷不仅没有繁杂的法律程序和抵押手续，比如要资信证明，固定资产证明等等 ，而且还非常及时。对于一个刚起步的小企业，让他们提供相关的固定资产进行抵押，是比较困难的。有的小企业甚至租赁厂房或土地进行生产经营，并没有足额的资产来抵押。另外就是中小企业的决策或经营决定往往是及时做出的决策或决定，在时间上比较紧迫。这样民间借贷的及时性、方便性赢得了很多中小企业的肯定。所以中小企业利用民间借贷融资在经济发达的浙江、广州、江苏等沿海城市非常盛行。不过，虽然民间借贷有及时简便的优势，但是利息比较高，有的民间借贷甚至是高利贷。这不仅给中小企业的发展背上沉重的负债，在有些中小企业负债严重的情况下，也不利于保护出借人的合法权益。

3. 企业之间借贷及联营。市场经济主体的多元化，由于银行贷款的的局限性和民间借贷的弊端，这两种融资渠道已经不能适应形势发展的需要了。因此，企业之间借贷融资不可避免地大量出现。不过有些企业不了解法律规定，想当然地认为个人之间允许借贷，企业法人之间自然也允许借贷（法律规定：不准企业之间相互借贷，收取利息）。这一错误认识导致企业之间大量存在的借款协议无效。借款协议无效后，约定的利息、罚息、违约责任也随之无效。因此，无论借款协议中规定的利息多高，都不受法律保护。此时，损失最为惨重的是出借企业。实践中，这方面的教训是极为惨痛的，值得出借企业认真的吸取。当然也有一些企业对企业之间不准相互借贷收取利息的规定是知道的，为了规避法律，采用了企业之间联营的形式进行融资拆借。《中华人民共和国民法通则》第三章第四节对企业间的联营做出了明确规定。(一)法人型联营，即企业之间的联合设立具有法人资格的新的联营企业，开展联营活动。(二)合伙型联营，即企业之间联合设立合伙企业，即企业之间按照合同的约定各自独立经营，各自按照合同的约定承担民事责任。

4. 企业合并。企业合并，是指将两个或者两个以上单独的企业合并形成一个企业。企业合并分为同一控制下的企业合并和非同一控制下的企业合并。通过合并，合并前的多个法人变成一个法人，多家企业的资产变成一家企业的资产。因而企业合并不仅是市场、资源的集中，更多的是资本的集中。也是部分中小企业实现扩大经营规模或拯救经营不善的一种有效的途径。另外，企业合并不仅仅是中小企业融资的有效途径，而且也是中小企业甚至是大企业集团在经营和生产多元化；控制原材料、资源、以获得更大的市场支配力；实现规模经济，组织大批量生产；获得税收、金融上的好处（这种动机与政府政策和金融企业的政策有关）；吸收技术和经营管理能力（如为了获得某项技术，购买掌握这项技术的企业）等方面的最佳方案。企业合并起源于十九世纪末的日本以及欧美国家，在上世纪五十年代中国开始出现第一次企业合并浪潮。到上世纪八十年代末以及九十年代企业合并达到巅峰，不仅形式多样，而且规模空前。企业合并只要不带来垄断弊端，就被视为合理，甚至受到政府政策的鼓励。部分企业在合并后有可能会导致对某一行业垄断，但这样会受到反垄断法律或政策的制裁或干预。

5. 风险投资。风险投资（又称创业投资）是指向主要属于科技型的高成长性的创业企业提供股权资本及经营管理和咨询服务，以期在被投资企业发展成熟后，通过股权转让获取中长期资本增值收益的投资行为。其目的是寻找具有高利润、发展潜力大、高风险的投资机会，以期获得较高的投资回报。风险投资不仅可以推进科技进步和技术创新、创造就业机会、调整产业结构从而提高生产力，而且可以为缺乏资金的中小企业提供资金管道，为中小企业的发展提供强有力的资金支持。从而也为国家扩大出口以及提高国家的综合实力和国际竞争能力，对国家经济发展意义重大。美国从 20 世纪 80 年代以来能够保持经济的持续增长，在很大程度上得益于风险投资的持续增长。因而说中小企业获得风险投资是企业融资的重要途径。我省合肥市从 2001 年至今连续举办了 7 届的“ 中国 ·合肥高新技术项目—资本对接会 ”、

中部六省市连续举办的“ 中国中部投资贸易博览会 ”以及其他各种类型的资本对接会和博览会，都为众多中小企业融资提供重要平台，为中小企业获得大量资金支持作出贡献。

四、律师在中小企业融资过程中的作用

中小企业往往缺乏专业的融资顾问或法律人才，在融资过程中大都是凭借经验或模仿别人的模式，并没有经过认真的分析和进行风险防范。作为专业的法律者，律师可以凭借其专业知识和丰富的融资经验，高超的融资技能，超强的专业策划能力，广泛的融资渠道，为企业进行融资方案设计与实施，并预防法律风险，解决各种法律问题。 中国

融资前，律师可以对融资项目的法律和政策环境进行尽职调查，确保方案的合法有效和可操作性。在融资中，可以参与谈判，起草预审核风险投资协议、信托协议等相关法律文件，对各种融资方式中可能出现的股权变动，企业管理权共享，资本注入方式，境内外上市等诸多法律问题进行处理，确保企业操作合法有效，投融资顺利高效。

具体来说，律师在企业融资中的主要作用如下：

1．对融资项目进行审慎调查以及全面的法律风险评估，对融资项目进行可行性分析。对需要进行融资的项目进行全面的分析，必要时可以聘请市场分析专家对项目风险进行评估，为融资的可行性进行充分必要的分析。

2．就融资项目提出专业的法律意见，对可能涉及的法律事务进行法律分析。对即将融资的项目，所涉及的法律、法规、地方性规章或部门规章，进行全面的法律风险分析，做到该项目的运行符合法律、法规以及国家政策，使得项目中运行中没有法律障碍。

3．制作《项目融资方案》，设计融资框架，选择合适的融资方式。在进行上述两项分析后，律师应当对融资的方式提出合理化的建议。在多种融资方案中，选择最合适本企业的融资方案，实现本企业效力和收益的最大化。

中 4．参与项目融资的谈判。 融资方案确定以后，协助企业与拟融资的对象进行融资谈判。谈判应当在法律、法规允许的范围内最大限度的维护企业利益的角度出发，不过也要注意相对的公平合理。否则，明显不合理的方案或利益分配方案，就会使对方不会接受，最终会导致融资行为的失败。这当然也不是我们律师所乐见的。

5．起草与审查有关项目融资的各种合同文件，包括项目融资合同、担保合同等，并提供律师见证服务。融资谈判成功以后，自然就会用合同或协议的形式对谈判的成果予以明确。作为律师就要起草融资合同，或对对方的融资合同进行审查。使得合同的各项条款不仅合法还要符合国家政策。保障企业不会因为融资合同的无效致使融资失败或造成重大损失。

6．办理融资所需文件的批准和登记手续。企业在融资过程中，经常会涉及到政府、相关组织的批文或登记手续。比如银行贷款、企业合并、风险投资等融资过程中，多数都会或多或少涉及政府、相关部门的批文和登记手续。律师在这一过程中，对批文所需要的手续或登记所需要的手续，事项告知企业准备。这样就会能够及时登记或办理融资需要的批文。为整个融资过程节约时间，提高效率。

7．协助进行企业治理结构的改变，制定风险预防管理机制。俗话说：“ 创业容易守业难 ”！完成融资并不是目的，融资的目的是为了扩大企业的生产或经营。因而在扩大生产或经营时，如何合理利用资金？避免资金的闲置或浪费成为企业融资后的主要问题。所以企业完成融资后，律师还应该协助企业制定风险预防的管理机制。避免所融的资金闲置、浪费甚至是亏损。

8．监督融资项目的日常经营管理，及时处理相关法律问题。在协助企业制定风险防范管理机制后，就需要严格的执行。再好的管理机制，如果没有很好的去执行，就形同虚设。所以如何保障管理机制的有效执行，也是企业管理的一个重点。律师在这个阶段，可以协助

企业对融资的项目进行日常的经营管理，保障企业的生产经营，符合企业的管理机制。对在日常生产经营过程中遇到违反企业的管理制度或国家法律政策的情况，就应当立即处理，使问题在最短的时间内予以解决。

作者单位：安徽中天恒律师事务所

论个体工商户的法律地位
——兼谈个体工商户的诉讼主体资格

朱世贾

【内容摘要】个体工商户是个体经济组织存在和发展的形式。随着我国改革开放程度的加深，个体工商户在发展经济、扩大就业等方面的作用越来越重要，在国民经济中所占的比重也越来越大。根据《民法通则》的规定，个体工商户享有民事权利能力，是民事法律关系主体之一。然而，按照现行法律和司法解释的规定，个体工商户在民事诉讼过程中却不是适格的诉讼主体。因此，本文针对立法上的明显缺陷，通过全面分析、研究个体工商户在民商事诉讼中的诉讼主体资格，进而提出问题并探讨解决方案。

【关键词】个体工商户　字号　法律地位

1999 年 3 月 15 日公布施行的《宪法修正案》，将个体经济提升为 “ 社会主义市场经济的重要组成部分 ”。法律规定在依法核准登记的范围内，个体工商户享有从事个体工商业经营的民事权利能力和民事行为能力。个体工商户的正当经营活动受法律保护，对其经营的资产和合法收益，享有所有权。个体工商户从事生产经营活动必须遵守国家的法律，应照章纳税，服从工商行政管理。个体工商户从事违法经营的，必须承担相应的民事责任和其他法律责任。可是，发生争议诉讼至法院之后，如何确定个体工商户的诉讼主体资格却成为当前法学理论界和实务界关注的重要课题。

一、一个案例引发的思考

本文试从一起真实的案例谈起。该案的基本案情如下：

安徽建工集团有限公司因承建合肥航空产业园项目，需要大量的钢管、扣件，作为总包项目中的子项目只能分包给脚手架公司完成。2008 年 1 月 20 日，南京淳朴建筑脚手架工程有限责任公司（以下简称南京淳朴公司）与戴国土经营的马鞍山市长兴建筑设备租赁站（以下简称马鞍山长兴租赁站）签订《建筑设备、钢管、扣件租赁合同》，安徽建工第四工程有限公司（以下简称安建四公司）作为保证人在租赁合同上盖章承诺：“ 本合同货及租金由我单位负责担保 ”,并且约定该保证的前提条件为：“ 以到场货为准 ”。合同签订之后，南京淳朴公司实际从马鞍山长兴租赁站租赁了二车脚手架货物，其余的钢管、扣件等，系南京淳朴公司从合肥格力空调工地拆卸运至合航产业园工地。合肥格力空调工地的钢管、扣件等，系戴国土出资的南京市江宁区长兴建筑材料设备租赁站（以下简称南京长兴租赁站）与南京淳朴公司签订的另一份租赁合同中的租赁标的物。

之后，因对从格力空调工地运至合航产业园工地的钢管、扣件等的数量以及安建四公司是否应当对该等租赁物承担担保责任，当事人产生严重分歧，戴国土遂以个人名义向马鞍山市雨山区人民法院提起诉讼，要求南京淳朴公司和安建四公司对合航产业园工地的钢管、扣件等承担连带责任，支付其租金和违约金等各项费用。

上述案件审理过程中出现了二种不同意见。

一种意见认为，本案应适用实施《民法通则》的司法解释规定处理。

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（试行）》第 41 条规定：“ 起字号的个体工商户，在民事诉讼中，应以营业执照登记的户主（业主）为诉讼当事人，在诉讼文书中注明系某字号的户主 ”。

根据上述司法解释，个体工商户中的自然人业主与字号是同等概念，可以不加区分，并且字号名称依附于业主。即：戴国土本人与其投资设立的马鞍山长兴租赁站、南京长兴租赁站，二者之间不需区别概念。租赁物无论是从马鞍山长兴租赁站运来的，还是从南京长兴租赁站运来的，没有区分的必要。因为，戴国土是业主，马鞍山长兴租赁站和南京长兴租赁站的钢管、扣件等货物均属于戴国土个人所有。因此，戴国土本人不仅是本案适格的诉讼主体，而且安建四公司对到场的全部租赁物均需承担担保责任。

另一种意见认为，本案应适用最新司法解释的原则精神处理。

根据 2006 年 7 月 10 日最高人民法院审判委员会第 1393 次会议通过、2006 年 10 月 1 日起施行的《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（二）》第 9 条的规定：“ 劳动者与起有字号的个体工商户产生的劳动争议诉讼，人民法院应当以营业执照上登记的字号为当事人，但应同时注明该字号业主的自然情况。 ”

上述司法解释是最新的司法解释，表明最高人民法院对个体工商户的诉讼主体资格问题的认识发生了重大转变。根据该司法解释的原则精神，戴国土就不是本案适格的诉讼主体，其出资设立的马鞍山长兴租赁站才是本案适格的诉讼主体。因此，安建四公司只应当就南京淳朴公司与马鞍山长兴租赁站签订的租赁合同承担担保责任。至于南京淳朴公司从合肥格力空调工地运来的钢管、扣件等，因不属于担保范围，所以安建四公司对此依法不应承担任何法律责任。

就该案而言，笔者不赞同上述有现行法律依据、普遍流行的第一种观点。笔者力求探寻法理之正义，实现价值利益之平衡，科学解决权利之冲突，特提出如下浅见，以求教于律师业同行，并与司法界的同仁讨论、商榷。

二、个体工商户的法律地位

1999 年 3 月 15 日公布施行的《宪法修正案》，将 1982 年《宪法》规定的 “ 城乡劳动者个体经济是社会主义公有制经济的有益补充 ”，修改为个体经济是社会主义市场经济的重要组成部分。

众所周知，个体经济的主体是个体工商户。虽然个体经济具有如此重要的宪法地位，但是个体工商户的法律地位却存在概念混淆，定位错误的现象。

（一）个体工商户的法律属性

个体工商户的法律属性，应该是一个经济组织。因为，这些经济组织开展活动，才能形成个体经济。如果将个体工商户界定为公民或自然人，就没有真正揭示出个体经济组织的法律本质特征。

（二）现行的法律、法规和司法解释对个体工商户的定位

1．1986 年颁布的《民法通则》确定的原则是，我国的个体工商户享有民事权利能力，是民事法律关系主体之一。

2．1987 年国务院颁发的《城乡个体工商户管理暂行条例》第 16 条规定：个体工商户可以凭营业执照在银行或者其他金融机构按有关规定，开立帐户，申请贷款。第 17 条规定：个体工商户营业执照是国家授权工商行政管理机关核发的合法凭证，除工商行政管理机关依照法定程序可以扣缴或者吊销外，任何单位和个人不得扣缴或者吊销。

3．1987 年，最高人民法院在文件中规定：工商企业、个体工商户及其他经济组织应当在工商行政管理部门依法核准登记或者主管机关批准的经营范围内从事正当的经营活动。

由上可见，个体工商户属于个体经济组织，在依法核准登记的范围内，享有从事个体工商业经营的民事权利能力和民事行为能力。其合法的经营活动受法律保护，个体工商户享有经营资产和合法收益的所有权。

三、个体工商户的诉讼主体资格

（一） 个体工商户在民商事案件中的诉讼主体资格

上述案例中，戴国土同时是马鞍山长兴租赁站与南京长兴租赁站两家个体工商户的业主。与南京淳朴公司签订租赁合同的只是马鞍山长兴租赁站，并不是戴国土个人，也不是南京长兴租赁站。根据合同的相对性原理，就安建四公司来说，应当仅对其作出担保承诺的租赁合同，即 2008 年 1 月 20 日南京淳朴公司与马鞍山长兴租赁站签订的《建筑设备、钢管、扣件租赁合同》承担担保责任。因此，从法理上说，马鞍山长兴租赁站和南京长兴租赁站才是“ 个体工商户 ”，戴国土不过是该“ 个体工商户 ”的业主、经营者或投资主体。戴国土与马鞍山长兴租赁站、南京长兴租赁站之间，在法律主体上并不是同一主体，二者不能相互等同，混淆概念。

但是，根据现行的民事诉讼法及司法解释有关个体工商户诉讼主体的规定：“ 起字号的个体工商户，在民事诉讼中，应以营业执照登记的户主（业主）为诉讼当事人，在诉讼文书中注明系某字号的户主 ”，上述案例中只能以业主戴国土作为诉讼主体，而个体工商户在工商登记机关登记的名称不能作为诉讼主体参加诉讼。这导致了诉讼过程中出现个体工商户与该个体工商户业主、相同业主的个体工商户之间出现主体混同的法律弊端。

因此，笔者认为，确定个体工商户民商事案件的诉讼主体，首先应当根据“ 是否起有字号名称 ”来区分个体工商户和业主，而不能简单地一律以个体工商户的业主为诉讼主体，彻底否定个体工商户这一经济组织的诉讼主体资格。

1．有字号名称的个体工商户的诉讼主体资格

既然个体工商户是一种经济组织，营业执照上的字号名称显然就是这一经济组织的名称。根据 1986 年颁布的《民法通则》确定的原则，我国的个体工商户享有民事权利能力，是民事法律关系主体之一。因此，在民商事诉讼案件中，个体工商户应当作为适格的诉讼主体参加诉讼，而直接将所谓的业主或经营者、投资者作为诉讼主体，从法理上显然说不通。

笔者认为，现行的有关个体工商户司法解释存在着明显的弊端，应当彻底废除。如，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（试行）法（办）发〔1988〕6 号》第 41 条规定：“ 起字号的个体工商户，在民事诉讼中，应以营业执照登记的户主（业主）为诉讼当事人，在诉讼文书中注明系某字号的户主 ”。最高人民法院审判委员会第 528 次会议讨论通过的《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》 第 45、46 条之规定“ 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。 ”“ 在诉讼中，个体工商户以营业执照上登记的业主为当事人。有字号的，应在法律文书中注明登记的字号 ”、“ 营业执照上登记的业主与实际经营者不一致的，以业主和实际经营者为共同诉讼人 ”。这两个司法解释，在法律逻辑和法律概念上所犯的错误是，混淆了个体工商户与业主的本质区别，混淆了个体工商户特殊经济组织这一本质特征，与个体工商户的法律属性明显相矛盾。

2. 无字号名称的个体工商户的诉讼主体资格

个体工商户，无论是否起有字号名称，均是领有营业执照的特殊的经济组织。从这一概念出发，无字号名称的个体工商户，其在民商事案件中的诉讼主体，显然在形式上就是自然人业主的姓名。

（二）个体工商户在行政案件中的诉讼主体资格

2006 年 7 月 10 日，由最高人民法院审判委员会第 1393 次会议通过，自 2006 年 10 月 1 日起施行的《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（二）》第 9 条规定：“ 劳动者与起有字号的个体工商户产生的劳动争议诉讼，人民法院应当以营业执照上登记的字号为当事人，但应同时注明该字号业主的自然情况 ”。

这一新的司法解释明确规定，有营业执照的个体工商户字号，应当作为适格的诉讼主体。从上述规定可以看出，新的司法解释支持个体工商户字号作为适格诉讼主体。

虽然该司法解释在司法实践中适用的范围仅仅限于审理劳动争议案件，但在对待个体工商户的法律地位上已明显前进了一大步。

四、立法建议

笔者认为，个体工商户的法律地位、诉讼主体资格、登记管理、法律责任的承担等应当有明确的规定，并且应当对相关法律和司法解释作出修改。

（一）进一步明确和规范 “ 个体工商户 ” 的概念

个体工商户的法律概念不能直接等同于法律意义上的公民或自然人。建议对《民法通则》及相关司法解释作出修改。给个体工商户下一个准确的定义：个体工商户是依法经过核准登记，从事经营活动的个体经济组织。

（二）规范个体工商户的登记管理制度

凡依法经过核准登记的个体工商户，必须领有营业执照，必须起字号名称。

（三）明确个体工商户合法的诉讼主体资格和法律责任。

1. 工商户是合法的法律主体，包括在民商事、行政诉讼中，具有适格的诉讼主体资格；

2. 工商户的业主、实际经营者对个体工商户的民事责任承担连带责任。

作者：安徽中天恒律师事务所

交通事故责任
——浅论《交强险条例》第22条与保险公司的赔付责任

赵　光

【内容摘要】保险公司在道路交通事故人身损害赔偿案件中经常援引《机动车交通事故责任强制保险条例》(以下简称《交强险条例》)第22条对三种情形的规定（一)驾驶人未取得驾驶资格或者醉酒的;(二)被保险机动车被盗抢期间肇事的;(三)被保险人故意制造道路交通事故的及相关规定作为其不予赔偿的理由。但是为了交通事故受害人能够得到及时、便捷的基本保障，促进社会和谐，实现社会公平正义，维护公民的身体健康权，根据交强险的强制性、公益性以及交强险的归责原则，即使出现《交强险条例》第22条的三种情形，保险公司也不能在交强险责任范围内对第三人的人身损害免除赔偿责任。

【关键词】保险公司赔付责任　强制性　公益性　归责原则

在道路交通事故人身损害赔偿纠纷案件中,当出现三种情形时即 (一)驾驶人未取得驾驶资格或者醉酒的；(二)被保险机动车被盗抢期间肇事的；(三)被保险人故意制造道路交通事故的。保险公司往往依据《交强险条例》第22条规定拒绝承担赔偿责任。”《机动车交通事故责任强制保险条款》（以下简称《交强险条款》）第9条、《中国保险监督管理委员会关于交强险有关问题的二〇〇七年四月十日复函》(保监厅函〔2007〕77号)和《中国保险监督管理委员会关于机动车交通事故责任强制保险中“未取得驾驶资格”认定问题的　二〇〇七年十一月二十九日复函》(保监厅函〔2007〕327号)　也有类似于《交强险条例》第22条的规定。因此在醉酒驾驶、无证驾驶等引发的事故发生后，保险公司往往辩称交通事故的发生系驾驶员醉酒驾驶、无证驾驶造成的，同时再加上《交强险条例》第22条的规定不尽完善，从而使保险公司常常引用《交强险条例》第22条就醉酒驾车等情形的免赔范围作出的限制性规定作为其对交通事故受害人免陪的抗辩。

案例：2009年3月6日，被告李某持A证驾驶变形拖拉机，在灵璧县夏楼镇将公路边正常行走的行人张某女撞伤。张某女后经抢救无效死亡。交警认定，李某在本次事故中负全部责任，张某女在本次事故中无责任。 李某与中国人民财产保险股份有限公司宿州支公司签订了机动车交通事故责任强制保险合同。

死者张某女父母诉至法院,请求被告李某及中国人民财产保险股份有限公司宿州支公司赔偿死亡赔偿金、丧葬费、被扶养人生活补助费，医疗费，误工费，交通费，精神损失费等15万元。

第三人保险公司认为，根据《机动车交通事故责任强制保险条例》第22条和保监厅函〔2007〕77号复函规定，驾驶人未取得驾驶资格的，保险公司对受害人的损害不予赔偿。

法院认为，交强险与商业保险有本质的区别，其经营不以营利为目的，它具有社会性保障功能，社会公益性质，保险公司承担责任与否，并不必然以投保车辆驾驶员有过错为前提；其次《机动车交通事故责任强制保险条例》规定交强险实行分项责任限额，即细分为死亡伤残、医药费用以及财产损失三大类责任限额，财产损失仅是第三者损失中的一个项目，《交强险条例》第22条规定的驾驶人未取得驾驶资格发生交通事故，保险公司不承担赔偿责任，

仅指"财产损失"而言，死亡伤残和医疗费用不属于“财产损失”，仍在赔偿之列。原告诉请的合理费用合法有据，法院依照《中华人民共和国道路交通安全法》第 79 条、《交强险条例》第 21 条、第 22 条、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 17 条、第 27 条、第 28 条、第 29 条之规定，判决支持原告的诉讼请求。

那么，法院的判决是否合法？第三人保险公司对第三者人身损害赔偿的抗辩理由是否正确？笔者试着从以下几点阐述之：

一、交强险的强制性决定了保险公司应当承担赔偿责任

实行交强险制度是通过国家强制力强制机动车所有人或管理人购买相应的责任保险，以提高第三者责任险的投保面，为交通事故受害人提供及时和基本的保障。机动车交通事故责任强制保险(以下简称“交强险”)是我国首个由国家法律规定实行的强制保险制度。《交强险条例》规定：交强险是由保险公司对被保险机动车发生道路交通事故造成受害人(不包括本车人员和被保险人)的人身伤亡、财产损失，包括预期的财产利益损失，即因死亡或伤残后果发生的而使未来收入减少的损失，在责任限额内予以赔偿的强制性责任保险。只要是在中国境内道路上行驶的机动车的所有人或管理人都应当投保交强险，未投保的机动车不得上路行驶。这种强制性不仅体现在强制投保上，也体现在强制承保上，具有经营机动车交通事故责任强制保险资格的保险公司不得拒绝承保，也不能随意解除保险合同。

首先，我国交强险立法是以机动车为着眼点，对机动车的投保，并不以保有人具有驾驶资格为条件。《交强险条例》第 2 条的规定，在中华人民共和国境内道路上行驶的机动车的所有人或者管理人，应当依照《道路交通安全法》的规定投保机动车交通事故责任强制保险。该条属于强制性规范。《道路交通安全法》第 76 条规定，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。该条规定明确了保险公司应对保险事故承担无过失赔偿责任，即投保交强险的机动车发生交通事故，致第三人人身伤亡及财产损失的，保险人应当在责任限额内予以赔偿。交通事故的损失是由非机动车驾驶人、行人故意造成的，机动车一方不承担责任，除此之外没有例外规定。上述两项规定，其目的在于强制要求每一辆行驶在公路上的汽车均必须依法投保责任保险，从而使任何遭受事故的受害人都能获得相应的赔偿。

其次，机动车第三者责任强制保险标的是指被保险人对机动车事故受害人依法所承担的赔偿责任，即人身损害和财产损失，包括预期的财产利益损失，即因死亡或伤残后果发生而导致的未来收入减少的损失。安徽省高级人民法院做出的“关于如何理解和适用《机动车交通事故责任强制保险条例》第 22 条的通知”。根据答复精神，对《交强险条例》第 22 条中的“受害人的财产损失”应作广义的理解，即这里的“财产损失”应包括因人身伤亡而造成的损失，如伤残赔偿金、死亡赔偿金等。其彰显的是严格的无责赔付原则。根据《道路交通安全法》的规定，即使在被保险人对道路交通事故不承担责任的情形下，保险公司仍然要对受害人进行给付。因此，在第三者责任强制保险中，保险公司承担赔偿责任与被保险人的责任大小之间没有联系，保险公司是否承担赔偿责任的依据在于法律的强制性规定。例外情形是非机动车驾驶人、行人故意造成事故发生的情况下，保险公司才可以免赔。

第三、《交强险条例》系国务院制定的行政法规，保监会制定的《交强险条款》第 9 条与《交强险条例》相关条款发生法律冲突，应以《交强险条例》为处理依据。《交强险条款》是由中国保险协会制定，不属于法律、法规，也不属于行政规章，因此不能对抗法律、法规。同时，《交强险条款》是机动车交通事故责任强制保险合同的组成部分，属于格式条

款，发生争议时应当按合同法的原则和规定进行处理。因此，《交强险条款》第九条规定因与《交强险条例》的有关规定相冲突，不能成为免除保险公司承担致第三者人身损害保险赔偿责任的依据。

二、交强险的公益性决定了保险公司应当承担赔偿责任

根据《交强险条例》第 1 条的规定，国家设置交强险制度的目的是为了促进道路交通安全，保障机动车道路交通事故受害人依法得到赔偿。国家设立交强险制度的初衷是维护社会公益，因此交强险条例侧重于对受害人权利的保障。按照该条例第 6 条的规定，交强险具有社会保障性，保险机构总体上不得盈利，保监会按照交强险业务总体上不盈利不亏损的原则审批保险费率。可见交强险旨在确保第三人即受害人因意外事故受到损害时能够从保险人处获得救济，法定范围内保险人对第三者依法应负赔偿责任。因此，肇事人的行为并不作为主要考虑因素来讲。因为无论机动车驾驶人是否具有驾驶资格，受害人对此均无责任，亦无从防范，只要这种事故对于受害人而言是偶然的或不可预料的，就应视为保险事故。从交强险的保护对象具有特定性而言，交强险保护的是特定第三人的利益，是为不特定的第三人利益而设立的保障性保险，保险车辆上人员之外的人均属于第三人。从该条例的规定看，其是为机动车造成的损害保险而非为驾驶员保险，只要被保险的车辆存在并造成了第三人损害（第三人没有故意），不管驾驶车辆的人处于什么状态，保险公司都应该赔偿。从以人为本的和谐社会理念的角度出发，使受害人的损害能得到快速有效的基本补偿，应当是该条例制定的初衷，如果因为保险公司用交强险 22 条加以抗辩，在肇事者没有赔偿能力或赔偿能力不足的情况下，无疑会使受害人的权益得不到充分保护，违背了交强险的立法初衷。从交强险保护对象的特定性来看，特定第三人是一个不确定的群体。正是这种不确定性，决定了特定第三人是一个极其广泛的群体。交强险保护的是最广泛的群体的利益，那么它的公益性是显而易见的。

众所周知，机动车是高度危险的交通工具。因此，对驾驶员最基本的要求就是驾驶机动车应当具备合法的驾驶资格。无证驾驶、醉酒驾驶等行为造成的事故,属于机动车方存在严重过错的情形。从公平合理的角度和保护保险公司的利益出发，一般的商业保险中常常列为免赔条款。但交强险的立法宗旨在于保障受害第三人的权益，因此必然更多的向受害第三者的利益倾斜。交强险与商业保险有本质的区别，其经营不以营利为目的，它具有社会性保障功能，设立交强险的目的不仅仅是转移被保险人的风险，其更主要是维护交通事故受害者的利益，使第三者在受到损害时能获得更为及时、便捷的补助，故交强险具有社会公益性质，保险公司承担责任与否，并不以投保车辆驾驶员有过错为前提。交强险负有的更多是社会管理职能。建立机动车交通事故责任强制保险制度最大的优点是使道路交通事故受害人获得及时有效的医疗救治，同时由于有助于减轻交通事故肇事方的经济负担，从而可以有效防止交通肇事逃逸行为。

从法律适用角度讲，受害人因驾驶人一般过失行为尚且可以请求保险公司赔付，而驾驶人具有无证驾驶或醉酒驾驶等严重过失行为时，保险公司更应对受害人人身伤亡损失予以赔付，此符合法律适用要求，即在法律适用的过程中发现法律规范存在法律的漏洞或空白时，应根据法律的逻辑结构、法律的意图或目的、法律的价值取向、社会习惯或惯例、社会效用或社会利益、社会公共政策以及社会公平正义观念，探寻法律条文的“ 确切含义 ”，对法律条文加以明确化、确定化和具体化，界定法律的界限、限定法律的所指、确定法律的具体内容，澄清法律条文的含混和疑问。因此，我们应根据《交强险条例》的逻辑结构、法律的意图或目的、法律的价值取向等，来正确理解、适用《交强险条例》第 22 条的规定。第 22

条所设的四种情形：无证驾驶、醉酒驾驶、车辆被盗抢期间、被保险人故意制造事故，都是机动车方存在严重过错的情形。因此，即使存在无证驾驶、醉酒驾驶等四种情形之一，发生道路交通事故的，保险公司仍然应当按照 21 条的规定，对人身伤亡承担赔偿责任。对受害人而言，人身伤亡赔偿显然要比财产损失赔偿更为重要，《交强险条例》第 22 条对财产损失赔偿的除外责任尚且作如此明确的规定，何况《交强险条例》第 22 条并未明文规定保险公司的人身伤亡赔偿除外责任。因此可以确定，该条款不但不是免除保险公司的人身伤亡赔偿除外责任，而且强化了在无证驾驶情形下对受害人的保护。

因此，在这种公益目的下，只要有道路交通事故的发生，只要道路交通事故不是受害人故意造成的，受害人就应当得到赔偿，而不论该赔偿是由被保险人的故意行为还是过失行为造成的。

三、交强险的归责原则决定了保险公司应当承担赔偿责任

从《保险法》角度来讲，第三者责任强制责任险属于《道路交通安全法》确立的是一种责任强制保险，并不属于商业保险范畴。《交强险条例》第 3 条规定，本条例所称机动车交通事故责任强制保险，是指由保险公司对被保险机动车发生道路交通事故造成本车人员、被保险人以外的受害人人身伤亡、财产损失，在责任限额内予以赔偿的强制性责任保险。《保险法》第 2 条明确规定该法所称的保险是一种商业保险，即该法第 50 条所规范的责任保险实际上属于商业保险范畴。商业性责任保险所要求的保险人承担赔偿责任要以被保险人对第三者承担赔偿责任作为前提，商业险的这种规定并不当然地适用于第三者责任强制责任险。因此，交强险的赔付原则与普通商业保险的赔付原则显然在本质上是不同的。同时，在民事法律关系的处理中，公平是一项基本原则，在实践中反对对受害人进行差异对待，故对各法律地位平等的受害人而言，其权力具有同一性，即无论主张权力的先后而导致享受权利的差异。在第三者责任强制保险的情形下，保险公司承担赔偿责任的依据在于法律强制规定的被保险人无责赔付，保险公司承担赔偿责任与被保险人的责任大小之间并没有必然的联系。

《道路交通安全法》第 76 条规定，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。超过责任限额的部分，按照下列方式承担赔偿责任：(一)机动车之间发生交通事故的，由有过错的一方承担责任；双方都有过错的，按照各自过错的比例分担责任。(二)机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故的，由机动车一方承担责任；但是，有证据证明非机动车驾驶人、行人违反道路交通安全法律、法规，机动车驾驶人已经采取必要处置措施的，减轻机动车一方的责任。交通事故的损失是由非机动车驾驶人、行人故意造成的，机动车一方不承担责任。由此可见：机动车发生交通事故造成人身伤亡的，由保险公司在第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿，不考虑机动车方是否有过错，即使机动车方没有过错，只要交通事故不是由受害人故意造成的，保险公司依然要对受害人进行给付。《侵权责任法》第 48 条的规定， 机动车发生交通事故造成损害的，依照道路交通安全法的有关规定承担赔偿责任。 因此，《侵权责任法》所确立的道路交通事故责任承担适用的是《道路交通安全法》第 76 条规定，其确立的仍然是保险公司在交强险方面对第三人的无责赔付原则。安徽省实施 《道路交通安全法》办法第 51 条规定，机动车之间发生交通事故的，由机动车各方所投保的保险公司在第三者责任强制保险责任限额内赔偿损失；机动车一方或各方未投保第三者责任强制保险的，应在其应当投保的责任限额内承担赔偿责任。机动车之间发生交通事故的损失超出第三者责任强制保险责任限额的部分，由有事故责任的一方承担赔偿责任；双方都有事故责任的，按照各自事故责任的比例分担赔偿责任。第 52 条规定，机动车与非机动车驾驶人、行人之间

发生交通事故的，由机动车一方所投保的保险公司在第三者责任强制保险责任限额内赔偿损失 ;机动车一方未投保第三者责任强制保险的，应在其应当投保的责任限额内承担赔偿责任。该两条规定从另外一个角度阐释了交强险的无责赔付原则。因此，法律、法规对交通事故的归责原则决定了保险公司在交强险限额范围内对机动车道路交通事故致第三人损害的时候不考虑事故加害人过错的侵权损害赔偿原则，即无责赔付原则。《交强险条例》第 22 条对于抢救费用以外的人身损害损失是否应承担保险赔偿责任，没有明示。但是，既然是醉酒或无证驾驶，那么机动车方存在严重过错是显而易见的，如果保险公司只要承担垫付责任，无需承担人身伤亡赔偿责任，那么受害人反而得不到赔偿。这样，交强险制度的立法目的就无法得到实现。现在，有了无责赔付原则，这个问题就迎刃而解了。

综上，既然《道路交通安全法》及《侵权责任法》确立了在交强险方面保险公司的无责赔付原则，而《交强险》条例 21 条又规定，只有在受害人故意造成交通事故时，保险公司对受害人的人身损害才不予赔偿，在其他情况下，受害人因交通事故造成的人身损害，不论加害人有无过错，保险公司均应在交强险限额内予以赔偿，《交强险》22 条免除的只是三种情况下对受害人财产损失的免赔，因此，《交强险条例》第 22 条不应理解为保险公司在交强险范围内对受害人免陪，在受害人没有故意的情况下，不论是那种情况，保险公司均应在交强险赔付限额内对第三人的人身损害予以赔付。交强险的归责原则是无责赔付，如果支持保险公司以《交强险》第 22 条作为抗辩而对第三人人身损害免赔，则违背了第三者责任强制保险的归则基础。

结 束 语

机动车交通事故责任强制保险属于依据国家法令强制购买的保险，具有强制性、公益性、无责赔付性，其目的是在道路交通事故已经对公众生命和财产安全构成严重威胁的背景下，最大程度上为交通事故受害人提供及时、便捷的基本保障，促进社会和谐，实现社会公平正义，维护公民的身体健康权，如果因为保险公司用交强险 22 条加以抗辩即支持其对受害人免赔，则在肇事者没有赔偿能力或赔偿能力不足的情况下，无疑会使受害人的权益得不到充分保护，违背交强险的立法目的、违背《道交法》所规定的交强险无责赔付原则。因此，保险公司不能在发生无证驾驶、醉酒驾驶等情形时依据《交强险条款》第 22 条及相关规定在交强险责任范围内对第三人的人身损害免除赔偿责任。

参考文献：

①《“ 道路交通安全法 ”适用要点与实例》，法律出版社 2010 年 1 月版。

②杨立新、袁雪丽、陶丽琴：《侵权行为法》，法制出版社 2008 年 10 月版。

③孟利民、刘锐、王揆鹏：《机动车事故受害人救济机制研究》，知识产权出版社 2009 年 3 月版。

④吴祖谋、李双元：《法学概论》，法律出版社 2009 年 12 月版。

作者单位：安徽拂晓律师事务所

浅析我国婚姻无效制度

陆栋良

【内容摘要】新《婚姻法》规定了婚姻无效制度，但还不是很全面，婚姻法学界对此也有很大的争论。与国外立法相比，我国婚姻无效制度的发展相对落后。对外国婚姻家庭法先进的法律制度加以借鉴，吸取其中有益的东西，以完善我国的婚姻法，使我国的婚姻法能与世界各国的婚姻家庭法相互融合，更好地与国际接轨。因此，有必要对如何完善我国的婚姻无效制度作一系统的研究。

【关键词】无效婚姻 新《婚姻法》无效婚姻制度

一、婚姻无效制度的含义

无效婚姻，也称违法婚姻，是指缺少婚姻成立的法定要件而不具有法律效力的婚姻，即因为男女两性的结合由于不符合我国现行婚姻法规定的结婚实质要件，因而自始即不具备婚姻的法律效力的婚姻形式。婚姻无效制度起源于古巴比伦王国的《汉穆拉比法典》，意大利、俄罗斯、日本、瑞士等国都对无效婚姻作了规定。

二、我国无效婚姻的类型

（一）无效婚姻的类型

新《婚姻法》第 10 条规定，“ 有下列情形之一的，婚姻无效：（一）重婚的；（二）有禁止结婚的亲属关系的；（三）婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的；（四）未达法定婚龄的。” 法律规定这四种情况属于无效婚姻的类型。

（二）对于无效婚姻类型的分析

1．重婚的婚姻无效

重婚是指有配偶者又和他人登记结婚的情况，还包括后一婚姻是事实婚姻的情况。重婚行为严重违反了我国婚姻法关于一夫一妻制的基本原则，违反婚姻成立原则性规定，同时触犯刑律而无效。重婚的婚姻无效只是指后一婚姻无效，先前登记或被承认的事实婚姻仍然合法有效。

重婚的行为将构成重婚罪，根据《中华人民共和国刑法》第 258 条的规定，“ 有配偶而重婚的，或是明知他人有配偶而与之结婚的，处二年以下有期徒刑或者拘役。 ” 第 259 条定，“ 明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的，处三年以下有期徒刑或者拘役 ”。关于重婚的后果是违反《婚姻法》中处罚最重的，涉及了国家用刑罚手段来制裁违反《婚姻法》的行为。

2．禁止结婚的亲属结婚的婚姻无效

有禁止结婚的亲属关系的人结婚，是指有直系血亲和三代以内的旁系血亲关系的男女之间结婚的情况。这些人相结合的婚姻既与社会伦理道德不符，又不利于后代的健康成长，是各国从古至今一直反对的婚姻。自西周时期就有“ 同姓不婚 ” 的婚姻成立原则。所谓有三代以内旁系血亲关系的人结婚主要是包括表兄妹、表姐弟、堂兄妹、堂姐弟之间。而跨辈分的叔伯和侄女外甥女、姑姨和侄子外甥之间的婚姻，因为违反伦理道德而很少出现。对一些落后地区和偏远山区，交通不便和外界接触很少，很多青年到了结婚年龄找不到合适的对象时，

就可能和身边有亲属血缘关系的人结婚。因为是近亲结婚生出来的孩子很可能出现先天性疾病，以至后代生理的不健康。

3．婚前患有不应结婚的疾病婚后尚未治愈的婚姻无效

婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的是指结婚登记时一方或双方患有传染性疾病、精神性疾病以及遗传性疾病，结婚后对方或是对方近亲属新发现并申请宣告时尚未治愈的状态。这样的两性结合不利于双方共同生活及后代的成长，但具体从法条上看，这一规定过于原则性。何谓“ 医学上认为不应当结婚的疾病 ”,《婚姻法》并没有规定明确的范围，二次司法解释也未规定，而且这些疾病也可能是一定时期的会变化的，具体这个范围只有留给法官或医学鉴定人员来确定。如果法官将这一规定的范围理解的过小，则违背了立法者的初衷；如果法官将这一规定的范围确定的过大，则极有可能限制当事人婚姻自由的权利。法律不禁止的即是可以去做的，法条规定的过于原则，就会使法律禁止的范围可大可小，处于一种不确定的状态下，这样必然会影响当事人民事活动的自由度，并导致社会关系的不稳定。

4．未达法定婚龄的婚姻无效

根据新《婚姻法》第 6 条的规定，未达法定婚龄的婚姻是指结婚时男性未满 22 周岁，女性未满 20 周岁的情况。我国《婚姻法》中具体规定的婚龄较其他国家是最晚的，主要是由我国国情结合优生优育学和计划生育的基本国策决定的。我国是一个人口大国，虽然国土面积是世界国土面积中第三大国，资源富饶，但人口接近 14 亿，占世界人口的五分之一，国民生产总值除以这样大的人口数而得出的人均国民生产总值就相对很小了。《婚姻法》规定高婚龄更主要的是要限制人口增长，缩小人口基数。但对少数民族和一些边远地区，因为其人口较少，劳动力不足，则需要适当调整法定婚龄，可以适当降低。

对于达到婚龄的青年男女身心成熟，一般能够负起照顾家庭的责任，也能够顺利繁衍后代，抚养和教育子女。根据我国关于生育年龄的研究数据女性在 19 到 29 岁之间是最佳生育期，在这期间生育后代的成活率和身体素质较高，生育后的女性身体恢复也较快，有利于母子双方的健康。现在仍有一些青年虚报婚龄登记结婚，大多数思想和身体还未成熟，对社会家庭责任和婚姻的理解较简单，很难负担起扶养家庭成员和照顾子女的责任。婚姻是建立在爱的基础上的契约关系，结婚需要婚姻双方彼此有一定了解，而过早结婚使得彼此缺少了解的时间和机会，草草结婚常常导致婚后感情不和，婚姻破裂，还会连累子女健康成长。

三、我国婚姻无效制度不足及完善

（一）自始无效婚姻的范围应当缩小

外国学者把婚姻成立的要件分为公益要件和私益要件。违背公益要件者，被认为对社会危害性较大，因而为无效婚姻；违背私益要件者，被认为社会危害性较小，为可撤销婚姻，可以在一定期限内申请撤消该婚姻。从国外婚姻无效制度的立法趋势看，无效婚姻和可撤销婚姻的区别正逐步缩小，趋势是逐渐减少自始无效婚姻的种类，扩大可撤销婚姻的范围。外国婚姻无效制度的这种发展趋势对我国的婚姻无效制度具有借鉴意义。

我国《婚姻法》第 10 条列举了重婚的和有禁止结婚的亲属关系的婚姻属于无效婚姻。重婚这种行为严重违反了我国婚姻法关于一夫一妻制的基本原则。而有禁止结婚的亲属关系的人结婚，又与社会伦理道德不符，这两种情形都严重违背了结婚的公益要件，对社会的危害性较大，不管结婚多少年，也不管结婚双方是否请求法院或登记机关宣告，无疑属于自始无效婚姻

至于“ 婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的 ”以及“ 未达法定婚龄

的 ”，笔者认为这两种情形应划归可撤销婚姻的范畴，因为这两种情形只是违背结婚的私益要件，社会危害性较小。如果一个人愿意与患有医学上认为不应当结婚的疾病的人结婚，愿意照顾其日常生活，婚姻法也没必要横加干涉，非要宣告它无效。如果双方已经有子女或不准备要子女的情况，也没有必要一定要宣告他们的婚姻无效。此外，“ 未达法定婚龄的 ” 在违法结婚之后如果达到了法定婚龄，就不属于可以申请宣告的无效婚姻情况了。这二种情况由婚姻当事人自行选择的话，更利于人民生活的稳定以及对婚姻当双方及子女合法权益的保护，也更符合婚姻法作为私法保护当事人民事权益的基本属性。

（二）申请婚姻无效宣告的问题

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《〈婚姻法〉解释一》）第 7 条规定，“ 有权依据婚姻法第 10 条规定向人民法院就已办理结婚登记的婚姻申请宣告婚姻无效的主体，包括婚姻当事人及利害关系人。利害关系人包括：（1）以重婚为由申请宣告婚姻无效的，为当事人的近亲属及基层组织。（2）以未到法定婚龄为由申请宣告婚姻无效的，为未达法定婚龄者的近亲属。（3）以有禁止结婚的亲属关系为由申请宣告婚姻无效的，为当事人的近亲属。（4）以婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈为由申请宣告婚姻无效的，为与患病者共同生活的近亲属。”

申请宣告婚姻无效的主体一般都包括当事人及其近亲属，而重婚的申请人还包括基层组织，这样有利于对重婚这一严重违法的行为加大打击力度，让更多的人去监督重婚行为，这样规定是比较合理的。但只是基层组织还是不够的，因为这些组织可能很难了解当事人的具体婚姻状态，如果加上经举报获知当事人有重婚行为的各行政机关和司法机关都可以申请宣告就更有力度，更便于打击重婚了，这也和刑法中规定重婚罪行的处理接轨。比如当事人及其近亲属不愿申请宣告该婚姻无效，而基层组织不知道或不愿意做申请人，其他知道这一情况的组织或个人却不能申请或不愿举报重婚者，那重婚者将一直处在二个合法婚姻状态下。

“ 以婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈为由申请宣告婚姻无效的，为与患病者共同生活的近亲属。” 这一规定过于死板，就是说如果当事人及与患病者共同生活的近亲属不愿意申请宣告，或除当事人没有与患病者共同生活的近亲属，那样这一婚姻状态也将是一直有效的。还有 “ 未到法定婚龄 ” 和 “ 有禁止结婚的亲属关系的 ” 二种无效婚姻的情况，只要当事人及其近亲属认同这一婚姻状态而不申请，这一无效婚姻就一直是有效的合法的，当事人便可轻易规避《婚姻法》关于无效婚姻自始无效的强制性规定。这样法律的权威性也就被不作为给亵渎了，这是依旧有很多无效婚姻存在的一大因素之一。希望以后《婚姻法》的修改和司法解释会完善这一点，让整个社会一起监督违法婚姻的情况，对终结无效婚姻状态才更有效。

（三）婚姻登记机关作为宣告机关的不当

法院应为宣告婚姻无效的惟一机关，新《婚姻法》第 10 条只规定了四种婚姻无效的情形，而未规定对无效婚姻谁有权宣告无效。第 11 条规定了“ 因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻 ”。《〈婚姻法〉解释一》第 7 条规定：“ 有权依据婚姻法第 10 条规定向人民法院就已办理结婚登记的婚姻申请宣告婚姻无效的主体，包括婚姻当事人及利害关系人。” 从以上的法律规定可以看出，在我国，宣告婚姻无效的机关是两个，即婚姻登记机关和人民法院。对于法院作为宣告机关，这是各国的通例，而且各国一般都以法院作为惟一的宣告机关。而婚姻登记机关作为宣告机关，虽然尊重了我国的实际，尊重了立法的延续性和继承性，但却有很多不妥。首先是这样规定有可能导致行政过多地干预私法；其次是婚姻被撤销后不仅仅是当事人双方的身份关系问题，往往牵涉到子女的抚养、财产的分割等一系列问题的处理，而这一切显然超出了婚姻登记机关的权限。

在将来修订婚姻法时，应统一地规定：无效或可撤销婚姻的宣告机关为人民法院。这样规

定一是可以避免同一案件的多重主管;二是符合“ 司法最终 ”原则;三是可以避免婚姻登记机关解决的软弱无力;四是可以与国际接轨。新《婚姻法》规定的婚姻无效制度,对于贯彻婚姻法的基本制度和基本原则,对于婚姻家庭制度的完善都将起着重要的作用。

（四）无效婚姻中的子女问题

无效婚姻中子女的法律地位在婚姻法中是这样规定的：“ 当事人所生的子女，适用本法有关父母子女的规定。”实际上，婚姻法对这个问题的态度很不明朗。可撤销婚姻存续期间出生的子女是婚生子女，这是可撤销婚姻不具有溯及力的必然法律后果。有学者认为：他们是非婚生子女，但考虑到这一严厉后果对子女来说是不公平的，会引起不良的法律后果，因此应将当事人所生子女视同婚生子女。对此，笔者有不同的观点，无效婚姻既然自始无效，那么自始无效婚姻中出生的子女毫无疑问是非婚生子女,这并不是说我们就不保护无效婚姻中子女的合法权益，虽然婚姻无效，但子女是无辜的，而且子女与父母之间的自然血缘联系不因婚姻无效而解除，因此，无效婚姻中当事人所生子女，适用婚姻法有关父母子女关系的规定：子女如何抚养，可先由双方协商，协商不成时，由人民法院判决；子女无论由父方或母方抚养，都是双方的子女，各自负担子女必要的抚养费和教育费；不抚养子女的一方有探望子女的权利。

在保护非婚生子女的法律地位和合法权益方面新《婚姻法》中也只有第 25 条中有两款规定,第 1 款规定：“ 非婚生子女享有与婚生子女同等的权利,任何人不得加以危害和歧视。”此条款规定非婚生子女享有与婚生子女同等的权利,也就是说他们之间的等级或地位是一样的，都同处于一个起跑线上，但是请大家注意他们拥有的是同等的权利并不是说拥有的是相同的权利，这两个词在字面上是有一定的差别和不同的，同等指的是等级和地位上的一样而相同指的是一模一样的权利和地位，而德国基本法第 6 条中规定：“ 立法应保障非婚生子女在其身体与精神发展及其社会地位，得与婚生子女享有相同条件 ”。

我国的《婚姻法》的规定从主观上看他们的权利义务是相同的，但是从客观上看他们只不过是一种形式上的相同，他们之间还是有所差别的。比如有的地区非婚生子女就报不上户口，还有的非婚生子女得不到象婚生子女一样应该得到的城市最低生活保障金。可见非婚生子女和婚生子女之间在权利上还是有一定的差异的,只有在立法上消除了这种差异和不同才能使非婚生子女的权利得到人们的认同和保护,同样也只有这样才可以使整个社会从根本上将这种压力和传统的观念改变过来，使非婚生子女不再被危害和歧视。

（五）《婚姻法》条文的完善

《婚姻法》的修订和两次《婚姻法》司法解释的出台进一步完善了我国婚姻法，关于婚姻无效制度的具体操作也更详细具体。但如今我国《婚姻法》也只有 51 条，而德国民法典亲属篇就有 600 多条。51 个条款是不可能达到精密程度的，因而我们只能依赖司法解释。

《〈婚姻法〉解释一》第 13 条规定，“ 婚姻法第 12 条所规定的自始无效，是指无效或者可撤销婚姻在依法被宣告无效或被撤销时，才确定该婚姻自始不受法律保护 ”。这条司法解释是关于无效婚姻自始无效的解释。这一观点是宣告无效主义,主张需要经过宣告程序后，才发生自始无效。但这一解释比《婚姻法》晚出台了近 8 个月，而这 8 个月关于《婚姻法》中规定无效婚姻自始无效的理解就有分歧，包括自始无效和宣告无效二种观点，而二种观点的后果却可能是截然相反的。如重婚的婚姻无效，用自始无效的观点也就无所谓重婚了，因为重婚的那个婚姻从没有过效力。之后《婚姻法》也没把宣告无效制度写入其中，只靠这一司法解释来规定。

《〈婚姻法〉解释二》第 5 条规定，“ 夫妻一方或双方死亡后一年内，生存一方或者利害关系人依据婚姻法第 10 条的规定申请宣告婚姻无效的，人民法院应当受理。”这条司法解释也可以理解为：夫妻一方或双方死亡后超过一年，生存一方或者利害关系人依据婚姻法第

10 条的规定申请宣告婚姻无效的，人民法院就可以不受理。也就是说之前违反《婚姻法》强制性规定的无效婚姻状态只是暂时有效，而在这种情况下超过一年的限定原本无效的婚姻就永远有效了。这和《婚姻法》中自始无效的规定不免有逻辑性冲突。在《婚姻法》没有规定的情况下，司法解释作限制解释，笔者认为违反法律规定。

上述两条司法解释是很重要的规定，笔者认为更应该由全国人大常委会通过并写入《婚姻法》，而不是只靠司法解释来规定。大家都知道《婚姻法》是全国人大通过的基本法律，2001 年 4 月 28 日其修改是全国人大常委会通过的，也只有全国人大及其常委会有权力创设法律。而《婚姻法》的二部司法解释则是最高人民法院审判委员会通过由最高人民法院公告而生效的。一个是最高国家权利机关，一个是最高国家审判机关，两个不同的国家机构出台的规范性法律文件却具有同等效力。虽然在我国司法解释和法律具有同等效力，但二者总是有所区别的。司法解释主要是对法律条文中一些不甚清楚或变化了的内容和字意做一定解释，而不是创设法律。《婚姻法》的完善更应注重内容的修改，适时地把司法解释的内容融入《婚姻法》的条文中，而不是去依赖更多的司法解释出台来完善一项基本法律制度。这样也是树立法律的权威，和世界接轨，让人们看到《婚姻法》就能基本了解我国婚姻制度的内容，而不需再拿出几本《婚姻法》的司法解释来看其中的诸多规定。

总之，由于主客观方面的原因，我国婚姻无效制度还有很多不足之处有待完善，国家还应做好大力宣传和教育工作，婚姻登记机关应当做到更严格的登记资料审查核实义务，尽量从源头上解决违法婚姻的情况，这也是最有效地减少和控制无效婚姻存在的手段。我国婚姻无效制度的完善，有待各种问题的不断出现和解决。只有婚姻制度完善了，家庭才有和睦和幸福，同时也将促进社会的安定和发展。笔者相信,随着我国司法实践经验的积累以及立法技术的提高,我国的婚姻无效制度会更加完善。

作者单位：安徽安友律师事务所

医疗损害责任因果关系的几个问题

刘　强

【内容摘要】《侵权责任法》规定了医疗损害责任的因果关系这一要件，在认定医疗损害责任时应考虑因果关系这一因素。《侵权责任法》对患者维护权利实质上并无太大的不利影响；对医疗损害责任中的因果关系可实行有条件的推定的原则，以实现医患之间举证责任的公平分配。《侵权责任法》第 58 条、第 60 条中的“因”字使用不当，应本着有利于患者的原则正确理解其中的因果关系问题。

【关键词】《侵权责任法》　因果关系　举证责任

医疗纠纷是当前我国司法实践中日见增多、处理起来又非常棘手的问题。2010 年 7 月 1 日起实施的《中华人民共和国侵权责任法》对医疗损害责任做了专章规定，其重要性不言而喻。平心而论，《侵权责任法》对医疗损害责任的规定意义重大，进步不小，但问题也很多，存在巨大的争议空间。现就笔者在研读过程中对涉及医疗损害责任因果关系问题的点滴思考简述如下，并与方家探讨。

一、《侵权责任法》规定了医疗损害责任的因果关系要件

《侵权责任法》第 54 条规定：“患者在诊疗活动中受到损害，医疗机构及其医务人员有过错的，由医疗机构承担赔偿责任。”一些人据此认为，《侵权责任法》对医疗损害责任新的规定，使我国民事赔偿责任原则重新得到了统一，“医疗行为与损害结果之间的因果关系”不再成为医疗诉讼中法律考量的核心和重点；“医疗行为与损害结果之间的因果关系”也不再是医方承担责任的前提条件，医疗机构只要有过错，就要承担赔偿责任。[①]此种观点在网络上流传甚广，给人造成的感觉就是，只要想法找到医疗机构的哪怕是丁点过错，医疗机构就须就医疗过程中发生的任何损害后果承担责任。笔者认为，这一观点显然草率的，值得商榷。

1. 侵权责任法明确规定了确定医疗损害责任须有因果关系这一要件

（1）《侵权行为法》第 6 条规定：“行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。”这里的“因”字强调的就是因果关系。仅有过错和民事权益受侵害的后果，而没有两者之间的因果关系，是不能构成侵权责任的。作为总则性的条款，该条已经明确了行为人承担侵权责任的前提条件是“因”过错侵害他人民事权益，而不是有错就得担责，这一条款规定的原则当然也适用于医疗损害责任。

（2）《侵权责任法》第 59 条：“因药品、消毒药剂、医疗器械的缺陷，或者输入不合格的血液造成患者损害的，患者可以向生产者或者血液提供机构请求赔偿，也可以向医疗机构请求赔偿。”该条中的“因”字强调的显然也是因果关系。

（3）《侵权责任法》第 55 条、第 57 条、第 62 条虽然没有“因”、“因为”这样的字眼，但从语义上理解，也是包含了因果关系。如第 62 条“泄露患者隐私或者未经患者同意公开其病历资料，造成患者损害的，应当承担侵权责任”，患者的损害是多种多样的，如果损害不是因为泄露隐私或擅自公开病历资料引起，是不能引用该条要求医疗机构承担相应责任的。

另外，杨立新教授主持编写的《中华人民共和国侵权责任法司法解释》草案建议稿（草案）第七章《医疗损害责任》第 102 条【因果关系举证责任缓和规则】规定：“ 患者的损害有可能是由医务人员的诊疗行为造成的，除医务人员提供相反证据外，推定该诊疗行为与患者人身损害之间存在因果关系。”[②]该条明确规定了医疗损害责任中的因果关系。杨立新教授是《侵权行为法》的主要制定人之一，其观点显然具有权威性，是值得重视的。

2. 从医疗和司法实践看，不考虑因果关系，可能造成不公平的结果。

从医疗和司法实践看，医疗机构和医务人员的过错是多种多样的，一些过错并不必然引起某种损害结果的发生，或者说一些损害后果与医疗机构和医务人员的某些过错确实无关，在这种情况下，如果毫不考虑因果关系，仍然要求医疗机构对患者的人身损害承担侵权责任，显然是没有合理性可言的。

因果关系是传统侵权责任的重要构成要件，其功能在于确定责任的成立、排除责任的承担、确定责任的范围。虽然随着社会变革和侵权责任法的发展，因果关系要件愈加趋向有利于救济受害人，因果关系在立法中由刚性日趋柔化，其认定规则也在发生变化，但并没有变成可有可无的东西。在我国当前侵权责任的立法和司法实践中，在处理医疗损害纠纷案件时仍然要把因果关系的考量作为一个重要内容。

二、医疗损害责任中因果关系的举证责任问题

2002 年 4 月 1 日起施行的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 4 条第 1 款第（8）项规定：“ 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 ”。一般认为，该规定确立了医疗纠纷举证责任倒置的举证规则。对此，多数人表示赞成，认为符合医患双方举证能力和证据可及性的实际状况，有利于维护患者利益；反对者也有之，认为加重了医疗机构的负担，易造成医疗机构对患者消极应对。《侵权责任法》在制定过程中对此也有较大的争议，《侵权责任法》草案二次审议稿第 59 条曾规定：“ 患者的损害可能是由医务人员的诊疗行为造成的，除医务人员提供相反证据外，推定该诊疗行为与患者损害之间存在因果关系。” 当时即有人认为，该规定突破了 “ 举证责任倒置 ” 原则，加大了患者的举证责任。[③]正式颁行的《侵权责任法》则删除了这一规定。舆论认为，《侵权行为法》改变了医疗纠纷举证责任倒置的举证规则；患者应对医疗机构的医疗行为存在过错及该过错与其损害后果之间存在因果关系承担举证责任；在以后的医患纠纷处理中，患方处于不利地位。那么如何看待这一变化？如何把握医疗损害纠纷中因果关系的举证责任？笔者认为应当从我国医疗纠纷处理的实践出发，本着实事求是的原则予以辨析。

1. 在《侵权责任法》施行前的司法实践中，患者首先须证明其与医疗机构存在医疗关系，并证明其存在损害后果。此后医疗机构为证明其无过错及其医疗行为与患者的损害后果无因果关系，需提供病历资料，并申请进行医疗鉴定。此时申请鉴定的主动权实际在医疗机构一方，而根据尽可能有利于自身的原则，医疗机构几乎都是申请进行医疗事故技术鉴定。如果构成医疗事故，医疗机构则可以根据最高人民法院的规定，要求按照《医疗事故处理条例》规定的标准对患者予以赔偿（众所周知，该赔偿标准是很低的）。如果不构成医疗事故，患者为继续诉讼，仍需再申请医疗过错的鉴定。基于这样的事实，所谓举证责任倒置对患者的意义实际远没有想象的那么大。

2. 医疗损害一般分为医疗技术损害和医疗伦理损害。对医疗伦理损害责任，如《侵权责任法》第 55 条、第 62 条规定的责任，因果关系的举证责任理应在患者一方，患者也应有能力证明其中的因果关系。对医疗技术损害责任，在患方承担举证责任的情况下，患方一般

需要从医疗机构取得病历资料，对不能直接认定的过错及因果关系还需进一步进行司法鉴定。根据《侵权责任法》和《医疗事故处理条例》的规定，患者对自己有权复印的病历资料应有举证能力（即使因种种因素患方个人无法取得，也可以依法申请法院调取）；患方对自己无权复印的病历资料，可以申请法院调取或者由法院根据实际举证能力状况将举证责任分配给医疗机构。在患者取得相关病历材料申请进行司法鉴定的情况下，患者实际上掌握了很大的主动权。基于此，《侵权责任法》实施后，即使不实行此前的举证责任倒置原则，对患者的实际影响也没有舆论所称的那么大。

关于医疗损害责任的因果关系要件如何证明，归纳起来主要有三种学说，即（原告）证明说、完全推定说和有条件推定说三种。（原告）证明说将医疗损害责任的因果关系要件的举证责任完全归于原告；完全推定说则主张实行因果关系推定规则，举证责任应当倒置，由医疗机构承担因果关系要件的举证责任，患者一方不承担举证责任；有条件推定说主张实行有条件的推定，即举证责任缓和，在患者一方对因果关系的证明达到一定的程度时，推定因果关系成立，然后由医疗机构一方负责举证，推翻因果关系推定。基于我国目前《侵权责任法》的相关规定，笔者赞成杨立新教授的主张，倾向于有条件的推定说，在具体操作中应视医疗损害的类型分别处理。大体上医疗伦理损害由患者一方承担举证责任；而对医疗技术损害，在患者已证明因果关系具有相当程度盖然性的情况下，推定因果关系成立，然后由医疗机构承担举证责任推翻该推定。

在《侵权行为法》制定过程中，有专家提出，因果关系证明规则可以由民事诉讼法的证据制度解决，《侵权责任法》可以不作规定。笔者赞同这一观点，已经实施的《侵权责任法》事实上也没有明确规定因果关系的举证规则。在《民事诉讼法》尚未进行进一步修改，统一的证据法典也没有制定出台的情况下，笔者建议最高人民法院对民事诉讼证据规则尽快予以修改完善，以满足《侵权责任法》司法实践的需要。

三、对《侵权责任法》第 58 条和第 60 条的理解

先引用《侵权责任法》的两个法条：

“第 58 条　患者有损害，因下列情形之一的，推定医疗机构有过错：

（一）违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定；

（二）隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料；

（三）伪造、篡改或者销毁病历资料。”

“第 60 条　患者有损害，因下列情形之一的，医疗机构不承担赔偿责任：

（一）患者或者其近亲属不配合医疗机构进行符合诊疗规范的诊疗；

（二）医务人员在抢救生命垂危的患者等紧急情况下已经尽到合理诊疗义务；

（三）限于当时的医疗水平难以诊疗。

前款第一项情形中，医疗机构及其医务人员也有过错的，应当承担相应的赔偿责任。”

笔者在研读这两个法条时，对其中的“因”字，颇有困惑，在查询资料时发现其他研究者也有同样的疑问，即这里的“因”、尤其是第 58 条中的“因”到底是指“患者有损害”的原因，还是指“推定医疗机构有过错”和“医疗机构不承担赔偿责任”的原因？这涉及到患者要不要对因果关系举证的问题，不能不重视。

如果将两个“因”字理解为“患者有损害”的原因，则第 58 条第（2）、（3）项、第 60 条第 1 款第（2）项很难解释，两者之间的因果关系也不能成立。如果将两个“因”字理解为“推定医疗机构有过错”和“医疗机构不承担赔偿责任”的原因，语义和情理上没有任何问题，但对第 58 条而言，患者还要不要就因果关系问题承担举证责任？如果不需要，则对

患者有利，也可以达到对医疗机构违法违规行为进行制裁的目的；如果需要患者举证证明因果关系，第 58 条第（2）、（3）项的规定对患者明显不公正。揣摩立法者的本意，两个“ 因 ”字应是“ 推定医疗机构有过错 ”和“ 医疗机构不承担赔偿责任 ”的原因；在适用第 58 条时，应推定医疗机构的过错与患者的损害存在因果关系，无需患者再举证证明因果关系。事实上造成上述疑问的原因在于两个“ 因 ”字使用不当，还是按照常见的法律条文表述习惯，将“ 因 ”改成“ 有 ”字更好。

注释：

①宋中清《律师解读侵权责任法关于医疗损害责任的新规定》，见 http://www.mslv.net/news/news_view.asp?newsid=30840

②杨立新《中华人民共和国侵权责任法司法解释草案建议稿（草案）》，见 http://www.civillaw.com.cn/Article/default.asp?id=49876

③郭晓宇《侵权法草案增患者举证责任惹争议》，2010 年 1 月 11 日《法制日报》

参考书目：

①王利明《民法侵权行为法》，中国人民大学出版社 1993 年版。

②杨立新《侵权行为判例与学说》，吉林人民出版社 2002 年版。

作者单位：安徽大泽律师事务所

劳务派遣立法完善之我见

耿宏志

【内容摘要】《劳动合同法》对劳务派遣列专章作了特别规定。劳务派遣这一新型用工形式的实行，对缓解就业压力、调节劳资关系、促进社会和谐起到了重要作用，有利于经济社会的和谐发展。但也出现了一些与立法本意相悖的现象。本文从劳务派遣单位的许可、劳务派遣协议的签订、劳务派遣三方的法律关系、劳务派遣用工形式、工会组织的建设等方面提出了对劳务派遣立法完善的意见。

【主题词】劳务派遣　立法　劳动关系

《中华人民共和国劳动合同法》和《劳动合同法实施条例》对劳务派遣都以专章作了特别规定。劳务派遣这一新型用工形式，有效地规范了我国劳动力市场，在一定程度上整合了社会的劳动力资源，促进了劳动力资源的合理配置。所谓劳务派遣，就是劳务派遣单位（用人单位）根据接受以劳务派遣形式用工的单位（用工单位）的要求，与其签订劳务派遣协议，将与之建立劳动合同关系的劳动者派遣到用工单位，劳动者在用工单位的直接管理和指挥下从事劳动，并由派遣单位支付劳动报酬的一种特殊用工形式。这一灵活、便捷的用工形式，为大量的个体劳动者提供了有组织、有秩序的就业渠道和输出管道，避免了劳动者就职时的无序和盲目，对缓解就业压力、调节劳资关系、促进社会和谐起到了实质性的作用。劳务派遣对于用工单位来说，提高了企业用工机制的灵活性，使得企业可以根据市场需求灵活组织生产，把企业从繁琐的劳动人事管理事务中解脱出来，降低了用工成本。劳务派遣的规范化，使得社会各行业和部门对劳动力的流动、调配、管理、使用有了合理的分工，从而有利于降低社会总成本，有利于经济社会的和谐发展。

但不容忽视的是，《劳动合同法》实施两年多来，出现了一些与立法本意相悖的现象，大体归纳为以下几个方面：

1. 不少派遣单位仅等同于职业介绍中介机构，劳动者对派遣单位找不到“家”的感觉。人们说到劳务派遣的优越性时常常称“派遣单位管人不用人，用工单位用人不管人”。现实情况是，用人单位和用工单位都没有管人。从《劳动合同法》第 58、59、60 条规定看，劳务派遣单位的义务也仅仅是与用工单位签订派遣合同并把合同内容告知被派遣的劳动者，按月为劳动者发工资、办理社会保险。工资和办理社会保险的费用还是用工单位拨付，派遣单位只不过是转转手而已。对劳动者在用工单位的生产生活情况、劳动者的技能培训、劳动者合法权益的维护以及节假制度、劳动安全制度等等，这些本是“管人”单位应当“管”的事，很少有劳务派遣单位会去过问。

2. 用工单位同劳务派遣来的劳动者之间没有合同关系，也就是没有权利义务关系。劳动者在劳动中的合法权益无法得到有效保障。劳动者对用工单位也没有归属感。一些重要的或稍有技术性的劳动岗位也不可能安排被派遣来的劳动者。使得多数被派遣的劳动者只能从事简单的劳动。至于同工同酬、劳动技能培训、参加企业工会、参与对企业的民主管理等，更流于虚谈。长期下去，这一部分劳动者只能成为低质量的社会劳动力，成为新一类社会弱势群体。

3. 用工单位不能有效调动劳务派遣工的积极性和创造性，企业只能用纪律和奖惩来兑现劳动者的行为优劣。有些用工单位甚至强制性地把本单位原有的固定职工通过“身份置换”

推向劳务派遣单位，然后又通过劳务派遣继续聘用原来的职工。劳务派遣已成为用工单位降低用工成本，侵犯劳动者权益的手段。但，用工单位在忽视劳务派遣工主人公地位的同时，自己的利益也无法得到更好的保障。劳动者对企业毫无忠诚度可言，对企业的发展目标没有热情，对企业的命运漠不关心，对企业的任何荣辱都不能产生认同感，对企业的财产不能自觉爱护，企业的技术秘密也当然存在被有意或无意泄露的危险。

4. 劳务派遣单位、用工单位与劳动者三者之间的法律关系，远比传统的劳动者与用人单位二者之间的二元关系要复杂得多，一旦出现争议，处理难度很大，劳动者维权成本很高。《劳动合同法》规定“被派遣劳动者有权在劳务派遣单位或者用工单位依法参加或者组织工会，维护自身的合法权益”。现实情况是，劳务派遣单位管的职工很多，而这些人绝大多数都流动在各个用工单位之间，很少有劳务派遣单位能真正组织起劳务派遣工的工会。而劳务派遣工在用工单位只是匆匆过客，根本无法做到“依法参加或者组织工会”。一旦发生劳资纠纷，没有一个双方都能信得过的组织从中调解，很容易造成矛盾激化，不利于劳动关系的稳定。大而言之，对社会稳定也会有不利。

针对上述情况，笔者认为，应当对《劳动合同法》施行以来有关劳务派遣规定的执行情况进行认真调查和总结，制定出专门的劳务派遣法律或法规，以有效促进和保障劳务派遣事业的发展。以下对几个笔者认为较为重要的方面，试提出一已之意见：

一、关于劳务派遣单位的许可

《劳动合同法》第 57 条规定：“劳务派遣单位应当依照公司法的有关规定设立，注册资本不得少于五十万元。”虽然在第 67 条也作了一点限制，但第 57 条仍是唯一对劳务派遣单位入门资格的规定。准入门槛过低加之五十万元的注册资本仅仅只能认定为理论上的障碍，使得实际上大量的劳务派遣单位只能等同于职业介绍机构，并不能真正实现保护劳动者权益的立法本意。

《劳动合同法》颁布之前，国家及地方劳动和社会保障部门都制定过关于规范和发展劳务派遣工作的规定，其中对劳务派遣单位的资质要求是集多年管理工作实践而制定的，条件也并不苛刻，但“有一定数量熟悉劳动和社会保障政策，且具备职业指导或人力资源管理职业资格的专职工作人员”却是劳务派遣单位同其他经营性单位的根本区别。舍此，什么公司不能从事劳务派遣活动？任何行业都有其区别于其他行业的规律和要求。劳务派遣单位是同劳动者签订劳动合同的单位，是劳动者的真正归属，是保护劳动者利益和提高劳动者劳动能力的实施者，是《劳务派遣合同》权利义务承受者和用工单位执行《劳务派遣合同》的监督者。如此重任，其工作人员不熟悉劳动和社会保障政策，不具备职业指导或人力资源管理能力是无法想象的。

《劳动合同法（草案）》曾写有劳务派遣单位“应当在省、自治区、直辖市人民政府劳动保障主管部门指定的银行账户中以每一名被派遣的劳动者不少于 5000 元为标准存入备用金。”后因有人反对，认为成本太高，不利于劳务派遣单位的发展而被取消。这里的“备用金”实际上是一种保证金，以便在万一有什么困难时作为劳动者的保障，也是对劳务派遣单位诚信经营的担保。笔者认为这种担保仍是必要的。5000 元标准可以降低，可改为以劳务派遣单位拥有劳动者人数每人多少元，以便在必要时可以统一调剂使用。

劳务派遣单位是一个特殊经营单位，是以市场手段调节劳动力资源的重要机构。他的设立和运行不能离开政府的宏观调控。因此不能脱离政府人力资源和社会保障部门对其实行有效指导、管理和监督。《劳动合同法》仅仅规定“劳务派遣单位应当依照公司法的有关规定设立”，其原意可能是为了减少审批环节提高办事效率，但劳动保障部门的行政许可是必要

的。当前不少地方劳动部门甚至无法了解到劳务派遣单位的数量和通过劳务派遣实行劳动力流动的情况，这将不利于政府对整个宏观经济的规划和决策。

同时，劳务派遣的对象包括企业的富余职工、社会闲散劳力、进城务工的农民工、退伍军人和大专院校毕业生等等。文化程度、知识结构、年龄特征、从业经历、乃至社会适应能力都有所不同，用工单位对用工对象的要求也千差万别。政府劳动保障部门还应当有计划有意识地对劳务派遣单位进行培训和指导，促进劳务派遣公司提高专业化、规范化和社会化的服务水平。

二、劳务派遣协议应当由劳务派遣单位、用工单位和劳动者三方共同协商并签订

按照《劳动合同法》第 59 条、第 60 条的规定，劳务派遣协议由劳务派遣单位与接受以劳务派遣形式用工的用工单位订立。劳务派遣单位应当将劳务派遣协议的内容告知被派遣的劳动者。在劳务派遣协议中约定了派遣期限、劳动报酬和社会保险费的数额与支付方式以及违反协议的责任等与劳动者命运息息相关的内容，而劳动者对此协议只能被动接受却无法参与讨论和提出意见。 这对于劳动者来说是非常不公平的。劳务派遣协议虽然主要是用人单位和用工单位之间约定权利义务，更直接地说是分配劳务派遣所带来的利益，但其诸多的实质内容由劳动者直接执行和承受。如其仅仅“ 告知劳动者 ”，不如让劳动者参与制订，既有利于劳动者了解劳务派遣的实质内容，又有利于劳动者对用人单位和用工单位的监督，适时进行自我保护。

三、要明确劳动关系中的“雇主”身份

《劳动合同法》把劳务派遣单位简称为用人单位，把接受派遣的单位称为用工单位。笔者认为这一简称是否合理还有待研究。根据国务院《工伤保险条例》的规定，劳动者在劳动中遭受事故伤害或者患职业病，即使用人单位已经为劳动者办理了工伤保险，但其按月发给的伤残津贴、一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金等仍都由用人单位支付。这实际上是雇主责任，在劳务派遣用工形式中，如果由用人单位承担雇主责任是不合理的。

《劳动合同法》第 58 条规定，劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同，也就是说劳务派遣单位与劳动者通过签订劳动合同结成了劳动关系。那么，什么是劳动关系？传统的劳动经济学认为，劳动关系是指劳动者与用人单位（包括各类企业、个体工商户、事业单位等）在实现劳动过程中建立的社会经济关系。劳动法律关系的一方（劳动者）必须加入某一个用人单位，成为该单位的一员，并参加单位的生产劳动，遵守单位内部的劳动制度；而另一方（用人单位）则必须为劳动者提供工作条件，不断改进劳动者的物质文化生活，并按照劳动者的劳动数量或质量给付其报酬。可见，劳动关系是通过劳动，即“ 用工 ”建立起来的关系。劳动者同谁建立劳动关系？《劳动合同法》没有答案。《劳动合同法》第 10 条第 3 款规定：“ 用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。 ”其实所有劳务派遣的劳动合同都是在用工之前即被派遣之前订立的。由此可以认为，劳动者是同用人单位建立劳动关系，因为劳动者与用人单位签订劳动合同。也可以认为是同用工单位建立，因为订立了劳动合同劳动关系并没有建立，而是在用工之日才建立，也就是从被派遣到用工单位后，由用工单位用工之日才建立劳动关系。根据《劳动合同法》第 59 条和第 60 条，实际上劳动报酬由用工单位支付、劳动者的社会保险费用由用工单位承担，用人单位不能从中有任何克扣行为。可见用工单位才是劳动关系的真正主体。

纵观《劳动合同法》中有关劳务派遣规定的整体内容，只能得出这样的结论：与劳动者签订劳动合同的劳务派遣单位实际上只是劳动力资源的管理者，其从劳务派遣中获得的收益也只是管理费用或者说到底，只是管理劳动所带来的报酬。而用工单位是劳动者提供“雇佣”劳动的事实对象，是劳动过程的直接指挥者、监督者和劳动成果的真正受益者，是劳动者的“雇主”。笔者认为，只有在法律或法规中明确了雇主身份，在一旦发生工伤事故时，才不至产生责任不明互相推诿，劳动者权益无法保障的现象。

四、关于劳务派遣用工形式的“临时性、辅助性和替代性”

《劳动合同法》第 66 条对劳务派遣的用工形式作了限制，即“劳务派遣一般在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。”实践中这一条执行得最不成功。原因是，法律并没有对“临时性”和“辅助性”作更细致的界定。《劳动合同法（草案）》第二三四稿都有“具体工作岗位由国务院劳动行政部门规定”的表述，最后通过时被删除，在实际实施中，劳务派遣单位和用工单位及劳动者对此都顾虑重重。

1. “临时性”使劳动者感到缺少保障。每一次劳动派遣合同的签订，劳动者都不得不考虑到待遇问题、社会保险的接续问题、工龄的延续问题、前后工作的衔接问题等等。而《劳动合同法》第 62 条第（5）项规定的“连续用工的，实行正常的工资调整机制”根本无法实现。用工单位完全能在“正常工资调整”之前终止用工。“临时性”和“辅助性”使劳动者对用工单位也永远产生不了主人公的感觉，而用工单位也无法认同这些劳动者是他们的臣民，从而自觉地想到要为他们与其他职工实行同工同酬。由于劳动者绝大多数时间是在不同的用工单位里流动，他们在真正同其签订劳动合同的劳务派遣单位的管理者那里，恐怕很难形成有血有肉的形象，因此他们在劳务派遣单位也无法实现企业主人的身份。

2. 由于“劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立二年以上的固定期限劳动合同”，“临时性”使得劳务派遣单位频繁承担“被派遣劳动者在无工作期间向其按月支付报酬”，这里还应当考虑到这一期间社会保险费用的交纳和各种难以预测的突发性人头支出，因而增大了用人单位的管理成本。

3. 尽管《劳动合同法》规定用工单位有“对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训”的义务，但“工作岗位所必需的培训”也是需要时间成本的，“临时性、辅助性”使得用工单位在进行较大的战略决策和产品开发时，很难能够把经劳务派遣进入企业的劳动者当成有效资源和依靠力量。

4. 中国的企业目前仍然是以劳动密集型为主，需要的劳动者与劳务派遣的对象类型基本一致。而绝大多数劳动者在企业并非辅助性和替代性的工作。不少企业主趁着企业改制和《劳动合同法》的实施，把本来属于企业正式职工的劳动者强制实行所谓身份转换，变成劳务派遣单位管理的职工，让法律规定的“同工同酬”、“工龄待遇”、“工资调整”等等都得到了“合法”规避，反而容易引发社会对立情绪。“临时性、辅助性和替代性”实质上并没有得到体现。

5. 劳务派遣理所当然包括对境外的劳务输出，而对外劳务输出不可能是“临时性、辅助性和替代性”的。

本条立法的原意是想学习发达国家普遍采用的劳务派遣政策来规范中国的劳务派遣市场，但却忽略了中国目前的国情。发达国家劳务派遣面对的是高端人才，企业需求量小，服务周期较短，而中国劳务派遣的对象是数量庞大、技术能力过低的低端弱势劳动者。二者在就业机会和社会保障等方面都有很大差距。因此笔者认为，对《劳动合同法》第 66 条应进行认真修改，分别不同情况作出不同的规定，建立适应各种岗位的劳务派遣服务方式及合同

期限。对一些小型的企业或生产规模变化较大的企业（如建筑业）以及一些临时性、季节性的工作岗位，可以规定为“ 临时性、辅助性和替代性 ”，而对于一些大型的劳动密集型产业则应保持劳动队伍的基本稳定，或延长派遣时间，或明确规定长期性岗位不能使用劳务派遣工。而对境外的劳务输出则应当根据其特点制定与之相适应的法律规范。

五、被派遣劳动者应当在劳务派遣单位参加工会

对此中华全国总工会曾经出台过一份《关于组织劳务派遣工加入工会的规定》提出“ 劳务派遣工应首先选择参加劳务派遣单位工会 ”的意见，这是合乎实际的。对于绝大多数从事“ 临时性、辅助性和替代性 ”工作的劳务派遣工，只能是参加劳务派遣单位的工会。工会是对劳动者开展教育培训和保护劳动者权益的重要力量，法律不应当仅仅申明劳动者“ 有权参加 ”，更应当明确规定劳务派遣单位必须成立工会，为工会开展活动提供条件。全总《规定》还要求“ 在劳务派遣工会员接受派遣期间，劳务派遣单位工会可以委托用工单位工会代管。”这也是很有创意的做法。在向同一用工单位派遣人数较多时，还可以组成工会小组，甚至选举或指派小组负责人，以集体形式交由用工单位工会代管。既方便同用工单位勾通，也能够协调各方关系，及时向工会组织反映情况，有效为劳动者维权。

劳务派遣在国外多称之为劳务租赁或人才租赁，在发达国家已经形成了行之有效的运行和管理制度。我国拥有数量庞大的各种类型、各种层次的劳动力资源。劳务派遣对我国劳动力市场的建设、劳动力资源的合理配置确有不可忽视的重要作用。但我国的国情决定，我们既要向发达国家学习，引进其先进的管理和运作模式，又不能不切实注意到我国社会主义市场经济正处于不断创新和完善阶段这一现实。笔者认为，国家和地方各级人大、政府应当对急速发展的劳务派遣经营活动进行专题调查和专门研究，不断完善立法。《劳动合同法》施行之前，不少地方政府曾制定过一些劳务派遣管理规定。这些地方规范性文件是各地对劳务派遣工作多年管理的经验总结。国家法律应当充分吸收既有的经过实践检验的各地政策精华，使国家法律更准确地把握社会现实，使劳务派遣能真正有利于我国经济社会的和谐发展，有利于建设全体人民各尽所能、各得其所而又和谐相处的社会。

作者单位：安徽良实律师事务所

从仲裁协议效力的主体溯及范围
浅谈商事仲裁中可否追加第三人的问题

张俊杰

【内容摘要】民商事仲裁的各方当事人即应是订立有效仲裁协议（或仲裁条款，下同）的各方当事人，这是众所周知的。但在某些非特定情况下的仲裁案件进行过程中，往往会出现非仲裁协议的人申请参加到，或者被仲裁当事人要求追加到已经开始的仲裁程序中来（本文即指第三人），有人对此认为可以将其追加为第三人，但有些人却持反对意见。本文主要从仲裁协议的效力溯及范围对仲裁协议的效力可否无限扩张以追加非仲裁协议当事人为第三人的问题进行研究，以期对仲裁实务有所帮助。

【关键词】仲裁协议　效力溯及　第三人

引言：

近二十年来，伴随着仲裁法学理论的更新、改良和法律的改进，各国立法和实践开始从把仲裁作为诉讼的补充方式加以限制与严格监督向鼓励与支持仲裁方面转变。这种转变体现为可仲裁事项范围的扩大、仲裁程序更为有效与灵活等。但是近年来出现的仲裁协议效力扩张的理论，将仲裁主体范围不断扩大，一个突出表现为仲裁协议的效力向非书面签约的第三人延伸，这对仲裁理论与实务的基石——仲裁协议带来了不小的冲击，同时，在某些非特定情况下的仲裁案件进行过程中，往往会有非仲裁协议的人申请参加到，或者被仲裁当事人要求追加到已经开始的仲裁程序中来。故有人认为，为减少讼累，且不割断具有内在联系的法律关系，可以扩张仲裁协议效力，根据当事人的申请追加上述非仲裁协议的人为第三人。但是，笔者认为，仲裁协议并不能无限扩张（特定情况下可视情具体对待，如隐名代理中代理人订立的仲裁协议对被代理人的效力，仲裁一方当事人主体资格发生变化情况下的仲裁协议的拘束力，合同转让情形下仲裁协议的拘束力等特定情形，本文对此不做探讨），否则将导致仲裁失去其当事人合意的本质，本文主要探讨仲裁协议的效力溯及范围对仲裁协议的效力可否无限扩张而追加非仲裁协议当事人为第三人的问题。

一、仲裁是否要有诉讼中的第三人制度

第三人制度的产生是社会经济发展和司法理论实践探索的产物。在民事诉讼法中设立第三人制度，是为了简化程序，减少讼累，提高审判效率，防止法院对同一问题作出互相矛盾的判决。有利于彻底解决彼此有联系的各种争议，不割断相互之间有内在联系的法律关系，保护当事人的合法权益。该第三人可分为两类：有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人。有独立请求权的第三人参加诉讼，实际上是提起了一个新的诉。在这个诉中，原告是该第三人，被告是原诉中的原告和被告，诉讼标的是本诉中的诉讼标的全部或部分，其参加诉讼以后，承受原告的诉讼权利和义务。法院在审理案件的过程中发现存在有独立请求权的第三人，如没有提出诉讼请求的，应通知其诉讼发生的情况，但不能主动追加其为当事人。有独立情求权的第三人有权决定或者参加他人已经开始的诉讼程序，或者自己另行起诉，或者放弃权利不提出任何请求。有独立请求权的第三人提起的诉讼可以与本诉合并审理，也可

以分开。无独立请求权的第三人是指对当事人之间争议的诉讼标的虽然没有独立的请求权，但案件的处理结果，可能同他有法律上的利害关系，为了维护自己的利益而参加到已经开始的诉讼中来的人。他可以自己申请参加诉讼，法院也可以通知其参加诉讼。

正因为诉讼第三人制度的优越性以及诉讼程序与仲裁程序的相似性，可否在仲裁法上确立类似于诉讼第三人的制度引起人们的注意。赞同者认为，所谓仲裁第三人就是指对仲裁当事人的争议标的有独立的请求权，或虽无独立的请求权，但案件的处理结果同他有法律上的利害关系，为保护自己的合法权益而参加到仲裁程序中的人。根据这个定义，仲裁第三人亦包括有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人两种[①]。目前认为仲裁程序中应设第三人制度的主要有以下两种观点：

1、区别对待说。按照这种观点，仲裁和民事诉讼是解决民商事争议的重要方式，都属于解决民商事纠纷的法律制度，两者均可设立第三人制度，但应有所区别。具体说来，对于有独立请求权的第三人，因其对双方争议的标的享有实体权利，仲裁庭应依其申请允许其参加仲裁活动，无论其与仲裁当事人是否订有仲裁协议，都不影响其以第三人的身份参加到仲裁程序中来；对于无独立请求权的第三人，凡其与仲裁当事人一方订有仲裁协议且符合第三人条件的，仲裁庭均可追加；没有仲裁协议的，则不可追加。

2、准司法说。持这一观点的人把仲裁的准司法性作扩大解释，认为仲裁协议的效力、仲裁员的权力、仲裁裁决的承认和执行等方面的依据，均来源于国家法律，换言之，仲裁具有准司法性，仲裁员可象法官一样，依案件情况追加第三人参加仲裁。根据第三人在仲裁活动中所处地位和利害关系的不同，可分为两种情况：有独立请求权的第三人参加仲裁是为了维护自己的合法权益，以独立的实体权利人的资格，向仲裁机构提起了一个新的诉求。而无独立请求权的第三人参加仲裁，是因为案件的处理结果可能使他负有法律义务，因此参加到一方当事人进行仲裁活动。虽然整个仲裁程序因第三人的加入而面临两种法律关系，但是仲裁机构应把两个方面的争议合并审理，以便彻底解决全部争议。也有人认为，有独立请求权的第三人以提出仲裁申请的方式参加仲裁，其可能与已开始仲裁程序的当事人之间有仲裁协议，也可能没有。在没有仲裁协议的情况下，有独立请求权的第三人之所以能获得仲裁当事人的资格，是因为仲裁协议的效力有一定的扩张性。而无独立请求权的第三人参加仲裁程序并不以该第三人与其支持或反对的一方有仲裁协议为前提，而且其参加仲裁程序的方式或是自己申请参加，或是由仲裁庭通知参加。

上述关于第三人的观点，有一个共同的不足，那就是生搬硬套诉讼法上的第三人制度，只看到仲裁程序与诉讼程序的共同点，没有看到仲裁与诉讼的本质区别。诉讼是以国家强制力为后盾的，法院行使的是国家审判权，其管辖权的取得不以当事人的同意为必要条件，所以民事诉讼在本质上是国家公权力介入私人纠纷。这种解决方式具有一定程度上的开放性，公权力可以根据审判的需要扩展诉讼的参加人。即便如此，出于对公民处分权的尊重，在一些特殊的必要共同诉讼中，如继承案件、共同侵权案件仍强调尊重当事人的选择权和处分权，限制公权力的使用。

而仲裁作为一种解决民商事争议的非司法方式，其管辖权取得必须是出自当事人的合意。关于仲裁的性质，国内外不少学者进行过深入的研究，形成了司法权说、契约说、混合说、自治说等主要观点。[②③]但无论哪种学说，都认为仲裁的最大特点是尊重当事人意思自治，而认为第三人可以不经已开始仲裁程序的当事人同意，通过自己申请或者依据仲裁庭通知而参加仲裁程序，必会使仲裁管辖蒙上诉讼化的色彩，强加了非契约性和强制性，从而与仲裁的本质相悖。因此，诉讼中追加当事人是法院的职权之一，是司法权运作的结果，而仲裁庭进行仲裁的权力来源于当事人的授权，因此不能强令第三方参加仲裁。同时，秘密性也是仲裁的主要特点之一，强令第三方参加将使仲裁丧失秘密性。故仲裁庭并不具有自行决定追加

第三人的权力。

二、仲裁协议效力的主体溯及范围不能超越仲裁条款或仲裁程序法律所允许的范围而无限扩张

仲裁协议(arbitration agreement)或称仲裁契约、仲裁合同，是确定民商事仲裁管辖权的必要条件之一，被认为是民商事仲裁的基石，它是指民商事关系的双方当事人合意将他们之间已经发生或者将来可能发生的民商事争议交付仲裁解决的一种书面协议。根据《中华人民共和国仲裁法》的规定，有效的仲裁协议不仅是仲裁发生的前提，而且它还起到排除法院司法管辖的作用。因此，仲裁协议的效力对于当事人的权利影响极大。

受 1958 年《纽约公约》和 1985 年《国际商事仲裁示范法》的影响，世界上大多数国家的仲裁法、仲裁规则和有关国际公约都对仲裁协议有“ 书面 ”及“ 签署 ”要求，普遍认为书面的仲裁协议必须经由当事人签署。我国《仲裁法》第十六条规定，仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前后达成的请求仲裁的协议。仲裁协议应当具有下列内容：(一)请求仲裁的意思表示；(二)仲裁事项；(三)选定的仲裁委员会。由此可知，无论是作为合同中的单独条款还是作为补充协议，仲裁协议的积极生效要件可以概括为以下四点：(一)主体要件。仲裁协议的主体必须是原合同或是从事民事活动的有相应民事行为能力的民事主体。(二)意思表示要件。即双方要有订立仲裁协议的合意。(三)内容要件。有效的仲裁协议必须明确仲裁事项和仲裁机构。(四)形式要件。仲裁协议必须要以书面形式订立。

如果对上述“ 书面 ”及“ 签署 ”作狭义解释，则仲裁协议仅对签署了仲裁协议的当事人有约束力，通过书面签署仲裁协议证明仲裁以合意为标准,由此把签署了有效仲裁协议的签字人和协议可以约束的人联系起来，一方当事人如果没有在书面的仲裁协议上签字，就不受仲裁协议的约束，故此，仲裁协议的效力不能无限扩张。例如：某乙向某甲借款若干元，借款期限届满后，某乙没有还款，某甲即依据与某乙订立的借款合同中的仲裁条款向某仲裁委提起仲裁，其仲裁请求中将某乙爱人某丙作为被申请人之一要求其共同承担还款义务，其理由是某乙与某丙系夫妻，借款为其共同债务，故申请追加某丙，如果你是本案仲裁员，你对某甲的请求如何处理？笔者认为，仲裁的基础是当事人之间的合意，只有仲裁协议的当事人才应该享有和承担仲裁协议对其权利义务的规定，并受根据仲裁协议所作出的仲裁裁决的约束，这成为传统的商事仲裁的原则之一----仲裁协议是界定仲裁争议的基础和依据，仲裁员不能处理该仲裁协议范围之外的争议。故仲裁庭对某甲所请应予驳回。那么，是否所有的仲裁协议都不能扩张呢？笔者认为，特定情况下可视情予以处理，如隐名代理中代理人订立的仲裁协议对被代理人的效力溯及范围问题，代理人虽以自己的名义对外签约，但已表明自己的代理人身份，委托人是合同的真正当事人，承担合同上的法律责任，如果合同中有仲裁条款，应对未签字的被代理人有拘束力。此外，还有如仲裁一方当事人主体资格发生变化情况下的仲裁协议的拘束力，合同转让情形下仲裁协议的拘束力等特定情形，这些只能说是特定情况下仲裁协议效力的有限扩张。如何认定特定情形下仲裁协议的效力，不仅是民商事仲裁理论的重要内容，也是仲裁实践的一个新课题，本文在此不作过多探讨。

意思自治原则既是合同的一项基本原则，又是仲裁制度下一项基本原则。作为当事人意思自治集中体现的仲裁协议被称作“ 现代仲裁制度的基石 ”。如果第三人与仲裁当事人之间不存在仲裁协议，第三人参加仲裁便无从谈起。

另一方面，即使当事人与第三人之间有仲裁协议。如果申请人只向某个人即被申请人主张权利，而没有向其它的仲裁协议当事人主张权利，仲裁庭只能尊重当事人的意愿，而不能违法越俎代庖追加第三人，即便第三人得知仲裁程序开始后主动要求参加仲裁，仲裁庭也不

能超越当事人的意愿而同意其参加仲裁。如果当事人的请求与第三人有法律上的利害冲突，那么其请求可能不能或至少不能全部成立并得到仲裁庭的支持；第三人如认为自己的利益受到仲裁程序的威胁，在有仲裁协议的前提下可以依据仲裁协议另行申请仲裁，如没有仲裁协议可直接向有管辖权的法院起诉。当然，如果已开始仲裁程序的当事人与第三人达成一致意见，第三人因而参加仲裁程序，此时三方实际上达成了一个新的仲裁协议，新的仲裁程序取代了原仲裁程序，第三人也就演变为一方仲裁当事人，在这种情况下，仲裁第三人与诉讼第三人无任何相似之处。国际上也大多认为，仲裁条款是当事人意思表示一致的结果，不允许将未签约的第三方纳入，除非第三方也是同一仲裁协议的签订者，否则它就不能介入另外两方当事人的仲裁中去；第三方仅与参与仲裁的一方当事人订有仲裁协议，也不能介入另外两方当事人的仲裁。因此，“仲裁庭的权力是有限的，当事人不能授予仲裁庭超越适用于仲裁协议或仲裁程序的法律所允许的权力。对于那些并非仲裁的当事人来说，这尤其重要”。

综上，“无协议，无仲裁”是判辩仲裁协议效力的主体溯及范围的重要原则，仲裁协议效力的主体溯及范围不能超越适用于仲裁条款或仲裁程序法律所允许的权力，而追加非仲裁当事人为仲裁案件的当事人。如：李某与丁某签订《借款合同》一份，丁某向李某借款人民币五万元，借款期限为三个月。《借款合同》中双方约定丁某以其拥有的无产权纠纷的轿车一部，为上述借款提供抵押担保。上述《借款合同》中约定的质押物轿车实系杨某所有，丁某在向李某借款之前曾与杨某商议用该车作为借款担保。《借款合同》签订时，丁某未告知李某车辆的实际车主，杨某也没在借款合同上签字更未与李某签订书面质押合同，但杨某后将该车的驾驶、行驶证、保险材料等置于李某处，李某亦未仔细核对车主身份状况。借款期限届满后，李某向丁某交涉要求按照合同还款未果，遂向仲裁委提起仲裁，要求丁某立即归还借款，同时提出要求将杨某追加为第三人对上述还款义务承担连带给付责任。

针对上述案例，笔者认为，本案例争议焦点之一在于借款合同中仲裁条款下适格主体的确定，这是杨某能否能列为仲裁第三人及是否承担法律责任的前提。众所周知，合同具有相对性，只能在特定的主体之间发生法律效力，合同一方当事人基于合同，只能向对方当事人提出请求或提起诉讼、仲裁，而不能向与其无合同关系的第三人提出合同上的要求，本案例中《借款合同》系李某与丁某签订，而杨某未在该合同的借贷人或保证人栏内签名，故其并非该《借款合同》的当事人。此外，仲裁作为一种依据当事人各方单独订立的仲裁协议或合同中的仲裁条款解决民商事争议之方式，其历来恪守“无协议、无仲裁”和“自治”的原则，其本身并无第三人制度，且我国《仲裁法》等相关法律对此亦未有规定，故仲裁庭不能超越适用于仲裁条款或仲裁程序法律所允许的权力，适用“长臂仲裁协议”而将其扩大到未签字方。以追加非仲裁当事人为第三人。至于李某与丁某与杨某之间因车辆引发的争议及与此有关之诉求，可依据其他合法途径另行主张。对于李某与丁某所述的关于杨某自愿将轿车及该车的驾驶、行驶证、保险材料等质押于李某处，质押担保成立，其应在本案中承担责任的理由，笔者认为：动产质押时出质人和质权人依法须签订书面质押合同，质押担保始能成立。李某不仅未与杨某就特殊动产——车辆质押签订质押合同，且双方之间亦未在《借款合同》中对车辆质押一事达成书面表示一致。退一步说，即使杨某将车辆及该车的驾驶、行驶证、保险材料等置于申请人处的行为属于质押，依据《担保法》第 64 条第 1 款：“出质人和质权人应当以书面形式订立质押合同”的规定，也因缺乏法定的质押担保所需具备的要式合同形式，而致使质押担保关系未能成立，且即使质押担保关系成立双方也未签订仲裁协议约定仲裁，故李某认为双方间已形成质押担保关系而申请仲裁庭将杨某列为第三人承担法律责任的观点，与法相悖，不应支持。

三、结语

仲裁协议是仲裁制度的基石，对仲裁协议效力的规定可以看出一国对仲裁制度的尊重程度。从国际层面上看，经济发达的国家大多鼓励和提倡国民通过仲裁解决民商事纠纷，且充分尊重当事人意思自治。随着我国经济的快速发展，各种矛盾纠纷愈来愈复杂，这给纠纷解决机制带来了更多新的挑战。仲裁制度作为一种解决民商事纠纷的有效手段，在诉讼资源并不发达的今天，如何有效地尊重仲裁与扩大仲裁的影响，推进仲裁在“ 定纷止争 ”和建立和谐社会中的作用，成为一个新的课题。但目前，如果不加区别地设立仲裁第三人制度，势必会影响仲裁法律关系的整体性和仲裁制度的发展 ;不加限制地允许仲裁庭追加第三人参加仲裁，会引起仲裁程序的混乱，损害了仲裁的优越性，从而损害了当事人的合法权益，更无疑会削弱了仲裁制度在我国纠纷解决机制中的地位与威信。因此，笔者认为，修改我国《仲裁法》已迫在眉睫，明确不能无限扩大仲裁协议效力的主体溯及范围，有限度地将仲裁协议的效力向特定的非书面签约第三人延伸，这既有利于经济的快速发展、市场的有序发展，也有利于我国国内仲裁制度与国际仲裁制度的衔接，更有利于维护仲裁自治性、秘密性的本质要求，同时也能减少错案发生，以减轻法院的诉讼压力、节约司法资源。

参考文献和注释：

①谭兵：《中国仲裁制度研究》，法律出版社 1995 年第 1 版，第 128-129 页；

②刘传慕：《对仲裁庭追加第三人的法律分析》，《人民司法》1998 年第 9 期，第 27 页。

③韩健：《现代国际商事仲裁法的理论与实践》，法律出版社 1993 年第 1 版，第 27-33 页。

④比烈兴：《论仲裁协议》，载《国际商事仲裁文集》，中国国际商会仲裁研究所编译，中国对外经济贸易出版社 1998 年第 1 版，第 57 页。

作者单位：安徽方振律师事务所

发挥律师作用 防范私募股权投资风险

范大平　曹勇前

【内容摘要】私募股权投资作为一种投资方式，在当前的投融资领域已经占据了越来越重要的地位，但因这种投资方式涉及到诸多复杂的法律关系，潜在许多法律风险，因而需要律师介入，使其活动合规合法。

【关键词】私募股权投资　律师　作用

近年来，中国经济高速增长，尽管全球遭遇金融危机，但中国的私募股权投资仍以前所未有的速度在迅猛发展。私募股权作为一种投资方式，在当前的投融资领域已经占据了越来越重要的地位，但因这种投资方式涉及到诸多复杂的法律关系，潜在许多法律风险，因而需要律师介入。

一、投资私募股权投资存在诸多法律风险

私募股权投资，从投资方式角度看，是指通过私募形式对私有企业，即非上市企业进行的权益性投资，在交易实施过程中附带考虑了将来的退出机制，即通过上市、并购或管理层回购等方式，出售持股获利。

由于私募股权投资机构一般是由私人创办，自有资本少，且人数不多，投资者委托理财后，收益完全是靠私募股权投资经理的个人表现甚至道德水准，面临的市场、操作、法律和信誉等方面风险都很大。其法律风险主要有以下几点。

（一）投资有可能被骗。2007 年宁夏“私募股权投资”诈骗案造成 200 余名群众上当受骗，涉案金额达 600 余万元。近年来，这种打着私募股权投资的幌子涉嫌非法集资犯罪的案件有逐年上升趋势。此类案件存在非法性、面向不特定人群、承诺保底收益、承诺高额回报四大特点。

（二）难防暗箱操作。由于私募股权投资相关法律法规尚未建立健全，且信息披露要求远不及公募基金严格。这就不能排除部分不良私募股权投资或私募经理暗箱操作、过度交易、对倒操作等侵权、违约或者违背善良管理人义务的行为。这将严重侵害投资人利益。由于我国在法律上对私募股权投资尚没有明确的规定，缺少法律监管，没有相应的法律制度导致我国的私募股权投资业水平良莠不齐。缺乏合法身份的私募股权投资对自我保护意识相对较弱的中小投资者是一把双刃剑。一方面部分私募股权投资灵活的操作手法和成功的运作水平为投资者带来较大的投资机会；另一方面，中小投资者普遍缺乏自我保护的能力及有效手段。

（三）利益得不到法律保障。在我国，委托理财时设定“保底条款”是无效的，因理财者代表委托人进行操作，其行为的一切后果都由委托人自己来承担，所以，一但出现亏损，全部后果都由委托人自行承担。在这样的情况下，私募经理们代客理财却不需承担任何严重后果，其“道德”免不了受到巨大考验。如果投资管理人从事为他人锁仓、拉抬，以及其他不正当投资行为造成损失，委托人也很难追索其投资损失。投资者的资金安全还存在法律风险。证券法规定，投资者必须以本人名义开立证券账户，以他人名义开户的行为不受法律保护。

二、投资者如何防范私募股权投资风险

那么投资人在私募活动中如何防范风险呢？我们认为应当做到以下几点：

（一）密切注意相关政策的动向。我国私募股权投资受政策影响较大。因此，投资者应密切注意政策动向，防范因政策变化或调整所带来的风险。

（二）进行投资优化分析。在掌握大量信息的基础上，投资者应依靠经验或技术方法进行风险分析，优化投资策略，最后确定适合投资者的最佳方案。在现行法律约束不完备的情况下，投资者投资前应多方调研，尽可能多地获得私募股权投资及私募经理的信息，尽量选择组织机构正规固定、内部管理健全规范、内部控制完严密完善、专业、诚信、有实力、业绩优秀的私募股权投资与私募经理。

（三）采取组合投资与联合投资策略。由马克-伟兹提出的“ 投资组合理论 ”,有助于投资者的投资操作。“ 投资组合理论 ”是以分散投资来降低投资风险的。该理论认为,当几种投资组成一个投资组合时,其组合的投资报酬率是个别投资的加权平均,几个高报酬的投资组合在一起仍能维持高报酬。但其组合的风险却因为个别投资之间的不同涨跌的作用而抵消了一部分,因此能降低整个投资组合所具有的风险。组合投资是投资者按照内部资本的组合原则进行的投资，而联合投资则是投资者按照外部资本的组合原则而进行的投资。通过实施组合投资与联合投资，保持资本的流动性和快速变现能力，可以有效地规避投资的流动性风险。

（四）合理安排投资期限，加强资金的流动性。任何资金在投资时，都要遵循收益性、流动性及安全性原则。因此投资者在对投资私募时应合理安排投资期限，确保资金的流动性。

（五）进行专业化投资。有意识地选择自己比较擅长或熟悉的行业，谋求专业化发展。这样对于其所投资的风险企业的技术比较熟悉和了解，可以较好地判断技术创新的成败，并及时做出应对措施，避免过多的损失。

（六）强化过程监管。私募股权投资信息披露要求相对低一些，通常无需向证券监管部门进行登记，且其不透明的管理模式，也使投资者丧失部分监控权。在这种情况下，投资者本身就需要主动定期、不定期地要求私募股权投资披露信息，包括但不限于投资品种及其组合、基金净值及其变化、重大事项、可能重大风险等等，增加其透明度，以最大限度防范潜在风险，保障投资者权益。

三、充分发挥律师作用防范私募股权投资风险

因私募股权投资方式涉及到诸多复杂的法律关系，潜在许多法律风险，因而需要律师介入。

（一）私募股权投资的成立过程需要律师参与，使其活动合规合法

私募股权投资成立需要律师提出咨询意见使之合规合法。由于我国目前尚未出台专门的私募股权投资法及有关法律、法规或文件，只能依据现有的《民法通则》、《公司法》、《合伙企业法》等法律法规作为建立私募股权投资的依据。私募股权投资的审批、注册登记、资金募集、资产评估、外汇管理等方面的法律问题必须依赖律师把关，需要律师帮助私募股权投资的发起人起草合作协议、拟定章程、办理公司的审批和注册登记等等。律师提出咨询意见的方式通常有（1）建议：应该如何做，即律师的观点和意见，为什么要这样做，即律师阐述提出的观点的理由及其法律依据；（2）提出法律依据：法律、行政法规、地方性法规的规定，国家及地方政策性文件规定，有关司法解释或司法实践中的惯例等；（3）拟定选择方案；（4）提供其他相关资料；（5）草拟、审查、修改法律事务文书，使之符合法律规定。审查的步骤一般是：（1）了解情况；（2）查找依据；（3）提出审查意见；（4）完善合同条款。

（二）私募股权投资需要律师参与寻找投资获利对象

私募股权投资机构成立以后，需要寻找投资对象，亦需要律师帮助私募机构选择合适的投资对象，制作相关的投资合同，对拟投资目标企业的主体资格、资产和财务状况、公司治理结构和规章制度、债权债务状况、有无诉讼纠纷等方面进行全方位的尽职调查。帮助投资人寻找合适的投资项目，并从法律上进行论证。通常，投资人只有在得到律师对投资计划的法律可行性认可之后，才会进入到下一阶段。 一个投资项目，在经济上好象有利可图，但凭商人敏锐的直觉又感觉存在某种风险，却又不知是什么风险。律师介入后，可以帮助其发现法律上的风险，并且确定这个风险程度有多大，进而帮助私募股权投资管理人进行放弃还是上马的决策。中小企业需要钱，私募股权投资要给你投资，作为投资方必然要考虑资金投入以后能不能很好的收回投资回报？实际上这就有一个它对于目标企业进行调查的过程，这个调查称之为尽职调查，对目标企业的主体资格、经营的状况、通过律师充分有效的调查，得出一个结论，最后出具一份调查报告，作为投资方可以基于报告对目标企业作出判断。如果经过前期的尽职调查，可行性分析，双方有了一定的合作意向之后，投融资的双方要签订一个合作意向书，同时根据合作意向书在签订控股协议或者其他的协议，这些工作，在私募股权投资进入企业过程当中需要律师开展。在《投资基金法》在出台之前，私募股权投资融资或者募集资金，只能依据合同来执行，其中往往涉及抵押、质押、保证等担保合同或信托合同，权益分配合同等，这就需要律师帮助签订这些合同。

（三）与投资对象进行谈判时，需要律师要参与谈判并提供法律服务

律师有较丰富的谈判实战经验，律师经常要做的工作就是谈判，如在法庭调解阶段需要谈判，庭外和解阶段需要谈判，帮助他人调解解决纠纷需要谈判，律师还经常要帮助客户进行商务谈判，谈判时口头表达能力很重要，这点通常也是律师的强项 。律师在与投资对象谈判时的工作主要有：(1）审阅各种法律文件，包括投资方和被投资方递交的材料，主要内容有企业的章程、股东协议等，重点在于对被投资公司的股权结构及有关知识产权及专有技术的合法有效性的审查；(2）参与商业计划的制定，起草各种法律文件，主要是股权架构、方案及投资协议的制定；(3）参与谈判协商，确定和保障投资商的投资权益；(4）注册登记阶段。律师参加谈判要做好以下工作：了解谈判意图及目的，收集有关的资料、情报及有关法律、法规、政策的规定，通过各种途径和渠道，弄清对方的资金情况和生产经营状态，确定谈判方案以及合同的基本条款，回答对方提出的法律问题、阐述对合同条款的观点，协助做好合同整理、合同审批等工作。

（四）需要律师监督、协调投融资各方在项目运作中的关系

作为私募股权投资的律师，在企业获得投资并正常运营后，可以代表私募股权投资管理人行使投资权益，对企业的资产、尤其是企业的无形资产等进行监督、协调投融资各方在项目运作中的关系。此时律师的工作主要有：(1）提供投资调查分析，为企业产品市场前景进行市场调查和分析的服务，帮助目标企业确定市场定位；(2）帮助目标企业选择战略合作伙伴，并且可以作为代理人协助客户与潜在的合作者进行接触，参与谈判，促成双方的合作；(3）提供商标注册及保护、专利申请及保护服务，律师能够协助企业进行商标注册和专利申请，同时能够协助企业主张相关权利。

（五）需要律师参与拟定被投资方公司内部权益的分配模式

在当今的企业中，除了需要资金的投入外，技术和管理也是企业不可缺少的组成部分，故技术持有人、管理者与公司之间的利益分配问题也是现代企业中容易发生纠纷的环节。公司利益分配的主体包括企业创始人，技术持有人，高层管理人员等，他们在不同的情形下可能会与公司签订不同性质的合同，譬如劳动合同、劳务合同、合资合同、合作合同等。同时公司的股权如何分配，是否可以转让，设定什么样的转让条件，知识产权归属如何等等，上

述这些问题的解决均需律师给予专业的建议和指导。 律师作为私募股权投资的法律顾问，应当参与拟定被投资公司内部权益的分配模式，至少是要提出符合法律规定的合理化建议。

（六）需要律师参与制定私募股权投资投资的退出方案，参与执行投资的退出业务

私募股权投资进入之后是为了收到回报。当私募股权投资投入的企业经营得很好，回报也收到的时候，就会有退出的问题。私募股权投资如何退出是个比较复杂的过程，作为律师就要协助私募股权投资管理人与目标企业进行谈判，去确定一些产权、制定非常适合双方退出的方案，比如说，私募股权投资既可通过上市、又可通过并购退出，哪一个方案最适合双方？律师就要制订方案，协助和帮助基金管理人去办各方面退出的手续，甚至做上市前的准备及为企业的上市提供进一步的深层次的法律服务，这个内容就是律师在退出过程当中要做的工作。私募股权投资投资的退出模式主要有回购、转让和上市等几种。在私募股权投资准备撤回资本时，各种退出模式的利弊权衡、具体退出模式的选择、退出过程中相关法律文件的起草、有关会议和谈判的出席等众多问题都离不开律师的参与。这里相关的工作包括：(1) 谈判协商，起草审阅各种交易文件；(2) 拟定整个退出程序方案，制作所涉及的法律文书；(3) 同证券管理部门及相关政府机构接触，出具法律意见书等；(4) 产权的确定和评估；(5) 代理当事人办理各项登记手续。私募股权投资投资的退出是项目的最后一个阶段，无论项目是成功还是失败，都需要律师的参与，协助私募股权投资管理人最大程度地收回投资和获得利益。

（七）私募股权投资各阶段均需要律师尽职调查

可以说，律师的尽职调查是私募股权投资安全性的重要保障。尽职调查，是专业律师以其法律的职业道德和权威性的信赖为背景，对被调查公司的主要状态做出的实质性审查和法律评价。实质审查是对公司从设立开始，依据公司的文件和人员描述，对经营中的各种事实、事件及其现在的状态所进行的审查和核对。

律师尽职调查原则有以下几方面：(1) 真实性原则，将被调查企业已经发生和已经存在的事实的真实情况原原本本的反映出来，不能为了迎合委托人的需要进行包装歪曲事实。(2) 准确性原则，要对企业的众多信息进行适当的选择、取舍，把企业真正所需要的信息反映出来。(3) 完整性原则，律师在搜集信息的过程中，要注意信息之间的内在联系，不要一叶障目，随意取舍，以求最大限度地全面收集企业的信息。(4) 保密性原则，在律师调查中，对涉及到企业的核心信息、重大决策和商业秘密有保密的义务，通常在尽职调查前双方需签订一份保密协议。(5) 独立性原则，律师的尽职调查工作需要独立完成，对于律师能够调查到的事项，需要亲历亲为，不得委托其他机构代为进行。

律师尽职调查的内容，以私募股权投资参与企业并购为例，至少应包括以下内容：对目标公司的组织和产权结构进行调查，对附属法律文件的调查，对目标公司债务和或有义务的调查，对地方政府规定的调查，对税务政策的调查，对目标公司财务数据的调查，对目标公司已有管理和人才资源的调查，对法律纠纷情况调查，对资产情况的调查，对目标公司经营状态的调查，对目标公司保险情况调查，对实质性协议的调查，对环境问题的调查，对市场开拓和价格问题的调查，有关知识产权的调查，等等。

（八）私募股权投资管理需要律师

私募股权投资其实不是一个特定的法律概念，在我国现阶段，证券市场中所谓“ 私募股权投资 ”，其实是相对于依法设立的公募证券投资基金而言，是通过非公开宣传，私下向特定少数人募集资金进行的一种集合委托理财行为，它与公募基金不同，尚不具备法人的地位，基金法也把他们踢在外面的，所以一般实行有限合伙的出资方式，出钱的人不用管事，管事的人不用出太多的钱。那么就带来责任问题、约束机制和利益分配等问题需要律师帮助解决。总之，私募股权投资的发展离不开律师作用的发挥，只有充分发挥律师的作用才能防范投资

风险，促进私募股权投资的良好发展。

注释：

① 何广怀《股民委托民间私募基金炒股须防范三大法律风险》，http://news.nen.com.cn 东北新闻网

②佚名《民间私募基金投资常见风险及法律对策》，10http://www.stock2000.com.cn 中天网

② 季成《律师在私募股权投资基金运作中的作用与实务》，http://www.deheng.com.cn/asp/PAPER/html/200861623401628.htm

④佚名《公司应重视律师在商务谈判中的作用》，中国企业法律顾问网站 2009-5-8

⑤季成《律师在私募股权投资基金运作中的作用与实务》，http://www.deheng.com.cn/asp/PAPER/html/200861623401628.htm

⑥徐孝云《私募股权投资中律师的作用》，江苏中小企业法律服务网 2009 年 5 月 28 日网页

作者单位：安徽深蓝律师事务所

海水与火焰的博弈
——论律师见证业务中的风险防范

徐艳艳

【内容摘要】尽管我国现有法律尚未对律师见证业务作出系统规定，但在实践中，律师见证业务已日渐增多，成为律师执业创收中的一个新的增长点。但目前，大多数人对律师见证的内容、形式和效果并不了解，甚至部分律师本身对律师见证中律师具体要尽到哪些职责义务也不是很清楚。律师见证不同于公证，法律并没有赋予律师见证如公证一般具有法定的证据效力，律师见证业务看似简单，实则暗藏风险。一边是海水，一边是火焰，如何规避律师见证风险，做到防患于未然已成为现在急需解决的问题。针对律师执业中的这一现状，本文结合现实生活中发生的几则真实案例，简要谈谈这方面的问题，以期为推动律师见证业务的规范和发展尽到自己应有的作用。

【关键词】 律师见证 效力 内容 风险 风险防范

2008 年 7 月底，尚在监狱中服刑的叶某委托律师向上海长宁区法院提交诉状，状告 4 年前为他和西安的一家公司签署合同提供律师见证服务的上海一家律师事务所。至此，律师见证中的风险亦由此被律师界及社会所关注。

律师见证业务作为一种非诉讼法律服务方式，是近年来律师业务的新增长点，但由于目前为止，我国立法没有明确赋予律师见证的法律地位，也没有明确的法律条文对律师在见证过程中所处的地位，所应承担的责任等进行规定。这种现状为律师见证业务的发展带来很多潜在的障碍。本文现特针对律师见证过程中存在的风险及风险防范进行简要论述。

一、律师见证概述

律师见证，是指律师根据当事人的申请，以律师身份在场，以律师事务所的名义，根据自己的亲身所见，依法对具体的法律行为或法律事件的真实性、合法性进行谨慎审查证明的一种律师非诉讼业务活动。

在我国现有的法律体系中，以中立第三人名义进行证明活动的主要是公证与律师见证，两者之间区别体现在以下几个方面：

第一，律师见证是律师根据当事人的委托，以律师事务所及见证律师的名义，对当事人的申请事项的真实性、合法性进行审查并予证明的活动。公证是公证机关代表国家经过法定程序所进行的证明活动。

第二，律师见证在法律上仅作一般的证据证明，在诉讼中律师见证文书经人民法院审查认定才具有证据效力，而公证文书则具有法定的证据效力，公证的证明效力强于律师见证。

第三，律师见证的范围有一定的局限，凡是国家规定必须公证的事项只有经过公证才能生效，不能进行律师见证。[②]

由此可见，律师见证的属性，是属于民间证明的范畴，相对以国家名义进行的公证，程序比较方便、灵活、快捷，这是律师见证的优点，也是律师见证业务快速发展的原因之一。但同时，律师见证实质是一种证明活动，不是律师的代理行为，它是律师根据现行的法律法

规，对有关法律事实的真实性、合法性进行确认，是以律师事务所与承办律师共同名义，而不是以被代理人的名义去活动，因此，律师见证不是律师的代理行为，委托人与律师事务所之间是委托关系，而不是代理关系。所以，从法律性质上看，律师见证仅为证据中的证人证言，效力层次远低于其他证据。③

二、律师见证的内容及效力

（一）律师见证的内容

律师见证的内容，是律师对具体的法律行为或法律事件的真实性、合法性进行谨慎审查证明。

律师见证业务操作过程中，不仅要审查法律行为或法律事件的真实性，还要审查合法性；不仅要从形式上审查，更要从内容上审查；不仅要见证双方当事人签字行为是真实意思的表示，而且要见证合同内容的合法性和真实性：

1.首先严格审查核实当事人的主体资格，查明当事人的真实身份，其权利能力和行为能力以及相应代理人的代理资格、代理权限。

2. 对当事人的资信状况、履约能力以及合同履行的可行性进行审查。

3. 严格审查核实见证事项的真实性和合法性。

4. 最后还应当确定当事人的意思表示是否真实、明确，是否存在因欺诈、胁迫、乘人之危而使对方当事人作出违背真实意思的表示的情况，以及当事人是否存在重大误解的情况等。

（二）律师见证效力

1. 律师见证对双方当事人都具有一定的约束力。这是因为双方当事人既然自愿申请律师见证，而且双方之间的法律行为也业已经过律师见证，并具有真实性、合法性，当事人就不得对已律师见证的事项随意变更、修改或废止，而应自觉履行。

2. 律师见证具有证据效力。律师见证是律师以自己特殊的身份、丰富的法律专业知识，并以律师和律师事务所的名义，作为见证人，从第三者的角度，客观公正地证明当事人的有关法律事件或法律行为，这在客观上使被见证对象具有真实性和合法性，同时还具有一定的权威性。因而在双方当事人发生纠纷引起诉讼时，通常可作为认定事实、确定双方当事人之间权利义务关系的证据。④

三、律师见证业务中存在的风险

律师见证表面上看似简单，实则却是具有相当的风险。首先，律师见证是由作为法律专业人士的律师接受当事人的委托，就有关的法律行为或法律事实的真实性和合法性进行审查、确认的一种律师业务类型。律师见证有两个目的：一是见证某一法律行为或法律事实的真实性；二是见证某一法律行为或法律事实的合法性。在确认达到上述两个目标的前提下，律师才可以向当事人出具律师见证书。正是由于律师见证书是律师对见证事项进行严格审查后作出的，当事人居于对专业人士的信任，一般都会对被见证了的事项产生合理信赖的心理。在见证事项出现法律纠纷或法律纠纷涉及到见证事项时，当事人往往直接以律师见证书为证据，证明见证事项的真实性和合法性。但律师见证毕竟不同于公证，法律并没有赋予律师见证如公证一般具有法定的证据效力。从法律属性上看，律师见证应当归属于“人证”或“私证”。律师见证在法律上仅作为一般的证据，即“必须查证属实，才能作为认定事实的根据”。这就有可能在当事人的预期心理和实际结果之间产生一个差距，即当事人居于对律师的信赖

而信赖的律师见证结论，与查证属实的实际情况的差距（包括真实性和合法性方面），这个可能存在的差距就是律师见证风险滋生的温床。[⑤]

另外，由于律师见证业务不属于律师的传统业务范畴，没有丰富的执业经验可供执行和参考，没有现成的规律可以借鉴和使用。加之部分律师在见证过程中，操作程序不够规范，律师本身未能很好尽到律师应有的审慎义务，从而导致在实务中律师见证业务会存在而被法院判定为无效的情形，从而导致委托人与律师、律师事务所纠纷和矛盾的产生。

四、如何防范律师见证过程中存在的风险

相对于“公证”，见证属于“私证”，我国《民法通则》以及相关民商事法律并未对“私证”作出相应规定，其效力在诉讼中需要人民法院进行认定，如见证行为被确认无效，见证人所承担的责任往往高于公证无效的责任。虽然现在有一种观点认为律师见证仅仅是见证该事件形式上的合法性即可，但事实上，当被见证的事件发生纠纷诉诸法院后，法院的审查往往是从事情的起因开始审查，即进行的是实质审查，而不是形式审查，于是很多仅进行了形式审查而忽略了实质审查的见证最终被法院认定为无效。

在法律体系中，规定了律师见证的基本原则，即：1、自愿原则，即根据客户的申请就客户申请的事项进行见证；2、 直接原则，即仅能就律师本人视眼所见范围内发生的具体法律行为及法律事件进行证明；3、公平原则，即真实的反映客户的意思表示，客观的确认正在发生的法律行为；4、回避原则，即律师不得办理与本人、配偶或本人、配偶的近亲属有利害关系的见证业务；5、坚持以事实为根据，以法律为准绳的原则；6、保守客户秘密的原则。但这些基本原则只能起到一定的指导作用，远远不能满足律师在日常执业过程中的需要。

如何防范和规避律师见证中的风险，在律师见证业务不断增加的今天，已经是一个我们必须面对的严峻问题。笔者下面就通过几个案例，直观审视在律师见证过程中存在的问题，以此增强律师执业的严肃性和严谨性，规范见证，防范风险：

（一）律师见证应当严格核查当事人的资格

2001 年，上海汝林公司的曹××以公司的名义向周先生借款 65 万元，品森公司常务副董事长兼总经理陈××代表品森公司为汝林公司进行担保，上海某律师事务所陈律师为借款合同进行见证。合同约定，合同经三方签字盖章并经律师见证后即生效。陈律师审查了曹××提交的汝林公司营业执照、法定代表人证明、授权委托书以及曹××本人的身份证复印件，出借方周先生提交的身份证复印件，担保方陈××代表品森公司出具的营业执照、授权委托书。因陈××没有提交身份证复印件，陈律师没有出具律师见证书，但在借款合同的见证律师一栏加盖了律师章。出借方周先生据此向曹××移交了款项，曹××拿到借款后不久消失，经查汝林公司早已被吊销营业执照，陈××提交的品森公司的授权委托书所盖的公司印章是伪造的。万般无奈，周先生将陈律师所在的律师事务所告上法庭。上海市浦东新区人民法院一审判决该律师事务所赔偿受害当事人人民币 49 万余元。

该案带给我们的思考是沉重的。作为见证律师，仅以当事人自行提供的材料作为认定主体资格的依据远远不够。接受见证委托或申请后，律师首先就应该严格审查核实当事人的主体资格，这其中包括见证律师应主动查明当事人的真实身份信息，其相应的权利能力和行为能力，同时还应审查代理人的代理资格、代理权限等。另外，根据委托见证内容的不同，律师还应对当事人的资信状况、履约能力以及合同履行的可行性进行相应的核实和审查。而对于企业来说，应当全面调查企业的工商登记、税务登记、外贸许可、特许经营、产品标准、专利商标等等，对相关的证据和材料，还应当到有关部门进行必要的调查核实。

在严格核查当事人的资格后，律师才能准确判断所承接的见证业务是否具可操作性和可

履行性，这不仅是对当事人负责，也是律师杜绝见证风险必要措施。

（二）律师见证应当谨慎审查见证事项的合法性

2003 年 10 月，深圳市福田区人民法院判决何女士与深圳某房地产公司签订的《商品房买卖合同》无效。何女士大惑不解，一份经过律师见证的合同竟然无效？原来，深圳某房地产公司在与深圳市国土规划局签订的土地使用权转让合同中就明确规定，开发商所建住宅不得作为商品房进行转让和出售，何女士购买的房屋正属于开发商所建的这批住宅。事后该律师事务所辩解说，律师所做的见证是行为见证，律师只对何女士与某房地产公司在合同上签字及盖章的真实性做见证，并不对所签合同的内容作见证。

从律师见证的目的看，律师见证不仅仅只是对行为的见证，还应对见证事项的合法性进行见证。如果律师只对当事人在合同上签字及盖章的真实性做见证，并不对所签合同的内容作见证的话，律师做为法律人士的专业属性就不能得到体现，同时也与当事人委托律师进行见证的意愿和心理预期大相径庭。这不仅损害了律师的执业形象，也让当事人本可以避免的损害因此发生，从而导致纠纷和诉讼的发生。由此可见，对见证事项合法性的审查不仅是见证律师应担负的义务，也是律师在见证业务中防范风险的手段。

（三）律师见证时应严格审查核实见证事项的真实性

2001 年某月，广东某装饰工程公司与深某商贸公司洽谈某大楼的装修工程。两公司决定共同委托广东某律师事务所为双方签订“ 工程合同 ”进行见证。合同签订后，深某商贸公司一直没有履行约定义务。经查，该公司见证时提交的地址和地块都是假的，所谓的装修工程更是子虚乌有。装饰工程公司居于对律师见证的信赖而与深某商贸公司签订合同，而恰恰就是这种信任，使自己承担了巨大的经济损失。

可以说，见证律师完全辜负了当事人对其的信任，并没有为当事人把好关。连基本的见证事项的真实性都没有审查出来，这不能不说是一种严重的过失和失职。基于种种客观的原因，当事人在委托律师见证前，对委托见证事项的真实性不能完全清晰的掌握，这也是当事人委托律师来进行见证的原因，当事人希望通过专业人员来甄别真伪，保证见证事项能够达到自己的预期。所以，律师在执业过程中，在接受见证委托时，应妥善审查见证事项的真实性，减少纠纷的发生。

（四）见证律师在出具律师见证书之前，应当逐一核查见证材料是否完全符合法律规定的形式要件

2004 年 1 月北京市东城区人民法院的一起判决发人深省。廖老汉与小女儿廖某在一起共同生活。廖老汉单位出售房改房时，小女儿出资，廖老汉以自己的名义买下了他们居住多年的三居室房子。为了使这套住房不致在日后引发子女之间的继承纠纷，廖老汉与小女儿廖某合计，决定请律师来作遗嘱见证。两位律师为廖老汉作了谈话笔录，廖老汉则在谈话笔录上签了字，但没有在两位律师所作的遗嘱上签名。廖老汉去世后，子女们围绕这套住房打了一场官司，结果小女儿廖某败诉，原因是廖某虽持有经律师见证的遗嘱，但因该遗嘱缺少遗嘱人的签名，不符合代书遗嘱的法定形式，因而被法院认定为无效遗嘱。廖某一怒之下，将两名律师所在的律师事务所诉至法院，该律师事务所为此付出了 20 多万元的经济损失。

律师见证的法律文书既要符合法定的实质要件，也要符合法定的形式要件，前面我们谈的更多的是审查见证事项的实质要件，但如果仅关注实质要件，而忽略了法定的形式要件，则难免会百密一疏，酿成惨重后果。因为很多行为是法定的要式行为，不符合一定的形式，法律是不承认其效力的，很多当事人聘请律师进行见证，为的就是避免这样的情况。所以，律师在进行见证过程中，对形式要件的审查亦应有足够的重视，不能在细小的方面犯错误，是自己和律师事务所陷入到风险之中。

（五）除以上几点需要高度谨慎之外，律师从事见证业务还应当遵寻回避原则，尽量不

为自己的亲友作见证 ;遵寻公平原则,但对合同中弱势一方或一般消费者的利益应依法维护;遵寻对法律规定的强制公证的行为不予见证的原则;避免对存在欺诈、胁迫、趁人之危等情况的事项出具见证书，使对方当事人作出违背真实意思的表示等等。[⑥]

一面是随着经济发展在不断增长，并有很大发展空间的新兴律师业务领域，一面是律师在从事见证业务中茫然失措，屡屡犯错的案例教训。一面是海水，一面是火焰，冰与火的冲击也在为我们不断敲响着警钟。为什么在判定律师败诉的判决书中,“ 律师不熟悉法律事务 ”、“ 未尽谨慎审查义务 ”等成为反复出现的高频词。作为一名法律工作者，我们应该时刻提醒自己，严格按照法律规定办事，勤勉尽责、谨慎审查，以专业的角度判别见证事项的真实性和合法性，严格按照法律程序进行律师见证，防范风险，树立律师见证的严肃性和权威性，在火焰与海水的博弈中取得胜利。

注释：

①杜福海：《见证法律行为还是见证法律事实 律师见证业务遇尴尬》,《法制日报》2008 年 11 月 16 日期。

②王明光：《律师见证的效力是什么》，浙江省海宁律师网 2009 年 10 月 10 日。

③钟颖：《防范风险要从律已做起-浅谈律师见证》，上海钟颖律师事务所网 2008 年 10 月 5 日。

④王明光：《律师见证的效力是什么》，浙江省海宁律师网 2009 年 10 月 10 日。

⑤饶卫华：《略谈防范律师见证风险》，法律无忧网 2009 年 10 月 15 日。

⑥顾新玲：《律师见证的法律风险及防范》，首都大律师网 2008 年 4 月 30 日。

作者单位：安徽浩诚律师事务所

论我国劳动争议处理制度的现状及完善

刘　虹

【内容摘要】我国近些年来劳动争议案件逐年增加，而现行的劳动争议处理模式已不能满足现代解决劳动争议的需求，本文对现行的争议处理模式进行分析并指出其缺陷，在将劳动争议分为“权利争议、利益争议”的基础建立“裁审分离，各自终局”的双轨制。

【关键词】劳动争议处理体制　缺陷　争议分类　裁审分离　各自终局

劳动争议处理体制，又称劳动争议处理体系，是指由劳动争议处理的各种机构和方式在劳动争议处理过程中的各自地位和相互关系所构成的有机整体。一套良好的劳动争议处理体制的高效运行，对于出现的大量劳动争议的解决，其作用是毋庸置疑的。另一方面，倘若争议处理体系无法适应妥善处理这些争议的需要，那么劳动者的合法权益就得不到保障,而这势必影响劳动者的工作积极性，进而影响整个社会的经济发展。

一，我国劳动争议处理制度的概述

我国现行的劳动争议处理模式是“一裁两审”体制，根据我国的劳动法的规定,解决劳动争议的方式有四种：协商、调解、仲裁和诉讼。由于协商手段不属于法律调整的范围、故本文中就不作论述。因此，我国现行的劳动争议处理机制可以概括为“一调、一裁、两审”。《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）第79条规定:“劳动争议发生后，当事人可以向本单位的劳动争议调解委员会申请调解；调解不成，当事人一方也可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼”。一九九三年七月六日国务院发布的《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》第6条也规定：劳动争议发生后，当事人应当协商解决；不愿协商或协商不成的，可以向本企业劳动争议调解委员会申请调解；调解不成的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。当事人也可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。对仲裁裁决不服的，可以向人民法院起诉。”

上述规定的实施，标志着我国劳动争议处理体制“一调一裁两审”制度的确立，调解当属自愿，而仲裁则必为前置程序，简称“一裁两审”体制。在九十年代，这种争议处理制度为缓和劳资矛盾稳定社会秩序做出了很大贡献。但是，随着社会的发展、经济体制改革的不断深化，人们的法制观念不断得到提高，劳动争议呈现出前所未有的多样性和复杂性，使“一裁两审”体制越来越不能满足处理劳动争议的需要。

二、现行劳动争议处理体制中存在的问题

（一）实行强制仲裁违背了当事人意思自治的原则，且限制了当事人的诉权的行使。首先，仲裁是一种非行政、非诉讼的纠纷解决方式，自愿原则是仲裁的一个重要原则,即是否启动仲裁程序由当事人自主决定、自由选择，这是当事人对自身实体权利的处分。只有当事人在纠纷发生前已经签订了仲裁协议或者纠纷发生后达成了仲裁协议的，仲裁机构才能受理。但在我国现行的劳动争议处理机制中，只要一方当事人提出了仲裁申请，仲裁机构即可受理，另一方当事人的意愿完全不被考虑在内，这带有明显的强制仲裁的特征。其次，诉权

是公民权利的重要内容，任何公民在遭遇法律争议时均有权请求国家给予司法保护。在各种司法保护形式中,仲裁与审判各具特色，应当允许当事人选择。然而，现行模式以劳动争议仲裁作为劳动争议诉讼的前置程序，实质上限制了当事人的诉权，当事人不得不耗费时间和金钱获得一纸仲裁裁决书后，才能站在审判庭上主张受到伤害的劳动权益，这显然是对当事人自由意志的不当限制，不利于对当事人劳动权益的保护。最后，根据司法最终解决的原则，当事人向法院起诉直接关系到其劳动权益能否得到实现。而仲裁是诉讼的前置程序，一旦仲裁委员会由于主观认识上的原因将本应受理的劳动争议拒之门外，则人民法院也不能立案受理，这就在实质上剥夺了当事人的诉权的行使，使劳动者的权益不能通过公力救济的方式获得保护。

（二）调解组织的作用弱化，调解协议缺乏法律效力。首先，我国劳动争议调解委员会是用人单位按规定在本单位内部设立的机构，由职工代表、用人单位代表、用人单位工会代表等人员组成。我国劳动争议调解委员会是由“本单位内部设立”，工会委员会与用人单位关系休戚相关，工会代表在调解中的主体身份受到质疑。因此，劳动争议调解委员会地位的中立性值得怀疑，企业劳动争议调解组织形同虚设，调解作用弱化。其次，劳动争议调解属于一种民间调解，是非强制性的，调解协议的达成完全靠当事人的自愿，调解协议的执行也是靠当事人自觉履行。《劳动法》第80条第2款规定:“劳动争议经调解达成协议的，当事人应当履行。”如果不履行调解协议怎么制裁，法律没有规定。所以造成调解协议没有任何法律约束力，调解及时化解矛盾的作用难以发挥，调解成了多余的一道程序，调解的严肃性和权威性难以体现。

（三）劳动仲裁和劳动诉讼在法律适用上不够统一，在制度上缺乏衔接

1. 仲裁和诉讼在适用法律上的混乱。我国目前的劳动争议仲裁机构具有双重性质，即准司法性和行政性，在进行仲裁时必须适用劳动和社会保障部制定的行政规章和其他规范性文件，而人民法院在审理劳动争议案件时主要适用相关的法律、法规和最高人民法院的司法解释，仅将劳动和社会保障部颁布的行政规章和其他规范性文件作为参照。所以，对于同一个劳动争议案件，劳动争议仲裁委员会与人民法院适用的法律并不完全一致。而法律又没有对两者的衔接做出规定，这就使当事人一旦提起诉讼，法院的审理工作又一切都从头开始，原有的仲裁裁决几乎成了一纸空文。

2. 仲裁和审判之间缺乏衔接，造成重复审理，浪费审判资源。在解决劳动争议时，劳动仲裁机构与人民法院之间缺乏法定的、规范的衔接程序，仲裁和诉讼“分其道而行”。最高人民法院在对原劳动部《关于法院审理劳动争议案件几个问题的函》的答复意见中指出，法院审理不服仲裁决定的劳动争议案件，不能在判决书、裁定书或调解书中对仲裁决定做出维持或撤消的评价性判断，而只能就案件本身重新做出自己的判断和处理。因此人民法院受理劳动争议，实质上是在仲裁审理后的一个新的司法审理程序，审理工作从头开始，与劳动仲裁机构处理劳动争议在事实认定、法律政策的适用和处理标准等方面都有差异。现行法律虽然设计了一裁两审、保证依法正确处理劳动争议的体制，但对两机关在具体工作的联系上却没有明确的规定，事实上难以真正达到制度本身所预想的效果，这既造成了审判资源的浪费，又侵害了当事人的利益，还影响了行政与司法机构的形象。

三、完善我国劳动争议处理制度的几点建议

（一）加强调解，矛盾化解在基层

劳动过程是一个合作与争议相伴的过程，多数劳动者希望能以较温和的方式解决劳动争议，以保持在原用人单位的工作岗位。在劳动争议发生之初，劳动者与用人单位如能在中立

的第三方主持下充分协商，消除隔阂，自愿达成协议，则为劳动争议解决的最佳方式。借鉴挪威的成功经验，应当完善我国劳动争议调解机制。劳动争议调解既要充分尊重争议双方自己的意愿，又要体现中立性。调解委员会应由相同数目的用人单位代表和劳动者代表组成，并由一名外请的中立人士（通常可以是政府劳动部门的官员）任调解委员会主任，根据用人单位和劳动者双方的协商和答辩，调解委员会主任平衡双方利益，提出一个建议性的调解方案，并允许双方进行完善和补充，尽量实现劳动争议的和平解决。此外，《企业劳动调解争议处理条例》必须赋予调解协议的法律约束力，一旦双方接受了调解方案，则应主动履行协议内容，否则为违约行为，另一方当事人可以要求法院强制执行。

（二）在将劳动争议分为“权利争议和利益争议”的基础上建立“裁审分离，各自终局”的处理模式

劳动争议的表现形式虽然多种多样，但总体上可以分为权利争议和利益争议两大类。如履行给付义务的劳动报酬、社会保险的给付等就属于利益争议的范畴，而“禁止非法的劳动行为”、辞退、裁员等就属于权利争议的范畴。法律可以规定将属于利益争议的纠纷管辖权授予劳动仲裁委员会，而将比较疑难复杂的权利争议的案件管辖权授予法院，一旦当事人之间发生了纠纷，根据纠纷的性质选择是进行仲裁还是诉讼。同时规定如果仲裁委员会对某一利益争议拒绝受理，则当事人可以凭借仲裁委的拒绝受理书向法院寻求救济，以保证当事人的合法权益能切实得到保护。之所以将仲裁委员会的管辖权限制于利益争议纠纷，是因为目前我国的劳动争议仲裁机构能力不强、素质不高，不能很好地解决较为诸如辞退、裁员等较为复杂的权利争议案件，其处理结果往往不能让当事人信服；而将法院的管辖权仅规定为权利争议纠纷是因为我国群众的仲裁观念不强，没有仲裁意识，当发生纠纷时人们更愿意选择法院来解决，那么就极有可能会出现“仲裁虚无”而“诉讼爆炸”的情况。因此这种管辖权的划分能够在仲裁系统和法院系统之间进行合理的资源分配，让两者各自发挥自己的现有优势。

1. 劳动仲裁的“两裁终局”制。首先，由于现行劳动争议处理模式及其他因素的束缚，我国劳动争议仲裁机构发育不良、能力不强，因而在“裁审分离”模式下，如果仿照民商事仲裁实行“一裁终局”制度，将抹煞劳动争议案件的特性，悖逆当事人和社会其他方面的基本需求，从而有碍仲裁裁决公信力的形成，从根本上动摇劳动争议仲裁制度的生存基础。相反，如果实行“两裁终局”制度，则不仅可以克服前述缺陷，而且也与我国劳动争议仲裁机构的“成长态势”协调一致。当前，大部分省设立了省级劳动争议仲裁委员会，部分省还通过实行“一裁一复议”的办法或赋予上级仲裁机构对下级仲裁机构的监督权，为实行“两裁终局”制度提供了实证数据，积累了初步经验。其次，实行两裁终决制其程序简洁、处理及时，通常情况下能在1个月内结案，由此能够降低诉讼成本、提高工作效率、切实保护劳动关系双方的合法权益。最后，可以效仿现行《仲裁法》的规定，对终局裁决提供最后的法律救济。即当事人如果认为终局裁决确实违反了法律规定，可以向仲裁委所在地的中级法院申请撤销裁决，而法院收到申请书后，经审查，如果认为其申请符合法律规定则予以受理，并做出撤销裁决或者通知仲裁委重新裁决的决定，相反如果不符合规定则驳回其申请。

2. 在法院内设立劳动审判庭，实行两审终审制。从世界各国的通常做法来看，对劳资纠纷一般都设有专门的处理机构，如德国,设立了独立于普通法院之外的劳动法庭，而法国则是在普通法院内设立劳动法庭。考虑到我国司法资源的现有情况以及如何能及时有效地处理纠纷，我认为我国可以在现有的人民法院内部设立劳动法庭，这是一个不同于民事庭、经济庭、行政庭的特别机构，该审判组织应当由法官、用人单位代表和工会代表组成。首先，我国的诉讼法本来就有规定人民陪审员的制度，而建立劳动法庭后拟将用人单位代表和工会代表引入审判组织，这与现行的审判组织的构成并没有产生实质性的差异，是具有可行性的。

其次，用人单位代表和工会代表都来自于基层，最了解实际情况，有了他们的参与有助于更好地解决纠纷，得出一个双方都能接受理解的审判结果。同时也只有一个双方都认为合理的审判结果才能够让劳资双方和谐地共处下去，进而才能起到稳定社会秩序、促进经济发展的作用。

（三）完善相应的法律规范，出台专门的程序性法律

如前文所述要真正发挥调解的作用，就必须要完善调解的相关法律，改革现行的调解委员会的构成，赋予调解协议强制执行的法律而效力。而要建立“裁审分离，各自终局”的争议处理制度，就要制订专门的程序性法律（《国家劳动争议处理法》），授予仲裁委员会和法院不同管辖权、规定对裁决的最后法律救济和法律监督、以及规范劳动争议处理中的具体程序问题。同时，由于目前我国大量的劳动保障方面的规范文件是部门规章、地方政府规章，甚至是地方行政职能部门的政策性文件，而且这些规定又缺乏体系性、稳定性和普遍性、约束性等法律规范的特性，在适用时容易产生混乱和矛盾，所以《劳动争议处理法》还应该对处理劳动争议如何适用规范及所适用的规范层级做出明确规定。

劳动争议的救济既是一个法律问题，又是一个社会问题，处理不当不但不能有效维护劳动者的合法权益而且最终会影响到用人单位的经济利益,并且极有可能危及社会的稳定。针对目前我国经济飞速发展、劳资纠纷不断增多的实际情况，我们迫切地需要建立一套行之有效的争议制度，以便能更好地解决劳资纠纷、维护当事人的合法权益，进而能真正发挥法律稳定社会秩序、促进经济发展的作用。

参考文献：

①唐菁：《论我国劳动争议救治机制》，载西南政法大学2002级硕士学位论文。

②汤静：《劳动官司有望“两裁终局”》，载重庆商报 2004年第8期。

③陈彬：《论劳动争议处理制度的重构》载现代法学 2005年第8期。

④康桂珍：《劳动争议处理制度中若干亟待解决的法律问题》，载北京市总工会大学学报 2004年第6期。

⑤李勇：《关于调整和完善劳动争议处理体制的建议》，载中国劳动 2003年第5期。

⑥曹燕：《浅议我国劳动争议处理体制》，载社科纵横 2004 年第 10 期。

作者单位：安徽纬纶律师事务所

侵权责任形态的种类及其在《侵权责任法》中的体现

周　平

【内容摘要】侵权责任形态包括自己责任和替代责任；按份责任、连带责任、不真正连带责任和补充责任；分担责任和垫付责任。侵权责任形态是《侵权责任法》的重要内容，但《侵权责任法》并没有专章规定侵权责任形态，主要通过一些具体侵权行为的规定予以体现。在司法实践中必须正确区分不同种类的侵权责任形态，才能科学适用《侵权责任法》。

【关键词】《侵权责任法》　侵权责任形态　种类　体现

被称为“权利的救济法，利益的保护法”的《侵权责任法》从2002年进入立法程序，历时7年之久终于于2009年12月26日经十一届全国人大常委会第十二次会议高票表决通过，将于2010年7月1日起开始实施。《侵权责任法》的通过具有非常重要的意义，必将在社会生活中发挥重大的作用。它标志着中国民法典主体部分已经完成，充分体现了社会主义法治的价值，进一步调动人民群众维权的自觉性和规范化，更好地规范民事审判活动，实现法律适用的统一化。侵权责任形态是《侵权责任法》的重要内容，但《侵权责任法》并没有集中规定侵权责任形态，主要通过一些具体侵权行为的规定予以体现。在司法实践中必须正确区分不同种类的侵权责任形态，才能科学适用《侵权责任法》。

一、侵权责任形态的概念和种类

侵权责任形态的概念最早是由我国著名民法学家中国人民大学法学院教授杨立新同志提出,是指在侵权法律关系中，根据不同的侵权行为类型的要求，侵权责任在不同的当事人之间进行分配的表现形式。 根据杨立新教授的观点，最主要的侵权责任形态为自己责任和替代责任；按份责任、连带责任、不真正连带责任和补充责任；分担责任和垫付责任。

（一）自己责任和替代责任

自己责任和替代责任是侵权责任形态的最一般表现形式。自己责任又称直接责任，是指行为人对自己的行为造成的损害承担侵权责任，自己责任适用于一般侵权行为；替代责任又称间接责任,是指责任人为他人的行为和为人的行为以外的自己管领下的物件所致损害承担的侵权赔偿责任形态。 替代责任的责任人是对造成损害的行为人的行为负责的人或者物件的管领人，包括物件的管理人、所有人或占有人，替代责任必须有法律特别规定，适用于特殊侵权行为。

（二）按份责任、连带责任、不真正连带责任和补充责任

按份责任、连带责任、不真正连带责任和补充责任统称为共同责任，是在行为人是多数人的情况下才发生的责任形态，是相对于单独责任来说的。按份责任是指数个加害人按照其行为的原因力和过错比例，按份承担侵权责任，按份责任人可以拒绝超过其应当承担的责任份额的赔偿请求。连带责任是指受害人可以向赔偿义务人中的一人或者数人请求承担部分或者全部损害赔偿责任，但合计不得超过损害赔偿责任的总额，已经承担了超出自己应当承担的责任份额的连带责任人，有权就其超出部分向其他未承担责任的连带责任人行使追偿权。

不真正连带责任是指基于同一个损害事实产生两个以上的赔偿请求权，数个请求权的救济目的相同的，受害人只能根据自己的利益选择其中一个请求权行使，请求承担侵权责任，受害人选择了一个请求权行使之后，其他请求权消灭。如果受害人请求承担责任的行为人不是最终责任承担者的，其在承担了侵权责任之后，有权向最终责任承担者追偿。补充责任是指基于同一个损害事实产生两个以上的赔偿请求权，数个请求权的救济目的相同，但对请求权的行使顺序有特别规定的，受害人应当首先向直接加害人请求赔偿，在直接加害人不能赔偿或者赔偿不足时，受害人可以向补充责任人请求承担损害赔偿责任，补充责任人在承担了补充责任后，有权向直接责任人行使追偿权，但就其过错行为产生的直接损害部分不享有追偿权。承担按份责任、连带责任、不真正连带责任和补充责任必须有法律特别规定。

（三）分担责任和垫付责任

分担责任是指依据公平原则，根据当事人的经济状况、受损害程度等实际情况，由当事人分担民事责任。分担责任一般不适用精神损害赔偿。垫付责任，是指侵权行为人致人损害无力承担损害赔偿责任或者情况紧急暂时无法承担损害赔偿责任时，为保护受害人的利益，由与侵权行为人有特定关系的人依法承担先行代为支付赔偿金的民事法律责任，垫付责任人在承担了侵权责任之后，有权向行为人追偿，垫付责任人的追偿权不应受诉讼时效期间的限制。承担分担责任和垫付责任也必须有法律特别规定。

二、自己责任和替代责任在《侵权责任法》中的体现

在侵权法的侵权责任形态体系中，自己责任是常态，替代责任是非常态。 《侵权责任法》关于自己责任的规定为第 6 条，即“ 行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。”自己责任在归责原则方面适用过错责任原则，适用于一般侵权行为，《侵权责任法》在规定侵权责任时没有特别规定其他侵权责任形态的，都为自己责任。替代责任在归责原则方面适用过错推定原则或者无过错责任原则，适用于特殊侵权行为，所以承担替代责任在《侵权责任法》中必须有特别规定，主要表现在：《侵权责任法》第 32 条 1 款规定：“ 无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护责任的，可以减轻其侵权责任。”《侵权责任法》第五章关于“ 产品责任 ”的规定、第七章关于“ 医疗损害责任 ”的规定、第九章关于“ 高度危险责任 ”的规定、第十章关于“ 饲养动物损害责任 ”的规定、第十一章关于“ 物件损害责任 ”等规定均属于替代责任的规定。根据《侵权责任法》第六章关于“ 机动车交通事故责任 ”的规定，替代责任是机动车交通事故责任的常态，而自己责任则是非常态。

三、按份责任、连带责任、不真正连带责任和补充责任在《侵权责任法》中的体现

（一）《侵权责任法》关于按份责任的规定

按份责任适用于多人分别侵权的情形，在《侵权责任法》中首先是第 12 条总的规定，即“ 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。”另外，第 9 条第 2 款规定：“ 教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为的，应当承担侵权责任；该无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人未尽到监护责任的，应当承担相应的责任。”也就是教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为时，如果该无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人未尽到监护责任的，应当与教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为的人承担按份责任。第 49 条规定：“ 因租赁、借用等情形机

动车所有人与使用人不是同一人时，发生交通事故后属于该机动车一方责任的，由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿。不足部分，由机动车使用人承担赔偿责任；机动车所有人对损害的发生有过错的，承担相应的赔偿责任。”也就是对于不足部分，机动车所有人对损害的发生有过错的，与机动车使用人承担按份责任。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。”也就是两个以上污染者污染环境各污染者承担按份责任。另外第 35 条规定：“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。”也就是提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据接受劳务一方和提供劳务一方各自的过错对提供劳务一方受到的损害承担按份责任。

（二）《侵权责任法》关于连带责任的规定

《侵权责任法》中，关于连带责任的条款特别多。首先，《侵权责任法》第 13 条规定了被侵权人对连带责任的主张形式，即：“法律规定承担连带责任的，被侵权人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任。”其次，《侵权责任法》从宏观上规定了几种适用承担连带责任的情形。主要为第 8 条关于共同侵权的连带责任的规定：“二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。”第 9 条第 1 款关于教唆、帮助完全民事行为能力人侵权的规定：“教唆、帮助他人实施侵权行为的，应当与行为人承担连带责任。”第 10 条关于共同危险行为的规定：“二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为，其中一人或者数人的行为造成他人损害，能够确定具体侵权人的，由侵权人承担责任；不能确定具体侵权人的，行为人承担连带责任。”第 11 条关于多人分别侵权的连带责任的规定：“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。”这条与上述第 12 条关于多人分别侵权承担按份责任的规定不同。最后，《侵权责任法》从微观上多处规定了适用承担连带责任的情形。主要为第 36 条第 2、3 款规定：“网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。”第 51 条规定：“以买卖等方式转让拼装或者已达到报废标准的机动车，发生交通事故造成损害的，由转让人和受让人承担连带责任。”第 74 条规定：“遗失、抛弃高度危险物造成他人损害的，由所有人承担侵权责任。所有人将高度危险物交由他人管理的，由管理人承担侵权责任；所有人有过错的，与管理人承担连带责任。”第 74 条规定：“非法占有高度危险物造成他人损害的，由非法占有人承担侵权责任。所有人、管理人不能证明对防止他人非法占有尽到高度注意义务的，与非法占有人承担连带责任。”第 86 条第 1 款规定：“建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的，由建设单位与施工单位承担连带责任。建设单位、施工单位赔偿后，有其他责任人的，有权向其他责任人追偿。”

（三）《侵权责任法》关于不真正连带责任的规定

不真正连带责任，源于德国法，由连带责任发展、衍变而来，如上所述，不真正连带责任是指基于同一个损害事实产生两个以上的赔偿请求权，数个请求权的救济目的相同的，受害人只能根据自己的利益选择其中一个请求权行使，请求承担侵权责任，受害人选择了一个请求权行使之后，其他请求权消灭。如果受害人请求承担责任的行为人不是最终责任承担者的，其在承担了侵权责任之后，有权向最终责任承担者追偿。承担不真正连带责任的情况主要表现为雇员在从事雇佣活动中因第三人侵权遭受人身损害的情况，这种情况在《侵权责任法》中没有规定，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 条第 1 款对这种情况作了规定，即：“ 雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。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。” 也就是雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，如果是雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的，雇主与第三人承担不真正连带责任。在《侵权责任法》中，没有不真正连带责任的概念，根据不真正连带责任的涵义以下条款可以理解为不真正连带责任，一是《侵权责任法》第 43 条规定：因产品存在缺陷造成损害的，被侵权人可以向产品的生产者请求赔偿，也可以向产品的销售者请求赔偿。产品缺陷由生产者造成的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿。因销售者的过错使产品存在缺陷的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。”二是第 59 条规定：“ 因药品、消毒药剂、医疗器械的缺陷，或者输入不合格的血液造成患者损害的，患者可以向生产者或者血液提供机构请求赔偿，也可以向医疗机构请求赔偿。患者向医疗机构请求赔偿的，医疗机构赔偿后，有权向负有责任的生产者或者血液提供机构追偿。” 三是第 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。” 四是第 83 条规定：“ 因第三人的过错致使动物造成他人损害的，被侵权人可以向动物饲养人或者管理人请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。动物饲养人或者管理人赔偿后，有权向第三人追偿。”

（四）《侵权责任法》关于补充责任的规定

补充责任理论，在侵权责任法中，占有重要地位，司法实践中应正确把握和适用，如上所述，补充责任与连带责任不同，补充责任人是第二责任人，在第一责任人未承担责任前，补充责任人享有抗辩权。《侵权责任法》中，关于补充责任的条款，主要有三条：第 34 条规定：“ 用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的补充责任。” 第 37 条规定：“ 宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；管理人或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。” 第 40 条规定：“ 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间，受到幼儿园、学校或者其他教育机构以外的人员人身损害的，由侵权人承担侵权责任；幼儿园、学校或者其他教育机构未尽到管理职责的，承担相应的补充责任。”

四、分担责任和垫付责任在《侵权责任法》中的体现

（一）《侵权责任法》关于分担责任的规定

如上所述，分担责任是指依据公平原则，根据当事人的经济状况、受损害程度等实际情况，由当事人分担民事责任。《侵权责任法》关于分担责任的规定首先表现为第 24 条总的规定，即：“ 受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，可以根据实际情况，由双方分担损失。” 这一规定沿袭了《民法通则》第 132 条的规定：“ 当事人对造成损害都没有过错的，可以根据实际情况，由当事人分担民事责任。”《侵权责任法》关于分担责任的具体规定主要为第 33 条第 1 款：“ 完全民事行为能力人对自己的行为暂时没有意识或者失去控制造成他人损害有过错的，应当承担侵权责任 ;没有过错的，根据行为人的经济状况对受害人适当补偿。” 即完全民事行为能力人对自己的行为暂时没有意识或者失去控制造成他人损害没有过错的，依据公平原则，根据行为人的经济状况对受害人适当补偿。另外，第 23 条笔者认为也是关于分担责任的具体规定，即：“ 因防止、制止他人民事权益被侵害而使自己受到损害的，由

侵权人承担责任。侵权人逃逸或者无力承担责任，被侵权人请求补偿的，受益人应当给予适当补偿。”

（二）《侵权责任法》关于垫付责任的规定

垫付责任作为一种立法设计选择，是一种补充性的选择，适用于有明确的责任人但无法实际承担责任，而由受害人承担损害显失公平的情况；实际上是一种公平原则的适用，是利益衡量的结果。《侵权责任法》关于垫付责任的规定的内容很少，主要表现在第六章关于机动车交通事故责任的规定中，即第 52 条规定：“ 盗窃、抢劫或者抢夺的机动车发生交通事故造成损害的，由盗窃人、抢劫人或者抢夺人承担赔偿责任。保险公司在机动车强制保险责任限额范围内垫付抢救费用的，有权向交通事故责任人追偿。” 第 53 条规定：“ 机动车驾驶人发生交通事故后逃逸，该机动车参加强制保险的，由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿；机动车不明或者该机动车未参加强制保险，需要支付被侵权人人身伤亡的抢救、丧葬等费用的，由道路交通事故社会救助基金垫付。道路交通事故社会救助基金垫付后，其管理机构有权向交通事故责任人追偿。”除这两条之外，根据《侵权责任法》第 48 条规定，机动车发生交通事故造成损害的，依照道路交通安全法的有关规定承担赔偿责任。《道路交通安全法》第 75 条规定：“ 医疗机构对交通事故中的受伤人员应当及时抢救，不得因抢救费用未及时支付而拖延救治。肇事车辆参加机动车第三者责任强制保险的，由保险公司在责任限额范围内支付抢救费用；抢救费用超过责任限额的，未参加机动车第三者责任强制保险或者肇事后逃逸的，由道路交通事故社会救助基金先行垫付部分或者全部抢救费用，道路交通事故社会救助基金管理机构有权向交通事故责任人追偿。”《机动车交通事故责任强制保险条例》第 22 条规定，有下列情形之一的，保险公司在机动车交通事故责任强制保险责任限额范围内垫付抢救费用，并有权向致害人追偿：(一)驾驶人未取得驾驶资格或者醉酒的；(二)被保险机动车被盗抢期间肇事的；(三)被保险人故意制造道路交通事故的。第 24 条规定：国家设立道路交通事故社会救助基金。有下面情形之一时，道路交通事故中受害人人身伤亡的丧葬费用，部分或者全部抢救费用，由救助基金先行垫付，救助基金管理机构有权向道路交通事故责任人追偿：（一）抢救费用超过机动车交通事故责任强制保险责任限额的；（二）肇事机动车未参加机动车交通事故责任强制保险的；（三）机动车肇事后逃逸的。所以关于垫付责任的主体主要是保险公司和道路交通事故社会救助基金管理机构，在司法实践中要要将《侵权责任法》的规定与道路交通安全法的有关规定结合起来予以适用。

以上是笔者结合对不同种类侵权责任形态内涵的理解归纳总结了不同侵权责任形态在《侵权责任法》中的体现。笔者认为，在司法实践中必须正确区分不同种类的侵权责任形态，才能科学适用《侵权责任法》，才能实现《侵权责任法》保护民事主体的合法权益，明确侵权责任，预防并制裁侵权行为，促进社会和谐稳定的立法目的。

参考文献：

①杨立新、袁雪石、陶丽琴：《侵权行为法》，中国法制出版社，2008 年版第 401-402 页。

②杨立新：《侵权行为法专论》，高等教育出版社，2005:第 258 页。

③杨立新：《侵权责任法》，法律出版社，2010 年版第 377 页。

④杨立新：《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明》，法律出版社，2007 年版第 8 页。

作者单位：安徽深蓝律师事务所

浅谈完善我国的民事调解制度

王明水 李海根

【内容摘要】民事调解制度是我国民事诉讼程序中的一项基本原则和纠纷解决模式，在解决民商事矛盾中发挥着积极的作用，也大大提高了整个诉讼进程的效率，节约了司法资源。但随着社会矛盾的日益多元化和法治进程的不断前进，民事调解制度则暴露出一系列的弊端和滞后的地方，这就越来越要求诉讼审判方式的创新和与时俱进，调节制度务必进行相应的改革和完善。

【关键词】诉讼 民事 调解 制度 完善

一、我国民事调解制度的基本涵义

《中华人民共和国民事诉讼法》中明确赋予了人民调解委员会具有调解职能，相应的也规定了人民法院调解所遵循的原则和准则，这首先从程序法的角度使得我国民事诉讼调解制度在立法上得到了保障和法院调解制度更加完善及严谨。从司法程序的角度来说，我国的民事调解制度简单的来说，就是在审判人员的主持下，双方当事人就民事争议通过自愿协商达成协议，最终以解决民商事纠纷的一项诉讼活动和制度。民事调解制度在我国民事诉讼中是一项具有中国特色的制度模式，是我国法律工作者在多年的司法实践中积累的成功经验和研究成果。民事调解具有灵活、简单、便捷、多元、高效的特点，以合法、正义、自愿等为基本原则。做好民事诉讼调解工作，对于及时化解矛盾，促进社会交易的正常流转，具有十分重要的现实意义。在当前大力倡导构建和谐社会中，民事调解制度更是发挥着其应有的价值并在民事诉讼中得到了高度的重视。

二、当前我国民事调解制度存在的必要性

在我国司法进程的历史中，调解曾一度被动的作为一项纠纷解决方式，存在着调解优先、片面追求调解率，甚至出现了在司法实践中强迫调解的局面。但是，随着我国法治进程的完善和发展，民事调解制度已经成为民事司法活动中不可或缺、行之有效的解决争议的方法之一，在我国的民事司法活动中有着极其重要的地位，在解决社会民事矛盾、维护社会稳定中起到了较大的作用。在司法实践中，人民法院审理的民事案件中较大部分是以调解方式结案的，并且这种结案方式也越来越受到司法工作者的关注和重视，同时也大大节约了司法资源和提高了司法效率。在当前我国社会错综复杂的矛盾体系及诉讼资源相对有限的条件下，我国的民事纠纷也相对多样化，相伴着的民事调解制度在当前司法模式中占有非常重要的地位，发挥着其应有的价值和社会效应。

三．当前我国民事调解制度存在的不足

（一）查明事实、分清是非的原则规定与处分原则相悖、调解目的不符

处分原则是我国民事诉讼法的基本原则之一，它是指民事诉讼当事人有权在法律规定的范围内，自由处分自己的民事实体权利和诉讼权利。当事人对自己依法享有的民事权利和诉

讼权利是否行使以及如何行使由其自己自由支配的权利。调解是当事人合意解决纠纷的一种方式，当事人在诉讼中，有权根据案件的具体情况选择是调解或判决。即使没有查明事实，分清是非，当事人本着大事化小、小事化了的态度，对事实不再细查，对责任不再深究，自愿达成调解协议，都是当事人依法行使处分权的体现，只要调解协议不违反法律禁止性规定，不损害他人的合法权益，则调解协议就应认定为有效，为什么要求当事人必须在事实清楚、分清是非的基础上才能调解呢？《民事诉讼法》第 85 条规定调解必须在查明事实、分清是非的基础上进行是与处分原则相悖的，添加了法院的庭审判决色彩。并且，规定调解必须查明事实、分清是非，与调解的目的和初衷也不相符。调解的目的是为了使纠纷得以简便、快捷的处理，实现低成本、高效益。强调在查明事实、分清是非基础上进行调解，离判决也只是一步之遥，会消耗了较多的时间和人力资源等，从而达不到节约司法资源、省时省力的特点，最终使得其应有的优势和特点得不到有效的表现和发挥。

（二）当事人的反悔权与调解本身特点及效益相悖

根据我国民事诉讼法的规定，调解协议达成后，当事人还可通过在调解书送达前以拒签调解书的方式而使已成立的调解协议对当事人不产生约束力。这种立法规定，虽然是赋予了当事人的反悔权，实际上则是对当事人处分权的一种“ 放纵 ”，与现代契约精神不符。在实践中，会使得原本的调解工作很可能全部归于云烟，这也是违背了司法效率和效益原则，本质上不利于案件的进程和民事调解作用的发挥。

（三）审判权与调解权相交织

在司法实践中，法官无论是在庭审之中还是在调解过程中，对于当事人来说，都有着较大的“ 权力 ”。调解本质上只是审判权的一种体现方式，但在现实司法实践中，往往给当事人形成一种误区，使得审判与调解相交织。与此同时，在民事审判实践中，少数法官在审理案件可能就漠视了调解的自愿原则，而去尽量说服当事人接受调解以达成调解协议。在这种情况下，一般当事人之间也并没有得到充分的交流，不能将自己的意见、看法表达出来给予对方考虑，从而可能使得矛盾更加深化反而不利于理解的进程。若在这样的前提下得以调解且达成协议的话，显然这种协议具有浓厚的强制性和权力性，最终与自愿、合意原则相违背而结案，极大的损害了当事人的合法权益。

（四）使用调解解决纠纷的适用范围过于广泛

根据法律规定，目前除特别程序、督促程序、公示催告程序和企业法人破产还债程序外，包括无效民事行为在内的其他民商事案件都可以以调解方式解决。而无效民事行为中包括违反法律的禁止性规定及损害公序良俗的民事行为，对这类应当予以追缴或民事制裁的案件也适用调解，既违反法律规定，又可能使一些当事人有可乘之机，能通过法院调解的合法形式掩盖一方或双方的非法目的。另外，从审级上看，只要当事人自愿，不管是一审、二审还是再审，任何审判阶段都可以依法进行调解。从表面上看，这是对当事人诉权的保护，也是鼓励用调解的方式平息纷争，促使各方友好相处。但实质上无审级限制的调解掩盖了这样一个矛盾，当判决结果对双方当事人都不利时，当事人往往通过调解来修正判决对他们带来的不利后果。法律设置二审、再审程序的目的不是为了给当事人再提供一次调解的机会，而是纠正一审或已生效裁判的错误。

四、完善我国民事调解制度的相关构想

正如前文所述，随着我国市场经济的高速发展，民事纠纷的日趋多样化和复杂化，民事调解将以高效性及灵活性等特点，在解决民事纠纷中具有不可替代的作用和价值。但是，任

何事物都是发展和需要改革的，针对目前我国民事调解机制的现状，我们理应对当前民事诉讼调解制度进行进一步的改革和完善也是十分必要的。

（一）“事实清楚，分清是非”不应该成为调解的原则

《中华人民共和国民事诉讼法》第 85 条规定：“人民法院审理民事案件，根据当事人自愿的原则，在事实清楚的基础上，分清是非，进行调解。”笔者认为，在调解制度中，立法硬性的规定把“事实清楚、分清是非”作为调解的前提并不具备科学性和合理性。当然，当民事纠纷进入到审判阶段的时候，审判人员务必做到最基本的以法律为准绳、以事实为基础去对待整个案件。而调解则具有其自身的独特之处，民事调解制度从头至尾贯穿着自由权利，尊重当事人之间的意思自治，本质上是在于当事人之间的合意。根据权利自由处分的原则，只要双方当事人通过自由交流和协商，最终达成协议，就可以解决相关矛盾和纠纷。在这一前提下，只要双方协议内容没有违反法律禁止性规定，审判人员在对案件有基本的是非认识，就没有必须查明事实分清是非的必要。在以上基础之上，审判人员即可以按照法定程序予以进入调解程序，使得案件进程更加高效。简而言之，民事调解制度的价值之处就在于当事人自由合意的权利而最终解决纠纷。试想，在“查明事实、分清是非”原则的硬性规定之下，针对任何案件必须做到是非清楚，则调解制度的高效性和灵活性又从何谈起。综上所述，针对我国民事诉讼法中的以上相关规定，是与民事调解制度的本意及特点有相斥之处，对查明事实、分清是非的原则规定，有待商榷。

（二）对当事人的“反悔权”应加以限制

当事人之间的纠纷进入司法程序后，在审判人员的主持及双方当事人意思自愿的条件下，最终达成了调解协议。纠纷当事人在调解协议达成的时间自认为当前的纠纷已得以化解和解决，况且，此时自愿达成的协议，就相当于形成了一个新的契约，理应对双方当事人产生相对约束力。可是，我国民事诉讼法却赋予当事人在调解书签收前的反悔权，且无需任何法定理由。笔者认为，我国民事诉讼法的这一权利规定不但违背了合同契约的一般遵守原则，并且最终破坏了调解协议的自愿原则，对纠纷的高效解决和司法的稳定都产生了极为消极的影响。因此，从一定程度上说，我国民事诉讼法规定的当事人享有无条件的反悔权，存在着一定的商榷性，有待斟酌。那么，从司法角度来说，可以明确规定当事人双方在意思自愿达成的调解协议，只要双方当事人在达成的调解协议书上签字，经法院审查认可后即可确定其产生法律效力，该效力与判决效力一致。根据该程序，若一方当事人不履行调解协议，则仍可申请强制执行予以解决，这是对民事调解制度及调解协议的一种司法肯定和权威保障。

（三）把握好法官在民事调解制度中的角色定位

在民事诉讼中，调解与判决是两种不同的解决民事纠纷的司法模式。调解自身的一些特点决定了其与判决存在着较大的区别，这也就相应的要求法官在整个调解过程之中具有不同的素质和不同的角色定位，这在本质上就是不能让调解权与审判权相混谈。针对民事调解制度来说，法官严谨的工作态度，良好的沟通能力，扎实的诉讼理论，一定的司法经验和睿智的调解手段等，都将会影响到调解的进程效率和成功与否。固然，法官作为处理纠纷的中间人，应当做好引导工作，适时的因势而调整好自己的角色定位，不能以审判权力来代替于调解之中，同时，法官始终不要忘了自己仍是以法官的身份在调解案件，必须始终处于居中裁判的地位，将自愿、公平、公正作为一项基本的调解原则。法官在民事案件调解工作中的角色定位是一项综合性的要求，从一定意义上讲，法官在调解工作中角色定位，反应出我国司法工作者的基本素质和民事调解制度的必然要求。

（四）予以界定民事调解制度中的调解适用范围

在民事诉讼中，无论是庭前调解还是庭后调解等，调解的适用范围都较为广泛；并且在适用程序上，一审、二审及再审阶段都可适用；在适用可调解案件范围上，除一些非诉及特

殊案件外，其他一切案件几乎可适用调解，笔者认为此范围过于宽泛。针对这些情况规定，笔者认为，调解应把它维持在一个适当的限度内。比如，对于特别程序的案件，如宣告公民失踪或者死亡等以及督促案件、公示催告案件等，在当事人对立上并不能明确，若使用调解机制予以解决的话，将有违调解制度的公平、公正原则等。其次，对于一些违反国家法律规定，侵害国家、集体或他人合法权益的案件，也应当予以考虑是否适用民事调解。在适用程序上，诉讼调解应仅限定在一审程序中适用，法律设置二审、再审程序的目的不是为了给当事人再提供一次调解的机会，而是纠正一审或已生效裁判的错误。任何一个司法机制都有其适用的范围及特殊性，而不能将其概括性的予以泛化，只有具体的将其予以适用界定，才更加有利于机制的有效发挥和应有的功能。

（五）在立法上对调解程序予以规范化和严谨化

--- 从某种角度来说，在进入司法程序后，一个案件是通过调解还是开庭审判，可以给予当事人程序选择权，充分尊重当事人的意思，由当事人自己来决定。就这种思维考虑，结合当前我国的调解机制现状，笔者认为，我国民事诉讼调解程序的启动应当采取以当事人主义为主的原则，法官的职权主义应该为例外。就上文阐述的一些特殊程序案件以外，其他民商事案件是否进入调解程序，必须取决于当事人的意愿，由双方当事人来决定。不过，鉴于我国当前法院受理的民商事案件日益增多，法官审判负担异常繁重的现状，应当提倡法官在审前准备阶段，根据案件的具体情况适时引导双方当事人试行调解，可以事先征求双方当事人的意见，若双方都同意调解，便可进入调解程序，这实质上还是由当事人启动调解程序，并非法官强制调解。进入审判程序后，法官不再主动引导当事人进行调解，要启动调解程序，必须由双方当事人同时分别提出申请，在法官的主持下进行调解，法官应处于居中地位，调解不成则应及时判决。同时，也应当对当事人申请调解的次数做一个适当的限制，以免对案件造成不必要的拖延和增加诉讼成本及司法资源。

民事调解制度作为民事诉讼中的一项基本制度和人民法院审理民事案件的重要理论制度，在司法实践中具有广泛的实用性和适用性，是我国司法实践长期积累的经验，对我国司法进程发展和解决社会纠纷都起到了积极的作用。但是，为了更好的节省有限的社会资源，充分实现民事诉讼调解制度的应有功效，应当更加重视调解在我国解决纠纷机制中所发挥独特作用，总结相关不足与弊端，结合我国当前的国情和司法现状，创新民事调解制度模式，充分发挥民事诉讼调解在市场经济时期解决矛盾纠纷的功能和作用，使之得到不断地发展和完善。民事调解制度只有在进步中发现不足，在不足中寻求改进，在改进中再得到进步，逐渐形成一个积极向上的良性发展趋势。在公平、正义、高效等基础上，使得我国民事调解制度更加完善，在稳定社会秩序，促进司法进程的道路上起到不可忽视的作用。

参考文献：

①常怡：《民事诉讼法学》，中国政法大学出版社，2002 年修订版。

②张文显：《法理学》，高等教育出版社、北京大学出版社。

③张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社。

④常怡：《民事诉讼法学》，中国政法大学出版社，1994 年版。

⑤田平安：《民事诉讼法》中国大学出版社，1999 年版。

⑥柴发邦：《民事诉讼法学》，北京大学出版社，1988 年版。

⑦江伟：《民事诉讼法专论》，中国人民大学出版社，2005 年版。

作者单位：安徽擎义律师事务所

浅议《侵权责任法》对医患纠纷处理的影响

李　祎

【内容摘要】《侵权责任法》第七章“医疗损害责任”的规定首次以“法”的形式对我国医疗损害赔偿纠纷处理给予了明确的规定，是我国民事立法的重大进步。从《侵权责任法》第七章规定来看，没有举证责任倒置以及医疗事故的相关规定，笔者认为在《侵权责任法》实施后医疗损害赔偿纠纷案件不再实行举证责任倒置，并且在司法实践中，国务院 2002 年颁布实施的《医疗事故处理条例》将不会在民事纠纷案件中适用，彻底解决了各地法院在审理医疗损害赔偿纠纷中适用法律严重不一致的弊病。

【关键词】侵权责任法　医患纠纷　影响

《侵权责任法》专章对医疗损害赔偿责任进行了规范，不仅明确了医疗损害赔偿责任，也对医患双方的行为进行了规范，必将对我国医疗损害赔偿纠纷处理产生深远的、多层位的影响。

一、在司法实践上，该法的实施将改变人民法院审理医疗损害赔偿纠纷存在的重大分歧

1. 目前司法实践的“二元论”现象

查阅 2008 年 4 月 1 日生效实施的最高人民法院“法发〔2008〕11 号”《民事案件案由规定》，可以明确目前关于医患纠纷的民事案由只有“医疗损害赔偿纠纷”，但在目前的司法实践中，出现了“二元论”：一是医疗事故责任，按照国务院颁布的《医疗事故处理条例》的赔偿标准来执行；二是医疗过错责任，适用《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》规定的损害赔偿的标准。与此相对应，为明确过错行为与损害后果是否存在因果关系以及过错责任程度，鉴定方式也分为医疗事故鉴定与司法过错鉴定。相比较而言，医疗事故的鉴定是只有给患者的身体造成严重损害的前提下才构成医疗事故，适用《医疗事故处理条例》的赔偿标准也较低；而司法过错鉴定，医疗机构有过错且给患者造成了损害就应承担赔偿责任且赔偿标准比医疗事故的标准要高（甚至于如果损害后果是死亡后果的，赔偿金高出几倍）。

笔者认为，在《侵权责任法》实施以前，“二元论”的存在是一个必然，也不能说就一定不合理。例如笔者所在地人民法院采取了尊重当事人选择的方式，即患方在起诉时可以选择案由，给予了原告自主权，这是一个很合理也容易让百姓接受的好方法。但有的地方法院看起来只适用《医疗事故处理条例》，比如笔者去年代理的一件医患纠纷案件，在浙江临安法院起诉，在诉状中明确要求医疗机构承担医疗损害赔偿责任，并要求做司法过错鉴定，但法官告知“我们这里就做医疗事故鉴定”，让笔者感觉到无可奈何，遇到这种情况，虽然《民事案件案由规定》中只规定案由“医疗损害赔偿纠纷”，可是我如何敢呐喊“法院错了”，我只能期待国家立法的进步。

2. 2002 年颁布的《医疗事故处理条例》在医疗损害赔偿纠纷案件审理中将不再适用

面对医疗损害赔偿案件的适用法律二元制的局面，《侵权责任法》充当了终结者的角色，在 2010 年 7 月 1 日以后，人民法院审理医疗损害赔偿案件将只适用该法第七章的规定，案由只有医疗损害赔偿纠纷。实际上《侵权责任法》充当统一法律适用的功臣原因在于其相对

于《医疗事故处理条例》而言属于上位法、新法，《医疗事故处理条例》作为国务院颁布的行政法规，是下位法、旧法，上位法优于下位法、新法优于旧法的法律适用原则，决定了《侵权责任法》的绝对地位。

3. 《侵权责任法》第七章规定之利弊

《侵权责任法》对医疗机构的工作进行了细化，对患者的维权也进行了细化，对平衡患者与医疗机构的矛盾可以起到很大的促进作用。该法在责任认定上采取过错责任为主，推定过错责任细化以及免责条款的细化，为审理医疗纠纷案件法律适用的统一性提供了依据。

如果罗列《侵权责任法》第七章的规定，我们可以发现：第 54 条是对过错责任原则的规定；第 55 条是就医疗机构的告知和说明义务进行的详细规定，其立法的根本是保障患者的知情权，只有保障了患者的知情权，才能有利于患者决定权的实现；第 56 条是对立法宗旨的规定，该法的立法宗旨是从人道主义出发，赋予医疗机构的免责救助权；第 57 条规定的是医疗机构在诊疗活动中的注意义务；第 58 条规定是《侵权责任法》对医疗机构的过错推定责任的细化，有利于患者的维权，同时规范医疗机构的相关义务；第 59 条规定的是医疗器械受损害的过错推定原则；第 60 条规定的是医疗机构法定的免责条款，即如果病情复杂，医疗机构及其医务人员已经尽到了与当时医疗水平相应的诊疗义务，虽然没有治愈患者，但医疗机构也不承担责任；第 61 条规定的是医疗机构应患者要求有复印全部病历的义务。

笔者认为，上述规定还不够全面，虽然对指导司法实践具有统一性，但没有从根本上解决当事人讼累问题，举证责任分配尚不够明确。虽然诸多学者认为《侵权责任法》第七章的规定设定的是患方举证，但笔者通过对《侵权责任法》的学习理解，认为该法并没有对举证责任问题进行完整全面的规定，最高人民法院《民事诉讼证据规定》第四条第一款（八）项的规定“ 因医疗行为引起的侵权诉讼，医疗机构要对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 ”，也就是常说的举证责任倒置，以前在实践中被广泛使用，2010 年 7 月 1 日之后尚无不用的官方说法。可见在之后的医患纠纷处理中，举证责任问题在最高人民法院出台司法解释明确前，将会产生广泛的争议，不同的立场当然会发表不同的观点。长期从事医患纠纷处理的人员都能够看到这类诉讼案件的成本之高往往超过患方依法能够获得的赔偿，如果在举证责任分配上不能做出科学的安排，只会对患方常常不寻求正常法律途径解决纠纷的现状产生更多的不利影响，故建议最高人民法院尽快出台司法解释对医疗举证问题作出更为明确的、科学的规定。

二、《侵权责任法》对医患纠纷行政处理的影响

虽然在《侵权责任法》实施以后，国务院 2002 年颁布实施的《医疗事故处理条例》将不会在民事纠纷案件中适用，但在卫生行政部门对医疗机构的监督管理中，《医疗事故处理条例》的规定还是行政措施的主要法律依据。

1. 医疗过错损害发生后的医方法律责任区分—民事责任与行政责任、刑事责任

民事责任---按照《侵权责任法》的规定，医疗过错损害发生后，医方对患方承担的法律责任是民事赔偿责任，即对患方造成的人身损害或财产损失进行依法赔偿的责任，这个赔偿责任的承担是以患方主张权利为前提的，并且适用的赔偿规则是《侵权责任法》的规定，责任主体为医疗机构。

行政责任---医疗过错损害行为如果属于医疗事故的，医疗机构以及相关医务人员将会承担行政责任。《医疗事故处理条例》第 35 条、第 45 条以及第 55 条至 58 条都对医疗事故发生后卫生行政主管部门的行政职权和医疗机构以及相关医务人员的行政责任进行了规定，此外，《执业医师法》的相关规定也对医务人员的行为进行了法律规范。但在此，需要注意

的是，行政责任的承担主体既包括医疗机构，也包括医务人员个人，并且医疗事故的确定程序是一个行政确定程序，是由各地的医学会按照法定程序完成的。

刑事责任---《医疗事故处理条例》第 55 条以及《中华人民共和国刑法》第 335 条的规定，明确了医务人员承担刑事责任的依据，可见医疗事故罪承担责任的主体只有“ 医务人员 ”。

通过上述区分，我们可以发现，有关医患纠纷的处理问题，基本存在两条线，即医疗过错损害民事赔偿（或者说司法程序）和医疗事故行政处罚（或者说行政程序），在《侵权责任法》实施后，这两条线基本独立。但需要特别注意的是，当医疗事故属于“ 医务人员由于严重不负责任，造成就诊人死亡或者严重损害就诊人身体健康 ”的情形，医务人员构成犯罪的，行政程序往往是刑事侦查和司法审判的前提，卫生行政部门应当对可能构成犯罪的医疗事故责任人移交公安机关处理。

2. 《侵权责任法》的实施对医患纠纷的行政处理程序没有实质的影响

通过上述医方法律责任区分的分析可以看出，卫生行政主管部门处理医患纠纷不仅在行政程序上仍然适用《医疗事故处理条例》和《执业医师法》的规定，而且在处罚的实体依据上也还是《医疗事故处理条例》和《执业医师法》的规定，就是说没有任何影响。本质原因就在于《侵权责任法》只是一部民事特别法，不含有任何行政法规范。

《侵权责任法》的实施确实统一了医疗过错损害案件审理的法律适用，但对医患双方非常关心的举证责任问题没有明确规定，可以说解决了医疗损害赔偿纠纷处理的“ 二元论 ”尴尬局面，但又陷入了举证责任分配问题的争论漩涡，笔者非常渴望立法水平的实质提高。

作者单位：安徽明泉律师事务所

试论夫妻财产制

胡卫国

【内容摘要】夫妻财产制是规定夫妻之间财产关系的法律制度，是婚姻家庭制度中极为重要的法律制度。我国婚姻法规定的夫妻财产制度体系，彰显了男女平等、意思自治、保护弱者等人权理念，并对夫妻间财产的归属、分割以及补偿等内容作了详细的规定，在司法实践中起到了保护夫妻双方权益、维护市场交易安全、促进社会和谐稳定发展的积极作用。同时，我们也应看到我国婚姻立法对夫妻财产制的规定还不够完备，作为民法典亲属编重要组成部分的夫妻财产制，其内容的完善刻不容缓。本文在介绍夫妻财产制概念的基础上，分析了我国夫妻财产制的现状，针对我国夫妻财产制存在的问题，提出了完善的措施。我们认为要确立特别夫妻财产制、完善夫妻共同财产制、健全夫妻约定财产制。

【关键词】婚姻　夫妻财产制　现状　完善

以婚姻为基础的家庭是人们的基本生活单位。在家庭关系中，影响和决定家庭是否和谐的一个重要方面就是夫妻财产制在家庭生活中的现实体现和具体执行，它是家庭稳定与和谐的重要基石；夫妻财产制也直接关系市场交易安全，与社会经济密切相关，因而受到各国和地区婚姻立法的普遍重视。随着我国社会经济的发展，公民的私有财产日益增多，越来越多的社会财富将掌握和控制在私人手中，夫妻财产占社会财产比例不断提高，夫妻财产制在一定程度上制约着社会主义市场经济的发展与成败。2001 年《婚姻法》在夫妻财产制方面明确了夫妻共同财产的范围、增设了夫妻个人特有财产制及完善了约定财产制等。但是，新《婚姻法》有关夫妻财产制的规定仍存在很多不足之处，有待进一步完善。本文试对我国夫妻财产制度进行探讨，以期抛砖引玉。

一、夫妻财产制的概念

概念是认识事物而形成的思维形式，是认识之网上的纽结。对基本概念的论述和澄清，是理论研究和实践运作的基础，所以我们首先要对夫妻财产制的概念进行分析研究，厘清其含义。夫妻财产制又称婚姻财产制，是规范夫妻之间财产关系的法律制度，“ 其内容包括各种夫妻财产制的设立、变更与废止，夫妻婚前财产和婚后所得财产的归属、管理、使用、收益、处分，以及家庭生活费用的负担，夫妻的对外财产责任，婚姻终止时夫妻财产的清算和分割等问题。”[1]夫妻财产制集身份法与财产法的特点于一身，与民法中的一般财产关系相比，具有以下几个特点：首先，夫妻财产制的主体仅限于夫妻双方，且只有经法律确认的配偶之间方能适用夫妻财产制的相关规定；其次，夫妻财产具有人身性和财产性的双重属性，且财产属性从属于人身属性；再次，夫妻财产制植根于生产力发展的具体水平，受制于社会多重因素的综合作用，具有很强的民族性和历史性；最后，夫妻财产制具有非等价性、非有偿性，对当事人的权利义务的要求也不对等。夫妻财产制以坚持男女平等为原则，以保护家庭中的弱者为理念。

法律设置夫妻财产制不仅是基于婚姻法上逻辑体系的要求，更重要的是夫妻财产关系具有不同于其他民事法律所调整的财产关系的特性以及夫妻财产制对婚姻目的与婚姻职能实现的保障功能。它适应了我国家庭财产状况日趋复杂化、多样化的趋势，使婚姻当事人在处

理各方财产时有更大的灵活性；体现了当事人意思自治的法律原则，尊重公民处理各自财产问题的自主权利；适应了社会主义市场经济的发展趋势，促进了私营经济的健康发展；保障了市场交易安全；满足了涉外婚姻的特殊需要，维护了婚姻双方当事人的合法权益。

二、我国夫妻财产制的现状分析

（一）我国现行的夫妻财产制

2001 年 4 月 28 日修改后的新《婚姻法》在第 17 条至第 19 条对于夫妻财产制度作出了规定，另外，最高人民法院于 2001 年 12 月 24 日、2003 年 12 月 4 日分别出台了《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释之(一)、(二)》，作为对新《婚姻法》的补充。通过这些法律文件可知，我国夫妻财产制的类型包括：一是法定夫妻财产制，是指夫妻关系存续期间夫妻一方所得和双方共同所得的收入与财产，均归夫妻双方共同共有，但特有财产除外的夫妻财产制度。可见，我国法定夫妻财产制度采用的是婚后所得共同制。我国采用婚后所得共同制作为法定财产制，是由我国的传统和具体国情所决定的。二是夫妻个人特有财产制，许多采用夫妻共同财产制的国家，均规定了夫妻特有财产。个人特有财产是指专属于配偶一方所有并排斥夫妻共有的财产，是对共同财产范围的缩小与限制。[②]根据我国《婚姻法》第 18 条的规定，有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：(1）一方的婚前财产；(2）一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；(3）遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产；(4）一方专用的生活用品；(5）其他应当归一方的财产。三是约定夫妻财产制，是指夫妻(或拟结为夫妻的双方)以契约方式约定婚前财产、婚姻关系存续期间所得财产的归属、管理、使用、处分、收益及债务清偿、婚姻解除时财产清算等事项，并排除法定夫妻财产制适用的制度。夫妻财产约定制度的确立，是我国夫妻财产制度的新发展，也是我国夫妻财产制度的一项改革或补充。

（二）我国现行夫妻财产制的进步

现行婚姻法关于夫妻财产制的规定，在一定程度上缓解了法律社会功能与社会现实要求之间的矛盾，具有明显的时代性与进步性，主要体现在以下几个方面：首先，制度设计上更趋科学化。为适应当前夫妻关系多元化与复杂化的发展趋势，现行婚姻法在制度设计上充分体现了男女平等、保护“弱者”、增进家庭职能，有利家庭和睦稳定的三项原则，在保持婚后所得共同制的基础上，增设了夫妻特有财产制度，与共同财产制度相辅相成，和约定财产制共同形成了现行的三位一体的夫妻财产制度结构，客观上反映了夫妻财产构成和动态运行的复杂性，增强了可操作性，体现了原则性与灵活性的结合，符合我国夫妻财产关系的状况和要求。其次，夫妻共同财产的范围更加趋向合理化。现行《婚姻法》改变了以往在夫妻共同财产范围方面规定过宽的状况。针对婚姻关系存续期间的一方或双方继承和受遗赠的财产作为夫妻共同财产的立法规定，现行婚姻法第 18 条第 3 项规定：“遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻方的财产为夫妻个人财产。”这一规定体现了尊重当事人意思自治的原则。再次，夫妻个人财产定性更加趋向法理化。婚后财产是因夫妻人身关系的存在而存在的财产利益，以特定的夫妻身份关系的存在为依据。夫妻对共同财产的所有权因结婚而发生，因离婚、丧偶等法律事实而消灭。婚前个人财产所有权的取得始于婚前，其婚前存在的所有权本质上不因结婚是否建立而改变。因此，现行婚姻法取消了婚前个人财产转化为共同财产的规定，体现了立法思想的进步与立法技术的成熟。

（三）我国现行夫妻财产制的缺陷

现行《婚姻法》以及其后的两个司法解释中对于夫妻财产制度的规定，在体系上更加完整，内容上更加具体，较以前有了较大的进步，这些规定及时地适应了当前婚姻家庭领域形

势变化的需要。然而，随着相关法律规范在实际生活中的具体运用，其自身的缺陷也渐渐地显露出来，主要表现在以下几个方面：一是缺乏特别夫妻财产制的规定。在我国传统观念中，家庭应该是稳定且和谐的，因此，婚姻法只确立了常态下的夫妻财产制，即普通夫妻财产制，没有建立非常态下的特别夫妻财产制，导致法定财产制的结构不全，存在立法漏洞。二是夫妻共同财产制的内容存在缺陷。主要体现在：首先，我国的法定财产制是婚后所得共有制，它所规定的夫妻共同财产范围与域外法相比较过于宽泛，不利于保护夫妻个人的财产所有权，如婚姻法把夫妻一方继承或受赠的财产划为夫妻共同财产；其次，对知识产权取得的时间界定不合理。《婚姻法》第 17 条第 3 项规定：“ 夫妻在婚姻关系存续期间所得的知识产权的收益归夫妻共同所有…… ”。《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释(二)》第 12 条规定：“ 知识产权的收益是指婚姻关系存续期间，实际取得或者已经明确可以取得的财产性收益 ”。由于知识产权形成方式和存在形式的特殊性，其在真正投入生产领域获得收益之前可能存在一个期待时间，因此其收益的获得不完全是即时的，法律规定在婚姻关系存续期间所得的知识产权的收益归夫妻共同所有，就有可能出现发生类似纠纷时依据现行法律作出不公平的判决和有悖民法精神和《专利法》的情形。三是夫妻约定财产制不完善。我国婚姻法规定了夫妻约定财产制，但还存在不少问题，如我国现行《婚姻法》只规定了约定应当采用书面形式，对约定的主体、主体行为能力、主观方面、约定内容的合法性方面没有明确规定；没有建立财产约定登记制度或公证制度，不利于司法实务中的操作和善意第三人权利的保护。

三、我国夫妻财产制度的完善

改革开放 30 多年，作为社会细胞的家庭也在发生着深刻的变化。2001 年《婚姻法》中对于夫妻财产制的规定体现了其进步性，但是如前所述，也还存在诸多不足之处，司法实践中夫妻财产关系在新的经济形势下所发生的新的法律纠纷或矛盾屡见不鲜，因此，应当在现行《婚姻法》的基础上重新建构我国的夫妻财产制度，以保护夫妻各方、善意第三人的利益以及市场交易的安全。

（一）确立特别夫妻财产制

通常的夫妻法定财产制是夫妻法定财产制的常态，属于适用一般情况的立法。而特别夫妻财产制是在特定条件出现时改变通常法定财产制而采取的夫妻财产制，通常是依据法律的直接规定或者依据夫妻一方的申请由法院宣告而实行的。它反映了因社会经济生活复杂多变，在婚姻关系存续期间，夫妻财产也可能因特殊情况的出现而加以变化的要求。我国《婚姻法》中应设立特别夫妻财产制，笔者认为，大陆法系国家特别是我国台湾地区的民法对夫妻分居期间所得的财产，在出现法定事由时改采分别财产制的规定，值得我们借鉴。根据《物权法》的规定及参照各国立法例，并结合我国的婚姻实践，笔者以为，有下列重大事由之一的，经夫妻一方请求，人民法院应当宣告解除原法定或约定夫妻共同财产制，改为分别财产制：夫妻因感情不和而分居以及进行离婚诉讼时；夫妻一方受他方的虐待、遗弃的，被虐待、遗弃一方可以申请；夫妻一方的个人财产不足清偿个人债务的，可以根据当事人的意愿，申请改用分别财产制；夫妻一方拒不履行抚养、扶养或赡养义务，无过错一方可以申请；在夫妻一方被处以罚金、没收财产等刑罚时，另一方可以申请；夫妻一方被宣告失踪、或被宣告为无民事行为能力人，或限制民事行为能力人时；夫妻一方未经他方同意，擅自处分夫妻共同财产或者共同管理的财产，无过错之一方可以申请；夫妻一方依法应当给付家庭生活费用而不给付的；有其他重大理由的。[③]

（二）完善夫妻共同财产制

完善夫妻共同财产制，首先，将夫妻一方继承或受赠的财产原则上规定为个人所有。其理由是这类财产就其性质而言应属夫妻个人财产。这类财产是通过传来取得方式得到，传来取得的财产以原所有人的所有权为根据，以原所有人的意志为转移，如果归夫妻共同所有，就等于改变了遗嘱或赠与合同的内容，违背了原所有人的意志。把夫妻一方继承或受赠的财产划为夫妻共同财产也不符合婚姻法的立法趋势，从世界各国的立法看，通常都将一方婚后继承或受赠的财产划为一方所有。如《法国民法典》第 1405 条规定：“ 于举行结婚之日，由夫妻一方所有或占有的财产，或婚姻期间，由继承、赠与或遗赠而取得的财产，仍为各自所有。” 其次，合理界定知识产权所得收益和期待利益的财产分配时间。在对知识产权所得收益和期待利益的财产进行夫妻间分配时，从民法公平的精神和《专利法》对知识产权保护的角度来分析，理应以知识产权的取得时间而不是以知识产权获得收益的时间为依据来给这部分财产定性以判断其归属问题。

（三）健全夫妻约定财产制

首先，法律应规定夫妻财产约定有效成立的要件。当事人对财产归属的约定属于民事契约的范畴，应当遵守我国《民法通则》、《合同法》等相关规定。夫妻财产约定有效成立应当具备以下条件：约定的主体是具有完全民事行为能力的夫妻或拟结为夫妻之人；约定出于夫妻双方完全自愿的意思表示，同时该约定应当遵循诚实信用原则；约定的内容必须符合法律和行政法规的规定，不得故意规避法律、法规，不得违背公序良俗，不得损害社会公共利益和第三人的合法权益。其次，建立夫妻财产约定登记制度。夫妻财产约定涉及面广，不仅关系到婚姻当事人、其他家庭成员的切身利益，还可能涉及第三人的合法利益和民事交易安全，而且影响持续时间长久。笔者认为，夫妻财产约定应采用书面形式为必要的生效条件，在夫妻内部具有约束力。然而，对民事交易安全而言，夫妻财产约定应以履行一定的公示程序为好。公示程序不作为订立夫妻财产契约的强制性形式要求，但可以成为对抗第三人的依据。我们认为，应当在法律上规定夫妻双方对财产约定进行公证或登记，未经公证或登记的财产约定，不产生对抗第三人的效力，只在夫妻内部有效。④

参考文献：

①杨大文主编：《婚姻家庭法》，中国人民大学出版社 2006 年版，第 141 页。

②蒋月：《夫妻的权利与义务》，法律出版社 2001 年版，第 162 页。

③刘晓茜 :《试论建立非常法定夫妻财产制的必要性和构建途径》,《辽宁行政学院学报》，2009 年第 4 期，第 46 页。

④任凤莲：《论我国夫妻约定财产制的立法与完善》，《社会科学》，2005 年第 1 期，第 62 页。

作者单位：安徽今昔律师事务所

现代公司中股东与职工利益的平衡

沙　风

【内容摘要】公司利益是股东利益与职工利益的统一，两者互为“皮毛”关系。合理的公司治理结构可以充分激发股东和职工的积极性，可以有效平衡股东利益与职工利益。因此在传统的公司治理结构上通过四个方面加以改进：一是增加董事会中工人董事的人数比例；二是加强监事会的监督作用；三是完善激励机制；四是建立和完善职业经理人才市场，培训企业家精神。

【关键词】股东 职工 利益

一、理论背景

公司治理问题一直以来是学界所关注的一个问题，其原则中不可缺少的一项就是利益相关者的安排问题，即他们的权利、他们的作用和对他们如何保护的问题。其理论也经历了两个阶段。在 20 世纪 60 年代以前，是传统公司治理理论主导时期，认为股东为公司的所有人，承担着公司运营的最后风险，因此股东应该对公司享有控制权和剩余索取权。公司在处理股东与债权人、职工等关系上，股东的利益是处于优越地位，这也就是“ 股东利益至上 ”理论。但 20 世纪 60 年代以来， 随着公司社会责任、公司民主等新思潮的影响，公司利益相关者理论对这种传统的公司法理念提出了挑战，并影响着当今各国公司立法。利益相关者理论主张，公司是由平等的相关利益者所组成，股东只是其中的一员，管理者不仅仅要为股东、还要对公司其他相关利益者服务，公司的存在目的和经营目标是公司全体利益相关者利益最大化，公司经营管理者必须考虑公司全体利益相关者利益并对他们负责，因此股东不是公司治理的唯一主体，公司治理的主体是包括股东、债权人、职工等在内的公司全体利益相关者。

二、职工利益与股东利益之博弈

（一）职工利益保护的合理性分析

随着股东的主权地位日益衰落，作为人力资本所有者的职工在公司法人治理结构中的地位日趋增强，职工参与制度日益得到各国立法的认同与重视。职工参与公司法人治理结构，其理论基础主要来源于以下方面：

一是人力资本所有权理论。这种理论认为，随着经济增长越来越依赖于技术以及技术创新，一个国家的经济增长会更多地取决于人力资本而非物质资本与物质资本相比，现代社会中的人力资本正发挥着更加重要的作用。人力资本的经营功能早已为经济学界的大家们多次以理论和经验的证据所证实。从功能的角度而言，人力资本与物力资本具有同质性，我们没有充分的理由拒绝人力资本出资。人力资本与物力资本永远是财富创造中不能或缺的两种基本要素，它们之间是相辅相成的关系，在社会发展的任何阶段，财富的创造都不会只取决于一个方面。尤其是在知识经济时代，人力资本在高新技术行业已反映出其比传统的物力资本更强的增值能力。

二是经济民主理论。众所周知，民主的首要含义在于参与，然而在股东本位的公司体制里面，公司民主只是体现了一种资本民主，参与公司治理只是股东们的专利。从而使得从事

利润创造的职工被排除在公司民主和法人治理结构之外。随着民主思想不断向公司内部延伸，这必然要求在社会政治生活中享有民主权利的雇员参与公司的治理。

三是公司契约理论。认为公司是一种有效率的契约组织，是各种生产要素包括劳动、资本等投入者为了各自的目的联合起来达成的一种具有法人资格和地位的契约关系网络。公司不仅是一个由物质资本所有者组成的合体，更重要的是在本质上它为劳动要素提供者、物质和资本投入的提供者等利害关系人之间的契约关系充当联接点。因此，基于此种理论，职工作为劳动力要素的提供者与股东共同达成了一个契约关系，二者在地位上应当是平等的，职工理应参加到公司治理中去。

另外，从实证角度分析，公司可以看作是一种社会组织，而职工则是社会组织赖以存活的细胞，是一切经营方针、计划、目标的执行者，也是社会组织形象的代表和象征。因此，职工是公司获取成功的首要因素。并且，良好的职工关系是公共关系的起点。良好职工关系的目的，就是使组织对职工产生凝聚力、向心力，从而使员工对组织产生认同感、归属感和自豪感。公司只有求得职工内部团结，齐心协力，才能成功地外求发展。

（二）股东权益与职工利益的博弈分析

股东权益与职工利益互为“皮毛”关系：公司的所有权属于全体股东，股东权益所体现的正是股东对公司净资产的所有权及未分配利润的处置权；与此同时，公司经营权的有效性却又有赖于全体职工（包括高级打工者和普通打工者），只有调动职工的智慧和工作积极性，才能保证公司的稳定经营与成长。由此可见，公司的成长与发展，既有赖于股东的资金支持与理解，同时也有赖于职工工作的积极性与公司的凝聚力。然而也应当注意到，如果在公司治理的过程中一味追求职工利益，往往会带来一些不利影响，比如下面提到的德国法中的职工参与制就容易降低公司的运行效率，与公司的营利目的及追求效率的市场性的特征相违背。并且，对于职工利益的扩大，容易导致公司的高管人员只追求自己的个人利益，而将公司股东利益忽视。因此，在董事会的决策中，公司分配政策的取向往往会存在“两难选择”：是偏重职工福利，还是偏重股东权益，或者换个说法：是偏重雇员福利，还是偏重股东权益？这些都是公司治理过程中不可避免的问题。

三、其他国家相关规定

各个国家由于不同的历史背景和特定的政治文化原因，也选择了不同的治理方式。以德国为例，职工参与公司治理结构是德国公司治理结构的最大特点，而职工是通过参与监事会来达到对公司治理的。根据德国法的规定，监事会成员由职工代表和股东代表共同组成。职工选举职工代表进入监事会。德国公司治理结构中的职工参与制度，源于 1918 年 12 月 23 日的行政命令。此后出台的许多法律都对职工参与监事会做了特别规定。 职工参与制是德国公司治理结构中的一大优势。一方面，作为真正的“内部人”雇员代表占有较充分的公司“内部信息”，这有助于监事会履行其监督职能。另一方面，雇员代表参与企业重大决策过程，这又有助于公司决策的贯彻实施，降低决策执行成本，这在相当程度上弥补了因双层领导体制下决策迟缓的不足。

而在美国，职工代表进入董事会的现象很少。美国发展了以职工个人持股为基础的职工持股制度。这种制度从 20 世纪 70 年代开始盛行于欧美等国，其中以美国极为发达，职工持股计划的提出，是在美国资本主义制度内寻求解决财富分配不公和劳资对立的一种探索。从实施的效果看，它对促进生产发展仍有一定作用。但是，由于其股权的高度分散化，出现了“内部人控制问题”，职业经理人成为公司的实际控制者，股东大会形同虚设，公司经理可能违背股东的利益而去寻求个人利益。总体说来，美国公司推行的是股东至上主义的治理理

念，这种理念与现在公司治理理念迅速发展，公司利益多元化的现实状况背道而驰，显得有些陈旧。

日本作为一个后起的东方国家，其治理结构中对职工的利益保护有着独特的激励机制。日本现代企业治理结构脱胎于其前身—财阀集团式家族企业，因而具有非常明显的东方特征。日本企业通常采用年功序列制、终身雇佣制、企业内工会等独具特色的激励机制，在相当长的时期内发挥了激励经营者和企业员工的积极作用。

四、我国职工利益保护的现状及其意义

通过上面对其他国家的制度分析，其实应当看出，任何国家的制度都是由他们不同的政治制度、社会历史背景所决定的，因此不能说哪种制度优哪种制度劣，而应当从我国的实际情况出发，寻找到一个最适合我国公司治理发展的道路。

由于我国长期以来公司股东利益至上的观点，职工利益的保护一直处于相对弱势的地位，因此目前来看加强对职工利益的保护是我国公司治理中需要解决的首要问题。我国新公司法在保护职工利益方面已经有了很大的进步，比如职工有效参与管理，规定监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中，职工代表的比例不得低于 1/3，具体比例由公司章程规定。除此之外，新《公司法》在其他方面也体现出了对职工利益的保护，如规定职工补偿金在公司清算时优先受偿。公司正常清算时，对依法应当交付的社会保险费用和应当支付给职工的补偿金，应当与职工工资一样，在清偿公司其他债务前先予清偿。

但是这些相对于股东利益的保护来说，仍然显得非常薄弱。从公司法的立法篇幅来看就可以看出二者的差距。在现有的规定中，主要有以下几个问题：

（一）职工董事和职工监事形同虚设

公司法未规定职工董事和职工监事的地位保障和物质保障，也并没有确保职工董事和职工监事享有和股东董事、股东监事平等的权利，赋予与股东董事和股东监事一样的报酬，一样的表决权，非依一定的程序和法定事由不能被免职。只有有保障的权利才能被实现，因此若使职工董事和职工监事的作用可以发挥，必须对其基本的保障予以规定。毕竟在我国现有的公司治理体制下，职工董事和监事仍然属于比较弱势的地位，在公司中没有独立的发言权。应当保障他们的合法利益不受损害，消除其参与公司管理的顾虑，有利于鼓励他们同损害公司职工利益的行为进行斗争，以确保公司职工利益不受侵犯。

（二）缺乏可操作性

由于公司法所规定的大多是原则性内容，可操作性不强，比如新《公司法》第 143 条规定公司可以将公司的股票奖给公司职工，但并未明确公司职工持股的方式和转让。涉及公司职工切身利益的问题应当事先听取工会和职工意见等等，都使职工利益的保护停留在“ 名义拥有 ”上。没有保障的权利是无法实现的，也就丧失了权利的实施途径，使种种权利变成一种名义上的权利。

五、职工利益与股东利益之博弈之对策

在解决职工利益的纳入问题之后，怎样设计一个结构合理，能够成功平衡股东利益与职工利益的治理结构显得很重要。目前看来，在保证我国公司法大框架不改变的原则下，也从我国传统的商业文化角度出发，在我国传统的公司治理结构上，有以下几个方面应加以改进。

1. 增加董事会中工人董事的人数比例。这种共同治理机制能够确保有平等的机会参与公司重大决策，提高职工参与程度，最大限度地保护职工的利益。我国公司法中虽然规定在

监事会中职工可以占到一定的比例，但是鉴于我国监事会在实践中并不能充分发挥作用，因此让职工直接参与公司重大决策显得更为重要。让职工代表参与董事会决策的制度，可以由职代会经民主选举产生，基于我国国情，国有企业工人董事可占 1/3 左右，比例太低，很难发挥作用，比例太高，则很容易产生“ 内部人控制 ”的问题。私营企业和合资企业则比例可以适当降低。

2. 加强监事会的监督作用。基于契约关系的监督权，既是一种实际的监督权，也是一种潜在的监督权。所谓实际的监督权，是指在对公司的监督中被各利益人或团体实际利用的权利；潜在的监督权是利益相关者对公司的潜在监督能力，利益相关者可以利用也可以不利用这种权利，关键看利益相关者对使用这一权利成本的大小，以及利益相关者在公司利益的多少。 因此，为减少这种使用成本，在结构安排上，要求职工代表在监事会中的比例不得少于 1/3。也就是要使单个员工和他们的代表机构，应该能够自由地和董事就公司所发生的违法和不道德行为表达他们的看法，员工表达的看法和员工表达看法的权利应该受到重视和保护。加强监事会的监事职能才能加强职工在监事会中发挥自己的作用，否则将形同虚设。

3. 完善激励机制。要真正形成一种经营者的激励和约束机制，制定大量奖励和惩罚的措施与主管部门加强强制管理。在奖励方面加大投入，如实施员工持股计划，包括养老金投入在内的利润分享机制等等。要提高企业经营者的保险待遇，并应不低于政府公务员的水平，确保老有所养，一方面消除他们的后顾之忧，一方面激励其位时更加努力工作，并鞭策其他人。如可以通过红利提成、奖励专储的形式补扩大经营者退休后的养老保险、医疗保险额度，提供“ 特殊 ”的社会保障，免经营者退休之忧。创造条件为做出某种程度贡献、赢得某种等级荣誉称号的营者设计高额退休金、养老和医疗保障金制度。

4. 建立和完善职业经理人才市场,培养企业家精神。企业家精神匮乏,官本位意识浓厚,是我国市场目前存在的一大问题。经理市场的存在和经理更换的压力，迫使经理努力工作，可以使经理和股东的利益衡量在博弈中都达到彼此利益的最大化，从而提高公司绩效。

作者单位：安徽敬亭山律师事务所

土地承包经营权提前终止后权利人权益之法律保护

韩志才

【内容摘要】现行立法对土地承包经营权提前终止后权利人权益保护的规定凸显不足，亟需补充、修改和完善。建议修改《农村土地承包法》，制定出台《土地承包保障金条例》、《农用土地征收保障法》，对基于不同原因产生的土地承包经营权提前终止的权利人权益给予相应的法律保护。

【关键词】土地承包经营权　《土地承包保障金条例》　《农用土地征收保障法》

土地是农民赖以安身立命的根本，是农民的“命根子”。近些年来，由土地承包经营权提前终止所导致的生存状况恶化、农村土地纷争、群体上访事件，已严重影响到社会的稳定发展和党中央提出的“落实科学发展观，建设和谐社会”的施政进程。同时，也从另一个方面反映出我国现行立法对土地承包经营权提前终止后权利人权益保护的规定存在不足。

一、现行法律关于土地承包经营权提前终止的规定

总的来说，我国的根本大法《宪法》、规范土地利用的综合性法律《土地管理法》、专门调整规范土地承包经营权关系的《农村土地承包法》（以下简称《承包法》）和保护私权利的基本法《物权法》等法律关于土地承包经营权提前终止的原因及保护的规定，可概括如下：

第一，因承包方自愿交回 。《承包法》第 26、29 条规定：承包方自愿交回承包地对其在承包地上投入而提高土地生产能力的，有权获得相应的补偿；但承包方在承包期内交回承包地的，在承包期内不得再要求承包土地。

第二，因发包方依法收回。《承包法》第 26 条、《土地管理法》第 37 条第 3 款规定：承包方全家迁入设区的市，转为非农业户口的，而不自愿将承包的耕地和草地交回发包方，发包方可以收回；但承包方对其在承包地上投入而提高土地生产能力的，有权获得相应的补偿。承包方连续 2 年弃耕抛荒的，发包方应当终止承包合同，收回发包的耕地。

第三，因自然灾害严重毁损承包地（耕地和草地）等特殊情形。《承包法》第 27 条、《物权法》第 130 条第 2 款规定：自然灾害严重毁损承包地（耕地和草地）等特殊情形，经村民会议三分之二以上成员或三分之二以上村民代表的同意，报乡（镇）、县级人民政府农业等行政主管部门批准作适当调整（耕地和草地）。承包合同中约定不得调整的，按照其约定。

第四，因妇女结婚、离婚或者丧偶。《承包法》第 30 条规定：妇女结婚、离婚或者丧偶后，仍在原居住地生活或在新居住地未取得承包地的，发包方不得收回其原承包地。

第五，因承包方死亡。《承包法》第 31、50 条规定：承包方死亡，林地承包权由继承人继承，其他承包权不予继承，但承包方应得的承包收益，依照继承法的规定继承。非家庭承包方式取得的土地承包经营权在承包期内，其继承人可以继续承包。

第六，因流转。《承包法》第 41 条规定：承包方有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源的，经发包方同意，可以将全部或者部分土地承包经营权转让给其他从事农业生产经营的农户，该承包方与发包方在该土地上的承包关系即行终止。

第七，因承包地被征收。《宪法》第 10 条第 3 款、《物权法》第 132、42 条，《土地管理

法》第 2 条第 4 款、47、49、79 条，《承包法》第 59 条规定：国家为了公共利益的需要承包地被征收的，土地承包经营权人有权依法要求按被征土地的原用途给予补偿，足额支付安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费、社会保障费用等费用，保持原有生活水平，获得相应补偿。地方政府应当将征地补偿安置方案公告，听取被征地的农村集体经济组织和农民的意见； 禁止侵占、挪用被征收土地单位的征地补偿费用和其他有关费用，违反者依法追究相应责任。

从我国现行立法来看，在我国现有法律中，虽有对因土地灭失、婚嫁、社会公益等原因而导致的土地承包经营权提前终止的权利人的权益之保护性规定，但还存在这样或那样的不足，笔者认为，至少有：

其一，存在矛盾性。《宪法》明文规定，“ 国家为了公共利益的需要 ” 可以依照法律规定对农村集体所有土地实行征收。而《土地管理法》第 43 条则规定：“ 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 ”。这就意味着因建设需要使用农村集体所有土地的任何单位和个人，即使其使用土地的目的并非为 “ 公共利益 ”，也必须申请使用政府统征为国有后的原农村集体所有土地，这与《宪法》精神有出入。由于法律规定上的矛盾，导致征地权运用的不规范。在征地实践中就出现土地征用权的滥用问题，一些经营性项目用地也必须由政府低价统征后高价转卖给开发商，对农村集体土地权利人的合法利益造成侵害。

其二，缺乏可操作性。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收或征用并给予补偿 ”。但什么是公共利益的需要，什么是非公共利益的需要，现行的《土地管理法》没有进行必要的阐释和界定。事实上，现在的征地项目早已远远超出 “ 公共利益的需要 ”。又如，我国的政策和法律都规定，承包期内，妇女结婚、离婚或丧偶，未离开原居住地的或在新居住地未取得承包地的，发包方不得收回其原承包地。但由于我国土地的分配和再分配权都授予给了村社，不同的村调整土地的时间不一，谁来、怎样统筹妇女婚姻变化前后不同区域村（甚至是跨省村）的土地调整？怎样认定婚姻变化中的妇女在新居住地未取得承包地？婚姻变化中的妇女怎样实际享有原承包土地的承包经营权？有些婚姻变化中的妇女本身就没有承包土地的怎么办？这些操作中的问题使婚姻变化中的妇女 “ 必须有一份承包土地 ” 难以落到实处。再如，《土地管理法》规定征地补偿安置的标准以被征土地的被征收前三年平均年产值的倍数作为计算的依据。那么，“ 前三年平均收益 ” 以何时价格计算？是否考虑通货膨胀因素？根据全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会在《中华人民共和国土地管理法释义》所作的解释：“ 安置补偿费是为了安置以土地为主要生产资料并取得生活来源的农业人口的生活所给予的补助费用 ”。该解释只是模糊地说明安置补偿费是用来对失去土地承包经营权的农民（以下简称失地农民）的 “ 生活 ” 所给予的 “ 补助费 ”，并没明确 “ 生活 ” 的内容及 “ 补助费 ” 的涵义，在实际工作中引起诸多争议。如此等等，由于缺乏可操作性，因而常使权利人的权益保护事实上落空。

其三，不具有超前性。目前对被征地人的补偿着眼于 “ 授之以鱼 ”，补偿安置多是采用一次性的，只是保证失去土地承包经营权人几年以内生计的货币发放，而对于失地土地承包经营权人的居住安顿、再就业、农民城市化等问题，却极少考虑。如《土地管理法》第 47 条第 1、2 款规定，征地补偿按照被征土地的原用途给予补偿，土地补偿费和安置补偿费尚不能使需要安置的农民保持原有生活水平的，经省、自治区、直辖市人民政府批准，可以增加安置补助费，该规定表明补偿安置的目的和上限在于使被征地农民维持原有的生活水平。《物权法》第 42 条虽对征地补偿的操作程序和和基本内涵作了规定，明确了 “ 安排被征地农民的社会保障费用，保障被征地农民的生活，维护被征地农民的合法权益。” 但法律是要征地主体、被征地主体和政府共同去执行的，在现实的农地征收过程中，征地补偿的费用大部分是要由征地方向被征地方实施货币支付的，没有政府成体系的制度保证、操作规程、执

行标准以及强有力的监管措施，是难以实现对被征地人合法权益的维护和保障的。

其四，具有不合理性。如《承包法》第 26 条对承包方是否迁入设区的市、转为非农业户口而对承包方取得的土地承包经营权做不同的保护规定值得商榷，有违权利平等之嫌（虽然该规定体现了土地承包经营权社会保障功能）。又如，土地补偿费和安置补助费按耕地被征用“ 前三年平均产值 ”来计算，这和农村的许多情况不相吻合。如某地块在被征用前三年的某年或两年甚至于三年休耕或撂荒了，也就没有收益可言；有的农业生产经营活动，如经济林木种植、水产养殖等，都有个动植物的自然生长过程，在自然生长期内该土地也是没有收益的。所以，“ 前三年平均产值 ”的补偿标准显然有失公允。另外， 除非特殊情况，土地补偿费和安置补助费的最长补偿期限分别为 10 年和 6 年。这期限远远短于《承包法》规定的土地承包期限，使失地农民的权益受到极大的损害。安置补助费规定为相关耕地被征用前三年平均产值的若干倍也没有任何根据，因为二者之间并不存在必要的相关性。再如，征地补偿范围未包括土地承包经营权，征地补偿标准未包含土地的增值部分。

其五，欠缺法律救济性。虽然《承包法》第一次从法律上界定了长达 30—70 年的承包期限，规定在承包期内，发包方不得收回或调整承包土地。但该法并未对发包方侵犯土地承包经营权的行为做出明确的责任追究机制。一旦发包方发生侵权行为，就会产生如何适用法律对侵权者进行惩处的问题，从而导致不同地方政府在侵权行为相同并造成相同侵害结果的情况下责令发包方承担的侵权责任不一致，有的甚至不要求承担任何责任。

总之就我国立法而言，土地承包经营权提前终止后权利人权益保护规定亟需补充、修改和完善。

二、建立和完善土地承包经营权提前终止后权利人权益保护法律制度

辩证唯物主义告诉我们，具体情况要具体分析。基于土地承包经营权提前终止原因有基于社会公益和非社会公益、主观和客观等之分，还有除极少基于承包方自身的抛弃外，大多是基于承包方自身以外的诸如社会公益需要、集体建设、婚姻关系变动、自然灾害等原因所致 ，因而对不同原因终止后权利人权益保护在制度设计上应有不同。

（一）修改《承包法》，建立农村土地承包保障金制度

笔者以为：对因征收以外的原因（不包括承包方抛弃 ），而导致土地承包经营权提前终止的，发包方应进行承包地调剂，如确无机动地或无足够机动地调剂的则发给相应的土地承包保障金。为此建议：

其一，对《承包法》进行修改，将交纳土地承包金作为承包方应履行的法定义务予以规定，并在现“ 第三章 其他方式的承包 ”和“ 第四章 争议的解决和法律责任 ”之间增加“ 土地承包金的交纳 ”一章，明确确定土地承包金数额应考虑的因素，土地承包金缴纳主体、形式、期限以及土地承包金的用途、变更和不按规定缴纳土地承包金的处理等内容，并规定土地承包金一部分用作土地承包保障金。

其二，国务院根据《物权法》、《承包法》制定出台《土地承包保障金条例》，明确如下内容：⑴土地承包保障金界定；⑵土地承包保障金来源；⑶土地承包保障金所有者、交纳者；⑷土地承包保障金享有者；⑸土地承包保障金的掌管机构（管理者）；⑹土地承包保障金数额的确定；⑺侵害土地承包保障金的法律责任。 以确保全部或部分失去土地承包经营权人的权益通过领取土地承包保障金的形式来实现。

（二）制定出台《农用土地征收保障法》

从根本上解决因征收失去土地承包经营权人的权益保护问题，需要有新的立法和政策，给权利人以公平的补偿和妥善的安置。为此，笔者建议我国制定出台《农用土地征收保障法》，就保护失去土地承包经营权人的权益而言该法要体现以下精神：

1、改革现有土地征收制度，将经营性用地与公益性用地分开，缩小政府征地范围从总

体上看，我国征地制度改革近年依然没有重大的实质性突破。如前所述，目前国家征地的“ 公共利益 ”概念模糊，强制性征地范围过宽，大量非公益性用地也都打着公共利益的名义进行征地。虽然早在党的十六届三中全会就提出了“ 严格界定公益性和经营性建设用地 ”的改革思路，十七届三中全会又进一步提出了要逐步收缩国家的征地范围，分清公益用地和经营性用地两种用地性质的改革的思路和方向，但至今，区分公益性和经营性用地的政策措施仍然没有出台。

改革现有土地征收制度首要问题是严格控制农业用地转为非农业用途，即区分经营性用地与公益性用地，明确公益性用地可以启动国家征地权，经营性项目用地不得启动国家征地权。 为了防止滥用“ 公共利益 ”之名征地，对政府强制性取得土地要有严格限制，对征地目的和范围要有严格的界定。

2、明确土地的农民集体所有权和承包方的土地承包经营权，保证在征地过程中土地权利人有充分的知情权和参与权

首先，必须让被征地的土地所有人和土地承包经营权人或其代表以权利人身份参与到征地谈判中。其次，公益性用地先公告，后征收。政府在提出公益性用地申请时，先要进行公告，让土地权利人对其合理性和合法性提出质疑；在批准用地后，要再次公告，并就补偿安置费、安置方式等问题与土地权利人进行协商，若有争议可以诉讼，法院应予以受理，法律援助机构应予以援助。第三，经审批农用地转为经营性项目用地（如房地产开发等）的“ 征收 ”，应引入谈判机制，土地出售的价格和相关赔偿条款必须经由用地单位和农民集体、土地承包经营权人自行谈判确定，政府不能利用国家或政府的强制力专门为一般营利企业去取得土地。

3、将土地承包经营权纳入征地补偿范围，改变以土地的原用途为标准的补偿方式，提高补偿标准，改善安置方式《土地管理法》第 47 条规定，我国征地补偿费可分为三部分：即土地所有权补偿、土地使用权补偿、地上附着物和青苗的补偿。征地补偿费标准依被征土地的原用途，按“ 产值倍数法 ”给予补偿，补偿费用的高低主要取决于土地的种植结构和农业产值。

无论是从土地权利体系，还是从土地的相关损失及土地的功能角度来分析，我们应把土地承包经营权、土地上的农民社会保障利益、被征收人的间接损失 纳入征收补偿范围。应实施分类征收补偿办法，以兼顾国家、用地单位、土地所有人和土地承包经营权人的利益。对纯公益性项目用地国家应以土地市场价格为基础，以合理利益补偿 为原则，提高征地补偿和安置标准，保障失去土地承包经营权人的生活；对准公益性项目用地国家除提高征地补偿标准外，还应建立合理的利益分享机制，让土地所有人和土地承包经营权人在所征土地的增值收益中分享利益，如高速公路建设公司股权分红，商品市场、标准厂房产权，水厂产权或股权分红等；对非公共利益占用农用土地，用地单位应为失去土地承包经营权的人办理失业、大病、养老等保险。在采取安置补偿方式问题上，应考虑到其补偿是否能产生持续性的保障功能，实行补偿形式多样化。除货币安置外，还可单独或综合采取就业安置、土地人股、划地安置、建立社会保障等多样化的补偿形式，这样既能减轻财政负担，又能充分保障失去土地承包经营权人的权益。具体采取何种补偿形式，应视具体情况灵活掌握，但保护失去土地承包经营权人的权益不受损害始终应放在首位。

4、建立健全进城入镇失地农民的教育培训和再就业机制

长期以来，我国农民(包括失地农民)由于缺少受教育和培训的机会，文化素质和知识技能低下，一旦失去土地后，他们在社会上的竞争能力十分有限，面临着极大的风险。为了让失地农民过上更好的生活，维护社会稳定，我们应建立健全失地农民的教育培训和再就业机制。

其一，对进城入镇失地农民的教育培训保障，主要包含：一是子女的九年制义务教育应与城镇居民的子女一视同仁。二是对失地农民加大以职业技术、岗位技能为重点的免费就业

培训，提高失地农民转岗再就业能力。三是对失地农民进行现代市场经济知识和转岗再就业技能培训。四是把失地农民的培训工作，纳入城镇下岗人员再就业培训体系。

其二，建立健全进城入镇失地农民再就业机制，主要包括：一是统一就业扶持政策。将失地农民全部纳入城镇社区管理和就业服务范围，给予他们与城镇下岗职工同等的就业、税费减免、贷款等扶持政策。二是积极安置就业。要积极发展劳动密集型产业，大量开发准入门槛低、适合农民就业的公益性或生产性岗位，通过用地企业安置、推荐就业、劳务输出等多种方式进行就业安置，特别是要努力确保为“零就业”户提供一个就业岗位。三是鼓励自谋职业。要扶持引导失地农民通过非全日制、临时性、季节性、弹性工作等灵活多样形式实现就业，对选择货币安置自主就业形式的失地农民，要给予其与城镇下岗职工同等的就业扶持政策，符合条件的要优先给予其小额贷款支持。四是划地自建（统建）保障其收入。城镇要统一规划失地农民还房小区，留出一块土地解决失地农民的生存问题。对选择划地自建（统建）安置方式的失地农民，要给予每人一定面积的商住建设用地，让他们通过自建经营门市和住房出租，获得比较稳定可靠的收入。

5、建立失地农民社会保障制度

将失地农民纳入社会保障体系，其内容包括失地农民的养老保险、医疗保险、失业保险、最低生活保障、为失地农民提供法律援助等。从长远看，农民失地后，建立健全失地农民的社会保障机制，以解决农民的养老、医疗等问题才是保障失地农民权益的治本之策。

其一，建立失地农民的最低生活保障制度。最低生活保障是一个公民应该享有的最基本权利，在农民失去其最基本的生活保障——土地之后，就应该将其转为城市居民，纳入城市居民社会保障体系，和城市居民一样有机会享受最低生活保障。

其二，建立医疗、养老社会保障机制。应逐步消除造成失地农民问题的城乡二元结构制度，尽快把失地农民纳入城镇社会保障体系，实现与城镇社保的对接，切实改变农村人口与城市居民社会权益不对等的局面。在操作上，政府应当从土地补偿金和土地征收后的经营性收益中拿出一部分注入失地农民的就业、养老保障基金账户。此外，政府也应从土地补偿费中列支部分资金，依托农民集体经济组织和社区，通过合作医疗、统筹医疗等形式，建立医疗保险、医疗救助制度，帮助失地农民解决看病难、住院贵的问题。被征地的农民集体经济组织也应从土地承包保障金、本农民集体的积累资金或土地补偿费用中抽调一定的资金注入失地农民社会保障基金。

三、结语

总之，土地承包经营权提前终止权利人权益保护问题是我们当前需要高度重视的问题，对土地承包经营权提前终止权利人权益保护的法律研究，有助于我们：更好保护土地承包经营权人的权益，规范政府征地行为，避免和减少因土地承包经营权提前终止而引发的纷争，促进农村的稳定和发展，完善我国土地承包经营权法律制度。从而做到：使失地农村人口非农化和就业的非农化同时实现，失地农村人口向城市的空间转移和失地农民就业的产业转移同时实现，让失地农民真正享受到社会发展、城市扩张和城市化进程加快带来的收益，从而真正融合到现代城市经济社会生活之中。

注释：

1、包括全家迁入小城镇落户的，迁入设区的市转为非农业户口的自愿交回。

2、不过《土地管理法实施条例》第 25 条第 3 款规定：“……征地补偿、安置争议不影响征用土地方案的实施。”

3、参见韩志才：《关于土地承包经营权提前终止情况调查分析》，《池州学院学报》，2009 年第 1 期第 21-25 页。

4、笔者认为，对抛弃承包地的人发包方可不给于补偿，不过抛弃的是承包期内的，对新一轮土地承包经营权不具有效力，要构成抛弃，需重新做出抛弃意思表示。

5、详见韩志才：《关于确立我国土地承包金制度的若干思考》，《黄山学院学报》，2008年第1期第65-69页。

6、关于农村土地承包保障金制度的构建详见韩志才：《我国应建立土地承包保障金制度》，光明日报，2006年7月3日第10版（理论周刊）。

7、2009年3月，《土地管理法》（修订草案）征求意见稿的变动为农民带来了更让人心动的好消息。“征求意见稿”专门新增“土地征收征用”一章，规范土地征收征用的依据、范围、程序和善后事宜。其核心内容是限制政府强制征地权，缩小征地范围，把征地补偿由“农业用途补偿”变为“财产补偿”，并把失地农民纳入“社会保障”，同时将征地按“农地产值”补偿改变为按“同地同价”补偿。

8、笔者认为，非社会公益目的的用地，不适用征收，不论是国家，还是其它用地人，都只能通过订立合同的方式取得。我国法律应明确限定相关行政管理机关在这一过程中只需履行好自己的宏观调控职能，做好管理与服务的角色即可，不得参与用地单位（包括政府用地单位）与土地权利人协商，也不得无理压制价格或限制赔偿方式。退一步而言，如非要使用征收字眼，政府至多只能是在符合土地利用总体规划和农地转用年度计划的控制前提下，在用地方与被征地方就征地有关问题达成一致意见基础上，以国家名义进行征收。

9、建议将公益性用地进一步区分为纯公益性项目用地（如无经济收益的城市道路、绿地、水库等）和准公益性项目用地（如有收益权的高速公路、标准厂房、各类商品市场、污水及自来水厂等）。

10、《土地管理法》第47条规定：“征用耕地的补偿费包括土地补偿费、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，为该耕地被征用前三年平均年产值的六至十倍。征用耕地的安置补助费,按照需要安置的农业人口数计算。需要安置的农业人口数，按照被征用的耕地数量除以征地前被征用单位平均每人占用耕地的数量计算。每一个需要安置的农业人口的安置补助费标准,为该耕地被征用前三年平均年产值的四到六倍。”

11、对失地农民合理利益的补偿至少应包括以下内容：相关土地的地价及土地收益、相关土地未来的升值收益、地上附着财产的损失及收益、重新安置费用、转岗成本、社会保障等。

12、《农村土地承包法》对不同土地的承包期限分别作了三十年、五十年、七十年或更长时间的规定，据此，对土地承包经营权的至少应对从土地被征收之日起至承包期满的剩余时间内的未来收益进行补偿。

13、2008年11月国土资源部发出《关于认真学习贯彻中共十七届三中全会精神的通知》，并提出要从2009年起逐步提高征地的补偿标准。……同时要解决好被征地农民的就业、住房和社会保障。根据被征地农村集体经济组织和农民享有耕地的不同情况，实行差别化的安置政策，拓宽安置途径，积极推行多元化安置，切实解决好被征地农民的就业、住房和社会保障。

参考文献：

①刘刚：《农民土地产权残缺与不公平农地收益分配制度研究》经济纵横. 2008年版第11期。

②凌文豪：《论失地农民社会保障体系的构建》《经济问题》2010年版第2期。

③孟萍：《和谐社会语境下失地农民社会保障新模式的建构——以土地征收制度分析为视角》河北法学，2009年版第9期。

④李振华：《失地农民权益保护的法律研究》湖北经济学院学报，2008年版第6期。

⑤韩志才：《土地承包经营权研究》安徽人民出版社，2007年版。

作者单位：安徽九华律师事务所

《侵权责任法》实施对医疗损害赔偿的影响

高文侠

【内容提要】《侵权责任法》于2010年7月1日实施后，《医疗事故处理条例》不会必然失效，但是在处理医疗损害赔偿纠纷时，《医疗事故处理条例》规定的赔偿原则及赔偿标准将被《侵权责任法》的有关规定所取代。《侵权责任法》规定了医疗损害责任的三种基本类型和归责原则，由此导致了医疗损害赔偿诉讼中举证责任的变化，医疗机构应根据法律规定，依法履行职责，以减少医疗纠纷的发生。

【关键词】《侵权责任法》　医疗损害责任　举证责任

近年来，随着信息传播的迅猛发展、患者维权意思的增强和医疗知识的普及，医患纠纷越来越多，尤其是最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》确立了医疗机构举证责任倒置之后，医疗纠纷案件处于逐年上升的趋势。在《侵权责任法》实施前，处理医疗纠纷的案件存在混乱局面，医疗损害责任鉴定的双轨制，医疗损害赔偿标准的双轨制，给人民法院审理案件带来了难度，也使受害者得不到统一的赔偿，危害了法律的尊严。2009年12月26日全国人大常委会颁布的《侵权责任法》，用专门“第七章医疗损害责任”来解决医疗纠纷，该法于2010年7月1日实施后，将对医疗损害赔偿纠纷案件的审理产生新的影响，为了避免纠纷、减少医疗风险，现结合《侵权责任法》的规定，谈谈该法对医疗损害赔偿诉讼的影响，以及医疗机构怎样来避免纠纷的产生。

一、《侵权责任法》的实施不会导致《医疗事故处理条例》的必然失效，但是在人民法院处理医疗损害赔偿纠纷中，《医疗事故处理条例》规定的赔偿原则及赔偿标准将被《侵权责任法》的有关规定所取代

《医疗事故处理条例》是2002年4月由国务院颁布的行政法规，围绕着医疗事故的预防与处置、医疗事故的鉴定、医疗事故的行政处理与监督、医疗事故的赔偿与处罚等，全方位地设计规范，是实体与程序的混合规制，尤其是在医疗事故的预防、报告、接待、处理、鉴定、行政处罚等方面内容，具有其他法律法规不能取代的功能，其规定的医疗纠纷可以自行协商解决、请卫生行政部门调解或向人民法院起诉的三种解决途径，仍然具有实际意义。所以在《侵权责任法》实施后，《医疗事故处理条例》不会必然失效。

但是由于《医疗事故处理条例》规定的医疗事故的赔偿原则与赔偿标准，与《侵权责任法》的相关规定不太相符，按照《侵权行为法》规定的赔偿标准计算赔偿数额，将更能保护受害人的利益，所以在司法实践中《医疗事故处理条例》将被排斥使用，医疗机构将被要求按照《侵权责任法》的规定对受害人承担侵权责任，赔偿数额将会大幅增加，医疗机构的风险承担及注意义务变得更重。

二、《侵权责任法》规定了医疗损害责任的三种基本类型和归责原则，由此导致了医疗损害赔偿诉讼中举证责任的变化

民事责任是指民事主体因其违反民事法律规定或约定义务而应承担的否定性法律后果。

“归责”是确定某一民事责任由谁承担。归责原则是法律所确认的、某一民事主体承担民事责任的根本原因[1]。在《侵权责任法》实施前，我国对医疗机构适用的是过错推定原则，即在受害人举出证据证明医疗机构对其实施了诊疗行为并由此受到了损害以后，就推定医疗机构具有主观过错，并根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第8项的规定，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过错承担举证责任，举证不能就要承担赔偿责任。过错推定原则及举证责任倒置，使医疗纠纷急剧增长，医务人员人人自危，不得不采取防御性医疗措施，既不利于医疗事业的发展，也危害了社会公众的利益。为了平衡医患关系，促进医疗事业发展，《侵权责任法》规定了医疗损害责任的三种基本类型和归责原则，由此导致了医疗损害赔偿诉讼中举证责任的变化。

第一种：医疗技术损害责任，适用过错责任原则，受害人承担举证责任。特殊情况下过错推定，医疗机构举证责任倒置。

医疗技术损害责任，适用过错责任原则，有过失则承担民事责任，没过失则不承担民事责任。根据《侵权责任法》第54条、第57条之规定，医疗技术损害责任，是指医疗机构及其医务人员存在技术上的过失，在病情的检验诊断、治疗方法的选择、治疗措施的执行、病情发展过程的追踪、术后照顾等医疗行为中，采取了不符合当时医疗水平的技术措施，导致了患者的人身损害，医疗机构依法应当承担赔偿责任。医疗技术损害责任有四个构成要件：医疗机构及其医务人员存在技术过失；实施了医疗违法行为；受害人出现了人身损害；医疗违法行为与损害后果之间存在因果关系。

由于医疗技术损害责任适用过错责任原则，根据谁主张谁举证的原则，由受害人（原告）承担举证责任，医疗机构不再举证责任倒置。受害人不仅要证明有损害后果、有违法行为、违法行为与损害后果之间有因果关系，还要证明医疗机构及其医务人员具有医疗技术过失。鉴于受害人绝大多数不具备医学专业知识，要证明医疗机构及其医务人员具有医疗技术过失，最好的方法就是申请医疗过错责任鉴定，所以受害人要先申请人民法院启动鉴定程序，并预交鉴定费用。

另外，由于医疗机构具有专业知识和技术手段，掌握较多的证据材料，而患者处于相对弱势的地位，为了平衡医患双方的利益，《侵权责任法》第58条又列举了三种情况下适用推定过错责任原则，患者只要证明有损害后果存在，并证明医疗机构有以下三种情形之一：“（一）违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定；（二）隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料；（三）伪造、篡改或者销毁病历资料。”就可以直接推定医疗机构存在过失，应当承担赔偿责任。然后举证责任倒置，医疗机构要举证证明自己的医疗行为不存在过失，举证证明医疗行为与受害人的人身损害后果之间没有因果关系，如果医疗机构举证不能，就要承担赔偿责任。

医疗行业是一个高度危险性的行业，对从业人员的专业技术要求极高，医务人员在疾病的诊疗过错中稍有不慎，就有可能出现医疗技术过失，这就要求医务人员不仅要有专业的技术能力，还要有高度的谨慎注意义务。

第二种：医疗伦理损害责任，适用过错推定原则，医疗机构举证责任倒置。

“医疗伦理损害责任，是指医疗机构和医务人员违背医疗良知和医疗伦理的要求，违背医疗机构和医务人员的告知或保密义务，具有医疗伦理过失，造成患者人身损害以及其他合法权益损害的医疗损害责任。”[2]因为医疗机构在对患者进行诊疗活动时，基于对专业知识的掌握、对患者病情的了解，不可避免地处于相对优势的地位，为了平衡医患关系，防止医疗机构滥用自己掌握的各种资源侵犯患者的利益，法律为医务人员设置了一系列的医疗良知和医疗伦理义务。比如，《侵权责任法》第55条规定的医疗告知义务，第56条规定的紧急救助义务，第57条规定的医疗注意义务，第62条规定的医疗保密义务，第63条规定的合理

诊疗义务等。医务人员违反了上述法定义务，即构成医疗行为违法，不仅会造成患者人身损害，更重要的是侵害了患者的知情权、自我决定权、隐私权等民事权利，医疗机构应当就患者的人身损害或精神损害承担赔偿责任。

在医疗伦理损害赔偿纠纷中，适用过错推定原则，只要受害人对医疗伦理侵权责任构成要件中的医疗违法行为、损害事实及因果关系三个要件完成了证明，就可以直接推定医疗机构具有医疗过失。此后，举证责任倒置，由医疗机构举证证明自己已经履行了法定义务，如果举证不能，则过错推定成立，医疗机构就应当承担医疗损害赔偿责任。

医疗伦理损害赔偿，要求医务人员不仅要有高超的医疗技术，还要遵守医务人员职业操守，严格履行告知、保密等法定义务。

第三种：医疗产品损害责任，适用无过错责任原则，受害人仅对缺陷产品与损害后果的因果关系承担举证责任。

《侵权责任法》第 59 条规定了医疗产品损害责任。“ 所谓医疗产品损害责任，是指医疗机构在医疗过程中使用有缺陷的药品、消毒药剂、医疗器械以及血液及制品等医疗产品，因此造成患者人身损害，医疗机构或者医疗产品生产者、销售者应当承担的医疗损害赔偿责任。”[3]。

医疗产品安全涉及广大人民群众的身体健康和生命财产安全，在我国现阶段的医患纠纷中，医疗产品责任纠纷占据了一定的比例。医疗产品损害责任不同于其他医疗损害责任，它适用的是无过错责任，只要受害人能够证明医疗产品存在缺陷并造成了损害后果，即构成侵权责任，受害人不需要证明医疗产品的生产者或操作者医疗机构存在过错，即使医疗机构能够证明他们不存在过错，根据无过错责任原则，医疗机构仍然不能免除相应的民事责任。所以为了有效防范风险，医疗机构在引进医疗产品时应尽到谨慎注意义务，确保医疗产品不存在缺陷，并弄清产品的生产者与销售者，为将来的追偿做好准备。

在医疗产品损害责任中，受害人仅对缺陷产品被使用、以及缺陷产品与损害后果之间的因果关系承担举证责任，不需要证明医疗过错。

三、应对医疗损害责任，医疗机构应特别注意的两点问题

1. 要特别重视病历的规范记录、妥善保管，以及患者查阅、复印病历的权利。

病历在医疗损害责任诉讼中起着及其重要的作用，它是医疗机构的诊疗行为是否存在过错、是否应当承担赔偿责任的重要证据，所以《侵权责任法》第 60 条规定，医疗机构负有按规定记录病历、妥善保管病历以及供患者查阅复制病历的义务。有些医务人员对病历的重要性认识不足，常常因为对病历的记载不全面、不规范而被认定诊疗行为有过错，导致医疗机构承担赔偿责任；或者因为保管不善，导致病历遗失、损坏或被抢，因无法提供完整病历而被推定有过错，直接判决医疗机构承担赔偿责任，所以医疗机构应当特别重视病历的规范记录、妥善保管，以及患者查阅、复印病历的权利。

2. 要特别重视医务人员的说明告知义务和患者的知情权、自我决定权。

近年来随着医学知识的普及、，随着医疗事故案件不断被媒体曝光，医生的职业权威严重下降，旧的“ 医生决策、患者服从 ”的医患关系已经难以维持，患者常常因为对治疗结果不满意、对医生心存怀疑而提起医疗损害赔偿诉讼，所以 21 世纪需要建立新型的医患关系。新的医患关系将以病人为中心，医生从全能的决策者变成信息的提供者和建议者，患者在充分了解相关信息和资源的情况下，享有参与决策的权力，并承担相应的责任。《侵权责任法》对新型医患关系的建立提供了法律依据和保障，根据《侵权责任法》第 55 条的规定，医务人员应当在诊疗活动中向患者说明病情和医疗措施，在需要实施手术、特殊检查、特殊治疗

的情况下，说明医疗风险和替代医疗方案等情况，并取得患者的同意，然后医务人员才能实施相应的治疗方案，患者享有选择治疗方案或者决定放弃治疗的权利。在实践中许多医疗纠纷的产生，就是因为医务人员没有很好地履行说明义务，患者对诊疗情况不知情，对治疗结果抱有不切合实际的希望，最终导致了医疗纠纷的产生。为了避免纠纷的发生，医务人员最好采取书面的告知方式，将医生告知的内容、患者同意的内容尽量详细地记录下来。即使碰到不愿意行使决策权的患者，也一定要尽到告知说明的义务，并记录下来。

医学是一门发展的学科，对生命的探索没有止境，同时医学也是实践性、操作性很强的学科，医生在诊疗活动中难免会出现各种各样的意外，出现不全面的诊断、不周全的处置，甚至误诊漏诊。由于医疗行业的高风险性，医疗机构只有严格遵守法律的规定，依法履行职责，才能有效地避免医疗纠纷的发生，减少医疗机构的损害赔偿责任，促进医疗事业的健康发展。

参考文献：

①注释：王利明：《侵权行为法归责原则研究》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 18-19 页。

②注释：杨立新：《中华人民共和国侵权责任法精解》，知识产权出版社 2010 年版，第 233 页。

③注释：杨立新：《中华人民共和国侵权责任法精解》，知识产权出版社 2010 年版，第 238 页。

④参考书目：奚晓明主编：《＜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 年版。

作者单位：安徽志豪律师事务所

有限责任公司股权转让法律问题浅析

李会民

【内容摘要】我国新公司法对有限责任公司股权转让做了明确的规定，对股东向股东以外的人转让出资有严格限制，公司在遵守合法性前提下，可以利用公司章程更好地规范股权转让行为，但不得侵犯股东的法定权利。

【关键词】有限责任公司　　股权转让　　公司章程

引言

有限责任公司，是指由符合法定人数的股东依法组成，股东仅以其出资额为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司债务承担责任的公司形式。有限责任公司因股东责任的有限性成为最受欢迎的企业形式，且因其设立门槛低、组织机构简便灵活、经营具有封闭性等优势而更比股份公司更受青睐。它除具有公司资合性的一般特征外，又以股东间的相互信任为基础，兼具一定的人合性，这就使得股东间的相互信任和股东的稳定对公司至关重要。基于有限责任公司的上述性质，各国公司法都对有限责任公司的出资转让做了特殊的规定。本文因篇幅所限，对于如何通过股权转让方式实现公司并购暂不论述，仅就我国法律实务中经常遇到的有限责任公司股权转让问题浅析，以期对股权转让问题有所帮助。

一、各国对有限责任公司股权转让的立法例

一般情况下，有限责任公司的股权转让称为出资转让，股份有限公司股权转让称之为股份转让，但根据我国新公司法的规定，把有限责任公司的出资转让也称之为股权转让。所谓股权转让，是指公司股东依法将自己的股份让渡给他人，使他人成为公司股东的民事法律行为。股权转让作为一种法律性极强的市场行为，它一方面为股东提供退出公司的机制，提高公司的管理水平，促进公司的持续发展。另一方面也能最大限度地反映财产的价值。由于股权转让只是改变公司的股东，公司的注册资本等不会因此减少，从资本不变原则而言，不会给债权人造成损害，所以无须债权人同意。但是其人合性的特点要求对公司股权转让有一定的限制。在国外立法中，对有限责任公司的转让有不同的规定或限制，但总体上，对内转让并无太多的限制，但允许章程加以约束。差别主要在于关于对外转让的限制上，如法国公司法要求必须得到至少 3/4 表决权的通过；瑞士公司法规定：转让股份必须征得 3/4 的成员同意，而且这些成员拥有的股份资本不得低于总数的 3/4。有些国家和地区还区分执行业务股东与非执行业务股东加以不同限制。如果执行业务股东将其出资的全部或一部分转让给非股东时，必须得到全体股东的一致同意，如日本和我国台湾地区。有些国家的公司法对转让出资的价格也做了规定，日本《有限责任公司法》第 19 条第 5 项规定，不同意转让时，由股东会指定转让对象，其购买的出资的价格依商法第 204 条规定。英美法系国家的封闭公司与大陆法系国家有限责任公司相似，股权转让都受到限制。所不同的是，在大陆法系国家，股权转让的限制来自法律的直接规定，而且限制较严格，英美法系国家股权转让限制多来自章程、章程细则、股东之间或股东与公司之间的协议。

二、股东自愿转让其股权，但未经过其他股东同意而向非股东转让股权的效力问题

我国新《公司法》第 72 条规定：“ 有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。” 新《公司法》第 72 条对股东自愿转让其股权规定的很明确，对股东之间相互转让全部或部分股权未做任何限制，双方只要达成意思表示一致即可。对股东向本公司股东以外的人转让其全部或部分股权规定了相对严格的程序。资本多数决的原则使得控股股东在公司中享有绝对的权利，考虑到有限公司兼有人合与资合的特性，以及中小股东的利益，在对外转让股权时未采用资本表决权，而是规定其他股东过半数同意即可。

对于有限责任公司股东向股东以外的人转让出资，《公司法》规定了“ 其他股东过半数同意 ”“ 其他股东有优先购买权 ” 这两个基本条件。但在实践中，经常发生股东违反此规定将股权转让给非本公司股东的情形，这时对股权转让的效力如何认定，法律并没有明确规定，因而成为争议焦点。目前学术界有 3 种观点：无效论、效力待定论、可撤销论。无效论认为，该行为违背了公司法的强制性规定，应属无效合同；效力待定论认为该合同经其他股东追认后才能有效；可撤销说认为转让合同原则有效，但其他股东可要求撤销。 笔者认为应视具体情况而定，如果其他股东已经明确表示反对转让并提出购买其股权，或者虽同意转让股权但明确表示行使优先购买权，仍不顾其他股东的反对，强行将股权转让非股东的行为，应认定为无效行为。除此情况外，未经其他股东同意向非股东转让股权的行为为可撤销行为。理由如下：首先，规范股权转让的立法原意不是为了限制转让，而是为了保障股权转让的顺利进行和公司的健康发展；其次，违反该程序性规定未必影响当事人的实体权利。其他股东有可能放弃优先购买权同意股权转让，若一味认定无效不符合其他股东的本意。再次，仅因程序缺陷便认定股权转让行为无效，也不符合经济与效率原则。效力待定论又可能使该类转让处于长期不确定状态，不符合现代交易的安全高效原则，应当摈弃。最后，未经其他股东同意的股权转让行为可能损害其他股东购买该股权的权利，为平衡各方当事人的利益，有必要通过行使撤销权予以救济，但撤销权的行使主体和行使期限应有限制，因转让方明知违反法律规定，不应享有撤销权；如受让方明知或应知股权转让未经其他股东同意并放弃优先购买权的，则不能行使撤销权。没有对股权转让表示同意或放弃优先购买权的其他股东应享有撤销权；当事人撤销权的行使应在合同法规定的法定期间内，即自知道或者应当知道撤销事由之日起一年之内。

三、有限责任公司股权转让法律实务中存在的几种特殊情形

1. 有限责任公司股权的强制转让

法院依法强制执行原股东的财产而发生的股权转让问题：当被执行股东自身财产尚不足以清偿其债务时，为保障债权人的利益和有利于公司发展，法院可以对该股东的出资进行强制执行。通过股权转让的方式取得其财产，以此财产来偿付所欠债务。对于股权的强制转让，新公司法 73 条规定强制执行人负有通知义务，在此情形下，其他股东享有同等条件下的优先购买权，但是该购买权的行使有一定的时间期限，自人民法院通知之日起满 20 日不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权。

2. 有限责任公司因自然人股东死亡发生的股权继承

有限责任公司中的自然人股东死亡后，其持有的股权具有财产价值，依照继承法和公司法第 76 条的规定，其合法继承人可以继承股东资格，但公司章程另有规定的除外。章程中可以相应地规定自然人股东死亡后其股权的处理办法。例如，允许其他股东购买其股权或者由公司收购其股权。

3. 因夫妻共同财产分割而产生的股权转让。

有限责任公司法人财产权独立，对公司享有股权不等同于对公司财产享有所有权，公司财产与家庭财产不同，在离婚案件中，多涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，该股权如何处理的问题。在公司章程对此无特别约定的情况下，基于有限责任公司人合性与公司稳定发展的需要，结合《公司法》和《<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释二》第 16 条的规定，对该股权有以下几种处理方式：(一）可对该股权进行评估，由享有股权的夫妻一方补偿对方股权价值的一半，该股东仍享有完整的股权，则此种情况不发生股权转让的问题。（二）夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给给股东的配偶，过半数股东同意，其他股东明确表示放弃优先购买权的，该股东配偶可以成为该公司股东；（三）夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，过半数股东不同意转让，但同意以同等价格购买该出资额的，可以对转让出资额所得财产进行分割，过半数股东不同意转让，也不愿意以同等价格购买的该出资额的，视为同意转让，该股东的配偶可以成为该公司的股东。

4. 股东会决议强制转让股东股权的效力问题

法律实务中，发生如下案例：公司认为股东执行公司事务给公司造成重大损失而欲将股东除名，直接以公司股东会的决议将该股东的股权转让给公司其他股东股东。很显然公司股东会无权以决议的形式强制转让股东股权。该决议因违反公司法的强制性规定和侵害股东固有权利而无效，股权转让的行为也必然无效。《公司法》第 72 规定的股权转让为股东自愿转让其股权的情况，如果股东在执行公司事务时给公司造成损失，公司可以以法定程序行使追偿权，例如：与该股东协商经其同意后自愿将其股权转让，以所得价款抵偿对公司造成的损失。如果不能协商一致，可以通过诉讼以法院判决确定其对公司所付债务，然后依据公司法第 73 条的规定，由法院通过强制执行的方式处置负债股东的股权。

四、股权转让后工商登记备案的效力

在遵守公司法及公司章程关于股权转让规定的前提下，如当事人无特别约定，股权转让合同签订后即生效。股权转让合同签订后，应及时在公司办理股权变更手续，并要及时到工商局变更股权登记手续。股权转让合同生效在前,注销（签发）出资证明书、修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载在后。根据公司法第 33 条规定，记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。公司应当将股东的姓名或名称及其出资额向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。据此，对内公司股东名册的变更登记之时视为股权交付、股东身份（股东权利、义务、风险和收益）开始转移之时。对外，公司登记机关的股权变更登记行为具有对抗第三人的效力。股权转让合同签订后，如果一方不协助办理变更登记手续，另一方可以依据《合同法》的规定及双方合同约定，要求对方履行协助办理变更更登记的义务或者解除转让合同，并依法追究对方的违约责任，司法机关不会因为股权转让合同没有办理变更登记手续而确认其无效。

五、公司章程在股权转让中的重要性

有限责任公司在股权转让时除受《公司法》等调整外，还可以通过制定公司章程更好地规范股权转让行为，我国《公司法》充分尊重公司章程的特别规定，如公司章程对股权转让有特别的规定，股权转让将直接适用该特别规定。故公司股东可根据自身的意愿在公司章程中做出特别约束股权转让的规定。章程既可约定股东向第三人转让股权不必征求其他股东同意，也可规定必须获得其他股东三分之二以上同意。但章程规定不得违反强制性法律规定，不得侵害股东固有权。如章程不得授权股东会随时作出决议，无故剥夺某股东的股东资格，或无故强迫某股东向股东会决议指定的股东出让股权。公司章程可以在国家强制性规范所规定的范围内更好的规范公司的组织和活动，违反法律强制性规定的章程规定不具有约束力。公司章程作为公司的自治规范，在股权转让方面必能发挥重要作用。

结语

随着有限责任公司理论的不断发展，有限责任公司股权转让通过公司法和公司章程得以更好的规范和调整，股权转让对有限责任公司的发展壮大，对经济的迅速崛起必将产生巨大的推动作用，有限责任公司这种现代化的公司形式也必将走的更远。

参考文献：

①朱炎生：《公司法》[M]，厦门：厦门大学出版社.2006 年.

②项先权：《新公司法理论与律师实务》[M].北京：国家知识产权局知识产权出版社，2006 年。

③赵旭东：《新公司法实务精答》［M］，北京：人民法院出版社，2005。

④朱凌琳：《股东权可以继承吗？》[J]，载《人民法院报》，2003 年。

⑤王保树、崔勤之：《中国公司法原理》[M].北京：社会科学文献出版社，2000 年。

作者单位：安徽弘大律师事务所

农村土地承包经营权纠纷解决若干思考

戚枝淬

【内容摘要】农村土地承包经营权是农村土地承包人对其依法承包的土地享有的权利。这一权利具有物权与债权二元性，本文以农村土地承包经营权二元性理论为依据，对农村土地承包经营权纠纷及其解决提出建议：针对因农村土地承包经营合同而引发的土地承包经营权纠纷解决，依据法律与事实，一块土地上存在多份承包合同的，登记产生对抗效力；针对因土地承包经营权属中的占有、使用、收益和一定处分行为引发的土地承包经营权纠纷解决，在取得土地承包经营权方面，主张既要有合法有效的承包合同关系，也要符合法定程序；在土地承包经营权转让、代耕等流转方面，主张首先要明确流转类型，其次根据不同的流转类型采取不同的解决方式。

【关键词】土地承包合同　土地承包经营权　土地承包经营权流转

案例：农民戴某 1995 年 8 月 1 日与其户籍所在地的村签订了一份农村土地承包合同书，在其后两年里，戴某均按照国家的相关规定耕种该承包地并上缴了农业税、提留款、统筹款等， 1998 年至 2007 年期间戴某一家外出打工，这期间就没有再耕种该承包地，由于当时承包农村耕地要承担一定的税与费，所以戴某在外打工期间将其承包地由包某代为耕种，2007 年底戴某返乡向耕种人包某主张返还承包地，但包某认为其已经合法取得该土地承包经营权，以其已与发包方签订了土地承包经营合同并且领有土地承包经营权证书为由，不予返还，后戴某强行将土地要回，包某认为戴某侵犯其土地承包经营权，遂向法院提起了诉讼。随着农村土地承包的全面展开，土地承包经营权纠纷越来越多，并表现出多种不同的类型，包括因承包经营合同引发的纠纷、承包经营权侵权纠纷、承包经营权流转纠纷等，从农村土地承包经营权的性质角度分析，土地承包经营权的纠纷可以分为两类：一类是基于土地承包经营合同引发的纠纷；另一类是基于土地承包经营权属中占有、使用、收益和一定处分引发的纠纷，这两方面的纠纷在本案中均有体现，而且本案引发的种种问题也是土地承包经营中常见的典型问题，这些问题处理效果好坏直接影响到农村土地使用、农业生产以及农民生活问题，所以有必要深入探讨与研究。

一、农村土地承包经营权性质

农村土地承包经营权是指农村土地承包人对其依法承包的土地享有占有、使用、收益和一定处分的权利。关于农村土地承包经营权性质，学界主要有债权说、物权说及二元性说等。（1）债权说。该说认为，首先，土地承包经营权的内容是由合同确立的，承包经营权本质上是一种联产承包合同关系，它仅仅发生在发包人与承包人之间，因此土地承包经营权不具有对抗第三人的效力，基于联产承包合同取得的农地使用权即土地承包经营权属于债权性质；[①]其次，从土地承包经营权转让的条件看，承包人不能自主转让土地承包经营权，必须经发包方同意，这种转让方式完全是普通债权的转让方式。[②]再次，联产承包合同关系是发包方与承包人之间的内部关系，在土地转包关系中，转包人取得的权利也是土地承包经营权，如果该权利性质为物权，显然违背一般物权法原理。总之，基于联产承包合同所取得的土地承包经营属于债权性质。（2）物权说。该说认为，农村土地承包经营权是一种新型的用益物

权，我国《物权法》第三编用益物权中对土地承包经营权进行了详细规定，这表明我国立法上将土地承包经营权纳入物权范畴。这种观点为大多数学者所赞成，学者们认为将土地承包经营权界定为物权有利于稳定农村土地承包经营关系，保护农民的合法利益，激发农民的生产积极性。(3）二元性说。该说认为：①我国《农村土地承包法》规定了物权性质的土地承包经营权和债权性质的土地承包经营权两类；②我国《物权法》虽然将农村土地承包经营权规定为用益物权，但有的与发包方是债权关系，如承包菜地，承包期 3 年，其间是一种合同关系；有的需要与发包方是物权关系，如承包的荒山、荒沟、荒丘、荒滩“ 四荒地 ”， 由于期限较长，投入又大，双方需要建立一种物权关系，以便更好地得到保护。[③]笔者赞成二元性说，尽管我国《物权法》将土地承包经营权单列为其中一章专门加以规定，但《物权法》并没有对土地承包经营权的性质加以界定，由于土地承包经营权是基于土地使用权上而设定的一项权利，与其他基于所有权基础上而设定的用益物权不同，对其性质的认定要视具体情况而定，不能简单将其归入某一类权利，基于土地承包经营合同而享有的权利属于债权，基于承包土地占有、使用、收益和一定处分行为的发生而享有的权利属于物权，土地承包经营权具有物权和债权二元性。

二、本案引发的主要法律问题

（一）基于农村土地承包经营合同而引发的土地承包经营权问题

由于农村土地承包经营合同不同于一般的经济合同，此类合同往往是格式合同，对承包经营合同有严格的形式要求，结合本案，因土地承包经营合同引发的土地承包经营权问题包括以下几方面。

1. 一块土地多份承包合同问题。本案中戴某与包某承包的是一块土地，但在此块土地上发包方与两个承包人签订了两份承包合同，而且两份承合同中约定的承包经营权起止时间相同，均从 1995 年 8 月 1 日至 2025 年 8 月 1 日，共 30 年。一块土地多份承包合同在我国农村并不少见，造成这种结果有多方面的原因，主要原因是我国农村土地承包经营方面相关法律法规不够完善以及土地发包中缺乏严格的操作规程，致使给土地发包带来很大发挥空间，有些地方在土地发包中由村干部说了算，所以出现一块土地上存在多份承包合同也就难免了，由此而引发的法律问题是如何认定多份承包合同的效力，由于解决这一问题是关系到土地承包经营户切身利益的一件大事，所以不能随随便便处理，要根据具体事实依法解决。

2. 一块土地多份承包合同有的登记备案有的没有登记备案问题。本案中戴某与其所在的村所签的土地承包合同在乡政府农业经济委员会管理所进行了登记备案，但戴某没有土地承包经营权证书；包某与同村所签的土地承包合同在乡政府没有登记备案，但包某持有土地承包经营权证书。这里涉及到的问题是一块土地两份承包合同，一份登记备案，一份没有登记备案，该如何解决？自 1995 年之后，我国各地农村开始进入土地第二轮承包，尽管当时我国《土地管理法》已经实施，但由于该法对农村土地承包只是一些原则性的规定，对当时农村土地承包具体操作没有相应法律规范，当时规范农村土地承包经营行为主要是一些政策，对农村土地承包合同登记备案问题没有作特别的要求，承包户对土地承包合同登记备案意识不强，许多承包户不知道自己的土地承包合同还需要备案，一旦因登记备案引发土地承包经营权纠纷，一些承包户以不了解情况来抗辩，致使发包方很被动，那么，针对此种情形，如何认定合同的效力又是一个需要解决的问题。

3. 合同发包方与承包方的签字问题。本案中戴某持有的承包经营合同中承包方的签名引起包某的责难，包某称，戴某持有的承包经营合同中承包方的签名并非戴某本人所签，不能认定该份合同的效力，这里涉及到土地承包经营合同签字效力问题。

（二）基于土地承包经营权属中的占有、使用、收益和一定处分行为引发的问题

1. 农村土地承包经营权原始取得问题。本案中戴某最初取得争议的土地承包经营权是原始取得，后因外出打工，十多年没有耕种其原先承包的土地，是否就可以认定戴某放弃了承包经营权？从包某的角度来讲，在戴某没有耕种期间由其耕种了是否就可以认定包某原始取得了承包经营权？土地承包经营权的原始取得是相对于继受取得而言，是指因发包方与承包方签订了土地承包经营合同而取得土地的方式，或者是因通过招标、拍卖、公开协商等方法取得土地承包经营权的方式。原始取得是承包户取得土地承包经营权最主要的方式，实质上是认定承包户对承包土地占有的问题，此类问题是土地承包经营权中的一个典型问题。

2. 承包经营权流转问题。本案争议的一个重要问题是戴某有无将土地承包经营权流转给包某。包某认为戴某已经将土地承包经营权转让给自己，并以自己持有土地承包合同及土地承包经营权证书为据，但包某没有提供可以证明土地转让关系成立的任何证据，包某仅凭土地承包合同及土地承包经营权证书主张权利，显然是不能成立的。根据我国《农村土地承包法》的规定，承包经营权可以采取转包、出租、互换、转让、代耕等方式流转，土地承包经营权的流转涉及到土地承包经营权的使用、收益及有限制处分权属，如何认定流转行为的合法性，直接关系到土地效用的发挥，是个值得深入探讨的问题。

3. 土地承包经营权消灭问题。本案中包某认为戴某放弃了自己的承包经营权，戴某的承包经营权已经消灭。在土地承包经营过程中，一些农村由于原土地承包经营户外出经商或务工，导致家庭承包经营的土地长期弃耕或者撂荒。弃耕或者撂荒是否表明承包方与发包方的土地承包合同终止？承包方土地承包经营权消灭如何认定？这些都是需要探讨的问题。

三、引发问题的解决

本案引发的上述问题均是土地承包经营过程中出现的典型问题，这些问题的解决与土地承包经营权的性质不可分，基于土地承包经营权的二元性，所以针对不同种类的土地承包经营权的纠纷要根据土地承包经营权的性质不同，采取具体的处理方法。

（一）基于农村土地承包经营合同而引发的承包经营权纠纷解决

1. 一块土地多份承包合同，登记产生对抗效力

一块土地上有多份承包经营合同，持合同的承包户均主张承包经营权的，对此类案件的处理最高人民法院 2005 年颁发的《关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第 20 条规定：“ 发包方就同一土地签订两个以上承包合同，承包方均主张取得土地承包经营权的，按照下列情形，分别处理：（一）已经依法登记的承包方，取得土地承包经营权；（二）均未依法登记的，生效在先合同的承包方取得土地承包经营权；（三）依前两项规定无法确定的，已经根据承包合同合法占有使用承包地的人取得土地承包经营权，但争议发生后一方强行先占承包地的行为和事实，不得作为确定土地承包经营权的依据。” 虽然此条规定为解决此类纠纷提供了依据，但是并没有全面解决此类纠纷中出现的问题，如土地承包合同如何登记？土地承包合同登记意味着什么？我国土地承包是在政府的直接干预下进行的，行政行为性很强，第二轮土地承包开始之初，农民对土地承包合同登记没有什么意识，土地承包登记绝大多数是乡镇依职权统一办理的，并非承包户申请办理，许多承包户不知道自己的承包合同是否登记，即便知道登记了，承包户手中也没有任何证件证明登记。到 1998 年前后，绝大多数承包户领到土地承包经营权证书，其实这一证书只是承包户享有土地承包经营权的证明，是以土地承包合同为依据发放的证书，不能证明土地承包登记，所以，在认定土地承包经营权登记问题上应对承包户发放登记证书，以证明土地承包合同登记这一法律事实。土地登记宜采取登记任意主义，不实行登记强制主义，只要承包户申请登记应给以登记，并有义务对每一个土地承包经营户颁发土地承包经营权登记证书，土地登记机关由乡级土地

管理部门进行登记，并报上一级政府土地管理部门备案。在登记任意主义理论下，宜适用登记对抗主义，不宜适用登记要件主义的做法，即登记产生对抗第三人的效力，这是基于物权理论解决问题。对均未登记生效在先合同的承包方取得土地承包经营权以及均未登记又分不清哪一个合同在先生效，则可根据事实承包关系确定土地承包经营权，对土地谁先形成事实承包关系，谁就享有土地承包经营权，这两种是基于债权理论来解决问题的。

2. 合同承包方的签名问题解决

发包方与承包方签订的合同中承包方签名并非是本人所签，由此引发的问题是对非本人签名能否认定合同的效力，一般情况下，除非有委托人特别授权，非本人签字的合同不能认定合同的效力，但在特殊情况下，要具体问题具体分析，不能采取一刀切的方式，对土地承包而言，由于是特殊历史条件下进行的一场社会变革，是我国农村经济转型的重要举措，牵涉到中国九亿农民的切身利益，在实施此项举措过程中，由于没有可供借鉴的先例，也没有现成的范例，只能是摸着石子过河，一些做法不规范在所难免，不能因土地承包经营合同某一方面存在瑕疵就全盘否定整个合同效力。对土地承包合同而言，当时中国农村许多农民并不识字，根本不会写自己的姓名，再就是当时农村承包经营合同是格式合同，是政府有关机关先拟定好，承包经营户只要签字就可以了，有些地方为了省事，就由经办人员代签了事，之后一旦发生纠纷，有的承包户就以此作为抗辩否定对方的土地承包经营权的合法性。笔者认为，对此类问题的解决不能硬套法律条文，要具体情况具体分析，对非本人签名的承包经营合同，只要由承办人员出面证明或有相关证据能够证明当时签名的背景情况就可以认定签名的有效性，这样认定一方面是为了维护承包经营户的合法权益；另一方面维护了承包经营的稳定性，使得国家农村土地承包经营这项政策深入人心，增强了农民对国家土地承包长期性的信心。

（二）基于土地承包经营权中的占有、使用、收益和一定处分行为引发问题的解决

1. 土地承包经营权原始取得认定

土地承包经营权原始取得，一是基于最初承包方与发包方订立承包经营合同而取得的承包经营权，这类土地承包经营权取得主体既可以是本集体经济组织内的承包户，也可以是本集体经济组织之外的承包户。本集体经济组织内的承包户由于具有成员资格，当然有权承包本集体经济组织的土地，对于非本集体经济组织的承包户，符合法定的条件，也可以通过原始取得方式承包本集体经济组织土地，我国《农村土地承包法》第 48 条规定：“ 包方将农村土地发包给本集体经济组织以外的单位或者个人承包，应当事先经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府批准。”据此，将土地发包给本集体经济组织之外的人承包，一要经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意，二要报乡（镇）人民政府批准，这两个条件缺一不可，如果缺少任一条件，就不具备承包人的资格，除此之外，由本集体经济组织以外的单位或者个人承包的，应当对承包方的资信情况和经营能力进行审查后，再签订承包合同。二是通过招标、拍卖、协商等方式取得承包经营权，此类原始取得主要是针对我国农村的“ 四荒 ”土地，根据《农村地承包法》第四十四条规定：不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地，可以通过招标、拍卖、公开协商等方式承包，这也是原始取得的方式。

就原始取得而言，从土地承包经营权的物权性角度分析，一般一物一权，即一物之上只能存在一个所有权,不得有互不相容的两个以上的物权同时存在于同一标的物之上，所以同一块土地不能为两个权利主体同时合法占有，就包某诉戴某案来看，双方均主张土地承包经营权，双方土地承包经营权共存于同一块地是不可能的，双方中只能是一方享有承包经营权，对此，涉及到对土地承包经营权原始取得的具体认定：一是发包方与承包方要具备相应的资格。就发包方而言，发包过程中是否存在重复发包，如果存在，发包方应当及时予以公告更

正；就承包方来讲，如果承包方不是本集体经济组织的成员，必须要符合上文中陈述的条件；二是原始取得土地承包经营权要有合法的依据。合法的依据是指承包经营户要有承包经营合同和土地承包经营权证书，一般需要两者均具备才能够认定是原始取得，但也有例外，在特殊情况下，持有土地承包合同也可以认定原始取得土地承包经营权，但如果承包户只有土地承包经营权证书，一般不能认定其土地承包经营权，因为在我国农村土地承包过程中，承包经营合同签订在先，在合同签订几年之后各地才陆续发放土地承包经营权证书，这期间因种种原因，一些承包户可能没有领到土地承包经营权证书，但只要有合法的土地承包合同，就不能否定这些承包户的承包经营权。

2. 土地承包经营权流转中的问题解决

土地承包经营权流转，是指在土地承包经营权有效存在前提条件下,在不改变农村土地所有权权属性质和主体种类与农业用途的基础上,土地承包经营权人(即流出方)依法将该物权性质土地承包经营权或者从该物权性质土地承包经营权中分离出来的部分权能移转给他人(即流进方)的行为。[④]土地流转是土地承包经营权继受取得的源泉，土地承包经营权的继受取得是指通过某种法律行为或法律事件从原土地承包经营权人处取得土地承包经营权，包括转包、出租、互换、转让、赠与、继承、代耕等。土地承包经营权流转按流出方其物权是否丧失或是否保有,可分为物权性质土地承包经营权让渡型流转与物权性质土地承包经营权保留型流转或物权保有型土地承包经营权流转。物权性质土地承包经营权让渡型流转,是指原土地承包经营权人(流出方)依法将部分或者全部承包地上的物权性质土地承包经营权移转给流进方(新土地承包经营权人)的行为。其结果,流出方丧失部分或者全部承包地上的物权性质土地承包经营权,流进方依法继受取得部分或者全部承包地上的物权性质的土地承包经营权,且该流转的期限为原承包期的剩余年限。物权性质土地承包经营权保留型流转,是指原土地承包经营权人(流出方)在保留物权性质土地承包经营权的前提下,从物权性质土地承包经营权中分离出部分权能移转给流进方的行为。其结果,流出方仍然保留物权性质土地承包经营权,而流进方无法继受取得物权性质土地承包经营权。[⑤]

（1）土地承包经营权的转让

土地承包经营权的转让属于物权性质土地承包经营权让渡型流转，是指转让方（原承包方）在通过农村土地承包方式取得物权性质土地承包经营权有效存在前提下，在承包期限内依法将部分或者全部土地承包经营权转移给受让方（新承包方）的行为。其结果是，转让方丧失部分或者全部承包地上物权性质土地承包经营权，受让方依法取得部分或者全部承包地上物权性质土地承包经营权；同时，转让方与发包方之间部分或者全部承包地上的承包关系终止，确立受让方与发包方之间部分或者全部承包地上的承包关系，如转让方依法将全部承包地上物权性质承包经营权转移给受让方，其承包方法律资格和原拥有的物权性质土地承包经营权同时消灭。根据我国《农村土地承包法》的规定，采取转让方式流转的土地承包经营权，应当经发包方同意。以转让方式流转土地承包经营权是从土地承包经营权物权性出发，土地承包经营权一旦转让，就发生物权变动，土地承包经营权让渡于受让人，转让人不能再享有相应的权利。由于此种流转方式具有物权性，所以，其保护适用物权保护的基本措施，包括:⑴停止侵害；⑵返还原物；⑶恢复原状；⑷排除妨碍；⑸消除危害；⑹赔偿损失等等。

（2）土地承包经营权的代耕

土地承包经营权的代耕属于土地承包经营权保留型流转方式，是指原承包方（送耕人）将承包土地全部或部分委托给受托方（代耕人）耕种的行为，代耕人根据双方约定享有一定的权利和承担一定的义务。代耕关系表现出来的特点有：①代耕发生在原土地承包户与代耕人之间，一般要求双方以书面形式约定；②代耕只要不违反法律禁止性规定，可不经原发包人的同意；③代耕不导致原承包人的土地承包经营权消灭；④代耕关系中的代耕人获得承包土地相应收益，送耕人免去缴纳相应税费义务。代耕的几方面特点表明，代耕实质上是一种

土地转包流转关系，所以，土地代耕可适用土地转包相关法律制度，在土地转包中，原承包方与发包方的承包关系不变，原承包方与新承包方之间的权利享有不能超过原承包合同的约定，新承包方取得的权利只能是基于合同约定的债权性质的民事权利，因此，代耕人取得的权利也只是债权性质的权利，代耕人的土地承包经营权受双方代耕合同约束，送耕人与代耕人均对土地享有土地承包经营权，土地代耕承包经营权只能是债权性质的权利，因债权保护具有相对性,受侵害时仅能对债务人请求承担违约责任，因此，对代耕引发的纠纷就决宜适用合同法中的违约责任加以规范，要求违约方继续履行、采取补救措施、支付违约金、支付定金、赔偿损失等。

3. 土地承包经营权消灭认定

土地承包经营权可因承包期满而消灭，也可因征用、放弃、让渡型流转等致使土地承包经营权消灭，在对承包经营权消灭的认定方面，比较具有代表性的问题一是撂荒是否就是丧失了承包经营权？二是土地承包经营权消灭是否一定要履行法定手续？针对第一个问题，在我国广大的农村，由于特定的历史原因，撂荒的土地常有发生，许多农民进城务工，承包的土地不再耕种，也没有流转给其他农户，发生土地撂荒，在此种情形下，发包方为了充分利用土地，一般会想办法将土地利用起来而避免土地闲置，合法的做法应当是发包方要与承包方协商撂荒土地的处理，要么交回发包方，解除承包合同，要么将土地承包经营权流转给第三人，但在实际中，作为承包方在撂荒后往往没有流转的意思表示，发包方也不征得承包方统一，擅自将土地发包给第三人，由此引发许多纠纷，对此类纠纷解决涉及到的关键问题是撂荒是否就是放弃承包经营权，承包方是否就丧失了土地承包经营权？笔者认为一般不能如此认定，对撂荒的土地，承包方如没有任何意思表示放弃承包土地，发包方不能推定承包方放弃了权利。

本文结合前述具体案例就我国农村土地承包经营权涉及到的典型法律问题进行了探讨，就案例而言，首先，戴某与包某两人就一块承包地分别持有一份合同的效力问题上，应当认定戴某所签的合同合法有效，包某所签订的合同应予以撤销，包某基于合同而领到的土地承包经营权证书也应当予以撤销。理由是两份合同戴某签订在先，并且戴某所签的合同已经在政府主管部门登记备案，而包某所签的合同日期显然是虚假的，并且包某所签合同没有登记，根据最高院相关司法解释，农村土地承包经营合同的效力采取登记对抗主义，戴某所签的合同显然可以对抗包某所签的合同，应保护戴某所签的合同效力。其次，包某耕种戴某土地十多年的行为可以认定是代耕行为，而不能认定戴某放弃了土地承包经营权。戴某自始至终没有放弃土地承包经营权的意思表示，尽管期间有十来年没有耕种，但并不能认定戴某就丧失了土地承包经营权，从稳定土地承包相关政策来看，农村土地承包经营权受法律保护，发包方不能随意剥夺农户的土地承包经营权，因此，戴某没有放弃其土地承包经营权，发包方就不能擅作主张将土地发包给其他农户，否则的话，发包行为无效。实际上，就目前我国农村土地承包经营权纠纷而言，其涉及法律问题复杂多样，随着农村土地承包经营的不断深入，必将涌现更多值得思考的问题，所以，农村土地承包经营权问题的研究任重道远。

参考文献:

①中国社会科学院法学研究所物权法研究课题组：“制定中国物权法的基本思路”,载《法学研究》1995 年第 3 期。

②江平：《中国土地立法研究》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 309 页。

③丁关良:《农村土地承包经营权性质二元化之客观界定》，载《经济问题》，2007 年第 9 期。

④参见丁关良：“关于土地承包经营权流转法律制度”一文，载于中国农地法律网 http://rurallandlaw.znufe.edu.cn/Html/faxueyanjiu/18159283.htm，2010 年 6 月 5 日阅。

⑤丁关良:《农村土地承包经营权性质二元化之客观界定》，载《经济问题》，2007 年第 9 期

作者单位：安徽峭正律师事务所

土地一级开发及法律风险防范

殷向东

【内容摘要】随着国家经济的发展，中国特色的城市化运动日益蓬勃，在城市发展建设过程中，对土地的开发利用是其应有之义，但与此同时还会出现大量的法律风险。本文拟从土地一级开发的概念、土地一级开发主体的法律分析、存在的法律风险、风险的防范方面进行论述。

【关键词】土地一级开发 法律风险 风险防范

一、土地一级开发的概念

随着社会经济的发展，城市化是一个必然的趋势，在城市化进程中，需要通过对城市土地的开发来拓展城市发展的空间。

城市土地开发包括土地初始开发和土地再开发。土地的初始开发也称为土地增量开发，主要是将部分农业用地转化为城镇用地以及对城市规划区土地的进一步开发；土地再开发也称为土地存量开发，主要是对城市建成区土地的进一步盘活利用，通常称之为旧城改造。

土地的一级开发是“按照国民经济和社会发展规划、城市总体规划、土地利用总体规划和城市土地储备供应计划的要求，将列入城市土地储备开发、土地供应计划的项目，在确定土地开发实施方案后，由政府委托或者通过公开招投标的方式确立土地一级开发主体。而获得土地一级开发权的土地一级开发主体根据‘政府主导、统一规划、市场化运作’的原则，组织实施土地开发项目中的征地、拆迁、规划设计、市政基础设施建设、配套建设、环境建设和投资融资等具体环节，并提供土地开发项目完成后的经营管理方案，为土地二级开发。”①

土地一级开发概念在正式文件中第一次出现是2000年，当年北京市人大常委会通过了《中关村科技园区条例》，在该条例第三章第五节规划和环境建设中，第四十八条规定：“中关村科技园区的土地一级开发，应当服从中关村科技园区建设的统一规划。”这是第一次正式提出土地一级开发的概念，但实际上，土地一级开发是政府逐步规范土地出让方式后产生的一个新的土地开发阶段或者说模式。自从有土地出让(包括划拨)以来，土地一级开发所要完成的工作就已经存在，如征地、拆迁、规划设计、基础设施建设等。但在生地出让时，是先生地出让，然后由受让人完成土地的一级开发或者土地一级开发中的部分工作。在熟地出让时，则在出让前必须先完成土地的一级开发后才对外出让土地使用权。政府在土地出让前，对土地进行整理、投资、开发，将生地变成熟地，这一过程就是土地的一级开发，因此是熟地出让催生了土地的一级开发。

二、土地一级开发主体的法律分析

一般认为，土地一级开发的主体可以是政府(包括政府下属部门或者事业单位)、企业(包括国有企业)以及政府与企业组成的共同体。

土地一级开发权利主体只能是政府。目前在我国，土地一级开发仅限于国有土地的开发，按照《宪法》及《土地管理法》的规定，国有土地的所有权人只能是国家，因此政府对土地进行一级开发的土地来源主要是收回国有土地和征收、征用集体土地。在此基础上，对国有

土地进行整理建设，以符合出让条件。无论是收回国有土地，还是征收、征用集体土地，其主体都只能是政府。

参与土地一级开发的企业，不享有土地的所有权和使用权，同时也不是收回、征收、征用土地的主体，因此不是土地一级开发权利主体。

从土地一级开发权主体的唯一性可知，土地一级开发的主体只能是政府，企业虽然参与土地的一级开发，但其不是土地一级开发的主体。之所以一般认为参与土地一级开发的主体中包含企业，实质上说的是企业可以成为土地一级开发的具体实施人，参与或者承担土地一级开发具体任务的实施。

参与土地一级开发的企业与政府之间的法律关系目前没有明确的、直接的法律规定予以界定，通常认为是委托关系。政府是委托人，参与土地一级开发的企业是受托人，受托人根据政府的授权完成土地一级开发所要完成的工作。但在实践中，政府与参与土地一级开发的企业所签订合同约定的权利义务的性质非常复杂，并不能将政府与参与土地一级开发的企业之间的法律关系全部归结为委托关系。如企业出资，而所有其他与土地一级开发有关的内容如规划、征收、征用土地、基础设施建设等工作全部由政府实施，企业实际上是政府实施土地一级开发的一个融资平台，或者说为政府土地一级开发提供资金支持，这是一个借款合同关系；如果企业出资后能够参与政府土地一级开发后出让土地的收益的分成，政府与企业之间的关系又可以理解为投资关系。如企业仅出资施工建设，对土地进行整理，完成土地整理工作后移交给政府，属于 BT 项目，是一个建设工程合同关系。因此参与土地一级开发的企业与政府之间的法律关系不能一概而论，而是应当根据政府与企业之间具体的权利义务的性质来确定。

三、法律风险分析

企业参与土地一级开发无论是对参与土地一级开发的企业还是对于政府都存在着法律风险。

(一)缺乏明确具体统一的法律规定

关于土地一级开发，目前我国没有统一的法律或者法规作出统一的规定，地方法规除北京市等少数地方政府有相关的统一规定外，大部分省市都没有制定。因此企业参与土地一级开发主要依靠政府制定的政策文件来规范各参与主体的权利义务，政府政策文件的不确定性大，参与土地一级开发的企业的权利的保护相对困难，政府的诚信是企业权利的重要保证。

(二)涉及多种法律关系

企业参与土地一级开发可能涉及多种法律关系，主要涉及到的法律关系有：

1. 委托代理关系

政府是土地一级开发权人，政府将自己的开发权涉及的全部或者部分权利及义务委托给参与土地一级开发的企业行使，政府与参与土地一级开发之间形成了委托代理关系。根据《中华人民共和国合同法》的规定，参与土地一级开发的企业可以以自己的名义对外进行开发活动，但这并不改变委托代理关系的性质，即权利义务的真正主体仍然是政府（包括政府指定的部门或事业单位）。

委托代理关系是一个基础性的关系。

2. 融资关系

参与土地一级开发企业承担提供土地一级开发资金的义务，政府与参与土地一级开发企业之间约定由企业融资，政府按照约定的时间或者方式偿还资金，并负担约定的利息，同时负担一定比例的管理费用。

一般来说，企业提供融资或者融资平台是企业参与土地一级的前提条件，如果企业不能为土地一级开发提供资金保障，政府就不会选择该企业参与土地一级开发。

3. 工程承揽关系

如果参与土地一级开发的企业同时承揽基础设施的建设，政府与参与土地一级开发的企业之间就形成了工程承揽关系。参与土地一级开发的企业将基础设施施工完成，并交给政府，即完成建设和移交任务，政府再按照一定的期限支付工程价款，并支付利息。

（三）政府希望企业参与土地一级开发的目的

政府希望企业参与土地一级开发主要有两个方面的目的：

一方面是为了提高土地一级开发的效率。土地一级开发有大量的事务性工作，需要大量的人力。将土地一级开发委托给企业实施，有利于减轻政府的负担，提高土地一级开发的效率。

另一方面，政府需要筹措资金。土地一级开发需要大量的资金，资金需求主要来源于两个部分，一部分是土地征迁或者拆迁费用，另一部分是基础设施的建设费用。对于基础设施的建设费用，政府可以通过单项的 BT 项目完成，BT 项目融资，土地的征迁或者拆迁费用却难以解决。因此政府需要的是一揽子解决资金问题，这是政府希望企业参与土地一级开发的根本原因。

（四）企业参与土地一级开发的目的

企业参与土地一级开发的目的主要是牟取利益，虽然企业参与土地一级开发的根本目的在于经济利益，但不同的企业对利益的要求还是有差别的。

有的企业要求基本的经济利益的同时，追求的是产值，尤其是国有股控股的上市公司，企业要求将土地一级开发过程中全部投资都能够纳入公司的经营业绩，这一类公司不一定要求利益的最大化。

有的企业追求的就是经济利益的最大化，要求对土地一级开发后的土地出让金进行分成，有的甚至不仅要求支付资金利息，还要求对土地一级开发后的土地出让金进行分成。这种企业一般以私营企业为主。

有的企业在要求基本的经济利益的同时，还追求参与土地的二级开发，即在土地出让过程中享有某种利益。这类企业以房地产开发企业为主。

（五）法律风险

政府的法律风险主要是三个方面：一方面是时间，时间指的是土地征迁或者拆迁的进度能否按照既定的时间完成；另一方面是资金，即政府选择的参与土地一级开发的企业能否按照政府的要求筹集足够的资金；最后一个方面是偿债能力，政府最终要偿还土地一级开发的资金，政府的资金筹措能力是政府应当考虑的风险。

参与土地一级开发的企业的法律风险主要有三个方面：

一是来自政府诚信的风险。由于企业参与土地一级开发没有明确的法律规定，没有相关配套的法律、行政法规规范土地一级开发主体之间权利义务关系，基本上靠政府本身的政策规定，因此政府诚信对企业来说是最大的风险，或者说有很大的政策风险。如果政府政策改变，或者上级政府的政策改变，就有可能对参与土地一级开发的企业的利益进行调整。

二是政策风险。由于土地一级开发周期长，需要政策审批的程序多，因此在此过程中，政策的调整会直接导致土地一级开发的实施及企业的融资能力的变化。土地一级开发涉及土地要经过一定的审批程序，能否顺利通过审批程序有一定的不确定因素，如果由于政策变化导致土地一级开发的标的土地无法通过审批程序，就会导致土地一级开发项目的全部或者部分搁浅，企业与政府所签订的土地一级开发合同全部或者部分无法履行。土地一级开发需要的资金量大，周期长，一般企业不可能全部以自有资金进行开发，需要银行贷款支持，银行

能否贷款受政策制约。尤其是企业应当考虑到参与土地一级开发而向银行贷款，实际上是变相为政府提供了一个融资平台，就目前国家的政策来看也不是很合乎政策规定的。因此在土地一级开发周期内，银行因政策调整而不再提供资金支付是企业必须考虑的风险。

三是收回投资成本风险。参与土地一级开发企业的投资，政府会买单，这是企业无需担心的，没有哪一级负责任的政府会不承认自己应当承担的债务。但是，由于政府偿债能力有限，能否按照约定时间偿债，企业必须有所准备，一旦政府不能按约定期限偿债，企业自身要有偿债能力，不至于造成资金链断裂，给企业造成更大的金融风险。

四、法律风险防范

（一）政府法律风险防范

政府将土地一级开发委托企业进行，主要的法律风险在于：开发的土地审批程序能否及时合法地批准下来，企业的资金能否保证土地一级开发的需要以及能否按时偿还土地一级开发企业的投资。

因此政府应当作好以下工作以防范法律风险：

1. 对土地一级开发项目进行论证，确保符合法律、行政法规及政策要求，能够通过行政审批程序

土地开发的合法性是政府依法行政的基本要求，也是维护政府和参与土地一级开发企业权利的基本条件。政府在进行土地一级开发前，必须进行论证，以确保土地一级开发的合法性。

2. 资金保证是选择土地一级开发企业的首要条件。政府在选择土地一级开发企业时，对企业资金筹措能力的考虑与要求是双方合作首先要考虑的因素，没有资金的支持，就缺乏合作的前提

企业在参与土地一级开发过程，为了规避风险，有可能要求成立项目公司，或者与政府一起合资成立项目公司，以项目公司在当地融资，解决土地一级开发资金需求。但是，项目公司融资的能力是有限的，因此政府一定要要求参与土地一级开发企业对土地一级开发整个资金要求进行测算，并保证资金到位，而不是依赖于项目公司的融资，项目公司融资风险由参与土地一级开发的企业承担，政府只参与项目公司融资的协调工作，但不承担融资风险，不保证为项目公司融资提供担保。

同时为了规避风险，政府一定要坚持有退出机制，即当参与土地一级开发企业不能保证土地一级开发所需要的资金时，政府有权解除协议，并可以自行开发或者委托其他企业开发，并就退出机制作出制度性安排，以保证土地一级开发任务的完成，维护双方的利益。

3. 规避偿债风险

政府要充分考虑到偿还到期债务的风险，在制度安排上确保按照约定偿还土地一级开发中企业的投资，同时也要考虑到政府可能因为某种原因不能按照约定偿债，可事先约定两步缓冲时间，第一缓冲时间无条件缓冲时间，即政府不需要增加利息、费用，在此时间内仍然按照正常约定的利息和费用计算；第二缓冲时间政府可适当增加利息、费用。超过两步缓冲时间方构成违约，承担违约责任。

4. 在程序上尽量采用招标方式选择参与土地一级开发企业

尽管没有规定选择参与土地一级开发企业必须通过招标方式，但从公开、公平、公正处理行政事务的基本要求出发，政府还是应当在选择土地一级开发企业时采用招标方式。

（二）企业法律风险防范

1. 要有政府的正规文件依据

企业参与土地一级开发没有相关的法律、行政法规的依据，因此企业在参与土地一级开发时，要争取有一级政府相关的文件为依据，并收集正规的文件，作为签订土地一级开发项目合同的附件。

一般情况下，签订土地一级开发项目合同的主体都不是一级政府，而是政府下属的部门、事业单位等，因此索取正规文件很有必要，以正规文件的形式确认土地一级开发是一级政府的意志，而不是政府下属部门、事业单位等意志。在发生政府人员更迭时，能够依据政府文件维护企业的权利，这对企业防范法律风险非常重要。

2. 要对土地开发的合法性进行评估

企业在参与土地一级开发前，要对土地一级开发的合法性进行评估，以防范法律的风险。

企业参与土地一级开发不仅要政府承诺土地一级开发的合法性，同时企业也要对政府承诺是否事实进行评估。如政府承诺符合国家政策的依据是否存在，政府土地开发计划得到批准的可能性有多大，企业要进行评估，而不是简单地听取政府的承诺。

3. 取得的利益要公平

企业参与土地一级开发追逐利益最大化本没有问题，但由于企业参与土地一级开发的相对人是政府，过分追逐利益可能会导致利益无法实现，因此在追逐利益的同时要兼顾公平。

有的企业参与土地一级开发，提供土地一级开发的资金保障，但对所提供的资金由政府支付高于银行贷款利率水平的利息，计入土地开发成本，同时按照土地一级开发总成本收取一定比例的管理费用。企业参与一级开发的利润主要体现在管理费用中，即对投资有一个固定的回报。一般认为这是公平的。

然而有些企业参与土地一级开发不仅收取利息及管理费用，还参与土地出让收益的分成，这是不公平的。政府支付了企业投入土地一级开发资金的利息，其实就相当于政府向企业借款，企业还要与政府分成土地出让收益，易导致不公平的情形。这种不公平主要体现在：第一，企业未承担投资风险，所谓投资正常情况下是有风险的，但企业在收取高于银行利率的利息的时候，企业的风险已不是投资风险，而是资金风险，即投资土地一级开发无论是盈是亏，企业均没有风险；第二，土地出让盈利是政策利益，而不是经营利益，可以理解为土地出让盈利是公共利益，而不是经营利益，由企业分得公共利益有失公平。土地出让根据土地出让性质不同，收益有很大的差别。同一幅土地规划用途不同，出让价格相差甚大，工业用地土地出让金最低，商业用地出让金最高，出让年限的长短也影响到土地出让金的高低。

因此企业不能不考虑政府会通过规划调整来减少土地出让利益，使得合同约定的土地出让利益分成得不到实现。

4. 取得的利益要合法

参与土地一级开发的企业如果要求取得其他利益，如土地二级开发权，应当合法取得。土地二级市场采用的是拍卖方式，参与土地一级开发企业要取得土地二级开发权，仅在土地一级开发合同中约定，并不能依法必然取得，如果通过设定一定的条件限制土地二级开发权的出让，也是不合法的。因此参与土地一级开发的企业在约定利益分享时，应当充分考虑到合法性的风险，不要把利益全部放在存在合法性风险的利益上。

5. 要有足够的资金支付能力，确保资金链不断裂

企业参与土地一级开发，要仔细测算土地一级开发需要投入资金总量及投入周期，并确保能够通过融资解决资金的投入。同时还要考虑政府延期偿还资金的风险，保证资金链不断裂。

企业自身要有很强的、独立的融资能力，不能指望政府会为企业融资提供担保或者实质性的支持，同时还要考虑国家宏观调控的风险。

6. 合同条款要完备

正是因为没有涉及土地一级开发的法律和行政法规，企业参与土地一级开发完全靠合同条款来确定自己的权利和义务，因此合同条款在不违反法律规定的情况下，就相当于法律。

在有法律规定的情况下，合同条款中没有约定的可以依照法律规定来执行，在没有法律规定或者法律规定不明确的情况下，对合同条款的要求更高，要求将合同履行中双方的权利义务作详尽的规定，在履行过程中出现问题时，一定要通过书面的补充协议或者会议纪要方式明确，在发生争议时有据可依。

注释：

①《土地一级开发实务指南》化学工业出版社第 1 版第 2 页。

作者单位：安徽夏商周律师事务所

浅议抽象性行政行为的救济
——从一件提供法律服务涉及的行政性规定谈起

范国平　梁 猛

【内容摘要】在现实生活中，对于抽象性行政行为的审查与救济则凸显空白。加强对规范性文件审查和赋予相对人救济权显得尤为重要。对涉及抽象行政行为中除行政立法以外的其他行政规范性文件的救济，从人大常委会监督审查、政府法制部门的备案审查、相对人的申请复议审查以及行政诉讼审查等方面进行有效纠正，以期推动政府抽象行政行为的制度化和法制化建设。

【关键词】行政规范性文件　文件审查　相对人救济权

引言

现行行政法理论有一种具体行政行为和抽象性行政行为的分类，抽象性行政行为在部分学者论述中确定为：“制定行政法规范的行为，通常是指国家机关在行使行政权过程中，制定和发布普遍性行为规则或规范的行为”有学者以为抽象性行政行为实际就是行政立法行为。行政立法行为不是行政法意义上的行政行为，真正行政法意义上的行政行为仅指具体行政行为。

在我国现行法律体系中，对于行政立法行为，我国《立法法》、《法规制定程序条例》、《规章制定程序条例》对于法律、行政法规、地方性法规、部门规章、地方政府规章的制定及审查等程序有了系统和明确的规定。而对于抽象性行政行为的审查与救济则凸显空白。

可是在现实生活中，这种“抽象性行政行为”在我国的行政管理体系中数量庞大，涉及我国社会生活的各个方面，遍布于行政管理的各个角落，并且伴随着行政权利的强制与效力先定，直接或间接地调整着我们社会每一个主体的权利和义务，影响每一个主体的每一个行为。又由于我国《行政诉讼法》第 12 条 2 款规定把“行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令”等行政规范性文件排除在人民法院的受案范围以外。因此对于这种行政行为如何救济，则成为一个问题。

2010 年 1 月 12 日，国务院正式批复《皖江城市带承接产业转移示范区规划》，安徽沿江城市带承接产业转移示范区建设纳入国家发展战略,这是我国第一个为促进中西部地区承接产业转移而专门制订的战略规划,对于崛起中的安徽具有重要的里程碑意义。在实施战略规划的过程中,各级政府及相关部门在贯彻中央政策法规的前提下,势必还会出台一系列的行政规范性文件，现结合笔者在实际工作中所遇到的问题，对涉及抽象性行政行为的救济谈一些粗浅的看法，以期推动政府抽象行政行为的制度化和法制化建设，不当之处还望批评指正。

一、抽象性行政行为的概念

这种分类是在学说研究时，从行政行为界定具体与抽象之间的关系时作出的分类。

所谓抽象行政行为，是指行政主体针对不特定的行政相对人单方作出的具有普遍约束力的行政行为，即制定行政规则的行为。抽象行政行为并非正式法律概念，而只是学术用语，

作为与具体行政行为的对应，两者的区别在于行为的适用范围不同。抽象行政行为的特点在于，一是具有普遍约束力，它不是针对特定人或特定事；二是具有反复适用性，行政机关可以根据同一抽象行政行为作出多个具体行政行为。

由于行政立法行为是一个明确的法律概念，依照《立法法》规定，行政立法实际是指行政法规、规章的制定行为。包括国务院制定行政法规，各部委制定行政规章，省、自治区、直辖市人民政府，国务院批准较大的市人民政府制定地方性规章的行为。有学者认为抽象行政行为应包括行政立法行为和行政机关制定、发布其他具有普遍约束力的决定、命令的行为的总和。因为本文主要讨论抽象行政行为中除行政立法以外的其他行政规范性文件的救济，故此本文中的抽象性行政行为仅指行政机关制定、发布的其他具有普遍约束力的决定和命令的行为。

这种抽象性行政行为等同于《安徽省行政机关规范性文件制定程序规定》第二条规定的行政规范性文件。即“县级以上人民政府及其部门，根据法律、法规和其他上位法的规定，在其法定权限内制定，规范行政管理事务，公开发布并反复适用的，具有普遍约束力的文件。”为明确概念，下文将这种抽象性行政行为称为行政规范性文件。

行政规范性文件是贯彻党的方针政策和实施国家法律、法规、规章的行政管理措施，是国家法律、法规、规章的延伸。同时它对于适用范围内的公民、法人和其他组织的社会行为，当然也包含行政机关自身的行政行为都具有一定的引导、激励、警戒和归制作用。

二、行政规范性文件的现实问题

1. 制定机关多，文件数量庞大

我国可以制作行政规范性文件的主体很多，根据《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》的规定，上至国务院，下至乡镇政府，各级行政机关都有权制定规范性文件。仅从我国各级政府网站对外公布实施的规范性文件来看，其数量非常庞大。

2. 制定、审查等程序缺少统一标准

从现行法律规定上看，行政规范性文件未列入《立法法》调整范围，从法理上分析，行政规范性文件的制定不属于立法范畴。由于我国《行政程序法》尚未出台，在实践中，各地对于行政规范性文件的制定、审查等程序规定不一，制定、审查标准不够完备，操作性不强。

3. 部分规范性文件存在“质量问题”

有些规范性文件除了内容缺乏逻辑性、概念不准确、用语不规范等技术问题外，内容方面还存在一定的问题：如有的规范性文件违法实施行政许可，在上位法规定的许可条件和程序之外，违法增设不必要的条件和程序；有的规范性文件在没有上位法依据的情况下，擅自设定部门职责和相对人义务的规定；有的规范性文件将上位法条文断章取义、取其所需，移植到自己的内容当中等等。

4. 存在“部门利益法制化”的现象

行政机关通过制定规范性文件是加强对社会管理的重要手段，但在实际操作过程中，则出现有些部门则通过制定规范性文件来强化部门权力、与其他部门争夺权力，以执行上级主管部门规章、文件为由将本部门利益及权力的行使扩大化，而在责任承担上则予以推诿逃避。该问题在近年来的“两会”上，为不少代表所热议的话题之一。

5. 缺少有力的监督和有效的救济手段

《各级人民代表大会常务委员会监督法》第 29 条规定：县级以上地方各级人大常委会有权审查、撤销下一级人大及常委会，以及本级政府发布的不适当的决定、命令，具体程序由省、自治区、直辖市人大常委会参照立法法的规定，作具体规定。在省级人大常委会出台

的与之配套的关于规范性文件的审查备案的规定当中，就规范性文件的监督审查多为程序性审查，而对于可能涉及到行政相对人提出的审查建议申请的受理、监督审查部门进行实质审查的标准和措施、相对人或建议人提出审查不成立的救济途径等，各地规定对此均未明确。

三、对行政规范性文件进行监督救济的途径

1. 提请人大常委会对行政规范性文件进行监督审查

根据《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第四十四条之规定“县级以上地方各级人大常委会常委会行使下列职权：（八）撤销本级人民政府的不适当的决定和命令”，这是权力机关对规范性文件进行监督的法律依据和来源，此外，各级人大及其常委会还有权对政府的工作进行监督，当然也包含了对政府及其部门制定的规范性文件的监督。

另根据《各级人民代表大会常务委员会监督法》第 29 条、第 30 条的规定，县经以上地方各级人大常委会对下一级人大及其常委会和本级人民政府发布的决定、命令，有权审查，经审查有违反法定情形的可予以撤销。

同时根据《各级人民代表大会常务委员会监督法》的授权，省级人大常委会可以制定具体规定，加强对规范性文件的监督审查。（如《安徽省各级人民代表大会常务委员会实行规范性文件备案审查的规定》第 9 条 2 款即赋予国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民，对规范性文件有提出审查建议的权利。）

2. 提请政府法制部门对行政规范性文件进行备案审查

法规依据是《法规规章备案条例》第 21 条：“省、自治区、直辖市应当依法加强对下级行政机关的规章和其他具有普遍约束力的行政决定、命令的监督，依照本条例的有关规定，建立相关的备案审查制度，维护社会主义法制的统一，保证法律、法规的正确实施。”根据各地政府关于行政规范性文件备案审查的具体规定，可以向政府法制部门提出审查建议。（如根据《安徽省行政机关规范性文件备案监督办法》第 14 条规定）。

3. 相对人在申请行政复议时对规范性文件的合法性一并提出复议审查申请

根据《行政复议法》第 7 条的规定，公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为所依据的规定不合法，在对具体行政行为申请行政复议时，可以一并向行政复议机关提出对该规定的审查申请。包括：（一）国务院部门的规定；（二）县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定；（三）乡、镇人民政府的规定。

4、行政诉讼中审查也是途径之一

虽然行政诉讼法第 12 条明确规定抽象性行政行为不可诉，但是行政规范性文件是属于具体行政行为还是属于准行政立法行为，目前在学者的研究几近空白。但是从人民法院对待行政行为的审查态度上可以看出，最高人民法院有意淡化具体行政行为的“具体”色彩，将一些只是具有局部或个别普遍适用的行政规范性行为作为具体行政行为，纳入司法审查范围，恢复行政诉讼法本旨中赋予人民法院审查行政行为的受案范围（参见江必新《是恢复，不是扩大—谈<若干解释>对行政诉讼受案范围的规定》，载《国家法官学院学报》，2000、7）。

此外在行政规范性文件实施过程中，必然会通过具体行政行为来施行，在施行过程中涉及到对行政相对人的权益影响的，相对人可以提起行政诉讼，由于在行政诉讼中人民法院进行行政裁判的依据仅有法律、行政法规，对于部门规章则只是参照，因此人民法院在审理案件时发现行政主体在实施具体行政行为时存在越权、扩大对法律、行政法规的解释等情形时，可直接依据法律、行政法规的规定，撤销具体行政行为，这样实际也间接达到了审查行政规范性文件的效果，加之在司法审查过程中，人民法院还可以向行政机关发出司法建议，这种途径也是有效的纠正行政规范性文件不适当方式。

四、笔者在一起行政规范性文件审查的具体做法

笔者担任律师执业期间，为矿山企业提供法律服务，2009 年 9 月，安徽省煤矿安全监察局、安徽省经济和信息化委报请省人民政府办公厅转发皖政办〔2009〕118 号《安徽省地方煤与瓦斯突出煤矿安全管理若干规定（试行）》（以下简称“ 118 号文 ”），该文件依据国务院、国家安监总局等一系列指导性文件和规定制定，意在加强地方煤矿的煤与瓦斯突出治理。但其内容上存在扩大解释，设置行政指导等方面的问题，行政相对人意见很大，笔者详细了解了 118 号文的内容、上位法律、法规、规章的规定，118 号文的制定背景，提出了以下的审查意见

1.“ 118 号文 ”的指导思想与实际内容可能存在偏差

“ 118 号文 ”的制定旨在加强安徽省地方煤与瓦斯突出煤矿安全管理，但该文件实际内容与其加强煤矿防突管理的目标存在差距，主要表现在：

“ 118 号文 ”的制定依据一《国务院安委会办公室关于进一步加强煤与瓦斯治理工作的指导意见》（安委办[2008]17 号），全文 32 条。对于煤矿企业加强煤与瓦斯治理的要求，从设计时的地质灾害分析、矿井建设及投产前的瓦斯治理功能的落实、生产过程中对于瓦斯区域采煤工作面的掘进方法设定、通风抽采监控的有效措施布局以及责任主体和监管职责等等均作出了详实而具体的规定，对于煤矿企业防治煤与瓦斯突出的管理工作而言，具有较强的可操作性，同时起到了政策标杆的作用。然而在“ 118 号文 ”中，除第 20、21、22 条把一些宣言式、空洞的管理指导、监管和准入把关写进文件中外，对按照《指导意见》的规定如何细化和落实煤矿煤与瓦斯管理具体实施意见，在该文件中再无涉及。

118 号文 ”的制定依据二《防治煤与瓦斯突出规定》（国家安全监管总局令第 19 号），全文 124 条。该规定技术性强，防突规范涉及整个煤矿企业自基建到运营的全部过程，可谓细致入微，是评定煤矿企业防治煤与瓦斯突出治理能力的标准和检测依据。该规定虽作为“ 118 号文 ”的制定依据，但如何贯彻和实施规定所要求的防突标准，在“ 118 号文“ 中也未涉及。

“ 118 号文 ”的制定依据三《关于深化煤矿整顿关闭工作的指导意见》（安监总煤监[2009]157 号），全文 26 条。该意见系国家出于安全生产考虑，促进煤炭工业结构调整，指导性整合煤炭资源，关闭小煤矿和生产能力、技术落后的煤矿。该意见全文未涉及煤矿煤与瓦斯突出的防控治理。

2. 118 号文 ”存在制定机关扩大制定权限，行使了部门规章的立法权利的情况

该文共 24 条，自第 3 至 17 条的内容均围绕“ 托管 ”而制订，然而文中规定的实施“ 托管 ”在现行法律、行政法规、规章中均未作出规定，根据《立法法》第 73 条的规定“ 地方政府规章可以就下列事项作出规定：（一）为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项；（二）属于本行政区域的具体行政管理事项。 ”“ 118 号文 ”作为政府部门的规范性文件当然不能超越现行法律的规定，通过文件设定“ 托管 ”无法律依据。

作为政府下属机构加强对煤与瓦斯突出煤矿的管理，防止灾害事故的发生，是其部门职责所在。现行法律、行政法规、规章以及国务院、国家安监总局、煤监局等数十家部门颁行的决定、决议等，对煤与瓦斯突出问题的危险评估鉴定、防治管理措施、治理标准及综合利用等都作出过具体而详实的规定，具有一定的可操作性，作为地方政府煤矿安全监督管理部门应当在现行法律法规规定的框架内进行落实和细化，可以通过制定细则加强对煤与瓦斯突出煤矿的监督和管理，但不能自行设定“ 立法权 ”对企业实施“ 托管 ”。这种创设的管理手段，显然超越了立法法许可的“ 解释 ”的权限，应属违法的创设。

3.“ 118 号文 ”设定“ 托管 ”不仅缺乏法律、法规依据，还有擅自设立行政许可条件的之嫌

（1）“ 118 号文 ”第 3 条规定：“ 安徽省地方煤与瓦斯突出煤矿经省煤矿安全监管监察部门审查不具备瓦斯治理能力的，必须由有瓦斯治理技术和实践经验的单位托管。2010 年 3 月底前不能实现托管的，要退出煤炭开采业，或将采掘作业范围退出突出危险区域。”

作为规范和调整安全生产管理的上位法《安全生产法》对各级负责安全生产监督管理的部门应当履行的法定职责作出了明确规定，同时对监管部门因企业不符合法律、法规规定，达不到国家标准或者行业标准规定的安全生产条件应当采取的行政措施(即企业所应承担的法律后果)也作了详细的规定。（详见《安全生产法》第 8 条、9 条、54 条）

国务院于 2005 年 9 月 3 日公布施行的法规《关于预防煤矿生产安全事故的特别规定》（2005 国务院令第 446 号）、国条院安委会办公室《关于进一步加强煤矿瓦斯治理工作的指导意见》（安委办[2008]17 号）、《防治煤与瓦斯突出规定》等规范性文件均作出规定，对防突治理标准、安全规程、数据参数的规范要求等涵盖了煤矿企业自取得探矿权至生产运营的全过程，对煤矿企业存在重大安全隐患行为的，应立即停止生产，排除隐患，对达不到法定治理标准的也都规定了具体的责任承担方式。（详见《关于预防煤矿生产安全事故的特别规定》第 8 条、10 条；《关于进一步加强煤矿瓦斯治理工作的指导意见》第 24 条、25 条；《防治煤与瓦斯突出规定》整篇）

从法律、法规对于煤矿企业安全生产作出的管理规定，特别是防治煤与瓦斯突出矿井的规范要求来看，煤矿企业如达不到安全标准或者存在安全事故隐患，违反安全规程，就要按照法律、法规的规定接受由煤矿安全监督管理部门采取的包括责令整改、停产整顿、罚款、直至吊销证照等具体行政措施和监督管理。现行防治煤与瓦斯突出和安全生产的法律、法规规范中，对不具备瓦斯治理能力的煤矿企业均没有规定可以采取“ 托管 ”这种措施，更没有赋予安全监督管理机构可以“ 托管 ”的方式来进行监督管理。

（2）“ 118 号文 ”第 4 条规定：“ 托管单位必须是具有防治煤与瓦斯突出能力的国有大型煤矿企业或煤矿瓦斯治理国家工程研究中心验证基地。”第十一条规定：“ 托管单位与被托管单位本着自愿的原则签订托管协议，约定托管方式、托管内容、双方权利义务和责任。”

在执行上述两条规定的过程中，遇到的现实问题是：

①文件制定机关以执行 118 号文为由，要求相对人与其指定的机构签订技术服务协议、进行“ 托管 ”收取服务费用；

②相对人按照“ 118 号文 ”的规定，自行与具备瓦斯治理能力的煤矿安全瓦斯治理国家工程研究机构签订的技术服务协议不能得到文件制定机关的认可；

③相对人按照“ 118 号文 ”的规定同文件制定机关指定的机构签订技术服务协议在履行过程中出现解除、中止等情形时，直接影响相对人企业的正常运营，所带来的严重后果是相对人不能获得文件制定机关审批有关建设和生产的法定许可。

文件制定机关通过执行“ 118 号文 ”，落实到实际操作层面其实质上是在煤矿生产企业之前设置了一个新的行政许可，不按文件规定接受“ 托管 ”的，就不能获得建矿许可，进而也不可能获得煤炭生产许可。

《行政许可法》第 12 条规定：“ 下列事项可以设定行政许可……（二）有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等，需要赋予特定权利的事项 ”。对此国家通过生产许可证对煤矿开采进行行政许可，而国家对煤炭生产许可并没有要求以接受“ 托管 ”为前置条件。《行政许可法》第十六条规定：“ 行政法规可以在法律设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定。

地方性法规可以在法律、行政法规设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定。

规章可以在上位法设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定。

法规、规章对实施上位法设定的行政许可作出的具体规定，不得增设行政许可；对行政许可条件作出的具体规定，不得增设违反上位法的其他条件。”

“ 118 号文 ”的内容反复强调“ 托管 ”，将“ 托管 ”作为建设、生产许可的前提，实质上是为煤炭矿山的建设和生产设置了上位法之外的新的行政许可条件，因此所带来的诸多问题有可能背离了加强防治煤矿煤与瓦斯突出管理的初衷，在一定程度上限制和侵害了相对人的合法权利。

4.“ 118 号文 ”还可能存在着对民营经济和中小企业的歧视

“ 118 号文 ”第 2 条规定：“ 本规定所称安徽省地方煤与瓦斯突出煤矿是指除淮南矿业集团公司、淮北矿业集团公司、皖北煤电集团公司、国投新集公司以外的煤与瓦斯突出煤矿。”

首先，我国现行法律、法规并未规定将煤矿企业作出国有和地方的分类，更没有规定要加以区别对待，其次，早在 2005 年 2 月 19 日国务院发布《关于鼓励支持引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》（国发[2005]3 号）中就明确要全面落实科学发展观，认真贯彻中央确定的方针政策，进一步解放思想，深化改革，消除影响非公有经济发展的体制性障碍，确立平等的市场主体地位，实现公平竞争。

针对上述问题，笔者提出了较为详尽的分析报告，并代行政相对人撰写了提请安徽省人民代表大会常务委员会依照《各级人大常委会监督法》、《安徽省各级人民代表大会常务委员会实行规范性文件备案审查的规定》的规定依法进行审查，地方立法机关目前审查正在进行中。

五、加强对规范性文件审查和赋予相对人救济权的必要性

1. 现行法律规定并不具体

前文中已经讲到，根据《各级人大常委会监督法》第 29 条的规定，各级人大常委会有权对下级人大、本级政府发布的规范性文件进行审查，然而如何具体操作，怎样对审查程序作进一步的细化，《各级人大常委会监督法》则规定由省级立法机关参照《立法法》规定执行。由于《立法法》将行政规范性文件排除在“ 法 ”的范畴之外，未作规定，其规定的“ 立法 ”程序即使作为各地制定细则所参照，但对于《立法法》第五章所要求的“ 实质性审查 ”也很难落到实处，主要表现在各地对于监督审查的规定多注重“ 程序性审查 ”的报送、备案，而轻视“ 实质性审查（合法性审查）”的听证、意见和建议。建议地方立法机关在对行政规范性文件的备案审查和执法检查时，对规范性文件所涉及的领域，能综合考虑并听取行政管理相对人的建议，构建和谐的行政执法环境。

2. 缺少对救济程序的规定

多数地方政府在制定对规范性文件制定和备案审查的办法中都规定了国家机关、社会团体、企事业组织和公民认为规范性文件有违反法律规定的情形，可以提出书面审查建议（如《吉林省规章规范性文件监督办法》、《安徽省行政机关规范性文件备案监督办法》、《上海市行政规范性文件制定和备案规定》等），而对于受理审查申请、及如何听取申请人和文件制定机关的意见、中止审查或不予受理后的救济途径均未作出规定，这就容易形成地方立法机关、政府法制工作部门“ 一言堂 ”的局面，申请人被拒绝后即丧失了继续提出建议或进行复核的救济渠道。对此情形，笔者认为如政府法制工作部门不依法受理建议人提出的申请，建议人可就其不作为依法申请行政复议或提起行政诉讼。

3. 对完善规范性文件监督审查的构想

建议国家立法机关尽快出台《行政程序法》，并在《行政程序法》中，对行政规范性文件的制定主体、制定程序、依据等作出明确规定，并期望能够对规范性文件的建议审查程序及救济途径作更为细化的规定。

确立人民法院对抽象行政行为的审判监督制度，司法权如果不能享有对行政权的完整审查权，必然会产生“抽象行政行为”的司法豁免权，实质上就是对行政相对人的“合法”伤害。

参考文献：

①应松年：《行政行为法》人民出版社，1992 年版。

②黄学贤《中国行政程序法的理论与实践—专题研究述评》，中国政法大学出版社 2007 年版。

③杨建顺：《行政规制与权利保障》，人民大学出版社 2007 年 8 月第 1 版。

④王有信 李亚军：《权力机关应重视对政府规范性文件的监督》http://www.yfzs.gov.cn/gb/info/ztbd/lj/2003-12/26/1411386477.htm

⑤闫桂贞：《抽象行政行为的可诉性研究》http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=523

作者单位：安徽协利律师事务所
安徽达安律师事务所

浅析住房保障中的政府责任

韦　国　　丁　敏

【内容摘要】“建立服务型政府”理念在现代社会的住房问题中体现为政府保障公民“居者有其屋”。我国目前住房保障制度正在建立和完善之中，但是商品房价格虚高不下，保障性住房政策无法落实，政府在管理中出现双重“失灵”。到底应该是一味压低房价，让“人人买得起房”，还是踏实建设保障性住房体系，让“人人有房住”？政府应当理清思路，做好适当的角色定位，以便更好地完成保障人权的职责。

【关键词】 商品房 保障性住房 政府职责 公共事务

一、引言

伴随着福利时代的到来，“ 最少干预，最好政府 ”已经被“ 最多服务，最好政府 ”的理念所代替，经济、社会和文化生活等一切触及公共利益的问题都需要政府部门即时规制、引导和供给。目前，这类问题在我国最具代表性的就是住房保障问题。一方面，商品房市场如火如荼；另一方面，疯狂飙涨的房价令普通百姓望而却步。一方面，政府先后出台各种政策试图压低房价，另一方面，富人住进经济适用房的现象愈演愈烈。这凸显出中国社会贫富差距仍在加大，社会公平正受到极大挑战。仅靠住房体制改革来解决住房保障问题，是很难达到目标的，市场化的住房供应机制无法完全解决社会公平问题。住房保障机制的建立应当是公共行政必须解决的问题，而作为民众利益代表的政府责无旁贷。

二、目前我国政府在实施住房保障措施中的问题

（一）对于商品房市场的不当干预

对于商品房市场，政府的干预是必要的，但应当方法适当。目前，我国商品房价格上涨速度飞快，在一线城市，房价高得“ 离谱 ”，普通大众怨声载道，并向政府施压。而政府先后对房地产市场进行了两次大的调控，主要针对的是房价控制，但收效甚微。诚然，商品房价格高低受到民众的关注度最大，但是它的直接决定因素更多的在于市场而非政府。政府通常采取的是直接压价的方式来调控房价，但这种方式只能是治标不治本，短期内可能有一些效果，但到了一定时间就会引起反弹。政府的调控应当着眼于规范商品房市场各方主体的行为，依法监督，严格执法。房价高低由市场决定，但落实明码标价制度；依法查处价格违法行为；进行成本监测，搞好价格服务，防止市场价格被人为操纵，损害民众利益，这才是政府的职责。

（二）对于保障性住房的建设缺乏有效的管理

1. 政策制定方面

我国住房保障制度的建设始于上世纪九十年代。目前，廉租住房、经济适用住房、限价商品房三大住房保障政策是该项制度的主要内容。虽然相关政策层出不穷，但是始终未能对制度建设进行有效地完善，其本身在运行过程中也是问题不断。主要原因有一下几个方面：

（1）政策拖延

我国住房保障制度着手建立的时间较早，但知道最近几年对其关注度才逐步上升。以经

济适用房为例，1994 年 7 月 18 日，“ 经济适用住房 ” 首次出现在国务院发布的 “ 国务院关于深化城镇住房制度改革的决定 ” 中，这标志着经济适用房政策的制定工作正式启动。但是具体的管理办法直到 2004 年才正式颁布。在此期间，各地进行试点，但很少出现明确的实施办法。

（2）政策本身不够科学

①内容模糊不清

各项住房保障政策存在概念界定模糊，例如，经济适用房的概念在 1994 年首次提出，最近一次较为完善的界定是在 2007 年七部委发布修订后的《经济适用住房管理办法》中。也就是说在这期间共有 13 年的时间，这一概念都是处于模糊不清的状态，非常不利于政府工作的开展。此外，在具体事项的规定上没有清晰的标准。例如，未对保障性住房的户型标准作出限制。开发商追求自身利益的最大化，什么户型好卖建什么房子。此外，大部分政策在责任的界定上也是不够明确的。具体表现为责任主体含糊，缺乏明细规定，内容空洞，没有实际的执行力。而现实中对政策的违规操作，虽妇孺皆知，却极少有人因此担责。概念不清，标准模糊，责任不明自然导致住房保障政策贯彻实施的困难。

②在住房保障对象的问题上主要是理论和现实存在差距

按照各地现行制度，最低及低收入住房困难家庭租赁廉租房，中低收入住房困难家庭购买经济适用房和限价房，理论上政策受惠家庭大约占总数的 40%。然而，有些地方政府在制定政策之前未经过详细的调查和数据统计，导致政策规定不切实际。例如据中国房地产及住宅研究会常务副会长包宗华回忆，北京市将经济适用住房的销售对象定为年收入 0.5 万 -6 万元的家庭，当时有一个不完全抽样调查，结果显示北京年收入 6 万元的家庭占总数的 6% 左右，高收入的不到 1%，意味着 93%的家庭属于经济适用住房的供给对象。[①]如此之广的保障范围，使得实际上这个政策不可能得到施行。

还有一些其他现实性因素导致政策实施困难重重。即使是经济适用住房和限价房，许多低收入家庭因支付能力不足仍然买不起。一线城市均价大约在每平方米四千到五千元，这使得现行住房保障制度依然将那些需要住房的群体排斥在外。与此同时，一些地方政府却为了通过住宅产业的发展拉动地方经济的增长率，很多城市将单位集资建房、公务员住房等纳入经济适用房、限价房范围，使住房保障的范围有逐步扩大之势。住房保障的目的在于维护社会弱势全体的基本生存权，其对象应该是弱势群体，即中等尤其主要是低收入阶层中的住房困难户，如果不加节制地扩大住房保障的覆盖范围，会导致政府没法集中财力和资源用于解决低收入家庭的住房困难问题。

③内在的逻辑矛盾

部分住房保障政策，本身在逻辑上就存在自相矛盾之处。仍以经济适用房为例，与该类住房相关的政策在对其产权界定时出现悖论。《北京市经济适用房管理办法（试行）》第 20 条规定：“ 经济适用住房产权登记在购房人名下，购房人拥有有限产权。房屋行政主管部门进行权属登记时应当在房屋权属证书上注明 ’ 经济适用住房 ’ 字样。” 而紧接着第 21 条由规定 “ 经济适用住房只能自住，不得出租或出借以及从事居住以外的任何活动。购买经济适用住房不满 5 年的，不得上市交易；对于因各种原因确需转让经济适用住房的，可向购买人户口所在区县住房保障管理部门申请回购，回购价格按照原价格并考虑折旧和物价水平等因素确定。购买经济适用住房满 5 年的，出售时应当按照届时同地段普通商品住房和经济适用住房差价的一定比例交纳土地收益等价款，并由政府优先回购；购房人也可以在补缴政府应得收益后取得完全产权。” 两个条文明显矛盾。既然强调经济适用房产权有限，且只能自住不能从事居住以外的任何活动，却又为何规定购买经济适用房满五年后可以通过补交一定的土地收益后上市转让或取得完全产权，这种逻辑上的自相矛盾从根本上违背了经济适用房作为

保障性住房的本质要求。

2、政策执行方面

（1）财力支持弱

分税制的推进导致财政收入大比例向中央财政倾斜，但地方财政收入降低，但承担的事务性责任并未减轻。长期以来各级政府间财力分配的不均加上我国各地经济发展不平衡，落实住房保障任务地方政府承担着巨大的财政压力。越是财力较弱的地区，需要住房保障的人就越多，但得不到妥善解决的可能性却也越大，因此，住房保障体系的构建不是一朝一夕就能完成的，是一项长期工程。

（2）行政效率低

住房保障政策实行至今，仍然没有太大成效。这说明政府的行政效率不高，原因可能有一下几个方面：①保障性住房建设需要审批手续，涉及的管理部门多，办理程序繁琐，因此延误工程时间，影响工程进度。②由于保障性住房具有福利性质，投入多回报少。因此，很多地方政府对此积极性不高。③在监管方面，如税费减免的落实，违规操作的查处，政府大多疏于管理或者视而不见，行政不作为现象严重。

（3）违规操作层出不穷

资格审查把关不严导致大量不具备资格的人占有保障性住房；违规租售现象层出不穷，甚至出现在济南、郑州等地，机关人员享受经济适用房的丑闻。违规操作数见不鲜，除了人员素质问题，体制问题也是重要原因。

首先，当下的政绩考核体制将经济总量指标和社会稳定状况作为考核的重要方面。正如上文中所陈述的，保障性住房的建设，政府始终是投入多回报少。不仅财政收入受到影响，而且，保障性住房中有一部分是针对低收入群体，这类人群文化素质低，就业能力差，他们的聚居容易对社会安定造成威胁。经济和稳定双双受到影响，这对政府官员政绩极为不利。其次，集体决策体制使得政府部门既是保障性住房政策的制定者，同时又是政策落实的监督者。政绩考核让政府成为了整个政策中的利益相关方，其中立性已经值得怀疑，集体决策体制又使得政府能够使用公权力维护自身利益，违规操作层出不穷也就不足为奇了。

三、政府在住房保障问题中的角色定位

住房，是人们生存和发展的基础。联合国人权公约规定，享受基本住房服务属基本人权。然而，在任何一个国家，不论其经济如何发达，社会中总有一部分人无法依靠自身能力解决住房问题。而这个问题的同样不能依靠房地产市场的发展得到解决。因此，对公民住房权利的保障是政府必须承担的责任。在解决这一问题的过程中，政府对自身的角色定位十分重要。

（一）住房问题属于公共事务，因此政府承担管理者的职责。

住房问题涉及民生人权，属于公共事务的范畴。有些国家甚至在立法中做出明确规定，例如：1919 年，英国颁布的《住房和城镇规划法》明确规定：住房问题属于公共事务，政府应对公共住房建房提供支持。在荷兰，1901 年颁布的《住房法》明确规定：政府应为公共住房建设提供补贴和制定建筑规范，政府在住房市场中扮演决定性角色。其宪法中更是强调，“ 提供充足住房 ”是政府的责任。而其在 1974 的颁布《租房与补贴白皮书》中强调“ 住房政策的目标就是为低收入阶层提供合适的住房 ”；1937 年，美国出台《住房法案》，明确政府负责低收入家庭的公共住房建设，居住者只需支付较低房租。此后相继出台《住房和城市发展法》、《住房和社区发展法》，住房的公共特性得到保证。[②]

可以看出，在住房问题上，政府承担着管理职责。而这是因为：首先，维护居民基本权利是一项广泛的社会功能，理应由社会的集中代表政府来担当，而不可能由市场来完成；其

次，住房本身耗资较大，中低收入家庭购买能力较低，同时，受土地资源供应限制以及市场机制的影响，在商品房价格过高的状况下，使得许多城市中低收人家庭难以依赖市场机制来解决自身的居住问题。这种现实状况必然要求政府以特有的权威和能力来实施住房保障，担负保障中低收入家庭实现居住权利的职责，从而有效地缓解目前尖锐的住房矛盾，维护社会公平。

（二）政府既是保障性公共住房的供给主体，又对市场化住房供给主体实施监管。

住房作为人类生存的必需品，具有商品属性和保障属性。从各国情况来看，受市场规则约束，在房地产市场进行自由交易的商品房体现的是住房的商品属性，而政府为中低收入者提供的低价房和廉租房等体现的住房的保障属性。这两种住房的总是并存的。以香港地区为例，在其 694 万总人口中，仅有 50.4%的居民居住在私人住房中，另外剩下的近 50%的市民居住在政府保障型住宅中，是典型的“ 没钱找政府，有钱进市场。”[③]

1. 政府是保障性住房的供给者

保障性住房本身所针对的就是社会中买不起商品房的中低收入群体，政府对这一部分住房的建设和服务中，应当尽量独立承担。如果过多地引入市场化的运作机制，很有可能会导致现实中政策失灵，从而间接的影响社会的公平公正。但是，政府能力和资金是有限的，要求其完全独立解决保障性住房的供给，并不现实。在这一点上，可以借鉴一些国外经验做法。例如从资金来源上，可以将保障性住房的建设资金列入公共财政预算；适当提高土地出让收益用于住房保障的比例；建立专项住房保障基金或者通过发行政府债券等方式向社会筹集资金。另外，政府还可以拓宽保障性住房的房源。政府除了新建，还可以通过收购、改建以及接受社会捐赠等方式获取房源，从而保障保障性住房的供给。

2. 政府是商品房市场建设的监督者

对于商品住房市场的开发和建设，政府应当一方面减少干预，让其按照市场规律发展，另一方面应当密切关注市场变化，履行监督义务。在市场经济条件下，具有的商品属性的住房应当其和其他商品一样流入市场进行交易，在此过程中受到市场规则的约束。政府如果横加干预，将会破坏市场运作规律，造成负面影响。但是，市场本身并非完美无缺，它固有的缺点很有可能不时发作，此时，政府采取相应政策加以调整是完全有必要的。但总体而言，商品房市场的问题，政府的职责应当是消极“ 监督 ”大于积极“ 管理 ”。

（三）政府应当理清思路，引导公众正确理解住房保障问题。

住房保障向来是社会焦点。但是关注并不代表能够正确理解其含义。在我国，民众，甚至包括政府，时常会将“ 人人买得起房 ”和“ 人人有房住 ”这两个问题混为一谈。具体表现为民众疯狂追买高价商品房，而政府则不断出台政策试图压低房价。当然不能否认，适当给过热的商品房市场降温确实也是在为民众谋福利，但是将“ 住房保障 ”这个问题狭隘地理解为“ 人人能够买得起房 ”并不正确。作为管理主体的政府应当清醒地认识到，住房保障的真实含义是让每个人“ 居者有其屋 ”。商品房实际上已经完全推向市场，其交易理应受到市场规律的制约，如果价格在合理范围之内，且运作不违反法律法规，那么政府就不应该出面干预。违反市场规律，强制压价的政策大多都是收效甚微且容易引起恶性反弹。而对于那些无法购买商品房而抱怨政府没有兑现保障住房诺言的群体，政府应当引导其正确理解住房保障问题，树立理性的消费观念。使得对于商品房的供求关系达到一种理性的平衡，有助于商品房市场的健康发展。

四、结语

在认清问题和理清思路的基础上，政府应当积极主动地应对复杂的局面，规范自身的执

法行为，建立一套完善合理的住房保障制度。大致的思路是：首先，政府应当大力支持商品房市场的发展，鼓励多建精品房，以满足富人的需求，同时活跃经济，增加财政收入；其次对于买不起商品房，但收入尚可的中产阶级，可以选择购买经济适用房。当其经济能力允许够买商品房时，应当由政府介入，依照法定程序令其将经济适用房退还，而不是补齐差价直接换购。这样既保证了经济适用房的保障性不变味，又能够保证房源不会减少；再次，对于低收入家庭，政府出资建造廉租屋供其居住，只收取少量租金，保障其居有定所。一旦收入增加超过廉租屋保障标准，房屋也应当及时退还政府；最后，对于赤贫人员，如流浪乞讨人员，可以建立收容站，保证其不会流离失所，露宿街头。

以上是对整个制度一个大致的构想。实施过程中，仍有许多细节问题需要政府出台具体的操作细则加以规定。例如，经济适用房和廉租屋如何退还，资格审查的标准和程序，政府对此类信息的普查和公示等等。从各方面看，住房保障制度的建设都是一项长期而艰巨的任务。世界上许多国家干预住房市场的经验值得我国政府借鉴，同时要结合现实国情，制定出适宜的住房政策、住房体系和有效的住房市场调节措施，这才是政府的职责所在。

参考文献：

①孟新元：“政府失灵”的经典案例：经济适用房—我国经济适用住房政策观察.《背景与分析》第 218 期．资料来源：[EB/OL]．http://www.chinaelections.org/newsinfo.asp?newsid=1634792010-7-12/2010-7-23．

②资料来源：[EB/OL]． http://www.wenmi114.com/wenmi/xinde/sixianglilun/2009-10-26/20091026180140.html 2010-7-10/2010-7-21．

③资料来源：香港住房保障:没钱的找政府 有钱的进市场[EB/OL]．http://yzwb-house.yznews.com.cn/system/2010/02/23/010074764.shtml．2010-7-10/2010-7-21．

作者单位：安徽国誉律师事务所

论行政公益诉讼

周光成

【内容摘要】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《行政诉讼法》存在的问题，并从建立行政公益诉讼是广大人民群众当家做主，推行法治，实现“民治官”、宪法权利转为可诉性权利、法律御前功能等六个方面论述了建立行政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，论证了建立行政公益诉讼的可行性，进一步提出了对构建行政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，实现监督、控制行政权力，确保行政机关依法行政。

【关键词】公共利益　宪法权利　行政诉讼　行政公益诉讼

随着我国改革开放的深入，市场经济的发展，相继产生许多利益。由于各种利益的冲突、争夺，必然造成对公共利益的侵害，引发诸如国有资产流失、环境和自然资源破坏、土地规划、利用等许多新型矛盾和纠纷。而这些新型矛盾和纠纷，大都是因国家行政机关的胡乱作为、违法行为或不作为所产生的。所以现实中，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公共利益的行政机关的胡乱作为、违法行为或不作为挑战。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]；桂亚宁以中国民用航空总局未依《民用航空法》履行立法义务，制定赔偿责任限额案[②]；任俊杰以郑州市规划局不公开咪表停车车位规划信息诉郑州市规划局行政不作为案[③]；潘卫思以洛溪大桥收费问题诉番禺区人民政府确认收费行为违法，停止在洛溪大桥设置收费站案[④]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《行政诉讼法》在保护公共利益、监督、控制行政权力中存在严重的不足，必须建立新型的行政公益诉讼，赋予无利害关系人诉权，实现监督行政机关依法行政，保护公共利益的目的。

一、我国现行行政诉讼存在的问题

1. 原告主体缺失。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人的利害关系；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。这说明原告必须是以行政相对人本人的合法权益已受到具体行政行为侵害为前提的，否则，即不符合原告主体资格，这使“公共利益”受到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”[⑤]即造成无人救济，无权救济、无法救济，这样势必造成“公害”泛滥，使环境被肆意破坏，国有资产任意流失、疾病到处流行，资源浪费，市场无序、恶性竞争、违法的抽象行政行为继续作恶等等。所以，现行行政诉讼法的这种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. 诉讼范围过于狭窄。根据现行《行政诉讼法》的规定，法律利害关系人只能对一定范围内的具体行政行为有权起诉，而不能对所有的行政行为（即包括抽象行政行为）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、行政参与权、劳动权、受教育权等）提起诉讼；另外对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人民，使其无法充分行使宪法所赋予的权利，无法监督依法行政，有效抑制或阻止违法行政行为的发生，维护公益。

3. 对行政公益诉讼没有规定。行政公益诉讼是公民、法人或其它组织依法律的授权以自己的名义对行政机关侵害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，从而限制了广大人民通过诉权的方式，保障自己依法参与管理公共事务的权利，这是与宪法的规定相违背的。

二、建立行政公益诉讼的必要性

由于现行行政诉讼法的局限性，没有赋予非法律上利害关系人就公共利益受到行政行为侵害向法院起诉的权利，致使新闻媒体报道的相关行政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，保护实体权利，建立行政公益诉讼是非常重要和必要的。

1. 它是广大人民当家做主，推行法治、实现“民治官”的需要。自“依法治国”作为治国方略提出后，“法治”的内涵不再是“治官”或“治民”了。虽然“治官”是必要的，但不能由官来治官，“只有由民来治官，治官才会彻底，才有可能形成一个高效、廉洁的政府”[⑥]。所以，“我们所说的法治，不应是治民，而应是民治，就是人民群众当家做主治理国家”[⑦]。“不建筑于民治的基础上，则不论人治也好，法治也好，都不免成为一种独裁政治”[⑧]，都是与人民背道而行的，与宪法规定：“一切权利属于人民”相违背。法治是人民依法治理国家的高度概括，人民才是法律的制定者、监督者。虽然国家行政机关是国家法律的执行机关，管理国家事务、经济文化事务、社会公共事务，但那是人民授权赋予的，必须接受人民的监督，由民治官。一旦国家行政机关不依法行政，即违法作为或不作为，侵害或可能侵害社会公共利益时，广大人民中的任何一员均可依行政公益诉讼，向法院起诉，通过司法程序，保障“民治官”权利的实现，改变长久以来的官治民、官治官的怪现象，真正实现人民当家作主的权利，实现依法治国、依法治官、依法治事。

2. 它是实现法律预前功能的需要。“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预前功能才能实现社会利益的最大化[⑨]”。现行的行政诉讼的重要功能都是事后的惩戒和补救，即在损害事实发生后，人们才能依行政诉讼法起诉于人民法院，来补救受害人的损害，维护社会公共秩序，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。所以建立行政公益诉讼，任何人或组织都可对行政行为可能或已危害公共利益的时候，依法起诉，及时杜绝或防止危害的发生，使危害公益的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. 它是宪法权利转为可诉性权利的需要。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、民治权、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，只有将人民的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。建立行政公益诉讼恰是人民宪法权利转为可诉性权利的最佳途径，以诉讼方式保护权利的行使。

4. 它是扼制行政权力膨胀，堵塞监督制度漏洞的需要。“ 行政法的历史，就是行政权力不断扩大的历史 ”[10]。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 ”[11]。依次，必然 导致行政权的不断膨胀、扩张，益发强大，同时也使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，助长其行政行为，使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 ”[12]。所以必须建立公益行政诉讼，允许任何人或组织对其侵害公共利益的违法许可、重复建设、违法挪用资金、公款吃请、旅游等违法行政或不作为向法院提起诉讼，有效制止违法行为或不行为对公益的侵害。所以为了适应社会现实的需求，必须建立行政公益诉讼。遏制那些层出不穷，触目惊心的人为灾难事件的发生。赋予像任俊杰、郝劲松、邱建东[13]等维护公益的勇士们适格的诉讼主体资格，为其敞开诉讼大门，以诉讼推动全民为权利而斗争，为公益而战，以诉讼实现“ 私权制衡公权 ”、“ 权利控制权力 ”，以弥补监督不足，从而使行政权（即公权）置于广大人民乃至全社会的监督之下，使危害国家、社会公共利益的违法行政行为或不作为如过街老鼠人人喊打。

5. 它是遏止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：如国有资产以年均 5%的速度流失，进入 20 世纪 90 年代后，每年流失 1000 亿元，日均流失 3 亿元[14]；綦江桥垮塌事件，政府将公共工程发包给一个无任何资格和技术的个体户，造成惨案；春运期间，火车票强行涨价 20-30%；[15]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[16]；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[17]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。竞管如此，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行政违法行为或不作为，维护公益，制止违法行为或不作为。

6. 它是 WTO 规则的要求。我国加入 WTO 后，必须依 WTO 规则要求，建立对抽象行政行为的司法审查制度。如《服务贸易协定》第 6 条规定，每个成员方应当维持或尽快建立切实可行的司法、仲裁或行政法庭或程序，在受影响的服务提供者的请求下，对影响服务贸易的行政决定作出迅速审查，并在请求被证明有理时，给予适当的补救[18]。目前，我国现行的《行政诉讼法》仍将抽象行政行为排除在司法审查之外。所以建立行政公益诉讼，是 WTO 规则的要求，同时也是完善行政诉讼法的需要。

三、建立行政公益诉讼的可行性

通过分析我们知道：建立行政公益诉讼是非常重要和必要的，那么在现实阶段建立行政公益诉讼是否可行？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，

建立行政公益诉讼是可行的，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法治进程，完善诉讼制度。

1. 建立行政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，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”[19]。近年来，原告资格降低了，诉权扩大了，这也是行政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。建立行政公益诉讼，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“是通过行政诉讼这一特定的诉讼制度体现一个国家对公民权利保护的程度。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”[20]，也是诉权理论的发展要求。

（2）行政诉讼法的目的与价值

我国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。第一目的能使公民、法人和其它组织利益被侵害时，可依法起诉得到有效维护，而第二个目的实现却出现了困难，特别是行政行为侵害的是不特定多数人的公共利益时、行政行为侵害公益且相对人是受益者时、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，确立行政公益诉讼，这些问题都迎刃而解，完全符合立法目的。至于行政诉讼法的价值取向，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，公益行政诉讼的建立完全符合这种目的与价值。

2. 建立行政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。而行政公益诉讼的建立，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，是人民实行治理权的最佳途径和方式，符合宪法的目的和要求。

（2）法律依据。我国《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……”。这些规定体现了检察院为了公共利益代表国家行使公诉权，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工商局、税务局、文体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，报道任俊杰、郝劲松、陈江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政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，对建立行政公益诉讼的热切期盼。这是广大人民的心声和愿望，是广大人民对建立行政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 ”。

所以，建立行政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，也完全能胜任公益诉讼案件的审判。

四、建立行政公益诉讼制度的几点构想

行政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、具有可操作性的行政公益诉讼制度。对此，我作了几点设想：

1. 拓宽原告资格。结合现行《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，从而更有利于保护公共利益。

2. 扩大受案范围。现行法律规定，受案范围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《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公益诉讼的行使，易造成立案障碍，不便于诉讼的进行。所以随着诉讼范围、主体的扩大，为了快捷、简便公益诉讼，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。这样更有利于行政公益诉讼的进行，方便诉讼快捷高效地处理公益诉讼案件。

4. 诉讼费的交纳与承担，应采取免预交，败诉限额承担原则。由于公益诉讼是为维护公共利益，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公益诉讼，保护公共利益。

5. 举证责任的分担。由于行政诉讼中，诉的对象是行政行为，其作出的依据是大量的行政法规、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，被告应对其作出行政行为的依据、事实及损害后果与行政行为之间无因果关系承担举证责任。但如果检察院提起行政公诉的，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。事实上，我国许多法律法规对检举、揭发违法行为有功的人有予以奖励的规定，如《统计法》、《税收征管法》、《外汇管理条例》等，这种制度的设立，不但能鼓励原告勇于同行政违法行为或不作为作斗争，监督行政机关及其工作人员依法行政，而且也是对原告为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，我国建立行政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，关乎人民当家作主的权利的实现，关乎依法治国、依法行政的推进，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公共利益，监督、控制行政机关权力的新途径。

我相信，通过对行政公益诉讼制度的建立和不断完善，通过人们对公益诉讼的实践，一定能将行政机关的权力置于整个社会和广大公民的监督之下，督促其依法行政，切实有效地维护公共利益，实现行政公益诉讼目的，推进依法治国进程，彻底改变官治模式、人治传统。

参考文献：

①王树义主编：《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颜运秋著《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。

⑥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。

⑦田纪云：《这次修宪意义重大》，《人民日报》1999 年 3 月 14 日第 4 版。

⑧张友渔：《人治、法治、民治》，《新华日报》1943 年 10 月 8 日。

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衡施瓦茨著、徐炳译：《行政法》，群众出版社 1986 年出版第 27 页。

⑪颜运秋：《公益诉讼理念研究》，中国检察出版社 2002 年版第 150 页。

⑫梁慧星：《开放纳税，以私权制约公权》，《人民法院报》2001 年 4 月 13 日。

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。

⑮蔡虹、梁运：《也论行政公益诉讼》，《环境公益诉讼》第 190 页。

⑯吴荣主编：《中国影响性诉讼 2005》，法律出版社 2006 年版第 87 页。

⑰杨立新、张步洪：《行政公益制度初探》，《环境公益诉讼》第 153 页。

⑱蔡虹、梁运：《也论行政公益诉讼》，《环境公益诉讼》第 184 页。

⑲转引：蔡虹、梁运《也论行政公益诉讼》，《环境公益诉讼》第 185 页。

⑳肖潘潘：《建立公益诉讼制度，路要一步一步走》，《人民日报》2006 年 6 月 22 日第 10 版。

作者单位：安徽振夏律师事务所

浅议行政不作为的危害及其矫正

张成龙

【内容摘要】行政不作为可以分为具体行政行为不作为和抽象行政行为不作为。具体行政不作为是指行政主体在法定、约定或合理期限内负有法定或约定实施具体行政行为的义务，且能够履行自己应尽义务的情况下不履行该义务的行为。抽象行政不作为是一个容易被忽略的基本概念，它是指依法享有行政立法权或者行政规范制定权的行政主体，在法定期间内不依法制定、修改或废除某种具有普遍约束力的规范性文件，或者迟延履行该项职责，致使公民、法人、其他组织或公共利益受到损害的行为，比如最近国务院迟迟没能出台修改后的《国有土地上的房屋和土地征收条例》即应属于此类。本文限于篇幅等原因，仅在具体行政行为不作为的范围内来讨论行政不作为的概念、危害及其矫正。

【关键词】行政不作为　行政主体　依法行政　救济途径

关于行政不作为，我国立法上并没有建立独立的制度，这由其历史和社会背景。我国行政权一直有着更主动和强式的特点，所以，此前行政立法更多关注行政权赋予、具体行政行为规范及违法救济等问题。随着经济的发展，中央提出了构建和谐社会的宏伟目标以及积极推进政府职能的转变，时下，行政不作为带来的问题已经引起社会公众的关注和不满，特别是近年来环境安全问题、食品安全问题等涉及公共安全问题的频繁出现，更是让行政不作为成为一个热点词汇。正是在这样的背景下，笔者试图通过对行政不作为的特征、危害及矫正途径的研究，以期达到从另一个方面规范行政权力的目的。

一、行政不作为的概念及其构成要件

（一）行政不作为的概念

目前对行政不作为的概念学界的理解并不统一，主要有以下几种观点：1. 行政不作为是指行政主体依行政相对方的合法申请,应当履行也有可能履行相应的法定职责,却不履行或者拖延履行的行为形式。2. 行政主体负有作为的法定义务而在程序上消极地不为状态。3.行政主体故意或过失不履行或拖延履行法定职责的行为。

以上三种概念是当今学界比较有代表性的观点，可以说都在一定程度上揭示了行政不作为的特点，但同时也都存在不全面的问题。实践中的复杂性造成给行政不作为下一个定义是困难的，综合以上观点，笔者认为行政不作为是行政主体负有法定义务或者应当事人的申请应当履行相应行为，在能够履行的情况下，在法定期限或合理期限内拒不履行或者拖延履行的行为。

（二）行政不作为的构成要件

1. 行政不作为的主体必须是行政主体。行政主体是指享有国家行政权力、能以自己的名义从事行政活动，并能独立承担由此产生的法律责任的组织。根据法律规定和行政法的理论，行政主体包括行政机关和法律、法规授权的组织。行政机关和法律、法规授权组织的工作人员虽然不是行政主体，但是行政主体的行政管理活动离不开其工作人员，它们之间是一种职务委托关系，行政主体工作人员履行职务所产生的后果和责任，要由行政主体承担，所以，行政机关、法律法规授权的组织及其工作人员不履行行政义

务的行为属于行政不作为行为。

2. 行政主体具有作为的行政义务。行政不作为必须以行政主体具有法定义务为前提。这种法定义务是法律上的行政作为义务，不是其他义务。具体而言，所谓法定义务主要包括: (1). 法律、法规、行政规章以及行政规范性文件明确规定的作为义务; (2). 先行行为引起的行政作为义务。它指由于行政主体先前实施的行为，使相对人某种合法权益处于遭受严重损害的危险状态，行政主体因此必须采取积极措施防止损害发生的作为义务。此外，行政主体在行政合同、行政指导、行政奖励中承诺给相对人的优惠待遇、奖励政策等，也应视为其自愿承担的义务。在相对方符合相应条件时，而行政主体不予兑现这些优惠待遇、奖励政策的行为也构成行政不作为。

3. 行政主体在客观上具有在法定的或合理的期限内不履行行政义务的事实,这是构成行政不作为的实质要件。行政主体不履行行政义务在司法实践中一般表现为两种形式：一种是行政主体在接到相对人的申请或依职权发现相对人的人身权或财产权需要获得保护的情形后，根本没有启动行政程序，属于完全的行政不作为。另一种形式是行政主体虽然启动了行政程序，但在在法定的或合理的期限内没有全部完成行政程序，属于不完全的行政不作为，也可以说拖延履行义务。

4. 行政主体具有履行行政义务的可能性。虽然行政主体负有行政义务，但是由于客观条件的限制、意外事件以及不可抗力，导致行政主体及其工作人员由于非主观的原因而不能及时履行行政义务，便不能认定为行政不作为。比如消防队在接到报警后立即出动赶赴现场，但由于路途中道路阻断，没有及时到达现场，导致受害人财产受到侵害，这种情况是不能认为是行政不作为。因此只有在行政主体具有履行义务的可能性，而由于故意或过失没有在法定的或合理的期间作为的，才能构成行政不作为。

二、行政不作为在实践中的表现形式及其危害

（一）行政不作为在实践中的表现形式

1. 对申请人不予答复。这是针对依申请的行政行为。行政主体在行政相对人按规定提供申请材料后，在法定期间既不进行办理也不明确拒绝，无论申请人的申请事项是否合法、合理，行政主体均采取不予理睬的态度，《行政诉讼法》第 11 条规定的情形多属此类。

2. 拖延履行。行政主体在程序上已经受理了行政相对人的申请，但在实体上不作处理或延期处理。这种行为在现实中大量存在，此前并未引起重视，随着人们对工作效率的要求越来越高，这一问题带来的矛盾也会越来越突出。

3. 拒绝履行。行政主体在程序上已经受理了行政相对人的申请，并在实体上作出了处理，处理的结果要么是明确拒绝相对人的申请，要么是没有满足申请人的要求。这两种情况下要具体情况具体分析，因为行政作为也会出现这种结果，关键看行政主体是否负有法定或约定的义务而且在法定或合理期间内是否按要求履行了该义务。如果行政相对人本来不符合法律规定的要求，行政主体因而拒绝了相对人的申请或没有满足申请人的要求，构成的是行政作为；如果行政相对人本来符合法律规定的要求，行政主体却拒绝了相对人的申请或没有满足申请人的要求，即构成了行政不作为。

4. 行政主体不履行或不按约定履行行政契约中的义务。行政契约所创设的行政主体的义务是客观存在的，非因情势变更或者公共利益的需要不得排除行政契约义务的约束，行政主体不履行此义务构成行政不作为。

（二）行政不作为的危害

行政不作为不仅会给国家、公民或其他组织造成直接经济损失,而且由于行政机关特殊的职能地位,其不作为还会使国家行政机关声誉、形象受损。因此,其危害性不容低估。

1. 是损害政府形象。行政机关的职权是宪法和法律授予的,必须履行,不能放弃,这是行政机关的义务和责任。放弃职权,不依法行使职权,就是行政不作为。当前,有些行政机关不太重视行政不作为,这是很危险的。行政不作为是一种违法行为,它降低了政府威信,给全面推进依法行政带来负面影响,导致了人民群众对行政机关的不信任,损害了政府的良好形象。

2. 是引发事故事端，甚至群体性事件。由于行政不作为而导致的各种事故和事端时有发生,近几年来媒体曝光的重大事故很多都是由于行政不作为造成的。一些行政部门只是发一个红头文件,或是开个会,把上边的精神传达下去,至于贯彻情况如何,则没有下文。有的行政部门对自己的职责麻痹大意,比如近期爆出的毒奶粉事件、假疫苗实践，都凸显了相关行政机关不履行监管职责的,进而引发了社会问题,并影响了社会安定。

3. 是影响干群关系。行政不作为违背了政府为人民服务的宗旨,人民授权政府行使行政权力,目的就是要获得良好的服务。根据有关法律法规规定,行政机关具有保护公民、法人和其他组织人身权、财产权的法定职责。这些职责的设定,目的是使行政管理不偏离为人民服务的航道。如果行政机关不能在具体的行政管理中为人民群众服务,无所事事,行政不作为，就会给人民群众带来痛苦和损失,成了阻碍干群关系发展的一堵篱笆墙。

4. 是恶化投资环境。依法行政是依法治国的基本要求,是推动市场经济发展的需要。当前,有些行政机关不是从全局利益出发,对与本地区和本部门无利的违法事件不管不问,有令不行、有禁不止;有些行政人员受到部门和个人利益的驱动,该履行职责时不履行,对违法行为不制止、不处罚。这些行政不作为使法律、法规和规章的实施出现了“ 盲区 ”,“ 一地两法 ”或“ 两地两法 ”的现象时有发生;阻碍了良好法制环境的创造,恶化了投资环境。

三、行政不作为矫正措施

要从根本上解决行政不作为问题,必须建立行政行为的规范制度体系,构建预防与矫治行政不作为的长效机制。

(一) 完善立法,减少法律冲突,健全行政不作为的救济机制

预防和矫治行政不作为必须完善立法,对行政不作为的法律后果及惩治措施作出明确规定,对行政机关及其工作人员的权责进行明确的界定。首先,应尽快制定统一的行政程序法，对行政主体履行职责的时限做出明确合理的规定,明确规定行政行为的实施主体、方式、时效和法律后果。以便于有关国家机关在实施救济时判明行政主体是否超越法定期限，是否构成行政不作为，从而为采取相应的救济措施创造条件。其次，要本着有侵权就有救济的法治理念，将行政不作为应纳入到行政救济范围,建立不作为赔偿制度。再次,应对现行法律、法规进行清理和修改,对于一些需由数个行政机关共同履行的职能,尽可能具体划分各行政机关的职责,或明确职能交叉时各行政机关的职责分工，避免不必要的冲突。最后,还应修改《行政诉讼法》，扩大行政不作为的受案范围,规定对行政复议不作为的可以提起行政诉讼。这样不仅可以解决行政复议不作为的法律救济空白,而且可以督促行政复议机关通过行政复议,解决一部分行政不作为纠纷,从而避免此类案件形成诉讼，并久拖不决。

(二) 合理调整和配置政府部门的职能

要本着精干、统一、优化的原则，对各政府部门之间的职能分工进行合理调整和配置,撤并职能交叉、重复的机构，合并业务相近的机构,减少中间层次，理顺关系。同时要改革行政审批制度，最大限度地减少行政审批项目，推行“ 一站式 ”集中审批和政务公开制度，增加公开性和透明度,提高办事效率。对此,我国已有许多城市建立相对集中行使行政处罚权制度，即将有关行政机关的行政执法权交由一个行政机关，如成立行政综合执法局来统一行使,以避免推诿、扯皮现象的发生，这些经验应进行总结和推广。

(三) 切实提高行政执法人员素质,增强责任意识

预防和矫治行政不作为，必须进一步深化人事制度改革,完善公务员管理制度，强化对行政执法人员的法制教育和职业道德教育，必须进一步强化公务员的思想政治工作,激励其冲破各种干扰,破除“ 不敢为 ”的思想顾忌,刚正不阿,秉公办事，尤其是要强化其积极履行行政管理职责的意识,使法制观念和职业道德内化为行政执法人员的行为准则,以切实提高依法行政水平。同时,行政执法机关还应配备法律专业人才,以增强行政程序意识和依法行政水平,兢兢业业地为人民服务。

(四) 在行政机关内部建立责任追究制度

“ 责任行政 ”是现代行政法的基本理念,也是现代法治政府应当恪守的基本原则。根据权力与责任对等的原则,行政机关应当对自己的行为承担相应的责任。行政不作为是权力与责任严重脱节的一种表现,是以消极的不作为姿态滥用权力和规避责任。虽然行政不作为表面上表现为行政主体无动于衷式的沉默状态,但这种状态并不能逃避和豁免其应承担的法定责任。因而,从制度层面建构责任行政机制,是预防行政不作为的关键之一;它可以使公务员的公职行为始终置于一定的压力和动力之中,从而最大限度地预防行政不作为现象的泛滥。当然,这在相当程度上有赖于有关公务员立法的进一步完善,建议在制定《公务员法》时对行政不作为的行政法律后果及惩戒措施作出明确的规定,并规定对因不作为导致相对人损失的,在行政机关内部追究当事者和分管领导的责任,以督促和震慑行政人员依法履行法定职责。

(五) 加强对行政不行为的监督力度

预防与矫治行政不作为要加强内部监察和外部监督,通过“ 加强内部监察和外部监督,让‘ 行政不作为 ’现象无所遁形, 才能确保行政机关依法‘ 作为 ’”。首先,要健全内部监督,在行政系统内部设立专门的行政监督监察部门,实行执法与执法监督职能的分离,不断加强行政自控。其次,要健全外部监督,建立健全各级人大监督检查行政机关工作制度、专门的行政监督检查机构等,努力从监督机制上预防行政不作为的发生。再次,更重要的是完善司法监督机制,这是预防和惩治行政不作为的最后一道屏障。“ 司法审查机制是遏制和惩治行政不作为现象的司法屏障。行政审判的实践证明,司法审查是遏制和惩治行政不作为现象的有效武器和重要克星。”现行行政诉讼法已经明确将“ 拒绝履行保护人身权、财产权的职责,拒绝或拖延颁发许可证、执照,不发给抚恤金 ”的案件作为行政不作为案件。可以说,提起行政诉讼已经成为行政相对人依法保护自身合法权益和惩治行政不作为的主要途径。当然,现行行政诉讼法的有关规定尚需完善,必须进一步扩大对行政不作为的受案范围,使行政相对人对任何行政不作为原则上均应有权提起行政诉讼,寻求司法救济。

结　语

行政不作为是行政主体在依法行使职权时经常出现的怠于履行职责的行为。它的普遍存在行政相对人的合法权益产生严重威胁，并有可能激化行政主体与行政相对人的矛

盾，因此我们对行政不作为应该给予足够的重视并积极予以矫正。我们国家以后应该在行政立法中对行政不作为进行明确界定，为构件社会主义法治社会奠定坚实的制度基础。

参考文献：

①罗豪才：《中国司法审查制度》，北京大学出版社1993年版第168页。

②周佐勇：《论行政作为与行政不作为的区别》，法商研究1996年版第5期第121页。

③姜明安：《中国行政法治发展进程调查报告》，法律出版社1998年版第375页。

④朱新力：《行政不作为违法之国家赔偿责任》，《浙江大学学报》（人文社会科学版）2001年第2期。

⑤朱维究：《行政行为的司法监督》，山西教育出版社1997年版。

⑥周佑勇：《论行政不作为的救济和责任》，法商研究1997年版第4期。

⑦石佑启：《行政不作为引起的国家赔偿责任探讨》，行政法学研究1998年版第4期

⑧罗豪才：《中国司法审查制度》，北京大学出版社1993年版第2期。

⑨马怀德：《国家赔偿法理论与实务》，中国法制出版社 1996年版。

⑩张洁：《行政不作为及其救济》《人大复印资料：宪法行政法学》,2002年版第1期。

⑪刘柏平：《论行政不作为违法的国家责任》《公安学刊》，2002年版第2期。

作者单位：安徽金亚太律师事务所

被辞退事业编制职工诉讼类型选择

王 军　李昌文

【内容摘要】机关单位辞退事业编制职工在一般情况下，应归于民事关系，适用人事仲裁和民事诉讼程序解决。但是，当人事部门介入该关系后，性质就有可能发生变化。由于人事部门介入机关单位辞退事业编制职工的形式不同，又分为内部程序与外部程序，内部程序的介入时，人事部门不应对外成为责任主体，即便人事部门的行为被非正常外化仍然如此，因而不能成为行政诉讼的被告。

【关键词】事业编制职工　人事部门　辞退　行政诉讼

【案例】某乡政府认为其下属的乡广播站事业编制职工长期不上班，遂经过开会研究，决定将其辞退。根据《全民所有制事业单位辞退专业技术人员和管理人员暂行规定》第 5 条，该乡政府发函给区人事局征求意见，区人事局复函同意。该乡政府遂将区人事局给该乡政府的复函复印交给了被辞退职工。该职工不服，以区人事局的复函为标的，以区人事局为被告提起了行政诉讼，法院受理了该案，引起争议。

这个案件实质问题是该案件是否属于行政诉讼受案范围问题，归根到底是内部和外部行政行为的划分标准问题。

关于内部与外部行政行为的划分，虽然许多学者提出了质疑，认为该划分是沿袭法德原来的做法，不利于利害关系人权利的保护，应该修改。但是，毕竟修改不是一个简单的判断，在目前，尚没有修改或者，将来行政诉讼法虽然修改，但是，如果没有对该问题作出变更的情况下，该实务问题仍然必须解决。

一、被辞退事业编制职工在正常情况下不能对人事部门提起行政诉讼

（一）事业编制职工的人事关系之结构

目前，我国在事业单位、机关单位内部都有事业编制职工，该职工首先与其所在的法人单位存在人事关系，这一点应没有异议。与企业单位工作人员不同，事业编制人员还受到人事部门的管理，有些工资标准、职称由人事部门核定，进入和辞退都要经过人事部门的备案。如《暂行规定》第五条所规定的就是事业单位在辞退职工时需要到同级人事部门备案。甚至有些地方还规定了人事部门对事业编制职工人事问题的批准权。上述不同的做法在辞退过程中，会产生不同的法律效果，首当其冲的一个问题就是，如果对辞退不服，被辞退人能够提起何种诉讼，这将直接取决于该辞退行为的性质。

根据《暂行规定》，事业单位与其事业编制职工之间是直接的人事关系，应该由该事业单位对该职工出具《辞退证明书》，发生争议，首先由被辞退人以其单位为被申请人到当地人事部门提起人事争议仲裁，对人事争议仲裁不服的，双方都可以向有管辖权的法院提起民事诉讼。因此，“ 事业单位人事争议案件属于广义的民事案件范围，程序上当然适用《民事诉讼法》。”[①]目前，较为容易引起争议的一个问题就是，机关单位的事业编制职工被辞退应该适用哪个规定，性质如何。目前，机关单位辞退事业编制职工没有特别的法律规定，全国机关单位辞退事业编制职工都是适用《暂行规定》。虽然该《暂行规定》所确定的主体是事业单位与事业编制职工，但是，由于法律规定的缺乏和相关问题必须得到处理，全国沿用这

一规定的实践目前应该受到尊重。

我们似乎不能简单地说，人事部门与该事业编制职工之间不存在人事关系。由于众所周知的事实，机关事业单位的正式编制职工的考核、辞退等人事工作都受到相关人事部门的管理，虽然这种关系间接存在，但不能说没有。所以，机关事业单位与事业编制职工之间形成外在的、直接的人事法律关系，而人事部门通过该单位与事业编制职工之间形成内在的、间接的人事关系，与机关单位一起构成人事管理关系的完整法律关系链条，不可或缺。“ 国家通过编制管理实现对事业单位人员的配置和调控，按照编制进行核算拨款。实行国家统一、规范的工资制度。” ②

（二）机关单位与其被辞退事业编制职工人事关系之性质

由目前立法者对机关人事管理的基本理念来看，也并没有将这种人事合同关系视为行政管理关系。这一点在《公务员法》中对聘用制公务员的规定中可以印证。《公务员法》第一百条　国家建立人事争议仲裁制度……聘任制公务员与所在机关之间因履行聘任合同发生争议的，可以自争议发生之日起六十日内向人事争议仲裁委员会申请仲裁。当事人对仲裁裁决不服的，可以自接到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。” 根据《行政诉讼法》的规定，法律规定的仲裁不属于行政诉讼受案范围，所以，该诉讼只能是民事诉讼。从上述规定可以看出：立法者的主张机关单位（包括行政机关）与聘用制公务员之间签订的合同属于民事合同而不是行政合同。事业编制职工的情况相同，至少性质是一样的，首先、各机关单位都有，不仅仅在行政机关。所以，机关单位与其职工，无论这个职工是公务员身份还是事业编制身份或者是聘用制其他人员之间形成人事关系只能是平等主体之间的民事性质。

（三）人事部门与被辞退事业编制职工之间常态下的关系之性质

由于人事部门在辞退事业编制职工过程中存在备案、甚至审批行为，往往被认为是实际产生效果的、外部的、具体行政行为。目前，有一种观点认为，判断一个行政机关的行为属于外部还是内部的标准是：看这个行为是否产生了对外效果。我姑且把它称为效果标准。

但是，我们只要仔细分析最高人民法院的相关解释，就可以得出最高人民法院的基本观点。《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 19 条的内容：“ 当事人不服经上级行政机关批准的具体行政行为，向人民法院提起诉讼的，应当以在对外发生法律效力的文书上署名的机关为区人事局。” 根据被辞退人的标准，真正最终产生效果的行为是审批机关作出的，下级行政机关实际无权作出最终的决定。根据效果论者的观点，审批机关就应该是适格被告。但是，最高人民法院显然反对这种观点，而是主张以对外发生法律效力的文书上署名的行政机关为被告。根据这句话，可以得出以下结论：首先，上级对下级的批复是内部行为，不能对该内部行为提起诉讼。其次，相对人可以提起诉讼的标的是对外发生法律效力的文书，什么是对外发生法律效力的文书呢，显然，这个文书的性质是对外的，其对象是对外的，并且，这样的文书要盖章署名，对外盖章署名是标注责任的承担的性质。故此，我们可以得出这样的结论，最高人民法院对于行政行为的内、外部区分标准是形式标准。在人事局辞退机关单位事业编制职工的案件中，应然的辞退通知应该由该职工所属的机关单位签发，被辞退人不应该根据效果论对人事部门内部的答复、批复、备案等行为提起行政诉讼。

二、《行政诉讼法》第 12 条第 3 款所引起的困惑及正读

（一）司法实践中对《行政诉讼法》第 12 条第 3 款规定以及最高人民法院相关解释的认识。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第 12 条第 3 款规定，人民法院不受理行政机关

对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定提起的诉讼。该规定被理解为内部行政行为不属人民法院行政诉讼受案范围。而后，2000 年 3 月 10 日起实施的《行政诉讼法解释》第 4 条对行政诉讼法第 12 条第 3 款规定的“对对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定”作出了解释，即是指行政机关作出的涉及该行政机关公务员权利义务的决定。该《解释》既扩大了《行政诉讼法》所规定的范围，同时又似乎缩小了《行政诉讼法》所规定的受案范围。称其扩大范围，是因为该《解释》将“奖惩、任免等决定”扩大到了所有“涉及到该行政机关公务员权利义务的决定”；称其缩小范围，是因为该《解释》将“行政机关工作人员”缩小到了“该行政机关公务员”。就后者而言，乍看起来，似乎行政机关做出的涉及到事业编制职工的决定就不属于该条款排除范围之列。因此，行政机关对其事业编制人员的辞退应属于人民法院行政诉讼受案范围。在司法实践中，这一做法已经被一些法院所采用而产生实际法律效果。

（二）对上述观点的评价。笔者以为，上述认识是错误的。首先，该《解释》只是排除了行政机关对其公务员的决定提起行政诉讼的可能性，并没有说，行政机关对其事业编制或者其他人员的决定都可以提起行政诉讼。行政诉讼的前提是公权力的存在，行政机关辞退事业编制职工是基于人事合同关系而做出的，并非出于公权力关系。反过来说，如果该情形被视为公权力的运用从而提起行政诉讼，那么，行政机关聘用的临时人员之解聘、辞退也应该会产生行政诉讼。但是，在我国的干部制度中，与行政机关相同的党机关、人大机关、政协机关、法院、检察院等辞退无论是公务员还是事业编制职工，亦或是临时聘用人员都是人事争议仲裁和民事诉讼，行政机关辞退公务员与上述单位的法律后果和处理方法相同，唯独行政机关辞退非公务员，在所有的环境都不变的情况下，产生了孤零零的行政诉讼，是对我国人事管理制度的混乱。其次，根据前述结论，行政机关与事业编制职工之间签订的合同应该属于民事合同，而不是行政合同。所以，辞退问题，是一个单位的内部人事关系，适用平等主体之间的法律规定。

目前，许多法院都是按照这一思路进行审判的。如徐卫星因与被申请人郑州市公安局人事争议纠纷一案经河南省高级人民法院（2009）豫法民提字第 73 号最终定案，该案的性质就是民事诉讼。该案由作出辞退决定的郑州市公安局为被告，以其下属保安公司中一位被辞退的事业编制人员为原告所进行的审判。[③]

所以，行政机关辞退事业编制职工或者其他非公务员职工都应该是该行政机关与该事业编制职工之间的平等主体之间的民事关系。由该行政机关对外出具辞退手续，并向人事部门备案。人事部门在这个程序中，与被辞退人不发生直接的法律关系，因此，不能作为该类诉讼的被告，更不是行政诉讼的被告。

三、人事部门与被辞退人员关系的变异

目前，司法实践中，大致发生两种变异情形：

（一）一种是，人事部门直接对拟被辞退事业单位的事业编制人员下达辞退通知。该情形往往源于地方的不当规定，以及人事部门的不当理解。叶训祥不服福清市人事局辞退教师决定案就是其中较为典型的例子，该案件因为福清市人事局直接出具辞退文书将叶训祥辞退，并因而导致的行政诉讼。笔者认为该案件可以提起行政诉讼的原因并不在于，被辞退人叶训祥不是公务员，从而不符合最高人民法院对《行政诉讼法》第十二条第三款的解释，而是因为被辞退人并不隶属于任何一个行政机关，他只是和学校存在直接的民事上的权利义务关系。如果要辞退，也需要学校直接向被辞退人下达通知，而不是由人事部门作出。人事部门越出行政的界限向被辞退人发出辞退文书，致使人事部门备案权力在行使过程中被异化，不仅如此，该权力还因超出行政机关的界限而外化，直接导致该行为具有了具体行政行为的

全部要件，因此，对该人事部门的辞退行为提起行政诉讼应属于人民法院的受案范围。福州的案件也正是因此而受理，并应该予以肯定的。

（二）另一种是，人事部门直接对机关单位事业编制人员下达辞退通知。按照《行政诉讼法》第 12 条第 3 款的解释，该事业编制职工虽然从行政隶属关系上属于行政机关或者其他机关，但是，由于他（她）的身份不是公务员，所以不属于行政诉讼排除范围之列。按此逻辑于是，一些地方法院会将行政机关辞退其事业编制人员视为行政诉讼受案范围。

一种观点认为，行政诉讼受案的排除范围是非此即彼的关系。只要是行政机关的行为，又不是行政诉讼法及相关解释排除事项，就是行政诉讼受案范围。因此，根据《行政诉讼法》第 12 条第 3 款之规定和最高人民法院的相关解释，机关单位的事业编制职工被人事部门辞退是行政诉讼受案范围。另一种观点认为，内部人事处理行为的“ 内部 ”应界定为“ 机关系统之内 ”。人事部门超越其人事权限，越过事业编制职工所在机关单位直接向该职工签发辞退通知等文书，该行为并不足以形成外部关系，从而导致人事部门的行为构成具体行政行为。因为具体行政行为的基本要件之一就是该行政行为是外部行政行为。而在上述情形之下，人事部门的行为并没有构成外化。他们认为，机关关系具有特殊性。我国机关权力并非超越法人之外即构成该权力的外化。机关单位不同于其他社会组织，每一类机关单位构成一个系统，并在干部人事制度上共同构成一个大系统。如监察部门对各机关单位内部工作人员的处分，就不能视为外部行为。正是基于机关单位人事关系的特殊性，机关单位系统内的人事行为都不是外部行为。另外，行政机关与其事业编制职工之间签订的关系属于民事合同关系，不是公权力下的行政合同关系。因此，此类行为不是具体行政行为，不是人民法院行政诉讼受案范围。

笔者以为，根据最高人民法院对《行政诉讼法》第 12 条第 3 款的解释，以下因素应纳入考虑范畴。首先，事业编制职工不是公务员，不属于该法第 12 条的排除之列；其次，人事部门与该事业编制职工之间没有合同关系，该职工与其所属的机关单位之间存在合同关系，所以，人事部门与该机关单位内部的事业编制职工之间的关系不是内部关系；人事部门属于行政机关，行政机关对外部的人员签发了具有影响其权力义务内容的文书。因此，上述行为应该属于具体行政行为，在这种情况下，可以人事部门为被告提起行政诉讼。那种认为人事问题属于一个大系统，在系统内均为内部行为的认识不符合现代法治精神和社会发展趋势，忽视了法人单位的人事处理在法律上的主体地位，笔者以为不可取。

所以，行政机关直接辞退职工应该属于行政诉讼受案范围。

四、篇首案例的结论

在解决了上述基本问题之后，篇首提出的案例的解决就基本浮出水面了。

（一）案例的应然关系和性质。篇首案例涉及到三个主体两层关系。即，区人事局、乡政府、被辞退人三个主体。两层关系是区人事局与乡政府之间的备案关系，乡政府与被辞退人之间的人事关系，本案中表现为辞退关系。这是根据《暂行规定》得出的必然结果，正常情况下，如果各主体依据该《暂行规定》行为，应该是这么一种情形：乡政府发给被辞退人辞退手续这一外在行为，并将辞退问题报区人事局备案这一内部行为。如此，发生的诉讼只能是被辞退人与乡政府之间的民事诉讼。

（二）上述关系在具体案例中的变异。上述案中，三个主体没变，两层关系中的第一层关系也没变，但是，乡政府没有将该有自己印章的辞退手续发给被辞退人，而是，将区人事局对其备案《复函》复印给了被辞退人。于是，这一变化后的关系属何性质就成了判断本案性质的关键。很显然，乡政府不是《复函》的制作者，替他人完成一定行为属于法律上的代

理性质。根据法律的基本规则，有效的代理行为必须符合以下几个条件之一：1、法律规定；2、他人委托；3、他人事后追认。这三种情况都没有发生。根据法律的一般规则，代理人无权代理的，其行为后果自己负担，也就是视为他自己的行为。所以，本案，乡政府将《复函》复印给被辞退人的行为等同于他自己盖章发出的手续，不能由区人事局承担后果。

（二）被辞退人不能以人事部门为被告提起行政诉讼。人事局的函件不是发给被辞退人的正式文书，也没有合法完成它的外化。根据前述分析，这应该属于未外化的内部行为，不具有法律上的对外效力，因此，以该内部复函为标的，以作出复函的区人事局为被告提起的诉讼不符合行政诉讼受案范围，而应该以乡政府为被告提起民事诉讼。

参考文献：

①杜开颜：《事业单位人事争议案件审理中相关问题研究》,《法律适用》2007 年第 4 期。

②朱达明、任玉梅：《我国事业单位人事关系存废论争的借鉴与启示(上)》《上海企业》2007 年第 10 期。

③徐卫星与郑州市公安局人事争议纠纷再审案

http://www.fsou.com/html/text/fnl/1176266/117626692.html

作者单位：安徽元太律师事务所

合肥市肥东县人民检察院

行政权力的客观控制
——论电子裁量技术对依法行政的意义

王 军

【内容摘要】我国特有的政治体制决定了法制体系构造将明显具有不同于传统西方的中国特色，统一的权力体系决定了我国对权力的监督与控制属于系统内的特点。一方面，系统内的控制依赖比附技术（遵循先例）可以达到传统理论不能解决的良好效果；另一方面，我们应当利用科学技术尤其是信息技术，将比附技术电子化、简单化，以求在最大程度上取代人工执法，控制权力滥用。

【关键词】依法行政　客观控制　比附技术

一、权力的统一性带来行政法治的新课题

对于依法行政，现行的相关方法、手段主要借鉴于西方。如：组织机构法定、权限法定、编制法定、公务人员管理法定、行为法定、监督救济法定等等。为实现这些目标，诸多研究者提出了程序公正价值观和保障作用，包括公开、公平、公正、参与、效率等原则。可以说，这些制度的设定对依法行政制度的完善有着重要意义。但我们发现，这些制度有不完善之处。上述制度基本在司法系统有着现成的更为严格的规定，但是，司法公正并没有成为人们普遍认可的司法实践。从世界范围内的实践来看，基于以上因素的考虑，行政程序有着一定的司法形式的倾向。如果作为其理想状态的司法尚没有能够实现行政程序的倡导者所欲实现的目的，作为效仿者实现目的的几率就会受到相应的影响。但是，国外发达国家仍然实现了依法行政的基本目标，虽然这一目标对于我们来说形式多于实质，这是由于两种国家制度的本质不同决定的。但我们仍然不能不承认依法行政在形式上的实现也注定是有章可循的。因此，设置配套的而不是任意借用移植的制度是我们无论如何不可回避的规律。

国外发达国家基本上都是权力分立制衡的国家，不仅在于部门之间的权力制衡，而且在于多党的制衡，赋予各个执法主体以系统外的制约。这种制约在我国有着不同的表现，我国的宪政体制是共产党领导下的依法治国，立法、司法、行政同时处于这种体制中。所以，与其说司法对行政的约束是系统外的约束，不如说是系统内的约束。因此，我国的国情要求依法行政要另辟新径，找到新的权力制约工具，而且这是我们探讨依法行政的逻辑起点。虽然我们也划分了类似于国外体制的这种或那种权力，但实质上我国的依法行政的整个过程是在系统内进行的。从这一点来说，我国的依法行政是一个前无古人的制度设定，它需要不同于西方任何现行体制的制度创新。但是，在倡导依法治国和依法行政的时候，却难以找出明确的被实践论证为可行的方法手段。我们建立了一种从本质上不同于西方的政治制度，但是，在我们仍然需要在这个政治制度范畴内设置依法行政体系时，却没有任何成熟的有别于西方同时又与我国的政治体制相配套的新的具体构建。事实上，笔者认为，在现有的研究中，坚持依法执政，建设法治国家，它应该是怎样的一种不同于西方的制度设计从而保障其独特而又与现行公认的法治效果相一致，人类历史并没有留给我们实证的答案。“ 中国共产党依法执政是中外法制史上一个前无古人的重大法治创新。”[①]因此，对该问题的破解将会是划时代的千秋之业。

所谓“徒法不足以自行，徒善不足以为政”，法律需要靠人来执行和保障。但是，谁来约束法律背后的人，在这一点上，先秦儒家和法家都没有好的办法。儒家将行政与法治 20 希望寄托在君主的自觉上，并不断地告诫君主严格以礼法正己。孔子认为君主治国执法必须从“修身”开始，“修己以安人”，“修己以安百姓”，“其身正，不令而行”；“其身不正，虽令不从”。[②]法家虽然崇尚法治，但是，法治的推行必须依赖君主，所以，法家将君主守法也寄托在规劝层面，“世之为治者，多释法而任私议，此国之所以乱也。”[③]法家及其追随者提出的最为响亮的法治主张也不过是“王子犯法与庶民同罪”。虽然我们今天的制 度与古代制度有着本质的区别，但是，权力的统一性所带来的系统内的监督这一特性使得这一疑问至今仍从技术层面时刻提醒我们。解决这个问题，是我们依法行政乃至依法治国必须面对的课题。因此，我国能否实现依法行政的关键在于是否找到了一种方法来解决中外先哲尚未解决的问题。

二、权力统一的国家所要面对的问题

（一）缺乏实效的秩序

法治最大的特点不在于某个问题是否解决，而在于这个问题能否公正的解决以及在社会中建立这种一贯的秩序。正如奥地利法学家凯尔森所说的效力和实效之间的区别那样：“法律效力的意思是法律规范是有约束力的，人们应当像法律规范所规定的那样行为，应当服从和适用法律规范。法律实效意思是人们实际上就像根据法律规范规定的应当那样行为而行为，规范实际上被适用和服从……法律作为有效力的规范体现在人们应当在这一方式下行为这一讲法里，其中并不告诉我们任何有关实际事件。”[④]字面上有效的法律秩序并不当然意味着实效。没有实效的法律或者具有间歇性实效的法律无法构成稳定、一贯、可预测的法律实效秩序。虽然在法律条文的构造和文字表述中，我们似乎可以看到环环相扣的逻辑，这并不必然导致一个有序的实然社会。这一点或许可以从我国古代法制史上找到注解，纵然历代最高统治者为维护其政令之行通，国家之长治久安，都想方设法制定了愈来愈严密、愈来愈严厉的法律禁令，但在这种体制下，有法不依的客观状况实际上构成了我国传统法文化中重要的方面，一部记载中国数千年历史的二十四史，“实是一部贪污史”。“官僚的政治生活就一般地体现为贪污生活”。[⑤]如此执法体制之下不可能有严格的法律落实实践。因此，对于我国来说，解决法律落实的实效机制有着异乎寻常的重要意义。我们必须有一种或者多种方法让法律从文字走向实践的过程中受到有效的制约，犹如河流的两堤，规定着河流的边际，让河水在两堤之间遵循自己的品性前行入海。日复一日，循环往复，有序而可预测。

（二）自由裁量权的失控依法治国的关键是依法行政

因为行政机关执行了我国近八成的法律、法规，拥有强大的、主动的权力，与行政机关的权力相比，立法机关和法院都相形见绌。行政权的设定和运行不能得到有效的控制，依法治国无疑是可望而不可即的。但是，由于行政的特性，自由裁量权的存在必不可少，虽然国内外有着多种控制裁量权的方法，但是，大多无法解决我国的问题。如英国的标准：“某行政行为是如此的荒谬，以至于任何有理性的人都不可能这样做”，这个判断以任何一个有理性的人的判断为标准，不仅理性人的判断本来就各有不同，否则，就没有合理与否的争议了，而且要达到“任何”的程度，更是只能依仗于个别人的判断。于是，这种判断仍然主观而不可考。关于我国所适用的“只考虑相关因素，不考虑不相关因素”，这个规则看起来清楚，使用起来就相当复杂，甚至基本没有用武之地。因为是否考虑了相关因素或者是没有考虑相关因素，本身是个思维过程，具有很强的隐蔽性，既然不易发现，也就很难判断。并且这些因素本身都不可能具有定量属性，对结论的影响力仍然是个模糊的主观概念。比例原则的适

用范围有限，而且在很多时候，都仍然是个主观判断问题。“ 同样的情况同样处理，不同情况不同处理 ”的规则显然在控制裁量权方面有着重要的意义，但是，由于行政机关做出的行政行为如法院的判决一样不具有对以后行为的约束力，导致案卷均束之高阁，互不关联和影响，合理性因此难以实现。

（三）行政权的行使者对灵活性的过分推崇一贯性的法制特点必将主张执法多一点僵化，少一点灵活，虽然我们一般意义上已经将前者在各种场合视为贬义，后者视为褒义，正如“ 循规蹈矩 ”一词在社会中的认可度一样。但是，“ 循规蹈矩 ”在行政执法领域却恰恰为我们所需要，我们给予了“ 灵活 ”太多赞誉，所导致的问题已经显而易见。“ 循规蹈矩 ”并不排斥创新。首先，创新必须合法；其次，创新必须合理；第三，创新后确立的结果将再次作为先例而对后来的行为产生影响。而不是随心所欲的灵活，灵活后仍然要复归僵化。执法的过程就是将法律条文中的意旨贯彻到现实中的过程，在条文没有改变的前提下，一贯的、稳定的、符合逻辑的结果是法治社会的完美追求。法治社会并不阻止规则的改变，只要它是正当的，但是，改变后的规则仍然坚定地诉求结果的一贯性。当然，世界上的事物总是错综复杂，千变万化，需要灵活处理和对待。但这种灵活绝对不是无章可循的，并且这种灵活绝对不能灵活到在相同条件下不能复制的境地。只要我们承认这一点，这种灵活也就相当于首创的生产线，对后来的产品生产仍然具有示范的约束力。但是，灵活性在社会中被推崇有其悠久的历史渊源，难以改变。

三、自然和历史的启示———客观的力量

（一）启示一：比附的威力

1.铅垂线的启示：铅垂线基于地球引力的物理原理垂直而下，以此为裁衡作为判断楼房垂直与否的客观标尺。舍此，依据任何人的主观判断都不可能建起一个垂直的大楼。主观的判断常常不一致，从而影响被判断事物的连续的一致性。铅垂线的参照价值并不仅仅在于它是一个个可以参照的点，更重要的是这些点连成了一条有秩序的线，从而使得参照后的结果成为有序的实体。这种校正的力量来源于客观的不以人的意志为转移的一贯秉性。

2.法国行政法院的启示：法国行政法院名为法院，但却属于行政系统，它的组成人员是行政人员。“ 初级成员来自国家行政学院优秀的毕业生，高级成员由内部晋升，极少部分从外界高级行政官和专家中选任。最高行政法院总人数为 200 人左右，均为永久性职务。其中 100 人在政府各部、委员会巡回，为各部长的助手；其他 100 人是专职的行政审判人员。法兰西共和国总理是法定的院长，从不参加最高行政法院的活动。最高行政法院举行活动时，由司法部长代替总理参加。”[⑥]如此的设计曾让英国产生了很大的但又不无道理的误解，这种误解就是戴雪的对法国行政法的否定。他认为这是特权的表现，从而导致英国多年对行政法的排斥。但是，即便是英国人自己现在都已经认识到，戴雪的观点错了。“ 戴雪是基于下述错误结论而否定法国制度的：法国行政法院的最上一级是国家参事院，这些法院是为了给予官员以普通公民没有的一系列特殊权利、特权、优先权而设立的，因此，是为了他们自己而立的法。人民很早就明白，这种说法是错误的。但是，它已成为一个传统的谬误 ”[⑦]法国行政法院的行政审判造就了法国“ 行政法母国 ”这一美誉。英国的评价和法国行政法院审判的现实以经验的方式告诉我们，系统内的监督也能保持公正。这一点，在我国有着相似地位的行政复议却大相径庭，公民对行政复议的信任度之低大大超出我们设定该制度时的想象。法院的行政庭也没有能够让人们寄以足够的信赖。原因何在，笔者以为：这与法国行政法院采用判例制审理案件有关。正如费德尔所言的那样：“ 如果我们设想立法者大笔一挥，取消全部民法条文，法国将无民法存在；但是如果他们取消全部行政法条文，法国的行政法仍然存

在，因为行政法的重要原则不存在成文法中，而存在于判例制之中。”[8]虽然判例制的产生是因为成文法的不足，但是，其派生效果却给了我们意外的惊喜。

3.英国判例制的启示：英国作为判例法国家，其判例的效果已经得到公认。在我们熟知的历史片断中，给我们展示了这样一幅画卷：英国的大革命时期，英国的法院支持新贵族，而法国的法院却支持了王权。原因是多方面的，但有一点可以肯定，英国法院对权力有着较少的依附性。而法国却不然，法国的法院对权力有着较强的依附性。笔者以为：这种区别来源于判例法和制定法的区分。判例法天生的遵循先例和比附的原则造就了一道客观的标尺，而大革命前法国的制定法所规定的裁量权的具体应用和结果的无比附效力导致了法国法官被权力的控制。“ 法国在旧制时，除有少数特别法院外，行政诉讼也由普通法院管辖。当时的普通法院代表封建残余势力 ”。 [9]我国制度虽与它们有本质区别，但是，这不妨碍我们剖析执法、司法与权力的关系并从中得到有益的借鉴。

（二）启示二：比附技术的简单化和规范化———电子裁量软件的应用

比附技术的复杂性让我们望而却步，所以，至今未能立法确认其效力。但武汉大学法学院赵廷光教授为刑事案件中的量刑制作了《辅助量刑系统》软件，为比附技术的简单化和规范化提供了有益的尝试。“ 据赵廷光教授介绍，直到上个世纪 80 年代，西方国家还没有找到科学的量刑方法，于是在立法上或者事实上赋予法官‘ 自由裁量权 ’，在诉讼中提倡法官‘ 自由心证 ’。然而这实际上把量刑公正的希望寄托于法官的‘ 良知 ’、‘ 学识 ’和‘ 经验 ’，这种做法不但没有实现量刑公正，反而因为量刑的随意性而饱受诟病……赵廷光认为选择计算机技术作为载体最大的优势就是节约时间，提高办案效率和办案质量。把‘ 估堆 ’量刑的‘ 暗箱 ’打开，使其公开化、标准化，令各方都能心服口服，从而减少上诉和申诉，有效节约了司法资源。”[10]随着信息技术的发展，在电脑软件的技术达到一定程度从而可以在很大程度上取代人工执法以后，比附工具将应该被这种软件吸收在程序形成过程中，作为软件的不可缺少的部分自动进行比附从而得出合适的结论。

（三）电子裁量技术对依法行政的意义上述电子裁量技术可以用在刑事判决中，就当然可以用在范围更广的行政执法过程中。制度化领域的突出特性在于它的一贯性的要求，这一特点决定了它的客观性、标准性和大规模的可复制性。它要求同样的事情同样处理，不同的事情不同处理。而这一点与技术的客观性相契合。在行政程序中，我们同样可以开发一套某种办公的程序软件，再加入适当的数据后，该软件会得出一致而又精准的答案。无论这种尝试是否在现阶段成功，这都不妨碍它可能的、光明而又广阔的前景。毕竟人类探索世界总是遵循着由无到有、由小到大、由简单到复杂、由失败到成功的规律，新事物总是弱小而往往不受重视甚至被怀疑，但这些并不能阻碍它强大的生命力。以同样的方式去思考行政决策过程中的客观工具控制问题就能够豁然开朗了。当然，并非所有的行政问题均需要客观制约工具的约束，如政府在履行发展经济职能时就需要创造性的工作。所以，政府只是在规制性行为和服务性行为等具体执法环节应该适用客观工具的约束，立法领域则需要与上位法和自己以前的立法保持一致，与客观控权无缘。总之，在能够制度化的领域和可以大规模复制要求整齐划一的领域内，客观工具就有着其广泛的用武之地。四、历史不断证明人类的工作已经并仍将继续被科学技术吸收并规范化党的十七大报告明确提出了“ 科学执政，民主执政，依法治政 ”的要求。其中，科学执政的内容很丰富，但是，并没有一个严格的标准或者固定的方法。人类在社会科学方面以缓慢的速度但又不断创新的方法对人类社会进行着深入的探讨和改造。我们不能否认的是，社会科学虽然不同于自然科学，但是，社会科学从自然科学中获取营养是其得以进步的重要支撑之一，正如马克思主义辩证唯物主义思想从达尔文的进化论中得到的印证一样。司法制度更不例外，科学技术的运用对于证据的获得和分析，甚至判断被讯问人的陈述是否是谎言都有着重要的贡献。正如应用了无级变速技术的发动机的汽

车，人工换档的复杂技术被机器自动完成；会计原本的口算逐步被珠算取代，再后来被计算机取代一样。人类正是有了机器的发明与运用才使得人类从复杂而又繁琐的循规蹈矩中解脱出来，专心从事开创性的工作。把循规蹈矩的工作留给人类创造的机器，从而实现大规模、高效率、整齐划一的复制，这是一种趋势，已经被历史证明并将被继续证明，社会工作也不应该例外。随着自然科学技术的发展，科学执政也不可能置身于自然科学技术之外，电子政务就是伴随着电子信息技术的发展而进行的执政方式的深刻变革，但是，今天对电子政务的开发仍处于初级阶段。当然，这种状况在很多时候受电子信息自身的技术限制。现在，虽然电子信息技术已取得了相当高的成就，但其局限性是不言自明的，从日新月异的电子信息技术的更新速度可见一斑。同时，这一事实又告诉我们：它的发展可能存在着不可想象的美好前景。我们今天对电子政务的运用主要局限于它的高效率和公开性的功能上，而在取代人力、完成诸如工厂里的生产线一样的功能开发上显然不足。这应该是一个方向，一个可以解决西方社会动用相当的社会资源予以保障的方向，它需要我们的重视与培养。正如培根所说的那样：“对于一切事物，尤其是最艰难的事物，人们不应期望播种与收获同时进行，为了使它们逐渐成熟，必须有一个培育的过程。”⑪笔者以为：电子裁量技术的产生、发展与应用，将大大缩小违法决策的空间，减少执法所用的人力、物力、财力以及错误率，进而也必将减少人们对某些领域在执法环节上的质疑，收到政通人和之功效，为和谐社会的建设提供另外一种思路的支撑。我们并非指望客观工具可以完全取代人的作用，但是，客观工具在很多方面已经取代并超过人的工作已是不争的事实。今天各方面技术的发展，尤其是信息技术的突飞猛进，产生了划时代的意义。今天的西方社会科学主要是在旧技术条件下形成的，新技术尤其是信息技术条件下的社会科学可以产生新概念，这是生活在旧技术条件下的先人们所无法设定的。古代以某种体制做不到的事情，今天或者明天就不成为问题，这或许可以为建立中国特色法治体制提供另一种思考。这里需要说明的是，信息技术设施并不是客观控权的全部，而是其中一个方面，最重要的并不是具体的个别方法，而是客观工具的强大价值和我们可以发掘的广阔空间，循此道路，它应该可以向我们展开一幅史无前例的美丽画卷和新的一维空间。

参考文献：

①袁曙宏:《党依法执政的重大理论和实践问题》《法学杂志》，2006 年第 2 期 2－6。

②《论语·子路》陈国庆，何宏注译．安徽人民出版社，2005 年版。

③《商君书·君臣》张觉译注．贵州人民出版社，1993 年版。

④（奥）凯尔森：《法与国家的一般理论》沈宗灵译．中国大百科全书出版社，1996 年版。

⑤王亚南：《中国官僚政治研究》中国社会科学出版社，1981 年版。

⑥江必新：《中国行政诉讼制度的完善》法律出版社，2005 年版。

⑦（英）威廉·韦德：《行政法》徐炳等译．中国大百科全书出版社，1997 年版。

⑧⑨王名扬：《法国行政法》中国政法大学出版社，1988 年版。

⑩人民网：武大教授 16 年自费研究攻克“电脑量刑”
http：／／edu．people．com．cn／GB／6346062．html，2007－10－08。

⑪培根：《培根论说文集》水天同译．商务印书馆，1983 年版。

作者单位：安徽元太律师事务所

论城市房屋被拆迁人的现场救济权

李多如

【内容摘要】程序权利也是权利，受侵害也应该获得救济。笔者认为，制度创新极为必要，在愈演愈烈的城市房屋非法强制拆迁大背景下，在《国有土地上房屋征收与补偿条例》制定过程中，赋予相对人两种事中即时救济的程序性权利，为公权力设定明确的房屋征收或拆迁的程序制约，是必要且可行的：一是建立一种紧急公力救济；另一是赋予相对的抵抗权，进行自力救济。这是破解我国现阶段城镇化过程中和谐发展的两重难题的法治之道。

【关键词】现场救济　紧急公力救济　抵抗权

一、现场救济与事后救济

（一）现场救济的涵义

从对行政权力监督制约的角度考虑，20 世纪的行政法经历了从偏重司法审查到司法审查与行政程序并重的变迁。传统行政法将行政复议、行政诉讼、信访等事后对权利的补救和对权力的监督制约，当作是行政救济。而现代行政法则除前述消极的事后控权外，还包括积极的事前事中控制，甚至积极控制比消极控制更有重要的意义。比如，相对人在行政行为过程中进行程序抗辩，避免行政权力对自己的权利正在或将要造成的伤害、危害、损失或者损害，并获得一定的弥补。从这个意义上讲，事前事中的积极控权也是一种相对人权利救济的方式，可视其为事中救济；由于事中救济是在行政程序中即时进行的，亦可称为即时救济。我们把这种相对人在行政行为过程中进行的程序抗辩或事中、即时救济，称为现场救济。

（二）事后救济的弊端

以行政诉讼为典型的事后救济体现了司法权对行政权制约，也有现代法治不可克服的弊端，因而更加凸显现场救济的价值。

1、成本高。法院是为社会提供正义的公共部门，这种正义是以缜密而繁琐机构与程序实现的，这一切导致高昂的审理费用。比如在美国，其高昂的审理费用已成为联邦和各地财政的沉重负担。

2、效率低下。由于诉讼固有的法律程序，庭审的复杂性以及权利讼案本身的复杂性，使得法院不可能迅速而又合法地处理案件，诉讼效率低下，使权利长期得不到事实上的救济。

3、事后救济是在行政行为已经完成，对相对人权利已经形成了实际的损害之时。在事后相对人的权利难以回复至未被侵害前的状态，甚至许多由行政滥权与侵权造成的损失是事后不可弥补的。

4、事后救济一定程度也违背现代社会的平和精神。侵害了权利之后再来弥补权利，打破了社会关系之后再来恢复社会关系，造成资源的浪费和秩序动荡，这已不是现代社会的价值选择。

二、建立房屋拆迁紧急公力救济机制

程序权利也是权利，受侵害也应该获得救济。笔者认为，制度创新极为必要，尤其是在我国现在的行政环境下，行政权力自律精神不够，相对人程序权利急待发展。在愈演愈烈的城市房屋非法强制拆迁大背景下，在《国有土地上房屋征收与补偿条例》制定过程中，赋予相对人两种事中即时救济的程序性权利，为公权力设定明确的房屋征收或拆迁的程序制约，

是必要且可行的：一是建立一种紧急公力救济；另一是赋予相对的抵抗权，进行自力救济。

（一）紧急公力救济机制之设想

近年来，全国各地暴力拆迁案件引发的悲剧层出不穷，严重践踏了法律秩序和尊严。人民群众纷纷指责各级地方政府的“卖地财政”和拆迁管理部门的不作为，专家学者则把矛头指向 2001 年国务院发布的《城市房屋拆迁条例》，推动国务院法制办对该法的修改。笔者认为，要想杜绝拆迁悲剧的发生，从现场相对人的程序权利保护开始应该是一个不错的选择，对非法强制拆迁应该有一种快速约束机制。笔者设想，可以建立一种类似于 110 的快速约束行政权力侵权机制，保护相对人程序权利的制度。

1. 机构和管辖。紧急公力救济制度这个机构肯定应该在行政系统内部，利于高效，也利于作为行政内的监督，避免司法权力侵入行政管理领域。这个机构同时也应该有一定的超脱性，不能将行政管理权和监督权交由同一个机关。 所以最好是作为综合型行政机关的人民政府统一进行，而不是分散的负责具体执法的各政府部门。这样看来，在政府法制部门内设一个机构，代表本级政府行使监督权，保护相对人权利是比较合适的。可将此机构设为执法监察队、支队或大队。但由于执法的政府部门有不同级别，比如《行政处罚法》第 20 条规定，行政处罚机关是县级以上地方各级人民政府工作部门。而在现行监督权体系内低级政府对上级政府的工作部门是没有监督权的，这是一个困难。我们可以设想，虽然低级政府不具有监督上级政府工作的权力，但是却有义务保护辖区内公民、法人和其他组织的合法权益，所以可以赋予其救济权力。 同时也可以设一个联动的系统，统一由市级的政府接受举报，再分别指派市级的或区县级的政府法制部门去处理，而省、自治区的地域范围太宽，不利于紧急救济，省和自治区政府可不设此机构。

2. 运行。就象警察机关的 110 接警出警，可由市级的执法监察队设立一个举报电话，并向社会公布，随时接报并指派各监察队随时处理，在行政执法的程序违法发生的当时就处理。可由受侵害的当事人或利害关系人举报，也可由知情的其他群众举报，因为作为被管理的相对 人的当事人和利害关系人，可能慑于行政机关及其公务员的权力而不敢举报，同时也可避免行政机关和当事人作交易而损害公共利益。在执法监察队处理时，执法的行政机关及其公务员有义务服从监察队的处理，对有争议的事后可以解决，而相对人如果对于监察队不支持自己意见的处理，应直接针对执法的行政机关争讼寻求事后的复议、诉讼救济。

（二）紧急公力救济的积极意义

若建立这么一种紧急公力救济机制，对相对人程序权利的保障和对行政权力的监督制约都是有其明显的积极意义的。

1. 接举报后即时处理相对人与行政机关的纠纷，可以及时制止行政侵害，确保行政机关的程序义务的实现，维护相对人的程序权利，从而维护实体权利以及公共利益。

2. 即时在纠纷现场处理，对据以判断行政机关执法对错的证据容易获得。因相关人证、物证等尚未消失，或者容易取得，这样不失为减少监督与救济成本、提高效率的途径，因为若事后处理，这些工作的成本将比较高，效率比较低。

3. 即时在纠纷现场处理，乃是一种公开的处理，能相应地避免行政监督程序的不公开弊端，使正义看得见，将明显地减少监督软弱并提高政府的公信力。

4. 可以由并非行政行为相对人的其他群众举报，有利于维护相对人的权利。 因为有时候相对人考虑今后还要受其管理而不敢对抗行政机关，宁愿打落牙和血肚里吞，这样既能规范行政执法，又是对潜在相对人权利的维护。

5. 由于即时处理，将能威慑违法执法者，迫使其依法行政。

6. 因为是在事中提供救济，使相对人权利尚未被损害时即予以救济，而不是造成损害之后的补救，所以能够避免社会财富的损耗，能提供途径鼓励创造社会财富，降低整个社会

运转的成本。

7. 最后，这种机制可突破现行的救济与监督体制。传统的事后行政救济是不告不理，传统的行政监督与救济，总是外部救济，复议、诉讼等和内部监督、监察等分离。这一机制由于是政府对工作部门的即时监督，是一种预防为主的应急处理机制。

三、赋予被拆迁人法定自力救济权

（一）自力救济的含义

权利的救济有三种方式：第一种是私力救济，其本质是权利受损害的一方凭借一定的暴力或非暴力手段，使自己某种权利得到实现或补偿，并使对方得到一定的制裁和惩罚。第二种方式是公助救济，又称为类法律救济，主要包括仲裁与调解两种形式。第三种是公力救济，即以国家的权威或强制力提供救济，诉讼是其主要表现形式。私力救济是由受害者本人及有权利关系的其他主体实施的，并不需借助于公共权力，虽然出现、存在于原始社会，但在近现代法该制度仍有其合理价值，笔者称之为自力救济。

我国现行法中也有若干处规定了相对人的抵抗权，出现了一个以自力救济保障权利的雏形。比如《行政处罚法》第 49 条规定，行政机关及其执法人员当场收缴罚款的,必须向当事人出具省、自治区、直辖市财政部门统一制发的罚款收据，否则当事人有权拒绝缴纳罚款；《农业法》 第 18 条规定，没有法律、法规、国务院授权部门的决定或者省级人民政府规章规范的依据，任何机关因办理公务而收费的，农民和农业生产经营组织有权拒绝；《全民所有制工业企业法》第 33 规定，企业有权拒绝任何机关和单位向企业摊派人力、物力、财力等。

（二）确立相对人的抵抗权的必要性

1. 违法无效的行政行为侵害相对人的权利后，有些权利难以或者不能在事后获得补救，比如行政行为侵害导致相对人的特定物的灭失、相对人的程序权利等。这种损害要避免，最好的办法就是损害没有发生之前即予以阻止。

2、行政行为有的频繁侵害相对人利益，有的受害的利益又非常小，而现有机制又难以抑制，比如小额的乱收费、滥罚款，相对人不愿起诉,以相对人的抵抗权直接抑制而不需国家公力抑制可以取到好的效果。

3. 、我国国家赔偿只赔偿直接损失，不赔偿间接损失，更无惩罚性赔偿。由于不赔偿间接损失，相对人极不愿遭行政权侵害，哪怕是事后予以国家赔偿；而仅仅有填补性的赔偿，则对行政机关的压力不大，不能抑制侵害行政行为发生。因此，以相对人的抵抗权直接阻止违法行政行为的侵害，可以达到这个目的。

4. 抵抗权对程序权利的良好救济作用

相对人的抵抗权，针对无效的行政行为，不过并非违法的行政行为就是无效的。在承认无效行政行为存在的同时，学者们对其设定严格的范围，一般认为只有在行政行为的违法是重大明显的才无效。违法又包括实体违法和程序违法，所以抵抗权在实体违法和程序违法的行政行为时都可能存在，甚至由于实体违法即行政权力侵犯相对人实体权利，而赋予其抵抗权，还会遇到一定的困难。

（1）假设行政权力侵犯相对人实体权利，但现代社会的行政管理中这种实体上的权利义务有很多难以直接判断其合法性与合理性。在这种较为复杂的行政纠纷中，行政机关和相对人是纠纷的双方，此时若相对人单方面做出判断而行使抗辩权，就有作自己法官的嫌疑，有违正义原则。

（2）现代行政法广泛承认行政机关的自由裁量权，对一个自由裁量的行政行为，相对人并不容易判断其合法与适当，更不说明显重大了，这样抵抗权是难以行使的。

（3）由于行政法上实体关系的复杂性，相对人的判断难以肯定就是合法的、正确的，

此时相对人行使抵抗权必然会有这样一个担心 :我的抵抗行为是正确的吗？能够在多大程度上得到事后的权威机关的认可？我可能要承担一个多大的不利后果？这样相对人可能不敢行使抵抗权，抵抗权的限制行政权力和保障相对人权利的功能就难以发挥。

当然以上几点不是行政法上否定抵抗的理由，相反正是行政法应予以完善的地方。比较而言，行政机关违背程序侵犯相对人程序权利，并可能进而侵犯实体权利则较为明了，对其判断也容易得多。虽然这种明了并不能完全解决上列的几个实体方面困难，但若因程序权利受害而行使抵抗权，会比实体方面的更容易判断，承担的风险要小得多， 以抵抗权保障程序权利倒是一个比较直接的以权利限制权力，以权利保障程序权利的好途径，将凸显抵抗权的价值。

（三）自力救济制度之设想

从我国现行法上看，已肯定了抵抗权的只有《行政处罚法》、《农业法》等极少的规范，宪法上更是没有依据。笔者认为，抵抗权应该是相对人的一项一般的权利，它在权利保障和权力监督上是必要的，在实体上抵抗目前存在困难情况下，应考虑程序上抵抗的一般授权，这个可在单行的行政法规范如《行政处罚法》、 《行政强制法》等作一般性的规定，最好是在即将制定的《行政程序法》中做出一般性的规定。

抵抗权是相对人建立在自己判断基础上的，有可能判断正确，则以抵抗权确实保障了自己的权利，也可能判断错误，不该抵抗的也抵抗了，这必然存在一个法律责任的问题。笔者认为，如果抵抗是正确的，则说明行政行为是违法无效的，那么抵抗行为人不应承担责任，哪怕对行政管理进程造成了影响；如果行政行为是合法的，则抵抗就是错误的，此时抵抗的相对人不但要承担原行政行为所确定的义务，也要承担因错误抵抗的责任。这样有利于限制抵抗权的范围，避免相对人随意抵抗行政行为而对政府的行政管理过多的阻碍，也会促进相对人寻求专业人员的帮助,在确定抵抗正确的情况下坚决行使抵抗权,促进行政法治的进步。

抵抗权是一种不服从，是一种救济，在原则上反对使用暴力，除非针对肯定无效的行政行为，可以适当的暴力摆脱公务人员的强制，主张一种温和的抵抗权，强调事后救济的作用。但是当温和的抵抗权遭遇行政机关对违法行政行为的强制执行时，抵抗权实际会消失。所以笔者认为，抵抗权的行使可以使用不超过违法行政行为力度的抵抗行为。当违法行政行为尚未强制时，相对人可以温和地不服从；当行政机关申请法院执行时，向法院提出行政行为无效的主张；当行政机关违法强制执行时，相对人应该获得不超过行政行为力度的强力进行抵抗。这种强力由于有前文上一自然段所设责任，将不至于被滥用。这种抗衡性的拒绝权，对那些频繁侵害相对人权益，有时权益并不大，但又难以约束的违法行政行为，将起到有益的作用。

有人担心，这种强力性拒绝权行使方式将弱小的相对人抛到强大的行政机关面前，以暴力对抗将对相对人更为不利。笔者认为，相对人应首先选择公力救济，在公力救济缺位的紧急情况下，相对人才可发动温和的抵抗。同时，法律应当明确规定，当相对人行使抵抗权，行政机关又坚持时，由行政机关提请自己的上级行政机关，一般是行政复议机关决定。该上级机关的决定，相对人不可以抵抗 但可以事后可寻求复议或司法救济。这样做可以在行政系统内设立一个行政化的纠错机制，以较高的效率监督行政权力和维护相对人权利。

参考文献：

①姚锐敏、易凤兰著：《违法行政及其法律责任研究》，中国方正出版社，2003 年版。

②金国坤著：《西方宪政体系》，中国政法大学出版社，2001 年版。

③[英]威廉•韦德著、徐炳等译：《行政法》，商务印书馆，2002 年版。

④杨寅著：《中国行政程序法治化》，中国政法大学出版社，2002 年版。

⑤孙笑侠著：《法律对行政权的控制》，山东人民出版社，1999 年版。
⑥程燎原、王人博著：《权利及其救济》，山东人民出版社，1998 年版。

作者单位：安徽竞合律师事务所

行政强制程序的构建
——兼评《行政强制法（草案)》的相关规定

孙照圣　王 颖

【内容摘要】行政强制程序构建的逻辑起点是构建并不断完善我国行政强制程序的中心和应遵循的基本原则，这个中心是多层次、多方位、动态的。本文试图探寻构建我国行政强制程序的逻辑起点之所在，并在对我国现行行政强制的体制进行分析、审视的基础之上，以起点为评价标准，对我国《行政强制法（草案)》的相关规定作了评析。

【关键词】行政强制　行政强制法　行政强制执法

“未经法律的正当程序进行答辩，对任何财产和身份的拥有者一律不得剥夺其土地或住所，不得逮捕或监禁，不得剥夺其继承权和生命”

——1354 年爱德华三世第 28 号法令第 3 章[①]

现代社会，正当的法律程序已经不仅仅是为了保持司法工作的纯洁性而认可的各种方法，[②]其已经逐渐延从司法领域伸展到行政领域，而成为控制行政恣意、保证理性选择的最好的手段。[③]2009 年，十一届全国人大常委会第十次会议对《中华人民共和国行政强制法（草案)》（以下简称草案）进行了第三次审议。当下因强制执行而发生的重大影响的案件屡屡发生，无疑，构建一个正当的行政强制程序对公民权利的保障以及我国行政法治建设具有十分重要的意义。

一、构建行政强制程序的逻辑起点

正如学者所说“正当法律程序的涵义可以进行多方位的探讨”。[④]笔者认为，我国行政强制程序的构建应当有其逻辑起点，因为如果没有一个逻辑起点，任何制度的设计都只是无源之水、无本之木；没有一个逻辑起点，任何制度规范都很有可能是信手拈来可多可少的遣词造句。这个逻辑起点是构建整个行政强制程序的中心，笔者认为其应当是多方位的、多层次的，动态的。

具体来说，行政强制程序的构建既要考虑到行政目标的实现、政府权力的有效监督和控制，又要考虑到行政相对人利益的保护；既有哲学上内在的逻辑基点，也有功能层面的、基本价值层面的逻辑基点。同时，站在历史发展的角度，不同时期一个国家的程序又是在不断发展变化之中的，政治、经济、文化的发展、国家政策的改变都影响着行政强制程序的变化。但就目前来看，我国行政强制程序的构建至少应当有以下几种基点，而最具有正当性的行政强制执法程序架构正是以各个基点为中心所画出的圆的交集部分。这些逻辑起点有：

（一）行政强制程序构建的哲学起点

行政强制程序构建的哲学起点是在哲学高度指导我国行政强制执法制度设计的根本思想观念。首先，行政强制程序必须是弘扬理性的产物。行政强制作为保障和监督行政机关依法履行职责，维护公共利益和社会秩序，保护公民、法人和其他组织的合法权益的一种制度设计，应当能够确保国家以及当事人因强制执行而获得的利益大于不去执行而遭受的损失。

如果行政机关对执行某个公民强制其履行义务的代价高于或远远高于所获得的利益或因此而损害更大的公共利益，那么这种行政强制执法程序的设计就是非理性的。

此外，行政强制程序还必须是出于对人性的深刻洞悉。经济学家眼中，人们都是效用最大化者。不论你是一个生产者还是一个消费者，不论你是一个品德高尚的圣徒抑或是一个品行低劣的恶棍，也不论你是一个政治家抑或一个企业家，人们的本性都没有本质的差别。指导人们行为的原则都是“自利”，而仅有的差异在于人们对“自利”内容的理解。本质上，人们都只采取那些他们认为将会给自己带来最大利益的行为。西方的人性恶理论与我国先前的人性善理论背道而驰，然而正是这种对人性的质疑与不信任使西方国家走向了法治，我国则长期处于人治的状态。人性善理论强调用“德”来治理国家，人性恶论者强调用“法”来治理国家，人性中论者则强调“德”、“法”并用。我们现实的选择是建设法治国家与法治社会，那么我们反思我们的制度设计则必须能够深刻的洞悉人的本性。人性是恶的、是自私自利的。伟人与凡人的不同乃在于道德水平的高低而已，那是一种慷慨的奉献。然而，毕竟慷慨是有限的，每个人都有是自身利益最大化的倾向。这必须为立法者所认识。具体在行政强制程序的设计上要体现出对人性的恶的控制，突出对弱者权利的保护。

（二）行政强制程序构建的价值起点

行政强制执法程序构建的价值起点是构建行政强制执法程序基本的价值取向。主要包括：第一，行政效率。行政权可以说是行政法的核心，它是行政法得以存在和发展的基础。【1】而行政效率又是行政权的生命，现代社会尤其如此。【2】然而我们在控制政府权力的同时又必须给予行政权有效率的运作所必须的制度环境。行政强制执法程序的繁简和可操作性等因素都会对行政效率产生重大影响。第二，秩序。如同自然界一样，秩序在人类生活中起着极为重要的作用。【3】然而，人类对秩序的追求，时常会为偶然情形所阻碍，有时甚至我们不能断言，对人类事物中秩序的寻求，已经普遍承认为个人努力或社会努力的一个有价值的目标。【1】行政强制执法不但涉及到公共利益的保护和行政决定的执行，还涉及到行政相对人合法权益的保护以及公共利益的实现。行政强制执法程序的设计忽略到任何一方，必然会影响到社会的稳定和一个良好社会秩序的形成。暴力抵抗强制拆迁的众多案例应当是做好的例证。因此，社会稳定秩序的形成也是构建行政强制程序过程中理应考虑的一个价值取向。第三，公平正义。行政强制程序必须能够彰显公平正义。公平、正义是法律的精神之所在。我国应当采用何种行政强制执法模式就涉及到公平正义的实现问题。笔者认为，一个正当的程序必然要求给予对方以足够的实质的陈述理由、说明事实的机会，并且要尽量避免“自己做自己法官”情形的出现。这样的行政强制执法程序才是符合人类基本价值取向的能够有效施行的制度设计。

（三）行政强制程序构建的功能起点

行政强制程序的功能起点是构建行政强制执法程序、制度所要追求的功能目标。它主要包括：首先，通过程序设计控制行政权力、实现现代行政法的基本任务。行政权力需要控制在理论界和实务界可以说达成了共识，【2】传统行政法控制行政权的路径主要是通过议会制定法律授予行政机关行政权，要求行政机关必须按照法律行使行政权；通过独立的司法机关审查行政权行使的结果，从而为私人提供法律救济。【3】现代行政法控权也主要通过三个基本路径即从源头上限制行政权力的享有；从运行上设计严格的程序制度规范行政权；从后果上，通过行政诉讼、国家赔偿追究违法行政的责任。【4】行政强制执法程序的构建意味着政府在多大范围和程度上享有自由裁量的权力，它对控制行政权力具有重大作用。其次就是保护行政相对人合法权益。这其实是控制政府权力滥用的另一面向。在控制政府权力滥用的同时，通过程序机制防止公权力对公民权益的不法损害。

二、我国现行行政强制体制之审视

自 1982 年《国家建设征用土地条例》首次明确规定行政强制执行主体以来，我国行政强制执行主体制度发生了很大变化，尤其是 1989 年《行政诉讼法》的出台，对我国的行政强制执行模式产生了深远影响。根据我国《行政诉讼法》第 66 条的规定和其他许多单行法律法规的规定，由行政机关申请法院强制执行的情况居多，而且在法律法规对行政强制执行未作规定的情况下，可推定只能由行政机关申请法院强制执行，我国规定完全由行政机关自行实施行政强制执行的法律、法规为数不多。因此，可将我国行政执行体制概括为“ 以申请法院强制执行为原则，以行政机关自行强制执行为例外 ”。目前我国行政强制执行体制有其特定的形成原因和社会背景。首先，社会现实的客观需要。体制的变革和社会的转型，使旧体制下传统的控制和督促手段的作用迅速减弱，行政机关的机构设置不健全、缺少必要的执行机构；行政执法人员的执法素质和执法观念，尤其是依法行政的观念和意识不够强；权力滥用的现象比较严重。在这种情况下，不得不寻求行政以外的力量介入强制执行，以确保行政行为的内容和行政职能的实现。

其次，保障人权与提高行政效率的需要。就我国的具体情况而言，现行行政强制执行体制是旨在充分保护人权的基础上达到提高行政效率的目的，体现了立法者试图改变以往“ 重效率、轻人权 ”的模式。我国以往片面地重视提高行政效率，忽视甚至漠视人权的保障。这不仅严重挫伤了社会成员的积极性，而且也没有带来提高行政效率的结果。

最后，立法的趋同。由于当时的立法过程比较简单，也不太重视理论上的论证。因此，当一部法律制定出来，并规定了这种体制以后,后续的立法在面对相同或类似的问题时，便纷纷模仿或遵循先行的规定,产生了较明显的趋同现象。

三、《行政强制法（草案）》的相关规定评析

随着法治建设的进步，人们会逐渐认识到行政程序的各种逻辑起点会逐渐趋向一致，功能起点和价值起点的重合，功能起点体现价值起点；价值起点指导功能起点，实现在功能之中。而价值与功能的认知又都来源于对其哲学基点的把握。

我国《行政强制法（草案）》对行政强制措施和强制执行的程序作出了明确规范。行政强制程序是指行政主体实施行政强制的具体方法、步骤与时限等 制定行政强制法，是应该要求具有行政强制权力的机关严格按照法定程序来履行职责。行政强制程序作为一个行为的过程。它是由行为的具体方法、步骤与时限等构成的。

（一）催告。催告是指当行政相对人不履行其义务时，行政主体通过法定形式向行政相对人发出通知，期待其自觉履行，并告知其如不自觉履行其义务，即产生对其不利的法律后果。《行政强制法（草案）》第 35 条规定，行政机关作出强制执行决定前，应当事先催告当事人履行义务。催告应当以书面形式并载明下列事项：当事人履行义务期限、强制执行方式、涉及金钱给付的，应当有明确的金额和给付方式、当事人依法享有的权利。经督促催告。当事人履行行政机关依法作出的行政决定的，不再实施强制执行。催告可以减轻行政相对人与行政机关的对抗情绪，从而提高行政行为的可接受性，是完善公民与行政机关的沟通渠道的一个重要的尝试。

（二）听取陈述和申辩，即行政机关必须认真听取行政相对人对事实和法律问题的陈述和辩解。《行政强制法（草案）》第 36 条规定，当事人收到催告书后有权进行陈述和申辩。行政机关应当充分听取当事人的意见，对当事人提出的事实、理由和证据，应当进行记录、复核；当事人提出的事实、理由或者证据成立的，行政机关应当采纳。可见，我国《行政强

制法（草案）此种规定对予保护行政相对人利益的、控制行政相对人权力具有重要作用，也是符合行政强制程序构建的功能起点的。

（三）实施行政强制。行政强制决定是行政主体在经催告之后，因行政相对人仍不自觉履行义务，为实施行政强制而确定其将适用强制的方法及其相关内容的行政行为。实施行政强制的目的是实现行政行为的执行力，也是维护法律权威的需要。实施行政强制应当做现场笔录。现场笔录的意义在于行政主体为事后对抗行政相对人提出异议。此外，我国《行政强制法（草案）》还对行政机关等实施行政强制作出了非常具体的规定，如草案第 18 条规定的要出示证件、两名执法人员、见证人制度等等。这些规定在深层次上都是出于对人性深刻洞悉的结果，也是国家保护社会秩序使然。

（四）限制人身自由的特别程序规定。人权是人之所以能够称其为人的基本权利，人权之中最重要的就是人身之自由。《行政强制法(草案)》对“ 限制公民人身自由 ”强制措施规定了特别的严格程序。草案第 10 条规定了限制公民人身自由的行政强制措施必须由法律规定，因此与《行政处罚法》相呼应，必然对加强人权的保护具有更加积极的意义。此外，第 20 条规定　依照法律规定实施限制公民人身自由的行政强制措施，除应当履行本法第十八条规定的程序外，还应当遵守下列规定：当场告知或者实施行政强制措施后立即通知当事人家属实施行政强制措施的行政机关和地点；在紧急情况下当场实施行政强制措施的，在返回行政机关后，立即向行政机关负责人报告；法律规定的其他程序。实施限制人身自由的行政强制措施不得超过法定期限。实施行政强制措施的目的已经达到或者条件已经消失，应当立即解除这些规定体现出了依法行政、以人为本、保护弱者为核心的现代行政法治理念。

（五）限制性规定。《行政强制法(草策)》第 43 条中关于“ 政机关不得在夜间或者节假日实施行政强制执行 ”;“ 行政机关不得对居民生活采取停止供水、供电、供热、供燃气等方式迫使当事人履行行政决定 ”等限制性规定。凸显了人文关怀，是文明执法、尊重民权民生的体现。现代法治精神的本质是以人为本。在这个走向权利的时代，代表公共利益的公权与公民个人利益的私权将日益统一起来。行政强制法以私权保护为核心，规范和限制了公权，必将成为行政法治改革进程中重要的里程碑。

注释：

①【英】丹宁著：《法律的正当程序》，群众出版社，李克强等译，1984 年版，第 1 页。

②丹宁指出，正当的法律程序能够促使审判和调查公正地进行，逮捕和搜查适当地采用，法律救济顺利地取得，以及消除不必要的延误等等，从而使司法工作保持纯洁性。具体参见【英】丹宁 著《法律的正当程序》，群众出版社，李克强等译，1984 年版，第 1 页。

③现代法律程序的意义已经被大部分学者所认同，有学者总结法律程序的意义时指出“ 法律程序具有限制恣意的作用 ”，而限制恣意无疑是现代控权理念下行政法制度设计的基本目标。具体参见季卫东著：《法律程序的意义》，中国法制出版社，2004 年版第 59 页关于法律程序作用的表述。

④【美】马肖著，沈岿译：《行政国的正当程序》，高等教育出版社，2005 年版，第 46 页。

⑤章剑生：《现代行政法基本理论》，北京法律出版社，2008 年版第 15 期。

⑥章剑生：《现代行政法基本理论》，北京法律出版社，2008 年版第 34 期。

⑦【美】博登海默.法理学：《法律哲学与法律方法》.邓正来译，中国政法大学出版社，1998 年版第 233 期。

⑧【美】博登海默.法理学：《法律哲学与法律方法》.邓正来译，北京中国政法大学出版社,1998:235。

⑨有学者总结了行政权力始终需要控制的理由，主要有（1）权力的运行规律需要控制行政权；(2）权利的的实现规律需要对行政权进行控制。并指出现代行政，行政权力不断扩张，尤其需要控制行政权。参见孙笑侠著：《法律对行政的控制》，山东人民出版社 1999 年版，第 3-4 页。

⑩章剑生：《现代行政法基本理论》北京法律出版社，2008 年版第 35 期。

⑪孙笑侠教授把它称之为控权法的三大原则，参见孙笑侠著：《法律对行政的控制》，山东人民出版社 1999 年版，第 165-191 页。

⑫楚静：《我国行政强制执行制度的前瞻性考评》《求索》2008 年版第 4 期第 142 页。

⑬程艳、王炜：《试论我国行政强制制度》《江南社会学院学报》2006 年版第 4 期第 55 页。

作者单位：安徽景旺律师事务所

法律视角下的“钉子户”
——兼议房屋拆迁的重新立法

程学平

【内容摘要】本文对社会热议的“钉子户”，以法律的视角，探讨了其产生的社会及法律成因。对体现行政强权的原《拆迁管理条例》的废止，新征收补偿法的制定，提出了个人见解，以求破解“钉子户”的法律之道，并认为：要想构建和谐拆迁的法律关系，应由全国人大或其常委会制定体现公平对价，并统筹城乡的《土地征收与房屋拆迁补偿法》。

【关键词】钉子户　拆迁条例　行政扩权　征地拆迁法

一、戏说“钉子户”

“钉子”按汉语词汇分类，谓名词。众所周知，系用于固定物体的种类物。“钉子户”也谓名词，系中国城市拆迁进程中产生的一类特定群体。近年来，随着媒体，特别是网络的传播，“钉子户”已成为社会广为热议的一大热词。

不同主体的拆迁人，对“钉子户”有不同的评价和见解，特别是在开发商眼中，“钉子户”无异于“无赖”。在一些政府官员眼中，“钉子户”多为“刺头”、“刁民”。而在社情民意的评价中，“钉子户”多为被支持、被同情的“弱者”，有的甚至被誉为“维权英雄”。

那么，在法律人的评价中，“钉子户”究竟如何定性，乃是一个十分复杂的命题。本文仅以一个法律实务工作者的理性思考，从法律的视角，探究其产生的社会及法律成因，意为构建和谐拆迁的法律制度，提出个人对“钉子户”的破解之道，也为房屋拆迁的重新立法提出个人见解。

二、“钉子户”的产生是社会法治进步的必然产物

在“一大二公”的物权制度下，公民近无私产权。特别是在“割资本主义尾巴”、“狠斗私字一闪念”的泛意识形态中，在频繁的政治运动里，个人服从集体，集体服从国家的利益层次是不可质疑的。因此，在自 1949—1978 年的三十年间，大到国家的重点建设，小到生产队的牛栏屋搭建，一纸文件，生产队长的一句话，即能搞定，无人会反对，也无人敢反对，“钉子户”自无产生的社会基础。

党的十一届三中全会，吹响了中国改革开放，经济建设的集结号。于是，城市的改造与扩容、企业的设立与发展、道路交通、机场码头、旅游景点、大学城、影视娱乐城等建设项目蜂拥而起。特别《宪法》的修正，《民法通则》的颁布，公民的私产权获得了法律保护的依据。政府与社会各类主体，社会各类主体之间就自然资源的占有，利益的分配，产生了错综复杂的利益搏弈。特别是在土地这一不可再生资源的占有和利用方面，利益的争夺尤为激烈。

改革开放之初，受土地公有制度及物权公有意识惯性的影响，政府乃至企业，甚至公民个人的土地征用，房屋拆迁的条件相对都是宽松的，政府的行政权力更是可得以任意扩张。因而，至 1990 年代初期，尚不具备“钉子户”产生的社会条件。

1986 年 4 月，《中华人民共和国民法通则》颁布，“ 公民的合法财产受法律保护 ” 的法律制度得以确立。于是，全国范围内随即开展了城市房产的登记发证工作，城市居民赖以遮风避雨的居所，取得了私有财产的权属证明。

1986 年 6 月，《中华人民共和国土地管理法》颁布，土地所有权虽被界定为国家和集体所有，但公民的使用权受到了法律的确认与保护。于是，公民对房产这一最重要的生活资料，不仅持有了房产权证，还同时持有了国有土地使用权证。

1990 年 5 月，《中华人民共和国城镇国有土地出让与转让暂行条例》颁布，对城镇国有土地的使用权进行了分类，除政府、机关、国防及其它公益项目用地外，其它用地一律由无偿使用的划拨制度转化为有偿的出让与转让，即土地使用权进入了市场化的流转。虽然，该流转受到国家法律和政策的严格限制，但毕竟因此而产生了商品化的利益，且利益空间巨大。

1991 年 8 月，国务院颁布了《城市房屋拆迁管理条例》（以下简称 “ 拆迁管理条例 ”）。至此，我国就公民私有房产权的保护，已形成初具雏形的法律柜架。除基本法律确认了相关权益外，围绕房地产权保护的规章、条例、政策虽显凌乱，但也初具系统。然城镇居民私有房屋财产权的保护与国家建设拆迁让地的利益搏弈也随之日趋激烈。于是，城镇房屋拆迁法律关系中，出于种种原因，种种理解，“ 钉子户 ” 也应运而生。虽然，这些 “ 钉子户 ” 令地方政府十分头痛，也确给城市建设，经济发展、社会稳定制造过不少的麻烦。但从法治进步的角度考量，虽为社会非和谐的衍生品，但也昭示了国家法律制度进步民众法律意识的强化。从这个角度上分析，也应当认为 “ 钉子户 ” 是中国社会法治进程中的必然产物。

三、“钉子户” 产生的社会及法律成因

“ 钉子户 ” 产生的社会及法律成因是十分复杂的。在开发商等一些拆迁人的评价中，不乏有被冠之为 “ 痞子 ” 的恶名。撇开对 “ 钉子户 ” 个体的评价，就 “ 钉子户 ” 产生的社会及法律成因，主要当为以下因素。

（一）政府的理念错位导致公权力的倾斜

在城市经济项目的建设中，拟建项目预计产生的即时利益和项目运营后的长期效益，对各地方政府的诱惑是巨大的。在城市公共设施的项目建设中，“ 面子 ” 和 “ 政绩 ” 类工程，更令诸多地方官员趋之若鹜。加之数千年形成的官重民轻，“ 个人利益 ” 次位于 “ 国家利益 ” 的惯性思维的作用，地方政府在城市房屋拆迁项目中，轻视被拆迁人利益则是必然的。

（二）立法本位导致国家法律地方化

城市房屋拆迁的利益之争，无非为 “ 补偿 ” 和 “ 安置 ” 两个方面。无论是 “ 货币化补偿 ”，还是 “ 产权调换 ”，符合市场交换的公平对价原则是核心问题。由于我国地域经济发展水平悬殊，作为国务院颁布《拆迁管理条例》时，将实施细则的制定权授予各省、自治区、直辖市政府。而各省、自治区、直辖市又将补偿标准、安置条件的制定权授予各地、市、县政府。从立法原理的形式上看，这种授权立法，似乎是合理的，也符合国情。但究其实质，则缺少了非常重要的一点，即制定这些标准的原则和刚性的参数，以致各地方政府在制定补偿标准、安置条件时，所制定补偿标准一般都是较低的，安置条件相对也是苛刻的，从而引发被拆迁人的普遍不满，进而激发强烈的对抗情绪。分析所有因拆迁而导致的各类案件，焦点并不在于 “ 拆与不拆 ”，而都是在于按什么条件拆。虽然，《拆迁管理条例》也赋予了被拆迁人申请裁决和行政诉讼的救济权，但由于各地方政府所制定的 “ 细则 ”、“ 实施办法 ” 等客观上都起到准法律的作用。这种国家法律地方化的现象，不仅令作为裁决机关的地方建设行政主管机关必须执行，也令法院不得不 “ 遵照 ” 执行，从而根本无法保护被拆迁人的合法权益，以致裁决和行政诉讼，在对被拆迁人权益的保护上，大多数只能流于形式，而实质上并没有有效

的保护功能。于是，申请裁决的主体都是拆迁人，被拆迁人绝少申请裁决。还有更多的被拆迁人对裁决则是既不予主动执行，也不提起行政诉讼，而是选择上访和暴力对抗，甚至采取以死相争的非法治、非理性的过激方式，而成为“钉子户”。因为，他们认为法治和理性并不能保护自己的利益。由此显见，这些“钉子户”的产生，从法律的角度审视，多源于法律地方化这一立法制度的重大缺陷。

（三）法律地方化加剧地方行政扩权

由于我国法律制度创设起步较晚，加之地方政治、经济发展客观上极不平衡，国家立法机关为弥补法律资源不足的缺陷，很多法律、法规都采用国家立法框架化，授权地方细则化的方式。特别是地方政策、规范性文件往往也起到准法律的作用，且对这些地方政策、规范化文件又没有违宪、违法审查机制。于是，国家法律地方化的“立法”中，地方行政扩权又是必然发生的。

就城市房屋拆迁而言，不仅是国家法律地方化的典型法案，而且更是地方行政扩权最为严重的。可以肯定，全国 2700 多个县市区，就有 2000 多个《拆迁细则》，数万乃至数十万拆迁文件，可谓五花八门，方法各异。就城市房屋拆迁而言，各省、自治区、直辖市的《拆迁细则》无一例外地都授权其所属市、县、区政府享有设定拆迁补偿标准和安置条件的“立法”权力。在城市拆迁过程中巨大经济利益和明显社会效应的策动下，各地方政府行政扩权的冲动是难以遏制的。于是，湖北嘉禾政府“你要难为我一阵子，我就要你难过一辈子”的野蛮拆迁，就绝不会仅是特例。

从法治的原理审视，“绝对的权力导致绝对的腐败”，也必然导致“绝对的野蛮”。而不受制约的行政权力，也必将引发沸腾的民愤、民怨。至今没有人去统计，自《拆迁条例》颁布的 20 年里，有多少户被暴力拆迁，多少房被野蛮拆除，多少人为之付出沉重的经济乃至生命的代价。就此而言，在城市房屋拆迁的工作中，对地方行政权力的法律制约是十分必要。

四、破解“钉子户”的法律之道

（一）房屋拆迁应尽快重新立法

国务院颁布的《拆迁管理条例》，在法律的归类上属管理型的行政法规。自其颁行二十年来，虽有学者斥之为“恶法”，但其为中国城市建设发展所起的重大作用的一面，还是当予以肯定的。随着宪法对公民私有财产保护力度的强化，特别是《物权法》的颁行，《侵权责任法》的颁布，原有的《拆迁管理条例》已明显不能适应新的形势，且与诸多上位法相冲突。因而，废止《拆迁管理条例》，对房屋拆迁重新立法已迫在眉睫，势在必行。否则，既不利于国家法制一统的法治秩序，更有损于政府的公信、社会的和谐与稳定。

（二）房屋拆迁补偿的立法权当归于全国人大

房屋作为公民最重要的生活资料之一，且成为绝大多数公民价值最大的私有财产的新形势下，法律应给予直接有效、乃至最大化的保护。如果仍由政府的行政权力主导立法，仍以行政权力实施拆迁活动，则仍然会导致行政权力的无限制扩张。因而，房屋拆迁的立法权应当归属于全国人大或其常委会，并以《土地征收与房屋拆迁补偿法》（以下简称“征收拆迁法”）为名，由全国人大以单行法律的形式颁行，以提高其法律位次，强化其法律权威。

（三）《征地拆迁法》应统筹城乡

在我国城市化进程中，更大面积，更多拆迁的对象是农民。而原有的《拆迁管理条例》仅局限于城市，对广大农民的征地拆迁时，其房屋仅作为地上附着物而给予一定的补偿和安置。因此，国家的法律对农民私有房屋的保护力度，是十分脆弱的。各地方政府在对农民的征地拆迁时，各行其是。特别是在补偿标准，安置条件的制定上，多系以政代法，以致侵害

农民权益的事件屡屡发生。在诸多城乡结合部，以及城中村的农民为获取拆迁利益，大量建造“握手楼”、“一夜房”的现象，不仅令各地方政府的城管部门头痛不已，也令《土地管理法》、《城乡规划法》等法律、法规尽失法律的权威，更令拆迁难度加大，成本增加、资源浪费。政府不得已而强拆时，又频频引发诸多社会不安定因素，甚至恶性事件的发生。

因此，新的《征地拆迁法》应统筹城乡，将对农民房屋的拆迁纳入一体化，以拓展《征地拆迁法》的适用范围，提高法律的实用效率及其权威，切实保护广大农民的合法财产权益。

（四）《征地拆迁法》对授权地方的立法权，应予以规范和限制

鉴于我国各地经济发展的严重不平衡，国家颁行的《征地拆迁法》不可能兼顾各地方的文化及经济条件，因而，授权地方制定配套细则，仍是必需的。为防止出现国家法律地方化的现象，《征地拆迁法》对地方制定实施细则的授权，当予以规范和限制。由于房屋拆迁法律关系中，利益分配是终结目的，而政府又是利益最大的诉求者，故对《征地拆迁法》细则的制定权，绝不可授予政府，而当授予省级人大，然后由省级人大再授权于市、县、区人大制定实施办法，从而首先打造遏制地方政府行政权力扩张的隔离带。

为有效地保护被拆迁人的合法权益，除充分保障被拆迁人的居住条件外，对补偿标准和安置条件的制定，应规定科学、合理的数据参照标准，如被拆迁区域及周边的房价和当地居民人均收入的客观数据，被拆迁标的物的市场价值等因素，以给予被拆迁人充分的、足额的补偿。就此而言，深圳市对城中村改造的非暴力拆迁，已提供了较好的经验（见“南方周末”报 2010 年 2 月 4 日经济版）。其可供借鉴的主要为三点：一是对被拆迁人给予足额补偿；二是以被拆迁人自治组织为一方谈判主体；三是引入司法裁判机制。该机制和经验是《征地拆迁法》立法可考虑引入的。

（五）行政裁决权当予以取消

原《拆迁管理条例》设立的政府建设主管部门对拆迁纠纷的裁决机制，是有违法理的。从政府作为管理人的身份审视，似乎其有权居中裁决。但无论是开发商，还是某企业、机关为拆迁人时，政府都是拆迁利益共同体的重要一员。特别国土部门收储土地时，政府实质上就是拆迁人，就是土地的经营者主体。在人皆趋利本能的作用下，作为经营者的政府，其裁决的公正性是不可能保证的。因此，在新的《征地拆迁法》的立法中，应当取消行政机关对拆迁纠纷的裁决权，以有效遏制政府公权力的不当扩张。

（六）以市场对价原则确定货币补偿标准和产权调换原则

市场经济的本质规律之一，就是市场对价原则。房屋作为公民或组织所享有的财产，在被拆迁时，就自然产生市场交换。不论拆迁人主体是谁，与被拆迁人之间形成的都是市场交换关系。因而，无论是货币补偿，还是产权调换，唯有市场对价，才能体现公平。政府主管城乡建设的管理机关，其职能只能是规划审批，拆迁人资格审查与拆迁许可；国土管理部门的职能只能是用地的审批；而物价部门则应对补偿标准构成，提出参考性因素的指导意见。就货币化补偿的具体价格，当交由拆迁人参考物价部门的指导意见，依市场对价原则与被拆迁人协商确定。

至于产权调换，当以被拆迁房的面积大小，使用功能，居住环境等因素为条件，原则上应以所调换房条件优于被拆迁房为原则，必要时，还当辅以货币补偿方式，以解决微小争议。如仍不能解决争议，则应交由司法裁判。

（七）拆房腾地的绝对性与合理补偿的公平性有机结合

城市土地属于国有，农村土地集体所有，是我国土地所有制的基本制度，而土地又属于不可再生的自然资源，因其自然天赋性而产生的社会共有性，不应以先占原则而排斥政府对土地资源最大化利用的权力。特别是在我国人口众多，土地资源稀缺的状况下，最大化地合理利用有限的土地资源当是政府可以也应当行使的权力。因而，在征地拆迁的法律关系中，

拆房腾地，以提高土地资源的使用效率，当应确定为基本原则。但必须给予被拆房人以合理补偿和妥善安置，以体现市场交易的公平性。因而，拆房腾地的绝对性与合理补偿的公平性，应在《征地拆迁法》的立法中有机结合，以达到和谐统一。

（八）拓展司法裁判的救济渠道

法治社会的基本原则之一，就是以司法裁决作为解决纠纷争端的终极方式。原《拆迁管理条例》因属行政管理法，故主要体现的是行政权力。虽然，应对拆迁纠纷，最高人民法院曾零星出台过一些司法解释，部分民商事法律也有散见规定，但主要权力集中于政府，司法解决争端的机制难以设立。《征地拆迁法》的立法，在取消行政裁决权后，当应拓展司法裁判权，以给被拆迁人以充分的司法救济保障。唯有引入司法救济机制，才能最大化地保护被拆迁人的合法权益。同时，也有利于化解社会矛盾，有效遏制政府受利益驱动而引发的行政权力扩张。而法院作为非利益主体，其居中依法裁判的结果也更具有社会公信力和权威性。

（九）《国有土地上房屋征收与补偿条例》不可行

为解决原《拆迁管理条例》在执行中引发的一系列社会问题，国务院发布了《国有土地上房屋征收与补偿条例》的征求意见稿（以下简称“房屋征收与补偿条例”）。作为一名法律实务工作者，首先认为，该“条例”是不可行的。现简要论证如下：

第一，国有土地上的房屋，因用地规划的变更，需拆迁时，并不都属于国家征收的对象，仅在社会公共利益需要时，才发生国家征收的情形。在企业的用地、商业的开发时，如果也由国家先行征收被拆迁人的房屋，再与企业主、开发商等发生交易，则政府显然成为中间商而难免利益之争及趋利之嫌而被社会所垢病，并将政府的管理者与经营者主体混同法律化，而有违法理。

第二，政府的行政征收行为在房屋征收的市场化运作中，由利益本位的策动，行政权力的不适当扩张仍是必然，从而有损政府管理者的公信。

第三，以被征收人 90%同意为条件，2/3 签约率为指标，在实践中将是无法操作的。因为将是否同意征收的“民主决策权”交付被征收人，实质上是不可行的，也是行不通的，其结果只能无政府的多数人暴政。如此规定，政府将会处于作为难，不作为而又致城市建设无法进展的尴尬境地。此条款，显属未经社会调研而有“闭门造车”的“拍脑袋”之作。

因此，“房屋征收与补偿条例”既有悖法理，实践中也不具有可操作性。

五、理性善解“钉子户”

不论“钉子户”们以何种方式，何种语言和行为拒绝拆迁，究其本质都是利益的诉求，权益的保护。当被拆迁人已能取得合理的市场对价补偿，能获得比原居住条件更好的安置时，一般人都不愿再去扮演“钉子户”的角色。即使有极少数人出于膨胀的私欲，而故意设置障碍，甚至漫天要价时，司法公权力裁判的权威，也是可以迫使其回归理性和公平轨道的。因而，可以预见，一部体现公平，公正的《征地拆迁法》的出台，将大大减少“钉子户”产生的几率。当然，也可以预见，不论将来制定的《征地拆迁法》如何公平、公正，“钉子户”现象是永远不会消失的。但是，即使仍有极个别偏执者，在公平有序的法律，理性权威的司法裁判权、公众的群体判断、政府的包容面前，其偏执情绪也能逐步缓解，乃至消失。

对既往的“钉子户”社会予以了同情、理解，甚至致敬，但也有批判、谴责。任何时期，在“钉子户”的群体中都既有“弱势”的一面，也有“痞子”的一面，对“钉子户”，我们当予以宽容，但绝不能怂恿。只要有拆迁，就一定有“钉子户”。芸芸众生，人间百态，我们都应理性对待。

作者单位：安徽师阳安顺律师事务所