

前 言

发展是创新的动力，创新是发展的灵魂。没有创新，就没有进步；没有发展，就没有活力。近年来，我省律师行业在党和政府出台的一系列扶持和保障律师行业发展的政策助推下，取得了快速的发展。

为了总结和研讨律师业发展和创新的历程，交流我省律师业务发展和队伍建设工作所取得的成就与经验，全面展示我省律师的理论研究能力和业务创新水平，2011年8月25日至8月26日我们将在芜湖举办“第六届安徽律师论坛”。为办好论坛，2011年6月，省律师协会向各市律师协会、省直各律师事务所下发了《关于征集论文的通知》，围绕律师（业）发展与创新主题，在广大律师中广泛征集论文。截至2011年7月底，共收到论文204篇。行业专家对这些论文进行了认真审查、评选，本着尊重作者学术观点的原则，最终选出120篇论文，结集印制本《第六届安徽律师论坛论文集》。

论文集共分律师（业）发展与创新、民商法律服务、投资融资和公司证券法律服务、权益维护和公益保障法律服务四个部分。

由于编辑时间紧迫，水平有限，文集可能存在格式、结构不够严谨等现象，望给予谅解并指正，也向其作者表示歉意。

在论文结集成册的过程中，承蒙各市律师协会、省直各律师事务所、各专业委员会等大力支持，以及作者的辛勤耕耘，在此一并致以谢意。

安徽省律师协会

二〇一一年八月

律师（业）发展与创新

1、律师政治定位与律师队伍建设思考·····	张剑雄 (03)
2、程序公正刍议·····	孙学冬 (08)
3、律师文化建设的深化和创新	
——由“星星之火，可以燎原”说开·····	元 林 (16)
4、从政府对律师行业发展导向作用的角度论政府采购律师服务的程序设置·····	张晓健 (21)
5、律师事务所专业化研究·····	王广河 (26)
6、中小规模律师事务所的管理模式创新·····	尹里奇 (30)
7、浅谈法律信仰·····	王恒新 (35)
8、对律师非诉讼业务的几点思考·····	张 健 徐 亮 (41)
9、律师担任政府法律顾问相关问题的思考·····	吴 明 (45)
10、浅谈仲裁公正之保障·····	林志清 (48)
11、市级律师协会建设应当处理好的几个关系·····	李仁厅 (52)
12、不再彷徨	
——构建我国法官、律师相同职业使命·····	郑秀军 (57)
13、律师文化建设的深化和创新·····	聂 斌 (61)
14、承接产业转移呼唤区域中心城市市民法律意识提高·····	音邦定 江武建 范大平 (65)

民商法律服务

15、一事不再理原则研究	
——以真实案例问题为原点的思考·····	陈克军 (71)
16、农村宅基地租赁的法律思考·····	邵忠银 (75)
17、运动员公开权法律保护探析·····	张中新 张志荣 (80)
18、论侵害配偶权的法律救济·····	姚志军 (86)
19、浅论违约损害赔偿制度·····	陈钱胜 (90)
20、被抚养人生活费 and 死亡赔偿金研究·····	刘东升 (95)
21、浅析公序良俗的概念及功能·····	宁国栋 (99)
22、旅行社对旅游者的安全保障义务及其法律责任·····	高文侠 (103)
23、程序失灵的揭秘与拯救	
——以“六连号”事件为例·····	王 军 (107)
24、违约损害赔偿制度的分析	
——浅谈民间借贷中违约赔偿金的法律适用·····	杨会余 胡光标 (114)
25、赔付问题浅析·····	闫佳丽 (117)
26、现代工伤救济制度：对人的尊严的尊重·····	秦成兵 (120)
27、论死亡赔偿金的性质和分配·····	涂福昌 (124)
28、保证期间若干问题探讨·····	周 然 王与卜 (128)
29、侵害债权制度建设讨论·····	邹苏容 (132)
30、论共同共有·····	周正东 (138)
31、论我国驰名商标的法律保护·····	杨何珍 金凤涛 (146)
32、论意思表示瑕疵·····	周巧龙 宋文娟 (152)
33、浅析悬赏广告的法律效力和适用·····	朱继军 (161)

34、浅议民事再审的事由·····	何金龙 (165)
35、论诉讼欺诈·····	高光亮 (169)
36、我国关于违反法律民事行为的效力相关问题探析·····	丁召群 (175)
37、浅析违反强制性规定的合同效力 ——以最高院出台的四个司法解释为视角·····	祁增东 (181)
38、浅谈商品房买卖合同履行中交房办证的违约责任·····	池皖白 (184)
39、安得广厦千万间 大庇天下寒士俱欢颜 ——对房价调控政策的法律思考·····	程学平 (188)
40、房产新政下法律纠纷的防范·····	汪培文 程永清 (194)
41、“附义务的赠与合同”若干问题探讨·····	周 平 (198)
42、浅议事故认定程序的合法性对确定民事责任的重要影响·····	张 吉 张从江 (201)
43、我国离婚损害赔偿立法的不足与完善·····	刘修正 (204)
44、新农村集中居住点建设的相关法律问题·····	徐 力 (208)
45、论保护儿童最大利益原则作为婚姻家庭法的基本原则·····	郑秀军 (212)
46、论离婚损害赔偿制度·····	胡茂谦 (218)
47、浅析夫妻感情是否破裂的认定·····	尹丽娜 (224)
48、侵权责任法生效后人身损害赔偿案件若干疑难问题探析·····	李夫永 (229)
49、试论建立中国特色民商法判例制度·····	赵 光 (234)
50、违约损害赔偿制度的分析·····	张 勇 (240)
51、集体土地所有权与土地承包经营权之间的冲突与协调·····	陈火扬 (243)
52、离婚诉讼中的财产分割·····	章 翔 (247)
53、论集合票据法律意义、风险防范及律师作为·····	音邦定 江武建 范大平 (252)
54、裸购纠纷法律问题研究·····	姚维振 (256)

投资融资和公司证券法律服务

55、中小企业融资的困境与出路 ——基于马鞍山市城市总体规划与律师视角·····	王熙城 (263)
56、产权式商铺投资过程中的法律风险·····	尹学丰 (269)
57、我国文化创意产业的投融资特点及律师作用的发挥 ·····	王军 张晓健 (272)
58、项目融资法律分析以及律师实务·····	汪守洋 (278)
59、房屋征收中存在的问题·····	何四八 (283)
60、集体土地房屋拆迁若干问题研究·····	管启飞 (287)
61、房屋征收中存在的问题及完善·····	马玉真 钟兰杰 (292)
62、房屋征收中存在的问题及完善·····	蒋祥爱 李会民 (296)
63、房屋征收中的土地使用权补偿·····	师 博 (300)
64、利用农村集体建设用地合作建房法律问题探析 ——农村房地产发展新思路·····	李子宽 (305)
65、“新政”背景下分期付款购房的风险及防范·····	吴艳红 (309)
66、建筑工程施工合同无效中的有效条款·····	安 超 (314)
67、竞业禁止问题探析·····	黄保轩 (319)
68、股东代位诉讼相关问题探析·····	曹冬梅 汪运世 (322)

69、我国独立董事制度评析与思考·····	蒋 凯 (327)
70、我国上市公司收购防御决议机制立法模式的反思与重构·····	朱 庆 (331)
71、论合伙协议无效的法律处理·····	夏旭阳 (339)
72、“委托个人理财投资”案件处理的再审视 ——以合同效力及保底条款处理为重点·····	沈 鹏 (342)
73、公司治理：企业家的再生产·····	钟仁玖 (345)
74、有限公司归入权行使实务探讨·····	郑文兵 (352)
75、有限责任公司瑕疵股权转让的效力及风险防范·····	程达群 (357)
76、简述企业法律风险防控·····	杨丽娜 (360)
77、异议股东的股份回购请求权·····	胡继桃 (364)
78、银行贷款业务中的担保措施法律风险与防控·····	李 阳 (369)
79、论公司法对中小股东利益保护·····	周 展 (375)
80、论扩容后“新三板”的定位及主要制度 ——从股东不超过 200 人问题谈起·····	蔡如堂 (382)
81、公司强制解散与清算若干法律问题探讨·····	董红光 (388)
82、保险公司在道路交通事故中的诉讼地位及其承担赔付责任浅议·····	路 巍 (392)
83、股权分散与集中的平衡性探究 ——以芜湖三益信成制药有限公司股权重组为视角·····	杏红梅 (397)

权益维护与公益保障法律服务

84、解构与重塑：刑事和解制度 ——以刑事被害人的权利保障为视角·····	胡 建 (403)
85、论未成年人监护权的转移·····	蔡晓慧 (408)
86、知假买假无可质疑 消法缺憾亟待完善·····	封正杰 (413)
87、浅谈抢劫罪的司法认定·····	叶志军 陈明桥 (418)
88、浅议劳动争议一裁终局制的适用·····	王继明 (423)
89、刑事诉讼控辩关系研究·····	何飞龙 (427)
90、论劳动者职业安全权及其法律保护·····	蒋祥爱 吴黎娜 (430)
91、刑事被害人的权利保障 ——建立刑事被害人国家补偿制度·····	唐开发 (436)
92、刑事诉讼的控辩关系 ——控辩交流合作中证据交流的具体操作模式构想·····	李 民 高凤立 (441)
93、公诉案件撤回起诉的弊端及对策·····	王克生 (446)
94、论《海关核定证明书》的救济·····	董劲松 王 军 (450)
95、浅议醉酒驾驶的刑事处罚·····	周茂军 (459)
96、食品安全责任追究 ——浅谈《中华人民共和国食品安全法》对食品安全责任追究的法律依据惩罚力度不足之感想·····	杨会余 唐智君 (462)
97、建设工程施工合同无效中的有效条款·····	安 超 (466)
98、劳动关系与劳务关系、雇佣关系辨析·····	鲍生海 (471)
99、利用影响力受贿罪的几个问题浅析·····	卢节来 (476)
100、论罪刑法定原则在我国的贯彻·····	孙 晶 (480)

101、浅议我国沉默权制度的构建·····	吴涛涛 (489)
102、确定动物致害责任的赔偿主体应注意的问题·····	奚俊俊 (495)
103、我国环境刑法中的“国家规定”研究·····	邓可祝 (498)
104、夫妻家务劳动价值的确认·····	郑良付 (503)
105、建立刑事被害人救助制度的设想·····	陆汝明 陆栋良 (507)
106、浅谈醉驾入刑·····	李成俊 张 坤 (511)
107、行政诉讼简易程序制度·····	孙云鹏 (516)
108、醉酒驾驶的刑责界定	
——以三阶层的犯罪论体系为视角·····	王成艳 (520)
109、内地儿童血铅问题与政府免费检测机制建立调查分析报告·····	孔维钊 范 珣 (524)
110、未成年人犯罪案件的量刑辩护·····	郭年勇 (529)
111、“酒后代驾”法律问题探析·····	彭本奇 (534)
112、醉酒驾驶的刑责界定·····	李 玲 (537)
113、执行判决裁定滥用职权罪认定中疑难问题研究·····	彭凤莲 王永虎 (543)
114、浅议工伤与侵权的责任竞合·····	俞保和 朱勇勇 (549)
115、论我国刑事强制措施制度的改革与完善	
——从人权保障的角度进行分析·····	叶树生 (553)
116、律师调查取证权与律师伪证罪之关系·····	吴建农 (558)
117、离婚诉讼中财产分配的问题·····	章新超 (563)
118、“同案不同判”探析·····	姚 进 方 静 (567)
119、机遇与挑战：程序性辩护之非法证据排除·····	王亚林 张 畅 (572)
120、食品安全责任追究制度的完善·····	高岩岩 (581)

律师（业）发展与创新

律师政治定位与律师队伍建设思考

张剑雄

【内容摘要】中办发[2010]30号文件指出,我国律师是中国特色社会主义法律工作者,律师工作必须始终坚持社会主义方向,律师的政治定位决定了律师职业性质以及律师队伍建设的方向,本文从回顾律师定位之争开始,诠释了律师是“中国特色社会主义法律工作者”的内涵,并从这一内涵出发,提出建设中国特色社会主义律师队伍以及建设方法。

【关键词】律师 政治定位 中国特色 队伍建设

2010年9月,中共中央办公厅、国务院办公厅转发了《司法部关于进一步加强和改进律师工作的意见》(中办发[2010]30号)。文件强调指出,我国律师是中国特色社会主义法律工作者,律师制度是中国特色社会主义司法制度的重要组成部分,律师队伍是落实依法治国基本方略、建设社会主义法治国家的重要力量,律师工作必须始终坚持社会主义方向。

中央政府以30号文件形式,从政治上确立了中国律师职业群体是中国特色社会主义法律工作者,这就要求各级司法机关、律师行业协会、律师事务所以及律师群体,都要从律师的政治定位出发,建设起一支能够为中国特色社会主义建设提供法律服务的律师队伍。

一、律师定位之争三十年

自1980年8月全国人大常委会颁布《中华人民共和国律师暂行条例》(以下简称《律师暂行条例》)以来,法学界、律师界就中国律师的性质始终存在争论,这种争论以律师法律制度的变更、修改为主线,引导着律师界对自我的认知,引导着司法行政对律师业的宏观管理思路,引导着全社会对律师社会角色的认定。

《律师暂行条例》第1条规定:“律师是国家的法律工作者。”按照当时的立法解释律师的“工作性质,实际上是肩负着国家赋予的使命,按照我国社会主义法律办事,又通过自己的工作维护社会主义法律的正确实施”。因此,“律师是国家政治、经济领域和社会生活中一支维护法律的力量”^①在我国律师制度刚刚恢复的情况下,立法将律师的性质界定为“国家法律工作者”,赋予了律师与公安、法官、检察官等司法人员同等的社会政治地位,这无疑有利于律师队伍的重建,有利于律师工作的顺利开展。

但随着我国政治、经济体制改革的深入进行,律师管理体制以及组织形式也在不断发生变化,到了20世纪80年代后期,律师界、法学界对律师是“国家法律工作者”的定性产生了怀疑,尤其是合伙律师事务所出现后,律师事务所在逐渐摆脱行政机构的管理模式的情况下,其执业的服务性、有偿性更显突出,使得国家法律工作者的定性已无法准确反映律师的职业特点。因此,围绕律师性质问题的争论出现了多种观点,大致有四种。第一种观点仍然认为律师是“国家法律工作者”;第二种观点认为律师是“社会法律工作者”;第三种观点认为律师是“社会中介服务者”;第四种观点认为律师是“自由职业者”。

1996年5月,全国人大常委会颁发了《律师法》,该法第2条规定:“本法所称的律师,是指依法取得律师执业证书,为社会提供法律服务的执业人员。”该法一经颁布,人们普遍认为律师法第2条的内容是对我国律师的定性,并认为这一定性准确、科学、全面。但从条文内容上看,《律师法》第2条与其说是对律师的定性,不如说是对律师职业特点的描述,“因为它在描述律师职业外在特征的同时,对律师的本质属性也即根本性的东西并未挖掘出来”。^②依

法取得律师执业证书，为社会提供法律服务的执业人员”的定义，仅表达了实行律师执业资格准入制度与律师工作的内容两方面的含义，并未揭示出律师之于法官、检察官这些公权法律职业人员的独立性以及律师不同于这些公权法律职业人员不同的执业方式，而后者才是具有根本意义的。

2007年10月，十届全国人大常委会表决通过修改后的《律师法》，修改后的《律师法》第2条将律师定义为“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”。修改后的律师定义，把律师执业特点描述的更加准确，并引入了“当事人中心主义”观点。律师为当事人提供法律服务是建立律师制度的直接目的，也是律师职业出现的动因。修改后的《律师法》对律师的定义仍然反映着律师职业的外在特征，没有从根本上解决律师在中国社会制度中的职业性属。因此，我们对律师性质的社会定位，政治归属，就不能停留在《律师法》的定义上。

立法上仅对律师执业特征进行外在描述，这种外在描述不仅与律师职业的特点和律师所肩负的使命有着巨大的差距，同时也压抑了律师主动去维护社会正义的积极性和使命感，而且还极大地限制了律师职业的进一步发展。仅就目前而言，除了“高收入”和身份上的“自由”之外，我国的律师业似乎很难再有什么可以吸引人才的地方了。许多法学院的毕业生在离开校门后争相报考公务员涌入政府机关，却不太愿意从事律师职业，就是因为社会对律师的评价过低。

二、科学定性回归本质

“律师是中国特色社会主义法律工作者”是中共中央对我国律师的政治定位，与《律师法》第2条对律师的定义结合起来，完整地科学地确定了我国律师的政治属性和职业特征，否定了律师是“社会中介服务人员”和“自由职业者”等各种争论，回归了中国律师的本质。

“律师是中国特色社会主义法律工作者”政治定位具有以下几方面科学内涵。

首先，确立了我国律师社会主义性。

2008年12月，周永康同志在中国律师第七次代表大会上指出：“律师制度是中国特色社会主义司法制度的重要组成部分，律师是中国特色社会主义的法律工作者。这是由我国宪法法律和国情所决定的。拥护党的领导，拥护社会主义制度，拥护宪法，是对律师的基本政治要求，也是律师工作沿着正确方向前进的政治保证”。建设有中国特色社会主义是由中国改革开放的总设计师邓小平提出的。自邓小平在中共十二大开幕词中提出“走自己的道路，建设有中国特色的社会主义”以来，中共中央始终强调高举中国特色社会主义伟大旗帜。2007年中央十七大报告指出，改革开放以来我们取得一切成绩和进步的根本原因，归结起来就是：开辟了中国特色社会主义道路，形成了中国特色社会主义理论体系。在当代中国，坚持中国特色社会主义道路，就是真正坚持社会主义。坚持中国特色社会主义理论体系，就是真正坚持马克思主义。中国特色社会主义道路，就是在中国共产党领导下，立足基本国情，以经济建设为中心，坚持四项基本原则，坚持改革开放，解放和发展社会生产力，巩固和完善社会主义制度，建设社会主义市场经济、社会主义民主政治、社会主义先进文化、社会主义和谐社会，建设富强民主文明和谐的社会主义现代化国家。

我国律师社会主义性，是由我国律师制度社会主义性所决定的，我国的律师制度是中国特色社会主义法律制度的重要组成部分。我国律师的执业活动必须以中国特色社会主义法律为依据，通过维护社会主义法律秩序为中国特色社会主义制度服务。因此，我国律师必须具有社会主义性，律师必须建立起社会主义价值体系。社会主义价值体系是社会主义意识形态的本质体现，是全党全国各族人民团结奋斗的共同思想基础。坚持社会主义核心价值体系要求我们必须巩固马克思主义指导地位，坚持不懈地用马克思主义中国化的最新理论成果武装全党、教育人民，用中国特色社会主义共同理想凝聚力量，用以爱国主义为核心的民族精神

和以改革创新为核心的时代精神鼓舞斗志，用社会主义荣辱观引领风尚，巩固全党全国各族人民团结奋斗的共同思想基础。

其次，确立了我国律师法律工作者职业性。

1980年《律师暂行条例》将我国律师确立为“国家法律工作者”，虽然这一确立在后期遭到否定，认为律师的全部工作内容与保障公权实施的法官、检察院官不同，律师不应以“国家”公职人员的身份为当事人提供法律服务。但学者们除否定“国家”这个前提外，从来就没有否定过律师工作的法律性。律师工作的法律性，是律师职业基本要求决定的，这种基本要求大体分为三个层面：一是必须掌握法学学科体系的基本知识。二是应当具备法律职业基本的职业素养。这主要是指法律意识与现代司法理念；法律精神与法治信仰；法律语言与法律思维；法律职业伦理与执业规则；以及法律发现、法律推理、法律解释、价值衡量、漏洞补充以及法律论证等。三是必须掌握基本的职业技能。如沟通协商的技能、谈判妥协的技能、辩论的技能、写作法律文书的技能、获取和运用信息的技能、制定规则的技能、起草合同的技能、证据审核和有效运用的技能等等。

律师职业的突出特点，主要表现在律师是以自己渊博的法律知识和高超的辩论技巧为社会提供法律服务，属于社会结构中的知识阶层。律师的职业行为不具有国家强制力，其执业所依靠的是委托人的授权，在委托的权限范围内提供法律服务。律师与当事人之间的服务交易，不是普通的商品交换。法律服务除了满足当事人生产生活的需要，还可能是满足个人尊严、政治权利、行动自由、生命健康的安全、伦理关系等方面需要，其产生的后果远远超出生产生活的范围，这些问题都在法律的基础上进行处理，属于法律现象的范围。律师是处理当事人法律事务的专业人员，经过专门的教育培训，通过一定的考试考察程序，获得相应的专业资格，在法律专业知识、职业品行、专业阅历等方面已经超出社会普通人员的法律专业水平，被称为法律专家，其渊博的法律知识和娴熟的专业技能，是正确处理当事人法律事务的保证，其他任何社会群体都不能在该服务领域取而代之。同时，律师的职业属性也要求律师具有高尚的职业道德，在法律的范围内，全力维护当事人的合法权益。

因此，律师工作内容的法律性决定了律师是法律工作者，而不是一般意义上的“中介服务人员”，律师要接受党的领导，要坚持社会主义核心价值观，而不是“自由职业者”，律师与法官、检察官都是中国特色社会主义法律制度下的法律工作者，都在为社会主义法治进步做贡献。

再次，确立了我国律师执业活动的私权性。

律师是“法律工作者”，而不是“国家法律工作者”，这就确位了律师执业活动的私权性。既然律师是法律工作者，那么探究律师的性质，就应与同样是法律工作者的法官、检察官等官方法律职业相比较。律师职业比之于法官、检察官的特殊性表现在以下几个方面：(1) 业务性。律师的执业活动具有业务性，律师执行业务基于当事人的委托，当事人与律师之间是委托与被委托的关系，而且律师执行业务的种类与范围亦由当事人根据需要指定。而法官行使国家审判权与检察官行使检察权是行使国家权力的活动，是职务活动。律师的执业活动不具有行使权力的性质，这是律师职业与法官、检察官等官方法律职业的根本区别。(2) 服务性与有偿性。律师职业产生的根源在于社会组织与公民个人对法律帮助的需求。律师业务的开展就是为了向社会提供法律服务。律师及其委托人之间是契约关系，双方法律地位平等。这一契约的一项重要内容是律师为委托人提供需要的法律服务，而另一项重要内容则是委托人向律师支付报酬，也即律师提供法律服务的活动是有偿的。而法官、检察官的职务活动基于法定职责及特定法律事实的发生而展开，并非基于当事人的委托，他们的活动是行使权力，同时也是履行职责，他们和当事人并不平等，他们的活动不具有服务性，也不具有有偿性。(3) 独立性与自主性。律师不仅独立于法院、检察院，而且独立于当事人。律师执业属个人劳动，不受当事人意志的约束，也不受律师协会等律师组织的指导，而是由律师本人自主决定办理委托事项的方式方法。此外，我国律师的执业活动亦不受地域和行业的限制。而法官与检察官的独立性与自主性相对较弱，他们的活动是在代表国家行使一定的权力，不属个人劳动。

从本质上讲，律师担任辩护人行使辩护权或担任代理人行使代理权，都属于私权的范围，是公民私权的延伸，这与审判权、检察权等国家权力截然不同。

三、建设中国特色社会主义律师队伍

根据党中央对我国律师的准确定位，我们必须建立起一支拥护党的领导拥护社会主义的律师队伍，从队伍建设上保障中国律师制度社会主义性，保障律师社会主义性。

要建立起一支中国特色社会主义律师队伍，除了获得中央政府对律师政治定位之外，各方面制度的支持对于律师队伍建设也具有重要意义，这些制度上的保障措施主要包括：严格的职业准入制度、法律职业者一体化制度以及严格的行业自律制度。

首先，建立严格职业准入制度，提高职业准入条件

根据《律师法》和《国家司法考试实施办法》，我们认为，我国律师职业准入条件相比发达国家律师职业准入条件过于宽松，这样很难建立起一支高素质的律师队伍。

《国家司法考试实施办法》第四章规定：符合以下条件的人员，可以报名参加国家司法考试：（一）具有中华人民共和国国籍；（二）拥护《中华人民共和国宪法》，享有选举权和被选举权；（三）具有完全民事行为能力；（四）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并具有法律专业知识；（五）品行良好。可见，在司法考试报名条件中，实质条件的只有（四）。

我们认为，由于律师职业与司法公正和人民权利的实现息息相关，国家必须保证律师本身具有从事司法职业的专业素质。英国和美国普遍规定，获得律师职业资格的前提是在政府或者律师协会认可的法学院取得规定的学位。而取得法学院入学资格的前提条件是申请人已经取得学士学位或者具有相当的学历。在德国，要想成为法律工作者，首先得进入大学的法学院学习。虽然德国的法学院没有英美法系国家的法学院那么严格的入学条件，但是入学者通常要在法学院学习五到六年，期间还要通过两次司法考试。由于法学院的教学和考试非常严格，学生的中途退学率通常高达 50%。而我国目前只需大学本科毕业就可报名参加司法考试，这种低标准的报考资格，无疑降低了律师整体素质。我国律师制度恢复三十多年了，全国律师人数已达 20 万，提高司法考试报名条件必须提上议事日程。借鉴发达国家的经验，报考统一司法考试的基本条件应该是：全日制高等院校法律专业本科毕业。

《律师法》第 5 条规定“申请律师执业，应当具备下列条件：（一）拥护中华人民共和国宪法；（二）通过国家统一司法考试；（三）在律师事务所实习满一年；（四）品行良好。”在我国申请律师执业，实质条件是通过国家司法考试和在律师事务所实习满一年。在司法考试报考条件过去宽松的情形下，对于通过司法考试的人员，应加强其申请执业前的培训。司法部《申请律师执业人员实习管理规则》第三条规定：“申请律师执业人员的实习期为一年。实习人员在实习期间应当参加律师协会组织的集中培训和律师事务所安排的实务训练，遵守实习管理规定，实习期满接受律师协会的考核”。“实习一年”是申请律师执业的一项重要条件，司法部没有对实习律师事务所设定条件，也就是说任何一家依法设立的律师事务所都能为实习人员提供实习，由于没有对实习律师事务所设定条件，而客观上各律师事务所在人员组织、经营管理上存在很大差异，实习人员“实习一年”时间，在不同的律师事务所会产生不同的实习结果。因此，为了保障实习的实质意义实现，就必须对提供实习的律师事务所进行资格认定，并不是所有的律师事务所都能为实习人员提供合格有效的培训实习。对实习律师事务所的资格认定，应从建所时间、合伙人构成、办公场所、内部管理等要素考察确定，只那些管理规范、合伙人结构相对稳定、事务所经营达一定年限的律师事务所才有资格成为实习人员的实习基地。

其次，建立法律职业者一体化制度

既然已确立律师是法律工作者，那么律师就与同样是法律工作者的法官、检察官共同构成了法律职业群体，因此，国家应该在宏观上建立法律职业者一体化制度。

法律职业一体化制度,是为了避免司法机关出于职业偏见或者出于职业优越感而对律师进行压制、打击,或者鄙视律师的行为而影响到律师开展正常工作。所谓的“一体化”就是律师与作为司法官吏的法官、检察官在职业培训、职业资格的取得以及职位的流动上具有很强的互通性。以美国为例,除少数地区的小型法院之外,所有的法官都是其所在州律师协会的成员,大多数法官都有从事律师职业的经历,所有的检察官同时也都具有律师资格。许多初出茅庐的法学院毕业生,往往还把担任公诉人或者助理检察官的经历,作为其独立从事律师职业前的准备阶段。

在一体化前提下,司法行政应定期将优秀律师选送至各级党校和社会主义学院学习,进一步培养优秀律师的社会主义性,坚定律师社会主义核心价值观;在一体化前提下,法官、检察官应从执业律师中遴选,而不是再通过所谓“公务员”考试从社会录取,通过法官、检察官、律师之间的职业流动,最终达到去法官、检察官行政化;在一体化前提下,通过考核,执业律师能无障碍地进入各级国家行政机关,从事公务员工作。法律工作者的职业性,决定了律师在行政机关任职时思维方式的法律性,因此,律师能够进入行政机关,可以促进依法治国方略的实施。

法律职业一体化制度建设,彻底否定了律师“个体户”形象,它将进一步吸引优秀青年进入律师队伍,律师队伍整体素质必将获得一个大的提升,律师的中国特色社会主义性将更加有保障。

再次,建立严格的行业自律制度

律师法律工作者的职业性不仅仅来自于社会或者国家的承认和赋予,同时也要求律师本身要有严格的职业意识和自律意识。由于律师职业具有高度的开放性,只要符合一定的资格条件,都可以通过参加司法资格考试圆自己的律师梦,因而律师的职业道德素养难免存在良莠不齐的现象。此时,强化对律师的执业自律意识的教育并建构相应的违规惩戒制度尤显必要。可以说,律师职业准入的开放性其实是与执业的自律性相辅相成的。律师执业自律及其相应的违规惩戒制度无疑是律师业良性发展的重要屏障。见钱眼开、惟利是图、缺乏职业道德自律的违规执业行为,无异于是杀鸡取卵式的“自杀”行为。

廉洁是许多国家对律师职业道德的普遍要求。《律师法》对此明确规定,律师在执业中必须廉洁自律,律师不得利用提供法律服务的便利牟取当事人争议的权益,或者接受对方当事人财物。如果律师在此问题上不能站稳立场,提供法律服务以获取私利为前提,不仅会腐蚀自己的心灵,而且真理、公平、正义必然会遭到严重地践踏。

诚信也是律师重要的职业内涵之一。当事人委托律师为自己提供法律服务,表明他在某一方面或某一事项上存在困难,需要得到法律服务。当事人按照与律师事务所签订的法律服务合同,所付出的不仅是金钱,更多是对律师事务所和律师的信任。在市场经济中,法律服务也必须是以等价交换和诚实信用为前提。对一名律师来讲,信用就是一种向当事人信守承诺的责任感;信用就是对自己提供的法律服务之后果负责的道德感。

法治社会中的律师职业应是一个享有很高社会地位的社会精英团体,而作为这种地位的一个重要保证,就是职业形象。一个职业的社会地位的高低,取决于其是否拥有以及在多大程度上拥有社会公信和社会尊重,而这在很大程度上又取决于社会对它的道德评价。因此,在中央已确立律师是中国特色社会主义法律工作者的形势下,加强律师群体职业自律具有重要意义,也是建立中国特色社会主义律师队伍的重要保障。

①李运昌:关于《中华人民共和国律师暂行条例》的几点说明。

②陈卫东、刘计划:《论我国律师的性质》。

作者单位:安徽安泰达律师事务所

程序公正刍议

孙学冬

【内容摘要】呼唤司法公正是当前社会各界普遍关注的一个热门话题。其之所以成为社会关注的焦点，恰恰反映了现今司法实务工作中大量存在着“不公平、不公正、不公开”的现象。造成司法不公的因素有很多，其中最主要的因素还是在有相当一部分的司法机关工作人员以及诉讼参与人的头脑中长期存在着一种“重实体，轻程序”的错误观念。这种观念如果不彻底纠正，实现司法公正将永远停留在空谈之上，只是幻想而已。司法公正的主要包括两个方面的内容：一是实体公正，一是程序公正。实体上的公正固然是司法机关在参与诉讼的过程中一直追求的终极目标，而程序上的公正则是实现实体公正的基本前提和重要保证。两者相辅相成，不可偏废。任何轻视程序、漠视程序的观念都是错误的，是与现代法治理念相悖的。

【关键词】程序 公正 公开 效率

一、程序公正的含义及其价值

“公正”（Justice）一词在《现代汉语词典》中的释义为“公平正直，没有偏私。”在《辞海》中，其词义更加具体，有两层含义：“一层含义是指一种被认为是应有的社会状况。反映社会生活中人们的权利和义务、作用和地位、行为和报应之间的某种相适应的关系；另一层含义是一种道德要求和品质。指坚持原则，按照一定的社会标准（法律、道德、政策等）实事求是的待人处事。”从法律的角度来理解这两层含义，前者是客观标准，是国家的法律所要实现的主要目标；而后者是主观标准，是对司法机关以及诉讼参与人在参加诉讼活动的过程中应当持有的主观态度方面的要求。

笔者认为，公正是一种极其抽象的社会概念，它是人类社会在漫长的历史发展过程中，对自身发展规律的一种理性认识和经验总结。诚然，处在不同的文化背景和历史阶段的人们对公正的理解会有所不同，但在其本质和核心的认识是一致的，即公正本身就代表着一种利益的平衡，是人类按照一定的标准和规则，对社会利益所进行的再分配，这种分配的结果应当是公平合理并且合乎理性的。当然，公正只是相对的，世界上没有绝对的公正。由于人类对自身社会发展规律认识的局限性以及现实生活本身就存在的复杂性和矛盾性（如就同一事而言，对此人公正未必对他人也公正，在此时公正未必在彼时也公正），完美的公正只是存在于人类头脑中的理想状态，是永远不可能实现的，但是可以通过人类社会的自我改革和完善而不断地接近。

人类社会的生存和进步有赖于发展，而稳定、和谐、持续的发展，必然要建立在公正的社会秩序的基础之上，法律正是实现这种社会公正的主要调控手段和表现形式。法律是作为社会的人必须一体遵守的行为准则，它的主要任务是调节社会关系、规范人们的行为以及平息利益冲突等。上述目标的实现，主要是靠实体法来调整的，但实体公正的实现不是一蹴而就的，它需要一个过程，这个过程在形式上是由一整套的法定程序按照一定的逻辑连接而成的，它的设置是否公平合理以及在司法实践中是否被严格执行，将直接关系到实体公正的顺利实现。

程序公正,又称形式公正或过程公正,是指在诉讼程序方面体现的公正。笔者认为,程序公正有两个含义:一是程序立法公正,即在立法过程中,对各种程序和制度的设计要做到民主、科学、合理,对有缺陷或不合时宜的规则要及时地废、改、立;二是程序执行公正,即要求司法机关在参加诉讼的过程中,以公正、公开、民主为原则,严格依照程序法的规定开展工作。两者是相互联系、相互促进的关系。首先,两者相互联系:一方面,前者是后者的本源和基础。前者的程序设计合不合理、可操作性强不强,直接关系到后者的执行效果;另一方面,后者是前者的实践和完成。无论多么完善的立法,如果在司法实践中得不到认真的执行,将永远停留在纸面上,毫无现实意义。其次,两者相互促进:一方面,根据前者的立法精神可以指导后者的司法实践,使司法机关能够将抽象的法律规范运用到具体的现实个案中;另一方面,后者在执行程序法的司法实践过程中可以及时发现立法缺陷,为进一步完善立法提供现实依据。

程序公正具有以下几方面的重要价值:

(一) 程序公正是实现实体公正的重要保障。

民法等实体法在社会生活中实施通常由法律主体自觉实现的,但是一旦法律主体就实体法律关系发生争议,实体法的实施受到障碍,这就需要通过诉讼途径来保障其实施。实体法作为裁判规范应当能够通过诉讼加以贯彻,如果实体法规定的实体权利不能通过诉讼途径获得救济,那么实体法上的权利也就成了空洞的权利,实体公正也就无从谈起。这不仅没有保护到当事人的合法权益,而且导致立法目的落空,使当事人对法律制度和诉讼制度产生怀疑,从而影响人民对司法的信任。因此,通过诉讼程序解决当事人的实体争议,是国家为当事人提供的最后一个救济手段,程序的设计和 implement 是否公正,直接关系到实体结论的公正性。

(二) 程序公正可以弥补实体规范的缺陷,创制和促进实体法发展的功能。

程序法的工具价值是以实体法的完善为前提的。但实体法的完美无缺只是一种法制理想而已,立法者不可能对现实生活做出周密无漏的规定,更不可能预见未来的各种情况,法律只能做出一般的原则性规定。随着大量新型纠纷的出现,我们往往无从将这些纠纷或侵害的事实纳入现行法律所承认的权利体制或框架中,然而法院又不能以实体法没有具体规定为由拒绝裁判。对于正当性利益,在实体法尚无明确规定的情况下,可以获得法院的保护。从这个意义上来说,程序法具有创制和促进实体法的功能,纠正实体法的滞后性或不周延性。在当前我国实体法并不发达的情况下,发挥程序法的这一功能对于保护当事人的权益、稳定社会秩序具有重要的现实意义。因此,程序的公正对于弥补实体规范的缺陷,最大限度地保护当事人的合法权益以及促进实体法的发展具有不可低估的作用。

(三) 程序公正体现了法律的严肃性。

法律是由国家制定或认可的,并由国家强制力保障其实施的行为规范。其本身就具有极高的权威性和严肃性,任何人无论其社会地位、经济能力、知识水平等是怎样的,均平等地受法律所调整和约束。公正是法律的灵魂,其不仅体现在判决结果上,而且追求这个结果的过程更是淋漓尽致地展现法律权威性和严肃性的大舞台。正如一句众所周知的法律格言所说:“正义不仅应得到实现,而且要以人们看得见的方式加以实现。”(Justice must not only be done, but must be seen to be done.) 这说明,案件不仅要判的正确、公平,并完全符合实体法的规定和精神,而且还应当使人能够感受到自己受到了法律公正的对待,并心悦诚服地接受判决的结果。

(四) 程序公正可以提高司法机关的权威。

司法机关由国家设置的,依照法定职权进行诉讼活动的国家机关,它的工作是把法律精神和立法

意图,直接、具体地贯彻和运用到现实生活的个案之中。程序法中的很多制度设计,如

回避制度、控审分离制度等，都是为了尽量避免司法机关在诉讼活动中受到外界因素的干扰，保持不偏不倚、居间中立的地位，这是由司法机关的法律性质所决定的。司法机关自觉、主动、严格地依照程序法办事，可以在人民群众心目中保持公正无私的形象，提高自身的权威。

（五）程序公正有利于增强公民的法律意识，增加人们对法律的信心。

在诉讼活动中，公正地运用程序处理案件，本身就是一个向公民宣传法律以提高他们的法制观念的教育过程。公正的程序就是一部生动的教材，教育公民提高守法的自觉性、增加他们对法律的信心，从而达到预防纠纷、减少纠纷的目的。

二、程序公正与实体公正的关系

关于实体公正和程序公正的关系，国外学者见仁见智，莫衷一是。在英美法系国家，虽然有重实体的学者，但更多的学者主张程序优先。如美国的一位著名大法官曾这样说：“只要程序适用公平、不偏不倚，严厉的实体法也可以忍受。”而美国的另一位叫道格拉斯（William Douglas）的大法官则更加明确地论述了遵守程序在美国制度中的重要性：“正是程序决定了法治与任意或反复无常的人治之间的大部分差异。坚定地遵守严格的法律程序，是我们赖以实现人人在法律面前平等享有正义的主要保证。”上述美国法官对法律程序的“极端强调”，源于英美普通法的法律传统。程序正义作为一种观念，早在13世纪就出现在英国普通法之中，并在美国得到前所未有的发展。但在大陆法系国家的许多学者则持实体和程序并重论。如德国的一本权威教科书指出：“在法治国家的诉讼程序中，对司法程序之合法与否，被视为与对有罪之被告、有罪之判决及法和平之恢复，具有同等之重要性。”

笔者认为，程序公正和实体公正，总体上说是统一的，但有时不可避免地发生矛盾。在二者发生矛盾时，在一定的情况下，应当采取程序优先的原则，例如非法证据排除规则、程序的终局性等，但在某种情况下，又应当采取实体优先的原则，例如非法证据的自由裁量规则，又如由于错误地认定事实或适用法律，造成错判错杀、冤枉无辜。这种情况下，一旦发现，就必须纠错平反，并且给予国家赔偿，而不受终局程序和任何诉讼时限的限制。总之，程序公正和实体公正如车之双轮、鸟之两翼，互相依存、互相联系，不能有先后轻重之分。我们既要反对绝对工具论，又要反对程序至上论，树立程序与实体并重的思想。当然，实体公正和程序公正并重不是静态的机械的并重，而是动态的辩证的并重，即应当从实际情况出发，对两者的价值取向有所侧重和调整。我国长期存在着“重实体、轻程序”的理念和做法，在程序工具主义还十分流行的今天，有必要突出和强调程序的独立性，弘扬程序的内在价值。应当认识到，诉讼程序问题是法制现代化进程中的关键一环，中国法制现代化的要求是“法制程序化”，而“法制程序化”的关键是诉讼程序。只有当程序的独立地位和独特价值得到普遍承认和尊重，程序法和实体法一样具有不可违反的法律尊严时，“法制程序化”才不致于沦为一句空话。而这一切的实现，既离不开传统观念的变革，又离不开法学理论的反思与重建，更离不开一系列程序制度的切实保障，并应当在立法上和司法上建立完善的程序制裁制度，以保证程序公正。

三、影响程序公正的主要因素

（一）立法方面的原因

程序公正要求程序的设计要符合诉讼行为的客观规律，符合司法效率的要求。我国许多程序的设计有不合理之处，影响了程序公正。

如根据《刑事诉讼法》第149条的规定：“对于疑难、复杂、重大的案件，合议庭认为难以作出决定的，由合议庭提请院长决定提交审判委员会讨论决定。”另外，根据《人民法院组

织法》第 11 条的规定：“各级人民法院设立审判委员会，实行民主集中制。审判委员会的任务是总结审判经验，讨论重大的或者疑难的案件和其他有关审判工作的问题。”从审判委员会讨论决定重大、疑难案件这一点来说，审判委员会也是人民法院的一种审判组织。笔者认为，尽管审判委员会制度曾经在历史上发挥过一定的积极作用，但目前已经暴露出一系列难以克服的缺陷，应当尽快对其进行改革乃至废除。在司法实践中，由于审判委员会包揽的案件过多，造成审与判的分离，“审者不判、判者不审”的问题较为突出。这既不利于调动庭审人员的积极性，也不能充分发挥控、辩双方的作用，往往使庭审流于形式。有些审判人员也借机避免对案件作出判决，将案件推给审判委员会讨论决定，以推脱责任。而审判委员会是集体负责制，集体负责往往变成无人负责。这不利于职权与责任的统一，给错案追究造成了一定的困难。例如，审判委员会通过听取承办法官的口头汇报，对案件进行讨论和决定，既不阅卷，也不参与法庭审判，其所作的结论未必比合议庭更加准确。而且，审判委员会这种暗箱操作的讨论方式，剥夺了当事人参与裁判制作过程的机会，导致法庭审判流于形式，并使得所有为规范法庭审判而建立的制度和原则，如审判公开、直接言词审理、辩论、合议、回避等，完全名存实亡。因此，对于审判委员会制度的留存问题，必将成为未来中国司法改革的一个重大课题。

再如，我国三大程序法均规定了案件再审制度，只要符合发现在认定事实或适用法律上确有错误的法定条件，就可以提起审判监督程序，而且不受次数的限制。尤其是检察机关的抗诉再审启动权的设置，使我国“两审终审制”几乎形同虚设。不少因“确有错误”的案件被翻来覆去审过多少次而最终的结果这是维持原判，这不仅白白浪费了国家大量的诉讼资源，而且严重地影响了司法效率的实现。

（二）司法缺乏独立性

司法独立，是一项为现代法治国家普遍承认和确立的基本法律准则。作为一项宪政原则，它与国家的政治体制和结构有着密切联系，调整着国家司法机关与立法机关、行政机关的关系，是现代法治的重要内容；作为一项司法审判原则，它确保法院审判权的公正行使，防止法官的审判过程和结果受到来自其他政府权力或外界力量的干涉和影响，使法院及其他司法机关真正成为抵制专制权力、维护公民人权的最重要、也是最后一道屏障。司法机关依法独立行使职权的原则在我国《宪法》、《人民法院组织法》、《人民检察院组织法》、三大诉讼法以及其他有关法律均予以确认，但司法实践中距这一基本原则的要求还有很大的差距。

首先，法院在行使审判权时，不仅受到地方权力机关的个案监督，还处处掣肘于地方各级政府。法院本应在地位上更加崇高，但实际上的地位始终不及同级政府。由于人民法院的宪法地位未得到真正落实，法院的人、财、物都分别由地方人大、党委、政府控制管理。这样不可避免地会存在“端人碗、受人管”的问题。人民法院在司法活动中很难抛开地方利益，因而导致国家司法权地方化。此时的法院已不是为公正而审判，却是为生存而折腰。其次，审判权的分散破坏了审判权的专属行使。实践中，法院必须遵守同级党组织的决定和安排。地方党委和地方政府官员往往为了政绩，多从本地利益出发作出决定。因此，许多涉及地方利益的案件，名为法院审判，实由党委决定。再次，法院系统内部之上下级法院之间，名为业务指导监督关系，实为行政领导关系。下级法院在判决之前，多以请示报告的形式取得上级法院的同意，而上级法院也往往碍于“情面”对下级法院作出的错误判决予以维持。从而在实质上合二审为一审，严重损害了当事人的诉讼利益。最后，法官的素质不适应独立审判的需要。法官是审判组织的最小的构成单位，每个审判组织，都是由法官组成。因此，审判组织能否做到独立审判，法官的素质是关键。我国目前法官的数量很多，但整体素质良莠不齐。许多法官是“半路出家”，真正受到系统高等法学教育的较少。特别是有些法官的政治素质和道德水平不高，在权势、金钱、女色面前站不稳脚跟，被拉下水，成了某些心术不正之

徒捞取非法利益的工具，败坏了司法形象和声誉。让这样的法官来审判，如何能保证司法独立、实现司法公正呢？

（三）隐形程序的操作

所谓隐形程序，就是指在司法机关内部通行或认可的但未向外界公布的办案规则与程序。其之所以称之为“隐形”，是因为这些办案规则与程序未经有权机关正式予以颁布，外界既无法查阅也无从知晓；之所以称其为“程序”，是因为其在诉讼中几乎与国家颁布的诉讼规程有着同等的效力和功能，甚至有时成为办案人员办案时的首选规则。其在静态上主要以内部红头文件、请示、指示、通知、讲话、经验总结、工作报告、惯例等形式表现出来；在动态上则主要表现为“暗箱操作”。

在司法实践中，隐形程序主要表现在以下几个方面：

1、“三长会议”（三长即公安局长、法院院长、检察长）、“协调定案”制度。众所周知，在我国各级党委内部，专门设立一个政法委员会，统一领导并协调公、检、法、司各部门的工作。在一些地方，往往以“事关大局”为由，由政法委牵头，动辄召开所谓“三长会议”，实行“联合办公”，对所谓“在本地区有影响、有振动”的大案、要案进行“协调定案”。这种做法完全违背了我国法律所规定的公、检、法三家“分工负责、互相配合、互相制约”的原则精神，其中是配合过紧过密，而制约和分工负责则相对疲软，最后难免成为某某长之“一言堂”。

2、庭审前检察官与法官的相互“沟通”。一是检察官“咨询起诉”。在许多检察官的心目中，“以法律为准绳”往往被“以法院为准绳”所取代。于是有的检察官对于一些吃不准的案件，常常携卷前往法院向承办法官“请教”，或者进行“电话讨论”，在“谈妥”之后，检察官才以承办法官的“意思”向法院提起公诉。二是法官“提前介入”。有的刑事案件尚在审查起诉甚至侦查阶段，承办案件的法官就向警官、检察官了解案情，询问证据情况。甚至亲自前往检察机关或公安机关，与警官、检察官一起查阅案卷材料，或者讨论某一问题。此时的法官已不是一个中立的审判者，而是一个全局的协调者和指挥者。

3、庭外活动中心化、实质化。在法院内部行政化管理模式情况下形成了所谓“批示、审批案件”的制度，即审判人员在法庭审理之前或之后就如何判决问题向庭长、院长或审判委员会汇报，由后者进行审批才能定案。这种“审者不判、判者不审”所带来的结果就是合议庭形式化、庭审形式化，庭外活动中心化、实质化。

（四）监督与制约机制不健全

我国的法律监督体系分为国家监督和社会监督两个次级体系。国家监督是指由国家权力机关、行政机关和司法机关等国家机关所作的有权监督；而社会监督则是由政党、社会组织和公民等非国家机关所作的监督。完善的国家监督体系应当是监督主体明确、监督职责明确、监督对象明确，不应当出现监督真空和不受监督的主体。然而，在司法实践中往往出现乱监督或监督不能的现象。如在我国目前的政治体制下，人大掌握法院人事权，政府掌握法院财权，而各级党委则掌握法院的领导权。在这种大环境下，往往产生监督异化、领导异化。其中，人大对法院的抽象监督异化为具体监督、个案监督；党委对法院的政治领导、思想领导、组织领导异化为事务性领导。法院在具体的诉讼活动中往往受到这些部门的不正当干预，实践中所谓“指示”定案、“招呼”定案、“电话”定案等现象比较普遍，监督也就变成了替代。

此外，检察机关作为国家的专门法律监督机关在实践中进行法律监督时也有其“难言之”

1、立法不完善，削弱了法律监督的权威。虽然《宪法》和《人民检察院组织法》都规定检察机关是国家专门的法律监督机关，但是由于过分抽象、笼统，没有明确人大的最高法律监督与检察机关法律监督的关系，使法律监督权的概念和效力范围始终处于一种模糊混淆的状态，成为长期困扰检察机关法律监督有效进行的“瓶颈”。

2、由于检察机关的法律监督权只是程序上的权力，其最终实现有赖于被监督机关的认可程度。现行法律大多没有规定在检察机关进行法律监督时，相关机关和人员如何接受检察机关的法律监督以及不接受监督产生的法律后果。

3、检察权地方化，法律监督职权受到严重干扰。地方各级检察机关在缺乏制度保障的情况下，在行使法律监督职能时，被动地、甚至无奈地背弃了法律。

4、监督的方式、手段单一，无法保障法律监督效果。现有法律规定的检察机关启动诉讼程序、提出检察建议等法律监督方式，大多体现为事后纠正，而事前防范和事中制约则规定较少，这不利于对违法现象的及时发现、及时监督、及时解决。抗诉虽为法律监督中最常用、最有效的监督方式，但显得非常单一。

5、检察机关在民事诉讼中的法律监督原则性太强，并缺乏相应的程序保障，不利于司法实践中的具体运用，可操作性不强。

（六）思想观念的误区

我国是一个缺乏程序观念传统的国家。封建社会的法官为了达到其目的，可以不择手段，不受任何程序上的约束。这种诉讼制度尽管从表面上看效率很高，但造成了大量的冤假错案，常常使无辜的人受到法律追究，而真正的罪犯却逍遥法外。这种封建遗毒并没有随着我国现代法制进程的不断深入而彻底消失，许多司法机关工作人员的头脑里仍然程序观念淡薄，认为只要最终结果不错，程序能省则省，并美其名曰“提高司法效率”。在这种“重实体、轻程序”的错误观念驱使之下，往往置程序法的规定于不顾，盲目追求高效而罔顾公正，使当事人的合法诉讼利益受到损害，最终得出的实体结果也往往漏洞百出。实践不止一次地证明，不受程序约束的司法是滋生腐败的温床，牺牲程序公正而追求实体公正是杀鸡取卵的愚蠢行为，结果只会酿成更大的司法不公。

四、实现程序公正的主要途径

（一）完善立法，改革程序制度。

第一，改革程序制度，使程序设置更加合理、高效。在诉讼制度中，应当建立程序多元化机制，针对不同的案件适用不同的程序，案件的复杂程度应当与程序的繁简程度相适应。我们既要反对程序的不足，又要反对程序的浪费；既要强调对诉讼利益的保障，又要强调对司法效率的追求。程序设置的不合理，是对实体利益的浪费或消耗，同时也是对程序利益的直接牺牲。在现代社会，各种性质、各种类型的纠纷交叉混杂，给设置统一的诉讼程序带来了很高的难度。因此，诉讼机制的多元化就是一个必然的趋势。诉讼机制多元化是程序的科学化、合理化的一个重要表现。通过设计多种不同的程序，如：普通程序、简易程序、特别程序、诉讼外解决纠纷程序等，为案件和当事人提供广阔的选择空间。程序的可选择性在强化程序的合理性和妥当性的同时，也增强了当事人的诉讼责任，因为当事人必须为其选择行为负责。除特殊情形外，任何一种程序行为都可以由当事人选择，如当事人可以选择管辖（主要是地域管辖）、是否上诉、合议制或独任制、是否公开审判等。这就使诉讼程序的设置主动地去适应社会发展的要求，降低了社会成本，提高了程序效益。

第二，合理设计审级制度，防止审判监督程序的滥用。我国有四级法院，却始终坚持二审终审制。这种审级制度的设计缺陷，随着现代经济社会的迅速发展越来越明显地凸现出来。笔者认为，审级制度的改革势在必行，特别是在民事诉讼制度中更显迫切。审级制度的设置也应多元化，而不应当什么样性质的案件均“一视同仁”的采取二审终审制。对于一些案情简单、纠纷不大、事实清楚的案件完全可以采取一审终审制。这有利于迅速解决纠纷、防止当事人缠讼和节约司法资源；而另一些案情较为复杂、诉讼标的较大、涉及面较广的案件，可以采取三级终审制。经过三级法院审理所得出的结论，无论在事实的认定上还是在法律的

适用上应当说具有极高的准确性，是无可非议的真正意义上的终审判决。表面上看三审终审制多了一级审判似乎降低了效率，加重了高级人民法院和最高人民法院的审判负担，实际上只要把好收案关（如合理设计需要进入三级终审程序案件的准入条件和标准），不会给法院造成太大的办案量。更何况很多案件在二审时双方当事人没有选择上诉的情况下，就已经发生法律效力了，进入三审不是必然的。这样可以使相当一部分案件三审就获得很好的解决，而不用总是依靠审判监督程序来做事后补救，反而提高了诉讼效率。

第三，取消审判委员会的设置，实现合议庭真正意义上的审判独立。真正公正、中立的审判组织的幕后决不能存在一个全权指挥者，否则其将沦落成一个傀儡，其权威性和公正性必将受到质疑。对于重大疑难的案件，可以通过提高审判人员的法律专业素质和道德修养以及增加适当的合议庭人数来解决，而不应当另外再设置一个幕后审判组织来左右合议庭的意志。此外，笔者认为，合议庭的所有审判人员在某一案件审理期间，应当回避一切关于本案的讨论（合议庭成员内部的商讨除外），包括本法院内部的领导及同事。这应当形成法律制度，以最大限度地保持其独立性、中立性、公正性和超然性。

（二）促进司法独立，消除诉讼程序中的行政色彩。

正如法国思想家、法学家孟德斯鸠所言：“如果司法权不与立法权和行政权分立，自由也就不存在了；如果司法权同立法权合而为一，则将对公民的生命和自由施行专断的权力，因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一，法官便将握有压迫者的力量。”据此，审判权应当由法院独立行使，不受立法机关和行政机关的非法干涉。

我国长期以来对法院的行政管理掩盖了法院和法官应有的司法特性，司法权几乎成了行政权的附属品。在司法实践中，由于众所周知的原因行政权可以对司法权横加干涉，而司法权在行政权面前则常常不得不“委屈求全”，这在现代法治社会是极不正常的现象。在法律上，司法权与行政权相比而言具有终极性。因为在一定条件下行政官所作出的决定有可能被法院推翻，行政权则无此特性。因此在一定意义上来说，司法权比行政权更具权威、更有说服力。法官的天职是服从法律，法官的价值取向是公平、自由、民主，而不能屈服于任何一种来自外部或内部的权力干涉。做到这一点不能只靠法官个人的自律，而应当有一整套的法律制度予以保障。如在人事制度和物质保障方面，应当与地方权力机关和行政机关脱钩，直接收归最高人民法院和最高人民检察院统一安排。笔者认为，既然司法机关的设置目的是为了运行国家的法律，而不是为了某个狭隘的地方利益存在的，国家就有责任对司法机关的人、财、物进行统一管理和支配。只有这样，才能真正保障国家法律的统一实施，维护司法的独立，遏制地方保护主义的滋生。

（三）加强监督，特别是检察机关法律监督职能的发挥。

程序的公正性与效率性有赖于监督机制的完善。程序设置本身就有监督的意味，每一步程序的运作都是一种监督。司法公正程度如何，一个很重要的指标就是看其监督程序和监督制度是否完善。监督机制可以分为内部监督和外在监督。内部监督就是程序内在的监督，如合议庭的法官对于同一个案件的解决，实际上是通过分工与合作来完成的，这个过程中就有互相监督的价值存在。另外如立审分离、审执分离、审监分离都是为了更好的进行法院内部的监督。上级法院对下级法院也有监督职能，主要是通过二审程序来实现。上述这种法院系统内部的监督不能游离于正规程序之外，应纳入程序中，实现程序化的监督。外部监督主要包括人大监督、政协监督、舆论监督、检察院监督等，其中最主要、也是最直接的监督形式是检察院的法律监督。加强和改进检察院法律监督职能的有效发挥，应当明确以下几个方面的问题：

1、检察机关行使监督职能时应自觉接受人大的监督，但应妥善处理好人大的监督与检察院法律监督之间的关系。既不能以牺牲检察权的独立行使为代价来强化人大监督，也不能以检

察权的独立行使为借口排斥人大监督，应规范两者的监督方式和范围，使两者能够按照各自的功能和目的发挥其应有的作用。

2、完善机制，确保法律监督权依法独立行使。如建立检察机关垂直领导体制，改革现有经费管理体制，建立健全检察官的法律保障机制等。

3、构建完善的民事诉讼监督体系，促进司法公正。如规定检察机关对民事案件享有参诉权，对特定案件如国有资产流失、公害、公共利益严重受损等案件，检察机关可以作为民事诉讼的原告，代表国家和社会公众的利益直接提起诉讼。

（四）提高实行程序的透明度，避免暗箱操作。

第一，改革司法管理体制、领导体制、人事制度、财政制度，理顺司法权与党的领导、行政权、立法权的内在关系，确保司法独立，树立司法权威，以营造一个平等对话、自主判断的场所。

第二，明确规定“三长会议”、协调定案、审批制度等隐形程序为非法，并规定违反程序法的程序性法律后果，确立司法审查制度。

第三，继续推进审判公开、检务公开、警务公开，加快司法信息化、网络化建设，加大民众旁听度，方便民众查阅诉讼文书，实行“阳光作业”。

（五）加大对相关程序违法人员法律责任的追究力度，维护程序法的权威。

程序法的规定就是为了规范司法机关及其工作人员的司法行为以及引导他们顺利完成诉讼任务。司法机关工作人员作为国家法律的忠实维护者和具体实施者，理应模范地遵守程序法的规定。对于违反程序法的相关人员不能仅撤销其诉讼行为了事，必须建立相应的责任追究机制，根据其过错程度来决定其应负之法律责任。只有这样才能做到惩前毖后，树立程序法的权威，真正实现程序公正。如可以建立法官事后评价机制，形成对法官的评估机构、评估程序和责任机制，由评估机构以打分的形式对法官进行日常工作业绩监督，以此来激励法官的职业责任感和成就感。

参考文献：

- ①江伟：《民事诉讼法》，高等教育出版社，2004年版。
- ②章武生：《民事诉讼法新论》，法律出版社，2002年版。
- ③陈光中：《刑事诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社联合出版，2005年版。
- ④江伟、段厚省：《论检察机关提起民事诉讼》，《现代法学》，2000年第6期。
- ⑤段厚省：《司法公正的生空间》。
- ⑥江伟、赵金山：《简论民事诉讼法与实体法的关系》。
- ⑦汤维建：《检察机关在民事诉讼中法律地位研究》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2005年第2期。
- ⑧王超：《试论隐形程序》，《中国刑事法杂志》，2002年第1期。

作者单位：安徽乐业律师事务所

律师文化建设的深化和创新

——由“星星之火，可以燎原”说开去

卞 林

【内容摘要】律师文化建设的实质就是律师事业所要树立的思想理念，就是从事律师工作所要实践的思想理念。科学先进的理念代表着律师文化建设的方向与旗帜。而实现和实践律师思想理念的载体和落脚点在每个律师事务所，但核心则是合伙人文化建设。当前，我市大部分律师事务所存在着合伙人文化建设缺失，经营理念匮乏的不健康状况。因此抓好合伙人文化建设，是深化和创新我市律师文化建设的当务之急。

【关键词】律师文化建设 经营理念 合伙人文化建设

值此中国共产党成立 90 周年之际，重温毛泽东《星星之火，可以燎原》一文，深感这位伟人思想的高瞻远瞩与深刻哲理。正是这种“星星之火，可以燎原”的理想信念，激励着中国共产党领导中国革命从胜利走向胜利。中国革命如此，律师文化建设也是如此。

律师文化建设的实质就是律师事业所要树立的经营理念，就是从事律师工作所要实践的经营理念。科学先进的理念代表着律师文化建设的方向与旗帜。远大的经营理念对事务所经营往往在潜移默化当中发挥着决定性的影响。在创业阶段，它可以激发员工艰苦创业、团结拼搏；在发展阶段，可以鼓舞员工士气；从长远来看，它可以帮助员工自觉地将自己的职业生涯和事务所发展目标统一起来，为事务所塑造企业精神提供强大的精神力量。而实现和实践律师经营理念的载体和落脚点，则是每个合伙律师事务所，但其核心则是合伙人的经营理念，其表现形式则是合伙人的文化建设。

当前，我市 39 家律师事务所中，35 家是合伙律师事务所。但除了很少几个律师事务所有一定的律师文化建设意识外，有的律师事务所名为合伙实为个人；一部分律所提成很高吃光分光，实为个体办公联合体；大部分律师事务所没有专业化分工，成了样样通、样样松的“万金油”律所；很少律所涉足新的服务领域，而是将精力都放在传统诉讼案件上，致使律师竞相低价收费形成恶性循环；极少数律师事务所诚信缺失、屡遭投诉、不思悔改，极大地损害了律师的社会形象等等。这些情况的存在，反映出大部分律师事务所合伙人文化建设缺失，经营理念匮乏的不健康状况。因此，抓好合伙人文化建设是深化和创新我市律师文化建设的当务之急。

一、构建合伙人文化建设的重要性

认识合伙人文化建设的重要性，首先应当明确什么是律师事务所文化。所谓律师事务所文化，是指律师事务所基于自身的传统特色、价值理念而形成的一整套行为规范和思想模式，由自己的人文精神、服务宗旨、职业道德、行为习惯、品牌形象、管理制度等一系列因素构成。它反映着律师事务所的整体发展战略、管理运作制度、法律服务模式等经营理念。而合伙人则是律师事务所文化的培育者、倡导者和传播者，其自身的文化建设决定着律师事务所文化建设的基础和方向。构建合伙人文化建设的重要性表现在以下几个方面：

（一）合伙人文化建设是事务所文化的核心

律师事务所文化建设的主要内容是，培育并形成核心的律所精神和理念，进而形成全体

律师的职业价值观。在表层文化方面形成统一的企业形象识别系统，通过不断的推广教育使全所人员领悟并自觉践行。而合伙人文化建设在这当中则处于核心的位置。事务所文化的核心部分都是由合伙人发起并引领，合伙人文化为事务所文化提供了模型和框架。因此，可以说有什么样的合伙人文化，就有什么样的事务所文化。推而广之，合伙人的主流文化也决定了当前律师业的主流文化。任何文化都是一个不断培育、深化、濡染的过程，而合伙人文化则为律师文化提供了土壤、助推力与源头。因此在律师事务所进行文化建设的初始阶段，应当将合伙人文化建设作为一个突破口而给予重点关注。

（二）合伙人的经营理念决定着律师事务所的经营理念

理念是文化体系的灵魂。理念对合伙人而言解决的是为什么创建律师事务所、要建立一个什么样的律师事务所、在创建目标律师事务所的过程中始终要贯彻什么样的精神和原则问题。理念要解决的是举什么旗，走什么路的问题，这是立所之本。但令人遗憾的是，不少律师事务所设立时合伙人之间了解不够，理念、文化的认同更是无从谈起，结果事务所成立起来后才发现，在一些关乎事务所发展方向等实质性问题的想法上大相径庭。其结果是要么各自为政、单兵作战；要么形成帮派、勾心斗角；要么刚合即分、枉费心机。因此，不解决这个问题就成为律所发展的大忌，不能不引起合伙人的高度重视。

（三）合伙人的分配决定着事务所的分配制度

分配是事务所各项制度的核心，也最能体现律师事务所的文化。可以说有什么样的文化就有什么样的分配制度。而合伙人的文化理念首先就影响着合伙人的利益分配方式。以合伙人自身利益最大化为宗旨的合伙理念，就会产生合伙人吃光分光的分配原则，由此派生的聘用律师分配制度往往是高提成，其结果必然是没有团队，疏于管理，事务所文化建设缺失。

（四）合伙人团队精神决定着事务所的团队精神

没有一流团队就没有一流的服务，就没有一流的律师事务所。如果在统一的办所宗旨、理念的引领下形成了统一、和谐的合伙人团队，就会在律师事务所形成榜样效应。根据管理学的原理，风气很容易在一个组织内部复制，科学、和谐、积极的合伙人文化将有力地推动合伙人文化体系的构建，有力地推动合伙人工作团队的形成和完善。由此全所人员的合作与分工也会在此影响下，较为容易地形成团队合作的工作局面。

二、合伙人文化建设中存在的问题

律师事务所文化根源于合伙人文化。合伙人文化是律师事务所文化的代表与缩影。所谓合伙人文化，是指合伙人基于对律师、合伙制律师事务所的行业定位、价值导向、内心信念所形成的发展理念、办所宗旨、合作精神等源于个体又高于个体的核心价值追求及其外在的行为方式的总和。在明确合伙人文化概念的基础上，笔者认为目前我市合伙人文化建设存在以下问题：

（一）大部分律所合伙人文化建设缺失

名为合伙实为个人、高提成分配、吃光分光的律所，实为个体办公的联合体。这样的律所合伙人根本没有职业定位和行业定位，办所宗旨和理念缺失，必然是导致各自为战、没有团队、行为失范、缺乏竞争力，长此以往极易形成帮派、勾心斗角、诚信缺失、风险难以防范，甚至分道扬镳走向分裂。一些律所的合伙人认为自己是老板，不愿受制度约束，甚至朝令夕改或者有制度而不执行，不明白“其身正不令而行”的道理，在律所文化的大系统中不能以身作则，不知道文化的形成需要以制度作保证。如果合伙人既是制度的制定者，又是制度的破坏者，制度就不可能贯彻执行，事务所文化理念就不可能得以培育并深入人心。有的律所合伙人对律所的发展缺乏愿景和目标规划，出现问题时头疼医头、脚

疼医脚。这些现象的存在，均是合伙人文化建设缺失的表现，不利于形成系统性的事务所文化建设。

（二）不敢正视合伙人文化建设中出现的问题

古人云：“道不同不相为谋，志不合不相与随。”共同的追求必然要求合伙人怀着共同的理想，为了共同的事业，朝着共同的目标，携手并肩，以期获得成功，最终有所成就。因此，合伙人的矛盾很大程度上根源于文化、发展理念以及办所宗旨的不同。这种矛盾冲突的积聚，将动摇律师事务所生存发展的基础。应当说观念的不同是一种正常现象，关键是在文化层面上应当有一种机制，这种机制能科学地保留异议，化解僵局。因此建立适合本所的合伙人议事制度、合伙人管理制度、合伙人发言制度，及时化解矛盾、解决问题，应是合伙人必须考虑的课题之一。那种回避矛盾的老好人主义、消极的不参与做法乃至公开暴露矛盾的行为，都是合伙人文化建设的大敌。

（三）合伙人没有专业特长缺乏整体竞争力

随着科学的发展，社会的进步，人们对律师提供法律服务的专业要求普遍增强。一个人的精力、能力是有限的，能把所有的法律知识搞懂、弄精那是绝对不可能的。目前我市的“全能律师”比比皆是，“全能律师”其实就是“万金油律师”，事实上他也不可能提供全能的法律服务。合伙人虽是律师所的创始人，但绝大多数并不具有专业化的特长，其法律服务的水平也大多体现在，业务收入的数额比一般律师的多而已。个别律师所虽然认识到专业化分工有利于提高竞争实力，但也仅限于表面上分工，实则是根本没有分工，这与“律师个体联合办公”并没有实质性的区别。

（四）合伙人涉足新领域法律服务的前瞻性不足

据了解，我市律师仍然将传统的离婚、借款、房屋买卖、房屋开发、建筑工程合同、各类刑事辩护和代理以及各种人身损害赔偿案件作为创收的绝大部分，鲜有涉足现代物流业、快递业、网络业、典当业、中小企业融资担保业、招商引资全程服务、公司股权纠纷、公司并购、企业破产、重组与清算、企业改制、房地产征收与补偿等，更没有开展过上市公司股票发行、再融资以及“新三板”上市等法律服务。这说明我市律师仍在提供低端法律服务，合伙人对涉足新领域法律服务准备不足，缺乏前瞻性。

（五）缺乏对合伙人文化建设体系进行深入研究和思考

没有科学的理论，就没有科学的实践。对合伙人文化的研究与思考应当体现于律师事务所的创立与发展的全过程。但在实践当中很多律师事务所和律师事务所的合伙人，并没有将这一问题放在突出的位置上加以对待。试想一下，如果全体合伙人对事务所在设立、运转过程中的核心价值取向是什么、运营与发展的宗旨是什么、合伙过程中的团队精神是什么等基本问题都没有进行认真思考与讨论，又如何去面对在合伙与事业发展的过程中出现的问题？

三、合伙人文化建设的深化与创新

针对我市目前普遍存在的合伙人文化建设的缺位和滞后，我们应当从哪些方面入手，从而深化和创新合伙人文化建设呢？结合当前的实际，笔者认为应从以下几个方面入手：

（一）积极构建合伙人文化建设

当前，我市合伙律师事务所的合伙人应当召开专门的“务虚”会议，在全体合伙人之间深入讨论，让各种思想进行碰撞。这样的讨论与碰撞，将起到揭示分歧、明确争点、最终统一思想的作用。通过讨论与碰撞，在考虑行业特征和事务所合伙人特质的基础上，要把全体合伙人对律师事务所的职业定位和行业定位、办所宗旨和理念、发展愿景和目标、团队意识和协作精神、合伙模式与人文观念等问题，经反复的提炼和总结，最后用准确精当的文字加

以表述。以此反映和描绘出事务所的企业文化特征、事务所的成长模式、长期发展战略等经营理念。让全体合伙人明确达到办所目标的纲领是什么；是把事务所当成一种职业还是一种事业；是把事务所当成实现法治理想的平台，还是作为挣钱谋生的工具；合伙人应当具备的合作意识和分歧解决机制是什么；为构建本所的合伙人文化，合伙人应对自身的形象和行为规范乃至思维模式作出如何调整等。提炼、总结合伙人文化的过程，也是合伙人之间弥补裂痕、消除异议、统一思想的过程。这一过程如果实现的好，就有可能孕育着律师事务所新一轮发展和契机！

（二）以合伙人文化建设为标准严把入伙关

经营理念是律师事务所的发展方向和市场定位，共同的经营理念是合伙的前提和基础。没有统一的合伙人文化为基础，就不会有共同的经营理念。合伙律师事务所是一种典型的人合模式，志不同则道不合。因此在寻求合作伙伴时，应首先考察核心理念是否一致，审核是否从内心深处接受事务所的文化理念。考察的主要方法是考察合伙人各方对于合伙模式的意见是否相同或者接近；对事务所市场经营、客户关系管理、律师业务质量控制、事务所整体发展方向等重大问题上的讨论，都可以折射出各合伙人在经营理念上的异同。只有共同的经营理念，才能保持合伙人人文的一致性，从而保证律所沿着正确的轨道、朝着既定的目标健康而快速的发展。因此寻求合伙人，应当强调合伙人文化的趋同，否则，以后就会出现问題，就会动摇律师事务所的发展基础。

（三）制定各种规章制度实现对本所的有效管理

对律所实行有效的管理是实现律所既定目标、检验合伙人文化建设成效、反映律所经营理念的必要保障。在我市很多事务所当中，合伙人开会随意接打手机，不遵守工作规范，公开场所互相攻击，不服从业务流程管理、档案管理的规定等等，不一而足。这些往往被视为琐碎的小节，实际上在破坏了事务所管理制度的权威性，实现有效管理势必无从谈起。因此，必须坚持制度面前人人平等的原则，不能有任何的例外和特权。要实行严格的制度化管埋，任何人都不能违反既定制度。“你可以得罪人，但不能得罪制度”，这句话就是对制度化管埋的最好注脚。事务所管理的核心内容就是制度建设和规范管埋。对于事务所的各个方面都要制定明确的制度规范，让员工有明确的行为规范和目标。这是现代企业管埋的根本特征之一。因此，合伙人必须模范遵守本所规章制度，为其他工作人员作出榜样，以实现对律所的有效管埋。

（四）努力打造合伙人文化推动律师事务所团队建设

合伙人应当有意识地在业务开拓、规章制度的制定等方面体现合伙人的团队精神，用民主、效率、讲团结、顾大局的风气感染整个组织。合伙人的外部形象、风度气质、言谈举止也会无形之中影响其他成员。合伙人的团队文化还在于，它有能力通过创设一种规则的制定和修改机制，使任何情况下都不会陷入合伙僵局，从而体现合伙人文化的活力和深刻内涵。

打造合伙人文化推动团队建设的途径，一方面是设立适合本所的执行合伙人选举制度，要通过民主选举的形式产生执行合伙人，以使最能代表本所文化理念的合伙人担任。但最好的运动员并非一定是最好的教练，最好的律师也并不意味着能够成为最好的管理者。因此，比合伙人参与管理更好的方法是实现管理人才专业化。另一方面，打造合伙人文化推动团队建设的途径就是真正实行所内的专业化服务分工，组合各种专业化的服务团队，为传统业务提供更加专业精准的法律服务，为涉入各种新领域的法律服务业务做好准备，以此提高本所的整体竞争实力，努力实现经济效益和社会效益的双丰收。

（五）有效利用各种载体推动合伙人文化建设

律师事务所的文化建设是一个系统工程。成熟的律师事务所文化是一种内在的精神力量。建设律师事务所文化的过程实际上也就是将合伙人文化引申、发扬、升华的过程。而有效利

用各种载体，是推动合伙人文化建设的重要手段：一是制定统一的所名、所徽、所歌、所刊、所容、律所简介、书面文件以及行为规范和外观包装等，发展到一定阶段可以通过 ISO 国际质量体系认证，把标准的法律服务贯彻到为客户服务的全过程；二是通过聚会、授课、讲演、专题研究、发表论文、组织论坛、参加辩论、体育竞赛、答谢客户、媒体宣传以及网站介绍等多种形式，推广、提升本所文化，从而实现引导客户消费的目的；三是通过业务合作促进合伙人的思想交流，逐步深化共同的文化观，有利于有效促合作意识的提高，增强合伙人影响律师业务团队的合作能力，从而有利于形成全所的团队氛围，最终形成全所统一的文化理念。

（六）积极参与社会公益事业提升合伙人文化内涵

一个合伙人、一个成功律师事务所的发展，离不开社会各界的支持与关心。因此，回馈社会、回报社会、反哺社会理应成为合伙人的又一理念。当前乃至今后一个相当长的时期，我国都处于经济转型、社会发展的矛盾凸显期。原国有企业改制造成的大批下岗工人、大批进城务工农民、未成年人、残疾人、鳏寡孤独的老年人，减少和预防青少年犯罪，企业和社区群众的法制培训，都可以出现我们义务服务的身影。总之，积极参与社会公益事业，有利于构建和谐社会，有利于提升律师职业的社会形象，有利于提升合伙人文化内涵。

（七）大力培养党员律师支持律师所文化建设

《中华人民共和国律师法》第 2 条规定：律师应当维护当事人合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平和正义。中国的律师制度是具有中国特色社会主义法律制度的一部分。中央政治局常委、政法委书记周永康，在中华全国律师协会第七届全国代表大会上指出：我国律师是中国特色社会主义的法律工作者，在提供法律服务中要牢记“党的利益至上、人民利益至上、宪法法律至上”。因此，要在律师所中大力发展和培养党员律师，建立党的各种组织，要保持党对律师工作的领导。这不仅是合伙人文化建设的重要措施，也是律师事业发展的组织保障。

综上所述，积极倡导和构建合伙人文化，可以使合伙人、律师、辅助人员之间互相支持、互相理解、共同合作形成共同的律所文化；能加强大家的情感交流和沟通，消弭紧张工作带来的牢骚和怨气，使事务所的团队精神更加富有活力；在为客户提供优质高效法律服务的同时，力求使律师所的每位成员得到尊重及关怀，为每位成员提供发展的机会及必要的支持，使每位成员对律师所都有发自内心的归属感，愿意随着律师所一起成长并分享律师所发展的喜悦及快乐。这就是构建和实现我市律师文化建设的根本途径。

参考文献：

- ①高云《通向成功律师事务所之路》法律出版社 2003 年 12 月第 1 版。
- ②李晶鑫《论律师事务所合伙人文化建设》山东律师论坛律师管理类论文集 2009 年 12 月 24 日。

作者单位：安徽志豪律师事务所

从政府对律师行业发展导向作用的角度 论政府采购律师服务的程序设置

张晓健

【内容摘要】随着依法行政理念的不断深化及法治进程的不断深入，政府机构在制定规范性文件、履行行政管理职责、重大建设项目决策、突发事件的处理等方面，均需要律师提供专业的服务，因此采购律师服务业将成为常态化的政府采购项目之一。同时，促使律师行业健康有序发展，维护律师行业的公平竞争和正常执业秩序，也是政府的职责所在。政府采购律师服务应当科学制定评审标准，合理设置采购程序，不仅可以采购到优质的法律服务，而且可以通过政府采购律师服务程序设置的导向作用，指导和规范律师行业的健康有序发展。

【关键词】政府采购 律师行业发展 程序设置

一、采购律师服务是政府引导律师行业发展的有效方式

律师行业是一种专业性较强的新型服务行业，承担着重要的社会职能和政治职能。律师制度是国家司法制度的重要组成部分，律师行业的发展状况直接影响到国家司法体系的有序运行，标志着国家司法民主的水平。律师行业又是经济领域中重要的中介机构，起到维护市场经济秩序，为经济发展提供专业智力支持的作用。近年来，我国律师行业发展迅速，律师队伍不断发展壮大，目前全国已有律师事务所近 1.7 万家、律师近 20 万人，律师在经济社会生活中发挥的职能作用日益凸显，从代理诉讼到办理非诉事务，参与调解、信访工作，为党政机关提供法律服务等方面，都充分体现了律师的重要作用。但是，我国律师行业的发展基础薄弱，存在着区域发展不平衡、不正当竞争、律师管理制度不完善、律师执业保障机制不健全等问题，影响了律师事业的健康有序发展，也制约了律师作用的充分发挥。

正因为律师行业的特殊性与重要性，以及发展过程中存在的问题与困惑，政府应充分发挥对律师行业发展的导向作用，促进律师行业健康、有序发展，从而促进律师更好的为经济社会服务，更好地为社会主义法治建设贡献力量。

政府引导律师行业发展，除了完善律师执业制度、切实维护律师执业权益、加大律师培训教育力度、吸引律师参政议政等等行之有效的引导措施之外，采购律师服务的举措不仅能够降低行政成本，提高公共服务效率，提高依法行政水平，还能够使律师群体以及社会公众更直观的感知到政府对律师行业的重视程度、对律师服务的评价方法和选择律师服务的方式，领悟到律师行业在整个社会政治经济生活中起到的不可忽视的作用，起到倡导社会公众进行法律服务消费的示范作用，这是政府发挥对律师行业发展的引导作用的最直接手段。因此，政府在设计采购律师服务程序上必须兼顾两个目标，既要能够采购到符合政府要求的、高质量的律师服务，又应当发挥政府对律师行业发展的导向作用，从而促进律师行业的健康有序发展。

二、政府采购律师服务程序设置的原则

笔者曾作为评审委员参与某一开发区管委会通过公开招标方式聘用常年法律顾问的评审。由于开发区管委会工作涉及行政管理、招商引资、项目建设、涉法信访等一系列较为复杂的事务，对提供服务的律师事务所所有较高的要求。当地一些规模较大、业绩良好的律师事务所纷纷参与了投标，并根据工作量测算进行了报价，但最终却是一家设立时间很短、规模很小的律师事务所中标。这是因为该次招标采用最低价评标法进行评标，且没有设置律师事务所的规模要求、业绩要求等投标人资格条件。该律师事务所之所以中标，只是因为律师费报价最低，还不到招标人预算基准价的三分之一。由于该起采购的中标价格远低于律师服务市场的正常价格，对当地的律师服务市场造成了较大冲击和不良影响。

有关调查显示，深圳市福田区目前共有律师事务所 150 家，执业律师 3000 余人，分别占深圳市律师事务所、律师总数的近六成和七成。福田区律师行业的迅速发展，与其所处环境、地方政策的扶持有重要关系。福田区政府以政府采购律师服务为杠杆，是引导和促进辖区内律师行业的健康有序发展重要的推动力之一。2007 年 12 月 17 日，深圳市福田区政府发布《关于推进律师业发展的若干意见》，通过以事定费，择优招标的方法，大量采购律师服务，由律师负责处理政府涉法事务并全程参与政府依法行政。由于推动有力，引导有方，福田区律师行业得到健康有序发展。目前，福田区每万人中律师约 20 人，超过了美国约 13 人的比例，律师业务收入和纳税额在深圳市所占的比例也均超过了 70%，律师服务业也已成为福田区高端服务业的重要组成部分。

通过以上案例，笔者认为，政府应当充分发挥行政调控和引导作用，利用采购律师服务的导向功能，合理设置采购程序，科学制定评审标准，指导和规范律师行业的健康有序发展。政府采购律师服务除应遵守《中华人民共和国政府采购法》规定的公开透明原则、公平竞争原则、公正原则和诚实信用原则外，还应遵循以下两个原则：

（一）优质优先、优质优价原则

与快递物流、医疗体检、物业管理等通用服务项目不同，律师服务是一种特殊的智力服务。律师行业具有高投入性，律师依赖自身的知识、经验和判断为客户提供代理服务，就具体问题的处理提出咨询意见和建议，这种渊博的知识、丰富的经验和准确的判断，需要律师投入大量时间和精力学习和实践才能够形成。律师服务同时具有一定的身份性特征，具有一定的不可替代性。作为专业化的智力服务，聘请知名律师，与聘请知名教授授课，聘请著名演员演出一样，具有身份性特征。这种身份性特征体现在即使执业资格、职称完全相同的律师之间的服务效率、水平和收费标准，也有较大差异性，而不能相互简单类比。

《政府采购货物和服务招标投标管理办法》规定，最低评标价法适用于标准定制商品及通用服务项目。通过上述分析，律师服务不属于通用服务项目，采购律师服务不能仅考虑价格因素，不应采用最低评标价法，而应将服务质量作为主要指标，遵循“优质优先，优质优价”的原则。政府采购律师服务可以事定费，根据对律师服务的质量要求、工作量大小合理确定律师服务费用，对管理规范、专业水平较高、业绩突出的律师事务所和律师优先聘用。

（二）发挥政府导向作用原则

如前所述，律师事务所作为重要的中介服务机构，在经济社会发展过程中发挥着智力服务平台和社会稳定器的作用，同时也存在着规范和发展的种种问题。因此，律师行业的有序发展需要政府的引导与支持。近年来，中央有关部门就推进律师行业发展采取了多种措施，而政府采购律师服务则是这其中行之有效的举措之一，是政府导向作用的直接反映，对于律师行业发展有着直接的推动作用。因此，政府采购律师服务过程中应当体现发挥政府引导作用、促进律师行业发展的原则。贯彻此原则主要应当考虑到以下两个方面：

1、政府采购律师服务的要求应当体现律师行业的发展方向

当前律师事务所发展的主要方向是规模化、专业化、规范化、品牌化、国际化。政府采

购所确定的律师执业机构应能够代表当地律师行业发展水平，引领律师行业的发展方向。因此，采购律师服务应根据各地实际情况，对律师事务所的规模化、专业化、规范化、品牌化、国际化条件提出最低要求，并将上述要求作为评审的主要考察依据。如此，便可培育一批规模大、实力强，服务优的律师事务所，带动当地律师服务市场走向成熟和规范。

2、政府采购律师服务应引导律师事务所之间的良性有序竞争

规范律师执业行为，保障律师服务市场健康有序、公平规范地发展是政府对律师行业的管理职责之一，因此政府采购律师服务应引导律师事务所之间进行良性竞争，坚持公开、公平、公正和诚实信用原则，以质优取胜，杜绝低价揽业务、不正当竞争等现象。

三、政府采购律师服务的程序设置

根据《政府采购法》、《政府采购货物和服务招标投标管理办法》（财政部令第18号）等法律、法规和规章的规定，政府采购可以根据采购项目的特殊要求，规定供应商的特定条件，可以要求供应商提供资质证明文件及业绩情况，并根据采购项目对供应商的特定要求，对供应商的资格进行审查；在政府采购文件中，还必须包含评审标准。结合律师服务的特点与政府采购法律服务的特定要求，笔者认为，合理设置政府采购律师服务程序主要体现在三个方面，一是要合理设置入围律师事务所的资格和条件，二是要制定科学的评审标准，三是要建立完善的遴选机制。

（一）政府采购律师服务的资格和条件设置

《政府采购法》第22条规定了供应商参加政府采购活动应当具备的各项条件，如具备良好的商业信誉和健全的财务会计制度，在经营活动中没有重大违法记录等。同时，采购人可以根据采购项目的特殊要求，规定供应商的特定条件。笔者认为，政府在采购律师服务过程中，应当将《政府采购法》列举的条件予以具体化，并根据政府采购律师服务的特殊性，设置对律师事务所特定资格和条件要求。笔者认为，针对目前的律师行业的发展特点，本着政府引导律师行业发展的原则，可对律师事务所设置如下条件：

1、对律师事务所的规模要求

规模化是律师业发展的特点之一，为保证律师事务所的服务质量，政府采购律师服务也应对律师事务所的规模设置条件。笔者认为，为满足政府对各项律师服务的需求，保证较高的服务质量，政府采购的律师事务所专职执业律师总数、拟参与法律服务的律师团队人数应不低于一定的人数。如果政府采购的律师服务项目本身（如信访接待、纠纷调解）要求律师人数较多，可根据实际需要，对律师事务所的规模作进一步要求。

2、对律师事务所的专业化要求

随着法律制度的健全，律师的专业化分工也越来越细致，律师服务专业化的是服务品质的保证，也是律师行业的发展方向。政府行政事务涵盖社会管理各个方面，因此，对律师事务所的综合性与专业性有着较高的要求。例如，为政府提供综合律师服务的律师事务所，需要在招商引资、项目建设、国企改革、行政执法、劳动人事等领域具有专长的若干名律师组成律师服务团队；为政府提供专项律师服务的律师事务所（如国有股权转让专项律师服务）就要在相应领域具有专业优势和过往业绩。

3、对律师事务所规范化的要求

律师事务所管理不规范是困扰我国律师行业发展的顽疾，政府采购律师服务要体现对律师事务所规范化管理的引导作用，故应对律师事务所的规范化管理提出具体要求，如律师事务所管理制度健全情况、业务质量控制情况、劳动合同签订情况、社会保险办理情况、税收缴纳情况、有无行政处罚和行业处分情况等。

4、对律师事务所的政治性要求

由于政府法律服务涉及突发事件处置、涉法信访处理等敏感事务处理，因此政府采购律师服务对律师事务所的政治性要求较高。这就要求提供服务的律师应当具备较高的政治素养，有明确的政治方向和大局观。对于政治素养不高、或者存在不良记录，甚至受到过行政处罚或行业处分的律师和律师事务所，则不宜作为政府采购对象。

5、其他采购条件

针对政府采购律师服务项目的特殊需要，还可以对律师事务所的过往业绩、服务团队组成等提出其他资格要求。但设置的采购条件应遵循合理性原则，不可设置不合理的排他性条件，变相指定律师事务所。

（二）政府采购律师服务的评审方法

1、政府采购律师服务不宜采用最低评标价法

《政府采购货物和服务招标投标管理办法》第五 51 条规定：“最低评标价法适用于标准制商品及通用服务项目”。如前所述，律师服务作为一种有别于通用服务的特殊服务行业，同时，考虑到鼓励和保护律师、律师事务所之间的公平竞争，维护律师行业的正常执业秩序是政府行政管理的职责所在，而最低评标价法显然与我国律师收费制度以及政府维护市场秩序的职责相违背，容易引发低价倾销的恶性竞争。因此，采购律师服务不能仅考虑价格因素，而应将服务质量作为主要指标，遵循“优质优先，优质优价”的原则。

2、政府采购律师服务可采用综合评分法

根据《政府采购货物和服务招标投标管理办法》的规定，综合评分法是指在最大限度地满足招标文件实质性要求前提下，按照招标文件中规定的各项因素进行综合评审后，以评标总得分最高的投标人作为中标候选人或者中标供应商的评标方法。综合评分的主要因素是：价格、技术、财务状况、信誉、业绩、服务、对招标文件的响应程度，以及相应的比重或者权值等。上述因素应当在招标文件中事先规定。评标时，评标委员会各成员应当独立对每个有效投标人的标书进行评价、打分，然后汇总每个投标人每项评分因素的得分。

政府采购法律服务的评价体系应是对律师事务所各方面综合因素的综合评定。笔者认为，政府采购律师服务应采用综合评分法为宜。

3、律师服务价格在综合评分法中的作用

（1）律师服务价格可不列为评分因素

根据《政府采购货物和服务招标投标管理办法》相关规定，执行统一价格标准的服务项目，其价格不列为评分因素。因此，在实行“以事定费，择优采购”的采购原则的情况下，由于律师服务费在事前已固定预算，可不将价格列为评分因素。

（2）对律师服务价格进行评分的原则

如将律师服务费价格列为评分因素，根据“优质优先，优质优价”的原则，律师服务费价格在综合评分总分值的比重(即权值)应相对较低。《政府采购货物和服务招标投标管理办法》规定“服务项目的价格分值占总分值的比重(即权值)为百分之十至百分之三十”。考虑到律师服务的特殊性，政府采购律师服务的价格分值权重可在上述规定范围内取下限，将价格分值控制在总分值的 10%。

同时，为限制个别律师事务所低于收费标准投标的不正当竞争行为，保证律师服务质量，政府采购律师服务应对律师或律师事务所的报价范围进行限制，设定最低投标价，低于最低投标价的投标应为无效投标。

4、政府采购律师服务的其他评审项目

除价格因素外，政府采购律师服务的评审内容，还应包括如下项目：

（1）律师事务所规模

除对律师事务所的规模有最低限制外，在用综合评分法对事务所进行评审过程中，应将

律师事务所规模纳入评分体系。事务所规模可以两项指标进行评审，一是执业律师人数，二是事务所纳税数额，可以根据当地律师行业发展水平分别设置若干梯度进行评分。

(2) 律师事务所的内部管理

对律师事务所内部管理的评分，可以按照对律师行业的规范要求，分别对律师事务的业务质量控制和管理、依法纳税、无执业过错责任记录、无处罚处分记录等设置评分项目。

(3) 律师事务所的专业化水平

对律师事务所的专业化水平的评分，可以对政府采购项目所对应的律师事务所法律服务相应专业方面，根据律师事务所提供相应案例、过往业绩、律师团队情况等方面进行评分。

(4) 获得奖励和荣誉情况

对于律师事务所和律师个人的获得的奖励和荣誉称号，应按照获奖和荣誉次数和级别予以加分。

(5) 履行社会责任和发挥社会职能情况

对于积极发挥社会职能，履行社会责任的律师事务所，应在政府采购过程中予以鼓励。可以对律师事务所纳税数额、公益捐赠情况、履行法律援助义务情况进行评分，并可对在公益事业和维护社会稳定工作中有优异表现的律师事务所予以加分。

政府采购律师服务是促进律师行业健康发展的重要途径之一。科学制定评审标准，合理设置采购对象的资格和条件，通过政府采购律师服务程序设置的导向作用，可以指导和规范律师行业的健康、有序发展，促使律师行业为社会提供高效、优质的法律服务，为推动国家的法治建设做出应有的贡献。

作者单位：安徽天禾律师事务所

律师事务所专业化研究

王广河

【内容摘要】本文以目前我国律师事务所的专业化现状为背景，剖析了律师事务所专业化的内在含义，深入阐述了进行律师事务所专业化建设的必要性。进一步分析了我国律师事务所专业化整体水平不高的原因。最后从加强政府的宏观引导与规划、对学校教育体制进行适当调整、在律所内部加强律师的专业化培养三个方面提出建议，来加快我国律所的专业化进程。

【关键词】律师事务所 专业化 研究

一、背景

之所以要进行律师事务所专业化研究，就是因为当前我国律所的整体专业化水平还不高，大部分律所还是“万金油”型，大部分律师还是“万金油”型律师，也就是什么业务来了都接，任何业务都做，给人一种无所不能的“万能”感觉，其结果是哪一项业务也不精通。随着我国改革开放发展进程的不断推进，社会分工越来越细，演绎分划出来的行业也越来越多，相应地，我国社会主义法治不断得到健全和完善，调整新事物的法律、法规等规范性文件浩如烟海、层出不穷，这都给普通综合型律师事务所和“万金油”型律师带来非常大的挑战。毕竟作为一个律所的人力资源和物力资源是有限的，不可能把方方面面的法律、法规、规章、条例都有所涉猎，就算有所涉猎也做不到谙熟于心，并在律师实务中胸有成竹地顺手拈来。特别随着国际化进程的加快，全球一体化是必然的发展大趋势，全球法律的大接轨也是不可阻挡的历史潮流。律师事务所接触到的涉外法律事务会越来越多，这就要求律师对国内法律规范进行充分掌握的同时，还要大量研究国际公法和国际私法，这无疑增加了学习、掌握和运用的难度。如何让律师事务所和律师轻装上阵、高效制胜，我想做好品牌战略、走专业化建设之路线是律师事务所生存和发展的关键。

二、律师事务所专业化的内涵

什么是律师事务所专业化呢？顾名思义就是律所对所从事的业务领域进行特定性方向选择，或专门从事婚姻家庭业务，或专门从事交通事故业务，或专门从事公司业务等等。达到整个律师事务所高、精、专地做好某类法律服务业务。还有一种解释就是在律所内部进行详细业务划分，例如在律所内专门设立婚姻家庭事务部、交通事故事务部、公司业务事务部等等。从整体上来看，律师事务所各类业务均办理，但其内部有对律师的服务领域和主攻方向进行了专业分工。总体来讲，律师事务所的专业化分为整体专业化和律所内部专业化。

三、律所为什么要进行专业化建设

1、律所专业化是社会主义法治发展的历史结果。随着我国社会主义市场经济的确立，国家社会经济得到飞速发展，社会各行各业的专业化分工日益精细，法律已经成为调整各种社会关系的基本手段，有关各行各业的法律、法规也与时俱进地得到丰富和完善，社会主义法治建设进入大发展的历史时期。作为社会主义法治建设的一项重要内容，我国的律师制度也

势必顺应时代的发展潮流，与社会主义市场经济相适应地改革、发展、创新和完善自身的管理模式、人才培养与服务方式，才能在社会主义法治进程中，为社会各行各业的健康发展提供优质的法律服务，随着社会的专业化分工，律所的专业化建设正是与时俱进的历史结果。

2、专业化是律所生存和发展的必然要求。律师事务所作为社会主义市场经济的一类主体，只有适应市场经济优胜劣汰的竞争规则，才能生存下来和发展下去。随着我国司法队伍建设步伐的加快，优质的法律人才不断地被吸收到司法队伍中去，他们本身就有着出色的法学理论功底，再经过司法机关专业部门的实践工作经历的锤炼，都可以称得上某一事务领域的专家，如果我们仍以综合性律所的律师服务模式，以并不精专的理论要说服司法人员，并采纳我们的建议，其难度可想而知。特别是专业司法人员还具有充分利用国家资源进行专业领域继续教育的有利条件。而非专业化的律师队伍要为案源东奔西走的同时，又要用有限的精力疲于应付各类法律事务，也就不可能对某一领域的业务知识有更高超、更全面、更细致的研究。相对于走专业化建设路线的律所和律师而言，非专业化律所和律师的市场竞争力就明显处于劣势，也就只有被淘汰或吃剩饭的份了。随着各种法律事务专业化日趋明显，客户对获得专业化律师服务的要求也越来越迫切、越来越强烈，在律所和律师的选择上也往往更倾向于专业化律所和律师。

3、专业化是律所实现规模化发展的有效途径。随着执业律师的逐年增多，律师队伍也逐步壮大，律所也呈年年增长的趋势，无形之中律师业务的市场竞争越来越激烈。律所要在激烈的市场竞争中占有一席之地，必须实现规模化发展。只有形成一定的规模，在业界才能形成影响力，也才能市场中吸引优质的客户，分享社会的优质资源。那么怎样才算规模化发展呢？笔者认为应该包括以下三个方面。一是所内律师队伍的壮大，二是业务量的持续增长，三是创收保持强劲。而要实现这三个方面齐头并进，就必须走律所专业化之路。我们可以试着分析一下，一个律所的队伍怎样才能壮大？前面已经讲到律所生存和发展的必然要求是专业化，只有具备生存和发展潜力的事务所，才是众多律师争相前往的理想执业场所，所以，也只有走专业化的发展模式才能强化律所的市场竞争力，进而树立在业界的影响力，吸引更多的优秀律师团结在自己的旗下共同发展。同样，律所的业务量要实现持续增长也离不开专业化。因为专业化预示着自己所提供的是高、精、专的法律服务，与普通综合性律所相比，具有明显的业务水平上的优势，客户也必然向这类律所倾斜，业务量自然会保持持续性增长。律师事务所的实质是要以营利为目的，这一点谁也不能否认，体现一个律所规模的最主要衡量标准是“创收”，往往一个律所的律师多、业务量大，并不能真正反映其规模的大小。专业化律所因占有市场的优质客户和高端业务，其一项业务的创收往往会超过普通综合所的多项业务创收，其整体创收能力就不言而喻了，其规模化也就足以得到彰显。所以，专业化是律所规模化发展的有效途径。

4、专业化是律所降低运营成本的优选策略。提到律所的运营成本，业外人士也许会感到惊讶，你们律师要什么成本呀？租间房子、摆张桌子、凭嘴挣钱吃饭。从外表上来看，说得还蛮在理。当然我们做律师的业内人士知道，作为一个律所的正常运营是需要成本的，而且要让律所运营的有声有色，并不断发展壮大，所需要的成本还是相当高的。律所的成本比较具体的包括房租费、水电费、办公用品费、后勤人工费等，这些基本上是比较客观的、看得见的成本。但所内律师的培训费、法律书籍购买费、管理软件安装维护费、聘请专家讲课费等就具有较强的主观性。专业化律师事务所因其业务有着特定的方向性选择，在学习培训、书籍购买、管理软件、专家讲座等方面都限定在特定的范围之内，其运营成本也就相应地得到降低。

四、我国律所专业化水平整体不高的原因

1、历史原因。任何事物的发展都需要经历一个历史的积累和演进过程，作为律师行业也

要经过从普通综合型向专业化类型的转变。西方国家律师制度经过几百年的发展，已经达到相当成熟的阶段。而我国在民国时期才引进律师制度，适逢国家战乱，国家法律体系并不健全，律师的作用也没有得到充分的发挥和体现。新中国成立后会一度取消律师制度，直到 20 世纪 80 年代初，中国大陆才恢复了律师制度，律师这一行业在中国重新出现，并有了前所未有的发展。但不可否认，我国律师制度比较而言，存在与发展的时间较短，要全面实现从普通综合型向专业化类型转变还需要一个历史过程。

2、经济发展不均衡原因。我国的律师制度虽然起步较晚、时间较短，但我国律所的专业化已经有所发展，特别像北京、上海、深圳等地的专业化水平已经大有提高。正是由于我国经济发展不均衡，各地律师业的发展也参差不齐，造成我国律所专业化整体水平不高。经济越发达的地区，社会分工越细，不但法律业务的分类清晰，而且业务量较大，相应地律师服务的专业化需求较高；反之，经济不发达的地区，社会分工还没有达到特别细化的程度，律所的专业化水平较低。

3、法学教育体制原因。我国法学教育体制具有笼统性，我们学法律的都知道，在上法学院的时候每个人并不清楚自己以后是从事法官、检察官还是律师行业，所有的学生基本上都是在同一个教育模式下对所设定的法学课程进行系统学习，因为未来就业的不确定性，以及毕业要求各科通过，在学习上也就不敢把哪个专业领域作为自己的主攻方向进行钻研。正因为所受教育的笼统性，使律师走上执业岗位之初，很难立即进行专业化方向选择，进而影响到我国律所的整体专业化进程。

4、律师的培养与成长机制原因。目前，我国律师在律所的执业总体上还是以单兵作战为主，只有那些发展水平和管理水平已经具有相当规模的律所才具有较强的团队作业理念和意识。刚刚执业的律师由于所掌握法律知识的普通综合性，其在法律服务与业务受理方面也具有普通综合性的“万金油”特色。特别年轻律师要生存，本来就苦于没有案源，也就不可能对仅有的业务进行做与不做的专业化选择。在不具有律所进行保障性专业化培养和团队帮带的条件下，律师走上专业化服务的道路非常艰难，相应地，我国律所的专业化进程就比较缓慢。

五、怎样才能加快我国律所的专业化进程

我们在全面分析了律所专业化的必要性，以及我国在律所专业化方面存在的问题、不足和原因，归根结底需要解决的问题是怎样才能加快律所的专业化建设进程，以促进我国律师业更富有活力地健康、有序发展，更好地为中国特色的社会主义现代化建设事业保驾护航。

1、加强政府的宏观引导与规划。虽然律师已经不是国家的公务员，律师事务所也不再是国家的政府机构或部门，但律师行业要得到健康发展，律师事务所要实现专业化发展，仍然离不开政府的宏观引导和规划。律所的专业化的实现是市场竞争的产物，是律师行业发展的必然趋势。但要进一步加快律所的专业化进程，推动我国律师行业的快速发展，缩短我国律师行业的摸索前进历程，就需要政府从宏观上进行引导和规划。深圳市为推进律所的专业化进程，决定划分十个专业对律师和律所进行重新洗牌和再组合，彰显了政府在律所专业化方面的推动作用，有效提高了该市律所的专业化水平，其成功经验可以在其他地区进行试点和借鉴。

2、对学校教育体制进行适当调整。法学院教育的笼统性显然不利于毕业学生的专业化方向选择，要及早帮助在校法科学生进行专业化定位，就需要在专业的划分上进一步细化。如法律专业可以分为刑事专业、民事专业、经济专业等等。在对学生进行各科学法理论进行普遍性教育的同时，凸显出其专业化主攻方向。在专业课程的教授过程中，不仅要进行专业理论教育，还应该安排专业实务课程，这有利于学生对所学专业产生浓厚的兴趣，并真正掌握

在专业领域实际操作运用法律的能力和办理实际业务的本领，帮助学生在学与用上实现接轨，从教育阶段为我国律所的专业化奠定基础。

3、在律所内部加强律师的专业化培养。普通综合性律所的“放羊式”管理，培养的律师不可避免地具有“万金油”的特色。毕竟，年轻律师要生活、要生存，在业务上就不得不眉毛胡子一把抓。要致力于实现律所的专业化建设，就有必要在律所内部对于律师进行专业化培养，花一定的本钱、下一定的功夫。年轻律师的后顾之忧是选择特定的业务去做，其他案源会流失，自己的生活没有着落。殊不知，没有专业化的定向发展，迟早会被行业所淘汰。致力于规模化、专业化发展的律所在内部管理和律师培养方面应该采取一些策略，有效为年轻律师解决后顾之忧，在一段时间内可以给他们底薪保障其生活所需，克服有案子就吃饭、没案子就挨饿的现状，并指派所内的专业化水平较高的老律师进行专业事务方面的传、帮、带，帮助非专业化律师在专业方面快速成长，从而实现以律师的专业化推动律师事务所的专业化。

作者单位：安徽众星合律师事务所

中小规模律师事务所的管理模式创新

尹里奇

【内容摘要】本文从中小律师事务所管理模式创新这一主题出发，运用辩证性思维，创造性工作的思维理念，在研究了中国律师在管理方面，从行政管理到自治管理，再到文化管理的发展过程，结合安徽里奇律师事务所建所十一年来在管理模式方面不断探索的经验与教训，并以中国律师事业发展的内在规律性为根据，提出了“以党建促所建，以政治促思想，以科学促管理，以文化促发展”的新型管理模式。在这一管理模式的运行过程中，我们曾遇到过许多困难和不解，但是我们用实践的结果论证了这一管理模式的客观真理性。为了推进这一独特的管理模式，在本文中我们还用自己的切身经验，着重阐述了这一管理模式的四大做法，从而论证了在律师事务所的管理中，只有用思维的创意推动实践的创新，才能够走出一条律师事务所的可持续发展之路。

【关键词】管理 管理模式 里奇管理模式

在中国现存的一万多家律师事务所中，从规模上来看，大部分属于中小型律师事务所。为了实现律师事务所的可持续发展，所的主任们无时无刻不在积极地探索着律师事务所的管理模式问题。因为，他们非常清楚，在同等人数、同等资金、同等规模的情况下，由于律所的管理方式不同，发展道路不同，所产生的经济效益和发展水平也是不同的。因此，律师事务所管理模式创新，就成了中小型律师事务所当前发展中的核心问题。

管理模式即单位或企业的管理理念，管理方法，管理策略，管理流程，管理手段或管理制度的总称。在实践的发展中，不同的管理模式将直接决定着企业的发展速度或企业的成败。因此，管理模式是现代企业管理学中的核心问题。在社会的发展中，中国律师事务所的管理先后经过了行政管理，自治管理和文化管理三个阶段，这是中国律师事业在管理方式上不断发展中，所经过的否定之否定的必然过程，也是 21 世纪知识经济内在发展规律在管理上的必然要求。

众所周知，律师事务所的发展靠管理，而当今管理的成败靠文化，任何一个律师事务所无论它有多么完善的制度，管理流程，管理手段，最终都是通过人来实现的。司法实践经验也反复证明，行政制度只能管人身，不能管人心；而文化管理的核心作用就在于它能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，从而把律师内在的法律知识转化为现实的文化生产力，更好地为当事人服务，促进律师事务所的不断发展。

我们正是根据上述的指导思想，在律师事务所管理模式创新中，提出了“以创新谋发展，向管理要效益”的管理理念。在具体构建管理模式创新实践中，我们以党建工作为根本，以思想政治工作为抓手，以科学的发展为手段，以文化建设为核心，从而构建了系统的，独具里奇所特色的管理模式。对这一独特的里奇管理模式，《中国律师》杂志曾以《红色的梦想》一文为题，向全国律师界进行了介绍，该杂志社原总编刘桂明先生是这样评价里奇管理模式的：“这是一个独特的律师事务所。独特的思维，独特的模式，独特的理念。她就是安徽里奇律师事务所。也许她还有你不适应的地方，也许她还会给你一些异样的感觉，也许她还使你产生不同的意见，但是，我们谁也无法忽视她，谁也不能不关注她。”在此人们不禁要问，

里奇所的管理模式是怎么产生的?“里奇”究竟“奇”在何处?

安徽里奇律师事务所始建于2000年1月1日,建所十一年来,我们始终信仰马列主义,追随共产主义,大干社会主义。在所党支部的正确领导下,全体里奇人扛着红旗做律师,重走二次长征路,以思维的创意推动实践的创新,创制了“以党建促所建,以政治促思想,以科学促管理,以文化促发展”的管理模式,走出了一条独具里奇所特色的可持续发展道路,取得了精神和物质上的丰硕成果。建所十一年来,在业务创收上,每年以20%的速度递增,总共办理了5500余件案件,办理法律援助案件354件,拒收各类财物26万余元,捐资助学5万元,收到当事人送的锦旗26面。在精神创造方面,我们共编辑出了党建工作、思想政治工作和律师业务专著48本,共10666页,计782.90字。出所刊《黑石之光》40期,共3245页,计310.6万字。在党建工作方面,建所十一年来,我们共培养了八名党员,始终狠抓党建工作和思想政治工作不放松,从而淮南市直机关工委连续六次,授予我所党支部为先进基层党组织,淮南市教育局党组,淮南律师协也三次下文号召全市司法行政系统向里奇所党支部学习。里奇所的先进做法和丰硕成果,先后在《中国律师》、《安徽律师》、《安徽法制》《南京大学学报》等刊物上多次报道,从而引起了社会广泛反响。

面对成功的经验和丰硕的成果,人们曾不止一次地向我们发问“里奇所的存在与发展靠的是什么?你们管理模式的内涵是什么?”我们明确地告诉他们,靠的就是“马列主义建所,党的领导管所,科学制度兴所,律师文化促所”。马列主义建所,解决的是人们的信仰问题;党的领导管所,解决的是党对律师事务所领导权问题;科学制度兴所,解决的是律师事务所的规范化管理问题;律师文化促所,解决的是律师事务所可持续发展的问題。这四大做法就是安徽里奇律师事务所管理模式的具体内涵,也是我们十一年来在管理中小型律师事务所中的具体经验,现具体介绍如下。

一、以党建促所建

这是一项保证律师事务所正确发展方向的核心任务,律师工作是上层建筑的一部分,中国共产党是各项事业的领导核心,律师或律师事务所也必须无条件接受党的领导。2000年我们就建立了党支部,并实施了党对律师事务所的绝对领导。为保证党对律师事务所及律师的绝对领导,里奇所党支部创造性地在中国律师的发展史上,制定了第一部《安徽里奇律师事务所党支部工作办法》。里奇所的这些创新做法,在十一年前可谓说是石破天惊之举。因为,在当时的社会环境下是厂长经理说了算,党的领导靠边站,要在律师事务所实行党的领导,这在当时是不可想象的。因为,按照司法部所下发的《合伙制律师事务所暂行条例》和《合作制律师事务所暂行条例》的规定,合伙人会议或合作人会议是律师事务所的最高权力机构,根据这两个规范性文件的精神,我们的做法显然是与之冲突的。所以,当时有许多人对我们的做法提出了异议。可是,原淮南市教育局党总支书记万希胜却说:“在中国共产党领导的国家内,搞党的领导没有错,你们大胆地干,错了开除我的党籍,与你们没关系。”正是在党组织的大力支持下,我们才在里奇律师事务所实施并坚持了党支部领导下的合伙人负责制,从而在律师事务所中成功地解决了领导权的问题。

建所十一年来,我们始终坚持党对律师和律师事务所的领导不动摇,在这期间,我所党支部共发展八名党员,律师事务所的主任和合伙人均由党员来担任。为加强革命传统主义教育,增强党组织的战斗堡垒作用,我们先后带领全体人员去金寨、徐州、南街村、郑州、开封、上海、庐山、南昌、香港和澳门等地参观学习。为了充分发挥共产党员的先进模范作用,我们在经济分配的提成上,规定党员的提成比例低于一般律师。党对里奇所的领导,为我所的发展提供了坚强的组织保证。在党建工作中,我们十分注意党建理论的研究,党支部成立以来,我们共计编撰党支部活动资料33本,计3300页,这是我们近年来党建工作的宝贵财富。

里奇所党支部的创新做法，引起了兄弟单位的广泛兴趣，近年来安徽省监狱管理局、淮北市司法局、南京大学、安徽科技学院等单位来我所参观学习。我所党支部在党建工作上的突出做法也得到了各级党支部的肯定，里奇所党支部连续十一年被淮南市直机关工委评为“先进基层党支部”，2011年我所党支部又被安徽省律师协会党委授予“先进基层党支部”的光荣称号。由于我所坚持狠抓以党建促所建不动摇。因此，得到了上级各单位的肯定。2004年3月10日，淮南市司法局党总支下文，号召全市司法系统党组织向里奇所党支部学习。2008年8月淮南市司法局号召全市律师事务所向里奇所学习。

二、以政治促思想

做律师没有精神信仰不行，没有正确的理想信念也不行。我们党之所以能把国民党的800万军队打败，建立新中国，靠的不仅仅是物质的力量，主要靠的是精神。正是由于我们党带领全国人民在一往无前的精神支配下，所以才会焕发出无穷的创造力。因此，做律师没有精神，没有信仰，没有理想也是不行的。所以，从建所开始，我们就把里奇所的思想路线界定为“政治建所，思想领先”。把我们所的办所理念界定为“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”。在政治路线和办所理念的推动下，我们长期狠抓律师的政治思想工作不放松，无论工作再忙，总是把律师的思想政治工作放在第一位。

大家知道理论指导实践，思想决定行为，思想问题解决不了，什么事情也做不好。所以，我们认为思想政治工作是律师事务所各项工作中的生命线。为做好这一工作，我们首先对全体律师进行了系统的哲学和政治经济学的教育学习，打牢理论基础，而后在全体律师中又开展了世界观、人生观、价值观和道德观的教育。在此基础上，我们每年、每月和每周向大家提供思想政治工作计划，每月要求全体律师写作思想汇报，每月开展一次思想动态调查，每月要求大家撰写一篇思想政治论文。十一年来，我们每周六在集体学习中，开展思想政治工作的教育和学习，每天利用晨会的形式，针对工作中出现的问题，尹里奇书记发表了大量的思想政治工作演讲。为了卓有成效地开展思想政治工作，我们进行了各种活动，这些活动的成果，已编撰成书。例如：尹里奇书记的《演讲稿辑录》，共九册，计2152余页，共164.9万字，还编撰了《律师政治思想论文集》两册，计564页，共46.3万字；《“三观”教育论文集》计200页，共16万字；《西方伦理集》，计148页，共11.8万字；《里奇所思想动态调查》，计646页，共28.2万字。正是大量的思想政治工作，使里奇人精神振奋，思想统一，目标明确，从而促进了各项行政工作的顺利开展。

正是我所不断强化律师的思想政治工作，因此全体律师在工作中思想统一、行为一致、精神振奋，始终在各自的工作中自觉贯彻“人民万岁、法律至上”的办所宗旨。他们在为他人的社会活动中实现自我的价值，把自我奉献给身边的人。建所十一年来，我所没有受到当事人的一次投诉，而且还收到了当事人送的锦旗26面，拒收财物26万元，捐资助学5万元，从而使经济效益和社会效益同步发展，全体律师为什么会取得这样的成绩呢？这完全是我所长期狠抓思想政治工作的结果。

三、以科学促管理

里奇所在近十一年的发展中，提出了“以创新谋发展，向管理要效益”的管理理念。管理问题是当今企业发展的核心问题，任何一个律师事务所都会始终关注这个问题。在开展科学发展观学习的活动中，我们深入研究了我国律师在管理方面的发展历程，从而深刻地认识到，以前所实行的行政管理和自治管理，已不能适应当前律师发展的需要。为了推进管理工作的创新，我们提出了文化管理的创新模式。文化管理即以先进的理念为指导，在律师文化

的构建中，用思维的创意推动实践的创新，从而解放和发展文化生产力，实现律师事务所的可持续发展。

为了实现这一管理目标，我们从科学的发展观入手，对涉及律师事务所发展中的一般问题予以了理论的界定。例如：发展模式、发展方法、发展理念、发展道路、发展途径等问题，我们都对它的理论内涵做了充分的研究和界定，变成了大家易于操作和执行的管理模式。在具体的管理工作中，我们每天早晨还开晨会，总结昨天的工作，布置今天的计划；工作时要求大家统一着装，每月律师必须提交工作总结，每天律师必须写作工作日志；每个案件需集体讨论方可出庭，开庭时必须站立发言，开庭结束后，两日内将打印的辩护词或代理词送交法院；案件结束后，写作办案小结，三日内装卷归档。每月所财务必须向全体人员提交创收表、工资表和收支平衡表，每年两次对律师事务所的运行情况，财务必须写出经济活动分析报告。每年、每月、每周所主任要向大家提交工作计划，每年、每月、每周所主任要向大家宣布工作总结，这些工作计划与总结已装订成册，计 700 余页。对于行政管理工作中的成果，我们还编撰了《企业组织论》，计 316 页，共 25.3 万字，《里奇所规范化管理及创新成果材料汇编》计 417 页，共 33.3 万字。

建所十一年来，我们以科学的发展观为指导，推动律师事务所管理模式创新，执行了文化管理的模式。在律师事务所的发展中，我们以精神的创造推动业务的创收，从而实现了里奇律师事务所的可持续发展。在行政管理中，我们深深地感到：制度只能管人身，不能管人心，而文化管理则能凝心聚力，使人们激发出无限的想象力和创造力。

四、以文化促发展

律师只有不断的吸收人类的先进文化，才能够为当事人提供优质的法律服务。因此，谁掌握了人类的先进文化，谁就有了竞争的實力，谁就掌握了市场的主动权。律师文化是律师事务所发展的基础，是律师实践过程中的精神之花，要实现律师事务所的可持续发展必须狠抓律师文化建设，加强文化管理。我们从建所开始，就加强了律师文化建设，到 2002 年里奇所的律师文化系统已构建成功。这一律师文化系统主要涉及律师事务所发展中的一般问题，我们对这些问题都进行了理论的抽象，并用哲学的语言予以固定，变成了大家易于掌握的行为规范。例如：我所的办所宗旨是人民万岁，法律至上。思维理念是辩证性思维，创造性工作。办所理念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。政治路线是政治建所，思想领先。思想路线是求真务实做真人，脚踏实地干实事。指导思想是承中庸而适度，继创新而勃发。律所的性质是法律服务的单位，增长才干的学校，精神创造的家园。律师的性质是，律师具有中国特色社会主义的法律工作者，律师是为当事人提供有偿法律服务的执业者，律师应当是政治人加经济人的文化人。我们对律师的要求是，要把律师当事业干，把工作当学问做；要把每一个案件当做最后一个案件办，要把每一个案件当成科研案件办。另外，我们还在里奇所的律师文化系统中，对律师的发展观、认识观、社会观、价值观、实践观等一般性问题作了科学的界定。正是这些独特的发展理念，规范着大家的行为，促进着里奇所不断发展。

为了加强文化建设，创建律师的精神家园，我们还在建所初期就创办了所刊《黑石之光》，到现在为止，已出刊 40 期。所刊的创办，为全体律师的精神创造提供了理论园地。我所要求每位律师要把个案的经验进行及时的总结，上升到理论的高度，为了实现以精神的创造推动业务的创收，我们要求每位律师每年最少必须写作四篇论文。到现在为止，我所已编撰律师论文集 3 册，计 900 页。由于我所狠抓了律师文化建设，因此我所律师在全国、全省及市级刊物上发表了大量的论文。不仅如此，近年来，我所律师每次在参加淮南市论文研讨和安徽省律协论文研讨会上，所提交的论文都名列前茅。例如：钟仁玖律师所撰写的论文曾获得华东

律师论坛优秀奖，尹里奇所撰写的论文也多次获得省市律协优秀论文奖。2011年6月，尹里奇所写的论文《律师文化的内涵及模式构建》还获得“全国永嘉信杯法律人社会责任研讨会”优秀论文奖。这些理论的构建，对推动里奇所的律师文化建设起到了重要作用。

纵观十一年来里奇所独特的管理模式所带来的成果，如果有人问我们，你们最大的收获是什么？我们可以明确地回答，我们最大的收获是三个经验的取得。第一个经验是，要实现律师及律师事务所的可持续发展，必须要始终坚持党对律师及律师事务所的领导，党的领导是律师事务所不断发展的根本保证。第二个经验是，要使律师事务所沿着正确的道路向前发展，必须要狠抓律师的思想政治工作，把理想信念教育放在一切工作的首位。第三个经验是，律师是具有中国特色的社会主义法律工作者，要实现中国特色社会主义不断发展的伟大目标，我们必须始终要把物质创造与精神创造一起抓，把制度建设和文化建设一起抓，否则律师的本质就会异化，律师行业就会腐化，律师事务所也不可能实现可持续发展。

当然，成绩只属于过去，未来还没有展开，只有现实是属于我们的。十一年来，里奇所党支部采取了“以党建促所建，以政治促思想，以科学促管理，以文化促发展”管理模式，走出了一条独具里奇所特色的创新发展之路，构建了里奇所的律师文化系统，促进了律师服务生产力的发展，提高了律师的生活水平，在业务创收和精神创造方面均取得了可喜的成绩。回顾十一年来里奇所走过的道路，我们无不切身地感到：是马列主义构建了我们的信仰，是共产主义确立了我们的理想，是党的阳光沐浴了我们的成长，是闪闪的红星指引了我们前进的方向，是党的领导促进了律师工作的不断发展。

作者单位：安徽里奇律师事务所

浅谈法律信仰

王恒新

【内容摘要】因为历史原因、思想方面、现实状况等因素，法律信仰在现今社会处于欠缺状态，因此，大力推进法治进程的中国比以往任何时候更加需要法律信仰。

【关键词】法律信仰 法律 信仰欠缺

“法律必须被信仰，否则它将形同虚设”美国比较法学家和法制史学家伯尔曼在上世纪90年代提出的这个著名论断，在今天的中国已成为一句引用率相当高的箴言。伯尔曼的思想也曾引发了中国法学界关于法律信仰问题的论战。

诚然，法律信仰在现今中国社会的确处于欠缺的状态。就其原因，有历史的因素——自古形成的“厌讼”“无讼”的文化观念使人们不愿与法律产生过多联系，不利于法律信仰的生成；也有思想的因素——马克思主义法学关于法律工具主义的思想，降低了法律在人们心目中的形象，势必影响法律信仰的生成；还有现实的因素——法的运行过程中存在诸多问题，有法不依、执法不严、违法不究的现象仍旧存在，降低了公民对于法律的信任度。但是，现阶段法律信仰的薄弱状态并不代表着中国社会不存在法律信仰的因素，更不代表中国社会不需要法律信仰。恰恰相反，正在大力推进法治进程的中国当今社会比以往任何时候都更加需要法律信仰。

一、何谓法律信仰

美国著名法学家伯尔曼教授在他的《法律与宗教》一书中曾说，“法律必须被信仰，否则它将形同虚设”。法律信仰即社会主体对社会法的现象的一种特殊的主观把握方式，是社会主体在对社会法的现象的理性认识的基础上油然而生的一种神圣体验，是对法的一种认同感和依归感，是人们对法的理性、感情和意志等各种心理因素的有机的综合体，是法的理性和激情的升华，是主体关于法的主观心理状况的上乘境界。伯尔曼先生通过对欧洲中世纪以来宗教发展历程的回顾，系统阐述了西方法律信仰的生成过程，在其看来西方的法律和宗教是结伴而生的，宗教从法律那里获得了社会合法性，而法律从宗教那里得到了神圣性。法律信仰是主体对法律理性认识基础上的一种心理状态，是理性与非理性因素的统一，是主观见之于客观的活动，是主体与法律之间的双向互动。

目前我国学者关于法律信仰概念的界定存在诸多问题，笔者认为法律信仰概念的合理界定应满足以下要求：首先应当符合当代中国法律的语境和表达习惯，不能脱离中国人信仰生活的实际。语境论所揭示的现象和道理告诉我们：作为定义中所使用的相关概念必须是一致的，并且符合现代汉语中的语词定义，这样才能保证被定义概念的准确性。同时，由于东西方历史和文化的差异，中国人和西方人对法律信仰的理解也存在差异，中国没有西方那样强烈的宗教意识，与这种信仰状况相适应，我们所说的法律信仰实际上指的是相信关于法律的一系列命题。其次必须遵循定义的方法和规则。逻辑常识告诉我们，定义可以分为真实定义和语词定义，两者分别有不同的定义方法，有必要对法律信仰重新进行语词定义：所谓法律信仰是指关于法律的信仰或一种法律领域中的信仰。由此，法律信仰的概念可表述为：法律信仰也即关于法律的信仰或法律领域中的信仰，是信仰的一种形式，是指人们对某种在其看来具有普遍价值的法律观念抱有深刻信任的情感状态。

二、法律信仰的必要性

首先，法律信仰具有精神激励功能，作为一种精神纽带，能使法律和人两相受益，并可以以此为契机促成一个国家和民族精神的养成。其次，法律信仰具有文化整合和凝聚功能，有助于对中国现代法文化进行导航和定位，并对中国现代法律职业文化进行凝聚。最后，法律信仰具有内在约束和填补漏洞功能，毕竟只要是信仰法律的人都会用法律约束自己的行为，加上法律不可能穷尽一切，如果我们能将法律信仰和程序功能有机地融合，法律的空白就被信仰的约束功能所填补。

三、中国法律信仰的现状

卢梭说过：一切法律之中最重要的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。回顾 60 年法治之路，当下中国在某种程度上已经形成了相对完善的法律体系，执法日益合法化和合理化，纠纷的解决在效率和正义上都有了长足的进步，但是，60 年法治之路，留给我们更多的是教训和反思。

西方法治传统的形成与其宗教信仰传统之间有着极为密切的关联，其法律信仰的形成直接源于宗教信仰的传统。在作为整体的西方人看来，过去两千年间历尽艰辛建立起来的西方法学的伟大原则，例如法律与道德体系保持一致的原则；财产神圣和基于个人意志的契约权利的原则；良心自由原则等都主要产生于基督教会在其历史的各个阶段中的经验。从西方法律信仰传统的培育过程中我们不难看出，培育法律信仰的根基在于信仰传统，尤其是宗教信仰传统的存在。要想在一个没有宗教信仰传统的国家建构公众对于法律的普遍信仰，无异于在沙滩上建高楼，其艰难性可想而知。整体而言，中国是一个没有信仰传统的国家。任何一种宗教都未曾在中国获得一种哪怕是在短期内为普通民众所真正信仰的地位。中华民族是一个按照实用主义原则行事的民族，没有一种宗教，哪怕是所谓长期奉为正统的“儒教”也并未获得公众普遍信仰的地位。而儒教文化的源远流长，并不有利于信仰传统的形成，相反，它使得历史上建构法治信仰论述的努力都无一例外地失败了。

可以想见，在没有信仰传统的中国，法律信仰的培育将会是一个艰巨而长期的过程。而任何忽略中国宗教信仰传统缺失的背景去谈论法律信仰，都将使法律信仰成为一句没有任何实践价值的空洞口号。我国法律信仰的现状不容乐观，大致可以概括为以下几个方面：

（一）普通民众厌讼情结由来已久

丰都鬼城入口处有块一米见方的石碑，其上刻有两句谒语：“饿死不作贼，气死莫为讼。”它深刻地表明了我国百姓自古对诉讼避而远之的心态。在我国封建社会里，法律是一种治民的工具。诉讼过程中充斥暴力惩戒的思维定势，无论是充当原告还是充当被告，在司法中都是极不光彩的角色，诉讼对当事人来讲是一个极其痛苦、羞辱、漫长的过程，当事人不论在精神上还是肉体上都要付出巨大的代价（上如受宫刑的太史公司马迁，下如受杖刑的无数草民）。即便如此，诉讼的结果还常常是未知的，难以把握的。在重德轻法的文化传统中，无讼是一种社会舆论的导向，正如孔子所说的：“听讼，吾犹人也，必也使无讼乎。”（《论语·颜渊》）隐忍克己，也是百姓减少其生存成本的无奈之举。远离法律并非意味着对法律的敬畏与敬仰，恰恰相反的是它充分体现出百姓对法律的不信任以及强烈的排斥与抵制的心态。时至今日，我国公民仍习惯于用诉讼外的方法解决问题和纠纷。

（二）执法中某些领导干部及执法人员知法违法，影响恶劣

近几年，高级领导干部的违法案件有增多的现象。2006 年，郑州市长因违法批地，近万亩农用地被征用，直接侵害了被征地农民的合法权益，被记大过。此案是当时国土资源部建设部八年来中央因非法批地查处干部级别最高的案件。2009 年 8 月 27 日，原晋江市交通局局长洪清伦利用负责沿海大通道晋江路段等工程款审批工作之便，收受多家建筑公司送给的

人民币计 124 万元,被判刑 13 年。类似的案件时有发生,直接影响到公众信仰法律的情感。

虽然,这些行政领导干部最终受到了应有的惩罚,但究竟还有多少这样已不代表人民利益的领导“潜伏”在行政领导干部的位置上欺压着人民,我们不得而知。人民群众的利益得不到法律保证,谁还信法律呢?更何谈信仰!

(三) 司法机关公信力流失,冤假错案频发

孙志刚用自己年轻的生命换来了“收容审查制度”的废除,孙中界用“断指”来唤醒相关部门对“钓鱼执法”的关注。新闻舆论的力量大于司法力量,一定程度上形成了舆论审判而非司法审判,近观聂树彬冤案,许霆案、杭州飙车案、罗彩霞案、赵作海案等相继被媒体曝光,引起民众一片唏嘘,同时,在拷问着我国司法机关的执行力和监督力度。最重要的,我国的司法机关对法律的敬畏和信仰需不断提高!

诚如我国清末法学家沈家本先生所言:法立而不行,与无法等,世末有无法之国而长治久安矣。法律在我国民众心里还是一个可有可无的范畴,事不关己高高挂起,目前法律信仰的现状着实令人堪忧。法律始终没有内化成人民心中的信仰,一直是维护王权与秩序的工具,法律往往对臣民有效,对君主无效,统治者可以根据自己的需求时而高举法律,时而破坏法律,这也成为当今社会的一大观念障碍。

(四) 公民法律情感的转变

情感,作为心理学上的一个概念,指个体对外界刺激产生的肯定与否定的心理反应,与社会活动紧密相联。法律情感是法律意识中的一个内容,是基于法律现象作用于人们的感官而产生的肯定或否定的心理反应。社会公众的法律情感是指社会公众在法治化与人治化的不同环境下,在长期的社会活动中逐步形成的稳定性与倾向性的法律感性认识、法律理性认识与法律信仰的心理反应的总和。社会公众的法律情感经过法律感受与法律认识阶段之后,必然沉淀与归宿为两种不同的方向。一个方向是对法律的认同、接受与信仰,从而自觉地去遵守法律,并积极参与法律建设。另一方向是批判、排斥与否定,从而抵制法律,也就会视法律为虚无,甚至违反法律。法治文明的发达意味着良好的法律被真诚地信仰和遵守。“法律必须被信仰,否则它将形同虚设。它不仅包含有人的理性和意志,而且还包含了他的情感,他的直觉和献身,以及他的信仰。”法律及其法律作用的发挥必然以确立其权威、被人们认同、尊重与信仰它为前提。社会公众对法律的认同、接受与遵守,直到信仰,这是法律情感的升华与最终归宿。正如心理学已经证明的那样,在确保遵从规则方面,其他因素如信任、公正、信实性和归属感等远较强制力为重要。我国司法改革三十年,民众对法律的情感也有了很大的改变,这种结果也是大多熟人满意的,这说明我国民众对法律的情感不是厌恶、批判、排斥与否定的,但是还远远未达到信仰的程度,中国目前的法制状况还远远未到一种令人可以如宗教般虔诚的信仰,经济体制的改革,打破了以前的社会状态,这就决定了中国的上层建筑必须跟上步伐,但是,很多时候,我们并不知道司法的实质是什么。

(五) 法律信仰缺失的原因

梁治平先生在《法律与信仰》一书译者序言中分析道:问题在于,这恰好不是我们的传统。这里不但没有融入我们的历史,我们的经验,反倒常常与我们固有的文化价值相悖。于是,当我们最后不得不接受这套法律制度时,立刻就陷入无法解脱的精神困境里面,一种本质上是西方文化产物的原则、制度……又怎么能激发我们乐于为之献身的信仰与激情?我们并不是渐渐失去了对于法律的信任,而是一开始就不能信任这法律。⑥梁治平先生的这一论段正好切中了我国法制建设中的痼疾所在,一个还未引起足够重视的法律信仰问题。当代中国法律信仰的整体性失落,原因是极其复杂的,大致可以概括为以下几个方面:

1、从历史传统上讲,有两方面的原因

中国缺乏法律信仰的宗教土壤

法律与宗教在西方文明中是不可分的,在西方文明时期,法律与宗教共享同一种仪式、传统,且具有同样的权威与普遍性。根据伯尔曼的观点,“任何一种法律,倘若要获得完全的

效力，就必须使得人们相信，那法律是他们的，而要做到这一点，则不能不诉诸人们对生活的终极目的和神圣事物的意识，不能不仰赖法律的仪式、传统、权威和普遍性”^⑦由此可见，法律信仰是建立在法律与宗教密切联系的基础上的，是二者辩证的综合。法律被看成用以解决纷争以及通过权利义务的分配创造合作纽带的程序，宗教则被界定为对于生活之终极意义和目的的集体关切和献身。它们代表了人类生活中两个基本的方面，法律意味着秩序，宗教意味着信仰。没有法律人类便无法维系当下的社会；失去信仰，人类则无法面对未来的世界。可以肯定地说，伯尔曼这里所说的法律实际上指的是宗教教规或最早的宗教律法。为了证明法律与宗教可以相互影响和作用，伯尔曼说法律与宗教在渊源上就相通，所以才存在可能恢复法律的宗教性和恢复宗教的法律性。“法律必须被信仰，否则它将形同虚设”^⑧它不仅包含有人的理性和意志，而且还包括了他的情感、他的直觉和献身，以及他的信仰。而在中国，因为缺少这样的社会各层面的普适宗教的土壤，那么相应的对法律的信仰就缺少应有的根基。

2、中国传统文化和“人治”的深厚积淀

“特权”意识的泛滥，有我们几千年等级制度和封建文化的历史渊源。维护封建帝王之权，维护封建专制政权，维护封建等级制度，反对个体权利。这是中国传统文化中不利于法律信仰建立的文化和制度因素。同时，“人治”在法律上也表现出一定的随意性，君主可以按照自己的喜好来制定出法律，君主甚至可以就某个人或某个事件下个召，颁个敕什么的；在刑罚上也异常残酷，如五马分尸、凌迟处死和梳洗等刑罚方法，像凌迟处死这样的残酷刑罚直到清末进行法律改革时才将其废除。这些都不利于中国人法律信仰的建立！

3、立法、执法、司法制度层面的原因

立法缺乏科学性和可操作性，公众参与性不强

首先，立法的主体是否都代表人民的利益受到质疑，如2008年11月10日岳阳地区曾发生一个男子自称人大代表，但却在街头狂殴六旬保姆，这样的人大代表能代表人民的利益吗？其次，立法方面缺乏科学性与可操作性。最近，可怜的张海超开胸验肺事件就是由于《职业病防治法》缺乏科学性与现实操作性，使得张海超的“尘肺病”一直无法得到有效鉴定，张海超依法不能得到及时有效的鉴定与补偿。

法的运行渠道不通，政府不依法执法

首先，短短几十年的时间，颁行了几百部法律、法规，立法呈现进一步膨胀的趋势，面对汹涌如潮的立法产品，民众甚至法律职业群体越来越觉得不知所措。法律在很大程度上被当做临时解决问题的工具，刚刚制定出来就面临修改的命运，许多法律被制定出来以后不执行、无法执行和执行矛盾时，具有缺陷的法律带给民众的感觉则是法律的不确定性、无保障性、甚至盲目性，从而严重影响了法律在大众心目中的神圣性。其次，执法队伍人员素质不高，以权代法、权钱交易、有法不依、有令不行；以言代法、自立标准、关系风、说情风盛行、地方保护主义严重。

司法公信不断流失，司法不独立、不权威

司法是正义的最后一道防线，一旦司法出现了问题，人们信仰法律的情感就难以逾越。古罗马执政官塔西佗对此曾有一个形象的比喻，他说当政府不受欢迎时，好的政策和坏的政策都会被人民责难。今天，中国的司法公信就是跌入了“塔西佗陷阱”之中。近几年，腐败渗透到司法的各个层面，“瓮安事件”、“石首事件”以及“鸳鸯判决书”均与司法腐败紧密相关。就连“涉黑”这样恐怖的字眼也与司法挂上了钩，司法公信流失导致司法权威难以确立，公众信仰法律的信心也随着司法公信的流失而消失殆尽。在这些事件中我们看到法律的天平在倾斜，这些有违法治社会精神的种种行为使得民众无法对法律产生基本的信任，法治现代化建设遇到了难以逾越的鸿沟。司法活动应逐渐成为一种专门的技术知识，一旦形成一种专门的技术知识，法律和法律活动就会较少直接受社会活动的波动而激烈变化，而受法律团体内的话语实践的制约；即使有变化，法律现有的知识传统和实践传承也会使法律活动保持相

当大的连续性。换一个角度看,这样的法律运行显示出相当程度的稳定性和自主性。这种稳定性和自主性会使法律日益显得中立,显得是一种社会公正、正义的象征,而不是代表某个人、社会集团、社会阶层甚至某一特定时刻社会大多数人的直接愿望。这样的法律自身、其所体现出来的原则和价值就容易获得一种神圣感,似乎成了一种客观化、实体化的存在。

四、如何培育人们对法律的信仰

(一) 法的功能方面,对法律虚无主义和万能主义思想的批判

在我国法制建设中存在着两种不同倾向,一是法律万能主义,二是法律虚无主义,二者都有其存在的思想基础,这两种认识对我国的法制建设都是不利的。我们在法制建设中要注意和避免这两种偏向,正确对待传统法律思想的发展,将现代、现实和传统三者有机结合起来。

法律万能主义是近代西方理性主义的结果。最突出的阐释就是法律中的概念法学,在我们接受成文法时也同时接受了这种思想。它认为法律能规范人类的所有生活,也就是说,人类社会的所有问题都可以通过法律规范来解决。一旦某个领域出现了混乱状态,人们就希望有相应的法律去规范,认为是由于没有法律才导致这种混乱;而如果有了法律还存在着混乱,那就是法律执行存在着问题。

所谓的法律虚无主义,则是持截然相反的态度。对于客观社会的合理性能否通过规则表现出来这个问题,它的回答是否定的,并进而认为法律与合理性是脱节的,即使没有法律,社会也能够正常地运转。事实上,规则具有相对稳定性,而现实生活是充满变化的,用固定不变的规则去限制不断变动的社会现实,二者之间必然会产生冲突。法律虚无主义这种思想在我国的法制建设中不时有所抬头,尤其是在新中国成立之初,甚至认为法律的存在只是维护既得利益者的利益,一个无产阶级国家在没有法律的情况下也照样能够有效地运作。“文革”中“造反有理”,革命的合理性远远高于合法性,这种思想得到了当时中国人的普遍认同。法律虚无主义在各个国家的法律发展中都出现过,我国也不例外。一是传统上对法治的否定,二是20世纪60~70年代对法律的全盘否定。我们在年代末随着对“文革”的否定而否定了法律虚无主义,80年代肯定市场经济是法治经济时更是肯定了法律的重要性和法治的重要性,否定了法律虚无主义。这种认识在我国的法制发展中是十分重要的。

(二) 从制度层面入手,培育对法律的信仰

1、完善法律结构、使法制建设更加和谐统一

实现法治,首先应当建立完整、严密、和谐、优质的法律体系,从而把社会生活的基本方面和主要社会关系的调整都纳入法治的轨道。党的十七大报告指出:“要坚持科学立法、民主立法,完善中国特色社会主义法律体系。”这是构建良好的法律体系和和谐法治所必须具备的前提。法律是一种民意的汇聚,法律要维护民生与民权,所以法律本身的构建应力求和谐与统一,才能保障法律发挥其最大功能与作用。而不至于因其自身的缺陷,无法实现其立法初衷。

2、强化执法人员队伍建设,全面提高执法水平

执法队伍应当在人员选拔上实行公开、平等、竞争、择优的管理机制,在业务建设上不断加大培训、考核力度,不适合执法要求的人员要坚决清除和调整出执法队伍,保障执法队伍人员的高素质、高质量。执法人员作为法律的践行者,应当具有较高的专业水准和文明素养,对法律法规及相关政策要熟练掌握,在执法过程中要善于将法治思想传递给民众,要保证执法过程公开、公正、公平,并符合程序要求。德国法学家耶林说:执行法律的人如果变成扼杀法律的人,正如医生扼杀病人,监护人绞杀被监护人,乃是天下第一等罪恶。因为“就法官而言,一个理想中的真正奉行法治的法官,是一个其决定不会受到个人看法和偏见左右的人。只有一个简单的原因可以用来解释他所做得一切:因为这就是法律”。可见,法官法治

理念的短板将严重制约公民最终追求的公平与正义的获得。故执法人员不仅要做到违法必究、执法必严，还要率先垂范、以身作则，做守法的模范，把信仰法律作为职业操守。

3、完善法律制约和监督机制，确保权力在阳光下运行

孟德斯鸠曾指出：“一切有权利的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。有权力的人使用权力一直到遇到有界限的地方才休止。”“从事物的性质来说，要防止滥用权力，就必须以权力约束权力。”可见，规制权力是法治建设的关键环节。党政机关要带头模范守法，依法行政，不能以言代法、以权代法。要建立健全各项行政监督机制、明确权力划分范围、落实具体的行政问责机制。目前当务之急是强化对公共权力领域的法律监督与权力规制问题，让权力在阳光下运行，这是遏制腐败现象的根本所在。要使权力者树立以民为本的服务意识，认真地对待人民的权利。德沃金曾说过这样的名言：“如果政府不能认真对待权利，它也就不会认真对待法。”为此，我们的权力部门应彻底转变官本位思想，努力将权利诉求落实到每一个人、每一起案件。

4、完善法律援助资源配置，降低公民维权成本

在任何一个社会里，由于各种原因，总会存在各种各样的纠纷。所以法律援助应当为那些需要帮助的人提供有力的支撑，使那些权利受损害的人能看到希望和坚定依法维权的信心。合理配置相关救助部门和法律援助机构及其人员，拓展社会救助和法律援助的范围与空间，加强对行政职能部门及服务人员的法律监督和检查、建立健全基层工会组织，充分发挥其维权与服务作用，才是降低公民维权成本的基本保障。我国早在战国时期就将法律刻在象征权力的铜鼎上以示对其的尊崇；古罗马人也将法律刻在罗马广场上的12根铜柱上以示对其的崇尚。而在今天，最重要的法律不是刻在尊贵的铜器上，而是应当刻在人们的心上。正如古希腊的思想家苏格拉底信仰法律胜过珍爱自己的生命一般，我国公民也应当如此对法律心生敬仰与敬畏。

五、在法律宣传和普法过程中，提高对法律的信仰

法律信仰是积淀于人们内心的对于外在的法的一种积极的肯定的态度，是内在的“德”与外在的“法”的结合点。

我们的法律宣传和普法工作肩负着推进中国法治化进程的重任，在“以德治国”与依法治国相结合思想的指导下大力提高全民的法律素质是普法工作的责任。我国“四五”普法规划明确提出要“努力实现由提高全民法律意识向提高全民法律素质的转变，实现由注重依靠行政手段管理向注重运用法律手段管理的转变”。“努力实现由提高全民法律意识向提高全民法律素质的转变”是在强调人的素质，是在强调法治化进程所需要的“好的人”；“实现由注重依靠行政手段管理向注重运用法律手段管理的转变”是在强调制度因素，是要求在政府管理手段上形成一种注重法律方法的机制。它们好比是一辆车的两个轮子，将共同推动我国的法制化进程。

法律信仰在法制化的进程中有着极其重要的作用，法律信仰的建立是法治化进程中的重要一环。法律制度是一个国家达到法治的外在条件与保障，而法律信仰则是人民内心对法律制度的维系，是法律得以正常运行的必要条件。我们必须在普法工作中明确地将“建立普遍的法律信仰”摆上议事日程，必须在每个普法工作者的思想中明确“建立普遍的法律信仰”这项工作的重要性。

作者单位：安徽经盾律师事务所

对律师非诉讼业务的几点思考

张 健 徐 亮

【内容摘要】随着社会政治、经济、文化等方面的改革和发展，律师作为一种职业其业务范围必然要进行响应的拓展和调整，社会各个阶层也对律师行业提出了更高的要求 and 多层次法律服务的需求。在这种情况下，律师传统单一的诉讼业务已经不能适应社会发展的需要，拓展非诉讼业务领域势在必行。

【关键词】非诉讼业务 团结协作 高效的时间观念 高效的办事流程 工作记录

律师非诉讼业务是指律师接受公民、法人或其他组织的委托，在其职权范围内依照国家有关法律、法规的规定，不与法院和仲裁委员会发生司法意义上的联系，直接为委托人办理某种法律事务的业务活动。

传统的律师业务主要集中在诉讼业务的办理过程中，包括刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼和仲裁程序，这种局面的形成有其一定的社会现实环境，也是律师行业发展的必经阶段。我们并不否认诉讼业务是律师赖以生存的基本技能，诉讼过程特别是刑事辩护最能体现律师的专业素质和人格魅力，但随着社会政治、经济、文化等方面的改革和发展，律师作为一种职业其业务范围必然要进行响应的拓展和调整，社会各个阶层也对律师行业提出了更高的要求 and 多层次法律服务的需求。在这种情况下，律师传统单一的诉讼业务已经不能适应社会发展的需要，拓展非诉讼业务领域势在必行。

一、对律师做好非诉讼业务所需具备条件的要求

（一）律师做好非诉讼业务必须具备丰富的知识和良好的学习能力

非诉讼法律服务涉及到的知识很多，除了要求律师知识结构复杂，贯通各部门法律外，一般还要拥有其他学科的专业知识，诸如财务、税务等。另外，律师必须具有良好的学习能力，能在最短的时间内掌握最新的知识。因为这些关系到律师提供的交易方案是否合法、是否为委托人节约交易成本。

（二）律师做好非诉讼业务需要具备团结协作，相互配合的意识

非诉讼业务与诉讼业务不一样，传统的诉讼业务流程明确，且涉及的专业通常比较单一，一般一名律师即可办理。但非诉讼法律服务会涉及到不同的法律领域，一个律师是很难独立办理的，需要律师的协作和配合。

笔者曾经接受当事人委托办理土地转让的事宜，接受委托前，笔者认真查看了当事人的材料，发现该案件不仅涉及到土地方面的法律法规，还涉及到合同法、公司法、房地产法等相关领域。而并不是每个领域都是笔者所擅长的，因此，与其他专业律师的合同不可避免。在合作中，必须要有相互协作、谦虚谨慎、互相借鉴的精神。因此，做好非诉讼法律业务，一定要有合作精神。

（三）律师做好非诉讼业务必须具备实事求是的办事原则

每个当事人都会有自己的喜好和对事务的看法，在接受当事人委托，处理当事人委托的事项时，一定要按照客观事实和法律规定完成法律业务。不要凭当事人的喜好提供律师意见。

以当事人的商业目标为转移，并不是说要不顾客户的要求是否合法，完全按当事人的意见去做。操作方式上可以灵活，但原则问题是绝对不能有变更的。

（四）律师做好非诉讼业务必须具备良好的处理人际关系的能力

非诉讼业务涉及到与多种客户打交道，对一个客户也往往涉及到与客户各个层面的人打交道。律师人际关系永远处于不断拓展之中。由于律师职业特性，处于生人社会之中，总是接待新的当事人和服务对象，在工作中不断发展、拓展人际关系，这就是为什么成功律师人脉关系越来越旺，不成功律师人脉关系越走越弱的原因。因此，没有良好的人际关系处理能力，将大大影响律师业务的开展。

（五）律师做好非诉讼业务较强的口头和文字表达能力，一定的写作水平

诉讼的法律文书要短，要简单明了，但非诉讼法律文书一定要长，要详细。

笔者在做非诉讼业务的过程中深刻的感觉到，律师文字表达能力的重要性。笔者在对大量的顾问单位和客户进行非诉讼法律服务过程中，客户均要求律师必须要有很强的文字表达能力，常常是遇到一个问题要求律师必须立刻解决，而且必须出具书面的法律意见。有些问题可能口头回头比较容易，但是一旦需要进行提供书面的法律意见，不仅要问题阐述清楚，还需要提供法律依据予以支持，客户对一个重大问题的决策常常会以律师出具的法律意见为最终依据，律师提供法律文书表达的是否清楚及观点是否明确对于客户是至关重要的。

因此，律师一定要注意提高自己的写作水平。要通过大量的写作来提高自己的文字表达能力。

（六）律师做好非诉讼业务必须能够严格保守当事人的秘密

这是律师的基本职业道德之一，因为非诉讼业务经常会直接涉及企业的管理和运营，因此可能接触到当事人的更多秘密，这就要求承办律师要为当事人严格保密，避免不必要的损失和纷争。

（七）律师做好非诉讼业务必须具有高效的时间观念

与诉讼业务受司法程序的规制而可以有节奏的稳定而缓慢的工作不同，律师的非诉讼业务要求我们必须跟上委托方的要求，在保证工作质量的前提下与当事人的思维同步，帮助客户把握商机，只有这样才能体现律师工作的专业、高效。

二、律师承办非诉讼业务除具备上述条件外，还要有清晰的工作思路及高效的办事流程

（一）向客户提供工作计划或工作方案

一项非诉讼业务经常会涉及很多专业领域，最好要成立一个团队进行有效的分工配合。在团队成立后，小组负责人应根据客户的委托事项拟订一份工作计划或工作方案。将律师服务的方式、时间、内容及计费方式向当事人讲清楚，以便客户配合。

（二）作一份详细的资料清单，并列清律师的需求

与诉讼业务一样，非诉讼业务也需要律师对客户及委托事项的基本情况做充分了解。通常的作法是事先拟订一份资料清单，要求客户按约定的时间提供。在资料清单中，要讲清对提供资料的要求并及随时要求补充新资料。

（三）作好工作记录，对客户的服务一定要形成书面的成果

对客户的服务过程，一定要形成书面的成果。有时候客户可能只是给你打一个电话，咨询一个问题。但是，在电话和口头咨询后，最好能将客户咨询的问题以律师函的形式发给客户。首先，这样可以给客户一个提醒，使他对律师的答复有一个深入的了解；其次，口头解答有时难免会产生律师的遗漏和错误，通过书面的文件有一个修正过程；再有，能使客户对律师的工作有一个更好的评价；同时，也有利于对客户投诉事项形成有利的抗辩证据。

三、对律师非诉讼业务应进行科学合理定位

非诉讼业务，人们往往理解为调解、谈判、协商等非诉讼途径的业务。其实这种理解有失偏颇，因为在实践中大量的调解谈判仍然是为诉讼业务服务的，或者是为诉讼做准备，或者是在诉讼过程中进行，这种意义上的调解谈判其实是诉讼业务的合理延伸，是诉讼业务的必要辅助手段，并非严格意义上的非诉讼业务。律师行业和其他社会行业一样，都是社会化大分工出现的结果，律师职业和其他职业一样，都有其一定的内涵和外延。律师能干什么不能干什么，原则上应该由国家法律政策予以规范，和其他任何职业一样，凡是法律没有禁止的领域，原则上律师都可以拓展其业务，这是律师自身发展的需要，也是社会发展的趋势。因此，对律师非诉讼业务的定位，应该为：除诉讼业务之外，法律不禁止且律师能够从事的其他相关业务，诸如房地产开发、专利代理、公司企业改制、股票上市、对外贸易等领域中的法律服务业务。

需要指出的是，律师非诉讼业务的范围受到一定时期的政治、经济、文化等因素的制约，处于一种动态的变化过程中。因此对律师非诉讼业务的具体范围，应结合社会诸多因素来认定，也要适应不断变化的各种形势，与时俱进不断拓展律师非诉讼业务的范围。在我国目前进行政治经济体制改革、建立和谐社会的现实环境下，律师非诉讼业务已经渗透到社会生活的方方面面，律师的工作也逐渐受到社会各界广泛的认同，因此非诉讼业务应成为律师施展才能的又一舞台，律师非诉讼业务也必将促进社会的健康、和谐、有序的发展。

四、对律师非诉讼业务的现状应全面认识和分析

虽然律师非诉讼业务的范围宽泛且业务拓展由来已久，但从目前的情况特别是我省非诉讼业务的开展情况看，其结果仍然不尽人意，这其中的原因是多方面的，主要集中在以下几个方面：

第一、受政府政策方针及观念影响，律师非诉讼业务的范围没有完全放开。在我国，律师行业属于第三产业中的服务行业，其所从事的执业活动受到政府部门的管制和约束，因此政府的决策直接决定了律师非诉讼业务的范围。同时律师个人也很难进入主流社会的决策层，作为政府部门由于受到传统体制的影响，也很少能考虑到律师的作用，这样便导致了律师非诉讼业务的范围萎缩，这在各个地方都比较普遍。

第二、受经济发展水平的制约，律师非诉讼业务的发展各地相差很大，水平参差不齐。越是经济发展比较快的地方，律师非诉讼业务发展水平越高，这几乎已经是一个惯例。众所周知，我省的经济发展水平由于受到客观条件的限制在全国排位较低，这在一定程度上影响了律师非诉讼业务的拓展，因此必须采取相应的措施，以化解这种不利的外部环境。

第三、律师行业内部的问题也制约着非诉讼业务的开展。由于律师职业是一个独立性很强的职业，因此律师之间的协作团结如果没有相应的科学机制来规范，将是难以实现的。事实上我省许多律师事务所的律师平常都喜欢独立办案，团结协作办案于存在诸多因素的影响，往往难以实现。但律师非诉讼业务的开展，往往需要各个律师之间的配合工作，尤其是企业改制、公司上市等项目的法律服务，往往需要数位律师之间的合理分工和精诚团结才能完成。因此，律师内部的工作机制与非诉讼业务的实际需要成了矛盾，这也在一定程度上影响了律师非诉讼业务的拓展。

第四、律师自身素质也制约着非诉讼业务的开展。我省大部分律师以往的业务主要集中在诉讼业务上，由于非诉讼业务涉及的范围非常广泛，其对法律专业素质要求的广度、深度和新颖性并不亚于诉讼业务，这对律师的知识储备和能力实践提出了更高的要求，而我省部分律师显然难以胜任这种工作，这也影响到了非诉讼业务的开展。

由于上述因素的制约，我省律师非诉讼业务的拓展有不尽人意之处，但也应该欣喜的看到，有一部分律师事务所在非诉讼业务方面取得了较好的成绩，有的在某一领域运作得相当成功，这也在一定程度上起到了示范作用。因此，应结合诸多因素，全面客观地看待我省律师非诉讼业务开展情况。

五、对拓展律师非诉讼业务的途径及前景展望

任何行业的发展，都离不开社会政治、经济、文化等条件的制约，离不开行业自律和整体发展，离不开个人的律己和奋斗，律师行业尤其如此。因此，律师非诉讼业务的拓展涉及到方方面面，既有宏观领域的参予决策和具体政策的实施，亦有微观方面的行业自律和个人奋斗。作为行业自律组织的律师协会，应成为律师职业的代言人，向政府等部门反映律师的实际需要，最大限度为律师非诉讼业务争取更广阔发空间，为律师执业营造一个宽松的环境；作为律师，应适应社会发展的实际需要，使自己掌握的知识尽量全面化、专业化和更新化，提高应对新事务新问题的能力，为非诉讼业务的开展打好坚实基础。

马鞍山作为一个中小城市，法律业务尤其是诉讼业务有限，但无论是单位或者是自然人均会有不同的非诉讼法律业务的需求，这个市场的需求是巨大的，是远远超过诉讼需求的。只要律师和律师事务所加大对非诉讼业务的拓展，必将能够开拓出比诉讼业务更加宽广的领域。

作者单位：安徽明博律师事务所

律师担任政府法律顾问相关问题的思考

吴 明

【内容摘要】 律师作为社会主义法律工作者，现已成为担任政府法律顾问的主要力量。公益性、半公益性的政府法律顾问服务模式极易导致政府法律顾问服务流于形式，服务品质难以保证。市场化的法律顾问服务政府得到的是最优质的服务，应坚持政府购买法律服务，坚持政府法律顾问的市场化发展方向。律师担任政府法律顾问相对于官员、学者而言享有比较优势，只有律师担任政府法律顾问，才会真正发挥政府法律顾问的职能作用。律师在为政府提供法律服务的过程中，应坚持主动服务的工作原则，坚持事前防范和事中控制为主、事后化解为辅的工作原则。

【关键词】 律师 政府法律顾问 比较优势 工作原则

随着我国行政管理体制改革的不断深化，国务院《全面推进依法行政实施纲要》、《加强市县政府依法行政决定》以及《关于加强法治政府建设的意见》等政策法规的贯彻落实，政府法律顾问制度作为推进政府依法行政、建设法治政府的一项重要举措日益成熟和完善。律师作为社会主义法律工作者，逐渐成为担任政府法律顾问的主要力量。据司法部统计，我国目前由律师组成的法律顾问团已达到 8200 多个。虽然广大律师正在通过政府法律顾问角色发挥着越来越重要的政府参谋和助手作用，但就律师担任政府法律顾问相关问题的理论研究和实务探讨刚刚起步。为此，笔者就律师担任政府法律顾问相关问题发表浅见，以求教于同仁。

一、政府法律顾问服务性质分析

目前全国各地关于律师担任政府法律顾问是否收取费用及报酬主要有三种模式：第一，律师不收取任何费用和报酬；第二，律师收取一定数额的固定报酬或政府给予少量的法律实务处理补贴；第三，律师根据市场价格向聘任政府收取全额的服务费用。第一种模式由于政府不支付任何费用，律师为政府提供的是一种纯公益性质的法律服务；第二种模式律师提供的服务不按市场价格收费，可以界定为半公益性质的法律服务；第三种模式政府按市场价格全额支付法律服务费用，律师提供的属于完全市场化的法律服务。就目前我国现状而言，北京、上海及经济发达地区多采用市场化模式，半公益及纯公益化模式主要在经济欠发达地区施行。政府法律顾问服务应强调公益性还是坚持市场化？公益性服务和市场化的服务各有什么利弊？政府法律顾问服务最终的发展方向是什么？对这些问题的准确回答对于完善政府法律顾问制度，最大限度发挥政府法律顾问作用意义重大。

（一）公益性的政府法律顾问服务利弊分析

公益性、半公益性的政府法律顾问模式对于政府而言，最大的好处是节省了财政支出，对于律师而言最大的好处有利于在政府面前树立社会主义法律工作者的良好形象，有利于提升律师行业的整体影响力。但凡事有利则有弊，为政府提供公益性的法律服务对于知名律师而言，他们很难集中整段时间，耗费较大精力来深入研究如何为政府提供优质高效服务；如果政府聘请具有良好职业道德和业务素质的青年律师作为法律顾问，公益性的法律服务会使得青年律师面临生存问题，青年律师在生存问题得不到解决的情况下也很难为政府提供优质服务。因此，公益性模式极易导致政府法律顾问服务流于形式，服务品质难以保证。

（二）市场化的政府法律顾问服务利弊分析

市场化的政府法律顾问服务，意味着完全的“政府购买服务”，法律顾问费用的支出增加了政府的财政支出，但通过市场化的模式，政府可以通过招标，竞争性谈判等方式选择最好的律师组成最好的法律顾问团队为政府提供最为优质的法律服务，市场化的服务是最好的服务。通过市场化的模式选聘政府法律顾问也有明确的法律依据，我国《政府采购法》第二条明确将满足政府需求的服务作为政府采购的对象，这意味着按公开、公平、公正的原则，以有偿的方式采购政府法律顾问服务是政府采购的应有之义。因此，无论是从理论上还是实践上，市场化是政府法律顾问服务的方向。至于因为市场化而给政府造成的财政支出，笔者认为，无论是发达地区还是欠发达地区均不会给政府造成财政负担。据悉，上海某区政府每年采购法律服务的预算高达千万，但西部地区某县政府每年支出的法律服务费用只有几万元。由于我国各地区发展的不平衡，市场化的法律顾问收费也因各地经济发展状况不同而不同，不可能加重地方政府财政负担。

（三）马鞍山地区政府法律顾问服务模式界定

2011年3月29日，马鞍山市人民政府办公室发布了马政办（2011）41号《关于进一步加强和改善政府法律顾问工作的意见》，该规范性文件中第十七条规定：“积极实施政府购买法律服务制度。逐步统一全市政府法律顾问的报酬标准。政府法律顾问的报酬标准，原则上以固定的基本薪金加适当的计件报酬确定。政府法律顾问工作所需工作经费列入财政预算，实行专款专用”。文件规定表明，马鞍山市政府积极实施政府购买法律服务，并将所需经费列入财政预算予以保障，马鞍山地区政府法律顾问服务由纯公益性质向市场化发展方向迈出了坚实的一步。全市律师应紧紧抓住政府法律顾问制度改革的重重大机遇，积极投身政府法律顾问理论研究、制度完善和实务工作中去，通过全市律师优秀高效的法律服务赢得政府的信任，从而为马鞍山地区政府法律顾问服务完全的市场化奠定良好的基础。

二、律师担任政府法律顾问的比较优势

根据全国各地政府的实践，政府法律顾问主要从以下人员中选任：高等院校、党校及研究机构的法学专家、学者、教授；司法机关、司法行政机关及政府法制部门具有较高理论水平和实务能力的官员；执业律师。笔者认为，执业律师担任政府法律顾问享有比较优势，主要体现在以下方面。

（一）法律顾问业务是成熟的律师服务

律师从事的业务主要有诉讼业务、非诉讼业务和法律顾问业务，其中法律顾问业务是诉讼业务和非诉讼业务的结合。律师在长期执业过程中已经形成了办理诉讼与非诉讼业务的一整套规范、流程、标准，而这一整套规范、流程、标准保证了律师法律顾问服务的质量。在律师的法律顾问服务对象中，政府相对于其他企、事业单位具有特殊性，主体的特殊尽管导致了一些服务需求上的不同，但并不影响律师按成熟的规范、流程、标准为政府提供服务。对于科研院所的专家、教授、学者而言，他们在各自领域内有较高的理论造诣，但他们不是实务工作者，他们不可能有时间、有精力、有经验为政府处理具体的法律事务；相关机关的官员有着很强的实务能力，但他们承担着各自繁重的行政管理工作，要求他们按规范、流程、标准为政府提供法律顾问服务并不现实，同时要求官员对政府及其他部门的工作发表独立的法律意见也有可能影响部门之间的协作关系。

（二）律师担任政府法律顾问具有相对的独立性

律师是在律师事务所执业的专业人士，并不隶属于任何机关、团体。律师担任政府法律顾问，要么是政府通过发放聘书的方式聘任，要么是通过签订法律顾问合同的方式协议确定。

律师担任法律顾问的产生方式保证了律师相对的独立性。相对独立性要求执业律师在为政府服务期间谨言、慎行，独立发表法律意见并对自己发表的法律意见承担法律责任。律师担任法律顾问，律师除了享受政府法律顾问所带来的精神上的满足和物质上的利益外，更重要的还是一个独立承担执业风险的责任主体。除了律师，无论是专家、教授、学者还是官员，要求他们作为独立的主体承担提供服务过程中产生的民事责任既不现实，也不可能。因此，笔者认为，律师身份的独立保证了服务的相对独立，服务的相对独立决定了其应对服务的结果承担法律责任，这对于保证政府法律顾问服务质量至关重要。

基于以上理由，笔者认为，律师担任政府法律顾问相对于其他专业人士而言享有比较优势。只有律师担任政府法律顾问，才不会使政府法律顾问制度流于形式，真正发挥政府法律顾问的职能作用。

三、律师担任政府法律顾问的工作原则

（一）主动服务的工作原则

律师担任政府法律顾问应当主动服务还是被动服务？有人认为，律师应当根据政府及相关部门的要求提供法律服务，而不能主动的介入，甚至有人认为律师的主动介入是违反政府法律顾问工作纪律的行为。笔者认为，无论是为政府还是为企、事业单位担任法律顾问，律师均应奉行主动服务的原则，只有主动服务，才能调动律师的工作积极性，才能提供有质量的高效服务。但律师为政府提供主动服务要把握一个度，不能无事生非，不能为政府制造麻烦。

（二）事前防范、事中控制为主，事后化解为辅的工作原则

政府法律顾问的作用从宏观角度可以说是促进依法行政，促进法治政府建设，从微观角度可以说是通过律师具体的服务防范、化解政府在决策、管理及其他活动中的法律风险。律师无论是参与政府的重大行政决策，规范性文件的制定，还是对政府作为主体的相关合同的审查，一方面是保证政府行为的合法性和合理性，另一方面是防范法律风险。保证政府行为的合法、合理和防范法律风险是一枚硬币的正反两面。律师在提供服务过程中，应从正反两个方面考虑问题，从某种意义上讲，更应从法律风险防范角度考虑问题。因此，事先防范是政府法律顾问的主要工作原则。事中控制与事前防范具有同等的重要性。举一个例子，政府作为主体签订了一份合同，无论合同的内容还是形式均尽善尽美，合同签订环节风险防控工作做的很好，但政府签订合同不是目的，签订合同的目的是为了履行合同。如何保证通过合同的履行实现政府的利益，防止政府违约行为的发生？如何保证对方切实履行合同并对对方违约行为进行制裁？必须建立一套事中控制的风险防范方法。至于各类涉法、涉诉事务的处理，行政复议、行政诉讼案件的代理虽然也是政府法律顾问的重要工作内容，但其属于事后化解风险的范畴，相对而言事后化解是政府法律顾问辅助的工作原则。

以上从三个方面探讨了律师担任政府法律顾问的相关问题，笔者希望有志于政府法律顾问事业的律师特别是青年律师共同来研究政府法律顾问的相关问题，尽快形成一支具有良好道德水平、较高职业素养和丰富执业经验的政府法律顾问队伍，通过为政府提供优质、高效的法律服务，促进律师业的跨越式发展。

作者单位：安徽净源律师事务所

浅谈仲裁公正之保障

林志清

【内容摘要】《中华人民共和国仲裁法》制定目的就是：为了公正、及时地仲裁经济纠纷，保护当事人的合法权益，保障社会主义市场经济健康发展。

仲裁公正十分重要，必须从程序公正和实体公正两个方面确保仲裁工作的公正。实际上，实体公正与程序公正是相辅相成、缺一不可的。只有确保程序公正和实体公正两者兼顾，才能最终保障仲裁工作的公正性。

【关键词】仲裁公正 程序公正 实体公正

1995年9月1日施行的《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）第1条明确规定，制定《仲裁法》的目的是：为了公正、及时地仲裁经济纠纷，保护当事人的合法权益，保障社会主义市场经济健康发展。各地仲裁委员会正在执行的《仲裁规则》在总则中也作出了同样的规定。公正是仲裁工作的生命，不公正的裁决会严重危及仲裁事业的发展，甚至会使用充满活力、生机勃勃的仲裁事业失去生命力！公正仲裁的重要性应该十分明确。

问题是，下一步我们应该如何做，才能保障仲裁工作的公正？下面笔者想从程序公正和实体公正两个方面谈一谈自己浅显的看法，和大家交流并商榷。

首先，笔者认为，应当在程序上确保每一步仲裁工作的公正进行。

第一，回避问题。

在被聘为仲裁员后，仲裁员的名字很快就会被列入仲裁委员会的《仲裁员名册》当中，不久将会有当事人从名册中选定作为承办具体案件的仲裁员。届时，仲裁委员会的秘书处就会让选定的仲裁员填写一份“仲裁员声明书”，该声明书的第一条就是关于需要回避的九种情形，具体内容如下：

- (1) 是审理的案件当事人或者本案当事人、代理人的近亲属；
- (2) 与审理的案件有利害关系；
- (3) 向审理案件的一方当事人或者代理人就争议案件发表过咨询意见；
- (4) 与审理案件的当事人或者代理人是同一工作单位；
- (5) 是审理案件当事人的现任法律顾问；
- (6) 曾任审理案件当事人的法律顾问且离任未满两年；
- (7) 担任过审理案件或者与审理案件有关联案件的证人、鉴定人、勘验人、诉讼或仲裁代理人；
- (8) 私自会见当事人、代理人或者接受当事人、代理人请客、送礼；
- (9) 其他足以影响我对本案作出公正仲裁的情形。

上述第(9)款是兜底条款，即其他足以影响案件作出公正裁决的情形，因此，前八款也都是有可能影响公正裁决的情形。为了仲裁工作的公正进行，仲裁员要仔细阅读声明书内容，对照自己是否有回避的情形；若有，应当及时主动地提出回避申请，以免后来当事人发现后给仲裁工作带来被动局面。甚至可能因为具有必须回避的情形而没有回避，程序违法导致仲裁裁决被中级法院撤销。这是程序公正上的第一个必须要给予充分注意的问题。

第二，在仲裁庭开庭前要防止先入为主。

在被确定为案件的仲裁员之后，就要着手开庭前的准备工作。这一阶段要全面详细客观地了解全部案件事实，搞清楚双方的争议焦点，着重防止先入为主，切忌在还没有开庭前，就对当事人或其代理人表明自己尚未考虑成熟的观点。比如类似，“申请人，你这一方证据有问题！”或“被申请人，申请人方事实清楚、证据确实充分，你方可能要输了！”等等语句。当然，在开庭结束以后，为了促成双方的调解，对于确实很清楚的案件，这些话还是可以说的。但还是要注意场合和方法，防止给当事人造成先入为主、偏袒一方的印象。

第三，在仲裁开庭庭审过程中要注意角色的定位和转换。

《仲裁法》第31条第1款内容，是当事人约定由三名仲裁员组成仲裁庭的情形，其中共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定的第三名仲裁员是首席仲裁员；另外由当事人双方各自选定或者各自委托仲裁委员会指定的一名仲裁员是两边仲裁员，有的地方称两旁仲裁员。在我们三名仲裁员组成的仲裁庭中，现在大多数情形是申请人与被申请人各自选定一名仲裁员。在这种情况下，有的仲裁员认为，我是申请人一方选定的仲裁员，那么我就要帮助申请人，在开庭中千方百计地找出被申请人的破绽和漏洞，然后对被申请人一方要穷追猛打；更有甚者，有的仲裁员当庭与当事人进行辩论。这样有时会弄的被申请人十分反感和难堪，往往导致被申请人抵触情绪很大；他认为你可能不是仲裁员，而是申请人的代理人，偏袒对方申请人。这样对于仲裁案件的最终调解和公正裁决都是很不利。

笔者认为，我们虽然是一方选定的仲裁员，但毕竟是和首席仲裁员及另一位边裁共同组成仲裁庭审理案件，是独立于任何一方当事人的；三位仲裁员要共同配合公正处理好案件。有的仲裁员是律师，喜欢辩论，但切忌代表选定你的一方指控另一方或充当选定你的一方代理人，要特别注意角色的转换。

当然，这里还有一个问题需要说明，就是如果在庭审过程中，有的案件事实还没有查清，首席仲裁员也没有发现。这种情形下，笔者认为，为了帮助查清案件事实，边裁可以适当提醒首席仲裁员，由首席仲裁员就相关事实进行发问和调查核实；或者在征得首席仲裁员意见后，也可以直接向双方当事人进行发问。但要注意语气和方法，不要有诱导性语言提问对方，或者用不恰当的语言提醒选定自己一方的当事人，更不要在开庭时与当事人展开辩论。尤其要特别注意，必须切实尊重选定你一方的对方当事人。

此外，还要给双方当事人发言同等的机会和同样的时间，更不要随意打断当事人及其代理人的发言，给予他们充足的发言时间。当然对于重复的发言和案件事实无关的离题发言，仲裁员可予以引导和适当提示。

第四，确保延期审理的公正性。

《仲裁法》第9条规定，仲裁实行一裁终局的制度。有的当事人可能超过举证期限当庭提供了证据，而另一方就此提出延期审理补充反驳证据；或者一方变更仲裁请求，另一方提出延期答辩的。为了确保仲裁的公正和客观，应当考虑延期审理。但是，对于故意拖延的一方，要限定具体的时间或一定的期限，否则可能会影响仲裁工作的效率。

第五，确保涉案鉴定程序的公正。

2009年，笔者承办了一起建设工程施工合同纠纷仲裁案件，我是作为申请人一方代理人参加案件的仲裁审理活动。该起案件的争议焦点就是干了多少活？工程施工造价到底是多少？就此双方各执一词，争议巨大，只有委托中介机构进行造价鉴定。鉴定过程中，马鞍山仲裁委员会秘书处多次组织鉴定专家到场，由双方当事人当面对初步造价鉴定结论充分发表意见；除此之外，首席仲裁员还至少另行召开了几次对造价鉴定初步意见的质证会，让双方对每一个细节详细发表意见，然后由鉴定人员进行解释和论证；鉴定人对双方所推出的合理部分立即调整过来，对双方所提不正确的，由鉴定人进行充分释明。这样，多次易稿，最终的造价鉴定结果出来后，双方均无异议。仲裁裁决下达后，双方当事人均很满意，而且

被申请人在较短的时间就主动履行了仲裁裁决书所确定的义务。

此案可足以说明，鉴定程序公正的重要性。固然，鉴定过程耽误了较长的时间，但是为了进一步查清事实，确定客观的工程造价，拖延一定时间，牺牲一点效率也是值得的！有时客观公正的鉴定结果会使矛盾化解水到渠成，最终促使纠纷迅捷地予以解决。

第六，确保裁决前协议的公正。

有句成语叫做“兼听则明，偏听则暗”。为了确保最终裁决的公正，首席仲裁员在裁决会议时要充分听取两边仲裁员对裁决所发表的意见，对两边仲裁员的意见要给予足够的尊重和考虑。

两边仲裁员也应当积极充分地发表裁决意见，并应当在深思熟虑的基础上提出意见。既不能草率表态也不能不表态。如果心里有不同的看法，但出于尊重首席或者是不太负责的原因让首席仲裁员定。这种情况最终可能会影响案件裁决的公正性。

有不同意见应当以口头或者书面方式及时提出，这是尊重自己对自己负责，同时是对选定你的当事人或对方当事人负责，也是对其他仲裁员负责；目的是最终促使仲裁案件的公正处理！

仲裁程序问题应该非常重要！违反法定程序可能导致仲裁裁决被撤销。《仲裁法》第 58 条规定，当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：

- (1) 没有仲裁协议的；
- (2) 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的；
- (3) 仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；
- (4) 裁决所根据的证据是伪造的；
- (5) 对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；
- (6) 仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。

人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。

所以，我们作为仲裁员应当每一步都要注意仲裁程序的公正合法，使我们所办理的每一件仲裁案件经得起法律和历史的检验。

其次，笔者想谈一谈实体公正问题。实际上实体公正与程序公正是相辅相成、缺一不可的。因篇幅所限，就仲裁实体公正，笔者想谈以下几点原则：

第一、正确适用实体法律，严格依照法律规定进行裁决的原则。

笔者认为，在办案过程中，我们要认真研究分析证据，查清案情事实，然后对照法律规定，正确适用民商事实体法律规定，所作的裁决绝对不能违反实体法律规定。

第二、要确立保护弱者一方原则。

在我国很多的立法当中，都体现了保护弱者或者受侵害一方的原则。如《中华人民共和国合同法》第 30 条涉及的格式条款，提供格式条款一方往往是大公司、大企业或大的经营机构，具有强势，所以立法对其行为加以限制。《中华人民共和国道路交通安全法》第 76 条也体现了保护弱者一方。诸如此类，不再列举。所以，我们在仲裁活动中要具有同情心，对强势一方要给予严格的限制，对弱势一方要依法给予照顾。当然，这种限制和照顾均应当在符合法律规定的前提下进行，否则，所做裁决可能违反法律的规定，甚至会侵犯另一方的合法权益。

第三、要确立维护诚实信用一方利益的原则。

几乎所有的民商事立法都将诚实信用原则作为总则中的基本原则。比如我国《民法通则》第 4 条规定：民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则；《中华人民共和国合同法》第 6 条规定：当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则；《中华人民共和国

公司法》第 5 条规定：公司从事经营活动，必须遵守法律、行政法规，遵守社会公德、商业道德，诚实守信；等等类似民商事基本法律均将诚实信用原则作为基本原则。而我们所仲裁的经济纠纷就是民商事纠纷，所以必须始终贯彻诚实信用原则。否则，可能会偏离公正的轨道！

第四、注意保护善意一方的原则。

真善美与假恶丑是相对应的，善与恶显然也是相对应的。主流社会的公德当然要除恶扬善。我们在仲裁活动中，同样要体现维护这一公序良俗，注意依法保护善意一方的权益。对于恶意或欺诈一方的权益显然要加以严格控制。

我们所追求的实体公正只是相对的，绝对公正可能是不存在的；但是我们绝对不能放弃对实体公正的追求！笔者认为，在对仲裁案件进行实体处理时，对于以上五点原则必须要予以坚持。

作为仲裁员，首先是一种荣誉，同时更重要的还有一份责任，未来的仲裁之路任重而道远！但是笔者坚信，在全体仲裁员的不懈努力和坚持下，在仲裁委员会秘书处工作人员的细致工作下，严格认真地执行仲裁规则和法律规定，我们就一定会公正好处理每一件仲裁案件。我们不是法官，但是只要我们秉持公平和正义，执着地追求公正，最大限度地发挥我们的聪明和才智，我们的仲裁工作就一定会超越法官！

作者单位：安徽长城律师事务所

市级律师协会建设应当处理好的几个关系

李仁厅

【内容摘要】律师业的发展水平在某种意义上标志着一个国家民主与法制的水平。律师业在我国是一个新兴行业，其真正意义上的发展也不过是近十几年的事情，远不适应我国经济和社会的发展水平。随着我国政治经济体制改革的不断深化，社会关系越来越复杂，涉法问题越来越多，对律师的要求随之也越来越高，加强市级律师协会建设是律师队伍建设的中中之重、当务之急。

【关键词】律师协会 建设 处理 关系

律师队伍建设是各级司法行政机关和律师协会永恒不变的管理主题，更是每一家律师事务所时刻不容懈怠的管理主题。正因如此，经过三十年的发展，才出现了今天律师业的大好形势。全国十几万律师在各级党委政府的领导下，为我国政治经济社会的发展，为促进公平正义，为构建和谐社会，为服务民生做出了重要贡献。律师工作得到了社会各界的充分肯定，律师精英们被选举为各级党代表、人大代表、政协委员，被选派到党政机关担任领导职务，被聘任为法学院校兼职教授等等，这充分证明，长期以来我国律师队伍的建设方向正确，措施得力，成效显著。但是，随着我国政治经济体制改革的不断深化，社会关系越来越复杂，涉法问题越来越多，对律师的要求随之也越来越高，如何适应新的形势，建设一支信念坚定、作风优良、素质一流、能征善战的律师队伍是当前和今后律师业发展的一个重大课题。而加强市级律师协会建设是律师队伍建设的中中之重、当务之急，正确处理好以下几个关系为市级律师协会的建设扫清了障碍，明确了方向。

一、必须正确处理好司法行政机关领导与律协自身建设的关系，切实发挥“两结合”管理体制最大效能

从全国范围来看，实践中，司法行政机关和律师协会在律师管理工作中产生磨擦、误解甚至对立的情况时常发生，情况严重的省市，“两结合”不但没有真正实现“结合”，而是闹“分离”，各自独立履行管理职责。在我市，应当说，司法行政机关和律师协会是“结合”得相当不错的，成绩是有目共睹的。笔者认为，要最大限度地发挥“两结合”管理体制的作用，形成最大的管理合力，必须处理好以下两个方面的关系：

（1）要处理好司法行政机关行政管理和律师协会行业管理之间的关系。律师管理体制的改革和完善是一个历史的过程，要与律师队伍的整体素质和律师协会自身的成熟程度相适应。参考国外作法，结合我国实际，律师管理应该分为三个阶段，第一个阶段是完全的行政管理阶段，第二个阶段是“两结合”管理阶段，第三个阶段是在司法行政机关指导下的以行业管理为主的阶段。目前，我们处于第二个阶段。每个阶段有每个阶段的任务，应当说，在第二阶段，司法行政机关的历史使命还远远没有完成，行政管理还未完全到位。司法行政机关只有真正把律师工作都做到位了，做好了，才能放心地逐步把律师管理职责交给律师协会，实现行业自治。那种认为现在是市场经济了，应当实行行业管理或者以行业管理为主的观点是错误的。因为，我国的市场经济还处于初级阶段，还很不成熟。而且，现在律师行业中的一些重大、关键问题，包括律师事务所内部管理“散、乱、差”问题，法律服务市场的规范问

题,律师执业环境改善的问题,等等,还得主要依靠司法行政机关来解决。在中国国情下,很多对律师行业影响特别重大的问题,律师协会难有作为,甚至无能为力。因此,当前,行政管理不应当被弱化,而是还要进一步加强。在政策上,在舆论导向上,在实践工作中,行政管理和行业管理要平衡,要和谐发展,要结合各自特点,充分发挥各自职能。也就是说,要做到“两手抓”,两手都要硬。行政管理既不能越位、错位,也不能缺位,在现行法律法规框架下该由行政机关履行的职能一定要切实履行好。并且,司法行政始终处于领导和主导地位。同时,要充分发挥律师协会在自律性管理方面的作用,完善自律管理机制,强化自律性监督,在实践中不断丰富“两结合”管理的内涵。

(2)要处理好执行机构之间的关系。一是要处理好司法行政机关和律师协会之间的关系。根据《律师法》的规定,律师协会应当接受司法行政机关的领导和监督。律师协会领导层、秘书处与司法局领导层、律管处要处理好相互之间的关系,建立健全工作决策的汇报会商机制、工作情况的交流机制和工作信息的共享机制。二是要处理好两级司法行政机关之间的关系。市局和区县局在律师管理工作中,应多交流、沟通、协商,力争达成共识。三是要处理好两级律师协会组织之间的关系。如果在区县设立了律协组织,两级组织之间也应和谐共事,齐心协力把行业管理工作做好。

我市是全省第一个由执业律师选举担任会长的市级律协。工作开展的好坏,不仅对我市律协建设和律师事业发展有着重要影响,也关系到这一改革举措的成败,笔者深感责任大,担子重。搞好律协工作,虽有执业律师作为管理团队进行自律管理,但更要自觉寻求司法行政机关的领导,要善于争取领导,主动汇报律协各项工作计划和工作安排。这样做,既可保证律协工作的正确方向,也可获得司法行政机关的支持,有利于各项工作的开展。与此同时,应加强律协自身建设,不断完善组建不同层次的议事、执行机构,不断推出诸如推荐执业律师担任副秘书长等创新举措。

二、必须正确处理好整体进步与个体发展、当前利益和长远发展的关系

著名法学家江平讲道:“律师兴则法制兴,法制兴则国家兴。”我们要达到的目标是,我市律师事业的整体进步,整体发展,整体提高。要做到这一点,作为个体,每个律师,每个律师事务所,都必须有长足的进步和发展。这就要求我们的律师事务所和律师个人要明确前进方向,转变执业理念,改进执业作风,提高业务素质。作为律师管理部门和律师行业协会,要制定长远的发展规划和目标,要树立先进律师事务所典型,通过宏观指导,典型引路,推动全市律师共同提高、共同进步。同时,要鼓励律师行业有序的竞争,鼓励大家比、学、赶、帮、超。通过竞争,激发活力和创造力,最终实现律师事业整体、律师事务所和律师个人和谐发展。

增强我市律师事业长远发展的后劲和管理,是笔者担任律协会会长以来着重思考的问题,一是通过说明、激励各所改善办公环境,为各所长远发展解决后顾之忧,打下坚实的基础,笔者两次赴当涂县走访说服相关律所购买办公用房;二是积极关注年轻律师、有潜力律师的业务发展;三是继续实施保障措施。与此同时,通过各种形式防止律师事务所在收费和业务上不正当竞争,努力增加收入。

三、必须正确处理好严格执业要求与弘扬正气维护律师合法权益的关系

律师事业是一项新兴的事业,律师队伍是一支正在发展壮大的队伍。对律师管理部门和律师行业协会来讲,加强律师队伍建设,既要严格管理和教育,对律师执业进行严格要求,同时也要关心爱护律师,维护他们的合法权益。律师法规定,律师执业必须遵守宪法和法律,

恪守律师职业道德和执业纪律。这就要求我们必须强调严格要求，严格管理。只有严格要求、严格管理，才能出质量、出成绩、出人才、出精品、出经验，保证不出问题。关心爱护律师，一是要在政治上关心。要积极组织律师参加政治活动，培养年轻律师入党。积极引导律师参政议政，特别优秀的律师可以推荐担任人大代表、政协委员等，不断增强律师的职业荣誉感。二是抓好律师的培训。包括政治理论培训、业务培训等，不断提高律师的综合素质。三是要积极协调解决律师执业中遇到的问题。尤其是当律师受到不法侵害时，要挺身而出，为律师主持正义。四是生活上关心他们。律师有困难要积极帮助，要关心律师的身体健康，通过组织体检等形式，温暖律师人心。另外，还可通过建立“互助基金”等方法，不断缩小律师之间的收入差距。

两年来，我市通过评选优秀所、品牌所和优秀律师、优秀青年律师等各级各类单项先进，宣传和弘扬了我市律师先进集体和个人风采，树立了全市律师的正面形象，同时，也处理了若干投诉案件，对极少数违纪律师进行了处理。

四、必须正确处理好律协管理、律所自身管理和律师自律的关系

律师是从事高强度脑力劳动的专业人才，其文化素质较高，独立和自我意识较强，由于职业的特点，在管理上出现“散”和“难”的特征，律师协会和律师事务所的职责就是管好律师，抓好全方位的工作。治理国家靠法制，管好事务所靠纪律和制度。作为律师事务所，结合实际建立健全各项规章制度，主任以身作则，明令禁止。上正则下稳，下稳则心齐，心齐则力聚，力聚则无坚不摧。然而有些主任认为实行了主任负责制，便凭主观意志办事，今天这样做，明天那样办，所里的大小事情一人说了算。所里的各项制度因人而异，随机而定。尤其是财务制度不公开，容易产生腐败，造成主任与律师之间的利害冲突。律师们也更易天马行空，各自为阵，只关心自己的收入，对集体的发展漠不关心。致使律师只在所里挂个名，平时无踪无迹，有案子时就到所里办手续，律师之间交流很少，业务也相互保密。这种状况既不符合律师法的宗旨，也不利于律师事业的发展。常言道：“兵熊熊一个，将熊熊一窝”。一个好的带头人对律师事务所的发展至关重要，不仅精通业务，洞察世情，更要虚怀若谷，坦诚躬谦，以高风亮节的人格凝聚一盘散沙的律师们，用锐意改革的精神感召律师们共创事业的辉煌。同时作为所里的律师，也要清醒地意识到，一个人的力量总是有限的，单枪匹马的工作方式与农民的小作坊生产一样无法适应当前“全球经济一体化”的法律服务形势，只有靠团体的力量和团队精神，积极合作，献计献策，爱所如家，才能充分发挥自己的才干，为律师事业做出应有的贡献。

我市律协通过连续推进律师事务所年度考核，评先创优活动，积极落实各类管理措施，推动律师事务所自身管理。各所管理水平均有新提高。

五、必须正确处理好发展保持传统业务与改革创新开拓新型业务的关系

马鞍山律师经过十余年的快速发展，不管是业务领域还是业务收费都比以前有了长足的进步，目前在安徽省的二级城市中，都应该属于比较好的。但我们也要清醒的看到现在与上海、南京等经济发达城市的差距正在扩大，差距增大的原因并非是我们没有发展，而是因为我们的发展速度比他们慢。这一方面是由于存在地域差别、经济水平和发展机遇等客观原因，但不可否认的是，我们开拓业务思路的局限性也是导致差距加大的重要原因。

律师事务所最基本的要求，就是要为当事人提供优质高效的法律服务。要提供好的服务，必须建设一支优秀的专业团队，以规范的管理、精良的业务水平、良好的职业道德素质赢得当事人信任，赢得法律服务市场。要在法律服务市场立于不败之地，对律师事务所来讲，除

严格管理外，业务开拓就是律师事务所发展的生命源泉。这就要求律师事务所不仅仅要做好正常的传统诉讼业务，做精做强正常的律师业务，更要立足本职，在改革创新上下功夫。要树立改革创新，勇创一流的工作理念，多思考，多谋划，多出新思路，多出新方法，积极开拓业务领域。古人讲，取法乎上，得其中；取法乎中，得其下。只有坚持不断改革创新，树立发展一流律师事务所的目标，才能产生源源不断的发展动力，保持长久的竞争力，不断壮大律师事务所的实力，实现律师事务所的规范化、规模化、专业化、品牌化发展。

我市律协根据我市经济社会发展水平，正确引导全市律师开拓新路，努力争取和扩大新业务发展。通过论坛讲座，业务关注等形式，在人大两会上发言，提建议，加强律师在我市招商引资和城市建设中的作用，为中小企业提供法律服务，扩大影响。

六、必须正确处理办理实务创收与业务学习矛盾的关系

律师职业是一项理论性和实践性很强的工作，律师赖以生存发展的根本条件之一是智力成果，时时刻刻都必须加强业务学习，尤其是新业务知识学习，不断更新知识。我国的法律发展到今天，虽已具备相当规模，但法律知识依然频繁更新，所掌握的法律知识很容易老化陈旧，不学习就跟不上日新月异的发展变化。在实际工作中很多律师只顾抓经济效益，而忽视业务学习，甚至连上级部门的业务培训也不参加，怕影响当前的创收，这对律师工作的长远发展极为不利。因此，必须正确处理好二者的关系。一是发扬“钉子”精神，加强业务学习。二是积极参加上级的业务培训。当学习与工作发生矛盾不能兼顾时，应毫不犹豫地参加业务培训，这样也许失去了一些眼前利益，但从长远看终究利大于弊。我市律协想方设法通过各种方式组织律师培训，举办律师论坛，力争办出水平，办出特色，一届更比一届好。

七、正确处理好经济效益与社会效益、自身发展和关注民生的关系

随着律师制度改革的进行及效益工资制的实行，其经费管理都基本实行自收自支，律师一般实行效益浮动工资制。因此，经济效益的好坏是决定其生存和发展的重要基础。律师在工作中面临着越来越激烈的竞争，同时，也面临着巨大的生存压力，没有案源就意味着没有收入，甚至丧失基本的生活保障。这一切迫使律师们拉案源，抢案子，在业务收费上不按标准，相互压价，相互拆台，有的律师为了签订常年法律顾问合同，不惜以身试法，行受贿赂。严重损害了律师的社会形象。虽然取得了一时的经济效益，却失去了长久的社会效益。律师作为向社会提供法律服务的工作者，应当自觉树立博学多识，扶正压邪，仗义直言的正面形象，靠良好的职业道德和忠诚正直的人格力量赢得当事人的信任，靠精深的法律知识和丰富的工作经验广开案源，社会效益和经济效益才能走入良性循环。只要不是想在律师职业中“捞一把就走”的人，就不会只顾眼前，竭泽而渔。因为律师职业的宗旨决定了所追求的利益首先应是社会效益，经济利益只是谋生和发展的手段而不是目的。当社会效益与经济效益发生矛盾时，应优先考虑社会效益。

我市律协努力鼓励律师承办法律援助案件，担任调解委员，推动江淮普法行，实施法律辅导计划，进社会，进工地，并通过这些加强义务法制宣传，成立见义勇为基金会，树立律师正面形象。主要做法有：(1)建立大信访思路，采用多方式、多层面、多渠道，开展深入持久的义务法制宣传和法律咨询活动。(2)运用电台、网络等媒体超时空、超地域广泛普及法律知识，义务提供法律咨询服务。(3)主动送法上门，答疑解惑。安徽长城律师事务所长年坚持到监狱为服刑期的罪犯送法上门，答疑解惑。(4)积极参与涉法信访案件的处置。近两年来，律协采取组织律师到信访部门坐班、参与党政领导接待、热线电话值班等多种方式参与信访工作及信访案件的处理。(5)结合“江淮普法行”，积极开展法律服务进社区、进乡

村、进学校等活动。(6)积极开展法律援助,依法保护未成年人和农民工的合法权益。(7)积极参与社会公益事业。律协每年都组织律师参加助学、助残、扶贫、救灾等社会公益事业。(8)积极建言献策,为法律的顺利实施扫障铺路。律师作为市委、市政府顾问团成员,积极参加市顾问团活动,为市委、市政府决策提供法律服务。为确保社会稳定出力献策。市政府法律顾问,为政府机关起草、修改、审查合同,参与重大项目法律论证、审查政府规章和规范性文件做了大量工作。所有这些活动的开展,都有力地促进了本市社会主义法制的建设,推进了和谐社会的构建,展示了我市律师队伍的良好社会形象。

构建和谐社会赋予了律师工作更加丰富的内涵,也为律师事业发展提供了历史性的机遇。我们要坚持树立和落实科学发展观,围绕构建社会主义和谐社会的目标和要求,逐步健全完善我市律协管理体制,增强管理能力,服务大局,锐意进取,进一步推进律师业改革和发展,为构建社会主义和谐社会,全面建设小康社会做出新的更大的贡献!一份耕耘,一份收获。马鞍山市律师协会将肩负着实现社会公平正义、服务经济社会发展的重任,围绕建设法治马鞍山、和谐马鞍山,充分发挥法律服务和法律援助的职能作用,并将为创建现代化、规模化的律师队伍更加努力拼搏!

作者单位:安徽长城律师事务所

不再彷徨

——构建我国法官、律师相同职业使命

郑秀军

【内容摘要】法院和律师原本是职业共同体的成员，有着相同的职业使命，两者各施其职，共同维护法律的正确事实、维护社会公平正义，维护当事人的合法权益。而在现实时候中，法官刁难律师、律师行贿法官、法官与律师形成利益共同体而不是职业共同体的现状非常令人担忧。特别是法官徇私枉法、律师走上犯罪道路案件的不断发生，让老百姓感受不到法律的阳光，这与我国构建法治国家的要求不相符，也违背两者共同的职业使命。本文从这个角度来探究法官和律师失落的原因，并提出构建两个不同职业共同的职业使命的内容，以期促进法官和律师事业的健康发展。重塑法官和律师的光辉职业形象！

【关键词】法官 律师 职业现状 职业使命

一、我国目前法官与律师职业的现状折射出职业使命被弱化的现实

作为一名执业近二十年的职业律师，在办理诉讼案件的过程中经常与法官打交道，深感法官、律师肩负的社会责任重大。从构建和谐社会的建设，到建设法治国家，无不需要法官与律师的共同努力。因此，对于有关探讨法官、律师的职业使命与社会责任的话题非常感兴趣。

改革开放三十多年来，我国的法治建设进程步伐在加快，从立法的完善到司法制度的健全，我国已经建立起具有中国特色的社会主义法律体系，也出现了大批像宋鱼水一样优秀的法官及佟丽华这样优秀的律师。但是，在现实生活中，给人的感觉总是优秀的法官、优秀的律师太少，而没有履行职业使命、不尽社会责任乃至违法犯罪的法官、律师却不在少数，这是值得思考的问题！很多法官心中没有正义的天平，常常被金钱、权力、人情世故左右，导致金钱案、关系案不断发生，侵蚀着法律的尊严和司法公正。最高人民法院王胜俊院长在今年的全国人大会议上做的《最高人民法院工作报告》中指出：“2010年，全国法院共查处违纪违法人员783人，同比下降1.51%。其中，受到政纪处分的540人，因贪污、贿赂、徇私枉法被追究刑事责任的113人，同比分别下降4.09%和17.52%。”从最高人民法院的黄松友到广东省高级人民法院的杨贤才；从安徽省阜阳市中级人民法院三任院长“前腐后继”到河南省洛阳市伊川县人民法院法官的集体沦陷……都是法官问题的集中体现，令人痛心！

现在的法官，很少有身为法官的职业神圣感。开口闭口都与钱有关，说的最多的是法官工作辛苦，但是待遇低、工资少，就没有见到为自己是个法官而感到骄傲和自豪的！让人感觉很多法官已经在现实生活中迷失了方向、迷失了自我！与当事人、律师称兄道弟，原本是被动的职业者却变成了活跃的“社会活动家”；原本应该是精英化的法官却异化出世俗化的倾向！当司法防线被世俗的力量左右而不是被法律的力量主宰时，老百姓就真能感觉到打官司难了！

现阶段，律师尽管被称为是具有中国特色的社会主义法律工作者，是建设社会主义法治国家的一支重要力量，在构建和谐社会的大舞台上发挥着桥梁和纽带的作用。但是不可否认的是现在很多律师已经蜕变成金钱的奴隶，在法律服务的市场中只能看到金钱而看不到正义了。不仅找不到正确的前进方向，有的甚至也走上了违法犯罪的道路！有不少律师为了取得

当事人的信任，做虚假承诺，有些律师刚拿到律师证，就在网站上宣称自己是大律师，才办理了一个案件就自称为这方面问题的“专家”……这些浮躁的工作作风导致律师的社会地位在不断下降！

这两种以法律为准绳的职业人，有的已经在法律职业的边缘渐行渐远，失去了法律灵魂的支柱。好像不论是法官还是律师仅仅把自己所从事的职业当作维持自己物质生存的工具，而为什么要从事这个职业的问题似乎被遗忘了，职业使命的问题被弱化现象严重。

二、法官为什么会迷失方向

人的行为受思想意识的支配，法官也不例外。法官的职业使命通过法官的职业行为表现出来，职业行为是职业使命的外化，职业使命感是规范职业行为的指引。通过对一些法官不良审判行为的分析，就可以探究其淡化职业使命的根源。

应该说造成法官不良职业行为的原因很多，即有外在的原因，也有内在的原因。笔者认为主要原因有以下几种：

（一）在主观上把审判权力私有化，是造成法官为所欲为的根源

尽管法院审理案件实际上是法官其决定的作用，但是很多法官误把这种权力私有化了，“我说了算”的指导思想使得有些法官把法律赋予他的审判权当作为自己谋取利益的“私权”。正因为有这种把权力私有化的思想，才敢于去刁难当事人，才敢于接受当事人的吃请、贿赂，才敢于枉法裁判；才可能去办人情案、关系案；才会出现训斥律师、与某些律师结成利益共同体、把律师铐在篮球架上等情况。

（二）法院不能完全行使独立的审判权

尽管我国的宪法明文规定“人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”但是现在很多时候，法院独立审判的功能却不能很好行使，在房屋拆迁、土地征用、土地承包经营权纠纷等涉及老百姓切身利益的事情时，法院往往以不受理为由，把这些原本应该法院审理的纠纷拒之法院大门之外，而且还不给不予受理的裁定书，连当事人上诉的权利也一并剥夺了。这时的法官就失去了一个法律人应有的独立地位！

（三）世俗的影响

法官原本应该是远离世俗的精英，保持应有的中立。但是在我国，法官也是生活在现实中的，也有亲朋好友，法院的大门也难当世俗之风的侵入。而且，中国社会是个熟人社会，且是礼仪之邦，大家虽然有不同的职业，但是依然有着师生、同学、老乡、战友、亲戚等关系，礼尚往来的习俗以及权钱交易的潜规则在无形之中影响着法官，导致很多法官误认为当事人的请客送礼是人之常情，这也是但凡一个当事人请客，一个庭的法官都到场的原因。市场经济的繁荣导致“金钱至上”观念的泛滥，这种市场经济的副产品也污染了法官的心灵。人情大于法的现状让法治建设步履蹒跚。

（四）审判制度的不健全

我国的审判方式实行合议庭制和独任审判制，但是还有由院长、副院长、各庭庭长组成的审判委员会，对于重大疑难的案件都要经过审判委员会讨论，所以“审理的法官不判案，判案的法官不参加审理”的现象还是非常严重的，于是，很多当事人绕过案件的承办法官去找院长或者其他参加人员来影响案件的审判结果。阜阳中院三任院长“前腐后继”的极端案例就是这个制度弊端的典型例证。有些办案的法官就产生了失落的心理，心里想着当事人给领导送的礼更多，于是，接受当事人的吃请心里就没有“障碍”了。

（五）监督制度不健全

尽管我国在监督制度的设计上有外部监督、内部监督的制度，尽管网络的发展让媒体监

督的作用看似越来越大，但实际的监督效果都不明显。很多落马的法官都不是靠监督发现的问题。人大的监督流于形式，检察院的监督只是在刑事案件开庭的时候有所体现。尽管现在法院的门是越来越难进，有专门的检测设备，还有警察在检查，但是这样的检查解决不了法官素质提高的问题。

三、律师为什么失落

（一）政治上被边缘化

随着律师管理体制的改革，律师从国家的法律工作者身份转变为法律工作者，不再具有国家公务员身份，这就为律师的政治进步设置了障碍。从律师队伍中选拔法院的副院长之类的职务都是要求非党员律师才能报考，因此，这只能是一小部分人才有资格参加的。律师中的人大代表、政协委员也是寥若星辰。也就是说一个人一旦选择了律师这个职业，似乎只能在这一条道上走下去，而一旦没有了政治前途，就只能在经济上找到体现自身价值的法码。成功律师的标志就是“挣钱多”，君不见现在全国律协的各项活动几乎都是富人律师俱乐部，而且，律师的快速发展也给世人一个错误的认识：那就是律师都能挣钱！而事实并非如此，于是出现年轻律师自杀的，出现开始执业无法坚持而转行的，更多的人即使坚持下来了，但是却热衷于与法官搞好关系，热衷于饭桌、酒桌去找案源，而疏远了书桌去寻求正义。

（二）行政处罚或行业处分不足以遏制律师的违纪行为

对于律师违法违纪乃至犯罪的事件，尽管律师协会及司法行政机关均不姑息，但是在实际上的警示作用却难以起到。有些律师收到了最严厉的行政处罚——吊销律师证、最严厉的行业处分——取消会员资格，但是有些律师在受到这么严厉的处罚后，依然在有些单位做法律顾问，依然以公民身份代理案件，从事法律服务，这就对其他的律师缺乏足够的警示作用！有些律师经常被投诉，经常被查处，但是依旧不能端正执业态度。律师队伍的出口不畅以及整个社会缺乏相应的诚信制度，使得被投诉、被处罚的律师依然自我感觉良好！

（三）自律不足

司考被称为“第一考”，说的是要想通过司法资格考试并不是一件容易的事情，按说能通过律师资格考试、司法资格考试并开始执业的律师都是高素质的人才，特别是律师是“法律工作者”，对法律的规定和法律精神是熟知的，对法律的严肃性是明知的，但是在执业的过程中，却有一部分律师出现了自律不足的问题，正因为不够自律，导致一切执业行为向“钱”看的扭曲。

四、法官、律师构建共同职业使命的可能性

如果说检察官与律师是通过法庭辩论的“对抗”来实现各自的职业价值而容易产生“职业报复”的话，那么，法官和律师之间的关系就不同了。不论是民事案件、行政案件中原、被告的代理律师还是第三人的代理律师，不论是刑事案件中被告人的辩护人还是被害人的代理人，都是从不同当事人的角度提出有关争议案件的事实与法律依据，都是为了帮助法官作出更接近“公正”的判决，因此，法官和律师更容易成为法律职业共同体内的“朋友。”而现在这种共同的价值追求被简单的经济利益取代，所以，每次一旦发生法官涉嫌违法犯罪的情况，总能牵扯到有些律师，这是两者负面的关系。

从积极的方面来看，现在法官与律师也开始了流动，有法官辞职或者退休后从事律师工作的，有律师进入法院系统担任副院长、法官的，而且这种流动还有加大的趋势。在2010年11月22日召开的全国律师工作会议上，中央政法委周永康书记指出：“要加强对律师人才的培养选用，加大从律师中选拔法官、检察官力度，积极推荐优秀律师担任党代表、人大代表、

政协委员，鼓励优秀律师通过公开选拔、公务员录用考试等途径进入党政机关，为优秀律师参政议政、政治上进步创造条件。要规范律师与法官、检察官、警察之间的行为，努力形成互相尊重、互相支持、互相监督、平等交流的良好关系，共同促进公正廉洁执法，共同维护社会公平正义。”这为优秀律师进入法官队伍的合理流动指明了方向，也更符合国际上其他国家选拔法官的作法。

尽管法官与律师有着不同的职业定位，发挥着不同的职业作用，但是两者的共同点也是很明显的：不仅要经过相同的司法资格考试，而且都要依法办案，都要坚守公平正义，因此，这两个相近的职业完全有可能建立相同的职业使命。构建和谐社会的目标需要人们信仰法律，而作为法律职业共同体的法官和律师们就更应该成为崇尚法律的带头人，把迷失的自我找回来，这就需要在新的历史时期，大力重塑法律职业共同体的职业使命。

五、法官、律师共同的职业使命

《中华人民共和国法官法》开宗明义地指出：制定法官法的目的是为了保障司法公正，法官是依法行使国家审判权的审判人员，法官的职责一是依法参加合议庭审判或者独任审判案件；二是法律规定的其他职责。概括地说法官的职业使命就是履行好审判的责任。而审判案件要以事实为依据、以法律为准绳，同时法官必须忠实执行宪法和法律，全心全意为人民服务。从这些规定中可以概括出法官的职业使命也应该是“维护法律的正确实施、维护当事人的合法权益、维护社会公平正义。”这也是律师法规定的律师的职业使命！因此，两者具有相同的职业使命共性！

笔者认为作为法律职业共同体的法官与律师都有着维护法律正确实施、维护社会公平正义的职业使命，都有着为建设社会主义法治国家而努力奋斗的社会责任。

当所有的法律工作者都在相同的职业理念指导下，大家才会形成推动法治建设进程的合力，才会相互尊重，才能更有效的沟通，才会在相同的语境下发表对案件的观点。当律师和法官都不再是金钱的奴隶、不再是权力的附庸而是法律的实践者、正义的追求者，那么，我们这两个职业的法律表率作用就能完全实现！

当一个人有了灵魂的追求，这个人的精神面貌就会改观，就会充满活力和激情，作为法官，可以避免司法腐败、司法冷漠、司法软弱的弊端；作为律师，可以给当事人提供高效优质的法律服务。我们才可以在工作中发现立法的不足，而提出完善立法的建议；我们才可能克服困难，坚决贯彻执行已经生效的法律。我们才可能把法治的阳光照射到更多当事人的心田！我们关注弱势群体的法律需求，我们维护共同的精神家园！

也只有法官、律师有着相同的职业理想——建设社会主义法治国家、有着相同的职业使命——维护法律的正确实施、维护当事人的合法权益、维护社会公平正义，那么我们的优秀律师成长为资深法官的制度设计才有可能真正实现。不然的话，一个优秀的律师仅仅是物质财富的拥有者而不是法治建设的拥护者，那么，这样的优秀律师也仅仅是所谓的优秀律师，而不是真正的优秀律师。

让我们为自己是个律师或者是法官而感到骄傲与自豪！因为我们在用自己的智慧和知识让死板的法律条文在活生生的现实生活中熠熠生辉！

作者单位：安徽金晟律师事务所

律师文化建设的深化和创新

聂 斌

【内容摘要】律师文化是律师这一特定职业群体在法律实践中形成的特色文化，是社会主义法律文化的重要组成部分。当前，我国律师文化建设远不能满足社会经济政治发展所需。因此，如何深化和创新律师文化就成为今后律师工作的重点之一。笔者从律师文化的概念出发，介绍了律师文化建设对于依法治国以及行业发展的深远意义，进而重点以创新角度，阐述了构建中国特色律师文化的途径：儒家化和战略思维。在儒家化的构建中，以“仁”、“义”、“礼”、“智”、“信”为切入，介绍了如何将儒家的五种核心思想与律师文化相融合，从而引导中华律师文化更好地实现“法律至上”和“当事人中心”的理念。在战略思维的构建中，主要探究了如何切实转变观念，以文化战略作为律师管理的根本方法，从而实现律师行业的可持续发展。

【关键词】律师文化 概念 属性 构建

一、律师文化的概念

“律师文化”的概念是在1999年8月27日大成律师事务所举办的“律师的社会地位和中國社会发展研讨会”上最早提出的^①。此概念一经提出，立即引起我国律师理论和实务界的广泛讨论。

何为律师文化？已有许多学者进行探讨。有人认为“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。包括律师群体文化、律师集体文化和律师个体文化^②。”有人认为“律师文化是法律文化的构成要素，可从物质、行为、制度以及精神四个方面加以考察^③。”也有论者认为“律师文化当归社会意识形态范畴，属人类精神财富。具体指律师这一职业群体所共同具备的人文素养和专业水平^④。”

笔者认为，在对此概念进行研究时，应当注意两个问题：

其一，这种研究应是着眼于群体的研究。因为“文化”本身，除了关注个体外，更多更重要的是强调群体。因此，我们在对“律师文化”进行考察时，应具有“群体化”的特点。

其二，这种研究应是多视角的。从文化学视角出发，律师文化是整体文化中的分支，即律师文化作为下属概念，其性质由文化规定；从律师学角度出发，律师文化归属其中的文化因素，其性质由律师这一特定行业决定。我们在对“律师文化”进行考察时，应具有“综合化”的特点。

因此，相对全面的律师文化概念可以这样表述，律师文化是律师这一特殊的社会群体在长期的法律服务实践和管理活动中逐渐形成的具有律师特点、并得到共同遵循的价值理念、思维模式、行为准则，以及与之相关联的物质载体的总和，它是法律文化的支脉。广义的律师文化还包括律师法规的完善、司法制度的改革、律师法律素养的普遍提高、从业人员良好道德的形成等。

二、律师文化的本质属性

任何一种文化都是一定社会政治经济的产物，并为一定的政治经济服务。我国律师文化产生于社会主义民主政治和经济基础之上。从其共性和根本意义上说，其本质特征必然是社会主义法律文化的组成部分。律师是社会的法律工作者的本质属性，也决定了律师必须树立忠于法律、维护法律的正确实施，维护社会公平和正义的价值观做到在法律实践中严格遵守职业规范，律师行业的宗旨也体现了社会主义文化的本质要求。因此，律师文化必然是社会主义的意识形态，并为社会主义民主法治服务，为经济社会发展服务^⑤。

三、建设律师文化的重要意义

（一）律师文化对法治国家的重要意义

依法治国的核心是依法行政，在依法行政的过程中，要充分发挥律师的作用。当前中国的法治是一种政府主导型的法治，然而法治环境的培育，法律意识的培植，不能仅仅靠政府主导，更多的还需要法律工作者，包括司法人员和律师以自身的工作，让当事人切实感受到法律的价值和法律工作者的价值。

在我国，律师对推动我国的民主法治建设意义深远。律师，既是国家司法体系中不可或缺的一份子，同时也是多元利益的天然代表，其可在自己的诉讼权利范围内，保护被侵犯合法权益权利人的利益，从而既保障了人民民主，又捍卫了司法公正。

（二）律师文化对律师行业的重要意义

首先，律师文化能满足律师行业和律师执业人生存和发展的需要。律师文化同其他行业文化一样，是为了满足人的不同需要而产生的。具有人为性和为人性的特点。

其次，律师文化是律师行业的灵魂。律师文化是一种集体意向，是一种安排秩序的观念，它为律师执业人员提供了思想和行为模式。从而构成了律师执业人员互动的基础。律师文化为律师行业提供了统一的行业观念、价值观念和价值取向，可以使来自不同文化背景、具有不同人格特征和行业习惯的律师在执业时，具有统一的思想和行为方式，从而保证律师行业的有序发展。

再次，律师文化能促进律师行业职业素质和执业能力的提高。多年来，加强行业内部建设，不断提高群体素质，一直是律师工作的重要任务。但是，律师行业中存在的问题仍不容乐观。究其原因，固然很多，但与我们忽视了文化建设、轻视了文化的力量不无关系。和谐的律师文化具有明确的价值导向，对每位律师都有着潜移默化的作用，影响着广大律师的思想和行为。用和谐的律师文化浸染整个行业，必能丰富广大律师的精神世界，提升他们的精神境界，从而纠正其思想和行为上的某些误区，促进律师行业职业素质和执业能力的不断提高。

最后，律师文化有助于律师行业的凝聚。律师文化因其满足人的需要的形式和方式而不同于其它的文化形式，它能够把律师群体，同其他的社会群体区别开来。在其影响下，能使律师产生归属感、认同感，并围绕共同理想，形成群体意识和团队精神，使律师行业凝聚成一个协调、有机的整体。当前我国律师行业通存现状，就是律师业务活动有着浓厚的个人色彩，缺乏团队合作精神，可以说这和我国律师文化建设相对薄弱有着一定的关系。我们要通过律师文化建设的持续深入，逐步改变这种现状。

四、建设有中国特色的律师文化

（一）律师文化儒家化建构

儒家思想博大精深、源远流长，是中华文化的奇丽瑰宝。如何挖掘优秀传统文化，在时

代轨道上变通运用，对于构建中华律师文化，其意深远与重大。

众所周知，儒家思想的精髓包括仁、义、礼、智、信。若将律师文化和这五大核心思想完美融合，将会引导中华律师文化更好地实现“法律至上”和“当事人中心”的理念。

“仁”律师文化就是要以人为本。要从人的特点和实际出发，一切制度安排和政策措施要体现人性、尊重人权。就律师而言，“仁”文化当体现在对法律的热爱、对当事人的爱。律师在执业中，在法律的框架内，其考虑的唯一因素就是当事人的权利和权益。就律师事务所而言，“仁”文化当表现在人性化的管理模式，在律师和律师事务所整体目标一致时，要尊重律师的个体价值。

“义”律师文化就是要求律师维护当事人的合法权益，维护社会的公平正义。同时，律师之间应相互尊重，律师事务当尊重有才之士，实现“义”之“尊贤”内涵。

“礼”律师文化就是要求律师在执业中，当尊重法律，遵守“法的礼仪”，即遵守法的秩序。如律师在调查取证时要遵守一定的规则。如果律师通过非法途径获得案件的胜诉，那是对法的精神的“不礼”，是对“礼”的践踏。

“智”律师文化不仅是认识论上，更是道德理性上的。这就意味着律师不仅是掌握法律语言、法律技术、法律思维之师，更应当是关切他人、关切社会、关切文明之师，更应当是将法律转化为现实正义之师。“智”如何获取？知识的累积博渊和修养身心是通往“智”的彼岸，让精神内化，这是形成“智”律师文化的基础。

“信”律师文化包含两层要求：一是律师应对法律信，二是律师应对当事人诚。对法律信要求律师信仰法律，信仰法律职业。若没有对二者的信仰，律师就会无视法律、践踏秩序，减损职业的神圣感，从而丧失对“义”地孜孜追求。对当事人诚，就是要践行“当事人中心”的理念，在法律的框架内尽可能地来维护当事人的权益，如果律师失信于当事人，失去的不是一个个具体的案源，而是律师的生命，律师职业的生命。

（二）律师文化战略的构建

构建律师文化，不能停留表面，浅尝辄止，为能使律师行业获得科学的精神支柱，应当高屋建瓴，以战略的维度来谋求律师行业的能动发展。因此，在构建特色律师文化进程中，应将焦点由有形转为无形和有形并举，更加注重内在精神，更加关注无形财产的构成；应将人视为管理对象转向以人为本，将人、人的个性、行业特性放在首位，将律师的满足、当事人的满足、社会各界的满足作为文化战略的重要指标；应由外在走向内在，要使律师普遍一致地向着共同的目标自觉奋斗，要将“应该如此”取代“只能如此”，“我要干”取代“要我干”，由他律走向自律，由管理走向自觉。

要以文化战略作为律师管理的根本方法，切实转变观念，把律师文化建设贯穿律师业发展始终，建立组织实施机制、信息沟通机制、目标管理机制、工作考评机制、绩效评估机制、检查督促机制、总结验收机制等律师文化的长效机制，积极实施律师文化战略，实现律师行业的可持续发展。

以上是笔者对于发展中国律师文化的一些建议。在新的时代浪潮中，对律师文化建设加以孜孜不倦地探研，使其不断地融汇整合、深化创新，从而更加符合中国律师业的发展实际，对于广大法律工作者来说，任重而道远。

参考书目：

- 1、徐月芬：《走向大牌律师》，法律出版社 2003 年版。
- 2、宋占文：《论律师文化》，《中国司法》，2006 年第 3 期。
- 3、林广华：《我国律师社会角色的重新定位》，《中国发展观察》，2008 年第 9 期。
- 4、司莉：《论中国特色律师文化的构建》，《郑州大学学报》，2009 年 7 月。

- 5、钟精明：《论我国律师文化的构建及其功能性意义》，《新疆社科论坛》，2007 年第 1 期。
- 6、马明利：《论律师文化的内涵及发展路径》，《经济师》，2008 年第 5 期。
- 7、高志和：《论律师文化的构建》，《吉林省教育学院学报》，2006 年第 12 期。
- 8、徐前权：《律师文化建设必要性之考察》，《孝感学院学报》，2007 年第 2 期。
- 9、史贵帅：《我国律师文化建设的问题及对策》，《中共郑州市委党校学报》，2008 年第 4 期。

注释：

- ①徐前权：《律师文化建设必要性之考察》，《孝感学院学报》，2007 年第 2 期，第 38 页。
- ②宋占文：《论律师文化》，《中国司法》，2006 年第 3 期，第 173 页。
- ③王玉亮：《法治理念下的律师文化建设》，《中国司法》，2006 年第 6 期，第 55 页。
- ④樊斌杰：《律师文化之思索》，<http://www.148com.com/html/2217/371702.html>。
- ⑤史贵帅：《我国律师文化建设的问题及对策》，《中共郑州市委党校学报》，2008 年第 4 期，第 109 页。

作者单位：安徽杰灵律师事务所

承接产业转移呼唤区域中心城市 市民法律意识提高

音邦定 江武建 范大平

【内容摘要】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》,这是中国批准设立的首个国家级承接产业转移示范区。这个城市带以合肥和芜湖两个城市为皖江城市带区域的中心城市,称之为“双核”。这个城市带以合肥和芜湖两个城市为皖江城市带区域的中心城市,称之为“双核”。在承接产业转移过程中,区域中心城市市民的法律意识必然对周边地区人们的行为产生影响,进而对城市带区域经济的发展产生影响。然而,“与一切非无产阶级的法律意识不同,以马克思主义为指导的社会主义法律意识,不可能自发产生,它需要外部的灌输。”因此,要多渠道多方式提高区域中心城市市民的法律意识。

【关键词】区域经济 承接产业转移 中心城市 法律意识

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》,这是中国批准设立的首个国家级承接产业转移示范区,规划范围为安徽省长江流域,主要包括合肥、芜湖、马鞍山、铜陵、安庆、池州、巢湖、滁州、宣城9市全境和六安市的舒城县、金安区,共59个县(市、区)。这个城市带以合肥和芜湖两个城市为皖江城市带区域的中心城市,称之为“双核”。通过区域的中心城市带动周边市县承接产业转移,促进皖江城市带区域经济发展,特别是促进县域经济的发展。然而,承接产业转移需要增强中心城市市民的法律意识。本文就此问题进行一些初浅的探讨。

一、区域中心城市市民法律意识对承接产业转移的影响

中心城市是指在一定区域的城镇体系中占据主导地位,对辐射带动整个区域经济社会发展发挥关键作用的大中型城市。它通常以一定的行政区划为范围,是该地区的经济、政治和文化中心,是引领辐射圈内城乡发展的龙头。中心城市集中了区域内主要的人才资源,是体制、管理、科技和观念创新的策源地。从区域的角度上讲,中心城市是经济区域中的经济发达、功能完善,且能够渗透和带动周边地区经济发展的行政社会组织 and 经济组织的统一体。^①在皖江城市带中,合肥和芜湖正是皖江城市带经济区域中的中心城市。

法律意识是人们关于法的各种现象的感知、情绪和意志的总和,是人们对于各种社会现象,包括生产与生活以及由此发生的各种社会交往现象,从法律的角度感觉、认知、评价并且用以支配行为方式的意识,是人们将自己置身于法律世界、法律生活和法律秩序中的自觉性。

承接产业转移对皖江城市带区域经济是一个良好的发展机遇。就区域而言,县域是省域的组成部分,就经济而言,县域经济则是省域经济的基础。然而,县域经济的发展必然要接受中心城市的辐射。中心城市一定是领导经济圈发展的先进理念,不管是经济还是文化都是这样的,它是当之无愧的领袖。这些特点决定了中心城市必然对县域经济和广大农村起到辐射带动作用,中心城市市民法律意识也必然对城市带区域经济发展产生较大影响。个体的合法行为是有意识地选择的结果,无论是自觉自律还是受到了外在强制,在观念上接受法律规

范的结束,形成法律义务责任感是一个个体保持恒久守法状态不可或缺的一个基本条件。^②市场经济是法制经济,因此,在承接产业转移过程中,区域中心城市市民的法律意识必然对周边地区人们的行为产生影响,进而对城市带区域经济的发展产生影响,具体来说有以下几方面。

(一)对城市带区域法治环境的影响

法治,即法律主治、依法而治,要求作为反映社会主体共同意志和根本利益的法律具有至高无上的权威,并必须在全社会得到普遍遵守和有效实施。法治环境的出发点与归宿点都是公民权利的维护与公民权利环境的改善。法治环境的优劣,体现了维护社会文明进步的制度化程度和水平。^③很难设想,在人们法律意识不高的地域却有良好的法治环境。能否很好地承接产业转移,皖江城市带区域内良好法治环境的形成与群众法律意识提高息息相关,需要全民的共同努力。经济和法律界人士指出,法律环境中蕴藏着巨大的经济效益和效率潜力,应大力提倡向法治环境“淘金”。因此,中心城市市民法律意识也必然对皖江城市带区域居民法律意识产生影响,从而对皖江城市带区域经济发展产生较大影响。^④

(二)对扼制城市带区域内腐败现象的影响

腐败现象严重制约经济的发展,这是一个不争的事实。腐败给国家、社会、人民以及个人带来巨大损失,对皖江城市带区域经济的发展也有很大影响。所以人们对腐败现象深恶痛绝,国家和社会生活的各部门都在对腐败打击、扼制。近几年来,尽管取得了一定成就,但是,“反腐败是一项长期的艰巨的任务。”产生腐败的原因是多方面的,但腐败现象与人们的法律意识的高低肯定有千丝万缕的联系。因此,提高中心城市人们的法律意识,对扼制皖江城市带区域内腐败现象必将产生较大影响。

(三)对皖江城市带区域企业的公平有序竞争的影响

目前,企业的竞争非常激烈,而且,国外公司和沿海公司的优势是非常明显的,除了资金、管理上的优势,最主要的还是客源网络的优势,它们凭借自身国际网络的优势,在抢夺国际客源方面是占据较大优势。而皖江城市带企业的管理者由于法律意识的缺失可能对承接产业转移持抵触态度。一些企业的违法犯罪活动严重影响了城市带区域企业的公平有序竞争。如果提高中心城市居民法律意识将有利于转移来的产业与原有企事业展开公平有序的竞争。

(四)对皖江城市带区域建立现代企业的制度的影响

良好的法律意识在法治建设中具有重要的作用。良好的法律意识同样在现代企业制度建设上具有重要作用。皖江城市带企业的管理者和员工只有具有了良好的法律意识,才能使守法由国家力量的外在强制转化为区域企业员工对法律的权威以及法律所内含的价值要素的认同,从而就会严格依照法律和现代企业制度来行使自己享有的权利和履行自己应尽的义务,就会积极寻求法律途径解决纠纷和争议,自觉运用法律的武器维护自己的合法权利和利益,就会主动抵制破坏法律和秩序的行为。

(五)有对减少城市带区域企业经营中的法律纠纷的影响

例如劳动合同纠纷。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定劳动合同,但协商的内容不得违反或排斥强制性规范,否则无效。但有些企业,特别是一些小的本土企业往往不按照法律法规签定劳动合同,甚至根本不签合同,因而常常发生法律纠纷。有的地方对此,不管不问,这对承接产业转移会造成不良影响,甚至出现法律纠纷。因此,提高法律意识有利于减少皖江城市带区域企业经营中的法律纠纷。此外,还有交易合同纠纷、债务纠纷、股权纠纷、改制中的纠纷等等法律纠纷的顺利解决都需要人们法律意识的提高。

(六)对城市带区域企业依法正确地履行责任的影响

法律意识提高了,对于管理者而言,就能够积极促进各项制度的建立,依法正确地履行责任和行使权力;对于企业员工而言,就能够使其依法履行义务的行为成为自觉的行为。所

以,大力培养法律意识,有利于企业依法正确地履行责任。

二、承接产业转移过程中如何培养中心城市市民及县区农民的法律意识

皖江城市带承接产业转移示范区已明确把装备制造业、原材料产业、轻纺产业、高技术产业、现代服务业和现代农业作为重点发展的六大支柱产业。安徽省发改委主任沈卫国曾介绍说,示范区不是“另起炉灶”,不搞大规模的重复建设,主要依托现有的开发区,对其基础设施、商业配套、公共服务等进行升级,使其更加符合产业发展的规划布局,突破行政区划制约,以适应产业大规模、集群式转移的趋势。在体制机制上,国家赋予示范区“先行先试权”,允许皖江地区在突破行政区划界限、土地管理制度改革、价格机制等方面实施更为灵活的政策。这就是说,皖江城市带通过承接产业转移,将会进入经济发展的快车道。那么区域内人的法律意识也必须跟上。然而,“与一切非无产阶级的法律意识不同,以马克思主义为指导的社会主义法律意识,不可能自发产生,它需要外部的灌输。”^⑤那么,如何培养中心城市市民及县区农民的法律意识呢?我们认为要从以下几方面入手。

(一) 强化法律意识领域的助推性健康因素

以群众喜闻乐见的形式针对具体的群体具体的需要有针对性地开展法律意识启蒙运动。借助各种媒体和生动的形式将法律的触角延伸到社会的各个领域和层次,加快法律的社会化步伐。以法律理念的先行带动法律行为,以法律制度的变革激活人们法律意识和行为的变革。

(二) 推行中心城市先行,城乡共进的法治策略

由于法律意识领域在城乡有着显著的不均衡的差异,城乡二元经济体制的长期持续,市场经济的重点必然也只能落在城市,城市文明的优越使其更具备较乡村成熟的法治环境,因此城市法治要先行,尤其是中心城市更要先行。先行实现法治的城市带动乡村法治,城镇化、工业化、产业化、市场化的“三农”发展战略将是持久的,这种边缘化了的外嵌式的乡村社会将不断消亡和转化,最终实现整体秩序的整合和升级。

(三) 培养和塑造公民自觉、自愿的守法精神

要实现法治国家的目标,就必须把现代法治的精神——公平、民主、正义、效率等内化为公民的法律意识,从而构筑公民守法的内在基础,自觉、自愿服从法律规则,有法必依,促进社会主义法治建设。培养公民积极的参与意识,弘扬社会正义精神。^⑥

(四) 高度重视和发挥社区建设的重要作用

将社区建设作为把普法渗透于社会基层和家庭的重要支撑。随着社会城市化进程的加快和社会基层民主的扩大,社区在现代社会中的作用越来越重要,它不但是市民日常生活的最重要场所,同时也是政府与市民建立经常性联系和实施基层化管理的重要环节。社区建设的好坏直接关系到城市的发展和社会的稳定,而现代社区建设的重要任务之一则是要努力营造良好的社区法律文化和社区法治秩序。因此在这一方面,我们不但应着力探讨如何把普法工作渗透于社区的有效途径和方法,而且应当认真总结社区建设如何能够为提高市民法律素质提供社会化长效支撑的有益经验。^⑦

(五) 强化民主与法制、依法治国的法律宣传机制

通过各种渠道和各种形式传播于全社会。要经常不断地运用各种典型实例,有选择地借鉴国外有益的实例,向社会各个角落进行传播,使每个社会成员的法律意识升华于这种法治氛围之中。^⑧高度重视和充分发挥大众传媒的特殊作用,将其作为向公众进行法律信息传递和对其予以宣传教育和引导的最为日常化、大众化和常规化的重要普法手段。这是现代社会高度信息化发展趋势的必然要求,也是我们普法模式转变的一个重要方面。

(六) 不断发展和扩大基层民主自治

要进一步消融国家优位理念，逐步树立起社会优位理念。要在加强基层民主自治体制建设的同时，大力发展独立于政府及其它权力机关的社会中介组织，努力建成一个健康发展的公民社会，使公民在自治中培养民主意识和责任意识。同样重要的是，要不断健全和完善市场经济体制。市场经济是现代法治社会的基础，市场经济对规则的需求，市场主体对权利意识的发育和扩张都为法律意识的成长准备了土壤。从历史上看，正是市场经济造就了市民社会的主体，拓展了市民社会的活动空间，塑造了市民社会的意识形态，塑造了市民社会的自治体制，促进了适合于市民社会的法律理念和制度的形式。^⑨可以说，没有市场经济，就不可能建立真正意义上的公民社会，也就没有法治，更谈不上公民法律意识的养成。^⑩

（七）多种措施提高区域内企业员工的法律意识

一是要增强依法办企业的意识。特别是公司法，已实施多年并进行了修改，企业经营者应当严格遵守。二是要增强按合同办事的意识。由于合同是有法律效率的协议，依合同办事，使双方都明确自己的权利义务，从而保证必备的交易条件和秩序，使交易得以顺利进行。三是增强公平、合法竞争意识。四是增强自觉服从宏观调控的意识。五是增强按涉外法律和惯例办事的法律意识。六是要在员工中开展法治教育，进行有针对性的培训。

总之，承接产业转移任务艰巨，除需要配备硬件条件外，还必须采取措施增强中心城市市民与县区农民法律意识。

参考文献：

①江西统计局《发展区域中心城市 加快城市化进程》，江西统计信息网 2006-12-19 09:04:41。

②王新宇《公民个体法律意识的形成因素》，《中国社会科学院院报》2005年第10期。

③郑国清《试论法治环境也是生产力》，<http://www.yfzs.gov.cn/> 2004-11-15 15:24:22。

④邹凤岭《向法治环境“淘金”》，http://www.sipo.gov.cn/sipo/zscqb/fzkj/t20020531_5745.htm 转自《中国知识产权报》。

⑤转引自耿治《法律意识是实现法治的前提——读《法律意识论》》，北京法院网 <http://www.yfzs.gov.cn/> 2003-11-01 14:31:09。

⑥孙光妍 毕晓棠《法律意识与法治建设》人民日报 2002年08月13日第十版 学术动态栏。

⑦上海市行政法制研究所《“上海市民法律意识调查”课题总报告》，《政府法制研究》2002年第7期（总第119期）。

⑧《民主与法制》2003.12.4 电视报道。

⑨程东：《论法律意识》<http://www.cdlawjer.net>1999年1月。

⑩朱玉美《论法律意识的培养》，<http://paper.studa.com/2006/6-26/16052720.html>。

作者单位：安徽深蓝律师事务所

民商法律服务

一事不再理原则研究

——以真实案例问题为原点的思考

陈克军

【内容摘要】本案审理的焦点问题，主要是一事不再理原则。我国民事诉讼法对一事不再理原则的规定与大陆法系德、日等国相比还存在很大的差距，体现在我国民事诉讼立法没有明确规定此原则，民事诉讼法第 111 条（五）之规定在范围上也显单薄。为了解决民事诉讼实践中“重复起诉”和“重复受理”问题，有必要从理论上研究“一事不再理”原则的内涵、外延，指导司法实践活动，弥补法律漏洞。本案争议的另一个焦点是合同履行问题。

【关键词】一事不再理 既判力 重复起诉

案情：原告诉被告买卖合同纠纷一案，原告与被告双方于 2003 年 5 月 21 日签订经销协议书一份，双方约定：由原告向被告供应冷生鲜肉类产品，被告停止销售前三天内付清全部货款，如发生纠纷协商不成通过诉讼由原告所在地人民法院解决。2003 年 10 月 2004 年 8 月 17 日，原告通过其驻某地办事处就近组织其七个控股子公司的货源向被告供货 227 万元。发货单分别手写注明原告控股七个子公司的字样且为连号并格式相同，送货单位署名人为原告驻某地办事处工作人员。被告尚欠部分货款，双方发生纠纷。另外双方还于 2004 年 9 月 10 日签订了另一份经销协议书。

第一次诉讼：本案经被告所在地法院一审裁定驳回原告的诉讼请求，理由是原告提交的送货单发货单位均与原告无关，原、被告虽然签有销售协议，但该协议签订日期为 2004 年 9 月 10 日，不能证明原告与本案诉讼请求的货款有直接的利害关系。

原告不服一审裁定，向上诉法院提起上诉，上诉理由：事实认定错误有三。一是一审法院无视原告提交的原告与被告于 2003 年 5 月 21 日签订的经销协议书所建立的购销法律关系；二是一审法院未认定原告的七个控股子公司出具的被告所收货物的实际所有人为原告的书面证明；三是一审法院对被告股东出具的对帐单的事实置之不理。上诉法院审理过程中，原告以其已补充证据，准备重新起诉为由，申请撤诉，上诉法院裁定准许撤回上诉，双方均按原裁定执行。

第二次诉讼：原告又以双方于 2003 年 5 月 21 日签订的经销协议书为依据向原告所在地法院起诉。被告答辩称理由是：原告的起诉违反了民事诉讼法第 111 条（五）规定的一事不再理原则；2003 年 5 月 21 日签订的经销协议没有实际履行，原告无法证明原告与被告之间有利害关系，而且约定的送货方式是由原告直接将货物送到被告处或由被告去原告处取货，双方并没有约定该合同在实际履行中可以由第三方代为履行。一审法院组成独任审判庭，经审理认为，原告虽然与被告签订了经销协议书，双方并没有约定合同可由第三方履行，但原告提供的送货单上载明的送货单位却是其他单位（即七个公司），被告提供的电汇凭证也证明被告向七公司支付货款，且原告也没有向被告开具过发票，原告认为经销协议已经履行没有事实依据，故本院对原告的诉讼请求不予支持。同时，一审法院对被告本案违反一事不再理原则的抗辩不予采纳，理由是本案原告提交了新的证据即 2003 年 5 月 21 日签订的经销协议书。最终判决驳回原告的诉讼请求。

原告向上诉法院提起上诉。上诉法院认为，原审判决认定事实错误，撤销原判，发回原

审法院重审。原审法院重新组成合议庭进行审理。重审合议庭认为本案争议焦点有两个，一是原告两起诉讼是否违反一事不再理原则，一是原告是否是合同的相对方，因而是否享有要求被告纪念会货款的权利。关于第一个焦点，重审合议庭认为：原告第一次诉讼，法院民事裁定书是基于原告与被告之间2004年9月10日签订的另一份经销协议书作出驳回原告起诉的裁定的。而本案是原告依据2003年5月21日签订的经销协议书向本院起诉。第一次诉讼的法院并没有就2003年5月21日签订的经销协议书有关的法律事实和法律关系进行审理和裁判。因此，法院对被告的抗辩不予支持。关于第二个焦点，法院经审理认为：发货单分别手写注明原告控股七个子公司的字样，并且发货单为连号，格式基本相同，送货单位署名人为原告驻某地办事处工作人员。此外，七公司出具的证明表述：发货单项下的货物均是原告向被告所供，被告也从未向这七公司支付过送货单项下货物的货款，所有货款应当由被告向原告支付。因此，送货单项下的货物的实际送货人是原告。被告所提供的证据不足以证明其抗辩主张，本院对其抗辩不予采纳。故原告与被告双方于2003年5月21日签订的经销协议书已实际履行，原告有权要求被告按照双方的约定支付价款，判决被告支付送货单项下的货款，并支付逾期付款利息。

问题：本案是否属于一事不再理？

（一）何为一事不再理

一事不再理是指对于同一诉讼标的，法院不能再次受理或两次作出生效判决。一事不再理包括两种情况，一种是对同一诉讼标的，法院不能两次受理；另一种是指对于同一诉讼标的，法院不能作出两次生效判决。

“一事”是指同一诉讼标的。严格地说，“同一案件”或“同一纠纷事件”的表述是不准确的，不能等同于“一事”，因为司法实践中常常会碰到同一案件不止一个诉讼标的的情况。

“不再理”包括：1.不得两次受理，对于同一诉讼标的，如果已经在法院受理了，那么包括受理法院在内的任何法院都不得再次受理该案件。2.不得两次审理：对于同一诉讼标的，如果已有法院通过审理作出裁判，那么包括作出裁判的法院在内的任何法院，不经过法定程序，不能再次审理该诉讼标的并作出生效裁判。“经过法定程序”主要包括上诉程序和再审程序。此外，任何法院不得对同一诉讼标的已决裁判进行再次审理。

（二）大陆法系一事不再理原则

一事不再理原则，有学者认为源于罗马法“诉权消耗”理论和制度，即诉权会因为诉讼系属而象“物”一样地被消耗，因此对同一诉权就不能再次起诉。同时，被告也可基于“既决案件的抗辩”或“诉讼系属的抗辩”使当事人的诉讼请求不能被受理。

大陆法系继承并发展了罗马法“诉权消耗”理论，并发展为“一事不再理”原则。一事不再理原则除包括既判力的消极效果，也包括诉讼系属效力，即对于诉讼系属中之诉也不能再提起。因此大陆法系一事不再理原则实际上是既判力之消极作用理论与“禁止二重起诉”原则的结合。

“诉讼系属”是德日民事诉讼中的概念，相当于我国民事诉讼法中“法院受理”，但又不全相同。在德日民事诉讼法中，诉讼系属法院后要产生一系列的程序和实体法律效果。按照德民事诉讼法第261、262、32条之规定，诉讼系属期间，当事人双方都不能使该诉讼案件另行发生系属关系。通俗地说，“诉讼系属”是指诉讼存在于法院的这样一种事实状态。实际是指案件被提起后，正处于法院审理过程中这样一种事实状态，它反映了诉讼从提起到最后裁判这样一个过程。诉讼系属的开始时间，一般地是指当事人提起诉讼之时，诉讼系属的结束时间因案件的不同审结方式而不同，但有一点是共同的，即诉讼标的的争议通过审理已形成确定的裁判结果。

重复起诉，是指民事案件中同一当事人，基于同一事实和理由，就同一诉讼标的，再次

向人民法院提起诉讼。具体而言，存在二种重复起诉形式：其一、对于法院正在进行本案审理的案件，当事人又就同一诉讼标的向另一法院起诉；其二、在某一案件已由法院审理终结且其所为之裁判业已确定的情况下，当事人就案件再次向法院起诉。“正在审理”是指在“该案件法院受理后裁判生效之前”这段时间，案件处于法院系属之中的状态。禁止二重起诉原则，在民事诉讼中还包括“强制合并诉讼”类型，即当事人尽管可以进行诉的追加性变更或提起反诉，但却不能另行起诉。

从以上分析还可以发现，大陆法系“一事不再理”原则是从法院受理案件的角度来研究的，而从当事人起诉的角度看，即禁止重复起诉或禁止二重起诉。禁止重复起诉或“一事不再理”的理论基础是既判力理论和诉讼系属的效力理论。

（三）我国“一事不再理”原则的理论研究和司法实践

我国民事诉讼法学者一般认为，民事诉讼法第111条（五）规定了“一事不再理”，然而却只规定了既判力的消极效果，即对一诉已作出了确定终局判决，不得再次提出诉讼或除了符合一定条件外重新审判。人民法院的判决一旦发出法律效力，当事人之间不得对此再行争议，法院也不能随意变更或撤销。倘若当事人对生效判决不服，只能提出申请再审，但再审须符合法律规定的条件。但我国民事诉讼法也规定了例外情形，即对于法院准予撤诉的裁定，由于撤诉只是从程序上结束了案件审理，当事人之间的实体民事权益纠纷并未得到审判和解决。因此，当事人在撤诉或人民法院按照撤诉处理以后对其争议的民事纠纷仍然可以提起民事诉讼。当事人以同一诉讼标的再次起诉，人民法院应当受理。另外，我国民事诉讼中追索赡养费用、抚养费、抚育费案件，裁判发生法律效力后，因新情况、新理由，一方当事人再行起诉要求增加或减少费用的，人民法院应作为新案受理，不受前诉既判力影响。

重复起诉，不仅徒增当事人之诉累，且对当事人双方而言无任何实益，故各国民事立法均对当事人的重复起诉采取明确禁止的态度。大陆法系禁止正在进行审理的案件另行起诉，是因此时诉讼已在系属中，若允许重复起诉，便有可能形成两个直接抵触的矛盾判决，从而引起诉讼结果的极大混乱，故必须禁止这种“无益的诉讼”。禁止审理终结并已为确认的裁判的案件的另行起诉，则因直接有悖于生效判决“既判力”，此种重复起诉不仅会损及法院的应有权威，且会使得当事人之间本已确定的权义关系再次处于待决状态。

我国虽是大陆法系国家，但同样奉行“一事不再理”诉讼原则的我国，长期以来缺乏深入的“一事不再理”原则的理论研究，亦没有引入或移植“诉讼系属”理论和既判力理论，因此我国现行立法上，对重复诉讼之禁止，缺乏应有的正面强调，至于完备的细致具体规定则更是付之阙如。

现行民事第111条（5）之规定，只是从隐性角度，规定了“既判力”消极结果的“不予受理”，并未明确地从正面规定“当事人不得重复起诉”。同时，仅规定“判决、裁定”而未规定“法院调解书”的“不予受理”。

正因为我国民事诉讼法立法未明确规定一事不再理的诉讼原则，因此实践中出现的重复起诉现象，法院无法从一事不再理原则直接找到合理的理解和裁判依据，往往只能求助于禁止二重起诉理论和既判力消极作用理论。

根据民诉法第111条第5项规定，对法院裁定已发生效力的案件，当事人不得重复起诉。从法条字面意义上理解，本案属于一事不再理范畴，后诉法院应裁定驳回原告的起诉。这是裁定既判力作用的一般原则。

然而，裁定的既判力又具有不同于判决既判力的特殊问题。本案驳回原告起诉的裁定的既判力并不是一般地确认该诉讼的起诉要件不存在，其针对的仅仅是作为驳回起诉理由的起诉要件。也就是说，关于欠缺具体的某一个起诉要件的判断不仅仅是判决理由中的判断，而且也成为判决主文并成为驳回起诉裁定的既判力的对象。因此只要原告对作为驳回理由的起

诉要件作出补正，就可再诉。同时，驳回起诉的裁定并没有对案件进行实体审理，原告至少应当获得一次接受本案审理的机会，这就是裁定的既判力的特殊性，《民诉意见》第 142 条的规定“裁定不予受理、驳回起诉的案件，原告再次起诉的，如果符合起诉条件的，人民法院应当受理。”即是驳回起诉裁定既判力特殊性的规定，是裁定既判力的一般原则的例外。具体到本案，原告在前诉中的起诉，被前诉法院以当事人不适格驳回起诉，但在后诉中，原告补正前诉中驳回起诉的理由再诉，后诉法院应当受理，不受驳回起诉裁定既判力的拘束，不属于一事不再理的范畴。

参考文献：

- ①郭翔.民事诉讼关键词[M]. 法律出版社,2006 年第 154 页；
- ②江伟、邵明、陈刚.民事诉讼权研究[M].法律出版社,2002 年 5 月第 265 页；
- ③廖中洪..民事诉讼法·诉讼程序[M].厦门大学出版社,2005 年 3 月第 17 页；
- ④李浩、刘敏.新编民事诉讼法学[M].中国人民大学出版社,2003 年 7 月第 278 页；
- ⑤占善刚、赵钢.再论民事诉讼起诉条件及其适用[J],载于陈光中、江伟.《诉讼法论丛（第九卷）》,法律出版社,2004 年 7 月第 401 页;
- ⑥张卫平.民事诉讼：关键词展开[M],中国人民大学出版社,2005 年 8 月第 316 页, [日]木川统一郎《一部请求后的残余请求》载《民事诉讼重要问题（中）》第 306 页,日本成文堂,1992 年；
- ⑦邓光辉.民事既判力理论研究[M],中国政法大学出版社,2005 年 2 月第 65 页,转引自邵明著《既判力论》载北大法律网 2003 年 11 月 25 日。

作者单位：安徽治邦律师事务所

农村宅基地租赁的法律思考

邵忠银

【内容摘要】在土地利益的驱动下，农民公然出租宅基地使用权，甚至将事实占有的宅基地也对外出租，更多的情况是，农民将宅基地房屋对外出租。法律对宅基地与宅基地房屋的租赁问题没有明确规范，我们只能根据相关法律与法律原理去判断宅基地租赁的合法性：宅基地不能单独租赁，宅基地房屋可以对外租赁。

【关键词】宅基地使用权 宅基地房屋 租赁

商品房持续涨价推动了宅基地的隐形流转，也推动了宅基地的公然租赁。有农民将宅基地租给他人建造房子与别墅，有农民将宅基地房屋租给他人拆建后修建厂房与从事营业。前者涉及宅基地单独租赁问题，后者涉及宅基地与房屋混合租赁问题。出租人振振有词：我不是转让，而是租赁。我们不禁要问：宅基地能出租吗，宅基地房屋能出租吗？

一、非法宅基地单独租赁问题

90年代以前，农民在城市打工而购房的并不多，农民空余的住房并没有显现。90年代中后期，城镇化步伐迅速加快，大量农民涌向城市，各种原因促使他们选择在城市长期居住而空余了农村的房屋或宅基地，并且房价一升再升，甚至超出了人们的购买能力。于是宅基地单独与混合租赁问题显现出来。在利益驱使下，农民甚至将非法的宅基地直接对外出租。

（一）事实宅基地租赁问题

由于历史遗留原因，特别是实行统分结合、家庭联产承包责任制以后，村民更是凭借优势身体力量、优势房屋位置，大肆修建院墙、圈占房前屋后空闲地，饲养牲畜、种菜栽树，将其作为先占的事实宅基地。如果申请宅基地使用权，也是以实际占据空闲地为基础。

法律意识的淡薄，加上基层政府在建房许可方面设置的繁琐程序与诸多收费，许多农民没有经过申请擅自在事实宅基地上修建房子，对于多余的空闲地也当作自己的宅基地对外出租，以便获得经济利益。

显然，农民对于事实宅基地并没有真正取得宅基地使用权，这种出租只是集体空闲地的出租而已。出租的对象是宅基地，出租的主体应当是农村集体经济组织，农民个人不能成为真正的权利人。农民对于这种土地能够获得一定的实际使用权，即在空闲地上打场晒谷、栽花种菜，这只是一种临时性的使用权，并没有经过集体经济组织的授权，或者经过集体经济组织的默许享有的非建设性临时使用权，集体经济组织依然对其拥有占有、使用、收益、处分的所有权。因此，农民擅自对外出租，是一种无权代理行为。此时，我们进一步思考：如果集体经济组织授权给实际占有空闲地的农民，农民能否对外出租，即集体经济组织的空闲地能否对外出租？

1988年宪法修正案第2条修正了《中华人民共和国宪法》第10条第4款，去掉了土地不得出租的限制。有人认为，包括宅基地、集体空闲地在内的土地出租问题，在我国宪法上已不存在障碍。其实，这种想法并没有真正理解法律的意图。《土地管理法》将土地地区分为农用地、建设用地与未利用地三种形式，村中空闲地主要用来满足村民住房需求的建设用地，可以认为是潜在的宅基地。《土地管理法》第43条规定：“任何单位和个人进行建设，需要使用

土地的，必须依法申请使用国有土地；但是，兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的，或者乡（镇）村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外。”由此可以认为，受用途和资源所限，宅基地主要用于本集体经济组织内部成员建设住宅，外村村民不具备使用主体资格，城市居民只能申请使用国有土地。1999年5月国务院办公厅《关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知》（国办发【1999】39号）明确规定“农民的住宅不得向城市居民出售，也不得批准城市居民占用农民集体土地建住宅，有关部门不得为违法建造和购买的住宅发放土地证和房产证”。显然，这里的“城市居民占用农民集体土地”当然包括租赁在内，意味着集体组织不能将空闲地租赁给城市居民建造住宅，更不能从事商业活动。2010年《安徽省国土资源厅关于农村集体土地确权和登记发证若干问题的处理意见》将这种行为视为“以租代征”行为，不予登记与发放土地使用证。

（二）老宅基地租赁问题

农民对旧房子坍塌或拆迁后的宅基地是否继续拥有宅基地使用权？从学理上看，农民的宅基地通过申请取得、用于建造住宅及附属住宅的构筑物等永久性固定设施，也即宅基地使用权具有附属性，因修建住宅而设立，并随着住宅的转让而转让，随着住宅的拆毁而消灭。我国的《物权法》规定，宅基地使用权为限制性物权，农民只能对其享有占有、使用权，实际类似于无偿的借用权。房子拆毁、村民身份改变或者死亡，宅基地作为潜在的建设用地又回归集体经济组织，即一定的借用目的达到后，农民应该将宅基地归还集体。因此，有学者用“合有”理论解释我国的宅基地使用权。“普通法上的合有是由日耳曼法的总有与合有融合深化而来，是指数人平等地、永不分割地对不动产整体所享有的所有权，其中若有合有人死亡，其权利便丧失并自然地添加于其他合有人的一种共有权制度。”^[1]农民由于城市就业、子女升学、继承等原因实际占有的宅基地发生新的变化，或者集体经济组织可分配宅基地的实际情况发生变化，如果需要建设用地，农民还得重新申请宅基地使用权；如果没有申请，则对老宅基地不能当然继续享有宅基地使用权。

我国法律并没有区分宅基地使用权的取得与建房许可问题，而是将二者合并规范。《土地管理法》第62条规定，农村村民住宅用地，经乡（镇）人民政府审核，由县级人民政府批准；农村村民建住宅，应当符合乡（镇）土地利用总体规划，并尽量使用原有的宅基地和村内空闲地。《村庄和集镇规划建设管理条例》（国务院令116号）第18条规定，农村村民在村庄，集镇规划区内建住宅的，应当先向村集体经济组织或者村民委员会提出建房申请，经村民会议讨论通过后，使用原有宅基地、村内空闲地和其他土地的，由乡级人民政府根据村庄、集镇规划和土地利用规划批准。显然，农民在原有宅基地上建造住宅，即使其已经持有宅基地使用证明，依然需要经过集体经济组织同意、由乡级政府或县级政府审批以取得宅基地使用权，重新获得土地使用证。2007年国土资源部《土地登记办法》第33条规定：“依法使用本集体土地进行建设的，当事人应当持有批准权的人民政府的批准用地文件，申请集体建设用地使用权初始登记”。土地登记只是确定宅基地使用权的证明，而由县级或乡级政府的审批才是农民获得宅基地使用权的必要条件。由此可见，宅基地使用权的无期限性也只是一种假设而已，宅基地使用权受制于房屋的使用价值，受制于村民身份的维持与村民寿命的长久。如果发生法律规定的事实，村民并不当然对原宅基地拥有用益物权，还得重新申请宅基地使用权。2010年《安徽省国土资源厅关于农村集体土地确权和登记发证若干问题的处理意见》规定：“空闲或房屋坍塌、拆除两年以上未恢复使用的宅基地，不确认宅基地使用权”。这是对老宅基地使用期限所作的明确规范。

因此，未经审批的老宅基地，农民并没有获得宅基地使用权，也不存在对外租赁问题。

二、合法宅基地单独租赁问题

农民通过申请获得宅基地使用权，没有建设，能否对外出租呢？

首先，我们从宅基地使用权的保障功能看租赁问题。宅基地具有满足农民基本居住条件与合适生活条件的生存保障功能与生活保障功能。前者指“从社会基本权利角度出发的公民的生存保障权，它要求国家的职能不应限于保障公民的合法权利和谋求社会福祉的增进，还应积极为人们提供康乐的生活，即‘免于贫困的自由’！这既是公民的一项基本权利，又是社会经济生活的目的。”^[2] 后者指村民由于宅基地房屋征收后通过产权置换或迁建、购买等原因适应新的社会环境所能获得的生活保障与生活预期。农民申请宅基地主要是为了自己的居住与生活需求，并非为了获得经济利益。如果申请的宅基地使用权多于实际需求，应将多出的宅基地归还集体经济组织。法律也不允许农民从宅基地使用权的流转中获取利益。如果农民出租宅基地使用权，则说明该农民根本不需要该居住保障利益，该宅基地理应归还集体经济组织。

其次，宅基地单独租赁违反房地一体主义原则。我国实行房地一体主义原则，即土地使用权和土地上的房屋等建筑物和附着物的所有权归属于同一主体，在房地产转让或抵押时，房屋所有权和土地使用权必须同时转让、抵押。房地一体原则也被称为“房随地走”原则或“地随房走”原则，其源于房产与地产不可分离的自然属性。《土地管理法》第47条间接规定了土地与其附着物的一体主义原则，《城市房地产管理法》第32条、《担保法》第36条、《物权法》第146、147条等法律对此作了明确规定。依照该原理推理，如果宅基地单独租赁给本集体经济组织以外的居民，则会导致复杂的房地产权属关系，宅基地使用权属于农民，而其上房屋却属于租赁人，严重违反土地法律的基本原则。

法规、规章对宅基地的转让有明确禁止性规定，例如，2004年12月国务院《关于深化改革严格土地管理的决定》强调：“加强农村宅基地管理，禁止城镇居民在农村购置宅基地。2007年12月《国务院办公厅关于严格执行有关农村集体建设用地法律和政策的通知》再次重申“农村住宅用地只能分配给本村村民，城镇居民不得到农村购买宅基地、农民住宅或‘小产权房’。”但是，却没有法规、规章或政策对宅基地租赁问题作出明确规范。由于法律的模糊性，导致在现实生活中，城市居民往往通过租赁宅基地方式兴建小产权房，兴办乡村企业，导致人们对宅基地使用权租赁禁止的误解。

《土地管理法》第63条规定：“农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设”。中共中央、国务院在（中发〔1997〕11号）通知中明确规定：“农村居民每户只能有一处不超过标准的宅基地，多出的宅基地，要依法收归集体所有。除国家征用外，集体土地使用权不得出让，不得用于经营性房地产开发，也不得转让、出租用于非农业建设。”这里法律与政策明确否定了集体土地使用权的租赁，强调了宅基地的基本生活保障功能。集体土地使用权是否包含宅基地使用权，即宅基地使用权能否出租，我们不得而知。根据集体土地的外延来推测其应当包含宅基地，意味着宅基地使用权不得出租。

三、宅基地房屋租赁问题

一般来说，谈论宅基地租赁问题常常是指宅基地房屋的租赁。农民在依法取得的宅基地上建房后，将多余的房屋在一定期限内出租，个人获得租金收益，承租人将其作为住宅、办公、仓库或其它经营服务场所。这种宅、地混合租赁方式法律允许吗？

《中华人民共和国土地管理法》第62条第四款规定：“农村村民出卖、出租住房后，再申请宅基地的，不予批准。”由此可见，宅基地上的房屋是可以出租的。2010年3月北京市农委主任王孝东在做客“市民对话一把手”时表示，不鼓励一家一户到农村去租农用地搞生产。城里

人如果要租农民的房子，最高租赁期为 20 年。^[3]

这里我们应该明白的是，宅基地房屋当然可以在同村村民之间租赁，并不影响宅基地使用权性质的改变，不会对宅基地使用权构成危害。问题是，宅基地房屋能否对集体经济组织之外的其他村民与城市居民出租？对此，法律没有明确规定，我们只有从法理上给予分析了。

首先，宅基地房屋所有权决定农民有权出租房屋。我们知道，宅基地房屋是农民在合法取得的宅基地上附合砖、瓦、钢筋、木头等材料建造完成，是农民辛苦劳动的结晶，体现了农民的物化劳动。宅基地只是房屋中的一个构成要素，与砖、瓦等材料一样附属于房屋。农民对房屋拥有无可争议的所有权，当然包含了对附属于房子的宅基地了。《物权法》第 39 条规定：“所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利”。但是，宅基地又具有相对的独立性，毕竟宅基地是房屋中的一种特殊要素，具有永续利用价值，宅基地房屋的构成可以说是农民物化劳动的砖、瓦、钢筋等材料附合于宅基地而形成的一种新的产品，宅基地是构成房屋的基本原材料，在房屋的形成中具有关键作用。于是，在民事领域中，根据“法无禁止便可行”的法律适用原理，房屋所有人对宅基地房屋行使权利时具有一定的自由权，但同时也要受制于宅基地使用权的限制性规定。也就是说，宅基地房屋可以对外租赁，但不能以赠与、买卖、入股等方式进行转让。

其次，宅基地房屋的租赁并没有违反房地一体主义原则。农民在出租房屋的同时也出租了宅基地使用权，承租人在居住的同时也获得了土地使用权。这里，承租人所获得的土地使用权不同于宅基地使用权，前者只是当事人通过合同所取得的利用集体土地的一种权利，属于合同法上的债权；后者，则是农民依据分配原则所取得的法定用益物权，虽然出租房屋，但是农民并没有让渡宅基地使用权，宅基地使用权与房屋所有权依然属于农民。但是，房屋租赁期限应该受到《合同法》最长期限 20 年的限制，以防止当事人借租赁名义行转让之实，结果违反了房地一体主义原则。还应注意的，承租人租赁房屋后，能否改建房屋？当然了，租赁合同如果约定房屋的维修义务属于承租人时，承租人有权在房屋出现问题时进行修建。只是这种修建不能改变房屋的主体结构，以达到规避“禁止宅基地租赁”的目的。

再次，宅基地的性质决定了房屋租赁范围的有限性。宅基地是农民基于集体经济组织成员身份无偿获得的福利，它具有依附性，依附于农民身份，非农民不能获得宅基地使用权；而农民则是以耕地为基础、以农业生产为主要生活来源的职业者，耕地是农民身份的象征，失去了耕地，则农民成为城市居民。也就是说，宅基地附属于耕地，是农民从事农业生产的辅助性生产资料，二者之间是一种主从关系，耕地转让了，宅基地也应跟着转移。如果城市居民承包农村耕地，则可以租赁农民的宅基地房屋。从《土地管理法》第十五条可以看出，本集体经济组织以外的单位或者个人，可以承包经营该组织的耕地。这种情况下，城市居民才可以租赁宅基地房屋居住。反之，如果城市居民租赁房屋并不为了耕种土地，而只是休闲观光，则不能租赁房屋。或者，至少宅基地房屋优先满足耕地生产的需要。如果集体经济组织没有耕地了，则能否自由租赁房屋呢？很显然，这种情况下，理应将农民全转化为城市居民。

四、小结

宅基地是农民基于集体经济组织成员身份无偿获得的建设用地，通过审批获得宅基地使用权是设定宅基地用益物权的基本途径。事实宅基地是农民凭借强力优势抢先占用的村中空闲地，农民具有临时使用权，可以种花栽树，打场晒谷，这只是一种债权，非用益物权，不能进行不动产的建设，因此不存在对外租赁问题。如果对外租赁，则是构成了无权代理行为。老宅基地的宅基地使用权随着住宅的拆毁而消灭，如果农民再建住宅，还应重新申请获权，因此，也不存在直接出租老宅基地问题。合法宅基地的单独出租往往侵害农民的基本居住保

障利益，违反了房地一体主义原则。我国法律明确规定农民集体所有的土地的使用权不得出租用于非农业建设，以此推理，宅基地使用权当然不能出租了。通常情况所提的宅基地租赁是指宅基地房屋的租赁，法律间接规定了宅基地房屋的租赁，它是农民房屋所有权的体现与实现手段，没有违反房地一体主义原则。但是，宅基地房屋的租赁应受制于耕种土地、从事农业生产的直接目的，至少农业生产对于宅基地房屋的租赁具有优先性。

参考文献：

- ①胡吕银：《论集体土地所有权的法律重构》，选自孟勤国，黄莹的《物权法的理论探索》。
- ②董礼洁：《拆迁安置补偿制度的生存保障功能》，华东政法大学学报 2008 年第 3 期，第 19 页。
- ③北京晚报：土地流转必须签合同，宅基地最高限租 20 年，
<http://www.anhuinews.com/zhuyeguanli/system/2010/03/27/002756081.shtml>。

作者单位：安徽淮河律师事务所

运动员公开权法律保护探析

张中新 张志荣

【内容摘要】随着“科教兴国”战略的实施，以信息技术为代表的科技革命迅猛发展，国民经济更主要依靠科技进步。无形资产在经济资源中的比重、作用越来越提高到重要位置。运动员人格标识是运动员的一项无形资产，其合理利用必将带来巨大的商业价值。人格标识商业利用的相关法律问题，是法学领域出现的新问题。我国法律中没有相关规定，理论研究也刚刚开始，如何解决实践中产生的问题，成为法学研究的当务之急。本文试从“田亮事件”分析入手，详细阐述了无形资产的涵义和我国运动员人格标识商业利用中存在的问题。既而对产生问题的体育体制、公权力滥用、我国相关法律法规不健全等原因进行剖析，从法理学角度上解决了运动员人格标识商业利用权的性质、权利归属、使用主体、收益分配等方面的核心问题。最后，针对问题提出相应的法律保护建议。

【关键词】竞技体育 运动员 无形资产 人格标识 公开权

2005年1月26日，“田亮事件”终于划上了句号。田亮，踏着延安时期的部队体育体制与苏联模式的交交所形成的“举国体制”的台阶，一级一级登上了国人瞩目的跳台。就在他站在跳台上犹豫着是否该换规则、奋力跳下溅起更大的商业浪花时，等待他的却是国家体育总局游泳管理中心的“除名”决定。理由是“田亮的做法违规违纪太严重了。”所谓违规违纪，指的是田亮私自找经纪人和私自进行商业活动违反了国家体育总局的有关规定。按照国家体育总局505号《关于加强在役运动员从事广告等经营性活动管理的通知》的规定，“在役运动员的无形资产属于国家所有。在役运动员必须经组织批准，方可进行广告等经营活动。”也就是说，运动员不允许有自己的经纪人，也不允许私自进行商业活动，只有管理中心才有对运动员这方面的权限。运动员无形资产是什么，其权属真正归国家所有吗？笔者认为这个问题值得商榷。用《南方周末》的话概括：田亮一跳，撞进产权模糊地带！

我国运动员（本文中的“运动员”是指竞技体育领域里在全国单项体育协会注册的运动员，而非广义上的运动员范畴）的无形资产主要包括3个部分，即知识产权、人力资本和公开权。^①其中，知识产权是指运动员所创造的智慧成果，即智力创造成果所有者拥有的使用、经营、收益和处分权；人力资本是指运动员具有的专业体育技能；公开权是指运动员对其姓名、肖像等人格标识所具有的商业价值所享有的排他性权利，它最初产生于美国，后相继被日本、加拿大等国所认可。从我国现有的法律保障机制来看，知识产权有着比较完备的法律规定和保护措施，人力资本的法律保护主要依据劳动法和合同法的有关规定，唯独公开权还没有明确的法律规定，这才有类似“田亮事件”的相继发生。近年来，随着运动员姓名、肖像等人格标识在广告等商业活动中使用的增多，相关法律法规缺乏等问题就日益突出，非常不利于运动员无形资产的开发。运动员公开权的相关法律问题，是法学领域出现的新问题。我国法律中没有规定，理论研究也刚刚开始，如何解决实践中产生的问题，成为法学研究的当务之急。

一、我国运动员公开权中存在的问题

（一）运动员公开权的产权问题

1. 不承认运动员产权

现在,大多数运动员的管理单位将运动员的人格标识视为自己所有的无形资产,在进行商业利用中自主使用,根本没有经过运动员的许可。2003 年姚明诉可口可乐公司侵犯其肖像权便是很好的例子。作为中国男子篮球队签约赞助商的可口可乐公司,在饮料瓶上使用姚明占突出位置的 3 名国家队队员形象。姚明认为可口可乐公司的行为侵犯其肖像权,遂向上海市徐汇区法院提起诉讼。^②而可口可乐公司辩称,根据该公司和中国篮球协会及其商务权力代理机构中体经纪管理公司所签订的合同,可口可乐公司“有权使用中国男篮三人及三人以上的整体肖像”。他们手中的“尚方宝剑”就是 505 号文件中的规定:“在役运动员的无形资产属于国家所有。”

2. 认识到运动员的产权,却以其它非法方式达到拥有运动员公开权的目的

一些运动员的管理单位认识到了运动员应是其人格标识的产权主体,但是,却通过签订对运动员明显不利的合同等方式,实现对运动员人格标识的商业使用,从而获得经济收益。例如,有的职业体育俱乐部与运动员约定,俱乐部拥有球员团体及个人名字、肖像、电视、广播、新闻采访等传播媒体的权利。球员须服从俱乐部的安排,在任何场合不得有损害此条款的行为。但却没有约定支付运动员人格标识使用的费用。俱乐部利用自己的优势地位,与运动员签订明显不公平的合同,违反了我国民法及合同法的基本原则和相关规定,是对运动员合法权益的侵犯。

(二) 运动员公开权的使用权问题

可被商业利用的人格标识是运动员所有的一项无形资产,运动员应该享有绝对支配权。如果他人未经运动员本人的许可,以商业目的使用其人格标识,就构成对运动员人格标识商业使用权的侵犯。事实上,侵权者就是希望通过对知名运动员人格标识的使用,达到促销自己产品、提高自己声誉等商业目的。^③

(三) 经济收益分配的纠纷问题

对运动员人格标识商业利用所产生的经济收益,一直存在分配上的争议,比较集中体现在运动员的广告收益分配问题上。主要有 2 种意见:1)在役运动员人格标识为国家所有,所产生的经济收益,理应由国家所有;2)在役运动员由国家出资培养,国家应该享有专业运动员广告收益的一部分。2001 年国家体育总局颁布了《国家体育总局关于运动项目管理中心工作规范化有关问题的通知》,规定了国家队运动员广告收益的分配比例:“原则上运动员个人 50%、教练员和其他有功人员 15%、全国性单项体育协会的项目发展基金 15%、运动员输送单位 20% 的比例进行分配。”但是,对文件中规定的分配比例,以及获得收益的主体,目前存有很大争议。

(四) 运动员公开权权利救济问题

近年来,运动员公开权遭到侵害的事件屡见不鲜。但是,由于我国没有对公开权明文规定,运动员公开权遭到侵害就只能通过人格权予以保护。如王军霞诉昆明卷烟厂侵犯其肖像权、姚明诉可口可乐公司侵犯其肖像权,而没有直接请求保护其公开权便是最好的证明。用人格权法保护个人形象所具有的商业利益有以下几种弊端:第一,越有名的人所受到的隐私权保护越小,利用其肖像或姓名做广告所遭受的精神痛苦也越小,所获赔偿也越小,救济力度也越小;第二,人格权是专属权利,不能转让也不能许可他人使用限制了人格利益的利用;第三,人格权随权利主体去世而消灭,继承人不能享有死者特定人格所具有的商业利益;第四,人格权只以权利人自身肖像、姓名等为载体,不能禁止其他人利用与其相似的肖像等做广告。在这样的救济途径下,运动员的公开权就不能得到应有的保障。

二、问题形成的原因

可以说,问题产生的主要根源在于运动员公开权这一无形资产的产权不清、界定不明。

这既有我国体育体制的原因，也有法理研究的缺乏以及法律规定不健全等层面的原因。

（一）体育体制原因

计划经济体育行政管理体制下，运动员是国家的正式职工，其生活、训练、比赛等物资及人力的投入，均由国家来承担。这种投资和培养的模式，一定意义上形成了“运动员为国家所有”的观念，并体现在原国家体委的文件中。如第 505 号文件中就明确规定：“在役运动员的无形资产属国家所有。”^④但是，随着竞技体育的改革，国家不再是竞技体育中惟一的投资主体，投资主体已呈多元化发展的趋势。国家或其它的投资培养主体，究竟是不是运动员人格标识这一无形资产的产权主体，是否有法理上的依据来享有经济收益权等问题就凸现出来。这样，“在役运动员的无形资产属国家所有”这一规定和认识也开始受到质疑。

（二）公权力的滥用

建国以来，由于国家统一安排待遇，运动员身份就有着强烈的行政依附性。行政性的资源配置方式主导了运动员的培养过程，运动员无须像国外同行那样，按照“市场价”为训练及场地等支付巨大费用，他们是计划经济的产物。但随着我国市场经济体制的逐步改革，就出现了计划内、计划外两套相差悬殊的价格机制并行，即所谓的“双轨制”。在这样的背景下，一些公权力就可以在尚未市场化的要素价格与已经市场化的商品、服务之间寻租套现。^⑤一言以蔽之，一些体育管理部门利用计划内的价格培养运动员，而通过他们获得市场化的经济收益。这些强势的获利者滥用公权力拒绝并轨，并抵制全面推进市场化改革。这样，运动员的无形资产就被他们长期“合法”占有。

（三）我国相关法律法规不健全

我国《民法通则》在“人身权”一章中规定了自然人的姓名权、肖像权，但是，没有对自然人人格标识商业利用权利的明确规定。《中华人民共和国体育法》中，也没有关于运动员人格标识商业利用权利的规定。国家体育总局对运动员人格标识商业利用问题的规范，现行有效的文件主要有 1996 年国家体育总局第 505 号《关于加强在役运动员从事广告等经营活动管理的通知》，1998 年国家体育总局（体计财产字）第 222 号《关于重申加强在役运动员从事广告等经营活动管理的通知》和 2001 年国家体育总局（体政字）第 46 号《国家体育总局关于运动项目管理中心工作规范化有关问题的通知》。但是，这 3 个文件的规定却存在与现有法律相悖、文件调整主体不明确以及行政垄断性保护规定等法律上的问题，不利于解决实践中的问题，甚至造成法律适用上的争议。

三、公开权的法律界定

对于自然人人格标识的商业利用，国外现有立法的国家并不多，美国是最早进行立法，也是相关立法比较完备的国家。美国法律中，将这种人格标识定义为公开权。即自然人控制自己姓名、肖像、声音等人格标识，并对其进行商业利用而享有的权利。^⑥我国的法律体系和体育体制与美国的区别，但可在法律体系允许范围内予以借鉴。

（一）运动员公开权的性质

我国民法法律体系中，以是否具有财产内容，将民事权利分为人身权和财产权两大类。人身权是民事主体依法享有的，与其自身不可分离亦不可逆转的以精神利益为内容的权利。姓名、肖像等人格标识即是人身权的客体。近年来，随着人格标识经济价值的显现，人格标识可以创造经济收益，具有了无形资产的属性，自然人对其人格标识所享有的权利也就不再局限于人身权的内容。鉴于人格标识对权利主体的依附性，以及商业利用中体现的财产性，人格标识商业利用权利的性质，应该是一种人身权和财产权交汇形成的以人身权为依附，以财产权为内容的新型权利。

（二）人格标识商业利用中公开权的真正归属

运动员人格标识的商业利用权利是以其人身权为依托的，没有运动员本人的姓名、肖像等，其无形资产的价值无从谈起。运动员作为姓名、肖像的持有者，其通过自己的艰苦训练来使这些人格标识具有了商业价值。试想，如果没有运动员本人的可塑性，再大的投资又怎能获得商业价值？在姚明案件中，可口可乐公司则认为他们拥有了中国男篮三人及三人以上（其中也包括姚明）的集体肖像权。那么，集体肖像权的说法在法律上是否站得住脚？在杨立新教授看来，以集体肖像权的名义侵犯个人肖像权，这场纠纷暴露的是集体对个人的肖像是不是尊重的问题，“集体将个人的肖像权侵夺，使个人独占的、固有的权利变为集体的‘权利’，这是一个严重的违法行为”。^⑦既然《民法通则》第一百条有“公民享有肖像权”的规定，其他法律也没有相反的规定，那么使用其肖像等人格标识来获得财产方面的权利，其权利主体就只能是运动员本人。国家体育总局用 505 号文件“在役运动员的无形资产属于国家所有”直接将运动员的产权国有化，属于“霸王条款”，与《民法通则》规定相冲突，应属无效。总之，运动员本人是其人格标识的所有者，其必然是人格标识商业利用权利的权利主体，对其人格标识享有支配、商业使用、许可他人商业利用等权利。

（三）运动员公开权使用及优先使用权的权利主体

运动员人格标识商业利用权利以财产权为内容，其所有者就可享有占有、使用、收益、分配的权利。运动员除了自己可以商业使用其人格标识外，还可以许可他人对自己的人格标识进行商业使用。^⑧对运动员人格标识的经济价值形成进行投资的国家或其它主体，则享有对运动员人格标识的优先使用权，即在同等的条件下，优先于其它被许可的商家使用运动员人格标识的权利。这样规定，实现权能分离，可以使运动员的人格标识商业使用权得到合理，优化使用，使运动员的无形资产获得最大收益。同时它也可以保护国家等投资主体的权益，加大其投资的热情。

（四）经济收益分配的权利主体

产权分配的界定，一般按照“谁投资，谁受益”的原则进行。^⑨在运动员的培养过程中，国家或其它投资主体对运动员人格标识的经济价值形成进行了投资，而运动员个人的投入同样巨大。个人的运动天赋在竞技体育领域是稀缺的人力资源，没有人力资源的比较优势，再多的资本投入也难以获得回报。同时，运动员承受了竞技体育残酷的淘汰率和伤病率带来的风险成本，高风险必然要求高收益。而运动员脱离常规教育、文化课荒废、青春流逝，基本上丧失了其他领域发展的可能，这也是其个人支出的机会成本。故运动员对其自身人格标识享有的权利中，包括经济收益权。同样，国家等投资主体也享有对运动员人格标识商业使用所产生经济价值的收益权。在运动员与其它投资主体之间，对运动员人格标识商业使用所产生的经济收益，应依据各自的投资比例进行合理分配。

四、对我国运动员公开权的法律保护建议

（一）制定并完善相关法律，法规及部门规章

首先，应在民法中对自然人人格标识商业利用的这一民事权利做相关规定。如可在姓名权、肖像权后，单独使用一款规定人格标识商业使用权利的性质等相关问题。

其次，体育部门在制定本部门的法律或规章时，对运动员人格标识这一无形资产做相关的规定。明确运动员人格标识这一无形资产的产权主体为运动员，运动员可以许可或转让其人格标识的商业使用权，非经合法程序，他人或组织不得以商业目的使用运动员的人格标识；国家或其它投资主体是收益权的权利主体，并拥有商业上的优先使用权等。

第三，国家体育总局应对颁布的现行有效的相关法律文件进行合法性的审查和整理。依

据我国的宪法和法律，审查文件的合法性和规定的统一性，并制定、颁布新的合法有效文件，以符合实践发展的要求。

（二）深化体育行政管理体制的改革

如上文所述，我国目前的体育行政管理体制改革严重滞后，涉及运动员权益许多方面受到影响。改革的当务之急是根据我国建设市场经济体制和社会主义民主政治的总体改革目标，对体育行政管理的政府职能重新定位，真正实现由政府“办体育”到政府“管体育”的转变。只有政府的职能实现简约高效，充分发挥市场机制的作用，包括运动员在内的体育市场的参与者才能找到自己在市场中合适的位置和角色，才能够分清各方的利益边界，才能够依法维护各方的权益。^⑩

（三）建立运动员无形资产评估制度

明确无形资产评估作用与法律责任，必须充分认识无形资产评估的特殊性：

一是界定、鉴定运动员无形资产的真实性和价值；二是无形资产的单一、非重复性带来的无形资产评估较差的可比性；三是体育人才更换速度快与市场竞争激烈带来了无形资产评估的动态性。由于运动生涯比较短，更新周期就相应加快，无形资产甚至可能在短期内丧失商业价值。建立运动员无形资产的评估制度，就必须由专门的评估公司对运动员人格标识这一无形资产进行评估。根据投资主体的不同投资情况，明确不同投资人之间经济收益的分配比例，使得收益能合法、公正的解决。

（四）规范合同的签订

实践中，职业体育俱乐部可以与运动员就使用运动员人格标识的相关问题，通过谈判签订合同，以此来规范运动员人格标识的商业使用和收益分配等问题。运动员也可通过签订合同的方式，将自己人格标识的商业开发的相关权利，全部转让给管理机关或职业体育俱乐部，由所属的单位来负责其人格标识的商业性经营。

（五）建立运动员工会

建立运动员工会，通过集体的力量和方式，依法保护处于弱势地位的运动员的合法权利。既然已经有相当多的运动员成为职业运动员，并与有关的俱乐部签有劳动合同或类似于劳动合同的法律文件，而且也有一部分职业俱乐部以企业性质登记注册和运行，表明我国已经有相当多的运动员具备了我国劳动法所规定的劳动者身份。因此，应当尽快组织各方依据劳动法和工会法成立运动员工会，以维护运动员的劳动权益。

注释：

①牛淑敏：《我国运动员无形资产保护研究》，北京：中国体育科技，2003年04期，第3页。

②关中烈：《姚明肖像权纠纷的法律思考》，湖南：广西政法管理干部学院学报，2004年04期，第90页。

③牛淑敏：《我国运动员无形资产保护研究》，北京：中国体育科技，2003年04期，第4页。

④国家体育总局：第505号《关于加强在役运动员从事广告等经营性活动管理的通知》，北京，1996年第一条。

⑤刘阳：《田亮，站在“后双轨制”时代的跳台上》，北京：南风窗，2005年02期，第47页。

⑥郭玉军，向在胜：《美国公开权研究》，武汉：时代法学，2003年01期，第7页。

⑦杨立新：《姚明的肖像权究竟属于谁》，[N].检察日报，2003.06.04。

⑧周武，曹芳平：《体育无形资产概念管窥》，江苏：徐州师范大学学报，2003年04期，

第 57 页。

⑨龚介民：《浅论无形资产产权与产权市场的法律问题》，上海：上海农村经济，2000 年 08 期，第 36 页。

⑩吕予锋：《对竞技体育运动员权益保护有关问题的分析和建议》，北京：首都体育学院学报，2003 年 04 期，第 24 页。

参考文献：

1. 鲍明晓《体育产业—新的经济增长点》[M].北京：人民体育出版社，2000
2. 王利明《民商法研究》（第 2 辑）（修订本）[M].北京：法律出版社，2001
3. 杨立新《人身权法论》（修订版）[M].北京：人民法院出版社，2002
4. 郑成思《知识产权论》（修订本）[M].北京：法律出版社，2001
5. 张今《知识产权新视野》[M].北京：中国政法大学出版社，2000
6. 吴汉东，胡开忠《无形财产权制度研究》[M].北京：法律出版社，2001
7. 蔡吉祥《无形资产学》[M].广东：海天出版社，1996
8. 杨蓉《人力资源经济学》[M].北京：中国物资出版社，2001
9. 侯风云《中国人力资本形成及现状》[M].北京：经济科学出版社，1999
10. 何方生《运动人才学》[M].福州：福建人民出版社，1992

作者单位：安徽淮河律师事务所

论侵害配偶权的法律救济

姚志军

【内容摘要】配偶权是指基于合法婚姻关系而在夫妻双方发生的，由夫妻双方平等专属享有对方陪伴生活、钟爱、帮助的基本的身份权利，是一种新型的婚姻家庭权利。根据侵害配偶权的主体来源的不同，可以分为两种类型：外部侵权型和内部侵权型。外部侵权型可以采取除去侵害请求权和损害赔偿请求权进行救济。内部型侵权应根据不同侵权形式而采取不同的法律救济方式，以实现受害人合法权益的有效维护。

【关键词】配偶权 法律救济 第三者

一、问题的提出

配偶权是指在合法婚姻关系的前提下，基于夫妻身份而发生的，以夫妻身份利益为其客体，为维护正常的夫妻关系所必备的平等的专属性权利。它已在许多国家的立法中得到普遍的承认和重视。我国于2001年通过的《婚姻法》修正案中，虽然没有明确使用“配偶权”这一概念，但却规定了配偶权的主要内容。与1980年《婚姻法》相比，又增加了夫妻之间的权利和义务内容，并使不履行忠实义务的过错方承担相应的民事责任，以法律之力保护无过失方基于配偶关系所享有的利益，使这种利益超越了伦理道德调整的层面，上升为法律调整的范畴，这是我国婚姻家庭立法方面的重大突破。但是，配偶权毕竟是一种新型的婚姻家庭权利，现行的《婚姻法》、《民法通则》对此也只是做了原则性和保护性的规定，尚不涉及配偶权的具体侵权行为，不能起到有效保护合法婚姻关系免于侵害的保护作用。

二、配偶权概念及内涵的界定

基于从配偶权是身份权，具有平等性、绝对性和支配性的性质来考虑，现代社会配偶权的概念应当是指基于合法婚姻关系而在夫妻双方之间发生的，由夫妻双方平等专属享有对方陪伴生活、钟爱、帮助的基本的身份的权利。具体内涵包括：（1）配偶权由夫妻双方平等享有。即丈夫对妻子享有配偶权，有权请求妻子陪伴、钟爱、帮助自己，反之，妻子对丈夫也同样享有该项权利，配偶权由夫妻双方平等享有，充分实现了男女人格地位的法律平等；（2）配偶权是身份权。配偶权的客体是配偶之间的身份利益，并不包括法律明确规定的财产权、继承权等财产权利和利益；（3）配偶权具有支配性。其支配的是配偶的共同身份利益，而不像传统夫权，支配的是对方配偶的人身，配偶权是一种平等的身份利益支配权，这是其同传统夫权的又一重要区别；（4）配偶权是绝对权。这是由配偶专属所有，其他任何人都是配偶权的义务主体，都负有不得侵犯配偶权的义务。因此，配偶权也是侵权行为的客体，任何人侵害配偶权，都应当承担侵权的民事责任。

配偶权作为基本身份权还包括诸多派生的身份权，基本身份权变动，则派生身份权变动。配偶权作为身份权，“不独为权利人之利益，同时为受其行使之相对人之利益而存在，原则上权利人不得放弃之，甚至有可认为权利人有行使之义务”，^①这决定了配偶权从本质上是权利，但却以义务为中心。作为一项基本身份权，配偶权派生下列权利和义务：（1）夫妻姓名

权。我国婚姻法第14条规定：“夫妻双方都有各用自己姓名的权利。”体现了夫妻姓名上的男女平等的原则。当然，法律这一规定并不排除配偶之间可以就夫妻姓氏进行约定；(2) 住所决定权。住所决定权是指选择、决定夫妻婚后共同生活住所的权利。婚姻法第9条规定：“登记结婚后，根据男女双方约定，女方可以成为男方家庭的成员，男方也可以成为女方家庭的成员。”这表明在我国男女双方都有平等决定夫妻住所的权利；(3) 同居义务。同居义务是指男女双方基于配偶身份都负有同对方共同生活的义务，夫妻性生活是夫妻同居义务的主要内容。同居是夫妻共同生活不可缺少的内容。同居义务是种法定义务，是夫妻双方共同的、平等的义务，非有正当理由，夫妻任何一方不得拒绝履行同居义务；(4) 贞操忠实义务（贞操权）。夫妻互负贞操忠实义务是婚姻关系的最本质的要求，婚姻关系的稳定性很大程度上依赖于性生活上的忠诚不二。“在夫妻生活中，婚外性关系乃至不法性生活，将危及婚姻关系乃至后代健康。配偶不忠对于婚姻的打击，似可与配偶死亡相比。”^② (5) 人生自由权。我国婚姻法第15条规定：“夫妻双方都有参加生产、工作、学习和社会活动的自由，一方不得对他方加以限制或干涉。”这既是夫妻家庭地位平等的重要标志，又为夫妻平等行使权力和承担义务提供了法律保障。(6) 家事代理权。配偶一方在与第三人就实施日常事务为一定法律行为时，享有代理配偶他方行使权力的权力。其法律后果是配偶一方代表家庭所为的行为，对方配偶必须承担后果责任，配偶双方对其行为承担共同的连带责任。对配偶的家事代理权，我国婚姻法虽未规定，而是强调夫妻相互协商、共同处理家庭生活问题，但这种对等权力是存在的，法律理应给予保护。

三、侵害配偶权的形态及行为法律构成

由于配偶权是一种新型的婚姻家庭权利。我国《宪法》、《民法通则》对配偶权只是作了原则性和保护性的规定，尚不涉及配偶权的具体侵权行为，起不到真正保护配偶权利不受侵害的作用。纵观西方国家的民法、婚姻家庭法或侵权法，都有关于侵害配偶权而承担法律责任的规定，有的甚至相当完备。如《法国民法典》规定，认为妻子不贞而给丈夫造成的精神损失可以金钱计算赔偿。英美法等国家把诱拐、通奸、虐待、离间夫妻感情作为对配偶权的违法侵权行为而要负赔偿责任。

根据侵害配偶权的侵害主体的不同，配偶权的侵权主要分为两种类型：

一是外部型侵权。指侵害配偶权的主体既非夫也非妻，而是来自夫妻以外的第三人。具体分为两种情形：第一种情形是直接侵害配偶权。即人们通常所说的“第三者插足”。这种侵权应当具备以下构成要件：(1) 损害事实。“第三者插足”侵害配偶权的损害事实是使配偶身份利益遭受损害的事实。应注意的是，如果夫妻在“第三者插足”之前感情已经破裂或者受害配偶方已抛弃配偶权利，则不能认定侵害事实；(2) 行为违法。是指与有配偶者为非合法婚姻关系的两性生活的行为，具体表现为通奸、姘居、重婚等；(3) 因果关系。即侵害行为与损害事实之间有因果关系；(4) 主观过错。侵害配偶权的行为主体主观上必须是故意，过失不构成侵权。第二种情形是间接侵害配偶权。所谓间接侵害配偶权，是指除了“第三者插足”直接侵害配偶权以外的，其他外部侵害配偶权的行为。这些行为在现实生活中也屡有发生。例如，引诱配偶分居；离间夫妻关系等。因为这些行为对社会的危害性并不是很大，或者虽然危害性很大，如拐卖配偶一方，但有关法律已有规定。

二是内部性侵权。指配偶一方违反婚姻家庭生活中配偶权利的规定而实施的对配偶另一方权利的侵害，致使另一方配偶专有配偶身份权益得不到实现的行为。内部侵权行为多数是同外部侵权行为结合在一起，特别是与“第三者插足”型结合在一起实施。但也有自己单独实施的。前者如配偶一方与“第三者”通奸、姘居、重婚等直接侵害配偶权；后者如配偶一方滥用家庭生活事务代理权；不尽夫妻相互扶助义务；不履行同居义务等等。这些内部侵害

配偶权的行为，其构成要件同样也应符合“四要件说”。

四、侵害配偶权的法律救济

在现代社会中，特别是在法治社会中，有权利就有救济。如前所述，侵害配偶权的侵权主体具有两重性，即外部侵权型中的第三人和内部侵权型中的配偶一方。受害方可以根据不同的情形，请求给予法律救济。

（一）外部型侵权行为的法律救济

因“第三者插足”而直接侵害配偶权的行为，是一种严重侵害配偶权的行为，对此侵权行为，受害方可以采取以下救济方法。

第一、除去侵害请求权。“第三者插足”侵害配偶权，受害配偶方可以根据实际情况请求法院或有关单位排除侵害，或者根据我国《民法通则》第120条规定，诉请法院责令侵权人停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉。同时，对于“第三者插足”导致的严重侵害配偶权的行为，例如，因“第三者插足”而引起的自杀、凶杀事件，还可以适用《民法通则》第134条第3款规定的民事制裁。正如有的学者所主张的：“侵害配偶权的行为，是一种民事违法行为，对其进行训诫，责令具结悔过，收缴非法所得，罚款或拘留，是可行的。”^③

第二、损害赔偿请求权。“第三者插足”侵害配偶权，可能造成财产损失，但主要是精神损害。“财产民事责任，是一种私法责任，这种责任以补偿为核心。”^④侵害配偶权可以适用财产损失的民事责任形式，这已成为大陆法系和英美法系国家常用的做法。受害之配偶可请求的财产损害赔偿主要有：侦查通奸事实之费用；通奸之子生产费用；对通奸之子抚养费；撤销通奸之子为自己婚生子女之费用；离婚诉讼费用；闻悉通奸事实，情绪激动，致身体健康所受之损害。

精神损害是否可请求损害赔偿金，各国立法和学说均有分歧。但从本世纪的立法和判例发展的情形看，承认对精神损害的金钱赔偿，已是民法发展的潮流。“第三者插足”侵害配偶权而赔偿的精神损害主要是赔偿精神创伤和精神痛苦的损害，具有抚慰金的性质。正如台湾学者王泽鉴先生所指出的：“与有配偶者通奸而造成损害者，实属不多，纵或有之，赔偿数额亦甚微小，故若不使受害人请求相当之抚慰金，则加害人几乎不负任何赔偿责任，实不足保护被害人。”^⑤因此，“第三者”侵害配偶权，负精神损害赔偿责任，应系一项促进法律进步的活动，在法学方法论上是最可采取的途径。

因第三人间接侵害配偶权的行为，致使他方配偶的配偶权受到损害的，第三人应给予受害配偶方一定程度的赔偿，具体范围和数额可参照“第三者插足”的赔偿的有关规定。

（二）内部型侵权行为的法律救济

对内部型侵权行为的法律救济，笔者认为可以采取以下方式给予法律救济。

1. 夫妻姓名权争议的法律救济。夫妻享有平等的姓氏权，但如果父母双方都坚决要求孩子随其本人姓，而且无法达成一致时，对此，我国现行法律没有明确规定，但如明确规定，则易造成男尊女卑或女尊男卑的情况，这与男女平等原则是相违背的。笔者认为在当事人就姓名权协商不一致时，法律应有相应的规定，具体的依据交由法官视具体情况行使自由裁量权为宜。

2. 对配偶一方不履行同居义务的法律救济。同居义务的履行虽不能强制，但是无故拒绝承担同居义务的行为人，仍需承担相应的法律责任。（1）受害人可以请求侵权损害赔偿。一方不履行同居义务，如果造成对方精神痛苦、精神创伤，另一方可以诉至法院。若法院判处离婚的，应由过错方补偿受害方抚慰金。受害方也可诉请法院责令侵害方承担履行法定抚养义务的责任。（2）无故不履行同居义务构成遗弃。夫妻一方要求他方履行同居义务，他方无正当理由拒不履行同居义务的，可以申请要求法院责令他方限期恢复同居，在法律期限内义

务人没有恢复同居的,构成遗弃,应承担遗弃的法律责任。因此,夫妻一方实施了虐待或者遗弃行为的,无过错的另一方又要求赔偿时,法院依法应判令过错行为人承担责任。遗弃行为情节严重,触犯刑法关于遗弃罪的规定,应依照我国《刑法》第261条之规定处罚。

3. 对配偶一方不尽相互忠实义务的法律救济。“按照最高人民法院司法解释,配偶的不忠是夫妻离婚的法定情形之一。”^⑥《婚姻法》第46条的法律救济同样适合违背忠实义务的受害方的救济,也就是说,配偶一方不忠而导致离婚的,无过错方有请求损害赔偿的权利。《婚姻法》第45条还规定,重婚构成犯罪的,依法追究刑事责任。

4. 婚姻住所商定权的法律问题。我国传统上的婚姻均由男方提供住房,因为是女性嫁到男家。只有极少数的女婿入赘住到女方家提供的住房中。当今,我国的婚姻住所商定权受住房制度的影响,夫妻住到哪里取决于夫妻双方的经济条件能否购得商品房,或者取决于哪一方能率先分得福利房,因此,传统的夫家提供住房反而弱化。但是,随着分期付款购房方式的兴起,分期缴付的房款通常由夫妻双方从各自的工资中按月支付,因此,婚姻住所商定权在这种情况下,其协商性得到加强。可能出现争议的情况在于离婚时夫妻住房的解决,对这一点,就如上文所述,我国相关的法律和司法解释都给出了解决方案。

5. 对侵犯夫妻人身自由的法律救济。侵犯对方的人身自由权通常有如下表现:(1)配偶一方限制另一方自由选择职业。(2)一方限制另一方在职业或者社会上的发展,剥夺对方学习深造的机会。(3)一方限制另一方的社会交往活动。(4)把家务和孩子都推给一方或另一方,从而剥夺其人身自由。对于上述侵犯人身自由的行为,被侵害的一方可采取行政手段、刑事手段、民事手段进行救济。

6. 违规行使日常家事代理权的法律救济。行使日常家事代理权要求夫妻都不能超出日常家事范围,家庭之中的衣食住行及未成年子女的抚养教育等,当超出这个范围时,即是违规行使日常家事代理权。通常表现:(1)擅自处理重大财产;(2)擅自替对方领取劳动报酬;(3)擅自代表另一方做出放弃或获取利益可能性的表示,如职业或晋升机会等。在上述情况下,违规处分的后果应由行为人个人负责,造成重大损失的,用行为人的个人财产进行赔偿。

人类在不断地发展,社会在不断地进步。人们对婚姻家庭的认识、态度和看法也在不断地改变。《婚姻家庭法》应针对婚姻家庭生活的新问题,新纠纷和法律工作者的实践而不断地完善和具体。只有在法律上全面具体地规定配偶权和侵害配偶权的法律责任,才能更好地保护夫妻双方的合法权益,维护夫妻家庭生活的和睦与幸福;在法律上规定配偶权及侵害配偶权的法律责任,是人类社会婚姻家庭制度发展到一定阶段的产物,是法制文明进步的标志,也是当代婚姻家庭法的共同选择。

参考文献:

- ①史尚宽著:《亲属法论》,中国政法大学出版社2000年第1版,第35页。
- ②杨大文著:《婚姻家庭法》,中国人民大学出版社2001年第2版,第138页。
- ③杨立新著:《具体侵权行为的法律界定暨实例评析》,人民出版社1999年第1版,第216页。
- ④孙笑侠著:《法的现象与理念》,群众出版社1999年第1版,第113页。
- ⑤王泽鉴著:《民法学说与判例研究》,中国政法大学出版社2005年第1版,第330页。
- ⑥杨大文著:《婚姻家庭法》,中国人民大学出版社2001年第2版,第139页。

作者单位:安徽始信律师事务所

浅论违约损害赔偿制度

陈钱胜

【内容摘要】所谓违约损害赔偿，是指违约方因不履行或不完全履行合同义务而给对方造成损失，依法和依据合同的规定而应承担损害赔偿的责任。我国《合同法》第一百零七条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或赔偿损失等违约责任。”违约损害赔偿在合同法中占据重要地位，因为它保护了受害人的合法权益，使受害人得到了法律救济，从而维护了法律体系的平衡。深入探讨如何确定违约损害赔偿的范围对立法完善和发展、司法的顺利进行是大有裨益的。本文就违约损害赔偿的特点、违约损害赔偿与其他违约责任形式的区别、违约损害赔偿的确定方式发表如下见解。

【关键词】特点 与其他违约责任的区别 损害赔偿的确定

一、违约损害赔偿的特点

1. 损害赔偿是因债务人不履行或不适当履行合同义务而产生的一种民事责任。合同生效后，因债务人违约而使债权人遭受损害，当事人之间的原合同债务关系就转化为损害赔偿的债务关系。作为违约责任形式的损害赔偿，与缔约过失责任中的损害赔偿、合同无效后的损害赔偿、合同撤销后的损害赔偿所不同的地方在于它仅能基于合法有效的合同存在之前提。如果合同不存在、无效或被撤销，则不适用违约损害赔偿。

2. 损害赔偿原则上仅具有补偿性而不具有惩罚性。违约损害赔偿是民事责任的一种，理应和其他民事责任一样，从法律本性而言只具有补偿功能而摒弃惩罚功能。再者，从民法等价有偿原则出发，任何民事主体，一旦造成他人损害都必须以等量的财产予以补偿，一方违约后，违约方必须赔偿对方因违约而遭受的全部损失^①。违约损害赔偿也完全适用这一原则，亦即：损害赔偿应当具有补偿性，其主要目的在于弥补或填补债权人因违约行为所遭受的损害。

根据《合同法》第113条规定：“经营者对消费者提供商品或服务有欺诈行为的，依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任”。即“一加一”赔偿。由于该赔偿的数额已经超出了受害人的实际损失，故属于惩罚性损害赔偿。此种赔偿仅针对欺诈行为而适用，它只是合同违约损害赔偿的一个例外，而非损害赔偿的一般原则^②。

3. 损害赔偿以赔偿受损方因对方违约行为而遭受的全部损害为原则。一方不适当履行或不履行合同，另一方不仅会遭受现有财产减少的损失，而且会遭受期待利益的损失。这些损失理应得到全部赔偿。我国《合同法》第113条规定：“当事人一方不履行合同义务或履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益”。

4. 损害赔偿具有一定的任意性。《合同法》第114条等条款规定了当事人订立合同时，可以预先约定一方当事人在违约时应向对方当事人支付一定数额的金钱。这种方式可以对违约赔偿的范围和数额进行约定，也可以对损害赔偿的计算方法进行约定。同时，当事人也可以预先约定免责条款免除其未来的违约责任，包括损害赔偿责任。当然，这种约定以不违反法

律和社会公共秩序为限。

5. 损害赔偿是最重要的违约责任形式，并且其他任何责任形式都可以转化为损害赔偿。

《联合国国际货物销售公约》把损害赔偿专门列为一节，我国《合同法》虽无专列章节，但也在违约责任一章中对损害赔偿给予特别规定。金钱作为一般等价物，任何损失一般都可以转化为金钱赔偿。特别是在违约责任中，损害赔偿具有根本救济功能。这完全符合民法等价有偿及赔偿的补偿性及金钱的一般性质，并且与当事人订立合同获得经济利益这一主旨相符^③。因此，作为违约责任的继续履行、采取补救措施等皆可转化为损害赔偿。

6. 损害赔偿是一种严格责任。损害赔偿是一种严格责任，即无过错责任。只要有违反合同的行为，并且给对方当事人造成损失，违约方就要负损害赔偿责任。至于其违反合同有无过失，在所不问。从我国法律规定来看，《民法通则》中关于违反合同的民事责任中没有提及过错的概念，《合同法》也没有明确规定过错责任原则。实际上，我国合同法律制度中的损害赔偿应是一种严格责任，理由如下：其一，我国法律没有规定违反合同的民事责任是一种过错责任，甚至连过错一词亦无提及。其二，违约行为具有客观性。它指的是合同当事人的行为不符合约定的或法定的义务这样一种状态，而不包括当事人的主观过错。其三，《民法通则》和《合同法》仅规定了不可抗力这样一个免责事由。其四，《合同法》第121条规定，当事人因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。该条突出说明了违约责任无过错性的特点。因此，如果一方当事人能够举证证明另一方构成违约并造成损害后果，违约方即应承担损害赔偿赔偿责任，除非其能举证证明其违约具有法定或约定的免责事由。这里牵扯举证责任问题，如果一方欲让对方承担损害赔偿赔偿责任，其必须举证对方违约并造成损害后果；违约方如欲免责，则必须举证证明其有法定或约定的免责事由。

二、违约损害赔偿与其他违约责任形式的区别

1. 损害赔偿与实际履行

《合同法》第112条规定：“当事人一方不履行合同义务或履行合同义务不符合约定的，在履行义务或采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失”。可见，这两种救济方式是不能相互替代的。实际履行具有特殊的功能：其一，实际履行是实现合同目的、维护合同纪律所必须采取的救济方式。其二，实际履行的适用可以使合同得以继续存续，进而鼓励交易增加社会财富。其三，从举证责任来看，受害人要求采取实际履行的补救方式可不必承担对实际损失的举证责任，因而在很多损失难以确定和举证的情况下，实际履行更有利于保护受害人的利益。当然，尽管违约方不得以其他补救方式代替合同的实际履行，但对受害人来说，在损害赔偿方式能够有效地维护其利益的情况下，完全可以放弃实际履行的补救方式而采取损害赔偿。事实上，某些情况下采用实际履行的方式不足以弥补债权人的损失。例如，债务人迟延交货使债权人生产经营停顿，从而遭受重大经济损失。尽管通过实际履行获得了合同约定的货物，但已遭受的损失仍未得到完全弥补。针对这种情况，就应结合损害赔偿救济方式，保护受害方利益，制裁违约当事人，维护交易秩序和安全。

2. 损害赔偿与支付违约金

损害赔偿与支付违约金都是合同责任的主要方式。前者主要是一种补偿性的责任形式，而后者则具有补偿性和惩罚性双重属性。所以，损害赔偿通常要与实际损害相结合，而支付违约金的数额与实际损害之间并无必要联系。即使在没有损害的情况下，也应支付违约金。如果支付补偿性违约金不足以补偿受害人遭受的损失，债务人还须承担损害赔偿赔偿责任以弥补违约金的不足部分，即违约金可与赔偿损失并用。但在两者并用的情况下，应以受害方的实际损失作为责任的最高限额，即受害方不得获取超过实际损失的补偿^④。

3. 损害赔偿与采取补救措施

在不适应继续履行的情况下，受损方可以要求违约方采取一定的补救措施挽回损失。如在买卖合同中，如果标的物的瑕疵可以修补，债权人有权要求债务人修补瑕疵，并由其承担修补所需费用。但修补后如仍使债权人遭受损失的，债权人有权要求债务人给予损害赔偿。例如，债务人修补瑕疵造成迟延履行，而因迟延履行使债权人遭受损失，那么债权人当然有损害赔偿请求权。

4. 损害赔偿与解除合同

我国《合同法》第97条规定：“合同解除后，尚未履行的终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。”从这一条可以看出，合同解除后在通过恢复原状、采取补救措施等方法仍不足以使财产关系恢复原状时，才可以借助损害赔偿方法。除此之外，赔偿的范围根据履行情况和合同性质，还包括管理、维护标的物所产生的费用以及因归还财产等本身而支出的必要费用。原则上，合同解除时损害赔偿不应包括可得利益（即期待利益）的损失。因为期待利益只有在合同完全履行的情况下才能产生。既然当事人选择了解除合同，就说明了其无意继续履行合同，因而也就不考虑对其期待利益的赔偿^⑤。

5. 损害赔偿与定金责任

定金是指合同当事人为了确保合同的履行，依据法律规定或双方的约定，由当事人一方在合同订立时或订立后、履行前，按合同标的额的一定比例，预先给付对方当事人的金钱或其它替代物。定金具有担保性质，它具有担保、证约、预付款三种作用。而违约损害赔偿则是一种违约责任形式，双方具有独立性。定金责任作为一种独立的责任形式，其适用不以实际发生的损害为前提，而且适用的是“定金罚则”。损害赔偿以损害为前提，以赔偿实际损失为限度。定金责任的承担不能替代损害赔偿。也就是说，既不能将定金责任作损害赔偿的最高限额，也不能在计算损害赔偿时将定金列入其中。当然，如果同时适用定金和损害赔偿，其总值超过标的物价金总和的，法院应酌情减少定金的数额。

三、违约损害赔偿的确定方式

1. 约定损害赔偿

约定损害赔偿，是指当事人在订立合同时，预先约定一方违约时应当向对方支付一定数额的赔偿金或约定损害赔偿的计算方法。对此，《合同法》第114条有着明确的规定。

约定损害赔偿的法律性质包括：①预定性。即损害赔偿数额或损失计算方法在缔约时即预先约定。②从属性。即它以主合同的有效成立为前提。③条件性。即约定损害赔偿条款在主合同成立并生效后并不能当然生效，而只有在发生了违约行为并造成实际损害后果后才能实际生效。

2. 法定损害赔偿及其应遵循的规则

法定损害赔偿是指由法律规定的，由违约方对受害方因违约而遭受的损失承担的赔偿责任。根据法律的规定，法定损害赔偿应遵循以下规则。

（1）完全赔偿原则。

完全赔偿原则是指因违约方的违约行为而对受害人造成的全部损失都应当由违约方负赔偿责任。具体包括：直接损失与间接损失，积极损失与可得利益损失。《合同法》第113条规定，损失“包括合同履行后可以获得的利益”。可见，违约损害赔偿的范围包括现有财产的减少和可得利益的损失。前者主要表现为标的物灭失、为准备履行合同而支出的费用、停工损失和为减少违约损失而支出的费用等；后者是指合同履行后可以取得的利益。我国《合同法》采纳了完全赔偿原则，体现在本法第113条。完全赔偿就是要通过赔偿受害人的实际损失和可

得利益的损失，从而弥补受害人遭受的全部损失，使受害人恢复到合同订立前的状态或恢复到合同能够得到适当履行情况下的状态。

根据完全赔偿原则，违约方应赔偿受害人的实际损失和可得利益的损失。实际损失则是现有财产的减少；而可得利益的损失，是合同履行后可以实际取得利益的损失。可得利益是一种未来的必须通过合同的实际履行才能实现的利益，是当事人订立合同时能够合理预见到的利益。因此，尽管它没有为当事人所实际享受，但只要合同适当履行当事人就会获得的。由于若没有违约行为的发生，当事人是可以获得可得利益的，从这个意义上来说，可得利益的损失与实际损失没有实质的差别，它们都是因为违约行为所造成的损失。在确定可得利益的赔偿时，受害人不仅要证明其遭受的可得利益的损失确实是因为违约方的违约行为造成的，而且要证明这些损失是违约方在签订合同时能够合理预见的。但受害人的可得利益的损失与违约行为之间应当具有直接的因果关系。

完全赔偿并不意味着各种损害都应当赔偿。在违约责任中，对于因一方违约而造成的人身伤害和死亡及精神损害的都不予赔偿。这是因为：其一，我国《合同法》中的违约责任形式不包括赔偿人身伤害、死亡及精神损害；其二，这些损害是违约方在订立合同时所不可预见的。如果要使这些得到赔偿，将会使订约当事人面临合同责任的不可预测性，从而妨害交易的正常进行；第三，我国《合同法》第 122 条规定，因当事人一方的违约行为侵害对方人身财产利益的，受害方可主张违约责任或依照其他法律主张侵权责任。也就是说，责任竞合时，当事人只能主张侵权或违约责任之一。但侵权责任的法律依据不是《合同法》，而是其他法律有关侵权责任的规定。

(2) 合理预见规则。

根据我国《合同法》第 113 条规定，损失赔偿额不得超过违反合同一方订立合同时预见到或应预见到的因违反合同可能造成的损失。根据这一规定，只有当违约所造成的损害是违约方在订约时可以预见的情况下，才能认为损害结果与违约行为之间具有因果关系，违约方才应当对这些损害进行赔偿。如果损害不可预见，则违约方不应赔偿。采用合理预见规则的根本原因在于，只有在交易发生时，合同当事人对其未来的风险和责任可以预测，才能计算其费用和利益，并能够正常地从事交易活动。如果未来的风险过大，则当事人就难以从事交易活动。合理预见规则是限制法定损害赔偿范围的一项重要规则，其体现了意思自治原则和公平原则。

合理预见规则的适用应注意三点：①合理预见规则是限制包括实际损失和可得利益损失的损失总额的规则，不仅仅用以限制可得利益的损失。②合理预见规则不适用于约定损害赔偿。③是否预见到或者应当预见到的可能损失，应当根据订立合同时的事实或情况加以判断。

(3) 减轻损失规则。

所谓减轻损失规则是指一方违约后，另一方应当及时采取合理措施防止损失的扩大。否则，不得就扩大的损失要求赔偿。

减轻损失规则规定在我国《合同法》第 119 条：“当事人一方违约后，对方应当采取适当的措施防止损失的扩大。没有采取适当的措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿”。减轻损失规则是依据诚实信用原则而产生的。未尽到减轻损失义务，已构成对诚实信用原则的违反。同时，按照过错责任原则的要求，一方在另一方违约后，未能采取合理措施防止损失扩大，其本身也是有过错的，过错人应对自己的过错行为所导致的

后果负责。减轻损失的规则具有以下三个特点：

第一，一方的违约导致了损害的发生。这就是说，受害人对损失的发生没有过错，因而不构成双方违约。

第二，相对方未采取合理措施导致损失扩大。在这一点上应主要考虑受害人主观上是否

按照诚实信用原则努力采取一切措施以避免损失的扩大。受害人采取的措施不仅要在经济上合理，而且要及时，不得在损害以后迟迟不采取措施减轻损害。

第三，造成了损失的扩大。这就是说，违约已经发生并造成了损失，而受害人未能防止损失的进一步扩大。不过在违反减轻损害义务的情况下，受害人并没有在违约中获得利益。如果违约方的违约行为使受害人得到了某种利益，例如：因违约方的违约而使受害人免除了履行义务，并节省了履行费用，这将在确定损害赔偿额时采取损益相抵的规则，扣除所得的利益，而不适用减轻损害规则。

受害人在采取措施减轻损害的过程中，也要支付一定的费用。按照我国《合同法》第一百二十九条第二款的规定，当事人因防止损失扩大而支出的合理费用由违约方承担。

(4) 经营欺诈赔偿规则。

该规则是基于法律的明确而适用的，在法律无明文规定时便不可适用此规则确定损害赔偿数额。市场经济是法制经济、信用经济，而合同亦靠诚实信用得以维系。经营者与消费者进行交易，应当遵守自愿、平等、公平和诚实信用等原则。国家通过立法形式严格保护处于弱势的消费者，对于在经营过程中有欺诈行为的经营者，法律规定其承担更重的赔偿责任。目前，我国仅有《消费者权益保护法》和《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》体现了经营欺诈赔偿规则。约定损害赔偿与法定损害赔偿相比，不同之处在于：其一，约定损害赔偿在一方当事人有违约行为造成对方的损害后，受害人则无需证明具体损害的范围即可依据约定损害赔偿的条款而获得赔偿（如果当事人仅约定损害赔偿的计算方法时，则应对实际损害负举证责任）；而法定损害赔偿，受害人则必须证明具体损害的范围。其二，在确定适用约定损害赔偿还是法定损害赔偿时，约定损害赔偿有优先适用效力，这点是合同自愿原则的体现。

违约损害赔偿是最重要和最具广泛适用性的违约责任形式，在适用时应严格依照相应规则行事，体现其精神实质和深刻内涵。一方面有效维护当事人的合法权益，另一方面促进交易的进行和维护良好的社会经济秩序。

参考文献：

- ①张广兴著《债法总论》，法律出版社出 1997 年版，第 279 页。
- ②钱明星主编《民法》，法律出版社出 2003 年版，第 302 页。
- ③陈安主编《国际经济法学》，北京大学出版社 2000 年版。第 345 页。
- ④徐景和主编《合同法通释》，中国检察出版社出 1999 年版。
- ⑤《最高人民法院公报》2003 年 3 月版。第 14 页。
- ⑥陈桂明、张卫平、潘剑锋主编《民事诉讼法与仲裁制度》，法律出版社出 2003 年版。第 226 页
- ⑦赵旭东主编《合同法学》，中央广播电视大学出版社出 2000 年版。第 147 页。

作者单位：安徽安贵律师事务所

被抚养人生活费 and 死亡赔偿金研究

刘东升

【内容摘要】《侵权责任法》规定人身损害赔偿范围与《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》（简称《人身损害赔偿解释》）规定的赔偿范围相比取消了被抚养人生活费。但在《侵权责任法》正式实施的前一天，最高人民法院发布《通知》^①。该《通知》第四条规定：“人民法院适用侵权责任法审理民事纠纷案件，如受害人有被抚养人的，应当依据《人身损害赔偿解释》第二十八条的规定，将被抚养人生活费计入残疾赔偿金或死亡赔偿金”。《侵权责任法》实施后对被抚养人生活费是否应当支持，笔者有以下观点：

【关键词】残疾赔偿金 被抚养人生活费 逸失利益 收入损失

残疾赔偿金是指对受害人因人身遭受损害致残而丧失全部或者部分劳动能力的财产赔偿。由于人身损害造成的残疾受害人致使劳动能力部分丧失或者全部丧失，因而，受害人遭受人身损害以后，会减少或者丧失自己的收入。这种损失是人身损害的直接后果，是一种财产损失。对于这种财产损失，应当由赔偿义务人进行赔偿。

一、残疾赔偿金的性质

我国现行法律法规和司法解释，对于残疾赔偿金性质的认定不外乎两种观点：一为精神损害赔偿；二为财产损失赔偿。《中华人民共和国消费者权益保护法》是我国最先明确规定残疾赔偿金的法律。《人身损害赔偿解释》第17条第2款是关于残疾赔偿金的规定，第18条则专门规定了精神损害抚慰金的赔偿。从条文规定我们可以看到，本次司法解释已经明确地将残疾赔偿金认定为对财产损失的实际赔偿，认为其性质上是物质损害赔偿金，不属于精神损害抚慰金。我们应该认识到，对于残疾赔偿金的性质，必须将之置于具体的法律文件中来理解。孤立地从“残疾赔偿金”这个用语本身来说，是无法判断其性质的，因为不同的法律文件赋予了其不同的法律性质。

（一）《人身损害赔偿解释》规定“逸失利益”，赔偿义务人应当予以赔偿

《人身损害赔偿解释》第29条是关于死亡赔偿金的计算标准和期限的规定，对于死亡赔偿，本条规定采取“继承丧失说”。“继承丧失说”认为，侵害他人生命致人死亡，不仅生命利益本身受损害，而且造成受害人余命年岁内收入的“逸失”，给与受害人共同生活的家庭共同体造成财产损失。如果不发生侵权事故，作为其近亲属能够合法取得直接受害人正常生存情况下个人消费部分以外的全部收入。因此，侵权事实事实上导致受害人提前死亡，对此“逸失利益”赔偿义务人应当予以赔偿^②。确认死亡赔偿金的性质是对未来收入损失的赔偿，其性质属于财产损失赔偿，而非精神损害抚慰金。

（二）《侵权责任法》规定死亡赔偿金性质应为财产损失赔偿。

《侵权责任法》第16条规定为死亡赔偿金的赔偿，而该法第22条规定为精神损害赔偿请求权。从立法条文的安排中可以看出，侵权人承担侵权赔偿的财产责任后，还存在精神损害的，权利人有权就精神损害赔偿向侵权人主张权利，这就意味着本法规定的死亡赔偿金性质应为财产损失赔偿。

受害人死亡确实使整个家庭的收入减少，规定死亡赔偿金这个赔偿项目，以弥补因受害

人死亡而减少的实际收入和家庭收入等实际损失，是合情合理的，将死亡赔偿金纳入到财产损失赔偿范围内，既有利于赔偿项目的实现，又易于被社会公众所接受。^③而精神损害赔偿则是由于受害人的死亡，导致受害人的近亲属遭受精神痛苦，从而向侵权人主张一定数额的赔偿，此种赔偿的目的仅仅是对受害人近亲属心灵上的一种慰抚。因此，如将死亡赔偿金理解为精神损害赔偿，则难免产生一些问题，如原告是否需举证证明其精神遭受了痛苦？其赔偿数额是否因受害人近亲属遭受的精神痛苦不同而不同？故《侵权责任法》中所规定的死亡赔偿金的性质应为财产赔偿。

二、确立被扶养人生活费的法律依据和法理依据

我国《民法通则》第119条规定侵害公民身体造成死亡的，应当支付死者生前抚养的人必要的生活费。其他相关法律法规及司法解释对被扶养人生活费亦有相关规定。

在民法学界，确定被扶养人生活费的理论依据有“抚养丧失说”和“继承丧失说”。^④“抚养丧失说”认为，被扶养人生活费确定的依据是受害人死亡后，其生前依法定抚养义务供给生活费的未成年人或成年人丧失了可靠的生活来源，赔偿义务人应当对此予以赔偿。此时的赔偿权利人实际上是死者的近亲属即间接受害人。“继承丧失说”计算被扶养人生活费依据的是“逸失利益”，预期利益损失实际上对家庭其他成员在财产上所遭受的消极损失，同样应当予以赔偿。按照“继承丧失说”理论，受害人死亡的，其近亲属的“逸失利益”按收入损失计算，被扶养人生活费也被吸收在“收入损失”中，此外不应再计算单列被扶养人生活费。《人身损害赔偿解释》通过分解的方法将根据“继承丧失说”理论中的“收入损失”赔偿部分作了技术处理，即将“收入损失”分为“人均可支配收入”和被扶养人生活费。而“人均可支配收入”是通过法律规定的死亡赔偿金计算而来的。

三、死亡赔偿金与被扶养人生活费的关系

《侵权责任法》和《人身损害赔偿解释》对被扶养人生活费的规定不尽相同。《通知》第4条虽然对死亡赔偿金与被扶养人生活费之间的关系以及如何计算被扶养人生活费作有规定，但对该《通知》的理解存在不同解释。《通知》第4条规定在适用《侵权责任法》审理侵权案件时，应依据《人身损害赔偿解释》第28条的规定，将被扶养人生活费计入残疾赔偿金或死亡赔偿金。

狭义死亡赔偿金包含被扶养人生活费，权利人不可另行主张被扶养人生活费；广义死亡赔偿金与被扶养人生活费系并列关系，权利人可同时主张，最终的赔偿数额应为死亡赔偿金与被扶养人生活费之和，只是将其名称统括于死亡赔偿金之中。笔者以为，死亡赔偿金做广义理解较为可取，也即此处的狭义死亡赔偿金与被扶养人生活费之和。

第一，《人身损害赔偿解释》中的死亡赔偿金与《侵权责任法》中的死亡赔偿金虽然名称相同，但其外延不同。从《侵权责任法》的立法本意观察，其所规定的死亡赔偿金应属于对受害人因侵权行为造成的“收入损失”减少的损失赔偿，而《人身损害赔偿解释》关于死亡赔偿金的计算标准采用的系“人均可支配收入”标准。《人身损害赔偿解释》第29条规定，如受害人死亡，其死亡赔偿金的计算是按照受诉法院所在地上一年度“城镇居民人均可支配收入”或“农村居民人均纯收入”为标准的。“城镇居民人均可支配收入”是根据城镇居民家庭可支配收入除以平均负担系数计算出的个人年均收入。城镇居民家庭可支配收入指被调查的城镇居民家庭在支付个人所得税、财产税及其他支出后所余下的实际收入。平均负担系数指每一就业者负担人数。平均负担系数=全部人口÷就业人口。^⑤因此，用“人均可支配收入”计算受害人的收入损失并不完整，用此标准计算出来的死亡赔偿金，肯定比适用居民“收入

损失”作为计算标准的数额要少，与《侵权责任法》立法本意上的死亡赔偿金亦有很大差距。故《侵权责任法》所规定的死亡赔偿金的外延大于《人身损害赔偿解释》中规定的死亡赔偿金的外延，由此我们亦可得出应将《通知》第四条规定的死亡赔偿金作广义理解，即广义死亡赔偿金=狭义死亡赔偿金+被抚养人生活费。

第二，如果按照狭义死亡赔偿金理解，可能会出现被抚养人生活费高于死亡赔偿金的情形。因此，只有将《通知》第4条的规定理解为：先将狭义上的死亡赔偿金和被抚养人生活费分开计算，之后再相加统括在广义上的死亡赔偿金之中，这样才既符合法理，又不违反上位法，同时又便于司法实践中的具体操作。如一位75周岁的受害人，恰巧收养了一个刚刚出生的孩子，在计算死亡赔偿金时可能会出现低于被抚养人生活费的情形，那么被抚养人生活费又如何包含在死亡赔偿金之中？如果认定为是包含关系，那么小孩便只能得到低于被抚养人生活费的死亡赔偿金，侵权人反倒因此而“获利”，岂不便宜了侵权人？

第三，被抚养人生活费在实践中有其独立存在的必要性。

死亡赔偿金不是遗产，是对受害人近亲属遭受的间接损害而赔偿的费用。死亡赔偿金是以被侵权人死亡为给付条件的，是给被侵权人家属的财产补偿费用，此笔费用不能作为遗产由被侵权人继承。有权对死亡赔偿金提出请求的赔偿权利人是已经死亡的被侵权人的近亲属，权利人行使请求权的顺序原则上按照继承的顺序行使。^⑥有权请求被抚养人生活费的被抚养人是指受害人依法应当承担扶养义务的未成年人或者丧失劳动能力又无其他生活来源的成年近亲属。

实践中可能出现这样一种情况，被抚养人为近亲属中的第二顺位继承人，但由于第一顺位继承人急于行使死亡赔偿金请求权，从而导致被抚养人的权利无法得到保障。比如，受害人有配偶和孩子，同时对其外祖父负有扶养义务，受害人死亡后，死亡赔偿金的请求权只能由受害人的配偶和孩子行使，外祖父虽然是被抚养人但无死亡赔偿金请求权。如果将《通知》第四条的规定理解为被抚养人生活费包含于死亡赔偿金之中，而受害人的配偶和孩子又急于行使死亡赔偿金请求权，那么被抚养人的权利将如何实现？显然，应将《通知》第四条的规定理解为被抚养人生活费和死亡赔偿金是并列关系，赔偿权利人可同时主张，这将更有利于保护被抚养人的权利。

第四、《侵权责任法》在其立法中体现出支持被抚养人生活费的精神。

《侵权责任法》在制定过程中，曾在二次审议稿第四条第一款规定：“受害人死亡或残疾的，被抚养人有权请求侵权人赔偿生活费，但侵权人已支付残疾赔偿金、死亡赔偿金的除外”，显然本条仍然承认被抚养人有独立的诉讼请求权。虽然《侵权责任法》正式出台前，因为体例的关系取消这一规定，但结合《通知》第四条的规定来看，此处的残疾赔偿金、死亡赔偿金应作广义理解，即狭义残疾赔偿金、死亡赔偿金和被抚养人生活费之和。如果直接受害人或其他被侵权人急于行使该赔偿请求权，被抚养人则有权诉请侵权人支付被抚养人生活费。

四、被抚养人生活费如何表述

厘清了死亡赔偿金与被抚养人生活费的关系后，还应明确被抚养人生活费在裁判文书中如何表述的问题。由于《侵权责任法》中没有被抚养人生活费的文字表述，因此法官在书写裁判文书时便不能直接写明赔偿被抚养人生活费，而应通过一定的技术进行处理。首先，应按前述方法在判决书说理部分分别计算出死亡赔偿金和被抚养人生活费，然后稍带一笔：根据《通知》第四条的规定，被抚养人生活费应计入死亡赔偿金，故死亡赔偿金共若干元。其次，判决主文中不应再出现被抚养人生活费的字眼，应表述为：由被告某某赔偿原告某某因某某死亡而产生的医疗费、护理费、误工费、交通费、丧葬费、死亡赔偿金共若干元。

五、新的问题

《通知》第四条的规定，虽然暂时解决了司法理念和现行法律法规的冲突，但是，针对具体的个案来说，却仍然存在不公平的问题。如受害人没有被抚养人的情况下，计算出来的广义死亡赔偿金就等于狭义死亡赔偿金，没有完全对受害人进行法律保护。有的同志可能认为，受害人没有被抚养人，说明其负担少，正好体现了司法的公平和恰当。但是，这一理念又和现代《侵权责任法》保护受害人利益优先的原则相互矛盾。

综上所述，死亡赔偿金是赔偿给受害人近亲属的财产损失，不是精神损失，对其解释采取继承丧失说，应当依据人均年收入来进行客观计算。死亡赔偿金本身包含了被抚养人生活费，如果在恢复了死亡赔偿金的本来面目，科学设计了其计算方法的前提下，应当不再另外计算被抚养人生活费。但是，因为目前依据《侵权责任法》计算死亡赔偿金的标准尚未出台，之前颁布的《人身损害赔偿解释》仍然继续有效，为了法律制度之间能够相互配套、相互衔接，也为了做到法律结果的妥当，在当前的情况下，仍然应当计算被抚养人生活费、与《人身损害赔偿解释》所规定的狭义死亡赔偿金一道，共同算做被害人的财产损失，按照《通知》精神计入真正意义的、广义的死亡赔偿金当中，同时，被抚养人生活费这一项目不再单独列出。

参考文献：

①《通知》全称为《最高人民法院关于〈适用中华人民共和国侵权责任法〉若干问题的解释》。

②黄松有：《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》，人民法院出版社 2004 版，第 357-358 页）。

③奚晓明：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》，人民法院出版社 2010 年版，第 138 页。

④黄松有：《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》，人民法院出版社 2004 版，第 350-351 页）。

⑤《中国统计摘要 2001》，国家统计局编。

⑥奚晓明：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》，人民法院出版社 2010 年版，第 138 页。

作者单位：安徽仲天律师事务所

浅析公序良俗的概念及功能

宁国栋

【内容摘要】作为民法上的“魔鬼条款”，公序良俗的正确理解对理论界和实务界都具有重要的指导意义，尤其在我国目前这种法官素质普遍不高的情况下。而其功能同样不容小觑。本文从该条款的历史源流出发与具体的时间和地点结合起来探讨其更为精确的含义，并分析了该原则的功能。

【关键词】公序良俗 源流 功能

一、公序良俗原则的法律源流

（一）古罗马《国法大全》

关于公序良俗的概念，可以说至今并无统一的界说。公序良俗原则的源头，可以追溯到古罗马时期，在《国法大全》中就有很多地方提到了公序良俗。乌尔比安在《萨宾评注》第42卷说：“总之，我们创造了这样的新规则：不道德的要式口约，无任何效力。”罗马法对公序良俗原则的体现已是比较全面与具体，但不能否认的是，公序良俗那时并非作为一个明确具体的基本原则来使用，甚至是没有作为一个明确的法律概念来使用，因为罗马法存在着注重实际而不专尚理论的特征，但我们已经能够清醒地了解到事实上的公序良俗在罗马法中贯穿始终以及其重大的实践意义。

（二）法国民法典

《法国民法典》在近代立法史上第一次使用了公序良俗概念字样，该法典第6条规定：“当事人不得以特别约定违反有关公共秩序与善良风俗的法律。”《法国民法典》第1131条规定：“如原因为法律所禁止，或原因反善良风俗或公共秩序时，此种原因为不法的原因。”第1128条还规定：“得为契约标的者，以许可交易之物为限。”在理论上，很多法国学者认为，对公共秩序和善良风俗的区分表现出一种人为的特点。从根本上讲，两个概念并无本质的不同，善良风俗是公共秩序的特殊组成部分。

（三）德国民法典

真正现代意义上的公序良俗原则是在《德国民法典》中得到确定的，在德国民法典中善良风俗不再是一个例外规定而成为一个一般弹性条款。该民法典第138条规定：“（1）违反善良风俗的法律行为无效；（2）特别是当法律行为系乘另一方穷困、没有经验、缺乏判断能力或精神耗弱，使其为自己或其第三人的给付作出有财产上的利益的约定或者担保，而此种财产上的利益与给付显然不相称时，该法律行为无效。”德国民法典只有善良风俗概念，而无公共秩序概念，这是德国民法与法国民法的不同点之一。在德国司法实践中，就善良风俗还进行了进一步的界定，最为常见的表述为“一切公平和正义的思想者之礼仪感”；其他常见的表述，多以“社会道德”、“公共秩序”或对特定制度的保护宗旨（如婚姻），作为判断善良风俗的标准。在德国，著名学者恩内克塞鲁斯等人则认为，人类为了一个有序的共同生活，必须有一个最低的道德规范。因此，可以这样解释，违反了善良风俗，就是违反了公共秩序。

（四）台湾民法关于公序良俗的规定

我国台湾地区现行法律中对公序良俗的规定

主要包括两个层面：一是宪法层面,主要侧重于对不违反公序良俗行为或权利的宪法保护,其宪法第 22 条规定：“凡人民之其他自由及权利，不妨害社会秩序公共利益者均受宪法保护。”第 23 条规定：“以上各条列举之自由权利，除为防止妨碍他人自由避免紧急危难、维护社会秩序或增进公共利益所必要者外，不得以法律限制之。”第二个层面是民法层面,又具体包括几个方面的规定：一是将是否符合公序良俗作为民事习惯适用的依据和判断民事行为有效与否的标准,对此民法第 1 条规定：“民事法律所未规定者,依习惯；无习惯者,依法理”二是规定违反公序良俗的行为无效，对此民法第 72 条规定：“法律行为,有背于公共秩序或善良风俗者,无效。”三是对因违反公序良俗而无效的民事行为具体设定了相应的法律后果。对此民法典第 36 条规定：“法人之目的或其行为，有违反法律，公共秩序或善良风俗者，法院得因主管机关、检察官或利害关系人之请求，宣告解散。”

二、本文对公序良俗原则所作的界定

如前所述，要清楚地解释公序良俗原则的内涵，最重要的就是要解释何谓公共秩序，何谓善良风俗。

（一）公共秩序

长期以来，许多学者就试图清楚地界定公共秩序的范围（内涵和外延），但是正如前文所说，界定公共秩序范围的尝试却从没有成功过。这是因为公共秩序具有以下三大特征：首先，公共秩序具有不确定性。公共秩序在我国的民法通则中有时是以“公共利益”的提法提出来的，如《民法通则》第 8 章第 150 条作为一条原则性的条款规定：“依照本章规定适用外国法律或国际惯例的，不得违背中华人民共和国的社会公共利益”。正是如此，“公共利益”作为保护国家利益，国家主权的一种屏障，这一性质必定决定了它应当具有相当大的不确定性，否则其难以承受统治者赋予之重任。其次，公共秩序具有时间性。一国的公共秩序正是从其基本国情出发而制定的，因此，随着时间的推移，国内外形势的变化。一国的公共秩序也会作出相应的调整 and 变化，因此，一国的公共秩序不可能是固定不变的。再次，公共秩序具有地域性。民法从根本上来讲是国内法，每个国家都可以从本国国情出发规定其公共秩序。有学者认为，公共秩序应该解释为包括一国法律的基本原则，道德的基本观念和国家的 sovereignty 与安全。此外，笔者也认为公共秩序存在一定的价值标准，因为公共秩序的外延极广，涵盖了社会生活各方面，大致包括政治秩序，经济秩序，文化秩序，伦理道德秩序以及日常生活秩序等，公共秩序总是建立在一定的社会形态之上，而不同的社会形态也需要不同的公共秩序，根据社会形态的不同，公共秩序的价值取向也是不同的。总的来说，公共秩序作为一个相对不确定性的概念，虽不能给其一个明确的定义，但我们仍然能够在总结各位学者成果的基础之上找到它的基本特征以及各国根据自己国情制定的公共秩序的根本价值取向，如果说各国均存在不同的公共秩序，那么各国的公共秩序的根本价值取向则能够在很大的范围内得到认同。

（二）善良风俗

善良风俗作为公序良俗的一个组成部分，而公序良俗又是民法的一个基本原则，其所指的道德应该有严格的界限限制，失之过宽，则使日常生活受阻，失之过窄，则该原则不能发挥其应有的功用，因此，笔者基本赞同将善良风俗归结为国家社会存在与发展之根本道德，动摇了这一道德，社会的公共利益或者私人利益很可能会遭受极大的威胁和损害，社会秩序的维持也将成为困难，这就注定了这一根本道德应该是具有以下几点特征：

第一，根本性的道德是内在性与外在性的统一。传统的观点认为道德是内在的，法学史上，康德首先明确将道德伦理特质归结为“内在性”，而与法律规范的“外在性”相对应。他认为法律调整人们的外部行为，道德则只支配人们的内心活动的动机，后之学者大多以此划

分法律与道德的区别。按照这种观点,道德只能靠自律。也有学者认为,道德不只是隐藏在内心的信念,而必定表现为外部行为。现代分析法学家哈特虽然否认法律与道德的必然联系,但他正确地指出,用外在性和内在性作为区分法律与道德的界线,是一种“严重的误导”。他认为道德的重要的社会意义在于它对社会成员的“重大的社会压力”,“该压力不仅促使个别情况下的服从,而且保障道德标准传导给全体社会成员”。道德的“典型的强制形式是唤起人们对规则的尊重”,使之“受到其自身良知的惩罚”,或者进而受到社会加之他的反感、体罚,直到被摒弃于社会联系之死。依上述观点的分析,道德究竟是外在的还是内在的,取决于道德是否具有“重大的社会压力”,只有根本性的道德才能促使当事人予以遵守,因为根本性道德的违反极有可能导致他人或者公共利益受损,致使其他主体对这种行为产生注意,并有可能导致其他主体的主动作为,这在客观上就会给违反根本性道德的当事人以足够的社会压力。而一般性的道德很难给违反的人以足够的“社会压力”。这样根本性道德的外在性特征就明显了。

第二,根本性的道德可以约束国家权力。根本性的道德力量之所以能在一定范围、一定程度上起约束国家权力的辅助作用,在于:首先,国家权力和官员的权力除了必须有合法性依据外,还需要有道义基础,有社会道德舆论的支撑。所谓“得道多助,失道寡助”说的就是权力存亡兴败的道德根源。其次,根本性道德是一种无形的社会力量,它一旦凝聚为公众舆论,或形成为风俗习惯势力,就具有强大的社会强制力,即社会权力,就可以直接地,或通过转化为国家权力而间接地去制约国家权力。总体上来说,善良风俗即是以具有上述特征的根本性道德为核心的一个概念,与公共秩序相同,善良风俗作为一种道德,它也同时具有时间性、地域性和不确定性等特征,有今日之不悖善良风俗者,于往日则可能与善良风俗相抵触,也有往日之不悖善良风俗者,今日则可能因之而无效。

三、公序良俗原则的功能

(一) 克服规则模式的僵化

法律上不可能将各种违反作为法律基础的社会价值理念的行为悉数列举,因此,立法者只得诉诸公共秩序和善良风俗这些不确定概念、概括条款甚或抽象的法律原则,对法律行为有效的公序良俗要件而言,其判断法律行为无效者,不是具体的法律规范,而是存在于法律本身的价值体系(公共秩序),或法律外的伦理秩序(善良风俗),这就有助于克服法律体系机械性的弊端,使得私法不至于捉襟见肘。

(二) 授予法官自由裁量权

“几乎所有宪法规范,关于其效力范围都有不同见解,特别是所谓概括条款和善良风俗、诚实信用、公共福祉等概念,也具有相同的命运,需要以价值概念来填补而不具备任何统一客观标准。此固然规范本身受到高度质疑,因为它暗示在法律的基本问题上存有深度的不安定性和矛盾;然而在既有关系下却必须予以采认。法律安定性的要求,即使在法治国中,也绝不可能以几乎毫无漏洞的实证立法全然实现,因为鉴于构成要件的多样性,始终必须保留给司法对概括条款的裁量空间和价值补充空间。”不仅如此,“非常个别而详尽地揭示权利应是什么的枚举式规范,虽确保一个高度的法律安定性,却可能在个案中违反实质的正义。”而公序良俗要件中的“公序良俗”的不确定性,具有赋予司法裁量权的功效,法官据此可以进行创造性司法活动,以克服法律规定的有限性与社会关系的无限性的矛盾、法律的相对稳定性与社会生活的变动不居性的矛盾、法律的正义性与法律具体规定在特殊情况下适用的非正义性的矛盾。

(三) 追求实质正义

与法律行为的另外两项有效要件,即当事人行为能力要件与意思表示要件相比,公序良俗要件系从实质内容上控制法律行为的效力,使之具有实质妥当性。“民法与刑法属于裁判法,

均有二方面之特性。一方面,裁决法在实质内容上,需有实质内容的妥当性或正当性;另一方面,裁决法亦具有实用性(合目的性)及安定性的要求。……在裁决法的实质妥当性方面,法律不外为一种社会生活规范,必须力求与其他道德、伦理等社会生活规范相契合。民法的实质妥当性表现在公序良俗及诚信原则上。”

(四) 拓展私法的法源

毫无疑问,自从法律成文化以来,特别是在受实证主义影响的西方近代社会,制定法一直是各个社会的主要的甚至是惟一的法源。公序良俗的要件藉通过社会既存的醇风美俗判断法律行为的效力而将社会风俗习惯引入私法,使得判断法律行为效力的依据不限于实体法的规定,而且还包括实体法外的不背于善良风俗的习惯。对此,博登海默指出,包括公序良俗在内的社会习惯与伦理标准,以“道德信念、社会取向和正义标准”为标题来进行法律渊源的概括。在美国,公共政策“主要是指尚未纳入法律中的政府政策和惯例”,已经起着裁判案件的独立法源作用。当然,并非任何习惯皆可成为私法的法源,在习惯成为私法法源的过程中,公序良俗发挥着评价的功能,即只有不背俗的习惯才能成为私法的法源。如《日本民法》第92条规定:“惯习如与法令中无关公共秩序之规定有异,关于法律行为,依其情况,得认当事人有依习惯者,从其惯习。”我国“台湾地区民法”第2条以规定:“民事所适用之习惯,以不背于公共秩序和善良风俗者为限。”均旨在明揭斯旨。

(五) 沟通私法与外部法律秩序以及伦理秩序

正是由于这个条款的存在,私法得以在社会巨大变迁之下岿然不动但又伸缩自如。将包括宪法在内的、实定法之外的价值意识纳入实定法的通路就是违反公序良俗这一法理,而这一法理的中心内容就是“良俗”。在日本,学者大多认为,日本民法第90条规定的“公序良俗”是一种将民法以外的规范引进民法机制的装置,被引进的规范大致有三种:宪法、法令和习俗。这其实也就是王泽鉴先生所说的公序良俗的继受功能,即将不属于实体法之其他规范赋予法律上之规范意义。通常多以事实上存在、可确定之其他当为规范作为判断标准。此处特别要强调的是,公序良俗要件在扮演沟通私法与外部秩序的管道的角色中所发挥的保障基本人权以及实践底线伦理的功能。

参考书目:

- ①王泽鉴《民法总则》,中国政法大学出版社2001。
- ②于飞《公序良俗原则研究;以基本原则的具体化为中心》,北京大学出版社2006。
- ③王利明《民法总则研究》中国人民大学出版社.2003。
- ④谢怀木《民法总则讲要》北京大学出版社.2007。

作者单位:安徽志豪律师事务所

旅行社对旅游者的安全保障义务及其法律责任

高文侠

【内容摘要】旅游业在我国正蓬勃兴起，越来越多的人选择参加旅行社进行旅游活动。但是，随着旅游事业的发展，旅游纠纷越来越多，因旅游事故造成旅游者死亡、伤残的案件也时有发生，这些安全事故的发生，常常与旅行社未尽到安全保障义务有关。所以强化旅行社的安全保障义务，就成为了人们普遍关注的问题和法律重点调整的对象，本文从旅行社安全保障义务的性质、旅行社安全保障义务的内容、以及旅行社违反安全保障义务应承担的法律责任三个方面，阐述了旅行社的安全保障义务。

【关键字】旅行社 旅游者 安全保障义务

随着经济的发展和人民物质文化生活的提高，旅游已经成为人们日常生活的一部分，在节假日和休息日，越来越多的人选择跟着旅行社组团旅游，以减轻生活压力、获取精神愉悦。但是随着旅游热的到来，旅游纠纷越来越多，尤其是旅游交通事故、游客摔伤、游客溺死等旅游安全事故频发，给旅游者及其家庭带来了不应有的伤害，要避免或减少类似旅游安全事故的发生，旅行社作为专业的旅游经营机构，应切实担负起对旅游者的安全保障义务。

一、旅行社安全保障义务的性质。

旅行社的安全保障义务，是指旅行社在组织旅游过程中，负有保障旅游者的人身和财产安全的义务。旅行社承担安全保障义务的法理依据在于：第一、危险控制理论的要求。因为旅行社是旅游产品的提供者和服务者，旅行社比旅游者更了解旅游过程中存在的安全隐患、预见可能发生的危险和损害，并且最有可能采取必要的措施防止损害的发生或减轻损害的程度，所以旅行社应当承担旅游活动的安全保障义务。第二、收益与风险相一致的要求。旅行社是从旅游经营中获取利益的一方，对其课以相应的安全保障义务是合理的。第三、经济分析和比较结论的要求。从社会经济学的角度分析比较，旅行社作为安全保障人避免和减轻损害发生的成本最低，所以应当承担必要的和适当的安全保障义务。

关于旅行社承担安全保障义务的性质，在学术界存在三种观点：第一、附随义务说。因为旅行社和旅游者之间存在旅游合同关系，根据合同法的诚实信用原则，延伸出旅行社的安全保障义务，是一种合同的随附义务。第二、法定义务说。从立法实践看，法律、行政法规和部门规章，都规定了旅行社的安全保障义务，而《合同法》对此却没有明确的规定，所以旅行社的安全保障义务应当是一种法定义务。第三、竞合说。认为旅行社的安全保障义务既是法律规定的义务，也是合同约定的义务，旅行社违反了安全保障义务，既可能构成侵权责任，也可能构成违约责任，产生民事责任的竞合。

笔者赞同第三种说法，首先、旅行社与旅游者之间存在合同关系，不论合同中对安全事项是否进行约定，安全义务都是旅行社的随附义务。其次、虽然我国目前还没有一部专门的《旅游法》，但是相关的法律、法规、部门规章、司法解释已经对旅行社的安全保障义务进行了明文规定，为了加强对旅游者的法律保护，强化旅行社的安全意识，应当将旅行社的安全保障义务定性为法律规定的强制性义务。其法律依据为：《消费者权益保护法》第18条“经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者作出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商

品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。经营者发现其提供的商品或者服务存在严重缺陷,即使正确使用商品或者接受服务仍然可能对人身、财产安全造成危害的,应当立即向有关行政管理部门报告和告知消费者,并采取防止危害发生的措施。”《旅行社条例》第39条“旅行社对可能危及旅游者人身、财产安全的事项,应当向旅游者作出真实的说明和明确的警示,并采取防止危害发生的必要措施。”《旅行社条例实施细则》第39条“旅行社及其委派的导游人员、领队人员,应当对其提供的服务可能危及旅游者人身、财物安全的事项,向旅游者作出真实的说明和明确的警示。”《中国公民出国旅游管理办法》第18条“旅游团队领队在带领旅游者旅行、游览过程中,应当就可能危及旅游者人身安全的情况,向旅游者作出真实说明和明确警示,并按照组团社的要求采取有效措施,防止危害的发生。”《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》第7条:“旅游经营者、旅游辅助服务者未尽到安全保障义务,造成旅游者人身损害、财产损失,旅游者请求旅游经营者、旅游辅助服务者承担责任的,人民法院应予支持。”《旅游安全管理暂行办法实施细则》第3条也详细列举了旅行社应当承担的安全保障义务及其应当采取的安全保障措施。所以旅行社的安全保障义务,是法律明文规定的强制性义务,不允许当事人协议变更,旅行社如果违反了安全保障义务,就应当承担法律责任。

二、旅行社安全保障义务的内容

旅游者往往对旅游地比较陌生,选择旅行社组团旅游,就是基于对旅行社的信任,通过旅行社提供的服务,避免人生地不熟带来的麻烦,并在万一出现意外时,可以得到旅行社的专业救助。根据法律规定,旅行社对旅游者的人身和财产负有安全保障义务,这就要求旅行社在合理范围内尽到谨慎注意义务,根据司法实践中经常发生的案例,我认为旅行社的安全保障义务主要包括以下四个方面:

第一、合理设计旅游产品,确保旅游行程安全。

旅行社应合理设计旅游线路,应站在游客的角度,实地考察旅游路线和旅游景点,发现安全隐患并采取合理措施,即使是开发登山、汽车、狩猎、探险等具有探险性质的旅游项目,也应将安全放在首位,事先制定周密的安全保护预案和急救措施。在为老人设计的银发旅游中,还要考虑到老年人的身体特点,合理设立旅游行程。

第二、谨慎选择旅游辅助者,做好服务方面的安全保障。

从《旅游合同》的内容可以反映出,旅行社提供的是“吃、住、行、游、购、娱”一体的综合性旅游服务,单单靠旅行社自身是无法完成整个服务的,旅行社在选择交通、游览、住宿、餐饮、娱乐、购物等方面的经营者作为旅游辅助者时,应选择有合法经营资格和具有接待服务能力的辅助者,否则出现旅游安全事故后,旅行社首先要承担责任,然后依据他们与旅游辅助者的合同去追偿。

第三、认真履行告知、警示义务,采取安全防范措施。

“因为游客通常对景点环境及其周围状况均缺乏了解,可能会因不知情而从事威胁自身安全的活动。而旅行社专事旅游服务,对景点及其周边情况,游玩项目对游客身体、心理素质的要求等等则应有高于游客的了解和认识。故将其从专业角度预知的危险提示、告知游客,采取可降低危险发生系数的措施,劝阻游客从事威胁自身安全的活动是旅行社安全保障义务的主要内容”¹所以旅行社及其从业人员必须认真履行警示、告知义务,且履行告知义务的内容必须具体明确,针对旅游者不同的文化背景、身体状况、生活环境,履行相关的告知义务,针对不同的旅游路线进行不同告知,常规线路有常规线路的提示和说明,非常规线路有非常规线路警示和提醒,不能泛泛地无针对性地做一般性安全提醒。在司法实践中,有旅行社因未尽警示告知义务而承担赔偿责任的案例,也有旅行社因警示告知的内容不全面、有缺陷而

承担赔偿责任的案例。所以，旅行社应根据旅游项目的具体情况，全面履行警示、告知义务，并采取必要的安全防范措施，以避免损害的发生。只要旅行社不履行警示、告知义务，或者履行警示、告知义务不完全，造成游客人身或者财产的损害的，旅行社都要承担相应的法律责任。

第四、积极履行救助义务，妥善处理善后事宜。

履行救助义务也是旅行社安全保障义务的重要内容，因为与旅行社相比，旅游者缺乏专业知识，缺乏应对突发事件的能力，且旅游安全事故常常发生在游客相对陌生的环境中，自救手段很有限，无法在有限的时间内找到合适的治疗手段和治疗机构，而旅行社比较熟悉旅游环境，能够提供及时的救助方式，所以《旅行社条例》第39条第二款规定“发生危及旅游者人身安全的情形的，旅行社及其委派的导游人员、领队人员应当采取必要的处置措施并及时报告旅游行政管理部门；在境外发生的，还应当及时报告中华人民共和国驻该国使领馆、相关驻外机构、当地警方”。在《旅游安全管理暂行办法实施细则》和《中国公民出国旅游管理办法》中，也有类似规定。在安全事故发生后，旅行社应当积极救治伤员，通知政府有关部门进行责任认定，通知伤者家属，如果有死亡者，协助家属处理遗体，如果旅游者遭受财产损失或遗失证件，应当协助旅游者补办证件、垫付费用、协助旅游者回到出发地点。

当然，旅游是一项有风险的活动，风险可能来自于方方面面，如果绝对地强调旅行社的安全保障义务，绝对地保证旅客的人身安全，旅行社将不堪重负，也会造成旅行社与旅游者之间利益的失衡，根据《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》第六条的规定，旅行社的安全保障义务应当界定在“合理限定范围内”，在一定情形下免除或减轻旅行社的责任，比如，对于因不可抗力、因旅游者自身原因造成的损失，旅行社不承担责任；对于因第三人造成的损失，由第三人承担赔偿责任，旅行社未尽安全保障义务的，仅承担相应的补充责任。

三、旅行社违反安全保障义务应当承担的法律责任

旅行社在履行合同过程中造成旅游者损失的原因包括违约和侵权两种情形，旅游安全事故发生后，旅游者有权选择要求旅行社承担违约责任或者承担侵权责任。《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》规定“因旅游经营者方面的同一原因造成旅游者人身损害、财产损失，旅游者选择要求旅游经营者承担违约责任或者侵权责任的，人民法院应当根据当事人选择的案由进行审理。”

违约责任，是建立在旅行社和旅游者之间存在合同关系的基础上，只要发生旅游安全事故，不管合同本身对安全事项是否做出明确约定，旅行社都有保证旅游者安全的义务。《合同法》第107条规定“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”所以不论旅行社是否有过错，旅行社都要承担违约责任，旅游者不需要证明旅行社存在过错，举证责任比较小，胜诉的可能性比较大。但违约之诉的缺点是不能主张精神损害赔偿，尽管现在有学者主张旅游是为了获取精神愉悦，如果旅行社违约可以要求其在违约责任中承担精神损害赔偿，但是根据现有法律规定，在违约责任中不支持精神损害赔偿，《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》也规定“旅游者提起违约之诉，主张精神损害赔偿的，人民法院应告知其变更为侵权之诉；旅游者仍坚持提起违约之诉的，对于其精神损害赔偿的主张，人民法院不予支持。”

侵权责任，是建立在旅行社对旅游者负有法定的安全保障义务的基础上，一旦发生了旅游安全事故，如果旅行社不能证明其尽到了安全保障义务，就应当承担赔偿责任。所以选择侵权之诉，旅游者的举证责任比较大，需要证明旅行社存在过错，增加了诉讼难度。但是笔者认为，对于旅行社是否有过错，旅游者只需要证明旅行社未尽到安全保障义务即可，适用

的是过错推定原则，旅行社不能证明其已经尽到了安全保障义务，就推定其有过错。侵权之诉的优点是可以主张精神损害赔偿，使旅游者的诉讼利益最大化。

旅游者在选择让旅行社承担违约责任或侵权责任时，应结合事故的起因，综合分析诉讼的利弊，谨慎选择诉讼案由，一旦选择错误会影响到旅游者实体利益的实现。

旅游产业化正席卷全球，旅游事业方兴未艾，2009 年国务院在《关于加快发展旅游业的意见》中明确提出“把旅游业培育成国民经济的战略性支柱产业和人民群众满意的现代服务业”，所以旅游业必将在我国得到蓬勃发展，旅游法律关系也日益成为一种重要的法律关系，成为法律重点调整的对象。为了减少旅游纠纷，尤其是预防旅游安全事故的发生，就需要依法强化旅行社的安全保障义务，同时也应教育旅游者注重自身安全，使旅行社在合理范围内承担其法律责任。

参考文献：

①注释：吴庆宝主编：《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题》（合同裁判精要卷），中国法制出版社 2011 年版，第 368 页。

②参考书目（论著）：中国旅行社协会主编：《旅行社常见疑难法律问题（上册）》，中国旅游出版社 2010 年版。

③参考书目（论著）：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

程序失灵的揭秘与拯救

——以“六连号”事件为例

王 军

【内容摘要】当我们没有重视正当程序时，我们呼唤正当程序，把它视为是拯救行政法制时弊的灵丹妙药。但是，当我们引入正当程序时，却发现它在实践中屡屡失灵而形同虚设。人们不禁对程序开始失望。究其原因，在于程序的垄断，必须让程序的参与者有着能够相互制约的力量，方能打破程序垄断，实现程序的结果公正。这需要对我国现有程序进行深入的机制再造。

【关键词】程序失灵 揭秘 程序垄断 拯救

09年6月，武汉经济适用房分配过程中，在政府审查合格的5141个申请人当中，通过摇号程序产生124套中选者。但是，民众发现，在这124个中选者当中，有六个人号码连号。“据华中师范大学一名数学博士计算，出现这种情况的概率仅约为千万亿分之一。”^①“‘六连号’事件是由社会中介人员与有关部门工作人员相互勾结，利用经济适用房摇号进行舞弊、涉嫌经济犯罪的案件……”^②被武汉市市长称为“丑闻”。继此之后，民众又发现了十连号、十四连号、经适用房出租、经适用房建车库等大量问题，重创了政府公信力。

经适用房存在的大量问题，导致“学者称经适用房制度先天不足 取消呼声占压倒优势”^③笔者不以为然，取消的看法是对经适用房腐败问题的无奈，是一种消极躲避的态度，如果经适用房中的腐败问题不能解决，其他领域中存在的腐败问题如何面对，如果廉租房依然存在腐败问题怎么办，何处可躲？笔者拟揭示经适用房腐败的运作机制，和根本的解决途径，并以此作为其他领域防范腐败的参考。本文的重点不在于论证经适用房制度的存在价值，而在于实施技术上的完善。即，本文的目标在于，只要设定一个目标，无论这个目标的价值如何（虽然我们反对无良的目标，但是，从科学的角度考看，还有一个领域是纯技术性的）都应该有一种或多种技术让其完善落实。所以，本文属于纯粹实施技术的探讨。

一、六连号事件产生的核心原因是政府对程序的实质性垄断

（一）垄断权力仍然是部门行政的重要工作倾向

我们长期以来形成了执法全由政府包办的思维方式和工作方法，而老百姓也因而养成了等、靠、要的工作、生活习惯，以及在出现问题的情况下全部归咎于政府的思维惯性。在多元化的今天，政府愈来愈无力承受这种批评和抱怨。于是，政府全面包办的制度向社会承担相应责任转变。但是，政府的权力释放并未能够达到其应有的广度，在很多情况下，甩包袱成为政府改革的基本动力。而当涉及到权力而不是包袱时，政府的改革动力逐步散失。行政管理工作更是传统政府的垄断领域，全面包办仍然是政府的基本工作方式，并视其为当然。这恰恰是问题的症结所在。

（二）破除权力垄断的努力被消解

如果由此断定行政机关垄断了全部程序并不正确，因为，根据该规定的第30条之规定，申请人的申报事实将全部予以公示。该规定内容如下：“……街道办事处应当自受理申请之日起15个工作日内，对申请家庭的人口、收入、住房情况进行核实，认为符合条件的，在申请

人住所地的社区公示 7 日，公示内容包括家庭人口、现住房面积、收入等情况。公示期满无异议或者经核实异议不成立的，签署初审意见，连同申请材料报送区民政部门。……”由此可见，行政机关的改革已经注意到了打破权力垄断，引进参与制约机制，即现代正当程序理念。体现了利益相关者的监督和控制。另外，为了保障公正，武汉六连号事件的过程还聘请了公证人员。但是，两个公正力量的介入，基于不同的价值基础在设计上作为打破行政程序垄断的手段在此全部失效。

（三）潜伏程序抵消了名义程序形成形式主义

正如听证会变成“涨价会”一样，正当程序中固有的屡试不爽的形式在我国一些领域被空洞化，从而蜕变成了形式主义。所谓形式主义，笔者将其定义为：在既存程序下，程序的主持者刻意采取措施割裂该程序与其本欲达到的目的之间的联系，从而在正当的表面之下埋藏下不正当的利益或目的。这就是六连号事件核心问题。但是，要做到这些并不容易，毕竟，正当的程序设置有其产生效力的基本机制。为了避免既有的程序产生的正当效果，相应的对抗措施就必须实质性的产生抵消效果。这一暗箱操作的程序是实质意义的真正产生效果的程序，本文称之为潜伏程序，法律规定的程序本文称之为名义程序。潜伏程序的存在导致行政机关在既定的着意于打破行政机关垄断的程序中重新掌控了垄断。从而消解了立法中设定的正当程序的实效，使之归于虚无，成为有名无实的摆设。本文称之为实质性垄断。要达到这一状态，至少要具备一定的条件。

二、潜伏程序能够产生实际效果从而隔断名义程序与立法目的之间联系的（形式主义运作）机制揭秘

当我们没有重视正当程序时，我们呼唤正当程序，把它视为是拯救行政法制时弊的灵丹妙药。但是，当我们引入正当程序时，却发现它并没有起到应有的作用。人们不禁对程序开始失望。“逢听必涨”的听证程序就是大众对程序的失望后的讽刺。我们必须解决程序失灵问题，否则，这一在国外屡试不爽的好制度将慢慢被怀疑、甚至厌恶以至于最终形同虚设。本文以六连号事件为参照，揭秘程序失灵的内在机制：

（一）参与缺失，导致制约失灵

六连号事件中，所有的资格审查都是由政府完成的，所有的具体操作都是由政府或者政府的聘用人员操作的。这些构成一个整体，可以宏观安排潜伏程序的运作规程，或者说全程完整参与权。我们可以通过《武汉市经济适用住房管理办法》看到政府的参与和掌控过程。首先，资料的审查都是由行政机关负责的。根据该《办法》第三十条之规定的审查程序为：街道办事处核实-公示-民政部门-区房产部门住房情况核实-武汉市房地产信息网上公示。在资料审查方面，除了两个公示程序，政府基本上掌握了全部的控制权。如果公示程序不能产生效果，那么，政府的全部控制权就成为现实。事实上，最坏的事情已经发生：“武汉市有关部门组织调查后发现，‘六连号’当事人的资格审查果然存在弄虚作假现象：包括户籍证明、收入证明、住房证明及其 2 人的婚姻证明等，6 名当事人提供给街道办申请经济适用房资格的所有材料没有一份是真实的。”^④其次，摇号软件的设计、审查和操作也是由政府负责的结果，摇号程序被操纵。

在六连号事件中除了公示中的监督程序之外，申请人没有被安排任何对程序的直接参与和控制程序，没有构成某个程序环节中独立的一环。所谓独立的过程，就是实现结果必不可少的过程，无论这种结果是正当的还是被歪曲的。在六连号事件中，申请人没有这种程序安排。这样，就使得操纵者的对程序掌控的完整链条没有被割断，结果也就在掌握之中了。

（二）掌控信息发布形式和内容，导致信息公开失灵

“为了做到裁判上的公平，一切裁判活动必须以三个原则为指导，即公开、公正和无偏

私。在这三个原则中，公开原则列为第一位。”^⑤阳光对潜伏，是最有效的抗体。但是，六连号等事件中的程序公开仍然失灵了。

1. 信息公开失灵的第一个原因是：隐性阴影隐藏于信息公开中的披风中，暗自运作。

我们常常论及阳光下的政府，但是在阳光中有形的物体之下必然存在的阴影。而阴影就是潜伏程序存在的温床。所以，本文将阳光下存在的阴影称之为阳光下的阴影。在信息公开过程中，同样存在背光的一面。一种情况是，在全部的信息中公开表面信息，隐藏基础信息，这些信息存在于信息公开这一形式的阴影中；另一种情况是，有些依法应该公开的项目，行政机关故意以种种理由不予公开。前者表现为公开的表面信息不足以看到问题的真相，后者表现为未公开的信息与公开的信息并列存在。相对于后者，前者本文称之为隐性阴影，后者本文称之为显性阴影。隐性阴影具有很强的隐藏效果，打着信息公开的幌子，然后暗藏其中，该阴影携带有很大的欺骗因子。

在六连号事件中，武汉市的规定设置了信息公示程序。这是信息公开程序的一种形式，但是，这种形式没有能够产生效果就是因为在该程序中，存在隐性阴影。根据第30条之规定，“……在申请人住所地的社区公示7日，公示内容包括家庭人口、现住房面积、收入等情况。……”这里存在两个可隐藏因子，一个是现有住房面积，另一个是收入情况。这两个要素即便公布出来，社区居民也很难知道真假。一家可以有两套或者更多的住房，现在的小区与以前的小区不同。以前的小区是熟人社区，如今的小区是陌生人社区，有的社区面积达22平方公里，很难对小区内的某个人有着深入的了解。对于家庭收入就更难查证，即便大家知道某户人家有一定的资产。但是，如果要让其拿出证据来证实，也是相当困难的一件事。这种不可知隐藏在公开的形式中，形成隐性阴影。

2. 信息公开失灵的第二个原因是公众的搭便车心理，削弱了公众的探其究竟的动力。

奥尔森在《集体行动中的逻辑》一书中所阐述的“搭便车”理论在此产生了效果。在一个公共的事件中，要单独一个人去耗费个人的资源去调查他人的房产和收入情况，会打消许多人的念头。不仅因为调查的困难，而且，对于相当数量的人来说，对他人的情况也仅仅是怀疑，并非确信。其结果极有可能耗费了大量的人力物力之后一无所获，而且还得罪了他人，这是许多人都 unwilling 做的事情。

3. 信息公开失灵的第三个原因在于有些行政机关有意或者无意地限制信息公示地点，从而降低了公众的信息的了解的方便性，客观上限制了公众知情的效果。

据报道“有社区主任表示，该社区管辖范围为22平方公里，公示一般就在社区办公点前公示7日，往往是街办或申请人将公示材料送至社区后，他们及时公示。公示过程中，社区只负责将情况张贴在社区办公点前，至于社区居民是否能够及时察看和得悉，他们无法保证。”^⑥

上述三种原因的存在，使得信息公开变得徒有虚名，从而隐性阴影被埋藏，潜伏程序继而得到其隐藏并运行的前提条件。

（三）掌控程序参与人的安排，导致中介机构失灵

1. 掌控中介机构的选择权，让中介机构服务于自己的目的。

在行政权相当强大而又没能有效控制的今天，社会对政府的依附性仍然较强，中介机构也不能例外。中介机构一般都是市场导向，经济利益是其追求的目标。我们今天的中介机构靠社会捐助从而摆脱利益的引导从事公共活动的组织尚未成熟，于是，政府直接或者间接成为许多中介机构的客户。所谓直接成为中介机构的客户，就是政府直接聘请的中介机构。所谓间接成为中介机构的客户，就是由于许多企业或者其他社会组织和个人向到政府提供的相关资料需要中介机构的参与，经相关政府机关或者其工作人员的明示或者暗示的引导，由于希望成功通过政府的审查，大多不论是情愿还是不情愿，一般都会按照引导选择这些中介机构办理相关事务。因此，作为中介机构的衣食父母之一，中介机构虽不能做到言听计从，基

本满足也是其必须考虑的工作方式。正如美国汉密尔顿所言：“就人类天性之一般情况而言，对某人的生活有控制权，等于对其意志有控制权。”^⑦被掌控的中介机构基本上等于名存实亡。

2. 掌控参与人的选择权，让对方参与人服务于自己的目的。

在全员参与的程序中，掌控参与人的选择是不存在的。但是，在参与人员数量有限的程序中，尤其是涉及全国性的或者其他大范围的程序中，选择参与人就是潜伏程序得以发挥作用的关键。这种情况在听证程序中反应得最为明显。如我国许多部门存在的“逢听必涨”的事例，听证会被一般地变成了涨价会。究其原因，除了信息不对等之外，哪些人参加听证会在许多情况下被内定。这种情况下，掌握了这些，也就掌握了结果的方向。

（四）掌控机器程序的设计、审核和执行，导致客观工具失灵

客观工具由于其非主观性得到大众的广泛信任，摇号程序就是其中之一。但是，客观工具是人设计的，是由人来操作的，所以，它不可避免要受到主观因素的影响。换言之，机器设备和电子程序本身已经在很大程度上取代了人力，其本身不会舞弊，是执法的必然的发展趋势。但是，附着于其上的人为因素如果不能置于有效监督之下的话，机器设备和电子程序也只能沦为其舞弊的工具，与其他的工具没有分别，而且，更具有欺骗性。这一点往往被大众所忽视。在六连号事件中，机器设备和软件中的缺陷对于公众而言，基本上无从知道。软件的使用包括设计、审核、执行三个过程，其中，执行又包括保管、运输、和操作。这三者中，只要掌控一个，就有可能让结果按照自己的意愿发展。在六连号事件中，程序的设计、审核、和执行全部被行政机关所掌控。

三、正当程序形式主义的拯救措施

针对上述问题，笔者认为应该从以下方面进行破解：

（一）以实现公开目的为基准，填补公开程序中的漏洞。

1. 从立法上详尽制定信息公开的具体内容

许多文章在研究该问题时，都提出了要加大公开力度。这是个似是而非的建议。六连号事件中，武汉市原先设定的程序中就包括了两次公示程序。一个是街道审查后予以公示，另一个是房地产管理部门审查后在房地产市场信息网上进行公示。六连号事件的问题不在于是否公示，以及公示的力度问题，而是，公示失灵的问题。今天公开制度中最大的问题就是公开的项目和内容不够具体，从而产生了公开的黑洞。针对这个问题，需要通过在各个具体事项的程序分类进行深度剖析，不同的事项立不同的法，并尽可能详尽地确定公开的具体事项、公布地点、公布时间，从而达到无死角曝光。武汉市的相关规定只要求公布住房面积，没有要求公布住址。根据相关调查，“6名当事人中2人转入硚口区长丰村2户居民家中，户主均不知此人；2户转入户籍地址为硚口区常码头1号，调查发现该户外挂户籍竟多达50余人；2户转入硚口区解放大道121号2楼1号，但这里不见一栋房屋，是一片施工工地。”^⑧如果“六连号”事件中的信息公开制度要求公开申请人的住址，就不可能出现6位连号者的虚假信息的顺利过关。

2. 扩大利害关系人查询权利

由于许多信息属于个人隐私，根据《信息公开条例》以及其他相关规定，只能对自己公开，拒绝公众查询。但是，这种理解有其缺陷。在具有竞争关系的人之间，如果隐私的信息属于重要竞争条件，那么，作为竞争的另一方或者多方就应该有权利知道竞争对手的信息的具体内容，以及信息的真实性。否则，这种竞争就缺乏了公正性，并因而成为暗箱操作的温床。之所以程序参与人的信息应当向其他竞争对手公开，是因为公平竞争的需要，参与就意味着对相关隐私信息权利的放弃，并且，这种公开并非单方面，而是所有的程序参与者之间相互的公开。《政府信息公开条例》第14条之规定：“行政机关不得公开涉及国家秘密、商业

秘密、个人隐私的政府信息。但是，经权利人同意公开或者行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的涉及商业秘密、个人隐私的政府信息，可以予以公开。”该规定应适用于经适房的信息查询。

3. 帮助参与人建立临时组织

公众搭便车现象的存在是因为缺少能够代表大家利益的公权力。让每个个人独立对可疑申请人的信息进行查询不仅会造成重复，而且，信息不能共享，费用也有个人承受，从而必然阻碍正常的查询。尤其在参与者众多的情况下，如六连号事件中，申请人达 5141 人，让个人对如此大量的人群质疑并查询简直不可能。只有建立一定的组织，在信息公开的前提下，汇总大家反映的材料，代表大众对可能存在问题的人进行有针对性的查询，才能有效利用公开的信息，达到既有的目标。信息公开本身不是目的，公开的信息能够产生既定的效果才是设定信息公开制度最根本的目的。否则，形式主义就大行其道了。政府的任务不在于防范公众的监督，而是，帮助公众进行更有效率的监督，从而实现共同的目标——把事情公正的落实、办好。在公众中建立这种临时组织可能会有一定的难度，其具体操作层面上需要进一步研究。但是，这无疑是一个方向。缺乏组织的群众活动是一盘没有效率而又混乱的散沙，临时组织起来为实现公正程序的目的具有重要的意义。

4. 扩大公示范围。

网上公示本身具有很强的优越性，但是，在面对经适房的申请者时候，其局限性盖过了优越性。所以，面对低收入的经营房申请人。仍然应该以书面公式为主，以充分满足申请人需要为基准，增加公示点。完善保证申请人的知情权。

（二）赋予申请人独立的决定权，引入第三方力量，打破行政机关程序垄断

有一个著名的故事说明了直接参与程序的重要性：一位母亲有两个儿子，但是家里只有一个蛋糕，母亲制定分蛋糕的方法，即，由大儿子切蛋糕，二儿子先挑，其结果一定是公平的。该程序也就是美国的罗尔斯认为的完善的程序正义。其原理就在于程序的参与人分担了程序的执行过程的几个独立的阶段。以此打破单方的程序垄断，使之无法形成完整的控制链。在六连号事件中，如果，申请人能够独立完成一个程序过程，必定会打乱相关人员对整个暗箱操作过程的系统安排，从而最终实现公正。相对人独立完成过程的明显优点在于，相对人在很多情况下，由于利益的相反性，是具体行政行为程序中唯一具有不可收买性质的最可靠的力量。

公证机构由申请人选择。政府对公证处的选择，势必导致公证处对政府的依附和倾斜，当别有用心的人负责该程序或者程序的某个环节的时候，公证处的作用就很难发挥了。所以，由申请人大众（最好是申请人建立的临时组织）独立决定聘请公证处对整个过程进行公证，效果就一定会不同。

另外，引入具有权威的第三方介入程序，分散集中的权力，达到公正的效果。如，在经适房分配程序中，由中央政府某部门设计摇号程序，并保管该软件。让地方行政机关以及其他人员不能接触到该软件。防止暗箱操作的发生。

由申请人选出的公证处直接到保管软件程序的该部门取回该软件。其方式可以是多种，但是，一定要保证公证处与软件保管部门的无缝对接。防止交接过程中出现漏洞。有漏洞就容易被攻击，无懈才能不可击。正如我们日常使用的电脑程序一样，我们不断地打补丁说明了这一点。所有的木马程序无一不是利用程序的漏洞和缺陷进行攻击的。程序的重要性已声名远播，但是，如果要让其名副其实，就必须让其像电脑操作程序一样，不断地堵塞漏洞，才能不被攻击和歪曲，从而破除程序的形式主义化。

公证处操作摇号程序。该摇号程序不能由行政机关操作，也不能由某个申请人操作。而是由申请人选出的公证处的公证人员进行操作。公证处不是政府，他是可以被替代的。在出

现错误后，他会丧失其经济前途，尤其是让公证部门从旁观者走向操作者的时候，其态度定会相当谨慎。毕竟它提供的产品就是对相关行为或者事实的合法性和真实性进行证明。即便在六连号事件中，我们还是没有看到公证人员对公正程序的恶意破坏。在摇号的当场，公证人员有事离开颇为耐人寻味。但是，如论如何，公证人员主动破坏程序的鲜有听闻。超越于个别利益集团挟制的公证部门，在重担在肩的情况下，势必会公正处理。

不过，这里有一个法律问题需要突破，公证处上述职责需要法律或者行政法规明确。

（三）增加质疑和说明理由程序，行政程序和谐收官

从我国经适房分配程序来看，一般而言，摇号公证以后，产生中号者，经适房分配程序即告结束。但是，大家的监督并没由此结束，相反，却更为活跃了。以六连号事件为例，大家从 5141 人无焦点监督的散漫状态，落实到 124 户的摇中者身上。如果说当初搭便车心理的存在导致监督安眠的话，这时，结果已出，焦点形成，顿时激活了沉睡的监督热情和能力。不仅经适房分配如此，其他许多行政程序也是如此。一旦发现错误，行政机关负责人员基于怕担责任的心理，又百般解释、掩盖，拆东墙补西墙，结果，在已经形成聚焦的环境中，显得捉襟见肘，狼狈不堪。行政机关颜面扫地，政府公信力大受折损。

为此，笔者主张在结果产生后，不要急于让这个结果生效。从立法上就应该增添一个程序，即，质疑和说明理由程序。行政机关在结果产生后，将结果公布，广征意见。这样做有以下优点：首先，公众的监督更为实际和深入。原先公众对大范围对象的审查现在得以聚焦，原来发现不了的问题，这时，更有可能得以呈现，有利于实现程序的结果公正。其次，公众发现问题是在政府提供的监督程序中，在公布的结果尚未生效前产生的。表明了政府追求公正的态度，问题的发现不仅不会损害政府的公信力，相反，却会大大提高政府的公信力。

当大众发现问题，并提出质疑的时候，根据正当程序规则，如果政府需要采纳，则应该对受到不利影响的人说明理由。如果政府认为意见不应该采纳，则应该对提出质疑的大众说明理由。说明理由是正当程序中一个重要的原则，说明理由的原理在于暴露一个人的思想。无论我们怎么努力，都无法避免权力拥有者在背后发生故事。但是，私下的东西往往是见不得阳光的东西，它必然躲藏在决策者的思想里，而示以冠冕堂皇的表面，当思想必须完全公之于众的时候，这些污垢也就没有了生存的场所。今天，我们许多制度中存在说明理由制度，但是，其效果不容乐观。原因就在于，今天的说明理由，没有具体操作规定，因说而不明。“如果公民找不出决定背后的推理，他便说不出是不是可以复审，这样他便被剥夺了法律保护。”^①立法应该不仅广泛地规定说明理由的要求，而且要具体规定说明理由的方法。如在对立的两种理由中，选择其一而放弃另一个的原因应该全面说明，不仅仅是说明支持的原因，否定某一观点的原因也必须详尽说明。否则，必将是形式主义的温床。因此，笔者建议在说明理由制度中引入辩论程序。由政府与利害关系人进行至少两轮的辩论。互相对对方提出的问题进行针对性的辩论，而不是旁若无人地摆一摆自己的观点，然后，说明理由程序即告终止。这是讲道理程序中的不讲道理。

参考文献：

① “武汉‘六连号’引轩然大波 网民：只是冰山一角”，人民网 2009 年 6 月 24 日，<http://unn.people.com.cn/GB/14748/9532594.html>（最后访问时间：2009 年 9 月 15 日）。

② “武汉经适房‘六连号’事件已查明 五名干部涉案”，搜房网 2009 年 6 月 28 日，<http://soufun.com/news/2009-06-28/2648927.htm>（最后访问时间：2009 年 9 月 15 日）。

③ “学者称经适房制度先天不足 取消呼声占压倒优势”，人民网 2009 年 9 月 17 日，<http://cq.people.com.cn/news/2009917/200991791612.htm>（最后访问时间：2009 年 9 月 18 日）。

④ “‘六连号’丑闻的背后有多少黑幕”，新华网 2009 年 6 月 23 日，

http://www.hb.xinhuanet.com/newscenter/2009-06/23/content_16892438.htm (最后访问时间 2009 年 9 月 15 日) 。

⑤王名扬著：《美国行政法》，中国法制出版社 1993 年版，第 433 页。

⑥“武汉经济适用房‘六连号’事件：公示程序形同虚设”，中国新闻网 2009 年 6 月 22 日，<http://www.chinanews.com.cn/gn/news/2009/06-22/1743054.shtml> (最后访问时间：2009 年 9 月 2 日) 。

<http://www.chinanews.com.cn/gn/news/2009/06-22/1743054.shtml>(last visited September 2, 2009).

⑦ [美]汉密尔顿等著：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆 1980 年版，第 396 页。

⑧“武汉经适房‘六连号’丑闻背后有多少黑幕”，中国新闻网 2009 年 6 月 23 日，
<http://www.chinanews.com.cn/estate/news/2009/06-23/1746054.shtml> (最后访问时间：2009 年 11 月 9 日)。

⑨[英]威廉·韦德著：《行政法》，楚建译，中国大百科全书出版社 1997 年版，第 193 页。

作者单位：安徽元太律师事务所

违约损害赔偿制度的分析

——浅谈民间借贷中违约赔偿金的法律适用

杨会余 胡光标

【内容摘要】合同自由是《中华人民共和国合同法》（以下简称合同法）的灵魂，合同当事人有权决定是否订立合同、与谁订立合同、订立什么样的合同以及协商自愿解除已经订立的合同等等，否则自愿公平的交易就无法达成。可以说，没有合同自由就没有合同法。依照意思自治的原则契约精神，当事人可以在民间借贷中约定数种违约损害赔偿的各种方式。但违约责任一方固然要承认私法自治和契约自由，另一方面又要防止权利滥用造成事实上的不公平而承认公法干预的合理性。（在此，笔者将自己对民间借贷中违约赔偿金的法律适用依据的想法写出来，同同行们商榷）。

【关键词】民间借贷 违约金 法律适用

一、我国合同法中违约金的性质

在我国，违约金的性质和效力一直存在着分歧。以前，由于 50 年代受苏联民法影响较大，多数学者认为违约金兼有惩罚性和赔偿性。事实上，惩罚性违约金有悖于民法和合同法的补偿原则。现在，随着市场经济的建立，我国合同法确立了违约金的赔偿性，即除合同当事人另有约定外，违约金应视为预定的违约赔偿金，债权人请求债务人支付违约金时，不得同时请求债务人继续履行合同或者赔偿损失。实际上，大陆法系和英美法系已将限制惩罚性违约金的适用作为现代民法的精神和趋势。

所谓违约金，是指法律规定或当事人在合同中约定，一方当事人违约时应支付给对方一定数额的货币或代表一定价值的财物。我国合同法第 114 条对违约金作了规定“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损害赔偿额的计算方法。约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。”且在 2009 年 5 月 13 日起施行最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（二）第 29 条规定“当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第 114 条第 2 款规定的“过分高于造成的损失”。此条也表明，当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度、以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则，并作出裁决，允许债务人以造成的损失为基础请求法院或仲裁委员会对约定俗成的违约金进行公正裁决。从而可知，我国的合同法第 114 条所规定的违约金是以实现公平为目的的赔偿性违约金。

二、民间借贷中的违约赔偿金实质上是惩罚性违约金

我国合同法第 114 条第 1 款对违约金作了规定“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金,也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。”可见,该款只是授予当事人自行决定是否在合同中约定赔偿性违约金的选择权,并没有强制当事人适用,故第 114 条应属任意性规范,没有禁止当事人协议约定惩罚性违约金,只要该约定不违反法律的强制性规定,法律应认可效力。

三、惩罚性违约金存在的必要性

在生活实践中,法院或仲裁委员会对违约金支持的很少,因为法院或仲裁委员会根据最高人民法院 1991 年 8 月 13 日印发的《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》[法(民) <1991>21 号]“民间借贷的利率可以适当高于银行的利率,各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握,但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍(包含利率本数)。超出此限度的,超出部分的利息不予保护。”及 2002 年 1 月 31 日中国人民银行发布的《中国人民银行关于取缔地下钱庄及打击高利贷行为的通知》[银发[2002]30 号]“二、严格规范民间借贷行为。民间个人借贷活动必须严格遵守国家法律、行政法规的有关规定,遵循自愿互助、诚实信用的原则。民间个人借贷中,出借人的资金必须是属于其合法收入的自有货币资金,禁止吸收他人资金转手放款。民间个人借贷利率由借贷双方协商确定,但双方协商的利率不得超过中国人民银行公布的金融机构同期、同档次贷款利率(不含浮动)的 4 倍。超过上述标准的,应界定为高利借贷行为。”规定,且利息和违约金的相加数额只要超过贷款利率的 4 倍,就不予支持,明显不妥。

笔者认为,第一、在上述两个规定中,仅对利率作出规定,并未对违约金作出限制。第二、不应过分担心高额惩罚性违约金带来的道德风险。因为违约对借贷双方都没有益处;同时,惩罚性违约金只有在违约的非常态下才发生效力,一般谁都不会刻意破坏合同的履行,去追逐惩罚性违约金而不重视合同履行后可能带来的长远利益。第三、在一方违约情况下,另一方通过违约金条款获得高额违约金,怎么能说是通过是不正当的方式获取暴利?如果合同能够顺利履行,守约方可能获得更大的利益,惩罚性违约金也不会被运用,这时的经济效果是是对双方均有利。而在过错违约的情况下,违约人承担高额违约金未必显失公平,因为惩罚是其自愿承担的,高额违约金对应的是高收益或其他形式重要的对价,违约方认为这个风险可以承受。如果通过诉讼或仲裁不承担惩罚性违约金,那么在民间借贷合同中的借款无一不违约。第四、惩罚性违约金有助于当代中国重建诚信。亚里士多德曾说过“依靠说理或者羞耻并不能使大多数人对不道德行为感到厌恶,只有对惩罚的畏惧才能使他们发生动摇”。在民间借贷合同中,惩罚超过补偿守约方损害所需要的范围,可以产生足够的威慑,保证合同的履行。

四、审理民间借贷案件违约赔偿金中实务的做法

合同是当事人之间的法律,如果当事人将自己制定的法律视同儿戏,法院或仲裁委员会也认可这种做法,必将损害诚实信用原则、破坏正常的交易秩序。当然如在审理民间借贷案件中发现违约赔偿金过高或过低,进行司法干预也是必要的,但应慎重行使释明权和自由裁量权。干预也尽量遵循以下原则:(1)以当事人提出申请为前提的原则。除非当事人明确提出书面申请,要求调整,法院或仲裁委员会不应主动进行审查。(2)慎重干预商业行为的原则。在市场经济条件下,应尊重当事人的经济理性,允许当事人享有对于违约金在较大范围内的自愿设定、随意处分的权利,不要轻易对当事人的约定进行变更。

我国合同法第 114 条是在借鉴两大法系立法经验基础作出的契合我国审判实际的规定,是契约自由和契约公正价值的权衡结果。基于契约自由原则和当事人意思自治原则,出于对当事人订约自由的尊重,原则上,当事人约定的违约金条款只要不违反社会公共利益,均应严格遵守。但在实践中,我国的法院和仲裁机关现行做法是均对利息和违约金(不管是赔偿性违约金还是惩罚性违约金)加在一起超过利率四倍的均不予支持,对违约方没有任何经济制裁,对守约方明显不公平。

五、结论

赔偿性违约金本质上是损害赔偿的预设,这就决定了法律不可能允许其背离违约造成的损失;为了防止惩罚性违约金异化为赌博条款,损害社会公序良俗,法律也要对偏离公平原则的惩罚性违约金进行调整,但不能把惩罚性违约金调整为零。同时,在引用最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(二)第 29 条规定时,也应考虑到民间借贷的特殊性。

作者单位:安徽高速律师事务所

赔付问题浅析

闫佳丽

【内容摘要】近年来随着我国道路交通案件数量的不断增长，无名氏争议纠纷也随之增多，针对无名氏案件赔付问题，各地法院在实际操作中所采取的做法也各有差异。笔者结合自身代理案件针对无名氏案件赔付问题拟文如下，从无名氏案件诉请主体资格、调解协议效力、损失补偿原则的具体应用等方面着手，浅谈无名氏案件赔付问题，以供业界同仁参考。

【关键词】利害关系 保管 损失补偿

【案例】A 于 2007 年 12 月将其购买车辆投保于 B 处，投保险种为交强险及不计免赔的 20 万元商业险，后 A 酒后驾驶该车辆时行驶不慎致三者无名氏死亡，A 负全责并被追究刑事责任。在检察机关提起的刑事附带民事诉讼过程中，A 与交警部门达成调解协议，约定 A 赔付无名氏死亡赔偿金 71126 元、丧葬费 11090 元、精神抚慰金 27784 元合计 110000 元，所赔付款项由交警部门保管，A 无需承担额外赔偿责任。该调解协议签署后 A 以保险合同纠纷为由将向 B 诉至法院，要求 B 承担保险赔偿责任。

一、关于无名氏案件诉请主体资格问题

（一）检查机关是否有权提起刑事附带民事诉讼？

附带民事诉讼是指司法机关在刑事诉讼过程中在解决被告人刑事责任的同时附带解决由遭受物质损失的被害人或人民检察院提起的由于被告人的犯罪行为所引起的物质损失的赔偿而进行的诉讼活动。其中，针对检查机关提起的附带民事诉讼范围，《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 85 条明确规定“如果是国家财产、集体财产遭受损失，受损失的单位未提起附带民事诉讼，人民检察院在提起公诉时提起附带民事诉讼的，人民法院应当受理。”

通过上述规定可知：检察机关只有在国家财产、集体财产遭受损失，且权利人未提起附带民事诉讼时，才有权提起附带民事诉讼，以保障国家机关法律监督与适度干预原则的有效平衡。但结合本案，涉案死者无名氏因 A 的违法行为遭受的损失仅为个人财产损失而非国家或集体财产损失，故检察机关无权提起附带民事诉讼。

另通过我国《宪法》130-132 条之规定及《人民检察院组织法》中对人民检察院的组织设置、任务职权相关规定可知：人民检察院作为国家的法律监督机关，代表国家行使检察权，其所列职责中亦未出现公民个人财产遭受损失时其有权代为提起刑事附带民事诉讼。

同时，作为检察权独立行使主体的检察机关与普通民事主体之间形成的司法关系非普通民事法律关系，此种法律关系的界定也决定检察机关不可以将人身损害赔偿纠纷为诉由提起附带民事诉讼。若个人财产受损时，赋予检察机关也具有合法的原告主体资格，必定会与检察机关代表国家执行法律监督的职能不相协调，无法保证诉讼双方当事人处于同等诉讼地位，也违背了检察权适当干预原则的应用。故无论是根据法律规定、法律关系界定，检察机关均不能因公民个人财产遭受损失提起刑事附带民事诉讼。

二、调解协议效力问题

庭审中，原告代理人认为依据道路交通安全法的有关规定，社会救助基金管理机构有权向交通事故责任人要求赔偿，因目前道路交通事故社会救助基金尚未设立，交管部门根据公安部《交通事故处理工作规范》的规定代收并保管无名氏赔偿款的做法应予肯定，这既便于无名氏的继承人出现后及时得到赔偿，有利于保护无名氏继承人的利益，也避免了“撞死白撞”的不公平现象发生。若该笔赔偿款长期无人认领，成为无主财产，将来交付社会救助基金，将此款用于社会救助事务则更具有社会意义。故 A 与交管部门达成的《交通事故损害赔偿调解书》合法有效。

（一）利害关系说

针对该调解协议的效力问题，笔者将首先从“利害关系”角度引入分析。利害关系在本质上是一种法律上的利益冲突，具体指公民、法人或其他组织的财产权、人身权或其他权益直接遭受他人的侵害或者直接与他人发生权利、义务归属争执。本案中因本起交通事故遭受 A 直接侵害的为无名氏，并非达成调解协议的交通管理部门，交通管理部门不具备交通事故损害赔偿调解书的签订主体资格，且调解协议中关于 A 无需承担额外赔偿责任的约定，也属对他人权利的非法处分，严重侵犯了债权人的合法权益。鉴于，公安交警部门其非法定权利主张主体，其与本案不存在直接利害关系，无论该案处理结果如何均不直接影响交通管理部门的民事权利和义务，其所签订的调解协议应属无效。

（二）法律强制性规定

《中华人民共和国刑事诉讼法》司法解释第 96 条也已规定：审理附带民事诉讼案件，除人民检察院提起的以外，可以调解。本案刑事附带民事诉讼由检察机关提起，无论其提起行为是否合法，A 在刑事附带民事诉讼过程中与交警部门达成调解协议并使该民事诉讼以调解方式结案，也明显违背了我国法律的强制性规定，应属无效。

三、保管行为是否应认定为赔偿行为

保管行为与赔偿责任有着本质的区别，在未有合法权利主张主体出现且赔偿数额未予确定的情况下，A 依据不具备法律效力的调解书将赔偿款交由交通管理部门保管，不应认定为其已合法承担赔偿责任。理由如下：

根据《中华人民共和国合同法》解释第 365 条关于保管合同的约定：保管合同是保管人保管寄存人交付的保管物，并返还该物的合同。可见，保管人在应寄存人请求时应返还保管物，此种保管并非具有确定意义的赔付行为，鉴于保管行为与赔偿行为在交付主体及交付内容的确定性方面存在重大差别，保管行为并不能认定为赔偿行为，A 向交管部门给付赔偿款的行为也不应如 A 代理人所主张认定为其已对第三者承担赔偿责任。

另根据《中华人民共和国合同法》第 104 条规定可知，若公安交通管理部门根据公安部《交通事故处理工作规范》规定，代收、保管无名氏的赔偿款期限超过 5 年，该笔赔偿款将面临列入“无主”财产的范畴，此种做法将严重不利于无名氏继承人出现后赔偿问题的解决，与法相悖，在一定程度上促进“撞死白撞”不公平现象的出现。

四、损失补偿原则在该案中如何适用

庭审中 A 的代理人认为根据《保险法》第 23、65 条规定，责任保险是以被保险人对第三者依法应负的赔偿责任为保险标的的保险，A 依据《交通事故处理工作规范》第 74 条规定主张其与交警部门达成的《交通事故损害赔偿调解书》具有法律效力，B 应承担给付保险金的义

务，完全符合保险损失补偿原则及保险合同的约定，依法应得到法律保护。

那么本案如何适用损失补偿原则？损失补偿是指当保险事故发生使投保人或被保险人遭受损失时，保险人必须在责任范围内对投保人或被保险人所受的实际损失进行补偿。损失补偿原则直接体现了保险的经济补偿功能，是贯穿于保险合同立法、司法以及当事人订立到履行保险合同的整个过程中的一项基本准则，但损失填补原则具有法定的和约定的限度，被保险人所受损失因保险事故发生所致，只有遭受确定的损失，才能通过保险对损失予以填补，确定损失的存在是填补损失的前提条件，而本案中无名氏身份信息无法确认，其近亲属信息也无法核实，道路交通事故所涉赔偿项目如误工费、死亡赔偿金、精神抚慰金等赔付项目及数额也均无法确定，在上述损失均无法确定的情况下，填补损失的前提条件尚不具备，故本案中除丧葬费外A与交警部门达成的调解协议中其他赔偿款项均不符合填补损失的适用情形。

五、由本案引发的思考

通过上述分析，笔者认为无名氏案件中诉讼主体应严格遵循法律的规定，无论是检察机关还是交通管理部门均不能以原告身份主张除已发生丧葬费用以外其它非确定性赔偿费用，若侵权人考虑刑事责任的承担，于事故发生后，在赔偿权利人尚不明确，同时损失项目及数额亦无法界定的情况下自愿将赔偿款交由交警部门保管，应视为其对自身权利的处分，符合私法自治的原则，但此种自愿交付保管行为不应认定为合法有效赔偿，不能据此主张保险赔付。

作者单位：安徽元太律师事务所

现代工伤救济制度：对人的尊严的尊重

秦成兵

【内容摘要】劳动者创造着社会财富，雇主和社会对他们有保护、造福的责任，对工伤劳动者是否给予应有的救济，尽到造福责任，反应出对劳动者尊严的尊重。现代工伤救济制度产生的历史，就是为作为弱者的劳动者讨回尊严的过程。现代工伤救济制度的制度设计是关怀弱者的设计，它的人道主义价值，表明它是一部良法。

【关键词】工伤 救济 尊严 人道主义

一、工伤中的人的尊严问题

尊严是表示人与人之间关系的词。人的尊严是一个人作为“人”存在于社会上所获得的他人和社会对其最基本的尊重。人作为“人”所应得到的最基本的尊重，是指诸如其生命、健康、名誉之类的表征着“人”存在的东西不被歧视和侵害。

工伤是雇员在工作过程中遭受到的意外事故伤害和职业病伤害。有劳动，就会有遭受伤害的事情发生。但只有发生在雇佣关系情况下的劳动者的伤害，才能称得上“工伤”。因此，工伤的基本模式是：雇主提供劳动条件，雇员为了雇主的目的，在此劳动条件下劳动时受到了伤害。工伤，即雇佣劳动关系下的劳动者的事故伤害，最容易演化成对劳动者人的尊严的伤害，发生人的尊严的危机。其主要原因是在雇佣劳动关系结构中，包含着危害劳动者人的尊严的潜在因素：（1）雇佣关系下的劳动者的劳动，为社会创造着财富，具有社会性。社会有责任全力保护、造福劳动者。当劳动者遭受工伤事故伤害时，如果社会不从物质和心灵上对劳动者提供应有的救济，尽其保护、造福责任，这就等于对劳动者生命和人格的轻视和歧视，导致劳动者作为“人”没有获得最基本的尊重。（2）雇主提供的劳动条件，特别是现代工业的条件下充满着危险，但雇主为了自己的利益将雇员置于危险之中；而另一方面，雇员为了生计也不得不将自己的生命和健康置于危险之中，因此，雇主有责任全力保护、造福劳动者。当劳动者遭受工伤事故伤害时，如果雇主不从物质和心灵上对劳动者提供应有的救济，尽其保护、造福责任，这无异于将人等同于物。

二、现代工伤救济制度的渊源

（一）从过错责任到无过错责任：为弱者讨回公理的过程

工伤救济制度并不是一开始就采取无过错的归责原则。相反，在最早的制度中，劳动者受害于工伤事故，采取的劳动者责任自担制度，劳动者无法从雇主那里得到赔偿。后来，随着大机器工业的不断发展，给劳动者带来的危害日益增多，劳动者的生命健康受到严重威胁，促使劳动者为生存、为权益、为尊严而斗争的运动不断发展，同时，社会人权观念也逐渐高涨，于是，工伤赔偿制度上才最终出现了无过错的归责原则。

1、劳动者责任自担的原则

世界历史进入工业社会以前，自给自足的农业经济在整个社会经济中占据主导地位，雇佣劳动关系还不很发达，仅在小工商经济和作坊经济中存有私人雇佣劳动关系，加之当时在

生产中很少使用机器，工伤事故发生率少。但当时的社会对这些少有发生的工伤处理原则却是劳动者自己承担受伤害的责任，雇主不赔。而当时的著名经济学家亚当·斯密还为该种制度辩解：既然工人自愿受雇于雇主，就意味着他们自愿就是接受了该工作的风险。

2、过错责任原则

人类进入工业社会以后，机器生产的蓬勃发展，雇佣劳动的大量运用，工伤事故也前所未有的大量增长，越来越多的工人的生命和健康受到严重威胁。让劳动者自担责任的原则显然不能再作用于处理工伤事故的领地。同时，当时的法律学说得到大力发展，反应“理性自由法则”的过错责任原则成为侵权法的主流原则，其取代了责任自担而成为处理工伤事故的原则。在过错责任原则下，雇员受到工伤事故伤害的，要想得到赔偿，雇员就要举证证明雇主有过错。否则，只能是责任自负。由于生产过程的复杂性，由于很少亲自参与生产作业，所以，雇员很难举证证明雇主的过错。所以，在这种原则下，劳动者很少有胜诉。

3、无过错责任原则

过错责任原则并没有给劳动者带来多大的保护，这激起了整改工人阶层的反抗。这样又引发了一连串的社会问题。政权当局不得不创设出更加相对合理、符合工人利益的工伤救济制度。于是，无过错原则也就在工伤救济领域得以确立。在这种原则下，受害的工人只须证明其所受到的伤害是在生产作业中发生的就够了。而这也就是现代工伤法的原则。

与雇主、与强大的机器相比，雇佣劳动者是一个弱者。而历史在处理雇佣劳动者工伤事故时，一开始摆出霸道的架势，无视这个弱者的健康和生命，无视他们的人的尊严，人类社会的公理。但上述归责原则的发展过程，却是为这些弱者讨回公理、讨回人的尊严的过程。

（二）从诉讼救济到社会保险救济：为弱者实现公理的过程

人类的工伤赔偿制度以 1884 年为界，可分为工伤的诉讼救济时代和工伤的社会保险救济时代。1884 年，德国制定颁布了世界上第一部工伤社会保险法《劳动伤害保险法》，它由此开创了工伤救济的社会法调整的新时代。

在诉讼救济时代，由于劳动者必须要通过向法院提起诉讼才能得到赔偿，因诉讼费用的昂贵、劳动者法律知识的缺乏、诉讼程序的繁琐与漫长、诉讼制度上的缺陷等原因，使得劳动者无法得到及时赔偿。劳动者本身就在经济上处于劣势地位，其伤残所需的费用以及因其伤残所带来的经济上的窘迫，都急需得到及时的救济。另外，如果雇主破产或者无力赔偿，即使胜诉，这也对劳动者无济于事。显然，诉讼的救济仍不能很好地保护劳动者的权益。

在社会保险救济时代，实现了工伤赔偿责任由雇主个体承担责任向社会分担责任的转化、工伤赔偿的法律由私法向社会法的转化。这样，遭遇工伤的劳动者可以不通过诉讼而直接从工伤保险机构领取工伤补偿金，很好地保护了劳动者的权益。

如果说归责原则从开始的劳动者责任自担原则、到雇主过错责任原则、最后到无过错原则，是历史为弱者讨回了公理，那么，对于具体的救济手段由诉讼向社会保险的转化，就可以说是历史为弱者实现了公理。

从上述发展史可以看到：现代工伤救济制度的产生过程，就是对工伤劳动者从不赔、到有条件的赔、到无条件的赔的过程，就是为其讨回公理、实现公理的过程，就是其尊严从被侵损到复归的过程。

三、现代工伤救济制度基本内容：关怀弱者的设计

现代工伤救济制度的基本特点是：尊重人，关心人，真正地把劳动者当着“人”。

（一）雇主对遭受工伤的劳动者赔偿责任，采用无过错责任原则。

现代工伤救济立法，用人本主义的精神，把目光集中在受害劳动者身上；同情劳动者的不幸遭遇，关注劳动者的生命健康。立法不问雇主对损害的发生有无过错，雇主均承担赔偿责任

责任，这是人道的，同时又是公正的。雇主为了自己的利益，让雇佣劳动者用血肉之躯与危险的机器为伍、与险恶如狼的自然争斗。当劳动者被机器、自然所伤所亡时，雇主依理依情都应对劳动者的伤亡有所付出。雇主怎样证明自己与劳动者同属那个“人”？最好的证明就是无条件的对劳动者工伤的损害予以充分地填补。

（二）以强制的工伤保险补偿为主流，辅之以侵权赔偿诉讼。

工伤从本质上说是侵权行为，是雇主对劳动者的特殊侵权行为。对侵权行为造成的损害，按常理应通过诉讼程序获得赔偿。但是，由于工伤诉讼救济存在着如上所述的缺陷，常常使对劳动者的救助不能及时到位，甚至落空。现代工伤立法打破传统、独辟蹊径，将工伤救济由私法领域转移至社会法领域、由雇主个人的独自承担转向由社会分担、由诉讼的唯一救济转变成以强制的工伤保险补偿为主并可以辅以诉讼的救济。这个充满智慧的设计，同样奔放着人道主义的激情。它确保了劳动者能够真实地、及时地得到损害的填补。

强制是对雇主投保的强制，雇主必须为雇佣劳动者投保，否则将承担法律责任；而雇佣劳动者自己不必投保。对雇主的强制，不仅不违反公平正义，反而更加合理照顾到了雇主的利益。

（三）工伤保险的事故范围以工作时间、工作地点内的意外事故为中心，向外延伸至非工作时间地点的因工作原因的其他意外事故，包括工作岗位上的工业事故及突发疾病、上下班途中的意外事故、职业病等。

如果说对因工业事故而造成的伤亡及因工作而造成的职业病进行赔偿，是因为其有着强烈的法理性，那么，对因上下班途中意外事故而造成的伤亡进行赔偿，则是因为其有着强烈的关怀人、重视人的人道主义感情。当然，这并不是说将“上下班意外伤害认定为工伤”没有法理性，只是说在制定这一规则时，人道主义的善良感情起着主要的作用。社会中的人不仅是利益的关联体，也是情感的关联体。人有同情他人的本性；人从他人中看到了自己，所以，人才能同情他人。人需要同情他人；同情他人才能认识自己的人格，才能更好的成为自己；同情他人，才能帮助他人，人才能亲和在一起，构成紧密的社会联系。弱者应当受到资助；受到意外伤害的人应当得到同情。况且，“上下班意外伤害认定为工伤”也有其法理的根据：去上班是上班的必须准备，下班是上班的内在后果。换句话说，上下班的往返与上班有着因果关系，是上班时间的延续；上下班的往返与上班构成了劳动者的完整的上班行为。也许有人会说这种因果关系太过微弱，但在同情弱者的立法原则下，这太过微弱的因果关系已经被强化。

（四）工伤保险的被保险人的范围，以产业工人为核心，向外延伸至非产业的及非经济的工作人员。

也就是说，现代工伤救济的惠及人员非常广泛，例如，我国工伤保险法律救济人员就惠及我国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织的职工和个体工商户的雇工等人员。

工伤问题发端于产业工人，突显于产业工人，也最早解决于产业工人。但这并不是说社会其他行业 and 单位就不存在工伤事故；实际上，他们的工伤事故与产业工人的工伤事故有着相同的本质，都是相同的问题。他们的生命、健康得到工伤立法同样的关怀和尊重。

四、人权视角：现代工伤救济制度的价值

捍卫尊严社会。现代社会，本质上是尊严的社会。人权思想深入人心，反压制、反歧视的意识极为强烈，人人都很自尊，人人都想得到他人敬重。现代工伤救济制度，对遭遇工伤不幸的劳动者表现出了极大的同情心。针对劳动者的索赔难的事实，大刀阔斧，冲破传统，

以强制性的手段排除赔偿上的刁难，以前所未有的高效使受害人得到索赔。这就温暖了人心，尊重了人格，不幸者的社会价值得到肯定。

关爱生命健康。现代工伤救济制度，以深厚的人文主义感情，对工伤事故的受害者的生命和健康予以全力救助。对伤残者的救治、护理及今后生活作了周密安排。对死亡人的赔偿金、及其抚养的家属的今后生活均作了人性化的规定。

给力弱势群体。劳资之间的平等是我们追求的目标，但劳资双方却客观地存在着强弱之差。雇主追求的是富足，雇工追求的是温饱；雇主得到的是资本的增值，雇工得到的是血汗的价格；雇主是工业危险的引进者，雇工是工业危险的受害者；雇主是资源的所有者，雇工是资源的无产者；雇主是赔偿的给付者，雇工是赔偿的请求者。雇主是强者，雇工是弱者。强弱之间的势差，很容易使强者侵犯弱者，给弱者造成不利的境地。强者依强欺弱、强者弱肉强食就是强者给社会造成的乱象，这是尊严社会绝不允许的事件。抑制强势、给力弱势尊严社会公共机构的职责。有鉴于现实中屡见不鲜的雇主工在伤赔偿中的推三托四、强词夺理、百般抵赖、粗暴蛮横的强权行为，现代工伤救济制度强行推行无过错责任的归责原则、以强制手段推行雇主为工人投保制度，充分地展示出抑制强势、给力弱势群体的立场。

以工伤保险制度为核心的现代工伤救济制度，以人道主义的美好激起，写出了捍卫人的尊严、关爱生命健康的大手笔。在他的威力下，遭遇悲惨的工伤人从此能够得到快捷无碍地救济；他们的社会价值得到肯定、人格得到尊重。伤痛使他们痛苦，救济使他们体面。它不愧是一部好法、良法、救人之法。

参考文献：

- ①杨力新《侵权行为法专论》，高等教育出版社，2005 版。
- ②林 嘉《社会保障法的理念、实践与创新》，中国人民大学出版社，2002 版。
- ③吕 琳《劳工损害赔偿法律制度研究》，中国政法大学出版社，2005 版。
- ④郑功成《社会保障概论》，复旦大学出版社，2005 版。
- ⑤叶静漪《工伤保险的历史发展过程及其》，中国劳动咨询网 <http://www.51Labour.com/>。

作者单位：安徽文得律师事务所

论死亡赔偿金的性质和分配

涂福昌

【内容摘要】《侵权责任法》第16条规定侵权造成死亡的，应当支付死亡赔偿金。近些年来，道路交通事故人身损害赔偿纠纷案件不断进入诉讼，侵权人赔偿死亡赔偿金后，该笔费用的分配问题成为学术界和司法界争议的热点。死亡赔偿金的性质问题法律上一直备受争议。主要观点有扶养丧失说、夫妻共同财产说、继承丧失说和近亲属共有财产说等几种学说。不同的观点下，分配方式截然不同，直接影响死亡赔偿金的归属。由于死亡赔偿金的性质和归属问题没有明确的法律规定，司法实践中法官认识不一致，判决差异很大，直接影响法律的一致性和严肃性。本文对此问题做出探讨。论文主要分为两大部分，第一部分为目前学术界的不同观点分析。第二部分为笔者观点。首先对各种观点做一分析比较，从而得出自己的结论。然后根据笔者的观点分析死亡赔偿金的分配问题。最后做出小结。

【关键词】死亡赔偿金 性质 分配

随着社会的发展，诸如道路交通事故的侵权案件日益增多，而因死亡获得的死亡赔偿金后，亲属间因死亡赔偿金的分割纠纷案件不断进入诉讼。死亡赔偿金的性质和归属问题法律没有做出明确规定，司法实践中，因法官认识不统一导致判决不一致的情况经常出现。下面笔者对此问题做一探讨。

一、死亡赔偿金性质的不同观点对应不同的分配方式

（一）扶养丧失说

该学说是指受害人死亡后，其生前依法定扶养义务供给生活费的被扶养人因此而失去了生活来源，赔偿义务人对此予以赔偿。在计算各种损失时应以被扶养人丧失的生活来源作为计算的依据。其赔偿的范围仅是被扶养人的生活费，即只对受害人的继承人造成的具体的、直接的、积极的财产损失进行赔偿。^①《侵权责任法》和其司法解释规定，被扶养人生活费计入死亡赔偿金之内，不单独做为一个赔偿项目。可以认为死亡赔偿金是对被扶养人未来的生活费的补偿。

在这种立法例下，赔偿义务人赔偿的范围，就是被扶养人在受害人生前从其收入中获得的或者有权获得的自己的扶养费的份额。至于因受害人的死亡而导致对受害人享有法定继承权的那些人从受害人处将来所继承财产减少的损失，不属于赔偿之列。另外在赔偿时，如果受害人没有受其供养的被扶养人，不存在损害，赔偿义务人就不承担该项赔偿责任。依该学说，死亡赔偿金只能是被扶养人专属取得。其他的近亲属和债权人无权主张。

（二）夫妻共同财产说

死亡赔偿金是一种财产性的损害赔偿，而且死亡赔偿金非受害人生前所有，性质上不同于遗产。受害人因人身损害死亡，家庭可以预期的其未来生存年限中的收入因此丧失，死亡赔偿金是对受害人假设未死亡可能获得的收入的赔偿。受害人的个人收入并非全部用于个人消费，除其中个人消费部分以外，其余的收入应当用于家庭共同消费，受害人因人身损害死亡，家庭可以预期的其未来生存年限中的收入因此丧失，实际是家庭成员在财产上蒙受的消极损失。而受害人假设未死亡，受害人的收入显然为夫妻共同财产。所以，死亡赔偿金应按

夫妻共同财产来对待。

依该学说，死亡赔偿金首先去分割一半做为夫或妻的财产。其余的一半以遗产进行分配。

（三）继承丧失说

《中华人民共和国婚姻法》第 18 条规定：“有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：（一）一方的婚前财产；（二）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；（三）遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产；（四）一方专用的生活用品；（五）其他应当归一方的财产。”《婚姻法》司法解释（一）第 19 条规定：“婚姻法第 18 条规定为夫妻一方的所有的财产，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。”依据《婚姻法》的规定，夫妻一方因身体受到伤害所获得的赔偿为专属于个人的财产。残疾赔偿金即是此种情况下的个人财产。死亡赔偿金即是同性质的赔偿，因其死亡后获得的赔偿，即为遗产。

2009 年《保险法》第 42 条被保险人死亡后，有下列情形之一的，保险金作为被保险人的遗产，由保险人依照《中华人民共和国继承法》的规定履行给付保险金的义务：（一）没有指定受益人，或者受益人指定不明无法确定的；（二）受益人先于被保险人死亡，没有其他受益人的；（三）受益人依法丧失受益权或者放弃受益权，没有其他受益人的。

依继承丧失说，死亡赔偿金做为遗产，按《继承法》的顺位进行继承。若作为遗产，死者对外有债务，遗产须用来清偿债务，债权人可以主张。^②

（四）近亲属共有财产说

该学说认为，死亡赔偿金是对受害人近亲属的一种赔偿。该赔偿金并不是受害人个人所得。其死后，丧失了权利能力，也不是对受害人本人的补偿。该赔偿金是对受害人近亲属因受害人死亡导致的生活资源的减少丧失，是对受害人家庭损失的弥补，对死者家庭利益的赔偿。

依该学说，死亡赔偿金由在近亲属之间进行合理分配。受害人的债权人无权主张。

二、笔者观点

（一）死亡赔偿金应定性为近亲属共有财产

1、死亡赔偿金不属于夫妻共同财产

夫妻共同财产是指“夫妻关系存续期间，夫妻一方或双方所取得的合法财产”。依婚姻法理论，夫妻关系终结于离婚或一方死亡（包括宣告死亡）。死亡赔偿金则是基于夫或妻死亡而获得的赔偿，其产生于夫妻关系终结之后，而不是产生于夫妻关系存续期间。因此，死亡赔偿金不是夫妻共同财产。

2、死亡赔偿金不是死者的遗产

依据《继承法》第 3 条规定，遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，即遗产是公民生前或死亡时存在的财产。而死亡赔偿金是在受害人死亡后才产生的，并不是死亡时现实存在的，不符合遗产的法律特征。另外，《继承法》罗列了遗产的范围（一）公民的合法收入；（二）公民的房屋、储蓄和生活用品；（三）林木、牲畜和家禽；（四）文物、图书资料；（五）法律允许公民所有的生产资料；（六）公司的著作权、专利权中的财产权利；（七）其他合法财产。最高人民法院关于贯彻执行《继承法》若干问题的意见对公民可以继承的其他合法财产定义为：包括有价证券和履行标的为财物的债权以及承包人死亡时尚未取得收益。可见，《继承法》并未将死亡赔偿金纳入到遗产范围之内。

3、死亡赔偿金不是专属对被扶养人的补偿

2003 年最高人民法院《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：“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、死亡赔偿金以及受害人家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。”该条规定将死亡赔偿金和被扶养人生活费分开。被扶养人生活费是区别于死亡赔偿金之外的独立费用。《侵权责任法》虽规定被扶养人生活费计算后并入死亡赔偿金之内，不单列被扶养人生活费这一项目。但死亡赔偿金这一赔偿项目并不仅仅是被扶养人生活费，除被扶养人生活费之外，还有其独立的计算方法。^③

4、死亡赔偿金的法理分析

受害人如没有死亡，便没有死亡赔偿金的发生；受害人一旦死亡，则其民事主体资格死亡。在受害人死亡这一法律事实出现时，便在加害人与受害人近亲属之间形成民事法律关系。既然死者不再是权利主体就无需进行救济，近亲属依其与受害人之间的亲属关系，直接享有相关损害赔偿请求权。^④

死亡赔偿金的取得并不体现死者的意志，而是源于法律的规定。死亡赔偿金，其赔付的发生仅仅与死者遭受侵权行为致死这一法律事实的发生相关，法律之所以做出这样的规定，它体现的是对侵权行为的惩罚、对人身权的保护和死者近亲属补偿的意义，其中不存在任何合同行为中所体现的对价，更不可能像人身保险金一样被理解为对死者生前投入的一种扩大性回报。

另外，将死亡赔偿金作为专属于死者近亲属的财产进行赔偿，可以充分体现出对死者近亲属生存权的关注，与我国《宪法》规定的精神相一致，同时也可以更好的体现“以人为本”的现代司法理念。^⑤

5、最高人民法院意见

2005年3月22日，最高人民法院就广东省高级人民法院《关于死亡赔偿金能否作为遗产处理的请示》作出了（2004）民一他字第26号《关于死亡赔偿金能否作为遗产处理的复函》，内容为：“空难死亡赔偿金是基于死者死亡对死者近亲属所支付的赔偿。获得空难死亡赔偿金的权利人是死者近亲属，而非死者。故空难死亡赔偿金不宜认定为遗产。”从该规定可以看出，死亡赔偿金是专属于死者近亲属的财产。该复函虽系个案答复，但也充分体现出死亡赔偿金不宜认定为遗产的价值所向，对审判实践具有重要的参考价值。

（二）近亲属对死亡赔偿金的合理分配

1、分配的主体

由于死亡赔偿金的性质是财产损害赔偿，其内容是对死者家庭整体预期收入的赔偿，因此，赔偿权利人首先是指与死者共同生活的家庭成员范围内的近亲属。关于“近亲属”的范围界定，可以参照《继承法》的顺位进行，配偶、父母、子女为第一顺位分配人。

2、分配的比例

死亡赔偿金的分配法律没有做出明确规定，亲属之间应充分协商，在照顾没有生活来源和未成年人的基础上合理分配，但基本的原则是，死亡赔偿金的分配应根据与死者关系的远近和共同生活的紧密程度、扶养关系及生活来源等因素合理分配，而不是一定要等额分配。当然，如果赔偿权利人中有人对自己享有的部分份额向赔偿义务人明示放弃或在赔偿权利人中放弃或在权利人中转让，均应尊重其意思表示。

3、债权人无权参与分配

死者生前的债权人可否对死亡赔偿金提出偿还债务的主张，包括申请财产保全。笔者认为，死亡赔偿金不同于遗产，死亡赔偿金具有人身关系性质，既不是死者生前财产，其分配主体中也没有死者，死亡赔偿金的性质决定了该款专属于其近亲属。该款不属于死者支配，死者生前的债权人没有请求权。同理，赔偿义务人也不能以死者欠其债务为由扣除部分或全部赔偿金。法律明确规定了遗产继承人在其所获遗产范围内对死者生前的债务负偿还责任，死亡赔偿金是死者亲属应得的经济补偿，具有一定的人身依附关系，不是遗产，不属我国法

律规定的遗产范畴。法律未规定死亡赔偿金获得者对死者债务承担责任。

4、死者生前无权处分死亡赔偿金

死亡赔偿金能否根据死者生前的意愿确定权利人或作为其遗产进行分配呢？遗嘱是自然人按照法律的规定处分自己的财产，安排与此有关的事务，并于死亡后产生法律后果的单方民事行为。死者生前的财产，死后性质即转变为死者的遗产，因而遗嘱事实上也就是对遗产的处分行为。而死亡赔偿金并不是死者的遗产，死者生前不能通过遗嘱的形式对其进行处分。

三、小结

死亡赔偿金性质的不同认识形成了截然不同的分配方式。将死亡赔偿金定性为对近亲属的补偿，视为近亲属的共有财产是最合理的认定。这不仅使法律关系更明确，更保护了死者的近亲属的利益，体现了“以人为本”的法律精神。笔者建议在以后的立法或司法解释中，将死亡赔偿金的性质和分配方式做出这样的明确规定。

参考文献：

- ①张新宝：《最高人民法院法释〔200〕10号解读》，中国法制出版社2004年版，390页。
- ②张新宝：《侵权责任法原理》，中国人民大学出版社2005年版，第481页。
- ③黄松有：《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解和适用》，人民法院出版社2004年版，第360—361页。
- ④孙着国 朱连玲：《浅谈死亡赔偿金的性质》，中国法院网，2009年04月29日。
- ⑤郑成良：《法律之内的正义》，法律出版社2002年12月版，第8章、第9章。

作者单位：安徽大别山律师事务所

保证期间若干问题探讨

周 然 王与卜

【内容摘要】保证期间是保证制度中的一项重要内容，探讨和研究保证期间有极其重要的意义。所谓保证期间就是根据当事人约定或者法律规定，允许债权人不积极主张权利而保证人仍可能承担保证责任的固定期间。有的学者认为，保证期间为一种诉讼时效，也有的学者说保证期间就是除斥期间。但笔者认为，保证期间应当为一种特殊的除斥期间，因其时效届至，当事人失去的是实体权利，但其又不完全等同于理论上关于除斥期间的界定。故此，有的学者认为保证期间是一种诉讼时效或除斥期间等，都不是太准确。本文试对保证期间的理论与相关立法进行探讨，并提出若干建议，以期对完善我国立法和实践有所贡献。

【关键词】保证期间 除斥期间 催告

一、保证期间的概念

研究保证期间，首先应对其概念本身作出准确的定义，而且有关保证期间的各种争论首先就是从对保证期间概念的不同定义开始的。司法实务界的法官从债权人行使权利的角度给保证期间下定义；有的学者单纯从保证人承担责任的角度将保证期间下定义；还有的学者从保证人与债权人的关系角度阐述保证期间的概念。究竟何谓保证期间？保证期间就是根据当事人约定或者法律规定允许债权人不积极主张权利而保证人仍可能承担保证责任的固定期间。对保证期间作上述定义主要基于如下考虑：

（一）保证期间的设立是基于当事人约定或法律规定

《担保法》第 25 条和第 26 条则规定了一般保证和连带责任保证的法定期间。《担保法》有关法定的保证期间的规定属于任意性规定，即只有在当事人没有基于保证合同约定保证期间的情况下才发生效力。

（二）保证期间是允许债权人不积极主张权利而保证人仍可能承担保证责任的期间

作为债权人，在保证期间内应积极行使其保证债权根据《担保法解释》第 34 条的规定，债权人在保证期间内行使其保证债权因一般保证和连带责任保证两种不同的保证方式而有所不同。在一般保证中，债权人行使保证债权的方式为特殊方式，即必须“先诉”，即“在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁”；在连带责任保证中，债权人行使保证债权的方式是“在保证期间届满前要求保证人承担保证责任”。债权人必须按照上述方式积极行使其保证债权，否则保证人的保证责任将免除。如从保证人的角度来看待上述问题，则保证期间是保证人基于债权人消极行使权利而有条件免除保证责任的期间。保证人在保证期间内是否需要实际承担保证责任处于一种未知的可能状态，该等可能状态的确定需取决于债权人是否依据《担保法》及《担保法解释》规定的方式行使其保证债权，而保证人于保证期间届满免除其保证责任的条件就是：债权人未能依据《担保法》及《担保法解释》规定的方式积极行使其保证债权。

（三）保证期间应当是固定的期间

《担保法》第 15 条规定保证合同应当包括的内容有“保证的期间”，该规定可以被引申理

解为事人可以通过保证合同约定一个固定的保证期间；同时，根据《担保法》第 25 条第二款、第 26 条第二款及《担保法解释》第 32 条的规定，我国法律对于当事人在保证合同中对保证期间没有约定或约定不明的情况分别规定了六个月和两年的固定期间。

二、关于保证责任期间的类型

关于保证责任期间的类型，主要有二类型和三类型说两种：二类型说即将其划分为约定期间和法定期间两种。三类型说将其分为：约定期间、催告期间和法定期间三种，此外，还有的学者认为，不定期期间保证也应是保证责任期间的类型。约定期间和法定期间是基本没有争议的保证期间的类型。需要探讨的问题是：

（一）催告期间是不是保证责任期间的类型

最高人民法院《关于审理经济纠纷案件有关保证的若干问题的规定》第 11 条规定：“保证合同中约定保证责任期限或者约定不明确的，保证人应当在被保证人承担责任的期限内承担保证责任。保证人如果在主合同履行期限届满后，书面要求债权人向被保证人为诉讼上的请求，而债权人在收到保证人的书面请求后一个月内未行使诉讼请求权的，保证人不再承担保证责任。”三类型说就是根据该规定，得出了催告期间的类型。笔者认为，催告期间不是保证责任期间。理由是：

首先催告权属于形成权，仅以保证人单方的意思表示就能债权人请求保证人承担保证责任的权利发生消灭效力的权利。与此相适应，催告期间属于除斥期间。一般而言，除斥期间是法定的期间，同理催告期间也是法定期间。

其次催告权以保证合同没有约定保证责任期限或者约定不明确为行使的前提条件，是确定法定期间起点的根据，而催告权行使的期间本身不是保证责任期间。

最后最高人民法院《关于审理经济纠纷案件有关保证的若干问题的规定》作为司法解释，确定了催告期间。但《担保法》及《担保法解释》对该期间都没有规定。而是规定：没有约定保证责任期限的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月；约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起二年。

（二）不定期保证是不是保证责任期间的类型

不定期保证，是指没有约定保证期间的保证。该期间在性质上属于约定期间的一种形式，即当事人可以约定有期间的保证，也可以约定没有期间的保证。这是当事人意思自治原则的应有之义。在理论上没有障碍。但因为保证合同是单务合同，保证人只承担义务，债权人不负对待给付义务，而只享受权利，所以，不定期间的保证对保证人负担过于沉重，不利于促进交易和降低交易成本。此其一。当事人约定的失权期间（即保证责任期间）无效后，视为没有约定保证责任期间，债权人的保证债务请求权受法定期间的限制；根据《担保法》及《担保法若干解释》，保证期间只有约定期间和法定期间二种，对不定期保证法律推定为 2 年保证责任期间。因此，在我国法上不承认不定期间的保证。此其二。因此，笔者认为，不定期保证不是保证责任期间的类型。

三、关于保证期间的法律性质

关于保证期间的法律性质，在学界是一个甚有争议的问题。主要有五种观点：第一种观点认为，保证期间属于诉讼时效，因为担保法第 25 条第 2 款后句规定：“保证期间适用诉讼时效中断的规定”；第二种观点认为，保证期间属于除斥期间，因为期间届满后免除保证人的责任；第三种观点认为，保证期间属于特殊的除斥期间，因为保证期间具有除斥期间的主要特点—除权，同时担保法又规定保证期间可以适用诉讼时效中断的规定；第四种观点认为，保

证期间既非诉讼时效，也非除斥期间，保证期间只是保证人能够容忍债权人不积极行使权利的最长期限；第五种观点认为，保证期间是一种特殊的权利行使期间或责任免除期间，是一种独立的期间形态。

笔者认为，上述第一种观点与第二种观点均有不合理之处，因为保证期间当事人可以自行约定，这与诉讼时效期间的法定性相矛盾；同理如果将保证期间界定为除斥期间，与除斥期间的法定性也是不符的。第四种观点及第五种观点，回避了保证期间的诉讼时效期间与除斥期间的争论，只是将其界定为最长期限或者是一种独立的期间形态了事，没有解决任何问题。

第四种观点将保证责任期间原则上界定为除斥期间，即不变期间，债权人在该期间内不行使权利，期限届满，债权人的债务请求权消灭，保证人不承担保证责任，同时指出了其特殊性，即保证期间可以由当事人自行约定。

在立法例上，若干解释第 31 条规定：“保证期间不因任何事由发生中断、中止、延长的法律后果”即明确界定了保证责任期间的法律性质是除斥期间。作为司法解释的若干解释，上述规定与担保法 25 条第 2 款后句规定的规定是冲突的，违反了担保法的规定，没有体现出保证期间的特殊性，给司法实践带来适用法律上的障碍，笔者认为该规定值得商榷。建议今后修改担保法时对此进行修改。

因此，保证期间的性质属于特殊的除斥期间。

四、关于保证期间的认定

关于保证期间的认定，即保证期间的起迄时间的认定问题。保证期间的起点自主债务履行期限届满之日起计算。保证期间的终点是合同约定的保证期间的终点或者法律规定的保证责任期间的 6 个月或者 2 年的最后一日的次日。根据若干解释第 32 条规定，保证合同约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限的，视为没有约定保证责任期间。由此得出，保证合同的起点早于或者等于主债务的履行期限的，视为没有约定保证期间的起点。保证合同的终点早于或者等于主债务的履行期限的，视为没有约定保证期间的终点。

上述是一般的认定原则。但有例外：其一，根据若干解释第 33 条规定：“主合同对主债务履行期限没有约定或者约定不明的，保证期间自债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算。”根据民法通则第 88 条及《中华人民共和国合同法》第 62 条第 4 项的规定，合同的履行期限不明确的，债权人可以随时要求债务人履行债务，债务人也可以随时向债权人履行义务。在债权人随时要求债务人履行义务时，应当给债务人必要的准备时间，这个“必要的准备时间”就可称为宽限期。如，债权人通知债务人履行债务的时间是 2002 年 7 月 1 日，要求债务人履行债务的时间是 2002 年 8 月 1 日。自 2002 年 7 月 1 日起至 8 月 1 日止一个月的期限即为宽限期。在此情形下，保证责任期间的起算点是 2002 年 8 月 2 日。其二，根据若干解释第三十七条规定：“最高额保证合同对保证期间没有约定或者约定不明的，如最高额保证合同约定有保证人清偿债务期限的，保证期间自清偿期限届满之日起 6 个月。没有约定债务清偿期限的，保证期间自最高额保证终止之日或自债权人收到保证人终止保证合同的书面通知到达之日起 6 个月。”根据该规定可以看出：（1）最高额保证合同对保证期间没有约定或者约定不明的，如约定了保证人清偿债务期限的，保证期间的起算点是保证人清偿债务期限届满之日。所谓债务清偿期限，即最高额保证的保证人在合同中承诺的清偿最高额保证期间发生债务的期间。例如，最高额保证合同约定，最高额保证的存续期间为自 2001 年 1 月 1 日起至 2002 年 1 月 1 止的一年期限内，保证人从 2002 年 1 月 1 日起在一个月内在 100 万元的范围内承担保证责任。该合同约定的自 2002 年 1 月 1 日起的一个月，即为债务清偿期限。在此情形下，保证责任期间的起点是 2002 年 2 月 2 日。在此特别注意的是，债务清偿期限不是保证

责任期间。终点的计算同上。(2) 没有约定债务清偿期限的, 保证期间自最高额保证终止之日起 6 个月。最高额保证合同终止之日即合同所约定的终止时间。如例, 保证合同的期限是 2001 年 1 月 1 日起至 2002 年 1 月 1 止的一年期限, 2002 年 1 月 1 日即是保证合同的终止时间。在此情形下, 保证责任期间自 2002 年 1 月 2 日起计算。终点计算同上。(3) 最高额保证合同中既没有约定保证人债务清偿期限, 又没有约定终止之日的, 保证责任期间的起算点自债权人收到保证人终止保证合同的书面通知到达之日起 6 个月。该规定有其特殊性, 即保证责任期间根据保证人随时发出的书面通知, 且自通知到达债权人之日起开始计算保证责任期间的起点, 与其他确定保证责任期间标准有所不同, 是以保证人单方的意思表示作为计算保证责任期间的根据。终点的计算同上。

本文只是对保证期间相关理论及法律、司法解释规定的粗浅探讨, 定有不妥之处, 请同仁们批评指正。

参考文献:

- ①王利明、崔建远:《合同法总则新论》(修订版), 中国政法大学出版社 2000 年修订版。
- ②邹海林:《论保证责任期间-我国司法实务和立法的不同立场》, 载梁慧星主编《民商法论丛》, 法律出版社 2000 年版。
- ③房绍坤:《担保法司法解释评析》, 《法学前沿》法学讲座, 2001 年 11 月 28 日。
- ④马俊驹、余延满:《民法原论》(上), 法律出版社 1998 年版。

作者单位: 安徽蓝桥律师事务所

第三者侵害债权制度建设讨论

邹苏容

【内容摘要】 债权是一种民事权利，具有不可侵性。第三人侵害债权问题，是民法学界长期争论的焦点。当前学界普遍承认第三人侵害债权制度，一些国家的立法对此也加以规定，但我国现行立法并没有明确规定。随着社会经济生活的日益繁杂和市场经济的飞速发展，为充分保障债权人的利益其重要价值日趋显现。该制度理论来源于英国判例法，突破了债的相对性原则，形成了完整的侵害债权制度。本文认为，我国应借鉴域外立法、学说与判例，将第三人侵害债权行为界定为侵权行为，以保护债权人的合法权益。基于此，对构建我国第三人侵害债权制度的合理性与必要性进行了分析，具体提出了第三人侵害债权制度的性质界定、构成要件、免责事由以及责任承担等诸多方面立法建议。

【主题词】 第三人侵害债权 债权的不可侵性 理论基础 构成要件

一、建立第三人侵害债权制度的意义

侵害债权是否构成侵权行为，我国法律尚无明文规定，学理上有肯定说和否定说两种观点。然债权本身具有不可侵性，在两大法系已成定论，第三人侵害债权行为也大量存在于我国当今现实生活中。本文试就建立第三人侵害债权制度的定义、意义、理论基础、比较法考察以及该制度在我国的构建等问题加以探讨。

英美法系中《美国侵权行为法第二次重述》对侵害债权的行为定义为：“无论是明示还是默示的商事关系一般都可落实到合同上。缔结合同并从合同的履行中获取利润是受法律保护的财产权利。不正当的干涉该权利，无论是阻止合同的订立或是干涉合同履行的行为一般称为干涉预期经济利益的侵权行为。”^①

我国台湾地区对侵害债权的定义是：“债权之行使，通常虽应对特定第三人为之，但第三人如教唆债务人，合谋使债权或一部分，限于不能履行时，则债权人因此所受之损害，得以侵权行为之法例，向该第三人请偿。”^②

我国大陆学者王利明认为：“侵害债权是指债的关系以外的第三人故意实施的或与债务人合意通谋实施旨在侵害债权人债权并造成债权人损害的行为。”^③在本文中，采这一定义。

目前，由于第三人原因而使债权人债权受到损害甚至无法实现的情况越来越常见，市场竞争的加剧也促使当事人使用各种不正当的手段从事活动，造成的后果非常严重，不仅使债权人的利益遭到非法侵害，而且还会扰乱整个社会的竞争秩序，破坏国家的宏观调控。现行合同法制度无法圆满解决第三人侵害债权问题。现今我国法律中尚缺少关于第三人侵害债权制度的直接规定，这就造成了无法可依的局面。1999年3月5日通过的新《合同法》第121条严格维护合同相对性原则，对债权人保护不利，同时，该条无法涵盖第三人侵害债权的所有内容。

建立第三人侵害债权制度，第一，可为债权人提供较为周密的法律保护。在侵害债权制度下，当债权人的债权被第三人恶意侵害时，债权人可以要求债务人承担违约责任，也可以要求第三人承担侵权责任，并可要求其赔偿自己预期利益的损失。第三人侵害债权制度的确立，不仅能有效的保护债权人的正当权益并有力的惩罚不法侵害，且能节省诉讼成本与交易

成本,避免债务人陷于反复的举证和诉讼中。第二,第三人侵害债权制度可维护交易安全,保护正当竞争,促进社会经济的健康发展。侵害债权制度使第三人的不法行为受到制裁,就会使第三人约束自己的行为,从而较大幅度地减少侵害债权的行为的发生。第三,因第三人侵害债权而使债权人受到的损害可得到补偿。第四,建立第三人侵害债权制度对于侵害债权行为立法具有重要的意义。

二、第三人侵害债权制度的理论基础

首先,近代以来立法上逐渐扩张了债的效力范围,突破了债的相对性原则。所谓债权的相对性,正如台湾学者王泽鉴先生所论述,是指债权人得向债务人请求给付,债务人之给付义务及债权人之权利,是同一法律上给付关系之两面。^④此种仅特定债权人得向特定债务人请求给付之法律关系,学说上称为债权之相对性。以下为债的相对性之逐步突破或例外,为第三人侵害债权制度奠定理论基础。

1. 涉他合同的确立。仅仅因合同涉及他方就否认合同效力不符合合同促进交易的宗旨,所以后来的合同理论承认合同当事人可为第三人设定利益从而突破合同相对性原则。近代各国立法确立的涉他合同分为向第三人给付的合同和由第三人为给付的合同。

2. 债权物化后债权的涉他效力。本世纪以来,债权物权化随着债权实现保障的加强,债权突破了主体、内容、排他性的效力,使第三人对债权的实现负有义务。这有利于保护债权人的利益,最典型体现为“买卖不破租赁”原理。

3. 附保护第三人作用的合同。德国学者创造了附保护第三人作用的合同理论,突破了债的相对性的束缚,加强保护与债权人具有特殊关系的第三人的利益。我国《民法通则》、《消费者权益保障法》等法律中也有经营者为除消费者外的其他受害人承担责任的规定。

4. 第三人侵害债权。20世纪以来,各国立法、判例普遍建立侵害债权制度。该制度承认债权人有直接向故意侵害债权的第三人追索侵权责任的权利。侵害债权制度在一定程度上突破了侵权法与合同法在权益保障对象上的传统区别,并实现了对债权更周密的保护,实际上是广义责任竞合的一种。

5. 债的保全。使债权人的权利扩张到影响第三人的行为,债权人通过对债务人财产变动的干涉,可能使债务人与第三人之间的某一交易行为落空,从而体现了债权所具有的对抗任何其他人的不可侵性。我国在《企业破产法》、《合同法》中将这一制度纳入。

其次,有关第三人侵害债权的理念正从形式正义转入实质正义,筑起第三人侵害债权的理论基石。近代民法的古典契约理论是建立在抽象人格的平等和形式自由基础之上的,“契约成为全凭当事人本人精雕细琢与旁人和外界无关的一己之私事”^⑤。

20世纪以来,随着新自然法学派和法律现实主义的崛起,基于公平和正义精神的诚实信用原则从一般合同规则发展为合同法的基本准则,乃至整个民法的基本原则,公序良俗也被奉为民法基本原则。此时,债权的实现不再是合同的唯一目标,而合同目标的实现不仅依赖于当事人的相互给付,还依赖于当事人与第三人法律关系的建立。换句话说,在强调“社会集体安全”的现代社会中,诚实信用、公序良俗和契约自由一起成为合同多元的价值基础,相应地,“合意不再是合同支柱的唯一,而是以合意、公平和信赖为中心的多元并立”^⑥,债权的实现、第三人利益的保护、多方利益的衡平等,成了合同的多元目标^⑦。债的不可侵性理论是依诚实信用原则和公序良俗原则产生的,诚实信用原则和公序良俗原则是平衡合同的相对性与债的不可侵性之间的矛盾的价值准则,也是第三人侵害债权的理论基石。

第三,我国目前尚未明确确立侵害债权制度,但关于第三人侵害债权的制度正在不断改进。《民法通则》第61条第2款规定:“双方恶意串通,实施民事行为损害国家的、集体的或者第三人利益的,应当追缴双方取得的财产,收归国家、集体所有或者返还给第三人。”《合

同法》第 59 条也作了同样的规定。《消费者权益保护法》第 35 条第 2 款规定：“消费者或者其他受害人因商品缺陷造成人身、财产损害的可以向销售者要求赔偿，也可以向生产者要求赔偿。属于生产者责任的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿。属于销售者责任的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。”这些规定实际上是确认了第三人侵害债权的某些具体形态，虽然还有需要改进之处，但他们所体现出的我国法律接受第三人侵害债权制度的必然趋势是非常明确的。

在 2002 年民法修订稿建议稿中，学者梁慧星教授主持起草的《中国民法典草案建议稿》在第五编《侵权行为编》第 34 条规定：“第三人以引诱、胁迫、欺诈等方式使合同一方当事人违反合同的，合同对方当事人有权请求该第三人赔偿损失。”^⑧另一著名学者王利明主持起草的《中国民法典（侵权行为编）草案建议稿》也明确规定了第三人侵害债权，其第 49 条明确规定：“第三人明知他人享有债权，以引诱、胁迫等方式阻止债务人不履行债务，侵害他人债权，造成财产损失的，应当承担赔偿责任。”^⑨

三、第三人侵害债权的比较法考察与理论争点

英美法将第三人侵害债权的侵权行为称为妨害合同权利或合同关系。《美国侵权行为法第二次重述》第 766 条规定：“不正当地干涉该权利，无论是阻止合同的订立或者是干涉合同履行行为一般称为干涉预期经济利益实现的侵权行为。”^⑩

《德国民法典》虽然未正式规定第三人侵害债权制度，但债权人可以根据第 826 条“故意以违背善良风俗加害于他人者，应负损害赔偿责任”之规定，以及第 823 条第 2 款“违反以保护他人为目的之法律者，亦负同一义务。依其法律之内容无过失亦得违反者，仅于有过失时负赔偿责任”^⑪的规定获得救济。

《法国民法典》第 1382 条规定：“任何行为使他人受损害时，因自己的过失而致行为发生之人对该他人负赔偿责任。”^⑫

无论两大法系各主要国家立法上的规定，还是其判例或学说，均表明第三人侵害债权制度已是现代民事法律的一个重要制度。

对第三人侵害债权，我国民法理论长期持否定态度，但近年来，一些著作和教科书开始持肯定的态度，侵害债权制度本身并没有否定债权的相对性原则。

梁慧星教授在谈及现行合同法的成功与不足时指出，放弃“第三人侵害债权”这一先进制度，是现行合同法的一大不足^⑬。台湾学者朱柏松认为债权既为实体法所承认应受法律保护之一个权利类型，其于受有第三人不法侵害时，得依侵权行为法之规定，向加害人请求损害赔偿，当无疑义^⑭。郑玉波先生认为债权既然是一种民事权利，就应受法律保护，具有不可侵性，具有对抗一切第三人的侵害行为的效力。对债权的侵害，应赋予债权人按侵权行为的规定请求损害赔偿的权利。听任第三人对债权的侵害，债权人的利益将毫无保障可言。^⑮史尚宽先生认为，“按债权具有不可侵犯性，依故意或过失侵害他人债权者，因应负侵权法上责任，但此以第三人行为对债权之存续或其法律上之效力有直接影响者为限。”^⑯

王利明先生认为，债权不仅具有对内效力，且具有对外效力，且债权所包含的预期利益是一种重要财富，应受保护。^⑰

综上，否定说认为：债权无外体，并不因其存在而当然可以察觉。而且债权的存在，民法无公示方法的规定。当事人之外的其他人对其存在不得而知。在侵害债权情形下，债务必然不履行，债权人可据债的关系获得救济，无借助一般侵权行为获救济的必要。第三人若有侵害债权的情形，由于债权无外体无以察觉及无公示规定无以知悉的特性，难以要求第三人尊重债权及责令其不尊重时承担责任。自由经济制度下，债权人或债务人因供给或需求的变动，为获得更大的利润而变动其与债务人或债权人的关系。法律规范不宜作与自由经济的运作及人类天赋秉性背

道而行的规定,定位其为侵权行为。

肯定说认为:侵权行为通常泛指一切侵害权利的行为。债权是权利的一种。侵权行为当应包括侵害债权的行为。债务人侵害债权情形下,债权人是否仅得依债务不履行途径寻求救济,还是可以选择债务不履行或侵权行为的途径寻求救济,各国制度不一,彼此互有利弊。如果强使债权人仅凭债务不履行途径寻求救济,对债权人保护不利。第三人侵害债权情形下,债权人的债权受到侵害不能完全忽视,而第三人难以知悉债权的存在由其完全负责不合事理。在二者之间寻求平衡点,是比较妥当的解决方法:债权人在第三人知悉债权存在的前提下,应有相当程度依侵权行为寻求救济的空间。

学者们普遍认为,第三人侵害债权制度的构成要件包括:被侵害的必须是合法债权、侵害行为与损害事实之间存在因果关系、侵害行为必须具有违法性、须给债权人的债权造成了损害。有争议的是债务人能否成为债权侵权行为的主体、第三人主观上是否需要具有侵害债权的故意以及造成的损害中是否应当包含预期利益。

另外,就第三人承担侵害债权责任的承担方式而言,一般而言有三种:即第三人和债务人的不真正连带责任、第三人和债务人的连带责任、第三人的单独责任。不真正连带赔偿责任是指数个债务人对同一债权人就基于不同原因而偶然产生的同一内容的给付各负全部履行之义务,并因一个债务人的履行而使全体债务消灭的民事责任;第三人和债务人承担连带责任的情形是指“通谋侵害”债权;第三人的单独责任,是指在直接侵害债权情形下,第三人通过处分、损害债权使债权直接丧失,由于第三人的行为并未通过债务人作侵权媒介,此种情形下的损害赔偿法律关系主体即为债权人和第三人。

四、在我国建立第三人侵害债权制度的立法建议

第三人侵害债权一直是我国立法上的难题之一。我国关于它的研究还很不充分,远远满足不了实际的需要,有待我们进一步的深入研究与探讨。有鉴于此,笔者提出以下立法建议,以供商榷:

(一) 关于第三人侵害债权制度的设计

民法学界论述并不少,基本观点都认为我国民法中应该引入第三人侵害债权制度,但如何规定、规定在哪个法之中,则颇有争议,笔者认为将第三人侵害债权制度规定在侵权行为编更为合适且符合逻辑。

(二) 构成要件

为达到既能保护债权人的利益,又能维护交易安全、保障交易秩序的目的,笔者认为,侵害债权应具备以下构成要件:

1. 被侵害的必须是合法债权。合法债权的存在是构成第三人侵害债权制度的基础。债权的不可侵性使债权在受到第三人侵害之后,债权人有权获得法律上的救济。

2. 第三人主观上具有侵害债权的故意。这一要件有两方面的含义:第一,加害人必须是债的关系以外的第三人。这里的第三人,不是指债务关系的当事人和诉讼法律关系中的第三人,而是指债权债务关系当事人以外的任何其他第三人。第二,从主观上,第三人存在侵害债权的故意。所谓故意,是指行为人必须知道或有理由知道合法有效的债权债务关系存在并且意欲损害债权人的利益,第三人不以妨害债权为目的的,不构成侵害债权。

3. 侵害行为必须具有违法性。在客观上表现为违背了安序良俗、诚实信用原则:行为人具有损害债权的目的、非正当竞争、滥用自由。学术界认为第三人侵害债权制度的具体表现形态以第三人作用于债权的程度为判断标准,可分为直接侵害和间接侵害两种形态。

4. 侵害行为与损害事实之间存在因果关系。即指债权人的损害是由第三人的侵害行为造成的。

5. 须给债权人的债权造成了损害。具体来说, 损害结果一般包括: 一是债权人基于债权所能获得的预期利益的损害, 二是债权人因债权不能实现所受到的直接利益的损害, 三是因债权实现困难而增加的费用。美国著名法学家庞德认为, “权利就是合理的期望, 这种期望为法律承认和保障。”^{②0}

(三) 免责事由

第三人侵害债权的行为有背于安序良俗、诚实信用原则时, 如有阻却不法事由存在时, 但为法律所允许, 不属于违法行为。如正当竞争、履行职责、忠告, 所谓忠告是指行为人并非使用不法手段教唆他人违反合同, 而仅仅是提出忠告或者提供信息。

(四) 第三人侵害债权的责任承担

第一种是第三人的单独责任。第三人对债权侵害承担单独责任适用的条件应为: 债权损害是由第三人的违法行为所造成; 债务人对损害无过错。只有同时满足这两个条件, 才能要求第三人单独承担责任。

第二种是第三人和债务人的连带责任。王利明教授认为: 第三人与债务人恶意串通损害债权人的债权, 构成共同侵权, 应共同向债权人承担连带责任。但笔者认为应具体分析。在第三人与债务人恶意串通, 实施某种行为, 债权人的权利不能实现的情形中, 债务人的行为虽然也是广义上的侵权行为, 只是这种侵权行为在一般情况下因其与债权人之间有合同关系, 可通过合同责任获得救济不按侵权对待, 债务人与第三人承担不真正连带责任。但是如果债务人与第三人恶意串通, 加害给付, 则债务人的行为构成违约责任与侵权责任的竞合。债权人享有选择权, 其可以请求债务人承担违约责任, 也可以请求债务人和第三人承担连带责任。必须指出的是, 侵害债权制度仅仅是辅助合同责任制度而发挥作用的制度, 只有在合同责任制度不能有效保护债权人利益的情况下, 债权人才能借助侵害债权制度而获得补救。第三人和债务人对债权人因债权受到侵害承担连带责任的条件为: 第三人和债务人的责任因共同的原因而产生; 第三人和债务人有共同过错。只有这两个条件同时满足, 第三人和债务人才对债权人承担连带责任。

注释:

①文森特·杰克逊:《美国侵权法》, 赵秀文等译, 中国人民大学出版社 2004 年 7 月 1 日版, 第 658 页。

②王泽鉴:《民法学说与判例研究》第五册, 中国政法大学出版社 1998 年版, 第 349 页。

③王利明:《违约责任论》, 中国政法大学出版社 2003 年版, 第 457 页。

④王泽鉴:《债法原理》, 中国政法大学出版社 2001 年版, 第 165 页。

⑤傅静坤:《二十世纪契约法》, 法律出版社 1997 年版, 第 178 页。

⑥柯金书:《论合同的相对性与合同的涉他性》, 《法学学刊》1998 年版, 第 24 页。

⑦麦克尼尔:《新社会契约论》, 雷喜宁译, 中国政法大学出版社 1994 年版, 第 1235 页。

⑧梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿》, 法律出版社 2003 年 11 月 6 日版, 第 120 页。

⑨王利明主编:《中国物权法草案建议稿及说明》, 中国法制出版社, 2001 年 11 月 9 日版, 第 131 页。

⑩文森特·杰克逊:《美国侵权法》, 赵秀文译, 中国人民大学出版社 2004 年 7 月 1 日版, 第 225 页。

⑪卢谟:《德国民法典债法总则评注》, 中国方正出版社 2007 年 4 月 1 日版, 第 566 页。

⑫罗结珍主编:《法国民法典》, 法律出版社 2005 年版, 第 1114 页。

⑬梁慧星:《合同法的成功与不足》, 《民商法学》2000 年版, 第 51 页。

⑭朱柏松:《论不法侵害他人债权的效力》, 《法学丛刊》1992 年第 145 期, 第 23 页。

⑮郑玉波:《民法债篇总论》, 三民书局 1993 年版, 第 152 页。

- ①⑥史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 137 页。
- ①⑦王泽鉴：《债法原理》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 11 页。
- ①⑧杨立新：《侵权法论》，吉林人民出版社 2001 年版，第 67 页。
- ①⑨王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 759、749 页。
- ②⑩罗斯科·庞德：《法理学》(第 3 卷)，廖德宇译，《法学学术经典译丛》1997 年 3 月 6 日，第 867 页。

作者单位：安徽致臻律师事务所

论共同共有

周正东

【内容摘要】共有权问题是物权法的一项重要法律制度，也是物权法理论中的一个重要的问题。随着改革开放的不断深入，市场经济日益发展，物权法日益受到人们的重视，在物权法的理论研究上，“左”的思想束缚日渐破除，物权法理论研究日益深入。在这样的情形下，对财产共有权的研究不断发展，市场经济的发展也不断地对共有权研究提出新的问题和要求。而共同共有是共有关系的基本类型，虽然我国《物权法》已于2007年10月1日开始施行，共同共有制度在一定程度上得到了完善，但仍存在一定的问题，由此而产生的争议也从未销声匿迹。因此提出这些问题并加以解决、完善是非常必要的。

【关键词】财产 共同共有 类型 权利和义务 制度的完善

一、共同共有制度概述

（一）共同共有的概念、特征及性质

1. 共同共有的概念

共同共有也称之为公同共有，狭义的共同共有是指合有，是各共有人根据法律或合同的效力，共同结合在一起，不分份额地共同所有某项财产。广义的共同共有包括合有和总有，由合有和总有两部分组成。现代民法所使用的共同共有，是狭义上的概念，是指两个或两个以上的民事主体基于某种共同关系，对于同一项财产不分份额地共同享有权利、承担义务的共有关系。《物权法》第95条规定：“共同共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权。”

2. 共同共有的法律特征

共同共有的法律特征主要有以下几点：

（1）共同共有依据共同关系而产生。共同共有与按份共有不同，主要不是基于共有人的共同意志而发生，而是必须以某种共同关系的存在作为发生的必要条件，始能发生。没有这种共同关系的存在，就不能发生共同共有关系。例如，以夫妻关系为必要条件，发生夫妻共同共有关系。如果丧失了共同关系存在的前提，共同共有就会解体。

（2）共同共有人在共有关系中不分份额。在共同共有关系中，共有人共同享有共有财产的所有权，不像按份共有那样区分应有部分的份额，享有份额权。只要共同共有关系存在，共有人对共有财产就无法划分各人的份额或者哪部分属于哪个共有人所有。

（3）共同共有人平等地享受权利和承担义务。在共同共有存续期间，各共有人对全部共有物，平等地享有占有、使用、收益和处分权，共同承担义务。与按份共有相比，共同共有人的权利及于整个共有物，可以行使整个共有权。

（4）共同共有人对共有物享有连带权利，承担连带义务。基于共有物而设定的权利，每个共同共有人都是权利人，该权利为连带权利；基于共有关系而发生的债务，亦为连带债务，每个共同共有人都是连带债务人，基于共有关系发生的民事责任，为连带民事责任，每个共有人都是连带责任人。

3. 共同共有的性质

关于共同共有在性质上如何，学界有不同的见解，主要有三种观点。第一是不分割的共同所有权说。认为共同共有为无应有部分的共同所有权，即便有应有部分，其应有部分也只

是潜在的存在，只有在共同共有关系解散时才能得以实现。第二是社员权说，又称人身权说。认为在共同共有关系中，个人享有应有部分，但该应有部分并非物权法上的应有部分，而属于人格法上的应有部分，具有人身权的性质，类似于社员权。第三是结合的共有权说。认为共同共有虽亦属于共有权，各共有人也都有其应有部分，但这种共有权与通常意义上的共有权并不完全相同，即在共同共有，各共有人不得自由处分自己的应有部分。

以上各说，以何者为当，尚无定论，学者之间亦未形成通说。我认为，共同共有的成立，以共有人之间存在某种特殊的共同关系为前提，各共有人之间的共有，应是一种没有应有份额的共有，只有在共同关系结束时，各共有人之间才能进行财产分割，才能就财产享有确定的份额。因此，关于共同共有的性质，我赞同不分割的共同所有权说。

（二）共同共有与按份共有的比较

按份共有是指两个以上主体针对同一物，分享一个所有权，各共有人存在明确的应有份额，是我们在严格强调所有权制度设计中“一物一权”原则的前提下的制度构建。共同共有和按份共有的区别主要有如下几点：一是成立的原因不同。共同共有的成立，必须以存在共同关系为前提，而按份共有则没有这样的限制。因此，共同共有人之间存在着人的结合关系。而按份共有则没有。二是权利的享有不同。在按份共有，共有人是依应有部分享有所有权，即按其应有部分对共有物进行使用和收益。而在共同共有情形，共有人的权利，及于共有物的全部，而不是按应有部分享有所有权，所以原则上应当得共有人全体同意后，才能对共有物使用、收益。三是处分应有部分的不同。在按份共有情形，共有人可以自由处分自己的份额，而在共同共有中，则没有应有部分处分可言。四是分割限制的不同。在共同共有，各共有人不得请求分割共有物。而在按份共有，共有人除因共有物的使用目的不能分割或合同规定了不可分割的期限外，可以随时请求分割。五是共有物管理的不同。在按份共有中，除契约另有约定外，一般共有物的简单修缮和保存行为，共有人可以单独进行。改良行为需取得共有人过半数或应有部分合计过半数的同意。而共同共有中，除法律或契约另有约定外，共有物的管理，都需要获得全体共有人的同意才能进行。六是存续期间的不同。共同共有的存在通常有其共同目的，一般情况下共同共有关系的存续期间通常较长，因此共同共有的存续期间较长；而按份共有关系，就其本质而言是具有暂时性。

（三）共同共有的类型

1. 夫妻共有财产

这是最常见的共同共有类型。我国《婚姻法》第17条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：（1）工资、奖金；（2）生产、经营的收益；（3）知识产权的收益；（4）继承或赠与所得的财产，但本法第18条第3项规定的除外；（5）其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。这是夫妻财产共同共有的法律依据，除非夫妻双方选择约定所有财产制。凡是在婚姻关系存续期间夫妻各自的合法收入都是夫妻共同共有的财产。夫妻的婚前财产，是夫妻各自所有的财产，不属于夫妻共有财产。

2. 家庭共有财产

对于家庭共有财产，我国现行法未作明确规定。但民法理论一致认为，家庭共有财产是共同共有的一种形式。所谓家庭共有财产，指家庭成员在家庭共同生活关系存续期间共同创造，共同所得的财产。家庭共有财产是以维持家庭成员共同生活或者生产为目的的财产，它的来源，主要是家庭成员在共同生活期间的共同收入，家庭成员交给家庭的财产以及家庭成员共同积累、购置、受赠的财产。

3. 共同继承的财产

按照我国继承法与民法理论，被继承人死亡后遗产分割前，各继承人对遗产的共有为共同共有。主要有两种情况：第一，遗产继承开始至遗产分割之前，遗产作为整体存在，没有

分割为继承人所有。第二，共同继承人约定共同继承遗产，不分份额地共同继承，也发生新的共同共有关系。

4. 合伙财产

关于合伙财产究竟属于按份共有还是共同共有，存在争议。我认为合伙财产属于共同共有，因为从按份共有与共同共有的区别来看，合伙财产权是基于合伙关系而产生的，合伙人对合伙财产的份额是对抽象的合伙总资产而言的，是一种潜在的应有部分。在合伙关系存续期间，合伙人亦不能处分其份额、不能请求分割合伙财产。这样，有利于维护合伙关系和合伙的主体地位，并可以充分保护债权人的利益。

（四）共同共有的权利义务关系

共同共有的权利义务关系，在共有的理论中也称为共同共有的效力，其意义在于共同共有一经产生，即在共有人之间发生权利义务关系的效力。共同共有的权利义务关系亦分为共有的内部关系和外部关系，但共同共有内部、外部关系的区别不具有特别的意义，因此将这两种权利义务关系并在一起进行研究。

1. 共同共有人享有的权利

（1）共同用益权。共同共有人对于共有财产享有平等的用益权，可以共同或单独使用共有物，共同享有共有物产生的收益，而不是按份额分配，共同共有物往往是集合物，由全体共有人占有，对具体的物的占有，可以由个别的共有人为之。在使用和收益中尽管可以有某共有人对某物的单独使用或将某一收益分给某共有人，但这与共同使用和共同收益的原则不相冲突。

（2）共有财产的处分权。在共同共有关系存续期间，对于全部共有财产不能全部处分，只能处分部分共有财产。共同共有人享有的共有财产处分权，只及于部分共有财产，不能及于全部共有财产。这种共有财产处分权属于全体共有人，处分共有财产必须经全体共有人一致同意，否则一般认定为无效。

（3）代表权。共同共有人中推举一个共有人作为代表，其行为代表全体共有人的意志，为代表权。

（4）优先购买权。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92条规定：“共同财产分割后，一个或者数个原共有人出卖自己分得的财产时，如果出卖的财产与其他原共有人分得的财产属于一个整体或者配套使用，其他原共有人主张优先购买权的，应当予以支持。”

（5）物上追及权。当共同共有财产受到不法侵夺时，任何共同共有人均享有物上追及权，可以独自行使这一权利，以保全共有物。

（6）设置共有物物上权的权利。行使此权利，应由全体共有人协商一致，或者由有代表权的共有人与他人以法律行为设立。这种行为涉及共有物的命运，必须由全体共有人同意才可以实施。

（7）管理权。共同共有财产的管理，既是权利也是义务，原则上应当由全体共有人统一进行。法律另有规定的，依照法律规定。

2. 共同共有人承担的义务

（1）对共有物进行维修、保管、改良义务。此项义务为全体共同共有人的义务，均应承担。具体履行，可由部分共有人负责，所支出的费用由共同收益中支出。

（2）对所欠债务的连带清偿责任。共同共有关系在日常生活、经营活动中所欠债务，须负连带清偿责任，各共有人为连带债务人。首先，由债权人向任何一个共有人要求清偿应从共有财产中支付；其次，共同财产不足以清偿的，共有人有其他财产的，亦应当清偿。

（3）共有物造成他人损害及各共有人造成他人损害的赔偿义务。共有物因管理不善造成

他人损害，应由全体共有人承担赔偿责任。

(4) 不得分割共有财产的义务。共有人的这种义务是约束共有人保持共有财产完整性和统一性。

(5) 为部分共同共有人擅自处分共有财产的后果承担义务。共同共有人擅自处分共有财产，为无权处分，但第三人善意、有偿取得的为善意取得，即时取得该财产的所有权，其他共有人不享有物上追及权，其后果由共有人承担，擅自处分财产的人有赔偿义务，受损害的共有人不得追夺共有财产，只能向处分财产的共有人要求赔偿损失。

(五) 共同共有关系的终止

共同共有关系基于产生共同共有的共同关系的消灭而终止。例如：婚姻关系的消灭引起夫妻共同共有财产关系的终止；家庭共同关系的解体引起家庭共有财产关系的终止；合伙关系的散伙引起合伙共有关系的终止；共同继承人对遗产的分割引起共同共有关系的终止等等。同时，共同共有关系的终止也可以因其他原因而引起，如共同共有物的灭失、转让给他人等。

二、我国法律关于共同共有制度规定的不足及完善

我国有关共同共有制度的规定主要存在于各个法律文本当中，如《中华人民共和国物权法》第 93 条、第 94 条、第 95 条、第 105 条，《中华人民共和国民事诉讼法通则》第 78 条等法律规定了共有概念与共有形式。《中华人民共和国物权法》第 96 条、第 97 条、第 98 条，《中华人民共和国婚姻法》第 17 条等法律规定了共有物的管理与处分。《中华人民共和国物权法》第 99 条、第 100 条，《中华人民共和国合伙企业法》第 21 条等法律规定了共有财产的分割等等，在此不再一一举例。由此可以看出我国已对共同共有制度做了大量立法工作，共同共有制度也已相当完善，尤其是刚颁布不久的《中华人民共和国物权法》更是再次对共同共有制度作了详尽而完备的规定。但是我国《物权法》对共同共有的规定仍存在不足的地方，下面就其中的不足问题提出来并加以解决、完善。

(一) 我国法律关于共同共有制度规定的不足

1. 关于共有人对共同共有物的处分

我国《物权法》第 97 条规定：“处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经占份额 2/3 以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。”然而最初的《征求意见稿》规定，处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，如果是按份共有，必须获得占份额 2/3 以上的共有人同意，如果是共同共有，需要经过占 2/3 以上的共同共有人同意。在后来的草案以及最终立法文本中，对于共同共有，采用了一致同意规则，而对于按份共有则仍然维持采用占份额 2/3 以上的共有人同意的原则。

我国《物权法》第 96 条规定：“共有人按照约定管理共有的不动产或者动产；没有约定或者约定不明确的，各共有人都有管理的权利和义务。”该条已明定共有人对共有物管理的权限，只是第 97 条就个别问题做出管理方式的另行规定。这里并未排除共有人的管理权限，只是在多数决的过程中，必然有少数意见被忽视，这是集体决议所不可避免的结果，并非对共有人处分权的剥夺，正如股东会决议少数意见无法形成有效决议，并非对股东权的剥夺一样。第 97 条规定了全体共同共有人一致同意才可以处分共有物的规则。它在适用过程中可能会与其他法律的规定产生冲突。我们可以设想这样一种情况：张三、李四、王五三人组成合伙。合伙财产中有汽车、电脑等动产。这时张三、李四、王五三人对这些物成立共同共有关系。根据《物权法》第 97 条的规定，必须三人一致同意才可以处分这些物。但是根据《合伙企业法》第 30 条的规定，在具备一定的前提条件的时候(比如说处分的对象不涉及不动产)，张三、李四二人以多数决议就可以将处于合伙财产中的动产出卖获得价金。如果将《物权法》第 97

条的规定严格适用于合伙人对合伙财产中的共同共有物的处分，那么合伙人对合伙财产的任何处分行为都必须采用一致同意原则。而这根本是不合适的。

2. 关于共同共有的规定的适用范围

我国《物权法》关于共有的规定，体例结构上最大的特征，就是延续了《中华人民共和国民法通则》的做法，将按份共有与共同共有综合规定在一起，并且设立了一些对二者共通的规则。这种做法在立法史上并非没有先例。我国台湾地区的民法、《瑞士民法典》都采用这种做法。但总的来说，在物权法部分一并规定按份共有与共同共有的立法体例并不常见。这主要是因为，按份共有与共同共有之间存在显著的差别，如成立的原因不同、权利的享有不同、共有物管理的不等等，二者的共性并不多。显然我国《物权法》关于共有的规定并没有采纳传统的共同关系理论，而是进行了理论上的创新，统一调整按份共有和共同共有，试图弱化共同关系对共同共有的约束，这种思路是否可行以及这样规定的后果，还未可知。

不仅如此，我国《物权法》中关于共同共有的规定，绝大多数都非常笼统、抽象。例如第95条规定，共同共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权；第98条规定，共同共有人对共有物的管理费用以及其他负担，共同负担；第102条规定，共同共有人对于共有的不动产或者动产产生的债务，在对内关系上，共同享有债权、承担债务。这些规定只限于指出“共同”而已，它们要得到具体的适用，在很大程度上取决于导致共同共有现象产生的，存在于共有人之间的“共同关系”；而我国民商事法律所规定的共同关系的类型和法律结构，各不相同。这就导致基于不同的共同关系而形成的共同共有，其“共同”的法律内涵其实区别甚大。因此，我国《物权法》第95条、第98条和第102条关于共同共有的规定，必须要结合其他法律关于共同关系的具体类型的法律规定，才可以得到实际的适用。

3. 关于共同共有的推定规则的解释和适用

我国《物权法》第103条规定：“共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。”对于该条规定，有学者提出批评，认为共同共有的可约定性和按份共有的推定并不合适。该学者认为，“按份共有与共同共有的分水岭，在于共同共有须有共同关系的存在，而就该共同关系又须贯彻类型强制原则，故而，就某一特定的物之上是否成立共有关系以及成立何种共有关系，首先即须探明各争执人之间有无法律所明定的共同关系的存在，而是否有共同关系，原则上是不能动用推定规则的。”我国《物权法》第103条试图处理的是，在存在疑问的情况下，推定存在于当事人之间的共有关系的类型。需要注意的是，这一规定中采用的推定规则与最高人民法院《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88条所确立的规则并不相同。后者规定“对于共有财产，部分共有人主张按份共有，部分共有人主张共同共有，如果不能证明财产是按份共有的，应当认定为共同共有”。

共同共有能否单纯的基于当事人的约定而成立？物权法条文的规定似乎是赋予当事人任意约定共同共有的权限，但这是否是立法者原意？我们的批判精神应首先让位于立法者意图的善意解释。那么能否肯定的得出立法者有这样的意思？我国台湾地区物权法827条规定，依法律规定或依契约，成一共同关系之数人，基于其共同关系，而共有一物者，为共同共有人。可见，该法所谓依契约成立之共同共有，需以共同关系为前提。不过该共同关系能否任意创设，容易产生疑问。该法修正案特别增设一款，“前项依法律行为成立之共同关系，以由法律规定后习惯者为限。”台湾地区物权立法与修正明确规定共同关系的前提与约定的限度。而我国《物权法》的规定，非但没有共同关系作为共同共有基础关系的规定，更谈不到限制性条款。从条文的明确规定来看，共同共有不以共同关系为前提应该是肯定的，我们没有太多的解释空间。但是，正如张双根先生所说，共同共有的关系能否约定成立很有疑问。在德国法上，约定法律规定之外的共同共有类型是明确被禁止的。按照德国学者的观点，“共同共有之

存在于共同共有体中。《民法典》只规定了三种共同共有关系：合伙财产、夫妻共同共有财产和共同继承财产。不能通过法律行为设立新的其他形式的共同共有体。”

4. 关于共有物的分割

我国《物权法》第 99 条规定：“共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割对其他共有人造成损害的，应当给予赔偿。”所以共同共有人只能在例外的情况下可以请求分割共有财产。例外的情况包括两种：第一，共有的基础丧失。所谓共有的基础丧失，是指共同共有赖以产生的特殊关系，如合伙关系、夫妻关系等已不存在。第二，必须有重大理由需要分割。所谓重大理由，是指出现了可以分割的事由，如果不分割可能对共有人的利益产生重大影响，或者某个或某几个共有人要脱离家庭共同生活。对于例外的第二种情况我认为我国《物权法》的规定存在不足。因为共同共有的发生以数人间存在共同关系为前提，在共同共有关系存续中，各共有人不得请求分割共有物。也就是说，有共同关系存在，才能产生共同共有；一旦共同关系消灭，共有财产也必须分割。所以第 99 条把重大理由作为可以请求分割共有财产的例外情况显得不合理，而且规定的太过抽象、原则，不够具体、明确，因而在实际操作中会遇到如何准确适用的问题。

（二）完善

1. 关于共有人对共同共有物的处分

我国《物权法》第 96 条规定：“共有人按照约定管理共有的不动产或者动产；没有约定或者约定不明确的，各共有人都有管理的权利和义务。”所谓共有物的管理，包括共有物的处分、保存、改良、使用收益等，为协调共有人之间具体的物上法律关系，遂有共有物管理的问题。按份共有不同于共同共有，共有人仅在共有物的管理上联系起来，因此相对于共同共有物的管理并不十分复杂，共有人得随时结束共有关系，摆脱共有的束缚。而关于共同共有的问题，应由相关的专门法律来规定，如夫妻共同财产的问题由婚姻法调整。

所以，我国《物权法》第 97 条关于共同共有人处分共有的物，或者对其进行重大修缮的时候，必须采取全体一致同意的规则，在适用的过程中，必须要让位于一些具体法律中关于共同财产的管理和处分的特别规定。如果共有人共同共有的物从属于一个基于具体的共同关系所形成的共同财产之中，那么对该共有物的处分，应该优先适用共同关系人对共同财产的管理和处分所设定的规则以及法律的规定。

2. 关于共同共有的规定的适用范围

既然我国《物权法》第 95 条、第 98 条和第 102 条关于共同共有的规定，必须要结合其他法律关于共同关系的具体类型的法律规定，才可以得到实际的适用。是否可以断言我国《物权法》所采用的这种将按份共有与共同共有综合起来予以规定的体例，是一种完全失败的做法？这样的结论过于绝对。问题的关键在于，必须合理地界定我国《物权法》关于共同共有的规定的适用范围。

对比我国《物权法》立法过程中前后不同版本的草案中关于共有的规定，可以发现一个重要的变化：最后正式通过的法律文本，对共有制度的调整范围的表述与先前的表述存在差别。在最初的草案中，有这样的界定：“共有是指两个以上的单位、个人对一项财产共同享有所有权。”这样的界定毫无疑问来自于《民法通则》第 78 条的规定：“财产可以由两个以上的公民、法人共有……”。但是，在最后几次草案审议稿以及最终的立法文本中，这样的表述被抛弃了，取而代之的是“不动产或者动产可以由两个以上单位、个人共有”（我国《物权法》第 93 条）。前后相比，最重要的变化是，先前将共有的客体界定为“财产”，最后立法上则将共有的客体限定于不动产与动产，也就是“物”。如果说在制定《民法通则》时，由于意识形

态的考虑，不采用物的概念，而采用财产的概念，因此在条文表述上是用财产还是物，并没有实际区别，但在 20 多年后，在理论和实务上已经将“物”的概念与“财产”的概念严格区分的情况下，立法上关于共有的界定，弃先前的“财产”而选用“物”，这决不是偶然的。

可见我国《物权法》第 93 条的规范目的，就是将这一法律中关于共有规范的适用范围限定于物权。这种限定的目的，在一方面是为了与《物权法》设定的调整范围相吻合。我国《物权法》在第 1 条、第 2 条明确规定，该法主要是规范“物”的归属和利用而产生的民事关系。在另外一个方面，该条将不属于物权领域的权利共同现象，排除在自己的适用范围之外。

基于对第 93 条的这一理解，就可以界定我国《物权法》中关于共同共有的规定，与其他民事法律中所规定的，基于共同关系而产生的财产共同现象之间的关系。如果两个以上的当事人基于法律的规定，或者约定，形成一个共同关系，例如家庭共同体、夫妻共同体、合伙共同体、继承人共同体等，构成这个共同体的财产的，可能包括各种性质的权利，如所有权、他物权、知识产权、债权、股权等，这些权利都将受到形成和维持该共同体存续的，其成员之间的法律上的共同关系的约束，而成为这个共同体的所有成员的“共同财产”。但需要注意的是，用严格的法律术语来表述，这些成员并不针对这些财产，形成一种共同共有的关系。这是因为，根据我国《物权法》第 93 条的界定，共有的客体只能是所有权，以及用益物权与担保物权(在准用的意义上，根据我国《物权法》第 105 条)。只有共同关系人形成的共同财产中包括了物权的时候，针对这些物权，参与共同关系的成员之间才形成我国《物权法》所调整的“共同共有”关系。

因此，我国《物权法》中关于共同共有的规定，并不构成调整基于共同关系而产生的共同财产现象的一般性的法律，或者说，它只涉及共同财产中与物权有关的问题。具体来说，我国《物权法》中关于共同共有的规定，只调整夫妻共同财产、合伙人的共同财产、家庭共同财产、数个继承人共同继承遗产的问题中，涉及物权的内容。对于属于共同财产中的其他类型的权利共同现象，例如共同债权，则由债法上的相应的制度去规范。

3. 关于共同共有的推定规则的解释和适用

我国《物权法》第 103 条的规定在解释上以及在适用中可能出现的问题，与我们对共同共有关系的理解密切相关。关于共同共有，就其产生而言，学界已经普遍认识到，它与共有人之间存在的法律上的共同关系密不可分。关于这一点，我国《物权法》关于共有的规定中也有迹象可寻。例如第 99 条提到，“共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时，可以请求分割……”。这里所提到的“共有的基础”，应该就是指作为共同共有产生之基础的，存在于共有人之间的共同关系。但是该条的规范目的，并不是简单地建立这样一个推定规则：如果共有人之间存在共同关系，那么其共有的性质就是共同共有；如果不存在共同关系，那么其共有的性质就是按份共有。问题并非如此简单。事实上，如果把该条看作是一个强调共同共有基于共同关系而成立，除此之外，都属于按份共有的规则。这样的规定就根本没有必要存在。并且如果这样来理解的话，共有人之间就共有的性质是按份共有还是共同共有发生争议的可能性是很小的。即使发生争议，争议的关键也会转换到判断当事人之间是否存在一定的共同关系的问题上去，因为解决了这一点，也就解决了当事人之间的共有关系的性质。从另外的角度看，仅仅依据共有人之间是否存在共同关系这一个简单的标准，也未必能够准确界定在他们之间形成的共有关系的性质问题。

因此，解释和适用第 103 条的关键并不在于去辨别共有人之间是否存在一种共同关系，而是需要去界定，共有人所共有的物，是否可以根据当事人的约定或者法律的规定，归属于共同关系人之间形成的共同财产之中。在这一问题上，具有重要法律意义的是，当事人在建构其共同关系的时候，对共同财产所包括的范围是如何确定的。

总的来说，《物权法》第 103 条的意义，就共同共有类型而言，它不能简单化地理解为，

是做出了一个针对存在各种共同关系的人之间，发生的共有关系是共同共有关系的一般性的推定。判断存在相互之间存在共同关系的人之间就某物权发生的共有关系，究竟是按份共有还是共同共有，需要考虑两个层面上的意思：一是当事人成立共同关系的时候，确定共同财产所包括的范围的意思；二是存在共同关系的当事人，在后来共同取得物权的时候，就该共有的性质应该如何确定的意思。在第二个意思不存在，或者不明确的情况下，必须要结合前一个意思来做出判断，而不是简单地推定为共同共有。

4. 关于共有物的分割

对于共同共有财产的分割，我国《物权法》第 99 条并没有采纳自由分割主义，不允许共同共有人在共同关系存续期间随时请求分割共有财产，除非是因为共有的基础丧失或者有重大理由需要分割，否则不得请求分割共有财产。这样既可以妥善保护相关当事人的利益，又可以保证夫妻关系、家庭关系等的稳定性。但由于我国《物权法》第 99 条规定的“重大理由”比较原则，还需要由有关法律、法规或司法解释予以具体规定，否则难免会发生共有人在分割共有财产时损害了国家、集体和他人的利益，把属于国家、集体的财产作为共有财产来分割，债权人和其他利害关系人的利益也会受到损害。所以相关法律法规应当对“重大理由”做出详细而完善的规定来避免各种损害的发生。另外，共同共有的发生以数人间存在共同关系为前提，在共同共有关系存续中，各共有人不得请求分割共有物。也就是说，有共同关系存在，才能产生共同共有；一旦共同关系消灭，共有财产也必须分割。然而，我国《物权法》第 99 条规定在有重大理由需要分割时也可以请求分割共有财产。那么，如果共有人因重大理由需要请求分割共有财产后，该共同共有关系能否继续存在呢？如果不存在那势必会对婚姻家庭关系造成极大的损害；如果存在又会对合伙关系造成损害。所以我国《物权法》第 99 条规定的“有重大理由需要分割”的情况需要立法者以司法解释等方式予以补充和完善。

三、结束语

随着共有权在社会生活当中的影响日益扩大，共有权问题也越来越受到人们的重视，在我国《物权法》的颁布实施后，共有权制度得到了一定的完善，共同共有的相关问题也得到了的解决。但是，由于受到立法技术、立法资源等各种原因的制约，我国《物权法》中关于共有权的规定仍存在一定的问題，需要在将来的立法中加以完善。

参考文献：

- ①梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社 1997 年版。
- ②[德]M·沃尔夫编著，吴越、李大雪译：《物权法》，法律出版社 2004 年版。
- ③张双根：《共有中的两个问题兼谈对〈物权法（草案）〉“共有”章的一点看法》，载于《比较法研究》，2006 年第 2 期。
- ④史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社 2000 年版。
- ⑤江平、李国光：《物权法核心法条分类适用研究》，人民法院出版社 2007 年版。
- ⑥杨立新：《物权法》，高等教育出版社 2007 年 7 月第 1 版。
- ⑦梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社 2007 年 6 月第 4 版。
- ⑧彭万年：《民法学》，中国政法大学出版社 2001 年版。
- ⑨魏振瀛：《民法》，北京大学出版社 2007 年 7 月第 3 版。
- ⑩王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，人民法院出版社 2007 年 5 月第 1 版。

作者单位：安徽华冶律师事务所

论我国驰名商标的法律保护

杨何珍 金凤涛

【内容摘要】2003 年国家工商行政管理总局颁布了《驰名商标认定和保护规定》，对驰名商标的认定由“主动认定，批量认定”改为“被动认定，个案保护”的原则，这使我国驰名商标保护体系得到进一步的完善，但我国在驰名商标的法律保护方面仍亟需完善，本文拟结合我国有关对驰名商标的法律保护的现行规定，对我国驰名商标的法律保护谈一些浅显的认识。

【关键词】驰名商标 法律 保护

一、概述

（一）驰名商标的概念

驰名商标（well-known mark）最早出现在《保护工业产权巴黎公约》文本中，该公约首次对驰名商标的保护作了规定，但并没有对其概念作法律上的阐述。现行的对保护驰名商标具有直接法律效力的是 1967 年修订的《巴黎公约》第 6 条第 2 款，其中规定：“本联盟各国承诺，如本国法律允许，应依职权或依利害关系人请求，对构成商标注册国或使用国主管机关认为在该国已经驰名，属于有权享受本公约利益的人所有的，用于相同或相似商品商标的复制、仿制或翻译，而易于产生混淆的商标，拒绝或取消，并禁止使用。”各国对驰名商标的定义也各不相同，一般的表述是：在市场上享有较高声誉并为相关公众所熟知的且具有较强市场竞争力的商标。

2003 年国家工商行政管理总局颁布了《驰名商标认定和保护规定》（以下简称《规定》），在第二条规定了驰名商标的定义。“本规定中的驰名商标是指在中国为相关公众广为知晓并享有较高声誉的商标。”该规定界定了驰名商标的内涵，由此给出了一个认定驰名商标的法定标准。可见，我国对驰名商标的认识也已经踏上了国际轨道。

（二）驰名商标的特征

1. 产生的地域效力——“中国”

《规定》明确规定驰名商标的地域范围是“中国”。这一规定是符合我国国情的，因为商标权有较强的地域性，即一国的注册商标只在该国内有效，离开了该特定的地域范围，该商标将不再受保护。并且是否驰名，只要求在我国境内判断，至于在国外是否驰名，是否为人所知，不影响驰名商标的判断。

2. 知晓程度——“为相关公众广为知晓”

这里使用“相关”而不是“所有”字样，那么何为是相关公众呢？根据《规定》，是指包括与使用商标所标示的某类商品或者服务有关的消费者，生产前述商品或者提供服务的其他经营者以及经销渠道中所涉及的销售者和相关人员等。相关公众是量的规定，广为知晓是度的要求。可惜《规定》并没对广为知晓作名词解释，笔者认为广为知晓就是熟知，至于熟知到何种程度，可以把它具体化，比如对相关公众对商标的熟知程度设定一个百分比，在此基础上拉上一条熟知程度的基本线。

3. 品质要求——“应享有较高声誉”

公众对该商标所标示的商品或服务在质量、售后态度、社会贡献等方面有较高的评价，这也是对驰名商标的一种品质认定。但笔者认为这有违驰名商标的认定本意，驰名商标是用来描述一个为某范围内的公众所知晓的商标。而“享有较高声誉”则表明了公众对其的积极评价和质量上的高要求，但是界定驰名商标的关键是消费者对它的熟悉程度，而不是其品质是否卓越。这势必提高了保护标准，缩小了保护范围，使一部分商标得到了不公平的待遇。

4、形式要求——“是否注册商标皆可”

可以是注册商标，也可以是非注册商标，这一认定标准与国际公约和国际惯例相一致。这体现了对驰名商标的保护条件的降低，弥补了驰名商标保护中商标注册制度的固有缺陷，向完善驰名商标的保护迈出了积极的一步。

（三）驰名商标的地域范围

1. 商标驰名的地域是否仅限于一个国家范围内

驰名商标是否必须在本国范围内驰名——这一问题，曾经是中国加入世贸组织知识产权谈判的焦点。1999年9月保护工业产权巴黎公约和世界知识产权组织大会通过了《保护工业产权巴黎联盟大会和世界知识产权组织大会关于驰名商标保护规定的联合建议及其注释》（下称《驰名商标保护规定的建议和注释》），对这一问题做出明确的答复，《驰名商标保护规定的建议和注释》第2条第2项（d）款规定：“即使某商标不为某成员国的任何相关公众所熟知，或所知晓，该成员国亦可将该商标确定为驰名商标。”虽然《驰名商标保护规定的建议和注释》是一种建议和解释，并没有要求各成员国必须遵守，但我国已经加入世贸组织，应当履行入世承诺，国内的法律、行政法规和规章应当与国际惯例和国际规则相适应。2003年国家工商行政管理总局出台的《保护规定》将驰名商标的地域限定为在中国，虽然相对于我国国情有一定的合理性，但是其与《巴黎公约》和《Trips协议》的精神不符。我国《商标法》第13条规定，就相同或者类似的商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的，不予注册并禁止使用；第14条进一步规定了驰名商标的认定标准，这些规定虽然体现了驰名商标可以突破地域性而受到保护的精神，但国外的驰名商标在我国受到侵害时，仍得不到足够的法律救济。

2. 商标驰名的地域限于国家的一个区域还是所有的区域

根据《保护规定》，驰名商标是指在中国为相关公众广为知晓的商标，“在中国”可以有两种理解，一种是指在全中国，也就是被全国32个省市自治区的相关公众广为知晓，另一种是中国的某个区域，只要是被中国的某个区域的相关公众广为知晓就足以认定驰名，究竟是哪种含义《保护规定》没有做详细解释。

（四）驰名商标保护的必要性

1. 保护驰名商标是我国应尽的一项国际性义务

自1925年对《巴黎公约》修改并增加了驰名商标的规定后，世界各国对驰名商标保护的重视程度日益增强。《与贸易有关的知识产权协议》（即《Trips协议》）也将驰名商标列入了保护范围，这必然导致了以对驰名商标保护的程度，作为衡量一个国家或者地区对知识产权的保护水平的重要标准。我国作为《巴黎公约》的成员国，应当承担公约所规定的义务，对驰名商标给予特殊的法律保护。

2. 维护公平竞争，需要建立驰名商标法律保护制度

我国进入市场经济后，一些不法商人采取违反商业道德的不正当竞争手段来获取非法利益。我国的社会主义市场经济讲究合法、公平竞争，要使市场经济朝着有序、健康的道路发展，就必须建立驰名商标特殊法律保护制度。

3. 我国驰名商标在国际上要获得法律保护，需要建立特殊法律保护制度

知识产权已进入国际化保护时期，世界经济的开放性，使得国际经济贸易连成一体，在

国际经济技术交往中要遵循一定的国际惯例、履行国际公约的义务。要使我国的名优产品能在国际市场上占有相应的份额，就要扩大销售，这首先要解决销售地的法律保护，特别是工业产权中的商标法律保护问题。要做到别国对我国企业商标的特殊法律保护，前提就是根据涉外法律中的“对等原则”处理。

二、驰名商标的国际保护

（一）《保护商工业产权巴黎公约》对驰名商标的保护

《保护商工业产权巴黎公约》第6条第2款规定：(1) 对驰名的商品商标要给予特殊保护：成员国商标主管机关有权或应利害关系人的请求，对用于与驰名商标相同或类似商品上的相同或近似的商标，禁止或取消其注册或使用；(2) 允许利害关系人在这种商标已经注册后的5年内，提出撤销或禁止使用这种商标的请求；(3) 对于以欺诈手段取得注册或使用的商标提出撤销或禁止使用这种商标的，则不受时间限制。

（二）《与贸易有关的知识产权协议》对驰名商标的保护

《Trips 协议》对驰名商标的保护比《巴黎公约》则更进了一步：(1) 将对驰名商标的保护由商品商标扩大到服务商标；(2) 将保护的范围扩大到非类似商品或服务；(3) 对如何认定驰名商标做了原则规定：应顾及有关公众对其知晓程度，包括在该成员地域内因宣传该商标而使公众知晓的程度。

从《巴黎公约》最初引进“驰名商标”这一概念起，驰名商标的法律保护经历了两个阶段：一是《巴黎公约》突破传统商标法的地域原则和注册原则，要求成员国之间相互保护尚未在本国注册的外国商标；二是《Trips 协议》在此基础上，将驰名商标保护的客体扩大到服务商标，并突破传统商标法的专有性原则，将驰名商标的保护范围扩大到“非类似”的商品和服务上（即跨类保护）。

三、驰名商标的认定

驰名商标的认定方式有两种基本模式：主动认定和被动认定。

（一）被动认定方式

被动认定方式又称事后认定，是在商标所有人主张权利时，也即存在实际的权利纠纷的情况下，应商标所有人的请求，有关部门对其商标是否驰名，能否给予扩大范围的保护进行认定。被动认定是司法机关认定驰名商标的基本模式，目前为西方多数国家所采用，被视为国际惯例。被动认定为驰名商标提供的保护虽然是消极被动的，但这种认定是以达到实现跨类保护和撤销抢注为目的，而且它具有很强的针对性。因而所得到的法律救济是实实在在的，这种法律救济解决了已实际发生的权利纠纷。被动认定也可以为行政机关所采用。

（二）主动认定方式

主动认定方式又称事前认定，是在并不存在实际权利纠纷的情况下，有关部门出于预防将来可能发生权利纠纷的目的，应商标所有人的请求，对商标是否驰名进行认定。主动认定着眼于预防可能发生的纠纷，是行政机关认定驰名商标的方式。主动认定方式不适用于司法机关。当然主动认定能提供事先的保护，使商标所有人避免不必要的纠纷。但主动认定不符合国际惯例。尤其是采用批量认定的方式，若把握不准难免陷入滥评，也易导致企业之间、地区之间的攀比。

（三）我国目前的认定制度

根据《商标法实施条例》中的相关规定，只有在商标注册、商标评审、商标使用过程中发生争议时，驰名商标所有人才可以申请驰名商标认定机关认定其商标是否构成驰名商标。

没有发生争议时，驰名商标所有人不能主动申请认定，驰名商标认定机关也不能主动认定，更不允许主动认定、批量公布。此外，根据最高人民法院的司法解释，只有在涉及商标的民事案件中，才可能去认定驰名商标。驰名商标保护是对普通商标权的一种补充，是使某些具备特殊市场开拓价值的商标不被他人非法利用而依法采取的特别措施，所以只有当依赖普通商标权不能使某一商标获得适当保护时，给予其驰名商标保护方显出必要性。而在商标纠纷发生后来认定驰名商标，一方面从横向将与驰名商标近似的标识范围扩大；另一方面从纵向将与驰名商标标示的商品或服务的类别扩大，达到给予特殊保护的目的，这才符合商标保护的基本原理，也是制定国际条约的初衷。所以对驰名商标实行事后认定、被动保护的认定方式就使认定驰名商标成为了保护驰名商标的一个中间环节，而不是为了认定而认定，这样才能体现出驰名商标的法律意义所在。

四、我国驰名商标的法律保护

（一）驰名商标的保护原则

驰名商标的保护原则一般分为相对保护主义和绝对保护主义两种。

1. 相对保护原则

是指禁止他人将与驰名商标相同或相似的商标在与商标所有权人相同或类似的商品上注册或使用，《巴黎公约》采取的即是相对保护主义原则。

2. 绝对主义保护原则

是指禁止他人在任何商品，包括与驰名商标商品不同或不相类似的商品上注册或使用与驰名商标相同或相似的商标，《Trips 协议》采取的即是绝对保护主义原则（但实际上这种绝对保护也是有条件的，即只有当使用在不相同或不类似的商品上的商标容易暗示与驰名商标存在某种联系，从而使注册商标所有人的利益可能因此受损）。

3. 我国驰名商标的保护原则

我国商标法兼采两种原则即混合原则，即对于未在我国注册的驰名商标采取相对保护主义原则，对于已在我国注册的驰名商标，采取绝对主义保护原则。这种做法既考虑并符合我国的现实国情，也兼顾了国际公约。

（二）我国驰名商标的保护范围

1. 禁止不当注册

将与他人驰名商标相同或近似的商标在非类似商品上申请注册，且可能损害驰名商标注册人的权益，商标局可以驳回其注册申请。已经注册的，驰名商标注册人可以请求商标评审委员会予以撤销。

2. 禁止不当使用

将与他人驰名商标相同或者近似的商标使用在非类似的商品上，且会暗示该商品与驰名商标注册人存在某种联系，从而可能使驰名商标注册人的权益受到损害的，驰名商标注册人可请求工商行政管理机关予以制止。

3. 禁止作为商号使用

自驰名商标认定之日起，他人将与该驰名商标相同或近似的文字作为企业名称的一部分使用，且可能引起公众误认的，工商行政管理机关不予登记；已经登记的，驰名商标注册人可以请求予以撤销。我国修正后的商标法第十三条中将驰名商标的保护扩展至非类似商品或服务上，正式以立法形式确立了对驰名商标的扩张保护。

4. 对驰名商标的反淡化保护

所谓“淡化”是指在非类似的商品或服务上使用于驰名商标相同或近似的标志，从而导致驰名商标的显著性与吸引力弱化。淡化可以严重侵蚀商标区别性和广告价值，对于一个驰

名商标而言，即使被注册和使用在不相同或不相类似的商品或服务上，也可能导致该商标所有人的利益受损。因此，对驰名商标进行反淡化保护，将有利于抑制他人对驰名商标的不正当利用，防止因第三人的注册或使用而导致该商标的声誉和显著性玷污或降低。

5. 驰名商标的网络保护

随着因特网的国际化，电子商务交易额的急剧上升，驰名商标的知名度使其成为网络经济中被侵害的重点知识产权。在世界知识产权组织的《保护驰名商标条款》中，域名已明确纳入调整范围之内，在国际互联网上，每一个域名必须是惟一的，具有绝对的排他性，并且域名注册采用“先注册先占”的原则。《保护驰名商标条款》规定，域名或其基本组成部分构成对驰名商标的复制、模仿、义译、音译，足以导致误认并可能损害驰名商标所有人利益的，驰名商标所有人得行使禁止权。

五、驰名商标的机制完善

（一）驰名商标的国际保护

驰名商标的国际保护最早见于《巴黎公约》，其后《Trips 协议》在“知识产权公约”第2条中明确规定了对商标专用权的保护，要求各成员方应当遵守《巴黎公约》中的相关条款，不得背离各成员方可能在《巴黎公约》、《伯尔尼公约》和《罗马公约》项下相互承担的现有义务。

（二）国内立法的保护

加入 WTO 后，我国积极调整各方面的法律规范，使之与国际条约和惯例接轨。在这种情况下，我国于 2001 年 10 月 27 日修订了《中华人民共和国商标法》，增加了对驰名商标的保护规定。2002 年 8 月 3 日通过并于 2002 年 9 月 15 日实施的《中华人民共和国商标法实施条例》也配合商标法的规定把对驰名商标的保护更加细致化、规范化。工商行政管理总局于 2003 年 4 月 17 日颁布了《驰名商标认定和保护规定》，可以说我国对驰名商标的保护日趋完善，不断修改国内立法使之与国际接轨，不仅很好地履行了国际公约中的义务，还通过立法对驰名商标的保护范围不断扩大、力度不断增强，为对驰名商标的保护形成区域化乃至全球化作出了积极的努力。

可惜的是现行法律中并没有对驰名商标所有人滥用商标权的行为予以限制的有关规定，使得某些驰名商标所有人滥用驰名商标。另外，目前我国有关法律法规对在自己的商品上冒用他人的商标，特别是驰名商标的予以禁止，但对在他人产品上使用自己的商标没有做出禁止性的规定，这也有可能使商标所有人滥用权利。因此，相关部门除对驰名商标进行保护外，还应对驰名商标所有人的权利进行限制，不允许其进行夸大的、超范围的宣传。有关内容目前尚无明确规定，是应予完善的问题。

（三）完善驰名商标法律保护的若干构想

笔者认为，作为商标管理工作主体的工商行政管理机关应依照法律、法规，做好驰名商标的认定和保护工作。工商行政管理机关在查处侵害驰名商标案件时，应注意综合运用相关的法律法规作为执法的依据，如《行政许可法》、《反不正当竞争法》、《商标法》、《驰名商标认定和保护规定》、《企业名称登记管理规定》、《公司法》等。现实中对驰名商标的侵害行为往往表现为：先是通过正常途径、正常渠道进行商标注册或企业名称登记，而后经过恶意的掩饰或突出的使用，以形成近似、造成混淆，使消费者误认误购，整体体现不正当竞争的法律特点。综合运用好相关的法律法规，就能较为有效地制止侵害行为打擦边球、钻法律空子的现象。

同时，工商行政管理机关应建立健全预警机制，指导生产，引导消费。工商行政管理机关在加大对侵害驰名商标违法行为查处力度的同时，应积极探索尝试监管与服务的新途径，

如积极指导、配合消费者协会等部门和有关组织，依据在市场监督管理中心发现和掌握的侵害驰名商标行为的现象及动态，及早发布消费警示，及时提醒消费者正确辨别驰名商标商品与假冒、仿冒产品，尽最大努力减少违法行为所造成的市场混乱，同时帮助驰名商标所有人提高自我防范能力，实现管理与服务的统一。

对驰名商标的司法保护也应得到加强。司法部门应加强审理知识产权案件的法官的队伍建设，提高法官的素质，对侵害驰名商标的行为实施相应的民事制裁和刑事制裁。

六、结论

驰名商标由于其在相关公众的崇高声誉和作为高质量的商品、优质服务的信誉象征，为企业广大市场的开拓和超常利润的赢得提供了极大的便利，同时也为社会经济的发展和民族的振兴注入了强力剂。也正因为如此，驰名商标也就成了不法分子极想侵犯的目标。随着经济全球化进程的持续加快，作为市场主体的企业应更加重视驰名商标的积极作用，加大驰名商标创立与保护的力度，充分发挥其作为无形财产权的巨大潜能，以不断提高企业综合竞争力。

参考文献：

1. 刘春田：《知识产权法》（第三版），高教北大出版社 2007 年版。
2. 黄晖：《驰名商标和著名商标的法律保护》，法律出版社 2001 年版。
3. 黄勤南：《知识产权法》，中央广播电视大学出版社 2003 年版。
4. 赵惜兵：《新商标法释解》，人民法院出版社 2002 年版。
5. 曹中强：《中国商标报告》，中信出版社 2003 年版。
6. 郑成思：《知识产权论》，法律出版社 2001 年版。
7. 吴汉东：《知识产权法》（第二版），法律出版社 2008 年版。
8. 黄晖：《商标法》，法律出版社 2004 年版。
9. 吴汉东：《知识产权基本问题研究》，中国人民大学出版社 2005 年版。
10. 王莲峰：《商标法》，法律出版社 2003 年版。

作者单位：安徽华冶律师事务所

论意思表示瑕疵

周巧龙 宋文娟

【内容摘要】意思表示作为法律行为的要素，是多项民事法律关系的起点，也是私法理论的核心概念。意思表示是一个主观性概念，意思表示瑕疵是否存在，外界很难断定，而其对法律行为的效力却直接产生影响。所以对意思表示瑕疵制度进行探讨，分析其类型及对民事法律行为产生怎样的影响是具有重要的意义的。本文通过对意思表示瑕疵之类型和法律效果的研究与论述，并结合国内立法的实际情况，对意思表示瑕疵作类型化归纳，以达到对意思表示瑕疵制度构建的更深层次的认识。最后总结我国意思表示瑕疵制度的局限性，从而提出建议和完美对策。

【关键词】意思表示 意思表示瑕疵 法律效力

作为法律行为的核心要素，意思表示在民法理论体系中占据着举足轻重的地位。法律行为的基本要义在于表意人得依其意思表示而发生的一定私法上之效果，所以法律行为的本质特征必然要求意思表示是健全无瑕疵的，因此研究意思表示瑕疵这一课题具有很大的理论意义。

意思表示和意思表示瑕疵向来都是民法理论研究的重点方向。法学界许多学者都对意思表示和意思表示瑕疵制度进行过系统的完善的研究，并且各自提出了独到的见解。对于意思表示瑕疵的具体类型的法律规定，英美法系和大陆法系各自采取不同的分类方法。在我国，广义的意思表示瑕疵包括意思表示不自由和意思表示不一致，狭义的意思表示瑕疵则只包括意思表示不自由。本文重点围绕我国法律有关意思表示瑕疵制度的规定，研究狭义的意思表示瑕疵即意思表示不自由，主要包括意思表示瑕疵各类型的定义、构成要件及其产生的法律效力。

同时，我国民法制度中有关意思表示瑕疵的规定，存在不少漏洞和缺陷。笔者希望通过本文的分析，能提出一些对我国民法有益的想法，对民法制度的完善起到一定的积极作用。

一、意思表示瑕疵

意思表示一词的起源，法学界仍有不同的看法。从法律历史上来看，在《学说汇纂》中曾出现过保罗的用语“意愿表示”但却不是作为一个概念术语使用的。德国法学家们认为，意思表示这个术语最初的根源似乎见于中世纪晚期神学家们关于诺言和誓言的诠释之中，但对于这个私法核心理论作出最有意义贡献的还是荷兰法学家格劳秀斯的“承诺约束理论”。意思表示能够作为一种成形的法学理论，直接为近代法学所应用，还应归功于萨维尼。萨维尼在其《当代罗马法体系》第三卷中将意思表示和法律行为作为同义词使用，他认为意思表示是导致法律关系发生和消灭的事件，因此，它是法律事实的一般概念。从此，意思表示和法律行为成为了德国法律行为制度的两大基本概念。就立法而言，意思表示首次出现在普鲁士普通邦法中，该法典一个专门用一个小节规定了意思表示，开“意思表示”纳入法典之先河。^①

（一）意思自治是指民事主体在民法的强制性规定范围内按照自己的意愿和判断来设定自己的权利与义务，法律尊其判断和选择。

如德国学者海因·科茨等曾指出的“私法最重要的特点莫过于个人自治或其自我发展的权

利。契约自由为一般行为自由的组成部分……是一种灵活的工具，它不断进行自我调节，以适应新的目标。它也是自由经济不可或缺的一个特征。它使私人企业成为可能，并鼓励人们负责人地建立经济关系。因此契约自由在整个私法领域具有重要的核心作用”^②意思表示自治原则是法律行为的工具，意思表示是指行为人把进行某一个民事行为内心的效果意思，通过一定的方式向外部表达的行为。意思表示是法律行为的本质要素，法律行为无不以意思表示为其构成要素。法律行为是构建私法自治的重要手段，是私法自治的重要原则，意思表示的健全与否直接影响法律行为的效果，故意思表示的重要性必然要求其是健全无瑕疵的，否则必将导致有瑕疵的法律行为。

关于意思表示的构成要件，法学界学者一般将其分成三个要素，即效果意思、表示意思、表示行为。效果意思是指意思表示在形成过程中首先欲达到的法律上效果的意思，表示意思指表意人将其效果意思通过一定的方式向外部表达的意思，表示行为则是指表意人将其效果意思表达于外部的所通过的一定的行为。

（二）意思表示瑕疵

意思表示健全是内心意思与外在表示的自然一致与和谐，意思表示健全的反面就是意思表示瑕疵。意思表示瑕疵就是意思与表示之间发生了分歧，两者不一致，不能发生或者不能完全发生效力的状态。法律赋予意思表示以法律效果主要是因为表意人的表示行为将其内心的效果意思准确无误地向外界表达了出来，内心意思和外在表示相同。效果意思与表示行为也有可能出现不一致的情况，这样的意思表示虽然完全具备了意思表示的成立要件，但却是存在瑕疵的。存在瑕疵的意思表示是不能够反映出表意人的内心意思的，对当事人及第三人都有可能产生损害。

因此，各国都对有意思表示瑕疵的法律行为予以立法救济，或赋予当事人以撤销权，或宣告无效、或确认有效。

二、意思表示瑕疵之类型

在我国，有瑕疵的意思表示又称非自愿的意思表示即意思表示不自由，指一方当事人以某种不合法手段迫使另一方作出违背其真实意思的表示，我国法律对其规定主要有欺诈、胁迫以及乘人之危。

（一）因欺诈而为的意思表示

1. 欺诈的定义

《民通意见》第 68 条明确规定：“一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为”。

对于欺诈的定义我国法学界存在以下三种观点：

第一种观点认为，欺诈是指当事人一方故意编造虚假情况或隐瞒真实情况，使对方陷入错误为违背自己真实意思表示的行为。^③

第二种观点认为，欺诈是指故意欺罔他人，使其陷于错误判断，并基于此错误判断而为意思表示的行为^④

第三种观点认为，所谓欺诈是指以使人发生错位认识为目的的故意行为。当事人由于他人的故意的错误陈述，发生认识上的错误而为意思表示，即为因受欺诈而为的民事行为。^⑤

我国《民法通则》、《合同法》对欺诈并无明确的规定，依据《民通意见》第 68 条，我国在民法上将欺诈分为积极欺诈和消极欺诈两种情形。前者是指欺诈人以积极的言辞向对方提供虚假情况，使对方陷入错误的意思表示。如，夸大双方买卖的标的物之性能。后者则是指根据法律的强行性规定、交易习惯等，欺诈人具有告知义务，但其故意隐瞒或不告知而使对方陷入错误的意思表示之中，如出卖人隐瞒商品瑕疵等。

2. 欺诈的构成要件

我国法学界对欺诈具有哪些构成要件意见不一，有二要件说、三要件说、四要件说以及五要件说。

有些学者认为，受欺诈的意思表示的构成须满足两个特别条件：第一，发生欺诈。欺诈是为引起表意人陷于错误，以便于取得他的意思表示，所施展的欺诈性的或不诚实的手段；第二，欺诈是表意为意思表示的原因。即在表意人方面，必须因对方欺诈，陷于违背真实意思而为的意思表示^⑥

有些学者认为，受欺诈的意思表示的构成须具备三个条件：第一，须有他人的欺诈；第二，须表意人因受对方的欺诈而产生错误，虽然有他人的欺诈，但表意为形成错误，也不构成收欺诈的意思表示；第三，须表意人因该错误而做出并非真实意愿的意思表示。^⑦

有些学者认为，欺诈之构成要件须如下：第一，须有欺诈之故意。欺诈之故意，由两个意思构成：使被欺诈人陷于错误判断之意思，及使被欺诈人基于错误判断而为意思表示之意思；第二，须有欺诈行为；第三，须被欺诈人因受欺诈而陷于错误判断；第四，须被欺诈人基于错误判断而为意思表示。即错误判断与意思表示之间有因果关系。^⑧

另一些学者认为，除上述欺诈之故意、欺诈行为、被欺诈人因受欺诈陷于错误判断、被欺诈人基于错误判断而为意思表示四要件之外，还需要欺诈行为必须达到有悖于诚实信用的程度。目的明显的善意诈欺（为对方的利益）和社会所能接受的诈欺（如对产品作一般夸大的广告），不构成法律上的诈欺。只有能引起意思表示的瑕疵，为一般社会观念所不能容许的诈欺，才能构成法律上的诈欺。这类诈欺不论目的是否合法，也不管被诈欺人有否损坏，都不影响其成立。^⑨

笔者认同五要件说，只有不尊重他人的利益、损害第三人及社会利益。具有不法性、不正当性的“欺诈”才能成立。

（二）因胁迫而为的意思表示

1. 胁迫的定义

《民通意见》第69条规定：“以给公民及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损害或者以给法人的荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟，迫使对方作出违背真实的意思表示的，可以认定为胁迫行为”

对于胁迫的定义我国学者主要有以下观点：

第一种观点认为，胁迫指以不法加害威胁他人，使他人产生恐惧心理，并基于该恐惧心理而为意思表示之行为。^⑩

第二种观点认为，胁迫，包括威胁和强迫。威胁是指行为人一方以未来的不法损害相恐吓，使表意人陷于恐惧，并因此作出意思表示的行为。强迫是指行为人一方以现时的身体强制，使表意人处于无法反抗的境地而作出意思表示的行为。^⑪

第三种观点认为，胁迫是指为达到非法目的，采用某种方法造成他人精神上的强大压力或直接对他人肉体施加暴力强制的行为。^⑫

第四种观点认为，所谓胁迫是指以自然人及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损害或者以给法人其它组织的名誉、荣誉财产等造成损害为要挟，迫使对方作出违背真意的意思表示。^⑬

第五种观点认为，应区分非法胁迫和合法胁迫，只有非法胁迫引起的意思表示才属于具有瑕疵的意思表示。胁迫必须是非法的（包括违反公序良俗），才为法律考虑。并认为我国民法通则第58条第三项规定了受胁迫的意思表示，属于所谓“意思表示不真实”的一类在措辞上没有区分合法胁迫和非法胁迫，但解释应限于非法而言。^⑭

2. 胁迫的构成要件

对于胁迫的构成要件我国学界也意见纷纭。有二要件说、三要件说、五要件说等。

二要件说认为，构成胁迫行为，应当具备以下要件：其一，对胁迫人来说，应有胁迫的故意和胁迫的行为；其二，对受胁迫人来说，应当有意志自由受到严重限制的现实和被迫作出违背真实的意思表示行为。⁽¹⁵⁾但实际上该说提出了四要件，即胁迫人的胁迫故意、胁迫人的胁迫行为、被胁迫人受到严重限制的现实、被胁迫人作出违背真实意思表示的行为。持二要件说的另外一些学者认为，受非法胁迫意思表示之构成，应具备两个特别条件：第一，发生非法胁迫；第二，非法胁迫是表意人形成意思表示的直接原因。即，在表意人方面，违背真实意思而为的意思表示与胁迫人的行为须有因果关系。

三要件说认为，受胁迫的意思表示的构成须具备以下条件：首先，须有他人的胁迫；其次，须表意人因受胁迫而产生恐惧；最后，须表意人因其恐惧而作出违背真实意愿的意思表示。⁽¹⁶⁾

五要件说是我国法学界多数学者持有的观点，也是笔者认同的观点。该说认为，胁迫之构成要件如下：第一，须有胁迫的故意；第二，须有胁迫的行为；第三，须有胁迫为违法，即胁迫的本意在于对表意人的自由意思加以不法干预；第四，须被胁迫人受胁迫而产生恐惧心理；第五，须被胁迫人基于恐惧心理而为意思表示。⁽¹⁷⁾

胁迫故意即胁迫人有使相对人发生恐怖，并且因恐怖而作出一定意思表示的故意。可以看出，胁迫故意包括使相对人发生恐怖的故意和有使相对人因恐怖而作出一定意思表示的故意。故行为人不知其行为会使他人发生恐怖或不希望对方发生恐怖，都不构成胁迫；所谓的胁迫违法有目的违法、手段违法、目的和手段均违法。这里需与为合法目的而行使权利区分开，例如以起诉为要挟要求债务人履行债务，则不构成胁迫。⁽¹⁸⁾

（三）乘人之危而为的意思表示

乘人之危的意思表示是我国法律的独创，其他国家并无此规定。我国《民法通则》第 58 条及《合同法》第 54 条，都将“乘人之危”作为与欺诈、胁迫并列的一种意思表示不自由的情形。

1. 乘人之危的定义

我国《民通意见》第 70 条规定：“一方当事人乘对方处于危难之机，为牟取不正当利益，迫使对方作出不真实的意思表示，严重损害对方利益的，可以认定为乘人之危。”

我国台湾学者认为乘人之危是“见他人陷于危险中而不加以救助，且利用其危迫情形，使之作为意思表示，亦为胁迫”⁽¹⁹⁾

我国亦有学者认为，乘人之危与胁迫不同，乘人之危是指表意人处于困难或面临危难，而被他人利用，为摆脱困境被迫迎合对方作出违背其真实意愿的意思表示。⁽²⁰⁾也有将其定义为：一方利用对方陷入危难境地之事实，为自己的不当利益，迫使对方作出不真实的意思表示的行为。⁽²¹⁾

2. 乘人之危之意思表示的构成要件

对于乘人之危之意思表示的构成要件目前我国法学界亦存在以下四种不同观点。

第一种观点认为危难人由于他人乘人之危而作出意思表示的构成须具备以下条件：其一，须表意人面临危险或陷入困境。若表意人不是处于危难之中，则其意思表示不构成危难的意思表示。其二，须对方利用表意人的危难迫使其作出符合自己意思的意思表示。若对方没有利用表意人的危难迫使表意人作出意思表示，则也不会构成危难的意思表示。其三，须表意为摆脱困境而迎合对方作出违背真实意愿的意思表示。若表意人的意思表示与其真实意愿相符合，而不是为迎合对方而作出的，或虽为迎合对方而作出的但并非为摆脱困境，则其意思表示不为危难的意思表示。

第二种观点认为乘人之危而为的意思表示具备的条件有：其一，有乘人之危的故意。即

行为人明知相对人陷入危难境地，而为落井下石之勾当。如果相对方虽事实上陷入危难境地，但行为人并不知情，而实施的法律行为于相对方有重大不利，则因欠缺主观上之故意而不构成乘人之危；其二，有乘人之危的行为。即利用相对人处于危难境地而使之接受不利交易条件，作出意思表示；其三，有乘人之危的后果。即相对人不得已作出意思表示、实施法律行为的后果，而这种行为在经济利益上往往是于相对人不利或者不公平的。^[2]

第三种观点认为乘人之危之意思表示构成要件应具备以下条件：第一，须有乘人之危的故意；第二，须有乘人之危的行为；第三，须有表意人因处于危难而做出意思表示，此意思表示是乘人之危因势利用的结果，而非其自身独立形成的；第四，须意思表示的内容对表意人严重不利。^[3]

第四种观点认为乘人之危之意思表示构成要件应包括：第一，须表意人陷于危难或却有紧迫需要的客观事实。如果表意人并非处于危难之际，其意思表示不能构成迫于危难的意思表示。而且此种危难必须是客观的而不能是想象的或者臆测的；第二，行为人须有乘人之危的故意。即行为人明知表意人处于危难之中，依然希望或放任自己的逼迫行为能够使表意人作出对其重大不利的民事行为；第三，不法行为人是趁对方危难之际逼迫对方。亦即行为人实施了足以使表意人作出不利于自己的意思表示的不法行为。此种行为实际上是一种变相的胁迫行为。受害人出于危难而作出了对自己不利的意思表示。亦即相对人的行为与表意人的意思表示之间必须有因果关系。表意人是为了摆脱困境才进行此种意思表示的。表意人违心的意思表示使自己蒙受重大不利；第四，不法行为人所获的利益超出了法律所许可的限度。只有超出正常合理范围以外的才应是无效的。所以，通过民事行为所获得的正常合理的利益，不能算作乘人之危。^[4]

综合我国目前法学界学者的意见，笔者将乘人之危之意思表示的构成要件归纳为以下五要件：第一，须有表意人在客观上正处于急迫需要或者紧急危难的境地。表意人所处的这种境地是客观的，而不是想象或者臆测的；第二，须有行为人乘人之危的故意，即行为人明知表意人正处于急迫需要或紧急危难的境地，却加以利用，使表意人因此而被迫作出对行为人有利的意思表示，若行为人没有利用表意人的危难迫使表意人作出意思表示，则不构成乘人之危的意思表示。例如不慎跌入水中的甲说“谁来救我，我就给谁二万元”，并非乘人之危的意思表示；第三，须对方实施了足以使表意为意思表示的行为。如甲家境贫寒，儿子病重，无钱医治，向乙借款，乙以年息100%为条件，甲虽不愿，但迫于情况紧急又无其它办法，只好同意。即属于此种情况；第四，须相对人的行为与表意人的意思表示之间有因果关系；第五，须表意人因其意思表示遭受重大不利，即不法行为人所获得的利益超出了法律许可的范围。

实践中认定乘人之危并非易事，须综合各种情况才能使判断准确无误。无论当事人所处的危难属身体、生命还是经济上的，都要进行具体分析才能断定能否构成乘人之危。认定经济上的危难要严格区分正常的商业风险。市场经济的任何一项商业行为都是有风险的，优胜劣汰是市场经济的自然规律，每个市场主体都要承担自负盈亏的义务，所以利用他人有经济上的危难须把握几点，首先，一方在经济上的关键利益处于危难之中，这个关键利益可能是巨大的商业信誉或债务，如可能造成违约而须承担的巨额经济赔偿。其次，一方利用对方的关键利益处于危难之中而牟取高额利益，这种利益在正常的交易中是不能获取的。最后，处于危难一方是无其它选择的，若有，即使经济受到重创也是属于正常的商业风险范畴，因为是其自由意志和自由判断所作出的自由选择。

三、意思表示瑕疵之效力

我国对于瑕疵意思表示的规范，分布在《民法通则》、《最高人民法院关于贯彻执行〈中华

《中华人民共和国民法通则》若干问题的解释》、《合同法》以及《婚姻法》等法律及司法解释之中。涉及瑕疵意思表示的效力的规范主要集中于《民法通则》和《合同法》中。但两部法律对于相同行为的效力的具体规定却有许多不同之处。同时我国法学界对于瑕疵意思表示之法律行为的效力也存在诸多不同观点。

（一）欺诈而为的意思表示之效力

1. 我国对欺诈而为的意思表示的效力的具体规定

我国在《民法通则》、《合同法》都有规定关于欺诈。《民法通则》将因欺诈而订立的合同效力规定为无效，而《合同法》第 52 条规定：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益”第 54 条规定：“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思情况下订立的合同，受损方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销”

2. 我国学者对欺诈而为的意思表示的效力存在的几种观点

我国法学界有的学者认为，受欺诈的意思表示，不是表意人的真实意思表示，不应具有意思表示的效力。

有的学者认为，欺诈在法律上的效力为：第一，欺诈人为当事人一方，表意人可以撤销其意思表示；第二，欺诈人非当事人一方，在无相对人之意思表示，表意人得以撤销其意思表示，如有相对人之意思表示，则仅以相对人明知和应知其受欺诈为限，表意人的得以撤销其意思表示；第三，因欺诈而撤销意思表示，不得对抗善意第三人。并认为，我国民法通则规定欺诈、胁迫的法律效果为无效。合同法对此有所修正，其第 52 条规定，“一方以欺诈、胁迫手段订立合同，损害国家利益”的该合同无效；第 54 条规定，“一方以欺诈、胁迫的手段”，“使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销”。第 52 条所谓“损害”应解释为“直接损害”，所谓“国家利益”应解释为“社会公共利益为宜”。换言之，仅在因欺诈、胁迫所订立合同的目的和内容违背社会公共利益时，才能依据该条认定合同无效；此外，依据第合同法 54 条第二款的规定“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”应属于可撤销合同。^[2]

有的学者认为，受欺诈的意思表示的效力，我国民法通则第 58 条第三项将受欺诈的意思表示归为绝对无效，但合同法第 54 条第二款，规定受欺诈所订立的合同，为相对无效，受欺诈人享有变更或撤销权；根据民法通则第 61 条“民事行为被确认为无效或者被撤销后，当事人因该行为取得的财产，应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”和合同法第 58 条“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”规定推论，无论如何，受欺诈人可以获得赔偿因此而受的损失。另外，因欺诈造成损害时，是否也构成侵权行为，我国学者的意见较模糊。^[3]

（二）胁迫而为的意思表示的效力

我国《民法通则》将胁迫而为的民事行为之效力规定为无效。我国《合同法》第 54 条将其纳入可撤销制度中。以给交易安全保护留下一线希望。我国法学界一种观点认为，我国关于受不法胁迫的意思表示的效力，完全同受欺诈意思表示。^[4]另一种观点认为，因胁迫的违法性较欺诈更严重，为胁迫人是否为对方当事人，表意人均得撤销其意思表示，并且此撤销可以对抗善意第三人。^[5]但我国《合同法》并无此类规定。

（三）乘人之危而为的意思表示的效力

乘人之危之意思表示的效力。《民法通则》第 58 条第 2 款将乘人之危使对方违背真实意愿

而为的意思表示规定为无效，而《合同法》第54条第2款规定为可变更或可撤销的意思表示。

（四）我国关于意思表示瑕疵的法律制度之“瑕疵”

我国《民法通则》产生于计划经济时代，一方面反映着商品经济的复苏和个体权利意识的觉醒，另一方面在其所确立的制度中，国家意志对个人意志不必要的干预也隐约可见。《合同法》对瑕疵意思表示之法律行为效力的规定，吸收了《民法通则》的合理成分，也借鉴了大陆法系国家关于可撤销合同的规定，完善了我国表意制度，可以说是使我国个人利益与社会利益进一步和谐的保证。但以批判的眼光审视我国这两部法律中关于意思表示瑕疵之规定，亦可以发现一些“瑕疵”，有必要进行理论上的厘清和立法上的完善。

欺诈、胁迫的效力存在冲突，上文已经提到，《民法通则》和《合同法》对相同行为的效力分别归于无效及可撤销，此外，《婚姻法》中，因胁迫而结婚的婚姻效力为可撤销。存在了一般法与特别法规定冲突的缺陷，法官在审理案件时会按照“特别法优于普通法”原则的指引下处理此类情形下的合同和婚姻效力，《民法通则》第58条则成为一纸空文。

对善意第三人的保护不足。《民法通则》和《合同法》对于意思表示瑕疵下的民事法律行为的无效或者可撤销，是否能对抗善意第三人，未作出规定。在一项民事法律行为因意思表示瑕疵而无效或被撤销的情形下，善意第三人的利益得不到保障。我国《物权法》颁布以后，这个问题得到了改善，《物权法》第106条规定了善意取得的条件，只要善意第三人取得物权满足这些条件，即使瑕疵意思表示的民事法律行为无效或被撤销，也不能对抗善意第三人。然而物权法的善意取得制度适用对象只包括动产和不动产的物权，知识产权却不能适用，善意第三人的利益仍然难以得到保障。

在这点上，上文提到有学者认为胁迫引起的撤销可以对抗善意第三人。持此观点的是著名法学家梁慧星先生，他认为，欺诈的撤销不能对抗善意第三人，而“胁迫对于私法自治的危害及其严重，故法律不惜牺牲交易安全以保护当事人的自由意思”。^⑩笔者对此观点并不认同，笔者认为，不必要做此区分，欺诈和胁迫都不得对抗善意第三人。民法在制度设计上要追求公平正义，故要做到保障意思自治和保护交易安全的平衡，瑕疵表意人和善意第三人之间的利益要公平对待和保护。若胁迫行为下的意思表示之撤销得以对抗善意第三人，则其利益将严重受损，这是有违法律的公平正义的。统一规定瑕疵意思表示之撤销或无效不得对抗善意第三人之后，瑕疵表意人可以通过缔约过失责任、不当得利等制度得到救济。反言之，若统一规定瑕疵意思表示之撤销或无效得以对抗善意第三人，善意第三人亦同样可以通过不当得利、缔约过失等制度得到救济。但笔者认为前者更为合理，因为在诸如欺诈瑕疵意思表示情况下，瑕疵意思表意人在一定程度上存在过失，未尽到合理注意。故由其承担通过其他途径获得救济的诉讼成本更为公平合理。

四、结语

意思表示瑕疵制度研究与民事法律行为的效力本质关联，并涉及到各方当事人乃至善意第三人利益保护甚至社会主义市场经济交易安全也受其影响。故对意思表示瑕疵进行研究具有重大的意义。英美法系和大陆法系各国在各自的发展过程中，对此的研究各有特点和不足。意思表示制度理论本身具有一定的抽象性和复杂性，我国一方面在瑕疵意思表示制度上取得一定成果，另一方面也需借鉴先进的立法经验对瑕疵意思表示制度进行完善。本文从意思表示的起源开始，探求其在私法发展演变过程中的历史，从而明确意思表示之作用与价值。笔者重点论述了我国民法制度中欺诈、胁迫及乘人之危三大类型的瑕疵意思表示的定义、构成要件及各自产生的法律效果，并对现行民法制度有关意思表示瑕疵的制度提出一些看法。因笔者的能力水平有限，对意思表示瑕疵的论述不够深入、完善和彻底，提出的建议也比较肤浅。只希望能起到一点积极作用。

参考文献:

1. [德]罗伯特·霍恩等. 德国民商法导论[M].楚建译, 谢怀试校, 北京: 中国大百科全书出版, 1996。
2. 马俊驹. 余延满 民法原论[M].北京: 法律出版, 2005。
3. 魏振瀛. 民法学[M].北京: 北京大学出版社, 2000。
4. 梁慧星. 民法总论[M].北京: 法律出版社。
5. 王利明.民法[M].北京: 中国人民大学出版社, 2000。
6. 李开国. 中国民法学教程[M].北京: 法律出版社, 1997。
7. 龙卫球. 民法总论[M].北京: 法律出版社, 2001。
8. 郭明瑞, 房绍坤, 唐广良. 民商法原理[M]. (一), 北京: 中国人民大学出版社, 1999。
9. 梁慧星. 民法总论[M].北京: 法律出版社, 2001。
10. 马俊驹, 罗丽, 张翔. 民法学[M].北京: 清华大学出版社, 2007。
11. 朱启超, 许德风. 民法概要[M].北京: 北京大学出版社, 2002。
12. 王利明. 民法学[M].上海: 复旦大学出版社, 2004。
13. 陈莉. 民法教程[M].广州: 华南理工大学出版社, 2007。
14. 柳经纬. 民法[M].厦门: 厦门大学出版社, 2008。
15. 刘凯湘. 民法学[M].北京: 中国法制出版社, 2008。
16. 李显冬著.民法讲义[M].北京: 中国人民公安大学出版社, 2004。
17. 梁慧星.中国民法典草案建议稿附理由·总则篇[M].北京: 法律出版社, 2004。
18. 王明中, 李群河.浅论意思表示[J].攀枝花学院学报 第 21 卷第 6 期。
19. 米健.意思表示分析[J].法学研究 2004 年 01 期。

注释:

①普鲁士普通邦法 1.4 规定了“具有法律效力之意思表示要件”: 第一条: 意思表示是根据表意人意图应该发生或不应该发生的事情的外在表达。第 2 条: 如果一个意思表示要产生法律上的效力则表一人必须对其表示内容所指向的对象有处分权。第 3 条: 表意人必须占有该项财产, 并理智和慎重地予以交易。第 4 条: 意思表示必须是自由、认真、确定或可靠地。转引自米健:《意思表示分析》法学研究, 2004 年 01 期

②罗伯特·霍恩等《德国民商法导论》, 楚建译, 谢怀试校, 中国大百科全书出版社 1996 年版, 第 90 页

③马俊驹 余延满:《民法原论》2005 年版 法律出版社 第 197 页; 魏振瀛主编:《民法学》北京大学出版社 2000 年版第 147 页

④梁慧星:《民法总论》法律出版社 2001 年版第 198 页 王利明《民法》中国人民大学出版社 2000 年版第 106 页

⑤李开国主编:《中国民法学教程》, 法律出版社 1997 年版第 183

⑥龙卫球著:《民法总论》, 法律出版社 2001 年版, 第 562—564 页

⑦郭明瑞、房绍坤、唐广良著:《民商法原理》(一), 中国人民大学出版社 1999 年版, 第 252 页

⑧梁慧星著:《民法总论》, 法律出版社 2001 年版, 第 198、199 页

⑨郭明瑞、房绍坤、唐广良著:《民商法原理》(一), 中国人民大学出版社 1999 年版, 第 199 页

⑩梁慧星著:《民法总论》, 法律出版社 2001 年版, 第 199 页; 马俊驹、罗丽、张翔著:

《民法学》清华大学出版社 2007 年版，第 155 页。

⑪马俊驹、余延满著：《民法原论》，法律出版社 1998 年版，第 261 页；魏振瀛主编《民法学》，北京大学出版社 2000 年版，第 149 页

⑫李开国主编：《中国民法学教程》，法律出版社 1997 年版，第 185 页。

⑬王利明主编：《民法》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 106 页。

⑭龙卫球著：《民法总论》，中国法制出版社 2001 年版，第 569 页。

⑮朱启超、许德风著：《民法概要》，北京大学出版社 2002 年版，第 92 页。

⑯龙卫球著：《民法总论》，中国法制出版社 2001 年版，第 569—570 页。

⑰郭明瑞、房绍坤、唐广良著：《民商法原理》（一），中国人民大学出版社 1999 年版，第 252 页

⑱梁慧星著：《民法总论》，法律出版社 2000 年版，第 200 页；魏振瀛主编：《民法学》，北京大学出版社 2000 年版，第 148、149 页；马俊驹、余延满著：《民法原论》，法律出版社 1998 年版，第 261、262 页。

⑲王伯琦：《民法总则》，第 170 页，转引自王利明主编：《民法学》复旦大学出版社 2004 年版第 93 页。

⑳陈莉主编：《民法教程》华南理工大学出版社 2007 年版第 115 页

㉑柳经纬主编：《民法》厦门大学出版社 2008 年版第 126 页；刘凯湘主编：《民法学》中国法制出版社 2008 年版第 123 页

㉒刘凯湘主编：《民法学》中国法制出版社 2008 年版第 123 页

㉓柳经纬主编：《民法》厦门大学出版社 2008 年版第 126 页

㉔李显冬著：《民法讲义》中国人民公安大学出版社 2004 年版第 91 页

㉕马俊驹、余延满著：《民法原论》，法律出版社 1998 年版，第 261 页。

㉖龙卫球著：《民法总论》，中国法制出版社，2001 年版，第 565 页。

㉗龙卫球著：《民法总论》，中国法制出版社 2001 年版，第 571 页。

㉘梁慧星著：《民法总论》，法律出版社 2000 年版，第 200 页。

㉙梁慧星：《中国民法典草案建议稿附理由·总则篇》，法律出版社 2004 年版，第 165 页。

作者单位：安徽华冶律师事务所

浅析悬赏广告的法律效力和适用

朱继军

【内容摘要】悬赏广告在社会生活中已广泛存在，且形式多样，由此引发的纠纷也屡见不鲜。然而对于悬赏广告中的法律问题，我国合同法司法解释二仅作了原则性规定，在理论和实务上分歧也颇大，故而展开对悬赏广告的深入探讨实属必要。本文从悬赏广告的概念、分类等方面做出了阐述，并在法律性质、适用范围等方面提出了一些观点。不妥之处，望同仁们批评指正。

【关键词】合同 悬赏广告 法律效力 适用范围

一、悬赏广告的概念与类别

悬赏广告：是指以广告声明对完成一定行为之人给予报酬。悬赏广告是大陆法国家和地区民法普遍承认的一种民事行为，在当事人之间产生相应的民事权利义务关系。大致而言，悬赏广告就是以公开的广告的方式，对于实施某一行为的特别是对于引起某一结果而悬赏的人，有义务向实施了该行为的人支付报酬。

从实践中来看，悬赏广告种类很多，除了通常的遗失物悬赏广告外，还出现了较多的特殊领域的悬赏广告，如公安机关为侦破案件寻求线索的刑事悬赏，人民法院为强制执行而对被执行人或被执行人财产的悬赏，还有案件的当事人进行的证据悬赏，以及报刊杂志的创意大赛等悬赏，企业的商标创意悬赏等。尽管悬赏广告的形式多样，适用范围越来越广，但大致可以划分为两类：一是对人性悬赏广告，二是对世性悬赏广告。

对人性悬赏广告是指悬赏人对某个特定主体所作出的悬赏广告，尽管该特定主体在悬赏广告时并不为悬赏人所知悉，但悬赏广告相对人却是确定的。生活中最典型的例子就是遗失物悬赏广告，再如，犯罪线索的悬赏广告也属于此类。

对世性悬赏广告是指悬赏人对不特定人作出的悬赏广告。如有奖征文、创意大赛等就是典型的对世性悬赏广告。

二、悬赏广告的法律性质

目前，悬赏广告的性质主要有“单独行为说”和“契约说”两种观点。“单独行为说”认为，悬赏广告是因广告人一方的意思表示而负担债务，在相对方面则无须承诺，仅以一定行为之完成为停止条件。而“契约说”这种观点认为，悬赏广告人对于特定人或不特定人作出的悬赏意思表示是一个要约，相对人完成悬赏广告指定行为是一个承诺，行为完成时，则契约成立，相对人在契约成立时，即有报酬请求权。目前，合同法司法解释二即采用“契约说”观点。

三、悬赏广告的构成及效力

1. 悬赏广告之要约

悬赏广告的要约，就是悬赏人以公开声明的方式对完成特定行为的人支付报酬的意思表

示。

(1) 悬赏人。从悬赏广告实践来看，悬赏人的范围很广，悬赏人的主体并未特别限制，自然人、法人或其他组织都可以，现在越来越多的国家机关也成为悬赏广告的主体。如近年来广泛引起社会关注的悬赏广告案件，多数与国家机关行使职权有关，如犯罪线索悬赏、执行悬赏、交通违法悬赏等等，都曾引起社会热议。

(2) 以公开方式发布悬赏广告。悬赏应当以公开方式予以声明，即以“广告形式”作出悬赏的意思表示。以“广告形式”其意在要求悬赏应当以针对不特定人而声明，而不仅限于广告法规定的广告形式。既可以在报刊上登载，也可以在广播电视上播放；既可以在公开场合进行张贴，也可以当街喊叫；既可以是文字方式，也可以是语言方式。

(3) 须有一定行为的完成。完成一定行为是悬赏广告要约的实体内容之一，它是悬赏人和相对人之间权利义务产生的基础。一定行为，既可以是积极的作为，也可以是不作为，既可以是对悬赏人有利益的行为，也可以是对悬赏人不利益的行为，既可以涉及公利的行为，也可以涉及私利的行为，既可以是只有特定人能够完成的行为，也可以是多数人都能完成的行为。

2. 悬赏广告的承诺

悬赏广告的承诺与一般合同的承诺不同。一般的承诺是一种意思表示，并须向要约人作出，以承诺达到要约人时生效。悬赏广告的承诺，是以完成一定行为为意思表示的方式，完成一定行为时承诺生效。当然通常情况下，悬赏广告的承诺应当以行为人知道又悬赏广告存在为前提，即完成行为以对悬赏广告要约之承诺为目的。但这只是通常情况，但对于特殊的两种情况，应当特别对待：一是对不知道又悬赏广告的人完成一定行为的，不能以行为人行行为时不知悬赏广告存在为由使其不享有报酬请求权。二是无行为能力人完成一定行为的，是否享有报酬请求权。悬赏广告是契约行为，承诺人应当是适格的合同主体，以有行为能力为必要。因此，笔者认为，无民事行为能力人完成一定行为的，原则上不能当然作为承诺，可以根据《民法通则》和《合同法》关于无民事行为能力人订立合同的有关规定，由法定代理人追认而确定其生效，当然也是可以享有报酬请求权。

3. 悬赏广告的效力

悬赏广告成立后的法律效果有两方面：一是行为人的报酬请求权，二是行为结果的归属。

(1) 报酬请求权。悬赏广告中一般都会明确约定支付一定的报酬，这是完成行为人享有报酬请求权的基础。一般情况下，悬赏广告会对支付报酬的数额有明确约定，如“如有提供破案重要线索者，支付酬金 20 万元”；或者“评为一等奖作品，获得奖金 5000 元”；“请捡到者归还，失主愿以 3000 元重谢”等。但也有些悬赏广告对支付报酬的数额没有具体约定，只是说“请予归还遗失物，失主当面重金酬谢”。重金酬谢，只是说明要给予酬谢，但酬谢的数额并不确定。加之我国《物权法》关于遗失物归还的报酬也没有明确规定，在司法实践中法官的自由裁量权较大。

(2) 完成悬赏广告行为所产生的成果的归属。一般的完成悬赏广告行为都会产生成果，有的成果不能独立存在，如提供线索破案，结果是破案，但不能作为独立价值而确定其归属；有的成果则可能成为法律上承认的独立价值的财产，如文稿、商标、专利等等。那么这些完成行为的人在享有报酬请求权后，这些完成行为之成果该如何确定其归属？笔者认为，原则上这些成果的归属应按照悬赏广告的约定处理，没有约定的，原则上归行为人所有。

四、悬赏广告的适用范围

悬赏广告在以下两种情况下效力受到限制：

(一) 对于悬赏广告约定的行为负有特定的合同义务

根据悬赏广告人与相对人的合同约定,该合同相对人对完成悬赏广告中的行为负有合同义务的,则该相对人完成悬赏广告的行为,同时也是其履行与悬赏广告人合同义务的行为,这就产生同一行为满足两个法律关系的情形。此种情形,应当采用特别约定优先的原则,该合同相对人按照其与悬赏广告人之间合同约定承担相应的权利义务,而不适用悬赏广告取得报酬请求权。比如,游泳场馆按照其与顾客签订的合同,负有在顾客游泳过程中出现紧急情况的救助义务,不能因为其进行的救助行为与悬赏广告约定的行为一致,而要求取得报酬。

(二) 行为人负有完成该行为的法定义务

1. 国家公职人员依据法律规定,履行其职务的行为,即使与悬赏广告所指定的行为一致,也不能依据悬赏广告取得报酬请求权。因为国家机关工作人员,依法承担着履行职责的法定义务,即使没有悬赏广告也应当完成其职责。如果允许悬赏广告适用于国家机关工作履行公职的行为,其结果会导致公权力行使如同交易,也与公权力的性质相违背。如公安机关就负有犯罪侦查和维护治安的职责,破案是其法定义务,不得推辞,国家质检部门就应当对产品质量问题进行检查监督等,当然一般情况下,国家公职人员在执行公务之外,按照悬赏广告要求完成一般的民事行为,与其他民事主体一样,也有权享有民事权利,在完成悬赏广告的指定行为后可享有报酬请求权。

2. 依据法律规定负有完成某行为的义务的人,完成该行为时也不能取得报酬请求权。如犯罪受害人对提供破案线索的悬赏广告,如果犯罪嫌疑人提供了犯罪线索的,不能按照悬赏广告取得报酬请求权。再比如,小偷偷了人家的东西,失主寻物悬赏广告,小偷归还该物的,也不能按照悬赏广告取得报酬请求权。还有因其在先行为而产生了完成某一行为的义务的,即使完成该行为,也不能按照悬赏广告请求支付报酬,如带一未成年人去游泳,未成年人出现溺水,该人就负有救助的义务,不能因为其救助行为而向未成年人的家属要求支付悬赏广告约定报酬。

五、悬赏广告的几个特殊问题

(一) 熟人完成悬赏广告行为的报酬请求权问题

实践中数人完成悬赏广告行为的,如何确定报酬请求权问题,是实务中经常遇到的问题。笔者认为一般可分以下情形分别处理:

1. 数人先后分别完成该行为的,除非悬赏广告中有特别约定,一般应由先完成该行为的人取得报酬请求权,后完成行为人不能取得报酬请求权。

2. 数人共同完成该行为或同时分别完成该行为的,由该数个行为人共同取得报酬请求权,每人有权获得报酬的相等的部分。

(二) 悬赏广告的撤回问题

允许悬赏人在一定条件下撤回悬赏广告,是各国和地区通行的做法。如《德国民法典》第 658 条规定:“到行为实施时为止悬赏广告可以被撤回。只有在撤回悬赏广告的主要公告,或者以特别的通知进行撤回时,撤回才有效力”。

悬赏广告的撤回,在时间上各国和地区规定并不一致。德国以行为实施前为必要,而瑞士、我国台湾地区则以行为完成前为必要。按契约说,承诺成立前,要约可以撤回,我国《合同法》对此有规定。所以,悬赏广告原则上应以行为完成前为时间上的限制。如果行为已经完成,则悬赏广告已经完成生效,即不能再撤回要约,只能是撤销悬赏广告,其后果也是合同违反而非违反要约。

悬赏广告撤回,笔者认为,在形式上应当以不低于悬赏广告方式。撤回悬赏广告应当采用与悬赏广告相同或优于悬赏广告方式的形式,才能产生撤回的效力。如果不能符合此项要件,则悬赏广告的撤回不产生法律效力,悬赏广告仍然有效,但对于明知已经撤回的行为人,

该撤回有效。

悬赏广告撤回，在法律效果上，按照撤回的情况而不同。如果是在行为实施前撤回的，由于行为并未发生，悬赏广告失效后，不会产生其他法律后果。如果撤回于行为完成前进行，悬赏广告失效后，依悬赏广告实施一定行为的人，因悬赏广告被撤回而遭受的损失，笔者认为，可以请求悬赏广告人给予赔偿，赔偿额以悬赏广告约定的报酬额为限。如果悬赏广告人能够证明，该行为根本不可能完成的，则不承担赔偿责任。

六、结论

随着悬赏广告在现实生活中屡见不鲜，合同法司法解释二用一个条文作了原则性规定，但悬赏广告的分类、法律性质认定、适用范围更需要进一步的明确，以便规范实践中的司法审判，维护法律的严肃性和统一性。总之，对于悬赏广告的法律规范亦应从法律体系的协调、法律的引导教育、法律的社会经济效益等方面做出综合考虑。

参考书目：

1. 沈德咏、奚晓明：《最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社 2009 年版，第 37 页。
2. 胡长清：《民法债篇总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 54 页。
3. 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版第 33 页。
4. 王泽鉴：《债法原理》（第一册），中国政法大学出版社 2001 年版，第 258 页。

作者单位：安徽夏商周律师事务所

浅议民事再审的事由

何金龙

【内容摘要】民事再审事由是启动再审程序的关键，是取消原确定裁判的既判力，使案件重新进入审判程序(再审程序)的理由，而不必然是对案件进行改判的理由。民事再审制度作为一种监督性和救济性的案件审理制度，对于修正审判错误，保护当事人合法权益，保障司法公正，发挥了积极的作用。现行的《民事诉讼法》针对民事再审事由的修改在一定程度上解决申诉难问题，并注重尊重生效裁判的既判力，防止再审制度启动的经常化，保障裁判的稳定性、权威性。同时也存在一定的不足。本文将根据现行《民事诉讼法》的规定并对比修改前的《民事诉讼法》相关的内容，就我国民事再审事由的进步与不足进行阐述。

【关键词】再审程序 再审事由 再审的完善

一、民事再审程序的概念

民事再审程序是指人民法院对已经发生法律效力的判决、裁定，发现确有错误，依法对案件进行再审的程序。

二、民事再审程序与一、二审程序的区别

再审程序不同于一、二审程序，再审程序既不是民事案件审理的一级程序，也不是审理裁决民事争议的一种独立程序。而是一种特殊的救济程序。一审和二审程序的启动是基于当事人行使其起诉权和上诉权。起诉权直接源于当事人的诉权，上诉权源于程序基本保障权。为了维护和保障当事人的诉权，保障和实现公民、法人受公正裁判的最基本权利，一审和二审程序的启动均不要求有既存的事实理由。即使要求有理由，这种理由也是一种以当事人主观判断为转移的理由，法院在启动一审或二审程序时，并不对这些理由进行实质性的审查。与此不同，再审程序作为一种特殊的纠错和救济程序是在一般救济手段即一审或二审程序终结之后，对已经发生法律效力，但仍有错误的民事判决和裁定加以纠正的程序，即可以通过撤消已经生效的判决和裁定，以再次审理来保障民事争议解决的公正性。

三、再审事由是再审程序启动的根据

民事再审程序由于是对已经发生法律效力的裁判的否定，这就意味将破坏已经稳定的法律关系。因此，为了保持法律裁判的稳定性和权威性，作为一种事后的补救程序，就要求该程序的启动应有严格的限制，否则，也会影响民事争议解决的效率。科学地设定提起民事再审的事由是为了在实现再审程序目的——对实体正义和程序正义的追求——与保障生效裁判稳定性以及争议解决效率性之间求得一种平衡。民事再审事由即法院审查应否启动民事再审程序的理由或根据，是打开再审程序之门的“钥匙”。

四、现行《民事诉讼法》中的再审事由

《民事诉讼法》第 177 条规定，各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定，

发现确有错误，认为需要再审的，应当提交审判委员会讨论决定。该条第2款规定，最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现确有错误的，有权提审或者指令下级人民法院再审。根据该条，可以理解为法院提起再审的理由即再审事由是原判决、裁定“确有错误”。但何谓“确有错误”该条中并不明确，第179条对此进行了规定，人民法院应当提起再审的再审事由有十三种，1、有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；2、原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的；3、原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；4、原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的；5、对审理案件需要的证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集的；6、原判决、裁定适用法律确有错误的；7、违反法律规定，管辖错误的；8、审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的；9、无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人，因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由，未参加诉讼的；10、违反法律规定，剥夺当事人辩论权利的；11、未经传票传唤，缺席判决的；12、原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的；13、据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的。另外对违反法定程序可能影响案件正确判决、裁定，或者审判人员在审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的，人民法院应当再审。同时，民事诉讼法第182条规定了调解书再审的事由，即当事人对已经发生法律效力的调解书，提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的，可以申请再审。经人民法院审查属实的，应当再审。民事诉讼法第187条规定，最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法179条规定情形之一的，应当提出抗诉。地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第179条规定情形之一的，应当提请上级人民检察院向同级人民法院提出抗诉，即检察院抗诉也是再审事由。

五、现行民事诉讼法再审事由与修改前民事诉讼法再审事由具有完善性

现行的《民事诉讼法》关于再审的事由规范了司法机关的法律适用，缩小了司法机关的自由裁量权，对解决申诉难、再审申请难，维护司法公正、维护法律的严肃性，保障再审申请人及其对方当事人的诉讼权利必将起到积极的作用。

1、提高再审审级，加大了对当事人申请再审的保护力度。

修改前的《民事诉讼法》第178条规定，当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为是错误的，可以向原审人民法院或者上一级人民法院申请再审，但不停止原判决、裁定的执行。现行的《民事诉讼法》第178条规定，当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为有错误的，可以向上一级人民法院申请再审，但不停止原判决、裁定的执行。现行的《民事诉讼法》将向原审人民法院申请再审删掉，修改为可以直接向上级法院申请再审，既有利于解决目前当事人向原审人民法院申诉难的立案的问题，又有利于保证了再审案件审理质量，还可避免多头申诉、重复申诉。

2、现行的《民事诉讼法》对申请再审事由更加细化，更具有可操作性。尤其对违反程序的内容申请再审，更加大了维护当事人申请再审的诉讼权利。

修改前的《民事诉讼法》第179条规定申请再审的法定事由只有五项，且比较原则，不够具体详尽。现行的《民事诉讼法》第179条规定申请再审的法定事由具体细化为13项，其中前5项是关于证据属于实体方面内容，从6到13等8项是关于违反法律程序方面的内容，这就使得当事人在哪些方面违反法律程序的判决、裁定可以申请再审更加清楚、明确易懂，更加具有可操作性。这一修改由原来重实体倾向转向为既重实体又重程序。

3、现行的《民事诉讼法》统一了当事人申请再审和人民检察院抗诉理由，由修改前的《民

民事诉讼法》五项、四项均统一为十三项。适用法律事由的统一，既增强了可操作性，又可减少随意性。因此也加大了检察机关的监督力度。

修改前的《民事诉讼法》第 179 条规定当事人申请再审的法定事由是五项。修改前的《民事诉讼法》第 185 条规定检察机关按照审判监督程序提出抗诉的法定事由是四项。现行的《民事诉讼法》第 187 条规定各级检察机关提出抗诉理由一律适用现行的《民事诉讼法》的第 179 条的规定。将当事人申请再审的法定事由和检察机关抗诉的法定事由一律统一适用 13 项的规定事由，便于统一执法和适用法律。

4、修改后的《民事诉讼法》规范了再审的审查程序，既保障再审申请人的诉权又尊重和保障被申请再审人的诉权，可做到兼听则明，公正办案。

修改前的《民事诉讼法》对再审申请审查程序没有明确具体的规定，现行的《民事诉讼法》第 180 条规定，当事人申请再审的，应当提交再审申请书等材料。人民法院应当自收到再审申请书之日起五日内将再审申请书副本发送对方当事人。对方当事人应当自收到再审申请书副本之日起十五日内提交书面意见；不提交书面意见的，不影响人民法院审查。人民法院可以要求申请人和对方当事人补充有关材料，询问有关事项。

这样规范再审审查程序，既保障了再审申请人的诉权，又尊重了被申请再审人的诉权，有利于公正审查再审申请案件，可避免片面性和随意性。

5、修改后的《民事诉讼法》明确规定了审查再审申请审查时限和再审申请提出的期限起算点。有利于当事人，在法定时效内行使自己的诉讼权利。

现行的《民事诉讼法》第 181 条规定，人民法院应当自收到再审申请书之日起三个月内审查，符合本法第 179 规定情形之一的，裁定再审；不符合本法第 179 规定的，裁定驳回申请。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准。

现行的《民事诉讼法》第 184 条规定，当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后二年内提出；二年后据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更，以及发现审判人员在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的，自知道或者应当知道之日起三个月内提出。这些再审申请的时效当事人都应当了解和掌握，在法定时效内行使自己的诉权。

六、现行的《民事诉讼法》关于再审事由的规定仍有不足

现行的《民事诉讼法》规定了两类再审审查权主体：法院和检察机关，法院主体为两个有审级监督层次关系的上下级法院，三分主体审查程序如何运作，现行的《民事诉讼法》没有明确规定，尚需司法解释明确。

1、上下级法院审查权操作的衔接问题

现行的《民事诉讼法》第 178 条规定“当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为有错误的，可以向上一级人民法院申请再审，但不停止判决、裁定的执行。”，“可以”是选择性规定，不是强制性规定，意味着诉讼当事人可以向上一级人民法院申请再审，也可以向原审法院申请再审。现行的《民事诉讼法》同时又规定“裁定再审的案件由中级人民法院以上的人民法院审理”。从以上立法本意看，原审法院对当事人再审申请有审查权，没有审判权。在诉讼当事人向原审法院申请再审的情况下，原审法院行使审查权，申请再审理由不成立的，裁定驳回，申请符合法定理由的，裁定进入再审的。裁定进入再审的，将案卷移送原审的上一级法院审理。这种再审审查方式一是会发生上下级法院审查权重叠问题，当事人同时向原审法院和它的上一级法院申请再审，是均立案审查，还是上一级法院立案审查。均立案审查，显然浪费审判资源，同时申诉材料向上一级法院运转需要时间，上一级法院显然不能在法定的 5 日内将申诉材料送达对方当事人；二是原审法院审查当事人的再审申请，显然不能解决“申诉难”问题，因为自我发现错误且承认错误是很难的。如将审查权一并移送上级法院，

除与第 178 条“可以”规定冲突，剥夺当事人向原审法院的申诉权。再审审查权行使中，上下级法院操作衔接上存在矛盾，这种矛盾不解决，上下级法院政责分工上扯皮，司法效率受影响，申诉难依旧。

2、法院审查与检察院审查的冲突问题

现行的《民事诉讼法》规定，法院只要收到再审申请书就应当进入审查程序，但未相应规定检察机关启动再审如何进入审查程序。由于检察院与法院对再审审查是平行进行，如果法院与检察院同时接到当事人再审申请，其审查程序将同时进行，这将造成一个机构的前期工作浪费以及无法结案。民事诉讼法修改前这种情况虽有零星发生，但并不明显。民事诉讼法修改后，应当有法院与检察院之间审查再审申请的协调规则，解决的方法应当从检察院与法院的职能及任务变迁入手。检察院作为法律监督机关，更多地体现为事后监督。对审判的监督，也应在裁判生效后再行介入。由于审查再审申请已成为法院的当然程序，因此，对再审申请的审查应以法院为主，只有在经上一级法院裁定驳回再审申请后，检察院才立案审查。这样既可避免出现审查冲突，又能真正达到事后监督目的。同时，有权利必然有责任，在上一级法院裁定驳回后，如果经检察院审查不予抗诉，说明原审判决是正确的，就应与法院共同做好当事人的息访息诉工作，而不应将工作完全交给法院。

3、再审审查和审判的审判组织选择问题

现行的《民事诉讼法》未规定审查再审申请的审判组织，即是采用独立审查制，还是采用合议审查制。民事诉讼法修改前，法院对申诉的复查都采用合议制。民事诉讼法修改后，对申请再审已不再是“复查”而是“审查”，审查的程序性要求相比复查更高，肯定不能采取独任制。现行的《民事诉讼法》第 186 条规定很明确，“人民法院审理再审案件，应当另行组成合议庭。”这样，矛盾就产生了，由于再审启动权掌握在诉讼当事人手里，大量案件会走再审程序，如果人民法院审查再审申请全部采用合议制，审判资源有限，人力不够。因此，采用什么审查制，应根据以往处理申诉问题的有益经验，结合民事诉讼法修改的意图、导向、诉讼原理作适当的规范。对诉讼当事人再审申请可分为两阶段两种审查方式：启动再审程序的审查可试行独任制，由独任审判员负责复查，向院长或审判委员会提出是否启动再审程序建议，下达启动裁定或驳回申请裁定，只有裁定进入再审的再审案件则必须采用合议制进行审判。

作者单位：安徽夏商周律师事务所

论诉讼欺诈

高光亮

【内容摘要】随着社会的发展和法治的进步，利用诉讼的方式维护合法权益已经成为人们最常用也是最为有效的选择。但与此同时，诉讼也被有些人拿来作为违法犯罪的手段，诉讼欺诈不断发生。目前，诉讼欺诈行为在我国还没有引起足够的重视，我国刑法理论界和司法实践对这种行为的定性分歧较大，因而无法对其进行很好的规制。本文通过具体案例分析了诉讼欺诈的危害和具体表现形式及其与相关行为的关联，并从法律规制的角度，认为在我国应该增设单独的“诉讼诈骗罪”，以遏止诉讼欺诈行为的发生。

【关键词】诉讼欺诈 危害 滥用诉权 诉讼欺诈罪

一、问题的提出

胡某与夏某是业务上的朋友关系，2001年4月7日夏某由于建设工程资金短缺，与胡某商量，向胡某具了借条借款24000元，该款借出后，夏某以一直拖欠没有归还，胡某向法院提起诉讼，由此胡某与夏某之间产生了矛盾。

2005年3月，夏某为了达到非法获取利益的目的，让当时任职于夏某单位的黄某、喻某、尚某为其提供虚假证明，并编制所谓工程决算书，（该决算书为单方面编制，没有胡某及其所在单位或任何第三方的任何签名或盖章。）以胡某为被告向法院提起诉讼，炮制了胡某曾经在1997年曾经委托夏某为其装修装饰厂房但没有给付工程款的所谓事实。一审法院经过审理后，竟然支持了夏某的诉讼请求，判决胡某向其支付所谓工程款60192元。胡某不服该判决，遂进行了上诉。二审经过对证人及相关证据材料的仔细审查、核实判断，最终认定了夏某证据系伪造，从而判决驳回夏某的诉讼请求，维护了胡某的合法权益。

虽然胡某的合法权益最终得以维护，但是由此引出的问题却引人探讨，假若二审法院没有严格审查核实证据，与一审法院犯了同样的错误，那么胡某的权益如何得到维护呢？夏某的行为是否构成犯罪，应该受到刑罚的追究呢？应该采取怎么样的措施来防止类似的案件呢？笔者认为，虽然从不同的角度提出了不同的问题，但是，最终上述问题都无法回避的一个基本前提，那就是如何面对诉讼欺诈的问题。

二、诉讼欺诈的表现形式及其危害

西方谚云“诉讼是解决争议的最终屏障”，随着我国经济和社会的发展，特别在2007年国务院对人民法院收取的诉讼费用进行改革以后，提高人民法院以诉讼的方式解决经济纠纷，已经成为人们的共识。但是鱼龙混杂，在这日益增长的诉讼中却包含着一种较为独特的危害行为——诉讼欺诈行为，这应当引起我们的司法部门的重视，如果对此不加以重视，任由其发展，将会使得部分案件的处理结果与法院裁判的目的背道而驰，从而侵害相关当事人的合法权益、破坏了司法公正并影响到社会的和谐与稳定。

所谓“诉讼欺诈”，是指行为人为非法获取他人财产或财产性利益，虚构事实或隐瞒真相，伪造证据并以提起民事诉讼或行政诉讼为手段，使法院做出有利于自己的判决，从而获取财

产或财产性利益的行为。^①诉讼欺诈的行为人通过实施了“骗”的行为，即通过伪造、编造证据或隐瞒事实，虚构其与被害人之间的所谓民事法律关系，继而向法院提起民事诉讼或行政诉讼，提出根本不存在的诉讼请求，并借助于法院的错判误判以及强制执行导致了被害人的财产受损，从而达到了强制有他人财物的目的。因此，诉讼欺诈的实质在于欺骗法院，使之产生错误认识，并对被害人的财产及财产性利益做出错误处分，从本质上讲，诉讼欺诈是行为人意图以合法形式，借助国家强制力非法占有被害人财产或财产性利益的行为。

（一）诉讼欺诈的表现形式：

结合办理案件的诉讼实践，笔者认为诉讼欺诈行为主要表现为以下几种：

1. 当事人之间本无真实的权利与义务关系，但是行为人自己串通证人、伪造证据而编造出虚假的权利与义务关系，进而向人民法院起诉，以实现其所谓的权利。在这种行为当中，行为人要么手段伪造债权债务关系的证明，如合同、借条、还款计划等书面的证明材料，要么串通证人，要求所谓证人为其提供虚假证明达到获取非法利益的目的。应该说，这类欺诈行为从事实到证据，从内容到形式都是虚假的，都是行为人虚构和伪造出来的，例如本文案例中的夏某伪造证据，试图侵害胡某的行为。

2. 对相对人已经履行完毕的债务，再次通过伪造或变造的证据向其主张权利，而向人民法院起诉。这类诉讼欺诈较为常见，它所依赖的事实和证据在过去是真实的，但由于相对人已经履行了相关义务，所以在行为人提起诉讼时这种债权债务关系事实上是不存在的，而如果相对人无法提供其他证据来证明自己已经履行了相关义务，那么根据现行的证据规则，这些事实和证据及其所代表的债权债务关系就是无法否定的，这也就意味着相对人还要向其再行支付。例如在一起民间借贷案件中，债务人甲在借款期限内携款到债权人乙的家中进行了还款，在当场将借条撕碎后离去。但是乙方随和却将该借条碎片黏贴在一起，以该借条是其保管不善被其年幼顽皮的幼子撕碎为理由进行解释而向法院提请诉讼要求法院判令债务人甲向其付款。

3. 当事人间本无权利与义务关系，但是行为人利用种种手段胁迫相对人，令其以书面形式自证虚构的权利与义务关系，进而以此为理由起诉至法院。这类诉讼欺诈和形式上看是客观存在的、真实的。也就是说，确实有相对人自己书写的证明其与行为人之间存在权利义务的证明，但是在追根求源之后，我们知道当事人之间所谓的权利义务的事实是虚假的、是伪造的，其所谓证据所载明的内容不是相对人真实的意思反映，而是在其精神受到强制的情况下被迫做出的违背自己真实意愿的虚假的意思表示。因此从本质上说，行为人的诉讼请求是不应该得到法院的支持。

（二）诉讼欺诈的危害

诉讼欺诈有着严重的社会危害，具体表现如下：

1. 诉讼欺诈浪费了司法资源，可能导致司法不公。

实践中，由于人民法院在受理案件时，对于原告行使起诉权的合理性只能进行形式审查而无法进行实质审查，因此，尽管人民法院是按法律规定的条件受理原告的起诉，仍然存在原告诉讼欺诈的可能性。由于诉讼资源是有限的，因此，行为人捏造事实状告他人以谋取不法利益，必然对正常的民事诉讼或行政诉讼秩序造成极大的危害。法院耗时费力的审理，换来的结果很有可能是一起错案，这极大的浪费了有限的司法资源。^②

与此同时，诉讼欺诈行为极有可能造成司法不公。由于行为人希望通过实施诉讼欺诈行为而获取非法利益，因此他必然处心积虑编造理由、伪造证据或通过其他的手段以达到其非法目的。因此在诉讼过程中，合法相对人是处于被动地位的，这样就极有可能会导导致法院在既定的证据规则的指引下作出错误裁决，确定有利于不法行为人的后果。果真如此，这就形成了由不法行为人编导的，由法院具体执行的一幕闹剧，不管法院是有意还是无意，不利的

法律后果由合法相对人承担已经是事实。司法不公在该案中已经被制造完成。这样一方面会是合法性对人对人民法院产生错误的看法,另一方面,也会使得不法行为人更加鄙视法院及其工作人员,认为法院不过是受其利用和玩弄的工具而已。更何况,在某些诉讼欺诈案件中,某些不法行为人为了获取法院支持其“诉讼请求”而疯狂地向承办法官行贿,造就司法腐败,使司法机关成为某些不法者获得非法利益的帮凶,使得人民法院的形象受到严重的败坏。

2. 诉讼欺诈行为侵害了相对人的合法权益权益。

“有具体的诉讼请求和事实、理由”是《民事诉讼法》或《行政诉讼法》规定原告起诉时所必须具备的条件。也就是说,原告必须享有诉权,才可以起诉。而诉权存在的前提条件是当事人之间存在着某种法律关系。也就是说,如果当事人之间没有相应的法律关系,行为人不具有原告的资格而提起诉讼。由于行为人提起的民事诉讼或行政诉讼从本质上说是不存在的,这样就使得相对人被无端地卷入了诉讼之中。根据现行的诉讼规则,相对人必须要积极应诉,搜集证据以维护自己的合法权益,反驳对方的不法要求,否则就应当承担不利的败诉后果。为此,相对人必然要耗费大量的时间、精力和财力,影响正常的工作或生产经营。所以,从这一角度看,不管相对人最后是否胜诉,其损失是必然存在的,而且是无法避免的。更为严重的是,如果相对人一旦败诉就必须承担种种不利的败诉后果,不但要根据法院的裁决向侵害行为人履行其所谓的义务,还要承担诉讼中的各种费用;同时还会造成人格权方面的严重损害,使得其社会评价受到一定的影响。因此,行为人的诉讼欺诈行为使得相对人所造成的损害后果是巨大的。

3. 诉讼欺诈可能使行为人获取非法利益,进而败坏了社会风气。应该说,任何诉讼当事人实施诉讼行为,行使诉讼权利,履行诉讼义务,都要讲求诚实信用,兼顾对方当事人的诉讼利益和社会公序良俗;要在不损害对方诉讼利益和社会利益的前提下追求自己的诉讼利益已经成为现代民事诉讼或行政诉讼的诚信原则的基本内容。但是,在诉讼欺诈案件中,行为人挑起诉讼的目的都是为了获取非法利益。而一旦行为人胜诉,就有可能获得因诉讼而带来的非法利益。这样就使得行为人的不法行为获得一本万利的效果。如果该行为得不到及时的惩治,那么行为人由此尝到甜头,将会继续寻找机会以获取不法的利益。同样,其他社会不良者,也会觉得有机可乘,而争相效仿。这样将会导致合法者受到贬抑,不法者却得以横行,社会的公正和诚实信用的原则将不再被推崇,相反投机取巧、坑蒙拐骗就会得到纵容。

三、诉讼欺诈与相关行为的区别

综合以上,由于诉讼欺诈行为本身存在着的严重的违法性,因此从理论上说,行为人的所谓诉讼请求是不应当受到法院支持的,但是实践中我们应该把握应有的尺度,不能对诉讼欺诈作出扩大化的理解,将不被法院支持诉讼请求的原告方败诉的都理解为诉讼欺诈,实践中对于当事人的败诉以及可能出现的滥用诉权的行为与诉讼欺诈进行严格的区别。

(一) 诉讼欺诈区别于当事人败诉。

如果法院认定了原告构成了诉讼欺诈,就必然驳回其诉讼请求,那么原告败诉也就是顺理成章的了。原告败诉是否就意味着原告实施了诉讼欺诈的行为呢?显然不能!尽管在很大一部分案件中,行为人的诉讼欺诈行为最终也以败诉而告终,但这与一般情况下的败诉是有本质区别的。在司法实践中,常常会出现这样的情况:原告提出的诉讼请求经过法院的审理,认为是于法无据、证据不够充分或者诉讼请求过高,人民法院判决驳回起诉或驳回其诉讼请求,因此原告彻底败诉或部分败诉,但由于在这类诉讼中,原告起诉系事出有因,双方之间也确实存在着某种民事法律关系,因此只要原告没有捏造事实、伪造证据,就不应当承担因诉讼而给被告造成损失的赔偿责任。否则,会对原告行使诉权造成很大的压力,甚至会造成很多人不敢打官司的局面,从根本上说也不利于对公民权益的保护。例如在东方航空公司诉

其飞行员郑志宏辞职赔偿案件中，原告东方航空公司提出了 1257 万元的天价赔偿，但是最终法院仅支持了 70 万元。应该说，法院判决仅仅支持了东方航空公司诉讼请求的很小一部分，而对于其中的大部分都予以了驳回。能不能就此认定东方航空公司构成了诉讼欺诈呢？显然不能，因为在本案中的原被告之间的劳动关系、原告对被告的长期培养等基本事实是真实清楚的，原告并没有就此伪造证据，虽然诉讼请求与法院判决相差甚远，这只能说明原告与法院由于立场的不同，从而产生认识上的偏差。对于这种偏差时不应该启动刑事程序，予以追究的。当然，作为一种制约机制，在此类案件中，由败诉方承担诉讼费用的基本原则已足以制约诉讼双方当事人。

（二）诉讼欺诈区别于滥用诉权行为。

1907 年的瑞士民法典首先在立法上最先明确构建了“权利不得滥用”的条款。但是很遗憾，瑞士民法典虽然正式使用了“权利滥用”的概念却没有作出任何界定，而只是作为一个空白条款留待法官去解释。因此，究竟何谓权利滥用，学者们众说纷纭。综观历史，关于权利滥用存在几种学说，如“主观恶意行使说”、“违反权利本旨说”、“超越界限说”和“超越目的或界限说”等。

同样，诉权作为诉讼法上的一种权利，其在本质上也属于权利的范畴。诉权宪法化的现代转型源于对人权的尊重与保障。即便如此，诉权的行使也不是绝对自由的。不难理解，宪法保障每个人平等地享有诉权，是指每个社会成员都能在合法的范围内享有或行使该项权利。对每个权利行使者而言，并不存在着“绝对的自由”的权利，其行使权利必须以尊重其他权利享有的权利为前提，并受到社会经济和文化发展的制约。因此，即便是属于宪法性权利，诉权依然是有界限的，依然存在着被滥用的可能，滥用诉权是一种主观上恶意，客观上通过利用诉讼的合法形式以达到其实现非法利益的为，显然该行为违背了诉权设立的本旨，是非正义的。一次对于滥用诉权的行为，需要运用法律对策加以规制。

我国《民事诉讼法》中虽然没有关于滥用诉讼权利的具体规定，但是《民法通则》第 106 条规定：“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。”在我国司法实践中，也有对滥用诉权者进行民事制裁的判例。

但是，是不是对所有的滥用诉权的行为都应该定性为诉讼欺诈呢？笔者认为，应当具体问题具体分析。具体案件中，如果原告没有伪造、变造重要证据或指使、贿买、胁迫他人作伪证，而只是无根据地将错列被告人，那么，其行为应当属于滥用诉权，如果他采用了伪造、变造重要证据或指使、贿买、胁迫他人作伪证等手段，将本来与案件毫无关联的主体卷入俗世之中，并且试图利用诉讼、利用法院的权威以获取自己的不法利益，则属于诉讼欺诈。诉讼欺诈与滥用诉权的本质区别在于，诉讼欺诈是一种主动的造假行为，并且诉讼双方之间往往不存在真正意义上的民事法律关系，而滥用诉权行为则不存在证据方面的伪造等情况，只是行为人无限地夸大了事实，并且没有严格按照法律规定行使诉权。两者都有可能引发赔偿之诉，但滥用诉权行为一般不构成犯罪，而诉讼欺诈行为情节严重的，则有可能构成犯罪。

四、诉讼欺诈行为的刑法处理

通过上述分析，我们知道诉讼欺诈使司法活动背离真实、公正的价值目标，损害了国家审判机关的信誉，同时也侵害了他人、集体或国家的合法权益，扰乱社会经济秩序，那么对于如此危害的行为该如何处理呢？目前我国法律对于诉讼欺诈的行为没有做出明确的规定，实践中也很少有司法机关追究在民事诉讼或行政诉讼领域中的诉讼欺诈行为的法律责任，从目前我国理论界来看，对诉讼欺诈行为定性分析的探讨的学者随人不多，但是观点相左，争议较大。主要存在以下几种代表性的观点：

第一种观点认为不应当构成犯罪，同时有的学者认为根据罪刑法定原则，在我国现行刑

法框架内只能按照无罪处理；第二种观点认为应当构成敲诈勒索罪；第三种观点认为应构成诈骗罪。持此观点的学者认为行为人以提起民事诉讼或行政诉讼为手段，提供虚假的陈述、提出虚伪的证据，使法院作出有利于自己的判决，从而获得财产的行为，成立诉讼欺诈，应该按照诈骗罪来追究行为者的刑事责任。他们认为，该行为虽然与普通的诈骗罪形式上不同，但是它符合诈骗罪中以骗的方法取得财的基本特征，法院作为国家的审判机关，具有以国家强制力为后盾的司法处置权；通过法院判决骗取财物，在实质上应等同于直接向财物的所有人、管理人骗取财物。第四种观点认为应该修改刑法，在刑法中设立独立的“诉讼欺诈罪”，以打击日趋严重的诉讼欺诈行为。^⑨但是反对者却认为，设立独立的诉讼欺诈罪看似从根本上解决了问题，但是实际上却制造了更大的问题。因为，社会纷繁复杂，如果出现一个问题，都需要修改刑法，设立独立罪名，那么刑法的刚性从何谈起，更何况长此以往将会使得刑法的罪名日益膨胀。在新设立的罪名中要不要对不同的诉讼欺诈行为作区别对待，行为人伪造证进行的诉讼欺诈与行为人隐瞒证据进行的诉讼欺诈是否应该作出区分？行为人在诉讼欺诈的过程中同时触犯其他犯罪的是否应该一同处理等。

综合以上学者们的见解，笔者认为，从目前来看，虽然刑法并没有明确规定诉讼欺诈罪，但是诉讼欺诈行为具有严重的社会危害性，应当予以定罪处罚，如果刑法对其姑息，将会对不法行为起到纵容的作用，不利于对合法者的权益的保护。

笔者不认为诉讼欺诈构成敲诈勒索罪。首先，从二者的行为模式可以看出，两罪的行为方式是不相同的。敲诈勒索罪的本质特征是行为人使用威胁或者要挟的方法使被害人产生恐惧从而交付财物的行为。其行为模式表现为：行为人采取威胁或要挟的手段——被害人产生恐惧——被害人基于恐惧交付财物——行为人取得财物。诉讼欺诈的行为人是借助司法强制力而达到其非法目的的其行为模式表现为：行为人伪造证据，编造虚假的法律关系——提起民事诉讼或行政诉讼。通过提起民事诉讼或行政诉讼的方式并不属于威胁或者要挟的手段，被骗人（法院）和被害人都没有因此而产生恐惧，处分和交付财物的原因也并不是基于恐惧的心理。其次，主观目的不尽相同。敲诈勒索罪是以非法占有他人财物为目的，而诉讼欺诈的目的范围更广包括一切非法目的。因此，诉讼欺诈不符合敲诈勒索罪的犯罪构成，不能以此罪定罪处罚。

同样对于诉讼欺诈不构成诈骗罪，因为诈骗罪的特征在于行为人以非法占有为目的，采用虚构事实、隐瞒真相的手段欺骗受害人，让被害人信以为真以致于仿佛“自愿”地交出财物，而诉讼欺诈行为中行为人没有直接欺骗受害人，行为人欺骗的是法院，他取得财物是法院强制执行的结果；此外，诉讼欺诈行为不仅侵犯了他人的财产所有权，而且妨碍了以司法公正为核心的司法机关的正常活动，这跟普通诈骗罪侵犯的客体具有单一性是不同的，因此诉讼欺诈行为不构成诈骗罪。

笔者同意第四种观点，即应该在刑法的《妨害司法罪》章节中，专门设立诉讼欺诈罪，以对诉讼欺诈的行为进行刑罚制裁。其理由主要表现如下：

首先，诉讼欺诈行为侵犯的客体不但侵害了公私财产所有权外，而且破坏了司法机关的正常活动。

犯罪客体属于犯罪质的范畴，其功能在于揭示犯罪的本质特征，是区分罪与非罪、此罪与彼罪的一个关键性因素。诉讼欺诈既侵犯了公私财产所有权，又侵犯了司法机关的正常活动，损害了司法权威，因此诉讼欺诈侵犯的是复杂客体。那么这两个客体孰为主次就成为诉讼欺诈行为定性的关键。

我们知道司法的目的是要解决纠纷，这一目的的实现有赖于司法权威的确立。司法丧失了权威，则丧失了公民心目中的威信，其所作出的裁判的结果不易于被公民所接受和承认，不仅不利于已然纠纷的解决，更会影响未然纠纷的解决。笔者认为，在建设法治国家的社会

大环境中，司法机关的正常活动之重要性远大于公私财产所有权。这是因为，建设社会主义法治国家已成为当前我国政府和民众的共识，而树立和维护司法权威是实施依法治国方略的重要前提和中心环节。诉讼欺诈行为采取了伪造民事证据，编造虚假的民事法律关系，提起民事诉讼或行政诉讼，严重的侵犯了司法机关的正常活动，浪费了诉讼资源，对国家正常的司法活动造成了严重的影，行为人的欺诈行为一旦得逞，便会造成案件实体不公正，如果裁判不公正，被害人势必不服从裁判，对法院失去信心，甚至会以破坏性的方式积极地抵抗法律的权威。这种对法律的抵触情绪还会通过当事人的亲友扩散到社会上，毒化公众对司法的信任。

因此，本文认为，将司法机关的正常活动列为诉讼欺诈所侵犯的客体的首要内容，从刑法的整体结构出发，对诉讼欺诈的配置应当同妨害司法罪这一节的整体法定刑相协调。才能适应社会现实的需要，才能够更好的体现出对犯罪的打击和对合法权益人的有效保护。

其次，诉讼欺诈的客观方面是行为人伪造证据、并向人民法院提起了民事诉讼或行政诉讼。

如前所述，行为人必须以伪造、变造证据或串通证人，在自己取得了相对于合法权益者的所谓优势地位的情况下，而向人民法院提起了民事诉讼或行政诉讼，希望蒙骗法院，利用法院的权威，利用司法权强制性中的错误，以实现自己的不法利益。应该说在该罪的构成中，伪造证据与提起诉讼是两个不可或缺的环节。如果行为人即使伪造了证据，但没有向人民法院提起诉讼，就不能构成本罪，这只能按照相关法律所规定的关于伪证或妨害作证等相关法律所确定的后果承担责任；同样行为人根据自己的想法起诉，即使诉讼不当，诉讼请求不能够被法院支持，只要不能认定行为人伪造证据，也不能够按照诉讼欺诈罪对其进行定罪量刑。

再次，诉讼欺诈的主体与诉讼的发起和进行密切相关。

根据我国刑法的规定，对于构成诉讼欺诈主体是一般主体，是是年满 16 周岁以上的自然人或单位。对于单位犯罪的，应该按照我国对单位犯罪的处罚规定，对其采用双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。考虑到诉讼欺诈罪的具体情况，参与伪造证据的原告、原告诉讼代理人、法定代理人、法定代表人以及参与恶意串通的证人、鉴定人等相关人员是本罪主要的构成主体，也是刑法设立本罪的打击重点。

另外，将诉讼欺诈定都定罪并且将其设置在妨害司法罪系统中也符合某些国家的立法例。

绝大多数国家的刑法对诉讼欺诈都未做明文规定，就目前已对诉讼欺诈作出规定的意大利就将诉讼欺诈定性为妨害司法罪。意大利刑法第 374 条规定：“在民事诉讼或行政诉讼或行政诉讼中，以欺骗正在进行调查或司法实验的法官为目的，有意改变有关地点、物品或人身的状况的，或者鉴定人在进行鉴定时做出上述改变的，如果行为不被特别的法律条款规定为犯罪，处 6 个月至 3 年有期徒刑。”该条所规定的罪名是“诉讼欺诈”，是“侵犯司法管理罪”之一种。应该说，意大利将诉讼欺诈作为妨害司法罪来处理是在综合考量了诉讼欺诈行为的特点、所侵害的法益以及刑法典体系的科学性和协调性等诸因素后做出的抉择，其立法经验值得我们借鉴。

注释：

①郑美霞：《浅析诉讼欺诈及司法对策》，《检察实践》，2004 年第 5 期，第 34 页。

②方福建：《论诉讼欺诈行为的法律责任》，《河北法学》，2002 年第 6 期，第 42 页。

③张卫兵：《论诉讼欺诈之刑法调整》，《国家检察官学院学报》，2004 年第 5 期，第 25 页。

作者单位：安徽峭正律师事务所

我国关于违反法律民事行为的效力 相关问题探析

丁召群

【内容摘要】违反法律的民事行为效力问题在实务界和理论界一直存在争议。本文从实务界和理论界对违反法律的民事行为的效力的不同观点和做法出发，并借鉴其他国家关于这一问题的规定，从而对违反法律的民事行为的效力做了分层分析。违反法律的民事行为应当从法律规定以及具体的利益衡量的角度出发，关注国家利益、个人利益，并维护民法最基本的法律原则，并在此基础上判断行为的效力有无。

【关键词】民事行为 法律效力 合同 规范

关于违反法律民事行为的效力问题一直是司法实务和理论界关注的热点，笔者结合实务界和理论界的观点，对相关问题做一探析：

一、我国法律的态度与司法机关的态度

（一）我国法律关于违反法律的民事行为的效力的规定经历过一定的变化：

最早规定法律行为无效的是1981年制定的《经济合同法》，该法第7条规定：“下列经济合同为无效：1、违反法律和行政法规的合同；2、采取欺诈、胁迫等手段所签订的合同；3、代理人超越代理权限签订的合同或以被代理人的名义同自己或者同自己所代理的其他人签订的合同；4、违反国家利益或社会公共利益的经济合同。无效的经济合同，从订立的时候起，就没有法律约束力。确认经济合同部分无效的，如果不影响其余部分的效力，其余部分仍然有效。经济合同的无效，由人民法院或者仲裁机构确认。违反法律和行政法规的合同无效。”随后制定的涉外经济合同法、技术合同法、继承法、担保法以及商事法律等都对无效民事行为做了规定，如《涉外经济合同法》第9条规定：“违反中华人民共和国法律或者社会公共利益的合同无效。”《技术合同法》第2条规定：“违反法律法规或者损害国家利益社会公共利益的技术合同无效。”

我国1986年颁布的《民法通则》第58条规定：“下列民事行为无效：（一）无民事行为能力人实施的；（二）限制民事行为能力人依法不能独立实施的；（三）一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；（五）违反法律或者社会公共利益的；（六）经济合同违反国家指令性计划的；（七）以合法形式掩盖非法目的的。无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。违反法律或社会公共利益的法律行为无效。”

1999年颁布的《合同法》第52条规定有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。另外，第53条规定了两种免责条款无效，第40条规定了某些格式条款无效等。

在2002年12月全国人大法工委提出的《民法（草案）》第67条关于无效法律行为的规定，基本上沿用了《民法通则》第58条的规定，所作的变动主要表现在三个方面：一是在“违反

法律规定”上加了“强制性”的限制词；二是在“使对方在违背真实意思的情况下所为的”行为中去除了“乘人之危”；同时加上了“并损害国家利益”的限制词；三是去除了“经济合同违反国家指令性计划”的情形。

从以上的法律规定中可以看出，我国最初的法律规定如民法通则将违反任何法律的法律行为一律规定为无效。而随着我国社会主义市场经济体制的建立，人们逐渐认识到对日益复杂多样、不断变化的合同关系，不应采取简单地无效制度对其进行判断和处理。对违反法律规定合同的无效确认，往往会妨碍市场经济关系的形成和发展。双方当事人签订的合同，如果在没有违反国家法律禁止性规定且不损害他人利益的情况下被判定为无效，这是对合同双方当事人意志的公然干预，不符合现代民法所倡导的意思自治的基本准则，未能体现对合同当事人意志的尊重，会产生很大的负面影响。因此，1999年的《合同法》在合同无效制度方面作了重大变革。《合同法》第52条规定第五项：“违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效”，这明确表明只有违反了法律和行政法规强制性规定，才会导致合同无效；而对法律和行政法规任意性规定的违反则属于当事人意思自治的范畴，不会导致合同无效，这大大缩小了无效合同的范围，增加了当事人意思自治的空间。

（二）我国司法机关关于违反法律的民事行为的效力的态度

最高人民法院在1993年5月6日发布的《全国经济审判工作座谈会纪要》中明确要求进一步增强合同观念。强调“在市场经济中，合同的纽带作用更加重要，人民法院在审理合同纠纷案件时，要尊重当事人的意思表示。当事人在合同中的约定只要不违反法律的规定，不损害国家利益和社会公共利益，对当事人各方即具有约束力，人民法院应根据合同的约定判定当事人各方的权利义务。合同约定仅一般违反行政管理性规定的，例如一般地超范围经营、违反经营方式等，而不是违反专营、专卖及法律禁止性规定，合同标的物也不属于限制流通的物品的，可按照违反有关行政管理规定进行处理，而不因此确认合同无效。对当事人意思表示不真实，或者有重大误解、显失公平以及代理人有超越代理权等行为的，只有当事人提出，人民法院才进行审查，并确认合同是否有效或应否予以撤销。”

1999年，最高人民法院《关于适用〈合同法〉若干问题的解释（一）》第4条规定：“人民法院确认合同无效，应当以全国人大及常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据”

2007年，最高法院副院长奚晓明在全国民商事审判工作会议上的讲话时强调：“关于合同无效的认定问题。鼓励交易是合同法的重要精神，要谨慎地认定合同无效，人民法院审理合同纠纷案件不应产生阻碍合法交易的后果。首先，人民法院只能依据全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规认定合同无效，而不能直接援引地方性法规和行政规章作为判断合同无效的依据。如果违反地方性法规或者行政规章将导致损害社会公共利益，则可以根据合同法第52条第（4）项的规定，以损害公共利益为由确认合同无效。其次，只有违反法律和行政法规的强制性规定才能确认合同无效。而强制性规定又包括管理性规范和效力性规范。管理性规范是指法律及行政法规未明确规定违反此类规范将导致合同无效的规范。此类规范旨在管理和处罚违反规定的行为，但并不否认该行为在民商法上的效力。例如《商业银行法》第39条即属于管理性的强制规范。效力性规范是指法律及行政法规明确规定违反该类规定将导致合同无效的规范，或者虽明确规定违反之后将导致合同无效，但若使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益的规范。此类规范不仅旨在处罚违反之行为，而且意在否定其在民商法上的效力。因此，只有违反了效力性的强制规范的，才应当认定合同无效。最后，物权法第15条确定了原因行为和物权变动的区分原则。该原则强调合同等原因行为的效力应受合同法的调整，物权的设立、变更、转让和消灭等物权变动则受物权法的规制，原因行为的效力不受物权变动要件的影响。该原则对于保护交易安全具有重要作用，虽然主要

规定在不动产物权方面，但除非法律另有规定，该原则同样体现在其他物权变动方面。”

2009年，最高人民法院《关于适用〈合同法〉若干问题的解释(二)》第9条规定：提供格式条款的一方当事人违反合同法第39条第1款关于提示和说明义务的规定，导致对方没有注意免除或者限制其责任的条款，对方当事人申请撤销该格式条款的，人民法院应当支持。第10条规定：提供格式条款的一方当事人违反合同法第39条第4款的规定，并具有合同法第40条规定的情形之一的，人民法院应当认定该格式条款无效。第14条规定：合同法第52条第(五)项规定的“强制性规定”，是指效力性强制性规定。

从上面的内容中可以看出，在司法实务界，对违反法律的民事行为的无效从严格的遵从法律的规定即一切违反法律的行为无效到对无效民事行为的范围作了限缩规定的转变，从1993年座谈会纪要强调尊重合同当事人的自由意志、区分行政管理性行为与行政禁止行为对合同效力的影响到1999年合同法解释(一)规定只有违反法律、行政法规的民事行为才为无效，再到2007年最高法院领导讲话、以及2009年合同法解释(二)的出台明确只有违反法律、行政法规的效力性强制性规定的民事合同才认定为无效，司法机关逐渐的缩小了民事行为无效的范围，表明了尽量使已依法成立的合同归于有效的立场。

但无论从立法和司法界，对违反法律行为的效力认定的变化与本国的国情具有密切的关联。解放初期，我国实行的计划经济，从生产资料到生活资料，基本都是国家统一计划调配的，契约自由、意思自治根本得不到反映，因此可以说，《民法通则》的上述规定是我国计划经济体制下的产物。

随着我国社会主义市场经济的施行，经济生活中的任意性规范日益多了起来。它们赋予交易当事人足够的意思自治，允许当事人在法律规定的范围内自由做出约定和选择。而强制性规范作为法律要求强制实施、不允许当事人通过约定排除适用的规定，在法律条文中往往是用“禁止”、“不得”、“必须”、或“应当”等词语来表述的。1999年的《合同法》就是看到了我国经济生活中的上述变化而对原有法律进行的修正，不仅大大降低了无效合同额比率，促进了交易的增长，稳定了我国的社会经济秩序，而且从世界范围的法律发展趋势来看，也是一个极大的进步。

二、我国民法学界关于违反法律行为效力的观点述评

在某种程度上，我国的法学界可能存在着一个一发现违反法律就不假思索地进行处罚的情感上的偏见。传统学说认为违反强制性规定的法律行为都是无效的。^①但该结论是如何得来的，却鲜有论证，它被当成一个当然的结论接受着，或者被当成棘手难题回避了。尽管如此，在现实中，它还是被当成一个正确的结论一届届传播着。

在法学界，已开始有人向传统见解和做法发出了不同的声音。有学者认为，我国大陆，从现实效用来讲，《民法通则》对民事行为无效的确认，未能体现出对民事活动参与各方意志的充分尊重，立法武断地判定民事行为无效，不利于鼓励交易，促进经济发展。^②从根本上说，对违法行为进行法律例外规定的意义，主要是对公法的控制，因为一旦机械地认定违反公法的行为皆归无效，则会不断膨胀公法势力，置私法于极不安定之境地。^③

解亘先生就对“违反=无效”的通行见解提出了强烈的质疑；^④应秀良先生指出：应对强制性规定进一步区分以决定是否应判无效；^⑤刘景一先生也提出：对于违反非强制性规定的一般行政管理规定的合同，一般并不必然无效。^⑥也有学者开始关注甚至改变了以前的成见，如：张俊浩教授在修订第三版的《民法学原理》中指出了合同违法与无效的之间的距离，指出了二者关系的复杂性，采取将广义上的“强制性规定”区分为“强制性规定”和“禁止性规定”，并进一步将“禁止性规定”区分为“取缔性规定”和“狭义禁止性规定”的方法，认为：只有对强制性规定和狭义禁止性规定的违反，才可导致合同无效。^⑦这个结论至少已抛弃了违法

即应导致无效的成见；王利明教授在“关于无效合同确认的若干问题”一文中指出了要对被违反的强制性规定进行区分，以决定是否判合同无效。

王利明教授将强制性规范分为取缔规范和效力规范，认为只有违反法律中效力性规定的法律行为才无效。^⑨王利民教授认为，一般的合同无效都是因为违反了法律的强制性规定或公序良俗，但某些特殊的合同尽管具有违法性，但只是涉及特定第三人的利益。如果这种合同都认定为绝对的当然的无效，即允许任何第三人主张合同无效未必妥当。因为一方面，此种合同是否损害第三人利益，只有第三人知道，其他人未必了解，而允许其他人越俎代庖，未必符合第三人的利益和意志。因此，应区分合同的绝对无效和相对无效。违法从广义上说包括了违反效力性和取缔性规范的行为，但无效一般只限于违反效力性规范的行为，只有部分违反取缔性规范的行为才有可能成为无效的合同。^⑩王利明教授建议，无效合同的确认必须具备如下条件：1、必须违反了全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规，才能直接导致合同无效。2、必须是违反了法律和行政法规的强行性规定。3、必须是违反了强行性规定中的效力性规定。^⑪

有学者认为，对于违反强制性规定之行为，并不是先验地判定其所违反的是效力规定或取缔规定，而是在应当否定行为效力时将违反的法规称为效力法规，在应当肯定行为效力时则称其为取缔法规。效力法规和取缔法规不过是事后说明行为有效、无效原因的概念工具而已。^⑫

但也有学者认为，违反效力性规定的判断涉及价值判断问题，但违反其他规定也涉及价值判断问题，因为法律本身就内涵有价值判断的因素，无论违反何种性质的法律，只要涉及合法性判断，就必不可少要进行价值上的判断。因此，对于违反强制性规范的法律行为的效力判断，应考虑综合因素加以判断，而不是仅仅依赖于所违反的强制性规范的种类加以判断。

(12)

我国民法学界也有学者认为强行法分为“行为规范”和“赋权规范”，法律行为不得违反的规范不应包括法律行为制度本身的效力性规范，特别是民法关于可撤销行为、效力未定行为之规范，否则，必然导致对法律行为效力规则的部分否定，并破坏法律制度之间的和谐。^⑬学者孙鹏也认同民法中大部分强制性规定为“赋权规范”之结论，此等“赋权规范”不能包括在《合同法》第52条第5项所谓的强制性规定中。这样，即便在“赋权规范”外还存在其他强制性民法规范，在对违反这些规范的行为进行效力评价时，通常也不会陷入复杂的利益衡量境地。与此相反，违反公法上的强制性规定时，不仅公法不会规定行为之效力，而且在具体判定其效力时还要在公法所保护的利益与私法自治之间艰难地进行利益衡量。因此《合同法》第52条第5项所谓的强制性规定应限定为公法上的强制性规定。^⑭这些学者的观点主要借鉴了德国立法的经验和学说。

有的学者认为《合同法》规定的“违反法律、行政法规强制性规定”是指违反法律、行政法规中的民事法律规范内的强制性规定，而且只有违反了强制性规定中的效力规定的合同，才能认定为无效。^⑮另有学者认为，违反法律、行政法规的强制性规定之法律行为或合同，原则上应为无效。但容有例外，即法律、法规依其意旨，并不以为无效的，并不影响该行为的效力。^⑯

有的学者则着重从立法技术的角度来看待这个问题，提出了“原则+例外”的立法模式以及“取缔规定、效力规定及脱法行为”的立法模式。^⑰这种观点是在借鉴德、意等国家的相关立法模式的基础上提出的，旨在通过立法的技术性规定来化解理论上的难题。

有学者指出，对于无效合同的认定，宜采用广义上的解释，认为违反法的行为所产生的合同，涵盖了内容违反法律基本原则、有违公序良俗及其他一系列违法行为。^⑱也有学者认为对无效合同的认定宜采用狭义上的解释，即在违法行为效力的认定上从民法的私法本质出发，界定违反之法律是指法律、行政法规中的效力性规定。^⑲并指出现代民法在对行为违法性进行审查的时候，应从对行为标的审查扩大到对包括动机在内的法律行为整体的审查。^⑳

综上,笔者认为,从目前的研究现状来看,还不是令人十分满意,主要表现在:一方面,将研究的领域主要局限于合同法等债法领域,而忽视了对其他一些民事部门法中的内容违法的民事行为之效力的研究,如物权法、人身权法、亲属法领域;另一方面,在介绍、引进国外的一些相关理论学说的同时,忽略了我国自身的实际情况,使得理论研究与现实需要之间出现了脱节,如有众多学者主张我国应像德国那样,将民法中的强制性规范划分为取缔规定和效力规定,以此来区分违反不同类型的强制性规定的民事行为将会具有何种效力、产生何种后果。作为理论研究来说,这种区分未尝不可,但是在具体的操作中并不十分切合实际,这主要是因为取缔规定与效力规定之间的区分标准还很模糊,两者的内涵与外延也不是十分清楚明朗,在没有弄清楚什么是取缔规定与效力规定的准确内涵之前,就借此来作为内容违法的民事行为之效力的认定标准,则未免过于武断。

三、结论

笔者认为,无论是大陆法系国家还是英美法系国家对待违法民事行为的态度大多是采取弹性的评价方法,即一方面原则上确认其无效,另一方面又以但书确认其在法律适用上的例外。这种评价方法与我国采取的“违法即等于无效”硬性评价方法相比,主要有以下几个优点:无效合同的比例较小,更大地鼓励了交易;有利于使得私法自治精神和国家对社会、经济进行的种种干预得到最佳的调和;有利于保护当事人利益,有利于提高交易效率和减少社会成本,总的来说,符合市场经济的运行规律。从我国纵向之立法与司法实践比较,国家强制对私法自治之干预大为减弱。但横向比较看,我国现行立法与司法对私权行为之控制仍过于严厉,在实践中也产生不少问题。对我国无效法律行为制度之走向,法律强制对民事法律行为的影响有必要在理论、制度与实践展开更深入的探讨。笔者认为,我国应当对违反行为效力的弹性评价方法加以借鉴,总的方法应当是借鉴各国的优点。在此基础上进行切合实际的价值定位,即生产力的发展呼唤契约自由和私法自治,市场经济和商品经济客观上需要个人经济活动的自由。历史告诉我们,凡是民商事活动比较自由的,社会经济发展一般就比较好,而限制私人经济活动则会引起经济的衰退。从人的解放和个体自由的角度看,国家也不应对私事过多的干预。但从另一方面,自由从来都是相对的,必然有一个度的问题。个人是自私的,个人利益的最大化往往侵害公共利益,客观上需要国家干预。其次,民事活动也可能损害特定的当事人或第三人的利益,国家也有义务为其提供法律保护。总体上说,法律对涉及公共利益和特定之私利益之保护时,乃有强制规范之必要。在此前提下,则应最大限度保证契约自由和私法自治。综合上述,建议若法律已经对某类具体违法民事行为的效力问题进行评价,并直接规定无效的,应判令无效。对其他违反行为应着重分析对公共利益和特定相对人和第三人的损害程度以及当事人的主观过错情况,并结合其他因素决定该行为是否有效。总体的趋势应当是尽量作出有效认定,以提高民事活动效率,维护私法自治。由于民事活动及其对公共利益和私人利益影响的复杂性以及法律的本身的滞后性和不周延性,立法要提供一个一劳永逸的效力评判标准几乎是不可能的。但在确定违法民事行为效力的大体标准时,应作概括规定以供法官具体问题具体分析。

注释:

①王利明、崔建远:《合同法新论总则》,中国政法大学出版社1996年版,第244-246页;江平主编:《中华人民共和国合同法精解》,中国政法大学出版社1999年3月第一版,第43页;王家福主编:《民法债权》,法律出版社1991年版;王利明著。

②解亘:《论违反强制性规定契约之效力——来自日本法的启示》,载《中外法学》2003年第1期。

- ③董安生：《民事法律行为》，中国人民大学出版社 2002 年版。
- ④解亘：《论违反强制性规定契约之效力——来自日本法的启示》，载《中外法学》2003 年第 1 期。
- ⑤应秀良：《违反行政法强制性规定的合同效力探讨——以《房地产管理法》为研究对象》，引自中国民商法律网。
- ⑥刘景一：《合同法新论》，法律出版社 1998 年 8 月第 1 版，第 194 页。
- ⑦张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社，2000 年 10 月修订第三版，第 253、254 页。
- ⑧王利明：《合同法新问题研究》，中国社会科学出版社 2003 年版。
- ⑨王利明：《关于无效合同确认的若干问题》，《法制与社会发展》2002 年第 5 期。
- ⑩王利明：《关于无效合同确认的若干问题》，《法制与社会发展》2002 年第 5 期。
- ⑪苏号朋主编：《美国商法——制度、判例与问题》，法律出版社 2000 年版，第 87 - 90 页。
- ⑫参见胡吕银：《法律行为内容合法要件研究》，载《扬州大学学报(人文社会科学版)》2003 年 5 月第 7 卷第 3 期。
- ⑬参见董安生：《民事法律行为——合同、遗嘱和婚姻行为的一般规则》，中国人民大学出版社 1994 年版，第 212 页。
- ⑭孙鹏：《论违反强制性规定性行为之效力——兼析〈中华人民共和国合同法〉第 52 条第 5 项的理解与适用》，载《法商研究》，2006 年第 5 期。
- ⑮武钦殿：《合同效力的研究与确认》，吉林人民出版社 2001 年版。
- ⑯张 谷：《略论合同行为的效力——兼评〈合同法〉第三章》，载《中外法学》2000 第 2 期。
- ⑰贾陈亮：《内容违法的民事行为的效力研究》，载《广西政法管理干部学院学报》2007 年第 3 期。
- ⑱王利明，崔建远：《合同法新论·总论》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 244—247 页。
- ⑲柳经纬：《民法》，厦门大学出版社 2003 年版，第 166 — 167 页。
- ⑳龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社 2002 年版，第 466—468 页。

作者单位：安徽长城律师事务所

浅析违反强制性规定的合同效力

——以最高院出台的几个司法解释为视角

祁增东

【内容摘要】合同自由原则是合同法乃至民法的一项重要的基本原则。但是，在司法实践中，这种自由亦受到“违反法律、行政法规的强制性规定”而合同无效的限制。本文试图从最高人民法院几个司法解释入手，浅析合同自由原则的运用和限制，在实践中如何得以充分运用。

【关键词】合同 效力 运用

合同自由原则是合同法乃至民法的一项重要的基本原则，是合同法区别于其他民事法律制度的一个重要特征。合同自由原则是私法自治精神最集中和最重要的体现，是普通民众得以过自己的生活而不受外界公共权力干预的基本保证，也是充分发挥个人自主性和创造性，从而促进经济发展和整个社会发展的基本条件。但任何自由都不是绝对的，都是有限制的。绝对的自由只能带来绝对的市民混乱和国家的无政府主义，合同自由当然也不例外，因而法律规定“违反法律、行政法规的强制性规定”的合同无效。

一、最高法院发[2009]40号中“正确适用强制性规定，稳妥认定民商事合同效力”及其积极意义

最高法院发[2009]40号《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》规定：人民法院应当注意根据《合同法解释（二）》第14条之规定，注意区分效力性强制规定和管理性强制规定。违反效力性强制规定的，人民法院应当认定合同无效；违反管理性强制规定的，人民法院应当根据具体情形认定其效力。人民法院应当综合法律法规的意旨，权衡相互冲突的权益，诸如权益的种类、交易安全以及其所规制的对象等，综合认定强制性规定的类型。如果强制性规范规制的是合同行为本身即只要该合同行为发生即绝对地损害国家利益或者社会公共利益的，人民法院应当认定合同无效。如果强制性规定规制的是当事人的“市场准入”资格而非某种类型的合同行为，或者规制的是某种合同的履行行为而非某类合同行为，人民法院对于此类合同效力的认定，应当慎重把握，必要时应当征求相关立法部门的意见或者请示上级人民法院。

该解释一方面填补了合同法司法解释（二）第14条“合同法第52条第（5）项规定的‘强制性规定’，是指效力性强制性规定”所形成的法律漏洞，另一方面也为在司法实践中判断违反强制性规定的合同是否无效提供了思维和操作方法，即综合法律法规的意旨，权衡相互冲突的权益，诸如权益的种类、交易安全以及其所规制的对象等，综合认定强制性规定的类型。

二、强制性规定对合同效力影响的前提及如何判断违反强制性规定的合同是否无效

（一）前提：

从公权力和私权利的发展史来看，也是先有人民的私权利，然后才有建立在私权利之上的公共权力的出现，这是因为私权利有需要公共权力保护的必要。在这个意义上，这种次序

决定了私权利是第一位的是根本的，公共权力上为了更好地实现私权利而存在的。因而对合同自由的限制必须有充足的理由，必须要有优先于私法上自由的更重要价值，他们既可能是公法上的价值，也可能是来自私法自身的价值，这是构成强制性规定对合同效力影响的原则性前提。

（二）判断方法：

通过对具体法律法规进行法律解释来探寻具体法律法规中强制性规定的真正禁止目的，从有利于保护私法自治的角度，权衡强制性规定所保护的权益的价值与合同自由的价值，确定到底是合同自由等基于合同的价值更值得保护，还是强制性规定背后的规范保护利益更值得保护，从而判断违反强制性规定的合同是否无效。

三、对最高院出台的一些司法解释涉及违反强制性规定的合同效力内容的浅见

（一）最高院合同法司法解释一第4条规定：合同法实施以后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。

该规定是对合同法第50条第5项的字面解释，该解释的初衷是正确的，符合当时的国情和司法实践。但是，随着法官水平及人民对法律认识的不断提高，这种一刀切的做法值得怀疑。强制性规定对合同效力的影响不纯粹在于法律位阶，而在于规范的性质。对一些部门规章或者地方性法规等，有时是不能忽略其强制性调整功能，不能简单地以法律位阶低为由而否认其强制性，否认其对合同效力的影响。如中国人民银行于1996年9月25日发布的《境内机构对外担保管理办法》规定了某些对外担保无效，虽然他属于行政规章，但还应以此规定判定违反其规定的对外担保合同无效。理由是，不符合规定的对外担保将外债风险转移给国内金融机构和企业，加大了我国的筹措资本和风险，直接或间接地形成了债务，损害了国家利益。此规范背后保护的国家利益的价值是高于合同自由的价值，如果签订了违反该规定的对外担保合同，则侵犯了该规范所保护的国家利益，应认定无效。

笔者认为只要广义上具有法律的规范目的所保护的利益比合同自由等利益更值得保护，更具有优先性，就能构成对合同自由的限制。

（二）最高院合同法司法解释一第9条规定：依照合同法第44条第2款的规定，法律、行政法规规定合同应当办理批准手续，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；法律、行政法规规定合同应当办理登记手续，但未规定登记后生效的，当事人未办理登记手续不影响合同的效力，合同标的物所有权及其他物权不能转移。

该规定未正确区分物权公示与合同效力的关系。物权公示除了物权上的权利彰显外，还包括所有其他领域的将某种权利或事实状况向社会或者特定的人群公布。物权公示发生物权法上的效力，对合同债的效力关系不发生直接影响。《城市房地产管理法》第38条第6款规定未依法登记领取权属证书的房地产不得转让。该规定只是一般的管理性强制规范，违反该规范并不导致该合同无效。这一点在现在的司法实践中也得到了认可。如某人继承了父母的一套房屋，还未去办理房屋产权变更登记，这时他与第三人签订的房屋买卖合同，该房屋买卖合同应是有效的，并不因为该房屋没有依法登记领取权属证书而归于无效。再例如某人从开发商处买了一套房子，签订了房屋买卖合同，但还要月才能办理房屋产权登记，现他又和第三人签订了一份买卖协议，该协议也应有效的。

（三）最高院审理商品房买卖合同纠纷案件司法解释第2条规定：出卖人未取得商品房预售许可证明，与买受人订立的商品房预售合同，应当认定无效，但是在起诉前取得商品房预售许可证明的，可以认定有效。

《城市房地产管理法》第 45 条规定商品房预售应当符合下列条件：已交付全部土地使用权出让金，取得土地使用权证书；持有建设工程规划许可证；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百分之二十五以上，并已经确定施工进度和竣工交付日期；向县级以上人民政府房产管理部门办理预售登记，取得商品房预售许可证明。

该规定背后的规范保护利益是政府的行政管理和经济利益，并且上对房地产开发商单方的强行性规定，违反该规定完全可以通过行政处罚来解决，由县级以上人民政府房产管理部门责令其停止预售活动，没收违法所得，同时可以并处罚款。而不必否定商品房预售合同的效力，这也符合最高院法发〔2009〕40 号《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》的精神。

（四）最高院审理建设工程施工合同纠纷案件司法解释第 1 条规定：建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第 52 条第（5）项的规定认定无效：承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；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；建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

该规定第 1、2 款是对建筑资质的要求，而资质要求是属于强行性规定。在一定程度上建筑安全角度对建筑者市场准入的行政要求。有学者认为建筑法有“责令停止违法行为”、“处以罚款”、“违法所得，予以没收”等处罚措施，即使没有私法上的后果制裁，其管理手段也足以达到规范目的实现的效果，并不一定要以合同无效作为处罚。

然而笔者不认同这种观点，建筑者资质要求在形式上是对建筑施工的准入要求，实质上是对建筑安全的要求，保护的是不特定的多数人的生命健康及财产安全，它的价值明显要高于合同自由的价值，违反该资质要求的合同应该认定为无效合同。

而该规定的第 3 条所保护的是建筑工程承包的程序要符合法律规定，招标是政府对建筑工程承包的一种行政管理。招标是对建筑企业的资质等进行着综合审查，虽然也关系到建筑安全，但不是直接影响建筑安全，合同是否无效应根据具体情况来判定。若建筑者资质符合法定要求，其他方面也符合规定，只是未进行招标或中标无效，最好不要轻易认定该合同是无效合同。

作者单位：安徽夏商周律师事务所

浅谈商品房买卖合同履行中交房办证的违约责任

池皖白

【内容摘要】在商品房买卖合同履行过程中，房屋须经验收合格并取得《房屋建筑工程和市政基础设施工程竣工验收备案表》后方可交付买受人使用和完成初始登记是出卖方的法定义务，出卖方逾期交房和办证构成实物交付和权利交付违约，应当依法承担双重违约责任。

【关键词】交房办证 违约责任

在商品房买卖合同履行过程中，出卖方逾期交房办证的违约情况较为普遍存在，广大购房者因分散，维权意识淡薄，对违约责任认识不清，诉讼程序烦琐等因素，较少通过法律途径主张自身权利，合法权益得不到维护。因此，正确认识出卖方逾期交房办证的违约责任对广大购房户维护权利具有重要意义。

一、商品房竣工验收和初始登记方面的法律规定

交房办证的违约责任涉及到商品房竣工验收和完成初始登记两个方面，交房办证是商品房买卖合同履行过程两个中心环节，其法律规范散见于各位阶的法律、法规、规章和政府规范性文件，主要规定有：《城市房地产管理法》第 27 条第 2 款规定：房地产开发项目竣工，经验收合格后，方可交付使用。《建筑法》第 61 条规定：交付竣工验收的建筑工程，必须符合规定的建筑工程质量标准，有完整的工程技术经济资料 and 经签署的工程保修书，并具备国家规定的其他竣工条件。建筑工程竣工经验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。《消防法》第 10 条第 3 款规定：按照国家工程建设消防技术标准进行消防设计的建筑工程竣工时，必须经公安消防机构进行消防验收；未经验收或者验收不合格的，不得投入使用。国务院《城市房地产开发经营管理条例》第 17 条规定：“房地产开发项目竣工，经验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用”。“房地产开发项目竣工后，房地产开发企业应当向项目所在地的县级以上地方人民政府房地产开发主管部门提出竣工验收申请。房地产开发主管部门应当自收到竣工验收申请之日起 30 日内，对涉及公共安全的内容，组织工程质量监督、规划、消防、人防等有关部门或者单位进行验收”。第 33 条规定：“预售商品房的购买人应当自商品房交付使用之日起 90 日内，办理土地使用权变更和房屋所有权登记手续；现售商品房的购买人应当自销售合同签订之日起 90 日内，办理土地使用权变更和房屋所有权登记手续。房地产开发企业应当协助商品房购买人办理土地使用权变更和房屋所有权登记手续，并提供必要的证明文件”。建设部《商品房销售管理办法》第 30 条规定：“房地产开发企业应当按照合同约定，将符合交付使用条件的商品房按期交付给买受人。未能按期交付的，房地产开发企业应当承担违约责任”。第 40 条规定：“房地产开发企业将未组织竣工验收、验收不合格或者对不合格按合格验收的商品房擅自交付使用的，按照《建设工程质量管理条例》的规定处罚”。（《建设工程质量管理条例》第 58 条规定，建设单位将未组织商品房擅自交付使用的；责令改正，处工程合同价款百分之二以上百分之四竣工验收的以下的罚款；造成损失的，依法承担赔偿责任）。马鞍山市政府马政（2006）8 号文

件：《关于进一步加强我市物业管理工作的意见》第五条规定：“实行新建住宅交付使用核准制度，新建住宅项目竣工后，开发建设单位应当组织竣工验收，办理竣工验收备案手续，并经各专业管理部门、配套单位核验确认。市房地产局对验收核验确认情况进行登记，对全部办讫的，出具新建住宅符合交付使用条件证明书，没有新建住宅符合交付使用条件证明书的，房产登记机构不予办理商品房所有权初始登记手续，公安部门不予办理入户手续，房地产开发项目资本金不得退还。开发建设单位取得新建住宅符合交付使用条件证明书后方可通知业主办理入住手续，办理手续交付使用手续当月及此前的物业管理费由开发建设单位承担，业主应当从交付使用次月起支付物业管理费”。此外，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》是处理交房办证违约责任案件的重要依据。

上述规定包括三个方面重要内容：一是商品房竣工验收合格后才能交付使用。二是商品房的质量关系到公共安全、社会利益，对质量有严格的要求，因此强调竣工验收的行政管理。三是开发建设单位对商品房竣工验收和所有权初始登记负有法定责任。

商品房竣工验收有两个层次，一是建筑法意义上的竣工验收，主要规范建设单位与施工、监理、设计单位之间的验收关系，在工程施工完毕后，建设单位应组织设计单位、施工单位、监理单位进行竣工验收，称为初验。二是房地产开发的行政主管部门的综合验收，是房地产开发质量的国家检验。根据法律规定，房地产开发工程完工后，质量监管机构应组织规划、消防、人防、环保、技术监督等部门进行综合验收，验收后应办理竣工验收备案登记，如果没有通过综合验收，则不予登记备案。如前所述，新建住宅交付前应当组织竣工验收，办理竣工验收备案手续是法定的交房条件。而工程施工完毕后，建设单位组织设计单位、施工单位、监理单位进行验收的初验不能视为具备法定的交房条件。房地产主管部门和合同主管部门审定的商品房买卖合同范本第8条“交付期限”中第1项必备条文是“该商品房经验收合格，并取得《房屋建筑工程和市政基础设施工程竣工验收备案表》后，交付买受人使用”。这既是合同中规范性条款，也是出卖人的法定责任，在第1项之后，双方可以约定增加其他条款，但是不能规避第1项的法定责任。

二、关于实物交付和权利交付违约的民事责任问题

现在通常使用的商品房买卖合同规范性文本第9条中有出卖人逾期交房按日向买受人支付已交付房价款的一定比例违约金的格式条款。第15条有出卖人应当在商品房交付使用后一定时间内，将办理权属登记需由出卖人提供的资料报产权登记机关备案，如因出卖人的责任买受人不能在规定的期限内取得房地产权属证书应承担违约责任的约定。简言之，合同第9条约定的是实物交房违约责任，合同第15条约定的是产权登记延误违约责任。

商品房买卖合同履行中，出卖人必须同时履行实物交付与权利交付的义务，实物交付与权利交付所对应的利益不同，实物交付违约妨害购房人房屋使用权的按期行使，权利交付违约妨害购房人房屋处分权的按期行使。出卖方应依约按不同的时间节点履行不同的交付义务，违反任何一个约定义务，都应分别承担与之相对应的违约责任。

应当明确，出卖人承担实物交付违约责任并不能豁免承担权利交付的违约责任。权利的按期交付涉及到购房人的房产所有权的合法取得问题，比实物交付更重要，只有出卖人按时向房地产管理部门提交通常所说的大产证，购房人才能办到小产证。购房人买房，除要实现使用、居住功能外，其根本目的在于取得房屋所有权（包括他项权），在取得房屋权属之后，所购房屋才能实现其它重要功能，如办理入户登记、合法出租、抵押贷款、子女入学、实物入股、转让买卖等等，在没有取得产权权属证书前，这些功能是无法实现。《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18条规定：由于出卖人的原因，买受人在下列期限届满未能取得房屋权属证书的，除当事人有特殊约定外，出卖人应当承担

违约责任：（一）商品房买卖合同约定的办理房屋所有权登记的期限；（二）商品房买卖合同的标的物为尚未建成房屋的，自房屋交付使用之日起 90 日；（三）商品房买卖合同的标的物为已竣工房屋的，自合同订立之日起 90 日。合同没有约定违约金或者损失数额难以确定的，可以按照已付购房款总额，参照中国人民银行规定的金融机构计收逾期贷款利息的标准计算。

由于购房人和出卖人之间信息不对等，现实中，购房人在出卖人通知下接收了没有竣工验收备案的房屋情况较为普遍存在，接收房屋后能否主张违约金？回答是肯定的。购房人通常是在不明事实真相善意接收房屋，接收房屋不等于同意变更的房屋交付条件。只有出卖人在明确告知购房者所交付的房屋还未取得竣工验收证书，购房者表示同意接受房屋并实际入住这三个条件同时满足的情形下，才可以认定双方的交房和接收行为是对法律规定和合同约定的合法交付房屋条件进行了有效变更，才可以豁免出卖人的违约责任。购房人虽然在出卖人通知下接收了房屋，并不等于同意变更交付条件，并没有明确表示放弃依法、依合同追究交房违约责任的权利，因此依然有权依法主张自己权利。

三、关于合同中违约责任格式条款和诉讼时效问题

在签定商品房买卖合同时，一般是出卖人填写格式条款，买房人很少仔细研读，出卖人常常还在合同之后事先写了一大堆附件来限制购房人权利，规避自身责任，对于这方面不平等条款，应当从法律角度来判断其效力。《合同法》第 39 条规定：“采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。第 40 条规定：“格式条款具有本法第 52 条和第 53 条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效”。第 41 条规定：“对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。因此，对合同中格式条款效力问题，应当依据《合同法》第 39 条、第 40 条、第 41 条规定来认定，以维护合法权益。

关于买受人在约定交房期限届满之日起超过两年请求出卖人交房和主张违约金是否超过诉讼时效问题，实务中有两种意见：第一种意见认为，买受人主张出卖人交付房屋的请求权应在两年诉讼时效期间内行使，超过两年诉讼时效期间请求出卖人交房的，因其怠于行使权利的状态经过诉讼时效期间丧失胜诉权。第二种意见则认为，买受人在约定交房期限届满之日起超过两年请求出卖人交房的不能一律简单地认定为已超过诉讼时效，而应区分出卖人在约定交房期限是否具备交房条件分别进行处理。关于买受人在合同约定期限届满之日起超过两年才请求出卖人办理所有权变更登记，是否超过诉讼时效期间的问题，也有两种意见：第一种意见认为，出卖人所承担的主给付义务为转移房屋的占有，更为重要的是转移房屋所有权。如果出卖人仅向买受人履行交付房屋的义务，未在合同规定的期限届满时办理房屋所有权证的，系没有履行转移房屋所有权这个最重要的主给付义务，已经构成违约，诉讼时效期间应该起算。因此买受人未在出卖人违约之日起两年内请求办理房屋所有权证的，因超过诉讼时效期间而丧失胜诉权。第二种意见则认为，房屋已经交付的，买受人在约定办理房屋所有权证期限届满之日起超过两年请求出卖人为其办理房屋所有权证的不受诉讼时效限制。对此 最高人民法院民一庭对当前民事审判难点的意见（见最高人民法院民一庭编写的《中国民事审判前沿》第 1—2 辑）中倾向性意见是：一、商品房买卖合同约定的出卖人交付房屋的期限届满，买受人根据合同约定可以请求出卖人交付房屋。其请求权属于债权请求权，应当适用《民法通则》有关诉讼时效的规定。但在诉讼时效期间的起算上，应当区分具体情况：房屋具备法定交付条件，诉讼时效期间自合同约定的交付期限届满之日起计算；如果房屋尚不具备法定的交付条件，诉讼时效期间应从房屋具备法定的交付条件之日起计算。二、出卖人

已经将房屋交付给买受人，买受人亦已实现对房屋的占有的，买受人请求出卖人转移房屋所有权、办理房屋所有权登记的请求权具有物权性质，不适用诉讼时效的规定。

作者单位：安徽夏商周律师事务所

安得广厦千万间 大庇天下寒士俱欢颜

——对房价调控政策的法律思考

程学平

【内容摘要】本文以杜甫诗《茅屋为秋风所破歌》为引子，以杂谈形式，对中国城市现阶段畸高房价的形成，作了浅探。对国务院仅以行政手段调控房价的方式提出了质疑，并从法律的角度，提出了国家应尽快制定法律，以保障公民的住房权益的立法建议。

【关键词】住房保障 土地出让 调控房价 改革

一、眼前广厦千万间，为何寒士不得俱欢颜

时光回转 1340 年，唐代诗人杜甫于公元 761 年写下了千古流传的“茅屋为秋风所破歌”。忧国忧民的一介书生，发出了“安得广厦千万间，大庇天下寒士俱欢颜”的呐喊。

瞬间，地球围绕太阳转过了 1340 圈，中国已步入现代化文明的历史时期。无论在中国哪个城市，放眼望去，都是万千华厦高耸，幢幢高楼林立，哪幢高楼不是“风雨不动安如山”。倘若时光能倒流，在杜老先生眼前展现的绝不是“何时眼前突兀见此屋”的幻景，而是真真切切的千万广厦。也可断言，如果他还未能有幸荣升“房奴”，他的感慨极有可能是“眼前华厦千万间，为何寒士不得俱欢颜”？更会感叹：“眼前尽见华厦屋，何独无我栖身处”？而绝不会产生“吾庐独破受冻死亦足”那么崇高的无私境界。

当占城市人口半数以上的普通劳动者，终身劳作的收入所得也买不起一套栖身之所时，面对栋栋亮丽的华厦，座座在建的高楼，只能激起他心中的怨恨，催生对生活的失望，甚至是对人生的绝望。

“神州华厦千万间，为何寒士不得俱欢颜”？已成为当今中国政府所面临的一个重大社会问题。吾非杜甫，虽幸已脱寒士之贫，但作为一名法律实务工作者，不敢妄言忧国忧民。但职业的使然，催生出对这个问题的法律思考。于是，着此杂文，以释胸中之结。

二、遮风避雨，人皆享有的基本权利

人类之初，虽囿于智力、生产力低下，然也会利用天然洞穴，自然树冠，借以遮风避雨。直至现代文明社会，在大西北地区的农村，仍还有挖筑窑洞居住的习俗。

在长达数千年的封建社会中，皇家、富商可建造宫殿，豪宅居住，众多庶民可以草棚、茅庐栖身。无论是金碧辉煌的宫殿，雕花镶玉的豪宅，还是风雨飘摇的草棚、茅庐，其主要功能都是遮风避雨。

在中国实行计划经济几十年的时期里，城市居民在以住房公有为主的物权制度下，居住条件十分简陋，甚至一家三代拥挤于十几平米的空间里，但他们的工资支出中，房租则只占极小的份额。虽然，他们都是渴望能分得一套福利房或公租房，但他们无须为购买一套住房而终身为奴。

在计划经济向市场经济过渡的三十余年里，就经济发展而言，中国经济发达区域，已达世界中等发达国家水平，局部地区，已与发达国家水平相近。在中国市场经济地位尚未得到

世界各国普遍认同的情况下，中国的住房制度却已呈过渡市场化状态，因此，在这些区域中，产生了相当数量的一类群体，为想拥有一间遮风避雨的场所而苦恼。面对满眼的高楼大厦，却悲哀地发出“眼前广厦千万间，为何独无我一平”的叹息。

在中国“不患寡，而患不均”的传统文化影响下，城市房价畸高的问题，已成为社会不稳定的重要因素之一，众多无房者就此已对人民政府产生了诸多的不满，甚至怨恨。

从表象上看，似乎十分简单，那就是，这一群体劳作一生，其工资收入，在现住房唯市场化的制度下，也不足以换得一间可供栖身的场所。于是，遮风避雨，人皆享有的这一基本生存的权利，却在经济高速发展，社会物质财富呈几何级数提升的时期，被实际地剥夺了。当今的中国已跻身于世界强国，GDP 总值已跃居世界第二，国民人均收入已达小康水平，执政党和政府也在“以人为本”的执政理念的指导下，提出了要让公民有尊严地活着的口号。但如果都不能保证他的臣民有遮风避雨的场所，不能保障他的臣民的这一基本的生存权利，纵有再动听、再令人振奋的口号，实际上都是空洞的。

面对现实，不得不令我们去深层次地检讨，在市场经济制度的框架里，国民住房的完全市场化，是否合理？笔者认为，市场经济的要素中，涉及国计民生的商品，是不能完全市场化的。国家和政府有义务为低收入者，为贫困人群廉价、甚至无偿提供生存保障所必需的商品，住房就是其中重要的一项。因为，遮风避雨是任何政治制度下国民都应享有的基本生存权利之一。

三、降地价以降房价，还公民以土地使用权

在几千年物权私有的封建社会中，形容极贫人群的典型词语是“上无片瓦，下无立锥之地”。

在实行土地公有法律制度的中国，城市居民就土地所有权的法律归属而言，似乎都是“下无立锥之地”。但就基本需求而言，只要享有了土地的使用权，则也无所谓计较什么所有权。

在计划经济时期，国家将土地使用权以无偿划拨的方式，给予国民使用。无房者尚可以筑土为墙、树木为架、铺草为顶，搭建起一间草房而栖身，无需花钱向政府购买什么土地使用权。但当 1990 年 5 月 19 日，国务院发布“中华人民共和国国有土地使用权出让和转让暂行条例”后，城镇的土地使用权就从无偿划拨，转化为了有偿购买。在现阶段，就百姓的住房而言，在用金钱去购买住房的房价中，有极大份额的是用于购买土地使用权。而在土地所有权归属于国家的法律制度下，有权用土地使用权换取金钱的主体，只能是各级人民政府。在“人皆趋利，人皆挟私”这一本能的作用下，人民政府也不例外。特别是在人民政府享有土地一级市场垄断权的法律制度下，其通过与房地产开发商和商业银行资本的市场化运作，三位一体共同趋利，土地出让的价格一路飙升的成果，那就是房价的一路走高。就一、二线城市而言，一亩土地的出让金由最初的数万元，在不足二十年的时间里，飙升至数千万元。三、四线城市的土地出让金也由最初的数千元每亩，飙升至数百万元每亩，升值达数百倍、甚至千倍。期间，普通劳动者的工资收入，虽然也从最初的数十元每月，上升至数千元每月，但上升的比例也不过数十倍。两者上升的比例悬殊，普通公民无力购买住房，则是必然的。虽然，媒体对房价一路走高的评论中，认为土地出让金的狂升和占房价 20% 比例以上的各类税费，以及开发商的暴利都是重要原因，但主流意见，对此至今都未作出定量的认定意见。众多的经济学家、高级会计师、精算师似乎都捕捉不到推高房价的那些无形的手。但可以断定，他们的心里都有一笔清晰的帐，只不过他们都大智若愚的选择了沉默而集体失语。

土地使用权的市场化运作，确给各级人民政府带来了滚滚的财源，政府也使用该收益，改善了城市的基础设施，提高了公务人员及财政供给人员的工资福利，促进了地方经济的发展与繁荣。但飙升的房价，对希望能在城市有一席安身之地的普通劳动者而言，其支付的成本和付出的代价远大于政府公共设施改善与提升，经济快速发展而给予的回馈。

自 2004 年 8 月 31 日，土地一律实行“招、拍、挂”起到 2010 年底，在不足七年的时间里，几乎中国所有城市的房价，都上涨了 5 倍以上，而个人所得税起征点只从 800 元/月提高到 2000 元/月，也不过“上涨”了 1.5 倍。由国民收入的提高与房价上涨的比例失调，也可见一斑。

虽然，党中央、国务院近年来，接连出台数个调控和抑制房价过快增长的“国 N 条”，相关部委也纷纷出台配套文件，先后提出什么“经济适用房”、“廉租房”、“公租房”、“安居工程”、“保障性安居工程”等说法，但却都因缺乏可操作性的具体措施，更缺乏对地方政府不作为的制约与惩罚机制，以致这些文件都只是被开发商，也被老百姓当作茶余饭后笑谈的话柄。国家的惠民政策，在执行中被偏离了轨道，甚至在一些地方被权力者暗箱操作，用于寻租，甚至让一些开“奔驰”、“宝马”等高档轿车的“困难户”，也堂而皇之地住进了经济适用房。

这些文件中，虽也都明确提出了加大保障性安居工程土地供给的要求，即以非市场化的价格提供土地使用权，以还土地使用权于民。然因这一举措，不仅减少了地方政府的土地出让收入，同时还增加了他们建设保障性住房的经济负担，故他们以种种借口和理由予以推诿搪塞，也就是必然的。特别是在一些经济欠发达城区，财政收入主要源自于土地出让，俗称为“土地财政”的政府，无论是数量，还是依赖程度，都在大幅度上升。于是，公民本应享有的土地使用权，却在政府合法的“招、拍、挂”制度的土地经营中被实际剥夺。就此而言，免收或大幅度降低保障性住房的土地使用成本，还公民以土地使用权，当是各级人民政府的法定职责。欲想真正打造以人为本的亲民政府，为普通百姓提供遮风避雨的居所，当应先保证他们有“立锥之地”，然后才可能有安身之所。就此而言，降地价以降房价，当是调控、抑制房价的有效手段之一。

四、修正国有土地出让的法律制度，变“竭泽而渔”为“蓄水为渔”

依据法治的契约论，国民将国家、社会的管理权交予政府，政府就负有保证他的臣民享有永续福祉的义务。纳税人向国家缴纳了税收，政府就应以税收的收入，反馈于民，造福于民，这才是一个社会财富良性流转制度的基础。

百姓认同城市的土地所有权归属于国家，但国家应保证百姓有安身之地的权利，负有为民众提供遮风避雨场所的义务。但在土地国有的法律制度下，这一本应由出生于这片土地上的国民所共同享有的自然资源，却在土地出让的合法幌子下，却被演变为各级政府谋取一时暴利的手段。就住宅用地的出让年限而言，其使用权一卖就是 70 年，一届政府的任期通常只有五年，70 年中至少有 14 届政府，这就意味着，每一届政府的执政首长，为保证其当政期有足够的钱花，他都可以不考虑后续 13 届政府的利益。于是，一届又一届的政府，为实现其政绩，比拼谁卖的地多，谁卖的地价格更高，以至于在一段时间里，有政府官员把建设和管理城市的职责，变种为“经营城市”的方式，从而把“城市让生活更美好”的这一亲民理念，变种为城市是政府经营的商场，而这些经营行为实质上就演变成了掠取民众私人有限财富的手段和借口。

土地作为有限的不可再生的自然资源，居住用地仅是功能之一，用于粮食生产则是最重用的功能。另还有为提高生活品质而需使用的工业生产、商品流通、休闲娱乐、物流运输等功能。

现行国有土地出让法律制度中，除公共公益用地外，其它诸如工业、商业、住宅用地，均有使用年限的规定。现行土地出让金收取的标准，是否是按使用年限测算的，至今未见国家出台计价依据。但签订土地出让合同时确都有明确的使用年限，有确定的出让金数额。于是人们自然就认为该出让金就是使用年限的总地租。如果将住宅用地 70 年、工业用地 50 年、

商业用地 40 年出让年限的出让金一次性收取的法律制度，修正为以土地占用费或使用税的方式，分年度收取，即可有效降低房价。以北京某非热点地区某楼面地价在扣除征收和拆迁成本后为 7000 元/m²为例，则面积为 100 m²的住宅，其土地使用权价即为 70 万元。如果将该 70 万元分 70 年收取，其市场价就自然会降低 6900 元/m²，总房价则可自然降低 69 万元。再将该 70 万元的土地占用费或使用税分 70 年缴纳，每年也就是 10000 元。况且，该占用费或使用税还可以随着社会工资收入、物价上涨的指数而调整，后续政府也有了永续的收入。如能修正土地出让金一次性支付的法律制度，不仅可有效减轻购房人购房一次性付款的负担，更能有效遏制多买房和买大房而浪费公共资源，扩大贫富差距的现象。这一简单的计算方法和市场法则，高智商的当权者都是十分清楚的，为何他们却都在高房价已是民怨沸腾的现实面前，大智若愚地视而不见。关键问题是在于眼前无本万利的暴利诱惑，摧毁了他们的社会责任感、历史责任感的底线，甚至泯灭了他们的同情心，而纷纷不惜“竭泽而渔”。因此，修正土地出让的法律制度，应被立法机关和执政党列入重要议程。将土地出让金一次性收取的法律制度修正为分使用年限收取，则不仅可变“竭泽而渔”为“蓄水为渔”，也可有效地抑制房价的畸高。更有效地抑制各地政府官员卖地的冲动，消除那些“卖祖宗地，绝子孙路”的现象，进而达到保护有限土地资源的效果。

五、改革房产流转税收制度，回归住房的居住功能

古人曾将人类生存的条件，归纳为“衣食住行”。古人为何如此排序，笔者未作研究。当今中国已可谓物资丰富，除少数经济极不发达地区尚存部分贫困人群外，90%以上的国民都已解决了衣食温饱的基本生存问题，为何在经济相对发达的城市中，有那么大的群体却在“居住”这一基本生存条件上产生了如此重大的社会问题。究其原因之一，住房价值功能的扭曲是其中之一。

住房最基本的功能是供居住人遮风避雨。但在土地、房产过渡市场化运作的历史过程中，除前述政府垄断土地市场而谋取暴利的原因外，高收入群体和商人利用房产作为投资和投机商品，中等收入群体的利用房产作为储蓄保值，也是推高房价的因素之一。

对高收入群体和投机商人而言，在房价大幅持续上涨的商机面前，投资房产而升值，是赚取财富最保险、最简单的投资方式，而投机商的炒房则更是赚取巨额利润的手段之一。对中等收入的群体而言，在储蓄多年负利率的情况下，投资房产则也自然成为家庭财富保值增值的不二选择。于是，住房的居住功能被扭曲了。无论是经济发达的一、二线城市，还是经济欠发达的三、四线城市，共同现象都是有数万、数十万的无房者渴望拥有一套住房。同时也有数万、数十万的有房者拥有两套以上，乃至几十套，甚至成百套的住房。虽然其中绝大多数被以出租方式供他人居住，但也有相当数量的住房数年被空置。产生这一现象的原因，除社会财富分配不公外，那就是国家对房产占有和流转的税收功能的法律缺位所致。虽然，国家已认识到这一现象的不公，并已逐步出台相关政策和法规性文件，以征收房产税，加大房产流转税征收税率的方式予以调控，但力度和措施还是远远不够的。

笔者曾在德国浅探过其住房制度，德国公民对以房产投资和投机行为感到十分不解。因为，在德国，中低收入者，都能享有政府提供的保障性住房，高收入群体的高档住宅，虽然也是市场化，但在流转的价值核算机制中，高额的税率，有效地杜绝了炒房者获利现象。虽然，德国多年相对稳定的物价指数，为房产转让的价值核算和税款征收提供了准确的数据，但在中国物价指数持续上涨的条件下，房产流转的价值核算的技术性问题，也是不难解决的。对于投机者而言，当合理的税收制度使炒房、囤房者无利可图时，这一现象也就自然消失了。当炒房并不能使家庭财富保值、增值时，中等收入的群体，也就不会将多年的积蓄用于投资房产了。而低收入群体在享有了国家廉价提供的安居之所时，房价也就自然平稳了，这个社

会自然也就趋于和谐了。

如果将现阶段房产开发的商业获利者逐一列出，则当是开发商、商业银行和政府。而在房产再流转过程中，则是投资人、投机人、商业银行和政府。其中，无论哪个环节，政府都是最没有风险的高获利者。因为，不论房价是涨还是跌，流转税都是必须要缴纳的，且这些流转税都是地方政府的自有收益。故政府从趋利的角度，自然希望房地产的一、二级市场都能红火。这样，政府不仅有巨额的土地出让收入，而一套房产每流转一次，政府都可获取数千元，至数十万元的流转税收入。欲要把政府对房地产市场的趋利观念转变为管理和服务的理念，没有国家统一的、合理的法律制度予以强力干预，政府卖地、重复拆迁，房产投机的行为就会永远地持续。

因此，加大房产流转税收的调节力度，也是有效调控、遏制房价过快上涨的有效法律手段之一。具体的方式，应是对持有多套炒房人征收房产物业税，征收出租收入的所得税。对房产流转过程中，除征收营业税外，更为重要的是对炒房人征收足额的所得税。税收精算师们，依据炒房人原始取得至其转让期间的投资利息、物价上涨指数、原始价款、转让价款等数据，完全可以合理地核定炒房人的所得，然后对该所得征收足额的所得税。如果这一税种的征收，使得炒房者已无利可图时，则也就自然没有人去囤房、炒房牟利了，从而有效排除住房的投机、投资功能，使住房回归于居住这一唯一的价值功能。

六、各级人民政府都应担当保障居民享有住房的法定义务

任何政治制度的政府，任何意识形态的执政党，都负有其臣民提供基本生存保障的义务，否则，就不可能被他的臣民所拥护。“衣食住行”是人类的生存基本条件。究其重要性的排序，“民以食为天”当是首位。因此，无论什么信仰组建的政府，都会把粮食安全放在首位。当经济发展，解决了人类衣食温饱的问题后，住房保障即上升到重要位置。中国改革开放所获得的成果，已成功解决了13亿人口从“吃饱”到“吃好”，由“行走”到“快走”的问题。现阶段，政府面临的重大任务，当属解决国民的居住问题。作为一个普通公民，虽对国家现每年有近十万亿元财政收入的开支去向并不知情。但笔者认为，中国政府现有的经济实力完全有能力为他的臣民解决基本居住条件的问题。

就此而言，保障国民人人享有基本生存保障的居住权，不仅仅是地方各级人民政府的义务，中央人民政府当应率先作为，履行义务，而不应将这一义务，过多地推给地方政府。否则，再多的“国N条”，再严厉的“约谈”制度都是不能奏效的。

七、国家应加快立法步伐，保障国民享有住房

为应对房价快速上涨，国务院曾数次出台调控政策，但均未奏效。被称为史上最严厉房价调控政策的2011年“新国八条”出台后，各地楼市的成交数量虽有较大幅度降低，但成交价并没有明显下降。有一、二线城市仍在微涨，三、四线城市仍呈上涨态势。这说明，“新国八条”的调控政策对超高房价的一、二线城市，其调控手段似乎有一定效果。特别是限购措施的刚性化，是导致成交量下降的主要原因。但该措施以及税收、利率的相关规定在法律层面上的合法性尚存质疑。况且，“新国八条”的原则规定，其适用期也只是在“一定时期内”。倘若因调控政策导致房地产市场萎缩，依赖于土地财政的政府难以为继时，国务院会不会撤销或变相撤销“限购令”等行政措施，地方政府又会不会以变通方式，规避“限购令”等调控措施？都是存在可能的。

在以行政权为主导的体制下，政府的政策在短时间内往往能起到立竿见影的效果，但政策的时段性，执行中的可塑性，往往使政策的效用快速衰减而不能持久。特别是针对国民“衣

食住行”这类关乎国计民生的重要事项，仅仅依赖于政府政策的调控，是远远不够的，也与法治原则相悖。因此，就国民享有居住权的权益保障而言，完全依赖于国务院的政策是不可能长效的。虽然，“新国八条”加大了保障性住房建设的力度，但如果没有法律强制力的支持，在执行中也难免大打折扣，且也难以持续。

笔者认为，国民的住房需求，如同“衣食行”一样重要。在现行法律体系里，保障粮食、穿衣、交通的需求，都已有系统的法律、法规，唯有住房保障的法律仍然缺位。国务院虽然将原“建设部”更名为“住房和城乡建设部”，以示国家对国民居住权的重视，但该部就住房保障而言，苦于没有法律的支持，此职能也只是虚设。欣闻全国人大常委会已委托国务院法制办拟就了“中华人民共和国住房保障法”讨论稿，并将适时下发，向社会广泛征求意见。这种以法律形式，为中央人民政府和地方人民政府设定为国民提供保障性住房义务的行为，是符合法治原则的。我们希望能尽快颁布，从而以法律的刚性为保障性住房保证土地的供应；取得足额的资金；制定区别于市场化商品房的税收、建设配套等相关税费的征收制度；合理确定可享受保障性住房人员的条件；确定保障性住房的分配和收回机制；成立保障性住房的管理机构；设定相关的法律责任等。从而逐步建立国民住房权益保障的法律系统，形成高档住房市场化与保障性住房国家计划供给的合理机制和层次。

八、喜见广厦千万间，大庇天下寒士俱欢颜

得益于中国改革开放的好政策，勤劳智慧的中国人，在三十年间，已创造了世界经济展史的奇迹。现有的国力，社会财富，完全有能力为中国国民提供相对舒适的居住条件，只是需要设立科学、合理的制度安排。值得欣慰的是，执政党在以人为本执政理念的指导下，政府也开始以大批量建设保障性住房为起点，以实现对国民住房权益的保障。据媒体报道，2011年全国各省、直辖市、自治区地方政府计划建设1000万套保障性住房。若此计划坚持十年，则中国城市居民的住房困难问题将有效解决，房价自然趋向平稳。一个以高档住房市场化和保障性住房国家计划供给的合理格局，则会自然形成，中国房地产市场也将会步入良性的轨道。我们希望在执政党亲民政策的惠顾下，不久的将来，中国社会能出现“喜见广厦千万间，大庇天下寒士俱欢颜”的和谐景象。在中国城市化进程中，千千万万个渴望在城市有一间栖身之所的寒士，都能享受喜迁新居的欢欣和永久的安居。对此，我们翘首以盼，殷切希望执政党和各级人民政府能持续给力。

附：杜甫《茅屋为秋风所破歌》

茅屋为秋风所破歌

杜甫（公元761年）

八月秋高风怒号，卷我屋上三重茅。茅飞渡江洒江郊，高者挂罥长林梢，下者飘转沉塘坳。

南村群童欺我老无力，忍能对面为盗贼。公然抱茅入竹去，唇焦口燥呼不得，归来倚杖自叹息。

俄顷风定云墨色，秋天漠漠向昏黑。布衾多年冷似铁，娇儿恶卧踏里裂。床头屋漏无干处，雨脚如麻未断绝。自经丧乱少睡眠，长夜沾湿何由彻！

安得广厦千万间，大庇天下寒士俱欢颜。风雨不动安如山。呜呼！何时眼前突兀见此屋，吾庐独破受冻死亦足！

作者单位：安徽师阳安顺律师事务所

房产新政下法律纠纷的防范

汪培文 程永清

【内容摘要】本文从房产新政的实施引发的法律纠纷，来探讨如何防范和处理房产新政引起的法律纠纷。

【关键词】房产新政 法律纠纷 防范

从2009年12月14日国务院常务会议提出四大举措开始至今，国家已连续出台多项楼市调控政策。这些楼市调控政策通常被人们称作“房产新政”，其中三套房不能贷款、二套房首付比例提高、利率增加，及税费优惠措施的改变等新情况，引起的各类房屋买卖合同纠纷较多；另外，开发商、买房人及中介公司为了规避相关政策也采取了各种应对措施，这些措施也会引发法律风险和纠纷。笔者现就如何防范新政引起的有关房屋买卖纠纷及相关风险浅析如下。

一、房产新政下的主要法律纠纷

（一）因不能贷款或首付比例提高而引起的退房纠纷。

很多买房人在签订认购协议或商品房买卖合同后，发现根据相关政策规定，自己不符合贷款条件，或所购的房屋被认定为三套房，无法获得贷款，或所购的房屋被认定为二套房，需要提高首款比例及利率水平。在这种情况下往往会引发退房的法律纠纷。

（二）因找人代买房引起的房屋产权纠纷。

认定房屋套数，是以家庭为单位，既认房又认贷。很多家庭，以前贷款买过房，但又出卖了，仍算拥有一套。在再次买房时，有可能被认定为三套房或二套房。为应对不能贷款或首付比例的提高，很多房产中介及开发商，在签订认购书时或房屋买卖合同，并不告诉买房人有关按揭贷款政策，而是在办理贷款手续时，告知买房人不能贷款等事实。如购房要求退房，则被要求承担违约责任。在这种两难的情况下，开发商或中介往往要求买房人找一个亲友，由买房人与亲友签订内部协议约定房产产权归属，然后以该亲友的名义签订房屋买卖合同，并以亲友的名义向银行贷款的方式进行购房。这样可以享受第一套房的首付比例及利率优惠政策，但很多房屋产权纠纷因此而产生。

（三）由阴阳合同引起的房屋价款纠纷。

为了达到购买二套房低首付购房的目的，开发商有时建议买房人签订阴阳合同，即签订两份不同价格的房屋买卖合同，用价格高的房屋买卖合同向银行申请贷款，比如房屋实际买卖价格是80万，买房人只能首付二成即16万，须贷款64万，那么在向银行申请贷款的合同中就将房屋价格提高至128万，银行要求首付50%为64万元，开发商为买房人垫首付48万元，批准贷款50%即64万元，这样就刚好能获得64万元的贷款，贷款发放后，开发商即获得全部房款。如此操作，可以解决买房人无法足额交纳首付款的问题，但同时也容易引发房屋价款纠纷。

二、法律纠纷的处理及防范。

（一）退房时定金和违约金纠纷的处理及防范。

认购协议或商品房买卖合同一般都设置了定金条款或违约金条款，即买房人如未能按期签订正式买卖合同，或者签订商品房买卖合同后不能履行，将承担定金或违约金责任。很多买房人基本上都以新政出台为由，提出并非自身违约，而是由于客观原因甚至不可抗力来解除认购协议或房屋买卖合同，由此要求开发商返还定金或提出不承担违约责任。但开发商通常会认为新政引起不能贷款买房或首付比例及利率提高并不是买房人不能克服的情况，而是因为买房人自身无力承担或不愿承担更高的首付款、利率，属于买房人个人原因退房的，应由买房人承担相应的违约责任。该类纠纷在实践中有以下几种情形：

1. 买房人在新政发布前购房，新政发布后遭遇不能贷款或首付比率提高，从而无力履行房屋买卖合同时的退房纠纷。

有学者认为处理这类纠纷，要看这种政策的变化是否属于不可抗力。如果属于不可抗力，根据我国法律规定，则买房人不需要承担任何责任；如果不属于不可抗力，则买房人仍需要承担相应的责任。所谓“不可抗力”，根据我国《民法通则》的相关规定，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。审判实践中，有法官认为房产新政，不属于不可抗力。理由是房产新政并非不能预见，在国家积极调控房价的背景下，买房人应当能预见新政的发布；同时，认为新政并非不能克服，不能获得贷款，可以借钱支付全款。笔者认为，在合同履行过程中，发生的政策变化导致合同不能履行，不宜以是否为“不可抗力”来确定买房人应否承担责任。因为政策的调整具有普遍性的影响，作为政策的制定者，应当能预见政策的实施效果及政策带来的相关纠纷，从而在制定政策时，尽量减少因政策导致大量纠纷的产生。另外，一项政策的制定，不应该构成法律规定的“不可抗力”，政策的制定应当遵循法律法规，而“不可抗力”是“客观情况”，强调的是客观情况对合同履行的影响，正是考虑到其具有“不能预见和不可克服性”，才允许发生“不可抗力”时，责任人可以突破法律规定的责任限制而不需要承担责任。

笔者认为新政引发的退房纠纷，可以依据《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》（下称《解释》）第4条“开发商通过认购、订购、预订等方式向买受人收受定金作为订立商品房买卖合同担保的，如果因当事人一方原因未能订立商品房买卖合同，应当按照法律关于定金的规定处理；因不可归责于当事人双方的事由，导致商品房买卖合同未能订立的，开发商应当将定金退还买受人”的规定，及《解释》第23条“因不可归责于当事人双方的事由未能订立商品房担保贷款合同并导致商品房买卖合同不能继续履行的，当事人可以请求解除合同，开发商应当将收受的购房款本金及其利息或者定金退还买受人”的规定来处理。如果新政属于“买房人一方原因”，则买房人无权要求退房；如新政属于“因不可归责于当事人双方的事由”，则买房人可以要求退房，并不承担任何违约责任。

那么这种因政策变化，导致买房人不能获得银行贷款是属于“不可归责于当事人双方的原因”，还是属于买房人“一方原因”呢？笔者认为这种政策的调整应属于不可归责于当事人双方的原因。第一，政策是政府部门制定的，不是买卖双方有意为之的；第二，很多买房人是普通的工薪阶层，在客观上没有能力一次性支付全部房款。因新政导致买房人丧失贷款机会的情况下，我们不能苛求买房人去借钱以全款的方式支付房款，因为这种要求超出正常、合理的范围了。如果按有些学者或法官可以借款支付房款这种逻辑来推理，那么几大商业银行没有必要每年发放上万亿元的住房贷款了，老百姓都可以通过借款来支付巨额的房款，且不要承担借款金额近一倍的利息！！很显然不能要求买房人以全款的方式支付房款，这如同不能要求卖房人接受买房人20年甚至30年分期付款的道理是一样的。因此，认定新政是“不可归责于当事人双方的原因”合乎法律有关公平、公正的要求。

鉴于以上分析，笔者认为购房后，遭遇新政变化，而不能签订或履行合同，属于非因双

方当事人的原因。买房人可以要求解除合同，且不承担法律责任，开发商应当退还买房人的定金。

2. 买房人在新政发布后购房，因所购的房屋被认定为三套房或二套房，从而无力履行房屋买卖合同的退房纠纷。根据原因可以分为以下几种不同的处理结果。

(1) 开发商对二套房的认定标准、首付及利率标准，以及三套房不能贷款事实是非常清楚的，而买房人往往对此并不是很清楚的。如果开发商在销售前将相关政策给买房人介绍了，而买房人隐瞒自己所购房的套数，导致自己所购房被认定为二套房或三套，则买房人依法应承担退房的违约责任。

(2) 如果开发商在销售前未将相关房贷政策告知买房人，而买房人也确实不知道所购的房屋被认定为二套房或三套房，从而导致买房人无力履行买卖合同。在这种情况下，笔者认为买房人可以要求退房并不承担违约责任。

3. 另外，如果房屋买卖合同约定买房人不能获得按揭贷款，仍需依约支付全部价款的，则不论是上述哪一种情形，买房人均不得据新政为由不履行房屋买卖合同。若发生退房事由，买房人依法应承担违约责任。

如何防范因新政引起的购房纠纷，笔者建议开发商在出售房屋时，对以担保贷款方式付款的买房人，要告知其二套房的认定标准及三套房不能贷款等相关政策，并在签约须知中予以确认。从而避免因对政策不了解而引起的购房纠纷。

另外，买卖双方可以约定，若因政策变化造成买房人无法足额支付首付款或无法取得银行贷款而不能继续履行房屋买卖合同，可不承担违约责任。如果没有类似的约定，买房人尽可能地与开发商充分沟通和协商，尽量通过友好协商与对方达成补充协议，以新的、较少的违约金或少扣定金的方式来解除合同，力求将损失降到最低。

(二) 以他人名义代买房屋的法律风险。

1. 对买房人来说，因购房合同、银行贷款合同及房产证均是第三人的名义，第三人可能会主张房屋产权。虽然买房人出具付款凭证以证明自己购房的事实，但第三人可主张该付款是借款。退一步说，即使有内部协议，但这种协议的效力存在不被法院认可的风险。法院可能以该协议是“以合法的形式掩盖非法目的”为由确认该协议无效。

2. 另外一个风险就是，一旦第三人对外负有巨额负债，就存在被债权人起诉并查封其名下的房产的风险，或者第三人将房屋转让给其他人，然后将转让款转移或挥霍殆尽的风险。此时即使买房人根据内部协议要求第三人赔偿，因第三人已经没有经济能力赔偿，买房人的损失将无法获得赔偿。

因此，以他人名义买房存在诸多风险，故笔者建议买房人不要以他人名义购房。

(三) 签订阴阳合同获得更多贷款的风险。

所谓“阴阳合同”，是指在买卖双方买卖时签订两份不同的合同。“阳合同”是给房地产管理部门登记备案的购房合同，价格一般比较高或低，主要是为了套取更多贷款，或少交税；“阴合同”是指买卖双方私下签订并实际履行的合同，价格一般都符合市场行情，充分反映了双方当事人的真实购买价格。

通常情况下，阴阳合同中“阴合同”有效、“阳合同”无效。因为“阴合同”是双方真实意思表示，合同本身未违反法律法规强制性规定，双方均应遵照执行。而“阳合同”是买卖双方为了套取更多的银行贷款或少交税而订立，为办理过户需要，双方并不遵守执行，协议中的价格条款不是买卖双方真实的意思表示，“阳合同”是以合法形式掩盖多贷款或少缴税款的非法目的。根据我国《合同法》第52条：“有下列情形之一的，合同无效：……（三）以合法形式掩盖非法目的”的规定，“阳合同”应确认为无效。

在实践中，房屋买卖的阴阳合同容易产生以下风险：

第一，双方在合同中做高房价多贷款的行为，是一种欺诈行为，一旦被发现，贷款银行可依法撤销贷款合同，并要求借款人赔偿相应损失。

第二，如果买卖双方私下签订的“阴合同”约定不明确或不详细，买房人也有可能被开发商要求按照“阳合同”的价格支付购房款。

第三，买房人可能因此多支付一倍的各项税费。

作者单位：安徽徽商律师事务所

“附义务的赠与合同”若干问题探讨

周 平

【内容摘要】附义务的赠与合同是双务合同；根据所附义务指向的对象不同分为有偿合同和无偿合同；这种赠与合同赠与人在赠与财产的权利转移之前不享有任意撤销权。对受赠人所附义务要进行定量、定性分析，受赠人应当按照约定履行义务。

【关键词】双务合同 有偿合同 无偿合同 任意撤销权 附义务

《中华人民共和国合同法》（下称《合同法》）第190条第1款规定：“赠与可以附义务。”从而结束了我国关于附义务的赠与合同的立法空白。关于附义务的赠与合同在我国尽管有了法律依据，但由于《合同法》对之规定得过为原则，全国人大和最高人民法院均没有对之作出任何解释，因此在理论和实践中也就出现了许多对之难以解决的问题。比如，附义务的赠与合同有何特殊性？这种合同是单务合同、无偿合同还是双务合同、有偿合同？赠与人在赠与财产的权利转移之前是否享有任意撤销权？受赠人如何“附义务”等，本文将对这些问题试作探讨。

一、附义务的赠与合同是特殊的赠与合同

赠与合同根据受赠人是否附义务可分为一般赠与合同和附义务的赠与合同。《合同法》第185条规定：“赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。”这是《合同法》对一般赠与合同的规定，根据这一规定，一般赠与合同具有以下一些特征：1. 是转移财产所有权的合同。一般赠与合同同买卖合同、互易合同一样，合同履行后发生了财产所有权的转移，不同于借用合同和租赁合同。2. 是单务、无偿合同。对于一般赠与合同来说，一方面是单务合同，即仅赠与人负有将其财产所有权转移于受赠人的义务，而受赠人不负担任何义务；另一方面是无偿合同，不同于买卖合同、互易合同等是有偿的。3. 是诺成性合同。所谓诺成性合同是指只需具备当事人各方的意思表示一致，不需具备其他条件的合同。^①诺成性合同是相对于实践性合同来说的，所谓实践性合同，是指除具备当事人各方的意思表示一致外，还必须交付标的物才能成立或生效的合同。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128条规定：公民之间赠与关系的成立，以赠与物的交付为准。所以，《合同法》实施前，公民之间的赠与合同的性质是实践性合同。根据《合同法》第185条规定，所有赠与合同都属于诺成性合同。根据《合同法》第186条规定，除了具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同外，赠与人在赠与财产的权利转移之前享有任意撤销权。《合同法》颁布以前，在我国仅有关于一般赠与合同的法律规定，关于附义务的赠与合同在法律上没有明确规定。如前所述，《合同法》第190条第1款对附义务的赠与合同作了明确的规定，即“赠与可以附义务。”根据这一规定可知，附义务的赠与合同是一种特殊的赠与合同，它既不同于买卖、互易、租赁、借用等合同，也不同于一般赠与合同。同一般赠与合同相比，笔者认为附义务的赠与合同应是双务合同；根据所附义务指向的对象不同又可分为有偿合同和无偿合同；另外，这种合同赠与人在赠与财产的权利转移之前不享有任意撤销权。下面将重点论述这些内容。

二、附义务的赠与合同是双务、无偿合同，赠与人在赠与财产的权利转移之前不享有任意撤销权

长期以来，在我国，赠与合同完全被看成是单务、无偿的合同。而《合同法》在立法的过程中注意到了这一点，打破常规，增加了关于附义务的赠与合同的规定，而附义务的赠与合同在法律性质上已不同于普通的赠与合同，不能再简单地将之认定为单务、无偿的合同。

1. 附义务的赠与合同是双务合同。根据合同当事人是否互负义务可将合同分为双务合同和单务合同。其中单务合同是指只有一方当事人承担给付义务的合同，如前面所述的一般赠与合同；而双务合同是指当事人双方相互承担对待给付义务的合同，《合同法》中规定的绝大多数合同都是双务合同，如买卖合同、租赁合同、运输合同等，笔者认为附义务的赠与合同也是双务合同。一方面对于赠与人来说，负有将其财产所有权转移于受赠人的义务；另一方面，对于受赠人来说，也负有合同约定的相关义务，《合同法》第190条第1款规定的“赠与可以附义务”中的义务就是由受赠人履行的，无论这一义务是对赠与人（包括赠与人的近亲属）履行还是对第三人履行，受赠人都要按照约定履行。（关于附义务的赠与合同中的“附义务”下文将详细论述。）总之，附义务的赠与合同应是双务合同。

2. 附义务的赠与合同根据所附义务指向的对象不同可分为有偿合同和无偿合同。所谓有偿合同是指当事人一方享有合同约定的权利须向对方当事人支付一定代价的合同。因此对于附义务的赠与合同来说，如果受赠人的义务是向赠与人（包括赠与人的近亲属）履行的，则这种附义务的赠与合同就是有偿合同，即受赠人取得赠与财产的所有权不是无偿的，要向赠与人支付或多或少的代价，只不过受赠人的这一义务与赠与人的义务在量上不是等价有偿而已。如甲与乙约定，甲赠与乙一套房子，但乙须帮甲介绍一份工作，这一附义务的赠与合同就是有偿合同。所谓无偿合同是指当事人一方享有合同约定的权利无须向对方当事人支付一定代价的合同。因此对于附义务的赠与合同来说，如果受赠人的义务不是向赠与人（包括赠与人的近亲属）履行的，则这种附义务的赠与合同就是无偿合同。如甲与乙约定，甲赠与乙10万元人民币，但乙须用这笔钱办教育，这一附义务的赠与合同就是无偿合同。总之，附义务的赠与合同根据所附义务指向的对象不同可分为有偿合同和无偿合同。

3. 附义务的赠与合同赠与人在赠与财产的权利转移之前不享有任意撤销权。

《合同法》第186条第1款规定：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。”这一规定是针对一般赠与合同而言的，也就是说，一般赠与合同是附有任意撤销权的诺成合同。^②但如上所述，《合同法》仅仅规定了具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同赠与人在赠与财产的权利转移之前不享有任意撤销权，没有规定附义务的赠与合同赠与人在赠与财产的权利转移之前不享有任意撤销权。笔者认为，附义务的赠与合同赠与人在赠与财产的权利转移之前也不应该享有任意撤销权。如上所述，附义务的赠与合同是双务合同，《合同法》第190条第2款规定：“赠与附义务的，受赠人应当按照约定履行义务。”根据这一规定，附义务的赠与合同要求受赠人应当按照约定履行义务，如果赠与人享有任意撤销权则允许赠与人违反约定履行赠与义务，这对受赠人来说明显不公平。所以尽管《合同法》没有规定附义务的赠与合同赠与人在赠与财产的权利转移之前不享有任意撤销权，但根据附义务的赠与合同的双务性质，附义务的赠与合同赠与人在赠与财产的权利转移之前不应享有任意撤销权，否则构成违约。

三、关于附义务的赠与合同中的“附义务”

上面已经论述，附义务的赠与合同是双务合同，即赠与人负有将其财产所有权转移于受赠人的义务，受赠人负有合同约定的相关义务，因此，附义务的赠与合同中的“附义务”是

针对受赠人而言的，即为受赠人的义务。

1. 对受赠人所附义务的定量、定性分析。《合同法》第2条规定：“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其它组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”因此对于附义务的赠与合同来说，权利义务关系的主体是赠与人 and 受赠人，如前所述，这种赠与合同不同于一般赠与合同，它是双务合同，受赠人也附有合同约定的义务，即受赠人根据合同约定必须作为或不作为。首先在量上，如前所述，这种义务与赠与人向受赠人转移财产所有权的义务相比，不应是等价的，即受赠人为履行其义务付出的代价应该大大小于赠与人履行义务付出的代价，否则这种合同就无法与买卖、互易等合同相区分；其次在质上，受赠人要履行的义务应是可能的、合法的符合公序良俗的，无论这一义务是向赠与人（包括赠与人的近亲属）还是向第三人履行，要符合赠与人在合同中与受赠人的约定。

2. 受赠人如何履行所附义务。对于受赠人如何履行所附义务笔者认为完全取决于其与赠与人的约定。根据约定，在时间上，受赠人的这一义务既可以先于赠与人的义务，也可以与赠与人的义务同时履行，也可以后于赠与人的义务履行。无论受赠人何时履行自己的义务，都必须遵守诚实信用原则，全面履行义务，否则赠与人在履行自己的义务时可以行使相关的抗辩权，或要求受赠人承担相应的违约责任。

综上所述，附义务的赠与合同是一种特殊的赠与合同，《合同法》对之加以确认大大突破了长期以来人们对赠与合同的认识。对于附义务的赠与合同的理解要考虑到它的特殊性，使其区分于一般赠与合同。随着实践的发展和理论研究的加深，有关这种合同在立法上将会得到更加完善。

参考文献：

- ①黄和新.中国合同法论[M].南京：南京师范大学出版社，1999：18。
- ②隋彭生.合同法[M].北京：中国人民大学出版社，2009：163。

作者单位：安徽深蓝律师事务所

浅议事故认定程序的合法性 对确定民事责任的重要影响

张 吉 张从江

【内容摘要】通常情况下，道路交通事故损害赔偿纠纷民事责任的划分是依据交警部门出具的事故认定书，但事故责任并不等于民事责任。在某些特定的情况下，事故认定书仅仅只能作为法院依法查明案件事实、划分责任的依据之一。作为兼有书面证据或鉴定结论特性的事故认定书，其形成的程序必须合法，否则其作为证据的三性应当得到的质疑。

【关键字】事故认定书 程序 合法 民事责任

在道路交通事故损害赔偿纠纷案件中，事故认定书往往是法院查明事实、划分民事责任的重要依据。笔者认为，从证据角度来说，事故认定书必须严格依据法定程序作出，否则就不具备合法性，不能作为认定案件事实的依据。法院在审理案件时，应审查作出事故认定书的程序是否合法，不能唯事故认定书是从。

一、《道路交通安全法》正式施行后，事故认定可诉性的变化

在《道路交通安全法》正式施行前，公安机关交通管理部门是依据国务院颁布的《道路交通事故处理办法》作出《交通事故责任认定书》，这种行为一般被认为系行政行为，当事人对事故认定不服的，可以通过提起行政诉讼的方式行使救济权利，法律依据是2000年3月10日起施行的《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》，由于该解释所规定的法院不予受理的行政行为，不包含公安部门作出事故认定的行为，所以在2004年5月1日《道路交通安全法》实施之前，对公安机关交通管理部门所作出的事故认定可以提起行政诉讼。

2004年《道路交通安全法》实施之后，事故认定方面有了几点变化：首先是交警部门出具的认定书的名称由《交通事故责任认定书》改为《交通事故认定书》；其次该认定书由可以提出行政诉讼改为仅仅只能向上一级公安机关交通管理部门提出复核，完全排除了法院的行政诉讼管辖。在某些特殊的交通事故中，由于利害关系人的救济途径得不到保障，致使其在法院案件审理中处于相当被动的地位。例如在高速公路上躲避障碍物发生的单方交通事故，高速公路管理单位一般都不被认为是“事故当事人”，公安部门制作的《事故认定书》也不会向高速公路管理单位送达，高速公路管理单位无法行使申请复核权，即便其对事故原因有异议，在事故处理过程中也无法通过合法的程序维护自身利益。

二、事故认定书的专业性更加凸显其程序合法性的重要

民事诉讼法规定了七种证据形式，有的人认为《事故认定书》是书证，有的人认为是鉴定结论。从理论上讲，《事故认定书》具有书证和鉴定结论的特性，却又不完全相同。但无论《事故认定书》的证据形式是什么特性，在法院审理案件中，一般都以它作为划分各方当事人民事责任的依据。如果相关当事人因事故认定程序方面的瑕疵，丧失了对《事故认定书》

的申请复核权，那就只能寄希望法院在审判时，依法官的自由裁量权对事故责任进行重新认定。在现实的民事审判实务中鲜有推翻《事故认定书》认定的事故事实或责任的案例。笔者在与众多法官沟通后了解其原因，主要理由就是：事故认定具有较强的专业性，而法官非专业人员，无法作出专业性判断，因而只能信任《事故认定书》的结论。

笔者认为，从证据角度来说，作出事故认定必须严格按照法定程序，否则就不能单独作为认定案件事实的依据。

三、因事故认定程序不合法而成功说服合议庭不采信《事故认定书》的案例

原告周某起诉被告某高速公路管理公司，周某称其在 2008 年 3 月 20 日驾驶越野车，在高速公路行驶时，为躲避路面上的障碍物而翻车，要求高速公路公司赔偿损失 11 万元。周某提供的关键性证据为滁州市公安局交警大队出具的一份事故认定书，该认定书记载的交通事故事实：周某驾驶越野车由北向南行驶，避让路面上轮胎障碍物时翻车，造成驾驶员受伤车辆损毁，依据《交通事故处理程序规定》第 45 条第 1 款第 1 项规定，周某付事故全部责任。该事故认定书有且仅送达给周某，没有送达给高速公路管理公司。

由于高速公路管理公司对作出《事故认定书》的程序合法性及认定的事实提出异议，笔者作为其代理人前往事故大队调取事故处理的全部卷宗材料，以了解事故的真实情况。笔者在事故大队得知，因本案属于单方事故，交警大队采用简易程序处理，所以案卷中仅有一份事故认定书，没有保存其他任何材料。

在审判过程中，笔者提出了两个观点：1. 法院对事故认定书要进行实质性审查，不能仅以事故认定书系行政执法机关出具为由，简单的以事故认定书记载的内容作为查明案件事实的唯一依据，而是应当根据其他关联的证据以及调取事故现场勘验笔录、现场照片等作为查明案件事实的依据，2. 违反法定程序作出的事故认定书不能单独作为认定案件事实的依据。一审法官不同意笔者意见，认为事故认定书加盖有交警大队的公章，形式上具有合法性，原告尽到举证责任，在被告没有其他证据的情况下，法院亦无须对事故认定书进行实质性审核，遂判决高速公路管理公司败诉。

笔者作为上诉人高速公路管理公司的代理人在二审详细论证了公安机关交通管理部门作出事故认定书的违法之处：

1. 本起交通事故应适用普通程序处理而非简易程序。

首先，根据《道路交通安全法》70 条、《交通事故处理程序规定》第 14 条规定，只有“在道路上发生交通事故，未造成人身伤亡，当事人对事实及成因无争议的”，“在道路上发生交通事故，仅造成轻微财产损失，并且基本事实清楚的”，“受伤人员认为自己伤情轻微，当事人对事实及成因无争议，但是对赔偿有争议的”三种情况才可以适用简易程序。本案周某诉称财产严重损失达数万元，显然不属于“未造成人身伤亡”、“仅造成轻微财产损失”适用简易程序的前两种情况。其次，笔者认为本案也不属于适用“受伤人员认为自己伤情轻微，当事人对事实及成因无争议，但是对赔偿有争议的”采取简易程序。因为，周某在事故发生后随即送往医院抢救，并被诊断出 L3 椎体横突骨折的事实（通过周某提供的病历证明）。这说明受伤人员伤情严重，不符合“受伤人员认为自己伤情轻微”条件。另外，笔者认为高速公路管理公司应当作为交通事故的当事人而未被列入，高速公路管理公司对该起事故事实及成因有异议却无法行使自己表达不同意见的权利，也不符合“当事人对事实及成因无争议”的条件。

2. 该事故发生后，交警大队没有全面、及时、合法调查取证。

笔者认为，根据《道路交通安全法》第 72 条“交通警察应当对交通事故现场进行勘验、检查，收集证据”、《中华人民共和国道路交通安全法实施条例》第 89 条第 3 款“对道路交通

事故造成人员伤亡和财产损失需要勘验、检查现场的，公安机关交通管理部门应当按照勘查现场工作规范进行”。公安部第70号令即《交通事故处理程序规定》关于交通事故处理的相关规定，对于这起造成车毁人伤的事故，交警支队本应当填写《交通事故立案登记表》，绘制现场图，制作勘查材料，寻找证人，收集相关的物证，然后根据调查材料做出事故认定书。但是诉讼中，当法院为查明案情，向事故处理大队要求调取事故现场勘验等材料时，却被告知“因是单方事故，按简易程序处理”，更没有形成任何勘验材料、也没有收集任何相关的物证，仅仅只做了一份事故认定。由此可见，交警大队没有全面、及时、合法调查取证，做出事故认定书的程序有严重缺陷。

3. 该事故认定书没有送达高速公路管理公司，程序违法。

该事故认定书记载的事实是“周某驾车在高速公路上避让轮胎导致车毁人伤”，该事故的认定涉及高速公路管理公司是否尽到了安全保障义务，高速公路管理公司应当作为事故认定的当事人，而交警并没有向高速公路管理公司送达认定书，也未向高速公路管理公司征询意见，导致高速公路管理公司丧失了对事故认定申请复核的权利，也因事故认定书不属于行政诉讼的受案范围，无法通过诉讼的手段得到救济。上诉人唯一所能采取的救济手段就是在周某起诉后，恳请法院对该份证据的真实性、合法性、关联性做出公正判断，而不能仅仅因事故认定书是由交警部门出具，并加盖公章就判定其具有合法性和证明力。

对于高速公路上因驾车躲避障碍物而导致的损害赔偿纠纷，法院在审判中一般都认为高速公路管理单位没有尽到安全保障义务，应当承担民事赔偿责任。但在本案中，原告虽然提供了事故认定书，但是因公安机关交通管理部门作出《事故认定书》的程序不具有合法性，再加之没有其它证据可以对事发原因加以佐证，最终二审法院认为周某所称的“避让高速公路障碍物事实”无法证明，二审法院采纳了代理人的观点。

四、为了解事故真相、查明案件事实可以从以下两个方面来审核事故认定书

1. 从事故认定书的形式要件来审查。虽然在我国不同的省、市对《事故认定书》的格式没有统一规范，但对于记载的内容却是大同小异，如事故基本情况、事故当事人情况、事故责任分担、负责人员、单位的签字或盖章。所以，我们通过核对记载的内容有无明显瑕疵来发现问题，例如适用简易程序处理的事故只需有一名交警签字即可，而适用普通程序必须两名警察；事故当事人是否遗漏等等。

2. 从事故认定书作出的程序来审核。例如在普通程序处理中，交警必须进行事故现场勘查，查明事故车辆、当事人、道路及其空间关系和事故发生时的天气情况；固定、提取或者保全现场证据材料；查找当事人、证人进行询问，并制作询问笔录；拍摄现场照片，绘制现场图，提取痕迹、物证，制作现场勘查笔录等。

笔者认为程序合法是保障交通事故案件得到公平公正处理的前提。

作者单位：安徽径桥律师事务所

我国离婚损害赔偿立法的不足与完善

刘修正

【内容摘要】离婚损害赔偿，是指配偶一方违法侵害另一方的合法权益，导致婚姻关系破裂，离婚时对无过错配偶所受损害，由过错方配偶予以赔偿的制度，这是我国现行 2001 年修正后的《婚姻法》新增的一项制度，正文主要涉及设立离婚损害赔偿制度的意义，离婚损害赔偿制度的功能与目的，我国离婚损害赔偿的相关立法，离婚损害赔偿的构成要件和笔者对特几个问题的几点看法。

【关键词】离婚损害赔偿 无过错 民事责任

引言：离婚损害赔偿，是我国 2001 年 4 月 28 日修正后的《婚姻法》新增的一项制度，可以说适应了我国新形势下调整离婚关系的需要，也有利于保护无过错方的合法权益，但笔者认为，我国有关离婚损害赔偿的立法相对过于简单，还存在一些不足，因此本文拟对其予以探讨，同时提出自己的一些看法，期望一方面能进一步加深对该项制度的认识，同时也期望能为我国有关部门制定相关的司法解释提供一点参考。

一、设立离婚损害赔偿制度的意义

第一、完善了我国婚姻法律制度。

由于我国 1980 年《婚姻法》的离婚制度中缺少离婚损害赔偿的规定，即便过错方配偶实施违法行为造成无过错配偶的损害，也不能依法追究其赔偿责任，因此，新增离婚损害赔偿制度，首先完善了我国婚姻法律制度。

第二、利于保护离婚当事人合法权益。

近年来我国离婚率呈逐渐上升的趋势，许多无过错离婚当事人，尤其是妇女，可能因过错配偶的一些违法行为，身心受到严重摧残，受到实际损害，而在新制度实施之前却得不到法律救助，设立离婚损害赔偿制度，利于保护离婚当事人，尤其是无过错方妇女的合法权益。

第三、司法部门有法可依。

没有离婚损害赔偿制度之前，如果无过错配偶的权益受到对方侵害，尽管“证据确凿”，作为司法机关可能也只能从分割财产上对无过错方予照顾，这显然是远远不够的。新增离婚损害赔偿制度，便使得司法部门有法可依。

二、离婚损害赔偿制度的功能与目的

离婚损害赔偿作为一种民事责任，主要具有三方面的功能：第一、填补损害，即使得受到损害的权益得到救济和恢复。第二、精神补偿，使受害人心理上得到了慰藉，平息怨恨。第三，制裁、预防违法行为。由上述功能与作用可知，设立该制度的直接目的即在于：填补过错配偶的违法行为造成的损害、抚慰无过错方的精神创伤和预防、制裁配偶一方的违法行为，以维护合法婚姻关系和保护无过错配偶的合法权益。

三、我国离婚损害赔偿相关立法

我国当前与离婚损害赔偿相关的立法主要是《婚姻法》第46条。该条规定“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)有配偶者与他人同居的；(三)实施家庭暴力的；(四)虐待、遗弃家庭成员的。”其次便是最高人民法院出台了相关的司法解释，将“家庭暴力”进一步解释为行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。持续性、经常性的家庭暴力，构成虐待。将“有配偶者与他人同居”进一步定性为：有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住。

四、离婚损害赔偿的构成要件

根据我国当前《婚姻法》第46条的规定，离婚损害赔偿民事责任的构成，必须同时具备以下四个要件：

第一，有法律规定的违法行为。这里法律规定的违法行为，指当前《婚姻法》规定的重婚的、有配偶者与他人同居的、实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员的四种违法行为，而且必须因上述行为之一而导致离婚。按条文理解，如果实施的是法定违法行为之外的其它违法行为，如赌博、吸毒等，或虽实施了前述法定违法行为但尚未导致离婚的，均不可主张损害赔偿。

第二，须有损害事实。即因配偶一方实施了违法行为而导致离婚，无过错配偶由此受到财产损害或非财产损害。非财产损害，包括人身损害和精神损害。

第三，须有因果关系。配偶一方实施的重婚、与他人同居、家庭暴力、虐待、遗弃等法定违法行为，必须是导致婚姻关系破裂而离婚且使无过错配偶遭受财产损害和精神损害的直接原因。

第四，须有主观过错。离婚损害赔偿以配偶一方有过错为主观要件，同时请求人需无过错。

以上四个要件同时具备，即构成离婚损害赔偿民事责任。

五、特殊的几个问题意见

1. 是侵权责任，还是违约责任。

关于离婚损害赔偿制度中过错方承担的到底是侵权责任，还是违约责任，笔者倾向于是侵权责任，即过错方侵犯了无过错方的权利，无论是将其理解为配偶权，还是人身权，都应是一种权利，虽然我国《侵权责任法》也没有明确列举配偶权。而该权利的来源，笔者认为应该来源于法律的规定与婚姻双方当事人的自愿认可。双方选择结婚，即意味着双方认同我国当前的婚姻制度并自愿受有关立法的约束，承担相应的义务，如相互忠实等。

2. 过错方违法行为范围是否太窄。

当前《婚姻法》规定的只有重婚、有配偶者与他人同居、实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员四种违法行为，而且还因此行为而导致离婚，无过错方才可主张离婚损害赔偿。

其一笔者赞同上述违法行为的范围确实太窄。现实中，真正重婚的非常少；而有配偶者与他人同居又要求与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住，取证非常困难；倒是家庭暴力时常会碰到，无过错方往往也提出赔偿要求，但也多数因证据不充分或造成的后果较轻微而不被支持。既然设立该制度的目的是为了保护离婚当事人尤其是无过错方的合法权益，仅仅规定上述四种违法行为，显然不够，根本达不到该立该制度的目的，笔者认为对于当前更普遍存在的通奸至少应包含在内。

其二笔者不赞同必须因上述四种行为是导致婚姻破裂的唯一原因，无过错方才可主张。有

时离婚的原因很难复杂，难以界定，而有时是多种原因综合造成，因此不应强调只有因上述行为而导致离婚才可主张，应该只要过错方有上述行为之一，无过错方提出离婚时即可主张。

3. 赔偿义务人的范围，是否扩大至第三者。

有人主张承担离婚损害赔偿责任的主体，除过错配偶外，还应当扩大至包括插足破坏他人婚姻的第三者。对此，笔者不予认同。因为：其一离婚及离婚过错赔偿是配偶双方之间的纠纷，解决的是配偶之间身份关系及民事赔偿责任问题，不宜将第三者的赔偿请求权和民事赔偿责任也规定进来。其二要求过错配偶承担义务的权利来源是双方结婚时的自愿认可，而第三者并未予以认可，对于第三者的行为，更适宜用道德来调整。其三第三者表现形式比较复杂，产生原因也很复杂，有的第三者甚至也是上当受骗，因此不宜一概用法律加以惩罚。如第三者明知他人有配偶而与之结婚或以夫妻名义共同生活的，构成重婚罪，应依法追究刑事责任。如第三者实施违法行为，侵害合法配偶的人身权利或财产权利造成损害后果的，受害人可提起损害赔偿之诉。至于其他与有配偶者姘居、通奸的第三者，一般可以通过道德谴责，以及批评、教育等方式处理。

4. 是否家庭其他成员也可主张离婚损害赔偿。

至于因实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员而导致离婚的，由此受到损害的未成年子女或其他家庭成员，是否也可以作为离婚损害赔偿的请求权主体？笔者认为：无过错配偶外的其他家庭成员不宜作为离婚损害赔偿请求权主体，受害人可以依法向人民法院另行提出侵权之诉，依法追究违法行为人的民事赔偿责任。

5. 是否必须主张者自己无任何过错。

根据新《婚姻法》第46条规定，只有无过错配偶，才能享有离婚损害赔偿请求权。既然离婚损害赔偿请求权的主体仅限于无过错配偶，是否就是指无过错配偶没有任何过错，笔者认为应该不是。什么是“无过错”配偶，是指无《婚姻法》第46条规定的四种违法行为之一，还是对感情破裂无过错，虽然立法没有明确界定，但笔者认为无过错的界定应该就是以是否有法定的违法行为来定界，并非无过错配偶就是没有任何过错。现实离婚案件中，也很难有配偶一方没有任何过错，假如只要一方有一点过错，对方即便过错再大，也不可主张损害赔偿，这也与设立该制度的初衷相悖。也许有人会提出，假如一方虽没有法定的四种违法行为之一但其实过错很大，甚至是主要过错方，而对方却有法定的四种行为之一，这样只能对四种法定违法行为的适用赔偿赔偿，是否不太公平、合理。例如配偶一方整天赌博，另一方怎么劝说也不听，后对其绝望而有了第三者，如果以《婚姻法》第46条规定的四种违法行为来界定，那么有第三者的为过错方，整天赌博的为无过错方，似乎不太合理。实际上，就离婚损害赔偿而言，上述案例中，有第三者的为过错方，赌博一方可以主张损害赔偿；但就离婚原因而言，赌博一方虽然没有实施法定违法行为，如果其的赌博行为是造成离婚的原因，那么其应该被确定为离婚的过错方在财产分割时予以考虑。此外，有些学者主张“过错相抵原则”，笔者也持赞同态度。

6. 应加大惩罚的力度

离婚损害赔偿制度的功能之一便是制裁、预防违法行为，通过给过错方相应的惩罚，从而起到制裁作用，也一定程度上达到预防目的。随着当前人民生活水平的提高，笔者认为应加大惩罚的力度。一般情况下，有第三者的经济条件都比较好，如果只是给予象征性的惩罚，其根本无所谓，也达不到保护无过错方以及制裁、预防违法行为的目的，因此笔者同意有些学者主张，关于离婚损害赔偿金额的确定，立法可以规定一个指导性标准，由法官在该标准的基础上根据过错方的过错程序等具体情况自由裁量，而且在规定指导性标准时，最好能够加大惩罚的力度，以能够对过错方起到一定制裁作用为限。

参考资料:

- ①《中华人民共和国婚姻法》，1980 年五届全国人大三次会议通过，2001 年九届全国人大常委会第 21 次会议修正；
- ②《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)》；
- ③杨立新：《民法判解研究与实用》(第二集)，中国检查出版社，1996 年版；
- ④杨大文教授主编《婚姻家庭法学》，高等教育出版社，1999 年版。

作者单位：安徽银鼎律师事务所

新农村集中居住点建设的相关法律问题

徐 力

【内容摘要】作为新农村建设的重要组成部分，新农村集中居住点建设是一项新生事物，在探索中难免出现诸多问题。因此，政府及相关部门应做好事先防范、加强执法、着力解决诸如违法用地、土地流转等方面的问题。

【关键词】新农村 法律纠纷 居住点建设

“生产发展、生活宽裕、乡风文明、村容整洁、管理民主”，是我国《国民经济和社会发展规划第十一个五年规划纲要》对新农村建设的要求和总体目标，也是我国社会主义新农村的基本内涵和特征。新农村建设是一场广泛而深刻的社会变革，它涉及到千家万户农民的利益调整，新农村集中居住点建设是新农村建设的一个重要的组成部分。

一、新农村集中居住点建设的性质与遵循的原则

（一）新农村集中居住点建设的性质

新农村集中居住点建设，是一种不溯及既往的政策和法律规制，其无权强制性改变农村的现状，而是规制农村将来的住宅建设。新农村集中居住点建设，不能改变农民住宅的权属，不能改变农民的宅基地权益，其仅是有权进行规划，并且规制将要发生的住宅建设行为。将要发生的新农村集中居住点建设，必须符合规划，否则不能获得建设许可。农民之间，可以通过权利的流转，平衡农民间的住宅供需。纵使某一地块上的已有房屋不符合规划要求，也不能在没有农民许可的情形下处分，只能在农民许可前提下或者农民获得合理的补偿后，才能依法处分。新农村集中居住点建设，是依靠法治重新分配和调整农村住宅的行为。

（二）新农村集中居住点建设的基本原则

我国进行新农村集中居住点建设，必须遵循一定的原则。没有固定原则指导的新农村住宅建设，是随意性的新农村建设，不能产生预期的效果。我国新农村集中居住点建设，应遵循以下基本原则：

1. 保持农村性质不变

新农村集中居住点建设是使农村换上新颜，不是要改变农村为非农村。新农村集中居住点建设，是在原来农村住宅基础上的建设。新农村集中居住点建设，是区别于小城镇建设、城镇化和城市化的建设行为。

2. 充分保护农民权益

我国进行新农村集中居住点建设，根本目标是要改善农村的经济社会状况，更好地保护农民的权益，不断地增进农民利益。是否有利于增进农民的合法权益，是衡量新农村住宅建设的一个重要标准。只要是不能增进农民权益的新农村集中居住点建设，必须叫停。新农村集中居住点建设过程中，必须保障农民的生产和生活条件。

3. 生态规划先行做好选址规划

新农村集中居住点建设规划，应以保护农村原生态为标准，规划不伤害农村原生态。新农村集中居住点建设规划，不能改变农民正在使用的房屋的现状，其规划的范围仅是农民不使用的房

屋、破旧无人居住的房屋以及闲置的宅基地。农民正在居住和为生活所需的房屋,是农民生活的基础。新农村集中居住点建设,在没有为农民提供已有的替代房屋前,不能处分农民的这些房屋,尤其应当遵循《城乡规划法》,事先做好新农村集中居住点的规划编制。

4. 做好拆迁补偿与工程建设管理

确需拆迁的,拆迁补偿情况因地块情况而有差异,征用土地的补偿标准,按照《中华人民共和国土地管理法》(以下简称《土地管理法》)、《中华人民共和国土地管理法实施条例》(以下简称《实施条例》)、《安徽省实施土地管理法办法》(以下简称《办法》)等法律法规、进行补偿。如果是对原有村庄进行拆迁建设,则涉及对被拆迁农民的补偿以及对被拆迁没有住处农民宅基地或住房的保障问题。

5. 政策与法律保障

新农村建设,是要形成法治新农村社会。新农村集中居住点建设,必须以政策和法律法规为前提。没有政策和法律法规规定的新农村建设,都是不合法的行为。任何地方的新农村集中居住点建设,都要以一定的政策和法律法规为依据。没有政策和法律法规依据的新农村集中居住点建设的不法行为,政府应承担相应责任。

二、新农村集中居住点建设中存在的法律问题

新农村集中居住点建设是一项新生的事物,没有经验可资借鉴,需要在实践中不断地摸索,在探索中难免会出现诸多缺陷和问题。但是,对于法律的规定,特别是法律的强制性规定是必须遵守的。目前涉及新农村建设的案件类型来讲,主要集中在建设工程、房屋买卖。实践中我们发现新农村集中居住点建设中存在的问题远不止这两个方面,所涉及的法律问题可以说是贯穿于新农村建设的全过程,而且有的法律问题越来越严重。这些法律问题积聚到一定程度后就困难会爆发,引发一系列的法律纠纷、诉讼,甚至会产生多骨诺米牌效应。

新农村集中居住点的建设大体上可分为两类情形:一是由“开发商”开发建设,二是有村民在规划内按照一定的要求自建房屋。但在实践中发现,不论是由开发商承建还是由村民自建的房屋,其施工的主体大多是由农村中的“瓦匠”自行组建的施工队。这些“瓦匠”中绝大多数是没有《建筑法》所要求的相应的资质。有些居住点的房屋建设由于缺乏监理、施工主体缺乏相应的资质,工程完工后缺乏质检等,导致有些集中居住点的房屋质量或多或少存在一些问题,有些房屋甚至存在特别严重的问题。部分农村集中居住点的房屋买卖违反《民法通则》、《物权法》、《合同法》、《土地管理法》等法律。这类纠纷本身并不复杂,但由于涉及到合同的一方主体是否具有处分权、能否办理产权证书、购房人是否具有购房资格(如城镇居民或外村人购房问题)等问题,因而显得比普通的商品房买卖更为棘手。

三、新农村集中居住点建设中法律问题解决难的现状及其原因分析

从目前案件来看,主要集中在工程建设费用、工程质量以及房屋买卖纠纷方面。房屋买卖纠纷主要涉及一方或双方违约、合同的效力、第三人主张购房人购房无效等案件,。

在处理涉及新农村集中居住点建设中法律纠纷中遇到了一系列的困难,这些困难不是通过诉讼就能解决的。

(一) 涉及违法用地方面的困难

最近十年是我国经济发展最快的时期,随着经济实力的增强,也出现固定资产投资过快增长,导致用地急剧增加。当前的国民经济就像一列高速运转的列车,具有很大的惯性,新上项目不断增加,用地的势头不减,其结果是在有国家宏观调控的情况下,还是出现违法用地的问題,对于这类案件不是通过诉讼所能解决的。因为,土地的监管应当从当初的单一行

政监管,发展到行政、经济、法律及责任追究并用的手段。

（二）涉及土地使用权流转案件的困难

《宪法》第10条规定:“城市的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于集体所有;宅基地和自留地、自留山,也属于集体所有。国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地的使用权可以依照法律的规定转让。”可见,国家土地所有权与集体土地所有权都是平等的所有权,集体土地使用权也可以依照法律的规定转让。但依我国现行的法律规定,集体建设用地所有权的权能是受到极大的限制的。如从《土地管理法》第43条规定看,集体建设用地的最终处分权属于国家。该法第60条和第63条只规定了两种集体建设用地流转形式:一种是兴办乡镇企业或以土地使用权入股联营等形式共同举办企业的、建设村民住宅、建设乡(镇)村公共设施和公益事业;另一种因破产、兼并等情形致使土地使用权依法发生转移。明确禁止集体建设用地以出让、转让、出租的形式流转。这就使得集体建设用地的使用权能的行使受到严重的桎梏。另外,根据我国《担保法》第34条、《物权法》第183条和第184条的规定,我国农地使用权除“四荒”土地使用权外不得抵押,宅基地使用权除与乡(镇)、村企业的厂房等建筑物同时抵押外,不得单独抵押。对集体建设用地抵押权的限制,使土地自身的融资功能难以发挥作用,必然使人对集体建设用地的开发和利用产生顾虑,并影响其进入市场流转。在建设新农村集中居住点的过程中,由于土地流转协议的效力存在瑕疵、土地拆迁安置补偿费用过低等问题一旦诉至法院,法院将面临来自政府的压力和农民的信访双重压力。

（三）城镇居民尤其是外村人购买集中居住点的房屋

根据《物权法》、《土地管理法》、《农村土地承包法》等法律法规的精神以及相关政策,城镇居民尤其是外村人购买集中居住点的房屋是不能在集中居住点购房的,其买卖房屋合同的行为应为无效。但是,很多“开发商”在房屋买完后即一走了之,如果确认该买卖无效,购房人的损失又无从得到补偿。自建的房屋同样会遇到类似的困难,外村人或城镇居民一旦将房屋建成后,若认定其没有宅基地使用权,这些人将会面临巨大损失。

四、新农村集中居住点建设中法律问题解决之对策建议

解决问题的方式应针对不同的情况采取不同的措施,由政府及其相关部门做好事先防范,坚强执法力度,强化事前事中监督,做好事后救济,全社会齐心协力解决新农村集中居住点建设中所遇到的问题,共同推进并保障新农村集中居住点的健康有序进行。

（一）政府及相关部门加强执法,强化监督,创新举措化解纠纷

1. 严守《土地管理法》《规划法》等法律法规,加强对土地总体利用规划和城乡建设规划的执行力度。

2. 做好事前监督指导工作

政府及其相关部门应做好土地征用流转工作的事前监督指导,及时纠正其中的一些违法行为。政府的土地行政主管部门以及新农村集中居住点建设办公室可以对负责新农村集中居住点建设的有关人员进行有关法律法规培训,组织其相互之间进行交流学习,推广积极有效的经验和模式。在集中居住点房屋出售时,严格审查购房人的户口信息,严禁将房屋出售给城镇居民或外村村民。

3. 创新工作举措

集中居住点的“集中”引发了土地承包经营权和农村宅基地使用权。最根本的原因是我国土地所有制主体的多元化造成的。我国虽然是实行单一所有制——公有制形式,但在所有制的主体上存在着两级甚至是三级的主体。这种单一所有制形式下的多元所有权主体必然导

致集中居住点的宅基地使用权资格上的限制,这样的法律规定实际上已经成为新农村集中居住点建设的一大瓶颈。这种瓶颈的制约作用在那些合并后的行政村中表现的尤为突出。由于行政村合并前,土地是隶属于不同的经济集体组织成员的,合并后这种所有权的形势并没有改变。对此,建议有关方面可以指导村委会召集村民大会或村民代表大会讨论在现有土地承包合同不变并三分之二村民或村民代表同意的情况下合并本村的所有权,然后到相关部门办理相应的手续。

对于已经在本村集中居住点购买房屋的外村村民,如果其已经放弃了其所在村的宅基地使用权的话,可以经过一定的程序将其户口迁入本村,这样就可以解决无资格享用宅基地使用权的尴尬局面。

对于城镇居民或仍保有其原有宅基地的外村村民可以考虑通过平等协商,将其购买的房屋折价给集中居住点所在村的村民。

此外,笔者认为要真正解决土地所有权对集中居住点建设“集中”的制约,不妨可以考虑将小城镇街道的土地国有化后,或经过法定程序在各行政村征用一块土地进行国有化,然后再进行新农村集中居住点的建设,这样其所受到的阻碍就会小的多。

(二) 加强法律引导,做好事后救济工作

由于涉及新农村集中居住点的纠纷的特殊性和棘手性,应慎重对待此类案件,既不能大包大揽,也不能一盖拒之于门外。具体来说,涉及此类案件应注意以下几点:

1、涉及此类案件的指导思想

在代理此类案件是应遵循以下原则:(1)顾全大局,慎重对待。集中居住点的建设事关我国新农村建设的大局,是实现我国新时期农村科学发展的重要举措,要有大局观,力争取得各方面都较为满意的结局。(2)区别对待,维护农民权益。对于比较单纯的传统的民事纠纷,要本着为民司法,全心全意为民着想,维护村民的各项权益。

2、做好法律适用

目前,涉及新农村集中居住点的案件类型主要集中在以下几个方面:(1)建筑施工中的人身损害赔偿案件,(2)房屋买卖中的纠纷,(3)建设工程款追偿的问题,(4)建设工程施工合同的效力问题,(5)拆迁用地补偿。

其中建筑施工中的人身损害赔偿案件由于施工人大多是没有资质的农民“瓦匠”,对其在施工中所受到的损害赔偿问题比较复杂,正确区别加工承揽合同与雇佣关系的问题。

此外,房屋买卖中的纠纷、拆迁用地补偿、建设工程施工合同纠纷中涉及合同效力的问题,仍需进一步的研究,这样才能有效地处理涉及集中居住点的法律问题。

参考文献:

- ①张阿兰 论新农村建设的法律保障
- ②陈小君 农村土地法律制度研究[M].中国政法大学出版社,
- ③吴月芽 农村集体建设用地使用权入市流转的可行性探析[J].经济地理,
- ④温世扬 集体所有土地诸物权形态剖析.法制与社会发展
- ⑤孙博 温静芳 关于完善集体建设用地流转市场配置的法律思考

作者单位:安徽皖杰律师事务所

论保护儿童最大利益原则作为婚姻家庭法的基本原则

郑秀军

【内容摘要】在我国，尽管法律规定保护儿童合法权益是社会各界共同的责任，儿童虽然被看作是国家的未来、民族的希望、父母的宝贝，但是他们却不是独立的权利主体，儿童在父母的安排下从一个补习班到另一个补习班，父母吵架可以把孩子从窗口扔出去，可以说在我国在儿童问题上溺爱横行、伤害不止的情况比较严重！在父母离婚时，孩子也往往仅是个出气筒、牺牲品，却没有人在法庭上为他们说话，维护他们的合法权益……这与儿童最大利益原则的国际法极不相符，说明我国保护儿童合法权益的制度不够健全。本文从婚姻家庭领域探讨把保护儿童最大利益原则作为婚姻家庭法的基本原则，试图为完善我国婚姻家庭法的基本原则及保护儿童合法权益的制度提供一个新的视角，也将有利于实现《儿童权利公约》国内法转化的承诺。

【关键词】儿童 保护儿童最大利益原则 婚姻家庭法 基本原则

近日，“慈母溺子案”^①的发生，让人们对这个母亲表示同情的同时，对完善儿童福利制度、如何能让残疾的儿童活得更更有尊严引发深刻的思考。

“高空抛子案”^②的频发，让我们对儿童生命权的担忧更加久远……父母有什么权利在吵架时就拿孩子的生命当儿戏？

家庭是社会的细胞，婚姻是家庭的核心，孩子是夫妻双方爱情的结晶，也是国家和民族的希望与未来。应该说我国一直非常重视保护儿童的合法权益，法律法规不断完善，但是还存在明显不足，其中一个表现就是没有明确把保护儿童最大利益原则写进我国的法律里。尽管修订后的《中华人民共和国未成年人保护法》对儿童利益优先原则进行了规定，但没有用儿童最大利益原则这样的表述，这种修订虽然体现了法制的进步，但是还需要不断完善。儿童在原本最安全的地方——家里受到最亲近的人——监护人的虐待、遗弃、杀害事件时有发生，儿童被监护人当作自己附属物的现象更为普遍，给孩子报各类的培训班、补习班，以至于出现孩子书写保证现在不上各类补习班，长大不埋怨父母的事件发生。^③因此，如何把儿童作为一个独立的权利主体、在婚姻家庭领域进一步加强对儿童的保护，是我们所要关注的。把保护儿童最大利益原则作为婚姻家庭法的一项基本原则就是其中比较的措施之一。

一、保护儿童最大利益原则

根据《儿童权利公约》第1条规定：“儿童系指18岁以下的任何人，除非对其适用之法律规定成年年龄低于18岁。”我国《未成年人保护法》对未成年人的年龄也做了几乎相同的规定，第2条规定：“本法所称未成年人是指未满十八周岁的公民。”也就是说在我国，未成年人的概念与儿童的概念具有相同的含义。

保护儿童最大利益原则作为一项保护儿童合法权益的基本原则最早出现1959年联合国《儿童权利宣言》里，该宣言提出了各国儿童应当享有的各项基本权利，其中原则二就是儿童最大利益的规定^④。此后，该原则就被确定并被推广，1989年联合国《儿童权利公约》^⑤第

3 条对这一原则进行了明文规定,其具体内容是:“关于儿童的一切行为,不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行,均应以儿童的最大利益为一种首要考虑。”这一规定就明确了把儿童作为个体权利主体而不是作为一个家庭或者群体的成员加以保护。“最大利益保护原则,指针对有关儿童问题以儿童为本位,从其根本利益、长远利益出发分析问题、解决问题。此原则说传达和承载的是一种全新的儿童观念,这种儿童观念与传统的儿童观念的根本区别在于他不仅重视儿童对于社会的价值,看到儿童因弱小而需要保护的事实,更重要的是它不因儿童弱小而轻视他们,而是把儿童看作有能力的积极主动的权利主体,儿童拥有权利并可以行使权利。”^⑥我国批准了该公约后,承诺履行公约义务,最突出的表现就是国内政策的完善和法律的修订上。例如在《中国儿童发展纲要(2001—2010年)》总目标就是:“坚持‘儿童优先’原则,保障儿童生存、发展、受保护和参与的权利,提高儿童整体素质,促进儿童身心健康发展。”这是我国首次使用“儿童优先”原则的表述。2007年6月1日起施行的修订后的《中华人民共和国未成年人保护法》第3条规定:“未成年人享有生存权、发展权、受保护权、参与权等权利,国家根据未成年人身心发展特点给予特殊、优先保护,保障未成年人的合法权益不受侵犯。”在我国把儿童利益优先当作儿童最大利益的体现,有把两者混同的误解,其实两者的内容是不完全相同的。因为“优先”不如“首要”更能体现对儿童的特殊保护,需要在相关的法律中加以完善的。

二、我国婚姻家庭法的基本原则

新中国成立后,我国废除了一夫多妻制的婚姻制度,建立了社会主义的婚姻法。1950年4月30日,中华人民共和国中央人民政府公布《中华人民共和国婚姻法》。这部新中国颁布的第一部婚姻法自1950年5月1日起施行。该法开宗明义,在第1条就规定了我国的婚姻制度。其具体内容是:“废除包办强迫、男尊女卑、漠视子女利益的封建主义婚姻制度。实行男女婚姻自由、一夫一妻、男女权利平等、保护妇女和子女合法权益的新民主主义婚姻制度。”这条规定就是我国婚姻法基本原则的缩影。尽管我国在一九八〇年又制定了一部婚姻法取代该法,但是该法确定的我国婚姻法的基本原则没有改变。

婚姻法是婚姻家庭法的核心,婚姻家庭法的范围更广泛些,包括《继承法》、《妇女权益保障法》、《母婴保健法》、《人口与计划生育法》、《物权法》、《民法通则》、《侵权责任法》、《未成年人保护法》、《老年人权益保障法》、《收养法》等等。而婚姻家庭法的基本原则一般是规定在婚姻法里的。因此,本文关于婚姻家庭法的基本原则主要是以婚姻法为基础进行介绍的。

婚姻家庭法的基本原则即是婚姻家庭法的立法指导思想,又是婚姻家庭法规的基本精神,也是婚姻家庭法操作适用的基本准则,贯穿与婚姻家庭法的始终,集中体现了以婚姻家庭法为主体内容的婚姻家庭制度的本质和特定。我国《婚姻法》第2条规定:“实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。”

保护妇女、儿童和老人的合法权益。

实行计划生育。”因此,这条规定也被认为是我国婚姻法基本原则的概括。该规定把我国的基本婚姻制度原则确立为三个:

(一) 婚姻自由原则

婚姻自由,是指婚姻当事人按照法律的规定在婚姻问题上所享有的充分自主的权利,任何人不得强制或干涉。包括结婚自由和离婚自由两个方面,禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为,禁止借婚姻索取财物,这些都是保障婚姻自由的有效措施,婚姻自由是家庭幸福的基础。

(二) 一夫一妻原则

一夫一妻制,是指一男一女结为夫妻的婚姻制度。在一夫一妻制度下,不论是谁,都不

得同时拥有两个或两个以上的配偶；已婚者在配偶死亡或离婚之前，不得再次结婚；一切公开或隐蔽的一夫多妻制或一妻多夫的两性关系都是违背该原则的。一夫一妻原则是婚姻的本质属性。禁止重婚、禁止有配偶者与他人同居是该原则的保障。一夫一妻制度是我国的新婚姻制度区别于一夫多妻制的封建婚姻制度的集中体现。

（三）男女平等原则

男女平等是指男女两性在婚姻家庭关系中，享有同等的权利，负担同等的义务。男女双方享有平等的财产权利、人身权利，共同履行计划生育的义务、相互忠诚的义务、赡养老人照顾孩子的义务等。大男子汉主义和女权主义都是对男女平等原则的侵犯。在婚姻家庭里的男女平等是我国宪法中关于男女平等原则在该领域里的表现，封建的男尊女卑思想的毒害不是短时间内就可以消除的，特别是妇女在家庭里享有的平等地位有助于她在社会上为争取自己的平等权利。

笔者认为这三项原则是我国婚姻家庭法的基本原则，大多数学者都把“保护妇女、儿童和老人的合法权益”、“实行计划生育”也作为基本原则来对待，笔者认为尽管妇女、儿童、老人在家庭中处于弱势的地位，需要法律的特殊保护，但是男人的合法权益也需要法律的保护，同时计划生育是一项基本的国策，而生育仅仅是家庭的一个功能而已，因此，笔者认为把我国《婚姻法》第2条第2款、第3款作为婚姻法的基本原则有弱化基本原则功能的危险。即便是把“保护妇女、儿童和老人的合法权益”作为一项基本原则，也没有突出对儿童的首要保护。因此，有必要对坚强儿童的家庭保护进行深入研究，完善婚姻家庭法律制度。

三、把保护儿童最大利益原则作为婚姻家庭法的基本原则的必要性

从我国《婚姻法》的主要条文及立法指导思想来看，这部法律主要是规范作为夫妻双方的权利义务，结婚的条件、离婚所要处理的问题。该法一共有六章，除了总则与附则外，其余四章分别是结婚、家庭关系、离婚、救助与法律责任，从“章”的目录上看不出对儿童的特殊保护。就具体条文来说，该法对未成年人正常的家庭保护和教育的问题，只有一个简单第23条一个条文：“父母有保护和教育未成年子女的权利和义务。在未成年子女对国家、集体或他人造成损害时，父母有承担民事责任的义务。”而对于如何保护和教育，没有相应的具体规定。在夫妻离婚时，关于孩子的抚养问题，在父母双方协商不好的情况下，也仅仅是规定“由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。”在离婚诉讼中没有规定子女的诉讼地位，更没有独立的代理人代表他们在法庭上说话，表达自己对父母离婚后自己权益保护的问题。《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意见》作为一个专门性的司法解释，也是从父母的角度解释、而不是从子女的角度解释的，关于征求子女意见的问题，也只在第5条做了规定：“父母双方对十周岁以上的未成年子女随父或随母生活发生争执的，应考虑该子女的意见。”对于十周岁以下的孩子，尽管他们已经会说话、能够感知父母对自己爱的程度，但是他们也没有资格到法庭上表达自己的意愿。在财产权利方面，仅在第24条第2款规定“父母和子女有相互继承遗产的权利。”对于儿童的其他财产权利没有规定。当儿童受到伤害时，《婚姻法》第43、44条仅仅规定的是“受害人有权提出请求”、“受害人提出请求的”有关机关如何处理的规定，而一个儿童是没有能力提出请求的，缺乏国家主动干预、主动救助的制度规定。正是因为儿童在家里没有独立的地位，把他们当作依附于父母的产物，所以才出现当父母生气吵架时，把孩子扔出窗外的事情；才出现虐待孩子把孩子烫伤、冻伤、打伤的事情；才出现让孩子上不同的补习班而使孩子没有娱乐、休息时间的状况……这些发生在我们身边或者通过媒体报道的儿童受到不公正对待的案件真实触目惊心！特别是由于人身不能强制执行的限制，当孩子希望不与自己生活在一起的父或母来探望自己时，法院也不好立案。当抚养孩子的一方不同意另一方来探望孩子时，往往把孩子藏匿起来。

有些人想抚养孩子，不是为了照顾孩子，而是为了侵占孩子可能带给他的利益。笔者前天代理一个离婚案件，在二〇一〇年法院判决不准他们离婚后，父亲就一直没有回家，也不给年仅6岁的孩子抚养费，母亲一个人带着孩子，还要上班，非常辛苦。他们的孩子还是女孩，但是父亲再次起诉离婚时，还要求抚养这个孩子，原因是他们那里快要拆迁了，而且还可能是按照人口分配安置房屋的面积，所以这个父亲就要求孩子的抚养权，甚至提出可以不让母亲支付孩子的抚养费！而且他们离婚的根本原因就是这一套住房的拆迁安置问题。一个父亲大半年的时间都不来看望女儿、不给女儿一分钱的生活费，这样的父亲能独自带好女儿吗？值得怀疑！笔者作为母亲的代理人，不主张他们离婚，建议法院调解和好或者判决不准离婚。目前该案还没有最后判决。儿童处于生理和心理的发育期，这种心理和生理的不稳定性需要家长的特殊保护。这是《未成年人保护法》把家庭保护放在学校保护、社会保护、司法保护之前规定的原因。有人说推动世界发展的手是那只推着摇篮的手，这就充分说明父母的作用。孩子的健康成长、全面发展，是需要制度加以保证的。而在家庭领域里的制度完善是成效最快的，把保护儿童最大利益原则作为婚姻家庭法的一项基本原则，将有利于儿童人格的健全和身心的健康。

四、保护儿童最大利益原则在婚姻家庭法中的主要内容

（一）把保护儿童最大利益原则写进我国宪法

宪法是我国的根本大法，婚姻法只是宪法中有关婚姻家庭领域的宪法内容具体化。要想把保护儿童最大利益原则作为我国婚姻家庭法的一项基本原则，首先就要才宪法入手，在现行宪法第四十九条里把保护儿童最大利益原则作为一个条款独立出来，以突显对儿童的特殊保护。

（二）修改完善《婚姻法》总则的规定

在婚姻法的总则部分，把保护儿童最大利益原则增加进来，使之成为统领婚姻家庭领域保护儿童合法权益的主线。具体来说就是把该法的第二条里把保护儿童最大利益原则与婚姻自由、一夫一妻、男女平等三大原则相并列，把第2款中的“儿童”删除。用这种明示的方式立法更加清楚了。

（三）把保护儿童最大利益原则在婚姻法的分则里加以细化

1. 增设国家监护人制度

电影《刮痧》从一个侧面反映了美国儿童受到虐待时国家救助制度的完善，而我国的儿童福利院仅仅是救助孤残儿童的一个场所，当发育正常的孩子受到来自监护人的伤害时，这些孩子能选择的最好方法就是出走流浪，采取暂时逃避的方式，但这样做的后果却会使孩子受到更深的伤害。我国也应该设置诸单独的儿童救助机构，对那些受到监护人伤害的孩子进行积极救助，在追究他们刑事责任、行政责任的同时，剥夺虐待孩子父母的监护人资格，给儿童更全面的保护。

2. 增设儿童财产权利的规定。

儿童对自己的受赠与财产、获奖财产、继承的遗产，对自己发明创造、文学创作、勤工俭学等途径获得的财产享有独立的财产权利，父母等监护人不得任意处置。在我国办理离婚案件时，常常在夫妻共同财产的分割方面不考虑孩子的财产权利问题，笔者还没有看到一份判决书上有孩子独立财产权利的判决，通过这些制度的设计，希望父母把儿童作为一个独立的权利主体来对待。

3. 增设离婚案件儿童诉讼代理人制度

现在，我国对未成年人被告人的审判工作有了很大的改进，引进了社会调查员制度。就是说在对未成年人被告人开庭审理的过程中，有一个社会调查员事先对这个未成年人犯的

成长环境、犯罪的原因、家庭情况、学校表现等方面进行调查,提供一份书面的调查报告,当庭宣读,供法庭决定对这个未成年人被告人进行定罪量刑时予以参考。就等于说,除了律师以外,对他们权利的维护又多了一个帮助他们说话的人,把这些情况反映给法庭,以便于更好帮助这个未成年人被告人改造。这个制度从试点到普及,已经基本成型。其实,这个制度也可以引入涉及儿童抚养的离婚案件里。在这类离婚案件中,增设儿童代理人,代理儿童参与父母的离婚案件,专门就父母离婚如何保护儿童的居住条件、生活环境、生活质量不下降到父母离婚之前发表代理意见,协助法官从保护儿童最大利益的角度判决案件。

五、后记

全国律协未成年人保护专业委员会在佟丽华主任的带领下,不断呼吁加快我国《儿童福利法》的立法工作,而在婚姻家庭法领域的制度完善无疑会促进这方面工作的开展。当我们将对儿童寄予无限希望时、当我们把实现中华民族伟大复兴的梦想寄托到他们身上时,我们这些成人更应该给他们提供一个安全、健康、宽松的成长环境,让他们的童真在法律的关爱中闪闪发光!特别是在家庭里,建立保护儿童最大利益原则,让他们享受“首要”保护,就是希望他们能够健康成长,避免受到以各种理由实施的伤害。只有在这种民主、平等、自由的环境里,他们才可能会更懂得自己肩负的重任!

注释

①慈母溺子案是指女白领韩群凤照顾脑瘫儿子13年,因绝望溺死两子一案,东莞检察机关对被告人韩群凤涉嫌故意杀人一案提起公诉。2011年6月2日东莞市第一人民法院公开审理这个特殊的杀人犯,社会很多人士签名呼吁对其轻判。该院经审理从轻判处韩群凤有期徒刑五年。

[Http://www.hudong.com/wiki/%E6%85%88%E6%AF%8D%E6%BA%BA%E5%AD%90%E6%A1%88](http://www.hudong.com/wiki/%E6%85%88%E6%AF%8D%E6%BA%BA%E5%AD%90%E6%A1%88)

②2011年07月04日《东方早报》余梁意 杨洁《狠心父14楼抛下10月大儿子》,朱某系名校毕业,在大型国企工作,其妻子就职于银行,半年前,新婚不久的两人刚有了一个可爱的儿子——一个本来令人羡慕的三口之家却在7月3日经历了一场许多人仍然无法理解的惨剧。29岁的朱某在与妻子激烈争吵过后,一时冲动将10个月大的儿子从14楼房间扔出,孩子当场死亡,朱某紧接着欲割腕自杀未遂,朱某因涉嫌故意杀人已被警方刑事拘留,将随后对其进行精神鉴定。

2011年7月10日上海《新闻晨报》《宝山抛子事件追踪:“抛子妈妈”依然神志不清》,2011年7月8日凌晨5点多,上海的周某将自己4岁的儿子从4楼抛下后,自己也跟着跳下楼,造成儿子当场死亡、自己腰椎受伤,左脚多处骨折的后果。

③冯秋瑜, <http://www.sina.com.cn> 大洋网-广州日报,《孩子拒上兴趣班写自愿不学保证书》。一个9岁女孩玲玲的“自愿不学”保证书引起广泛关注。因为3年学了6门才艺,却没有一样精通,玲玲表示再也不愿参加任何兴趣班,并且向父母写下了保证书:“我自愿不学钢琴、电子琴、二胡、舞蹈、绘画,我长大后不怨妈妈、爸爸。”

④《儿童权利宣言》原则二儿童应受到特别保护,并应通过法律和其它方法而获得各种机会与便利,使其能在健康而正常的状态和自由与尊严的条件下,得到身体、心智、道德、精神和社会等方面的发展。在为此目的而制订法律时,应以儿童的最大利益为首要考虑。

⑤1990年8月29日,我国常驻联合国大使代表中华人民共和国政府签署了《儿童权利公约》,我国成为第105个签约国。1991年12月29日第七届全国人民代表大会常务委员会决定批准中国加入《儿童权利公约》。1992年3月2日,我国常驻联合国大使向联合国递交了我

国的批准书，从而使我国成为该公约的第 110 个批准国。该公约于 1992 年 4 月 2 日对我国生效。

⑥《论国际人权法条件下的儿童权益的保护——以最大利益原则为基点》，作者，窦丽萍曹培忠，《东方法眼》2004 年 04 月 16 日。

作者单位：安徽金晟律师事务所

论离婚损害赔偿制度

胡茂谦

【内容摘要】婚姻的本质是一种契约，而契约不仅强调权利，更强调自由。法律上的婚姻自由就是契约自由，包括结婚自由与离婚自由。离婚损害赔偿制度是一项古老的离婚救济方式，早在1804年法国民法典就明确规定：如离婚被判为过错全属夫妻一方，则该方得被判损害赔偿，以补偿他方因解除婚姻而遭受的物质和精神损害。这一规定一直沿用至今。《婚姻法》第46条确定了离婚过错损害赔偿制度，规定配偶一方因其过错行为，不法侵害配偶他方基于配偶身份所享有的合法权益，导致婚姻关系破裂，配偶他方得请求赔偿其财产上的损失和非财产上的损失的民事法律制度。使法律对婚姻当事人的合法权益的保护更进一步，婚姻家庭立法的进一步完善，意义甚大。本文是在分析我国离婚精神损害赔偿制度的基础上，笔者提出一些对这项制度的看法。

【关键词】离婚损害赔偿 责任性质 赔偿情形 请求权主体 责任主体

一、我国离婚损害赔偿制度的确立

1、离婚损害赔偿制度的渊源

家庭是社会的细胞，婚姻家庭关系的科学调整和稳定是社会进步、文明昌盛的标志，建立现代和谐的家庭生活制度，巩固一夫一妻婚姻制度的重大举措是与社会主义市场经济的建立，与先进生产力、先进文化可持续发展同时进行的。离婚损害赔偿制度，始建于19世纪，如现行《法国民法典》第266条规定：“在因一方配偶单方过错而宣告离婚的情况下，该一方对另一方配偶因婚姻解除而受到的物质上与精神上的损失，得受判处负损害赔偿责任。”《瑞士民法典》第151条规定：“（一）因离婚，无过错的配偶一方在财产权或期待权方面遭受损害的，有过错配偶一方应支付合理的赔偿金。（二）因导致离婚的情形，配偶一方的人格遭受重大损害的，法官可判与一定金额的赔偿基金作为慰抚。”从上述法律规定我们可以看出，国外离婚损害赔偿制度的确立由来已久。纵观各国立法对离婚损害赔偿制度的规定，大致经历了三个不同的演变过程。第一个过程，是将破坏婚姻关系的行为认定为侵害夫权的行为。在古代法中，可以对妻和通奸者处以刑罚；在近代则追究妻通奸行为的民事责任。这是一种不平等的歧视妇女的制度。第二个过程，是对破坏婚姻关系的行为认定为侵害名誉权责任，依照侵害名誉权的法律处理。第三个过程，是将破坏婚姻关系认定为侵害配偶权的民事责任，实行精神赔偿^①。在我国，离婚损害赔偿制度的确立比较晚，1993年11月3日最高人民法院在《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》中指出的，人民法院在审理离婚案件对夫妻共同财产的处理上，要坚持“照顾无过错方”的原则。但由于该司法解释没有对“过错”的情形具体予以界定，因此，该原则在实践中没有得到真正的落实。尽管如此，但该条法律原则的确立，也反映出我国建立离婚损害赔偿制度已经发展进步。

2、我国离婚损害赔偿制度的建立

我国离婚损害赔偿制度建立过程是漫长的，中华人民共和国成立前后的几部婚姻立法均没有建立该项制度。我国的离婚损害赔偿制度首次正式确立于2001年4月28日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议修改的《中华人民共和国婚姻法》（简称新婚姻法），

该法第 46 条规定：有下列情形之一的，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚的；（二）有配偶者与他人同居的；（三）实施家庭暴力的；（四）虐待、遗弃家庭成员的。建立离婚损害赔偿制度是我国婚姻家庭立法的一大进步，有利于在新形式下保护当事人，特别是妇女的合法权益。随后，为了正确审理婚姻家庭纠纷案件，最高人民法院分别于 2001 年 12 月 24 日、2003 年 12 月 25 日公布了两个司法解释。《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）》的第 28 条、第 29 条、第 30 条对离婚损害赔偿的赔偿范围、离婚损害赔偿的主体、行使离婚损害赔偿请求权的程序等多方面进行了具体规定。《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 27 条规定，当事人在婚姻登记机关办理离婚登记手续后，即协议离婚后，当事人如何行使离婚损害赔偿请求权进行了规定。最高院两个司法解释的发布实施，解决了困扰司法实践中离婚损害赔偿具体应用的诸多难题，发挥离婚损害赔偿制度的功能与作用。

3、离婚损害赔偿制度应不断完善

随着改革开放的扩大，社会主义市场经济的不断建立，一些不良生活方式如包“二奶”，养小蜜，找情人等现象也乘机涌入，极大地危害了正常的婚姻家庭关系。限制和制裁这种破坏婚姻家庭关系的行为，维护健康、文明和先进的婚姻家庭关系在现阶段显得极为迫切，极为需要，而建立我国的离婚精神损害赔偿制度就是限制和制裁这种破坏婚姻家庭关系行为的一项重要利器。我国离婚损害赔偿制度的确立，更好地维护婚姻家庭关系的稳定，促进社会和谐。但随着经济社会的发展，新型社会矛盾不断涌出，我国的离婚损害赔偿制度立法对司法实践中的很多问题难以解决。离婚损害赔偿制度存在的缺陷日益突出，因此，研究离婚损害赔偿制度就是要不断完善离婚损害赔偿制度，以达到真正的构建新型的社会主义家庭道德、弘扬社会主义精神文明的客观需要，同时也与世界婚姻立法的发展方向相衔接。才能实现法律的公平正义和对弱者的人文关怀，体现法律的人权理念与精神，也才能真正实现离婚自由。

二、离婚损害赔偿制度的性质

1、离婚损害赔偿责任制度的法律属性

从我国现行立法来看，我国的立法者是支持离婚损害赔偿侵权责任说这一观点的。《婚姻法》第 46 条：有下列情形之一的，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿……《解释一》第 28 条明确规定：婚姻法第 46 条规定的“损害赔偿”，包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。涉及精神损害赔偿的，适用最高院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的有关规定。而根据法理理解，精神损害赔偿一般属于侵权责任赔偿的范畴。相反的，若离婚损害赔偿是一种违约责任的话，那么违约方仅仅承担的是违约责任，根据法律相关规定，违约赔偿责任中并没有精神损害赔偿。这与婚姻法第 46 条的规定恰恰相矛盾。据此可以看出，我国离婚损害赔偿责任是一种侵权责任，而非违约责任。

2、离婚损害赔偿的构成要件

侵权损害赔偿构成要件一般包括：违法行为、损害后果、因果关系、主观过错四方面。但，根据婚姻法第 46 条的规定和《解释一》第 29 条的规定，我国离婚损害赔偿责任除具备一般的损害赔偿的构成要件外，还必须具备另外一项特殊要件——离婚。（一）违法行为。婚姻法第 46 条列举包括：重婚；有配偶者与他人同居；实施家庭暴力的；虐待、遗弃家庭成员四种情形。除此之外，其他情形不能产生离婚损害赔偿。（二）损害后果。因过错方实施了上述违法行为，进而导致了无过错方损害后果的发生，包括人身损失、财产损失和精神权益的损害。（三）因果关系。因果关系是原因与结果之间的一种引起与被引起关系。离婚损害赔偿中，因过错方的违法行为实施，导致了无过错方损害后果的直接发生，即过错-离婚-损害后果。（四）主观过错。过错是侵权责任构成要件中的重要因素，过错责任是侵权法归责原则中的

一般原则。离婚中的过错，即一方在主观上具有故意或过失，即具有《婚姻法》第46条规定的情形之一的行为。（五）离婚。离婚损害赔偿存在的前提是离婚。这是婚姻侵权责任的特殊要件。根据《解释一》第29条第2款规定：“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。”第3款规定：“在婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚而单独依据该条提起损害赔偿请求的，人民法院不予受理。”因此，即使具有新《婚姻法》第46条规定的四种情形之一，但没有离婚，也不存在离婚损害赔偿。

三、离婚损害赔偿制度的赔偿情形

1. 重婚

根据1997年颁布的《中华人民共和国刑法》第258条规定，“有配偶而再结婚或明知他人有配偶而与之结婚的，以重婚罪论处。”《婚姻法解释一》第5条规定：未按婚姻法第8条规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，起诉到人民法院要求离婚的，应当区别对待：（一）1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合结婚实质要件的，按事实婚姻处理……。重婚罪客观要件包括事实重婚，主观要件即为明知自己或他人有配偶的故意，形式上既包括登记结婚也包括公开以夫妻名义长期共同生活的事实婚姻。具体到关于因离婚而导致的离婚损害赔偿责任中的重婚者，在有配偶而再结婚的情况下，侵害的是有配偶者一方的配偶，再结婚者即过错方，承担离婚损害赔偿责任；在明知他人有配偶而与之结婚的情况下，不论明知方是否未婚，有配偶者直接侵害的是有配偶者，与明知方没有直接关系，况且由于重婚是婚姻无效情形，明知方与有配偶者将不会涉及离婚问题，进而也不会有离婚损害赔偿的发生。因而这里的重婚，应限于有配偶而再结婚这一情况。

2. 有配偶者与他人同居

根据《婚姻法解释一》第2条规定：“有配偶者与他人同居的情形，是指有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住。”该行为须具备5个条件：与婚外异性、不以夫妻名义、持续、稳定、共同居住。持续即时间上相对较长，稳定即相对方始终未改，共同居住即共同生活在一起。在实践中构成离婚损害赔偿还应当是配偶因此而引起离婚，或者主要因此而引起离婚。

3. 实施家庭暴力

根据《婚姻法解释一》第1条规定：“家庭暴力是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，给家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。”实施家庭暴力成为困扰许多婚姻家庭的一大突出问题。在离婚损害赔偿制度中，一方对另一方实施家庭暴力，就是一种损害赔偿情形。

4. 虐待、遗弃家庭成员

虐待、遗弃行为。虐待是指经常故意地折磨、摧残家庭成员，使其在肉体或精神上遭受损害的违法行为，如对家庭成员的冻饿、打骂、恐吓等。遗弃，是指对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的家庭成员，负有赡养、扶养、抚养义务而拒不履行法定义务的行为。凡是夫妻一方有类似虐待或遗弃家庭成员行为，且这种行为导致离婚的，则无过错的另一方有权请求离婚损害赔偿。

5. 除上述婚姻法规定的情形外，笔者赞同将夫妻一方擅自处分共同所有的房屋造成另一方损失的，离婚时另一方有权请求损害赔偿。^②

四、赔偿标准

1. 婚姻法中的赔偿标准

《婚姻法解释一》第28条规定：“婚姻法第46条规定的“损害赔偿”，包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。涉及精神损害赔偿的，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》的有关规定。”基于该规定，精神损害有了一般的法律规定，但对于物质损害赔偿的适用标准，没有明确说明。为此，我们根据《婚姻法》第44条第2款：“对遗弃家庭成员，受害人提出请求的，人民法院应当依法作出支付抚养费、抚养费、赡养费的判决。”及第45条：“对重婚的，实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员构成犯罪的，依法追究刑事责任。受害人可以依照刑事诉讼法的有关规定，向人民法院自诉；公安机关应当依法侦查，人民检察院应当依法提起公诉。”之规定可以分析出，物质损害赔偿范围不仅包括抚养费、抚养费、赡养费而且在刑事自诉案件中还应适用最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》的有关规定。

2. 具体赔偿标准

《婚姻法》第3条第2款：“禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居。禁止家庭暴力。禁止家庭成员间的虐待和遗弃。”该条详细的列举了四种法律的强制性规则，与《婚姻法》第46条的规定相一致，即一旦违反了法律的强制性规定，就应当承担离婚损害赔偿责任。但该条规定的范围相对较窄，对其他情况如“长期通奸”等情形没有规定。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（三）（征求意见稿）第12条第2款规定：“夫妻一方擅自处分共同所有的房屋造成另一方损失的，离婚时另一方有权请求赔偿损失”。因此，该条的规定对《婚姻法》第46条是一相当的弥补。（1）物质损害标准。《婚姻法》第44条第2款规定了抚养费、抚养费、赡养费，除此之外，笔者认为在重婚和有配偶者与他人同居的情况下还应把婚姻法的第40条的“补偿”更改为“赔偿”，在第48条后增加一款规定，无过错方可以主张物质损害赔偿；对实施家庭暴力，虐待和遗弃家庭成员的情况，不仅应包括上述赔偿范围，还应在生命健康权、名誉权、自由权等方面遭受伤害的情况下，按照民事侵权责任规则及相应的赔偿标准予以处理。（2）精神损害赔偿。“对于离婚损害赔偿中精神损失的赔偿标准问题，争议较多，难度较大，虽然最高人民法院对民事侵权案件中精神损害赔偿问题作了相应的司法解释，但离婚损害赔偿中对夫妻身份权的精神损害不同于一般的民事侵权所造成的精神损害，不属于该解释所规定的精神损害的赔偿范围，因而许多内容不适用于离婚损害赔偿”。^③笔者认为，对离婚损害精神赔偿首先要确定一个赔偿基数，然后再综合考虑多方因素予以判断，确定。

五、权利义务主体

1. 诉讼离婚中权利义务主体

根据《婚姻法》第46条和《婚姻法司法解释一》第29条规定，离婚诉讼中，有权提起离婚损害赔偿请求的主体范围限制为婚姻关系中的无过错方，即请求权主体只能是夫或妻，义务主体为相对方。这种身份是恒定的，即为夫妻一方，如同行政诉讼中被告恒定为行政机关。主张离婚损害赔偿的前提不但要符合法定情形，而且必须离婚。离婚损害赔偿责任适用侵权过错责任，即根据夫妻双方因过错程度对导致离婚的原因承担责任，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（三）（征求意见稿）第19条规定：“根据婚姻法第46条提起离婚损害赔偿请求的权利人，应当是婚姻当事人中的无过错方。夫妻双方都有该条规定的过错情形的，人民法院对任何一方当事人主张离婚损害赔偿的请求，均不予支持。”笔者认为，该条正是适用过错相抵原则来解决此一情形。

2. 协议离婚中权利义务主体

夫妻双方自愿离婚，并协商一致的可以离婚。在协议离婚过程中，无过错方的夫或妻可以通过自愿协商向另一方主张物质损害赔偿和精神损害赔偿，这种情形下的权利义务主体比

较明确。

3. 其他权利义务主体

离婚损害赔偿的相对方一般是夫或妻，但根据侵权责任原理和《婚姻法》第46条规定的四种情况分析，应当不仅限制在夫妻一方，对因过程导致离婚的第三方也应当承担赔偿责任。

1. 婚姻法第46条第1项、第2项规定重婚和有配偶者与他人同居，既然重婚和有配偶者与他人同居存在，那就存在第三方，当第三方不知夫或妻已经结婚的情况下，该第三方应承担间接侵权责任；当第三方明知夫或妻已经结婚的情况下，该第三方应承担直接侵权责任。不论第三方是否明知，因其介入，构成了重婚和有配偶者与他人同居进而导致离婚，那么第三方侵权行为已经存在，就应当承担侵权责任。2. 婚姻法第46条第3项、第4项即实施家庭暴力和虐待遗弃家庭成员的情况下，受害人（无过错方）可能并不限于夫和妻，有时还涉及子女、父母等。因此，当子女或者父母遭受家庭暴力或被虐待、遗弃的如何主张损害赔偿？《婚姻法解释一》第29条第1款把责任主体仅仅限制在离婚诉讼当事人中无过错方的配偶，把夫妻之外第三方拒之于法院之外，显然其他人员是不能够通过在离婚诉讼中主张赔偿的，而只能通过其他诉讼程序主张。

六、离婚损害赔偿程序

1. 诉讼离婚损害赔偿制度

婚姻法对离婚诉讼程序中如何提起离婚损害赔偿做了详细的规定。^④（1）法院的书面告知义务。受诉人民法院的法定义务是受理离婚案件时，应当将婚姻法第46条等规定中当事人的有关权利义务，书面告知当事人，使双方明确权利义务。（2）原告提起损害赔偿请求的，必须在离婚诉讼的同时提出。如原告起诉时不提出，原告便丧失经过诉讼程序主张离婚损害赔偿。（3）无过错方作为被告的，无过错方不同意离婚时，当然也不会主张离婚损害赔偿；当人民法院依法判决离婚后，无过错方可以在离婚后一年内单独提出。（4）无过错方作为被告的离婚诉讼案件，一审时被告未基于婚姻法第四十六条规定提出损害赔偿请求，不论上诉方是谁，无过错方可以在二审期间提出的，受诉人民法院应当对损害赔偿请求进行调解，调解不成的，无过错方当事人可以在离婚后一年内另行提出。

2. 协议离婚损害赔偿程序

夫妻双方经自愿协商一致，可以持双方的结婚证和身份证明等材料到婚姻登记机关办理离婚登记。此时主张离婚损害赔偿的有三种情形^⑤，（1）双方在协议离婚时商定并在离婚协议书中记载。（2）在协议离婚时没有协商或协商不成，可以在婚姻登记机关办理离婚登记手续后，向人民法院提出损害赔偿请求的。但当事人在协议离婚时已经明确表示放弃损害赔偿请求的，或者在办理离婚登记手续一年后提出的，其主张人民法院不予支持。

3. 非离婚案件损害赔偿程序

婚姻法第46条规定了导致离婚的四种情形，无过错方有权请求损害赔偿。（1）但当夫妻双方不提出离婚的情况下，无过错方的夫或妻单独主张损害赔偿的案件也时有发生，比如妻子经常受到丈夫的殴打，其向法院主张精神损害赔偿，按照婚姻法即相关解释规定，其主张是不能得到支持的，但相同的案件在英美法系结果则会完全相反。（2）有婚外第三方原因，导致离婚的，根据法律规定，无过错方不可以向第三方主张离婚损害赔偿。（3）当受害人（无过错方）不限于夫和妻，涉及子女、父母时，受害人也不可以向有过错方的夫或妻或者第三方主张离婚损害赔偿。婚姻法把责任主体仅仅限制在离婚诉讼当事人中无过错方的配偶，把夫妻之外第三方拒之于法院之外，显然其他人员是不能够通过在离婚诉讼中主张赔偿的，而只能通过其他诉讼程序主张赔偿。

七、对离婚损害赔偿制度的一些建议

1. 对离婚损害赔偿的法定情形做扩大解释

婚姻法只列举规定了四种法定离婚损害赔偿情形，对现实中存在的其他情况如因过错方与他人通奸、故意犯罪等严重伤害夫妻感情的情形也应当予以认定，笔者建议在婚姻法第 46 条增加一项规定为：“其他严重伤害夫妻感情，导致离婚的”。

2. 增加赔偿权利主体

如前所述，在离婚诉讼或离婚协议中提出损害赔偿请求的只能是无过错方的夫或妻，对其他人如父母、子女等也应规定可以通过离婚诉讼程序向过错方或共同实施过错行为的第三方主张损害赔偿请求。

3. 增加赔偿义务主体

婚姻法把赔偿义务主体限制为离婚夫妻中的过错方，这样就把因第三方介入导致离婚的第三方赔偿义务排除出去，同时也间接的认可第三方的行为不承担赔偿责任，似乎有给不法行为披上合法的外衣之嫌。因此，对有过错的第三方应当承担赔偿责任。

4. 与普通民事诉讼时效相衔接

《婚姻法解释一、二》明确规定离婚损害赔偿请求权提起的时效为一年。即无过错方作为原告必须在离婚诉讼的同时提出，无过错方作为被告的，可以在离婚诉讼时提出，也可以在离婚后一年内提出；在协议离婚时没有提出的，可以在办理离婚登记后一年内提出。显然，这里所指的一年不是诉讼时效，而是除斥期间。即只要时间上超过一年，无过错方就不能主张，便丧失诉权。因此，笔者建议将此处的一年时效定性为普通诉讼时效，起点规定为自无过错方知道或应当知道之日起计算，并适用中止、中断。

注释：

①杨立新著：《离婚过错损害赔偿的法律适用》，发表于《检察日报》2001 年 5 月 29 日第 7 版。

②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（三）（征求意见稿）第 12 条第 2 款夫妻一方擅自处分共同所有的房屋造成另一方损失的，离婚时另一方有权请求赔偿损失。

③杨立新：离婚过错损害赔偿的法律适用 检察日报正义网 2001 年 5 月 29 日。

④《婚姻法解释一》第 30 条规定：“人民法院受理离婚案件时，应当将婚姻法第 46 条等规定中的当事人的有关权利义务，书面告知当事人。在适用婚姻法第 46 条时，应当区分以下不同情况：（一）符合婚姻法第 46 条规定的无过错方作为原告基于该条规定向人民法院提出损害赔偿请求的，必须在离婚诉讼的同时提出。（二）符合婚姻法第 46 条规定的无过错方作为被告的离婚诉讼案件，如果被告不同意离婚也不基于该规定提出损害赔偿请求的，可以在离婚后一年内单独提起诉讼。（三）无过错方作为被告的离婚诉讼案件，一审时被告未基于婚姻法第 46 条规定提出损害赔偿请求，二审期间提出的，人民法院应当进行调解，调解不成的，告知当事人在离婚后一年内另行起诉”。

⑤《婚姻法解释二》第 27 条规定：“当事人在婚姻登记机关办理离婚登记手续后，以婚姻法第 46 条规定为由向人民法院提出损害赔偿请求的，人民法院应当受理。但当事人在协议离婚时已经明确表示放弃该项请求，或者在办理离婚登记手续一年后提出的，不予支持。”

作者单位：安徽沈雪冰律师事务所

浅析夫妻感情是否破裂的认定

尹丽娜

【内容摘要】从我国的《婚姻法》第 25 条第 2 款的规定可以看出：夫妻感情是否破裂，是从人们法院审理离婚案件判决准予离婚的法定条件。但是很多学者、司法界人士提出了异议，将“婚姻关系破裂”代替了“夫妻感情确已破裂”作为诉讼离婚的法定理由。

【关键词】婚姻生活 婚姻关系 离婚的标准 感情破裂

我国《婚姻法》第 25 条第 2 款明确规定：“人民法院审理离婚案件，应先对其进行调解，如果夫妻感情确已破裂，调解无效，人民法院应判决准予离婚。”

一、当前社会夫妻离婚状况及其发展的趋势

婚姻是夫妻幸福生活的摇篮，也是两个人相爱最美好的见证，两个毫无血缘联系的人因为爱情走到一起，迎接他们的是白头到老、天长地久的婚姻生活具有多么美好的憧憬。但是婚姻对于一小部分人来说也是爱情的坟墓。试问世界上哪对夫妻一路走来没有磕磕碰碰，可又有多少夫妻因夫妻的感情、社会的因素、家庭其他成员的因素、以及社会道德、舆论的压迫而不得不分道扬镳、使离婚成为他们婚姻终点的必经之路。离婚在法律上又叫离异，是指配偶在生存期间依照法律的规定解除婚姻关系的行为。

近年来，经各方的调查报道，人们法院受理的婚姻案件呈逐年上升的趋势，而起诉后的离婚较以前更是大幅度的上升。八十年代初起诉的离婚案件 70% 都是调解，或是原告撤诉结案的。再向后追溯，由于封建思想的毒素，妇女的地位低下，弱势群体即便过着忍气吞声的日子也没有离婚的念头，乃至中国古代不能掩饰的男子享有较大的离婚权。所以说，随着时代的发展，人们意识观念的变化，离婚在当今社会成了绝对不可避免的一大社会现象。因为据大部分资料显示当今社会婚姻案件有 70% 都是调离或是判离。因此很有必要再婚姻法中明确什么是离婚的法定条件，尤其是如何认定夫妻感情是否破裂。

二、我国离婚关于离婚的法定条件的原则性规定

人民法院针对一切对一方要求离婚的案件通常做出调解无效准予离婚或不准离婚的判决，我国婚姻法中明确规定：“人民法院审理离婚案件，应当进行调解，对于夫妻感情确已破裂，调解无效的，应准予离婚。”通常人民法院处理离婚纠纷的基本准则，也就是我国婚姻法对判决离婚的法定标准的原则性规定是夫妻感情确已破裂，调解无效应准予离婚。由此可见夫妻感情确已破裂时我国婚姻法中人民法院处理离婚案件判决离婚的实质条件。

（一）如何认定夫妻感情确已破裂

从上面的论述可以看出我们作为律师在接受当事人关于离婚的案件委托之后也应该对当事人的陈述做一个仔细的分析，以达到尽最大可能的维护当事人的合法权益，实现当事人的合理诉求。随着社会的发展、家庭的需求、家庭成员等一系列因素的影响、对于夫妻感情是否确已破裂的认定就显得格外的困难和难以掌握。所以掌握好夫妻感情的现状是人民法院准予或不准离婚的原则界线。笔者认为我国婚姻法中规定的离婚的法定标准太过简单、抽象，

其内含和外延表明其弹性是最不容易把握的一环。通过笔者对大量的离婚案件的一些浅显的分析总结关于离婚案件的一些特殊性比如说人民法院在审理离婚案件的庭审过程中，一方说夫妻感情确已破裂，并列举了种种夫妻感情不好的现象；而另一方却说夫妻感情尚未破裂，也列举了许多夫妻恩爱的事例，而作为审理该案的法官又该偏信谁呢？当然，法官是可以享有自由裁量，但限度又何以把握。因为每个法官的认识不同、加上各地的风俗习惯的区别。同样的案件可能会做出不同的判决结果。1963年最高人民法院在《关于贯彻执行民事政策几个问题的意见》中针对准予或不准予离婚的界限问题总结后认为，首先从夫妻之间的婚姻基础、婚后感情、离婚原因来查清夫妻感情是否可以维持；其次是要充分考虑到子女的利益和社会的影响。而又在1979年的《关于贯彻民事政策法律的意见》中指出：夫妻感情有无和好可能，是否确已破裂，要看他们的婚姻基础、婚后的感情、发生纠纷进行全面分析判断，综上所述，通过耐心细致的分析由理论和大量的社会实践相结合笔者认为我国现行的婚姻法规定人民法院确认夫妻感情是否破裂重点是从以下几个方面进行考察的：

1. 夫妻双方。结合后感情的好与坏是跟夫妻双方结合的基础有很大联系的，虽然两个人的婚姻基础并不能一定直接导致两个人的婚后感情，但却不能否认婚姻基础的好与坏对两个人的婚后感情起到一定的决定作用。如果两个人的结合是以爱情为基础，自由结婚的，那么两个人的婚后感情一般情况下是比较牢固、稳定的，因为两个有爱情作婚姻基础的夫妻相对来说是互相理解、了解对方，彼此互相包容谅解的，而相对于那以金钱或是地位为基础的婚姻，还有社会上的草率、强迫、包办的婚姻，其婚姻基础是不稳定的，而不稳定的婚姻基础必然会对夫妻双方的婚后感情产生直接、间接的影响。当然这只是一般情况现实生活中也有很多包办、强迫等婚姻基础不牢固的婚姻，婚后夫妻感情较好的，两个人相互扶持，恩恩爱爱过一生的。

2. 婚后感情。两个人的婚后感情主要指夫妻共同生活期间的感情状况，夫妻共居一室，朝夕相处，两个人发生纠纷是在所难免的，因为出发角度不同对待事情的认识也可能有差异，夫妻双方生活在一起久了，生活中出现夫妻感情“好”还是“坏”的事例是肯定。有的婚姻关系不是恋爱关系，对于一对恋人在恋爱期间总是把自己最好的方面展现给对方，而对于朝夕相处、餐宿相对的夫妻来说就不可能了。婚姻关系牵涉到很多方面的内容，例如，夫妻双方的政治思想、道德品质、工作状况、生活状况、志趣爱好等等，两个人一旦走在一起还要涉及双方的各自家庭成员、生活细节、柴米油盐等一系列的繁琐去不可避免的小事，生活之中夫妻双方处事意见不统一，矛盾之处无时不在。而这个时候解决问题的关键就体现了夫妻双方的婚后感情，婚姻关系更多的是看两个人之间是否能够相互理解、相互包容，对待事情解决矛盾冲突之时是否能够相互迁就退让，针对对方的缺点能否毫无顾忌的接受。夫妻之间要想建立和谐美满的夫妻感情，营造好的氛围也需要夫妻双方的相互忠诚，互相体贴照顾，各自分担家庭负担的义务，同甘共苦。夫妻之间婚后感情的好与坏是至关重要的，其直接或间接的影响许多方方面面，比如子女、双方父母以及其他家庭成员。夫妻婚后感情的好与坏也是婚姻是否能长久生存的关键，现实生活中有的夫妻感情已经不存在了，长期过着分居的生活，事实上那样的婚姻是名存实亡，毫无意义的婚姻，夫妻双方长期同居一室最主要的支柱就是夫妻双方的感情，它需要两个人共同的培养和呵护。

3. 离婚原因。纵观那么多的离婚案件，离婚的原因很多，每对夫妻离婚的原因都不可能完全相同的，他们离婚的原因有的是单一的，有的是多种原因交杂在一起而形成的。还有的提出离婚的原因是假的，甚至有的是凭空捏造的或是制造种种借口用来掩饰其离婚的真正动机等等举不胜举的案例。在这种情况下只有查清真正的离婚的原因，才能分清双方的是非责任和真假，才能有针对性的做好调解工作，只有找到离婚的真正原因，才能更好更快的解决问题，正确估量夫妻双方的感情状况，洞察夫妻双方的矛盾的症结所在。并以此分析出离婚

的真正原因从而做到“对症下药”为下一步的调解切入点做好充分而又很有必要的准备工作。

4. 有无和好可能。审理离婚案件，了解夫妻双方的婚姻基础，询问夫妻的婚后感情以及调查核实夫妻离婚的真正的原因，等一系列的细致工作都是为了一个最终的目的，夫妻婚姻关系的现状到底有没有和好的可能。这也是一宗离婚案件最终判决结果的关键之处。当然，对于那些夫妻感情确已破裂无和好可能的夫妻，为了维护当事人的合法权益、以及当事人今后的幸福生活，作为律师我们就应该积极的尽自己最大的努力在法庭审理调查阶段有理有据的说服法官从而达到当事人的诉求目的。如果人民法院在审理无和好可能的婚姻的案件一味的拖延而不判离的话，那样的婚姻即便是得到维持，但是对家庭、子女甚至社会都是没有益处的。有的还会给子女的成长造成一定的威胁、给社会带来不安定的因素。从另一方面讲，对于那些夫妻感情尚存因为其他原因甚至有的提出离婚时因为一时赌气而提出离婚，在调解时也没达到最终调和的目的的话，而草率的判决离婚的话这种情况不仅违背了我国婚姻立法的指导思想而且对家庭特别是夫妻双方的子女都会带来很大的损失和伤害。所以说，正确的判断夫妻双方的婚姻关系和有无和好可能是贯穿离婚案件中最重要的一环，这就需要律师在深入案件的过程中能够看到问题根本找到矛盾根源以及其他因素利用正确的方法并善于发现双方的和好可能向法官提供好的切入点供法官参考意图达到调解和好。在离婚案件中可以看到夫妻双方走到法庭这个层面，对于他们之间的矛盾肯定是很难调和的，在离婚纠纷上是很难做出想让的，夫妻双方的感情是否完全消失，有无和好可能是客观存在的即成事实，但即便是夫妻双方在离婚纠纷案件的审理中没有做任何让步也不能轻率的认为夫妻双方感情确已破裂，已无和好可能。所以说夫妻双方能否恢复和好，除了双方或一方做相对的退让外，还需要律师的庭外疏导和人民法院的调解工作来共同争取。

综合以上四个方面，离婚的原因、婚姻基础、婚后感情等等相互的联系方面最终都是为了分析婚姻的关系的现状和发展可能。只有从以上四个方面进行分析才能更好的确认夫妻感情的现状，有无和好可能。

三、从现实的离婚案件分析我国现行的离婚制度

2005年7月25日中午，和往常一样我又准时的收看《今日说法》这个栏目，随着记者的采访我看到一对年龄不相符合的男女在领取离婚证后因舍不得对方而抱头痛哭的场面，我当时很纳闷，既然两个人能领取离婚证，那说明他们之前是一对合法的夫妻，离婚后两个抱头痛哭舍不得对方足以证明两个人感情好，那么他们为什么要离婚呢？带着这些疑问，从接下来的部分中我才知道本案男主人原是詹某（女）的老公公。刘某之子与詹某原是一对夫妻，只因刘之子赌博成性，作风不正，对妻子詹某不尽夫妻义务，整天殴打虐待其妻，作为公公的刘某非常同情儿媳妇，痛恨其子不才，对儿媳妇倍加照顾，刘之子长期夜不归宿，整天不归，本来贫困的家庭却只有公公刘某，儿媳詹某和孙子刘伟三个相依为命，刘伟虽然喊刘某爷爷，但因刘伟经常见不到爸爸而很害怕爸爸，所以在刘伟的脑海中刘某早已取代爸爸的位置，习惯了这样安静和谐的祖孙三代的三个人的生活。而詹某也渴望以后能够过这样没有殴打的生活，并对其公公产生依赖和难以言表的眷顾。待2年后刘之子与詹某离婚后，因为考虑刘伟的成长，住房紧张等问题，最主要是公公刘某与詹某彼此心中产生爱慕，两个人便不顾一切而到婚姻登记处领取结婚证。可事后尽管他们的婚姻是合法，但他们却不能得到别人的祝福，取而代之的是邻里的白眼，詹某的父母断绝与其女儿的关系，以及其他家庭成员的极力反对，社会伦理道德的谴责。最终这桩有爱、合法的婚姻因无力承受外界抛来的压力，左邻右舍的白眼评论而草草告一段落，不得不离婚。

对于这个案例，如果有人说这个叫詹某与刘某本来恩爱的一对夫妻，因为外界、家庭其他成员而被迫离婚了，也许会有许多人为其打抱不平，为其惋惜。但如果有人说有个叫詹某

的和她的老公公结婚了，那么外界又会持什么样的心态？还会有几个人为他们打抱不平呢？更会有人给予他们的婚姻一个什么样的评头论足呢？

不可否认夫妻感情是婚姻关系的核心要素，夫妻感情是否确已破裂对婚姻关系的存续起着十分重要的作用。但是以以上詹某和刘某的离婚案中可以看出感情绝不是婚姻生活的全部，并不是所有有爱合法的婚姻就一定长久。在现实的婚姻生活中，夫妻双方婚姻生活的维系绝不是只因为有感情。感情只是婚姻生活的一个部分，婚姻生活的许多方面，如物质生活、夫妻双方与对方家庭成员的关系等等都不是感情所能完全取代的，本案中詹某与刘某的婚姻是有感情的，也是合法的，可他们为什么最终还是离婚了呢？那是因为他们的婚姻触及到感情以外的不利因素，其他家庭成员的因素，社会舆论的因素，以及道德的无形压力所致。

有很多人说夫妻双方离婚了肯定是因为感情不好，如果感情特别好的话，再大的阻力也是能克服的，比如在有的案例中可以看到夫妻双方感情本来很好的，却因为儿媳妇和婆婆相处不好，外上公公婆婆经常在儿子面前虚张声势的大讲儿媳不是，促使儿子给老婆点颜色看看来挑拨其儿子、儿媳妇的夫妻感情。前不久看了一个好愚昧的离婚案件，丈夫和妻子本是自由恋爱，婚后两个恩恩爱爱，最终丈夫因为其母不喜欢妻子为由而离婚了。理由是：老婆没了可以再娶，但生身父母可不一样，是无可替代的。生身父母终生是唯一的这话没错，但为了生身父母而娶老婆，爱其所爱，弃其所恨，这未免有点说不过去吧？现实中有许多婆婆恋子情结，无法忍受与另外一个陌生女人共同拥有自己的儿子而心存妒忌。比如，新闻曾报道过这样一件催人泪下的离婚案：原告是一位患有不治之症的妻子，她深爱着自己的丈夫，且丈夫也许诺愿意照顾她一辈子，但这位妻子心里明白是自己拖累丈夫，夺走了丈夫本来该拥有的幸福。而为了丈夫的幸福绝不连累丈夫，而提出了离婚。这样的情况如果是人民法院以夫妻感情是否确已破裂而决定是否准予其离婚是不符合实际情况的。通过以上的例子，很明显地说明了，实际上离婚只有在某种特定的情况下才属于单纯的感情问题。我国《婚姻法》修正案第31条有关于自愿离婚的规定是这样的：婚姻登记机关，查明夫妻是双方确属自愿离婚，并对其子女、财产问题有了适当的处理时，人民法院应准予离婚发给离婚证。这一简单的规定表明，法律是不过问夫妻双方协议离婚的，一旦双方自愿离婚，并对离婚后的子女和财产问题没有争议，一般情况下是可以同意双方离婚的。

随着社会的发展，经济文化的推进。人们的思想观念的大幅度转变、物质、精神追求的日趋变化，“一夜情”“包二奶”、第三者插足等不良现象成为一大流行不足为奇，而正因为有的夫妻一方出现了“第二情”，本来恩爱和睦的家庭失去了往日的气氛，对子女、家庭人员不负责任，而另一方也因伤心失望失去了更多理智，忘却了彼此之间的感情两个人过着有名无实的婚姻生活严重的彼此长期均无往来，更谈不上夫妻之间的义务。但无过错一方因为孩子也没有重新组建家庭的想法，抱着自己过不好也不让对方过的好心态故意拖着对方，在对方提出离婚诉讼请求时无论如何都不同意离婚。试想像这样的婚姻本属于已经死亡的婚姻，人民法院如果不判决离婚再怎么调解也于事无补了，所以准予离婚是必然的，当然这种情况的离婚就应该附加一些对无过错方的经济补偿制度。这样既符合婚姻法的立法指导思想，又可以有一个惩罚过错方的机会。人民法院审理离婚案件通常情况下是首先对提出离婚的夫妻双方进行调解，经过多方调解无效的离婚案件许多是夫妻感情确已破裂的。从这个意义来说调解无效是夫妻感情确已破裂的一种反映，而有些离婚案件，虽然调解无效，但并非是夫妻感情确已破裂，在调解工作中，往往会存在着这样那样的区别，例如调解的深入与不深入，调解的方法，以及调解能力的差别。这诸如此类的问题都会很有可能直接影响着调解的结果，所以说不应把调解无效作为认定夫妻感情确已破裂的根据。人民法院在审判过程中，既不要把“夫妻感情确已破裂”与“调解无效”等同，也不要把“调解无效”简单地当成“夫妻感情确已破裂”为标志，更不能把“调解无效”作为判决夫妻双方离婚的法定条件。

人民法院在处理离婚纠纷的案件中，以夫妻感情确已破裂作为准予离婚的理由，绝不是夫妻双方当事人的是非责任，夫妻双方感情破裂的原因是有些不可归责于双方的，既双方均无过错，有些应归责于双方，既双方均有过错，还有些是归责于当事人一方，另一方并无过错，不论当事人有无过错和过错在哪一方，是否准予离婚都应看夫妻感情是否破裂，并且人民法院在审理离婚案件的过程中一定要分清是非责任，指出和批评过错方的过错，对于一方犯有重大过错的，人民法院可建议所在单位给予适当的行政处分，情节特别严重的，应依法给予法律制裁。处理离婚纠纷分清是非责任，是坚持离婚的法律标准和道德标准的必然要求，有利于维护社会主义道德，抵制错误思想和错误行为。对当事人和人民群众进行法制教育和道德教育，同时也能使人民法院在调解和判决上以理服人，促使当事人自觉接受判决。

自 1980 年婚姻法实施以后，其所确定的诉讼离婚的法定理由引起了法学界的讨论，评足文章到处可见，褒贬不一，最高人民法院两次针对性的司法解释也至少说明其在司法实践中的不适，最高人民法院根据司法实践经验，于 1989 年 11 月 21 日颁布的《审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的意见》中一次罗列了 314 种情况视为夫妻感情确已破裂，司法实践也都以这个意见为标准来掌握的，就该说这种规定是比较具体，操作性强，但都也有不足之处，现实实践中，离婚案件所涉及的情况远远超过该《意见》；其外延已经远远超过《婚姻法》规定的属于扩大解释。所以，在对《婚姻法》进行修订时，有必要对离婚的标准等相关内容进行充分完善。

四、制度离婚的法定标准原则

笔者认为制定离婚的法定标准下列几个原则要遵循

1. 既要具体明确，又要可操作性强，尽量避免抽象的规定，以免执法者与公众产生随意的司法解释，与此同时又不能太细太繁琐、交叉重复。

2. 既要保障离婚自由，又要防止草率离婚。虽然离婚自由是公民的一项基本权利，但婚姻毕竟是两个人的结合，一方有离婚的自由，另一方也有不离的自由，享有权利必须要承担义务。也就是说离婚的法定标准既不要求苛刻，让一些不愿负责任，或说喜新厌旧的人任意行使离婚的自由权利而损害配偶一方的权利。但如果太苛刻，就会使一些名存实亡的夫妻越来越多。使本来已经死亡的婚姻形式上仍然存在，这样同样不利于社会的稳定。

3. 既要符合现代婚姻家庭制度，又要尊重我国的民族精神。也就是说必要的时候西方的立法经验也应该合理借鉴，但绝不是照搬照抄，而不是结合我国国情制定具有我国特色的离婚标准。笔者认为有的可以试用，但有的就必须要抵制，如“分居制”是可以试行的，而所谓的“性解放”“试婚制”则是应当坚决抵制的，同时我国是一个拥有 56 个民族的多民族国家，我们应当尊重各少数民族自己的意志，其离婚标准可由当地民族自治地方的人民代表大会制定变通和补充规定的。

参考文献：

- ①《中华人民共和国婚姻法》 法律出版社 2004 年 12 月出版
- ②《婚姻家庭继承法案例》 主编 白永旺 山西教育出版社
- ③《离婚指南》 主编 许建辉 中国妇女出版社
- ④《办理婚姻案件的法律依据》 中国法制出版社
- ⑤《现行民事法律司法解释》 中国法制出版社

作者单位：安徽山石律师事务所

侵权责任法生效后人身损害赔偿案件 若干疑难问题探析

李夫永

【内容摘要】2009年12月26日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议通过的侵权责任法已于2010年7月1日生效，该法对保护公民、法人等民事主体的合法权益，明确侵权责任，预防并制裁侵权行为，化解社会矛盾，减少民事纠纷，实现社会公平正义，促进社会和谐稳定具有重要意义。2010年6月30日，最高人民法院发布了《关于适用〈中华人民共和国侵权责任法〉若干问题的通知》，解决了部分适用方面的问题，但在适用精神损害赔偿，被扶养人生活费，退休人员的赔偿等赔偿适用方面等问题，在案件办理实践中尚有较大争议，笔者根据该法实施1年来代理此类案件的实践经验，对相关问题略作阐述，以期与同仁商榷。

【关键词】侵权责任 精神赔偿 被扶养人赔偿 退休人员的赔偿 原发疾病赔偿

一、《侵权责任法》能否开启被害人要求精神损害赔偿的先河

笔者曾经办过一件交通肇事罪案件，肇事者致使一死一重伤后果且逃逸，被法院以交通肇事罪论处。被害人在刑事部分判决生效后单独提起民事诉讼，诸多诉讼请求中包括主张精神损害赔偿。作为专门审理道路交通事故纠纷的法官，对此类案件已经达到了技术纯熟的程度，因为包括精神损害赔偿在内的各种赔偿费用均有赔偿的计算依据。道路交通事故人身损害赔偿纠纷案件只要造成受害人死亡或构成伤残等级，主张精神损害赔偿法院是没有任何理由不支持的。然而，问题在于此侵权行为已经突破了民事责任的范围，需要国家动用刑罚对侵权行为予以制裁。

经过法庭合议讨论，形成两种意见，即：一种支持精神赔偿金；另一种则不支持精神赔偿金。

不支持的理由认为，根据《刑法》第36条第1款“由于犯罪行为而使被害人遭受经济损失的，对犯罪分子除依法给予刑事处罚外，并应根据情况判处赔偿经济损失”；《刑事诉讼法》第77条第1款“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”；《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》（简称《规定》）第1条“因人身权利受到犯罪侵犯而遭受物质损失或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失的，可以提起附带民事诉讼。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”；《最高人民法院关于人民法院是否受理刑事案件被害人提起精神损害赔偿民事诉讼问题的批复》（简称《批复》）“根据刑法第36条和刑事诉讼法第77条以及我院《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第1条第2款的规定，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”。

据以上法律及司法解释的规定，可以得出结论凡是受到刑罚处罚的侵权行为，被侵权人主张精神损害赔偿的诉讼均不予受理。

支持的一方理由认为,根据2010年7月1日生效的《侵权责任法》第22条规定“侵害他人人身权益,造成他人严重精神损害的,被侵权人可以请求精神损害赔偿”;赋予被侵权人要求精神损害赔偿的权利,被侵权人可就精神损害赔偿纠纷启动司法救济程序。《刑法》、《刑事诉讼法》条文中并没有禁止被害人(被侵权人)请求精神损害赔偿。

笔者认为,第一种意见中,最高人民法院发布的《规定》和《批复》,却扼杀了被害人(被侵权人)要求精神损害赔偿的权利,使此类案件根本无法进入司法途径。这种矛盾必需解决,否则,《侵权责任法》第22条将失去其作为被侵权人要求精神损害赔偿的基本法律依据的意义。

经笔者据理力争,该案经法院审判委员会讨论决定,最终支持了原告精神赔偿金的请求部分,并绝大部门赔偿款执行完毕,获得了较好的社会效果。

二、侵权责任法实施后能否再主张被抚养人生活费

《侵权责任法》第16条没有将被抚养人生活费列入赔偿项目,与《人身损害赔偿司法解释》有所不同,与《民法通则》第119条的规定也不同。《民法通则》第119条规定“侵害公民身体造成伤害的,应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残废者生活补助费等费用;造成死亡的,并应当支付丧葬费、死者生前扶养的人必要的生活费等费用”。

有一种观点认为,侵权责任法既然把残疾赔偿金和死亡赔偿金定位于财产损失,残疾赔偿金和死亡赔偿金已经弥补了受害人因劳动能力减少或丧失而导致的其收入的减少。对于依赖受害人抚养的人而言,其生活费用来源于受害人的劳动收入。既然残疾赔偿金和死亡赔偿金已经弥补了受害人的收入损失,则不应再赔偿侵权人赔偿被抚养人生活费。因为被抚养人已经包括在死亡赔偿金和残疾赔偿金之中^①

笔者认为,侵权责任法实施后被抚养人仍可以主张被抚养人生活费,因为:

2010年6月30日,最高人民法院下发的《关于适用〈中华人民共和国侵权责任法〉若干问题的通知》第四条规定“人民法院适用侵权责任法审理民事纠纷案件,如受害人有被抚养人的,应当依据《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》(法发[2010]23号)》第28条的规定,将被抚养人生活费计入残疾赔偿金或死亡赔偿金”。

在侵权责任法生效后,笔者曾代理的多起人身损害赔偿案件,经与法院意见沟通,均达成共识,即:受害人有被抚养人的,仍应判决给付被抚养人生活费,但被抚养人生活费应当以死亡赔偿金或残疾赔偿金的形式体现。如某受害人没有被抚养人,其应得的死亡赔偿金或残疾赔偿金为10万元,应判决给付其死亡赔偿金或残疾赔偿金为10万元,如其还有被抚养人,被抚养人生活费为5万元,则该受害人应得的死亡赔偿金或残疾赔偿金为15万元,而不是10万元,但不再单独判决列出被抚养人生活费,即:法院在制作裁判文书中仅表现为表述不同而已,即不再出现被抚养人生活费的字眼,即将该项费用直接计入残疾赔偿金(或死亡赔偿金)共若干元。

2010-12-21,最高人民法院网站,公布了一个针对性的答复意见,可暂平息上述争议。为便于理解,全文摘抄如下:【关于如何理解《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国侵权责任法〉若干问题的通知》第4条的答复

本条规定了新的规定出台之前,确定残疾赔偿金和死亡赔偿金的方法。《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》(以下简称《人身损害赔偿司法解释》)第17条第2、3款规定侵害生命健康权的,应支付残疾赔偿金、死亡赔偿金和被抚养人生活费。侵权责任法第16条规定了残疾赔偿金和死亡赔偿金,没有被抚养人生活费一项。从立法解释上来说,一般认为侵权责任法第16条规定改变了既有法律和司法解释关于死亡赔偿金、残疾赔偿金和被抚养人生活费的关系,原来司法解释规定的死亡赔偿金、残疾赔偿金并不包含被抚养人生活费,但是现在被抚养人生活费已经被侵权责任法第16条的死亡赔偿金、残疾赔偿金

吸收了。为此，新近出台的司法解释作出规定：“如受害人有被扶养人的，应当依据《人身损害赔偿司法解释》第28条的规定，将被扶养人生活费计入残疾赔偿金或死亡赔偿金。”这就使有被扶养人的残疾赔偿金和死亡赔偿金与立法精神一致了，同时也与我们以前的作法完全一致。通俗地讲，侵权责任法规定的死亡赔偿金、残疾赔偿金等于司法解释规定的死亡赔偿金、残疾赔偿金和被扶养人生活费之和。以上答复仅供参考】。

笔者以为，上述司法解释及答复意见阐明的处理方法，虽一定程度上弥补了被扶养人生活费被取消后法律上的衔接上的缺漏，但其弊端也是明显的，即容易造成概念上的相互混淆及当事人对法院判决的误解。故针对此情况，应改变残疾（死亡）赔偿金的计算标准才是解决问题的最终出路。笔者建议有两个标准可供选择：一、可借鉴新修订的《国家赔偿法》做法，如：以国家上一年度职工年平均工资作为计算基数，再乘以赔偿倍数或年限（如20倍）；二是借鉴新修订的《工伤保险条例》做法，如：以上一年度全国城镇居民人均可支配收入或农村居民人均纯收入乘以（城镇居民或农村居民）负担系数得出的平均收入作为计算基数，再乘以赔偿倍数或年限（如20倍）。

三、侵权责任法实施后，领取退休金人员的若干赔偿问题

案情：曹某61岁，系某工厂退休职工，退休后每月领取退休金1000元，妻子张某55岁，无其他生活来源；退休后，曹某跟随某建筑队施工，约定每天工资50元；2010年5月6日，因施工队租赁于某的吊车臂突然下落，造成施工中的曹某左肩被砸伤，为此支付医疗费12000元，经鉴定为六级伤残，休息期180天。曹某起诉侵权人于某要求赔偿医疗费、残疾赔偿金、误工费、被扶养人生活费等经济损失计20万元。

诉讼中，双方争议焦点：曹某作为领取退休金的人员，残疾赔偿金怎样调整；被扶养人生活费、误工费是否应当支付？笔者针对退休职工人员被侵权致残应享受的待遇问题，作如下分析：

（一）相关法律依据：

《侵权责任法》及其配套的相关司法解释，均没有对领取退休工资的人员在遭受人身损害后的“残疾赔偿金、误工费”等赔偿问题做出具体规定。唯一有相关规定的为《侵权责任法》生效前，最高人民法院制定的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（下称解释）第25条的规定，即：“……受害人因伤致残但实际收入没有减少，或者伤残等级较轻但造成职业妨害严重影响其劳动就业的，可以对残疾赔偿金作相应调整”。既然，侵权责任法及相关解释，没有做出相关解释，笔者认为，仍可以沿用《解释》的上述规定，解决退休人员特殊群体的赔偿问题。

（二）退休人员残疾赔偿金等待遇的赔偿问题

1. 残疾赔偿金

本案原告在受伤前从单位退休，享受退休金待遇。退休后原告继续在建筑队工作，亦有劳动报酬，因事故一直未上班，现建筑队停止发放其工资，原、被告均未提出原告还有其他收入。可见，本案属于典型的被害人收入部分丧失。根据《解释》第25条第2款的规定，只有在受害人因伤致残但实际收入没有减少时，可以对残疾赔偿金作相应调整，并未提到收入部分减少时如何处理。但根据对《解释》中残疾赔偿金立法原则的分析，即前文所提到的原则上采取劳动能力丧失说，“同时也考虑赔偿权利人收入丧失与否的实际情况，作为决定残疾赔偿金的赔偿因素，以平衡当事人的利益”^②，可以认定在被害人收入部分丧失时，应根据收入丧失的具体情况，酌定残疾赔偿金的数额，这种认识也是符合立法逻辑的。本案原告退休金1000元，没有减少，误工减少收入1500元，故实际减少收入应为 $1500 / (1000 + 1500) = 60\%$ ，收入减少60%，残疾赔偿金应为 $19 \times 14085.7 \times 60\% \times 50\% = 80288.49$ 元。

2. 被扶养人生活费

本案中原告的妻子已满 55 岁，一直跟随原告生活，无其他经济来源，属于《解释》第 28 条规定，丧失劳动能力又无其他生活来源的被扶养人。如前文中本人对本案残疾赔偿金的分析，由于扶养人实际收入部分减少，故根据《解释》的立法精神，在计算被扶养人生活费时，也应只考虑收入减少的部分。被扶养人生活费应为 $20 \text{ 年} \times 3655 \text{ 元/年} \times 60\% \times 50\% = 21930 \text{ 元}$ 。

当然本案发生在 2010 年 7 月 1 日《侵权责任法》实施以前，如发生在该法实施以后，依据《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（法发【2010】23 号）》第二十八条的规定，仍应判决给付被扶养人生活费，只是被扶养人生活费单独算出再计入残疾赔偿金，以残疾赔偿金的形式体现。

3. 误工费

本案中，曹某虽然是退休干部，有退休工资，但他在受伤前仍从事有偿服务，且法律、法规和政策对此并未作出禁止性规定。退休人员退休后，依法从事一定行业的社会劳动，肯定是可以带来退休费以外的劳动收入，被致伤治疗和全休期间，不能从事此前所从事的有偿社会劳动，势必会使退休费用外的其他直接收入减少。该有偿服务给其带来一定的经济收入，不能因为有退休工资而否认其收入减少的事实。因此，侵权人于某关于曹有退休工资，不予赔偿曹的误工费的辩解理由依法不能成立。

四、侵权行为加重或诱发原有疾病的责任承担

侵权行为与受害人原有疾病被加重或被诱发的危险状态出现之间具有因果关系。为防止受害人原有疾病被诱发或被加重而产生的医疗费用是合理费用，侵权人是否应予赔偿？

这在侵权案件的代理中十分常见，对此争议较大，侵权责任法没有相关规定，相关司法解释尚未有发布，各地法院判决也大相径庭，笔者引用一下一个《人民法院报》公布的一个比较的典型的判决，略作分析。

案情：原告罗继秀原有风湿性心脏瓣膜病等多种疾病。2009 年 12 月 26 日，被告王小平驾驶渝 AF6737 轿车在重庆市白岩路老年大学门前人行横道与行人罗继秀挂撞并其受致伤。交警部门认定王小平应负本次事故全部责任，罗继秀无责任。罗继秀受伤后于当日到重庆三峡中心医院住院治疗，诊断为：腰部及左腕部软组织挫伤；风湿性心脏瓣膜病；二尖瓣关闭不全；腰腹部闭合性损伤。2010 年 2 月 8 日，罗继秀治愈出院。同年 3 月 11 日，罗继秀起诉要求被告王小平和华安财产保险股份有限公司重庆分公司（以下简称华安保险公司）支付医疗费、护理费等相关费用共计 15590 元。诉讼中，被告申请对罗继秀治疗费用的合理性进行审查，鉴定机构审查意见书认定罗继秀在重庆三峡中心医院诊治处方上与其伤情不符的药品有参松养心胶囊、血塞通、仙灵骨葆等，金额为 2595.67 元。

裁判：重庆市万州区人民法院经审理认为，原告罗继秀主张的医疗费中有 2595.67 元与本次交通事故造成的伤情不符的药品，不应由被告承担赔偿责任。法院判决：被告华安保险公司在机动车交通事故责任强制保险限额内赔偿原告罗继秀医疗费、住院伙食补助费等损失 5044.33 元（未支持与本次交通事故造成的伤情不符的医药费 2595.67 元）。原告不服，提起上诉。

重庆市第二中级人民法院经审理认为，虽然罗继秀提供的医疗费中有 2595.67 元的用药与其在交通事故中造成的外伤不符，但是本次交通事故所造成罗继秀的外伤可能加重或诱发其心脏病等其他疾病的发生，为防止其心脏病等其他疾病发生而用去的医疗费 2595.67 元是罗继秀的损失，赔偿义务人应予以赔偿。2010 年 11 月 22 日，法院判决：罗继秀的医疗费（含争议的 2595.67 元）、住院伙食补助费等损失共计 7640 元，由华安保险公司在机动车交通事故责任强制保险赔偿限额内赔付。^③

以上同一事实，两级法院却作出截然不同的判决理由，确实具有代表性。笔者认为，中

级法院的判决合理、合法，且社会效果较好，代表着法院较高的裁判水准，对此类案件具有很好的指导意义。因为：

①侵权行为与加重或诱发受害人原有疾病的危险状态出现之间具有因果关系。

受害人原有病症是受害人自身原因所致，与侵权行为之间无关。在侵权行为发生前，受害人虽有心脏病等其他病症，但其心脏病等其他疾病未被诱发或者病症较轻。遭受侵权行为后，受害人原有的相对健康的平稳状态被打破，身体机能的下降导致其抵御原有疾病复发或病症加重的能力降低，原有疾病被加重或被诱发的危险状态随之出现。故侵权行为是原有疾病被诱发或加重危险状态出现的原因，两者之间具有因果关系。

②消除侵权行为造成原有疾病加重或被诱发危险状态而支出的费用属合理费用。

侵权行为致受害人原有疾病有被加重或被诱发的危险状态出现时，如不及时采取相应的医疗措施，原有疾病被诱发或加重的危险将转化为现实的损害，损害后果将被扩大。此时，受害人在医疗机构采取适当治疗措施以消除侵权行为导致的危险状态，防止原有疾病被加重或被诱发，属为避免损害后果扩大而采取的合理措施，因此而产生的费用属合理费用。

③为消除原有疾病被加重或被诱发危险状态而支出的费用是受害人遭受的损失。

民事责任具有损失填补功能，受害人因侵权行为而遭受的损失，赔偿义务人均应予以赔偿。危险状态由侵权行为所引发，消除危险状态即为赔偿义务人的义务，因此而产生的责任亦应由赔偿义务人承担。侵权行为具有加重或诱发原有疾病的现实危险时，受害人为消除原有病症被诱发或加重的危险状态、防止损害后果扩大而采取必要的医疗措施，因此而支出的费用直接导致受害人财产直接减少，属于受害人的损失范围，赔偿义务人应予以赔偿。

五、结语

侵权案件形式多样，赔偿问题错综复杂，在侵权责任法生效之后，广大律师及法官，遇到法律条文无明确规定的疑难问题，就需要我们依据法律原则及原理，把握法律的实质精神，提出能动性的代理或判决观点，以推动侵权赔偿法律法规在适用中更趋于缜密、完善，以更好的保护当事人的合法权益，及时化解矛盾，推动社会和谐、文明的发展。

参考文献：

①《侵权责任法配套规定 第四版》法律及其配套规定丛书编写组，中国法治出版社，2010年版。

②《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》黄松有主编 最高人民法院民事审判一庭 编著，人民法院出版社，2004年1月版。

③向亮：《侵权行为加重或诱发原有疾病的责任承担》，《人民法院报》，2011年5月5日。

作者单位：安徽序力律师事务所

试论建立中国特色民商法判例制度

赵 光

【内容摘要】随着世界经济的不断发展和法治的进步，成文法与判例法作为两大法系的法源，其交流日益密切，出现了相互借鉴、相互融合的趋势。虽然判例在我国不是正式法律渊源，但我国有着悠久的判例法传统，判例法在中国古代乃至近、现代都发挥着重要作用，将来作用会更加凸显。因此，本文拟从判例法和成文法不冲突、判例法的发展在中国有其历史必然性、当代中国具有发展判例法的宪法制度和司法制度、我国正需要利用判例法的优点来弥补成文法的缺陷、关于建立我国民商法判例制度的几点建议这五个方面进行分析，表明建立中国的判例制度是大势所趋，应该吸收借鉴西方两大法系处理制定法和判例法两者关系的经验，通过自上而下、循序渐进的方式建立和完善我国的判例制度，以期建立具有中国特色的判例制度。

【关键词】案例 判例制度 中国特色

案例：原告李某某于2008年11月和2009年3月分别与某有限公司和自然人周某签订了借款合同，约定由李某某分别借予两方110万元和14万元人民币。两份合同在借款利息和违约责任的约定上完全一致（该合同系李某某提供的格式合同）。后两方违约。李某某依法向安徽省某县人民法院分别提起诉讼，要求两方偿还借款及利息，并要求承担违约责任。2010年10月，安徽省某县人民法院判决周某偿还李某某借款本金及利息，并承担违约责任。2011年1月，该人民法院判决某有限公司偿还李某某本金及利息，但驳回了违约金的请求。该两份判决书在认定事实和适用法律上基本一致。

以上案例不是个案，其表明由于我国没有建立判例制度，导致在案情相同或相似的情况下，上下级法院、法院与法院之间及同一法院的不同法官判决不一致情况时有发生，造成人们对司法公正性和严肃性产生怀疑。而如果建立判例参照制度，就可以使法官从先例中找到解决同类问题的思维模式和方式、方法，最终使法官对相同或相似案情做出大体相同的裁判，避免“同案不同判”的尴尬现象出现。当前司法裁判中存在的相同或者相似案件得出不同的裁判结果，加剧了社会公众对于司法机关的信仰危机。司法机关如果能主动地通过制定一些判例对审判实务进行指导，从而减少因裁判结果不统一而造成的压力，最终减轻社会公众的信仰危机，实现司法和谐。

所谓判例制度，就是以典型的案例作为判决依据，为法官审理相同或类似案件提供借鉴和指导，并在此基础上形成的有关判例创制、适用、废止以及判例地位、内容、形式等方面的制度体系。大陆法系国家在历史上很长一段时间并不承认判例为法律渊源，直到进入二十世纪后各国交往逐渐频繁，判例才逐渐为大陆法系国家所接受。当前，在世界大融合浪潮的趋势下，判例法与制定法逐渐互相靠拢，对法律文化和司法实务的发展起到了意想不到的作用。这里所说的中国特色的判例法制度，是指在以制定法为主要法律渊源的前提下，由最高人民法院通过某种形式形成作为非正式法律渊源的判例；最高人民法院和其他人民法院根据“同案同判”的原则接受这些判例的约束并且在判决书中加以引用，以判例法补充制定法、解释制定法。笔者试着从以下几个方面阐述之：

一、判例法和成文法不冲突

判例法是英美法系国家的主要法律渊源，但在英美法系国家也出现了不少的制定法。同样地，成文法是大陆法系国家的主要法律渊源，但在典型的大陆法国家例如法德等国也出现了有限的判例制度。在今天的大陆法系国家，判例的法源性质已得到相当程度的肯定，与成文法有融合的趋势。大陆法系国家逐渐认识到判例法的意义即在于在法律文本的要求之下，通过法官经验的累积，对法律规则作出进一步也是更加具体的阐释。

法律发展的历史表明，不论是单纯的判例法抑或是单纯的制定法都有其自身难以克服的缺陷。判例法和成文法都有其自身无法突破的局限性，相互取长补短应是今后法律发展的趋势。当代各国的法制实践表明，任何一种法源形式都不是完美无缺的，都需要其他法源形式的补充和配合才能使整个法律体系良好地运行。从在法律形式特别是在法官造法角度讲，判例法与成文法已不存在截然不同，二者的共同点正随着哲学思想的发展而增多，二者的界限也随着哲学思想的统合而逐渐模糊。从根本上讲，我们现在讨论成文法与判例法的兼容并不在于是否承认法官造法，而是在多大程度上承认的问题。我国传统哲学思想中“只可意会，不可言传”的思想相当流行，这无形当中为增加我国法律的灵活性提供了思想基础。也就是说，应时应景的判例与祖国传统哲学所倡导的精神并不矛盾。

二、判例法在中国发展的历史必然性

判例法在中国的发展具有悠久的历史渊源。早在西周就开始运用判例法审理案件，当时称为“事”，“事”是法律规范的重心。所谓“议事以制，不以刑辟”，即选择以往的判例作为现时审判的依据，不预先制定成文法典。秦朝的“廷行事”就是法庭成例。而汉朝的“决事比”就明确是判例，已经是正式的法律形式之一。在与英国判例法形成几乎同时期的宋代，出现了《熙宁断例》、《元丰断例》等案例汇编，在司法实践中广泛适用。到明清两代，判例的作用与地位更为重要。清同治九年编成的《大清律例》汇集了1892个案例作为案件审理的依据，出现了律、例并行的局面。

新中国建立初期，1956年召开的全国司法审判工作会议强调：要注重编纂典型判例，经审定后发给各级法院比照援用。1962年12月最高人民法院认真总结了当时审判工作的经验和教训，在此基础上制定了《人民法院工作若干问题的规定》（简称法院工作10条），该规定对案例的选择等问题作了具体的规定。

70年代末“文革”结束后，人民法院开展了平反冤假错案的工作。为了解决缺乏法律上具体标准的问题，最高人民法院总结和下发了“刘殿臣案”等7个典型案例。当时全国法院大规模的平反冤假错案工作，就是以这7个典型案例为具体标准开展起来的。1985年创刊的《最高人民法院公报》，开辟专栏刊登各种最高人民法院从各级人民法院生效判决中精选出来的具有典型意义的案例典型案例，起到了很好的示范效果。

最高人民法院从1991年开始组织编辑出版《中国审判案例要览》和《人民法院案例选》，1999年最高人民法院各审判业务庭开始出版业务研究和指导性刊物，如《刑事审判参考》、《民商审判指导与参考》等。这些案例具有法律上的影响力，实际上具有判例的性质，起到了对成文法的有效补充作用。

进入本世纪以来，随着司法改革的深入，最高人民法院越来越重视案例制度的建设。最高人民法院在《五年改革纲要》第14条中明确规定：“2000年起，经最高人民法院审判委员会讨论、决定的适用法律问题的典型案例予以公布，供下级法院审判类似案件时参考”。

中国法系经历了“判例法时代”、“成文法时代”，最终发展为“以制定法为主、判例法为辅”的混合法时代”。随着制定法的崛起，判例法的地位被制定法取代，但其作为中华法系的

法律渊源依然保留下来。中华法系判例的法律地位相比英美法系的判例略低，较大陆法系的判例就高出许多。

然而现代中国法学界普遍不承认判例为我国的正式法律渊源，判例的地位较低，不禁令人惋惜。由于判例不是我国法律的正式渊源，最高人民法院在表述其效力时仅仅是“参考”而不具有普遍约束力。目前的情况是法官担心自己的裁判被上级法院所推翻，从而自发仿效上级法院裁判的结果。由于这种被动性，因此不能排除法官任意自由裁量的可能。

三、当代中国具有发展判例法的宪法制度和司法制度

1. 以宪法角度看。宪法明确规定人民代表大会制度是我国根本政治制度。国家一切权力属于人民；人民行使权力的机关是人民代表大会和各级人民代表大会；各级人民代表大会代表由人民选举产生，对人民负责。国家行政机关、审判机关和检察机关都由人民代表大会产生，对它负责，受它监督，各级人民法院对同级人大常委会负责。实行判例法制度，并不意味着法官的判决本身具有立法意义，承认了人民法官有立法权。正是因为有上述制度，人民代表大会和其常务委员会对法官的判例具有最终的审查决定权。也就是说法官的判例并不是一经作出就当然具有立法的效力，其上升为法律还需要经过全国人大或其常务委员会的确认。

1982 年全国人大常委会形式授权最高人民法院进行司法解释的权力，但是最高人民法院的司法解释还不能等同于法律，它只是对司法机关的具体办案过程具有拘束力，因此如果实行判例法制度给现行体制带来的冲击将远远超出司法解释本身。但无论如何，最高人民法院司法解释这种形式解决了审判当中急需解决的问题。现在我们所要做的是，要把这种形式发扬开来，由最高人民法院对各地汇集上来的经典案例进行筛选定位，然后通过集中公布形成类似于“司法解释”的东西，并最终作为全国司法机关具体办案的过程中具有拘束力的判例。

2. 从司法角度讲。新中国成立之始我国就十分注重总结案例经验以其来指导全国法院审判工作，当时主要是通过发布内部文件的方式供各级法院学习参考，案例并不公开。这种不公开的形式阻碍了案例法的发展，对社会公众所产生的法制效力不大。1985 年，由于改革的迅猛发展，当时法律的发展迟滞于社会经济发展水平，难以适应复杂的社会变化，使得审判缺乏相应的法律依据。经济发展决定上层建筑，中央领导机构决定加强案例指导工作，其通过报刊以公开发布典型案例，并以法院正式文件的形式不定期发布案例，从而促进了“案例法”的发展。现今《最高人民法院公报》和《人民日报》、《法制日报》等主流报刊都定期发布具有典型意义的案件，这表明案例的地位得到提升，以案例为指导的形式已经得到广泛的肯定。

但是中国判例判例制度的探索先天不足。

首先是缺少领导核心。最高法院人民法院推行案例指导制度指导各级人民法院审判工作，甚至默许地方法院可以自行探索，但是最高人民法院没有得到全国人民代表大会的相应授权，使得中国判例法的发展缺少领导核心。这样，地方法院缺乏有效的规范和指导的探索，容易造成中央与地方相互冲突，给地方法院的法官在选择适用案例时造成左右为难的局面。由于没有领导核心和具体的指导规则，地方法院的探索创新处于盲目状态，其结果自然是事倍功半。法院之间在判例适用上各行其是、各自为政，缺少统一规范，不利于中国判例制度的健康发展。

其次，判例的效力定位不明。由于我国秉承经典大陆法系传统不承认判例是正式的法律渊源，判例在我国不具有普遍法律拘束力。判例往往只是作为法官审判案件的参考资料，其甚至只出现在法律学者们研究法律、开展法学教育的课堂上，因此法官判案时往往只会将先例当作普通的参考资料。这种不具有法律拘束力的判决先例难以规范和指导法院工作，判例效力模糊不清、定位不明很容易造成法官审理案件时思维混乱，其副作用是显而易见的。

四、我国需要利用判例法的优点来弥补成文法的缺陷

大陆法系成文法的优点有：简洁明确，适用方便；法条完备，客观准确，易于普法；具有前瞻性。成文法的缺点则有：灵活性差，包容性不够，修改程序复杂，法律发展滞后于社会发展。与成文法相比，判例法的优点则是细致具体，可比性强；适用灵活，创制新判例来矫正旧判例的修改程序简便，法律发展与社会发展基本同步。同时，法官援引同类判例能提高审判效率，降低司法成本；同类案件相同外理，有助于限制法官的偏见，实现平等；有利于实现诉讼程序公正，促进判决的稳定性和前后一致性；防止司法擅断，遵循先例可对法院判决的偏差与法官自由裁决的范围予以限制，以免极端情况反复出现；人人懂法、人人用法，有利于这社会主义和谐法制社会的建设。当然，判例法的缺陷也是显而易见的：判例数量巨大，编纂和援引困难；错误的判决有时会被保留下来并重复运用；判例的可比性是相对的，因为两个相类的案件不可能完全相同。正是因为成文法和判例法各有利弊，那么建立成文法与判例法共同作用体制，正好能发挥双方的互补作用，扬长避短。在我国目前成文法为法律渊源主体的情况下，正好需要引进判例法来克服和弥补成文法的缺陷，从而进一步健全法制，推动社会主义法治社会的建设。

目前形势下，判例法在我国还有着其他特殊意义：我国法制建设经历六十多年的发展，虽然有了很大进步，但是还不完备，许多领域的立法属于处女地。另一方面现有的法律、法规完备性、周密性欠佳。从我国社会高速发展与立法严重滞后这一实际矛盾来看，中国法制需要用判例法来弥补成文法的空白及不足，以提高法律条文的精确性和可比性，从而真正实现有法可依。更为重要的是，判例法的发展可为成文法的创制积累条件。当判例积累一定量之后，从中抽象出某些原则，通过立法机关按照法定程序创制成文法。当前，我国已经加入WTO 数年，在司法审议方面逐步向国际法律体系靠拢也是大势所趋、发展的需要。因此引进WTO 重要成员国美国和欧盟国家等地盛行的判例法制度，有利于进一步促进中国的对外开放、发展经济。

法律是人类文明共同的成果，判例法和成文法是法律成果的一个载体两种表现形式。因此把判例法与成文法的争论表述为英美法系与大陆法系的差异是误解、也是误导，非此即彼的法律观念是极其幼稚的。那种进行内部优化的观点更是自给自足自然经济传统思想的延续。在世界经济一体化的大前提下，法律制度的趋同和融合也是符合历史潮流的。现在，不论是判例法的欧美各国，还是成文法的大陆法系各国亦或是其他法系，排斥和批评越来越少，学习与借鉴越来越多。各大法系都在向“混合法”靠近，而混合法正是传统中华法系的显著特征，中国固有法律体系思想对此是兼容的。因此，充分利用我国已有的法制传统，不断参考国外先进的经验，去粗存真，建立以成文法为主，判例法为辅的具有中国特色的法律体系，是我国法制现代化的必然趋势。

五、关于建立我国民商法判例制度的几点建议

（一）明确判例在我国民商法中的地位是基本前提。

我国秉承大陆法系的传统，以成文法为主要法源，我国历史上的所谓“判例制度”也与英美法系的“判例法”相去甚远，而且相对而言我国缺乏较高素质的司法职业人员（包括法官和律师）。所以我国可以建立以制定法为主，而以判例为辅的一种民商法法律渊源制度。在实际操作中可以参照最高人民法院“司法解释”制度，通过人大授权最高人民法院，赋予最高人民法院筛选“判例”，并最终使其具有一定程度的法律效力或普遍适应性。或者我们也可以直接在全国人民代表大会极其常委会框架内进行“判例”筛选。这样，在立法的宏观架构体系内给与民商事判例以一定的法律地位，从而为其“正名”，确认其为民商法的正式或非正

式法律渊源。只有把这个基本前提确定下来，其他问题才可以迎刃而解。对于有些学者顾虑的“判例”会不会喧宾夺主的问题，我们可以在确认“判例”法律地位的同时，确认“判例”仅在法无明文规定、成文的冲突规范太简略不便适用、抑或适用成文法可能导致个案不公正的情况下使用。这样看来，一切都不是问题。我国可以确认，判例是民商法的重要渊源，如有上述情形出现，法院可以援引判例作为审理依据。

（二）确定制定民商法判例的主体和程序是重要手段。

从中国社会发展和坚持人民民主专政的实际情况出发，判例的制作和发布，可以由最高人民法院承担，当然从立法的角度要先经过全国人民代表大会或其常务委员会的授权。首先，判例的重要功能在于解释法律，而目前依据法律规定，只有最高人民法院享有司法解释的权力。因此，赋予最高人民法院制定和发布判例的权利，确定其为制定民商法判例的主体是合法而恰当的。在具体操作上，在可以各地基层法院和中级人民法院可以设立专门部门负责整理出本院法律适用准确、程序规范、具有典型意义的案例，由本级审判委员会进行初选，通过初选的判例直接报送高级人民法院。高级人民法院专门机构审核下级人民法院报送的判例，筛选出最具法律价值和代表性的判例交由最高人民法院专门机构审核确定。其次，由最高人民法院就判例制作标准规定统一格式和要求具有可操作性。基于判例的特殊性，各地法院在适用时必须根据一定程序对判例进行严格挑选和审核，防止出现判例与现行法规定不符，或者裁判本身出现错误等问题，由最高人民法院就判例制作标准规定统一格式和要求可以统一标准，并可以避免各地法院在如何适用上的盲目性。第三，在判例修改体系上也要确定修改主体。判例应当少而精，注重质量而不是数量。判例发布后，并不是永远都具有拘束力，经过一段时间后可能与新的立法及社会的变化不相适应，这就需发布新的判例更替旧的判例。因此，确定判例修改主体为最高人民法院同确定制定和发布主体同样重要。第四、在具体操作上，可以成立专门的机构。笔者认为，可以实行委员会制，因为委员会制可以更广泛的吸纳各个相关部门的意见。由最高人民法院牵头，成立专门的挑选和审核判例的委员会，该委员会主要由业务能力很强的法官参与，公安和检察部门要列席，吸收某些专家学者甚至律师加入，必要时要求相关议题关联部门参与。通过该委员会的认真挑选和审核，从而确保判例的质量。同时对各级法院向最高人民法院报送案例的程序也要作出具体的规定。第五、统一公开、公布的方式。最高人民法院对最终审核符合标准的判例按照公示原则对外公示，如果公示期限内判例无异议，最高人民法院应当以公布的形式向公众发布判例。判例既然由最高人民法院发布，则应在《最高人民法院公报》上发表，每年或每季度由最高人民法院整理，汇编成书公开出版。确定在《最高人民法院公报》上发表的判例为确定的文本。第六、要加强判例创制的监督工作。全国人民代表大会及其常务委员会作为立法机关享有最高监督权，对与法律法规存在冲突、不能适应发展需要或者裁判本身出现错误的判例，全国人民代表大会及其常务委员会有废除的权力。同时，要建立人民群众进行监督的上通下达渠道，真正体现人民民主专政的国家性质。还要加强媒体、舆论监督等有效形式，以期更好促进判例制度的有序发展。

六、结论

随着我国司法体制改革进程的不断深入，案例指导制度即判例制度的建立与完善日渐迫切。在以成文法为主要法源的大陆法系的中国，越来越多的法律人清醒地意识到，英美法系对成文法的吸收和大陆法系对判例法的借鉴，正在使两大法系在保持各自特性的同时发生融合之趋势。现在我们要做的是如何构建案例指导制度即具有中国特色的判例制度，使其真正在审判实践中发挥作用，从而实现司法和谐，不至于出现本文“一个案例的尴尬”。

参考文献:

- ①宋连斌、王珺《值得重视的我国商事仲裁判例法》。法制日报，2011年2月23日。
- ②萧伯符主编《中国法制史》。人民法院出版社、中国人民公安大学出版社，2003。
- ③人民法院第二个五年改革纲要。
- ④孔小红《判例与审思》。北京大学研究生学刊，1988。
- ⑤《南方周末》，2001年10月25日，引自刘武俊：《判例法与司法知识的传统》，载《法理与判例网》。

作者单位：安徽拂晓律师事务所

违约损害赔偿制度的分析

张 勇

【内容摘要】本文针对我国合同法中的违约损害赔偿制度作了系统分析。首先简要叙述了违约损害赔偿制度的法律规制功能及其概念。然后依以下四个方面进行重点剖析：

一、违约损害赔偿的六个特点：①损害赔偿是一种民事责任；②损害赔偿以补偿性为原则以惩罚性为例外；③损害赔偿以赔偿全部损害为原则；④损害赔偿具有一定的任意性；⑤损害赔偿是最重要的责任形式；⑥损害赔偿是一种无过错责任。二、违约损害赔偿责任的构成要件：①违约行为的存在；②损害后果的存在；③违约行为与损害后果之间存在因果关系；④无免责事由。三、违约损害赔偿的确定方式：①法定损害赔偿；②约定损害赔偿。四、违约损害赔偿的计算方法：①主观计算法；②客观计算法。并对这种计算方法的具体如何运用进行了阐述。

【关键词】违约损害赔偿 补偿性 任意性 构成要件 合理预见规则

违约损害赔偿制度是合同法上的重要制度，正确适用该制度能够有效制裁违约行为，保护守约方的合法权益，鼓励交易和维护市场交易秩序，进而充分发挥合同法在调整市场经济关系中的重要作用，促进我国社会主义市场经济的繁荣和发展。

所谓违约损害赔偿，是指违约方因不履行或不完全履行合同义务而给对方造成损失，依法或依据合同的规定以金钱方式弥补受害方因违约行为所减少的财产和丧失利益的损害赔偿责任形式。

一、违约损害赔偿的特点：

1. 损害赔偿是一种民事责任。合同生效后，因当事人一方违约而使当事人之间的基础合同关系转化为损害赔偿的债务关系。违约方负有向受害方进行赔偿的义务，而受害方则有向违约方要求赔偿的权利。违约损害赔偿仅能以合法有效的合同存在为基础。假如合同不存在、无效或被撤销而丧失合同效力，就不能适用违约损害赔偿。

2. 损害赔偿以补偿性为原则以惩罚性为例外。契约，以信用为基础，任何诚信守约者受有损失而对方有过错，则违约方须对非违约方所受损失进行利益填补。因而违约损害赔偿亦应从民法等价有偿原则出发，任何民事主体，一旦造成他人损害必须以等量的财产予以补偿，一方违约后，违约方必须赔偿对方因违约而遭受的全部损失，亦即损害赔偿应当具有补偿性，其主要目的在于弥补或填补债权人因违约行为所遭受的损失。

《合同法》第113条规定：“经营者对消费者提供商品或服务有欺诈行为的，依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。”即双倍赔偿责任。由于该赔偿的数额已超出了受害人的实际损失，故属于惩罚性损害赔偿。此种损害赔偿仅对欺诈行为适用，只是违约损害赔偿的一个例外，而非损害赔偿的一般原则。

3. 损害赔偿以赔偿全部损失为原则。一方不当履行或不履行合同，另一方不仅会遭受现有财产减少的损失，而且会遭受期待利益的损失。这些损失理应得到全部赔偿。我国《合同法》第113条规定：“当事人一方不履行合同义务或履行合同义务不符合规定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行以后可以获得的利益”。

4. 损害赔偿具有一定的任意性。《合同法》第 114 条等条款规定了当事人订立合同时,可以预先约定一方当事人在违约时应向对方当事人支付一定数额的金钱。这种方式可以对违约赔偿的数额和利益进行约定,也可以对损害赔偿的计算方法进行约定。同时,当事人也可以预先约定免责条款免除其未来的违约责任,包括损害赔偿责任。但是,该约定不得违反法律、法规的强制性规定。

5. 损害赔偿是最重要的责任形式。任何损失一般皆可以转化为金钱赔偿。特别是在违约责任中,损害赔偿具有根本救济功能。这完全符合民法等价有偿的原则。因此,作为违约责任的继续履行、采取补救措施等都可以转化为损害赔偿。

6. 损害赔偿是一种无过错责任。只要有违反合同的行为,并且给对方当事人造成损失,不论其违反合同有无过失,违约方就负有损害赔偿责任。

二、违约损害赔偿责任的构成要件。

1. 违约行为的存在。违约行为的存在是承担损害赔偿责任的首要条件。所谓违约行为,是指当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件的行为。我国《合同法》所规定的违约形态大致为:第一、违约行为总体上分为预期违约和实际违约;第二、实际违约可分为:不履行即完全不履行、不符合约定的履行和其他违反合同义务的行为;第三、不符合约定的履行可分为:迟延履行、瑕疵履行、不完全履行(包括部分履行、履行地点或履行方法不当的履行);第四、其他违反合同义务的行为,主要是指违反法定的通知、协助、保密等义务的行为。

2. 损害后果的存在。损害后果指的是当事人一方因违约行为而造成守约方(即受害方)所遭受的财产减少的数额。具体包括:直接损失与间接损失;积极损失与消极损失(可得利益损失)。合同法第 113 条规定,损失“包括合同履行后可以获得的利益”,可见其赔偿范围包括现有财产损失和可得利益损失。

3. 违约行为与损害后果之间存在因果关系。损害后果是由于违约行为造成的,与违约行为无关而造成的损害后果违约方不负损害赔偿责任。

4. 无免责事由。免责事由也称免责条件,是指当事人对其违约行为免予承担违约损害赔偿责任的事由。合同法上的免责事由可以分为两大类,即法定免责事由和约定免责事由。法定免责事由主要是不可抗力,指不能预见、不能避免并且不能克服的客观情况。有人认为,抗辩权也可以成为免责事由。其实,行使抗辩权并不构成违约,因而无责可免。

三、违约损害赔偿的确定方式。

损害赔偿的确定方式有两种:法定损害赔偿和约定损害赔偿。

1、法定损害赔偿。法定损害赔偿是指由法律规定的,由违约方对守约方因其违约行为而对守约方遭受的损失承担的赔偿责任。根据合同法的规定,法定损害赔偿应遵循以下原则:

(1) 完全赔偿原则。完全赔偿原则是指违约方对于守约方因其违约所遭受的全部损失承担赔偿责任。具体包括:直接损失和间接损失,积极损失与可得利益损失。《合同法》第 113 条规定,损失“包括合同履行以后可以获得的利益”。可见违约损害赔偿的范围包括现有财产损失和可得利益损失。前者主要表现为标的物的灭失、为准备履行合同而支出的费用、停工损失和为减少违约损失而支出的费用、诉讼费用等;后者是指合同履行后可以取得的利益。

完全赔偿原则就是要通过赔偿受害人的全部损失和可得利益损失,从而弥补受害人遭受的全部损失,使受害人的损失恢复到合同订立前的状态或恢复到合同能够得到适当履行情况下的状态。完全赔偿并不意味着各种损害都应当赔偿。在违约责任中,对于因一方违约而造

成的人身损害和死亡及精神损害的，在现行法律规定的情况下都不予赔偿。

(2) 合理预见规则。违约损害赔偿的范围以违约方在订立合同时预见到或者应当预见到的损失为限。合理预见规则是限制违约损害赔偿范围的一项重要规则，其理论基础是意思自治原则和公平原则。对此应把握以下几点：①合理预见规则是限制包括现实财产损失和可得利益损失的损失赔偿总额的规则，不仅仅用以限制可得利益损失的赔偿；②合理预见规则不适用于约定损害赔偿；③是否预见到或者应当预见到可能的损失应当根据订立合同时的事实或者情况加以判断。

(3) 减轻损失规则。一方违约后，另一方应当及时采取合理措施防止损失的扩大；否则，不得就扩大的损失要求赔偿。减轻损失规则是依据诚实信用原则而产生的。未尽到减轻损失义务，已构成对诚实信用原则的违反。同时，按照过错责任原则的要求，一方在另一方违约后，未采取合理措施防止损失扩大，其本身也是有过错的。过错人应对自己的过错行为所导致的后果负责。受害人在采取措施减轻损害的过程中，也要支付一定的费用。按照我国《合同法》第119条第2款的规定，当事人因防止损失扩大而支出的合理费用由违约方承担。

2、约定损害赔偿。约定损害赔偿是指当事人在订立合同时，预先约定一方违约应当向对方支付一定数额的赔偿金或约定损害赔偿的计算方法。它具有预定性（缔约时确定）、从属性（以主合同的有效成立为前提）、附条件性（以损失的发生为条件）。

四、违约损害赔偿的计算方法。

损害赔偿额的计算方法有两种，即主观计算法和客观计算法。主观计算法又称为具体计算法，它是根据受害人具体遭受的损失，支出的费用来计算损害额。客观计算法又称抽象计算法，指按照当时社会的一般情况来确定损失额，而不考虑受害人的实际情况。主观计算法旨在恢复权利人实际遭受的全部损失，它着眼于具体的实际情况，也就是以合同未违反情况下非违约方应得到的全部利益为损害额。客观计算方法并不注重非违约方的特定损失，但却给予当事人一种合理的补偿。对同一损害事实，采用不同的计算方法，其结果可能会有不同。

在现实生活中存在各种不当履行的情况，法律也不可能把每种不当履行的情况都一一做出规定，我们在具体分析时应坚持以主观计算法为主，客观计算法为辅的基本方法，最大限度的保护非违约方的合法权益。

总之，笔者认为，违约损害赔偿是最重要和最具广泛适用性的违约责任形式，在民法理论和司法实务中具有十分重要的作用。在适用时应严格依照相应规则行事，把握其精神实质和深刻内涵。既要维护当事人的合法权益，又要促进交易的进行和维护良好的社会经济秩序。

注释：

①彭诚信：“民事责任现代归责原则的确立”，载《法制与社会发展》2001年第二期，第46页。

②参见《消费者权益保护法》第49条。

参考文献：

①张广兴：《债法总论》，1997年法律出版社出版。

②王国金：《论违约赔偿责任》，《江苏理工大学学报》（社会科学版）2001年第1期

③赵旭东主编：《合同法学》，2000年中央广播电视大学出版社出版。

④陈其象：《什么事违约损害赔偿制度？如何适用？》金圣律师网。

作者单位：安徽张勇律师事务所

集体土地所有权与土地承包经营权之间的冲突与协调

陈火扬

【内容摘要】集体土地所有权与农村土地承包经营权并行存在于农村土地之上的现实状况，决定了两者之间必然会产生权利运行的冲突。在当前，集体土地所有权与土地承包经营权之间的冲突普遍存在于农村土地的调整过程中、集体收回承包地的过程中以及农村土地承包经营权的流转过程中。集体土地所有权与农村土地承包经营权之间的冲突必须在充分把握集体土地所有权与农村土地承包经营权本质属性的基础上妥善解决。

【关键词】集体土地所有权 土地承包经营权 冲突 协调

集体土地所有权，是指劳动群众集体对属于其所有的土地依法享有占有、使用、收益和处分权利，而土地承包经营权是指土地承包经营户在其承包期限内依法对集体所有的土地享有占有、经营、使用和收益的权利。理论上，集体土地所有权应由集体成员共同形成决议并由集体土地所有权代行主体（一般是村民委员会或村民小组）来实现，而土地承包经营权则直接由农民家庭或农民个人来行使。正因为集体土地所有权与农村土地承包经营权的主体与行使方式不一致，导致了两者之间必然要发生冲突。

现实中集体土地所有权与土地承包经营权之间的冲突主要表现在如下几个方面：一是以集体的名义进行土地调整，损害农民个人土地承包经营权；二是集体收回农民的承包地，侵害农民土地承包经营权；三是集体强迫流转农户的承包经营权或否认农民自行流转农村土地承包经营权的效力；四是土地征收补偿时，对集体土地物权的补偿与对农民个体土地物权的补偿混淆。

一、土地调整中的集体土地所有权与土地承包经营权之间的冲突及协调

土地承包经营权是一种财产权，农村土地调整实质上是通过剥夺部分农户的财产权来实现另一部分农户的财产权，并达到土地财产与土地保障均等化的目的。集体对农民土地进行调整的基础是集体所享有的集体土地所有权，但是，在农户普遍享有土地承包经营权的情形下，这种调整必然会造成集体土地所有权与农户的土地承包经营权之间的冲突。集体土地所有权与农民的土地承包经营权之间的冲突产生的严重后果是农民的个人土地权利在调整中经常被侵夺，承包地在调整中进一步细碎化，农民对农村土地承包经营制度长期稳定不变的信心也受到动摇。因此，必须着重限制直至完全禁止集体以集体土地所有权为基础所进行的对农村土地承包经营权的调整。

在土地承包经营权存续期间，承包经营权人仅需形成自己的意志就可以支配并享有利益的特性，决定了土地承包经营权一旦设定就具有排他的效力，包括产生排斥其他集体成员，甚至集体成员共同意志与行为的效力。在理论上，土地承包经营权是以集体土地所有权为基础而设定的，是限制集体土地所有权的物权，集体土地所有权的行使要受到土地承包经营权的制约。因此，在承包期间除非承包经营权人自愿放弃承包经营权，否则集体不能够再干涉承包经营权人对特定地块的支配。

因集体不能调整承包地而出现的人地矛盾可以通过以下三种途径解决：一是利用集体经济组织依法预留的机动地、开垦的新耕地以及承包期内依法自愿交回的土地；二是依法进行土地承包经营权流转，通过转包、出租、转让等方式，在稳定家庭承包经营的基础上，让农地流转需要的人手中；三是通过发展二三产业，转移农村剩余劳动力，从根本上减轻人地压力，实现农民的非农就业。

二、集体收回承包地过程中的集体所有权与土地承包经营权之间的冲突与协调

集体土地所有权与农民的土地承包经营权之间的冲突还表现在集体能否收回土地承包经营权这一问题上。集体收回承包地的结果是直接导致农民家庭或个人的土地承包经营权消灭。因此，集体能否收回承包地也是集体土地所有权与农民的土地承包经营权之间相互关系的重要方面。首先，土地承包经营权是对集体土地所有权进行全面限制的物权，它应当优先于集体土地所有权而实现利益，而不是集体土地所有权通过行使而使土地承包经营权消灭。其次，就集体成员资格而言，享有土地承包经营权就表明他是集体的成员，户籍的变动并不必然标志着成员资格的丧失。第三，土地承包经营权对于农民个体而言，具有生产资料功能、生活保障功能以及财产权功能。承包方强制收回承包地实际上是允许集体强制性剥夺农民个体的承包经营权，承包方不能满足其他农民的生活保障功能为理由而剥夺公民的财产。

由于土地承包经营权是对集体土地所有权进行全面限制的土地物权，集体土地所有权只能在受到土地承包经营权限制的范围内行使，因此，集体土地所有权人及其代行主体不能以其享有集体土地所有权为依据排斥农民个体的土地承包经营权。《土地承包法》在将土地承包经营权看作是一项物权的基础上，要求承包合同不得违反法律、行政法规约定可以收回、调整承包地，这一规定限制了集体共有人意思自治的空间，强化了土地承包经营权的效力，使土地承包经营权更加像一个所有权而不是他物权。最高人民法院 2005 年颁布的《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》，再次强调在家庭承包纠纷中，“承包合同中有关收回、调整承包地的约定违反《农村土地承包法》相关条款规定的，应当认定该约定无效”，进一步限制了集体共有人或者集体所有权代行主体收回、调整承包地的权利。

事实上，允许集体收回承包地会产生一系列的问题，即可能导致集体地权与农民地权之间以及农民地权之间产生复杂的冲突关系。首先集体收回承包地之后，会面临着一个如何利用承包地的问题。如果再次通过家庭承包方式将土地承包，怎样才能做到公平？如果采取其他方式承包，土地收益如何才能做到成员之间公平分配？如果承包地已经因转包、出租等原因设定了其他土地权利，原有的转包、出租关系如何处理？转包与出租关系是否仍需要维持？维持原有土地关系带来的收益如何分配？虽然将原承包经营权人设定的转包与出租直接由集体来履行会有利于解决转包与出租过程中的冲突与矛盾，但是考虑到原承包经营权人设定转包与租赁关系实际上并不一定对集体有利，则维持上述关系就会存在一定的问题。在允许承包经营权人流转承包地的情况下，承包经营权人流转承包地行为将最终导致集体收回承包经营权的权利落空。在农民全家迁入设区的市取得城市户口之前，农民可以通过转让承包经营权的方式而转让自己的承包经营权，从而最终导致集体收回承包地的权利落空。如果法律明确认可转包是一种产生次级承包经营权的行为，则转包效果也将使集体收回承包地的权利大打折扣。《土地承包法》第 26 条第 2 款在实践中运行的效果将是迫使全家迁入城市居住转为非农业户口的人员最终在实现这一转变之前强制转让承包地。该条在实践运行中如能达到这一效果，则将会对农业生产起到一定的促进作用。如果立法认为需要强制要求全家迁入城市居住转为非农业户口的人员转让其承包经营权，则立法应当更加明确地规定，以避免发生不必要的集体地权与农民地权之间的冲突。

三、土地承包经营权流转过程中的集体土地所有权与土地承包经营权之间的冲突及协调

土地承包经营权流转,包括土地承包经营权人所进行的债权性行为(如出租土地)与处分性行为(如转让土地承包经营权)。农村土地承包经营权流转中集体土地所有权与农民土地承包经营权之间的冲突表现在集体通过各种途径限制或者强迫农民进行土地承包经营权流转。

现阶段,随着城乡一体化、农业规模化发展,农业经营中通过反租倒包、成立农业产业化龙头企业、农民专业合作社进行农业生产经营的趋势有所加强。在反租倒包、成立农业产业化龙头企业、成立农民专业合作社等规模经营的过程,集体经济组织、村委会为了实现规模效应、达到发展地方经济的效果或者为了获取一定的土地收益,往往会限制或者强迫农民流转自己的承包地。解决这一冲突的办法保障农民对其承包地享有充分的流转权,排除集体对农民流转权的限制。

目前土地承包经营权流转中的集体土地所有权与土地承包经营权之间的冲突主要表现在土地承包经营权的转让方面。《农村土地承包法》第37条规定:“采取转让方式流转的,应当经发包方同意;采取转包、出租、互换或者其他方式流转的,应当报发包方备案”。农业部《农村土地承包经营权流转管理办法》也规定“承包方与受让方达成流转意向后,以转包、出租、互换或者其他方式流转的,承包方应及时向发包方备案;以转让方式流转的,应当事先向发包方提出转让申请”。按照上述规定通过转让方式流转承包经营权必须经过发包方同意,这使集体土地所有权与农民土地承包经营权之间存在着较大冲突可能性。

2005年最高人民法院颁布的《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》进一步限制了发包方同意权的行使,规定“承包方未经发包方同意,将其土地承包经营权转让给他人的,转让合同无效。但发包方无法定理由不同意或者拖延表态的除外”。在土地承包经营权建立之初,农村土地承包经营权的流转受到政策限制,近年来中央的农村政策逐渐允许并鼓励农村土地承包经营权进行有序流转;最初的时候,土地承包经营权的转包与租赁都需要经过发包方的同意,后来这一要求逐渐被取消,目前农民只要在转让土地承包经营权时才需要经过发包方的同意,而且司法解释也已经对发包方的同意权进行了必要的限制。考虑到农村土地承包经营权的基本农地物权属性,考虑到土地承包经营权的转让对集体成员变动的积极影响,也考虑到历史上中国的土地权利是高度流转的以及宅基地使用权的转让不需要代行主体同意的状况,未来立法应当取消农民转让土地承包经营权需经过发包方同意的限制。

四、土地征用补偿中的集体土地所有权与土地承包经营权之冲突及协调

土地征用补偿对象包括集体和农民,两者之间如何分配,法律没有明确规定,这种所有权主体多元化造成的产权模糊,以及集体和农民分配关系不规范,为侵犯农民个人权利留下了法律上的漏洞,是引发农民与乡(镇)、村、组之间矛盾冲突的重要法律原因。在实践中,征地补偿不规范具体表现在三个方面:一是乡镇作为政府基层组织,并非农村土地所有者,却不同程度地参与征地补偿的分配,一般都在5%~10%之间;二是村集体与农民分配不统一,各村对留用部分的使用方式不一、利用效果也不同;三是失地农民之间的分配比较混乱,不同的村组制定的分配方案和进行分配的依据往往不同,户口、承包面积、集体组织成员资格的认定、传统习俗等因素都可能构成分配的依据,产生错综复杂的征地补偿款分配矛盾。

因此,农村集体土地征用补偿款分配应遵循以下原则:一是要严格遵循失地农民当家作主的原则。对土地征用补偿款如何分配,要改变以往的乡镇干部包揽一切、暗箱操作的做法,要把利益的分配交给农民,划清集体土地所有权主体和经营管理者之间的界限。二是严格遵循土地与农民生活来源关系的原则。土地征用补偿款实际上是土地所有权出让价格。由于土

地所有权属于农民集体，而农民拥有土地使用权。因此，就土地权属状态而言，土地产权出让收益应在农民和农民集体之间进行分配。如果农民的生活来源主要为经营土地，则农户应得到土地产权收益的大部分。三是应把对土地承包经营权的补偿从安置补助费中独立出来，直接建立征地方与农民之间的权益关系，使农民成为土地承包经营补偿费的直接独立补偿对象，农村集体经济组织不再拥有对土地承包经营补偿费的管理权和使用权。四是确立征地补偿方案审查制度，建立土地仲裁机构和协商机制，使土地征收达到合法、合理和公正，并建立征地补偿不落实的应对措施，确保补偿费用和各种款项真正到达农民手中。

五、结束语

集体土地所有权与农村土地承包经营权并行存在于农村土地之上的现实状况，决定了两者之间必然会产生权利运行的冲突。在当前，集体土地所有权与土地承包经营权之间的冲突普遍存在于农村土地的调整过程中、集体收回承包地的过程中以及农村土地承包经营权的流转过程中。集体土地所有权与农村土地承包经营权之间的冲突必须在充分把握集体土地所有权与农村土地承包经营权本质属性的基础上妥善解决。集体不能对土地承包经营权人的正常使用行为进行不正当干涉，不能随意调整承包地，不能随意收回承包地。原则上，土地承包经营权人应当有自由流转自己的土地承包经营权的权利，土地承包经营权人转让自己的土地承包经营权时，不应当经过集体土地所有权代行主体的同意，以便排除集体土地所有权代行主体对农民的土地承包经营权转让所进行的不必要干涉。集体共有人如果想消灭土地承包经营权人的承包经营权就必须与土地承包经营权人进行平等协商，达到满意补偿土地承包经营权人并愿意放弃土地承包经营权。

参考文献：

- ①农业部产业政策与法规司.农村政策法规调查与研究，中国农业出版社，2006年；
- ②王培东,李雪梅，探讨土地征用中农民权益的保护问题，云南财经大学学报，2007年4月；
- ③黄松有，最高人民法院农村土地承包纠纷案件司法解释理解与适用，人民法院出版社，2005年。

作者单位：安徽国本律师事务所

离婚诉讼中的财产分割

章 翔

【内容摘要】婚姻法是调整夫妻之间的人身与财产关系的法律。随着中国社会经济、文化事业的迅速发展，婚姻自由被整个社会所认同，近几年来中国的离婚率持续增加，离婚诉讼在全国各个基层法院的诉讼案件量也是连年增加。而在离婚诉讼中，夫妻共同财产的分割在整个诉讼过程中都是一个极为复杂的法律问题，涉及到如何确定夫妻共同财产，采取怎样的财产分配方式，以及夫妻共同债务的划分等等，在本文中，将逐一进行简单的介绍。

【关键词】离婚诉讼 夫妻共同财产 夫妻共同债务

离婚不仅仅是导致了夫妻双方身份关系的终止，同时也会导致夫妻财产关系的终止。所以夫妻在离婚时应当对夫妻共同所有的财产进行分割，在离婚诉讼中如果不对夫妻共同财产加以分割，则无法确定夫妻双方财产的利益。

一、我国夫妻共同财产制的具体类型

夫妻共同财产制包括了夫妻婚前所有财产和婚后所得财产的归属、管理、使用、收益、处分、债务的清偿以及夫妻婚姻关系终止时的财产分割等方面内容。它对于社会经济生活的安定和家庭以及个人生活的稳定都具有十分重要的意义。

根据我国婚姻法的相关规定，我国夫妻财产制可以分为约定财产制和法定财产制。为了体现意思自治原则，若当事人对其财产事先有约定的，则依约定确定其财产归属；若无约定，则依法律规定确定财产归属。

（一）我国夫妻财产范围的划分

1. 夫妻个人财产范围的划分

我国《婚姻法》第18条规定，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其他应当归一方所有的财产。以上第一项属婚前财产的范围，第二项至第五项属于夫妻特有财产范围。

关于夫妻个人财产有以下几点问题值得注意：

第一，夫妻一方的财产不因婚姻关系的延续而转化成夫妻共同财产。1993年，最高人民法院在《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》中就规定了，一方婚前个人所有的财产，婚后由双方共同使用、经营、管理的，房屋和其他价值较大的生产资料经过8年，贵重的生活资料经过4年，可视为夫妻共同财产。而在2001年婚姻法的司法解释一，已明确夫妻一方的财产属性不因婚姻关系的延续而发生任何改变，除夫妻另有约定的。

第二，军人的伤亡保险金、伤残补助金、医药生活补助费应认定为军人一方的个人财产。这也已规定在了婚姻法司法解释二中了。

第三，一方专用的生活用品属于一方的个人财产。主要指一方专用的个人生活用品和从事职业所需的书籍、工具等专用财产，但是价值特别大的个人用品或作为生产设备和经营场所附属物的工具除外。

2. 夫妻共同财产的范围

根据我国《婚姻法》第 19 条的规定，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，即婚姻关系存续期间的夫妻所得除了个人特有财产外，均为夫妻共同财产。经过具体的分析和归纳，我国的夫妻共同财产包含以下两方面内容：

第一，约定夫妻共同财产。当事人可以对夫妻财产权属自由进行约定。

第二，法定夫妻共同财产。（《婚姻法》第 17 条）

①工资、奖金。主要是指夫妻一方或双方的劳动报酬所得。

②生产、经营的收益。是指公民在法律允许的范围内从事生产经营活动所得的收益，包括劳动收入和资本收益。

③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。知识产权是一种智力成果权，兼具了财产权和人身权的双重属性。而其中具有人身权性质的权利，如作品的署名权、发表权、保持作品完整权，因与人身密不可分，故专属于著作权人一方所有。

④继承或赠与所得的财产，但遗赠或赠与合同中明确归夫或妻一方的财产除外。

⑤其他应当归共同所有的财产。根据司法解释二第 11 条的规定，包括一方以个人财产投资取得的收益；男女双方实际取得或者应当取得的住房补贴、住房公积金；男女双方实际取得或者应当取得的养老保险金、破产安置补偿费。其中，一方以个人财产投资取得的收益是指婚前个人财产的婚后收益问题，应根据具体的情形进行分析认定：一是一方婚前个人财产的自然孳息，应认定为一方个人财产；二是一方用婚前个人积蓄在婚后购买有形财产的，应当认定为一方的个人财产；三是用婚前个人财产在婚后进行生产经营活动所增值的部分，属于“从事生产经营的收益”，应认定为夫妻共同财产；四是一方用婚前个人的财产投资入股在婚后取得的红利，属于投资经营性收益，故应认定为夫妻共同财产。

二、夫妻共同财产分割的基本原则和方法

（一）夫妻共同财产分割的基本原则

根据《婚姻法》第 39 条第一款的规定，夫妻共同财产的分割方式有两种：协议分割和判决分割。协议分割主要是体现为当事人在协议离婚时，就夫妻共同财产的分割所达成的协议，是当事人对自己财产权利的一种自由处分，该协议具有民事合同的性质，对双方当事人都有约束力。但是一方当事人在协议达成之后反悔，必须在协议离婚之后一年内向法院提出变更或撤销财产分割协议之诉，且法院应当受理。而当事人提起了离婚诉讼，并在诉讼过程中对夫妻共同财产分割达不成协议，则法院应当依法判决。故夫妻共同财产分割的基本原则其实是建立在判决分割的基础上的，包括下列几项原则：

第一，男女平等原则。这是婚姻法中规定的一项基本婚姻制度，只要属于夫妻共同财产，不论其来源和双方的贡献大小，原则上都应平均分割。只是我们应当注意的是，坚持男女平等原则并不是意味着对夫妻共同财产的绝对平均分配。

第二，照顾女方和未成年子女权益原则。《婚姻法》第 39 条规定了这一原则，并且强调在双方条件等同的情况下，应照顾女方。因为在我国现实生活中，妇女的经济收入和独立谋生能力与男子相比较尚有一点差距，在社会、家庭生活中处于一个相对较弱的地位，为了使妇女在离婚后生活有一定保障，在分割夫妻共同财产时，应适度给予女方较多的财产份额。而对于子女权益的保护，首先就是要注意不得将未成年子女的合法财产列入夫妻共同财产进行分割；其次在分割夫妻共同财产时，应适当多分一些财产给直接抚养未成年子女的一方。

第三，注意夫妻共同财产具体情况的原则。指的是夫妻共同财产的种类、价值，以及各

种财产的相互关系等。

第四，有利生产、方便生活的原则。目前夫妻共同财产中生产资料所占比例越来越大，对此再分割时应在不损害其效用和价值的前提下，注意保证生产活动、经营的正常进行，在离婚时无论当事人是否存在过错，原则上应判决给有经营能力的一方所有，体现出物尽其用的原则。

第五，不得损害国家、集体和他人合法权益的原则。

值得注意的是，修正后的《婚姻法》没有再规定分割夫妻共同财产时必须照顾无过错方，而是新增了离婚损害赔偿制度。

（二）夫妻共同财产的分割方法

1. 实物分割。即在不影响财产的作用、价值和特定用途下，对财产进行分配，双方取得各自应得份额。

2. 价金分割。即将夫妻共同财产变卖，双方对变卖后所得的价金进行分配。

3. 价格补偿。即一方取得共有财产所有权后，给予另一方相当于一般价格的补偿。

三、夫妻共同财产分割中的常见复杂问题

（一）关于房产的分割

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（二）》第 20 条之规定，双方对夫妻共同财产中的房屋价值及归属无法达成协议时，人民法院按以下情形分别处理：

1. 双方均主张房屋所有权并且同意竞价的，应当准许；

2. 一方主张房屋所有权的，由评估机构按市场价格对房屋作出评估，取得房屋所有权的一方应当给予另一方相应的补偿；

3. 双方均不主张房屋所有权的，根据当事人的申请拍卖房屋，将所得价款进行分割。

对于离婚时双方尚未取得所有权或者尚未取得完全所有权的房屋有争议且协商不成的，人民法院不宜判决房屋所有权的归属，应当根据实际情况判决由当事人使用。当事人取得完全所有权后，有争议的可以另行向人民法院提起诉讼。

（二）关于投资经营性财产的分割

1. 对于股票、债券、投资基金份额等有偿证券以及未上市股份有限公司股份的分割。根据婚姻法司法解释二第 15 条的规定，对此应先行协商，如协商不成的，可以按市价分配；市价分配有困难的，可以根据数量按比例分配。但应当注意的是对于法律法规限制转让的股票或者股份，人民法院不宜进行分割处理，如公司法中限制公司发起人、董事、监事、高级管理人员转让所持本公司的股份的相关规定。如果夫妻共同财产中的股份属于法律规定的上述情形，必须按照有关法律办理，待转让条件成就后，参照婚姻法的规定，请求再次分割夫妻共同财产。

2. 对在有限责任公司的出资额的分割。根据婚姻法司法解释二第 16 条的规定：“人民法院审理离婚案件，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，按以下情形分别处理：（一）夫妻双方协商一致就出资额部分或全部转让给该股东的配偶，过半数股东同意、其他股东明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司股东；（二）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，但愿意以同等价格购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。过半数股东不同意转让，也不愿意以同等价格购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司的股东。”

3. 在合伙企业中夫妻共同财产的分割。根据婚姻法司法解释二中第 17 条的规定：“人民

法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在合伙企业中的出资，另一方不是该企业合伙人的，当夫妻双方协商一致，将其合伙企业中的财产份额全部或者部分转让给对方时，按以下情形分别处理：（一）其他合伙人一致同意的，该配偶依法取得合伙人地位；（二）其他合伙人不同意转让，在同等条件下行使优先受让权的，可以对转让所得的财产进行分割；（三）其他合伙人不同意转让，也不行使优先受让权，但同意该合伙人退伙或者退还部分财产份额的，可以对退还的财产进行分割；（四）其他合伙人既不同意转让，也不行使优先受让权，又不同意该合伙人退伙或者退还部分财产份额的，视为全体合伙人同意转让，该配偶依法取得合伙人地位。”

4. 在独资企业中夫妻共同财产的分割。根据婚姻法司法解释二中第 18 条的规定：“夫妻以一方名义投资设立独资企业的，人民法院分割夫妻在该独资企业中的共同财产时，应当按照以下情形分别处理：（一）一方主张经营该企业的，对企业资产进行评估后，由取得企业一方给予另一方相应的补偿；（二）双方均主张经营该企业的，在双方竞价基础上，由取得企业的一方给予另一方相应的补偿；（三）双方均不愿意经营该企业的，按照《中华人民共和国个人独资企业法》等有关规定办理。”双方都不愿意经营该企业的，应当解散该企业并进行清算。

5. 对保险利益的分割。人民法院对于以夫妻共同财产投保后，夫妻又离婚的，一般应当按照以下情形分别处理：（一）一方为投保人并以自己或其亲属为受益人的，应当给予对方相当于保险单现金价值一半的补偿；（二）一方为投保人，对方或其亲属为受益人，人民法院应当支持对方继续交纳保险费维持合同效力的请求，但是该方当事人应当给予投保人相当于保险单现金价值一半的补偿。而对于财产保险利益，可以先计算出该份保险的剩余保费价值，由取得该财产一方给予另一方相应的补偿。

（三）离婚时一方侵害对方财产权

根据《婚姻法》第 47 条的规定：“离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。人民法院对前款规定的妨害民事诉讼的行为，依照民事诉讼法的规定予以制裁。”在离婚时，有的夫妻一方为了多分财产，才去各种手段或秘密减少夫妻财产的总额，或伪造共同债务，造成妨害民事诉讼的后果，婚姻法以及民事诉讼法为了打击这中侵害他人财产权的行为，给予了受害方足够的诉讼时效，为自当事人发现至次日起两年内都可以向法院请求再次分割夫妻共同财产。

四、夫妻共同债务

离婚时，不仅应对夫妻共同财产进行分割，有的夫妻还对外欠有共同债务，也需要对此进行分担，以保护交易安全。《婚姻法》第 40 条规定：“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成的，由人民法院判决。”该规定明确了离婚时夫妻共同债务的处理原则。

（一）夫妻共同债务的范围

夫妻共同债务是指婚姻关系存续期间，夫妻双方或一方为维持家庭生活以及共同生产、经营活动所负的债务。据此，夫妻共同债务大体上可以分为以下几类：

1. 为维持家庭共同生活所负债务，主要涉及衣食住行、医疗服务等方面的内容；为满足家庭成员基本精神需求所负的债务，如家庭娱乐、锻炼、必要的保健、报刊杂志的订阅等；为家庭成员或本人发展所负的债务，如个人学习深造以及子女的教育等方面。

2. 为夫妻共同的生产经营所负的债务，夫妻一方或双方在婚姻关系存续期间从事生产、经营活动所欠的贷款、货款、职工工资、职工社会保险费用、税金等债务。

3. 因违法行为所发生的债务,包括夫妻双方违反国家计划生育政策所欠社会抚养费、违法生产经营的罚金,对他人的人身财产所致损害的赔偿金等债务。^①

4. 因夫妻共同生活所负的其他债务。

此外,根据婚姻法司法解释二中的第 23、24 条之规定,一方婚前所负债务为个人债务,如债权人不能证明该债务用于婚后家庭共同生活,则不属于夫妻共同债务。如果债权人起诉债务人的配偶,应不予支持;一方在婚姻存续期间以个人名义所负债务,应当按夫妻共同债务处理,除非夫妻一方能够证明债权人与债务人已明确约定该债务为个人债务,或者能够证明属于《婚姻法》第 19 条第三款所规定的“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的,第三人知道该约定的”这种情形。

(二) 夫妻共同债务的清偿责任

根据我国的《婚姻法》第 40 条的规定,表明了夫妻共同债务为法定的连带债务。即使在双方婚姻关系解除后,双方仍负有共同清偿的责任。具体的清偿方法,法律允许婚姻当事人双方协商决定,协商不成时再由人民法院判决。在离婚时,夫妻共同债务的清偿主要有以下两种方法:一是先用夫妻共同财产清偿共同债务,如有剩余再分割夫妻共同财产,如共同财产不足以清偿债务时,就不足部分双方合理分摊;二是离婚时先分割共同财产,在将共同债务按照一定的比例进行分摊,由一方负责向各自的债权人偿还。

最后,离婚双方当事人很多时候并不能做到双方都能够掌握到具体夫妻共同财产的明细,在中国现今社会,特别是在经济基础雄厚的家庭中,丈夫一般具有较高的社交能力,而妻子往往在家中扮演贤妻良母的角色,妻子一方并不能准确掌握到夫妻共同财产的具体情况,一旦这样的家庭解体,妻子起诉要求分割夫妻共同财产时,却无法向法院举证出双方所有的夫妻共同财产,而自己取证或者要求律师查明都具有极大地难度,从而不能准确的及时的分割夫妻共同财产,在一定程度上损害了夫或妻一方的合法经济利益,如何解决类似的离婚纠纷问题,希望立法机关能够尽快的寻找到一个妥善的办法来解决这一类型问题。

注释:

①陈苇:《婚姻家庭继承法学》,群众出版社 2005 年版,第 258 页。

作者单位:安徽真见律师事务所

论集合票据法律意义、风险防范及律师作为

音邦定 江武建 范太平

【内容摘要】集合票据是一种新的金融产品。集合票据的发行，较好地解决了中小企业融资难的问题，有力地促进了中小企业发展，但是集合票据仍然存在诸多法律风险，我们应当要及时有效地防范这些法律风险。我国律师应当尽快熟悉集合票据方面相关知识，掌握集合票据发行方面相关法律法规，充分发挥律师应有的作用，将集合票据发行工作做好。

【关键词】集合票据 意义 法律风险 防范 律师作用

一、集合票据对促进中小企业发展具有重大意义

对于集合票据，中国银行间市场交易商协会颁布的《银行间债券市场中小非金融企业集合票据业务指引》第三条有个定义：“集合票据，是指2个（含）以上、10个（含）以下具有法人资格的企业，在银行间债券市场以统一产品设计、统一券种冠名、统一信用增进、统一发行注册方式共同发行的，约定在一定期限还本付息的债务融资工具。”根据这一定义，我们可以看出，集合票据首先是一种以票据形式表现的债务融资工具，其次，它是在银行间债券市场发行的债务融资工具，第三，它是约定在一定期限还本付息的债务融资工具，第四，发行的主体必须是具有法人资格的企业，第五，发行主体的数量必须限定在2至10个之间，第六，必须“抱团融资”、“捆绑发行”，即以统一产品设计、统一券种冠名、统一信用增进、统一发行注册方式共同发行。因此，其实质就是多家企业发行的，有银行参与的融资联合债券。

集合票据对拓宽中小企业融资渠道、促进中小企业发展有着重大意义

首先，集合票据产品本身具有更强的甄别优质中小企业的倾向。集合精神可以为金融机构和投资者搭建选择平台，使区别优质中小企业的甄别过程产生规模效益，鼓励吸引信息生产机构挖掘资产健康、财务健全、符合国家产业政策的优质企业，避免大型金融机构对中小企业的“热情不足”，客观上也就有可能带来较低成本的投融资选择。

其次，集合票据可以在债项上提高发行主体的信用级别。在集合发行且经信用增进措施补充后各产品的债项评级会有不同程度的提高。

第三，集合票据产品具有利率优势。我国目前已发行的集合票据均采用市场化的定价方式，其票面利率根据市场利率确定，由基准利率SHIBOR加上基本利差决定。而中小企业通过银行融资的平均成本往往会达到20%，而通过集合票据进行的融资则低得多：如顺义区中小企业集合票据票面利率最低，为4.08%；诸城市和寿光市中小企业集合票据的票面利率稍高，分别为4.45%和5.10%。如果把集合票据期限较短的因素考虑也在内，企业发行综合成本降低的效果就更为显著了。

第四，集合票据对发行主体和规模的规定对中小企业的针对性更强。与以往其他债券发行方式不同，集合票据并未对单一主体的发行规模设置下限要求，只是规定“任一企业集合票据待偿还余额不得超过该企业净资产的40%”。同时“募集资金额不超过2亿元人民币，单支集合票据注册金额不超过10亿元人民币”。不管企业融资规模多小，在集合票据有效结构内部都是可以被囊括的，小企业也可以通过“集合”过程实现直接融资需求，这在传统的直接融资方式中几乎是不可能实现的。

二、集合票据的法律风险及防范

（一）集合票据的法律风险

有人认为，集合票据只会促进中小企业发展，不会产生任何风险，我们认为，一个新事物总是有其两面性，在肯定集合票据促进中小企业发展的同时，我们也应当看到发行集合票据的风险。笔者认为集合票据的法律风险主要表现在以下几方面

第一，信用风险和评级下调风险有被放大潜在威胁

集合票据涉及到了 2 个（含）以上的发行单体，因此各单体间的法律关系要明确。然而由于在当前诚信环境下，各发行单体通常不愿意承担连带责任，具体运作中则往往只笼统规定“参与主体之间的法律关系清晰，各企业的偿付责任明确”。目前已发行的几期产品中各主体法律关系都被规定为“按份责任，分别负债”，如果抛开增信机制和项目分层结构化设计，集合票据实际上就会成为在“集合”幌子下的单一企业独立性融资平台，一旦将来其中某一企业出现偿债问题时，发生信用风险和评级下调风险就会被放大，所有发行人、担保者、投资者都将承担超额损失。

第二，尚未实现金融市场分散、消化风险的作用

从目前已发行的集合票据情况看，集合票据市场当前的增信担保模式和结构化安排还显得比较粗糙，仅仅是使市场风险打捆转移于某一个体承担，并没有实现金融市场分散、消化风险的作用，事实上，政府的“全额补贴”才是产品成功发行的隐含条件，从而让政府成了集合票据市场风险担保人，市场风险转嫁到政府身上。

第三，集合票据目前还缺少转让平台，存在较大的流动风险。^①

目前，中小企业集合票据因缺乏转让平台，流动性相对较弱，其参与主体、发行方式、发行规模、产品结构、偿债保障措施、信息披露、承销发行等事项还不够规范，故还存在较大的流动风险。

第四，我国的《票据法》对集合票据并没有规定，相关司法解释亦未出台，万一发生法律纠纷，法律救济渠道将不太畅通。

普通票据发生纠纷可依据《票据法》的相关规定予以救济，如票据丧失，可通过挂失止付、公示催告、提起诉讼等渠道予以救济，但是，我国的《票据法》对集合票据并没有规定，相关司法解释亦未出台，万一发生法律纠纷，法律救济渠道将不太畅通。

（二）集合票据法律风险的防范

那么如何防范集合票据的风险呢？我们认为应当做到以下几点：

第一，国家要加快集合票据管理的立法步伐，制定集合票据的监督管理制度

一是立法机关要尽快修改票据法，将集合票据纳入票据法调整范围；二是要建立集合票据发行信息披露制度，以增加其透明度；三是要建立合理可行的投诉机制，一旦发现集合票据发行人违法违规、损害投资者利益等投诉时，应及时予以制止和处理，同时对信誉不好的集合票据发行人，应给予批评、警告，遏制和减少集合票据发行人中滥竽充数、违法乱纪等情况发生；四是要规定监管的原则。如规范原则、公平原则、发展原则等；五是要制订利益分配指导性规则；^②六是要实行集合票据备案制；^③七是要拓宽民间的投资渠道，让投资权益有合法保障。国家有关部门应尽快将民间金融活动纳入金融监管范围，出台民间金融活动的相关管理规定，明确其概念、性质和范围，正确引导规范民间借贷行为；八是最高人民法院要密切关注集合票据发行过程中出现的新问题及时出台相关司法解释以指导纠纷的解决。

第二，金融机构要有针对性地选择发行主体

发行人选择是集合票据成功的基础，可考虑在对资产规模、盈利能力指标合理设定并有效分类的基础上继续扩大备选企业池的范围，使更多中小企业都能从中受益，形成立体化的

发行企业结构。

第三，建立健全社会化信用体系。要建立并完善包括信用征集、信用评价、信用担保在内的社会化信用体系，使基本的市场化诚信观念内化为产品内部法律关系得以有效运作的基础，塑造集合票据发行主体内部权责关系的金融产品性质，按照资产证券化模式进行的结构化管理和运作，通过包括反担保、再担保等纯市场化方式形成的保障机制和专家经营模式，以及采用担保结构创新解决担保主体的信用增进限制等。

第四，完善产品的结构设计。目前的集合票据对结构设计的安排较为宽松，实践中也表现出了逐步探索的意图，总体上比较简单。通过结构化的安排在风险可控的范围内为中小企业开辟新的融资渠道是集合票据设计的本意，未来结构更精致、内容更饱满的集合票据产品也是必然的发展方向。

第五，充分发挥地方政府的作用。和其他债权融资方式相似，集合票据市场的发展也离不开地方政府的作用。地方政府目前依然是降低企业融资风险，解决信息不对称问题，调动优势资源，扶持中小企业发展的主导力量。

第六，落实担保机制，解决中小企业集合票据增信难题。可采用担保和再担保模式，即分两个层次进行担保，一是由地方性中小担保机构对中小企业集合票据提供担保；二是由实力较强的担保机构对中小担保机构的担保责任提供第三方机构担保。如果到期发行企业未能履行还本付息义务，首先由中小担保机构承担连带责任，赔偿投资者全部的损失，如果中小担保机构丧失了偿债能力，则再由实力较强的第三方担保机构履行赔偿义务。

第七，有关部门要加强对票据犯罪行为的打击。

三、律师如何在集合票据发行中发挥作用

集合票据是新形式下的一个新型金融产品。集合票据的发行，需要律师介入，比如，出具法律意见、审查发行主体资格、编制募集说明书、对担保人的主体资格、担保的效力等进行审查、审核参与主体之间的法律责任边界，等等。然而，对律师来说，这也是一个新型业务范围，律师应当抓住机遇，尽快掌握集合票据发行的相关知识。

集合票据与其他债务融资工具尤其是中期票据有诸多相通之处，也有其独到之处。因此律师在为集合票据发行出具法律意见和律师工作报告时，应当注意做好以下工作：

（一）审查文件

律师作为集合票据发行人的法律顾问，首先应当对集合票据发行所必须的法律文件或法律事实进行审查，并提出意见。其次要对各发行主体的法律事实进行整理，特别是对法律关系不清楚，可能会对发行主体造成影响的法律关系进行处理。1、对于尚未建立但又必须的法律文件的，应当帮助其建立起来，如果不能依法建立的，应当出具关于该项文件的法律意见书向有关部门进行解释，以得到有关部门的理解，以免拖延整个集合票据发行工作的进行。2、对于公司法律文件不全的，如果属于可以补齐的，律师应当帮助公司起草，或要求公司予以补齐。3、对于审查的文件或法律事实，律师认为如果在合法的前提下，并在不损害有关各方利益或是征得有关各方同意的前提下，变更某种已存在的法律关系更有利于公司参与集合票据发行，律师应当向发行人提出法律意见。^④

（二）审查其他中介机构及其工作

集合票据的发行需要提供担保，统一信用增进。律师需要对担保人的主体资格、信用评级状况、担保的效力等进行审查，并发表法律意见。另外，律师要审查各中介结构是否依法履行，尽职尽责，是否能够保守发行人的商业秘密，信守承诺，还要审查各中介机构所出具的有关法律文书。

（三）起草法律文件

最重要的是起草募集说明书。鉴于发行主体由多家企业组成，发行主体一般按照总分模式编制募集说明书。因此，律师应当认真审核总募集说明书和各分募集说明书，并对募集说明书的基本内容发表意见。

（四）解答发行人或各中介机构的有关法律问题

集合票据是新型的金融产品，因此，其发行过程中会有很多相关的法律问题出现在现实工作中。可以说集合票据发行工作的问题归根结底是法律问题。

（五）协调各发行主体之间的相互关系

因为集合票据具有集合的精神，所以发行主体之间法律关系、偿付责任的清晰界定显得尤为重要。因此，发行主体应在募集说明书中披露，参与主体分别负债，如参与集合票据发行的其中一家企业或多家企业发生违约时，其余参与集合票据发行的企业不承担连带兑付责任。律师需要审核参与主体之间的法律责任边界是否清晰，并发表意见。

（六）是写好发行工作报告

集合票据发行工作报告是律师的重要工作，律师必须认真对待。

总之，集合票据，对中小企业以及律师既是机遇，又是挑战。

注释：

①佚名《集合资金信托的风险和优势》。

<http://www.chinavalue.net/Article/Archive/2006/7/7/36527.html>。

②戴清《我国私募基金监管体制初探》，《湖南社会科学》2004年第2期。

③张远景《法律冲突按住了中国私募基金的头》，<http://www.sina.com.cn> 2007年08月13日《证券日报》。

④徐家力：《试论律师在股票发行中的作用-记黎明服装有限公司上市发行股票的法律思考》，中国人民大学律师学院网，<http://www.cnlawyerschool.com/html/lswy/3565.html>。

作者单位：安徽深蓝律师事务所

裸购纠纷法律问题研究

姚维振

【内容摘要】当前，一种全新的网络消费方式——裸购，已经为越来越多的网民所青睐。它是指网民在相应的网站注册，并通过发帖、回帖、上传视频、照片等网络活动获得相应积分，当积分达到指定数值时，网民就可以在网站以积分换取商品，从而少花钱甚至不花钱获得商品。网民在裸购时常遇见一些纠纷，在纠纷中权益维护比实体营销要困难。从法律性质来看，积分加少量现金的裸购是买卖法律关系，仅用积分购得商品，无须现金的裸购是附条件的赠与法律关系。我国合同法和消费者权益保护法中的相关条款可以用来处理裸购纠纷的法律依据。

【关键词】裸购 积分 法律关系 网民

一、“裸购”——一种新型的营销方式

1. “裸购”的概念

2010 年左右，电子商务行业出现一种新型的营销方式，引起广大网民和消费者的广泛关注，那就是“裸购”。其实裸购的最先出现并不是网络世界，而是实体营销的商品买卖中。2009 年 11 月 29 日位于英国伦敦市中心的 Joy 专卖店开业为了吸引消费者光顾，声称在当日前 25 位身着内衣购物者可以免费选购，此消息一经传出，立即吸引了消费者的极大兴趣，早晨专卖店还未开门时就有不少消费者在店前排起了长队，后经媒体的报道、炒作等，“裸购”一词开始进入人们的视听。更有甚者，在国外有商家要求消费者在大庭广众之下一丝不挂参加选购才能享受免单，也有消费者排队响应，此谓真正裸体购买，此类的实体裸购营销在国内还未见报道。

在我国的一些国内网站上出现的“裸购”实际上是以另外一种形式出现的，它通常指免费获得商品，通过社区网站中话题讨论，发表观点、回复问题等形式在社区网站免费获得积分，然后用积分免费换成社区网站提供的商品。由于积分可以免费获得，而且没有名额限制，可以任意用积分兑换商品，受到了广大网民的青睐，有渐渐成为一种流行和时尚的趋势。

无论是实体营销的“裸购”还是网络世界中的“裸购”，都有吸引眼球、聚集人气的初衷，从实施的效果来看确是一种有效的营销手段。随着 WEB3.0 时代的到来，裸购概念的提出一方面顺应了消费者对网络化、便捷化生活的一种需求，消费者可以通过网上活动赚取积分来换取自己需要的商品，不用再支付其他费用，同时省去了许多购物的中间环节。另一方面，裸购又延伸出裸文化的进一步发展，裸文化关注环保，提倡绿色消费、绿色生活的全新理念。

本文对实体中的“裸购”不作研究，下文所出现的裸购均指网络上的“裸购”。

简单的定义网络上裸购可以是：消费者无金钱对价或以极低廉的对价付出便可购买到自己想要的商品。

实际上，网民裸购虽然不需要支付实际的货币或支付极少的货币，但必须通过上网参与网站规定的活动获得积分才能来换取商品。

2. 我国网络裸购概况

我国网民对裸购熟悉是 2010 年，有人把裸购和犀利哥、兽兽、凤姐等列为 2010 年十大热门事件。“裸购”也成为继团购、秒杀等后的又一个网络经典词汇。据了解，除我友网、悦己网外，还有其他一些网站开通了裸购消费形式。可以裸购的商品可以说是五花八门，应有尽有。既有“一元汽车”裸购，千辆团购绝杀的汽车裸购，又有笔记本电脑、单反相机、智能手机等数码产品，还有耐克、阿迪达斯等服装、运动鞋，以及提供免费酒店、机票、免费旅游等等。

裸购这种模式目前主要是在学生、白领、宅男宅女中盛行，因为这些群体对时尚的东西都比较爱好，学生和宅男宅女的上网时间比较充裕，白领也比较喜欢在 SNS 社区中结交朋友，发泄心情，所以今后他们将会成为“裸购”的主力军。

由于裸购出现的时间短暂，我国目前还没有明确的法律规范来约束这种网络商业行为，作为一种新的网络商业模式，裸购存在不确定的风险，一旦发生纠纷，维权的难度也大。

二、常见的裸购纠纷

1. 裸购的商品存在瑕疵

案例一 2010 年 10 月 10 日，郭芳通过半个月的发帖、回帖，终于获得了 10000 积分，从而以 500 元的价格购买到了裸购网站提供的价值 18880 的彩电。可郭芳收货后，很快发现，彩电是伪劣产品。

产品存在瑕疵主要是指销售者提供的商品存在以下情形：①不具备产品应当具备的使用性能而事先未作说明的；②不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准的；③不符合以产品说明、实物样式等方式表明的质量状况的。

网络裸购的商品存在瑕疵，主要是网站或商家违反销售者产品质量义务所致，如在进货时没有履行验收检查义务，不验明产品合格证明和其他标识。在进货之后没有妥善保管裸购销售产品质量的义务。甚至有违反国家法律禁止性义务，包括：销售国家明令淘汰并停止销售的产品和失效、变质的产品；伪造和假冒产地、他人的厂名、厂址；伪造或者冒用认证标志等质量标志；销售的商品掺杂、掺假，以假充真、以次充好，以不合格产品冒充合格产品。

2. 裸购的商品存在缺陷

案例二 2010 年 11 月初，李萍通过在一家裸购网站注册并进行指定的网络活动，获得了 5000 积分，网站免费送给了李萍一只价值 1890 元的热水器。数日后，李萍在使用时，热水器突然爆炸，致使李萍全身多处受伤，已花去医疗费用 3 万余元。

产品缺陷主要表现以下情形：①设计上的缺陷。是指产品在设计上存在着不安全、不合理的因素。例如结构设置不合理，设计选用的材料不适当，没有设计附加应有的安全装置。

②制造上的缺陷。是指产品在加工、制作、装配等制造过程中，不符合设计规范，或者不符合加工工艺要求，没有完善的控制和检验手段，致使产品存在不安全的因素。③指标上的缺陷。就是指在产品的警示说明上或者在产品的使用指标标志上未能清楚地告知使用人应当注意的使用方法，以及应当引起警惕的注意事项；或者产品使用了不真实、不适当的甚至是虚假的说明，致使使用人遭受损害。如油漆具有易燃性，生产者应附警示标志，提醒使用者存在的危险性，并告知如何避免。如果未履行上述义务，就属指示上的缺陷。

《产品质量法》还明确了如果产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，那么不符合强制性标准的产品，即不符合保障人身、财产安全标准的产品，在进入流通领域后就有可能给消费者造成损害，不符合保障人体健康和人身、财产安全的国家标准或行业标准的产品，即是缺陷产品。

裸购时购得有缺陷产品比购得有瑕疵产品存在的潜在危险要大，产品缺陷责任又称产品侵权损害赔偿，简称产品责任，是指由于产品存在缺陷，该缺陷造成消费者、使用者或

者其他受害人人身、财产损失，依法应承担的损害赔偿的法律后果。

3. 裸购中网站或商家运用霸王条款

裸购中网站或商家在格式合同运用霸王条款主要有以下几种表现方式：

①减免责任、逃避自己应尽义务。“由于某某原因，本网站概不负责”，这是多数协议中最常用到的一句话。其实，所谓“某某原因”多为网站或商家的随意规定，并非法律意义上的免责条款。

②违反法律规定、任意扩大网站或商家的权利。

③排除、剥夺网络消费者的权利。有的网站或商家通过格式条款，事先拟定消费者放弃权利的条款，以此为自己免责。有的网站或商家任意单方面修改合同，剥夺消费者原本享有的权利。

④利用模糊条款、掌控最终解释权。只要协议上注明“本网站拥有最终解释权”这句话，网站或商家就算有了“挡箭牌”，无论消费者对产品或服务提出何种质疑，他们也可以朝着向自己有利的方向，一“解”而化之。

4. 网站或商家泄露裸购网民的个人资料

裸购中用积分换商品时必然涉及到网民消费者的姓名、通讯方式、地址等，随着众多开展裸购业务网站的快速发展，越来越多人加入了裸购大军。但对不少网民而言，在享受着裸购网站带来的超值或免值服务同时，却也遭遇了个人资料泄露的危险，因为裸购网站需要注册，并不停地提供各种个人信息和资料，一旦这些信息泄露，不但会面临各类骚扰，还可能会有财产损失等危险。

5. 网络裸购者通过不正当途径获取积分

通过不正当途径获取积分，包括但不限于以下内容：

①自己使用不同登录号进行自问自答并采纳自己的答案做为最佳答案获取不正当积分。

②和他人串通，只采纳一个或几个人回答为最佳答案获取不正当积分。

③使用一个登录号进行垃圾回答，并用其他登录号进行检举骗取积分。

④短期内连续多次提交非法信息者，等等。

三、裸购中的法律关系

裸购中最常见的是两种方式，即积分加少量现金购得商品和仅用积分就获得商品。这两种方式的法律性质分别是买卖关系和赠与关系

1. 积分加少量现金购得商品是买卖行为

在这种裸购方式下符合买卖法律关系的特征。买卖合同是卖方将出卖的财物交付给买方所有，买方接受该项财物并支付约定的价款的协议。积分加少量现金裸购商品中买卖双方中一方是网站或商家，另一方是裸购网民，网民付出少量现金购得商品是有偿取得商品，尽管商品价值大于实际付出的现金价格，但是双方当事人真实意思的结果，仍然符合买卖法律关系中的有偿性、双务性和诺成性特征。买卖法律关系基本的特征是卖方出卖给买方的财产转移所有权，也是它区别于其他类型合同的关键所在，裸购中在网民按网站或商家的要求给付了价款后，财产所有权就转移给网民了。买卖法律关系又一重要特征是买方向卖方支付约定的价款，也是它和互易合同相区别的要点。商品交换是以等价交换为原则的，但并不排除双方自愿的不等价交换，在裸购中尽管买方付出的金钱远低于商品的价值，却不能否认双方的买卖性质。

积分加少量现金购得大宗商品是否存在网民未满十八周岁，不是完全民事行为能力人，从而使买卖法律关系无效或待定的情况？笔者认为这种情况下裸购网民付出的对价极小，他们对自己的法律性质有充分的认识，可以认为进行的是与他们智力相符的法律行为，无须他

们的监护人追认。

2. 仅用积分就获得商品, 没有支付任何价款的裸购是附有义务的商业赠与行为

《合同法》第 190 条第 1 项规定, 赠与可以附义务。第 2 项规定, 赠与附义务的, 受赠人应当按照约定履行义务。

赠与合同一般是赠与人单方履行将自己的合法财产送给受赠人的义务, 受赠人不承担义务而只享有获得受赠财物的权利。但在附有义务的赠与合同中, 赠与人将自己合法所有的财产赠与受赠人, 是附有条件的, 受赠人在接受赠与人赠与的财产后, 必须依法履行赠与合同中约定的义务, 这是因为财产的赠与是在受赠接受赠与合同中所附加的义务, 赠与合同才成立, 而这部分附加的义务成为赠与合同中的必备条款, 按《合同法》第 190 条第 2 项的规定“赠与附义务的, 受赠人应当按照约定履行义务。”

附义务的赠与, 受赠人必须承担义务, 附义务赠与, 若附加条件合法, 则赠与有效; 若附加条件违法, 则赠与无效。在附义务的赠与中, 赠与人负有将其财产给付受赠人的义务, 受赠人按照合同约定负担某种义务, 但受赠人所负担的义务与赠与人所负义务并不是相互对应的。

在不支付任何价款, 仅用积分就获得商品中, 裸购网民的义务是参加网站规定的网络活动, 网站或商家的义务是转移裸购商品的所有权。

四、裸购中的权益保护

1. 以积分加少量现金的裸购中网民的权益保护

一方面, 从《合同法》的角度上看, 网民享有如下权利: (1) 因商品质量不符合要求, 致使不能实现合同目的的, 可以拒绝接受或者解除合同; (2) 因商品质量不符合要求, 网民可以要求商家或网站按照约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确, 可以依照《合同法》第 61 条的规定确定, 即可以协议补充, 不能达成补充协议的, 按照合同有关条款或者交易习惯确定。如仍不能确定, 网民还可以根据标的性质以及损失的大小, 要求商家或网站承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

另一方面, 从《消费者权益保护法》的角度上看, 网民享有如下权利: (1) 安全权。即网民享有人身、财产安全不受损害的权利, 对可能危及人身、财产安全的商品, 商家或网站应向网民作出真实的说明和明确的警示, 并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。(2) 知悉商品真实情况的权利。(3) 因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害时, 享有依法获得赔偿的权利。(4) 如果商品存在质量问题, 网民有要求商家或网站包修、包换、包退商品的权利。

无论从哪个角度上看, 网民如果遭遇裸购纠纷, 即可依据自己的权利, 要求商家或网站承担相应的民事责任。

2. 完全通过积分换取商品、没有支付任何价款的裸购中网民的权益保护

赠与是一种无偿的民事法律行为, 在合同法上, 赠与关系中赠与人承担的法律义务明显要少于买卖关系中出卖人承担的义务。那这是不是意味着参与裸购的网民面临比正常购买商品有更大的风险呢? 而且, 商家推广裸购显然是具有商业经营目的的, 网民为了裸购而积累积分也是投入了不少心血的。如果积分换取的商品出现问题, 那么对网民而言是不是不公平呢? 有没有什么规定来约束推广裸购的商家呢?

我国合同法第 191 条规定: 赠与的财产有瑕疵的, 赠与人不承担责任。附义务的赠与, 赠与的财产有瑕疵的, 赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵, 造成受赠人损失的, 应当承担损害赔偿责任。附义务的赠与, 赠与方必须在附义务的范围内承担责任。

按照合同法的这一规定，在裸购中，商家也要在一定的范围就商品的品质等问题向网民承担义务和责任。而且，虽然我国目前没有明确的法律规范来约束商业赠与行为，但是在商业赠与的情况下，诸如产品质量法、消费者权益保护法等法律也应该是能够适用的。

根据《合同法》第 189 条、第 191 条之规定，网民享有如下权利可进行维权：(1)因商家或网站故意或者重大过失致使赠与的财产毁损、灭失的，网民可要求商家或网站承担损害赔偿责任。(2)赠与的财产有瑕疵的，网民可要求商家或网站在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。(3)商家或网站故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成网民损失的，网民可要求商家或网站赔偿。

3. 网站或商家须为裸购制定细则保护自身权益

对于商家而言，首先必须为裸购制定详细的规则。法律只是为各种交易行为制定了基本的规定，裸购中的很多细节问题还需要商家一一明确。当然，商家不能运用霸王条款来一味地维护自己的权益，而应在公平的基础上，合法合理地规范自己与网民的权利义务关系，保护双方的利益。

要保证裸购的顺畅运行，商家还必须对积分进行严格的管理。一方面要防止在网站中出现反复刷积分的现象，必须设置一定的规则来保证积分的含金量。如果出现有人有偿转让积分，积分的享有者与实际换取商品者不一致等问题时，商家必须制定详细的规则来加以应对，避免出现法律纠纷。另一方面，商家也必须采取有效的安全措施来预防网络攻击，保证积分计数规则的正常运行。

最后，因为换取商品时必然涉及到网民的姓名、通讯方式、地址等资料，商家有法律义务保护好网民的个人资料，防止发生侵权行为。

实际上，裸购采用的营销方式和之前一些促销的方式类似，例如信用卡积分消费、手机积分消费、航空公司飞行里程消费等等。无论如何创新，商家的诚信经营是第一位的，推广裸购的商家必须为网民提供自主、公平的交易环境，让网民清楚地了解裸购的规则，安心地通过积分获取自己心仪的商品。惟有如此，裸购才能赢得网民的口碑，才能在激烈的竞争中保持长久的人气和活力。

4. 裸购网民要小心虚假裸购网站

对网民来说，首先，参与裸购必须细读商家的规则，明确自己的权利义务。对一些关键的问题，例如退换货服务、售后服务，物流费用及其他费用的负担等等，网民必须做到心中有数。

其次，网民自己也要有遵守规则的意识，如果选择裸购就要按照商家的规则来获取积分，换取商品，而不应该投机取巧。网民还须在裸购的过程中树立自我保护意识，了解商家和网站的基本信息，防止少数不法分子利用裸购热潮设置虚假网站、钓鱼网站进行诈骗。

参考文献：

- ①程成：《裸购纠纷：合同法和消费者权益保护法都管》，《检察日报》，2011年2月26日。
- ②郑立、王作堂：《民法学》，北京大学出版社1999年11月第三版。
- ③韩郁骞 杨为民：《网络营销》，中国海洋大学出版社2010年8月第一版。
- ④杨坚争：《经济法与电子商务法简明教程》，中国人民大学出版社2008年3月第一版。
- ⑤王利民：《民法总则研究》，中国人民大学出版社2003年12月第一版。

作者单位：安徽宇浩律师事务所

投资融资和公司证券法律服务

中小企业融资的困境与出路

——基于马鞍山市城市总体规划与律师视角

王熙城

【内容摘要】作为一名在三线城市执业的专职律师，所服务的企业客户多数为中小企业，深感中小企业发展与融资之痛，尤其是从去年以来银根紧缩的严峻形势下。笔者在初探国内金融服务较为发达区域及国外中小企业金融服务领域后，就马鞍山市中小企业的融资之路的思考而小撰本文。本文将主要就马鞍山市中小企业发展与融资现状、融资难原因评析及融资渠道思路三方面从律师的认识角度作出探讨，借以帮助客户顺利解决融资难问题。

【关键词】马鞍山、中小企业、直接融资、间接融资

一、马鞍山市中小企业融资困境

（一）马鞍山市中小企业现状

以销售收入、资产总额的通用考核指标来看，一般年销售收入和资产总额均在 5000 万元以下的为小型企业，年销售收入和资产总额均在 5 亿元以下、5000 万元以上的为中型企业。^①据有关统计数据，截止 2010 年底，马鞍山市中小企业共有 11910 户，从业人员 11.44 万人，注册资金 317.53 亿元。仅 2010 年度，马鞍山市累计新成立的中小企业达 2488 户，新增从业人员达 17038 人，新增注册资金达 80.7 亿元。整体而言，2010 年度全市中小企业完成规模以上工业总产值 715.32 亿元，其中年销售超亿元企业仅 100 余户，但同时中小企业拉动全市工业产值增长 17.2%，贡献率达到 43%，是马鞍山市经济增长的重要力量。在众多小企业中建筑、生产及制造等资金需求密集的中小企业占全市中小企业 7 成左右。

然而，在目前以信贷融资为主的中小企业融资市场，中小企业贷款率与其对经济增长的贡献率相比明显不相匹配。由于金融产品的贫乏、上市融资制度的限制以及融资机构的不健全，中小企业长期面临融资难，尤其去年至今的信贷紧缩，即便符合银行信贷条件也很可能无法获得信贷资金。

（二）马鞍山市中小企业解决融资瓶颈的必要性与可行性

资金对于企业的生存与发展犹如血液对于人体的重要意义。但如今，严重的资金匮乏长期制约马鞍山市中小企业扩大生产、技术更新与研发创新投入，进而制约马鞍山市整体的经济增长与核心竞争力的提高。

2010 年 1 月 20 日国家发改委正式公布《皖江城市带承接产业转移示范区规划》，马鞍山市正好处于皖江城市带承接产业转移示范区的辐射范围之内，系国家层面规划发展的重点地区，在体制机制创新及投资、财税、金融、土地、对外开放等方面，拥有很多独特的优惠政策；3 月 25 日，安徽省人民政府正式批准了《马鞍山市城市总体规划（2002—2020 年）》，再一次明确抓住国家加快长三角地区发展的机遇，借力承接长三角产业转移示范基地和城乡一体化示范城市的建设，实现大城市、大马鞍山的建设目标。无疑，目前马鞍山市的整体发展环境与机遇将为马鞍山市众多中小企业的发展提供难得的历史机遇与广阔的发展空间。如此一来，中小企业主们将更加迫切的渴望有更加稳定的资金流助其一臂之力。

然而,从2010年10月起存款准备金率连续上调以来,银根紧缩,银行信贷形势日趋严峻,与此同时,各项成本持续上涨,这无疑对企业的可持续发展提出了严峻挑战。各个银行都在去粗取精,抛弃资产略有不足的中小企业而保留资产更加优良的企业客户,此前各家银行所推出的中小企业融资产品也面临搁浅。尤其是面对马鞍山市的大多数生产制造、建材等这样融资需求强烈、财务杠杆较高的资本密集型行业和中小企业,中小企业的生存与发展已经受到严重影响。

一方面,面临良好的发展机遇,另一方面又面临银行信贷危机,中小企业主四处寻找“输血机构”以增强自身活力。

当地政府也在积极探索,为解决众多中小企业融资难问题创新融资措施。其中,最为引人注目的莫过于积极推动小额贷款公司的筹建与开办以及2011年3月24日马鞍山市中小企业网上金融超市的开通运行。这两项举措无疑充分展现了当地政府积极帮助中小企业寻求资金解决方案的热情与决心。但仅仅有市政府的积极推动显然不充分,尚需银行及其他金融机构、中小企业自身的共同努力。

二、中小企业融资困境之原因分析

就笔者从事中小企业项目融资的法律服务经历以及金融业界人士的普遍认识、数据调查统计来看,中小企业融资难主要有以下原因。

(一) 中小企业自身原因与信息不对称

1、经营管理质量低

中小企业主要存在三种情况,其中一部分企业处于初创期,信誉度不高、可担保物有限,银行放款难度高,政府政策支持不足;另一部分企业可能正处于生命周期、产品周期均在下降阶段的行业,不符合有关融资政策;还有一部分企业则可能因为经营者自身的信誉原因导致融资难。

但总体而言,许多中小企业的经营管理者素质较低,缺乏财务、经济和高技术专业人才,信息匮乏,经营管理质量不高,这样导致中小企业的盈利水平总体不高。中小企业的可抵押物较少,抵押物的折扣率高;部分中小企业逃、废银行债务屡见不鲜,有的则随意使用资金,造成中小企业的信用等级普遍偏低。

2、严重信息不对称

中小企业数量众多且大都“默默无闻”,生命周期短、财务不健全且缺乏透明度,投资者或银行对其经营水平、财务状况,尤其信誉的调查较为困难,在中小企业报表造假、取得融资后随意更改投资方向等方面调查的困难与巨大成本支出尤为突出。与此同时,中小企业的经营与还款诚意在很大程度上也取决于企业经营者,但是目前我国的个人信用制度建设尚属空白。

近年来,马鞍山市政府积极帮助孕育高新技术企业的成立并推动其发展,但高新技术企业的融资市场内信息不对称现象更加严重。目前马鞍山市的高新技术企业多数处于初创期和成长期,基本上仅拥有专利、专有技术等形式的无形资产,市场价值难以评估且缺乏有形实物资产作为担保,更不必提建立自身信誉了。

(二) 融资渠道的有限性

目前,我国缺乏专门为中小企业提供金融服务的金融支持体系,包括中小企业金融扶持政策体系、银行及非银行金融机构的中小企业信贷、投资支持以及国外盛行的创业(风险)投资。

^②在中小企业发展较为成功的国家,如美国,主要建立了政府担保贷款和风险投资两类金融支持体系;在德国,主要的支持体系则基本包括民间专门金融机构、政策性银行、中小企

业发展基金、创业资助四类；离我们更近的日本则以中小企业政策性金融机构、民间专门金融机构及中小企业信用担保机构构成中小企业金融支持系统。此外，纵观发达国家中小企业政策措施，发达国家基本上从政策上提供税收优惠、技术援助等支持，再配合中小企业管理机构与立法保护。

而我国的中小企业的融资渠道则主要限于银行的中小企业贷款服务、小范围内的民间融资以及近年来新兴的小额贷款公司，而现有的金融中介机构的发展也不够完善，其经营方式与信贷产品单一。正如前所述，由于中小企业经营管理素质较低和经营理念的落后，不善于利用各种融资公司筹集资金及一些偷税漏税等行为，中小企业直接通过证券市场筹资基本无可能性。政府的政策性扶持以及融资法律制度体系也不尽完备。

（三）社会信用机制的欠缺

如前面所述，原因首先是信息不对称以及市场经济体制的初级发展阶段。其次从博弈论的角度来看，博弈双方总是从自身角度寻求最优策略，当不讲信用被大多数经济主体作为最优策略时，整个社会的信任度也将随之降低，信用环境即会随之恶化，因此而形成的纳什均衡状态也不一定有效率，不一定能达到最优状态。最后，交易成本的高低也是交易双方是否作出信用缺失决策的依据之一；当信用缺失惩罚机制不充分时，信用缺失者将因此而获得不当利益，此时整个社会的信用将陷入恶性循环状态。

而目前，从个人、企业到政府信用，从企业或个人资质的征信到评估、查询、公示的信用中介服务体系到政府机构的公共信用机制构建，都尚处在一个初步建设阶段但也有些许成效。例如，上海市已经建立了银行间的个人信用记录体系，北京、上海、深圳等地工商行政管理部门也建立了“企业不良行为记录管理体系”。

三、马鞍山市中小企业融资之解决方案与律师的法律服务工作

（一）企业自身信用制度的建立

作为律师，在为企业提供法律服务的过程中应该注重帮助企业完善各种管理制度并有意树立企业的良好信用形象。

现实中，有很多交易欠缺完备、合法有效的交易文件和履行凭证，或是根本没有，或是档案管理不规范造成文件遗失；另外还有部分企业资产权属不明晰或是违规用地、违规建房导致企业难以获得融资；很多中小企业业主为了逃避税费而尽量选择现金交易或以企业主或其他自然人名义交割有关款项。事实上，以上提及的做法都只是企业主们的短视做法，可以在短期内为企业的成长与发展节省经营管理成本，但当企业主们意欲大展宏图时，他们却无法摆脱融资难的困境。

所以，律师们在为企业服务的过程中应该重视企业经营管理体系的建立健全。首先，协助企业建立、规范企业经营管理制度及交易文书包括合同文本、交易流程管理文件、档案管理体系的规范化，在经营过程中全面审查交易文本、监督交易过程的合法性、完整性、严密性。其次，帮助企业理清企业资产权属关系，完备资产权利凭证，通过合法有效的程序取得资产。另外，为企业经营者提供切实可行的合理避税方案，帮助企业通过正当的合理的手段规避税费，尤其在为企业拟定、设计交易文本时注意设计合理的避税方案。最后，建议企业在经营过程中要善于利用通过企业银行账户体现交易进程，这实际上有助于企业在开户银行建立良好的资信状况，通过银行账户体现出来的良好的流动资金状况有助于企业向银行等金融机构或其他民间融资渠道获得资金。

（二）以中小企业为服务对象的金融机构体系的完善与金融创新

1、目前，各家全国性商业银行均纷纷建立了为中小企业服务的职能部门，积极完善中小企业的金融服务功能；各地城市商业银行、城市信用社，如马鞍山市城市商业银行如雨后春

笋般的成立，建立初衷当然也旨在以中小企业为主要业务对象，另外各地的担保机构、小额贷款公司也开展的如火如荼，像在马鞍山市今年规划设立 20 家小额贷款公司。

虽然目前各种以中小企业为主要服务对象的金融机构纷纷落户马鞍山，极大拓宽了马鞍山市中小企业的融资渠道，但这些金融机构所提供的金融服务尚难以满足众多中小企业的融资需求，更多的将有资金需求的中小企业拒之门外。

2、相比金融机构的数量，金融机构更应注重市场细分，针对不同市场提供具有特色和针对性的金融产品。

银行、小额贷款公司等以提供贷款融资产品的金融机构应转变观念，不仅强调各种担保，更要强调第一还款来源，以专业市场为目标，依托专业产品，紧抓第一还款来源，合理设计与创新产品模式，加强专业管理手段以控制风险。在充分调研和全面掌握市场基础上，选定专业市场，确定重点行业；在深入了解专业市场的融资寻求与交易结算方式等具体情况后，制定专门的信贷政策与企业融资方案，以寻求客户准入与风险控制的最优组合。银行等金融机构则可借助现金流集中监管、客户数据电子化等专业手段确保风险控制；小额贷款公司可能则需加强与银行的协作，依托银行的经营优势平台，以加强现金流集中监管。就像在马鞍山市范围内，众多中小企业都是围绕马钢集团股份公司开展交易活动，金融机构可以围绕马钢上游炉料供应商制定专门信贷产品，风险控制方面则可紧盯马钢集团股份公司的应付账款或与马钢集团股份公司建立联系。

在这里，需要重申的是，目前虽然法律将小额贷款公司的服务对象定位为三农，但就马鞍山市来看，实践中的小额贷款公司早已偏离这一要求，而与众多中小企业主建立了较为广泛的联系，业务也较集中于“过桥”业务，国家对小额贷款公司的政策支持和监管总体欠缺。因此，作为法务第一线的律师，呼吁国家进一步调整小额贷款企业的定位，加强对其的监管与政策支持。

另外，除了上面的间接融资方式的创新以外，在直接融资方面，以资产证券化、风险投资基金等股权方式获得融资对于目前马鞍山市中小企业来说可能时机和条件尚不够成熟；股权融资对于企业本身的经营管理、盈利能力、发展前景等方面的条件要求较高。而马鞍山市中小企业大多为围绕马钢集团股份公司的上游原料加工或其他配件制造等，即便是已经上市的几家企业如马鞍山鼎泰稀土新材料股份有限公司、安徽星马汽车股份有限公司等都以生产制造为主，而生产制造对于风险投资基金而言，除非拥有独立知识产权，否则可能失去了所有可能的吸引力。

（三）健全金融配套服务

1、专业信用评级机构体系与担保体系的培育。

我国信用评级业经过 20 多年的发展，一些评级机构在评级理论研究和业绩方面已取得了一些成果，但与发达国家相比还存在差距。我国现有评级机构数量少，无法形成适度竞争；评级机构的公信力与信任度不高，评级结果缺乏参考价值，市场对外部信用评级产品的客观性、公正性和科学性存有疑虑；另外中小企业参与外部评级的积极性不高。

因此，专业信用评级机构体系的建立需要政府、社会和金融机构等全面加强征信宣传，增强社会信用评级意识，促使市场参与主体意识到信用评级结果是获得信贷资金和进行交易活动的重要监管、考察指标，进而提高企业信用评级的积极性，促进信用评级和构建诚信社会的发展，提高全社会对信用评级的认知度；政府也应提高对中小企业信用评级的重视程度，鼓励金融机构使用外部评级产品。其次，应该适当放开对评级业务的限制，增强信用评级市场的有效竞争。未来信用评级市场能否发挥作用，既取决于信用监管赋予的市场空间，也取决于评级产品在价格、服务和地域上的差异竞争。如果仍固守统一定价和地域限制的模式，将不利于市场效率的提高、质量的提升。再次，要加快征信立法，健全信用评级法律法规，

建立评级结果的检验系统,提高评级结果的可操作性。现代信用风险管理的要素之一是不同信用等级所对应的不同违约概率,缺乏违约率统计的信用等级即意味着内涵不完整、欠缺说服力和应用价值。建立违约率模型是信用评级市场走向成熟和评级产品具备可操作性的前提,我国信用评级业发展时间短,评级结果缺乏违约率统计,应尽快建立起评级结果的检验系统,提高其利用率。

自 2000 年以来安徽省中小企业融资担保机构发展迅速,为缓解中小企业融资难,促进中小企业发展发挥了重要作用。截至 2010 年年底,安徽省挂有担保字样的机构约有 800 多家。随着《融资性担保公司管理暂行办法》、《安徽省融资性担保公司管理暂行办法》的出台以及安徽省人民政府办公厅《关于开展融资性担保机构规范整顿工作的通知》的公布,融资性担保行业作为特许经营行业加强管理,原有的融资性担保公司已经全面规范整顿。然而目前因担保公司本身的违规运作及监管不到位等原因,市场对担保公司本身存有极大地不信任,在一定程度上限制了中小企业借用担保公司的担保获得融资。因此,中小企业担保体系仍亟需进一步规范调整,以便进一步发挥中小企业担保体系的功能。

利用社会中介机构、专业化产业园、工业园区、行业协会、地区商会平台搭建共同基金融资平台,降低信息不对称与道德风险的发生概率。

实践中,律师事务所、会计师事务所等社会中介机构,地区型工业园及各行业协会、地区商会都容易形成一定辐射范围内的中小企业群体,在这一群体范围内,更加容易相互了解群体范围内的资产、信用状况,如果在一定群体中依赖各方的信任形成共同基金或担保联合,将无疑增强贷款信任,有助于中小企业获得银行或小额贷款公司的贷款融资。

尤其作为律师,律师在执业过程中可以触及各个中小企业的核心,对所服务的中小企业都非常了解,可以为所服务的企业搭建相互交流的平台,一方面客户可以自行发掘潜在商机,另一方面可以利用相互了解而构建融资担保联合平台。这样的融资担保联合平台,可以有效避免信息不对称和道德信用风险的发生。

3、充分利用政府牵头发起的皖江基金及其他创业基金。

为着力推进皖江城市带承接产业转移示范区建设,马鞍山市政府、建银国际资产管理有限公司和安徽徽商产业投资基金管理有限公司共同发起设立的皖江城市带承接产业转移投资基金(简称皖江基金),预计总规模 30 亿元人民币,首期计划募集 10 亿元人民币。该基金以股权投资为主,主要投向皖江城市带承接产业转移示范区内优势产业和新兴产业,重点支持重大基础设施和现代装备制造、新能源产业、现代服务业等发展。另外皖江物流产业投资基金以及在芜湖市落户的专业创新基金天润创投等基金的设立,为示范区建设提供了一个重要的融资平台。符合这些基金投资条件与要求的中小企业都可以设法获得基金的投资与基金公司的专业指导,从而获得更大的发展。

4、专业律师为中小企业提供多元化、可实施融资方案。

律师行业发展至今,律师服务范围早已不再仅仅局限于普通的诉讼法律服务,而渗透到企业融资领域。而在为企业提供融资法律服务的过程中,区分直接融资和间接融资两种方式,律师所作工作显然有所区分。就目前马鞍山市的总体金融环境及中小企业的发展现状而言,律师在提供融资服务时应适时的帮助符合条件的中小企业获得直接融资,比如上市融资、上述基金的股权投资等;即便不符合获得直接融资条件的中小企业,也有必要帮助其完善经营管理制度、提高经营质量、整合企业资源以使其辅助企业客户达到有关条件。在此对于直接融资具体操作细节不再详述。

对于间接融资而言,一项重要工作就是设计融资担保方案,无论所服务的对象是资金需求方还是供应方(银行或小额贷款公司或是担保公司等)。

银行本身的优势地位与管理流程决定其贷款担保一般充分;存在担保不充分的主要是小

额贷款公司或担保公司的贷款或反担保。此时，律师应该充分考察资金需求方的资产状况、信用状况及经营者的个人的信用，充分利用资金需求方的自身资产和其上下游资源，整合有形的不动产、动产、无形资产（主要知识产权）、应收账款等企业资产以及对外股权投资等可担保物，适当引进关联交易方或担保公司的担保，灵活运用，设计符合各方利益又强化各方信赖的抵押方案。

实践中，很多中小企业主仍然保持着借债不可外扬的落后心态，不愿意让关联交易方知晓其贷款融资的情况甚至极力隐藏，这为企业顺利融资设置了不少障碍，尤其是在缺乏大额不动产或动产担保但可以应收账款质押贷款的情况下。事实上，律师在提供融资法律服务过程中，可以利用自己专业优势与出色的沟通能力，向客户大力灌输先进的融资理念，说服客户增强财务透明度对获取融资的益处。

总之，从根本上改善中小企业融资状况，需政府、银行、企业三方形成合力，律师也可在中小企业融资过程中扮演举重若轻的重要角色。律师不但可以引导或协助中小企业加快生产经营方式和理念的转变，规范企业经营管理，改善中小企业产权结构；还可以利用自身客户资源及其他平台为所服务客户搭建共同融资平台，改善信息不对称与道德信用风险问题；其次，在具体的融资项目中，律师也可以协助设计融资各方可接纳的，符合各方利益的担保方案，帮助融资顺利取得。

结论

改善中小企业融资环境是一项综合工程，需要依赖于企业自身的优质经营管理与财务透明度，金融市场适合中小企业的丰富金融产品以及整体市场信用制度的建立都将是政府、金融机构及中小企业、其他金融中介机构的共同努力。作为律师，在拓宽思路，采取上市与引进股权融资、债权融资、产权交易、创业投资、风险投资等直接融资和间接融资渠道以及缓解流动性趋紧背景下中小企业融资难问题等方面大有可为，用自己优质的法律服务推动中小企业产业群的稳定健康发展。

注释：

- ①马鞍山市全民创业领导小组办公室，全民创业简报 2011 特刊第三期，2011 年 3 月。
- ②肖小飞，《论中小企业融资渠道与融资创新》，中南林学院，2002 年。

参考网站与文献：

- 1、马鞍山市中小企业金融服务网，<http://www.masjr.org.cn/model/zxqyjrfww/default.aspx>
- 2、马鞍山市中小企业金融超市，<http://jrsc.mas.gov.cn/>
- 3、融资担保在线，<http://www.rzdb.org/>
- 4、徐宁，《破解中小企业融资难题之思考》，《安徽农业大学学报》，2006 年 5 月第三期。
- 5、肖小飞，《论中小企业融资渠道与融资创新》，中南林学院，2002 年。
- 6、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。
- 7、马鞍山城市规划局，《马鞍山市城市总体规划（2002-2020）》，2009 年 10 月。

作者单位：安徽华冶律师事务所

产权式商铺投资过程中的法律风险

尹学丰

【内容摘要】近十年来,我国房地产业在市场经济发展的过程中取得了巨大的进展,逐步成为了国民经济的支柱之一。产权式商铺是一种产权与经营权相分离的房地产产品形式,由于其潜在的升值空间,已经成为开发商获取高额利润的投资热点。毫无疑问,产权式商铺作为投资的一种方式,既具有高回报的特点又具有高风险的特点,开发商若能在开发和经营商铺的过程中规避法律风险,则可以实现很高的回报,投资者可以通过投资商业地产的方式实现投资目的;但如果开发商经营管理不善甚至为追求高额利润违规操作的话,则就会在项目投资的过程中产生各式各样的纠纷,最终必将给投资者带来损失惨重的局面。因此,探讨产权式商铺相关法律问题,无疑具有重大的现实意义。

【关键词】产权式商铺 虚拟产权式商铺 独立产权式商铺 委托经营 售后包租

一、产权式商铺的概述

(一) 产权式商铺的概念

产权式商铺最早出现于 20 世纪 70 年代的欧美发达国家,近年来成为商铺市场主流出现于我国各大城市。产权式商铺是一种所有权与经营权完全分离的房地产产品形式,房地产发展商作为物业的开发单位,通过将其开发的商场分割成不同面积单位出售获取开发利润,并同时保证小业主购买商铺后每年一定的收益率的前提下,要求小业主与发展商签定与大型商家租期一致的承包经营合同,从而为发展商与大型商家签订整体租赁合同奠定基础。这种以大商家整体承租,发展商长期包租为销售模式,市场称之为“产权式商铺”。产权式商铺分为两种业态,一种是“虚拟产权式商铺”,开发商将超市、百货大楼等开放式卖场进行面积概念分割,小商铺之间无墙隔离,不划分实际区域,产权登记在投资者名下,并在一定期限包租,购房者无法自行经营。这种商铺本身不具有独立使用的价值,产权成了虚拟的收益权属。另一种则是独立产权式商铺。这种商铺与虚拟产权式商铺的根本区别是,真正拥有分割的独立产权的物业形态,购买这种商铺的投资者可以自营,也可以出租,或是让经营公司包租,投资者拥有独立产权的独立商铺,拥有了真正的处置权。目前,市场的商铺销售主要以“虚拟产权式商铺”为主,此类商铺往往产生频繁的各式各样的纠纷,因此,独立产权式商铺对于投资者而言具有风险较低的优势。

(二) 产权式商铺的销售模式

1、委托经营。

委托经营,指开发商承诺定期支付投资者固定回报,投资者将购买的商铺委托给开发商来经营,开发商取得商铺的经营权并通过聘请专业的经营管理公司进行经营管理,投资者按照固定回报获得收益。委托经营模式,业主在委托经营期内不能自由使用该商铺,开发商得到了物业前期的经营管理权,进而可以对卖场统一招商、规划和管理,引进有实力的商家做旺商场。由此,委托经营期结束之后业主得到的是一个人气较旺的商铺,租金收益较稳定,投资回报有保障。同时,由于买铺时扣除一定比例或期限的委托经营租金收益,降低了买铺首期款,进而扩大了投资群体。因此,委托经营是目前商铺市场上采用较多的销售模式。

2、售后包租。

售后包租，是指开发商在出售商铺时与投资者约定，以在一定期限内，由开发商以代理出租的方式进行包租，或者直接承租经营使用的方式销售商品房的行为。“售后包租”在实践中形式多样，但都以“先销售后承租，同时给予一定比例租金回报”的方式吸引买家入场。但《商品房销售管理办法》规定，房地产开发企业不得采取返本销售或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（商铺）。这一规定从法律的角度确认了这一销售模式的非法性。

3、带租约销售。

带租约销售，是指开发商在销售前先把商铺租给商家，然后再把商铺卖给投资者。租赁时由开发商先和商家代签合同，投资者买铺后再转让合同，也可直接与投资者签订合同。带租约销售由于开发商在销售商铺前已经进行招商，因此对商铺整体业态控制得较好，也有利于统一经营定位；发展商通过降低投资者的投资风险，可以增加商铺对投资者的吸引力。同时，对于投资者而言，商户的租金能够真实反映商铺的售价水平。但是，带租约销售使投资者承担了被动接受商家的风险，一旦商家经营无力，租金回报将降低。

4、只售不租。

只售不租，是指开发商将所开发的商铺产权直接销售给投资者，不负责该商铺的招商，由投资者自行使用。采取直接销售模式的一般是街铺，或项目整体商业规模小的商铺；有部分绝佳地段的商铺也会采用拍卖等形式直接销售。直接销售商铺，对投资者而言，可以自由使用该商铺，可出租给商家亦可自己经营，灵活度较高。但只售不租带来的是整个卖场或商业街的产权分离，开发商只管卖不管租，小业主各自为政。这势必将导致整个卖场或商业街陷入没有规划、没有主题、没有特色的混乱经营局面，规模大的卖场后果将更严重。

二、法律风险及防范

产权式商铺作为一种房产投资模式，既具有高回报的特点又具有高风险的特点，如何规避投资过程中的各类风险显得尤为重要，以下几个问题应当引起注意。

（一）商家经营不善带来的风险。

产权式商铺中的大型商家在较长期的承租期内，可能因经营不善出现无法继续经营，无力支付租金给开发商的情形，从而导致开发商因此不能履行支付固定回报给小业主的承诺。为避免因此产生的风险，开发商在考虑选择经营商家时，应选择国际国内实力雄厚的知名零售业的经营商家，知名商家一般在长期的商业经营运作中积累了很多的经验，具有优秀的营销理念、经营管理能力和团队精神及很强的吸引消费能力，消费群体的认同感与忠诚度比较高，市场竞争能力与持续健康经营的能力比较强。开发商在考虑出租时，不能只以租金的角度选择租客，而是应该对租客的行业、资质、背景及其履约力进行评估，尽量选择经营风险出现可能性小的大商家承租，以获得长期、有保障的租约，保证给小业主一个稳定、持续、健康的回报率，避免开发商与小业主合同的相对性法律纠纷风险的出现。

（二）产权分散带来的风险。

开发商分割销售商铺后所带来的产权分散与商业统一经营的矛盾一直是影响产权式商铺经营管理的主要风险。虽然大型商家整体承租的销售模式在一定时期内解决了这个矛盾，但在委托经营期满后，如何解决这个问题来保障众多投资者的利益，也是一个相当棘手复杂的法律问题。针对此种风险，开发商可以建议小业主提前成立业主委员会，通过业主委员会来统筹安排商场未来租赁权及经营权，通过业主投资额的大小确定所有业主的分配权利，再选举主任、副主任、会员等，业主委员会可通过自行运作或委托专业商业机构代管、代租等形式实现商场的统一经营，以避免在整体承租商铺的大型商家经营期满或经营失败后，小业主

不能统一继续对商场进行经营来实现开发商所承诺的回报率而使开发商面临商场关张、小业主依约索赔的结局出现。

（三）物业管理中存在的风险。

相对于住宅而言，商铺物业因经营业态各异，物业的属性呈现多样性，因此商铺物业单独成立业主委员会的可能性很小、难度较大。同时作为经营性物业，因其涉及的通风、采光、通行等相邻权纠纷，水、电、气等经营成本的收取、分摊、使用和管理，容易导致物业后期经营成本的过大，从而直接影响到开发商使物业保值、增值以获取经营收益的目的实现，这恰好是经营者与物业的开发、管理者分歧最大、最繁琐的环节之一，许多投资者与开发商的纠纷都集中体现在商铺的物业管理方面。

（四）售后包租带来的法律风险。

这是目前商业地产中存在的最大的法律问题，根据建设部 2001 年 6 月 1 日实行的《商品房销售管理办法》第 11 条之规定，房地产开发企业不得采取返还销售或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。“售后包租”其实是一个政府管理、部门“限制”的经营手段。虽然如此，“售后包租”仍然是当前产权式商铺销售的主要方式，因为“售后包租”对各方确有好处：对开发商而言，能够很快的以高价售出，让资金快速回笼，获得收益；对于投资者，包租期内能获得稳定的收入，从而可以有效的降低投资风险。“售后包租”涉及购房人与开发商之间的买卖关系和购房人与第三方的委托租赁关系这两种法律关系。也有部分开发商采取委托经营合同方式，小业主除了和开发商签订购房合同外，开发商或开发商提供的管理公司一般还要与购房者签订一份保障投资收益的委托经营合同，投资者应特别重视委托经营合同，因为这是保障投资收益的法律文书。开发商应当考虑，如果没有能力“包租”或“受托经营”，租金等预期收益就很难保证，因此必将承受诸多不利的法律后果。

（五）租金差价风险。

开发商出售商铺后，投资者委托开发商经营此商铺，而开发商则整体租赁给大型商家统一经营。大型商家作为一个商业的整体租赁者，其承租的租金必然比较低，而开发商为实现商铺销售，必然要提供一个使小业主客户认同的较高的回报率，而这两者之间将存在一定的差距，因而就使得开发商不得不为支持较高的回报去补贴一定的资金；在此开发商自己本身的资金实力就要承受严峻的考验。要回避此类风险，开发商必须按照市场规律来制定商铺销售价格和回报率，不能脱离市场，一味提高售价和回报率。

尽管产权式商铺的发展目前面临一定的困境，但其将开发商、投资者与经营者高效而有机的结合起来，是一种全新的投资产品。目前，随着一系列法律法规的出台，国内有一些开发商开始在产权式商铺的投资、经营模式上摸索创新，开始注重建立专业运营团队进行管理。因此，笔者相信，随着法律法规的不断完善以及行业实践的创新，产权式商铺模式必将不断走向完善。

作者单位：安徽净源律师事务所

我国文化创意产业的投融资特点 及律师作用的发挥

王 军 张晓健

【内容摘要】在我国实施知识产权战略、加快转变经济发展方式的时代背景下，文化创意产业以其自身的独特优势日益受到政府和企业家的青睐，并呈现出快速发展的繁荣之景。由于文化创意产业自身行业的特点，文化创意产业的投融资项目具有特殊性和复杂性。律师在为文化创意产业投融资项目服务过程中，应积极发挥能动性，创新服务模式，参与创意过程，规范项目运作，维护创意成果，拓展融资渠道和企业发展空间，为企业提供量身定做的专业法律服务。

【关键词】文化创意产业 投融资 律师作用

党的十七大明确提出“实施知识产权战略”的要求，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。我国“十二五”规划第一次把加快转变发展方式作为经济发展的主线，显示出国家加大产业结构调整、推动产业结构升级的决心。文化创意产业是知识密集型的朝阳产业，是原创能力的标志，具有“无烟工业”的环保特征和良好的发展前景。因此，2009年中央经济工作会议明确提出：要大力发展文化创意产业，把满足人民日益增长的文化需求作为扩大内需的重要组成部分，积极推进广播影视、新闻出版等领域重大文化建设项目和产品创新。

近几年来，我国内地文化创意产业开始蓬勃发展，许多地区建立起多种形式的文化创意产业园和生产基地。什么是文化创意产业，文化创意产业投融资项目有什么特点，怎样才能为文化创意产业投融资项目做好法律服务，为我国文化创意产业的发展做出贡献？这已经成为摆在律师界，尤其是投融资专业律师面前的重要课题。

一、文化创意产业及其特征

二战后，美国一些学者发现，在工业化国家只有2%的人生产农产品、2%左右的人生产工业产品，就能满足全国基本的物质生活需要，那么剩下约95%的人生产什么？20世纪70年代，日本的一些学者也发现，日本人均GDP在60年代达到1000美元时，就可以满足日本国民受教育、看电影、每天两个苹果的基本生活消费，那么到了70年代，人均GDP已经一万美元了，人们消费的又是什么？学者们的结论是，当经济发展到了一定程度，实际上社会生产的和消费的是文化。人们的消费，是在时尚和文化价值的引导下所进行的一轮一轮的新行为。因此，文化的经济化、经济的文化化，逐渐被概括和重视起来。^①文化创意产业就是经济和文化相结合的产物。

“创意产业”（Creative Industry），又译“创意经济”、“创造性产业”，最初由英国人提出。英国早在1988年就将“创意产业”列为重点产业，同时伦敦也将创意产业作为核心产业，创意产业被伦敦市长肯·利文斯通誉为“今后世界经济增长的主要动力”。1997年，英国的布莱尔当选首相之后，为了适应后工业时代的经济形势，继续保持英国经济的增长，布莱尔宣布成立“创意产业特别工作组”，专门研究世界及英国后工业时代的经济发展形势，为英国制订

在知识经济、信息时代的发展战略提供方向。继英国之后，美国、日本、新加坡、韩国、我国香港地区、澳大利亚、新西兰等国家和地区纷纷出台文化创意产业规划。在经济发达国家，“文化创意产业”已经成同时展现“软实力”、“硬实力”的支柱产业。

英国的创意产业特别工作组给“创意产业”做出的定义是：“创意产业”就是源于个人创意、技巧和才华，通过知识产权的开发和运用，而形成具有创造财富和就业潜力的行业。按照英国政府和专家的意见，“创意经济”的范畴包括 13 个行业，即：广告、建筑、艺术和文物交易、工艺品、设计、时装设计、电影、互动休闲软件、音乐、表演艺术、出版、软件、电视广播等。

在我国，《北京市文化创意产业分类标准》将“文化创意产业”定义为：以创作、创造、创新为根本手段，以文化内容和创意成果为核心价值，以知识产权实现或消费为交易特征，为社会公众提供文化体验的具有内在联系的行业集群。我国国家统计局颁布的《文化及相关产业分类》将我国文化创意产业部门分为三层九类。核心层：新闻服务，出版发行和版权服务，广播、电视、电影服务，文化艺术服务；外围层：网络文化服务，文化休闲娱乐服务，其他文化服务；相关文化产业层：文化用品、设备及相关文化产品的生产，文化用品、设备及相关文化产品的销售。

无论如何定义，文化创意产业的本质是对智力创造行为，以及智力创造成果的经济化传播过程的综合。

文化创意产业主要体现出如下特征：

（一）文化创意产业主要依赖富有创新能力的人力资源

约翰·霍金斯在《创意经济》中指出：“拥有主意的人开始变得比使用机器的人能量更大，在很多情况下，甚至胜于那些拥有机器的人”。理查·佛罗里达(Florida)在《创意阶层的崛起》中也指出：“创意在当代经济中的异军突起表明了一个职业阶层的崛起”。在理查·佛罗里达看来，美国社会已分化成四个主要的职业群体：农业阶层、工业阶层、服务业阶层和创意阶层。创意阶层包括一个“超级创意核心”(super-creative core)，这个核心由来自“从事科学和工程学，建筑与设计，教育，艺术，音乐和娱乐的人们”构成。他们的工作是“创造新观念、新技术和新的创造性内容”。除了这个核心，创意阶层还包括“更广泛的群体，即在商业和金融，法律，保险，以及相关领域的创造性专业人才”。

正因为文化创意产业主要以人力资源为核心，它才可以在资金投入不多、能源消耗很小、污染程度为零的情况下，仅凭很少一部分人的智力劳动，就能成批生产出具有普遍价值的文化产品，在经过市场化的运作之后，直接传达给最广大的消费者，从而产生出普遍的消费价值。^②

因为文化创意产业对创造性专业人才具有严重的依赖，律师在为文化创意产业提供服务时，应充分关注对人力资源的激励、管理机制以及人力资源风险的防范机制。

（二）文化创意产业的产品是具有创造性的智力成果

文化创意产业产品的本质是“智力创造成果”，其载体可能是影视产品、设计文件、解决方案，甚至可以广泛的表现服装、饮食、电子产品等几乎所有商品的某些元素之上。例如，美国苹果公司的著名电子产品 iPhone 就具有显著文化创意特征。

文化创意产业产品的创新性决定其业务流程、盈利模式等均具有创新性，律师在为文化创意产业提供服务时，就要确保这种创新模式的规范性和可持续性。

（三）文化创意产业对创意环境的要求较高

完整的文化创意产业，需要一个包含产品设计、产品生产（加工）、产品推广、产品销售、产品消费和产品服务等完整产业链条。因此，文化创意产业对社会配套服务行业的要求较高，其中最关键的又是中介服务人员数量的增加、中介服务能力和水平的提高，包括律师为

文化创意产业提供法律服务的能力。也正因为如此，在经济十分落后、信息技术很不发达的地区和国家，通常只有“文化”，却没有“文化创意产业”。^③

文化创意产业对市场经济体制和法治环境的要求也较高。首先，文化创意产业对高端人力资源依赖程度较为严重，吸引和留住这些创造性专业人才需要宽松和自由的法治环境，以及支持其创造行为的自由市场经济体制。其次，文化创意产业的产品是智力成果，知识产权成果的保护范围、保护力度，以及知识产权维权成本对于文化创意产业的发展具有至关重要的意义。

（四）文化创意产业具有明显的差异化特征

文化创意产业的一个要素是文化，文化的差异性决定了文化创意产业的地域差异。例如好莱坞大片、日本动漫、港台或印度的影视作品必定呈现不同的特点，表现不同的文化元素。文化创意产业的另外一个要素是创新，而创新行为追求的就是差异性。因此，在不同文化背景之间，以及不同市场主体之间、不同产品之间具有明显的差异性。

文化创意产业的差异性要求律师也必须提供差异性的法律服务，向客户提供量身定做的专业法律服务。

二、文化创意产业投融资的特点

目前我国正处于大力促进文化创意发展的起步阶段，在为文化创意产业投融资项目提供法律服务时，除应关注文化创意产业本身特征外，还应关注文化创意产业投融资项目的如下特点：

（一）文化创意企业以中小企业为主

由于文化创意企业主要依靠创造性专业人才的创意，其业务发展与个人的创造紧密结合，因此目前大多数创意企业均为中小企业，组织形式以人合性为主，甚至有些是个体工作者。由于文化创意企业大多都是中小企业，企业的自有资金和营业额都相对偏低，有的甚至仅仅只有一个创意或者一个知识产权，^④融资方式受限，融资难度较高。

（二）文化创意企业轻资产

文化创意产业对土地和固定资产的需求不高，因此文化创意企业呈现轻资产的特征。文化创意企业赖以生存的创造性人力资源是不能用来质押贷款的。文化创意企业的产品为智力成果，一般体现为知识产权，其价值评估机制等存在很多的不健全性，导致了其市场价值难以确定，往往使银行等传统融资服务机构望而止步。因此，文化创意产业轻资产的行业特征客观上造成其融资的局限性。

（三）投资者和主创人员紧密关联

文化创意产业投资者和主创人员存在十分紧密的依存关系，文化创意产业的投资者往往和核心创造人员高度统一，很多情况下投资者本人就是主创人员，主创人员本身就是投资者，或者投资者与主创人员通过合资关系、协议关系或其他关系紧密关联。在这种情况下，如何引进外部投资者，维护外部投资者的利益，找到投融资双方的交集，就成为文化创意产业投融资项目的关键。

（四）文化创意产品往往超前于现行法律规范

文化创意产业属于人才密集、信息密集、创新密集的行业，且文化创意产品多具有独特的传播和推广模式，很多情况下文化创意产业发展超前于现行的法律规范。例如“BT”下载模式、谷歌事件、腾讯公司和360公司纠纷事件等均带来过法律的困惑。因此，律师在为文化创意产业投融资项目提供服务时，应具备较强的创新意识、超前意识和防范意识。

（五）投融资配套法律、法规不健全

目前,我国虽然已颁布了一些文化方面或与文化产业密切相关的法律法规,如《著作权法》、《商标法》、《广告法》、《行政许可法》以及《娱乐场所保护条例》、《音像制品管理条例》、《出版管理条例》和《计算机软件保护条例》等,并也制定了一些配套的实施细则,但总体来说,我国的文化立法还处于初级阶段,线条较粗,与蓬勃发展的文化产业很不相称,法律保障也不完善。^⑤一方面,这些已制定的法律法规本身存在诸多缺陷:如,立法涵盖面不够,很多方面存在法律缺位;规定过于概括,同位阶的规范性文件相互抵触、缺少系统性和统一性;内容陈旧,与现实脱节,缺乏可操作性;立法位阶较低,多为行政法规、规章。另一方面,涉及文化创意产业投融资方面的法律法规严重滞后。虽然国务院今年来陆续颁布了《文化产业振兴规划》、《关于金融支持文化产业振兴和发展繁荣的指导意见》等法规,对文化产业投融资表示了相应的鼓励和支持。但由于颁布时间短,相关配套的操作性规定仍未出台。对于广大文化创意产业投融资方来说,也只是起到望梅止渴的作用。

三、律师在文化创意产业投融资项目中的作用发挥

结合文化创意产业的特征以及文化创意产业投融资的特点,律师在为文化创意产业投融资项目提供法律服务时应积极发挥能动性,创新服务模式,参与创意过程,服务人才战略,规范项目运作,维护创意成果,拓展融资渠道和企业发展空间。总体说来,应重点做好以下几个方面的服务。

(一) 律师应深度参与文化创意企业的创新过程

正如前文所述,律师等中介机构也属于广义上的文化创意产业。投融资法律服务本身是为企业提供一种解决方案,本质上讲也属于创意行为。文化创意产业的“创意”的核心在于创造一种新的运作模式,而这种模式一定要有可营利性和可复制性。创意成果的固化、推广和传播模式的规范化、维护创造成果的法律保障措施等均属于整个创新过程中的核心环节,而这些创新环节均离不开律师的创造性服务。因此,文化创意产业的投融资律师,必须深度参与文化创意的创新过程,方能找准企业的核心需求,使法律服务更贴合企业的核心需求,实现企业利益的最有效、最充分的法律保护。

(二) 律师应重点服务于文化创意企业的人力资源战略

文化创意企业最为核心的资源在于创造性专业人才,一般来说,伴随着企业的不断发展,人才问题将会越来越成为制约企业发展的关键要素。律师应重点为文化创意企业的人力资源战略提供法律服务,增强企业的核心竞争力。完善文化创意企业的人力资源战略,一是要采取科学的人才引进、培养机制,实施积极的股权激励机制,提供众多的深造培训渠道,吸引并留住优秀人才,增强团队的战斗力和凝聚力;二是要建立人力资源风险防控机制,规范劳动合同管理,加强内部治理的规则,预防和控制人力资源风险,充分发挥职工代表大会在员工权益维护方面的监督功能。

(三) 律师应规范文化创意企业的业务流程和业务模式

文化创意企业的创新往往集中体现在其业务流程和业务模式上,这也是业务风险的集中所在。例如,2010年1月6日,淘宝网“成人商品”类目被互联网违法和不良信息举报中心通报,称淘宝“成人”版块内容低俗,存在违背社会公德、损害青少年身心健康的问题。2009年11月18日晚,中国作家协会发布“维权通告”,要求谷歌从当日起未经授权不得再以任何形式扫描收录使用中国作家作品,并且对此前未经授权扫描收录使用的中国作家作品,谷歌须在12月31日前提交处理方案并尽快办理赔偿事宜,由此引发举世瞩目的“谷歌事件”。因此,律师应充分研究和避免业务流程、业务模式中可能存在的违约、侵权或违法性风险,以保障企业的盈利模式的合法性和可持续性。

（四）律师应致力于维护文化创意企业的智力成果

文化创意产业的产品体现为智力成果，是一种高风险的新兴经济，如果只重视创意，但不重视创意成果的知识产权保护，势必造成投入与收入不成正比，客观上鼓励“搭便车”行为，挫伤创新的积极性，影响文化创意产业的整体发展。正因为此，国家将实施知识产权战略，打击侵权，提高到国家战略的高度。继党的十七大提出“实施知识产权战略”，国务院 2008 年 6 月 5 日发布《国家知识产权战略纲要》后，2009 年 3 月 23 日最高人民法院印发了《关于贯彻实施国家知识产权战略若干问题的意见》，提出“最大限度地维护人民群众的创新权益，实现知识产权领域的公平正义”、“坚持全面赔偿原则，依法加大赔偿力度，加重恶意侵权、重复侵权、规模化侵权等严重侵权行为的赔偿责任，努力确保权利人获得足够的充分的损害赔偿，切实保障当事人合法权益的实现”等司法原则。

律师在维护企业创新成果时，应做好知识产权的分类管理，根据创新成果的不同特性，分别固化为专利权、商标权、著作权等权利形态加以保护。对于不适合作为专利权、商标权、著作权保护的知识产权，可以作为商业秘密进行保护。对于新型的创新成果，可以根据最高人民法院《关于贯彻实施国家知识产权战略若干问题的意见》“审理好仿冒知名商品特有名称、包装、装潢和虚假宣传、商业诋毁等不正当竞争案件，积极受理涉及企业名称（商号）、商业外观、计算机网络域名等新类型知识产权案件，制止一切非诚信的仿冒搭车行为，避免市场混淆和误导公众，切实维护权利人和消费者的合法权益，确保诚信竞争和有序竞争，促进社会信用体系建设”的规定精神，以反不正当竞争的方式加以保护。

（五）律师应为文化创意企业构建多元化的融资方式

为文化创意企业构建多元化的融资方式是律师为文化创意企业提供投融资法律服务的核心。律师应根据文化创意企业自身的特点，努力为文化创意企业拓宽融资渠道，提供多样性的融资法律服务。

1、挖掘企业的贷款潜能，最大限度利用贷款融资渠道

由于文化创意企业规模一般较小，且一般为轻资产企业，其行业特征和银行的贷款要求存在冲突，使得文化创意产业很难从银行获取贷款。虽然如此，文化创意企业还是可以借助政府扶持，以知识产权等为质押获得银行贷款。例如北京银行曾与北京市文化局签署了《支持文化创意产业发展战略合作协议》。根据该协议，北京银行在三年内，为以动漫、文艺演出、古玩与艺术品交易为代表的文化创意企业提供 100 亿元人民币的专项授信额度。2009 年 6 月，北京银行向光线传媒贷款 2 亿元，其中 5000 万元由北京首创投资担保有限责任公司提供担保，还款期限为两年，其他部分由即将发行的多部电影联合打包进行版权质押获得。2009 年 6 月，天创国际演艺制作交流有限公司从北京银行获得为期一年、总额 700 万元的贷款，用以支持《功夫传奇》7 月 25 日至 8 月 17 日在英国伦敦大剧院的 28 场商业演出，天创成为首家从银行筹措到资金的舞台剧创作公司，这也是北京银行自涉足文化创意产业以来第一次贷款投资舞台剧。

2、发挥私募股权融资的灵活性，拓展股权融资渠道

对于中小型文化创意企业，私募股权融资是最为常见的一种融资方式。一般只要投资者认可文化创意企业的主创团队、经营班子、业务模式和发展前景，融资成功的可能性就比较大。例如，华视传媒在 2006 年 4 月获得了投资机构 Och-Ziff 给予的第一笔私募基金 1425 万美元。2007 年 3 月，华视传媒又得到了高盛和麦顿两家投资机构给予的 4000 万美元帮助。华视传媒在私募股权融资的成功无疑对其业务发展，以及后来的 IPO 起到了很大的作用。文化创意企业通过上市融资的门槛较高，必须要经历一个相对成熟的成长过程。具有一定市场前景的公司借助私募基金融资，逐步将公司做大做强，最终实现上市目标，无疑是具有可行性的发展路径。

3、瞄准上市融资，做大做强文化创意产业

文化创意企业是符合现代经济的发展方向，具有创新性、成长性、低消耗、低污染特征的现代服务业，符合国家政策鼓励方向。瞄准上市融资目标，打通融资瓶颈，是文化创意企业做大做强的终极手段。

文化创意企业上市融资的途径较为丰富，例如橙天娱乐集团于 2007 年开始收购、控股嘉禾娱乐（香港上市公司），再由嘉禾娱乐回购橙天子公司智鸿影视，新组成“橙天嘉禾”公司在香港上市。通过海外借壳的方式，成为国内第一家上市的娱乐公司。畅游有限公司（纳斯达克股票代码：CYOU，原为搜狐公司游戏事业部，于 2007 年 12 月分拆成为一家独立运营公司），于 2009 年 4 月在纳斯达克全球精选市场上市，实现了中国网游企业的海外上市目标。2009 年 9 月 10 日，国内第一家动漫玩具上市公司奥飞动漫在中小板挂牌上市，成功登陆资本市场。2009 年 10 月 30 日，筹备已久的创业板正式挂牌，作为明星企业的华谊兄弟一时风光无限。华谊兄弟成功登陆创业板后，近年来蓝色光标、现代传播、皖新传媒、昌荣传播等数家企业成功登陆国内 IPO 资本市场。而上市的企业在获得商业模式成功和资本的青睐后，开始大力在产业链内布局，如华谊兄弟投巨资进入电影院线，蓝色光标成为中国首位上市公关企业后也加快了产业布局。

4、创新融资模式，拓展企业融资渠道

除贷款融资、私募股权融资、上市融资等主要融资手段外，律师还可以帮助文化创意企业创新融资模式，拓展融资渠道，如争取政府专项基金、进行中外合资、发行债券、票据等，律师在此过程中均大有可为。

综上所述，根据文化创意产业的固有特征，以及文化创意产业投融资的本身特点，律师在为文化创意产业投融资项目提供法律服务时应积极发挥能动性，创新服务模式，参与创意过程，服务人才战略，规范项目运作，维护创意成果，拓展融资渠道和企业发展空间，为企业量身定做的专业法律服务。

参考文献：

- ①欣然：《创意，城市创新之翼》，《上海质量》，2006 年第 10 期。
- ②③傅守祥：《论文化经济时代的中国文化产业的发展与管理》，《深圳大学学报》，2007 年第 2 期。
- ④北京商报：《让创意产业与资本完美对接》，
<http://comic.chinaren.com/20070925/n252350507.shtml>。
- ⑤杨长春：《我国文化产业发展的的问题及对策》，《广西社会科学》，2005 年第 4 期。

作者单位：安徽天禾律师事务所

项目融资法律分析以及律师实务

汪守洋

【内容摘要】项目融资是目前国际通行一种比较先进的融资模式，是一种金融服务创新，有别于直接融资，项目公司以项目本身的盈利能力为担保条件，向社会财团进行融资，并以项目本身的盈利能力偿还融资成本。由于各国政府无力独自承担巨大基础建设项目，而又必须对基础设施进行投资建设，资金供需矛盾异常尖锐，寻找一种即能解决基础设施建设资金来源，又能解决政府的债务负担，社会又能发展方法，是各国政府急需破解的难题，项目融资的模式正好符合各方的利益。政府既解决了基础建设问题，解决了民生急需，又充分吸引民间资本投资获利问题，既解决了政治问题又解决了经济问题，故此项目融资的模式为各国政府所倡导，项目融资模式发展方兴未艾。由于涉及面广、筹集的资金量大、建设周期长、法律环境复杂、风险大，如何统筹兼顾，化解各方风险，保障项目融资安全运作，是各方不可回避的问题。

【关键词】项目融资、法律环境、风险

一、项目融资特征

（一）概念

项目融资原是属于经济学范畴的用语，由于涉及太多方面问题，至今仍然没有完整的定义。由于其处在高速发展过程中，其理论也在不断的形成中。项目融资与其说是经济名词还不如说法律名词，在运用过程涉及太多的法律问题。法律基础不同可能对项目融资的内涵就可能不同，归根结底项目融资的运用可以说是经济与法律高度结合的产物。研究项目融资必定要研究基础法律环境。项目融资简单地说是项目公司以项目本身的盈利能力为担保条件，向社会财团进行融资，并以项目本身的盈利能力偿还融资成本。国外法学家维特在《项目融资法律指南》一书中下的定义“项目融资是对一项权利、自然资源或其他资产的开发或利用的融资，而且融资不由任何形式的股本来提供，其偿还主要来源于项目本身产生的利润。”斯科特。L.霍夫曼在《国际项目融资的法律与实务》中认为“项目融资是指无追索权或有限追索权融资结构，在这种结构中，债务、股本和信用担保结合在一起，并集中在资本密集型的行业，贷款人提供贷款的依据是项目本身的收入和项目单位的资产，如作为债务担保的合同，而不是项目发起人的一般资产和信用。”我国对项目融资的定义是以《关于境外进行项目融资管理暂行办法》为主要依据。该办法认定“项目融资是指以境内建设项目的名义在境外筹措外汇资金，并仅以项目自身预期收入和资产对外承担债务偿还责任的融资方式”。虽然该定义对象仅仅适用对外融资项目，但对内项目融资也有指导意义。

（二）适用范围

项目融资是上个世纪70年代兴起的一种新型金融创新，最初被运用在矿产资源开采融资，由于这种方式适用于资金量巨大的、回收期较长、且收益稳定的行业，现在正广泛运用在大型基础产业建设项目中，如大型发电厂、矿山开采、城市供水、油田、机场、港口、公路、铁路、水利枢纽发电等，由于这些项目多属于工业化的基础项目，对发展中国家尤其需要。

（三）项目融资在我国的发展

在我国进行工业化的过程中，尤其是在改革开放政策的指引下，由于需要大量基础建设投入，回收期长，社会总资金严重不足的情况下，通过开放有关领域，广泛吸收国际资金参与我国基础项目建设。由于这些项目大多数属于公共领域，需行政许可范围，过去一直是政府参与实施，但基础建设具有资金量巨大、投资周期长，必须全部建成后才能发挥作用，政府无法全部单独实行。为了加快基础设施的建设，广泛吸收各方面资金参与基础实施的建设，必要的金融创新尤显重要。在改革开放以来，我国立法以超国民待遇等方式吸收外资参与我国基础设施建设，取得了全球瞩目的效果，通过最早的深圳沙角火力电厂，以及后来的长沙电厂、北京京通高速、成都自来水厂等项目运用，在项目融资领域取得了有益的经验。由于市场化操作，难免涉及国家的各项法律法规规定，市场经济需要法律调节，在我国缺乏完备的项目融资的法律法规支持下，给项目融资进一步发展带来阻碍。下面就项目融资法律问题进行分析。

二、项目融资的法律特征及分析

项目融资是以项目为担保前提，资金提供人（贷款人）对项目发起人在某个阶段没有追索权或有有限追索权。即无论项目出了什么问题，资金提供人（贷款人）均不能追索借款人该项目资产之外的承担的义务或财产。即项目外法律责任豁免。

（一）法律结构

项目融资模式共有两种基本的法律结构，即一种是由发起人直接安排融资的法律结构，一种是通过项目目标公司依据合同约定方式安排融资的法律结构。不同的法律结构形式融资会产生完全不同的法律效果以及关系项目的生存。发起人直接安排融资的法律结构，是一种简单的融资模式，即由发起人直接安排项目融资，并承担直接融资过程中的权利与义务，承担较重的与自己信用有关的法律风险，该风险不但来源于外部市场，也来源于本身的经营能力。这种模式的融资是以各方发起人自己的资金按照合同约定比例组成项目目标公司，同时各发起人以自己的信用在银行或其他金融机构进行融资，作为项目目标公司的运营资本。各发起人承担的其原有公司的有限责任，而该责任延续至项目公司作为投资的权利部分，即贷款人有追索权；另一种是各个发起人以合同方式成立项目公司，然后在以项目公司（投资载体）的名义以合同方式安排融资，该项目公司替代发起人承担项目中全部或主要经济责任。项目公司的债权人的追索权只涉及项目公司的资产和现金流量，发起人除承担必要的有限协议或信用担保责任外不直接承担项目公司的直接责任，项目公司成了发起人公司规避融资风险责任的“防火墙”或隔断。采取这种模式，融资由项目公司承担，项目公司对外是独立的责任承担主体，责任承担内容主要以发起人以特许权为杠杆而与各方协议信用担保和项目公司资产和现金流（赢利能力），该种方式将融资风险和经营风险限制在项目公司内，由项目公司承担绝大部分责任，从而达到限制对发起人公司有限追索或无追索。使项目公司完全按照市场经济运行方式独立运转，由相应的法律进行调节。目前是项目融资主要方式，同时也是本文探讨的对象。

（二）法律问题

正是由于通过项目公司运作融资，项目公司本身存在就是要求发起人和其他各方对其确认和认可过程。其法律问题主要表现，项目公司是发起人各方为了一个具体项目而组建，本身没有任何经营历史，更没有现成的信用记录，同时也缺乏资金以及各种困难，其存在更多需要各发起人或各方的信用支持和保证，而保证由涉及发起人的实力以及可能遇见的法律风险。一般的操作模式都是发起人公司为其承担信用担保（完工担保和产品购买担保）或采取综合财产保险公司为其提供商业保险。以保障项目公司安全运行（担保法所称权利担保）。项

目公司是以一个完整独立的法人实体，其对外独立承担全部法律责任，但该责任对发起人没有追索权。项目经营前期可能发生大量的亏损和纠纷，政府提供相应的优惠政策和税收支持尤为重要。如何消化这些问题需要在法律上支持。虽然项目融资是商业行为，但更多的体现法律问题，一个好的法律环境可以使得项目融资飞速发展。

（三）法律选择

对项目融资对象的选择无非有两种方式一是采取国际融资，一种是采取国内融资，采取不同融资形式可能适用不同的法律规定，首先我国不允许国外公司直接投资参与基础设施建设，尤其涉及国家安全的重要项目，我国对外资投资结构进行了分类管理，如《外商投资产业指导目录》进行分类规定 1、鼓励型投资基础产业；2、限制性投资产业；3、禁止性投资产业；对于外商投资基础产业，要求外商必须在中国成立合资公司，并对合资公司进行股份限制，对合资公司适用涉外经济法律规范。由于改革开放对外资采取了“超国民待遇”，限制了内资参与基本设施的投资的机会，从法律构架上进行了取舍。其次、各地方政府都加大对外资的引进，而对内资进行限制。由于 30 多年的积累，我国的民族资本和民族产业高速发展和积累，民营企业有了很大的发展，成了社会经济发展不可缺少中间力量，如果法律还进行限制，不利于国家经济结构调整。但是我国对于项目融资又没有完整法律规定，使得项目融资没有可复制性，对每个项目融资法律适用没有统一标准。使得国内积累了大量的民间闲置资本，又没有投资去处，各大型项目又极其缺乏资金，而法律又对该民间资本进入进行限制，众多的矛盾催生项目融资法律的诞生。目前我国对外项目融资相对规定较多，但基本都是办法和规定等效力较低行政法规，而内资项目投资主要适用现行的法律法规规定。由于适用法律多样性在实际项目融资中反而使得对外项目融资更困难。外国资本主要看法律背景和融资环境，而非政府的宣传口号和承诺，项目融资首先是对已有的法律选择，其次是项目的安全运作。目前外资采取项目融资的法律选择的是我国的外商独资法律，中外合资法律、中外合作法律。

（四）法律风险的回避

项目融资就像一个滚动的巨大雪球，需要各方对其保护，任何一个环节出了问题，都会造成巨大的金融灾难，如美国两房次级债。有效的法律设计、运作、平衡尤其重要。项目融资法律风险主要表现在以下几个方面：大而言之外部风险是政治风险、法律风险；内部风险是经营风险。本文仅仅涉及法律风险。其主要表现在，项目所在国的金融管理制度、法律制度、税收制度、环境保护、资源开发与利用制度。项目融资能顺利进行，离不开项目所在地的法律环境，如使得项目融资操作与法律规定成功对接，可取得预期成功，否则就会导致失败。项目融资成功与否就看能否与项目所在地的法律是否一致。

三、项目融资的类型及 BOT 模式的应用

（一）类型

主要表现在这几种方式：BOT 项目融资模式、资产证券化项目融资方式、项目租赁融资方式、产品支付型项目融资方式。下面主要谈谈 BOT 模式。

（二）BOT 模式的应用

即（build-operate-transfer）建设---运营---转让。指发起人通过合同从项目所有者（通常是政府）手中获得某些具有排他性建设设施特许权，成为项目特许建设者或经营者，由项目经营者根据项目资金的需求对外进行融资、建设、经营，并在一段时间内建设或经营，在特许权期满，项目公司将该项目无偿转让给政府或其他社会公共部门。该项目本身具有公共性，排他性、甚至独占性。项目往往具有稳定的现金收入，社会需求旺盛。如收费公路，桥

梁, 铁路等。一般属于一国的基础设施。根据我国《关于试办外商投资特许权项目审批管理有关问题的通知》中明确规定, 政府部门通过特许权协议, 在规定的时间内, 将项目授予外商为特许权项目成立的项目公司, 由项目公司负责该项目的投融资、建设、运营和维护。特许权期满项目公司将该具有特许权项目的设施无偿移交给政府。该规定明白无误地说明了参与 BOT 项目模式的投资者公司只能是外商企业, 内资企业被排除 BOT 项目融资之外。该项目公司享受的特殊的利益规定, 即超国民待遇。在改革开放初期其起到积极作用, 但是随着我国加入 WTO 后该模式的弊端显现出来, 一是将这种新型的融资指定为外商独有和专用, 内资无法借鉴和学习, 内资的投资模式无法提高, 缺乏市场竞争能力, 二是将巨大的基础设施市场人为割裂开来, 不利于内资的健康发展, 不利于内资的国际竞争力。外资过度地占有基础设施的特许权也不利于国家安全。同时也得不到内资的响应而增加了融资的难度, 这也就是 BOT 模式为什么在我国无法更加健康发展的根本原因。正是由于外商的独占性, 法律的不健全性, 使得外商漫天要价, 增加项目融资成本, 同时也增加了我国的负担。通说认为, 我国人民没有享受到项目带来的利益。一味吸引外资会挤压内资, 使得内资丧失投资良机, 巨大的内资只能充当“游资”, 不断地冲击各种行业, 或物价, 造成社会不稳定, 或者迫使内资外逃。随着经济的发展我国政府充分认识到过度吸引外资的弊端, 加之我国内资企业高度发展, 具备对抗外资的能力, 我国逐步对内资部分开放了项目融资市场, 使得内资有机会利用这种先进的融资模式, 参与基础设施建设, 甚至内资运用项目融资模式的水平超过外资。反观国内各大基础设施市场, 内资参与的规模和数量逐步快速增加, 取得令人瞩目的成绩。

四、律师在项目融资活动中的实务

(一) 作用

随着我国市场经济体制的建立, 法制的健全, 律师办理的事务在飞速增加, 律师在经济活动中作用越来越重要。市场经济是法制经济, 依法经营是每个经营者的义务, 法律的健全, 经济的发展少不了律师的法律服务, 律师是精通法律并提供法律服务的特殊群体, 是接受委托人委托并维护委托人合法权益为己任。是将委托人正常活动纳入法律轨道, 使其合法权益受到法律保障, 最终取得更大的社会效益和经济效益。项目融资是一种新型的经营方式, 涉及面广, 法律规定繁多, 操作难度大, 风险高, 稍一不慎就会造成巨大损失, 做好项目融资的法律工作可以使得项目尽早实施也尽量避免法律纠纷, 维护各方当事人的合法利益。因此合格的律师在项目融资法律事务中起着极其重要的保驾护航作用。

(二) 具体实务

- 1、与委托人讨论设计项目融资的融资框架, 根据可行性文件并提供法律意见;
- 2、就项目融资的任何法律问题, 包括但不限于项目公司的设立, 项目公司的资产取得、项目的开工建设、项目的产品销售、项目融资的各种担保, 以及外汇、税收、海关等随时提供中国法律咨询;
- 3、就项目中的任何问题在中国的有关机构进行审慎调查;
- 4、起草、修改或审查有关项目融资的合同文件, 包括项目合资合同、建设总承包合同、项目销售合同、信贷合同、各种担保合同等法律文件, 并提供律师见证服务;
- 5、审查项目融资中所有的在中国公司的公司成立文件和有关抵押品的产权文件, 起草或审查中国公司的董事会决议等公司批准和授权文件;
- 6、代表委托人与有关当事人或政府机构进行有关项目融资的谈判;
- 7、协助客户申请和取得有关政府部门对项目取得以及项目融资有关文件的批准和登记手续;
- 8、就项目融资出具中国法律意见书。

由于项目融资体系庞大，对于法律服务要求严格，更多地要求采取律师团队参与。

五、结束语

由于项目融资在我国实施本身说明我们改革开放以到了一个新的阶段，项目融资是在摸索中前进，需要各方力量支持。尤其是要完备的法律支持。律师业务服务将会进入一个新的阶段。

参考文献：

- ①蒋先玲《项目融资》，对外经济贸易大学出版社。
- ②张宏久《利用外资的法律与实务》，中信出版社。
- ③徐家力《律师实务》法律出版社。
- ④马秀岩、卢宏升《项目融资》东北财经大学出版社。
- ⑤齐中英、王小魏《项目融资》机械工业出版社。
- ⑥《项目融资业务指引》中国银监会。
- ⑦《境外进行项目融资管理暂行办法》。
- ⑧《关于试办外商投资特许权项目审批管理有关问题的通知》。

作者单位：安徽思文律师事务所

房屋征收中存在的问题

何四八

【内容摘要】房屋征收条例的颁布，是房屋拆迁制度的重大变革，但由于条例本身只有三十五个条文，无法对复杂的征收工作作出面面俱到的规定，而房屋征收直接涉及到被征收人的房屋所有权，在一些程序和实体问题上，必须有操作性，缺乏操作性将会给征收工作带来很大的困难，本文试图从商业拆迁的法律空白、房屋征收中的房屋评估、产权不明房屋的征收等几个方面论证房屋征收条例存在的问题。

【关键词】拆迁 征收 商业拆迁 评估

一、《国有土地上房屋征收与补偿条例》（以下称征收条例）的制定背景

2007年3月16日第十届全国人民代表大会第五次会议通过《中华人民共和国物权法》（下称《物权法》），自2007年10月1日起施行。《物权法》第42条规定：“为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产……征收单位、个人的房屋及其他不动产，应当依法给予拆迁补偿，维护被征收人的合法权益；征收个人住宅的，还应当保障被征收人居住条件”。根据物权法的上述规定，征收单位、个人的房屋及其他不动产应当按照法律规定的权限和程序进行。但在《物权法》颁布时我们国家拆迁领域适用的是2001年11月1日起施行国务院颁布实施的《城市房屋拆迁管理条例》（以下称拆迁条例），该条例的性质属行政法规，国有土地上单位和个人房屋的征收与拆迁的权限和程序尚无法律规定。物权法施行后，城市房屋征收与拆迁工作面临着无法可依的状况。

为解决这一问题，国务院建议根据立法法的有关规定，在有关征收法律出台前，通过修改《城市房地产管理法》，授权国务院就征收国有土地上单位、个人房屋与拆迁补偿先制定行政法规。

据此，国务院法制办会同建设部拟订了城市房地产管理法修正案草案，建议在城市房地产管理法第一章总则中增加一条：“为了公共利益的需要，国家可以征收国有土地上单位和个人的房屋，并依法给予拆迁补偿，维护被征收人的合法权益；征收个人住宅的，还应当保障被征收人的居住条件。具体办法由国务院规定。”

2007年8月30日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过修改《中华人民共和国城市房地产管理法》的决定，将上述内容作为第六条写入了房地产管理法。

至此，《国有土地上房屋征收与补偿条例》的制定工作正式启动。2010年1月29日、2010年12月15日两次向社会公开征求意见，2007年12月14日、2011年1月19日国务院常务会议两度进行审议，历时三年多，于2011年1月21日正式公布实施。完成了从拆迁到征收的转变。

二、从拆迁到征收的变迁

从拆迁条例到征收条例，固然有上位法关于拆迁法或征收法立法权限的要求，更有制度层面的原因。从字面看，拆迁与征收都是动词，无论是拆迁还是征收，对象都是公民个人的

房屋，但拆迁的对象是房屋本身，是物理意义的房屋，拆是拆除，迁是搬迁，拆迁解决的问题就是将房屋所有权人从房屋内迁出，进而拆除其房屋。而征收的对象虽然也是房屋，但其对象是房屋的所有权，是法律意义上的物，征收解决的是将公民个人的房屋所有权变更为国家所有。从这个意义上讲，拆迁更注重的是如何将被拆迁人的房屋拆除，而征收解决的是国家如何取得公民个人的房屋所有权。

有学者认为根据拆迁条例第7条规定的拆迁人申领拆迁许可证应当提交的文件可以看出，拆迁人在申领拆迁证可证之时就已经取得了被拆迁地块的土地使用权^①，而实际上此时被拆迁地块的土地使用权实际上仍属被拆迁人所有，拆迁条例在这个问题上陷入了矛盾的境地，拆迁人在没有取得公民个人房屋所有权的情况下，何以能够拆除公民个人的房屋，并进而将拆迁矛盾拆迁暴力的产生原因归结于此，认为拆迁本身即隐含有强权或暴力；而征收是先取得公民个人的房屋所有权，在取得房屋所有权后，公民个人的房屋已经变为国家所有，国家选择怎样的方式和时机去拆除属于国家所有的房屋，自然不会引发暴力和冲突。据此认为，征收比拆迁更理性。我们不能说这样的观点毫无道理，但同时，我们认为，拆迁管理条例的内容并非拆迁二字所能涵盖，征收条例也并非征收二字所能涵盖，仅从拆迁和征收两个文字的角度，对两个条例所带来的制度变迁加以分析显然是不全面的，这也正是有学者认为的拆迁条例不是拆迁悲剧的根源理由之所在^②。拆迁条例并非不涉及被拆迁人的房屋所有权或者说物权的置换问题，因为拆迁条例规定的补偿方式分为两种，一种是货币补偿，一种是产权调换，货币补偿可以理解为对被拆迁人房屋所有权的收购，而产权调换则是对被拆迁人房屋所有权的实物置换。只不过是拆迁人取得拆迁许可证之前必须取得土地使用权等文件与被拆迁人的房屋所有权并存的情况下，存在拆迁人和被拆迁人就同一物的所有权冲突的制度误区。征收条例从征收被征收人的房屋所有权开始着手，则有效地解决了上述问题。

无论两部条例的精神内涵有多大的变化，但无须置疑是的，从拆迁到征收，体现的是立法用语的更趋严谨性，彰显的是公权力对私权的尊重，这也正是2004年宪法修正案第十三条的宪法精神的体现^③。

三、征收条例存在的问题

1、没有解决非因公共利益的拆迁的法律适用问题。

论证这个问题的前提是，征收条例颁布以后，我国还有没有非因公共利益的拆迁问题，如果说条例颁布以后，我国即没有非因公共利益的拆迁问题，则此问题自无讨论的必要。

2001年的拆迁条例并不以公共利益为拆迁的前提条件，即无论是公共利益还是非公共利益（或商业利益）都可以拆迁，征收条例颁布以后，拆迁条例即废止，而征收条例只解决公共利益拆迁问题。如果将公益拆迁理解成是公权力对私权的干预或强制，那么非因公共利益的拆迁或者说商业拆迁，则是私权主体对所有权的处分。例如，某开发商为了开发出来的楼盘能有更好的卖点，欲将靠近其楼盘的另一单位的一幢两层宿舍楼拆除，并进而与其协商解决拆迁事宜，在现行制度下，我们找不到这种操作模式的法律障碍，这是两个民事主体之间的一种交易，但因房屋涉及到的是公共安全，法律又不能不对其进行限制和干预，在征收条例实施后，这一块的法律适用将会是空白的。在征收条例征求意见稿中曾有这方面的规定^④，但最终被删除。

2、拆迁实施单位的非盈利性在现实中如何实现。

征收条例要求拆迁实施单位不得以盈利为目的。这个制度规定将拆迁公司排除在拆迁之外，谁可以取代拆迁公司成为拆迁实施单位呢？在我国现行的法人结构当中，不以盈利为目的的主体，不外乎机关法人、事业单位法人（不包括部分比照企业化管理的事业单位法人）、社会团体法人。而拆迁工作的完成主要依靠是大量的劳务，这些劳务不可能由主管征收工作

的政府机关来完成，如果以征收主管部分下设拆迁实施单位的模式来操作，又面临着下设单位的性质问题，拆迁实施单位的资质问题、以及劳动用工的问题，这个问题本身就会带来一连串的复杂制度设计。在这些问题没有解决之前，征收工作如何开展，是征收条例颁布以后面临的一个问题。

3、被征收房屋的价值确定和评估问题。

原条例关于被征迁房屋的价值确定问题规定在第 24 条，即“货币补偿的金额，根据被拆迁房屋的区位、用途、建筑面积等因素，以房地产市场评估价格确定。具体办法由省、自治区、直辖市人民政府制定”。新条例则在第 19 条作出规定，“对被征收房屋价值的补偿，不得低于房屋征收决定公告之日被征收房屋类似房地产的市场价格。被征收房屋的价值，由具有相应资质的房地产价格评估机构按照房屋征收评估办法评估确定”。新老条例对被征收房屋价值的确定的原则是一致的，即市场原则，新条例对房屋价值评估的时点作出了界定，即必须是房屋征收决定公告之日的价值。问题的关键是，在老条例施行过程中，对房屋价值的评估产生争议很大，诸多的拆迁典型事件，大多也是由于对房屋价值的评估不公引起的，被拆迁人认为拆迁人或拆迁主管部门操控了房屋价值评估机构，导致了评估结果对被拆迁人不公。新条例在这个问题上，并没有实质性的改变，只不过是条例的第 20 条第 2 款增加规定：“房地产价格评估机构应当独立、客观、公正地开展房屋征收评估工作，任何单位和个人不得干预”。该条规定实际上是缺乏操作性的约束性规定。在当前，大多数的房地产价格评估机构虽然已经与房管部门脱钩，其性质为社会中介机构，但由于其仍归司法行政主管部门主管，评估人员的资质的颁发、年检事宜仍由建设行政主管部门主管，评估机构想要在房屋征收过程中做到绝对的中立还是很难的，可以预见，在未来的征收过程中，关于房屋价值的确定仍然是征收双方争议的焦点。

关于评估机构的选定，条例第 20 条规定，房地产评估机构由被征收人协商选定；协商不成的，通过多数决定、随机抽选等方式确定，具体办法由省、自治区、直辖市制定。该条规定至少存在以下问题：首先，房地产评估机构的选定工作应在什么时候开展没有明确，是否可以理解为在房屋征收决定作出之后，即可开展评估机构的选定工作，评估机构是否仅一定，是否有地域限制，如果由一家评估机构承担一个征收地块的评估工作，则可能会由于缺乏横向比较而导致评估结果的不公，对于被征收人数较多的地块，还可能会由于评估机构人员不足、工作量大导致评估工作的迟延影响征收工作的整体进度。另外，条例对有权制定协商选定评估机构办法的授权不明，是省一级的人民政府、人大常委会亦或是建设行政主管部门。

4、对产权不明的房屋征收程序存在瑕疵。

条例第 26 条规定，被征收房屋产权人不明确的，由房屋征收部门报请作出房屋征收决定的市、县级人民政府依照本条例的规定，按照征收补偿方案作出补偿决定，并在房屋征收范围内予以公告。该条是对产权不明的房屋的征收作出的规定，但我认为，该条规定存在诸多瑕疵。产权不明在实践中有多种情形，概括起来，包括积极的产权不明，即数人均主张房屋产权的，或者称为产权有争议的，另一种是没有人对被征收房屋主张产权的，暂且将其称为消极的产权不明。这两种产权不明在征收程序中的处理应该是不一样的。对于积极的产权不明，应当由主张产权的人（非调查结果公布的产权人）在房屋征收主管部门依据条例第 15 条的规定公布征收范围内房屋的权属、区位、用途、建筑面积之后，向人民法院提起确权之诉，由人民法院最终确定房屋的权属。争议人在调查结果公布之后，征收决定作出之前，不提起诉讼的，则应当根据调查结果确定产权人。争议人提起诉讼的，在征收决定作出之前，判决生效的，应由判决确定的权利人与征收部门进行协商订立征收协议，无法达成协议的，应当以判决确定的权利人为被征收人。征收决定作出之前，如果产权争议人未向人民法院提起诉讼或已经起诉但尚未判决或判决尚未生效的，则应由市、县级人民政府按照无产权人的模式

作出征收补偿决定，待产权人确定后，由产权人享有和受领补偿决定中的权利，包括补偿的受领权和申请行政复议或提起行政诉讼的权利。在这种情形下，被征收人提起行政复议和行政诉讼的权利的行使期限应当自判决生效之次日起计算，而不应当以征收决定确定的期限为准。

对于消极的产权不明，在征收补偿决定作出之后，由市级人民政府在公告中确定权利人的受领期限，公告确定的受领期限届满无人受领的，应由房屋征收部门根据补偿方案确定的货币补偿金额办理提存公证，并将提存通知书公告，公告期满后，在提存公证规定的受领期限内仍无人受领的，补偿款应上缴国库。

注释：

①涂四益：《从拆迁到征收 当下中国拆迁面临的问题出路及难点》，载《法学评论》2010年第3期；

②张千帆，《拆迁条例不是拆迁悲剧的根源》；载2009年12月10日《东方早报》；

③2004年《宪法修正案》第22条；

④《国有土地上房屋征收与补偿条例（征求意见稿）》第40条。

作者单位：安徽九华律师事务所

集体土地房屋拆迁若干问题研究

管启飞

【内容摘要】集体土地房屋拆迁有利于城市建设和新农村建设，对于改善城市居民和农村居民的生产生活条件具有重要意义。但是，由于对集体土地房屋拆迁性质认识不清，法律规范空白，导致实践中出现了很多问题。本文拟从集体土地房屋拆迁的法律性质、法律适用、补偿安置标准和拆迁补偿程序等角度来完善我国的集体土地房屋拆迁法律制度。

【关键词】集体土地 拆迁 补偿 安置

集体土地房屋拆迁是指依法许可，拆迁人对农民集体所有土地上的房屋所有者或使用者给予合法补偿安置的前提下予以迁出，对房屋及附属物进行拆除的法律行为。集体土地房屋拆迁对于城市建设和新农村建设具有重要意义，但是，由于我国对集体土地房屋拆迁性质认识不清，法律规范空白，导致实践中出现了很多问题，例如补偿安置标准过低导致各地频出暴力抗拒拆迁、群体上访等现象，不仅严重影响了党和政府的形象，也不利于社会的稳定。因此，必须对集体土地房屋拆迁的法律性质、法律适用、补偿安置标准和拆迁补偿程序进行研究。

一、集体土地房屋拆迁的法律性质

从民法上看，房屋拆迁是一种合同行为，是国家与房屋所有权人达成的一种房屋拆迁协议，房屋所有权人同意国家拆除其房屋，国家对房屋所有权人进行补偿安置。从行政法上看，房屋拆迁是一种行政征收或行政征用行为，是国家和政府对集体土地进行的一种征收和征用行为以及农村集体经济组织对本集体经济组织成员的宅基地使用权进行的征收和征用行为。

对集体土地上的房屋进行拆迁，按照房屋所处地理位置的不同，其法律性质也截然不同。在城市规划区和城市郊区的房屋拆迁，一般属于政府对集体土地所有权的行政征收和征用行为。在城市规划区和城市郊区以外的农村地区进行的房屋拆迁一般是本集体经济组织为了进行新农村建设、改善村容村貌而进行的将本集体经济组织成员的宅基地使用权进行征收和征用的法律行为。这两种不同的法律行为，在法律适用、征收征用程序、补偿安置标准等方面都存在很大的不同。

二、集体土地房屋拆迁的法律适用

对于房屋拆迁问题，现行法律主要是国务院 2001 年颁布的《城市房屋拆迁管理条例》，各地方人民政府也都颁布了本地区的城市房屋拆迁管理办法。但是无论是《城市房屋拆迁管理条例》还是各地方人民政府颁布的城市房屋拆迁管理办法，都无一例外的规定只适用于城市规划区内国有土地上的房屋拆迁行为。而集体土地的房屋拆迁不管是政府对集体土地所有权的征收还是集体经济组织对本集体经济组织成员宅基地使用权的征收，都属于集体土地上的房屋拆迁行为，不能适用《城市房屋拆迁管理条例》和地方各级人民政府颁布的本地区城市房屋拆迁管理办法。

那么，对于集体土地上的房屋拆迁，究竟有没有法律可以适用呢。从法律层面、行政法

规层面和国务院部委规章层面上来看,我国没有一部统一的适用于全国的集体土地房屋拆迁的规范性文件。从地方性法规、地方政府规章层面上来看,只有很少的地区颁布了本地区的集体土地房屋拆迁管理办法,例如北京市颁布了《北京市集体土地房屋拆迁管理办法》,上海市颁布了《上海市征用集体所有土地拆迁房屋补偿安置若干规定》,青岛市也颁布了《青岛市征用集体土地房屋拆迁补偿暂行规定》等。从适用集体土地房屋拆迁的法律法规来看,我国关于集体土地房屋拆迁的法律适用存在如下问题:

其一、法律位阶层次低。适用于农村集体土地房屋拆迁的法律法规基本上是各地方人民政府颁布的地方政府规章,这些地方政府规章法律位阶层次低,没有法律层面的、行政法规层面的,位阶较高的规范性文件,这对于其适用存在很大的限制,特别是人民法院在审理相关的案件时,只能参照,导致实际上无法律可以适用。

其二、法律适用不统一。到至今为止,我国尚无一部调整全国范围内的集体土地房屋拆迁行为的法律法规,有的只是各地区自己的,只能适用于本地区的集体土地房屋拆迁地方政府规章。这导致不同地区同一行为适用不同的法律法规,不同地区的房屋拆迁适用不同的补偿安置标准,这违反了法治的统一性原则,不利于建立统一的社会主义法律制度和社会主义法治国家。

其三、有的地区存在法律适用空白。虽然有很多省市颁布了自己的集体土地房屋拆迁管理办法,但也有很多省市没有颁布本地区的集体土地房屋拆迁法律法规,例如安徽省、山东省等,导致在这些地区进行集体土地房屋拆迁时处于无法可依的状态,相关组织和部门在进行房屋拆迁时随意性大,任意性强,经常出现损害农民利益的情况。

综上,集体土地房屋拆迁的法律适用问题,必须着眼于全国,制定全国统一的集体土地房屋拆迁法律法规,以更好的保护农民利益,促进新农村建设更好更快的发展。

三、集体土地房屋拆迁补偿安置标准问题

(一) 补偿安置方式。

集体土地房屋拆迁时,对于相应的补偿安置方式,有的地方规定为两种,即货币补偿和房屋安置,有的地方规定为三种,即货币补偿、房屋安置和另行审批宅基地。《北京市集体土地房屋拆迁管理办法》、《上海市征用集体所有土地拆迁房屋补偿安置若干规定》、《青岛市征用集体土地房屋拆迁补偿暂行规定》等都规定了这三种补偿安置方式。这三种方式被拆迁人只能选择其中一种,例如选择了货币补偿就不能再要求房屋安置,要求了房屋安置就不能再要求另行审批宅基地。

在实际操作过程中,关于房屋拆迁补偿安置方式,存在的主要问题是允许农民自己选择,而是采用单一的一种模式,不考虑不同家庭的经济收入情况。例如有的地方政府好大喜功,要求农民购买统一复建的公寓式楼房。这种公寓式楼房的价格一般都比比较高,超出了大部分农民的收入水平,而且对于农民的实际生产生活也不实用。虽然各地方政府规章赋予了农民选择拆迁补偿安置方式的权利,但是在实际执行中,有的村委会或县乡人民政府实际上有法不依,剥夺了农民的这一权利。

因此,在实际操作过程中,首先要严格依法办事,充分保障农民自由选择拆迁补偿安置方式的权利;其次,个地方政府和村委会要量力而行,根据本地区,本村的经济状况和农民收入状况,实事求是的,符合实际的选择自己的拆迁补偿安置方式。对于经济较为发达,农民收入较高的地区,可以采用统一公寓楼式复建或统一房型、户型、面积式的家庭独户复建;对于经济欠发达,农民收入较低的地区,尽量采用另行审批宅基地的方式,让农民根据自己的财力状况建造适合自己的住宅。要本着对农民负责、为人民服务、一切为农民利益最大化的原则,综合考虑本地区的实际情况,选择适合自己的拆迁补偿安置方式,以改善农村

居住环境，提高农民生活水平。

（二）货币补偿的标准。

对于货币补偿标准，从各地市的规定来看，均不一致。有的地方补偿标准较高，有的地方补偿标准相对较低。例如《巢湖市城市规划区征收集体所有土地房屋拆迁补偿安置办法》规定的货币补偿标准为被拆迁房屋重置价格结合成新。《北京市集体土地房屋拆迁管理办法》采用了房屋重置成新价和宅基地区位补偿价标准。《上海市征用集体所有土地拆迁房屋补偿安置若干规定》采用了被拆除房屋建安重置单价结合成新+同区域新建多层商品住房每平方米建筑面积的土地使用权基价+价格补贴的标准。《青岛市征用集体土地房屋拆迁补偿暂行规定》采用的标准是被拆迁房屋所在区域普通住宅商品房平均销售价格。结合以上规定和现实中的实际情况，我们认为巢湖市的补偿标准最低，青岛市的补偿标准最高。

从实际情况来看，无论是巢湖市的较低标准，还是青岛市的较高标准，在现今房地产市场过热，房价不断上涨的形势下对于农户的补偿仍是不够的。首先以巢湖市的较低标准为例，由于采用房屋的重置价格结合成新，因此房龄越久的房屋能够获得补偿越低。而实际情况是农村的很多房屋都是老旧房屋，房龄均在十年以上，根据这一标准，相关农户只能获得很少的一部分货币补偿，这部分补偿远远不够他们重建房屋。因此，我们认为应当采用房屋重置价格标准，至少让农户能重新建造自己原来的房子。此外，即使采用了房屋重置价格标准，但有的地方并不采用另行审批宅基地的补偿安置方法，农民被逼无奈，只能购买集体统一复建的房屋或者进城购买商品房。而集体统一复建的房屋和商品房的价格要比农民自己重建房屋的价格高许多，农民需要付出更高的代价，这样的代价对于中低收入农户是如何也负担不起的，在现今农村社会保障制度尚未建立的情况下，这部分人最后只能变成流民、无房可居。因此，如果按照房屋重置价格进行补偿，还必须另行审批宅基地，或者给予农民更高的补偿，使其有能力购买集体统一复建的房屋或城里的商品房。

其次，我们来审视青岛市的较高标准。虽然是以被拆迁房屋所在区域普通住宅商品房平均销售价格为标准，这一标准乍一看似乎是相当理想的，完全可以补偿被拆迁农户的损失。但是我们认为这一标准仍然存在问题。首先被拆迁房屋所在区域是否有合适的房屋供被拆迁农户购买是一个问题。在城市中，不同区域的房屋销售价格是存在很大差别的，而这种区域又是很小的，经常只有一街之隔的房屋其销售价格就相差几千元。因此，如果被拆迁房屋所在区域无房或者没有合适的房源，此时对相应的农户而言只能去价格更高的地段购买，这时如果仍然以被拆迁房屋所在区域的商品房平均销售价格为标准进行补偿显然是不够的。其次，该标准没有限定时间，到底是以发布拆迁公告时的商品房平均销售价格为准，还是以拆迁开始时的价格为准，拟或以拆迁完成时的价格为准。因为在现阶段房地产市场火爆的情况下，房屋价格一天比一天高，如果限定的时间越早，而农户购房时间越晚，这中间的差额就越大。因此，必须明确规定一个公平合理的时间来确定商品房的平均销售价格。我们认为以拆迁完成时商品房平均销售价格比较合理，因为首先从拆迁开始到拆迁完成中间有一段时间，在这一段时间，农户可以寻找和挑选适合自己的房屋。其次，可以防止拆迁人拖延拆迁，督促其按时拆迁，以保证土地不被闲置。

（三）房屋安置的标准

虽然不同地区，不同省市的房屋安置标准各不一样，但采用的结算方法却大同小异。根据《巢湖市城市规划区征收集体所有土地房屋拆迁补偿安置办法》的规定，房屋安置的结算方法是根据安置房的市场价格与被拆迁房屋的重置成新价结算差价。《北京市集体土地房屋拆迁管理办法》第十五条也规定房屋安置的结算方法是安置房的市場评估价与被拆除房屋的重置成新价和宅基地的区位补偿价结算差价。《青岛市征用集体土地房屋拆迁补偿暂行规定》第八条规定：拆迁住宅房屋，实行房屋补偿的，应当按照货币补偿方式结算的拆迁补偿金和住

房改善费总额提供价款相当的房屋给被拆迁人。房屋价款与拆迁补偿金和住房改善费总额存在差价的，应当结算差价款。

综合以上各地方的标准，我们认为我国现阶段对于采用房屋安置方式安置被拆迁人的，一般的安置方法是按照房屋的货币补偿金额与安置房屋的市场评估价格之间的差额进行差价结算。如果安置房的市场评估价格与商品房价格相当，这就出现了我们上面所分析到的问题，即被拆迁房屋的货币补偿金额与商品房销售价格之间的差价问题。由于被拆迁房屋的货币补偿金额总是低于商品房销售价格，因此这一差价需要被拆迁农户自行解决。如果被拆迁农户的收入相对较高，这一问题还容易解决，但是如果被拆迁农户收入较低，这一巨额的差价将会使他们无法承受。因为低收入家庭在房屋被拆迁前，无论房屋条件如何简陋，至少全家还有房可居。但是一旦拆迁以后，由于低收入阶层的房屋一般都比较简陋，这使得他们能够获得的房屋货币补偿非常低。这将从根本上导致低收入阶层无法支付巨额的安置房差价而变得无房可居。因此，必须对低收入阶层进行特殊的照顾和补贴，或者对安置房以优惠价格进行结算，以保证被拆迁农户能买得起房屋，并以保证相关拆迁工作的顺利进行。

四、集体土地房屋拆迁程序问题

（一）土地征用和占用批准程序

集体土地房屋拆迁因目的的不同分为征地拆迁和占地拆迁。所谓征地拆迁是指为了国家建设的需要而将集体土地征收为国有土地过程中进行的房屋拆迁。所谓占地拆迁是指因农村建设需要占用集体土地的过程中进行的拆迁。无论是征地拆迁还是占地拆迁，都是在集体土地上进行的拆迁，都需要经过批准，但是土地征用和占用的批准程序并不相同。

1. 征地拆迁程序问题

在征地拆迁的过程中，第一个程序就是土地征收，也即将集体土地征收为国有土地。根据我国《土地管理法》的规定，土地征收需要经过两个程序，一是农用地转用审批，一是征地审批。由于进行集体土地房屋拆迁的土地都是建设用地，也就是宅基地，因此不涉及农用地转用审批的问题，只会涉及征地审批的问题。根据《土地管理法》第四十五条的规定：征收下列土地的，由国务院批准：（一）基本农田；（二）基本农田以外的耕地超过三十五公顷的；（三）其他土地超过七十公顷的。征收前款规定以外的土地的，由省、自治区、直辖市人民政府批准，并报国务院备案。根据以上规定，我们可以看出只有国务院和省级人民政府才有权决定将集体土地征收为国有土地，其他任何政府机关、组织、团体都无权决定土地征收。

但是在实践中，有的地方人民政府不严格遵守《土地管理法》的规定，没有批准权限或者超过批准权限擅自批准土地征收，甚至有的县乡人民政府都敢决定征收土地，不仅严重违反了法律的规定，损害了政府的形象，也在同时损害了广大群众的利益。对于这一现象，必须予以遏制，对相关的责任人也应当严肃处理。

2. 占地拆迁程序问题

农村建设占用土地，也需要办理占地批准手续，但是我国至今未有相关的法律规定来规范这一行为，导致占地批准程序比较混乱。有的地方由县级人民政府批准，有的地方由市级人民政府批准，还有的地方甚至由乡镇人民政府批准。批准机关级别较低，且比较混乱。同时，由于较低级别的批准机关，往往容易忽略农民利益，甚至为了自己的私利而侵犯农民的利益，导致实际中经常发生农民暴力抗拒拆迁的事件。因此，必须严格规范占地审批，提高审批机关的级别。对于占地审批，最低级别的机关也应当是设区的市级人民政府，县级人民政府和乡镇人民政府都无权进行占地审批。

（二）拆迁许可问题

拆迁农民集体土地上的房屋，必须获得拆迁许可，这是保障被拆迁人利益的重要措施。

从各地方政府颁布的规范性文件看，针对房屋拆迁许可，存在以下问题：

1. 有的地方政府没有规定房屋拆迁许可制度。例如蚌埠市、巢湖市等。之所以没有规定这一制度，一方面说明对公民私人财产所有权的不重视，另一方面也说明这些地区对集体土地房屋拆迁存在误解，把集体土地房屋拆迁仅仅看成是土地的征收，根据“房随地走”的原则，房屋被征收是题中应有之义，不应再作不同看待。其实，集体土地房屋拆迁的土地征收和房屋拆迁是两个性质完全不同的行为，一个是对土地所有权的征收，一个是对宅基地使用权和房屋所有权的征收。因此，既应当有土地征收许可制度，也应当由房屋拆迁许可制度。

2. 有的地方政府虽然规定了房屋拆迁许可制度，但存在缺陷，如北京市、宁波市等。

(1) 许可机关级别过低。例如北京市规定由区县人民政府国土房管局批准，这一批准机关在我国行政系统中处于最低级，如此低级别的批准机关容易导致批准的随意性和权力寻租问题，并往往忽视甚至损害农民利益，导致农民群体上访事件此起彼伏。因此，为了维护农民利益，保障法律的严肃性，应当提高许可机关级别，最低也应当有市辖区人民政府批准，对于直辖市，可以有区县人民政府批准。

(2) 对公共利益的界定不明确。根据《土地管理法》和《物权法》的规定，只有在为了公共利益需要的情况下，国家才能征收公民的私有财产。但是两部法律均未对公共利益这一概念的内涵和外延进行界定，导致实践中存在很多假借公共利益，实际为私人利益的违法拆迁大行其道。同时，公共利益的界定是一个仁者见仁、智者见智的问题，因此，与其对公共利益进行实质内涵的界定，不如对其进行程序上的规范，将对公共利益界定的权利授予给民众。对于一项拆迁是否属于公共利益拆迁，可以采取听证会的方式，主要参加者应当是拆迁范围内的居民，并由其采取投票表决的形式，以决定一项拆迁是否属于公益性拆迁。

参考文献：

1. 赖淑春.农村集体土地房屋拆迁法律问题探讨[J].山东大学学报(哲学社会科学版),2008(5) .
2. 胡信彪.土地征收与房屋拆迁[M].北京:中国民主法制出版社,2006年,第72页。
3. 王太高、姚俊、赵杰、赵坚.城市规划区内集体土地房屋拆迁制度研究[J].中国人口·资源与环境,2010(5) .
4. 谢景峰、李勇喜、邓学军.从城市房屋拆迁谈征收集体土地房屋拆迁[J].国土资源导刊,2007(4) .
5. 刘广德.农村集体土地房屋拆迁亟待规范[J].房屋拆迁,2009(76) .
6. 张斌征.收集体土地房屋拆迁补偿安置工作的实践与探索——以泰兴市为例[J].中国农村小康科技,2009年(4)

作者单位：安徽乐业律师事务所

房屋征收中存在的问题及完善

马玉真 钟兰杰

【内容摘要】近几年来，随着城市建设加快，国家对城市房屋征收越来越多，房屋征收中的一些做法，严重损害了老百姓的合法利益，造成了许多社会矛盾，影响到了社会的稳定。本文通过分析当前城市房屋征收中存在的问题、原因，浅谈完善我国房屋征收制度的建议 and 对策。

【关键词】城市房屋 征收 补偿 问题 完善

目前，房屋征收已经成为一种普遍的社会现象，通过对房屋征收案件的研究发现，目前的房屋征收案件中存在不少问题，下面进行简要阐述分析，并提出笔者拙见。

一、存在的主要问题

1. 房屋征收许可不规范，不能严格执行相关许可的法律法规的规定。现实中存在手续不全就予以许可，事后补充相关手续的行为，程序严重违法，侵害老百姓的合法权益。一些地方政府为追求所谓效率而忽视法定程序，例如有的地方政府还未收回拆迁户的土地使用权证，就擅自将房屋的土地使用权交给开发商；未经法定审查和审批程序就组织实施拆迁计划；向不具备申领许可证的人颁发拆迁许可证，导致违法拆迁。^①甚至有部分素质不高的执法人员，公然违背拆迁执法程序，滥用行政权力和强制执行手段，以至采用暴力、野蛮行为强制拆除群众房屋；为达到强迫被拆迁人尽快搬迁的目的，在实施拆迁过程中，强制停水、停电、停止供气或供暖，严重侵犯被拆迁人的人身权及财产权。在许多国家，商业用地绝不能采用国家征收的办法取得，通行的做法是：国家相关主管部门只给开发商审批用地指标，开发商是否能落实这个指标，应靠自己去和被拆迁人协商谈判以达成协议，如无法达成协议，可以找法院解决，政府不应介入其中。但是，在我国的城市房屋征收引起的纠纷中，普遍存在商业利益盗用“公共利益”之名的现象。目前，借“公共利益”之名进行商业开发拆迁的情况主要包括：一是假借城市景观大道、休闲广场、绿化园林等公共基础设施建设之名；二是假借旧城改造之名，特别是假借“旧城改造”之名而滥用国家土地征收制度的现象有增无减，这不仅使众多被拆迁人遭受直接经济损失，而且容易引发社会矛盾，损害政府的形象。其次，房屋征收过程中的土地使用权文件不规范。大多数情况下土地使用权批准文件以便函的形式出现，严肃性、权威性遭到百姓的质疑，也是引起房屋征收过程中的矛盾的诱因之一。

2. 房屋征收资金的监管不到位。无有效主体对房屋征收资金进行有效监管，银行仅出具拆迁人存在该行的资金数额，以此表明房屋征收资金到位与否，而缺乏对该资金用途的动态监管。

3. 房屋评估问题突出。主要表现在：市场化评估名不副实，评估价格明显偏低，存在由拆迁人左右房屋评估价格的情况；评估机构选择存在问题，剥夺了部分甚至可以说是大部分被拆迁人对房屋评估机构的选择权。房屋评估报告的科学性不够，房屋价格节节攀升。相关房屋拆迁评估的政策未相应调整；评估时点确定不合理，拆迁许可的延期没有次数和时间的限制。

4. 征收补偿的问题。完成和实现征收的核心条件是征收补偿。房屋征收补偿，是指房屋

征收中的征收人依照房屋征收协议的约定,对被征收人所受损失给予的经济补救。^②在国际上,普遍的规定是:在因政府建设的公益性需要而征地的情况下,居民必须为大局做出让步,但是政府必须提出需要征地的足够理由及不低于市场价格的足够补偿。美国宪法第五修正案明确指出:“在没有合理的赔偿下,政府无权征收个人地产和财产”。2004年修宪前的我国宪法第10条第3款规定,“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征用”,但没有补偿的规定。不难看出,过去我国行政补偿的宪法基础是薄弱的,征收补偿中存在着不少问题。一是行政补偿的费用和标准偏低。由于公共利益被曲解,商业利益、政府利益甚至官员私人利益的掺杂,许多被拆迁人只能得到很低的甚至象征性的补偿。二是行政补偿的范围偏窄。目前我国城市房屋征收补偿基本上只限于财产权补偿,而财产权补偿中也只限于直接损失的补偿。事实上,广大被拆迁人在拆迁过程中失去的不仅是房屋,他们的生活、工作也都受到了不同程度的损害,更为重要的是,他们失去了曾经为之付出代价的土地使用权,而这些在以往的征收行政补偿中都未得到相应补偿。三是行政补偿的方式偏少。目前我国的拆迁行政补偿基本上是以金钱补偿为主,辅之适当的实物补偿,而这对于那些以自己的房屋为生(如部分城市居民以出租自己的房屋为生),因居住环境改变而不得不寻求新的工作、增加就业成本的居民来说,都无法从简单的金钱补偿中解决今后遇到的实际困难,创造新的生存和发展空间。因此,从某种程度上说,行政补偿问题是引发征收矛盾的最大问题,只有对行政补偿问题给予充分的重新认识,征收中的很多问题才有可能得到真正解决。只有补偿公平、合理了,被征收人才能接受征收决定,也才能有和谐的搬迁。^③

二、对策建议

1. 加强行政机关依法行政建设。行政机关要坚持依法行政,审慎作出房屋征收许可,严格依法许可;以司法建议形式推进行政机关依法行政,案件审理中发现问题,及时与行政机关沟通,督促其及时纠正。行政机关在房屋征收工作中要坚持三个原则:即决策民主、程序正当、结果公开。这三个原则在2011年1月21日开始实施的《国有土地上房屋征收与补偿条例》中做了明确的规定。

2. 加强对评估机构、公证机构、银行等相关机构的规制监督。评估机构、公证机构、银行等中介机构参与房屋征收过程,缺少专门的监督机构对其进行监管,导致现实操作中评估报告不科学、不合理,公证书无事实依据乱公证,银行为谋取商业利益与拆迁人共同损害被拆迁人利益等问题的出现。应设立专门的部门对相关机构进行监管,保证其各司其职,切实维护被拆迁人合法权益。2011年1月21日实施的《国有土地上房屋征收与补偿条例》第12条第1款规定:“市、县级人民政府作出房屋征收决定前,应当按照有关规定进行社会稳定风险评估;房屋征收决定涉及被征收人数量较多的,应当经政府常务会议讨论决定。”由此不难看出,房屋征收过程中的社会稳定问题已被立法者重视,现以行政法规的形式将社会稳定风险评估规范为房屋征收的一个必经程序。通过履行该程序,及早发现房屋征收项目中存在的影响社会稳定的隐患,提前制定出防范预案,对从源头上预防和化解社会矛盾,构建和谐社会具有重要意义。

3. 加强房屋征收立法。对房屋征收中的相关问题进行深入研究,完善相关程序规定和权利救济机制,实现行政与司法有法可依,以达到一方面保证行政机关坚持依法行政原则,另一方面切实保障被征收人的正当权益的目的。随着社会主义市场经济体制的逐步确立和住房制度改革进程的加快,房屋征收面临的市场环境、法制环境发生了很大变化,原有的法律法规在许多方面已不能适应新的形势,带来了征收中纠纷的增多和矛盾的激化。同时,征收工作本身也是一项法律性很强的工作,要做好这项工作,必须从法律制度入手,加强征收立法,做到有法可依。近几年时常发生因强制拆迁导致的暴力抗拆迁、自焚、夜袭等案件,充分反

映了行政机关在执法过程中存在的问题，对此，新出台的《国有土地上房屋征收与补偿条例》第二十七条第二款规定：“任何单位和个人不得采取暴力、威胁或者违反规定中断供水、供热、供气、供电和道路通行等非法方式迫使被征收人搬迁。禁止建设单位参与搬迁活动。”应该说，这是一大进步，有效的限制了行政机关的强制执行权。

4. 明确界定“公共利益”。长期以来人们对公共利益的本质含义和范围缺乏深入研究，几乎每个地方房屋征收所依据的行政规划总是明文标示：“基于公共利益的需要或为了国家、地方建设的需要”；公共利益已然成为触及公民个人利益的房屋征收行为的最好理由，这种理由似乎已经蒙上了口号化和形式化的浓重色彩，对公共利益的理解和运用在拆迁实践中正逐渐走入歧途或陷进迷途。公共利益并不是抽象的概念，它是由具体的个人利益组合而成的，能为不特定的多数人所享有的利益。它应该同时具备必要性、不可缺少性、非营利性和共同福利性等特征。具体到城市房屋征收，首先，对公共利益必要和相对准确的界定不仅有利于防止“形象工程”、“政绩工程”的产生，也有利于政府更新行政思维、进行科学决策，规范政府的非理性投资行为。其次，严格执行公共利益非营利性的标准将有利于防止商业利益、地方利益渗透以及官员腐败的滋生。最后，公共利益的共同福利性提醒我们的政府，公共利益的实现不能以个人利益的受损为代价，如果广大市民不能从城市房屋征收中获益，甚至贫困化程度进一步加深，加剧政府与群众的对立，那么公共利益就无法真正得到实现。总之，公共利益必须能包容最广大民众的个人利益，这样的理解在一定程度上会让公共利益的本质得以体现。

5. 不同性质的征收项目适用不同补偿标准。将征收项目是否以盈利为目的做出严格区分，对不同性质的征收项目适用不同的程序和补偿标准。对盈利性征收项目的补偿标准，要体现民事主体双方地位平等的基本原则。无论是政府主导的行为还是开发商自主的商业行为，征收项目的详细信息都必须向社会及时公布，并就项目采取投标竞标的筛选程序选择开发商。在经过政府初步审查之后，可在政府主持下由开发商与征收地区的代表就补偿事项进行商谈，双方可以共同选定中立的房地产评估机构进行价格评估，政府在整个谈判过程中只能扮演居中调解的角色，但可以适当帮助被征收方协调统一立场，毕竟这一方人数众多，利益关系也很复杂，而且处于相对弱势的地位，但是要尽量严守中立，不得破坏双方地位平等的基本原则。对非盈利性的征收项目也要划分成：为特定人群服务的征收项目（如政府机关建设用地等）和为全体民众服务的征收项目（如公园、博物馆、公立学校等）。对于以特定人为使用对象的非盈利性征收项目，由于多为政府机关的办公场所用地，为了限制政府占据有限、宝贵的城市土地资源，应当实行公平补偿的原则，即依照市场价格进行补偿，利用市场交易中高昂的价格来抑制政府不合理的扩张行为，这个补偿价格里面也必须包含土地使用权转让的价金，对于这一类项目的操作需要依照严格的程序来进行。对于以全体民众为使用对象的非盈利性征收项目，由于符合公益性的利益衡量标准，因此，其补偿标准应适用合理补偿的原则，具体数额由政府根据当地实际经济状况并结合征收地段的土地价格加以综合考虑确定。补偿金的来源，除了考虑从财政中直接支出外，还可以考虑设立城市征收基金，基金的来源，可以从财政收入中划拨一部分，也可以考虑在城市土地使用权流转中开征新税种，或者借鉴香港的经验，将政府手中的土地使用权进行转让、出租等以充实该基金，对基金可以进行合法的市场化运作，以实现其保值增值。

总之，随着我国城市化进程的加快，房屋征收问题将更加突出，基于此，通过分析征收中存在的问题，找出问题的原因，借鉴和吸收国外的先进经验，不断完善我国的房屋征收制度，更好的保障人民的合法权益。

参考文献：

- ①揭明，张勇敏：依法保护私权，规范房屋拆迁[J].行政与法，2004 年 第 10 期，第 25 页。
- ②赵勇山：《房地产法论》[M].北京：法律出版社，2002 年 7 月第 1 版，第 429 页。
- ③王才亮：拆迁时代的终结和征收时代的开始.《中国律师》，中国律师杂志社，2011 第 3 期，第 21 页。
- ④王春生，张国法：房屋征收的社会稳定风险评估.《中国律师》，中国律师杂志社，2011 第 6 期，第 70 页。
- ⑤唐海洲：《房屋拆迁纠纷评判依据及案例解析》，中国物价出版社。2003 年版
- ⑥徐涤宇：《物权法热点问题讲座》中国法制出版社.2007 年版。

作者单位：安徽马玉真律师事务所

房屋征收中存在的问题及完善

蒋祥爱 李会民

【内容摘要】一桩桩惨烈的中国式拆迁悲剧发生，令《国有土地上房屋征收与补偿条例》的立法备受全社会关注，该条例的颁布实施充分彰显维护“公共利益，保障被征收人的合法权益”的鲜明特色，并在公益维护与私权捍卫的交叉碰撞之间，力求达到双赢平衡。

【关键词】房屋征收 拆迁 公共利益

在暴力拆迁频繁发生的情况，备受关注的《国有土地上房屋征收与补偿条例》（下称《条例》）终于在2011年1月19日国务院常务会议通过，于1月21日正式颁布实施，这部《条例》的出台意味着在中国运用了近十年的《城市房屋拆迁管理条例》，经过多方博弈和漫长等待后，终被废止。本文拟结合法律实务，对《条例》的立法亮点、执行上的难点以及部分疑点提些看法，以体现实践者的参与。

笔者曾在2009年法律援助了一起房屋拆迁安置补偿纠纷案件，代理13户被拆迁户起诉房地产开发商履行拆迁安置补偿协议，被拆迁户与甲开发商与1999年签订《房屋拆迁安置补偿协议》，由于种种原因建设项目进展缓慢，后经甲开发商与乙开发商协商，经政府相关部门同意，由乙开发商继续开发完成该项目，令这些被拆迁户不曾料想的是，他们竟然长达十年时间得不到补偿安置，乙开发商拒不履行《拆迁安置补偿协议》约定交付给被拆迁户房屋，笔者代理诉讼过程中，乙开发商辩称其是从政府手里受让该土地，没有承继甲开发商对该项目的权利义务关系，不是本案的适格主体，又辩称被拆迁人没按期要求甲还原房屋，是对协议约定权利的放弃，同时认为即使要还原房屋也应按照诉讼时的市场价格计算等理由拒绝履行原协议约定的义务。由于历时久远，经多方奔走调查收集相关证据，包括到调查工商登记资料确定主体资格问题，到多个政府部门调查政府关于该项目的相关文件等等证据，该案历经一审、二审直至2011年5月份才结案终获胜诉。这个案件的焦点就包括了诉讼主体问题，作为拆迁人为开发商且开发过程中发生项目转让问题，拆迁补偿安置期限实际落实问题，以及采用产权调换方式还原房屋的价格确定问题等等，随着新的《国有土地上房屋征收与补偿条例》，这些问题将不再困扰被拆迁人。

一、我国房屋拆迁的相关立法进程

1991年6月1日，国务院发布我国第一部系统规范城市房屋拆迁行为的行政法规《城市房屋拆迁管理条例》，以配套当时的《城市规划法》。1994年7月5日，《城市房地产管理法》的出台拉开了房地产市场化序幕，开发商成为中国城乡建设的主力军，就在当年，中国开始推行分税制改革，地方财政开始逐渐倚重土地收入。2001年7月1日修订后的《城市房屋拆迁管理条例》开始实施，但其仍没有区分公益和商业拆迁，其运作模式是建设单位向政府申请拆迁许可，获批后实施拆迁，发生纠纷由政府裁决；被拆迁人拒绝拆迁的，实行强制拆迁。由于在拆迁问题上，地方政府既是拆迁许可者，又是争议裁决者，且地方财政依赖土地收益，政府无形中充当了强拆的支持者，为“官商合谋”提供了现实的便利，这逐渐发展成为拆迁矛盾的根源。2007年3月16日，《物权法》出台。该法第42条规定：“为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序，可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。征收单位、个人的房屋及其他不动产应当依法给予拆迁补偿、维护被征收人的合法权益，征

收个人住宅的还应当保障被征收人的居住条件。”2007年8月30日,《城市房地产管理法修正案》通过,其中规定:“为了公共利益需要,国家可以征收国有土地上单位和个人的房屋,并依法给予拆迁补偿,维护被征收人的合法权益;征收个人住宅的,还应当保障被征收人的居住条件。具体办法由国务院规定。”但均未明确界定何为公共利益。

二、对比旧的《城市房屋拆迁管理条例》,《国有土地上房屋征收与补偿条例》存在诸多亮点。

《条例》共35条,篇幅不长,但亮点纷呈,概而言之:即明确政府是公共利益征收惟一补偿主体,排除商业利益参与房屋征收,使公共利益征收与商业开发征收彻底分开;列举了公共利益的范围,发生“公共利益”争执交司法判决,即政府必须举证证明自己主张的公共利益究竟在什么地方,补偿应公平、足额到位、专款专用,被征收房屋价值补偿不得低于类似房产市场价格,评估机构由被征收人协商选定,被征收人可以选择货币补偿,也可以选择房屋产权调换,明确“先补偿、后搬迁”,法院强制搬迁代替行政强制拆迁。实现公众广泛参与,最大限度地反映民意获取支持,增加了房屋征收工作的透明度。

三、《条例》在实施过程中可能遇到的问题及有待完善之处

新条例更加严格了房屋征收程序,规范了房屋征收行为,对加大维护被征收人权益,提升国家司法行政水平,依法打造诚信政府、法治政府起到了积极作用,但是我们同时发现,新条例在实践当中,还存在一些有待完善的问题。

(一) 行政案件增多、司法机关该如何面对日后的审判及执行压力的问题。

一方面,审判压力加大,新条例规定被征收人不服征收决定,可以选择行政复议或行政诉讼来维护自己的合法权益,一旦当事人提起行政征收诉讼,市、县政府自然成为被告,今后大量与征收补偿有关的行政案件统统由司法机关受理,毫无疑问会增加行政审判的工作量,现有的司法资源是否能有效的承载对司法机关将是一个挑战新条例。另一方面,执行压力加大,《条例》明确了行政机关不得再进行“强拆”,强制拆迁必须申请法院执行,但是实际上是把政府在拆迁中可能承担的风险和矛盾转移到人民法院,法院工作将面临严峻考验,必须保持其行使审判权和强制拆迁权力的独立性,避免受到地方政府的不当干预,防止司法的权威性和公信力遭到质疑和削弱,造成新的矛盾。

(二) 评估鉴定存在疏漏,如何确保评估客观公正的问题。

众所周知,在《城市房屋拆迁管理条例》实施期间,人为酿成众多拆迁悲剧,例如:成都女业主唐福珍自焚事件,2009年11月13日,成都女业主为阻止拆迁,在自家房顶上引火自焚,但她的惨烈并没能保住自家的房子。她死了房子仍然被拆了,她的多名亲属也因暴力抗法被刑事拘留;江西宜黄强拆自焚事件,2010年9月10日,江西省抚州市宜黄县的钟如奎一家因拆迁矛盾与拆迁人员发生冲突。钟如琴(钟如奎妹妹)、罗志凤(钟如奎母亲)、叶忠诚(钟如奎大伯)三人自焚烧伤。重庆老人蜗居桉树索要拆迁补偿事件,2009年8月3日,因修建渝宜高速,重庆奉节六旬老人陈茂国在自家1200多平方米的房屋被推倒后,因双方在赔付金上相差22万元,他一怒之下爬上自家一棵15米高的桉树“安营扎寨”,一住3个半月,抵制强拆。绝大多数暴力拆迁均与补偿金额引起,由此可见,确保评估客观公正的问题是房屋征收能否顺利进行的关键,新条例在一定程度上改变了旧条例中政府指定评估机构的不公情形。规定由被征收人协商选定房地产价格评估机构,协商不成的,通过多数决定、随机选定等方式确定,对评估确定的价值有异议的,可以向房地产价格评估机构申请复核评估,对复核结果有异议的,可以向房地产价格评估专家委员会申请鉴定。但没有规定被征收人有权

另行委托其他评估机构进行评估，没有规定评估事项可由征收人和被征收人共同委托，同样未规定当事人对征收决定不服诉至法院时可否申请法院重新委托其他评估机构进行评估，实践操作存在盲区。

（三）行政诉讼中先予执行的问题。

新条例规定征收决定或补偿决定不服的，可以申请行政复议也可以提起行政诉讼，但没有规定在行政复议、行政诉讼期间，法院应当停止征收决定及补偿决定的执行。这表明法院可以依照《行政诉讼法》和《行政复议法》当中“诉讼中不停止执行”的原则，裁定先予执行强制征收拆迁，这样就会和“禁止强制拆迁”的原则相违背，法律适用上存在矛盾。

（四）其他需要完善的问题。

新条例对承租人补偿未作规定；政府违法拆迁的责任不明；司法程序较之行政程序耗时长影响拆迁等需要解决和完善的问题。某些条款的规定仍须进一步明确，例如：第十一条中“因旧城区改建需要征收房屋，多数被征收人认为征收补偿方案不符合本条例规定的，市、县级人民政府应当组织由被征收人和公众代表参加的听证会，并根据听证会情况修改方案”规定所称“多数被征收人”如何认定，是占有被征收人总数的二分之一以上还是三分之二以上，甚至百分之九十以上才可以被称为多数，第十七条中“市、县级人民政府应当制定补助和奖励办法，对被征收人给予补助和奖励”，奖励在什么情况下才给予被征收人未作规定。

四、房屋征收中的其他疑难点。

（一）关于集体土地上的房屋征收的问题

《条例》并不调整涉及集体土地上的房屋征收行为，而实际上八成以上的拆迁主要集中在农村集体土地上。对农村集体土地上实施的房屋拆迁所涉及的程序、补偿标准、权利救济等问题目前尚无法律法规做出具体回应，仍处于“空白”地带。《条例》颁布后，国有土地上房屋征收的补偿标准已明确，而区位相近的集体土地上的房屋征收补偿却无法可依，易造成被征收人的“攀比”心理，易引发矛盾。目前，有关部门已着手对《土地管理法》有关集体土地征收和补偿的规定作出修改，并将按修法程序进行。因此在《条例》出台后至《土地管理法》相应修改之间存在的过渡时期，为防止悲剧的发生，相关部门在对集体土地及其上房屋征收时应更加慎重。

（二）国有土地上非公益性用地项目今后如何获取土地

按照《条例》规定，对国有土地上的房屋征收必须是以符合公共利益为前提的，那么，非公益性质的项目建设则无法通过征收房屋的途径获取土地。对于非公益性质的建设的用地需要，是否应转化为土地征购模式，由用地方与被拆迁人逐一谈判协商，签订拆迁补偿协议后才能获得土地，此外，所涉及的具体程序、补偿标准、救济途径等问题仍需相关的配套规定予以明确。

五、结语

新的《国有土地上的房屋征收与补偿条例》既有亮点又在某些方面仍有不足之处，但其体现了我国法治的进步，我们期待这部《条例》的出台能真正促进国家传统立法思想的转变，即从过去强调行政调控管理到主动维护房屋所有权人的合法权益，通过逐步完善征收与补偿法律体系切实保障被拆迁人合法权益，真正地实现公共利益和个人利益的平衡发展，为我国工业化、城镇化进程、为社会的和谐做出其应有的贡献。

参考文献:

1. 崔建远：《论房屋拆迁制度的重建》，载 2007 年 6 月 6 日的《人民法院报》。
2. 张和子：简论新《国有土地上房屋征收与补偿条例》中应该蕴含的物权精神
3. 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。

作者单位：安徽弘大律师事务所

房屋征收中的土地使用权补偿

师 博

【内容摘要】城市房屋征收补偿制度是协调、平衡和解决城市房屋征收中权益冲突的一项重要法律制度。但是,《国有土地上房屋征收与补偿条例》却回避了房屋征收中土地补偿问题,如何妥善解决好城市房屋征收中土地使用权补偿问题,对于保证国家建设的顺利进行和社会公共利益的顺利实现,保护城市居民合法的财产权益和维护社会的安定和谐有着十分重要的意义。因此,在城市房屋征收实践中,应当对于不同的国有土地使用权形式区分对待,依据市场法则,建立不同的补偿标准和方式,才能显示法律的公平,化解社会矛盾,解决征迁困局。

【关键词】房屋征收 土地使用权 补偿

“从来没有哪个制度否认过宪法的征收权,重要的是对征收的法律限制。”^①对于征收,最重要的法律限制方式便是必须给予公正的补偿。伴随着《国有土地上房屋征收与补偿条例》于2011年1月21日公布实施,对于城市国有土地上房屋的征收补偿,有了明确和可执行的标准。事实上,城市房地产权利包含土地使用权在内,离开土地使用权的房屋是不存在的,城市房屋征收的最终目的是通过征收取得城市国有土地使用权,用于公共利益的需要。但《国有土地上房屋征收与补偿条例》中涉及土地使用权的表述,仅有第13条第3款“房屋被依法征收的,国有土地使用权同时收回”,缺失对房屋资产和土地资产(统称房地产)实行一体化拆迁补偿的统一规定,即未对土地使用权价值补偿做出与房屋资产补偿同样明确的规定,成为引发城市房屋征迁补偿纠纷的制度缺陷。因此,面对城市房屋征收过程中的土地使用权的补偿,理论上如何认识,实务上又如何处理?就此,笔者试从多年来从事城市房屋征迁法律工作的实践,尝试回答这一问题。

一、城市房屋征收中土地使用权的法律属性

我国实行是土地公有制。《宪法》第10条和《土地管理法》第8条均规定:“城市市区的土地属国家所有。农村和城市郊区的土地,除法律有规定的外,属于农民集体所有;宅基地和自留地、自留山,属于农民集体所有。”

《城市房地产管理法》规定:“国家土地使用权依法可出让、划拨,依法取得的使用权可以转让、抵押、出租、作价入股。”《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第3条、第4条规定:“我国境内外的公司、企业、其他组织和个人,除法律另有规定外,均可依照规定取得土地使用权,进行土地开发、利用、经营。取得土地使用权的土地使用者,其使用权在使用年限内可以转让、出租、抵押或者用于其他交易活动,合法权益受国家法律保护。”

《物权法》第三编“用益物权”第135条和第137条规定:“建设用地使用权人依法对国家所有的土地享有占有、使用和收益的权利,有权利用该土地建造建筑物、构筑物及其附属设施”。“设立建设用地使用权,可以采取出让或者划拨等方式。”

从以上法律规定看,土地使用权人有权自主使用土地,对土地进行占有、使用、收益和附条件的处分,在法律许可的范围内,可以自主的对土地进行各种开发和利用并获取收益。从1987年开始,我国开始进行旨在建立土地有偿使用制的土地制度改革,建立土地有偿使用

制度的根本目的是，建立市场经济体制下的土地利用制度。我国的土地也开始从纯粹自然资源向财产转变，土地使用权可以自由转让，渐渐形成了以土地市场来实现国有土地价值的制度。由此可见，土地使用权显然是一项具有经济内容的法定权利，土地使用权的作用不仅在于其使用价值，也在于它的商品价值，即流通性。

综上，我们可以得出这样的结论，土地使用权是一项独立的财产权，因而对土地的使用就必须依据所有权法律规范，遵守商品流转关系的一般原则，即等价有偿原则和有偿转让的原则。因此，在城市房屋征收中应当对土地使用权进行补偿。

二、城市房屋征收中土地使用权补偿的法律依据

城市的土地按照宪法规定属于国家所有，但这些国有土地上建立了各种不同所有权的房屋，这些地上建筑物是因为拥有国有土地的使用权而存在的。房屋拆迁是城市建设中不可回避的问题，房屋拆迁的直接目的在于国有土地使用权的流转，被拆迁人的财产价值构成不仅涵盖房产，更应当体现出土地的价值。^②《宪法》第13条规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”《城市房地产管理法》第十九条规定：“国家对土地使用者依法取得土地使用权，在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，可以依照法律程序提前收回，并根据土地使用者使用土地的实际年限和开发土地的实际情况给予相应的补偿。”《土地管理法》第58条规定：“为公共利益需要使用土地的；为实施城市规划进行旧城区改建，需要调整使用土地的；对土地使用权人应当给予适当补偿。”《物权法》第148条规定，出让方式的土地在“建设用地使用权期间届满前，因公共利益需要提前收回该土地的，应当依照本法第42条的规定对该土地上的房屋及其他不动产给予补偿，并退还相应的出让金”给予补偿。

由此可见，我国法律已为城市房屋征收中的土地使用权人设定了享有补偿的权利，但《宪法》与《城市房地产管理法》、《土地管理法》、《物权法》等有关法律法规对土地征收（用）补偿都有补偿责任的规定，但是在补偿额度方面的有很大差异，反映在“给予补偿”、“给予相应的补偿”和“给予适当补偿”的文字表述的内涵上，这在城市房屋征收的实践中必将产生争议。

我国的土地的所有权是公有制，根据取得时是否支付相应的对价，国有土地使用权的分为出让和划拨，因此，对于在城市房屋征收中出现的三种土地使用权形式，即出让国有土地使用权、划拨国有土地使用权、和依据最高人民法院行政审判庭《关于农村集体土地征用后地上房屋拆迁补偿有关问题的答复》，参照《城市房屋拆迁管理条例》补偿安置的集体土地。因此，在城市房屋征收中应当按照法律的规定，在区分土地使用权的不同形式的基础上，依据公开、公平、等价有偿的市场经济原则，对被征收人的土地使用权予以补偿。

三、在区分土地使用权的不同形式的基础上，按照公开、公平、等价有偿的原则，对被征收人的土地使用权予以补偿。

城市房屋征收的目的是实现国有土地使用权的流转，补偿应当考虑土地使用权因素，无论是从法理还是从我国现行法律制度来看都是不容置疑的。但是我国国有土地使用权的类型分为出让和划拨，加之参照《城市房屋拆迁管理条例》补偿安置的集体土地使用权，每一种土地使用权的取得方式和成本均不相同，如果建立统一标准的土地补偿方式，不符合我国的国情的，更不符合公平、等价有偿的补偿原则。因此，只有对不同土地使用权类型建立不同的补偿的标准和方式，以使其尽量符合土地的市场价值。

（一）公平、等价有偿的补偿标准是基于信赖保护原则的补偿

依据《土地管理法》第4条之规定，我国的土地用途有着严格的规划管制，土地征收属

于规划的变更,变更土地规划实质上违反了行政信赖保护原则,破坏了行政相对人对行政行为的合理期待,因此变更规划需以公平、等价有偿补偿为前提,以弥利害关系人的信赖损失。信赖利益的补偿或赔偿,实际上是一种行政补偿。行政补偿是指行政主体基于社会公共利益而非违法地实施行政行为造成相对人财产权益的损失,或者是给相对人为保护公共利益而遭受经济上的损失,由国家或特定的受益人对该损失予以弥补的行为。^③

我国目前的立法并没有确立统一的关于行政信赖利益补偿或赔偿的标准。但从经济行政角度出发,多数采取信赖利益补偿或赔偿的国家都以信赖利益作为补偿或赔偿的原则。信赖利益保护原则涉及相对人的三个利益:先期投入、既得利益和期待利益。^④信赖利益是指在信赖对象不发生变化时,相对人已经得到的和应该得到的利益的总和,因而一般而言信赖利益由既得利益和期待利益构成。仅对相对人的既得利益的失去进行补偿或赔偿,在我国目前的背景下有一定的合理性和现实性。但是,如果单纯以实际损失为补偿或赔偿的原则,在多数情况下补偿或赔偿的数额可能远远小于相对人的支出,不足以弥补其信赖利益的损失,与法的正义与公平不相符。例如美国土地征收补偿根据征用前的市场价格为计算标准,它充分考虑到土地所有者的利益,不仅补偿被征土地现有的价值,而且考虑补偿土地可预期、可预见的未来价值。^⑤

(二) 城市国有出让土地的补偿

从 1987 年开始,我国建立土地有偿使用制的土地制度改革,其核心是建立以出让土地为基础的市场经济土地利用制度。出让土地的使用权人是按照出让时的土地使用权的市场价支付的土地出让金,是当时土地使用权市场价的体现。如果依据《物权法》第一百四十八条规定,在土地日益成为稀缺资源的情况下,征收国有出让土地使用权仅仅退还相应的土地出让金是极其不公平的,因为依据《土地管理法》的规定,出让土地使用权在不改变用途的情况下可以在市场上自由流通,使用权人可以通过交易获取相应的市场价值。当然,国家为了公共利益的需要,可以强制购买土地,也就是我们所说的土地征收。该种强制买卖和一般商品买卖的不同在于国家的强制购买权,但就购买价格而言仍然是正常的市场交易价格。

《中华人民共和国国家标准房地产估价规范》6.7.6 明确规定,依法以有偿出让、转让方式取得的土地使用权,根据社会公共利益需要拆迁其地上房屋时,对该土地使用权如果视为提前收回处理,则应在拆迁补偿估价中包括土地使用权的补偿估价。此种土地使用权补偿估价,应根据该土地使用权的剩余年限所对应的正常市场价格进行。况且,《国有土地上房屋征收与补偿条例》对于房屋的补偿是以市场价为基础确定补偿标准,那么征收以市场方式取得的国有出让使用权也应当以市场价为基础进行补偿,即对出让土地的剩余使用年限进行市场评估,确定其一般的市场交易价值,进行补偿,才能显示法律的统一性和严肃性。

(三) 城市国有划拨土地的补偿

我国国有划拨土地的情况比较复杂,划拨土地在城市房屋征收中,主要有以下三类情况,第一类是国有机关、公益事业用地,用地单位在取得划拨土地使用权时,没有支付任何费用;第二类是国有企事业单位用地,大多是以征地的方式从农村劳动群众集体经济组织的土地所有权演化而来的土地,一般都支付了开发补偿费、青苗补偿费以及地上附着物拆迁安置费等,有的还负担劳动力的安置和居民住房的安置。第三类是,土地使用权有偿出让制度实施前,历史遗留的无偿取得的土地使用权,这一类主要是城市居民私有房屋土地使用权。通过分析划拨土地形成的现状可以看出,对划拨方式取得的国有土地使用权,不能一概认为是无偿取得的。

《房地产管理法》第 39 条:“以划拨方式取得土地使用权的,转让房地产报批时,有批准权的人民政府按照国务院规定决定可以不办理土地使用权出让手续的,转让方应当按照国务院规定将转让房地产所获收益中的土地收益上缴国家或者作其他处理。”国土资源部在 2001

年发布的《关于改革土地估价结果确认和土地资产处置审批办法的通知》中第二项：“为支持和促进企业改革，企业改制时，可依据划拨土地的平均取得和开发成本，评定划拨土地使用权价格，作为原土地使用者的权益，计入企业资产。···划拨土地需要转为有偿使用土地的，应按出让土地使用权价格与划拨土地使用权价格差额部分核算出让金，并以此计算租金或增加国家资本金、国家股本金。”《中华人民共和国国家标准房地产估价规范》6.2.4 中规定，以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产时应符合国家法律、法规的规定，其转让价格评估应另外给出转让价格中所含的土地收益值，并应注意国家对土地收益的处理规定，同时在估价报告中予以说明。

从以上法律法规可以看出，在城市房屋征收中，对于划拨土地的补偿，首先应当按照出让的土地市场价进行评估先确定土地的市场价，然后依据划拨土地的平均取得和开发成本，评定划拨土地使用权价格，两者相减即得出土地收益。然后依据 1992 年 4 月 27 日《国家物价局、建设部关于解决在房地产交易中国有土地收益流失问题的通知》第 3 条之规定，确定土地收益金的缴纳比例。

那么划拨土地的补偿计算方法为：

应缴纳的土地收益金=（市场评估价-划拨土地使用权价格）×应缴纳的土地收益金比例
划拨土地补偿价=划拨土地使用权价格+（市场评估价-应缴纳的土地收益金）

（四）参照《城市房屋拆迁管理条例》补偿安置的集体土地使用权（宅基地）的补偿

集体土地使用权，其取得对象必须是农民，其他任何单位和个人均不能直接取得，对于本集体经济组织内的成员取得一般是无偿取得。最高人民法院行政审判庭 2005 年 10 月 12 日作出法（2005）行他字第 5 号《关于农村集体土地征用后地上房屋拆迁补偿有关问题的答复》，认为行政机关征用农村集体土地之后，房屋所在地已被纳入城市规划区的，应当参照《城市房屋拆迁管理条例》及有关规定，对房屋所有权人予以补偿安置。

在城市房屋征收中，一般只能按征用土地中宅基地的补偿标准予以补偿给农村集体经济组织，然后由所在集体经济组织重新安排宅基地。但是，现在在城市房屋征收中，征收机关考虑到如果集体经济组织为被征收农民重新安排宅基地，还会产生“二次征收”的问题，现在各地通行的做法是对被征收农民实行统一安置，不在重新安排宅基地。因此对于所在集体经济组织没有重新安排宅基地的，可以考虑参照国有划拨土地的补偿标准予以确定补偿，但是集体土地使用权的取得成本一般是无偿的，取得成本低于划拨土地使用权，应该如何予以补偿才符合国家政策法规又显示公平合理呢？笔者认为，集体土地是农民集体的财产，在市场经济条件下其价格是土地所有权的市场价格。公平合理的征地补偿应依照等价交换原则，按市场价值对农民进行全额补偿。该市场价格不但包括土地的自身价值，还包括土地的增值。实践中，政府向农民征收土地时按农业收益支付土地补偿安置费，向社会拍卖时却按土地市场价格成交，增值达数十倍、甚至百倍，形成价格的巨大差距，农村集体土地所有者并没有分享土地出让后的增值，影响到社会财富的公平分配。在征收集体土地后，征收机关还要为被征地农民承担社会保障费用，支付征收房屋的费用以及城市规划建设的费用，上述费用都从土地出让收益中支付。因此对于集体土地使用权的补偿，不应按照土地市场价补偿，而应当按照被征收前上一年度城镇土地基准价确定补偿价值。

四、结束语

城市房屋征收是为了公共利益，是为了促进城市基础设施建设，具有积极的社会发展意义。因此，在城市房屋征收中保护被征收人的权利和利益显得尤为重要，它关系到社会和谐与民生问题，关系到社会价值的公平与正义。因此，应当城市房屋征收中土地资产的价值问题，应当按照公平、等价有偿的补偿原则，采取科学合理的方法显化地价，尽快改变对依附

于房屋所有权的土地资产被忽略、甚至被无偿剥夺的不合理状况，维护被征收人土地资产合理补偿的权益。

参考文献：

- ①（美）路易斯·亨金等著：《宪政与权利》（中文版），三联书店 1996 年版，第 155 页。
- ② 沈开举、杨俊峰：《审视城市房屋拆迁——一种 LIXIAN 主义的视角》，姜明安、沈岍、张千帆主编：《润物无声·中国 XIANXHENG 之路：北京大学法学院百年院庆文存》，法律出版社 2004 年 12 月，第一版，第 508 页。
- ③ 李晓阳.浅析《行政许可法》中的信赖保护原则.[J].广播电视大学学报, 2005, (3) :99
- ④ 吴睿.行政征用制度的合理性及其补偿悖论——一个经济学的视角.[EB/OL], 中国公法网, 2003/10/24.
- ⑤ 沈开举：《论行政补偿的标准》，载《河南社会科学》2005 年第 1 期。

作者单位：安徽仲天律师事务所

利用农村集体建设用地合作建房法律问题探析

——农村房地产发展新思路

李子宽

【内容摘要】“生产发展、生活宽裕、乡风文明、村容整洁、管理民主”，是我国《国民经济和社会发展第十一个五年规划纲要》对新农村建设的要求和总体目标，也是我国社会主义新农村的基本内涵和特征。其中“村容整洁”是对新农村规划和布局的要求，当然包括了住房建设。随着新农村建设的进一步深入，近几年各地出现了许多“小康村”、“中心村”建设，在此建设过程出现了集体土地使用权流转、合作建房等现象。那么利用农村集体建设用地进行合作建房是否符合法律政策？是否具有可行性？如何处理？党的十七届三中全会作出了《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》，该《决定》将土地利用规划确定的城镇建设用地范围外的集体建设用地的使用、开发、流转、地位做了创新的改革，这是我国对集体建设用地管理的法律制度的创新。对集体土地的流转进一步放宽，符合农民的根本利益，符合科学发展观的理念。本文就上述相关问题予以探析，以探索农村房地产发展新思路。

【主题词】集体土地 开发建设 使用权流转 合作建房

随着中国经济的发展、社会的变革，大量的人口流向城市，加快了城市建设的进程，带动了城镇的建设，促进了城乡一体化的发展。随着城市市区内土地不断的开发、旧城区改造的完成，城市市区内已无可供开发的土地。这就必然促使开发商在经济利益的刺激与推动下，向城乡结合部（城市郊区）、经济发达的乡镇发展。各地已开始逐步将目光转向农村集体建设用地，通过推进集体建设用地流转，为农村发展和城镇建设提供新的用地空间。对于集体土地能否进行房地产开发？是否有相应的法律法规规则为依据？以及现实情况下，利用集体土地合作建房的行为屡见不鲜，对此应如何处理？基于此，笔者谈谈自己粗浅的看法，不足之处，请批评指正。

一、在集体土地上进行商业开发建设的法律依据及情形

我国《土地管理法》第63条规定：“农村集体所有的土地使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设；但是，符合土地利用总体规划并依法取得建设用地的企业，因破产、兼并等情形致使土地使用权依法发生转移的除外”。从该法律规定可以看出：第一，农村集体所有的土地使用权出让、转让、出租不得用于非农业建设；第二，对依法取得建设用地的企业因破产、兼并等情形致使土地使用权依法发生转移的，可以用于非农业建设，那么当然可以用于商业性房地产开发等建设；第三，农村集体所有的土地使用权是可以出让、转让或者出租，但进行商业开发建设必须符合土地利用总体规划。

从我国《土地管理法》的立法目的及本条的规定可知，对土地所有权我国虽然实行二元土地所有制，但并未禁止集体土地流转。只是实行土地用途管制制度，严格限制农用地转为建设用地，控制建设用地总量，以保护耕地。从而说明，对于集体土地我国土地管理法也并非完全禁止进行房地产开发等建设，只是有严格的限制性条件。

我国《土地管理法》第62条第一款规定：“农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。”第四款规定：“农村村民出卖、出租住房后，

再申请宅基地的，不予批准。”从该法律规定看出，农村每户只能有一处宅基地，该宅基地并未限制转让，只是转让后不再批准宅基地的申请。并且也没有对集体组织成员内部转让或向集体组织以外的人员转让的限制性规定。同时，1999 年国务院办公厅《关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知》中规定，农民的住宅不得向城市居民出售，也不得批准城市居民占用农民集体土地建住宅，有关部门不得为违法建造和购买的住宅发放土地使用证和房产证。2004 年国土资源部《关于加强农村宅基地管理的意见》第 13 条规定：“严禁城镇居民在农村购置宅基地，严禁为城镇居民在农村购买和违法建造的住宅发放土地使用证。”从而说明，我国对宅基地使用权采取的是有限制流转的政策，并且严格禁止农村居民的住宅和宅基地在城乡居民之间流转，只允许宅基地使用权在本集体经济组织成员内部流转。

二、集体建设用地法律地位的演变使房地产开发成为可能。

农村集体建设用地，是指农民集体所有的、经依法批准用于非农业建设的土地，包括兴办乡镇企业用地、村民建住宅用地以及乡村建设公共设施和公益事业建设用地。

目前对集体建设用地开发经营的法律限制条款，《土地管理法》第 43 条规定，任何单位和个人进行建设需要使用土地的，都必须依法申请使用国有土地；第 63 条规定，集体土地使用权不得出让、转让或出租用于非农建设。现行法律从土地审批权和用途管制两方面严格控制了农村集体建设用地使用权的开发经营。

但在我国现实社会发展过程中早已开始。早在上个世纪 90 年代，广东、上海、浙江等沿海发达省市就有所尝试。后国土资源部与广东、天津合作开展了集体建设用地流转试点。有关政策也逐渐开始“解冻”。2004 年国务院出台的《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》规定：“在符合规划的前提下，村庄、集镇、建制镇中的农民集体所有建设用地使用权可以依法流转。”2006 年出台的《国务院关于加强土地调控有关问题的通知》规定：“农民集体所有建设用地使用权流转，必须符合土地利用总体规划和村镇规划并严格限定在依法取得的建设用地范围内。”文件明确了农村集体建设用地在符合土地利用总体规划、城市规划或村庄、集镇规划的前提下允许流转。

2008 年中国共产党十七届三中全会通过的《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》中强调：“按照产权明晰、用途管制、节约集约、严格管理的原则，进一步完善农村土地管理制度。完善农村宅基地制度，严格宅基地管理，依法保障农户宅基地用益物权。在土地利用规划确定的城镇建设用地范围外，经批准占用农村集体土地建设非公益性项目，允许农民依法通过多种方式参与开发经营并保障农民合法权益。逐步建立城乡统一的建设用地市场，对依法取得的农村集体经营性建设用地，必须通过统一有形的土地市场、以公开规范的方式转让土地使用权，在符合规划的前提下与国有土地享有平等权益。”该项重大的举措就是集体建设用地可以直接入市，打破了以所有制性质屏蔽集体建设用地进入市场的制度障碍，为实现集体土地与国有土地同地、同价、同权，建立城乡统一的建设用地市场提供了政策空间，使集体建设用地进行房地产开发成为可能。

三、全面推进集体建设用地市场化将会使集体建设用地房地产开发走向法制轨道

在深化经济体制改革、新农村建设、推动城乡统筹发展过程中，对农村集体建设用地进入市场的探索一直没有停止，也得到国土资源部和一些地方政府的认可。地方经验表明，在符合土地规划的前提下，农民直接将集体建设用地以出租、出让、转让等形式供应给企业，既大大降低了企业的用地成本，又保证了农民可以长期分享土地增值收益，地方政府可以获得企业税收和土地使用费。开放农村集体建设用地直接进入市场，有利于大量企业到中西部

落户和促进制造业向中西部地区转移,继续保持我国制造业在全球的竞争优势。

2009年国土资源部《关于促进农业稳定发展农民持续增收推动城乡统筹发展的若干意见》中强调:“规范集体建设用地流转,逐步建立城乡统一的建设用地市场。各地要按照十七届三中全会《决定》的总体要求,深化集体建设用地使用制度改革。今年,在城镇工矿建设规模范围外,除宅基地、集体公益事业建设用地,凡符合土地利用总体规划、依法取得、并已经确权为经营性的集体建设用地,可采用出让、转让等多种方式有偿使用和流转。以后,根据各地集体建设用地出让、转让等流转实践,总结经验,再推进其他符合条件的集体经营性建设用地进入市场。近期,国土资源部将下发农村集体建设用地使用权出让和转让办法,对集体建设用地有偿使用的原则、范围、操作程序、收益分配管理进行明确规定。”该意见说明,集体建设用地市场化是大势所趋。

但目前《土地管理法》未修改、《农村集体建设用地使用权出让和转让办法》尚未出台,关于集体建设用地的流转主要依据是有关政策,而且从法律、政策、理论层面,都存在一定争议,从全国来看,还停留在试点阶段,尚未全面推开。部分省市虽然已出台了集体建设用地使用权流转管理办法等地方性法规,但只是对非住宅集体建设用地流转进行了一些规范。在现实社会发展过程中,近年来国土资源部提出的城乡建设用地增减挂钩,实行的土地置换政策,实际都属于集体建设用地交易的范畴。实践中,一些地方在城中村改造、新民居建设中开展的“收购指标”,就是综合运用“周转用地”和“置换政策”,对集体建设用地的使用权进行了“移位交易”。因此,全面推进集体建设用地市场化,是形势所迫,大势所趋。当集体建设用地依法进入市场后,就会给房地产业带来一定商机,促使集体建设用地房地产开发走向法制轨道。

四、利用集体建设用地进行合作建房具有现实可行性

随着城市化和工业化的发展,农村集体建设用地的资产性质逐渐显现,尤其在经济发达地区,以出让、转让(含以土地使用权作价出资、入股、联营、兼并和置换等)、出租和抵押等形式自发流转农村集体建设用地使用权的行为大量发生。在新农村建设进一步深入发展过程中,“小康村”、“中心村”在各地不断出现。由于农村农民存在资金短缺等原因,地方政府为了政绩,所以在乡村总体规划范围内,由农民出地基、房地产开发等企业出资进行合作建房的现象就应运而生。笔者在本文中所讲的合作建房,就是一部分出地,另一部分出资等,共同建设房屋,并对建成的房屋进行按约定分配使用或出售的行为。

在司法实践中,笔者最先遇到的是城镇居民对自己享有土地使用权的地基,由于无资金与房地产商进行合作建房的情形。在这种情形下,对建成的房屋按约定进行分配,房地产商对获得的房屋进行出售,以获得自己的投资和相应的利润。不过在此过程中,土地使用权者应协助办理房产分户手续。后来,在新农村建设“小康村”、“中心村”等进程中,就出现了在集体建设用地上进行合作建房的法律实务。

在集体建设用地上进行合作建房的模式,在司法实践中有两种:一是利用农民的宅基地统一规划重建,将所建房屋再重新分给农民使用,农民支付一定建房费用,该种模式与大家平时所说的联建有些类似。另外一种是按照统一规划,在当地政府的指导下,以新农村建设村集体名誉上报有关资料,经审批后获得相应的集体建设用地,进行房地产合作建设,建成的房屋依法出售给当地村民使用。

上述两种情形,并不违反目前我国相关的政策,也没有改变集体土地性质,而且让集体土地发回其效益,农民得到了真正的利益。不过在此过程中,要严格坚持统一规划、土地节约集约、保护耕地等原则。这样,才能够促进集体建设用地市场化,使利用集体建设用地进行房地产开发合法、有序、健康发展。

前述内容说明，在新农村建设推进过程中，在城乡一体化发展政策指导下，集体建设用地市场化是农村集体建设用地改革的必然趋势，在此过程中带动了农村房地产发展。利用集体建设用地进行合作建房具有现实可行性，能够促进农村房地产开发合法、有序、健康发展。

参考文献：

1. 2004 年《国务院关于深化改革严格土地管理决定的通知》。
2. 2008 年十七届三中全会《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》。
3. 2009 年国土资源部《关于促进农业稳定发展农民持续增收推动城乡统筹发展的若干意见》。
4. 王小映 《新农村建设土地政策十大要点》 西安房地产信息网 2006 年 3 月。
5. 刘守英 《中国土地产权与土地市场发展》 中国民商法律网 2008 年 10 月。

作者单位：安徽志豪律师事务所

“新政”背景下分期付款方式购房的风险及防范

吴艳红

【内容摘要】在以往楼市火爆时，分期付款备受开发商冷落，如今在“国十条”、“新国八条”以及信贷紧缩的情况下，这一方式却受到了房地产商的追捧，成了楼市促销的法宝，越来越多的房地产商以此招揽多次置业者买房。对中高收入人群来说，二三套房包括改善型购房受到贷款限制，甚至一些地方银行则停止放贷。在中高收入者看来，如果首付五成贷款买房，他们更愿意选择分期付款。但是采用分期付款购房，无论是对房地产商还是购房者，风险都不小，如何防范风险，值得关注。

【关键词】分期付款购房 房地产商 购房者

引言：金融政策深刻调整：自2010年10月以来利率四连跳，五年以上贷款利率高达6.8%，存款准备金率连续11次上调，2011年5月18日之后，创纪录的达到21%，综合高位运行的CPI和国际国内经济贸易形势分析，可以预见名为稳健实为紧缩的货币政策将会在很长一段时间内成为常态。房地产政策进一步从严从紧：从2010年4月17日的“国十条”到2011年1月26日的“新国八条”，一系列可操作性强的机制政策纷纷出台：如约谈机制、限购政策、差别利率、税收政策、土地供给控制。加上，2011年5月1日实施的“一房一价”政策。涉及房地产经营的系统化的政策体系正在逐步形成，这对进一步规范房地产市场，合理引导产业发展有积极意义。但是对整个楼市而言，这些政策的出台无疑对房产销售产生了制约。如何减小信贷不断收紧的影响，如何避免限购的压制，面对这一系列问题，以往备受冷落的“分期付款购房”，现在变得炙手可热。不可否认，分期付款购房在一定程度上将解决有一定资金实力的、但又受限于房地产新政的购房者的购房资金压力，满足其购房的要求；同时有利于购房者用房款督促、制约开发商按约定的时间、质量等开发建设项目，将在一定程度上促进房产销售。由于在目前我国对分期付款购房方面缺少相应配套法律、法规、规章的支持，这必然给房产交易双方带来风险。本文将对新政背景下产生的分期付款购房方式进行浅显的尝试性分析，和同仁共同探讨。

一、新政背景下，分期付款购房的合法性分析

任何商品房营销模式的设计及付诸实施，均需注意如下法律风险：（1）营销模式应不违法。违法的营销模式对于开发商而言不仅达不到营销目的，反而将遭受法律制裁；对于购房者而言不仅达不到购房目的，且面临能否从开发商处追回已支付款项的风险。（2）依据某种合法营销模式签订的合同应为有效合同。不具备合同有效要件的，视其影响，要么合同无效，不受法律保护；要么合同可变更、可撤销或效力待定，使当事人的缔约目的无法实现，引起纠纷及损害赔偿产生。（3）在解决了营销模式的合法性及合同有效性前提下，某种营销模式的法律风险主要表现在合同条款是否完备上。合同条款不完备的，易引发纠纷，甚至索赔无门。营销模式不同，合同条款完备性的要求就不同，无论是房地产商还是购房者，均有必要事先对此有充分认识，并采取有针对性的防范措施。

对于在新政背景下房地产商为了吸引、挽留购房者而推出的分期付款，其规避有关政策的做法是否合法，是否会导致购房合同的无效？可致无效的法律根据在于《合同法》第 52 条第 5 款规定“违反法律、行政法规强制性规定。”如果“国十条”、“新国八条”属行政法规性文件，如果购买合同违反其强制性规定，则可能会被认定为无效；但其也并非“法律、行政法规”，因此，即使该购买合同与“国十条”、“新国八条”不符也依然有效。换句话说，分期付款是买卖房双方自愿选择房款的一种支付方式，该支付方式不违背国家相关法律法规，是完全合法有效的。只要购房者和房地产商双方签订的购房合同出于自愿而不是以欺诈、胁迫的手段订立的，也不损害国家和社会公共利益，不存在恶意串通，损害他人利益，不是以合法形式掩盖非法目的，并且不违反法律、法规强制性规定，那么选择分期付款方式的购房合同是完全合法有效的。

二、分期付款与一次性付款、银行按揭贷款购房的比较

一次性付款、分期付款和按揭贷款都属于买卖交易环节中合同允许的三种常见方式。

（一）分期付款

从广义上来说，按揭贷款也属于分期付款的方式，但本文所讲的分期付款购房系指购房者交付首期房款后（一般为总额的 30%或 50%），根据房地产商与购房者约定时间或建筑工程进度逐次付清剩余房款的支付形式。在购房者付清房价款之前，房屋的所有权属于开发商；在购房者付清房价款后，双方按约定期限办理房屋所有权转移登记手续。其又可分为免息分期付款和低息分期付款。采用分期付款购房双方会在合同中约定，根据项目开发的进度，分阶段交付房款，在房屋交付使用时，只留一小部分尾款最后付清。

优点：

1. 分期支付，减轻付款压力。
2. 制约开发商按时交付。分期付款这种付款方式一般是买卖双方在合同中约定，根据项目开发的进度，分阶段交付房款，分期付款的最后一笔款项一般都在房屋得到入住时才支付，所以分期付款利用首期付款取得该房屋的部分权利，同时通过分期付款来监督开发商工程的进度，保障房屋按时按质交付使用，因此分期付款对投资者有着更大的吸引力。

缺点：

1. 付款总额高于一次性付款，折扣较低，甚至没有折扣。
2. 相对按揭付款的方式，其资金使用不灵活。

但如果手头没有足够的资金支付房款，但却有一定的支付潜力，选择此种方式较好。分期付款一般情况下多是在购买期房时采用，此种情况也称为建筑期付款。购房人交付首期款时与开发商签订正式的房屋买卖契约。房屋交付使用时，交齐全部房款，办理产权过户。

（二）一次性付款

指的是房屋购买人在合同约定的时间内（通常是一个月左右），一次性付清全部的房价款，房地产商则同时转移房屋的所有权。

优点：

1. 优惠或折扣。一次性付款，一般来说都有优惠或折扣，买现房的一般按房价的 2%-5%左右的折扣优惠。
2. 无债一身轻。付全款购房日后没有经济压力，因为购房者已经可以不再为房款操心，从容安排以后的投资理财计划。
3. 转手容易。从投资角度说，付全款购买的房子再出售方便，不必受银行贷款的约束，当房地产升值时容易转手。即使不想出售，若发生经济困难时，还可以用房屋做抵押向银行贷款。

缺点：

1. 占用大量资金。如果不是资金充裕，一次性付款需要筹集大笔资金，减少其他投资机会，且损失此项资金的利息，对经济能力有限的购房者压力较大。
2. 投资风险大。对于购买期房的人来说，一次性付款还有可能加大你的购房风险，一次性付款之后所产生的诸如工程延期、造价上涨需追加资金等问题，都是购房者所无法掌握的。

（三）按揭付款

按揭贷款，即购房抵押贷款，是购房者以所购房屋之产权作抵押，由银行先行支付给开发商，以后购房者按月向银行支付本息的付款方式。它能使市场潜在需求迅速转化为有效需求，所以成为促进房地产市场活跃的最有效手段。

优点：

1. 按揭贷款在分期付款的基础上解决了需要在短时间内筹集大量资金的困难，将大笔资金分解为长期小额资金还贷。
2. 按揭贷款金额大（首期只需支付 30% 的资金，70% 的资金申请银行按揭贷款），期限长，把有限的资金用于多项投资。
3. 银行替你把关。办借款是向银行借钱，所以房产项目的优劣银行自然关心，银行除了审查你本身外，还会审查开发商，为你把关，自然保险性高。

缺点：

1. 背负债务，心理压力大。中国人的传统习惯不喜欢寅吃卯粮，讲究节省，所以按揭付款对于保守型的人不合适。
2. 不易迅速变现。因为是以房本身抵押贷款，所以如想将房子转手出卖，手续复杂，不利于购房者退市。

三、分期付款购房房地产商和购房者双方的风险及防范

（一）房地产商的风险

虽然采用分期付款的方式并没有法律方面的阻碍，属于企业自身层面的问题，但是如果一旦遇到购房者无法履行合约，其潜在的风险也是房地产商需要考量的。笔者认为分期付款购房对房地产商来说，存在如下风险：

（1）房地产商的开发资金回收慢

上述支付房款的方式中，无论是一次性付款还是按揭付款方式，对于房地产商来说，都相当于一次性回收完全部购房款，因为按揭付款方式，购房者贷款银行是将购房者所贷的购房款按约定一次性支付给房地产商，加上购房者的首付款的支付，购房者不欠房地产商任何购房款，房地产商也及时足额的收回购房款；而采用分期付款方式的购房者将按约定分段分比例支付购房款，对房地产商来说，购房款无法一次到位，无疑相对其他两种方式，将减慢房地产商的资金回收速度，增加开发资金。

（2）购房者资信审核难

无论采用按揭方式或是分期付款支付方式支付购房款，对购房者来说，均是分期支付购房款，都需购房者具有相应的支付信誉资格，都必须对购房者的房款后续支付能力进行资信审查。但在购房者资信审查这个环节上，房地产商没有银行的信息全，经验上也不如银行，更是缺少专业的资信评估人员；并且部分炒房者弄虚作假，甚至某些售房工作人员为了提高业绩，帮助作假，也将增大资信审查的难度。

（3）房地产商应收款增加，购房者欠款催收难度大

采用一次性付款和按揭付款方式支付购房款，房地产商均在购房合同签订后不久一次性回收全部购房款，在销售这个环节上，房地产商几乎不存在应收款；而采用分期付款支付方式

付购房款，房地产商在签订购房合同后，只能收回部分购房款（通常为 30%或 50%），其应收款将大幅增加。

（4）房产商开发项目的建设时间、质量等违约代价增大

分期付款合同约定总房款分几次付清以及每次付款的时间，通常将付款约定与项目的工程进度、质量及交房时间挂钩，该约定将导致购房者可能用房款督促、制约开发商按约定的进度、质量和时间开发建设项目，增加购房者拒绝支付余款的抗辩力。

（5）风险加大，纠纷增多，诉讼增多以及执行难等将导致房地产商成本的增加

由于房地产开发涉及环节多，要使项目使每一个购房者满意，几乎不可能，并且每一个购房者的支付能力也在不断地变化，都有可能导致购房者拒绝支付购房余款；房地产商将面临更多的维权纠纷，而且即使诉讼取胜，也将面临执行难的问题，而这些因素都将导致房地产商人力增加，运营成本增大。

（二）房地产商的风险防范

笔者认为采用分期付款购买房产，房地产商主要应注意以下几点：

（1）明确的购房者资格条件，分级给予相应政策，如首付比例、付款次数和时间等。明确购房者应提供的资料，并明确约定提供虚假信息将承担的责任。

（2）聘请专业信用评估机构对购房者进行资信评估。

（3）加强项目质量管理，加强工期控制

由于合同制约的双向性，为减少购房者因房地产商的违约导致的拖欠支付购房款，房地产商应多修炼内功，加强项目质量管理，加强工期控制。

（4）加大违约者的违约成本，加快违约者违约的解决速度

采用分期付款支付购房款方式的房地产商，应该要坚持在购房者没有支付完全部购房款之前，有权拒绝向购房者交付房产，即最后一次支付购房款的时间约定应约定在房产约定交付的时间之前；其次，对于不按约定支付购房款的违约者，应加大违约处罚力度，可借鉴银行针对按揭付款购房者的合同条件和违约追究措施。

对于因违约者违约导致的诉讼，应减少诉讼环节，加快解决速度，如采用购房相关合同公正赋予守约方可直接申请强制执行的权利。

（5）建立专人负责资信复核制、专人负责欠款催收制

房地产商可设专人负责并定期对资信产生变化的购房者向房地产商提示风险。并可设专人按约定提示购房者支付购房款的时间和金额。

（三）购房者的风险

前面笔者已经分析了采用分期付款购房对房地产商可能存在的风险，对购房者来说风险同样存在。

（1）房地产商严重拖延交房期限，不能按期履行交房义务，或房地产商未能完成房产开发，导致购房者无法获取房产。

（2）房地产商一房两卖。一房二卖是指房地产开发商与第一买受人订立商品房买卖合同后，于办理商品房所有权转移登记以前又与第二买受人就同一商品房订立买卖合同的行为。

（3）国家限购政策的实施导致购房者不再符合购房条件，使得房地产商无法为购房者办理相关产权证明，一旦在这一过程中房价上涨，房地产商可能以购房者不符条件进而要求其承担违约责任，并将房屋转卖他人。

（4）如果购房者资金出现断裂，无法按时支付房款，房地产商按购房者违约处理，购房者的违约成本加大。

（四）购房者风险防范

既然存在风险，就要想法防范，笔者认为购房者可以从以下方面考虑：

(1) 谨慎选择房地产商以及开发的楼盘。

(2) 合同签订后，要时刻关注所购买楼盘的动向，发现房地产商违约，及时行使不安抗辩权。可依据《合同法》第 68、69 条规定，中止履行付款义务。依照 68 条规定，购房者需要提供证据材料来证明房产商有经营状况严重恶化；转移财产、抽逃资金，以逃避债务；丧失商业信誉；有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形之一，且购房者需依照 69 条规定，履行告知义务。上述规定，在购房合同买卖双方实际操作中，由于信息获取能力的严重不对等，使得购房人在行使这一法定权利的可能性大大降低。因此，需要购房者注意收集证据。

(3) 如果出现“一房二卖”的情况，购房者可以依《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 8 条：“商品房买卖合同订立后，出卖人又将该房屋出卖给第三人”，“导致商品房买卖合同目的不能实现的，无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任，”向房地产商主张权利。因为，房地产商为第二买受人办理了过户登记手续后，第二买受人依法取得了房屋的所有权，其买卖合同得到实际履行，这也就代表着房地产商对第一买受人买卖合同的默示拒绝履行。

如果第二买受人是恶意串通房地产商取得房屋所有权，那么购房者可依《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 10 条“买受人以出卖人与第三人恶意串通，另行订立商品房买卖合同并将房屋交付使用，导致其无法取得房屋为由，请求确认出卖人与第三人订立的商品房买卖合同无效的，应予支持。”请求确认后买方的商品房合同无效，只要有足够证据，法院就应该支持。但是，法院要确认合同无效必须经先买方行使合同无效请求权，如果先买方不行使该项权利，法院不能主动确认后买方的合同无效。但第一买受人放弃无效请求权后，仍可以行使该司法解释规定的惩罚性赔偿请求权。

(4) 届时若限购政策延续，房地产商无法履行合同的情形下，根据《合同法》第 94 条及《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 8、9、10 条相关规定，购房者可以采取约定解除或法定解除的方式解除合同、通知对方，或要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。

当然，选择分期付款的购房者还可以在签订合同时，从条款的约定上防范可能存在风险，如房屋所有权转移于购房者前，物业管理费、房产税、城镇土地使用税等税费由房地产商承担；房屋所有权转移于购房者前，房屋装修的条件及程序，装修费由谁承担，装修形成的添附财产的归属，合同解除后装修形成的添附财产的处理、装修过程中对外产生的法律责任的承担等；房屋所有权转移于购房者前，房屋意外毁损、灭失的风险承担归房地产商等等。

三、结语

法律永远滞后于实际，但良好有序的法律制度可对未来产生稳定可期待的预期。一系列国家和地方的房地产调控新政，金融新政，对房地产交易双方带来不同的影响，如何用法律的思维去消弭由此而带来的整个房地产市场混乱，为我国整体经济和社会的良性运转提供一个问题的宏观环境，需要的不仅仅是法律，更需要其他支撑在法律背后的东西，需要各方参与主体共同的努力。

作者单位：安徽元太律师事务所

建设工程施工合同无效中的有效条款

安 超

【内容摘要】^①契约自治原则是合同法的灵魂和生命。为维护平等、保障秩序、实现公共利益，防止不讲道德的个人和集团所滥用自由，法律可以对意思自治进行干预，但又不能过度，要适度干预。尤其在司法中要公平解释合同条款，对等确定无效合同中的有效条款，实现司法公正。

【关键词】意思自治原则 法律适度干预 无效合同 有效条款

一、思考问题的案例背景

笔者在一起建设工程施工合同纠纷中，作为发包人的代理人参与案件仲裁活动，发现相关问题。因违反我国《招标投标法》强制性规定，没有进行招标投标，发包人与承包人所签订的建设工程施工合同为无效合同。根据最高人民法院的司法解释（法释〔2004〕14号）第二条规定，只要建设工程质量合格，承包人可以请求发包人按照双方在合同中约定的工程款支付。而发包人不能按双方在合同中约定的逾期竣工交付的违约责任追究承包人的逾期竣工交付（逾期200多天，投资4亿元，建成后商品房近9亿元）的违约责任——数千万元的违约金。显然，对发包人是公平的。如果发包人可主张无效合同引起的损失（逾期竣工损失），那么损失计算是否以双方约定的工期为依据？如果以双方约定的工期为依据，那么就承认双方约定的工期条款是有效的。

二、无效合同制度的意义

^②自由是人类良知的守护神。它总是有限的，是相对的而不是绝对的。不受约束的自由往往会伤害其他人的自由。契约自由同样为维护平等、保障秩序、实现公共利益，防止不讲道德的个人和集团所滥用自由，各国不得不用法律的手段对经济市场的交易行为进行适度的干预，对于损害国家利益和社会公共利益、破坏交易秩序等交易行为确定为无效行为，以保障平等有序的市场交易环境。

三、我国无效合同法律制度发展趋势和现状

我国经济是从计划经济向市场经济过度的发展过来的，在计划经济时代，各种经济交易行为深深地受到法律、法规、政策、指令性计划的制约和影响。比如我国1982年制定实施的《中华人民共和国合同法》第7条规定：“下列经济合同为无效：一、违反法律和行政法规的合同；二、采取欺诈、胁迫等手段所签订的合同；三、代理人超越代理权限签订的合同或以被代理人的名义同自己或者同自己所代理的其他人签订的合同；四、违反国家利益或社会公共利益的经济合同。”；87年1月1日实施的《中华人民共和国民法通则》第58条规定：“下列民事行为无效：（一）无民事行为能力人实施的；（二）限制民事行为能力人依法不能独立实施的；（三）一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；（五）违反法律或者社会公共

利益的；(六) 经济合同违反国家指令性计划的；(七) 以合法形式掩盖非法目的的。”把违反国家指令性计划、采取欺诈、胁迫等手段、超越代理权等签订的合同都确定为无效合同，这是用法律手段较为严重程度的干预交易行为的表现。

随着我国改革开放的进一步发展，市场经济逐步形成（但至今仅有较少国家承认我国市场经济国家地位），法律对交易行为的干预强度逐步减弱。尤其是我国于 1999 年 10 月 1 日实施的《中华人民共和国合同法》更多体现了国际上通行的意思自治，更多地减少了法律对合同效力的干预和影响。比如《合同法》第 52 条规定：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”这一规定进一步体现了合同法第 4 条规定：“当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。”确立的“合同自由原则”。

我国合同法在确立合同自由原则的同时，亦借鉴国外的先进经验，对该原则在立法上予以适当限制。如在总则里规定了平等、公平、诚实信用、公序良俗及禁止滥用权力等法律原则；在具体规范中，通过对无效合同、可变更或者可撤销合同以及法院有权依当事人的请求，对过高或过低的违约金予以修正等规定，体现了合同法对合同自由原则的限制。这些限制较此前有了较大的宽松余地，但与当前市场经济行为环境是否合理？是否适度？在司法实践中有无变化等均是值得关注的问题。

四、我国无效合同的有效条款的类型

本文所指的“无效合同”是整个合同无效；“无效合同有效条款”是指整个合同无效中的有效条款。

解决争议方法的条款。我国《合同法》第 57 条也规定：“合同无效、被撤销或者终止的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。”这是在法律条款中直接规定“无效合同有效条款”的典型。本条的规定和我国《涉外经济合同法》的规定是一致的，涉外经济合同法第 35 条规定：合同约定的解决争议的条款，不因合同的解除或者终止而失去效力。

合同无效或者被撤销，虽不能产生当事人所预期的法律效果，但并不是不产生任何法律后果。根据本法第 59 条的规定，合同无效或者被撤销后，要使当事人承担返还财产、赔偿损失的民事责任。同样，在合同终止的情况下，双方当事人之间也有民事责任的存在。对于如何划分这些民事责任，解决双方之间的民事争议，双方当事人在原合同中往往订有解决争议的条款存在，当事人希望用约定的解决争议的方法来解决双方之间的争议。这些条款的效力是独立于合同的效力的，合同的有效与否、变更与否或者终止与否都不影响解决争议条款的效力。

本条所说的有关解决争议方法的条款包括以下几种形式：

（一）仲裁条款

仲裁条款是仲裁协议的一种表现形式，是当事人在合同约定的用仲裁方式解决双方争议的条款。我国对合同争议采取或仲或审制度，仲裁条款有排除诉讼管辖的效力。如果当事人在合同中订有仲裁条款，则当事人在发生争议时，不能向人民法院提出诉讼。仲裁法第 19 条第一款规定，仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。

（二）选择受诉法院的条款

我国民事诉讼法第 25 条规定，合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。当事人选择受诉人民法院的条款，不受其他条款的效力影响。

（三）选择检验、鉴定机构的条款

当事人可以在合同中约定，若对标的物质量或技术的品种发生争议，在提交仲裁或者诉讼前，应当将标的物送交双方认可的机构或科研单位检验或鉴定，以检验或鉴定作为解决争议的依据，这种约定出于双方自愿，不涉及合同的实体权利和义务，应当承认其效力。

（四）法律适用条款

由于本法是统一合同法，因此，对于具有涉外因素的合同，当事人就可以选择处理合同争议所适用的法律，当事人没有选择的，不影响合同的效力。当然，对于中国具有专属管辖权的合同（如中外合资经营合同等）与我国的社会公共利益、主权、安全等密切相关的合同只能适用中国的法律。

如果说本条是关于无效合同解决争议条款效力的规定的话，即解决纠纷的程序上条款的效力，那么在合同法实施 5 年后的 2004 年最高人民法院就无效合同中部分涉及合同当事人实体民事权利和民事责任的条款作出了有条件承认有效的司法解释。

有条件承认的有效条款。《最高人民法院审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释[2004]14 号）第 2 条规定：“建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程款的，应予支持。”按照传统理论，既然整个合同无效，除独立存在的有关解决争议方法的条款的有效外，其他条款均应无效。如果说，其他所有条款均是无效的，那么合同当事人在无效合同中约定的工程款的相应条款也应是无效的。既然约定的工程款的相应条款也是无效的，那么承包人请求参照合同约定支付工程款的请求就不应得到审理法院的支持。

当然这种“司法解释”是法学理论界所说的“无效行为的转换或承认”，还是“有条件承认合同条款有效”，是个较为难解的问题。

^③有些国家和地区的法律规定了无效行为的转换和承认。例如《德国民法典》第 140 条规定：“无效的法律行为若具备另一法律行为的要件，并可认定当事人如知其为无效即有意为此另一法律行为者，则此另一法律行为为有效”。我国台湾地区民法典第 112 条也作了相似的规定。台湾地区民法典立法理由中认为：“法律行为为无效时，若其行为，备有他法律行为之要件，且依他法律行为可达同一之目的者，是当事人若知其无效有违他法律行为之意思，此时应使其他之法律行为为有效，藉以符当事人之意思。”

^④无效行为的转换需要具备几个要件：（1）须有无效的法律行为，其无效原因如何，在所不问；（2）须有替代行为，即该无效行为须具备其他法律行为的要件，其他有效的法律行为就是替代行为，替代行为除了当事人的意愿之外，其他各项要件都必须具备，如行为能力、形式要件、符合法律和善良风俗；（3）法律行为的转换须符合当事人的意思并且转化的结果不得违反公序良俗。即当事人如果知道行为无效仍将会从事该替代行为。通行的学说不承认将违反善良风俗的行为转换为符合善良风俗的行为，以达到“挽救”违反善良风俗行为的目的。

显然，高法的解释（法释[2004]14 号）第 2 条规定不属于“无效行为的转换”。

^⑤在我国合同立法中，也应当在一定程度上确认因承认使部分相对无效和绝对无效的合同发生法律效力原则。例如恶意串通损害第三人利益的合同，按《合同法》第 52 条规定属于所谓“绝对无效”合同范畴，但是，如果第三人放弃主张合同无效的权利甚至明确认可该合同的效力，且并不因此损害国家利益和社会公共利益时，法律仍然强制性规定该合同一律无效和绝对无效不仅损害合同当事人利益，而且违背第三人意志，不利于社会经济秩序的稳定，应当规定这种合同经承认后自始有效。

在一起案件审理过程中，一方当事人为了实现己方利益最大化，就会选择对已有利的计算工程款方法，如果选择按双方约定的工程款条款主张工程款，就意味着对另一方不利。对

方当事人的主张，另外一方当事人不会同意。既然不同意，也就是不承认。显然，就不可能符合无效行为因相关当事人承认而有效的情形，也就是说 高法的解释（法释〔2004〕14号）第2条规定也不属于无效行为因承认而有效。

既然高法的解释（法释〔2004〕14号）第2条规定不属于“无效行为的转换”，也不属于无效行为因承认而有效，那么把它称作“有条件承认的有效条款”

五、司法实践的相关争议问题

既然，有条件承认建设工程施工合同中的工程款条款有效，为什么不能有条件承认逾期竣工交付的违约责任条款有效呢？

理论界有种观点认为违约金条款属于清算条款，根据我国《合同法》第98条规定：“合同的权利义务终止，不影响合同中结算和清算条款的效力。”应属于有效条款。

笔者不同意这种观点，因为无效合同不属于合同权利义务终止的情形。我国《合同法》第91条规定：“有下列情形之一的，合同的权利义务终止：（一）债务已经按照约定履行；（二）合同解除；（三）债务相互抵销；（四）债务人依法将标的物提存；（五）债权人免除债务；（六）债权债务同归于一人；（七）法律规定或者当事人约定终止的其他情形。”该条规定的合同权利义务终止，是在合同有效的基础的。无效合同条款本身并不产生约束力（除特别规定者外），无效合同被确定无效后所产生的返还请求权或损失赔偿请求权并不是无效合同条款本身权利。既然合同无效不是合同权利义务终止的情形，那么无效合同中的违约责任条款就是我国《合同法》第98条规定的清算条款，就不能依据《合同法》第98条规定主张无效合同中的违约责任条款有效。

在一起建设工程施工合同纠纷案件审理中，因违反我国《招标投标法》强制性规定，没有进行招标投标，所签订的建设工程施工合同为无效合同。最高人民法院的解释（法释〔2004〕14号）第2条规定，只要建设工程质量合格，承包人可以请求发包人按照双方在合同中约定的工程款支付。而发包人不能按双方在合同中约定的逾期竣工交付的违约责任追究承包人的逾期竣工交付的违约责任（数千万元）。显然，对发包人是公平的。如果发包人主张无效合同引起的损失即逾期竣工损失，那么损失计算是否以双方约定的工期为依据？如果以双方约定的工期为依据，那么就承认双方约定的工期条款是有效的。

六、相关立法司法建议

对民事责任约定的条款在不损害社会公共利益和国家利益、第三人利益的前提下按有效处理。我国合同法第52条规定的合同无效情形，是基于维护平等、保障秩序、实现公共利益国家利益及第三人利益等考虑的。虽然，合同当事人签订合同行为违反法律行政法规强制性规定，或损害社会公共利益国家利益或第三人利益，应确定合同是无效合同。在处理合同当事人之间民事权利义务时，只不损害社会公共利益、国家利益、第三人利益的前提下，充分体现意思自治，按照当事人在合同中约定的责任条款确定各方权利义务，即在合同被确定无效的前提下，有条件承认部分条款有效，不是全部否定合同条款的效力。如简单地否定合同条款的全部效力，可能造成不守信方免除承担或承担很小民事一责任，导致实体不公。

如果全部否定合同条款的效力，不利于追究“违约方的违约责任”。造成不能平等保护的局面。在背景案件中，既然有条件承认双方约定的工程款条款是有效的，为什么不能承认逾期竣工违约责任是有效的呢？对等原则、平等保护原则和公平原则是立法和司法在处理民事商事交易及纠纷中，应普遍遵守的三大原则。

对此，建议立法及最高司法机关制定新的立法或司法解释，及时解决问题。

完善司法建议，对违反法律和行政法规加强行政处罚力度。人民法院或仲裁机关在解决民事商事法律关系当事人纠纷，着重强调解决当事人之间民事权利纠纷，而没有注重行政法规法规的全面实施，在结案时很少对当事人违反行政法律法规的违法行为向有关行政主管部门提出司法建议，要求相关行政主管部门对违法行为给予相应行政处罚。只有让相关当事人在充分承担民事责任的同时，更充分地承担行政责任，加大违法成本，才能规范市场经济主体的行为，规范市场秩序。如果简单地否定合同条款的全部效力，或片面强调哪一方面的责任，都不利于引导市场主体合法有序地交易。

参考文献：

①胡西武：《法理学---论法律对契约自由原则干预的适当性（下）》2009年版。北大法律信息网；

②阿克顿：《自由与权利》侯健 范亚峰等译北京时事出版社，2002年第二辑，223页；

③张耕：《法学----质疑合同无效性质的绝对化》，2006年版。百度文库；

④张耕：《法学----质疑合同无效性质的绝对化》，2006年版。百度文库；

⑤张耕：《法学----质疑合同无效性质的绝对化》，2006年版。百度文库；

⑥《无效合同违约金条款有效》。

作者单位：安徽睿正律师事务所

竞业禁止问题探析

黄保轩

【内容摘要】在竞争的市场环境下，企业要想在市场上占有一定的份额，必须具备不为公众所知悉，能为企业带来经济效益，具有实用性，并经企业采取保密措施的技术信息和经营信息等商业秘密。建立和完善竞业禁止制度是商业秘密保护的重要手段。本文对竞业禁止产生的理论基础及相关问题作一分析

【关键词】公司 竞业禁止 商业秘密 劳动权利

竞业禁止，是指为防止商业秘密在同行业间的泄露，用人单位与掌握商业秘密的员工（包括公司董事、经理及一般员工）通过竞业禁止协议约定，员工在职期内及离职后一定期限内，不得自己生产与原单位有竞争关系的同类产品或经营同类业务，也不得到生产同类产品或经营同类业务且具有竞争关系的其他单位兼职或任职，用人单位将给予员工一定经济补偿。在国外一些地方，竞业禁止制度在司法实践中得到判例的承认，成为流行的商业秘密保护方式。

一、竞业禁止的法理基础

1. 诚信原则和忠实义务是竞业禁止的理论基石。

诚实信用原则在民法通则第四条中作了规定。它是人类社会中进行交往的道德基础。是一项“帝王条款”，它要求民事主体行使民事权利，与他人之间设立、变更或消灭民事法律关系，均应诚实，在不损害他人利益和社会利益的前提下寻求自己的利益，应该恪守信用，履行义务，不履行义务使他人造成损害时，应自觉承担责任。这与竞业禁止的要求是一致的。明确权利义务和限制行使权利是竞业禁止的实质要求，也是诚信原则的法律功能。作为了解企业内部信息的员工，理应遵守诚实信用的一般原则，维护企业的利益，而不是通过损害企业的利益来使自己获利。

劳动合同确立劳动组织内部关系，是一种职业依附关系，使劳动合同中的当事人除了遵守诚实信用原则以外，劳动者一方还负有忠实的义务，保护用人单位的利益不受侵害是劳动者理应承担的责任。

忠实义务也指善意义务，是指员工基于其与用人单位间的劳动关系而负有的善意行事、忠实于用人单位，并为用人单位的事业尽心尽职的义务。员工的忠实义务的产生，是基于职业上的从属关系。用人单位为其提供了劳动就业的机会、场所，支付了劳动报酬，并为其积累了知识、技能，忠实于用人单位是劳动者的基本义务，无论劳动合同中是否明确规定，每个劳动者都必须履行忠实义务，忠实义务要求员工在劳动中应服从用人单位的指挥监督，对待劳动应尽注意义务，不得泄露单位的商业秘密。不能利用其知晓的企业业务信息来为其他公司牟利最终为己谋取不当的利益，而与此同时损害企业的利益。忠实义务因劳动关系内容不同及岗位之差异，在忠实义务的范围和程度上有所不同。特殊职业劳动关系的忠实义务应高于普通职业劳动关系。职务高的员工的忠实义务要高于职务低的员工。

忠实义务是竞业禁止的一项道德基础，当然也是诚实信用原则的一项具体内容。诚实信用和忠实义务正是竞业禁止的理论基石。

2. 人性自私假设促使竞业禁止制度的确立。

在建立竞业禁止制度的激励约束机制中，必须要依据正确的人性假设。经济学通常假定

各种经济行为主体是具有“利己心”(self-interested)的,所追求的是自身利益的最大化。自身利益的“最大化”是经济学上用来掩饰“自私”这个不便明说的概念的。从社会学角度看,人的本性都是趋利避害的,自私自利是人类社会发展进步的原动力之一。如果法律不对任意行为的人加以约束,必然导致社会群体的非理性行为,这样,个体互动的模式化形成的社会就会由脆弱的均衡重新陷入无序的冲突状态。我们过去的思想教育与道德教育,不重视从人性本身去发现制度的缺陷。我们不能希望个人就是非常的完美和高尚。因此,在设计激励机制上要减少短期化效应,防止员工为了自身利益而做出损害用人单位利益的行为,增加长期激励机制,让员工与用人单位之间的利益在某一程度上实现契合。竞业禁止制度正是从人性自私假设中确立的。

二、竞业禁止分类与适用范围

竞业禁止是防止竞业人对原从业的公司(企业)之利益产生冲击,为了维护原公司(企业)利益而设制的一项法律制度,它散见于公司法、合伙企业法、劳动法等法律、法规和司法解释中。正确对竞业禁止进行科学分类,有助审判实务中正确适用。

1. 根据主体范围的不同,竞业禁止分为一般主体的竞业禁止与特定主体的竞业禁止。

《合伙企业法》第30条规定:合伙人不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务。竞业的主体是全体合伙人成员具有一般性,这是对一般主体的竞业禁止。公司法第59条规定董事、监事、经理应当遵守公司章程,忠实履行职务,维护公司利益,不得利用在公司的地位和职权为自己谋取私利。第61条规定:董事、经理不得自营或者他人经营与所任职公司同类的工农业或者从事损害本公司利益的活动。《劳动法》第99条规定:用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者,对原用人单位造成经济损失的,该用人单位应当承担连带赔偿责任。此外,劳动法规定了合同后义务,即双方当事人可以在劳动合同中约定掌握用人单位商业秘密的劳动者在终止或解除劳动合同后一定期限内,不能到与原用人单位生产同类产品或经营同类业务且有竞争关系的其他单位任职,也不得自己生产、经营同类产品或业务。公司法中的竞业主体是董事、经理,劳动法中的竞业主体是未解除劳动合同的劳动者以及掌握原公司(企业)(下称原企业)特有商业秘密的人,竞业主体表现出特定性,以上是对特定主体的竞业禁止的规定。

2. 根据是否在职,竞业禁止分为任职期的竞业禁止与离职的竞业禁止。

任职期的竞业禁止是自营或者为他人经营与其任职公司(企业)同类的营业或从事损害原企业利益的活动。任职期的竞业禁止又分为同业竞争之禁止与兼业禁止。同业竞争之禁止,即董事、经理、雇员在任职期间不得为自己或他人经营本企业营业范围内的业务;兼业禁止,即董事、经理、雇员在任职期间不得担任同类企业的无限责任股东、经理、董事或同类合伙企业的合伙人;离职竞业禁止,即董事、经理、雇员在离职后一段时间内,不得利用自己在为前一企业工作期间掌握的知识、信息、经验、技能为自己或后一企业服务。

3. 根据是否以补偿为前提,竞业禁止分为补偿性的竞业禁止与非补偿性的竞业禁止。

劳动法规定:双方当事人可以在劳动合同中约定掌握用人单位商业秘密的劳动者在终止或解除劳动合同后一定期限内,不能到与原用人单位生产同类产品或经营同类业务且有竞争关系的其他单位任职,也不得自己生产、经营同类产品或业务。作这种约定时,用人单位应当给予劳动者一定经济补偿,否则该约定无效。而公司法规定董事、监事、经理以及合伙企业法规定的合伙人不得从事竞业活动是不以补偿为前提的,其归类于非补偿性的竞业禁止。

三、竞业禁止纠纷审查的几个主要方面

1. 合理补偿。用人单位给予劳动者合理补偿,是用人单位与劳动者签订离职竞业禁止协议生效的基本要件。一般来说,劳动者因不能从事自己擅长专业或所熟练的工作,收入或生活质量会不同程度降低。而用人单位会因为劳动者未参加该行业的劳动或竞争,可能现时或潜地从中获取相应的商业利益。从公平角度出发,用人单位应当给予劳动者合理补偿,以适当弥补劳动者由于不能从事合同约定的工作所造成的损失。

对于劳动者应得的合理对价的数额,根据每个劳动者和用人单位情况不同而不同,不可能有划一的数额标准。笔者以为,在限制期限内给雇员的补偿不得低于国家或劳动者所在地方控制的最低生活费标准。

2. 限制范围。竞业禁止限制的主体范围不宜过宽。用人单位签订竞业禁止合同应当具有可保护利益。只有企业花费大量人力、物力所开发的商业秘密、商誉、经营效益、业务关系等,才是竞业禁止的动因。企业应选择接触、了解或掌握企业商业秘密人员及其高级管理人员签订竞业禁止协议,达到保护企业核心秘密和经营利益的目的。对于只具有普通技能且未接触到用人单位商业秘密的劳动者签订的竞业禁止协议原则上无效。

3. 限制时间。可分三种情况:

(1) 不超过三年。国外竞业禁止年限最长有五年的时间。目前国内基本达成最长不超过三年的共识。

(2) 在高新技术领域不超过一年。当前知识经济时代,知识与技术更新节奏加快,高新技术领域一年就会产生技术与产品的升级换代,因此,竞业禁止限制期限不宜过长。目前,国内更替周期短的高新技术竞业禁止期限可以考虑一年。审判实践中,法院应当根据劳动者从事行业不同有所区分地确定限制期限,阻止企业规避法律阻碍新技术的开发、传播与利用,防止企业限制劳动者参与正当的市场竞争。

(3) 在特殊情况下,竞业禁止可以不受时间限制。只有劳动者接触到用人单位核心商业秘密,而且该秘密系用人单位重点保护的、具有重大利益的商业秘密,如果该秘密泄露会给用人单位造成重大损失时,用人单位才可以与劳动者签订长期或终身的竞业禁止合同。并且,用人单位应给劳动者在竞业禁止期间优厚的待遇,保障劳动者能够过上宽裕的生活。如可口可乐公司可以与掌握可乐配方的劳动者签订这种合同。但这只是少数特例。

参考文献:

- (1) 樊纲著《市场机制与经济效益》上海三联书店 1995 年 4 月版;
- (2) 常健、饶常林(华中师范大学)《试论商业秘密保护中的竞业禁止》广播电视大学学报(哲学社会科学版) 2002 年第 1 期;
- (3) 桂菊平:《竞业禁止若干法律问题研究》,载《法商研究》2001 年第 1 期;
- (4) 李迎春:《劳动合同 HR 指引:条款拟定与风险提示》法律出版社,2008 年 5 月版;
- (5) 董保华:《十大热点事件透视劳动合同法》法律出版社,2007 年 4 月版;
- (6) 常凯:《劳动关系学》中国劳动社会保障出版社,2005 年 6 月版;
- (7) 黎建飞:《劳动合同签订与风险控制》人民法院出版社,2007 年 3 月版。

作者单位:安徽北正律师事务所

股东代位诉讼相关问题探析

曹冬梅 汪运世

【内容摘要】我国 2005 年新颁布的《公司法》中首次确立了股东代位诉讼制度，立法上的变化反映出股东代位诉讼制度理论在我国已取得长足发展，也是我国《公司法》与国际接轨的重要举措。但是应该看到，股东代位诉讼制度在我国理论界和司法实践中仍存在诸多不足，有些规定过于原则和抽象，如何既保障股东代位诉讼发挥有效作用，同时又能避免滥用诉权、虚假诉讼行为的发生。这就需要不断进行理论创新和发展，以进一步发展和完善该制度，在鼓励诉讼、限制滥诉、保障股东权益和尊重公司人格之间寻求较好的平衡，以发挥该制度应有的功能。

【关键词】股东 代位诉讼 诉前救济 独立诉讼参加人 公司人格

一、股东代位诉讼制度源起

股东代位诉讼制度，是指当公司权益遭公司董事、监事及高级管理人员或他人侵害时，特定股东在满足法律规定的条件下，可以以自己的名义代位公司行使原本属于公司的诉权。也有人将其译为“股东代表诉讼”、“股东派生诉讼”“股东衍生诉讼”、“股东传来诉讼”。^①笔者以为，从制度设计上看，股东代位诉讼制度实际上特定股东在一定条件下行使本来属于公司的权利，唯有代位一词最为贴切。其他译法虽然不致有错，但总给人一种隔靴搔痒之感。特别是“股东代表诉讼”之译名，更是易与我国民事诉讼法中的代表诉讼制度产生混淆。

股东代位诉讼是起源于英美法系的一项重要公司法制度。1843 年英国普通法院通过 Foss 诉 Harbottle 一案，确立了著名的“Foss”规则。该规则的确立，最为重要的影响之一就是确立了股东原告资格原则，即当公司利益被侵害时，只能由公司作为唯一原告进行诉讼，股东不得行使该项诉权。

由于传统公司法理论过于强调对公司大股东的保护，对公司大股东和管理层缺乏相关的监管措施。当公司大股东或实际控制人为了个人私益，实施侵害公司利益行为时，根据“Foss”规则，如果公司不行使救济权，中小股东无法对公司受损权益进行救济。其结果必然导致广大中小股东对公司失去信心，最终也将影响到公司自身的良性发展。正是基于此种考虑，英国衡平法院通过一系列案例逐步对“Foss”规则进行了修正，并最终在 Wallersteiner 诉 Moir 一案中正式确立了股东代位诉讼制度。也有学者认为，股东代位诉讼制度最早出现于美国的 Attorney General 诉 Utica Ins.Co 案中^②。

随着股东代位诉讼制度在英美法系国家的建立和逐渐成熟，这一制度也受到了大陆法系国家的欢迎。法国、日本就分别于十九世纪末和二十世纪中叶在本国的公司法中确立了该制度。

二、股东代位诉讼制度突破了传统公司法的理论

传统的公司法理论将公司认定为具有独立人格的法人，股东出资成立公司后，公司就独立于股东而存在。公司的股东一旦把自己的投资财产投入并转移给公司，就丧失了对该财产

的所有权或使用权，其享有的仅仅是股东权。公司对股东投入的财产则享有完全的、独立的法人财产权。公司作为具有独立人格的法人，其中最为重要的是具有以下三种独立的属性：一是具有独立的财产。不仅包括股东为成立公司而投入公司的原始财产，还包括公司成立后通过运营所增加的财产。二是能够以自己的名义独立享有权利，当然也就包括了其中非常重要的权利——诉权。三是能够独立承担责任。

股东代位诉讼制度不仅突破了传统的公司为独立人格的法人理念。按民事诉讼法理论，原告必须是与被告之间有直接的利害关系。公司作为独立人格的法人，当其利益受到侵害时，提起诉讼的原告主体只能是公司本身。公司以外的任何第三人均不得行使这一专属于公司的权利。而股东代位诉讼制度，则赋予特定股东在满足一定条件下，对侵害公司权益的行为，行使本来属于公司的诉权，代位公司提起诉讼。

三、对原告股东资格的评述

确立股东代位诉讼制度的各国，均对提起诉讼的原告股东资格作出了一定的限制。一般主要是从持股比例（或数量）、持股时间、是否要求持续持股等方面作出或多或少的限制。如法国和德国公司法就要求原告股东必须持有一定比例的股份方可提起股东代位诉讼。^③美国对原告股东的限制则较为宽松，其仅要求原告股东在提起代位诉讼时拥有股份即可，即所谓的“当时股份拥有”原则，而对持股比例（或数量）未作要求。也就是说，在美国，持有一个股份的股东都有权提起股东代位诉讼。

之所以各国都对提起股东代位诉讼的原告股东作出一定的限制，这主要是考虑到，股东代位诉讼制度究其根本，实际上是将原本属于公司的诉权赋予个人股东或少数股东行使，以维护公司的利益。但是，不可否认的是，任何一个制度都存在两面性，如果不能进行妥善处理，势必带来不利后果。因此，为了尽可能避免滥用股东代位诉讼制度，甚至为了利用这一制度而临时获取股东资格，就需要从制度上对原告股东的资格设置一定的限制。

我国公司法对原告股东资格的限制区分了有限责任公司和股份有限公司，作出了不同规定。根据《公司法》第152条规定，对有限责任公司提起股东代位诉讼的原告股东资格，采取了较为宽松的“美国式”做法，即只要具有股东身份即可，对持股比例和持股时间均未作任何限制性规定；而对股份有限公司，则从持股比例和持股时间两个方面进行了规定，即不仅要求原告股东持有公司1%的股份，而且要求连续持股时间为180日以上。

笔者以为，我国公司法对股份有限公司原告股东连续持股180日以上的要求过于严格。股东代位诉讼制度通过赋予原告股东代位诉权，以救济公司被侵害了的权益。其首要功能是保护公司的权益，是第一位的；而对原告股东的限制设定只是为了防止不当诉讼对公司造成的不利影响，是第二位的，属辅助性功能。我们不能因为强调保护第二位的功能，而过于限制处于第一位的功能发挥其应有的作用，否则，就属于因噎废食了。特别是现阶段股东代位诉讼制度在我国刚刚确立，应鼓励其发展，而不应设置过多的限制。

对于股东资格拥有的时间节点方面，笔者认为，只要原告股东提起诉讼时具有股东身份即可，而不必要求原告股东在侵害行为发生时就必须具有股东身份。如果硬性要求原告股东必须连续持股达180日以上，那么当侵害公司的行为发生后才取得股东资格的股东，需要等到持股时间达到180日以上后方可起诉，显然不能及时有效地保护公司被侵害的权益。笔者建议，在公司法运营一段时间后，应逐步取消对股份有限公司原告股东持股时间的限制性规定。扩大原告股东的范围，充分发挥股东代位诉讼制度的应有功能，以便更好地保护中小股东的权益。

通过对国外相关国家股东诉讼代位制度的研究，有学者就指出，我国公司法还应就原告股东资格设定一些原则：一是“持续利益”原则，即要求股东在整个诉讼过程中保持股东身

份，享有股东权益，以防止提起诉讼的股东在案件审理过程中当发现裁判结果可能对自己不利时，故意转让股权使自己丧失股东身份，达到中止诉讼的目的，以逃避因败诉可能承担的不利后果。二是“纯洁的手”原则，即提起股东代位诉讼的股东必须对董事、监事、高级管理人员的违法违规行为未曾有明确的赞成、批准或默认，如果他批准或同意这种行为，就不得提起代位诉讼。^④

笔者以为，尽管“持续利益”在一定程度上限制了股东对股份的自由转让权利，但是在其代位公司行使本属于公司的诉权时，法律对其股份自由转让权作出一定限制是合理的。因为，股东对代位诉权的行使，并非基于其股东的自益权，而是基于法律的直接规定，且其一旦提起股东代位诉讼，诉讼的结果将会直接有公司来承担，并最终将会对全体股东产生不利影响。为了防止个别股东恶意提起代位诉讼，从而在制度设计上对股东提起代位诉讼后，对其股权转让作出限制规定。

至于“纯洁的手”原则，则是为了维护股东内部管理，尊重公司意思自治，督促股东积极慎重行使股权。当股东在公司内部管理机制中，已经就某项决议或董事、监事、高级管理人员的某种行为进行了明确的表态，或者虽未明确表态，但是也未明确表示否认时，该股东就不得对上述决议或行为提起代位诉讼。如果允许该股东仍然可以享有代位诉权，必然导致公司内部治理的混乱，同时，也必将导致股东消极行使股东权而滥用代位诉权，影响公司的正常运营和健康发展。

四、对股东代位诉讼前置程序的评述

从严格意义上来说，股东代位诉讼制度包含了前置程序和诉讼程序。一般而言，未经过前置程序的，不得进入诉讼程序。这是股东代位诉讼不同于其他诉讼的特点之一。按照现代公司运作机理，公司的内部管理实行意思自治原则和少数服从多数原则，股东代位诉讼打破了这两项原则。为了尽可能减少对公司内部事务的干预，法律要求原告股东在提起代位诉讼之前，必须用尽公司内部救济。其目的是给公司以自查之机会，通过公司内部进行处理，尊重公司内部管理原则。

《美国标准公司法》就规定股东必须“已向公司提出权利要求，并要求采取恰当的行为实现此要求”，并经过九十天的审查期后，公司不予答复的，方可起诉。而大陆法系国家一般都规定股东先要求董事会或者监事会对侵害公司权益的行为提起诉讼，只有经过一定时期，董事会或监事会没有给予答复或者不同意起诉的情况下，股东才能提起代位诉讼。

同时，各国还规定了诉前救济的豁免情形。如美国部分州的公司法就规定，当出现以下情形时，可免去前置程序：(1) 董事是所诉的过错行为人；(2) 董事在过错行为人的控制之下；(3) 董事们否认所诉过错行为的发生；(4) 董事们已批准了所诉的过错行为。日本公司法则规定，如果在提起前置程序的30天内，仍然有可能发生对公司造成不可恢复的损害时，可以不经前置程序而直接向法院提起代位之诉。

我国新公司法第152条对前置程序进行了规定：股东向董事会（执行董事）或者监事会（监事）提出书面请求后，前述主体在30天内未给予答复或拒绝请求的，原告股东方可提起代位诉讼。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，原告股东可不经前置程序而径行向法院起诉。可以看出，我国要求股东在提起代位诉讼之前，需要先书面请求董事会（执行董事）或者监事会（监事）进行权利救济，并给予30天的审查期。同时，该条还就前置程序的豁免情形作出了规定，即当“情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司的利益受到难以弥补的损害的”，原告股东可不经前置程序，径行提起诉讼。

笔者以为，我国公司法的上述规定过于笼统、抽象。何为情况紧急，可能不同的人会有不同的认知标准，很难形成统一认识，不利于司法实践中对该规定的实际操作。作为想要行

使股东代位诉讼的中小股东而言，其获取公司相关信息和材料往往非常困难。虽然新《公司法》第三十四条规定股东享有查账权，但在实践中公司与要求查账股东往往就查阅的理由或目的正当性及是否侵害所谓公司利益等问题产生争执。最终导致股东查账权落空，不利于股东及时掌握公司的相关信息，对股东提起诉讼平添了诸多不利因素。如何认识情况紧急，还需要通过对司法实践中具体案例的分析，并结合国外的一些经验，为“情况紧急”框定一个界限或认定标准。

五、公司在股东代位诉讼中的尴尬地位

如何认定公司在股东代位诉讼中的地位，在当前理论界中颇有争议。主要有以下几种观点：

1. **原告说。**该说认为尽管提起诉讼的是公司股东，但股东只是形式上的原告，真正的原告是公司。因为承担诉讼结果的主体最终都将会落在公司身上。原告股东与诉讼并不存在直接的关系。原告说的立论基础仍是建立在传统的公司法理论和民事诉讼法理论之上。然而，正如上文所述，股东代位诉讼制度已经打破了传统的公司法理论和民事诉讼法原理。公司原告说显然不能成立，况且正是因为公司怠于或拒绝提起诉讼，才导致股东代位诉讼的提起，对于一个不愿提起诉讼的主体而言，由他人代位提起诉讼时，其本身不可能成为该诉讼的原告。

2. **名义被告说。**有人主张将公司在股东代位诉讼中列为形式被告，其理由在于，股东代位诉讼的提起前提正是因为公司拒绝作为原告行使诉权，其只能成为被告。^⑤我们以为，该主张存在程序错乱和逻辑矛盾。公司怠于行使诉权发生在代位诉讼的前置程序中，一旦原告股东代位公司行使诉权进行诉讼程序，公司的诉权已经得到行使。进一步而言，当股东代位诉讼获得胜诉时，享有胜诉利益的并不是提起代位诉讼的股东，而是归属于公司。如果将公司列为被告，将会出现原告胜诉而胜诉利益归属于被告的逻辑矛盾。

3. **独立的诉讼参加人说。**主张该说的学者认为，公司在股东代位诉讼中处于中立地位，其既不协助原告对抗被告，也不得连同被告对抗原告。但是，其可以就事实和适用法律提出意见，维护公司的权益，法院的判决效力及于公司^⑥

该说主张的独立诉讼参加人，与我国民事诉讼法中关于诉讼第三人的规定颇为相似，但却又有所区别。根据民事诉讼法理论，诉讼第三人分为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，是指对他人之间的诉讼标的，不论全部或部分，以独立的实体权利人的资格，提出诉讼请求而参加诉讼的人。其最为明显的特征在于，该第三人有独立的诉讼请求，是与本诉有紧密联系的新的诉。而无独立请求权的第三人，是指对于已经进行的诉讼，就其当事人之间的诉讼标的，虽然没有独立的诉讼请求权利，但是案件的处理结果与其有法律上的利害关系，为了维护自己的利益而参加到当事人一方进行诉讼的人。其诉讼地位具有一定的从属性和相对的独立性，即其诉讼目的是为了帮助被参加一方赢得诉讼。因此，其有时候相当于原告；而有时候又具有相当于被告的诉讼地位。甚至在一定情况下，具有与参加诉讼的当事人完全相同的诉讼地位。因此，有学者认为，无独立请求权的第三人从参加诉讼时起具有当事人的诉讼权利和义务，使该第三人有权承认诉讼请求，有权进行和解或申请调解、有权提出反诉。^⑦

显而易见，股东代位诉讼中股东独立诉讼参加人说与传统的民事诉讼第三人理论不尽相同，而是一个全新的概念，属于一种理论上的创新。笔者认为，将股东代位诉讼中公司的诉讼地位列为独立的诉讼参加人，是目前解决公司在诉讼中处于尴尬地位的一次有效尝试。当然，对于这一主张，仍需要不断进行完善，就公司作为独立诉讼参加人参加诉讼的方式、在诉讼中具有哪些具体的权利等问题，还需要继续进行有益探索。

注释：

①刘俊海：《新公司法的制度创新：立法争点与解释难点》，法律出版社 2006 年 11 月第 1 版，第 251 页。

②赵万一、赵信会：《我国股东代表诉讼制度建议的法理基础和基本思路》，载王保树主编《实践中的公司》，社会科学文献出版社，2008 年 9 月第 1 版，第 428 页。

③法国要求原告股东必须持股 5%以上，德国要求则更为严格，其公司法要求原告股东持有已发行股份的 10%或者持有股本总额的市值在 200 万马克以上。

④郭卫华：《股权纠纷——新型典型案例与专题指导》，中国法制出版社 2010 年 1 月第 1 版，第 177—179 页。

⑤刘金华：《股东代位诉讼制度研究》，中国人民公安大学出版社，2008 年版，第 123 页。

⑥刘金华：《股东代位诉讼制度研究》，中国人民公安大学出版社，2008 年 5 月第 1 版，第 133 页。

⑦江伟：《民事诉讼法》（第二版），高等教育出版社，2004 年 1 月第 2 版，第 123—127 页。

作者单位：安徽永承律师事务所

我国独立董事制度评析与思考

蒋 凯

【内容摘要】本文介绍了独立董事制度的起源与法理基础，分析了独立董事制度在中国的实施情况及现状。同时由于我国实施的独立董事制度时间还不是很长，相关的法律制度尚未完全成熟，现实中仍然存在许多问题。需要我们建立更加规范和完善更加多元化的独立董事制度。

【关键词】独立董事 公司治理 监事会 独立性

一、独立董事制度概述及其理论基础

独立董事制度是指具有完全意志、代表公司的全体股东和公司整体利益的公司董事会成员，独立董事独立于公司的经营管理活动，以及其他有可能影响其独立性的经营活动，以免影响其独立和公正性，它不代表出资人、管理层、股东大会、董事会任何一方的利益，以平衡公司内部结构，为公司带来经营收益。在英国和英联邦国家将其称之为执行董事，而在美国则称为外部董事。我国的独立董事制度发展并非一帆风顺，从1997年12月证监会在《上市公司章程指引》中以选择性条款的方式，首次引入独立董事制度，到现在的《公司法》第一百二十三条中规定，在上市公司中设立独立董事制度。我国独立董事制度的发展可算是历经艰辛。而国外的独立董事制度早可追溯到上世纪的《美国投资公司法》。独立董事制度出现的原因是由于董事会在公司经营过程中并未起到其应尽的责任，因为董事会成员是由股东会选出的，在公司实际运行过程中，董事很难担当起其监督者的责任和义务。使得董事会对公司的经营方针和投资方案难有作为，基于董事会在实践中的“名存实亡”，独立董事制度的出现能很好的平衡公司股东和董事之间的权力划分，防止股东滥用权力，防止公司内部控制的出现。独立董事制度的理论基础有以下两个方面：

（一）一般认为，独立董事制度的理论基础是现代企业理论，美国经济学家阿尔钦和德姆塞茨认为，企业是一种团队生产的方式，最终产出物是一种共同能力结果的体现，这就需要有人对劳动过程就行有效的监督。公司也是一样，独立董事制度能够很好的充当监督者的职责。独立董事制度的建立能有效地割断大股东或经理人与企业绝对控制权相系联的可能性，解决内部人控制问题，能够有效地解决信息不对称并由此造成的外部治理信号滞后问题，能够有效地改善企业的经营决策。提高企业的效率和效益，能够使企业不完备的契约得以改进，从而使所有利益相关者的利益得以维护。

（二）独立董事制度的法律基础应该从公司的管理模式说起，纵观世界各国的公司治理结构，其框架可分为可以分为单层董事会制与双层董事会制。前者称为一元制，以英美国家为代表，后者称为二元制，可分为以德国为代表的董事会下设监事会，和以日本为代表的董事会监事会并存的模式。在实践中随着现代公司的发展，公司所有权和经营权的分离，资本的快速流动以及股权的分布面变广，英美公司的股东很难像以前一样对公司的各个方面进行有效的监督和管理，同时由于英美公司中没有设立监事会，为了弥补监督管理的缺乏而在制度设计上增设了独立董事制度。从理论上讲，这种独立董事制度是以“一元制”的公司治理结构为基础的，他作为一种内部制衡机制，试图对原有的内部管理机制进行必要的补充和完

善，发挥董事会在公司治理中的作用，维护公司全体股东的利益。可以看出独立董事制度的出现是经济发展的必然产物，我国在上市公司中引入的独立董事制度也在社会主义市场经济的基础下应运而生。

二、独立董事的法律特征及设立的必要性分析

为什么我国公司法要在上市公司中引入独立董事制度，这就要从独立董事的法律特征上进行分析。独立董事的法律特征主要有以下三个方面：（1）独立性，独立董事的首要特征就是其独立性，主要分为法律地位上的独立，和表达意愿的独立。独立董事在公司治理结构中有其独立的法律地位，其不同于由职工代表和股东代表组成的监事会，同时由于独立董事不是公司聘用的经营管理人员，所以也不同于一般的董事会成员。但是独立董事却拥有对董事会决议独立的表决权。这就决定了独立董事在法律地位上的独立性。同时由于独立董事不拥有公司的任何股份，所以可以避免被公司大股东控制的情形，避免公司的“内部控制”，使得独立董事可以自由的表达自己的意愿，最大程度的维护公司和股东的利益。（2）专业性，独立董事一般是由有公司经营相关经验或者有经济、法律、管理等相关知识的专业人士担任。所以和一般董事相比，独立董事在对公司管理及监督方面具有明显的优势。（3）公正性，独立董事的公正性特征也是独立董事制度设立的一个初衷，在实践中，正是由于绝大部分董事会成员已经成为了股东的代言人，尤其是为大股东所控制，使董事往往成为其傀儡，事实上就损害了其他股东的利益，不利于公司的发展和经营。所以董事的公正性就显得至关重要，独立董事的公正性特征能够很好的弥补这一缺陷。从独立董事的特征中可以看出，独立董事制度要弥补的正是我国公司，特别是上市公司中存在的问题和缺陷。目前，我国上市公司由于长期受计划经济的影响，特殊股权结构，法制结构还很不完善，中小股东的利益得不到有效保护，所有者缺位导致经营者的监督流于形式。在上市公司中，董事会的“内部人”现象比比皆是，监事会的成员大部分由工会主席和职工代表构成，监事会成员不熟悉财务规则已经成为比较普遍的现象；公司的首席监督者—董事长和首席被监督者—总经理兼任的现象比较普遍，实际上是自己监督自己，自己评价自己。正是因为董事会难以起到监督和管理的作用，所以在董事会中引入独立董事对内部人进行监督和制衡就显得尤为迫切。然而，独立董事制度在我国的运作还处于摸索阶段，实践中还存在不少问题，主要有以下几个方面：（一）法律规定不完善，我国新《公司法》对于独立董事予以明文规定，相较以前公司法而言无疑是立法上的一大进步，但是对于其相关配套法律法规制度及相关的一系列规定并未加以完善，这为实践中独立董事制度的有效实行埋下了隐患。（二）“一股独大”的股权结构。一些长期研究金融证券的专家学者认为：由于国内的上市公司，股权过度集中，公众股东高度分散，董事会、监事会实际上由大股东或由内部人控制，一般董事出于自身利益考虑，往往不愿得罪大股东，因此董事会大多是第一大股东说了算。这样，大股东在公司决策中滥用控股地位，违规进行关联交易为自己牟利。这种违规操作的现象已经屡见不鲜。而这种内部人控制问题的解决主要在于通过产权制度改革塑造新的“外部人”。所以，我国推行独立董事首先要使其在行使权力不受制于控股股东，这就必须要逐步创造独立董事制度发挥功能的股权结构基础，即实现股权结构的多元化和分散化以及加强股权的流动性。（三）对于独立董事的定位不准，在实践中对于独立董事的认识存在着不少误区：董事会往往把独立董事看做公司的监视，还有的认为，独立董事不过是出谋划策而已，是公司的智囊团。以上的这些对独立董事的曲解不利于独立董事发挥其应有的作用，往往是独立董事制度形同虚设。（四）独立董事制度与我国监事会制度的冲突。独立董事制度主要盛行于英美这些并不设有监事会的国家，他们通过引入独立董事制度以加强董事会的独立性。而我国在股东大会下设有董事会和监事会，分别行使决策权和监督权。监事会专门作为维护股东利益，监督董事和经理的机关。这样独立董事制度可能会在多个方面与

现有的监事会制度产生冲突,如果不能处理好二者之间的关系,就不能发挥独立董事的作用,甚至会削弱二者功能。

三、完善我国独立董事制度的几点建议

第一, 树立多元化的公司治理理念。独立董事只是公司内部有效监控机制的一种方式。因此,在英美等国选择独立董事制度作为有效手段时,大陆法系国家如德国、日本等采用了“监事会”的治理模式,我国《公司法》亦同样选择了监事制度这一治理模式。没有必要给予独立董事制度过多的功能、过高的希望。随着改革的不断深化,市场环境已日渐改善,公司结构日趋多元化,原国有股一股独大的单一结构将因国家退出一些竞争领域而大为改观,尤其是随着股权分置改革渐进尾声,股权多样化、分散化的大格局不可逆转,市场秩序的自生自发性质将日渐突出,将为这一制度发挥更大的功效提供可能。这就意味着,独立董事制度作为一种监督理念,一种公司自治模式,成为公司治理的选择路径之一。

第二, 完善股权分配结构,合理的股权结构是公司治理的前提。我们必须建立合理完善的股权分配结构,去改变实践中很多公司“一股独大”的局面。如果不改变这种局面,独立董事制度将很难发挥其作用。独立董事也很难真正独立的起来。所以根本上的解决办法就是通过分散股权,让股权制衡体现在董事会的运作之中,从而建立起均衡的股权分配制度,保障每个股东的利益,这也是使独立董事发挥作用的前提条件。

第三, 完善独立董事激励制度。独立董事的特征之一就是公正性,为了保证其公正性,一般要求独立董事不能和公司的经营有重大利益关系。而事实上,在现代的市场经济体制下,在要求独立董事尽职尽责的同时,又要求其和公司的盈利保持相对的“独立”,这对市场经济下的“经纪人”来说未免不近情理,在缺乏经济利益的驱动下,我们很难要求独立董事努力工作。在实践中缺乏完善的独立董事激励机制。独立董事往往得不到大额报酬,或者其获得的报酬很公司的业绩没有任何的关系。在这种情况下,独立董事往往不能保持其应有的独立性和公正性。只有使独立董事承担的义务和责任和其所获得的报酬相一致时,才能使其为公司的利益作出最大的努力和贡献。

第四, 协调好独立董事和监事会之间的关系。我国的公司治理结构模式为双层制,股东会之下并行设立董事会和监事会,董事会的主要职能是公司的经营决策,监事会的主要职能是监督董事、经理的行为。在这种情况下,如何把独立董事制度合理的纳入现行的公司治理体制,如何处理好监事会和独立董事之间的关系,既发挥独立董事的作用,又不干涉监事会的职能。这就需要我们处理好两者之间的关系。显然,我国现行法律制度在这方面并未做出完善的制度设计,使得在现实中,独立董事和监事会往往不能做到各司其职。正确处理好两者之间的关系就要求两者既不能管得太宽又不能互相推诿责任。笔者认为,要协调好二者之间的关系首先应该分清二者之间的职能,独立董事的职能主要包括了公司经营决策制定、公司管理人员人事任免、为公司提供科学多样化的思维、理念等等。而监事会的主要职能是对于公司日常经营行为的监督,以及对于董事、经理的监督。这种监督更应该倾向于是一种事后监督。这种监督涵盖了包括检查、评价、反馈等多种功能在内。独立董事通过参与公司经营方针的决策,实际参与到公司的决策中来,能够及时的纠正公司经营中的不当行为,并提出科学的经营策略。所以,独立董事对公司的监督更加侧重于事前和事中监督。监事会的事后监督正是对独立董事监督的补充和完善。只有协调好二者之间的关系,分清二者之间的职能划分,才能使其各尽其责,使独立董事跟好的融入我国的公司治理结构,发挥其应有的作用。

参考文献:

- ①石元康：《当代西方自由主义理论》[M].上海三联书店，2000。
- ②王文钦：《公司治理结构之研究》[M].北京：中国人民大学出版社.2005。
- ③伍帼瑾：《关于我国实行独立董事制度的法律思考》[J].北方工业大学学报 2002.12。
- ④刘灵芝：《论独立董事与监事会职权的重叠与协调》[J].当代法学，2002.3。

作者单位：安徽徽商律师事务所

我国上市公司收购防御决议机制立法模式的反思与重构

朱 庆

【内容摘要】我国 2006 年版《上市公司收购管理办法》对上市公司收购防御措施的决议机制由原则禁止转变为了股东大会决议模式。这一转变虽有若干理由支撑，但均不能立足。相反，2001 年的旧版规定在某些方面反而更具合理性。对我国上市公司收购防御措施的决议机制应采董事会决议模式，同时禁止若干类型的防御措施。这一模式既可摆脱股东大会决议模式可能带来的弊端，又能顺应董事会中心主义的潮流，保护股东整体利益，并兼顾社会责任的实现，当为我国立法采纳。

【关键词】收购防御 立法模式 股东大会决议模式 董事会决议模式

我国 2001 年版《上市公司收购管理办法》（以下简称《收购办法》）第 33 条第 1 款规定：“被收购公司的董事、监事、高级管理人员针对收购行为所做出的决策及采取的措施，不得损害公司及其股东的合法权益。”同条第 2 款还规定：收购人做出提示性公告后，被收购公司董事会除可以继续执行已经订立的合同或者股东大会已经做出的决议外，不得提议股份回购等六类收购防御事项。^②这条规定不但将收购防御权交由股东大会把持，甚至还禁止董事会提出实施收购防御的提议，是一种非常严厉的立法模式。2006 年修订的《收购办法》第 33 条态度出现软化，相关内容被改为：“收购人作出提示性公告后至要约收购完成前，被收购公司除继续从事正常的经营活动或者执行股东大会已经作出的决议外，未经股东大会批准，被收购公司董事会不得通过处置公司资产、对外投资、调整公司主要业务、担保、贷款等方式，对公司的资产、负债、权益或者经营成果造成重大影响。”该规定删除了上述六项收购防御的禁止性规定，不过公司要采取收购防御措施，仍以股东大会决议为必要条件。

对于新版《收购办法》采取的收购防御股东大会决议模式，国内学界多持肯定意见。不过在笔者看来，尽管现行立法模式可以找到很多理论依据，但其实都站不住脚，颇有反思与修正的余地。下文将先对支持收购防御股东大会决议模式的理由进行评析，证明其不充分性；然后进而论证董事会决议模式的优势及我国采行的可能性，最后得出结论。

一、收购防御股东大会决议论的理由

（一）目标公司董事在收购环节不值得信任

虽然在严格的法律意义上，“企业兼并”和“公司收购”是两个不同的概念，^③但它们对于控制权的影响却如出一辙，公司收购也极可能使被收购公司的管理层失去控制权及控制权收益，在公司所有者（股东）与管理层不相重合的情况下，预期丧失控制权及其收益的目标公司管理层对收购企图进行抵抗是自然的逻辑。^④鉴于董事会在并购事件中面临严重的利益冲突，此时责任的重要性已经高于权力的重要性，因此很多学者主张董事会对敌意并购仅能采取完全消极被动或极其有限的回应。^⑤

在我国这一问题可能会更加严重。因为其一，目前我国上市公司效益良莠不齐，不少公司连年亏损，盈利从每股几分钱到一角、二角的更是比比皆是。在这种现状下，如果允许董

事会采取收购防御措施，势必出现董事滥用权利，挥霍公司资产以保住其职位，将严重损害投资者利益。^⑥其二，控制权损失的不可补偿性对我国国有企业兼并（收购）也会产生不小的影响。在国外私有制公司中，控制权和剩余索取权有可能部分重合，管理层因收购导致的控制权收益损失至少部分地得到货币收益增加的补偿，而对我国上市公司管理层持股的统计材料表明，董事、经理在公司中的持股比例极小，^⑦其结果是控制权收益损失不可能在货币收益方面得到补偿；此外，我国上市公司管理层的薪酬制度还处在探索期权、期股的时期，建立包括“降落伞”在内的补偿机制尚待时日，因此缺乏国外股份公司中存在的缓解管理层抵抗收购的机制。在此背景下，董事们有激励对公司收购“义无反顾”地进行抵制。^⑧鉴于董事在收购环节存在严重的利益冲突，因此其不值得信任。

（二）目标公司股东大会能够理性决策

实证研究也表明，控股股东的存在是解决经理人与股东利益冲突问题的一种有效方式，并且已有许多研究提供了大股东在公司治理中重要作用的相关证据。^⑨一旦股权集中到大股东依赖其所有权可以实现对公司的完全控制时，大股东将有强烈的动机和足够的能力对经理人员进行监督，经理人和股东之间的代理问题就不再重要。^⑩

因此有学者提出，现阶段我国上市公司股权结构较为集中的状况，决定了将收购防御决策权归属于股东大会也是可行的，因为控股股东有激励做出理性的决策。我国多数上市公司中有控股股东存在，股东大会能反映公司股东（起码是大股东）的意愿和要求，股东能积极参与公司管理，选择管理者。^⑪而且，我国国家股股东作为机构投资者，从来就很清醒，以致出现干涉公司日常经营，政企不分现象。因此在是否采取收购防御措施这个重大决策上，由股东大会自己决定而不是董事会代为决定是恰当和可行的。^⑫

（三）外部监控机制构建需要限制收购防御行为

公司收购在发达证券市场上同时也是一种外部监督机制。如果董事会可以任意决定收购防御操作，拒绝他人对公司股份进行收购并在成功后改组董事会，会令公司收购这种外部监督形式失去意义。既然自主选择经营者是不可剥夺的股东的固有权力，影响股东对经营者选择的公司收购防御措施也应当由股东来决定。^⑬此外，法经济学者指出，意欲从事并购的公司必须花费研究成本才能确定特定目标公司股价表现不佳系肇因于无能的经营，当该公司展开收购活动时，他同时也是向其它的潜在收购者指出目标所在，若目标公司可以利用收购防御措施拖延交易完成的时间，就可能会有更多的收购者加入竞争，由于这些搭顺风车的收购者并未支出最初的研究费用，因此他们出得起的价钱会比第一位收购者高，导致第一位收购者不得不提高价格，从而减低其可能获得之利润。亦即，目标公司的抵抗会降低收购者搜寻并购目标的动机，不但股东从并购中获利的机会随之减少，公司外部监督的效能也因此流失。^⑭

我国上市公司采取的公司治理模式与董事制度类似于德国等国的内部治理模式，但现实效果却使各上市公司往往处于严重的内部人控制状态，公司董事会、监事会及经理等经营管理和经营管理人员之间的相互监督往往流于形式。鼓励上市公司收购，加强外部监督不失为降低上市公司代理成本、提高其经营效益的重要途径。相应地，对收购防御行为则宜采取较为严格的立法规制，以避免其冲抵公司收购的积极作用。^⑮限制或禁止董事会采取收购防御措施，有利于通过要约收购，将资产转移到高效率的经营者手中，更充分地发挥资产的效用。^⑯

（四）我国公司法制度渊源与基本理论决定了我国应选择股东大会决议模式

有学者从制度渊源角度研究，指出我国颁布的《股票发行与交易管理暂行条例》、《收购办法》等规制公司并购的主要法规都主要借鉴的是我国香港地区的立法例，因而从规范体系上讲，在收购防御模式设计上也应借鉴英国及香港地区的模式。^⑰

而根据我国公司法基本理论，一般认为股东是公司的所有者，股东大会是公司的最高权

力机关，与公司有关的重大事务应由股东大会决定。从权利来源角度看，董事会及管理层的权力相对于股东大会的权力而言，是从属性的，次要的。董事会及管理层在公司中的地位及市场中的地位决定了他们无权也不应单独采取收购防御行动。⁽¹⁸⁾作为公司的经营机构，董事会的权利被认为是源自公司股东的授权。董事由股东选任，其任务在于负责公司的业务执行，无权决定由谁控制公司。收购防御操作往往涉及公司财产和债务的重大变动，与股东利益息息相关。要约收购是收购者与股东之间的合法证券交易，董事会无权介入，更无权阻止股东自行决定以何种条件、以及向谁出售股份。因此目标公司的经营者应对收购采取消极行为，即不采取任何收购防御措施，而让目标公司股东自己决定是否出售股份给收购者。⁽¹⁹⁾

二、对收购防御股东大会决议的质疑

虽然上述支持收购防御应由股东大会决议的理由看来非常有力，并在我国学界占据了绝对优势的地位，但细去推敲，我们会发现其实任何一条理由都不充分。

（一）解决董事利益冲突的应对方案非以股东大会决议为首选

目标公司董事在公司收购中存在利益冲突固然是毋庸置疑的事实，但董事利益冲突的制度对策有很多选项，是否一定要由股东大会决议来解决则有待商榷。⁽²⁰⁾例如在关联交易、自我交易等场合，董事也可能存在利益冲突，但各国法律或者直接交由董事会决议，关联董事回避表决即可；或者可以先行操作，由股东大会追认。为何独公司收购场合董事会不能决议？若法律在这个地方剥夺董事会的权力，在其它同样有利益冲突的情况中，法院将不得同样剥夺董事会权力。⁽²¹⁾如果公开并购中因利益冲突所造成的风险较高，可以用较严格的检视标准，不代表必须剥夺董事会的决议权。可能有人会指出，在公司收购场合，目标公司内部董事需要集体回避，因此有必要将收购防御事项交股东大会表决。但在采纳独立董事制度的国家，董事会中有相当数量的独立董事，他们与公司收购并无利害关系，而且通常占董事会人数 1/3 甚至 1/2 以上，利益冲突交易仍然可由独立董事进行表决。退一步说，如果连独立董事都不能信任，法律还可以直接禁止进行若干类型的收购防御行为，以免生流弊。

再者，责任机制、声誉机制、报酬机制等也是对利益冲突行之有效的应对方案。如果董事为自保而采取不当的收购防御措施，导致公司或股东蒙受损失，例如低价变卖了公司优质资产，高价赎回收购方的所持有的本公司股份等，股东可以提起代表诉讼追究董事责任；如果董事的防御措施令股东不满，而纷纷用脚投票，进而导致股价下跌，董事声誉将蒙受损失，这无疑也会约束董事的行为。如果引入管理层的退休金计划，建立合法的赎买机制，董事也会更加勤勉的为股东利益服务，因为“增加经理的股份，也许是减少兼并障碍及阻止无效率兼并发生的最有效手段”。⁽²²⁾总之，对董事会权力的限制并不等同股东有优位的决策权。⁽²³⁾

（二）目标公司控制股东比董事利益冲突程度更深

如果说在英国这样上市公司股权结构非常分散的市场，为解决目标董事会在公司收购中利益冲突问题，选择由股东做出是否采取防御措施的最终决议是理性之举的话，在我国这样一个上市公司股权结构非常集中的国度，学习英国采股东大会决议模式则无疑是“邯郸学步”。因为我国目标公司控制股东在公司收购环节，存在的利益冲突甚至比董事更大。董事在公司收购中顶多暂时丢掉工作，在我国这样一个很多国有企业仍然比照行政管理体制来安排人事的国家，⁽²⁴⁾即使公司被收购或搞垮，董事们往往之后还会“另有任用”。而控制股东在收购人收购成功的情况下，或者丧失控制权，或者控制权被大大削弱，这当然是其无法接受的。

我国上市公司控制股东可以从上市公司获取极大的利益早已不仅是一个“潜规则”了。“卧榻之侧，岂容他人安睡”？在收购方未经目标公司控制股东许可，擅自发出敌意收购要约时，控制股东自然会竭尽全力地维护其控制权。此时如果将收购防御措施交由股东大会表决，则正中控制股东下怀。前文指出的我国上市公司股权结构非常集中的实态，加上控制股东对收

购防御措施事项无须回避表决，促使相关方案顺利通过几无障碍。不仅如此，他们还可以借股东大会“集体决议”的名义，与董事们一起享受责任豁免。

（三）限制或支持收购防御与其决议模式无关

股东大会决议论者主张应当发展控制权市场，因此对目标公司收购防御措施应持限制或否定态度；而限制收购防御措施的一个被认为很有效的方法便是限制董事会对此类措施的决议权。这似乎是一条非常自然的逻辑链，不过这两个环节其实都不严谨。

首先，立法对收购防御措施应当支持、限制乃至否定亦或者是保持中立一直未有定论。在美国一直存有多种学说，各自成理，且均有判例与实证结论支持。发展控制权市场固然是好事，但亦有学者指出，认为遭并购活动淘汰者都是无能的或是不良的经营者，其实是太过天真的假设，事实上有许多优秀的经营者同样也会在并购活动中被取代。一旦摒除这种先入为主的观念，就可以发现公司经营管理者捍卫自己职位的行动不必然具有可责性。不可责性虽然不能排除利益冲突的本质，但也意味无须将对自利交易的谴责加诸其上。^⑥此外，要求公司不抵抗的规定实际上反而是让收购者可以提出仅稍微高于市价的价格，^⑦有效地打压目标公司的售价。所以，对于并购活动对社会整体是否具有正面效果的问题，回答时应该考虑到，因搜寻、并购活动次数增加所带来的利益与目标公司股东被迫以不佳价格出售股票的成本比较。再者，让收购者可以低价并购，享有大部分利益的正当性必须是并购活动的利润皆是因为收购者除去了无能的公司经营者而产生，但是事实证明并购活动中利润的来源会因个别情况而不同。^⑧欧洲国家对收购防御持限制立场，与期望资本在各国之间顺利流动，便利跨国并购有重大关联，这也是欧盟《收购指令》制定过程中，各国对董事会权力限制条款争议颇大的原因。

其次，即使对收购防御采限制性立场，导出应由股东大会决议通过的结论也未必放诸四海而皆准。例如在我国，笔者虽然赞成发展控制权市场，限制公司收购防御措施，但实施情况是，我国上市公司的股权结构决定了股东大会未必比董事会更值得信任。^⑨控制股东几乎完全控制股东大会，且对其决议不负任何责任，而董事会中好歹还有相当数量的独立董事，如果我们对公司内部监控还抱有期望的话，那么就应当也只能信任独立董事在此类重大事件上的判断与独立意见。近年来，中国证监会和相关部委对独立董事制度非常重视，独立董事群体在公司治理中的作用也越来越大，在股东大会、监事会和主管机关监控等监控方式的比较中，独立董事无疑是最值得期待的。退一步说，即使独立董事也不可靠，没有摆脱“花瓶董事”的旧角色，也比控制股东操纵股东大会决议且无人对其负责要好。

（四）历史渊源与学界通说只是解释论的依据，而非立法论的方向

对于我国公司收购立法受到英国模式较大影响的见解笔者表示赞同，不过这只能解释为何我国目前选择收购防御的股东大会决议模式，并不能指明立法论的方向。此外，在股东大会中心主义统治我国公司立法及学界通说多年的背景下，学者们观念上对董事会决议收购防御事项有着先入为主的排斥心理，这也可以理解，不过同样也无法证明股东大会决议模式优于董事会决议模式。

综上，收购防御措施的股东大会决议模式更适合我国其实是一个“似是而非”的伪命题。这一模式不但无助于公司控制权市场的发展，反而会成为其最大“掣肘”，此点不得不查！更糟糕的是，在股东大会决议模式下，“恶意”阻碍公司收购进行的董事与控制股东无须承担任何责任，责任机制无法发生效用。相对而言，对董事会决议模式稍加完善，完全可以适应我国公司收购实践发展的需要。

三、董事会决议模式的诸多优势

（一）符合经营判断事项原则上由董事会决议的两权分离要求

随着科技的发展和生产力水平的提高，公司的所有权与经营权日益分离，董事会的地位

得到加强,董事会中心主义顺应社会经济生活发展潮流已成大势所趋,这为目标公司管理层享有收购防御决定权提供了最直接和最有力的依据。^③由于股东在精力、时间、技能、信息、经验上都非常有限,而董事熟悉公司业务,并且具有丰富的专业知识和技能,能够平衡股东利益并兼顾公共利益而做出决策,挫败收购人实施的旨在获取公司控制权后掠夺公司资产的行为。因此,如果目标公司董事会合理地认为抵制一项敌意收购符合公司的最佳利益,而并非用来或主要用来巩固董事个人在公司中的地位和对公司的控制权,那么,就可以依据经营判断准则认定其抵制行为合法有效。^④正如特拉华州衡平法院法官所言:股东没有接受公开收购的契约权利,股东经由并购活动获取溢价的能力须仰赖董事会采取防御措施的诚实商业判断。^⑤

(二) 有利于保护股东整体利益

在股权较为分散的公司,无组织的股东无法与有备而来收购方平等议价。股东囿于自己时间、精力及专业技能的不足,往往对公司的经营状况,发展前景等等均不甚了解;对投机性股东而言,更是如此。对公司经营状况的漠不关心导致股东信息的匮乏,而收购方在这方面则恰恰相反,其在发动要约收购之前已投入大量时间、金钱,^⑥对目标公司进行了深入研究,并掌握了充足的信息。因此,目标公司股东由于信息不对称而在谈判中处于明显不利地位。“有组织、无纪律”的股东根本无法形成一个整体力量,像单个所有权人(a sole owner)那样与交易对方即收购方讨价还价。^⑦这样,目标公司经常会落入“强盗”之手,公司及其股东利益受到极大侵害。^⑧由董事会充当拍卖人并可以采取收购防御措施,可以促使潜在的收购方不得不主动先与目标公司董事会谈判,以寻求董事会的支持,而不是一开始就发动敌意收购,从而更有效地保护股东利益。

在股权较为集中的公司,大股东可以左右股东大会决议,而大股东对敌意收购本能的排斥会导致股东大会决议无法保护中小股东可从收购中获得的利益。相对而言,董事会在独立董事的参与和责任机制的约束下,其决议反而可能会尽可能照顾到中小股东利益。我国多数上市公司即适其例。

(三) 有利于实现公司社会责任

公司社会责任理论认为,现代公司已不再单纯是股东实现其利益最大化的工具,公司负有广泛的社会责任,除股东以外,还应对债权人、雇员、消费者、社区利益负有责任。因此,由董事会决定是否对一项敌意收购进行收购防御时,不会像股东大会那样受股东利益局限,从而能合理地维护利益相关人的利益。^⑨股东的对短期利益的追求往往促使其在公司收购战中抛售股份,这样收购便可轻易成功,而收购方在接管成功后将公司分拆出售。这不仅会破坏公司长远计划的施行,还会造成工人失业、销售网及供应渠道被毁等社会成本。公司的社会责任理念使得公司不再是股东谋求利润最大化的工具,公司董事会必须同时兼顾其他利益相关者的利益。董事会采取收购防御措施迫使收购方撤回要约,看似剥夺了股东以一个较高价格出售其股份的权利,但这是权利社会化的体现,应予认可。基于这种理念,如果董事会合理的认为一项要约收购将严重损害非股东的利益相关者,例如收购成功将导致公司解体,工人大量失业,地方政府税收剧减等,应有权采取收购防御措施,尽管该措施限制了股份的自由转让。^⑩如果目标公司董事会合理地认为抵制一项敌意性要约收购符合公司的最佳利益,并且该行为符合董事的忠实义务,并非用来或主要用来巩固董事个人在公司中的地位和对公司的控制权,那么,就可以使用商业判断原则(the business judgment doctrine),认定目标公司董事会的抵制行为合法有效。即使该抵制行为损害了公司及股东的利益,但只要符合董事善管义务的要求,就可以根据商业判断规则(the business judgment rule)免除董事的个人责任。^⑪

四、构建禁止部分收购防御措施基础上的董事会决议模式

综上，将收购防御措施最终决议权交给股东大会的立法模式并不符合我国的本土情况，采董事会决议模式能够避免现行模式的种种弊端，而且符合董事会中心主义的立法趋势，应当为立法论的方向。

不过虽然董事会对收购防御的决策权力值得认同，但正如同 Unocal 法院所言，目标公司董事会对恶意并购之抗拒总是笼罩着自利的阴影。因此对明显不利于公司及股东整体利益的收购防御措施仍需加以限制，只不过应当采用股东大会决议模式以外的方式进行。方案之一是直接禁止部分反收购措施。这看来过于生硬，但对于我国而言，未尝不是理性的选择。我国 2001 年版《收购办法》第 33 条在敌意收购背景下明文禁止实施部分收购防御手段的立法，在笔者看来，反而较 2006 年修订后的版本更加高明，应该利大于弊。毕竟要约收购的期间不长，董事会何必非在此间进行这些重大利益冲突交易呢？方案之二是参照英国《城市法典》为董事会对部分收购防御措施的决策权设置例外，规定须经证监会审核方可实施。只是这样的话，证监会的负担可能会大大加重，因为如果要对此进行实质审查，成本无疑会很高；而形式审查几乎没有什么意义。

注释：

1、英美法中的 takeover defence 或 defense of tender offer 在我国通常被称为“反收购”，本文则建议使用“收购防御”的措辞，以期给此概念一个更为中性化的称谓，同时也更加贴近其英文的原意。Defense 意为“防卫、防御”，是一个中性概念，而“反收购”以“反”冠名，易招致读者的“反感”，因为“反”在我国带有较为浓重的感情色彩，“反对”相对于“同意”、“弃权”而言，是一种较为激烈的不合群的反应，不符合我国“和为贵”的传统思想；再加上“造反”、“反革命”这些国人没有好感的组词方式，“反收购”在用词上便可能首先引来国人心理上的抵触情绪。此外，“收购防御”的用词更加符合实际情况，公司保护自己免受收购威胁的措施有事前与事中措施之分，前者是以一种非常和平的方式实现的，就像是构筑收购防御工事，保卫自己免受收购者袭击，此时并无明确的敌人，自然也没有“反”收购的对象。这样，“反收购”这一对抗性很强的概念用以指称“收购预防”措施时，有用词不当之嫌；而“收购防御”一词囊括“预防”的含义并不困难，因为“防御”本身既有“预防、抵御”之意。因此本文认为，即使学界继续坚持使用“反收购”的概念，也应对其限缩解释，仅用以指称目标公司的“事中防御”措施。

2、具体包括：(一)发行股份；(二)发行可转换公司债券；(三)回购上市公司股份；(四)修改公司章程；(五)订立可能对公司的资产、负债、权益或者经营成果产生重大影响的合同；但是公司开展正常业务的除外；(六)处置、购买重大资产，调整公司主要业务；但是面临严重财务困难的公司调整业务或者进行资产重组的除外。

3、公司收购指通过受让股权取得目标公司的控制权，广义的企业兼并包括收购与合并，狭义的企业兼并仅指合并，即一家企业吸收合并另一家企业（后者消失）或两家企业新设合并为一家新企业（前两者均消失）。

4、汤欣. 目标公司管理层的行为限制[J]. 中外法学. 2000(5): 617-629.

5、See e.g., Gilson R J. A Structural Approach to Corporations: The Case against Defensive Tactics in Tender Offers. Stan. L. Rev., 1981, 33: 819.. Easterbrook F, Fischel D. The Proper Role of a Target's Management in Responding to A Tender Offer. Harv. L. Rev., 1981, 94: 1161..

6、黎友强. 目标公司董事会是否有权采取反收购措施吗?——美国立法例研究及其对我国的启示[J]. 法律科学. 1997(4): 60-67.

7、魏刚(2000)对国内 813 家上市公司 1998 年年报中公布的董事会成员、总经理和监事会成员的报酬情况和持股情况进行考察，发现上市公司高层管理人员持股水平偏低，其总体

持股量占上市公司总股本的比例在纺织业最高 (0.85%), 在房地产、公用事业、金融业、冶金业、制药业较低 (0.04%), “零持股”的现象相当普遍。魏刚. 高级管理层激励与上市公司经营绩效. 经济研究, 2000, (3).

8、张维迎. 控制权损失的不可补偿性与国有企业兼并中的产权障碍[J]. 经济研究. 1998(7).

9、Shleifer, Vishny. A Survey of Corporate Governance[J]. Journal of Finance. 1997, 52: 737-783.

10、参见李增泉. 国家控股与公司治理的有效性[D]. 上海: 上海财经大学, 2002; 徐晓东, 陈小悦. 第一大股东的所有权对公司治理和企业业绩的影响[J]. 经济研究. 2003(2): 64-74.

11、梁静溪. 论目标公司反收购决策权的归属及行使[J]. 学习与探索. 2002(3): 68-71.

12、黎友强. 目标公司董事会有权采取反收购措施吗?——美国立法例研究及其对我国的启示[J]. 法律科学. 1997(4): 60-67.

13、梅君. 上市公司收购与股东大会制度[J]. 法学评论. 2001(1): 146-153.

14、Easterbrook F H, Fischel D R. The Proper Role of a Target's Management in Responding to a Tender Offer[J]. Harvard Law Review. 1981, 94(6): 1161-1204.

15、杨鹏慧. 董事制度与上市公司反收购的法律规则[J]. 投资研究. 1999(11).

16、黎友强. 目标公司董事会有权采取反收购措施吗?——美国立法例研究及其对我国的启示[J]. 法律科学. 1997(4): 60-67.

17、范健. 我国反收购之立法政策: 股东大会中心主义的制度基础与保障[J]. 商业经济与管理. 2006(11): 62-67.

18、朱广东. 上市公司反收购决定权悖论[J]. 江苏商论. 2003(8): 92-93.

19、张舫. 公司收购法律制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 1998: 198.

20、施天涛教授即指出, 对利益冲突交易规制的关键在于公平性审查, 对于程序公平主要还是依靠非关联董事而非股东大会来保证。参见施天涛, 杜晶. 我国公司法上关联交易的皈依及其法律规制——一个利益冲突交易法则的中国版本. 中国法学, 2007, (06): 126~140.

21、Bainbridge S M. RESPONSE SYMPOSIUM: Director Primacy in Corporate Takeovers: Preliminary Reflections[J]. Stanford Law Review. 2002, 55: 715.

22、张维迎. 控制权损失的不可补偿性与国有企业兼并中的产权障碍[J]. 经济研究. 1998(7).

23、Bainbridge S M. RESPONSE SYMPOSIUM: Director Primacy in Corporate Takeovers: Preliminary Reflections[J]. Stanford Law Review. 2002, 55: 791.

24、我国很多上市公司的高管都是由主管机关派入, 甚至还保留处级、厅级等行政级别, 企业被收购后, 仍可回原单位继续任职。

25、Dooley M P. Fundamentals of Corporation Law[M]. New York: Foundation Press, 1995: 562.

26、See supra note p550.

27、Clark R C. Corporate Law[M]. Boston: Little, Brown and Company, 1986: 553~540.

28、在大股东绝对控股的背景下, 大股东比董事在收购战中的利益冲突程度更深, 而且股东大会决议模式会令大股东得以轻易逃脱法律责任。对此笔者将另行撰文分析。

29、官以德. 上市公司收购的法律透视[M]. 北京: 人民法院出版社, 1999: 298.

30、Auerbach V. Bennett. 47N.Y.2d.

31、Moran v. Household International, Inc., 490 A.2d 1059, 1070 (Del. Ch.)

32、收购方发动收购前, 单单是寻找目标公司、分析目标公司经营状况等调查研究费用据统计每股要摊上 10 美元之多。见 Easterbrook F, Fischel D. The Proper Role of a Target's Management in Responding to A Tender Offer. Harv. L. Rev., 1981, 94: 1178.

33、黎友强. 目标公司董事会有权采取反收购措施吗?——美国立法例研究及其对我国的启示[J]. 法律科学. 1997(4): 60-67.

34、上世纪七八十年代以后, 并购浪潮中的两个发展趋势也有力支持了上述观点。其一,

“任何一个公司，无论其规模多大，也无论其业绩多好，都面临着敌意性收购的威胁”。首先，是小鱼吃大鱼式的杠杆收购。这往往是通过发行垃圾债券(junk bond)筹集资金，收购方自有资金只占一小部分。而这些现金和资产对于目标公司长远计划的实现是必不可少的。这种破坏性行为无疑损害了目标公司的长远利益。而所谓收购集团则无异于一伙强盗，在抢劫得手后进行分赃。其二，要约收购的目标由原来经营状况差，盈利不佳，市盈率较低的公司转向那些经营良好，利润丰厚的公司。而获得这类公司的目的，往往不是继续经营，而是将其分拆出售以牟取暴利。基于此，1984年美国联邦最高法院称将最小限度地干预公司管理层采取收购防御措施抵制要约收购。只要目标公司董事会合理地相信，该项要约不符合公司最佳利益时，董事会就有权采取收购防御措施进行抵制。See Hector. Is Any Company Safe From Takeover?. Fortune, 1984, (4). Greene, Dupler. Group Bid Becomes Important Acquisition Tactic. Legal Time, 1985-01-21. The Committee On Corporation Law :Guidelines for Director : Planning for and Responding to Unsolicited Tender Offers. The Business Lawyer, 1985, 41 : 229~230.

35、梁静溪. 论目标公司反收购决策权的归属及行使[J]. 学习与探索. 2002(3): 68-71.

36、Lipton M. Takeover Bids in the Target's Boardroom[J]. Bus. Law. 1979, 35: 101.

37、胡鸿高, 赵丽梅. 论目标公司反收购行为的决定权及其规制[J]. 中国法学. 2001(2): 122-131.

作者单位：安徽元太律师事务所

论合伙协议无效的法律处理

夏旭阳

【内容摘要】《合同法》第 58 条设计的合同无效返还财产的处理规则，适用于具有对价性的合同；而合伙协议属于具有共同经营同一事业性质的合同，合伙人之间的权利义务并不具有对应性。因此，合伙协议无效时，一般合同无效的溯及效力与财产返还效力并不当然适用于它，其具有复杂的法律状态。应当区分合伙事业是否开展以及强调合伙本身的组织性，返还主体的特殊性来处理此类纠纷。

【关键词】合伙协议 合同无效 对价性 同向性 溯及力 返还财产

合伙企业与公司、个人独资企业一起作为现代企业三种基本的法律组织形式，由于其设立门槛低、治理方式灵活以及税收等方面的优势，深受广大投资者的青睐。成立合伙企业，一个必须的也是最为重要的条件就是应当具备合伙协议。合伙协议属于合同的一种类型，目前一般认其为无名合同，应受合同法总则规范的调整。作为合同，它也可能存在法定的合同无效的原因，因而在司法审判实践中合伙协议也经常面临被宣告无效的处境，然后判决依据《合同法》第 58 条的规定，对合同双方的利益进行处理。然而，合伙协议与普通的合同之间存在着很大的差异，既有的判决处理方式在法理上存在重大的逻辑问题，因而有必要进行研究，为合伙协议无效的正确界定提出一个合理化的建议。

一、既有裁判及其产生的疑问

检索既有的有关合伙协议无效后果的法院判决，基本上都是裁定由被告合伙人返还原告合伙人的出资财产，也即《合同法》第 58 条的所谓返还财产。例如，2010 年某市中级人民法院的一份判决书就认为：本案合伙协议无效，牛某作为实际收取原告武某钱款（合伙出资款）并支配其流向的一方，有义务向武某返还。^①2007 年成都市某区的一份法院判决更是直截了当地写道：撤销双方签定的《合伙协议》，由付某返还原告杜某投资款 200 万元；杜某对于合伙协议自始无效亦有过错；杜某与砖厂经营过程中获得了分红，故本案对杜某要求付某赔偿资金利息损失的请求不予支持。^②

分析这类民事案件及其判决结果，至少可以发现有这样几个共性：一方合伙人起诉另一方合伙人，诉请宣告合伙协议无效都是在协议签定之后并已经开始合伙经营活动相当长的一段时间之后（如二年）；基本都判决由败诉的被告合伙人返还原告的出资款，有的可能还包括了出资款的利息等方面的内容。这实际上表明，司法实践中一概认定合伙协议无效具有溯及效力，即自始无效；基本上都以《合同法》第 58 条为依据，认定既然合同无效，则须返还财产，且由败诉的被告合伙人返还。

此类判决不免使人产生下列疑惑，如果自始无效，那么在履行该无效合同期间产生的合伙企业债权债务问题该如何处理，如何保护与合伙企业交易的无过错的相对人利益；返还出资财产的主体为一方合伙人，那么试问取得合伙人出资与合伙经营中新增的财产的主体是合伙组织还是合伙人个人？如果无法正确客观的回答这些类问题，那么这些判决可以被认为是教条地援引《合同法》第 58 条的条文，其实对第 58 条的精神实质并没有作出深入的分析。因此，合伙协议无效所涉及的两个根本性的问题，归纳起来就是协议无效宣告的溯及力问题和

投资款返还主体的问题。

二、合伙协议无效的溯及力问题分析

合同无效是指合同当然、自始、确定不发生效力。其中自始无效的效力与时间概念紧密联系。对于买卖、赠与等所谓一时性的契约，自始无效固属合理，但对于象劳动契约或合伙契约这样具备继续性关系的契约，在其适用上就会产生相当复杂的法律状态。王泽鉴先生认为应采“有瑕疵的劳动契约或合伙的理论”，当劳动或合伙关系事实上业已开始，再行主张其无效的，则只能向将来发生效力。^③也就是说，在此种情形之下，合伙协议的无效宣告没有溯及力，只能自判决生效之日起，始生无效的力量，此前的合伙关系视为有效。

由此观之，合伙协议无效的溯及效力的认定，应区分为两种状态。一种为合伙企业的共同事业尚未开始，则应径行适用法律关于无效或撤销的规定；一种为合伙企业共同事业实施之后，才发现合伙契约具有无效事由或因有瑕疵得为撤销。第一种情形自无疑问，需要着重探讨的当属第二种情形。在此情形，如果直接适用自始无效的原则，难免产生两点困境。首先就外部关系而论，合伙契约既然自始无效，执行合伙事务合伙人的代理权就失去了依据，其他合伙人也可对此不负责任，那么信赖该合伙契约有效成立的第三人不可避免地要遭受不能预测的损害。其次就合伙内部关系而言，若适用自始无效的规定，则一切执行事务的行为、财产的给付、损益的分配、报酬费用的支出等，均失去其法律上的基础，只能依不当得利的规定使负返还义务，不但处理起来困难，而且有违常情。^④

为破解上述困境，德国 Haupt 教授创造了“事实上之合伙关系”理论。该理论认为，在合伙协议被宣告无效或被撤销之前，合伙之共同事业既已实施，则合伙关系实际上业已存在的事实，在法律上就不能被视若无睹。虽欠缺契约有效的基础，仍应承认其为事实上的合伙关系，适用合伙的法律规定。^⑤依据该理论，合伙协议虽具有无效原因，但由于其共同事业已经开展，应该视其为有效，等到合伙人主张其为无效之时，合伙关系才从该时刻起，归于无效。总而言之，解决第二种情形疑难问题的捷径在于限制合伙协议无效或撤销的溯及力。

这种主张不仅便于解决上述难题，也是符合当代法律思想发展之趋势的。合同无效撤销制度规制对象为典型的个人主义法律关系，它是 19 世纪自由主义思想的产物。自近世以来，人们的价值观念开始改变，意思表示制度不仅体现了个人的自由，同时也被赋予了一定的社会功能。在某种特别情形，如为保护当事人的利益，或为了交易的安全，主张意思瑕疵之权利应受到影响，可以全部或一部排除无效撤销之规定的适用，或限制其效力范围。合伙协议亦有这种变革思想的余地。因为合伙在性质上属一个具有继续性的契约，带有团体性色彩，共同事业既已实施，在内外均已发生一定的法律关系，涉及到广泛的社会范围，因而为了合伙人或第三人的利益，应限制无效或撤销的效力，使类如终止或解散，只能向后发生效力。^⑥大陆学者崔建远先生对此亦持赞同的态度。^⑦

三、合伙协议无效产生的返还财产问题分析

《合同法》第 58 条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”合伙协议被宣告无效的判决，也都是以本条为其法律依据，判定由败诉的被告合伙人返还原告合伙人对于合伙企业的出资财产。形式上看似乎没有问题，且严格遵守了法律，即原被告均为合同的当事人，依据《合同法》，由败诉的被告合伙人返还另一方当事人的财产也顺理成章，更何况他还是合伙事务的执行人，并且掌握着合伙组织资金的流向。但是仔细分析与研究之后，会发现其逻辑错误是明显的。因

为合伙合同中的当事人并没有基于合伙协议从对方相对人处取得任何财产，又何以谈得上返还财产于对方呢？

如所周知，合伙协议如同公司的章程一样，是合伙企业最重要的内部法律文件，是确定合伙人之间权利义务关系的基本依据。^⑧与其他的给双方当事人设立权利义务的债权合同相比较，它们之间既有共性也有不同之处。因为其共性，因而合同法的许多条款对其具有适用性；因为其特性，因而合同法的一些规范不能直接适用于合伙协议纠纷的解决。因而认识和辨析合伙协议的个性乃是解决《合同法》第 58 条能否直接不加区分地适用于此类纠纷的关键之所在。

合伙协议与一般的债权合同的不同主要体现在以下方面：合伙协议中当事人的利益具有同向性，均以经营共同事业为目的。与买卖合同、租赁合同等不一样，这些合同当中，各方的利益具有对应性，一方的权利就是另一方的义务，均以追求对价为目的。而合伙合同是一种共同行为，合伙协议当事人的出资并不构成相互之间的对价关系。基于合伙协议可以产生合伙组织，其不具有法人的地位，但具有一定的团体性，能够作为特殊的民事主体而存在。^⑨合伙人的出资构成合伙组织的财产，接受出资财产的是合伙企业，而非任何一个合伙成员基于该协议取得了财产。尽管在合伙组织中，某一个合伙人可能被选举为合伙的负责人，管理合伙的财产，但其负有的是保管义务，取得的是合伙事务的执行权，而非接受合伙人给付出资的受益人。被告合伙人没有基于合同取得对方的出资财产，而判决径行宣告由他个人返还对方的出资是不符合法理逻辑的，也是违背了合同法规定的精神的。即使有财产返还，返还的主体也应当是合伙组织本身。

四、结论

基于上述分析，合伙协议被宣告无效，应当分为两种情形分别处理。一是合伙协议成立之后，尚未开始营业，则其无效有溯及力，由合伙组织将出资款返还给出资的合伙人，有过错的合伙人承担缔约过失责任。二是合伙协议成立之后，已经开始了营业活动，则应当按下列规则处理。首先，该无效宣告不具有溯及力，仅对宣告之后的将来产生效力。其次，应当由合伙人共同对营业期间的合伙事务进行清算，清理其间的债权债务，其处理方法完全按照有效合伙的债权债务处理规则操作；合伙财产足够清偿债务的，由合伙财产清偿，不足清偿的，由普通合伙人对经营期间的债务承担无限连带责任。第三，清算之后，合伙财产有剩余的，应当由合伙组织按协议或法律规定返还给出资的合伙人。最后，其他合伙人对于合伙协议无效负有责任的合伙合同当事人，可以依据合同法追究其缔约过失责任，承担信赖利益受损的赔偿责任。

注释：

- ①参见（2010）淮民一初字第 00021 号《安徽省淮北市中级人民法院民事判决书》。
- ②参见（2007）龙泉民初字第 473 号《成都市龙泉驿区人民法院民事判决书》。
- ③王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 482 页。
- ④王泽鉴：《民法学说与判例研究（1）》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 119 页。
- ⑤王泽鉴：《民法学说与判例研究（1）》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 119 页。
- ⑥王泽鉴：《民法学说与判例研究（1）》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 119-120 页。
- ⑦崔建远：《合同法》（第 4 版），法律出版社 2007 年版，第 98 页。
- ⑧苏号朋：《论合伙企业中的合伙协议》，《甘肃政法学院学报》1997 年第 3 期，第 28 页。
- ⑨王金凤：《无名合同》，中国民主法制出版社 2003 年版，第 296 页。

作者单位：安徽龙兴律师事务所

“委托个人理财投资”案件处理的再审视

——以合同效力及保底条款处理为重点

沈 鹏

【内容摘要】个人接受企业个人委托进行理财投资的事例已不鲜见，而且由于利益性目的明显加之股市风险不定，极易发生亏损承担和利益分配的纠纷。国家对于理财投资受托主体的特许不应成为否定个人受托理财合同效力的缘由，当然双方保底条款的约定当属无效，但也不能因此否定委托理财合同的效力。亏损承担应当与利益分配约定与各自过错相挂钩。

【关键词】个人受托理财合同 保底条款 亏损承担

近些年来，随着传统储蓄业务较于物价上涨的滞后、专业投资领域的专业分工等原因，一些手中持有一定资金的民众以及中小企业热衷于委托证券公司和个人进行股票、期货等金融类产品的投资，期望得到较高的收益。大多数民众倾向于选择正规合法证券公司进行委托理财，但也有部门民众经亲朋介绍选择委托具有金融产品专业知识和较多经验的人员进行投资，并相互约定费用的收取和利益的分成。股市毕竟是高度风险化的交易市场，投资者的期望有时会落空，一旦难以取得收益甚至损失较大，就容易与受委托者产生纠纷。如何看待双方形成的委托理财投资行为以及其中保底条款的效力是亟待解决的问题。

本文无意分析受托人为专业证券机构、商业银行时的情形，只着眼于受托人为个人的情况。

一、个人受托理财合同效力

个人接受他人委托进行股票、期货投资成立委托理财合同并有效的唯一疑问就在于个人不可能取得证券投资这一国家特许经营事业的资格缺失。2005年修订的《证券法》第125条明确规定证券资产管理业务须经国务院证券监督管理机构批准。据此，有人就按照“举轻明重”解释方法认为，专业证券公司若想经营证券资产管理业务都得证监会批准，个人没有这一资格更加不能接受委托进行资产管理，所以就按照《合同法》五十二条（五）款的规定作无效处理。^①如此“简单粗暴”的处理方式最大的弊端就是严重违反当事人的原有意愿，把实实在在发生的经济交易归于清零，不符合市场交易主体投资自由多元的活跃气氛^②。在笔者看来，个人受托投资理财合同不仅成立而且有效。理由如下：

（一）“举轻明重”并不必然采用。“举轻明重”只是众多解释方法中的一种，当通过这一解释方法得出的结论明显有违于合同双方的意愿，我们就不应该一味的采用这种解释方法。本文讨论的主题就属于这种情形。

（二）尊重市场主体自由选择。出于投资的需要，市场主体有自由选择投资方式的权利，我们身边已经大量存在许多新型投资方式，《信托法》也赋予了个人委托他人投资的权利，我们没有理由无视这些现象而“一刀切”的判令交易无效，扼杀市场经济中新型投资关系的孕育。

（三）生活中大量实例的启示。现代社会中，大量经营资格必须经过行政许可才可以获得。不具备旅馆经营资格的小旅馆、不具有文化娱乐经营娱乐证的网吧等等大量存在，每天都有大量此类合同成立并生效，如果按照“无资格合同就无效”的思路，那么每天就会有大量

量合同是无效的,双方当事人应当返还财产并按照各自过错各自承担责任,这是难以想象的局面。

(四)《合同法解释二》第14条明确了《合同法》第52条第(5)项规定的“强制性规定”,是指效力性强制性规定。对于管理性和效力性强制性规定的区分方法,王利明教授提出三分法:第一。法律、法规规定违反该规定,将导致合同无效或不成立的,为当然的效力性规定;第二。法律、法规虽然没有规定:违反其规定,将导致合同无效或不成立。但违反该规定若使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益,这也属于效力性规定;第三,法律、法规没有规定:违反其规定,将导致合同无效或不成立,虽然违反该规定,但若使合同继续有效并不损害国家利益和社会公共利益,而只是损害当事人利益的,属于取缔性规定(管理性规定)。^③另外,按照第七次全国民事审判工作会议上的意见,管理性规范是指法律及行政法规未明确规定违反此类规范将导致合同无效的规范。此类规范旨在管理和处罚违反规定的行为,但并不否认该行为在民商法上的效力。^④所以,有理由认为,个人受托进行理财投资的行为当属于管理性强制性规定,不属于合同法五十二条中违反法律行政法规的情形。

此外,署名“高民尚”发表在《人民司法》2006年第6期的《审理证券、期货、国债市场中委托理财案件的若干法律问题》也支持了笔者这一看法,该文认为“对于受托人为自然人的,因数量较少且过于分散,尚不至对金融市场产生不良影响,所签订的委托理财合同一般亦应认定为有效。”

综上所述,个人受托理财投资的行为系双方真实自愿意思表示,不存在违反法律行政法规因素,成立委托理财合同并有效。

二、保底条款效力与整个合同效力的关系

在笔者搜集的大量案例中,委托人与受托人之间订立的关于“确保按时收益多少”、“固定回报率”等等保底条款必然存在。前述“高尚民”一文对于现实生活中的保底条款分为三种类型:保证本息固定回报、保证本息最低回报、保证本金不受损失,并且把保证本息固定回报条款的委托理财合同认定为借贷合同,因为受托人保证本金返还并加以固定利息。这种看法还是较为妥当的。^⑤余下的“保证本息最低回报”、“保证本金不受损失”其实都是“下保底,上分成”的类型。这些保底条款应属无效。理由如下:

(一)《证券法》第144条明确规定了证券公司不得以任何方式对客户证券买卖的收益或者赔偿证券买卖的损失作出承诺。这是对于此类行为的禁止,它表明国家过于这类行为的强烈态度。

(二)保底条款有欺诈之嫌疑。证券投资作为风险巨大的投资手段,没有任何机构和个人可以控制其收益。受托人对委托人作出保底承诺明显违背客观事实,可以认为是带有欺骗性的宣传手段。

(三)保底条款容易导致投资混乱。本来市场有多种投资方式,而保底条款的存在使得大量资金不正常流入证券投资市场,容易造成股市泡沫。

保底条款无效应当说是没有异议的,问题是保底条款的无效是否会导致整个委托理财合同无效。对此,“高尚民”一文认为保底条款往往是委托理财合同的核心条款,直接影响委托人的缔约目的,故如果保底条款无效,则整个委托理财合同无效。这种看法在笔者看来,有前后矛盾之嫌。既然认为委托理财合同有效,又认为保底条款无效导致委托理财合同无效。笔者认为,保底条款无效只说明“亏损保底”的约定无效,但是对于“盈利分配”的约定是有效的,换言之,委托理财合同的其他条款效力不受影响。不可否认,委托理财有不少盈利的情形,在这种情形下,如果委托人以委托理财合同无效的理由起诉至法院,而法院以“盈利分配”的约定也属无效判决受托人返还本金以及收益,这是对于不诚信的委托方是一种鼓

励。实在是违公平正义原则。受托人毕竟是投入了大量的精力和智力劳动，没有理由无视这种脑力。^⑥

三、亏损情况的责任分担

在亏损的情况下如何处理整个委托理财合同才是绝大多数案件中遇到的棘手问题。对于此问题，各地法院做法不一，最高院民二庭与上海高院民二庭的意见为两种典型^⑦。前者认为受托人返还全部委托资产本金并支付同期存款利息，后者认为受托人只需返还剩余资产并可以适当收取报酬。

笔者认为，最高院民二庭的意见难言合适。保底条款无效，却可以获得本金加利息，这与合同有效已经没有区别了，合同有效也不过如此。另外，委托人并非没有一点过错，其置正规合法证券公司不选，而轻信个人理财人员，却不承担合同无效的一点责任，难以和我国现行合同无效制度相符合。而上海高院民二庭的意见恰好走向另外一个极端：受托人毫无损失，还能获取报酬。所以上述两种看法都不能令人满意。笔者认为可以按照两个标准来确定损失承担：一是盈利约定的分配标准，权利义务对等的规则方式对双方都属公平；另一个是双方各自过错的程度。例如有的受托人暂时挪用了部分资金、隐瞒了真实投资股票信息、不能及时通知委托人信息等等因素都可以来推定受托人的过错。当然这仅仅是受托人存在额外过错的情形，委托人也与存在过错的可能。这样一来，亏损承担的标准与盈利分配的标准也能保持一致，而不至于双方各自承担权利义务过分不平衡。

在笔者看来，根据这两个判断因素得出的结果是较为公平的，也希望尽快有这样的司法案例出现。同样，最高院关于委托理财合同的司法解释应该加强调研，避免“高尚民”一文中出现的某些不足。

注释

①按照这一思路进行处理的参见：吕宇、何琼：《金融类委托理财合同的形式与效力》，载《中国审判》2008年第8期。该案判决原被告之间的《资产委托管理合作协议》无效，同时将受托人从委托人处获得的4.5万元管理费作为非法收入予以收缴。

②对于我国现行合同无效制度的疑虑，参见王卫国：《论合同无效制度》，《法学研究》，1995年第3期。

③参见王利明：《合同法新问题研究》，中国社会科学出版社，2003年版，289-290页。

④参见最高人民法院副院长奚晓明在全国民商事审判工作会议上的讲话：《充分发挥民商事审判职能作用为构建社会主义和谐社会提供司法保障》。

⑤当然也有论者不同意这种认定为借贷合同的做法，见徐子良：《委托理财案件法律适用难点辨析》，《法律适用》，2011年第1期。

⑥广东省有一案例判决较为合适。受托人盈利900余万元，后委托人仅付50万元，法院按照双方订立的受托人可得盈利3成的约定判决委托人应支付受托人282万元。参见“委托理财：赚了却少付报酬，法院让履约”，《新华每日电讯》，2009年2月5日第2版。

⑦前述“高尚民”文就是最高人民法院民二庭集体创作的。上海高级人民法院民二庭的意见体现在人民法院出版社2005年1月出版的《委托理财纠纷案件审判要旨》一书中。

作者单位：安徽许继光律师事务所

公司治理：企业家的再生产

钟仁玖

【内容摘要】起源于西方的现代企业制度讲究公司治理结构，表达了“意思自治，权力制衡，信息对称”的基本法治思想。而我国的公司法实践却经常地将公司治理与企业管理混为一谈，公司结构缺乏自我复制和自我修复的能力，公司经营屡屡遭受信用危机、环境危机和社会危机。因而，结合我国公司发展水平，确立公司治理的合理目的，寻求公司治理的正当手段，是公司法律实务中亟待解决的重大问题。

【关键词】定价权 企业家 公司治理 再生产

国家建立现代企业制度，赋予人们成立和运行公司的组织权，是为了寻求最强大的社会经济基础，克服自然强制，分担社会压力，谋求人的发展和社会的发展。公司治理所采用的手段，都应当与这个目的相匹配。公司治理不是为了少数人的利益，公司治理必须避免滑向其目的的反面。

人们克服自然强制，分担社会压力，不是凌乱不堪的，而是通过有组织、有秩序的社会化生产活动来逐步实现的。公司本身就是社会化大生产的一种高级组织形式。正确认识和准确运用公司治理的手段与作用对象，对于实现公司治理目的，是至关重要的。我国公司实务中曾提及完善公司治理结构，但是，什么是合理公司治理结构，却一直没有下文。为此，我从社会关系主导权的逻辑起点开始，结合我国公司发展的实际水平，着力讨论这一问题。

一、社会关系的主导权：定价权

有序的社会生产与社会生活，源自人们相互之间对于各自劳动的尊重。现代民事法律制度正是缘着对人的劳动的尊重这一社会伦理，确立了社会关系的主导权要素，构建了越来越丰富的社会关系群落，拟定了基本的社会生活秩序，有效推动了物质文明进程。这些社会关系的主导权要素分别是：物，人格身份，劳动资质，知识产权，社会信用。

民事法律制度确立的社会关系主导权，动态地维持了全社会范围内的供求平衡。而且，随着主导权要素向人的鲜活劳动输出的逐步逼近，全社会的供求平衡，逐步地从强制平衡，走向了自觉平衡。

公司掌握这些社会关系主导权要素，直接的目标只有一个，即获得价值交换的定价权。公司所掌握的主导权要素越多，获得定价权的话语权重就越大。

而否认、取消和限制社会关系的主导权，就会直接导致生产的萎缩和社会的蜕化。人类在此是有惨痛的历史教训的。例如，中国传统社会只强调集权政治集团对全社会财产的占有，所谓“普天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣”。整个社会生活秩序，在集权政治生态中，是脱离人的鲜活劳动的，是着力通过“君君臣臣，父父子子”的家国同构身份关系来维持物质消费资料供求关系的强制平衡的。社会生活纠缠于物与身份之间，让失意的政客和文人们，除了偶尔能看到人民的困苦之外，常常“物我两忘，纵情山水”。“明月松间照，清泉石上流”的诗意布景，掩饰不住无限的惆怅与落寞。当工业革命的冲击洞开国门后，民族的悲剧上演了。

历史的影响尚没有远去，全球化浪潮又滚滚而来。目前，我国的资源与权益的资本化率较低，身份垄断经营严重，劳动资质管理混乱，知识产权总量薄弱，征信制度严重落后。与此同时，我国公司面临的自然环境压力越来越大，承担的社会保险费率又位居世界之首，在世界范围内产业链末端地位没有根本性改变。如果我国公司不努力争取定价权，那么，将难以摆脱亏损直至被兼并的命运，国家的经济安全将受到严重威胁。所以，认清公司存续的逻辑起点，对于实现公司治理目标，非常必要。

二、社会关系群落与社会生活秩序：一将难求

在现代社会化大生产条件下，公司要获得劳动产品的定价权，条件非常苛刻。在此，我们首先要区分一下，劳动产品的定价策略与价值交换的定价权这两个不同的概念。定价策略是在现有的生产条件、社会条件下，采用风险偏好较大的高价，或者风险偏好中度的平价，或者富有扩张意识的低价的具体价格形式。而定价权，是将静态的物权、财产权、知识产权、劳动资质和社会信用等，通过经济组织如公司实现资本化，推进到动态的生产循环中，获得价值增量和价格增量的一种生产活动权能。

公司的定价权，是在三个层面的社会关系群落中，处理了价值交换的多重矛盾后获得的：

第一个社会关系群落，就是公司与股东之间的投资回报关系，与劳动者之间的雇佣劳动关系，与银行之间的货币借贷关系，与消费者之间的产品供求关系，与同业者之间的竞争协作关系，以及与政府之间的税费征缴关系。这一社会关系群落，构成了公司生存与发展的基本社会环境。

第二个社会关系群落，就是从生产、流通、分配、消费，到再生产的循环链条。不同商品的生产、流通、分配与消费，就似一条条矿脉，有机地构成了人们创造的社会总财富。沿着某条“矿脉”开采，是公司发展的一般途径。

第三个社会关系群落，就是第一、第二和第三产业的联动关系。产业联动的直观表现，是人口的城镇化加速，以及由人口城镇化推动的生产方式与生活方式的深刻变化。社会的发展，就表现在三个产业的联动中。具有战略眼光的公司，可以在产业联动中稳步崛起。

公司所面对的这些社会关系，其群落越来越复杂，群落关联性也越来越强。但身处这些社会关系群落之中并掌握价值交换的定价权，却越来越具有不确定性。不认识 and 把握这种不确定性，任何一家公司都很难在市场波动中独善其身。

那么，如何把握这种不确定性呢？我们知道，经典物理学通过动力学方程和运动学方程，描述了自然世界的运动规律。劳动产品的供求关系，也处于社会生活的中观范畴。我们可以借助“价值泡沫”的概念，来很好地理解公司在不同社会关系群落中需要处理的社会矛盾。

价值泡沫，是一个价格增量，是商品与服务向消费方向流动的动力。如果没有一个价格增量，生产者会削减产能，裁撤人员；流通者会延期周转，囤积居奇，对消费者惜售；分配者则会发生照管不力，分配粗糙，公权私用，引发社会不公；而消费者如果没有获得消费者剩余，也会用脚投票。只是，所有积累起来的价值泡沫，最终都需要消费者来承受。

正是因为人们在生产循环中都希望获得属于自己的价格增量，人的劳动潜能才被不断地激发出来，价值流动才有了极强的方向性。人们又根据这个方向，不断拓展新的生产领域，提高劳动产品丰度，改善了全社会的供求平衡。由此，我们可以这样重新定义“价值规律”：价值决定价格，价格围绕着价值与价值泡沫的总和上下波动。价值规律告诉人们：价值泡沫刺激了人的劳动输出；通货膨胀趋势不可避免。

当然，分享劳动成果与分担社会压力之间是有矛盾的。这一矛盾，直接地对公司的定价权，形成了泡沫挤出的压力。此时，需要国家掌握的货币信用系统的支持，通过金融杠杆提

高资本化率，持续制造消费需求，将消费过程产生的债权、债务关系，从当期推向远期，以缓解供求矛盾，熨平经济波动，维持当期供求平衡。这就出现了所谓的工业资本与金融资本的联合，垄断趋势十分明显。也正是这个原因，一般等价物即货币本身，经历了贝壳、布帛、铸币、纸币到磁卡记录的历史演进。与一般等价物的发展相呼应的，是经济组织特别是公司的组织形式，迅速向拥有发行“私人货币”即股票、权证的权能方向发展。

认识和把握这些经济与社会运动的规律，是为了避免在分担社会压力时出现零和博弈。那些随意转嫁社会压力而不是通过有效劳动分担社会压力的公司，必将被社会所抛弃，不论其代表的是私人利益，还是体制的利益。而认识和把握这些经济与社会运动的规律，是由人来实现的。可是，并不是每一个人都能从必然王国走向自由王国，正所谓“千军易得，一将难求”。那么，统帅公司的“将才”们从哪里来呢？我们还是回到公司内部，来着力进行阐述。

三、资本婚姻的规约即公司章程：权力制衡，信息对称

公司章程是股东成立公司时克服相互矛盾的最初契约，是企业家发挥作用的基本制度。意欲统帅和正在统帅公司的将才们，是要熟悉和遵守公司章程的。公司章程着重从以下六个方面，确认了公司的上层建筑：

1、宣示法人格，表达股东权。其中，法人的名称，与公司的企业文化建设密切相关。从直观的角度看，至少关涉到语言学、美学、社会学、传播学等领域；从发展的角度看，与公司从低级别向高级别组织形式的变化密切相关。而股东权中有一项重要内容，就是选择管理者权力，这是公司治理的制度起点。

2、确认投资方式与投资比例，体现股东对公司的控制权。股东对公司控制权之争，就是源自投资股权比例。避免股东对公司控制权之争表面化，是设计和改造公司资本架构时应当考虑的基本问题。

3、确定经营范围，确定公司法人的行为能力范围。核准的经营范围，对内是公司确立市场战略的依据，对外是公司合法经营的依据。

4、组织结构与议事规则。“权力制衡，信息对称”是我国现行公司法的主导思想，意在对抗传统意识，维护公司上层架构，防范公司僵局。

5、财务制度，确定股东的经营剩余控制权。

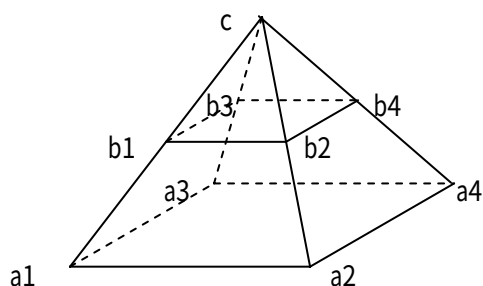
6、公司清算，确定股东的经营剩余索取权。

公司法对公司章程的制订，有许多任意性规范，也有很多强制性规范。贯穿其中的，是物的主导权要素，是由物及人的。正因为物的主导权要素在形成和稳定公司架构上非常重要，因而我国《刑法》就有了打击虚报注册资本，虚假出资、抽逃出资，提供虚假财务报告，违规披露、不披露重要信息，妨害清算，虚假破产等行为的罪名。强制性规范，是对公司股东意思自治的必要约束，这是更加广泛意义上的“权力制衡”及“信息对称”。

四、公司治理的手段与对象：慧眼识才，俗眼识德

随着公司从成立到运行，公司内部的主要矛盾，从股东之间转化到劳资之间。此时，治理公司的手段，都应当服从并解决这一主要矛盾。治理公司和治理国家的手段是一样的，有且只有四个，即物的强制，身份的强制，精神的强制和暴力的强制。为了精确地运用治理公司的手段，我们首先应该了解这些手段的作用对象。

除了“空降”和“世袭”因素外，以下的结构模型，表示的就是公司治理的一般对象：



这里的 a1、a2、a3、和 a4 代表公司内的一般员工；b1、b2、b3 和 b4 代表着公司内部由一般员工升任的科层；c 则代表公司的实际控制人，他们共同构成了一个“金字塔”社会结构（将之拓展到公司外部的三个社会关系群落，同样适用）。显然，b1、b2、b3 和 b4 在处理 a1、a2、a3、和 a4 之间的劳动分工与劳动协作时，不仅要遵循各自的劳动分工，还要顾及 b1、b2、b3 和 b4 相互之间的劳动协作，更要顾及公司实际控制人 c 的最后意志。

当然，这仅仅是形式问题，实质问题则是，科层如何运用治理公司的手段？是“正确地做事”还是“做正确的事”？对此问题的追问，意味着公司治理必须发生一个方向性的转变，即从授权科层管理公司，到培养科层不断发育的转变。公司管理与公司治理的本质区别，就在于此。

新的问题随之出现了：在高度分工的生产方式下，一个普通的公司员工，如何通过“做正确的事”而从一般工作岗位，逐步升任至管理和决策岗位？这首先需要公司的实际控制人具有一双“慧眼”，因为，员工的劳动能力，是在解决社会矛盾时表现出来的。而某个问题所代表的社会矛盾的复杂程度，公司实际控制人在事前或者事后，总是可以知晓的。同时，由于公司的劳动力都是来自五湖四海、千家万户，不同的文化背景，将带来思维方式上的巨大差异。思维方式的差异，容易导致文化冲突。缓解这种文化冲突，求得最大的文化包容，就需要借助公司员工的“俗眼”。这还是因为，人都是会表演的，会掩饰的。短期的表演和掩饰，可以获得高层的信任，但一定会被群众看到眼里，记在心中。

群众所能记住的，就是一个渴望成为公司管理者的员工，具不具备“担当”的品格。因为，把上述的公司治理对象模型倒置过来，则不难发现，公司的管理者是承受着巨大的社会压力的，最后决策人则承受着最大的社会压力。如果一个员工不具备担当的品格，是无法承受巨大的社会压力的，尽管，他可能具有良好的生产技能、社交能力或者学术背景。

具备担当的品格，不是单纯的胆子大，而是要逐步地完成从普通员工到公司决策人的完美转身。这种完美转身，不仅是自身经验的不断积累，而且，更重要的是要具备统筹不同专业分工的意志与能力。公司科层的劳动分工，往往分别代表着哲学、史学、美学、经济学、管理学、法学、金融学、社会学、工学等等学科知识和实践能力。如何将这些越来越专业化的分工劳动协调起来，对于任何一个人来说都是巨大的挑战。

在是否需要统筹不同专业分工方面，我们有必要分清不同类型社会组织区别。功能型社会组织如公司，与自然聚集型社会组织如乡村，它们的最大区别就在于，维持功能型社会组织的扩大再生产，需要同时兼顾不同社会关系群落，而维持自然聚集型社会组织的简单再生产，则没有如此严格的要求。由此，就不难理解农村的土地承包经营何以成功，而功能型社会组织的生产活动，则不适合承包经营，否则，貌似组织结构的扁平化，本质却是组织结构零碎化。功能型社会组织零碎化后，只能实行“议行合一”而无力实行“议行分立”，体现不出“议行分立”时“权力制衡，信息对称”的安全与效率价值。组织碎片化及劳动同质化所诱发的恶性竞争，让假冒伪劣产品和虚假劳动资质充斥其间，必将累及公司的社会价值。

能够集结不同的专业劳动，恰恰是公司取代家庭成为社会化大生产主角的根本原因。公

司实际控制人如何组织、策动和统筹科层的劳动分工与协作，将决定着公司的命运。如果公司的实际控制人凡事都要亲力亲为，或者在组织碎片化后无所事事，都将是公司治理失败的不良症候。

五、生产递进与人才辈出的策略选择：否定之否定

如何有效地组织、策动和统筹公司科层的劳动，是公司治理中必须考虑的重点问题。此时，组合调用治理公司手段的策略，开始浮出水面。

我们知道，辩证法揭示了事物发展的三大规律，即矛盾律、由量变到质变律、否定之否定律。我们认为，首先要遵循“否定之否定”的辩证法思想，才能对人的劳动潜能进行准确的识别和长期的激励。在公司治理中执行“否定之否定”规律，就是持续的技术创新和管理创新。所谓技术创新，就是通过对物的占有关系的否定，实现对物的形式的否定；所谓管理创新，则是通过身份的否定，实现对社会关系的否定。企业家就是在不断推动事物发展中造就出自己的。

为了在公司存续期间全时空地、系统地实现“否定之否定”，公司必然要对自身的制度、组织和文化进行选择。因为，不论是技术创新还是管理创新，最终都是社会化的生产活动。孤立的、个人的创新，只是一种随机的、偶然的现象。没有制度的保障，物质利益的分配与再分配将陷入混乱；没有文化的指引，人格利益的分配与再分配也将陷入僵局。任何一种混乱，都会诱发组织结构的崩溃。

历史上，人们创设了三种类型的企业制度。一是单纯产权个人所有的权力结构型；二是单纯产权公有的民主协商型；三是产权共有的内部交易型。其中，权力结构型制度是个别人说了算的一种企业制度，科层没有充分发育，尽管效率非常高，但公司架构的安全性严重不足，“人亡政息”是它的宿命；民主协商型制度看似部门齐备，功能齐全，实则因为常常“议而不决”而处于低效率的运行状态，不适应竞争性的市场供求关系，因而表现为安全有余而效率不足。只有内部交易型制度，能很好地统筹架构安全与交换效率的矛盾，是一种较为先进的企业制度。

建立内部交易型企业制度，至少需要三种内部交易的公共品的循环供需，即：物质公共品、服务公共品和精神公共品。内部交易型制度，借助三种公共品所形成的物质条件和社会条件，通过代表、代理及反代理的具体社会关系，推动公司员工通过劳动竞争，有机会从一般工作岗位升任管理岗位，直至公司的最高决策岗位。

三种公共品的供给与消费，是公司内部一项复杂的物质交换与思想交流系统。确保这一系统有效运行的基本方法，可以由监事会对其中的任何一个社会关系，同时进行交易水平、公平程度和创新程度的评估与监督，目的还是逐步巩固公司的外部定价权。事实上，任何一家公司掌握的资源都是有限的，任何一家公司掌握的定价权也都是相对的。不解决好公司治理问题，公司就无法在第一个社会关系群落中生存，更不用说在第二、第三社会关系群落中有所作为。“大变活人”只是魔术而已。

我们尤其要注意到，我国公司的监事会对公司的物质资料再生产影响有限，因而时常被边缘化。监事会要么无所事事权作摆设，要么与董事会混为一谈一团和气。而内部交易型企业制度所确立的三种“公共品”的供给与消费，恰恰是监事会肩负起管理者集团和企业家再生产重任，为公司长期发展而大有作为的一方天地。在这一方面，德国公司法的做法值得借鉴和拓展。例如，德国公司监事会就可以下设人力资源委员会，负责公司管理委员会（相当于董事会）薪酬事宜、成员提名、后备成员的预先审核等。人们不应指望生产管理者在对公司生产负责的同时，还能对终将“否定自身”的人才梯队培养负得起责。这是公司内部权力制衡、稳定公司组织架构、稳定心理干预的另一种诠释。

权力制衡不是相互猜忌和无端干涉。权力制衡，是由同一社会组织在同一时、空下进行社会活动的目的多样性需求所决定的，也是防止环境多变性下公司治理权突现真空的需求所决定的。权力制衡是克服价值交换萎缩，提高组织结构弹性，活化人格利益，避免结构崩溃的一种文化与艺术。由于中国传统文化在这一方面的贡献极其有限，我国的公司在进行文化建设时，要破除“一言以兴邦”的迷信，要从生产与生活入手，突破文化瓶颈，克服“兴衰”轮回。

六、人的社会化再生产与物质消费资料再生产的辩证统一：人在劳动中完善自己

如何看待公司治理问题，历史唯物主义给出了明确的指引：人民是历史的创造者。物质资料的再生产与人的社会化再生产相结合，就是一个“百年老店”的公司得以延续的密码，就似生命遗传物质 DNA 的双螺旋结构一样，须臾不可分开。其中，物质资料再生产的逻辑起点是价值交换的定价权，人的社会化再生产的逻辑起点是股东选择管理者权力。

沿着这两条交互的线索观察公司治理则不难发现，如果人的社会化再生产出现了问题，那么，物质资料再生产一定会出问题；同样，物质资料再生产出了问题，一定是因为人的社会化再生产出了问题。

公司运用唯物辩证法思想开展组织建设、制度建设和文化建设，是最可行的激发员工劳动潜能、培育科层、发觉企业家的策略组合。而且，文化建设应当先行。可是，我国公司的文化建设，在公司治理的议题下，一直是被轻视乃至被忽视的，企业家的再生产缺乏前瞻性。

就我的理解，公司文化建设至少有三个目的，微观上抗拒心理老化，中观上节省组织成本，宏观上谋求社会认同。单就企业家抗拒心理老化而言，“小富即安”、“劳心者治人，劳力者治于人”、“乱世英雄”等传统意识，必须得到严格批判；同时，企业家在承担了巨大社会压力，在有权调用各种治理公司手段的时候，更要诺守公司章程，接受权力制约，防止自己从“自有主张”退步为“自作主张”，滑落到“自以为是”，蜕变成“刚愎自用”。个人英雄主义的悲剧色彩就在于，它无法被复制和传播，难免“人走茶凉”。这也是集权生态下“假、大、空”文化形式的必然结局。

公司在运用治理手段推动人的发展过程中，最好用但又最不能直接应用的是暴力强制；最常用和最快捷起效的是物的强制与身份的强制；最难用但又最持久有效的是精神强制。精神强制，在人类文明已经否定了神文化的背景下，不再是简单的“精神暴力”。否则，制度建设只能成为占有他人劳动的恶俗手段，组织建设还会陷入“名教”的文化窠臼。

也就是说，公司为培养人才队伍所实施的内部交易型制度，应当围绕着争夺持久的定价权而展开，应当围绕着培养人的责任意识、交易能力、创造能力、组织能力、学习能力而展开。组织专业化的劳动，改善劳动力结构，是公司治理的常规任务。公司治理，就是要不断培育精干的公司科层，并最终培育出属于公司的企业家。无论如何，公司治理都不能指望恰逢其时地从天上掉下一群不知是福是祸的“林妹妹”。

七、结语

以上，我们通过对公司参与市场交换过程的“形而上”抽象，认识了公司内部治理的具体目的，即企业家的再生产。同时，企业家不是一个简单的荣誉称号，而是要“形而下”地解决公司发展中的多重矛盾，尤其要掌握对科层专业化劳动进行统筹与协调的能力，并通过科层调控的劳动力结构，为公司争夺价值交换的定价权。形而上是理论抽象，形而下是社会实践。在公司治理议题下，两者之间应当能够而且必须能够相互求证。

在宏大的自然界面前，我们常常感到很渺小；在精妙的辩证法面前，我们常常感到很愚

钝。给全体员工以希望，是成功治理公司的根本标尺；持续改善劳动力结构，是取得公司治理成功的根本出路；保护企业家治理公司的权力，是实现最强大社会经济基础的必然选择。围绕着企业家的再生产，不断审视和重新调整公司的制度、组织与文化建设，是公司治理的永恒议题。除此，就谈不上什么企业家，也谈不上什么公司治理，更谈不上社会的可持续发展。

作者单位：安徽里奇律师事务所

有限公司归入权行使实务探讨

郑文兵

【内容摘要】现行《公司法》关于公司归入权规定过于粗略，本文以有限公司高管人员违反竞业禁止义务中归入权行使问题为视角，解析了其法律特征，着重从实务方面对其中公司归入权的行使和完善进行探讨，涉及行使主体、期限和程序，尤其是股东代表诉讼中的当事人地位和前置程序，是公司归入权立法和实务中必须关注和完善之处。

【关键词】公司归入权 竞业禁止 行使 股东代表诉讼

公司归入权，又称“公司介入权”，是指公司所享有的将其高管人员违反法定义务之特定行为而获得的利益收归公司的权利，实质是公司内部人员违反忠实义务时法律赋予公司的一项特别救济手段，我国《公司法》第149条和《证券法》第47条对此作了初步规定，但较为粗略，与实务需求明显不符，故有进一步研究之必要。考虑到公司归入权问题涉及面较广，不同类型、不同行为下归入权的行使各有不同，本文仅就有限责任公司高管违反竞业禁止义务情形下所产生的公司归入权行使问题进行探讨，以期进一步完善我国公司归入权法律制度。

一、违反竞业禁止义务的归入权特征解析

竞业禁止是指公司的董事、经理等高管人员有义务不得从事与本公司营业范围相同的业务或以其他方式与公司竞争，这是从董事、经理的忠实义务派生出来的，其目的在于防止不正当竞争行为的发生，以求避免公司的利益受到损害，各国公司法都无一例外地作出了规定，我国《公司法》第149条第1款规定的董事、高管人员禁止行为条款中第（五）项就包含了“未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与任职公司同类的业务”，同时该条第2款规定“董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。”此为公司董事、高管人员违反竞业禁止义务所产生的公司归入权的法律依据，从该条文分析，违反竞业禁止义务的归入权包括以下几个法律特征：

第一，公司归入权产生于特定行为。公司归入权是对特定人员的特定行为所产生的特定法律后果，我国《公司法》第149条具体规定了公司行使归入权的七种违反忠实义务的行为和“违反忠实义务的其他行为”的兜底条款，其中第（五）项就是违反竞业禁止义务和篡夺商业机会，为产生公司归入权的特定行为之一。

第二，归入权规制的对象为特定的公司高级管理人员，即公司的董事、经理等公司内部高级管理人员^①，这些人员都是公司经营决策中举足轻重的人物，他们同业经营会给公司造成很大影响，有规制之必要。

第三，公司归入权的权利主体是公司。只有具备法律人格、依法设立的公司才能成为归入权的享有者，而公司的内部人员同业经营等违反忠实义务的行为损害的也是原公司的利益，作为一种救济手段，公司当然也就享有相应的归入权。

第四，公司归入权的权利客体是法定的溢出收益。公司归入权的客体是公司董事、高级管理人员等违反忠实义务所取得的收益。《公司法》第149条使用的是“所得的收入应当归公司所有”，但收入往往意味着经营性行为产生的效果，而公司归入权强调的是违法违规行为后

果的归属,“用收益表述更为可取,也更符合法律语言语境的要求”^①

二、公司归入权的行使

(一) 公司归入权行使的主体

公司归入权行使的主体应为公司,但由于公司为拟制法人,其意思表示能力和行为能力只能由公司内部相应的代表机关来行使。在日本,有权代表公司行使归入权的主体为公司的董事、监察人或股东大会所确定的人选。^②在台湾,有权代表公司行使归入权的主体是公司的董事、监察人,但在特定条件下,也可以是公司的股东。^③我国《公司法》目前仅规定了公司享有归入权,如何行使几乎空白,从常理分析董事会当然有权代表公司行使归入权,但对董事会不行使或怠于行使归入权的情况下,法律并未作出明确规定。《公司法》第150条规定的赔偿请求权根据《公司法》第152条规定可以通过监事、监事会或股东代表诉讼的方式来行使,但这种赔偿请求权与公司归入权严格来说是不同的权利,前者是在董事、监事、高管人员执行公司职务时违反法律、行政法规或公司章程给公司造成损失产生的,而后者实际上是一种利益返还请求权,其关键要件为违反忠实义务的董事、高管人员是否取得收益,而不论是否给公司造成损失;如果给公司造成了损失,还应当另行承担损害赔偿责任。所以二者在性质和行使上存有区别,尽管有时可能也存在竞合。

所以,《公司法》第152条规定的股东代表诉讼并没有将公司归入权的行使包括在内,这一点有赖将来立法完善,在股东代表诉讼的规定中将行使公司归入权吸收进去,以确保公司归入权的实现。

(二) 公司归入权股东代表诉讼的当事人地位

1、原告

在股东代表诉讼中,股东要成为适格的原告,必须具备一定的资格,这种资格主要表现在两个方面:一是持股数量的要求,二是持股时间的要求。《公司法》第152条对有限责任公司和股份有限公司作了不同规定,对有限责任公司股东既没有数量上的要求也没有持股时间上的要求。

另外,从民事诉讼法原理来看,部分股东代表诉讼之后,其他股东也可以参加该诉讼而成为共同原告。

2、被告

公司归入权股东代表诉讼的被告主要是公司的董事、高级管理人员,这类人员对公司有竞业禁止的忠实义务,按《公司法》第149条规定一旦违背就应将所得收入归公司所有,正是归入权诉讼所指向的对象。

3、公司在股东代表诉讼中的地位

高管人员违反竞业禁止义务情形下所产生的公司归入权股东代表诉讼问题,涉及到两方公司,一位董事、高管人员原公司(以下称原公司),二为董事、高管人员自营或为他人经营的新公司(以下称新公司)。两类公司在股东代表诉讼中地位是不同的。

就原公司而言,既不宜作为原告也不宜作为被告。股东代表诉讼是在原公司不愿也不能起诉下才由股东以自己的名义起诉的,若作为原告或共同原告,在诉讼发生后原公司操纵者必然会控制公司充分利用原告的诉权制造种种障碍,影响诉讼的进程,更有甚者,如果公司利用原告所享有的调解权、和解权而与被告达成协议,少数股东的利益仍受到侵害而无法得到救济。如果将原公司列为被告,也不符合股东代表诉讼的原理,因为股东是代表公司的利益,股东是原告,如果原公司作为被告,由于原告与被告的利益是根据对立的,而原公司本身就是利益受损一方,诉讼所得实体利益也归于原公司,因此原公司作为被告也是说不通的。原公司在诉讼中作为第三人才符合我国民事诉讼法的规定,可以说“是目前我国的民诉法架构下

解决该问题的最现实的办法”^[2] (p150)，原公司在此为无独立请求权的第三人，只是案件的审理结果与其有法律上的利害关系。

就新公司而言，当然与原告无缘，能否为被告或第三人呢？答案同样是否定的。新公司与原公司高管违反竞业禁止法定义务无关，公司归入权为利益返还请求权，权利客体是公司董事、高管人员等违反忠实义务所取得的收益，而非新公司的财产收益，新公司既没有侵害原公司利益也没有违反法定义务，同时，股东代表诉讼的审理结果与新公司也没有法律上的利害关系，新公司的利益并不因此诉讼而受影响，所以新公司既不能为被告也不符合第三人的条件，充其量在诉讼中仅为证人，在将来案件审结执行过程中为协助执行人而已。也许还有人认为新公司不进入诉讼则无法查明案件事实，即查明董事、高管人员违反竞业禁止的收入。对此我们认为：其一，新公司通过上述分析不符合诉讼当事人主体资格，不能为了审理的方便而强行违背民事诉讼原理扩大当事人范围；其二，查明违反竞业禁止的收入问题完全可以通过其他方式，诸如完善公司立法和证据规则、合理分配举证等方式来解决，类似情况在知识产权立法中也早有先例^④；其三，强行将新公司作为被告或第三人拖入诉讼，不利于新公司正常经营，实践中为查明董事、高管在新公司的收入而要求查封新公司账目、冻结新公司财产等情况时有发生，新公司作为无辜的案外人其合法权益人很有可能受到侵害，这也是有违反公司立法初衷的。

（三）公司归入权行使的期限

国外立法对公司归入权行使的期限都作了规定，如日本《证券交易法》规定，对公司之董事或者主要股东之请求权，自获得利益之日起两年内不行使而消灭，我国台湾地区也有类似规定。但我国《公司法》和《证券法》对于归入权行使的期间均未规定。显然，如果对公司归入权的行使不加期限限制是不符权利行使规则的，既不利于督促权利人及时行使自身权利，也给义务人加重了负担，同时也不利纠纷的解决和市场秩序的稳定，实有必要对权利人行使公司归入权的期限予以适当限制。

公司归入权行使的期限是诉讼时效还是除斥期间，在法理上仍有争议，主要源于对公司归入权性质上认识有分歧，关于公司归入权的性质，学界历来争论颇多，主要有“请求权说”、“形成权说”、“折衷说”、“债权说”等，至今还没有形成一个统一的、主流的学说，我们认为公司归入权是由法律直接规定产生，不以当事人约定为必要，属于法定之债、公司归入权是基于这种法定之债而产生的请求权，所以应适用我国《民法通则》规定的二年诉讼时效，权利人自知道权利被侵害起二年内应行使归入权，超过两年再主张权利的，法律不予保护，同时可以适用诉讼时效中止、中断和延长的规定。

（四）公司归入权的行使程序

公司归入权必须依法行使，严格按照法律规定的适用范围、行使主体、行使条件、步骤、期限来进行，否则势必会影响公司经营，不利于维护公司利益，也无法达到公司归入权行使的预期效果。

国外公司立法对公司归入权的行使大多规定了决议程序，但确定的决议机关却不尽相同，我国法律目前尚未作出具体规定。参照国外公司立法规定结合我国公司法实践，我们认为我国公司行使归入权可分四个步骤：

第一，公司决议。董事、高管人员违反竞业禁止义务，公司应作出行使归入权的决议。向经理、财务负责人行使归入权的，由董事会作出决议；向董事行使归入权的，由监事会作出决议；如依法未设置董事会或监事会的，则由股东会作出决议。该决议应属普通决议，只要过半数同意即可作出。^[3] (p160)

第二，通知义务人。公司作出行使归入权的决议后，应及时通知违反竞业禁止义务的董事、高管人员，并责令其将因违反法定义务而获得的收入交给公司。

第三,公司诉讼。董事、高管人员拒绝交出所得收入的,公司即可依法向有管辖权的法院提起归入权诉讼实现公司归入权。

第四,股东代表诉讼。股东代表诉讼所要维护的实体权利属于公司,各国立法均要求股东在起诉前首先应向公司董事或监事(会)提出以公司名义对加害人提起诉讼,只有在该请求遭到拒绝后,股东方可向法院提起股东代表诉讼,因而,确定公司不愿提起诉讼是股东代表诉讼的前提,故股东代表诉讼是有必要的前置程序的,学理上称之为“竭尽公司内部救济规则”,其作用主要表现在,可向公司提供由公司亲自出面提起诉讼的机会,因为公司毕竟是真正的原告,如果公司决定接受股东建议,亲自向责任人起诉,则可节省股东提起代表诉讼的时间和费用;如果公司通过诉讼外途径如(协商或和解)能更好地维护公司利益,则公司和股东都可免除讼累;如果股东提起的诉讼请求缺乏事实依据,公司有机会向股东作出澄清,从而避免误解和不必要的诉讼活动。^{[4] (p179)}。

如前所述,由于我国《公司法》对公司归入权的股东代表诉讼并未明确规定,我们参照《公司法》第150、第152条规定的公司损害赔偿请求权中的股东代表诉讼程序来看,公司归入权中的股东代表诉讼的前置程序可分为:

①公司董事、高管人员违反竞业禁止义务的,有限责任公司股东可以书面请求监事会或不设监事会的有限公司监事向人民法院起诉;

②有限责任公司监事会或监事收到股东书面请求后拒绝起诉或收到请求之日起30日内未提起诉讼,股东有权以自己的名义直接起诉;

③有限责任公司股东在情况紧急,不立即起诉将会使公司利益受到难以弥补的损害时,也可以为了公司利益而直接以自己的名义起诉。这是《公司法》根据诚实信用原则和公平原则在特殊情况下为股东涉及的绿色通道制度。

由此可见,当董事、高级管理人员违反竞业禁止义务获取利益时,公司归入权首先应由公司来行使,只有在公司拒绝或怠于行使归入权,将有可能造成股东权益的损害,才由股东通过股东代表诉讼来代位行使公司归入权,这当然也是股东作为终极权利主体的内在要求。

我国现行公司归入权的立法过于粗疏,与实践中归入权行使的矛盾日益凸显,有限责任公司高管人员违反竞业禁止义务所产生的公司归入权行使问题也绝不仅限于本文,尚有其它许多地方值得探讨,有待我们进一步关注和思考,司法实务上也需对此及时进行总结和研究,以期推动立法进一步完善和司法进一步规范。

注释:

①我国《公司法》第149条仅规定了董事、高级管理人员违反法定义务所得收入应归公司所有,将监事排除在外,被许多学者认为是立法缺陷。

②参见日本商法典第261条,第275条之4和日本有限公司法第27条之2。

③参见台湾公司法第214条。

④《著作权法》第48条、《商标法》第56条,《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第21条都规定了侵权获利的计算方法或判定幅度,由法官据此确定。

参考文献:

①刘天君:《我国公司归入权制度的缺陷和弥补》【J】.国家检察官学院学报,2006(3)。

②张学军:《控股股东损害公司权益案中少数股东利益的保护》【M】.王利明.判解研究,2005(5).北京:人民法院出版社,2006。

③曾新民:《论公司归入权》【J】.学术论坛,2008(4)。

④刘俊海:《司法学》【M】.北京:北京大学出版社,2008。

- ⑤孙宇：《我国公司归入权制度探究》【J】.经济师，2009（12）。
- ⑥石慧荣：《归入权的行使与派生诉讼的适用》【J】.商业经济与管理，2007（10）。
- ⑦陈宇等：《公司法案例·学理精解》【M】.北京：中国经济出版社，2004。

作者单位：安徽地平律师事务所

有限责任公司瑕疵股权转让的效力及风险防范

程达群

【内容摘要】股权作为新时代财富的一种重要表现形式，正日益超过物权和债权，成为国人财富的储藏和运作方式。股权转让也因而成为财富转让的方式，如何保证这种特殊的财富转让方式的有效性，并确保转让的安全性便成为专家学者研究的一个课题。正常的股权转让一般问题不大，但实践中常常存在瑕疵股权的转让，而在股权转让的初期很多当事人处于友好关系状态对此并不以为意，一旦出现纠纷便在效力方面产生重大争议。作者主要针对司法实践中存在的瑕疵股权转让中存在的若干问题，从实务角度就多见常发的有限责任公司的瑕疵股权转让出现的效力展开研究，并对相关的风险提出警示，以期对我国的司法实践和律师在给当事人提供法律意见时起到一定的帮助作用。

【关键词】股东资格 瑕疵股权转让 风险

股权，又称为股东权，指股东基于股东资格而享有的从公司获取经济利益并参与公司经营管理的权利。通说认为股权是一种社员权，而不是单纯的财产权，是糅合财产权能和内部管理权能于一体的独立的权利形态。股权转让可分为约定的转让和法定的转让两种方式。约定的转让方式即通过订立股权转让合同来实现；法定的转让有股权被强制执行引发的股权转让，异议股东行使回购请求权引发的股权转让，股东资格继承取得引起的股权转让等几种方式。由于常态的股权转让一般通过完整的程序操作因而引起的争论比较少，而瑕疵股权转让由于当事人的理解以及司法实践操作中产生争议，因而引发的纠纷常常大量出现，本文主要针对若干瑕疵股权的转让进行研究。

瑕疵股权主要针对投资者未按照现行的《公司法》相关规定并按约定适当履行出资或增资义务以及完成相应登记程序之后所享有的公司股东权利，包括因出资者在出资或者增资环节存在瑕疵因素而产生的股权，又包括因权利记载、登记环节存在瑕疵因素而产生的股权。由于当事人在瑕疵股权的理解中存在不同的理解，一旦反悔，便在瑕疵中寻找法律依据，以便达到毁约退股或者转让后重新回到公司股东里来的目的。鉴于目前部分省、直辖市高级人民法院虽对如何审理瑕疵股权转让合同纠纷案件相继出台过执法意见，但各执法意见之间仍存在一些冲突和矛盾，这种状况急需法律从业人员共同努力研究，以期到达一致理解，不但能促进司法实践的进步，也能让律师在给当事人提供法律服务时有明确的预见性而使得我们的法律服务质量有实质性的提高。

一、程序类瑕疵股权转让问题

（一）普通股权存在瑕疵的法律分析：《公司法》第74条规定：“依照本法第72条、第73条转让股权后，公司应当注销原股东的出资证明书，向新股东签发出资证明书，并相应修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资的记载。对公司章程的该项修改不须再由股东会表决。”因此无论是约定的转让还是法定的转让，股权变动后必须履行相应的程序性登记。但是这种登记是属于生效性登记还是对抗性登记呢？我们认为，股权的变动主要基于约定和法定两种方式而发生。首先约定转让股权是通过股权转让合同来实现的，股权转让合同既作为合同的一种，除受《公司法》约束外也受《合同法》等民事法律调整，因此《合同法》中关

于合同的成立生效规定自然适用于股权转让合同。我国目前的立法中，有限责任公司尚未有股权转让需要办理工商变更登记或其他登记手续后才能生效的规定，因而股权转让合同在双方签章后即可生效。至于登记与否不影响股权转让合同的成立生效，也不影响股权的法律效果。其次法定的股权变更自法定事由发生后即可产生股权变动的法律后果，未登记并不构成实质上股权未取得依据。

（二）涉及国有股份和涉外股权转让存在瑕疵的法律分析。在转让股权过程中涉及国有资产的，应根据《国有资产评估管理办法》（国务院于1991年11月16日发布）第3条的规定，对国有资产进行评估。国有股必须控股或相关控股的外经贸、军工、通信、大中型航运、能源工业、重要原材料、城市公用事业、交通等有限公司，其转让股权确须非国有股控股或相对控股，必须报国家有关部门审批或批准。在中外合资或合作的有限责任公司股权转让中，根据现行的法律规定，应当经全体股东同意，并报原审批机关审批。基于法律的规定，关于涉及国有股份和涉外股份的，必须履行相应的审批手续，否则转让无效。但在司法审判实践中，对于那些虽然在股权转让时未依法履行审批手续，但一审庭审结束前补办了批准手续的，应认定合同有效。

二、出资瑕疵类股权转让问题

（一）违反出资义务股东资格的界定。在明确阐述出资瑕疵股权之前，我们先要确认瑕疵出资人是否具备股东资格并享有股权？目前学界存在两种观点。一种观点认为，股东身份或资格时出资的法律后果，没有出资自然不存在股东资格，同时股东未出资或未按时出资等严重违约行为将导致股东资格的丧失。另一种观点认为，瑕疵出资的公司股东仅承担违约责任，其股东资格不因未出资而被否认。就股东资格而言，我们认为首先要从公司是否成立来判断，公司成立与否可以作为判断违反出资义务股东资格的前提。

其一、瑕疵出资股东股权资格公司成立的情况下瑕疵出资股东一般应享有股权。根据我国《公司法》第31条和第208条的规定，在公司成立后，不论出资人未出资还是未足额出资，《公司法》均未否认出资人股东资格。但由于在公司已经成立的场合，虚假出资的股东未出资却享有股权会危及其他股东的利益和债权人的利益，因而《公司法》规定了虚假出资股东对其他股东的连带补缴责任以及虚假出资股东对虚假出资的行为予以改正的义务。但股东未履行出资义务，并不改变其已经有的股东资格。

其二、公司未成立或被撤销，瑕疵出资的股东一般不得享有股权。公司是股东存在的根基和前提，在没有公司成立的情形下股权自然无法产生。另外如果瑕疵出资者拒不补缴出资，导致公司注册资本不实致使公司法人格被否认，实际上也否认了股东资格，即正常出资的股东都无法取得股权，遑论瑕疵出资股东。

（二）瑕疵出资股东股权转让行为的效力。

股东在公司设立时存在出资瑕疵，其股权转让的有效与否是目前司法界存在争论的一个问题。一种观点认为这种情况下股权转让无效，因为股东以对公司出资为必要条件，股东未出资或出资瑕疵实际上不具备股东资格，不享有股权，因此转让股权自然无效。另一种观点认为，在实行认缴资本制的公司，公司为按约足额缴纳出资，不影响其股东地位，只是承担出资不足的责任，其股权的转让应为有效。笔者认为后一种观点切合法理，在实践中有可行性。

1、我国《公司法》第200条关于未支付出资股东应承担法律责任是“责令改正，即责令其补足出资，并承担因注册资本未到位而产生的其他民事责任。”从我国公司法这个规定可以看出，我国法律并未因为股东出资不到位而否认其股东资格。

2、股东身份确认的原则非为以出资为认定标准。股东身份的确认，一般都是以公司章程、

股东名册等公司登记文件的记载为依据。该种记载具有对外的公示公信作用，公司在对其作出除名处置之前，股东名册载明的股东并不因其违反出资义务而丧失股权。各国立法的通例也可以证明这一点。

3、借鉴他国家立法可知，他们大多也承认直接或间接承认瑕疵出资的股东仍享有股权并可以转让股权。如德国《有限责任公司法》第16条第（3）项规定：“对于在申报时尚未缴付的款项，购买人与出让人共同承担责任。”该规定是以承认未实际出资的股东对所持有的股份的转让权为前提的。

4、股权转让中存在出让人欺诈受让人的情况应按合同法的欺诈进行处理，即受让人可以以欺诈为由主张合同无效或撤销合同。比如在订立转让合同时，出让人未向受让人披露注册资本未到位的真实情况，且受让人不知且不应该知道该瑕疵的存在。对于明知注册资本不到位而予以接受转让的受让方，股权转让应认定为有效，买受人与出让方股东应对出资不足的部分连带承担补缴的责任。

三、实践中一个判例给予的风险警示

1999年A公司向某银行借款人民币800万元，约定2001年12月31日到期归还本息。但是A公司在贷款到期后未能履行归还贷款本金及利息的义务。2002年，某银行向法院起诉。法院审理后判决A公司于判决生效后10内偿还银行800万元及相应利息。判决生效后，A公司没有履行生效判决所确定的义务，某银行向法院申请强制执行。在执行中，A公司已经被吊销企业营业执照，无财产可供执行。申请执行人某银行通过调取工商档案及相关审计报告，发现A公司的股东之一B公司存在注册资金不到位的情况，向执行法院提出追加B公司为被执行主体。B公司辩称自己最初持有A公司20%的股权，并已全部认缴注册资本。后于2000年通过股权转让受让了A公司另一个股东C公司持有的10%股权，而C公司在股权转让之前已将注册资金抽逃。因此，B公司主张该股权转让协议无效。后法院判决本案中B公司主张股权转让无效的诉求无合法依据，从保护交易安全的角度出发，不支持其主张。该案给予了法律从业者在审查股权转让中注意风险防范的一个极大的提示。律师在审查股权转让协议中，一定要跟当事人说明清楚瑕疵股权存在的极大法律风险，让他们知道严重的法律后果，不要存在侥幸心理。

综上，对于瑕疵股权的转让效力的判断主要应从认定瑕疵股东的股东资格这个前提出发，再根据股权转让的法律法规的规定和一般原理认定其效力。律师在审查起草股权转让协议以及代理案件分析案情时，一定要遵循该思路，以求得一个清晰的路径得到明确的答案，进而能为当事人提供优质高效的法律服务。

作者单位：安徽道同律师事务所

简述企业法律风险防控

杨丽娜

【内容摘要】在谈论企业法律风险防控这一问题之前，首先要明确何为企业法律风险及其形成原因，其次也要充分认识法律风险防控对企业生存和发展的重要意义，只有这样才能从企业的管理层到普通员工都对法律风险予以足够的重视，从意识形态到具体行为全方面的加强法律风险防控。

【关键词】企业管理 法律风险 形成原因 防控

纵观我国的整体环境，随着市场经济体制的逐步发展和完善，国家法治体系的不断健全，防范企业法律风险，已经成为企业经营发展中日益突出的问题。在现今这样一个法律和商业紧密结合的时代，企业的经营脱离不了法律的规范及应用，法律也无时无刻的影响着企业的发展，法律风险存在于企业经营的各个领域、各个环节。

在我们身边发生的案件，不难看出企业法律风险管理意识的淡薄，在一起买卖合同纠纷中，一位当事人告诉我，由于货物标的额较少，所以没有签订买卖合同，只是按照产品报价单上的规格和数量发送了货物给买方，而且委托的物流公司由于管理混乱，也没有妥善保管当时送货回单，在此种情况下，恰巧遇到买方抵赖货款，卖方欲追索货款时，却那不出任何书面材料以证实卖方确实发送了货物给买方。你肯定会问怎么会有如此荒唐的企业负责人，但这种现象在现实社会中确实并不少见。因为许多商人仍然延续着传统的交易观念，认为口头信用，一诺千金，而在现今的法商结合的法治经济时代，保留书面证据，记录交易过程，以防范在买卖双方发生纠纷时，有充足的证据维护自己的合法权益是多么地重要。

一、防范法律风险，对企业生存和发展的重要意义

当然，企业的法律风险也不仅仅是一种买卖合同风险所能涵盖的，法律风险对企业经营发展的影响究竟意味着什么？只有深刻的认识这个问题才能以正确的态度对待法律风险。

首先，法律风险带来的结果都是商业性的损失，法律风险的原因是多元的，但不管是什么原因，法律风险带来的结果都是商业性的，或者导致企业的花费增加，或者失去商机或商业优势，严重的导致企业彻底失去竞争能力，而从市场中消失。

其次，法律风险对企业的影响是连锁反应，并非单一的商业性损失，在一些法律风险中，由于企业法律行为的连贯性，一旦其中一个环节出现法律问题，必然引发一系列经营活动受到损害。例如，企业由于一个借款合同的迟延支付，将可能引发企业债权人集体恐慌，从而导致企业经营资金链条的断裂，彻底失去缓解经营资金压力的可能性；还有一些法律风险，可能引发企业商誉的极大影响，从而导致企业失去公众认同感，即使化解了法律风险，企业想要重新获得原有的商业优势也将非常困难，前些年众所周知的冠生园月饼造假事件，以及近期的三鹿奶粉事件等就是典型案例，这些企业对此违法行为付出的代价除了被处罚和制裁之外，更痛心的是丧失了一代老字号品牌的多年积累的商业信誉，这种无形资产的损失，使一个企业几代人的努力都化为乌有。

最后，法律风险对企业的损害程度难以估量。法律风险一旦爆发，企业自身难以掌控，往往带来相当严重的后果，有时甚至是颠覆性的灾难，前述案例已经可鉴，再回顾国外的安

然、帕玛拉特等公司案件，无一不在警示：市场经济是怎样表现为法制经济和规则经济。如果企业管理者不具备依法治企的意识和基本能力，不仅难以具备领导一个现代企业的资格，而且会使企业遭受灭顶之灾的打击和失败。

因此，一个企业要想长期获得市场竞争力，缺乏进行法律风险管理是不可想象的。如何对法律风险进行全面有效的防控和管理，就必须正确认识法律风险，深入分析法律风险的形成原因，才能有地放矢的对法律风险加以防控。

二、全面理解法律风险内涵及其形成原因

在《国有企业法律顾问管理办法》中明确规定法律顾问的工作原则是“以事前防范法律风险和事中法律控制为主，事后法律补救为辅。”对于其多次提到法律风险，并没有给出一个科学的界定。但在有关文献中对法律风险的定义是：法律风险是指在法律实施的过成程中，由于行为人作出的具体法律行为不规范导致的，与其所期望达到的目标相违背的法律不利后果发生的可能性。事实上，不管对法律风险的定义是否存在分歧，究其防控法律风险的根源，还要从分析法律风险的形成原因入手。

在长期的法律实践中，我们发现法律风险的产生原因不是单一的，而是多元的。就如同一个企业在进行经营活动过程中，首先要确定自己的行为方式，即法律方案的选择和确定；其次是法律方案的实施，包括与交易对方的谈判、合同的签订、企业内部法律实施等；再次，是交易的履行，即将已经签订的合同或按照法律规定需要履行具体的权利义务加以实现；最后涉及权利权利义务实现后的归档、备案等。整个经营活动中都涉及证据管理、证据固定等法律技巧问题。这些环节中的任何一环出现误差或漏洞，都将产生法律风险。对此我们可以将法律风险的形成原因简要概括为两点：

（一）违法风险，也就是选择法律方案违反法律所产生的法律风险。

从法律风险的严重性来看，最严重的法律风险就是违反法律规定所产生的法律风险。违法风险产生于违法行为之中，从违法行为的产生阶段来看，可以将违法风险分为以下三种：

1. 法律方案设置违法。如企业在经营活动中所选择的经营模式本身就已经违反了国家法律。这种违法行为无论后期运作如何规范和细致都不可能降低法律风险。
2. 法律方案实施中的违法。可以分为两种情况：一种是大型法律方案中的细节方案上选择错误；另一种是在具体法律行为上选择错误。比如交付的货物不符合合同约定。
3. 法律行为的相互关联性导致违法风险。企业从事的经营活动中存在大量的相互之间具有某种联系的交易行为，而这种法律行为相互关联性可能导致存在某种故意规避国家法律强制性规范的嫌疑。

（二）法律监控中的流程法律风险，也可称为合法法律风险

法律监控是对于整个法律方案实施进行动态考虑后，对于每个环节与法律相关的活动进行符合法律规定的控制、监督和审查，从而保障法律方案顺利实施的一系列行为的总称。合同管理是法律监控最常见的行为。然而法律监控本身要比合同管理的范围广泛得多，简单列举就包括起草审查各种法律文书、办理各种法律手续，商标注册、专利申请、商誉维护、广告审查，投融资方案的选择，证据的收集和整理等等。总之，在法治环境下，企业几乎所有的经营活动都与法律相关，而对于这些法律行为的管理就属于法律监控。法律监控活动虽然不直接涉及法律行为的选择，但是缺乏效果和缺乏效率的法律流程管理同样会导致不利的后果，法律监控中的法律风险表现为：在法律监控活动中由于行为不当而产生法律行为不能得到司法认同的风险，最简单的例子就是不完善的法律监控活动导致的证据固定的缺陷，也将直接导致法律纠纷败诉的风险，而证据的缺陷通常表现为：

1. 证据的缺失。其结果是对于法律行为客观事实证明不力，从而导致诉讼中产生不利结

果的风险增大。如：没有在法律行为过程中有效的固定有关证据或者已经形成的证据保管不善而造成缺失，证据的缺失有时甚至可能让他人歪曲的证据被认定为“法律事实”。

2. 证据的歪曲。这是指证据反映的事实状态与真实情况之间存在差异。这种歪曲有时会使真实证据由于缺乏相关佐证而让他人产生不同于事实情况的“合理推断”。

三、合理的法律风险防范措施

根据以上两点法律风险的不同成因，我们能够有针对性地采取措施防控法律风险。

（一）加强企业经营相关法律教育

对于违法风险，不仅要从企业的领导者到普通员工进行企业经营相关法律教育，更重要的是要对违法风险严重程度及其导致的危害后果予以警示，使企业的领导者依法治企，使企业的员工守法劳动，杜绝违法风险产生的根源。举一个简单的例子，税收犯罪永远是企业不能避免的话题。无论是偷税行为，还是虚开增值税发票行为，企业的税收黑洞到底有多深，从某市国税局的一项专项检查中看到：2002年4月至7月，某市化妆品及日用化学品制造企业中涉税违法企业多达126户，占总户数的33.86%。对于偷税罪我国刑法规定追究直接主管人员的刑事责任，但是，有时企业偷税，可能是会计的个人行为，而企业负责人作为企业的法人代表，也脱不了干系，然而这种违法行为与企业管理松散不无关系。如果企业管理者能够重视企业管理制度规范，重视员工的法制教育，提高提高自身和企业全体员工法制意识，将违法风险的严重后果植入每个员工的心中，则可以减轻和杜绝违法风险的发生。

再如，企业安全生产事故的发生给企业造成的损失之巨大，问其根源仍然是企业管理者缺乏安全生产意识和应有的法律知识，缺乏安全生产培训，应有的安全生产制度落实不到位造成的。因此加强安全生产法律学习，尤其是全面执行《安全生产法》，不折不扣地贯彻落实与安全生产相关的法律法规，使企业全体员工共同遵守安全生产法律、法规 and 标准，才能有效遏制安全生产方面违法风险的发生。

（二）建立法律事务流程跟踪监控机制

对于法律监控中的流程法律风险，更需要律师与企业的管理者、相关制度的实际执行者，进行全面的沟通，制定合法有效的制度流程，规范操作管理，只有这样才能在法律流程的每一个环节加以控制，简而言之，具体到收发传真的环节都不能有任何疏漏。

对企业法律事务流程的监控，最为普遍的就是企业交易合同的监控与管理。企业对外开展经营使用最为普遍的法律文书就是合同，但是对合同订立、生效、履行、变更、转让等法律流程的监控未必每个企业都能做得面面俱到。从证据固定的角度来看，并不是把合同妥善保管就意味着万事大吉，保管与合同有关的交易材料只是避免证据缺失的一个方面。为了避免证据的歪曲和维护企业交易的根本利益，对合同条款进行限制和审查也是十分必要的。例如，对合同签约主体的权限和履约能力进行必要的调查；对合同主要条款存在歧义的，进行必要的释明和补充；对于某些行业或者交易惯例的默示条款，可以考虑写入合同条款，避免不必要的争议等等。

在合同流程监控活动中还有一个容易忽略的问题就是空白合同的管理。事实上，空白合同的风险就在于空白合同的效力并不是空白的。当符合法定的表见代理条件时，出具空白合同的企业要依据该合同承担法律责任。此时企业也许会觉得无辜，但是如果企业在使用空白合同开展对外交易时，建立谨密的制度流程，则可以避免这种法律风险。建立严格的空白合同管理制度：首先，原则上尽量不签发空白合同，在民事纠纷中，盖章的空白合同容易构成他人“依法有理由相信的证据”，稍一忽视，就可能形成纠纷引来官司。因此如果没有必要，最好避免使用盖章的空白合同。其次，必须要签发空白合同时，应进行登记，说明用途，以便进行控制。再次，空白合同使用后，应当及时交回公司审核备案。设立合同签订的跟踪制度，

对于签订的合同，要落实合同审核，发现问题可以及时补救，并做好归档工作。最后，未按原计划用途使用的空白合同，应当责令合同承办人及时收回并销毁。总之，只有做好空白合同的管理，才能防范纠纷发生，避免企业遭受经济损失。

当然，法律风险的形成原因毕竟是多元的，以上论述仅是我们在实践中的简要总结，但是从法律风险的形成原因这一视角去看待法律风险并积极采取措施防控法律风险是值得我們探讨的一条路径。因为在现实的企业法律顾问工作中，我们的工作还有很多漏洞和不足，甚至有的法律顾问工作还存在头痛医头脚痛医脚的个别现象。然而在市场经济环境下，企业的任何经营行为都必须接受法律的评判，企业的任何经营行为都具有法律意义，也就是说都属于法律行为，都有可能发生法律风险，因此我们需要全面而系统的认识法律风险，才能对法律风险有效的控制和防范，因此在企业法律风险防范领域，仍需我们不断的进行理论创新和实践总结，以求不断提升企业法律顾问工作的质量。

附注：

- 1.《企业创业风险管理与防范》 作者：吴家锡。
- 2.《企业法律风险评估》 作者：向飞。
- 3.《公司法律风险防范与管理》 作者：谭岳奇。
- 4.《企业法律风险管理操作实务》作者：徐永前。

作者单位：安徽夏商周律师事务所

异议股东的股份回购请求权

胡继桃

【内容摘要】异议股东股份回购请求权制度是资本维持原则的例外，是禁止公司取得自己股份的“但书”，完善了股东退出机制和中小股东保护制度。我国《公司法》第75条和第143条规定了异议股东股份回购请求权制度。该制度为中小股东的利益保护提供了制度保障，保证股东在相对平等的情况下正当自由的退出公司，保护持股人的合法权益，抑制不良股东的权力滥用。由于当前我国相关法律对该制度规定不够全面，立法解释不够具体，在司法实践中存在着一些问题。本文通过对《公司法》相关法律的分析及相邻条文的推理，对异议股东的股份回购请求权给予明确定义，并对其在实务中不甚明了的问题进行论析，以求完善。

【关键词】异议股东 回购请求权 适用范围 完善

一、股份回购请求权的概念

异议股东股份回购请求权是指当公司发生重大资产或结构变动等影响股东利益的实质性变更时，持不同意见的股东所享有的要求公司依当时的公正价格收买其持有的股份（股权），从而退出公司的权利^①。据此定义，可以很直观的看出股权回购请求权是公司股东享有的一项权利，而公司允许股东享有此项权利是公司的义务。

异议股东的退出属于公司法规定的特殊股权转让，即在法定情况下，对股东会决议持不同意见的股东，有权请求公司以合理价格收购其股份。异议股东退股是公司法为保护中小股东而设计的一种股权转让制度^②。

二、股份回购请求权理论基础

构建异议股东股份回购请求权制度的理论基础主要有期待权理论、衡平理论和不公平待遇救济说。

期待权理论来源于“公司契约说”。该理论认为，公司是以公司章程这一载体为中介组合而成的股东之间、股东与公司以及公司与政府之间的契约。对于该契约的全面、实际履行，每一位股东均有期待的权利和利益。股东一旦加入某公司，即可合理地期待该公司按其加入时的状态运行下去，公司结构、章程等均不得未经同意擅自更改。否则即会导致其期待权的落空。当公司考量其经济环境而必须对享有期待权的股东给予适当的救济，股份回购请求权既是此种重要的救济手段之一。

衡平理论从异议股东股份回购请求权制度的历史渊源和价值出发，认为该制度建立的理论基础是权利的平衡和制约，即多数股东的决策权和少数股东的退出权的平衡与制约。为维护法律意义上的公平，赋予异议股东以股份回购请求权。异议股东的股份回购请求权具有衡平法上的紧急救助功能，主要目的是出于利益衡平的考虑，旨在帮助反对股东能以其股份换取合理的价款而离开公司。

不公平待遇救济说认为，在公司结构发生合并、分立、主要资产出售等涉及公司重大变化的场合中，广大中小股东极有可能遭受不公平待遇，而异议股东股份回购请求权是反抗这

种不公平的理想缓冲力量。赋予异议股东股份回购请求权的目的是防止不公正对待的风险。

三、异议股东股份回购请求权的适用范围

（一）适用的股东类型

在公司发生合并分立等重大结构性变化时，首先应当对哪些股东享有异议股东股份回购请求权进行定义。参见公司法最为发达的美国公司立法的分类，公司股东一般分为：登记股东、受益股东、继受股东、无表决权的股东^③。登记股东指的是在一家股份公司中有记录的股票持有人，或者一家非股份型公司中有记录的成员，即股份的登记持有人。受益股东是指其股票由投票信托组织持有或由作为登记股东的代管人持有的股票受益权所有人。所谓继受股东是指股东将其股份转让给第三人，该第三人从而作为原股东的继受人成为公司股东。无表决权的股东是指参加公司股东会（股东大会）对决议无表决权的股东。

我国《公司法》在第 75 条和 143 条关于有限责任公司和股份有限公司异议股东股份回购请求权的规定，内容不完全一样。对有限责任公司异议股东的股份回购请求权，法律采取的是直接规定的模式，即以明确的法律条文列举了可以要求回购股份的具体情形；而对于股份有限公司的异议股东回购请求权则采取了蕴涵规定的模式，即在列举公司可以收购自己股份的几种情形中涉及了异议股东可能提起回购请求的情形。

在出现法定情形后，异议股东通常可以以个人名义向股东会或者股东大会提出申请。在法律上立法解释尚未明确提出异议股东的身份门槛，即，是否以持有的股份多少来做为定，不过透过法条 75 条：“对股东会该项决议投反对票的股东……”可以理解为有限责任公司的异议股东应该是享有出席股东会，拥有否决权权利的。可为全体股东，不以持有的股份多少给予限定。

由此推出，我国《公司法》规定有限责任公司此项权利的股东符合美国公司法中的登记股东身份，主要以有记录的股份持有者构成。

我国《公司法》第 143 条以列举形式规定了股份有限公司的股份回购的情形，没有对是否参与股东大会进行提及，其类型更多倾向于美国公司法中的无表决权的股东与收益股东。通过对两法的对比，可以很容易的对一项权利在两种状态下的行使不同进行区别，从而更好理解。

（二）适用的具体情形

各国公司法对异议股东股份回购请求权制度适用的具体情形规定并不一致。概由两种立法例：

一是狭窄主义立法例，即对异议股东股份回购请求权之适用规定了较为狭窄的范围。此为美国特拉华州公司法和部分欧洲国家公司法采用。尽管各国对异议股东股份回购请求权的适用范围规定不一，但多数国家认为，在公司合并时，应赋予异议股东此权利。

二是宽泛主义立法例，即对异议股东股份回购请求权之适用规定了较为宽泛的范围。以美国的《示范公司法修订本》的规定最为典型。该法第 13.02 条规定，对于下列公司行动，异议股东有权请求公司对其持有的股票支付正当的价格。纽约州公司法亦采用宽泛主义立法例，规定股份回购请求权不仅适用于公司合并、兼并、资产出售，而且也适用于对任一类型股东构成不利的公司变动^④。

我国公司法不仅规定在公司分立、合并的情况下可以行使股份回购请求权，还包括其他可以行使该权利的情形。可见，我国公司法现阶段采取的是宽泛主义立法例。

四、异议股东股份回购请求权的行使程序

各国公司法所规定的异议股东股份回购请求权的行使程序大致包含以下几个流程：

1、告知股东异议权利。为使股东知晓公司合并这一重大事由，公司须提前告知股东有提起异议的权利，以便决定是否提出异议行使股份回购请求权。美国、韩国、日本等国家立法规定，公司必须按照股东大会的召集程序在会议召开前一定时间内通知各股东会议审议事项，其中某决议是属于可以行使回购请求权的事项范围，则必须告知股东有权提出异议。韩国《商法》规定，在董事会对公司合并作出决议后，应当召开股东会。在股东会会议通知或公告中，应当明示股东享有股份回购请求权的内容和行使方法。

2、提前做出书面反对通知。股东在得知其享有的异议权后，应当作出异议表示，如果股东没有作出异议表示，则不得主张股份回购请求权。股东收到会议通知后，如果对决议存在异议，应当向公司书面作出反对的意思表示，说明自己将主张回购请求权。关于股东是否应当出席股东大会表明态度，各国的规定有所不同，日本、我国台湾地区规定在参加表决中该股东应投反对票方可主张回购请求权，美国《示范公司法》规定不投赞成票的异议股东即可以主张权利，而韩国规定只要表明对股东会决议持不同意见即可，没有必要再出席股东大会进行反对。此立法意旨在于对公司进行预告，以方便公司掌握反对股东的现状，准备股东大会决议和进行收买准备。

3、在股东会决议行动。美国、日本等国家规定，异议股东除以书面形式表明其反对意思外，尚须在批准合并决议的股东会会议上表明其反对或者不赞成的态度^⑤。在股东大会通过引起股份回购请求权的决议后，异议股东应书面要求公司收购其持有的股份，没有书面提出此要求的异议股东，不能主张股份回购请求权。韩国《商法》未要求异议股东在股东会决议时行动。即使异议股东不出席股东大会，股东大会决议时亦应将其加算在反对票之中。

4、书面提出回购请求。符合前述规定程序后，异议股东应在法定期限内书面提出回购请求。

5、确定股份回购价格。在股份回购请求权的行使过程中，回购价格的确定至为关键，确定价格公平是一项核心内容。正常状况下应当由公司与异议股东之间进行自由协商。而如果双方无法达成一致，则有权请求人民法院对价格进行裁量。法院应结合决议时公司经营发展的情况以及股东持股的具体情况进行综合考察，在尽可能地与双方沟通意见的基础上形成一个可接受的价格。

五、异议股东股份回购请求权立法完善的建议

公司法经修改出台后关于异议股东股份回购请求权的规定有效解决了一些问题，但还是存在着一定缺陷，即立法条款过于简单。可以说我国的异议股东股份回购请求权制度还处在萌芽状态，作为一项保护中小股东的制度在我国还没有完全建立起来。考量我国现行异议股东股份回购请求权制度缺陷，和其他国家的相关立法，本文认为，我国的异议股东股份回购请求权制度可以从以下几方面改进：

一是应明确股份有限公司股东行使该项权利的程序。比如同样适用有限责任公司的相关程序，只就特殊情况作出规定。

二是应当明确公司的告知义务。我国存在大量的隐名股东，公司法规定有限责任公司召开股东会，公司仅负有通知召开的义务，而无告知会议审议的内容的义务，除非公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外，因此股东很可能由于没有出席股东会投反对票而不享有股份回购请求权。而股份有限公司，虽然公司法规定公司须将大会审议的事项于会前通知各股东，但众多的中小股东也可能由于不知情超过期限未请求而丧失请求权。

三是应当明确股东行使回购请求权的期限。我国公司法对请求权的行使期间未作规定，只要股东在会议决议通过之日起 60 日内提出即可，同时该 60 日还包括股东提出收购请求后股

东与公司的协议时间,也就是说请求权的行使期间与协商期间是重合的,这样会导致协商期间快要届满时,股东才提出协商请求,而由于时间过短不能充分协商,导致不必要的诉讼。

四是应当明确股票交付与价款支付期限。如果没有这一方面的规定,股东可能在合理期限内获不得股份价款,公司与股东之间也可能产生诸如谁先交出股票、谁先支付价款的争议。台湾地区公司法规定自决议之日起 90 日内支付价款,股份价款支付与股份交付同时为之。

《美国模范商业公司法》第 13 章规定,如果公司估定了反对股东所持股份的价值,就应当立即支付该笔金额,而不能等待评估程序的最终结果。在支付的同时,公司还应将有关资产负债表、财务说明、公司对于股份公正价格的陈述、利息计算的说明等文件一并送达反对股东。如果股东不满意公司的开价,还可以要求公司按照自己的股价支付。我国可以参照作出规定。

五是应明确如何确定股份回购的价格。从各国立法来看,确定股份价格的方式主要以公司和异议股东协商一致为主,若公司和异议股东对股价公平价格不能达成一致意见,按照多数国家或地区立法的规定,将会启动股份估价的司法程序,即请求法院在外部专家的参与下,确定回购股票的公平交易价格。异议股东股份回购请求权在保护少数股东利益方面作用明显,但不可否认的是它存在着对公司实现股权分置改革方案、推进股权分置改革进程造成障碍的可能。其一,可能有更多的股东会选择在股东大会表决股权分置改革方案时投反对票,以期以异议股东股份回购请求权的方式,请求与公司单独谈判协商回购股份的价格,导致公司推进股权分置改革的谈判成本增加而影响股权分置改革推进的进程。其二,为了保证在股东大会上通过股权分置改革方案,非流通股股东支付的对价有可能因回避回购情形出现而加大,原本作为保护少数股东合理权益的制度,将会成为少数股东与控股股东刻意博弈的工具,这样对于控股股东来说,更加缺乏推进股权分置改革的动力^①。

除上述各点,法律还应立法明确继受股东是否享有异议股东股份回购请求权。继受股东继受原本享有股份回购请求权的情况有两种,第一是因继承而取得股票,第二是因转让而取得,转让又可分为两种情况,一为有偿,一为无偿,即受赠予的情况。美国《示范公司法修订本》在第 13、24 条规定,一直到被建议的行动被公司采纳前或未能采取行动而解除限制前,公司可以从收到要求支付书那天起限制其转让无证书证明的股票。由此似乎可以推出,该立法的意旨是不欢迎受转让股东取得异议股份回购请求权的。

异议股东股份回购请求权制度作为对少数股东利益保护的一种有效机制,以追求不同利益股东之间的平衡为目标,以保护公司少数股东利益为导向,在股份的持有人无法继续行使本项权利的时候,这项权利是应当视作放弃,还是可以做为股份持有人的一份财产,可以拥有继受,赠与的权利。我认为,关于这一方面应首先确定股份回购请求权到底是一种一般债权还是特殊的债权。这点有待法律的立法明确。

股份回购请求权精巧地构造了当代公司制度中最富有效率的中小股东利益保护机制,而且具有其他少数股东保护机制无法实现的功能,应当成为我国中小股东利益保护机制进一步完善的重点,我国的《公司法》应当在更广的范围内进行借鉴和丰富,从而不断完善中小股东利益的保护机制。

我国诉讼机制目前不完善,存在着重实体、轻程序的弊端,应针对这一状况制定适合我国实际情况的科学程序,为异议股东行使权利,提供制度性保障。例如每个程序步骤的期限,相关信息的公开,诉讼费用的分担,都要考虑对于分散化的异议股东的权利行使的成本等等,并在具体适用事项上考虑异议股东股份回购请求权与债权人权利发生冲突时的优先次序,以便使该制度更好地融入我国以大陆法传统为主的公司法体系中。

注释:

①赵曾海,姜涛:《股东的权利》,法律出版社,2007年版,第67页。

②石纪虎，石慧荣：《公司法》，人民出版社 2008 年版，第 65 页。

③胡果威：《美国公司法》，法律出版社 1999 年版，第 215 页。

④徐明、郁忠明主编：《证券市场若干法律问题研究》，上海社会科学出版社 1997 年版，第 176 页。

⑤蒋大兴：《公司法的展开与评判》，法律出版社 2000 年版，第 778 页。

⑥朱芸阳：《保护异议股东权益需要制度援手》，中国证券报，2005 年。

参考文献：

1. 赵曾海、姜涛：《股东的权利》，法律出版社 2007 年版。
2. 石纪虎，石慧荣：《公司法》，人民出版社 2008 年版。
3. 蒋大兴：《公司法的展开与批判》，法律出版社 2000 年版。
4. 胡果威：《美国公司法》，法律出版社 1999 年版。
5. 朱伟一：《美国公司法判例解析》，中国法制出版社 2000 年版。
6. 冯果：《公司法》，武汉大学出版社 2007 年版。
7. 范健、王建文：《公司法》，法律出版社 2006 年版。

作者单位：安徽华冶律师事务所

银行贷款业务中的担保措施法律风险与防控

李 阳

【内容摘要】目前，银行的各项贷款业务中保障其资金安全的一个重要环节就是担保措施。完善、有效、足额的担保措施可以说是银行资金安全的最后也是最重要的一道防线。然而实际工作过程中，银行担保措施无效或担保措施无法操作的法律风险屡屡发生，这给银行的资金安全带来重大不利影响。为此，我们集合实践工作遇到的突出法律问题，就银行常见的担保措施法律风险进行探讨，一并讨论了相应防控办法。

【关键词】担保 担保措施 法律风险 防控

一、银行贷款业务中常见的担保措施问题分析

从功能上说，“担保”实质就是一种“保障”，保障债权人对债务人的债权能够实现的方法。对银行贷款业务而言，通俗的说就保障借出去的钱能够安全的得到归还的方法。

我国《担保法》规定了五种方式，保证、抵押、质押、留置、定金。但是对于银行业务，常见的担保措施实际上只有三种，即保证、抵押、质押。

1. 保证，是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。由借款人以外有担保能力的第三人为银行向借款人发放的贷款提供连带责任保证，几乎已成为每一项贷款业务中必备的担保措施。

但实践中保证担保的有效性问题的；主合同履行过程中的变更对保证的影响问题；既有物保又有人保时法律规定对银行实现债权的影响问题以及最高额保证中的最高额理解问题，已成为银行贷款担保措施中最常见的问题。

2. 抵押，是指债务人或者第三人不移转对财产的占有，将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依照本法规定以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。但是，实践中我们发现银行的业务人员对最基本的抵押财产有效性的识别、登记的效力以及抵押与租赁关系上存在认识模糊，这不仅可能导致抵押的效力，有些时候也影响了抵押措施的实现。

3. 质押，分为动产质押和权利质押。动产质押：是指债务人或者第三人将其动产移交债权人占有，将该动产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依照本法规定以该动产折价或者以拍卖、变卖该动产的价款优先受偿。权利质押：权利质押，是指以所有权之外的财产权为标的物而设定的质押。

鉴于质押物保管的风险，目前银行贷款业务的担保措施中对于质押担保主要集中于权利质押，而问题主要在权利质押中新型权利质押方式的设计风险，比如最常见的仓单质押（第三方仓储监管问题）、应收账款的质押登记问题等等。

注意：质押的功効、权利质押的范围、质押合同何时生效

4. 留置和定金，因留置只适用于保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权中；因此，银行贷款业务未有涉及。因借款合同是以借款为合同标的，因此定金同样基本不适用于银行贷款业务。

二、银行贷款业务中保证担保措施的法律风险与防控

1. 导致保证合同无效的三种风险因素及后果。

结合《担保法》与为银行提供顾问工作的实践，我们发现最容易导致担保合同无效的有以下三种风险：

①保证主体无效。根据法律及司法解释的规定，下列主体是不能作为保证人提供保证担保的，否则，即使其提供担保也会被判定无效。

国家机关（党委、政协、立法机关、审判机关、检察机关、行政机关国务院、部委、省政府、市政府、区县政府、乡镇政府、街道办事处、居委会、村委会）；

以公益为目的的事业单位（学校、幼儿园、医院等）；

以公益为目的的社会团体（社会团体，是指中国公民自愿组成，为实现会员共同意愿，按照其章程开展活动的非营利性社会组织。我国有全国性社会团体近 2000 个。其中使用行政编制或事业编制，由国家财政拨款的社会团体约 200 个。在这近 200 个团体中，全国总工会、共青团、全国妇联的政治地位特殊，社会影响广泛。还有 16 个社会团体的政治地位虽然不及上述三个社会团体，但也比较特殊。它们分别是：中国文联、中国科协、全国侨联、中国作协、中国法学会、对外友协、贸促会、中国残联、宋庆龄基金会、中国记协、全国台联、黄埔军校同学会、外交学会、中国红十字总会、中国职工思想政治工作研究会、欧美同学会。以上 19 个社会团体的主要任务、机构编制和领导职数由中央机构编制管理部门直接确定，它们虽然是非政府性的组织，但在很大程度上行使着部分政府职能。被列入参照公务员法管理的人民团体和社会团体。）；

企业法人的分支机构、职能部门（如分公司、企业财务部、人事部，销售部等），但有例外情况。

②欺诈保证人。比如：主合同当事人双方串通，骗取保证人提供保证的；主合同债权人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的。

③主合同无效。通常情况下，主合同无效担保合同无效。

保证无效的法律后果风险

我们归纳总结了一下，保证合同无效，会直接引起以下法律后果：

①主合同有效而担保合同无效

债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任。

债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。

②主合同无效而导致担保合同无效

担保人无过错的，担保人不承担民事责任。

担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。

2. 主合同变更导致保证人不再承担保证责任的风险与防控。

实践中，银行与借款人之间变更主合同即借款合同的情况很常见，比如对借款合同进行展期，对借款利率进行调整等等。但如果银行在与借款人对主合同即借款合同进行内容进行变更时，忽略了保证人的因素，极有可能导致保证人不再承担保证责任，造成巨大的资金安全风险。因为，根据我国《担保法》及其司法解释规定：

①债权人与债务人协议变更主合同的，应当取得保证人书面同意，未经保证人书面同意的，保证人不再承担保证责任。

②保证期间，债权人与债务人对主合同数量、价款、币种、利率等内容作了变动，未经

保证人同意的，如果减轻债务人的债务的，保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任；如果加重债务人的债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。

③债权人与债务人对主合同履行期限作了变动，未经保证人书面同意的，保证期间为合同约定的或者法律规定的期间。

为此，银行在实践中一是可以通过事先约定的方式预防风险，比如在设计保证合同的时候就对展期问题、对资金利息的调整问题做出事先约定，使得保证期间可以自展期届满之日起计算；使保证范围涵盖利息的调整等。二是通过事中完善手续的方式预防风险，比如在进行展期等合同内容变更之前通知保证人，在征得保证同意之后方变更主合同并要求保证人在变更后的主合同上签字认可。

3. 既有物保又有人保时的处理原则及风险防控

根据我国《担保法》及相关法律规定：

①同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。

同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。

②债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。

以上的法律规定，导致了实践中物保和人保不能相互覆盖的问题，可能造成担保覆盖的缺失。比如既有人保又有物保的情形且当事人对各自担保的范围有明确的约定，但若实现物保或人保的时候，抵押物或质押物拍卖、变卖的价值不足约定的担保范围，或保证人无力承担原约定的保证责任，就造成了虽有不足，但同一债权上的其他担保却不能覆盖弥补的问题。

为此，我们建议在设计担保合同的时候可以要求保证人一方放弃仅对物保以外的部分承担保证责任的权利。因为，法律并不禁止当事人对此作出另行约定。这样就可以使人保覆盖物保，即使物保实现时有不足，人保也可以进行弥补，极大的提高了银行（债权人）的资金安全保障。

4. 最高额保证中最高额度的定义与识别

保证人与债权人可以就单个主合同分别订立保证合同，也可以协议在最高债权额限度内就一定期间连续发生的借款合同或者某项商品交易合同订立一个保证合同。

最高额保证合同是银行采用保证担保措施时最多用的一种方式。而这其中“最高债权额”是最高额保证合同的核心内容。最高债权额是指“债权发生额”还是指“债权余额”，决定着担保人的担保责任范围的大小，关系到他们的切身利益，也决定着一个案件的审理结果，直接影响金融机构的利益。所以，对“最高额债权”的理解及如何认定是最高额保证合同案件的关键。

最高额保证合同有别于其它担保合同的本质特征是它限定了最高债权限额。“最高债权限额”是指“最高债权发生额”还是指“最高债权余额”？《担保法》本身就此问题未作出明确解释，在银行金融业务和法院审判实践中，也对此理解不一。最高人民法院关于《担保法》若干问题解释第23条规定：最高额保证合同的不特定债权确定后，保证人应该在最高债权限度内就一定期间内连续发生的债权余额承担保证责任。可见，该解释采用了“债权余额”的概念，也就是说“债权余额”只要不超过合同规定约定的最高债权限额，保证人就应当在“债权余额”范围内承担保证责任。它为审理最高额保证合同纠纷作出了明确规定。

三、银行贷款业务中抵押担保措施的法律风险与防控

1. 导致抵押担保无效或无法实现的“抵押物”风险及防控。

我们在实践中发现很多银行职员在进行抵押担保的业务时，不能识别抵押物风险已经成

为一个不容忽视的问题。

当然最基本的法律常识他们还是具备的，比如根据法律规定下列财产不得抵押：如土地所有权；耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但担保法第34条第（5）项、第36条第3款规定的除外；学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；所有权、使用权不明或者有争议的财产；依法被查封、扣押、监管的财产；依法不得抵押的其他财产。

但是，实践中随着经济关系主体变革的日新月异以及构建和谐社会的需要，一些新问题不断出现。比如：事业单位的公益设施识别问题，很多事业单位的社会职能在发生转变，仍保留着事业单位的编制但充分参与市场经济行为的事业单位大量涌现。地质队就是其中的代表之一。银行在贷款业务的实施过程中，借款人提出由地质队提供抵押物实例不乏出现。但地质队的性质如何判别，其所属设施设备的性质又如何界定。地质勘察队性质上属于事业单位，但目前又充分的参与市场经济行为，除国家交付的地质勘察任务外，受矿业权人委托进行地质勘察的盈利性业务又在不断增长。那么，地质队是否属于传统意义上的事业单位，其所属设施设备既用于国家公益勘察又用于盈利性经营，其性质又如何界定。我想这不仅银行职员不易判断，就连法律职业人员对此也各持己见。为了避免造成抵押物不符合法律规定而导致担保合同无效，对于此类抵押物，我们只能建议银行（债权人）暂不接受，在能够确认其性质的情况下也持谨慎接受的态度。

不仅如此，近些年来为了保障债务人基本的生活权利，相关司法解释又规定了债务人的生活必需品如房屋不能执行。这就造成当债务人只有一套住房的情况下，即使合法抵押也不能执行的局面，虽然最高人民法院对此也进行了补充性规定，确认抵押的房屋在履行过渡程序后可以执行，但司法实践中效果并不理想。在个人按揭贷款占银行贷款业务比重相当规模的当下，这样的局面对银行而言不能说不是一个潜在的巨大风险。在用住房进行抵押贷款时，我们可以建议银行谨慎接受只有一套住房的抵押贷款申请，要求抵押人最好合法持有两套以上住房时方可接受。但在个人首套房的按揭贷款中除了增加连带责任保证人外，目前没有更好的办法。

2. 导致抵押权实现障碍的租赁风险及防控。

实践中，抵押人将已经出租的财产抵押给银行，又是银行所面临的一个风险，而该风险是一种间接的抵押权实现风险，不易在抵押担保措施设立时发现。根据相关法律规定：

抵押人将已出租的财产抵押的，应当书面告知承租人，原租赁合同继续有效。抵押人将已出租的财产抵押的，抵押权实现后，租赁合同在有效期内对抵押物的受让人继续有效。

抵押人将已抵押的财产出租的，抵押权实现后，租赁合同对受让人不具有约束力。抵押人将已抵押的财产出租时，如果抵押人未书面告知承租人该财产已抵押的，抵押人对出租抵押物造成承租人的损失承担赔偿责任；如果抵押人已书面告知承租人该财产已抵押的，抵押权实现造成承租人的损失，由承租人自己承担。

以上法律规定意味着租赁在前的财产实现抵押时不对抗租赁合同，抵押权实现后租赁合同继续有效。这样就造成现实中该抵押财产能否实现抵押权的问题。参加抵押物拍卖、变卖程序的购买者多以自己使用为主，少见投资者。但若一项财产上设有多年的租赁合同，抵押财产被购买后还要被他人继续租赁使用多年，还有多少人愿意购买，这势必导致抵押权实现的困难。将出租的厂房抵押、出租的办公楼抵押、将出租的商业门面房抵押是银行经常遇见的问题，优良的抵押物极有可能因租赁而不易实现抵押权，这使得银行即受诱惑又受困惑。在这种情况下，如果承租人愿意事先放弃租赁优先的权利自然可以使问题得到解决，但实践中效果很差，几乎很少有承租人愿意放弃。

3. 两种特殊抵押中应注意的法律风险及防控。

①在建工程抵押。

根据相关法律规定，以依法获准尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物抵押的，当事人办理了抵押物登记，人民法院可以认定抵押有效。

但实践中，在建工程实现抵押权时存在法律限制：一是，建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。二是，消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。所以说此时银行的优先权仅排第三位。这对银行来说是极大的法律风险。

为此，银行可以采用让施工单位（承包人）承诺放弃工程价款优先权；向施工企业贷款以及通过房地产开发资金监管的方式防控在建工程抵押时优先顺序的法律风险。

②接受浮动抵押时应注意的问题。

《物权法》第 181 条经当事人书面协议，企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。这是物权法创设的新的担保方式。但银行在具体运用的过程中尚需注意以下问题：

办理浮动抵押是应进行抵押登记，不登记不能对抗第三人。企业、个体工商户、农业生产经营者以本法第 181 条规定的动产抵押的，应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记。抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。

抵押权不能对抗已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。

依照《物权法》第 181 条规定抵押的，不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。

4. 担保物权优先受偿的例外情况

①国家税收权：《税收征收管理法》45 条：纳税人欠缴的税款发生在纳税人以其财产设定抵押、质押或者纳税人财产被留置之前的，税收应当先于抵押权、质权、留置权之前执行。（旨在防止欠税人以抵押、质押、留置名义来恶意转移财产，在接受担保前应审查担保人的纳税情况）

②2006 年 8 月 27 日破产法公布前形成的未清偿职工债权（工资、医疗费、伤残补助、抚恤费用、养老金保险、基本医疗保险及其他法定补偿金）：在按照正常顺序无法实现时，则以设定担保的特定财产受偿，此时，未清偿的该等职工债权优先于担保物权。

四、银行贷款业务中质押担保措施的法律风险与防控

1. 银行接受动产质押中的保管风险。

质押合同自质物移交于质权人占有时生效。

质权人负有妥善保管质物的义务。因保管不善致使质物灭失或者毁损的，质权人应当承担民事责任。

质权人不能妥善保管质物可能致使其灭失或者毁损的，出质人可以要求质权人将质物提存，或者要求提前清偿债权而返还质物。

质物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害质权人权利的，质权人可以要求出质人提供相应的担保。出质人不提供的，质权人可以拍卖或者变卖质物，并与出质人协议将拍卖或者变卖所得的价款用于提前清偿所担保的债权或者向与出质人约定的第三人提存。

2. 权利质押的登记风险。

以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，应当在合同约定的期限内将权利凭证交付质权人。质押合同自权利凭证交付之日起生效。

以依法可以转让的股票出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向证券登记机构

办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。

以基金份额、股权出质，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，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。

基金份额、股权出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让基金份额、股权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

以应收账款出质的，当事人应当订立书面合同。质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。应收账款出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让应收账款所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

五、结语

以上是在我们为银行提供法律服务的实践中亲身经历的担保措施的法律风险，以银行为例便于阐述，但这些风险绝不仅仅限于银行业，对所有债权人均有借鉴意义。局限于我们自身的风险认识能力和对法律理解的程度，本文探讨的风险及防控措施不尽全面，甚至有偏颇之处，虚心的接受指正。

参考书目：

①黄松有：《中华人民共和国物权法条文理解与适用》，人民法院出版社，2007年3月第1版。

②孙鹏：《担保法精要与依据指引》，人民出版社，2005年第1版。

作者单位：安徽明博律师事务所

论公司法对中小股东利益保护

周 展

【内容摘要】中小股东作为公司权利配置和构架中的弱势群体，在公司运营中自身利益容易受到来自大股东和管理层的侵害和剥削，而如何设计相关的制度使小股东的利益得到适当而又充分的保护，是关系到公司能否稳定存续、长远发展的重要一环。从比较法的视角看，新《公司法》是一部借鉴西方国家公司法的立法经验，总结我国《公司法》施行十余年存在的问题而制定的较先进的公司制度，对中小股东的利益保护方面有重大的突破，但仍存在一些不足之处。

【关键字】公司法 中小股东 利益保护

一、对中小股东的理解

一般认为，公司的股东因为出资额的不同，形成大股东和中小股东的区别。中小股东不是一个严格的法律概念，只是与大股东相对而言的。对于究竟什么是法律上的所要保护的中小股东以及二者之间的区分标准，学者们是众说纷纭，见解各异。传统公司法理论中，对大股东的认定单纯以其持有的股份数额为标准。随着经济的发展，股权日益分散，这样的划分与界定并不科学。因为股权的大量分散。股东对公司的经营控制并不需要再持有公司过半数的股份。因此，单从持股比例认定大小股东已经不切实际了，认定的关键在于其对公司是否具有控制力，即对公司的经营决策是否能有经常性的支配性影响。这是从股东对公司的控制的内部特征进行界定的。因此，对大小股东的界定应当从其表现形式和内部特征两方面进行，而不能只单纯地以其持股比例而定。

二、中小股东利益保护的必要性

（一）大股东对中小股东的不公平行为与损害

我国现有的大型股份公司中，大多数是由国有企业改制而来，这些公司中的第一大股东百分之八十以上是国家机构或国有法人，股权集中的现象十分明显。大股东滥用其优势地位对中小股东实施不公平行为及其侵害在现实生活中大量的存在。具体表现为以下几种情形：

1. 对公司经营业务施加影响。大股东常常利用自己在公司的优势地位，大量占用公司资金，进行不公平关联交易，操纵利益分配以及利用公司进行担保等等，侵害公司利益，最终导致中小股东为公司的利益损失买单。

2. 滥用表决权。这主要表现在公司大股东利用其持股比例改变公司章程与结构，以使其利于自己的利益。因为依据公司法的规定，拥有一定股权的股东(多数股东)就能够对公司的章程和结构的改变进行表决。

3. 大股东对股东平等原则的滥用。股东平等原则，是指公司在基于股东资格而发生的法律关系中，不得在股东间实行不合理的不平等待遇，并按股东所持有的股份性质和数额实行平等待遇的原则。^①这是指股份平等，即公司所发行的股份内容相同，“同股同权，同股同利”，且股东的权力应与其所持股比例成正比，在这样的公司制度设计下，大股东侵害中小股

东利益的原因之一就是大股东对股权平等原则的滥用。现代的公司法律制度都无一例外的采用了“一股一表决权”原则。由于每一股份的价值原则上是相同的，因此在决定公司事务时，所持多数股份的股东则拥有更多的发言权和表决权，这样的结果就是在公司的管理中，大股东形成了其优势地位，而这种优势地位恰恰正是大股东能够而且必然侵害中小股东的利益的根源。股东平等原则是公司法的基本理念，而在实践中是用“一股一表决权”的形式来贯彻这一理念的。而“一股一表决权”必然会带来“资本多数决定”原则，因此股东大会的表决只是通过资本的占有份额来决定的，这样只会导致表决的形式化，大股东不是在表决而是在发号施令。

（二）加大对中小股东利益保护的必要性

中小股东人数众多，但是在公司“资合性”的情况下，持有多数股份的股东对公司拥有控制权，相比之下，由于中小股东的总资产加起来总量较少，因此无法对整个公司的决策产生影响，这就使得大股东能够轻易地操纵公司，使董事会成为所谓的“一言堂”，中小股东的利益也常常因此而受到损害。按常理，大股东在公司所投入的资本使得他们更加关心公司的经营决策，中小股东因为投资量小，许多人在很大程度上抱着一种投机的心理，对于公司的决策漠不关心，即所谓“搭便车”，既然如此，为何还要保护这些中小股东的利益呢？笔者认为主要从以下几点来：

1. 保护中小股东可以鼓励更多的社会资本参与到社会资本流通中来，增加流通到社会里总的资本数量。尽管大股东所投入的资本量是相当可观的，但是如果只是少数人的参与，那么整个市场经济所包含的因素是不完整的，有可能加剧“贫者越贫、富者越富”的社会状况，而动员整个社会的资本参与其中，不但可以增加总的社会流通资本量，也能更好地分化投资风险，实现多方面的增长，从而带动整个社会资本多元化的良性循环。

2. 中小股东的出资资本将对公司的产生与壮大发挥举足轻重的作用。中国现在的公司很多是由原国有大中型企业改制而成，除生产特殊产品的公司和特定行业的公司以外，国有股在公司资本中所占的比例将有所下降，那时中小股东的出资资本将对公司的产生与壮大发挥举足轻重的作用。而股东之所以愿意向公司投资，其根本原因无外乎是期望由此能从公司的盈利中获得更大的利益回报。如果中小股东未得到有效的保护，将挫伤他们的积极，从而使公司的资本不足，进而影响到公司的发展和壮大。

3. 能够促使公司的发展运作朝着全体股东“共赢”的方向发展。公司的大股东和董事、经理对公司重大事项有着决定性的影响力，他们都可能凭借自己的优势谋求私利，损害公司和其他利益相关者的权益。如果中小股东无法对这种行为进行制约的话，那么公司与中小股东的利益就无法得以保障，那时公司将成为为少数人谋利的工具。从这一层面考虑，必须加强对中小股东的股东权保护，使公司的发展运作朝着全体股东“共赢”的方向发展。

4. 是保持社会稳定的需要。我国的中小股东以自然人居多，他们的资本来源一般是自己辛苦所得。而在公司存续期间，股东不能随便地抽回自己的出资。一旦公司发生债务问题，股东还需要以自己的出资额或所持股份为限对公司债务承担有限责任。所以，对中小股东而言，他们有时不得不承担“血本无归”的投资风险。如果这一风险是正常经营范围内难以避免的，中小股东对此也无可厚非。但如果这一风险是建立在对中小股东权利践踏的基础之上，那它对中小股东的冲击就可想而知了。^②

三、公司法上对中小股东利益的保护

（一）旧《公司法》存在的问题

我国第一部《公司法》制定于1993年，因此不可避免地被打上了计划经济的烙印。虽经过1999年的修订，但其仍难以满足公司发展的客观需要，更难以有效保护股东利益。特别是

我国加入 WTO 以后,对中国的法制建设提出了更高的要求,公司法也急需修改和完善,从创造平等的竞争环境入手,对公司设立条件,中小股东利益保护及监督权的完善进行探讨,并对我国公司法人治理提出建议,以期建立符合市场经济和国际惯例的法律制度。

随着社会的不断发展和进步,原公司法在市场经济大潮中显得越来越力不从心,问题主要表现在:

一是定位不准确。其中主要表现在国有股东地位过高,原公司法在许多方面对国有股东照顾太多不能有效体现股东平等原则。

二是公司法许多条文规定过于粗疏有的甚至互相矛盾存在不少的漏洞。

三是原公司法对投资者权益保护不够没有能够清晰和周全的规定投资者的实体性权利和程序性权利。

四是原公司法的可诉性不强,许多条文规定形同虚设难以执行。

五是原公司法的法律责任不够完整,重视行政责任,严重忽视民事救济和刑事责任,投资人得不到及时的司法救济,公司犯罪得不到及时有效的打击。

六是公司法的配套法规不健全,始终未能出台公司法的配套法规。

七是针对公司法的司法解释不力,有关投资人的诉讼与救济制度难以实施。

我国经济正从商品化和货币化阶段向公司化和证券化阶段发展,投资者权益是否保护到位成为我国国民经济和资本市场能否正常运行持续发展的中心环节。修改公司法是我国资本市场走向法治的需要。当时的《公司法》,只规定了股东享有的权利而并没有特别对中小股东进行保护的制度。因此,一方面现有的规定存在着若干缺陷,另一方面则是一些重要制度的缺失。这与各国现代公司法的发展潮流不符,也使《公司法》的科学性与合理性受到怀疑,这些问题引发的弊病已在现实中有所显露,因此适当限制大股东权利,强化中小股东权利保护机制,已成为我国《公司法》修改的当务之急。

(二) 关于 2005 年《公司法》对中小股东利益保护

于 2005 年修订的《公司法》确给人耳目一新之感觉,是原《公司法》自 1994 年 7 月 1 日实施以来,我国立法机关第三次对这部法律作出修改,也是修改幅度最大的一次。修订《公司法》,对于我国完善社会主义市场经济体制,将提供十分重要的制度支持。新修订的《公司法》尽管在保护中小股东的利益方面有了重大突破,但还是存在一些问题,下面就相关问题予以分析和阐述。

1. 表决权排除制度

表决权排除制度,亦称股东表决权回避制度,是指当某一或某些股东(特别是控股股东)与股东(大)会表决的议案存在特别利害关系时,这些股东或其代理人不能以其所持表决权参与表决的一项法律制度。^③表决权排除制度具有以下一些重要意义:

(1) 能够避免股东、发起人或者董事将自己的利益置于公司利益之上,由此使公司利益得到维护。

(2) 有利于维护其他股东的利益,尤其是维护中小股东的利益。当公司的股东利用其公司的经营进行不公平关联交易而决议时,表决权排除制度就开始发挥它的作用了。股东大会对这类事项进行决议时,排除利害关系股东的表决权,肯定有助于抑制大股东从公司获得不当利益,以维护公司利益。

表决权排除制度的价值在于预防资本多数决原则的滥用,保护公司与中小股东的利益。新《公司法》有关此项规定有失完善,这种不完美表现为:

(1) 适用范围的规定过于宽泛与原则。根据《公司法》第 16 条的规定,只要担保的对象是公司股东和实际控制人就适用该制度,而不问担保是否与公司股东和实际控告人有利害关系。应该将担保与公司股东和实际控制人是否有利害关系作为表决权排除制度的适用条件,

从经济方面安排表决权排除制度的适用性。此外，还应该细化表决权排除制度的适用范围，规定排除公司股东和实际控制人表决权的具体适用情形，以便更具有操作性。^④

(2) 应当借鉴国外法律采用列举式与概括式相结合的立法方式，在更广泛的范围内适用该制度。

(3) 表决权排除制度不应仅仅限于股份有限公司，还应当包括有限责任公司，因为在有限责任公司中，虽然是人合性很强的公司，股东人数少，但在公司内部仍然会有大股东侵害中小股东利益的情况出现，所以应当建立表决权排除制度。

(4) 对股东的表决权排除制度采用法定化和章程式相结合的立法体例。这样公司可以在自己的章程中再规定一些关于表决权排除的相关问题。

2. 关于中小股东的知情权

在全国人大常委会会议第一次审议公司法修订草案的过程中，有些代表提出，一些有限责任公司的大股东利用其对公司的控制权，长期不向股东分配利润，也不允许中小股东查阅公司财务状况，权益受到损害的中小股东又无法通过转让股份退出公司，致使其利益受到严重损害。

针对上述问题，新修改的公司法第 34 条和第 117 条都做了规定。股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的，可能损害公司合法利益的，可以拒绝提供查阅，并应当自股东提出书面请求之日起十五日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的，股东可以请求人民法院要求公司提供查阅，中小股东可以通过单独起诉和其他诉讼中有关法律程序（包括申请法院调查取证等）来强制公司披露相关信息。^⑤

这些规定都有利于中小股东了解公司的经营状况和其他的一些信息，不会像以前那样处于公司经营决策之外，对公司没有任何了解，无法做出维护自己权益的判断。

但为了更好地保护中小股东利益，公司法有必要明确规定知情权的具体内容，即公司向股东披露信息的范围。信息披露边界应当得到适当控制，如果无限扩大信息披露范围，不仅有害于公司整体利益，而且最终将有害于公司股东的自身利益。

究其原因有四：其一，公司可能因此会遭受商业秘密和未来的潜在利益的损失。因为公司董事会层面，常常会讨论公司未来的发展战略和经营策略，一旦公开，会对公司形成毁灭性的打击。其二，大的公司每天都存在大量的记账工作，如果说查就查，将严重影响公司日常运营。其三，公司的账册档案多，查账工作量大，成本高。其四，股东存查阅账册时，因为不可能时刻都在监控之下，如果期间发生账簿的火失或涂改，难以明确责任。

从国外的法律实践来看，股东如果对公司公开的文件有异议，可以要求聘请专业的会计师事务所查账。同时股东被要求提出正当理由。如果查下来有问题，则由公司承担费用；否则，由股东本人承担费用。而按照《新公司法》规定，在股东请求被拒绝时，可以要求法院强制公司提供账簿查阅，这将会给公司带来非常不必要的麻烦和负担。由于股东知情权扩大的规定存在以上隐患，所以在实践中，这些规定对保护中小股东利益的正面作用能发挥到怎样的程度还不能确定。^⑥因此，有关方面的具体程序和实体规则需要相应的完善。

3. 累积投票制度

所谓累积投票制度，是指股东大会选举两名以上的董事(监事)时，股东所持有的每一股份拥有与当选董事(监事)总人数相等的投票权，股东既可以把所有的投票权集中选举一人，亦可分散选举数人，按得票数的多少决定董事人选(监事人选)的表决制度。^⑦新法第 106 条规定，股东大会选举董事、监事，可以依照公司章程的规定或者股东大会的决议，实行累积投票制。

累积投票制在维护中小股东利益，防止控股股东全面操纵董事会等方面有重要意义。累积投票制的建立旨在防止大股东在股东大会上以其优势地位而绝对控制全体董事的产生，使

中小股东的代表也有当选的机会。尽管累积投票制度给我们的中小股东带来了相应的利益，但《公司法》的规定还是有一些缺陷。有两个问题值得我们探讨，一是，累积投票制度更适用于哪种公司形式以及是采用强制性规范还是采用任意性规范这一制度；二是怎样才能更好的实现累积投票制度。

首先，在封闭型的有限责任公司和小型的股份公司中，因股东人数少，股权相对集中反而更容易实现其价值。结果是很明显的，累积投票制度更适用于有限责任公司与我国那些非上市股份公司，新《公司法》规定该制度安排只适用于股份有限公司，是值得反思的。

其次，由于上述原因，由于累积投票制度在有限责任公司与我国那些非上市的股份有限公司更有价值，因此除了在有限责任公司中使用该制度外，更有必要在有限责任公司中采用强制性规范，否则，“如果允许公司从章程中排斥累积投票制度的适用，而公司章程的内容又由控股股东决定，则无异于把小股东累积投票权的命运双手供给憎恨累积投票制的大股东的摆布，小股东与虎谋皮的后果可想而知。”而对股权分散的股份有限公司则选用任意性规范规定累积投票制更为合理。

4. 中小股东的相关诉权

“没有救济就没有权利”，新《公司法》在规定中小股东的实体权利的同时，也赋予了广大中小股东相应的诉讼权。主要借鉴了英美法系所实行的中小股东的直接诉讼和派生诉讼制度。

股东派生诉讼，是指当公司的利益受到董事、监事以及高级管理人员等的侵害，而公司又怠于追究相关人员的责任时，具备法定条件的股东为了公司的利益以自己的名义对相关人士提起的诉讼，也就是在公司中享有权益但又不是公司正常的决策者的股东代表公司提起的诉讼。股东派生诉讼制度的目的主要是为了解决法律上的内部人控制问题，保护小股东的权利。

中小股东直接诉讼，又称股东个人诉讼，是指中小股东在个人权利受到侵害以后，以自己的名义，为了自己的利益并寻求对自己的补偿而提起的诉讼。^⑧此条规定在新《公司法》第153条。

根据新法的规定，当公司利益受到损害，经营者不行使诉权，或者董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，中小股东有权拿起通过诉讼捍卫公司和自己的权益。该制度设计最大的价值功能在于突出了股东话语权和诉权对中小股东利益的维护，保护了中小股东投资的积极性和信心，对违规侵犯公司利益的经营者、大股东和实际控制人具有强大的威慑力量。从英美公司发展的历史看，中小股东为维护自己的利益，一直没有放弃通过诉讼的方式对抗控制股东的滥权行为。

派生诉讼制度具事后救济与事前监督的功能，事前监督的功能表现在，由于该制度的存在，增加了公司内部人员进行损害公司行为时的风险，他们在进行损害公司利益的行为时，就会考虑到可能引起的诉讼，在一定的程度上可以预防这种损害事由的发生。事后救济的功能则表现在，当公司的利益遭受到公司高级管理人员、董事、经理等的侵害时，股东们通过派生诉讼的方式，可以向法院提起诉讼，以保护公司和自己的利益。

值得注意的是，中小股东派生诉讼只在符合条件的情况下才能提出，并且应当首先“穷尽公司内部救济”，通过公司内部程序无法解决时，才能诉至法院。

5. 中小股东向法院申请解散公司的权利

新《公司法》第183条规定，公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权10%以上的股东，可以请求人民法院解散公司。

6. 完善了股东会的召集程序和议事规则

一般情况下，股东大会是由董事会负责召集和主持的，而董事会通常是由大股东操纵的。如果任由大股东决定股东大会尤其是临时股东大会的召集及决议事项，就难以使小股东免遭资本多数决滥用之苦。对股东会的召集程序和议事规则，新公司法作了四个方面的补充和完善。

一是将有权提议召开临时股东大会的有限责任公司股东的比例由四分之一以上改为十分之一以上，并完善了股东会的召集程序。

二是增加了股份有限公司股东享有提案权的规定，单独或者合计持有公司百分之三以上股份的股东，可以在股东大会召开十日前提出临时提案并书面提交董事会。

三是规定股东会或者股东大会要求董事、监事、高级管理人员列席会议的，董事、监事、高级管理人员应当列席并接受股东的质询。

四是公司法和公司章程规定公司转让、受让重大资产或对外提供担保等事项必须经股东大会作出决议的，董事会应当及时召集股东大会会议，由股东大会就上述事项进行表决。^⑨

事情都具有两面性，在少数股东的股东大会召集请求权中也是存在缺陷的。针对少数股东的股东大会召集请求权，新《公司法》虽然规定了持有公司股份 10%以上的股东有临时召集股东大会的请求权，但却并没有对持有公司股份 10%以上的股东的请求召集临时股东大会而董事会拒绝召集时，少数股东是否享有自行召集权。这使得少数股东的股东大会召集请求权得不到充分的实施和保障，也不能完全发挥作用。而且，新《公司法》也并未对少数股东持有 10%股份比例的期限作出具体的规定，这使得那些恶意者滥用股东大会召集请求权去扰乱公司正常的经营活动有了可乘之机。同时，新《公司法》中也没有规定股东大会召集权行使的具体程序，这使得新《公司法》在实行过程中的难度加大。^⑩

7. 上市公司设立独立董事的规定

独立董事，是指不在上市公司担任董事之外的其他职务，并与公司及其大股东之间不存在可能妨碍其独立作出客观判断的利害关系(尤其是直接或间接的财产利益关系)的董事。独立董事制度产生的背景在于英美国家的公司组织结构是单层委员会制，只有董事会没有监事会，为了改善公司董事会对公司经营层的监督，就必须加强董事会的独立性，其手段是要求董事会中有较多数量的独立董事^⑪。

保护投资者利益尤其是中小投资者的利益，打击证券市场害群之马。一直是管理层监管工作的重中之重。但长期以来，上市公司大股东侵害中小股东利益的问题依然存在。而且已经侵犯了中小股东的利益，损害了上市公司的形象，给证券市场的发展造成了不良影响。正因为如此，就要求独立董事对上市公司及全体股东负有诚信与勤勉义务。只有从法律上根本解决独立董事的提名和选举程序，并明确界定独立董事的权利和责任，才能使独立董事真正担当起保护股东利益的重担。当然，这不仅仅是独立董事的问题，而是涉及整个公司治理的问题，现在的现实是，即使董事长和董事犯了罪对股东利益造成重大损害，都还没有出现董事长和董事受到民事索赔的判例。因此，在制度设计上，保障独立董事真正独立地行使监督权是这一制度成功的关键所在。^⑫

四、结束语

保护中小股东可以鼓励更多的社会资本参与到社会资本流通中来，中小股东的出资资本将对公司的产生与壮大发挥举足轻重的作用，并能够促使公司的发展运作朝着全体股东“共赢”的方向发展，也是保持社会稳定的需要保护好中小股东的利益是公司得以生存发展的前提条件。无论是大股东还是小股东都是公司的出资人和投资者，他们的共同投资是公司成立的前提。如果没有小股东的投资，公司的存在将缺乏相应的物质基础。在现代公司高度发展

的今天，股份的高度分散，虽然一个大股东的投资比一个小股东的投资额多，但最终中小股东的人数却多得多，而且他们的股份加起来也比一个大股东多得多。广大投资者的热情在于投入需要更多的回报。如果不保护好中小股东的利益，在这样一个资本高度集中的公司中，广大中小投资者的退出将会使公司的资本严重缩水，公司的实力将大大减弱，公司的发展也会受到极大的影响，因此保护好中小投资者也就是中小股东的利益是公司生存发展的内在要求。另外，保护中小股东利益也是资本市场稳定与繁荣的根本要求。

注释：

①卓平仄：《论新〈公司法〉中的中小股东利益保护制度》，西昌学院学报·社会科学版，2009年9月。

②张迎秀：《论中小股东在新公司法中的利益保护》，山东财政学院学报，2007年第6期。

③卓平仄：《论新〈公司法〉中的中小股东利益保护制度》，西昌学院学报·社会科学版，2009年9月。

④郝自贤：《中小股东利益保护——对我国〈公司法〉制度设计的反思与检讨》，会计之友，2007年第8期上。

⑤莫良丰：《如何保护中小股东的利益——从我国新〈公司法〉看中小股东利益的保护机制》；法制与社会，2008.01（中）

⑥邱健，陈兆松：《中小股东利益保护机制的完善——兼评新〈公司法〉》，西南金融，2008年第10期。

⑦卓平仄：《论新〈公司法〉中的中小股东利益保护制度》，西昌学院学报·社会科学版，2009年9月。

⑧宁金成主编：《公司法》，郑州大学出版社2005年2月版，第132页。

⑨张迎秀：《论中小股东在新公司法中的利益保护》，山东财政学院学报，2007年第6期。

⑩王玉国：《论公司法对中小股东权益的保护》，商场现代化，2008年第16期。

⑪金成主编：《公司法》，郑州大学出版社2005年2月版，第181页。

⑫宋永政：《浅谈中小股东利益之保护》，法学论丛，2008年第8期。

作者单位：安徽安援律师事务所

论扩容后“新三板”的定位及主要制度

——从股东不超过 200 人问题谈起

蔡如堂

【内容摘要】中关村科技园区非上市股份有限公司证券公司代办股份转让系统被称为“新三板”。对新三板扩大试点范围并进行改革被称为“新三板扩容”。2010 年下半年以来，新三板扩容呼之欲出。笔者认为，扩容后的新三板不应当仅仅是试点园区的扩大。这样仍然无法解决现有新三板存在的交投清淡等实际问题，难以胜任为众多高新技术企业融资，促进创新型社会建设的历史使命。扩容后的新三板应当是经过全方位改革的全新的新三板，笔者建议将其定位为：面向创新型企业可以定向公开发行业股票的“创新板”，把在未来创新板挂牌的公司定位为准上市公众公司；创新板监管和运行的主要特点有二，一是引入做市商制度，二是实行证监会的政府监管和证券业协会的自律相结合的监管模式。

【关键词】新三板 新三板扩容 股东 200 人问题 公众公司 上市公司

中关村科技园区非上市股份有限公司证券公司代办股份转让系统被称为“新三板”^①。新三板 2006 年国务院批准开始试点，目前执行的主要依据是经中国证券监督管理委员会（简称证监会）批准自 2009 年 7 月 6 日起施行的《证券公司代办股份转让系统中关村科技园区非上市股份有限公司股份报价转让试点办法（暂行）》（以下简称《试点办法》）。

在新三板挂牌的公司其股东总数不得超过 200 个。这一点被认为是新三板交投清淡的主要原因之一，并因此被广为诟病。除此之外，单笔交易不低于 3 万股，限制个人投资者介入等也被认为是导致新三板缺乏流动性的主要原因。

但是，笔者认为，这些只是问题的表象。问题的实质是当前新三板的定位。表象决定于实质，当前新三板的定位导致了股东不能超过 200 人等问题。这些问题又直接导致了目前的新三板交投清淡，无法满足融资需求和投资需求。因此，笔者建议在即将推出的扩容后的新新三板对现有制度进行大胆地全方位地改革，以求彻底改观，使未来的新三板能够充分发挥作用，满足融资和投资需求，担负起其应当担负的历史使命。

一、当前新三板的定位、现状及存在的问题

当前的新三板及新三板挂牌企业被定位为：场外市场，非公众公司，非上市公司；主要问题是交投清淡，融资功能非常有限^②。

（一）当前新三板的定位

1. 非上市公司

尽管在新三板挂牌对于公司规范治理结构的要求系参照公司在中小板和创业板上市的要求。但是，根据目前的制度和观念，在新三板挂牌被认为不是“上市”，而是被定性为“非上市公司”。《试点办法》的名称本身就十分清楚地确定了这一点——“非上市股份有限公司”、“代办股份转让系统”。

2. 非公众公司

2009 年，中国证券业协会制定了《股份进入证券公司代办股份转让系统报价转让的中关村科技园区非上市股份有限公司信息披露规则》（以下简称“《信息披露规则》”）并在证监会

备案。同年7月6日起该规则开始实施。《信息披露规则》规定了新三板挂牌公司基本的信息披露义务。

尽管如此，目前的新三板仍然被定位为“非公众公司”。主要体现有以下两点：

一是要求挂牌公司股东不能超过200人。这一点的依据主要有两处，一是《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第79条^③，二是《中华人民共和国证券法》（以下简称《证券法》）第十条^④。根据《证券法》第10条之规定，如果股东超过200人，即视为“公开发行股票”，而公开发行股票必须经证监会核准。而当前到新三板挂牌无需证监会核准。因此，按照现行制度，公司在当前的新三板挂牌不是“上市”。这就是目前的新三板被定位为“非上市公司”和“非公众公司”的法理依据。

3. 场外市场

既然目前的新三板被定性为“非上市公司”和“非公众公司”，那么理所当然也被定位为公开发行股票市场之外的“场外市场”。

综上，当前的新三板及新三板挂牌企业被定位为：场外市场，非公众公司，非上市公司。

（二）新三板现状——当前新三板的组织方式和主要交易制度

新三板的发展对建立多层次资本市场意义重大。但是目前我国的新三板市场并不活跃，不能充分发挥其应有的融资作用。究其原因，如果说上述新三板的定位以及我国《证券法》关于200股东的强制性规定是内在因素，那么由其定位决定的现行新三板的组织方式则是外在因素。

与主板、创业板近似，目前的新三板市场股票的流通也采用经纪制的组织方式；而其交易机制却采用协商匹配的方式。但由于我国目前新三板市场的特殊性，经纪制和协商匹配的交易机制不能充分调动该市场充分发挥场外市场的作用，制约着新三板市场的发展，进而限制了其融资功能的发挥。

1. 经纪制下的协商匹配的交易方式

根据《试点办法》，“新三板”上的股票交易采用经纪制下的协商匹配的交易方式，在投资者报价之后通过主办券商撮合来实现的，这是一种类似于柜台交易的方式，不同于集合竞价方式。

新三板中，投资者和主办券商为委托代理关系。投资者按相关规定开立非上市股份有限公司股份转让账户和股份报价转让结算账户后，根据与报价券商签订的股份转让委托协议书可向有资格的主办券商进行交易委托。

报价券商接受投资者委托的时间为每周一至周五，报价系统接受申报的时间为上午9:30至11:30，下午1:00至3:00。股份报价转让的委托分为报价委托和成交确认委托两类。报价委托是买卖的意向性委托，投资者可通过报价系统或其他途径寻找买卖的对手方，达成转让协议；成交确认委托是指买卖双方达成转让协议后，向报价系统提交的买卖确定性委托。

在报送报价委托和成交确认委托时，报价系统冻结相应数量的股份，投资者达成转让协议后，需先行撤销原报价委托，再报送成交确认委托。

报价系统仅对成交约定号、股份代码、买卖价格、股份数量四者完全一致，买卖方向相反，对手方所在报价券商的席位号互相对应的成交确认委托进行配对成交。股份报价转让的成交价格通过买卖双方议价产生。投资者可直接联系对手方，也可委托报价券商联系对手方，约定股份的买卖数量和价格。

2. 单笔交易最低不少于3万股

在新三板交易时，委托的股份数量以“股”为单位，每笔委托的股份数量应不低于3万股，如帐户中某一股份余额不足3万股则必须一次性全部报价卖出。投资者在递交卖出委托时，应保证有足额的股份余额，否则报价系统不予接受；买卖双方向报价系统递交成交确认

委托时，应保证有足够的资金（包括交易款项及相关税费）和股份，否则报价系统不予接受。

3. 股东总数不得超过 200 人

前文已经论述，目前新三板不允许挂牌公司的股东总数超过 200 人。假如某挂牌公司受到投资者青睐，意向购买人很多，若购买成功则导致该挂牌公司的股东超过 200 人，那么超过部分的意向购买人就不可能购买成功。

4. 对投资者设立严格的资格条件，限制个人（自然人）投资

《试点办法》要求参与挂牌公司股份报价转让的投资者应当具备相应的风险识别和承担能力，通常允许的投资主体是法人、信托、合伙企业等机构投资者。对于自然人投资新三板作出严格的限制，只有符合以下条件之一的自然人才可以投资目前的新三板：

- (1) 公司挂牌前的自然人股东；
- (2) 通过定向增资或股权激励持有公司股份的自然人股东；
- (3) 因继承或司法裁决等原因持有公司股份的自然人股东；

此外，还规定，挂牌公司自然人股东只能买卖其持股公司的股份。

也就是说，只允许特定的自然人买卖其持股的特定公司的股份，不允许自然人自由买卖新三板股票。

（三）新三板现有组织方式和交易制度存在的问题

新三板市场建立以来，尽管为部分中小企业提供了融资平台并在一定程度上满足了其融资需求，但总体上，新三板市场的股票价格无法体现其内在价值，投资的吸引力相对较弱；市场的流通性相对较弱，无法满足投资者的交易需求及企业的融资需求。

1. 经纪制下的协商匹配的交易机制不适应新三板市场的发展

现有新三板实行经纪制下的协商匹配交易方式无法形成合理的交易价格，造成市场资源严重浪费。新三板挂牌的企业都是高科技创新型企业的企业，企业的经营不稳定、盈利能力不确定，具有高风险、高收益的特点；新三板的股票定价是以企业的未来成长能力为依据，这就造成其股票价格在很大程度上不确定，未来的波动风险较大。而协商匹配的交易方式更加加剧了股价的不确定性。

协商匹配的交易机制下，新三板的股票交易价格由投资者协商决定，而投资者的非专业性及挂牌公司未来发展前景的不明朗，使投资者不能对挂牌股票进行准确估值，这就进一步增加了股价与公司自身能力不匹配的风险，提高了投资风险；投资者无法依据股价进行合理投资，投资行为具有一定的盲目性，市场自动调节能力失效，资源无法得到有效配置。

2. 市场流动性差，无法满足融资需求和投资需求

单笔交易最低不少于 3 万股、股东总数不得超过 200 人、限制自然人自由投资等制度、股票价格不合理，所有这些因素共同作用使得新三板投资吸引力相对较弱、投资者的积极性不高，市场很不活跃。市场流通性较弱，使现有新三板市场无法及时满足投资者的交易需求，投资者积极性不高，又直接导致新三板融资规模不大，无法满足企业的融资需求。

二、扩容改革后新三板的定位和主要制度设计——笔者的建议

鉴于现行新三板存在的以上问题，笔者建议立法者借此新三板扩容之机会，对现有新三板制度进行全方位改革。以下是笔者对改革后的新新三板的定位和主要制度的设想：

扩容后的新三板应当是经过全方位改革的全新的新三板，笔者建议将其定位为：面向创新型中小企业可以定向公开发行的股票“创新板”，把在未来创新板挂牌的公司定位为准上市公司、公众公司；创新板监管和运行的主要特点有二，一是引入做市商制度，二是实行证监会的政府监管和证券业协会的行业自律相结合的监管模式。同时对一些具体制度进行改革，包括交易拆细、取消 200 个股东限制、取消对自然人投资的限制等。

（一）扩容改革后新三板的定位

笔者认为，改革后的新三板可以定位为“面向创新型企业可以定向公开发行股票的‘创业板’，在未来创业板挂牌的公司则可以定位为准上市公司”。

1. “创业板”——建议将改革后的新三板更名为“创业板”

为了区别于“新三板”，我们给中关村股份有限公司证券公司代办股份转让系统取名为“新三板”。而扩容后的新三板是全面改革后的新三板，与现在我们说的“新三板”大不相同，是全新的新三板。因此，为了加以区别，应当给改革后的新三板重新命名。鉴于该板主要面向成长期的创新型企业，笔者建议可以命名为“创业板”。

2. 创业板挂牌公司——证监会核准的准上市公司

（1）公众公司——在创业板挂牌须证监会核准，挂牌公司为公众公司

改革现有的单纯由证券业协会自律管理的新三板挂牌机制，引入证监会的监管与核准程序，规定要在创业板挂牌必须经过证监会核准。从而突破《证券法》第十条规定的股东 200 人限制。因为，只要经过证监会核准，股东就不受 200 人的限制。就可以称为真正的公众公司。

（2）准上市公司——可以向原股东定向增发股票的准上市公司

从法理上说，如果不允许增发而只允许挂牌前股东所持股份流通转让，那么挂牌公司就无法完成融资，因为，原有股份的转让所得归转让人所有，不能成为公司的股本，所以公司无法完成长期股权融资。而如果允许创业板挂牌公司向不特定的公众发行股票，那么创业板和创业板的区别就会变得非常模糊，也违背了新三板作为场外市场从而建立多层次资本市场的初衷。

如何解决这一矛盾，笔者建议在未来的创业板实行挂牌公司可以原股东定向增发股票的准上市公司制度。具体程序是分两步走，第一步是在创业板挂牌，第二步是定向增发。挂牌审核的实质与目前的公司在当前新三板挂牌的性质类似，其实质是挂牌公司原股份进入市场交易，而不是发行新股，更不是 IPO。但与目前在新三板挂牌由证券业协会审核不同，在未来创业板挂牌须经证监会审核。这种审核使挂牌公司具备准上市公司的地位。这一步完成的是公司原有股份的市场流通。第二步是定向增发，这一步完成的是公司股本融资，即通过向股东定向发行新股完成公司股本融资。当然定向增发也必须经过证监会核准。证监会可以制定具体的办法规定申请和核准的条件和程序，办法也可以由证券业协会制定报证监会批准。办法必须包含的条款包括在增发期间股票冻结交易等。

创业板挂牌公司只允许上述定向增发，不允许向公众发行或增发新股。

这种只可以向现有股东定向增发而不允许向公众发行股票的制度，即解决了挂牌公司的股本融资问题，又使创业板与主板、中小板和创业板区别开来，成为新的新三板。

（二）扩容改革后新三板的主要制度

1. 实行证监会的政府监管、证券业协会的自律相结合的监管模式

如上所述，未来的创业板应摒弃目前新三板仅由证券业协会管理的制度，转而实行证监会的政府监管、证券业协会的自律和证券交易所管理相结合的新的监管模式。其中，证监会主要负责挂牌审核、挂牌公司定向增发股票审核等事项，证券业协会主要负责推荐环节管理，证券交易所主要负责日常交易管理。只有这样才能在目前不修改《公司法》和《证券法》的前提下即为新制度找到法律依据和合法性，又促进新的新三板快速健康发展。

2. 引入做市商制度

做市商制度起源于美国上世纪 60 年代的证券柜台交易市场。做市商制度是一种市场交易制度，由具备一定实力和信誉的法人充当做市商，不断地向投资者提供买卖价格，并按其提供的价格接受投资者的买卖要求，以其自有资金和证券与投资者进行交易，从而为市场提供即时性和流动性，并通过买卖价差实现一定利润。简单说就是：报出价格，并能按这个价格

买入或卖出。

做市商制度最成功的实践是美国的纳斯达克市场。在美国的纳斯达克市场，做市商由全美证券交易商协会会员（650 多家）公司担任，做市商为每只股票的买卖提供报价，有一定差价。按照规定，凡在 NASDAQ 市场上市的公司股票，最少要有三家以上的做市商为其股票报价；一些规模较大、交易较为活跃的股票做市商往往达到 40—45 家；平均而言，NASDAQ 市场每一种证券有 12 家做市商。做市商用自有资本来买卖股票，“做市商”必须做到：

- (1) 不间断地对一种股票同时发布有效的买、卖两种报价，主持买、卖两方面的市场，并在达到最佳价格时按限额规定执行指令；
- (2) 在交易完成后的 90 秒内报告有关交易情况，以便向公众公布；
- (3) 做市商所持某种股票数量有上限和下限，如果超出限额范围则必须在规定时期内进行调整，防止其操纵股价牟利。

可见，做市商制度区别于协商匹配交易制度的是由做市商不断进行双边报价，而不是通过投资者协商确定或者单纯通过竞价产生。通过做市商不断双边报价可以形成较为合理的价格，维持股票价格的稳定性和连续性，从而保持市场的流动性。

3. 对一些具体制度进行改革，增强创业板股票的流动性

除上述根本制度的改革之外，与现在的新三板相比，未来的创业板还需要对一些具体制度进行改革，以进一步增强创业板股票的流动性。需要改革的具体制度包括取消 200 个股东限制、交易拆细、取消对自然人投资的限制等。

(1) 取消 200 个股东限制

对于现行新三板关于 200 个股东限制问题，前文已经充分论述，不再赘述。这里只是建议，在未来的创业板制度中可以明确规定取消 200 个股东限制，也可以通过实践在实际操作中体现出取消限制。

(2) 交易拆细或取消单笔交易限额

按现行规定，在新三板交易时，委托的股份数量以“股”为单位，每笔委托的股份数量应不低于 3 万股。3 万股的最低单笔交易限额过高，抑制了投资。未来的创业板必须将限额大幅度下调，即进行拆细交易，建议可以拆细为单笔最低交易额为 1000 股，或者取消单笔交易限制。因为，现在规定单笔交易限额的出发点是考虑到如果单笔交易过小，则很容易受到“不超过 200 个股东”的限制性规定。而在未来的创业板已经不存在 200 个股东问题，所以规定单笔交易限额的基础已经不存在。因此，理论上可以取消单笔交易限额。

(3) 取消对自然人投资的限制

前文已经论述，目前的新三板对于自然人投资新三板设置种种限制性条件，不允许自然人自由投资新三板。未来的创业板，所有限制都应被取消。只要是完全行为能力人都可以在未来的创业板自由投资，这是一个开发的自由的市场。

注释：

① 主板市场被称为“一板”，中小板和创业板称为“二板”，退市公司股份交易系统称为“三板”（老三板）。

② 截止 2011 年 5 月底，挂牌企业只有 90 家。（信息来源 <http://www.cjs.com.cn>）

③ 《公司法》第七十九条 设立股份有限公司，应当有二人以上二百人以下为发起人，其中须有半数以上的发起人在中国境内有住所。

④ 《证券法》第十条 公开发行证券，必须符合法律、行政法规规定的条件，并依法报经国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门核准；未经依法核准，任何单位和个人不得公开发行证券。

有下列情形之一的，为公开发行：

- （一）向不特定对象发行证券的；
- （二）向特定对象发行证券累计超过二百人的；
- （三）法律、行政法规规定的其他发行行为。

非公开发行证券，不得采用广告、公开劝诱和变相公开方式。

作者单位：安徽金晟律师事务所

公司强制解散与清算若干法律问题探讨

董红光

【内容摘要】公司解散分为自行解散和强制解散，公司解散也是公司清算的前置性程序。但解散后的公司，其法人资格并不立即丧失。只有经过法定清算程序，才能最终消灭公司法人资格。我国修改后的《公司法》及相关司法解释关于公司解散和清算制度的规定虽然作了重大修改，但仍不完整，缺乏可操作性，应当加以完善。

【关键词】公司解散 强制解散 公司清算 公司法人资格终止 清算组

我国 2005 年 10 月 27 日第七届全国人民代表大会常务委员会第 18 次会议修订通过的《公司法》在原《公司法》的基础上增加了强制解散的法定原因，使公司解散法律制度更加合理。并且，也是按照“先散后算、算完终止”的规则来构筑具体制度的。但同时也还存在一些不足，缺乏可操作性，有待进一步地完善。

一、公司解散、清算和公司法人人格终止的关系

（一）公司解散

所谓公司解散是指公司因发生法律规定或章程规定的解散事由而停止营业活动，最终失去法律人格的法律行为。根据公司是否自愿解散，可以将公司解散分为自行解散和强制解散两种情况。自行解散又称自愿解散，是指依公司章程或股东决议而解散。强制解散是指因政府有关机关的决定或法院判决而发生的解散。法律意义上的公司解散，是指公司因法律或章程规定的事由出现而停止其积极主动的营业活动，并将进行清算的一种状态。这种状态通常只维持（也只能维持）较短时间，当依法组建的清算机构成立后，已解散的公司即进入清算阶段。完成清算并注销登记后，公司法人资格丧失。按法理，“公司解散”的应有含义是：（1）解散是针对已经成立的公司而言的，从未合法成立过的公司不存在解散的问题；如，一个从未正式合法登记过的所谓“公司”，一经发现，是要被政府有关部门加以取缔而不是“解散它”的。（2）公司解散发生在法律或章程规定的事由出现时，否则，公司一般不会停止积极主动的营业活动，而是将长久、持续地经营下去；（3）公司解散之后仍存续一段时间，其法人资格并不立即消灭。只有当解散后的公司完成清算、并注销登记后，其法人资格才最终丧失。

根据《公司法》第 181 条规定，公司有下列情形之一的，可以解散：

1. 公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；
2. 股东会或者股东大会决议解散；
3. 因公司合并或者分立需要解散；
4. 依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销。公司在经营活动中严重违反工商、税收、劳动、市场、环境保护等对公司行为进行规制的法律法规和规章时，为了维护社会秩序，有关违法事项的主管机关可以做出决定终止该公司的主体资格，使其永久不能进入市场进行经营。在不同的法律、法规和规章中，解散公司、撤销公司设立登记、吊销公司营业执照、责令停业停产、责令关闭的行政行为一般都会导致公司解散，这些情形均属于行政性强制解散。
5. 人民法院判决予以解散。即公司经营管理发生严重困难，继续存在会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，人民法院可以根据持有公司全部股东表决权百分之十

以上的股东的请求解散公司。

公司解散与公司清算紧密相连。除上述第三种情形公司合并或分立而解散因其继受者不需要清算外，其他均应进入清算程序。

（二）公司清算

公司清算，指公司被依法宣布解散后，依照一定程序了结公司事务，收回债权，清偿债务并分配财产，使公司归为消灭的一系列法律行为和制度的总称。根据不同的标准，公司清算可以分为不同的种类。根据是否在破产情况下进行，公司清算可以分为破产清算和非破产清算。由于破产清算有专门的法律来规范其程序和当事人的实体权利，故本文探讨的是指公司非破产清算；根据清算是依公司自行确定的程序还是依照法定程序进行，可以分为任意清算和法定清算。由于有限责任公司和股份有限公司的股东仅负有限责任，若承认其可进行任意清算，则对外不利于保护公司的债权人，对内也不能防止股东的利益为董事所侵害，故我国《公司法》仅承认法定清算。法定清算依是否受到法院或者行政机关的干预又可分为普通清算和特别清算。普通清算是指由公司依法自行组织的清算组按照法定程序进行的清算。即公司因《公司法》第 181 条第（一）、（二）、（四）、（五）项规定而解散的，应当自公司章程规定的事实上的解散事由出现之日起 15 日内成立清算组进行清算。在普通清算中，又分两种：即法定清算人和选任清算人。即有限责任公司进行普通清算的，其清算组成员为法定清算人，由该公司的全体股东组成；股份有限公司进行普通清算的，其清算组可以由法定清算人即该公司董事组成，也可以采用选任清算人的方式，由股东大会确定人选，一般来说，应当采取股东大会选任清算人优先的原则。特别清算是指解散的公司进行普通清算有明显障碍时，由法院或者行政机关命令组织清算的清算方式。《公司法》第 184 条规定，当公司逾期不成立清算组时，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算，该公司所在地人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组成员，进行清算。

由此可见，清算是公司解散到公司终止前的一个必经程序，不经清算，公司不得注销设立登记。从世界各国立法来看，对于解散和清算的关系有两种制度：一是“先清算后解散”，一是“先解散后清算”。对于前者，其解散即意味着法人人格的消灭；而后者，解散并不表明法人人格消灭，仅仅是法人人格终止的原因，法人人格的终止应以清算完毕并办理注销登记为标志。我国采用的是“先解散后清算”的制度。^①

二、我国现行公司解散与清算制度存在的问题

众所周知，公司解散的原因是各式各样的。学理上通常根据解散是否出于公司法人的自愿而将导致公司解散各种原因分为自愿解散的原因与强制解散的原因两大类。公司自愿解散，通常以章程的事先约定或股东会通过解散决议为必要条件。至于章程及股东会据以解散公司的具体事由，各国立法一般不作限定，以体现私法自治的原则。我国《公司法》亦然。而强制解散，意为公司非因自身的意愿而是由于外界力量的干预而被迫解散的。它又可以分为因破产宣告而导致的强制解散和非因破产宣告而致的强制解散。因破产宣告而被强制解散的，由破产法加以调整。本文将仅就我国公司因非破产宣告而致的强制解散制度作些分析。

我国修正后《公司法》虽然在公司解散与清算制度上作了大量的改动，赋予了法院以强制解散权，但对强制解散原因的规定仍然过于原则，而且如何审理公司解散案件也缺乏程序性的规定，导致司法判决解散制度一直难以执行。之后，为了解决此类问题，最高人民法院于 2008 年 5 月 5 日发布关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（二），以下简称《公司法解释二》。该司法解释结合审判实践，就人民法院审理公司解散和清算的案件如何适用法律问题作出了较为详细的规定。比照此前的我国公司法律制度，应该是有很大进步的，但仍显不足。具体体现在以下几个方面：

1. 案件受理问题

根据公司法律关系，公司解散案件应属于民事案件范畴，应按民事案件立案。但是诉讼收费是个问题，到底是按财产案件收取，还是按非财产案件收取。根据《诉讼费用交纳办法》的规定，如果是按非财产案件每件收取 100 元诉讼费用，很容易导致公司股东滥用诉权；如果根据财产案件按注册资金标的收取诉讼费用，则由于现行很多公司注册资金数额巨大，需要缴纳高额的费用，这让很多股东望而生畏，因为公司本身已经经营困难了，况且公司解散毕竟只是一个程序，解散之后还需要进入清算，还需要缴纳清算费用。更为重要的是《诉讼费用交纳办法》并没有规定公司解散案件这一类案件是如何收费，好像按哪种方式收取都找不到法律依据。实践中有的法院是按非财产案件收取，有的按财产案件根据注册资金参照破产法减半收取，还有的干脆不予受理。该问题原本在《最高人民法院关于适用〈公司法〉若干问题的三》草案中予以解决，规定公司解散案件按非财产案件收取诉讼费用，但 2010 年 12 月 6 日通过该司法解释时则取消了该条的规定。

2. 公司解散的起诉事由过于简单

我国《公司法》第 183 条规定：公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，可以请求人民法院解散公司。由于该条对公司解散规定过于简单而且笼统，所以最高法院在 2008 年 5 月 19 日发布的《公司法解释二》中列举了可以起诉解散公司的四点具体事由：（一）公司持续两年以上无法召开股东会或者股东大会，公司经营管理发生严重困难的；（二）股东表决时无法达到法定或者公司章程规定的比例，持续两年以上不能做出有效的股东会或者股东大会决议，公司经营管理发生严重困难的；（三）公司董事长期冲突，且无法通过股东会或者股东大会解决，公司经营管理发生严重困难的；（四）经营管理发生其他严重困难，公司继续存续会使股东利益受到重大损失的情形。该司法解释的规定确实在实践中为解散公司案件提供了有效的可操作依据。但结合实践我们还会遇到诸如以下的问题让股东诉讼仍然很困难，比如如何谓“严重”？没有一个明确的标准，“重大损失”的范围不明确，“其他途径”具体包括哪些途径不明确。再比如公司法人或控股股东等重要的管理人员涉嫌犯罪，公司难以继续经营的，股东虚假出资或虚报注册资本的，公司登记部门也不予采取行政处罚强制解散的是否可以起诉解散公司等等。

3. 公司解散的程序及效力不明确

从欧美各国的有关立法规定来看，无论公司是自愿解散还是强制解散，都有明确的解散程序。这类程序包括确定解散的起始日、解散的登记、公告等。通常，公司的自愿解散始于股东会通过解散决议之日；而公司的强制解散，则依法院下达的强制解散令或解散判决书所确定的日期为准。无论何种原因导致的解散，一般都应进行公告，并进行解散登记，以便有关当局对已解散公司的监管。公司一旦解散，即产生相应的法律后果。如：① 除非是为了清算的目的，公司必须停止一切营业活动；② 随着清算组的产生，所有董事的原有权力即告终止，由清算组接管公司；③ 任何未经清算组准许的出售公司财产及转让公司股份的行为均属无效。明确规定公司解散的程序及效力，既可保证清算机构的及时成立和清算事务的顺利进行，又能防止公司股东、债权人及第三人利益的受损。但我国现行《公司法》对解散的程序规定简单。对解散的后果也仅简单的提到一句“清算期间，公司存续，但不得开展与清算无关的经营活动”。《公司法》第 184 条虽然规定了“解散事由出现之日起 15 日内成立清算组，开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算。”但是，司法解散事由出现后很难由公司股东或董事或股东大会确定的人员组成清算组，大多都只能由人民

法院指定有关人员组成清算组。因此，为了避免出现公司不自行组成清算组，最后逾期后由债权人申请人民法院指定有关人员组成清算组，还不如由法院在作出司法解散裁决时一并指定有关人员组成清算组进行清算，即做出特别清算的裁决和安排，这样既有利于当事人也有利于社会。

总之，作为公司制度中重要一环的公司解散和清算制度如果存在上述诸多问题，必将严重地影响着社会经济生活秩序，阻碍生产力的发展，完善我国现行法律法规关于公司解散和清算的相关规定是当务之急，构建系统而完整的司法解散和清算制度是长远目标。

参考书目：

- ①叶林：《公司法研究》，中国人民大学出版社 2008 年版。
- ②苏小勇：《公司清算的法律实务》，法律出版社 2007 年版。
- ③刘敏、刘俊海：《公司解散和清算的法律制度》，北京大学出版社 2010 年版。

作者单位：安徽益友律师事务所

保险公司在道路交通事故中的诉讼地位及其承担赔付责任浅议

路 巍

【内容摘要】 保险公司仅是保险合同的当事人，只能依据此前保险合同的约定承担相应的合同义务。因此，务必牢牢抓住这根主线，即将合同责任与道路交通事故人身损害赔偿这一侵权责任相区分，对于该类案件的处理方能不会偏离公平、公正的法制轨道。同时，一定程度上也能避免人民法院以减少讼累为由而不顾法律关系性质的混同而作出非理性的裁判。其实，法律关系性质不同必然受到不同规则项下其并不相同的权利与义务的规制。

【关键词】 意思自治 法定责任 约定责任 理性回归

一、保险公司在诉讼中能否以诉讼主体出现，且作为直接的赔偿责任主体，有待商榷

通常意义上的保险纠纷，从保险法的角度是指被保险人发生了事前并不确定的保险事故，如果该保险事故系道路交通事故，即被保险人在道路交通事故中致他人损害或自身财物受到损害时，在保险合同约定事项范围内，当事人没有就最终赔付事宜达成一致而诉诸司法途径寻求救济的过程

道路交通事故，原本是侵权纠纷，依通说受害人的损失只能依照过错责任原则向有过错的致害人主张，其获得救济的范围、项目以及标准等是法定的，一般不容当事人以合意的形式加以变通、更改。至于保险公司，它承担的仅仅是一种合同责任，通常情况下合同当事人只对事前约定的事项承担无过错责任。具体的说，道路交通事故中的强制三责险和商业三责险是合同项下的一种责任保险，是指当致害人的行为使第三人受损，致害人依法所应承担的赔偿责任便由保险人来承担。不过，保险公司承担责任的依据仅是先前保险公司与被保险人（多半系致害人）间的保险合同，该责任本身是一种约定责任。严格地说，有关责任保险属财产责任范畴，既要受合同本身内容的约束，也要受财产责任系补偿性责任的规制。遗憾的是，当下的司法实践中有些法院直接将保险公司列为被告，且在裁判文书中判定由保险公司向受害人赔付。笔者认为，如果仅从社会效益考虑这种做法无可厚非，但从法律层面上考量应该说不尽合理。尽管《中华人民共和国保险法》第50条规定，保险人对被保险人给第三者造成的损害，可以依照法律规定或合同约定，可以向该第三者赔偿。但当我们仔细研究该条文规定就会发现，保险人的赔偿责任也仅仅系有法律规定或合同有约定为前提，那么，从另外的角度也就是当法律没有规定或合同没有约定由保险人向第三者直接赔付是，保险人即根本不负有该等义务。回过头我们在现行法中并没有发现，至少保险法也只是以一种倡导性的条款加以引导，其本身也未规定应直接适用，仅是引导当其他法律有相关规定时“可以”适用的情形。至于交强险条例（在此姑且扩张理解它是法律）也只是规定保险公司“可以”向受害人作赔付。从字面理解“可以”两字，其实它赋予保险人的赔付责任也仅仅是选择性的义务。况且，鉴于责任保险本身来说，交强险合同和商业险合同本身的法律意义也是有区别的。交强险系严格的法定险种，其限额、赔偿项目、标准等均由相关法规予以规定，义务特征具有强制性；而商业险则体现私法自治，自始至终贯穿合同自由的价值理念，当属任意性

的条款，其义务特征是选择性的。更何况在该商业合同中压根就不曾约定由保险人将赔款支付给合同关系之外的受害人。因此，在商业险中说到底就不能将保险公司列为被告，保险公司更不是赔偿责任的直接主体。

那么，通过以上分析当我们不能从根本上否认，法定责任与约定责任有着截然不同的内在区别时，保险公司在商业险中承担合同责任时原则上就不能突破其相对性。该理论的价值基础便是遵从社会一般观念的对价关系，从某种程度上说，也就是要判定合同当事人的合同权利义务的对等性。总而言之，在道路交通事故侵权纠纷中，不宜将保险公司直接列为被告。笔者认为，人民法院为查明案件事实，将保险公司作为第三人参加诉讼似乎更为合理。

从另外一个角度，保险公司所以对交通事故责任人（被保险人）致第三人受损而承担赔偿责任，其唯一依据即是此前保险人与投保人双方订立的第三者责任（包括交强险及商业险）保险合同。由于强制险的分项限额以及总限额均明确规定或约定，在此不再赘述。这里主要谈谈商业险。在商业三责险合同中对保险公司承保的险种、责任限额、免责事项等予以约定，尤其是对事故责任在四种情形下责任比例及在被保险人未投保不计免赔附加险时的免赔率作出了明确约定，即被保险人的驾驶员负主要责任时，保险人承担 70% 的赔偿责任，且免赔 15%；负次要责任时，保险人承担 30% 的赔偿责任，且免赔 5%；负同等责任时，保险人承担 50% 的赔偿责任，且免赔 10%；负事故全部责任时，保险人免赔 20%。当然，交强险中的无责赔付系例外。因此，我们不能过度地将侵权人的责任肆意转嫁至保险人，保险人只承担以上的约定责任。这也就是笔者在前面已反复强调的合同责任系严格的约定责任，对合同当事人来说不能随意超越其固有的相对性。道理很简单，一方面一个合法有效的合同，在合同相对性固有原则下，合同当事人没有任何理由拒绝履行其真实意思所追求的法律后果；另一方面如果听任该种做法任意扩大，势必严重阻碍市场经济大环境下的交易安全以及市场秩序。事实上，只要合同当事人之间的约定没有违反现行法律法规的强制性和禁止性的有关规定，合同当事人的权利义务就应该得到法律的尊重。其实，保险合同自成立之初其合法性毋庸置疑，当然也就没有违反现行法律法规的强制性和禁止性的有关规定的前提存在。同时，我们一再强调合同权利义务是至尊的，也是与现行有关法律规定及法理要求相吻合，否则，便人为造成理论界和实务界的混乱，最终导致司法不公，势必贬损人们的法律信仰。

概言之，道路交通事故人身损害赔偿纠纷，在保险合同关系中，应该严格按照合同的约定行事。要不然，不仅产生诉讼主体是否适格的疑问，而且人为造成保险公司赔偿额度的不确定性，甚至加重其赔偿责任等混乱的现象出现。

二、具体到保险公司承担的赔偿责任，在每一起保险事故的理赔过程中，对于赔偿项目、标准等首先还是应按照合同约定履行合同义务，并遵从最低限度的理性原则

比如说，精神抚慰金在交强险中承担的序位、比例以及在商业险中约定扩展承保《新赔偿标准附加险条款》的，保险公司应否承担精神抚慰金？在理赔实践中牵引车和挂车分别购买了交强险的，是分别计算还是累加计算？等等。

对于第一种情形，如果从司法公平、公正角度，并参照最高人民法院相关司法解释的有关规定精神，人民法院认定的精神抚慰金的数额应结合总损失的范围，来确定精神抚慰金在交强险中的具体额度，而不能将认定的精神抚慰金的数额，全额归并在交强险部分。这样就扼杀了交强险的立法主旨，当然，也是对其法定性的公开挑战。现在看来各地法院的做法并不一致。总之，通说认为合同责任是约定责任，很少顾及当事人的主观过错，而侵权责任是法定责任，而在意行为人的主观过错程度。所以，精神抚慰金无论是在现行法律法规及最高院的相关解释规定中，还是它的潜在法理渊源，都应是侵权项下的义务内容，而不应由合同责任人承担，更何况保险合同中对此承担问题也作出明确约定，属除外责任。对于第二种情

形，根据权利与义务相一致原则以及保险合同的有偿性，保险人承担赔付责任是以投保人已交纳了相应的保费为对价，而保单正本交费一栏恰恰说明投保人并未履行该等义务。所以，不能因为该等表述放置在特别约定中，就断然认为是合同当事人的真实意思表示。殊不知，该等做法正是保险公司在当时情境下的无奈之举，一方面配合最高院人身损害赔偿若干问题的解释的有效实施，同时为了贯彻执行道路交通安全法。从保险人自身的诚信原则出发，正是尽自己的告知、说明义务，并非是真实意思，因此，根本不能产生应有的法律效果。否则，将有悖民事法律行为本身的生效要件，即行为的结果与行为人内心所追求的结果不相一致，缺乏效果意思，该行为当然无效。因此，我们关注民事私法行为时不能不考虑行为人的真实意思，否则，该行为将不能产生应有的法律效果。于第三种情形，投保人分别购买两份保险是应该的，因为作为车辆管理部门对牵引车和挂车分别管理，如同人的户籍是两个独立的主体，但笔者认为在实际理赔中只应对特定的保险事故承担赔付责任，就是说，一起事故不可能分别有牵引车和挂车同时引发，这也就是事故责任与赔偿责任的区别所在。按通常理解，要么牵引车引发事故要么挂车，况且该种情形多半在交警部门事故认定书中已载明。所以，笔者认为即便投保人购买两份保险，作为保险人也只应按一份交强险在其限额内予以赔付，这样既符合生活逻辑也彰显最低限度的理性规则。不过，有人会质疑：既然我买了两份保险，根据风险与利益相一致的规则，保险公司作为保险人应责无旁贷承担相应赔付义务。其实这个问题很简单，症疾在于没有找到保险法上的“近因”在哪里，混淆了因果关系，导致因果关系范围的任意扩大。

三、关于诉讼费的承担以及法院裁判的赔偿比例超出保险合同约定的比例问题，保险公司关涉的是其合理性

关于诉讼费用的承担问题，多数法院最终判定保险公司承担部分诉讼费。但笔者认为，这无论从诉讼费分担的法理依据还是从保险合同对此特别约定，均系不妥的。简单地说，在诉讼过程中诉讼费分担的依据，多数情况下通常按照过错原则来确定，正是因为当事人的过错导致诉讼成本的开支，那么，理应由该过错当事人承担，本来就合情合理。再说，保险公司压根承担的是一种合同责任（前面已反复强调），其中并无过错可言。况且，保险公司在保险合同中对诉讼费的承担已明确约定系免责事项。人民法院再判定由保险公司承担诉讼费显然不当。

另外，当交通事故造成的损失超过商业三责险的最高赔偿限额时，有些法院竟置合同约定的免赔的责任比例于不顾，即认定保险公司的赔偿责任以商业三责险的最高赔偿限额为基准。事实上，保险合同条款中已载明：保险人在保险单载明的责任限额内按照事故责任的比例进行赔付。回过头来看，有些法院只注意责任限额并未关注事故责任的比例及其约定的免赔率。之所以出现这一问题的根本，是被保险人在投保时没有附加投保“不计免赔险”所致。基于此，在上述情形下执意裁判，至少是认识上的一个误区。笔者不无感慨，突破合同当事人的自治范围，是司法权对私权的十足干涉。

四、出现混合险种交叉时，受害人的损失在各保险机构之间以及在保险机构与其他承保机构之间如何分担

所谓混合险种，笔者初步理解，一种情况狭义上不同险种在不同的保险机构投保；另一种情形是广义上同一赔偿项目在保险机构与非保险机构存在交叉，类似于“重复保险”。

对于第一种情形通常出现在责任保险范畴内，基于责任保险的财产属性，相对于受害人其损失一旦得到填补，就意味着各义务主体的赔偿责任即宣告终结。然而，针对此种情况各

保险机构间的赔偿次序、份额等便会出现纷争。现行法律法规对此并没有明确的规定，只是保险法对重复保险给出一个原则规定。当然，受害人在诉讼中已采取保全措施的，对各承保机构的赔偿次序已明确。但其份额的最终分担，不可避免引发某保险机构因为承担了替代责任后而行使追偿权的问题。这样便人为地增加诉讼成本，浪费了社会资源从情理上说也是不足取的。故此，笔者建议，有关裁判机关在第一轮审理中即遵从公平原则，在承担赔偿义务的当事人中，理性地按照各自在保险合同中约定的一定比例予以裁判，可能会适当避免因行使追偿权带来的成本增加。于第二种情形，可能会出现工伤、医疗等社会险种与有关商业责任险交叉，那么，于前者多半系法定的，于后者则遵从当事人的意志自由而按照约定内容行事。笔者认为，此时“各负其责”系解决问题的根本所在。不过，这里也会涉及单纯的人身属性保险的可重复赔付以及已量化的医疗费不可重复赔偿问题，在此不再延伸赘述。

五、在诉讼过程中，裁判机关对鉴定结论这一法定证据形式的认定，也应遵循一般证据的认定规则，否则，将导致事故责任与赔偿责任的混同

在道交法实施以前，事故当事人经交警部门调解系提起诉讼的前置程序，公安机关将交通事故造成损失（包括人身和财物）的程度势必作为调解的依据，一般都要委托公安机关或价格认证部门作出有关鉴定结论，那么，在道交法实施后该等鉴定结论能否作为诉讼阶段认定案件事实的依据？笔者不无疑问。

作为这类情形，笔者在代理案件过程中遇到两种情况，其一案件当事人的行为尚未被追究刑事责任，公安机关的鉴定部门依据处理事故的交警部门的委托出具鉴定结论。由于在全国人大常委会关于司法鉴定管理问题的决定中，对此作出了禁止性规定，该鉴定结论理应不能作为民事案件当事人主张自身权利的依据。其二进一步分析之，有关机关能否委托其他法定鉴定部门作出的鉴定结论，作为一方民事案件当事人主张自身权利的依据。依据《最高人民法院关于民事诉讼证据若干规定》，鉴定结论是民事诉讼当事人在诉讼中主张自身权利或反驳对方主张的事实时所采用一种法定证据形式，从证据的提出及举证责任的承担来看，“谁主张，谁举证”，该鉴定结论应由负有举证责任的一方当事人提供，而不应由局外的某机关去委托鉴定。即便如此，当案件进入诉讼程序后，该规定中已明确规定：负有举证责任的一方当事人需要鉴定的，首先应在举证期限向人民法院申请，经人民法院同意后，由当事人双方协商一致选定某鉴定机构，不能选定的才由人民法院依法指定某法定的鉴定机构予以鉴定。这里特别要说的是，个别法院的民事审判机关以一方当事人提供的公安部门委托的鉴定机构作出的鉴定结论，作为认定案件事实的依据。笔者认为，显然有悖上述举证责任分配规则且剥夺了相对当事人的程序权利。另外，《司法鉴定程序通则》第三章对司法鉴定中的适格委托人也有相关规定，我们不妨作一参考。因此，诉讼程序中一方当事人将公安机关作为委托主体得出的鉴定结论，作为其自身行使民事权利的依据，这实质上由公安机关替代民事诉讼当事人承担了举证责任。同时，也损害了另一方当事人的诉讼权利，从根本上违背了公平公正的司法原则。

总之，我们不能将交警部门为认定事故责任时的相关行政举措，因一定程度的惯性思维，而替代诉讼过程中当事人的举证责任，这样即从根本上混淆了事故责任与民事赔偿责任的法律性质。

六、有关格式合同的效力问题，不能动辄将不利后果推向保险公司

在诉讼实践中，作为投保方甚或交通事故中的受害人动辄会援引《保险法》第18条（保险合同中规定有关于保险人责任免责条款的，保险人在订立保险合同时应当向投保人明确说明，未明确说明的，该条款不产生效力）以及该法第31条（对于保险合同的条款，保险人与

投保人、被保险人或者受益人有争议时，人民法院或者仲裁机关应当作出有利于被保险人和受益人的解释）的规定来提出抗辩理由。关于这一问题，笔者认为，裁判机关首先应判明审理中有无“争议”存在，而后再从两个层面去衡量，其一是对合同中免责条款的说明义务，即合同当事人限制对方权利免除自身义务时，应依据诚实信用原则从公平的角度须履行告知义务。如果保险公司未尽此等义务，承担该风险应该在情理之中，无话可说。问题是一旦双方均未提供优势证据加以证明这一事实时，在审判实务中，即推定保险公司未尽告知义务，从而认定投保人（或被保险人）所主张的事实客观存在是不合适的。其二是有关格式条款的解释效力问题。首先应注意保险法第31条适用的主体范围，并不包括交通事故中的受害人，只是投保人、被保险人或者受益人。所以，这一问题又回溯到前面谈到的诉讼主体，就是说作为侵权事故中的受害人不能依据该规定来抗辩。另外，有关合同的解释方法，笔者斗胆建议，这里的解释还应遵从一个序位问题：首先应按通常解释原则，当然要适用最一般的理性原则（公平、正义、最低限度的理性等）；而后则按照特定事项有区别的加以解释规则来厘定其应有的法律效力。结合保险法第31条，它的立法主旨是最终意义上的，至于最一般的理性原则其实已涵盖其中。总之，笔者认为，涉诉当事人之间的权利义务已在保险合同中有明确约定，其本身就没有争议，即便有争议也仅限于保险合同当事人之间而不能任意突破。

综上所述，道路交通事故人身损害赔偿案件，总体上属于侵权纠纷，应适用侵权理论的有关规定，保险公司不是直接的侵权人，不能承担侵权人所应承担的全部赔偿责任。至于保险公司应承担何种赔偿责任，只能在合同层面加以厘定，而且还应遵从一般的诉讼规则，理性裁判。

作者单位：安徽正伦律师事务所

股权分散与集中的平衡性探究

——以芜湖三益信成制药有限公司股权重组为视角

杏红梅

【内容摘要】股权结构是公司治理的基础，公司治理则是股权结构的具体化，不同的股权结构将对公司的治理机制产生不同的影响。本文以芜湖三益信成制药有限公司股权结构引发的公司治理危机为视角，通过引入管理学中的股权集中度为度量标准，分析了三种股权结构模式对公司治理机制产生的不同影响，并在此基础上为解决股权结构中的分散与集中的平衡性问题提出了公司股权结构设计的一般性思路：根据公司自身条件及发展需要对公司的股权集中度进行适度性安排。

【关键词】股权结构 公司治理 分散 集中 平衡

一、问题的提出

芜湖三益信成制药有限公司（以下简称“三益信成”）由芜湖三益制药有限公司派生分立设立。芜湖三益制药有限公司由原芜湖市第三制药厂改制而来，由于改制过程存在瑕疵，芜湖三益制药有限公司没有完善的公司治理结构，股东人数多达几百人，远远超过《公司法》的限制性规定，股东之间矛盾激烈，最终不可调和，公司选择分立。分立后设立的三益信成仍然存在出资人数超过法定人数的缺陷，企业法人治理结构缺失，没有健全的管理机构，生产处在无序的状态中，企业经济效益在一路滑坡。

三益信成面临的主要问题是：股权结构的极度分散。主要表现在：一是持股人数众多；二是相对平均持股。极度分散的股权结构使三益信成无法建立规范、科学的公司治理结构，因此，公司迫切需要对股权结构进行重组，建立科学的公司治理结构以提高公司绩效。三益信成的股权结构引发了笔者的思考：极度分散的股权结构为什么不适合企业的发展？如何在股权重组过程中为公司设计适合其发展需要的股权结构，以兼顾股东、公司及各方利益？

本文将以三益信成股权结构引发的问题为研究视角，通过分析股权结构与公司治理的关系及不同股权结构对公司治理的影响，对股权结构分布格局中的分散与集中的平衡问题做一探究，以期能为类似问题的解决提供思路。

二、股权结构与公司治理的一般关系

公司的股权结构，是指公司股东的构成，包括股东的类型及各类股东持股所占比例、股票的集中或分散程度、股东的稳定性、高层管理者的持股比例等。^①公司治理是关于公司控制权配置的一套法律、文化、经济等方面的制度性安排。股权结构的不同对公司治理有着基础性的影响，它会使得股东结构、股权集中程度、大股东身份、导致股东行使权利的方式和效果产生较大的区别，进而对公司治理模式的形成、运作及绩效有较大影响，因此，可以说股权结构决定了公司治理的基本原则，决定了不同环境下公司治理要实现的目标。公司治理则是公司股权结构的具体化，有什么样的股权结构，就需要什么样的公司治理来使得这种结构下股东和其他利益相关者的利益得到保护。可见，股权结构与公司治理的一般关系为：股权

结构是公司治理的基础，公司治理则是股权结构的具体化。

三、股权结构对公司治理的影响

通过股权结构与公司治理的一般关系可知，不同的股权结构将导致不同的公司治理机制，进而影响公司绩效。股权结构由股权分布状况决定，以下将对股权结构中股权的分布状况及不同股权分布状况对公司治理的影响做一分析。

（一）股权分布状况

股权分布状况是按股权的集中程度和控制方式对股权结构安排后股权结构呈现出的状态。为进一步阐释股权分布的状况，在此有必要引入管理学中的“股权集中度”这一概念。

1. 股权集中度

股权集中度是指全部股东因持股比例的不同所表现出来的股权集中还是分散的量化指标。股权集中度是衡量公司的股权分布状态的主要指标，也是衡量公司稳定性强弱的重要指标。^②从总量上看，股权集中度是公司中前几位大股东持股比例之和占总股本的比重，其高低基本上反映了公司股权的集中与分散程度，比重越大，其他股东所持有的股份比例就越低，股权就越集中，反之，股权就较为分散。从结构上看，股权集中度还包含了控股股东与其他非控股股东之间的股权比较，控股股东所持股份比重越高，公司股权集中度越高。

2. 股权集中度度量

度量股权集中度的目的是为了进一步分析股权结构，在股权集中度的度量中，一个重要的度量指标是公司控股股东的持股比例，控股股东持股比例的高低直接影响了公司的股权结构。从管理学角度分析，一般来说，按照第一大股东持股比例的多少，可以将股权结构细分为绝对控股、相对控股、股权分散三类控股模式，具体而言，持股比例超过 50%，控股模式为绝对控股；持股比例介于 20%至 50%之间的，控股模式为相对控股；持股比例低于 20%的，控股模式为股权分散。因此，我们可以通过公司控股股东持股比例的情况将公司股权结构分为三种：高度集中型股权结构、相对集中型股权结构、高度分散型股权结构。

（二）三种股权结构模式对公司治理的影响

1. 高度集中型股权结构

高度集中型股权结构表现为：第一大股东持股比例很高，基本处于绝对控股地位，其他股东持股比例较小。在这种类型的股权结构下，一方面，极高的持股比重使得控股股东行使权利的积极性很高，积极参与公司的治理，对经营者进行有效的监督，因而使得经营者的行为取向与股东的利益高度一致；另一方面，小股东因为份额过低而没有能力也缺乏动力行使权利，一般采用“用脚投票”机制。这样一来，大股东失去了来自其他股东的有力约束和制衡，使其可以对经营者实行高度干预，造成“内部人”控制问题。

2. 高度分散型股权结构

高度分散型股权结构表现为，公司拥有大量股东，股东持股比例很低，持股数量相近，单个股东的作用非常有限，不存在控股股东。在这种类型的股权结构下，过度分散的股权使股东们行使权利的积极性普遍受到抑制，产生股东“搭便车”行为，由此使公司的控制权掌握在经营者手中。

3. 相对集中型股权结构

相对集中型股权结构表现为，公司拥有若干个持股比例相近的大股东存在，其余股份由众多的小股东分散持有。在这种类型的股权结构下，股东之间形成了一种有效的相互制衡机制，解决了股东的激励和约束问题，使各股东适度的参与公司的经营管理，避免两种结构下的股东行为的非理性。

前文中提到的三益信成的股权结构就是典型的高度分散型的股权结构，主要表现在：公

公司拥有大量的股东，多达 200 多人，远远超出了《公司法》的限制性规定；股东持股比例很低，均在 10%以内；持股数量相近，公司没有大股东。在这种股权结构下，公司股东没有动力积极参与公司治理，也无法对管理层进行监督与约束，公司治理陷入混乱，迫切需要股权重组。

四、如何选择适当的股权结构

（一）股权相对集中对公司治理较为有利

从以上对三种股权结构对公司治理影响的分析中可以看出，分散型股权结构能避免集中型股权结构下股东行为的两级分化现象，也可避免个别大股东对小股东利益的剥夺，但股东们行使权利的积极性却普遍受到抑制，公司的控制权掌握在管理者手中，影响公司的绩效。集中型股权结构能使控股股东提高参与公司治理的积极性并能有效监管管理层，但大股东失去来自其他股东的有力约束和制衡，可能对经营者进行高度干预，造成“内部人”控制问题，同时大股东也可能利用其优势地位，为谋求自身利益而通过多种手段损害中小股东的利益，从而也会影响公司绩效。因此，不同的股权结构对公司治理机制的影响程度是不一样的，总体而言，与股权高度分散和高度集中两种股权结构相比较，股权相对集中，有相对控股股东存在的股权结构对公司治理机制作用的发挥较为有利。

（二）股权分散与集中的平衡——股权集中度的适度性

股权结构是公司治理机制的基础，如何为公司设计适当的股权结构无疑是一个重要的难题。由于每个公司在成立之初除了遵循《公司法》规定的公司治理结构框架外，对许多具体的制度设计、股权结构的安排，都需要公司的所有者——股东之间进行博弈，因此，不存在放之四海而皆准的公司治理准则，当然，也就不存在普世性的股权结构模式。那么，公司在设计股权结构时如何在股权分散与集中的权衡中找到平衡，以兼顾股东、公司及各方的利益？根据前文分析可知，相对集中的股权结构对公司治理机制的发挥更为有利，因此，公司在设计股权结构时应遵循一个重要的原则：根据公司自身条件及发展需要对公司的股权集中度进行适度性安排。股权集中度的适度性安排应主要包括以下几方面：

- 第一、股东人数控制在合理范围之内；
- 第二、第一大股东持股比例控制在 20%-50%之间；
- 第三、有若干个可以相互制衡的大股东。

五、三益信成的实践

针对三益信成在企业改制后面临的股权结构极度分散问题，律师在股权重组工作中根据企业自身的情况并遵循股权集中度的适度性原则，为其股权结构提出如下方案：

1. 持股范围

持股范围包括经营者、管理者和职工。管理者和职工持股的原因是，持股会建立起他们与企业之间的产权纽带，有利于吸引人才，留住人才，有利于调动他们的积极性和创造性。

2. 股东数量

将股东数量控制在 20 人以内，有利于股权的相对集中。

3. 持股比例

第一大股东与 5 个持股比例较高的股东共持 75%股份，其中第一大股东持股比例为 30%，其余 25%股份由其他股东分散持有。公司形成若干较大股东共同控制，相互制约的股权结构，这种结构既可以使大股东积极参与公司治理并有效监管管理者又可抑制内部人控制，避免大股东侵害小股东利益。在提高公司治理绩效的同时也能兼顾各方利益。

4. 预留若干激励股

为管理者和职工预留若干激励股，激励股由董事长代持，由符合激励股分配条件的管理者或员工享有分红权、表决权。激励股作为公司的一项长期激励目的在于改善股权结构、调动职工的积极性，以促进企业的发展。

六、结语

股权结构是公司治理的基础，过于分散和过于集中的股权结构安排都会影响企业的治理绩效，在公司股权结构设计中，应根据公司具体情况及发展需要对股权集中度进行适度安排，找到股权分散与集中的平衡，以兼顾股东、公司等各方利益，使股权结构对公司治理机制产生良好的效应以提高公司绩效。

注释：

- ①乔路：《企业法律顾问实务全书》，法律出版社，2009 年版，第 101 页。
- ②林乐芬：《中国上市公司股权集中度研究》，经济管理出版社，2005 年版，第 149 页。

参考文献：

- 1. 马永斌：《公司治理与股权激励》，清华大学出版社，2010 年版。
- 2. 吴冬梅：《公司治理概论》，首都经济贸易大学出版社，2006 年版。
- 3. 李雨龙、朱小磊：《公司治理法律事务》，法律出版社，2006 年版。
- 4. 陈小悦、徐小东：《股权结构、企业绩效与投资者利益》，《经济研究》，2001 年第 11 期。

作者单位：安徽江声律师事务所

权益维护与公益保障法律服务

解构与重塑：刑事和解制度

——以刑事被害人的权利保障为视角

胡 建

【内容摘要】构建和谐社会已然成为我国重要的政治目标，在此背景下如何正确处理形形色色的矛盾，需要法律工作者更多的司法智慧。刑事和解制度在被害人主体地位回归理念指引下，逐渐在我国理论界和实务界发展起来，并在提高司法效率、保障人权、犯罪特殊预防方面发挥了积极作用。笔者认为刑事和解多数情况下是在第三方作为调停人主持下，被害方和加害方就认罪悔过、赔礼道歉、退赃、赔偿等问题协商达成一致，形成和解协议，除部分未进入司法程序的自诉案件外，该和解协议经司法机关审查后，可以作为处理案件的法定情节。刑事和解不仅可以适用于轻微刑事案件，还适用于可以提起附带民事诉讼及另行提起民事诉讼的重罪案件。对于符合适用条件的案件，刑事和解可以贯穿于案发、侦查、起诉、审判、执行的各个阶段。

【关键词】和解协议 被害人 司法程序

人权保障是现代社会的价值取向之一，成为现代社会发展的重要动力。在司法领域，人权保障也越来越受重视。刑事司法涉及到加害人和被害人两方人权保护的问题，不能仅仅保护加害人的人权或者相反。传统的刑事司法为了抗衡国家公权力，制定了“无罪推定”、“罪刑法定”等保障加害人权利的制度。而被害人在整个刑事诉讼的过程中主体地位缺失，除了部分案件的被害人可以提起附带民事诉讼外，在绝大多数情况下，他们能够得到的仅仅是由于报复而得到的心理平衡，况且，在刑事审判结束之后的附带民事诉讼判决在很多情况下会因被害人的抵触等原因而成为“空判”。

刑事和解又称被害人和加害人的和解，是指刑事案件发生后，被害方和加害方就认罪悔过、赔礼道歉、退赃、赔偿等问题协商达成一致，形成和解协议，除部分未进入司法程序的刑事自诉案件外，该和解协议通过司法机关审核后作为对加害人进行刑事处罚的参考依据。刑事和解的种类，从当事人对法律后果的决定作用来看，可以分为自诉案件的刑事和解和公诉案件的刑事和解。自诉案件的刑事和解，被害人对案件有起诉、撤回、放弃等实质性的权利，司法机关至多是审查和解协议的真实性和合法性，双方当事人对案件的实体处理有着更多的发言权。公诉案件的刑事和解，一般指就经济赔偿、退赃、赔礼道歉等和解协议的内容，司法机关在审查其真实性和合法性的基础上，决定是否从轻、减轻或免除处罚，而双方当事人对案件处理的作用较小。刑事和解的结果是加害方对被害方进行道歉、认罪、退赃、赔偿，同时可以（而非应当）得到从轻、减轻或者免除处罚的结果。

刑事和解作为解决刑事问题的一种新的理念和制度，契合了和谐社会的诸多要求，在理论上和实务中获得较大的发展。它主张恢复被害人的诉讼主体地位，赋予其更多的主动权，使其能够争取更大的利益，例如，得到加害人的道歉、认罪，拿到更加实际的经济赔偿或退赃，还可以避免加害人及其家属对被害人的再次侵害。就加害人而言，可以获得从轻、减轻或者是免除处罚的结果，得到更多的社会宽容和谅解，内心的忏悔也有利于其更好地重新融入社会。

一、刑事和解的参加人

（一）刑事和解主体

1. 被害人及其近亲属

传统的刑事司法中，被害人的主体地位被忽视，随着现代司法的发展，被害人的主体地位逐步回归。传统上国家一直是作为被害人的代理人，对加害人做出惩罚，并以此来预防新的犯罪发生。这种方法能够有效打击犯罪，但是不能发挥被害人的积极性，也不能很好地弥补被害人的损失，在更加注重保障人权的背景下，被害人的主体地位开始显现。在刑事审判实践中，被害人主体意识不断增强，提出附带民事诉讼、要求出庭等现象日益增多。在刑事和解中，被害人要和加害人进行磋商，接受加害人的赔礼道歉、认罪、赔偿等，要和加害人达成和解协议，所以被害人理应成为刑事和解的主体之一。如果被害人是无民事行为能力人或者限制行为能力人，那么他们的代理人就可以成为和解的主体。如果被害人因严重残疾或者死亡等原因无法参与和解，那么他们的近亲属也可以成为和解的主体。

2. 加害人及其近亲属

加害人是刑事司法的对象，从犯罪嫌疑人、被告人到罪犯的身份，都表明加害人要受刑法的审查乃至惩罚。在刑事司法中，司法机关和加害人地位事实上的不平等使得加害人难以以主体地位保障自己的有限权利。在刑事和解中，加害人和被害人达成和解协议，通过主动认罪、退赃、赔偿等，加害人的主体地位得以还原，加害人的利益也会得到一定体现。如同被害人的近亲属在一定的条件下可以成为主体，加害人的近亲属也可以成为和解主体。刑事司法实践中的很多案例表明，加害人的近亲属在许多时候会起到关键作用，他们出钱、出力、出主意，促使很多案件得以和解。

（二）刑事和解的调停人

刑事和解，可以由被害人和加害人双方来协商达成一致，也可以在调停人的主持下来完成，但除了部分未进入司法程序的自诉案件外，都应该通过司法机关审查认可。调停人可以是双方都认可的个人，也可以是人民调解组织等基层自治组织、社会中立机构，还可以是司法机关工作人员，总之只要双方接受，所有个人和单位均可。有些学者认为，司法机关工作人员不应该成为调停人，因为他们代表国家进行刑事司法，难以保证站在一个公正、中立的立场，对于达成和解协议不利。笔者则认为，调停人的作用是为双方提供一个彼此接触的机会和场所，传达双方诚意，沟通谅解与被谅解，司法机关工作人员在主持和解时不是代表国家利益进行追诉或者是裁判，完全可以站在一个公正、中立的立场来处理问题，所以，由司法机关工作人员来做调停人并无不妥。同时，司法机关工作人员直接接触刑事案件，能及时、便捷地了解双方情况，在这方面比其他个人或组织更有优势。警官、检察官、法官在刑事和解中充当调停人，就像在民事诉讼中法官调解案件一样，在不涉及实体处理的情况下，可以起到积极作用。

二、刑事和解的案件适用范围

刑事和解的案件适用范围，正在由单纯适用于轻微刑事案件向更广的领域发展。

（一）自诉案件

自诉案件，包括告诉才处理的案件、被害人有证据证明的轻微刑事案件和公诉转自诉案件。我国刑事诉讼法第172条规定：“人民法院对自诉案件，可以进行调解；自诉人在宣告判决前，可以同被告人自行和解或者撤回自诉。本法第170条第3项规定的案件不适用调解。”自诉案件，通常对社会关系破坏不是很严重，对被害人的利益侵害比较有限，适用刑事和解在理论、实践中争议不大。对于没有起诉到法院的自诉案件，可以没有调停人的主持，当事人通过赔礼道歉、认罪、退赃、赔偿等形式达成一定谅解，从而自行和解。这种不经过刑事司法程序的解决方式，能够充分发挥被害人和加害人的主体作用，避免国家公权力介入带来

的一些负面影响，例如加害人的抵触、给修复社会关系带来困难等。对于已经起诉到法院的自诉案件，当事人可以自行和解，也可以在调停人的主持下和解，为了保证司法的严肃性，法院要对双方达成的和解协议进行审查，如果没有损害国家、集体或者其他公民的利益，应该同意撤回起诉或者制作调解协议书。

（二）过失犯罪案件

过失犯罪案件的加害人，主观恶性相对较小，教育、改造的难度不大，从保护被害人利益、帮助加害人回归社会、尽快修复被破坏的社会关系角度出发，应该将过失犯罪案件纳入到刑事和解的适用范围中。

（三）重罪案件能不能适用刑事和解

重罪案件能不能适用刑事和解，在国内争议较大。大部分学者主张，刑事和解只能适用于轻罪案件，因为轻罪案件中加害人的社会危险性相对较小，改造起来也较容易，重罪案件中的加害人则不具备这样的条件。笔者认为，只要是可以提起附带民事诉讼或可以另行提起民事诉讼的案件，不管是轻罪案件还是重罪案件，加害方和被害方同意和解，就可以适用刑事和解。当然，没有具体被害人的案件、直接破坏国家或公共利益（主要指非物质利益）的案件，不能够适用刑事和解。

1. 从刑事司法理念的转变来观察。现代社会刑事司法的理念正从国家本位主义向社会本位主义、当事人本位主义转变，这一转变将从根本上改变我们对刑罚的理解。在大部分情况下，国家公权力要经过综合考虑，对当事人权利、社会长期的公共利益做出一定的让步。重罪案件中，国家公权力占据更为重要的位置固然没错，但是加害人和被害人的利益也不能被一概否定。正如有的学者所言，“刑罚不是因为犯罪才科处，而是为了将来不犯罪，所以刑罚并不是犯罪的必然结果，而是预防将来犯罪、维护社会利益的手段。因此刑罚的目的不在于犯罪本身，而在于保护社会的实际利益，从而科刑的标准应以是否达到维护实际利益的目的来决定，不是依犯罪的客观现实或罪责的大小来决定。”

2. 从被害人和加害人双方的利益来考量。就被害人而言，某些重罪案件的被害人可能需要刑事和解。对于重罪案件，群众出于内心的“正义”考量，会要求司法机关严惩加害人；司法机关为了维护固有的社会秩序，通常也会“执法必严”。但是，在有些情况下，被害人对加害人道歉、认罪、退赃、赔偿的要求比严惩加害人的需求更为迫切，司法机关给予加害人的惩罚并不一定是被害人真正需要的正义。例如，在故意伤害案件中，被害人受到重伤迫切需要一定的经济赔偿来救治，但漫长的司法程序可能会延误救治的时机，即使等到赔偿的判决生效，加害人的抵触等多种原因也可能使执行陷入无果的困局。而目前，国家对被害人的救济手段还很有限，对被害人的实际救助效果还微乎其微。社会要求的正义能够满足置身事外的民意需求和社会秩序的稳固，但也可能会变成被害人的切肤之痛。如果适用刑事和解，被害人自身的困顿就能够缓解，至少能使被害人尽可能地挽回自身的损失。

对于加害人而言，社会强大的舆论压力和国家强制的暴力能够使之畏惧，但如果没有内心的忏悔，如果面对的是没有出路的未来，也可能使之在内心负隅顽抗，他们的社会危险性也有上升的可能，偶犯就可能变成再犯、惯犯。如果适用刑事和解，将有助于大部分加害人对自身行为的反省，有助于那些尚未完全泯灭的良知在内心增长，这些都有利于对他们的教育和改造，有利于他们重归社会，降低他们的社会危险性，而这正是我们适用刑罚的重要目的之一。

3. 从轻罪与重罪的比较来看。轻罪案件能够适用刑事和解，如果重罪案件不能适用刑事和解，就会剥夺适用刑事和解给被害人带来利益的机会，也会使加害人失去从轻、减轻处罚的一种可能，违背了法律面前一律平等的原则。轻罪、重罪有可能是对同一种社会关系的破坏，只不过是破坏的程度不同，如果因此而在适用刑事和解上区别对待，将有违公平。

4. 重罪案件可以适用刑事和解，未必是一定要进行刑事和解。刑事和解的前提条件是双方同意，要充分尊重双方的意愿，如果说被害人不同意，或是加害人不同意，司法机关就不能再用刑事和解来处理案件。刑事和解是为双方利益的博弈提供一个机会和可能，这样的可能性在本意上对被害人并没有坏处。

5. 刑事和解的结果，未必一定能够使加害人获得从轻、减轻甚至免除处罚的结果，而是作为一个可以（而非应当）从轻、减轻或免除处罚的参考。“刑事和解应是一项有弹性和有张力的制度，国家公权力在哪些情况下做出让步，让到何种程度，在国家利益、社会利益和被害人个人利益之间，应该找到一个各方都能接受的平衡点。”

如果加害人的社会危险性非常高，民愤极大，国家维持的社会秩序受到严重冲击乃至损失无法弥补，那么即使加害人进行了道歉、认罪、退赃、赔偿，甚至取得了被害人的部分谅解，但为了使社会固有的价值体系不动摇、社会的正义观念不受伤害，司法机关也可以不作出从轻、减轻或免除处罚的裁判。司法权最终还是掌握在国家手中，并没有被动摇，国家公权力可以不作让步。

（四）不适用刑事和解的案件

1. 没有明确被害人的案件。被害人是刑事和解的主体之一，如果案件没有明确的被害人，那么刑事和解就无从谈起。例如制造毒品罪等案件就不能适用刑事和解。

2. 直接侵犯国家或公共利益（主要指非物质利益）的案件。非物质利益受损，没有退赃、赔偿的可能性，和解的前提不复存在，同时，国家在这些利益受损时也没有让步的空间。如煽动分裂国家罪等案件也不能适用刑事和解。

3. 国家工作人员职务犯罪、军人违反职责罪的案件。国家工作人员利用国家公权力实施的犯罪，不能再用国家公权力与之去协商。军人是国家的保护者，军人违反职责，危害的是国家的安全秩序，不能适用刑事和解。

4. 其他严重动摇国家根基、社会管理秩序、违反人民正义意愿的刑事案件。

三、刑事和解适用的阶段

有些学者认为，刑事和解应当在审查起诉和审理阶段适用。笔者认为，刑事和解的适用可以贯穿整个刑事诉讼的始终。

（一）刑事案件发生之后至案件被纳入司法程序前，和解即可进行

最明显的例子就是自诉案件，自诉案件的被害人可以选择和加害人磋商，达成一致后不再求助于司法机关。在公诉案件中，双方当事人可以选择自行协商或者是在人民调解组织等司法机关之外的调停人的主持下进行和解，达成和解协议，和解协议在进入司法程序后，经审查可以被作为处理案件的参考。

（二）案件进入司法程序之后，即在立案侦查、起诉、审判阶段，被害人和加害人可以在调停人的主持下进行和解

在司法机关工作人员主持和解的情况下，为避免国家公权力影响到双方和解的真实意思，司法机关工作人员应该本着只主持、不参与实质磋商的原则，安排好和解程序、场所、时间，当好“主持人”。

（三）案件在审判之后，能否适用刑事和解的问题

笔者认为，在案件审判结束后的执行阶段，也可以适用刑事和解。加害人在服刑阶段，通过与家人联系等途径，及时履行法院生效裁判文书所确定的义务，对被害人作出更进一步的道歉、赔偿等，作为服刑期间积极改造的情节，也是社会危险性降低的表现，司法机关可以将之作为减刑、假释的参考依据，在实质上和诉讼过程的刑事和解一致，也是刑事和解的

一种情况。

四、完善刑事和解的立法建议

目前我国刑事和解制度只体现在一些零星的法律规定中,例如最高人民检察院《关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》中规定:“对于轻微刑事案件中犯罪嫌疑人认罪悔过、赔礼道歉、积极赔偿损失并得到被害人谅解或者双方达成和解并切实履行,社会危害性不大的,可以依法不予逮捕或者不起诉。”最高人民法院《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第4条规定:“被告人已经赔偿被害人物质损失的,人民法院可以作为量刑情节予以考虑。”第5条第1款规定:“犯罪分子非法占有、处置被害人财产而使其遭受物质损失的,人民法院应当依法予以追缴或者责令退赔、被追缴、退赔的情况,人民法院可以作为量刑情节予以考虑。”但这样的零星规定无法支撑起刑事和解制度,如何使刑事和解在司法实践中能够规范运行,发挥更大的作用,是亟待解决的问题。

随着刑事和解在国内司法实践和理论界的影响日益扩大,部分学者主张应把刑事和解纳入到刑法和刑事诉讼法当中,如陈光中教授主持的刑事诉讼法再修改课题成果《中华人民共和国刑事诉讼法修改专家建议稿》第20条规定:“犯罪嫌疑人、被告人与被害人及其近亲属达成和解的,人民法院、人民检察院和公安机关可以考虑当事人的和解意愿,并根据案件情况依法不追究犯罪嫌疑人刑事责任,对被告人从轻、减轻或者免除处罚。”这条规定被视为刑事和解的基本原则。笔者赞同在刑事诉讼法中规定这样的一项原则,使刑事和解的法律地位明确化,与之相适应,在刑法中规定刑事和解作为一个类似于自首、立功等,可以从轻、减轻或免除处罚的法定情节。除此之外,还应在刑事诉讼法中规定刑事和解的基本程序等内容。

任何法律制度和司法实践的根本目的都不应当是为了确立一种权威化的思想,而是为了解决实际问题,调整社会关系,使人们比较协调,达到一种制度上的正义。刑事和解理论上的发展和实践中的适用,丰富了刑事司法的内涵,并且在实践中取得了很大的成就。但是目前还面临着许多问题,例如,法律规定不健全、不完善;司法机关工作人员素质参差不齐,导致类似案件的处理结果大相径庭;监督不健全,司法机关工作人员可能会借刑事和解来滥用权力;公众在传统上有对罪犯严惩的心理,对刑事司法理念理解不够,对司法机关适用刑事和解的做法还没有认同感,甚至会产生“花钱买刑”、“花钱减刑”等错误想法。刑事和解作为一个新事物,同别的新生事物一样,存在一些问题也比较正常。完善刑事和解制度我们还有很多工作要做,需要加强立法,完善监督,需要提高群众的认识水平,需要提高司法队伍的整体素质。

参考书目:

- ①陈光中、葛林著:《刑事和解初探》,《中国法学》,2006年第5期,第36页。
- ②陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社2007年版,第6页。
- ③毛兴平、杨丙宏:《刑事和解制度的理论价值分析及本土化探索》,《温州大学学报(社会科学版)》,2008年第1期,第22页。
- ④马克昌:《刑罚通论》,武汉大学出版社1999年版,第69页。
- ⑤张红丽:《刑事和解制度的几个问题》,《人民司法》,2009年第3期,第34页。
- ⑥陈光中:《中华人民共和国刑事诉讼法再修改专家建议稿与论证》,中国法制出版社2006年版,第245页。
- ⑦朱苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1999年版,第28页。

作者单位:安徽乐业律师事务所

论未成年人监护权的转移

蔡晓慧

【内容摘要】监护对未成年人合法权益的保护起到了重要作用。但现实中监护人不履行或无法履行监护职责的情况时有发生，导致未成年人处于无人监护或监护不力的窘境，甚至出现监护人侵犯被监护人合法权益的现象，在这些情形下，监护权的转移就很有必要。本文从我国监护权转移立法的现状出发，在借鉴国外先进经验和做法的基础上，以期达到使我国的监护权转移制度更加完善的目的。

【关键词】 未成年人 监护权 监护权转移 监护权强制转移

一、未成年人监护权转移制度的立法现状

我国自古就有很强大的宗族思想和传统，这深深的影响了我国的未成年人监护制度，因而我国主要采取了亲属监护为主、组织监护为辅的制度设计，但是这种过分倚重亲属监护的思想，让我国习惯把监护孩子看做家庭内部的事务，除非极端恶劣的状况出现，外人和政府一般不会介入，即在一般情况下，只要父母存在，就认为子女的利益会得到保障，除非存在家庭暴力或虐待、遗弃儿童等极端因素，而对于其他因为客观因素致使父母无法暂时实施监护职能的情况，法律根本没有涉及到，这种思想让我国的家长觉得抚养监护孩子是自己家庭的内部事务，缺乏对被监护对象的足够尊重和保护，因而一旦外出打工，便将孩子交给祖父母、外祖父母照顾，这种隔代监护因为祖辈的文化水平和健康条件不允许，使得被监护人的教育权、人身权和身心健康权未能得到充分保障。我国传统思想和立法的局限，使得我国的监护立法存在诸多的不足，深入分析有助于我们认清加快建立监护权转移制度的必要性和紧迫性。

首先，无亲权制度，未将亲权与监护明确区分。这个问题涉及我国监护体制中的一个症结性问题，即亲权和监护权究竟是否有无区别。亲权，是指父母对其未成年子女所行使的权利，该权利的基础在于父母与未成年子女这一特定的身份关系；监护是个人或组织基于法律的规定或他人的委托而对特定的对象进行管理和保护的职责。我国未区分亲权和监护权，不论是未成年人还是无民事行为能力人或限制民事行为能力人，均由其监护人对其行使监护职责。我国《民法通则》第16条第1款明确规定了“未成年人的父母是未成年人的监护人”，表明我国立法未将亲权与监护权明确区分。实际上，亲权与监护并不是一回事，范围上监护的对象远大于亲权，监护一般是对不在亲权下的未成年人和其他处于特殊情况下的未成年人实施的保护措施。法律对父母持放任态度，对亲权的限制较少，而监护立法则采取限制主义。^①目前正在组织民法典起草的梁慧星教授对此也有类似的看法，他们主张建立监护和亲权两套制度，并且监护监督人只针对父母以外的监护人。^②本人虽然赞同将监护与亲权分别立法，但却不认同监护监督人的设立只针对父母以外的监护人，现实中父母侵害被监护人的事件也经常发生。比如2010年11月14日发生的福建集美一个三岁女孩被亲生母亲虐打致死的案件，以及屡屡发生的禽兽父亲性侵未成年女儿的案件。

其次，法人、组织行使监护权规定不具体。^③我国民法规定，下列组织可担任未成年人的监护人，即未成年人父母的所在单位、未成年人住所地的居委会、村委会以及民政部门。这

一规定对未成年人的监护人看似规定得很完备，从理论上来说我国的未成年人是不可能没有法定监护人的，但实际却是上述所有的法定监护人都无力或无法履行监护职责。因为其中某些规定是时代的产物，在现代社会已经失去了操作性和可行性。在计划经济条件下，由父母所在单位担当未成年人监护人尚有其可行性，但在市场经济条件下，单位与职工仅仅是劳动雇佣关系，再由单位担当监护人已经不切实际。居委会和村委会担当监护人，既无专门经费也无专门人员，并且一些地方的居委会和村委会的工作人员素质不高，缺少法律意识，即便担当了监护人，也很难保证被监护人得到有效监护并健康成长。民政部门特别是专门的儿童福利机构倒是可以成为合格的监护人，但因为我国法律对此规定过于笼统，既没有规定民政部门担当监护人的具体条件，也没有规定执行部门和相应的程序，使这一规定流于形式。

最后，没有设立专门的监护监督人和监护决定机构。^④未成年人父母所在单位、居委会、村委会既可做监护人，又拥有决定监护事务的权力，缺少监督约束机制，如果监护人不履行职责或履行职责不符合法律的规定，则无人监督，使监督流于形式。为了使监督监护人忠实履行自己的义务，大陆法系的各国民法都有监护监督人、监护决定机构的规定。例如，意大利、法国和我国台湾地区的民法均有监护监督人的规定，意大利的监护法官、法国的亲属会议、我国台湾地区的亲属会议。我国《意见》虽然规定监护人以外其他有监护资格的人，可以向法院提起诉讼，要求监护人承担责任，或者撤销监护人的资格，但是，《意见》中并没有指出上述个人、单位或组织在监护人不履行监护职责或侵害被监护人合法权益时必须进行监督，即并没有规定他们为义务人或职责机构。同时，我国法律缺少对某些监护监督主体的监督，即我国缺少再监督制度。

从以上分析中可以看出，我国的监护制度存在诸多制度缺陷，所以在现实中未成年人的很多权益难以得到有效保护，正因如此，我国很有必要建立未成年人监护权转移制度，以此来弥补我国监护制度的缺陷。由于我国并没有系统的监护权转移制度，只是在《意见》和新修订的《未成年人保护法》中有所涉及。《意见》规定了“监护权委托转移制度”，其第22条规定：“监护人可以将监护职责部分或全部委托给他人”，这可以看成我国法律对监护权转移的承认。2006年新修订的《未成年人保护法》第16条规定：“父母因外出务工或者其他原因不能履行对未成年人的监护职责的，应当委托有监护能力的其他成年人代为监护”。这些规定构成了我国司法实践中的监护权委托转移的法律依据，全国各地儿童救助中心的儿童救济实践中就存在一些委托监护的实例。

显然，《民法通则》及其司法解释的规定较为强调法定监护人在履行监护职责以及是否转移监护权问题上的意思自治，并没有较多的体现国家对法定监护人履行监护职责的干预，在现实生活中，法定监护人，尤其是亲权人以外的法定监护人，不履行或不适当履行监护职责的情形比较普遍，这就需要国家的主动干预，其中设立“监护权的强制转移”便是干预手段之一。

对于监护权的强制转移制度，我国《未成年人保护法》在第53条规定：“父母或者其他监护人不履行监护职责或者侵害被监护的未成年人的合法权益，经教育不改的，人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销其监护人的资格，依法另行指定监护人。该撤销监护资格的父母应当依法继续负担抚养费用。”另外，该法第43条规定：“县级以上人民政府及其民政部门应当根据需要设立救助场所，对流浪乞讨等生活无着未成年人实施救助，承担临时监护职责；公安部门或者其他有关部门应当护送流浪乞讨或者离家出走的未成年人到救助场所，由救助场所予以救助和妥善照顾，并及时通知父母或其他监护人领回。对孤儿、无法查明其父母或其他监护人的以及其他生活无着的未成年人，由民政部门设立的儿童福利机构收留抚养。”

虽然《未成年人保护法》的上述规定可以视为是对监护权强制转移制度的确定，但是由

于缺乏相应的国家公权的保障措施，我国的未成年人在受到监护人的侵害、或遗弃或监护人由于客观原因失去监护能力时，无法取得真正的监护的事例比比皆是，使得我国对未成年人的保护有时显得流于形式。这点我国应借鉴几个西方国家的立法实践。

二、西方国家的国家监护权理论

与我国监护权私法色彩浓重不同，西方发达国家的监护权公法性质较重，其理论基础是从罗马法中继受并发展起来的英国衡平法中关于“国家是少年儿童最高监护人”的原理，即“国家监护权理论”。^⑤根据这一理论，“国家，如同少年的双亲一样，应为缺乏监管和缺乏寄托的少年谋福利，并应对他们进一定的扶助义务”。^⑥国家对儿童有保护的责任，并可对虐待或遗弃儿童的家长进行处理，当未成年人的合法权益遭到侵害时，当未成年人本身缺乏自我保护的能力或其监护人对其保护不力时，国家或社会就有权进行干涉。显然，这更加有利于未成年人的健康成长，衡平法的这一原理的主要目的，并不仅仅是为了处理危害少年儿童的家长，而是将其作为整个未成年人立法的指导思想，突出公权力干涉和国家监护。

这一理论已被各国未成年人立法广泛吸收，从而称为世界范围内未成年人立法的重要理论基础。例如，瑞典的社区监护就是一种国家公法监护，有监护能力并符合监护条件的社区成员均有作为监护人的义务，法院可以任命他们作为失去亲权监护的未成年人的监护人，并对监护人的权利义务、职责范围等做了明确的规定。法国设有专门机构负责对亲权保护不力或失去亲权保护的未成年人进行监护，《法国民法典》第337-1条规定：收容儿童的个人、机构或者儿童社会救济部门，此时可以向家事法官提出申请，以请求转移对该儿童的亲权之全部或一部分。不论是何人提出此项申请，家事法官均得为儿童利益做决定，将对该儿童的亲权转移给社会儿童救济部门，但事先应当听取该儿童父母的意见，或对其父母进行传唤。^⑦

美国有关儿童监护方面的法律制度主要涉及两方面的问题，一方面是界定了父母的监护权利和责任义务，另一方面是界定了国家或社会的职责。国家或社会首先应当尊重父母的权利，保障父母权利的行使，而当父母不履行监护义务或履行不适当时，国家或社会就应当介入家庭生活，保护儿童权益。美国干预儿童监护问题的典型制度与措施主要围绕三个方面展开，首先，为帮助困难家庭的儿童，美国政府实施了救助困难家庭计划、强制执行父母的抚养义务以及增进家庭安全和稳定的措施；其次，为了促进儿童在家庭生活中的福利，政府和社会还向父母提供教育孩子方面的指导；最后，为了帮助受到虐待和忽略的儿童，政府制订和实施了种种的措施，还建立了寄养、收养等制度，美国设立的儿童局就是专门解决儿童问题的机构，其下设了儿童虐待和忽略司，负责因监护而遇有困难的儿童。^⑧

挪威作为北欧国家的代表，其典型特征就是福利制度发达，社会在儿童权益保护方面的干预较多，挪威在未成年人保护方面的特色在于两点，一是儿童调查官制度，1981年3月挪威国会通过了《儿童调查官法令》，挪威出现了世界上首批儿童调查官，作为儿童的代言人和解决儿童工作的独立机构；另一个就是《儿童福利措施法案》中的调查与信息揭露机制，法案规定，所有公共机构在怀疑某个儿童被虐待或其父母照顾不周时都有义务向儿童福利机构披露有关信息，除了公共机构以外，有一些特殊的职业从业人员也有这样的披露义务，例如医生、心理咨询师、护士等。

上述国家有关监护权转移方面的制度，都体现了国家公权力对监护的强制干预，所提及的部门都能在法律的规定情形下取得监护权，其监护权的强制转移制度很完善，当然，完备的法律制度的后盾是国家财力的大力支持。

三、完善未成年人监护权转移制度的设想

世界上任何国家的法律都是与其具体国情相适应的产物，我们不赞成一味地照搬外国先进经验和做法，在监护权转移制度方面，我认为我们可以从我国的实际国情出发，借鉴外国的某些先进做法，具体而言可从以下方面完善：

首先，完善社会组织担任监护人的规定。废除未成年人由其父母所在单位、居委会、村委会、民政部门充当法定监护人，遵守法定监护人只能由自然人或专门的社团组织来担任的惯例，可借鉴国外的做法，即对于既无亲权人又无自然人作为监护人的未成年人，设立专门的社会保障机构作为监护人，专门履行监护职责。我国可以在民政部下设专门机构，对未成年人和精神病人的监护权工作进行专门指导，该机构可以下设各级机关，从而形成一个完整的体系，废除那些形同的职能部门，当然国家财政要加大支持和投入。

其次，建立对监护人的监督机制，加强落实监督和再监督制度。完善我国的监护权转移制度还应该建立对监护人的监督制度，从而促使监护人有效行使监护职责，更好的起到保护未成年人权益的目的。国外的一些先进做法我们可以借鉴，监护监督人可以由有监护能力而未承担监护职责的人担任，也可以由当地的民政部门担任，同时，还应完善监护监督人的权利义务，要求担任监护监督人的公民或组织依法适当履行监护监督职责，定期或不定期对监护人的监护状况进行检查，如不履行或不适当履行监护监督职责，则应予以出发或撤销其监护监督人资格。

笔者认为，我国法律应规定任何人发现儿童权益受侵害，都可以报告当地行政机关、公安机关或儿童福利机构，接获报告的机关或机构应当在一定时间内向主管机关报告。同时，任何机关的公务人员在执行公务时发现前述情况的，均有义务报告主管机关，否则应当追究其行政或刑事责任。接获报告的主管机关应及时采取相应的保护措施。这与上述挪威的调查与信息披露机制非常的相似。另外，笔者建议我国对父母以外的人担任监护人，应该设立监护监督人制度，以弥补监护过程中缺乏常设监督人所带来的监督空白，监护监督人应当是强制设置的，即法律应当要求每个监护人都配备相应的监护监督人，监护监督人制度的主要内容可以参照大陆法系各国的立法例，明确规定监护监督人的资格限制、选任次序、行为准则、职权和职责。

再次，短期寄养家庭和长期寄养家庭的设立。根据香港和澳门的经验，可以发展短期寄养家庭短期监护，比如发展义工队伍，义工实际以家庭的名义参与活动。通常义工的家庭不需给付金钱，或只需给付金钱，这就避免了义工出于私欲而不能给孩子良好的环境。一般而言这种家庭需具备如下条件：这个家庭生活是安定的、和谐的，有足够的居住面积；申请人家庭成员起码是小学毕业，而且该家庭喜爱儿童、有选好股孩子的经验和能力；此外，申请人身体健康，年龄一般在25岁以上，申请人的家庭至少有一位家庭成员是全职在家的；最后他们愿意接受社工的评估、调查和辅导。

最后，特殊人员的救助与社会干预。对于孤儿和被遗弃的未成年人，救助形式应以居民家庭寄养、收养为主，集体养护为辅，因为我国儿童福利机构的客观困难，建议我国儿童福利机构建立健全配套的社会工作网络，将院内的孤儿和被遗弃的儿童分散到居民家庭养育，形成以寄养、收养为主要供养形式，剩下少量重病、重残儿童由福利院集体供养的工作格局，这样既可以缓解福利机构的收容量、人力、资金不足等问题，增加流浪在社会上的孤儿和被遗弃儿童得到救助的几率，同时有助于孩子们回归正常的家庭和社会生活。在此制度下，我们一方面要加强对这些家庭的监督，同时也应完善对寄养家庭的报酬规定。这些寄养和收养的家庭在此情形下就取得了监护权，监护权依法就发生了转移。

对于流浪儿童，在深化实证研究的基础上，应当建立国家福利机构救助为主民间力量积极参与的格局。国外的诸多调查结果显示，绝大部分流浪儿童还是期望得到家庭，尤其是母亲的关爱，可以说回归家庭是他们的内在需要，因此，流浪的安置以回归各类家庭为主，国

家设立的流浪儿童救助机构原则上只是提供短期的救助。全国各地的流浪儿童救助机构应该互相建立联系，彼此形成网络，在全国设立流浪儿童的信息查询系统，便于为流浪儿童快速找到原来的家庭，无法找到家庭的流浪儿童，才能选择寄养或收养家庭，对于孤儿、被遗弃儿童，流浪儿童救助机构应当把他们安置在儿童福利院；对于因家庭原因屡遣屡返的儿童，或找不到家庭长期流浪滞留救助机构的儿童，我们可以通过法律程序撤销其愿父母的监护权，将监护权转移给救助机构；对于年龄偏大，流浪时间长，自主意识很强但又很难回归自然家庭的儿童，建议建立“类家庭”模式，为他们提供住房等必要生活辅助。

对于犯罪人员子女的监护，在对犯罪人员追究刑事责任的同时对其未成年子女的监护问题应一并做出安排。在处理此类案件过程中，司法机关内刑事与民事部门，司法机关与社区工作部门应当建立合作机制，一旦未成年人的父母触犯刑律，这几个部门应共同介入，相互配合，做好罪犯子女的安置工作。在犯罪人员的行为严重影响子女的身心健康情形下，社区工作部门可以提请法院撤销其父母的监护资格，将监护权强制转移给他人或组织。

保护未成年人的合法权益，是现代国家和社会的系统工程，因为他们代表着国家的未来。因此，一方面，未成年人监护权的强制转移制度，应该作为一个具体环节纳入到一体化的未成年人保护中去；另一方面，我国作为《儿童权益保护公约》的签约国应该切实履行《儿童权益保护公约》的要求，同时全面落实和贯彻《未成年人保护法》以及相关法律的规定，从整体上完善未成年人的保护制度。当然，要从根本上减少流浪儿童、农村留守儿童和犯罪人员子女等特殊形态人员的监护问题，不仅需要从整体上完善我国的未成年人和精神病人的法律保护制度，还需要整个国家和社会的共同努力，减少和消灭各种特殊形态未成年人监护问题的社会和经济根源，为未成年人的健康成长创造一个良好的环境。

注释：

①马 龙：《我国监护制度中的几个问题》，载《中国政法大学学报》，1994 年第 2 期第 48 页。

②郝杰英、鞠青：《家庭抚养和监护未成年人责任履行的社会干预研究报告》，中国人民公安大学出版社，2004 年版第 93 页。

③陈志兴：《论对未成年人的监护权》，载《法制与社会》（学术前沿版）2007 年 4 月，第 109 页。

④郝杰英、鞠青：《家庭抚养和监护未成年人责任履行的社会干预研究报告》，中国人民公安大学出版社，2004 年版第 106 页。

⑤张步峰：《公法视野下流浪儿童监护权的转移》，载《河南省政法管理干部学院学报》，2007 年第 6 期第 78 页。

⑥甘雨沛、何鹏：《外国刑法学》（上册），北京大学出版社，1998 年版，第 577 页。

⑦杨军生、李玉华：《论我国未成年人监护制度的改革与完善》，载《人权》2005 年第 3 期。

⑧郝杰英、鞠青：《家庭抚养和监护未成年人责任履行的社会干预研究报告》，中国人民公安大学出版社，2004 年版第 205 页。

作者单位：安徽南山松律师事务所

知假买假无可质疑 消法缺憾亟待完善

封正杰

【内容摘要】“知假买假不该保护”观点严重错误，扼杀了民间打假运动，导致假货横行。《消法》关于“消费者”的定义不当，限制了消费者打假，放纵了制假售假者；《消法》对打假索赔设置“欺诈”前提条件不当，制造了消费者打假索赔的障碍，使制假售假者得以逃避法律制裁，因此《消法》亟待完善。

【关键词】知假买假 双倍索赔 消费者 欺诈。

由于假冒伪劣横行，曾有王海横空出世打假双倍索赔，笔者颇为高兴：如此发展将有千百万“王海”们站出来打假索赔，假冒伪劣将无所遁形。但随即“知假买假不该保护”的理论甚嚣尘上，此观点也常见于媒体乃至法院的判决中，致使饱受打击的“王海”等民间打假者们被迫消失于无形。

早年无法治，但民间却有“假一罚十、少一罚十”的交易惯例。如此重罚，未闻异议，承诺“罚十”甚至成了许多商家取信于民的店堂告示，社会效益不可谓不好。

以后有了法治，此交易惯例却未能形诸法律，受假冒伪劣、短斤缺两之害的顾客依法也仅能得到补偿性的“包退”而已，除极少数售假造成惨烈后果者外，商家欺诈的代价几近于无。“法治”较民间交易惯例出现了倒退。

如今由于假货肆虐，终于有了消费者权益保护法第49条，对商家欺诈的行为规定了惩罚性的赔偿制度，不过不是“罚十”，而仅仅是“罚一”，对假冒伪劣、短斤缺两的处罚力度较过去的民间交易惯例轻多了，“法治”仍未能与民间交易惯例齐肩。

虽然如此，仍出现了数量有限的民间打假者，他们以49条为武器进行知假买假打假，矛头直指假冒伪劣，使制售假货者恨之入骨，但却令广大消费者击节叫好，社会效益同样毋庸置疑。但是令人奇怪的是：往昔“罚十”时节风平浪静，现今轻了十倍的“罚一”举动反倒使异议声大起——“知假买假不该保护”，致使本来就屈指可数的“王海”们现在已难觅踪影。

难道民间打假真是打得不应该？

一、反对民间打假的理由种种，均属诡辩

其一，“不是消费者说”。反对观点认为：“消费者”是指“为生活需要购买、使用商品的人”，而知假买假者没有消费目的，不是为“生活需要”，因此不是消费者，依法不能双倍索赔。

我们知道，凡是到商店购货的人都是顾客，依法应当享受平等权利，但是根据反对观点，以下顾客将被打入另册：

1. 有识别能力的顾客。按照反对观点，只有“不知假而买假”的人才是消费者，这样如有假货识别能力强的顾客，虽然开始是为了生活需要购买商品，但此后发现是假货并为了打假取证而买下假货，这样该顾客的购货目的已发生变化，是“为取证”而不是“为生活需要”了，他也就成了“知假买假者”，根据反对观点自然应将他们清除出“消费者”的队伍之外，不能向制假售假者主张双倍赔偿。如果识别假货后不买呢？当然还是“消费者”，不过索赔打假同样只能免谈，因为该顾客一没有购买行为，二没有假货证据，索赔从何谈起？

2. 为他人代购商品的顾客。按照反对观点，消费者是购买并有生活需要的顾客，这样如

有顾客为女友代购妇女用品，该顾客自然不是为了自己的生活需要，根据反对观点他自然也就不是“消费者”了，无权索赔；女友倒是有此消费需求，但她却未去商店购买，与商家并无买卖法律关系，显然也无索赔资格。

3. 非消费型顾客。按照反对观点，只有对所购商品有“消费目的”的人才是消费者。消费，指的是人们对商品使用价值的利用及消耗。火柴的使用价值是燃烧，酒的使用价值是饮用，但是有顾客买了火柴却丢弃火柴而留下火柴盒收藏，买了酒不喝却赠送给了朋友，这种行为显然不是对火柴或酒的“消费”行为，他们显然也应该被取消“消费者”的资格，不能主张假一赔二。

就这样，一批批制假售假者的天敌被反对观点给“消灭”了。

同样是到商店买东西的顾客，同样付出商品的对价，为什么“知假买假”的顾客就要被打入另册？“权利平等”是法治的精髓，而这种把顾客分为三六九等的“顾客歧视”观点，是我们法治的精神吗？

其二，“公权私权说”。反对观点认为：打假是公权行为，不能是私权行为，因此民间打假等于行使了国家公权，具有违法性。

实际上民间打假者依法投诉索赔，是通过求助公权以实现自己的私权，正如公民起诉追讨债务是求助法院公权以实现私权保护目的一样，是完全合法的权利行使模式。民间打假者们从来没有行使过国家机关所有的“扣押、查封、没收、处罚”等打假公权，反对观点显然给民间打假者扣了一顶莫须有的违法帽子。

此外，国家机关有权打假自不待言，问题是国家机关把假打完了没有？如果打完了，则没有必要再去争论民间打假者们的打假资格问题，因为他们已无假可打，必然会自动退出历史舞台；如果假没打完，又不准群众打，不知是何道理？公安机关打击犯罪尚且要发动群众，为什么打击假冒伪劣群众就得靠边站？

其三，“牟利说”。反对观点称：知假买假的目的并非打假，而是为了营利，是“扰乱经济秩序和法律秩序”的行为。

民间打假者通过索赔实现对制假售假者的制裁，这一索赔获利本身就是对制假售假行为的打击，两者为同一结果的两面意义，密不可分。但反对观点却将两者割裂并否定后者，显属荒谬。

此外，民间打假的客观效果分明是遏制假货的蔓延，怎么反倒成了“扰乱经济秩序”？民间打假分明是依照法律规定进行的，怎么反倒成了“扰乱法律秩序”？究竟是“制假售假”扰乱了经济秩序和法律秩序，还是“民间打假”扰乱了经济秩序和法律秩序？反对观点显然完全颠倒是非。

在“君子喻于义，小人喻于利”的传统观念深厚的环境下，人言不能触“利”，否则低俗。事实上，追求利益是人类生活的常态，农民种地不言“利”，工人务工不言“利”，他们将如何生存？工商干部、消协干部乃至法官职业打假，他们有工资、有奖金、有福利、有装备、有设施，国家财政所供之“利”充分保障了他们打假的物资条件，但这些民间打假者们有吗？没有。正因为如此，民间打假者们用“依法索赔”的方式，既使制假售假者付出了被惩罚的代价，也为自己的打假事业提供了物质支持。这明明是“依法”获得的利益，哪里“违法”了？

其四，“虚假交易说”。反对观点认为：知假买假为恶意虚假交易，旨在制造诉讼。

制假售假者在交易中以假充真，这“虚假交易”明明是制假售假者制造出来的，怎么反倒成了民间打假者的责任？法制要求人们对违法行为作斗争要“拿起法律的武器”，怎么“拿起法律的武器”反倒成了“旨在制造诉讼”？制假售假为“恶意”大概无人会否认，而与“制假售假恶意”作斗争的索赔打假竟也成了“恶意”，这种“善恶”不分的道德标准实在令人匪夷所思。

其五，“不诚信说”。反对观点认为：制假售假者欺骗了消费者，消费者却不应当欺骗制假售假者，因此，知假买假是“以假对假”，是对诚信原则的戏弄。

按照这一观点，媒体对违法行为的暗访，是对诚信原则的戏弄；警察深夜抓捕犯罪嫌疑人，是对诚信原则的戏弄；战场上面对敌人的埋伏隐藏，是对诚信原则的戏弄，这样的“诚信原则”岂非荒谬绝伦？诚信原则适用的是正常合法的交易行为，对制假售假的违法行为适用的应当是斗争原则，反对观点显然弄错了诚信原则的适用对象，荒诞到了难以思议的地步。

其六，“价值悖论说”。反对观点认为：如果允许知假买假求偿，必然会同时肯定“禁止卖假货”的正当性和“可以买假货”的正当性，从而造成“价值悖论”。

两个相互矛盾的真假命题，能够合乎逻辑的相互推出，谓之悖论。但是反对观点所列两个命题之间却无任何矛盾处。“买假求偿”的作用是“打击卖假货”，这与“禁止卖假货”的意义完全一致，都是正当的，两者之间不存在任何“价值悖论”。

以上种种反对民间打假的观点，显然不成立。

二、应当打假还是应当打打假？

路上有人追撵窃贼并高喊“逮小偷”，大家闻声后应当去逮谁？这似乎根本不是问题的问題：当然应当逮小偷。但是在打假领域却不然。

笔者常看到一个令人不解的现象：民间打假者们知假买假后投诉索赔，这一投诉无疑同时也是一个举报，因此执法机关接获举报后理应大举出动捣毁制假售假者的老巢才是，但事实却常常是“反对观点”和法官们将制假售假者晾在一边，反倒拦住民间打假者们盘查不休：你是“知假买假”吗？你对假货有“生活需要”吗？你有打假的“公权”资格吗？在理当以惩治制假售假为己任的法坛上，打假者们竟成了被严格审查的对象并常常败走麦城，制假售假者反倒成了真正的赢家。

反对观点究竟是在打假还是在打打假？

三、商品流通主体三分法：顾客就是消费者

关于民间打假者是不是消费者的观点之争，实际上就是“消费者”一词的外延范围之争，即：“消费者”中是否包括知假买假的顾客？

从逻辑学理论可知：概念的内涵和外延具有确定性和灵活性，“确定性”是指在一定条件下概念的内涵和外延是确定的；“灵活性”是指在不同条件下概念的内涵和外延又是可以变化的。概念的外延确定于概念的内涵，而具有规定性内涵的概念，是不能任意解释的。概念内涵的规定性，通常取决于约定俗成和法律规定。

例如：现代汉语词典将“行人”解释为：“在路上走的人”，而道路交通安全法规是将参与交通活动的主体一分为三：车辆驾驶人员、乘车人、行人，在这里，“行人”泛指除车辆驾驶人员及乘车人之外的一切与道路交通活动发生关联的自然人，无论他是不是“走”着的。如果有人以词典上的“行人”定义为根据，声称路上“站着的人”、“蹲着的人”都不是道路交通事故纠纷中的“行人”，则属诡辩无疑。

与此相同，“消费者”一词同样具有规定性内涵：

1. 从约定俗成看，顾客就是消费者

民间约定俗成将商品流通过程的参与主体一分为三：厂家、商家、顾客，别无第四主体。顾客，指的是“到商店买东西的人或被服务的对象”。民间广泛使用的两句话：“顾客就是上帝”、“消费者就是上帝”，证实“顾客”及“消费者”两词是在同一内涵及外延的基础上被使用的，两词指向的是同一群体，即：顾客就是消费者。如若不然，“顾客就是上帝”一语是否

要修改为“部分顾客是上帝”？

2. 从《消法》的主体划分看，知假买假者属消费者群体

《消法》确定的主体同样被一分为三：生产者、销售者、消费者，同样别无“第四主体”。生产者是商品流通过程的始端群体，销售者是联接生产者和消费者的中间群体，消费者则是商品流通过程的终端群体。民间打假者是在商品流通的最后阶段进入商品流通过程的，显属消费者群体无疑。

我们都知道：厂家是生产者，商家是销售者，而知假买假的顾客如果不是消费者，请问他是什么“者”？《消法》规定了商品流通的参与主体还有“第四者”吗？

十分清楚，约定俗成及《消法》的主体划分均赋予了“消费者”一词以规定性内涵：就是“在商品流通的最后阶段进入商品流通过程的商品购买者”，也就是顾客。民间打假者是顾客，更是广大消费者利益的代表者。也只有这一规定性内涵及外延，才可以避免“顾客歧视”的荒唐观点出现，才可以避免不打假反倒“打打假”的荒唐现象出现。

四、《消法》的立法缺憾

《消费者权益保护法》第49条创立了惩罚性赔偿制度，但是消法还存在一些缺憾，也正是这些缺憾成为制假售假者借以逃避制裁的“武器”，也成为反对观点围剿民间打假的“武器”。

第一、关于“消费者”的定义违反权利平等法律原则：

1978年国际标准化组织消费者政策委员会（ISO/COPOLCO）对“消费者”的定义是：“为了个人目的购买或者使用商品和接受服务的个体社会成员”；我国的《消费者权益保护法》则将“消费者”定义为：“为生活需要购买、使用商品或者接受服务的人”。两者看似相仿，其实大相径庭。

首先，关于购买目的，国际消委会定义为“为了个人目的”，即个人无论何种购买目的均属消费范畴，对不同购买目的的顾客一视同仁。我国《消法》对此则定义为“为了生活需要”，即只有为了生活上的消费需要购买商品的，才属消费范畴，有其他购货目的的顾客则要被打入另册。

其次，关于行为形式，国际消委会定义为：“购买或者使用”，连接词“或者”说明两者之间是选择关系，按此定义，购买人、使用人和购买使用人均属消费者。我国《消法》对此则定义为：“购买、使用”，连接两词的“顿号”说明两者之间是并列关系，按此定义，只有“购买并使用”商品的人才是消费者，单纯的“购买人”或单纯的“使用人”均要被打入另册。

据上定义我们看到：国际消委会关于“消费者”的定义涵盖了一切在商品流通最后阶段进入商品流通过程的自然人，与商品流通主体三分法相一致，符合权利平等原则；而我国《消法》关于“消费者”的定义只将部分商品购买者界定为消费者，与《消法》的商品流通主体三分法相矛盾，造成“顾客歧视”现象，违背权利平等原则。

第二，设立对制假售假者的免责规定违宪：

《消法》第49条规定：经营者提供商品或者服务“有欺诈行为的”应当加倍赔偿。相对应的含义则是：制假售假者提供商品“无欺诈行为”的无须加倍赔偿。因此，该规定既是对消费者设置双倍索赔障碍的限制性规定，也是对所谓“无欺诈制假售假行为”的免责规定，该规定合乎逻辑地成为不法厂商对抗消费者以规避惩罚的武器，严重不当。

首先，“欺诈”只是商家的内心动机，有无只能任由商家信口雌黄，消费者往往很难证明，因此《消法》设置这一索赔前置条件构成对消费者的刁难，不利于消费者权利的行使。

其次，制定这一规定的前提，是商家售假存在“有欺诈”和“无欺诈”两种情况，但这一立法前提是虚假的。实际上只要有假货则必有欺诈：第一，制假者绝不可能是“无欺诈”地把假货制造出来的，包含在假货之中的“制造欺诈”十分明确。第二，销售者因具备经营

经验，通常具备识假能力，例如通过进货价格及进货渠道即可识别真假，一般不可能“过失售假”，同时销售者也负有不能售假的法定义务，因此，包含在假货之中的“销售欺诈”也普遍存在；第三，即使有个别售假者确属无知不是欺诈，也不等于他们的背后没有欺诈的制假者；处罚了售假者，售假者依法仍可向制假者追偿；如果免除了售假者双倍赔偿责任，必然同时免除了制假者双倍赔偿的责任。因此，这一对制假售假行为的免责规定，显然与消法制裁假冒伪劣的立法宗旨相背离。

最后，根据这一规定，一些消费者在“有欺诈商家”购得假货的有权双倍索赔；另一些消费者在“无欺诈商家”购得假货的则无权双倍索赔，虽同为反对观点圈定的“不知假买假的消费者”，虽同样购得假货遭受不法侵害，但是他们的权利又出现了不平等。这样在“顾客歧视”之外的“消费者歧视”又产生了。

据此我们可以看到：有假则必有诈，在制假售假行为之外附加“欺诈”的受罚前置条件，立法前提不真实，为消费者购假索赔制造障碍，更为不法厂商提供了规避制裁的“免责武器”，该规定显然违反了“违法必究”的宪法原则。

第三，双倍赔偿不足以鼓励打假和惩戒制假：

我国有 13 亿消费者，究竟有多少消费者遭受假冒伪劣产品之害，难以计数，但投诉双倍索赔者却寥寥无几，重要原因之一是受害的消费者赔不起投诉成本。

例如买到 50 元的假货，去投诉索赔需要赔上多少精力、时间和投诉费用？获得双倍赔偿 100 元钱能弥补投诉支出吗？显然远远不能。在投诉索赔得不偿失的情况下，自然只有“不投诉索赔”才成为消费者的最佳选择，而制假售假者们也正是在成千上万消费者的“不索赔”中获得了暴利的空间，获得了继续发展“制假售假事业”的巨大动力，这样假货肆虐也就不足为奇了。

福建邱建东先生花了六千余元起诉双倍索赔并胜诉获赔 1.1 元电话费的案例，曾被媒体作为“维权亮点”广泛赞誉，但笔者在此案中看到的却是法制的悲哀：为什么法律一定要让受害消费者的投诉得不偿失？可以这样学习邱建东的消费者能有几人？如此“1.1 元钱的制裁”对不法经营者有丝毫的惩戒作用吗？揣着判决书躲在一边偷笑的究竟是“胜诉”的消费者，还是“败诉”的不法商贩？这究竟是“维权亮点”还是“失权暗点”？

我国《消法》及其他相关法律，对消费者权益的保护基本都是补偿性的，而补偿的范围却不包含投诉支出，仅有《消法》第 49 条规定了制假售假者对消费者“退一罚一”的惩罚性赔偿。但是消费阶段恰恰是商品的零售阶段，绝大多数为小额交易，而这种“罚一”赔偿在大量的小额交易中远不能弥补消费者的投诉成本。总有一种现象：一看到违法者被重罚就心疼，一看到受害人获巨赔就眼红，我们能不能多为广大消费者考虑考虑呢？

惩罚性赔偿制度的目的在于鼓励投诉、惩戒违法，而惩罚性赔偿数额的大小将直接决定这一立法目的能否实现。因此，《消法》如能扫除消费者索赔的一切法律障碍，并规定一个对制假售假行为具有足够惩戒作用的赔偿起点金额，而且将全部投诉费用损失的赔偿明确写入法律，这样必定会最大限度地鼓励千百万消费者变成民间打假者，使制假售假者们受到足够的打击与惩戒。

因此，《消法》亟待完善。

反对观点说：“知假买假不该保护”，由于“知假买假”与“制假售假”之间是对抗性关系，保护和打击非此即彼，因此反对观点同时可解读为：“制假售假不该打击”。

不该打击吗？是非对错原本很简单，很明确，只不过被错误的观点和错误的规定给人为复杂了、混淆了。

作者单位：安徽东石律师事务所

浅谈抢劫罪的司法认定

叶志军 陈明桥

【内容摘要】抢劫罪是一种严重侵犯人身权、财产权犯罪，是我国刑法重点打击的犯罪之一。现实生活中发案率高且情形复杂。我国刑法第 263 条、第 269 条、第 267 条第二款分别对普通抢劫罪、盗窃、诈骗、抢夺转化抢劫罪、携带凶器抢夺转化抢劫罪作了规定。而法学理论和司法实践中对抢劫罪的认定存在很多争议，有些争议在很大程度上影响到对该罪的界定。

【关键词】抢劫罪 转化型抢劫罪 司法认定

现行刑法第 263 条规定，以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的构成抢劫罪；第 269 条规定：“犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第 263 条的规定定罪处罚”；第 267 条第 2 款规定：“携带凶器抢夺的，依照本法第 263 条的规定定罪处罚”。抢劫罪在司法实践中的认定确属难点，争议颇多。本文将对理论界一些争论热点问题略作讨论，从抢劫罪的概念入手，对以上三种抢劫罪的特征、司法认定进行探析，并就抢劫罪的立法完善提出个人的粗浅看法。

一、抢劫罪的特征及认定

抢劫罪，是指以非法占有为目的，对公私财物的所有人或管理人，当场使用暴力、胁迫或者其他方法强行劫取财物的行为。这是刑法第 263 条规定的抢劫罪，理论界称为普通型抢劫罪或典型抢劫罪。

（一）对非法占有他人财物目的的认定

抢劫罪被我国刑法归入侵犯财产型的类罪名中，主观方面要求行为人具有非法占有他人财物的目的。首先，非法占有是指行为人没有法律依据或其他合理依据对他人财物进行占有和控制，从而达到使用或处分的目的。绝大多数抢劫罪的行为人抢劫所得财物都是供自己使用或处分，非法占有的目的明显。但有时需区分抢劫犯罪的目的和动机，非法占有目的应作非法剥夺他人占有的宽泛理解；对抢劫财物的处分体现了行为人的犯罪动机。曾经有报道：一抢劫团伙专门抢劫富商和官吏钱财“救济”贫困之人，此案中，非法占有他人财物是犯罪目的，“救济”贫困是犯罪动机，动机体现行为人的主观恶性，不影响定罪，但影响量刑。所以应将“非法占有他人财物的目的”与各种各样的犯罪动机区别开来，以免造成对抢劫犯罪的错误认定。其次，这里的“他人财物”指他人所有或持有的财物（只限于动产），^①只要行为人抢劫了非已所有财物就是对他人财物的非法占有。如果是行为人抢回被他人非法占有的自己的物品，应当认定为自救行为而不是抢劫。

（二）对使用暴力、胁迫或其他强制性方法的认定

抢劫罪与其他侵犯财产罪相区别的显著特征就是行为手段的强制性，即行为人对财物的所有人或管理人使用暴力、胁迫或者其他方法强行劫取财物，这是认定抢劫罪要具备的客观条件。（1）暴力方法。暴力是抢劫罪最常见的手段行为方式，是指对被害人的身体用捆绑、殴打等方法进行强制，使被害人不能抗拒而当场被抢走财物。^②我国刑法未对暴力行为的程度作限制，只要是以使被害人的身体受到强制，处于不能反抗的状态都应当认定为抢劫罪的暴力

方法。(2) 胁迫方法。指行为人以立即实施暴力相威胁,对被害人进行精神强制,使其产生恐惧而达到当场取财的目的。^③胁迫可以是针对性被害人本人实施,也可以是针对在场的被害人家属或其他有关人员实施。只要是以使被害人恐惧而不得当场交出财物或任其将财物抢走,都可以认定为抢劫罪的胁迫方法。胁迫具有以下特征:第一,胁迫内容的暴力性。第二,胁迫行为实施的当场性。如果胁迫不是当场对被害人实施的,而是借助给被害人写信、让第三人转达等方式间接实施的,属于敲诈勒索罪的手段,而不能构成抢劫罪。第三,胁迫内容付诸实施的当场性。(3) 其他强制性方法。所谓“其他”方法是指除暴力、胁迫方法以外,采用使被害人不知反抗或丧失反抗能力的各种方法。^④(4) 行为手段的目的性。抢劫犯罪中,行为人的行为手段不仅具有强制性,还具有明显的目的性,也就是行为人采用强制性

手段是为了排除被害人的反抗达到劫财的目的,凡出于其它目的而使用强制性手段的,都不能认定为抢劫罪。

(三) 对“当场”的理解及与抢劫罪定性的关系

我国刑法规定的抢劫罪,强调行为手段的当场性和劫取财物的当场性,即行为人必须是当场使用暴力、胁迫或其它强制性方法并当场劫走财物。这里的“当场”应当从时间和空间两个角度来理解,在时间上是指行为人在作案现场的时间和作案后刚离开现场被追捕途中的时间,具有时间上的连续性;在空间上是指行为人在作案现场和作案后刚离开现场被追捕的途中,具有空间上的延伸性^⑤。在司法认定中,凡不满足以上两个“当场”条件的即可否定抢劫罪名的成立,而满足了“当场”条件时尚须综合考虑其它犯罪构成要件才能正确认定。案例1、甲得知乙某日发工资,遂在当晚蒙面埋伏在乙下夜班回家必经的一段无人居住区对乙实施了抢劫,钱物抢到手后逃跑,乙紧追不舍。大约离抢劫地点两公里处追上甲并与之搏斗,搏斗中甲将乙杀死后逃走。此案中甲对乙的杀害行为和抢劫行为具有时间上的连续性和空间上的延伸性,应认定为当场。且甲杀死乙是为了排除劫财的障碍,应当认定为抢劫一罪。案例2、A和B有仇,某日A到B家中将B杀死,发现B家有一台笔记本电脑,就顺手拿走逃离现场。本案中,A的杀人行为和取财都在犯罪现场,显然都属于当场,但甲原先主观目的不是劫财,而是在杀人之后临时起意取财,应成立故意杀人罪和盗窃罪而不是抢劫罪。从以上分析可知,当场使用强制性手段并当场劫财中的“当场”是构成抢劫罪的必要条件,而不是充分条件,正确认定“当场”也是区分抢劫罪和其它犯罪、一罪与数罪的标准之一。

(四) 抢劫罪与非罪的认定

根据我国刑法总则规定,一行为要构成犯罪,既要具有严重的社会危害性,又要符合犯罪构成。前者是本质的、第一层次的,后者是前者的外在法律体现、第二层次的。^⑥一般地,行为如果符合犯罪构成,那么这一行为的社会危害性就达到了犯罪程度,就构成犯罪,应受到刑罚处罚。但实际情形并不都是这样简单,所以我国刑法第14条但书规定:“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”考虑到抢劫罪是一种严重侵犯人身权、财产权的犯罪,我国刑法对抢劫数额和情节没有规定,同时,还将犯罪主体的刑事责任年龄界定为年满14周岁,^⑦足见抢劫罪的社会危害性之大。司法实践中,既要严格按照抢劫罪的犯罪构成去认定,又要综合考虑其社会危害性,也就是应当考虑抢劫的数额和情节。否则会出现打击面过宽的合法但不合理的认定,为此,1995年2月最高人民法院在《关于办理未成年人刑事案件适用法律的若干问题的解释》中规定:“对已满14周岁不满16周岁的人出于以大欺小,以强凌弱,使用语言威胁或轻微暴力强行索要其他未成年人的生活、学习用品或者钱财的,可以不认为是犯罪”,以此来指导司法机关办理未成年人的抢劫案件。笔者认为该规定即属于情节显著轻微危害不大的情形,同时也符合我国对青少年犯罪以教育为主、惩罚为辅的刑事政策。几年前,中央电视台报道:安徽籍一名20岁的青年在广州抢劫了两名小学生五毛钱被判处有期徒刑3年。本案中,尽管抢劫的数额很小,但抢劫的对象是未成年人,属于情节严重的情况,对社

会造成的危害性大。因此，从考虑抢劫的数额和情节，正确认识社会危害性和犯罪构成的关系看，要求司法工作者不仅要分析抢劫罪的犯罪构成，还要根据一般的社会常识和公众心理分析情节，从而正确认识其社会危害性，做到对抢劫罪与非罪的正确认定。

二、转化型抢劫罪及司法认定

我国《刑法》第 269 条规定，“犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第 263 条的规定定罪处罚”，第 267 条第二款规定，“携带凶器抢夺的，依照本法第 263 条的规定定罪处罚。”可见，转化抢劫罪分两类：第一类是携带凶器抢夺转化而成，第二类是基于后续行为“使用暴力或以暴力相威胁”转化而成。

（一）转化型抢劫罪概述

转化型抢劫罪是指行为人在实施盗窃、诈骗、抢夺罪时，为窝藏赃物、抗拒抓捕或毁灭罪证，当场使用暴力或者以暴力相威胁，从而对其依照抢劫罪定罪处罚的犯罪形式。转化型抢劫罪具有以下几个特征：

1. 存在两个危害行为。在转化抢劫中，一个是转化前的危害行为，即盗窃、诈骗和抢夺犯罪行为，另一个是导致罪名发生转化的后续危害行为，即当场使用暴力或以暴力相威胁的行为。

2. 罪名发生转化。转化抢劫的定罪处罚都应该按抢劫罪定罪处罚，不能按转化前的犯罪行为定罪量刑。同时，转化抢劫罪不是一个独立罪名，只是抢劫罪的一种特殊构成形式，也就是说在刑法中，只有抢劫罪这一罪名而没有转化抢劫罪这一罪名。

（二）盗窃、诈骗、抢夺罪向抢劫罪的转化

盗窃、诈骗、抢夺罪向抢劫罪的转化是常见的转化抢劫形式，是罪与罪之间的转化。

1. 转化的主体。从刑法第 269 条的规定看，对其主体的认定条件不能依照刑法第 263 条和第 17 条第 2 款关于抢劫罪刑事责任年龄的规定。对转化抢劫罪主体的认定必须注意以下几个方面。第一，关于刑事责任年龄。刑法第 264 条、第 266 条、第 267 条分别规定了盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪、刑法第 17 条第 1 款又规定了已满 16 周岁的人犯罪，应当负刑事责任。因而从总则和分则两方面相结合看，应当将转化抢劫的刑事责任年龄界定为年满 16 周岁。第二，必须具备承担刑事责任的能力。行为人对其实施的转化抢劫行为，必须具有认识能力、辨别能力、控制能力。^⑧第三，对于未满 16 周岁的人在实施盗窃、诈骗、抢夺行为时，当场使用暴力或以暴力相威胁并直接造成受害人或其他在场人重伤或死亡结果的，对其不能按转化抢劫罪认定，只能按照刑法第 234 条的故意伤害罪或第 232 条的故意杀人罪定罪量刑。因为他们不能成为盗窃、诈骗、抢夺罪的主体，而刑法第 269 条规定的转化抢夺罪是盗窃、诈骗、抢夺罪向抢劫罪的转化，已满 14 周岁不满 16 周岁的人连盗窃、诈骗、抢夺罪都构不成，又何谈转化为抢劫罪呢？所以他们不具备转化抢劫罪的主体条件，但却完全具备故意伤害罪（致人重伤）、故意杀人罪的主体条件。

2. 转化的前提。依照刑法第 269 条的规定，行为人必须是先犯盗窃、诈骗、抢夺罪，而不能是先犯其他罪，这是适用该条的前提条件，也就是说行为人实施盗窃、诈骗、抢夺行为时，其财物数额必须达到较大，构成犯罪，才能发生转化。但需指出，由于修订刑法中对盗窃罪的规定是“数额较大或者多次盗窃”，^⑨根据司法解释其多次盗窃是指三次以上，那么对于盗窃转化抢劫的数额未达较大，但次数达三次也可以发生转化。^⑩有人认为盗窃、诈骗、抢夺的数额不一定非要达到较大才能转化抢劫，笔者不赞成这种观点。

3. 转化的目的。依照刑法第 269 条的规定，在转化抢劫罪中，行为人在主观上不仅具有非法占有公私财物的目的，而且还有其他的法定目的，因而其目的具有双重性：第一，以非

法占有公私财物为目的；第二，为了窝藏赃物、抗拒抓捕、毁灭罪证。同时，在转化抢劫中，行为人的主要目的应当是指后者。所谓窝藏赃物的目的是指行为人在实施盗窃、诈骗、抢夺罪时在财物已经得手的情况下，当场采取暴力或者以暴力相威胁的手段，以达到对赃物的隐匿、转移或其他不被夺回的目的^[11]。所谓抗拒抓捕的目的是指行为人在实施盗窃、诈骗、抢夺罪时，对受害人或其他在场人当场实施暴力或者以暴力相威胁，以达到不被抓获的目的。抗拒抓捕应包括司法人员的强制措施和一般公民的扭送。^[12]所谓毁灭罪证的目的是指行为人在实施盗窃、诈骗、抢夺罪时，当场实施暴力或者以暴力相威胁，以达到消灭或毁损各种犯罪证据，从而不受追究的目的。如果行为人在盗窃、诈骗、抢夺犯罪过程中并非出于上述目的，而是出于其他目的而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，不属于转化抢劫罪，构成其他犯罪的依法论处。

4. 暴力的当场性，是当场使用暴力或以暴力相威胁，与普通抢劫罪中的相同。

（三）携带凶器抢夺向抢劫罪的转化

最高人民法院 2000 年 11 月 17 日通过的《关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》第 6 条规定：刑法第 267 条第 2 款规定的“携带凶器抢夺”，是指行为人随身携带枪支、爆炸物、管制刀具等国家禁止个人携带的器械进行抢夺，或者为了实施犯罪而携带其他器械进行抢夺的行为。“携带”既包括行为人将凶器携带在身上也包括将凶器持有在身旁，如行为人将凶器携带在提包中。但对其不能作任意解释，只能是在行为人能够控制、支配的范围之内持有，才能认定为携带。这里的“凶器”是指准备用于作案的或者可能用于作案的，对受害人能够造成伤亡后果的行凶器具，例如枪支、爆炸物、管制刀具、菜刀等。刑法第 267 条第 2 款规定：携带凶器抢夺的，依照本法第 263 条的规定定罪处罚，即按抢劫罪定罪处罚。对此，理论界有人提出行为人携带的凶器应具有公示性、半公开性。^[13]也就是说行为人虽然在作案时没有直接使用凶器，但却将凶器携带在身上或身旁，在作案时将该凶器以显露或其他使受害人能够感知该凶器存在的方式进行抢夺。笔者认为，在认定时不需要区分行为人是暗藏凶器抢夺还是明示凶器进行抢夺。理由是，如果行为人明示凶器进行抢夺，实际上就是以明示凶器的行为方式对受害人进行精神强制，属于胁迫方式，更能使被害人产生恐惧，不敢反抗，从而当场强行掠走财物的行为。完全符合刑法第 263 条规定的普通抢劫罪的特征，应将该种情况归属于普通抢劫罪的从重处罚的量刑情节。如果行为人携带凶器必须向受害人明示才能向抢劫罪转化的话，那么刑法 267 第 2 款的规定就与第 263 条之规定重复，岂不多余？可见，立法者的用意应该是包含暗藏凶器抢夺的，旨在重点强调携带凶器的社会危害性的程度，从而对其按抢劫罪定罪处罚，笔者认为并无不妥之处。同样该条也未规定抢夺财物的数额较大，那种认为抢夺财物必须达“数额较大”的限制，是对刑法第 267 条第二款理解上的偏差，强调“数额较大”实际上将本款的重点理解为由抢夺罪向抢劫罪的转化，即轻罪向重罪的转化。而本款规定的真正含义是抢夺行为或抢夺罪向抢劫罪的转化，是违法或犯罪行为向重罪的转化，这对预防犯罪的发生无疑是起着积极作用的。

三、对完善抢劫罪立法的建议

刑法第 269 条规定“犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或毁灭罪证而当场使用暴力或以暴力相威胁的，依照本法第 263 条的规定定罪处罚”，在司法实践中，笔者认为应严格其前提条件“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”，而不能任意曲解法律将其认定为“实施盗窃、诈骗、抢夺行为”。当然本条确有值得商讨的地方：第一，行为人如果实施盗窃、诈骗、抢夺数额没有达到较大，为窝藏赃物、抗拒抓捕或毁灭罪证而当场使用暴力或以暴力相威胁的情节又不严重的，按本条规定就不构成任何犯罪，不以犯罪论处是合情合理的。不能为了严打抢劫犯罪而将两个不构成犯罪的行为升格为一个抢劫罪，有人建议将本条改为“实施盗窃、诈

骗、抢夺行为”，笔者认为是不合适的。第二，如果行为人实施盗窃、诈骗、抢夺时，数额没有达到较大，而后续行为使用暴力或以暴力相威胁造成被害人伤害或死亡等，只能按故意伤害罪或故意杀人罪定罪处罚，虽然没有放纵犯罪，但认定的罪名不符合犯罪的特征。第三，从刑法第 263 条、第 267 条第二款的规定看，普通抢劫罪，携带凶器转化抢劫罪的犯罪主体均是年满 14 周岁的人，而刑法第 269 条规定的转化抢劫罪的犯罪主体是年满 16 周岁。前面已经提到，普通抢劫罪也好，转化抢劫罪也罢，在司法认定的时候都笼统定为抢劫罪，同样为抢劫罪而犯罪主体的年龄规定不一致，这是不合适的。基于以上几点，笔者认为应将刑法第 269 条改为“实施盗窃、诈骗、抢夺行为，为了窝藏赃物、抗拒抓捕或毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁，数额较大或有其他严重情节的，依照本法第 263 条的规定定罪处罚。”这样修改以后，不仅在认定罪名上与犯罪特征相符合，而且将刑法 263 条规定的普通抢劫罪、第 269 条规定的转化抢劫罪、第 267 条第二款规定的携带凶器转化抢劫罪的犯罪主体年龄统一界定为年满 14 周岁，也和刑法第 17 条第二款的规定相一致。

参考文献：

- ①高铭暄主编：刑法学，2000 年 1 月第二版第 386 页。
- ②铭暄主编：刑法学，2000 年 1 月第二版第 386 页。
- ③铭暄主编：刑法学，2000 年 1 月第二版第 386 页。
- ④铭暄主编：刑法学，2000 年 1 月第二版第 386 页。
- ⑤铭暄主编：刑法学，2000 年 1 月第二版第 388 页。
- ⑥家司法考试辅导用书第二卷（2005）．法律，第 10 页。
- ⑦家司法考试辅导用书第二卷（2005）．法律，第 21 页。
- ⑧1997 年 11 月 4 日《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》。
- ⑨铭暄主编．刑法学，2000 年 1 月第二版第 388 页。
- ⑩高铭暄主编．刑法学，2000 年 1 月第二版第 388 页。
- ⑪www.chinacourt.org（人民法院网）袁江华．携带凶器抢夺转化为抢劫罪的认定 2004 年 10 月 14 日。

作者单位：安徽俊和律师事务所

浅议劳动争议一裁终局制的适用

王继明

【内容摘要】审判实践中，关于劳动争议一裁终局的适用理解各不相同，使《劳动争议调解仲裁法》扩大的“一裁终局”范围，建立或裁或审制度在实践中的运用发生各种不同，本文从适用条件、救济方式、救济途径等方面探讨劳动争议及一裁终局的适用。

【关键词】劳动争议 一裁终局 法律适用

为了防止一些用人单位规避法律，恶意拖延劳动争议的解决，使劳动者能够更方便、快捷地维权，避免以往马拉松式的仲裁和诉讼，《劳动争议调解仲裁法》设立了对部分劳动争议案件有条件的“一裁终局”制度。

《劳动争议调解仲裁法》第47条规定：下列劳动争议，除本法另有规定的外，仲裁裁决为终局裁决，裁决书自作出之日起发生法律效力：（一）追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或赔偿金，不超过当地月最低工资标准十二个月金额的争议；（二）因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议。这一规定意味着如果劳动者在法定期限内不向法院诉讼，用人单位向法院提起撤销劳动仲裁裁决被驳回的情况下，仲裁裁决既为终局裁决，裁决书自做出之日起发生法律效力。如果用人单位不服“一裁终局”案件的裁决结果，认为符合法律规定的撤销条件，只能向法院申请撤销劳动仲裁裁决。撤销劳动仲裁裁决程序并不能解决劳动争议中的实体权利争端，它只是为用人单位提供的一次程序上的救济。

一、一裁终局之适用条件

首先，主体的特定性。除劳动争议案件范围特定外，其主体条件特定尤其要引起注意。一裁终局裁决的主体仅限于特定劳动争议仲裁案件的申请人是劳动者的情形。对于劳动争议案件的申请人是用人单位的，不适用本条。如明光市劳动争议仲裁委员会裁决的申请人周华山、褚玉祥与安徽交通运输集团明光市汽运分公司养老保险劳动争议仲裁案（明仲裁2010第6-1号），笔者为代理申请人周华山、褚玉祥的代理人。明光市仲裁委员会作出才具后，由于此案的案由是社会保险等方面发生的争议，根据《劳动争议调解仲裁法》第47条第二项的规定，被申请人汽运分公司，不能再向法院提起诉讼，裁决书作出之日即发生法律效力。

其次，反请求的特定性。即虽然劳动争议案件的申请人是劳动者，但作为被申请人的用人单位提起反申请的，或者申请人是用人单位，作为被申请人的劳动者提起反申请的，也不能适用。因为，这些情形，与一裁终局劳动争议仲裁案件的范围相冲突。

再次，裁决的特定性。即一裁终局中的裁决既包括全部裁决，即指《劳动争议调解仲裁法》第47条规定的特定劳动争议案件全部审理完毕后，仲裁庭对当事人之间的所有争议依法作出的仲裁裁决。也包括先行裁决（部分裁决），依据《劳动争议调解仲裁法》第43条第2款规定，仲裁庭裁

决劳动争议案件时，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行裁决。也就是说，对于符合《劳动争议调解仲裁法》第47条规定的特定劳动争议先行裁决书也是自作出之日起发生法律效力。

最后，本法另有规定的特定性。《劳动争议调解仲裁法》第47条有除外规定，即“除本法

另有规定的外”，这里有这样几层含义：一是，本条的适用条件只受“本法另有规定”的限制，即《劳动争议调解仲裁法》另有规定的限制，不受其他法律规定的限制，比如，《劳动合同法》、《就业促进法》和《劳动法》规定的限制。二是，这里的另有规定，指《劳动争议调解仲裁法》的其他规定排除仲裁裁决为终局裁决的适用。三是，指《劳动争议调解仲裁法》第48条和第49条的规定。《劳动争议调解仲裁法》第48条规定：“劳动者对本法第47条规定的仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。”这里是指，劳动者如果提起诉讼，人民法院已受理，那么该仲裁裁决即不发生法律效力。因此，本条是《劳动争议调解仲裁法》第47条规定的“除外”规定。《劳动争议调解仲裁法》第49条规定：“用人单位有证据证明本法第47条规定的仲裁裁决有下列情形之一的，可以自收到仲裁裁决书之日起三十日内向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：（一）适用法律、法规确有错误的；（二）劳动争议仲裁委员会无管辖权的；（三）违反法定程序的；（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的；（六）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的。”“人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。”“仲裁裁决被人民法院裁定撤销的，当事人可以自收到裁定书之日起十五日内就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。”撤销仲裁裁决是对一裁终局的司法监督措施和用人单位的司法救济途径，其目的是为了确保仲裁裁决的合法性和正确性。用人单位申请撤销仲裁裁决且为人民法院受理的，仲裁裁决不发生法律效力。因此，本条是《劳动争议调解仲裁法》第47条规定的“除外”规定。笔者代理的上述明仲裁（2010）第6-1号社会养老保险仲裁案，由于劳动者即申请人周华山、褚玉祥服从裁决，没有向法院起诉，裁决书自作出之日起发生法律效力。

二、一裁终局制的救济途径和救济方式

《劳动争议调解仲裁法》第48条和第49条分别赋予劳动者和用人单位对依据《劳动争议调解仲裁法》第47条规定作出的同一仲裁裁决以不同的司法救济途径。

其一，劳动者救济途径和方式。这是指，劳动者提起诉讼，用人单位不申请撤销，依据《劳动争议调解仲裁法》第48条，劳动者向人民法院提起诉讼，人民法院已经受理的，仲裁裁决不发生法律效力。依据相关司法解释的规定，劳动者提起诉讼对仲裁裁决法律效力的影响有不同的情形：一是，劳动者对仲裁裁决中的部分事项不服，依法向人民法院提起诉讼，仲裁裁决全部不发生法律效力。对此《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》（以下简称《解释》）第17条规定：“劳动争议仲裁委员会作出仲裁裁决后，当事人对裁决中的部分事项不服，依法向人民法院起诉的，劳动争议仲裁裁决不发生法律效力。”二是，劳动争议仲裁委员会对多个劳动者的劳动争议作出仲裁裁决后，部分劳动者对终局裁决不服，依法向人民法院起诉的，仲裁裁决对提起诉讼的劳动者不发生法律效力无异议，但对于未提起诉讼的部分劳动者，仲裁裁决是否发生效力应当区分不同情形：部分劳动者对《劳动争议调解仲裁法》第47条第（1）项、第（2）项中的社会保险中涉及劳动者个人利益方面规定的争议作出的仲裁裁决未提起诉讼，仲裁裁决对未提起诉讼的劳动者发生法律效力。因为，同一仲裁裁决中，《劳动争议调解仲裁法》第47条第（1）项和第（2）项中的社会保险中涉及劳动者个人利益方面的争议是劳动者与用人单位分别的争议而非不可分的争议。《解释》第18条规定：“劳动争议仲裁委员会对多个劳动者的劳动争议作出仲裁裁决后，部分劳动者对仲裁裁决不服，依法向人民法院起诉的，仲裁裁决对提出起诉的劳动者不发生法律效力；对未提出起诉的部分劳动者，发生法律效力。”三是，部分劳动者针对《劳动争议调解仲裁法》第47条第（2）项规定的争议，以及第（1）项社会保险中涉及劳动者个人利益方面规定以外的争议作出的仲裁裁决未提起诉讼，仲裁裁决对未提起诉讼的劳动者不发生法律效力。因为，

同一仲裁裁决中,《劳动争议调解仲裁法》第47条第(2)项和第(1)项社会保险中涉及劳动者个人利益方面规定以外的争议对多个劳动者是不可分的。因此,对于这种情形,不能适用《解释》第18条规定。四是,劳动者不服劳动争议仲裁裁决向人民法院起诉后又申请撤诉(包括按撤诉处理的情形),原仲裁裁决自人民法院同意撤诉裁定送达当事人之日起发生法律效力。对此,最高人民法院《关于人民法院对经劳动争议仲裁裁决的纠纷准予撤诉或驳回起诉后劳动争议仲裁裁决从何时起生效的解释》第一条规定:“当事人不服劳动争议仲裁裁决向人民法院起诉后又申请撤诉,经人民法院审查准予撤诉的,原仲裁裁决自人民法院裁定送达当事人之日起发生法律效力。”

其二、用人单位的救济途径和方式。《劳动争议调解仲裁法》第49条申请撤销仲裁裁决,人民法院已经受理的,仲裁裁决不发生法律效力。当然,如果用人单位申请撤销仲裁裁决后又撤回申请时,仲裁裁决发生法律效力;用人单位申请撤销仲裁裁决被人民法院裁定驳回申请的,仲裁裁决自人民法院裁定送达当事人之日起发生法律效力。对此,可以参照适用最高人民法院《关于人民法院对经劳动争议仲裁裁决的纠纷准予撤诉或驳回起诉后劳动争议仲裁裁决从何时起生效的解释》第1条规定。劳动者不提起诉讼,并不排除劳动者申请人民法院执行。因为,《劳动争议调解仲裁法》对劳动者提起诉讼与用人单位申请撤销的期间有不同规定,由此,可能发生劳动者申请执行仲裁裁决与用人单位申请撤销仲裁裁决的不同情形:一是,用人单位申请撤销仲裁裁决在先,劳动者申请执行仲裁裁决在后用人单位申请撤销仲裁裁决且为人民法院受理的,仲裁裁决不发生法律效力。仲裁裁决不生效力,劳动者申请执行仲裁裁决不符合《劳动争议调解仲裁法》第51条规定的“发生法律效力”的前提条件。因此,劳动者不得向人民法院申请执行仲裁裁决。人民法院即使受理劳动者的执行申请,也应当驳回。二是,劳动者申请执行仲裁裁决在先,用人单位申请撤销仲裁裁决在后《劳动争议调解仲裁法》第48条规定劳动者不服仲裁裁决提起诉讼的期间为自收到仲裁裁决书之日起十五日内;第49条规定用人单位申请撤销仲裁裁决的期间为自收到仲裁裁决书之日起三十日内。假设仲裁裁决书确定用人单位履行期限为自作出之日起十日内。劳动者自收到仲裁裁决之日起第十六日向人民法院申请执行,人民法院予以受理。后用人单位向人民法院申请撤销仲裁裁决。依据《劳动争议调解仲裁法》第47条,此时仲裁裁决不发生法律效力。那么,人民法院是否应当立即裁定驳回劳动者的执行申请?参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第25条:“人民法院受理当事人撤销仲裁裁决的申请后,另一方当事人申请执行同一仲裁裁决的,受理执行申请的人民法院应当在受理后裁定中止执行。”该条只规定了人民法院受理撤销仲裁裁决在先,申请执行在后的情形。对于申请执行在先,申请撤销仲裁在后,或者同时申请的,也可以适用该条规则,即受理劳动者执行申请的人民法院在受理后都应当裁定中止执行。如果用人单位撤回申请,或者其撤销仲裁裁决的申请被裁定驳回的,人民法院应当恢复执行;如果人民法院裁定撤销仲裁裁决的,人民法院应当撤销中止执行裁定,驳回劳动者的执行申请。

三、用人单位申请撤销仲裁裁决与申请不予执行仲裁裁决的适用

对于一裁终局的仲裁裁决,用人单位除了有向人民法院申请撤销仲裁裁决的权利外,依据《民事诉讼法》第213条以及《解释》第21条规定还有申请不予执行的权利。这个问题的意义主要体现在以下几个方面:第一、劳动者申请执行仲裁裁决在先,用人单位不申请撤销仲裁裁决而直接申请不予执行劳动者申请执行仲裁裁决在先,用人单位在法定期间内可以申请撤销仲裁裁决,也可以放弃申请撤销权而直接申请不予执行。用人单位行使申请不予执行的权利的后果:一是《劳动争议调解仲裁法》第47条规定的仲裁裁决确定的发生法律效力;二是不得再行申请撤销仲裁裁决。因为,劳动者未提起诉讼,用人单位未申请撤销,《劳动争

议调解仲裁法》第 47 条规定的劳动争议仲裁裁决书自作出之日起发生法律效力,没有本条“另有规定”情形的发生。另外,如果用人单位行使不予执行的权利,则发生上文第三部分问题(一)之 2 之(3)中劳动者申请执行仲裁裁决且执行完毕情形的可能性极小。因为,劳动者申请执行仲裁裁决,用人单位在收到人民法院执行通知书后有权立即申请对仲裁裁决不予执行,只有人民法院裁定驳回用人单位不予执行的申请后,才可能对用人单位强制执行。除非用人单位放弃不予执行的权利,则这种情形可能发生。

第二、用人单位撤销仲裁裁决的申请被驳回后,仍有权申请不予执行仲裁裁决用人单位申请撤销仲裁裁决,人民法院裁定撤销的,仲裁裁决不发生法律效力,不能申请执行,因此,就谈不上申请不予执行的问题;如果用人单位撤销仲裁裁决的申请被驳回的,劳动争议仲裁裁决发生法律效力。劳动者申请执行仲裁裁决,用人单位则仍有申请不予执行的权利。问题在于,用人单位申请撤销仲裁裁决被驳回后,能否再以相同理由申请不予执行?对此,《劳动争议调解仲裁法》没有规定。对此,可以参照适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第 26 条规定:“当事人向人民法院申请撤销仲裁裁决被驳回后,又在执行程序中以相同理由提出不予执行抗辩的,人民法院不予支持。”

由于《劳动争议调解仲裁法》实施前,解决劳动争议周期太长、成本太高。不少用人单位在“一裁两审”下功夫,经常造成劳动仲裁败诉了向法院起诉,一审败诉又提起上诉。尤其是,用人单位明知无理也要走完全部法律程序,利用合法程序,恶意拖延时间,导致劳动者的合法权益受到严重损害。《劳动争议调解仲裁法》设立“一裁终局”制,简化了仲裁程序,缩短了支持时间,有利于维护处于弱势地位的劳动者合法权益。但是《劳动争议调解仲裁法》“一裁终局”的设立,也存在着具体适用条件不清楚、制度设计有漏洞、实际执行有障碍,立案标准过低等问题。

作者单位:安徽洪武律师事务所

刑事诉讼控辩关系研究

何飞龙

【内容摘要】刑事诉讼的结构是控诉、辩护和审判三方刑事诉讼过程中组合方式和相互关系，是刑事诉讼中的基本框架，反映了刑诉中的控、辩、审三方的不同地位以及国家权力与个人权利之间的关系，决定了整个刑事诉讼的基本运行态势。在偏重惩罚犯罪的刑事诉讼中，国家机关往往拥有较大的权力，而在偏重保障个人权利的刑事诉讼中，犯罪嫌疑人和被告人则被赋予较多的程序性的权利。厘清刑事诉讼的基本框架，建立真正的刑事诉讼的“等腰三角”结构，使得控辩双方法律地位的实质平等和控辩对抗的实现。

【关键词】刑事诉讼 控辩关系 实质平等

一、刑事诉讼传统理论中控辩关系介评

（一）控辩关系解说

刑事诉讼的主体包括控诉方、法院和犯罪嫌疑人、被告人。如平野龙一教授认为：“诉讼由法院、检察官和被告人三者构成，三者之间持续交涉的过程就是诉讼，如果没有这三者，诉讼就不成立。在这个意义上，称三者为诉讼的主体。”^① 诉讼主体的确定也就确定了刑事诉讼主体在刑事诉讼中所承担的特定职责或可以发挥特定作用。在现在刑事诉讼中，由于控诉和审判的分离，被告人获得为自己或者聘请他人为自己辩护的权利，形成了控、辩、审三种基本诉讼职能共存的局面^②。虽然刑事诉讼的制度设计就是在控辩审三角诉讼结构下，审居中而控辩双方平等，控辩关系在平等的基础上有所对抗，在诉讼资源和地位作用上，需强化辩方的力量，但实务中没有贯彻到位，形式平等多于实质平等，对立多于共处，导致刑事诉讼的制度的原意得不到完全的贯彻。

（二）域外法治国家有关控辩关系的界定

1. 英美法系国家：它们基于不同的诉讼理念和司法传统而力争控辩平等对抗，将两造视为对立的双方当事人，把控辩双方的关系贯彻到侦查、起诉和审判中，尤其是以审判中心主义为代表，在陪审团负责认定事实和定罪活动的基本格局下，控辩双方对于证据调查和庭审辩论都表现出一种平等性，势均力敌地对陪审团施加影响，共同地深度参与和推进审判活动，在比较复杂的证据规则和精心设计的庭审程序中进行对抗，表现出一种竞技式的司法特点。而控辩关系的有效对抗和平等武装都依赖于庭前程序和庭审程序中控辩双方资源的共享和律师的积极有效参与，即英美法系国家不仅在理念上坚持控辩平等对抗，还在司法制度和实务运行体制上通过证据法则、程序设计和配套措施上保障控辩关系的正常化与合理化。

2. 大陆法系国家：由于实行职权主义诉讼，在理论上强调控辩关系的平等，但实际操作中往往就不平等，很多旨在提高辩方地位的种种诉讼手段只能是有限的服务于打击犯罪的刑事司法目的。在以侦查主义为中心的刑事诉讼中，控方的力量似乎更为强大，再加上欧陆国家实行检警一体化的背景因素，控方占有的资源较为强势，特别是法国还实行预审法官制度（预审法官实质上也负责侦查，调查核实犯罪事实，但比侦查人员较为中立），与此同时，对于辩方来说，法律上没有更多的保障和司法资源的倾斜分配，而律师制度也尚未形成有影响力的职业共同体，刑事辩护的空间受到压缩等，这都造成了控辩不平衡的状态。但是需要注

意的是，随着欧陆国家一体化的推进和国际刑事司法理念的统一，大陆法系国家更为照顾辩方在诉讼中的地位，比如说强化法官的诉讼关照义务，又通过律师提前介入侦查和起诉阶段等相关措施来矫正这种不平衡，即控辩关系越来越合理。

随着英美国家和大陆国家在刑事诉讼领域的交流和合作，结合当事人主义和职权主义诉讼模式的折中趋势，对控辩关系都有所借鉴和改善，比如英美不再过于强调控辩关系的严格的对抗和完全的分立，随着协商性司法运动的开展，更为强调二者关系上的实质平等。再如大陆通过一系列有效措施来做到控辩双方的平等，在有所合作的基础上强化各自的地位和作用，对辩方如何有效行使相关权利提供了司法保障，以便实现共同推进诉讼公正的宗旨。

二、中国刑事司法体制中控辩关系的现状及变化

（一）控辩关系的司法现状

现有的中国刑事诉讼框架虽然更倾向于三角架构，但是现实中凸显的控辩双方的实质不平等的情况还是比较常见的，比如控方不尽责，对全部证据进行移交法院进行审前的证据开示；关于辩护人介入刑事诉讼的时间和程度，多少国家允许辩护人在任何阶段进入刑事程序，并采取必要措施，使得被追诉者随时可以获得法律帮助。根据我国刑事诉讼法规定，犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问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、代为申诉和控告、申请取保候审等法律帮助；自诉案件移送检察院审查起诉之日起，犯罪嫌疑人可以委托辩护人。这些法律的规定，较之辩护制度的国际标准，我国辩护制度还有相当的距离，有待于进一步充实和完善。新《律师法》规定了会见权和在场权，但是实际操作过程中，在律师法和刑事诉讼法的位阶上存在争议^③，在会见过程中公安机关以各种理由予以搪塞，造成立法原意难以实现；检察环节中律师阅卷权实施效果不好，调查取证受限，控方基于侦查案卷中心主义而不尽客观义务和法律监督义务，致使控辩关系更为不合理；在审判阶段控辩对于举证、质证和辩论中存在不平等，正如有学者所言，在我国，“检察官与律师并不能进行平等的对抗，作为强者的检察官因为享有一系列的‘特权’而显得更加强大；而作为弱者的被告人则因为受到一系列的程序性限制而显得愈加弱小”^④。即使对于量刑问题，审判机关对于控辩双方的量刑主张都未同等对待，更何况有关的定罪问题的争辩。

（二）控辩关系的变化矫正

可喜的是，实务界通过具体有限但有效的一系列相关改革之做法来对控辩关系矫正，比如说有些地方有限突破刑诉法和律师法的规定，部分试点律师在特殊案件中的提前介入机制，将法律规定只能在庭审中的阅卷权前移至庭前程序中，并让律师参与到审查逮捕和审查起诉工作中，而不再仅仅限制在审判阶段中辩护人的地位，以便充分利用各方有效资源来加大辩方地位和作用，确保控辩关系之平等；再比如说，为量刑规范化的深入推进，公检法都应给律师提供量刑辩护的便利，辩方也应及时展示有利于被告人的各种从轻、减轻的证据，促使控方的量刑建议更为合理化，这在控辩双方的紧张关系方面起到了一定的缓和作用等。实际上，现实中的一些改革和试点做法都旨在改善已经扭曲的控辩关系，控辩关系本为平等的而非紧张对立的，不应当因对立而压缩刑辩的空间，所以目前中国司法实务界正在做些实质性的努力，尽管步伐较小，但总是在矫正现行不合理的控辩关系。

三、刑事诉讼改革语境下控辩关系的发展动向

从理论和实务双重角度来看，结合2012年3月份新的刑诉法出台，控辩关系需要重新解读，应当赋予新的内涵，理应与与时俱进，突破传统不合理的理念，并参照域外先进法治理念和实践操作来认定如下的新型的控辩关系：

第一、控辩双方实质平等，有对抗亦有合作，保持关系的协作和和谐，共同推进刑事司法的公正。基于惩罚犯罪和保障人权的平衡，控辩双方应加强交流，合力推动个案处理的公平，寻求法律效果和社会效果的统一。比如说，在量刑问题上，控辩双方都应深度参与相对独立的量刑程序，控方的量刑建议与辩方的量刑辩护都应平等对待和同等受到重视，经由庭前程序中辩方积极介入侦查和检察环节中有关量刑证据的收集工作，对量刑建议提出合理的意见，而控方负有更大的责任和使命来公正对待辩方的量刑辩护，那么共同确保刑罚个别化和社区矫正合理性的实现。

第二、要保障合理的控辩关系或者促使控辩平等的常态化运行，需要加强辩方资源和提升辩方地位，同时增强控方义务和责任，也需要其他诉讼条件的支持。在强化辩方的措施上，主要有（1）法律援助制度的有效推展和有力实施，即扩大法律援助的适用范围，确保法律援助律师的经费保障，通过有关政策扶持和激励机制来落实到位；（2）律师提前介入机制，以重庆市沙坪坝区人民检察院为例，在未成年人刑事案件中，律师提前介入后，通过阅卷和讯问在场权利来履行辩护人的责任，此机制实施效果甚好，可普及推行；在加大控方义务上，尤其对轻罪案件，如在盗窃案件和轻伤案件等中，检察官应当与律师积极交流和合作。正如 Bruce Houlder 先生在司法公正与律师辩护国际研讨会上所说的那样，“合作具有许多益处，首先，不会有人愿意或者会担心公开审判——公正理念的实现必须是看得到的；其次，有助于任何审判制度中那些相似的问题——费用和延期的问题。”^⑤保障律师阅卷和取证，协商案件的处理，通过刑事和解或者微罪不诉等方式来分流案件，减轻办案压力，节约诉讼资源。这也是控辩双方共赢的一种机制，共同保障公民基本人权，对被告人和被害人的权利都同等重视和保护。

注释：

①[日]平野龙一：《刑事诉讼法》，[M]有斐阁 1958 年版，第 43 页。

②徐静村：《刑事诉讼法》，[M]法律出版社 2004 年版，第 87 页。

③马永平：《从律师法修改看控辩关系的趋向》，西部法学评论 2008 年 4 期

④陈瑞华：《看得见的正义》，中国法制出版社 2000 年版，第 42 页。

⑤Bruce Houlder：《控辩双方的合作——刑事审判从理念向模式的转变》，载《司法公正与律师辩护国际研讨会论文集》，中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心 2002 年编印。

作者单位：安徽弘大律师事务所

论劳动者职业安全权及其法律保护

蒋祥爱 吴黎娜

【内容摘要】随着市场经济的发展，我国国民经济处于快速发展阶段，经济增长的背后隐藏着越来越多，越来越严重的职业安全问题，大量劳动事故的频发使得劳动者的职业安全权受到严重的威胁，确必要保护劳动者的职业安全权。劳动者职业安全权是包含一系列权利的体系。当前劳动者职业安全权存在着安全事故发生总量仍然偏大，非致命性事故在劳动密集的制造业中居高不下等问题，其产生的根源是企业追逐利润最大化，劳动者自身安全意识淡薄等。因此，加强对企业的监管，完善劳动者救济的途径，加强立法、执法和司法方面的保护是解决劳动者职业安全权中存在问题的有效措施。

【关键词】劳动者 职业安全权 权力种类 安全性问题 法律保护

一、劳动者概念

不知从什么时候起，劳动者这个词已悄然进入我们的视线，我们的生活，但是劳动者是什么样的一些人，是一个怎样的群体，包含哪些人我们似乎谁也没有做过深入的探究，我们会在潜意识中把所有从事劳动的人都叫做劳动者。学者张慧敏说：“所谓“劳动者”指的是从事社会劳动的人，不包括在自己家里的劳动，也不包括农民、自由职业者、个体经营者、国家机关、事业单位、社会团体中拥有行政编制，工资来源于财政的工作人员。”^①

二、简述劳动者职业安全权。

（一）劳动者职业安全权概念

究竟何为劳动者的职业安全权呢？无论在国内还是在国外对于劳动者职业安全权的定义和其所包含的权利种类不同的学者有不同的见解。仅是对职业安全权的叫法就有好多种，如：职业安全卫生权、安全卫生保护权、劳动保护权、劳动安全权、劳动安全卫生保护权等。

综合我们国家学者的观点，笔者认为所谓的劳动者职业安全权即劳动者依法享有的或者劳动者依法应当享有的在职业劳动的过程中避免受到工作场所危险因素和有害因素的侵害，以及受到侵害之后获得的充分的及时的救济，从而使劳动者的人身安全和生命健康获得保障的权利。

劳动者的职业安全权的权利主体为从事社会劳动的人，他们不在家工作。故而，劳动者职业安全权的权利主体不包括农民、自由职业者、个体经营者、国家机关、事业单位、社会团体中拥有行政编制，工资来源于财政的工作人员。职业安全权的主体不包括他们，他们通常不受劳动者职业安全权的保护。真正的劳动者是指从事社会职业劳动的广大人群如：工厂里的工人，公司里的职员等。劳动者本人的义务主要表现在在劳动过程中应当认真遵守单位的劳动纪律和工作规章制度。按照操作规范，认真操作，来确保自己和他人的生命健康安全。接受用人单位的培训。职业安全权的客体主要是劳动者的安全、健康以及人格尊严。

（二）职业安全权的种类。

职业安全权不仅指一种权利，而是由一组权利组成的权利体系。它既包括原权利，也包

括救济权利，内容相当丰富。许多学者也总结过职业安全权大致包含多少种权利，包含的是什么样的权利，但是意见总不能统一。笔者认为劳动者职业安全权至少应包含下述各项权利：

1. 从业安全的知情权。知情权是保护劳动者生命健康安全以及其他各种权利的前提。劳动者有权了解自己的工作地点、工作时间、工作场所的安全状况、单位的规章制度、作业规范、是否制定有安全保护措施以及安全措施的实行情况。有权了解其工作场所及其工作岗位存在的实际危险及潜在危险在内的一切危险因素、对危险的防范措施以及事故发生时的应急措施。所以用人单位应当向劳动者如实告知其工作场所、工作岗位存在的一切危险因素、防范的措施以及事故发生时的应急措施。劳动者只有了解这些情况才能做出真实的意愿，决定是否从事此项工作。另外劳动者也只有了解这些情况才能提高安全生产意识，才能知道哪里可能存在危险，从而做到有针对性的避免危险的发生或者采取相应的措施来保护自己的生命健康权。劳动者除了有知道工作场所、岗位的安全性以外还有权利知道自己所从事的岗位所享有的法定的特殊权利。从而减少劳动者受伤害的几率。

2. 劳动者的工作条件权。此项权利是指：“劳动者有权享有保障其生命健康的安全生产条件”。^②劳动者此项权利的实现主要依附于用人单位对安全生产义务的履行。生产经营单位有义务对从事有职业危险的劳动者进行定期的健康检查，确保劳动者的身体健康。用人单位应当为劳动者提供符合国家标准或者行业标准的危险防护用品。另外对于未成年人和女职工或者有职业禁忌的劳动者在实现职业安全的时候应当给予特殊保护。不得让未成年人和妇女从事矿山井下作业。妇女在经期、孕期和哺乳期间在工作条件、劳动强度、劳动环境方面都要给予特殊照顾。劳动者的这项权利是劳动者职业安全权中一项很重要的权利也是确保劳动者职业安全权的一项重要权利。

3. 劳动者获得教育培训的权利。“用人单位有义务教育和培训劳动者。应当对从业人员进行有关安全生产的教育和培训。”^③劳动者应当掌握自己工作岗位的安全操作技能，也只有通过安全生产的培训和教育劳动者才能熟练有关岗位安全操作制度，危险防御措施。防止生产事故的发生。从而减少职业危险。劳动者有权免费获得本职工作所需要的安全知识和技能并且享有培训期间的工资待遇。没有经过安全教育培训或虽经安全教育培训但考核不合格的人员有权拒绝上岗。此项权利的规定可以减少劳动者对错误操作或者不熟练操作所造成的不必要的危险。同时也可以提高危险发生时的自救能力。

4. 劳动者有参加单位安全生产民主管理和民主监督的权利。只有劳动者拥有民主管理监督权才能使得用人单位对工作场所的安全管理，设备维修更新落到实处。劳动者有权依照国家法律的有关规定通过各种途径参与所在单位安全生产问题的管理。另外劳动者有权对所在单位关于贯彻执行职业安全法律法规的情况进行监督。如果从业人员发现有关安全生产的事故隐患有权要求所在单位组织整改。

5. 劳动者有拒绝违章指挥、强令冒险作业的权利。劳动者为了保护自己的生命健康安全有权拒绝生产经营单位的违反规章制度的指挥生产活动。劳动者可以拒绝管理人员在没有安全措施保护前提下所提出的危险作业。劳动者有权拒绝在劳动安全生产条件不具备，事故隐患不能排除，防护条件不完备的生产场所进行工作。劳动者职业安全权所保护的劳动者的这样一项权利如果能得到有效的落实，那将能很大程度提高劳动者职业安全率，能极大程度的保护劳动者的生命健康权。

6. 劳动者应该具有紧急撤离权。这项权利的赋予使劳动者在紧急情况发生时具有撤离危险场所的自救权，极大地避免了无意义的伤害，劳动者如果有直接危及人身健康生命安全的紧急情况时，有权停止作业或者采取可能的应急措施后撤离工作场所，以保障自己的人身安全不受损害。《中华人民共和国安全生产法》中明确规定了劳动者的紧急撤离权，可见紧急撤离权是劳动者的一项法定权利，《安全生产法》对这项权利的法定化，体现了法律以人

为本的思想,劳动者的生命无价,这也是对劳动者生命健康的尊重,由于事故的发生有不可预见性,有些情况下也可能仅是出现了危险的征兆而尚未发生危险,为了防止在万一的情况下发生事故,防患于未然,法律赋予了劳动者此项权利,许多用人单位为了追求更高的经济利益而不遵守此项规定,省略了劳动者的这项权利或变相的使劳动者不敢行使此项权利。法律还进一步规定生产经营单位不得因劳动者使用紧急撤离权而降低劳动者的工资与福利待遇或者单方面解除劳动合同,法律对劳动者这项权利的赋予是劳动者在紧急事故发生时不至陷入被动状态,因而使自己的生命健康权受到危害。人的生命是无价的,法律对劳动者此项权利的赋予也体现了法律的进步以及法律的人性化,同时也体现了法律对我国基本人权的保护。

7. 劳动者应该具有批评、控告、检举的权利。劳动者对用人单位安全问题,对自己造成的各种伤害或因行使其他安全权而遭受报复打击的情况,有权向有关部门提出控告来维护自己的权力。同时劳动者对生产经营单位的安全工作过程中明显存在的问题以及潜在的可能导致危险发生的问题有权提出批评、申诉、控告、检举,对于劳动者提出的批评、申诉、控告、检举用人单位应当进行审查,检查是否有危险发生的潜在隐患,防患于未然才能确保劳动者的安全。另外,劳动单位不得因劳动者对本生产经营单位安全生产工作提出批评、检举、控告或者拒绝违章指挥及强令冒险作业而降低劳动者的工资福利待遇。法律的这种规定可以看作是法律对劳动者的双重保护。法律既赋予劳动者维护自己权益的安全生产控告、批评、检举权,同时法律又保护劳动者这项权力行使的无后顾之忧,只有这样才能使法律对劳动者的保护规定不致落为一纸空文。才能使劳动者安全生产的权力能落到实处。另外,劳动者有权得到救助权,当安全事故发生时应当确保劳动者能从用人单位、社会和政府方面获得及时的救助以及能够使职业病患者获得及时的治疗。

8. 劳动者应该享有职业健康监护权。用人单位应当对劳动者的健康负责,特别是对那些从事可能导致职业病危险的劳动者和职业病患者。用人单位应当为从事接触有患职业病危险的作业人员和职业病患者组织定期的健康检查和医学观察,如果条件允许最好是为这些劳动者建立个人档案,以便对这些劳动者的健康状况做到及时充分的了解,把潜在的病症扼杀于摇篮,最大程度的保障劳动者的生命健康权。尽管国家制定法律法规来要求用人单位工作场所的职业病危害的强度和浓度必须符合国家职业安全卫生标准,但是符合安全卫生标准并不代表对劳动者就真的没有危害。从事接触职业病危害的劳动者患职业病的风险要远远高于一般工作人员。因此,对这些劳动者的身体健康状况用人单位应当充分负责,应当进行跟踪监护。定期体检并建立个人健康档案,以便于将由于工作人员个体身体差异等原因导致的病患得不到及时的发现和治疗或不适合继续从事该类作业的劳动者调离岗位,以便有效防止病患的发生。对于已经患有职业病的劳动者,进行个人健康检查和定期医学观察是为职业病患者进行治疗和康复提供依据。以便于使职业病给劳动者造成的危害控制到最小程度。如果劳动者职业安全权中包含这项权力,劳动者又能切实的得到,那么对劳动者的职业安全保护将是极大的进步。除了上述笔者叙述的与劳动者职业安全权相关的具体权力,还有一种权力是对劳动者危害发生后的一种救济权力。那就是劳动者具有获得赔偿的权利,《中华人民共和国安全生产法》明确规定了劳动者在危害发生后获得赔偿的权利。这些情况下,因生产安全事故给劳动者造成的危害,劳动者还可以要求生产经营单位进行赔偿。

三、劳动者职业安全保护存在问题及保护的必要性

(一) 劳动者安全问题现状

在现代社会中,大量劳动事故和劳动者职业病频频发生,劳动者职业安全健康权得不到有效的保护,给劳动者造成的伤害也让我们意识到对劳动职业安全权保护的重要性以及必要性。近年来,安全事故频发。我们举矿业和建筑业这个有代表性的例子,矿业和建筑业致死

性安全事故的频频发生,使劳动者的生命安全面临严峻的挑战。矿业开采中的爆炸坍塌透水等事故对劳动者造成的都是致命性的伤害,威胁的是劳动者的生命安全。另外,我国人力资源丰富,依靠大量劳动力的工业、制造业对劳动者的需求剧增。机器生产的过程中极易发生身体的残疾性伤害事故。事故总量偏大是职业安全权问题的一个突出特点。特殊行业的劳动者接触特殊环境所诱发的职业病也是职业安全权的一个重要问题。如金属制造业中的金属中毒现象,机器伤害现象、物件打击现象、身体烧伤烫伤现象。焊接工人不使用专业的护目镜而造成的眼角膜表皮细胞的缺损。实验室里化学药品的喷溅给眼部造成的灼伤等都是危害劳动者生命健康权的典型。另外一个典型则是化学气雾、农药污染、粉尘等导致的各种尘肺性职业病及慢性中毒现象。从事与上述污染有关的劳动者在工业污染的过程中由于生产环境的污染而导致患上职业病的呈现大范围的扩张趋势。矿业、制造业中的致死事件值得我们关注,但其中的粉尘污染给劳动者造成的伤害也是不容忽视的。“据研究证实,长期从事农药使用以及工作中长期接触化学气雾的人员的肺癌、肺部瘤疾病呈现着上升的趋势”。^④另外值得我们重视的一点不光是蓝领面临的职业安全问题,白领们的职业安全问题也是日益严重的。紧张性失眠、压力性抑郁等心理问题是白领们普遍面临的问题。长期在电脑前所导致的皮肤、眼睛问题、视频眼鼠标手问题、长期处在空调室内的呼吸道问题、长期伏案工作导致的颈椎腰椎等问题都是白领们所遭遇的职业安全性问题。上述我们仅是冰山一角的举了一些典型的蓝领们的身体致伤性职业安全问题以及白领们的生理、心理性职业安全性问题。据统计,在我国一年中事故死亡约20万人,伤残约100多万人,职业病危害约100多万人。^⑤

（二）劳动者职业安全问题根源。

1. 企业追逐最大利润的驱使。

“据调查目前我国劳动者工作中所存在的安全性问题主要根源于多种所有制企业的快速崛起,企业与企业之间的竞争力增强,为了追求利益的最大化,一些企业一味的降低生产成本,漠视法律法规的相关规定,不重视对劳动者安全保护的投入。劳动环境过于恶劣导致职业病以及因工伤亡事故的频发”。^⑥

2. 劳动者自身安全意识淡薄。

我国是人口大国,劳动力资源丰富,但是劳动者的文化程度普遍偏低。这些劳动者由于自身文化程度限制,缺乏保护自己身体健康的意识和安全生产意识。在生产工作中为提高产量争取到更高的收入,盲目简化操作规程导致安全事故的频发。另外安全监察力度的薄弱、缺位、形式化也使得劳动者的职业安全权得不到保障。

3. 劳动者职业安全保护的必要性。

学者孟燕华说:“经济的发展,科技的进步必须以保障劳动者的生命健康为前提。把发展建立在安全保障能力持续增强,安全生产状况不断改善,劳动者生命安全和身体健康能得到切实保障的基础上来促进安全生产和社会经济发展同步进行。”^⑦安全发展体现了科学发展观“以人为本”的思想。另外,安全发展是保障劳动者安全健康权益的前提。安全生产事关劳动者的生命安全,是劳动者最根本的利益所在。对劳动者生命健康权保护程度的高低直接关系到我们的国家能否安定,经济能否发展,人民能否正常生活。如果劳动者的职业安全保障不了,那么劳动者的家庭就无法正常、幸福安定的生活。个体家庭的不稳定必然导致社会的不稳定,不和谐。社会如果不能稳定,可想而知经济还怎么能够发展。

（三）劳动者职业安全的法律保护

笔者认为保障劳动者的职业安全权需要从以下几个方面入手:

1. 加强对企业的监管

由于企业追求利益的最大化而忽视对劳动者职业安全权的保护,这一点是劳动者权益得不到保护的最大原因。所以我们要对企业加强监管,对其形成震慑,使其不敢不按法律办事,

从源头上消除危害劳动者职业安全权的行为。

2. 完善劳动者救济途径

劳动者可以用自力救济来保障自己的职业安全。^⑧劳动者可以成立自己的组织如工会，利用这些组织来维权。另外一些社会团体的救济力量也是不容小视的，工会，妇联，残联等社会团体的作用大家都是知道的。国家也应当根据实际情况的需要，鼓励建立必要的，新型的社会团体。在必要的时候，可以以法律的形式来确认这些团体的法律地位，权利义务，以及责任。这样，劳动者又多了一个依靠。依靠别人的同时劳动者更重要的是依靠自己。要有维权意识，当自己的生命健康安全遭到威胁时劳动者本人应当理直气壮的为争取权益而斗争。

3. 加强法律保护

(1) 完善立法保护

“我国比较重视制定关于保护劳动者职业安全方面的立法。从二十世纪五十年代起我国就陆续颁布了大量关于劳动者职业安全方面的法律法规和规章。《劳动法》《工会法》《矿山劳动法》《职业病防治法》《安全生产法》等一系列法律的颁布体现了我国对劳动者职业安全的重视。此外，国务院以及劳动行政主管部门及地方各级人民政府还颁布了大量保护劳动者的法规和规章。国家还先后制定了一百多项安全的国家标准。据统计，在上述法律法规的基础上，我国又制定了《职业病防治法》和《安全生产法》首次明确了劳动者的权利主体地位和权利内容”。^⑨法律明确规定了劳动者职业安全权的权利种类。这次立法把以前法律法规规定的经营单位对劳动者职业安全权的保护义务直接转化为劳动者的权利。这对于劳动者来说是变被动为主动，更有利于劳动者维权。

(2) 立法完善的建议

尽管是这样，我国关于劳动者职业安全权保护方面的法律仍然不是那么健全和完善。“我国到目前为止没有颁布统一的《职业安全卫生法》。只有《职业病防治法》和《生产安全法》”。^⑩且此两法也有很多不足之处，在立法内容上存在很多问题，“职业安全与卫生权的法律保护的技术性、投入保障及职业伤害防范等措施不够具体，缺乏操作性；劳动安全卫生三方管理机制和代行检查制度没有规定；工会维权制度不明确，机制没有建立起来，不能有效地维护劳工权益；工伤保险的覆盖率很低，缺乏有效的企业缴费措施；从业劳动者的安全代表的处置权、职业安全训练权没有明确规定；职业灾害补偿制度不完善，还没有劳动力康复与重建的概念等”。^⑪重事后补救轻事前防范的立法倾向注定了立法的被动、滞后与低效。还有就是“我国的安全生产立法呈现严重不平衡的状态。主要表现在监督性规范比管理性规范少，管制性措施比服务性措施少，程序性规范比实体性规范少，从而导致了立法局限于具体行政部门的权利视野和管理的手段，缺乏统一性、协调性和可操作性”。^⑫另一方面，我国有关职业安全方面的立法缺乏有效的内部维护机制，在经营单位内部对劳动者职业安全权维护机制方面我国延续至今一直采用的都是安全生产责任制。相关立法也把这一机制给予了法定化。安全生产责任制是计划经济时代的一种有效的内部生产安全维护机制，但不适应市场经济的时代下的职业安全权的内部维护。在实践中很难落到实处。我国职业安全权法律保护的另一缺陷表现在对劳动者权利义务的规定不足。在立法上继续沿用计划经济时代下的一元监督模式。强调的是安全生产的责任制。对劳动者职业安全方面的权利义务的规定明显不足。立法的缺失使得在很多安全事故发生后责任不明。更重要的是当企业在生产过程中违法违规操作，威胁到劳动者的生命健康权时，劳动者不知如何运用法律来保护自己的权利。也无法遏制企业的违法行为。这对劳动者的职业安全权保护是不利的。另外，立法的惩罚力度不够，也是法律对劳动者职业安全权保护的不利一面。职业安全权是保护劳动者生命健康的一项重要权利。针对目前我国法律对其保护的程度仍然存在不足。我们还要不断完善立法，我们应当统一劳动者安全权的立法体系。使得劳动安全方面的立法相互协调，相互配合，有统一性，协调性，

可操作性。劳动安全立法还要重视对人权的保护。不可重经济轻社会,不可重管理轻监察,不可治标不治本。要改变不适应市场经济的安全生产责任制。在法律中应明确规定各方的权利义务。使得追究责任,保护权利时有法可依。不至于无责可究。加大对违反劳动者职业安全权的惩罚力度,从立法上对其形成威慑力。我们还应当加快安全生产配套立法的进度。内容要具体,涉及面要高,操作性要强。

(3) 加强执法保护

行政部门要加大对危害劳动者职业安全的违法违规行为的查处力度。首先要加大力度惩罚侵犯劳动者职业安全权的行为。其次是要加大对劳动者职业安全权监察的力度。有些学者建议:我国应当改变分散监察的现状,合理配置监察的权限,进一步改革监察机构的配置,设立一支独立的监察队伍,实行从中央到地方的垂直管理和监察,这就避免了地方政府的干预。建立联合执法机制,联合几个部门相互配合,能够极大的提高执法的效率,也能够形成震慑力。加强再监察的力度,断绝监察者与被监察者之间的利益同盟,防止官商勾结,监察者与监察者勾结,是监察变成了保护。⁽¹⁷⁾

(4) 加强司法保护

国务院的《法律援助条例》中有明确规定职工合法权益受到侵犯国家可以指定承担法律援助义务的律师为其免费提供法律帮助,所以当劳动者的权益受到侵害时在律师的帮助下,通过司法途径来保护劳动者的权益是一个很好的保护手段。

参考文献:

- ①张慧敏. 论劳动者的职业安全卫生权和实现途径[J]. 湖北经济学院学报, 2010, 7 (4): 68-69.
- ②陈光, 徐恩义. 维护劳动者安全生产 8 项合法权益[J]. 法制与权益, 2003, 12 (3): 11-12
- ③刘超捷, 傅贵. 论职业安全卫生权[J]. 学海, 2008, 5 (2): 121-125.
- ④马长永, 郭照江, 黄建. 论职业伤害与劳动者生命健康权益的维护[J]. 中国医学伦理学, 2006, 19 (6): 63-64.
- ⑤马长永, 郭照江, 黄建. 论职业伤害与劳动者生命健康权益的维护[J]. 中国医学伦理学, 2006, 19 (6): 64-65.
- ⑥孙青. 浅议劳动者的职业卫生安全权及其实现途径[J]. 中国商界, 2010, 5 (1): 112-113.
- ⑦孟燕华. 论劳动者安全健康权益的保障[J]. 中国劳动关系学院学报, 2006, 20 (3): 1-4.
- ⑧李嘉, 张凤亭. 论对社会弱势群体的职业卫生与安全的法律保护[J]. 中国安全生产科学技术, 2005, 1 (6): 82-85.
- ⑨李嘉, 张凤亭. 论对社会弱势群体的职业卫生与安全的法律保护[J]. 中国安全生产科学技术, 2005, 1 (6): 84-85.
- ⑩林嘉. 社会法在构建和谐社会中的使命[J]. 法学家, 2007, 5 (3): 3-4
- ⑪郭捷. 论劳动者职业安全权及其法律保护[J]. 法学家, 2007, 7 (3): 9-14.
- ⑫郭捷. 论劳动者职业安全权及其法律保护[J]. 法学家, 2007, 7 (3): 12-13.
- ⑬吴丽萍. 国外经济背景下我国劳动者职业安全权的法律保护[J]. 江南社会学院学报, 2010, 12 (2): 76-80.

作者单位: 安徽弘大律师事务所

刑事被害人的权利保障

——建立刑事被害人国家补偿制度

唐开发

【内容摘要】当今的世界，人权保障受到高度的重视，刑事被害人的权利保护已经引起了世界各国的普片关注。不管是西方发达国家，还是发展中国家，都陆续制定刑事被害人救济制度。我国台湾地区、香港地区以及其他内陆省份也都出台地方法规或者规章制度，这些法规、规章制度为我国建立全国性的立法提供了丰富的实践经验。我国经济的高速发展为建立刑事被害人国家补偿制度提供坚实的经济基础。时至今日，我国已经具备就刑事被害人国家补偿制度进行立法的条件。我们应当以国家责任说为理论基础，兼顾其他说的有益之处，从刑事被害人的界定、补偿的项目和标准、刑事被害人补偿程序、不予补偿及减轻补偿的情况、国家追偿、经费的来源、监督体制等七个方面，建立一个全国性的相对比较完善的刑事被害人国家补偿制度。

【关键词】刑事被害人 被告人 国家责任 补偿 追偿权

2004年2月13日至15日，云南大学学生马某用铁锤将四名同宿舍的同学逐一杀死。在一审期间，四位刑事被害人的亲属共同提出刑事附带民事诉讼，要求81万元的民事赔偿。一审判决马某应给予每家两万元的赔偿，但鉴于马某的实际情况，被害人家属最终放弃赔偿请求。2009年7月5日，新疆乌鲁木齐市发生打、砸、抢、烧暴力犯罪事件。事后，乌鲁木齐市政府一次性发放特殊抚恤金每人20万元、丧葬补助金每人1万元。在司法实践中，诸如故意杀人、寻衅滋事、故意伤害等伤及到被害人身体的犯罪，很多情况下被告人及相关人员无力或不愿意赔偿被害人的损失，这样以来，被害人损失得不到赔偿，导致被害人生存或正常生活出现危机，成为影响社会稳定的因素。作为一位律师，笔者在执业中时常接触到被告人无力赔偿被害人的损失，刑事被害人最终还是求助无门，处境悲惨。为了保障刑事被害人的权利，我国有必要尽快建立被害人国家补偿制度。

建立刑事被害人国家补偿制度目的是，当刑事被告人没有能力赔偿刑事被害人损失的时候，由国家提供资金来补偿刑事被害人的损失，协助刑事被害人摆脱刑事犯罪给其带来的悲惨处境，让其恢复到与其他社会成员较为平等的经济、社会地位，进而保障刑事被害人的合法权益，以此来维护社会的长治久安。

一、刑事被害人补偿制度相关法律依据

从效力等级角度来讲，刑事被害人保护法应当是基本法律，与刑法、民法、诉讼法等基本法律是同一效力层次的。那么，刑事被害人保护法制定的法律依据就是宪法。我国《宪法》第14条第4款规定，国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度。刑事被害人国家补偿就是对刑事被害人的社会保障措施，是健全的社会保障制度的重要组成部分。《宪法》第33条第2款规定，国家尊重和保障人权。刑事被害人国家补偿体现的是对刑事被害人生存权利的保障，是对刑事被害人的最基本人权的尊重和保障。《宪法》第45条第1款又规定，中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下，有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。刑事

被害人作为弱势群体当然应享受从国家获得物质帮助的权利，国家也应当发展这种救济形式。从上述的《宪法》规定中，我们可以找到多处建立刑事被害人国家补偿制度的根据。

二、刑事被害人国家补偿的理论基础，即国家责任说

该说认为，国家应当承担保护公民人身、财产安全的责任，刑事被害人补偿制度正是这种责任的具体体现。台湾学者张平吾认为，政府独占防卫，应有保护人民免受攻击及失盗的责任。卢梭在其《社会契约论》一书中阐述到：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，人们就必须寻找到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。这一结合形式就是国家。因此，按照意大利学者恩里科·菲利的观点，“国家必须赔偿个人因国家不能预防犯罪给其造成的损失，然后再从罪犯那儿吧这笔钱追回来。”笔者认为，公民这一方面应当履行依法纳税、依法服兵役、维护国家统一和安全等等法定义务；另一方面，国家垄断了使用暴力镇压和惩罚犯罪的权力，不允许公民时刻携带武器以防备罪犯袭击，因此国家对保护公民人身和财产有保障的责任。若公民成为刑事犯罪的被害人，遭受物质和精神方面的损失，国家就应当为其未尽到保护职责而承担相应的责任。

学者曲涛在其专著《刑事被害人国家补偿制度研究》一书中指出，“国家责任说也存在明显的缺陷。该说过分强调国家应对犯罪侵害应负的责任，而没有考虑犯罪原因的复杂性和个案分析。……因此，认为国家对所有犯罪都应当负责的观点是不妥当的。认为从广义上讲，国家有责任保护被害人免受犯罪侵害，但被害人的遇害毕竟不是国家造成的。”笔者认为国家责任说并不存在这样的缺陷。被害人遭受到损失以后，首先应当向罪犯主张赔偿权利，因为罪犯是直接侵害者，当罪犯没有能力赔偿被害人的损失的时候，国家才按照法定程序补偿，国家在这里起到是最终保障作用。当国家补偿被害人损失以后仍然有权力在任何时候向罪犯追偿。依据侵权责任法的相关理论，国家在这里承担是保障责任，被害人的损失发生后，国家与罪犯承担的是连带责任，这种连带责任是不真正连带责任，当罪犯无法赔偿被害人损失的时候，国家补偿的程序方能启动。我国的刑事被害人国家补偿立法就应当以宪法为立法依据，以国家责任说为理论基础。

有人会提出这样的问题，国家的财政收入来源于纳税人缴纳的税款，国家补偿刑事被害人的损失，实质上就是纳税人拿自己的财产来赔偿因被告人的犯罪行为而造成的刑事被害人的损失，也就是说纳税人来为被告人的犯罪行为买单，这样做是不公平、不合理的。

纳税是每个公民的法定义务，是国家实现其职能的重要保障。国家对刑事被害人进行补偿是国家的责任，是国家的职能之一，是每个纳税人纳税的应有之意。纳税人缴纳税款以后，税款的所有权已经发生转移，成为国家的财政收入，国家对其享有所有权，对其可以自由支配，当然可以用于对刑事被害人进行补偿。从几率上说，作为纳税的公民其本人也有可能刑事被害人，有的纳税人已经成为刑事被害人，国家从法律面前人人平等的角度对纳税人和非纳税人负同样的责任，成为刑事被害人以后同样应给予补偿。

三、我国刑事被害人国家补偿制度的设计构想

（一）刑事被害人的界定

对刑事被害人的概念进行诠释，应当利用辩证和发展的方。随着社会的发展，刑事被害人的内涵将发生不断的变化。在当前社会条件下，应当从以下几个角度来考虑为刑事被害人进行定义。首先，被害人的范围是什么，即这里的“人”是否包括了自然人、法人以及其他组织等全部主体，还是仅指的是自然人。不管是从司法实践来看，还是从理论来说，自然人、

法人以及其他组织都可能因遭受到犯罪行为的侵害而成为被害人，也就是说这里指的被害人中的“人”应当包括自然人、法人以及其他组织等全部主体。然而，根据刑事被害人制度发展的水平和阶段，考虑到当前的社会条件，在目前对刑事被害人进行定义时不应当将被害人中的“人”理解为包括自然人、法人以及其他组织等全部主体，因为刑事被害人国家补偿范围的扩大化会增加国家和社会的财政负担，在刑事被害人国家补偿制度尚不成熟、国家的财力仍不充足的情况下，笔者认为应当将被害人中的“人”仅限定为为自然人，而不包括其他主体。其次，这里的“刑事”内容指的是什么，就是说刑事被害人补偿制度中的犯罪行为包括哪些犯罪行为。最初，犯罪学家、被害人学家只研究暴力型犯罪行为的被害人，后来研究的范围不断扩大，诸如交通肇事犯罪被害人、性犯罪被害人以及破坏家庭犯罪的被害人。随着法学理论的进步，刑事被害人的研究范围不断扩大，能够得到国家补偿的刑事被害人也会不断扩大。最后，刑事被害人国家补偿的损失范围，即刑事被害人的哪些损失可以获得国家的补偿。受到犯罪行为的侵害以后，刑事被害人有身体上、物质上和精神上的损失，这些损失都应当得到国家的补偿，毕竟都是犯罪行为造成的。然而，国家补偿的水平要受到多方面的限制，比如国家的财力等等，在现阶段国家的补偿的水平应当只能够维持刑事被害人的基本生活条件，也就是说只能补偿刑事被害人因犯罪行为造成的身体上的损失，至于物质上和精神上大的损失，随着国家财政能力的提高，人民群众法律意识水平的进步，刑事被害人的这些损失也会逐步得到补偿。如果把刑事被害人的损失限定在身体方面的话，相对应的犯罪行为一般都是暴力性犯罪，极少数是非暴力型犯罪，一些过失致人伤亡的就是非暴力性犯罪。

（二）补偿的项目和标准

我国的《宁夏回族自治区刑事被害人困难救助条例》第九条规定，救助金额应当根据刑事被害人实际损害后果和犯罪嫌疑人、被告人及其他赔偿义务人实际赔偿情况以及刑事被害人的家庭经济状况、维持最低生活水平所必需的支出等情况确定。救助金额一般不超过一万元。极其特殊困难的，最高救助金额不超过五万元。该救助条例对刑事被害人的补偿数额是比较少的，一般的情况下是不能满足刑事被害人的基本生活的，起不到刑事被害人国家补偿制度应有的作用。

我国台湾地区的《犯罪被害人保护法》主要规定一些补偿项目和每个项目的最高补偿数额，还规定了遗属和未成年人如何领取救助，如该法第九条作出规定，刑事被害人的补偿之项目及其最高金额如下：第一、因犯罪被害人受伤所支付的医疗费用，最高金额不得超过新台币四十万元；第二、因犯罪被害人死亡所支付的殡葬费用，最高金额不得超过新台币三十万元；第三、因犯罪被害人死亡导致无法履行的法定扶养责任，最高金额不得超过新台币一百万元；第四、受到重伤的犯罪被害人可能构成残疾的，残疾赔偿金最高金额不得超过新台币一百万元。

我国的民法通则、侵权责任法、最高人民法院关于审理人身伤害案件的司法解释均对一般的损害赔偿项目和赔偿标准做出了详细的规定。可以得到补偿。我国刑事被害人国家补偿制度可以参照其他国家和地区的做法，根据现有的一般民事赔偿的项目和计算标准，确定国家补偿的项目和标准。但国家补偿不可能像一般的民事赔偿一样，被害人的所有损失。以当前的国家财政能力和刑事被害人国家补偿制度的发展水平，补偿项目应当包括医疗费、残疾赔偿金、残疾辅助器具费、被扶养人生活费、后续治疗费、死亡赔偿金、丧葬费，因为这些损失是刑事被害人的直接损失，也直接影响刑事被害人的基本生活。

刑事被害人的残疾赔偿金、刑事被害人的死亡赔偿金可以参照《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》的规定，计算基数基于鉴于公平、公正、同命同价或者说同等的尊重人权的角度考量，应当以上年度国家统计局公布的全国职工社会平均工资为准。

（三）刑事被害人补偿程序

我认为在我国各级法院内部设立一个专门机构负责办理刑事被害人国家补偿事宜，该专门机构可以命名为刑事被害人国家补偿委员会。这样的机构为什么不在公安机关或人民检察院呢？因为刑事案件只有到法院阶段刑事部分方能定罪，民事赔偿数额才能确定下来，而且这时候刑事被告人是否有能力赔偿最终能够确定下来。

刑事被害人申请国家补偿应当在确定刑事被告人无能力赔偿以后一年内向专门机关提出，超过这一期限的不予以受理。刑事被告人无能力赔偿证明由负责执行的人民法院出具，具体部门应当是人民法院的执行庭或者执行局。只有当刑事被告人无力赔偿以后，刑事被害人方能依据其损失申请国家补偿。刑事被害人申请国家补偿还应当提供其损失的证明，该证明一般表现为人民法院的判决书、调解书或者刑事被害人国家补偿委员会认可的和解协议。

刑事被害人国家补偿委员会收到申请以后，首先对申请人提交的材料是否齐全进行审查，需要补充材料的通知申请人在五个工作日内补充完整，材料齐全的应当在十五个工作日内作出是否给予补偿的决定。不予以补偿的应当书面告知申请人并说明理由。申请人对补偿的数额以及不予补偿的决定不服的，可以在收到决定书之日起五个工作日内向上级刑事被害人国家补偿委员会申请复核一次。符合程序适用申请程序。

（四）不予补偿及减轻补偿的情况

我国的刑事被害人国家补偿制度也应当设置不予以补偿的情形。借鉴世界各国的立法经验，结合我国国情，对于有下列情形之一的，不应当给予国家补偿，第一、刑事被害人已经获得被告人有效的民事赔偿的；第二、刑事被害人放弃犯罪嫌疑人、被告人及其他有赔偿义务的民事赔偿义务的；第三、刑事被害人已经获得保险机构赔偿的、社会保障机构救助的；第四、刑事被害人参与犯罪的；第五、申请人故意先顺序或者同顺序法定继承人死亡的；第六、故意引起他人犯罪或者因重大过失自己行为导致成为犯罪被害人的；第七、其他不予以补偿的情形。因刑事被害人或者其近亲属的故意或重大过失急于减少损失的，对扩大损失部分，国家也不予以补偿。

（五）国家追偿

刑事被害人的损失是犯罪嫌疑人、被告人直接造成的，犯罪嫌疑人、被告人是直接的侵权人，依法应当对刑事被害人的所有损失承担全部责任。依据国家责任说和一般侵权理论，在民事赔偿方面，国家与犯罪嫌疑人、被告人承担的是连带责任，而且是不真正连带责任。国家补偿刑事被害人的损失以后，有权向作为直接侵权人的犯罪嫌疑人、被告人追偿。我国的追偿权由人民法院的刑事被害人国家补偿委员会行使。刑事被害人获得国家补偿以后，其向被告或者有赔偿义务的人的求偿权转移给了国家。刑事被害人国家补偿委员会依法有权向银行、税务部门、工商部门等国家机关以及其他企业或者个人调取被告人或者有赔偿义务的人财产状况，受调查的单位或者个人应当积极配合，不得拒绝。国家的追偿权的行使不应有时间的限制。

（六）经费的来源

根据国家责任说，对刑事被害人的补偿是国家的责任，补偿资金主要来源是各级人民政府的财政拨款，特别是中央人民政府和省级人民政府。中央人民政府和省级人民政府应当是基金资金的最主要的来源。对于贫困县、市、区的刑事被害人补偿基金，中央人民政府和省级人民政府财政部门予以资助百分之八十以上。为了使刑事被害人补偿基金的资金更加充实，应当多渠道、多层次吸收各方面的资金。所以，以下渠道也是我国刑事被害人补偿基金的重要来源，一是我国监狱和看守所的被监管人员的劳动收入可以提取一部分注入刑事被害人补偿基金；二是犯罪分子的罚金、没收犯罪分子违法所得和没收犯罪分子的个人财产，也可以成为刑事被害人补偿基金的一个来源；三是企业、事业单位、社会团体和公民的赠与、

遗赠和捐赠；第四，其他可以纳入刑事被害人补偿基金的资金。

（七）监督体制

人民检察院是宪法赋予的专门的法律监督机关刑事被害人国家补偿制度的实施同样要受到人民检察院的监督。刑事被害人国家补偿的申请、受理、不予受理、补偿决定、补偿金的数额以及补偿金的发放等整个制度的运行过程，人民检察院都应当有权进行法律监督，对其中的违法行为提出检察建议，并有权要求有关部门或个人纠正。对于直接负责的主管人员和其他直接责任人员以及公民个人的一般违法行为人民检察院有权向有关机关提出检察建议，要求有关机关予以处分或者处罚，其违法行为已经构成犯罪的，依法追究刑事责任。人民检察院的监督是法律监督，是从法律层面上监督有关人员适用刑事被害人国家补偿制度时的合法性。为了使我国的刑事被害人国家补偿制度健康的健康运行，还应当赋予审计部门的审计监督权，对刑事被害人困难救助资金的拨付、发放等实施情况进行审计。

参考文献：

- ①张平吾：《被被害者学概论》，台北警察大学出版社 1996 年版，第 612 页。
- ②〔法〕让·雅克·卢梭：《卢梭文集》，李常山、何兆武译，红旗出版社 1997 年版，第 32 页。
- ③〔意〕恩里科·菲利：《犯罪社会学》，郭建安译，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 284 页。
- ④曲涛：《刑事被害人国家补偿制度研究》，法律出版社，2008 年版，第 19、20 页。
- ⑤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 37 条。
- ⑥宁夏回族自治区刑事被害人困难救助条例》第 3 条
- ⑦湾地区的《犯罪被害人保护法》第 9 条。

作者单位：安徽始信律师事务所

刑事诉讼的控辩关系

——控辩交流合作中证据交流的具体操作模式构想

李 民 高凤立

【内容摘要】任何制度或者原则的生成、存在、并发展壮大，必须有适合其生长的土壤。律师法的修改，对于律师的会见权、调查权、阅卷权作了进一步明确、细化，至少从形式上来看为控辩双方的合作提供了契机；同时，诉讼效益、控辩双方的需求等现实压力，也使之产生具备了现实的土壤。而控辩交流合作诸多形式中，最重要的当属证据交流机制。由于“正义不但要实现，而且要以看得见的方式实现。”因此，证据交流机制的运行必须要有可行的具体操作模式，否则，她即使建立，也会流于形式，更不要说体现法律的正义。

【关键词】交流合作 刑事诉讼 证据 具体模式

修改后的律师法可以说从法律上解决了长期以来律师在刑事诉讼中的“三难”问题——会见难、阅卷难和调查难。如果就案件事实把握方面控辩双方的权力配置上看，辩护权在事实上甚至是优于控诉权。之所以这样认识，是由于在新的律师法实施之后，辩护律师在侦查阶段即享有了调查权，而且这种调查不需要征得“同意”，也不需要征得任何“批准”。律师法在律师会见权方面的规定，可能会导致犯罪嫌疑人“法律意识的增强”，这就不可避免地增大侦查的难度；同时，律师也不负有对自己调查证据展示的义务。另一方面，公诉机关在审查起诉阶段查阅同一案卷材料的权力，律师也在同一时间内完全享有，而且律师法还规定，律师在审判阶段可以看到所有案卷材料。这就完全改变了公诉机关在以往只向法院提交主要证据复印件的规定，必须向法院提交全部卷宗材料。因此，公诉机关已经不再具有证据掌握的任何优势。至此，我们有理由认为，新律师法的实施，确实解决了控辩双方地位的平等问题，使一系列制度的实施成为可能。从现实来看，诉讼效益的需求、现行刑事程序的“压力”、单位“量化管理”考核以及控辩双方的需求等，决定了证据交流合作产生有着现实土壤。^①故此，我们认为有必要建立一个诉讼机制——证据交流机制，控辩双方刑事案件在庭审前，就各自证据进行交流展示，以对案件事实和适用法律的认识及意见商榷，从而对案件走向做出正当处置的一项司法程序。当然，如果从法律上确立上述机制当然是最好选择，但是毕竟法律上的确立非一朝一夕而成，因此，在现实状况下，为克服目前政局信息不对称的局面，我们应当在积极推动立法的同时，积极采取措施建立相应的工作机制。这种做法符合法律产生途径。比如德国刑事诉讼法中的辩诉协商制度，德国刑事诉讼法中并没有规定该制度，但是在德国法官、检察官、律师的支持下，这种制度不仅在刑事诉讼实践中建立起来，而且还获得了法律上的承认。^②毕竟“刑事诉讼法学的核心命题和真正来源是社会实践和法律的实践”。^③

一、我国现行证据交流信息规定的局限性

基于公平诚信这一证据法基本原则中“平等武装”、“公平对抗”的要求，英美为代表的采用对抗制诉讼程序国家，在其各自的成文法和判例法中均建立起一套证据展示制度；大陆法系中，日本、意大利等在诉讼结构上从传统的审问制转为对抗制的国家，也建立起证据展示制度。当然，尽管英美等国家在确立证据展示制度之初，处于强化被告方的弱势地位，并未对其要求其负有证据展示义务，但目前各国证据展示基本上都是双向的。

从我国的目前控辩双方关于证据交流的法律规定看,无论是我国《刑事诉讼法》,还是律师法应该说不存在证据交流制度。因为这些法律仅规定控方负有证据展示义务:刑事诉讼法第36条规定,“辩护律师自人民检察院审查起诉之日起,可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料…自人民法院受理案件之日,可以查阅、摘抄、复制本案的所指控的犯罪事实材料…”律师法第三十四条规定,“受委托的律师自案件审查起诉之日起,有权查阅、摘抄和复制与案件有关的诉讼文书及案卷材料。受委托的律师自案件被人民法院受理之日起,有权查阅、摘抄和复制与案件有关的所有材料。”从上述规定看,只是规定控方所掌握的证据向辩方展示的问题,并没有涉及辩方掌握的证据对于控方如何处理的问题,也就是说仅仅是单向出示,所以,当然谈不上存在证据交流制度。

另外,从律师法第三十五条对于律师调查取证权的规定看,律师行使该权利也是单向的,也不存在交流的问题。该条规定,“受托的律师根据案情的需要,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。律师自行调查取证的,凭律师执业证和律师事务所证明,可以向有关单位或个人调查与承办法律事务有关的情况。”这里律师团调查权行使有两个途径,通过司法机关行使调查权与自行调查权。尽管从该法条规定与刑事诉讼法规定看,调查权“进一步细化”:律师法规定与刑事诉讼法对律师调查权规定一个明显的区别:刑事诉讼法第37条规定的是“辩护律师”;律师法规定的是“受委托的律师”。“辩护律师”意味着,律师只有在审查起诉阶段以后才能进行调查取证。因为从我国刑事诉讼法规定看,我国律师在侦查阶段并不称为辩护律师,只是称为“犯罪嫌疑人律师”,可以说律师调查权前置到侦查阶段。但是,无论是律师自行调查权的扩大,还是申请检察院、法院进行调查,对这些调取的证据也都不存在交流的问题。

二、现行证据方面规定对现实刑事诉讼的影响

基于这种证据展示的单向性和律师法对于律师调查权和阅卷权的细化,对于今后的刑事诉讼活动来说可能会带来以下影响:

一是控辩对抗的提前。按照新律师法的规定,律师可以凭职业证书和律师事务所的证明自行调查取证。特别是在律师会见犯罪嫌疑人之后,就可以有针对性地着手调查取证。尽管从“宏观”上看,双方目标一致:查明事实,正确适用法律,实现公平正义。但是,由于双方诉讼活动性质不同,他们进行侦查与调查的立足点与采取方式当然也不一样,因此,尽管双方就同一对象所取的证据,可能出现了有罪指控和无罪或罪轻并存的状况。这样,本来在提起公诉后或者说在庭审时才发生的控辩对抗,实质上已经提前到刑事侦查阶段。

二是对证人作证态度的影响。如前点所言,尽管双方总的目标一致,但是毕竟具体的服务对象有别。对于证人的调查方面,由于证明对象和证明目的的不同,双方的调查必然影响到证人的作证态度。特别是在某些不正确的引导下,一些证人可能基于某些考虑或者基于某些压力等等原因,他们可能会在庭审中含糊其辞,也可能借口记不清楚而推翻以前的证言而出现证言反复,甚至作虚假的证词。这样,就可能影响到案件事实的认定,以至最终影响到案件的结果。

三是可能对将来的庭审产生不利影响。这种不利影响产生的原因就是大家都注意到的控辩双方的信息不对称问题。由于我们国家法律尚未规定证据开示制度,因此,新律师法这种规定必然导致:侦查机关所取证据材料在案件进入审查起诉之后,辩方便可“一览无余”,而控方却无法知悉辩方索取材料。甚至,辩方可以对控方告“证据偷袭”,而且不违法或违规问题,因为没法律规定辩方必须在庭审前将调取的证据开示。^④而从我国控辩庭审的现实来看,证据偷袭时常存在。此外,即使辩护律师不采取“明示”的证据偷袭,也就是说在庭审前向法院提供证据目录、证人名单,而不提供证据复印件。而证人名单中的证人通常来说都是控

方举证证据目录中所没有的,控方当然也就不可能了解证人作证的内容;同时,法律又没有赋予控方享有在庭审前对辩方证人询问的权利。因此,同样可以起到证据偷袭的效果。

三、实现控辩证据交流合作的认识前提、指导思想

我国之所以没能够建立控辩证据交流合作机制,除了上述法律制度因素以外,还在于控辩双方的主观认识以及指导思想这两个方面问题。

首先,关于阻碍控辩证据交流合作主观认识问题。目前,这种主观认识的核心就是:控辩双方是对立(甚至是“敌对”)的双方,怎可能会有交流合作。因此,要构建控辩交流合作机制,必须首先解决这一思想认识,否则,一起都无从谈起。

从历史传统文化方面看,这种认识的生成有着深刻的强大的社会根源。从我国历史来看,无论是经济资源,还是政治资源,一直为官方所控制;至于法律资源,除在春秋战国时期外也一直为官方“维护政治权威的工具”。商鞅认为,“法者,君臣之所共操也。”^⑤韩非亦言“君无术则弊于上,臣无法则乱于下,此不可一无,皆帝王之具也。”^⑥自从秦朝实行专制主义的中央集权之后,国家更是垄断了律学:“若欲有学法令,以吏为师”^⑦因此,要想获得社会资源,就必须做官,进而在人们的思想深处形成了根深蒂固的“官本位”思想。对于“民”,除孟子提出“民为贵,君为轻。”的民本主义思想之外,正统思想从没有把“民”作为主体看待,只是统治的对象。官与民怎可能存在对话?在古代,作为所谓律师的“讼师”不仅不为官方认可,而且是严厉打击的对象。因此,当然更不可能存在平等对话的可能。清末修律,尽管引进了西方律师制度,但是在社会观念上它仍然属于传统的“民”的范畴。因此,当然也就不可能与“官”进行平等对话。今天,尽管我们国家已经成为“法治”国家,但是这种“官本位”的思想并没有因此而消亡,也就是说“中国社会和文化发展的连续性并未中断,而以另一种潜在的方式继续存在着,并在实际上决定这只度层面上那些看得见的东西。”^⑧因此,我们要建立控辩证据交流机制,必须首先解决这一思想认识,树立控辩平等的思想,只有如此才能进行合作交流。

其次,关于建立控辩证据交流合作机制指导思想,实质上也是建立整个控辩交流合作机制的指导思想问题。对此,我们应明确这种变革是为了推进或创新法律制度,因此,它不是为了恢复祖宗的良法美德。所以,这种制度不是建立在单纯的经验主义的基础之上,也不是建立在单纯的空想之上;其目的更非因实用而变法的救急式变革。

从中外法律变革历史对比来看,成功的变法均是建立在以下基础之上,从宏观方面来说,一是先进的思想理论;二是先进思想理论影响之下民众的配合。从微观方面来说,一是整个统治阶层对变法的强有力支持,特别是高层的支持;二是变法的主力必须在筹划变法的核心机构中掌控实权。从中国历史上的变法来看,春秋时期郑国子产变法应当说是成功的变法,他在中国历史上开辟公布成文法先河。当时中国社会正处于重大转型的时期,此时也是我国思想文化最为繁荣的时代,因此,子产的变法顺应了时代的潮流,深得民众的支持,并且百家争鸣的局面实质上也为其变法奠定了思想基础。其变法策略是相当成功的,民众对其颂扬称,“我有子弟,子产诲之。我有田畴,子产殖之。子产而死,谁其嗣之?”^⑨孔子也对于子产的评价,“有君子之道四焉,”“人谓子产不仁,我不信也。”^⑩此后的李悝、商鞅变法,变法也都取得了成功:李悝变法成果,《法经》为中国古代成文法典之源,开创了中华法系独树一帜的先河;商鞅变法之成果,“但行之十年,秦民大悦,道不拾遗,山无盗贼,家给人足,……乡邑大治”;⁽¹¹⁾同时,商鞅变法是战国以来各诸侯国变法中最彻底、最成功的一次,改变了秦国旧传统、旧法律,建立秦律体制。此外,清末修律,应该说也取得了成功:体现了中国法制向近代转型,促进了中国人法律意识的觉醒,建立了近代法律体系。此后,我国第一步许多朝代也出现了变法,但大多以失败告终。从时代上说,具有代表性的变法有北宋王安石

变法和清末的戊戌变法。这两次变法之所以失败，总的来说是缺乏民众基础。但从变法目的上看，都是建立在“富国、富民、强兵”；“图存、自强”等实用主义的基础之上的一种救急式变法，缺乏思想观念在全社会的推进和以此观念所影响的民众做整体配合，因此，使得变法一开始即处于孤立无援的境地，失败当然是不可避免的。对比法国大革命后建立的资产阶级法律体系的过程，可以看出法国大革命之所以成功，是因为她是建立在理性设计的基础之上，而非实用主义之上。托克维尔指出18世纪的哲学是法国大革命的一个主要原因，那些天赋人权、人生而平等、人民主权、社会权力至高无上等观念不仅是法国大革命的原因，而且简直可以说是大革命的内容。^[12]法国大革命的成功乃至后来拿破仑制定一系列资产阶级性质的法典，在此之前，伏尔泰、洛克、卢梭、孟德斯鸠等启蒙思想家的理念早已深入人心，“自由、平等、博爱”，“人民主权”等口号在某种程度上已成为一种潮流。因此，法国大革命不仅有着深厚思想基础，而且有着受此思想影响的广大民众这一群众基础。

对比上述成功与失败的法律变革，可以看出成功的变法：宏观方面，都是建立在思想传播、民众整体配合基础之上；微观方面，统治阶层的支持、变法派筹划变法的核心机构中掌控实权，如清末修律中，高层中慈禧太后出于维护统治需要支持变法，统治高层中张之洞、刘坤一、袁世凯均支持变法，沈家本、伍廷芳作为修律大臣主持修订法律馆。

四、控辩证据交流合作机制的具体构建

基于以上理由，我们认为有必要建立证据交流的合作机制，这样才能实现控辩双方平等武装，才能有利于控辩双方全面判断证据、了解案情，明确犯罪事实，才能有利于控辩双方针对争议焦点进行举证、质证、辩论，从而提高诉讼效率。从各自利益角度来看，这样做可以尽可能降低“诉讼风险和诉讼成本”。

关于证据交流的合作机制具体构建，可由控辩双方（包括公安机关）联合制定一套证据交流合作规则。规则的具体可从以下几个方面考虑：

一是规则制定主体。对此证据交流合作机制规则的制定机构，控方显然是检察机关和公安机关；对于辩方，笔者认为，考虑到律师体制在我国特殊性，我国的律师协会并没有英美及大陆法系国家那样的影响力，而我国的司法行政机关是律师的直接行政主管部门，并且从现实来看，从司法行政机关对律师行业运行、发展的影响力来看，远远强于律师协会；同时，从传统观念来看，社会一直将司法行政机关与法院、检察院、公安看作是“同等地位”的部门：“公检法司”。因此，律师这方面的制定主体可考虑由司法行政机关担当。

二是规则中应明确证据交流的双向性为双方义务。对于控方来说，这种义务应该更为强化，毕竟控方掌握更多的司法资源、更多的证据信息；对于辩方来说，从目前确立证据展示制度的各国规定看，辩方负有展示义务是其普遍做法；同时，从各国证据展示制度发展的趋势看，也是进一步强化辩方证据展示责任、扩大辩方证据展示范围。^[13]

三是证据交流的范围。对于控方来说，不应该再囿于刑事诉讼法规定的展示“本案的诉讼文书、技术性鉴定材料”、“证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片”，而应按照律师法的规定进行展示，即审查起诉阶段：“与案件有关的诉讼文书及案卷材料”，审判阶段：“与案件有关的所有材料”。也就是说，无论是对犯罪嫌疑人、被告人有利，还是不利的证据都应当展示。当然，需要明确的是这里仅仅是展示证据，对于不属于证据范围的诸如侦查手段、侦查人员以及影响到重大案件侦破、起诉的案件线索等等不存在展示问题。对于辩方来说，只要准备在庭审中出示的证据都应当展示。当然，基于辩护律师的职责，对于涉及犯罪嫌疑人或被告人有罪、罪重的材料不应展示；同时，从辩护权的来源角度看，还需要特别明确的是，辩护律师的辩护权是基于被告人的辩护权，因此，基于委托人的特权，律师亦享有不提供不利于当事人材料的特权，^[14]特别是犯罪嫌疑人或被告人对律师所陈述的不为控方所知的犯

罪事实。

四是关于证据交流的时间与地点。关于证据交流的时间，在侦查期间，应在侦查终结后制作起诉意见书之前，至少应当在侦查机关认为主要证据已经收集完毕之后。如果在侦查没有终结之前，双方进行证据交流，则不能体现交流的意义。具体时间，由犯罪嫌疑人律师与公安机关或检察机关案件承办人员共同商定。在审查起诉期间，由于审查起诉的时间相对侦查期间较短，可由审查案件的检察官来确定证据交流的时间。之所以证据交流的时间主要由侦查人员或审查起诉的检察官确定，因为从证据数量方面来说，律师掌握的证据相对较少，控方证据相对较多，因此，控方对证据的收集或审查需要一个过程。如果把这个时间固定较死，比如说审查起诉后 15 日内进行，那有可能卷宗证据材料有数十本，审查人员一半卷宗还没有审查，那显然不可能进行交流。

关于证据交流的地点，一般来说在控方办公地点较妥。当然，如果双方认为在辩方办公地点或者第三方办公地点更妥，也可以放在此处。之所以一般放在控方处，主要是因为：一是通常控方证据材料较多，携带起来不方便；二是辩方律师有可能是异地办案。

五是违反证据交流双向性、证据交流范围的责任。

基于诚信的要求，如果控辩双方在证据交流合作中违反规定，那么应当在规则中明确违反规则的证据在法庭中的举证视为证据偷袭。另一方有权要求责任人所在单位按照控辩交流合作规则的规定对之予以惩戒。同时为了防止“背信弃义”道德方面的危险，可以借鉴“协商”方式将“证据交流的种类、范围”、“违背证据交流的惩戒”等作出的约定写入案卷中。^⑮

总之，证据交流合作机制未来是否能够生存并发展壮大，不仅限于法律制度条件，还取决于其初始生成的土壤，更取决法律职业共同体的共同努力和各有关部门的支持。诚如左卫民教授所言的“应当允许与鼓励在不妨害最为根本的基本法律原则的前提下，允许各主体进行改革之试点，以便发现某改进方案，如何为有效、如何为成功以及如何为改革之最佳途径。”^⑯只有如此，才能进一步完善我国的刑事诉讼制度，实现法律的公平正义。

注释：

①李民、朱岚清：《控辩交流合作的现实基础考察》，《湖北警官学院学报》，2011 年第 1 期。

②⑮李民：《德国刑事诉讼法中的协商》，《人民检察》，2005 年第 3 期。

③左卫民：《刑事程序问题研究》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 IV 页。

④李民：《新律师法之下侦查理念的更新》，《云南警官学院学报》，2008 年第 6 期。

⑤《商君书·修权》

⑥《韩非子·定法》

⑦《史记·秦始皇本记》

⑧尹伊君：《社会变迁的法律解释》，商务印书馆 2003 年版，第 16 页。

⑨《左传·襄公三十年》

⑩《左传·襄公三十一年》

⑪《史记·商君列传第八》

⑫ [法]托克维尔：《旧制度与大革命》，冯棠译，商务印书馆 1997 年版，第 45-46 页。

⑬龙宗智：《刑事庭审制度研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 177-185 页。

⑭ [英]丹宁勋爵：《法律的正当程序》，李克强、杨百揆、刘庸安译，法律出版社 2001 年版，第 31 页。

⑮ 左卫民：《权利话语/实践的艰难展开——1996 中国刑事诉讼法典的反思》，《中外法学》，2002 年第 4 期。

公诉案件撤回起诉的弊端及对策

王克生

【内容摘要】本文对我国公诉刑事案件撤回起诉的弊端进行了探讨，提出了目前和今后解决这些问题的建议。文章首先指出了公诉刑事案件撤回起诉的弊端，认为它直接侵犯了被告人享有的依法在人民法院接受公正、及时而不拖延的审判的权利，破坏了控辩双方诉讼地位平等原则、剥夺了被告人的辩护权和辩护依赖权，有“法官造法”之嫌，也留下了法官涉嫌泄露国家秘密的隐患。进而认为在目前司法实践中，应当将撤回起诉提起的阶段限定在一审法庭辩论终结前，根据公诉案件撤回起诉若干具体情形，分别作出不同规定，同时对撤诉的后果作出相应的限定，并建议应该与时俱进，对《刑事诉讼法》进行修改，以改变公诉案件撤回起诉在立法上无法可依，在司法上十分泛滥的局面，从而有效保障人权，以符合刑事诉讼公正、民主、科学的国际潮流。

【关键词】公诉案件 撤回起诉 弊端 对策

一、现行《刑事诉讼法》无公诉案件撤回起诉的规定，而司法实践中，由于两高分别解释，公诉案件撤回起诉却一直存在

作为我国诉讼法历史上的一个里程碑，1996年经过修改的新的刑事诉讼法（以下简称《刑事诉讼法》）符合了我国法治建设的需要，促进了我国人权保障制度的发展。作为人权保障内容之一的我国刑事诉讼法，着重地从被害人与被告人的角度阐述了我国人权保障的现代性与适应性。无罪推定原则的确定，接受迅速、公正和公开审判的权利，被告人有辩护权和辩护依赖权，是被告人人权保障的最大突破。同时《刑事诉讼法》，对原属强职权主义的庭审方式作了较大的改革，吸收了当事人主义的某些合理成份，形成了我国现行的兼职权主义并存的诉讼模式，最重要的体现之一是控辩双方诉讼地位平等原则的确立，要求控辩双方将事实摆在法庭，证据举在法庭，理由辩在法庭，案情明确在法庭，法官认证在法庭，这是我国诉讼民主化、科学化和公正化的一种体现。

但是《刑事诉讼法》的一些弊端也随之表现出来。在《刑事诉讼法》修改后实施初期，人们的注意力大多集中《刑事诉讼法》本身有规定而实践中难执行的问题，如“律师三难”、“非法证据的排除”、“二审不开庭审理的弊端”等较突出的问题上，对《刑事诉讼法》没有规定而实践中却一直在执行的公诉案件撤回起诉问题，尚未引起足够重视。据有关资料统计，仅从2001年到2005年五年间，共计7112余件刑事公诉案件被作撤诉处理，相继有10余万人曾经被不合法或不合理地送上法庭接受审判而后又撤回起诉。^①随着时间的推移，刑事公诉案件撤回起诉存在的弊端表现得尤其突出。

现行《刑事诉讼法》取消了1979年《刑事诉讼法》第108条关于撤回起诉的规定。但是，最高人民检察院在《人民检察院刑事诉讼规则》（以下简称《规则》）第349条、第351条、第353条等规定了撤回起诉制度，与之相适应，最高人民法院在《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》（下称《解释》）第177条规定：“判决宣告前，检察机关要求撤回起诉的，法院应当审查撤回起诉的理由，并作出是否准许的裁定”。因为对于整个刑事诉讼体系而言，法院的判决具有终局效力，故笔者不再对最高人民检察院《规则》发表意见。

二、公诉案件撤回起诉问题，不是一个单纯的形式问题，它直接影响到被告人有罪无罪的确定、羁押期限的确定、国家赔偿权利的行使。公诉案件撤回起诉的弊端已到了不容忽视的地步。

公诉案件撤回起诉问题，不是一个单纯的形式问题，它服务于审判任务。公诉案件撤回起诉是否恰当，关系到被告人有罪无罪的确定、羁押期限的确定、国家赔偿权的行使等诸多方面问题。公诉案件撤回起诉，直接侵犯了被告人享有依法在人民法院接受公正、及时而不拖延审判的权利，破坏了控辩双方诉讼地位平等原则、剥夺了被告人的辩护权和辩护依赖权，有“法官造法”之嫌，也留下了法官涉嫌泄露国家秘密的隐患。其存在的弊端已到了不容忽视的地步：

（一）公诉案件撤回起诉，直接侵犯了被告人享有依法在人民法院接受公正、及时而不拖延的审判的权利。

审判公正一词是刑事诉讼活动中常用的术语，然而要想准确地表述这一概念的涵义确十分困难。关于公正一词有各种不同的解释，现代汉语词典确认为：“公平正直，没有偏私。”^② 罗尔斯认为“是社会主要制度分配基本权利和义务，决定由社会合作产生的利益之划分的方式”。^③ 庞德说是“人与人之间的理想关系”。^④ 我国有的学者认为“公正是指人们之间的权利和利益的合理分配关系，如果人们之间的权利和利益分配——分配过程、分配方式、和分配结果是合理的，则被称之为公正，反之，则被称之为不公正，也就是说，公正是指人们之间分配关系的合理状态”。^⑤ 参照上述说法，笔者以为所谓审判公正是指在审判活动中按照公开、公平、中立的原则，遵循科学、合理的程序和时限，实现对诉讼主体与诉讼参与人权利与义务的正确平等分配，并接受社会监督，使之达到理想的正义结果。在刑事诉讼中，接受公正、及时而不拖延的审判，是被告人的一项基本诉讼权利，同时保障这项诉讼权利的实现相对应地也就成为人民法院和检察机关的诉讼义务。^⑥

从撤回起诉时限上看，无论在法庭审理过程中，还是在法庭审理终结后宣告判决前，无论是公诉人要求延期审理，且延期审理还可以有两次，每次一个月；还是公诉人认为需要撤回起诉的，其实质都是对被告人接受公正审判的拖延，而该拖延必然导致被告人羁押期限的无端延长，有的还有可能面临重新被起诉和审判，而司法的救济功能和权利保障功能则丧失殆尽，是对被告人接受及时而不拖延的审判权的损害；从撤回起诉适用的条件看，无论是检察机关在法庭上发现不存在追诉的犯罪事实或犯罪事实并非被告人所为，还是发现不应当追究被告人刑事责任的情形及其它情形，在实质意义上都应当依法判决被告人无罪，^⑦ 都属于检察机关没有正确履行法律职责而导致的不正当起诉或不合法起诉而造成，是对被告人接受公正审判权的损害。

（二）公诉案件撤回起诉，破坏了控辩双方诉讼地位平等原则、剥夺了被告人的辩护权和辩护依赖权。

刑事审判公平公正的一个重要制度就是控辩双方诉讼地位平等原则，被告人享有辩护权和辩护依赖权。该原则要求，法官不事先进行“自由心证”，而是由控、辩双方平等对抗，将事实摆在法庭，证据举在法庭，理由辩在法庭，从而使案情明确在法庭，法官据此进行裁判。这也是修改后的《刑事诉讼法》关于庭审制度改革的主要内容。那么根据最高人民法院《解释》第177条：“在宣告判决前，人民检察院要求撤回起诉的，人民法院应当审查人民检察院撤回起诉的理由，并作出是否准许的裁定”。显然，人民检察院撤回起诉申请书不再送达被告人、辩护人，法庭也不再开庭审理，那么对于被告人及辩护人认为人民检察院申请撤诉的理由不成立的案件，被告人、辩护人无法发表辩护意见，仅以法官认为可以准许即可撤回起诉，这破坏了控辩双方诉讼地位平等原则，剥夺了被告人的辩护权和辩护依赖权。在实践中，笔

者尚未见到人民法院不准许人民检察院撤诉的裁定书，撤回起诉作为刑事诉讼程序的科学性与合理性遭到普遍质疑。

（三）公诉案件撤回起诉有“法官造法”之嫌，也留下了法官涉嫌泄露国家秘密的隐患。

由于《刑事诉讼法》取消了1979年《刑事诉讼法》第108条关于撤回起诉的规定，在我国刑事诉讼法中根本没有设立撤回起诉制度。而司法解释只能以现行法律的规定为依据或基础，具体适用法律，并弥补立法规定的缺漏和解决法律中的矛盾，不能创造法律。最高人民法院《解释》第177条的规定，是通过司法解释中擅自给自身增加一项刑事诉讼的基本权力，显然有“法官造法”之嫌。司法实践中，这些被撤回起诉的案件，多数属于检察机关的指控证据不足而且判罪无望的情况下提出要求，法院考虑到法、检两家的关系，往往会予以“互相配合”。但是，撤回起诉的案件几乎都难以给当事人一个公正的说法，刑事诉讼程序的科学性与合理性遭到普遍质疑。如果准许撤回起诉的裁定，被当作法、检两院“友好往来”的媒介或者检察院推卸责任的“弹性”规定，将是值得忧虑的事情，其后果遗患无穷。更为严重的是，一审庭审终结后判决拟宣告前，人民检察院申请撤回起诉的，均是拟宣判无罪的案件，显然是人民法院将判决结果提前告知了人民检察院。这里有两个问题：首先，根据控辩双方诉讼地位平等原则，法官将拟宣判无罪结果提前告知公诉人，就应当同时告知辩护人，而司法实践中从未有法官在拟宣判无罪前将判决结果提前告知辩护人的；其次，按照规定，判决未宣告前，判决书内容属于国家秘密，法律并没有规定法官可以将国家秘密泄露给检察官，人民检察院的法律监督权也只是事后监督，而非事前监督，因此办案法官涉嫌泄露国家秘密。

三、在目前司法实践中，应当将撤诉提起的阶段限定在第一审法庭辩论终结前，根据公诉案件撤回起诉若干具体情形，分别作出不同规定，同时对撤诉的后果也作出相应的限定。既有利于以维护法律的严肃性和司法的权威性，又充分保护被告人在刑事诉讼中的实体和程序权利

有专家认为，在刑事诉讼法没有明确规定的情况下，撤回起诉制度明显属于越权解释，应予废止。^⑥也有学者提出，撤诉正是为了公正实现国家刑罚权和满足程序正当性的需要。既然我国刑事诉讼法存在空白，“两高”对撤诉条件与程序进行规制是程序法制的要求。^⑦笔者以为，公诉案件是否允许撤诉与刑事诉讼模式有关，两大法系虽在撤诉程序上有区别，但各国法律一般不采取禁绝的立法例。从各国刑事诉讼法的规范文本看，当事人诉讼模式下采取自由撤诉原则，职权主义诉讼模式下也不采取绝对的公诉不变更原则。提起公诉是检察院的职责，在提起公诉后开庭前或者在第一审法庭辩论终结前，发现被告人不存在犯罪事实、犯罪事实并非被告人所为或者不应当追究被告人刑事责任，及时撤回起诉，其实质为自我纠正错误，应当予以准许。但是对于庭审结束后法院拟宣判前，撤回起诉的，不再准许，因为经过开庭举证、质证、辩论，能否指控被告人犯罪，公诉人应当有充分的判断能力了。如果对被告人的指控不能成立，应当在第一审法庭辩论终结前及时撤回起诉。如果没有撤回起诉，即意味着坚持起诉，这时被告人是否犯罪的裁判权应当归属于法院。在此情况下，人民法院就应当严格遵循“有罪判刑、无罪放人”的司法原则，明辨是非曲直，及时居中公断，无论宣判有罪与无罪，检察院均无权撤回起诉了。如果这时还允许检察机关撤回起诉，致使被告人无法在法庭上获得公正的法律裁决，不但进一步恶化了被告人的诉讼地位，而且严重削弱了刑事诉讼人权保障的机能。^⑧故撤诉提起的阶段应当限定在第一审法庭辩论终结前，并且法院在审查检察院撤诉理由的同时，还应当听取被告人及其辩护人的意见，然后作出是否准许的裁定。^⑨鉴于此，笔者认为在目前状态下，司法实践中应当根据公诉案件撤回起诉若干具体情形，分别作出不同规定，同时对撤诉的后果作出相应的限定。既有利于以维护法律的严肃性和司法的权威性，又充分保护被告人在刑事诉讼中的实体和程序权利。

1. 对于提起公诉后第一审法庭辩论终结前, 公诉人要求撤回起诉的案件, 裁定准许撤回起诉, 但在裁定中同时限定公诉机关在一个月内重新提起公诉或者作出不起诉决定书, 撤回起诉以一次为限;

2. 在庭审过程中, 公诉人以发现案件需要补充侦查为由, 提出延期审理建议的, 法庭宣布延期审理后一个月内, 公诉机关没有提请人民法院恢复法庭审理的, 人民法院应当决定按人民检察院撤诉处理, 同时限定公诉机关在一个月内重新提起公诉或作出不起诉决定书, 撤回起诉以一次为限;

3. 在法庭审理结束后, 拟宣告判决前, 人民检察院要求撤回起诉的, 裁定不予准许, 并依法作出判决。

四、应该与时俱进, 对《刑事诉讼法》进行修改, 以改变公诉案件撤回起诉在立法上无法可依, 在司法上十分泛滥的局面, 从而有效保障人权, 以符合刑事诉讼公正、民主、科学的国际潮流

一个政治民主、法制发达的国家, 程序法应当得到很大的重视, 因为实体法只有通过程序法的实施才能得到正确的实行。而且, 程序法不只是法律的生命形式, “也是法律内部生命的表现”。^⑫同样, 一部科学的经得起历史考验的刑事诉讼法典, 应当把惩罚犯罪和保障人权有机地结合起来, 并贯穿于各个程序, 各个制度之中, 成为人权保障的有力屏障。

我们应该与时俱进, 对《刑事诉讼法》进行修改, 对公诉案件撤回起诉进行明确规定, 以改变公诉案件撤回起诉在立法上无法可依, 在司法上十分泛滥的局面, 从而有效的打击犯罪和保障人权。以符合刑事诉讼公正、民主、科学的国际潮流。

注释:

①郝银钟:《撤回起诉现象应予废止》, 法制日报 2006 年 9 月 28 日。

②《现代汉语词典》商务印书馆 1998 年版, 第 437 页。

③罗尔斯著:《正义论》, 中国社会科学出版社 1988 年版, 第 5 页。

④庞德著:《通过法律的社会控制—法律的任务》, 商务印书馆 1994 年版, 第 55 页。

⑤陈桂明著:《诉讼公正与程序保障》, 中国法制出版社 1996 年版, 第 2 页。

⑥郝银钟:《撤回起诉现象应予废止》, 法制日报 2006 年 9 月 28 日。

⑦郝银钟:《撤回起诉现象应予废止》, 法制日报 2006 年 9 月 28 日。

⑧郝银钟:《撤回起诉现象应予废止》, 法制日报 2006 年 9 月 28 日。

⑨王新环:《公诉案件撤诉具有程序价值》, 法制网 <http://www.legaldaily.com.cn>。

⑩郝银钟:《撤回起诉现象应予废止》, 法制日报 2006 年 9 月 28 日。

⑪王新环:《公诉案件撤诉具有程序价值》, 法制网 <http://www.legaldaily.com.cn>。

⑫马克思:《第六届莱茵省议会的辩论(第三编论文)》、《马恩全集》第 1 卷, 人民出版社 1972 年版, 第 178 页。

作者单位: 安徽百大律师事务所

论《海关核定证明书》的救济

董劲松 王 军

【内容摘要】在走私刑事诉讼中，海关是核定嫌疑人、被告人偷逃税款数额的唯一的法定机关，其出具的《海关核定证明书》按照规定可以作为定罪量刑的证据和依据。但是，由于作为证据，该《核定证明书》是经由法定部门出具的权威的证明，法院没有权力以自己的判断取代该《核定证明书》从而确定案件的判决结果。鉴于其固有的审查程序和认定习惯以及最佳证据规则原则的影响，刑事审判对《核定证明书》的审查形同虚设，走私案件的定罪和量刑从本质上是由行政机关确定的，而不是法院，于是，冤案无可避免。由于海关出具的《核定证明书》具有明显的行政权力性质，在刑事案件中应该赋予行政复议和行政诉讼的救济权利，或者将行政诉讼对具体行政行为的审查原则移植到刑事诉讼中。

【关键词】走私 海关核定证明书 不彻底救济 刑事诉讼 行政诉讼

案例：某公司进口一批自用设备，由于报关材料中出现一些问题，被海关认定为走私，由该海关缉私局立案侦查。该海关现场业务处按照《海关总署归类决定Z××××-××××》，将该类设备按照一个统一的品目归类，并出具《海关核定证明书》（以下简称《核定证明书》），该《核定证明书》加盖了海关缉私专用章。该公司认为在这批进口的设备中，海关现场业务处按照成套设备对该设备进行归类与国务院颁布的《税则条例》中的具体归类品目不符，应该各个设备单独归类，其中，根据国务院《不予免税目录》应予免税的设备应该免税。遂向海关提出复议申请，海关认为该《核定证明书》属于最高人民法院、最高人民检察院和海关总署确定的走私刑事案件的证据，不是具体行政行为，不能提起行政复议，亦不能提起行政诉讼，遂作出行政复议不予受理决定书。

一、《海关核定证明书》的地位

在走私刑事诉讼中，犯罪嫌疑人、被告人偷逃税款的数额由海关核定，对其有异议，一般认为，应该按照证据的性质进行救济。该观点的主要依据是最高人民法院、最高人民检察院和海关总署联合发布的《办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》），该《意见》规定：“在办理走私普通货物、物品刑事案件中，对走私行为人涉嫌偷逃应缴税额的核定，应当由走私犯罪案件管辖地的海关出具《涉嫌走私的货物、物品偷逃税款海关核定证明书》。海关出具的《核定证明书》，经走私犯罪侦查机关、人民检察院、人民法院审查确认，可以作为办案的依据和定罪量刑的证据。”“走私犯罪侦查机关、人民检察院和人民法院对《核定证明书》提出异议或者因核定偷逃税额的事实发生变化，认为需要补充核定或者重新核定的，可以要求原出具《核定证明书》的海关补充核定或者重新核定。”“走私犯罪嫌疑人、被告人或者辩护人对《核定证明书》有异议，向走私犯罪侦查机关、人民检察院或者人民法院提出重新核定申请的，经走私犯罪侦查机关、人民检察院或者人民法院同意，可以重新核定。重新核定应当另行指派专人进行。”

二、按证据审查是不彻底救济，冤案无法避免

笔者将目前对《核定证明书》的审查按照证据进行审查的模式归于不彻底救济，是因为，从表面上看，对海关《核定证明书》已经明确了法律上的救济途径，无须担心因没有救济而导致的冤案错案。但是，正是这一表象掩盖了该救济途径在实践中基本不可行的司法现实。从这个角度来看，笔者以为，目前的救济途径的规定比没有规定有着更大的危害。救济途径的空缺必定会导致对该问题的争议与研究，以及出台新规的紧迫性。救济途径已定的现实，很大程度上排除了这种紧迫性，甚至排斥了对该问题的进一步深入研究。实际上，如果该救济方式在司法实践中基本上流于形式而归于无效的话，该救济就是不真实的救济，冤案错案就不可能避免。目前按证据的救济方式如果失灵，刑事案件的决定权实际上将是由行政机关完成的，行政与司法对公正、效率的定位以及慎重程度并不相同，这是众所周知的，正是这一点埋下了巨大公正隐患。尤其是与行政诉讼的审查方式相比，刑事诉讼按照证据对《核定证明书》的审查存在以下劣势：

（一）刑事诉讼对证据的审查方式决定了对《核定证明书》审查的不彻底性

1. 刑事审判对《核定证明书》的审查定位是信任和依赖，而不是怀疑

与行政诉讼对行政行为审查的定位不同，行政诉讼将行政行为视为审查对象，而刑事诉讼将行政行为，尤其是上述案件中的《核定证明书》视为定罪量刑的重要依据。前者是怀疑为主导，后者以信任、依赖为主导。从审查方法上看，行政诉讼对行政行为是从证据、程序到依据全面、深层审查，刑事诉讼对证据，尤其是技术证明的证据，只是浅层审查，即，形式要件和效力等级的审查。如此，刑事诉讼对《核定证明书》以对待证据的方式审查，必定是不彻底的。复杂的行政机关的认定行为不可能通过证据审查获得矫正，除非明显。

2. 刑事审查程序中海关不需出庭支持公诉，导致审查不可能深入

行政诉讼是通过司法审查的形式，列出原被告，通过对争议的行为（本案中——《核定证明书》）辩论、审查确定其效力。而刑事诉讼中是由检察机关举证，并通过检察机关与辩护人的辩论确定其效力。检察机关不是《核定证明书》的作出机关，根据《意见》也可以看出，检察机关放弃了认为自己有能力核定税额的自信，只是作为证据提供法院。且，如果发现问题，也是传于海关处理，检察机关在《核定证明书》的问题上，只是起到传递的作用，不能形成对该问题深入的看法，包括缘由、方法、经验、依据等等。所以，刑事审判法庭之上根本不能形成对该证据的深入审查的条件，放弃深入审查基本是不可避免的现实。

3. 最佳证据规则的影响，导致《核定证明书》超高的优势证明地位

（1）对技术性做证据三性的审查，一般无法达到甄别正误的目的。证据的审查主要是对合法性、关联性、真实性进行审查。对于技术性问题，（包括自然科学技术以及法律适用技术）的审查，主要对出具单位和个人的资质、程序和方法进行审查。资质方面比较简单，一般很少出现问题。对于程序的审查也呈现表面化特征，所以，对其审查也是简单易行且在司法实践中运用较多的审查方式。对方法的审查就较为复杂了，因为方法本身除非有相关规定明确鉴定或者确认方法，否则，鉴于其专业性的内涵，法院不愿也没有能力判断其合法与否。而且，如果出现方法之间的争议，法院简直无能为力。“如果数个证据经法庭审查均具有合法性和相关性，不能认定它们中任何一个证据属于虚假证据，对证明同一待证事实发生矛盾时，法庭应当认定公文文书所确定的事实为真实的。”^①这不仅说明有些证据具有优越的效力地位，而且，也说明，不真实的证据依然能够通过合法性和关联性审查。于是，这也说明了证据审查力度的不足和无奈。当《核定证明书》合法性和关联性都无法发现问题的时候，那么，法院对这种问题就不再是审查问题，而是采用问题，采用的标准还是形式上的，而不是实质上的判断。恰好有一个现成的标准，虽然与其表述有一定不同，但是其基本精神可以供司法机关参照适用，那就是最佳证据规则。

（2）最佳证据规则的思维惯性导致海关《核定证明书》超高的效力。最高人民法院做出

的关于行政诉讼证据规定和民事诉讼证据规定均包含以下内容：法定鉴定部门的鉴定结果优于非法定鉴定部门的鉴定结果，法院主持委托的鉴定部门的鉴定结论优于非法院委托的鉴定结论，国家机关以及其他职能部门依职权制作的公文文书优于其他书证。这一方法被称为最佳证据规则，已经法定的用于我国行政和民事审判。

“最佳证据规则曾是普通法上最为古老的证据规则之一。作为普通法传统上的证据规则之一，最佳证据规则的实质内涵是，某一特定的有关案件事实，只能采取能够寻找到的最令人信服和最有说服力的有关最佳证据方式予以证明。”^②只有提出更加充分有力的反证，才可能推翻最佳证据。在行政诉讼和民事诉讼中使用上述规则，虽然具有缺陷，不能排除合理的怀疑，但是，毕竟对于迅速解决案件，保证更可能的公正提供了有力的支撑。刑事诉讼就不同了，刑事诉讼的证据的证明标准要远远高于民事和行政诉讼证明标准。虽然刑事诉讼至今没有出台与上述证据规则基本相同的证据规则，但是，上述规则的传播力是巨大的，尤其是相同情形出现的情况下，让法院代替技术适用部门对技术本身作出判断不是法院的习惯，亦非法院可以胜任。所以，刑事案件无可避免也会适用最佳证据规则。如此结论与客观真实之间的距离也就难以避免的产生了。《核定证明书》是个法律适用的技术问题，而海关是法定的出具《核定证明书》的部门。根据上述习惯和基本的逻辑，海关的看法显然高于其他的看法，包括辩护律师的看法，专家意见等等。从最高法院的意思来看，已经放弃了法院系统对该问题作出判断的决心和信心。否则，怎可能把《核定证明书》作为确定嫌疑人偷逃税款的唯一证据和依据。最高法对法院对该问题的不自信和核定权的放弃，导致各级法院的刑事审判庭处理走私案件时，天然的把海关出具的《核定证明书》先入为主地视为定案标尺。嫌疑人、被告人、辩护律师提出挑战的途径本来就不多，更不具有足以挑战海关的权威身份。因此，形式上，海关《证据书》占据了绝对的基本是不可动摇的优势地位。充其量，根据嫌疑人、被告人或者辩护人的申请，给予程序上的一次救济机会。但是，既然是技术问题，而且是唯一具有这个能力的单位，其结果的确定权仍然牢牢控制在手中。侦查、检察、法院等部门对此有异议的，根据规定，可以要求重新核定。其实，海关能正式出具的《核定证明书》岂是非专业机构能够轻而易举发现错误的。如果司法机关有这个能力发现错误，为何要将最终偷逃税额核定权弃让与海关，除非错误明显。

（二）说服责任和推进型责任被倒置，排除合理性怀疑标准被放弃

在英美法系国家里，无论是司法实践还是证据学理论都一致公认举证责任分为推进责任和说服责任。^③说服责任又称法定责任，这一责任由实体法规则确定，被确定有说服责任的一方当事人对自己的主张必须提供证据充分证明，使法官确信其主张成立。推进责任，又称提供证据的责任，当事人对自己的主张并不必须证明其成立，而只须提供证据证明有成立的可能性，或者对对方的主张并不必须证明其不成立，而只须提供证据引起合理怀疑，证明其有不成立的可能性。如果对方无有力的证据予以反驳，无法合理地否定这种可能性时则对方的主张不能成立。^④三大诉讼都适用这一原则。尤其是刑事诉讼，适用的是排除合理性怀疑标准，对推进责任要求更低，对说服责任要求更高。

但是，如果在行政诉讼中，由于海关是被告，那么，海关必定负有说服性责任，而相对人承担推进性责任。但是，在走私刑事案件中，由于《核定证明书》是证据，而且是被赋予了超高效力的证据，本身构成刑事案件说服责任的重要依托。而就《核定证明书》本身而言，根据前述分析，对这样的证据，没有相反的充分的、更加有说服力的证据，根本无法推翻其效力。于是，在刑事诉讼中，很容易对其适用相反的逻辑，嫌疑人、被告人、辩护人如果对其有异议，则必须承担说服责任，否则，根本无法推翻具有超优势地位的《核定证明书》，在这一点上，利害关系人只是提出合理怀疑是远远不够的。因此，对《核定证明书》作为证据审查很可能会违背刑事诉讼的基本精神，冤案无可避免。

（三）人民法院刑事审判对证据的审查，无法解决海关对其观点的坚持

1. 海关重新核定税额不仅可以坚持己见，而且可以加重核定税额

（1）要求海关重新核定税款不以违法为前提。与行政诉讼不同，行政诉讼如果要求行政机关重新作出行政行为，必定是已经以明确的、判决的方式确认原行政行为违法，这也是行政机关不能再次作出基本相同行政行为的原因。但是，侦查、检察和法院对《核定证明书》的审查并不要求其违法。如根据《意见》：“走私犯罪侦查机关、人民检察院和人民法院对《核定证明书》提出异议或者因核定偷逃税额的事实发生变化，认为需要补充核定或者重新核定的，可以要求原出具《核定证明书》的海关补充核定或者重新核定。”这里可以看出，相关部门对《核定证明书》有异议，认为需要重新核定，就可以要求重新核定。这个异议并不要求明确地认定为违法。嫌疑人、被告人、辩护人的异议更为模糊，“走私犯罪嫌疑人、被告人或者辩护人对《核定证明书》有异议，向走私犯罪侦查机关、人民检察院或者人民法院提出重新核定申请的，经走私犯罪侦查机关、人民检察院或者人民法院同意，可以重新核定。重新核定应当另行指派专人进行。”只要利害关系人提出异议，相关部门同意即可，在什么条件下同意没有设定任何标准。实践中，《核定证明书》重新核定并不意味着相关部门确定地认为该《核定证明书》存在错误，只是只要嫌疑人、被告人、辩护人提出申请，相关部门同意即可重新核定。也就是说，只要相关部门认为申请人提出的理由有一定道理，不是无故拖延时间，就可以进行重新核定。这与行政诉讼的撤销行政行为，要求行政机关重新作出新的行政行为的审查标准根本不同。行政诉讼的审查是从事实、证据、程序、依据、权限等多方面对具体行政行为进行审查，最终判定行政行为存在违法，从而产生撤销的法律效果。对比《核定证明书》的重新核定，二者的标准完全不同。从这一点，可以看出，相关部门对《核定证明书》以及异议的审查非常表面化，也没有相关规定要求对《核定证明书》进行实质性地、像行政诉讼一样的审查。这一程序为海关重新作出与原行为相同的《核定证明书》埋下了伏笔。

（2）海关甚至会加重核定税额。实践中，海关在被要求重新作出核定时，不仅没有减少核定税额，反而加重了核定税额。对此，没有任何规定反对这一做法。这也导致嫌疑人、被告人、辩护人提出重新核定申请时，顾虑重重，不能实现有效救济。

2. 申请人程序权利用尽，将无权异议

正是因为相关部门要求海关重新核定税款不以《核定证明书》违法为前提，于是，就不能排除海关经过重新核定，仍然坚持原结果。当海关重新作出相同的《核定证明书》以后，如果申请人再以同样的理由提出异议，该异议将无法被支持，不论这个异议是否有道理。因为，就同样的理由，申请人已经提出一次，而且，相关部门已经经过了要求海关重新核定的程序，海关也实际上重新核定了该数额，但是，结果没有达到利害关系人的满意。但是，没有法律规定，一定要达到利害关系人的满意，否则，可以继续提出异议。如此，当海关作出相同的核定后，利害关系人提出异议的申请就会成为重复的申请，从而，不可能被再次支持。

3. 法院判断权旁落，判决权空洞化

《核定证明书》的最终出具权确定给了同一单位，导致走私罪的量刑权基本上交予了行政机关。虽然这不是法律的表述，甚至从法律的表述中，可以看到是否确认还是由法院等部门确定。但是，根据上述分析，走私税款的核定基本上是不可争议的由海关最终确定。刑事审判要求对证据的审查的排除合理性怀疑标准，在走私案件中，由于行政机关的《核定证明书》的强大作用和力量，以及审查的微弱，基本不存在了。是否出现冤案关键看行政机关的《核定证明书》是否正确，这要看海关的态度和认识了，而不是法院。

在这个问题上，还有一个可以借鉴的相似情形，那就是《交通事故责任认定书》，作为行政机关出具的技术性证明，被《道路交通安全法》界定为“证据”，从而在司法实践中基本上被排除在行政诉讼审查之外。如此，二者就具有了相似性，但是，二者不同的是，关于海关

税款核定、归类、税率适用、减免税等争议依法原本就可以提起行政诉讼；其次，尤为重要，对于《交通事故责任认定书》，法院在民事或者刑事审判中发现不正确时，不需要发回作出该《认定书》的原交通管理部门，重新作出认定书，而是以自己的判断，重新界定事实和责任，从而作出判决。虽然，在民事诉讼中，因《交通事故责任认定书》作为证据的效力远高于其他证据，从而导致《交通事故责任认定书》在现实中基本都被采用，这一点多为学者诟病，也被司法实践所证实：“根据笔者的办案实践，法官们无一例外地根据道路交通事故认定书所确定的各方责任以及责任大小，对赔偿问题作出调解或判决，即使当事人对于事故认定存在异议，法官也往往以无相反证据证明为由不予采信，造成了事故认定书在民事诉讼中的独大地位。”^⑤，但是，在刑事诉讼中，由于证明标准的严格，法院对《交通事故责任认定书》弃而不用，自己作出重新认定的并不鲜见，这一点也基本上没有法律上以及法官个人认识上的障碍。因此，交通事故案件的最终判决权仍然掌握在法院手中，而走私案件中，法院的最终决定权已经旁落了。

因此，在重新核定程序中，当海关坚持时，甚至海关增加了核定税额时，法院除了认定海关的数字，别无选择。因为，最高法院等的规定明确将核定税额的权力交给了海关。当程序走完时，法院不予认定已经没有了空间。

4. 当《核定证明书》请示了海关总署，其内容更无法撼动

当申请人与海关的意见冲突明显，各自坚持己见时，有时，法院也会较为慎重，要求海关慎重行事。法院的态度会引起出具《核定证明书》的海关的不安，这种情况下，很多时候，海关会向海关总署请示，当海关总署对《核定证明书》内容作出肯定回复后，海关的结论就更加不可动摇。因为海关是核定税款的法定的、唯一的、技术性的、权威的机关，海关总署于是就是这一权威的终端。从核定税额这一专业性的问题而言，法院没有信心确信自己的判断比海关总署对这一专业性的问题的认识更正确，所以，当《核定证明书》被总署内部确认后，结果已定。而当海关作出《核定证明书》依据的是海关总署的规范性文件的时候，这一结果同样会发生。

（三）人民法院刑事审判对证据的审查，无法解决《核定证明书》依据的错误

1. 海关核定税款的依据繁杂，冲突难免

海关作为行政机关，其依法行政工作就至少要依据行政法律、法规和规章以及规范性文件，由于政出多门，条文之间的冲突是难免的。“在当今中国，法律、法规、规章和法律解释相互冲突、打架，一点也不逊于国际社会中的法律冲突。法律冲突、打架的现象给我国法制建设造成了极大的危害。”^⑥时至今日，违宪审查制度仍然未能有效建立，法律之间冲突的难题必将留给法院，所以，“法律冲突问题在司法过程中始终存在”^⑦，依据不同的规则，其结果将不同，嫌疑人和被告人的刑事判决将不同。实践中出现的一些困惑，笔者以为与依据的合法性有关：“而我国的核税方法由于包含的可变性太多，因此不太容易做到对同一行为定罪的前后一致以及在全国范围内的同一性，同时也及有可能出现如果在有罪与无罪发生疑问时按有罪处理，在重罪与轻罪发生疑问时按重罪处理的现象。”^⑧

在前述案件中，市海关依据海关总署的一份规范性文件（即《海关总署归类决定Z××××-×××××》）作出核税行为，但是，该规范性文件与国务院《税则条例》规定的归类存在冲突。按照该规范，该公司进口的所有设备都统一按照《税则条例》中某一个特定的品目归类，适用统一的税率。但是，根据国务院的《税则条例》相关品目的具体适用规定，该公司进口设备应该各自归类，适用不同的税率标准。按照海关总署的规范性文件计算的应缴税额于是高于按照国务院《税则条例》规定的应缴税额，该结论显然对嫌疑人造成不利影响。

2. 海关总署的权威地位实质上阻止了法院的不同观点

很显然，如果要确认嫌疑人、被告人、辩护人意见的正确，那么，对海关总署的上述规

范性文件效力进行审查就是不可跨越的门槛。刑事审判庭对证据的审查不是行政诉讼，行政诉讼对行政行为合法性的审查中，就包括审查依据是否合法，即依据法律、法规，参照规章，刑事诉讼没有这一要求。如此，无论争议如何，其实，结果都已确定。海关是核定进口税额的专业机构，是法院认定税额知识的不足，从而转而倚靠的专业机构。让刑事审判庭推翻权威的、适用于全国、甚至是适用多年的海关总署的决定基本不具有可能性，尤其是该决定还是在“依据国务院《税则条例》”的前提下作出。海关总署是《税则条例》具体应用的解释和指导机关，法院刑事审判庭不懂的问题还要向它请教，不可能对其规范性文件进行否定，尤其是刑事审判对《核定证明书》的审查不可能像行政诉讼一样深入内部。如此，如果按照证据审查，当《核定证明书》是依据海关总署对《税则条例》如何适用所作解释作出时，在实践中，法院刑事审判庭除了采用，基本别无选择。

（四）个别的突破将形成混乱的秩序

笔者将刑事审判的审查视为不彻底审查并不意味着刑事审判不可以像行政审判一样对《核定证明书》进行审查。只不过这种审查过于依赖于法官的个人看法，如果法院来自于行政审判庭，或者法官对此问题有研究，并愿意对该问题进行深入审查，也没有法律上的障碍。但是，这样一来，就出现了现实中的不均衡。当然，上述情况出现的几率毕竟太微小，总体上不能改变不彻底救济的司法实践。法律的精神和生命力不在于法律观念、法律逻辑的纯粹，而在于司法实践中，目的的达到最终取信于社会，以实践诠释法律的精神，实现法治社会。同样的问题不能同样对待，如此，就会造成有法律无秩序的尴尬司法实践。

三、将行政诉讼审查模式植入刑事诉讼

（一）《核定证明书》具有明显的行政权力特征

1. 出具证据的行为是海关的行政部门出具的行为，不是缉私局的行为
2. 出具《核定证明书》的行为是海关依据职权作出的行为

《中华人民共和国海关计核涉嫌走私的货物、物品偷逃税款暂行办法》（以下简称《计核办法》）第十条规定：“……海关计核部门应当自接受计核之日起7个工作日内作出计核结论，向送核单位出具《涉嫌走私的货物、物品偷逃税款海关核定证明书》，加盖海关税款核定专用章，并随附《涉嫌走私的货物、物品偷逃税款计核资料清单》。”该授权为行政规章授权，性质上只能是行政权。有观点认为海关出具《核定证明书》是最高人民法院、最高人民检察院、海关总署《关于办理走私普通货物、物品刑事案件偷逃应缴税额的核定问题》（以下简称《核定问题》）联合授权，并非海关总署一家授权。这种理解是错误的，三家联合发文，不代表所有的权力三家都有权力授出，否则，就不需要联合发文了。三家各自在自己的权限内作出规定，联合发出，相互配合，这才是联合发文的关键。如海关总署授权海关出具《核定证明书》，最高人民法院、最高人民检察院规定对其如何认定。囿于分工，无论如何，最高人民法院、最高人民检察院都不可能对行政机关进行授权。

另外，《核定证明书》的出具受制于管辖权限的事实也说明出具《核定证明书》的行为属于行政权的行使。根据相关规定，作为证据审查时，嫌疑人、被告人、辩护人对《核定证明书》的出具机关不具有可选择性，对《核定证明书》的重新作出也不具有可选择性。《核定证明书》必须经原海关作出已。该状况充分说明出具《核定证明书》的权力性质。

3. 出具《核定证明书》的行为涉及到嫌疑人、被告人的应缴税收的权利义务，这是行政征税关系中的权利义务

《核定证明书》的内容涉及到：归类、适用税率、减免税、适用依据问题，对这些问题的争议都是行政争议的范畴。

4. 出具证据的行为是外部行为

由于该行为已经超越了规章授权的计核部门以及行政机关之外，构成外化、成熟。

5. 《核定证明书》的计核依据是行政法

《核定证明书》的计核依据是海关总署的《中华人民共和国海关计核涉嫌走私的货物、物品偷逃税款暂行办法》，属于行政法。

综上，出具《核定证明书》的行为显然是海关的行政性质的行为。

（二）出具《核定证明书》的行为不是行政诉讼排除的范围

目前，划定是否属于可诉的依据是最高人民法院《若干问题的解释》，对复议同样可以适用。

该解释适用了概括性规定和排除性规定相结合的办法界定可以提起诉讼的行为，由于行政诉讼的受案范围小于行政复议受案范围，所以，这个规定对行政复议依然有效。该《若干问题的解释》采用的是“国家行政职权”+非排除范围标准。

1. 出具证明书的工作部门是现场业务处，不在排除范围之列

《若干问题的解释》第一条第二款第（二）项：“公安、国家安全等机关依照刑事訴訟法的明确授权实施的行为；不属于人民法院行政诉讼的受案范围。”只有公安和国家安全、包括海关缉私局等机关的行为才能构成排除行政诉讼管辖的主体，合肥海关的现场业务处是标准的行政机关的行政部门，属于规章授权的单位。

2. 不是刑事訴訟法明确授权的行为

出具《核定证明书》不是《刑事訴訟法》明确授权的行为，《刑事訴訟法》从未提到过《核定证明书》

3. 不属于对原告权利义务没有影响的行为

根据最高法《若干问题的解释》第一条第二款第（六）项：“对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为。不属于人民法院行政诉讼的受案范围。”而《核定证明书》对原告的影响是明显的，至少，没有这一条件，就不会有取保候审、逮捕等强制措施。有观点认为，《核定证明书》没有对嫌疑人、被告人造成直接的影响。这一认识不正确，因为没有法律规定这种影响是直接的还是间接的、现在的还是将来的。

（三）在刑事訴訟对《核定证明书》的审查中移植行政审判规则或者刑事附带行政诉讼

1. 程序制度创新的必要性。鉴于上述分析，为了实践中的司法彻底救济，拨开目前司法实践中的不彻底救济迷局，笔者以为，从纯理论的角度来看，行政机关出具的技术性证明文件，应该全部可以提起行政复议和行政诉讼。但是，出于效率的考量。或许这样会影响本案效率。司法判决不但要公正，而且要有效率。英国有一句谚语：正义被耽搁等于正义被剥夺。^⑨在刑事案件的侦查已经启动，在这个过程中停顿下来，等待行政复议以及行政诉讼，而且，这种等待又是走私案件刑事訴訟的一个常态的话，那么，制度上的创新就非常有必要了。

2. 移植行政诉讼规则或者创建刑事附带行政诉讼模式

具体叫什么名称并不重要，重要的是要有程序能对《核定证明书》进行彻底的审查，防止冤案、错案的发生。如果效率的考量占据较重的位置，那么，笔者建议将行政诉讼的审查方法移植到刑事訴訟对《核定证明书》的审查上，或者刑事附带行政诉讼。

（1）引入“违法”标准。根据《行政诉讼法》第五十四条第一款第（二）项之规定：“具体行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为：1. 主要证据不足的；2. 适用法律、法规错误的；3. 违反法定程序的；4. 超越职权的；5. 滥用职权的。”改变目前对行政机关技术性证明的形式审查和优势对比的最佳证据标准，进入彻底的实质性的审查。

（2）引入海关出庭辩论原则。“司法实践中，也未确立计核人员出庭说明计核过程的制度。这种仅仅给出结论而不说明推论过程的神秘的、无因的核税证明，导致审判过程中，控辩双方不得不各自从案件的材料中寻找、推断核税证明背后的依据，一旦发生争议，法官就

处于两难境地。因为，在这样一个结论面前，法官也只能通过推测来认定核税证明正确与否。任何采信或是不采信的意见，都难以说出一个足以服人的判断理由。虽然实践中，法官往往通过庭外私下向计核人员咨询以增强内心确信，但因该咨询过程未有被告人及辩护人的参与，计核人员的庭外说明也未经被告人及辩护人的质证，即便法官宣示计核过程合理合法，也难以使被告人及辩护人信服。”^⑩如此，在刑事诉讼程序中，将似乎出现两个公诉人的现象，可能导致不同的意见。但是，笔者以为，由于海关仅仅就《核定证明书》进行举证和质证、辩论，改变了以前公诉人只是将《核定证明书》作为证据的难以追溯其缘由的状况，必将彻底改变《核定证明书》的不恰当的优势地位，回归其正常的状态。这一程序会比今天的程序繁琐，但是，比行政复议和行政诉讼程序简单。对于保证司法公正，又确保司法效率两者共融将是较好的解决方案。

(3) 引入海关承担举证责任和依据责任。“现行的核税证明格式过于简单，关于计核过程，仅有对法律依据、所适用税则及计税价格确定方式的简单罗列，既未体现送核人所提供的资料，也未体现具体的计算、判断过程。”^⑪如果引入海关举证原则，必将打破上述困局，刺破了《核定证明书》作为结论的坚固表层，从证据到依据必须全面向法庭展现，并接受被告人、辩护人的质证和辩论。当海关举出的证据不足或者不真实，海关将承担举证不能的责任，从而导致《核定证明书》的重新作出、甚至撤销的后果。

(4) 引入“依据法律、法规，参照规章”原则。根据前文论述，当海关作为出庭参与案件审理的主体，并承担了提供证据和依据的责任后，其依据的合法性问题就必将在许多情况下会摆在法庭审理中，因此，该原则的引入，对于：上位法优于下位法、新法优于旧法、特别法优于一般法等法律适用原则的运用和我国同一法律秩序的维护以及嫌疑人、被告人权利保护，防止冤案、错案的发生具有重要意义。

(5) 引入“不得作出基本相同行为”原则。《行政诉讼法》第55条：“人民法院判决被告重新作出具体行政行为的，被告不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为。”在海关参与刑事案件的庭审，并承担举证责任后，重新作出核定就不是前文所述的模糊的“同意”标准，而代之以“违法”的明确标准，作为违法标准的必定后果就是，当《核定证明书》被重新作出时，不能再作出另一个基本相同的行为，因为这一行为已经被明确确认为违法。

(6) 引入重新核定不得加重处理的原则。刑事诉讼法中有着“上诉不加刑”的原则，目的在于保护被告人提出异议的权利真实实现，而不是因为畏惧而认可判决。《若干问题的解释》第55条也有类似规定：“人民法院审理行政案件不得加重对原告的处罚，但利害关系人同为原告的除外。”同样道理，对于海关《核定证明书》的异议，也应该适用这一原则，不仅仅是为了保护被告人的寻求救济的权利，而且，也防止了海关因嫌疑人、被告人提出异议，而进行报复性核税，从而损害了政府的形象。毕竟，核税中存在大量的自由裁量权，加重税款并不是件很困难的事。海关应该受到自己已经做出的行政行为效力的约束，从当事人的信赖利益保护考虑，这也是海关应该遵循的一般原则。

总之，海关《核定证明书》是走私罪定罪与量刑的关键性的文书，它必须得到彻底的审查，从而保证司法公正和罚当其罪，实现司法和谐。

注释：

①李国光主编：《最高人民法院〈关于行政诉讼证据若干问题的规定〉释义与适用》，人民法院出版社，2002年版，345页。

②刘善春、毕玉谦、郑旭：《诉讼证据规则研究》，中国法制出版社2000年版，第402页。

③Abhor.V.North Esatern Railway Company(1883),11Q.B>440(C..A.),Affirmed(1886),11App.Cas.247(H.L.).

④耿宝建：《行政诉讼证据及举证责任》，载《全国法院第十三届学术讨论会获奖论文集》，人民法院出版社 2001 年版，第 654-655 页。

⑤刘海涛：赋予交通事故认定书可诉性以实现当事人的权利救济，
<http://wenku.baidu.com/view/5e1409a20029bd64783e2cc3.html>

⑥蔡定剑：《法律冲突及其解决的途径》，载《中国法学》1999 年第 3 期。

⑦钱宁峰：《法律冲突裁决机制在法律适用中的有效性分析》，载《学海》，2009 年第 6 期。

⑧周秋桓《试论走私犯罪偷逃税额核定的法律冲突》，《江南论坛》2006 年第 2 期。

⑨宋冰：《程序正义与现代化》，中国政法大学出版社，1998 年版，第 439 页。

⑩唐红宁：《〈涉嫌走私的货物、物品偷逃税款海关核定证明书〉的审查认证》，载《人民司法》，2008 年第 17 期。

⑪唐红宁：《〈涉嫌走私的货物、物品偷逃税款海关核定证明书〉的审查认证》，载《人民司法》，2008 年第 17 期。

作者单位：安徽元太律师事务所

浅议醉酒驾驶的刑事处罚

周茂军

【内容摘要】从今年5月1日起，刑法修正案（八）已经正式实施，醉酒驾驶行为由原来的违法行为变成了犯罪行为，整个性质意义发生了根本的变化，加大了醉酒驾驶的惩罚力度，醉酒驾驶入刑再次成为社会关注的焦点。虽然“刑法修正案（八）”将醉酒驾驶入刑，解决了统一量刑的问题，也有了明确的罪名，可以更加准确统一地指导司法实践工作，填补了法律在此处的空白。但是，我国刑法却把醉酒驾驶的最高刑期规定为拘役，造成我国刑事处罚的尴尬。只有把醉驾的刑期提高到有期徒刑，才可以解决好累犯、追诉时效、数罪并罚等刑事处罚的问题。

【关键词】醉酒驾驶 刑事处罚 法律意识

2011年2月25日，十一届全国人大常委会第十九次会议表决通过了《中华人民共和国刑法修正案(八)》，在第133条规定了“危险驾驶罪”，将醉酒驾车、飙车等严重危害群众利益行为定为刑事犯罪。从2011年5月1日起，修正案已经正式实施，醉酒驾驶行为由原来的违法行为变成了犯罪行为，整个性质意义发生了根本的变化，加大了醉酒驾驶的惩罚力度，醉驾入刑再次成为社会关注的焦点。

所谓“醉酒驾驶”，是指在醉酒状态下在道路上驾驶机动车的行为。按照刑法第133条第二款：“在道路上醉酒驾驶机动车的，处以拘役，并处罚金。第三款：“有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”

笔者认为，“醉酒驾驶”由此“入刑”，而且，“醉酒驾驶入刑”势必有利于打击醉酒驾驶，凸显了法律对生命的尊重。刑法修正案（八）将醉酒驾驶入刑，解决了统一量刑的问题，也有了明确的罪名，可以更加准确统一地指导司法实践工作，填补了法律在此处的空白。但是，笔者认为在以下几种情形下必须引起我们深入的思索。

一、故意犯罪转化为过失犯罪来处罚，是否违背刑法的基本理论

我们知道在刑法理论中，对过失犯罪可以转化为故意犯罪的形态应该没有争议。比如，交通肇事致人重伤，而将伤者遗弃荒野不予救助，造成伤者死亡，就是典型的过失犯罪转化为间接故意犯罪，即交通肇事罪转化为故意杀人罪。但是，对于故意犯罪转化为过失犯罪的理论，目前在刑法学术界还没有出现过多的论述。笔者认为，故意犯罪的形态包括犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止和犯罪既遂，在这四种形态中，都不可能存在转化为过失犯罪的形态。对于故意犯罪过程中又构成其它犯罪的，可能会按照数罪并罚来处罚，或者做为故意犯罪的结果加重犯，或者按照其它犯罪从重处罚。例如，盗窃汽车后，又发生交通肇事致人死亡的，我们应该按照盗窃罪和交通肇事罪实行数罪并罚，而不能够仅仅按照交通肇事罪来处罚，而不对盗窃行为进行处罚。

那么，对于醉酒驾驶的行为到底是一种什么主观心态呢？笔者认为醉酒驾驶就是间接故意行为。我们知道故意犯罪包括直接故意犯罪，也包括间接故意犯罪。间接故意犯罪是指明明知道自己的行为会发生社会危害结果，而采取放任态度造成危害社会的结果发生。因而，醉酒驾驶就是行为人已经认识到自己是在醉酒状态下驾驶机动车，而对驾驶行为可能产生的

交通事故的发生，采取放任的态度，显然属于间接故意行为。应该说目前我国刑法界对醉酒驾驶属于间接故意行为，基本认识上是统一的。因此，这种间接故意和那种开车故意撞人的直接故意不同，还不足以构成危害公共安全罪。因此，新设立的“危险驾驶罪”，正好填补了交通肇事罪、危害公共安全罪之外的法律空缺。

对于交通肇事罪，刑法理论基本上没有争议地认为交通肇事属于过失犯罪。那么，当醉驾而又同时构成一般交通肇事罪（未构成以其它方法危害公共安全罪）的时候，如何定罪呢？按照刑法 133 条第三款规定：“有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”由于醉驾的最高刑为拘役，法院必然是按照交通事故罪来定罪处罚了。但是，笔者认为刑法这样规定，对刑法理论产生了新的尴尬，就是把醉驾的故意犯罪行为转化为过失犯罪的交通事故来进行处罚，显然，造成了主观故意变成了主观过失的转化，这与刑法的基本理论产生了矛盾。比如，《律师法》规定，对于故意犯罪的人，取消执业的权利。需要提醒立法者注意，可能我国其他行业，其他领域的某些人员会以这样那样的法律空子。因此，笔者建议对醉酒驾驶同时构成一般交通肇事罪的，应该实行数罪并罚，而不能够仅仅以量刑较重的交通肇事罪来掩盖醉酒驾驶的故意犯罪形态。

二、“醉酒驾驶”入刑与现行的刑事诉讼制度相冲突

按照我国刑事诉讼法规定，醉酒驾驶应该属于公诉案件，必须经过公安机关侦查，检察机关审查起诉，人民法院审判三个环节。而当前我国刑事诉讼中审判前对被告人羁押制度，意味着必须对被告人采取强制措施。因此，新的问题又出现了。

（一）在公安阶段对醉酒驾驶者是否采取逮捕的强制措施。根据《刑诉法》规定，逮捕的一个必要条件就是可能判处有期徒刑以上刑罚。醉酒驾驶的法定刑是拘役，因此，对于涉嫌危险驾驶罪的犯罪嫌疑人如果未构成其它犯罪行为的，是不应当被批准逮捕的，否则就是违反了《刑诉法》的规定。如此一来，也就意味着公安机关即使在对醉酒驾驶者采取了刑事拘留措施，也必须在三天后，最长七天后（因为醉酒驾驶的案件基本不可能出现多次作案、流窜作案、结伙作案的情形，只能延长至七天）将刑事拘留变更为取保候审或者监视居住的强制措施。而且，公安机关必须把采取逮捕期间的侦查期限扣除掉，尽快将案件移送检察机关审查起诉。

（二）对于不符合取保候审、监视居住条件的醉酒驾驶者，是否必须变更为采取逮捕的措施呢？这是刑事诉讼法出现的尴尬。同时，在法院审判阶段，而必须对醉酒驾驶者采取羁押措施，法院的职权限制他人人身自由的措施上能否逮捕。此时法院采取的逮捕措施则有悖程序合理。

（三）醉酒驾驶者认罪态度比较好，有悔罪表现，按照现行的法律规定，即使采用简易程序审理，也必须经过公安机关侦查程序，然后向检察机关提出《起诉意见书》并将案卷移送检察机关。检察机关仍然要按照程序进行必要的审查，然后书写《起诉书》并出具书面《适用简易程序审理建议书》，再向人民法院提起公诉。人民法院接受案件到开庭，再到下达判决书，又有一个时间过程。所以，笔者认为对于简易程序审理的醉酒驾驶犯罪案件仍然显得繁琐，特别是当醉酒驾驶者被采取羁押强制措施的时候，可能导致判决书下达的时候，实际被羁押的期限超过了判决书判处刑期的尴尬局面。笔者认为：在将来的刑事简易程序中，不应将诉讼程序的简化只局限于法院审理阶段，包括侦查、公诉程序在内的环节也应设立简化程序，法官可以仅凭侦查卷宗就可进行判决，无需公诉审查，即可进入法院审理阶段。

三、醉酒驾驶案件与我国刑事制度原则相违背

（一）醉酒驾驶案件不构成累犯，不会从重处罚

刑法第 65 条规定：“被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子，刑罚执行完毕或者赦免以后，在五年以内再犯应该判处有期徒刑以上刑罚之罪的，是累犯，应该从重处罚，但是过失犯罪除外。”醉酒驾驶是故意犯罪，但是此罪最高处罚为拘役，因此不存在累犯。对于故意犯罪来说，其社会危害性是比较大的，如果不按照累犯来进行处罚，明显不公平。

（二）醉驾案件不存在被追诉时效的问题

我国刑法总则第 87 条规定的追诉时效最低档是“法定最高刑为不满五年有期徒刑的”，超过五年不再追诉。没有规定拘役的追诉时效期限。因为刑法修正案（八）第 22 条关于“危险驾驶罪”的规定之前，刑法分则没有法定最高刑为拘役的罪名。笔者认为，有期徒刑与拘役是两个独立的刑种，不是有期徒刑包括拘役，不是重的刑罚包括轻的刑罚。因此，目前刑法规定的醉酒驾驶应当没有追诉时效问题。但是，这又与刑法立法精神是相违背的。

（三）醉酒驾驶案件不存在数罪并罚

例如，一个人既犯了抢劫罪，又犯了危险驾驶罪，由于醉酒驾驶最高刑是拘役，而抢劫罪的处罚是 3 年以上有期徒刑，因此，不存在数罪并罚。这种情况下是否意味着放纵了醉酒驾驶的犯罪行为。

（四）醉酒驾驶案件是否存在犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止以及如何进行处罚

醉酒驾驶既然是故意犯罪，按照刑法理论，就应该存在故意犯罪的犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止等几种形态，这几种犯罪形态是否也要进行刑事处罚呢？

以上出现的新问题不得不让我们刑法界产生新的思索和探讨。在此，笔者对醉酒驾驶入刑提出以下两点建议：

第一、提高“醉酒驾驶”的起点刑期为一年以上有期徒刑

醉酒驾驶是吸收国外刑事处罚的先进经验而设立的新罪名，这也是对我国刑法制度的不断完善。但是，国外发达国家对醉酒驾驶的处罚都是非常严厉的，比如美国、日本、英国、德国等国家规定醉酒驾驶的最高刑期都是有期徒刑，而我国刑法却把醉酒驾驶的最高刑期规定为拘役，这显然没有与世界上先进的刑事处罚接轨，同时，造成我国刑事处罚的尴尬。只有把醉酒驾驶的刑期提高到有期徒刑，才可以解决好累犯、追诉时效、数罪并罚等刑事处罚的问题。

第二、加强和提高“醉酒驾驶”入刑的法律宣传力度

我国将醉酒驾驶入刑，体现了对生命的尊重，对民意的呼应，是司法为民的具体表现。但笔者认为，中国是一个酒文化很浓的国家，“醉酒驾驶”并不是通过“入刑”就可以消除的现象。毕竟法律是约束人们行为的最后手段，强调的是事后惩治。因此，醉酒驾驶的先期警示教育十分重要，如提高国民素质，增强自律、社会责任感以及对生命的敬畏感等等，在这种社会道德和文化的熏陶之下，人民群众会自觉遵守法律法规，抵制酒后驾车行为，惟有两者相结合，才是解决“醉酒驾驶”问题的根本之策。

作者单位：安徽百大律师事务所

食品安全责任追究

——浅谈《中华人民共和国食品安全法》对食品安全责任追究的法律依据惩罚力度不足之感想

杨会余 唐智君

【内容摘要】在三鹿奶粉事件发生半年后,《中华人民共和国食品安全法》在十一届全国人大常委会第七次会议上获得高票通过,2009年6月1日正式实施了。食品安全状况,关系到每个人的身体健康,也历来是政府工作的重点之一。从《中华人民共和国食品卫生法》到《中华人民共和国食品安全管理条例》,再到现行的《中华人民共和国食品安全法》;从食品“卫生”到食品“安全”,这不是文字的简单增减,更反映了我国食品监管理念的上升,《中华人民共和国食品安全法》被称为“我国食品监管法制化进程中的重要里程碑”。这部法律就我国食品安全监管的薄弱环节进行了有针对性的制度创新,其中重点体制突出了全程监管,对加强食品添加剂监管,统一食品安全标准等制度进行了创新。

在2011年2月25日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议又通过了《中华人民共和国刑法修正案(八)》,自2011年5月1日起施行,加大了对危害食品药品安全行为的惩罚力度。

纵观中国食品安全事件,有一个突出明显的特征就是绝大部分事件是人为事件。进一步深究行为人的行为动机,多是知法犯法,诚信缺失,深层次的问题本质所在就是道德沦丧。为此,加大主体法律责任,建立诚信档案,并上升到道德批判的层面去处理是完全必要的,这样至少可以把人为故意事件发生率降低。为此,笔者结合《中华人民共和国食品安全法》的相关条款,试从食品安全责任行为致受害人赔偿的法律依据谈谈自己的想法,不足之处,请同行指正。

【关键词】食品安全 责任追究 法律依据 惩罚力度

一、《中华人民共和国食品安全法》对监管部门及其工作人员的处罚力度不大

根据《中华人民共和国食品安全法》“第93条违反本法规定,食品检验机构、食品检验人员出具虚假检验报告的,由授予其资质的主管部门或者机构撤销该检验机构的检验资格;依法对检验机构直接负责的主管人员和食品检验人员给予撤职或者开除的处分。违反本法规定,受到刑事处罚或者开除处分的食品检验机构人员,自刑罚执行完毕或者处分决定作出之日起十年内不得从事食品检验工作。食品检验机构聘用不得从事食品检验工作的人员的,由授予其资质的主管部门或者机构撤销该检验机构的检验资格。第94条违反本法规定,在广告中对食品质量作虚假宣传,欺骗消费者的,依照《中华人民共和国广告法》的规定给予处罚。违反本法规定,食品安全监督管理部门或者承担食品检验职责的机构、食品行业协会、消费者协会以广告或者其他形式向消费者推荐食品的,由有关主管部门没收违法所得,依法对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予行政记大过、降级或者撤职的处分。第九十五条违反本法规定,县级以上地方人民政府在食品安全监督管理中未履行职责,本行政区域出现重大食品安全事故、造成严重社会影响的,依法对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予行政记大过、降级、撤职或者开除的处分。违反本法规定,县级以上卫生行政、农业行政、

质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门或者其他有关行政部门不履行本法规定的职责或者滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊的,依法对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予行政记大过或者降级的处分;造成严重后果的,给予撤职或者开除的处分;其主要负责人应当引咎辞职。”从以上条文可知,对监管部门及其工作人员没有一款经济制裁。笔者认为,如果能对监管部门工作人员的失职行为,要进行国家行政赔偿,从经济上对监管部门工作人员进行惩罚,对食品安全或许更加有保障。

二、《中华人民共和国食品安全法》对经营单位及其工作人员的处罚力度不大

再者见《中华人民共和国食品安全法》“第84条违反本法规定,未经许可从事食品生产经营活动,或者未经许可生产食品添加剂的,由有关主管部门按照各自职责分工,没收违法所得、违法生产经营的食品、食品添加剂和用于违法生产经营的工具、设备、原料等物品;违法生产经营的食品、食品添加剂货值金额不足10000元的,并处2000元以上50000元以下罚款;货值金额10000元以上的,并处货值金额5倍以上10倍以下罚款。第85条违反本法规定,有下列情形之一的,由有关主管部门按照各自职责分工,没收违法所得、违法生产经营的食品和用于违法生产经营的工具、设备、原料等物品;违法生产经营的食品货值金额不足10000元的,并处2000元以上50000元以下罚款;货值金额10000元以上的,并处货值金额5倍以上10倍以下罚款;情节严重的,吊销许可证。(一)用非食品原料生产食品或者在食品中添加食品添加剂以外的化学物质和其他可能危害人体健康的物质,或者用回收食品作为原料生产食品;(二)生产经营致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康的物质含量超过食品安全标准限量的食品;(三)生产经营营养成分不符合食品安全标准的专供婴幼儿和其他特定人群的主辅食品;(四)经营腐败变质、油脂酸败、霉变生虫、污秽不洁、混有异物、掺假掺杂或者感官性状异常的食品;(五)经营病死、毒死或者死因不明的禽、畜、兽、水产动物肉类,或者生产经营病死、毒死或者死因不明的禽、畜、兽、水产动物肉类的制品;(六)经营未经动物卫生监督机构检疫或者检疫不合格的肉类,或者生产经营未经检验或者检验不合格的肉类制品;(七)经营超过保质期的食品;(八)生产经营国家为防病等特殊需要明令禁止生产经营的食品;(九)利用新的食品原料从事食品生产或者从事食品添加剂新品种、食品相关产品新品种生产,未经过安全性评估;(十)食品生产经营者在有关主管部门责令其召回或者停止经营不符合食品安全标准的食品后,仍拒不召回或者停止经营的。第86条违反本法规定,有下列情形之一的,由有关主管部门按照各自职责分工,没收违法所得、违法生产经营的食品和用于违法生产经营的工具、设备、原料等物品;违法生产经营的食品货值金额不足10000元的,并处2000元以上50000元以下罚款;货值金额10000元以上的,并处货值金额2倍以上5倍以下罚款;情节严重的,责令停产停业,直至吊销许可证:(一)经营被包装材料、容器、运输工具等污染的食品;(二)生产经营无标签的预包装食品、食品添加剂或者标签、说明书不符合本法规定的食品、食品添加剂;(三)食品生产者采购、使用不符合食品安全标准的食品原料、食品添加剂、食品相关产品;(四)食品生产经营者在食品中添加药品。第87条违反本法规定,有下列情形之一的,由有关主管部门按照各自职责分工,责令改正,给予警告;拒不改正的,处2000元以上20000元以下罚款;情节严重的,责令停产停业,直至吊销许可证:(一)未对采购的食品原料和生产的食品、食品添加剂、食品相关产品进行检验;(二)未建立并遵守查验记录制度、出厂检验记录制度;(三)制定食品安全企业标准未依照本法规定备案;(四)未按规定要求贮存、销售食品或者清理库存食品;(五)进货时未查验许可证和相关证明文件;(六)生产的食品、食品添加剂的标签、说明书涉及疾病预防、治疗功能;(七)安排患有本法第三十四条所列疾病的人员从事接触直接入口食品的工作。第88条违反本法规定,事故单位在发生食品安全事故后未进行处置、报

告的,由有关主管部门按照各自职责分工,责令改正,给予警告;毁灭有关证据的,责令停产停业,并处2000元以上100000元以下罚款;造成严重后果的,由原发证部门吊销许可证。第89条违反本法规定,有下列情形之一的,依照本法第85条的规定给予处罚:(一)进口不符合我国食品安全国家标准食品;(二)进口尚无食品安全国家标准食品或者首次进口食品添加剂新品种、食品相关产品新品种,未经过安全性评估;(三)出口商未遵守本法的规定出口食品。违反本法规定,进口商未建立并遵守食品进口和销售记录制度的,依照本法第87条的规定给予处罚。第90条违反本法规定,集中交易市场的开办者、柜台出租者、展销会的举办者允许未取得许可的食品经营者进入市场销售食品,或者未履行检查、报告等义务的,由有关主管部门按照各自职责分工,处2000元以上50000元以下罚款;造成严重后果的,责令停业,由原发证部门吊销许可证。第91条违反本法规定,未按照要求进行食品运输的,由有关主管部门按照各自职责分工,责令改正,给予警告;拒不改正的,责令停产停业,并处2000元以上50000元以下罚款;情节严重的,由原发证部门吊销许可证。第92条被吊销食品生产、流通或者餐饮服务许可证的单位,其直接负责的主管人员自处罚决定作出之日起五年内不得从事食品生产经营管理工作。”规定的较为详细,但笔者认为,第84条至第92条是对经营单位及其工作人员的违法行为进行经济处罚或行政处罚,无一可震撼违法行为人的思想,因为违法成本较低,有较大利润时,其愿意承担该处罚。如果对其的违法行为,处以其所有家产数倍的处罚,试想还有谁敢冒险?

三、《中华人民共和国食品安全法》第96条规定的不足

《中华人民共和国食品安全法》第96条“违反本法规定,造成人身、财产或者其他损害的,依法承担赔偿责任。生产不符合食品安全标准的食品或者销售明知是不符合食品安全标准的食品,消费者除要求赔偿损失外,还可以向生产者或者销售者要求支付价款十倍的赔偿金。”对此,笔者认为,此条过于笼统。赔偿责任是依据《中华人民共和国消费者权益保护法》第41条“经营者提供商品或者服务,造成消费者或者其他受害人人身伤害的,应当支付医疗费、治疗期间的护理费、因误工减少的收入等费用,造成残疾的,还应当支付残疾者生活自助具费、生活补助费、残疾赔偿金以及由其扶养的人所必需的生活费等费用;构成犯罪的,依法追究刑事责任。第42条 经营者提供商品或者服务,造成消费者或者其他受害人死亡的,应当支付丧葬费、死亡赔偿金以及由死者生前扶养的人所必需的生活费等费用;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”还是依据《中华人民共和国民法通则》的“第122条:“因产品质量不合格造成他人财产、人身损害的,产品制造者、销售者应当依法承担民事责任。运输者、仓储者对此负有责任的,产品制造者、销售者有权要求赔偿损失。”追究呢,因为适用的法律不同,受害人的举证责任也不一样,一个案由是违约之诉,一个是侵权之诉。

四、《中华人民共和国食品安全法》没有对受害人是否有权获得精神损害抚慰金的规定

《中华人民共和国食品安全法》第98条“违反本法规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任。”根据该条,只要致害人一被追究刑事责任,就免除了其赔偿受害人要求赔偿精神损害抚慰金的权利,因为若根据《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第一条第二款“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。”,受害人是得不到赔偿的,明显不妥。笔者认为,附带民事诉讼具有附和性,除了适用刑法、刑事诉讼法,还应当适用民事法律。不能因为是附带民事诉讼,而剥夺民事诉讼的本质特征。因为历史的原因,精神损害赔偿没有纳入附带民事诉讼的范围,随着社会的发展、进步,对于被害人权利的保护应该更加完善充分。

若因犯罪行为引发、间接造成人身伤亡，如果不能附带民事诉讼，犯罪分子已经判刑入狱，受害方就索赔无门。刑事被告人多数打心底里存有打了不罚的思想，破罐子破摔，认为判刑就不再赔偿。而在刑事附带民事诉讼过程中，被告人的家人、亲属往往伸出援助之手，抱着减刑轻处的希望，期望以赔偿受害方的经济损失的方式得到其谅解，最终使被告人得到从轻处理。刑事附带民事诉讼的审判实践，就充分证明了这一点，这也是刑事附带民事诉讼的立法目的所在。如让受害人另行提起民事诉讼，则与此截然相反，使得受害人打官司难，执行更难，即使历经艰难也可能只得到一纸空文。同时，刑事附带民事诉讼不支持精神损害抚慰金，与民事审判实践不符。刑事附带民事诉讼只是民事诉讼的一种特殊情形，民事诉讼中支持精神损害抚慰金，刑事附带民事诉讼中也应该支持精神损害抚慰金。

综上所述，笔者认为，食品安全追究责任，显然是亡羊补牢，多大的处罚，在给社会和家庭伤害面前都显得苍白无力。因此，在由国务院食品安全委员会办公室及工业和信息化部、公安部、农业部、商务部、卫生部、国家工商总局、国家质量监督检验检疫总局、国家食品药品监督管理局联合主办的全国食品安全宣传周启动仪式暨第三届中国食品安全论坛上，将本届中国食品安全论坛主题定为“食品安全·共同的责任”，进一步研究强化食品安全监管措施，积极推进食品安全责任体系建设，提升食品监管能力和食品生产经营者的自律水平，以达到实现让人民群众买得放心、吃的安心、用的舒心的目的。

作者单位：安徽高速律师事务所

建设工程施工合同无效中的有效条款

安 超

【内容摘要】^①契约自治原则是合同法的灵魂和生命。为维护平等、保障秩序、实现公共利益，防止不讲道德的个人和集团所滥用自由，法律可以对意思自治进行干预，但又不能过度，要适度干预。尤其在司法中要公平解释合同条款，对等确定无效合同中的有效条款，实现司法公正。

【关键词】意思自治原则 法律适度干预 无效合同 有效条款

一、思考问题的案例背景

笔者在一起建设工程施工合同纠纷中，作为发包人的代理人参与案件仲裁活动，发现相关问题。因违反我国《招标投标法》强制性规定，没有进行招标投标，发包人与承包人所签订的建设工程施工合同为无效合同。根据最高人民法院的司法解释（法释〔2004〕14号）第二条规定，只要建设工程质量合格，承包人可以请求发包人按照双方在合同中约定的工程款支付。而发包人不能按双方在合同中约定的逾期竣工交付的违约责任追究承包人的逾期竣工交付（逾期200多天，投资4亿元，建成后商品房近9亿元）的违约责任——数千万元的违约金。显然，对发包人是公平的。如果发包人可主张无效合同引起的损失（逾期竣工损失），那么损失计算是否以双方约定的工期为依据？如果以双方约定的工期为依据，那么就承认双方约定的工期条款是有效的。

二、无效合同制度的意义

^②自由是人类良知的守护神。它总是有限的，是相对的而不是绝对的。不受约束的自由往往会伤害其他人的自由。契约自由同样为维护平等、保障秩序、实现公共利益，防止不讲道德的个人和集团所滥用自由，各国不得不用法律的手段对经济市场的交易行为进行适度的干预，对于损害国家利益和社会公共利益、破坏交易秩序等交易行为确定为无效行为，以保障平等有序的市场交易环境。

三、我国无效合同法律制度发展趋势和现状

我国经济是从计划经济向市场经济过度的发展过来的，在计划经济时代，各种经济交易行为深深地受到法律、法规、政策、指令性计划的制约和影响。比如我国1982年制定实施的《中华人民共和国合同法》第7条规定：“下列经济合同为无效：一、违反法律和行政法规的合同；二、采取欺诈、胁迫等手段所签订的合同；三、代理人超越代理权限签订的合同或以被代理人的名义同自己或者同自己所代理的其他人签订的合同；四、违反国家利益或社会公共利益的经济合同。”；87年1月1日实施的《中华人民共和国民法通则》第58条规定：“下列民事行为无效：（一）无民事行为能力人实施的；（二）限制民事行为能力人依法不能独立实施的；（三）一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；（五）违反法律或者社会公共

利益的；(六) 经济合同违反国家指令性计划的；(七) 以合法形式掩盖非法目的的。”把违反国家指令性计划、采取欺诈、胁迫等手段、超越代理权等签订的合同都确定为无效合同，这是用法律手段较为严重程度的干预交易行为的表现。

随着我国改革开放的进一步发展，市场经济逐步形成（但至今仅有较少国家承认我国市场经济国家地位），法律对交易行为的干预强度逐步减弱。尤其是我国于 1999 年 10 月 1 日实施的《中华人民共和国合同法》更多体现了国际上通行的意思自治，更多地减少了法律对合同效力的干预和影响。比如《合同法》第 52 条规定：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”这一规定进一步体现了合同法第 4 条规定：“当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。”确立的“合同自由原则”。

我国合同法在确立合同自由原则的同时，亦借鉴国外的先进经验，对该原则在立法上予以适当限制。如在总则里规定了平等、公平、诚实信用、公序良俗及禁止滥用权力等法律原则；在具体规范中，通过对无效合同、可变更或者可撤销合同以及法院有权依当事人的请求，对过高或过低的违约金予以修正等规定，体现了合同法对合同自由原则的限制。这些限制较此前有了较大的宽松余地，但与当前市场经济行为环境是否合理？是否适度？在司法实践中有无变化等均是值得关注的问题。

四、我国无效合同的有效条款的类型

本文所指的“无效合同”是整个合同无效；“无效合同有效条款”是指整个合同无效中的有效条款。

解决争议方法的条款。我国《合同法》第 57 条也规定：“合同无效、被撤销或者终止的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。”这是在法律条款中直接规定“无效合同有效条款”的典型。本条的规定和我国《涉外经济合同法》的规定是一致的，涉外经济合同法第 35 条规定：合同约定的解决争议的条款，不因合同的解除或者终止而失去效力。

合同无效或者被撤销，虽不能产生当事人所预期的法律效果，但并不是不产生任何法律后果。根据本法第 59 条的规定，合同无效或者被撤销后，要使当事人承担返还财产、赔偿损失的民事责任。同样，在合同终止的情况下，双方当事人之间也有民事责任的存在。对于如何划分这些民事责任，解决双方之间的民事争议，双方当事人在原合同中往往订有解决争议的条款存在，当事人希望用约定的解决争议的方法来解决双方之间的争议。这些条款的效力是独立于合同的效力的，合同的有效与否、变更与否或者终止与否都不影响解决争议条款的效力。

本条所说的有关解决争议方法的条款包括以下几种形式：

（一）仲裁条款

仲裁条款是仲裁协议的一种表现形式，是当事人在合同约定的用仲裁方式解决双方争议的条款。我国对合同争议采取或仲或审制度，仲裁条款有排除诉讼管辖的效力。如果当事人在合同中订有仲裁条款，则当事人在发生争议时，不能向人民法院提出诉讼。仲裁法第 19 条第一款规定，仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。

（二）选择受诉法院的条款

我国民事诉讼法第 25 条规定，合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。当事人选择受诉人民法院的条款，不受其他条款的效力影响。

（三）选择检验、鉴定机构的条款

当事人可以在合同中约定，若对标的物质量或技术的品种发生争议，在提交仲裁或者诉讼前，应当将标的物送交双方认可的机构或科研单位检验或鉴定，以检验或鉴定作为解决争议的依据，这种约定出于双方自愿，不涉及合同的实体权利和义务，应当承认其效力。

（四）法律适用条款

由于本法是统一合同法，因此，对于具有涉外因素的合同，当事人就可以选择处理合同争议所适用的法律，当事人没有选择的，不影响合同的效力。当然，对于中国具有专属管辖权的合同（如中外合资经营合同等）与我国的社会公共利益、主权、安全等密切相关的合同只能适用中国的法律。

如果说本条是关于无效合同解决争议条款效力的规定的话，即解决纠纷的程序上条款的效力，那么在合同法实施 5 年后的 2004 年最高人民法院就无效合同中部分涉及合同当事人实体民事权利和民事责任的条款作出了有条件承认有效的司法解释。

有条件承认的有效条款。《最高人民法院审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释[2004]14 号）第 2 条规定：“建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程款的，应予支持。”按照传统理论，既然整个合同无效，除独立存在的有关解决争议方法的条款的有效外，其他条款均应无效。如果说，其他所有条款均是无效的，那么合同当事人在无效合同中约定的工程款的相应条款也应是无效的。既然约定的工程款的相应条款也是无效的，那么承包人请求参照合同约定支付工程款的请求就不应得到审理法院的支持。

当然这种“司法解释”是法学理论界所说的“无效行为的转换或承认”，还是“有条件承认合同条款有效”，是个较为难解的问题。

^③有些国家和地区的法律规定了无效行为的转换和承认。例如《德国民法典》第 140 条规定：“无效的法律行为若具备另一法律行为的要件，并可认定当事人如知其为无效即有意为此另一法律行为者，则此另一法律行为为有效”。我国台湾地区民法典第 112 条也作了相似的规定。台湾地区民法典立法理由中认为：“法律行为为无效时，若其行为，备有他法律行为之要件，且依他法律行为可达同一之目的者，是当事人若知其无效有违他法律行为之意思，此时应使其他之法律行为为有效，藉以符当事人之意思。”

^④无效行为的转换需要具备几个要件：（1）须有无效的法律行为，其无效原因如何，在所不问；（2）须有替代行为，即该无效行为须具备其他法律行为的要件，其他有效的法律行为就是替代行为，替代行为除了当事人的意愿之外，其他各项要件都必须具备，如行为能力、形式要件、符合法律和善良风俗；（3）法律行为的转换须符合当事人的意思并且转化的结果不得违反公序良俗。即当事人如果知道行为无效仍将会从事该替代行为。通行的学说不承认将违反善良风俗的行为转换为符合善良风俗的行为，以达到“挽救”违反善良风俗行为的效力的目的。

显然，高法的解释（法释[2004]14 号）第 2 条规定不属于“无效行为的转换”。

^⑤在我国合同立法中，也应当在一定程度上确认因承认使部分相对无效和绝对无效的合同发生法律效力原则。例如恶意串通损害第三人利益的合同，按《合同法》第 52 条规定属于所谓“绝对无效”合同范畴，但是，如果第三人放弃主张合同无效的权利甚至明确认可该合同的效力，且并不因此损害国家利益和社会公共利益时，法律仍然强制性规定该合同一律无效和绝对无效不仅损害合同当事人利益，而且违背第三人意志，不利于社会经济秩序的稳定，应当规定这种合同经承认后自始有效。

在一起案件审理过程中，一方当事人为了实现己方利益最大化，就会选择对已有利的计算工程款方法，如果选择按双方约定的工程款条款主张工程款，就意味着对另一方不利。对

方当事人的主张，另外一方当事人不会同意。既然不同意，也就是不承认。显然，就不可能符合无效行为因相关当事人承认而有效的情形，也就是说 高法的解释（法释〔2004〕14号）第2条规定也不属于无效行为因承认而有效。

既然高法的解释（法释〔2004〕14号）第2条规定不属于“无效行为的转换”，也不属于无效行为因承认而有效，那么把它称作“有条件承认的有效条款”

五、司法实践的相关争议问题

既然，有条件承认建设工程施工合同中的工程款条款有效，为什么不能有条件承认逾期竣工交付的违约责任条款有效呢？

理论界有种观点认为违约金条款属于清算条款，根据我国《合同法》第98条规定：“合同的权利义务终止，不影响合同中结算和清算条款的效力。”应属于有效条款。

笔者不同意这种观点，因为无效合同不属于合同权利义务终止的情形。我国《合同法》第91条规定：“有下列情形之一的，合同的权利义务终止：（一）债务已经按照约定履行；（二）合同解除；（三）债务相互抵销；（四）债务人依法将标的物提存；（五）债权人免除债务；（六）债权债务同归于一人；（七）法律规定或者当事人约定终止的其他情形。”该条规定的合同权利义务终止，是在合同有效的基础的。无效合同条款本身并不产生约束力（除特别规定者外），无效合同被确定无效后所产生的返还请求权或损失赔偿请求权并不是无效合同条款本身权利。既然合同无效不是合同权利义务终止的情形，那么无效合同中的违约责任条款就是我国《合同法》第98条规定的清算条款，就不能依据《合同法》第98条规定主张无效合同中的违约责任条款有效。

在一起建设工程施工合同纠纷案件审理中，因违反我国《招标投标法》强制性规定，没有进行招标投标，所签订的建设工程施工合同为无效合同。高级人民法院的解释（法释〔2004〕14号）第2条规定，只要建设工程质量合格，承包人可以请求发包人按照双方在合同中约定的工程款支付。而发包人不能按双方在合同中约定的逾期竣工交付的违约责任追究承包人的逾期竣工交付的违约责任（数千万元）。显然，对发包人是公平的。如果发包人主张无效合同引起的损失即逾期竣工损失，那么损失计算是否以双方约定的工期为依据？如果以双方约定的工期为依据，那么就承认双方约定的工期条款是有效的。

六、相关立法司法建议

对民事责任约定的条款在不损害社会公共利益和国家利益、第三人利益的前提下按有效处理。我国合同法第52条规定的合同无效情形，是基于维护平等、保障秩序、实现公共利益国家利益及第三人利益等考虑的。虽然，合同当事人签订合同行为违反法律行政法规强制性规定，或损害社会公共利益国家利益或第三人利益，应确定合同是无效合同。在处理合同当事人之间民事权利义务时，只不损害社会公共利益、国家利益、第三人利益的前提下，充分体现意思自治，按照当事人在合同中约定的责任条款确定各方权利义务，即在合同被确定无效的前提下，有条件承认部分条款有效，不是全部否定合同条款的效力。如简单地否定合同条款的全部效力，可能造成不守信方免除承担或承担很小民事一责任，导致实体不公。

如果全部否定合同条款的效力，不利于追究“违约方的违约责任”。造成不能平等保护的局面。在背景案件中，既然有条件承认双方约定的工程款条款是有效的，为什么不能承认逾期竣工违约责任是有效的呢？对等原则、平等保护原则和公平原则是立法和司法在处理民事商事交易及纠纷中，应普遍遵守的三大原则。

对此，建议立法及最高司法机关制定新的立法或司法解释，及时解决问题。

完善司法建议，对违反法律和行政法规加强行政处罚力度。人民法院或仲裁机关在解决民事商事法律关系当事人纠纷，着重强调解决当事人之间民事权利纠纷，而没有注重行政法规法规的全面实施，在结案时很少对当事人违反行政法律法规的违法行为向有关行政主管部门提出司法建议，要求相关行政主管部门对违法行为给予相应行政处罚。只有让相关当事人在充分承担民事责任的同时，更充分地承担行政责任，加大违法成本，才能规范市场经济主体的行为，规范市场秩序。如果简单地否定合同条款的全部效力，或片面强调哪一方面的责任，都不利于引导市场主体合法有序地交易。

参考文献：

①胡西武：《法理学---论法律对契约自由原则干预的适当性（下）》2009年版。北大法律信息网；

②阿克顿：《自由与权利》侯健 范亚峰等译北京时事出版社，2002年第二辑，223页；

③张耕：《法学----质疑合同无效性质的绝对化》，2006年版。百度文库；

④张耕：《法学----质疑合同无效性质的绝对化》，2006年版。百度文库；

⑤张耕：《法学----质疑合同无效性质的绝对化》，2006年版。百度文库；

⑥《无效合同违约金条款有效》。

作者单位：安徽睿正律师事务所

劳动关系与劳务关系、雇佣关系辨析

鲍生海

【内容摘要】本文着重阐述我国劳动关系法律调整的现状以及劳动关系与劳务关系、雇佣关系的联系和区别，旨在让大家了解我国劳动关系的法律调整的现状和劳动关系与劳务关系、雇佣关系的属性。

【关键词】劳动关系 劳务关系 雇佣关系 联系和区别 法律调整

自1995年1月1日起，我国《劳动法》、《劳动合同法》及其实施条例相继颁布实施，十余年来它们作为调整我国劳动法律关系的作用日益显著。但是，1995年《劳动法》施行之时正是我国计划经济向市场经济转型时期，用工形式单一，现在则有国有、集体、个体、私营、外资等多种经济形式，用工形式日趋多元。《劳动合同法》法条太少且内容又过于简单笼统，使得这部法律有许多不完善之处。而《合同法》中也没有将雇佣、劳务合同这类合同补充进去，使雇佣关系和劳务关系的法律调整形成制度缺漏。随着市场经济的逐步发展，我国的劳动关系发生了巨大的变化，我国现实生活中存在的雇佣关系十分复杂，集中体现了社会主义初级阶段的社会经济生活，同时，也体现了我国地区经济和行业经济发展极端不平衡的现实。在相当长的一个时期内，我国都将劳动力市场称为“劳务市场”，对属于民事合同范畴的劳务合同与劳动合同的区别认识不清，又由于我国《劳动法》及相应的法规、规章对劳动关系的认定并无明确规定，致使劳动关系与劳务关系、雇佣关系等关系界限不清，理论上也不达一致，实践中对此认定上执法标准也不统一，这些混淆影响了争议的处理程序和法律的适用，也损害了当事人的合法权益。因此，我们需要对我们社会主义初级阶段的劳务关系、雇佣关系和劳动关系进行辨析，也就是区别劳动关系与劳务关系、雇佣关系，从而确定民法与劳动法调整雇佣关系的边界，使雇佣领域存在的仅是法律缺漏，而不是法律空白。

一、我国劳动关系法律调整的现状

说到劳动关系不得不提的就是劳动关系与雇佣关系之间的联系，从两者之间的联系我们可以推出劳动关系产生以及劳动关系与劳务、雇佣关系间辨析不明的原因。

（一）劳动关系起源于雇佣关系

劳动关系是起源于雇佣关系的。在原始社会是根本没有劳动法的。在奴隶社会和封建社会虽已有了私有制和阶级，有了国家和法律，但奴隶主与奴隶、封建主与农奴之间的关系不是单纯的劳动关系，而主要是财产所有关系。到了资本主义社会，才出现了脱离人身依附的劳动关系。

在产业社会初期，雇佣关系的法律调整一直属于私法范畴。随着经济的不断发展，资本家不断加重对雇佣者的剥削压迫，使得雇佣者不断奋起反抗，造成社会秩序和经济秩序的混乱，迫使国家不得不通过制定法律来维护雇佣者的权利，作为公力干预私域生活的劳工人身保护法律渐渐步出传统民法的私法自治领域，契约的履行不再单纯是雇佣关系主体之间的私人事件，而是已经渗入了社会要素。随着劳动保护制度的不断加强，立法不断完善，就出现了较完备的劳动法，适用于调整这类雇佣关系。因此，从某种意义上说，雇佣关系也包含了劳动关系。

（二）我国雇佣关系法律调整的尴尬

由于我国立法体制的不完善，使得我国现有的雇佣关系得不到法律的调整，陷入尴尬的境地。目前，我国的雇佣关系根据其所属性质及适用法律可以分为以下几种：

1、属于劳动法调整对象的标准劳动关系

我国劳动法调整的对象是劳动关系以及与劳动关系有密切联系的其他关系，《劳动法》并无明确规定何为劳动关系，但通过劳动法制定的相关内容，我们认为劳动法中所称的劳动关系是指在实现社会劳动过程中，劳动者与用人单位之间的社会劳动关系。这里的用人单位根据《劳动法》第2条的规定包括：企业、个体经济组织等，而与劳动者之间建立劳动合同关系的国家机关、事业组织、社会团体则依照劳动法执行。这类雇佣关系在性质上及适用法律上并无太大争议，因此在这里不做深入探讨。

2、属于劳动法调整的非标准劳动关系

最明显的就是事实劳动关系，其特征是：用人单位和劳动者就某些劳动权利和义务达成口头协议，形成劳动者为用人单位提供劳动，接收用人单位的管理，遵守用人单位的劳动纪律，获得了用人单位支付的劳动报酬，受到了用人单位的劳动保护等事实上的这种劳动用工关系。事实劳动关系属于非标准劳动关系，因为劳动者与用人单位之间并没有签订符合劳动法规定的合法有效的劳动合同，但国家相关法律法规并未否定其效力。如原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》中指出：“中国境内的企业、个体经济组织与劳动者之间，只要形成劳动关系，即劳动者事实上已成为企业、个体经济组织的成员，并为其提供有偿劳动，适用劳动法。”用人单位与劳动者发生劳动争议无论是否订立劳动合同，只要存在事实劳动关系，并符合《劳动法》的适用范围和《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》的受案范围，劳动争议仲裁委员会均应受理。但这些法律法规并没有明确事实劳动关系的性质，学界对此仍有争议。

3、不属于劳动法规范调整的人事关系

《劳动法》颁布之后至今，我国仍然带有“雇佣”性质的社会、法律关系游离于法律规范调整之外，最显著的就是：事业单位中的人事关系。

我国自建国以来，就形成了工人、农民和干部三大职业身份的一种具有中国特色的就业身份的基本格局。在城镇就业人群中，只拥有干部和工人两类人群，在雇佣干部身份的人群中，又因为其所在单位性质的不同划分为机关干部（公务员）和事业单位干部。这一具有中国特色的事业单位使劳务关系、劳动关系的区别之外又添加了人事关系所带来的法律调整上的困惑。在我国计划经济时期，这些事业单位行使了部分公法主体的权力和承担了部分公法主体所应承担的职能。但是随着市场经济不断的发育和成熟，这些事业单位也已经开始了改革，一部分事业单位直接转制为企业，而有相当部分的事业单位正逐步成为经营性市场主体，所以事业单位与其职工之间社会关系的法律调整成为当前最急迫的事情。目前，我国存在的现实状况是：劳动法并未将人事关系列于该法调整之内，而民法对此种社会关系也不可能涉及。这就使人事关系这类社会、法律关系成为了法律调整的盲区。但是，人事关系是属于劳动关系的，因为它符合《劳动法》的相关规定。2003年6月17日最高人民法院审判委员会第1278次会议通过了《最高人民法院关于人民法院审理事业单位人事争议案件若干问题的规定》（法释〔2003〕13号），这一具有法律效力的司法解释开启了新中国事业单位与其职工之间纠纷处理法律化的先河，为当事人进行权力救济开启了程序通道，但至今为止仍然没有一部实体法做为其依托而加以适用，当事人的权力救济因无实体法规定的缺失而变得无所适从。

造成人事关系被疏离于法律调整之外的原因主要是因为体制不畅。2002年，国务院办公厅转发人事部《关于在事业单位试行人员聘用制度的意见》，使我国进入了事业单位劳动者市场化的进程，表明法律调整人事关系的时间也将临近，但我认为应将人事关系纳入劳动法的

调整范围。

4、不属于劳动法调整对象的劳务关系、雇佣关系

这类雇佣关系主要有两类：

第一、我国农业社会中长期以来都存在过的雇佣现象，比如“长工”、“短工”仍将继续存在，然而，目前的《合同法》中难以找到调整这类特殊雇佣关系的法律规范，《劳动法》对这类雇佣关系没有调整，也不应予以调整。

第二、劳务关系，传统私法上的雇佣关系。除了以用人单位和劳动者的身份为标准所界定的劳动关系外，就是传统雇佣关系，这类雇佣关系并不是公力干预与私权保护相结合的社会关系，而是雇佣关系主体之间通过契约所建立起来的平等的社会关系。此类关系早于现代劳动法诞生，为传统民法所调整，劳动法产生后，其中部分雇佣关系的法律调整就逐步走出私法调整的领域，成为人们熟知的劳动关系。我国《合同法》没有将雇佣合同名称化、条文化，使得这类合同关系的调整明显缺失，也就是说私权领域雇佣关系实体法的法律缺失直接影响了雇佣关系当事人权力救济的程序通道，给当事人权力救济制造了巨大的制度障碍。一般意义上讲，先有雇佣关系的民法调整，之后才有劳动关系的劳动法规制度。从法理上讲，政策性制度与法律制度的并存是大量存在的。但是我国却是正好相反，需要完善和调适。

二、劳动关系、劳务关系和雇佣关系的联系和区别

（一）劳动关系、劳务关系、雇佣关系的概念和联系

劳动关系基于劳动合同，劳动合同是用人单位与劳动者依照法律规定，以双方劳动权利为主要内容订立的协议。劳动者与用人单位之间的关系就是劳动关系。

劳务关系基于劳务合同，劳务合同是一方为完成某项工作而使用一方提供的劳动为此而支付报酬的协议。提供劳务者与使用劳务者之间的关系就是劳务关系。

雇佣关系基于雇佣合同，雇佣合同是受雇人提供劳动，雇佣人支付报酬的协议。雇佣人与受雇人之间的关系就是雇佣关系。

劳动合同、劳务合同与雇佣合同的共同之处在于，都是一方提供劳动，另一方支付报酬，但细分析其法律特征则仍可看出其不同之处。

（二）劳动关系与雇佣关系的区别

1、劳动关系的主体是用人单位和劳动者。劳动关系的用人单位是指在中华人民共和国境内设立的企业、事业单位、国家机关、社会团体和个体经济组织；雇佣关系的主体是雇主和受雇人，而且雇佣关系的雇主只能是自然人。接受劳动一方的不同是构成劳动关系与雇佣关系的主要区别所在。

2、法律干预程度不同。劳动关系的用人单位支付劳动者工资不得违反法律、法规的强制性规定，雇佣关系的劳动报酬则主要由合同双方自行协商，法律不过分干预。其他诸如劳动保护、保险福利等方面，现行法律也只针对劳动合同作出规定。由上可见，法律对劳动关系的干预程度要高于雇佣关系。

3、法律渊源不同。劳动关系属于劳动法调整，是独立的合同法律关系种类；雇佣关系属民事合同的一种，由民法和合同法调整。

4、解决纠纷的程序不同。劳动合同纠纷采用仲裁前置程序，即劳动合同纠纷如果不经劳动争议仲裁机构处理，那么，人民法院不予受理；雇佣关系是民事合同关系，审理机关是人民法院，纠纷发生后当事人无须经过仲裁，有权直接向人民法院起诉。

（三）劳动关系与劳务关系的区别

1、规范和调整劳动关系与劳务关系在法律依据方面的主要区别

劳动关系由《中华人民共和国劳动法》规范和调整，而且建立劳动关系必须签订书面劳

劳动合同。劳务关系由《中华人民共和国民法通则》和《中华人民共和国合同法》进行规范和调整，建立和存在劳务关系的当事人之间是否签订书面劳务合同，由当事人双方协商确定。

2、劳动关系主体与劳务关系主体的区别

劳动关系中的一方应是符合法定条件的用人单位，另一方只能是自然人，而且必须是符合劳动年龄条件，且具有与履行劳动合同义务相适应的能力的自然人；劳务关系的主体类型较多，如可以是两个用人单位，也可以是两个自然人。法律法规对劳务关系主体的要求，不如对劳动关系主体要求的那么严格。

3、当事人之间在隶属关系方面的区别

处于劳动关系中的用人单位与当事人之间存在着隶属关系是劳动关系的主要特征。隶属关系的含义是指劳动者成为用人单位中的一员，即当事人成为该用人单位的职工或员工（统称职工）。而劳务关系中，不存在一方当事人是另一方当事人的职工这种隶属关系。如某一居民使用一名按小时计酬的家政服务员，家政服务员不可能是该户居民家的职工，与该居民也不可能存在劳动关系。

4、当事人之间在承担义务方面的区别

劳动关系中的用人单位必须按照法律法规和地方规章等为职工承担社会保险义务，且用人单位承担其职工的社会保险义务是法律的确定性规范；而劳务关系中的一方当事人不存在必须承担另一方当事人社会保险的义务。如居民不必为其雇用的家政服务员承担缴纳社会保险的义务。

5、用人单位对当事人在管理方面的区别

用人单位具有对劳动者违章违纪进行处理的管理权。如对职工严重违反用人单位劳动纪律和规章制度、严重失职、营私舞弊等行为进行处理，有权依据其依法制定的规章制度解除当事人的劳动合同，或者对当事人给予警告、记过、记大过、降职等处分；劳务关系中的一方对另一方的处理虽然也有不再使用的权利，或者要求当事人承担一定的经济责任，但不含当事人一方取消当事人另一方本单位职工“身份”这一形式，即不包括对其解除劳动合同或给予其他纪律处分形式。

6、在支付报酬方面的区别。劳动关系中的用人单位对劳动者具有行使工资、奖金等方面的分配权利。分配关系通常包括表现为劳动报酬范畴的工资和奖金，以及由此派生的社会保险关系等。用人单位向劳动者支付的工资应遵循按劳分配、同工同酬的原则，必须遵守当地有关最低工资标准的规定；而在劳务关系中的一方当事人向另一方支付的报酬完全由双方协商确定，当事人得到的是根据权利义务平等、公平等原则事先约定的报酬。

7、适用法律和争议解决方式不同。劳务合同属于民事合同的一种，受民法及合同法调整，因劳务合同发生的争议由人民法院审理。

（四）雇佣关系和劳务关系的区别

1、概念不同。

雇佣关系是指受雇人在一定或不特定的期间内，接受雇用人的指挥与安排，为其提供特定或不特定的劳务，雇用人接受受雇人提供的劳务并依约给付报酬的权利义务关系。劳务关系是指两个或两个以上的平等主体之间就劳务事项进行等价交换过程中形成的权利义务关系。

2、双方当事人之间的人身支配与服从管理关系不同。

雇佣关系中雇主与雇员之间的地位是不平等的，双方之间具有支配与服从的关系，雇用人必须为受雇人提供合理的劳动条件和安全保障，同时对其工作进行监督管理，受雇人则需听从雇用人的安排，按其意志提供劳务；劳务关系中双方只形成劳动力的支配与被支配关系，并不存在服从管理与被服从管理关系。

3、提供劳动和支付报酬的内容不同。

雇佣关系中，雇工所付出的主要是劳动力，当然也包含一定的技术成果，但通常其技术含量比较低，其报酬成分也比较单一，仅仅包括劳动力的价值。雇主享有雇工劳动的一切成果，这种成果不是雇主付酬的直接对象。劳务关系中劳动者只提供单纯的体力劳动，没有技术含量的成分，所获报酬也仅是劳动力的价值。

4、承担的法律責任不同。

雇佣关系中，依现代民法通则，雇主对雇员的损害承担无过错责任，只要雇员在进行受雇工作中因工伤事故而遭受损害，雇主就应赔偿，而不存在免责事由。而劳务关系中，由于双方当事人对损害的发生上均无过错，故适用公平原则，即由受益人在受益范围内对受害方的经济损失作适当补偿。

通过以上的分析，举个简单的例子：一个农民，在农闲的时候到工厂上班，可是到农忙的时候，又回家种田，农忙之后又到工厂上班。那么，他与工厂的关系如何界定呢？我认为如果他只是在农闲时到工厂做一份临时劳务，除拿劳务费之外，没有其他待遇，那么，他与工厂之间就是劳务关系。如果工厂雇佣他从事劳动，那么双方也可能是雇佣关系。当然如果他跟工厂签订了劳动合同，对工资待遇等有明确约定，且工厂允许他在农忙时回家种田，那么，他与工厂之间可以形成劳动关系。尽管三种可能性都存在，但从客观实际分析，他与工厂之间是劳务关系的可能性更大一些。

三、对于劳动关系与劳务关系的法律适用和处理

劳动关系、劳务关系这两种法律关系的法律适用：劳动关系由《劳动法》规范和调整，而且建立劳动关系必须签订书面劳动合同。劳务关系由《民法通则》和《合同法》进行规范和调整，建立和存在劳务关系的当事人之间是否签订书面劳务合同，由当事人双方协商确定。

当劳动关系与劳务关系交叉时的处理：根据劳动部发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》规定：派出到合资、参股单位的职工如果与原单位仍保持劳动关系，应当与原单位签订劳动合同，原单位可就劳动合同的有关内容在与合资、参股单位订立劳务合同时，明确职工的工资、保险、福利、休假等有关待遇。

《劳动法》、《劳动合同法》全面实施以来，地位和作用日益显著。劳动法已成为我国社会主义法律体系中一个独立的重要部门，它有自己的调整对象，调整这些关系具有自己的基本原则与指导思想，这是其他法律部门所不能取代的，在我国社会主义制度下，劳动有着重要的地位，是促进社会发展的最重要的生产力。但目前我国劳动法中存在的漏洞也是不可忽视的。这是法学界和执政者都应当关注的问题。

如何完善我国劳务关系、雇佣关系的法律调整，到目前为止，仅有最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释中的相关条款有所涉及，而且还很简单笼统，可操作性不强，所以我认为我国应当有立法建议和立法规划。官方甚至学者很少关注传统雇佣契约理论，债法中雇佣契约理论被束之高阁；而民法学界在关注物权和其他债权等基本制度的研究和立法时，对雇佣契约却未曾提出过学术主张和立法建议，更没有与劳动合同制度并立的文献成果问世，不知道是都没有注意到，还是认为这是一块难啃的骨头，大家都在回避。但是，民法雇佣契约制度的建立和劳动合同制度的理性打造都是同等重要的，不容忽视。

参考文献：

- ①郑尚元：《劳动法学》，中国政法大学出版社；
- ②陈小君：《合同法学》，高等教育出版社。

作者单位：安徽致臻律师事务所

利用影响力受贿罪的几个问题浅析

卢节来

2009年2月28日,《中华人民共和国刑法修正案(七)》(以下简称《修正案(七)》)通过,修正案(七)第13条确立了利用影响力受贿罪。在此之前,一些国家工作人员斡旋受贿犯罪的过程中,经常以自己不知情,犯罪行为是由亲属或其他人所为为借口推脱责任。对于此种情形,在《修正案(七)》出台前,既不能对国家工作人员按照受贿罪处罚,也不能对国家工作人员的近亲属或其他关系密切者科以处罚。虽然国家工作人员的近亲属和关系密切者不是国家工作人员,但是国家工作人员的“身边人”往往在腐败案件中起着非常重要的作用。离职的国家工作人员也存在同样的问题。为此,利用影响力受贿罪的规定适应了打击腐败的需要,缩小了刑法与《联合国反腐败公约》的差距,加大了打击腐败的力度,顺应了“重典治吏”的民意,深受民众的好评,其积极意义是应予肯定的。但客观地说,这些修改本身仍有一些缺憾,该罪在理论和实践中暴露的一些问题值得进一步研究和反思。

一、“利用影响力受贿犯罪”与受贿罪的区分

利用影响力受贿罪的出台,表明“关系人”受贿可能单独构罪,这就使得我们在认定受贿罪共犯时需要加以区分共犯还是单独构罪。笔者认为较难判断的有两种情形:

(一)“关系人”受贿、索贿。(国家工作人员在为请托人谋取利益前后对关系人收受、索取贿赂并不知情,后来“关系人”告知国家工作人员受贿事实的);对该种情况,国家工作人员在利用职务之便为请托人谋取利益之时,不存在受贿意图,但在为他人谋取利益之后,明知请托人因此而送财物,仍予以接受,应认定为受贿。同理,虽然“关系人”在事前或事中均未表现出有共同受贿的意图和行动,但“关系人”接受了财物并在事后告知了国家工作人员。如果得到国家工作人员追认的,国家工作人员也应认定为受贿。此时国家工作人员的故意是一种事后故意。“关系人”和国家工作人员最终达成了共谋,后者认可了前者的行为。

但问题是,“关系人”在将情况告知国家工作人员之前,其行为已经符合了利用影响力受贿罪的构成要件,在处理时是按照受贿罪的共犯处理还是按照利用影响力受贿罪处理?对这个问题,笔者认为,在有身份者与无身份者共同故意犯罪,而有身份者为A罪的正犯(可能是B罪的从犯),无身份者为B罪的正犯(可能是A罪的从犯),即无身份者与有身份者的共同故意犯罪行为同时触犯了两个以上罪名的情况下,应认定为较重罪的共同犯罪。但是,如果将其中一方认定为较重罪的从犯,导致对其处罚轻于较轻罪的正犯时(按较轻罪的正犯处罚更符合罪刑相适应原则),则应将其认定为较轻罪的正犯。因此,在“关系人”和国家工作人员事后达成共同故意的场合采取部分犯罪共同说,有利于防止“关系人”避重就轻,也使纯正身份犯共犯的定罪有了一个统一且合理的标准。按该标准,关系人和国家工作人员成立受贿罪的共同犯罪。如果利用影响力受贿罪对关系人处罚更重,则将关系人的行为认定为利用影响力受贿罪。对国家工作人员要求关系人退赃的情况,关系人及时退回财物的应不追究其责任。如果关系人没有退回,处理的关键就在于对国家工作人员行为的认定。国家工作人员要求退回财物可能只是做做表面文章,关系人心领神会不退赃的,则等同于事后追认。如果国家工作人员确实要求退回财物但关系人隐瞒不退的,就不应追究国家工作人员受贿的责任。

(二)“特定关系人”以外的“关系人”与国家工作人员共谋受贿,但收受财物没有共同

占有。对于该种情形,涉及到刑法修正案与最高人民法院于2003年11月颁布的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》(以下简称《纪要》)和《意见》的协调适用。根据《纪要》:近亲属以外的其他人与国家工作人员通谋,由国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,收受请托人财物后双方共同占有的,构成受贿罪共犯。《意见》规定:特定关系人以外的其他人与国家工作人员通谋,由国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,收受请托人财物后双方共同占有的,以受贿罪的共犯论处。《纪要》和《意见》都规定国家工作人员与“近亲属”或“特定关系人”以外的人构成受贿罪共犯时,必须要求双方共同占有收受的财物。因为《意见》的出台晚于《纪要》,所以我们采《意见》的主体范围,即“特定关系人”以外的人。再比较影响力受贿罪规定的主体范围,我们会产生这样的疑问:“特定关系人”以外的“关系人”与国家工作人员通谋,由国家工作人员利用职务之便为请托人谋取利益,但收受的财物仅由“关系人”单独占有,则该范围的“关系人”的行为如何认定,受贿罪的共犯还是利用影响力受贿?如果认定为受贿罪的共犯,不符合《意见》中共同占有有所收受财物的要求。如果认定为利用影响力受贿,则“关系人”与国家工作人员共谋并利用国家工作人员的职权谋利更符合共同受贿的构成要件。造成这种局面的原因主要有三点:首先,立法上要求无身份者与身份者成立共犯必须有法律明文规定。新刑法中既然删除了受贿罪的共犯规定,根据法无明文规定不为罪,就不应追究无身份者的刑事责任。《意见》对刑法规定做出突破,也仅限于“特定关系人”。其次,“特定关系人”以外的其他人与“特定关系人”为同样的行为却不受规制,似乎不合理。因此,《意见》加入“双方共同占有财物”这一要件,说明无身份者虽非“特定关系人”,但与国家工作人员有一定联系,所以也应规制。最后,修正案的出台并不意味着《意见》规定的失效,更何况两者规制的行为不同。修正案对“关系人”范围的扩大使两种规定之间出现了交叉地带。即使有这些原因,笔者仍倾向于共犯的认定:第一,在前文中已有所论述,国家工作人员与非国家工作人员成立受贿罪的共犯,在刑法理论和刑法的体系解释上都有据可查。第二,《意见》的规定可能出现这种情况,收受的财物全部由“特定关系人”以外的其他人占有,是否就不追究其他人的责任呢?这明显不合理。第三,即使立法上仍要对受贿罪共犯成立的主体范围进行限制,也应注意刑事法律规定的协调,适用修正案规定的“关系人”范围。所以综合上面的观点,对第二种情形应按受贿罪共犯处理,否则只会导致“关系人”不能入罪。“关系人”参与受贿的处理,是共犯和身份犯问题的具体体现。

另外,如国家工作人员的近亲属有10次受贿犯罪,前5次是在国家工作人员不知情的情况下单独实施的,后5次是在国家工作人员知情的情况下实施的,与国家工作人员密切的人受贿犯罪、离职的国家工作人员及其近亲属或者其他与离职的国家工作人员关系密切的人受贿犯罪都会出现上述情况,该如何处理?笔者认为,国家工作人员的近亲属前5次应构成利用影响力受贿罪,后5次受贿行为定为国家工作人员受贿犯罪的共犯。对此国家工作人员的近亲属10次受贿行为,以利用影响力受贿罪和受贿罪实行数罪并罚。以实现法条之间的协调。

二、“关系密切人”范围界定模糊

根据《意见》中规定:特定关系人与国家工作人员通谋,共同实施受贿行为的,对特定关系人以受贿罪的共犯论处。“本意见所称‘特定关系人’,是指与国家工作人员有近亲属、情妇(夫)以及其他共同利益关系的人。”“密切关系人”应该要比“特定关系人”范围广,而“特定关系人”的范围比较明确,在实践中也能较好的把握,立法者为何要用概念模糊“关系密切人”代替范围较明确“特定关系人”,是基于何种考量?是为了适应打击反腐败斗争的需要,让司法机关有更多的裁量权,给各种腐败分子以严厉的打击,还是立法者也没有弄清“关系密切人”的范围,而是经过一定司法实践后再列举出一个“关系密切人”的范围?不管是什么原因,根据刑法罪刑法定原则,刑法应具有明确性,否则可能就会造成司法擅断的恶果,

不利于保障人权，与当前宽严相济的刑事政策相违背。

因此，笔者认为，“关系密切的人”范围包括“与国家工作人员有情妇（夫）关系的人、国家工作人员的司机、秘书、老上级，而对于有同学关系、朋友关系、师生关系、同事关系、同乡关系则需要一定的限度条件，这种关系的影响力应该能达到心理上的一种强制力，觉得顾及到深厚的交情或者是出于心理、人情关系等综合情况自愿做出了滥用其职权或者职务的行为。对此种限度条件程度如何界定需要我们进一步探讨，笔者只作如上粗浅分析。希望最高人民法院在经过一定司法实践后做出令人信服的“关系密切的人”的范围的司法解释。

三、应扩大“近亲属”范围

根据《刑事诉讼法》第58条第5款规定：“近亲属”指夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姊妹。根据《民通意见》第12条，民法通则的近亲属包括：配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。根据相关法律规定，民事诉讼和行政诉讼的近亲属范围与民法通则范围完全重合。因此，对于“关系人受贿犯罪”中近亲属应该采纳哪一种呢？如果按照《刑事诉讼法》近亲属的范围执行，则叔叔、伯父、姑姑等亲属就被排除在外，现实中这些国家工作人员或者离职的国家工作人员的这些亲属对其影响力还是很大的，在一定程度上要比“关系密切的人”影响力还要大，毕竟存在一定的血缘关系，而且这种血缘关系难以割舍。在婚姻法上，还有直系亲属、旁系亲属的划分，中国人很重视亲属关系，因此，对于“关系人受贿犯罪”的近亲属的范围最高人民法院应作一个司法解释，以避免司法实践中产生争端，笔者认为，对此近亲属的范围应该比《民事诉讼法》和《民法通则》规定的还要宽一些，比如叔叔、小舅子等应纳入其中。

四、应规定“对关系密切人行贿罪”

利用影响力受贿行为虽入罪，但对应的行贿行为却“逍遥法外”。

贿赂犯罪是对合性犯罪，行贿是受贿犯罪的直接根源，具有极大危害性。可是，刑法对这种行贿行为未规定为犯罪，根据罪刑法定原则，对这种行贿行为就不能定罪处罚。反观《联合国反腐败公约》和其他区域性国际反腐败公约，都无一例外地同时对这两种行为进行规定，如《联合国反腐败公约》第18条关于影响力受贿的规定：“各缔约国均应当考虑采取必要的立法和其他措施，将下列故意实施的行为规定为犯罪：直接或间接向公职人员或者其他任何人员许诺给予、提议给予或者实际给予任何不正当好处，以使其滥用本人的实际影响力或者被认为具有的影响力，为该行为的造意人或者其他任何人从缔约国的行政部门或者公共机关获得不正当好处；公职人员或者其他任何人员为其本人或者他人直接或间接索取或者收受任何不正当好处，以作为该公职人员或者该其他人员滥用本人的实际影响力或者被认为具有的影响力，从缔约国的行政部门或者公共机关获得任何不正当好处的条件。”可以看出，《联合国反腐败公约》对影响力交易的打击是双向的，既打击受贿行为，又打击行贿行为，并且对于行贿行为规定了更为严格的适用条件，直接或间接许诺给予、提议给予不正当好处要求进行影响力交易的行为即可给予打击，体现出《公约》注重从源头上遏制腐败的特点。相比较而言，我国利用影响力受贿罪的单向打击不仅会削弱刑罚打击贿赂犯罪的作用，纵容犯罪的发生，而且也有损刑罚的公平。比如，为了同一个目的，向国家工作人员或国家工作人员的近亲属行贿的法律后果截然不同，前者之行为可能构成行贿罪；而后者之行为，如果非公职人员构成利用影响力受贿罪，行贿人则无罪。这无疑与加大打击贿赂犯罪力度的立法目的背道而驰。

五、应规定“关系密切单位受贿罪”

在市场经济条件下，有的公司、企业等单位为了谋取利益，其成员往往与国家工作人员勾结，利用与其有关系的国家工作人员的职务便利，通过该国家工作人员或者其他国家工作人员，为请托人谋取利益，并以咨询费、服务费的名义收取财物，这种情况很普遍，而且数额巨大，有的国家工作人员的亲属、朋友专门利用与国家工作人员关系密切而成立此类服务公司。从经济形式上来说，这些单位具有提供咨询服务等经营范围，行受贿双方签订有服务合同，给予各种费用有发票，收取费用按照国家规定缴纳税收，虽然实际上这些单位提供的服务就是为请托单位谋取不正当利益，但是法律没有规定这种行为为犯罪，所以难以从司法角度进行打击。而且，这些单位以咨询费、服务费的名义收取财物以后给与国家工作人员贿赂的行为更难以查处，隐蔽性极强。

我国刑法总则规定，单位犯罪只有法律规定为犯罪的，才应当负刑事责任，《刑法修正案(七)》只规定关系密切人的受贿行为，而没有规定关系密切单位的受贿犯罪行为。笔者认为，应尽快将关系密切单位的上述受贿行为规定为犯罪，这样就可以从源头上打击关系密切单位收取贿赂后给予国家工作人员贿赂的行为，达到一举两得的效果。

作者单位：安徽长城律师事务所

论罪刑法定原则在我国的贯彻

孙 晶

【内容摘要】罪刑法定原则是我国刑法所确立的基本原则。随着我国改革开放的进一步深化和市场经济的不断发展，个人的主体意识和权利意识也随之进一步增强，人民需要罪刑法定，法治社会呼唤罪刑法定，和谐社会要求罪刑法定。刑法第 3 条庄严宣告了这一基本原则——“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处罚；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处罚。”这是一条有着中国特色的刑法规则。罪刑法定原则是社会文明与发展的标志，它的作用不可磨灭。本文主要从罪刑法定原则的概念、内容、理论依据以及罪刑法定原则在我国刑事立法与刑事司法中的贯彻等几方面予以论述，从而提出了一些建议。

【关键词】罪刑设置 罪刑法定原则

罪刑法定^①既是一个老话题，也是一个人们不断探索的新课题。它经历了产生、发展和完善的历史过程，虽然历史的车轮已经滚到了 21 世纪，但这一过程仍在继续。特别是对于我们来说，罪刑法定原则刚刚在我国刑法典中确立，这个发展完善的过程显得更为重要。因此，有必要重拾此话题，加以认真细致地论述。

一、罪刑法定原则概述

我国于 1997 年 10 月 1 日起施行的《中华人民共和国刑法》第 3 条规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处罚；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处罚。”这就是我国刑法中所确定的三大基本原则之一的罪刑法定原则。

作为三大基本原则之一的罪刑法定原则当然要贯穿全部刑法规范，具有指导和制约全部刑事立法和刑事司法的意义，并体现我国刑事法制的基本精神。罪刑法定原则在近现代已成为一项世界公认的刑法基本原则，它是一个国家司法文明的主要标志。

（一）罪刑法定原则的概念

要谈罪刑法定首先应当明确何谓“罪”？这里所称的“罪”作为名词理解，即犯罪。根据我国刑法第 13 条规定：“一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”根据这一规定“罪”应当具有社会危害性、刑事违法性和应受刑罚处罚性的特征。

接下来让我们看一下“刑”的问题。我认为这里所称的“刑”即刑罚。也就是掌握政权的阶级即统治阶级用以惩罚犯罪的一种强制方法。

再看一下什么是“法”？关于什么是“法”，可谓众说纷纭，有学者认为应当仅指刑法典，也有学者主张应当包括立法和司法解释在内的法律。我认为后者的说法较为合理。

关于“定”的问题。我认为这里的“定”可以有两种理解，一种是作为名词的“定”，即明文规定，另一种理解是作为动词的“定”，即定罪和量刑。

综上所述，我们可以把“罪刑法定原则”的含义归结为：什么是犯罪，有哪些犯罪，各

种犯罪的构成条件是什么,有哪些刑种,各个刑种如何适用,以及各种具体罪的具体量刑幅度如何等,均由刑法加以规定。对于分则没有明文规定为犯罪的,不得定罪处罚。概括起来说,就是“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚。”

(二) 罪刑法定原则的内容

罪刑法定在刑法理论上被称之为刑法的铁则和理论基石,它的价值与功能与其他刑法原则无法替代的,因此有必要探讨一下罪刑法定的内容。我认为根据罪刑法定的含义可以派生出以下内容:

1、法律的明确性

规定犯罪的法律条文必须清楚明确,使人能够确切了解违法行为的内容,准确地确定犯罪行为与非犯罪行为的范围,以保障该规范没有明文规定的行为不会成为该规范适用的对象。

2、刑罚的适当性

刑法适当性,即指刑法规定的犯罪和刑罚都应该被认为适当,这是针对法规内容而言的。对某一行为作为犯罪加以规定要有合理的根据,对某一犯罪行为的处罚也要有合理的依据不能凭某一主观意志而定。

3、禁止使用事后法

禁止使用事后法,即不允许在法律规范施行后对法规施行前的犯罪行为予以处罚,又称为“不溯及既往”;从而符合了“不知者无罪”这一俗语。如果不禁止使用事后法就会惩罚无辜,因为行为人在施行行为时并无犯罪意图,也没有触犯刑法,惩罚他是不公正的,非正义的,也是侵犯人权的,这也是事后法的最大危险。

4、禁止类推

类推是把刑法中没有明文规定为犯罪的事项,比照刑法中类似的事项加以解释。在罪刑法定原则下,类推解释将法律没有明文规定的内容“解释”进去是与罪刑法定原则的基本精神相斥的,所以无论是根据相似条文进行的法规类推还是根据法律的一般原则进行的类推均在禁止之列。

5、禁止不定期刑

若刑法中存在没有规定刑期的自由刑,罪犯服刑期长短的权利完全由行刑机关掌握,这会丧失刑法保障人权的机能。所以法定刑或宣告刑都不允许不定期刑。

6、排斥习惯法的适用

刑罚仅仅只能依据成文法规,刑罚的根据只在于成文法,而不依据习惯、道德、风俗来决定。这是“法无明文规定不为罪”的当然结论。

二、我国贯彻罪刑法定原则的理论依据

任何法律条文只有得到贯彻才能发挥其价值,否则将成为一纸空文。相应条文的贯彻都有其理论依据,那么我国贯彻罪刑法定原则的理论依据又是什么呢?我认为有以下几方面:

(一) 社会主义民主要求实行罪刑法定原则

大家都知道民主是法治的前提与基础,法治是民主的体现与保障。在历史与现实中,没有无民主的法治,也没有无法治的民主,在社会主义国家,法所反映的应当是人民的公共意志,是人民自己意志的记录。我国人民代表大会制度是社会主义根本制度,是社会主义民主的体现,它反映了人民的公共意志。而刑法即是由人民代表大会制定的,它的制定也体现了社会主义民主的要求同时也保障了社会主义民主的实现。

(二) 实行罪刑法定原则是尊重人权的要求

“法律面前人人平等”;“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”。行为人只有实施刑法规定的犯罪才应受处罚,并且只能在刑法规定的范围内予以处罚。这实质上是注重平等

地保护人权。为了保障人权,既不阻碍公民的行为自由,又不使公民产生危险感,就要使公民事先能够预测自己行为的性质与后果。因此,这就要求刑法应对什么是犯罪,对犯罪应处以何种程度的刑罚等事项必须事前做出明文规定。

(三) 建设和谐社会要求实行罪刑法定原则

社会安宁才能达到和谐,刑罚的最终目的就是要保障人民的安宁。罪刑法定原则使公民对于什么是犯罪,如何处置犯罪都有了一个非常明确的认识,继而保障了其在现实生活中对犯罪的远离排斥,使得整个社会实现长治久安。公民要求有安宁的生活,就得有遵守规则的意识,依据行为规则生活既是公民的期待,又是使社会安宁的必备条件。要实现公民的期待、要实现国家长治久安、要实现社会的和谐,就要实行罪刑法定。

三、罪刑法定原则在我国刑法中的体现

罪刑法定原则作为现代刑法的一项基本原则已成公理,其现代意义上的司法渊源,最早可以追溯到 1215 年英王约翰签署的《大宪章》,到了 17、18 世纪,资产阶级启蒙思想家在他们的著作中针对封建刑法中罪刑擅断、践踏人权的黑暗现实,更加明确地提出了罪刑法定的主张。资产阶级革命胜利以后,罪刑法定这一思想由学说转变为法律,在资产阶级宪法与刑法中得以确认,成为世界各国刑法中最普遍的一项基本原则。

对于中国来说,罪刑法定是姗姗来迟的。1979 年《刑法》中没有明确规定罪刑法定原则,相反却在其第 79 条规定了有罪类推制度;直至 1997 年全国人大对 1979 年《刑法》作了大规模的修订,明文规定了罪刑法定是刑法的一项基本原则,即第 3 条规定:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处罚;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处罚。”当然这并不是说 1997 年之前我国的《刑法》没有实行罪刑法定原则,只能说是当时中国对《刑法》的罪刑法定原则的认可、重视和贯彻的程度不够。

罪刑法定原则的贯彻程度体现着一部刑法典的完善程度,在某些方面可以说罪刑法定原则是刑法典的生命。1997 年 3 月修订的《刑法》,从完善我国刑事法治、保障人权的需要出发,明文规定了罪刑法定原则,并废止类推制度,成为刑法典修订和我国刑法发展的一个重要标志。与此同时,罪刑法定原则的价值内涵和内在要求也在新刑法典中得到了较为全面、系统的体现:

(一) 实现了犯罪的法定化和刑罚的法定化

新刑法典实现了犯罪的法定化和刑罚的法定化。犯罪的法定化具体表现是:明确规定了犯罪的概念;明确规定了犯罪构成的共同要件;明确规定了各种具体犯罪的构成要件。刑罚的法定化具体表现是:明确规定了刑罚的种类;明确规定了量刑的原则;明确规定了各种具体犯罪的法定刑。

(二) 取消类推制度

新刑法典取消了 1979 年刑法典第 79 条规定的类推制度,这是罪刑法定原则得以真正贯彻的重要前提。

(三) 重申从旧兼从轻原则

新刑法典重申了 1979 年刑法典第 9 条关于刑法在溯及力问题上从旧兼从轻的原则。

(四) 加强罪名的完善

在分则罪名的规定方面,新刑法典已经相当详备。条文由 1979 年的 103 条增加到 350 条,罪名数由 1979 年的 110 多个增加到 413 个。

(五) 增强法条的可操作性

在具体犯罪的罪状以及各种犯罪的法定刑设置方面,新刑法典增强了法条的可操作性。

对于大量犯罪，尽量使用叙明罪状；在犯罪的处罚规定上，注重量刑情节的具体化。

四、我国刑事立法中的罪刑法定原则

罪刑法定的确立并加以适用对我国的法制建设来说无疑是具有里程碑式的意义，学术界和司法界处处洋溢着赞誉之声。然而负重之骥难以粹然站立，中国的政权机构积淀下了太多命令高于法律的习惯，积重难返；中国人民被千百年来压制所束缚，如临深渊，如履薄冰，在这样的时代背景下，罪行法定的贯彻实施便难上加难了。中国 1997 年刑法典在确定罪刑法定原则的同时，未能在法条设置上全面贯彻罪刑法定原则，不仅存在诸多立法失衡缺憾之处，而且仍有少数条文的设计与罪刑法定原则的确定性、合理性、明确性要求相左，妨碍了罪刑法定原则在司法实践中的贯彻落实，甚至也有从根本上动摇罪刑法定原则的危险。

（一）法网不严

法网不严是我国刑法中罪刑法定举步维艰的核心问题。现在，中国已经加入 WTO，但是我国现行的犯罪形态却未得以有效的调整和革新。如今贿赂外国公职人员的犯罪问题在我国日益严重，而在我国的制定法中，却仍未增设贿赂外国公职人员的罪种，在司法实践中如果要严格遵循罪刑法定，那么对于这种犯罪类型，定罪便无从谈起，如果要对之予以定罪，那么有罪类推的幽魂便又有死灰复燃的迹象，这无疑将使我国的司法实践陷入尴尬之地。随着社会经济的发展，人民生活水平的提高，各类新型犯罪层出不穷，随之增加于之相应的罪种，变成重中之重。

（二）罪刑设置模式不完整

刑法是各种法律的保障力量和各类违法行为的最后制裁力量，在规范模式的设置上，应当采取“禁止性规范+惩治性规范”或者“命令性规范+惩治性规范”的模式。即对于违反刑法规定的行为，应当伴随着一定的带有痛苦性的后续性刑事制裁措施。罪刑法定原则是对罪之法定、刑之法定两个方面的要求。既不能仅有法定的罪而没有法定的刑，也不能仅有法定的刑，而没有法定的罪；既不能仅有禁止性规范而没有惩治性规范，也不能仅有惩治性规范而没有禁止性规范。但是，我国 1997 年刑法典中的法条设置与罪刑规范的建构却在某些方面无视此种模式，从而导致有罪不能罚或者违法不能究。

1、有罪不能罚

由于法条设置的逻辑漏洞，导致严格遵照罪刑法定原则的刑事追究对于某些犯罪而言将变的困难重重。例如，对于侵占罪。1997 年新刑法典将侵占罪规定为告诉才处理的犯罪。《刑法》第 98 条规定：“本法所称告诉才处理，是指被害人告诉才处理，如果被害人因受强制、威吓无法告诉的，人民检察院和被害人的近亲属也可以告诉。”根据被害人存在近亲属和可被强制、威吓等立法规定，中国刑法学界一致认为，这里所称的被害人只能限于自然人而不可能是单位。基于此，如果犯罪人所侵占的财物属于公民私人所有的财物时，则非经被害人本人告诉不处理。但是根据刑法学界的通说，本罪的犯罪对象是公私财物。^②这就产生一个问题，本罪的犯罪对象是国有财物或其他公共财物时，应当由谁来告诉呢？倘若由检察院来行使告诉权则侵占罪将转化为公诉，这就直接违背了侵占罪是告诉才处理的犯罪的立法宗旨，也违背了罪刑法定原则，这显然是一个矛盾。这一矛盾的出现，完全是由于立法机关的疏忽所造成的，立法的疏忽显然应当通过立法的修改来加以解决，否则就面临着一个两难抉择。如果承认侵占罪是告诉才处理的犯罪，那么侵占公共财物的行为，不管其所侵占的公共财物数额多么大，情节多么严重，均不能追究行为人的刑事责任，否则将是对罪行法定原则的直接冲击与违背。如果为了将公共财物与公民私人所有的财物一视同仁加以同等保护，则又会使刚刚修订通过的新刑法典关于告诉才处理的犯罪的规定化为一纸空文。

对于侵占罪所出现的上述立法与司法的矛盾，较为合理的处理方式是采取司法变通性的

措施,承认某些相关国家机关享有代行告诉权,在发生侵占国家所有的埋藏物、遗忘物等情况时,由公共财物的主管机关代行告诉权,从而合理解决此类犯罪的立法与司法冲突,保护国家财物不受非法侵犯。

2、违法不能究

由于刑法的若干条文只存在命令性规范而未设置惩罚性规范,从而不仅使得条文本身变得毫无意义,而且直接引发的负面效应是导致对违反刑法的此类行为不能追究,从而动摇了刑法作为严厉性制裁规范的权威性。例如1997年《刑法》第100条规定:“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过刑事处罚,不得隐瞒。”但是,对隐瞒不报的,刑法典却没有规定惩罚性规范。有学者将此种立法规定称之为“无盾立法”,即没有惩罚性规范作为后立的立法^③这种只设置命令性规范却不设置惩罚性规范的刑事立法,导致对于违反其自身规范的行为无权追究,无疑使罪刑法定原则处于尴尬的境地。

对于此种未附带惩罚性规范的条文,较为合理的补救措施是在有机会修改刑法典时,将此类没有也不应有的刑法保障的条文干脆予以删除,以避免浪费立法容量,同时避免法条设置的草率性而导致的违法不能究,从而维护刑法典的权威性和不容侵犯性。

(三) 缺乏确定性

所谓确定性,是指某些行为是否构成犯罪以及应处以何种刑罚,都应该有刑法的明文规定。尽管1997年刑法典通过全面、系统的修订,为求罪刑法定原则的实现,但在确定性方面仍然存在不足:

1、关于罪之确定

《刑法》第240条规定的拐卖妇女、儿童罪将犯罪对象局限于妇女、儿童,这就难免导致法网的不严密。我们可以设想一下,如果犯罪分子拐卖的是成年男子应该如何定性呢?按非法拘禁来定罪只能判3年以下有期徒刑远不及第240条拐卖妇女、儿童罪的刑罚之重。这样的设置岂不是放纵犯罪分子?我们何不以一个外延更广的“拐卖人口罪”予以更加完整的规定呢?

2、关于刑之确定

法定刑的确定并不意味越确定越好,更不意味法定刑的绝对化。令人遗憾的是,中国新刑法典不只一处有类似规定。例如《刑法》第121条关于劫持航空器罪的加重构成的法定刑规定“致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏的,处死刑”。第240条关于拐卖妇女、儿童罪的加重犯罪构成规定“情节特别严重的,处死刑,并处没收财产”。这些规定在追求罪刑法定原则性质确定性方面,无疑又走过了头,从而忽略了刑罚个别化原则,有失刑罚适用的公正。

(四) 对“特色规定”的质疑

但书是中国刑法所特有的,历来为法学界所称道。但是,但书将社会危害性较为轻微的违法行为排除在犯罪之外,这虽然节省了我国有限的司法资源,使之能集中力量应对各类严重的违法犯罪行为,却无疑也是中国刑法呈现不严状态的一个重要原因。社会危害性属于主观方面的构成要件,它的衡量显然是没有确定标准的,这必然会导致人民对怎样的行为才能构成犯罪产生了一个模棱两可的概念,使法律出现一个非人权的盲点,这是和罪刑法定的初衷格格不入的,而在这个模棱两可的法网中究竟有多少漏网之鱼更是无法想象的。

五、我国刑事司法中的罪刑法定原则

如果说刑事立法只是使罪刑法定法条化的话,那么刑事司法就是罪刑法定的现实化。下面我们就从我国的司法实践中透析一下罪刑法定在我国刑事司法中的适用。

(一) 从劳动教养制度看罪刑法定

我国的劳动教养制度是从 50 年代开始建立和发展起来的。那是一个高度政治化的年代，社会各项事业百废待兴，面对大乱初定之后人心思动的社会现状，我国不健全的法制心有余而力不足。于是劳动教养制度应运而生，并在当时特定的历史背景下对社会的安定起到了积极的作用。但在法制逐渐健全的今天，它已经与社会现实相背离，尤其是党的十五大及九届全国二次会议后，依法治国作为我国的一项基本国策得以确立，1997 年修订的《刑法》提出的罪刑法定原则更是使劳动教养制度存在的合理性受到巨大的挑战。

劳动教养制度与罪行法定原则最大的冲突在于劳动教养制度对劳教人员的强制性限制人身自由。根据 1979 年《国务院关于劳动教养问题的补充决定》：劳动教养的期限是 1 年至 3 年，必要时可延长 1 年。而我国现行《刑法》第 38 条明文规定：管制的期限为三个月以上两年以下。这样，不够刑事处罚的违法人员所受到的同样是强制性限制人身自由的处罚，实际上比构成违反刑法的违法人员还要重。这无疑使行政处罚成为一种变相的刑罚，完全不符合刑法的基本原则。因此，劳动教养制度的彻底废除迫在眉睫。

（二）“严打”中的罪刑法定

“严打”这一刑事政策的存在也是对罪刑法定的践踏。“严打”是党和国家根据我国社会治安的具体情况和实际斗争的需要制定的。它是我国法律工作相当长时期以来采取的一项打击严重犯罪分子的指导方针，在特定的历史时期里对犯罪起过良好的震慑作用。但随着我国《刑法》和《刑事诉讼法》的颁布，对严打这种阶段性的刑事政策，法学界颇有微词。

根据国务院近年来颁布的各项行政命令，严打方针是指：依法从重从快打击严重危害社会治安的犯罪分子。这一方针包含三个基本的内涵：

1. 严打针对的对象是极少数严重危害社会治安的犯罪分子；
2. 严打是从重惩处，严厉制裁；
3. 严打是从快办案。

但凡重症，需要缓药慢攻方可确保无误，如果一味以猛药攻之虽可立竿见影，但其后遗症也许会使我们耗费更多的精力去善后。严打是在犯罪高潮时期才适用的阶段性举措，它无疑是一剂猛药。根据严打的基本内涵，严打是从重惩处，这本身就违背了刑法的基本原则。在实践中很容易会造成一个人没有达到刑罚的程度，但不幸的是他处于严打期间，司法机关依据严打指示，不得不定罪处罚，轻罪重罚；严打要从快办案，这更不可取。程序正义是最大的正义，如果一味的要求快，仓促草率断案，这无疑会使被告的权益无法得到有效的保障。而且在某些地方，地方政府甚至以在严打期间所打击的犯罪数量来衡量下一级政府政绩的得失，于是不可避免的出现了给地方下打击罪犯指标的情况，这将使得无辜的人在政绩的光环下隐藏不白之冤的情况。

（三）罪刑法定需要司法独立

罪刑法定原则无法在我国收到立竿见影的效果，中国的司法制度难辞其咎。行政机关干涉司法公正的情况屡见不鲜，某个领导的条子出现在法官的审判席上的情况不足为奇。长此以往，司法独立何在？罪刑法定何在？公民利益的保障何在？法院须向同级人大汇报工作，看似对审判的监督，值得欣慰，但法院是严格依照法律的有关规定对案件予以判决的，如果法院的审判一旦遭到人大质疑，这怎能不使法院陷入两难之地？

人大监督法院的方式应该要求其依照法律审判案件，它对法院的质疑权只能针对法官而不是案件的判决本身，人大可以对个别法官的枉法行为行使罢免权，这样，既能有效监督法院的枉法行为，又无伤于法院的司法公正。

（四）罪刑法定期待审判制度的完善

在法院内部，审判委员会的存在使审判权陷入行政化的边缘。罪刑法定的贯彻在很大程

度上在于能否确保庭审法官的独立裁判权。法官在审理案件时严格依照法律精神以事实为根据，以法律为准绳予以判决。而在我国的审判体系中，审判委员会却有权要求庭审法官违背其意志做出判决，这种行政命令式的判决是无法确保罪刑法定的。试想如果审理案件的是一批法官，而做出判决决定的又是另一批法官，审者不判，判者不审，这无疑是中国司法界最大的黑色幽默。

六、完善罪刑法定原则的建议

如前所述，我国现行刑法虽然明确规定了罪刑法定原则，司法实践中也能较好地贯彻罪刑法定，但仍然存在这样那样的不足。为了弥补这些缺陷就要求我们注意以下几点：

（一）注重社会保障机能向人权保护机能的转化

我国《宪法修正案》第 33 条专门增加一款：“国家尊重和保障人权。”^④可见，公民的人权保障问题已经提到宪法的高度。作为我国其他部门法的保障法的刑法，更应该对宪法精神有所体现，由过去偏重社会保护机能向人权保障技能侧重。

1. 在《刑法》第 1 条中就加入保护公民基本人权的内容。^⑤我国现行《刑法》第一条规定：“为了惩罚犯罪，保护人民，根据宪法，结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况，制定本法。”这并不是说我国刑法对公民的人权保障不力，之所以在刑法总则中进行明确规定，是基于刑法的特性。刑法是部门法，应当对宪法精神有所体现。

2. 充实量刑原则的内容，将实质的罪刑法定原则追求的“公平、正义”的价值目标，在总则中规定为量刑的基本原则之一。^⑥

3. 重视被告人权益的保护。刑法中的人权本来应当完整地包括被害人的权利、犯罪嫌疑人或被告人的权利以及犯罪人的权利。^⑦虽然犯罪人对其危害行为理应承担社会的否定性评价和受到国家的刑法制裁，但对其合法权益和基本人权应当给予足够的关注不应被完全忽视。否则会由于在保障受害人应有权益的同时，置犯罪人的基本人权于不顾，可能会将具有一时之罪的犯罪人永久性推向社会的对立面。

（二）完善罪刑设置模式

由于我国刑法罪刑设置模式的不完整，从而导致某些犯罪空有罪名，对于在实践中出现的行为不能追究刑事责任或者导致违法不能究。针对这些缺憾，我们应完善相应的刑法规范，力求罪刑设置模式的完整、科学。既不能仅有法定的罪而没有法定的刑，也不能仅有法定的刑而没有法定罪；既不能仅有禁止性规范而没有惩治性规范，也不能仅有惩治性规范而没有禁止性规范。应当采取“禁止性规范+惩治性规范”的模式。

（三）司法认定要以事实和法律为根据

司法认定包括法律的认定和事实的认定，我们这里所说的是法律的认定。法律的司法认定是以法律规定为客体的，在罪刑法定原则的指导下，要求法律规定具有明确性。^⑧

我国《刑法》经过修订，对各种犯罪的规定更加明确。因此，对于《刑法》明文规定的各种犯罪，司法机关必须以事实为根据，以法律为准绳，认真把握犯罪的本质特征和犯罪构成的具体要件，做到准确定性，不枉不纵，于法有据。对于各种犯罪的量刑，亦必须严格依法定刑及法定情节为依据。

（四）理性对待司法解释

现实生活是发展变化的，现实中的一些犯罪行为不可能完全和条文相吻合，但我们又不能对《刑法》进行随意的修改，这就需要引入人的因素。因为只有人才能做法律不能做的事，能够度量事物之间的差别，并做出适当的裁判。^⑨同一案例可能因为解释的不同而产生截然不同的结果，这就需要对法官的自由裁量严加限制，任意扩大自由裁量权则有可能导致违背罪

刑法定原则。法官在刑事审判中应当正当地行使自由裁量权。社会的发展需要法律补充新的内容,使法律与社会同步渐进地发展。在解释过程中不能任意扩大解释的内容也不能局限于字义表面,应该体现立法的精神,把握刑法的基本原则贯彻好罪刑法定原则。必须强调的是罪刑法定与司法裁定并不矛盾,而是互相共存,罪刑法定下的自由裁量应受到限制。

(五) 保障司法独立

1. 司法权的行使不受行政机关或者其他机关的干涉,从而保证罪刑法定司法化

人民法院依照法律规定独立行使审判权不受行政机关,社会团体和个人的干涉,这是我国宪法所确认的原则。在刑事审判中,罪与非罪的判断,同样也应当坚持这一原则,不受行政机关或者其他机关的干涉。只有这样,才能实现罪刑法定司法化。

2. 司法权行使不受社会舆论与新闻媒体的干涉,从而保证罪刑法定司法化

新闻媒体是社会舆论的重要载体之一,它在反映民意方面发挥着重要作用。在法制社会,刑法应当获得公众认同,司法判决也应当如此。案件的审判不能与社会舆论和新闻媒体完全隔绝,对于一些重大案件的审理,不能不考虑民愤的因素,但司法机关如果一味地顺从社会舆论,则就会丧失司法的独立性,从而出现舆论审判或者媒体杀人的现象。

七、结束语

罪刑法定原则的确立,在我国刑事立法史上具有“里程碑”的意义,是法制建设过程中的重要一环,也是构建和谐社会的法制基础之一。同时我们也应当认识到罪刑法定原则的实现任重而道远。这里既要有立法的不断完善,更需要在司法上付诸艰苦的努力。“罪刑法定”是加强立法和依法治国的内在需要,是国家、社会稳定的需要,是经济发展的需要,更是保障公民民主、平等、自由的需要。我们要尽快转变司法观念,明确立法权和司法权的界限,全面贯彻罪刑法定原则。使我国刑法即成为“犯罪人的大宪章”,又成为“善良公民的大宪章”,实现法律的正义与公平,让正义之光永远在我们头顶闪耀!^⑩

参考文献:

- 1、高铭暄:《刑法专论》(第二版),高等教育出版社,2006年版;
- 2、高铭暄:《新编中国刑法学》,中国人民大学出版社,1998年版;
- 3、赵秉志:《刑罚基本理论专题研究》,法律出版社,2005年版;
- 4、陈兴良:《刑法适用总论》,法律出版社,1999年版;
- 5、陈兴良、周光权《刑法学的现代展开》,中国人民大学出版社,2006年版;
- 6、陈忠林:《刑法散文集》,法律出版社,2003年版;
- 7、高绍先:《中国刑法史精要》,法律出版社,2001年版;
- 8、张明楷:《刑法学》(下)法律出版社,1997年版;
- 9、游伟:《华东行事司法评论》第4卷,法律出版社,2003年版;
- 10、游伟:《华东行事司法评论》第6卷,法律出版社,2003年版;

注释:

①高铭暄:《新编中国刑法学》中国人民大学出版社98年版,第789页;

②侯国云、白岫云:《新刑法疑难问题解析与适用》中国检察出版社1998年版,第175页;

③由中华人民共和国第十届全国人民代表大会第二次会议于2004年3月14日通过并予公布施行;

- ④参见陈忠林：《刑法散文集》，法律出版社 2003 年版，第 181 页；
- ⑤参见陈忠林：《刑法散文集》，法律出版社 2003 年版，第 181 页；
- ⑥高铭暄：《刑法专论》（上编），高等教育出版社 2002 年版，第 111 页；
- ⑦陈兴良：《刑法适用总论》，法律出版社 1999 年版，第 21 页；
- ⑧陈兴良：《刑法适用总论》，法律出版社 1999 年版，第 36 页；
- ⑨高铭暄：《刑法专论》（上编）高等教育出版社，2002 年版，第 118 页；

作者单位：安徽夏商周律师事务所

浅议我国沉默权制度的构建

吴涛涛

【内容摘要】沉默权是现代法治国家犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中的一项基本权利，也是刑事司法正当程序的重要保障，体现了司法公正和司法文明，是司法民主的价值反映，也是人权保障的重要制度安排。沉默权作为犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利体系的基础和辩护权的可靠保障，已经为大多数国家特别是各法治国家所采纳，并被确认为国际准则。由于历史传统和当前治安形势严峻等诸多复杂的原因，我国对被追诉人沉默权的保障长期得不到重视。但随着依法治国方略的实施以及人权观念的觉醒，尤其1998年签署《公民权利与政治权利国际公约》后，刑事沉默权问题已经引起了学界、实务界乃至社会公众的广泛关注。对待沉默权，我们不仅要分析其先进性和科学性，重点应该在于结合我国的司法实践，论证其在解决我国现实问题时的积极意义，以构建一套适合中国国情的沉默权制度为目的。

【关键词】沉默权 程序正义 刑讯逼供

一、沉默权的内涵

一般认为，沉默权有广义和狭义之分。广义的沉默权既包括犯罪嫌疑人的拒绝回答权、被告人在庭审中不自证其罪的权利，也包括案外知情人的拒绝回答权和证人不自陷其罪的权利；狭义的沉默权仅指犯罪嫌疑人或被告人在整个刑事诉讼活动中对于司法机关的合法讯问或询问有拒绝回答和保持沉默的权利。^①英美法系国家的沉默权一般采用广义的理解，大陆法系的沉默权一般是指狭义的沉默权，两者之间存在这种区别并不是偶然，它与两大法系中刑事被告人的不同地位有关。在大陆法系的国家中，被告人的地位相对独立，是一种不同于证人的证据来源，被告人如果选择放弃沉默而自愿供述，不需要经过宣誓保证如实作答，也可以在陈述的过程中有选择的拒绝回答问题，不用担心因为自己的虚假陈述和保持沉默而被追究刑事责任，而证人作证前则需要宣誓如实作证，如果故意作虚假的陈述或没有正当理由拒绝回答问题，会受到伪证罪或其他程序上的制裁。在这种情况下，沉默权往往特指犯罪嫌疑人和被告人保持沉默的权利，而证人的拒绝作证权，通常不被视为沉默权的范围。而在当事人主义的英美法系国家中，被告人不是一种独立的证据来源，如果被告人选择自愿作证时他只是辩方证人的一种，也必须象其他证人那样首先宣誓，保证如实的回答任何问题并接受反询问，否则将以伪证罪或藐视法庭罪进行处罚。在这种情况下，由于把选择作证的被告人完全作为证人来对待，享有和证人相同的权利并且承担和证人相同的义务，而被告人以外的证人又有不得“被强迫自证其罪的特权”，因此被告人的沉默权常常与证人的这项特权联系在一起，甚至把这两者等同起来。所以在英美法系中，沉默权通常包括证人不自证其罪的权利，甚至扩大到尚未进入司法程序的知情人的拒绝回答的权利。由于我国的法律制度深受大陆法系的影响，被告人并没有陈述前的宣誓义务，所以本文讨论的沉默权是指狭义上的理解，即仅指犯罪嫌疑人和被告人的沉默权，而不包括证人和案外知情人。

二、沉默权制度的价值基础

（一）保障程序正义的实现

正义不仅要实现，还要以看得见方式实现，这句法律格言体现了人们对程序正义的呼唤。程序正义的观念最早起源于英国，其含义主要是指，当实体结果的对错无法用客观的标准来衡量时，只要严格遵守正当程序，结果就被视为是合乎正义的。在刑事诉讼过程中，为诉讼双方创造一个公平竞争的环境是程序正义的内在要求，也是程序正义的重要内容。有学者认为，主张沉默权的现象出现于这样的历史环境中；整个刑事诉讼程序的目标是保证犯罪嫌疑人和被告人获得一个公平竞争的机会。沉默权的确立使他们在面对追诉机关的讯问时保持沉默，拒绝配合追诉机关对自己的罪行进行揭露，从而使证明罪过的责任完全由追诉方来承担，这就在一定程度上缩小了被追诉方和追诉方的力量差距，从而使刑事诉讼中的竞争相对公平和合理。在这样的情况下做出的判决，即使在实体结果上不是绝对的正确，但由于其遵守了正当程序，在形式上是使人信服的，从而合理的吸收了各方的不满情绪，促进了争端的真正解决。美国学者罗尔斯在《正义论》中指出，只要正当的程序得到恰当遵守后执行，由此产生的结果应被认为是准确或正当的，无论他们可能会是什么样的结果。

（二）构建科学的诉讼结构

一般认为，诉讼结构有线性结构和三角结构两种，所谓线性结构实际上是“将诉讼视为一种双方组合，一方是作为整体的国家司法机关，另一方为犯罪嫌疑人、被告人，诉讼活动的基本内容是司法机关积极地推进司法活动的进程”^②。三角结构的特点是作为双方当事人的原、被告平等对立，法官作为第三方居于其中，公正裁决，解决纠纷，直观地看，这种诉讼结构是类似于一个正三角形，因而称为三角结构。大陆法系国家受职权主义的影响，多是线性构造模式，而在当事人主义的英美法系国家中，三角结构的特征更为明显。不过近年来，随着人权保障的加强，大陆法系国家纷纷开始借鉴英美法系三角构造的一些优点。从理论上来说，理想的诉讼模式应该是一个等腰三角形的构造，控辩双方地位平等，审判方持中立的态度居中裁判，整个刑事诉讼的进程在控辩双方的对抗中推进。但是在现实的司法实践过程中，控辩双方的力量对比严重不平衡，追诉机关的人员大多是经过长期训练的专业人士，有着丰富的破案经验，同时装备了先进的破案工具和装备，并且可以以国家强制力为后盾，以国家的名义对被追诉方采取强制措施，剥夺他们的人身自由。而被追诉方一旦进入诉讼程序，往往人身自由受到限制，无法收集有利于自己的证据，甚至还可能在刑讯逼供的威胁下被迫作出不利于自己的供述。由此可见，控辩双方的力量平衡已经被严重打破。因此“国家需要程序法来防止自己成为强权压服者，创造法律面前的平等来使自己成为程序中的当事人，以便与嫌疑人—另一方当事人来对抗”。^③沉默权的确立对重建这种平衡具有重要的意义，拥有沉默权的被追诉人可以有效的对抗追诉机关的讯问行为，不至于使自己沦为证明自己罪过的工具，使双方的力量差距得到一定程度的消解，从而使诉讼结构的构建逐步向理想的三角模式演进。

三、我国沉默权制度的构建

（一）取消如实供述的义务并建立鼓励陈述机制

我国的刑事诉讼法第93条规定：“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答。”这是一条富有争议和广为诟病的规定，反对者称，这是在强迫犯罪嫌疑人协助侦查人员揭露自己的罪行，是极为不人道的要求，并且也和我国已经签署的《公民权利和政治权利公约》中“任何人不得被强迫作不利于他自己的证言或强迫承认犯罪”的规定相抵触，必须予以废止。而赞成者确认为，尽管我国的法律要求犯罪嫌疑人对侦查人员的提问应该如实回答，但这只是一个宣告性的忠告，并没有对拒绝回答的行为规定处罚措施，所以并没有强迫的意思包含在内。笔者认为，认为如实供述的义务没有强迫被追诉人自证其罪的观点是不成立的，理由在

于, 尽管我国的法律并没有对拒绝陈述的行为规定不利后果, 但是我国长期以来实行的“坦白从宽, 抗拒从严”的刑事政策给予被追诉方以沉重的心理压力, 讯问的过程中, 司法人员也往往利用这个刑事政策施加影响, 这无形中对被追诉人形成了一股强迫的力量, 基于对从严处理的恐惧, 被告人或犯罪嫌疑人往往会做出有罪的供述。如实陈述的另一个弊端是缺乏一个判断的标准, 到底什么样的陈述才是符合事实的, 在案件查清以前是无从得知的。这时候, 是否“如实回答”就完全由掌握在追诉人员的手中了, 这就意味着被追诉人员不仅不能拒绝回答, 而且回答的内容必须符合追诉人员的期待和判断, 否则就会被认为是不老实, 就会不受时间和次数限制的反复被讯问, 甚至受到肉体的摧残, 直到其交代达到满意的程度为止。如实供述的义务同沉默权的精神严重背离, 在司法实践中的作用, 也是弊大于利, 它的存在直接导致了刑讯逼供、非法取证现象的泛滥, 不利于人权的保护, 而且有悖于世界刑事诉讼制度的总体趋势, 必须予以取消, 应该将第 93 条规定改为: “犯罪嫌疑人对侦查人员的提问, 有保持沉默的权利。”

与如实供述的义务相比, 沉默权在一定程度上的确对国家的侦查活动构成了阻碍, 影响案件真相的发现, 为此, 在引入沉默权的同时, 为避免其所起的负面作用, 应该建立鼓励陈述的机制, 让被追诉人在不被强迫的情况下, 自愿开口供述自己的罪行。沉默权不是鼓励被追诉人不说话, 而是赋予其在保持沉默与做出陈述之间保持沉默之间进行选择的权利。从国外的司法实践来看法律并不反对自证其罪, 反而鼓励如实供述, 禁止的仅是被强迫自证其罪。就像 1918 年美国联邦最高法院一个判例所说的那样: “一个有罪的人自愿戳破自己的脚趾, 这些丝毫不违背宪法。恰恰相反, 希望他这样也不能算过分。宪法第五修正案从未说, 不允许某人自证有罪, 或者说, 不允许劝说他这样做。它只是告诉我们, 不得强迫任何人提供证据证明自己有罪”。^④

1、将坦白从宽上升为法定的量刑情节。要想真正使被追诉人积极的交待自己的罪行, 就必须给他们以从宽处理的好处, 使“坦白从宽的”的刑事政策真正落到实处, 并把其上升为法律的规定, 使坦白不再是酌定的从轻情节, 而是成为和自首、立功一样的法定从轻情节, 让那些真正悔过自新的追诉人得到轻判。

2、建立罪行豁免和起诉豁免规则。在打击共同犯罪和有组织犯罪的过程中, 为了分化瓦解犯罪集团, 可以借鉴英美法系中的罪行豁免和起诉豁免的做法, 赋予检察官在起诉和不起訴之间较大的自由裁量权, 给那些自愿如实供述的从犯不起訴的处理, 以集中力量打击犯罪集团中的首要分子。

3、引进辩诉交易制度。辩诉交易制度形成于 20 世纪 30 年代的美国, 并在英美法系国家中得到普遍的实施。所谓辩诉交易, 是指在法院开庭审理之前, 提起公诉的检察官为了换取被告人的有罪供述, 提供比原来指控更轻的罪名指控、或者较少的罪名指控, 或者许诺向法官提出有利于被告人的量刑建议等条件与被告方在法庭外争取有利于被告方的最佳条件的讨价还价而形成的一项司法制度。^⑤辩诉交易制度体现了坦白从宽的精神, 鼓励被追诉人主动的供述自己的罪行, 并通过给自愿做有罪供述的被追诉人减轻处罚的优惠, 增加被追诉人自愿做有罪供述的几率, 从而消除沉默权制度带来的放纵犯罪、降低刑事诉讼效力的弊端。

(二) 建立沉默权的例外性规定

任何权利都是有边界的, 为了实现更高的目标或平衡各种利益之间的关系, 必须对权利进行一定的限制, 沉默权也不例外, 为了更好的维护社会的安全稳定, 协调刑事诉讼打击犯罪和保障人权两大任务的关系, 必须对沉默权作出一些例外性的规定, 针对特定的犯罪或在特定的场合下, 限制沉默权的适用。

1. 公职人员职务犯罪的例外

当前, 职务犯罪尤其是公职人员的职务犯罪行为已经成为制约我国经济发展的严重障碍。

市场经济需要一个服务型的政府来创造一个公平竞争的环境，但是在现实社会中，却有一些公职人员利用手中的权力同一部分不法的市场主体相勾结，贪污受贿，大搞权钱交易，严重破坏正常的经济秩序，同时也玷污了公职人员职务行为的廉洁性，引起了广大民众的强烈不满。为了有效的打击此类犯罪，建议在上述犯罪的侦查审判过程中，排除沉默权的适用，这主要基于以下几个理由：首先，此类犯罪的主体大多具有比较高的文化程度和社会地位，且手中握有一定的权力，关系网复杂，活动能力强，作案前有充分的准备，作案后有相应的对策，有较强的反侦察能力；其次，大量的权钱交易行为往往发生在正常的执行公务的过程中，有着合法的外衣，致使通过正常的手段调查收集实物证据非常困难，在这类案件中，口供的作用就显得非常重要了，被追诉人的口供不仅是侦破案件的重要线索，通常也是最重定案的重要依据，如果赋予此类犯罪嫌疑人沉默权，大量的公职犯罪将因为缺乏突破口无法侦破；最后，从证据把握上看，这类案件特别是贿赂案件往往出现一对一的证据形态，即在诉讼过程中出现有罪证据和无罪证据证明力相对等的一种特殊的证据现象，而我国的刑事诉讼法也没有规定一对一证据形态是否可以定案，所以在证据的运用上，往往需要其他的证据来佐证，而口供在这其中发挥着重要的作用。

2. 有组织犯罪的例外

同单个个体的犯罪行为相比，有组织犯罪的社会危害性更加严重，它往往同职业犯罪相联系，活动更加隐蔽，手段非常残忍，而且犯罪组织往往人数众多，组织严密，侦破难度很大。在此类犯罪活动中，主犯往往隐藏的很深，他们大多采用单线联系的方式遥控指挥手下人员实施犯罪活动，在这种情况下，即使将直接参与者抓获，也很难将整个团伙一网打尽，同案犯的口供在此时就显得非常重要了，其供述对揭示案件的起因、背景、实施过程及同案犯之间的联系，往往起着重要的作用，因此，为了更好的打击有组织犯罪，创造良好的社会环境，沉默权在此类犯罪的侦破过程中不宜适用。

3. 公共安全和紧急状况例外

对于某些犯罪行为，不立即讯问并获取供述就可能造成公共安全重大危害的或者犯罪嫌疑人不立即提供受害人所在场所就可能危及被害人安全的，不宜适用沉默权。此类行为一般直接危害公共安全和人身安全，比如下落不明的投放危险物质、爆炸物犯罪，可能导致被害人死亡的绑架犯罪，如果不立即通过获得嫌疑人的陈述而排除危险性，有可能造成更加严重的后果，因此，在这种情况下，沉默权不宜适用。

4. 程序性讯问内容的例外

所谓程序性讯问内容，是指犯罪嫌疑人或被告人的姓名、身份、年龄、职业、住址、是否受过刑事处罚等与犯罪行为无关的非实质性内容。由于我国地域广阔，人口众多，人员的流动性很大，流窜犯罪严重，为有效的打击犯罪，提高效率。避免不必要的损耗，应该要求犯罪嫌疑人或被告人在接受讯问时，对姓名、住址等有关身份的内容如实回答，由于此类提问与犯罪行为无关，嫌疑人或被告人如实回答这些提问并不会产生什么不利的后果，因此，对这些提问不赋予沉默权，并不违背沉默权的精神和初衷。

（三）完善沉默权制度的保障机制

沉默权在刑事诉讼中主要作用在于保障人权，尤其是被追诉人的人权，这必然威胁到处于对立面的司法机关对犯罪的侦破、起诉和对行为人的定罪判刑，因此极易受到侦查、起诉官员的侵犯，因此，沉默权的保障机制同沉默权一样重要，是沉默权制度的固有组成部分。美国联邦最高法院弗兰克大法官曾经在一份判词中写道：“自由的历史在很大程度上一直是恪守程序保障的历史”。^⑥从法律程序上来看，沉默权的保障规则主要包括以下几个方面：

1. 权利告知规则

行使权利的前提是知道并理解权利的内容，因此，追诉机关在采取相应的行动之前必需

履行权利告知手续已经成为各个法治国家的共识。告知的时间、方式、内容必须通过法律明文规定，告知的时间应该是第一次讯问犯罪嫌疑人或采取强制措施之时，告知方式应该以口头告知为主，且必须如实记入笔录，当在法庭上辩诉双方对是否履行告知程序发生争议时，由追诉方举证，告知的内容可以借鉴美国的米兰达警告，在告知其有权保持沉默的同时一并告知其律师帮助权。在中国，这项规则则尤其重要，因为普通民众法治意识不强，对自己的各项权利尤其是诉讼权利所知甚少，在律师介入侦查尚不充分的情况下，甚至部分侦查、起诉官员往往利用这点误导恐吓被追诉人，通过侵犯人权的方式获取有罪供述。因此，如果权利告知原则得不到认真的贯彻，沉默权也无法落实。

2. 律师帮助规则

犯罪嫌疑人的沉默权有赖于律师辩护权的行使，就沉默权的关系来看，律师帮助最重要的是侦查阶段。但是在我们国家，律师很难介入侦查，使审前阶段的律师帮助流于形式，要想改变这种现状，必须采取以下改革措施：第一，应赋予律师讯问时在场的权利。规定追诉人员讯问犯罪嫌疑人、被告人时律师必须在场。如果嫌疑人明确要求律师在场的，没有律师在场，讯问不得开始，当嫌疑人自愿开始陈述后又要求律师在场的，应通知律师到场后才可恢复讯问，讯问笔录应由在场律师于讯问结束时签字确认。第二，保障律师的会见交流权。沉默权并不限制被追诉人自愿向侦查机关陈述案情，也不反对侦查机关通过合法的手段说服嫌疑人做出自愿的陈述，关键是在供述和沉默之间有自由选择的权利，国家有义务尊重和保障这种自由的权利。但是司法实践过程中，被追诉人往往人身自由受到控制，心理负担沉重，并且还会受到侦查机关不适当的干扰，以至于在无知和恐惧中作出不明智的选择。而律师的介入可以帮助被追诉人改变这种不利的处境，提供有效的法律咨询，因此，与律师之间自由的会见交流成为保障被追诉人沉默权的重要措施之一。

3. 非法证据排除规则

对通过侵犯沉默权所取得的证据，尤其是言辞证据，世界各国一般都规定应将其排除，不得作为法院定案的依据，并由此形成了比较成熟的非法取供排除规则。在我国刑事诉讼中，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》规定，被告人供述经查证属实是以刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗等方法取得的，应予排除。从而以司法解释的方式初步确立了我国的非法证据排除规则，但是在司法实践中，却由于缺乏操作性而成效甚微。究其原因，主要在于对证据的获取方式是否合法无法举证。当辩方提出证据的取得方式违法时，需要承担取证的责任，但是，犯罪嫌疑人或被告人在整个侦查起诉的过程中人身自由通常受到追诉机关的控制，往往没有能力提出证据对讯问过程的非法性进行证明，在这种情况下，法院往往不会将辩方质疑的证据排除，从而导致一些非法获取的证据仍然被采信，成为定案的依据。笔者认为，要想消除这一弊端，可以借鉴民事诉讼法中举证责任倒置的做法，规定由追诉人员对其取证行为的合法性承担证明责任。这是因为，追诉机关在侦查起诉的过程中处于主导地位，掌控着整个审前程序的进行，有能力也有义务对讯问的合法性进行举证。我国可以借鉴英国的做法在有条件的地区尝试作出这样的规定，公安司法机关对其讯问过程应自始至终同步录像，该录像的母带于讯问结束时由在场各方签字认可，一式两份，一份附卷备举证之用，一份交犯罪嫌疑人或被告人保存，一旦就取证合法性发生争议，公安司法机关应向法庭出示该录像带供法庭审查，如果没有正当理由拒绝出示，直接裁定将发生争议的证据排除。

注释：

①孙长永：《沉默权制度研究》，法律出版社2001年版，绪论部分第2页；

②左卫民：《价值与结构》，四川人民出版社1994年版，第74页；

- ③陈瑞华:《程序正义论》、《中外法学》1998年第3期,第35页;
- ④王以真:《外国刑事诉讼法学参考资料》,北京大学出版社1995年版,第438页;
- ⑤项振华:《美国司法价值观的新发展——评辩诉交易》,《中外法学》1996年第2期,第74页;
- ⑥孙长永:《沉默权制度研究》,法律出版社2001年版,第108页。

作者单位:安徽明博律师事务所

确定动物致害责任的赔偿主体应注意的问题

奚俊俊

【内容摘要】《侵权责任法》施行后，对饲养动物造成他人损害的民事赔偿问题有了较为明确的规定，尤其对遗弃、逃逸的动物在遗弃、逃逸期间造成他人损害的，责任如何承担作出明确规定。但笔者认为这些规定仍过于笼统，故笔者通过列举的方式将确定动物致害责任的赔偿主体时需要考虑的几个细节问题加以说明，以期在司法实践中对确定动物致害责任的赔偿主体时更加公平。

【关键词】动物致害 赔偿主体

一、动物致害责任的赔偿主体的概述

关于动物致害责任的赔偿主体，各国的立法规定很不一致。有的规定为动物的占有人，如日本，有的规定为动物的所有人或管理人，如意大利，有的规定为动物的占有人或管理人，如德国，有的规定为动物的所有人或使用人，如法国，我国《侵权责任法》则规定动物的饲养人或管理人。动物的饲养人是指动物的所有人，即对动物享有占有、使用、收益、处分权的人。动物的管理人是指实际控制或管束动物的人。管理人对动物不享有所有权，致使根据某种法律关系直接占有动物。例如，根据国家授权管束驯养动物的国家动物园；根据租赁、借用等民事法律关系占有和管束动物的人，都为动物的管理人。在实际生活中，动物的饲养人与管理人有时为同一人，有时则为不同人。动物饲养人与管理人为同一人时，也就是由动物的所有人自己占有和管束动物，在这种情况下，赔偿主体非常清楚，即为动物的所有人。当动物的饲养人和管理人为不同主体时，管束动物的义务由饲养人转移给管理人，这时，赔偿主体应当为管理人。当然，我们应当能够清晰的看到，以上两种情形下赔偿责任主体明确的前提为饲养人或管理人均实际占有该致害动物。然而，实际生活中，往往还有例外的情况发生。为此，笔者认为在确定动物致害赔偿责任主体时以下问题值得注意。

二、丧失占有关系的动物造成他人损害的，应如何确定赔偿责任主体

关于丧失占有关系的动物致害的赔偿主体，法国、意大利的民法都有明确规定，动物的所有人或使用人在使用期间，对走失或逃脱的动物所造成损害的，应负赔偿责任。英国判例对于丧失占有的动物造成损害的，如果尚能认为丧失占有的动物为被告之物，虽然该动物已经回复其天然状态，被告仍应负责。我国《侵权责任法》对此也作出明确规定，“遗弃、逃逸的动物在遗弃、逃逸期间造成他人损害的由原动物饲养人或者管理人承担侵权责任。”但笔者认为，这些规定仍过于笼统，需要进一步的细化和明确，应当按照不同的情况来确定赔偿主体。

1. 丧失占有的动物如果已经回复其天然状态，如驯养的野生动物逃回森林，则该动物回归自然后造成损害的，动物的原饲养人或管理人不承担赔偿责任，应当按照野生动物致人损害来处理；

2. 如果动物在脱离占有之后，不能回复天然状态，又没有处于他人的管束之下，则该动

物致人损害的，动物的原饲养人或管理人应当承担赔偿责任；

3. 动物脱离占有之后，被第三人不当得利而占有，动物在第三人不当得利占有期间致人损害的，则动物的原饲养人或管理人就不应当承担赔偿责任，应由不当得利第三人承担赔偿责任；

4. 动物脱离占有之后，被第三人无因管理而占有，动物在第三人无因管理占有期间致人损害的，则由动物的原饲养人或管理人承担责任，无因管理管束动物有过失的，应在过失的范围内承担责任。

三、动物之间相互争斗（加害动物比较明确）致他人损害的，如何确定赔偿主体

我国的《侵权责任法》对此没有作出明确规定。笔者认为应当根据动物实施争斗时的状态和动物的种类与性质来确定赔偿责任主体。

1. 若双方的动物均不属于按照规定或习惯散养的，它们在逃逸、丧失状态下发生相互加害时致使他人受到伤害的，则由动物的双方平均分担赔偿责任；

2. 若一方的动物属于按照规定或习惯散养的，另一方的动物不属于按照规定或习惯散养的，双方的动物在相互加害时致使他人受到伤害的，则应当由不属于按照规定或习惯散养的动物的一方承担赔偿责任；

3. 若双方的动物均属于按照规定或习惯散养的，它们在发生相互加害时致使他人受到伤害的，则由动物的双方平均承担赔偿责任。

四、人的行为与动物的行为相结合由动物致使他人损害的，如何确定赔偿主体

我国的《侵权责任法》对此没有作出明确规定。笔者认为此种情形应当属共同危险行为，应当根据人的过错及动物饲养人或管理人的过错对内按过错程度分担责任，共同对于受害人承担连带赔偿责任。

例：某日，屠夫李某在菜市场卖猪肉，本镇王某的一条家狗乘隙偷吃猪肉，李某发现后抄起木棍击狗，狗遭打后逃窜，狗在逃窜的过程中踩到一在菜市场路上睡觉的张某家的母猪，引起母猪惊跑撞倒了买菜的黄某，造成黄某小腿骨折，花费医疗费 3000 元。受害的黄某向狗主人、猪主人及李某要求赔偿，均被拒，诉至法院，要求三人承担赔偿责任。对于本案的处理意有五种不同的意见。第一种意见认为，本案适用公平原则，损失由受害人黄某、打狗人李某、养狗人王某、猪主人张某四方分担。理由：当事人对造成的损害都没有过错。就受害人黄某而言，上街买菜被猪撞伤，是不能预料到的，本身并无过错；就屠夫而言，狗偷吃猪肉是侵犯其财产，超棍打狗属采取保护措施，行为合法；就狗主人及猪主人而言，当时居民都没有圈养的习惯。狗逃窜惊吓到猪，猪逃窜撞伤人，不是动物本身独立的动作造成的，而是在遭到被打和惊吓后，出于动物的本能在逃窜，故对于狗主人及猪主人也没有过错。故只能按照公平的原则，分担受害人的经济损失；第二种意见：应由打狗人一人承担赔偿责任。理由：狗偷吃肉，李某应当找狗的饲养人王某索赔，但却拿狗出气，显然李某的主观上有过错，由于李某的过错行为致使一系列的行为发生致使黄某受伤，故李某一人承担赔偿责任；第三种意见认为，应由狗主人王某一人承担赔偿责任。理由：受害人黄某的损害归根到底是由狗的原因引起的。第四种意见认为：应当由狗主人王某和猪主人张某共同赔偿黄某的经济损失。理由：李某打狗是因为狗偷吃肉，李某的行为并无过错。而受害人黄某的损害是由狗和猪的共同行为造成的，因动物致害责任是无过错责任，所以狗主人王某和猪主人张某无论是否具有过错，都应当赔偿黄某的经济损失。第五种意见认为，应当由李某、狗主人王某、猪主人张某共同赔偿黄某的经济损失。理由：打狗人在公共场所打狗，应当预见到狗逃窜时会造成他人损害，养狗人和养猪人疏于对饲养动物的管理，故三者均有过错，另打狗人、狗

行为及猪行为对造成受害人的损害都是必不可少的原因。所以，三者构成共同侵权，应共同赔偿黄某的经济损失。

笔者同意第五种意见。本案是一起典型的共同危险行为，三者应当共同赔偿黄某的经济损失。首先：打狗人李某、养狗人王某、养猪人张某对造成黄某的损害均具有过错。其一打狗人李某在共同场所打狗人李某的打狗行为具有过错。尽管李某将偷吃肉狗赶跑的行为无可指责，但李某在公共场所用棍击打狗，狗受到击打后必然惊慌逃窜，极有可能伤及菜市场内他人的身上和财产安全。对于这一行为的后果张某应当预见，也是可以预见的。其二养狗人王某和养猪人张某，应当将猪和狗圈养或拴养，而不应任其游荡，以避免造成他人伤害，这也是动物饲养人的法律义务，故养狗人和养猪人也具有过错。其次打狗人李某、养狗人王某和养猪人张某的行为是否与受害人黄某的损害存在因果关系？是本案确定责任主体的关键。本案中，李、王、张的行为时造成受害人黄某损害的不可缺少的原因，他们的行为构成一条因果关系链。再次，本案中不存在免责事由。本案中，打狗人李某、养狗人王某、养猪人张某均具有过错，受害人的黄某并没有过错。故不存在免责事由。

《侵权责任法》施行后，对饲养动物造成他人损害的民事赔偿问题有了较为明确的规定，尤其对遗弃、逃逸的动物在遗弃、逃逸期间造成他人损害的，责任如何承担作出明确规定。但笔者认为这些规定仍过于笼统，故笔者通过列举的方式将确定动物致害责任的赔偿主体时需要考虑的几个细节问题加以说明，以期在司法实践中对确定动物致害责任的赔偿主体时更加公平。

作者单位：安徽夏商周律师事务所

我国环境刑法中的“国家规定”研究

邓可祝

【内容摘要】关于环境犯罪中的国家规定包括的范围应该作更全面的理解，应包括具有法律行政法规依据的地方性法规和规章、也应包括具有法律效力的国家标准化文件。从保护环境的需要出发，还应包括一些具体的行政行为，如行政许可和行政命令及行政环境合同。这样理解和原因是因为目前环境犯罪问题严重，关于保护环境政策应作相应的变化，环境犯罪的行政性也说明应加强行政机关在环境保护中的作用。

【关键词】环境 国家规定 研究

我国《刑法》第338、339条规定的环境犯罪中都有“违反国家规定”这样的条件，其他条文中也有类似的规定，如343条规定的“违反矿产资源法的规定”这样的条件。而我国《刑法》第96条规定：“违反国家规定，是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令”。从这一条规定来看，“国家规定”是明确的，即“国家规定”的制定主体是国家最高权力机关和最高行政机关的抽象性决定。但由于环境犯罪的复杂性，也由于法律含义的模糊性，国家规定也需要进行进一步的研究，本文即是对我国刑法中关于环境的规定问题进行一些初步探讨。

一、环境刑法中“国家规定”的实然理解

在国家规定中，全国人民代表大会及其常务委员会的法律和决定比较容易界定，国务院的行政法规也很明确，即国务院制定的行政立法。而国务院制定的行政措施、发布的决定和命令，有学者认为“应限定为国务院制定和发布的规范性文件，即仅限于抽象行政行为，不包括具体行政行为。”^①也就是说，国家规定只能局限于主体是全国人大及其常委会作出的抽象性行为（以下简称“全国人大法律”），和国务院制定抽象性行为（包括行政法规、行政措施和命令，以下简称“国务院法规”）。这样的理解将国家规定的范围加以了严格的限定，体现了严格的罪刑法定的要求。但对于其他一些规定，是否属于国家规定，还是值得加以研究的。通过对其他抽象性的规定是否属于“国家规定”的研究，可以明确“国家规定”在环境刑法中的含义，加强行政法在环境刑法中的作用。

1. 地方性法规与国家规定。依据《刑法》第96条的规定，地方性法规不属于国家规定。但地方性法规的制定也有不同的情形，根据《立法法》的规定，地方性法规可以就两种情况作出规定：一是为执行法律、行政法规的规定，根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项；二是属于地方性事务的需要制定地方性法规的事项。这两种法规，根据权力的来源不同，其在刑法中的效力也是不同的。后者由于没有法律、行政法规的依据，不属于国家规定；而前者由于是对法律、行政法规的细化，所以应该属于国家规定。违反了此类地方性法规，也应视为对国家规定的违反，符合刑法中的违反国家规定这一前提。

2. 行政规章与国家规定。行政规章在刑法中的地位与地方性法规基本相同，但也有一些细微差别。行政规章的制定依据因部门规章和地方政府规章而不同：部门规章的制定根据是法律和国务院的行政法规、决定、命令；地方政府规章制定根据是法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规。与地方性法规制定的根据不同的是：地方政府规章可以根据

本省、自治区、直辖市的地方性法规来制定。因此，如果行政规章依据的是法律、国务院的行政法规和命令等，那么也应该是国家规定，但如果地方性规章依据的属于因地方性事务的需要而制定的地方性法规，那么就不属于国家规定。

3. 行政规范性文件与国家规定。行政规范性文件是指行政主体为实施法律和执行政策，在法定权限内制定的除行政法规和规章之外的决定、命令等普遍性行为规则的总称。由于刑法中规定了国务院的规范性文件是国家规定，所以这里的规范性文件是除了国务院以外的行政机关制定的规范性文件。有学者认为：“除非以国务院名义发布，一般情况下，国务院批准或批转的内部办事机构、组成或下属部门报批的文件不能纳入刑法中‘国家规定’的范畴。”^②但我们还应认识到，行政规范性文件在许多情况下是对法律、行政法规的解释和细化，在这种情况下，行政规范性文件是可以和所依附的法律、行政法规结合在一起而具有法律效力，从而成为国家规定，当然，也不应过分扩大其范围，应限定在具有规章制定权的主体制定的行政规范性文件。

4. 环境标准等与国家规定。在我国，也有学者提到了违反环境标准也是构成环境犯罪的条件，^③这实际上涉及到环境标准在环境刑法中的作用问题。在环境法中，环境标准的种类众多，仅从污染物排放标准而言，包括国家污染物排放标准和地方污染物排放标准。前者是由国务院环境保护行政主管部门制定，后者是由省级人民政府制定，并报国务院环境主管部门备案，对国家污染物排放标准中已作规定的项目，可以制定严于国家污染物排放标准的污染物排放标准。根据刑法中关于国家规定的要求，由于国家污染物排放标准和地方污染物排放标准制定者是国务院的行政主管部门和省级人民政府，明显不属于国家规定，因此有学者认为：环境标准本身不属于法的规范，其具体适用需附于法定环境决定即公法上的判断。^④

但由于环境标准是认定行为是否合法的标准，而且在环境法律，如《大气污染防治法》、《固体废物污染环境防治法》等法律中都明确规定了行为人遵守相应环境标准的义务，而且规定了刑事责任的问题。可见，是否违反环境标准，也是判断一种行为是否合法、是否构成犯罪的前提。

总之，以上的各种规范是否属于国家规定的判断标准是：如果是依据刑法中的国家规定而制定的规范，应该属于国家规定的；如果是规范制定主体自行制定的，即没有刑法中国家规定的依据的，就不属于国家规定。这样的理解符合罪刑法定原则，可以防止对刑法的扩大解释，从而起到保障人权的作用，同时也有利于加强相关规范在刑法中的作用，从而有利于环境保护。

二、环境刑法中“国家规定”的应然要求

我国刑法中对环境犯罪违反国家规定这一前提的规定，对于正确确定环境犯罪，具有重要意义，也符合国际上对环境犯罪进行规定的趋势。对于环境犯罪，许多国家的刑法都是利用空白罪状的方式来界定，从而使刑法实现稳定性与适应性的结合。

我国刑法将一些环境犯罪的前提设定为“违反国家规定”，并对国家规定进行了严格的界定，这样使环境犯罪的范围大为缩小，削弱了刑法对环境保护的作用。其中，最值得注意的是刑法没有发挥行政机关在环境保护中的作用。在现代环境保护中，行政机关的作用非常重要，环境行政法对环境刑法起到了前提性的作用，即一些学者所言的行政法对刑法的规范效应。“行政法对刑法的规范效应，学上说又称为刑法的行政从属性，甚至进一步区分为行政法从属性与行政处分从属性。前者用来说明刑法对行政法规范的依赖性，后者则说明刑法对行政个案性决定的依赖性”。^⑤通过行政法对刑法的规范效应，可以发挥行政机关在环境保护中的作用，也可以使司法机关对环境犯罪的惩罚更有效率。

由于我国刑法中对环境犯罪中的国家规定限制较严，就立法机关而言，只强调了全国人

大法律的作用，忽视了地方性法规的作用；就行政机关而言，只有国务院的法规可以发挥作用，而其他行政机关的抽象行政行为 and 具体行政行为所能发挥的作用较少。因此，我国环境犯罪中关于国家规定应作如下的调整：

1. 关于抽象性的规定。应本着法律解释与适用的原则来对刑法的中国国家规定进行扩张解释，对于地方性法规、行政规章和行政规范性文件，如果具有刑法规定的国家规定的上位法的依据，就可以与国家规定结合起来加以适用。其中最典型的是地方性法规和省级人民政府的规章的效力问题。根据刑法第 98 条的规定，国家规定的主体是全国人大及其常委会和国务院，而根据《行政许可法》的规定，我国具有行政许可设定权的文件是：法律、行政法规、地方性法规和省级人民政府的规章，如果不承认地方性法规和省级人民政府的规章在刑法中的地位，就会使刑法无法对违反上述规范设定许可的行为进行规范，从而削弱地方性法规和省级人民政府规章在环境行政许可的作用。而截止 2006 年，我国环境保护地方性法规和地方政府规章数量就有 1600 余件^⑥。虽然其中也包括了没有行政许可的设定权的较大的市的规章，但大部分还是有许可设定权的地方性法规和省级人民政府规章，如果不赋予这些规范环境许可权的刑事强制性，则其法律权威将再为减弱。所以，对于违反了这些规范设立的行政许可的，也应作为环境犯罪的前提条件。

当然，由于这些是较低层级的规范，与刑法中关于国家规定的要求不完全相符，也存在着对其进行审查的问题。法院在适用时应当对抽象性规范是否符合上位法即刑法中的国家规定，是否符合刑法原则等问题进行审查，如果不符合就不予适用。

2. 关于具体性的行为。我国刑法中的国家规定只限于抽象性的规范性文件，对具体行为是不可以作为国家规定来认定犯罪的。但为了发挥行政机关在环境保护中的作用，强化相对人遵守行政行为的意识，也应将违反依法作出具体行政行为的行为作为构成犯罪的行为。具体而言，当行政机关依据法律行政法规作出的具体行政行为，行政相对人必须服从，否则就可能构成犯罪。当然，如果如上文所述的具有国家规定效力的规范，行政机关依据其作出的决定，行为人违反的，也可以作为犯罪的前提条件。由于环境刑法具有行政从属性，在通过刑法来保护环境时应发挥行政机关的作用，所以行政机关的行为对环境刑法的适用具有前提性的作用，因此在环境刑法中应加强行政行为的作用。这在德国体现在：“任何与环境有关的行为，当其没有受到许可性行政行为认可的时候，才是刑法上的违法行为。……环境犯罪的事实构成之所以采取这样一种结构，意在使公法上的排放原则在刑法上也得到贯彻。”^⑦

具体而言包括以下的几种具体行政行为：

(1) 行政许可行为。行政许可是根据相对人的申请，由行政机关对符合法律规定的相对人准予其从事某一活动的行政行为。环境行政许可可以由行政机关对相对人影响环境的行为进行预先控制，具有重要的保护环境的作用。对违反行政许可的行为，我国行政许可法只规定了行政处罚，但由于环境行为的危害性大，给予一定的刑事处罚也是必要的。而在我国刑法中的国家规定，也包括了行政许可的含义，因为根据法律的规定应该许可而未经许可造成环境危害的，也构成了违反国家规定这样的前提。当然，如果已经获得了行政机关的许可，即使对环境造成了损害，也可以成为免除刑罚的法定理由。

(2) 行政命令行为。主要是指行政机关作出禁止相对人从事一定行为的命令，近来，国家环保局不断刮起环保风暴，对一些未进行环境影响评价就施工的企业责令停工，但有些企业对此决定是置若罔闻，这就是对行政机关行政命令的违反。如果行政机关所作出的命令依据的是具有国家规定效力的规范，相对人的违反行为就是环境犯罪中的违反国家规定的行为。如我国台湾《水污染防治法》第 36 条第 1 项规定：“事业不遵行主管机关依本法所为停工或停业之命令者，处负责人一年以下有期徒刑、拘役或并科新台币三万元以下罚金。”

关于行政许可行为和行政命令行为之间的关系：一般认为行政许可属于预防性规范，具

有事先监督的功能；行政命令属于抑制性规范，具有事后审核的功能；前者是阻却构成要件要素，后者是阻却违法事由。^⑧通过环境上的行政许可和行政命令，可以充分发挥行政机关在环境保护方面的作用，而对违反行政机关环境行政许可和环境行政命令的行为，可以利用刑法的方法来加以制裁，这样可以强化行政机关在环境保护上的权威，从而有利于行政机关职权的行使。

(3) 其他的行为。如环境行政合同行为，在现代行政法中，特别强调行政民主，强调行政机关利用柔性的方式来实现行政目的，在环境保护领域也可以采用这样的方法。行政机关可以通过环境行政合同来约定行政相对人的环境义务，当行政相对人违反环境行政合同中规定的义务，也可以成为其构成环境犯罪的前提条件。在现实生活中，还存在着一些单位宁可缴纳罚款，也要违规排放的行为，这造成环境污染行为屡“罚”不止的情况。一些专家建议“可以参照偷税罪的立法，规定因违法排放、倾倒或处置废物，受过两次行政处罚又实施的，即构成犯罪”。^⑨这其实是将在受到两次行政处罚后仍违法排放的行为界定为犯罪，如果被立法所采纳，受到两次行政处罚后的违法排放行为也是构成犯罪的前提。

三、结论

目前，我国面临着严峻的环境问题，除了通过行政法和民法的手段来加强环境保护外，我们也必须利用刑法的手段来强化对环境的保护。而我国的刑法中关于环境犯罪的相关内容过于严格，不利于对环境的保护。为了避免刑法作用的过分弱化，我国应对危害环境的行为的前提条件加以扩展，其中可以借鉴的方法为：一是借鉴德国刑法中的规定，即将违反行政法的义务作为环境犯罪的前提条件，并对行政法的义务加以明确的规定，扩大行政法义务的范围；二是通过司法解释的方法，将具有刑法第96条中的国家规定进行扩大解释，将具有这些国家规定依据的抽象和具体的行政行为也视为国家规定，违反了这些行为也构成环境犯罪的前提。这样，就可以充分发挥行政行为在环境犯罪中的作用，从而遏止环境犯罪蔓延的趋势，加快环境治理，实现社会的可持续发展。

但以上的处理也会存在一定的弊端，即可能过分地扩大刑法的适用，这既不符合刑法谦抑性的特点，也容易导致刑法的过于肥大化，因为刑法只是在其他的法律手段没有效果时才可以运用的手段，因此，为避免这样的问题发生，应注意以下两个方面的问题：

一是从效率上考虑到刑事制裁的选择。刑事制裁和行政处罚在适用效率上不同，应考虑不同责任的选择的问题。由于刑事制裁对证据的要求比较高，程序比较严格，而且最终的决定是由法院来作出，行政机关的决定权较少，这样的效率是很低的，往往需要较长的时间，而“迟来的正义不是正义”，如果一种违法行为在长时间里得不到最终的处理，对社会的影响也是负面的。所以在对待环境违法时，如果可以通过行政处罚的方式来对环境违法行为加以制裁，可以优先通过行政处罚的方式来选择，而不必首先选择刑法的方法。但有些刑事制裁方式，如刑罚之中限制人身自由的刑罚，具有行政处罚无法替代性，为了保持刑法的威慑力量，应予以维持。^⑩其次，也应允许行政机关具有一定的选择权。如美国的环境保护部门可以选择使用刑事、民事、行政责任的方式来要求行为人承担不同类型的责任。^⑪通过选择刑法的适用，有利于发挥行政机关的专业判断，从而加快发挥环境执法的效果。

二是为了防止刑法的过度适用，可以对一些违反刑法规定的行为不予刑事制裁。德国学者福格尔认为：在承认有理由对环境加强刑事法律保护的同时，不应当忘记，刑法作为施加国家影响最严厉的手段，只能作为“最后措施”加以利用，它只有在其他较缓和的措施、特别是行政措施不能奏效时，才能采用。^⑫如我国刑法第13条但书中规定的：“情节显著轻微的危害不大的，不认为是犯罪”。与此相似的是，德国刑法界也提出了轻微污染不处罚，符合行政许可不处罚和实质无危害不处罚的限制规定。^⑬通过这样的限定，可以避免刑法的过度适用，

从而减少刑法适用的一些弊端，这种做法也是值得我们借鉴的。

参考文献：

- ①秦新承：《非法经营罪中的“国家规定”及有关刑事罚则的理解》，《法学》，2008年第1期；
- ②秦新承：《〈刑法〉第395条第2款中“国家规定”的含义》，《法学》2007年第6期；
- ③周光权：《刑法各论》，中国人民大学出版社2008年版，第437页；
- ④汪劲：《环境法学》，北京大学出版社2006年版，第210页；
- ⑤许宗力：《行政法对民、刑法的规范效应》，葛克昌、林明锵主编：《行政法实务与理论》，台湾元照出版有限公司2003年版；
- ⑥黄冀军：《五年内初步建成环境法规体系》，《中国环境报》，2006年1月4日；
- ⑦[德]E·撒姆松：《德国环境刑法的基本原理和问题》，李建明译，《外国法译评》，1994年第4期；
- ⑧向泽选：《危害环境罪的概念及行政从属性》，《法商研究》，1997年第6期；
- ⑨陈媛媛：《重大污染事故屡屡发生，追究刑事责任为何寥寥无几》，《中国环境报》，2009年03月09日第3版；
- ⑩叶俊荣：《环境政策与法律》，中国政法大学出版社2003年版，第155页；
- ⑪张福德：《美国环境犯罪的刑事政策及其借鉴》，《社会科学家》，2008年第1期；
- ⑫付立忠：《环境刑法学》，中国方正出版社2001年版，第710页；
- ⑬王世洲：《德国环境刑法中污染概念的研究》，《比较法研究》，2001年第2期。

作者单位：安徽明博律师事务所

夫妻家务劳动价值的确认

郑良付

【内容摘要】家务劳动价值具有隐形性，不像其他的商品具有显观的价值，即可以交换，又可以使用，而家务劳动只是在夫妻和家庭内部有价值，但能给家庭和社会带来新价值，家务劳动在家庭内部的分配存在着明显的性别差异和分配不公平现象，不同的学者有不同的看法，特别是在离婚阶段，在分割夫妻共同财产问题上，对家务劳动价值不能正确和公正体现。2001年新《婚姻法》增设了家务劳动请求补偿制度，这项制度的设立对于提升家务劳动的社会价值，保护对家庭做出较多贡献一方的合法权益具有十分重要意义，但在司法实践过程中操作性不强，立法目的实现效果不能令人满意，因此完善夫妻家务劳动价值立法设计，使之具有可操作性，更好实现该项立法目的，是社会追求的目标。

【关键词】夫妻关系 财产分割 家务劳动 价值

一、家务劳动价值的理解

对于家务劳动没有统一的定义，理论界和学术界思想不一，有的认为是有酬的，有的认为是无酬的，但多数学者认同家务劳动是指不能直接产生经济效益，为满足家庭成员生活需要所从事的劳动，随着制度的转型和更替，家务劳动形式也在转变。家务劳动是否存在价值，是否为有偿劳动的争论，在十九世纪六十年代，日本矶野富士子从提高妇女的社会、家庭地位角度出发，指出“尽可能使主妇劳动不仅有用，而且亦生价值”。相反，有地亨则主张从经济学以外的观点来评价家务劳动，家务劳动为无价值的，乃是经济原理上的问题，不可因妻之家事劳动不生价值，即断言妻之家事劳动为无偿劳动，不能获得金钱的评价。但沙吉才学者认为：“家务劳动凝结了一定量得人类劳动，是人类抽象劳动的结晶，因而他也是有价值的，作为家庭成员在家庭生活过程中的追加劳动构成社会总劳动的必要部分，家务劳动所创造的价值，同样是社会总价值的一部分。”这些学者都是外在不同的社会和制度的价值观的一种体现，但家务劳动具有价值已在我国《婚姻法》中体现，肯定了这一价值的社会性，在立法上加以规范。

家务劳动是为直接满足本家庭成员精神生活和物质生活的需要而进行的劳动，这种通常由家庭成员内部从事的未支付报酬的劳动，通常主要包括下列活动：煮饭、清洁、整理房间、洗衣物、购物、修理和维护住房，照顾家庭成员及家庭安排等，传统经济学家认为家务劳动只在家庭内部有价值，但随着社会的发展，人类的分工越来越细，家务劳动作为人类劳动的一种特殊形式，是一种需要成本，能产生收益，具有社会价值的劳动，夫妻间从事家务劳动的通常是女性。通过立法承认夫妻家务劳动具有价值是法律公平正义的要求，体现了对女性的保护，有助于实现男女实体平等。

二、夫妻家务劳动的构成

一个无可否认的事实是从事家务劳动需要支付一定的时间、精力、成本和机会，但在现实生活中这些隐性的付出往往为人们所忽略。根据劳动创造价值理论，在时间总量不变的情

况下，在某种劳动中的精力成本越大，则投入到另一种劳动或其他活动的时间就会越少，家务劳动方因在工作之余从事家务，需要花费一定的精力，该方就会有更少的自由支配时间恢复其体力，影响其市场投入的精力。

当从事家务劳动和社会劳动都需要花费一定精力时，从事家务劳动的精力强度大于闲暇时间的精力强度，所以从事家务的女性往往会选择精力强度不大的工作，甚至长期从事家务工作。而从事社会劳动的精力成本往往与劳动所得工资或酬金存在一定的关联性，由于家务劳动主要是由女方承担，在已婚男女参与同样的社会工作时，女性的社会收入往往较之男性低，所以女性往往选择从事家务劳动的一个原因。

马克思的劳动价值理论，劳动不是价值本身，而是作为价值生活的源泉，劳动和劳动成果相统一，是劳动者的基本权利和劳动解放的标志，家务劳动和社会劳动同属于人类劳动方式之一，只是劳动的地点与劳动的内容等存在差异，属于不同的劳务分工，如果女性在家庭中从事家务劳动不能分享该收益，会造成对女性的劳动价值的剥夺，即违背家庭作为一个经济单位的利益分享规则，也会削弱投资家务劳动的积极性，这不利于家庭的和睦和稳定，如果不对夫妻一方的家务劳动给予回报，家务劳动方就会处于不利境地，这就谈不上平等与公平。同时家庭作为一个经济组织体，其家庭成员之间具有显著的利他性特征，夫妻间可能会因为一方在家庭中具有比较优势而放弃社会工作。

由于我国传统的“男主外，女主内”思想观念影响，丈夫往往在经济资源方面具有一定优势，但这必然会在家庭内产生潜在的控制力和不同的交换价值。家务劳动是枯燥的，提供很少的满意感，但这看似不平等的分工对家庭的和睦和产出起到的重大作用，女性在家务劳动方面具有相对优势，而男性在社会劳动方面能产生较高的生产力，男女只有各自发挥自己的优势，才能增加家庭的产出，实现经济收入的最大化，因此在家庭中实行科学分工是获得家庭福利目标的一种有效途径，由于家庭分工是根据夫妻的比较优势，发挥各自所长的结果，所以任何一方的劳动都应具有相应的价值。

三、家务劳动价值成果分享

我国现行的《婚姻法》的规定实际上缩小了夫妻共同受益的范围，减少了家务劳动投资回报，如知识产权期待受益，专业技能、执照、文凭、资格等人力资本收益，夫妻一方在婚姻期间创造知识产权或获得人力资源过程，需要夫妻共同投入，家务劳动方在履行协助义务，抚养子女、照料老人等行为中存在一定的投入成本，离婚时，如果不对家务劳动方的这些成本给予回报，必然会损害经济利益，降低投入方的自我评价，也符合家庭利益分享规则，同时对家务劳动怎样量化计算也没有具体规定，但笔者认为如果能确定家务劳动方因从事家务劳动而失去从事社会工作的机会，应依该丧失的机会作为家务劳动价值的补偿，如果机会成本的确立存在难度，则考虑相关综合因素包括非家务劳动方从事家务劳动中受益大小，期限及婚姻存续时间等因素来衡量。

2001年修订的《婚姻法》规定，在夫妻实行分别财产制时，如果婚姻期间一方在家庭中所作贡献较大的，离婚时可以要求对方进行经济补偿，由于我国绝大多数实行共同财产制，虽然该法对此规定，但在现实生活和实践中发挥作用极其有限，一旦夫妻离婚，家务劳动方很难获得家务劳动创造的收益。因此应扩大我国离婚经济补偿的范围，在夫妻共同财产制情况下一方付出较多的在离婚时也应适用补偿制度，而且经济补偿只能在离婚时适用，不适用婚姻存续期间，但如果实行的是财产分割制，无论是离婚还是不离婚，都应适用家务劳动补偿制。

四、确立家务劳动价值对我国当前处理家庭关系具有一定现实意义

随着我国经济转型和法制的进步与发展,我国从婚姻立法的角度对家务劳动的经济价值,社会价值予以肯定,是我国社会发展,法律进步的表现,对我国家庭和谐,社会发展进步具有积极的意义。我国是发展中国家,家务劳动的社会化程度较低,多数家庭的家务劳动量较大,消耗了家庭成员大量的时间和精力,如果无视家务劳动存在的价值,就是对家庭人权及报酬的一种挑战,体现不出男女平等和社会公平。我国《婚姻法》对此加以规定是我国法制的不断健全的体现。

家务劳动价值的确认体现了夫妻在家庭关系中的地位平等、权利与义务一致的公平原则,家庭关系中要求夫妻在家庭共同生活中平等地享受权利,承担义务,家庭生活及抚养子女,照顾老人,处理日常家务等方方面面,需要夫妻之间的分工协作,由于我国传统观念,并且现实也存在男主外,女主内的家庭分工模式在很多家庭还占主导地位,在婚姻关系的存续期间可不做个体区分,一旦离婚,如果不能得到相应的补偿,就是权利与义务的不对等,乙方占有另一方所创造的价值,同时与立法原则相违背,由于主内的家务者妇女投入的成本是隐性的,同时男方在得到妇女协助的情况下,把自己的人力资本投向市场获得较大的投资回报,通过承认女性特殊性人力资源的价值使之平衡的心态对待家务劳动,发挥其优势,所以我国《婚姻法》确立家务劳动价值确认,对家务劳动付出较多的一方以经济补偿,可以协调家庭的劳作分工,利益分配,实现法律公平公正,这也是法律所寻求的个人权利与社会公平间取得平衡的结果。由于我国婚姻法实行结婚自由,离婚自由,为防止轻率离婚,给社会带来不安定因素,如果法律不采取补救措施,那么对家庭付出较多的一方得不到慰藉,如果法律上有个明确的说法,对从事家务劳动的一方,在离婚时予以补偿,那么在婚姻关系存续期间对家务劳动有更多地付出,离婚时也无后顾之忧,同时另一方也能增强其自觉履行家务劳动责任心的意识。

五、家务劳动价值补偿制度在我国立法中存在缺陷

我国现行的《婚姻法》第40条规定:“夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产,归各自所有,一方因抚养子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的,离婚时有权向另一方请求补偿,另一方应当予以补偿。”虽然该条是我国立法上一重大突破,当其适应范围较窄,条件较苛刻。首先本条只适应于婚后约定的分别财产制,不适用于共同财产制;其次,只有在一方为婚姻共同体尽了较多义务的情况下才可向对方请求赔偿;第三,法律对“尽了较多义务”没有明确界定,操作起来很难;第四,对补偿多少无法进行量化。所以说在司法实务中无法得到公平和真正实践。

六、对我国家务劳动价值确认制度完善的建议

我国《婚姻法》对夫妻财产关系的调整虽然规定了约定财产制和共同财产制,在现实生活中共同财产制还是占主流,但《婚姻法》第40条关于离婚时对家务劳动补偿请求权,在理论上存在不足。实践中可操作性不强,所以应对《婚姻法》关于离婚时家务劳动的经济补偿应作进一步完善,使其在立法设计上更为合理,司法实践上更具有可操作性。具体建议如下:

1. 即使实行分别财产制家庭,不仅在离婚时确立家务劳动补偿请求权,在婚姻存续期间也应当确立家务劳动的社会价值,树立家务劳动价值在婚姻家庭中的理念。

2. 在离婚时家务劳动不仅适用财产分别制,也应当适用法定共同财产制和部分共同,部分分别财产制。只有肯定夫妻一方从事家务劳动的价值,才有可能通过对一方的救济和补偿实现法律的公平和正义。

3. 将工作机会,劳动技能等能够带来经济收益的能力纳入离婚财产范围。

4. 对家务劳动价值依法量化。

总之，对家务劳动价值的确认并给予补偿是现代法制发展的必然产物。虽然我国《婚姻法》第40条的规定认可家务劳动的价值，但该规定内涵脱离实际，功能难以得到发挥，我国现行的夫妻财产制无法实现对家务劳动价值的全面承认和公正补偿。所以对家务劳动价值在婚姻家庭中的立法和完善是我国的一个立法导向。

参考书目：

- ①夏吟兰：离婚救济制度之实证研究，政法论坛，2003（6）
- ②蒋月，夫妻的权利与义务，北京：法律出版社，2004.
- ③马克思，资本论（选读本）[M]，中国经济出版社 2001.
- ④杨大文，新婚姻法释义[M]，人民出版社，2001
- ⑤林秀雄：《夫妻财产制度之研究》，中国政法大学出版社 2001.版

作者单位：安徽郑良付律师事务所

建立刑事被害人救助制度的设想

陆汝明 陆栋良

【内容提要】刑事被害人是指遭受犯罪行为侵害的人，刑事被害人救助制度就是规定对不能得到及时、有效赔偿的刑事被害人进行救济帮助的一种制度。在当今中国建立刑事被害人救助制度是可行也是必要的。本文对建立该制度的框架及内容进行了设想，希望国家和社会能够更多关注，尽早建立这一利国利民的制度，真正实现“以人为本、公平正义”，也充分体现社会主义法治国家的优越性。

【关键词】刑事被害人救助制度 刑事被害人 救助基金

一、建立刑事被害人救助制度的可行性和必要性

1. 建立刑事被害人救助制度的条件已经具备

新中国已经建国 62 年，特别是改革开放 33 年来，中国经济在突飞猛进地增长，整个社会发生着天翻地覆的变化，人们物质和精神生活都有跨越性的提高。2010 年中央政府的财政收入超过 8.3 万亿，各地的税收收入也积累了大量资金，在提供救助资金方面的条件已经具备。从 1978 年新《宪法》颁布以来，新时期的法制和法治建设也在全面进行中。1997 年颁布的新《刑法》和 1996 年修订的《刑事诉讼法》及相关司法解释的陆续出台，以及 2003 年颁布的《法律援助条例》和 2007 年修订的《律师法》都从不同层面完善了刑事法律援助制度体系，建立刑事被害人救助制度的条件已经具备。

在上世纪 60 代开始，英美法系与大陆法系的国家都相继建立了刑事被害人补偿制度，韩国和日本也在上世纪 80 年代建立了该项制度。联合国大会通过的《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》，就有为改善罪行的受害者获得司法上的公正与公平待遇、恢复原状、赔偿以及获得援助的规定，改《宣言》呼吁在国际和国家各级间，应采取各项措施保证刑事被害人获得及时的赔偿和有效的救助。在中国，也有不少人大代表提出提案要求建立刑事被害人救助制度，立法机关也开始有专门的人员研究该制度的建立，而且很多发达城市已经开始着手建立该制度。2009 年 5 月 20 日，江苏省十一届人大常委会批准了全国首部对刑事被害人进行司法救助的地方性法规《无锡市刑事被害人特困救助条例》，该条例一经颁布就引起强烈的社会反响，这种探索为建立全国统一的救助制度提供了有益的参照。

2. 在中国建立刑事被害人救助制度必要性

据统计，2002—2010 年全国公安机关的年均破案率徘徊在 50%左右，可见当年尚未侦破的存案数量是大于破案数量的，每年有超过 250 万件刑事立案后得不到侦破。有很多案件历经多年才得以侦破，被害人及其家庭不得不无助地承受着多年痛苦，然而侦破也未必就能使被害人获得物质上的弥补和精神上的安慰。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经济补偿。近年发生的马加爵杀人案、邱兴华灭门案中，加害人和被害人家境都很贫困，加害人被处死后，其家庭完全没有能力承担被害人家庭遭受的经济损失，被害人家庭仍然处于非常严重的困境中。很多刑事附带民事判决书因得不到有效执行而成为“法律白条”，被害人只能拿着无法兑现的判决继续困苦地度日，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。“迟来的正义非正义”，在这里正义就应该体现在被害人最需要救助的时候能得到及时的救助，让被害人及其家庭尽快摆脱困境，真正感受

到社会主义大家庭的温暖。

刑事案件发生了，被害人在精神上承受的痛苦已经无法弥补，能给予被害人安慰的只有物质帮助，以维持他们的正常生活。在加害人不能做出合理赔偿的情况下，作为国家和社会，就应该承担起及时救助的义务，这事关法治的公平正义与社会的稳定发展。党的十七大报告指出要“最大限度激发社会创造力，最大限度增加和谐因素，最大限度减少不和谐因素”。中国需要建立刑事被害人救助制度，从制度上保障被害人得到应有的救助，为建立社会主义和谐社会铺平道路。如今很多发达城市或地区已经开始试行刑事被害人救助制度，但当前不发达地区的被害人及其家庭更需要该制度的保障。一个国家人权保护方面的制度完善与否，能充分反映其法治和社会发展状况。为了更充分体现“以人为本、公平正义”的社会主义法治优越性，更好地建设和谐社会，在全国建立统一的刑事被害人救助制度势在必行。

二、刑事被害人救助制度的具体内容设想

1. 救助制度的目的、依据和原则

刑事被害人救助活动的目的应该是为了规范刑事被害人救助活动，缓解刑事被害人及其家庭的生活困难，维护社会和谐稳定，给救助活动以法律上的保障。

现行《宪法》第33条规定：“国家尊重和保障人权。”第45条规定：“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下，有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。”这是《宪法》对保障人权和发展社会救济的规定，也是发展刑事被害人救助制度的宪法依据，另外《刑法》、《刑事诉讼法》等也有相关规定作为依据。

给予刑事被害人救助应当遵循的原则有：与经济社会发展水平相适应原则；与社会保障和其他救助相结合原则；公正、公开、及时、应急、一次性支付原则等。坚持这些原则才能保障救助活动适应不同的经济发展阶段，使真正困难的被害人得到及时有效的救助，尽早摆脱困境回归正常生活。一次性支付原则保证了被害人不被严格的申请、审批手续困扰，让被害人一次性拿到救助款，之后生活仍困难的被害人，应纳入城乡最低生活保障体系继续受到救助，以保障其基本生活水平。

2. 救助义务主体和救助对象

救助义务主体应该包括全部司法机关即人民法院、人民检察院和公安机关，在不同阶段由不同机关设立的专门部门和人员负责，责任包括及时对救助申请受理、审查、提出救助意见并核准救助金额，救助金由财政部门统一发放。民政、劳动、社会保障、卫生、金融部门应当积极配合这些机关做好救助申请的调查核实等相关工作，保证救助的公平性和及时性，让真正困难的被害人及时获得救助。

作为救助对象的条件应该是：因受到了刑事犯罪行为侵害造成人身重大伤害或死亡，加害人未被确定或无能力赔偿，急需救治费用或生活费用，以及因物质上受到重大损害使其生活陷入极端困难的被害人及其家庭成员。

3. 救助范围的确定

范围具体包括以下几种情况：（1）被告人被执行死刑，附带民事部分无力赔偿，且被害人及家庭生活极其困难的；（2）被害人被致伤、致残急需救治，被害人及其家庭无力支付巨额医疗费用的；（3）被害人死亡或失去劳动能力，依靠其抚养、扶养和赡养的人没有劳动能力和其他生活来源的；（4）被害人因犯罪行为遭受巨大物质损失，被害人及其家庭生活极端困难的。

根据《最高人民法院关于人民法院是否受理刑事案件被害人提起精神损害赔偿民事诉讼

问题的批复（法释〔2002〕17号）》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，或者在该形式案件审结以后，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”，因此救助范围暂不包括受犯罪侵害造成精神损害的情况。虽然很多被害人精神上的损害远远大于身体和物质上的损害，但现行法律制度还是否认了刑事案件被害人有追究精神损害赔偿的权利。

4. 救助程序

首先规定不同阶段由不同机关受理和审批，具体划分为：立案侦查阶段由公安机关负责，审查起诉阶段由人民检察院负责，审判到执行阶段由人民法院负责。被害人及其亲属在不同阶段向不同机关提出申请，由救助义务机关内部的专门部门或人员统一受理和审批，根据案情提出救助意见和救助金额。再由财政部门审查批准，符合条件的在规定天数内及时发放救助金给被害人。符合一定条件但未提出救助申请的，受理机关根据案件具体情况，也可以直接提出救助意见和救助金额，并主动办理相关审批手续，确保被害人能够及时得到治疗减少损失扩大的情况。

申请人提出申请时应提供以下材料：（1）救助申请书；（2）有效身份证明；（3）刑事被害人医疗救治或者死亡证明材料；（4）家庭财产和收入情况说明；（5）家庭生活困难情况证明材料；（6）其他与申请救助有关的材料。收到申请材料的机关应在规定天数内受理、审查和批准，不受理或不批准的情况下应及时告知申请人理由和依据。对被害人救助的情况应当定期向社会公布，让社会监督，以示公平、公正、公开。

5. 救助资金的来源及核算

很多刑事案件被害人正遭受的损失甚至超过因天灾等因素造成的损害，对此国家也应该拿出一定的财物对他们进行及时有效的救助。救助资金来源是建立救助制度要解决的最大问题，应该设立一项由专门机关管理的刑事被害人救助基金，该基金由财政拨款、社会捐助、司法机关收缴的各种罚没款等构成，专门用于支付给经济困难又无法得到实际赔偿的被害人及其家庭。在被害人急需救助的情况下，先行拨付救助款，而后从加害人处追缴的款项也应列入该基金。在欧美等发达国家早已设有国家刑事案件救助基金，如今中国经济发展迅速，政府应该也有能力负起更多的责任。浙江温州等城市已经建立了该项基金，并取得了很好的社会效果。

确定救助金额时应该排除被害人身份和户口因素，杜绝出现“同命不同价”的情况，应按统一的标准和计算方式核算。受理机构应当综合考虑刑事被害人遭受犯罪行为侵害所造成的实际损害后果、实际支出或将要支出的医疗费用数额及被害人家庭实际困难程度等情况。救助金计算依据的标准应随着经济发展而有所浮动，以适应社会发展的需要。被害人有特殊情况可以适当提高救助金计算标准，特殊情况应该包括：（1）刑事被害人医疗救治费用特别巨大的；（2）刑事被害人完全丧失劳动能力的；（3）刑事被害人死亡，被害人供养的人是无劳动能力或者患有严重疾病且没有其他经济来源的；（4）救助申请人陷入其他特别严重困境的。

6. 罚则问题

申请人应对所提供的申请材料的真实性负责，申请人以隐瞒家庭财产、经济收入或者提供虚假材料等欺骗手段获得救助金的，应由救助金发放机关追缴，并对申请人作出行政处罚，构成犯罪的依法追究刑事责任。救助义务机关的工作人员违反规定受理、审批，不按规定多拨、少拨以及无故拖延拨款的，也应承担相应的行政处罚甚至追究其刑事责任。这样才能更好地保障救助制度正常实施，从而体现法律的公正性和严肃性。

我国在处理刑事附带民事赔偿案件的司法实践中还有诸多不足的地方，很多被害人因犯罪行为遭受的损失难以得到及时充分的赔偿，导致更严重的损害发生在被害人身上，这和当今提倡的和谐司法是不相融的。每起案件的处理都会深深影响到被害人的人生，都直接或间

接地影响着法治社会的建设进程。为了避免“法律白条”的出现，让被害人及其家庭早日回到正常生活中去，减少制约社会发展的不稳定因素，在经济和社会迅速发展的今天，在全国建立统一的刑事被害人救助制度势在必行。希望立法机关把“以人为本”、“公平正义”的法治理念落实到实处，尽快建立中国的刑事被害人救助制度，更好地展现社会主义制度的优越性，让社会大家庭内部更加和谐团结，从而促进国家在法治轨道上更健康地前进。

作者单位：安徽陆汝明律师事务所

浅谈醉驾入刑

李成俊 张 坤

【内容摘要】根据相关资料显示,2009、2010年全国查出的酒后驾驶案件分别约31.3万起、63.1万起,其中醉驾分别约4.2万起、8.7万起。社会公众和社会舆论普遍认为因“醉酒驾驶”发生的肇事事故与普通正常驾驶发生的肇事事故相比,具有非常明显的主观恶性,对此只有予以区别对待,才能以示加重惩戒。面对醉驾,单纯的依靠行政手段,已经凸显其“心有余而力不足”之情势……刑法修正案(八)应时而出,针对醉酒驾车的高度危险性,做出了特别规定,是刑法与行政法在某一个点上进行结合性或补充性立法的一种创新,更是社会管理模式的一种创新。下面就区别醉驾入刑及与此相关的问题,简单谈谈我们的几点看法,以期起到抛砖引玉的效果。

【关键词】醉驾入刑 管理创新 以人为本

一、醉驾入刑是社会管理模式的一种创新

通常,在一国法律体系中,宪法是各部门法的基础,各部门法都应当以宪法为立法依据,都不得与宪法相冲突;同时,各部门法也都是宪法的具体发展和落实,是宪法精神及其价值的延伸和体现。社会主义国家自不例外,从本文的角度出发,我们知道刑法和行政法都是宪法的部门法,而宪法具有保障公民权利的作用,在这个大前提下,刑法与行政法在某一个点上进行结合性或补充性立法,无疑是社会管理模式的一种创新。刑法是其他部门法律的“保障法”,有防卫社会“最后一道防线”的美誉。它是最严厉的法律处罚方法,是防卫社会的最后手段或方法。当某种社会关系由其他部门法律调整较为适宜时,刑法就无介入的必要;也就是说,当某种行为由其他处罚方法制裁更适宜时,刑法也就无“登场现身”的必要。否则,就会使刑法过度适用,使刑罚相对过剩,这样一来在重视刑法的社会保护价值的时候,降低了其人权保障之价值,在不经意间就侵犯了公民的自由权。

近年来,醉驾行为屡禁不止,而因醉驾导致的重特大恶性交通事故亦有频发的态势,这造成了严重的社会后果及恶劣的社会影响。针对醉驾的处罚,单纯的依靠行政手段,已经凸显其“心有余而力不足”之情势……众所周知,社会管理,归根结底是对具体的不特定的人的管理。给予公民更多的自由而不是过多的干涉是社会管理创新的根本宗旨,从科学发展观的理论精神来看,无疑以人为本应是社会管理创新的出发点,也应是其落脚点。众所周知,社会管理本身是一个极其复杂的系统工程,关系到整个社会结构的诸多层面,渗透到我们生活的每个角落。要把社会管理搞好,就必须严格贯彻落实“多方参与、共同治理、统筹兼顾、协调配合”等科学管理方法。此次刑法修正案八,明确规定醉驾入刑,是适应了当前形势的需要,是社会管理模式“与时俱进”的一种创新、一种体现,更是科学发展观“以人为本”理论精神在刑事司法领域贯彻的又一重要举措。

二、醉驾的认定

表面看来,按照刑法修正案(八)的规定,醉驾的既遂,采行为犯之说,即以存在的行

为事实作为既遂标准。也就是说既不要求现实的交通事故的危险，更不要求具体的危害结果发生。为配合刑法修正案八的实施，全国人大常委会及时修正了道路交通安全法，该法第 91 条将饮酒驾驶和醉酒驾驶的处罚方式做了界分，而在“饮”和“醉”的区分上，2004 年国家质检总局发布的《车辆驾驶人员血液、呼气酒精含量阈值与检验》标准则详细规定了车辆驾驶人员饮酒或醉酒驾车时血液、呼气中的酒精含量阈值和检验方法。对呼气酒精含量检验和血液酒精含量检验的方法作了明确详实的规定。该标准适用于机动车驾驶员和非机动车驾驶员，酒精含量为驾驶人员血液或呼气中的酒精浓度。车辆驾驶人员血液中的酒精含量大于或者等于 20mg/100ml，小于 80mg/100ml 的驾驶行为为饮酒驾车；车辆驾驶人员血液中的酒精含量大于或者等于 80mg/100ml 的驾驶行为为醉酒驾车。同时它还规定了呼气酒精含量和血液酒精含量的相应换算标准，即呼气酒精浓度大于或等于 0.0909mg/L 时为饮酒驾驶，大于或等于 0.3636mg/L 时为醉酒驾驶。对涉嫌酒后驾车的人员拒绝配合呼气酒精含量检验和血液酒精含量检验的，以呼气酒精含量探测器被动探测到的呼气酒精来确定是不是醉驾，并最终作为处罚驾车人员是否醉酒驾车的依据。这种标准不考虑醉驾者的酒量问题。显然，这里强调的是客观标准，而非主观标准。我们知道醉酒触犯的危险驾驶罪是脱胎于交通肇事罪的一个特殊犯罪，长期以来我们普遍认可交通肇事罪是一种典型的过失犯罪，是在违反交通运输管理法规，发生重大事故，致人死亡、重伤或者使公司财产遭受重大损失的情况下构成的犯罪，因此按照法理上的解释，醉酒触犯的危险驾驶罪，也应该是一个过失犯罪。但是从立法的原意上来看，由于醉酒触犯的危险驾驶罪将结果犯改为行为犯，强调当事人的主观意图，因此，从犯罪构成上来说，危险驾驶罪就已经成为了故意犯罪。但也正是这种犯罪构成上的变化，使得部分民众在理解这一犯罪的时候，容易产生偏差。也就是说，传统的交通肇事罪强调的是过失，而醉酒驾驶触犯的危险驾驶罪则强调的是故意。于是，针对醉酒危险驾驶，民众极易出现，无论是否致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失等，都应当追究其刑事责任的错误理解。我们认为，在醉驾的判定标准上，肤浅地理解刑法修正案（八），针对醉驾触犯的危险驾驶罪，视为简简单单行为犯的说法，是不正确的或者说不恰当的。

承前所述，醉酒驾驶，是指行为人醉酒状态下，在道路上驾驶机动车的行为。一旦行为人体内酒精浓度，符合《车辆驾驶人员血液、呼吸酒精含量阈值与检验》规定的醉驾标准，其故意在醉酒状态下驾驶机动车的，即符合本罪的犯罪构成。本罪是抽象的危险犯，不需要执法人员现场具体判断其醉酒行为是否具有现实的公共危险。因此，一方面来说，实际上抽象的危险犯，可以认为是类型化的危险犯，执法人员只需简单的类型化判断即可。另一方面来说，在行为人完全不可能有危害公共危险的行为时，则不可能成立本罪。例如，在没有车辆与行人的荒野道路上醉酒驾驶机动车的，或者深夜在人迹罕至的道路上醉酒驾驶机动车的，均因为该行为不具有抽象的社会公共危险，故不应以本罪论处。醉酒驾驶属于故意犯罪，行为人必须认识到自己是在醉酒状态下驾驶机动车。但是，对于醉酒状态的认识却不需要十分具体（如不需要认识到其血液中具体的酒精含量），只要其有大体上的认识即可。一般来说，只要行为人知道自己喝了一定量的酒，事实上又达到了醉酒的状态，并有驾驶机动车行为的，就可以认定其具有醉酒驾驶的故意。那种行为人认为自己只是酒后驾驶，而不是醉酒驾驶的辩解，依法不能排除其故意犯罪的成立。因此，即使行为人没有主动饮酒（如饮料中被他人掺入酒精类的物质），但驾驶机动车之前或者之时，已明确意识到自己已经饮酒的，就应认定其具有醉酒驾驶的故意。当然，如果行为人没有主动饮酒，更没有意识到自己饮酒的，排除其故意的成立。

不容否认，从我国刑罚体系的构成上来看，司法上的定罪判刑，还必须遵循刑法总则的规定。比如，刑法第 13 条就明确规定：犯罪“情节显著轻微危害不大的，可以不认为是犯罪”；第 37 条规定：“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚……”而第 72 条则

更有对判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪人适用缓刑条件的规定。无疑这些条款，应该适用于刑法分则规定的所有轻微犯罪，当然也同样应当适用于刑法修正案（八）新增设的“危险驾驶”等犯罪。就行为人醉酒后触犯的危险驾驶罪而言，从犯罪构成要件来看，所谓“情节恶劣”；在危险驾驶罪中，实际上是指在机动车道路上实施危险驾驶行为。表面看来，危险驾驶罪不需要有严重的后果出现作为其构成要件。但在日常生活中，醉酒驾驶的表现情形是千变万化，错综复杂的……有的是在车流人流密集的交通主干道醉驾，有的是在人车稀少的非主干道醉驾；有的是主动醉驾，屡教屡犯，有的是因酒后找不到代驾，而醉驾，案发后追悔莫及；有的是长时间长距离醉驾，有的醉驾仅几百米甚至只是几十米。所以，如果执法者不考虑醉驾者具体的犯罪情节，就拿来法律条文生搬硬套，那么，滥用刑法的现象必将极易出现。我们认为立法者的原意，设立醉驾，触犯的危险驾驶罪，就是要防止一些人在繁华的机动车道上，无（轻）视他人和自己生命存在的价值，一意孤行醉酒驾驶机动车。举一个也许是极端的例子，如果，醉驾者在人迹罕至、荒郊野外的机动车道上醉酒驾驶，司法机关却执意追究其刑事责任，这显然是不符合立法原意的。无视这些区别，不以刑法总则相关内容为指导，不科学确定罪与非罪的界限，就一律以犯罪论处，就会过度使用刑法这一最严厉的司法资源，也有违醉驾入刑，这一社会管理模式创新的初衷。我们认为醉酒者醉酒驾车的场合，都应要求具备危害公共安全的抽象危险。既然立法者从法律上推定行为人只要是实施了相应的行为就类推其行为具备这样的危险，那么就应当准许行为人反证其行为不存在这样的危险。这样才能在一定程度上限制该罪的成立范围，才能符合刑法的谦抑精神和刑法的经济原则。所以在目前的情况下，对于情节显著轻微的醉驾者，应慎用拘留、逮捕等刑事强制措施，这样才不至于给案件的最终处理，造成被动或者不必要的压力，也才能进一步降低案件查办和诉讼构成中的司法及相应的社会成本。

总之，醉驾之类的“危险驾驶”行为，在我国现行法律上被认定为一种典型的“行为犯”，刑法修正案（八）对此也确实没有附加更多的限制其构成犯罪的“入罪条件”，理论上也较难掌握对其实际处刑的具体标准。在这种现有立法条件下，司法的自由裁量权实属较大，不排除针对醉驾过度“入罪”或者处刑过重的情形出现。在这种情况下，最高人民法院可以考虑在适当时机，针对醉驾“情节显著轻微”、“情节轻微”的认定及可以适用缓刑等标准相应的司法解释，这样，才能使醉驾量刑轻重的尺度做到更加规范、统一，才能保证法律适用的合法性、科学性和公正性。

三、本罪罪数形态的认定及本罪的预备、未遂和中止问题

从刑法学上说，想象竞合犯，是指行为人基于一个罪过，实施一行为，造成数个结果，触犯数个罪名的罪数形态，属于实质的一罪，按照从一重处断的原则定罪处罚。根据这个定义，若有实施醉酒驾驶的行为，同时又具备其他罪的构成要件时，依照处罚较重的罪定罪处罚，这是立法针对想象竞合犯处断方式的规定。醉酒驾驶行为可能还会触犯以危险方法危害公共安全罪、过失以危险方法危害公共安全罪、破坏交通设施罪、过失损坏交通设施罪以及交通肇事罪等罪名，发生竞合时，应以与其行为对应刑罚较重的罪名予以确定相应罪名。关于这一点，刑法修正案（八）已有明确规定，对此，本文不予赘述。

同其它犯罪，该罪同样存在犯罪不能和犯罪未遂等问题。下面来谈谈本罪的预备、未遂和中止的三种形态。首先，按照刑法第22条的规定：“为了犯罪，准备工具、制造条件的，是犯罪预备。对于预备犯，可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。”据此，如果行为人买好酒、停好车，准备大喝一场、抱不醉不归之心，豪饮后再去开车的，即可构成本罪的犯罪预备。其次，按照刑法第23条的规定：“已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的，是犯罪未遂。对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。”所以，如果行

为人体内酒精含量达到醉酒标准仍驾驶机动车，只是因没有能力启动车辆或者被他人拽下车的，则构成本罪的犯罪未遂。再次，按照刑法第 24 条的规定：“在犯罪过程中，自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的，是犯罪中止。对于中止犯，没有造成损害的，应当免除处罚；造成损害的，应当减轻处罚。”依该条，如果行为人体内酒精含量达到醉酒标准仍驾驶机动车，中途幡然悔悟，主动放弃驾驶行为的，当然构成犯罪的中止。

四、醉驾刑事责任认定、是否构成累犯及其追诉时效问题

刑法第 18 条第 4 款规定“醉酒的人犯罪，应当负刑事责任。”这一规定从立法上明确了醉酒的人仍然具有完全的刑事责任能力，这表明我国刑法对行为人醉酒以后实施的犯罪行为并不予以宽恕的态度。从法理依据上说，根据大陆刑法中的原因行为说，因为醉酒的人对于醉酒状态的形成为选择性，其醉酒状态是其故意或者过失自陷而导致的，俗话说“醉酒不醉心”即是这个意思，所以刑法要求其对醉酒后实施的危害社会的行为负刑事责任。从立法的意图上来说，是基于社会防卫的目的，是为极大地遏制醉酒的人犯罪现象的出现。显然，行为人的主观方面是故意，对不特定多数人的公共安全不管不顾，对其醉酒驾车可能危害公共安全实属明知，只是轻信能够避免，属于放任危害结果发生的间接故意。刑法修正案（八），设立的危险驾驶罪，针对醉酒驾车的高度危险性，作出了特别规定。危险驾驶罪的刑种仅限于拘役，相当于只规定了一个刑罚幅度且跨度较小，因为拘役的法定刑期为一个月以上六个月以下。而并处罚金的财产刑制度，则是危害公共安全罪一章 65 个罪名中，除第 120 条之一资助恐怖活动罪和第 137 条工程重大安全事故罪之外，对自然人适用罚金刑的仅有的三个罪名之一。刑法对醉驾者的处罚，没有规定罚金的具体幅度，而是留待法官根据行为人的具体情状作自由裁量。显然，本罪并非谋财或趋财性犯罪，相关司法人员只有准确把握立法意图，才能用足用好这一裁量权。危险驾驶者大多具有赔钱了事的不正常心态，在危害结果尚未发生之前便对其危险驾驶行为处以罚金，使其在危害结果发生之后，才赔钱了事的心态在其实施危险驾驶行为的过程中就预先得到惩处，只有这样才能符合刑法立法之目的，才能起到预防犯罪的积极作用。

关于本罪是否成立累犯的问题：刑法第 65 条明确规定“被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子，刑罚执行完毕或者赦免以后，在五年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的，是累犯，应当从重处罚，但是过失犯罪和不满十八周岁的人犯罪的除外。前款规定的期限，对于被假释的犯罪分子，从假释期满之日起计算。”根据该条规定，累犯对前罪和后罪刑种的要求均须是有期徒刑以上，所以就本罪而言行为人不会因此罪而成立累犯，这体现了立法对宽严相济刑事政策的具体贯彻。

关于本罪的追诉时效问题：刑法“第 87 条规定犯罪经过下列期限不再追诉：法定最高刑为不满五年有期徒刑的，经过五年……”若依此规定结合刑法修正案八，该罪仅有拘役一个刑种，显然拘役不属有期徒刑之范畴，所以因醉酒触犯的危险驾驶罪的追诉时效，即使依法也将难以确定。要解决这个问题，则有待于立法对此予以完善。

五、醉驾入刑的意义

许多国家，对醉驾者都有相应的刑事惩罚措施，如美国一些州的刑法，规定最高可适用死刑……此次醉驾入刑，与国外一些国家的做法不谋而合，这对发挥刑法作为法律应有的评价及指引等功能以及对我国刑法目的的实现均具有积极的意义。“醉驾入刑”是刑法理念对醉驾类型的犯罪，从以“结果犯”为主处罚向以“行为犯”为主处罚的转变，就是要让醉酒驾车的危险时刻警醒行为人，这样才有利于充分发挥刑法的预防功能。从这个意义上说，“醉驾

入刑”的规定更多的只是起到一种震慑作用。无疑，醉驾入刑，顺应了公众平安出行的诉求。如果说自然发明给全人类带来了物质的解放，那么法律的发明和改革必将给社会良好的存续和发展提供重要的制度保障。刑法修正案（八）针对醉酒驾车的高度危险性，做出了特别规定。这是社会管理模式的一种创新，它的应时而出，是刑法具有人本主义思想的体现，是刑法人权保障理念的体现，是法律尊重个体生命的体现，是依法治国执政理念的体现，亦是以人为本执政理念的法制体现。相信此后，因醉驾所导致交通事故频发的态势必将得到一定程度的缓解。同时，醉驾入刑有利于进一步唤起人们对个体生命的尊重，有利于增强人民的法制观念，有利于实现人车和谐，也更有利于社会主义和谐社会的构建。

六、结束语

显然，民众平安出行的诉求，并非通过“醉驾入刑”就能一劳永逸、一蹴而就……毕竟刑法早已规定了“交通肇事罪”、“以危险方法危害公共安全罪”等罪……我们认为，要解决醉酒危险驾驶行为，给社会带来的危害问题，应通过相应的法律与非法律的配套手段，在完善立法技术的同时，要强化民众的守法意识（如尽量不去违章等）和执法者的执法观念（尽量严格执法等，以充分发挥刑法震慑之功效），毕竟古语有言“徒法不足以自行”……

此次刑法修正，将醉驾入刑，表明了我们国家对“醉酒驾驶”的违法行为的处罚已从行政处罚上升到最严厉的刑事处罚；表明了国家对人民群众生命安全进行司法保护的积极态度；表明了国家整治醉酒驾车的恶习以及令出惟行的决心和意志。酒驾久禁不绝，除了驾驶员朋友们过于自信，且对酒后驾车的危险性认知不足外，还有一个最重要的原因就是法律的威严缺乏敬畏之心。“醉驾入刑”再次警示机动车使用者要敬畏法律。广大机动车驾驶员要牢记“法律非儿戏，违法当受罚”、“开车莫饮酒，酒后莫开车”……而“醉驾入刑”也警示世人要逐步改变劝酒的习惯。不容否认以酒待客是国人日常生活中不可或缺的人际方式和饮食习惯。随着刑法修正案八的实施，国人此后在以酒会友的过程中，倘若再对广大驾驶员朋友予以劝酒，就有对法律无视和朋友生命安全不负责任的嫌疑；也更有对社会不特定公众（当然包括劝酒者及其亲友）生命及健康安全不负责任的嫌疑……

参考文献：

- ①邵栋豪：西南政法大学，《危险驾驶罪的理解与适用》；
- ②卫星：最高人民法院，《区别对待醉驾是社会管理创新的必然要求》；
- ③张明楷：清华大学法学院，《危险驾驶罪及其与相关犯罪的关系》。

附：一、小诗一首：

《醉驾入刑》随感

酒后驾车乐逍遥，醉驾入刑迎你来。
酿成事故承灾难，家朋亲邻眸无睐！
刑法面前人平等，醉驾有别正确待。
酒桌相逢显酒品，安康之福门恒开！

二、刑法修正案（八）部分内容：22、在刑法第 133 条后增加一条，作为第 133 条之一：在道路上驾驶机动车追逐竞驶，情节恶劣的，或者在道路上醉酒驾驶机动车的，处拘役，并处罚金。“有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”

作者单位：安徽拂晓律师事务所

行政诉讼简易程序制度

孙云鹏

【内容摘要】面对日益激烈的司法资源与司法需求的冲突，单一的普通程序渐渐地无论是对国家还是对当时人都成为一种沉重的负担，行政诉讼简易程序的建立已是必然。行政诉讼简易程序具有合理配置审判资源、提高审判效率等作用，是符合社会主义司法制度要求的一种审判方式。最高法院下发了《关于开展行政诉讼简易程序试点工作的通知》，从适用范围、启动程序、法庭调查宣判等多方面构建中国的行政诉讼简易程序。

【关键词】行政诉讼 简易程序 必要性 设置

2011年4月，北京首次使用行政诉讼简易程序审理案件，从开庭审理到落槌宣判，全程共约43分钟，但对我国行政诉讼有着深远的影响。我国《行政诉讼法》第46条规定“人民法院审理行政案件，由审判员组成合议庭，或者由审判员、陪审员组成合议庭”，这就意味着，与《民事诉讼法》、《刑事诉讼法》设立简易程序不同，行政案件的审理，不论案件简单还是复杂，一律要实行合议制、使用普通程序，除此之外，别无其他选择。二十年来，纠纷的多元化与人民权利意识的增强，单一的普通程序渐渐地无论是对国家还是对当事人都成为一种沉重的负担，任其发展，普通程序或被异化或被虚置，行政诉讼简易程序的建立已是必然。2010年11月最高法院发布《关于开展行政诉讼简易程序试点工作的通知》，指出各高级人民法院可以选择治安环境好、行政审判力量较强和行政案件数量较多的基层人民法院开展行政诉讼简易程序试点。

一、简易程序的核心价值：效率和公正

公正是诉讼程序的首要价值目标，也是其灵魂和根基。效率也是诉讼程序的价值目标之一，它要求一种诉讼程序以尽可能少的成本，获取尽可能多的收益。效率是公正的重要内涵。有学者指出：“与秩序、正义和自由一样，效率也是一个社会最重要的美德。一个良好的社会必须是有秩序的社会，公正的社会，自由的社会，也必须是高效率的社会。”^①

在资源有限的现实世界中，追求效率是理性的必然要求，对诉讼程序的设计也不例外。一方面，“迟来的正义即非正义”。司法公正的事先需要一定的效率来维持，缺乏起码效率的司法公正将不再是公正。正是在此意义上，波斯纳认为，“公正的第二种涵义——也许是最普通的涵义——是效率”。^②另一方面，“低效的正义难以实现整体正义”。日本法学家小岛武司指出，“社会的每个角落是否都能得到恰当的救济，正义的总量——也称整体正义，是否大到令人满意的标准，才是衡量一国司法水准高低的真正尺度”。^③如果司法资源被一部分人过多占用，即使在他们身上实现了司法公正，但由于势必影响另一部分人获得司法救济，故整体正义无从实现。

二、设置行政诉讼简易程序的必要性

1. 有效配置司法资源。司法资源是指国家在司法活动方面投入的人力、物力、财力。由

于国家司法资源的有限性,要使有限的司法资源更大限度地发挥效用,富有效率的合理配置是非常必要的。设置行政诉讼的简易程序,使一部分案情比较简单的案件适用简易程序,另一部分案情比较复杂的案件使用普通程序,从而保证了司法资源的有效配置。正是通过这种配置,适用简易程序审理的案件,在公正未受到减损的情况下却提高了效率;适用普通程序审理的案件,程序上的公正性得到了更好的保障。正如有学者所言,简易程序的设置是普通程序的改革创造了条件。一方面,可以确保司法资源的投入得到合理的配置,解决了诉讼拖延问题;另一方面,也保证按国家标准构建的对抗式普通程序得以顺利的运转,^④如果没有简易案件的快速审理和司法资源的节约,要实现对比较大的复杂案件慎重裁判的程序保障,也是不可能的。

2. 节约诉讼成本。诉讼成本是指人民法院和诉讼参与人在诉讼中投入的时间、精力和财力等。行政诉讼简易程序的设置能够有效地节约国家的司法资源,降低当事人的诉讼投入,从而实现诉讼经济。就行政诉讼的原告来说,如果诉讼成本太高,其合法权益遭受不法侵害时,很可能不愿提起行政诉讼。无论审判能怎样完美地实现正义,如果付出的代价过于昂贵,则人们往往只能放弃通过审判来实现正义的希望。^⑤就行政诉讼的被告来说,如果行政诉讼成本太高,等于浪费纳税人的金钱,增加纳税人的负担。通过简易程序的设置,不仅能够实现诉讼经济,而且能够对行政诉讼的发展起到积极的推动作用。

3. 提高诉讼效率。从法经济学的角度看,法律效率是检视和评价法律制度优劣的一个重要标准。法律效率是指人们进行法律活动时投入与产出的比例关系,而诉讼效率作为一种法律效率,是指诉讼的投入与产出的比例关系。追求诉讼效率,也就是用尽可能少的诉讼投入取得尽可能大的诉讼成果。从本质上说,诉讼也是一种消耗社会资源的活动,而社会资源是有限的,因此现代诉讼也有一个理性选择的问题,即必须追求诉讼的效率。通过简易程序的设置,有效地配置了国家的司法资源,节约了当事人的诉讼成本,方便了人民法院办案和当事人诉讼,能够极大地提高诉讼效率。

三、行政诉讼简易程序的设置运用

由于简易程序是普通程序科学而合理的简化,在具体的程序设计上,要防止两种倾向:一是简易程序过分简单,以至于缺乏最基本的正当程序;二是简易程序不简单,简易程序与普通程序的界限不清。最高法院发布的《关于开展行政诉讼简易程序试点工作的通知》中,对行政诉讼简易程序的适用进行了规定。

(一) 适用案件范围

《通知》规定,下列第一审行政案件中,基本事实清楚、法律关系简单、权利义务明确的,可以适用简易程序审理

1. 涉及财产金额较小,或者属于行政机关当场作出决定的行政征收、行政处罚、行政给付、行政许可、行政强制等案件;
2. 行政不作为案件;
3. 当事人各方自愿选择适用简易程序,经人民法院审查同意的案件。

发回重审、按照审判监督程序再审的案件不适用简易程序。

我国采用的是形式标准和实质标准确定适用简易程序。诉讼事件在事实上或法律上并无特别困难,或事实之内容已臻明确,为实质标准。大批性质及案情相同的案件,为形式标准。争议标的大小一般情况下能够反映案件的难易和影响度,以争议标的作为简易程序适用与否的标准,在国内外也是得到普遍认可的,我国民事诉讼中也以标的额大小作为选择简易程序的标准之一。行政诉讼简易程序也应当将其作为衡量的标准之一。

当事人在诉讼中应享有充分的处分权。某些案件虽然不属适用简易程序的范围,但如果当

事人一致选择简易程序,且人民法院认为可以适用简易程序的,就可适用简易程序审理。我国目前的民事诉讼与刑事诉讼中的规定及实践中的运作,是否适用简易程序的权力都在法院一方,而当事人除了被动的接受,就没有选择的余地,这无疑是对当事人程序主体地位的漠视。简易程序从根本上是为方便当事人而设的,应赋予他们选择的权利,为了方便当事人而设的,应赋予他们选择的权利;但当事人获得快捷而经济的纠纷解决利益是以牺牲或让渡其部分的程序保障为前提和代价的,因此不能完全地自由决定,为此法院可依职权自主决定,这就是说,简易程序的启动应由法院和当事人分而行之。

需要注意的是,对发回重审和按照法律规定应当适用审判监督程序的行政案件,因当事人在实体或程序上的有关问题争议较大,不应适用简易程序,适用普通程序审理比较合适。

(二) 审理法院及审判庭组成

《通知》中指出,各级人民法院可以选择治安环境较好、行政审判力量较强和行政案件数量较多的基层人民法院开展行政诉讼简易程序试点,并报最高人民法院备案。

适用简易程序审理的案件,经当事人同意,人民法院可以实行独任审理。

同现行的民事、刑事诉讼制度一样,简易程序只能由基层人民法院适用。在我国行政诉讼中,确定法院级别管辖的标准一般是案件的社会影响程度,性质严重程度以及案件的难易程度,由中级以上法院受理的第一审行政案件一般为本辖区内有重要影响的案件,或具有一定专业性的案件,审理的难度都比较大,对这些案件必须严肃地对待,谨慎的处理,不宜适用简易程序的规定;而且,行政诉讼的被告是具有强大行政权的行政机关,在由中院审理的一审案件中,被告的权力也更为强大,在法院系统也与行政级别挂钩的当今中国,独任法官面对着级别远远高于自己的被告机关法定代表人,如何才能公正司法?如前所述,在中级人民法院审理本应由下级法院管辖的第一审案件时,也不能适用简易程序。故而,行政诉讼简易程序只能适用于基层人民法院。

简易程序由1名法官独任审判。一方面,这是由于适用行政诉讼简易程序的案件都是较简单的纠纷,案件事实较容易查清,甚至有时当事人对事实问题并无争议,适用普通程序浪费司法资源。另一方面,如前所述,我国现阶段司法资源还相对短缺,尤其是行政审判力量更为薄弱,适用独任制可以把节省下来的司法资源用于其它需要更为慎重审理的案件。同时,独任审判也对法官的素质提出了更高的要求。

(三) 审理环节简化

《通知》规定,适用简易程序审理的案件,一般应当一次开庭并当庭宣判。法庭调查和辩论可以围绕主要争议问题进行,庭审环节可以适当简化或者合并。

行政诉讼将案件的开庭审理分为法庭调查和法庭辩论两个阶段目的就是为了对庭审进行分工,明确各自的任务,但事实上,在具体的案件中,这两个阶段往往是难以截然分开的,通常的情形是法庭调查阶段会涉及一定的辩论内容,如对证据的质询,其实就是对证据和案件处理关系进行质辩;在法庭辩论阶段有时也涉及案件的事实,在简易程序框架下,将二者合二为一,有利于法官驾驭庭审。

当庭认证是在审判方式改革过程中涌现出来的,在许多地方将能否当庭认证以及认证质量的优劣等作为衡量一个法官庭审能力高低的标志。认证不仅是案件审理中的一个及其重要的环节,而且认证的对与错还直接关涉案件的处理结果,这对于“重效率”的简易程序似乎显得尤为重要,对于案件事实简单、证据单一的案件,可在当庭质证后即进行认证;而对于证据较多,尤其是当事人双方对证据争议较大的案件,认证则应在法庭辩论结束后进行。这样既可以满足庭审程序中法庭调查和法庭辩论两个阶段合二为一的要求,又可以避免仓促认证而产生的弊端。

简易程序还规定当庭宣判,当庭宣判不仅可以锻炼和提高法官的综合素质,更重要的是

能给当事人当庭宣判，这不仅有利于审判效率的提高，增加审判的公开性和透明度，而且有利于社会效果和法律效果的统一。具体地说，就是可以缩短案件的审理周期，提高审判效率，还可以减少甚至杜绝关系、人情向审判的渗透，从而确保审判的公正。最后由于当庭宣判事实认定、法律说理都公开透明，因此可有效化解当事人的不满，所有这些都符合简易程序的价值目标。

（四）传唤当事人简便，缩短简易程序时限

《通知》规定，人民法院可以采取电话、传真、电子邮件、委托他人转达等简便方式传唤当事人。适用简易程序审理的行政案件，应当在立案之日起 45 日内结案。

传唤当事人的方式更加简便。程序时限与《行政诉讼法》第 57 条规定，法院应当在立案之日起 3 个月内作出一审判决，相比大为缩短。

程序简易化是现代发达国家的正当程序运行过程中司法资源与司法需求冲突的结果，是在程序正当化的基础上进行的。然而，在当今中国，与正当程序相关的制度和观念远没达到完善的程度，我们却不得不面对现实对程序简易化的需求，这对司法改革者提出了艰巨的任务。如何应对当事人不同的需求？在民主法治精神逐步提升的社会里，我们的制度设计不能只从国家的角度，也不能只从当事人的角度，而应该从二者互动的角度出发去化解纠纷，维护权利，实现正义。最高法院开展的行政诉讼简易程序试点工作，正是从程序上维护正义和效益的有益尝试。

注释：

①张文显：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 273 页。

②【美】波斯纳：《法律的经济分析》，中国大百科全书出版社 1997 年版，第 31 页。

③【日】小岛武司等：《司法制度的历史与未来》，法律出版社 2000 年版，第 35 页。

④陈瑞华：《公正与效益的冲突与平衡》，湘潭大学法学院编：《湘江法律评论》（第 2 卷），湖南人民出版社 1998 年版，第 381 页。

⑤【日】棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社 1994 年版，第 266 页。

参考书目：

1. 翁岳生：《行政法》，中国法制出版社，2002 年版；
2. 刘善春：《行政诉讼价值论》，法律出版社，1998 年版；
3. 范愉：《非诉讼程序教程》，中国人民大学出版社，2002 年版；
4. 应松年：《关于修改行政诉讼法的议案》，《人民法院报》，2002-3-19（第 5 版）；
5. 蔡志方：《行政救济法新论》，元照出版社，2000 年版。

作者单位：安徽君光律师事务所

醉酒驾驶的刑责界定

——以三阶层的犯罪论体系为视角

王成艳

【内容摘要】随着 2011 年 5 月 1 日《刑法修正案（八）》的生效实施，全国各地因醉酒驾驶而以危险驾驶罪定罪的案件纠纷出现，“醉驾是否一律入罪的争议”，关系到统一司法适用问题，本文以三阶层的犯罪论体系为视角，可以更好地厘清这一问题。

【关键词】醉酒驾驶 三阶层犯罪论体系 司法解释建议

一、“醉驾是否一律入罪”问题的提出

2011 年 2 月 25 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案（八）》修正，并于 2011 年 5 月 1 日生效实施。其中第 22 条规定：在道路上驾驶机动车追逐竞驶，情节恶劣的，或者在道路上醉酒驾驶机动车的处拘役，并处罚金。有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

因为按照《刑法修正案（八）》第 22 条条文理解，在道路上驾驶机动车追逐竞驶，情节恶劣的，才构成危险驾驶罪；而在道路上醉酒驾驶机动车的即构成危险驾驶罪，没有明确规定情节严重或情节恶劣的前提条件。

一时间，“醉驾一律入罪”的观念深入人心，顺应民意，老百姓拍手叫好，体现了刑法震慑力。随着最高人民法院副院长张军在全国法院刑事审判工作座谈会上讲话：要求全国各地法院，在 5 月 1 日以后，要正确把握危险驾驶罪的构成条件，对于追究危险驾驶罪刑事责任应当慎重稳妥，不应仅从文意理解《刑法修正案（八）》的规定，认为只要达到醉酒标准驾驶机动车的，就一律构成刑事犯罪，要与修正后的道路交通安全法相衔接，一石激起千层浪。

张军讲话，把“醉驾是否一律入罪”讨论推向高潮。

主张“醉驾一律入罪”者，是根据全国人大成委员会 2011 年 4 月 22 日关于修改道路交通安全法的决定，第 91 条第 2 项和第 4 项分别规定：醉酒驾驶机动车的，由公安机关交通管理部门约束至酒醒，吊销机动车驾驶证，依法追究刑事责任，五年内不得重新取得机动车驾驶证。醉酒驾驶营运机动车的，由公安机关交通管理部门约束至酒醒，吊销机动车驾驶证，依法追究刑事责任，十年内不得重新取得机动车驾驶证，重新取得机动车驾驶证后，不得驾驶营运机动车。因为道路交通安全法中的没有类似刑法总则第 13 条第 2 款得但书规定，因此道路交通安全法的上述规定已经把刑法第 133 条之一关于醉驾的立法解释为醉驾一律入罪。

主张“醉驾不能一律入罪”者，是根据《刑法》第十三条“但书”规定：情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。《刑法》分则条文应受《刑法》总则条文的制约，即醉酒驾驶行为认定为危险驾驶罪时，必须把“情节显著轻微危害不大的”情况排除在犯罪之外。虽然刑法修正案（八）中没有规定情节恶劣的，在道路上醉酒驾驶机动车的，才构成危险驾驶罪。只是表明，情节一般的，醉酒驾驶的才构成危险驾驶罪。这与“情节显著轻微危害不大的”醉驾行为排除在危险驾驶罪并不矛盾。这条但书适应于刑法分则的每一项罪名。

二、关于三阶层犯罪论体系

著名法学家陈兴良教授积极主张在我国直接采用大陆体系的三阶层的犯罪论体系。三阶层的犯罪论体系主要是指构成要件该当性，违法性和有责性。这三个要件第一大特点为具有严密的逻辑性，是层层递进的关系，即先进行构成要件该当性的判断；具备构成要件该当性基础之上，再作违法性判断；具备违法性之后，再作有责性判断。若前一个要件不具备的，就不需要进行下一个要件判断，就直接排除犯罪。这三个要件的第二大特点在于遵循定罪的三个基本原则，即客观判断先于主观判断；形式判断先于实质判断；类型判断先于个别判断，具有科学性。有利于罪刑法定原则，有利于避免主观定罪，有利于保护人权。

构成要件该当性，是指判断一行为是否与构成要件相符合，构成要件是指刑法分则所具体描述的各种犯罪类型要件。

构成要件的该当性主要有以下五个要素：危害行为、危害结果或危险状态、刑法上的因果关系、犯罪主体与犯罪客体。危害行为具有有体性、有急性与有害性三大特征，包括作为与不作为。

违法性，在行为具备构成要件该当性后，定罪活动就进入了违法性阶层。违法性，是指行为在法律上不能被容许的性质。违法性的判断，一般不直接判断什么是违法，而是消极地判断是否存在违法阻却事由，从而认定违法性是否存在。刑法分则中“情节恶劣”、“情节严重”，刑法总则中“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”的规定，都是对实质的违法性的程度的规定，只有行为的实质的违法性超出了“情节显著轻微危害不大”的程度时，才能构成犯罪。违法阻却事由有三大项：正当防卫；紧急避险；超法规的违法阻却事由。

有责性，由罪刑法定原则可推导出构成要件该当性的要件，由法益保护原则违法性的要件得以解释，无责任则无刑罚责任原则导出有责性要件，责任阻却事由：责任无能力；期待不可能；欠缺违法性认识的可能性。

故意成立，要求行为人对符合构成要件的客观事实必须有所认识，并在此基础上有意欲（希望或放任），是一种事实性认识。而违法性认识是指行为人知道其行为违反法秩序，也知道法律对其行为方式的评价。

行为人对法律的无知或错误是不可避免的（是否具有违法性认识的可能性），若行为人缺乏违法认识的可能性，进而缺乏对于行为人的非难可能性，可以阻却责任。

行为人具有责任能力，也具有故意或过失以及违法性认识的可能性，但因特殊情况难以期待行为人做出适法行为，不能对行为人予以责后非难。责任阻却事由有三项：责任无能力；欠缺违法性认识的可能性；期待不可能。在有责性判断的是行为人的主观犯罪成立条件，包括行为人的故意、过失和责任能力。三阶层把行为人责任年龄和责任能力当做责任阻却事由，而非犯罪构成要件。

三、以三阶层犯罪论体系来破解“醉驾一律入罪”的难题。

先来看看北京发生的三起醉驾入罪的真实案例：

2011年5月1日凌晨，25岁的内蒙古司机李俊杰醉酒驾车行至东城区朝阳门桥时被民警查获。李俊杰血液酒精含量为159.65mg/100ml。5月17日，北京市东城区人民法院对李俊杰作出一审判决，以危险驾驶罪判处李俊杰拘役2个月，并处罚金1000元。

2011年5月2日0时10分许，郭术东驾车经过北京房山区碧桂园小区路口处，致三车相撞。经鉴定，郭术东血液中酒精浓度为153.2mg/100ml，5月9日北京市房山区人民法院以危险驾驶罪判处郭术东拘役4个月，并处罚金2000元。

2011年5月9日22时许，音乐人高晓松驾驶越野车发生交通事故，致四车追尾，三人受伤。高晓松血液内酒精含量为243.04mg/100ml，5月17日，北京市东城区人民法院对高晓松作出一审判决，以危险驾驶罪判处高晓松拘役6个月，并处罚金4000元。对于上述案例，采

用三阶层犯罪论体系来分析。第一步先作出构成要件该当性判断，从危害行为、危险状态、刑法上因果关系、犯罪主体与犯罪客体上均符合危险驾驶罪的构成要件的该当性；然后作出第二步违法性判断，不是正当防卫，不是紧急避险，也不具有超法规违法阻却事由，均不具有违法阻却事由；最后作出第三步有责性判断，行为人具有责任能力，也具有故意、违法认识的可能性以及期待可能性，均具有有责任。因而上述醉驾行为均构成危险驾驶罪。

醉驾是否一律入罪关键在于三点判断：一是对构成要件该当性中危险状态判断；二是对违法性中对法益的威胁（违法程度）的判断；三是对有责性中违法认识可能性的判断。

先对构成要件该当性中危险状态判断，以醉酒驾驶机动车为客观行为之一的危险驾驶罪侵犯的同类客体为公共安全即不特定人或多数人的生命、健康或重大财产利益。危险状态的判断必须结合醉驾的时空环境，醉酒人血液中酒精含量，醉酒人的自身体质以及醉酒人的控制行为能力来综合判断，例如，深夜二三点，醉酒人在人车稀少道路上短距离慢速行驶，血液酒精含量为 85 毫克，自身体质抗酒性较强，对车辆控制能力也较强。此种情况以不具有构成要件的该当性，直接排除犯罪。这也符合刑法总则第 13 条但书的规定。

具有于构成要件的该当性后，再看对违法性对法益威胁（违法性程度）的判断，醉酒驾驶行为分为“情节显著轻微”，即不具有违法性，予以排除犯罪；“情节一般的”“情节严重的”“情节恶劣的”按照具有危险驾驶罪的违法性予以判断；“情节达到与放火、爆炸等相当的”以危险方法危害公共安全罪的违法性予以判断，如因醉酒而基本丧失驾驶能力后在车辆行人较多的路段长时间高速行驶的，如因醉酒而基本丧失能力后在大雾、暴雨进高速行驶的。

具有构成要件该当性、违法性判断后，才进行有责性判断。再来看看有责性中违法认识可能性的判断。在特殊情况下，醉酒驾驶的，警察追飞车抢夺着的，公民见义勇为抓罪犯的，公民急救病危病人等，可以以欠缺违法性认识的可能性，成立责任阻却事由，排除犯罪行为。

四、对醉酒驾驶司法解释的建议

关于共犯的规定：

（一）明知他人驾驶机动车的，强行劝酒后，对驾驶机动车不阻拦的以危险驾驶罪共犯论处。

（二）单位领导或上级明知他人已醉酒，强行命令他人驾驶机动车的，领导或上级以危险驾驶罪处罚，驾驶人按危险驾驶罪的胁从犯论处。

关于定罪量刑的规定：

（一）在荒郊野外，行人车辆较少醉酒后短距离慢速度驾驶机动车的，血液中酒精含量在 80mg/100ml 至 100mg/100ml 之间的，可以认定为“情节显著轻微危害不大的”，不构成危险驾驶罪。

（二）没有造成危害后果，血液酒精含在 100mg/100ml 至 200 mg/100ml 之间的，属于情节一般的醉驾行为，以危险驾驶罪处 1 个月以上 3 个月以下拘役，并处 3000 元以下罚金。

（三）造成较大的财产损失，或人员受到轻伤害的醉驾行为，血液酒精含量为 200 mg/100ml 以上的，属于情节严重，以危险驾驶罪处 3 个月以上 6 个月以下的拘役，并处 5000 元以下罚金。

（四）醉酒驾驶造成达到交通肇事罪的危害结果的，以交通肇事罪论处。

（五）醉酒驾驶达到“以危险方法危害公共安全罪”的危险程度的，以危险方法危害公共安全罪论处。

参考书目：

1. 陈兴良：《刑法总论精释》 人民法院出版社 2010 年版；
2. 张明楷：危险驾驶罪及其与相关犯罪的关系 《人民法院报》2011 年 5 月 11 日理论周刊第 6 版；
3. 赵秉志、张伟珂：醉驾入罪的法律分析 《检察日报》2011 年 5 月 17 日实务版。

作者单位：安徽黄淮律师事务所

儿童血铅问题与政府免费检测机制建立 调查分析报告

孔维钊 范 珣

【内容摘要】儿童健康水平关系到我国人口素质，关系到中华民族的未来。近 20 多年来，发达国家围绕儿童铅中毒的防治问题进行了大规模的流行病学调查和临床研究，证实了儿童血铅水平在 100ug/L 左右时，虽尚不足以产生特异性的临床表现，但已能对儿童的智能发育、体格生长、学习记忆能力和感觉功能产生不利影响。1991 年美国国家疾病控制和预防中心 (CDC) 将儿童血铅水平 100ug/L 制订为社会干预水平，同时作为儿童铅中毒的论断标准。儿童铅中毒属可预防的疾病，是影响儿童健康的重大公共卫生问题，应引起社会各界的广泛重视。针对儿童铅中毒问题，我们组成了课题调研组，选择了律师群体和政府工作人员（安徽省妇联、合肥团市委）作了关于儿童铅中毒方面的问卷调查，上述两次问卷调查中我们共发放问卷 200 份，收回有效问卷 154 份（其中律师群体 100 份、政府工作人员 54 份）。就本次调查的内容和结果，我们做出以下调查分析报告。

一、近年来我国儿童血铅超标事件频频爆发，集中体现了儿童铅中毒问题的严重性，2010—2011 年以来全国媒体或者地方媒体报道的重大血铅超标事件如下：

2010 年 1 月：江苏大丰市 51 名儿童查出血铅含量超标，政府确认盛翔电源有限公司为污染源，限令搬迁。

2010 年 3 月：四川省内江市隆昌县渔箭镇 94 名村民血铅异常，其中儿童 88 人，忠义合金有限公司被责令停产。

2010 年 3 月：湖南郴州市嘉禾县、桂阳县铅中毒者超过 300 人，涉事的 3 家未经环评的企业被关闭，环保部派员前往督察治污，多名官员被免职。

2010 年 7 月：云南大理鹤庆县 84 名儿童疑似血铅超标，官方通报系当地村民土法“小氧池”提金所致，后取缔“小氧池”生产及关闭非法炼铅企业。

2011 年 1 月，安徽省安庆市怀宁县高河镇 100 多名儿童血铅超标，家长疑为当地电源厂污染所致。

2011 年 3 月，浙江台州市椒江区峰江街道上陶村过半村民出现了血铅含量超标的情况。经确认，村中一家蓄电池制造企业违规排放含铅废水、废气，是造成这起事件的主因。

2011 年 5 月，浙江省湖州市德清县发生了 332 人血铅超标的污染事件。原因是浙江海久电池股份有限公司违法违规生产、职工卫生防护措施不当；当地县、镇政府未实现防护距离内居民搬迁承诺。

二、调查方法与调查材料

1、调查对象。本次调查的对象为合肥市律师及政府机关工作人员，选择律师群体作为调查对象，是因为律师作为法律人，对社会负有责任，而且律师也是推动社会法治进步的重要

力量。选择政府工作人员群体作为调查对象，是因为他们作为政府机关部门，有责任保护青少年的权益不受侵犯，并且政府应该成为解决儿童血铅问题的主要推动者和执行者。

2、调查方法。采用问卷调查的方法，具体项目包括：儿童血铅问题的关注度、经济发展与环境保护的关系、政府为儿童血铅提供免费检测的可行性等。

3、调查结果。下面三图表是本次问卷调查中关于几个重要问题的数据统计。

表 1、儿童血铅问题的关注度调查：

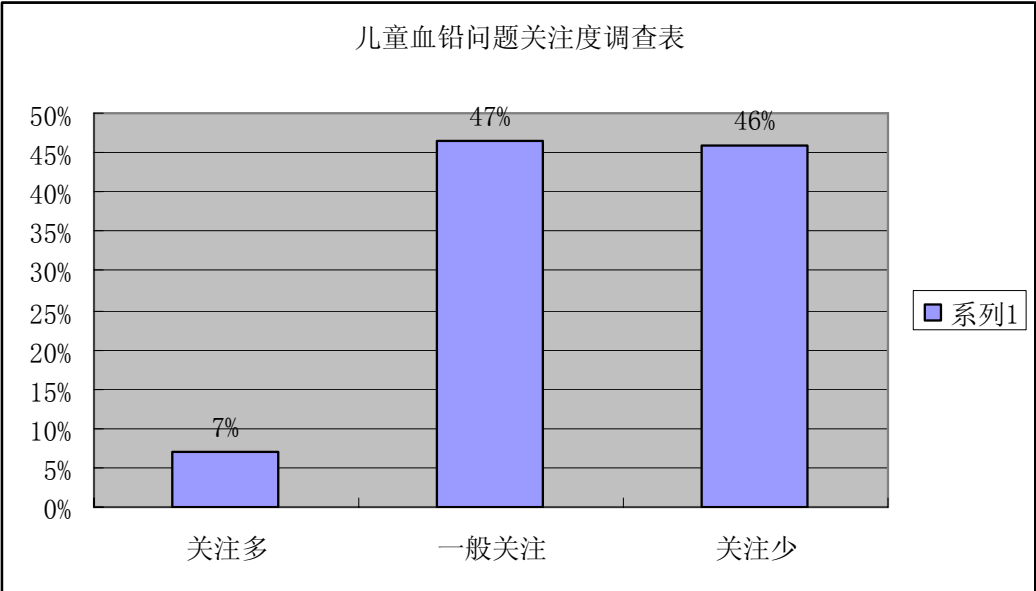


表 2、政府提供儿童免费检测机制认可度调查：

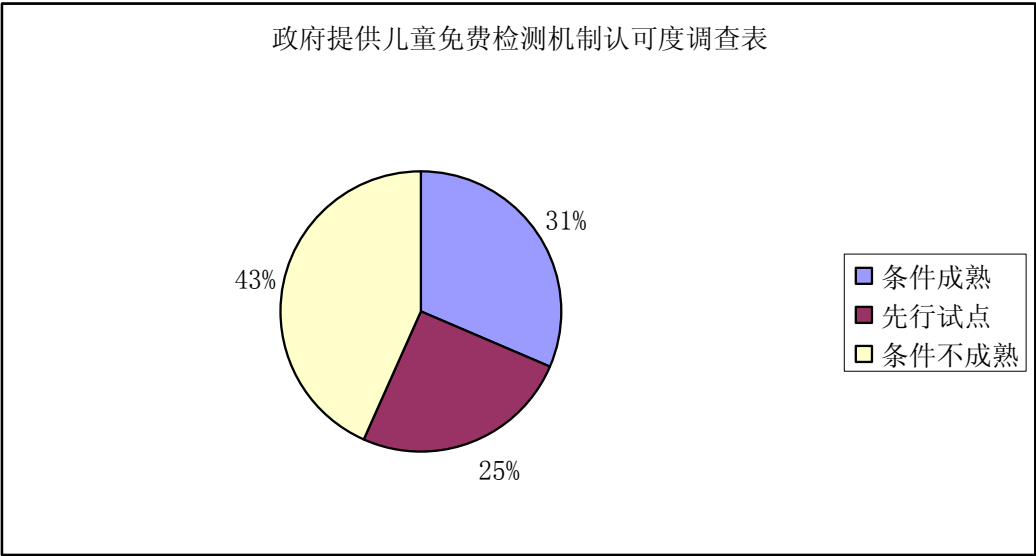
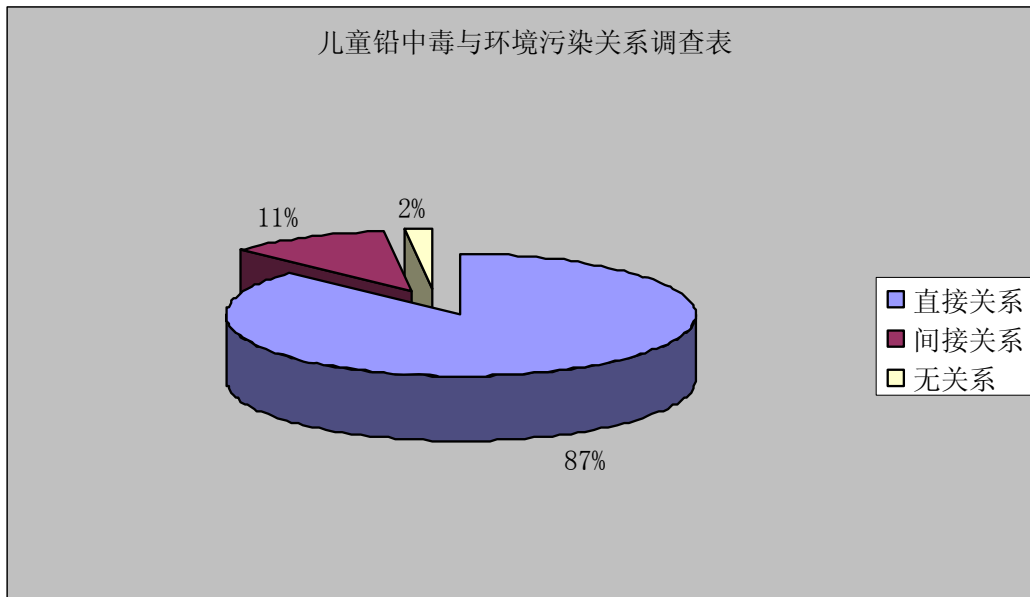


表 3、儿童铅中毒与环境污染原因调查：



三、调查讨论、分析

面对我国儿童铅中毒的现状与危害，一些健康专家指出，应将防止儿童血铅超标当成一个公共卫生问题来重视。美国也曾经历过一段儿童铅中毒的高发期，政府和卫生部门通过积极干预，大力宣传甚至制定法律。美国毒物登记署向国会报告：“铅无论在哪里发现都是有毒的，然而铅又无处不在。”该机构建议，把化验血铅作为儿童定期体格检查的一部分。1991年，美国用10亿美元改善儿童环境，建议所有6岁以下儿童都应进行血铅水平筛查，降低儿童血铅。世界卫生组织认为：环境中对儿童威胁最大的就是铅，血铅升高引起无形损失是巨大的。

（一）我国儿童铅中毒的现状

我国是世界人口最多的国家，12.5亿人口中0-14岁儿童占据26.5%，约有3.3亿儿童，0-6岁儿童约有1.2亿。儿童特别是婴幼儿对铅的毒性作用特别敏感，其消化道对铅的吸收率较成人约高5倍，而排泄率较成人低；再加上他们手、口接触频繁的行为特点，易通过消化道摄入铅。因此儿童是铅中毒的高危人群。引发铅中毒的原因多种多样，且无时无刻的存在于我们身边，经调查发现，87%人认为血铅超标与环境污染之间有着直接的关系。中国儿童接触铅污染源的机会日益增多：①随着汽车交通业迅速膨胀，铅尘排放已成为持久的传染源；②工厂尤其是乡镇企业的大量兴起，通过废气、废水、废渣的排放，使铅污染由城市逐步为外扩展；③室内装修、燃煤、吸烟、印刷品、电子产品、玩具、文具及生活用品，某些含铅食品或中草药等，大量含铅产品已进入家庭。

（二）推动政府为儿童血铅含量提供定期免费检查机制，预防儿童铅中毒的措施及意义

1、推动政府相关部门为儿童血铅含量提供定期免费检查机制

儿童铅中毒的防治是关系到中华民族未来人口素质的大问题。对于儿童血铅问题，国家政府部门也一直给予了一定的关注，并付出了一些实践。如：1999年国务院办公厅向中国各级政府转发卫生部《关于提高中国未来人口素质》的通知，要求各级妇幼保健机构应把新生儿和孕产妇的血铅检查列为常规。2000年中国政策科学研究会与中国国情调查研究中心组建专门的铅防治机构，组织中国各地妇幼卫生部门在中国展开大规模的儿童铅中毒筛查、宣教和政策研究活动。2001年8月由多位院士和铅防专家参与的中国政策科学研究会铅防治

专家指导委员会在北京正式组建，讨论出台了我国妇女儿童铅中毒防治策略，并正式向中央呈递了报告书。2002年3月“两会”期间，中国人大代表朱坦和政协委员陈汉彬、陈守义分别发出同样的呼吁：随着现代化、都市化进程的加速，中国铅污染日益严重，其对儿童青少年智力、行为、能力发育产生的不可逆的进行性危害超出了我们的预料和想像。代表们建议，尽快设立专门机构、技术委员会，加强儿童血铅监测，建立儿童血铅数据库，开展宣传干预。开发铅中毒医疗技术和药物。制定铅中毒防治相关标准和法规等等。目前我国的经济已达到一定的水平，GDP也连续稳中上升，最近几年，国家政府职能转变的理念慢慢深入人心，政府职能的触角也进一步扩展到改善民生，提高公共服务水平领域中来，儿童铅中毒防治是关系到中国未来可持续发展的重要部分，是政府公共服务领域的一部分，其不应该只停留前期的发展阶段上，应该整合前期发展的资源，而进入实质性的发展阶段。预防儿童铅中毒的措施应该上升到制度建设层面，出台规范性机制，指导各部门对儿童血铅问题的操作落实。本次调查中，对于政府提供儿童免费检测机制认可度问题的调查显示，31%人认为条件已成熟，43%人认为可先行进行试点工作。

2、推动政府为儿童血铅含量提供定期免费检查机制的意义

(1) 有利于建立儿童医疗保障机制

联合国《儿童权利公约》中对儿童应享有的健康、医疗和社会保障已有明确规定。目前，我国的医疗体制改革处于探索阶段，医疗服务特别是农村医疗服务体系又严重滞后于社会经济的发展，而且农村公共卫生服务严重缺位，城乡居民尤其未成年人口医疗保障还存在医疗体制与城乡公平等问题，但值得一提的是，一些地区已经开始探索建立少儿基本医疗保障制度，如湖南省、江苏省等计划将少儿保险统一纳入到医疗保障体系。但是，儿童血铅检测的重要性还没有引起相关部门的重视，儿童医疗保障体系中也没有涉及此领域。如果我国儿童医疗保障机制健全，儿童血铅定时检查机制形成，儿童铅含量就能及时发现和预防，铅中毒对儿童健康的危害将会大大减少。

(2) 有利于推动相关政府部门对儿童社会保护的进程

新修订的《未成年人保护法》进一步明确政府及其有关部门的地位和责任。总则第7条中规定：“国务院和地方各级政府领导有关部门做好未成年人保护工作；将未成年人保护工作纳入国民经济和社会发展规划以及年度计划，相关经费纳入本级政府预算。”推动儿童血铅含量免费检查制度将进一步明确和强化政府及其有关部门的职责，也体现了以政府为主保障儿童权利的原则。本次调查显示，政府及社会大众对儿童血铅问题的关注度普遍较低，较多关注的人群只占到7%，很少关注的占到46%。因此在推动儿童社会保护方面，重视儿童血铅问题，我们还任重道远。特别是政府机关部门，应该提高儿童血铅防治的问题，保护儿童权益是全社会的责任，更是政府部门的责任。

(3) 有利于推动环境保护意识的提升

随着工业化的深入，以及产业结构的调整，越来越多的企业将工厂从沿海地区转移至内地的中西部地区。这些工厂，其中不乏是被输出地淘汰的高耗能、高污染“货色”。当地政府应该说也是心知肚明，但为GDP，为了眼前利益，往往也顾不了那么多。近年来，我国重金属污染事件仍保持高发态势，环境风险隐患突出的企业特别是设防能力不足的尾矿库企业和化工企业在大灾中成为威胁环境安全的“不定时炸弹”。本次调查显示：87%的人认为儿童血铅问题与环境污染有直接的关系。笔者认为，如果政府加强环境治理的监管力度，实行儿童血铅定期体检，将此项工作，实施与领导干部政绩考核挂钩的工作机制，势必会引导政府在引进经济发展项目上的思考方向，也能推动医疗机构更新儿童血铅检测的先进设备，形成一系列连锁效应，综合治理儿童铅中毒问题。

四、小结

目前我国儿童铅中毒防治工作缺乏业务领导机构和管理部门，不利于儿童铅中毒防治，我国可以借鉴国外一些先进做法。比如美国将近 90% 的 1-5 岁年龄段儿童血液铅浓度超过疾病控制和预防中心（Centers for Disease Control and Prevention，CDC）规定的 $10\mu\text{g/dL}$ 标准。其后实施的《清洁空气法》要求淘汰含铅汽油，自含铅汽油被淘汰后，整个人口按年龄段统计的平均血液铅浓度均出现下降，从 1976 年的 $16\mu\text{g/dL}$ 下降到 1999 年的 $2\mu\text{g/dL}$ 。除此之外，美国更搭建起预防铅中毒的体系，1991 年美国 CDC 要求对 6 个月至 6 岁儿童进行血铅普遍筛查，并建立了全国范围的血铅监测数据库。20 世纪中期日本比较突出的公害问题有大气污染、 SO_2 废气引起的哮喘，水质污染等，在一些地方出现了“水银中毒”、“骨痛症”等。日本政府为处理污染问题，于 1958 年制定了《公共水域水质保全法》和《工厂排污规制法》等法律法规。

中国儿童血铅制度虽然还达不到美国、日本等国家水平，但是我们应该足够重视血铅问题，开展地域性甚至全国性的儿童铅污染普查工作，设立儿童铅防治门诊，研究有助于儿童排铅的治疗方法和药物，帮助中毒儿童排出体内的铅毒。建立以政府领导、多部门合作，依靠科技和全社会参与的儿童铅中毒防治体系。

作者单位：安徽徽商律师事务所

未成年人犯罪案件的量刑辩护

郭年勇

【内容摘要】量刑辩护是未成年人犯罪案件中律师辩护的常态。全国法院 2010 年 10 月 1 日起全面试行量刑规范化，量刑程序已经成为刑事案件审理的一个独立程序。律师应当积极参与量刑程序，提出有针对性的和有深度的量刑辩护，提高为未成年人犯提供刑事辩护的质量和成效。本文结合未成年人犯罪的特点和法律规定，从未成年人的刑事责任年龄、自首、准自首与坦白辩护、立功辩护、从犯辩护、酌定从轻情节辩护、缓刑评估与辩护等六个方面，阐述了未成年人犯罪案件量刑辩护的主要内容和基本方法。

【关键词】未成年人 刑事犯罪 量刑辩护

未成年人犯罪案件的被告人大多自愿认罪，律师少有作无罪辩护的机会，量刑辩护是律师辩护的常态^①；但是，律师经常仅提出“依法从轻或者减轻处罚”等空泛的意见，很少有具体的、有深度的量刑辩护。全国法院 2010 年 10 月 1 日起全面试行量刑规范化，量刑程序已经成为刑事案件审理的一个独立程序。律师积极参与量刑程序，收集、提出证明被告人从轻、减轻或者免除其刑事责任的材料或者意见，将量刑辩护作为律师辩护的独立形态之一，提高未成年人犯罪案件辩护的质量和成效，是律师参与量刑规范化改革的必然要求。

量刑辩护的内容分为法定和酌定从轻、减轻或者免除处罚情节的辩护。根据未成年人犯罪的特点，未成年人犯罪的量刑辩护内容和方法，主要涉及以下六个方面：

一、刑事责任年龄辩护

我国《刑法》第 17 条规定，“已满 16 周岁的人犯罪，应当负刑事责任。已满 14 周岁不满 18 周岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚。”未成年人刑事责任年龄有三个临界点：14 岁、16 岁、18 岁，涉及行为人是否构成犯罪、是否适用死刑、具体量刑等重大问题。

2006 年最高人民法院《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律问题的解释》第 4 条规定，“对于没有充分证据证明被告人实施被指控的犯罪时已经达到法定刑事责任年龄且确实无法查明的，应当推定其没有达到相应法定刑事责任年龄。”2010 年《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第 40 条规定，“审查被告人实施犯罪时是否已满十八周岁，一般应当以户籍证明为依据；对户籍证明有异议，并有经查证属实的出生证明文件、无利害关系人的证言等证据证明被告人不满十八周岁的，应认定被告人不满十八周岁。”因此，公诉机关一般以未成年人的户籍证明作为认定其年龄的证据。

辩护律师向未成年人或者其父母了解到未成年人的真实年龄与公诉机关认定的不一致时，往往举证证人证言或者单位证明，意图否定控方提供的户籍证明。这些证据基本属于言词证据范畴，证明力小，难以对抗公诉机关的相应证据，很难被法院采信^②。律师应当通过未成年人的父母或者其他监护人，搜集或者申请法院调查相关的原始书证，例如：未成年人的原始出生证、医院分娩的病历记录、计划生育部门处罚的相关证据、户籍登记的原始大底表、公安机关保存的更改年龄的变更记录、原始的入学登记等，证明效力上才有可能高于控方证据而被法院采信。

无论是依据公诉机关还是采信辩护律师的举证，确定后的未成年人犯的年龄，对律师的

量刑辩护，往往仍然具有重要意义。律师不应仅仅引用《刑法》第17条，发表“未成年人犯罪，应当从轻或者减轻处罚”的笼统辩护意见。2009年最高人民法院《人民法院量刑指导意见（试行）》（下称《量刑指导意见》）第3条第1项规定，“对于未成年犯，应当综合考虑未成年人实施犯罪行为的动机和目的、犯罪时的年龄、是否初犯、犯罪后的悔罪表现、个人成长经历和一贯表现等情况确定从宽的幅度。”“已满14周岁不满16周岁的未成年犯，犯故意杀人等八种罪行的，应当减少基准刑的30%-60%；已满16周岁不满18周岁的未成年犯，应当减少基准刑的20%-50%”。司法解释仍然规定了较大减轻处罚的自由裁量范围。一般而言，年龄越小，认知能力小，从宽的幅度应当越大；反之则应越小^③。辩护律师应当根据未成年人的不同年龄、犯罪原因、悔罪表现等情况，提出具体的从宽量刑幅度。例如：郑家佳盗窃案，被告人作案时满16周岁刚过一个月，辩护律师建议给予较大幅度的减轻量刑处罚。

二、自首、准自首与坦白的辩护

关于未成年人犯的归案情况，侦查机关一般出具“归案经过”装订在侦查卷宗中。但是，侦查机关出具的归案经过，经常不全面或者不准确。律师在会见未成年人犯罪嫌疑人或者被告人时，应当主动询问未成年人被抓获的经过，以便发现可能存在的自首或者准自首辩护线索。

《刑法》第67条规定，“犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。”1998年最高人民法院《关于处理自首与立功具体应用法律若干问题的解释》规定了自首的多种表现形式。未成年人犯罪案件，经常出现未成年人被亲友送去投案、侦查机关电话通知到案并主动交待自己罪行的情形，均构成自首；但是，如果是侦查机关派员上门传唤未成年人，一般不构成自首。

犯罪嫌疑人或者被告人在被采取强制措施后，如实供述司法机关还未掌握的罪行，即“余罪坦白”，分为两种情况：一是坦白异种罪名的，构成准自首；二是坦白同种余罪的，构成“坦白从宽”。《刑法修正案（八）》第8条已将“坦白从宽”法定化，属于法定从轻量刑情节。坦白的效果与自首基本相同。未成年人犯盗窃、抢劫等侵犯财产犯罪居多，且多数为多人多起作案，仅因一起或者两起而案发，未成年人到案后经常主动交待侦查机关没有掌握其他犯罪事实。会见未成年人时，律师应当特别注意查明相关情况，分清“供认余罪”是属自首还是坦白。例如：2010年郑家佳盗窃案，作案十一起，案发时侦查机关只掌握一起，主动供述了其余十起，构成余罪坦白。

《量刑指导意见》第3条第6项规定，“对于自首情节，应当综合考虑投案的动机、时间、方式、如实供述罪行的程度及悔罪表现等情况确定从宽的幅度”，根据投案的时间、方式、动机等，具体分为六种情形，减少基准刑的幅度分别在5%-50%之间。这其中律师仍有巨大的辩护空间。例如：王世益故意杀人案，被告人在杀人后、犯罪事实被发现之前，就自己主动打110报警直接投案自首，辩护律师建议给予其相当幅度的减轻量刑处罚。

三、立功的辩护

立功，指犯罪分子自到案后至判决确定前的期间，具有揭发他人犯罪行为，查证属实，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件等有利于国家和社会的突出表现或者重大贡献的行为。《量刑指导意见》第3条第7项规定，一般立功，“可以从轻或者减轻处罚”，可以减少基准刑的10%-30%；重大立功，“可以减轻或者免除处罚”，可以减少基准刑的30%-70%。立功的具体从宽幅度需要考虑的因素包括：立功的大小、次数、内容、来源、效果等。《刑法

修正案(八)》删除了“自首又有重大立功,应当减轻或者免除处罚”的规定。

未成年人犯罪中多人共同犯罪的居多,他们经常三五成群地吃喝玩乐在一起,彼此了解各自的生活习惯和行踪^④;案发后,未成年人心理承受能力差,往往未经侦查人员正式讯问,即主动交待了自己的全部罪行,当然也包括自己的同伙,并经常协助公安机关抓获同案犯。根据《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第5条,“协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人(包括同案犯),应当认定为有立功表现”。这些辩护线索,一般不是来自于侦查机关的侦查卷宗,而来自于律师对未成年人会见时有针对性的询问。在了解到这一情况后,律师可以申请公诉机关或者法院调查,他们一般会要求侦查机关就被告人的归案情况作出补充说明。例如:肥东程超俊案,被告人在被抓当晚、第一次讯问之前,就带领公安人员将居住自家租房隔壁的同案犯抓获,侦查卷宗没有反映这一情况。辩护律师申请调查证实了被告人的上述立功表现。

四、从犯的辩护

未成年人犯罪以二人以上的共同犯罪居多,律师经常遇到具有从犯量刑情节的案件。刑法第27条规定,“在共同犯罪中起次要或者辅助作用的,是从犯。”从犯分为两种,即起次要作用的实行犯和起辅助作用的帮助犯;律师应当根据案件情况,区分属于哪种从犯。

从犯的认定,一般根据犯罪过程的时间先后顺序,分析各被告人在共同犯罪中的具体行为,综合考虑其地位和作用:从犯罪开始的犯意产生、人员的招集、作案工具的准备,到具体实施的犯罪行为、危害后果的直接原因,直到最后销赃和分赃情况等。未成年人与成年人的共同犯罪中,未成年人一般处于被支配地位,根据上述时间节点上案件事实的分析,律师适时提出未成年人构成从犯的辩护意见。

《量刑指导意见》第3条第4项规定,“从犯一般应当减少基准刑的30%-70%;未区分主从犯,但对于作用相对较小的被告人,可以减少基准刑的10%-30%;对于共同犯罪人作用相对较小的主犯,可以减少基准刑的10%-20%。”因此,从犯的辩护,已经不仅仅局限于“从犯”,同为从犯、同为主犯或者不区分主从犯的案件,各被告人在共同犯罪中所起作用也不尽相同,法律规定的量刑幅度也不同。律师应当根据实际情况,论证当事人在共同犯罪中的具体作用和地位,以及是否实施犯罪实行行为等,并提出相应减少基准刑的量刑幅度。

五、酌定从轻量刑情节的辩护

酌定量刑情节,是相对于法定量刑情节而言,指法律未就其具体内容和功能作出明确规定的量刑情节。《量刑指导意见》规定了6种酌定量刑情节(包括已归属于法定情节的“坦白”),除“前科劣迹”是酌定从重情节外,其余4种都是酌定从轻情节:

1. 自愿认罪

对于自愿认罪,适用简易程序或者普通程序“简化审”的被告人,可以减少基准刑的10%以下。未成年人犯罪案件,被告人少有拒不认罪的情况。但是,自愿认罪与自首、坦白情节同时存在的情况下,禁止重复评价,只能适当加大自首或者坦白从宽的幅度。

2. 被害人过错

对于被害人有严重过错或者对矛盾激化负有直接责任的,可以减少基准刑的20%-30%;对于被害人有一般过错或者对矛盾激化负有一定责任的,可以减少基准刑的20%以下。关于被害人过错的辩护,律师应当注意庭上发言的分寸,特别是有被害人一方的人员到庭,或者有达成刑事和解可能的案件,律师当庭可以简明扼要地摆明观点,具体理由在书面辩护词中阐述。

3. 退赃退赔

根据是全部还是部分退赃退赔的不同，最高可以减少基准刑 30%。

4. 赔偿被害人经济损失

积极赔偿被害人经济损失并取得被害人及其近亲属谅解的，最高可以减少基准刑 40%。

在校学生的抢劫案件，占有未成年人犯罪案件的相当数量，辩护律师争取先民事和解，然后刑事从轻处罚，有利于化解矛盾、减少对抗，有利于对未成年的被告人和被害人的同样保护。刑事和解的辩护和设计，律师大有可为。

当然，案件事实千差万别，酌定从轻情节还有很多。未成年人犯罪一般使用暴力程度较轻、涉案的金额小、主观恶性不大等，也可能是律师量刑辩护需要阐述的内容。

辩护律师在搜集法定、酌定从轻量刑情节的（立论）同时，还应当认真审查公诉方的从重量刑情况，分析是否成立，找出反驳点（驳论）。律师具体分析每一量刑情节，提出相应的量刑种类和幅度；多种量刑情节并存时，采用“同向相加、逆向相减”的方法确定量刑情节对基准刑的调节比例；最后，提出判处几年有期徒刑或者适用缓刑的量刑意见。

六、缓刑的辩护

作为监禁刑的一种替代措施，缓刑制度起源一美国，产生之初仅仅适用于未成年人犯，而后才被推广适用于一般的成年犯。我国对未成年人犯一贯主张“教育为主、处罚为辅”的原则。未成年人无论在生理上还是心理上都没有成熟，一旦遭遇外界的某些诱惑和影响，就比较容易误入歧途，走上犯罪的道路。通过对未成年人犯适用缓刑，不但使其感受到了刑罚的威慑，而且能够赋予其重新做人的机会，这对于可塑性很强的未成年人来说是尤为重要。未成年人刑事辩护应当多论证缓刑的适用，学会对宣告缓刑的评估，以提高辩护的有效性。

《刑法修正案（八）》修改了刑法第 72 条，进一步明确了适用缓刑的四个条件：“对于判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，同时符合下列条件的，可以宣告缓刑；对其中不满 18 周岁的人、怀孕的妇女和已满 75 周岁的人，应当宣告缓刑：（一）犯罪情节较轻；（二）有悔罪表现；（三）没有再犯罪的危险；（四）宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响。”刑法规定，累犯不得适用缓刑；《刑法修正案（八）》规定，未成年人不构成累犯。因此，不能因为未成年人犯有前科而不适用缓刑。

我国刑法没有专门针对未成年人的缓刑规定，立法上对未成年人和成年人的适用缓刑的条件是一样的。但是，《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 16 条，专门规定了对未成年人的缓刑适用：“对未成年罪犯符合刑法第 72 条第一款规定的，可以宣告缓刑。如果同时具有下列情形之一对其适用缓刑确实不致再危害社会的，应当宣告缓刑：（一）初次犯罪；（二）积极退赃或者赔偿被害人经济损失；（三）具备监护、帮教条件。”

根据现行法律规定，结合前面所述的法定、酌定从轻或者减轻情节的量刑辩护，律师说服法官对未成年被告人适用缓刑时，应当从以下几个方面进行评估和论证：

（1）量刑在有期徒刑三年以下或者拘役，这是适用缓刑的前提条件。如果基准刑在三年以下，对于未成年人犯，该条件一般已经成就；如果基准刑超过三年，则必须根据量刑规范化的要求，论证因具有法定减轻情节而应判处三年以下刑罚。律师在提出缓刑辩护意见之前，首先应当研究当事人可能面临的刑种和刑期。

（2）犯罪情节较轻，社会危害程度较小。这实际上是适用缓刑的实质要件。律师应当有针对性地分析法定或者酌定从轻、减轻情节，例如未成年人犯罪是否预谋、犯罪动机和目的、犯罪手段、犯罪对象、标的大小、危害后果等。只有犯罪情节较轻、危害不大的未成年人犯，才能适用缓刑。

(3) 自愿认罪,有悔罪表现。悔罪表现是衡量被告人人身危险性的重要依据。有悔罪表现的典型情节是自首、立功、坦白、退赃、民事赔偿等,律师应当论证未成年人被告人具有上述情节之一或者两种以上。当然,被告人在归案后表现、庭审过程中具有诚恳态度和内心认识,律师应当注意观察和分析,并能让其展现在法官面前,得出“具有悔罪表现”的结论。

(4) 在缓刑考验期内,没有再次犯罪的危险性。这是一种推定。律师可以分析被告人的主客观方面和人身危险性大小,论证其没有再次犯罪的可能性。

(5) 宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响。律师应当取得未成年监护人的理解和支持,了解未成年人的家庭生活状况,以证据或者一定的形式表现在法官面前,未成年人具有家庭帮教条件;社区证明、学校证明,未成年人被判处缓刑后可以被接受,也是有效的证据。如果有社会调查报告,律师可以将其作为是否具有帮教条件的基础材料,进行质证、论证。

刑事政策的发展趋势以及国际公约要求,对于未成年人犯,应当尽量适用非监禁刑。司法实践中,对未成年人犯适用缓刑的案件也会越来越多,这需要律师提供充分的、有针对性的评估和辩护。

有人说成功的辩护是无罪辩护,这是个误区。量刑程序已是刑事审判的一个独立程序,量刑辩护占刑事辩护的绝大多数,司法实践越来越多的案件,需要具体而有效的量刑辩护。量刑辩护是刑事辩护的基本功,律师只有苦练、炼好基本功,才有可能拥有成功的无罪辩护。

参考文献:

- ①陈瑞华:《论量刑辩护》,《中国刑事法杂志》,2010年第8期。
- ②佟丽华:《未成年人法学(司法保护卷)》,法律出版社2009年版。
- ③安徽省高院刑三庭:《量刑规范化实务指南》,2010年4月编印。
- ④佟丽华:《未成年人法学》,中国民主法制出版社2001年版。

作者单位:安徽文得律师事务所

“酒后代驾”法律问题探析

彭本奇

【内容摘要】酒后代驾，是指由非车主本人驾驶机动车所有人的车辆，将饮酒后的车主连人带车送达目的地的法律行为。但在过程中实践，纠纷频发而且维权难。事实上，酒后代驾合同性质是要区分对待的，应当分情况处理。

【关键词】酒后代驾 委托合同 违约责任 侵权责任

中国人向来讲究以酒助兴。无酒不成席文化的盛行，一方面促成了生意场上的成功，另一方面也产生了由酒后驾驶导致的大量惨案。随着交通管理部门查处酒后驾车力度的不断加大，代驾服务、代驾公司应运而生。那么，代驾合同签订过程中的效力如何认定呢？

酒后代驾服务合同是个典型的双方有偿合同，代驾方和醉酒者签订合同后，双方依照合同约定遵守各自的义务，代驾方有义务保障被服务者合理限度的人身、财产安全。但该合同签订中的效力究竟如何认定？是代驾者本人签字还是他人代签？别人代签的行为是否属于代理行为？醉酒者是否具有完全民事行为能力，若醉酒者恰巧不是完全民事行为能力者，在醉酒状态下醉酒者与代驾者之间签订的民事合同是否可事后撤销？

对于代驾合同的性质，主要有三种意见：其一认为代驾合同属于承揽合同；其二认为代驾合同属于雇佣合同；其三认为代驾合同是代理合同，双方是委托关系。委托关系中的受托人要以委托人的名义从事某种行为，其从事受托行为的后果由委托人承担。然而根据我国道路交通安全法的规定，驾驶机动车时必须拥有合法有效的驾驶证，并以自己的名义使用自己的驾驶证驾驶机动车，而不能以车主的名义开车，其中只是驾取了车主的车辆而已。所以第三种意见明显不适用与代驾合同。由于承揽合同和雇佣合同在理论、实践中容易混淆，笔者将探讨两种的异同点，以更好的解析代驾合同性质。雇佣关系与承揽关系是两种比较古老的社会关系，分别起源于罗马法时代的劳务租赁、工作物租赁。随着资本主义的确立和发展，二者逐渐从租赁关系中脱离出来，并不断发展和完善。弄清酒后代驾，首先得弄清楚雇佣和承揽的区别。

一、雇佣关系与承揽关系的特征

（一）雇佣关系的特征雇佣关系是指雇主与雇工双方约定，在一定的时间内，雇工向雇主提供劳务，雇主向雇工支付报酬的劳动服务关系。其特征是：1. 雇主与雇工之间存在特定的人身关系。在雇佣之前，双方的法律地位是完全平等的，但雇佣关系成立之后，雇工就要依法服从雇主的管理，遵守有关的规章制度。雇工向雇主提供的是自己的劳动力，雇主使用的是雇工的劳动力，因而，雇工在受雇期间，其行为是受雇主的意志支配与约束的。这种双方之间的从属关系是雇佣关系的显著特点。2. 雇主与雇工存在特定的利益关系。雇主占用雇工的劳动力，（雇主）承受雇工创造的经济利益和其他物质利益，支付给雇工报酬，雇工则以自己的劳动获取报酬。双方各自具有独立的经济利益。3. 雇工在工作中致人损害，雇主应承担赔偿责任。如前所述，雇主与雇工之间存在特定的因果关系。损害事实虽可能是雇工直接造成的，但雇主对雇工放任、疏于管理、监督等作为与不作为的行为，是损害事实得以发生的主要原因。由于雇主与雇工之间存在这种特定的关系，因而，对雇工在工作中致他人损害，雇主应承

担赔偿责任。如果雇工在致人损害中有故意或者重大过失行为,雇主在先行赔偿后,可以向雇工追偿。4. 雇佣关系双方在维护各自经济利益的过程中,双方的地位是平等的。

(二) 承揽关系的特征,承揽关系是指定作方与承揽方约定,承揽方按照定作方的要求完成工作,交付工作成果,定作方给付报酬的民事法律关系。其特征是:1. 定作方与承揽方之间的法律地位是平等的。任何一方不得把自己的意志强加给另一方。承揽方在承揽期间,其行为不受定作方意志的支配与约束,双方也不存在管理与被管理关系。2. 承揽方虽受雇于他人,但他不是出卖劳动力,只是按合同完成合同约定的事项,有其独立的经济利益。3. 承揽方要能完成定作方交付的工作任务并应接受定作方的监督。承揽关系的成立与承揽人的技术水平、设备状况、信誉程度等有直接关系。在履行合同过程中,定作方有权对承揽方所有的原材料、技术力量、工作质量、完成任务的进度等情况进行检查和监督,但这种检查和监督不得妨碍承揽方的正常工作秩序。4. 承揽方承担风险。承揽方完成的工作成果在交付定作方之前风险由自己承担。在承揽合同履行过程中,一切原材料、技术资料、样品都在承揽方占有和管理之下,对可能出现的风险由承揽方承担通常情况下表现为,因预防或管理不善,使标的物被盗、丢失、火烧、毁损等,承揽方应尽妥善保管的责任,但不可抗力除外。

二、雇佣关系与承揽关系的区别

雇佣关系与承揽关系在形式上均表现为受雇于人,但由于二者特征各异,存在许多区别,具体表现为:1. 双方法律地位不同。雇佣关系中双方的法律地位不平等,存在隶属关系。雇主可以对受雇人实行监督管理,可以制定一系列的纪律、制度约束雇工,雇工的行为受雇主意志的支配和制约;而承揽关系中双方法律地位完全平等。从承揽合同的订立到履行,双方均属于平等的民事主体。承揽方完全按照自己的意志完成定作方交付的工作任务。承揽方虽有义务接受定作方的检查监督,但这种检查和监督不得妨碍承揽方的正常工作秩序。承揽方的工作行为不受定作方意志的支配与制约,整个工作过程均以自己的名义独立完成,双方不存在管理与被管理的关系。2. 行为性质不同。雇佣关系从事的是雇佣人的日常业务。这种业务在较长的时间内具有相对的稳定性;而承揽关系则通常是处理临时事务。3. 法律依据不同。雇佣关系是一种劳动法律关系,处理雇佣关系应适用有关劳动法律、法规;而承揽关系是普通民事法律关系,处理承揽关系应适用有关民事法律、法规。4. 工作地点不同:在雇佣关系中,雇工必须在雇主指定的地点工作。而承揽关系中,承揽方在何处工作则不受定作方的限制。5. 工作的方式不同:在雇佣关系中,雇工使用的工具、设备等一般是雇主提供的;而承揽关系中,承揽方是以自己的设备、技术和劳动力独立完成工作。6. 领取报酬的方式不同。雇佣关系一般是定期领取报酬,其报酬形式包括计时工资和计件工资两种主要形式与奖金和津贴两种辅助形式。而承揽关系中报酬是一次性领取的。其表现方式一般分为价款和酬金两种。价款包括材料的价款和加工费;酬金仅指加工费。7. 工作中致人损害的责任不同。雇佣关系中因雇主与雇工之间存在劳动法律关系,雇工所实施的行为是职务行为,因而,雇工在工作中致他人损害,雇主应承担法律责任。而承揽关系中,承揽人致他人损害的应由承揽人自己承担法律责任,与定作人无关。8. 工作中受雇人自身身体受到伤害责任不同:雇佣关系中,雇工除由于犯罪或违法、自杀或自残、斗殴、酗酒、蓄意违章以及法律法规规定的其他情形造成负伤、致残、死亡外,受雇人自身身体受到伤害的,应由雇主承担法律责任。而承揽关系中,受雇人自身受到伤害的,除非定作人提供的材料、设备等存在瑕疵致人损害外,应由承揽人自己承担。三、代驾合同的法律属性在代驾公司提供的代驾服务中,代驾合同是由客户和代驾公司签订的,客户并不直接和代驾者发生民事法律关系。而雇佣法律关系中的雇员仅限于自然人,而不包括法人单位或其他组织。若是个体代驾者提供代驾服务,也不属于雇佣合同。依上文所析,最高人民法院区分两者主要有五个依据,笔者逐一详析:(1) 不少学者认为,

能够驾驭车主的车辆都是经过其允许，按其要求和指令进行驾驭的，所以，车主与代驾人之间的法律关系属于雇佣关系。但是，代驾合同中的车辆已经成为完成任务中的一部分，代驾者必须把客户连人带车送回指定地点，谈不上客户发号施令。这时完成定作任务，客户有权提出定作要求，比如目的地或时间，它们都是承揽合同的组成部分；(2) 有人认为，代驾合同属于雇佣合同，主要是因为完成代驾的工具—车，是由客户提供的。然而如上，车也是属于合同的一部分，此时其是目的，而不是工具；(3) 很明显，代驾合同劳动报酬的给付，是一次性给付，而且是以完成工作成果（连人带车安全送回目的地）为标的，它注重工作成果，而不是劳务；(4) 显然，代驾是一次性提供劳动成果，而不是连续性；(5) 依（3）点，代驾者提供的代驾，是以工作成果为目的，它不是一种独立业务。而且，如果将其认定为雇佣合同，有悖于民法的公平原则和意思自治原则 客户之所以签订代驾合同，是因为醉酒怕出事故才选择代驾，如果这时还让他承担事故责任的话，明显有悖于他的初衷，也有失公平。(6) 关键最重要的是在代驾过程中，代驾司机是独立人格，代驾过程中不可能接受于酒后人员的如何开车的指挥，否则亦无需代驾了。

依上所述，代驾合同若是属于酒店、饭店等消费合同的一部分（酒店饭店提供的服务之一），则是消费合同的一部分，权责明确；如果代驾合同是客户和代驾公司或个体代驾者的签订的，因其法律性质和合同目的，则应认定为承揽合同。

参考文献：

1. 贾俊玲：《劳动法学》[M].北京:中国广播电视大学出版社,2003年；
2. 董开军：《中华人民共和国合同法释义》[M].北京:群众出版社,1998；
3. 韩学平 张志民：《试论承揽合同与雇佣合同的区别》.北方经,2010(3)。

作者单位：安徽振宏律师事务所

醉酒驾驶的刑责界定

李 玲

【内容摘要】醉酒驾驶机动车引发的交通事故，已经成为社会的一大公害。为了减少醉酒驾驶机动车的行为，刑法修正案八增加了一条危险驾驶罪，对包括醉酒驾驶机动车在内的危险驾驶行为追究刑事责任。但目前，在司法实践中对醉酒驾驶行为是否一律追究行为人的刑事责任存在较大争议。本文认为醉酒驾驶行为即使未发生实害的，对公共安全也构成了极大的威胁，属于行为犯，这一行为一经实施即构成犯罪，应按刑法第 133 条第 2 款的规定追究刑事责任。醉酒驾驶机动车的行为除了对公共安全产生威胁，更会导致实害的发生，造成严重人身损害和财产损失。对产生实害的醉酒驾驶行为，应根据行为人主观罪过的大小，追究其刑事责任，不应客观归罪。

【关键字】刑事责任 行为犯 牵连犯 过于自信的过失 客观归罪

俗话说，车祸猛于虎，醉驾如恶虎。为了有效遏制醉酒驾驶行为的发生，2011 年 2 月 25 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案八》，在刑法第 133 条后增加两款，即“在道路上驾驶机动车追逐竞驶，情节恶劣的，或者在道路上醉酒驾驶机动车的，处拘役，并处罚金。”和“有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”2011 年 4 月 22 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十次会议决定对《中华人民共和国道路交通安全法》做出修改，细化了酒后驾驶与醉酒驾驶的行政处罚，并加重对醉驾的行政处罚力度。

在刑法修正案八和修改后的道路交通安全法生效之后，据统计，2011 年的 5 月 1 日至 6 月 30 日，全国共查处酒后驾驶机动车违法犯罪行为 4.5 万余起，与去年同期相比下降 39%，其中，醉酒驾驶机动车 8756 起，与去年同期相比下降 33.6%。全国因酒后驾驶机动车造成交通事故死亡 134 人，与去年同期相比下降 30.2%，其中，因醉酒驾驶机动车造成交通事故死亡 105 人，与去年同期相比下降 33.1%。很明显，刑法修正案八新增的危险驾驶罪，极大地提高了醉酒驾驶行为的违法成本，有效地遏制了此类行为的发生。然而，现行法律关于追究醉酒驾驶机动车行为的刑事责任，却引发了极大的争议，争议的焦点主要集中在两个方面：一是对醉酒驾驶机动车的行为应否“一律”追究刑事责任；二是对醉酒驾驶机动车的行为应追究什么样的刑事责任。

本文认为，对醉酒驾驶机动车的行为追究刑事责任，以该行为是否导致实害的发生为分水岭，对行为人科处不同的刑事责任。2007 年日本修订的交通法规定，醉酒驾驶将被处以 5 年以下拘役或 100 万日元(100 日元约合人民币 7.4 元)以下的罚款。酒后驾驶将被处以 3 年以下拘役或 50 万日元的罚金。而日本早在 2001 年 11 月即通过了“危险驾驶致死伤罪”的刑法修正案，该修正案规定酒后驾车引发人身事故的，将以“危险驾驶致死伤罪”的罪名被起诉；危险驾驶致伤的处以 15 年以下的有期徒刑，致死的处以 20 年以下有期徒刑。因此，下面关于醉酒驾驶机动车的刑事责任的界定，从两个方面阐述，一是对醉酒驾驶行为未产生实害的刑事责任的界定，二是醉酒驾驶行为产生实害的刑事责任界定。

一、犯罪与刑事责任

就犯罪与刑事责任的关系而言,犯罪是刑事责任的前提,刑事责任是犯罪的人的法律后果。刑事责任是犯罪和刑罚之间的纽带,刑法中有关犯罪和刑罚的规定,都是围绕着“要不要追究刑事责任”,“追究什么样的刑事责任”,以及“如何实现刑事责任”等问题展开的。^①关于什么是刑事责任,在我国刑法学界有法律责任说、刑事追究和刑罚处罚说、刑事义务说、否定评价说、法律后果说、心理状态说等等,分别从不同角度对刑事责任进行阐述。^②尽管理论界对刑事责任的定义不尽一致,但可以肯定的是,首先,刑事责任的实质是给予犯罪行为的否定性评价和责难。其次,刑事责任也标识对犯罪行为进行谴责与责难的程度。根据我国刑法第二章第一节的规定,刑事责任就其严厉程度而言,有三种情况:一是行为构成犯罪,依法应追究刑事责任,并给予刑罚处罚,例如判处死刑、有期徒刑等;二是行为构成犯罪,依法追究刑事责任,但给予非刑罚处罚,例如判处赔偿经济损失、赔礼道歉、责令具结悔过等;三是行为构成犯罪,但仅仅是单纯地宣告有罪,免于刑法处罚及非刑罚处罚。刑事责任的轻重与行为人的主观罪过与客观危害性密不可分。对醉酒驾驶这种行为追究刑事责任,既要考虑行为所造成的损害,也要辨明行为人的主观罪过。本文对于醉酒驾驶机动车的行为,根据是否发生实害,将其区分为单纯醉酒驾驶机动车的,和醉酒驾驶机动车的其行为构成牵连犯两种情况,分别讨论其各自的刑事责任。

二、单纯醉酒驾驶机动车的行为人的刑事责任。

2011年5月10日,最高人民法院副院长张军在全国法院刑事审判工作座谈会上要求正确把握危险驾驶罪构成条件,提出了“醉驾并非一律入刑”的观点。张军认为“……虽然刑法修正案(八)规定追究醉酒驾驶机动车的刑事责任,没有明确规定情节严重或情节恶劣的前提条件,但根据刑法总则第13条规定的原则,危害社会行为情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”此言一出,迅速引起公众的不安,与广泛的争议。本文认为,在司法实践中,对醉酒驾驶行为的态度是“零容忍”。

(一)醉酒驾驶行为是行为犯,一经实施即构成罪

以行为无价值的观点看,醉酒驾驶机动车的行为于人、于己都是百害而无一利的行为。就规范说而言,醉酒驾驶行为违反了道路交通安全法中禁止醉酒驾车的强制性规定。就行为犯与结果犯而言,醉酒驾驶机动车的是典型的行为犯。虽然行为犯的概念最早是由大陆法系学者提出并把行为犯和结果犯这两个概念作为对应的范畴加以研究和运用的。在我国的刑法理论界和司法实践中,行为犯和结果犯的理论观点早已被接受并运用。所谓行为犯,是指根据构成要件,以结果发生为不必要,单纯以行为为要素的,这种犯罪被称为单纯行为犯;对于大部分犯罪而言,除行为以外,以一定结果为构成要件要素的,这称为结果犯。本文认为,判断是否为行为犯,应当从法律规定的犯罪构成或者是刑法条文本身来看,如果条文没有规定特定犯罪结果,只规定危害行为,则是行为犯。从刑法第133条第2款的规定来看,以危险驾驶罪追究刑事责任的有两种行为;刑法第133条第2款的前半部分是对驾驶机动车相互竞逐的入罪规定,并且规定了入罪条件是情节恶劣;而刑法第133条第2款的后半部分是关于醉酒驾驶机动车的入罪规定,却没有要求具有情节恶劣的规定。从第133条第2款的文意上,可以追溯立法原意是对醉酒驾驶机动车的行为的“零容忍”,没有以情节是否严重为罪与非罪的区分。

接下来的问题是,醉酒驾驶机动车的行为是否适用刑法第13条第2款的但书。刑法第13条第2款规定“但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”本文认为但书的“情节显著轻微与危害不大”,从逻辑关系上说是“与”的关系,不是“或”的关系,即刑法不认为是犯罪的条件是,既要“情节显著轻微”,又要“危害不大”,两者缺一不可。就情节显著轻微而言,对醉酒驾驶机动车的行为来说,其本身是排除情节轻微的酒后驾驶行为,如果还存在情

节显著轻微一说,那么区分酒后驾驶与醉酒驾驶是否还有意义?就危害性而言,醉酒驾驶机动车的行为所引起的风险,远远超过了公共安全所能负担和接受的程度,根本不存在“危害不大”的例外情形。

从国外相关立法来看,许多国家对醉酒驾驶机动车的行为采取“零容忍”的刑事政策,不少国家把此类行为划归为行为犯,比如美国和日本。因此,本文从以上分析得出的结论是:醉酒驾驶机动车的行为不符合我国刑法第13条但书的规定。对于这种行为一经实施,即应认定构成危险驾驶罪,按照刑法第133条第2款、刑法第63条第2款的规定处罚。即便是对此种行为单纯判决有罪,无刑事处罚,也是一种追究行为人刑事责任的方式。

(二) 单纯的醉酒驾驶行为,是一种故意的犯罪行为

在故意与过失理论中,认知和意欲是两个极其重要的要素。在通常情况下,认知要素以一般人对客观事物的认知能力为标准,具有客观性。意欲要素则取决于行为人的意志和目的,具有主观性。本文认为,单纯的醉酒驾驶行为,就其认知要素来说,行为人知道或者应该知道酒后驾驶行为是法所禁止的行为即可,不需要对自己是否处于醉酒状态有所认知。因为,醉酒是指饮酒量达到法定的醉酒界限,是否醉酒,要借用一定的检测手段,行为人对自己是否达到醉酒的临界点,在认识上不容易把握,但是,行为人的认知能够达到法对酒后驾驶是明令禁止的即可。并且,行为人对于自己的酒量和饮酒的多少非常清楚,在喝酒前及喝酒时,行为人对喝完酒后要做什么也很清楚,虽然不能够准确判断自己是否醉酒,但喝多、喝少全由自己控制。所以这里的认知要素,不包括行为人对自己是否达到醉酒标准的认知。就意欲要素而言,驾驶机动车,是行为人在酒后所追求的一种行为目标,仅此就满足了故意的意欲要素。如果行为人有认知要素,但没有意欲要素,如被强迫饮酒并驾车,则不构成此罪。因此,单纯的醉酒驾驶行为是故意犯罪,应以危险驾驶罪追究行为人的刑事责任。

三、醉酒驾驶机动车牵连犯的刑事责任

修改后的《刑法》第133条第3款规定“有前款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”就该款而言,醉酒驾驶行为的刑事责任,涉及了牵连犯的理论。所谓牵连犯是指行为人在实施某一犯罪时,其犯罪的手段行为(或者方法行为)和结果行为又处罚了其他罪名的情况。事实上牵连犯是数行为,犯不同的数种罪,但处罚上不按数罪处理,而是按数罪中最重的一罪定罪,在此基础上追究刑事责任。单纯的醉酒驾驶机动车的行为构成危险驾驶罪,但醉酒驾驶机动车的行为,能够引起一系列的结果行为,例如撞死人、撞伤人、损毁财物等行为,这时应根据结果行为所触犯的刑法条文,以及行为人的主观罪过对醉酒驾驶的人定罪并追究其刑事责任。

广东佛山的黎景全案和四川成都的孙伟铭案,曾经引起社会的轰动与极大的争议。这两起案件中的两名被告人,都因醉酒驾车最终被认定犯以危险方法危害公共安全罪,判处无期徒刑,剥夺政治权利终身。针对黎景全和孙伟铭两个判例,最高人民法院出台了《关于醉酒驾车犯罪法律适用问题的意见》(以下简称《意见》)。该《意见》认为:“行为人明知酒后驾车违法、醉酒驾车会危害公共安全,却无视法律醉酒驾车,特别是在肇事后继续驾车冲撞,造成重大伤亡,说明行为人主观上对持续发生的危害结果持放任态度,具有危害公共安全的故意。对此类醉酒驾车造成重大伤亡的,应依法以以危险方法危害公共安全罪定罪。”

然而,本文认为该《意见》将醉酒驾车,造成严重后果的行为,定性为故意危害公共安全罪极为不妥,主要存在以下四个方面的问题:1.醉酒驾驶导致实害发生的行为通常都是过失犯罪。2.《意见》违反了疑罪从轻的定罪原则;3.《意见》的实施破坏了刑罚的均衡性;4.《意见》存在客观归罪之嫌。

(一) 醉酒驾驶导致实害发生的行为通常都是过失犯罪

毋庸置疑，醉酒的人犯罪，要付刑事责任。但其承担刑事责任的大小，仍应根据行为人的主观罪过的大小确定，不能客观归罪。醉酒驾驶导致实害发生的行为，多数是过失犯罪，但不排除有极少数例外情形，如醉酒驾驶肇事后故意杀人，以逃避刑事责任。《意见》将“二次冲撞”认定为间接故意，缺乏理论依据。

就醉酒驾驶机动车的人的主观罪过而言，其故意的意欲是驾驶机动车。但有醉酒驾驶机动车的故意，不等于有至人死亡的故意或者伤人的故意。因为醉酒驾驶机动车的行为是原因行为，这一行为导致了致人死亡、伤害等结果行为，但就结果行为而言，绝不是行为人追求的行为目标，或者结果发生了也不违反其意愿，或者冷漠地对待结果行为的发生。就行为人的意欲而言，充其量也只是过于自信，即认为自己在酒后或醉酒时，仍具有正常驾驶机动车的能力，不致导致事故的发生。因此，在多数情况下，醉酒驾驶行为致人死亡、伤亡或者毁坏财物的，多数是过失犯罪，除非行为人为了逃避刑事责任故意杀人灭口。

从医学上讲，醉酒可分为急性酒精中毒和慢性酒精中毒两种，日常生活中常见的醉酒是指急性酒精中毒。急性酒精中毒又分为生理性醉酒、病理性醉酒和复杂性醉酒。生理性醉酒又称普通醉酒，是一般人对酒精的正常反应，多发生在一次性大量喝酒后。病理性醉酒是因喝酒而引起的精神疾病，要通过司法精神鉴定来确定醉酒人的刑事责任能力。复杂性醉酒导致的精神障碍介于生理性醉酒和病理性醉酒之间。国内多数专家认为：复杂性醉酒时虽有辨认和控制能力障碍，但基本上属于刑法第18条第4款的规定，可评定为限制责任能力。国内也有专家认为具有某些病理性因素而导致的复杂性醉酒，可视为病理性的特殊类型，也可评定无责任能力。^③因此，对严重醉酒的犯罪人，应对其醉酒时的精神状态进行司法精神鉴定，根据鉴定结论评定其主观罪过，而不应根据“二次碰撞”或者“肇事后继续碰撞”直接认定为具有间接故意。

（二）《意见》违反了疑罪从轻的定罪原则

我们知道，定罪是刑法适用的关键环节。定罪，顾名思义，就是查明某种行为是否构成犯罪，以及确定构成哪种罪。A.H.特拉伊宁认为，“定罪就是确定被审理的作为（不作为）同法律在所规定的犯罪构成相符合。”^④定罪就是司法机关对被审理的行为与刑法所规定的犯罪构成之间进行相互一致认定的活动。^⑤这个活动与法律的尊严、司法公正、人权保障和个人权益保护等重大利益相关，因此，对定罪中的任意性和随意性更应给予“零容忍”。

《意见》以故意危害公共安全罪追究产生实害的醉酒驾驶人的刑事责任，违反疑罪从宽的定罪原则。在此，疑罪从宽的意义不是针对罪与非罪的判断，而是此罪与彼罪的判断标准。如果关于重罪还是相对较轻的罪有所不确定，应选择对被告人有利、较轻的罪来定罪。此外，疑罪从宽的也适用在于对间接故意和自信过失的判断。理论上非常困难而实践中十分重要的是间接故意与有认识过失之间的区别，它被称为“刑法中最困难和最有争议的问题之一”（威尔策语）。在罪过认定方面，同样应遵循疑罪从宽的原则，对究竟是间接故意还是过于自信的过失，如果确实无法予以查明或者难以区分，应认定为过失，而不是间接故意。

（三）《意见》的适用，导致刑罚均衡性存在问题

据公安部交通信息管理局发布的信息，截止到2010年9月底，我国机动车保有量达1.99亿辆，其中汽车8500多万两，民用汽车保有量达到7000万辆。我国汽车保有量呈逐年递增趋势，2008年为4975万辆，2009年为6300多万辆。据保守估计，按照目前的增长速度，再过七八年，我国的汽车保有量将达到2亿辆。随着机动车数量的迅速攀升，所产生的负面影响之一，即是交通事故的频发。据中国交通技术网的统计资料表明：2010年，全国接报交通事故3906164起，同比上升35.9%。尽管实际发生的交通事故的件数，比2009年下降了7.9%，仍高达238468起，事故共造成65225人死亡、254075人受伤，直接财产损失9.3亿。

在我国，交通事故多发的原因主要是：1.超速驾驶；2.超载驾驶；3.疲劳驾驶；4.酒后驾驶

(包括醉驾)。据近期的新闻报道,死亡人数在10人以上的特大交通事故中,其中80.6%的事故是因超速驾驶而导致的。由此可见,恶性交通事故的发生,不单单是由醉酒驾车造成的。对于超速、超载驾驶,疲劳驾驶、设备带故障行驶等原因造成的交通事故,其造成的社会危害性并不亚于醉酒驾车。并且,因上述原因(包括醉酒驾车)导致的交通事故,行为人在主观罪过方面非常相似,难以区分究竟是间接故意还是自信过失。因此,《意见》仅仅将醉酒驾车一种行为适用刑法第115条第1款的规定,客观上使醉酒驾车行为引起的犯罪,与刑法第133条的犯罪,在刑罚处罚产生失衡现象,违反了平等公正原则。

(四)以故意危害公共安全罪惩治醉酒驾驶行为是典型的客观归罪

从法学的角度定义,“公共安全”是指不特定、多数人的身、财产安全,这是我国刑法理论通说。廓清刑法第115条第1款中“其他危险方法”包括哪些行为,是正确适用以危险方法危害公共安全罪的前提条件。《现代汉语辞海》对“危”的解释是“险,不安全”。“危险方法”指的是“不安全”的方法。纵观刑法第114条到139条的刑法条文,危害公共安全罪的有以下几类:1.刑法第114条、115条规定的以危险方法危害公共安全的。2.刑法第116至119条以及第124条规定的破坏、损坏公共设备、设施危害公共安全的。3.第120条至123条规定的实施恐怖、危险犯罪活动危害公共安全的。4.刑法第125条之130条规定的违反特定物品管理规定危害公共安全的。5.刑法第131条至139条规定的违反安全生产、作业规定危害公共安全的。从这里不难看出,但凡是对公共安全构成威胁或造成损害的犯罪行为,其行为人的行为方式都是采用了某种具有危险性质的方法。

那么,上述均具有危险性质的行为是否都属于“其他”之列?答案当然是否定的。就“其他”的概念和范围而言,本身缺乏明确性。刑法条文缺乏明确性是刑法不完善之表现,在实践中,对于不符合明确性要求的刑法条文,应通过立法或司法解释予以释明。但刑法的解释必须符合公平、正义的理念和刑法解释原则。比如“对比较严重的犯罪应有严格的解释;刑法的追溯力不应不利于适用刑法的人。”^⑥然而,在黎景全和孙伟铭案中,却没有考虑这一点。在黎景全案件和孙伟铭案件之前,醉酒驾车造成严重后果的行为,普遍适用刑法第133条的规定,而对黎、孙两人的最终判决都适用了刑法第115条第1款。可以说,这样适用刑法,与“法令的条文和意图都必须具有普遍性,而不能用作损害可能被明确指名的特定个人的一种手段”^⑦这一思想背道而驰。此外,在对“其他”进行解释时,要避免狭义的“类推解释”,即以上位概念的含义解释下位概念,即在刑法使用了B概念时,解释者想到了B概念的上位概念,于是以A概念的含义来解释B概念。^⑧本文认为,“其他危险方法”的外延不能等同于“危险方法”的外延。至于醉酒驾驶机动车是否属于“其他危险方法”之列,这本身是值得商榷,本文在此不加以讨论。但能够肯定的是,《意见》以“二次碰撞”系属故意,对具有此类行为的醉酒驾驶人以刑法第115条第1款追究刑事责任,这体现的是典型的客观归罪主义。刑法第115条中的“其他”,反映是立法技术的不完善,对此,在司法实践中,本应努力消除这种不完善,而不应钻立法的空子,以此违背罪刑法定原则。

罪当重而端轻之,当轻而端重之,是谓“不直”。^⑨何谓“罪轻”与“罪重”所依据的是事实与法律。醉酒驾驶机动车的行为是公共安全所不能容忍的行为,同时也是法所禁止的行为,将这种行为纳入刑法调整的范围,符合公共安全的需求,也符合刑法发展的趋势。因此,在司法实践中,不应给实施这种行为的人以任何逃避刑事处罚的机会。而对醉酒驾驶机动车造成实害的行为,也要避免客观归罪,应本着遵循罪刑法定原则和犯罪与刑责相适应的原则追究行为人的刑事责任。

主要参考书籍:

①高明暄:《刑法学原理》第一卷,中国人民大学出版社2005年版,第410页。

②高明暄：《刑法学原理》第一卷，中国人民大学出版社 2005 年版，第 413-416 页。

③张琪彦、周建华：《复杂性醉酒诊断标准、辩控及责任能力司法鉴定的若干问题》，《第十届全国司法精神病学术会议论文集》第 105 页。

④ A.H.特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，转自高明暄《刑法学原理》第二卷，中国人民大学出版社 2005 年版，第 139 页。

⑤高明暄：《刑法学原理》第二卷，中国人民大学出版社 2000 年版，第 140 页。

⑥张明凯：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 14 页。

⑦同上。

⑧同上。

⑨《睡虎地秦墓竹简》第 191 页，转自高明暄《刑法学原理》第二卷，中国人民大学出版社 2005 年版，第 130 页。

作者单位：安徽里奇律师事务所

执行判决裁定滥用职权罪认定中 疑难问题研究

彭凤莲 王永虎

【内容摘要】执行判决、裁定滥用职权罪是渎职类犯罪，司法认定中疑难问题很多。该罪的罪过形式宜采行为心态加结果心态的二元模式认定。该罪的行为方式包括作为形式的滥用执行权与不作为形式的滥用执行权。执行人员依据明显违法性错误的判决、裁定执行的行为属于滥用执行权。认定不作为的滥用执行权要重点考察不作为的原因。在共同犯罪的认定上，执行人员在有执行判决、裁定的期待可能性时执行上级违法命令的行为，司法工作人员内部共同不履行执行权的行为，“内外勾结”共同滥用执行权的行为，在符合共同犯罪成立条件时，均可构成共同犯罪。

【关键词】执行判决 裁定滥用职权罪 法认定 罪过形式 行为方式 共同犯罪

根据《刑法》第399条第3款的规定，执行判决、裁定滥用职权罪是指司法工作人员在执行判决、裁定活动中，滥用职权，不依法采取诉讼保全措施、不履行法定执行职责，或者违法采取诉讼保全措施、强制执行措施，致使当事人或者其他人的利益遭受重大损失的行为。目前此罪的理论探讨还很薄弱，司法认定中疑难问题很多，本文拟对本罪司法实践中困惑较多的主观罪过、行为方式以及共同犯罪认定的疑难问题加以论述，试图找出可操作性的标准，以期对此罪的司法认定提供理论和实践参考。

一、执行判决、裁定滥用职权罪的罪过形式

执行判决、裁定滥用职权罪是属于人民检察院直接立案侦查的渎职侵权案，实践中对该罪行为入主观罪过的调查取证较为复杂，检察院习惯采用行为心态加结果心态的二元模式来认定主观罪过。

（一）调查取证中主观罪过构成的二元模式

有学者从理论上把滥用职权类犯罪主观罪过分为以实施滥用职权行为时的主观心态为基准的“行为故意说”和对犯罪结果的认识心态为依据的“结果故意说”。^①这种分类不能涵盖司法实践中滥用职权犯罪主观罪过的全部情形。检察院办案习惯上采用综合标准认定，即分两部分来对主观罪过加以证明，一是对自身职权的性质、范围以及行为的认识心态；二是对滥用职权所能引起的后果的认识心态。起诉时报送的案卷内也是这样的模式。本文称其为行为心态加结果心态的二元证明模式。此二元主观罪过不仅证明起来复杂，而且对定罪和量刑都会有很大影响。具体到执行判决、裁定滥用职权罪的主观方面，既要证明执行判决、裁定滥用职权行为的认识心态，又要证明对此滥用职权行为所能引起的后果的认识心态。因此，若要正确认识本罪的主观罪过形式，就不能只是简单地概括为“故意”，还应采取二元模式来具体分析。

（二）追求超越职权情形下的罪过形式

1. 对职权的滥用与危害结果均为追求

执行人员在执行判决、裁定活动中，必须遵守执行规范，此类执行规范均为命令规范或

者禁止规范，同时也是强行性规范，行为人违反禁止规范时的主观心态多为直接故意。在实践中存在一种情形，即司法工作人员对执行规范的违反是直接故意，对于违反这些执行规范后所造成的不利后果又是其所追求的。例如：执行人员张某与被执行人某独资企业的负责人谭某素有积怨，在执行过程中，张某为达到报复谭某使其遭受损失之目的，滥用职权违法对该企业实施查封，使该企业停业三个半月遭受重大损失，此时，张某对执行规范的违反属于直接故意，而对危害结果亦属于直接故意。

2. 对职权的滥用为追求对危害结果为放任

执行人员在执行判决、裁定活动中，对执行规范持有直接故意违反的态度，而对违反执行规范所造成的结果持有放任的态度，即对危害结果采取间接故意的态度，此种情形在实践中常见于侵权类渎职案中。例如：执行人员王某准备对被执行人江某强制执行，要求其偿还债务，执行时江某不在家，王某对其身患重病的江某的妻子许某进行殴打，要求其说出江某下落。此时王某对执行规范的违反属于直接故意。在场众人求情，说许某本来精神状态就不好，若再继续采用暴力方式执法，许某有可能因受不了刺激而精神失常，王某对这些劝阻并未理睬，继续采取暴力执法，对可能产生的后果听之任之，最终导致许某精神失常。此时，王某对执行规范的违反属于直接故意，而对于所产生的危害后果属于间接故意。

3. 对职权的滥用为追求对危害结果为过失

执行人员在执行判决、裁定活动中，直接故意违反执行规范，而对违反执行规范所造成的不利后果却没有预见到或者已经预见而轻信可以避免，此种情形在实践中也是常见的。例如：执行人员刘某收受执行申请人好处后，违法扣押被执行企业的财产，并授意评估公司和拍卖行以高价低估和高价低卖的方式拍卖给该申请人，致使被执行企业不仅损失了被扣押财产，还造成该企业停产半个月并丧失订约机会，经济损失重大，对于停产和丧失订约机会这一后果，执行人员刘某应当预见而没有预见，因此刘某对于损害结果属于过失心态。

（三）放任超越职权情形下的罪过形式

1. 对职权的滥用与危害结果均为放任

执行人员在执行判决、裁定活动中，违反命令规范时的主观心态多为间接故意。在实践中，执行人员对执行规范的违反以及对违反执行规范而产生的危害后果均采取放任的态度时，成立间接故意，这样的案例亦较为常见。例如：执行局长张某和执行人员赵某共同对债务人胡某执行，赵某先是言语激烈，进而对胡某拳脚相加，最终将胡某打伤，在此过程中执行局长张某一直在现场，虽未直接动手，但是其并没有对赵某进行劝阻，对赵某的行为及可能造成的后果听之任之，张某对规范的违反属于间接故意而对产生的危害结果也属于间接故意。

2. 对职权的滥用为放任对危害结果为过失

执行人员在执行判决、裁定活动中，对执行规范置若罔闻、不予理睬，对规范的违反持放任态度，而对违反规范的危害后果则没有预见或者已经预见而轻信可以避免，此时，行为人对规范的违反属于间接故意，而对违反规范后带来的危害后果则属于过失。实践中也常有此情形。例如：执行人员马某对执行申请人某企业的申请置若罔闻，一直不予积极执行，最终因被执行人将财产转移而丧失最佳执行时机，使得被执行人无财产可供执行，严重损害了当事人的利益。此时马某明知自己不作为的行为可能会违反规范而放任自己的行为，并且有能力预见到自己的不作为可能会丧失最佳时机，给申请人带来经济损失而轻信可以避免，或者没有预见到自己的行为会给申请人带来损害，便属于这种情形。

可见，执行判决、裁定滥用职权罪的主观罪过形式较为复杂。有学者认为本罪主观状态多数情况下表现为对犯罪结果的间接故意，^②这一看法过于笼统，不利于将本罪的主观状态表达清楚；还有学者认为，本罪在主观方面一般由过失构成，^③这显然混淆了本罪与执行判决、裁定失职罪的区别。虽然本罪是典型的结果犯，^④即致使当事人或者其他人的利益遭受重大损

失的才构成犯罪，但是滥用职权行为对司法职责的亵渎以及对制度的践踏而导致民众对司法机关的不信任，远比其造成的实际后果危害要大得多。因此，实践中应采取主观罪过二元模式来加以判断，本罪的主观心态应以违反规范的心态为基准，而对危害结果所持的心态看作主观恶性轻重的情形。这样判断才能全面认识行为人的主观罪过，并有助于正确定罪量刑。

二、执行判决、裁定滥用职权罪的行为方式

危害行为是具有社会危害性的行为，^⑤包括作为与不作为两种形式，滥用执行判决、裁定权力行为也包含了这两种形式。

（一）作为形式的滥用执行权

1. 作为形式执行权滥用的表现

执行权本质属性是强制性，被执行人要遵守判决、裁定所确定的义务，而执行人也要遵守相应的执行规范，否则会构成权力的滥用。有学者认为，作为形式的滥用职权有三种表现方式：超越职权，擅自决定或处理没有具体决定、处理权限的事项；玩弄职权，随心所欲地对事项作出决定或者处理；以权谋私、假公济私，不正确地履行职责。^⑥此分类方法在逻辑上界限不明确，不宜完全概括滥用执行权的表现。执行权乃国家公权力，来源于国家的授予，所以应以职权本身作为划分依据。据此，作为形式的滥用执行权的行为可以划分为两类，一是授权范围内的不正确行使执行权；二是授权范围外的弄权行为。执行过程中的违法现象很多，但归其实质不外乎这两类。

2. 作为形式滥用执行权的认定

实践中认定执行人员是否滥用执行权时，应分为两个步骤，即是否有国家授权和是否正确行使权力。没有国家授权而执行当属授权范围外的弄权行为类的滥用执行权，有国家授权而不正确执行则属授权范围内的不正确行使执行权类的滥用执行权。国家授权分为抽象授权和具体授权。抽象授权是指法律对执行行为的直接规范；具体授权就是执行的依据，即执行人员必须依据生效判决、裁定所确定的权利义务关系来执行。在实践中，疑难的问题是执行人员依据错误的判决、裁定所为的行为是否属于滥用执行权？例如：9岁的小学生李某将同学打伤，法院只判决李某承担赔偿责任，而未将其法定代理人确定为赔偿义务人。执行人员根据此错误判决到学校找到李某，将其叫到校长室进行询问，让其在判决书确定的时间内还钱。事后李某承受不住压力而自杀。此案执行人员的行为应否认定为滥用执行权？

对此，首先要弄清错误的判决、裁定是否算作国家授权？判决、裁定错误通常分为三类：一是不足以影响定性的一般性错误，如文字、标点校对性错误；二是虽然有错误，但是仅通过文书及现有的证据材料并不能直接判断出是否存在错误，须重新审判才能确定；三是明显错误，一般的司法人员通过基本专业知识或常识即可判断出存在错误。此三种情形中，只有在第三种情形下，执行人员执行时才存在滥用执行权的故意；而在前两种情形下，判决、裁定应视为正确，因此不能认定为滥用执行权。总之，明显违法的判决、裁定不能视为国家授权，执行明显违法性错误的判决、裁定属于授权范围外的弄权行为，成立作为形式的滥用执行权。正确行使国家授权内的执行权，是指不管在实体上还是在程序上都要符合执行规范性的要求，如上面案例中，询问未成年人应当通知法定代理人到场，而且要将对未成年人的影响范围控制在最小，如果不能做到这些，则是违反程序法的规定，属于没有正确行使权力。

（二）不作为形式的滥用执行权

1. 不作为形式滥用执行权的表现

对不作为是否成立滥用职权罪，有肯定与否定两种认识。一种主张只能由作为构成，“即使应该做而不做的滥用职权行为，似乎是不作为，但实际上却是作为”。^⑦另一种则认为，既可以由作为构成，也可以由不作为构成，“擅权妄为、超越职权是对职权的滥用，应履行职责

而拒不履行的不作为，也是对职权的滥用”。^⑧本文赞同第二种观点，虽然执行判决、裁定滥用职权通常以作为方式出现，但不作为的方式同样存在。不作为的滥用执行权行为表现为有国家授权且必须行使该职权也能够行使该职权时故意不行使，而致使相关人的利益遭受重大损失。例如，徇私舞弊不执行判决、裁定就是不作为形式的滥用职权行为。^⑨因此，执行判决裁定滥用职权应当包括不作为的方式。

2. 不作为形式滥用执行权的认定

由于行为人怠于履行其积极作为的义务，而导致法益受到严重损害的，可构成不作为犯罪。^⑩实践中，不作为形式滥用执行权与执行失职行为不易分清。从理论上讲，二者区别明显，主观上是故意和过失的区别，客观上是滥用职权和严重不负责任的区别，但在涉嫌不作为形式滥用执行权的司法认定时行为人多数情况下会以过失来辩解自己的主观心态，所以要想证明故意不作为形式滥用执行权并不容易。我们认为，故意不作为的滥用执行权是对自身法定职责的不屑一顾，对于执行权的认识是清楚的，不作为是其追求或者放任自己违反规范的一种手段；而过失不作为导致失职则表现为对执行权的麻痹大意。本罪在司法认定中必须考虑：第一，要明确不作为的原因。这对于认定行为人的主观方面非常有意义，一般可以分为三类：一是基于内因而不执行；二是基于外力而不执行；三是基于内因和外力的共同作用而不执行。第二，基于内因的不作为，如果是故意则为不作为形态滥用职权，应构成执行判决、裁定滥用职权罪；如为过失则属于执行判决、裁定失职罪的调整范围。第三，基于外力的不作为，在认定时则要考察外力的来源及其影响力的大小，不屈从外力是否会带来重大不利影响，行为人对不作为行为的后果是否有预期认识等。例如，如果外力来源不是顶头上司的强行命令，即使是但并不足以威胁行为人的职业生涯和晋升，行为人放弃执行权则构成不作为形式的滥用执行权。当然，多数情况下不作为形式的滥用执行权是内因与外力合力所致。

三、执行判决、裁定滥用职权罪的共同犯罪

执行判决、裁定滥用职权罪的主体是特殊主体即司法工作人员，两个以上司法工作人员共同滥用执行权，可以成立共同犯罪，但本罪的共同犯罪在实践中尚存在一些疑难问题有待厘清。

（一）执行人员执行违法命令的行为

实践中法院的领导干部对执行法官发出错误甚至违法的命令，执行法官服从了该命令，最终导致严重后果的，执行法官与领导是否构成执行判决、裁定滥用职权罪的共同犯罪？这是一个棘手的问题，因为除了涉及证据的认定外，还交织着行政隶属的影响力等法律之外的情形。实践中对此认识不一，主张成立共犯者认为，基于共同犯罪理论发号施令者与施行者二者属于共谋，存在共同故意；主张不成立共犯者认为，执行法官只是执行领导的命令，主观上不存在滥用职权的故意，所以不构成执行判决、裁定滥用职权罪，也就不存在共犯问题。以上两类观点均有不合理之处，单位内部上下级行政隶属关系能牵制人的行动，包括越轨与犯罪的行动，^⑪因此执行人员与违法命令发布者构成共犯，除满足共同犯罪的一般条件外，还应当满足以下条件：

1. 命令明显违法

如果根据一般司法人员的基本专业知识或常识可以判断出该命令违法，那么即可认定“命令明显违法”。一般可从以下几个方面认定：第一，上级命令直接违反上位法的具体规定；第二，上级命令必然导致犯罪行为发生；第三，不符合法定身份的上级发出的命令；第四，不符合法定形式的命令；第五，超越法律规定权限的命令。^⑫如果上司向执行人员发出的命令没有达到违法程度，只是不合理或者存在一般性错误，那就很难证明执行法官与上司存在滥用职权的故意，因此也就不存在共同犯罪的问题。

2. 不执行违法命令具有期待可能性

期待可能性是指根据行为时的具体情况，能够期待行为人实施合法行为的可能性。如果有期待可能性，即能够期待行为人在行为时实施合法行为，行为人违反此期待实施了犯罪行为，即产生刑事责任；如果无期待可能性，即行为人在行为时只能实施犯罪行为，不能期待其实施合法行为，此为阻却责任事由，行为人不负刑事责任。就执行人员执行上级违法命令而言，如果他向违法命令发布者指出该命令违法，并表示不愿执行，该上级以不服从管理将其开除为由相要挟或威逼时，他不执行违法命令不具有期待可能性，因为不能要求他不顾丢失工作的危险而断然拒绝执行违法命令。如果为了讨领导欢心，明知命令违法而不提出，并心甘情愿地执行，为以后的晋升积累资本时，或者虽向领导表示命令违法不愿执行，领导未以执行人员的生存与发展等问题相威胁，执行人员最终并不是不得已执行了违法命令时，其均具有不执行违法命令的期待可能性，此时执行人员与上司构成执行判决、裁定滥用职权罪的共同犯罪。

（二）司法工作人员内部共同不履行执行权的行为

对于数个司法工作人员共同故意不执行判决、裁定，导致当事人和其他人利益遭受重大损失的情形，能否成立共同犯罪，大家看法不一，无非是肯定与否定两种观点。本文认为，数个司法工作人员共同不作为则可以分为两种情况：其一，数个司法工作人员均负有正确及时执行判决、裁定的义务。此时，如果他们共同故意不去执行，致使当事人或者其他人的利益遭受重大损失的，可以成立不作为的共同犯罪。其二，数个司法工作人员中部分司法工作人员负有正确及时执行判决、裁定的义务而部分司法工作人员不负有这一义务。对此，有见解认为，共同不作为犯，只限于各自均具有作为义务的场合；还有学者认为，没有作为义务的人，也可以和有作为义务的人一起共同实现违反作为义务的不作为的。^③我们同意后一种观点，如果他们有共同的意思联络，共谋、共同实施不作为行为，便成立不作为共犯；如果没有共同的意思联络则不能成立不作为共犯。例如：其他审判庭的人与执行人员合谋，故意徇私不执行拆除违章建筑的生效判决，此二人成立不作为的共同犯罪。

（三）“内外勾结”共同滥用执行权的行为

执行判决、裁定滥用职权案中，往往存在非司法工作人员与司法工作人员相勾结共同实施犯罪行为的情形，对此类共同犯罪如何定性学界认识不一，大致有以下观点：一是分别定罪说，认为无身份者应以非身份犯论，对有身份者应以纯正身份犯论；^④二是主犯说，认为如果主犯是有身份者应按身份犯定罪，主犯是无身份者应按非身份犯定罪；^⑤三是特殊身份犯说，认为应依有身份者实行行为的性质来决定共同犯罪的性质，即依有身份者所实施的行为来定罪，即使无身份者是主犯，有身份者是从犯，案件实际并不影响这一定罪原则；^⑥四是区别对待说，认为一般情况下应当以实行犯的犯罪性质来定罪，但也能出现分别定罪的情况，其标准在于无身份者是否利用了有身份者的职务便利，如果无身份者利用了有身份者职务之便，对二者均应定有身份者的犯罪，反之，则分别定罪。^⑦

以上观点均有不足之处，首先，分别定罪说割裂了共同犯罪中共同意思联络的本质；其次，主犯说缺陷在于主犯与从犯的划分是量刑的依据，而非定罪的依据，故以主犯来区分此罪与彼罪未必与定罪逻辑吻合；再次，特殊身份犯说要求有身份者与无身份者的共同犯罪均要以身份犯统一定罪，并没有解释是否利用了有身份者的特殊身份；最后，区别对待说对于无身份者与有身份者都没有利用有身份者的职务便利而实施的犯罪，便不能适用。^⑧对于执行判决、裁定滥用职权的共同犯罪而言，并不能机械地套用以上几种定性的规则。理由是：其一，从身份上看，执行判决、裁定滥用职权罪的主体，必须是具有特殊身份的人，即司法工作人员，这就决定了没有这一身份就不构成此罪。其二，从职务上看，如果司法工作人员在执行过程中没有利用自身职务便利，实施不依法采取诉讼保全措施、不履行法定执行职责，

或者违法采取诉讼保全措施、强制执行措施的行为时，就不可能构成执行判决、裁定滥用职权罪。其三，对于无身份者，如果其不利用司法工作人员的职务便利，就不可能单独构成本罪。因此，无身份者利用司法工作人员的职务便利，与司法工作人员共同实施的滥用执行权的行为，只能以执行判决、裁定滥用职权罪共犯论处。

概言之，目前我国刑法对渎职犯罪的研究和司法实践尚未达到成熟状态，执行判决、裁定滥用职权罪的理论研究尚很薄弱，本罪司法认定中出现的疑难问题相当多，很多问题尚未有一致的结论，本文论述的也只是该罪认定中非常重要且较常见的几个问题，希望本文能为本罪的司法认定提供一点参考。

注释：

①周光权：《滥用职权罪的罪过形式辨析》，载《检察日报》，2006年4月11日。

②陈斌、刘继国、蒋克斌、丁猛：《渎职犯罪司法适用》，法律出版社2006年版，第161页。

③周道鸾：《执行判决、裁定失职罪和执行判决、裁定滥用职权罪探析》，载《法学杂志》2005年第6期。

④贾济东：《渎职罪构成研究》，知识产权出版社2005年版，第155页。

⑤邹佳铭：《论我国刑法中的危害行为：实然与应然》，载《法学杂志》2010年第8期。

⑥张明楷：《刑法学》，法律出版社2003年第2版，第940页。张明楷教授将滥用职权的表现方式分为四种，三种作为方式与一种不作为方式。

⑦贾济东：《渎职罪构成研究》，知识产权出版社2005年版，第121页。

⑧赵长青：《滥用职权罪可以由不作为构成》，载《检察日报》2003年11月12日。

⑨根据《刑法》第399条第4款，司法工作人员收受贿赂，执行判决、裁定滥用职权的，同时又构成受贿罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

⑩曹盛、郭理蓉：《先行行为的定位、范围及立法之探讨》，载《法学杂志》2010年第8期。

⑪丛淑萍：《社会转型与犯罪》，载《法学杂志》2009年第8期。

⑫刘松山：《论公务员对违法命令的不服从》，载《法商研究》2002年第4期。

⑬[日]大谷实：《刑法总论》，黎宏译，法律出版社2003年版，第317页。

⑭李光灿、马克昌、罗平著：《论共同犯罪》，中国政法大学出版社1987年版，第153-154页。

⑮叶高峰：《共同犯罪理论及其运用》，河南人民出版社1990年版，第280-281页。

⑯蒋小燕、王安异：《渎职罪比较研究》，中国人民公安大学出版社2004年版，第127页。

⑰缪树权：《渎职罪疑难问题研究》，中国检察出版社2006年版，第153页。

⑱缪树权：《渎职罪疑难问题研究》，中国检察出版社2006年版，第153-154页。

作者单位：安徽铭诚律师事务所

浅议工伤与侵权的责任竞合

俞保和 朱勇勇

【内容摘要】当工伤损害赔偿与侵权损害赔偿发生竞合时，受伤劳动者根据不同的法律规范而产生不同的请求权：一是根据劳动法律关系产生的工伤保险赔付请求权；二是根据民事侵权法律关系产生的民事侵权赔偿请求权。尽管两种请求权救济的基本精神相同，但是，它们的着眼点和结果很不一致，甚至相差悬殊。工伤责任与侵权责任的竞合是司法实践中常见的法律现象，由于我国法律规定不尽完善，所以仍存在许多法律难题，这显然不利于切实保护劳动者的合法权益，也严重影响了法律的权威和法律价值的实现。

【关键词】工伤责任 侵权责任 责任竞合

我国《合同法》规定，当违约责任与侵权责任竞合时，可择一请求处理。然而，在劳动合同中，劳工经常遭受到人身损害的侵权行为，一方面，依劳动合同法构成工伤责任，可以请求社会保障中工伤险的赔付；另一方面，侵害方亦构成了民事侵权。劳工能否既请求工伤责任赔偿，又请求民事侵权责任赔偿呢？我国劳动合同法对此并未作明确规定，并且《合同法》于此又不适用。因此，本文主要是简要的探讨一下工伤责任与侵权责任竞合的处理。

一、工伤责任与侵权责任竞合的概述

劳动合同中的工伤，又称职业伤害，指劳动者在生产、劳动过程中因工作、执行职务行为或者在从事与生产劳动有关的活动过程中，发生意外事故而受到伤、残、亡或者患职业病。侵权是指侵害人因其违法行为，损害了劳工的合法权益，依法应当承担的法律后果。构成一般侵权责任有以下四个要件：（一）行为违法；（二）损害事实；（三）因果关系；（四）主观过错。责任竞合是指一个违反民事义务的行为符合两个或者两个以上不同性质法律规范的构成要件，从而引起并导致在法律上多种法律责任并存且相互冲突的法律现象。^①本文中的工伤责任与侵权责任竞合是指劳动者在执行职务过程中，因行为人侵权造成伤害时，依据《民法通则》的规定构成了侵权责任，同时依据劳动相关法律的规定又构成了工伤赔偿责任的现象。

本文所指的工伤责任和侵权责任竞合指的是因他人侵权而造成的工伤并由此产生的责任承担。产生工伤与侵权责任竞合分为三种情形：一是用人单位的雇主对劳工的侵权造成的工伤；二是用人单位以外的第三人对劳工侵权造成的工伤；三是雇主和第三人共同侵权造成劳工的工伤。

二、工伤责任和侵权责任竞合的赔偿模式及评析

如何处理工伤责任的保险赔付与民事侵权损害赔偿的关系是一项不易解决的难题，关键在于一国立法如何权衡劳工、用人单位、第三人以及社会保险经办机构的四方利益。针对该问题，大概有以下四种模式^②：

1. 选择模式。选择模式，是指受害职工在工伤事故发生以后，只能在工伤保险责任与侵权行为责任之间选择其一。该模式的特点是：一是在两种赔偿来源之间，受害职工有选择的权利；二是两种赔偿方式的适用相互排除，一旦选择其中一种责任就排除了另一种责任的适

用。这一模式虽然赋予了受害职工充分选择的自由，但是由于在寻求侵权法上的救济途径繁琐、期限较长而且不确定性，使受害者最终难以得到合理的赔偿。

2. 补充模式。这种模式在实践案例中一般有两种方式，一是采取“先工伤后侵权”的方式，即先由工伤赔付人赔付工伤职工，再由工伤职工向侵权人主张赔偿，超过部分偿还工伤赔付人；二是采取“先侵权后工伤”，即先由侵权人赔偿，再由工伤赔付人补充不足部分。补充模式的优点是赋予了职工充分选择的自由，可以使职工获得两种救济途径所能给予的最大利益。但不足之处在于，若采取“先侵权后工伤”之方式，使受伤职工先向侵权人主张赔偿，这将增加受伤职工的诉累；反之，若采取“先工伤后侵权”之方式，在工伤赔付大于侵权赔付时，一是受伤职工缺乏向侵权人主张权利的能力，二是由工伤赔付人向侵权人主张权利又缺乏法律依据，在这种情况下，工伤职工如何向侵权人主张赔偿也是一个非常棘手的问题。工伤职工可以主张工伤赔付，也可以向侵权人主张民事侵权赔偿，但取得的赔付补偿不得超过其实际所受到的损失，同时，三方不得发生代位求偿权。

3. 取代模式。即以工伤保险待遇取代民事侵权赔偿，工伤职工只能主张工伤保险赔付，而不能依侵权行为之规定向侵权人请求损害赔偿。该模式的优点在于：工伤职工可以迅速得到工伤赔付，减少了因主张侵权赔偿所受到的诉累。但不足之处在于，受伤职工不能向侵权人主张赔偿，使有过错的第三人逃避了其应当承担的法律责任，助长了侵权人的侵权行为，这显然有悖法理、违背了社会的公平和正义。

4. 兼得模式。工伤事故职工不仅可以依据侵权法主张民事赔偿，而且可以依据工伤保险的规定获得工伤赔付，即工伤职工可以获得双重赔偿。该模式的优点在于对受伤职工权益的充分保障。但其不足之处是背离了工伤保险创设的目的，加重了用人单位的负担；受伤职工获得的双重赔偿的总和可能会超过其所受到的实际损害，这样就增加了额外收益，与“受害人不应当因遭受侵害获得意外收益”这一公认的基本准则相违背，也有可能诱发工伤事故增加的道德风险。

三、我国有关工伤责任和侵权责任竞合的立法及其缺陷

在我国，劳工保险涉及的工人与工厂之间的索赔关系，由于历史原因，一直不承认它是侵权法领域。^③有学者认为，“当工伤保险成为雇主的法定义务后，工伤损害赔偿的主要部分就从民法侵权法中分离出去，成为社会保障法的一部分。与此相应，雇主在缴纳了工伤保险费之后，一般也就不再作为侵权责任的主体对雇员在雇佣活动中的人身伤害承担民事责任。”^④对此观点，亦有学者反对“工伤通过保险来补救是非常有限的，如果仅仅通过保险来赔偿，不见得能够保障受害人的利益。保险制度在社会上有一定的分散风险的作用，但在我国现在情况下否认受害人可以向法院起诉，还为时过早。”^⑤虽然在工伤和侵权责任竞合的理论发展过程中，不同的学者有不同的见解，但在我国的司法实践中，已对此问题作出基本的立法。笔者以下针对工伤和侵权责任竞合的三种情形，考察我国相关立法及其缺陷。

1. 雇主对劳工的侵权与工伤责任的竞合

雇主对劳工的侵权与工伤责任的竞合，是指劳工在劳动过程中，因被雇主的侵权行为而造成的人身损害。对此，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》第十一条规定：如果雇主没有为劳工购买社会保障保险的，劳工可以向雇主追偿侵权责任。第十二条第一款则规定，“依法应当参加工伤保险统筹的用人单位的劳动者，因工伤事故遭受人身损害，劳动者或者其近亲属向人民法院起诉请求用人单位承担民事赔偿责任的，告知其按《工伤保险条例》的规定处理”。也就是说，劳工此时不能向雇主追偿侵权责任，只能申请工伤责任的保险待遇。换一句话说，在雇主为劳工购买了社会保障保险的情况下，我国实行“取代模式”，即以工伤保险取代了侵权赔偿。

在雇主侵权造成劳工工伤的情形下,适用“取代模式”符合《工伤保险条例》关于“分散用人单位的工伤风险”的立法目的。但是,雇主对劳工的侵权分为两种情况:一是由于雇主的过失或无过错而对劳工侵权;二是由于雇主的故意而对劳工侵权。在第一种情况下,实行“取代模式”无可厚非。但在第二种情况下,劳工仅获得工伤赔偿,而不能向雇主追偿,是否符合公平原则?法律是否给予恶意者足够的惩罚?据我国《工伤保险条例》关于雇主侵权并无明确规定,仅在第十四条第一款第(三)、第(五)项规定,“在工作时间和工作场所内,因履行工作职责受到暴力等意外伤害的”,或“因工外出期间,由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的”应认定为工伤。第(三)项强调了意外伤害,但并无明确侵权行为人的过错状态。第(五)项更无说明是否存在过失。美国的司法判例中,已经区分了雇主侵权的两种情况,并作出不同的处理。在早期,美国劳工补偿制度实行“排他性救济原则”,也就是“取代模式”,在任何雇主侵权案件中,雇员只能请求劳工补偿。以加利福尼亚州劳工补偿为例,加利福尼亚州劳动法第3600条和3601条分别规定了加州劳工补偿制度的基本内容。第3600条规定:雇主对雇佣活动中发生的工伤承担严格责任,不论雇员是否有过失;第3601条进一步规定“如果雇员已获得第3601条下的赔偿,那么雇员不得再向雇主请求侵权损害赔偿。”但是随着劳资关系的发展,“排他性救济”原则正受到不断地挑战,美国许多州法院,以司法判例的形式,赋予了雇员在雇主故意侵权(intentional torts),具有双重身份起诉权(dual capacity,即向雇主追偿侵权责任和工伤责任),以及雇主恶意(bad faith)情况下,雇员享有寻求雇主侵权赔偿的权利。此时,美国法律采取的是“兼得模式”。^⑥我国法律对于雇主侵权与工伤责任竞合,虽然确立了“取代模式”的大原则,但是没有区分雇主侵权的过错,未能有所区别的对待其侵权行为,容易导致雇主恶意行为的泛滥。

2. 第三人对劳工的侵权与工伤责任的竞合

如果劳工的工伤是出于用人单位以外的第三者的侵权行为所造成的,此时发生的工伤与侵权责任竞合,最高人民法院也正在制定《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十二条第二款明确规定:“因用人单位以外的第三人侵权造成劳动者人身损害,赔偿权利人请求第三人承担民事赔偿责任的,人民法院应予支持。”从此规定来看,对于第三人侵权造成工伤竞合,我国司法实践无疑采取了“兼得模式”,即劳工既可请求工伤保险赔偿,又可请求侵权人承担赔偿责任。对于“兼得模式”的诟病,学者主要认为此模式可使劳工“双重得利”,“受害人所获得的赔偿超过了其最大损失”,有失法律之公平。因此,应该采取补偿原则,或采取在劳工获得工伤赔偿后由雇主代位行使侵权请求权。笔者认为,在第三人侵权造成劳工工伤的竞合情况下,我国采取“兼得模式”是合理的。如果说法律是社会现状的反映,那么该模式是适合我国社会劳动关系的现状的。首先,从人身权益角度来看,人身权具有不可替代性,引而申之则为无价性。这种无价性体现在人身保险方面,则可以重要保险而法不禁,与财产保险的限额性迥异。即使法律要用钱财来衡量和补偿人身损害,也应不能禁止人身权的双重利益,这也是人身权无价性的体现。其次,从民法原理角度来看,工伤与侵权责任竞合分属两种不同的法律关系,两者应该属于请求权竞合,而不是请求竞合。依请求权竞合的原则,可以同时行使两种或以上的请求权。而请求竞合则只能择一而行。再者,从我国实际国情来看,工伤保险的赔付数额不多,而侵权赔偿标准也是偏低的。在赔偿数额的计算方式上,工伤责任的工亡补助金为48个月至60个月的统筹地区上年度劳工月平均工资,而侵权责任的死亡赔偿金为受诉法院所在地地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入的20倍,同时,在赔偿项目、赔偿方式等方面也有诸多不同之处,这里不再赘述。因此,两者同时适用,并不能使劳工得到多少的“双重利益”。最后,从我国的法律程序来看,工伤责任的申请必须按劳动法程序进行,而侵权则依民事程序法进行,两者差异很大,不能同时行使。假若实行补偿原则,或代位求偿等等,则在程序上困难重重,实难履行。而实行

“兼得模式”，可由劳工自己分别申请，节省不少司法资源。

3. 雇主和第三人劳工共同侵权与工伤责任的竞合

如果雇主和第三人共同对劳工实施侵权行为，造成劳工的工伤，此时如何行使工伤责任与侵权责任的竞合？对此问题，我国法律付之阙如。在雇主对劳工实施侵权而构成工伤竞合时，依法采取“取代模式”；而当第三人对劳工实施侵权而构成工伤竞合时，则采取“兼得模式”。当两者混合在一起，两大模式就很难同时起作用了。因为，根据我国民法规定，共同侵权一般要承担连带责任。如果雇主因“取代模式”而免除侵权责任时，那么连带责任就很难执行，并且对第三者而言也是显失公平的。因此，对于雇主和第三人对劳工共同侵权与工伤的责任竞合，必须尽快立法完善。

四、小结

在发生工伤责任与侵权责任竞合的三种情况中，对于第三人侵权造成的工伤责任竞合，我国采取“兼得模式”，笔者是十分赞同的，并充分说明了理由。但是，对于其余两种情况，则认为有完善的必要。因此，特提出两点意见：第一，当雇主故意侵权造成劳工工伤责任竞合时，应该区分雇主侵权的过错。如果雇主的侵权出于无过错的，或者出于过失的，应该适用现行法律所规定的“取代模式”，即劳工只能获得工伤保险的赔偿，而不能再向雇主追讨侵权责任。如果雇主的侵权是出于故意的，则应该适用“兼得模式”，即劳工在获得工伤保险赔偿的同时，可以追偿雇主的侵权责任。这样既可防止雇主以工伤为由滥行侵权行为，也可以维护法律的公平性。第二，关于雇主和第三方共同侵权导致劳工工伤竞合的情况，我国法律尚未作出规定，笔者在此建议，对此应采取“兼得模式”。理由一，根据我国民法规定，共同侵权一般要承担连带责任，此时不能只免除雇主的侵权责任而使第三人单独承担侵权责任。理由二，共同侵权多出于故意，按照笔者第一点建议，雇主故意侵权的，劳工可以行使“兼得模式”追讨。那么，当雇主与第三人共同侵权的情况下，劳工自然也可以依“兼得模式”向雇主和第三者追偿侵权责任了。当然，共同侵权的情况颇为复杂，如果雇主与第三人在没有共同故意下形成共同侵权的，则可依过错情况，分别按“取代模式”或“兼得模式”来追偿。

参考文献：

- ①最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用[M].北京:人民法院出版社, 2004.
- ②李理：〈论工伤事故多种补偿机制的适用关系〉[J].中国劳动关系学院学报, 2005, (8).
- ③刘士国：〈现代侵权损害赔偿〉[M].北京:法律出版社, 1998.
- ④王泽鉴：〈民法学说与判例研究(第三册)〉[M].北京:中国政法大学出版社, 1998.
- ⑤王利明：〈最高法院人身损害赔偿司法解释之评论与展望〉[M].北京:中国社会科学出版社, 2004.
- ⑥王泽鉴：〈民法学说与判例研究(第三册)〉[M].北京:中国政法大学出版社, 1998.

作者单位：安徽安江律师事务所

论我国刑事强制措施制度的改革与完善

——从人权保障的角度进行分析

叶树生

【内容摘要】我国的刑事强制措施制度特别是羁押性强制措施制度在人权保障方面存在诸多问题，犯罪嫌疑人或被告人的权利受到侵犯的现象在司法实践中屡见不鲜，这不符合立法的初衷，也不符合当今世界法治的发展趋势。因此对相关制度进行改革与完善是题中应有之义，改革与完善的着眼点在于切实保护人权，而改革的方法是既要充分考虑国内实际情况，又要借鉴域外的成熟经验。

【关键词】强制措施 人权保障 司法理念 司法审查

一、序言

本文就我国刑事强制措施制度在人权保障方面存在的若干问题进行讨论并分析产生这些问题的原因，进而对我国刑事强制措施制度的改革与完善提出建议。

刑事强制措施是指公安机关、人民检察院或人民法院为保证刑事诉讼的顺利进行，依法对犯罪嫌疑人、被告人所采取的在一定期限内暂时限制或剥夺其人身自由的法定强制方法。刑事强制措施按照其对被适用人剥夺人身自由时间的长短及剥夺人身自由的严重程度又可分为羁押性强制措施和非羁押性强制措施。就我国的情况而言，羁押性强制措施包括拘留和逮捕两种形式，非羁押性强制措施包括拘传、取保候审、监视居住三种形式。显而易见，羁押性强制措施对人身自由剥夺程度更为严重，剥夺时间更长。

二、我国刑事强制措施制度存在的问题与原因分析

（一）人权保障力度较弱：我国刑事强制措施制度运作的现状

1. 羁押性强制措施适用率高

羁押性强制措施适用率在我国的表现是逮捕率高，逮捕对象过于宽泛。按照我国刑事诉讼法第六条规定，只有两类人可以暂时不予逮捕而适用取保候审或监视居住代替：一类是患有严重疾病的人，另一类是正在怀孕、哺乳自己未满一周岁婴儿的妇女。对未成年人、老人、残疾人则没有作出相应规定。按照我国《未成年人保护法》的精神，对未成年人是不适宜逮捕的。然而在我国，作为最严厉的强制措施的逮捕却被广泛适用，不利于保障人权。从最高人民检察院工作报告的相关数据来看，近三年全国检察机关的刑事案件批捕率均在90%左右。

2. 超期羁押、变相羁押现象严重

拘留按其本意是在紧急情况下才能采用的一种强制措施，其时间应该是非常短暂的，我国法律仅规定了七种可以先行拘留的情形^①。但从目前的司法实践情况来看，拘留措施被滥用的情况较为普遍，与拘留相比，逮捕后的羁押时间更加漫长，并且在符合一定的条件下还可以延长，而侦查机关为了方便破案，更是想方设法一再延长羁押时间。刑事诉讼法第127条、128条、第129条规定了延长羁押期限的情形；刑事诉讼法第130条规定了重新计算侦查羁押

期限的情形，第131条规定了可不算羁押期限的情形。所以在我国的逮捕后的羁押期限到底有多长，很多从事法律工作的业内人士也讲不清楚。域外是逮捕容易，释放也容易，并且逮捕后羁押是特例，而不是普遍适用，与此相反，我国逮捕后的羁押不是例外，羁押几乎是逮捕的必然结果，逮捕与羁押之间没有缓冲。^②

变相羁押也是我国司法实践中的一个常见问题，变相羁押在适用监视居住的案件中表现得尤为明显。在我国监视居住就是羁押。司法公安机关指定居所一般都是指定看守所或者是特定场所，或者是执法人员住进被监视的人的家中，监视居住的实施与立法者的初衷相去甚远。

3. 刑讯逼供现象大量存在

刑讯逼供是一种严重侵犯人权的违法犯罪行为，是各国法律明令禁止的。但在我国司法实践中却是一个屡见不鲜的现象。根据学者周玉文对某基层法院在2003年下半年审理的40件44人的盗窃、抢夺、抢劫、诈骗、故意伤害等案件的调查有33人在法庭上坚持说在羁押期间受到了侦查人员的刑讯逼供，占75%。^③近些年刑讯逼供有愈演愈烈的趋势，特别是一些重大敏感案件中，如重庆打黑中许多被告人都称受到了侦查机关的刑讯逼供，我们没有理由相信刑讯逼供仅是个别现象。

（二）导致强制措施制度人权保障力度较弱的若干原因

1. “重犯罪追诉、轻人权保障”的司法理念依然存在

人权保障和追诉犯罪是当今各文明国家刑事诉讼立法的两大基本价值取向，我国当然也不例外，我国现行刑事诉讼法第二条的规定充分说明了打击犯罪和保障人权是我国刑事诉讼的双重目的。立法者的价值取向和意图无疑是正确和科学的，但中国的法治起步比较晚，并且有几千年的人治历史，道德等因素对法治产生的影响巨大。总而言之，我们受历史因素影响较深。先进的司法理念并不能完全被执法者和广大人民群众接受。

长久以来，作为追诉犯罪的主要力量的公安机关只强调自己打击犯罪的职责，社会也是更多的要求公安机关打击犯罪。某一犯罪案件发生了，尤其是大案要案发生了，如果公安机关久侦不破，社会各方面的压力、指责纷至沓来，而只要你一旦破案便会压力骤减，社会公众特别是受害者及其家属不管侦查机关是通过什么方式抓捕到犯罪嫌疑人的，也不管你是通过什么方式取得证据的。很多侦查人员也认为不让犯罪嫌疑人睡觉，用点刑具什么的并无不妥。因此，我国很多地方的公安机关甚至作出“命案必破”的荒谬承诺，在“命案必破”的理念指导下，必然会出现刑讯逼供和冤假错案。

2. 公安司法机关之间的关系不尽合理

公安司法机关之间的关系不尽合理主要表现是侦查机关权力过大，侦查权得不到有效监督与制约，而侵犯犯罪嫌疑人权利的行为主要发生在侦查程序过程中。

侦查与羁押分离是世界各国的通行做法，而在我国，侦查和关押犯罪嫌疑人实际上是由同一主体负责的，这一机制无法起到保护犯罪嫌疑人合法权益的作用。另一方面，现行法律规定的侦查监督权存在很多缺陷。首先，检察机关不参加公安机关的侦查活动，只通过审查批捕、审查起诉书等书面材料等进行监督，并未起到实际作用。^④其次，检察机关的监督权的行使往往是被动进行而一般不主动监督，检察机关作为行使监督权的机关，其法律权威地位并没有得到体现。第三，政法委协调公检法工作也是我国司法制度的一大特色，而政法委主要是公安机关在主导，这也就造成了公安机关能主导和影响检察机关和法院的不合理的局面。

3. 辩护权较弱，且未落于实处

中国律师界有种说法“从事法律职业别当律师，当律师别当刑辩律师，刑辩律师是司法体系中的弱势群体”。刑事诉讼司法实践中，法律授予律师对犯罪嫌疑人的帮助权被大打折扣。

首先，侦查机关以不同的形式限制被羁押中的犯罪嫌疑人在侦查阶段向律师咨询法律问

题的权利。如侦查人员不及时告知犯罪嫌疑人可以向律师咨询的权利,对犯罪嫌疑人聘请律师的要求不及时答复,对律师会见犯罪嫌疑人的时间及地点作不适当的限制。同时,律师调查取证困难,律师权与侦查权、起诉权相比非常微弱。

其次,在审判阶段,律师意见的份量远远不及检察官,律师的意见永远是只供参考,律师的正确意见不被采纳的现象屡见不鲜。

第三,刑法及相关法律规定的律师伪证罪是律师在刑事辩护中的一大障碍。因为什么是伪证罪界定权完全在检察机关或公安机关,在司法实践中,有很多律师因此罪而受处罚,如最近炙手可热的广西北海不同律所的四位律师在一起故意伤害案件中因伪证罪而被限制自由,刑辩律师的执业风险由此可见一斑。

4. 侦查程序过于封闭

公安机关是行使侦查权的主要机关,在我国的司法实践中,侦查程序基本上是封闭和独立的。

首先,侦查程序中,犯罪嫌疑人基本与外界隔绝,犯罪嫌疑人一旦被捕,其关押在哪里?涉嫌什么罪名?特别是稍微敏感的案件犯罪嫌疑人的家属对此基本上是一无所知的。律师会见又阻力重重,权利保障从何谈起?

其次,公安机关立案的案件侦查终结后全部移送检察机关起诉。侦查和起诉是两个界限分明的阶段,没有交叉,这样就会导致检查机关的监督是事后监督和被动监督,当检察机关行使检察权时,有些案件的损害结果已经发生,根本起不到预防作用。

三、我国刑事强制措施制度的改革与完善的建议

(一) 控制犯罪与保障人权相统一: 确立正确的司法理念

我国第一部刑事诉讼法 1979 年颁布,现行的刑事诉讼法是在 1996 年对第一部刑事诉讼法进行修正的基础上形成的,立法时的社会环境决定了追诉犯罪成为了《刑事诉讼法》的绝对主题。因此,当时的法律对如何打击犯罪进行了大量详实的规定,打击犯罪成了立法者的价值取向,也得到了普通民众的支持和认可。因为当时的确需要一个稳定的社会环境进行社会主义现代化建设。上世纪九十年代中期,社会治安状况出现了好转,“权利本位论”显示了强大的生命力。在这种背景下,1996 年 3 月 17 日第八届全国人大第四次会议对《刑事诉讼法》进行了大幅度的修改。此次修改基本确立了打击犯罪与保护人权并重的司法理念,但规定显得过于宽泛,还有一些不尽人意的地方,比如说侦查权过大,检察监督权不好操作,未明确规定非法证据排除规则等,使得犯罪嫌疑人的权利保护困难重重。

长久以来,犯罪嫌疑人的合法权益无法得到保护总是与“重犯罪追诉,轻人权保护”的司法理念息息相关的,因此要从源头上解决超期羁押、刑讯逼供等非法现象的发生,确立“保护人权与打击犯罪并重”的司法理念是关键所在。我国刑事诉讼法马上面临较大的修改,我们寄希望于修改后的刑事诉讼法能真正体现打击犯罪与保护人权并重并且树立“保护人权比打击犯罪更重要”的司法理念。

(二) 对羁押性强制措施实行司法令状制度

对犯罪嫌疑人、被告人采取刑事强制措施实行司法令状主义,是世界上多数国家或地区的通行做法,也符合刑事诉讼的基本规律。

与域外相比,我国刑事诉讼法规定公安机关对犯罪嫌疑人采取拘传、取保候审、监视居住、刑事拘留措施,人民检察院对犯罪嫌疑人采取刑事强制措施,通常由公安机关、人民检察院自行决定、自行批准(公安机关逮捕犯罪嫌疑人需经人民检察院批准),并不需要经过第三人的司法审查和监督,这样做的结果必然是刑事强制措施的滥用,根据有关调查显示,我国有 90%左右的刑事被告人在法院判决前,都处于逮捕后的羁押状态。^⑤而在香港,只有 10%

左右对社会具有危害性的被告在法院判决前处于羁押状态。

如果我们赋予法院对羁押性强制措施的审查权，这样必然会提高使用羁押性强制措施的门槛，限制侦查机关使用羁押性强制措施，这样一来非羁押性强制措施如取保候审的使用率必然会提高。而犯罪嫌疑人只要不被羁押，那么他的基本权利是能得到保障的，不但享有自由，而且律师帮助权也能很好实现，那么我国司法实践中的律师会见难等问题也会得到很好的解决。

（三）强化被追诉人的辩护权

个人认为被追诉人的辩护权包含两个方面。一是犯罪嫌疑人或被告人自我辩护的权利，即被追诉人可以为自己的行为进行辩解，其关键在于确立“任何人不得自证其罪”的原则。第二是他人为其辩护的权利，最重要的表现为律师帮助权，在我国，这两方面的权利都有待强化。

强化被追诉人的自我辩护权，就是要赋予犯罪嫌疑人沉默权或拒绝回答权。^⑥刑事诉讼法第九十三条规定“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答”。在这种规定下，犯罪嫌疑人是不享有沉默权的。并且长期以来“坦白从宽，抗拒从严”的刑事政策深入人心。仔细推敲，这种政策是违背法治的常理。一方面，犯罪嫌疑人如果坦白，那就是自证其罪，无疑是自投罗网；另一方面，犯罪嫌疑人如果抗拒，则被认定“态度不好”，罪加一等。这让犯罪嫌疑人陷入了两难境地。使得法律所赋予的自我辩解的权利形同虚设，失去了其作用，因此解决的最好途径是赋予犯罪嫌疑人沉默权，据说刑事诉讼法在这个方面准备着手修改。

强化被追诉人的辩护权的另一方面是强化律师帮助权，从我国的刑事司法实践来看，律师在维护被告人合法权益方面起了很大作用，许多冤假错案最终得以真相大白于天下，律师的作用功不可没。但是目前，与公权力相比，律师在刑事辩护中处于比较弱势的地位。要真正强化律师帮助权必须从以下几方面做工作：第一、确实解决律师“会见难、阅卷难、调查难”的问题，真正解决“三难”问题仅仅依靠对现有诉讼制度小修小补是不行的，而要从根本上进行改革，《律师法》的出台为我们树立了一个好的榜样，刑事诉讼法的修改能与律师法保持一致，上述三难问题将得到极大缓解。第二、律师伪证罪的存在极大的限制了律师的正常执业，其危害性在前文已经阐明，因此，律师伪证罪应该废除，即使不废除，也应该明确和限制其适用范围，不能由侦查机关一家说了算。

（四）强化检察机关对刑事强制措施适用的监督

现行刑事强制措施制度在人权保障方面不尽完善的一个重要原因是对侦查程序缺少监督，检察机关的监督权缺位，因此，要强化检察机关的侦查监督权。

第一，改革监督方式，实行同步监督和直接监督。通过合理程序，将检察机关参与公安机关的侦查活动的做法固定为一项制度，赋予检察机关侦查参与权。在侦查中，检察机关可以要求侦查人员收集相应的证据或者要求侦查人员以一定的方式收集证据，也可以对侦查人员收集的证据发表自己的意见。当然，考虑到检察机关人力和物力的实际情况，只对需要拘留或者逮捕的犯罪嫌疑人的重大案件实行同步直接监督，而不仅仅是书面监督。而对其他不是很重大的案件可以按照现行模式处理。

第二，明确检察机关监督制约的法律后果。如果检察人员发现侦查人员收集证据的方式违法，可以进行制止并且可以拒绝采用所收集的证据。对于侦查人员违法或者拒不接受纠正意见的，检察人员视其具体情节可给予行政处分或追究刑事责任建议权。

（五）利用现代科学技术保障被追诉人的人权

随着科学技术时代的到来，科学技术在社会各个领域都显示了其巨大的威力和无法比拟的作用，就我国的司法实践，在刑事诉讼领域利用科学技术保障人权提出以下建议。

第一，建议侦查人员在审问犯罪嫌疑人的过程中采取全程录音录象制度。侦查人员的每

一次询问都必须录音录象,案件侦查终结移交检察机关起诉时,音像资料必须同其他证据一起提交,口供必须与音像资料结合确定其来源合法才能作为案件的证据。若只有口供而没有讯问时的音像资料,则不能把口供作为证据,这一做法的最直接作用就是能有效遏制刑讯逼供的发生,从而真正保障犯罪嫌疑人的人权。

第二,建议对判处死刑的被告人都必须进行司法精神鉴定。目前,司法精神鉴定还不是一个必经程序,只有人民法院认为有鉴定的必要才进行司法精神鉴定,即使辩护人或本人提起司法精神鉴定的申请,也必须经过人民法院批准。这个制度不利于真正保障人权,可能会导致有些精神病人承担刑事责任现象的发生。鉴于判处死刑立即执行的案件一旦有误是无法纠正的,因此建议把司法精神鉴定作为死刑案件的必经程序,以达到保障人权的目的。

四、结语

人权保障是法治国家的基本特征,而侵犯人权的主要表现是国家公权力对人权的侵犯,在我国又集中体现在刑事强制措施的实行上,因此我们要对刑事强制措施制度进行改革,改革的着眼点在于确立正确的司法理念和真正实现人权保护,这就要求我们要找出现行制度存在的缺陷及其根源,并结合我国的实际情况和域外的先进经验提出合理化的建议,本文的写作目的也正在于此。

注释:

①见《刑事诉讼法》第61条。

②李富成、还习项:《我国逮捕制度的缺失与完善》,《公安学刊》,2005年第3期,第39页。

③周玉文:《刑讯逼供的成因与对策问题研究》,《南平师专学报》,第23卷2期,第95页。

④花涛:《犯罪嫌疑人权利保护的几点思考》,《中国人民公安大学学报》,2003年第4期,第44页。

⑤王美丽:《审前羁押与刑事强制措施的重构》,《公安研究》,2005年第5期,第42页。

⑥陈庆林:《羁押性强制措施与相关当事人权利保护》,《安徽工业大学学报(社会科学版)》,第22卷第6期,第21页。

作者单位:安徽师阳安顺律师事务所

律师调查取证权与律师伪证罪之关系

吴建农

【内容摘要】辩护律师伪证罪属于身份犯罪，其行为样态包括毁灭、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诸行为。立法者的意图是律师必须忠实于案件事实真相。刑法第 306 条的司法动态过程包括越权管辖、暴力取证和滥用公诉权。该条款应该废除，但是在立法没有废除之前，仍然具有法律效力。

【关键词】律师调查取证 律师伪证罪 司法行为 恶法亦法

我国现行刑法第 306 条第 1 款（辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪）是影响辩护律师调查取证权实践价值实现的值得关注的证据类犯罪因素。

一、第 306 条第 1 款的文本分析

1、辩护人毁灭、伪造证据的行为。辩护人毁灭、伪造的证据必须是在物理性能或化学性能方面可以被毁灭、伪造的对象。毁灭的证据对象只能是物证，因为人证是人所为的证言，证言的载体如录音、书面记录可以毁灭，但证人不能毁灭，而且证人在法庭外所作证言，并不当然地成为定案的根据。伪造的证据对象也只能是物证。联系第 306 条第 2 款规定，证人证言可以成为伪造的对象。显然是立法用语出现歧义。刑事诉讼法第 42 条第三款规定：“证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据。”有资格“失实”的证据可以是人证和物证，但能够伪造而失实的，只能是物证。证人证言必须接受法庭的质证而后所作为定案的根据。没有接受法庭质证的证人证言，除非在法律明确规定之外，根本不可以进入法庭定案的界限。

2、帮助当事人毁灭、伪造证据行为。“共犯”一词有两种含义：一是就犯罪形态而言，二是就共同犯罪人而言。德、日刑法理论一方面认为任意的共犯是最广义共犯的一种，同时又认为共同正犯、教唆犯、帮助犯是任意的共犯的三种形态。^①教唆犯和帮助犯是狭义的共犯，属于共同犯罪中的从犯。处罚从犯的根据有共犯从属性和独立性说两种。教唆犯和帮助犯实施的行为是非实行行为，没有法律特别规定，不得加以处罚。刑法总则上之教唆犯、帮助犯等共犯规定，乃欲使正犯之刑罚扩张于正犯以外之人。所以，共犯规定是刑罚扩张事由，或曰刑罚扩张原因。按照客观主义的共犯理论，共犯具有从属性，即教唆犯和帮助犯系从属于正犯的犯罪，称为从属犯。在一般情况下，如果正犯不构成犯罪，就没有处罚教唆犯和帮助犯的理由，尽管共犯的犯罪行为于犯罪结果之因果关系与通常形态的犯罪行为无异。共犯中的帮助行为实施者，在主观方面，须有帮助他人犯罪之意思，亦即非有自己犯罪之意思，在客观方面，须所加功者乃构成要件以外之行为，亦即帮助他人犯罪之行为。^②帮助行为正犯化以后，帮助行为就成为一种独立的犯罪，具有独立的罪名。帮助行为正犯化的成立必须以被帮助行为或者帮助行为的指涉目的的实行行为的实施为前提，因为“作为从犯的帮助行为在时间上应与正犯的实行行为同时实施，或先于正犯的实行行为，或正犯的实行行为虽已完成但犯罪尚未即遂时实施，才能构成从犯。”^③

辩护律师伪证罪属于身份犯罪，对于帮助当事人毁灭、伪造证据罪的成立和刑罚轻重的影响，都属于或者符合身份主体的法律意义要求。刑法第 307 条也规定了普通主体（非辩护人、诉讼代理人）帮助当事人毁灭、伪造证据罪的犯罪构成要件，要求必须“情节严重”的，才构成

犯罪,而第306条没有规定“情节严重”,也即指辩护律师只要有帮助当事人毁灭、伪造证据的行为,无论情节轻重,都构成本罪。从帮助行为正犯化看,只有当立法者为了重处(或轻处)某种犯罪的共犯行为时,才可能将其规定为独立的犯罪。^④由此可见,立法者对于辩护人、诉讼代理人帮助当事人毁灭、伪造证据的行为是秉持重处的态度的。

3、威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证行为。引诱证人违背事实改变证言或者作伪证,是指以金钱等物质利益对证人进行收买,或者以女色等非物质性的利益对证人进行诱惑。为了帮助证人回忆经历的情况而作的一些提示甚至诱导,不能认为是引诱。日本学者大塚仁认为,在判断证言是否“虚假”时,必须采取主观说,即证人应当将自己的记忆与实际体验原封不动地予以陈述,对证人证言的真实性、可靠性的判断是法官的任务。因此,按照自己的记忆与实际体验陈述的,即使与客观事实不相符合,也不是虚假的;反之,不按照自己的记忆与实际体验陈述的,即使与客观事实相符合,也是虚假的。^⑤该说忠实于证人外在表现和内心活动的一致性,对于证人不可强求于其未卜先知地知道案件的客观事实,然后根据此事实,说出甚至调整自己的证言。对于违反证人的记忆与实际体验但符合客观事实的证人证言,实践中或许就个案而言,具有正当性,但就普遍性而言,实不足取。

二、立法意旨的追寻

法解释的目标,是指解释者通过对法律条文、立法文献及其附随情况进行解释,所欲探究和阐明的法律规范之法律意旨。^⑥作为法解释目标的法律意旨,刑法主观解释论认为,刑法解释的目标应当是根据刑法文本,阐明刑法立法者在文本语义中的立法原始含义,一切超出刑法立法原意的解释都是违法的;客观解释论主张,刑法解释的目标是阐明需要对文本含义进行解释时,刑法条文的文本客观上所表达出来的含义,而不是立法者制定刑法时主观上所赋予刑法条文的意思。折衷解释论则是对主观解释论与客观解释论的糅合,它既肯定刑法立法原意的存在,又认为立法原意是可以超越的。客观解释者认为,立法原意不是法律的真实含义,真正具有法律效力的是刑法条文表达于外部的客观意思,而非虚无飘渺的所谓立法者的内心意思。“立法原意”如此的不可靠,甚至根本就不存在,所以,不能赞成全部或部分追求立法原意的主观说和各种折中观点。主张主观解释者认为,从世界各国现阶段的刑法实践来看,客观解释论已经逐渐成为一种占优势地位的学说,主观解释论应为我国现阶段的刑法解释所采纳。“就立法技术上看,刑法第306条与第305、307条存在部分法条竞合。”^⑦对于存在着法条竞合关系的三罪来说,刑事立法之所以在普遍法条规定的犯罪之外,还单独规定一个特别法条,另行设立一个特殊的犯罪,是因为这一特别法条所规定之罪的社会危害性已经不能为普遍法条所规定之罪的法定刑所涵盖,需要对其加重处罚。^⑧与第305、307条相比,在犯罪主体的身份方面,第306条表现出独立性,表现出身份犯的特征。律师特定身份的犯罪,起源于刑事诉讼法第37条的规定,立法机关的立法理由的学理解释是:“在新的刑事诉讼法施行后,辩护人、诉讼代理人在刑事诉讼中的作用得到了进一步的加强,其在刑事诉讼中的权利也相应有所扩大,作为辩护人和诉讼代理人必须依法正确行使法律赋予的权利,不得利用这些权利妨害刑事诉讼的正常进行,所以根据实践中的具体情况和打击犯罪的需要,新的刑法增加关于这一犯罪的规定。”^⑨由此不难推论立法者的意图。

三、刑法第306条的司法动态过程

1.越权管辖。刑法第306条规定的犯罪行为属于侵犯社会秩序罪,根据刑事诉讼法第18条规定,该罪行应由公安机关管辖。如果检察机关立案管辖,只有在符合《六部委规定》第1条和第6条的规定,且律师涉嫌妨害作证罪的行为不属于主罪,或者辩护律师涉嫌的妨害作证罪属于检察机关侦查管辖的案件的行為人和辩护律师实施的可罚性反侦查行为,检察机关合并侦查,在这种情况下,检察机关可对嫌疑人、被告人的辩护律师因为实施了刑法第306

条的行为而追究辩护人的刑事责任。在我国目前的司法实践中，在法院开庭审判后，检察机关以“妨碍证据”、“涉嫌伪证”为由，直接对辩护律师采取强制措施。

2.暴力取证，强制证人庭外向控方作出不利于被告人的证言。检察机关对辩护律师实施刑法第306条规定之罪的前导行为，常常是在庭审休庭或结束后，对在法庭上作证的证人实施强制取证，强制证人在法庭外作出与当庭陈述相反的证言，并主观推定证人的法庭证言是辩护律师行为“引诱”造成的，借此对辩护律师施加据该条的处罚。

3.滥用公诉权。对于控方是否会滥用公诉权而把不应该提起公诉的案件提起公诉，刑事诉讼法没有建立相应的中间程序或公诉审查程序制度约束，法庭对滥用公诉权提起公诉的案件以无罪判决确认被告人的无罪。在我国目前刑事司法体制下，检察官对于证据和公共利益可以随意而为，不受审判机关的预审审查。这就为检察官对律师以其触犯刑法第306条之规范而向法院提起公诉，打开了方便之门。实践结果也显示，控诉律师妨害作证罪的案件错案率达50%以上。^⑩

在一个法治成熟的国度里，律师、检察官、法官同属于一个法治屋檐下的法律职业共同体。法律职业的同质性体现在共同的职业意识、相同的思维方式、共同的话语系统。^⑪律师在西方就具有政治性而非技术性，律师的功能贯穿于政治建构、制度变迁、社会治理以及阶层利益调整策略等领域，且形成与其他政治利益集团相联合或相牵制的职业群体。我国的律师与检察官、法官并没有形成统一的法律职业共同体。在法律思维的差异中，检察官和法官掌握了法律思维领域的话语系统的发言权和控制权，而对于民间性质的社会法律服务者的律师，则将其排除出法律职业体之外，形成了国家法律职业群体与民间的律师法律群体的双重对话语系。^⑫边缘化的政治职业领域与社会对律师商业化的职业追求的误解，使得律师在司法动态运行中，始终处于弱势于检察官的职业卑位。“从现代国家和法治理念之崛起，看待政治力量与市民力量(power-right)之消长，如果说司法是社会正义最后一道防线，那么律师可以说是民权和人权的最后一道防线，是‘为世所弃’之市民的守护神。”^⑬社会性是律师职业最主要和最突出的特性。此特性也成为律师职业与同属法律职业共同体的法官职业、检察官职业的重要区别。^⑭作为市民权利的代表，律师职业不仅具有与国家刑事追诉权力相互牵制、制约的社会功能，而且具有证成国家对被告人刑事追诉权力行使的合法化的遮蔽功能。我国刑事诉讼模式走向控辩对抗式的社会基础和政治意识主流，没有及时为该种模式所蕴含的潜在的诉讼外的对抗因素产生的消极作用作出消解措施和准备，而沿袭传统政治思维，并弥散于社会，是检察机关违背宪政精神、违反刑事程序规则之规制，对律师执行刑法第306条刑罚措施的法外要因。

四、法之善恶：刑法第306条存废论争

对于刑法第306条之存废，学界和实务界，包括律师，有保存和废除之两种观点。保存者认为有利于查明案情，是对“越轨”律师进行惩处的有力工具。废除者认为，该条是悬在律师辩护头上的一把达摩克利斯之剑，^⑮“律师伪证罪”使得律师参与刑诉尤其是提前介入阶段的调查取证活动稍有不慎，稍有差错，就有可能成为罪人，简直是如履薄冰。所以，刑法第306条被业内人士看作是“恶法之治”。人为地制度性地为律师设置障碍，其实是陷阱。^⑯

对法律的良恶判断问题，始于亚里斯多德。他对理想的法治提出了明确的要求，认为法治主要包含两重意义：“已成立的法律获得服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定良好的法律”。^⑰恶法亦法思想的源头萌芽于苏格拉底，他以自己服从法律、甘愿被处死刑的实践行为，表达了恶法亦法理论的恒常精髓。恶法亦法理论的真正形成始于近代分析法学创始人奥斯丁。普遍地公开宣布所有法律是有害的，与上帝的意志相互矛盾，从而是无效的并且也是不可忍受的，其本身便是怂恿无政府主义，其对明智良好的规则所造成的敌意以及损害，远远超过了对愚蠢恶劣的规则所造成的敌意以及损害。“良法”与“恶法”的划分，其潜在含义就是

存在某种或某些评价法律好坏的标准,通常将这些标准称为“良法标准”,凡符合良法标准的法律被认为是良法,不符合或违反良法标准的法律则被视为恶法。

评价刑法第 306 条是善法还是恶法,至少缺乏良恶之标准。如果以“辩护律师作伪证是否应受刑罚处罚,辩护律师不做伪证是否不可以辩护”为判别其善恶之标准,那么该条文规定并非恶法。在证据调查活动中,警检人员违反法定义务和纪律,违反职业道德,在证据调查中弄虚作假,隐瞒、伪造证据,应受刑事处罚。刑事诉讼法第 44 条就规定了“公安机关提请批准逮捕书、人民检察院起诉书、人民法院判决书,必须忠实于事实真象。故意隐瞒事实真象的,应当追究责任。”第 45 条第 3 款规定了“(人民法院、人民检察院和公安机关)凡是伪造证据、隐匿证据或者毁灭证据的,无论属于何方,必须受法律追究。”辩护律师如为此行为,当然应受处罚。上文述及,在该条文适用的动态实践中并没有任何歧义,问题恰恰在于司法动态中的程序规制。检察机关对于律师向法庭出示的与原证据不一致的证据材料,往往依强暴力于庭外向证人“复核”证据,导致强加伪证罪于证人,作为“引线”,再转嫁于辩护律师。实践中,甚至有把律师执业中工作上的错误、失误或违纪行为认定为犯罪,就连正常辩护活动有时也会招来伪证罪的横祸。这种现象断然不可归咎于刑法第 306 条的文本本身。

就其产生的消极后果而言,侦查、检察人员在刑事司法的理念中已经形成了两个互不相让的诉讼外的对抗。有的侦查人员直白地说:“说我们素质差,律师还不如我们。绝不能给律师调查权,这些人现在都这样,要是有了权,不比当官的差。”在 1997 年以前,律师被抓的不是特别多,律师被抓的高峰期是在 1997 年以后,也就是修改后的《刑事诉讼法》赋予律师可以在侦查阶段会见嫌疑人、提供法律帮助等权利,并且可以有在审查起诉阶段收集证据的权利。在很多公检法人员看来,1997 年以后律师被抓了一些是正常的,因为权利扩大了,所以很多人“管不好自己了”,“出事是正常的,否则律师就不是凡人而成了圣人了”,“如果给了律师侦查阶段以调查取证权,可以预见会有更多的律师要住进来。”^①更加严重的是整个刑事辩护制度处于累卵之险,嫌疑人、被告人在刑事诉讼中的处境如“盲人骑瞎马,夜半临渊池”,刑事案件中的辩护率不足一成,法律援助制度因为律师对刑事司法动态中律师的险恶处境不满而拒绝接受指派,拒绝承担法律援助。甚至由于检察机关意图对辩护律师施加妨害作证罪处罚而对证人违法强制取证,造成了我国刑事司法中人权保障不信任的负面扩散。^②在这种结果意义上说,该条文属于“恶法”之范畴。

对于恶法的效力,潘恩认为:“对于一项坏的法律,我一贯主张(也是我身体力行的)遵守,同时使用一切论据证明其错误,力求把它废除,这样做要比强行违反这条法律来得好;因为违反坏的法律此风一开,也许会削弱法律的力量并导致对那些好的法律的肆意违反。”^③其实,辩护律师在刑事诉讼中涉嫌证据类犯罪的罪名并不是我国刑事诉讼法才规定的。我国台湾地区“刑法”第 126 条就规定了辩护律师在履行辩护职责中,如果非法泄露委托人个人隐私或其它信息,应承担刑事责任。德国学者认为,德国的辩护律师因用欺罔或恐吓之手段影响证人,使其为不实之陈述或伪造证据时(例如将犯罪现场遗留的痕迹消除,变造证件或为了掩匿罪行与其他共犯之串通联络),亦谓其显犯使刑事追诉困难之罪;换句话说,其不得“使得证据来源混浊不清”。^④刑法第 306 条是否废除,与该条文的两款规定无关,与该条款的善恶区分无关。关键是改进我们的刑事程序规则,改善我们的刑事司法环境。从法治国家的秩序建构的良好愿望出发,我们宁愿要一个残暴的实体法和自由的程序法,而不愿要一个宽容的实体法和残暴的程序法。这应该是律师职业及其刑事司法制度包括辩护制度文明进程中的警言。

注释:

^①张明楷:《外国刑法纲要》,北京:清华大学出版社,2007 年第 2 版,第 297 页。

^②韩忠谟:《刑法原理》,北京:中国政法大学出版社,2002 年版,第 212 页。

⑨马克昌主编：《比较刑法原理——外国刑法学总论》，武汉：武汉大学出版社，2002年版，第654页。

⑩张明楷：《刑法分则的解释原理》，北京：中国人民大学出版社，2004年版，第126页。

⑪张明楷：《刑法分则的解释原理》，北京：中国人民大学出版社，2004年版，第205页。

⑫梁慧星：《民法解释学》，北京：中国政法大学出版社，1995年版，第205页。

⑬陈兴良主编：《罪名指南》，北京：中国人民大学出版社，2008年第2版，第135、141页。

⑭赵秉志主编：《妨害司法罪疑难问题司法对策》，长春：吉林人民出版社，2000年版，第77页。

⑮胡康生、李福成：《中华人民共和国刑法释义》，北京：法律出版社，1997年版，第435页。笔者认为立法解释与立法机关的工作人员的学术解释完全不同。前者是有权解释，而后者是学理解释。

⑯陈瑞华主编：《刑事辩护制度的实证考察》，北京：北京大学出版社，2005年版，第194页注释②。

⑰黄文艺：《法律职业话语的解析》，《法律科学》，2005年第4期，第6页。

⑱顾培东：《中国律师制度的理论检视与实证分析》（中），《中国律师》，1999年第11期，第71页。

⑲陈瑞华主编：《刑事辩护制度的实证考察》，北京：北京大学出版社，2005年版，第187页。

⑳司莉：《律师职业属性论》，北京：中国政法大学出版社，2004年版，第148页。

㉑陈兴良：“为辩护权辩护——刑事法治视野中的辩护权”，《法学》，2004年第1期，第15页。

㉒郑金火：“‘律师伪证罪’与刑事辩护”，《中国律师》，2001年第2期，第8页。

㉓[古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，北京：商务印书馆，1965年版，第199页。

㉔陈瑞华主编：《刑事辩护制度的实证考察》，北京：北京大学出版社，2005年版，第28页。

㉕原辽宁省朝阳市刘作荣案（已平反）中的一港籍证人在庭审结束后被检察机关以涉嫌伪证为由羁押7天，直到他承认庭审证言为假，才予以释放。辩护律师被检方拘禁。该证人回港后召开新闻发布会，宣称大陆司法机关侵犯其人权。参见熊秋红：《刑事辩护论》，北京：法律出版社，1998年版，第192页。

㉖[美]潘恩：《潘恩选集》，马清槐等译，北京：商务印书馆，1982年版，第222页。

㉗[德]克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，北京：法律出版社，2003年版，第169页。

作者单位：安徽治邦律师事务所

离婚诉讼中财产分配的问题

章新超

【内容摘要】随着我国社会主义市场经济的发展和住房制度的改革，夫妻共同财产结构出现了多元化，尤其是房屋和股权等价值较大的财产在夫妻共同财产中占有较大的比例。在离婚案件中，解除婚姻关系不再是案件的主要矛盾，问题主要集中于夫妻财产问题和子女的抚养问题，而夫妻财产分割则集中在房屋、股权等大宗财产的分割上。本文介绍的是我国夫妻共同财产制对解除婚姻关系中财产分配出现的问题以及应对，以供大家共同商榷。

【关键词】夫妻财产制度 夫妻共同财产制 分配原则

在离婚诉讼中，夫妻财产分配认定领域涉及到非常复杂、琐碎、具体的问题，实际上最根本、追根溯源应该是采取什么样的夫妻财产所有权制度就会有不同的处理。我国现在是什么样的夫妻财产所有权的制度？在确定我国采取的夫妻财产所有权制度后，应针对不同财产的属性，综合性地具体考虑在解除婚姻关系中进行财产分配。

一、当前，世界主要夫妻财产制度包括共同所有制和分别所有制

当代社会一些主要国家采用的法定夫妻财产制度的基础建立在两种财产制度基础上，一种是共同所有制，一种是分别所有制，也叫夫妻共同财产制，夫妻分别财产制。英美法系国家法定财产制是建立在分别财产制基础上的，而主要的大陆法系国家法定财产制是建立在共同财产制的基础之上的。这两大法系形成这样历史的样式、历史的基本形态，是有很多很复杂的原因。共同财产制国家从立法背景看，从法制文化看，比较强调家庭的集团性，强调家族共同体利益，强调家族是一种人伦关系，更强调伦理性。而在英美法系国家，发源于英国的分别财产制是建立在个人主义的立法思想基础之上，强调个人人格独立，财产独立，结婚以后人格保持独立，不会人格合二为一。共同财产制和分别财产制，近一百年以来是各领风骚，在世界上独占鳌头，各有自己的优点。

二、我国采取的夫妻财产制度为夫妻共同财产制

我国目前采取的是夫妻共同财产制，我国婚姻法及相关司法解释对夫妻共同财产作了具体规定，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19条指出：“婚姻法第18条规定为夫妻一方所有的财产，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”。因此，以结婚登记作为区分婚前、婚后财产的一个重要原则，婚前财产为个人所有，婚后一般情况下取得的财产为夫妻共同财产。夫妻共同财产是在夫妻关系存续期间取得的财产，离婚时，双方有合法婚姻财产约定的，依约定。一方的特有财产归本人所有。夫妻共有财产一般应当均等分割，必要时亦可不均等。由此可以看出，我国现有的财产制，一法定，二夫妻约定，约定优先。

三、我国对离婚财产分割原则

根据规定，结合司法实践，我国在财产分配上遵循以下原则：男女平等原则。该原则体

现在离婚财产分配上，就是夫妻双方有平等地分割共同财产的权利，平等地承担共同债务的义务；照顾子女和女方利益原则。这里的“照顾”，既可以在财产份额上给予女方适当多分，也可以在财产种类上将某项生活特别需要的财产，比如住房，分配给女方；有利生活，方便生活原则。在离婚分割共同财产时，不应损害财产效用、性能和经济价值。权利不得滥用原则。离婚分割夫妻共同财产时不得把属于国家、集体和他人所有的财产当作夫妻共同财产进行分割，不得借分割夫妻共同财产的名义损害他人合法权益；夫妻一方所有的财产，在共同生活中消耗、毁损、灭失的，另一方不予补偿。这是司法实践经验的总结，符合夫妻关系和婚姻生活本质的要求，有利于避免不必要的纠纷。

四、对各类财产具体分配中产生的问题及其应对

现阶段夫妻共同财产的特点包括，一是内容上比较新，因为生活水平提高，原来就是家电、家具，现在已经发展到股票、地产、知识产权等一系列新形式，内容越来越多；二是数额、标的越来越大，几个亿的都有，私营企业、个体企业越来越多；三是取证问题难度大，离婚案件中消灭证据、隐瞒财产的情况越来越严重，许多当事人起诉离婚之前把证据毁灭，甚至找证人做伪证，致使分割财产的时候共同财产被隐匿；四是共同债务越来越多；五是资金来源复杂，比如在投资、购房的时候，除了自己出资，还有朋友借款，贷款，家庭的帮助，这样资金的筹措多样化；六是社会影响比较大，现在影响力大的离婚案件增多，涉外案件也增多。这是目前婚姻案件的几大特点，加大了对共同财产的认定和处理的难度。虽然婚姻法明确规定夫妻婚姻关系存续期间所得财产是夫妻共同财产，这是确定夫妻共同财产总的原则。但应具体问题具体分析，在离婚诉讼中主要涉及到以下具体财产的分配：

（一）知识产权如何认定，如何处理

知识产权具有无形性、专有性、地域性和时间性的特点，但却能够带来财富的、是以权利为标的的物权。所以，在离婚案件中知识产权应该作为夫妻共同财产分割。但由于知识产权具有人身和财产双重性，因此在知识产权作为夫妻共同财产进行分割的时候，应该针对知识产权特点采取特殊分割方式。知识产权是基于人们的智力创造成果，从公平原则出发，对付出劳动一方权益给予照顾。另外，从发挥知识产权的社会功效和经济效益，保护知识产权的完整性，知识产权领域的有序性，以及有利于经济发展角度来看，对于没有付出智力劳动一方当事人在分割财产的时候只享有分割知识产权所得的物质财产权利，其他的像著作权中人身性权利应该明确由创作一方或者是付出智力劳动一方享有，同时人身性的权利也能带来财产性利益，因此在处理时由一方单独享有的时候给另一方经济补偿。

（二）股票所有权归属问题

主要是购买股票来源和资金性质区分，如果夫妻双方共同出资应该是夫妻共同财产，和婚姻法的原则是一致的。我们国家目前股票是两种，一种是职工内部股和社会公众股，对于不向社会公开发行的股票，就是股份制企业内部职工持有的股份，分割财产的时候可以认定为夫妻共同财产，因为这类职工内部股不仅采用记名式方式，不得向企业外任何人转让，而且往往有低风险、高效率的方式，不可以通过变更股权登记实现，如果是社会购买的股票，可以按照股票价值分割就可以了。在实际生活中许多情况是家庭成员共同出资购买股票，这种情况如果有人提出共同财产异议的话，因为在离婚案件中主要是解决身份关系，所以在涉及第三人的时候，像有争议的财产在离婚案件中就不处理，另行处理，不能因为个别财产有争议，婚姻案件迟迟不能处理。

（三）养老保险金、一次性买断工龄的补偿问题

当前在企业改制过程中，许多改制企业依据有关政策，对职工以金钱的形式实行一次性工龄买断，根据职工实际工龄对他进行经济补偿。买断工龄补偿费是企业对员工过去工作经

济补偿,虽然带有失业后重新谋生费用性质,但实际上是属于工资补偿,属于夫妻一方工资收益范畴,所以应该认定为夫妻共同财产,离婚的时候应该以共同财产论。但是在具体处理上,买断工龄应该具有双重性,作为夫妻共同财产分割,要注意保护劳动者利益,就是被补偿人利益。因为补偿款另外一个属性是失业者以后重新谋生的费用,维持失业者的基本生计的保障,因此工龄补偿款不宜采取平均分割形式。养老保险也一样,是针对特定个人,工龄补偿也是针对某一个人。在处理这个问题的时候,不能完全平均分割,既要考虑共同财产的性质,也考虑对今后谋生的倾向性。在分割的时候按照什么比例,应当按婚姻关系存续期间和工龄之间的关系考虑。

(四) 离婚夫妻房屋分割问题

当前,房屋价值动辄几十万、上百万,甚至上千万,不仅价值高,而且关系到居住生活,如何处理好房产分割,是处理好离婚案件的重中之重。首先,对于夫妻在婚姻关系存续期间共同购买、共同建造的房屋,或者婚前双方共同出资购买、建造的房屋,是夫妻共有房屋,离婚时应作为夫妻共同财产分割。在分割过程中,双方对夫妻共同财产中房屋价值及归属无法达成协议时,根据最高人民法院关于《婚姻法解释(二)》第20条规定,人民法院按以下情形分别处理:双方均主张房屋所有权并且同意竞价取得的,应当准许;一方主张房屋所有权的,由评估机构按市场价格对房屋作出评估,取得房屋所有权的一方应当给予另一方补偿;双方均不主张房屋所有权的,根据当事人的申请拍卖房屋,就所得价款进行分割。司法实践的通常做法是:共有房屋能实际分割使用的,可以分割使用。对不能分割使用的,可以作价分给一方,另一方取得补偿。在确定房屋分给哪方时,应考虑双方住房情况、照顾抚养子女的一方。在双方条件等同的情况下,应照顾女方。婚后双方对婚前一方所有的房屋进行修缮、装修、原拆原建,离婚时未变更产权的,房屋仍归产权人所有,增值部分中属于另一方应有的份额,由房屋所有权人折价补偿另一方;进行过扩建的,扩建部分的房屋应按夫妻共同财产处理。离婚时,如一方生活困难,如离婚后没有住处,另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。

实践中对于共同房屋分割如何确定分割房屋价格,无论是取得部分产权或者是全部产权,在离婚诉讼中均应该以市场价为标准,应当委托相关部门对房屋进行评估当时的市场价。因为房改的住房带有独立补偿性质,购买者是以当地房屋标准价买的,这个标准价就是住房本身建筑物的造价,还有征地费,拆迁补偿费,这个费用标准价是明显低于市场价,所以以标准价分割有失公平,特别是对于得到房一方和没有得到房一方的差距是非常大的,必然导致利益失衡。从公平角度来讲,应对房屋做市场价评估。

(五) 按揭房屋处理

由于涉及到多方主体,包括按揭权人,按揭人,保证人,涉及到房屋买卖关系,借款合同,抵押合同等等,情况比较复杂,按揭房在签订房屋买卖合同,交购房款和取得所有权有一定差异。按揭房屋有以下三种情况:第一种情况就是在婚姻登记之前签订购房合同,也在登记之前取得产权证,这应该是个人财产,没有争议;或者婚前两个人同居,共同出资,也应该是个人财产,对于共同出资作为债处理。第二种情况是登记之前签订购房合同,房款也还完了,登记之后取得产权证了。这个有分歧意见,因为权属是以登记为界限,结婚已经登记了,登记之后取得产权证,但是房款是登记之前还完了,所以在这个时候争议一个问题产权证是婚后取得的,认为是夫妻共同财产,这种情况应该实事求是,作为婚前个人财产认定。即使房屋产生增值,也应当为个人财产,因为并不是房屋自然或者是法定孳生,而是市场价格变化导致的,这个不属于共同财产。第三种情况是,婚前签定贷款合同,支付首付及部分贷款后,在婚后还共同偿还了部分贷款,应当从公平角度,就是对婚后还款占房屋比例按市场价格进行评估,得房一方要按照市场价格补偿另外一方。

随着我过经济发展的加快,家庭财产的种类数量增长也随之加快,建立规范的夫妻财产

制度来确认夫妻婚前个人财产和婚后共同财产的所有、管理、使用、收益、处分、分割等财产关系，不仅关系到婚姻当事人的利益，同时也影响到子女的利益和第三人的利益，对正确处理好婚姻关系解除后的当事人双方关系也大有裨益。

作者单位：安徽九华律师事务所

“同案不同判”探析

姚进方 静

【内容摘要】“同案不同判”已经成为当今中国司法实践中的一个普遍现象，该现象的存在日益成为批评司法不公不廉的重要依据和理由。在我国现行体制下，“同案不同判”的存在有着深刻的原因，本文试图通过对“同案不同判”产生原因的分析，提出通过制度设计和司法人员素质的提升等途径来缓解“同案不同判”现象，达到“同案同判”的目标指向，彰显法律的公平和正义。

【关键词】“同案不同判” 案例指导制度 量刑改革

2010年7月1日至8月29日，上海一个“碰瓷”团伙制造的“碰瓷”案件高达43起，嘉定区法院认定其构成危险方法危害公共安全罪。然而，长丰县沈某等人相同的“碰瓷”行为却被铜陵市法院判决构成诈骗罪。这样的案例还有很多，它们共同特点是案情差不多，法律适用标准却不一样，用老百姓申诉时所说的话就是“同案不同判”。所谓的“同案不同判”是指相同或者大致相同的案件，没有得到相同或者大致相同的判决结果，通常被认为是对法制统一、司法确定的悖离。^①同与不同针对现有法律评价体系而言，分为法律事实和客观事实。完全可能存在相同的两个行为，两个情节，两个罪名，这里我们为所有通过法律途径解决的问题拟定了一个先验的前置规则——都是走上了司法轨道的纠纷，都意图通过司法来处理，接受法律的一体评价，于是对于有着可比性而且能够用相同规则度量的案件都被要求同样的处理也就成为了可能甚至必须——这就是法律领域“同案同判”或者“同案不同判”的奥妙所在。“同案同判”在哲学上或许不可能，但在法律上却完全可能存在，并且只有在法律领域，同与不同的意义才得到极大地彰显。

一、“同案不同判”的合理性和局限性

“世界上不存在两篇完全相同的树叶”，同理，任何一个案件作为一定时间地点中的事件都是唯一的，不可重复的。在所有细节上都绝对相同的“同等情况”几乎不可能存在。即使以法定情节为框架，过滤掉某些可以忽视的细节，也未必使“同等情况”的判断获得唯一确定的结果。因为，具体案件是多个法定情节的多种排列组合的结果，两个案件之间在此方面具有共同的法定情节，在另一方面则可能不具有共同的法定情节。^②因此，绝对意义上的“同案”并不存在。

从法律适用层面来说，自然案件经过法官加工、提炼，会逐步呈现出相似性或互异性。当然在此过程中，因法官个体解释会使得“同等情况”的判断不一定为确定的结果。在具体案件处理过程中，究竟哪些事实属于法律事实，在法律条文没有明确规定的前提下，自然会因法官个人的理解不同而有差别。要求绝对意义上的“同判”也很难实现。

“同案不同判”也具有一定的局限性。刑法面前人人平等是我国刑法的基本原则，其要求同等案件同等情节同等对待，任何人不因身份地位的差别享有超越法律的特权，在犯有相同性质相同情节罪行之时受到不同程度的刑事处罚，亦即“同案同判”。如果犯罪情节完全相同的刑事案件，被告人得到不同的刑事处罚，也就是“同案不同判”，则意味着至少有一方被重罪轻判或者是轻罪重判。“只有一个判决与另一判决之间维持某种程度的平衡，它才能在一

个犯罪者与另一个犯罪者之间做到公正”^③。量刑追求的目标之一是统一性，即彰显法律的确定性和可预测性。社会公众并不可能也无必要对法典耳熟能详。具体个案就是展示给他们的看得见的法典、摸得着的法则。公民通过个案中的一个个具体的故事、纠纷和处理结果去感受法律、体会法律。如果只有抽象的平等原则而无实实在在的个案公正，或者法官在审理相同或相似案件中处理结果大相径庭，人们就无法通过前后一贯的案件信息，在头脑中形成法律行为与结果的稳定预期，也无法形成司法公正平等的确信。^④因此，“同案同判”既是刑法平等原则的应有之义，也是普通公众对司法公正与否的朴素判断，“同案不同判”则会使公众质疑法律的公平性，影响司法公信力。

二、“同案不同判”产生的原因

（一）法律适用存在应然与实然的冲突

法的应然性是指法是以应然作为自己的立足点来确立自身并发挥作用的，即通俗意义上所说“法应当是什么样的”。它可以为人们的行为提供精神上的追求，使人们在法的现实中获得精神需求的满足。法的应然性作为法的目标指导人们为实现法的价值而不懈努力同时对人们的法律行为进行价值评价。法律在具有应然性的同时，也具有实然性。这种实然性，一是指法的价值具有转化为客观现实的必要性；二是指法的价值具有可以转化为客观现实的可能性；三是指法的价值已经转化为客观现实的客观性。法的实然性向人们诠释了“法实际是什么样的”。法律条文只有转化为客观现实，我们才能说，法律的价值在现实社会中被真正实现了。法律的实然性，使法的价值成为了可认识、测定、评价的社会存在，更使法律在人们社会生活中成为活生生的现实。

我国法律明文规定了罪刑法定主义，使得某种意义上“同案同判”具有了一定的基础，但是，即使根据法定情节过滤掉具体案件的具体细节，使得“同等情况”获得了唯一确定的结果，在同案基础上获得绝对同判的结果仍然缺乏可能性。因为同案同判的根基是法的应然性，法律意味着某种真理性的完美逻辑体系，任何案件的事实所对应的法律处断都是唯一的。但寄希望法律具有真理性的完美逻辑体系并不现实。法的应然性只存在于理论中，必须通过实然性的法律放可释放出来。现实中，法律本身很难或永远无法做到完美无缺、逻辑自足、表意明确，无法与具体的个案事实形成恰当的一一对应关系。^⑤况且，任何一种法律都不是普适的，不单单是反映性的，而是创造、建构性的。^⑥法律的制度设计应当对地区或者说特定的环境作出回应。^⑦同一条法律被不同案件的不同法官加以适用时，还是可能出现多种解释。这种同一条法律应当只有一个意义和它实际被作多种解释之间的差异，是法律解释过程中的应然与实然问题。^⑧比如，刑法明确规定：盗窃数额特别巨大的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。但是何谓数额较大，在深圳法院适用时以10万元为起点，在宁夏法院适用时就以3万元为起点。同样的犯罪情节，在严打政策下，可以被判七年，在宽严相济的政策下，有可能只判三年。这使得不同时期、不同地区的案件有时缺乏实际的可比性。

（二）我国现行立法体制的缺陷

我国的特定历史条件决定了我国的立法现状，即制定法是我国的主要渊源。应当说，制定法的原则、法官严格适用法律条文的司法制度，本身并不是问题。但是，在实行这一制度的同时，人们必须充分意识到法律制定者的理性的限度。所以，必须承认，再严密的法律也会存在很多缝隙。正如有的西方学者认为，“法律一经制定就是一部千疮百孔的法律”。当然，司法解释是一个较好的来弥补法律漏洞和缺陷的手段，但是有时不少司法解释超出了被解释的法律内容本身，甚至一些司法解释与现行法律相互抵触，造成司法实践中科学性和严密性的缺乏，司法人员在实际工作中难以把握尺度。目前我国的法律体系还不完善，除法律、法规、司法解释等不同规范之间有冲突之处外，人民法院针对本地区具体办案实践还形成了审

判指导意见和会谈纪要,所以同样或同类的案件办案法官选择不同的法规,再加上不同的法官审判思路不同,最终会导致不同的判决结果。同时,基于我国经济的高速发展,各种新型犯罪层出不穷,法律具有天生的滞后性,对于新型犯罪的规制一般总是在此种犯罪呈现一定上升态势并逐渐引起关注之时,但是在此之前有关犯罪难以通过现有法律进行规制,这样就会出现法律法规中的空白地带。在此基础上出现的“同案”往往难以“同判”,我国不是一个判例法的国家,先前的案例并不一定会成为为后面的案件审判指导原则。因此,法官的个人评判将占据主导地位,根据其对法律的认知情况的不同,往往产生不同的判决结果。

(三) 我国现行司法体制的缺陷

首先,由于立法的原因,目前我国的法律、法规的规定不全面或不明确,法官在审判活动中遵循公平、合理的原则,结合立法精神、法学原理及审判经验,对案件的裁量做出合理判断,这就是法官的自由裁量权。显然,法官的自由裁量权在审判实践中有其存在的合理性及价值。但是,我国的现行法律对法官的自由裁量权行使的条件、原则、程序等均没有统一的具体规定,所以在审判活动中,法官的自由裁量权缺乏理性和自律性,随意性较大,这是导致“同案不同判”的一个重要原因。

其次,法律的适用除了诸多命题、原则、规则、标准外,还需要其他各类知识,即所谓的实践理性或技艺,甚至还需要对当事人的某种了解知识。法官在这种“其他知识”上的差异,很难使其在解释同一法律时获得同一确定的结果。实践中,不同案件之间的比较往往凭借法官的经验甚至感觉,而刑事政策的变化、伦理导向、价值判断、社情民意甚至是法官的性别、个性乃至内心偏好都是法官个人经验的来源。所以,不同法官之间,同一个法官今天与昨天之间,其经验感受往往千差万别,这就使得案件的审理增添了更多的不确定性。^⑤此外,我国现行的刑事司法体系并没有法官之间可以比较沟通的平台,能够使其正确认识自己的经验感觉是否合理,是否符合大多数法官群体的一般认知。一个法官充其量只能比较其个人先后审理的相似案件,想与本院其他法官、本地区和其他省市法院法官审理的同类案件作比较既无制度要求,也无技术支持。这就增加了同类案件科刑差异的可能性。同时,虽然人民法院不断采取有效措施使法官的整体素质得到了大幅度的提升,但不可否认,仍有个别审判人员思想素质不高,经不起诱惑,滥用手中的权力,徇私舞弊、枉法裁判,这也是导致“同案不同判”的重要因素。

最后,量刑标准的不统一也是“同案不同判”产生的重要原因之一。我国刑法规定的法定刑幅度比较宽泛,法官根据被告人罪行的大小,在一个幅度如此宽泛的法定刑幅度内准确确定所应判处的刑罚,难度相当大。同时,在量刑方面我国缺乏一套科学的规范方法。在以往的庭审中,是否构成犯罪,构成了什么罪往往是法庭调查、法庭辩论等的工作重心,合议庭决定刑期往往是凭经验“估堆”出来的。不同的法官由于学识、素养、经验不同,即使对案情相近或相似的案件,往往会有不同的“估法”,量刑方法不规范、不科学,是造成量刑不公、量刑失衡的重要原因之一。同一个量刑情节可能会因法官掌握的尺度不同造成量刑结果不一样,最终导致量刑不均衡。量刑程序的缺失,也影响到了量刑事实的查清、影响到量刑的公开性和透明度,最终影响到量刑的公正性和司法公信力,进而造成“同案不同判”现象。

三、规制“同案不同判”的几点建议

(一) 建立健全案例指导体系

建立健全具有中国特色的案例指导体系可以填补法律漏洞,促进司法统一。由于立法的不周延性和滞后性,制定法中永远都存在不能预料的法律漏洞,法院时刻会面临缺乏制定法明确规定的法律争议。法谚云:法官不得因法无明文规定而拒绝裁判。在这种情况下创制的指导性案例,无疑就有着创造新的司法规则、填补法律漏洞的功能。指导性案例可以解释模糊条款,

我国法律中不少条款过于原则和抽象,不同地区的法院、甚至同一法院的不同法官都可以有自己的不同理解。指导性案例可以统一裁判尺度,客观地讲,中国法官在案件审理中的自由裁量权是相当大的。如1998年发生的上海女大学生钱某被屈臣氏公司员工搜身检查侵权案,虹口区人民法院一审判决被告赔偿原告精神损失25万元,这一判决曾创下国内精神损害赔偿金额的最高纪录。然而二审中,赔偿金额被上海市第二中级人民法院降至1万元。在这些法官自由裁量空间较大的领域,如果有先例指导,那么裁判尺度就可能会趋于均衡,起码应该不会有如此悬殊的差距。这类案件可以看作调适型的案例,它们起着量刑建议或赔偿指南的作用,通过均衡裁判尺度以追求司法统一。实行案例指导制度将有利于推动裁判文书质量的改善和法官司法素养的提升,这也会间接地推进司法统一。建立案例指导制度,选择已经生效典型的案例作为指导性案例,为法官审理案件提供借鉴和指导,对有相同或类似事实的案件,在适用法律和裁量幅度上可以参照相关指导性案例进行判决,以达到同样的案情有同样的处理结果。建议最高人民法院加强案例指导制度,高院定期发布典型案例,供各级法院判案参考。在我国目前还无法建立全国性的先例判决制度的情况下,正确对待这些选编案例、裁判指导,大胆探索,积极实践,保持同样案情的判决与结果的同样性,对于解决“同案不同判”有着重要意义。对同一类型案件的同一法律问题,如作出与指导性案例相反的裁判,应提交本院审判委员会讨论决定。

（二）充分发挥刑事辩护的作用

“徒法不足以自行”,制度的运行离不开人,效果的好坏也直接与操作者密切相关。刑事诉讼的理想结果是在发现事实真相的基础上做到不枉不纵,使有罪者受到定罪和适当的处罚,使无辜者免受追究并尽快洗清嫌疑。刑事辩护制度从有利于被指控人的角度出发,它在发现有利于被指控人的事实真相,特别是确保有罪判决的可靠性,防止罪及无辜方面,有着积极作用。我国修订后的刑事诉讼法和律师法在一定程度上强化了辩护人的诉讼权利,使辩护人无论在诉讼权利的行使范围上还是在诉讼的介入时间上都有所改进,但这只是一种立法上的努力,静态的立法成果并不一定和动态的司法实践一一对应。在现实的刑事辩护中,有时辩护人指出了相同或者类似案例,法官却视若罔闻,辩护人的辩护意见往往得不到足够的重视,无法在最后的定罪量刑中得以体现。因此,应当充分发挥刑事辩护之于程序正义以及实质正义的积极作用,使辩方拥有与控方相抗衡的力量,突出当前庭审方式的抗辩性和诉讼性。在一定程度上可以对法官的自由裁量权进行限制,使法官的量刑可以具有某种意义上的确定性。现今,我国刑事辩护制度的发展还处于起步阶段,但只有刑事辩护制度得到充分重视,辩护人在刑事辩护中的真正作用方能体现,成为可以制约控方的有效力量,这样方能使我国的刑事诉讼制度得到真正的完善,从一定意义上促进司法统一,防止“同案不同判”现象的发生。

（三）深化量刑制度改革,促进量刑规范化

量刑规范化是刑事领域中实现同案同判的重要手段,其中量刑基准的确定更是如此。在司法实践中,量刑方面的同案同判所出现的问题要远远多于定罪方面。在这种背景下,量刑的规范化逐渐成为重要的理论与实践问题,而量刑基准及其确定则成为量刑规范化的关键因素。社会公众在考察某一判决是否公正时,与理论研究者的关注点并不相同,前者关注量刑,后者则更关注定罪。量刑基准的确立有助于最大可能地实现同罪同罚,从而有助于实现司法公正。^⑩我国虽然没有专门的量刑指导委员会从事这方面的事务,但最高人民法院作为最高的司法机关,应当为下级法院提供这样的标准。为法制的全国统一,为防止同样情节犯罪的悬殊量刑提供技术保证,从而实现刑事审判的公正、公平与正义。

将量刑纳入法庭审理程序,建立相对独立的量刑程序,是量刑规范化改革另一个的重要内容。一方面,允许并组织公诉人、当事人、辩护人和诉讼代理人就量刑问题发表量刑意见。另一方面,在法庭调查、法庭辩论等阶段,保障量刑程序的相对独立性。比如,在法庭辩论

阶段，审判人员引导控辩双方先辩论定罪问题。在定罪辩论结束后，审判人员告知控辩双方可以围绕量刑问题进行辩论，发表量刑建议或意见，并说明理由和依据。最后，审判人员根据各方意见确定最后判决，并将量刑建议或意见详细记载于判决书，充分说明定罪量刑理由，可以在一定程度上消除当事人对于“同案不同判”的误解，使法律成为大家所理解的法律。

（四）提高法官综合业务素质和司法水平

诉讼裁量的依据除了法律法规的规定外，主要还是靠法官在适用中的实际操作。为保证不同法官在相同相似的案件中得出大致相同的判决，除了上述三方面的制度建设外，也要抓紧对法官的培训，提高“法官职业的同质化程度”。法官同质化程度比较高，会有助于确保和增进法官在理解和阐释同一法律、同一问题时，能够大致遵循同样的原则，沿着同样的道路，使用统一的方法，进而达到案件性质判决方向上同一、实质上相同或接近的结论。首先应培训法官的是思维模式，在本文构建的制度框架下，法官裁判首先考虑的是“求同”，即从法律关系的构成方面定位裁判的方向，决定某一案件应属于何种民事纠纷或起诉的罪名范围。接下来是具体化，即将具体的案件事实与抽象的法律规范相对应，考量刑法上的该当性或民法上的争议焦点。其次，应当培训法官能够在判决书中论述充分的法律解释，使判决理由更加充分具体，从而为民众所接受。最后，中国地区差异较为明显，各地可以参照本地具体情况，以省为单位在指导性案例或基准刑上适当调整。

综上所述，本文通过对“同案不同判”产生原因的分析，探讨建议合理的制度框架解决“同案不同判”。“同案不同判”不仅仅是关系到法律适用的问题，同时也涉及法律价值问题，真正解决好这个问题，还需要我们有宏大的视野，从司法改革乃至政治制度改革的高度去看待和审视。希望本文研究能够起到一点有益作用。

作者单位：安徽金亚太律师事务所

机遇与挑战：程序性辩护之非法证据排除

王亚林 张 畅

【内容摘要】哈佛大学终身刑法学教授，辛普森案件的首席辩护人德肖维茨说：“最好的辩护就是主动进攻”。程序性辩护又称为进攻性辩护，是指以刑事程序法为依据，指出刑事办案人员在侦查、起诉、审判过程中严重违反有关程序法的规定，或者在办案过程中有严重侵犯公民宪法基本权利的行为，从而否定某一证据或某一诉讼行为的有效性，阻却犯罪指控，达到维护被告人合法权益的目的。其内容主要包括：管辖、回避、羁押期限、证据认定方面的违法等^①。辩护权的行使是保护刑事诉讼中被指控人人权的最主要途径，由于实体辩护的局限性，程序辩护作为辩护权的重要方面正日益发挥出积极的作用。随着现代刑事诉讼的发展，特别是我国刑事诉讼立法对人权问题的关注加强，程序正义观念已经开始深入人心。《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《办理死刑案件证据规定》）和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》（以下简称《非法证据排除规定》）的出台提升了我国刑事辩护律师在证据认定方面进行程序性辩护的空间。律师可针对司法机关违法取得的证据，通过一定的司法程序，使其缺乏可采性，从而使司法机关不能享受违法得来的成果，即排除非法证据。本文通过对非法证据排除制度的系统阐述，以探究律师如何审查排除非法证据和在此过程中防范职业风险，并对目前我国律师以非法证据排除为切入点进行程序性辩护功效低微的原因及对策进行粗浅分析。

【关键词】程序性辩护 非法证据排除 辩护功效

一、非法证据排除规则概述

（一）非法证据排除规则的概念

理解“非法”以及“非法证据”的概念是准确定义非法证据排除规则的前提。而关于“非法”，目前还没有一个准确的定义，按《牛津法律大辞典》的解释，“非法”是“指与法律相抵触、没有确切含义和后果的笼统概念。它可能指确实违反法律或是指被禁止的、应受惩罚的或犯罪的行为。或者也可能仅仅指违反法律义务，或与公众政策相悖且无法强制执行的行为。”^②所以在界定“非法证据”的过程中，就有广义与狭义之分。广义非法证据包括：收集和运用证据的主体必须合法，每个证据的收集程序必须合法，证据必须具有合法形式，证据必须经法定程序查证属实。狭义非法证据则是针对收集证据的方法或程序而言的。中国《诉讼法大辞典》对“非法证据”的界定是：不符合法定来源和形式的或者违反诉讼程序取得的证据资料^③。藉此，我国证据的合法性必须符合以下四个条件：1、证据必须具有合法形式。2、证据必须由法定人员依照法定程序收集和运用。3、证据必须有合法的来源。4、证据须经法定程序查证属实。以上对证据合法性的阐述是论述证据能力所必要的，即一事实要成为刑事司法中定案的根据须具备相应的条件并经过一定的程序加以认定，否则不能成为法院定案的依据。

不过，不符合以上四点的证据并不等于非法证据排除规则中所指的非法证据。非法证据属于不具备合法性的证据，但从范围上来看，其应仅包括那些严重违反诉讼程序，通过侵犯当事人或其他公民特定的合法权益而收集的事实材料，如通过对犯罪嫌疑人实施“酷刑”所

取得的言词证据。中国于1986年12月12日签署,并于1988年10月4日批准通过的《禁止酷刑公约》中对酷刑的定义有详细的解释,即“酷刑”是指为了向某人或第三者取得情报或供状,为了他或第三者所作或涉嫌的行为对他加以处罚,或为了恐吓或威胁他或第三者,或为了基于任何一种歧视的任何理由,蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为,而这种疼痛或痛苦是由公职人员或以官方身份行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的。概言之,非法证据是指在刑事诉讼中,有权调查收集证据的人员违反法律规定,使用违法手段获取的证据。而非法证据排除规则,即指在刑事诉讼中,执法机关及其工作人员使用非法行为取得的证据不得作为定案依据使用的规则。

(二) 非法证据排除规则的意义

《世界人权宣言》告诉我们:“不顾一切的探求真相并非刑事诉讼之原则”。“刑法不止反对犯罪人,也要保护犯罪人,它的目的不仅在于设立国家刑罚权力,同时也要限制这一权力。它不只是可罚性的缘由,也是它的界限,因此表现出悖论性:刑法不仅要面对犯罪人保护国家,也要面对国家保护犯罪人,不仅面对犯罪人,也要面对检察官保护市民,成为公民反对司法专横和错误的大宪章”。^④因此,非法证据排除规则作为一个程序性规则其意义在于:

1、推动我国的程序法治建设

非法证据排除规则的建立有利于公民、法人或其他组织监督司法机关,在司法机关采取非法手段调查取证时,公民、法人或其他组织有权拒绝,并可在以后的诉讼过程中要求予以排除;有利于规范侦查、检察、审判等各项诉讼行为,有效预防和遏制各种违反程序规定的违法行为。想否定一项诉讼行为,最有效的莫过于使其无效;而想遏制司法人员的非法取证行为,最有效的办法就是宣告其违法获得的证据不具有可采性。非法证据的排除,是对司法机关调查取证工作的最终否定和谴责。该规则的建立将大大有助于整个刑事诉讼制度的进一步发展和完善,实现真正的控辩平衡。并对促进公正司法、文明司法,以及建设我国现代化、文明的司法制度有着不可估量的重大意义。

2、保障公民宪法权利

公民的基本权利一般规定在国家根本大法(宪法)中,我国《宪法》明确规定了公民的诸项基本权利。但在刑事司法过程中,这些公民的基本宪法权利却屡屡遭受侵犯,并因此导致了一些冤假错案的产生。非法证据排除规则是否在刑事诉讼中确立,存在一个价值权衡的问题。一个国家是否确立非法证据排除规则,以及在多大程度上排除非法取得的证据,与该国的刑事司法目的、主导价值观念、对公民个人权利的重视等因素都是相关的。^⑤如果允许将非法取得的证据作为定案证据,对查明案件真实情况,实现国家刑罚权是有益的。但这将以破坏国家法律所确立的秩序和侵犯公民基本权利为代价;反过来,如果对非法证据予以排除,又会阻碍对犯罪的查明和惩治。然而,任何事物都具有两面性,从长远意义来看,非法证据排除规则对公共利益、司法权威与纯洁的维护可能大于某一次对犯罪分子的放纵。在这个彰显人权的时代,对人的关怀始终是法律的最终追求。非法证据排除规则的确立,体现了司法机关及其工作人员的法制观念从惩罚犯罪第一到注重保护人权的转变,这将会对政府的非法行为产生预防作用,激励政府用合法手段打击犯罪,保护人民,最终达到打击犯罪与保障人权的统一。

二、我国的非法证据排除规则

(一) 我国非法证据排除规则的立法现状

在我国现行法律中,《宪法》第33条、37至41条明确规定了公民的人身自由、人格尊严、住宅、通信自由、通信秘密等诸项基本权利不受侵犯。《刑法》第247条规定:“司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供或者使用暴力逼取证人证言的,处三年以下有期徒刑或

者拘役。致人伤残、死亡的，依照本法第 234 条、第 232 条的规定定罪从重处罚”。《刑事诉讼法》第 43 条规定：“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据”。从以上法律的相关规定可见，我国立法对非法取证行为是持否定态度的，但对于违反禁止性、义务性规定的法律后果以及用非法手段所收集的证据效力未作任何规定，也没有明确是否采纳非法证据排除规则。

《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第 61 条规定：“严禁以非法的方法收集证据。凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述，不能作为定案的根据”。《人民检察院刑事诉讼规则》第 140 条规定：“……严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法获取供述。”第 160 条规定：“……不得采用羁押、刑讯、威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法获取证言。”第 265 条规定：“严禁以非法的方法收集证据。以刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法收集的犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言，不能作为指控犯罪的根据”。司法解释的相关规定，表明我国已经初步确立了非法证据排除规则，但上述规定仍粗在诸多缺陷。如：非法证据排除的对象只针对言词证据，对于非法取得的实物证据的排除未予规定；同时也缺乏排除非法证据具体可行的操作性规定。

为进一步完善我国刑事诉讼制度，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合发布了《办理死刑案件证据规定》和《非法证据排除规定》。从总体内容和框架来看，“两个证据规定”虽仍存在缺陷，但对我国刑事诉讼证据制度有重大创新。《办理死刑案件证据规定》规定了刑事诉讼证据的基本原则，细化了死刑案件的证明标准，并进一步严格规范了各类证据的收集、审查判断和运用。《非法证据排除规定》强调了采用刑讯逼供等非法手段取得的言词证据，不能作为定案的根据，还进一步对审查和排除非法证据的程序、证明责任及讯问人员出庭等问题进行了具体的规范。“两个证据规定”在我国刑事诉讼历史上完成了从“严禁刑讯逼供”说教，到确定“非法证据排除规则”这一漫长的历史过程，成为我国刑事诉讼中治理“刑讯”历史的一个重要里程碑式标志，尤其在刑事诉讼法制方面，实现了对违法诉讼行为实行程序制裁的最终目标，反映了我国民主法制的进程^⑥。

（二）我国非法证据排除规则的适用范围

非法证据包括非法取得的言词证据和非法取得的实物证据，《非法证据排除规定》对非法言词证据的排除确立了适用规则，对非法实物证据的排除做了原则性的规定。

1、非法言词证据的排除

（1）非法言词证据的概念

《非法证据排除规定》第 1 条便开篇名义，明确了非法言词证据的概念，即“采用刑讯逼供等非法手段取得的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法手段取得的证人证言、被害人陈述，属于非法言词证据”。据此，当事人及其辩护人可仅就取得手段是否非法进行操作，法律后果直接而明确。

（2）非法言词证据概念的外延

《非法证据排除规定》将非法言词证据概念的外延限于“非法手段”。非法手段取得的言词证据是实体性违法的言词证据，如通过刑讯逼供获取的言词证据。这类非法证据最容易侵犯公民的基本权利，也最容易导致冤假错案的产生，必须被排除。而对于一些程序上违法取得的言词证据，如讯问时，侦查人员只有一人，由于没有实质损害公民的基本权利，且该违法性通常不会实际影响到证据内容的真实性和可采性，往往能被法律和实践所容忍。所以，《非法证据排除规定》暂不将其列入绝对排除的“非法言词证据”之列。

（3）非法言词证据的绝对排除规则

非法证据的排除一般分为绝对排除和裁量排除两种。前者是法律无条件、无余地的要求裁判机关在认定事实时予以排除使用，后者是法律就裁判机关对其是否适用给予自由裁量的空间。《非法证据排除规定》第2条规定：“经依法确认的非法言词证据，应当予以排除，不能作为定案的根据。”第3条规定：“人民检察院在审查批准逮捕、审查起诉中，对于非法言词证据应当依法予以排除，不能作为批准逮捕、提起公诉的根据。”上述两个规定绝对的、全面的排除了非法言词证据在刑事诉讼活动中的适用，符合世界刑事诉讼活动的要求^⑦。

2、非法实物证据的排除

《非法证据排除规定》第14条：“物证、书证的取得明显违反法律规定，可能影响公正审判的，应当予以补正或者作出合理解释，否则，该物证、书证不能作为定案的根据。”该规定在重点突出非法言词证据排除规则的同时，对非法实物证据的排除规则也做出了原则性的规定。保证了非法证据排除对象的完整性，为排除非法实物证据提供了基本法律依据。但由于非法实物证据种类繁多，情况复杂，且往往不会因为其取得方式的非法性而导致证据实质内容和属性的改变。所以，《非法证据排除规定》对非法实物证据的排除采用裁量排除的范方式，而不是绝对排除，并将非法实物证据排除的适用对象限于物证和书证。

（三）我国非法证据排除规则的适用程序

《非法证据排除规定》对如何排除非法证据规定了操作程序，具体说来，该程序主要包括以下五个步骤：

1、启动程序：《非法证据排除规定》第6条：“被告人及其辩护人提出被告人审判前供述是非法取得的，法庭应当要求其提供涉嫌非法取证的人员、时间、地点、方式、内容等相关线索或证据，”这一规定表明启动非法证据审查的初步责任应由被告人及其辩护人承担，以避免提起审查的随意性。

2、初步审查：被告人及其辩护人在开庭审理前或者庭审中，提出被告人审判前供述是非法取得的，法庭在公诉人宣读起诉书之后，应当先行当庭调查。合议庭对被告人审判前供述取得的合法性没有疑问的，可以直接对起诉指控的犯罪事实进行调查；对供述取得的合法性有疑问的，则由公诉人对取证的合法性进行举证。

3、控方证明：公诉人应当向法庭提供讯问笔录、原始的讯问过程录音录像或者其他证据，提请法庭通知讯问时其他在场人员或者其他证人出庭作证。仍不能排除刑讯逼供嫌疑的，提请法庭通知讯问人员出庭作证，对该供述取得的合法性予以证明。

4、双方辩论：公诉人举证后，控辩双方可就被告人审判前供述取得的合法性问题进行质证、辩论。

5、法庭处理：法庭对被告人审判前供述的合法性作出裁定，如公诉人提供的证据达到确实、充分的程度，能够排除被告人审判前供述属非法取得的，法庭确认该供述的合法性，准许当庭宣读、质证；否则，法庭对该供述予以排除，不作为定案的根据。

三、非法证据排除规则之于刑事辩护律师

“两个证据规定”提升了律师进行程序性辩护的空间，对于提高程序性辩护功效是一个机遇，但如何驾驭“两个证据规定”对律师来说也是个重大的挑战。

（一）律师如何排除非法证据

1、对非法口供的排除

辩护律师提出非法证据排除意见之前，应对其有一定的了解，要尽可能的提出具体、详细、有依据的理由、线索或证据。律师在接受委托后，应当及时会见犯罪嫌疑人。根据中华全国律师协会《律师办理刑事案件规范（2000年修改稿）》第31条第2款的规定：“律师会见犯罪嫌疑人，可以进行录音、录像、拍照等，但事前应征得犯罪嫌疑人同意”。因此，在会见

过程中,如果发现犯罪嫌疑人身体上有明显伤痕或犯罪嫌疑人称其遭受了刑讯逼供,律师可在征得犯罪嫌疑人同意后对其伤痕进行拍照、录像,并向其全面了解刑讯逼供的事实,其中包括:遭受刑讯逼供的时间、地点,对其实施刑讯逼供的讯问人员,讯问人员向其逼问的问题,犯罪嫌疑人的供述内容,以及讯问时是否进行了录音录像等。或者参照贵州省律师协会与陈瑞华教授联合调研、草拟的《贵州省律师协会关于死刑案件辩护的规范指导意见(试行)》第九十七条的相关规定:被告人在会见时提出遭受刑讯逼供或者存在其他违反法定程序情形的,辩护律师应让其书写相关材料。被告人没有书写能力的,辩护律师应当询问有关情况并制作询问笔录,交被告人签字确认。犯罪嫌疑人身体上有明显伤痕的,律师可以根据情况要求监管机关或办案机关进行验伤,以固定证据;律师也可以申请法院调取看守所入所、出所体检表和提讯电脑登记记录,以证明违法取证情况的存在;可以对被告人同监舍已经送监狱执行或释放嫌犯进行调查,以获取刑讯逼供的证据,作为被告人关于刑讯辩解的佐证。

律师在接触到案卷材料后,应当通过阅卷,审查犯罪嫌疑人的案内供述和其他证据,并结合会见时犯罪嫌疑人向律师反映的情况,综合分析、判断有无非法取证的情况。尤其是犯罪嫌疑人的供述、辩解与其他证据,包括被害人陈述、证人证言不一致甚至存在重大出入时,律师更要特别关注。并注意不得将案卷材料交由被告人的亲友查阅、摘抄、复印。^⑧鉴于检控机关一直对律师有权将卷宗内容告知被告人持有异议,当被告人为行使辩护权需要了解对其指控证据内容时,律师应根据具体情况灵活处理^⑨。

在法庭对被告人审判前供述取得的合法性启动调查,公诉人向法庭提供讯问笔录、原始的讯问过程录音录像等对该供述取得的合法性予以证明时,律师必须注意审查公诉人提供的录音录像资料是否是“原始的”反映了讯问全过程,如:注意比较录像资料显示的起始时间与讯问笔录记录的时间是否相符;录像中的讯问内容与书面讯问笔录记载的内容是否相符等。除此之外,公诉人还可能提供其他证据证明不存在非法取证行为,或提请法庭通知其他在场人员或者其他证人,甚至是讯问人员出庭作证,这就需要律师在会见被告人时必须向其了解清楚对其进行刑讯逼供的讯问人员是谁;除讯问人员外是否还有其他人在场等。这样,公诉人在提请他们出庭作证时,律师才能有所准备的进行质证。

侦讯人员到庭时,虽然公诉人可能庭前对其进行过培训,但如果确实存在刑讯逼供问题侦讯人员毕竟心虚,又由于侦讯人员不可能具备丰富的出庭经验,律师应当放开手脚对其进行询问,使其无法自圆其说,并通过发表质证意见,向法庭阐述存在违法取证的客观情况。笔者办理过的贩毒 1100 克海洛因周宝胜案件,贩毒 1372 克王胜雨案件,均通过直接调取或申请法院调取看守所记录,通过调取被告人同监舍嫌犯证言等方式,并对出庭侦讯人员进行询问,使侦讯人员没有刑讯的法庭证词漏洞百出,通过强有力的程序辩护,使法庭认为证据存疑,周宝胜被判处无期徒刑;王胜雨改判死缓。

2、对非法证人证言、被害人陈述的排除

《非法证据排除规定》将采用暴力、威胁等非法手段取得的证人证言、被害人陈述划归为非法言词证据之列。并在第 13 条规定:“庭审中,检察人员、被告人及其辩护人提出未到庭证人的书面证言、未到庭被害人的书面陈述是非法取得的,举证方应当对其取证的合法性予以证明。对前款所述证据,法庭应当参照本规定有关规定进行调查”。因而,对于非法证人证言、被害人陈述进行调查排除的程序与非法口供基本相同。首先,根据《刑事诉讼法》第 37 条 2 款的相关规定,辩护律师向被害人或者其近亲属、被害人提供的证人收集与案件有关的材料,需要经人民检察院或者人民法院许可,并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意。其次,律师在对证人、被害人进行调查时需要格外谨慎,尤其是对待控方证人。否则,证人一旦改变证言,等待律师的往往是牢狱之灾。对公诉方证人、被害人的调查核实,应尽量避免由一名律师进行。辩护律师在征得证人、被害人同意的情况下,可以进行同步录

音、录像。对公诉方证人进行调查核实时,辩护律师可以首先要求证人亲笔书写证词;然后查看证词原件,对证人的亲笔证词进行复核,并制作复核笔录。^⑩复核笔录可以记录向证人调查核实的程序,避免涉及案件事实内容。

律师在发现侦查机关以暴力、威胁等非法手段获取证人证言、被害人陈述时应及时向法庭提出排除其效力的意见,并将公诉方证人、被害人的亲笔证词,证明证人身份的材料以及录音、录像一并提交法院。公诉方证人、被害人改变证言、陈述的,辩护律师应当建议证人、被害人出庭作证,并向法院提出通知该证人、被害人出庭作证的建议。^⑪

控方证人到庭后如实“翻证”,做出有利于被告人陈述时,往往会遭到出庭公诉人、检察员的反复盘问甚至恐吓。律师应当及时提请法庭纠正检控人员违反法律程序的行为,以确保证人在法庭上有客观、公平的作证环境。

3、非法物证、书证的排除

非法实物证据情况复杂,难以作出一概禁止的一般性规定,故《非法证据排除规定》对非法实物证据的排除采用裁量排除的规范方式,而不是绝对排除,并将非法实物证据排除的适用对象限于物证和书证。即非法物证、书证以不予排除为原则,以排除为例外。对于明显违反法律规定、可能影响公正审判,且不能作出补正或合理解释的物证、书证才予以排除;对于不明显违反法律规定,或不影响公正审判的,即使公诉人不作出补正或合理解释也不予排除;对于明显违反法律规定,或影响公正审判的,如果公诉人能够作出补正或合理解释,同样不予排除。因此,对非法物证、书证进行排除时,律师应当将无法补正或无法合理解释的、明显违反法律规定的、因其真实性无法查证而可能影响公正审判的非法物证和书证作为要求排除的工作重点^⑫。并结合《办理死刑案件证据规定》对物证、书证的相关规定对其进行审查排除。

笔者办理的唐勇俊贩卖 1340 克毒品案件,因为扣押物品清单的三部手机不包括可以证明上诉人立功情节的第四部手机,而一名搜查见证人是警察,另一名见证人到庭证明扣押行为存在上述重大疏忽致使一审判决将两部手机混淆,侦查人员又拒绝到庭接受质询,二审法院最后做出了立功行为的存在认定,将上诉人改判死缓。

(二) 应注意防范非法证据排除过程中的职业风险

“两个证据规定”的出台提升了刑事辩护律师进行程序性辩护的空间,也进一步提高了律师的执业风险。因此,律师在办理诸如刑讯逼供类案件时需要特别小心,注意防范排除非法证据过程中的执业风险。

首先,律师在排除非法证据的过程中根据具体情况可与检控人员进行良好的沟通。特别是在审查逮捕和审查起诉阶段,律师提出对非法证据进行查证和排除,与检察人员的审查工作并不冲突。如果确实存在非法取证行为,能通过与检察人员的沟通,将非法证据排除在一审、二审等诉讼程序之前,不仅可以使犯罪嫌疑人及时摆脱嫌疑和诉讼,也避免了控辩双方的对抗升级,降低律师执业风险。

其次,律师在排除非法证据的过程中要时刻警惕操作细节。如会见被告人时,应当尽可能由两名律师进行。不得借执业活动的便利,为被告人传递信件、食物、药品或者其他物品。^⑬对于律师调查取证问题,侦查阶段的调查合法性一直受到争议,建议最好不要调查;审查起诉阶段没有把握也不要调查,因为此时律师往往看到法律文书并没有查阅案件材料,很难做到有针对性的调查,还容易遭致公诉机关的反调查;审判阶段应将律师调查和申请法院调查相结合。

德国著名法学家鲁道夫曾在其著作中写道:“斗争是法的生命,为权利而斗争是每个人对自己的义务,主张权利是每个人对社会的义务”。^⑭因此,律师在遇到侦查机关非法取证的情况时要敢于据理力争,维护当事人的合法权益;也要注意“有理、有据、有节”,避免控辩双

方冲突升级，以减少自身执业风险⁽¹⁵⁾。

四、非法证据排除程序辩护功效低微的原因及对策

程序性辩护作为刑事辩护的一个方面，不仅有利于制约司法机关的非法诉讼行为，还对保护被追诉人人身权利和诉讼权利具有十分重要的现实意义。“两个证据规定”的出台在法律层面昭告世人：中国式的非法证据排除规则已经建立起来，但是“纸面上的法”转化为“行动中的法”仍需要一段坎坷的过程。目前，我国律师以非法证据排除为切入点进行程序性辩护的功效还很低微。因此有必要探究这一现象产生的原因，并积极寻求改善对策，以更好的发挥程序性辩护的作用。

（一）原因探究

1、立法缺陷

我国现行法律虽然在不断完善非法证据排除方面的相关规定，但仍不能满足保障被指控人程序性合法权益的需求。如《非法证据排除规定》要求公诉人向法庭提供的证据不能排除讯问人员刑讯逼供嫌疑时，应当提请法庭通知讯问人员出庭作证，但对讯问人员不出庭的法律后果是什么却没有做出规定。诸如此类的立法缺陷让律师在从证据认定方面进行程序性辩护时难以产生积极地效果。另外，《刑法》第306条的存在犹如悬在律师头上的达摩克利斯之剑，让律师在进行辩护活动时畏手畏脚，不敢充分行使辩护权。

2、控辩双方能力失衡

目前，由于现代化电脑、摄像、监听、录音等办公设备大量运用于公安、检察机关的侦查过程中，侦查机关运用高科技手段进行讯问和取证，增强了非法取证的隐蔽性。如：侦查人员在讯问犯罪嫌疑人时使用电脑对文档进行复制、修改、剪贴等文字处理，使讯问笔录已不能反映犯罪嫌疑人陈述的真实过程和全部内容。加上大量法律专业优秀人才考入公安机关以及检察机关，使得侦、控方业务能力大幅提升。而律师行业，由于专业化分工尚未普遍化，很少有律师对外宣称只接刑辩业务。大量的年轻律师愿意按照现行司法行政部门发布的律师刑辩业务收费标准甚至低于标准承接业务，由于这样的收费比“大律师”动辄几十万的出场费较为经济，并且刑辩总的效果并不理想，故当事人也愿意将刑辩业务交给经验不足的律师们一试，因此导致法庭上公诉人与辩护人的“重量级别”失去了平衡。⁽¹⁶⁾

3、律师进行此类辩护风险过高

律师进行程序性辩护，就证据方面寻求突破容易造成控辩双方冲突的升级，风险较大。加上受《刑法》第306条的束缚，为了规避执业风险，有的律师便调整工作思路，既不核实控方提供的有罪证据，也不收集原有证据外的新证据。使被指控人合法权益难以得到最大限度的保障。

（二）对策分析

1、完善立法

全国人大已将刑诉法修改列入今年的立法计划，这是继1996年修改后的再次大修。立法机构应借鉴英美法系关于非法证据排除的先进立法经验，并结合我国的实际进行整合。如建立律师在场权制度，将侦查机关、检察机关的侦查讯问行为置于律师的监督之下，以防止犯罪嫌疑人在侦查阶段遭受刑讯逼供。建立法官对侦查行为的审查监督制度以及对侦查人员程序性违法的惩戒制度，并慎重考虑《刑法》第306条的修订，甚至取消等。

2、提高律师业务能力

驾驭“两个证据规定”首先要求辩护律师在熟悉实体问题的同时，还要熟悉程序性问题，如证据的搜集、固定、鉴定、勘验以及新类型证据的适用、划分等。其次，要求律师不仅要灵活援引法条，还要掌握法条背后的法理和立法精神，如两个证据中绝对排除、相对排除、

补正排除的深层次原因,通过阐明性的、法理性的文字打动法官,让检查官信服。

3、提高律师刑事辩护收费标准

目前,各地发布的刑辩业务政府指导价严重背离市场行情,如果律师按照指导价收费则常常入不敷出,且与律师承办此项业务的风险不成正比;如果律师超出指导价收费,又会使检察官和法官因此对律师提供的证据和辩护意见产生排斥。这样恶性循环,将导致律师辩护功效降低,影响律师的社会公信力。因此,应结合实际,适当调整律师刑事辩护业务的收费标准,以促进律师开展此项业务的积极性。

结语:刑事辩护不仅是现代社会刑事司法公正的基本保障,而且是其基本要素。不论是从实体公正的角度来看,还是从程序正义的要求而言,缺少刑事辩护都将是难以想象的^[7]。非法证据排除规则体现了司法文明和司法进步。运用“非法证据排除”进行程序性辩护要求辩护律师不断提高自身的业务能力,并在执业中培养风险防范意思,以期更好的维护当事人的合法权益,进而对促进我国刑事司法制度的法治化、文明化,并对我国的人权制度发展和宪政建设起到积极的作用。

注释:

①顾永忠主编,《刑事辩护技能与技巧培训学习指南》,法律出版社 2010 年 12 月版,第 185 页。

②戴维·M·沃克著:《牛津法律大辞典》,李双元等译,法律出版社 2003 年 7 月版,第 545 页。

③柴发邦:《诉讼大辞典》,四川人民出版社 1998 年版,第 505 页。

④【德】拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社 1997 年版,第 96 页。

⑤刘善春、华玉谦、郑旭:《诉讼证据规则研究》,中国法制出版社 200 年 5 月第 1 版,第 199 页。

⑥王亚林,《机遇与挑战——“两个证据规定”与律师辩护访谈》,《安徽律师》,2010 年 3 期。

⑦《禁止酷刑公约》第十五条规定:“每一缔约国应确保在任何诉讼中,不得援引任何业经确定系以酷刑取得的口供为证据。”

⑧《河南省律师协会死刑案件辩护指引(试行)》第 94 条;《山东省律师协会死刑案件辩护指导意见(试行)》第 95 条。

⑨《贵州省律师协会关于死刑案件辩护规范指导意见(试行)》第 97 条 辩护律师在会见被告人时,不应出示或宣读同案被告人的供述笔录和证人证言,不应将同案重要犯罪嫌疑人的在逃信息向被告人通报。《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 3 项:嫌疑人应“迅速以一种他懂得的语言详细地告知对他提出的任何指控”。《美国联邦刑事诉讼规则》规定,嫌疑人“有权知悉羁押理由及控方证据”。《德国刑事诉讼法》第 147 条:“犯罪嫌疑人通过其律师知悉侦查方掌握的证据和鉴定结论”。

⑩《贵州省律师协会关于死刑案件辩护的规范指导意见(试行)》第 59 条。

⑪《贵州省律师协会关于死刑案件辩护的规范指导意见(试行)》第 59 条。

顾永忠主编,《刑事辩护律师审查、运用证据指南》,北京大学出版社 201 年 11 月版,第 208 页。

⑫《贵州省律师协会关于死刑案件辩护的规范指导意见(试行)》第 95 条;《河南省律师协会死刑案件辩护指引(试行)》第 92 条;《山东省律师协会死刑案件辩护指导意见(试行)》第 90 条。

⑬【德】鲁道夫·冯·耶林：《为权利而斗争》，胡宝海译，中国法制出版社 2004 年版，第 23 页。

⑭王亚林，《机遇与挑战——“两个证据规定”与律师辩护访谈》，《安徽律师》，2010 年第 3 期。

⑮蒋卫忠，《律师刑辩功效：一个值得探讨的问题》，《中国律师》，2010 年第 6 期，第 66 页。

⑯朗胜，《刑事辩护与非法证据排除》，北京大学出版社，2008 年 3 月版，第 117 页。

参考书目：

- 1、顾永忠：《刑事辩护技能与技巧培训学习指南》，法律出版社 2010 年 12 月版。
- 2、戴维·M·沃克：《牛津法律大辞典》，李双元等译，法律出版社 2003 年 7 月版。
- 3、柴发邦：《诉讼大辞典》，四川人民出版社 1998 年版。
- 4、【德】拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社 1997 年版。
- 5、刘善春、华玉谦、郑旭：《诉讼证据规则研究》，中国法制出版社 200 年 5 月第 1 版。
- 6、王亚林，《机遇与挑战——“两个证据规定”与律师辩护访谈》，《安徽律师》，2010 年 3 期。
- 7、顾永忠主编，《刑事辩护律师审查、运用证据指南》，北京大学出版社 201 年 11 月版。
- 8、【德】鲁道夫·冯·耶林：《为权利而斗争》，胡宝海译，中国法制出版社 2004 年版。
- 9、蒋卫忠，《律师刑辩功效：一个值得探讨的问题》，《中国律师》，2010 年第 6 期。
- 10、朗胜，《刑事辩护与非法证据排除》，北京大学出版社，2008 年 3 月版。

作者单位：安徽金亚太律师事务所

食品安全责任追究制度的完善

高岩岩

【内容摘要】民以食为天，食品关系到人类的生存和身体健康，关系到经济社会的发展和稳定。近年来，危及人类健康、生命安全的重大食品安全事件屡屡发生，如近几年发生的“三聚氰胺奶粉”、“苏丹红”、“毒豇豆”、“皮革奶”、“双汇瘦肉精猪肉”等食品安全事故，在全国范围内引起强烈的反响。随着我国法律制度的完善，我国虽然已建立了以《食品安全法》为核心的食品安全保障法律体系，但是在食品安全法律责任的追究方面尚存在缺陷，需要进一步完善，本文结合我国目前的食品安全的现状，借鉴西方国家的食品安全责任追究体制的优点，从刑事责任、民事责任、行政责任三个方面提出完善我国食品安全责任追究体制的建议。

【关键词】食品安全 责任主体 责任追究制度完善

一、完善食品安全责任追究制度的必要性

1、我国食品安全形势严峻

近年来，我国食品安全事故频发，每年都有类似于“三聚氰胺”奶粉事件恶性食品事件出现，严重威胁人们的健康安全。综合分析这几年我国的食品安全问题主要表现在以下几个方面：(1)农产品、禽类产品安全状况令人堪忧为了追求产量和利润，农产品种植、动物养殖过程中滥用激素类农药、抗生素等，使食品在原料关，就具有潜在的安全隐患。(2)在制造食品的过程中使用劣质原料，添加有毒物质。如使用病死畜禽原料加工熟肉制品；用“地沟油”加工油炸食品等，给食品安全造成极大隐患。超量使用食品添加剂，在加工食品制造过程中使用非食用化学添加剂，非法添加和超量使用超出食品法规规定范围的化学物质。如焙烤食品中添加二氧化硫作为增白剂；使用矿物油给大米增亮。(3)微生物数量超标，对食品安全构成威胁(4)食品生产、安全日期不规范在我国货架期较短的食品，如奶制品生产日期、保质日期随意改动，致使过期食品再次流入市场，出现“早产奶”。此外，与食品有关的标识、包装等问题也十分突出。

这些食品安全事故不仅威胁人民群众的身体健康乃至生命安全，同时影响食品企业的经济效益，增加国家对受害者的救治费用支出，降低企业信用度，造成群众的消费心理压力，限制着我国食品的进出口业务，因此必须对食品安全进行监管，只有加强对相关主体的法律责任的追究，才能从根本上防范食品安全事故的发生。

2、我国目前的食品安全法律体系

随着经济社会的发展，我国政府对食品安全问题重视程度逐步提高。经过摸索制定并实施了一系列食品安全法律法规。目前我国食品安全基础法律有：《食品安全法》、《产品质量法》、《农业法》、《标准化法》、《进出口商品检验法》等，涉及食品安全要求的技术标准法律法规有《食品生产加工企业质量安全监督管理办法》、《食品标签标注规定》、《食品添加剂管理规定》、《转基因食品卫生管理办法》等，在上述基础法律和技术规范的基础上，国务院相关部门及地方各级政府制定的相关的规章作为补充，形成了较为完善的食品安全法律体系。

目前，我国食品安全法律制度按照从农田到餐桌的过程可分为（1）食品产前质量安全法

律制度：产地环境方面；动物防疫检疫以及植物检疫方面；投入品方面相关法律法规。（2）食品生产、加工、运输、销售法律制度，主要是 HACCP，GMP 等食品生产规范，食品包装材料安全标准等。（3）食品安全监督管理法律制度：食品安全标准；认证体系，与食品安全有关的进出口相关的法律法规。

3、我国食品安全责任追究体制的缺陷

（1）食品安全监管部门职能缺位。

我国法律授权参与食品安全监管的部门主要有卫生、农业、质检、工商、食品药品监督管理局，由于监督管理部门多，部门间的职能交叉、重复执法、重复抽检、执法缺位、监管空白等现象较为突出，部门之间形成不了合力，监管责任难以落到实处。

由于部分执法职能在法律法规上还没有理顺，法律法规的最终解释权的主体不一，从而造成一些法律法规相互冲突，执法部门食品监管越位、错位和缺位的现象时有发生；监管涉及多个监管部门而且职能交叉，各职能部门之间缺乏有效的信息交流，有的甚至相互制肘。此外监督资源分散，监督的力量没有形成合力，必然导致监管部门职能缺位。食品的监管工作没有建立长期有效的监管机制，往往仅限于在出现问题以后的事后补救工作和应付上级安排。执法不严、监管不力仍然存在于食品安全监管的各个环节。

（2）法律法规对食品安全事故责任单位和责任人的惩处相对过轻，威慑力不够。

在西方发达国家，对于出现食品安全事故的企业惩处采取重罚，特别是对故意破坏食品质量安全的企业处罚非常严厉，要求立即停业待查，还会处以足以使其倒闭的高额的罚款，提高其违法成本。如美国法律规定，只要制假均属有罪，无论金额大小，处以 25 万美元以上 100 万美元以下的罚款，并处以 5 年以上的监禁，对于有制假前科的，罚款额高达 500 万美元。这样的严厉的处罚使食品生产经营者不敢违法，将食品安全视为企业的生命。

而我国现行食品安全法律法规对制假造假行为的处罚较轻，不足以威慑不法企业、经营者。《食品安全法》第 85 条规定：“违法本法规定，有下列情形之一的，……（三）生产经营营养成分不符合食品安全标准的专供婴幼儿和其他特定人群的主副食品……，由有关主管部门按照各自职责分工，没收违法所得、违法生产经营食品和用于违法生产经营的工具、设备、原料等物品；违法生产经营的食品货值额不足一万元的，并处二千元以上五万元以下的罚款；货值金额在一万元以上的，并处货值金额五倍以上十倍以下罚款；情节严重的，吊销许可证”此条规定仅仅处以罚款、吊销许可证等，处罚力度过轻，使其违法成本较低，根本起不到惩戒作用。

二、食品安全的法律责任主体

在食品安全法律关系中，首先必须明确哪些主体涉及食品安全，这是法律进行规制的前提，否则食品安全法就会无的放矢，食品安全控制也就只是空谈。在食品安全法律关系中包括几类主体，他们处于不同的地位，分为不同的层次，具有不同的作用，承担不同的责任和义务。

1、食品生产者、经营者

食品的生产者和经营者是食品安全中最主要的主体，食品安全与他们密切相关，在食品安全中承担最主要的义务和责任，食品安全法律应把他们作为首要的调整规制对象，明确他们法律上的义务和责任至关重要。整个的食品安全法律体系都是围绕着他们设定。在法律上要确定“从农田到餐桌”的整个食品链中的所有的生产者和经营者，而不能忽略任何一个环节的食品生产、经营者，应包括全过程的所有的食品生产、经营者。从法律上对他们资格的认定需要建立严格的市场准入制度，把那些不合条件的生产者、经营者排除在市场之外，以此在源头上把握食品安全，免除后患。中国的食品生产企业规模小，家庭作坊似的较多，生产卫

生条件差,存在巨大的食品安全隐患,消除和加强对这类企业的管理是紧迫的。从实践来看,确实很多食品安全事件他们是始作俑者,现在的法律对他们的管理进行严格规定,特别是食品安全事故的法律责任设置有待加强。

2、食品安全监管执法机关

政府食品安全监管执法是一种"公共品",市场自身的调节已经无法满足食品安全需求,需要政府参与管理食品安全。所以食品安全执法机关是食品安全的重要主体,现实情况也表明,食品安全监管在确保食品安全方面越来越具有不可替代的作用,有时甚至是主导作用,不可或缺。执法机关的作为将决定食品安全与否,可我国的食品安全执法者往往执法不力,责任心不强,很多的食品安全事故都由于他们的执法不力造成的,在保证食品安全中没有起到应该或人们期待他们起到的作用。中国监管食品安全的监管专业人员已经超过百万,分布在卫生、农业、质检、环保、工商等行业部门。按照常理,如此庞大的监管人员队伍,理应组成一张巨大的食品安全"恢恢之网",可冷酷的现实说明这张网是如此的不堪一用,"漏网之鱼"何其之多。加强食品安全的监管执法体系建设和提高监管部门的执法能力和水平已经刻不容缓,迫在眉睫。

3、其他主体

这类主体只是偶尔涉及,在食品安全法律关系中处于次要的地位,比如鉴定机构,咨询机构,消费者协会,运输企业,广告经营者等,但从发展趋势来看,他们在保障食品安全中的作用会越来越重要,不容忽视。

三、完善食品安全法律责任追究制度的建议

"徒法不足以自行",仅仅依靠生产加工过程中的法律法规对食品安全进行规制还是不够的,还必须对相关责任人赋予相应的法律责任,才能实现食品安全监管的目标。目前我国的食品安全法律责任制度尚存在缺陷,法律责任的承担幅度设置不合理,不足以制止食品安全违法事件的发生,必须通过法律责任制度的完善重新科学合理配置。

1、合理配置生产、销售者的法律责任

一般来说,谁是受益者,就应该根据其受益承担相应的责任。在食品生产经营的过程中,食品的生产者和经营者与食品安全关系最密切,也是最主要获益者,理所当然应当承担食品安全义务和责任。食品安全法律责任的设置主要是针对生产、销售者,把他们作为首要的调整规制对象,明确他们法律上的义务和责任。目前的法律责任规范没能根据生产者、消费者的获益幅度,分配给其足够责任,显失公平。因此对食品生产者、经营者改革或者重置食品安全法律责任。

(1) 刑事责任。因为食品安全权事关不特定人群的生命安全,而食品消费与人们的日常生活紧密相连,刑法有对食品安全权强化保护的义务。在我国《刑法》中与食品安全有关的罪一共有三条,第140条的生产、销售伪劣产品罪,第143条生产、销售不符合卫生标准的食品罪,第144条生产、销售有毒、有害食品罪。这三条虽然都是针对危害食品安全行为进行了处罚,表面上看是对食品安全的保护,但是条文过于笼统,适用性不强,实际中很难运用,不能起到保障食品安全的作用,有待细化。所以,现实中制售有毒有害食品的生产者、销售者,被处以刑罚的较少。

因此为强化食品安全权的刑法保护,建议在刑法中应当增设"危害食品安全罪",而且定性为行为犯,以达到保护食品安全权的目的。

(2) 行政责任。目前,我国现有食品安全法律法规中行政处罚力度较弱是食品安全的形势严峻一条重要原因,因此要完善对危害食品安全的行为行政处罚制度。根据《食品安全法》中规定,对于违法食品企业处罚金额要根据有无"非法所得"来确定。一方面,食品安全具有潜

在危险，不管其有没有进入流通领域，食品生产经营者有没有获利，都必须加以处罚。另一方面，食品生产经营者轻易不会提供非法所得，甚至隐瞒真实非法所得，导致卫生部门在执法过程中对非法所得就很难认定，进行处罚也就失去了有力的依据，起不到处罚的目的，降低了其违法成本。

另外《食品安全法》中对于食品生产经营者的违法行为的处罚力度太小了，远远达不到打击违法分子的目的。在与执法机关的反复博弈中，因其违法成本低于非法所得，仍有利润空间，就致使他们不惧处罚，藐视法律的存在，造成食品制假售假愈演愈烈。这样，有可能导致食品安全形势恶化，从而危害人们的生命健康。所以必须加强现有法律法规的行政惩罚力度。

(3) 民事责任。从立法目的上可知，生产、销售者承担民事赔偿责任应当是承担法律责任的最主要的形式。因为其违法行为给消费者的健康安全造成了损害，侵害了其合法权益，只有通过民事赔偿才能弥补当事人的损害。但是在我国实践中却，很少有消费者能从生产、销售者那里获得赔偿。其主要原因有诉权不明确、举证难、诉讼成本高等。因此必须完善民事赔偿的法律制度，合理配置生产者、销售者的民事责任，以弥补消费者的损失。

这里介绍西方国家的惩罚性赔偿制度。惩罚性赔偿制度，指如果违法行为人的行为具有恶意，或者对食品安全事故态度轻率、漠不关心导致了损害的发生，法院除了可以判决其承担与消费者所受损害对等的赔偿之外，还可以判决超过实际损害范围的惩罚性赔偿。

惩罚性赔偿制度，不仅可以补偿受害人的损失和支出，还实现了对生产者、消费者的故意、草率的侵害行为的制裁功能，同时提高了惩罚标准，还可以增加其违法成本，使其将来不再发生类似的行为，具有到一定的预防作用。对于消费者也是一种鼓舞，增加其维权意识，利于食品安全事故责任的追究。

因此，建议在我国《民法》关于食品安全的侵权行为中，引入惩罚性赔偿制度，提高惩罚标准，对于食品安全要重典治乱，增加其威慑力，提高对不法行为的打击力度，彻底改变现有法律法规中的“软法性”特征，实现惩罚不法行为人，保护消费者权益的目的。

2、落实执法者的法律责任

目前，我国食品安全执法机关有卫生、质检、工商等十几个部门，对食品安全保障体负有监督责任，但是由于目前在立法上对执法者的职能分工不明确，责权不对称，也没有设立执法者的责任追究制度，导致执法部门有了好事，大家争功夺名，出了问题，相互推诿。执法者执法不力、执法不严，是食品安全事故发生的重要原因之一，因此执法者对此承担相应的法律责任。

因此，在刑事立法上要完善食品安全犯罪中关于渎职犯罪的规定，在执法人员在没有尽到监督职责时，要对直接负责的执法人员和其他有间接监管责任的人员应以玩忽职守罪追究刑事责任。

在行政立法方面，明确分工，根据权利配置责任，要增强执法人员的责任心，使其忠于职守，一旦出现问题实行责任倒查机制，对于责任心不强、失职、监管不力等行为，追究行政执法者的行政责任。

参考文献：

1. 曹利强：“中国食品安全的制度性缺陷浅析”，《粮油加工与食品机械》，2006年第6期，第22页。
2. 陈品玉：“我国食品安全法律法规的缺陷及对策研究”，贵州大学2008年论文，第33页。
3. 肖元：“对食品安全刑法保护的思考”，《西南民族大学学报(人文社科版)》，2006年第二版，第21页。

4. 刘宁：“我国食品安全社会规制的经济学分析”，辽宁经济职业技术学院学报，2005 年第 4 期。
5. 任丽梅：《构建我国食品安全保障网》，载《前进论坛》2003 年，第 33-34 页。
6. 谢敏，于永达：对中国食品安全问题的分析，上海经济研究，2002 年第 1 期，18 页。

作者单位：安徽杜文律师事务所