

SHENZHEN LAWYERS



深圳律师

非常视线 专业见解

我国互联网金融的行业自治及立法探索

石岗：深圳律师管理体制改革推动者

作别云烟轻挥袖 笑看千帆竞风流



深圳律协公众号



NO. 66

2016年第5期 深圳市律师协会主办
法人杂志社协办

▶ 征稿启事

栏目分布：

【**视线**】关注国内外重大政经事件、社会新闻、政策动态等新鲜资讯，同时通过精辟的观点来剖析新闻中所蕴含的法律问题或社会问题，提出自己的意见或建议。字数要求：800——1000字。

【**热点**】重大、热点事件深入探析，对某类现象、事物、人物进行法律分析、总结。字数要求：1500——4500字。

【**论道**】侧重法律人之“论”，对法律热点及政策等进行分析、论述，探寻法律服务从业人员的职业方向及价值追求。字数要求：1500——4500字。

【**拍案**】通过分析、解读典型案例，发表专业见解，侧重案例分析解读。字数要求：1500——4500字。

【**实务**】展示律师办案实务、解读法律条文或分享法律服务实务经验，发表研究成果，促进学术交流。字数要求：1500——4500字。

【**生活**】讲述律师及其他法律服务从业人员的动人故事，反映其工作、生活、感悟、思考。字数要求：1500——4500字。

投稿须知：

1. 稿件文字叙述流畅、主题鲜明，若有相关配图，请同时提供文章配图；
2. 投稿请使用word格式，并标注作者姓名、电话、单位、地址、邮编、邮箱、本人有效银行账号信息，并发电子邮件（附件）至本刊编辑部邮箱shenzhenlawyers@163.com，在主题栏内注明“投稿”；
3. 所投稿件须为原创作品，本刊编辑部有权对所投稿件进行修改、编辑。

《深圳律师》编辑部
2016年12月

规范是为了更好地发展

文 弘毅 特约撰稿人

近年来，我国P2P事业如雨后春笋般发展迅猛，降低了企业融资成本，满足了企业资金需求，出借人也可获得相对较高回报。据不完全统计，截至2016年6月底，全国正常运营的网贷机构共2349家，借贷余额6212.61亿元。但在网贷行业迅猛发展的同时，一些问题也随之而来，如出现了网贷平台“跑路”、投资人围堵公司等事件，严重影响了金融和社会秩序，迫切需要立法对此加以规范。

2016年8月24日，《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》（以下简称《暂行办法》）的出台，对上述问题正本清源，对众多问题予以明确，为网贷的规范发展提供了法律依据。该办法对互联网金融平台、监管部门等都提出了明确要求：对互联网金融平台，《暂行办法》明确了互联网金融平台的法律定位属于居间性质，出借人与借贷人的协议是居间合同；将网贷机构定性为信息中介，且将网贷归属于民间借贷范畴；要求平台切实承担起必要的风控审查义务、信息披露义务以及审查借款项目是否合法的义务。如果没有做到或者疏于做到这些义务，就属于违法，应承担相应法律责任。同时，对于监管机构而言，“银监局+地方金融监管部门”的双重监管模式，加强了事中事后的监管；坚持底线监管思维，实行负面清单管理。

该《暂行办法》的出台，一方面实现了监管权的有法可依，便于开展执法活动。2016年10月13日，国务院办公厅发布《关于印发互联网金融专项正式工作实施方案的通知》，其中要求在2016年11月底之前开展集中整治工作，对清理整顿中发现的问题，向违规从业机构出具整改意见，并监督从业机构落实整改要求。另一方面，敦促有关部门抓紧制定更加细化、具有可操作性的规范性文件，如有关网络借贷信息中介机构备案登记管理办法等。

互联网金融顺应了“互联网+”的时代发展潮流，如何既依法平等保护当事人的权益，同时也给互联网金融的创新发展留出适度的空间，妥善处理好、平衡好契约自由与合同效力的关系等课题，给立法者、执法者都带来了不小的挑战。我们相信，通过相关规则的不断完善，终将厘清互联网金融行为合法与违法的边界，引导互联网金融合法合规开展，从而有效防范、化解金融风险，最大程度地发挥互联网金融的功用，使那些真正有利于行业发展的P2P公司脱颖而出，实现良币驱逐劣币的作用，营造风清气正的互联网金融创新氛围。



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
出版日期 2016年12月

编委会 主任
编委会 成员

主编
执行主编
栏目编辑

本期责任编辑
编辑
美编
电话
传真
地址

邮政编码
电子信箱

高 树
张 斌 黄思周 韩 俊
胡宁可 张 鹏 张 弢
张 斌
王 红 张 鹏
周争锋 陈 伟 杨新发
舒 笑 陈旭绯 颜宇丹
贺 鹏
刘 峰 王 颖 王文超
刘晓莹 赵 佳
0755-83025789 83025728
0755-83025177
深圳市福田区深南大道4001号
时代金融中心20楼
518048
shenzhenlawyers@163.com

视线 VIEW

P4-P5

- ⊙ 篡改他人高考志愿的入罪思考
- ⊙ 也谈“偷换店家收款二维码”行为的定性
- ⊙ 小区地下停车库产权收益，花落谁家？

热点 HOTSPOT



专题：互联网金融的行业自治及立法探索

P6 P2P网贷——普惠金融的现实与理想

P7 网络借贷监管迎来新挑战

P10 我国P2P企业的现状及法律需求

P13 我国互联网金融的行业自治及立法探索

P16 网络借贷机构的法律风险及防范

P19 《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》解读

论道 DISCOVERY

P23 环境保护行政程序中的新常态问题
【下篇】

P27 关于安全督导员查处违停行为的合法性分析

实务 PRACTICE

P30 法庭之外律师如何发声?

P33 协助执行中房地产登记机构审查形式的实务分析

拍案 CASE AND EXAMPLES

P35 浅析特别约定条款与格式免赔条款的效力

P37 医疗损害鉴定中评价患方指出过错的必要性分析

人物 PROFILE



P41 石岗：深圳律师管理体制改革的推动者

生活 LIFE

P44 作别云烟轻挥袖 笑看千帆竞风流

P46 诗意元旦

律协动态 INFORMATION

篡改他人高考志愿的入罪思考

胶州一中被篡改志愿的考生常升终于收到陕西师范大学今年发出的全校“最后”一张本科录取通知书，收到这份迟到的“邀请”后，常升为篡改自己志愿的郭同学写一份“谅解书”，希望可以让同学得到最轻的处罚。另一方面，媒体援引青岛市公安局的消息，胶州警方日前以破坏计算机信息系统罪提请逮捕郭某。

(综合媒体报道)

我国《刑法》第二百八十六条对“破坏计算机信息系统罪”的规定如下：违反国家规定，对计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰，造成计算机信息系统不能正常运行，后果严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处五年以上有期徒刑。郭同学对他人志愿信息数据进行修改操作，实际上造成了他人无法被符合条件的高校录取的恶果，符合该罪的客观构成要件。

至今为止，高考仍是决定人生命运的一道重要门槛，这在中国是不争的事实，而篡改志愿无疑极大地侵害了被害人的受教育权。《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》第七条明文规定：“任何组织或者个人，不得利用计算机信息系统从事危害国家利益、集体利益和公民合法权益的活动。”可见，对计算机信息系统的安全保护，涵盖了对公民合法权益的保护，故本案情形符合《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》第四条第一款第五项的“造成其他严重后果的”的情形，以破坏计算机信息系统罪追究其刑事责任，具有合法依据。

通过制裁让人性之恶得以收敛，是刑法惩罚功能的体现，但笔者由衷地希望刑法能发挥其教育功能，对本案酌情处理。此外，通过个案也能看到现行立法背后的无奈：我国的法律体系对受教育权的立法保护仍是较为单薄，如本案还要通过一个兜底条款才能予以规制；因此，如何让正义得到制度化伸张，仍是我们整个社会需要努力的方向。

(李锐杰 北京大成(深圳)律师事务所)

也谈“偷换店家收款二维码”行为的定性

近日，就“偷换店家收款二维码”行为的定性一文在网上盛传——一名盗窃嫌疑人将一便利店的支付二维码偷换成自己的，店主月底结账时发现并抓获该嫌疑人。据报道，一个月来，该嫌疑人通过在几家便利店采取相同手段非法收入70万元。

(综合媒体报道)



究竟该嫌疑人的行为构成盗窃罪还是诈骗罪，业界争论不休。笔者认为，在主观要件上，二者均有“非法占有”的目的，区别在于

客观上，前者是采取秘密窃取的方式占有他人财物，而后者则是使用欺诈方法骗取数额较大的公私财物。就本案来看，嫌疑人将支付二维码暗中“调包”，致使店主错误地指示客户扫码支付，其行为应认定为诈骗罪。

有人认为：综合交易地点、内容等要素进行判断，扫码付款应当被视为客户向店主转让债权；而嫌疑人因技术手段获得该债权，构成对债权的盗窃罪。对此种观点，笔者不敢苟同：该嫌疑人窃取的二维码本身并没有实际价值，更发生不了所谓“债权”转移的法律后果，它只是为后续的错误付款行为提供了条件，若没有后续的错误付款行为，就无涉案财物，更发生不了所谓的债权。因此，“债权说”不能成立。

还有一些人士认为：本案的被害人不是客户，而是店主，因而更符合盗窃罪的特征。笔者认同本案的被害人为店主，但这一事实并不影响本案涉嫌诈骗罪的定性。从现象上看，客户被骗而错误地向嫌疑人的账户付款，其先决条件是因店主被骗而错误地认为经“调包”的支付二维码是自己的，从而错误地指示客户扫码，以至后续发生错误付款行为。故，店主完全符合作为诈骗罪被害人的特征。

综上所述，本案嫌疑人的“调包”行为符合诈骗罪的构成要件。

(张智然律师 广东广和律师事务所)

小区地下停车库产权收益，花落谁家？

文 张柳云 广东鹏翔律师事务所

近日，“深圳首例小区车库之争”宝安区丰华苑的地下车库权属之诉，被一审判决驳回“确认丰华苑地下车库之权属归全体业主所有”在内的四项诉讼请求。此项判决一出，顿时引发热议，长久以来地下停车库权属争议再次被推上台面。

“业主共有”≠“业主所有”

普遍认为，小区地下停车库同小区空地、公共场所一般属于小区公共部分，依法应同属于业主共有，故一审判决驳回诉讼请求错误。笔者不禁发问，“全体业主共有”等同于“全体业主所有”吗？

答案是否定的。“建筑物区分所有权”是指业主对于一栋建筑物中自己专有部分的单独所有权、对共有部分的共有权以及因共有关系而产生的管理权相结合所形成的“三位一体”的权利。其中的“共有权”是一种权利而不是产权归属概念，它既不是按份共有（不得请求分割），也不是共同共有（按专有部分的面积占建筑物总面积的比例对共有部分享有权利和负担义务），而是一种特殊的共有，称之为“互有”可能让人更容易区分。

所以，《物权法》第70条规定的是“业主……对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利”，这是一种业主对共有部分的权利，这项权利包括使用权和收益权，业主可以共同使用或者轮流使用该共有部分，也可以按比例取得因共有部分产生的收益；相反，也应承担共有部分的费用开支，并且不得以放弃权利为由不履行义务。

因此，小区地下车库如果作为全体业主共有部分，实际是没有独立产权一说，更不存在所有权归属问题，而只存在使用权和收益权归属争议。丰华苑小区地下车库确权之争从一开始就是失败的，即使法院认同地下车库属于业主共有，也不可能支持原告提起的“确认丰华

苑地下车库之权属归全体业主所有”的诉求，因为“共有”不等于“所有”。故，笔者认为，本案不应作地下车库所有权之争，而应提起车库使用权和收益权归属之诉方为上策。

如何判定是否属于业主共有

如何判定小区地下车库是否属于业主共有，笔者认为应分以下两种情况：

开发商具有地下车库所有权，并与业主已就车库归属进行约定。

《物权法》第七十四条规定，建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库应当首先满足业主的需要，其归属问题，由当事人通过出售、附赠或者出租等方式约定。但前提是开发商已经取得地下车库的所有权，而这意味着其在房地产开发用地上建成房屋后，申请取得房屋所有权证书时，应一并申请取得车库所有权，否则就无权处分地下车位、车库的归属。

没有转移所有权的车位、车库，开发商要想经营或者出租，就必须取得经营许可证，并由同一小区物业管理公司进行管理，依法支付管理费用。

开发商未取得地下车库所有权，则其车库归属应处于何种法律状态？

若开发商未取得地下车库的所有权，则该车库应作为主建筑的配套建设或不能分摊的公共面积而为业主共有，由业主按其专有部分面积占建筑物总面积的持有份额比例对地下车库享有权利并承担义务。

就本案而言，尽管业主在《房地产买卖合同（预售）》中约定了地下室使用权归开发商所有，但并未约定使用期限和收益分配问题，显然属于“霸王格式条款”，对业主而言显失公平，因此可考虑提起确认该条款无效或要求按比例分配地下车库收益之诉。

HOTSPOTS | 热点——互联网金融的行业自治及立法探索

P2P网贷——普惠金融的现实与理想

文 本刊编辑部

穆罕默德·尤努斯认为，现代经济理论在解决贫困方面存在缺陷，为此，他于1974年在孟加拉创立小额贷款，并于1983年成立了孟加拉乡村银行——格莱珉银行。格莱珉模式是一种利用社会压力和连带责任而建立起来的组织形式，通过开展无抵押的小额信贷业务和一系列的金融创新机制，不仅创造了利润，而且还使成千上万的穷人尤其是妇女摆脱了贫困，使扶贫者与被扶贫者达到双赢。这就是最初的P2P金融雏形。

创办以来，格莱珉的小额贷款已经帮助了630万名借款人(间接影响到3150万人)，其中超过一半人脱贫。值得注意的是，除了创办当年及1991年至1992年遇到严重水灾，格莱珉一直保持赢利。2006年10月，尤努斯因其成功创办格莱珉银行而荣获诺贝尔和平奖。

作为当今世界规模最大、效益最好、运作最成功的小额贷款金融机构，格莱珉银行已成为100多个国家的效仿对象和盈利兼顾公益的标杆。2005年11月，美国PROSPER将这一思想进一步提炼和创新，创办了PROSPER网络小额贷款平台。这些网络P2P金融平台的成功让P2P金融真正开始在世界范围内获得认可和发展。

与此同时，在相当长一段时间内，中国小微企业的融资需求始终无法从银行等间接融资渠道中得到满足，这也为国内P2P金融平台发展提供了空间。几年时间内，中国P2P金融从无到有，并展现出强劲的发展后劲，甚至令国外机构直言要来“中国取经”。

我们不能否认P2P网贷在完善金融体系、提高金融效率、缓解小微企业融资难以及满足民间投资需求方面发挥了积极作用。但网络借贷近几年的发展也面临着行业规模增长势头过快、业务发展偏离轨道、风险乱象时有发生挑战。

有人说，任何商业的、非商业的风险，最终都将戴着法律面具出现。P2P金融在国内发展初具雏形，但乱象丛生。究其原因，在于成立时无明确的立法，国内小额信贷主要靠“中国小额信贷联盟”主持工作。可参考的合法性依据，也主要是《民法通则》、《合同法》等法律法规及最高人民法院有关司法解释的规范，较有针对性的业务参考是“全国互联网贷款纠纷第一案”。

随着网络的发展，社会的进步，金融服务的正规性与合法性会逐步加强。2016年8月24日，银监会、公安部、工信部、互联网信息办公室四部委联合发布《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》，对网络借贷平台的法律地位、从业规则、禁止性条款、风险控制进行了明确的规定。虽然有专业人士仍然认为，该《暂行办法》仍有改进的空间，但从无到有，不能不说也是一种进步。本期《深圳律师》，将关注互联网金融的行业自治及立法探索这一话题，相信在有效的监管下充分发挥网络技术的优势，普惠金融的理想终将实现。



网络借贷监管迎来新挑战

文 徐建 中国人民大学律师学院

《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》（下称《暂行办法》）的出台，令网贷企业具有了合法性，甚至可以上市了。所以不少平台欢呼“拥抱监管”，但回家后又“嚎啕痛哭”。因为该《暂行办法》被称为史上最严厉的监管规定，“纯平台、限借贷、十三条禁令，前置备案、信息经营许可、信息披露、违法查处，一年期限”等这些规定的核心字眼，足以使大部份平台心惊胆战。

当然，监管部门的日子也不好过。怎样把这“四十七条办法”变成现实？怎样做到“依法、适度、分类、协同、创新”监管？怎样实现“鼓励创新，防范风险，趋利避害，健康发展”的总体要求？这无疑是对网贷监管部门的新挑战。

依法监管

互联网是划时代的新生事物，对其监管历来有两种观点：一种观点认为先破后立，任其野蛮发展，摸清规律后再立法予以规范；另一种观点认为先立后破，应该先行立法，即使是不完善的恶法，也比无法可依强。显然立法者考虑到目前网贷企业管理问题频出，有蔓延之势，采取了后一种“先立后破”的观点，出台了《暂行办法》。该《暂行办法》的出台确实改变了网贷企业无法可依的现状，对规范发展网贷行业有着历史性的意义，网贷企业应该遵守，并在规定的时间内完成整改以求新生。但从立法的完善性和法律的可操作性来看，《暂行办法》似有以下不妥之处。

互联网金融代表的是先进的生产力，必然要冲破现有的法律关系，这是国务院任何部委都无法独立承担的监

管责任，所以才出现了罕见的十四个部委的专项整治会议、十部委联发的《指导意见》以及四部委联发的《暂行办法》。笔者曾任职于央行条法处和司法部，以笔者之浅见，从立法的权威性和全局性考虑，立法的主体应以国务院为宜，法律的位阶应是法规。因为依照《立法法》，没有法律法规等上位法的依据，部委出台的规章不能减损企业的权利，增加企业的义务，而《暂行办法》中似有涉及。银监会负责监管银行业金融机构，既然网贷企业定性为非金融机构的“信息中介”平台，理应像房屋中介、婚姻中介一样归属工商行政管理部门管辖，而非银监会；从《组织法》上讲，各省级政府只对国务院负责，四部委无权让省级政府根据其规章制定监管细则并报其备案；各省级政府的金融办是内设机构，不能对外发文，没有独立的执法权，也没有执行机构，难以完成《暂行办法》规定的处分、罚款等繁重任务，否则，省长就可能成为行政诉讼被告。

当然，以上问题的存在并不影响《暂行办法》的效力，四部委和各省级政府可以在今后的立法中亡羊补牢，比如增加工商行政管理部门作为监管主体，以求监管落地。笔者希望在“暂行”（《立法法》没有暂行的规定）后能看到国务院制定并出台相应的行政法规。

适度监管

《暂行办法》提出了适度监管的原则，笔者认为立法者提出这一原则的原因有二：一是互联网金融的迅速发展使立法者还不能够掌握其真正的属性和客观的规律，现行的立法只是一种试探性的摸索尝试，好过无法可依，所以称为“暂行”；二是国家的战略仍是大力推进互联网金融

的发展，从《指导意见》的监管原则将“鼓励创新”放在“防范风险”之前就是例证。因此在执法中，一定要注意适度，所谓适度，其具体表现应该是：

设立的门槛要适度。不要将金融办的备案条件提得过高，把备案当成变相审批，要做到真正的事中事后监督。要把工信部的审批仅限于技术设备和网络安全范围内。

披露的事项要适度。《暂行办法》已经规定了披露的基本范围，执法部门和行业协会不应擅自扩大，不能如有关部门要求网贷企业主动披露“有哪些违反十三项禁令的行为”，这属于严重越权，且涉嫌让企业“自证其罪”。

整改的内容要适度。例如20万的限借令是从未有过的立法，这一立法是否涉及减损公民的民事权利，超出20万的网贷纠纷法院是否应判无效，这一点尚有争议。对“大单模式”的企业，按照法无溯及力的规定，以前的大单并不违法，整改期内只要尽力了，不能完成整改也不应受罚；由于种种原因对银行存管不到位，也不应该一刀切似的封杀。

公安机关的打击要适度。公安机关重点打击的应该是集资诈骗，对各网贷企业普遍涉及的非法吸收公众存款罪，应该坚持“法陈旧当废”及“法不治众”的原理，在整改期内不要出手，不要严打。对因市场原因造成资金断链的，也不能客观归罪。非打不可的尽量“不抓人、不封帐、不关平台”，以柔性执法、良性执法将人为的损失降到最低，取得公众的理解和支持。深圳福田警方对网贷企

业“融金所”责令整改“放水养鱼”，使其浴火重生的执法模式值得研究推广。

分类监管

由于互联网金融涉及网贷、众筹、第三方支付、网上理财等诸多领域，所以立法者采取了“谁的孩子谁抱走”的分类监管办法，将网贷企业归于银监会和省级政府金融办监管，这是无可厚非的。但现实情况是，各级金融办是政府的办事机构，不是执法部门，如要名正言顺的担负对网贷企业的执法监管职责，建议将金融办改为各级政府的金融管理局。

另外，《暂行办法》规定了“地方金融监管部门有权根据本办法相关监管规则对备案登记后的网络借贷信息中介机构进行评估分类，并及时将备案登记信息及分类结果在官方网站上公示”。此规定的出发点是好的，是为了让社会公众了解网贷企业的真实状况，但操作起来也有弊病。按照《专项整治方案》将网贷企业评为三类，即合法类、整治类和取缔类，评比的条件和评比的方法要做到客观公正实属不易，且不说政府主持评比是否符合“小政府大社会”的理念，就说政府给合法类企业评比“背书”，一旦出事政府的威信必将受损，公众可能由此追责；被政府评为取缔类的网贷企业，一旦公示必然信誉全无，极易爆发挤兑等群体事件；被评为整治类的网贷企业，也会惶惶不可终日，业务受到很大影响，失去整改的信心，这种

评比也会给政府部门的寻租腐败开方便之门，且费力不讨好。如果必须评比，也应由行业协会或者第三方机构主持为宜，评比的结果可以公布于众，政府也可以此作为监管的参考。

值得注意的是，《暂行办法》要求网贷企业对出借人进行分级管理，这是必要的，也是可行的，网贷企业应当认真做好出借人尽职调查的工作，选好合格的出借人，根据不同



的级别设置出借限额，给予风险警示，责任自负，以避免爆发群体事件。

协同监管

网贷的特点是地域广、金额大、投资人多、数据庞大、案情复杂，所以《暂行办法》要求各执法部门协同监管，这种大监管的思路好处是政令统一、条块结合，但协调的难点是各监管机构之间没有隶属关系，容易“扯皮”，银监会与金融办没有手脚，监管很难落地。而配合监管的中国互联网金融协会却又归人民银行总行管理，各省的互联网金融协会又属于当地的金融办管理，这种“多龙治水”监管体系下的监管效果确实不容乐观。

笔者认为，《暂行办法》出台后，各监管部门特别是省级政府金融办要制定实施细则。由于各地网贷企业发展情况不同，要特别警惕有的地方政府渴求全国资源，不惜冒险建立政策洼地，将发达地区的网贷企业吸引转移到本地，以吸收全国的资金资源，但爆发风险却要全国买单。如何防止深圳等发达地区的网贷企业大逃亡，也是考验政府智慧和能力的一道难题。为此，《暂行办法》也规定了“不协同”的责任，但遗憾的是仅对地方金融办未向银监会报告规定了处罚。且不论银监会有没有对地方金融办的处罚权，即使有，《暂行办法》没有对四部委自身的渎职懒政规定处罚，也似有不公。

《暂行办法》也提到了应当引入律师对平台的合规进行评估，这个思路无疑是正确的。利用中介机构的力量间接参与监管，可以节约许多政府的资源，也为中介机构开辟一个蓝海的市场。进一步说，是否可以参考上市公司需要律师出具法律意见，或私募企业备案要求律师发表法律意见的做法，由律师对网贷企业的合规性进行尽调评估，作为政府备案或整顿验收的必经程序。

笔者注意到，在《征求意见稿中》规定了银监会要建立网络借贷行业中央数据库，这对于各部门的信息共享、协同监管是十分重要，但不知为何《暂行办法》却将中央数据库的设置取消，实为遗憾。

创新监管

创新，是当下最时髦的名词，用在网贷监管上尤为适

当，因为网贷创新才发展到今天，千姿百态、千变万化，对其监管也必然要创新，《暂行办法》就是创新的结果。创新，就是要把住系统性和区域性风险的底线，按照互联网的规律属性去构建信息社会下的法律规则和执法模式。

监管的思维要创新——互联网思维

监管者应当知道，互联网是代表社会发展方向的先进生产力，它已经颠覆了人们的生活和经济模式，也必将颠覆法律和司法观念。因此，对网贷企业的监管应具有互联网的思维，注重它的先进性、新颖性和系统性，要克服技术障碍和行为模式的陌生，将互联网作为法律存在的新空间，遏制旧法的打压，用杀出一条血路的气概和摸着石头过河的务实精神创立新法，监管者和网贷企业应对立统一、共生共存，共创合规新型的平台模式、产品模式、服务模式，摸索一条符合中国网贷监管和发展的新道路。

监管的规则要创新——行政前置

《暂行办法》规定了行政执法的主体和责任，较之前网贷企业违法却只有公安机关一个部门负责查处的状态是一大进步。但从保护企业的角度来说这还不够，笔者建议应该在立法中明确：涉及网贷的案件应当行政前置，即非经行政机关调查移送公安机关不得受理。例如逃税案主体经税务局处罚后，第二次逃税才由税务机关移送公安机关处理。

监管的手段要创新——刑民并进

目前，在公安机关处理网贷非法吸存案件中，引发投资人最大不满的做法就是“先刑后民”，即只要公安机关立案，民事诉讼皆不受理，追回的款项也要等犯罪嫌疑人被法院判决后才能发还。因旷日持久，债权不得实现，投资人权益极易受损，因而爆发群体事件。笔者建议，在公检法处理非法吸存案中，应当刑民并进，允许投资人依民事法律起诉债务人，或者申请网贷企业破产，依法清理债权债务，按比例尽快发还投资人，做到刑案和民案并行诉讼，并行结案。

互联网金融的发展使我国有了弯道超车与欧美发达国家并驾齐驱的机会，也有了使普罗大众公平享有金融民主化、金融大众化的可能，对此，我们一定要珍惜，切忌因噎废食、自废武功、断臂断腿，失去互联网金融发展的良好机遇。各级监管者对此应有充分的认识，使网贷企业平稳软着陆，此乃国之所幸，民之所幸也！

我国P2P企业的现状及法律需求

文 王艺律师 广东华商律师事务所

我国P2P企业现状

《暂行办法》出台前的P2P企业现状

鱼龙混杂。从P2P企业的团队构成、业务模式、模式创新、投资方等情况可以看出其是否真正有决心、有战略地去完成网络借贷的互联网金融事业。一些团队缺乏互联网基因，或者直接把线下的民间借贷转移到线上，或者买一个P2P的网站模块进行运营，完全把P2P当作赚钱发财的工具，这些都可能阻碍企业的持续良性发展。真正能够走到最后的优秀的网络借贷企业，在政策调控之下也只是少数。

慧眼识珠。很多媒体报道过如何识别风险较低的网络借贷企业，比如企业是否有风投机构投资、股东背景，是否有风险备付金等。在那个传统的野蛮生长的年代，需要判断的因素太多，稍有不慎可能就中了圈套。市面上还流传“打新”这样的组织，专门针对新上线的平台进行投资，短期内就撤资。这些都代表了很多人对网贷企业的不信任。

风声鹤唳。媒体报道的问题企业、“跑路”企业、被判刑事责任的企业不绝于耳，这些都使得整个行业处于负面的评价中。加之2016年出台专项整治方案、证监会撤销创新部、工商局发放P2P企业调查问卷等举措，让更多的互联网金融企业在这个互联网金融监管年的背景下，选择了谨慎、保守和放弃发展。

融资困难。在这个过程中，风投机构对于互联网金融企业显得更加谨慎，更多的投资机构选择了观望态度。很多创业者表示，他们目前融资困难、创业成本高，再不融资企业就无法维持下去。

《暂行办法》出台后的P2P企业现状

合法身份。《暂行办法》的出台，确实让网贷企业获得了合法身份，企业不再需要担心公安经侦上门，也不再担心受到各种歧视质疑。但合法身份获得的前提是自身经营成本的上升，获得ICP证、信息安全检测的定期报告、外部评估报告（会计师事务所、律师事务所等），这些费用显然让所谓“备案制”的隐形成本也突显出来。创业维艰，而网络借贷不再是每个草根都可以随便介入的行业。

宣传有度。深圳工商部门今年出台了相关文件对互联网金融企业的广告宣传做出规定，过去野蛮生长时期企业敞开投资、敞开融资、线下推广宣传的做法已经被禁止。

《暂行办法》对此有了更加严格的要求，包括对投资人教育、风险提示等，而这些将进一步增加平台获取投资人的成本，同时从另一个角度来说，投资人应该回归理性，不再被高利率的平台所盲目吸引。

创新受限。关于债权转让模式是否全部受限的问题一直受到大家关注。我们认为，专业放贷人模式在实践中确实给平台发展模式带来了便利，比如借款人的资产可以在线下顺利抵押，线下的坏账可以通过传统的诉讼解决，避免集团诉讼，这种模式也为不同平台共享优质资产带来了便利。但这种模式也存在问题：如资金池风险，关联方融资、资金被挪用风险、借款上限被突破、隐形平台担保等。《暂行办法》的13条禁止性规定对网络借贷的定义以及借款额度的限制等，实质上一定程度对专业放贷人模式的开展造成了很多的阻碍。如此，专业放贷人一旦不能在实践中落地，则必然带来网络借贷行业与不同行业结合的模式创新过程，可能受限于资金募集效率不高、融资方资

“

我们看到，最近工商部门发出“调研表格”要求网贷公司“自我检查”，在“自我检查”中对“自融”的定义非常宽泛，即平台股东参股融资方不论融资比例多少都认定为自融；但《暂行办法》征求意见稿之前的表述为“不得为关联方融资”，现在表述为“不得变相为自身融资”，这是否意味着：若资金没有回到平台，就可以为关联方融资呢？

”

产无法顺利完成抵押等问题无法开展。

渠道打开。因为网络借贷企业拥有了合法身份，在国内外的上市、挂牌新三板、收购并购以及投融资业务，必将再次打开。近两年，网络借贷企业之间的收购与被收购业务，必然会有一轮新的小高潮。

我国P2P企业的法律需求

整改合规的法律需求

《暂行办法》出台后，所有希望继续做网贷的公司需要做的核心工作就是整改合规。第一、尽调清单要有针对性的结合网贷企业的特点做特别设计，不能拿其他模板来做。第二、我们建议律师给企业提供三张图，即法律关系图、资金流向图和业务流程图，通过与公司各个部门负责人开会，把图的流程走通。第三、要对文本改造升级，从注册服务协议、到平台规则，到所有投资人授权文本、签署的借款协议，以及后续坏账后的处理等要全部推倒重来，因为《暂行办法》对借款人、出借人和平台都提出了细致的要求，这些都需要在文本中进行丰富。这些文本直接关系到平台的民事责任、行政责任和刑事责任问题，所以需要提前防范。第四、《暂行办法》对网贷公司的资质也提出了明确的要求，比如备案、ICP证和资金银行存管。第五，整个合规整改聘请律师事务所出具合规的评估报告，也是《暂行办法》的一个要求。

外部合规评估的法律需求

《暂行办法》要求网贷平台要聘请会计师事务所出具审计报告、聘请律师事务所出具合规评估意见，还要求定期进行信息安全测评认证，信息系统安全评价。这些明确的强制性规定一定程度上提高了平台的运营成本，但对于投资人来说是一件好事。很多金融机构做出重大事项变更或者设立，监管部门都会有明确的指引，要求律师发表意见。从律师事务所的角度而言，在很多条款还存在不同理

解的情况下，希望立法部门可以给出明确的指引，特别是对于律师事务所出具的合规评价报告出台规范性指引。

架构设计的法律需求

股东是否对网贷平台合规性造成障碍。架构设计是一个非常重要的问题，其牵涉公司集团部署、牵涉不同股东的特点、牵涉整个商业模式的合规性，牵涉后续网贷公司和其他关联公司上市的灵活调整问题，可谓牵一发而动全身。《暂行办法》出台之前，一些地方出台了地方性的文件或者规定，比如江苏曾经出台了关于担保公司不可以做网贷公司的股东的规定。因此，律师需要对股东的身份、性质做出合理判断。

需要对核心概念的界限做出明晰解释。我们看到，最近工商部门发出“调研表格”要求网贷公司“自我检查”，在“自我检查”中对“自融”的定义非常宽泛，即平台股东参股融资方不论融资比例多少都认定为自融；但《暂行办法》征求意见稿之前的表述为“不得为关联方融资”，现在表述为“不得变相为自身融资”，这是否意味着：若资金没有回到平台，就可以为关联方融资呢？又如，《暂行办法》提到网贷平台要“专门”从事网络借贷信息中介业务活动，那是否说综合性理财平台如果也从事网贷业务，就要把网贷平台单独剥离出去？再如《暂行办法》所声称的“拆”期限、“类”资产证券化、“打包”资产等描述性语言，应当如何理解？实务中，对于一些核心概念的理解存在很多偏差，这些可能都会对架构合规性产生重大影响。

投融资的法律需求

笔者曾经在为一家P2P公司提供境外融资法律业务中发现，作为国内前四大互联网公司旗下基金的投资方，其对于平台的合规性很重视，但当时《暂行办法》还没有出台，整个行业发展主要是依照几条红线指引。现在看来，投资方会越来越重视平台的合规性，虽然说融资渠道再次

打开，但是投资方如何准确把握网贷行业新的风险点，恐怕要依靠专业的网贷律师，而律师在这一业务领域的专业性也会越来越高。这不仅要求律师要知道法条，还要有丰富的实操经验，包括对《暂行办法》若干条款的准确理解和运用。《暂行办法》出台后，投资方除了投资前、投资中重视平台的合规性，对已经投资的网贷平台，在投后如何帮助网贷平台继续前行或者调整方向也是至关重要的。

股权激励的法律需求

网贷企业在一些稀缺人才引进和人才留存方面也有刚需，与科技型企业一样。目前互联网企业之间的竞争，很大部分是人才的竞争。一些网贷企业表示，他们对复合型人才的需求度很高，比如既懂互联网又懂金融的产品经理，既懂财务又懂法律的风控。这些人才不管是内部培养，还是外部引进，仅仅依靠企业的奖金和工资是不够的。这时，网贷负责人希望用期权、股份来留住人才。实践中，期权和限制性股份是最常见的模式。当然，我们也看到部分网贷平台用分红权模式给予一些员工短期的高额奖金，确实也能够发挥更好的积极作用。具体采取什么模式、针对哪些员工需要根据平台的实际情况进行调研。我们发现，一些平台的负责人愿意做全员激励，其真正目的是让员工更有参与感，能够真正为企业的高速发展做出自己的贡献。律师在为境内外企业实施股权激励的时候，应当做出差异性的方案设计，确保合规的前提下，帮助企业实现激励目的，真正为网贷企业的人才战略做好法律支持工作。

监管检查辅助的法律需求

在《暂行办法》出台前，网贷企业对外部监管检查具有一定“恐惧感”，因为行业太缺乏明确的监管，平台相

关负责人“跑路”或承担刑事责任的消息不绝于耳，这使得网贷企业在创新思考上受到很大的遏制。《中国互联网金融协会自律惩戒管理办法》及《中国互联网金融协会章程》中提到的防止畸形创新，以及后续全国专项检查方案中提到的“穿透式监管”，都让平台的结构化设计和安排受到不合规的挑战。为此，很多网贷企业负责人、高管困惑：“如果经侦和公安上门，我们怎么办？”“如果企业被调查了，我作为宣传部负责人、运营部负责人，是否要承担责任？”我们认为，律师的指引在融金所的良性发展过程中起到非常重要的作用。为此，我们的建议是：自身管理层的回应、自媒体的宣传、投资人情绪安抚、外部媒体的正确引导、资产重组的安排，以及顾问律师及时出具法律意见书等措施，都有助于让监管检查走向相对合理和理性的方向，从而尽量避免网贷平台面临检查时遇到提现困难而关闭。

民事诉讼、仲裁的法律需求

《暂行办法》出台前，很多平台的坏账可能都是通过线下传统的借款纠纷处理，基本不会披露线上的借款协议，而线下专业放贷人作为债权或收益权的回购方，避免了平台投资人在诉讼程序中的阳光化。《暂行办法》出台后，如果专业放贷人真的明令禁止，在没有第三方担保的情况下，坏账一旦发生，是否会触发大量集团诉讼？线上的大量文本和证据，是否都会走向诉讼、仲裁？对此，平台需要提前做好风险防范，比如是否选择更容易接受电子证据和便于立案的争议解决方式，具体诉讼程序如何操作，如何选择合适的投资人代表等。律师在这个过程中，可以进一步研究如何细化《暂行办法》中的在线争议解决方式，参考一些境外的案例，尽量简化网贷平台的产品设计，注意避免集团诉讼程序的触发。

破产清算的法律需求

不是每个企业都会成为百年企业，任何一个企业都有从生到死的过程。网贷企业在整改发生前，我们就看到一些大集团因为不盈利而主动放弃了网贷，甚至很多网贷企业主动转型到其他领域。而《暂行办法》出台后，很多企业也在寻求战略调整，将产品全部下架，从头再来。相信也会有很多企业选择破产、清算程序。因此，律师应该结合《暂行办法》，针对这一领域企业破产清算的特点，为网贷企业提供更加优化、合理的解决方案。





我国互联网金融的行业自治及立法探索

文 张宪忠律师 上海市锦天城（深圳）律师事务所

近年来，互联网金融得到了飞跃式的发展。2013至2014年，互联网金融陆续出现了新的业态，包括互联网支付、网络借贷、股权众筹融资、互联网基金销售、互联网保险、互联网信托和互联网消费金融等业务；同时互联网金融的触角开始延伸向社会生活的各个环节和不同领域。2015年，互联网金融的投资主体更加多元化，资本力量不断井喷，金融产品创新层出不穷。根据《2016-2020年中国互联网金融行业深度调研及投资前景预测报告》，未来几年，我国互联网金融行业在现有业态持续发展的基础上，还将在移动支付、大数据分析、线上线下互动营销、大平台运用等领域得到进一步发展。

基于此，如何规范互联网金融的行业自治以及相关立法，当属十分必要和急迫。笔者就此展开初浅探索，以期抛砖引玉。

我国互联网金融的监管发展现状

2015年7月18日，为鼓励金融创新，促进互联网金融健康发展，明确监管责任，规范市场秩序，经党中央、国务院同意，中国人民银行、工业和信息化部、公安部、

财政部、国家工商总局、国务院法制办、中国银行业监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、中国保险监督管理委员会、国家互联网信息办公室联合印发了《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》（以下简称《指导意见》），提出遵循“鼓励创新、防范风险、趋利避害、健康发展”的总体要求和“依法监管、适度监管、分类监管、协同监管、创新监管”的基本原则，并规定了互联网支付、网络借贷、股权众筹融资、互联网基金销售和互联网信托、互联网消费金融应当遵守的基本业务规则。另外，《指导意见》还提出要加强互联网金融行业自律，人民银行会同有关部门，组建中国互联网金融协会，制定经营管理规则和行业标准，推动机构之间的业务交流和信息共享；明确自律惩戒机制，提高行业规则和标准的约束力。该《指导意见》的出台，为未来一个时期的互联网金融行业发展和监管自律发展指出了明确的方向和目标。

2015年至2016年上半年，互联网金融行业呈现“紧缩政策，规范管理”的态势，国家及各地方监管部门均陆续出台了各项监管政策及规定。

2015年12月28日，中国银行业监督管理委员会会同工

“

国家对于前一阶段互联网金融行业所取得的成果，予以认可及保护；但针对前一阶段暴露出来的问题和风险，将予以严厉制止和矫正。这也预示着互联网金融行业将逐步走向诚信经营、规范管理，将以更加正面的形象继续服务于我国的实体经济和新经济领域。

”

业和信息化部、公安部等下发了《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法（征求意见稿）》。

2016年1月，北京、上海、深圳工商行政管理部门开始暂停互联网金融企业的注册，地方公安局和金融局也在抓紧时间对民间投资理财类平台的监管。北京地区暂停核准包含“投资”、“资产”、“资本”、“控股”、“基金”、“财富管理”、“融资租赁”等投资类经营项目。

2016年3月25日，深圳市政府办公厅发布了《深圳市人民政府办公厅关于完善住房保障体系促进房地产市场平稳健康发展的意见》，明确申明“严禁互联网金融企业、小额贷款公司等金融机构从事首付贷、众筹购房、过桥贷等金融杠杆配资业务”。北京、上海也采取了类似动作，进行全面检查。

2016年3月30日，人民银行、银监会联合印发《关于加大对新消费领域金融支持的指导意见》，从积极培育发展消费金融组织体系、加快推进消费信贷管理模式和产品创新，加大对新消费重点领域金融支持、改善优化消费金融发展环境等方面提出了一系列金融支持新消费领域的细化政策措施。

2016年4月，国家工商总局等十七部委下发《关于开展互联网金融广告及以投资理财名义从事金融活动风险专项整治工作实施方案》，明确划定互联网金融广告整治的“九条红线”。

同月，由国务院决策部署、十余部委共同行动的互联网金融专项整治在全国范围内展开。在本次整治活动中，央行、银监会、证监会、保监会将分别对网络支付、网络借贷、股权众筹和互联网保险等领域开启专项整治计划。在整治期间，全国各省市将暂停登记注册在名称、经营范围中含有金融相关字样的企业。

2016年8月24日，银监会、公安部、工信部、互联网信息办公室四部委联合发布《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》（下称《暂行办法》），《暂行办法》明确了网贷内涵、适用范围及从业机构的法律定位；

确立了网贷监管体制；明确了网贷业务规则，以负面清单形式划定了业务边界，明确提出不得吸收公众存款、不得归集资金设立资金池、不得自身为出借人提供任何形式的担保等；同时，对信息披露、业务管理、风险控制等均提出了具体要求。

以上文件及措施表明：国家对于前一阶段互联网金融行业所取得的成果，予以认可及保护；但针对前一阶段暴露出来的问题和风险，将予以严厉制止和矫正。这也预示着互联网金融行业将逐步走向诚信经营、规范管理，将以更加正面的形象继续服务于我国的实体经济和新经济领域。

互联网金融的行业自治和立法探索

自2016年上半年以来，国家和各地方相关监管部门陆续展开互联网金融行业的整顿活动，互联网金融行业面临重新洗牌。或许，这对互联网金融行业而言，是最艰难、恶劣的时候。但反过来说，这也是促进互联网金融从业机构增加风险意识、增加合规意识、规范经营管理，促进互联网金融行业长期、良性、有序发展的重要契机。因此，互联网金融行业应当抓住这次机会，通过制定相关规则和监管政策等，促使从业机构完善内控制度、提高内控质量，建立健全第三方存管、信息披露及消费者权益保护等各项制度，加大信息安全保护，有效防止反洗钱等犯罪风险。为互联网金融行业重新树立诚信经营、规范管理的正面形象，从而促进金融包容，扩大金融业开放，提升金融服务质量和效率，规范民间金融活动，惠及扶持中小微企业发展，使互联网金融行业能够切实为我国实体经济发展服务。

从规范管理角度来说，互联网金融的发展离不开行业自治和外部监管。

互联网金融的行业自治

中国互联网金融协会的成立，表明了党中央、国务院及各部门对互联网金融行业进行整顿、规范的决心以及对

互联网金融予以扶持发展的信心。协会也应当发挥自身的作用，通过制定业务规则、管理规范 and 自律措施等，对协会会员的日常业务活动予以指导、监督和管理。

分类制定经营管理规则和行业标准。根据《指导意见》，协会已被赋予了制定经营管理规则和行业标准的职能。因此，协会应当在充分了解行业业态和发展现状、规模及亟需解决的问题的基础上，制定自律规范、经营管理规则和行业标准。

促进业务交流和信息共享，强化风险披露和风险预警。互联网金融协会既是互联网行业的自律组织，同时也应当成为互联网金融各从业者相互交流和促进发展的平台。同时，协会应在制定行业标准和自律规范的基础上，逐步开展互联网金融统计监测、信息共享，风险披露和风险预警等基础设施、制度和手段建设。

明确自律惩戒机制，提高行业规则和标准的约束力。协会应尽快制定自律惩戒管理办法，提高行业规则和标准的约束力。将各项管理规则、制度等落于实处。对于不遵守协会章程和自律规范的会员予以有效惩戒，真正实现互联网金融行业的自律管理。

互联网金融的立法探索

在金融机构、非金融机构、个人、各类资本疯狂涌入互联网金融行业的同时，我们应当认识到依托于互联网技术、移动通信技术的互联网金融的本质还是金融；应当关

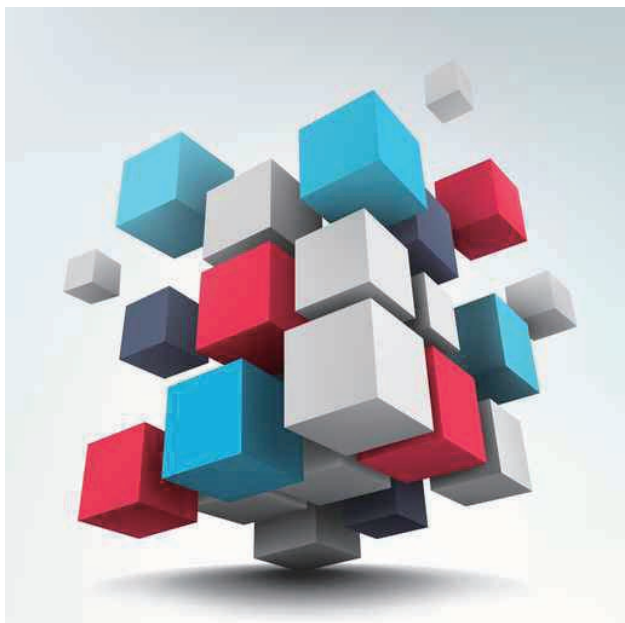
注到金融行业的固有规律，应当对金融行业的广泛性、突发性、传染性的特点有所警觉；同时，更加应当清醒地认识到：金融的核心是对风险的经营和把握。通过立法和加强执法来完善互联网金融的外部监控，将是控制互联网金融行业风险的有效途径之一。

完善互联网金融行业的相关立法。互联网金融所涉及的法律关系繁多，同时具有其特殊性。现行的民事法律、刑事法律等法律制度应当随之作出调整。通过法律修正案或通过司法解释的形式等，调整互联网金融行业的特定法律关系。从而，规范互联网金融行业各从业者与市场参与者的活动行为，促进互联网金融规范管理和诚信经营。

完善互联网金融行业的配套监管政策。互联网金融各业态发展既具有金融的本质属性，同时还涉及工业化、计算机技术、互联网信息、网络安全等方方面面，使得互联网金融行业的监管相较于其他传统行业更为复杂和困难。这就要求各有关主管部门相互协同、互相配合，针对互联网金融的各业态及其不同发展状态，共同制定业务规范政策。除了网络借贷，对于互联网金融的其他业态：互联网支付、股权众筹融资、互联网基金销售、互联网保险、互联网信托和互联网消费金融等，同样应当通过法律文件形式确认其内涵、适用范围及业务活动基本原则，确立监管体制和业务管理、风险控制、信息披露的基本方法和措施，从而指导互联网金融各个领域的健康有序发展。

结语

互联网金融如同任何新事物的发展一样，已经历了一个高估值阶段。目前，随着互联网金融井喷式发展和监管滞后所带来的隐患、风险和问题逐步暴露，互联网金融行业面临整顿、互联网金融的从业机构将面临洗牌，未来一个时期互联网金融也可能会经历一个低估值阶段。但是，互联网金融行业将在加强行业自治和外部监管、建立健全经营管理规则和行业标准之后，以一个全新的面貌面对市场竞争环境。互联网金融将在经历两个阶段之后，慢慢回到一个缓步向上的阶段。在这一阶段，互联网金融的行业发展将趋于理性，内部管理与外部监管将实现协同，市场预期将逐步达到合理的估值阶段。届时，才是互联网金融行业发展和壮大的春天。





网络借贷机构的法律风险及防范

文 陈科军律师 广东融关律师事务所

《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》（下称“《办法》”）在众平台的千呼万唤中终于出台了，《办法》对网络借贷机构的法律定位予以明确。随之而来的是，面对《办法》的出台，网络借贷机构更为关注在《办法》框架下，网络借贷机构究竟存在哪些法律风险，面对这些潜在的法律风险，网络借贷机构又应该如何应对。

笔者认为，企业面临的所谓的法律风险无外乎三类：行政法律风险、民事法律风险、刑事法律风险，而这三类法律风险均基于法律对企业义务性条款的规定。根据这种理解，笔者梳理了《办法》中的有关网络借贷机构义务性的条款，发现《办法》共47条，其中有28条是规定网络借贷机构义务的条款，占总条文数量的60%。进一步的统计，其中可能致网络借贷机构承担行政、民事、刑事责任条款数分别为16、19、8个条文，分别占总条文数的34%、40%、17%（此处存在交叉条款），再细究，整个《办法》中没有网络借贷机构的权利条款。

这样一组数据可以表明，《办法》是一部规范网络借贷机构行为的规章，其出发点就是如何规范乱象丛生的网络借贷行业。为了便于网络借贷机构及律师同仁更清楚的了解《办法》实施后企业所面临的法律风险，笔

者在现行《办法》的框架下，从行政、民事、刑事三个维度来解析网络借贷机构面临的法律风险。

网络借贷机构的行政法律风险

《办法》是银监会、工业和信息化部、公安部、国家互联网信息办公室联合制定和发布的，从法律位阶上看，它是一个部门规章，属行政规范范畴；这意味着，只要违反该规定，均存在行政违法的可能。同时关于行政违法的法律后果，我们应该注意的是：《办法》第四十条规定，网络借贷信息中介机构违反法律法规和网络借贷有关监管规定，有关法律法规有处罚规定的，依照其规定给予处罚；有关法律法规未作处罚规定的，工商登记注册地地方金融监管部门可以采取监管谈话、出具警示函、责令改正、通报批评、将其违法违规和未履行公开承诺等情况记入诚信档案并公布等监管措施，以及给予警告、人民币3万元以下罚款和依法可以采取的其他处罚措施；构成犯罪的，依法追究刑事责任。网络借贷信息中介机构违反法律规定从事非法集资活动或欺诈的，按照相关法律法规和工作机制处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任。对于此条款，笔者认为对网络借贷企业的违法行为的处罚作出了相应的规定：1、企业如果违反规定，依据有关的法律、法规处罚；2、有

关法律、法规未作处罚规定的，依据本规定处罚，处罚措施按条文规定；3、法律、法规对处罚主体另有规定的，依照法律、法规的相关规定处理；未有规定的，由注册地金融监管部门依本规定处理；4、构成犯罪的，依法追究。

笔者对《办法》中规定的网络借贷企业应承担的行政法律义务的有关条款及相关的内容解析归纳如下表：

《办法》中涉及网络借贷机构行政法定义务条文一览表

| 序号 | 条款 | 规定的行政法定义务 |
|-------|------------------|----------------------------------|
| 1 | 第3条 | 确定网络借贷机构的法律地位及经营范围，不得提供其他任何增值服务； |
| 2 | 第5条 | 明确了网络借贷机构及时备案和申请电信经营许可的义务； |
| 3 | 第6条 | 工商注册登记时应在经营范围中明确“网络信息中介”。 |
| 4 | 第7条 | 登记事项变更的应限期向金融监管部门的报备义务。 |
| 5 | 第7条 | 拟终结的网络借贷机构限期书面报备义务。 |
| 6 | 第19条 | 规定了单一融资项目的募集期20天 |
| 7-11 | 第20、23、24、28、31条 | 明确了网络借贷机构在经营过程应当履行的法定义务。 |
| 12-14 | 第32、36、37条 | 分别规定了网络借贷机构的信息披露、重大事件的报告义务 |
| 15 | 第38条 | 上一会计年度结束之日起4个月内向金融监管部门报送年度审计报告。 |
| 16 | 第44条 | 明确了网络借贷机构行政合规的整改期为12个月； |

如上表，在《办法》框架下网络借贷企业的行政法律风险点就在于是否遵守和履行了《办法》中规定的行政法定义务，其风险后果就是行政机关能运用的法定行政处罚手段和措施。在《办法》中，第四十条明确了其他法律、法规未作规定的情形下，针对网络借贷机构的行政违法，地方金融主管部门行政处罚手段和措施，但其未明确具体的运用方法，不具有实操

性，但根据《办法》第四十六条“省级人民政府可以根据本办法制定实施细则”之规定，要等各地“实施细则”出台后才能更具体的评价某一具体行政违法行为的法律后果，鉴于企业实际可能承担的行政法律责任，进而评估面临的行政法律风险。我们应注意的是，法律风险的评估往往是交叉的，一个行政违法行为可能会引起相应的民事责任甚至刑事责任，有时候在行政、民事、刑事交叉的过程中，边界模糊，进一步增加了法律风险的不确定性，给评估工作造成困难。

网络借贷机构的民事法律风险

所谓民事法律风险，归结到底，就是民事行为主体行为或者不行为而可能给自己带来民事法律后果，即自己可能要承担的民事法律责任。根据民法中债的分类，债权分为三类：合同之债、侵权之债、无因管理之债。需要说明的是，我们在本文中所讲的仅仅是网络借贷机构根据《办法》的规定，行为或不行为会给自己可能带来的民事法律后果仅为侵权之债，不包括网络借贷企业经正常的经营活动中因签订、履行经济合同所带来合同风险及无因管理所形成的法律风险。

《办法》中所有条文实际上均以明确网络借贷企业义务的方式，要求网络借贷企业应该为或不为一定行为，根据《办法》中相关条文的归纳和分析，笔者认为至少存在以下十种可能导致网络借贷企业承担民事法律风险的情形：

一、未全面履行的信息披露义务所带来的民事法律风险，相关条文有第3、24、26、30、31、32条。二、未尽到信息资料的审核、查询、评估义务所带来的民事风险，相关条文有第9条第2项、第21、26条。三、未尽到防止欺诈、网络借贷知识普及及风险宣传教育活动的义务所产生的民事风险，相关条文有第9条第



3、4项。四、未尽到客户资料、信息的保管、保密义务等相关信息资料的汇报义务所带来的风险，相关条文有第9条第5、6项、第23、27、36条。五、网络借贷企业的犯罪行为给相关个体造成的损失风险，相关条款有第10条。六、超过法定借款限额可能带来的风险，相关条文有第17条。七、未尽到法定信息系统安全保障义务给相关个体带来损失，而可能给网络借贷企业带来的民事风险，相关条文有第18、22条。八、网络借贷机构的越权行为造成的风险，相关条文有第25条。九、未尽到项目资金用途的监管义务带来的风险，相关条文有第30条。十、资金存管协议本身所带来的民事风险，相关条文有第35条。

网络借贷企业要避免这一系列可能引发的民事法律风险，途径有二：其一就是寄希望于所有相关个体在因网络借贷机构前述原因造成的损失，不向过错方即网络借贷机构追偿；其二就是网络借贷机构在《办法》的框架下对自己现有的运营机制和模式进行合规整改，力求机构行为合规，利用技术手段（比如以协议约定方式进行责任转嫁、在合理情况下免责条款的约定等）而最大限度的减少和减小网络借贷机构的民事法律风险。笔者认为，第一种途径基本为妄想型，那么只能通过合规整改、合理规避来达到避免法律风险的目的。

网络借贷机构的刑事法律风险

新规的出台，可能触及到各大网络借贷机构的运营模式，甚至直接影响到网络借贷机构的资金端的丰盈程度，也就说明《办法》的出台，可能触碰到了网络借贷平台的生存底线，从而可能给其带来的刑事法律风险。

笔者根据《办法》条文的规定，经过初步归纳，网络借贷机构及其高管人员在经营过程中有可能涉及的罪名有：出售、非法提供公民个人信息罪（第253条之一）、洗钱罪（191条）、资助恐怖活动罪（第120条之一）、非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪、非法经营罪、合同诈骗罪、盗窃、侵占罪、包庇罪等十个罪名。下面，笔者以同样的模式归纳和分析一下《办法》中可能涉嫌刑事犯罪的条款，逐一分析《办法》在日后执行过程中，网络借贷机构或其员工可能存在的刑事风险。

《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》 涉及刑事条文一览表

| 序号 | 条款 | 刑事风险点 |
|----|--------------|-----------------------------|
| 1 | 第3、10、16、28条 | 非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪、非法经营罪、合同诈骗罪 |
| 2 | 第9条6、7、8项 | 出售或非法提供公民个人信息罪、洗钱罪、资助恐怖活动罪 |
| 3 | 第17条 | 可能涉嫌集资诈骗的共犯 |
| 4 | 第25、27条 | 盗窃或侵占罪、出售或非法提供公民个人信息罪 |
| 5 | 第36条 | 高管人员可能涉及窝藏、包庇罪 |

以上是从《办法》条文内容而归纳出来的网络借贷机构及其员工可能触及到的刑事法律风险点。在这里需要提醒的是，如果网络借贷机构全部业务或主要业务均涉嫌犯罪，比如集资诈骗罪、非法吸收公众存款罪、非法经营罪，那么根据《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》第二条“个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的，或者公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处”的规定，这就是当前几乎所有已出事的P2P企业均未认定单位犯罪的原因所在。

《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》解读

文 王偕林律师 雅尔德曾陈胡（前海）联营律师事务所

《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》（下称“《暂行办法》”）于2016年8月24日正式公布出台，其作为目前较为系统规范P2P业务的监管文件，的确对于网络借贷信息中介机构（下称“网贷中介机构”）、借款人、出借人都带来不小影响，但P2P监管并不是迅雷不及掩耳的风云突变，而是润物细无声的和平演变。

笔者在持续为网贷中介机构提供常年法律顾问服务的过程中，也在实时跟进政策更新变化。就近期而言，《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》（下称“《指导意见》”）是作为原则性纲领性文件出台的，其后各地有跟进相应的实施办法，但均未有细化或可操作细则出台。

而2015年12月28日公布的《网络互借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法（征求意见稿）》（下称“《征求意见稿》”），在贯彻《指导意见》的基础上，提出了较为系统和详细的管理制度，也引发了业界的积极讨论，这无异于P2P业务监管的第一只靴子落了地，各方都在密切关注着后续的发展。笔者结合顾问单位的实际需求，也做出了相应解读，总体对于《征求意见稿》的看法是：有创新，略激进，难实操，缺细则。

近期，随着《暂行办法》正式实施，可以看作是P2P监管的另一只靴子也算是落了地。笔者看来，在各种新鲜出炉的各方解读中，有谈虎色变者，也有另辟蹊径应对监管的，但都欠缺了一种以发展的眼光看待P2P监管制度建立的态度。因此，笔者将结合对于P2P监管制度持续观察所总结的趋势，以及实务中遇到的现象和问题，通过条款解读以及深圳市本地实务这三方面，对《暂行办法》进行解读并提供风控建议。

《暂行办法》重点条款解析

第十条 网络借贷信息中介机构不得从事或者接受委托

涉及主体

| | |
|------|---|
| 债转方： | 较多P2P平台上涉及的资金需求方，其本身持有资产包或基于合同关系为债权人，其构成系债权等各类收益，其有提前将资产包兑现需求，但不具备公募资质。 |
| 平台方： | 网贷中介机构 |
| 借款方： | 已与资转方形成了债权债务关系的债务人，将通过平台重新与出借方形成借贷关系。 |
| 出借方： | 网贷中介机构投资人，其在投资过程中可能产生需要通过转让债权给另一出借方从而提现离场的需求。 |

从事下列活动：

……

（八）开展类资产证券化业务或实现以打包资产、证券化资产、信托资产、基金份额等形式的债权转让行为；

……

【解读】

一、拆分该条款：即（1）禁止平台方开展类资产证券化业务；（2）禁止实现资产证券化、打包资产、信托资产、基金份额等形式进行债权转让的行为。

首先对于该条款中的“债权转让”进行定义，是有一定意义的。如根据《合同法》第九十七条，债权转让系在合同履行过程中，债权人将合同的权利全部或者部分转让给第三人。

如平台方协助债转方开展的是类资产证券化业务，其特征是将债转方的权益向不特定出借方进行融资，从而使该权益提前兑现，并且出借方可从该融资行为中获得收

益（表现方式可以是利息或年回报率等），那么无论债转方提供的是债权或收益权，由于没有具有合法公募资质身份的主体介入（如信托公司或保理公司），债转方面面临的是被认定非法吸存之风险，而平台方则面临被认定违反前述规定的风险。

二、该款规定明确规定了平台方不可通过“实现以打包资产、证券化资产、信托资产、基金份额等形式”来进行债权转让行为，但该条款应不适用于出借方与出借方之间的债权转让行为，理由如下：

◎比较《征求意见稿》及《暂行办法》，对于平台方在代替出借方行使决策的权限上，《征求意见稿》的要求是十分严苛的，而《暂行办法》则调整为“未经出借方授权，网络借贷信息中介机构不得以任何形式代出借方行使决策”。即如有出借方授权，平台方是可以代替出借方行使决策的，这一趋势表明了监管方已经看到在网贷业务过程中，要求出借方时刻关注投资项目并及时作出每一笔投资的决策是不现实的。因此，在可以通过其他方式控制平台方可能滥用权力对于出借方权益造成损害的前提下，暂行办法授予了平台方在获得授权情况下可代出借方决策的权力，而该权力运用最多的场景也即“自动转投”及“出借方之间的债权转让”，因此，从制度表述的前后一致性

来看，并不能认定该禁止性规定系约束出借方之间的债权转让。

◎在《互联网金融风险专项整治工作实施方案》中，对于禁止类行为的表述是“P2P网络借贷平台未经批准不得从事资产管理、债权或股权转让、高风险证券市场配资等金融业务”，该表述中所述债权转让应针对的首次债权转让，而并不是限制出借方之间的债权转让。

第十条 网络借贷信息中介机构不得从事或者接受委托从事下列活动：

- （一）为自身或变相为自身融资；
- （二）直接或间接接受、归集出借方的资金；
- （三）直接或变相向出借方提供担保或者承诺保本

保息；

……

【解读】

◎平台方不应作为债权受让方，也应避免先有资金后有项目的情况。

如平台方先行支付款项受让债权，则其为债权受让方，丧失中介地位，其发布项目行为系为自身融资，应视为被明确禁止内容。如平台先发行项目，吸引出借方投



资，再寻找债权予以匹配的，则可能面临被认定归集基金的情况，即使这种情况可能存在的时间极短，也应尽量避免。

◎ 如债转方、担保方与平台方被视为关联公司的，则面临被认定违规的风险。

本次《暂行办法》中对于平台方的禁止行为中，均增加了“变相”这一描述，但仍持续欠缺了对于关联方认定的具体标准，相信监管方了解到实操中确存在一套人马分别担任债转方、担保方、平台方，从而严重加大了平台违约风险的情况，因此，专门设置“变相”这一大框架以供后续进行细则管制。

但监管方也应了解到了目前金融大环境下，关于非上市公司之间关联关系的认定，主要适用以下法律法规：

《公司法》第216条第4款之规定：“关联关系，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。”

《国家税务总局关于完善关联申报和同期资料管理有关事项的公告》（国家税务总局公告2016年第42号）中相关规定：一方直接或者间接持有另一方的股份总和达到25%以上；双方直接或者间接同为第三方所持有的股份达到25%以上；或虽持股比例未达到，但双方之间借贷资金总额占任一方实收资本比例达到50%以上，或者一方全部借贷资金总额的10%以上由另一方担保等认定标准。由前述规定可以看到，如《暂行办法》制定了严格的认定关联关系之标准，则在实际网贷中介业务开展过程中，难以有担保方愿意在费用低风险大的情况下承接平台方的业务，而平台方一旦缺少担保方，其亦较难吸引出借方选择该平台进行投资。

鉴于此，监管方仍未明确如何认定关联方的这一标准，也就无法判断如关联方参与到融资或担保环节中，平台方是否应被视为“变相自融”或“变相自我担保”，需要等待后续《暂行办法》的相关细则之出台。

第十七条 同一自然人在同一网络借贷信息中介机构平台的借款余额上限不超过人民币20万元；同一法人或其他组织在同一网络借贷信息中介机构平台的借款余额上限不

超过人民币100万元；同一自然人在不同网络借贷信息中介机构平台借款总余额不超过人民币100万元；同一法人或其他组织在不同网络借贷信息中介机构平台借款总余额不超过人民币500万元。

【解读】

新增小额分散的具体金额要求，但由于信息披露系统未建立，应保证自身平台合规。

债转方提供给平台方的同一借款方之债权的总和，不应超过20万元，由于网贷信息披露系统尚未完全建立（《暂行办法》第八条取消网络借贷行业中央数据库的概念），《暂行办法》也并未细化要求（《征求意见稿》中的严苛不具可操作性之信息披露要求已被摘出）平台方必须核实借款方在其他网贷平台的贷款情况（即便平台方在风控中可以实现该需求）。因此，目前业务开展过程中，仅就自身单一平台的同一借款方之贷款总额进行控制即可。

同时，要考虑到关联公司的认定问题。举例，平台方在深圳及北京分别设立了独立的网贷中介机构开展业务，则如两间网贷中介机构被认定为同一平台的，则同一借款方在两间公司的总额上限应为20万元而不是100万元。

其他应关注的条款

《暂行办法》第五条。增加网贷中介机构应在领取营业执照10个工作日内向注册地地方金融监管部门备案登记。明确了平台方营业前的登记流程：工商登记——金融监管部门备案——通信部门获取经营许可，鉴于暂行办法给出了12个月的整改期，但是地方金融监管部门的各项细则未能出台，因此即使有心整改，前述部门也恐缺乏实际工作流程。同时，申请何等网络电信业务经营许可，是ICP许可证（即“中华人民共和国电信与信息服务业务经营许可证”）或EDI许可证（即“增值电信业务经营许可证——在线数据处理与交易处务”，各方从业者也仍是众说纷纭，确需待细则的进一步出台明确。

《暂行办法》第十一条。要求借贷双方均应为平台方核实的实名注册用户，该条款的理解不等同于要求借款方也需要亲自在平台方进行注册，实操中可以通过债转方提

供的借款方身份信息资料等将借款方在平台上进行注册，其本身并不在平台上开设具体的服务功能。

《暂行办法》第十二条。增加对借款人的要求，实操上较难落实，随着网贷平台的多样化和便捷化，借款人的借款及还款情况其自身恐难全面掌握，有待后期出台统一网贷征信信息查询系统或将网贷情况纳入现有征信系统。

《暂行办法》第十四条。出借方应当具备投资风险意识、风险识别能力、拥有非保本类金融产品投资的经验并熟悉互联网，建议参照理财投资前的风险评估问卷以及风险确认书之内容，在出借方投资前由其进行确认。

《暂行办法》第十六条。除互联网、电话等电子渠道外，不得进行线下网贷业务展业，但可开展信息采集、核实、贷后跟踪、抵质押管理等风险管理及网络借贷有关监管规定明确的部分必要经营环节，并没有一刀切封死平台方在线下开展经营活动。

《暂行办法》第三十条至三十二条。与《征求意见稿》相比较，删除了对于融资信息披露的细节内容要求，第三十二条说明网络借贷信息披露具体细则另行制定。同时强调网贷中介机构应引进律师事务所、信息安全机构等对于网贷中介机构合规和信息系统稳健情况进行评估。鉴于《征求意见稿》中对于融资信息披露及风险揭示、机构经营管理信息披露、披露义务的责任主体等均已有了较为细化的规定，但《暂行办法》出台时全部摘出并另行公布细则，相信是仍需要结合网贷实际情况作出具有可操作性的信息披露制度。因此，在信息披露细则未出台前，网贷中介机构信息披露应把握大原则，即不得泄露个人隐私，同时对于融资项目进行适度披露，既保护出借人的基本知情权，也不打击出借人的投资积极性。

深圳市当地落实情况

在《暂行办法》出台后，笔者已向深圳市人民政府金融发展服务办公室（“市金融办”）核实咨询之情况，汇总如下：

◎明确市金融办为设立网贷中介机构的前置审批机关。

该审批的具体开展模式尚未确认，可能是先行审批后办理公司的工商登记注册，亦可能是在完成工商注册后，对于经营范围中的网贷中介服务内容批注须经审批后

方可经营。

◎目前深圳市内不得新设立含有互联网金融服务或金融中介服务之互联网金融企业，具体放开时间预计为2017年3月。

根据市金融办回复，鉴于2015年底启动的对于互联网金融企业的整体整顿事宜，目前深圳市内暂停含有网贷中介服务公司名称或经营范围之新公司的设立，同时，也停止受理对于拟将公司名称或经营范围变更为涉及网贷中介服务的相应变更申请。放开时间预期为2017年3月，有待网贷中介机构的监管细则及配套登记备案程序的设立以最终确认。

◎市金融办已在全面开展深圳市内的现有网贷中介机构的整顿工作，但具体的查处情况，整改要求等尚未形成正式文件，建议参考其网站上提供的网贷中介机构自行申报报表内容。网贷中介机构的自查申报表中的内容十分详细，如确按照该表内容对于现有网贷中介机构结合暂行办法进行整改的，很多现存机构较难达到整改的要求从而继续开展后续业务的。

结语

综上，对于新出台之《暂行办法》，可以看到监管方对于规范网贷中介机构的业务开展，风险防范以及借贷双方主体的保护等内容上，结合现有网贷业务开展的实务，做出了部分规定并订立了后续实施的框架和方向。但由于国内网贷中介业务中，确存在有较多参与主体因在一定的时期内缺乏明确的监管制度供其予以遵守，从而使得其在逐利中野蛮成长，并形成了一定范围内的所谓行业潜规则，也使得对应制度的建立和实际监管的落实面临着一定难度。一方面，我们不可否认网贷对于促进民间资本活性、优化资金配置等存在一定积极作用，也拓宽了我国一般居民较为局限的投资渠道；但另一方面，平台“跑路”、违规集资甚至违法集资乃至诈骗等行为也频发，监管确实迫在眉睫，希望监管方能够结合市场实际情况，发挥行业自治组织的作用，善于听取市场主体的建议，运用智慧使得监管制度能够进一步完善并具可操作性，为我国网贷中介机构的良性发展和规范提供制度保障。



环境保护行政程序中的新常态问题【下篇】

文 曹叠云律师 上海市君悦（深圳）律师事务所
王彪律师 刘元 广东深田律师事务所

省级环境监测站不具有现场采样监测职能

根据城乡建设环境保护部（现已更名为环境保护部）1983年7月21日颁布实施的《全国环境监测管理条例》第十一条规定，省级环境监测中心站的主要职能是：

“1、参与制订本区域环境监测工作的规划和年度计划；2、收集、整理、汇总和储存本区域的环境监测数据资料，为报出各类监测报告提供基础数据，编报本区域的环境污染年鉴；3、对下级环境监测站进行业务、技术指导，负责本区域环境监测网业务上的组织协调工作，组织本区域内环境监测技术交流和下级环境监

测技术人员的技术培训及业务考核；4、负责本区域环境监测的质量保证工作；5、承担本区域内综合性环境调查及环境污染纠纷的技术仲裁；6、参加制订和修订地方环境标准和技术规定，承担国家环境标准制订、修订任务和验证工作及提供依据材料；7、承担本区域环境质量评价和监测技术的研究，参加编写本区域环境质量报告书；8、受环境保护主管部门委托，参加污染事件调查和建设项目影响报告书的审查，进行治理工程环境效益的监测。”

上述条文规定了省级环境监测中心的主要职能，但并不包括其现场采样监测工作。关于环境监测中心的职

“

在我国司法实践中，检察机关作为环境公益诉讼原告案件已经多有出现。例如，山东省乐陵市人民检察院对被告范某通过非法渠道非法加工销售石油制品，损害国有资源，造成环境污染，威胁人民健康，影响社会稳定，提起诉讼，最终获得胜诉；又如，四川省阆中市检察院对该市群发骨粉厂环境污染损害纠纷一案提起诉讼并且胜诉。

”

能范围，2007年9月1日原国家环境保护总局颁布《环境监测管理办法》第五条：

“县级以上环境保护部门所属环境监测机构具体承担下列主要环境监测技术支持工作——1、开展环境质量监测、污染源监督性监测和突发环境污染事件应急监测；2、承担环境监测网建设和运行，收集、管理环境监测数据，开展环境状况调查和评价，编制环境监测报告；3、负责环境监测人员的技术培训；4、开展环境监测领域科学研究，承担环境监测技术规范、方法研究以及国际合作和交流；5、承担环境保护部门委托的其他环境监测技术支持工作。”

对比上述两个法条的规定，我们认为可以从两个方面去理解：第一，虽然《环境监测管理办法》颁布的时间比《全国环境监测管理条例》较晚，但其并未赋予省级环境监测中心开展现场采样监测职能的权力，且《全国环境监测管理条例》目前仍然有效；第二，从常理来讲，赋予省级环境监测中心进行现场采样监测的职能并不现实，省级环境监测中心并无足够的监测人员奔赴省内各地区进行现场监测，而如果省环境监测中心只选择对某一特定企业进行现场采样监测又有选择性执法之嫌。因此，综合考虑法律的规定和现实因素，我们认为省级环境监测中心并没有进行现场取样监测的职能。

监测人员不享有独立调查权限

众所周知，辅警没有独立的执法权，只能是协助，而不能独立执法。如此，我们联想到环境监测中，监测人员是否有独立的调查权。

《环境行政处罚办法》第二十九条规定：“调查人员有权采取下列措施：1、进入有关场所进行检查、勘察、取样、录音、拍照、录像；2、询问当事人及有关人员，要求其说明相关事项和提供有关材料；3、查阅、复制生产记

录、排污记录和其他有关材料；4、环境保护主管部门组织的环境监测等技术人员随同调查人员进行调查时，有权采取上述措施和进行监测、试验。”

从该条款的规定来看，笔者认为环境监测中心的技术人员并不享有独立的调查权，不能独立开展调查工作，亦不能取样及进行监测、试验，其必须依附于调查执法人员。既然是没有权力而实施的行为，从法律效果来说，对其的评价应当是否定的，即监测中心据此出具的监测报告必然没有法律效力，更不用说以此作为作出行政处罚的主要证据。

监测报告的合法性分析

关于超标排放类处罚所依据的监测报告，在处罚程序、复议程序或是诉讼程序是否需要审查其符合相关国家标准、规范以及导则的要求？

上文述及，被处罚的企业提出了处罚所依据的监测报告存在诸多违反国家标准及相关技术规范的要求，例如监测点设置超过规范的要求、周边环境对监测结果存在影响、采样频率不规范、相关编制人员、专业人员未在报告中签字等问题，这类问题应属于整个监测活动内容本身的规范性问题。监测报告作为超标排放类环境行政处罚的主要证据，其采样、分析、检测等程序的合法性、规范性及合理性应当是行政机关在作出行政处罚前必须审慎审查的。

关于监测中心的监测活动的规范性问题，笔者阅读了相关的判例，包括十大环境保护行政案例之一的佛山三英公司行政处罚案。在这些案例中，大部分法官的态度比较鲜明，即监测活动的整个过程必须是合法并符合国家相关技术规范要求的，监测报告才能作为行政处罚的证据，否则就要坚决排除。与此同时，也有部分法官过于一味地认为《监测报告》是有资质的机构作出的而

予以认可——即使监测过程不符合国家标准和技术规范。

国家制定的技术规范自然有其道理，如果监测人员在工作中未能严格遵守，法院在审查时又没有守好最后一道防线，伤害的只能是法律的权威。因此我们认为，以违反国家标准和技术规范得出的《监测报告》，审查、审判或复议时对其的评价应当是否定的，并依法使用非法证据排除。

环境行政处罚的级别管辖原则

《环境行政处罚办法》第十四条规定：“县级以上环境保护主管部门在法定职权范围内实施环境行政处罚。经法律、行政法规、地方性法规授权的环境监察机构在授权范围内实施环境行政处罚，适用本办法关于环境保护主管部门的规定。”

第十七条规定：“县级以上环境保护主管部门管辖本行政区域的环境行政处罚案件。造成跨行政区域污染的行政处罚案件，由污染行为发生地环境保护主管部门管辖。”

第二十一条规定：“不属于本机关管辖的案件，应当移送有管辖权的环境保护主管部门处理。受移送的环境保护主管部门对管辖权有异议的，应当报请共同的上一级环境保护主管部门指定管辖，不得再自行移送。”

第二十五条规定：“经立案审查，属于环境保护主管部门管辖，但不属于本机关管辖范围的，应当移送有管辖权的环境保护主管部门；属于其他有关部门管辖范围的，应当移送其他有关部门。”

虽然上述条文没有明确说哪些归市环境行政主管部门作出行政处罚，哪些归省级环境行政主管部门处理。但可以看到，环境行政处罚存在级别管辖的原则，即：省级环境行政主管部门并没有直接查处的权力，而是应当移送下级有关单位处理，只有下级环境保护主管部门不处理或处理不力的方可介入查处。《X省环境保护条例》对省、市、县的环境行政处罚规定得很明确，如第十五条规定：“省、地级以上市人民政府环境保护主管部门可以直接查处本行政区域内下列本应当由下级环境保护主管部门查处的违反环境保护法律法规的行为：

1、造成本行政区域重大污染的；2、造成跨行政区域污染的；3、下级人民政府环境保护主管部门对造成重大污染或者跨行政区域污染的行为不处理或者处理不力的。”其旨在设立分级管辖以提高效率、方便当事人、防止擅权与易受争议的选择性执法。

法律之间的适用冲突问题

新修订的《环境保护法》第六章——法律责任第六十条规定：“企业事业单位和其他生产经营者超过污染物排放标准，或超过重点污染物排放总量控制指标排放污染物的，县级以上人民政府环境保护主管部门可以责令其采取限制生产、停产整治等措施；情节严重的，报经有批准权的人民政府批准，责令停业、关闭。”

而案例中适用的《大气污染防治法》第四十八条：“违反本法规定，向大气排放污染物超过国家和地方规定排放标准的，应当限期治理，并由所在地县级以上地方人民政府环境保护行政主管部门处一万元以上十万元以下罚款。限期治理的决定权限和违反限期治理要求的行政处罚由国务院规定。”

这两个法律条文规范的均为排放超标问题，环保法作为基础性法律，大气污染防治法作为单行性法律，两者先后规定不一致，应如何适用？《立法法》第九十四条规定：“法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人民代表大会常务委员会裁决。”

全国人大常委会法工委副主任信春鹰在全国人大常委会办公厅新闻发布会关于环境保护法修订的部分答记者会时给出了答案，信春鹰副主任明确表示：“环保法作为一个基础性的法律，规定了基本的制度。那些单行的法律是针对不同领域的具体情况作具体制度。本法修订以后，其他法律和这部法律不一致的，就适用本法，这部法律没有规定的，就适用那些单行法。”

如此看来，新修订的《环境保护法》应优先于《大气污染防治法》适用。

专门从事环境保护公益活动

民事公益案件不同于刑事案件，并且购买服务有利于

折衷应对人员紧缺与机制缺陷，提升检控效率，提升检控机关的形象，强化法律职业共同体的良性互动，强化检察院的特殊普通当事人地位。《人民检察院提起公益诉讼试点工作实施办法》第五十四条规定：“省级人民检察院向最高人民检察院报送审批的材料包括：1、公益诉讼案件层报审批表；2、省级人民检察院请示；3、省级人民检察院民事行政检察部门案件审查终结报告和集体讨论记录；4、公益诉讼起诉书；5、案件证据目录和主要证据材料。”

律师如果出具法律专业意见，可视为证据之一要件，有利于案件审批的多元化考量和审慎审批。

《环境保护法》第五十八条及《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第二条规定：“依照法律、法规的规定，在设区的市级以上人民政府民政部门登记的社会团体、民办非企业单位以及基金会等，可以认定为环境保护法第五十八条规定的社会组织。”

第四条规定：“社会组织章程确定的宗旨和主要业务范围是维护社会公共利益，且从事环境保护公益活动的，可以认定为环境保护法第五十八条规定的专门从事环境保护公益活动。”

社会组织提起的诉讼所涉及的社会公共利益，应与其宗旨和业务范围具有关联性；对于律师来说，就可以发现更多的适格原告。

诉讼费用的转化

《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第三十三条规定：“原告交纳诉讼费用确有困难，依法申请缓交的，人民法院应予准许。”

败诉或者部分败诉的原告申请减交或者免交诉讼费用的，人民法院应当依照《诉讼费用交纳办法》的规定，视原告的经济状况和案件的审理情况决定是否准许。”

笔者建议：前者一般准许、后者一般缓免。

第三十四条：“社会组织有通过诉讼违法收受财物等牟取经济利益行为的，人民法院可以根据情节轻重依法收缴其违法所得、予以罚款；涉嫌犯罪的，依法移送有关机关处理。”

社会组织通过诉讼牟取经济利益的，人民法院应当向登记管理机关或者有关机关发送司法建议，由其依法处理。”

笔者认为：该条款过于严苛，不利于推动公益诉讼发展。

律师发挥作用的环节

立案环节

《实施办法》第四条：“规定人民检察院各业务部门在履行职责中，发现可能属于民事公益诉讼案件范围的案件线索，应当将有关材料移送民事行政检察部门。”第三十一条：“人民检察院各业务部门在履行职责中，发现可能属于行政公益诉讼案件范围的案件线索，应当将有关材料移送民事行政检察部门。”

律师可以通过各业务部门或民事行政检察部门提出优质案件线索。

调查核实阶段

《实施办法》第六条及第三十三条规定了七种调查核实方法。第四款规定咨询专业人员、相关部门或者行业协会等对专门问题的意见。

鉴于律师可能较早介入相关事务，其可发挥咨询作用，既可以口头咨询，更可以由其有偿或自愿无偿提交相关法律意见与专业报告。

诉前程序

《实施办法》第十三条：“人民检察院在提起民事公益诉讼之前，应当履行以下诉前程序：1、依法督促法律规定的机关提起民事公益诉讼；2、建议辖区内符合法律规定条件的有关组织提起民事公益诉讼。有关组织提出需要人民检察院支持起诉的，可以依照相关法律规定支持其提起民事公益诉讼。”

法律规定的机关和有关组织应当在收到督促起诉意见书或者检察建议书后一个月内依法办理，并将办理情况及时书面回复人民检察院。”

此时律师可以督促法律规定的机关提起民事公益诉、积极建议机关组织提起诉讼。

法律事务审判

《实施办法》第二十一条：“人民法院开庭审理人民检察院提起的民事公益诉讼案件，人民检察院应当派员出席法庭。”第四十六条：“人民法院开庭审理人民检察院提起的行政公益诉讼案件，人民检察院应当派员出席法庭。”

此时，检控可有社会律师参与。中国法律与实践均缺乏此类研讨，建议尝试一案中外聘社会律师服务。

关于安全督导员查处违停行为的合法性分析

文 杜舒寒律师 徐倩 广东中熙律师事务所

目前，深圳正在大力查处路边违章停车的行为，许多司机朋友都有在路边暂停十几分钟即被贴罚单的经历，网上也流传着司机公开质疑执勤人员的执法身份的视频。在深圳，录像和贴罚单的人被称为“安全督导员”，作为没有执法证的非在编行政执法人员，他们究竟是否有权查处违停行为呢？本文将就交警部门运用安全督导员查处违停行为的合法性进行分析。

安全督导员的执法程序及依据

安全督导员查处违停车辆的大致程序为：按照交警部门的操作规范进行摄像，记录车辆违停的事实，并在规定位置粘贴《违法停车告知单》；摄录数据同步上传至交警部门，由交警后台确认后，作为行政处罚的事实依据，并以短信方式通知相对人缴纳罚款；相对人如无异议，可直接缴纳罚款，交警部门不再出具《处罚决定书》；相对人如有异议的，转入普通程序。

《深圳经济特区道路交通安全管理条例》（下称“《特区道交管理条例》”）第101条第1款规定：“经市政府批准，市公安机关交通管理部门可以配备道路交通安全督导员，协助交通警察执行公务。”这是督导员这一岗

位设置的法律依据。第102条第3项规定：“道路交通安全督导员在交通警察的指导和监督下，有使用摄录设备记录机动车违反停放、临时停车规定之违法行为的职责。”这是安全督导员摄录违停车辆的法律依据。

安全督导员与交通协管员的对比分析

交通协管员的来源与执法依据

公安部印发的《交通警察道路执勤执法工作规范》（下称《执法规范》）第5条规定：“交通协管员可以在交通警察指导下承担以下工作：（一）维护道路交通秩序，劝阻违法行为；（二）维护交通事故现场秩序，保护事故现场，抢救受伤人员；（三）进行交通安全宣传；（四）及时报告道路上的交通、治安情况和其他重要情况；（五）接受群众求助。交通协管员不得从事其他执法行为，不得对违法行为人作出行政处罚或者行政强制措施决定。”第70条规定：“在城市快速路、主干道及公路上执勤应当由两名以上交通警察或者由一名交通警察带领两名以上交通协管员进行。”

由上可见，《执法规范》对于交通协管员的职责和使用程序的规定极为严格：一方面，《执法规范》没有为



“

笔者认为，“指导和监督”并不特指一定要现场指导与监督，应该也包括电话与网络的指导与监督。如果事实上已经要求安全督导员将摄录数据同步上传至交警部门，通过交警后台确认后再作为行政处罚的事实依据，那么，将“督导员摄录违停车辆”视为“交通技术监控设施记录违法行为”，从而套用《特区道交处罚条例》第48条的规定，在当事人无异议时，直接将其作为行政处罚的事实依据和证据同样可行。

”

交通协管员的职责设定兜底条款，另一方面，又明确规定“不得从事其他执法行为”，因此，交通协管员职责仅限于上述五项，没有拓展空间。此外，《执法规范》明确规定在快速路、主干道及公路上执勤交通协管员必须由一名交警带领才能参与执法工作。

对此，《公安部关于进一步加强和改进道路交通安全管理工作的意见》也明确规定：“严格规范交通协管员的工作职责，交通协管员不得直接从事执法工作。”

安全督导员与交通协管员的异同

相同点。通常来看，安全督导员与通常所称交通协管员的作用类似，都是“协助交警执行公务”。

不同点。安全督导员协助执行公务的事项多于交通协管员，其中最主要的一个协助事项是：有使用摄录设备记录机动车违反停放、临时停车规定之违法行为的职责。

“安全督导员”的合法性

一、《特区道交管理条例》效力等级高于《执法规范》。

《特区道交管理条例》属于特区立法，《执法规范》仅为“部门规范性文件”。从《中华人民共和国立法法》规定来看，前者效力显然优于后者。

之所以要弃“交通协管员”而创设“安全督导员”除了可能想创新执法模式外，可能也考虑了尽量不与《执法规范》中“交通协管员”发生冲突或不和谐。这缘于一般象此类特区立法，深圳市交通警察局会作为一个文件起草单位，其在制订立法草案时，会自然地考虑上级公安部的《执法规范》的规定，对《执法规范》中的相关规定有细则性规定和准确描述，也有一些不一样的表达，为了怕与《执法规范》“交通协管员”有冲突，而刻意另设一个词也未可知。

二、安全督导员的“摄录违停”权限其实与交通协管员的“报告道路交通重要情况”权限一致，不应该算作突

破《执法规范》而增设的权限。

《执法规范》第5条规定交通协管员有一条职责是：及时报告道路上的交通、治安情况和其他重要情况。而安全督导员的“摄录违停”行为主要针对路面违法停放、临时停放车辆，拍照并将摄录数据同步上传至交警部门的行

为完全可以理解为对道路交通情况的一个报告，只不过这个报告属于书面报告而已。

因此那种认为安全督导员的设置在于回避交通协管员中的没有“摄录违停”的职责说法并不恰当。笔者依然认为《特区道交管理条例》之所以要另设一个说法应当只是出于谨慎与小心，虽然有怕冲突之嫌，但事实上并未造成冲突与矛盾。

安全督导员粘贴告知书是否违法？

安全督导员粘贴《违法停车告知书》的性质

安全督导员粘贴《违法停车告知书》（下称《告知书》）的行为是否属于“行政处罚的告知”？交警部门对此持否定态度，他们将该告知解释为“单纯的告知行为”，但又说不出多少理由。

笔者认为，对于告知是否属于“行政处罚的告知”，应根据《行政处罚法》第31条的规定判断。《行政处罚法》第31条规定：行政机关在作出行政处罚决定之前，应当告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由、依据、享有的权利。因此，如果《告知书》具备告知违法停车事实及罚款内容的则应认定为“行政处罚的告知”；假如未同时告知理由、依据、享有的权利的话，这个告知则涉嫌违法告知。如果《告知书》仅仅是告知车主有违停行为，通知其注意或向交警局进一步了解处罚措施时，则可以理解为一个单纯的告知行为。

目前，对照《告知书》的内容，根据上述原则，笔者认为，《告知书》更倾向于属于行政处罚的告知。

如果《告知书》是行政处罚告知，安全督导员是否可以行使告知权？

笔者认为安全督导员可以行使此项告知权。理由如下：

首先，《特区道交管理条例》第102条第6项赋予了安全督导员有协助交通警察执行法律、法规规定的其他公务的权利。

其次，相关行政处罚法规并未对行政处罚告知执法权限执法身份作禁止性规定。

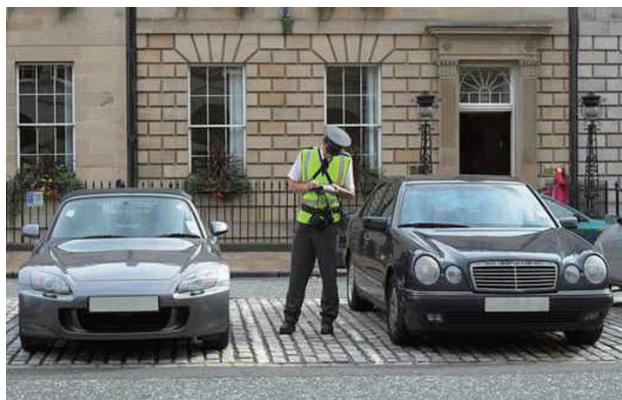
《行政处罚法》第37条规定：行政机关在调查或者进行检查时，执法人员不得少于两人，并应当向当事人或者有关人员出示证件；《深圳市行政执法证件管理办法实施细则》（下称《实施细则》）第2条第2款规定：行政机关、法律和法规授权的组织、依法接受委托的组织中行使行政检查权、行政处罚权和行政强制措施权的人员，应当持有执法证。

可见，根据《行政处罚法》和《实施细则》的规定，只有行政检查、行政处罚、行政强制措施的实施才必须由执法人员进行，而行政处罚的告知行为并不包含在此列。

依据督导员进行行政处罚的法理分析

笔者认为，交警部门对安全督导员上报的违停照片和数据经过技术比对确认其合法性、有效性，并将之作为行政处罚证据使用并无不妥。

一、安全督导员拍摄上传的车辆违停照片系对道路交通



通情况的书面报告，来源合法，可予以采用。

从交警执法程序来看，安全督导员除拍摄照片外，还要将数据上传至交警局后台技术平台，后台会对摄录数据进行比对和确认。如认定该照片能够清晰反应违法事实，符合证据的形式要件，可以将之作为执法证据采用。

而关于照片来源合法性不再赘述，见前述第二条第（三）点阐述。

二、安全督导员拍摄上传的车辆违停照片可视同为“交通技术监控设施记录违法行为”，作为执法证据采用。

根据《特区道交处罚条例》第48、51-53条的规定，交警部门可以使用“交通技术监控设施记录的道路交通安全违法行为”，且当事人对记录情况无异议的，可以直接到银行缴纳罚款，缴款后公安机关交通管理部门不再制作和送达行政处罚决定。而“安全督导员摄录违停车辆”可视为“交通技术监控设施记录违法行为”，理由如下：

《特区道交处罚条例》第53条对于违停车辆只规定“交通警察”可以使用交通技术监控设施取证，《公安部第105号令》也规定，移动的交通技术监控设备应当由交警操作^[1]。但《特区道交管理条例》第102条第3项也规定，安全督导员可在“交通警察的指导和监督下”进行摄录违停车辆的摄录。

笔者认为，“指导和监督”并不特指一定要现场指导与监督，应该也包括电话与网络的指导与监督。如果事实上已经要求安全督导员将摄录数据同步上传至交警部门，通过交警后台确认后再作为行政处罚的事实依据，那么，将“督导员摄录违停车辆”视为“交通技术监控设施记录违法行为”，从而套用《特区道交处罚条例》第48条的规定，在当事人无异议时，直接将其作为行政处罚的事实依据和证据同样可行。

由上所述可知，交警部门运用安全督导员这一无执法证的主体协助查处违停车辆，合法性应当没有问题，虽然存在一定瑕疵，但整体而言，仍然符合《行政处罚法》等原则性规定。因此，笔者认为，这种执法方式并非轻易可以被挑战并被推翻的。

[注] 1. 《公安部令105号》第17号规定，移动测速设备应由交警操作，车载测速设备，还应使用制式警车。

法庭之外律师如何发声？

文 朱兵强 湖南师范大学

肖品祥 湖南省邵阳市民声法律事务所

律师的庭外言论及其影响

律师素有能言善辩之才能，以其高超的辩论术为执业、谋生之手段。中国古代的讼师，其善辩口才甚是了得，“挑唆词讼”被认为是讼师的突出才能。在西方，古希腊把辩护视为“上帝对人类的最大恩惠”，因此对辩论术十分重视。

在当今网络时代，随着自媒体的不断涌现，微博、微信、博客等自媒体为律师的庭外言论开辟了广阔的空间，律师庭外发言的机会更多、渠道更广、影响更大。网络世界因其舆论制造与传播上的优势成为众多律师偏爱的表达工具，不少律师开通了微博、博客、微信公众号、QQ空间等自媒体，用以职业形象经营、法律事务宣传、执业经验交流、理论问题探讨等。

然而，律师庭外言论是一把双刃剑：一方面，律师可以通过自媒体等渠道及时发布有关案件审理的信息，满足公众的知情权，以此促进司法廉洁、维护司法公正；另一方面，律师庭外言论的消极影响也显而易见，例如泄露当事人隐私、侵害他人名誉、泄露国家秘密、削弱司法公信力等。更重要的是，律师自媒体言论常涉及司法工作人员的回避、非法证据排除以及刑讯逼供、司法工作人员违规言行、庭审违法程序等材料，如果这些材料是捏造的或存在真实性不足时，相关庭外言论就涉及干扰司法，甚至通过网络舆论扭曲司法审判。在司法公信力不足的当下，网民更相信“网络大V”而不是司法机关的言论，加之法官对于律师言论回应权的缺失，一旦虚假的案件事实与不良的司法形象通过网络舆论建



构起来之后，法院就必须跟着律师的指挥棒起舞，从而导致司法审判的极大压力甚或裁判的扭曲。

律师庭外言论的现有规范及其不足

目前我国有关律师庭外如何发声的规定比较分散，有关规定见诸《律师法》、《刑法》等法律，《律师和律师事务所违法行为处罚办法》等部门规章，《中华全国律师协会律师执业行为规范》等行业规范以及《中华全国律协关于律师办理群体性案件指导意见》、陕西省律协《关于律师参与办理重大、敏感及群体性案件的指导意见》等全国性与地方性指导意见。上述相关规范对律师庭外发声设定了以下限制。

一是保密。

首先，律师庭外言论不得泄露秘密与隐私。《律师法》第38条规定律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密，不得泄露当事人的隐私。律师对在执业活动中知悉的委托人和其他人不愿泄露的有关情况

和信息，应当予以保密。依据本条规定，律师不得以庭外发言的形式将其知悉的委托人和其他人不愿意泄露的信息公开披露，除非委托人或者其他人准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪事实和信息。根据该法第48条第4款规定，律师有“泄露商业秘密或个人隐私的”，应当受到警告、罚款、没收违法所得或停止执业三个月以上六个月以下的处罚。

其次，律师庭外言论不得泄露案件信息。2015年8月29日，十二届全国人民代表大会常务委员会通过了刑法修正案（九），修正案对《刑法》第308条规定：“司法工作人员、辩护人、诉讼代理人或者其他诉讼参与人，泄露依法不公开审理的案件中不应当公开的信息，造成信息公开传播或者其他严重后果的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。”也就是说，律师若有庭外言论泄露依法不公开审理的案件中不应当公开的信息，造成信息公开传播或者其他严重后果的需要承担刑事责任。

二是不得干预司法。

2010年6月1日起施行的《律师和律师事务所违法行为处罚办法》规定，以“对案件进行歪曲、不实、有误导性的宣传或者诋毁有关办案机关和工作人员以及对方当事人声誉等方式，影响依法办理案件的”属于违法行为；若律师通过媒体发表有可能影响法官公正判决的言论、披露可能影响案件审理的信息等，则该律师的行为构成“以其它不正当方式影响依法办理案件”，属于《律师法》第49条第1项规定的律师违法行为。此外，《中华全国律师协会律师执业行为规范》第14条也规定：“律师不得有妨碍国家司法、行政机关依法行使职权的行为。”在律师庭外言论规范中，还有大量诸如此类的“指导意见”。

目前，北京、广东、山东、陕西等省市出台了涉及律师庭外言论的指导意见。如陕西省律协出台的《关于律师参与办理重大、敏感及群体性案件的指导意见》规定了律师办理重大、敏感案件中的庭外言论规则，对律师的以下几种行为作出了禁止性规定。一是禁止利用网络、微信、微博等大肆炒作，发表歪

曲、误导、煽动性言论，向办案机关施压；二是不得通过鼓动、发起、参与案件当事人或其他人员以非法串联、集会、游行、示威、聚众扰乱公共秩序等方式发表“行为性”庭外言论。

三是维护损害律师行业声誉。

2009年出台的《中华全国律师协会律师执业行为规范》第14条规定了五类律师不得为的行为，其中包括：1、产生不良社会影响，有损律师行业声誉的行为；2、违反社会公德，严重损害律师职业形象的行为。这两类禁止行为均有可能由律师的不当言论引起，如类似药家鑫案中张显在微博不断发表不当言论的行为，以及李某某案中律师不当披露判决书的行为，就很可能属于产生不良社会影响、有损律师行业声誉的行为。此外，该规范第74条规定“律师或律师事务所不得在公众场合及媒体上发表恶意贬低、诋毁、损害同行声誉的言论。”

四是我国现有律师庭外言论的规则还存在不少不足。

一是我国律师庭外言论的合法性规则尚未完全确立。我国现行《律师法》及相关律师执业纪律规范的制定并未跟上社会发展，现有律师庭外言论规制办法相当简陋、语焉不详。无论是《律师法》，还是《律师和律师事务所违法行为处罚办法》，大多是集中于律师的保密义务，只规定了很少一部分“不可说”的内容，尚有大量可说与不可说的内容并未涉及，此外，对于“如何说”的方式，相关规范更是一片空白。

二是我国律师庭外言论规则的合理性不足。在各类规范律师庭外言论的规则当中，地方性行业规范，特别是各种指导意见最多且发挥着实际作用。这些指导意见普遍存在过度限制律师言论自由之嫌。比如，多地律协的指导意见不仅限制案前律师的庭外言论，而且限制案后律师发表公开评论，再如，部分律协的指导意见不仅限制相关案件的代理人、辩护人的庭外言论，而且限制非案件代理人及辩护人对特定案件的庭外言论。这些规定在规范律师庭外发言时存在不合比例的问题。

三是我国律师庭外言论的规则尚未实现系统化。就国外而言，律师的庭外言论规则不仅包括合法性、合理性规则，还包括自律性规则、真实性规则与促进公益的

规则等。律师庭外言论的规范有赖于综合性规则的全面建立。

我国律师庭外言论规则的设定

如前所述，我国现有关于律师庭外言论的规范还存在不少缺陷，为规范律师的庭外言论，我们建议建立如下言论规则：

一是合法性规则——这是律师庭外言论的首要规则。

律师应具备法律思维，在宪法、律师法、刑法、民事法律法规的规范下发表言论。法律是公民言论的规范依据，法律允许的属于律师言论自由的范畴，法律禁止的则是律师庭外言论的边界。律师所发表的言论不得侵害双方当事人及其亲属、法官的隐私与声誉等，不得泄露国家秘密、商业秘密等。那么，在合法性规则下，律师在庭外可以发布的言论包括哪些呢？在此不妨参照《美国律师协会执业行为示范规则》2004年版第3.6条予以确定，这些内容包括：1、当事人的主张、涉及的犯罪或辩护，涉案人员的身份(法律禁止的除外)；2、公共档案中包含的信息；3、正在进行的调查事项，诉讼议程安排或任何程序的阶段性结果；4、获取证据和必要信息的帮助和请求；5、当有理由相信存在对个人或公共利益产生重大损害的可能性时，对有关涉案人员的行为危险性的警告等。

二是真实性规则——律师不得捏造或发表未经核实的信息。

考察律师的负面庭外言论，大多均有内容失实的共性，如药家鑫案中张显捏造药家特殊家庭背景、药庆卫个人身份与药家财富。言论失实将混淆是非，制造出贫富、强弱、官民的身份差异，激发民愤，从而给法官施加舆论压力，影响司法判定。律师发表失实言论的主要目的是为了赢得诉讼，其背后隐藏的是胜诉所带来的经济收益。因此，有必要建立律师庭外言论的客观性规则，引导律师正确处理自身利益、当事人利用与司法公正之间的关系，律师可以发表对其当事人有益的言论，但不得以干预案件审判为目的，制造、操控舆论审判。目前世界上大多数国家的法律与律师执业规范均规定了律师庭外发言必须遵循真实

性规则。如《澳大利亚律师协会示范规则》第59条(a)款、第75条等，均规定律师不得发表不准确的信息。

三是关联性规则。

律师通过媒体所发表的言论必须与案件审理的实体或程序等密切相关，不得发布与案件无关的当事人的信息，包括其隐私、履历及品行等。关联性规则包括两个方面的意涵：一是与案件本身是否有关，包括与案件的实体、程序、案件当事人等是否存在法律或事实上的关联；二是与公众知情权的满足是否有关，如律师通过庭外发布信息可以有助于满足公众的知情权、监督司法，则该言论是被允许的。关联性规则是律师庭外言论具体范围的重要判断标准，可以有效制约律师失实言论带来的伤害，也可以限制律师通过利用家庭背景、身份差异等案件之外的信息干扰司法。

四是谨慎言论规则。

律师具有特殊的身份，一方面，律师是当事人的代理人，在律师法律服务市场化的背景下，律师需要为当事人的利益代言。另一方面，律师具有专业的法律知识，被认为是法治的维护者与正义的实现者，这种专业知识与特色社会定位要求律师谨言慎行，因其言论具有较强的公信力，对社会大众具有示范作用。一旦律师通过大众媒体发布言论，很可能产生较大的社会影响，从而影响公众的判断与舆论的导向。律师应当做到：不得对司法发表不负责任的言论，不得大肆指责司法中的腐败和不公正，由于律师的特殊地位与社会角色，如此批评很可能会导致司法的公信力大受打击。基于同样的理由，律师也不应通过包括发表公开言论在内的方式向藐视法律的行为提供建议或协助。

五是有助公益规则。

如前所述，律师具有专业法律知识，既是法律服务的提供者，也是法治事业的推动者。为此，有必要充分利用律师在法治建设中的作用，一方面防止律师负面庭外言论的出现；另一方面，也要充分发挥律师积极的庭外言论，使其为社会公益与国家法治服务。在促进律师公益性言论领域，《加拿大律师协会律师职业行为准则》做得很好，可资参考。

协助执行中房地产登记机构 审查形式的实务分析

文 吴军亮律师 广东首誉律师事务所

2005年，深圳L法院作出《民事调解书》，确认Z先生以涉案房产折抵其对C先生所负债务，同时，L法院向深圳房地产登记机构（以下简称“登记机构”）出具了《协助执行通知书》，要求该登记机构为C先生办理涉案房产的过户登记。2014年11月19日，C先生持前述《民事调解书》及《协助执行通知书》等材料向登记机构申请办理涉案房产的过户登记。登记机构经审查，发现涉案房产系共有，原房地产证登记的权利人为Z先生及H女士两人，且房屋性质为非商品房，登记机构遂以《民事调解书》及《协助执行通知书》中并未涉及共有人H女士权利的处置以及非商品房禁止转让为由，拒绝为C先生办理涉案房产的过户登记，并函告L法院，要求确认涉案房产的权属等情况。

登记机构是审查法院的生效法律文书及协助执行通知的内容，是实质审查还是形式审查？在协助执行过程中，登记机构是否有权拒绝办理过户登记？如应协助执行导致登记错误，由谁承担责任？各方主体应如何救济或处理？对于本案涉及的上述问题，笔者将予以分析探讨。

登记机构审查义务的实质性与形式性确认

我国对于登记机构审查义务的规定，主要见诸于《物权法》第12条，该条规定：“登记机构应当履行下列职责，1、查验申请人提供的权属证明和其他必要材料；2、就有关登记事项询问申请人；3、如实、及时登记有关事项；4、法律、行政法规规定的其他职责。申请登记的不动产的有关情况需要进一步证明的，登记机构可以要求申请人补充材料，必要时可以实地查看。”

从解释论意义上讲，就该条规定的理解，学界存在三

种主要的观点，第一种观点认为：“从登记机构可以要求申请人补充材料以及实地查看等职责可以看出，《物权法》赋予了登记机构一定的调查权，实行的是实质审查主义的模式；”^{〔1〕}第二种观点认为：“《物权法》仅列举了登记机构的具体职责，但没明确规定登记机构的职责是实质审查还是形式审查，根据《物权法》的上述规定，实际上是采纳了以形式审查为主以实质审查为辅的审查制度，”^{〔2〕}第三种观点则认为：“该规定既未就实质审查和形式审查进行界定，也未确认《物权法》采用的是实质审查主义还是形式审查主义，仅规定了登记机构的职责，目的是使登记机构充分履行职责，尽可能地保证如实准确及时地登记，避免登记错误。”^{〔3〕}

《物权法》第12条是针对一般情况进行的规定，属于一般法，对于协助执行中登记机构的审查义务，我国有专门的规定。如《最高人民法院、国土资源部、建设部关于



〔1〕 江平：《中华人民共和国物权法精解》，中国政法大学出版社2007年版，第29条。

〔2〕 王利明：《物权法研究（上卷）》，中国人民大学出版社2007年版，第334页。

〔3〕 胡康生：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第47至48页。

依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》规定：“国土资源、房地产管理部门在协助人民法院执行土地使用权、房屋时，不对生效法律文书和协助执行通知书进行实体审查。国土资源、房地产管理部门认为人民法院查封、预查封或者处理的土地、房屋权属错误的，可以向人民法院提出审查建议，但不应当停止办理协助执行事项。”

据此，如果说在一般情况下，登记机构的审查义务是实质审查还是形式审查，还存在一定的解释空间或者争议，那么在协助执行过程中这一特定的情形下，登记机构的审查义务形式是明确的，即登记机构无需对生效法律文书和协助执行通知书等进行实质性审查，仅作形式审查即可，这体现了行政权与司法权相互独立的基本理论，我国《宪法》也认可了该理论，其第126条规定：“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。因此，如赋予登记机构就法院的生效法律文书和协助执行通知书等进行实质性审查的权力，则不无干涉司法之虞。”

本案中，登记机构就《民事调解书》及《协助执行通知书》指出，并未就涉案房产共有人H女士的权利进行处理，且涉案房产为非商品房禁止转让等，明显是对L法院的《民事调解书》及《协助执行通知书》进行了实质审查，违反了前述《最高人民法院、国土资源部、建设部关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》中关于登记机构“不对生效法律文书和协助执行通知书进行实体审查”的规定。

登记机构是否有权拒绝办理登记

司法裁判是解决当事人纷争的最终裁判，具有不可对抗性，登记机构无权对法院法律文书的内容进行实质性审查。同时，法院的生效法律文书作为执行的依据具有法律效力，即以国家的强制力为后盾，而协助执行作为实现执行的一种方式或者一部分，其同样具有强制性，因此负有协助执行义务的登记机构应按照生效法律文书及协助执行通知书，协助执行，无正当理由不得拒绝。

本案中，登记机构拒绝按照协助执行通知办理房地产过户登记，违反了前述《民事诉讼法》第251条等规定。另外，《民事诉讼法》就登记机构无正当理由拒绝协助执行的法律

后果进行了规定，该法第114条规定：“有义务协助调查、执行的单位有下列行为之一的，人民法院除责令其履行协助义务外，并可以予以罚款，有关单位接到人民法院协助执行通知书后，拒不协助扣留被执行人的收入、办理有关财产权证照转移手续、转交有关票证、证照或者其他财产的”，据此，登记机构无正当理由拒绝履行办理登记的，法院有权责令登记机构履行协助义务办理登记并予以罚款。

登记错误的赔偿责任主体确认

如前所述，登记机构根据法院的协助执行通知书办理房地产登记，是其必须履行的法定协助义务。可见，在协助执行过程中登记机构不具有单方意志。因此，登记机构协助执行的行为，不具备行政行为的基本特征，可以认为登记机构协助法院执行的行为属于司法行为的延伸，如登记机构因根据法院出具的协助执行通知办理登记，产生登记错误的，其责任应由法院而非登记机构承担。在司法实践中，法院也持类似观点，如《最高人民法院关于行政机关根据法院的协助执行通知书实施的行政行为是否属于人民法院行政诉讼受案范围的批复》即规定：“行政机关根据人民法院的协助执行通知书实施的行为，是行政机关必须履行的法定协助义务，不属于人民法院行政诉讼受案范围”。

本案中，假设登记机构按照L法院的《民事调解书》及《协助执行通知书》为C先生办理了过户登记，则将产生登记错误的问题；而登记错误的责任——H女士因共有权受到侵害而遭受的损失等赔偿责任，应由L法院承担，即经《最高人民法院关于审理人民法院国家赔偿确认案件若干问题的规定（试行）》第11条等相关规定确认违法后，以国家赔偿责任的形式承担。

综上，虽然法院生效法律文书确未就涉案房屋共有人的权利进行处理，存在错误，但如前所述，登记机构作为协助执行单位不可就法院生效法律及协助执行通知进行实质性审查，也不可拒绝履行协助执行义务，确有错误的，仅可向法院提出审查建议，因此在本案中，登记机构受理C先生的过户登记申请后，可向法院提出审查该案的建

浅析特别约定条款与格式免赔条款的效力

文 胡廷梅律师 广东德纳律师事务所

在保险合同中一般有两种条款，一种是特别约定的条款，一种是格式保险条款。特别约定条款从形式上和理论上说，属于非格式条款，特别约定中的条款一般是约定的责任免除条款，格式保险条款中也有大量的免赔免责条款，当两种条款的约定内容不一致时，应适用哪一种条款呢？这就涉及到格式条款和非格式条款效力的问题，是以非格式条款约定的内容为准，还是以格式条款约定的内容为准？

基本案情

A物流公司承运B公司一批货物（大理石），在运输途中发生交通事故造成货物受损。A物流公司向保险公司投保了货物运输承运人责任险。法院判决物流公司向B公司赔偿50万，物流公司向保险公司索赔，保险公司以承运易碎品未申报属免赔责任为由拒赔。物流公司与保险公司签订的《国内货物运输承运人责任保险协议》，特别约定条款规定：易碎品，如玻璃制品、陶瓷、灯具、瓷器、工艺品等，须提前申报，未申报的不负赔偿责任。保险公司就《国内货物运输承运人责任保险款》中的免赔条款规定：易燃、易爆、易碎（如玻璃、灯具、陶瓷、易碎工艺品、大理石）物品或以易碎品为外包装物的货物，保险人不负责赔偿，但被保险人事先申报的除外。保险公司拒赔后，物流公司起诉到法院，主张保险公司在责任限额内赔偿。

法院裁判

一审法院认为，案件的争议焦点在于原告在保险期限内所承运的在交通事故中损毁的大理石是否属于涉案保险协议约定的保险人免除赔偿责任的易碎品。保险协议第一部分第八条第10款约定保险人对玻璃、陶瓷、灯具、瓷器、工艺品等易碎品的损失不负责赔偿，从文意解释看，上述约定没有把大理石排除在易碎品之外。保险协议第二部分第七条第9款第6项进一步约定保险人对包括大理石在内的易碎品不负责赔偿。上述两部分条款

的约定没有矛盾之处，不存在约定不一致的情形；且对于事故风险及碰撞强度均较高的交通运输来说，把承运中的大理石界定为易碎品亦符合常理。上述条款作为免除保险人责任的条款，均在涉案保险协议中以醒目的粗体字载明，被告在原告投保时亦向原告作出明确说明，并由原告在投保单中盖章确认，故上述条款均依法成立，对双方均具有法律约束力。一审法院支持了保险公司的免责抗辩，驳回了物流公司的诉讼请求。

律师评析

争议条款应用文意解释还是目的解释？

保险合同的第一部分是约定条款，第二部分是承运人责任险的格式保险条款。争议就发生在特别约定条款没有列明大理石是易碎品，而格式保险条款中列明了大理石是易碎品。按照特别约定条款，大理石受损属于保险责任，保险公司应赔偿。按照格式免赔条款，未申报的大理石受损属于免赔责任，保险公司不负责赔偿。法院从文意解释看，特别约定没有把大理石排除在易碎品之外，就认为大理石是易碎品。这种认定其实有点“大口袋”的作法，一般在找不到理由但又想很有说服力时，通常会采用此手法。关键的问题是哪些是属于易碎免赔的物品应明确的约定在合同中，如果不明确约定，那都可以说约定没有把某某排除在易碎品之外。其实我们更应该赞同的是从目的解释去理解，投保人投保的目的是想将运输中的风险转移，投保人不可能明知大理石

被约定为易碎品，承运时要申报而不去申报。特别约定没有把大理石列明在易碎品之内，那么承运大理石出险就属于保险责任范围。

格式条款与非格式条款的冲突适用

特别约定条款与格式条款内容不一致时，应采用哪个条款，即非格式条款与格式条款效力问题。特别约定条款未列明大理石为易碎品免赔，格式条款约定大理石为易碎品免赔，应当如何认定大理石的保险责任？

《保险法》第三十条规定，对合同条款有两以上解释的，法院应当作出有利于被保险人的解释。那么对大理石是否属于易碎品，笔者认为有两种解释：第一种解释是，特别约定中未明确列明大理石是易碎品，则大理石不属于易碎品，该物品属于保险赔偿范围；第二种解释是，特别约定未排除大理石为易碎品，则大理石为易碎品，该货物不属于保险赔偿范围。根据保险法该条的规定，应采用对被保险人有利的第一种解释。

《广东省高级人民法院关于审理保险合同纠纷案件若干问题的指导意见》第28条规定，保险合同非格式条款与格式条款不一致的，以非格式条款为准；特别约定条款与一般条款不一致的，以特别约定条款为准；书面约定与口头约定不一致的，以书面约定为准。那么特别约定中未将大理石列为易碎品，而格式免赔条款中将大理石列为易碎品，两个条款约定不一致的，以特别约定为准，即大理石不属于易碎品，受损大理石属于保险赔偿责任。

保险人的明确说明义务

保险人对特别约定的免赔条款是否应尽明确说明义务，保险法未作明确规定，但根据保险法的立法精神及保险最大诚信原则，保险人对特别约定的免赔免责条款应进行明确说明和提示。实践中很大部分的争议也是发生在特别约定中的免赔免责条款中。保险合同中的特别约定条款一般都是保险人的单方约定，投保人并不能做出任何的改动，对同一险种的特别约定基本相同，严格来说符合重复使用的格式条款，属于广义的格式条款。当特别约定条款符合《保险法》第十九条规定的无效格式条款时，认定为无效条款并无不妥，但实践中以十九条认定特别约定条款无效的情

形，各地法院处理并不一致。期望相关法律法规及司法解释对此作出进一步的规定。

如何认定保险人的明确说明义务

《保险法司法解释二》很大程度降低了对保险人的明确说明义务。一种观点认为免赔条款加粗了，投保人盖章或签字了就认定为保险人履行了明确说明义务；另一种观点认为免赔条款应专章专节载明，字体、颜色均突出醒目，保险人还应就免赔条款进行说明提示。简明的说一种是形式说明，一种是实质说明。从保险最大诚信原则出发，保险人对免赔条款的明确说明义务应承担更多的责任。特别是人身险的免赔条款，应加重对保险人对免赔条款的说明义务。

对投保人声明的效力问题

投保人声明一般都是格式化的规定，大意相同：保险人已对保险条款向本人进行了解释说明，尤其是免除保险人责任的条款已向本人作了明确说明，本人已完全理解，没有异议。只要投保人盖章或签字，该投保声明就对投保人发生法律效力，即意味着所有免赔条款具有法律效力。笔者认为投保人声明不能简单机械的认定，还是应考虑从实质上是否进行了明确说明。对于免赔条款有两种以上理解的，应适用对被保险人有利的解释。



医疗损害鉴定中评价患方指出过错的必要性分析

文 廣明生律師 北京市盈科（深圳）律師事務所

关注焦点

当医患之间因医疗问题发生争议诉至法院时，一般情况下法院会委托医疗损害鉴定机构进行医疗损害鉴定，鉴定人在对医方的医疗行为进行评价时随意性很大，有时会对患方指出医疗行为过错进行评价；有时不对患方指出的医疗行为过错进行评价或者仅对部分进行评价，进而引起争论。医疗损害鉴定中是否必须评价患方指出的医疗行为过错？

基本案情

原告：周某，患儿周某某之父

被告：某医学院附属医院

2009年8月5日下午4点左右，患儿周某某因发热、昏迷以“胆汁淤积性肝硬化（肝功能失代偿期）”入住某医学院附属医院。入院诊断“胆汁淤积性肝硬化（肝功能失代偿期）”、肝性脑病。

入院时记载：患儿一周来无明显诱因出现发热……偶有咳嗽、时有恶心呕吐，未做治疗，今天上午起患儿渐神志模糊、意识丧失，遂加重，来我院求治，以“黄疸原因待查”收入院。自起病来，患儿大全清稀……

体格检查：38.0℃，呼吸40次/分，血压82/38mmHg……神志嗜睡，自动体位，淡漠。全身黄染，无皮疹，皮肤弹性欠佳，无水肿，左侧小腿内侧有2X3cm淤斑……眼窝正常，眼睑正常（无水肿），眼球运动正常，结合膜无充血，巩膜重度黄染，角膜反身迟钝，瞳孔等大等圆，对光反射迟钝，脊柱四肢

正常。

11:20pm护理记录：患儿心跳呼吸未能恢复，双瞳孔散大固定，宣布死亡。

双方经协商、卫生行政部门调解等途径无果后，周某于2011年8月2日提起诉讼。

损害鉴定

一审法院受理后，组织双方当事人对双方提交的证据进行质证，然后依法委托北京某司法鉴定所进行鉴定，北京某司法鉴定所组织医患双方于2013年3月1日召开意见陈述会。会前患方通过法院向鉴定所提交了患方（原告）陈述书一份，并参加陈述会向鉴定人陈述了患方意见。

患方陈述书

被告未对患儿进行及时有效的抢救治疗导致患儿死亡。

1、患儿入院时血压为82/38mmHg，但是被告在患儿入院后并未立即采取升压治疗，直到两小时后（6:30pm）才有医嘱，7:30pm才执行医嘱。而且收费清单也无升血药物的费用（多巴胺），原告有理由认为并未使用。

2、入院时诊断“肝性脑病”，降血氨的药物“瑞甘”也在两小时后（6:30pm）才有医嘱，10pm才执行医嘱。另“支链氨基酸”有医嘱，但未执行。

3、入院时诊断“肝性脑病”“腹水”患儿，入院时就医嘱查“血型”，但无结果。6:30pm输新鲜冰冻

血浆的医嘱，而且原告也同意输注，但被告未执行该医嘱。且被告在给原告答复意见中明确说明已补充凝血因子（输注冰冻血浆）。

4、9:30时发现患儿深度昏迷，牙关紧闭，口腔内见少许血性分泌物时，被告应当预见到患儿可能为DIC，应当采取措施保持呼吸道的通畅，但被告仅予以压舌板放置口腔。在11:11pm时，从鼻腔内吸出大量血性液体时，被告仍未采取有效的措施保持患儿呼吸道通畅。5、患儿呼吸心跳性下降，被告也未采取呼吸机维持呼吸、除颤仪除颤恢复心跳等措施，任由其任意发展。

被告未对患儿进行认真观察是被告未能对患儿进行及时有效的抢救治疗的重要原因之一。

1、虽然入院时告病重，但从护理记录看（见原告证据P15、16护理记录）：无详细的生命体征及出入理等的观察记载。4:35pm至6:30pm、7:00pm至9:30pm、9:30pm至11:10pm均无观察记载。

2、对于一个肝昏迷，意识不清、左下肢及下腹部可见点片瘀斑的患儿，在口腔出现血性分泌物之时，应当考虑DIC，要采取措施的同时，应当密切观察出血情况，但被告未这样做。

3、收费单上显示：监测SPo27小时、Bp1小时，对入院BP80/38mmHg患儿仅监测1小时血压，显然是不符合医学规范的。

4、医嘱无心电监护，但收费单上有费用，事实上也无监测结果。综上所述，由于被告在对患儿的诊疗过程的过错导致了患儿的死亡。虽然患儿入院时病情较重，但依现有医学技术，患儿的疾病如果采取有效的诊疗措施，患儿的生命应当可以被挽救。

故被告应当对患儿的死亡承担全部的责任。

鉴定意见书

分析说明

1、入院检查所见表明患儿病情已经发展至末期阶段，生命垂危，其疾病的临床抢救效果和预后不佳。医院在患儿入院后给予血氨、血糖、肝肾功能测定，予护肝、降氨、利尿脱水、降颅压、抗生素应用及对症处理，心电监护等措施，基本符合临床医学治疗原则。

2、被鉴定人周某某入院后意志模糊，意识丧失逐渐加重，至深昏迷状态，牙关紧闭，呼吸费力，呼吸稍促，呻吟样呼吸转至点头状呼吸，瞳孔等大，直径4.5mm，对光反射迟钝，双肺呼吸音粗至可闻及中等量大水泡音。心率、呼吸渐进性下降，结合辅助检查，肝功能严重受损，胆酶分离、血氨明显升高，显示多器官功能衰竭，说明患儿病情十分危重。医方虽经心肺复苏等抢救措施，但终于入院后7小时患儿医治无效死亡。本案患儿死亡后未进行尸体解剖，影响对其疾病的病理学诊断以及病情严重性的客观评价。但根据临床病历资料，患者死亡原因符合在其原有疾病胆汁淤积性肝硬化的不断发展、加重并出现严重肝功能失代偿的基础上，因肝性脑病及多脏器功能衰竭，最终出现死亡的特点。

3、患儿16:30pm入院时已经处昏迷状态，血压83/38mmHg，存在肝性脑病、外周血管循环衰竭的迹象。但审查病例材料，医院在患儿入院2小时后始给予多巴胺、新鲜冰冻血浆等对症治行。虽然患儿入院时已经生命垂危、处于濒临死亡边缘状态，结合其本身疾病的特点，运用血管活性药物及血浆对于患儿的死亡结果难以起到根本性改变作用，但在对症处理的时机上存在纠正低血压迟缓，同时护理仅记载一次血压记录，存在没有及时观察血压变化缺陷。

综上所述，被鉴定人周某某因罹患胆汁淤积性肝硬化多年，因临床治疗困难性其病情不断发展和加重，本次入院时已经发展至严重肝功能失代偿阶段，并出现肝性脑病和多脏器功能衰竭，患者生命垂危，处于濒临死亡的边缘，且由于自身疾病的发展特点，临床抢救难度大，术后效果不佳。被告医院对患儿的临床诊断具有依据，采取的治疗措施基本符合医学要求。但医院在对患儿入院初期纠正低血压的处理方面迟缓，说明医院抢救工作存在缺陷(过失)。鉴于患儿自身疾病的严重性、难治性以及入院时危重、濒临死亡的特点，本次鉴定认为医院抢救工作的缺陷，对于患儿死亡结果的发展无根本性影响。

鉴定意见：

1、被鉴定人周某某因罹患胆汁淤积性肝硬化数

年，并发展至肝功能失代偿期以及出现肝性脑病等多脏器功能衰竭而导致死亡。

2、某医学院附属医院在对被鉴定人周某某的抢救工作中存在纠正低血压迟缓的医疗缺陷，但该医疗缺陷对于被鉴定人的死亡结果发展无根本性影响。

针对鉴定意见患方提出异议

其一，鉴定意见书记载“被告给予周某某输血浆”的事实错误，被告虽开有输血浆的医嘱，但并未执行。

其二，鉴定意见书未对患方提出的导致患儿死亡的医方的过错进行评价。要求鉴定机构进行补充鉴定。

本案鉴定人对医方医疗行为的过错评价，是按国家教科书制定临床医学指南进行评价。对医方是否在该患儿疾病诊疗、护理过程中是否违反常规做出综合评价，而不是一一解答申请人所提出的每项问题。

鉴定评价

司法鉴定是指在诉讼活动中鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。医疗损害鉴定即医疗损害责任纠纷案件中进行的司法鉴定，几乎是医疗损害责任纠纷案件必经程序，属于患者举证部分。一般情况下都是在法院组织下对双方当事人提交的证据材料进行质证后，由法院委托有相应资质的鉴定机构进行。

鉴定人对医疗行为评价与部分评价

在医疗事故鉴定时代（2010年7月1日前），因为医疗事故鉴定的行政属性，医疗事故鉴定鉴定人是对整个医疗过程中的医疗行为进行全面的评价。《医疗事故技术鉴定暂行办法》规定：第二条医疗事故技术鉴定追求的目标：医疗事故技术鉴定工作应当按照程序进行，坚持实事求是的科学态度，做到事实清楚、定性准确、责任明确；第二十八条规定了医学会的调查取证权利：医学会可以向双方当事人和其他相关组织、个人进行调查取证，进行调查取证时不得少于2人。调查取证结束后，调查人员和调查对象应当在有关文书上签字。如调查对象拒绝签字的，应当记录在案。在此期间，医疗纠纷的民事案件将医疗事故技术鉴定引入此类案件的赔偿领域，虽然医疗事故技术鉴定的行政属性（主动性）和司法的被动性及证据优势原则相悖。

在《侵权责任法》背景下（2010年7月1日后），医患纠纷的民事诉讼进入了医疗损害鉴定时代，其标志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。各地进入战国时代，从理论上讲只要有资质的鉴定机构均可进行医学损害鉴定，各地高院占领医疗损害鉴定的高地，下发“意见”指导其所在辖区法院对医疗纠纷案件的审理，包括委托鉴定机构的选择、委托内容、鉴定意见书包含的内容



等。比如江苏高院、新疆高院医疗损害鉴定明确仍委托医学会进行；上海高院规定如双方达不成一致，法院委托医学会进行医疗损害鉴定。北京高院、广东高院、浙江高院规定法院委托具有相应资质的鉴定机构组织鉴定，并制定相应的鉴定机构目录供选择。

和医疗损害鉴定不同的是医疗事故鉴定是一个特定的概念，委托方（不论是卫生行政机构、医患双方或者法院）委托的内容就是医疗事故鉴定。而对于医疗损害鉴定法院必须明确鉴定的范围，各地高院规定不尽相同，但其核心为：医方的医疗行为是否存在过错；如果存在过错与患者损害之间是否存在因果关系；如果存在因果关系，其参与度是多少。和医疗事故鉴定出据的鉴定意见核心内容一致，但问题是二者遵循的依据不同：医疗事故鉴定的依据是《医疗事故技术鉴定暂行办法》；医疗损害鉴定的依据是《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》、《司法鉴定程序通则》。二者目的不同：医疗事故鉴定在两种功能，一是为卫生行政部门的执法提供依据，二是为解决医疗事故赔偿纠纷提供依据（《侵权责任法》出台后医疗事故鉴定只是为卫生行政部门的执法提供依据）；医疗损害鉴定的功能就是解决医疗损害责任纠纷案件处理过程中医疗专业问题，为医疗损害责任纠纷案件处理提供支持。从民事诉讼的定纷止争的功能上讲，医疗损害鉴定没有对整个医疗过程中医疗行为进行全面评价义务，鉴定只需争议的焦点问题进行评价，也就是说鉴定人只需对医疗机构的医疗行为有争议部分进行评价。

评价患方指出的医疗行为过错的法律依据

其实无论是医疗事故鉴定对医疗行为进行的全面评价，还是医疗损害鉴定应当对医疗行为有争议部分进行评价，在民事诉讼中鉴定人应当对患方指出的医疗行为过错进行评价。其法律依据如下：

《民事诉讼法》第七十八条规定：“当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的，鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为认定事实的根据。”第七十九条规定：“当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见”；第一百三十九条第二款规定：“当事人经法庭许可，可以

向证人、鉴定人、勘验人发问”。

《司法鉴定通则》第四十三条规定：“经人民法院依法通知，司法鉴定人应当出庭作证，回答与鉴定事项有关的问题。”

虽然上述规定没有直接回答鉴定人是否必须对患方指出的医疗行为过错进行评价，但从字里行间可以得出这样的结论。如果鉴定人置患方指出的医疗行为过错不闻不问，不做评价，自然患方将提出异议；也会申请鉴定人出庭作证，并在法庭上向鉴定人发问，而鉴定回答与鉴定事项有关的问题是其法定义务。

本案中医疗损害鉴定的评价

本案中，原告周某因认为被告医方的医疗行为存在过错（陈述书所列举）导致其女儿周某某死亡，在其他途径无果的情况下，寻求司法的帮助才起诉到法院。显然本案的争议焦点是：被告医方的医疗行为是否存在原告陈述书所列举过错；如果存在陈述书所列举过错（或者部分存在），这些过错与患儿死亡之间是否存在因果关系；如果前述成立，过错与患儿死亡之间的参与度是多少。鉴于法官缺乏专业的医学知识无法判断原告陈述的过错、因果关系，故在向原告释明的情况下，由原告申请，法院委托进行医疗损害鉴定。

鉴定过程中，虽然鉴定申请人（患方，原告）在鉴定会召开之前已通过法院提供了书面的陈述意见，也参加了听证会并在听证会上陈述了患方的对医方医疗行为中存在的过错及该过错与患儿死亡之间的因果关系。但是鉴定人对医方未观察和及时处理低血压进行回应外，没有回应陈述中涉及的其他问题。在原告方针对鉴定意见指出被告自说自画，并没有解决争议问题时，鉴定人答复：鉴定人只对医方就该患儿疾病诊疗、护理过程中是否违反常规做出综合评价，而不是一一解答申请人所提出的每项问题。

鉴定意见出笼了，诉讼中应当解决申请人提出的专业问题仍存在。本案中医疗损害鉴定不能向法庭提供针对性的专业意见帮助法庭完成定纷止争的任务。

故笔者建议：鉴于医疗过程的复杂性，最高人民法院应当规范医疗损害鉴定，其中很重要一点是要规定鉴定人围绕医患双方争议焦点对医疗行为进行系统的评价，以实现医疗损害鉴定的目的。

石岗：深圳律师管理体制改革的推动者

文 惠珍珍 特约记者



石岗，现任深圳市人大常委会秘书长、党组成员、办公厅主任。2001——2007年担任深圳市司法局副局长，在分管律师工作期间主导了行业管理的创新发展，成为律师体制改革的推动者和亲历者。

石岗，现任深圳市人大常委会秘书长、党组成员、办公厅主任。2001——2007年担任深圳市司法局副局长，在分管律师工作期间主导了深圳律师行业管理的创新发展，成为律师管理体制改革的推动者和亲历者。

深圳律师业的发展，离不开制度的保障，也正是有着一批心怀理想的法律人不断创新，坚定不移地推动着律师管理体制的改革，才推动了深圳律师行业的向前发展。近日，“口述历史”活动走近对深圳律师管理体制改革的推动作用、时任深圳市司法局副局长石岗，听他讲述律师管理体制改革的跌宕起伏。

向改革要发展、要动力

2001年至2007年间，石岗担任深圳市司法局党委委员、副局长，长时间分管律师工作。“我是2003年分管律师管理工作，接手后我很快发现，我们的律师管理，无论是从体制上，还是资源配置上，完全不适应当时律师和律师业发展情况”，谈起当时深圳的律师管理，石岗毫不避讳地坦言道。

2003年，深圳大约有1500名律师，律师行业发展非常迅速，增长速度为每年20%到30%，律师结构也发生了很大变化，而作为管理律师队伍的律师管理处相对较弱。以当时

深圳市司法局律师管理处来讲，一共六个人，除了处长、副处长、司机，也就三、四名从事律师管理的工作人员，无论是人员配置还是知识能力，都满足不了律师管理工作的要求，管理者与被管理者完全不能匹配；作为分管领导，也同样面临着巨大压力。加之以往司法行政机关都是由分管副局长担任律师协会会长，律师们对此存在异议，认为是司法行政机关控制着律师协会。面对这些情况，深圳市司法局党委下决心改革创新，受时任深圳市司法局局长黄振芬同志的委派，石岗副局长具体组织实施了改革。

石岗带领律管处的工作人员确定的改革方向重点在五个方面：一是会长必须由具有一定资历的专职执业律师担任；二是律师协会的总章程——《中华全国律师协会章程》统管全国，但具体到各地的实际操作层面稍显不足，因此必须制定符合深圳律师业发展实际、能促进律师行业健康运行的《深圳市律师协会章程》；三是对律协的人事制度进行改革，实行全员聘任制；四是人、财、物与司法行政机关彻底脱钩；五是律师管理的日常事务委托给律师协会办理。

“为什么要改革？改革既是形势所迫，也是时代的召唤，因为那个时候国家层面已经提出政府职能转变的要求，所以我们就把律师协会管理体制的改革作为政府职能转变的一项重要工作来抓，启动时还谈不上制度创新，启动后才发现，原有的制度根本无法与改革配套，因此必须在制度上加

以规范”，石岗说。当时，全国通行的做法，就是司法行政机关领导谁分管律师工作，谁就担任律协会长，对于这条不成文的规则，律师们颇有微词。

所以，改革首先解决的就是律师协会会长由专职执业律师来担任。各个律师事务所都可以推荐会长候选人，经过大会主席团筛选，确定几位条件合适的律师代表作为候选人，通过发表竞选演说，再由代表大会进行选举。其次，实现了由律师代表直接选举，得票数最多者当选会长。

更重要的是，司法局把律师管理的日常事务交给律师协会管理，这件事今天看来很小，但在当时是非常大的一件事情。律师的证照、登记、年审等业务，由司法行政机关委托律师协会，当时上上下下对此都有非议。石岗为此做了变通，把他自己的一枚私章交给律师协会，司法局保存一枚公章。律协办完业务后加盖私章上报司法局，司法局见了石岗的私章再加盖公章，这样材料再报到省司法厅，省厅视为审批程序合格。这一做法在今天看来，就是政府职能转变和行政审批权下放的具体体现。

冲破旧体制的枷锁

2003年7月19日，深圳市第四届律师代表大会第一次会议召开，拉开了律师管理体制改革的序幕，168名律师代表以不记名、差额选举的方式直选出了律师协会会长。换届时，律师欣喜若狂，有人毛遂自荐、有人放弃高薪。昔日情景，石岗记忆犹新。

在理事选举中，66岁的律师代表庄嘉辉在主持人宣布理事候选人时，当众上台要求增加自己为候选人，大会主席团同意了请求。

在主席团提名两位会长候选人的竞选演说中，广东融关律师事务所主任徐建对深圳律师现状的十大改革设想赢得了代表们长久的掌声，最后以绝对优势当选，成为中国律师业第一位代表直选的会长。徐建曾在中央和地方有过从政经验，又在香港做了十年的律师。当选后，徐建和主席团提出了候选名单并通过相关程序确定了副会长人选和秘书长人选。

换届一年以来，协会工作热闹非凡，尤其是徐建遭遇罢免风波，使得律师管理制度中的各种矛盾和问题暴露出来。

2004年7月25日，深圳市第四届律师代表大会第二次召



石岗同志（右起第二位）出席深圳市第四届律师代表大会第三次会议，本次会议修改完善《深圳市律师协会章程》，并设立监事会制度。

开时，石岗作为大会主席团主席主持会议，重点对改革一年来出现的问题做了全面梳理，在肯定成绩的同时重点找问题，充分发扬民主，听取不同意见，会议进行的异常激烈。

会议上，广东正翰律师事务所刘子龙等60名律师联名提出罢免徐建深圳市律师协会会长职务的动议。这一罢免提案列举了罢免会长的“18宗罪”，焦点集中在深圳市律协买楼一事。该罢免提案称：徐建上任一年就花4000万元巨资（包括贷款利息）购买了1680平方米的律协办公楼，却仅仅为律协14名工作人员使用，拿律师血汗钱装点门面。

罢免提案交到大会后，根据《深圳市律师协会章程》规定，是否列入大会议程应由大会主席团决定，大会主席团连夜讨论，认为提案没有附相关证据、所列事实证据不足，另律协《章程》对罢免程序没有规定，因此作出决定：不把罢免提案列入大会议程。但刘子龙等人提出的“设立监事会”等建议被大会所接受。

罢免风波就此平息，但带来的是深圳市律师协会制度的完善。对于代表提出的问题，大会主席团解决的依据就是律协的“大法”——《章程》，但是《章程》中没有规定罢免会长的程序，罢免会长的“构成要件”也不明确。虽然引发此次罢免风波的导火索是“买楼事件”，但其根本原因在于《章程》中没有明确对“重大决议、事项”的界定，没有规定“重大决议、事项”的议事规则，没有确立对理事会的监督机制，其运行机制尚不完善。

“罢免风波不会影响深圳律师管理体制改革进程，深圳市司法局将坚定不移地探索建立律师行业管理的模式”，石岗表示，“罢免提案的提出，以及众多律师代表在大会上的积极发言，表明律师们在按照律师协会《章程》行使自己的民主权利，这对完善律师民主监督体制，以及进一步改进律协工作和推进律协体制改革，都起到了积极作用。”

第二次代表大会召开后，石岗带领律管处的工作人员组织了非常庞大的力量，对律协的《章程》进行了认真的、突出重点的梳理，借鉴西方国家的先进经验，主要对《章程》进行了两方面的修改：一是对协会重大决议、事项进行界定，并明确对重大决议、事项的议事规则；二是对代表大会各项具体操作性问题进行细化和量化。如：确定代表大会议案提起及审议程序；如何解决出席代表不够全体代表半数的问题；明确代表大会主席团的组成；规定罢免案的提起程序及构成要件；确定代表大会的表决方式等。工作组将原来5000字的《章程》增改为10000余字，创新达15处之多，其制度创新之多、民主化程度之高，堪称中国行业协会《章程》的典范。这个《章程》运行了若干年，实践证明是有效的，也印证了石岗在四届律师代表二次大会上的讲话：通过这次制度创新，大家畅所欲言，充分发扬民主，相信经过三到五年，深圳律协一定能走上健康发展之路。

会后，石岗专门执笔，以司法局的名义向深圳市委写了报告。报告称，会议的主要任务是对新一届律协一年来的工作进行总结，检讨工作中的不足，进一步完善制度建设，推动律师业的健康发展。

“为什么强调进一步完善制度建设？就是当初换届时，我们对制度建设还是没有充分认识，最大的问题就是《章程》里有漏洞。”石岗以当时出现的会长罢免风波等问题举例指出，哪些属于重大事项，哪些事项由代表大会决定，哪些事项在大会闭会期间由理事会决定，做出这些决议应当遵循什么程序，律协《章程》对这些问题的界定是不清楚的。具体讲，买楼花这么多钱，应该通过什么程序决议是“合法”的，《章程》里没有具体规定，制度设计尚不完善。

时间和实践证明了当年的改革方向是正确的。这之后，全国各地不少律协来深圳“取经”，然时至今日，很多地方仍没有这个胆量来尝试。

律师协会的“深圳样本”

经过多年的改革、创新和发展，深圳律师协会成为中国“脱离”司法行政机关最彻底的律协，司法行政机关对其是明确的指导和监督关系，律协的党务工作也由以前的司法局党委转到了民营工委，行政关系则由政府专门成立行业协会服务署负责管理，协会的执照也由民政局登记核发，形成律师协会自律管理的“深圳样本”，为国内律师协会提供了可学习、借鉴的经验。

今天的深圳律协已成为为1万余名执业律师、近3000名实习人员、600多家律师事务所提供服务与管理的行业自律性组织，在行业规范化建设、引领业务创新、行业自律管理、参与社会管理创新方面做出了突出成绩，建立起“自我管理、自我约束、自我发展”的自律机制，拥有完善的议、决、执、监的行业治理体系。2015年4月，深圳市人大常委会在深圳市律师协会设立立法调研基地；2015年10月，深圳市律师协会人民调解委员会正式揭牌成立；2016年8月，深圳市律师协会获评深圳市5A级社会组织。

回过头看，石岗认为，律师管理制度改革最大的障碍是体制内部的障碍，律师是非常欢迎改革的，想打破运行若干年的管理体制，需要一定的勇气和魄力。律师在国家法治建设和民主法治进程中的地位非常重要，而且律师本身是讲规则的群体，所以我们认为，只要把体制设计好了，律师是会按照这个规则运行的。基于这种考虑，我们进行了大胆的尝试，当时的做法符合国际惯例，也符合政府转变职能需要，符合深圳当时的实际。作为深圳经济特区的司法行政机关，也需要承担这种为改革开放探路的责任和使命。

石岗寄语深圳市律师协会：“如今，深圳市律协相比当年有很大的进步，已基本树立起行业管理权威。在我国，律师作为国家司法体制的一部分，是一支非常重要的民主政治力量，管理好这支队伍，发挥好这支队伍的作用，对国家、对一个地方的政治、经济、文化的发展都非常重要。相信这支队伍能够为中华民族的民主富强，为中国梦的实现发挥应有的作用，希望深圳律协更上一层楼，不辱使命，因为深圳律协是担负着特区先行先试、不断改革创新这样一个使命的律师协会。”



绿茶网
Lawcheck

该活动由绿茶网赞助支持

作别云烟轻挥袖 笑看千帆竞风流

文 朱云飞 自由撰稿人

雪 花飘飘到春风拂面，我从阜阳市中级人民法院副院长的职位上提前退休已转眼过去了几个月。在这花香袭人，黄金般悠闲的周末，回顾20多年来的法律人历程，几多欣慰，几多失落，几多自豪，几多遗憾。自豪、欣慰无需多论。最大的遗憾必须一提，司法改革的大幕即将拉开，尽管辞官退休的决心毅然决然，但在司改的前夜悄然离场，无缘参与决定未来审判体制架构走向的改革实践已成为我心中永久的痛。

退休前我的一篇《知天命而从头越》在微信推出，公开了正在办理中的辞官退休申请，在圈内引起了小小涟漪。在官本

位色彩非常浓郁的社会背景下，尽管中级法院副院长是一个七品不到的小官，我由律师直接被任命为副院长，和由副院长申请退休做律师两个事件，反映出社会两种截然不同的心态。

法官是法律帝国的王者，成为法官应是所有法律人的梦想和终极追求。幸运的是，我已实现这一目标，八年法官生涯之后，如何实现自己更大的价值追求，成了我挥之不去的人生命题。舍弃官位，回归律师，挑战自我。在体制外，用自己的知识、经验和智慧，服务于社会，实现自身价值。人生如棋，世事却非黑白世界的截然分明，人生如不能适时地悠然转身，任凭你在这盘棋局中徘徊挣扎，收获的只能是纠



结和彷徨。

暮然回首，由律师到法官，八年弹指而过。在这蜂舞蝶飞的季节，漫步流年，斑驳的思绪化作感恩的诗篇。感谢组织的信任，给了我一个巨大的平台，实现自己的人生追求。八年历练，已是韶华白首，但是由律师到法官的经历将是我人生中无价的财富；感谢昔日的领导、同事在工作上的关心、帮助和支持，这些关心、帮助、支持让我不断进步和成长的同时，也让我收获了珍贵的友谊。让这份温暖的友谊静置于流年深处，凝香沉淀，伴我一路前行；感谢半年来关心我的同事和朋友们，你们的关心一如一缕缕暖阳，铺满我清寒的窗棂，温润我心底的沧桑，让我带着这份厚重的关爱走向新的平台，开始人生的又一个篇章。

思无涯，心念脉脉，离别的法官生涯终将化成一缕缕眷恋，回归律师，将是我人生又一个新的考场，我已作别云烟，轻装上路。我想：无论法官，无论律师，都有着共同的价值追求，这一追求将化作岁月栈桥上的翘首以盼，共同守望着法治的春天。

知天命而从头越。日本备受尊重的佛学大师松原泰道说：“真正的人生从50岁开始。”年近50的我能否跳开原来设定的人生轨道，从头开始，让下半场更轻松、更真实、更有意义？重新开始不仅仅是舍去，舍去七品纱翅和安逸的生活，更重要的是迎接未知挑战的信心。我已轻装行囊，时刻准备着起航真正的人生。

经历了11年的律师生涯，经过党外干部公开选拔考试，我走上了阜阳中院副院长岗位，那是2007年9月。落笔2个星期前，院党组研究同意了我提前退休的申请，并上报审查批准。2周来，所有关心我的同事和朋友几乎都在问着同样的问题，为什么要提前离开？离开后干什么？

8年前，从律师到法官，来自朋友们大多是祝福，少数是惋惜，惋惜的是个人收入上的损失。8年后，再一次转身出走，无关收入，无关提升，和8年前一样，尝试着又一次不同的人生体验。可能，我亦陷入了围城的怪圈。

不久前，我向市人大常委会做了一次任职期间的述职报告，报告以坚守、引领、自律三条主线对我8年的法官生涯进行了全面总结。结果发现，人生最年富力强8年的奉献，已然韶华白首，却也是平平淡淡，无一为豪。唯一可以聊以自慰的是：“8年来，作为法官，我外无愧于经手处理的每一起案件，内无愧于崇高的良知法则”。总无成就感或是我提前退休的原因之一。或许，每一位法官默默地做好本职工作，就是在发挥着螺丝钉作用，维护着国家庞大司法机器的正常运转。在这个过程中，许多法官都承受着太多的压力、委屈、谩骂甚至伤害。有位法官朋友说得好，法官看起来很美，有时确实很美，美与不美，只有自己体会。

记得不只一次地有人问我，做律师和做法官最大的区别感受是什么？我的回答是有无安全感。很多律师焦虑、浮躁如影随行，挥之不去，问题就出在这里。法官待遇虽低，却永远没有律师“即使今年收入100万元，明年收入在哪里”的焦虑。所以，年轻法官辞职去做律师，首先要考虑能否承受这种压力。今天的我亦面临着同样的压力。如履薄冰的法官生涯并不像常人想象的积累了N多资源，一个华丽的转身，便会有企业争相聘用。与我而言，当下的离场没有一家可供选择的资源，唯一可以变现的是曾经在这个平台上培养的能力和积累的经验。不念过去，调整心态，从零开始，不惧失败。所以，若要问我干什么？离开后，首先是休整一下疲惫的心身，然后，我好想静静。

我知道衰老不是从身体开始，而是开始于精神的颓废。体制内不富而无忧的安逸生活，会慢慢消磨人的意志，最后会惰性地沿着既定的人生轨道滑向人生的终点。

我也知道50岁没有20岁年轻人旺盛而充沛的精力。但是50年的时光滤去的是焦虑和浮躁，换回的是宁静致远，无论是欢乐和痛苦，成功和失败，都能宁静坦然地面对。历经50年的光阴，知道自己在后半段的人生旅途中要什么？不要什么？如何真实自己，精彩自己！缘于此，知天命之年，迈步从头越。

诗意元旦

文 钟芳 自由撰稿人

一元复始，万象更新，一切从新开始。自古以来，文人雅士视元旦抒怀为一种雅兴，留下了不少情趣盎然的名篇佳作。

“元者，始也；旦者，晨也。”元旦一词最早始于三皇五帝，唐房玄龄等人写的《晋书》上载：“颍帝以孟春正月为元，其时正朔元旦之春。”即把正月称为元，初一为旦。元旦古称元日、元朔、元正、元长、元辰、元春、端日、上日等。每到这天，官员、百姓都很重视，古代宫廷贺岁之礼规模宏大而隆重。三国时曹植《元会》诗：“初步元祚，古日惟良，乃为嘉会，宴此高堂”描写了当时元旦贺岁的场面。

初唐卢照邻《元日述怀》诗曰：“筮仕无仲秩，归耕有外臣。人歌小负酒，花舞大唐春。草色迷三径，风光动四邻。愿得长如此，年年物候新。”全诗把新年到来后风光景致的变化和迎新的心愿，如数家珍般地跃然纸上。在辞旧迎新之际，面对新岁新景，诗人喜悦之情油然而生。

唐代孟浩然的《回家元日》诗曰：“昨夜北斗回，今朝岁起床；我年已强壮，无禄尚忧农。桑野就耕夫，荷锄随牧童；田家占气候，共说此年丰。诗人用惜农、悯农、忧农的心情，既表达了大唐盛世的老百姓迎春的喜悦心情，也展示出他身为读书人，却心中惦记百姓疾苦的情怀。在新的一年里诗人期盼农家的农事能风调雨顺，五谷丰登。

宋代王安石的《元日》诗曰：“爆竹声中一岁除，春风送暖入屠苏。千户万户曈曈日，总把新桃换旧符。”这首诗描写新年元日热闹、欢乐和万象更新的动人景象，抒发了作者改革变法、革故鼎新、造福国家和人民的志向与决心，字里行间激荡着一片盎然春意。

明代陈献章的《元旦试笔》诗曰：“邻墙旋打娱宾酒，稚子齐歌乐岁诗。老去又逢新岁月，春来更有好花枝。晚风何处江楼笛，吹到东溟月上时。”诗人用生花妙



笔，将当时的人们欢天喜地、歌舞升平庆祝佳节的场景纤毫毕露地展现在世人面前，宛如一幅生动活泼、意趣盎然的工笔画，充满了浓厚的生活气息。

清代张维屏的《新雷》诗曰：“造物无语却有情，每于寒尽觉春生。千红万紫安排著，只待新雷第一声。”此诗句中虽未用“元旦”“元日”等词汇，却以元旦为题，写出了人们贺岁迎春的欣喜之情。

1930年元旦，毛泽东同志长征行军途中，写下了《如梦令·元旦》：“宁化、清流、归化、路隘林深苔滑。今日向何方，直指武夷山下。山上山下，风展红旗如画。”全诗淋漓酣畅，豪迈自然，充满了乐观、昂扬的革命气概。

又是一年元旦到，新旧交替之际总让人感触良多，就让我们漫步在诗词里，感受元旦的别样韵味，品味传统文化的芬芳，亦别有一番情趣。

NO.1 马兴瑞调研我市前海深港联营律师事务所建设与发展

2016年9月29日上午，时任广东省省委副书记，深圳市委书记马兴瑞在深圳市委常委、秘书长郭永航，深圳市委常委、市政府党组成员、中国（广东）自贸试验区深圳前海蛇口片区管委会党组书记田夫及深圳市人民政府党组成员、前海



管理局局长杜鹏的陪同下莅临华商林李黎（前海）联营律师事务所考察调研。市律协会长高树、华商林李黎（前海）联营律师事务所主任舒卫东、管理合伙人王寿群参加接待。

高树会长简要汇报了我市前海深港联营律师事务所的发

展状况，并表示：深港律师事务所联营发展模式有助于推动深港深度合作和律师国际化发展，但目前相关政策尚未完全落实到位，尤其在引进优秀人才、搭建业务平台、税收政策扶持等方面有待于市委市政府的大力支持。

马兴瑞听取了该所在开展深港法律合作方面的工作汇报，肯定了深港联营律师事务所的发展模式，同时勉励深港联营律师事务所充分发挥深港合作优势，创新法律服务，更好的服务前海的开发和建设。

NO.2 我市律协与14城律协携手共建律师权益协调保障机制

2016年10月29日下午，全国副省级城市律师协会第二次峰会在南京隆重举行。广州、深圳、武汉、沈阳、西安、成都、济南、杭州、长春、大连、青岛、厦门、南京等13个副省级城市的律师协会会长、监事长、秘书长参加了此次峰会。我市律师协会会长高树、监事长魏汉蛟、秘书长王红参加了峰会。

此次峰会分为“会长峰会”、“监事长峰会”、“秘书长峰会”三个峰会进行。参会的律师协会会长、监事长、秘书长等律师界的领袖人物围绕行业发展的分别进行了深入的探讨，内容涵盖了律师行业管理、律师文化建设、律师人才培养、律

所行政管理、律所运营模式、法律职业共同体建设、监事会职能发挥、律所互联网思维等众多值得深入讨论的热点话题。

闭幕式上，高树会长宣读了《全国副省级城市律师协会共同宣言》，与会律协代表共同在宣言上签字。峰会讨论决定，下一届全国副省级城市律师协会高峰论坛由武汉市律师协会承办。全国十五个副省级城市律师协会将继续加强现有峰会模式，巩固传统友谊，深化战略合作，提升务实合作机制建设，服务好广大律师会员，为推动律师行业实现跨越式发展而不懈努力。

NO.3 第四届广东律师发展论坛在深举办

2016年10月22日下午，由广东省律协战略委和深圳律协联合主办，福田区工委承办的第四届广东律师发展论坛在深举办，广东省司法厅律公处副处长陈武明，广东省律协副会长吴友明、副秘书长徐敏彪、监事马学平，深圳市司法局局长蒋溪林，深圳律协会长高树、副会长韩俊、战略委主任张翔、福田区工委主任章成以及全省各地市律协代表、部分深圳律师等近150人参加。

高树会长表示，要实现全省律师业健康快速发展，需重点做好两方面：一是实施双轮战略驱动，打造广东律师业发展新引擎，充分发挥广州、深圳示范、辐射作用；二是形成全省律

师业抱团发展、齐步发展、全面发展一盘棋，省内各区域和全省律师业整体发展规划协同，共谋广东律师事业发展壮大。

蒋溪林局长在致辞中表示，在“一带一路”、“供给侧改革”的时代热点背景下，改革创新、转型升级成为当前律师业发展的主旋律。改革的主导在顶层设计，面对机遇与挑战，更好的赢得可持续发展是深圳律师业最重要的目标和任务。

本次论坛聚焦供给侧改革，各地律协代表围绕律师业发展与创新主题，就如何创新法律服务模式、推进广东律师业发展进行了深入交流探讨。战略委主任张翔代表我会作了《供给侧改革与律师业务发展》主题演讲。

NO.4 深圳执业律师人数突破万人

2016年11月24日，深圳市第10000名律师颁证仪式在深圳市司法局18楼会议室举行。深圳市司法局局长蒋溪林、深圳市律师协会会长高树、市司法局律公处处长熊松青、市律协副会长黄思周等出席。仪式由深圳市司法局巡视员梅爱民主持。在广东信达律师事务所的青年律师刘中祥从蒋溪林局长手中接过执业证，成为深圳第10000名律师。

高树会长介绍：截至11月24日，深圳市共有律师事务所655家，执业律师10011人，其中本科以上学历占总人数98%以上，按照深圳2000万常住人口计算，平均1名律师服务2000人。深圳律师队伍呈现年轻化的特点，平均年龄39岁，执业不足5年的律师约5000人，占全市律师的45%。

蒋溪林局长在仪式上高度评价深圳律师为深圳作出的贡

献：在过去30多年里，深圳律师业伴随深圳经济特区的改革发展一路发展壮大，执业律师人数突破一万，规模化、专业化、国际化程度不断提高。广大律师通过提供法律服务，为维护当事人合法权益、保障法律正确实施、维护社会稳定和公平、推动市经济发展和城市建设作出了积极的贡献。



NO.5 市律协与福田法院、司法局携手共建法律职业共同体

2016年10月10日上午，市律协、市法律援助处、福田区法院、福田区司法局联合举办关于进一步推进法律职业共同体建设启动暨签约揭牌仪式活动。活动中，福田法院先后与市律协签署《关于建立良性互动机制的备忘录》，与市律协、市法律援助处、福田区司法局签署《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革 加强刑事法律援助工作的备忘录》，并揭牌启用律师工作室、电子阅档案。深圳市中级人民法院副院长黄志坚，福田区委书记、政法委书记余智晟出席并致辞。福田区法院院长陈新哲表示，两个备忘录的签署，建立了法律职业共同体的长效交流机制，为法官与律师互动搭建起了公开、透明、规

范、畅通的沟通平台。

市律协会长高树表示，市律协与福田区法院签署的两个备忘录，标志着我市推进法律职业共同体建设再上新台阶，律协将以全国深化司法体制改革和律师体制改革为契机，积极作为、认真落实备忘录的相关事项，为共建法庭秩序、建设法治社会不遗余力，竭力担当。

蒋溪林局长在讲话中指出，法律职业共同体身处共同语境，拥有共同知识背景，肩负维护公平正义的共同使命。希望市律师协会、市法律援助处、福田区人民法院和福田区司法局能继续增强互信、紧密合作，共同促进法律职业共同体建设，提升法律服务、巩固法治权威、维护社会公平正义。

NO.6 深圳律协监事会参加第五届律师协会（全国）监事会论坛

2016年10月14日，第五届律师协会（全国）监事会论坛在上海市隆重开幕。深圳市律师协会监事长魏汉蛟一行10人与来自全国19个省、市律师协会监事会150余名代表参加了此次论坛。论坛由上海市律师协会监事会黄琦监事主持。

魏汉蛟监事长在主论坛中作了题为“拥抱互联网 开启监督模式新时代”的主题发言：当前，深圳律协监事会借用“互联网+”思维，使监督工作与理事会及秘书处的基础性工作有更好的契合度，逐步实现更加新颖、便捷、有效的监督模式；

深圳律协监事会一贯倡导以服务引领为核心，“专业”与“创新”为两翼，共建与共享为目标的监督理念和评价标准。

深圳律协监事会在贯彻“普惠均等，共建共享”的发展理念下，高度重视运用和规范互联网+监督模式，建立健全律师意见与建议的收集、研判、处置机制和引导、应对机制，推动网络监督走上规范化轨道，确保深圳律协工作面向基层，服务于每一个律所，每一位律师，将公平正义、开放包容的价值观落到实处，实现监督工作的创新与传承的有机统一。



只有大海

文 陈才锋 自由撰稿人

明白只是也许，仿佛
相去千万里
各置天一涯，而我在很多年后
心怀虚幻
彼此的疲惫和渺远
只有大海拥有选择的岔道
灵魂起飞
唤起掌上银河，深与浅
纯属巧合

