

SHENZHEN LAWYERS



深圳律師

非常视线 专业见解

医患之殇与出路

面对有愈演愈烈之势的医患纠纷，除了从完善立法归责原则和举证责任、引入第三方独立调解机制、建立健全医学专家库和重构社会诚信体系等制度层面消除隐患之外，更为重要的是重塑医患双方平等、尊重、公正、透明的契约精神，实现对权利本位和维权行动的理性回归。

“口袋罪”何时能真正消亡

在仲裁工作中自我磨砺



NO.

52

2014年第3期 深圳市律师协会主办
法人杂志社协办



“深圳律协微信公众号” 正式开通

深圳律协微信订阅号开通成为沟通与交流的新平台，在这里，有特区律师的坚守与努力、创新与改革，将展现律师的价值和法治的魅力。

今后，深圳律协将不断推送律协要闻、通知公告、培训信息、法律资讯等信息。最新“律情”，让您随时随地掌握。

敬请关注！

◆扫描下方的二维码，或添加深圳律协微信号 szlawyers2014，即可了解深圳律协及律师最新动态。



以宪政精神把握寻衅滋事罪的边界

文 深圳大学法学院 吴学斌教授

当人们为1997年的刑法取消流氓罪这一“口袋罪”而欢呼时，却发现流氓罪以另一种形式借尸还魂——1997年的刑法增加了一个新的“口袋罪”，那就是寻衅滋事罪。

“口袋罪”具有兜底的作用。寻衅滋事罪原本是作为维护社会秩序的兜底个罪而存在的，所以它仅仅指向那些妨害社会管理秩序的具体行为。可是在现实生活中，有的司法部门将未经批准的游行示威认定为寻衅滋事罪，有的司法部门将上访的行为认定为寻衅滋事罪，甚至还有有的司法部门将发表不合适的言论的行为也认定为寻衅滋事罪……这不禁又引起了人们对人权状况的担忧，于是有人呼吁取消寻衅滋事罪。

取消寻衅滋事罪，既不可能，也没有必要。法律是语言来建构的，像寻衅滋事罪这样的“口袋罪”，单从文义的角度来说，还不能算是“恶法”，它模糊的构成要件虽有侵犯人权之虞，但也提供了法益保护的空間，这恰好是“口袋罪”的价值所在。因此，如何理解寻衅滋事罪的犯罪构成，使之成为既保护法益而又不侵犯人权的良法是一个现实的问题。

“善良的心是最好的法律”。成文的刑法如果不以善意去诠释，难免会沦为丧失道德性的工具。但“善良的心”是一个非常模糊的概念，任何魔鬼都可能会以善良的形象出现，认为自己是善良的化身。

所以，我们应该将“善良的心”朝着客观化的方向去理解，这个客观化的方向，或者说标准，就是真实的宪政情怀。

真实的宪政情怀是一种“善”。司法的目的就是为了扬宪法内含之善。寻衅滋事罪侵犯的法益是市场秩序，秩序本身不仅仅意味着稳定性，更强调的是一种有序的稳定。性。“有序”不是一般人脑海中的平平静静，而是宪法所规定的价值的稳定性。人们行使宪法赋予的基本权利，哪怕在程序上有瑕疵，但只要还是在行使权利的范围之内，就不应该认定为寻衅滋事罪。例如，宪法规定了公民有游行示威的权利，既然允许游行示威，当然应该容忍妨碍交通秩序的后果。按照法律规定，游行示威应该经过批准才能进行，可是在现实中，有几个游行示威的申请会被批准？人们未经批准游行示威，只要没有超出游行示威的范围，没有出现“打、砸、抢”，即使阻碍了交通也不应该按照寻衅滋事罪来定罪；再如，宪法规定了公民有言论自由，既然是言论自由，当然是公民说自己爱说的话，想说的话，这些话有可能是不正确的话、不中听的话，只要这种表达不是在故意制造谣言，当然就没有超出宪法允许的范围，不应该以寻衅滋事罪这一“口袋罪”来收紧宪法赋予公民的基本权利。

纸上的法律终究是没有生命力的，善良的心所诠释出来的法律才会使这个社会向着健康的方向发展，对寻衅滋事罪的理解也不例外。



法人

主办：深圳市律师协会
协办：法人杂志

粤内登字B11277号



本刊随《法人》杂志赠阅发行

编委会 主任	高 树
编委会 成员	张 斌 黄思周 韩 俊 胡宁可 张 鹏 张 弢
主 编	张 斌
副主编	张 鹏 王 红
栏目编辑	周争锋 俞 飞 陈 伟 杨新发 舒 笑
编辑	陈 夏 钟小萍 黄仲景
美编	刘晓莹 赵 佳 周洪磊
电话	0755-83025728 83025789
传真	0755-83025177
地址	深圳市福田区深南大道4001号 时代金融中心20楼
邮政编码	518048
电子信箱	shenzhenlawyers@163.com

视线 VIEW

P4-P7

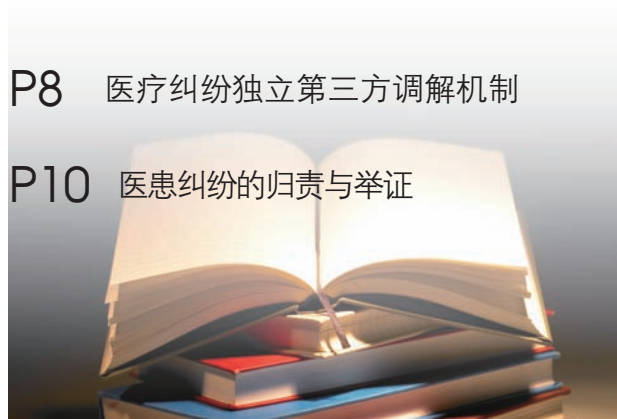
- ◎ 访民成“信访主任”凸显司法救济无力
- ◎ “新国九条”为律师业带来新机遇
- ◎ 旅游法实施的三大看点
- ◎ 明星代言行为可约定风险条款
- ◎ “以房养老”并非根本之策
- ◎ 网络购物维权需多管齐下
- ◎ 不动产统一登记动了管理部门的“奶酪”
- ◎ 相关部门应公开社会抚养费信息

热点 HOTSPOT

专题：医患纠纷的法律视野

P8 医疗纠纷独立第三方调解机制

P10 医患纠纷的归责与举证



P11 医疗损害责任纠纷三大焦点

P14 治理“医闹”暴力的法治思维

P17 医患关系的前世今生

P20 域外医患纠纷处置机制

论道 DISCOVERY

P21 寻衅滋事罪的限缩思考

P24 “口袋罪”何时能真正消亡
——小议寻衅滋事罪

实务 PRACTICE

P25 聚焦新公司法四大内容

P27 融资租赁公司的法律与税务问题（上）

P29 盗窃案中价格认定的建议

拍案 CASE AND EXAMPLES

P30 知识产权案抗辩策略至关重要

P33 串通投标案的司法处理

P36 涉外婚姻家庭案件中的法律冲突

人物 PROFILE

P39 在仲裁工作中自我磨砺



生活 LIFE

P41 您知道沈家本吗
——《修律大臣沈家本》读后感

P43 法律人，什么是你的贡献

P44 秩序

资讯 INFORMATION

访民成“信访主任”凸显司法救济无力

2014年6月26日，也就是老访民李华成上岗的第5个月，他辞去了成都市青羊区政府信访局“信访调解室主任”一职。

(人民网)

资深访民李华成被信访局局长聘为“信访主任”，上岗4个月即辞职。这不禁让人们信访制度发出一连串疑问：一个访民怎么做了“信访主任”？各地信访机构的设置如何？人事编制如何？运作费用又怎样？

抛开上述质疑的声音，就“访民被聘为信访主任”事件本身来看，它的出现有其现实考虑。对信访局来说，企图以访民劝解访民，达到弱化或者消弭矛盾冲突的目的；对访民李华成来说，自认为可以让自己信访的事件得到重视或更有效的解决机会；而其他访民看到昔日“访友”李华成坐镇“信访主任”，则有可能更好地被劝慰，从而放弃信访，转而寻求更有效的救济方式。

信访局希望李华成在工作当中做到三点：给访民普法、讲道理；劝说访民尽量走司法程序；向访民传达信访局工作难做的苦衷。作为一个资深访民，李华成比一般访民更懂法律，让这样的资深访民给访民普法是可行的；但是让其劝说访民走司法程序却不可行，因为如果司法程序可行，李华成就可能成为资深访民；如果司法程序完全可行，就没有信访机构存在的意义了。

让访民做“信访主任”看似有诸多可取之处，实际上，三方的问题都没有得到解决，因为问题的根源在于制度。

实质上，信访的两个主要职能是政治参与和权利救济。笔者认为，信访正是反映了公民在政治参与和权利救济两个方面的现实无力。现实中，信访更多的是作为权利救济的一个重要途径。司法救济的受阻或受挫，让民众把信访当成其最后的救命稻草。这也反映出司法建设在实际中存在的问题，其一是司法腐败，司法救济不是有效公平的途径；其二是司法程序的不独立，受行政干涉太严重。

司法救济的不济造成了信访的膨胀，而信访制度的存在又阻碍了民主建设和法治建设的步伐，让民众的思维还停留在几千年的封建社会，认为上有青天通民意，寄托于信访的方式解决问题。只有实现司法救济的独立和有效性，才能让信访制度逐步退出历史的舞台。

(广东华协律师事务所 单红玲律师)

“新国九条”为律师业带来新机遇

2014年5月9日，国务院17号文件发布了《关于进一步促进资本市场健康发展的若干意见》（以下简称“意见”），即“新国九条”，明确了我国今后较长一段时期资本市场发展的思想方针和措施，并提出到2020年在全国基本形成更加健康、完善、多层次的资本市场体系。

(综合媒体报道)

应当说，《意见》是为促进我国资本市场健康发展而进行的顶层设计和统筹部署。作为法律工作者，我们应当高度关注以下几个方面：首先，《意见》所涉多层次资本市场体系的健全，包括股票市场、债券市场、私募市场和期货市场，以及证券期货服务业竞争力的提高、金融产品创新和金融风险防范、化解等，为律师行业带来了新的发展机遇和业务拓展机会；其次，保护中小投资者的合法权益已在相关文件中多次强调，《意见》又再次重申。笔者认为，在投资者综合保护体系中，法律保护是十分重要的一个环节，而当下，投资者维权成本高、方式单一、效果差等是普遍存在的现象，因此，如何推进调解、仲裁、诉讼相结合的多层次解决机制，是切实保护中小投资者合法权益的重要举措；再次，《意见》专门提到了混合所有制经济，并鼓励市场化的并购重组，结合目前的资本市场形势，可以预见，国企改革仍是未来的重要议题，我们应积极参与其中。另外，对于互联网企业参与资本市场的监管，尤其是法律管控，显得十分重要，只有明确界定了各参与主体的机构形式、业务范围、法律责任、监管部门等，才能促进其在法律框架下创新，并使互联网金融健康成长。《意见》指出，健全法规制度。推进证券法修订和期货法制定工作。出台上市公司监管、私募基金监管等行政法规。建立健全结构合理、内容科学、层级适当的法律实施规范体系。

依笔者之见，资本市场改革、发展是一项系统工程，离不开完善的外部环境，尤其是法制环境。作为纲领性文件，《意见》亟需一系列法规政策方面的配套措施，包括修订《证券法》、制定《期货法》、以及完善民事赔偿法律制度和刑事犯罪认定标准等。另外，《意见》所涉及的内容十分广泛，如何将其落实到实处，包括完善市场基础设施、相关部门的协调和配合、完善资本市场税收体制、资本市场信息传播秩序的规范等，也将显得尤为重要。

(上海市锦天城(深圳)律师事务所 张宪忠律师)

旅游法实施的三大看点

多年以来，旅游市场诸多乱象一直是社会各界关注的焦点，变更行程、强制购物等宰客现象更是千夫所指。2013年10月1日，《中华人民共和国旅游法》（以下简称“旅游法”）开始实施，旅游行业的各种乱象得到有效整治，特别是投诉率大幅下降，导游收入结构调整成为行业新气象。

（综合媒体报道）

笔者认为，旅游法广受好评并给旅游行业带来新气象，主要进步之处在于：

一是旅游法具有很强的针对性和操作性，便于消费者维权和旅游管理机构行政执法。旅游法突破了以前部门立法的窠臼，广泛征求了社会各界的意见，综合吸收了国内外关于旅游立法的先进成果。因此，旅游法在结构设置上显得全面、清晰、科学、合理，在法律规则上则显得具体、明确并有针对性 and 操作性。这正是良法的特征和效果。

二是违法成本高，使旅行社和旅游从业者不敢以身试法，保障了旅游者的权利。旅游法实施之后，旅游者以前投诉最多、意见最大的强制购物现象大大减少，究其原因就是旅游法大大加重了旅行社的法律责任，提高了旅行社违法的成本，起到了震慑违法行为的作用。旅游法第35条规定，旅行社不得以不合理的低价组织旅游活动，诱骗旅游者，并通过安排购物或者另行付费旅游项目获取回扣等不正当利益。违者将被处以3—30万元罚款乃至吊销经营许可证等处罚。这样高的违法成本是旅行社不得不慎重掂量的。

我们看到，旅游法不但规定了对旅行社的处罚，还规定了对导游、领队等直接责任人的处罚。如果导游、领队违法，可能面临“饭碗”被砸的制裁，这把高悬的利剑，是对旅游从业者有效的震慑。

三是旅游法明确了导游与旅行社之间的劳动关系，使得导游的合法权益得到了保障。旅游业的众多乱象与导游的身份不明确、收入无保障有很大关系。基于自身利益的最大化，许多导游把“宰客”当作主要目标而忽视了其工作职责。旅游法明确规定旅行社应当与其聘用的导游依法订立劳动合同、支付劳动报酬、缴纳社会保险费用，并禁止旅行社向导游收取费用和垫付费用。

当然，旅游法并非尽善尽美，特别是在旅游者维权方面需要进一步完善，比如引入公益诉讼制度，可较好地解决旅游者维权成本高企、维权积极性不高的问题。

（广东万乘律师事务所 杨新发律师）

明星代言行为可约定风险条款

5月中旬，北京市民冯长顺因认为自己购买的汤臣倍健鱼油软胶囊存在虚假宣传问题，将经销商北京百姓阳光大药房有限公司及该产品代言人姚明告上法庭。

（综合媒体报道）

我国的《消费者权益保护法》第四十五条、《食品安全法》第五十五条以及《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》都作了这样的规定：消费者因虚假广告推荐的食物、药品存在质量问题遭受损害，有权要求广告经营者、广告发布者承担连带责任。即明星一旦代言了虚假的广告，那么参与制作广告的明星必须承担连带赔偿责任，要承担与提供商品的经营者同等的法律责任。此类法律风险相对明确、可预见及可控制。

相对于上述明星面临的法律风险，委托明星为产品和品牌代言的商家面临的更多的是道德风险。笔者认为，已经支付巨额代言费的商家可以对代言的明星行为进行约束，对特定的风险事件进行管理和特别约定，明确风险事件发生后明星的法律责任。双方可以在主合同中约定风险条款，也可以以补充协议和补充条款的形式增加风险条款。风险条款至少应该包括以下内容：

一是对禁止类条款，明星在公众场合某些行为的约束和风险的类别进行约定，包括不能出现有损于国家主权和民族尊严的言行；不能有违反基本伦理和公序良俗的行为，如打架、谩骂、不孝等不良行为；不能有严重法律后果的事件产生，如吸毒、卖淫、嫖娼等。

二是排他性条款，明星代言某个产品后，不能再代言同类产品。

三是对所有行为的约束需要明确时效性，时效可以在合同有效期内也可以延伸至合同履行结束后的一段时间。

四是责任条款，即发生约定的风险事件后双方的责任，是中（终）止合同履行、停止支付费用还是支付违约金或赔偿损失等。

五是其他可能严重影响明星及代言的产品及品牌形象的行为。

但是，完全准确地预测和管理明星代言的风险几乎是不可能的，所以商家在委托明星代言时，应该有系统的风险预案。

（广东卓建律师事务所 邱旭瑜律师）

“以房养老”并非根本之策

2014年6月22日，保监会正式下发《关于开展老年人住房反向抵押养老保险试点的指导意见》，老年人住房反向抵押养老保险试点将于7月1日起在北京、上海、广州、武汉四地开闸，试点为期2年。至此，此前讨论广泛的“以房养老”试点政策落地。

(综合媒体报道)

保监会此次下发意见开启“以房养老”的试点，跟松动的二胎政策一样，都是中国政府应对老龄化社会的举措。“试点”既给各方准备时间，政府也期待“试点”对百姓有引导和教育作用：人们如果改变了养老观念，老年人房产盘活后按照现在的房价，将是一笔可观的养老金！

对老年人来说，如果能够将自己的房产盘活，在世时能正常居住，还可以通过预支身后房产剩余的价值来提高晚年生活质量——“以房养老”看起来是件很美好的事情。但事实会怎样，还要看政策的提出者——政府，游戏规则的制定者——保险企业、玩家——有养老需求的老年人，各方的利益能否在该政策下取得一致。

对保险企业来说，“以房养老”只是一个商业保险产品，保险企业必须在满足客户养老需求和保险企业盈利空间中间寻找平衡点，而这些都取决于数年后的房屋价值以及尚不明确的房屋产权期限的相关政策。如果按照保监会的意见，老年人要一直从保险公司领取养老金直至身故，那么中国现在房屋70年产权期限的规定，人类平均寿命的不断增长以及楼市的长期走向等都是问题。

对老人来说，如果有多套房产，在楼市稳定的情况下，“以房养老”让老人获得的经济收益必须高于直接出售或者出租多余房产，而这与保险企业从房屋市场价值中分一杯羹的初衷显然相悖；如果这些老人只有一套房，“以房养老”似乎恰好解决了老人居住和融资的双重需求，但是保险企业要保障老年人终生居住权的情况下，多大程度上可以通过盘活房产（如通过再抵押给银行取得融资等）获取收益支付养老金直至老年人寿终？

政策出台了，考验保险企业智慧的时候到了。无论如何设计，像以前按房产市价60%金额贷期10年的伪“以房养老”，这种做法肯定行不通。

(广东星辰律师事务所 李红律师)

网络购物维权需多管齐下

2014年1月16日，中国互联网络信息中心发布第33次《中国互联网络发展状况统计报告》，报告显示，截至2013年12月，中国网络购物用户规模达3.02亿。随着网络购物用户的激增，假冒伪劣商品、虚假交易、山寨网站、售后服务缺失等网购问题日益凸显，交易纠纷不断。

(综合媒体报道)

网络购物，消费者面临诸多困境。首先，经营者的真实名字、民事行为能力等确认侵权责任主体的信息，消费者大多无从知晓；其次，发生交易纠纷后，消费者将因无法确定被告住所地导致起诉难、送达难；再次，由于买卖双方通常在第三方交易平台上对商品的质量、售后服务无法自主约定或根本没有约定、经营者通常不开具收款凭证和保修书给消费者等原因，带来调查取证难的问题。

面对网络购物困境，消费者权益亟需保护。这需要消费者、监管部门、立法部门及电商等多方共同努力。以下是笔者关于网络购物维权的五点建议：

一是消费者应增强自我保护意识。尽量选择正规、知名、信用度高的网站平台进行网购活动；购物前多与经营者沟通，详细了解商品质量及售后服务等信息；注意保存聊天记录，将付款凭证、商品广告宣传页进行截图，索要发票，以便事后维权举证。

二是要强化网络营运商的监管责任。网络营运商应对商品经营者的真实身份、资质、经营范围及所发布的商品信息负审查义务并予以登记备案，建立网络营运商与商品经营者的连带责任制度，以便纠纷发生后消费者能迅速找到责任人。

三是针对电子商务领域的常见、新型法律问题，建立和完善相关法律、法规。虽然最新的消费者权益保护法首次规定了“消费者网上购物7天无理由退货”一定程度上保护了消费者利益，但在电子证据的法律效力、诉讼管辖权、隐私权保护等方面，有关网络购物的立法工作仍处于滞后状态。

四是建立小额消费争议纠纷简易程序。在网购领域试点设立小额消费争议的简易程序，简化网购交易纠纷诉讼程序，采取对消费者更有利、更简便快捷的方式解决消费纠纷，减轻消费者及法院讼累。

五是加强电商行业自律，加快建设我国电子商务信用体系及诚信机制。

(广东诚公律师事务所 罗振辉律师)

不动产统一登记动了管理部门的“奶酪”

6月25日是全国土地日，6月底则是国务院要求的《不动产登记条例》出台时间表。不动产统一登记，动的是谁的“奶酪”？“房婶房叔”的？所有潜在纳税人的？开发商的？各方说法不一。

（综合媒体报道）

在笔者看来，不动产统一登记，真正动的还是相关管理部门的奶酪。

目前，我国不动产分类复杂，土地按照性质分为林地、草地、耕地以及建设用地，按照区域和用途又分为农村建设用地、农村承包土地和城市建设用地。我国现有不动产登记管理部门涉及国土、住建、农业、渔业、林业、海洋等将近10个部门，针对不同类型的不动产，不同管理部门进行不同的监管，发放不同的证书。

多年来，各部门在登记机构、登记人员、技术方法等方面已各自形成了相对完整、独立的登记制度。这本应为实现不动产统一登记奠定良好的基础，但有些部门长期以来形成的“一亩三分地”观念，使得相对完整、独立的体系成为“统一登记”的变革阻力。而要实现登记机构、人员、职能、工作的统一，有关部门必须转变观念，把不动产统一登记当成利国、利民服务型政府建设的应有之义，摒弃“手有公章、批文余香”思想，实现从“部门权力”到“公民权利”执政理念的根本性转变。只有这样，保护不动产权利人合法财产权的统一的不动产登记制度才能真正建立起来。从这个意义上说，不动产统一登记，真正要动的是相关主管部门的“奶酪”。

不动产相关管理部门传统的“各自为政”的思路，显然是阻碍不动产登记推进的重要原因。相关部门究竟能不能革自己的命？我们不妨拭目以待。

（广东维强律师事务所 刘砺律师）



相关部门应公开社会抚养费信息

2013年7月11日，浙江律师吴有水向广东省卫计委（原广东省计生委）申请公开2012年度广东社会抚养费征收及使用情况。广东卫计委以“内部事项管理”为由，决定不予公开。吴律师遂将广东省卫计委告上法庭，广州中院判决撤销广东省卫计委作出的《不予公开告知书》，并责令对吴有水的政府信息公开申请重新作出处理。

（综合媒体报道）

行政机关的一切活动应当在阳光下运行，并接受人民群众的监督。新一届领导班子上台以来，多次旗帜鲜明地提出要重视法治化建设，并且任何组织或者个人都必须在宪法和法律范围内活动。习近平曾讲到：行政机关是实施法律法规的重要主体，要带头严格执法，维护公共利益、人民权益和社会秩序。执法者必须忠实于法律。浙江的吴律师，作为一个普通的共和国公民，要求广东卫计委公开2012年度广东省社会抚养费的征收、开支、使用情况等审计报告，合理合法。卫计委却“犹抱琵琶半遮面”，以“内部事项管理”为由，决定不予公开，其做法有失偏颇和公允，也有违法律规定。

2008年5月1日起正式生效实施的《信息公开条例》第九条规定：“行政机关对符合下列基本要求之一的政府信息应当主动公开：（一）涉及公民、法人或者其他组织切身利益的；（二）需要社会公众广泛知晓或者参与的；”该条例第十二条还将“执行计划生育政策的情况”作为重点公开的政府信息。

社会抚养费作为执行计划生育政策行政管理手段产生的征收款项，其征收总额、预算情况、实际开支情况以及使用情况，涉及到公民的切身利益，需要社会广泛知晓或参与，只有公开了这些信息，才能让人民群众对社会抚养费的征收及管理有所了解，才能上人民群众充分发挥人民监督的积极作用，也才能让人民群众能够有足够的信心来支持社会抚养费的征收工作。因此，可以肯定地说，公开社会抚养费是卫计委的一项法定义务，卫计委应当清楚地认识到这一点。卫计委应主动及时公开这些信息，主动接受社会各界监督，不要等到行政诉讼败诉之后，才极不情愿地公开信息。除此以外，建议社会抚养费信息公开工作，应当制度化、规范化、常态化。

（北京市炜衡（深圳）律师事务所 陈伟律师）

HOTSPOTS | 热点——医患纠纷的法律视野

【编者按】医患纠纷之“患”：隐患的患，患者的患。面对有愈演愈烈之势的医患纠纷，除了从完善立法归责原则和举证责任、引入第三方独立调解机制、建立健全医学专家库和重构社会诚信体系等制度层面消除隐患之外，更为重要的是重塑医患双方平等、尊重、公正、透明的契约精神，实现对权利本位和维权行动的理性回归。

医疗纠纷独立第三方调解机制

文 广东鹏港律师事务所 胡建华律师

医疗纠纷第三方调解是根据《中华人民共和国人民调解法》建立的以医疗纠纷人民调解委员会为主要形式的去行政化的独立调解组织。从事调解的工作人员来自基层人民调解委员会、律师和卫生系统、政法系统的离退休人员，一般都具有医学、药学或者法学等级专业资质；经费由政府购买服务给予保障。医疗纠纷人民调解委员会与卫生局没有任何隶属关系，与医院没有任何利害关系，与患者没有任何利益关系。相比之前由卫生行政部门主持调解或者由保险公司主持调解两种模式，医疗纠纷第三方调解没有了行政色彩和利益牵扯，真正体现了其独立性、中立性与公正性，是近几年探索建立的一种解决医疗纠纷的新型模式，受到了社会的普遍赞许。

目前全国共建立有医疗纠纷第三方调解组织3396个，人民调解员2.5万多人，基本上实现了省会城市和地级市的全覆盖。2013年共调解医疗纠纷6.3万件，调解成功率达88%，有效地化解了医疗纠纷，维护了社会的和谐稳定。

在各地推行的医疗纠纷独立第三方调解模式中，天津当属排头兵，是最早建立、也是最成功和最具有特色的。2014年5月5日，全国医疗纠纷人民调解工作现场会在天津召开。会议充分肯定了医疗纠纷独立第三方调解工作机制，强调要进一步加快完善医疗纠纷人民调解组织机构建设，年底力争覆盖75%以上的县级行政区域；确保调解组织的人员、场所、经费“三到位”；推进医疗纠纷人民调解工作制度化、规范化、法制化；积极构建以人民调解为主体，院内调解、人民调解、司法调解、医疗风险分担机制有机结合、相互衔接的制度框架，以社会治理的思维和办法，建立和完善具有中国特色的“三调解一保险”制度体系，力争用2年左右的时间，实现医疗秩序明显好转，构建和谐医患关系工作取得重要进展。

在这种紧迫形势下，深圳正在创建一流的法治城市，更需要有成熟的法律服务市场，需要完善已经取得一定经验的医疗纠纷人民调解“福田模式”。有鉴于此，作为一个法律人，特此就我市的医疗纠纷独立第三方调解现状和进一步完

善举措提出自己的一些浅显看法，希望对深圳的医疗纠纷调解工作有所裨益。

我市医疗纠纷独立第三方调解现状和不足

医疗纠纷调解组织设在医院内，不具有独立性和中立性。我市的医疗纠纷人民调解组织分别设在街道一级人民调解委员会、派出所、交警大队、劳动局、法院调解室和各大医院，简称“医调室”，只有南山区医患纠纷人民调解中心是在医院外选址挂牌成立的。该中心虽于今年4月2日挂牌，但因装修至今仍未正式运转。因此，将医调室设在医院内，由医院解决办公场所和办公设备的做法，虽然减轻了政府购买服务的财政负担，但是调解组织与医院混为一体，难免有“既当运动员又当裁判员”之嫌，不具有独立第三方的中立地位，不能取得患者的信任。

现有的医调室都是依附在基层单位，市区两级没有设立独立的医疗纠纷人民调解委员会。除了院外选址挂牌的南山区医患纠纷人民调解中心外，我市的医调室都是依附在基层单位和医院内，市、区两级至今尚未建立起独立的医疗纠纷人民调解委员会，简称“医调委”，这与全国大多数市、县、行政区都设有医调委，医疗纠纷调解组织基本上实现省会城市和地级市的全覆盖情形不符；与全国医疗纠纷人民调解工作现场会确定的健全组织网络、年底力争覆盖75%以上的县级行政区域的目标存在差距。

政府购买服务的力度不大。我市推行的“福田模式”是“政府购买服务、养事不养人”，采取“以事定费，购买服务”的供给模式，由招投标产生的有资质的律师事务所及社工组织派人员进驻医院和企事业单位的医调室参加纠纷调解，办公场所和办公设备都是医院和企事业单位负担；政府的经费补助和调解补贴尚没有达到其他地区的政府购买服务力度。在天津市，政府购买服务的力度是全额拨付医调委的调解工作经费和人民调解员补贴；在福建省，全省医调委的开办费、建（租）场所经费、专职调解员工资、工作经费，全额纳入当地财政保障。除此之外，还实行“一案一补”。

例如，龙岩市按每件简单纠纷500元、重大纠纷1000元、疑难复杂纠纷2000元进行补贴，使调解员的工作得到合理补偿，保障了医调委工作的正常运行。

医疗纠纷人民调解工作的制度化、规范化建设有待加强。目前尚未建立起符合医疗纠纷人民调解工作特点和规律的制度体系，不能做到调解工作的各个环节均有章可循，因此，需要从加强内部管理和规范工作流程上着手，大力推进医疗纠纷独立第三方调解的制度化、规范化和法制化建设。

完善医疗纠纷第三方调解机制的建议

一是设立市、区两级医疗纠纷人民调解委员会，形成调解组织的网络覆盖。

保证组织机构的独立性，是确保医疗纠纷调解组织独立第三方地位的先决条件。我市目前只在医院、企事业单位和街道设立医调室的做法已经不适应形势发展，弊端凸显，必须紧急改变。

当前形势下，基层调解不变，把依附于医院的医调室撤出，由政府设立市、区两级医疗纠纷人民调解委员会，聘请具有医学、药学、心理、保险和法律等专业知识的律师或者退休、社工人员担任调解员；有条件时需要时再扩展到镇，逐步形成调解组织的三级网络覆盖，为我市医疗纠纷人民调解提供全方位的组织保障。

二是创新管理模式，实行司法行政部门指导与人民调解员协会自治管理相结合的医调组织管理机制。

医疗纠纷人民调解委员会是按照《人民调解法》、《人民调解委员会组织条例》和《人民调解工作若干规定》设立的专业性人民调解组织，性质属于群众性组织，业务上接受司法行政部门指导，但并不是监督领导。因此，在人民调解组织的基础上设立人民调解员协会，对包括医疗纠纷调解在内的人民调解工作进行监督和自治管理，不仅具有法律基础，而且能够解决司法行政部门仅提供指导的不足，不失为一种两全的新型管理模式，更加有利于确保医疗纠纷第三方调解的独立、中立、公正和公平。

三是政府加大购买服务力度，全额拨付调解经费和提高调解补贴。



医疗纠纷人民调解委员会作为人民调解员协会下属的专业调解委员会，在调解医疗纠纷中不收取任何费用，与卫生局没有隶属关系，与医院、患者和保险公司没有任何利益关系，地位完全中立。因此，除了组织机构的独立之外，医调委的有效运转依赖于经费保证，即政府购买服务是核心。医调委的工作场所、办公经费、调解补贴，均应当由财政予以保障，并且应当逐步提高调解员或者调解案件的补贴标准，以确保实现从花钱买平安到法治保平安。

四是制定三项基本工作制度，健全医疗纠纷调解工作机制。

医调工作的三项基本制度是《医疗纠纷人民调解委员会岗位职责》、《医疗纠纷人民调解委员会操作规程》和《医疗纠纷人民调解工作流程》。在健全的制度框架下，每个医疗纠纷人民调解委员会至少配备3名以上专职人民调解员；建立专职调解员和兼职调解员相结合的两本名册，充分利用社会资源，注重吸纳哪些具有较强专业水准和较高调解技能、热心调解事业的离退休医学法学专家、法官、检察官、警官以及律师、公证员、社工人员和人民调解员参与。调解员调解纠纷时，实行当事人自愿选择与医调委指定相结合的选定制度，并引入自行回避与申请回避相结合的回避制度。一方当事人与参与调解的调解员有利害关系的，当事人可以申请回避；当事人没有申请的，调解员应当自行回避。三万元以上的医疗纠纷医院不得自行和患者协商处理；十万元以上的医疗纠纷，医调委应当委托司法鉴定机构鉴定明确责任，以确保医调工作的制度化、规范化和法制化水平。

五是完善与医疗保险相结合的制度衔接，构筑医患关系的防火墙。

医疗行为存在一定概率的医疗意外甚至事故发生，是医学科学的专业性、未知性和人体特异性决定的。由此可见，因医疗意外导致医疗纠纷发生的可能性客观存在。国家卫生计生委主任李斌指出：“我们要全面、理性、客观的看待医疗纠纷，在建立人民调解机制的同时，探索建立符合国情的医疗风险分担机制与之衔接，借助这种社会性的医疗责任保险和医疗意外保险等制度，抵御疾病风险。”深圳作为一个经济发达地区，当应做好示范作用，尽快建立起以医疗责任保险为主体的医疗风险分担机制。就医院而言，一律强制性的要购买医疗责任保险；而对于患者，可实行自愿性的购买医疗意外保险；另外作为承保方，保险公司要提供好保险理赔服务，实现调解与理赔的无缝对接，解决患者的后顾之忧。

只有完善好上述配套措施，才能在医疗纠纷的独立第三方调解之外，再构筑一道医患关系的防火墙，实现医患关系与医疗秩序的根本好转，切实保护医患双方的合法权益，维护深圳的社会和谐稳定。



【法律建议】

医患纠纷的归责与举证

文 国浩律师（深圳）事务所 卢林律师

医患纠纷是指医疗机构及其医护人员与患者及其近亲属之间因检查、诊疗、护理等执业行为和结果及其原因、责任在认识上产生分歧而引发的争议。

在《中华人民共和国侵权责任法》（以下简称《侵权责任法》）公布实施之前，出现了大量的防御性医疗行为。为了解决防御性医疗扩张的状况，2009年公布的《侵权责任法》确定了以过错责任为主，以过错推定和无过错责任为辅的归责原则：即除了第58条规定的三种情形适用过错推定，第59条规定的医疗产品损害适用无过错责任以外，其余均适用过错责任的归责原则。上述归责原则，虽在一定程度上减少了防御性医疗行为，但是由于其加重了在医患纠纷中处于弱势地位的患者的举证责任，使患者在医患纠纷中常常处于举证不能的状态，进而导致其在诉讼或仲裁中经常承担败诉的后果，在一定程度上激化了医患纠纷的矛盾，造成医患关系紧张，医患纠纷久拖不决，对医疗机构正常的诊疗秩序和社会稳定造成严重威胁，如何更好地处理医患纠纷，建立和谐稳定的医患关系，已迫在眉睫。

现笔者根据自己参与裁判多起医患纠纷仲裁案件的经历，就加强和改进有关医患纠纷的立法提出如下意见：

一是建议在《侵权责任法》第61条规定的病历资料中加上关于检查及手术等诊疗活动的全程录像这一证据，使《侵权责任法》第58条具有可操作性。

《侵权责任法》第58条规定了在医患纠纷中可适用过错推定的三种情形：“违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定”、“隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料”以及“伪造、篡改或销毁病历资料”，但在实际操作过程中，很难对这三种情形进行认定，因此，事实上等于排除了过错推定的适用。笔者发现在实际操作中，上述三种情形的认定均需依赖于对病历资料的判断，而病历资料是由医疗机构单方制作和保存的，这单方性限制了《侵权责任法》第58条规定的适用。

根据《侵权责任法》第61条的规定，病历资料主要包括住院志、医嘱单、检验报告、手术及麻醉记录、病理资

料、护理记录、医疗费用等书面文件，鉴于诊疗活动高度专业性的特点，病历资料的制作和保存均是由医疗机构单方完成的，亦没有任何第三方的监督，即使医疗机构存在“伪造、篡改”病历资料的情形，患者也无法对其进行证明；如果医疗机构提供了“伪造、篡改”的病历资料，该资料在形式和内容上一般不会违反相关法律规定；另外，由于“伪造、篡改”病历资料如此之易，医疗机构一般不会存在“隐匿或者拒绝提供”的情形，让其自身处于明显不利的地位。因此《侵权责任法》第58条规定的三种可适用过错推定的情形，形同虚设，在实际中不具有可操作性。

综上，可以看出，造成《侵权责任法》第58条不具有可操作性的一个重要原因，是在有关医患纠纷的证据中，缺少一个相对客观的证据，即关于检查及手术等诊疗活动的全程录像。笔者建议医疗机构在对患者进行初次或重要的检查、手术等诊疗活动的过程中，需对诊疗活动进行全程录像。由于全程录像是对诊疗活动的客观记录，医患双方很难对其进行“伪造、篡改”，可据其直接对诊疗活动是否违反相关规定进行判断，进而决定是否采用过错推定的归责原则。同时，在医患纠纷中，法官或仲裁员可行使释明权，告知医疗机构，如果其“隐匿或者拒绝提供”全程录像，就可以对其适用过错推定的归责原则。

另外，鉴于上述录像可能关系到患者隐私、医疗机构专业的诊疗技术等，在通常情况下，可由医疗机构单方负责保管，不宜向医患双方以外的第三人公布；只有在发生无法解决的医患纠纷时，且法院或仲裁机构认为上述录像有利于查清事实的情况下，法院或仲裁庭方可要求医疗机构提供该录像。

二是在适用过错责任的归责原则时，应根据个案的特点合理平衡医患双方的证明责任。

大部分的医疗技术损害均采用过错责任的归责原则，并适用“谁主张，谁举证”的举证规则，即由患者对医疗行为、医疗损害、因果关系及医疗过错承担举证责任。

（下转第16页）



【审判焦点】

医疗损害责任纠纷三大焦点

文 深圳市中院民事审判庭审判长 唐国林

医患纠纷是目前影响社会和谐的热点问题之一，与此相关的医疗损害责任纠纷也成为法院审理的难点。特别是在2010年7月1日《侵权责任法》施行之后，医疗损害责任纠纷的许多处理规则也发生了较大变化，使得司法实践中的一些具体处理意见也需重新厘定。本文即以这几年来深圳法院审理的医疗损害具体案例为依托，就目前审判实践中医疗鉴定、证据采信、医院告知义务这几个热点问题中存在的问题进行梳理。

关于医疗损害责任鉴定

医疗损害责任纠纷涉及医学专门知识，是一类专业性较强的侵权责任类型。当前，法院对案件中涉及的医学问题，如医院的过错、因果关系、伤残等级、责任比例等，主要依据医疗损害鉴定报告进行分析认定。在《侵权责任法》于2010年7月1日颁布施行后，医疗鉴定由之前的医学会进行医疗事故鉴定和社会鉴定机构进行的医疗过错鉴定相结合的二元鉴定程序，转化为由统一鉴定机构进行医疗损害鉴定的一元鉴定程序，由于现有鉴定机构水平良莠不齐，其出具的鉴定结论常让人诟病，导致法院对鉴定结论审查认定较为困难，而放弃鉴定结论转而采信其他证据，又面临举证规则的限制，鉴于此，深圳法院拟引入医学专家库予以补正。

医疗损害鉴定的现状及存在的问题

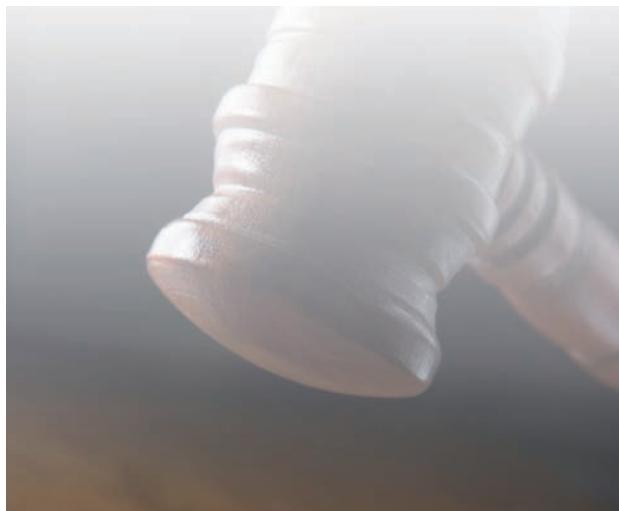
在2011年1月至2013年5月间，深圳中院共受理医疗损害责任纠纷93宗，其中85宗案件已经委托鉴定机构进行了专业鉴定，占总收案的91%。在进行了司法鉴定的85宗案件中，73宗案件的当事人对司法鉴定结论提出了异议，占总数的86%，另有26宗案件进行了二次鉴定，占总数的31%。

在对以上案件中的医疗损害鉴定进行样本分析后，鉴定结论的以下问题值得深思：

鉴定机构和鉴定人员的公信力问题。广东省高级人民法院于2011年11月17日制定了《关于人民法院委托医疗损害鉴定若干问题的意见（试行）》后，我省法院在处理审

理医疗损害责任纠纷时，已无需先行委托医学会进行医疗事故鉴定，而统一由社会鉴定机构对医疗损害问题进行鉴定。同时，广东省高院制定的具有鉴定资质的鉴定机构名录中，在2012年至2013期间深圳地区具有法医病理鉴定的鉴定机构仅有一家，并且进行出现了较多问题，比如鉴定人员往往不具有临床经验，存在外行鉴定内行的问题，比如鉴定机构组织鉴定的程序往往较为简单，特别是对一些疑难病例，没有组织专家组进行会诊，得出的结论常为一家之言且医学依据欠缺或错误，再比如鉴定专家出庭作证较为困难，费用较高。

鉴定报告存在的问题。一些鉴定结论的事实依据不足，鉴定报告一般是鉴定人员综合分析病例资料及患方的具体情况后得出，对患者治疗期间的病例、医院留存的诊疗日志、药物单据、医学影像资料等，一般应深入分析。但部分鉴定报告缺乏对这些资料的实证分析，甚至有一些报告未将重要资料引入，导致最后的鉴定结论缺乏证据支持。另一些鉴定结论存在论述不清等瑕疵。鉴定结论在认定了医院诊疗方面的不足之处后，又认定此类不足与损害结果没有因果关系，但依照常理分析，该不足明显与损害结果存在因果关系，鉴定报告对为何不存在因果关系缺少分析，导致患方不满。如(2011)深中法民终字第1356号李



某诉深圳市某人民医院纠纷中，鉴定报告指出医方存在诊断不及时、延误患者诊疗时间的不足。依照常理，医方延误诊断，导致病情恶化，肯定会对损害结果产生影响，但鉴定报告又称与损害结果无因果关系，也不作说明，导致异议。还有一些鉴定结论未对涉及的医学知识进行阐明，导致各方当事人对鉴定结论的理解分歧较大。如（2013）深中法民终字第727号李某诉光明某医院纠纷中，鉴定报告认定小儿手足口病是导致患者死亡的原因，但目前手足口病是小儿常见疾病，许多患者无需治疗即可康复。本案患者在医院治疗后离奇死亡，鉴定报告未对此类医学问题进行针对性的阐释，导致患方意见较大。

重新鉴定的启动问题。依照最高人民法院民事诉讼证据规则第二十七条的规定，重新申请鉴定需由当事人申请，并且在原鉴定机构存在程序问题或鉴定结论明显依据不足的情况下启动。在鉴定程序并无瑕疵的情况下，法官因医学知识不足，对如何认定“鉴定结论依据不足”较难着手，在没有专业知识依托的情况下贸然启动重新鉴定程序，常会导致多种问题。如（2010）深中法民终字第1018号王某诉石岩某医院纠纷中，法院先后委托两家不同的鉴定机构进行了医疗过错鉴定，两家鉴定机构对种植牙过程中出现的医学问题做出了不同的鉴定结论，且二份报告均无充足的依据，导致法院裁判的困难。

深圳法院的司法应对

就目前医疗损害鉴定存在的诸多问题，深圳法院的对策是引入医学专家库，以更权威专家的意见判定鉴定结论的专业性，进而决定是否重新组织鉴定，具体作法是建立一个权威医学专家库，引入全国知名医学专家，在当事人对鉴定机构作出的鉴定结论存在异议且该异议确有道理的并影响到鉴定结论的效力的，由医学库专家出具专业意见，帮助法官判定鉴定结论是否可以采信，若鉴定结论不足采信，则法院重新组织鉴定。

这一作法源于英美法系中的法庭之友制度。所谓法庭之友，系指“当审判者对于法律事项产生疑问或误解时，旁观者得以‘法庭之友’身份向法院提出报告”。其目的系为协助法院更公正地做出裁决。法庭之友制度的作用，主要体现在以下两个方面：一是给参与诉讼的各方尤其是法官就容易使人误解的问题提供参考。有的案件一经法院作出生效判决，不仅案件的当事人受到裁判的影响，其他人也有可能受到判决的影响。利益相关者有可能作为法庭之友而向法院提交意见。二是基于维护公共利益的需要而向法院提交意见，帮助法庭作出有利于维护公共利益的判决。在美国，有权成为法庭之友的人一般为不是案件当事人的个人、团体，特别是计算机通信协会、软件信息工业协会等专业组织。至于提交法庭之友的程序，一是受法庭的要求而提交法庭之友意见书；二是基于对案件有浓厚兴

趣或基于对公共利益的考虑而主动提交法庭之友意见书，三是受案件一方当事人的要求而提交法庭之友意见书。综合以上情况看，法庭之友提供的意见仅具有参考价值，但基于其身份特殊，往往能对法官的判决产生影响。

采用法庭之友制度，可避免如引入专家证人一般繁琐的出庭问题，也可避免与鉴定结论发生冲突。一般情况下，针对医疗损害责任纠纷均会组织进行医疗损害鉴定，如果采用专家证人模式将医学专家意见引入诉讼制度，一旦专家意见与鉴定结论发生冲突，如何在二者之间作出选择，对法官而言，将是一个更大的难题。而如果采用法庭之友模式，由于法庭之友没有证据效力，一旦鉴定结论与专家证人发生冲突，法官可基于此启动重新鉴定程序，避免二者发生冲突。此外，法庭之友程序更为简便，采用这一制度做出的专家意见更为可信。

举证责任及证据的采信问题

归责原则由过错推定转变为一般过错原则

在《侵权责任法》颁布之前，医疗损害责任纠纷采用何种归责原则，意见并不统一，一般作法是采用过错推定，即由医院证明不构成医疗事故且不存在医疗过错问题。最高人民法院《关于民事诉讼证据若干问题的解释》第4条即规定，因医疗行为引起的侵权诉讼，由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。《侵权责任法》施行后，第五十四条明确规定医疗损害责任适用一般过错责任，与之相应的举证规则，原则上适用“谁主张，谁举证”，但在法定适用过错推定的情况下，如《侵权责任法》第60条规定时，适用举证责任倒置。

之所以有这样的改变，主要是由于诊疗活动具有未知性、特异性、专业性的特点，在举证责任上对医疗机构过于苛责，不但不利于查明事实，也不利于医学的发展。特别是在一些病例中，医疗行为与损害结果并不存在因果关系，或医疗机构并无过错，但限于目前的科学水平对这一疾病的认识有限，暂时还无法证明这一点，如果将这一风险转嫁给医疗机构，显失公平。

至于患方没有能力举证的情况，其可申请法院提交专业鉴定机构对医疗行为与损害后果之间是否存在因果关系、医疗机构是否存在过错等情形进行鉴定。

证据及其采信问题

一是关于病历资料的提交问题。

医疗损害责任纠纷中，最为核心的证据为病历资料，关于病历资料由谁提交、存在瑕疵如何认定、提交方应承担何种责任，历来是司法审判中的难点问题之一。

一般而言，病历资料的所有权属于医疗机构，绝大部分病历资料掌握在医疗机构手里，但在某些情况下，患者

往往也掌握医疗机构没有保存的门诊病历。《医疗机构管理条例实施细则》第四条规定，在医疗机构建有门诊病历档案的，门诊病历由医疗机构负责保管；没有在医疗机构建立档案的，门诊病历由患者负责保管。因此，提供病历资料的应是保管资料的对应当事人，而不能简单认定为医疗机构一方。

在许多情况下，当事人会对对方提交的资料提出异议，对这些异议如何看待，法院需依职权进行查明。

目前，深圳法院对病历资料的提交及采信采用如下规则：当事人应当提交由其持有的所有涉案病历资料等证据材料。医疗机构形成的客观性病历资料与主观性病历资料均为证据材料。当事人对病历资料及其他鉴定所需证据材料的真实性、完整性有异议的，应当明确提出异议内容，并说明理由。当事人提出合理质疑的，应当由法院先行组织双方当事人举证、质证。人民法院应根据举证、质证的具体情况进行审查。经审查，病历资料存在瑕疵的，法院应通过咨询专家、委托文件检验、病历评估或由鉴定专家作初步判断来认定瑕疵病历是否对鉴定有实质性影响。一方当事人无正当理由拒不同意、不配合共同封存或启封病历资料、现场实物等证据材料的，应承担相应不利的诉讼后果。

二是瑕疵病历的处理意见。

从证据角度看，病历资料是书证，其记载的内容能反映案件的基本事实，因此对病历资料中存在的瑕疵，也应当依照证据的质证、采信规则，结合案件的其他情况，根据日常生活经验和生活逻辑，由法官根据自由心证具体认定。具体而言，病历资料存在下列瑕疵的，法院会区分情况做出处理：（1）当事人以伪造、篡改、销毁或其他不当方式改变病历资料的内容，致使无法认定医疗行为与损害后果之间是否存在因果关系及有无过错的，应承担相应不利的诉讼后果；（2）病历资料内容存在明显矛盾或错误，制作方不能做出合理解释的，应承担相应不利的诉讼后果；（3）病历书写仅存在错别字、未按病历规范格式书写等形式瑕疵的，不影响对病历资料真实性的认定。

三是关于尸检问题。

在患者死亡的情况下，医患关系是最为紧张的，在此情形下，往往尸检无法正常进行，这对日后案件的审理查明设置了重大难题，就此，如何配置举证责任，往往成为案件胜败诉的关键。一般而言，患者就医后死亡，医患双方当事人不能确定死因或者对死因有异议，医疗机构未要求患方进行尸检，导致无法查明死亡原因，并致使无法认定医疗行为与损害结果之间是否存在因果关系或医疗机构有无过错的，医疗机构应承担不利的法律后果。医疗机构要求患方协助进行尸检，但因患方的原因未进行尸检，导致无法查明死亡原因，并致使无法认定医疗行为与损害结

果之间是否存在因果关系或医疗机构有无过错的，患方应承担不利的法律后果。

关于医院的告知义务及相关后果

在诊疗活动中，医务人员负有告知义务，患方享有知情同意权。《侵权责任法》也对医院的告知义务进行了规定，但告知义务的内容如何，并无相关规范，这也成为目前案件审理的难点问题之一。一般而言，患者的知情同意权包括两类，一是充分知情权，二是自主决定权，医疗机构告知的范围主要是对患者作出决定具有决定性影响的信息，这些信息包括：医疗机构的医疗水平、设备技术状况等；患者的病情以及医疗机构的检查、诊断方案；转医或转诊的告知义务。为保障患者的知情同意权，医疗机构的告知义务包括三类，一是为得到患者有效同意的说明义务，指医务人员准备对患者实施重大医疗行为时，应首先取得患者的同意，而有效同意的关键是医务人员对医疗行为可能产生医疗结果进行具体说明；二是为回避不良结果进行有效说明，主要是指医疗行为可能产生的不良后果进行说明；三是转诊指示的说明。患者的知情权和医疗机构的告知义务紧密相连，只有充分规范了医疗机构的告知义务，患者的知情权才能充分保障。

就手术、特殊检查和特殊治疗，《侵权责任法》明确规定需患者或相关人员书面同意。所谓特殊检查和特殊治疗，《医疗机构管理条例实施细则》第88条规定，特殊检查、特殊治疗是指具有下列情形的诊断、治疗活动：（一）具有一定危险性，可能产生不良后果的检查和治疗；（二）由于患者体质特殊或者病情危笃，可能对患者产生不良后果和危险的检查和治疗；（三）临床实验性检查和治疗；（四）收费可能对患者造成较大经济负担的检查和治疗。其余各项，法律并未作强制性规定，但一般宜书面告知。

总结司法实践中的具体情况，存在以下情形的，医疗机构应当将患者的病情、医疗措施、医疗风险、医疗机构的医疗水平和医疗设备等必要情况，以合理方式告知患者、患者的近亲属或被明确授予相应权利的人：（1）对患者实施手术、特殊检查或特殊治疗及其他对患者施行其他可能产生严重不良后果的诊断、治疗活动的；（2）存在多种治疗方案且有较大风险的；（3）发现超出医疗机构专门领域或超出其治疗能力之外的疾病，需要转诊的；（4）收费可能对患者造成较大经济负担的检查和治疗。医疗机构未告知的，应当认定其违反告知义务，但确因情况紧急等客观原因无法告知的除外。

未尽告知义务，导致患者损害的，应当承担赔偿责任，故没有造成损害的，仅损害患者知情同意权而未损害患者人身、财产权利的，医疗机构不承担赔偿责任。



【治理机制】

治理“医闹”暴力的法治思维

文 中国政法大学医药法律与伦理研究中心兼职研究员 黄清华

大变革时代的中国医疗服务体系建设，必须引入医疗服务易接受性的人权标准，其要义在于改革医疗服务体制，提升医疗服务运行的人文状况和法治环境，推进临床治理（clinical governance）现代化。这是我国治理“医闹”暴力应有的法治思维。

据央视新闻报道，2014年4月1日，温岭杀医案被告连恩青被维持死刑判决。因感觉医院治疗鼻炎有“黑幕”，连恩青对医生行凶，致1死2伤。但种种医学数据均显示手术成功。央视独家专访时，连恩青仍然认为医院在撒弥天大谎，狠狠地说“自作孽不可活，他咎由自取。”（详见“专访：温岭杀医案被告的‘杀医逻辑’”）。网易转载这一报道不到半天，点击率超过10万次，网友发表评论1.7万余条。其中，绝大多数评论对当下的医疗服务不满意。

本案值得关注的地方在于，为什么“种种医学数据均显示手术成功”，被告人连恩青仍然至死都不肯接受温岭医院提供的医疗服务，以致对自己行凶杀害医生的罪行毫无悔意？本案由此引发的另一个至关重要的问题就是，在法治的框架下，什么样的医疗服务易被患者接受？弄清楚这一问题，并且据此改革医疗服务体制机制，使医疗服务变得易被接受，这显然是我国新医改的重要命题，同时也是我们治理几乎所有“医闹”暴力必须具有的法治思维。

医疗服务易被接受的人权标准

针对《经济、社会和文化权利国际公约》第十二条健康权如何实施，联合国经济、社会和文化权利委员会《第14号一般性意见（2000年）》指出：“所有的卫生设施、物品和服务必须遵守医疗职业道德并在文化上是适当的，即尊重个人、少数民族、各民族和社区的文化习惯，对性别和生命周期的要求反应灵敏，并且设计上能尊重隐私和改善有关个人和人群的健康状况。”这就是国际法上医疗服务易被接受的人权标准。

这一标准说明，评价医疗服务除了技术标准，即本案中的以医学数据来证明“手术成功”外，还有道德标准和文化标准。所谓道德标准，就是要求“所有的卫生设施、物品和服务必须遵守医疗职业道德”；所谓文化标准，就

是要求提供医疗服务应当“尊重个人、少数民族、各民族和社区的文化习惯”，使患者感到人格上受到尊重而不是歧视或欺瞒。

以上说明，医疗服务需要满足技术、道德和文化三重标准，才真正具有易接受性。这无疑是我们这个大变革时代医疗服务面临的严峻挑战，医改必须作出相应的回应。

人权标准与改革医疗服务体制

基于人权标准，世界上好的卫生系统，法国的、英国的、澳大利亚的，都是围绕如何尊重、保护和实现患者权利这个中心建设的，而不再局限于提供技术服务。

让我们来看一看《澳大利亚医护权利章程》（the Australian Charter of Healthcare Rights），作为调整医患关系基本的法律文件，是如何表达公众对医疗服务的期望的。

章程确认每一个人对医疗服务体系的下列期望：

使用权（Access）：每个人都有权获得（基本）医护服务。这意味着每个人都可以使用到满足自己（基本）医护需要的服务。

安全（Safety）：每个人都有权获得安全且具有较高品质的医护服务。这意味着每个人都可获得以专业注意、技能和能力提供的安全且具有较高品质的卫生服务。

尊重（Respect）：每个人都有权获得尊重、尊严和关心。这意味着所提供的医护服务尊重患者本人，以及患者的文化、信仰、价值观和个人性格。

沟通（Communication）：每个人都有权获得有关服务、治疗、选择和费用明确和公开的信息。这意味着每个人都可以自己能够明白的方式，获得本人医护方面的公开、及时、适当的沟通。

参与（Participation）：每个人都有权参与有关本人医护的决定和选择。这意味着每个人都可以参与做出有关本

人医护以及卫生服务规划的决定和选择。

隐私 (Privacy) : 每个人都有权获得有关自己隐私和个人资料的保密。这意味着每个人的个人隐私获得保护, 个人健康和其他资料保证获得妥善处理。

意见 (Comment) : 每个人都有权对自己的医护服务发表意见, 并且让自己担心的问题得到解决。这意味着每个人都可以对自己的医护服务发表意见或投诉, 并且让自己担心的问题及时得到妥善解决。

章程认识到, 接受医护服务的人士和提供医护服务的人士在实现医患双方权利方面都具有重要的作用。章程让患者、消费者、家人、照顾者以及医护服务机构对接受医护服务人士的权利达成共识。章程认为, 这种共识有助于大家齐心协力, 创建一个安全并且具有较高品质的医疗服务体系; 有助于在患者、患者家属和服务机构之间建立真正的合作伙伴关系, 这对人人实现尽可能最佳医护成效来说非常重要。

英国《2009年国家卫生服务约章》(《NHS约章》) 宣示: 国家卫生服务(NHS) 是以一套共通的原则和价值观为基础, 维系着它服务的所有社区和人们——病人、公众和为NHS工作的职员。它以法治精神和民主立法, 规定有关病人、公众和职员应享有的权利, 以及互相承担的责任, 并许诺NHS致力达成的事项, 以便确保NHS 的运作是公平和有效的。

约章确认: 绝大多数在NHS内的决定, 尤其是那些关于个人治疗和各项服务的详细安排等, 均由各地方的NHS机构、病人与他们的医生作出适当的决定。约章规定, 在NHS 内作出决定的责任及问责制度, 应该具有透明度, 以便公众、病人和职员清楚明白。

约章致力于维护七项NHS的指导原则: (1) 平等、人权、全面服务和社会责任; (2) 免费服务; (3) 高标准服务; (4) 尊重患者和病人参与; (5) 健康推广与合作; (6) 有效、公平和可持续, 以及(7) 公众的NHS。这些原则和价值观是对1946年以来的《国家卫生服务法》及其发展与成功的总结。

世界上好的医疗体系的人权实践表明, 每一个人就医过程中的获得尊重权、知情同意权、医疗安全权、隐私保护权、医疗决策参与权、意见表达权得到尊重、实现和保护的程度和方式, 主要不受制于经济和技术条件, 而受制于医疗服务体制, 受制于(医学) 人文、法治环境和临床治理水平。

由此可以认为, 大变革时代的中国医疗服务体系建设, 必须引入医疗服务易接受性的人权标准, 其要义在于改革医疗服务体制, 提升医疗服务运行的人文状况和法治环境, 推进临床治理(clinical governance) 现代化。这是我国治理“医闹”暴力应有的法治思维。

人权标准与改革医疗服务运行机制

同样基于人权标准, 发达国家的医疗服务已经演变为一种健康关怀服务, 即“healthcare”。这一英文单词是一个组合词, health是健康之意, care代表关心、关怀、照顾、护理、注意、谨慎、挂念等含义。在英文的语境下, 说一个人“care”, 意即这个人很好, 很(会) 关心照顾他人, 能把他人之事当成自己的事一样来处理。

医疗卫生服务这种革命性的演变, 反映在法律上, 卫生法由传统的medical law(医事法), 转变为healthcare law(健康关怀法); 相应地, 在法律思想上, 发达国家由过去注重对医疗行为的规范、调整, 转向现在极端重视患者权利, 重视健康权的尊重、保护和实现。医疗服务是一种特别需要“把他人之事当成自己的事一样来处理”的专业服务, 由于职责使然, 医护人员对患者的健康权, 法律上要求更多的“care”。此所谓高度的注意义务(higher duty of care)。

不仅如此, 在英国, 国家卫生服务(NHS) 是一个包含多个组织和服务的综合体系, 医疗保健系统有更广泛的社会责任, 要透过它提供的服务来促进平等, 并特别照顾那些健康和预期寿命比其它人口改善得较慢的组别或社群。NHS跨组织推行工作, 并与其它机构合作。患者和公众(健康) 中心主义是NHS的核心, 患者的权利(选择权、参与权等) 通过信息公示、质量控制、安全保障和保健基金跟随病人(Funding follows patients) 等制度得以实现, 实现患者权利的基本方法是听取、尊重患者的意见并采取相应措施。

因此, 健康关怀的本质, 是围绕尊重、实现和保护患者的权利, 开展医疗卫生技术服务和相关的外延式社会服务, 包括涉及患者的饮食营养、康复照护和就医咨询等系列服务。这就不难理解为什么英国最高卫生行政机关实行大部制, 对医疗卫生、社区照护(communitary care) 和社会服务进行统一规划和管理。

这种患者和公众(健康) 中心主义的医疗服务, 要求医院及医务人员不仅提供技术上合格、经济上合理的医疗卫生服务, 还要帮助、指导患者实现“患者的权利”, 包括民事权利和社会权利。患者的民事权利, 如医疗自主权、知情同意权、隐私与保密权; 患者的社会权利, 如获得尊重权、适宜的医疗权、人身财产安全权、成立患者权益保护组织权、获知就医和患者权益保护信息权、监督医疗及相关服务权, 都需要在医疗运行中体现出来。

卫生体系帮助、指导患者实现其权利, 最重要的一条, 就是告知患者如何使用卫生系统、如何接受医疗服务。围绕尊重、保护和实现患者权利, 卫生体系还可以做许多“大文章”。例如, 提高患者健康素质。健康素质(又称为健康知能)(Health literacy) 是一个普通而又严

重的安全问题。美国国家科学院医学研究院（IOM）对两家医院的2,600名患者开展的研究表明，26%~60%的病人并不能理解用药医嘱、标准的知情同意书或者基本的医疗保健资料。临床医生沟通水平与病人理解能力之间的这种不相匹配，就可能造成用药差错和不良后果。有鉴于此，英美国家的医院通过电话、问卷调查、发放不同病种的（安全）就医手册和电视讲座，千方百计地提高病人健康素质，了解每一个患者具体的医疗需求和安全风险。

由此可知，基于人权思想，按照生物-心理-社会医学理念运作的医院，才能算得上真正的现代医院；而建立现代医院制度，改革医院管理，实现医院治理现代化，同样是我国治理“医闹”暴力应有的法治思维。

推进我国医院治理现代化迫在眉睫

医院治理现代化的核心在于临床治理。临床治理重视在一个卫生系统内以一种系统的方法来维护和改善患者医护质量，有三个关键属性：可感知的高标准医护服务、透明的责任和问责制以实现这些标准、不断改进的动力，其核心要素是公开、尊重（人权和权利）、职业精神和法治。在英国，以医院为主NHS组织通过临床治理框架，对不断提高服务质量和维护高标准的医护服务负责，由此营造的医院治理环境使卓越临床服务兴盛。

遗憾的是，我国医院管理和医疗服务运行总体上仍由传统生物医学模式所主宰，医院及其工作人员热衷于提高技术和装备而忽视医疗服务中的人权和权利问题。新医改出现的“两头热、中间冷”现象，政府和群众热医院、医务人员冷的，正是医疗服务运行上传统生物医学模式的典型表现。

（上接第10页）

但由于医疗活动本身高度的专业性及医患双方信息的严重不对称性，使患者在举证方面处于明显弱势的地位，由其承担所有的证明责任，相对不公平，容易激化医患矛盾，不利于医患纠纷的解决。

鉴于上述情形，《侵权责任法》可根据医患纠纷的特殊性，允许法官根据个案的特点对“谁主张，谁举证”的举证规则作适当调整和平衡：首先确定在此次诊疗活动中，按照法律规定医疗机构应当具备的、具有保存义务的病历资料，例如，住院志、医嘱单、检验报告、手术及麻醉记录、病理资料、护理记录、医疗费用及关于检查及手术等诊疗活动的全程录像等其他病历资料；其次考虑到患者的举证能力，可根据个案的特点，适当降低患者的证明责任，允许患者在其举证能力范围内举证，患者在其证明能力范围内完成举证责任之后，法院或仲裁庭需适时进行举证责任的转换，对医院

这种“冷”的背后隐藏着的，是紧张、敌对的医患关系：一方面，茫顾患者知情同意等权利，利用患者的金钱在患者身体上“提高技术”，损害患者的人身和财产利益，这类现象时有报道；另一方面，医院和医护人员又不得“忙于自身的安全问题”。

这种“双输”的局面警醒我们，传统生物医学模式下的我国医院管理和医疗服务运行制度，已走到尽头。其出路在于，以患者和公众（健康）中心主义为服务理念，推进医院治理现代化，重视并落实患者权利，转变医疗服务运行模式，尽快实现从技术服务到健康关怀的转变。

在法律上，推进医院治理现代化，需要实现医患关系的调整主要由道德约束机制向以契约机制为主的转换。即使在传统“熟人社会”时期，医患关系表现为典型的信（任）托（附）关系，医患关系也离不开契约机制的调整。当代中国，人群整体科学文化素质较之传统“熟人社会”时期明显提高，患者与医生在知识层面（包括医学知识）的“表面差距”较之过去明显减少，因而对医患关系中的平等、公正、尊重和诚信、不欺不诈这些契约精神，有了明显的更高要求。

然而，我国的医院和医生，契约意识淡薄，或者错误地认为契约关系就是等价交换，缺乏医患双方的平等观、公正观、合作观、诚信观和权利观，在一定程度上使双方实际存在的社会保险合同关系或民事合同关系形同虚设。这就需要我们重视医学人文，重视医疗人权，以法治思维改善医患关系。

总之，只有基于人权思想以良法善治的思维推进医院治理现代化，类似浙江温岭杀医案的现象才有可能根本杜绝，此起彼伏的“医闹”暴力事件才有可能根除。

有义务制作和保存的能够反映当时客观事实真相的证据材料，责令医疗机构提供。同时，法官或仲裁员可行使释明权，告知医疗机构，如其在合理期限内无法或拒绝提供，则可适用第58条的过错推定原则。

另外，笔者建议完善病历封存制度：在患者离开医疗机构的同时，医患双方需共同对病历进行封存，保证病历资料的客观性，有利于法院或仲裁机构据此作出公正的裁决。

总之，新的侵权法对过错推定的过度限制，造成对前法的矫枉过正，使患者在医患纠纷的审理中处于明显劣势地位。医患纠纷不能得到司法裁判上的公平解决，势必造成患者对司法的公正性产生怀疑，并转而寻求其它极端不理性的手段，一定程度上激化了医患纠纷的矛盾，导致了社会的不稳定性。因此，笔者提出以上立法建议，期许医患纠纷的立法更加完善。



【现状与未来】

医患关系的前世今生

文 广东广和律师事务所 庾明生律师

医患纠纷，尤其是频发的恶性伤医事件，让社会各界揪心。在全社会兴起大调解的背景之下，从中央到地方各种形式医患纠纷调解登上解决医患纠纷的舞台，医患纠纷仲裁，医疗责任保险范围扩大也给和谐医患关系带来了希望。但是，如何协调医疗机构、患者、保险公司及政府之间的关系，不是一蹴而就的，需要我们去思考。本文通过对我国医患关系现状、立法进行阐述，梳理医患关系的演变，结合医疗体制改革的背景，力图还原医患关系演变的本质。

医患关系现状

医患关系是一个世界性的难题，据报道，在英国兰开夏郡，2013年当地4家医院的员工受到过273次肢体袭击。法国医患纠纷正在翻番增长，2011年有5760起暴力医患纠纷，2012年就增长到了11344起。美国INOVA诊断公司的研究员卡伦斯·佩罗尼2012年对762名护士进行了问卷调查，发现76%的护士在工作中受到过肢体或言语攻击。我国医患关系有自己的特点。

一是医疗纠纷绝对发生率不高，各方积极应对

据报道，2013年全国医疗机构门诊接待数量为73亿人次，发生医疗纠纷为7万件左右。2013年共调解医疗纠纷6.3万件，调解成功率达88%，发生医疗纠纷的概率相对于就诊人数低于十万分之一。除调解外，各方努力寻求各种解决办法。

深圳医患纠纷仲裁院成立两年，接待医患纠纷信访450余人次，受理医患纠纷仲裁案件118宗。四川眉山法院设特邀调解室化解纠纷。广东省梅州五华县设立医疗纠纷巡回法庭，主动指导当事人及其家属通过合法、正当的途径进行维权，避免“医闹”事件的发生。北京市第二中级人民法院与北京市卫生局签署了《携手推进医疗纠纷预防化解合作协议》，双方建立了长效合作机制，希望通过审判职能与监管职能的互补，推进医患矛盾的化解工作。

二是恶性暴力伤医案件增多，施暴者和受害者具不确定性

中国医院协会完成的调查报告《医院场所暴力伤医情况》显示：有96%的医务人员曾遭谩骂、威胁。2003—2012年，全国共发生恶性暴力伤医事件40起，2012年达到顶峰共11起。2012年11起恶性伤医案件中，造成35人伤亡，其中死亡7人，受伤28人。施暴者有伤害徐文教授的“书法家”；有家庭惨剧中成长的杀死王浩的凶手李梦男；也有曾患过精神疾病的温岭杀医案的连恩青。受害人，包括杏林的泰斗、刚入行医护人员，甚至包括保安、患者。

三是医患纠纷诉讼时间长，结案率低，服判率低，案件受理呈下降趋势

2012年广东全省法院共受理医疗纠纷案件910件，结案率为59.31%，远低于民商事案件的整体结案率。2007年至2011年9月，深圳罗湖区人民法院共审结医疗事故案件118宗，平均审理需345天，每年医疗纠纷案件结案率不足30%。

北京西城检察院民行处2011年和2012年受理审查医疗侵权申诉案件各占当年收案的10%以上，均为2008和2009两年审查该类案件总数的三倍”。2011、2012年两年北京西城法院医疗纠纷年平均收案量下降56.46%。2012年全国一审法院受理医疗损害赔偿案件呈下降趋势。

四是医患关系让全社会揪心

由于“大闹大赔，小闹小赔，不闹不赔”的社会氛围，缺少一套行之有效的解决医患纠纷的法律程序，市场化的信用基础的缺失，医患互不信任，甚至解决医患纠纷出现泛政治化，导致解决医患纠纷的花招频出，暴力事件逐年增加。谁都是患者，在暴力事故的施暴者不确定的前提下，犹如“恐怖事件”一样，医务人员的身心受到极大的伤害。医务人员能正常的工作吗？医务人员能保障我们的健康吗？这些问题一直萦绕在每一个人的心头。

医患关系与医患关系立法

依据立法状况医患关系可分四个阶段，每一个阶段

都有自己的特点。虽然有人讲《医疗事故处理条例》是恶法，是导致如今医患关系恶化的根源，但笔者认为，医患关系有它自己的规律，立法固然重要，社会环境、法治环境都可能决定医患关系的方向。

《医疗事故处理办法》以前的阶段（1987年以前）

这一阶段处于计划经济阶段，医患关系的双方作为一个整体而生存，同时由于历史医患关系的延续，医患高度信任。标志是1964《最高人民法院关于处理医疗事故案件不应判给经济补偿问题的批复》。批复指出：处理医疗事故案件时，不宜判决医疗部门给予经济补偿，但对患者因医疗事故而死亡或残废，造成家庭生活困难的，可以采取其他救济办法来解决。

《医疗事故处理办法》阶段（1987-2002年）

1985年，随着国家经济改革的大潮，医改也正式启动，其核心是“放权让利，扩大医院自主权”。医疗正式迈向市场化，1986《民法通则》颁布，医患也正式成为市场中的两个主体，医患经济利益出现冲突，患者权利意识开始生。为了正确处理医疗事故保障病员和医务人员合法权益，1987国务院颁布了《医疗事故处理办法》，“办法”第18条规定：确定为医疗事故的，可根据事故等级、情节和病员的情况给予一次性经济补偿。同时“办法”第11条规定：对医疗事故或事件的确认和处理有争议时，可提请当地医疗事故技术鉴定委员会进行鉴定，由卫生行政部门处理。对医疗事故技术鉴定委员会所作的结论或者对卫生行政部门所作的处理不服的，可向上一级医疗事故技术鉴定委员会申请重新鉴定或者向上一级卫生行政部门申请复议，也可以直接向当地人民法院起诉。

1989年《最高人民法院关于对医疗事故争议案件人民法院应否受理的复函》和1992年《最高人民法院关于李新荣诉天津市第二医学院附属医院医疗事故赔偿一案如何适用法律问题的复函》，确立了《医疗事故处理办法》在处理医患关系时的“基本法”的地位。患者权利受限，卫生行政部门成为医方代言人。

《医疗事故处理条例》阶段（2002-2010年）

随着市场化的不断演进，政府投入占总的卫生费用的比重却在下降，政府的投入不足，再加上卫生政策失当，一些地方开始公开拍卖、出售乡镇卫生院和地方的国有医院。同时，经济的市场化不断深入，市场主体的权利意识不断的增加。医疗机构变成的一个“赚钱”的实体，患者成了“待宰的羔羊”，医患关系成了买卖关系。《医疗事故处理办法》确立的卫生行政部门处理医患纠纷的核心地位，也导致了它作为矛盾的中心，卫生行政部门屡屡成为被告，老子给儿子鉴定之声不绝于耳，于是有了2002年的《医疗事故处理条例》。条例有两点新意，一是改卫生行政部门为医学会进行医疗事故鉴定，摆脱卫生行政部门屡

屡成为被告的局面。二是提高赔偿标准。

2001年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》规定“举证责任倒置”曾引起医疗机构的恐慌，很快大家发现是一场虚惊。医患纠纷“鉴定”说了算，而鉴定由“兄弟”掌握。2003年《最高人民法院关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》是导致医患纠纷处理“双轨制”的罪魁祸首，直接导致诉讼审理时间过长、不确定性增加、患方恐惧“诉讼”，同时这一时期“医患纠纷解决”的泛政治化，导致“医闹”等各种各样的强制“协商”成为解决医患纠纷的主要方式，“大闹大赔、小闹小赔，不闹不赔”成了常态。

《侵权责任法》出台后（2010年以后）

伴随2005年联合国开发计划署驻华代表处和国务院发展研究中心课题组“医改不成功”的结论，医疗机构的公益性再一次进入大众的视野。2006年新一轮医改开始，医疗卫生保障体系得到了极大的发展。但改革并没有触及到医疗机构，医疗机构的趋利的动机并没有减弱。医患纠纷处理“双轨制”的弊端暴露无遗，在一片嘈杂声中，《侵权责任法》粉墨登场，虽然《侵权责任法》从理论上讲比《医疗事故处理条例》有很大的进步。但近几年的司法实践发现，医患纠纷的诉讼途径仍没有本质变化：

患者权利意识的继续扩张，“医患纠纷解决”的泛政治化仍在继续，医患关系继续恶化。

和谐医患关系的曙光

医患关系的实质是“利益共同体”，因为“医”和“患”不仅有着“战胜病魔、早日康复”的共同目标，而且战胜病魔既要靠医生精湛的医术，又要靠患者战胜疾病的信心和积极配合。这是前卫生部长陈竺对医患关系的阐述。正确认识医患关系是构建和谐医患关系的前提，多环节有效治理医患纠纷方可建成和谐医患关系。近年各种迹向表明：和谐医患关系的曙光已现。

一是医患纠纷导入正确的渠道

医患关系的恶化的一个重要原因是医患纠纷解决不能进入正常的渠道，诉讼耗时长、成本高且不确定；行政调解，行政部门和医疗机构关系暧昧；协商，矛盾双方一触即发，暴力随时可能发生。自《关于加强医疗纠纷人民调解工作的意见》（司发通〔2010〕5号）发布以来，各地建立了“医疗纠纷调解机构”，将医患纠纷从院内引向院外，缓和医患矛盾，虽然目前“医疗纠纷调解机构”存在诸多问题（人员的素质、机构的公信力等），但从国外经验看，假以时日“医疗纠纷调解机构”一定是解决医患纠纷的主渠道。

虽然诉讼渠道有其先天不足，但诉讼一定是其他解决医患纠纷渠道的范本。没有这一范本，其他渠道解决的结

► 医患关系的实质是“利益共同体”，因为“医”和“患”不仅有着“战胜病魔、早日康复”的共同目标，而且战胜病魔既要靠医生精湛的医术，又要靠患者战胜疾病的信心和积极配合。

果可能会失去公平、公正性，伤害到其公信力。近年来法院也在力争疏通诉讼渠道（如减缓诉讼费、医方垫付鉴定费、缩短鉴定时间等），保证司法解决医患纠纷渠道的畅通。深圳还开通了医患纠纷仲裁，快捷、公信力较强的专家判案走入医患纠纷领域。

二是严厉打击非法维权提上日程

从《卫生部、公安部关于维护医疗机构秩序的通告》（卫通〔2012〕7号），到国家卫生和计划生育委员会等11部委《关于印发维护医疗秩序打击涉医违法犯罪专项行动方案的通知》（国卫医发〔2013〕43号），再到最高人民法院等《关于依法惩处涉医违法犯罪维护正常医疗秩序的意见》（法发〔2014〕5号），打击非法维权提到了前所未有的高度，相信非法维权的势头将会被扼制。

三是和谐医患关系的制度建设正浮出水面

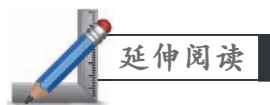
各种保障制度的不断完善。截止2011年全国基本医疗覆盖率已达95%，近年国家不断扩大对民生的保障投入，保障的范围不断扩大，报销的比例也不断的在提高，部分解决了看病贵的问题；其他社会的帮扶体系也在完善，因病致穷的状况也不断的改善。同时，随着医改的深入，社区医疗的发展，医患之间的信任也将会回归。社会转型也将带动人们心理状态的转变，人们也将会更理性的从长远的角度看待医患关系。

坚持公益性为主体的公立医院改革目标渐占上风。从上个世纪90年代深化市场改革以来，医疗卫生是坚持市场化之路还是坚持医疗机构公益性一直都在争论，2006年新一轮医改，公益论占了上风。虽然目前医疗机构的赢利动机并没有减弱，但医疗机构的公益性主体地位是必然的，因为这是符合医疗行业自身规律，医改也正踩上节律。医疗机构的公益性，将使得医患关系从对立走向协作。

四是医疗责任保险制度逐步建立

自1998年云南省70号令开始医疗责任保险，据不完全统计，全国近22个省、市、自治区都建立了医疗责任保险制度。全国各地都在积极探索将医疗纠纷从“院内”转移到“院外”方法，逐渐形成了医疗责任保险（放心保）制度和医疗纠纷第三方调解机制相结合的制度。医患纠纷中的大部分都可能会走向赔偿，从赔偿的意义上讲，保险公司是真正的第三方。

有了医疗责任保险，在发生医患纠纷后，医方相对可能置身事外，医患关系中直接对立的医患双方转化为医方、患方、保险公司三方关系，通过制度由保险公司约束医方，提高医疗质量，保证医疗安全，医患关系出现了曙光。



“中山样本”：化解医患纠纷的创新实践

中山市委、市政府自2012年4月开始寻求治理“医闹”现象治本之策，在全国率先成功创建“无医闹城市”。两年多来，中山未发生一起“医闹”事件，由此形成治理“医闹”的“中山样本”，并引起中央、广东省相关领导及社会各界的高度关注。

据介绍，中山首先抓住“医闹”这一顽疾的根源所在，依据现行法律先后制定出台了20多个相关文件，为处置“医闹”、医疗纠纷和创建平安医院提供了明确依据与指引。其次，根据相关法律法规精神，中山结合实际定义了“医闹”的9种情况，一旦出现“医闹”苗头，要求公安机关在15分钟内到达现场，及时依法处置。

此外，中山市积极推进医疗纠纷处置工作，引导医患双方通过协商、行政调解、人民调解以及诉讼等方式解决医疗纠纷，卫生部门则强化医疗机构医德、医风、医技建设，从源头上预防和减少医疗纠纷发生。

（来源：法制日报）



【他山之石】域外医患纠纷处置机制

俄罗斯：细致周全的法律保护体系

俄罗斯患者权益的法律保障在多数法律中都得到体现。当患者的权益受到侵害时，可供患者及其代理人使用的法律武器有俄罗斯行政违法法典、消费者权益保护法、民法、刑法、民事和刑事诉讼法、医学司法鉴定法以及一项贯穿多项法律的原则——维护公民健康。

日本：建立服务质量监督机制

日本自1995年开始对医疗机构实行评估制度。评估包括五大指标：医疗记录是否严格管理；对患者有没有实行主治医生责任制；每个病例是否进行了认真研究；有无医生进修制度；患者权利是否有明文规定。每个指标分五个等级。评估结果上网公布，评估合格发给合格证书。患者根据评估结果选择优质医疗的同时，又增加了对医生的信赖。

美国：医疗责任保险转嫁风险

美国是世界上最早开展医疗责任保险业务的国家。在美国，绝大部分的医院都是私立医院，医生大部分都是自由职业者，为了避免医疗事故或医疗意外可能带来的巨大损失，美国实行强制性医疗责任保险，医院和医生都必须分别购买医疗责任保险，美国的医疗责任保险投保率每年接近百分之百。据估计，美国医生每年大约将1.5万美元用于购买医疗责任保险，大约相当于其工资收入的8%，在风险更高的外科部门这一数字则更高。

香港：完善的投诉渠道

香港每一家公立医院都有病人关系主任或病人关系经理，负责处理病人及病人家属的投诉并为其提供协助。病人投诉后，医院会首先进行处理，回复时间一般在6周内，复杂个案3个月内回复。投诉人若就医院裁决上诉，这时

候隶属于医管局的公众投诉委员会就会介入处理，一般回复需时3至6个月。病人也无须担心公众投诉委员会偏袒院方，因为公众投诉委员会成员大部分由非医管局人士——包括来自社会各界的人士及病人代表组成。接到投诉后，委员会负责独立审议和裁决所有上诉个案，并向医院提出改善服务的建议。如果对委员会的处理还不满意，病人可以向特区行政长官办公室、立法会秘书处、食物及卫生局、申诉专员公署等8个机构投诉医管局，也可以通过民事诉讼等方式来维护权益。

英国：医师自助协会负责处理纠纷

英国设立了MPS医师自助组织，是全世界最大的医生互助责任保险组织之一。其拥有24.5万多名会员，会员专业几乎涵盖临床医学的所有领域。会员按期交纳会费，所有会费都将用于处理医疗赔偿案件。MPS可以帮助医生处理病人的投诉，使医生和医院都脱离了赔偿的具体事务。它保护了医生，同时也把保护病人利益放在同等重要的位置，并不袒护医生，不搞“医医相护”。

挪威：患者协会发挥作用

患者可以根据不同疾病组成各种协会，作为相互交流的平台。在协会里，他们同病相怜，分享与病魔作斗争的经验体会，消除对疾病诊断和医生诊治的不解或误解，更好地配合治疗，起到了预防和减少医疗纠纷的作用。一旦出现纠纷，协会接到正式投诉后，会给予帮助和指导，使医疗纠纷的解决迅速纳入正常通道。例如挪威癌症康复和患者协会有11万多会员。协会通过热线电话、网络平台、手机短信等提供专业的康复指导。协会还通过自己运营的慈善基金会向有困难的会员提供一定程度的经济支持。

（综合媒体报道）



寻衅滋事罪的限缩思考

文 广东华商律师事务所 方壮毅律师 实习人员赖佳文

从旧刑法时代的流氓罪分解出来的寻衅滋事罪在司法实践中日益呈现出“口袋罪”化的迹象，俨然有取代已经一去不复返的流氓罪极其强大的涵摄力和宽广的评价范围的趋向。尽管寻衅滋事罪在司法适用中的不当扩张有着各种难以言说的动因，甚至于其中还蕴含着几分现实合理性，但是在罪刑法定原则已被明文奉为圭臬的今天，任何一个罪的泛化解释或扩张适用都必须严守在罪刑法定所设定的边界之内，否则极有可能因评价过限而致使司法适用欠缺适当性。寻衅滋事罪的构成要件解释必须严守规范刑法学界一致认同的刑法解释规则，只有在在不损害寻衅滋事罪构成要件之稳定性前提下的解释，才有可能被允许。当然，任何一个罪的解释适用都离不开刑法机能应得以充分满足这一恒常标准的检验。

泛化解释：封闭构成要件的撕裂

良好的立法初衷经常湮没于纷乱的现实洪流中，寻衅滋事罪自创设以来的司法适用状况可以说为此作了生动的注脚。囿于流氓罪内含强烈的伦理谴责气息与严重的口袋化弊端，已明确采纳罪刑法定原则的1997年《刑法》将1979年《刑法》的流氓罪废除，并相应地分解为聚众斗殴罪、寻衅滋事罪、强制猥亵、侮辱妇女罪、聚众淫乱罪等行为类型相对明确的犯罪，以最大限度地防止“口袋罪”给公民自由带来的巨大潜在威胁和法的不安定状况。为此，《刑法》第293条在规定寻衅滋事罪的构成要件时，明确列举了四种行为类型：随意殴打他人，情节恶劣的；追逐、拦截、辱骂、恐吓他人，情节恶劣的；强拿硬要或者任意毁损、占用公私财物，情节严重的；在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的。值得注意的是，刑法并没有在这四种行为类型之外规定一个诸如“其他寻衅滋事情形的”兜底条款，尽管这种兜底条款在刑法分则普遍存在。由此可见，立法者在规定寻衅滋事罪的构成要件时，基本上采用了较为明确的法文表述，以杜绝寻衅滋事罪的口袋化。

而这种值得赞赏的立法表述依然没有成功克服寻衅滋事罪的口袋化，换言之，寻衅滋事罪在堂而皇之的解释技巧庇护下于司法实践中被泛化适用。这种泛化主要表现为两种类型：第一，行为人的行为可能同时符合寻衅滋事罪和其他重罪时，武断地认定其行为构成寻衅滋事罪。寻衅滋事作为扰乱社会秩序的行为，既可以表现为对他人人身权利的侵害（殴打、拦截等），也可以表现为对他人财产权的侵犯，同时也可以表现为对公共场所秩序的紊乱。这就决定了寻衅滋事罪与故意伤害罪、抢劫罪、敲诈勒索罪、故意毁坏财物罪、聚众扰乱社会秩序罪等罪名在形式上存在着交叉。虽然在应然意义上这些罪名间确实存在界限，但是行为的复杂、社会因素的交错乃至刑罚裁量目的等，都构成了寻求妥当、明确的罪名区分标准的障碍，进而对行为人的行为进行评价时，究竟是界定为寻衅滋事罪还是其他罪名，是在一种不可名状的法感觉指导下完成的。这种现象之所以产生的原因在于刑法不仅规定了寻衅滋事罪的四种行为构造，而且还对四种行为类型附加了“情节严重”、“情节恶劣”等罪量要素，相关司法解释以及具体司法部门都不约而同地将“情节严重”等作了“高度”解释，即事实上只有法益侵害非常严重的行为才会评价为寻衅滋事罪。而问题恰恰在于此，因为情节严重或恶劣的寻衅滋事行为经常已经同时符合其他重罪的犯罪构成，按理，当这种条件成就时，相应行为就应以相应重罪处理，但是司法实践中为了达到所谓的现实妥当性或借口宽严相济刑事政策，经常排斥相应重罪的适用，只是“从轻地”适用寻衅滋事罪。第二，本属于情节较轻的寻衅滋事行为，但是行为人属于屡犯、行为惯性较强，仅仅处以一般治安行政处罚不足以产生惩戒效应时，以人身危险性等要素进行补足进而认定构成寻衅滋事罪。如果对每一次的寻衅滋事行为进行单独的评价，确实无法达到情节严重的要求，但是当将行为人的多次寻衅滋事行为作为一个整体进行评价时，则能够借助次数的频繁、积习较重等补充行为的严重性，从而最终达到定罪标准。这是司法机关对

付“大法不犯、小犯不断”的社会不稳定人员的最后杀手锏，也是“轻行为重评价”的典型表现。可见，寻衅滋事罪在现实中的泛化类型，此时是就低不就高，彼时是就高不就低，基本已经沦为浓重的实用主义思维，乃至突破了寻衅滋事罪的构成要件。

与德国、日本等国家实行的“大刑法”不同，我国是严格区分行政违法与刑事犯罪的界限的，所以我国《刑法》的总则和分则都相应规定了犯罪的定性和定量要素。换言之，只有达到应受刑罚处罚程度的符合构成要件的行为才会认定为成立犯罪，否则只能求诸其他制裁手段。就此而言，寻衅滋事罪的构成要件明确附加了情节严重等罪量要求，总体而言是与我国的刑事制裁特点相一致的，并无不妥之处。寻衅滋事罪的构成要件规定是相对明确的，与不真正不作为犯、过失犯、实行空白罪状的行政犯等开放构成要件相比，基本属于封闭的构成要件规定。而不幸的是，现实中寻衅滋事罪却沦为“变色龙”一般的格调丰富、形式多样，在让人无所适从之时，也令人颇感其构成要件已经被撕裂，并极其不适当地涵摄性质各异的其他行为。

规范意识：类型化思维的坚持

刑法是一种规范，不是一种事实，事实层面的分析与思考无法替代规范层面的分析与解构。刑法的司法适用是刑法规范与案件事实经过符合性判断后得出结论的过程，即便这个过程中规范与事实二者都要经过归纳、抽象、型塑及不断拉近等思维加工环节，但是绝不允许将两者予以不当的混同。以构成要件规定为主体的刑法规范，包含着对特定保护法益的尊重、维护、救助等观念，也因此刑法规定的犯罪都以特定的作为或不作为形式构成。刑法的目的并非仅限于保护法益，而是通过保护法益证成、强化构成刑法之基础的伦理规范的有效性，从而使民众得以普遍遵循法规范，以更为整体、周全地保护法益。因而，在分析个罪的构成要件时，必须严格地从法文表述出发，借助各种刑法解释方法作出妥当的个罪解释。以刑法规范为评价的基础，既是罪刑法定主义的当然要求，也是在民众中达成共识、形成一致的规范认同感的重要条件。

历来中国刑法理论通说都一定程度地存在以事实代替规范、以经验代替法律的不当做法。寻衅滋事罪自创诞以来之所以不断地泛化适用，与此也存在相当的联系。其中，较为突出地表现在刑法解释者们总是习惯于给寻衅滋事罪附加额外的构成要件要素，如认为寻衅滋事罪是出于流氓动机、寻求精神刺激、填补精神空虚而实施，从而把流氓动机等作为寻衅滋事罪的主观要件内容。本来，现有的刑法并没有规定流氓动机等主观心理内容，但是通说乃至司法解释都无一例外地将其作为不可或缺的主观构成要

件要素。本来，构成寻衅滋事罪只要客观上存在相应的寻衅滋事行为，并且行为人主观上对其具有容忍或者希望心理即可。而流氓动机等主观超过要素的强加，一方面在毫无根据的情况下增加了成罪条件，另一方面又由于流氓动机等伦理式词语并不具有明确性，导致认定犯罪时具有较大的随意性。更为关键的是，流氓动机等要素以其强烈的伦理谴责气息在潜移默化间削弱、软化客观行为在犯罪评价中的地位，诸如随意殴打他人等寻衅滋事行为究竟是否达到情节恶劣要求，基本上依靠流氓动机是否严重来说明。寻衅滋事罪的保护法益是公共秩序和具体的人身、财产法益，这些法益都是客观、具体、明确、可计算的，其法益侵害是否存在以及侵害的程度，都只能由客观的、外在的行为来完成和说明，绝非任何附加的主观要素能够代替或补强。其实，任何犯罪都是外在的行为，无论在犯罪的本质问题上持法益侵害说还是规范违反说的人都不会否定这一定论。在这种命题之下，寻衅滋事罪的解释就只能秉持类型化的思维，拒绝那种就事论事的问题式思维。类型化思维的坚持之结果是对构成要件的重视，使寻衅滋事行为的类型真正成为封闭化的空间，并且在评价“情节严重”等罪量要素时，把判断的基点放在客观层面的行为在多大程度上导致了法益损害上，而不是借助行为人的动机来抽象地认定。只有这样，寻衅滋事罪的构成要件才不至于不当地扩张，其才不会在司法实践中沦为可左可右、可高可低的口袋与怪胎。

机能维护：多元规制手段的协调

刑法非在不得已时不介入社会生活，同时这种不得已的手段一旦启动，必然剥夺部分犯罪行为人的重大利益。刑法的补充性也从反面证明了刑法规制手段之效果的不圆满，刑罚的运用并非为了限制乃至消灭犯罪人，而是以此回应社会正义观念的同时实现一般预防及矫正犯罪人的效果。刑法处在整体法律体系之中，因而对于任何一类社会行为，意欲获得良好的社会效果必须综合性地运用刑法、民法、行政法以及道德伦理等制裁手段的几种或全部。寻衅滋事罪脱胎于流氓罪，这个不争的事实基本上明确了寻衅滋事罪的立法目的，即对于那些虽不构成故意伤害罪、抢劫罪、敲诈勒索罪等罪名但仍然具有严重的社会危害性应予刑事处罚的行为类型，刑法必须严厉打击以求社会公共秩序及公民合法权利的周全保护。守法的民众有权利生活在权益不受非法侵害、避免无端滋扰的公共环境。在一定程度上说，寻衅滋事罪是当前刑法架构中唯一一个专门对治流氓地痞等边缘群体的罪名，可以说也是为我国故意伤害罪、抢劫罪等罪名入罪标准偏高、治安管理处罚偏轻形成的规制空白提供了良好的过渡地带。介于重罪与治安行政违法行为之间，应是寻衅滋事罪的妥当定位。由此，

► 寻衅滋事罪在司法适用中的限缩是人权保障的刑法机能之必然要求，刑罚手段运用不当对犯罪人的权利侵犯是重大的、难以救济的，正是由此催生了刑法解释的精确性要求。也只有在这种严格罪刑法定原则下的刑法解释与运用，并在寻衅滋事的定性基础上发动刑罚权，法益保护的刑法机能才可以说在正当的法治逻辑下实现。寻衅滋事罪有着自身的保护法益，虽然其具体行为类型中涉及到公民人身权、财产权及公共场所秩序的侵害，但是即使如此，也不能认为寻衅滋事罪与故意伤害罪、抢劫罪、敲诈勒索罪等不具有清晰的界限。

对寻衅滋事罪构成要件解释也应以此为基调。

多年前，储槐植教授精辟地将我国的社会制裁体系归纳为“刑罚——劳动教养——治安行政处罚”三级制裁体系，其中劳动教养的严厉性介乎刑罚与治安行政处罚之间，其有特定的对治人群，能够发挥相当于国外保安处分的矫正作用，因而在功能上具有存在合理性。遗憾的是，由于劳动教养制度长期以来未能纳入法治运行轨道导致其弊病难除，最终于2013年12月28日被正式废除。劳教制度的废除使得已形成多年的层次分明、性质各异的三级制裁体系格局被打破，而毋庸置疑的是，取代劳教制度的相应社会功能的制度在不久的将来必然会建立，否则我国的社会制裁体系难以协调、完整。寻衅滋事的行为人可以说很大程度上符合劳动教养的条件，在劳教制度废除之前，未构成犯罪的寻衅滋事者，公安机关可根据情况决定对其适用劳动教养，而在劳教制度已经废除且替代制度未建立的当前，为了有效地惩罚扰乱社会秩序的寻衅滋事行为，必须适时地根据已经变动的社会条件适当地降低寻衅滋事罪的成罪条件。具体而言，主要是降格理解“情节恶

劣”、“情节严重”等罪量要素，以将科处治安行政处罚显得过轻并且难以取得惩戒效果的屡教屡犯者纳入正规的刑罚制裁中，通过监狱的矫正体系使之与社会相隔离并获得人格矫正。诚然，寻衅滋事行为的治理与预防，除了完善刑罚执行制度外，最重要的是在刑罚之外配备以行为人人身危险性为基础的保安处分体系，只有依靠这种相互协调、相互补充的制裁体系的运用，寻衅滋事等行为才有可能减少至民众可接受的程度。在这个意义上说，对寻衅滋事罪的规范解读与刑法解释只是社会治理中不可或缺的一环而已。

结语

寻衅滋事罪在司法适用中的限缩是人权保障的刑法机能之必然要求，刑罚手段运用不当对犯罪人的权利侵犯是重大的、难以救济的，正是由此催生了刑法解释的精确性要求。也只有在这种严格罪刑法定原则下的刑法解释与运用，并在寻衅滋事的定性基础上发动刑罚权，法益保护的刑法机能才可以说在正当的法治逻辑下实现。寻衅滋事罪有着自身的保护法益，虽然其具体行为类型中涉及到公民人身权、财产权及公共场所秩序的侵害，但是即使如此，也不能认为寻衅滋事罪与故意伤害罪、抢劫罪、敲诈勒索罪等不具有清晰的界限。寻衅滋事罪侵害的主要法益是公共秩序，其对公民人身权、财产权的侵害充其量只是扰乱公共秩序的表现形式而已，不具有质的决定性。可是，一旦寻衅滋事行为超过了其构成要件的行为限度，造成了公民人身权、财产权的严重损害，则应以想象竞合犯或者转化犯的处断原则处理，只有如此才能实现罪与刑的均衡。



“口袋罪”何时能真正消亡 ——小议寻衅滋事罪

文 北京市尚权（深圳）律师事务所 蔡华律师

20年前，辩护最多的案件可能就数流氓罪了，一些小年轻时不时无事生非、打架斗殴，多以流氓罪处刑。印象最深刻的一宗案件是，笔者认为不构成流氓罪，应当按治安管理条例处理，于是与承办法官顶了牛，承办法官不耐烦地说：“有本事别在这较劲，有能耐叫全国人大废除流氓罪”笔者无语。

流氓罪是一个“口袋罪”，许多违法、违规的行为在那个适用刑事类推原则的年代，被统统装进了该“口袋”，也造就了许多著名的案件。1997年刑法修订，饱受诟病的流氓罪被取消了，但寻衅滋事罪（第293条）延续了流氓罪定义不清、内容概括、外延模糊、适用混乱的缺陷。

寻衅滋事罪在客观方面包括四类行为：1、随意殴打他人，情节恶劣的；2、追逐、拦截、辱骂他人，情节恶劣的；3、强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，情节严重的；4、在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的。笔者认为，从立法层面来说，这些并没有摆脱以流氓概念为中心的初衷，仍是从流氓的动机、内容以及对流氓的评判标准设定该罪的规范属性。

《治安管理处罚法》第26条规定的寻衅滋事行为是：1、结伙斗殴的；2、追逐、拦截他人的；3、强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物的；4、其他寻衅滋事行为。与寻衅滋事罪相对照，两者在客观行为的表现是相一致的，只不过，《治安管理处罚法》规定的客观行为是“情节较重”，而寻衅滋事罪规定的是“情节恶劣”。但何为“情节较重”和“情节恶劣”以及“情节严重”，两部法律都没有明确的规定，这是一个缺憾。

寻衅滋事罪虽说是79刑法的流氓罪中分列出来的，但视其在现实当中的应用，可以说比79刑法流氓罪的范围更加宽泛，这与罪刑法定的原则是相背离的。

我们还记得2010年轰动一时的“肖传国雇凶伤人案”，伤害结果是轻微伤，无法以故意伤害罪入刑，于是，办理该案的检、法二家将该案“寻衅滋事”了。

2012年“温岭虐童案”的主角颜艳红，将幼儿园的儿童胶带封嘴、倒插垃圾桶、揪耳朵提起，引起了社会舆论的轩然大波，警方也是先将其“寻衅滋事”，最后对其行政拘留。诸如此类的案件不胜枚举，如，发生在北京的“假和尚把妹案”等等。

特别是2013年9月10日起施行的由最高人民法院和最高人

民检察院公布的《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》让人更加忧虑。该《解释》规定了利用网络实施的寻衅滋事犯罪，对该罪进行了扩大解释，“利用信息网络实施辱骂、恐吓他人，情节恶劣，破坏社会秩序的犯罪行为，以及编造虚假信息，或者明知是编造的虚假信息，在信息网络上散布，或者组织、指使人员在信息网络上散布，起哄闹事，造成公共秩序严重混乱的，以寻衅滋事罪定罪处罚。”

该《解释》施行的第8天（2013年9月17日），甘肃省的一个16岁学生杨辉，因为在互联网上对一起命案发出质疑，他被当地警方给“寻衅滋事”了。

大多数专家学者认为，两高院的《解释》明显超越了立法，属于越权解释。法律并未明文规定网络空间属于公共空间，《解释》将网络空间推定为公共场所，是扩张了寻衅滋事罪的适用，违反了罪刑法定的基本原则。

当然，也有学者认为，现代社会进入了信息社会，对“公共场所”概念符合信息社会变化的解释是可以接受的，互联网的网络空间具有“公共场所”属性。问题是，这种“认为”不符合大众对“公共场所”属性的理解。

英国哲学家边沁曾称“温和的法律能使一个民族的生活方式具有人性；政府的精神会在公民中间得到尊重。”这句话可以说是刑事立法“谦抑性”原则的哲学依据，那种动辄将群众的违法行为上升为犯罪的立法或司法解释的行为是法不可取。

著名刑事辩护律师斯伟江曾在两高院《解释》施行的当天就预言，根据我国刑法条文的文义，不可能发生因网络发言而被追究寻衅滋事罪，但是两高的司法解释超越了其司法解释权，从此，“网络秩序混乱”，就可以成为“社会公共秩序混乱”，以此为由的被寻衅滋事犯罪将成为惯例。

不幸的是，他的预言变成了事实，我们的确看到、听到许多不可思议的案件发生，越来越多的人被“寻衅滋事”。多年来，法学界提议废除寻衅滋事罪的呼声连续不断，现如今，非但寻衅滋事罪没有被废除，而且大有独步天下之势，但奇怪的是，被曝光的寻衅滋事案件好像都不具有流氓、地痞所固有的恶习。

笔者有些迷茫，我们感觉到，我们所提倡的法治是何其的艰难。论道，道在何方？

聚焦新公司法四大内容

文 北京市大成(深圳)律师事务所 张勇律师

2013年12月28日,第十二届全国人大常委会第六次会议通过了《中华人民共和国公司法》(以下简称“公司法”)修正案,修订后的公司法于2014年3月1日起正式施行。本文主要从新法主要修改四大内容及产生的影响方面作系统阐述。

实施公司注册资本认缴登记制

修正案将现行公司法第26条“有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的百分之二十,也不得低于法定的注册资本最低限额,其余部分由股东自公司成立之日起两年内缴足;其中,投资公司可以在五年内缴足。”改为“有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。法律、行政法规以及国务院决定对有限责任公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的,从其规定。”;删除了现行公司法第59条第2款“股东应当一次足额缴纳公司章程规定的出资额。”的规定;将第81条改为第80条,并将第1款修改为:“股份有限公司采取发起设立方式设立的,注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额。在发起人认购的股份缴足前,不得向他人募集股份。”

修正案确定了公司注册资本实行认缴登记制,并不意味着股东不需要出资,只是出资不再需要通过政府审核,股东仍要依章程出资,并对此承担责任。如果股东未按章程出资,已按章程出资的股东以及公司本身均可以追究未出资或足够出资的股东的责任;如果公司发生债务纠纷或者依法解释清算,当资不抵债时,未出资的股东也须在认缴出资的范围内承担责任。

所以即使不验资,也不能乱认资。如果资金周转有困难,又拟设立公司时,股东可以在章程任意设置认缴出资时间,甚至可以通过修改公司章程来再次延长认缴出资的时间。但如果对外发生纠纷,股东还应承担责任。

与此同时,修正案也明确了实收资本不是公司营业执照应当载明的必要事项。公司与公司交易时,通常要对方

提供营业执照复印件,一个重要因素就是营业执照上有实收资本。公司法修正案出现以后,交易就不能只根据营业执照做交易决定,但对于实收资本将在何处体现,或者是否需要体现还没有一个确切的说法。

简化登记事项和登记文件

修正案将现行公司法第33条第2款“公司应当将股东的姓名或则名称及其出资额向公司登记机关登记”中的“及其出资额”删除了,也明确了实收资本不再需要登记了。因此也相应地删除了现行公司法第29条“股东缴纳出资后,必须依法设立的验资机构验资并出具证明”。并将现行公司法84条第3款“发起人首次缴纳出资后,应当选举董事会和监事会,由董事会向公司登记机关报送公司章程、由依法设立的验资机构出具的验资证明以及法律、行政法规规定的其他文件,申请设立登记。改为“发起人认足公司章程规定的出资后,应当选举董事会和监事会,由董事会向公司登记机关报送公司章程以及法律、行政法规规定的其他文件,申请设立登记。”

设立登记公司环节,除了验资外,需支付费用的地方很少,所以取消验资大大减少了设立公司的费用。出资由实缴改为认缴,且取消验资程序,对拟设立公司以经营业务的人来说是个利好消息,但正因为设立公司成本降低了,空壳公司必然会随着增多,所以公司与公司交易时,不能只看对方公司的注册资本。对于不按时付款的客户,不能因该公司注册资本高就掉以轻心,因为该公司很可能是一家空壳公司,股东没有出资,办公场所也无值钱物品。若追偿时才发现人去楼空,则追偿已晚。

取消了最低注册资本的限制

修正案将现行公司法第23条第2款“股东出资达到法定资本最低限额”改为“有符合公司章程规定的全体股东认缴的出资额”;第26条“有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的百分之

二十，也不得低于法定的注册资本最低限额，有限责任公司注册资本的最低限额为人民币三万元。法律、行政法规对有限责任公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定。”改为“有限责任公司的注册资本为在公司机关登记的全体股东认缴的出资额。法律、行政法规以及国务院决定对有限责任公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的，从其规定。”；第59条“一人有限责任公司的注册资本最低限额为人民币十万元。”删除；第77条“设立股份有限公司，应当具备下列条件（二）发起人认购和募集的股本达到法定资本最低限额”改为“有符合公司章程规定的全体发起人认购的股本总额或者募集的实收资本总额”；第81条第3款“股份有限公司注册资本的最低限额为人民币五百万元。法律、行政法规对股份有限公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定。”改为“法律、行政法规以及国务院决定对股份有限公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的，从其规定。”；第178条第3款“公司减资后的注册资本不得低于法定的最低限额”删除。

即是说，一元可注册公司，但法律法规规定的除外，这里的“除外”主要指相关法律法规对设立证券公司、商业银行、保险公司、国际货运代理公司最低注册资本的要求等。虽然出资没有最低限制，而交易时通常将出资额当作衡量一个公司实力的标准之一，设立公司时也不要一味往低设立，要根据自身实际情况拟定出资。

删除首次出资比例、货币出资比例的限制

修正案删除了现行公司法第26条“公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的百分之二十，也不得低于法定的注册资本最低限额，”、第81条第1款“公司全体发起人的首次出资额不得低于注册资本的百分之二十”；将第27条第3款“全体股东的货币出资金额不

得低于有限责任公司注册资本的百分之三十”、第84条第1款“以发起设立方式设立股份有限公司的，发起人应当书面认足公司章程规定其认购的股份；一次缴纳的，应即缴纳全部出资，分期缴纳的，应即缴纳首期出资。以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。”改为“以发起设立方式设立股份有限公司的，发起人应当书面认足公司章程规定其认购的股份，并按照公司章程规定缴纳出资。以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续”。

如此，不需办理任何出资手续即可获得营业执照，大大简化了公司设立登记程序，另一方面，由于没有货币出资限制，对于以技术出资的投资者十分有利，因为全部用技术出资或其他可以评估的实物出资成为现实。

设立公司的门槛降低了、程序也简化了，这对投资者来说有利有弊。易于设立公司，更多空壳公司“应运而生”将成为必然。另一角度来看，皮包公司原本就存在，并且不会因注册资本制度的改变而改变，但设立皮包公司的成本降低了，不等于就能套钱。以深圳试点为例，所有信用记录都通过信用信息平台向公众公示，交易双方可通过信用平台查询企业信用，这就把选择交易权交给了市场，由市场来对皮包公司行为进行淘汰。事实上，深圳商事登记制度的改革的试点，很大程度是为公司法的修改试水。注册公司程序简化了，不需中介，甚至无须出门，在网上就能完成整个程序，这种有效的操作方法将逐步向全国推展实施。而对于没有建立信用平台的城市，公司委托专业机构对交易公司进行评估也不失为一个办法。但无论如何，公司交易必须谨慎，要注重该公司实际缴纳资本情况、经营情况等，不能对注册资本大的公司就掉以轻心。

最后，随着公司法修正案的实施，刑法规定的虚报注册资本罪、虚假出资罪、抽逃出资罪三项罪名也将被取消。





融资租赁公司的法律与税务问题（上）

文 北京市盈科（深圳）律师事务所 吕俊山律师

融资租赁业作为高端服务业，在拓宽企业融资渠道，缓解企业资金压力，实现为实体经济插上了“金融翅膀”，促进实体经济转型升级方面发挥着不可替代的作用。融资租赁业是深圳前海深港现代服务业合作区（以下简称“前海合作区”）重点发展的产业。针对前海合作区几十家融资租赁公司集中提出的法律和税务问题，本文根据法学理论、法律规定和实务操作经验进行了系统的解答。文中“前海优势及利用”虽是针对前海合作区融资租赁公司而作，希望也为其他地区从事有形动产融资租赁业务的融资租赁公司提供参考。

文章分为两大部分：上半部分是融资租赁公司的重点法律知识和法律风险防范解析；下半部分是对融资租赁公司以“营改增”为重点的税务政策变化和合理避税问题的阐明和解答。

融资租赁公司的重点法律问题

融资租赁公司与一般的租赁公司不同，具有交易的复杂性和独特的融资功能，也具有特别的法律风险。融资租赁业务的风险贯穿始终：合同签订之前，需要尽职调查并适当分散风险；合同文本应当防范普通交易风险、融资租赁风险并针对交易对象进行有针对性的设计；有形动产租赁物的法律风险因为动产物权占有公示的法律规定所产生的“善意第三人”制度，应当重点关注。

融资租赁相关合同的知识要点

融资租赁相关的合同包括融资租赁合同和买卖合同。融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。融资租赁一般具有租赁时间长、租赁物残值小的特点。租赁期满后租赁物的归属，不影响融资租赁的性质。

融资租赁合同的内容包括租赁物名称、数量、规格、技术性能、检验方法、租赁期限、租金构成及其支付期限和方式、币种、租赁期间届满租赁物的归属等一般融资租赁合同应当具备的条款，也包括针对具体融资租赁业务特别设计的条款。融资租赁中的买卖合同与普通货物买卖不同，这里的买卖合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的合同，出

人应当按照约定向承租人交付标的物，承租人享有与受领标的物有关的买受人的权利。出租人、出卖人、承租人可以约定，若出卖人不履行买卖合同义务，可由承租人直接向出卖人行使索赔的权利——承租人据此行使索赔权利的，出租人应当予以协助。出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的买卖合同，未经承租人同意，出租人不得变更与承租人有关的合同内容。

融资租赁的承租人和出卖人如果是同一个民事主体，即企业先作为出卖人向融资租赁公司出售自有设备，再作为承租人从融资租赁公司租赁自己出售给融资租赁公司的标的物，被称为“售后回租”。在售后回租业务中，作为租赁物的机器设备等动产并没有发生物理上的移动，只是其所有权发生了变化。相对于售后回租而言，合同法规定的承租人和出卖人不是同一个民事主体的情形则被称为“直接租赁”。除了直接租赁和售后回租这两种常见形式之外，融资租赁实践中还有转租、委托租赁、联合租赁等其他变化形式。

融资租赁的合同风险问题

融资租赁的合同，一般分为买卖合同和融资租赁合同两个合同文本。不同合同的风险特征不同，防范重点也不相同。

关于买卖合同。融资租赁业务从一定程度上突破了合同的相对性。买卖合同中承租人对标的物种类物特定化为特定物起到关键作用，出卖人违约后承租人可以根据约定直接向出卖人索赔，因此在融资租赁相关的诉讼等法律实务中常会出现“第三人”的问题。融资租赁公司应当重视买卖合同中承租人的法律地位和实际作用，着重防范“货不对板”的风险。

关于融资租赁合同。在融资租赁业务中，承租人通常在难以通过设备抵押进行银行贷款或者不能分期付款的情况下进行融资租赁，作为出租人的融资租赁公司占有承租人稀缺的资金资源，在融资租赁市场竞争不充分的现实条件下，出租人相对于承租人而言占有较大的话语优势；在融资租赁市场竞争充分的情况下，竞争力强的出租人相对于承租人仍然具有话语优势，竞争力弱的出租人则处于相对劣势地位。在融资租赁合同履行过程中，承租人和出租人占有的信息不对称，承租人对自

已支付租金的能力更清楚，对租赁物占有和使用等信息更清楚，所以承租人更有优势。融资租赁公司应当敏锐地认识到自身的优势和劣势所在，采取充分措施防控风险。

在签订合同阶段，融资租赁公司应当认真把关——认真设计合同文本，认真进行尽职调查，充分掌控签约风险。合同的拟定、签署和尽职调查都可以委托有足够专业水平和赔偿能力的律师事务所进行，以提高签订合同的效率和分散合同文本设计风险、合同签署风险、承租人商业欺诈风险并在预定程度上降低出租人内部人员损害出租人公司利益的行为。因为融资租赁中出租人与承租人的信息不对称，合同文本必须对租赁物名称、数量、规格、技术性能、检验方法、租赁期限、租金构成及其支付期限和方式、币种、租赁期间届满租赁物的归属等条款和有关专门术语进行认真的约定并厘清法律责任。合同文本必须结合实际情况认真约定违约条款和争议解决条款，在违约行为的列举、定性和定金、违约金的计算方式以及赔偿损失的范围三个领域进行科学约定，在诉讼和仲裁的选择上如无特别考虑应当优先选择商事仲裁。涉外融资租赁合同还应当重点关注知识产权侵权风险和汇率风险，并特别关注国际仲裁问题——如果约定国际仲裁，可以选择国内仲裁机构仲裁也可以选择域外仲裁，而且无论选择何种仲裁都可把仲裁地选择在深圳或者出租人方便的其他国内城市。

在履行合同阶段，出租人应当持续关注租赁物的实际状况和法律状况，特别重视租赁物的公示，防止作为有形动产的租赁物在租赁期间被出租人“出售”给善意第三人。租赁物的公示，可以根据具体情况选择或者综合运用以下措施：一是合同明确约定对租赁物在中国人民银行征信中心的“中登网”进行登记；二是合同明确约定对租赁物在商务部“全国融资租赁企业管理信息系统”的“登记租赁物查询”端口进行登记；三是合同明确约定承租人在公司登记机关对社会公开的企业信息上对租赁物的权属进行记载；四是出租人在租赁物的显著位置做出突出的、为正常人所不能忽视的标识；五是采取其他适合的公示方式。上述各种公示内容，除非登记平台书面规定不能记载，至少应当包括租赁物的名称、租赁物的法律属性、所有权人（出租人）名称、租赁期限等四个要素。在做好租赁物公示的前提下，出租人还要根据合同约定采取定期和不定期对租赁物的实物进行检查、记录的方法进行确认，防止承租人在及时支付租金的情况下非法处置租赁物或者租赁物的任何部分。我国《物权法》规定的善意第三人制度，在融资租赁纠纷中是在保护不知情的作为租赁物买方的第三人的合法利益。融资租赁公司如果没有做好公示工作，一旦出现争议，则无论是通过诉讼还是仲裁解决争议，在第三人购买租赁物是否“知情”的证明上都会出现很多变数从而增加出租人的法律风险。

2014年3月1日施行的《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》规定了排除“善意第三人制度”以下四种情形：“（一）出租人已在租赁物的显著位置作

出标识，第三人在与承租人交易时知道或者应当知道该物为租赁物的；（二）出租人授权承租人将租赁物抵押给出租人并在登记机关依法办理抵押权登记的；（三）第三人与承租人交易时，未按照法律、行政法规、行业或者地区主管部门的规定在相应机构进行融资租赁交易查询的；（四）出租人有证据证明第三人知道或者应当知道交易标的物为租赁物的其他情形。”

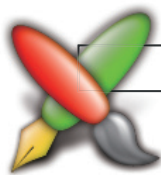
在合同履行阶段，从租赁物交付到租赁物使用至租赁期满的全部过程都应当注意租赁物灭失和毁损的风险。在具体操作层面，应当为租赁物购买保险，不论保险费由出租人还是承租人支付，因为租赁物的所有权归出租人所有，保险合同的受益人一般也应当是出租人。为租赁物购买保险，是将租赁物毁损、灭失的风险向保险公司转移，出租人在签订保险合同时应当注意对不可抗力的约定和保险公司免责的范围。

融资租赁公司的监管

我国的融资租赁公司分类复杂，多头监管。其中，金融租赁公司和银行、证券公司、保险公司、信托公司一样属于金融企业，受中国人民银行和银监会的监管，其目前监管主要的法律依据是2014年3月13日公布并生效的《金融租赁公司管理办法》。其他融资租赁公司目前监管的主要法律依据，是2013年10月1日施行的商务部《融资租赁企业监督管理办法》。

与融资租赁最相似的商业活动是分期付款的买卖和抵押贷款。如果企业无法、不愿通过分期付款的方式购买设备或者无法、不愿通过抵押贷款的方式从银行获得借款，则可以进入融资租赁领域。但是，不能因此认为融资租赁业是银行业的补充。融资租赁公司虽然具有“融资”功能，但是非经批准，不能“侵入”银行的传统业务领域，也不能只融资而不从事租赁业务。例如，商务部《融资租赁企业监督管理办法》第十条规定，“融资租赁企业不得从事吸收存款、发放贷款、受托发放贷款等金融业务。未经相关部门批准，融资租赁企业不得从事同业拆借等业务。”银监会《金融租赁公司管理办法》第二十六条规定，“经银监会批准，金融租赁公司可以（五）吸收非银行股东3个月（含）以上定期存款；（六）同业拆借”。在融资租赁公司的法律风险中，最严重的是刑事法律风险。融资租赁公司应当重点防范涉嫌《刑法》第一百七十六条规定的“非法吸收公众存款罪”。

商务部《融资租赁企业监督管理办法》和银监会《金融租赁公司管理办法》对融资租赁公司的监管规定不同。《融资租赁企业监督管理办法》列举的重点监管指标，包括企业关联交易比例、风险资产比例、单一承租人业务比例、租金逾期率等，其中融资租赁企业的风险资产不得超过净资产总额的10倍。《金融租赁公司管理办法》提出，融资租赁公司应当建立全面的风险管理体系，对信用风险、流动性风险、市场风险、操作风险等各类风险进行有效的识别、计量、监测和控制，同时还应当及时识别和管理与融资租赁业务相关的特定风险。



盗窃案中价格认定的建议

文 广东德城律师事务所 代昊律师

众所周知，盗窃罪是一个数量型罪名，其盗窃数量或次数是定罪和量刑的关键指标。根据《扣押、追缴、没收物品估价管理办法》第2条规定，对于价格不明或者价格难以确定的扣押、追缴、没收物品需要估价的，应当委托指定的估价机构估价。因此，涉案物品的价格认定就相当关键，而当今社会飞速发展，新事物层出不穷，实践中的涉案物品情况又千差万别，这就对估价机构的估价行为在程序合法性及鉴定科学性方面提出了更高的要求。

日前，笔者代理的一起盗窃案件得以宣判。在涉案物品国内市场不发达，查无市场价格的情况下，价格认定中心仅根据从未谋面所谓的“相关票据”，出具《价格建议函》明确具体价格，法院据此认定盗窃罪成立。回看本案，《价格建议函》先是明确承认了涉案物品在国内市场不发达，查无市场价格，显然其无法做出法定的《估价鉴定结论书》，而后又给出了价格建议。其价格建议的依据是“相关票据”，而该票据连复印件都没出现过，因此，这样的鉴定结论可靠性太差，更谈不上科学性。当然，也从这起盗窃案的物品价格鉴定看出，物价鉴定部门在目前价格鉴定中仍然存在诸多问题。

盗窃案物品价格鉴定存在的问题

第一，价格鉴定往往只注重结果，缺乏鉴定过程的说明和相应的调查材料。一个结论的公信力量在于过程的说服力。就本案而言，《价格建议函》就简单的几十个字，就对本无市场价格的物品作出了精确到小数点一位的判断。唯一的说明的是“根据委托方核实真实有效的相关票据计算”。“相关票据”到底是采购、制作成本的发票、收据，还是销售的合同、收据、发票没有具体说清，也没有附上相关的票据复印件。到底这个相关票据是否真实存在，是否合法，数字是多少无从得知。既然作为刑事案件的定罪证据，被告人和辩护人都无法见到质证，仅凭价格鉴定中心单方知道还是不够得。

第二，鉴定资质和程序缺乏保障。盗窃案中涉案物品包罗万象，而一家价格认定中心的鉴定人员就那么二、三个，他们要对大到汽车、家电，小到树木、花草都作出科学的鉴定，这本身就无鉴定技能和鉴定知识的保障。

第三，鉴定结论的形式不按法定要求。根据《扣押、追缴、没收物品估价管理办法》第2条规定，对于价格不明或者价格难以确定的扣押、追缴、没收物品需要估价的，应当委托指定的估价机构估价。案件移送时，应当附有《扣押、追缴、没收物品估价鉴定结论书》。可见，法定形式是《扣押、追缴、没收物品估价鉴定结论书》。另外，该《办法》第14条规定，涉案物品的估价鉴定结论应当有估价工作人员签名。就本案而言，定案依据应该是《扣押、追缴、没收物品估价鉴定结论书》而不是《价格建议函》，况且，《价格建议函》上也无任何鉴定人员的签名。

完善盗窃案物品价格鉴定的建议

第一，笔者认为价格鉴定中心更应该详细说明过程，包括调查笔录、计算方法、依据鉴定的材料复印件。增加附卷材料，公开认定材料，全面、公正的反映鉴定过程的科学性、准确性和真实性。

第二，严格执行鉴定资质条件，扩大鉴定人员队伍，精细化分工。保障每一份鉴定结论都是经过具有充足鉴定专业知识和技能的专业人士做出。让鉴定人员有更充沛的时间和专业知识去做出计算，防止千篇一律，来什么鉴定什么，毕竟没有一个人是万能的。

第三，公诉机关和法院审理应该加强对证据合法性的审查，提高严谨性。对于明显不满足无鉴定人员签字的鉴定结论应当退回或不予采纳。就本案而言，如果公诉机关或法院更加严谨，严格要求侦查机关或估价机构出具相关票据的复印件，涉及商业秘密的可以不公开审理，但至少应该附到案卷经过质证，这样才能树立司法判决的公信力和权威性。

不可否认，价格认定中心的结论在司法实践中，解决了许多刑事案件中侵犯财产刑案件类的鉴定难题，对是否为数额较大，数额巨大，数额特别巨大的情节判断上，起到了其他刑事证据无可替代的作用。但是，从目前实践来看还有很多比较突出的问题亟待规范，为了法治的公平公正，为了司法判决的公信力，希望早日引起司法部门重视，尽早出台规范。

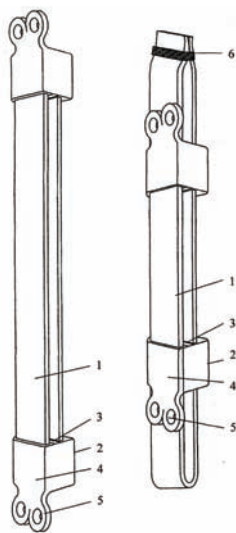
知识产权案抗辩策略至关重要

文 广东前海律师事务所 孙大勇律师

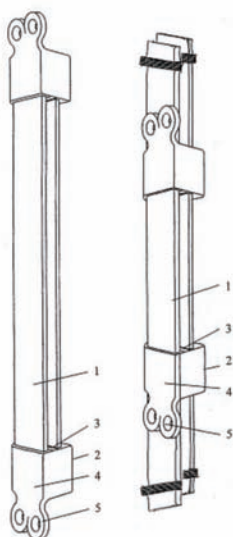
现有技术抗辩是将被控侵权产品同现有技术进行比对，而不同侵权抗辩则是将被控侵权产品同涉案专利进行比对，显然，这两种比对方式中均不涉及涉案专利与现有技术的比对。专利不侵权抗辩中使用的不同不侵权抗辩与现有技术抗辩是两种相互独立的抗辩方式，二者的并行使用并不存在法律逻辑上的内在冲突，任何情况下均可并行使用，不存在孰先孰后或者二选一的逻辑选择。

【基本案情】

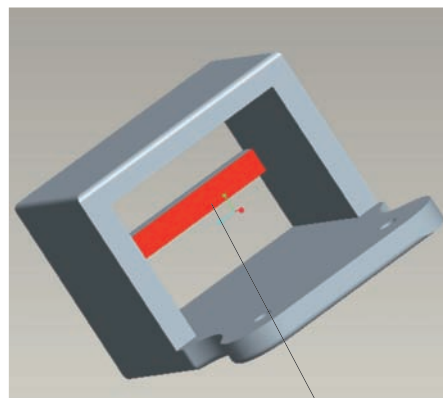
原告拥有一个名称为：“一种座椅双层定位带”实用新型专利，其权利要求的保护范围为：一种座椅双层定位带，包括一环形弹性带（1）和两个安装盒（2），安装盒（2）的底面设有横梁（3），安装盒（2）的背面是向上延伸的安装板（4），安装板（4）的延伸部开有安装孔（5），环形弹性带（1）套在安装盒（2）的横梁（3），横梁（3）有一定的宽度，通过安装盒（2）将环形弹性带（1）拉近时，环形弹性带（1）就变成两条平行的弹性带，环形弹性带的接头（6）设于安装盒（2）内。



原告专利产品示意图

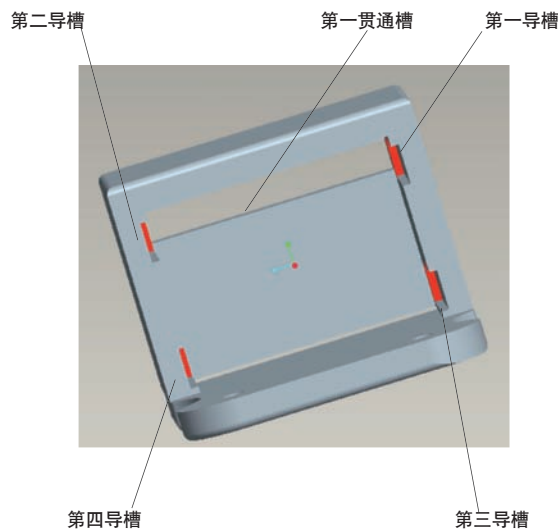


被控侵权产品示意图(整体)



涉案专利

横梁上的红色区域承受弹性带施加的全部拉力。
无横梁，图示红色部分承受弹性带施加的全部拉力。



被控侵权产品（安装盒）

无横梁，图示红色部分承受弹性

经全面比对，被控侵权产品同原告的专利具有以下区别：

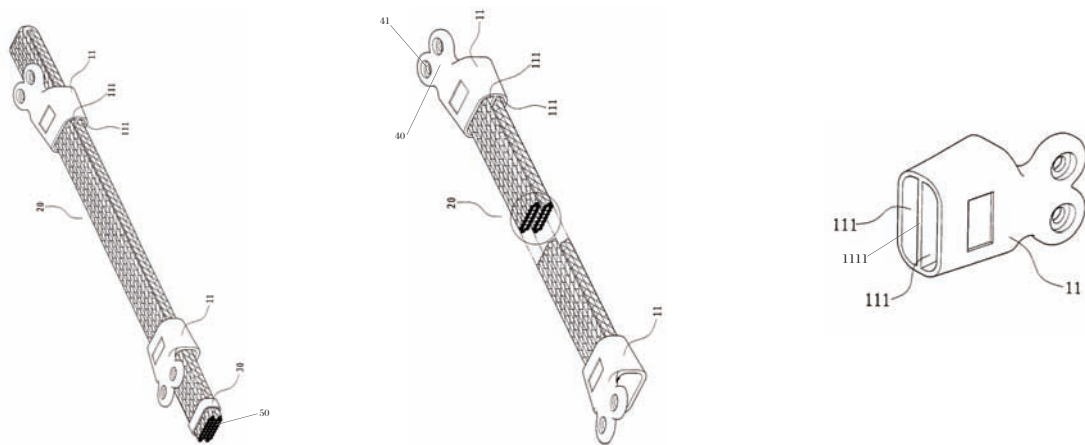
1、被控侵权产品采用两条弹性带，两条弹性带的两端并不相互扎紧形成环形，而是两条弹性带的两端各用铁环分别扎紧。

2、被控侵权产品中两条弹性带各自用自带的铁环扣住安装盒内设置的导槽（即第一导槽至第四导槽），两条弹性带在分别拉紧时形成两个平行的弹性带，而原告专利则是用一条环形的弹性带两端通过安装盒上的横梁拉紧形成上下平行的弹性带。

被告通过检索分析后认为，在原告专利的申请日前以下的技术方案已经公开，专利号为：ZL 200420088413.1（简称：131号专利）。

用不落入专利保护范围的不等同不侵权抗辩。鉴于131号专利文献技术特征中的“接头”同涉案专利中的“安装盒”相同，“扣片”同涉案专利中的“接头”相同或者实质等同，故被告同时认为，涉案专利同现有技术的方案相同或者实质等同。并且，被告认为可以考虑放弃不等同不侵权抗辩，转而承认被控侵权产品同涉案专利和现有技术均分别构成实质等同，从而得以主张现有技术抗辩（又称公知技术抗辩）。

从以上的分析可看出，主张不等同不侵权抗辩的思路与主张现有技术的抗辩思路二者的逻辑基础完全相反，被告似乎只能二选一，要么主张不等同不侵权抗辩，要么放弃不等同不侵权抗辩，而主张现有技术抗辩。显然，如何选择诉讼策略将是对被告代理律师的重大考



现有技术示意图

结合131号专利的说明书可以看出，现有技术的技术方案为：一种座椅双层定位带，包括一环形弹性带（20）和两个接头（11），接头（11）的底面设有横梁（在两个穿置槽111之间），接头（11）的背面是向上延伸的安装板（40，笔者注，下同），安装板（40）的延伸部开有安装孔（41），环形弹性带（20）套在接头（11）的横梁（1111），横梁（1111）有一定的宽度，通过接头（11）将环形弹性带（20）拉紧时，环形弹性带（20）就变成两条平行的弹性带，环形弹性带的扣片（30）设于接头（11）内。

验。若被告选择的是不等同不侵权抗辩（放弃现有技术抗辩），而法院却认定构成等同侵权，鉴于被告放弃了公知技术抗辩，因而被告败诉。若法院认定被控侵权产品同公知技术构成等同，则被告的公知技术抗辩成立，被告不构成侵权；若法院认定被控侵权产品同现有技术不等同，那么法院同时可以得出结论，被控侵权产品同涉案专利亦不构成等同，从而可以认定被控侵权产品并未落入涉案专利的保护范围，被控侵权产品仍不构成侵权。鉴于此，被告认为主张现有技术抗辩更为稳妥，能够两边受益，从而可以实现代理利益最大化。

被告的不侵权抗辩策略选择

被告认为，由于本案被控侵权产品同涉案专利存在以上的区别技术特征，因此不构成等同侵权，本案可采

被告抗辩逻辑风险分析

笔者认为，被告的上述抗辩逻辑是错误的，其中蕴藏着巨大的诉讼风险，具体理由如下：

简而言之，现有技术抗辩是将被控侵权产品同现有技术进行比对；而不同侵权抗辩则是将被控侵权产品同涉案专利进行比对。很显然，这两种比对方式中均不涉及涉案专利与现有技术的比对^[1]。当我们认为，涉案专利同现有技术的技术方案相同或者被控侵权产品同涉案专利和现有技术实质等同的逻辑分析方法相同时，实际上已经进行了涉案专利与现有技术的等同或者相同性的比对，而这种比对无论是对不同侵权抗辩，还是对现有技术抗辩而言，显然都是多余的^[2]。另外，这

综上,笔者认为专利不侵权抗辩中使用的不同不侵权抗辩与现有技术抗辩是两种相互独立的抗辩方式,二者的并行使用并不存在法律逻辑上的内在冲突。在不侵权的抗辩策略组合运用时,考虑涉案专利与现有技术是否相同或者等同比对结论是没有任何意义的^[3]。



[3] 本文不讨论专利无效的抗辩策略。其实,在实际操作中,被告也可以考虑同时采用专利无效的抗辩策略,即以131号专利文献为证据,基于涉案专利无新颖性(或创造性)的事实基础,申请宣告涉案专利无效。一旦涉案专利被宣告无效,原告主张权利的基础即刻丧失,被告当然胜诉。现实中,考虑到经济成本等因素,不是所有的被告都愿意申请专利无效。因此本文提到的问题仍有探讨的必要。



串通投标案的司法处理

文 广东联建律师事务所 顾东林律师

【基本案情】

2010年8月，雷某通过深圳市坪山新区城市建设投资有限公司（下称“坪山城投公司”）工程部经理肖某韬获悉，坪山城投公司负责的“聚某花园二期”和“竹某花园”两项政府工程即将进行施工总承包招标。2011年5月，雷某将上述信息告诉吴某某，双方商议由吴某某负责挂靠有相应资质的建筑公司参加投标，而雷某则负责联系肖某韬，让肖某韬设置有利于吴某某挂靠公司的招标条件，以便进行围标。中标后雷某将获得两项目中防水、门窗等五小项分包工程，并分得其他项目造价3%的分成款，吴某某则获得两项目的其他工程。双方为此签订了《合作协议书》。

2011年6月22日，坪山城投公司通过深圳市建设工程交易服务中心平台正式发布“聚某花园二期”施工总承包招标公告。公告要求投标人具备政府预选承包商房屋建筑施工总承包I组且具备房屋建筑施工总承包特级资质，评标定标方法为综合评估法（全部评审），中标候选人的确定方法为：从评标委员推荐的前3名中抽签确定一名中标候选人（即先评后抽）。本次发包工程估价：9.8亿元。

“聚某花园二期”项目招投标在网上公告后，李某某即着手准备以中核华兴公司的名义参与投标。吴某某找到李某某，说他有几家公司，希望一起合作投标，中标的几率会提高，以后无论谁中标，项目一人一半。李某某答应与吴某某合作，并商定：由李某某负责审查标书，并想办法搞定评标专家，让合作投标的公司排名前三，保证中标，其余事情由吴某某负责。

根据事先约定，吴某某先后找到中建四局深圳分公司、中建八局广州分公司深圳事业部，商量挂靠两公司参与“聚某花园二期”项目投标。吴某某答应确保中建四局进前三名，否则补偿其人民币100万元。吴某某与中建八局商谈合作竞标时，答应想办法一定让中建八局中标。由于“聚某花园二期”采取综合评标，入围前三名后还要抽签，不一定能保证中标。中建八局于是提出要人民币300万元作保证金以表示诚意，如果中建八局

中标了就将保证金退给他。在投标之前，吴某某给中建四局支付了30万元，给中建八局支付了300万元。李某某则以中核华兴公司的名义参与“聚某花园二期”项目投标，并指使下属雷某强联系技术标评审专家。

2011年8月初，在评标当天，肖某韬将坪山城投公司向深圳市建设工程交易服务中心提交抽取评标专家申请表的准确时间透露给吴某某。雷某强于是根据抽出的专家名单找到技术标评审专家马某宁、张某华等人，让其在评标过程中按事先约定的暗号给中建四局、八局和中核华兴公司的标书打高分，将其它公司的分值尽量压低，以便该三家公司全部进入最后抽签名单，并许诺事成后给予每人好处费。在评标时马某宁、张某华按雷某强要求给前述三家公司的标书打出高分并排列前三名（中建八局综合评分排名第一，三家公司评分至少高于其它投标单位30分），使得该三家公司全部进入抽签名单。经抽签，中核华兴公司中标。事成后，雷某强按李某某指示根据打分情况给予评标专家马某宁人民币15万元、张某华人民币5万元。

2011年11月23日，“竹某花园”项目施工总承包招标公告发布，本次发包工程估价7.5亿元，投标人资质要求、评标定标方法和中标候选人确定方法与“聚某花园二期”项目一致。于是，吴某某、李某某、雷某三人商议以之前相同的方式对“竹某花园”项目进行围标。

由于中核华兴公司在“聚某花园二期”项目中已经中标，不能再参与“竹某花园”项目的投标。为了保证中标，吴某某联系中建四局、五局合作投标，其和中建四局商谈的合作条件与“聚某花园二期”项目一样，中建五局则收取20万元保证金。因合作条件未谈拢，中建八局决定自己投标“竹某花园”项目，未与吴某某合作。投标期间，李某某再次指使雷某强联系技术标评审专家。2011年12月，雷某强找到技术标评审专家吴某某，让其在评标中给中建四局、五局、八局三家公司的标书打高分，并许诺事成后给予好处费。吴某某按要求打高分，最后使得该三家公司全部进入抽签名单。经抽签，中建八局中标。事

后，李某某通过雷某强给予吴某某好处费人民币60万元，雷某强本人得好处费人民币20万元。为感谢余某某的帮忙，吴某某在余某某办公室给了他个人8万元。

2012年3月22日，深圳市公安局接到举报后立案侦查。同年5月8日至5月31日，先后将吴某某、李某某、雷某强、雷某、余某某、马某宁、张某华、吴某某抓获归案。各公司非法收取的保证金、个人赃款全部被追缴。

2012年5月12日，雷某强在看守所接受侦查机关询问期间，积极检举揭发了丁某伟、魏某开等评标专家在其它项目评标中收受贿赂的事实。深圳市公安局据此又破获了丁某伟、魏某开涉嫌非国家工作人员受贿罪一案。

【公诉意见与辩解意见】

2012年12月3日，深圳市盐田区检察院以深盐检刑诉[2012]235号起诉书向盐田区人民法院提起公诉，指控被告人吴某某、李某某、雷某强犯串通投标罪和对非国家工作人员行贿罪，指控被告人雷某犯串通投标罪，指控被告人余某某犯串通投标罪和非国家工作人员受贿罪，指控被告人马某宁、张某华、吴某某、丁某伟、魏某开犯非国家工作人员受贿罪。

吴某某辩称：第一，其没有跟李某某约定由李某某负责为参与围标的公司在评标中打高分。第二，肖某韬从来没有跟其提过要人民币5万元，其也没有给过他5万元，是雷某以加班费的方式从公司领了5万元给肖某韬。吴某某的辩护人提出如下辩护意见：第一，吴某某挂靠多家建筑企业串通投标，该行为虽然扰乱了建筑市场管理秩序，但社会危害性较小，没有对“聚某花园二期”和“竹某花园”两工程的正常施工带来实质性的影响，被告人吴某某也没有获得不正当利益。第二，吴某某不是主动给肖某韬的贿赂款，依据刑法第三百八十九条第三款关于“因被勒索给予国家工作人员以财务，没有获得不正当利益的，不是行贿”的规定，应对吴某某免予行贿罪的处罚。第三，吴某某深刻悔罪，且没有获得不当利益，请求对吴某某从轻处罚。

李某某的辩护人提出如下辩护意见：第一，李某某犯有串通投标罪，在实施犯罪时，其使用的犯罪手段又牵连到单位对非国家工作人员行贿罪，属牵连犯，应择一重罪论处，以串通投标罪对李某某定罪处罚。第二，李某某归案后认罪态度较好，且有悔罪表现，应对其依法从轻处罚。

雷某表示认罪，但是辩称：第一，吴某某叫其将人民币5万元转交给肖某韬时，没有说明这笔钱的用途。

第二，其只是协助串通投标。雷某强认对非国家工作人员行贿罪，不认串通投标，辩称：其只是联络评标专家，没有参与串通投标，行贿评标专家不是实施串通投标

行为的手段，因而不构成串通投标罪。雷某强的辩护人认为雷某强具有重大立功情节。

余某某认非国家工作人员受贿罪，不认串通投标罪，辩称其并不知道吴某某有围标的情况。余某某的辩护人提出如下辩护意见：第一，余某某主观上不存在串通投标的故意，客观上也并未实施串通投标行为，余某某的行为不构成串通投标罪。第二，余某某收受吴某某钱款是在“竹某花园”项目开标后，并非参加投标前收受，其本人并未为吴某某串通投标提供便利，受贿情节显著轻微。

马某宁、张某华、魏某开表示认罪，对指控的事实无异议。认为犯罪情节较轻，认罪态度好，请求依法从轻处罚。

吴某某认为自己的行为不构成犯罪，辩称：其虽然收受了雷某强给予的人民币60万元，但在评分时没有失去公正，没有为雷某强谋取利益。

【法院审理】

第一，被告人吴某某行贿肖某韬的行为应以行贿罪定罪处罚。被告人吴某某辩称其没有送给肖某韬人民币5万元，肖某韬收受的5万元是雷某以加班费的方式从自己公司领取的。吴某某的辩护人则认为，吴某某不是主动给肖某韬的贿赂款，依据刑法第三百八十九条第三款关于“因被勒索给予国家工作人员以财务，没有获得不正当利益的，不是行贿”的规定，对吴某某应免予行贿罪的处罚。

法院认为，首先，没有充分证据证明吴某某在被勒索的情况下给予肖某韬贿赂。其次，吴某某通过肖某韬在招标文件中设置一些有利于其合作公司投标的条件，并从肖某韬处获取招投标信息，获得了不正当利益。综上，吴某某通过行贿肖某韬获取了不正当利益，应以行贿罪定罪处罚。

第二，被告人李某某的行为构成串通投标罪和对非国家工作人员行贿罪。被告人李某某及其辩护人认为，在实施串通投标犯罪时，使用了对非国家工作人员行贿的犯罪手段，属牵连犯，应择一重罪论处，以串通投标罪定罪处罚。法院认为，根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第六条的规定，行贿人谋取不正当利益的行为构成犯罪的，应当与行贿犯罪实行数罪并罚。因而，李某某的行为分别构成串通投标罪和对非国家工作人员行贿罪，应依法予以数罪并罚。

第三，被告人雷某强的行为构成串通投标罪。被告人雷某强及其辩护人认为雷某强只是联络评标专家，没有参与串通投标。法院认为，被告人雷某强明知李某某利用多家公司串通投标，其仍然帮助李某某贿赂评标专

家，要求评标专家将李某某提供的多家公司的标书打高分，确保李某某合作的公司中标。因而，雷某强的行为构成串通投标罪。

第四，被告人余某某的行为不构成串通投标罪。被告人余某某及其辩护人均认为余某某不知道吴某某串通投标，没有参与串通投标，不构成串通投标罪。法院认为，经查，在案没有证据证明吴某某在与中建五局合作投标的过程中，告知余某某利用多家公司串通投标。余某某是在不清楚吴某某等人串通投标的情形下，帮助中建五局与吴某某合作投标，被告人余某某的行为不构成串通投标罪。

第五，被告人吴某某的行为构成非国家工作人员受贿罪。被告人吴某某辩称其没有为雷某强谋取不正当利益，其行为不构成非国家工作人员受贿罪。经查，被告人吴某某在2012年5月12日第一次接受侦查人员调查时，即承认其在收到雷某强的短信联系后答应在评标时给予帮助，事后其收受雷某强人民币60万元。至于吴某某辩称其没有为他人谋取不正当利益的意见，法院认为，吴某某作为评标专家，接受投标方代表雷某强的请托，在评标中为雷某强指定的公司打高分，吴某某的行为严重违反评标规定，有违公平公正，为行贿方谋取了不正当利益，其行为构成非国家工作人员受贿罪。

第六，被告人雷某系从犯。被告人雷某的辩护人认为雷某系从犯。法院认为，雷某在串通投标活动中仅负责与招标单位的相关人员联系，起次要作用，系从犯。

第七，雷某强具有立功表现。公安机关根据雷某强提供的线索，侦破了魏某开2011年4月在“深圳市原大工业区江岭路市政工程”评标中收受好处费10万元以及丁某伟2011年12月在“光明高新园区公共服务平台项目（监理）”评标中收受贿赂人民币7万元的案件。被告人雷某强具有立功表现，应依法予以从轻或者减轻处罚。但是，其立功情节依法不属于重大立功，辩护人关于重大立功的意见，法院不予采纳。

法院认为，被告人吴某某串通投标，行贿招标方项目管理人员和合作投标方管理人员，其行为构成串通投标罪、行贿罪和对非国家工作人员行贿罪。被告人李某某串通投标，并通过行贿评标专家的方式保证中标，其行为构成串通投标罪和对非国家工作人员行贿罪。被告人雷某强明知他人串通投标，仍然帮助联系并行贿评标专家，以保证用于串通投标的企业中标，其行为构成串通投标罪和对非国家工作人员行贿罪。被告人雷某参与串通投标，其行为构成串通投标罪。被告人吴某某、丁某伟、马某宁、魏某开、张某华身为评标专家，在参与评标过程中收受投标方贿赂，为他人谋取利益，五被告人的行为构成非国家工作人员受贿罪。被告人

余某某身为建筑企业管理人员，在与他人合作投标过程中收受合作方贿赂，为合作投标提供帮助，其行为非国家工作人员受贿罪。综上，应依法追究十被告人的刑事责任，对吴某某、李某某和雷某强予以数罪并罚。在串通投标共同犯罪中，被告人吴某某、李某某系主犯，应按照各自策划、参与的犯罪进行处罚；被告人雷某、雷某强系从犯，依法予以从轻处罚。在对非国家工作人员行贿共同犯罪中，被告人李某某、雷某强均系主犯，均应按照各自策划和参与的犯罪进行处罚。被告人雷某强在被追诉前，主动交代其行贿犯罪事实，依法可对雷某强所犯对非国家工作人员行贿罪免除或者减轻处罚。被告人雷某强有立功表现，依法予以从轻处罚。被告人魏某开、余某某如实供述司法机关尚未掌握的犯罪事实，有自首表现，依法予以从轻处罚。被告人吴某某、李某某、雷某强、雷某、丁某伟、马某宁、魏某开、余某某和张某华均能如实交代相关犯罪事实，认罪态度好，均予以从轻处罚。

【法院判决】

依照《中华人民共和国刑法》第二百二十三条、第一百六十三条第一款、第一百六十四条第一款及第四款、第三百八十九条第一款、第三百九十条第一款、第六十九条、第六十七条第一款及第三款、第六十八条、第六十四条，以及经2006年《中华人民共和国刑法修正案（六）》修正的《中华人民共和国刑法》第一百六十四条第一款之规定，法院判决：

第一、被告人吴某某犯串通投标罪，判处有期徒刑一年六个月，并处罚金人民币20万元；犯行贿罪，判处有期徒刑一年；犯对非国家工作人员行贿罪，判处有期徒刑一年。决定执行有期徒刑三年，并处罚金人民币20万元。

第二、被告人李某某犯串通投标罪，判处有期徒刑一年六个月，并处罚金人民币20万元；犯对非国家工作人员行贿罪，判处有期徒刑二年。决定执行有期徒刑三年，并处罚金人民币20万元。

第三、被告人雷某强犯串通投标罪，判处有期徒刑九个月，并处罚金人民币10万元；犯对非国家工作人员行贿罪，判处有期徒刑一年三个月。决定执行有期徒刑一年三个月，并处罚金人民币10万元。

第四、被告人雷某犯串通投标罪，判处有期徒刑十一个月，并处罚金人民币10万元。

第五、被告人吴某某、丁某伟、马某宁、魏某开、余某某、张某华六人犯非国家工作人员受贿罪，其中吴某某判处有期徒刑三年，丁某伟、马某宁判处有期徒刑一年六个月，魏某开、余某某、张某华判处有期徒刑一年。

第六、扣押在案的个人退赃款、公司退缴的违法所得予以没收，上缴国库。



拍案说法

涉外婚姻家事案件中的法律冲突

文 上海市锦天城（深圳）律师事务所 郭璇玲律师 张惠婷律师

外国法院作出的生效离婚判决要在中国境内发生法律效力，目前只能通过两种途径：一是当事人向有管辖权的中级人民法院申请对外国离婚判决的承认和执行；二是由外国法院依照该国与我国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求我国法院承认和执行。

随着经济全球化、文化包容性的加强，对国人跨国、跨境域下联姻与财富传承的法律服务需求亦随之增加。涉外婚姻家事案件往往涉及了错综复杂的法律关系。本文旨在通过结合笔者在律师执业过程中代理的典型案例，将涉外婚姻家事案件法律冲突问题的几点思考及累积的一些实务经验与广大法律工作者分享，以期相互学习、交流。

〔基本案情〕

委托人A先生（中国公民）与B女士（中国公民）于1997年在国内登记结婚，B女士在婚后不久即远赴美国。2007年，B女士在美国某州起诉离婚，在A先生缺席的情况下，该州高等法院作出生效离婚判决，准予双方解除婚姻关系。2009年，B女士在美国与第三人C先生（英国人）另行结婚，并以夫妻名义共同购买了房产。2010年初，A先生与B女士就国内夫妻共同财产分割达成一致，A先生支付了B女

士人民币数百万元。同年，B女士向国内法院提起与A先生解除婚姻关系的离婚诉讼，双方达成调解协议，法院作出离婚调解书。2011年，B女士将其名下另一套美国房产转让给其美国丈夫C先生，作为C先生的个人财产。2011年底，B女士以A先生隐瞒夫妻共同财产为由向国内法院提起诉讼，请求再次分割A先生财产，涉及的财产包括A先生所持上市公司内部股权、分红及房产，标的额高达人民币数千万元。

〔律师评析〕

本案例属于典型的“诉讼竞合”，即相同当事人就同一事由基于相同事实同时在两个或两个以上国家的法院进行诉讼。本案的特殊性在于，在既存在一个已生效的美国离婚判决又存在一个已生效的国内离婚调解书的情况下，将面临因两国生效法律文书的法律效力冲突问题，离婚时间点的最终认定，将使双方在诉讼时效和财产分割依据等问题上发生重大改变，当事人的权益也将因此天差地别。

一国法院的判决一般而言只有域内效力而没有域外效力已是国际私法普遍遵守的基本原则。基于对我国司法主权的维护，我国现行法律规定，未经我国法院承认的外国法院生效判决，在我国法域内均不发生法律效力。针对本案之情形，对于已存在外国法院生效离婚判决的涉外离婚案件，当事人可循两种法律途径解决，第一种是申请我国法院承认和执行外国法院作出的离婚判决，而第二种是直接向国内有管辖权的法院提起离婚诉讼。

申请我国法院承认和执行外国法院作出的离婚判决

使外国生效判决在我国境内发生法律效力的途径

2013年1月1日施行的《中华人民共和国民事诉讼法》第二百八十一条规定：“外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院



申请承认和执行，也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求人民法院承认和执行”，第二百八十二条规定：“人民法院对申请或者请求承认和执行的外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定，依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则进行审查后，认为不违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，裁定承认其效力，需要执行的，发出执行令，依照本法的有关规定执行。违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，不予承认和执行。”

鉴于上述规定，外国法院作出的生效离婚判决要在中国境内发生法律效力，目前只能通过两种途径：一是当事人向有管辖权的中级人民法院申请对外国离婚判决的承认和执行；二是由外国法院依照该国与我国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求我国法院承认和执行。

外国离婚判决经我国法院承认后，离婚时间点的明确。

最高人民法院分别于1991年8月13日、2000年3月1日颁布了《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》及《关于人民法院受理申请承认外国法院离婚判决案件有关问题的规定》，这两个规定是我国承认和执行外国法院离婚判决的特别法。我国法院在受理涉外离婚案件当事人关于请求承认外国离婚判决的申请后，将根据上述规定，对外国生效判决进行形式审查，作出承认或不予承认的裁定书，而不对外国判决中所涉及的当事人实体权利进行处理。

外国法院作出的离婚判决一经我国法院承认，即在我国发生法律效力。《外交部、司法部、民政部关于驻外使、领馆就中国公民申请人民法院承认外国法院离婚判决事进行公证、认证的有关规定》第七条的规定，“外国法院离婚判决书生效日期与我国法院裁定承认日期不同，离婚后未再婚公证应以外国法院离婚判决书生效日期为准。”由此可见，目前我国对于已获得国内法院承认的外国离婚判决，当事人离婚时间点将以外国生效离婚判决所确定的离婚时间为准。

综上，如当事人选择向我国法院申请承认外国法院已作出的生效离婚判决，将一定程度上避免出现两个法域下作出的生效离婚判决效力相互冲突的问题。

当事人直接向国内有管辖权的法院提起离婚诉讼

我国现行相关法律规定

最高人民法院《关于人民法院受理申请承认外国法院离婚判决案件有关问题的规定》第二十条规定，“当事人之间的婚姻虽经外国法院判决，但未向人民法院申请承认的，不妨碍当事人一方另行向人民法院提出离婚诉讼”，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》也规定，夫妻双方分别居住在国内、外的，任何一方均可向国内一方住所地法院起诉。

当事人直接向国内有管辖权的法院起诉离婚的，该生效

离婚判决将直接在国内发生法律效力，这无疑更有利于判决的执行。但是，若已存在外国法院作出了生效离婚判决的情况，又在国内起诉离婚将会产生不同法域下生效离婚判决之间的法律冲突问题，从而导致在处理离婚纠纷所涉及的离婚时点、财产分割、法律适用等相关问题时面临种种困境，使当事人的权益无法获得充分保障。

在已存在外国生效离婚判决的情况下，当事人向国内法院再次提起离婚诉讼将面临的法律冲突问题

我国现有立法对涉外婚姻的离婚时点计算，如前所述，仅对外国离婚判决与国内承认判决的裁定书之间出现时间不一时，规定以外国判决确定的时间点为准，但是对于既有外国判决、又有国内生效裁判的情况下，司法实践中多基于司法主权原则以国内生效裁判所确定的离婚事件为准，但由此却导致了夫妻共同财产范围、诉讼时效难以确定以及“跛脚婚姻”、事实重婚等问题的出现。

一是离婚时间点冲突导致夫妻共同财产范围难以确定，分割时发生争议。由于存在两份不同生效离婚法律文书，故将产生两个不同的离婚时点，从而导致双方在此时间差内所取得的财产是否属于夫妻共同财产存在争议。

在本案中，美国法院及我国法院分别于2007年和2010年就A先生与B女士离婚纠纷作出生效法律文书，根据美国法院作出生效判决，A先生与B女士已于2007年解除婚姻关系，而根据我国法院作出的生效调解书，A先生与B女士2010年方才解除婚姻关系。由此产生的问题即是：双方在2007年美国法院作出生效离婚判决后至2010年国内法院作出生效离婚调解书期间所取得的财产是否属于夫妻共同财产。

笔者认为，如果机械地基于司法主权原则，盲目地排斥外国生效离婚判决，片面地以国内生效调解书认定双方离婚时点，这对于当事人而言，显然是极不公平的。

二是诉讼时效起算点难以确定，当事人权益模糊、缺乏保障。根据我国《婚姻法》第四十六条规定，夫妻一方存在重婚、与他人同居、实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员之过错行为的，无过错方有权提出损害赔偿请求；根据《婚姻法》第四十七条规定，离婚时一方存在隐藏、转移、变卖、毁损财产等情形的，另一方可向法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。

基于对无过错方合法权益的保护及防止当事人诉讼权利的滥用，最高人民法院针对《婚姻法》上述规定作出了相应的司法解释，以明确无过错方可向过错方主张权利的诉讼时效。最高人民法院在《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）》第三十条第（二）款中规定，“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条规定提起损害赔偿请求的，可以在离婚后一年内就此单独提起诉讼”，即当无过错方为被告时，即使其在离婚诉讼中未提起损害赔偿请求，其仍有权在离婚后一年内就过错

方的过错行为单独提起损害赔偿之诉。同时，该司法解释第三十一条亦规定，“当事人依据婚姻法第四十七条的规定向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产的诉讼时效为两年，从当事人发现之次日起计算”，即无过错方在离婚后，如发现对方在离婚时存在隐藏、转移、变卖、毁损财产之情形的，应在发现之日起两年内提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。

正如在本案例中，在A先生不存在《婚姻法》第四十六、四十七条规定的过错情形下，如以2007年美国法院离婚生效判决确定的离婚时间作为离婚时点，则B女士于2011年才向法院提出再次分割夫妻共同财产的请求显然已超过诉讼时效；而如果美国法院作出的离婚生效判决在我国自始未发生法律效力，以2010年我国法院作出离婚调解书的时间作出离婚时点，则B女士的请求仍未超过诉讼时效。显然，若B女士在2007年美国起诉离婚时和2011年在国内起诉离婚时均未就夫妻财产分割问题提出异议的情况下，故意利用这种法律冲突来规避关于诉讼时效的法律规定，以达到再次分割A先生巨额财产的目的，实际上是对A先生权益的严重侵害。

因此，如果因离婚时间点不确定而导致诉讼时效起算点无法明确，当事人的权益就处于不确定状态，难以得到保护。

三是导致“跛脚婚姻”及事实重婚的大量产生。“跛脚婚姻”是指同一婚姻在一个国家合法有效而在另一个国家则无效或者可能会被解除的婚姻。在本案例中，根据我国现行法律规定，如不承认美国法院于2007年作出的离婚判决而以2010年国内法院离婚调解书确定的日期作为双方的离婚时点，则B女士在2007年至2010年期间将同时存在两段婚姻关系。而根据中、美两国关于婚姻关系的立法宗旨及相关法律规定，两国法律均规定了一夫一妻制的婚姻制度，任何人在同一时期以任何形式存在两段婚姻关系都是违反婚姻法基本原则及公序良俗的。因此，就会形成A先生与B女士的婚姻关系在美国系被视为已解除、B女士与C先生的婚姻关系合法有效，同时A先生与B女士的婚姻关系在中国亦仍然有效的荒唐局面。

如果这种“跛脚婚姻”长期大量存在而不能通过立法规范解决，则无疑将严重违背我国婚姻法中关于维护一夫一妻的婚姻制度及禁止重婚、禁止有配偶者与他人同居的法律规定，有违公序良俗，冲击维系社会稳定最重要、最基本的婚姻关系，且将对一方当事人的合法权益构成严重侵害，致使其遭受极不公平的对待。

〔立法建议〕

本案例虽受限于我国现行的法律规范，但在本案审理过程中，笔者通过外国法律的查明和境外证据的调取等一系列

的代理工作，包括：检索美国婚姻家事法律及离婚诉讼所涉及的程序性法律规定，调取双方在美国法院诉讼离婚时包括离婚判决在内的所有案卷材料，对B女士在美的个人背景、财产情况、婚姻状况等进行调查，调查其是否存在隐瞒、转移夫妻共同财产及重婚的情形等，最终使国内法院对A先生与B女士关于离婚财产分割约定的电子邮件进行了确认，最终赢得了诉讼，驳回了B女士的全部诉讼请求。

法院在审理涉及两个“合法”判决效力冲突时确实颇有难度，亦需要勇气。法院最终并没有对两个冲突的司法裁决进行评判，不得不说是—种遗憾，但同时也反映了法官在处理这一问题上的睿智，毕竟判决的结果维护了公序良俗，保护了弱势一方，还是值得肯定的。

笔者认为，针对上述情况，可采取以下措施予以解决：

一是在婚姻家事领域，对于外国法院作出的生效判决，特别是离婚判决，我国应采取更为宽容、灵活的司法态度。

二是对既在国外提起离婚诉讼并取得生效判决后又向国内法院提起离婚诉讼的一方当事人的诉讼权利予以规范。本案产生的根源在于当事人不清楚国内的婚姻法律规定，没有申请法院对外国法院的判决进行承认，才产生了重大争议。国内法院在审理离婚案件时，可以借鉴美国 and 香港的类似做法，要求当事人对是否存在国外已生效的离婚判决进行声明。如果当事人确认已存在生效国外判决书的，则法官应当对案件的法律后果及法律程序进行释明，告知当事人有权申请对外国法院的判决予以承认。如果当事人接受，则可以要求当事人撤回离婚诉讼，另行诉请承认外国判决。如果当事人未予撤回，再依法进行审理，并在判决书中对释明过程予以载明。

三是立法上，建议对外国离婚判决的审查标准、不予承认的理由、承认后判决的法律效力以及当外国生效离婚判决与国内生效离婚法律文书发生法律冲突时的处理办法进行系统而明确的规定，或通过司法解释的方式予以解决。

四是基于涉外婚姻案件往往法律关系错综复杂、情形较为特殊，在法律规范无法完全覆盖涉外离婚案件所涉及的法律冲突问题时，应充分给予法官审理案件的自由裁量权，应允许法官在不违反我国法律基本原则和公序良俗的前提下，结合案件实际情况，就财产分割等问题进行裁判。

随着社会的发展，可以预见我国的涉外婚姻家事事务数量一定还会继续快速增长，因此如何解决不同法域之间的法律冲突将是未来婚姻家事法律修改的一个重要方向。我们法律同仁需要共同努力，摒弃固守不变的理念，在实务和理论工作中总结经验，努力使涉外婚姻家事的法律适用与其他法域在更大程度上共融，以期更好地、更便捷地保护涉外婚姻当事人的权益。

在仲裁工作中自我磨砺

文 特约记者 谭古丽

市场经济发展，利益“战争”不可避免。在各种商事争议、劳动纠纷走进法庭之前，可通过第三方调解机制——仲裁，以法理的视角对双方进行劝说，从而将矛盾冲突消弭于无形。仲裁员，承担着伸张正义、抑法扬清、平抑纠纷、促进交易、繁市兴贸的社会责任，是整个仲裁制度的生命力所在。

律师仲裁员的工作凝聚了汗水和心血，是法律人对“法治”理想的共同追求，也是深圳律师对人生信念的执着坚守。

考验耐性的和解

仲裁，可分为劳动争议仲裁和商事仲裁。劳动仲裁案件标的小、数量多，部分类型小标的案件往往一裁终局。申请人大多是势单力薄的劳动者，他们通常法律知识欠缺、没经济能力聘请律师，而自身举证能力又弱。

“很多举证能力较弱的劳动者，根本不知道如何主张自己的权利，造成权利无法受到保护。”这是程寅律师担任劳动仲裁员以来的最大感触。对于他们，程寅找到了一个不是办法的办法：耐心，更加有耐心，不断指导，不断释明，再释明！

长期进行劳动仲裁的冼武杰律师也分享了一次仲裁案件的劝解过程：庭前，冼武杰跟公司的法律顾问和人事经理联系，对方回复是只能给比工作时间多一个月，即8个月的工资补偿，但员工因为家庭经济原因，不愿意接受该方案，执意要两倍，就是14个月的工资补偿。公司方的人事经理跑到冼武杰办公室诉苦，员工也坚定立场，多次在电话里指责单位不地道，对员工管理粗暴。每次电话沟通都逾一小时，冼武杰耐心地听员工发泄，最后提出建议……因为审限问题，冼武杰写好裁决书，仲裁院也审批通过了。可就在最后关头，他还是不愿意放弃，仍跟公司方联系，努力做思想工作。多次沟通之后，双方终于接受了11个月工资的和解方案，调解结案了。对于这样的结果，冼武杰望着调解室里悬挂的两幅字，“通情理、和为贵”、“互让互谅、诚心诚意、心平气和、换位思考”，突然松了一口气。

这样的案例不胜枚举，它琐碎不起眼，却非常消磨人

的精力，仲裁员唯有更加沉着、耐心来沟通解决。

相比于劳动争议仲裁考验耐性，商事仲裁或许更注重仲裁策略。周成新律师已担任了18年的深圳商事仲裁员，在他看来，除耐心外，还要初步分析判断，看看案件是否有和解的可能，从而确立和解的信心。再者，可通过细节问题引导当事人达成和解协议，不留隐患。在这样的思路下，2013年，他和所在仲裁庭曾成功调解一起争议标的上亿元的仲裁案件。

专业探索与攀登

对比律师作为高端服务业的收入，仲裁员的收入稍微显得“微薄”。但是大多数兼职律师认为，仲裁工作对他们有着莫大的吸引力。原因很简单：律师借助仲裁平台，可拓宽专业视野，提升法律专业和研究能力。

“通过仲裁案件，可以一方面反观到某些理论的缺陷和粗糙；另一方面，加深对理论的理解，丰富理论。”陈学明律师说。陈学明是深圳仲裁界的“老资历”，曾三次受聘担任深圳仲裁委专家咨询委员会委员，并三次当选深圳仲裁委优秀仲裁员。

周成新律师也十分重视仲裁工作给他带来的专业探索，比如涉及案外第三人的处理问题，在后来的仲裁实践中，周成新和他参与的仲裁庭领悟到了两种做法。

首先，要求仲裁协议双方当事人与案涉第三人达成新的仲裁协议，进而变更仲裁当事人将案涉第三人纳入同一仲裁案件处理。其次，将案外第三人作为证据或证人对待。

如在一起内地企业（申请人）与港资企业（被申请人）的投资合作协议纠纷中，被申请人通过多个第三人无偿取得了申请人的全部数千万资产，使申请人在原投资合作协议中约定应获得的权益全部落空。该案涉及多个案外人但又无法达成新的仲裁协议全部进入同一案件审理，仲裁庭以仲裁当事人之间签订的投资合作协议书为依据，对涉及被申请人通过多个案外人取得申请人的资产的证据予以质证，最后认定被申请人未履行投资合作协议约定造成申请人损失应付赔偿责任。

“通过这种实际操作的仲裁工作，为我的理论研究提供了丰富的第一手素材，使理论研究更有针对性，更能切合实际需要。”周成新说。

除了兢兢业业在仲裁委奋战的专职仲裁员外，现在越来越多的深圳律师加入了兼职仲裁员的队伍。身份位置的转换，让律师们大大开拓了视野。

二十年坚守之路

身处商品和金钱的社会，仲裁员职业生涯能够打磨一个人的操守：一旦裁判权在握，你是否能抵制各种压力和诱惑？“近20年的实践证明，我能。”陈学明干净利索地说道。二十年的商事仲裁工作，陈学明面对的利益诱惑可想而知。

有一次，一个校友打电话找他，说市里有位领导想请他吃饭。由于当时是干部下海潮，他认为可能是这位领导想做律师，想咨询下他的意见，于是就答应了。没想到他们还请了一位房地产开发商，这位开发商就是他受理仲裁案件的一方当事人。酒席间，领导提醒当事人，“有什么事情就跟陈律师讲一讲嘛！”当事人就提到陈学明手头正在处理的仲裁案。陈学明马上阻止道，“打住！如果你再讲下去，我立马离席，要么我申请回避。”当事人只好放弃，第二天还给陈学明打电话，“陈律师，我很敬佩你，你这样做，我很理解。”陈学明律师在仲裁员这个岗位上坚持了近二十年，无论是职业操守还是道德操守，他都始终保持高贵的人格和气节。

优秀仲裁员标准都是相同的

在一些欧美发达国家，一个律师的职业生涯的顶峰就是担任司法裁判者，而不是财富的多寡。根据相关单位的评优文件，作为司法裁判者的仲裁员，“优秀”的选择标准大概可以总结为两个方面：一是具备处理仲裁案件的相应的学识、能力和经验；二是坚持职业和道德操守。作为仲裁员的深圳律师，他们心中的准绳是什么？

在程寅律师看来，是准确理解法律。“劳动法律法规、司法解释、指导意见随着形势的变化不断更新，放松法律学习将导致法律理解不准确，裁决就会出现错误。仲裁员与律师工作最大的不同是律师可以从当事人的角度提出有利于当事人的请求和法律适用，而仲裁员居中裁决要明辨

法理准确判断。”他说道。

他认为，仲裁员作为法律裁判者可以实现法律人的最大价值，继而实现人生理想。被评优后，程寅律师戒骄戒躁，认真学习，战战兢兢处理每一宗劳动案件，对法律充满敬畏之心，不断进步。

而“老资历”的陈学明律师一直在繁忙地工作，无暇顾及采访事宜，在追问下才凝炼地总结出三点，即“公正的品质、深厚的学养、高度的责任感”。无论是充满耐性和人文关怀的和解、专业上的不断探索与攀登，还是不离不弃的二十年坚守，都可以归结为陈学明的三点。深圳律师以此为目标，在仲裁工作中不断自我磨砺和自我成长，用汗水和心血共同酿造出和谐社会的玉液琼浆。

【律师仲裁员心声】

莫道仲裁天地小，一样铁肩挑正义。我认为一个好的仲裁员应具备：公平的价值观、深厚的学养以及锱铢必较的责任心。我个人从事仲裁的经验教训是：公平、讲理、透明。我认为这是一个好的裁决必须具备的要素。

——陈学明律师

作为仲裁员在庭审时不必像法官那样代表国家显示威严，要让当事人有一个亲切的感觉。要让当事人感觉到我们客观、公道、正派。要保证仲裁裁决的公正性、合法性，不仅需要相应的专业知识，遵守相关的程序规则，更重要的是要有一颗维护法律尊严、张扬社会正义，保护当事人合法权益不受损害的责任心。

——程寅律师

劳动仲裁有时候工作繁琐，而且依法审理后，当事人之间因为各自的利益和立场问题对仲裁员有抱怨。深圳是全国的劳动争议案件的重涝地之一，自己能在解决劳资纠纷方面贡献一份微薄的力量，还是觉得比较光荣的。

——冼武杰律师

仲裁过程也是法律教育的课堂，仲裁员应当具有双重身份：一方面作为法律教员，在开庭和裁决书中，要帮助当事人总结经验教训，特别要告诉败诉方为何要承担责任；另一方面作为学员，学习双方当事人提供的新信息、新知识，消化吸收合法有据的主张，培养办理案件的负责精神和技能。

——周成新律师



您知道沈家本吗

——《修律大臣沈家本》读后感

文 中国法学会《民主与法制》总编辑 刘桂明

作为一位法律人，能够在沈家本逝世100年后的今天，有幸读到了由沈小兰、蔡小雪合著并由人民法院出版社赠阅的《修律大臣沈家本》一书。本书不仅是一部了解沈家本的历史小说，不仅是一份研究沈家本的参考资料，还是一部与沈家本有关的中国近代法制史上的立法辩论与司法改革的真实记录。它通过沈家本的宦海沉浮、变通律法、呕心修律的不凡经历，让作为后人的我们了解、认识沈家本，思考并体悟出沈家本对这个时代的启示意义。

近代法学奠基人

沈家本被誉为中国近现代法学的奠基人，也是为中国引进西方法律体系，从而使中华法系发生了革命性变化的第一人。他也因此成了中国传统法律向近代转型时期的标杆式人物。

1902年开始，沈家本以刑部“当家堂官”之职担任修订法律大臣，先后制定出《大清商律草案》、《刑事民事诉讼法草案》、《法院编制法》、《违警律》、《大清新刑律》、《大清新民律草案》等一系列法典。尤其值得一提的是《大清新刑律》的修订，它一改千年以来诸法合体、六部分类、民刑不分的传统，通过更定刑名、酌减死刑、死刑唯一、删除附比和惩治教育等五个方面，其中力主废止了凌迟、枭首、戮尸、刺字等酷刑，从而开始了清廷的法律近代化。

沈家本也因其修律贡献并作为全国最高审判机构长官相当于中国历史上第一位“最高法院”的院长与中国第一所中央官办法律专门学校——京师法律学堂的管理事务大臣而名垂青史。

被任命为修律大臣时，他已是一位年过花甲的老人。沈家本生于1840年，一生历经道光、咸丰与慈禧太后垂帘听政的同治、光绪及幼冲宣统皇帝等五朝，多年盘桓刑部担任刑曹，深知民情疾苦，也无报效良机，直至外放天津保定后才获得了施展才华的机会，在其署理直隶按察使时还曾被八国联军俘虏。作为一名“难臣”，沈家本受到

了慈禧太后的赏识和注意，随即被任命为光禄寺卿，为两宫回京打前站。回京后，又因护驾有功被任命为刑部侍郎，回到刑部一跃成为刑部的当家堂官，后来才担任修律大臣。沈家本的主要历史贡献，都凝聚在他晚年担任修律大臣那段岁月。

法随时变、会通中外

沈家本最有特色的法律思想在于他的“法随时变、会通中外”的主张。作为清廷的法律大臣，沈家本早已洞悉封建法律的腐朽落后，他认为，实行资产阶级的法治主义，“举全国之精神，胥贯注于法律之内”，就能使国家富强。在沈家本的促成下，1910年，清政府颁布了《大清现行刑律》，这部《现行刑律》第一次取消了中华法系特有的以吏、户、礼、兵、刑、工六部名称而分的六律总目，并第一次将刑律中的继承、分产、婚姻、田宅、钱债等纯属民事的条款分出，不再科刑。1911年，清政府还公布了由日本法学家冈田朝太郎等起草的《大清新刑律》，这是旧中国第一部半殖民地半封建的刑法典，这部法典使用了许多资产阶级的刑法原则，采取资产阶级国家的刑法体系。该法于1907年完成草案后，在清廷内部引发了著名的“礼法之争”。以沈家本为首的“法理派”，明确地说明了“旧律之宜变通者”的五个方面，自晋代以来第一次在刑律中删去了“十恶”、“无夫奸（通奸）”、“子孙违犯教令”等封建礼教纲常的内容，采取西方的法律理论作为立法宗旨。虽然“礼法之争”最终以“礼教派”的胜出而告终，但此后，两千多年来以封建法制为中心的“中华法系”，因大陆法系和英美法系的引进与介入而开始实现了颠覆性的变革与进步。

司法改革是近十年不断被调研与论证的工作主题。其实，无论是纵向还是横向乃至整体的司法体制改革，100多年前的沈家本早就已经注意到并着手引进消化。1906年底，沈家本上奏《审判权限厘定办法折》和《大理院

▶▶ 尽管清廷变法及立宪构想因其改革诚意不足抑或沉湎于争论之中而最终偃旗息鼓，沈家本的修律使命也随着清廷的灭亡而遗憾告终，但通过司法体制改革而推进政治体制改革的历史继承，沈家本是一个必不可少的见证与不可或缺的缩影。

审判编制法》，要求建立四级三审制审判体制，并规定：“自大理院以下及本院直辖各审判厅司，关于司法裁判，全不受行政衙门干涉，以重国家司法独立之权，而保人民身体财产。”文中提到的“司法独立”四个大字，今天让我们读来似乎还有些触目惊心抑或瞠若寒蝉，没想到100多年前的沈家本就已经响亮而大胆地写入法律中。当时，尽管沈家本确有为扩大大理院权限之嫌，但“司法独立”终于第一次登上了古老中华的法系殿堂，还是让今天的我们既惊讶又惊喜。正如沈家本在奏折中所言“西国司法独立，无论何人皆不能干涉裁判之事，虽以君主之命，总统之权，但有赦免而无改正。”

在今天的我们看来，司法体制改革是政治体制改革的一个组成部分，已经成了一个共识。但是，当年从沈家本所经历的清廷变法和立宪工作来看，大清王朝充满了犹豫与困惑，洋溢着张皇与争议。我们看到，从1902年的修律启动到1907年以宪政编查馆为标志的宪政改革，尤其是1910年诞生的宪政改革产物——资政院，其中都有身兼修律大臣与资政院副总裁沈家本忙碌的身影与思考的成果。尽管清廷变法及立宪构想因其改革诚意不足抑或沉湎于争论之中而最终偃旗息鼓，沈家本的修律使命也随着清廷的灭亡而遗憾告终，但通过司法体制改革而推进政治体制改革的历史继承，沈家本是一个必不可少的见证与不可或缺的缩影。

留给这个时代的问号

为什么中西不同在今天还是一个争议？北京大学李贵连教授研究认为，沈家本所展现的被称为“西政中源”的论证方法，虽然处处以收回领事裁判权为落脚点，似有罔顾重大历史事实之嫌，但却最大限度地减轻了朝廷中礼教派的压力。沈家本本人从未出国，不通外文，而能接受新思想，以外国专家为辅导，并跳出体制窠臼，提出“新学往往从旧学推演而出”，确有超凡的过人之处。但是不知为何，在全球化已成现实的今天，中外法律不同却还常常为此引起争议，甚至还有“全盘西化”乃至“言必称欧美”的攻击之语。

为什么礼法差异在眼前还是一个问题？沈家本继承了“德主刑辅”、“明刑弼教”的传统法律思想，并结合世界的发展潮流，阐明了法只是“辅教之不足”的一种必要手段。因此，他反对用严刑峻法束缚民之手足，提出“治国之道以仁政为先”，“刑罚与教育互为消长”，特别

是对于未成年犯，要“以教育涵养其德性，而化其恶习，使为善良之民”。但是，今天的我们却还依旧在德治与法治之间争来吵去，不得要领。

为什么司法独立在当下还是一个禁区？当年，通过沈家本积极推行的司法独立即中国传统的行政司法不分传统开始发生改变。从1906年开始，刑部改为法部，管理全国的司法行政工作，以使行政与司法分离，并改按察使司为提法使司，负责地方司法行政工作及司法监督。改大理寺为大理院，作为全国最高审判机关，建立了由大理院、高等审判厅、地方审判厅、初级审判厅四级三审的审判制度。尽管由于清朝的很快覆灭，这些制度很多还只停留在纸面上，但其开创性业绩是史无前例的。这些制度后来都为中华民国所继承，从而使得后来的制度建设得以站在较高的起点上。但是不知为何，今天的我们却仍在为如何实现司法独立的目标顾左右而言他。

这正是今天的我们需要重新研究沈家本的理论意义，更是当下的我们重新阅读沈家本的历史价值所在。因为沈家本已不仅仅是一个人的名字，更是一个时代的代号与标志。





法律人，什么是你的贡献

文 广东圣方律师事务所 颜宇丹律师

“不要问国家给了你什么，首先应当问你为国家做出了什么贡献。”美国第35任总统肯尼迪如是说。而作为法律人，我们是不是也要扪心自问，自己究竟为这生于斯长于斯的国家做出了什么贡献？

韩国电影《辩护人》中的律师宋佑硕，高中学历，没有背景，囊中羞涩，努力通过司法考试后，先是有过短暂的法官生涯，继而又下海当律师。一界草根，他先是抓住房产交易红火的时机做不动产代书，在同行竞争激烈后又转而从事税务咨询，不问政治闷声赚大钱。影片的上半部，我们看到的是宋佑硕打理自己的律师事业，颇具经营头脑甚至会点小“投机”，他的形象有些滑稽并没有“高大上”，甚至在一次酒后与他的记者同学为了争论学生运动的价值和作用而大打出手，当他的前辈请他为人权案件辩护时，他一口回绝，影片到这里并看不出主角宋佑硕有什么特别出色之处。而当曾经吃过霸王餐的开餐馆大婶的儿子朴镇宇被以莫须有的罪名所构陷的时候，宋佑硕挺身而出，影片由此过渡，正是这一前后对比，更显出宋佑硕做出选择的难能可贵，用其所开设律所的事务长的话说，“今天起，是你把自己安稳的人生一脚踢开了。”在法庭上，宋佑硕并没有按照事先碰头会的布置，作为辩护人配合法检两家走走过场，而是做了充分准备，在法庭上的几个回合都能迅速引经据典，一一揭露案件诉讼程序中的违法行为，可谓义正词严，激昂慷慨，理性与血性兼备，正应了“要做死磕派，先做技术派”。就是通过这一案件，使他找到了一名真正的法律人究竟应该为自己的国家做出些什么贡献的目标，也即能做的爱国行为是什么，从而实现了从一名商务律师向人权律师的蜕变。

通览电影围绕着一个主题是一名律师抑或法律人群体究竟应该或能够为自己所在的国家做出一些什么贡献？面对不合法的强权，我们是无奈低头服从还是坚持不懈抗争？接了刑案收了律师费之后，我们是应付了事，还是应当认真负责地履行辩护人义务，为争取嫌疑

人的权利而不惜付出个人的代价？

宋佑硕在法庭上的咆哮倾吐了他对国家的诠释：“国家，证人所说的国家到底是什么？大韩民国宪法第一条第二项，大韩民国主权属于国家，所有的权力都由国民产生，国家即国民。”宋佑硕在庭审中打出的最后一张王牌是请出辩方证人、一位曾经参与过审讯过程的现役军医，他证明警方在审讯中存在刑讯逼供的情况。眼看马上就要翻盘，然而，军医证人没有能够安全走出法庭，而是当庭被以逃营为由抓捕，其证言也被删除。宋佑硕的整个努力看似功亏一篑，让观众的希望从顶峰掉到低谷，其实在韩国当时的体制下，这个结果是不言而喻的。但不能因为环境的黑暗，就放弃斗争的过程，个案也许不能改变社会现状，但如果在每个个案中，辩护人都对司法程序中的违法现象视而不见，则偏离法治的轨道势必渐行渐远。

法庭上作为辩护人的律师宋佑硕对作为证人的警察的质问，实际上是法治建设者、维护者和践踏法律、蹂躏人权的公权力的对决。“作为律师好像不太懂法”，这句话不只在影片中才听到，现实中手握权柄的人心目中自有他的一套法律。虽然最终真相也许被蒙蔽，但每一位做无罪辩护的律师都曾为真相而抗争过，就无愧于辩护人的职责！

“即使岩石再坚硬也是死的，鸡蛋再脆弱也是活着的生命，岩石最终会碎成细沙，而鸡蛋终究会孵化越过岩石”这番话无疑在影片中起着画龙点睛的作用。当面对诉讼程序中司法人员的违法行为，我们作为法律人敢于说“不”；在庭审中，我们敢于和代表国家的公诉人抗衡辩论，说出自己真实的辩护意见；在大是大非面前，始终保持一颗敬畏法律、信仰法律、捍卫人权的良心。也许一个法律人的力量微不足道，但当所有法律人的力量汇集成河，就将推动着历史的大轮朝着民主法治化的方向前进。这，就是法律人对国家的贡献。



灯下随笔

秩序

文 自由撰稿人 刘卫京

（一）

一滴水能有多大的能量呢？升，成不了云，做不了霞；降，汇不成河，集不成海。

但是，当泼天大雨从天而降时，场面就很宏大了，将腐朽的冲垮，把肮脏的带走，使孱弱的吓怕……

一场雨是一场水滴的操练，所有的水滴都从天而降，按相同的节奏击打、跳跃、欢唱。

当成千上万的水滴遵守着同一秩序时，谁还能说水滴没有力量呢？

（二）

一朵野花开放了，这不算是奇观，世上有的是花开花落，比这一朵更大的、更艳的、更美的花不计其数，没有人珍惜这一朵小小的野花。

但是，当众多的野花联起手来，漫山遍野地开遍，就不由你不感动了：如何那么多的花都有着相似的茎和叶，如何那么多花都有着一样的大小、形状和颜色？如何那么多花中没有一个肯偷懒，都一一开出了与众相同的花朵？

唤醒它们的是春风？是温度？是光照？还是时令？是谁让它们同时吐入芬芳，挥洒色彩？

一朵花可能遭到践踏，可能遇到删刈，当那么多花都继承了相同的秩序同时开放时，这柔弱的小花便也有了强大的力量。

或许，野生小花正是凭了对秩序的承继和遵守才会代代相传，生生不息。

（三）

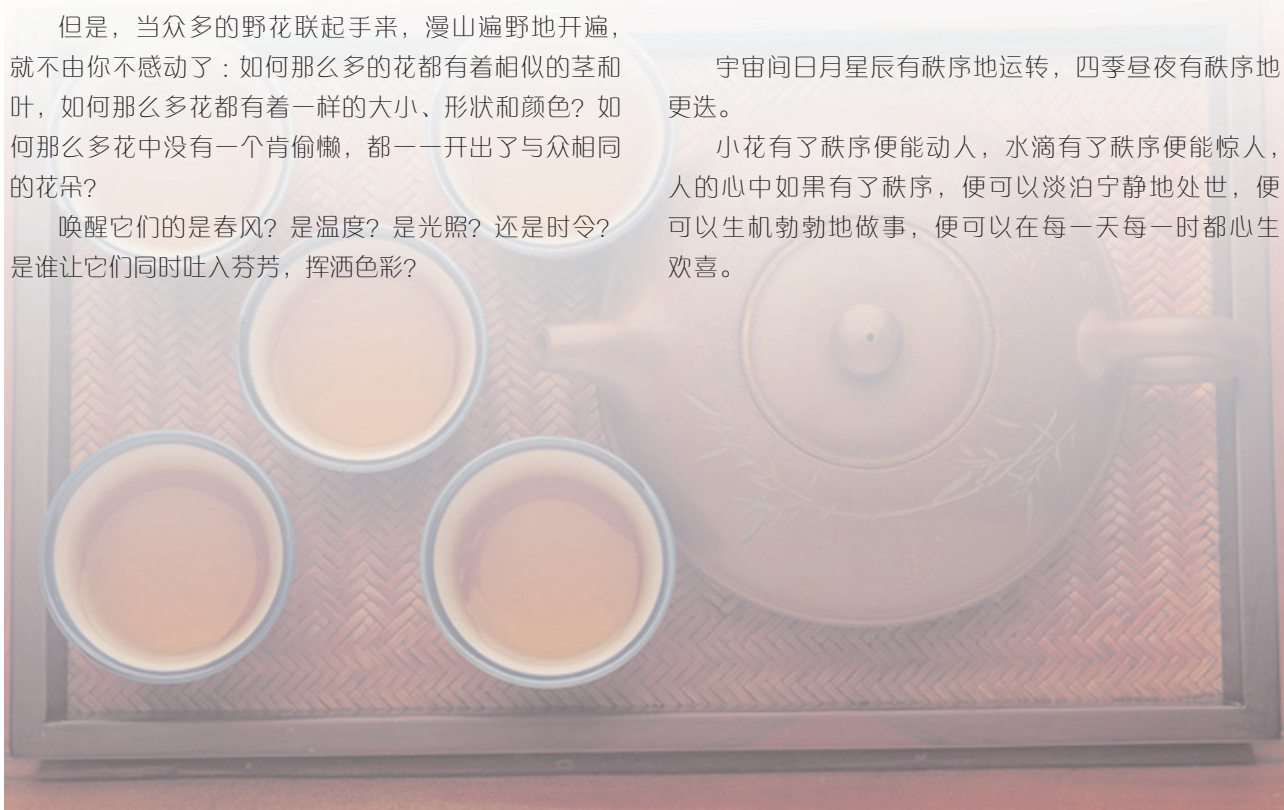
在一人个漫长的一生中，一分钟也许算不了什么，书读不完一页，字写不了三行，茶喝不了一杯，路走不了多远……

但是，当一个人将生命中很多个一分钟做了精细的编排后就可以有伟大的成就，惊人的业绩，不朽的作品。

归根到底，人的一生还是对时间的操练。若能让自己的时间有秩序地做事，即可无悔，亦可无恨。

宇宙间日月星辰有秩序地运转，四季昼夜有秩序地更迭。

小花有了秩序便能动人，水滴有了秩序便能惊人，人的心中如果有了秩序，便可以淡泊宁静地处世，便可以生机勃勃地做事，便可以在每一天每一时都心生欢喜。



【数字】

114万份

自2013年以来,全国法院认真贯彻落实周强院长重要讲话精神,新闻宣传和舆论引导工作取得了突出的成绩。最高人民法院三个官方微博粉丝总数已达1023万多人,全国共有2500多家法院开通了官方微博,中国法院网已推出庭审直播34000多场,公布裁判文书114万余份,努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义。

7000人

根据全国律协西部律师培训计划,2014年3月至6月,全国律协巡回讲师团四个月来分赴7省(自治区)11市(州)开展了培训活动。讲师团结合本地法律需求和法律服务特点,共培训律师等相关从业人员近7000人,培训活动受到广大律师的欢迎与好评。

9300人

2014年6月27日,中华全国律师协会在京召开第四届“全国保护未成年人特殊贡献律师”表彰大会。目前,全国已有25个省、自治区、直辖市律师协会和90个地市律师协会设有未成年人保护专业委员会,参加“中国律师未成年人保护志愿协作网”的律师已经超过9300人。经过全国律协未成年人保护专业委员会评选和全国律协奖励委员会评定,最终评选出10名“全国保护未成年人特殊贡献律师”。

【声音】

目前,全国每年一审行政案件12万件左右。每年因行政纠纷上访申诉的案件达400到600万件,这表明大部分纠纷采取非诉讼渠道的方式来主张权利,这就是我们所说的“信访不信法”。究其原因,根本问题在于现行的司法体制不够科学。必须改革现行的司法体制,让法院真正能够独立地行使审判权。

——最高人民法院行政审判庭庭长 赵大光

和其他法律相比,食品安全法的修订速度比较快,在制定5年后就进行修订。从根本上来讲,这体现了依法治国的理念。在法律责任方面,食品安全法修订草案再次明确,企业是第一责任人,有违法行为的食品企业将面临各种各样的处罚,不排除刑事责任。

——南开大学法学院教授 郑风田

【关键词】

司法体制改革试点

中央全面深化改革领导小组第三次会议审议通过《关于司法体制改革试点若干问题的框架意见》和《上海市司法改革试点工作方案》,决定在东、中、西部选择上海、广东、吉林、湖北、海南、青海6个省市先行试点,为全面推进司法改革积累经验。

为了保证专业能力,中央全面深化改革领导小组在省一级设立法官、检察官遴选委员会。遴选委员会的组成,应当具有广泛代表性,既有经验丰富的法官和检察官代表,又有律师和法学学者等社会人士代表。

公证遗嘱备案查询平台

全国公证遗嘱备案查询平台拟于7月底试行开通,接受地方查询。该平台自今年1月建成使用以来,已经接收公证遗嘱信息72万余条。全国公证遗嘱备案查询平台是我国第一个全国范围的遗嘱信息库。这个平台一期建设主要有四方面功能:一是公证遗嘱信息备案功能;二是公证遗嘱信息批量导入功能;三是公证遗嘱信息查询功能;四是系统管理与维护功能。

近年来,我国每年订立的公证遗嘱超过10万件,此外还有大量自书、代书、录音、口头遗嘱等。当遗嘱人死亡后,如何查询被继承人生前所立的遗嘱,特别是最后一份遗嘱,成为分割被继承人遗产的关键。

湖南永州市蓝山县农民陈作雄真相如何,尚待权威部门客观中立的调查。但是,通过“设圈套”、“做笼子”诱导普通公民违法,然后获取“证据”进行处罚的“钓鱼执法”,虽然在法理和伦理上均饱受批评,却由于《行政程序法》迟迟未能出台,现行的《行政处罚法》规定又过于宽泛,而在行政执法和刑事侦查领域确有蔓延之势,引发的悲剧也不只一起。为什么钓鱼执法仍屡禁不止呢?最根本的原因,还在于我国曾经在一段时间内广泛存在、现在依然余波未绝的“创收”机制。可以说,“创收机制”余波影响下,执法者能够从执法中获取牟利空间,才是“钓鱼执法”无法禁绝的根本原因。

——中国社会科学院法学研究所副研究员 支振锋

【业界前沿】

上海：开通“律师一卡通”绿色通道

近期，上海市高院、市司法局、市律协联合召开新闻发布会，通报“律师一卡通”绿色通道正式开通运行，利用网络技术促进司法公开，极大方便了律师参与诉讼，有利于保障律师依法执业，更有利于保障当事人的合法权益。经市司法局批准执业并完成年度考核，持有二代律师会员卡的本市律师可以凭卡在全市法院系统内获得“身份认证”。

山东：律师收费新规施行

山东省律师服务收费标准重新公布，本标准适用于计时收费，收费标准为100元-2000元/小时。不足一小时的按一小时计；办理法律服务事项花费在旅途的时间，折半计算。

具体收费标准包括，代理民事诉讼案件不涉及财产关系的800元-10000元/件；涉及财产关系的是每件基础服务费1000元-2000元。争议财产标的额超过1万元的，按比例分段累进计算，代理行政诉讼案件不涉及财产关系的1000元-10000元/件。

山西：成立律师行风监督委员会

2014年6月23日，山西省律师协会成立全省律师行业行风监督委员会，聘任省信访局副局长等33人为行风监督委员会委员，主动接受外部监督，促进律师依法公正执业。他们来自党政机关、人大、政协、司法机关、企事业单位、社会团体、高校等，由省律协商请各相关单位，通过层层选拔推荐产生，每届任期4年。根据需要，行风监督委员会将组织行风监督员走访、视察律师事务所，参加律师行业活动。

湖北：律师作为独立第三方参与信访接待

湖北省律师协会已先后派20名从业律师轮流参与该省检察院的信访接待工作。该做法始于2013年底该省检察院与省司法厅制定的《律师参与省检察院信访接待工作制度》。根据该项制度，律师参与涉检信访接待的主要职责包括：解答信访群众法律问题，提供法律咨询意见；协助省检察院控申处及相关业务部门对信访群众的诉求进行分析研究，参与重大疑难信访案件的法律论证，提出法律意见和建议，对案件发表法律处理意见等。

四川：发布“法律七进”三年行动纲要

2014年5月26日，四川省《“法律七进”三年行动纲要》正式发布。该纲要全文约9000字，分7个主要部分，把推进法律进机关、进学校、进乡村、进社区、进寺庙、进企业、进单位所需普及的重点法律知识进行了逐年、逐项、逐条安排。2014年法律进机关的重点内容是，行政许可、政府采购、政府信息公开、突发事件应对和处置、防灾减灾等法律法规。

广东：一村社一法律顾问制度全省覆盖

2014年5月5日，广东省委办公厅、省政府办公厅发出《关于开展一村(社区)一法律顾问工作意见》的42号文件，作为省委、省政府2014年及今后的一项工作重点全力推进。活动开展以来，全省律师担任村居委法律顾问16000多个，占村居数量一半以上。律师共为基层村居委修改完善村规民约7900多份，出具法律意见书25000多份，审查各式合同22800多份，大大提高了基层自治管理法治化水平。

天津：律师会见网上预约平台开通

近期，天津律师预约会见平台正式开通。律师预约会见平台，为全市注册律师提供服务。平台的开通，体现了对律师群体更公平、更公开、更务实的服务意识，将有效提升律师会见效率，节省律师时间；同时提供丰富的警务公开项目，包括看守所地址、电话、简介和地理位置信息等内容；还特别设计了反馈和服务评价体系，进一步督促公安监管场所不断提升服务水平、增强执法透明度。

安徽：发布律师社会责任报告

安徽省司法厅和安徽省律师协会决定自2014年起发布安徽律师社会责任报告。该报告重点记录和反映安徽律师在承担社会责任方面所付出的努力和取得的成效。

2013年，该省律师共办理刑事辩护代理案件22162件，民事、经济诉讼案件91619件，行政诉讼案件1816件。担任法律顾问12371家，办理非诉讼法律案件6048件，提供法律咨询222117次，办理法律援助案件16644件，为公益事业捐款193.43万元。

1

省司法厅梁震副厅长 高度肯定我市律师工作



2014年5月12日，市司法局副局长徐鹏率市律协会长高树、市司法局律师公证管理处处长熊松青、监事长魏汉

蛟、副会长张斌、黄思周、韩俊、胡宁可、秘书长王红等一行到省司法厅、省律师协会汇报工作。省司法厅梁震副厅长、律师管理处处长陈建、省律协会长欧永良、副会长王波、肖胜方、总监事吴波、秘书长叶港等参加座谈。

高树会长汇报九届律协工作理念及规划，并希望在开展前海联营律师事务所试点、协调推动政府法律顾问制度落实、推动修订律师业收费管理办法、建立法律职业共同体等当前我市律师发展关注的几个问题能得到上级领导的支持。

梁震副厅长指出，律师工作要紧紧抓住行业发展的规律，实现“两手抓”：一是从律师的思想政治建设、专业化建设以及惩处违纪的会员三个方面狠抓律师队伍建设，提升行业自律管理水平；二是狠抓律师作用的发挥，司法行政机关和律师协会要搭建平台，引导律师服务党委政府中心工作，促进科学决策、依法行政；研发新型法律服务产品，为市场主体提供专业化、精细化服务；通过律师进村居活动，自觉承担社会责任，树立行业形象。

2

九届律协各工作委员会正式运行

日前，市律协第九届理事会第三次会议审议通过了各专门、专业委员会和区工作委员会的建议名单，标志着九届律协各工作委员会组建完毕，运作体系趋于健全，并正式进入工作状态。其中，专门委员会20个，委员527名；专业委员会20个，委员427名；区工作委员会6个，委员83名。各工作委员会人数为1037名，约占全市律师总数的1/9。

九届律协紧紧围绕深圳建设“三化一平台”的战略布局，立足律师行业的发展现状，以进一步促进法律服务业专业化、市场化、国际化建设为目标，各工作委员会的设置呈现出以下亮点：一是将业务发展与职业培训委员会的

培训职能剥离，单独设立业务创新与发展委员会和职业培训委员会，紧握“创新”与“发展”两大主题，强化创新业务开发与研究及业务拓展能力，努力提升我市律师业综合竞争力；二是增设法治深圳促进委员会和司法改革促进委员会，发挥律师在我市推进创建一流法治城市过程中的生力军作用，促进律师参政议政，进一步推进法律职业共同体的建设；三是专业委员会的设置更加科学、精细、与时俱进，增设环境与资源、不良资产处置、医疗卫生等法律专业委员会，拓展了法律业务方向，推动了各专业领域的前沿问题研究，分工更加明确，重心更加突出，并积极引入绩效考核体系和奖惩机制。

近期，各工作委员会紧锣密鼓召开工作会议，根据市律协三年工作规划和年度工作计划，部署工作安排，正式开展工作。

3

百名律师将进驻福田街道 174个物业小区

福田街道辖区174个物业小区将迎来百名律师。2014年5月13日下午，由市律协、福田区司法局、福田街道办事处联合主办的福田区“人民调解宣传月”暨“法律服务进小区”活动启动仪式在福田区皇岗文化广场举行。福田区委副书记乔智、市律协会长高树、区司法局局长揭德才、福田街道党工委书记刘柏廷出席活动。

活动现场，律师代表与物业代表签订了“法律服务

进小区”驻点协议。根据协议，律师将为小区居民提供法律咨询、法律援助、法律调解等形式的法律服务，积极开展并参与小区内企业（工厂）、学校法律专题讲座，做好法律的宣传与普及等工作，“零距离”为小区居民开展优质、免费的法律服务。

福田区委副书记乔智要求相关单位高度重视，充分发挥律师作用，做好小区的和谐稳定工作。高树会长表示，“法律服务进小区”活动为广大律师服务群众提供了良好的平台，希望律师立足本职，发挥专业优势，服务“幸福福田”战略，推动一流法治城市建设工作。

4

九届律协召开首次
学习交流与工作会议

2014年6月6日-7日,市律协新一届理事会、监事会以及各专门、专业委员会和区律师工作委员会负责人开展封闭式集中学习与工作交流。市司法局律师公证管理处熊松青处长应邀出席。

会议集中对协会章程、理事会、监事会和会长会议事规则、绩效考核制度、财务制度、新闻发言人制度等进行了系统学习,会议还邀请了市委组织部有关领导就述职报告、信息和调研报告等日常公文写作做了专题讲解。此举旨在了解和熟悉协会各项工作制度,引导市律协工作团队树立程序意识,强化规则意识,规范协会各机构的活动,促进九届律协各职能部门更好地履行职责,保证协会工作的正常、有序开展。

与会人员围绕九届理事会三年工作规划和2014年度工作安排进行了讨论并建言献策。会议还对市律协2014年度工作安排做了具体部署,明确了各专门、专业委员会的工



作目标和任务,并着重在“制定《深圳律师业“创一流”实施方案》,开展‘创一流’宣传及动员活动,寻求政府政策支持”、“拓宽法律服务市场和法律服务新产品的研发,进一步推进政府购买法律服务”、“积极推动律师服务收费指引修改工作”、“开展律师业务创新大赛,积极推广律师新业务”等方面开展工作。

理事会将会以工作规划为统筹,以年度计划为具体目标,根据新形势、新情况及时调整工作部署,领导协调各专门、专业委员会等认真开展各项工作,努力完成本届律协的工作安排。

5

市律协与华南国仲
深化业务合作交流

2014年6月12日上午,市律协高树会长、魏汉蛟监事长等一行15人拜访了华南国际经济贸易仲裁委员会(以下简称“华南国仲”),并参观深圳证券期货业纠纷调解中心。华南国仲理事长郭晓文、行政总监王素丽、调解工作处处长谢为民等接待了市律协一行,并陪同开展座谈。

双方围绕法律服务与市场的结合、律师在商事仲裁中的作用和律师的国际化等问题进行了探讨和交流,并就立足我市“三化一平台”的改革大局和“创一流”战略目标,开展务实、深入的双边合作,共同提升法律服务业的专业化和国际化水平提出了几点设想:一是发挥华南国仲的平台优势,实行资源共享,共同举办开放性的培训交流活动,邀请华南国仲的专家学者为市律协青年律师研修班学员授课,为青年律师参与开庭观摩开辟通道,并推荐优秀律师参加华南国仲仲裁员培训会议;二是确立业务培训、业务研讨、业务交流和业务创新四个合作方向,建立常态的业务合作机制和新型高端法律服务业联谊机制,不定期开展沙龙、论坛活动,并形成研究成果;三是利用华南国仲的国际资源和企业资源,推动市律协与相关国际机构的战略合作关系,建立优秀法律人才流动机制,拓展法律服务业务,提升法律服务水平。

6

市律协与市仲裁委
就深化合作达成三项共识

2014年6月27日上午,市律协会长高树、副会长张斌、黄思周、韩俊一行拜访深圳仲裁委员会。市仲裁委主任宋魏生、副主任石永青及各处室负责人接待并陪同座谈。

仲裁委负责人感谢市律协及广大律师仲裁员对仲裁工作的支持,表示深圳仲裁委与历届律协保持了长期的友好合作关系,为当前仲裁委和九届律协共同协作、共谋发展、实现共赢奠定了坚实的基础。希望双方通力合作,为律师队伍建设、仲裁事业发展以及深圳建设一流法治城市共同助力。

高树会长就仲裁和律师工作提出建立大仲裁机制、完善第三方纠纷解决机制、律协联合仲裁委参与司法改革工作评价以及深入行业协会、商会打开业务创新的突破口等创新性工作设想,得到仲裁委负责人的高度评价。

会议围绕双方合作达成如下共识:一是充分发挥律师仲裁员的优势,继续推进深圳市民商事调解中心的作用发挥,宣传推广仲裁法律制度的特点和服务内容,高效解决民商事纠纷,服务于深圳一流法治城市建设;二是制定三年合作规划,建立健全联络机制,加强业务交流与培训,开设国际仲裁业务、调解技能培训班,提高仲裁员职业素养和办案能力,为律师执业提供更多的平台和机会;三是建立统一的仲裁及审理标准,加强对仲裁员的管理,完善仲裁员报酬体系,推进仲裁工作的规范化。

鎮以不貪之寶
喻以不言之信

甲午劉劉書



杏花初绽

摄影 / 自由撰稿人 张成林