

2024年宣城律师论坛

论
文
集



宣城市律师协会
广德市律师协会



结果 还是过程

迫不及待的通知当事人到所，还没等他坐下，就拿出一份判决书高声朗读，当然，这是一份胜诉的判决。各种暗示这中间的多少努力，然后，期待着…。他就说了“其实，这个结果我早就知道了，我问了許多人，他们都说请律师也会胜诉的。”顿了下，他又说“其实我们之间的过程可以说是三句半：每次我努力问三句，您总是简单回复半句。”听到这，我悄悄地放下了准备架起来的腿…

满脸沮丧的回到办公室，当事人已经到了。从包里拿出判决书递给他，无声的说，败诉了。接过去静静的从头看到尾，他就说了“其实，这个结果我早就预料到了，我问了許多人，他们都说您尽力了。”顿了下，他又说“其实我们之间的过程可以说是三句半：每次我简单问半句，您总是努力回复三句。所以二审我还请您。”听到这，我取下眼镜假装的擦…

每一个过程都是对美好结果的追求。为了最真最实的结果，我们痛苦的坚持、快乐的煎熬，但很多时候，我们是不是过于关注结果而忽略了过程。这个案件，只是我们代理的众多案件之一，但可能就是当事人的唯一。面对无理攻击、纠缠，我们忍耐，不是因为我们不会攻击、不会无理，而是我们知道，我们需要的不是无理的过程，而是有理的结果。

别人只会关注你飞得有多高，只有自己知道飞得有多累。

在我的记忆中，全市律师论文研讨至少从 2004 年就已经开始了。本次论文汇集宣城、广德两地，凡 46 篇，体裁尤新，立意更远，是我好好学习的榜样！其实，他们所达到的高度，何尝不是一个用力飞翔的过程。

李有胜

2024 年 10 月 17 日

目 录

- 1、“全民直播”下的隐私保护
..... 安徽皖华律师事务所 俞威 (001)
- 2、《民法典》婚姻家庭编对家庭关系调整的法律实践
..... 安徽皖盛律师事务所 乔雪 (006)
- 3、我国企业合规中的自我审视
..... 安徽明泉律师事务所 凤挽璿/倪伟 (014)
- 4、个体工商户及其经营者在民事执行案件中责任承担相关问题刍议
..... 安徽宣郎律师事务所 管剑超 (025)
- 5、“公序良俗”在司法适用中的探讨
..... 安徽三津律师事务所 张仁荣 (032)
- 6、关于新《公司法》股东出资加速到期制度的理解与思考
..... 安徽皖华律师事务所 王桥 (037)
- 7、论行政自由裁量权及其法律控制
..... 安徽明泉律师事务所 卫星 (042)
- 8、论破产中的公益生态环境保护问题
..... 安徽明泉律师事务所 卫星 (057)
- 9、论所有权保留买卖在司法实践中的几个难点
..... 安徽今昔律师事务所 余育新 (061)
- 10、论债权人撤销权在离婚协议中的适用
..... 安徽明泉律师事务所 何亮 (066)
- 11、律师参与人民监督的实践与思考
——浅谈进一步完善人民监督员的保障制度
..... 安徽皖华律师事务所 王桥 (076)
- 12、律师的说服技巧
——以当事人为视角的说服力分析
..... 安徽汇航律师事务所 章荣 (082)
- 13、合同编司法解释适用问题思考
——合同成立司法解释分析
..... 安徽汇航律师事务所 孙玉洁 (93)
- 14、《民法典》婚姻家庭编相关问题与思考
..... 安徽汇航律师事务所 刘丽婷 (100)
- 15、论破产程序中的土地增值税问题
..... 安徽秉度律师事务所 黄卉 (108)
- 16、浅谈我国的居住权制度
..... 安徽南宣律师事务所 凌超 (116)
- 17、以爱之名 抚爱之殇
——浅析《民法典》视野下轮流直接抚养制度与妇儿权益保护
..... 安徽向群律师事务所 雷绪琴 (123)

- 18、浅析债权人的撤销权
..... 安徽皖华律师事务所 姚萌 (128)
- 19、认罪认罚从宽制度的不足与完善
——以刑事程序选择权为视角
..... 安徽师阳安顺律师事务所 程学平 (135)
- 20、探究超龄劳动者因工伤亡认定的分歧问题
——以雷某明工伤保险资格认定案为例
..... 安徽明泉律师事务所 傅书剑 (147)
- 21、法律适用过程中的法律论证
——以某建筑工程施工合同纠纷案为分析对象
..... 安徽皖华律师事务所 陈林 (157)
- 22、物权期待权的发展
..... 安徽青合青(宁国)律师事务所 胡振宇 (161)
- 23、县域青年律师的发展困境与未来展望
..... 安徽南宣律师事务所 李亚奇 (167)
- 24、新《公司法》视域下律师业务的拓展与代理策略研究
——以公司纠纷处理的新规定为切入点
..... 安徽明泉律师事务所 刘俊峰 (172)
- 25、新公司法视角下：董监高责任及其外部化
..... 安徽秉度律师事务所 黄卉 (188)
- 26、新质生产力与破产法前沿问题的思考
..... 安徽明泉律师事务所 郑九生/刘钢 (195)
- 27、刑事和解制度实践研究
——刑事和解下对被害人的保护
..... 安徽汇航律师事务所 管必合 (201)
- 28、《民法典》实施三周年以来的相关问题与思考
——基于律师实务的视角
..... 安徽大旗律师事务所 谈子昕/谈树林 (214)
- 29、电子合同的法律效力及风险防范研究
..... 安徽大旗律师事务所 周睿 (221)
- 30、论超龄人员的权益保障
——浅谈超龄人员的用工关系认定以及工伤认定
..... 安徽大旗律师事务所 孙倩 (228)
- 31、论司法鉴定在律师实务中运用
——司法鉴定实务和律师实务高度结合
..... 安徽大旗律师事务所 胡运浩 (239)
- 32、律师职业纪律与职业道德
..... 安徽大旗律师事务所 谭杰 (246)

- 33、浅析机动车交通事故责任纠纷赔偿
——纠纷处理及商业保险与统筹单的区别
..... 安徽大旗律师事务所 马骏 (250)
- 34、青年律师执业经历与思考
——一个小小县域律师的经验总结
..... 安徽大旗律师事务所 刘洋 (254)
- 35、认罪认罚背景下律师的有效辩护
..... 安徽大旗律师事务所 汤解 (264)
- 36、县域律师执业困境与解决
..... 安徽大旗律师事务所 侯燕 (269)
- 37、新《公司法》股东失权制度之思考
..... 安徽大旗律师事务所 杨军/李纯 (275)
- 38、合格法律人的入职标准
——浅谈律师执业纪律与职业道德
..... 安徽华睿律师事务所 王忠杰 (282)
- 39、民法典下离婚冷静期制度探讨
..... 安徽华睿律师事务所 王忠全 (288)
- 40、婚外情赠与问题返还问题研究
..... 安徽一悦律师事务所 王祖军/韩京 (297)
- 41、律师执业纪律与职业道德
..... 安徽一悦律师事务所 王祖军/王鑫璨 (305)
- 42、古文点校的著作权问题研究
..... 安徽渊源律师事务所 严思佳 (310)
- 43、行政协议无效审查中强制性效力规定的理解与适用
——以“海南省三亚市海棠区人民政府与翟某再审审查与审判监督案”为例
..... 安徽渊源律师事务所 陈雪芹/何圣玉 (321)
- 44、律师办理认定限制民事行为能力案件指引
..... 安徽渊源律师事务所 程世哲 (330)
- 45、无效合同诉讼时效法律研究
——比较法视角之辨析
..... 安徽渊源律师事务所 陈继/潘鹏 (337)
- 46、性侵未成年人案件的证明困境及破解
..... 安徽渊源律师事务所 陈雪芹 (346)

“全民直播”下的隐私保护

安徽皖华律师事务所 俞威

【摘要】随着互联网技术的飞速发展，全民直播成为一种新兴的社交和娱乐方式，随着大量流量的涌入，直播平台也逐渐成为一些商家宣传手段和方式。并逐渐引发商业领域革命。然而，在全民直播的热潮中，随之而来的隐私保护问题日益凸显。尤其是，近年来我国在直播侵权方面尚存立法不足、执法难界定等问题日益严重。本文通过对全民直播的特点和隐私保护现状进行分析，探讨了隐私泄露的原因和危害，并提出了相应的隐私保护策略，旨在为构建安全、健康的全民直播环境提供参考。

【关键词】全民直播；隐私保护；直播环境；安全

一、引言

近年来随着科技的不断进步，网络直播行业也迎来了爆发式增长，越来越多的人加入了直播大军。根据《中国互联网络发展状况统计报告》显示，截至 2023 年末，全国网络直播用户规模达 8.16 亿人。这一数据反映了网络直播作为一种新兴的娱乐，已经深入到广大网民的日常生活中。然而，全民直播在带来诸多便利的同时，引发营销方式变革促进经济增长的同时，也给个人隐私保护带来了严峻挑战。如何在享受直播带来的乐趣和机遇的同时，确保个人隐私的安全，成为亟待解决的问题。

随着直播经济的兴起，商家传统的营销方式也在日益发生变化，直播电商依托强互动性的直播手段，拉近商家与消费者距离，在获客转化上具备一定优势。它提供了以“人”为核心的交互式电商模式，相较于传统电商和线下购物，直播电商在时间成本和效率、购物体验和互动、内容形式和场景等多个方面具备难以比拟的优势。商家通过直播营销，可以实现产品的立体化展示，弥补线上体验的缺漏，同时，根据不同品牌的特点，商家还可以选择影响力主播、货架主播或商家自播等多种方式进行营销，以实现更好的营销效果。因此电商直播

从风口变为商家营销必备的手段，许多传统行业也开始积极开展线上业务，拥抱“新赛道”。网络直播用户规模的快速增长，不仅体现了互联网技术的普及和发展，也反映了人们对新型消费方式的接受度和喜爱。

二、泄露隐私的危害

在进入直播时代的今天，技术的发展，让一切都可能被置于镜头之下。吃饭被直播、旅游被直播、健身被直播、工作直播，直播兴起之后，“被直播”现象也变得日益突出，谁都有可能完全不知情的状态下，一不小心就走入别人镜头中。一些商家借助直播手段招揽生意，在未经允许之下，便对真实消费场景进行直播、拍摄，把顾客当做营销引流工具。相比于传统宣传方式一些商家更热衷于将线下消费实况展示在网上，意在达到让人身临其境的宣传效果，从而为自己引流量、聚人气，从而达到提升营业额的营销宣传目的。但这一行为，往往稍不注意就会涉嫌侵犯他人的隐私权。

从社会层面：

对商家而言，直播可以，这是商家的经营自主权。但在实践中不难发现仍有一些商家在利用直播这一手段时模糊了商家经营自主权和消费者合法权益的边界，在提升自己营销水平的同时，不自觉地就损害他人的合法权益。不能迷失在互联网的流量效应中。如果有需要通过直播方式宣传产品、品牌的行为，必须事先征求“被直播者”的同意，否则严重的就有可能涉及侵犯他人合法权益。

我国《民法典》规定的公民的肖像权、隐私权受法律保护，不当遭受损害的，有权要求侵权人承担侵权责任。侵犯肖像权是指未经允许，以营利为目的擅自使用他人肖像的行为；侵犯隐私权是指非法侵犯他人享有的个人信息、个人私事和个人生活领域等的行为。任何不愿意泄露的个人信息在不违反法律、不涉及公共利益的情况下都属于个人隐私，未经当事人同意向社会大众广泛披露或发布已经侵犯了隐私权。商家商家通过公开直播方式，展示营业场所，本身属于营销方式和经营自由，法律上不做干涉。但因直播的内容和载体出现了他人个人肖像、他人就餐的情形，且未经他人同意，一方面给他人造成了困扰，另一方面侵犯了

他人的知情权和选择权。此种情况下消费者有权要求商家承担侵权责任。

对个人而言：

对于主播本人而言，直播过程中，主播是真人出境，主播本人的面部和指纹是暴露在众多观众面前的，如果他们的个人或账户信息隐私被窃取，极有可能被犯罪份子伪装成 AI 子女、亲人去骗取识别能力差的老人。国内某公司曾经就在公开场合公布了一段通过 AI 技术合成李佳琦影像带货的直播视频，虽然官方强调合成视频获得了李佳琦本人授权，并且此项技术并不面向民间，但随着各种面部乃至整人的 AI 合成产品越来越多，个人隐私泄露的问题不可小觑。

三、全民直播下的隐私保护策略

（一）平台技术层面

加强直播平台的技术安全防护

直播平台应加大技术投入，加强对用户数据的安全防护。采用先进的加密技术、数据备份技术等，确保用户的个人信息在存储和传输过程中的安全。同时，加强对平台的漏洞管理，及时修复安全漏洞，防止黑客攻击。

完善隐私保护技术手段

直播平台可以采用隐私保护技术手段，如匿名化处理、数据脱敏等，对用户的个人信息进行保护。同时，加强对用户的身份认证和访问控制，防止未经授权的访问和使用。

（二）法律法规层面

完善相关法律法规

政府应加快完善网络直播相关的法律法规，明确直播平台和主播的法律责任，加大对隐私泄露行为的处罚力度。同时，加强对网络直播行业的监管，规范直播市场秩序。近年除《网络安全法》《互联网信息服务管理办法》等基础层面的相关规定外，为了规范网络直播行业，相关部门还出台了《关于加强网络表演管理工作的通知》《互联网直播服务管理规定》等一系列更有针对性的规定，对网络直播平台的行为规范和责任都进行了明确，但是由于网络直

播行业创造性强、更新速度快，网络直播型式、内容日新月异，同时直播行为的灵活性又可在违法的边界外围“反复试探”，为立法和执法都带来了一定的难度。各大平台对于直播行为规范也缺少更加细化的界定，在《抖音直播行为规范》中，平台把“泄露他人隐私或个人资料，转播给他人造成损害的不实报道”视为二级（中等违规），对于“泄露隐私”行为却缺少描述。因此对于保护公民个人隐私部分立法问题亟待解决。

加强执法查处力度

相关部门要压实平台主体责任。各类平台针对涉及就餐、健身等消费者个人形象突出的消费场景的短视频或直播，要加强审核力度，细化完善平台内部管理规定，引导商家通过技术手段（如马赛克），解决宣传推广和保护消费者信息的矛盾；对于涉嫌侵犯他人合法权益的，要及时断开直播流或者下架相关视频，必要时，也可采用限制推送、封号等形式予以惩戒。同时，消费者发现“被直播”，应及时制止，果断积极维护自己的合法权益。同时，建立健全投诉举报机制，鼓励用户积极举报隐私泄露行为，共同维护网络安全和个人隐私。

（三）用户层面

提高隐私保护意识

用户应增强隐私保护意识，在参与直播时，注意保护自己的个人信息。不随意透露敏感信息，如身份证号码、银行卡密码等。同时，对直播平台的隐私设置进行合理调整，限制他人对自己信息的访问。学会自我保护，用户在发现自己的隐私被泄露后，应及时采取措施，如修改密码、通知银行冻结账户等。同时，保留相关证据，向直播平台或执法部门投诉举报，维护自己的合法权益。

（四）直播平台层面

加强平台监管，直播平台应加强对主播的管理和监督，制定严格的直播规范，明确禁止主播泄露他人隐私的行为。同时，加强对直播内容的审核，及时发现和处理违规行为。

完善隐私保护政策

直播平台应制定完善的隐私保护政策，明确用户的权利和义务，告知用户如何保护自己

的隐私。同时，加强对用户信息的管理，确保用户信息的安全。

加强用户教育

直播平台可以通过多种方式，如弹窗提示、用户手册等，加强对用户的隐私保护教育，提高用户的隐私保护意识和能力。

全民直播作为一种新兴的娱乐方式和社交方式在为我们的生活代理巨大便利的同时，其在隐私保护所面临的问题也不容小觑。必须从全方面、多角度、多个层面看待这个问题并解决问题才能确保科技更好的服务于我们的生活。

作者单位：安徽皖华律师事务所

参考文献

[1]注释（中国互联网络发展状况统计报告）：中国互联网络信息中心，2023年8月28日第52期。

《民法典》婚姻家庭编对家庭关系调整的法律实践

安徽皖盛律师事务所 乔雪

【摘要】本文旨在深入探讨《中华人民共和国民法典》中婚姻家庭编在离婚、财产分割、子女抚养等方面的法律规定，通过法理分析、案例研究等方法，评估这些规定在司法实践中的具体应用效果，以及它们对家庭和谐稳定所产生的深远影响。文章首先概述了婚姻家庭编的立法背景与意义，随后分别就离婚制度、财产分割原则、子女抚养权归属等核心议题展开讨论，最后提出改进建议，以期为司法实践提供有益参考，促进婚姻家庭关系的和谐稳定。

【关键词】民法典；婚姻家庭编；离婚制度；财产分割；子女抚养；家庭和谐稳定

一、引言

随着社会的快速发展和人们思想观念的深刻转变，婚姻家庭关系不再局限于传统的模式之中，而是呈现出日益复杂多样的态势。家庭作为社会的基本单元，其和谐稳定不仅关乎每个成员的幸福安康，更直接影响到社会的整体发展与稳定。近年来，我国民法典的颁布与实施，特别是婚姻家庭编的完善，为调整家庭关系、解决家庭纠纷提供了更为全面、科学的法律依据，对于维护家庭成员的合法权益、促进家庭和谐稳定具有重要意义。

研究民法典婚姻家庭编在离婚、财产分割、子女抚养等方面的法律规定及其实施效果，不仅有助于深入理解我国婚姻家庭法律制度的内在逻辑和价值取向，还能够为司法实践提供有益的参考和指导。同时，通过探讨这些法律规定对家庭和谐稳定的影响，可以进一步揭示法律在维护社会稳定、促进公平正义方面的重要作用，为完善我国婚姻家庭法律制度提供理论支持和实践依据。

本文旨在通过对民法典婚姻家庭编在离婚、财产分割、子女抚养等方面的法律规定进行深入分析，探讨其在司法实践中的具体应用效果，以及这些法律规定对家庭和谐稳定所产生的深远影响。具体研究问题包括：离婚制度如何有效保护无过错方权益、财产分割原则在实

践中如何平衡各方利益、子女抚养权归属的判定标准如何确保子女最佳利益、针对这三方面的问题，本文将从法理分析、案例研究等多个角度展开探讨。

二、 民法典婚姻家庭编的立法背景与意义

我国婚姻家庭立法经历了从分散到统一、从简单到完善的过程。新中国成立后，随着社会主义法律体系的逐步建立，婚姻家庭法作为其中的重要组成部分也得到了不断完善和发展。然而，随着社会经济的快速发展和人们思想观念的变化，传统的婚姻家庭关系面临诸多挑战和问题。为了更好地适应时代发展的需要，我国于2021年正式颁布实施了民法典，其中婚姻家庭编作为重要章节之一，对原有婚姻家庭法律制度进行了全面梳理和修订，为新时代婚姻家庭关系的调整提供了更加全面、科学的法律依据。

民法典婚姻家庭编的颁布实施具有重大的立法意义。首先，它完善了我国婚姻家庭法律制度体系，为司法机关处理婚姻家庭纠纷提供了更加明确、具体的法律依据；其次，它体现了法律对婚姻家庭关系的尊重和保障，强调了家庭成员之间的平等、互助和关爱；最后，它适应了时代发展的需要和社会变革的潮流，为构建和谐社会、促进家庭和谐稳定提供了有力的法律支撑。

三、 离婚制度的法律规定及其实施效果

民法典婚姻家庭编对离婚制度进行了全面修订和完善。首先，明确了离婚的条件和程序。根据法律规定，夫妻感情确已破裂是准予离婚的主要条件之一；同时，为了防止轻率离婚和冲动离婚的发生，法律还规定了“离婚冷静期”制度。其次，法律还规定了离婚后的财产分割、子女抚养等问题的处理原则和方法。这些规定为离婚双方提供了明确的法律指引和保障。

离婚制度的实施效果主要体现在以下几个方面：一是有效保护了无过错方的合法权益。通过明确离婚条件和程序以及财产分割原则等规定，法律为无过错方提供了必要的法律保障和支持；二是促进了家庭暴力受害者的解脱和自我保护。法律对家庭暴力的明确禁止和严厉打击为受害者提供了有力的法律武器；三是缓解了因离婚而产生的社会矛盾和冲突。通过合理划分财产和抚养权等问题的责任和义务，法律有助于减少离婚双方之间的纠纷和矛盾；四

是提高了司法实践中的公正性和效率。法律的明确规定和程序要求为司法机关处理离婚案件提供了有力的法律支持和保障。

然而，在离婚制度的实施过程中也存在一些问题和挑战。例如，“离婚冷静期”制度的实施效果尚待观察；协议离婚中可能存在不公平现象；诉讼离婚中可能存在程序繁琐、耗时较长等问题。

而在大量的离婚案件诉讼过程中，律师工作就深感“夫妻感情确已破裂”标准的抽象性和具体案件中证据的缺位也加大了法官在司法实践中认定夫妻感情状况的难度，容易使当事人与法官之间对于夫妻感情状况的认定出现差异，造成离婚案件的当事人认为其与配偶之间的感情状况已经满足了准予离婚的标准，而法官有时却出于谨慎、理性的态度认为夫妻之间的感情尚未破裂，并作出不准离婚的判决。这也导致当事人的诉讼请求难以在初次诉请离婚时就得到支持，进而使当事人为了摆脱“死亡”的婚姻会再犯，甚至多次请求离婚。这不仅不利于夫妻双方尽快摆脱不良的婚姻关系，也会增加法院原本就繁多的审判工作。

民法典婚姻编中的离婚制度，无疑是我国法治建设的一大进步，对改善和调节我国家庭关系起到了积极的作用。这一制度的确立，不仅为夫妻双方在处理婚姻关系时提供了明确的法律依据，还充分体现了对个人权利与自由的尊重和保护。离婚制度的完善，使得婚姻关系的解除更加规范、公正。它明确了离婚的条件和程序，既保障了离婚自由，又防止了轻率离婚，有助于维护家庭关系的稳定。同时，该制度还注重保护无过错方的权益，对于因一方过错导致的离婚，无过错方有权请求损害赔偿，这体现了法律的公平与正义。然而，尽管离婚制度在改善我国家庭关系方面取得了显著成效，但在实践中仍存在问题。一方面，离婚程序的繁琐和耗时较长，给当事人带来了不小的困扰。尤其是在双方对离婚事宜存在较大争议时，诉讼过程可能更加复杂和漫长，这不仅增加了当事人的经济负担，还可能对双方的情感造成进一步的伤害。另一方面，虽然法律对离婚后的财产分割、子女抚养等问题做出了规定，但在实际操作中，仍存在一些执行难的问题。例如，对于共同财产的认定和分割，往往涉及复杂的证据收集和评估过程，这可能导致判决结果的不确定性和执行难度。因此，虽然

民法典婚姻编中的离婚制度在改善我国家庭关系方面发挥了积极作用,但仍需要在实践中不断完善和优化。这包括简化离婚程序、提高诉讼效率、加大法律执行力度等方面。只有这样,才能更好地发挥离婚制度在调节家庭关系、保护个人权益方面的积极作用。

四、 财产分割的法律规定及其实施效果

民法典婚姻家庭编对夫妻共同财产的认定和分割原则进行了明确规定。首先,明确了夫妻共同财产的范围和种类。根据法律规定,夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产除特别规定外均属于共同财产;其次,规定了财产分割的基本原则和方法。在分割夫妻共同财产时应当遵循男女平等、照顾子女和女方利益以及无过错方权益等原则;最后还规定了隐匿财产、伪造债务等行为的法律责任和处罚措施。财产分割的实施效果主要体现在以下几个方面:一是保障了夫妻双方的合法权益。通过明确夫妻共同财产的范围和分割原则等规定,法律为夫妻双方提供了必要的法律保障和支持;二是促进了家庭财产的合理分配和利用。通过合理划分夫妻双方的财产权益和责任义务等规定有助于实现家庭财产的合理分配和利用;三是维护了社会的公平正义和稳定。通过打击隐匿财产、伪造债务等行为等规定有助于维护社会的公平正义和稳定。

夫妻共同财产分割请求权是终局性地公平分配夫妻共同财产的启动键,不仅是夫妻共同财产制中的一项重要权利,而且体现了立法对个人、婚姻、家庭、国家之间关系的基本判断。

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)平等赋予配偶双方的该权利,除双方协商一致以外,通常仅在离婚、法定婚内分割、夫妻一方或者双方死亡三类情形下方可行使。夫妻共同财产分割不仅涉及配偶双方在婚姻内部的利益平衡,直接体现婚姻保护、家庭生活保障、男女平等的价值观,而且关涉对外投资和财产责任承担,与民事交易安全、民营经济发展、社会经济公平紧密关联。离婚时夫妻共同财产分割及其纠纷常见,其中,弱势配偶一方请求分割时常面临举证难等问题。为加强妇女财产权保护,2022年修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》(以下简称《妇女权益保障法(2022修订)》)确立了离婚诉讼期

间夫妻共同财产申报等新制度，细化了行使夫妻共同财产分割请求权的条件及效果。当配偶一方或者双方死亡时，夫妻共同财产分割请求权与继承权紧密关联。

然而，无论是婚姻法时代还是民法典时代，夫妻共同财产的分割仍面临诸多问题。婚内共同财产分割规则的制定赋予了国家司法机关干预婚姻关系存续期间夫妻财产关系的调整权，这一规则的立法目的不仅是为了调整夫妻双方的财产纠纷问题，更在于维护婚姻关系的稳定。传统的家庭共有财产制度应对日趋复杂的家庭财产分割纠纷已经有些费力。在古代乃至近代，因生产资料以及生产方式的落后，加上个人财产保护意识不够强烈，个体的财产通常依靠家庭组织来管理，进而组成家庭的共同财产，我国家庭共有财产制度因此而成立。《民法典》婚姻编中关于财产规定严重趋向“物权化”，夫妻双方对财产的归属与分配进行协商，达成协议，是意思自治的表现，法律是认可这一协议的，但是如果夫妻双方协商不成，夫妻一方请求提前分割共同财产，人民法院是否应当受理？共同财产的分割范围又是如何规定？立法是否应当提供法律救济途径？对于这些问题，法律规定并不是特别明确，还需要进一步完善与补充。

与此同时，夫妻财产关系也变得日益复杂，夫妻一方恶意侵犯配偶的财产权益，伪造虚假债务、有能力却拒不履行法定抚养义务等现象不断发生。《民法典》第 1066 条规定的夫妻一方可以在婚姻关系存续期间申请分割共同财产的法定情形对于解决一些新发生的事由已经力不从心，这就导致财产权益受损的夫妻一方的正当权利无法得到及时救济，进而导致夫妻关系破裂。这些问题的司法解决也都是我们在实践中需要不断调整和明确的。

五、 子女抚养权的法律规定及其实施效果

民法典婚姻家庭编对子女抚养权的归属和抚养费的负担等问题进行了明确规定。首先，明确了子女抚养权归属的判定标准和方法。根据法律规定子女的抚养权应当从有利于子女身心健康、保障子女合法权益的角度出发进行判定；其次规定了抚养费的负担原则和方法。父母双方应当根据子女的实际需要和自己的负担能力等因素合理分担抚养费；最后还规定了探视权等相关权益的保障措施。子女抚养权的实施效果主要体现在以下几个方面：一是保障了

子女的身心健康和合法权益。通过明确抚养权归属的判定标准和方法以及抚养费的负担原则等规定法律为子女提供了必要的法律保障和支持；二是促进了父母双方对子女的关爱和抚养。通过合理划分抚养权和抚养费的责任和义务等规定有助于促进父母双方对子女的关爱和抚养；三是维护了社会的和谐稳定。通过保障子女的合法权益和父母的探视权等相关权益有助于减少因子女抚养问题而产生的家庭纠纷和社会矛盾。

然而，在子女抚养权的实施过程中也存在诸多问题。首先抚养权立法问题上，现行抚养权制度规定存在抚养权母位倾向严重、行使方式单一等不足。法律规定母位倾向严重主要体现在《民法典》等相关法律规定在选择母亲哺乳时就已经基本确定了母亲对未成年子女抚养权的归属，父亲想要获得未成年子女抚养权时，往往会遇到很多的困难，而且这种可能性也是微乎其微。导致父亲在年幼子女成长中的角色缺失。其次，抚养费给付标准可操作性差。对于抚养费数额计算方面，我国欠缺抚养费计算表的制度设计，缺乏对于城乡、地域的区分性规定，“一刀切”式的计算标准对于司法实践的指导性差。日本家庭其次，对于无固定收入者，制度层面确立的抚养费支付标准在实践中的可操作性差。无固定收入者收入依据当年总收入或同行业平均收入作为基准计算抚养费金额，但对于无固定收入者的界定，首先我国欠缺查清无固定收入者的配套制度，各法院甚至法院内部对于无固定收入者的界定标准不统一，并且由于缺乏抚养费最低金额的规定，导致无固定收入的非直接抚养方的抚养费计算与给付存在困难，此种情形下的未成年子女的基本利益难以保障。

六、婚姻家庭编对家庭和谐稳定的影响

自民法典婚姻家庭编实施以来，其对家庭关系的和谐稳定产生了深远的影响。该编通过一系列创新规定，如设立离婚冷静期制度、新增告知严重疾病义务、修改因胁迫结婚撤销婚姻的时间起算点等，为婚姻家庭关系的健康稳定发展提供了坚实的法律保障。这些举措不仅促进了夫妻双方在婚姻中的平等地位，还增强了家庭成员间的互信与责任感，有利于构建和谐、文明的家庭环境。婚姻家庭编对家庭和谐稳定的正面影响表现在诸多方面，明确了家庭成员之间的权利和义务关系。通过明确夫妻之间的财产关系、子女抚养权归属等规定有助于

减少因权利义务不清而产生的家庭纠纷；提供了解决家庭纠纷的法律途径和保障措施。当家庭成员之间发生纠纷时可以通过法律途径寻求解决和保障；强调了家庭成员之间的平等、互助和关爱等价值观念。通过弘扬这些价值观念有助于增强家庭成员之间的凝聚力和向心力从而促进家庭和谐稳定。

然而，在实施过程中，也暴露出一些问题。例如，在夫妻共同债务认定方面，尽管法律试图平衡债权人与不知情配偶的利益，但“为家庭日常生活需要所负的债务”的举证责任分配不明确，以及“夫妻共同生产经营”概念的模糊，可能导致法律适用上的争议，进而影响到家庭关系的稳定。此外，法定婚龄的设定及收养子女数量的限制，也引发了一定程度的讨论，认为这些规定在当前社会背景下可能已不合时宜，限制了部分家庭的选择权。

总体而言，民法典婚姻家庭编的实施在促进家庭关系和谐稳定方面取得了显著成效，但仍需在实践中不断完善相关法律规定，以更好地适应社会发展的需求，保障每一个家庭的幸福安康。针对以上存在的问题需要进一步完善相关法律法规和司法解释等配套制度建设以确保法律适用的一致性和公正性；加强司法实践中的公正性和效率建设提高司法机关处理婚姻家庭纠纷的能力和水平；加强家庭教育和心理辅导等社会支持体系建设为家庭成员提供更加全面和有效的支持和帮助；加强社会宣传和舆论引导提高公众对婚姻家庭法律制度的认识和重视程度从而营造良好的社会氛围和环境条件。

结语

本文通过对民法典婚姻家庭编在离婚、财产分割、子女抚养等方面的法律规定及其实施效果进行深入探讨和分析发现这些法律规定在维护家庭成员合法权益、促进家庭和谐稳定方面发挥了积极作用。然而，在实践中也存在一些问题和挑战需要我们在未来不断完善和发展相关法律法规和制度设计以及加强社会支持体系的建设和完善。相信在全社会共同努力下我们一定能够构建一个更加和谐稳定的家庭环境和社会环境。

作者单位：安徽皖盛律师事务所

参考文献

- [1]刘悦. 夫妻婚内财产分割协议的法律问题及完善建议[J]. 法制博览, 2024, (17):142-144.
- [2]于格格. 论诉讼离婚的法定标准[D]. 烟台大学, 2024.
DOI:10.27437/d.cnki.gytdu.2024.000198.
- [3]蒋月, 陈璐. 民法典中的夫妻共同财产分割请求权研究[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版), 2023, 73(04):93-104.
- [4]叶琦琦. 婚内夫妻共同财产分割问题研究[D]. 北方民族大学, 2023.
DOI:10.27754/d.cnki.gbfmz.2023.000175.
- [5]冉克平. 《民法典(婚姻家庭编)》的伦理、自治与强制[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2023, 76(03):163-173. DOI:10.14086/j.cnki.wujss.2023.03.015.
- [6]扈梦真. 诉讼离婚背景下子女抚养的实证研究与理论反思[D]. 山东大学, 2022.
DOI:10.27272/d.cnki.gshdu.2022.003820.
- [7]龙蕾. 诉讼离婚法定标准研究[D]. 华中师范大学, 2022.
DOI:10.27159/d.cnki.ghzsu.2022.000438.

我国企业合规中的自我审视

凤挽璿（实习律师）、倪伟（指导律师）

[摘要] 企业合规管理体系的建立有助于减少损失，保障长久可持续发展，是维护各方利益、社会公共利益的关键。在防控合规风险治理机制的推动下，企业能够在行政监管的鼓励和激励机制下有效实施合规措施，从而预防犯罪，加强自我监管，确保企业活动的合法性。目前，企业合规已转变为涉及多个领域的重要法律问题，突显了其在企业发展中的不可或缺地位。因此，构建和完善企业合规管理体系，对于提升企业的竞争力、促进社会的和谐发展具有深远的意义。

[Abstract] The establishment of an enterprise compliance management system is conducive to reducing losses, ensuring long-term sustainable development, and is the key to safeguarding the interests of all parties and social public interests. Driven by the governance mechanism for prevention and control of compliance risks, enterprises can effectively implement compliance measures under the encouragement and incentive mechanism of administrative supervision, so as to prevent crimes, strengthen self-regulation, and ensure the legitimacy of corporate activities. Today, corporate compliance has transformed into an important legal issue across multiple areas, highlighting its indispensable role in business development. Therefore, the construction and improvement of enterprise compliance management system is of far-reaching significance to enhance the competitiveness of enterprises and promote the harmonious development of society.

[关键词] 公司治理；合规治理；合规管理；有效合规；高层承诺原则；行政监管合规；国有企业合规，营商环境

[Key words] corporate governance; Compliance governance; Compliance management; Principle of high level commitment; Administrative regulatory compliance; State-owned enterprise compliance; Business environment

引言

在我国，企业合规不仅是一种以风险防控为核心的公司治理手段^[1]，更是一种融入企业文化与企业管理的实践。企业合规体系通过构建一套系统的、科学的、可操作的风险防控机制，确保企业在复杂多变的市场环境中稳健运营。这种合规管理体系不仅关乎企业的日常运营，更对企业的长远发展有着深远的影响。合规管理是企业获取商业机会、塑造良好形象和增强竞争力的关键软实力。然而，单纯依靠企业的自觉和自发是难以构建一个高效合规管理体系的。这需要政府行政部门和司法机关的积极参与与监督。这些机构在推动企业合规过程中，不仅要发挥监管职能，更要引导企业深入理解并践行合规管理的核心原则，如公司治理、高层承诺、行政监管等。这些原则的深入理解和实践，将为企业构建一个健康、稳定、可持续发展的合规管理体系提供有力保障。

quotation

In China, corporate compliance is not only a corporate governance method with risk prevention and control as the core, but also a practice integrated into corporate culture and corporate management. The corporate compliance system ensures the stable operation of enterprises in a complex and volatile market environment by building a systematic, scientific and operational risk prevention and control mechanism. This compliance management system is not only related to the daily operation of the enterprise, but also has a profound impact on the long-term development of the enterprise. Compliance management is the key soft power for enterprises to obtain business opportunities, build a good image and enhance competitiveness. However, it is difficult to build an efficient compliance management system solely by relying solely on the consciousness and initiative of enterprises. This requires the active participation and supervision of the executive branch of the government and the judiciary. In the process of promoting corporate compliance, these institutions should not only play a regulatory role, but also guide enterprises to deeply understand and practice the core principles of compliance management, such as corporate governance, high-level commitment, administrative supervision, etc. The in-depth understanding and practice of these principles will provide a strong guarantee for enterprises to build a healthy, stable and sustainable compliance management system.

^[1]陈瑞华，企业合规基本理论[m]（第二版），法律出版社，2020.

目录

摘要.....	14
引言.....	15
目录.....	16
一、企业合规中的公司治理.....	17
二、企业合规中的高层承诺原则.....	18
三、企业合规中的行政监管.....	19
四、企业合规中的国有企业治理.....	20
五、企业合规与营商环境的联系.....	21
六、结语.....	23
文献.....	24

一、企业合规中的公司治理

公司治理是一个综合性的过程，涵盖了企业内部的多个层面和维度。它首先要求构建一整套完备的管理体系，该体系包括了股东会、董事会、监事会以及公司基本运行规则等多项核心组成部分。这些组成部分之间并非孤立存在，而是互相作用、互相影响，共同构成了公司治理的主体架构。在此基础上，公司治理还注重风险的防控，通过明确的管理规范来确保企业能够稳健发展。更为重要的是，公司治理涉及到权力的分配与制衡，这直接关系到企业内部的权力运行和决策效率。

企业合规，源自西方的概念，其英文表述为“Business compliance”，代表着企业在运营过程中的一系列规范行为，涵盖了“守法、守规、守制”。其中，“守法”意味着企业在日常运营中必须严格遵守国家的法律法规；“守规”则强调企业要恪守商业行为准则和企业伦理道德；“守制”则要求企业遵循内部规章制度，确保企业的正常运营。广义上，“合规”不仅是遵守国家法律和行政规定，还涉及到公司内部规章制度以及员工职业操守和道德规范的遵循。而狭义上，它特指企业在反商业贿赂方面的规范。在我国，公司的合规性具有强制性，必须遵守国家的法律法规，符合相关的监管要求，确保企业的稳健发展。

企业的合规线，实则为其生命线，它关系到企业的兴衰存亡。一旦企业违反规定，面临的后果可能是严重的经济损失、行政处罚，甚至极端的情况下，可能导致停产停业、营业执照的吊销，甚至被追究刑事责任。^[2]在我国商业生态中，企业的设立、变更、运营、终止，以及其内部的组织架构、劳动用工、财务税务、销售业务、投资融资等各个层面，都受到法律法规和政策的严格监管与制约。因此，公司治理的核心必然离不开合规管理，这是确保企业所有行为均符合法律规定的必然要求。在当今竞争激烈的商业环境中，公司治理与合规已经成为决定企业成功与否的关键要素。有效的公司治理与合规不仅能够增强企业的竞争力，提升整体业绩，还可以为企业筑起一道坚固的风险防线，确保其稳健前行，同时赢得社会的广泛认可与尊重。公司治理和企业合规是现代企业的关键竞争力，有效建立公司治理体系和合规机制至关重要。唯有如此，企业才能在竞争激烈的商业环境中保持优势，实现持续发展。在当今变化迅速的市场中，遵守法规、规章制度、保持透明度和责任性是企业成功的基石。

^[2]论企业合规对单位犯罪刑事责任的影响 [J]. 刘方可. 法治社会. 2022, 第 4 期

因此，注重公司治理和合规是每个企业必须持续关注的重要问题。

二、企业合规中的高层承诺原则

企业合规管理体系的建立是基于合规风险防控的重要措施，企业要想依法、依规经营，高层管理层起着至关重要的作用。高度重视和强力推动是企业合规管理体系能否顺利建立和有效运行的关键，缺乏高层的承诺和引领，企业的合规管理体系将难以建立和运行，从而无法真正实现有效预防违规、违法行为的目标。因此，“高层承诺原则”应运而生。所谓“高层承诺原则”，指的是企业内部拥有决策、监督和管理权力的机构和负责人，如董事会、监事会、高级管理者等，通过贯彻合规管理措施，有效预防违规、违法行为。

“高层承诺”是指这些管理者要主动承担起企业合规治理的责任。他们需要在决策、监督和执行过程中，将合规理念贯穿其中，确保企业在发展中始终遵守相关法规和规定。研究表明，高层管理层的承诺和支持对于企业合规体系的成功建立和运行至关重要。他们不仅要积极推动合规政策的贯彻执行，还需要设立相应的激励机制，鼓励员工遵守规定，确保合规管理的有效实施。只有高层管理层强化合规意识，履行合规责任，才能有效地防范潜在违规风险，维护企业的声誉和利益。因此，企业在建立合规管理体系时，应当重视高层管理层的角色和责任。^[3]

在当前我国企业高速发展的商业环境下，公司治理的合规性显得尤为重要。在这种情况下，高层管理者应当承担起建立正确的合规管理体系的责任。他们需要确保公司拥有有效运行的合规领导机构，并持续发展和巩固。高层管理者应该具备自觉性，维护公司的合规管理体系，保证其有效运行。需加大投入，充实人力、物力、财力等资源，同时协调合规管理和业务活动之间的关系，确保业务能够进行有效的合规性审查，降低业务风险，保障公司的健康发展和运营。此外，应当建立相应的惩罚机制，对实施违法违规行为的员工或管理人员进行处罚，以促进合规机制更好地建立和运行。

在当今快速变化的商业环境中，高层管理者的作用至关重要。他们的承诺原则不仅仅是一种责任，更是对公司健康发展的重要保障。只有通过高层管理者的努力和承诺，公司才能

^[3]H. B, Y. YZ, Zh. HY, M. GX 《合规体系建设关键要素研究——高层承诺》

建立起健全的合规管理体系，确保公司在正确的道路上健康发展，迎接更广阔的商业机遇。

三、企业合规中的行政监管

我国企业的合规制度建立和实施需要行政执法机关的合法监管和专业指导。^[4]在企业全过程中，合规制度应贯穿始终。我国企业在行政机关的支持下，正积极推进建设合规管理体系。其中主要有行政合规指导、行政合规强制和行政合规激励等。为企业营造了良好的经营环境，提高了企业的社会责任感和竞争力，推动了企业可持续发展，提升了企业合规的管理效果。

企业的行政合规指导是行政机关为企业提供建立或完善合规管理体系的指导活动。这种指导可分为普遍一般性的合规指导和专门性、针对性的合规指导两种。前者旨在全方位指导企业风险防控中涉及的合规风险，而后者则专门针对某一领域的风险进行指导。在行政合规指导工作中，存在着企业事前不了解相关法律政策、事中不知如何有效合法避免法律风险后果、事后不懂如何解决和总结经验进行整改的问题。因此，行政机关应当遵循“原则”以提高指导的效果。首先，在事前要加强风险预防的指导作用，帮助企业全面了解和遵守相关法律政策。其次，在事中应积极主动地进行行政执法，确保执法力度和温度的平衡，避免对企业造成不必要的困扰。最终，在事后要督促企业进行整改，以确保企业持续发展并达到长期合规的目标，为企业的生产和经营保驾护航。基于上述情况，行政机关可以更好地发挥行政合规指导的作用，帮助企业建立稳健的合规管理体系，避免违法风险和法律纠纷，为企业的可持续发展提供坚实保障。同时，企业也需要积极配合行政机关的指导工作，加强自身合规意识，主动遵守法律法规，共同维护市场秩序，推动经济健康发展。

企业行政合规强制制度是法律赋予企业建立合规管理体系的义务，并规定了当企业不履行这一义务时会受到行政处罚。尽管这增加了企业面临的风险，但同时也强化了行政机关的监管职责，促使企业遵守法律法规。在建立合法有效的合规管理体系过程中，行政强制合规制度发挥着不可替代的作用。实质上，这种制度对企业施加了一定压力，推动企业充分履行合规义务，并对违规行为承担相应法律责任。这对于促进企业建立基本的合规体系起到了积极作用，具有激励效果。

企业的行政合规激励是指在企业已建立有效合规管理体系的基础上，行政机关对其在合

^[4]行政监管嵌入企业合规管理的运作基础及模式构建 [J]. 明天

规处理程序中予以减免、减轻甚至免责的制度。这种激励机制不仅奖励了建立有效合规体系的企业，也促使更多企业效仿，建立合规管理体系。在我国法律中，行政合规激励缺乏统一的框架和内容，零散存在于各个行政监管领域。为推动行政合规激励的全面实施，我们应当总结当前成功的经验，将其推广至各个行政监管领域。行政机关应当以教育为主、惩罚为辅的原则，积极参与企业的行政合规，避免过度惩罚导致企业破产或被注销。另外，放宽企业与行政机关签订行政和解协议的条件，引导更多企业走向合规管理体系的道路，为其获得行政激励创造机会。在行政合规激励的实施中，应当明确不同类型的激励措施，扩大非行政处罚领域的激励范围。企业应当得到正面评价，提升其社会信誉度，促使企业积极参与合规整改。这样不仅可以激发企业建立合规管理体系的积极性，也有利于整个社会经济环境的改善。通过完善行政合规激励制度，我们可以促进企业遵纪守法、规范经营，进一步构建公平竞争的市场环境，助力企业可持续发展。

四、国有企业合规治理

企业合规治理是党的二十大全面依法治国、国家治理体系和治理能力现代化的重要组成部分。^[5]国有企业在追求合规治理方面不能仅仅停留在个体、短期需求的层面，而是需要从整体性、长期性、可持续性的角度出发，延伸至整个企业管控和全范围的治理脉络，包括非国有企业在内。就国有企业合规内涵而言，根据国务院国资委发布的《中央企业合规管理指引（试行）》的定义，合规意味着企业及其员工的经营管理行为需符合法律法规、监管规定、行业准则、企业章程、规章制度以及国际条约、规则等各项要求。国务院国资委发布的《中央企业合规管理办法（公开征求意见稿）》中，对企业的经营管理行为作出了新的规定，要求经营范围不仅包括了“党内法规”，后来正式颁布的《中央企业合规管理办法》删除了这一描述。但是，该办法强调了“中央企业应当严格遵守党内法规制度”，彰显了我国国有企业合规管理的独特性，也符合国有企业管理的实际情况。另一方面，《中央企业合规管理办法》明确了在全面覆盖的基础上，要在重点领域、关键环节和重要人员的管理上实施突出的制度。

此外，《中央企业合规管理办法》还指出，合规管理是企业为了有效控制合规风险，提

^[5]潘尤迪、乔骄：论我国国有企业构建完善法律合规体系的必要性——简评《中央企业合规管理指引（试行）》，载《法制与社会》2019年第32期

升依法合规经营管理水平而进行的有组织、有计划的管理活动。具体来说，首先要明确合规管理相关主体的责任。根据法人治理结构，规定了企业党委（党组）、董事会、经理层、首席合规官等的合规管理职责，进一步明确了业务及职能部门、合规管理部门和监督部门的合规管理职责。其次是建立健全合规管理制度体系。要求中央企业根据实际情况，制定基本制度、具体制度或专项指南，构建分级分类的合规管理制度体系，并加强对制度执行情况的检查。再者是全面规范合规管理流程。对合规风险识别评估预警、合规审查、风险应对、问题整改、责任追究等提出明确要求，实现合规风险闭环管理。另外，还要积极培育合规文化。中央企业应通过法治专题学习、业务培训、加强宣传教育等多种方式，全面提升全员合规意识，营造合规文化氛围。最后是加快推进合规管理信息化建设。推动中央企业利用信息化手段将合规要求融入业务流程，利用大数据等技术对重点领域、关键节点进行实时动态监测，实现合规风险即时预警、快速处置。

总的来说，国有企业在合规方面的内涵是非常广泛的，主要是为了预防各种风险，全面地进行合规管理，并且重点关注合规方面的问题，同时也要应对可能出现的合规风险事件。推动合规不仅有助于国有企业避免违规责任的风险，而且国有企业具有多重属性，不仅是一般的市场主体和行业主体，还有国有属性，因此需要遵守多重规则体系，推进合规有助于预防和处理更加广泛、复杂的合规风险。

五、企业合规与营商环境的联系

建立法治化的营商环境是最佳选择，需要通过更全面的法律保障来促进经济持续稳健发展，必须在立法、执法、司法、守法等环节贯彻平等保护原则。随着全球经济一体化的不断深化和互联网经济的蓬勃发展，各种经济实体之间的竞争日益激烈，而良好的营商环境则成为竞争的核心优势，在世界经济体系中的竞争力，必须着力构建法治化的营商环境。

国家或地区的商业运作外部条件和环境被称为营商环境，其质量直接影响企业的生存和发展。优化营商环境不仅仅是为企业创造更广阔的市场和资源，更重要的是为企业提供新的思维方式和行动途径，使其更有效地实现合规目标，从而增强竞争力和可持续发展的能力^[6]

^[6]谭世贵，陆怡坤. 优化营商环境视角下的企业合规问题研究 [J]. 华南师范大学学报（社会科学版），2022（4）：135—152.

为企业提供合规服务的营商环境应该以企业需求为中心,加强企业内部供给,通过法治、市场、公共服务和数字环境的支持,帮助企业从合规制度的被动接受者转变为主动参与者和积极创造者,拓展并激活企业合规的内在功能。面对日益严峻的全球经济风险,我国企业要实现“走出去”的目标,切实践行企业合规制度是势在必行的。笔者认为,国有企业在合规建设的道路上,应该在立法方面构建多元化、多层次的法律体系,加强营商环境合规立法的制度保障作用,建立全方位的企业合规法律保障制度。因此,应当保障企业的法定知情权、参与权和提出反馈建议等权利,使企业更积极地参与企业合规制度的构建,通过双向互动参与而非单方被动接受,实现合规管理体系的有效实施,降低经营成本。这包括严格执行企业收费清单、规范税费征收、清理乱收费行为,增加中小企业获得融资的便利程度,简化贷款手续、降低融资成本、减少金融服务收费,降低生产用电、用水、用气等服务成本,适度调整收费等,降低企业的运营成本,使其能够更多地投入到企业合规管理体系的构建中。给予企业合规自治空间,实施放宽管制、减少政府审批、降低市场准入门槛、加强监管和服务等措施。企业在运营过程中往往存在合规风险的法律盲区,通常是在风险发生后才会采取紧急应对措施。这些风险就像潜藏在深海中的暗礁,稍有不慎就可能对企业的稳定运营造成影响。而大数据分析系统在企业合规导航中扮演着关键角色,能够为企业提供明确的方向指引,有效规避潜在风险。企业在必要时可以邀请外部专业机构和人员参与合规建设。专业人员库的组成人员可以吸纳社会的专业人员加入。以某省组建的专业人员库为例,包括律师、会计师、税务师等非行政机关人员,涵盖建筑、金融、交通运输、农林、市场监管等多个领域。这些第三方专业人员大多长期专门从事相关领域业务,长期在企业组织架构内履职,负责合规管理、制度堵漏等方面的合规方案制定、审查,完善内控机制,提高企业风险识别和防范能力,更能发挥其专业优势。

企业合规与营商环境的一致性是非常重要的,可以通过优化法治环境、市场环境、公共服务环境和数字环境来提供更好的发展路径。这样做可以激活企业的发展动力,为企业提供更好的法律服务和数字化支持,从而创造一个更加有利于企业合规发展的营商环境。这种环境可以唤醒企业对合规的自主性,实现企业的可持续发展。

六、结 语

企业合规治理的演进是一个由法治到德治再到自治的过程。最终的目标是通过诚实守信来确保企业的长久稳健发展。在构建法治营商环境时，诚信必须视为基石。在推进企业合规改革时，并不是只要不触犯法律就可以随意尝试。关键在于是否符合企业发展的规律，是否能为企业长期发展带来益处。建立完善的合规管理体系能够有效预防风险，提高企业的社会责任感和道德水平，实现经济效益、社会效益和环境效益的和谐统一。通过这种“中国化”的探索，以国家治理理念为引领，企业在践行合规治理的道路上将更加坚定。只有通过诚实守信的实践，企业才能真正做到持久经营，实现企业可持续发展的目标。在这一过程中，企业将不断提升自身的管理水平和道德标准，为建设和谐健康的商业生态做出积极贡献。^[7]

企业在面对风险时，无论是决策风险、经营风险还是财务风险，都需要投入足够的资源进行管控。合规管理也同样是企业内部的战略风险控制活动之一。为了有效开展合规管理，企业需要从其他企业的合规整改中总结经验，将其运用到自身的合规管理中。这样可以提升合规风险评估的科学性和准确性，进一步确保企业的经营稳健。因此，企业需要意识到风险管理的重要性，并不断优化管理措施，以应对复杂多变的市场环境。

企业的合规管理是企业生存发展的基石。无论是企业设立、变更、存续还是消灭，都必须严格遵守法律法规和政策规定。企业内部的组织、决策，劳动用工、财务税务等各方面都必须依法合规操作，这是企业运营的基本要求。合规管理不仅是企业发展的内在需求，更是企业提升市场竞争力的重要保障。只有企业严格遵守法律法规，建立合规的管理制度，才能有效降低经营风险，提升企业形象和信誉。合规管理不仅是企业责任意识的体现，更是企业可持续发展的保障。企业应当高度重视合规管理，不断改进和完善合规机制，建立健全的合规管理体系，确保企业在合法合规的基础上稳健持续发展，赢得市场和社会的尊重与信任。

作者单位：安徽明泉律师事务所

^[7]企业合规问题的“中国化”探索——以国家治理为视域的分析 [J]. 邵晖. 法律方法. 2022, 第3期

参考文献

- [1]陈瑞华, 企业合规基本理论[m] (第二版), 法律出版社, 2020.
- [2]论企业合规对单位犯罪刑事责任的影响 [J] . 刘方可 . 法治社会 . 2022, 第4期
- [3]H. B, Y. YZ, Zh. HY, M. GX 《合规体系建设关键要素研究——高层承诺》
- [4]行政监管嵌入企业合规管理的运作基础及模式构建 [J] . 明天 . 武汉交通职业学院学报 . 2023, 第1期
- [5]潘尤迪、乔骄: 论我国国有企业构建完善法律合规体系的必要性——简评《中央企业合规管理指引(试行)》, 载《法制与社会》2019年第32期
- [6]谭世贵, 陆怡坤. 优化营商环境视角下的企业合规问题研究 [J] . 华南师范大学学报(社会科学版), 2022 (4) : 135 — 152.
- [7]企业合规问题的“中国化”探索——以国家治理为视域的分析 [J] . 邵晖 . 法律方法 . 2022, 第3期

个体工商户及其经营者在民事执行案件中责任承担 相关问题刍议

安徽宣郎律师事务所 管剑超

【摘要】个体工商户作为我国市场经济活动中的重要参与者，在民事执行中对外如何承担责任的问题对维护市场经济秩序和交易安全具有重要研究意义。本文围绕个体工商户在民事执行中的法律地位、责任承担方式及对其不同裁判结果的国内司法判例进行探讨。通过分析现行法律条文、司法解释和典型案例，说明个体工商户及其经营者责任承担的复杂性，并指出司法实践中存在的一些差异。在总结的基础上，提出程序处理上的建议，期望在民事执行过程中对于个体工商户及其经营者责任承担问题提供帮助。

【关键词】个体工商户；民事执行；责任承担；经营者

一、引言

个体工商户作为市场经济的重要组成部分，在民事交易中扮演着重要角色。然而，其在民事执行中的责任承担在实务中缺乏明确法律规定的统一指引。个体工商户是百姓生活最直接的服务者，主要集中在“批发和零售业”“住宿和餐饮业”和“居民服务、修理和其他服务业”。持续增长的个体工商户为稳增长、稳就业提供重要支撑，其成为创新创业重要力量的同时，也是在人民法院中占比较大的诉讼主体。本文通过分析现行法律和司法实践，旨在为个体工商户在民事执行过程中责任承担提供清晰的法律框架。

二、相关法律规定

对于个体工商户的定义、在民事执行活动中对外责任的承担，相关规定散见于《民法典》、《中华人民共和国民事诉讼法解释》、《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》等法律及其相关司法解释中。

需要重点提到的是《中华人民共和国民法典》第五十四条、第五十六条，以上两条法律

规定对个体工商户的法律地位和民事责任类型做了明确的规定，明确了个体工商户对外债务的承担主体，个人经营的由个人承担，家庭经营的由家庭承担，无法区分则由家庭承担。《中华人民共和国民事诉讼法解释》第五十九条明确了在民事诉讼诉讼中对于被告的确定，在诉讼中个体工商户营业执照上登记的经营者为当事人。有字号的，以营业执照上登记的字号为当事人，但应同时注明该字号经营者的基本信息。营业执照上登记的经营者与实际经营者不一致的，以登记的经营者和实际经营者为共同诉讼人。《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》中对个体工商户作为被执行人明确规定，个体工商户的字号为被执行人的，人民法院可以直接执行该字号经营者的财产。以上法律规定以及相关司法解释为个体工商户在民事执行活动中作为被执行人提供了法律依据。

《最高人民法院关于立案审判与执行工作协调运行的意见》第三条“在执行案件立案时，有字号的个体工商户为被执行人的，立案部门应当将生效法律文书注明的该字号个体工商户经营者一并列为被执行人。”该意见为有字号的个体工商户作为被执行人时需要将经营者列为被执行人提供了依据。

三、相关司法判例

案例 1：营业执照登记经营者与实际经营者一致的前提下，不支持将经营者作为共同被告共同承担责任。

(2024)豫 0783 民初 3575 号赵某与姚某、长垣市某某家居店服务合同纠纷案件中，被告 1 姚某系被告 2 长垣市某某家居店经营者，原告赵某要求被告 1、被告 2 共同支付原告基础服务费。河南省长垣市人民法院审理本案后认为，本案中被告 2 长垣市某某家居店的字号是个体工商户在市场经营中使用的名称，应当以被告 2 长垣市某某家居店作为当事人，同时列明姚某为经营者。营业执照上登记的经营者与实际经营者一致，故不存在共同诉讼人的情况。赵某龙将被告 1 姚某列共同被告，要求其承担赔偿责任缺乏法律依据，对该诉请不予支持。

案例 2：营业执照登记经营者和实际经营者共同经营前提下，登记经营者的诉讼主体不

适格，实际经营者对个体工商户的债务承担连带责任。

(2024)冀 0109 民初 1752 号杨某光与李某刚、李某君、藁城区某某具城民间借贷纠纷案件中，被告 1 李某刚系被告 3 藁城区某某具城的登记经营者，被告 2 李某君系被告 3 藁城区某某具城的实际经营者，河北省石家庄市藁城区人民法院审理本案后认为，本案中被告 3 藁城区某某具城有字号，被告 1 李某刚诉讼主体不适格，但应当承担责任，在判决主文注明经营者即可，不必另出具法律文书，被告 2 李某君作为被告 3 藁城区某某具城的与被告 1 李某刚共同经营的经营者，理应对上述债务承担连带责任。

案例 3：个体工商户字号为被执行人的，人民法院依申请人申请追加该字号经营者为被执行人，被个体工商户的债务承担连带责任。

(2022)新 4004 执异 12 号丁建军与霍尔果斯市杨泽清奶牛养殖厂建设工程合同纠纷一案中，申请人丁建军向本院提出申请，要求追加丁建军为(2022)新 4004 执 136 号案件的被执行人。新疆维吾尔自治区霍尔果斯市人民法院受理后，依法组成合议庭进行审查，现已审查终结。该院认为，因被执行人霍尔果斯市杨泽清奶牛养殖厂系个体工商户，根据《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第十三条第二款：“个体工商户的字号为被执行人的，人民法院可以直接执行该字号经营者的财产。”之规定，申请人有权追加其经营者为被执行人。裁定如下：追加杨泽清为本院(2022)新 4004 执 136 号案件的被执行人，对被执行人霍尔果斯市杨泽清奶牛养殖厂在(2021)新 4004 民初 618 号民事判决书中确定的债务承担连带责任。

案例 4：个体工商户字号为被执行人的，人民法院依职权直接执行该字号经营者的个人财产。

(2024)沪 0112 执 5557 号金某与上海市闵行区淘尚好服百货店执行案件中，上海市闵行区人民法院依据已发生法律效力(2023)沪 0112 民初 47349 号民事判决书，向被执行人发出执行通知，责令其履行生效的法律文书确定的义务，即向申请执行人金某偿还人民币 30,449.28 元，被执行人还应承担案件执行费人民币 356.73 元，并依法应支付迟延履行期

间加倍债务利息。但被执行人至今未能履行。该院认为，上海市闵行区淘尚好服百货店系个体工商户的字号，根据相关法律规定，个体工商户的字号为被执行人的，人民法院可以直接执行该字号经营者的财产。据此，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条、第二百五十五条和第二百六十四条、《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第十三条第二款之规定，裁定如下：一、冻结、划拨被执行人上海市闵行区淘尚好服百货店及其经营者林某银行存款人民币 30,806.01 元和利息及迟延履行期间的加倍债务利息。二、上述前款不足部分，查封、扣押、拍卖、变卖被执行人相应价值的财产。

案例 5：个体工商户登记经营者与实际经营者之间签订免责协议不能对抗外部债权人，人民法院有权根据法律、司法解释规定直接执行登记经营者的个人财产

(2023)粤 0606 执 22247 号申请执行人伍某欣与被执行人顺德区某某体育活动策划服务部、梁某玲等买卖合同纠纷一案过程中，异议人梁某玲向佛山市顺德区人民法院提出执行异议。该院认为，根据《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第十三条第二款规定，个体工商户的字号为被执行人的，人民法院可以直接执行该字号经营者的财产。本案中，生效仲裁裁决确认顺德区某某体育活动策划服务部对佛山市某某区勒流足球协会的债务承担补充清偿责任，本院在执行过程中经采取财产查询措施，未查询到佛山市顺德区勒流足球协会有可供执行的财产，故顺德区某某体育活动策划服务部应承担清偿责任，又因顺德区某某体育活动策划服务部为个体工商户，异议人梁某玲是经工商行政管理部门核准确认的经营者，对外具有公示公信效力，因此，该院认为执行实施部门根据上述司法解释的规定，直接执行异议人梁某玲的财产，并无不当。异议人梁某玲主张其与实际经营者签订免责协议，其对涉案纠纷不知情，因异议人与案外人签订的免责协议是双方之间的内部约定，不能对抗顺德区某某体育活动策划服务部的外部债权人，故人民法院对异议人的该主张不予支持。

案例 6：有字号的个体工商户为被执行人的，执行立案部门应当将生效法律文书注定的该字号个体工商户经营者一并列为被执行人。

(2024)吉0702执异9号申请执行人某服务中心1与被执行人松原市某中心1、松原市某中心2租赁合同纠纷一案，申请执行人向松原市宁江区人民法院提出执行异议申请，申请追加二被执行人经营者为被执行人。该院认为，《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第十三条“作为被执行人的个人独资企业，不能清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请变更、追加其投资人为被执行人的，人民法院应予以支持。个人独资企业投资人作为被执行人的，人民法院可以直接执行该个人独资企业的财产。个体工商户的字号为被执行人的，人民法院可以直接执行该字号经营者的财产。”《最高人民法院关于立案审判与执行工作协调运行的意见》第三条“在执行案件立案时，有字号的个体工商户为被执行人的，立案部门应当将生效法律文书注明的该字号个体工商户经营者一并列为被执行人。”本案中，被申请人王某1、徐某1作为被执行人松原市某中心1、松原市某中心2的个体经营者，根据上述法律规定，该院认为对申请执行人某服务中心1申请追加王某1、徐某2共同被执行人予以支持。

案例7：个体工商户的字号为被执行人的，人民法院可以直接执行该字号经营者的财产，无需通过变更追加程序予以确认。

(2023)青0122执异37号执行裁定执行异议人(申请人)张玉辉与原案被执行人湟中县多巴镇中天太阳能经销部买卖合同纠纷一案中，异议人(申请人)张玉辉向青海省西宁市湟中区人民法院提出书面追加申请，该院认为，执行程序中追加被执行人，意味着直接通过执行程序确定由生效法律文书列明的被执行人以外的人承担实体责任，应当限于法律、司法解释明确规定的追加范围内。个体工商户的字号为被执行人的，人民法院可以直接执行该字号经营者的财产，无需通过变更追加程序予以确认，故张玉辉申请追加湟中县多巴镇中天太阳能经销部经营者沈有斌为本案被执行人的主张不属于变更追加程序审查的范围。根据《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第十三条、第三十条之规定，裁定如下：驳回异议人(申请人)张玉辉追加原案利害关系人沈有斌为原案被执行人的请求。

四、判例分析

案例 1、2 中涉及的是民事执行前诉讼阶段中的代表案例，人民法院在民事案件审理过程中依据《中华人民共和国民事诉讼法解释》第五十九条的规定，对于登记经营者与实际经营者一致的情况下，不支持直接将登记经营者作为共同被告，不支持在民事判决中要求登记经营者承担民事责任。对于登记经营者与实际经营者不一致的情况下，不支持将登记经营者作为共同被告，不在民事判决中要求登记经营者承担民事责任。以上两个判例非常明确将有字号的个体工商户经营者的责任承担问题放在民事执行阶段，在民事执行中由执行立案窗口或执行法官依据《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》中关于个体工商户的规定来解决。

案例 3、4、5、6、7 中申请人申请有字号的个体工商户作为被执行人的民事执行案件中，各地人民法院执行立案部门缺乏统一标准，导致各地人民法院对于该类执行案件处理方式并不统一，并没有严格遵循《最高人民法院关于立案审判与执行工作协调运行的意见》第三条“在执行案件立案时，有字号的个体工商户为被执行人的，立案部门应当将生效法律文书注明的该字号个体工商户经营者一并列为被执行人”的标准进行执行立案，从而导致在民事执行过程中出现申请人申请追加经营者、人民法院依职权直接执行经营者、人民法院驳回申请人申请追加经营者的请求等各类情况，这不利于司法裁判、执行标准的统一，同时也造成了申请人的诉累和司法资源的浪费。

五、解决方案

笔者认为，在涉及被告为有字号的个体工商户民事案件中，若存在合伙经营等情况，需要将实际经营者或内部合伙人在诉讼过程中列明、查明其内部责任并主张相关权利，便于在案件执行过程中明确除有字号的个体工商户外的其他被执行人身份，确定民事责任相关承担主体。诉讼案件裁判生效后，在执行立案时，依据《最高人民法院关于立案审判与执行工作协调运行的意见》第三条请求执行立案部门将有字号个体工商户经营者一并列为被执行人，便于在民事执行中可以直接对有字号个体工商户及其经营者一并进行执行，提高执行效率，

减少申请人诉累。即便是执行立案阶段没有将经营者一并列上，申请人也要在后续的执行过程中尽快与案件承办的执行法官取得联系，沟通要求追加经营者或直接执行经营者个人财产，以保证强制执行顺利进行。

六、结语

个体工商户是我国独有的市场主体类型，数量巨大且利益诉求独特，该类主体发生民事交易活动多，涉诉涉执案件相应占比较大。本文就民事执行案件中有字号的个体工商户及其经营者在承担债务时的相关各类判例进行收集整理并讨论，通过各地人民法院对于此情况的不同裁判结果，可得出民事执行过程中对于经营者承担责任需要统一程序上的法律依据，以免造成司法实践中出现不同的处理结果，也有利于减少申请人的诉累及司法资源的浪费，降低有字号的个体工商户经营者逃避强制执行、转移个人财产的风险，确保法律的公正权威。

作者单位：安徽宣郎律师事务所

“公序良俗”在司法适用中的探讨

安徽三津律师事务所 张仁荣

【摘要】我国《民法典》规定了“公序良俗”。公序良俗即公共秩序和善良习俗，语义模糊的特性决定了其法律原则的性质，是高度抽象的法律规范，具有普遍的适用性。“公序良俗”作为一项法律原则在司法实务中具体运用时，应当注意寻找具体的法律规则，防止向一般条款逃逸；以其指导具体法律规则的适用；在缺乏具体的法律规则时作为填补漏洞的依据。最后笔者结合公序良俗原则，就司法实务中相关类型案件的处理提出了一些看法。

【关键词】 公序良俗；法律适用

一、问题的提出

我国《民法典》在《民法总则》的基础上进一步确认和强化了“公序良俗”，共提及7次，分别是第8条、第10条、第143条、第153条、第979条、第1012条、第1015条。其中规定在总则编中的有第8条“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。”第10条：“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”第143条：“具备下列条件的民事法律行为有效：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。”第153条：“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。违背公序良俗的民事法律行为无效。”由此可见，一方面公序良俗已成为认定民事法律行为有效的必备条件之一；另一方面当民事法律行为存在损害国家利益、社会公共利益和道德秩序情形的，可依据公序良俗认定该行为无效。特别是第153条的规定，确立了在认定民事法律行为效力时，公序良俗的位阶要高于法律、法规的强制性规定，亦即违反法律、法规强制性规定的民事法律行为不必然无效，但违背公序良俗的民事法律行为一定无效。那么，公序良俗在认定民事法律行为效力时，究竟

是作为法律原则把握，还是作为具体法律规则适用。更一进步说，公序良俗在认定民事法律行为效力时如何具体运用，本文尝试着作一些讨论。

二、公序良俗的性质分析

《民法总则》及《民法典》正式引入公序良俗表述后，在司法实务中存在直接引用《民法典》第 153 条的规定，在认定民事法律行为效力时直接以违背公序良俗确认无效，将公序良俗作为一项具体法律规则进行适用。包括相关法条释义也持此观点：“第 143 条属于对民事法律行为有效的一般性要求，而本条则属于可以直接判定行为效力的裁判性规范，法院和仲裁机构可以依据本条规定确认行为无效。” [1] 法律原则通常没有设定具体的构成要件和法律效果，具有较高的宽泛性，适用范围广。法律规则具有具体的针对性，是针对个案类型而设定的，其适用范围受到严格限制。 [2] 笔者认为公序良俗在民法体系中仍应当作为一项基本法律原则对待，不宜作为具体法律规则适用。

1、从公序良俗的语义来看，公序良俗即公共秩序和善良习俗。公共秩序，是指政治、经济、文化等领域的基本秩序和根本概念，是与国家和社会整体利益相关的基础性原则、价值和秩序。善良习俗是指基于社会主流道德观念的习俗，也被称为社会公共道德，是全体社会成员所普遍认可、遵循的道德准则。 [3] 何谓公序良俗，并无统一的认定标准，应依时代变迁、社会思潮及当事人间情状等差异，综合判断。公序良俗，特别是一个“良”字即表明了其概念的不确定性，具有明显的时代性和地域性，随着社会成员的普遍道德观念的改变而改变。在当今思想多元、文化多元的时代，“良俗”并不好判断，社会上很多过去认为是“良俗”的好习惯，在现代社会评判起来好像都很难。“公序良俗”语义模糊的特性本身即决定了其法律原则的性质，公序良俗作为民法的基本原则，是高度抽象的法律规范，具有普遍的适用性。 [4]

2、从立法沿革来看，在《民法总则》之前，我国法律中没有采用“公序良俗”的概念。公序良俗原则在大多数国家和地区的民法中有规定，如《日本民法典》第 90 条、我国台湾地区“民法”第 72 条等。我国《民法通则》第 7 条规定“民事活动应当尊重社会公德、不

得损害社会公共利益。”《合同法》第7条规定：“当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。”这两条中的社会公共利益和社会公德，相当于国外民法中的公序良俗。〔5〕通过比较立法来看，公序良俗一直是作为现代民法的一项重要基本原则存在的。

3、从条文规定来看，153条规定在民法典总则编。民法典由总则编和各分编组成，总则编在民法典中起统领性作用，规定了民事活动必须遵循的基本原则和一般性规则，以“提取公因式”的方式，将民事法律制度中具有普遍适用性和引领性的规定写入，就民法基本原则、民事主体、民事权利、民事法律行为、民事责任和诉讼时效等基本民事法律制度作出规定。民法典分则编中关于公序良俗的规定也均为原则性或兜底性表述，并不便于直接适用。

三、公序良俗在认定民事法律行为效力时的具体运用

公序良俗是公共秩序和善良习俗的简称，属于不确定概念。作为一项法律原则在司法实务中如何具体运用，应当注意把握以下几点：

（一）注意寻找具体法律规则，防止向一般条款逃逸

法律具体规则设定了具体的构成要件和法律效果，具体规则的规范要件与事实构成相结合，就能产生特定的法律效果。而且规则常常具有具体的针对性，是针对个案类型而设定的，其适用范围是受到严格限制的，在实际适用中其处于要么适用、要么不适用的地位。法律原则没有设定具体的构成要件和法律效果，在适用时往往需要法官作出价值判断。法律原则具有较高的宽泛性，适用范围较广，且其适用并非“全有或全无”，可以全部适用，也可以一部分适用，可以和其它原则结合起来共同适用，也可以和具体规则结合起来共同适用。因此，规则的适用进行价值判断具有严格的限制，其自由裁量空间较为有限。只有援引具体的法律规范，才能防止笼统地援引原则，出现向一般条款逃逸的现象。

（二）以其指导具体法律规则的适用

1、公序良俗对效力性强制性规定的识别。《最高人民法院关于新形势下审理民商事合同纠纷若干问题的指导意见》提出了“管理性强制性规定”的概念，指出违反管理性强制性规

定的，人民法院应根据具体情形认定合同效力。在司法实践中，如何具体判定强制性规定的效力并非易事。《全国法院民商事审判工作会议纪要》第30条规定：人民法院在审理合同纠纷案件时，要依据《民法总则》第153条第1款和合同法司法解释(二)第14条的规定慎重判断“强制性规定”的性质，特别是要在考量强制性规定所保护的法益类型、违法行为的法律后果以及交易安全保护等因素的基础上认定其性质，并在裁判文书中充分说明理由。涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的应当认定为“效力性强制性规定”。因此，公序良俗具有识别强制性规定效力的作用。

2、公序良俗对规章的指引作用。根据法律规定，规章这一法律层级不能作为判定民事行为效力的依据，人民法院不得直接依据规章的规定判定民事行为效力。然而，在违反规章且违反公序良俗的情况下，法院可依据公序良俗规则判定民事行为的效力。为此，《全国法院民商事审判工作会议纪要》第31条规定：“违反规章一般情况下不影响合同效力，但该规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，应当认定合同无效。人民法院在认定规章是否涉及公序良俗时，要在考察规范对象基础上，兼顾监管强度、交易安全保护以及社会影响等方面进行慎重考量，并在裁判文书中进行充分说理。”

(三) 在缺乏具体法律规则时作为填补漏洞的依据

公序良俗作为一项基本法律原则，具有极强的包容性和适应性，体现了一定的法律价值和精神。所以，依据公序良俗进行法律漏洞填补不失为一种有效的方法。采用公序良俗填补法律漏洞的前提是存法法律漏洞，且没有可供适用的具体法律规则。一方面，如果可以援引有关的具体规则判案，首先要援引具体规则，而不能直接援引公序良俗原则；另一方面，该方法是兜底性的工具，只有在借助习惯法、目的解释法等其他漏洞填补方法，仍不足以形成可供适用的规则时才适用。

四、司法实务中相关个案的思考

司法实务中对婚外同居关系产生的财产法律关系处理颇有争议。如一男子在婚姻关系存续期间与另一女子存在同居关系，期间，男子未经配偶同意向女子赠与一定财产。同居关系

终止后，男子的配偶以男子未经其同意处分夫妻共同财产为由，起诉女子要求返还财产。对此类涉及婚外同居关系产生的财产争议案件，笔者通过案例检索，判决大多以婚外同居关系违背公序良俗为由，认定因此产生的财产赠与关系无效，支持原告返还财产的请求。笔者对此类案件的处理有一些不同的看法，主要理由是：其一，婚外同居关系违背了公序良俗，应当认定为无效，但不能认为由此产生的其它财产法律关系也无效。具体到个案中即非法同居关系不受法律保护，但不能由此认定非法同居期间发生的财产赠与关系也无效；其二，对存在一定物质往来的非法同居关系，男女双方一般持自愿的心态，至少在同居期间是自愿的，包括同居和物质的双向自愿。由同居关系引发的财产争议，在民事法律关系层面首先应当受意思自治原则的规制。相较于嫖娼等营利型有偿性行为，非法同居的社会危害性及违法性都相对低一些。嫖资、赌债在民事法律关系中一般作自然债务处理，法律不予干涉。根据举重明轻的原则，非法同居产生的财产赠与法律关系民法更不宜干预；其三，对于非法同居关系期间未经配偶同意处分夫妻共同财产，配偶利益保护的问题，则完全可以通过由无权处分人向其配偶承担赔偿责任的方式解决。

作者单位：安徽三津律师事务所

1

参考文献

[1] 黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义》，法律出版社，第 304 页。

[2] 王利明著：《法学方法论——以民法适用为视角》，中国人民大学出版社，第 173 页。

[3] 黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义》，法律出版社，第 26 页。

[4] 李适时主编：《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社，第 29 页。

[5] 李双元、温世扬主编：《比较民法学》，武汉大学出版社 1998 年版，第 67 页。

关于新《公司法》股东出资加速到期制度的理解与思考

安徽皖华律师事务所 王桥

【摘要】新公司法自 2023 年底修订通过后，引起了社会各界的高度关注。历经四次审议的精雕细琢，守正创新的公司法亮点纷呈、可圈可点。在股东期限利益与债权人权益保护方面，新公司法吸收了原来多部司法解释和《九民纪要》的规定，结合多年来常见的社会实践问题，在条文上作出了新增和修改，将非破产、解散情形下的股东出资加速到期制度正式写入法律，此举对于保障债权人权益、营造公平的市场环境将发挥巨大作用。然而对于法律条文的适用，因为不同法条之间的衔接，也会引发不同的理解，这就需要在法律实施过程中加以完善，形成统一的裁判规则，增强社会对司法的可预期性，从而保障法治化营商环境。

【关键词】新公司法；股东；出资加速到期；股权转让

2023 年 12 月 29 日，《中华人民共和国公司法》经第十四届全国人民代表大会常务委员会第七次会议修订通过，自 2024 年 7 月 1 日起施行。本次是《公司法》自 1993 年颁布以来规模最大的一次修订，新增和修改了 228 个条文，对我国市场经济的运行和商事案件的审判有着重大影响和指导意义。施行后的数月时间里基于某些新条款而作出的判决也引起了社会的广泛关注，新《公司法》中的股东出资加速到期制度就是本次修订的亮点之一。

一、新《公司法》对《九民纪要》出资加速到期制度的改良

《九民纪要》第 6 条指出：“在注册资本认缴制下，股东依法享有期限利益。债权人以公司不能清偿到期债务为由，请求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任的，人民法院不予支持。但是，下列情形除外：（1）公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的；（2）在公司债务产生后，公司股东（大）会决议或以其他方式延长股东出资期限的。”

而 2023 年新《公司法》第 54 条规定：“公司不能清偿到期债务的，公司或者已到期债权的债权人有权要求已认缴出资但未届出资期限的股东提前缴纳出资。”相较《九民纪要》而言，新《公司法》将“不能清偿到期债务”作为非破产、解散情形下股东出资义务加速到期的唯一条件，摒弃了《企业破产法》中“明显缺乏清偿能力”的要件及《九民纪要》中执行程序前置的要求，规定更为宽松，对于债权人的保障更为有力，且增加了公司作为行权主体，这也与《新公司法》第 51 条规定的董事催缴股东出资责任相符合，可以理解为是对《九民纪要》第 6 条的改良优化。

二、对“公司不能清偿到期债务的”理解

《九民纪要》对于“公司不能清偿到期债务”的认定是要符合人民法院穷尽执行措施无财产可供执行这一条件，实务中通常是以执行法院作出的终本裁定作为判断依据，这也是债权人能够有效证明的最常见情形，同时也符合未届出资期限的股东的期限利益。笔者认为，法院按照《九民纪要》的规定通过执行终本来判断公司不能清偿到期债务的这种方式有其合理性，但这也会导致债权人需要经过多轮诉讼才能达到目的，增加债权人的维权成本，浪费司法资源。而从新《公司法》第 54 条的文意来看，并未沿用《九民纪要》的认定标准，因此笔者认为执行终本裁定可以作为法院认定“公司不能清偿到期债务”从而判决股东提前缴纳出资的事实依据，但并不成为债权人同时起诉公司和股东的法律阻碍。因为公司可能存在多位债权人，在第一位债权人起诉时，法院出于谨慎，需要第一个案件经过强制执行来判断是否符合“公司不能清偿到期债务”这一条件。但如果第一位债权人的案件已经执行终本，那“公司不能清偿到期债务”就已成为事实，其他债权人就可以此事实为依据，同时起诉公司和股东，要求公司清偿到期债务并由股东提前缴纳出资。笔者认为，如此处理更符合新《公司法》的立法精神，也更能兼顾债权人、公司以及股东各方的利益平衡。

三、提前缴纳出资的数额

提前缴纳出资是应当将剩余未实缴出资全部缴足，还是以到期债务金额为限，新《公司法》第 54 条并未明确说明，目前存在争议。有的观点认为在公司向股东主张提前缴纳出资

时，可以全部未实缴出资为请求范围，在债权人向股东主张提前缴纳出资时仅能以其未受偿的到期债权额为请求范围。笔者认为，股东认缴出资的期限利益也是应当受到保护的，法律虽然作出了特别规定，赋予公司及债权人在公司不能清偿到期债务这一特别情形下的加速到期权利，但是这种权利应当有限度。在股东的提前出资足以支付到期债务后，公司的经营状况就恢复到正常状态，不再具有提前出资的紧迫性，因此笔者认为不论是公司还是债权人主张，都应以到期债权金额为限。

四、提前缴纳出资的股东范围

新《公司法》第 54 条将需要提前缴纳出资的股东表述为“已认缴出资但未届出资期限的股东”，对此是否应扩大解释，笔者认为值得探讨。从新《公司法》体系上来看，未届出资期限的股东也还存在多种特殊身份。

（一）是否包含股权转让人

新《公司法》第 88 条规定：“股东转让已认缴出资但未届出资期限的股权的，由受让人承担缴纳该出资的义务；受让人未按期足额缴纳出资的，转让人对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任。”该条款很好理解，在受让人已经成为新股东的情况下，其应当履行按期出资义务，在此后出资已到期但其却不履行时，转让人需承担补充责任。但如果公司不能清偿到期债务的情况下，未届出资期限的受让人按照新《公司法》第 54 条的规定需提前缴纳出资，此时对于股权转让人来说，是否应对受让人提前缴纳出资承担补充责任，尚需司法解释进一步明确。

（二）是否包含失权股东

新《公司法》第 52 条规定：“股东未按照公司章程规定的出资日期缴纳出资，公司依照前条第一款规定发出书面催缴书催缴出资的，可以载明缴纳出资的宽限期；宽限期自公司发出催缴书之日起，不得少于六十日。宽限期届满，股东仍未履行出资义务的，公司经董事会决议可以向该股东发出失权通知，通知应当以书面形式发出。自通知发出之日起，该股东丧失其未缴纳出资的股权。依照前款规定丧失的股权应当依法转让，或者相应减少注册资本

并注销该股权；六个月内未转让或者注销的，由公司其他股东按照其出资比例足额缴纳相应出资。股东对失权有异议的，应当自接到失权通知之日起三十日内，向人民法院提起诉讼。”该条款是新设的股东失权制度，从文意上理解，失权是仅针对已届出资期限的股东。而在不能清偿到期债务时，公司在依据新《公司法》第 54 条对未届出资期限的股东进行催缴后，是否能作出失权处理，这一问题值得关注。如果允许公司依据加速到期制度对未届出资期限的股东也可按照第 52 条的规定作出失权处理，那么该失权股东就丧失了股权，不再具有股东资格。此后，若债权人再起诉要求所有未届出资期限的股东提前缴纳出资时，是否还有权要求失权股东也承担责任，若不能要求，那很可能会出现股东借失权制度故意逃避责任的情况。

（三）是否包含异议股东

新《公司法》第 89 条规定了异议股东回购请求权制度，对于保障中小股东的合法权益具有重要意义。一般情况下，异议股东的股权被公司回购后，异议股东即丧失该股权，不再承担股东义务，其身份相当于股权转让人。但若该异议股东的股权未届出资期限，在公司不能清偿到期债务时，债权人是否能以新《公司法》第 54 条以及第 88 条的规定要求异议股东承担提前缴纳出资的补充责任，这一点也需司法解释进一步释明。

五、提前缴纳出资的对象

新《公司法》第 54 条对于股东出资加速到期制度的表述为“提前缴纳出资”，对此有两种观点：一是股东应将出资归入公司，再由公司对外承担债务，此即所谓的“入库规则”；二是股东将出资直接支付给债权人作个别清偿。支持“个别清偿”的人认为这样处理更有效率，也更有助于保护债权人利益，而且也有《民法典》的规定予以支撑，最高院刘贵祥专委就指出公司债权人代位行使权利与民法典关于代位权的规定“若合一契”¹。北京市西城区人民法院、江苏泰州姜堰区人民法院在新《公司法》施行的当日作出了类似判决，判令股东在认缴出资范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任。从最高法院法官的观点以及各地最新的判决来看，法院更倾向于同意个别清偿。

但坚持“入库规则”也不无道理，一是从合同相对性上说，公司是独立法人，债务属于公司而不是股东，股东履行的是对公司的出资责任，在公司经营状况不佳导致无力偿债时，股东才有出手相助的义务；二是入库更符合公平原则，出资归入公司可以惠及全体债权人，避免股东与个别债权人私下串通，导致其他债权人合法权益受损；三是股东出资有多种法定形式，新《公司法》第48条甚至将股权和债权也增加为出资形式，在股东以非货币形式出资的情况下，若判决其直接向债权人清偿货币，明显损害了股东的合法权益；四是从公司治理和经营角度来看，股东出资的意义不仅仅在于替公司清偿债务，出资本身对于盘活资产、恢复运营也有重要意义，在公司有发展前景仅因资金链暂时断裂急需周转的情况下，将股东出资直接清偿给债权人，有可能会使公司发展彻底陷入僵局。笔者认为，两种观点都有其合理性，不论是选择何种立场，都应当尽早形成统一的裁判规则，如此方能定分止争，才能真正发挥法治的保障作用。

公司是最重要的市场主体，《公司法》是社会主义市场经济的基础性法律。限于法律条文的篇幅，法律条文概括和抽象的表述往往会引发不同的理解。而法律的生命力在于实施，法律的权威也在于实施，在法律实施过程中及时建立统一的裁判规则，对于营造稳定、公平、透明、可预期的法治化营商环境具有重要意义。我们期待人民法院在后续出台的司法解释中能够统一裁判尺度，增强社会对司法的可预期性，从而保障社会主义市场经济行稳致远。

作者单位：安徽皖华律师事务所

参考文献

- [1]刘贵祥：《关于新公司法适用中的若干问题》，《法律适用》2024年第6期

论行政自由裁量权及其法律控制

安徽明泉律师事务所 卫星

【摘要】随着社会经济的不断发展以及法制的完善，行政法日益受到人们关注，尤其是行政自由裁量权作为焦点成为人们讨论的热点话题。行政自由裁量权在行政权力中具有非常重要的地位，它不仅对行政主体提高行政效率具有非常重要的作用，还与普通群众的利益息息相关。行政主体的行政自由裁量权受制于法律的规定，行政机关必须在权力范围内作出行政行为。但是随着行政权的发展，行政自由裁量权滥用的现象越来越多，要想实现法治国家，就必须解决行政自由裁量权的滥用问题。

【关键词】行政自由裁量权；立法控制；司法控制；内部控制

一、行政自由裁量权概述

（一）行政自由裁量权的概念

英国法官霍尔斯伯勋爵认为，行政自由裁量权必须在被限制的范围内去行使，即必须在相关授权范围内行使，它不是行政主体按照自己的主观想法去随心所欲地行使，在任何行政法律关系中都应当按照法律的规定来行事，行政自由裁量权不是主观臆断的，不是模糊的，而是确定的。行政法学家王名扬先生认为，行政自由裁量权是指行政机关有权对某种具体行政行为根据自己的判断作出相应的行政行为，这就反映出行政机关行政自由裁量的权力很大，行政机关可以作出为或者不为的决定，也可以对具体的时间、地点以及执行的方式根据自己的判断作出决定^{[1]545}。霍尔斯认为行政自由裁量权是在一定范围内行使，且必须按照法律行事，相较而言空间比较狭窄。而王名扬先生则认为行政主体有很大的行政自由裁量权，只要在其管辖范围内可以按照自己的意思行事。由此可以看出，行政自由裁量权是不断在扩大的，如何限制则成为需要讨论的话题。笔者认为，行政自由裁量权是指法律授予行政主体以一定裁量权，允许其在职权范围内针对具体行政法律关系，自主作出公正合理的决定，从而实现

法律规定的目的。

（二）行政自由裁量权的特征

伴随着行政法的不断发展，行政自由裁量权逐渐成为了行政权力的核心，这也导致其具有独特的特点。首先行政自由裁量权是法律法规授予的，行政自由裁量权必须在法律法规授权范围内行使。其次行政自由裁量权是法律法规授权于行政主体所自主作出决定的权力，行政机关应当根据具体行政法律关系的性质作出公平、合理、合法的行政决定。但是行政机关这种自主作出行政行为的权力并不是完全自由的，行政自由裁量权不断扩大，如果不对其加以限制，则会导致权力的滥用，因此行政自由裁量权并不是行政机关主体的自由，必须是受制与法律法规下的自由。最后行政自由裁量权不具有普遍效力，行政权力是复杂多样的，而且随着经济的发展，行政案件会越来越复杂，因此必须具体问题具体分析，针对不同情况作出合理决定。由此可知，行政自由裁量权的特殊性表现在由法律规定的相对自由的权力，正是由于它具有相对的自由，对它加以规制就成为可能和必要。

二、我国行政自由裁量权的优势与劣势

（一）行政自由裁量权的发展

1. 我国行政自由裁量权的发展

我国行政自由裁量权在市场经济不断发展以及法制化道路不断健全的基础上得以生存和发展。我国行政自由裁量权主要体现在以下几个方面：（一）、行政主体可以对具体行政行为根据不同的情况作出或者不作出相应的选择。例如我国《行政处罚法》规定行政主体有权在规定的情况下作出是否将证据先行登记保存的决定（二）、行政主体可以在法律授权范围内针对不同情况作出不同的选择。例如，行政主体可以根据法律的规定，对违法的人作出从轻、减轻或者不予处罚的决定。（三）、行政主体可以在法律授权的幅度内从事一定的行政行为。例如针对一定的违法行为，行政主体可以在法律规定的罚款幅度内作出具体的行政决定。（四）、行政主体可以根据法律法规授权范围内作出行政行为的其他情形。例如，法律对于不同的违法行为分别规定“情节较轻”“情节较重”的处罚程度，情节较轻的处罚

相对较轻，情节较重的处罚相对较重。

我国的行政自由裁量权在不断发展，但是由于法制起步比较晚，行政法的发展还不成熟，因此相对于西方法制起步较早的国家，我国行政自由裁量权还存在很多不足的地方。在这一基础上，我国要吸收借鉴西方行政法律制度中精髓的部分，并且结合我国的国情，制定出可行有效的发展计划。只有总结自己的不足以及学习其他国家先进的经验，并且结合我国的国情，才能更好的发展我国的行政自由裁量权。

2. 西方国家行政自由裁量权的发展

(1) 法国对行政自由裁量权的限制

法国作为行政法的母国，其行政法的发展在整个世界的行政法领域都具有不可替代的作用。法国实行的是权力分立，目的在于限制由封建势力所掌控的法院的权力，从而维护与资产阶级利益有关的行政权力。^[2]因此法国的行政法具有两个特征：其一是保障行政主体的权力；其二又强调行政权力的行使受制于法律法规的规定，这可以看出，法国行政法的特点是由授权和控权组成的。法国主要是由法院来进行控权，而行政法院是通过“越权之诉”的方式来进行的。它包括两个方面，一个是外部监督，即从外部的程序和形式是否符合法律来确定一项行政决定是否应该被实施；另一个是内部监督，即通过审查行政决定的内容、性质、目的等实质性内容来确定该决定是否被实施。但是行政法的发展加速了行政权力的扩张，伴随着行政法律关系日益变得更加复杂，行政自由裁量权不断扩大，致使行政自由裁量权的滥用现象屡屡发生，监督也变得越来越难。法国行政法的改革也变得迫在眉睫。在这一大背景之下，“均衡原则”应运而生。“均衡原则”是指事物与事物之间、事物的整体与部分之间、部分与部分之间合理的量、度、大小等比例关系。^[2]在这一原则的指导下，法国行政自由裁量权是通过寻找两种主体之间的一种平衡来达到监督的目的。这不仅使行政主体之间各司其职，提高了行政效率，而且还有利于行政法的发展，解决了法国行政法领域存在的问题。

(2) 德国行政法的发展

现代德国行政法的核心是国家为公民提高福利的给付行政，因此德国的给付行政不断崛

起,取而代之的就是干预行政的不断衰落,而德国行政法也在这样一个大环境下逐渐发展的。在这一大背景下,德国行政法的比例原则就应运而生。德国行政法的比例原则是由实体内容和程序内容组成的。从实体上来看,行政机关行使行政权力主要把国家利益放在首位,也就是说行政机关行使行政权力主要是为了保护国家的利益,要对公民的权力予以限制而不能侵害国家的利益,使公民权力与国家权力之间达到一个合理的平衡度。从程序上来看,行政机关针对具体的行政法律关系采取的措施与最终所要实现的价值目的之间必须要有合理的联系。因此德国行政法的内部形成了一个有机的价值链,实体上的比例原则是程序上的比例原则的最终实现目的。^[2]德国比例原则不仅保障了行政机关行政自由裁量权的行使,也保障了公民权力的自由行使,防止权力被侵害和滥用。后来,德国发展了“三阶理论”,又称“构成原则”,这一原则的提出使得原本抽象的比例原则在司法层面有了更强的可操作空间。^{[3]46}

(3) 英国行政自由裁量权体系

英国作为不成文宪法的国家,其行政法是由合理性原则和自然公正原则组成的。首先英国行政权力的行使必须符合合理性原则,即行政机关作出行政行为时必须与自己所要达到的目的相对应。同时,英国行政法也注重对公民权利的保护,当民众的权利受到侵犯时,他可以提出一般的诉讼,或者上诉,也可以请求高等法院来解决。由此可知,英国作为一个不成文宪法国家,其主要是通过法院对行政自由裁量权予以监督,同时注重保护公民的权利,其内部也形成了一个完整的体系。

(二) 我国行政自由裁量权的劣势

从上述三个国家的行政自由裁量权与我国的对比可以发现,我国行政自由裁量权在理论上和实践上都是落后的。我国更加侧重于法律监督,而西方国家更多的是靠法院来监督,这两种方式都有各自的好处,也有自己的不足之处。法律是落后的,它是社会发展的产物,它具有滞后性,对于一些新发生的事物,有可能不在其控制范围内。而我国的行政自由裁量权是由法律授权的,在法律的监督之下进行的,对于一些新发生的事物没有参照的标准。而且不遵法、不守法、滥用法律的现象屡屡发生,因此在某些情况下,行政自由裁量权的行使不

仅不会提高行政主体的行政效率，反而会阻碍行政权力的合理行使，损害人民的利益。

（三）我国行政自由裁量权的优势

但是这种模式也有其好处，它可以保护公民的权利不受国家行政权的侵害，在法律规制的范围内，它可以达到立法者想要的目的，从而维护正常的社会秩序。而西方国家更多是依照某个原则，通过法院在监督行政自由裁量权的行使，在这种模式下，一旦法院自由裁量权过高，就会导致权力的滥用，损害民众的权利。但是在这种模式下，它可以灵活处理一些突发状况，使得行政权力的行使更加高效。因此我国要想使行政自由裁量权更加完善，不仅要在现有的基础上对不足之处加以改进，也需要借鉴其他国家的先进之处。要加强对行政系统内部形成一个完整的链接，行政行为的行使要与最终达到的目的相对应，做到高效、简洁，提高整个行政效率。我国的法律体系是以宪法为核心，这是根据我国社会主义初级阶段的国情决定的，必须在坚持这一准则的前提下进行一定的改革，做好全方位的准备工作。既要加强立法、司法方面的审查监督，也要加强自身的监督，做到防患于未然，根据具体情况灵活处理不同的行政法律关系。

三、加强行政自由裁量权法律控制的原因

公共权力必须加以制约和监督，这已然成为共识。作为公权力中最活跃的行政自由裁量权，更要得到有效控制。^[4]2009年3月5日。温家宝总理提出行政机关应当“做到合法行政、合理行政、程序正当、高效便民、诚实守信、权责统一”，而施瓦茨曾经说过，自由裁量权是行政权的核心，而“权力本身存在着腐化”。^{[5]93}随着社会经济的不断发展，行政机关所面临的行政事物也越来越复杂，行政自由裁量权的滥用现象也越来越多。而一旦出现行政自由裁量权滥用现象，不仅会严重损害行政效率，而且对社会的公平正义有极大的危害。行政自由裁量权在法律体系中的地位越来越重要，它不仅关乎整个国家法治进程的发展，还与人们的生活息息相关，在这一基础上，限制行政自由裁量权的行使，防止行政自由裁量权的滥用就显得尤为重要。

（一）行政自由裁量权法律控制的定义

行政权得到扩张加速了行政权力的滥用。在这一背景下，必须要对行政自由裁量权的使用加以法律控制，也就是说，必须要法律规定的框架内行使这项权力。法律是维护一个国家稳定和社会安定的武器，任何活动都必须要在遵循法律规定的前提条件下来进行，权力的行使也不例外。但是随着行政事务的不断复杂化，行政权力不断扩张，行政自由裁量权行使的标准也越来越模糊，这就导致行政权力的滥用，损害公民的利益，阻碍法治进程。为了限制行政自由裁量权的使用，就必须要在坚持以宪法为核心的监督体系下，发挥各个方面的作用，这其中就包括立法和司法方面的监督控制。但是随着实践的进行，越来越多的专家学者认为行政自由裁量权的立法控制、司法控制都存在不同的缺陷。随着技术的不断发展以及人们的探索，行政自由裁量权的内部控制这个说法应运而生，笔者将会从这几种控制的对比关系中，说明它们各自的优缺点。

（二）加强行政自由裁量权法律控制的具体原因

1. 行政相对人处于弱势地位

首先行政自由裁量权是由法律授权给行政机关的，因此其是由国家强制力保障实施的，行政机关可以在授权范围内作出任何决定。而行政相对人作为弱势的一方，自然很难对抗行政机关的行政权，如果行政自由裁量权过大，会导致广大人民群众的利益收到损害。自古以来私权利对于公权力来说总是处于弱势的一方，很多老百姓在对抗公权力中自己的合法权益受到损害却敢怒不敢言，甚至出现以牺牲私权来满足公权力的现象。在这一大环境下，如果行政自由裁量权过大，直接损害的是行政相对人的利益，进而导致行政效率的低下，其后果不可想象。

2. 社会秩序的紊乱

行政机关行使行政权的目的是为人民服务，最终都是为了人民的利益。但是在处理行政事务当中随意性过大，导致不公平的现象出现，就会引起民众的不满。平等对待是“公民在法律面前一律平等”原则在行政中的体现，如果在同等情况下或者类似情况下产生不同的或者差别较大的执法结果，会导致对相对人的歧视。^[6]从某种意义上来说，在我国这样一

个计划思维的国家，政府的合法性不是来自法律的授予，而是来自政府为人民服务，人民群众的满意程度以及配合程度。而一旦行政机关开始滥用行政自由裁量权，群众对政府产生信任危机，那么政府的存在就毫无意义，社会秩序也将遭受严重的破坏。

3. 特权思想盛行

滥用行政自由裁量权会导致特权思想的盛行。我国是一个人情社会，在古代社会就出现了“八议”等一些反映贵族高高在上的制度，这一种特权现象在现代社会仍然有所体现。在我们日常生活当中，“公权”私用的现象屡见不鲜。一旦行政机关的工作人员的素养不高，滥用行政机关的权力，就会导致特权思想盛行，人们不再相信政府，就会引发一系列的危机。

4. 腐败现象滋生

最后，滥用行政自由裁量权会导致腐败现象滋生。如果行政自由裁量权过大，很多行政机关工作人员为了一己私利，滥用职权，作出不合理甚至违法的行政行为，不仅会破坏行政效率，对我国当前的法治进程也有阻碍。当前我国腐败现象盛行的一个重要原因就是手中的权力过大，这也与“公权”私用有关。

“权力本身存在着自然腐化的趋势”。^[5]而行政自由裁量权作为一种权力，是以国家强制力保障实施的，具有绝对性和命令性，在这种情况下，行政权力就有成为人们以权谋私的工具的可能。行政自由裁量权在不断扩大，这是由当前社会发展的趋势来决定的，如果不加以限制，一旦行政人员利用职权来贪污腐败，则直接导致法律体系出现间隙。而行政自由裁量权的滥用从而构成违法是隐蔽的，甚至很多民众都不懂，很多现实生活中的滥用行为从而构成违法到最后都不了了之。滥用现象严重，并且很多得不到有效解决，这也导致行政自由裁量权滥用的现象更加猖狂。我国的法制起步的比较晚，在古代一直是君主占据统治地位，可以说我国现在出现的特权思想就是受我国古代的法治思想的影响。人们的法制观念普遍是比较淡薄的，很多时候当自己的合法权益受到侵害时，都会选择隐忍，“多一事不如少一事”这种想法一直影响我们，当我们合法权益受到侵害但我们选择忽视的时候，那些所谓的“执法者”对行政相对人受到的损害漠不关心也就不难解释了。政府工作人员职业素养低

下也是滋生行政自由裁量权滥用的一个原因。很多政府工作人员没有经过系统的法律知识的学习，他们对很多的法律知识不了解，再加上法律本身具有滞后性，甚至一些表达还很模糊，他们对法律的理解只是停留在表面，这样他们对事实的判断就很随意，甚至不专业。从这一点又可以看出，防止行政自由裁量权的滥用，不仅要权力加以限制，还要加强对政府工作人员法律知识的专业培养，加强对他们职业道德的提高，从个人层面来防止行政自由裁量权的滥用。

四、加强行政自由裁量权法律控制的方式

(一) 立法控制

1. 立法控制概述

在我国，行政主体对行政相对人不是处在一个平等的地位，必然会导致行政权力的滥用，损害相对人的权益，而解决这一现状要从源头着手，即通过立法程序解决。^[8]我国古代长期处于封建社会，封建思想根深蒂固甚至对现代社会也会产生影响，虽然我国一直强调依法治国，但是在行政中也会出现一些“人治”的现象。从立法上对行政自由裁量权加以限制，可以给予政府工作人员有一个参照的标准，避免“人治”的出现。因此在立法上要加强立法技术，做到防患于未然，我国法律当中有很多模糊的界定，行政机关往往不好把控这些界定作出损害人们利益的行为，滥用行政权。在立法时，要将这些模糊的界定予以具体化，包括权利行使的范围也要有一个具体的参照标准。立法机构应当综合考虑我国的基本国情，针对我国行政权力行使中所出现的问题，制定出合理的法律。立法控制必须要遵循两点，第一是仔细严谨，第二是具有灵活性。法律法规对行政自由裁量权的授予必须要有一个明确的范围，行政机关必须在法律法规规定的范围内行使行政权，一旦超出这个范围，就必须对造成的危害后果负责。法律对于行政自由裁量权的授予在遵循仔细严谨的规则下，还要具有一定的灵活性。随着社会经济的发展，行政事物越来越繁多复杂，因此关于行政自由裁量权的法律法规的制定在仔细严谨的前提下，还要具有一定的灵活性，以便更好的处理行政事物，以此来提高行政效率。也就是说，法律法规对行政自由裁量权的授权与控权要达到平衡，一方面要

让行政机关在职权范围内灵活处理各种法律关系,另一方面也要限制权力的行使,防止滥用。对于目前还没有法律规定的情况,要尽快制定相关的法律,而对于一些落后的或者没用的法律法规,要加以更新和废止。另外我国目前对行政自由裁量权的法律条文也出现冗长的现象,这也直接导致行政主体在处理行政事务时不知道到底适用哪一条法律,因此要加以革新,只有不断的推陈出新,才能做到与时俱进。

2、立法控制的局限性

尽管随着社会经济的发展以及法治的进步,立法机关可以更多的干涉行政事物,并且在现实的行政事物的处理中也得以实现,但是实践告诉我们,立法控制依然难以解决行政自由权的滥用。首先立法机关很难精准的制定出精细的法律条文与变幻莫测的行政事项来一一对应。立法控制必须要做到立法机关所制定的法律必须与现实生活中纷繁复杂的行政事物相适应,或者说行政机关在处理行政事务时都能找到精准的法律。但从现实来看,这显然是无法实现的。社会经济的不断发展带来的就是行政事项也变得越来越“奇葩”,很多行政案件是立法者始料未及的,“法律是滞后的”,它不能预知未来,立法者也不知道未来会发生什么。一旦法律法规对行政自由裁量权的规定过于死板,那么在行政事物的处理过程中要么按照法律的规定严格执行,要么就会出现没有相适应的法律条文,这严重影响了行政效率,甚至会发生一系列的危害。而且立法机关需要反映广大人民群众的意见,其组成人员比较多,因此会产生各种不同的想法,而要综合考虑这些想法需要一个漫长的时间,而行政自由裁量权的发展在近几年呈现告快速发展的态势,因此这种方法可操作性不强。并且立法机关中能够熟练掌握行政自由裁量权专业知识的人不多,难以面对专业性较强的自由裁量事项,而随着经济的发展和科技的进步,专业技术问题在行政中的比重将会越来越大,在面对这些专业知识时,立法机关的大多数人不能很好的把控行政自由裁量权。另外立法控制一般只针对比较低级别的行政机关,而对一些高级别的政府的决策活动,立法控制一般很难干涉。因此立法控制对行政自由裁量权的滥用也不能做到全面的制约。

(二) 司法控制

1. 司法控制概述

司法审查对宪政的实现具有重要意义。司法机关对行政自由裁量权主要是被动审查，因此要求法院“努力争取使用一个客观标准，给作出决定的当局保留立法机关所设计的全部选择范围”。^{[9]223}在平常的老百姓眼里，他们更相信法院是公正的，而行政机关或者说政府在他们眼里就是为了自己的利益。但是正如美国著名行政学家施瓦茨曾经明确指出行政法律制度的发展史，就是一部日益扩大行政权，不断限制司法权的历史。这也从侧面反映出司法控制并不能完全对行政自由裁量权进行约束。法院是否有行政机关自由裁量行为的司法审查权，存在两种不同的观点。一种观点认为行政机关的行政权与司法机关的审判权是两种相互独立的权力，行政权在法律授权范围内行使，不受司法机关的干涉。而另一种观点则认为，行政自由裁量权过大就会被滥用，会对整个社会产生危害，必须要用审判权予以制约。从实践来看，第二种观点更为人们所接受。

我国行政自由裁量权主要存在两种审查标准，第一是合理性原则，也就是行政机关为处理某项行政事物而采取的行为，不存在违法的问题，只是合理与否的问题。第二种是合法性原则，这种原则要求行政机关必须在法律法规所规定的范围之内选择实施某种行政行为，并且对其结果负责。在我看来，合法性原则更符合时代发展的要求，因为如果仅强调合理性原则，那么我们只需要检查行政行为是否合理就行，对于不合法的行为也认为其有存在的道理，这会阻碍司法资源的高效利用，不利于法律的前进发展。我国法律规定人民法院审理案件时要对行政机关的行为是否合法进行审查。这一条文也就决定了我国采取的是合法性原则，只有在坚持这个原则的前提下，谈论限制行政自由裁量权才能成为可能。法院对具体行政行为的审查主要是审查其是否在职权范围内作出，而一旦超越法律法规授权范围之外，就会导致行政行为的违法，破坏行政效率，司法机关可以对此种行为采取惩处措施。另一种就是滥用行政自由裁量权，现实生活中比较常见的滥用现象就是乱收费以及利用职权谋取不正当利益，特别是随着经济的不断发展，利用自己处于行政机关这一优越条件来谋取不正常利益时有发生，这种行为一旦构成违法甚至犯罪，司法机关必须立马采取措施，严惩不贷。

2. 司法控制的局限性

但是司法控制也有局限性。首先司法机关对行政权力的审查是被动审查，而不能主动对行政行为的合法性及合理性进行审查。司法机关对行政自由裁量权的控制主要是通过行政诉讼，如果没有提起诉讼，司法机关不能主动对行政行为进行审查。但是在现实生活中，行政案件一般是不会进入审判程序，因为大多数行政相对人在自己的利益受到侵害时，他不会想到跟政府部门打官司。因此司法机关只会对极少数行政案件加以深究。并且司法机关只能对行政机关的违法行为加以监督，对于其不合理的行政行为以及行政人员未触及法律的不良工作作风问题，司法机关是无权纠正的。其次很多法官对于行政自由裁量权的案件了解不够深，如果法律规定的比较模糊，没有一个具体的标准，自由选择的范围过大，法官可能会被一些外部因素干扰。对于一些对行政自由裁量权不够了解的法官，如果法律没有明确的规定，那么他只能按照自己的理解来审判，这显然是不合理的。最后司法控制的成本很高，首先当事人要支付高昂的诉讼费，其次整个诉讼周期是一个漫长的过程，会严重影响司法资源，进而影响整个效率。因此司法控制和立法控制一样，虽然能解决行政自由裁量权的部分问题，但都不是最好的控制办法。

（三）内部控制

1. 内部控制概述

崔卓兰教授认为行政自由裁量权的内部控制是指“按照行政自制基本理论的要求，以行政机关为主体，通过自我预防、自我发现、自我遏止、自我纠错等一系列机制对行政自由裁量权所进行的一种自我控制。”^[10]行政自由裁量权内部控制是行政机关自己发现问题，自己纠正问题。如果采取这种方法，在行政机关严格遵循行政控制，就必定会产生由于立法控制和司法控制的效果。内部控制具有主观能动性、时效性、专业性强等优点，且可操作性强，能够得以有效实施。^[11]它可以主动发现问题，而不是被动的靠其他方法来解决；它具有专业性，行政机关对行政自由裁量权的掌握肯定是最熟练的；并且在发现和解决这些问题的时候，可以推动行政机关对解决自身问题更加高效。而这些立法和司法都不能做到。

但是以目前的现状来看，行政自由裁量权的内部控制是不被大多数人所接受的。很多人认为行政自由裁量权的问题出在行政机关内部，甚至很多都是故意为之，因此用其内部对行政自由裁量权加以控制是不现实的。大多数学者认为对行政自由裁量权控制的动力还是来源于行政系统之外，这也是内部控制还没有成为限制行政自由裁量权的主流方法之一。但是通过这几年对实践的研究可以发现，内部控制具有很多其他控制方法所不具备的优越条件，而这些因素正是解决行政自由裁量权的关键所在。因此，很多人说行政自由裁量权的内部控制动力不足，但事实上，只要我们转换一下思维就会发现，我们通常所说的外部方法也可以成为行政自由裁量权的内部控制来源。

2. 行政自由裁量权内部控制的来源

首先我们不能把遵守法律法规的规定仅仅视为立法控制，行政机关在执行行政活动时，严格按照法律法规的规定来执行，保证自己的行政行为合法合理，这也是行政机关内部对自己的一个控制。行政机关在执行行政活动以及健全内部机制时必须要在法律规定的范围内进行。只有这样，行政活动的行使才具有合法性、合理性。如果发现问题也能及时纠正。

其次司法监督、人民监督以及社会与舆论的监督都能有效遏制行政机关的行为。政府工作的好坏是由普通老百姓来决定的。因此在这样一个“重压”之下，行政机关的工作要处处考虑广大人民群众的利益，这也对其内部形成了一个有效的限制。

最后，政府之间的层级监督，具有其他方式不可比拟的优点，因为政府与政府之间是最了解的，而且上级直接监督下级是最高效的。行政自由裁量权的行使必须以实现某种合法目的为前提，并且行政主体所采取的措施与所要实现的合法目的之间必须要有必要的联系。行政机关必须在上级政府规章的有关规定下行使行政自由裁量权。

从实践来看，行政自由裁量权的内部控制是可以实现的。

3. 内部控制的方法

第一种是在遵循法律法规的前提下，可以选出一些典型的案例，以及来对行政自由裁量权给予一个明确的标准。这些典型案例主要是行政机关运用行政自由裁量权，成功解决行政

纠纷，以达到行政机关与行政相对人的平衡，维护人民群众的利益，让人民群众感到满意。这种方法具有灵活性，它并不是要求行政机关完全按照这个典型案例来行使自由裁量权，而是用这个典型案例提供了参照标准。根据这一标准，行政机关可以行使行政自由裁量权，灵活的处理所面临的各种各样的行政事务。当某个案例被长时间运用而变成普遍的参照标准时，可以上升为内部的一个规则。这种方法可以克服以往方法的僵化和固执，灵活的面对各种事项，从而推动行政自由裁量权的优化使用。

第二种是行政机关要将一些法律的规定具体化，使行政机关在处理行政法律关系时有明确的标准。现阶段主要是在法律法规规定的范围内，根据本地的经济状况、社会治安情况来加以细分。例如我国《治安管理处罚法》有很多模糊的规定，比如只规定了拘留日期的幅度，或者罚款金额的幅度。《治安管理处罚法》中有很多关于这样的规定，没有一个明确的界限，更多的是靠行政工作人员的自主判断。在这种情况下，如果可以将这些宽泛的法条根据一定的标准划分的更加精细，那么行政工作人员行使自由裁量权就更加容易、高效。

第三是行政机关内部的分权，美国的三权分立的模式可以说是既提高了整个系统的运行效率，也防止了权力的滥用。将决策、执行、监督三种职能分离开来，这种方法不仅可以提高整个行政系统的效率，而且对于行政自由裁量权的限制有一个很好的作用。现阶段行政系统内部的分权还处在刚开始的时期，很多的地方都是不成熟的，但是随着这种模式的不断发展，相信最终会成为限制行政自由裁量权最有效的手段之一。

第四是行政工作人员要在为了人民群众利益的基础上来行政，这也是关键的一环。只有政府工作人员的素养得到提高，他们才不会认为自己高人一等，不会利用自己处于优势地位来以权谋私。行政机关工作人员的职业素养是非常重要的，因为这直接关系到人民群众的利益。如果政府工作人员以权谋私，不仅损害政府的威信，还会直接导致普通老百姓利益的受损。

需要指出的是，上述限制行政自由裁量权的三种控制方法之间不是对立关系，而是在相互配合、相互牵制的基础上对行政自由裁量权滥用的现象予以把控。首先实践证明行政自由裁量权的内部控制相较于其他两种控权方法具有优越性，但是内部控制不能解决所有的问题，

还需要立法控制和司法控制在某些方面发挥作用，这样才能发挥出内部控制的最大优点。相信在内部控制的调节之下，以及立法控制和司法控制的保障之下，行政自由裁量权一定会得到一个很好的限制，从而更好的发展，行政效率也会越来越高。

五、结语

随着社会经济的不断发展和法制的不断及完善，行政自由裁量权在现实生活中的运用也越来越多，领域也越来越宽泛，我国法制起点比较晚，在行政法特别是行政自由裁量权这一块还比较不成熟，因此要在吸取以往经验以及吸收外国先进经验的基础上，不断完善我国行政法的发展。行政自由裁量权也成为近年来讨论的一个热门话题，国内外很多优秀学者对如何限制它都提出了很多的意见和想法。我国的行政自由裁量权的限制还存在很多不足之处，同时我国的法律体系也不同于其他国家，因此要根据我国的国情，吸收外国好的方法和模式，来发展我国的行政法，争取在行政自由裁量权的控制方面实现突破。如今行政自由裁量权已经广泛的出现在了我们的日常生活当中，并且在以后的发展中可能更加明显，作为行政法中最具有显著特征的一部分，如何限制它对我国法制建设以及依法治国具有非常重要的意义，但是也不能急于求成。一旦行政自由裁量权得到了合理的限制与运用，首先行政效率将会大大提高，行政系统内部的机制有序运行，各司其职，相互监督，相互制约；其次会增强老百姓的满意度和幸福感，维护社会秩序，促进社会和谐；最后对我国法制建设以及依法治国的实现将会有巨大的作用，会推动整个法律体系的不断发展与前进。

作者单位：安徽明泉律师事务所

1

参考文献

[1]王名扬.美国行政法[M].中国法制出版社,1996:545

- [2]李秋霖. 中外行政自由裁量权及其控制的比较研究[J]. 辽宁行政学院学报, 2011
- [3]余凌云. 行政自由裁量论[M]. 中国人民公安大学出版社, 2005. 6:46
- [4]陈文清. 论行政自由裁量权的内部控制[J]. 《政治学研究》, 2011. 10
- [5]贲国栋. 行政执法的伦理研究[M]. 法律出版社, 2010. 11:93
- [6]周丽婷. 论行政自由裁量权的滥用及其程序性控制[J]. 《武汉大学学报（哲学社会科学版）》, 2012. 1
- [7]胡亚球, 陈迎. 论行政自由裁量权的司法控制[J]. 《法商研究》, 2001. 7
- [8]李加南, 陈皓琳. 论行政自由裁量权的运行及其理发控制[J]. 法制与社会, 2017.
- [9]张婧飞. 行政控制权正当性的法哲学追问[M]. 法律出版社, 2009. 6:223
- [10]崔卓兰, 刘福元. 论行政自由裁量权的内部控制[J]. 《中国法学》, 2009. 8
- [11]班荣升. 论行政自由裁量权的内部规制[J]. 贵州民族大学硕士论文, 2019. 6

论破产中的公益生态环境保护问题

安徽明泉律师事务所 卫星

【摘要】

第一部分：破产法司法实务（司法案例）

第二部分：我国破产法立法的缺失（问题提出）

第三部分：域外法经验（借鉴学习）

【关键词】生态环境保护；司法案例；问题提出；借鉴学习

一、司法案例

笔者曾办理一件工业制造业企业破产清算案件（已经停业多年），在土地及厂房不动产资产处置过程中（本案有证的土地及其上的厂房均已抵押贷款，该项财产为抵押担保物，无证的土地及厂房价值约为50万，未抵押），发现厂区内堆放了大量硝酸、硫酸及其他工业废弃物，如不紧急处理，则会加深对水体、土壤的污染，并可能会发生污染安全事故（时至盛夏）。管理人紧急咨询环保部门，处置费用预计在100万元左右。因考虑到事态紧急，环保部门紧急开会研究决定先处置，再商议处置费用，同时发出清污命令。

就该项费用的性质及承担，管理人依法向受理法院报告并会商后，拟定了将该项费用认定“为维护、保管担保物的费用，由担保债权人承担并从上述抵押担保资产变卖价款中优先扣除”的费用承担方案。该方案拟定后，管理人召集四个抵押担保债权人召开债权人会议前的预备会议，讨论会商该方案，经多轮谈判、会商，抵押担保债权人限于案件审理拖延的时间压力方同意承担该费用并认可该方案。据此，管理人在日后召开了的债权人会议上顺利通过了本案的破产财产分配方案（该方案包含了该项费用的承担内容）。

二、问题提出

包含上述生态环境污染治理、公益生态环境保护的同类司法案例、同类司法实践已经屡见报端，业内同仁也在撰文呼吁该类问题的解决，而刚刚闭幕的中国破产法论坛，更是从行

业的角度深度阐释了破产中的生态问题。这次论坛主旨之一破产企业“生态 e 治”项目上线，这实际就是生态绿色发展贯彻到破产程序中的一个理念体现和行为实践。目前这类问题共性之一就是：破产案件中生态环境治理、保护及其费用承担的问题怎样依法解决。

所不同的是，在笔者的这件案例里，经会商、谈判，抵押担保债权人最后自愿同意承担该项污染治理费用（但如果抵押担保债权人不同意的话，这个污染治理及其费用承担问题也是个棘手问题）。业内同仁也在撰文呼吁该类问题的解决，这类问题就是：破产案件中生态环境治理、保护及其费用承担的问题怎样依法解决。

我国现行的《企业破产法》于 2007 年 6 月 1 日颁布实施，至今已过 16 个春秋，由于时代烙印及时代价值追求不同，该法对破产案件审理中的公益生态环境保护并没有作出一个基本性或基础性的价值追求规定，也没有将公益生态环境保护或治理费用的受偿顺位或承担办法作出一个具体的规定。该项立法上的缺失再结合目前很多企业资产已经抵押，大多都“无产可破”司法实践实际，导致破产案件中公益生态环境保护、治理成为一个很现实并亟待立法解决的一个很重要法律问题和一个很重要的社会问题。

三、借鉴学习

破产制度之于我国，无论是其制度本身还是文化内涵，严格来说都是舶来品，而且一直是在一波三折的风雨历程中艰难前行。但我们欣喜地看到，破产法逐渐成为一门显学，政府、社会及市场也逐渐认识到经济发展对破产法不可或缺的内在需求以及破产法对社会及市场所具有的良好回应及保障机能。

在新时代价值追求和新的全球化趋势下，在基于我们的司法实践和国情基础上，我们更要学习和借鉴破产法制成熟和先进国家的立法例及其经验，培育我们的思维和应对、化解破产法疑难问题的能力。就破产法对经济社会生活所发挥的实际功效、破产理论研究的深度及影响力而言，美国毫无疑问是目前最为发达和最为成熟的国家。

美国破产法，体系成熟、规则详尽、实践丰富而屹立于全球之巅，是各国破产立法之标杆。我国现行的《企业破产法》很多内容就是借鉴和学习美国破产法而制定的。在杭州 G20

峰会上，中美两国元首会晤的中方成果清单指出：“中美双方认识到建立和完善公正的破产制度和机制的重要性。中方高度重视运用兼并重组和破产重整、破产和解、破产清算制度和机制依法解决产能过剩问题。在解决产能过剩问题过程中，中方将通过继续建立专门的破产审判庭、不断完善破产管理人制度以及运用信息化手段等方式推进破产法的实施。中美双方承诺最早从 2016 年开始，以论坛或互访等方式定期和不定期地就双方各自破产法的实施进行沟通交流”。

就公益生态环境问题在破产程序中的解决方案，我们可以看看美国破产法及其司法判例中对此是怎么规定、处理的。

联邦最高法院在 Kovacs 案判决时强调，任何占有特定场所的人都必须遵循可适用的环保法规，即便是在破产程序中。毫无疑问，任何人或团体都不应滋扰环境，污染本国水土，或拒绝清除污染源。同时指出，环境执法的手段不会因破产而受到实质影响，该项环保义务产生的债务不属于可免责的范围。第六巡回法院在一案件中同样认为，由于债务人必须花钱对破产程序启动前所造成的土地破坏进行修复，因此该项义务应当被视为破产法上的债务。上述判例表明美国破产法及其司法实践均将清污认定为破产企业的一项义务及债务，且该项债务不可免责。

但同样的是，美国破产法典并未明文规定涉及生态环境治理的费用即清污费用在破产债权中的清偿顺位，而是把这个问题交给破产法官及司法判例。

在涉及环境侵权的破产案件中，联邦最高法院及各地法院的司法判例几乎一致认定该项环境侵权债权或清污债权是维护破产财团的实际必要费用，具有管理费用优先顺位。而根据美国破产法典 507（a）之规定，管理费用债权虽然是排在第一优先顺位家庭抚养费债权之后位列第二顺位的债权，但实际上大部分破产案件（非自然人破产）的管理费用债权事实上是排在第一位的，属于事实上的第一优先顺位的债权。据此，美国破产法从司法判例到司法实践基本解决了环境侵权债权、清污债权的清偿问题。

剩下的问题则就是涉及到破产财团如果全部是抵押担保财产的破产程序中，清污费用

怎么进行清偿。对此，美国破产法典 506 (c) 明确规定，管理人得从担保经确认的担保债权的担保财产中，扣除保管或处分财产所生的合理必要费用与开支，但不得超过该债权人因此获得的利益。这条规定后的基本原理就是担保债权人不得以他人的损失为代价获得意外收益的衡平理念。至于破产财团是无负担的财产，清污费用从无负担财产中支出、清偿，这是很简单的应然道理，这里不再累述。

我国是成文法国家，无论是在我们未来的破产法改革、破产法理论研究，还是在我们的破产实务中，通过借鉴和学习美国破产法中关于生态环境保护及其债权背后的基本原理和法律适用中的思维逻辑（如，破产中的债务人必须遵守与其他所有人相同的规则，破产只是一个厘清已经存在于其他地方的权利的程序，只是厘清权利，而非重塑权利，破产法必须尊重非破产法的安排，等等），都能够开拓我们的法律思维、提示我们的法治智慧，推进我们破产法改革的进程。譬如，针对我们新时代基本价值追求之一的公益生态环境保护，我们可以在未来的破产法修改中在总则部分对生态环境问题作出一个基本价值回应，并在总则或分则中对该项费用的清偿支付作出一个原则性的规定，这不仅仅适应和回应了新时代公益生态环境保护价值追求，还提升和保障了这一价值追求的实现。

作者单位：安徽明泉律师事务所

论所有权保留买卖在司法实践中的几个难点

安徽今昔律师事务所 余育新

【摘要】所有权保留买卖制度是一项古老的担保制度，是指通过在所有权转移效力上附加生效条件的方式，保障出卖人在获得足额价款前就标的物享有的支配权利。一开始人们认为该制度只涉及所有权的交易往来，但随着实践和理论的发展，人们逐步认识到被保留的所有权并非一个真正的所有权，而是分期付款买卖合同的出卖人为保护自己的价款而设置的物权担保，用保留的标的物的所有权对债权进行担保[1]。因所有权保留过程中标的物并非在出卖人的控制之下，因此如何充分流通标的物、保障出卖人的债权顺利实现、平衡出卖人、买受人和第三人的利益在当前的社会形势下非常具有实践意义。

【关键词】所有权保留；留置权；非典型担保；权利冲突

《中华人民共和国民法典》第六百四十一条规定当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》中以“非典型担保”单独一篇对当前主要的非典型担保做出了规定，其中所有权保留买卖放在该篇首位，足以体现所有权保留买卖的重要性。基于现实生活中交易的复杂性，市场主体在频繁使用和转移标的物的过程中可能设立了多种担保物权和其他权利，所有权保留可能引发的权利冲突越发显现。在此背景下，本文选择了以下几个有可能产生争议的问题作出论述。

一、买方已支付部分价款，在卖方违约的情况下买方对标的物是否享有留置权？若享有留置权，该留置权是否足以对抗卖方的取回权？

依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》的规定，现代担保制度基本可以分为典型担保和非典型担保，所有权保留属于非典型担保的一种，该担保物权的特殊性在于债权人享有额外的实现担保物权的权利—取回标的物，但是出卖人的

取回权无疑和买受人的占有权发生了直接冲突，虽然一般认为买受人基于合同享有的占有权无法对抗出卖人的取回权，但笔者认为买受人就标的物并非仅享有上述权利，在特定情况下只要符合法律关于留置权的规定，就可以对抗出卖人的取回权，主要理由是：

1. 买卖合同是双务合同，出卖人可以要求买受人支付价款，买受人也有权要求出卖人交付符合合同约定的数量、质量的标的物及要求出卖人履行修理、重作、更换、退货、减少价款或者报酬等违约责任的权利，在出卖人未依法履行上述义务的前提下，买受人符合民法典第四百四十七条规定的债权人资格，其对合法占有的标的物享有留置权。

2. 《中华人民共和国民法典》第四百五十六条规定同一动产上已经设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿，又因为法定担保物权优先于约定担保物权是公认的物权原则，因此留置权无疑应当优先于出卖人基于所有权保留享有的权利。

综上，笔者认为在特定情况下买方享有留置权，且该留置权足以对抗卖方的取回权。

二、买方支付 75% 价款后卖方还能否就标的物在剩余价款的范围内享有优先受偿权？

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条规定：“买受人已经支付标的物总价款的百分之七十五以上，出卖人主张取回标的物的，人民法院不予支持”，此条文是对出卖方行使取回权的直接限制之一，因为买受人支付大部分款项时一般已经对标的物进行了充分占有、使用，双方大部分权利义务已经履行完毕，其物权外观已经成立，为保护交易安全、减少交易成本、平衡买卖双方的权利义务，此时买受人的物权期待权应当优先于出卖人的担保物权得到保护，司法解释限制出卖人的取回权具有合理性，但问题在于出卖人能否继续就标的物在买受人尚未支付的剩余价款范围内享有优先受偿权呢？

笔者认为，买受人支付百分之七十五以上合同价款后出卖人不再享有就标的物实现担保物权的权利。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第六十四条第一款规定：“在所有权保留买卖中，出卖人依法有权取回标的物，但是与买受人协商不成，当事人请求参照民事诉讼法“实现担保物权案件”的有关规定，拍卖、变卖标的物的，人民法院应予准许”，此条文与民法典第六百四十二条第二款的规定相一致，明确出卖

人在符合法律关于取回权的条件且与买受人协商不成的情况下才能够参照适用担保物权的实现程序,既然司法解释已经规定买受人支付百分之七十五以上合同价款后出卖人不再享有取回权,那么按照上述规定出卖人理应不再享有担保物权,其仅就剩余价款享有债权,可以依据合同的约定主张。

三、买受人将标的物出卖给第三人,第三人的权利如何保护?第三人能否以标的物存在瑕疵为由主张出卖人承担瑕疵担保责任?

民法典第六百四十一条规定:“涉及第三人的权利出卖人对标的物保留的所有权,未经登记,不得对抗善意第三人。”《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条第二款规定:“在民法典第六百四十二条第一款第三项情形下,第三人依据民法典第三百一十一条的规定已经善意取得标的物所有权或者其他物权,出卖人主张取回标的物的,人民法院不予支持。”在实践中,因所有权保留买卖的标的物未处于出卖人的控制之下,买受人可能将标的物不当处置给第三人,包括出卖、出质、抵押等行为,可能损害出卖人的权利,此时出卖人的担保物权和第三人就标的物享有的权利发生了直接冲突,保护哪一方的权利应当基于对第三人是否属于善意的事实判断。根据民法典的相关规定和法理,所有权保留买卖合同关系中的善意第三人应当满足以下几点:第三人不知道标的物上存在所有权保留买卖、第三人和买受人之间存在合法有效的买卖合同关系、标的物的价款应当符合市场行情、第三人支付了全部或部分价款、买受人已经交付了标的物、第三人不存在过错。此时善意第三人在主客观上对物品交易尽到了充分的义务,善意第三人对标的物的交易享有充分的信赖利益,理应得到保护。因此上述规定对善意的第三人的权利作出规定,确认善意第三人就标的物享有的权利优先于未登记的所有权保留买卖。

关于第三人能否以标的物存在瑕疵为由主张出卖人承担瑕疵担保责任的问题,笔者认为,购买标的物的第三人相对于出卖人有且仅有完整的所有权,又根据合同的相对性原则,出卖人仅对买受人承担合同义务,而第三人取得标的物系基于其与买受人签订的合同,故第三人依法对标的物享有的其他如权利瑕疵担保义务请求权、质量瑕疵担保责任请求权均应向

合同的对方当事人即买受人主张，出卖人不应对标的物交付第三人后的瑕疵问题承担责任。

四、所有权担保所涉标的物是否有必要延伸到不动产？

一直以来，我国法律都是坚持所有权保留买卖不适用于不动产，主要理由在于我国的不动产公示方法明确为登记，出卖人只要不办理变更登记即可保留不动产的所有权，而且现行预告登记制度可以充分替代所有权保留的功能。笔者认为，不动产的所有权保留买卖在当前市场发展形势下有其合理性，但该制度应当采取登记设立主义，买受人支付完毕价款后出卖人配合撤销登记，主要有以下理由：

1. 房产买卖交易中，当事人有可能采取分期付款的方式，此时当事人可以配合交付使用灵活设置交易环节，如买受人支付预付款—买受人占用房屋并支付占用费—买受人支付尾款，买受人不支付占用费或者尾款则出卖人可以取回不动产并要求其支付违约金，在此交易模式下，因买受人既需要支付占用费又要支付尾款，其履约的积极性较高，出卖人也可以取回不动产，还可以收取房屋占用费，风险比较小，当事人对此类交易模式接受度可能比较高。

2. 相比于动产的移动属性，不动产位置固定、登记设立的属性在出卖人取回时更具有操作性，出卖人在满足法律规定的条件下可以比较方便地请求司法机关强制执行而避免了动产所有权保留买卖制度中双方协商不一致时只能拍卖、变卖标的物的繁琐环节和法律风险。

3. 预告登记实际上越来越不利于除出卖人外其他享有不动产权利的权利人。《中华人民共和国民法典》第二百二十一条规定：“……预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起九十日内未申请登记的，预告登记失效”，但实践中各地法院对“能够进行不动产登记之日”及未申请登记的责任在哪一方的认定不一，特别是银行在设立抵押权预告登记后长时间未能办理正式登记的情况下很有可能成为预告登记失效的责任方，从而丧失抵押权。如果能够办理不动产的所有权保留买卖，银行便可以与出卖人直接办理抵押预告登记和正式的抵押登记，因出卖人多为开发商，双方就抵押物取回、抵押权办理上的问题更方便协商处理。

作者单位：安徽今昔律师事务所

参考文献

- [1] 杨立新：《〈中华人民共和国民法典〉条文精释与实案全析》，中国人民大学出版社2020年版，第270页。

论债权人撤销权在离婚协议中的适用

安徽明泉律师事务所 何亮

【摘要】《民法典》实施前，离婚协议作为有关身份关系的协议，能否适用债权人撤销权，一直颇有争议。《民法典》实施后，有关身份关系的协议，也可以根据其性质参照适用《民法典》合同编中的债权人撤销权制度。鉴于离婚协议的各项内容密切联系，可以在肯定离婚协议整体性的前提下，仅对财产处理的部分行使撤销权。关于债权人撤销权的适用范围，有关抚养费支付的约定也应在债权人撤销权的适用范围内，但需慎重适用。对以净身出户换取免付抚养费的约定，就应得财产远超应付抚养费的部分，可以适用无偿行为的债权人撤销权。

【关键词】债权人撤销权；离婚协议；抚养费

一、问题的提出

债务人的全部财产均为债权实现的保障，故称责任财产。为保全债务人的责任财产，我国法律规定了债权人代位权和债权人撤销权。所谓债权人撤销权，亦称废罢诉权，指债务人有积极减少责任财产，影响债权实现的行为，债权人有权撤销该行为的权利。^[1]债务人积极减少责任财产，影响债权实现的行为，统称为诈害行为。夫妻双方自愿离婚时，应当签订离婚协议，离婚协议中，就有可能存在诈害行为。例如，在财产以及债务处理部分，约定将夫妻共同财产全部分割给其中一方；再如，在子女抚养部分，约定一次性给付子女巨额抚养费。

离婚协议需要载明双方自愿离婚的意思表示，也需要对财产及债务作出处理。如此，离婚协议通常既有变动人身关系的内容，也有变动财产关系的内容，实具混合属性。^[2]而且，其对财产关系的变动还会考虑到子女抚养、家务补偿、离婚过错等诸多因素，故能否在离婚协议中适用债权人撤销权制度，以及具体该如何适用，一直颇有争议。本文将从适用可能性、适用路径及适用范围来讨论债权人撤销权在离婚协议中的适用。

二、债权人撤销权在离婚协议中的适用可能性

（一）《民法典》实施前

《民法典》实施前，根据《合同法》第二条第二款，婚姻等有关身份关系的协议，不适用《合同法》的规定。因此，规定在《合同法》内的债权人撤销权制度从法律适用的角度上说，不适用于有关身份关系的协议。离婚协议作为载明双方自愿离婚的意思表示的协议，毋庸置疑，是有关身份关系的协议。虽然该有关身份关系的协议也含变动财产关系的内容，但财产关系的变动，是以身份关系的变动为基础的，与夫妻感情、子女抚养等人身因素具有密不可分的关系，故应当将离婚协议作为一个整体来作性质上的认定，认定其为有关身份关系的协议。故离婚协议适用的是《婚姻法》等相关法律的规定，而非《合同法》。有些法院就据此认为债权人撤销权在离婚协议中的适用没有法律依据，不应予以支持，如赣州市全南县人民法院（2018）赣 0729 民初 986 号民事判决书。该判决书在本院认为部分写道：“离婚协议虽然具有民事合同性质，但离婚协议中的财产分割条款与身份关系有关，应当优先适用婚姻法及相关法律规定……原告要求撤销……离婚协议中有关夫妻共同财产房屋约定条款的主张，于法无据，本院不予支持。”

离婚协议实际上具有混合属性。不可否认，离婚协议主要变动的是身份关系，但离婚协议也确实存在变动财产关系的内容，例如有关财产和债务处理的部分。这些有关财产变动的内容，与双方自愿离婚的意思表示等变动身份关系的内容相比，具有一定的独立性，可以据此对离婚协议做一个拆分。其中，双方自愿离婚的意思表示为身份行为，不适用债权人撤销权制度；而关于财产和债务处理部分的意思表示为财产行为，可以适用债权人撤销权制度。这种法律解释，就为债权人撤销权制度在离婚协议中的适用提供了法理基础，扫除了《合同法》的适用障碍。有相当一部分法院在审理与离婚协议有关的债权人撤销权纠纷中就采用了这种法律解释，从而支持了债权人的撤销离婚协议中有关财产处理部分的约定的诉请，如重庆市秀山土家族苗族自治县人民法院（2020）渝 0241 民初 2254 号民事判决。该判决书在本院认为部分写道：“离婚协议涉及自愿离婚、子女抚养、财产及债务处理三项内容……当事人自愿离婚的意思表示及子女抚养的约定属于夫妻和子女身份关系，不能适用《合同法》。

但涉及财产及债务处理的约定……其本质上属于平等主体意思自治的范畴,应当受《合同法》等法律规范的规制。”

（二）《民法典》实施后

《民法典》实施后,根据《民法典》第四百六十四条第二款,婚姻等有关身份关系的协议,可以根据其性质参照适用《民法典》合同编的规定。这就意味着,即使坚持认为离婚协议是一个不可拆分的有关身份关系的协议,也可以参照适用《民法典》合同编的规定,自然,规定在《民法典》合同编内的债权人撤销权也具有了参照适用的可能性。因此,《民法典》实施后,对于债权人撤销权在离婚协议中的适用问题,法院逐渐形成了一个统一的裁判观点——可以适用。笔者在中国裁判文书网以“债权人撤销权”和“离婚协议”为关键词进行检索,再限定案由类型为“民事案由”,文书类型为“判决书”,最后在全文中检索“《民法典》”,共检索出382篇文书,查阅大半,并未发现有认为债权人撤销权制度不能适用于离婚协议的判决书。笔者还在人民法院案例库中以“债权人撤销权”和“离婚协议”为关键词进行检索,发现人民法院案例库暂时只收录了“上海某食品公司诉李某、何某某、李某某债权人撤销权纠纷案”,该案的生效裁判就支持了上海某食品公司主张撤销李某、何某某签订的《自愿离婚协议书》中关于共同财产分割的全部条款的诉请。经过以上检索,笔者认为,目前法院的倾向性观点是债权人撤销权制度在离婚协议中具有适用可能性。此外,笔者在“国家哲学社会科学文献中心”以“债权人撤销权”和“离婚协议”为关键词进行检索,共检索出60篇论文,拜读了大部分论文后,发现学者们的观点也是倾向于肯定债权人撤销权在离婚协议中的适用可能性。

综上,笔者认为不论是司法实务还是学界理论,对债权人撤销权在离婚协议中的适用,都已经形成了主流意见——债权人撤销权在离婚协议中具有适用可能性。笔者对该主流意见,也持赞同态度,债权人撤销权的主要功能就是保全债务人的责任财产以保障债权实现,而在实践中,债务人恶意减损其责任财产的主要手段之一就是有意在离婚协议中少分甚至不分夫妻共同财产。因为一旦债务人不分、少分夫妻共同财产,或支付明显不合理的高额抚养费、

赔偿金、补偿金或帮助金，势必会造成债务人责任财产的减少，进而影响其债务清偿能力。

^[3]如果这种情形下，否定债权人撤销权制度在离婚协议中的适用可能性，那便是对债务人诈害债权行为的一种变相纵容，也会使得债权人撤销权制度在很大程度上被架空。

三、债权人撤销权在离婚协议中的适用路径

（一）适用路径的核心——离婚协议的性质

在以《民法典》实施为节点探讨了债权人撤销权在离婚协议中的适用可能性后，需要进一步思考《民法典》实施后，在离婚协议中适用债权人撤销权，是直接适用还是参照适用？也就是讨论债权人撤销权在离婚协议中的适用路径。如果认为债权人撤销权制度在离婚协议中的适用是参照适用，即认为离婚协议应当整体把握，为有关身份关系的协议，故其对债权人撤销权的适用为“参照适用”，应当先适用《民法典》第四百六十四条第二款，再适用《民法典》第五百三十八条或者第五百三十九条。如果认为债权人撤销权制度在离婚协议中的适用是直接适用，则是认为离婚协议可以拆分视之，包含了数个法律行为，其中，关于财产及债务处理部分是单独的一个法律行为，其法律效果是变动财产关系，可以直接适用《民法典》第五百三十八条或者第五百三十九条。当然，也有学者认为可以既肯定离婚协议的整体性，又直接适用债权人撤销权的规定。总之，讨论债权人撤销权在离婚协议中的适用路径，核心就是探讨离婚协议应当整体把握还是可以拆分视之。

（二）离婚协议的性质——整体把握还是拆分视之

探讨离婚协议应当整体把握还是可以拆分视之，首先需要明确离婚协议的内容。根据《民法典》第一千零七十二条第二款的规定，离婚协议应当含“自愿离婚的意思表示”“对子女抚养协商一致的意见”和“对财产以及债务处理协商一致的意见”。离婚协议，核心是“自愿离婚的意思表示”，自是不必多言。但后两者——“对子女抚养协商一致的意见”和“对财产以及债务处理协商一致的意见”，也是协议离婚的必备内容。

确定了离婚协议的内容后，再分别看这三项内容所引起的法律关系的变动。第一项，自愿离婚的意思表示，其效果意思是解除夫妻关系；第二项，对子女抚养协商一致的意见，其

效果意思是确定子女抚养归属及抚养费支付；第三项，对财产以及债务处理协商一致的意见，其效果意思是分割夫妻共同财产。^[4]这三项内容所引起的法律关系的变动，从第一项来说，属于人身法律关系的变动，从第三项来说，属于财产法律关系的变动，从第二项来说，既引起了人身法律关系的变动——抚养权的归属，又引起了财产法律关系的变动——抚养费支付。这充分说明了人身法律行为和财产法律行为的分类是相对的，存在微妙的地界，也表明离婚协议的内容具有复合性。

确定了离婚协议的三项内容所引起的法律关系的变动，再看这三项内容之间的关系，是紧密相连，还是相对独立？笔者认为，这三项是紧密相连的。论证这三项内容的关联性，可以举例说明。例一，妻子主动提出少分甚至不分夫妻共同财产来争取丈夫同意离婚。例二，丈夫在婚姻中存在家暴或者与他人同居等重大过错，且未成年子女不由丈夫直接抚养，于是在分割夫妻共同财产时将大部分甚至全部财产分割给了妻子。例三，丈夫直接抚养未成年子女，且分得夫妻共同财产的大部分甚至全部，但妻子无需再支付抚养费。以上三个例子，充分说明了，离婚协议的这三项内容存在极大的关联性，难以割裂开来将其中一项或者两项作为独立的一个法律行为。

综上，笔者认为离婚协议应当整体把握，不可拆分视之。故笔者认为，在离婚协议中适用债权人撤销权，应当是参照适用。其适用路径为：先适用《民法典》第四百六十四条第二款，再适用《民法典》第五百三十八条或者第五百三十九条。其中，无偿行为适用《民法典》第五百三十八条，有偿行为适用《民法典》第五百三十九条。有学者认为可以既肯定离婚协议的整体性，又直接适用债权人撤销权的规定。主要理由是债权人撤销权仅对财产处理行为发生效力，与身份关系行为无涉，不应当机械地认为此情形下的适用为“参照适用”。此外，如果是直接适用，对于实务操作来说，会更加便捷。^[5]对此，笔者认为，虽然债权人撤销权仅对财产处理行为发生效力，但既然肯定离婚协议的整体性，认可离婚协议是一个整体的法律行为，且性质上属于有关身份关系的协议，那么从法律逻辑上说，“参照适用”比“直接适用”更加严谨、周全。当然，笔者完全赞同，债权人撤销权仅对离婚协议中涉及财产处理

的部分发生法律效力，也就是说，债权人撤销权对离婚协议的撤销，是部分撤销。依据民事法律行为部分无效的相关规定，承认债权人可对离婚协议中的财产处理约定部分撤销。^[6]

四、债权人撤销权在离婚协议中的适用范围

对债权人撤销权在离婚协议中的适用可能性和适用路径进行讨论后，已经初步明确，债权人撤销权可以在离婚协议中适用，可以部分撤销离婚协议中的约定。但究竟部分撤销的是哪一部分或哪几部分？

概言之，是可以部分撤销离婚协议中有关财产处理的约定。但是，离婚协议有三个必备内容——“自愿离婚的意思表示”“对子女抚养协商一致的意见”和“对财产以及债务处理协商一致的意见”。“对财产处理以及债务协商一致的意见”主要是关于夫妻共同财产和共同债务的处理，自是属于有关财产处理的约定，不必多言。但“对子女抚养协商一致的意见”中包含关于抚养费支付的约定，这一约定也涉及了债务人的财产，属不属于可撤销的范围？再进一步，如果夫妻之间有关共同财产处理的约定和抚养费支付的约定联结起来，又应当如何适用？

（一）抚养费的支付

离婚协议的第二项内容，关于子女抚养协商一致的意见，既包括抚养权的归属、探望等不涉及债务人财产的内容，也包含抚养费的支付这一涉及债务人财产的内容。抚养费的支付能否适用债权人撤销权之所以存在争议，是因为持否定观点的人认为抚养费的支付本质上是债务人负担了一个债务，且该债务是面向未来的，不影响债务人现时的责任财产，而债权人撤销权适用于离婚协议主要就是为了保全离婚时债务人的责任财产，使得债务人现时的责任财产不因离婚而过分减损，故债权人撤销权不应当干涉债务人未来的财产安排，尤其这一未来的财产安排本身就是履行父母对子女的抚养义务这一法定之债，涉及子女权益保护的问题。但持肯定观点的人认为，如果在离婚协议中约定了不符合债务人现时经济状况的高额抚养费，确实会减损债务人未来的清偿能力，进而对债权人的债权实现造成阻碍。总之，不论是肯定债权人撤销权的适用还是否定，都又充足理由，故关于抚养费支付的约定能否适用债

权人撤销权，尚未形成主流观点。

对此问题，笔者认为，应当回到债权人撤销权的核心功能——保全债务人的责任财产以保障债权实现。从这一核心出发，就可以发现，虽然抚养费的支付是债务人未来的债务、未来的财产安排，虽然抚养费的支付本身是在履行父母对子女的抚养义务这一法定之债，但毋庸置疑，在离婚协议中约定与债务人现时经济状况不符的高额抚养费会影响到债务人未来的责任财产，存在诈害债权之嫌疑。因此，如果影响债务人现时的责任财产的约定——对夫妻共同财产处理的约定，能够适用债权人撤销权制度，那么，影响债务人未来的责任财产的约定——抚养费的支付，也应在债权人撤销权的适用范围。反之，如果断然否认债权人撤销权在离婚协议中有关抚养费支付部分的适用，恐无法充分保障债权人的利益。当然，在肯定债权人撤销权能够适用于关于抚养费的约定以保障债权人利益的同时，也应当充分考虑对子女权益的保障。为此，在适用时，可以先将抚养费的支付与夫妻共同财产处理的约定区别开来，优先考虑撤销夫妻共同财产处理的约定，若还不足以保障债权实现，再考虑撤销关于抚养费支付的约定，而且应当更加慎重，综合各种因素判断约定的抚养费的数额以及支付方式等是否合理，以及撤销之后，是否会极大地损害子女的权益。如此，才能充分保障子女权益。总之，对当事人合意的尊重、对债权人权益的保障、对子女权益的保障以及情感等非法律因素的影响，都是在离婚协议中适用债权人撤销权时需要慎重考量、仔细斟酌的。

（二）夫妻共同财产处理和抚养费支付的“交换”

实务中，不乏夫妻在离婚协议中约定，妻单独抚养小孩，夫净身出户而无须支付抚养费的情形。这种情况下，夫妻共同财产处理和抚养费的支付就被当事人做了一个“交换”，该如何适用债权人撤销权？

首先，虽然夫妻在离婚协议中做了一个“交换”，但从法律适用的角度说，还是应当将夫妻共同财产处理的约定和抚养费支付的约定区别开来，不能混为一谈，将抚养费支付的约定也认为是夫妻共同财产处理的一部分。在离婚协议中，财产清算的目的在于处理现时已有的财产，而将来需要支付的抚养费等属于未来的费用，不应被视为夫妻共同财产清算的一部

分。^[7]

将夫妻共同财产处理的约定和抚养费支付的约定区别开来后，再来分析当事人所做的“交换”。交换之前，夫本应分得夫妻共同财产的50%，同时应负担支付抚养费这一未来债务。交换之后，夫丧失了本应分得夫妻共同财产的50%，同时被免除了支付抚养费这一未来债务。这种交换，本质上是一种代物清偿——用夫妻共同财产的50%清偿未来的抚养费债务。此种代物清偿，一方面，减少了丈夫现时的责任财产；另一方面，免除了丈夫未来的债务，乍一看，也不失合理性，但细究之下，现时夫妻共同财产的50%和未来的抚养费不一定在数额上相当，未来抚养费的现时一次性也给付不一定合理，均存在诈害债权之嫌疑。

对此，笔者认为，可以先将“现时夫妻共同财产的50%”和“未来的抚养费”在数额上做一个比较，如果“现时夫妻共同财产的50%”远超“未来的抚养费”，那么对夫妻共同财产处理的部分，可以考虑适用《民法典》第五百三十八条，撤销其超出合理范围的部分，将该部分恢复至共同共有的状态。之所以适用《民法典》第五百三十八条——无偿行为的债权人撤销权，而非《民法典》第五百三十九条——有偿行为的债权人撤销权，是因为撤销的仅是超出合理范围的部分，而超出合理范围的部分，一方并未获得对待给付，乃无偿赠与。如果“现时夫妻共同财产的50%”和“未来的抚养费”在数额上相当，或者虽然有差距，但仍在合理范围内，可以再考虑这种未来债务一次性清偿的清偿方式是否合理。单从保护债权人的角度言，这种清偿方式的确不够合理，因为时间是能产生收益的，提前一次性清偿就丧失了这一部分收益。但在离婚协议中适用债权人撤销权，尤其是涉及共同财产处理和抚养费的支付时，还应当考虑到子女权益的保护，提前一次性清偿就是对子女权益的一种保障。因此，如果数额是合理的，仅仅是一次性清偿这种支付方式不够合理，笔者认为原则上不应当撤销夫妻之间在离婚协议中作出的“妻单独抚养小孩，夫净身出户而无须支付抚养费”的约定。

五、结语

债权人撤销权是为规制债务人诈害债权而设的一种保全债务人责任财产的制度。该制度能否适用于离婚协议这种具有混合属性的协议，一直颇有争议。《民法典》实施前，不少法

院认为在离婚协议这一有关身份关系的协议中适用《合同法》中的债权人撤销权于法无据，难予支持。《民法典》实施后，婚姻等有关身份关系的协议，也可以根据其性质参照适用《民法典》合同编的有关规定，这就为债权人撤销权在离婚协议中的适用提供了法律依据，实务界和理论界逐渐形成了主流观点——债权人撤销权可以适用于离婚协议。至于其具体的适用路径，主要是探讨离婚协议应当整体把握还是可以拆分视之。考虑到离婚协议的各项内容相互联系，密切关联，故应当肯定离婚协议的整体性，采“参照适用”的路径。如此，在逻辑上更加周密。就债权人撤销权在离婚协议中的适用范围言，虽然关于抚养费支付的约定是一种未来债务，不影响债务人现时的责任财产，但债务人这种未来财产的安排，有可能减损债务人未来的清偿能力，进而对债权实现造成损害，故不应当断然认定债权人撤销权在离婚协议中的适用不及于抚养费支付的约定。对夫妻在离婚协议中约定，妻单独抚养小孩，夫净身出户而无须支付抚养费的特殊情形，首先应当认识到这种约定本质上是一种代物清偿，其次，如果应得财产远超应付抚养费，超出合理范围的部分，一方并未获得对待给付，乃无偿赠与，仍可以适用《民法典》第五百三十八条规定的无偿行为的债权人撤销权。但如果应得财产和应付抚养费在数额上相当，仅以一次性支付这种支付方式不合理为由主张债权人撤销权，恐难得到支持。

作者单位：安徽明泉律师事务所

参考文献

^[1] 黄薇主编：《中华人民共和国《民法典》合同编释义》，法律出版社2020年版，第176页。

^[2] 韩世远：《离婚协议财产处理与诈害债权》，《中国法律评论》，2022年第4期，第62页。

^[3] 田韶华，赵泽：《离婚协议下债权人撤销权制度的适用》，《河北法学》，2004年第8期，第106页。

^[4] 参见许莉：《离婚协议效力探析》，《华东政法大学学报》，2011年第1期，第37页。

^[5] 韩世远：《离婚协议财产处理与诈害债权》，《中国法律评论》，2022年第4期，第69页。

^[6] 石宏主编：《〈中华人民共和国民法典〉释解与适用（总则编）》，人民法院出版社2020年版，第286页。

^[7] 雷春红：离婚当事人约定的“赠与子女财产”条款研究，《法治研究》，2022年第6期，第80-91页。

律师参与人民监督的实践与思考

——浅谈进一步完善人民监督员的保障制度

安徽皖华律师事务所 王桥

【摘要】自 2003 年人民监督员制度创设以来,通过二十年的实践探索和发展,制度规定不断修改完善,监督工作也取得了良好的成效。然而在制度的制定与实行过程中,也暴露出人民监督员作为社会群众监督检察院这种有权机关,缺乏有力的保障。人民监督员行使职权依据《人民检察院办案活动接受人民监督员监督的规定》,而该规定由检察机关制定,是被监督者为监督者创设规则,难以从根本上确保监督工作的独立性和有效性,尚需在今后的工作中进一步完善。

【关键词】人民监督员;完善;保障制度

党的二十大报告把发展全过程人民民主确定为中国式现代化本质要求的一项重要内容,强调全过程人民民主是社会主义民主政治的本质属性,对“发展全过程人民民主,保障人民当家作主”作出全面部署、提出明确要求。健全人民当家作主制度体系,就是要保证人民依法实行民主选举、民主协商、民主决策、民主管理、民主监督,通过各种途径和形式管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。

而要做好民主监督,就需要建立健全各种监督制度,形成一套有机贯通、相互协调的监督体系,人民可以对各级国家工作人员履职情况进行监督,使国家和社会各种公共事务始终在人民全过程监督下运行,保证人民赋予的权力始终用来为人民谋利益。在已建成的监督体系中,人民监督员制度便是一颗璀璨的明珠。

一、人民监督员制度的发展历程

《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》指出,人民检察院是国家的法律监督机关,是保障国家法律统一正确实施的司法机关,是保护国家利益和社会公共利益的重要力量,是国家监督体系的重要组成部分,在推进全面依法治国、建设社会主义法治国

家中发挥着重要作用。孟德斯鸠曾说，一切有权力的人都容易滥用权力，这是亘古不变的经验。人民检察院既是司法机关，又是监督机关，又该如何对其进行监督制约？在时代的疑问下，人民监督员制度应运而生。

（一）探索试点阶段

人民监督员制度创设于 2003 年，是最高人民检察院按照党的十六大关于推进司法体制和工作机制改革的要求，为加强对人民检察院办理直接受理立案侦查案件的监督的一项重大改革。目的是在检察环节建立起有效的外部监督机制，从制度上保证检察权特别职务犯罪侦查权的正确行使，回应“谁来监督监督者”的质疑。同年 9 月，经中央政法委批准并报告全国人大常委会，最高人民检察院启动人民监督员制度试点工作，于 2004 年出台了试行规定，并于 2010 年正式出台了《最高人民检察院关于实行人民监督员制度的规定》。

（二）改革完善阶段

党的十八大以来，中央高度重视深化人民监督员制度改革，十八届三中全会提出“广泛实行人民监督员制度，拓宽人民群众有序参与司法渠道”，十八届四中全会指出“完善人民监督员制度，重点监督检察机关查办职务犯罪的立案、羁押、扣押冻结财物、起诉等环节的执法活动”。2015 年 2 月，习近平总书记主持召开中央深改组第十次会议，在听取审议《深化人民监督员制度改革方案》时强调指出，实行人民监督员制度，引入外部监督力量，健全了对犯罪嫌疑人、被告人的权利保护机制，是对司法权力制约机制的重大改革和完善，对保障人民群众对检察工作的知情权、参与权、表达权、监督权具有重要意义。2016 年，司法部会同最高人民检察院出台《人民监督员选任管理办法》，最高人民检察院出台《关于人民监督员监督工作的规定》。

（三）创新发展阶段

2018 年，随着国家监察体制改革的全面推开，检察机关反贪等职能、机构、人员转隶，重新确立了刑事检察、民事检察、行政检察和公益诉讼“四大检察”的职能布局。过去，人民监督员监督的对象是检察机关办理的自侦案件，但在监察体制改革后，原来的监督对象发

生了重大变化，2016年出台的《关于人民监督员监督工作的规定》已不适应司法实践需要。为了落实中央关于深化人民监督员制度改革的部署要求，贯彻人民检察院组织法有关规定，进一步加强对人民检察院办案活动的监督，最高检于2019年出台了《人民检察院办案活动接受人民监督员监督的规定》（以下简称《接受监督规定》），人民监督员制度自此进入一个新的发展阶段。

二、人民监督员制度的开展情况

2023年3月7日，最高人民检察院公布了2022年度全国检察办案活动接受人民监督员监督工作情况。2023年4月3日，《安徽网》等媒体也对安徽省人民监督员履职成效进行报道。通过数据分析，当前人民监督员工作成效呈现出以下特点：

（一）监督数量实现跃升。2022年，全国检察机关共邀请人民监督员19.97万人次，监督检察办案活动12.6万件次，同比分别上升1.2倍、1.5倍。其中，安徽全省院均邀请人民监督员监督办案活动件次51.5，位列全国第三位。全省司法行政机关全年派出人民监督员监督办案11024人次、监督办案活动7860件次，人民监督员监督办案人数和监督活动数量较2021年同比增长3.8倍和3.6倍，分别位列全国第五位、第四位。

（二）监督方式更加多元。2022年，全国检察机关积极推动“四大检察”“十大业务”广泛邀请人民监督员监督，公开听证、巡回检察、案件质量评查等10种参与监督方式实现全覆盖，其中公开审查和公开听证占72.7%，监督活动更加融入实质性办案。

（三）监督作用更加凸显。2022年，人民监督员在监督检察办案活动中共提出监督意见建议7.8万条，检察机关采纳率99.7%，未采纳监督意见建议的，加强对人民监督员精准反馈，重点解释和反馈180人次。

（四）监督工作更加专业。为了广泛吸纳社会优秀专业人才参与司法监督，确保监督工作质量，安徽省司法厅将人民监督员选任管理工作列入全省司法行政系统深化改革任务和省厅年度重点工作，先后印发《安徽省人民监督员选任管理规定》《安徽省人民监督员考核办法》等规范性文件，高站位推动人民监督员选任管理工作落实落细。

三、完善人民监督员保障制度的建议

笔者作为执业律师同时担任市级人民监督员，多次参与检察机关的办案监督活动，就工作中遇到的问题进行了深入思考，为进一步完善对人民监督员的保障，特提出以下几点建议：

（一）立法保障

虽然 2018 年修订通过的《中华人民共和国人民检察院组织法》第二十七条从法律层面正式确立了人民监督员制度，但是关于人民监督员履职的具体规定仅是依据《接受监督规定》。该规定属于最高人民检察院内部颁发的司法文件，制定主体是检察机关，虽然赋予了人民监督员多项职权，强调了检察机关和检察官配合人民监督员履职的义务，但是却没有提及检察机关或检察官违反规定所要承担的法律后果。让被监督者为监督者制定规则，难免不能真正有效实现监督的独立性、自主性，只有在《接受监督规定》中增加法律后果章节或者正式出台《人民监督员法》，才能保证人民监督员制度发挥最有效的作用。

（二）隐私保障

人民监督员在参与刑事案件的听证过程中，需要对是否逮捕、是否起诉等发表自己的明确意见，该意见可能对当事人的人生产生重大影响。实践中，有些检察官不要求人民监督员当场表态，提交书面意见即可；有些检察官要求人民监督员当场发表意见，而在当事人在场的情况下，若作出对其不利的言论，可能会导致当事人记恨在心，事后报复。因此，笔者建议修改相关规定，由人民监督员决定表达意见的方式。

（三）信息保障

信息保障分为事前告知和事后反馈，虽然《接受监督规定》第十九条和第二十三条已明确规定了应当提前通知人数、监督时间、地点以及其他有关事项；应当及时告知人民监督员监督意见的采纳情况。但是在事前告知上，检察机关往往只通知人数、时间和地点，并未告知活动的概况，这就可能导致人民监督员无法提前回避有利害关系的案件，也无法对复杂案件做好有效准备。而在事后反馈上，检察机关往往也未能严格按照规定执行，从而使人民监督员沦为工具人。因此，为充分保障人民监督员的知情权，应将活动概况作为事前必须通知的

内容之一，且规定在活动结束后七日内必须反馈意见采纳情况，并将前述工作的落实情况作为对检察机关和检察官的考核指标之一。

做好信息保障还需要加强互联网信息化建设，为人民监督员实时了解相关司法办案信息提供技术支持。目前，12309 中国检察网主页虽有人民监督员版块，但却无法登陆，人民监督员主要依靠微信小程序“人民监督员管理信息系统”接收活动通知，该程序功能简单，并未专门开通事后反馈和表达意见的渠道。如今在 12309 中国检察网，律师身份核验和登陆渠道已经畅通，司法行政机关和检察机关可以参考该成熟经验，利用现有平台为人民监督员打通互联网渠道。

（四）人身保障

人民监督员来自社会各界，有一半以上是非公务员或者事业编的身份，虽然参加监督活动有经费补贴，但是对于在往返路途上或活动过程中可能发生的人身意外伤害，并无相关资金保障。尤其是对于少数没有缴纳社保的人民监督员而言，即便是一场小意外也可能是其难以承受的负担。因此，笔者建议司法行政机关和检察机关共同设立专项基金用于保障人身意外风险，或为人民监督员专门购买商业意外保险，从而使人民监督员无后顾之忧，安心投入监督工作。

（五）优先保障

听证虽只是人民监督员的职责之一，但却是最常见也是参与最多的活动。当前，检察机关除了人民监督员外，还有一支听证员队伍。根据《人民检察院听证员库建设管理指导意见》的规定，听证员由检察机关选拔入库，组织召开听证会一般应当从听证员库中选取听证员。

《人民检察院审查案件听证工作规定》（以下简称《听证规定》）第八条规定，人民检察院可以邀请人民监督员参加听证会，依照有关规定接受人民监督员监督。根据前述两个文件的规定可知，听证会“应当”选取听证员参加，但邀请人民监督员参加却是“可以”而不是“应当”。这就与《接受监督规定》相冲突，该规定的第九条明确表示，进行公开听证的，“应当”邀请人民监督员参加。然而，听证员的入库选取由检察机关自行审查决定，手续更为简

单，人民监督员则由司法行政机关选拔产生，邀请人民监督员还需会同司法行政机关，程序上相对繁琐，这也就使得检察机关更倾向于邀请听证员来参加听证会，变相架空了人民监督员的职权。因此，应对《听证规定》和《接受监督规定》进行修改，明确优先邀请人民监督员参与听证，若听证事项涉及专业领域，再根据需要安排具备专业知识的听证员参加，以保证参与听证会的人民监督员人数多于听证员，从而使人民监督员能够有效参与办案活动的监督。

笔者认为，让监督者接受人民的监督，让权力在阳光下运行，是确保检察权不被滥用的行之有效的方法。进一步完善人民监督员制度是健全人民当家作主制度体系的重要一环，检察机关和工作人员应自觉接受监督，为人民监督员履职提供保障，将二十大的会议精神落到实处。

作者单位：安徽皖华律师事务所

律师的说服技巧

——以当事人为视角的说服力分析

安徽汇航律师事务所 章荣

【摘要】“说话”在人类文化及生活中扮演重要角色，罗德·麦考利曾说：“雄辩的目标并非真理所在，而是说服对方”。在社会领域，说服并不是为了揭示真理，而是为了说服他人，达成某种共识。说服之义，“就是通过符号的传递，以非暴力方式影响他人的观念、行动，而求达到预期的目的。”^[1]

讼辩，也就是律师的工作本身，是一门说服的艺术。^[2]

律师除了需要在法庭上通过正确理解和运用法律规则来说服法官，争取最有利的判决；律师更需要施展无法抗拒的语言艺术，运用策略和技巧来影响和说服当事人。通常，当事人不易被说服。因为裁判的结果并不总是那么容易被预见和乐观。

本论文以当事人为视角，分析律师在与当事人的沟通中如何运用技巧进行说服，阐述了在实际律师工作中应用有效的说服技巧的重要性，从而为律师说服当事人提供理论指导和经验总结。具体论述结构如下：

首先，分析说服的定义，阐述律师说服力的重要性，分析影响说服力的因素。说服关系到案件的胜败、当事人的信任和期望，以及影响到律师与当事人之间的信任和合作关系。影响说服力的因素通常包括律师的可信度、专业性、当事人的态度和信念以及情感因素。

其次，重点探讨律师说服当事人的具体技巧。律师在面对当事人时，需要了解其心理因素、价值观和利益诉求，有针对性地进行说服。可以通过建立情感联系、利用情感激励等方式，实现情感上的说服；通过解释法律条款和相关案例，运用逻辑推理和构建有力的论证结构，达到逻辑上的说服。在语言说服上，律师应使用简明清晰的语言，同时运用修辞手法，使自己的观点更具有说服力。

最后,针对不同类型的当事人提出相应的策略应对。对于强势个性的当事人,律师需要注重专业能力的展示,获取其信任,达成问题的解决方案;对于弱势个性的当事人,律师可以运用亲和力和同理心来建立信任和情感共鸣,从而增强说服力。

【关键词】说服力; 说服技巧; 情感联系; 论证结构; 个性化策略。

第1章 律师的说服力分析

一、说服的定义和重要性

(一) 说服的定义

说服是指在律师与当事人之间的交流中,律师通过有效的沟通和论证,以说理、劝导和引导等方式,使当事人接受律师的观点、建议或意见的过程。战胜当事人的心理防线、改变他们的态度和行为是说服的目标。语言的力量是说服的核心,律师需要运用恰当的语言和技巧来展示自己的观点并引发当事人的共鸣。^[3]说服的成功与否不仅取决于律师所采用的策略和技巧,还与当事人的认知水平、心理素质以及信息的可信度和影响力等因素密切相关。

实现有效地说服,律师需要具备扎实的法律知识和丰富的实践经验,但仅靠这些还不足以实现说服的目标。说服需要借助逻辑思维和情感共鸣来产生更好的效果。律师在与当事人沟通时,应充分了解当事人的需求、动机和担忧,建立良好的沟通关系,增强双方的互信和共同理解。律师需要通过有效的信息交流和互动,向当事人传递自己的观点、建议或意见,并在此过程中灵活运用恰当的论据、证据和逻辑推理等手段。律师的表达方式应该客观、专业、有说服力,并能够用简明清晰的语言将复杂的法律概念和案例解释给当事人理解。同时,律师也应注意语言的情感色彩,在理性和感性之间找到平衡点,以引发当事人的情感共鸣,进而影响其决策和行为。^[4]

通过对说服的深入研究和实践探索,可以进一步提升律师自身的专业能力和职业素养。律师需要不断学习和更新自己的知识,不断提升自己的沟通和表达能力。在执业过程中,律师不仅需要关注法律的规定和变革,还需要关注社会 and 心理学等相关领域的研究成果,以更

好地应对各种情境和挑战。在实践中不断总结经验教训，反思自己的不足之处，不断提升自己的说服能力，将有助于律师更好地服务于当事人，实现自身的职业价值和目标。

（二）说服在律师工作中的重要性

说服是律师一项至关重要的技能和能力。律师作为专业的法律代理人，其最基本的职责就是为当事人提供法律意见并争取最有利的结果。而说服工作作为律师工作中重要的一环，不仅关乎律师的个人能力和形象，更直接影响到案件的结果。

说服在律师工作中的重要性表现在其对案件的胜败结果产生直接影响。律师往往通过有效地说服法庭，让他们接受和认同律师的观点和主张，从而提高案件胜诉的概率。律师在刑事案件中运用恰当的说服策略，能成功的为当事人争取较轻的处罚，甚至会被法庭认定无罪。类似地，在民事案件中，律师通过合理的说服，成功争取到更有利的赔偿数额，从而实现了保护当事人合法权益的目标。

说服在律师工作中的重要性还表现在其对当事人的信任和期望产生影响。当律师以专业的能力和高水平的说服能力为当事人提供法律服务时，当事人对律师产生更高的信任，并对律师的努力和成果抱有更大的期望。这种信任和期望作为一种积极的心理因素，能够激发律师的积极性和主动性，增强其在案件中的表现力和工作效果。因此，说服力的高低直接影响到当事人的满意度和口碑评价，进而影响到律师事务所的声誉和业务发展。

同样，说服在律师工作中的重要性还体现在对建立律师与当事人关系的影响上。律师要成为当事人的信赖对象，除了有良好的专业知识和技能外，还需要具备出色的沟通能力和说服能力。当律师能够用清晰准确的语言和有利的论证来向当事人解释法律事宜和案件进展，并说服当事人采取合适的法律行动，就能够建立起律师与当事人之间的信任和合作关系，并为律师在行业中树立良好的声誉。

因此，说服在律师工作中的重要性不言而喻。律师需要具备高水平的说服力才能在行业领域中脱颖而出，为当事人争取最有利的结果，并与当事人建立良好的关系。为此，律师们应该不断提高自己的说服能力，通过学习和实践，不断完善自己的沟通和表达技巧，以更好

地履行自己的职责和使命。

二、影响说服力的因素

说服力是律师工作能力中至关重要的一个方面，直接影响着他们成功地说服当事人接受自己的观点和建议。在说服理论研究中，有许多因素被认为对说服力产生重要影响。其中，说服者的可信度对说服力的影响至关重要。律师作为说服者，必须展现出高度的可信度，以便当事人愿意相信并接受他们的观点。可信度可以通过律师的声誉、专业知识和经验来建立。律师的可信度往往与当事人的决策接受度呈正相关关系。同时，律师的专业性也是影响说服力的重要因素之一。专业知识和技能的展示可以增强律师的说服力，使其对当事人的说服力更加突出。

除了说服者的可信度和专业性，说服力还受到当事人的态度和信念的影响。当事人的态度和信念对他们接受律师观点的意愿产生重要影响。一般而言，当事人对律师有积极的情感和信任，更容易接受律师的建议。与律师建立良好情感关系的当事人也更容易受到律师观点的影响，并更可能接受律师的建议。相反，如果当事人对律师或是律师职业抱有抵触、质疑的情绪，那么就很难被说服，让其接受律师的意见和建议。

另外，律师的论据和证据的有效性对于说服当事人至关重要。研究表明，律师提供的有效论据与当事人的决策接受度呈正相关关系。具体的信息比抽象的信息更容易被当事人理解和接受。律师可以通过使用具体的实例和案例来支持自己的观点。通常，使用具体信息的律师更有可能说服当事人。

最后，说服力还受到情感因素的影响。人们在做决策时往往受情感因素的影响。^[5]律师可以通过情感上的说服来增强其说服力。情感上的说服包括引起当事人共情和共鸣的策略，以及运用情感语言和情感激励的方法。

通过上述分析可知，影响说服力的因素包括律师的可信度和专业性，当事人的态度和信念，律师论证的有效性，以及情感因素的影响。律师在与当事人的沟通中需要注重这些因素，以提高自己的说服力，更好地说服当事人接受他们的观点和建议。

第2章 律师的说服技巧

律师在与当事人沟通中，常见的说服技巧包括利用情感激励、运用逻辑推理、引用司法判例和语言技巧进行说服。

这些常见的说服技巧在律师与当事人的沟通过程中起到非常重要的作用。然而，不同的案件和情况可能需要采用不同的说服技巧，律师需要根据具体情况灵活运用，并结合自身专业知识和经验，从而提高自己的说服技巧和说服力。

一、情感上的说服

（一）建立情感联系

在与当事人的沟通中，建立情感联系被视为一项关键的策略。与当事人建立情感上的联系，对他们决策的影响非常重要。通过建立情感联系，律师可以在当事人心中激起情绪反应，增加当事人的情感认同和投入，增强他们对律师的信任和依赖，从而为之后的说服进行铺垫。因此，建立情感联系已成为律师在处理案件过程中必须重视的一项技巧。

（二）利用情感激励

在律师的说服过程中，利用情感激励能够调动当事人的情感和情绪，来增强他们对律师观点的认同和支持。律师通过讲述一些具有情感共鸣的故事或案例，在当事人心中唤起共鸣和情感共振。通过情感故事和情感体验，让当事人亲身感受到行为所带来的伤害、痛苦或恐惧，增强当事人对律师提供的解决方案的紧迫感。例如，律师可以分享一个关于一个不幸遭受不公正待遇的案例，描述当事人经历的苦痛和困扰，以此激发当事人内心对公正的渴望，增强他们对律师观点的认同和信任。

律师还可以利用情感激励来调动当事人的社会认同和情感动机。社会认同是指当事人与他人或群体的认同感和归属感，而情感动机是指激发当事人积极情感和行为动力的因素。律师可以通过引用专家意见、调查数据或权威机构的研究结果来加强当事人对律师观点的认同感，并激励当事人参与到律师所倡导的行动中。

通过利用情感激励，律师可以激发当事人的情感共鸣和理解，加深他们对律师观点的认

同和支持。然而，律师在利用情感激励时需要注意平衡，避免过度操控或误导当事人情绪。律师始终以法律公正和客观性为准则，确保所使用的情感激励措施符合法律伦理要求和专业准则。

二、逻辑上的说服

（一）讲解法律条款和案例

讲解法律条款和案例是律师在逻辑上说服当事人的重要策略之一。通过详细解释相关法律条款以及运用具体案例来支持自己的观点，律师可以增加说服力和可信度，帮助当事人理解自身处境、法律风险和可能的结果。

在解释法律条款时，律师需要准确理解法律条款的含义和适用范围，并能够将其与案件的具体情况相结合，为当事人提供清晰的法律解释，帮助当事人对法律的理解更加准确和全面。

律师还可以引用具体的司法判例，向当事人展示类似情况下法院的判决结果。经过对司法判例的精心分析和解读，律师能够准确地引用与自己观点相符的判例，这样的案例引用不仅可以增加律师的说服力，还可以为当事人提供先例参考，使他们能够更好地预测案件的可能结果。

律师在讲解法律条款和案例时，还需要注意语言表达的准确性和专业性。可以适当运用学术风格和专业术语来讲解，以提高论述的可信度和说服力。这种讲解方法不仅能够加强律师的论述逻辑，还能够帮助当事人更好地理解并接受法律规定和案例的参考价值。

（二）运用逻辑推理

逻辑推理是一种重要的说服技巧，它能帮助律师更加合理地分析和解释案情。律师在使用逻辑推理时，可以引用相关的案例进行比对和解析，并进行合理的推理和论证。

律师通过分析证据和相关细节，运用逻辑推理来确立案件的因果关系，从而建立起一系列连贯的推论步骤。通过向当事人详细陈述逻辑推理的过程，总结运用逻辑推理所得出的结论，以确保当事人能够充分理解并接受律师的观点。律师还可以利用逻辑推理来反驳对方当

事人的辩解或证据，并强调自己的论证更具有说服力。

因此，逻辑推理作为律师的一项重要技巧，在与当事人的沟通中发挥着重要的作用。律师通过合理运用逻辑推理，能够更加有效地说服当事人，使得自己的观点和主张更具有说服力和可信度。

（三）制作有效的论证结构

在沟通过程中，制作有效的论证结构是至关重要的说服步骤。一个有效的论证结构可以帮助律师清晰地表达观点和主张，并以逻辑严谨的方式说明理由和证据。^[6]下面将介绍几个关键步骤，以制作一个有效的论证结构。

首先，律师通过倾听当事人的诉说，明确当事人的诉求后，直接引导当事人进入讨论的核心领域，使其能够快速理解律师需要获悉的问题和内容。同时，律师还应该明确讨论的中心观点，即律师认为最重要、最关键的理由或论点。

接着，律师需要选择并列举所使用的论断和法律条款。有效的论证结构需要可靠的证据和法律依据来支持中心观点。律师应该选择最权威、最可信的论断和法律条款。

随后，律师需要对所提供的论断和法律条款进行分析和解释。律师应该详细分析每个论断和法律条款与中心观点的关系，并解释其重要性和合理性。

最后，律师需要进行总结和强调，以增强论证的逻辑性和说服力。有效的论证结构应以一段简明扼要的总结结束，并确保当事人能够清晰地理解律师的主要观点和论据。

三、语言上的说服

（一）使用简明清晰的语言

使用简明清晰的语言是律师在与当事人沟通中的一项重要说服技巧。简明意味着用最简洁的语言表达复杂的法律概念和观点，以确保当事人能够理解和接受所传达的信息。清晰则要求用准确、明确的词语和句子结构，避免歧义和模棱两可的表达。通过使用简明清晰的语言，律师可以实现更好地与当事人进行有效的沟通和交流。

首先，律师应该使用通俗易懂的词汇而非晦涩难懂的法律术语，因为晦涩的语言可能让

当事人感到困惑和隔阂。例如，当解释法律条款时，可以使用常见的词语和简单的解释，而不是沉溺于专业的法律术语。同时，律师应该结合当事人的背景和知识水平，选择适当的语言和方式来进行讲解，让当事人更易接受和理解。

其次，律师应避免使用过于冗长的句子和复杂的语法结构，以免增加当事人理解的困难和负担。使用简短而明了的句子结构可以帮助当事人准确地理解律师所传达的信息，他们更有可能对律师的观点和建议产生认同。

最后，律师还应注意语言的逻辑性和连贯性。通过合理的段落划分、过渡词语的运用以及明确的句子连接，确保信息的逻辑关联和顺畅表达。例如，律师可以使用逻辑连接词如“因此”、“然而”等来连接不同观点和思路，使得句子和段落之间的关系更加明确。

因此，律师在与当事人沟通时，应该意识到使用简明清晰的语言的重要性，并灵活运用这一技巧，以提高沟通效果和说服力。律师可以通过练习和反思来不断提高自己的语言表达能力，并在沟通中不断加强。律师也可以根据不同类型的案件和当事人的需求，适当调整语言风格和语言水平，以更好地满足当事人的理解和接受能力。

（二）运用修辞手法

运用修辞手法是语言魅力的重要手段之一。修辞手法是指通过语言的巧妙运用来增强表达的效果和感染力。^[7]

1. 比喻和类比：运用比喻和类比可以帮助律师将复杂的法律概念具象化，使其更易于被当事人理解和接受。通过巧妙地选用生动的比喻和恰当的类比，律师可以将抽象的法律概念与当事人的实际经验相联系，从而让当事人更容易理解和接受律师的观点。

2. 夸张和反语：律师可以利用夸张和反语的修辞手法，通过夸张或使用反语的方式来制造戏剧性的效果，引起当事人的注意和兴趣。通过夸张所描述的情节或通过使用反语传达的观点，使当事人对争议问题产生强烈的情感共鸣。

3. 排比和对偶：排比和对偶是修辞手法中常用的一种表达形式，通过将同类事物或观点并列或对偶，以显著的对比效果来增强表达的力度，使其更具有逻辑性和感染力。例如，

律师可以对比陈述两种不同的观点或对比陈述案件的利弊,从而让当事人更好地理解并接受律师的观点。

4. 修饰和渲染: 律师可以通过修饰和渲染来强调自己的观点的重要性和紧迫性,使当事人能够更加深刻地认识到问题的严重性和紧迫性,以达到说服的目的。

值得注意的是,在运用修辞手法时,律师需要恰当地运用,不能过度夸张或歪曲事实。律师还应根据不同的情境和当事人的特点灵活运用修辞手法,以达到最佳的说服效果。

第3章 不同类型当事人的策略应对

说服的成功不仅取决于律师自身的能力和技巧,还需要综合考虑当事人的个性特点,采取个性化策略应对,实现对当事人的说服目的。

一、 强势个性的当事人

强势个性的当事人是指具有较为强势、自信且意志力坚定的当事人。在与这类当事人进行沟通和合作的过程中,律师需要更加注重专业能力的展示,获得其专业能力上的认可,以更好地说服他们。

律师需要展现出自己的专业能力和广博的知识。通过详尽的案例分析和精准的法律解释,律师可以展示出自己的专业素养和深厚的学识,进而增加强势个性当事人对律师的信任和尊重。律师可以强调自己在类似案件中的成功经验,并充分说明自己的解决方案是基于法律的准确解释和实践经验。

律师需要倾听强势个性当事人的需求和意见,并采取主动倾听的姿态。强势个性当事人通常具有强烈的自主性和支配欲,他们希望能够在决策过程中发表自己的意见。因此,律师应该充分尊重他们的意见,认真倾听他们的需求,并给予合理的权衡和选择。通过积极听取他们的意见和建议,律师可以促使强势个性当事人对自己的观点和建议更加认同,并更愿意接受律师提出的解决方案。

律师还需要灵活应对强势个性当事人的情绪和情绪变化。强势个性当事人常常具有冲动和易激动的特点,他们的情绪变化可能对案件的进展产生一定影响。因此,律师需要保持冷

静和理智，以平和的情绪回应他们的愤怒或不满。在引导他们情绪稳定的过程中，律师可以通过专业言辞和以解决问题为导向的方式来引导他们，以确保案件能够顺利进行。

最后，律师还需要设身处地，站在强势个性当事人的角度去思考问题。强势个性的当事人往往对权利和利益敏感，他们更注重自身的利益和优势。因此，律师需要通过理解和认同他们的动机和利益，以更好地为他们提供具有说服力的解释和建议。律师可以通过向他们解释案件风险与利益的平衡，以及可能的最佳解决方案，以获得他们的认可并达成理想的结果。

二、弱势个性的当事人

弱势个性的当事人往往缺乏主见，遇到问题时容易感到焦虑和紧张。律师在与弱势个性的当事人交流时需要更加耐心和温和，给予他们安全感和支持，帮助他们放松情绪，以便更好地接受和理解法律事实和程序。

律师在沟通过程中，应该关注弱势个性的当事人的情感需求。这些当事人往往需要被理解和认同，他们可能遭受不公或受到伤害，内心比较脆弱，因此律师应该展示同理心和关怀，建立起信任和亲近的关系。通过关注他们的情感需求，可以更好地影响他们的决策和行为。

律师在面对弱势个性的当事人时，应该采取一些积极的倾听和反馈技巧。当事人感受到律师的倾听和尊重时，更容易与律师建立合作关系。律师需要细心倾听他们的意见和感受，并积极地回应和解答他们的疑虑和问题。在与他们交流时，律师要避免使用过于技术性的术语和复杂的法律条款，以免加重他们的困惑和压力。

律师还可以通过案例的分享和合理的推理来增强对弱势个性的当事人对案件的理解。当律师能够以案例为例进行说明时，当事人更容易理解和接受法律观点和建议。律师可以引用类似的案例来说明自己的观点并解释法律的适用性，使当事人能够更好地理解自己的权益和责任。同时，律师还可以通过逻辑推理和论证，向当事人展示自己的专业知识和经验，以增强律师的信任度。

对于弱势个性的当事人，律师应当给予更多的耐心和关怀，采取积极倾听、积极回应的策略，能更好地与其建立情感联系，从而增强其对律师的信赖。

总之，对于强势个性的当事人，律师需要更加坚定和有力地表达自己的观点，并提供充分的依据和证据来支持自己的主张；对于弱势个性的当事人，律师应该更加注重情感上的共情，关注其心理需求，并提供相应的情感支持和帮助。^[8]

作者单位：安徽汇航律师事务所

参考文献

- [1] 龚文庠：《说服学的源起和发展趋向》，《北京大学学报》，1994年第3期，第24页。
- [2] 伊恩·莫利：《说服法庭：讼辩高手进阶指南》，法律出版社2022年版，第62页。
- [3] 希恩：《语言的力量》，中国华侨出版社2013年版，第15页。
- [4] 张妙霞：《民族文化心理与英汉语言感情色彩》，《科学之友》，2008年第7期，第129页。
- [5] 王安娜：《说服的影响因素研究》，华中科技大学硕士论文，2009年5月，第14页。
- [6] 武宏志：《法律逻辑的两个基本问题：论证结构和论证型式》，《重庆工学院学报》，2007年第7期，第14页。
- [7] 王今铮：《修辞是运用语言的艺术》，《内蒙古民族师院学报》，1997年第2期，第7页。
- [8] 万晓丹：《法律谈判的艺术与未来律师的定位》，《法制与社会》，2016年第21期，第253页。

合同编司法解释适用问题思考

——合同成立司法解释分析

安徽汇航律师事务所 孙玉洁

【摘要】 本文旨在探讨《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（以下简称“合同编司法解释”）中的关键问题，结合相关法律规定及审判实践，对关于合同解释、合同订立以及合同生效中的亮点进行分析。通过本文的研究，以期对未来执业中运用合同编司法解释提供指导。

【关键词】 合同解释；预约合同；格式条款；展望

一、引言

2021年颁布的《民法典》，不仅适应了社会发展的潮流，同时也新增了不少内容以解决当前社会出现的多种问题，尤其是以合同编中的各项规定尤为亮眼。但在《民法典》的实施过程中，不可避免的会出现诸多问题，因此，2023年出台的合同编司法解释作为《中华人民共和国民法典》合同编的重要补充，对正确审理合同纠纷案件及非因合同产生的债权债务关系纠纷案件具有重要意义。本文将从合同解释、合同订立、预约合同、格式条款等几个方面入手，结合司法解释的具体条款，对合同编司法解释中关于合同成立问题进行深入思考。

二、合同解释的细化规则

（一）解释原则

合同编司法解释第一条明确了合同解释的基本原则，具体规定如下：人民法院依据民法典第一百四十二条第一款、第四百六十六条第一款的规定解释合同条款时，应当以词句的通常含义为基础，结合相关条款、合同的性质和目的、习惯以及诚信原则，参考缔约背景、磋商过程、履行行为等因素确定争议条款的含义。有证据证明当事人之间对合同条款有不同于词句的通常含义的其他共同理解，一方主张按照词句的通常含义理解合同条款的，人民法院不予支持。

根据此项规定，即法官需要结合相关条款、合同的性质和目的、习惯以及诚信原则，参考缔约背景、磋商过程、履行行为等因素确定争议条款的含义。这里更多的是赋予了法官以自由裁量权对合同进行解释，也就是“词句的通常含义”并非不证自明，而是需要法官赋予其相关的意义，也就是说法官对于合同中条款的理解直接影响到了案件的裁判结果。

此种情形之下，作为律师，我们面对此种情形更多能做的就是根据法律的相关规定，按照最有利于本方当事人的角度向法官陈述自己对于合同的理解。目前很多情形，双方当事人签订合同，但并没有对合同内容进行深入的研究以及分析，在之后履行过程中可能会存在一些问题，因此，不管是在合同订立过程中还是在合同发生争议时，都要参考当事人的需求，力求争取当事人利益最大化。

（二）多种解释的处理

合同编司法解释第一条第三款规定对合同条款有两种以上解释，可能影响该条款效力的，人民法院应当选择有利于该条款有效的解释；属于无偿合同的，应当选择对债务人负担较轻的解释。这一规定体现了合同解释的全面性和综合性，有助于更好地维护当事人的合法权益。对于合同条款存在多种解释时，司法解释规定应选择有利于该条款有效的解释，且对于无偿合同，应选择对债务人负担较轻的解释。这一规定旨在平衡双方当事人的利益，确保合同的公平性和有效性。

三、合同订立的相关规定

（一）合同成立认定

《民法典》第496条规定，当事人订立合同，可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。结合《民法典》合同编的一般规定，也可以看出合同的成立需要具备形式要件和实质要件。但随着市场经济体制之下对合同的运用越来越多，对于合同的形式也在逐渐放开，合同订立也朝着形式自由化趋势发展。而随着《民法典》合同编司法解释的出台，也反映着这个趋势，根据司法解释第三条规定当事人对合同成立存在争议的，人民法院能够确定当事人姓名或者名称、标的和数量的，一般应当认定合同成立。但是，法律另有规定或者当事人另有

约定的除外。根据前款规定能够认定合同已经成立的，对合同欠缺的内容，人民法院应当依据民法典第五百一十条、第五百一十一条等规定予以确定。通过此项司法解释条款，可以看出司法解释对于合同是否成立，持的是一个比较宽泛的态度。相比于《民法典》规定的成立合同要具备的各项因素，司法解释则给了一个宽限幅度，即只要能够确认合同的主体，有明确的合同指向的标的，且有标的数量等这些主要要件的情况下，可以认定合同是有效成立的。

司法解释出台的这项规定给我们平常工作中减轻了麻烦，同时也可以更好的维护当事人的合法权益，尤其是对于自然人之间订立的合同，明确规定了当事人就合同主体、标的及其数量达成合意的，应认定合同成立。但同时指出，若当事人未就价款或报酬等实质性内容进行协商，或存在其他法律规定或约定的情况，则合同不成立。这一规定有助于明确合同成立的标准，减少合同纠纷。

（二）预约合同认定

《民法典》第四百九十五条第一次规定了预约合同及其违约责任，规定的内容比较简单，缺少具体适用规则。即当事人约定在将来一定期限内订立合同的认购书、订购书、预订书等，构成预约合同。当事人一方不履行预约合同约定的订立合同义务的，对方可以请求其承担预约合同的违约责任。根据法律规定，约定将来成立一定合同的合同，即是预约合同的基本定义。从《民法典》中可以看出对于预约合同的规定，过于简单且不具体，《民法典》合同编司法解释第六条第一款规定当事人以认购书、订购书、预订书等形式约定在将来一定期限内订立合同，或者为担保在将来一定期限内订立合同交付了定金，能够确定将来所要订立合同的主体、标的等内容的，人民法院应当认定预约合同成立。结合两项规定，则可为预约合同下一个具体定义，即预约合同是指当事人以书面方式或者交付立约定金方式，约定在将来一定期限内订立本约合同，并能确定本约合同的主体、标的等条款的协议。我国的预约合同主要适用于买卖领域，特别是商品房、股权和采矿权买卖，一般是在涉及这三个领域的方面，资金数目较大，可给当事人一定时间思考。

对于预约合同的成立要件，一般认为需要具备两个方面。一方面，要具备当事人合意的

形式要件，另一方面则是当事人合意的内容要件。首先，预约合同的合意形式要件是认购书、订购书、预订书等，当事人达成的这些合意形式通常是预约合同的表现方式。在实践中，双方当事人签订了订购书、认购书、预订书等，就有可能订立了预约合同。在形式表现这一款，司法解释中则出现了相关规定，即对于当事人通过签订意向书或者备忘录等方式，仅表达交易的意向，未约定在将来一定期限内订立合同，或者虽然有约定但是难以确定将来所要订立合同的主体、标的等内容，一方主张预约合同成立的，人民法院不予支持。法律如此规定主要有两方面的考量，一方面是在我们平时生活中意向书和备忘录的形式，一般很少认为是合同订立的方式也就是说其本身并不具有法律约束力，因此在《民法典》中只列入认购书、订购书此类方式应是出于此点考虑，但是在司法解释中通过反面解释来明确，对于预约合同能否成立最重要的是内容，也就是是否具备预约合同的主要条款和将来缔约的意愿。其次，预约合同内容方面的合意要件需要从两个方面考量，第一，需要有预约合意的表达形式，也就是要符合预约合同的定义即约定在将来一定期限内订立合同或者为担保在将来一定期限内订立合同而交付定金。一个是当事人直接合意，另一个是交付定金作为担保，从而能够锁定交易机会，可以避免当事人之间无意义的磋商，另一方面也给当事人设置了反悔权，能够给予当事人一定时间思考。尤其是如果当事人两种方式都使用了，则更应该认定预约合同成立。第二，也需要有预约合同的内容合意，即预约合同需要具备合同的底限内容，司法解释第六条第一款规定，预约合同能够确定合同主体以及标的等内容和，即可认定预约合同成立。这里强调的是合同主体和合同标的，没有强调数量条款。这并不是忽略，而是把数量作为预约合同的非主要条款。也就是说，在预约合同中只要合同主体和合同标的条款已经确定，合同的其他条款包括数量等条款，都可以在将来订立本约合同时磋商。

（三）格式条款认定

格式条款主要是一些领域内的当事人基于频繁交易、重复使用的现实考虑，为了简化合同订立程序而形成的。格式条款一般具有交易对象广泛性、条款持久性、内容具体细致、由占有优势的一方提出等特点。从格式条款多年的实践情况看，使用格式条款具有简捷、省时、

方便、交易成本低等优势。但也存在一些弊端，一个突出的弊端就是制定格式条款的一方当事人往往利用其优势地位，制定出对自己有利而对另一方不利的不公平条款，这一点在消费者作为合同相对方时尤为突出。因此，需要立法上对于格式条款进行规制，《民法典》在原《合同法》规定的基础上，用三个条款对采用格式条款进行了严格的规制，其中第496条对格式条款的认定作了规定，即格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。使用格式条款的目的是为了重复使用的需要，所以在认定格式条款时较为重要的一点即是要重复使用。但如果过于强调重复使用，可能会过于刻板苛刻，因此认定最为重要的应是未与对方协商的条款才可认定为格式条款。《民法典》合同编司法解释第九条规定合同条款符合民法典第四百九十六条第一款规定的情形，当事人依据合同示范文本制作或者双方已经明确约定合同条款不属于格式条款为由主张该条款不是格式条款的，人民法院不予支持。从事经营活动的当事人一方仅以未实际重复使用为由主张其预先拟定且未与对方协商的合同条款不是格式条款的，人民法院不予支持。但是，有证据证明该条款不是为了重复使用而预先拟定的除外。从该司法解释中也能看出，如果当事人制定条款未与对方协商，即可认定为格式条款，对于经营活动的当事人仅以未重复使用而主张不是格式条款的，也不予以支持。此外，在适用格式条款的实务中，也会出现有当事人约定该条款不是格式条款，在之前也存在着不同的判决，但随着《民法典》合同编司法解释规定的明确，也将此项规定强制化，能更好的发挥法律作用，维护当事人的合法权益。

合同编司法解释第十条对格式条款的认定进行了明确规定，即提供格式条款的一方在合同订立时应采用足以引起对方注意的方式提示对方注意免除或减轻其责任的条款，并应对方要求进行解释说明。这一规定有助于防止格式条款的滥用，保护消费者的合法权益。司法解释还规定了对格式条款的规制措施，如提供方未履行提示或说明义务时，相关条款可能不成为合同内容；对格式条款有两种以上解释的，应选择不利于提供格式条款一方的解释等。这些规定有助于平衡合同双方当事人的利益，确保合同的公平性和合法性。

对于格式条款的适用，律师在平常工作中也要注意。我们与当事人订立的委托合同大多

都是格式条款，对于其中一些款项的制定一定要明确，尤其是收费标准要细化，不仅维护当事人的权益，同时也能保护好律师自己，尤其是案件结束后当事人举报能预防执业风险的发生。

四、自身学习司法解释展望

（一）加强理论学习

随着经济社会的发展和法律环境的变化，合同编司法解释在不断与时俱进，以适应新的情况和需求。作为一名刚刚进入实习期的律师，在之后我会不断加强理论方面的学习，将合同编司法解释与《民法典》其他编相结合，从而加强自己对于民法体系的把握，在之后碰到案件可以更快上手，也能更好的为当事人解疑答惑。以此在未来执业过程中，不断提高自己的法律素养，更好的运用法律知识维护当事人的合法权益。唯有自己不断学习，不断更新，才能在未来的法律道路上走的更远。

（二）理论与实际相结合

仅仅只有理论方面的学习还不足以应付未来执业过程中出现的各种问题，唯有将所学理论与实际案件相结合，在处理案件中增强对法律的理解并将法律内化于心，外化于行，方能更好的处理案件，并为推动国家法律体系完善，推进中国特色社会主义法治化现代化贡献自己的力量。

（三）推进法制宣传

合同法律文化是合同法实施的重要基础。司法解释的制定和实施应有助于推广合同法律文化，提高公众对合同法的认识和理解。通过加强宣传教育、普及合同法律知识等方式，推动法律进社区、进校园、进企业，培养公众的合同意识和诚信观念，为合同法的有效实施创造良好的社会氛围。作为律师，也是中国特色社会主义法治体系中的中坚力量，要学会推进法制宣传，多参加一些公益性的社会活动，尤其是在当前社会大环境下，响应国家号召，为企业服务，助力企业平稳发展，防范化解企业危机，为人民群众做实事，时刻牢记为人民服务宗旨，尽自己所能为社会作出一番贡献。

五、结语

合同编司法解释的出台为合同法的实施提供了更加明确和具体的指导,对于维护合同秩序、保护当事人合法权益、促进经济社会可持续发展具有重要意义。本文通过对合同编司法解释中合同成立的相关条款以及亮点部分进行分析,提出了对于未来自己执业过程中所需努力的方向。希望本文的相关分析能够为自己之后处理和同类案件提供思考,同时,我也期待合同编司法解释在未来的发展中能够继续完善和创新,为合同法的实施提供更加坚实的法律保障。ⁱ

作者单位:安徽汇航律师事务所

参考文献

[1]李永军:《合同订立规则重述——基于民法典与司法解释的融贯性思考》,《北方法学》,2024年7月8日。

[2]卢志强:《“词句的通常含义”解释问题研究——以〈合同编通则司法解释〉第1条为中心》,《社会科学战线》,2024年7月1日。

[3]杨立新:《〈合同编通则司法解释〉规定的预约合同规则之解读》,上海政法学院学报(法治论丛),2024年5月17日。

[4]石宏:《〈合同编通则司法解释〉对合同订立制度的发展》,上海政法学院学报(法治论丛),2024年3月18日。

[5]吴光荣:《论合同成立的要件——《民法典》合同编通则司法解释第3条第1、2款解读》,山东法官培训学院学报,2024年2月20日。

[6]孟强:《合同格式条款效力的法律控制——以《民法典》合同编及其司法解释为中心》,《广东社会科学》,2024年1月30日。

[7]谢鸿飞:《预约合同认定的理论难题与实践破解》,《国家检察官学院学报》,2024年1月10日。

[8]韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第93页。

[9]王利明:《预约合同若干问题研究——我国司法解释相关规定评述》,《法商研究》2014年第1期

《民法典》婚姻家庭编相关问题与思考

安徽汇航律师事务所 刘丽婷

【摘要】自2021年1月1日《中华人民共和国民法典》正式实施以来，已历三载春秋。这部被誉为“社会生活的百科全书”的法律典章，不仅标志着我国民事法律体系进入了一个崭新的时代，更在维护公民权利、促进社会和谐、推动法治建设等方面发挥了不可估量的作用。其第五编婚姻家庭编作为《民法典》的重要组成部分，对于规范、调整婚姻家庭关系、维护家庭和谐与社会的有序发展发挥了重要作用。本文旨在探讨民法典婚姻家庭编实施以来，涌现的各类问题，并基于这些问题进行深入思考，提出相应的改进建议，以期为民法典的进一步完善与实施贡献绵薄之力。本文将从婚姻家庭编的主要成就、存在的问题以及未来展望三个方面进行深入探讨。

【关键词】民法典；婚姻家庭编；问题；建议

一、引言

随着《中华人民共和国民法典》的正式实施，婚姻家庭编成为了民法典的一编，不仅在立法形式上继承了《婚姻法》和《收养法》的精髓，全部采用“章”的形式进行立法，提升了婚姻家庭法的体系化，还在立法内容上，更加注重保护弱势群体、维护家庭社会和谐稳定，结合新时代的社会发展需求，进行了诸多创新和完善。在其实施过程中，既有成功的经验值得总结，也有诸多问题和挑战亟待解决。在此背景下，对这些问题展开进一步的理论探讨以谋求更好的民法应对策略，依旧是法律工作者需要承担的重要使命。

二、婚姻家庭编的主要成就

1. 遵循最大程度保护弱势群体利益原则

民法典遵循“最大程度保护弱势群体利益”原则，在婚姻家庭编中保留“照顾子女、女方原则”“家务劳动补偿”“经济帮助”和“离婚损害赔偿”四项救济措施基础上，加大了

离婚的救济范围和力度，主要体现在三个方面：

（一）保障未成年人合法权益

未成年人在生理和心理上都不成熟，认识能力和控制能力有限，没有独立的经济来源，自我保护能力，相较于成年人更容易遭受侵害，因此在法律层面需要更多的措施对未成年人加强保护。《民法典》婚姻家庭编全面落实“保障未成年人合法权益”的基本原则，其中第1044条规定“收养应当遵循最有利于被收养人的原则，保障被收养人和收养人的合法权益；禁止借收养名义买卖未成年人”，该规定正是民法典遵循“最大程度保护弱势群体利益”原则的体现，有利于防止借收养之名导致未成年人再次被买卖的事件发生。

（二）完善家务劳动补偿，保护婚姻关系中的弱者利益

《民法典》1088条取消了之前《婚姻法》中规定的适用离婚家务劳动补偿制度限制。如今，女性面对着家庭压力和社会工作压力，做到兼顾家庭和工作是很难的，很多女性选择牺牲事业将全部精力投入到家庭中，但这样做必然面临设与社会脱节，很难再重新回归事业。在离婚时，因长期与社会脱节，难以在短时间内回归原有的事业轨道、达到预期收入水平，因此立法规定在离婚时对在婚姻关系存续期间付出较多家务劳动的一方予以适当的经济补偿，更有利于实现实质公平，体现了婚姻家庭编立法中“最大程度保护弱者利益”的立法理念。

（三）完善离婚损害赔偿制度，保护婚姻关系中的弱者利益

《民法典》1091条在离婚损害赔偿的规定中，扩大了对没有过错的一方救济力度，将“有其他重大过错”作为没有过错一方可以请求离婚损害赔偿的兜底条款，将离婚损害赔偿情形的列举式条款与概括式条款相结合，扩大了离婚损害赔偿的请求范围，在司法实践中，法官可以据此适当自由裁量，酌情对其他尚未列举但应该予以认定的离婚损害赔偿的重大过错情形进行认定。该规定有利于维护婚姻关系中遭受损害的弱势群体的利益。

2. 完善了夫妻财产制度

婚姻家庭编在夫妻财产制度方面进行了多方面的完善：首先，它清晰界定了夫妻共同财

产的范围,涵盖了夫妻在婚姻期间共同取得的各类财产,确保了双方对共同财产的平等权利。其次,对于夫妻个人财产,法律也给予了明确保护,列举了诸如婚前财产、个人继承或受赠的财产等,确保个人财产不因婚姻关系的存在而自动转为共同财产;在夫妻共同债务的认定上,新规定强调了债务用于夫妻共同生活或生产经营的必要性,防止了一方因个人债务而损害另一方的利益。此外,法律还明确了夫妻对共同财产的管理、使用、收益和处分的权利和义务,保障了夫妻双方在财产管理上的平等地位。最后,在夫妻离婚时,对于共同财产的分割,法律也提供了更为具体和公正的原则,确保双方能够公平地分配财产,保护各自的合法权益。总的来说,这些完善措施不仅增强了夫妻财产制度的法律保障,也为夫妻关系的和谐稳定提供了有力的支持。

3. 完善以人为本的结婚离婚制度

(一) 遵循“尊重婚姻家庭关系中当事人的意思自治”原则

《民法典》婚姻家庭编 1053 条将之前的《婚姻法》中：婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病属于无效婚姻的情形更改为可撤销情形,这样的改变体现了法律尊重婚姻当事人意思自治的原则,保障了婚姻当事人的婚姻自由,这也体现了我国立法保障人权。

(二) 设置离婚冷静期制度,筑起维护家庭稳定的最后一道防线

《民法典》婚姻家庭编第 1077 条规定,婚姻双方向登记机关提交离婚申请后,并不直接发生离婚效力,而是需 30 日后再次亲自到登记机关申请,方能实现离婚。近十几年,我国的离婚率逐年增长,离婚案件中基本是通过行政程序办理的登记离婚。这种无因离婚方式,手续简便、效率高,但是这也易造成冲动离婚。事实上有很多婚姻关系客观上感情并未完全破裂,离婚只是当事人在激动的情绪下作出的错误解决办法。这种离婚方式不利于维护家庭关系稳定,甚至危害到未成年子女的利益。因此,为了避免冲动离婚,在登记离婚的条件及程序上增加限制是很有必要的。

“离婚冷静期”制度是顺应时代发展潮流、回应民生热点问题、针对时代发展涌现的新问题所作出的与时俱进的全新制度安排。双方当事人在选择离婚后的离婚冷静期内可以有一

段时间的冷静思考，认真考虑如何解决双方的问题，必要时可以介入一些调解手段，调解解决彼此之间的矛盾。离婚冷静期制度有利于避免和减少草率离婚、冲动离婚，对于有效降低社会的离婚率、保护婚姻家庭关系、保障未成年子女的合法权益、维护社会的和谐与稳定具有重大意义。

三、民法典婚姻家庭编在实践中涌现的问题和建议

《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编无论是在立法模式上还是在立法内容上都发挥了巨大的价值，对于维护家庭、社会和谐稳定、保护弱者利益等方面都起到巨大的作用，但随着社会的发展和人们观念的变化，一些传统的婚姻家庭观念和行为模式发生了改变，但法律条文更新的速度往往跟不上社会变化的步伐，法律都具有滞后性，在民法典婚姻家庭编的适用实践中，仍然涌现出问题，这些问题我们不可忽视，而要善于发现问题，不断将法律更完善，更适应人们的生活，不断推动国家法治化的进程。

1. 人工生育子女法律地位问题不明确，

如今，随着社会的发展、科技的进步，人工生育子女问题已逐步映入大众视野，人工生育涉及到法律、伦理和道德等多个领域的问题，但是在我国的现有法律中多这方面的问题尚未作出明确规定。对于人工生育是否合法也有很多争议存在，目前，我国只有卫生部门一些规章对人工生殖技术进行规范，明文禁止代孕。但是由于这些主要是针对医疗机构和医务人员的规范，对代孕亲子关系的认定并未明确。而且这些部门规章，仅对医疗机构和医务人员有约束力，不能禁止人们到域外进行代孕，更有很多人通过地下代孕中介来寻求帮助。此外，在民法领域并未涉及相关的代孕子女身份认定问题。如果发生代孕纠纷，则会产生无法可依的情况。

司法实践中，因代孕导致亲子关系混乱，如果代孕双方能遵守协议，或者委托方夫妻不存在离婚或者死亡等问题，一般不会产生法律纠纷。但是，若上述某一环节出现问题，导致双方拒绝履行监护义务或同时争夺监护权，则产生法律纠纷在所难免。目前实践认为，人工生育子女应当由其法律意义上的父母承担抚养义务，法院对监护权归属的判决往往以打击代

孕为目的,导致监护权归属判决不明、条理不清,代孕子女的合法权益并没有得到很好的保护。

因此,我认为虽然代孕违背伦理、传统生育观念,应该明令禁止。但是,另一方面我们应该完善代孕相关的法律法规,法律作为维护社会秩序和公民行为的基本规范体系,应当适应社会发展的需求,对新兴技术运用带来的问题及时予以应对。面对代孕产业在我国悄然兴起的现实,漠视或禁止并不能达到完全杜绝代孕的效果,反而使地下代孕市场更加猖獗,因此催生了更多的社会问题与法律纠纷,利用法律手段来约束和规范代孕行为迫在眉睫。代孕引发的纠纷如何处理是一个争议比较大的问题,但是实践中应当以未成年人利益最大化原则为基础,认定代孕子女的法律父母为委托方夫妻,并由委托方夫妻承担代孕子女的监护职责。

2. 婚姻家庭编对同居问题未予明确规定。

随着时代的发展,社会生产能力的提高,国民经济的高速发展,为当代人自主选择生活方式提供了经济基础,个人婚姻、生活观念发生改变,非婚同居成为当今社会非常常见的现象,随之而来的是一系列因此引发的财产纠纷、非婚生子女纠纷问题,但我国目前法律层面对其并无作出明确具体地调整,导致大量因同居而产生的身份关系、亲子关系和财产纠纷的处理无法可依。目前我国现存对同居关系的规定过于零散,不系统,缺乏逻辑性,法官在处理同居关系引发的纠纷适用规范的时候标准不一,有的非婚同居被认定为事实婚姻,赋予婚姻关系的法律效力,有的非婚同居不认定为事实婚姻,只以简陋的司法解释裁判财产分割的方式,和子女抚养问题,甚至有的不“以夫妻名义同居”的非婚同居关系被排除在受案范围之外,根本得不到司法救助。

我认为司法实践中同居关系会涉及到众多相关的权利,比如同居人的忠实义务、同居人的损耗赔偿请求权、经济帮助请求权、劳务补偿请求权、非婚生子女的抚养权等,这些权利义务都需要相关法规予以明细,作出具体的规定,保护同居关系当事人的合法权益。

首先对于同居人的财产分割问题属于当事人意思自治的范畴,若双方就同居期间财产分割达成一致意见,法院也将尊重当事人的真实意愿,同理,若此协议符合《民法典》规定的欺诈手段,胁迫,乘人之危显失公平的情形,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以

撤销。实践中同居期间各自所有的财产归各自所有，据调查显示，相较于婚姻关系，非婚同居伴侣之间互相提供金钱支持的情况较少见，大多数情况下会各自负责自己的花销，许多国家也均认可分别财产的模式，这也符合非婚同居伴侣在财产方面的实际情况。

其次应当保障负担较多义务的一方具有的补偿请求权，在当下，人道主义和女性主义的精神传播得更加广泛，我们应当更加重视女性在一段关系中的隐形付出，因此应将家务劳动补偿请求权引入非婚同居关系中来。故，在负担较多义务一方的补偿请求权方面，《婚姻家庭编解释（二）征求意见稿》对同居关系和夫妻关系同等保护，并进一步细化《民法典》1088条的裁判考量因素，明确人民法院可以根据同居生活时间、负担相应义务投入的精力及对双方的影响、同居析产情况、双方经济状况以及给付方负担能力、当地收入水平等事实，确定补偿数额。

3. 彩礼返还规则及其法律适用存在的问题

随着经济社会的发展和生活习惯的变化，彩礼经历了由家庭生活必备用品（如家具、生产用具等实物）到现金折现方式的变化；而且随着经济发展和城镇化的进步，一些农村地区的习俗出现以现金加赠送房子、装修、车子等多种形式为彩礼的新变化，有的甚至包括金融资产等其他形式的财产，这些彩礼新样态在彩礼返还规则中产生了诸多争议。而现行规则并未回应，从而导致司法实践中在处理这类问题时缺乏有力依据，需要自由裁量，进而在一定程度上会减弱当事人对判决的信任度，影响判决的公信力。我国彩礼返还规则存在着彩礼范围模糊、返还情形不完善、彩礼返还范围不明确和相关诉讼主体不明确等亟待完善之处，这恰恰是我国社会发展所展现出来的新的社会情况，需要法律层面予以回应，以保证依法治国的全面性。

首先要明确彩礼的范围和具体类型，一般能够认定为彩礼的包括依习俗给付的大额现金、“三金”、“五金”等贵重首饰以及房款、车款、装修款等指定款项和房子、车子等价值较大的实物。对于小额转账和烟酒消耗品、消费类的支出，其不应当认定为彩礼，因为男女双方在婚前交往中的正常消费支出，其不适宜返还，不应视为彩礼。除此之外，还需要视情况

决定是否属于彩礼，需要结合给付目的、给付的时间和场合及是否符合彩礼的特征来综合考虑，审慎判定其是否属于彩礼。

其次要明确共同生活的判断标准、考量过错因素、删除婚前给付导致给付人，生活困难的情形；明确彩礼返还范比例的计算标准及细化彩礼返还范围的考量因素，实践中，彩礼纠纷要根据个案的实际情况，考虑到男女双方的共同生活时间、过错因素，公平合理确定返还彩礼数额。

四、结语

《民法典》是我国在法治现代化进程中的关键，促进了我国治理体系和治理能力的现代化，在法典编纂的历史征程上具有里程碑式的意义。《民法典·婚姻家庭编》在结构上独立成编、在内容上作出创新，维护家庭和谐稳定，保护弱势群体的利益，体现出我国立法理念的创新和立法技术的提升。但是随着社会的进步，法律仍存在滞后性，在诸多方面都不够完善，有待我们继续进行深入调研，与时俱进，不断增强民事法律规范的可操作性与实用性。

作为一名法律从业者，我也应继续钻研学习民法典，我将继续深入钻研学习民法典，尤其是其中的婚姻家庭编，这一部分涉及了婚姻、家庭、继承等多个与人们日常生活密切相关的领域。通过对这些内容的深入理解和掌握，我将能够更好地为当事人提供专业、高效的法律服务，帮助他们在复杂的法律问题中找到合适的解决方案。同时，我深知作为一名法律从业者，我的责任不仅仅是为当事人提供法律援助，更是要积极参与到国家法治化建设的进程中。通过不断学习和实践，我希望能够为推动我国法治社会的建设贡献自己的一份力量。这不仅包括在具体案件中维护当事人的合法权益，还包括通过普法教育、参与法律咨询等方式，提高公众的法律意识，促进社会公平正义的实现。只有这样，我们才能共同构建一个更加和谐、稳定、法治化的社会环境。

作者单位：安徽汇航律师事务所

参考文献

- [1]王雷：家庭文明建设在民法典中的体现 [J]，山东大学学报（哲学社会科学版），2021（03）：第 91-99 页。
- [2]夏吟兰：婚姻家庭编的创新和发展[J]，中国法学，2020（04）：第 66-87 页。
- [3]肖新喜：论民法典婚姻家庭编的社会化 [J]，中国法学，2019（03）：第 105-122 页。
- [4]王歌雅：民法典婚姻家庭编的价值阐释 与制度修为[J]，东方法学，2020（04）：第 170-183 页。
- [5]陈苇，贺海燕：论中国民法典婚姻家庭编的立法理念与制度新规[J]，河北法学，2021，39（01）：第 15-39 页。
- [6]潘淑岩：《民法典·婚姻家庭编》的中国化、现代化与未来面向[J]，长治学院学报，2021，38（01）：第 14-19 页。
- [7]王利明：体系化视野下《民法典》婚姻家庭编的适用——兼论婚姻家庭编与其他各编的适用关系[J]，当代法学，2023，37（01）：第 3-16 页。
- [8]王歌雅：《民法典·婚姻家庭编》的编纂策略与制度走向[J]，法律科学（西北政法大学学报），2019，37（06）：第 83-96 页。
- [9]刘文勇：《民法典·婚姻家庭编》夫妻共同债务的认定——兼论夫妻共同债务证明 责任的分配[J]，妇女研究论丛，2021（03）：第 103-113 页。
- [10]彭诚信.：确定代孕子女监护人的现实法律路径——“全国首例代孕子女监护权案”评析[J] ， 法商研究,2017(1) :第 24-33 页。
- [11]匡凯.：亲政法理念变迁下代孕子女监护权归属问题研究[J] .，湖南大学学报(社会 科学版) ,2022（1）:第 132-139 页。

论破产程序中的土地增值税问题

安徽秉度律师事务所 黄卉

【摘要】土地增值税是我国税制设计最复杂的税种，特别是对房地产开发企业而言，涉及多项成本和收入的确认，核算方式复杂，且时间跨度长，给会计核算和税收征管都提出了较高的要求。破产程序中，再叠加应缴土地增值税的性质认定、清算时间的确定、清算义务的履行等问题，使得破产这一特殊程序中土地增值税的处理更为棘手，实践中争议较多。本文通过对现行法律规定的整理分析，以期在这一复杂问题的处理理清思路，明确路径。

一、土地增值税的概念和特点

土地增值税是对转让国有土地使用权、地上的建筑物及其附着物（以下简称转让房地产）并取得增值性收入的单位和个人征收的税种。根据《土地增值税暂行条例》（以下简称《条例》）的规定，土地增值税的税收要素如下：

税收要素	土地增值税
纳税义务人	转让房地产并取得收入的单位和个人
征税对象	转让房地产所取得的增值额
计税依据	转让房地产所取得的收入减除法定扣除项目金额后的余额
税率	实行四级超率累进税率，税率分别为 30%、40%、50%、60%

从税收征管角度来看，土地增值税还有以下特点：

一是实行先预缴后清算。从事房地产开发的纳税人应当自纳税义务发生月份终了之日起 15 日内，向税务机关报送预缴土地增值税纳税申报表预缴税款。达到清算条件的，应当在 90 日内向税务机关报送土地增值税纳税申报表，自行完成清算，结清应缴税款或向税务机关申请退税。

二是区分项目进行核算。土地增值税的清算具有独立性，与会计核算不完全相同。土地增值税以

国家有关部门审批的房地产开发项目为单位进行清算，对于分期开发的项目，以分期项目为单位清算。开发项目中同时包含普通住宅和非普通住宅的，应分别计算增值额。三是地区差异较大。土地增值税属于地方税，各地出台的关于土地增值税的地方性规定不完全相同，使得不同地区土地增值税的清算方法、成本对象、成本分摊方法等执行口径有所不同。

对破产企业而言，只要破产财产中有房地产，就必然涉及到土地增值税问题；如若破产企业为房地产开发企业，除极少数破产前所有开发项目均已经完成土地增值税清算的外，多数都涉及到土地增值税的清算问题。加上，房地产项目开发周期长，收入的确认、扣除项目的确定等涉及到大量的核算工作，需要的资料繁杂、数据繁多，清算工作量大、复杂度高；而在完成土地增值税清算之前，如何确定土地增值税税额，这给破产程序的顺利推进带来了严峻的挑战。

二、破产非房地产开发企业的土地增值税问题

对非房地产开发企业而言，一般不涉及开发成本的核算，土地增值税的处理相对简单。根据《条例》第六条的规定，计算增值额的扣除项目主要为：1. 取得土地使用权所支付的金额；2. 新建房及配套设施的成本、费用，或者旧房及建筑物的评估价格；3. 与转让房地产有关的税金；4. 财政部规定的其他扣除项目。

根据《土地增值税暂行条例实施细则》（以下简称《实施细则》）第七条的规定，旧房及建筑物的评估价格是指在转让已使用的房屋及建筑物时，由政府批准设立的房地产评估机构评定的重置成本价乘以成新度折扣率后的价格。对不能取得评估价格，但能提供购房发票的，对《条例》第六条第（一）、（三）项规定的扣除项目的金额，可按发票所载金额并从购买年度起至转让年度止每年加计 5% 计算。对纳税人购房时缴纳的契税，凡能提供契税完税凭证的，可以作为“与转让房地产有关的税金”予以扣除，但不作为加计 5% 的基数。对于转让旧房及建筑物，既没有评估价格，又不能提供购房发票的，可以由税务机关根据《税收征收管理法》（以下简称《税收征管法》）第 35 条的规定实行核定征收。¹

非房地产开发企业破产中涉及的土地增值税问题，主要有以下四种情形：

¹ 《财政部 国家税务总局关于土地增值税若干问题的通知》（财税〔2006〕21 号）

一是**破产前企业转让房地产而产生的土地增值税欠税**。和其他欠税一样，由税务机关进行债权申报后，区分税款和滞纳金分别认定为税收债权和普通债权，并按破产法相关规定进行分配或清偿，对此实践中并无争议。

二是**破产前法院强制执行拍卖变卖企业房地产而产生的土地增值税**。《条例》第十二条规定，缴纳土地增值税是办理权属变更的前置条件，通常情况下，法院强制执行程序就已经缴纳²，不会形成欠税。但存在买受人垫付了包括土地增值税在内的交易税费，没有退还的可能。这里的土地增值税和其他交易税收一样，都系因强制执行而产生，广义上应作为执行费用的一部分。执行法院将执行案件款移交给管理人前，应当先退还买受人垫付的因拍卖、变卖房地产而产生的卖方税费；如果未退还买受人垫付的卖方税费的，根据《最高人民法院关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》第十五条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（三）》第一条第一款规定的精神，前述垫付的税费作为执行费用，可以参照破产费用从债务人财产中随时受偿。³

三是**破产前法院强制执行过程中裁定以物抵债而产生的土地增值税**。与拍卖变卖一样，以物抵债也需要过户，而缴纳交易税费是房地产过户的必经程序。对拍卖变卖的，买受人为被执行人垫付税费后，可以从拍卖款中优先扣除；但对法院裁定以物抵债的，申请人没有获得任何款项，垫付的税费自然无法在案件款中扣除，此时垫付税费应当转化为未执行到位案款，也就是说以物抵债的金额应为流拍的保留价减去申请人垫付的执行费用（含代为垫付的卖方税费）。以物抵债后仍未受偿的部分，可以依法申报债权，但就垫付的卖方税费主张优先受偿没有依据。

四是**破产程序中处置破产财产而产生的土地增值税**。在破产程序中，处置破产财产而产生的卖方税费，系变价债务人财产的费用，根据《破产法》第四十一条的规定属于破产费用，由债务人财产随时清偿。破产变价前会对相关财产价值进行评估，变价一般通过拍卖方式进行，价格公

² 《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》34. 拍卖、变卖被执行人的财产成交后，必须即时钱物两清。委托拍卖、组织变卖被执行人财产所发生的实际费用，从所得价款中优先扣除。所得价款超出执行标的数额和执行费用的部分，应当退还被执行人。

³ <https://mp.weixin.qq.com/s/2n6uXQvIUgkhaNskxcwDvA>《关于执行拍卖买受人代破产债务人垫付的税款能否优先受偿的问题》

开且透明，收入确认较为简单，现行法律对扣除项目也有着较为明确的规定，可以提供评估报告以证明旧房及建筑物的评估价格，土地增值税税额确定相对容易。值得注意的是，对房地产进行评估有收益法、重置成本法等多种方法，而《实施细则》第七条明确规定，旧房及建筑物的评估价格是指转让时重置成本价乘以成新度折扣率后的价格；管理人委托评估机构对破产财产进行评估时，涉及房地产的，应要求评估机构采用重置成本法进行评估，以便于办税、避免争议。

三、破产房地产开发企业的土地增值税处理

房地产开发企业破产程序中面对的土地增值税问题更为复杂，各种土地增值税难题，主要集中在房地产开发企业破产程序。

（一）可能遇到的问题

对房地产开发企业，土地增值税实行先预征后清算。《实施细则》第十六条规定，纳税人在项目全部竣工结算前转让房地产取得的收入，由于涉及成本确定或其他原因，而无法据以计算土地增值税的，可以预征土地增值税，待该项目全部竣工、办理结算后再进行清算，多退少补。**因未按规定预缴而形成的土地增值税欠税及滞纳金是否属于破产债权？**

多数房地产开发企业在破产前全部或部分项目未进行土地增值税清算，有的是已达到土地增值税清算条件或可清算条件但未清算，有的则是尚未达到土地增值税清算条件或可清算条件。**裁定受理破产是否产生土地增值税清算条件成就的法律后果？**

进行土地增值税清算是确定土地增值税应纳税额的前提。房地产开发企业在破产前没有进行土地增值税清算，**进入破产程序后，是否必须进行土地增值税清算？由谁清算？**在破产受理日前未进行土地增值税清算，破产清算受理后进行清算的。**破产受理后清算确定的土地增值税是破产债权还是破产费用（共益债务）？**

土地增值税税率较高，房地产开发企业破产重整时，如没有对土地增值税进行充分测算和合理安排，存在重整计划执行因此无法执行的可能。**房地产开发企业破产重整时，如何防范土地增值税风险？**

（二）解决问题的思路

作为一种特殊的民事诉讼程序，破产法旨在通过司法程序公平合理地清理债权债务，保护债权人和债务人的合法权益，维护市场经济秩序。破产程序中处理土地增值税问题，应在法律规定的基础上，兼顾效率和公平。

《条例》第十条规定，“纳税人应当自转让房地产合同签订之日起7日内向房地产所在地主管税务机关办理纳税申报，并在税务机关核定的期限内缴纳土地增值税。”该条规定了土地增值税两个重要时点：一是纳税义务发生时间为转让房地产合同签订之日；二是纳税期限为纳税义务发生之日起七日内办理纳税申报，并在税务机关核定的期限内缴纳。

《实施细则》第十六条关于先预征后清算的规定，是关于土地增值税纳税义务如何履行的规定，不影响土地增值税的纳税义务发生时间。根据《破产法》第四十四条的规定，纳税义务发生时间在受理破产日前的应纳税款（含土地增值税）属于破产债权。因未按规定预缴而形成的土地增值税欠税及滞纳金，其纳税义务发生时间在破产受理日前，当然属于破产债权。如果土地增值税清算后应纳税款与应预缴税额不一致的，可以相应调整的债权金额或申请退抵税。

《破产法》第四十六条规定，未到期的债权，在破产申请受理时视为到期。由于土地增值税清算条件的成就是确定的，从条件和期限这两个法律概念的区别⁴来看，严格意义上对土地增值税清算条件的规定属于关于期限的规定，因此，裁定受理破产当然产生土地增值税清算条件成就的法律后果。

土地增值税清算是纳税人应尽的法定义务。对破产受理前未进行土地增值税清算，因法院裁定受理破产土地增值税清算条件成就的，由于法院已经裁定受理破产并指定管理人，根据《破产法》第二十五条的规定，破产企业由管理人接管后，土地增值税清算的义务只能由管理人代表破产企业履行。

无论是满足条件而未清算，还是因裁定受理破产而加速成就，土地增值税清算的目的是为了确定土地增值税。管理人是否需代表破产企业履行破产前的纳税申报义务，《破产法》对此没有明确规定。而且，是否进行土地增值税清算，直接影响的是税收债权，管理人接管破产企业后，通常不会立即代表破产企业进行土地增值税清算，在破产财产处置、重整计划执行时，又可能会

⁴ 王利明：《民法》 中国人民大学出版社 2005 年第 1 版 188 页

因未进行土地增值税清算而形成涉税争议，影响破产审判效率，甚至使得分配方案或重整计划无法执行。

实践中，受破产企业财务管理不规范、管理人接管不全面，众多扣除项目凭证在破产受理时尚未取得或确定等客观原因限制，管理人代表破产企业履行土地增值税清算义务存在诸多障碍，而且土地增值税清算较为繁琐，耗时较长，等待土地增值税完成清算可能影响破产程序的正常推进。《土地增值税清算管理规程》（国税发〔2009〕91号）第十一条规定，应进行土地增值税清算的项目，纳税人应当在满足条件之日起90日内到主管税务机关办理清算手续。而根据《破产法》第四十五条的规定，债权人申报债权的期限最长不得超过三个月。在债权申报期限完成土地增值税清算也存在一定的难度。

破产程序作为一种偿债程序，确定债权是前提。《破产法》第四十六条关于加速到期的规定，旨在确定债权，债权人可以据此申报债权。税务机关作为债权人申报债权，本质上属于民事行为，而非行政行为。也就是说，税务机关在申报债权时只需提举证明债权存在的证据和法律依据即可。对破产受理前土地增值税应清算未清算以及因法院裁定受理破产清算而条件成就的，税务机关可以根据《税收征管法》第三十五条、《土地增值税清算管理规程》（国税发〔2009〕91号）第三十三条、《国家税务总局关于加强土地增值税征管工作的通知》（国税发〔2010〕53号）等相关规定，按照核定征收率（原则上不低于5%，具体按省级税务机关相关规定执行）⁵申报土地增值税债权，并非必须完成土地增值税核定。管理人在审核税收债权时，综合接管掌握的情况，决定是否代表破产企业进行土地增值税清算，以兼顾效率和公平。

（三）特殊情况的处理

1、破产重整（和解）

破产重整和破产和解时，破产企业将得以存续。从公平角度而言，既不能因企业破产就赋予其超出正常企业的优势地位，也不能因为企业破产而加重其义务，使其在市场竞争中处于劣势。因此，对房地产企业破产重整、和解的，和正常企业一样，对土地增值税应以清算为原则以核定

⁵ 《国家税务总局关于加强土地增值税征管工作的通知》（国税发〔2010〕53号）规定：为了规范核定工作，核定征收率原则上不得低于5%，各省级税务机关要结合本地实际，区分不同房地产类型制定核定征收率。

为例外。对税务机关按照核定征收率申报土地增值税债权的，管理人可依法提请人民法院确定临时确定债权额，以兼顾税务机关的权利和破产程序的推进。

土地增值税税率较高。《关于继续实施企业改制重组有关土地增值税政策的公告》（财政部税务总局公告 2023 年第 51 号）规定有关土地增值税的优惠政策，不适用于房地产转移任意一方为房地产开发企业的情形。因此，管理人在制订重整计划或和解方案时，应当充分考虑土地增值税对重整计划或和解方案的影响，并对土地增值税清算事宜包括清算不能的处理以及清算后土地增值税债权的确定等进行专门安排，防止因土地增值税而无法执行或执行受阻等情况的发生。必要时，可以通过府院联动机制，争取财政奖补等政策支持，为重整计划或和解方案的执行保驾护航。

2、清算后对多缴税款的处理

由于房地产开发企业土地增值税实行先预缴后清算制度，清算后存在多种可能。对清算后，破产受理日前应纳税额大于已预缴税额的，根据清算结果确定税收债权，对此实践中并无争议；但应纳税额小于已预缴税额的，多预缴的税款如何处理，存在不同观点。有观点认为：多预缴的税款应予以退税⁶，由于退税时间发生在破产受理后，该部分退税应并入破产财产。也有观点认为：多预缴的税款应先冲抵企业其他税收债权。

如前所述，税务机关作为债权人参与破产程序是民事行为，税务机关应和其他债权人一样行使权利、履行义务。清算后土地增值税应纳税额小于已预缴税额的，多预缴税款的时间和其他税收债权均发生在破产受理日前，符合《破产法》第四十条规定的抵销条件，税务机关当然有权要求抵销。《国家税务总局关于应退税款抵扣欠缴税款有关问题的通知》（国税发[2002]150号）对应退税款抵扣欠缴税款也有着较为明确的规定，税务机关要求先抵欠税也符合税收征管法等税收法律的规定。

【结论】

1. 土地增值税的性质应根据纳税义务发生时间进行界定，在破产受理日前的属于破产债权，

⁶ 《税收征收管理法》第五十一条 纳税人超过应纳税额缴纳的税款，税务机关发现后应当立即退还；纳税人自结算缴纳税款之日起三年内发现的，可以向税务机关要求退还多缴的税款并加算银行同期存款利息，税务机关及时查实后应当立即退还；涉及从国库中退库的，依照法律、行政法规有关国库管理的规定退还。

法院裁定受理破产后发生的土地增值税属于破产费用或共益债务。

2. 现行税法关于土地增值税清算条件的规定，属于关于期限的规定，裁定受理破产当然产生土地增值税清算条件成就的法律后果。

3. 对房地产开发企业的，破产时未办理土地增值税清算的，税务机关可以直接按照核定征收率申报土地增值税债权，无需完成土地增值税核定。管理人在审核税收债权时，可依法提请人民法院确定临时确定债权额，并综合接管掌握的情况，决定是否代表破产企业进行土地增值税清算，以兼顾效率和公平。

4. 土地增值税清算后，根据清算结果确定税收债权；涉及到清缴退税的，税务机关可以行使抵销权，以其他税收债权冲抵应退税款。

5. 破产前强制执行时买受人垫付的卖方税费（含土地增值税）属于执行费用，可以参照破产费用从债务人财产中随时受偿；裁定以物抵债的，申请人垫付的卖方税费应当转化为未执行到位案款，不能按照税收债权的顺位受偿。

作者：安徽秉度律师事务所

浅谈我国的居住权制度

安徽南宣律师事务所 凌超

【摘要】在民众和国家对居住权制度的迫切需求下,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)将我国公民的居住权纳入到法律体系当中,形成了具有中国特色的居住权制度。我国居住权制度在继承的基础上结合了时代发展的需求,对居住权制度做出了制度突破和改良。然而,我国的《民法典》中,对于这一制度的规定还不够完善,存在着一些不足。本文以我国居住权制度为研究对象,简述了居住权的设立条件、方式以及登记,阐明了居住权制度的法律价值,分析了居住权制度在实践中的不足之处,为完善我国居住权制度提出了若干建议。

【关键词】居住权; 法律价值; 《民法典》

居住权,是指以居住为目的,对他人的住房及其附属设施所享有的占有、使用的权利。在之前《物权法》制定的时候,对于是否规定居住权的问题就有过较大争议,但最终立法机关认为房屋租赁等权利能满足居住需求,以社会并没有设立居住权的必要而被否定。在《物权法》颁布实施后,随着社会环境的变化,居住权应成为物权的呼声越来越高,居住权制度最终在历经万般争执后,伴随着《民法典》的出台得以展现于人民面前。实践中诸多案件表明,居住权的立法已经具备必要的客观基础,居住权制度是时代发展的结果。在《民法典》中居住权制度被以专章的形式规定于物权编的用益物权分编之中,共有六个条文,涵盖了从居住权设立到消灭的纵向过程,为居住权制度规定了完整框架。尽管如此,理论界围绕居住权的理论与实践研究的分歧仍然存在,典型如在居住权制度设立的价值、规则适用及完善等方面争议颇多。

一、居住权制度概述

(一) 居住权设立的实质条件

居住权的设定,必须满足以下实质性条件。第一,居住权的设定人必须是产权人,通过

租赁获得住房使用权的人或者通过合同获得不动产的管理人,不得为他人设定居住权。第二,拟设定居住权的客体为居民住宅。根据用途可以对房屋进行不同的分类,常见的有工业厂房、单位办公用房、经营性商铺、居民住宅等。居住权只能在居民住宅范围内设定。第三,无权属纷争。拟设定居住权的住宅,应当不存在权属纷争或者被依法查封。至于被设置抵押的住宅,在此基础上是否允许设立居住权,应做调查研究,分析其上如设立居住权是否会影响抵押权人实现其相应之权利。

（二）居住权设立的方式

从《民法典》的条文来看,居住权设立方式有两种,即依合同设立或遗嘱设立。有学者从比较法出发,提出居住权取得的方式一般为合同取得、遗嘱取得、法律规定取得、法院裁判取得和时效取得,我国居住权取得的方式过于狭隘,应丰富居住权设立方式的规定。有的学者提出要肯认时效取得居住权的方式,譬如某人自主、和平、公开、持续地居住于他人住宅15年之久,就应该承认其基于时效取得居住权,以维持既有的居住现状并有利于“物尽其用”^[4]。这一观点实乃过于超前,会给社会传递一种不正常的讯息,即长期非法入住他人住宅不仅不会受到惩罚还会得到法律的保护,这明显不符合当下中国国民普遍的价值观和认知,因此未被《民法典》所采纳。有观点认为居住权设立方式的条文序列安排有不妥,居住权设立方式可仅用一个条文就规定两种取得方式。合同与遗嘱之间最大的区别在于,订立合同是双方民事法律行为需要当事人双方的合意达成,而订立遗嘱是单方民事法律行为只需要遗嘱人的单方意思表示即可成立。因此,虽同为居住权设立方式的规定,但是两种不同的法律行为需要符合不同的条件才能达到同一的法律效果,立法将两种方式分开设立有其合理性。

（三）居住权的登记

居住权的设立采取书面形式订立合同并自登记时设立。居住权合同采用公示生效主义,设置了较高的形式要求,这有利于保护居住权的安全,更方便对居住权和租赁权做出正确的判断。根据《民法典》规定,居住权须经登记方可设立,因此排除了法定居住权和司法设定居住权的可能。如物权人不主动或者不配合为他人办理居住权的登记手续,则拟设享有居住

权人的利益将得不到保障。当事人间即使签订了居住权合同，或者被继承人在遗嘱中明确了特定之人将享有居住权，也存在着因继承人拒绝承认而不向登记机关登记，使居住权难以设定之风险。如果房屋所有权人将房屋出卖之后，原有的居住权合同也将无法得到实现；此时，期盼获得居住权的人的权利救济就相当困难。但问题往往是两个方面的，如居住权无需登记即可设立并受保护，那么如何防范合同倒签从而阻碍新的住宅所有权人行使权利，也将是一个无法破解的难题。

二、居住权制度的价值分析

（一）解决特定群体居住困境

目前来说，在很多大城市的买房价格很高，国家的住房保障体系还没有进一步完善。设定居住权有利于实现对于不动产的充分利用，有利于化解许多弱势群体的居住问题，有利于实现住有所居的目标。另一方面，居住权制度的设立，还可以帮助很多老弱病残解决居住的需求，现实中许多配偶在离婚之后基本住房问题难以得到解决，这样对于其权益的保护是不利的，许多老人晚年虽然拥有房屋但是难以满足生活需求，以房养老也是居住权设立的必要性之一。通过设立居住权制度，我们不仅可以妥当解决人民的住房保障问题，还可以去降低社会不稳定的因素，这对于构建和谐社会也是很有必要的事情^[2]。居住权的设立具有保障和救助性质，是《婚姻法》中规定家庭成员之间相互扶持和帮助精神的体现。通过居住权制度的法律化，不仅能够对家庭保障性居住问题进行化解，未来通过法律解释和司法实践还可以将居住权扩展至解决远亲、好友、收留的流浪儿童、孤寡老人、无继承权或处于第二继承顺位的继承人、长期非婚同居者等群体的居住问题。从更长远考虑，居住权制度可以让所有无房可居者成为受益者。

（二）缓解物权法定主义的弊端

物权法定原则对于物权的种类、内容进行了严格的规定，造成权利人不能充分地行使权利，实现法律范围内权利内容的最大化，同时，学术界对绝对的物权法定主义早有质疑。《民法典》对居住权的明确就是为扩充物权范围，实现对物的充分利用，调整居住权利益关系，

就是对物权法定主义的突破。《民法典》通过合同约定遗嘱或遗赠协议可设立居住权，但对住宅之上居住权设立的数量没有进行明确规定，按照民法自愿原则，所有权人有权自由处分自己的住宅，可以在住宅之上设立多个相互之间不冲突的居住权，既有助于化解特定群体的居住困境，也充分发挥了住宅的效能。遗憾的是，《民法典》规定居住权自合同生效之日起成立，居住权人若不到登记机关进行登记，难以对抗第三人，此种方式实际是通过债权对居住关系进行调整。同时，对于在同一住宅之上同时出现居住权、抵押权、房屋租赁等问题时，何种权利优先没有进行明确规定，有待补正。尽管如此，居住权入典仍是绝对的物权法定主义的一种缓和，对解决现阶段我国人民“住有所居”影响巨大。

（三）满足司法裁判需要

此次《民法典》将居住权规定在内，弥补了物权法的遗憾。对居住权虽有相关司法解释，但主要适用于婚姻家庭中，除此之外的居住权纠纷，法院在处理过程中通常借助公序良俗原则，将其解释为单独所有权或共同共有权。在物权法和合同法没有明确规定下，将其解释为无名债权等方式进行处理，如此会造成同案不同判，使司法裁判缺乏准确的法条依据，造成司法裁判不统一，处理结果难以使当事人满意，在法律效果和社会效果上存在瑕疵。

（四）充分发挥住宅效能

居住权的设计将住宅的所有权和使用权进行分离，有助于充分发挥住宅的效能，实现住宅的最大利用。《民法典》规定“居住权人有权按照合同约定”和“以遗嘱方式设立居住权”，通过合同、遗嘱方式确定居住权人，在保障住宅所有权不产生变动的情况下，对需要居住住宅的人设立居住权，使住宅的所有权和使用权相分离，保障了相关主体对住宅所享有的权能。居住权制度的设计，对于购买投资性住房、家有余房和利用房屋所有权进行融资的所有权人来说，实现了物尽其用，保障了住宅的最大利用。同时，居住权通过向登记机构申请居住权登记，可以有效对抗第三人，与房屋租赁相比，更具有稳定性和法律上的保障性，减少有关房屋的争议，有助于从法律上保障双方的权利。随着社会的不断发展，对于财产价值的实现并不必然要求对财产的实际拥有，而是是否最大限度地实现了物尽其用，居住权制度的设计

充分满足了群众的需要，回应了群众关切，实现了住宅价值的最大化，实现了权利人权利行使的最大化。

三、我国居住权制度现状

（一）居住权主体范围的设置过于局限

保护特定身份主体的居住权益是我国《民法典》将居住权纳入法律的初衷，以此来顺应对于“住有所居，老有所养”的社会需求。《民法典》沿续了传统居住权制度在人役性方面的定位，将居住权受益主体及房屋所有权人限制于具有特定身份的自然人范畴，明确了居住权的定位为保障性权利。严格限制于自然人，服务于特定身份群体，满足其生活的需要，体现了作为保障性制度的性质，是对居住权定位的贯彻，但却忽略了消费性居住、投资性居住等赋予居住权制度的更多新含义。在住房供需不平衡的当下，《民法典》关于居住权制度的规定局限于人役属性，忽视了作为用益权的价值，掩盖了其所具有的物权属性，难以满足现有住房市场主体对房屋多元化利用的需求，实现房屋经济利用价值的最大化。

（二）缺少对房屋保管和维护义务的规定

居住权制度包含三层法律关系，其中包括附着于物权之上但与一般债之关系不同的伴随债之关系。在房屋之上设立居住权后，房屋所有权人与居住权人之间仍存在伴随债之关系，因为房屋可能只由居住权人居住或利用，所有权人所享有的权利是一种空虚所有权，当居住权期限届满，若房屋损毁使之无法达到设立居住权之前的价值，就有侵犯空虚所有权人的期待利益之嫌。但是，我国《民法典》中只对前两种法律关系进行了规定，并没有规定房屋居住权人的日常维护、妥当修缮义务。在租赁合同关系中，我国《民法典》第七百一十四条就对承租人的妥善保管义务进行了明确规定：“承租人应当妥善保管租赁物，因保管不善造成租赁物毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。”房屋居住权和房屋租赁权具有相似之处，都是将房屋之上的完整权利在不同民事主体之间进行分配，所有权人并不一定实际占有、使用房屋，既然不同主体的权利指向同一客体，就极有必要利用伴随债之关系对居住权人和所有权人的权利义务边界进行合理划定，以在日后发生类似纠纷时提供明确的法律指引。

四、制度的完善

（一）主体之完善

经济社会的变化带来了居住权功能定位的变化，这也要求居住权在设立的过程中，应将各种主体纳入其中进行考量，而不是仅限于自然人，利用此种方式解决现阶段住房紧缺的难题，从现实意义上实现“住有所居”。当然对居住权设立主体的扩充并不能是全无限制的，由于法人、非法人组织的资产可能会比自然人更加充裕，假若将设立主体全面扩充至法人、非法人组织而不设置相应的限制，可能又会产生其他类型的“炒房”现象。因此，笔者认为居住权作为保障性权利对于法人、非法人组织的设立限制应更加严格，在设立时进行严格的资格审查程序，以防恶意“炒房”等现象的发生。

（二）住宅保管和维护义务之完善

首先，要明确住宅情况并确认义务。这就要求居住权人在权利设立之初对住宅的状况进行明确，平衡双方的权利与义务，避免纠纷。其次，必须积极履行自身所负担的保管义务，居住权人在居住期间须对住宅妥善使用、保管和维护，若因居住权人保管不善，导致房屋受损，依法律规定需承担相应的赔偿责任。最后，要尽到维修义务。居住权人在行使权利时，对住宅受到的一般性损害，在告知所有权人并取得同意的情况下，应在不超出收益范围之内，承担相应的维修义务。对于非因居住权人占有使用导致的重大损害，由所有权人承担维修义务。

（三）设立方式之完善

我国《民法典》第三百六十六条以及第三百七十二条款中关于居住权的相关规定表示，居住权的设立方式目前只包含合同和遗嘱两种方式。但从现实角度考虑，单一的设立方式并不能满足现实的复杂需要。《民法典》规定的居住权实际上为意定居住权，即具有意思自治性，充分表达当事人意愿而设立。但在案件中的双方意见或合同中的内容难以达成一致的时候，居住权就无法有效设立。此时，介入适当的公权力进行干预，设立法定居住权就显得十分有必要。在当事人双方有争议而无法达成意思一致时，在基于法律规定的情况下，判决一方享

有居住权,通过法院强制性地为弱势群体设立居住权,能切实保护弱势群体的基本居住权利,从而达成保护弱势群体的作用^[3]。但是当法院介入时,应当充分考虑房屋所有权人的所有权,在法律上进行严格限制。在裁定时,法官要充分考量当事人双方的意愿和情况,以意定居住权为主,法定居住权为辅,真正保障弱势群体的权利,实现“居者有其屋”的人文理念。

五、结语

《民法典》对于居住权的规定是立法的进步,有效回应了从“居者有其屋”到“住有所居”的时代要求,有助于破解因离婚、丧偶、养老等问题产生的特定群体的居住难题,意义重大。在高科技发展的今天,居住权也应该顺应时代发展的需要,不断的完善自身功能。通过后续出台的司法解释来完善自身体系。在维护弱势群体权益的前提下,提高利用效率,实现效益的最大化。ⁱ

作者单位:安徽南宣律师事务所

参考文献:

- [1] 曾大鹏. 居住权的司法困境、功能嬗变与立法重构 [J]. 法学. 2019.
- [2] 黄积虹. 构建《民法典·物权编》居住权的思考 [J]. 上海政法学院学报. 2019.
- [3] 房绍坤. 论民法典中的居住权 [J]. 现代法学. 2020.

以爱之名 抚爱之殇

——浅析《民法典》视野下轮流直接抚养制度与妇儿权益保护

安徽向群律师事务所 雷绪琴

【摘要】殇，是为亡也。婚姻终结带来的悲苦和遗憾之一是父母双方很难再同时与未成年子女生活，为弥补对子女的亏欠或寻求情感的寄托，常有因爱怜之情而发生“争养”子女的纠纷。面对和谁一起生活的问题，无论怎样选择，无论是主动还是被动，都会严重伤害子女和父母的感情，影响子女的健康成长。以爱之名，抚爱之殇，当姻亲已然破裂，血亲不再割舍，或许是保存婚姻最后的体面。《民法典》视野下的轮流直接抚养制度弥补了单亲抚养方式的不足，子女可以得到完整的父爱和母爱，在一定程度上为“争养”纠纷提供了有效的解决方案，使得未成年人子女的合法权益得到保障，在特殊情况下，也对离婚中处弱势地位的妇女之合法权益给予有力的维护。

【关键词】民法典；轮流直接抚养；妇儿权益；保护

一、轮流抚养方式的产生

从理论上来说，抚养制度归属于亲权，而亲权是一项规范父母子女之间权利义务关系的制度，以教养保护未成年子女为中心职能。亲权包括对未成年子女身份上和财产上的权利及义务。父母有教育、保护未成年子女的权利和义务。1989年联合国通过的《儿童权利公约》规定，所有关系到儿童的事务，均应该做到以儿童的最大利益为首要考虑因素。按照“儿童最大利益”（又称“未成年子女最佳利益”）原则，社会组织或与未成年子女利益相关的人在进行涉及未成年子女利益问题立法、处理未成年子女相关事务时，都应该坚持未成年子女利益最大化、最优化原则，把实现未成年子女最大利益作为首要考虑因素。[1]

离婚的结果之一是未成年子女很难再与父母双方同时生活，涉及抚养关系确定问题。实践中，多有父母因婚姻经营不善而对子女心生愧疚，爱怜子女，离婚时“争养”子女，并以

此作为离婚的前提条件而引发纠纷，未成年子女在面对跟谁生活的问题时，无论选择谁，无论是主动还是被动，幼小的心灵都会受到创伤，严重伤害子女与父母之间的感情，也影响子女的健康成长。此时应充分考虑未成年子女的利益，按照未成年子女最佳利益原则确定直接抚养人。

父母离婚后对子女的抚养方式，很多国家经历了从单亲直接抚养向双方共同协力抚养的变化。比如，在美国一些州受到欢迎的共同监护制度，制定有专门的共同监护法规，即双方离婚后，仍通力合作，让子女定期地轮流与父亲或母亲同住，接受抚养和教育。在法国，进入本世纪 80 年代，父母双方取得监护权的事例逐渐增多。在英国，相关的儿童法修订了婚姻家庭方面的规定，不再允许父母一方监护，另一方只有探视权，而是允许儿童在父母两地轮换生活。父母离婚后，继续同时对子女负有责任。[2]

相对于单亲直接抚养，轮流抚养模式无疑为“争养”纠纷提供了有效的解决方案，离婚后的父母虽然分开，但子女会定期轮换与父或母生活，在一定程度上能够减少父母离婚对子女造成的负面影响，同时也可以很好地平衡离婚双方抚养子女的权利和义务，切实或统筹解决子女的物质生活、医疗保健和受教育的权益等方面的问题，使得离婚案件中未成年人子女的合法权益有所保障。

二、轮流直接抚养制度的司法变迁

在我国，有关处理离婚后父母抚养子女问题的法律沿革信息有三条，一是 1980 年的《中华人民共和国婚姻法》第二十九条规定“父母与子女的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父方或母方抚养，仍是父母双方的子女。”二是 2021 年修订的《中华人民共和国婚姻法》第三十六条规定“父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或母直接抚养，仍是父母双方的子女。”三是《中华人民共和国民法典》第一千零八十四条规定“父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或者母直接抚养，仍是父母双方的子女。”在这些法律条文中，都强调了在离婚以后，无论由谁（直

接) 抚养, 父母与子女之间的关系以及由此而产生的权利义务均不消除, 但没有明确具体的抚养方式。

随着社会的发展, 司法实践中的离婚案件出现许多新情况、新问题, 争议焦点从原来离与不离转变为具体如何离, 其中“争养”子女现象增多, 许多离婚当事人在财产问题上可以作出让步, 但却坚决要求自己抚养孩子, 有的甚至以死相拼, 也要得到孩子的抚养权。孩子只有一个, 究竟判给谁合适呢? [3] 为适应社会需要, 1993 年 11 月 3 日施行的《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第 6 条规定: “在有利于保护子女利益的前提下, 父母双方协议轮流抚养子女的, 可予准许。”首次在司法文件上规定了父母双方“轮流”抚养的方式, 该司法解释无疑可以缓解离婚父母争养子女的矛盾, 按照轮流抚养子女的办法, 子女可以得到完整的父爱和母爱, 父母也都可以享受天伦之乐, 真是皆大欢喜的好事。[4] 后为切实实施民法典, 保证国家法律统一正确适用, 根据《中华人民共和国民法典》等法律规定, 结合审判实际, 依据 2021 年 1 月 1 日起施行的《最高人民法院关于废止部分司法解释及相关规范性文件的决定》, 该司法解释废止。

在数十年的司法实践中, 父母双方轮流抚养显然具有重要的现实意义和价值, 故在《民法典》施行后, 作为一项制度予以保留。2021 年 1 月 1 日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释(一)》第 48 条明确规定“在有利于保护子女利益的前提下, 父母双方协议轮流直接抚养子女的, 人民法院应予支持。”在《民法典》视野下, 考虑到父母双方协议轮流抚养子女的, 无论直接抚养一方或是非直接抚养一方, 均平等享有抚养子女的权利和义务, 相对于原司法解释, 新的司法解释调整了相关表述, 使之更加规范和完善。一是, 将原司法解释中“协议轮流抚养子女”调整为“协议轮流直接抚养子女”, “直接”二字与原《婚姻法》及现行《民法典》中有关离婚后父母子女关系条款中的表述严格保持一致; 二是将原司法解释中“可予准许”调整为“人民法院应予支持”, 体现了司法充分肯定和鼓励父母双方在离婚时面对子女抚养问题时通过协商轮流直接抚养的

方式来处理，在保护未成年子女合法权益的同时，也最大程度维系了父母双方与未成年子女之间的亲权关系。

三、轮流直接抚养制度在妇女儿童权益保护案件中的价值体现

随着轮流直接抚养制度在司法实践中的有效运用，该制度从最初保障未成年子女权益，慢慢地延伸至在一定程度上也保障了在离婚中处于弱势地位的妇女之权益。以笔者办理过的一起离婚案件为例，轮流直接抚养在成功化解婚姻家庭矛盾纠纷和有效维护妇女儿童合法权益方面意义重大。王某（女）与李某于2013年1月份登记结婚，起初夫妻感情较好，2014年4月生育一子。2018年期间，王某诊断患有癌症，治疗后病情稳定，夫妻双方因医疗费开销问题发生纠葛。2021年期间，王某病情复发，癌细胞转移至颅内再次住院治疗并使用了有害生育的药物。因不堪经济压力和照护重负，王某出院后不久，李某便提出离婚诉讼，并要求由其直接抚养未成年婚生子。诉讼过程中，双方对解除婚姻关系本身没有分歧，争议的主要焦点在于由谁直接抚养婚生子？李某认为王某患病需要休养，没有直接抚养的精力和能力，坚决要求自己直接抚养。王某自身的特殊情况让其在离婚时处于被动和弱势地位，作为诉讼代理人，笔者向法庭充分阐述，一方面，王某患病前，一直照顾婚生子的生活起居，母子感情很好，如果在离婚后，正在上学的婚生子被李某带离，必然会改变其生活和学习环境，不利于成长和学业；另一方面，王某疾病治疗对生育能力已经造成破坏，且对生命有一定的威胁，而亲人特别是婚生子的陪伴是支撑王某与病魔抗争不可替代的精神力量，如果婚生子由李某直接抚养，王某长时间见不到面，会产生情感焦虑，不利于病情控制。鉴于王某系独生女，当时病情稳定，其父母又自愿协助照顾，王某具有抚养婚生子的现实基础，建议法庭主持调解，以确保未成年人利益为价值导向，最大程度地减少因父母离婚带来的不利影响，同时注重考虑王某的生命权，对婚生子的抚养方式进行变通，由“一方直接抚养”变为“双方轮流直接抚养”，以平衡双方权利。最终，法庭慎重考虑了代理意见，主持多轮调解，最终双方对离婚、轮流直接抚养、财产分割等问题均达成调解协议，协议对轮流抚养的具体时间进行了细化，便于操作，避免后续纷争，相比较而言，王某直接抚养的时间稍长。婚姻

的结束固然对王某造成了内心的创伤,但直接抚养婚生子的权利得到法律的充分保障给予其莫大的安慰。

前述案例启示,王某患病后遭遇丈夫的抛弃,如果朝夕相伴的儿子也被带离,难以承受身体和精神上的双重打击,很有可能危及生命。此时,根据个案特征,促成调解,选择轮流直接抚养的方式,一举三得,一方面能够缓解离婚纠纷带来的精神内耗,同时满足父母双方对抚养权的需求;另一方面能够最大程度地减少离婚对未成年子女带来的消极影响;最后一方面是助力面对死亡威胁的母亲重新燃起生活的希望。这就是轮流直接抚养制度在保护妇女儿童合法权益案件中的价值体现。

四、结语

以爱之名,抚爱之殇!当姻亲已然破裂时,血亲不再割舍,或许是保存婚姻最后的体面。在涉抚养关系纠纷司法实务中,善于利用轮流直接抚养的制度优势,显然能够充分发挥该制度在妇儿权益保护方面的积极作用,对于调和离婚夫妻双方的矛盾,保障未成年人的身心健康和维护社会和谐稳定都具有重要的意义。¹

作者单位:安徽向群律师事务所

参考文献

- [1]最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释(一)正解与适用。
- [2]吕玉宝:《谈父母离婚后协议轮流抚养子女》,载《人民司法》1995年第9期。
- [3]、[4]吴晓芳:《婚姻法有关离婚问题的规定及其实务运作》,载《中国法律》2001年第1期

浅析债权人的撤销权

安徽皖华律师事务所 姚萌

【摘要】实践中，当债务人的责任财产不足以清偿债权时，如果还允许债务人随意处分财产，可能严重损害债权人的利益。这时候，债权人可以寻求怎样的法律保护呢？《民法典》在“债权保全”一章中规定，债权人在法定条件下可以撤销债务人处分财产的行为，这就是“债权人撤销权”制度。今天本文主要从债权人撤销权制度的构成要件及相关重点问题探析角度来简要分析该制度。

【关键词】债权人撤销权制度 构成要件 连环撤销权

一、债权人撤销权概述及法律规定

债权人撤销权是指当债务人无偿处分或以不合理的对价交易导致其财产不正当地减损或其责任财产负担不当地加重，从而影响债权人的债权实现时，债权人有权通过向法院起诉的方式请求撤销债务人所实施的赠与、转让等处分为行为。其本质是一种债权保全权能，当债务人怠于行使权力或者以不当方式减少其责任财产并因此损害其债权人的债权时，债权人可以以自己的名义行使债权人撤销权，从而维持或恢复债务人的责任财产，保障自己的债权可以实现。

《民法典》第五百三十八条规定债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益，或者恶意延长其到期债权的履行期限，影响债权人的债权实现的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。

第五百三十九条规定债务人以明显不合理的低价转让财产、以明显不合理的高价受让他人财产或者为他人的债务提供担保，影响债权人的债权实现，债务人的相对人知道或者应当知道该情形的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。

二、债权人行使撤销权案件程序审查要点

（一）管辖

债权人撤销权纠纷是债权人为保全债权，要求撤销债务人与相对人间形成的法律关系所产生的纠纷，而不是当事人因合同权利义务关系而产生的纠纷，因此应适用一般地域管辖原则，即“原告就被告”。

依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（以下简称《民法典合同编通则司法解释》）第44条，债权人应当以债务人和相对人为共同被告，由债务人或者相对人的住所地人民法院管辖，但是依法应当适用专属管辖规定的除外。

依据《民法典合同编通则司法解释》第46条第2款，债权人请求受理撤销权诉讼的法院一并审理其与债务人之间的债权债务关系，经审查属于该法院管辖的，可以合并审理；不属于该法院管辖的，法院应当告知其向有管辖权的法院另行起诉。

同时，需要注意的是，债务人和相对人不能以债权人与债务人之间、债务人与相对人之间存在协议管辖、仲裁管辖为由进行管辖抗辩。

（二）行使期限

依据《民法典》第541条，撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

需要注意的是，由于撤销权是典型的形成权，不适用诉讼时效相关规定，其权利的存续期间适用除斥期间，因此541条规定中的“一年”与“五年”期间同属除斥期间，并不适用中止、中断或延长。同时如果债权人撤销权的行使受以上两种除斥期间的限制，即使债权人行使撤销权是在知道或应当知道撤销事由的一年之内，但如此时自债务人的处分行为发生之日已届满五年的，撤销权也依法消灭。

三、债权人撤销权的构成要件

（一）行使《民法典》第538条应满足的构成要件

1. 债权人对债务人存在合法有效的债权。

债权人的债权合法、有效是行使债权人撤销权的前提和基础。没有合法有效的债权，撤

撤销就无从发生。因此在审查债权人的债权是否合法有效时要注意以下几点：一、债权的产生是否合法。如果系因赌博、走私、贩卖毒品等非法行为产生的债权，其本身就不具备合法性，当然也缺乏行使撤销权的正当性。二、债权是否既存。对已经消灭或尚未发生的债权，不得行使撤销权；但诉讼时既存的债权不要求债权是否已经到期，只要债权成立即可，即便后续债权经人民法院裁判确认的时间迟于转移财产行为的时间，也不影响撤销权的行使。三、债权的种类。可行使撤销权的债权原则上是以财产给付为目的的债权，不限于金钱债权，鉴于撤销权只是撤销债务人减损责任财产的行为，所以也无需确定债权数额。四、撤销权行使范围应当以债权人的债权为限。债权数额与债务人处分行为的财产数额之间进行比较，债权人不能撤销债务人所有的处分行为，但允许撤销权指向的标的在不可分的情况下超过债权数额进行撤销。

2. 债务人存在无偿交易的行为

放弃债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式，属于债务人纯粹无偿处分财产权益行为，对于该类行为法律已有明确规定予以禁止，通常情况下债务人多不会直接以上述形式来实施诈害行为，而是采取相对隐蔽的方式，因此在实践中判断是否存在无偿交易行为，我们不能只简单看形式，而要看清交易性质。比如债务人向他人转让财产，虽然形式上约定了一个合理的价款，但其支付价款的方式为用无实际价值的股权来抵偿，或者支付价款的期限不定，这种交易实质上就是无偿转让；又如放弃债权担保，本来约定的是物的担保，为对抗债权人却将之换成人的担保，或者本来是有履行能力的主体的担保，将之换为无履行能力主体的担保，这些行为其实质均是无偿处分财产权益，因此，需我们看透交易本质去判断。对于债务人的债权，《合同法》第七十四条规定的是放弃到期债权，《合同法解释（二）》补充规定了放弃未到期的债权，《民法典》第五百三十八条吸收合并为放弃债权，不再要求是否到期。放弃债权亦有各种隐蔽形式，如将债权赠与他人或转让给一个无支付能力的主体等，亦需我们作实质性分析

而在无偿交易的情形下，债权人撤销权的行使不要求主观要件，即不要求债权人对债务

人或相对人的主观恶意进行举证，债务人无偿处分财产权益影响债权人债权实现的，其行为本身具有客观恶性，且无偿行为的撤销，仅使受益人失去无偿所得的利益，并未受其他损害，法理应首先考虑保护债权受危害的债权人利益而不应保护无偿取得利益的第三人。因此，此时无需考虑债务人和相对人的主观动机即可撤销。

3. 债务人的诈害行为影响债权人债权的实现。

根据《民法典》规定“影响债权人的债权实现”，即债务人的诈害行为与债权的实现应当具有因果上的关联，那如何判断债务人诈害行为是否影响了债权人债权的实现？首先我们可以根据债务人资产负债情况判断，判断债务人是否有能力偿还债务，最直接的方法就是比较债务人资产和负债的金额。但在实践中一些特定的情况下，要查明债务人的真实的资产负债情况并不容易。有时候债务人的部分资产实际价值，只有在资产变现处置完毕之后，才能够准确的认定。其次可以根据债务人的执行状态判断，如债务人本身已经是执行程序中的被执行人，且其名下已无可执行的财产，或已被法院裁定终结执行程序的，通常可以认为债务人处于“无资力”状态，此时如债务人实施诈害行为，则可被撤销。最后可以从债务人对于债权人已有债务逾期来判断，债务人对于债权人已有债务逾期的情况下，此时如债务人仍然实施诈害行为，则可以初步推定对于债权人的债权实现将产生不利影响。

（二）行使《民法典》第 539 条应当满足的构成要件。

539 条与 538 条主要有以下两点区别：一是 539 条规定的诈害行为属于有偿，但支付的对价明显异常，需要着重论证交易价格的不合理；二是债权人还应当举证证明债务人、相对人主观上的恶意。这是因为，在有偿处分行为的情况下，仅凭不合理的交易价格无法进行整体的价值评判，还存在对善意相对人的保护问题。但是主观恶意作为一种心理状态，债权人一般很难证明。因此，司法实践一般都采取推定原则，以明显不合理的低价转让或不合理的高价受让。而交易对价的合理性判断比较复杂，原则上不能直接推定相对人具有恶意，须通过举证责任的分配来实现对相对人主观恶意认定标准的客观化。即债权人需要证明债务人的行为有害于债权，且相对人依当时具体情形应当对此是能够知晓的，从而完成《中华人民共

和民法典》第五百三十九条规定的“债务人的相对人知道或者应当知道该情形的”的举证责任，由此推定相对人具有恶意。相对人对推定不服的，应就其行为善意负担证明责任，如举证证明其与债务人交易符合一般交易习惯，债务人向其提供了诸如有重大投资回报收益、急需资金项目的等合理的正当理由，依据其与债务人交易的外观关系不可能知晓债务人有恶意的故意等。

二、债权人撤销权常见实务问题探析

（一）债务人不当处分财产的表现形式有哪些

《民法典》第五百三十八条、五百三十九条例举了七种债务人不当处分财产的表现形式，其中对于债务人放弃债权、放弃债权担保、无偿转让财产、恶意延长其到期债权履行期限的处分行为，并未要求相对人知道或者应当知道该行为影响债权实现；而对于以明显不合理的低价转让财产、以明显不合理的高价受让他人财产或者为他人的债务提供担保的处分行为，则要求相对人知道或者应当知道上述行为会影响债权实现。实践中，还有一些情形也可能被认定为不当处分财产，如恶意签订债权债务抵消协议等。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》也以不完全列举式规定新增了几种债务人不当处分责任财产的行为种类。包括：债务人以明显不合理的低价或者高价实施互易财产、以物抵债、设定用益物权、出租或者承租财产等行为。可见，司法实务中，对不当处分财产行为的认定更倾向于实质审查处分行为是否价格明显不合理或明显是为了规避债务。

（二）明显不合理的价格如何判定

合同编通则司法解释第四十二条 对于民法典第五百三十九条规定的“明显不合理”的低价或者高价，人民法院应当按照交易当地一般经营者的判断，并参考交易时交易地的市场交易价或者物价部门指导价予以认定。转让价格未达到交易时交易地的市场交易价或者指导价百分之七十的，一般可以认定为“明显不合理的低价”；受让价格高于交易时交易地的市场交易价或者指导价百分之三十的，一般可以认定为“明显不合理的高价”。如果债务人与

相对人存在亲属关系、关联关系的，不受前款规定的百分之七十、百分之三十的限制。

（三）连环撤销权

对于债权人是否享有连环撤销权，在刘贵祥专委 2023 年 1 月 10 日在全国法院金融审判工作会议上的讲话——关于金融民商事审判工作中的理念、机制和法律适用问题中有所回应：相对人以无偿或明显不合理低价取得财产后，又将财产以无偿或明显不合理低价向第三人转让的处理。对此，实践中有债权人诉请撤销连环转让行为。撤销连环转让的主张有利于债权的实现，也有利于纠纷的一次性解决，但因民法典将撤销的对象限于“债务人的行为”，这一主张存在法律理解上的分歧。但在人民法院已经作出撤销债务人无偿或低价转让财产行为的生效判决后，债权人以相对人无权处分，第三人不符合善意取得条件为由，请求该第三人向债务人返还财产的，人民法院应当予以支持。

最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编《民法典合同编理解与适用》中也明确指出：在债务人有偿处分行为之下，债权人要行使撤销权，还需具备相对人知情的主观要件。这里所谓“相对人知情”，系指相对人知道债务人实施了有失公平的有偿处分行为。在债权人撤销权的两种情形中，撤销债务人的无偿处分行为并不要求受益人知情，而撤销债务人的有偿处分行为则需要受让人知情。这是因为，在无偿处分行为的情况下，受益人取得利益并未支付对价，在社会观念上属于意外所得。因债权人行使撤销权而消灭该无偿处分财产的行为，仅仅是使受益人丧失了意外取得的利益，并不发生其固有利益受损的问题。因此，没有必要要求受益人对此知情。否则，将不适当地限制债权人撤销权的行使空间。而在有偿处分行为的情况下，受益人取得财产支付了对价。即使其对价有不合理之处，但在市场交易中的价格，本就是当事人自身所认可的价格。既然二者之间实施了交易，那就意味着二者对价格达成了一致。因此，仅仅凭借不合理价格本身，并不容易对债务人的有偿处分行为进行价值评判。更何况，在这种情况下，善意受让人代表了整个交易秩序的安全，应该对其善意予以保护。只要债务人和受让人实施了二者互相认可对价的法律行为，且受让人不知道该行为会影响债权人债权实现，就不应被动辄撤销。但是，如果受让人知道债务人通过不合理价格与

自己进行交易，更知道该行为会影响债权人债权的实现，则其不再是善意，没有给予保护的必要，应允许债权人行使撤销权。

三、结语

债权人撤销权制度的立法原意在与使债务人的责任财产维持在原有状态，以达到保障债权人实现债权的目的。但随着社会经济的发展，债务人逃避债务手段的多样性、隐蔽性和复杂性，而法律不可能对当事人的每一种行为都设置了准确的界限和标准。因此我们更应从构成要件、难点解析等角度全方面了解掌握该制度，当前的债权人撤销权制度及配套的诉讼程序、相关的规定并非已经完美无缺，“法律一经制定就已落后于时代的发展”，因此，债权人撤销权制度及适用规则的完善仍需我们共同的努力与探索。

作者单位：安徽皖华律师事务所

认罪认罚从宽制度的不足与完善

——以刑事程序选择权为视角

安徽师阳安顺律师事务所 程学平

【摘要】本文针对认罪认罚从宽制度的不足与完善，以该制度的刑事程序选择权为视角，从认罪认罚从宽制度的法理渊源及法律依据切入，梳理出认罪认罚从宽制度在制度设计、执行环节存在的部分问题，并分析了问题产生的主要根源，进而对认罪认罚从宽制度的完善，提出了确立认罪认罚从宽程序启动的选择权、协商权建议，旨在呼请全国人大法工委能启动对该制度的完善及立法。

【关键词】认罪认罚从宽制度指导意见、管理办法 刑事程序选择权 协商权 协议

一、认罪认罚从宽制度的法理渊源及法律依据

“服罪输情者虽重必释，游辞巧饰者虽轻必戮”¹，出自《三国志》中“诸葛亮之为相国也”一文，这当属中国古代法制史上“认罪认罚从宽原则”的法理之一。

新中国诞生后，“坦白从宽，抗拒从严”长期作为执政党的刑罚政策，可谓全体国民人尽皆知、耳熟能详、信口拈来的口头语。

1979年7月1日颁布的第一部刑法第六十三条“犯罪后自首，可以从轻处罚”的规定，则属认罪认罚从宽原则的法律规定。

在1997年-2023年期间，对《刑法》的一次修订、十一次修正，以及两院三部制发的多份司法解释、司法文件中，对认罪认罚从宽原则予以了强化，对实施措施予以了细化。

期间，《刑事诉讼法》相应进行了三次修正。其中，2018年的修正中，新增的第十五条，“犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行，承认指控的犯罪事实，愿意接受处罚的，可以依据从宽处理的规定”，设立的正是刑事诉讼“认罪认罚从宽制度”的法律原则。

¹ 《三国志——诸葛亮之为相国也》。

“认罪认罚从宽制度”，在法理上可谓世界普适，在法律上也有明确的法律规定及司法解释。全国人大常委会也曾作出相应立法解释，但一直未能形成相对规范的制度，以致在司法实务的执行环节上引发强烈的社会异议，甚至形成“坦白从宽，牢底坐穿；抗拒从严，回家过年”的戏谑口头禅，从而严重贬损了司法机关的社会公信力。

2014年10月《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》第四部分第（二）项第三款中，明确提出了“完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度”的工作任务。

最高人民法院、最高人民检察院根据改革开放进程中，各类社会矛盾复杂多元、冲突激烈、案件数量激增的社会问题，从未停止过以实现司法“公正与效率”为中心任务的改革，并取得了诸多积极成果。

2016年9月，十二届全国人大常委会二十二次会议通过《关于授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开展刑事案件认罪认罚制度试点工作的规定》。

经三年的试点，2019年10月24日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部发布《关于认罪认罚从宽制度的指导意见》（以下简称“指导意见”）。两院三部联合发布的指导意见在立法层级虽然只属于指导性质的司法文件，但对各级司法机关却具有必须执行的约束力。

2020年5月11日，最高人民检察院发布《人民检察院办理认罪认罚案件监督管理办法》（以下简称“管理办法”）。自此，认罪认罚从宽制度在司法实务执行层面，已初具准法律效力的规范性制度。另从法理角度，也可视为确认了认罪认罚从宽制度这一刑事诉讼程序的合法性。

若对认罪认罚从宽制度全面执行四年的社会效果进行综合考评，无论是司法共同体、学界抑或社会层面，各种评价意见似乎并不如人意，且负面微辞颇多。

为何这一项好的制度未能被社会各界普遍叫好，当是制度的创设机关需理性思考的重大命题。

二、问题的提出

虽然，刑事诉讼法第十五条确立了认罪认罚从宽的法律原则，《指导意见》和《管理办法》也系统地规定了适用认罪认罚从宽程序的司法原则和办案流程，虽然该程序并不是《刑事诉讼法》规定的必经程序，而只是一个选择性程序，但各级司法机关，特别是基层司法机关都是积极推行，强力执行。除几类明确不得适用认罪认罚从宽程序的案件外，其他案件都一律适用认罪认罚从宽程序。且还设立了多项内部考核指标、考核制度等，确也取得了“快审快结”，减轻司法工作人员的压力，极大提高了办案效率的成果。

短短四年时间，“认罪认罚”取代“坦白从宽”而成为司法工作人员乃至国民人尽皆知、信口拈来的口头语，但该口头语却忽略了“从宽”这一关键词，因此也在社会层面产生了诸多争议的问题。本文仅从辩护人的角度，以刑事程序选择权为切入点，提出个人的肤浅观点及完善认罪认罚从宽制度的建议。

问题一、“认罪认罚从宽制度”在程序启动的选择权上是单向还是双向的？

虽然从刑罚的基础逻辑，从法理的视角，“认罪认罚从宽制度”的“程序启动权”、启动后的“协商权”是检察官、法官、犯罪嫌疑人、被告人、辩护人都应享有的权利，即该选择权应是双向的。“认罪认罚”虽是犯罪嫌疑人、被告人负有的义务，但也不应因此忽视其享有的“自愿权”。而“从宽处罚”则是检察官、法官依法单方享有的权力。

“认罪认罚”与“从宽处罚”对犯罪嫌疑人、被告人而言，是以自愿认罪认罚为条件，而换取检察官、法官依法定权力给予从宽处罚，该从宽包括程序从宽和实体从宽。反之，检察官、法官也当以明示的从宽条件，促使犯罪嫌疑人、被告人自愿认罪认罚，进而取得简化办案程序、提高办案效率、促进司法和谐的成果。二者是一个有机的整体，互为条件，互为因果，密不可分，缺一不可。如果出现犯罪嫌疑人、被告人自愿认罪认罚，但检察官、法官作出的量刑建议或判决，犯罪嫌疑人、被告人却不能感受到已获从宽的情形，则“认罪认罚从宽制度”对该个案而言，则未必能产生正面的社会评价。

而现存问题正是“认罪认罚从宽制度”程序的启动权，绝大多数都被侦、控、审机关掌控，从而使该双向都可选择的权利，在执行中嬗变为侦、控、审机关单向掌控的权力。

问题二、“认罪认罚从宽程序”的刑事程序选择权，由谁主动行使更为合理？

认罪认罚从宽程序作为刑事诉讼中的选择程序，在刑事诉讼全过程，侦、控、审机关和犯罪嫌疑人、被告人、辩护人都应当享有启动的权利，这当是学界和司法实务界都无争议的。

但《指导意见》和《管理办法》中，只有“犯罪嫌疑人、被告人自愿认罪认罚”、“办理认罪认罚案件”的表述，却忽略了“犯罪嫌疑人、被告人”为获从宽处罚，才自愿以认罪认罚为前提条件，而主动申请启动认罪认罚程序的选择权。因此，在司法实务中，除有少数由辩护人主动申请启动认罪认罚从宽程序外，由犯罪嫌疑人、被告人主动要求提起的极为罕见，绝大多数认罪认罚程序都是由侦、控、审机关单方提起。加之侦、控、审机关司法公权力“威权”意识的思维惯性，以及刑事诉讼当事人与侦、控、审机关之间权利“对抗”的非对称，即便侦、控、审机关以“告知”名义提起，但犯罪嫌疑人、被告人在恐惧心理的作用下，都极可能将“告知”体验为“被自愿”，甚至变成“被胁迫”的感觉。

如果经侦、控、审机关办案人员释明、告知，能将启动“认罪认罚从宽”程序的选择权，交由犯罪嫌疑人、被告人、辩护人行使，则犯罪嫌疑人、被告人自愿认罪的主动性、自愿性自然会大幅提升，“被自愿”、“被胁迫”的质疑也自然被消除。

问题三、犯罪嫌疑人、被告人、辩护人享有与侦、控、审机关办案人员协商从宽的权利吗？

理论的答案一定是肯定的。因为认罪认罚从宽程序作为一项重要的刑事选择程序，在执行中犯罪嫌疑人、被告人、辩护人最渴求的是能享有与侦、控、审机关办案人员的协商权。侦、控、审机关将罪名的认定、人身刑拟处罚的刑期、财产刑拟处罚的额度等告知犯罪嫌疑人、被告人、辩护人，犯罪嫌疑人、被告人、辩护人根据自己的认知，提出接受或适度讨价还价的意见，双方经协商，达成一个双方都能接受且双方都认为相对合理、公平的“协议”，这当是认罪认罚从宽制度能顺利执行的最佳方式及最佳结果。

虽然《指导意见》和《管理办法》都有犯罪嫌疑人、被告人自愿认罪认罚的“自愿性”原则规定，刑法学界也有“协商性司法”、“控辩双方平等对抗的本质不变”的解读。但在

犯罪嫌疑人、被告人、辩护人的认知中，更多的却是“被自愿”的感受，甚至在刑事诉讼全流程中都时时感受到“被胁迫”的压抑，至于“协商”则更是几无踪影抑或极为罕见。

然，现行认罪认罚从宽制度的执行中，犯罪嫌疑人、被告人、辩护人应享有的协商权，在《指导意见》和《管理办法》中都未见明示，在实际执行中自然也是被漠视，仅在少数确因事实难以查明、责任难以界定的案件中，偶有双方以“默契”的方式被适用。

因此，认罪认罚从宽制度的设定、执行过程中，协商权的缺失，当是造成该制度被质疑、被异议的根源之一。

问题四、“认罪认罚从宽制度”与法官“独立行使审判权”的司法原则以及“以庭审为中心”的司法方式有冲突吗？

“春江水暖鸭先知”，凡长期从事刑事辩护的律师都有一种直观的感受，即除极个别在事实和定性都特别复杂、疑难，诉讼当事人、参与人之间意见分歧极大的案件，控方在经“听取被告人、辩护人意见”后，“被告人不同意”或“提出附条件认罪认罚”，控方也对事实认定或行为定性“吃不准”的情形下，才会以不提出具体的量刑建议的工作技巧，将案件交法院独立行使审判权外，其他只要控方认为符合启动认罪认罚程序的案件，控方都会千方百计地“促成”被告人签署“认罪认罚具结书”。于是“被告人在法庭上无话可说或有话也不敢说”，辩护人在法庭上则几乎完全是无话可说的尴尬现象必然产生。即便有法官内心认为量刑建议不尽适当，但法官受多重因素影响，大概率的也会依“量刑建议适当的，人民法院应当采纳”的原则性规定，完全依照检察官的量刑建议作出判决。

如此情形，对确属自愿认罪认罚，且也无认知偏差的被告人而言似乎没什么影响，但这毕竟只是少数。更多的被告人都自然会感到憋屈、无奈，甚至被胁迫的“恨意”。而对辩护律师而言，则还会对普适的“法官独立行使审判权”的司法原则、“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪”的无罪推定原则、“被告人依法享有辩护权”的原则、“以庭审为中心”的审判方式等产生质疑，同时还会产生究竟是“法官判案”还是“检察官判案”的困惑。

问题五、“认罪认罚从宽制度”剥夺了被告人的上诉权吗？

客观理性的说，按照认罪认罚程序一审终结的案件中，确有一定比例的被告人认为自己获得了一定幅度的从宽而自愿表示不上诉。但也有一定比例“被自愿”认罪认罚的被告人原本就心存不满，经一审庭审，认为控方量刑建议过重或对部分事实提出异议，但法庭未予重视，仍依控方量刑建议作出判决，被告人不服，要求提起上诉。这时，辩护律师为避免被告人的风险，不仅不敢支持，还得违心地提醒被告人“你若上诉，检察院将可能会提起抗诉”。这虽并不代表辩护律师不支持被告人上诉，而是在这个环节上，绝大多数一审公诉机关都有一个内定的“规则”，且公诉人也通常会直言不讳地在法庭上即告知被告人“你若上诉，公诉机关将提起抗诉”。慑于这一“规则”，更多的被告人也只能憋屈地放弃上诉的权利。此时，辩护律师也同样处于极度尴尬和纠结的心态，即便内心有充分事实和法律依据的判断，认为一审判决不当，甚至错误，但却不敢鼓励，更不敢支持被告人提起上诉。因为，公诉机关的抗诉，不仅可能造成被告人被加重处罚的风险，也可能会给辩护律师造成重大负面影响。

如此情形，必然造成“认罪认罚从宽制度”是否剥夺了被告人法定上诉权的质疑，且该质疑已成为司法共同体内部，以及社会公众普遍的诟病。

“认罪认罚从宽制度”的执行中，理论界、实务界及社会层面所提出的质疑和争议还有很多，限于本文篇幅，仅选择其中与律师实务关联较大的上述几点。

三、问题产生的根源

（一）“认罪认罚从宽制度”与“辩诉交易”

“辩诉交易”是西方刑事诉讼中一项重要的制度，学界的解释是指在法院开庭前，代表控诉方的检察官与代表被告人的辩护律师进行协商，检察官以撤销、降低指控或建议法官对被告人从轻处罚为条件，来换取被告人自愿认罪，自愿接受相应处罚，进而达成双方都可接受的协议。

辩诉交易起源于美国，1970年美国联邦最高法院确认了辩诉交易的合法性。但该制度本身也存在争议，即便在美国也有极少数州检察官公开表示不予执行的特例。但该制度确体

现了辩诉双方博弈规则的合理性，更有节约司法资源，促进司法公平，提高司法效率的制度优势。据了解美国有90%以上的刑事案件都是以辩诉交易的方式结案的，且为社会公众普遍接受。

辩诉交易，从文字排序看“辩”列在前，“诉”列在后，是否具有对该刑事程序选择权孰先孰后的考量，不便妄加评论，但从文意上看，就是被告人以认罪为前提，换取控方撤销、降低指控或要求法官从轻处罚，该过程类似于民事交易中的“讨价还价”。

在过去几十年的刑事审判司法实务中，辩诉交易虽未明确提出，但在一些案件的审理中，控、辩、审三方经协调达成“默契”，确实成功地解决了部分疑难复杂案件的审理，且取得三方都能接受，甚至可谓满意的结果。期间，关键的因素就是犯罪嫌疑人、被告人以自愿认罪、自愿接受一定的处罚为条件而获得了实体上的从宽。

“认罪认罚从宽制度”是指犯罪嫌疑人、被告人以自愿如实供述自己的罪行，对指控的犯罪事实不提异议，同意检察机关提出的量刑建议并签署具结书为条件，实现程序上依法从简，实体上依法从宽处罚的制度。司法实务中，程序从宽的争议本文予以省略，而实体是否确已获得从宽却是争议较大的问题。

撇开意识形态和国情差异，仅从法理视角，“辩诉交易”与“认罪认罚从宽制度”在法理上是相通的，但从文意上看“辩诉交易”的说法似乎更为朴素、接地气，特别是“交易”所蕴涵的就是“双方协商”的规则，且交易的结果，则是“契约”意义上的“协议”，而“认罪认罚从宽制度”中的“从宽”似乎只是强调了侦、控、审单方掌握的权力，而忽略了犯罪嫌疑人、被告人、辩护人应享有的“协商”、“协议”的权利。

聚焦于“从宽”，在我国《刑法》幅度刑期的刑罚体系中，起点刑与最高刑的幅度空间较大，何谓“从宽”本身就是刑罚司法实务中难以量化界定的难题，该难题本该由法官行使“自由裁量权”空间来解决，但在控方“量刑建议精准化”的操作中，法官的“自由裁量权”似乎也被检察官代为行使。

（二）认罪认罚从宽制度中辩诉双方协商权缺失

客观地评价《指导意见》和《管理办法》的文意表述及流程规定，对司法权的适当行使确都规定得较为严格，但却似乎忽略了犯罪嫌疑人、被告人及辩护人的部分权利。特别是通篇不见控方与犯罪嫌疑人、被告人、辩护人之间，就“认罪认罚”前提条件与“从宽处罚”结果之间的“协商权”，更不见“认罪认罚”与“从宽处罚”之间有“契约”意义上“协议”的任何明示或隐示的含义。因为犯罪嫌疑人、被告人自愿“认罪认罚”是侦、控、审方都共同追求的目的，而获得“从宽处罚”则是犯罪嫌疑人、被告人、辩护人共同追求的目的，但公正裁判则当是法官永恒不变的追求。虽然公正只是一个相对的概念，但在控、辩、审三方都认为是公正的情形下，一个案件的判决结果自然就可以被视为是公正的。

现行的“认罪认罚从宽”制度的执行在社会层面确存在不少的负面评价，即便在司法共同体和刑法学界也存在较大的异议。

“认罪认罚从宽”制度实属一项提高司法办案效率、节约司法资源、促进犯罪嫌疑人、被告人真诚认罪悔罪，维护社会稳定的好制度，为什么这项好制度在实际执行中却不尽如人意。究其根源，主要是《指导意见》和《管理办法》在制度安排中未能将犯罪嫌疑人、被告人“自愿认罪认罚”与获得“从宽处罚”之间的因果关系明晰化，而该明晰化的方式，就是明确赋予侦、控、审机关与辩护人，抑或直接与犯罪嫌疑人、被告人之间就“认罪认罚”与“从宽处罚”的“协商权”。

如果一个案件最终的判决结果，是经“协商”而达成“契约”意义的“协议”，则前述诸多争议、质疑都将被化解。

因此，在《指导意见》和《管理办法》中若能明确载明“协商”、“协议”的关键词，并在执行程序中，作出“协商”的制度安排，则认罪认罚从宽制度一定会达到良好的社会效果。

（三）认罪认罚从宽程序规则的完善

由于《指导意见》和《管理办法》都未对认罪认罚的程序启动作出明确的规定，出于提高办案效率的价值追求，除有明确规定不能适用认罪认罚从宽制度审理的案件外，控方都会

单方直接启动认罪认罚程序。虽有告知、听取意见的相关规定，但在操作过程中往往更多的是被弱化，甚至被忽略。这在《管理办法》上表现的尤为突出，甚至将“适用认罪认罚从宽程序的案件”直接简化为“办理认罪认罚案件”的表述，连“从宽”这个最为关键的词都省略了。

因此，如果能将“办理认罪认罚案件”的表述完善为“适用认罪认罚从宽制度的案件”，进而将启动认罪认罚程序的权利设定为控方以告知的方式行使“释明权”，交由犯罪嫌疑人、被告人或辩护人以申请方式行使请求权，经“协商”后由犯罪嫌疑人、被告人或辩护人行使达成“契约”性“协议”的“决定权”，则“认罪认罚从宽制度”一定会更为科学合理。

四、认罪认罚从宽制度完善的建议

任何一项好制度的建立之初，都不可能是完善的。只有在对该制度的执行进程，针对发现的缺陷不断予以改进，才能逐步完善。

认罪认罚从宽制度应认定为是一项很好刑事司法操作制度，但在司法实务中，相关缺陷也逐步显现。如何对显现的缺陷予以修复，当是司法共同体中各部门以及刑罚学界共同探讨的问题，主要可以从以下切入点入手。

（一）进一步提升社会主义科学法治理念

就刑事司法的法治理念而言，控、辩、审三大支柱的构架，当属绝大多数不同意识形态国家普适的规则，也是我国刑事司法制度的基本框架。但是，侦、控、审三大国家强力机关在代表国家行使刑事侦查权、控诉权、审判权时，时不时伴有自主扩张权力的冲动，极易出现权力越界的现象，且更有诸多虽未明确言说，但却客观存在的“潜规则”。《刑事诉讼法》对各方权力的行使，已确立了“法无明文规定皆不可为”的原则。但若仔细审视《指导意见》和《管理方法》，在对认罪认罚从宽制度程序启动的选择权，“认罪认罚”与“从宽处罚”目的双赢的“协商权”等，在规则设定上，都显有“立法本位”的倾向，更有对犯罪嫌疑人、被告人合法权利的忽视，特别是对律师辩护权的行使，也予以了实质性的限缩。这可能是所有从事刑事辩护业务律师普遍的感受的职业之感，社会层面更是微辞颇多。

因此，进一步提升社会主义科学法治理念，当属司法共同体和刑罚学界都需探讨的共同命题。

（二）科学完善“认罪认罚从宽制度”所涉相关司法文件的规定

前已陈述“自愿认罪认罚”与“从宽处罚”是互为前提，也是互为因果的逻辑关系。犯罪嫌疑人、被告人的“自愿认罪认罚”，目的是为获得“从宽处罚”。侦、控、审机关承诺给予犯罪嫌疑人、被告人“从宽处罚”，目的是为获得犯罪嫌疑人、被告人的“自愿认罪认罚”，进而提高刑事审判效率，促进社会和谐稳定。在如此互为前提，互为因果的逻辑关系中，实现各自成果目的的最好方法就是“协商”。因此，认罪认罚从宽制度相关司法文件中，“认罪认罚”、“从宽”、“协商”都应当是互为关联的关键词，应当在认罪认罚从宽程序的启动、实施流程的执行上，明确作出如何“启动”、如何“协商”的规定，进而实现所有可适用认罪认罚从宽程序的案件，其结果都既能让侦、控、审三方都切实感受到办案效率的提高，工作压力减小的政绩感；也能让犯罪嫌疑人、被告人切实感受到自愿“认罪认罚”换来“从宽处罚”的获得感，进而对处罚结果心服口服而真诚的认罪悔罪。

（三）在适用“认罪认罚从宽制度”执行过程中，必须严格限缩司法公权力的不当扩张

陈瑞华教授在《中国刑事司法中的“潜规则”》²一文中，列举了十七项刑事司法的潜规则，其中第五项为：“相对于民事诉讼中的原告而言，刑事诉讼中公诉人所具有的获得“胜诉”的欲望，可谓有过之而无不及”。正是公诉人出于“胜诉”的欲望，也许是“迫于”内部考核机制的压力，催生出“你若上诉，我必抗诉”这一令人非议的现象。

而在艾伦·德肖维茨《最好的辩护》³一书中列举的美国司法制度的十三条刑事司法“潜规则”中，却并未提及检察官有“胜诉”欲望的潜规则。

笔者认为，在刑事诉讼中，公诉人与辩护人之间并不存在“谁胜，谁败”的命题，如果被告人得到“罚当其罪”的判决，则控、辩双方为“双赢”；如果对被告人的判决“畸重”

² 陈瑞华《中国刑事司法中的“潜规则”》。

³ 艾伦·德肖维茨《最好的辩护》法律出版社1994第一版，第14-15页。

或“畸轻”，抑或确“有罪”而被“脱罪”、确“无罪”而被判“有罪”，则为“双输”。因为，保证所有犯罪人都受到“罚当其罪”的惩罚是控、辩双方职业准则中共同的价值取向，认罪认罚从宽制度也应当为实现这一价值取向而设立的。控、辩双方的职业基因虽有差异，但如果能在共同价值取向的引导下，履行各自法定职责，认罪认罚从宽制度一定会趋于完善。

再好的制度，都必须通过实践的践行才能体现。公权力若不关进笼子，其自然扩张的本能，产生的必然是权力的滥用。“一次不公正的审判，其恶果甚至超过十次犯罪”⁴。但经认罪认罚从宽制度审结的案件，其结果如果是依各方经协商而形成的，且各方都认为自己的目的已实现，则就根本不会产生什么“不公正审判”的评价。因此，在认罪认罚从宽制度的设定上，在该制度的践行过程中，公平地保障各方合法的权利，有效限缩公权力扩张的本能，则认罪认罚从宽制度一定会被侦、控、辩、审、犯罪嫌疑人、被告人都由衷接受，顺利践行，且社会各界也都自然会点赞而给出真诚的好评。

五、结束语

笔者作为一名从事法律服务工作四十年的老律师，见证了我国刑事诉讼规则由粗放到精细的全过程，办理的各类刑事辩护案件可能近千起。既由衷感受到刑事诉讼规则不断科学优化的兴奋，也切身体验过规则缺陷带来的沮丧。

“认罪认罚从宽制度”，确属社会主义法治建设体系中一项好的制度，从试行到全面实施也已十年，虽然有效地提高了刑事诉讼的司法效率，但无论是侦、控、审机关工作人员，还是犯罪嫌疑人、被告人、辩护人，抑或社会公众、学界专家，为何评价都不尽满意，特别是犯罪嫌疑人、被告人、辩护人更是颇有委屈和微辞。这当是该项制度的设计人、制定人需理性思考的重大命题。各地、各级人大法工委及控、审机关也曾多次调研，法理层面及优化建议和方案应当已是十分丰富，期待全国人大法工委能尽快牵头开启对《指导意见》的优化完善工作，以将现仅为司法文件层级的《指导意见》升级为对《刑事诉讼法》第十五条立法解释，从而将该项制度科学优化，以回应社会各界的关切。进而在适当时机能将“认罪认罚

⁴ 【英】弗朗西斯·培根 散文《论司法》。

从宽制度”在未来《刑事诉讼法》修正案中，再度升级为法律规范，这当是所有法律人都期待的。ⁱ

作者单位：安徽师阳安顺律师事务所

参考文献

- [1] 《三国志·蜀书·诸葛亮传》
- [2] 陈瑞华：《中国刑事司法中的“潜规则”》。
- [3] 艾伦·德肖维茨：《最好的辩护》法律出版社 1994 第一版，第 14-15 页。
- [4] 【英】弗朗西斯·培根：《论司法》。

探究超龄劳动者因工伤亡认定的分歧问题

——以雷某明工伤保险资格认定案为例

安徽明泉律师事务所 傅书剑

【摘要】从 20 世纪 80 年代开始，我国实施了长期的独生子女生育政策，对于促进人口与经济社会协调发展发挥了极其重要的作用。今天，中国的人口形势发生了历史性转变，生育率过低、人口老龄化、青年占比下降等问题已经成为共识，而这种趋势在将来会越来越严重。超龄人员再就业的现象愈发普遍，作为劳动群体中的特殊群体因工伤亡能否认定为工伤，我国法律没有明确规定，司法实践中做法不一，争议不断。本文从雷某明工伤保险资格认定一案出发，深入分析案件争议焦点并对其中的法律关系、法律适用问题、救济途径等进行探究。

【关键词】超龄劳动者；工伤；劳动关系

一、案件概述及争议焦点

（一）案由及案件基本情况

案由：工伤保险资格认定

案件基本情况：姜某某的丈夫雷某明受聘于 A 公司时已年满 60 周岁。2020 年 1 月 31 日，冯某驾驶的货车与雷某明驾驶的电动三轮车发生碰撞，造成雷某明当场死亡，经认定雷某明负事故的次要责任。2020 年 8 月 5 日，雷某明之子雷某兵向当地人社局提交工伤认定申请，人社局经审查后以不符合《工伤保险条例》第十八条第 2 款的规定为由，作出不予受理的决定。因对该决定书不服，姜某某及其子女向人民法院提起行政诉讼，请求判决人社局依法受理工伤认定申请。

2021 年 2 月 26 日，当地中级人民法院作出终审判决，以前述工伤认定申请符合法定受理条件为由，维持原一审法院作出的撤销人社局不予受理决定并责令其重新作出处理的判决。该判决作出后，人社局向雷某兵和 A 公司分别送达了《工伤认定申请受理决定书》。2021

年5月10日，人社局以雷某明受到的伤害不符合《工伤保险条例》第十四条、第十五条认定工伤或视同工伤的情形为由，作出不予认定工伤的决定。姜某某及其子女因不服该不予认定工伤决定，再次向人民法院提起行政诉讼，请求判决撤销人社局作出的不予认定工伤决定。

2021年10月27日，当地中级人民法院作出终审判决，以雷某明系超过法定退休年龄的进城务工农民，在下班途中发生交通事故死亡且负事故次要责任，根据《工伤保险条例》的规定¹及最高人民法院的答复意见²应进行工伤认定，人社局作出的不予认定工伤决定不符合法律规定为由，维持原审法院作出的撤销人社局作出的不予认定工伤决定并责令其重新作出处理的判决。该判决作出后，人社局以雷某明受到的事故伤害符合《工伤保险条例》第十四条第（六）项之规定为由，作出认定工伤决定。现因对该认定工伤决定书不服，A公司向人民法院提起行政诉讼，请求判决撤销人社局作出的认定工伤决定。

（二）争议焦点及主要观点

人民法院在审理过程中，A公司、人社局就该案中雷某明与A公司之间是否存在劳动关系或事实劳动关系，雷某明的死亡是否应认定为工伤存在以下不同的观点：

A公司认为：雷某明与A公司之间不存在劳动关系，雷某明的死亡不应当认定为工伤。理由如下：

依据《劳动合同法》第四十四条³以及《劳动合同法实施条例》第二十一条⁴等相关的劳动法律法规对超过法定退休年龄人员所做“劳动合同终止”的强行性规定，对于达到法定退休年龄，但是非因用人单位原因不能享受基本养老保险待遇的，可以终止劳动关系；对于达到法定退休年龄，但是因为用人单位原因不能享受基本养老保险待遇的，不能随意终止劳动关系。雷某明初次到A公司提供劳务时已超过法定退休年龄，A公司对雷某明不能享受基本

¹ 《工伤保险条例》第十四条：“职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：……（六）在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的……”。

² 最高人民法院《关于超过法定退休年龄的进城务工农民在工作时间内因工死亡的，能否认定工伤的答复》（〔2012〕行他字第13号）意见：“用人单位聘用的超过法定退休年龄的务工农民，在工作时间内、因工作原因伤亡的，应当适用《工伤保险条例》的有关规定进行工伤认定”。

³ 《劳动合同法》第四十四条：“有下列情形之一的，劳动合同终止：（一）劳动合同期满的；（二）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；（三）劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；（四）用人单位被依法宣告破产的；（五）用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的；（六）法律、行政法规规定的其他情形”。

⁴ 《劳动合同法实施条例》第二十一条：“劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止”。

养老保险待遇并无过错，双方自始不能成立劳动关系，双方不存在劳动关系或事实上的劳动关系。同时，工伤保险保障制度中，劳动者与用人单位之间存在劳动关系是工伤保险关系构成的前提⁵。《人力资源社会保障部关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见（二）》（人社部发〔2016〕29号）已就超过法定退休年龄的人员在工作中受伤享受工伤保险待遇作出了明确规定，第一，达到或超过法定退休年龄，但未办理退休手续或者未依法享受城镇职工基本养老保险待遇，继续在原用人单位工作期间受到事故伤害或患职业病的，用人单位依法承担工伤保险责任；第二，用人单位招用已经达到、超过法定退休年龄或已经领取城镇职工基本养老保险待遇的人员，在用工期间因工作原因受到事故伤害或患职业病的，如招用单位已按项目参保等方式为其缴纳工伤保险费的，应适用《工伤保险条例》。据此，雷某明不属于该意见中规定的情形，故雷某明的死亡不应当依据《工伤保险条例》之规定认定为工伤。

人社局认为：雷某明作为超过法定退休年龄的进城务工农民，具有申请工伤认定资格，雷某明的死亡应当认定为工伤。理由如下：

《最高人民法院关于超过法定退休年龄的进城务工农民在工作时间内因工伤亡的，能否认定工伤的答复》（〔2012〕行他字第13号）意见，认为超过法定退休年龄的进城务工农民，在工作时间内、因工作原因伤亡的，应当适用《工伤保险条例》的有关规定进行工伤认定。该答复系针对超过法定退休年龄的进城务工农民因工伤亡应否进行工伤认定的意见，意见确定超过法定退休年龄的进城务工农民，具有申请工伤认定资格，至于应否认定为工伤应当适用《工伤保险条例》的有关规定进行工伤认定。依据《工伤保险条例》第十四条第（六）项的规定及最高人民法院的答复意见，雷某明系超过法定退休年龄的进城务工农民，在下班途中发生交通事故死亡且负事故次要责任，故雷某明的死亡应当依据《工伤保险条例》之规定认定为工伤。

（三）延伸法律问题

超龄劳动者工伤认定难的原因主要来源于我国现行社会保障制度已不能适应劳动力市场发展的需要，同时因我国法律关于超龄用工关系性质的基础理论研究不足，工伤认定中的

⁵ 《人力资源社会保障部对十二届全国人大五次会议第2376号建议的答复》（人社建字〔2017〕2号）

劳动关系判定标准不一，直接影响超龄农民工工伤认定结果⁶。但归根结底，工伤认定的结果最终指向的是工伤保险待遇及相关的赔偿，但依据《社会保险法》第四十条之规定“工伤职工符合领取基本养老金条件的，停发伤残津贴，享受基本养老保险待遇。基本养老保险待遇低于伤残津贴的，从工伤保险基金中补足差额”和《工伤保险条例》第六十二条第二款之规定，“依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工发生工伤的，由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用”，不难看出现行法律体系下的劳动行政部门一般不允许用人单位为超龄劳动者办理工伤保险，那么超龄劳动者受到的事故伤害能否获得工伤保险待遇赔偿、用人单位是否应当认定为应当参加工伤保险而未参加工伤保险、超龄劳动者因工伤亡被认定工伤后，用人单位是否应当承担赔偿工伤保险待遇的责任以及如何承担、案件处理的社会效果以及对营商环境的影响等均存在问题。

二、争议问题的法律分析

（一）超龄劳动者的劳动者资格认定分歧

“劳动者”并不是一个简单的法律概念，其中涵盖了丰富的哲学、政治以及社会因素。广义的劳动者指的是具有劳动能力的所有公民，狭义的劳动者仅指达到法定劳动年龄、具有劳动能力的所有公民。宪法赋予了我国公民劳动的权利与义务，但劳动保障相关法律法规下的劳动者应当作狭义解释，适格的劳动者应当具有劳动权利能力和劳动行为能力。劳动权利能力是指自然人能够依法享有劳动权利和承担劳动义务的资格或能力，劳动行为能力是指自然人能够以自己的行为依法行使劳动权利和履行劳动义务的能力。依据我国劳动法规定，凡年满16周岁、有劳动能力的公民是具有劳动权利能力和劳动行为能力的人，即劳动者的法定最低就业年龄为16周岁。劳动者的主体资格始于法定最低用工年龄这一点是毋庸置疑的，但对于劳动者主体资格的终止时间，理论界的争议不断。笔者总结以下几点：

劳动者主体资格终止于达到法定退休年龄之日，根据《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》第一条⁷之规定，企业职工男性年龄达到60岁，女性年龄达到50岁的，予以退休；

⁶ 陈丹、李旭红：《超龄农民工工伤认定分歧及其制度应对》，《法学研究》2020年第4期，第95页。

⁷ 《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》第一条：“全民所有制企业、事业单位和党政机关、群众团体的工人，符合下列条件之一的，应该退休。（一）男年满六十周岁，女年满五十周岁，连续工龄满十年

根据我国《劳动合同法实施条例》第二十一条及其相关规定，达到退休年龄的，双方解除劳动关系。据此，超过法定退休年龄的劳动者不再具有劳动主体资格，非法律上适格的劳动者。

劳动者主体资格终止于享受养老保险待遇之日，根据《劳动合同法》第四十四条之规定，劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的劳动合同终止；根据最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第三十二条之规定，已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议应按劳务关系处理。据此，劳动者主体资格的认定并非简单地以法定退休年龄为标准，在劳动者依法享受养老保险待遇后才能排除其劳动主体资格。

此外，还有观点认为劳动者的劳动主体资格不应设置年龄障碍，我国社会人口老龄化渐渐从初期过渡至中期，现有的劳动力市场构成发生变化，超龄劳动者尤其是其中的进城务工农民比例逐年提高。同时，我国现行法律仅对劳动者的最低年龄作出限制性规定，对于达到法定退休年龄仍然从事劳动人员未作禁止性规定。与之相反，根据我国《老年人权益保障法》第六十九条、第七十条之规定⁸，国家鼓励老年人在自愿和量力的情况下参加劳动，其参加劳动的合法收入受法律保护。

就超龄劳动者是否属于劳动法上适格的劳动者，其能否与用人单位构成劳动或事实劳动关系的争论，笔者倾向认为劳动者主体资格终止于达到法定退休年龄之日。依据我国劳动相关法律法规对退休年龄、劳动合同终止等均已作出明确规定，可以得出国家原则上不再对超过法定退休年龄的劳动人员提供劳动保障的推论。所以，劳动者在达到法定退休年龄时即意味着可以享受基本养老保险待遇，如再次认定其与用人单位之间的劳动关系成立，用人单位

的。（二）从事井下、高空、高温、特别繁重体力劳动或者其他有害身体健康的工作，男年满五十五周岁、女年满四十五周岁，连续工龄满十年的。本项规定也适用于工作条件与工人相同的基层干部。（三）男年满五十周岁，女年满四十五周岁，连续工龄满十年，由医院证明，并经劳动鉴定委员会确认，完全丧失劳动能力的。（四）因工致残，由医院证明，并经劳动鉴定委员会确定，完全丧失劳动能力的”。

⁸ 《老年人权益保障法》第六十九条：“国家为老年人参与社会发展创造条件。根据社会需要和可能，鼓励老年人在自愿和量力的情况下，从事下列活动：（一）对青少年和儿童进行社会主义、爱国主义、集体主义和艰苦奋斗等优良传统教育；（二）传授文化和科技知识；（三）提供咨询服务；（四）依法参与科技开发和应用；（五）依法从事经营和生产活动；（六）参加志愿服务、兴办社会公益事业；（七）参与维护社会治安、协助调解民间纠纷；（八）参加其他社会活动”。

第七十条：“老年人参加劳动的合法收入受法律保护。任何单位和个人不得安排老年人从事危害其身心健康的劳动或者危险作业”。

就要为其承担社会保险缴费义务，对用人单位而言并不公平。如果用人单位无法为超龄劳动者缴纳社会保险，又会增大用人单位的用工风险。同时，最高人民法院对于达到法定退休年龄但不能享受养老保险待遇人员用工关系的性质认定作出解释：“劳动合同法实施条例第二十一条规定，劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。我们认为，可以将该条规定视为劳动合同法第四十四条第（六）项规定的“法律、行政法规规定的其他情形”。但是这并不意味着劳动关系必然自动终止。人民法院应当对该条规定适用情形作实质审查，对于达到法定退休年龄，但是非因用人单位原因不能享受基本养老保险待遇的，例如前述另一种意见中出现的情况，可以终止劳动关系；对于达到法定退休年龄，但是因为用人单位原因不能享受基本养老保险待遇的，不能随意终止劳动关系”。⁹

在司法实践中，多地法院已出台各种正式文件对已达法定退休年龄未享受养老保险待遇的劳动者与用工单位之间形成劳务关系的事实进行了确认。其中，江苏省高级人民法院和江苏省劳动争议仲裁委员会联合发布了《关于审理劳动争议案件的指导意见》，其第三条规定：“用人单位招用已达到法定退休年龄的人员，双方形成的用工关系按雇佣关系处理”；广东省高级人民法院与广东省劳动争议仲裁委员会联合下发了《关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》，该文件第十一条规定：“用人单位招用已达法定退休年龄但未享受养老保险待遇或退休金的劳动者，双方形成的用工关系按劳务关系处理”；安徽省高级人民法院于2015年1月20日出台了《关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》，其第一条第2款规定：“已过法定退休年龄的劳动者，初次到用人单位提供劳动的，其与用人单位之间的用工关系按劳务关系处理”；深圳市中级人民法院下发了《关于审理劳动争议案件适用法律问题的座谈纪要》（深中法2006[88]号），该文件第三条规定：“用人单位招用已达法定退休年龄的人员或者已办理退休手续人员的，双方之间所形成的是雇佣关系”。

（二）超龄劳动者工伤认定分歧

⁹ 郑学林、刘敏、于蒙、危浪平：《〈关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）〉几个重点问题的理解与适用》，《人民司法》2021年第7期。

在现有的法律规范与制度设计下，人民法院及劳动行政部门对于超龄劳动者因工伤亡是否应当认定为工伤的不同意见，笔者总结以下几点：

在司法实践中，人民法院及劳动行政部门对于超龄劳动者因工伤亡认定为工伤的理由：

关于超龄劳动者的工伤认定问题，最高人民法院下发过三个答复，分别是最高人民法院行政审判庭《关于离退休人员与现工作单位之间是否构成劳动关系以及工作时间内受伤是否适用〈工伤保险条例〉问题的答复》（（2007）行他字第6号）、最高人民法院行政审判庭《关于超过法定退休年龄的进城务工农民因工伤亡的，应否适用〈工伤保险条例〉请示的答复》（（2010）行他字第10号）、最高人民法院《关于超过法定退休年龄的进城务工农民在工作时间内能否认定工伤的答复》（（2012）行他字第13号），其中关于离退休人员受聘于现工作单位，现工作单位已经为其缴纳了工伤保险费，其在受聘期间因工作原因受到事故伤害的，应当适用《工伤保险条例》有关规定处理；关于用人单位聘用超过法定退休年龄的务工农民，在工作时间内、因工作原因伤亡的，应当适用《工伤保险条例》有关规定进行工伤认定。2016年3月28日，人社部发（2016）29号《人力资源社会保障部关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见（二）》中就超过法定退休年龄的人员在工作中受伤享受工伤保险待遇作出了明确规定，即达到或超过法定退休年龄，但未办理退休手续或者未依法享受城镇职工基本养老保险待遇，继续在原用人单位工作期间受到事故伤害或患职业病的，用人单位依法承担工伤保险责任；用人单位招用已经达到、超过法定退休年龄或已经领取城镇职工基本养老保险待遇的人员，在用工期间因工作原因受到事故伤害或患职业病的，如招用单位已按项目参保等方式为其缴纳工伤保险费的，应适用《工伤保险条例》。

在司法实践中，人民法院及劳动行政部门对于超龄劳动者因工伤亡不予认定为工伤的理由：

依据《劳动合同法》第四十四条以及《劳动合同法实施条例》第二十一条等相关的劳动法律法规对超过法定退休年龄人员所做“劳动合同终止”的强行性规定，判定超龄劳动者与用人单位之间不构成劳动关系，双方仅成立民事上的雇佣或劳务关系等，雇佣法律关系及劳

务法律关系均不适用劳动相关法律法规，如要解决此类纠纷，可以通过民事诉讼程序途径解决。另根据《工伤保险条例》第十八条¹⁰及《工伤认定办法》第六条¹¹之规定，确定劳动关系或事实劳动关系，是认定工伤的必要前提。所以，超龄劳动者在不具备劳动主体资格的前提下，其无法依据《工伤保险条例》相关规定认定为工伤。部分劳动行政部门针对超龄劳动者因工伤亡申请工伤认定的，通常做法是不予受理。

就以上问题认识的不同，笔者赞同第二种观点。首先，从法理学的角度来看，我国的法律渊源主要包括宪法、法律、最高国家行政机关的行政法规和法规性文件、地方国家机关的地方性法规和法规性文件、民族自治法规及经济特区的规范性文件等，而最高人民法院作出的答复不属于法律渊源，不具有普遍适用性，且扩大最高人民法院对某省高级人民法院所请示的问题的答复的适用缺乏公平性。就该答复本身而言，是最高人民法院针对某省高级人民法院关于个案的一个请示所作。一是该答复具有特点对象，即省高院的请示；二是该答复具有行政权力属性，即人民法院内部的上下级指导关系行政化，该指示仅能对下级法院具有审判指导作用，不具有普遍的约束力；三是该答复无法作为法律依据直接援引，导致各地法院因法律适用标准不统一造成“类案不同判”的现象。

同时，我国作为成文法国家，法律适用应以制定的成文法为准，以最高人民法院答复作为审判依据，有悖于《劳动合同法》及《劳动合同法实施条例》等法律法规的立法精神，其在法律适用上缺乏正当性；其次，该最高人民法院答复分别是在2007年、2010年、2012年下达的，至今十余年间，国家还未从立法层面解决超龄劳动者工伤认定的难题，所以司法实践中应当慎用或不用的，同时该答复已无法适应社会发展变化；最后，人社部《人力资源社会保障部关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见（二）》第二条第一款未将超龄、未办理退休手续在新单位重新就业的人员纳入《工伤保险条例》的适用对象范围，究其原因系

¹⁰ 《工伤保险条例》第十八条：“提出工伤认定申请应当提交下列材料：（一）工伤认定申请表；（二）与用人单位存在劳动关系（包括事实劳动关系）的证明材料；（三）医疗诊断证明或者职业病诊断证明书（或者职业病诊断鉴定书）。工伤认定申请表应当包括事故发生的时间、地点、原因以及职工伤害程度等基本情况。工伤认定申请人提供材料不完整的，社会保险行政部门应当一次性书面告知工伤认定申请人需要补正的全部材料。申请人按照书面告知要求补正材料后，社会保险行政部门应当受理”。

¹¹ 《工伤认定办法》第六条：“提出工伤认定申请应当填写《工伤认定申请表》，并提交下列材料：（一）劳动、聘用合同文本复印件或者与用人单位存在劳动关系（包括事实劳动关系）、人事关系的其他证明材料；（二）医疗机构出具的受伤后诊断证明书或者职业病诊断证明书（或者职业病诊断鉴定书）”。

客观上在新单位重新就业的超龄劳动者无法依法缴纳工伤保险,但这一规定与该最高人民法院答复在内容出现了适用范围上的冲突,该答复已经超出了人社部的相关规定。此外,无法参加工伤保险的超龄劳动者因工伤亡后,由用人单位依据《工伤保险条例》之规定全额支付超龄劳动者的工伤保险待遇,对用人单位而言极不公平。

三、超龄劳动者因工伤亡的救济路径

从国家立法层面,明确超龄劳动者的劳动主体资格。因现行的《劳动合同法》关于“依法取得养老保险待遇”与《劳动合同法实施条例》中关于“达到法定退休年龄”的规定,以及最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》第三十二条关于“已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议应按劳务关系处理”的规定相冲突,客观上造成了各地不同的劳动关系确认标准,但实际上“达到法定退休年龄,却不能取得基本养老保险”这一情况在超龄农民工群体中极为普遍,超龄农民工与其他适格劳动者同样参加工作,却因达到退休年龄被迫接受劳动合同终止的法律后果,因此无法获得同样的社会保障。所以,通过法律明确适格劳动者的范围,适当放宽超龄劳动者劳动关系确认的审查标准并出台相关规定,在全国范围内形成统一化标准,这样一定程度上保障了超龄劳动人员的就业稳定性,也有利于更好地保证这一特殊群体的合法权益,使得其权利受到侵害后的权利救济有理有据、有法可依。

从国家立法层面,将超龄劳动者,尤其是超龄农民工纳入《工伤保险条例》的适用对象范围。在我国目前农民人数众多,国家尚无资金解决全体农民基本养老的背景下,疏通养老保险渠道,将超龄农民工的养老纳入社会保险并有效实施是当务之急。因政府相关部门监察或执法不到位,加之超龄农民工自身的维权意识及能力不足,更应通过法律赋予其合法的权利及义务。将超龄劳动者纳入《工伤保险条例》的适用对象范围,完善超龄劳动者申请工伤认定的法律依据,开通超龄劳动者缴纳工伤保险的窗口,打破“首次参保时间不得超过法定退休年龄”的硬性限制,这也避免将国家、社会应当承担的社会责任转嫁给用人单位承担,有利于充分发挥保险分散风险的作用。

政府及相关监察部门应采取切实有效的措施规范用人单位的用工,加强超龄劳动者的普法宣传,为超龄劳动者提供良好的公共服务,营造和谐稳定的社会环境。用人单位应建立完善的用人机制,健全内部控制机制。在面对人力资源成本与用工风险的两难境地下,积极向地方政府及劳动行政部门申请将超龄员工纳入参保范围并依法缴纳社会保险,抑或慎用、不用超龄员工。合理利用商业保险降低企业的用工风险,加上“保险加医疗”模式的大规模推广,以商业保险所具有的弹性保障水平来弥补社会保险保障水平的不充分,对用人单位而言不失为一种好的选择。¹

作者单位:安徽明泉律师事务所

参考文献

[1]陈丹、李旭红:《超龄农民工工伤认定分歧及其制度应对》,《法学研究》2020年第4期,第95页。

[2]郑学林、刘敏、于蒙、危浪平:《〈关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)〉几个重点问题的理解与适用》,《人民司法》2021年第7期。

[3]曹可:《论超龄农民工工伤权益保障》,《齐齐哈尔师范高等专科学校学报》2019年第2期,第84页。

[4]李国文:《超过法定退休年龄的农民工因工受伤权益保障探析》,《法制博览》2017年第3期(下),第210页。

[5]邓忠明:《超过法定退休年龄人员工伤认定问题分析》,《人民司法》2014年第3期,第92页。

[6]王坤:《未享受养老保险待遇的超龄劳动者能否认定工伤》,《中国劳动》2016年第2期,第63页。

[7]蔡小雪:《最高法院法官详解超龄劳动者工伤认定问题》,《经营与管理》2015年第4期,第14页。

[8]周婷婷:《超龄劳动者工伤认定问题研究》,《环渤海经济瞭望》2019年第6期,第123页。

法律适用过程中的法律论证

——以某建筑工程施工合同纠纷案为分析对象

安徽皖华律师事务所 陈林

一、引言

无疑，法官具有自由裁量权，但法院裁判并非权力独断的产物，其正当性不能建立在强制力的基础上，必须具备令人信服的理由。有鉴于此，在得出判决结论时，必须通过裁判理由展开法律论证，而心证的形成必须足够缜密充分。直接以法律适用为目的的法律论证构成案件裁判理由，而法律论证又必须借助法律概念展开。为此，本文检讨以判决书的概念使用及法律论证脉络为基本线索。

二、案件事实

甲工厂为建设新厂房，与乙建筑工程施工企业签订《桩基工程施工承包合同》一份，单价为每米 200 元，合同约定的付款条件为质量经验收合格及符合勘探、设计文件的要求。查《岩石工程勘探报告》，工程地质剖面图记载的粉岩层节点分别为 16.5 米、18.5 米。查《桩位平面布置图》，其设计说明记载为桩身进入粉岩层不小于 1 米，以桩长和进入持力层深度进行双控。结合《岩石工程勘探报告》及《桩位平面布置图》的要求，乙交付的桩基工程除须经验收合格外，桩长不得低于 17.5 米。桩基施工完毕经验收发现，实际桩身最长 13 米，但因地上建筑物为单层钢结构厂房，荷载较小，故验收文件记载为符合规范要求。验收后，乙要求甲按支付工程款，甲以乙交付的工程不符合约定为由拒绝付款。乙遂提起诉讼，诉请支付工程款，一审判令甲向乙支付工程款。

三、甲方答辩

关于付款条件，甲方认为，鉴于乙方交付的工程不符合合同约定，甲方具有先履行抗辩权，故乙方无权要求支付工程款。即使验收结论为符合规范要求，也只是符合承载力和完整性要求，并不符合桩身入岩 1 米的约定付款条件。可以举例说明，合同约定乙方应交付奔驰汽车，乙方实际交付的是一辆奥迪汽车，即使奥迪汽车无任何质量瑕疵，乙方也无权要求支

付价款。

关于合同单价，甲方认为，合同确定的单价是以交付的桩基符合合同约定的付款条件为前提，换句话说，不仅须符合承载力和完整性要求，还需以桩身入岩 1 米为基础。乙方交付的工程未入岩 1 米显然是为了节约成本，乙方出于降低成本的目的，无视工程质量，故不能仍以原承包合同约定的单价计算工程款。

四、一审论证过程

一审法院论证过程秉持极简原则，内容为：桩基工程经验收符合规范要求并交付甲方，乙方有权向甲方主张工程款，甲方应按约定单价支付工程款。

五、对一审论证的评价

一审论证的逻辑很简洁，乙方交付的桩基工程既经验收认为符合规范要求，甲方就有按约定支付工程款的义务。民事诉讼的逻辑起点为，原告依据一个权利基础，提出证据证明其权利基础的要件事实，并承担客观的证明责任的风险。本案中，一审对交付的工程须经验收合格且符合勘探、设计文件要求的要件事实是否得到证明未予提及。原告提举的证据对要件事实的证明，是否达到法定的证明标准，更未提及。

承前所述，约定的付款条件是质量经验收合格及符合勘探、设计文件的要求。但符合规范要求，并不必然符合勘探、设计文件的要求，根据《岩石工程勘探报告》及《桩位平面布置图》的要求，乙方交付的桩基工程除须经验收合格外，且桩长不得低于 17.5 米。但乙方实际交付的桩身最长仅 13 米，显然不符合约定的付款条件。换句话说，在乙方未按约定履行合同义务时，甲方有权拒绝支付工程款。但遗憾的是，一审论证对乙方是否完全按约定履行义务未予评价。

六、先履行抗辩权

因案涉合同为双务合同，在案涉合同明确约定甲乙双方的履行先后顺序的情况下，且乙方为先履行合同义务的一方，故对乙方是否完全按约定履行义务的评价，涉及到甲方是否具有先履行抗辩权，如果甲方具有先履行抗辩权，则甲方有权拒绝支付工程款。但遗憾的是，

一审判证对甲方是否具有先履行抗辩权未予提及。

查《民法典》第五百二十六条规定：当事人互负债务，有先后履行顺序，应当先履行债务一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行请求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行请求。该规定是先履行抗辩权的法理依据，亦称“后履行抗辩权”或“先违约抗辩权”。在双务合同中，约定有先后履行顺序的，负有先履行债务的一方当事人未依照合同约定履行债务，后履行债务的一方当事人为保护自己的预期利益或为保证自己履行合同的条件而拒绝对方当事人请求履行的权利。

先履行抗辩权的成立需具备下列条件：首先，当事人因同一双务合同互负债务，先履行抗辩权与同时履行抗辩权一样，只存在于双务合同中，单务合同不发生先履行抗辩权问题。在双务合同中，当事人互负对待给付义务，当事人一方履行义务，是为了换取对方的履行。所以，在先履行一方不履行自己的债务时，后履行一方为保护自己的履行利益，就可以拒绝对方的履行要求。在本案中，甲方具有支付工程款的义务，乙方具有按约定交付桩基工程的义务。其次，当事人双方的合同义务有先后履行顺序，在双务合同中，当事人双方可以同时履行义务，也可以分先后履行义务。在同时履行合同义务的情况下，如果一方没有履行义务而要求对方履行，对方可以援用同时履行抗辩权。在分先后履行义务时，当事人履行合同义务是有顺序的。在本案中，乙方具有先交付符合约定条件桩基的义务。需要注意的是，如果后履行义务的一方的债务未届清偿期时，则后履行义务的一方可以履行期限未到，对方无履行请求权为由提出抗辩，而不是行使先履行抗辩权。

关于先履行抗辩权的行使，在本案甲方已明确提出先履行抗辩权的答辩意见时，一审判证未予提及是论证逻辑的重大瑕疵。关于先履行抗辩权的效力，根据《民法典》第五百二十六条的规定，先履行抗辩权的行使在本质上是对违约的抗辩，发生后履行一方可暂时中止履行自己债务的效力，对抗先履行一方的履行请求，且对自己的逾期履行不承担违约责任，并不导致对方当事人债务的消灭。但对于先履行一方履行不当时，后履行一方可拒绝履行的部分应当与此相当，不得超出必要的限度。在本案中，甲方可依据《民法典》第五百二十六条

关于先履行抗辩权的规定，拒绝乙方要求支付工程款的履行请求。但一审判决中，欠缺对甲方是否具有先履行抗辩权的法律论证，导致一审裁判理由不够缜密、推理不够严谨。

七、结语

本文讨论没有涉及对判决结论本身的评价，因为法律适用的最终裁判结论如何不是最重要的，根据不同的立场，几乎所有法律问题都不会只有一种答案，而单纯的立场选择又往往处于理性讨论范畴之外。就该案而言，支持原告抑或被告，皆不具有先验的正确性，双方都可以找到支持己方的理由，如果仅以判决结果立论，最终势必异化为简单的立场之争。而比结论本身更重要的是，判决是否经过令人信服的论证，它至少包括，论证起点是否可靠、概念使用是否准确以及推理过程是否严密。这些都是理性讨论的基本要求，唯有如此，法律适用才不至于动辄诉诸威权以令服从。而真正的法律之治，恰恰是以法律适用中的理性论证而非暴力压制为表征。

作者单位：安徽皖华律师事务所

物权期待权的发展

安徽青合青（宁国）律师事务所 胡振宇

【摘要】2022年以来，中国房地产市场形势骤变，一改二十余年来的上升态势，陷入了深度调整时期。房地产市场的下行，导致全国范围内出现一大批项目停工潮，多家房企爆雷，而房屋预售制度更使得消费者背负的法律风险被扩大，甚至面临财房两失的境地。在保交楼的政策背景下，物权期待权作为能够保障消费者合法权益的法律理论，得到了用武之地。

【关键词】商品房消费者；房屋交付请求权；优先权

2023年4月20日，最高人民法院发布的《最高人民法院关于商品房消费者权利保护问题的批复》（法释〔2023〕1号）正式施行。这一司法解释的出台，是在法律层面上配合政府实施的促进保交楼、进行市场化纾困的立法措施，是为了解决在多地房企暴雷、项目停工的情况下，购房者面临合法权益难以实现的问题。最高法适时地采纳了“物权期待权”理论，为商品房消费者提供了强有力的维权法律依据。

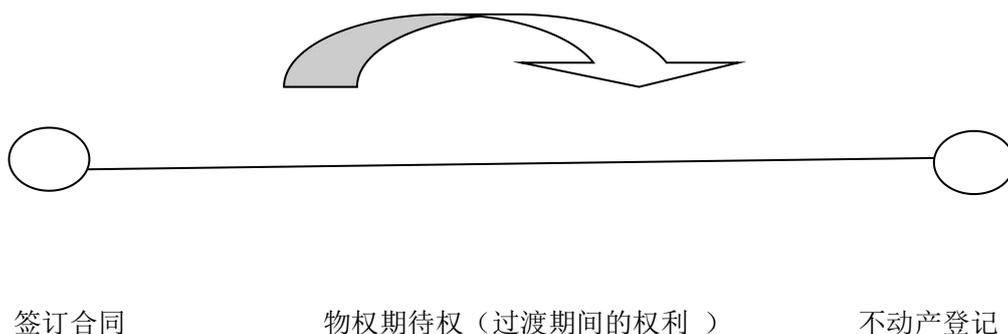
一、物权期待权的定义

物权期待权的概念最早起源于德国，并逐渐被其他大陆法系国家所接受。德国的不动产登记制度，同样采取登记要件主义，通过《德国民法典》、《德国不动产登记簿法》对不动产登记程序进行了详细的规定。

相较德国的法律体系，“物权期待权”这一概念在我国现行法律规定中尚没有明确定义。一般认为，物权期待权是指在未完成房屋所有权登记的情况下，买受人对该不动产形成了合理的物权预期。期待权是对未来完整权利的一种期待，因取得权利之部分要件而受到法律保护。此种物权期待权具有排他性和对抗性，是一种特殊的、突破债权保护范围、受到物权保护的權利。对物权期待权的性质界定，究竟是债权还是物权，目前学界存在三种学说，分别为物权说、债权说、临界权说，但尚无定论。

物权期待权的含义是指，在不动产买受人签订买卖合同且已履行合同部分义务，申请进入不动产登记程序后，即进入一个权利取得的过渡期。在这个过渡期中，房屋出卖人不可妨碍买受人取得所有权。房屋买受人全部履行付款义务后，有权利要求房屋出卖人为其办理过户登记手续，进而取得完整的所有权。房屋买受人在过渡期所享有的就是物权期待权，虽未取得全部的物权，但给予其类似物权人的地位，其对物权的期待权具有排除执行的效力。

根据买受人的不同，物权期待权分为一般买受人物权期待权和商品房消费者物权期待权。



二、物权期待权在我国的立法上的发展

物权期待权在我国的立法历史上是逐步发展的，主要分为以下五个阶段：

（一）物权期待权在我国的出现，最早可以追溯到 2002 年。当时最高法出台《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》，其中第二条规定，“消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人”。这一司法解释初步确立了买受人的权利优先于建设工程款的法律地位。2021 年 1 月 1 日，该《批复》已被废止。

（二）2014 年，《最高人民法院执行工作办公室关于〈最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复〉中有关消费者权利应优先保护的规定应如何理解的答复答复》第二条明确，对于 2002 年《批复》第二条“承包人的工程价款优先受偿权不得对抗买受人”

的规定，应当理解为既不得对抗买受人在房屋建成情况下的房屋交付请求权，也不得对抗买受人在房屋未建成等情况下的购房款返还请求权。同时建议山东高院在破产程序中适用《2002 批复》关于优先保护商品房买受人权利的规定。

该《答复》出台的背景案件为山东省济南市三联集团彩石山庄项目案，案件争议焦点在于涉及的众多主体之间的利益如何平衡、债权清偿的顺序如何确定，最终济南中院根据《答复》，按照购房者的权利顺位优先于建筑工程承包人和抵押权人受偿的规则安排了债权清偿顺序，最高法认为其为“全国确保公正司法典型案例”，并将其写入了工作报告。

（三）2015 年，《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第 29 条规定，“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（二）所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十”。此后，在执行程序中，符合条件的购房人有权排除其权利的执行。

此项规定是赋予一般买受人以物权期待权的法律依据。

（四）2019 年《九民纪要》出台，其中第 126 条规定：“根据《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第 1 条、第 2 条的规定，交付全部或者大部分款项的商品房消费者的权利优先于抵押权人的抵押权，故抵押权人申请执行登记在房地产开发企业名下但已销售给消费者的商品房，消费者提出执行异议的，人民法院依法予以支持……”。再次明确在执行程序中购房者优先权优先于抵押权。

（五）2023 年 4 月 20 日，最高人民法院发布的《最高人民法院关于商品房消费者权利保护问题的批复》（法释〔2023〕1 号）正式施行，这是对商品房消费者物权期待权的重要法学理论。至此，物权期待权有了进一步的法理发展，并在解决房企破产、重整中发挥重要的作用。

三、法律实务中的问题

（一）如何理解法条中规定的“以居住为目的”？

在我国，商品房分为四大类，分别是住宅商品房、商业商品房、工业商品房以及综合商品房。在日常生活中，商品房交易的目的多种多样，不同人的购房目的不尽相同。常见的购房目的有自住需求、投资增值、改善生活质量、养老准备、子女教育、结婚成家、移民搬迁、资产配置、遗产规划等。如何正确理解批复中的“以居住为目的”呢？笔者通过查阅，目前以下几种解释：

1. 2005年《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》中有关消费者权益应优先保护的规定应如何理解的答复》中明确：购房应是直接用于满足其生活居住需要，而不是用于经营，不应作扩大解释。该条款排除了商业经营的用途，但并未解释何为居住需要。

2. 2015年《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第29条规定：“名下买受人名下无其他用于居住的房屋”，对于相关范围进行了限缩。

3. 《九民纪要》第125条则认为，以居住为目的“可以理解为在案涉房屋同一设区的市或者县级市范围内商品房消费者名下没有用于居住的房屋。商品房消费者名下虽然已有1套房屋，但购买的房屋在面积上仍然属于满足基本居住需要的，可以理解为符合该规定的精神。”这是第一次给予了完整的解释，从体系理解可以认为名下无房或已有一房但为满足居住需要而另购房的。但是相关概念依然较为模糊，判断标准相对主观。

通说认为，购买房屋用于居住，首先排除购买商业用房。购房人包括其家庭成员在内在当地大市范围内属于唯一住房的，一般可认定为消费者。当然，实践中对于购买商住两用楼时存在争议，对此可以适当放宽。对于单位购买房屋，则不符合消费者的主体地位。

最高人民法院在（2021）最高法民申4460号《民事裁定书》中的裁判观点认为，“若购房者的经常居住地与案涉房屋所在地不一致，且购房者无法证明其购买案涉房屋是为了满足基本的居住需求，则表明案涉房屋不涉及购房者基本的生存权，不影响其基本生活需求，此情形亦可认定不符合《执行异议和复议规定》第29条第（2）项之规定。因此，购房者的

经常居住地也是考量是否以居住为目的的因素之一。

总体来说，以居住为目的的认定，基本排除了经营的情形，但在一定程度上法院仍有自由裁判的空间。

（二）以房抵债中债权人是否取得物权期待权？

以房抵债是当今社会较为常见的房屋交易形式。一般的情况下，当债务人难以履行金钱给付之债时，将登记在其名下的房产抵偿给债权人，以消灭全部或部分债务。于物权期待权所涉诉讼，债务人以房抵债后又在房产上设立抵押权或被查封，遂导致权利冲突及纠纷。

实务中，各地人民法院对在以房抵债中，债权人可否取得物权期待权的问题，大致有两种裁判观点：

一种观点认为，在符合条件时，债权人可以取得物权期待权。根据《执行异议复议规定》第 28 条、29 条的规定对案涉情形进行审查，确认在购房意思、占有情况、价款支付、无过错等条件是否符合法律规定。此外，考虑到以房抵债中存在普遍的不规范性、虚构债权债务风险、损害第三人利益风险等因素，人民法院在认定时非常严格，防止涉案人员在不符条件情形下“钻空子”，进而损害了其他债权人的利益。

另一种观点则认为，以房抵债不同于买卖合同，此类债权人并非典型购房者，不是以生活居住为目的，还是以兑现债权为目的，不符合优先保护生存权的价值取向。此类债权人属于普通债权人地位，不可取得物权期待权。在此类观点的裁判中，人民法院考虑到物权期待权的优先效力，认为如滥用《执行异议复议规定》第 28、29 条，将可能导致危害物权法律秩序的结果。因此要严格作限缩理解，认为以房抵债与不动产买卖是不同的法律关系，债权人不具优先的特殊地位，不宜倾斜保护。

2023 年 12 月 5 日，最高人民法院出台《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13 号，以下简称《合同编通则解释》），第 27 条第 2 款认可原债务与以物抵债同时存在，表明最高人民法院就以物抵债已采取了“新债清偿说”，即认为以物抵债协议属于新的债权债务关系，与原债权债务并存。因而，笔者

认为，以房抵债本身与新订立不动产买卖合同并无本质区别，债权人接受以物抵债后，亦可受物权期待权制度保护。

“物权期待权”理论在我国的法学理论和法律实务的发展，虽已历经 20 余年，但距离建立完善的法律理论体系仍有进一步发展的空间。一些理论上的问题尚待厘清，法律实务上也存在着诸多困扰。所幸的是，我们的法律事业，正朝着正确的方向不断地前进。ⁱ

作者单位：安徽青合青（宁国）律师事务所

参考文献

[1] 池伟宏：《房地产企业破产重整中的权利顺位再思考》，《法律适用》2016 年第 3 期；

[2] 王毓莹、史智军：《涉商品房消费者之执行异议之诉的若干要件分析》，《法治研究》2021 年第 3 期；

[3] 江必新、刘贵祥：《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题规定理解与适用》，人民法院出版社 2015 年版；

[3] 司伟、王小青：《执行异议之诉中不动产买受人排除强制执行的要件审查》，《人民司法》2019 年第 23 期。

县域青年律师的发展困境与未来展望

安徽南宣律师事务所 李亚奇

【摘要】随着法治中国建设的深入推进，律师行业迎来了前所未有的发展机遇。然而，在县域这一特定地域范围内，青年律师面临着诸多发展困境，如资源匮乏、业务单一、职业认同感缺失等问题。本文旨在探讨县域青年律师所面临的挑战，并提出相应的对策建议，以期为县域青年律师的未来发展提供参考。

【关键词】县域；青年律师；发展困境；未来展望

一、引言

在中国法律服务市场中，县域作为一个特殊的地理单元，其法律服务需求日益增长的行业背景下，县域青年律师的角色愈发重要。他们不仅是法治宣传教育的重要力量，也是推动基层法治建设的关键因素。然而，由于种种原因，县域青年律师在职业发展过程中遭遇了诸多困难。本文将从多个维度分析这些困境，并探讨其未来的发展路径。

二、县域青年律师的发展现状

（一）资源分配不均

县域相较于大城市，存在显著的资源分配不均现象，法律服务市场规模较小，高端法律服务需求不足，导致优质法律资源向大城市集中。青年律师在这样的环境中往往难以获得足够的培训和实践机会。青年律师在县域执业，往往面临办公条件简陋、法律信息更新滞后、专业培训机会匮乏等现实问题。此外，与城市相比，县域法律市场较小，竞争激烈，导致青年律师的收入水平和职业发展机会受限。这些因素共同作用，使得县域青年律师在职业起步阶段面临较大的压力。

（二）业务范围狭窄

受限于县域经济和社会发展水平，青年律师的业务往往局限于传统的民事诉讼、刑事辩护等领域，缺乏涉外、知识产权等新兴领域的业务拓展。受限于县域经济结构和人口规模，

青年律师的业务类型往往较为单一，主要集中在婚姻家庭、交通事故、劳动纠纷等领域。与大城市律师能够涉足的金融、知识产权、国际贸易等复杂法律事务相比，县域律师的业务范围明显狭窄。这不仅限制了青年律师的专业发展，也影响了他们积累多元化经验的机会。

（三）职业认同感缺失

由于工作环境和发展空间的限制，部分县域青年律师对自己的职业前景感到迷茫，职业认同感和归属感受到影响。在县域执业的青年律师，还常常面临职业认同感的缺失。一方面，与城市相比，县域居民的法律意识普遍较弱，对法律服务的需求相对较低，这使得青年律师的工作价值感和成就感难以得到充分实现。另一方面，社会对律师职业的认知偏差，以及县域内法律环境的复杂性，也可能导致青年律师遭遇职业上的误解和偏见，进一步削弱了他们的职业认同感。

三、县域青年律师面临的主要困境

（一）专业成长缓慢

县域法律服务市场的局限性使得青年律师接触复杂案件的机会较少，专业技能提升速度相对较慢。资源匮乏与机会缺失

在广袤的中国县域，青年律师群体正面临着专业成长缓慢的困境。与城市相比，县域的法律服务市场资源有限，专业培训机会稀缺，这直接影响了青年律师的专业技能提升。在县域执业意味着接触的案件类型相对单一，缺乏处理复杂案件的机会，难以获得全面的专业锻炼。同时，县域内的同行交流平台有限，青年律师难以通过与经验丰富的律师交流学习，获取专业成长的动力。资源的匮乏与机会的缺失，共同构成了县域青年律师专业成长道路上的重重障碍，限制了他们职业发展的潜力。

（二）收入水平偏低

县域居民的法律服务消费能力有限，加之竞争激烈，青年律师的收入普遍不高，影响了他们的生活质量和职业满意度。市场局限与竞争压力

收入问题也是县域青年律师面临的严峻挑战之一。县域经济水平相对较低，法律服务市

场较小，这直接导致了青年律师的业务量和收费水平难以与城市同行相比。加之县域内的法律服务需求有限，青年律师为了争取有限的业务资源，不得不降低收费标准，进一步压缩了收入空间。此外，县域法律服务市场的竞争同样激烈，青年律师在起步阶段往往处于不利地位，难以通过提高服务质量来提升收费水平，导致收入长期处于较低水平。收入的不稳定不仅影响了青年律师的生活质量，也削弱了他们对职业的长期规划和投入。

（三）社会认可度不足

在一些县域地区，传统观念仍然根深蒂固，律师职业的社会地位和影响力尚未得到充分认可。认知偏差与地位边缘化

在社会认可度方面，县域青年律师同样面临着困境。县域居民的法律意识普遍较低，对律师职业的认知存在偏差，这导致青年律师在提供法律服务时，往往遭遇不被充分理解或重视的情况。社会对律师职业的刻板印象和偏见，加之县域法律服务市场相对封闭，青年律师的影响力和知名度有限，难以获得社会的广泛认可。这种边缘化的地位不仅影响了青年律师的职业成就感，也限制了他们拓展业务和提升职业地位的机会，形成了一个恶性循环。

四、县域青年律师发展的对策建议

（一）加强政策扶持

政府应出台更多针对县域青年律师的支持政策，如税收减免、资金补贴等，以减轻他们的经济压力。政策扶持是促进县域青年律师成长的关键。政府应出台更多针对性强、操作性强的扶持政策，为青年律师提供更加广阔的发展空间。具体措施包括但不限于：

1. 财政补贴与税收优惠：对在县域执业的青年律师提供财政补贴，降低其执业成本，同时给予税收减免等优惠政策，提高其收入水平。
2. 专项培训与进修机会：定期组织专业培训和进修课程，邀请资深律师和法学专家进行授课，提升青年律师的专业能力。
3. 法律援助项目支持：鼓励和支持青年律师参与法律援助项目，通过提供免费或低成本的法律服务，既提升社会影响力，又积累宝贵经验。

4. 搭建交流平台：构建县域律师交流网络，定期举办研讨会和交流会，促进青年律师之间的知识共享和经验交流。

（二）拓宽业务领域

鼓励和支持青年律师开拓新的业务领域，如参与农村土地流转、环境保护等领域的法律服务，丰富业务类型。业务领域的狭窄是县域青年律师面临的另一大挑战。为了突破这一局限，青年律师应积极寻求业务拓展，创新服务模式：

1. 多元化业务开发：主动拓展非诉讼业务，如企业法律顾问服务、知识产权咨询、合同审查等，以满足县域内企业及个人的多样化需求。

2. 远程法律服务：利用互联网技术，开展远程法律咨询服务，打破地域限制，为更多客户提供便捷的法律服务。

3. 跨地域合作：与城市律所建立合作关系，参与跨地域的法律项目，拓宽业务范围，积累处理复杂案件的经验。

4. 法律科技应用：积极探索法律科技在县域法律服务中的应用，如智能合同、在线纠纷解决系统等，提升服务效率和质量。

（三）提升专业素养

通过组织定期的培训和交流活动，提高青年律师的专业知识和实务操作能力，增强其竞争力。提升专业素养是县域青年律师长期发展的基石。青年律师应持续自我提升，强化职业认同感：

1. 终身学习理念：树立终身学习的理念，定期参加专业培训和进修，保持对法律知识的更新和专业技能的提升。

2. 参与行业活动：积极参加行业内的学术研讨会、案例分享会等，拓宽视野，提升专业影响力。

3. 社区服务与公益活动：通过参与社区法律服务和公益活动，提高社会认可度，增强职业自豪感和归属感。

4. 建立个人品牌：利用社交媒体和专业平台，分享专业见解和成功案例，建立个人品牌，提升在县域内的知名度。

五、县域青年律师的未来展望

随着国家对法治建设的重视程度不断提升，以及互联网技术的发展，县域青年律师有望迎来新的发展机遇。一方面，通过网络平台，青年律师可以跨越地域限制，接触到更广阔的市场和客户群体；另一方面，随着法治意识的普及，县域居民对法律服务的需求将持续增长，为青年律师提供了更多的执业空间。

六、结论

县域青年律师作为基层法治建设的重要力量，其发展状况直接关系到法治社会的构建。面对当前的发展困境，需要政府、行业协会以及青年律师自身共同努力，采取有效措施，促进县域青年律师的健康成长。展望未来，只要抓住机遇，勇于创新，县域青年律师必将迎来更加光明的发展前景。¹

作者单位：安徽南宣律师事务所

参考文献

[1] 张某某. 县域律师行业发展现状与对策研究[J]. 法制与社会, 2020(3): 第123-125页.

[2] 李某某. 新时代下青年律师的职业发展路径探析[J]. 法学杂志, 2019, 40(5): 第108-110页.

[3] 王某某. 互联网+背景下律师行业的变革与发展[J]. 中国司法, 2021(2): 第78-80页.

新《公司法》视域下律师业务的拓展与代理策略研究

——以公司纠纷处理的新规定为切入点

安徽明泉律师事务所 刘俊峰

【摘要】本文以新《公司法》对公司纠纷处理的新规定为切入点，在检视公司纠纷处理新规定的基础上，探讨律师在公司纠纷处理过程中如何为公司纠纷相关主体（公司、股东、董监高、债权人）提供法律服务，即从法律服务对象的不同需求出发拓展自身业务，进而研究了律师在公司诉讼过程中的代理策略，在管辖法院的确定、诉讼主体的列明、诉讼请求的明确等方面分享了个人执业经验，以供业界批评指正。

【关键词】公司纠纷；律师业务；代理策略；公司诉讼

新修订的《公司法》已于2024年7月1日正式施行，其中关于公司纠纷处理的新规定应当引起律界同仁的高度重视：一是要学习领会新规定的具体内容和立法目的；二是要熟悉掌握新规定的理解适用和关联法条；三是要将新规定落实到个人执业过程中，以新规定的意涵充实法律服务产品。基于此种考虑，本文展开如下探讨。

一、检视：新《公司法》关于公司纠纷处理的新规定

新规定是相对于修订前的《公司法》而言，如新、旧《公司法》关于某一类公司纠纷处理的规定一致，前人已有大量研究成果，笔者自不必再为续貂之作，故本章仅对公司纠纷新规定之内容予以检视。

（一）请求变更公司登记纠纷的新规定

变更公司登记纠纷分为两类，一是法定代表人的变更登记纠纷，二是股东变更登记纠纷，分别规定在新《公司法》的第十条、第八十六条。

1. 法定代表人的变更登记纠纷

2. 新《公司法》第十条规定，法定代表人辞任的，公司应当在法定代表人辞任之日起三十日内确定新的法定代表人。此项规定为原法定代表人涤除其法定代表人登记提供了明确的法律依据。

2. 股东变更登记纠纷

新《公司法》第八十六条规定，股东转让股权后，有权请求公司向公司登记机关办理变更登记。公司拒绝或者在合理期间内不予答复的，受让股东、转让股东均有权向人民法院提起诉讼。此项规定为充分保障转让人、受让人的股东权利指明了方向。

（二）股东出资纠纷的新规定

股东出资纠纷的新规定中增加了股东出资缺陷时的董监高义务和责任、股东出资义务加速到期制度、未出资股权转让后的出资责任等规范条文。

1. 股东出资缺陷的董监高义务和责任

新《公司法》第五十一条、五十三条规定了公司董监高对出资缺陷、抽逃出资股东的核查、催缴义务，如未及时履行前述义务，应当向公司承担连带赔偿责任。

2. 股东出资义务的加速到期

新《公司法》第五十四条修正了《九民纪要》关于股东出资义务加速到期的规定，明确公司在不能清偿到期债务的情形下，已认缴出资的股东出资义务加速到期，并同时赋予了公司与到期债权人对此项义务的请求权。

3. 转让未出资股权的出资责任承担

新《公司法》第八十八条规定了转让股东与受让股东对于未按期缴纳的出资分别承担的民事责任，即由受让股东承担全部出资责任，转让股东对受让股东未能承担的部分出资义务承担补充责任。

（三）股东知情权纠纷的新规定

股东知情权是保障股东其他权利的前提和基础，新《公司法》扩大了股东的知情范围，并就股份有限公司享有知情权的股东的持股比例和时间作了一定限制。

1. 股东的知情范围

新《公司法》第五十七条、第一百一十条将股东的知情范围扩张至股东名册、会计凭证以及公司的全资子公司，并可委托会计师事务所、律师事务所等中介机构查阅、复制有关材料。如公司有合理根据认为股东的查阅请求有不正当目的，可以拒绝，但应当书面答复并说明理由。股东亦可据此向人民法院提起诉讼。

2. 股份有限公司股东身份的限制

新《公司法》第一百一十条规定，连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之三以上股份的股东有权查阅公司的会计账簿、会计凭证。这对预防机会主义行为的发生并损害公司利益具有重要作用。

（四）异议股东股权（份）回购请求权纠纷的新规定

股东在满足一定条件下，可以要求公司回购其持有的公司股份。新《公司法》关于有限责任公司股东请求公司收购股权的情形中增加了公司控股股东滥用股东权利的规定，并增加了股东对母子公司合并持有异议的规定，同时将异议股东股份回购请求权赋予非公开发行股份公司的股东。

1. 有限责任公司股东滥用股东权利

新《公司法》第八十九条第三款规定，有限责任公司的控股股东滥用股东权利，严重损害公司及其他股东利益的，其他股东有权请求公司按照合理价格收购其股权。

2. 对母子公司合并持有异议的情形

新《公司法》第二百一十九条规定，公司与其持股90%以上的公司合并，可以不经股东会决议，但应通知其他股东，其他股东有权请求公司按照合理价格收购其股份或股权。

3. 异议股东股份收购请求权

新《公司法》第一百六十一条规定，非公开发行股份的公司如发生连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合本法规定的分配利润条件；转让主要财产；公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会通过决议

修改章程使公司存续的任一情形，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股份。

（五）损害公司利益纠纷的新规定

新《公司法》对董监高、控股股东、实际控制人利用优势支配地位损害公司利益的行为作出了新规定，并新增了双重股东代表诉讼制度。

1. 忠实、勤勉义务的内涵

“新《公司法》对于信义义务内涵的丰富，来源于各级法院在司法领域的不断探索和系统总结，在新法修订之际，司法实务界已经有了相对成熟的观点，为后续的立法提供了经验参考。”^[1]新《公司法》第一百八十条规定，董监高对公司负有忠实、勤勉义务。忠实义务的内涵是应当采取措施避免自身利益与公司利益冲突，不得利用职权牟取不正当利益。勤勉义务的内涵是在执行职务时为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。这两项义务内涵的确定为司法实践中判断董监高的职务行为是否损害了公司利益提供了一般的判断标准。

2. 董监高维持公司资本充足的责任

新《公司法》第一百六十三条规定了股份有限公司董监高违规为他人取得本公司或者其母公司股份提供财物资助行为，应当承担赔偿责任；第二百一十一条规定，股东、董监高违规分配利润给公司造成损失的，应当承担赔偿责任；第二百二十六条规定，股东、董监高违规减少注册资本给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

3. 影子董事的忠实、勤勉义务

“影子董事是公司的当家人和主事者，影子董事出没在哪里，法律规范就应延伸到哪里。”^[2]新《公司法》第一百八十条规定，公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司实务的，应当对公司负有忠实、勤勉义务；第一百九十二条规定，公司的控股股东、实际控制人指示董监高从事损害公司或股东利益的行为，应当与董监高承担连带责任。

4. 双重股东代表诉讼制度

“股东双重代表诉讼衍生自股东代表诉讼,是指由“股东的股东”(母公司股东)以自己的名义代表子公司提起诉讼,从而维护子公司的合法权益。”^[3]新《公司法》第一百八十九条规定,公司全资子公司的董监高或他人侵犯子公司合法权益造成损失的,公司股东可以书面要求子公司的监事会、董事会向人民法院提起诉讼或者直接以自己的名义向人民法院提起诉讼。

(六) 损害公司债权人利益责任纠纷的新规定

损害公司债权人利益的侵权主体包括公司的股东与董事,具体表现在新《公司法》中关于横向人格否认规则和董事清算责任的新规定。

1. 横向人格否认规则

新《公司法》第二十三条第二款规定,股东利用其控制的两个以上公司实施逃避债务,严重损害公司债权人利益行为的,各公司均应当对任一公司的债务承担连带责任。

2. 董事的清算责任

新《公司法》第二百三十二条规定,公司解散应当清算,董事为清算义务人,清算义务人未及时履行清算义务,造成债权人损害的,应当承担赔偿责任。“董事对第三人承担赔偿责任的法理基础是董事在执行职务时应该守法合规,其责任性质是一种特别侵权责任,该责任是因董事违反保护性法律法规而承担的特殊侵权责任。”^[4]

二、透视：公司纠纷处理过程中律师业务的拓展

《公司法》的修订,尤其是各类公司纠纷处理规则的修改,给律师执业能力带来了新挑战,也拓展了律师的业务范围。律师业务范围涵盖了公司自身的权益保障,也涉及到公司利益相关方(股东、董监高、债权人等)的权利诉求。因此,从公司纠纷的预防与解决出发,分析公司及相关法律服务需求是拓展律师业务的不二路径。

(一) 公司的法律服务需求

公司的法律服务需求按照法律服务内容的不同,可以分为二类,一是事前预防型的法律服务需求,即以避免纠纷发生为目的的法律服务;二是事后化解型的法律服务需求,即以妥善化解纠纷为依归的法律服务。

1. 事前预防型的法律服务需求

首先，为预防法定代表人、股东请求变更公司登记纠纷的发生，公司要严格按照新《公司法》第十条之规定，在规定期间内确定新的法定代表人，并为旧法定代表人办理涤除登记；此外，公司要严格按照新《公司法》第八十六条之规定，及时变更股东名册，并向公司登记机关办理变更登记，签发新的出资证明书，修改公司章程等。

其次，为避免股东知情权纠纷的发生，公司要严格按照新《公司法》五十七条、一百一十条之规定保障股东的正当知情权，同时要注意控制知悉范围，严防商业秘密的不当泄露。

最后，为防止异议股东股权（股份）收购请求权纠纷的发生，公司要严格按照新《公司法》第八十九条、一百六十一条、二百一十九条之规定，在法定情形发生后，按照合理价格收购股东的股权（股份）。公司作为股东之外的人，其他股东在股权回购的情形下，原则上享有优先购买权（新《公司法》第八十四条）。公司回购股份后，应当在法定期间内予以转让或注销，若采用注销方式，还应当遵守新《公司法》第二百二十四条关于公司减资的规定。

在上述法律服务需求类型中，律师可提供咨询顾问、文书拟定、合同审查、谈判协调等法律服务产品。具体而言，律师可为公司开展公司法业务讲座培训，以新《公司法》的新规定修正公司章程等各项规章制度，审查各类会议记录及决议，帮助办理公司变更登记手续，解答股东疑惑等业务。

2. 事后化解型的法律服务需求

事后化解型的法律服务，指的是前期预防措施不到位、不完善导致纠纷已然产生的情形下，律师能够提供的争议解决方法，在狭义上可以认为是应诉策略。

首先，在法定代表人提起变更公司登记诉讼后，公司能够提出的抗辩事由包括：辞任未超过三十日；新法定代表人尚未确定；与公司章程不符等。（2021）沪01民终7923号民事判决书：张某作为公司法定代表人，起诉请求公司为其涤除法定代表人登记。

法院经审理后认为，虽然张某的董事长任期已届满，但在未改选或改选出的董事就任前，根据《公司法》和《公司章程》，张某仍应该继续履行董事长职责并担任法定代表人。

其次，在股东提起变更公司登记诉讼后，公司应当对股东之间的股权转让协议进行质证。如股权转让协议真实、有效，不违反《公司法》和《公司章程》规定，公司应当与原告（转让方、受让方）协商沟通，达成一致意见，促使原告撤诉，以免影响公司商誉。公司还应当区分变更公司登记诉讼和分红请求权诉讼，具体可见（2023）辽0203民初1053号民事判决书和（2021）最高法民申6526号民事裁定书。

再次，在股东知情权诉讼中，公司应当审查股东的查阅资格、查阅目的、查阅范围等，律师在代理被告公司的执业过程中，也应当在这些方面着手，为公司在法庭上据理力争。

（2022）京02民终11294号民事判决书：周口店公司作为龙业公司股东，起诉龙业公司要求查阅该公司的董事会会议记录。法院经审理认为，《公司法》仅规定股东有权查阅、复制董事会会议决议，并非赋权查阅董事会会议记录，因此周口店公司的请求缺乏法律依据，予以驳回。

最后，在异议股东提起收购股权（份）诉讼中，公司可以提出异议股东对股东会决议未投反对票、对股权（份）价值评估过高、诉讼时效经过、控股股东未滥用股东权益等抗辩理由。

在事后化解型法律服务产品的输出过程中，律师应当全面审查案情，分类施策。在公司“不占理”的情形下，力促和解；在公司合规的情形下，依法应诉。

（二）股东的法律服务需求

在公司纠纷中，股东的法律服务需求无疑是最旺盛的。从某种角度上来看，公司实际上是“股东的盈利工具”，故而股东对于公司的利益诉求最为迫切。

1. 变更股东名册和公司登记的需求

新《公司法》第八十六条第二款规定，股权转让的，受让人自记载于股东名册时可以向公司主张行使股东权利。股东名册虽非设权文件，但作为证权文件，是股东行使

权利的“身份证明”。如公司拒绝为受让股东变更股东名册、办理变更登记，受让股东可依据股权（份）转让协议等其他足以证明股东身份的证据向人民法院提起诉讼，请求变更股东名册和办理变更登记，进而向公司主张股东权利。相关案例可见（2023）辽 0203 民初 1053 号民事判决书和（2021）最高法民申 6526 号民事裁定书。

2. 股权转让协议双方的需求

3. 按照新《公司法》第八十八条第一款之规定，股东转让尚未构成出资瑕疵（已认缴出资但未届出资期限）的股权，股权转让的出资责任采“受让人承担、转让人补充”的模式；第二款规定，股东转让出资不实或出资瑕疵的股权，股权转让采取的出资责任是“转让人与受让人连带、善意受让人无责”的模式。

实践中，涉及到股权转让事宜，买卖双方均会聘请律师对公司及对方的资信情况进行尽职调查。律师应当对出资是否到位、期限是否届满等进行详细审查，并拟定有利于当事人一方的出资责任承担模式。因为股权买卖双方关于出资责任承担模式的特殊约定，虽无法对抗公司及其债权人，但可作为内部承担责任的依据。

3. 股东的知情需求

新《公司法》第五十七条、第一百一十一条规定了股东的知情权范围，并可委托律师事务所、会计师事务所等中介机构进行，但必须遵守保密义务（国家秘密、商业秘密、个人隐私、个人信息）。在公司拒不提供查阅、复制要求时，股东可据此向人民法院提起诉讼。见于：（2022）吉 02 民终 2164 号民事判决支持了股东查阅会计账簿的诉讼请求；（2023）

皖 05 民终 116 号民事判决支持了股东委托律师、会计师进行查阅的诉讼请求；（2017）苏 执监 648 号执行裁定支持了股东查阅全资子公司会计账簿的执行请求。

4. 异议股东的股权（份）收购的需求

为防止公司控股股东滥用股东权利，在无股东会决议的情形下，致使公司发生重大变动，其他股东无从反对进而难以主张股权收购请求权事件的发生，新《公司法》对于有限责任公司异议股东股权回购请求权的规定有所调整。因控股股东滥用股东权利，严重

损害公司或其他股东利益的，其他股东有权请求公司按照合理价格收购其股权。（2014）民申字第 2154 号民事裁定书：袁某系长江置业公司股东，长江置业公司转让重大资产，未通知袁某参加。袁某未及知晓该转让事宜，后对该转让行为明确表示反对，向公司主张回购股权。袁某未被通知参加股东会，更无从对股东会决议投反对票，因此袁某的主张得到法院支持。

另外，考虑到我国大部分股份有限公司均为非公开公司，其股份未能在证券交易所公开交易，仍存在较大程度的封闭性，因此新《公司法》第一百六十一条规定股份有限公司股东在特定情形下亦享有股份回购请求权。

5. 股东对董监高的监督需求

新《公司法》第一百八十九条增设了股东双重代表诉讼制度，股东对公司全资子公司的董监高或他人可以提起诉讼，并适用股东代表诉讼的相关规定。（2016）陕民终 228 号民事判决书支持了股东的诉讼请求。

（三）董监高的法律服务需求

董监高作为执行公司事务的管理人员，有其个人权益保障的需求，亦有维护公司利益不受侵犯的忠实、勤勉义务，其法律服务需求当由此展开。

1. 法定代表人的涤除请求权

公司应当在法定代表人辞任后 30 日内确定新的法定代表人，并在新的法定代表人产生后，及时到公司登记机关为新的法定代表人办理登记手续，以此涤除旧的法定代表人登记。如公司未在此期间内涤除法定代表人登记，原法定代表人可通过诉讼手段，要求公司涤除。之所以要及时涤除法定代表人登记，是为保障原法定代表人的合法权益。公司在经营过程中如偿债不能，被诉至法院判决后仍未履行，可能被法院将其法定代表人限制高消费，此时原法定代表人如再意图涤除登记，则极易发生涤除不能的后果，见（2023）沪 0106 民初 6988 号民事判决书。

2. 董事催交出资、董监高防范抽逃出资的义务和责任

董事会是负责催缴出资的公司机构，应当积极全面履行催缴的义务，在必要时候，应当通过诉讼方式向瑕疵出资股东进行催缴。如董事会催缴不力，给公司造成损失的，负有责任的董事应当赔偿。与之等同的是，董监高如对股东抽逃出资防范不力，给公司造成损失的，也应对公司承担赔偿责任。总之，无论是董事催缴出资，或是董监高防范抽逃出资，律师的参与均是利好之策。

3. 董监高的忠实、勤勉义务的认定需求

新《公司法》第一百八十条规定了公司董监高的忠实、勤勉义务及其内涵，并增加影子董事的忠实、勤勉义务同于明面董监高的规定。关于董监高的忠实义务之司法判定可见于（2022）吉05民终624号民事判决书；勤勉义务之司法判定可见于（2022）鲁06民终253号民事判决书；影子董事的忠诚、勤勉义务之司法判定可见于（2019）皖01民初1475号民事判决书。

（四）债权人的法律服务需求

债权人的关注点在于公司偿债能力之大小、自身债权实现可能性之有无，因此其法律服务需求可谓简单明确，即通过法律手段向公司或其他人员主张债权，最终完整实现债权。

1. 债权人对公司横向人格否认的需求

新《公司法》第二十三条第二款确立了公司横向人格否认制度，如股东利用其控制的两个以上公司实施滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，各公司应当对任一公司的债务承担连带责任。如某公司偿债不能，债权人可通过公司横向人格否认规则的适用，要求股东和相关公司承担清偿责任。（2021）津01民终811号民事判决书：法院认为，在人员方面，两家公司一套人马，存在人员混同；在业务方面，两家公司经营范围重合，存在业务混同；案涉货品收货地点为A公司住所，该地址亦为B公司住所，存在经营场所混同。最终，法院判决两家公司承担连带清偿责任。

2. 追究董事迟延催缴出资责任的需求

“实践中，在公司债权人对公司偿债能力存在担忧的情况下，一般都会通过寻求股东出资瑕疵作为诉讼策略，来增强债权实现的可能性。”^[5]新《公司法》第五十一条明确了董事未及时履行催缴出资义务，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。事实上，这条规则不仅赋予了公司追究负有责任的董事的赔偿权利，也赋予了债权人要求负有责任的董事对公司债务承担连带责任的权利。（2022）苏07民终4074号民事判决书：法院认为，董事负有向未履行或未全面履行出资义务的股东催缴出资的义务，未及时催缴违反了董事的勤勉义务，应当在股东缴纳出资范围内对债权人承担连带清偿责任。

3. 追究清算义务人责任的需求

新《公司法》第二百三十二条明确了清算义务人未及时履行清算义务的赔偿责任，债权人可依据此条规则向清算义务人主张赔偿请求。（2020）京0112民初18815号民事判决书：军创公司股东会决议解散公司，但未及时组建清算组对公司债权债务进行清算。军创公司债权人以该公司股东未及时履行清算责任，致使其债权未及申报并获得清偿为由，向法院起诉请求该公司股东对未实现债权及利息承担连带赔偿责任。法院经审理后认为，该公司股东作为清算组成员，因未及时履行清算义务造成债权人损失，应当承担赔偿责任。

三、审视：公司纠纷的律师代理策略

公司及相关主体发生矛盾纠纷诉至法院后，或进行诉前准备时，律师的专业化服务显得十分必要。律师在代理公司纠纷时，需要有清晰的思路、出色的策略为当事人谋取法律范围内的最大利益。

（一）管辖法院的确定

《民事诉讼法》第二十七条规定，因公司设立、确认股东资格、分配利润、解散等纠纷提起的诉讼，由公司住所地人民法院管辖。《民事诉讼法司法解释》第二十二条规定，因股东名册记载、请求变更公司登记、股东知情权、公司决议、公司合并、公司分立、公司减资、

公司增资等纠纷提起的诉讼，依照民事诉讼法第二十七条规定确定管辖。可见，涉及到民事诉讼法及其司法解释明确的各类公司纠纷均由公司住所地人民法院管辖。需要着重关注的是以下几点：

1. 协议管辖优先适用原则

《民事诉讼法》第三十五条规定，合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。部分公司纠纷在法律性质上亦可归类为合同或其他财产权益纠纷，涉事各方当然可以约定管辖法院，由此排除公司住所地人民法院的管辖权。相关案例可见于（2022）浙06民终485号案件与（2019）湘民辖终16号案件。

2. 公司住所地的确定

《民事诉讼法解释》第三条规定，法人或者其他组织的住所地是指法人或者其他组织的主要办事机构所在地。法人或者其他组织的主要办事机构所在地不能确定的，法人或者其他组织的注册地或者登记地为住所地。《民法典》第六十三条、六十五条规定，法人应将主要办事机构所在地登记为住所，法人的实际情况与登记事项不一致的，不得对抗善意相对人。公司的实际情况与登记事项不一致的举证责任当由善意相对人承担，（2021）最高法民辖23号民事裁定书持此观点。

3. 损害公司（股东）利益责任纠纷的管辖

损害公司（股东）利益责任纠纷虽为公司纠纷之一种，但并未被囊括到公司纠纷特殊地域管辖的范围之中，因此有别于由公司住所地人民法院管辖的原则，应按照侵权纠纷来确定管辖法院，即由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。（2021）最高法民辖33号民事裁定书认可前述观点。

4. 股权转让纠纷的管辖

股权转让纠纷在法律性质上系合同纠纷，因其并不涉及公司的组织行为，所以一般情况下不应当归类为公司纠纷。因此，股权转让纠纷在无特殊情形的前提下，应当适

用民事法律 关于合同纠纷管辖的一般规定。（2020）最高法民辖终 22 号民事裁定书认可此观点。但在 实践中也存在着股东之间股权转让纠纷由公司住所地集中管辖的情况，如（2020）甘民辖终 41 号民事裁定书确认的管辖规则。

（二）诉讼主体的列明

公司纠纷涉及的主体覆盖公司及其股东、董监高、子公司、债权人等多类主体，究竟当 如何列明被告是诉讼能否顺利进行的关键。

1. 法定代表人变更登记纠纷的诉讼主体

法定代表人要求公司变更登记，当以公司为适格被告，并在辞任之日起三十日后向人民 法院提起诉讼。

2. 股东变更登记纠纷的诉讼主体

在股东变更登记纠纷中，转让股东和受让股东均为适格原告，并应以公司为适格被告。在起诉之前，股东须与公司先行沟通，并给予公司合理期限。

3. 股东出资纠纷的诉讼主体

怠于催缴出资与对抽逃出资负有责任的董（监高）应当作为本文探讨的股东出资纠纷类 型的被告，向公司承担赔偿责任。

4. 股东知情权纠纷的诉讼主体

股东知情权纠纷的双方系有知情需求的股东与拒绝查阅复制的公司，股东为诉讼原告， 公司为诉讼被告。

5. 异议股东股权（份）回购请求权纠纷的诉讼主体异议股东股权（份）回购请求权的义务对象是公司，公司负有回购股权（份）之义务， 为该纠纷中的被告。

6. 损害公司利益纠纷的诉讼主体

在董监高违反对公司的忠实、勤勉义务，给公司造成损失时，董监高应当对公司承担赔 偿责任。此时，公司为诉讼原告，董监高为诉讼被告。如董监高系听命于公司控股 股东、实 际控制人之指示而为损害公司之行为的，公司的控股股东、实际控制人同为 诉讼被告。

公司全资子公司的董监高或他人损害子公司合法权益的，子公司的董事会、监事会可以 起诉董监高或他人，子公司作为原告，子公司董监高或他人为原告。如董事会、监事会在股 东提出书面请求后三十日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受 到难以弥补的损害的，公司股东可以自己名义起诉，股东作为原告，子公 司董监高或他人为 被告。

7. 损害公司债权人利益责任纠纷的诉讼主体

在横向人格否认情形下，债权人作为原告，应当将股东以及其控制的多家公司列为被告， 由股东及其控制的多家公司向债权人承担连带清偿责任。

（三）诉讼请求的确定

在各类公司纠纷中，如何确定诉讼请求不能一概而论，须分门别类，亦不可挂一漏 万， 要全面妥当，便于执行。

1. 法定代表人变更登记纠纷的诉讼请求

原告应向法院提出的诉讼请求为：请求判令被告公司向公司登记机关（如有具体名 称， 如 X 市市场监督管理局，应当明确，下同）办理涤除原告作为被告公司法定代表 人的变更登 记手续。

2. 股东变更登记纠纷的诉讼请求

转让股东应请求法院判令：被告公司将原登记在原告名下的股权变更登记到 XX 名 下， 持股比例为XX；受让股东应请求法院判令：被告公司将原登记在 XX 名下的股权 变更登记到 原告名下，持股比例为 XX。

3. 股东出资纠纷的诉讼请求

公司应当提出的诉讼请求为：一、判令被告 XX（股东）立即向原告 XX 公司缴纳出 资款 / 返还抽逃出资款 XX 元及利息；二、判令被告 XX（董监高）对上述缴纳/ 返还义 务承担连带 责任。

4. 股东知情权纠纷的诉讼请求

股东得向法院提出请求：一、判令被告公司提供自XX年XX月XX日起至实际查阅之日止的完整经营资料以便原告查阅、复制，被告应提供的资料包括公司章程、历次股东会会议决议等（视个人需求）；二、判令允许原告聘请不多于三人的律师、会计师等中介机构执业人员辅助查阅、复制上述资料。

5. 异议股东股权（份）回购请求权纠纷的诉讼请求

异议股东向法院提出的诉讼请求包括：一、判令被告公司以XX元的价格收购原告持有的被告公司股权（份）；二、判令被告公司协助原告向公司登记机关办理股权（份）变更登记手续。

6. 损害公司利益纠纷的诉讼请求

被害公司向法院提起的诉讼请求：判令被告XX（董监高）赔偿损失XX元及利息；被害公司的股东提出的诉讼请求：判令被告XX（董监高或他人）向XX公司赔偿损失XX元及利息。

四、结语

五、新《公司法》的颁行，为律师的业务拓展提供了一个良好的契机，也对律师的执业能力提出了崭新的要求。作为纠纷解决能手的律师，应当抢抓“机遇良缘”，狠抓能力提升。公司纠纷处理的律师业务专业性强，涉及主体人数多，影响地域范围广，其中法律关系错综复杂，犹如迷宫一般，需要律师同仁刻苦钻研，扎实求索。本文乃从新《公司法》的部分新规定引申探寻而来，对拓展律师业务与代理公司诉讼等方面展开了粗疏的讨论，望能抛砖引玉，吸引更多律界同仁加入研究，共同为新时代法治建设输出更好的法律服务产品，努力成为一名新时代政治坚定、业务精湛、服务优良的党和人民满意的好律师。ⁱ

作者单位：安徽明泉律师事务所

参考文献

[1]张政国、任志向：《新〈公司法〉视角下董监高信义义务的内涵与外延》，《中国律师》，2024年第7期，第77页。

[2]刘俊海：《论实际控制人作为影子董事的民事责任：以新〈公司法〉第192条的解释为中心》，《法律适用》，2024年第7期，第129页。

[3]刘斌、梁樱子：《新〈公司法〉股东双重代表诉讼规则的展开》，《西南政法大学学报》，2024年6月第26卷第3期，第80页。

[4]刘道远：《董事对第三人赔偿责任的法理基础与规范解释》，《比较法研究》，2024年第2期，第92页。

[5]刘贵祥：《关于新公司法适用中的若干问题》，《法律适用》，2024年第6期，第11页。

新公司法视角下：董监高责任及其外部化

安徽秉度律师事务所 黄卉

【摘要】新公司法就董监高有关的条款修订较多，媒体上更多关注修订的内容多少，引发了董监高的履职焦虑。然新公司法下董监高义务和责任有哪些实质性变化，公司法时间效力司法解释的出台，从司法解释层面给出了意见。本文以新公司法的时间效力为出发点，分析新公司法下董监高义务的实质性变化；从新公司法关于董监高责任类型入手，分析董监高责任的“外部化”，论述董监高外部责任的适用条件和限制，以在公司、董监高和第三人之间取得平衡，在坚持公司法人人格制度的同时，维护第三人的合法权利，避免董监高外部责任滥用，也为董监高履职风险防控和债权人权利救济厘清思路。

【关键词】董监高；内部责任；外部责任

新修订的《中华人民共和国公司法》已于2024年7月1日起施行(为便于表述，新修订的公司法以下简称为“新公司法”，修订前的公司法简称为“原公司法”)。新公司法关于董事、监事和高级管理人员(下称“董监高”)的规定修订较多，这些修订是对原公司法的实质性修改，还是新创设的规定，亦或仅是对原规定的细化和完善？本文通过新公司法与原公司法及相关司法解释、会议纪要之间的对比，着重梳理新公司法关于董监高的相关规定及其变化，论述董监高的责任及其“外部化”，以期对董监高依法依规履职防止履职焦虑和相关法律实践有所裨益。

一、从新公司法的时间效力看董监高义务的实质性变化

原公司法第一百四十七条规定，董监高对公司负有忠实义务和勤勉义务，不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产。对董监高的忠实义务和勤勉义务，原公司法也进行了原则性规定：履行忠实义务，应当采取措施避免自身利益与公司利益冲突，不得利用职权牟取不正当利益；履行勤勉义务，执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。

最大限度地保护公司利益是忠实义务的核心所在。¹忠实义务可以通过列举的方式明确具体的执行标准；而勤勉义务的法律适用，则依赖于法院的自由裁量，难以确定具体的量化指标。新公司法关于董监高条款的修订，多数并未突破原公司法关于忠实义务和勤勉义务的规定，只是更为细化，更具操作性。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉时间效力的若干规定》（以下简称《规定》）根据新公司法条文修订情况，区分实质性修改、新增规定和具体细化规定等不同情况，列举了溯及适用的具体条文。无论是因更有利于实现立法目的而溯及适用，还是当时的法律、司法解释没有规定而新公司法作出规定而溯及适用，以及当时的法律、司法解释已有原则性规定，新公司法作出具体规定而溯及适用，都意味着这些溯及适用的条款²，在《规定》看来，不构成对原公司法规定的实质性的修改，也不是新公司法创设的新规定。

梳理新公司法关于董监高条款的修订，去除《规定》明确溯及适用的条款，新公司法关于董监高实质性的修改或新创设的规定，主要有以下几个方面：

1. 强化了董监高在资本充实上的义务

资本充实是股东的义务，董监高作为公司的代理人，应站在公司立场，督促股东履行在资本充实上的义务。《公司法司法解释（三）》³第十四条规定，董监高协助抽逃出资的，与抽逃出资股东承担连带责任。新公司法以立法形式肯定了前述解释，在第五十三条中规定股东抽逃出资，负有责任的董监高承担连带赔偿责任。此外，新公司法还新增了诸多规定，如：第五十一条规定了董事会核查股东出资、催缴出资的职责；第一百六十三条规定除为公司利益，实施员工持股计划外，公司不得为他人取得本公司或者其母公司的股份提供赠与、借款、担保以及其他财务资助，否则，负有责任的董监高承担赔偿责任。新公司法在立法层面，明确和强化了董监高在维护公司资本充实、资本不变方面的职责，对董监高履行勤勉义务提出了新的更加具体化的要求，以更好地保障资本充实制度的落实。

¹ 王毓莹《新公司法二十四讲》，法律出版社 2024 年 1 月底 1 版第 481 页

² 新公司法第一百八十条、第一百八十一条、第一百八十二条、第一百八十三条、第一百八十四条、第一百九十二条、第二百零一条、第二百零六条、二百六十五条

³ 指最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》

2. 新增了董事、高级管理人员对第三人承担赔偿责任的规定

新公司法首次对董事、高级管理人员对第三人直接承担责任进行了规定。这一立法突破，体现了董事、高级管理人员非一般工作人员的法律定位。这与《证券法》规定的董监高因虚假陈述对投资人的直接责任，以及《破产法》关于董监高因故意或重大过失造成企业破产的民事责任等规定有机结合，对实践中董监高滥用权利予以立法约束，有利于抑制公司对第三人的侵害行为，加强对第三人的保护。

3. 明确了董事在公司清算中的责任

新公司法在公司清算环节赋予了董事更大的职责。针对原公司法没有明确规定在公司清算的义务主体，实践中常见因清算义务主体争议而清算不能的情况，新公司法引入“清算义务人”概念，不区别有限责任公司和股份有限公司，一律规定董事自动成为清算组成员，除外情况是公司章程另有规定或者股东会决议另选他人。董事作为“清算义务人”未及时履行清算义务，给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任，这也使得董事的职责贯穿公司催缴出资、维持出资、公司运营、清算履职的全生命周期，进一步确立了董事在公司经营管理中的核心地位。

二、从董监高的责任类型看董监高责任的外部化

新公司法规定的董监高责任类型主要有三种；一是**赔偿责任**，新公司法第五十一条、第一百六十三条、第一百九十一条、第二百一十一条、第二百二十六条、第二百三十二条等多个条款规定了董监高的赔偿责任。二是**连带责任**，新公司法第五十三条规定，股东不得抽逃出资给公司造成损失的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应当与抽逃出资的股东承担连带赔偿责任。三是**收入归入**，新公司法第一百八十六条规定，董监高违反新公司法第一百八十一条至第一百八十四条规定所得的收入应当归公司所有。⁴以上三种责任类型，都是向公司承担责任，是一种内部责任。

令董监高对公司承担责任，可以督促董监高勤勉尽责、忠实履行职责，对公司内部治理结构的建立与完善意义重大。公司的董事、监事除职工代表外，均由股东会决定聘任或者解聘，高级

⁴ 董监高侵占公司财产、侵犯公司权益的，应当根据民法典等有关规定，承担返还财产、停止侵害等民事责任。董监高根据其他法律承担责任，与其他个人并无不同，本文中未将其纳入董监高责任范畴。

管理人员的聘任或者解聘，即便不由股东会决定，也是董事会决定。大多数公司的董监高并非由外聘的职业经理人担任，而是由公司的股东自己担任或委派其亲属担任，相关董监高在履职中代表和维护的是股东甚至个别股东的利益，只有明确和强化董监高对公司的责任，才能防止公司被过渡支配和控制，保证公司的法人独立人格地位。

实践中，公司追究董监高责任存在诸多现实障碍。一方面，公司不愿也不宜随意启动对董监高的追责程序。如前所诉，董监高的背后是股东，公司一旦启动追究董监高责任的程序，往往都意味着公司内部斗争公开化，公司的内部治理机制可能因此而遭受挑战，进而影响公司经营的持续性和稳定性。另一方面，董监高的权力大小往往和与之相关股东的持股份额正相关，有“实权”的董监高往往由实际控制公司的股东担任或委派，即便有需承担董监高责任的行为，也难以以公司名义向其追责。因此，要保证董监高责任的落实，必须使其“外部化”。现行法律规定下，董监高责任“外部化”有以下三种路径：

1. 股东代表诉讼。股东在公司内部人员损害公司及股东利益时提起股东代表诉讼是公司法赋予股东的救济权利。股东代表诉讼有前置程序，根据新公司法第一百八十九条的规定，需书面请求监事会、董事会提起诉讼，监事会或者董事会收到股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，方能为公司利益以自己的名义直接提起诉讼。

2. 管理人代表诉讼。《破产法》第十五条总体概括了债务人有关人员在企业进入破产程序后的配合义务。代表债务人参加诉讼、仲裁或者其他法律程序是《破产法》第二十五条规定的管理人职责。公司进入破产程序后，管理人发现董监高有需承担内部责任的情形时，当然有权代表公司起诉董监高要求其承担责任。此外，《九民纪要》⁵中也明确：债务人的有关人员不履行《破产法》第十五条规定的配合义务，导致债务人财产状况不明，致使管理人无法执行清算职务，给债权人利益造成损害，管理人或者债权人有权起诉请求债务人的相关人员承担相应的损害赔偿责任，并将获得的赔偿归入债务人财产。

⁵ 指 2019 年 11 月《全国法院民商事审判工作会议纪要》

3. 债权人直接诉讼。无论是股东代表诉讼还是管理人代表诉讼，仍然是代表公司进行诉讼，本质上是董监高内部责任的一种实现方式，而不是董监高的外部责任。严格意义上的董监高外部责任，仅指直接对公司以外的第三人承担责任。允许债权人直接起诉公司的董监高，是否突破了公司的独立人格，对此，学术届存有争议。有观点认为：我们现行法未承认董监高的代表权，除被选定为法定代表人的董事外，其余董监高与公司的法律关系只可能是代理关系，而侵权行为无法使用代理规则，要么董监高个人承担责任，而排除公司的责任，要么公司对外承担责任，而排除董事的对外责任，不能导致侵权责任主体从单一主体扩张到多个主体，因此董监高外部责任无法理依据。⁶在笔者看来，董监高作为公司的决策者和执行者，其履职行为必然产生相应的外部效应；股东滥用公司法人的独立地位，往往有董监高的默认甚至协助，股东对公司的过渡支配与控制多通过董监高实现，也就是说董监高的违法行为可能会动摇公司的独立人格，在这种情况下，只有引入外部监督，允许债权人直接诉讼，才能督促董监高依据法律规定和公司章程，忠实勤勉地履行职责，从而更好地维护公司的独立人格。

三、董监高外部责任的适用情形和限制

确立并落实董监高的外部责任，其价值值得肯定，但随意扩大或滥用，可能会动摇公司的法人人格制度，因此，要求董监高承担外部责任必须有明确的法律规定和充分的法理依据。综合新公司法的规定来看，债权人直接向董监高主张权利的情形主要有以下三种：

一是起诉抽逃出资的股东在抽逃出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任，并要求负有责任的董监高与该股东承担连带赔偿责任（新公司法第五十三条）。资本确定、资本维持、资本不变的资本三原则是公司资本制度设计之圭臬，其核心功能则是保障公司债权人债权的实现，在股东与公司债权人之间建立起最基本的利益平衡机制。⁷股东抽逃出资破坏了公司的资本制度，影响公司的偿债能力，而为了逃避债务而抽逃资金的，公司的独立人格都将被否定；债权人向公司主张权利，并要求抽逃出资的股东在抽逃出资本息范围承担补充赔偿责任，并

⁶ 王毓莹《新公司法二十四讲》，法律出版社2024年1月底1版第517页

⁷ 冯果：论公司资本三原则理论的时代局限，《中国法学》2001年第3期

未突破相对性原则。从共同侵权的角度来看，负有责任的董监高与抽逃出资的股东承担连带赔偿责任，也具有相应的法理依据。

二是**起诉执行职务造成损害的董事、高级管理人员（新公司法第一百九十一条）**。有观点认为，新公司法第一百九十一条和《民法典》第一千一百九十一条规定相冲突。⁸学理上一般将《民法典》第一千一百九十一条规定称为“雇主责任”，用人单位需为其雇员的职务行为对外承担无过错的侵权责任，而雇员仅承担内部的追偿责任，对外无需向被侵权人直接承担责任。用人单位和其雇员之间是一种隶属关系，雇员受用人的控制、指挥和监督；而董监高作为公司的管理层，具有双重身份属性，从公司法角度上来说，在履行董监高职责时，担任董监高职务的人员与公司之间形成的是一种代理关系，而非雇员关系。新公司法第一百九十一条和《民法典》第一千一百九十一条的适用情形不同；《民法典》第一百六十七条规定，违法代理及其法律后果是代理人与被代理人承担连带责任。可见，新公司法第一百九十一条关于董事、高级管理人员外部责任的规定和《民法典》的规定之间并不存在不冲突。

三是**起诉未及时履行清算义务的清算义务人或未忠实勤勉履行履行清算职责给债权人造成损失的清算组成员（新公司法第二百三十二条、第二百三十八条）**。清算是公司终止中至关重要的环节，公司在正式终结前之所以要清算，就是要通过对债权债务的清理，以避免对债权人利益的侵害。因此，从这个角度来说，清算组成员的忠实义务和勤勉义务的直接对象虽然仍是公司，但潜在对象甚至更为重要的是债权人。清算义务人未及时履行清算义务，清算组成员未忠实勤勉履行履行清算职责，都是对债权人权利的侵犯，董监高作为清算义务人或清算组成员而承担外部责任，也符合清算程序的法律特征。

从上述三种债权人可以直接向董监高主张权利的情形来看，新公司法对董监高外部责任的规定还是较为审慎的：**在资产充实上**，虽然强化了董监高的义务，但多为内部责任，只有对股东抽逃出资负有责任的才与该股东承担连带赔偿责任。**在清算环节中**，只有作为清算义务人或者清算组成员的董监高才可能对外承担责任，其责任主体是清算义务人或者清算组成员，而不是所有的董监高。同样，因执行职务而承担外部责任也应有着严格的限制：**首先**，从新公司法第一百九十

⁸ 王毓莹《新公司法二十四讲》，法律出版社2024年1月底1版第517页

一条规定本身来看责任主体只有董事、高级管理人员，监事执行职务不能据此承担外部责任。**其次**，要区分董事、高级管理人员的双重身份，只有执行董事、高级管理人员的职务时，才可能对外承担责任；否则，应适用《民法典》第一千一百九十一条，由用人单位（即公司）对外承担责任。**最后**，主观上必须有重大过错，即存在故意或者重大过失。因此，适用新公司法第一百九十一条，应严格比照侵权责任确定其构成要件，即：1. 有执行董事、高级管理人员职务的行为；2. 给他人造成了损失；3. 相关行为与损失之间存在因果关系；4. 主观上《民法典》第一千一百九十一条故意或者重大过失。

结语

新公司法进一步明确了董监高的义务，强化了董监高的责任，但董监高责任更多的仍是一种内部责任，虽然在外部责任上有所突破，但仍有着严格的条件限制。协助股东抽逃出资、公司因经营不善等原因走向“死亡”以及执行董事、高级管理人员职务造成他人损害时，董监高的责任可能“外部化”。同时，新公司法将“事实董事”、“影子董事”⁹纳入了监管的范围，防止公司的控股股东、实际控制人通过挂名董事控制公司，逃避责任。从防范自身风险角度，董监高应当忠实、勤勉履职，最大限度地维护公司利益，同时坚持独立履职，避免沦为控股股东、实际控制人的“傀儡”，从而防范履职风险，避免承担责任。新公司法为律师业务发展带来了新的机遇，应厘清董监高内部责任和外部责任的区别和联系，为公司提供更加专业的法律意见，提高公司治理水平；接受债权人委托时，帮助债权人选择更加精准的策略和措施，以维护委托人的合法权益。

作者单位：安徽秉度律师事务所

⁹ 仲继银：揭秘“事实董事”：从内涵到认定，《董事会》2023年第10期；事实董事是指履行董事职能但并未被正式任命为董事的人；影子董事是指那些虽然名义上不是公司的董事，但公司董事通常按照其指示或意愿行事的人。

新质生产力与破产法前沿问题的思考

安徽明泉律师事务所 郑九生 刘钢

【摘要】新质生产力的核心是创新，创新包括制度的创新，通过制度的创新来引领、鼓励、支持和保护新质生产力的创新。

【关键词】新质生产力；创新；制度的创新；鼓励和保护创新；促进新质生产力的发展和创新；破产法制度的响应和创新

2023年9月，习近平总书记在黑龙江考察时首次提出“新质生产力”这一原创性概念，这是习近平经济思想的重要组成部分。这一概念凝聚了我们党统领经济社会发展的深邃理论洞见和丰富实践经验，是要素新优势、产业新形态、发展新路径、竞争新优势的集中表述，代表着更创新、更高阶、更可持续的生产力发展方向。

年底的中央经济工作会议明确提出：“要以科技创新推动产业创新，特别是颠覆性技术和前沿技术催生新产业、新模式、新动能，发展新质生产力。”，当前，新一轮科技革命和产业变革正深入突进，加快发展和形成新质生产力是实现我国并联式发展的加速器，是应对百年未有之大变局的增量器，是实现中华民族伟大复兴的催化剂，具有极其重要的战略意义。

2024年1月31日，中共中央政治局就扎实推进高质量发展进行了第十一次集体学习，重点就是新质生产力，并定义为：概括地说，新质生产力是创新起主导作用，摆脱传统经济增长方式、生产力发展路径，具有高科技、高效能、高质量特征，符合新发展理念的先进生产力质态。它是由技术革命性突破、生产要素创新性配置、产业深度转型升级而催生，以劳动者、劳动资料、劳动对象及其优化组合的跃升为基本内涵，以全要素生产率大幅提升为核心标志，特点是创新，关键是质优，本质是先进生产力。

上述论断及定义的核心意旨就是发展新质生产力的关键及核心就是创新，而创新主体，一个是市场，即个体经营户、民营企业等各类市场主体；一个是政府，创新提供与新生产力、新市场发展相适应的各类法律、制度、政策。

首先我们讨论市场的创新，市场的创新（包括技术、产业、模式等创新）就意味着要试错，意味着有风险，意味着不确定性，意味着不可知性。如再深一步思考，鼓励创新实质就是意味着理解并鼓励冒险，理解并宽容失败，鼓励创新实质就是要给创新失败的市场主体第二次机会，给其兜底保护，并鼓励其再次整合资源，东山再起。

新质生产力最活跃、最有竞争力、最广泛的载体是我国的民营经济，因此新质生产力的创新及发展只能植根于我国的市场经济土壤。说到这里，接下来就是我们无法回避的一个问题，也就是我们要讨论的本文主旨，就是制度的创新，如何创新制度来鼓励、支持和保护市场的创新，制度的创新如何转化为新质生产力或促进新质生产力的发展。比如，为创新试错的民营企业家等市场主体提供一个稳定预期的制度支持，一个可信承诺的制度保护，一个好的法治保障等等。缺少上述创新制度，市场、市场主体、生产力等等离开这些创新制度的引领、支持、保护，是一刻也谈不上发展的，更遑论创新了。

从市场经济发展的历程来看，凡是市场经济发达的地域，其市场制度就越完善，越成熟；而凡是市场经济越发达、市场制度越完善的地域，其破产制度就一定最先进、最昌明。究其实质，市场经济的基础制度就是破产法律制度，或者说，破产制度是市场经济的基本制度，这一事实，可从比较法的角度予以实证，无论是英美还是日德，莫不如此。

从2007年开始实施的《企业破产法》已经明显滞后于我们经济社会的发展，在发展新质生产力这一新的时代背景下，未来《企业破产法》的修订更要对新质生产力的创新和发展予以响应、支持和保护，笔者在这里抛砖引玉，列出几个前沿问题，与大家共同探讨、学习。

一、加快个人破产制度的制定。

债务和人类社会本身一样古老，是人类社会永恒的问题，而如何处理破产或者说个人债务清理同样也是一样的古老话题。从迄今发现的人类最早的成文法典——古巴比伦的《汉谟拉比法典》到古希腊城邦的规定和古罗马《十二表法》的立法，从久远的宗教教义到官方法律文书，我们都能看到关于个人债务清理的规定，而近现代的商品经济、市场经济发展，更

是促进了个人破产制度或个人债务清理的发展与成熟。

破产就其诞生本源而言，个人破产法先于非个人破产法（企业破产法）诞生、发展。学者基本公认的英美法中第一部破产法是英国的《1542年破产法》，该法仅仅适用于自然人、商人，该法旗帜鲜明地要为“诚实而不幸的”债务人提供重新开始的机会，蕴含着鼓励创新、宽容失败的理念。正如学者所言：一个社会是否宽恕它的债务人，如何宽恕或不宽恕，是一个具有经济和法律后果的问题，也触及了社会价值观的核心。将个人破产制度纳入整个国家信用体系和金融基础设施建设之中，强调为个人提供债务清理的程序，不仅仅是个人生存权的需求，还是金融安全保障和社会保障的制度要求”。

英国的个人破产法历经 470 多年的经济社会历史演进过程，现已经成为现代个人破产立法的典型样本和各国破产立法改进的重要参照。美国、日本包括香港地区等在借鉴和学习英国个人破产立法的基础上，个人破产立法已经发展的较为成熟，尤其是美国，已经成为个人破产发展最为精细、最为丰富、最蕴有生命力的法域。

在创新是新质生产力的核心，大众创业是时代要求的历史大背景下，个人破产制度的意义尤为关键、尤为重要，该制度的创新为新质生产力的发展提供了一个更全面、更深入的制度指引、支持和保护作用，为万千市场主体、为千万企业家创新者，提供了一个勇于创新、敢于创业、勇于试错、敢于冒险的兜底法律制度保护，从而实现促进竞争、鼓励创新、宽容失败、保障生存的整体经济社会目标。正如《世界银行自然人破产问题处理报告》中所指出的，自然人破产制度的主要目的并非基于特定债权人和债务人孤立的收益，而是更广泛的社会收益。所谓“更广泛的社会收益”便是个人破产制度对市场经济与社会所产生的全方位、多层次的调整，并更有意识地致力于实现这些社会利益。

我们要借鉴和学习世界各国先进的个人破产立法及实践经验，建立具有世界先进理念与制度且符合中国国情的个人破产法律制度，通过个人破产立法实现促进竞争、鼓励创新、宽容失败、保障生存的立法目的，通过个人破产立法，鼓励并保护创新、创业失败的诚实而不幸的债务人，鼓励其积极再次融入社会、创造财福，从而客观上促进和保证整体社会经济

利益的稳定与发展。

二、进一步完善我国《企业破产法》中债权清偿顺位制度的具体规定，以响应并引导、支持、鼓励新质生产力的创新与发展，试举例说明如下。

（一）有新技术、新模式、新产业且有营运价值但又不慎陷入财务困境的市场主体，现行《企业破产法》缺少鼓励与这些新质生产力进行交易及投资的条款。在美国破产法中，为了鼓励这些拥有新质生产力内容，具有营运价值的企业、行业摆脱困境、走出危机，在其破产法典中，特别安排了鼓励与这些市场主体进行交易、投资的条款，将市场中与这些具有营运价值的市场主体进行交易的费用列为管理费用的第一顺位，并发展出了多个鼓励、保护判例，如关键供应商计划、关键雇员挽留计划等等，这些计划无一不是支持、鼓励、保护条款。在我国目前的《企业破产法》中，缺少这些支持、鼓励、保护新质生产力创新与发展的具体安排条款，建议借鉴、学习这些法域的先进理念和规则，在修定我国新的破产法时，予以充实、予以完善，从而通过制度的创新达到支持、促进、保护、鼓励新质生产力发展的目的。

（二）我国现有的《企业破产法》对税收债权的过度保护，阻碍了新质生产力的创新和发展。新质生产力核心是创新，具体是新技术、新模式、新业态，而这些新的东西究竟是否是新的生产力，是否符合市场选择，是否具有市场价值，还需要进行先行先试。所以，对新质生产力而言，宽容失败，拯救与重生显得尤为重要。

如对一项陷入财务困境的新技术、新产业、新模式，只要符合市场选择，具有市场价值，具有营运价值，对其进行挽救与重生，显然符合预期，符合市场规律。但挽救与重生需要考虑成本，如果成本过大且不符合市场经济规律与规则，不具有市场理性，显然是阻碍了对新技术的拯救与重生。

我国目前《企业破产法》中对税收债权中的税收没有进行任何合理的限制，导致有的企业破产，其实就是相当于税收总清算，另外还要加上一张罚单。破产沦为收税的工具，一个破产程序走下来，收益最多的是税务；有的想重整，但望税兴叹，望而止步。这既是与民争利，又是多年懒政之恶果，还阻碍了市场的挽救与重生。

在英美等法域破产法中，对税收债权都有明确的时间限制。税收债权成立的时点对其是否具有优先顺位具有显著的决定性影响，也就是说享有优先顺位的税收一般都是不太久远的税收。换言之，税务机关在征缴税款时负有一定的勤勉义务，否则在纳税人破产后，其可能丧失税收债权的优先顺位，例如，所得税、消费税债权只具有 3 年的优先顺位。

鉴于此，为促进更生，促进新质生产力的创新和发展，在未来修定我国《企业破产法》时，建议对税收债权进行合理的时间限制。

（三）现行《企业破产法》中的破产市场主体背负的职工债权包袱过重，不利于市场主体的拯救与重生。

破产法是市场经济的基础法，其主要使命在于促进市场竞争，在于资源的优化配置，在于公平竞争、优胜劣汰，保护职工的使命与职责应当让渡给其他的社会保障制度，否则，不利于破产法使命与职能的充分实现。其他法域的破产法对职工债权都有所限制，美国破产法中的雇员工资债权要获得第四或第五优先顺位，须符合数额、时间及形式三方面的限制。第一项限制是数额，每位雇员得具有优先顺位的债权的最大数额是 12475 美元，且这一数额每三年会根据消费物价指数的变化进行调整；第二是以破产申请之时或债务人停业之时之间的较早者作为截止时间，往前推算 180 日内的劳务所产生的债权，才可能具有第四或第五的优先顺位；形式的限制是可享受优先顺位的是工资、薪金或佣金，包括假期工资、离职费以及病假工资，且联邦最高法院拒绝对工资作任何扩大的解释。

目前，现行的《企业破产法》对职工债没有任何限制，导致破产市场主体背负的职工债包袱很重。其实职工债里有部分组成部分如社会保险费用等本身就属于社会保障制度的范畴。所以，为促进拯救企业、促进更生，建议在未来的《企业破产法》修订中，对职工债权进行适当的限制，降低企业破产成本，让破产法背负的包袱适当让渡给其他的社会保障制度，让破产法回归原来的使命。

（四）为鼓励新质生产力创新与发展，建议未来在修订《破产法》时，对新技术、新产业、新模式造成的侵权损失（限定为环境债权及人身债权）给予优先顺位的清偿。

现行的破产法对环境债权及人身损害债权的清偿没有设定相应的优先顺位,但为鼓励新质生产力的投入、转化及应用,为鼓励新技术、新产业、新模式的升级、转化及应用,在未来的破产法制度创新中,应对此造成的风险进行合理的引导、分担与转化,否则,市场主体面对新事物的不确定性、挑战性及风险性会裹足不前,不敢创新、不愿创新;即使创新后,也不敢投入、不敢转化、不敢应用。所以,为响应、支持并保护新质生产力,为鼓励并保护创新,建议在未来的破产法修订中,对因新技术、新产业、新模式造成的环境侵权及人身侵权的赔偿债权设定一个合适的债权清偿优先顺位。

从新质生产力的发展历史及经验教训来看,制度的创新直接决定了新质生产力发展的深度、力度和广度;新质生产力的创新与发展,核心及实质就是制度的创新与发展,革除约束、束缚新质生产力创新与发展的制度、政策、措施,创新制定出鼓励、支持、保护新质生产力创新和发展的各项制度、政策、措施,积极响应、引导新质生产力的创新与发展。

而破产法构建的各项制度的显性功能无疑能促进新质生产力的发展,无疑能保护、鼓励新技术、新产业、新模式的创新和发展,而不破不立、凤凰涅槃、浴火重生、东山再起、第二次机会等古老习语也无疑昭示和验证了破产法的上述显性功能和其强大的生命力、调整力,鉴于此,笔者通过本文抛砖引玉,提出上述个人看法和观点,以期通过分享,获取更有价值、更有生命力的批判、鉴语。

作者单位:安徽明泉律师事务所

刑事和解制度实践研究

——刑事和解下对被害人的保护

安徽汇航律师事务所 管必合

【摘要】关于刑事和解的概念，绝大多数学者都采用了在其他国家比较通行的表达方式，即认为所谓刑事和解制度，又称加害人与被害人的和解，一般是指在犯罪后，经由调停人（一般是由律师或司法机关）的帮助，使加害人和被害人直接相谈、协商，解决纠纷或冲突的一种刑事司法制度。其目的是修复因犯罪人的犯罪行为而破坏的加害人和被害人原本具有的和睦关系和公序良俗，或最大化利益保护受害人得到赔偿，并使罪犯意识到犯罪后果和危害性，付出犯罪成本，因此而改过自新，复归社会。

在我国学者通常认为：所谓刑事和解，是指犯罪嫌疑人、被告人以具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失等方式得到被害人的谅解，被害人要求或者同意司法机关对犯罪嫌疑人、被告人依法从宽处理而达成的协议。实现刑事和解的，检察机关可以依法对犯罪嫌疑人、被告人不批准逮捕、或者不起诉，或者起诉后建议人民法院从轻、减轻判处。¹ 2011年1月19日，最高人民检察院关于印发《最高人民法院、最高人民检察院关于办理当事人达成和解的轻微刑事案件的意见》的通知，刑事和解制度在法律层面上作为一项制度运用在刑事案件的处理上。

【关键词】刑事和解；受害人；适用范围；司法实践；制度完善；

¹据统计，截止到2009年1月，全国至少有7个省和直辖市发布了有关刑事和解的规范性文件，如2003年7月北京市政法委下发《关于北京市政法机关办理轻伤害案件工作研讨会纪要》，2005年6月安徽省高院、省人民检察院、省公安厅共同公布的《办理故意伤害案(轻伤)若干问题的意见》；2006年上海市高院、市检察院、市公安局、市司法局联合出台《关于轻伤害案件委托人民调解的若干意见》，2006年11月湖南省出台《湖南省人民检察院关于检察机关适用刑事和解办理刑事案件的规定(试行)》，2008年7月广东省发布《广东省高级人民法院、广东省人民检察院关于刑事诉讼中适用和解的指导意见(试行)》，等等。

一、刑事和解制度与相关概念的关系

（一）刑事和解与辩诉交易。

二者的区别主要表现在：首先，主体不同。前者的主体是被害人和犯罪嫌疑人、被告人；后者的主体为检察官和被告人，被害人不参加辩诉交易。第二，与被害人意愿的关系不同。前者要坚持被害人自愿原则；后者中公诉人一般根据所掌握的证据能否获得胜诉而决定是否进行交易，并不征求被害人意见，也不以赔偿、道歉作为条件，被害人被边缘化，交易的结果很有可能违背被害人的意愿。第三，产生的原因不同。前者是被害人和加害人之间为了利益最大化而选择的案件解决方式；后者产生的原因之一是控辩双方为了回避风险所选择的对自己来说风险更小、损失更小的案件解决方式。

（二）刑事和解与诉前“私了”。

二者的效果不同。从严格意义上说，“私了”并不是一个法律术语，它是指民间不经过司法程序而私下了结的处理方式。其最大的特点是没有经过国家法律所规定的正式程序，在某种程度上规避了法律规定，因而难以保证其合法性和纠纷解决的妥当性。而刑事和解，由于司法机关的监督和确认作用，不仅保证了纠纷解决的有效性，而且能确保其合法性和正当性。

（三）刑事和解与调解。

二者的不同主要有：首先，刑事和解在当前并无明确的法律层面的规定，但是调解法律有明确规定，至少在下列三种刑事诉讼情况下可以依据法律规定进行调解：第一种是在交通肇事案件中，公安机关可以按照处理程序对交通肇事的嫌疑人和受害人主持调解。²但是，这时公安机关仅作为中间人或是调解的组织者，仅是对民事赔偿部分达成

²中华人民共和国道路交通安全法实施条例第八十九条第二款 对属于前款规定情况的道路交通事故，交通警察可以适用简易程序处理，并当场出具事故认定书。当事人共同请求调解的，交通警察可以当场对损害赔偿争议进行调解。

第九十四条 当事人对交通事故损害赔偿有争议，各方当事人一致请求公安机关交通管理部门调解的，应当在收到交通事故认定书之日起10日内提出书面调解申请。对交通事故致死的，调解从办理丧葬事

协议，不涉及认罪悔罪问题，也不能要求受害人在得到赔偿后一定要出具谅解书等从而取得对嫌疑人的从轻或减轻的情节。第二种是刑事附带民事诉讼中对民事部分的调解，这是在人民法院在审理民事诉讼的程序一样，通常在这个程序当中只涉及民事部分，与刑事诉讼本身无关。第三种就是在自诉案件中，人民法院可以主持的调解。这个是人民法院在审理自诉案件中可以对刑事和民事部分一揽子调解或是单独对民事部分进行调解，可以综合对案件的判断以考虑调解对案件的审判结果。

其次，刑事和解和民间调解组织调解有着显著的区别：民间组织调解并非司法机构，双方达成的调解协议在一定的情况下可以被认定为无效或可以撤销。有效性的审查机构只能是人民法院或仲裁机构，而刑事和解的审查机构既可能是检察机关，也可能是人民法院。且民间调解一般只能进行民事案件的调解，不能对刑事案件尤其是属于公诉案件进行调解。

二、刑事和解的行使

（一）刑事和解的方式

1、自行和解的方式：自行和解是指在进入司法程序后，由当事人双方或代理人进行自行和解的方式，这是最能充分尊重当事人意志的和解方式。

2、司法机关主持下的和解方式：司法机关主持下的和解是指在进入司法程序后，由当事人一方或双方申请同意下，由司法机关主持，召集双方当事人或代理人进行协商和解的程序。因为考虑到很多犯罪行为发生在加害人和被害人之间并无直接的接触情况下，在律师介入或者加害人家属、代理人申请，公安机关可以作为主持。在起诉阶段，

宜结束之日起开始；对交通事故致伤的，调解从治疗终结或者定残之日起开始；对交通事故造成财产损失的，调解从确定损失之日起开始。

第九十五条 公安机关交通管理部门调解交通事故损害赔偿争议的期限为10日。调解达成协议的，公安机关交通管理部门应当制作调解书送交各方当事人，调解书经各方当事人共同签字后生效；调解未达成协议的，公安机关交通管理部门应当制作调解终结书送交各方当事人。

检察机关可以作为主持；一般来说在审理阶段，人民法院除法律规定外不得作为主持刑事和解，只能将这个阶段所进行的和解作为判案的依据之一。

（二）刑事和解适用的前提和范围

1、刑事和解必须以当时充分愿意的意思表示为前提。司法机关不能越俎代庖，作出明示或暗示的方式对另一方施压，以偏袒一方当事人，或达到尽快结案目的使受害人的利益受到损害。第一，和解协议的达成必须基于加害人与被害人的自愿。刑事和解要求在被害人和加害人自由同意的情况下才可以适用，不应以不公平的手段强迫或诱使被害人或加害人参加刑事和解。如果任何一方不同意采用刑事和解方案，都不能启动这种方案。第二，加害人的悔罪和赔偿必须是出于自愿，并完全认识到自己的错误，真诚表示歉意，不能是一种虚伪和投机心理；被害人接受对话形式，要求加害人的赔偿方式、赔偿内容或者放弃对加害人的追究也是出自真实意愿，并非外力施压或强迫而为。为了保证“自愿”的彻底贯彻，被害人和加害人在和解期间可以随时撤出已经同意并参与的刑事和解程序。如果当事方之间没有达成协议，在随后的刑事诉讼中，不得将未达成协议本身加以利用。即使达成协议后反悔，在随后的刑事诉讼中，不得将未执行协议作为加重刑罚的理由。第三，被害人和加害人必须站在一个平等对话的平台上，双方不能存在权力压迫或其他直接利益的牵制，如果被害人碍于某种权势的胁迫，可能违心地放弃自己的合法权利，那么将不适用和解。同时，主持和解机构也应帮助被害人正确看待加害人的加害行为及其犯罪后表现，减少被害人基于非理智的报复心理向加害人提出不合理或非法的要求。这里，如果被害人经解释仍坚持己见，应当视为被害人不同意刑事和解，不宜强行继续和解。

2、在刑事和解适用案件范围上，目前基本一致的看法是，刑事和解应该适用于有被害人的轻微刑事案件、未成年人犯罪案件、成年人犯罪中的初犯、偶犯、过失犯。具体的适用范围为：一是刑事自诉案件；二是犯罪情节轻微，依照刑法判处3年以下有期徒刑

徒刑、拘役、管制的案件；三是刑法规定的对被告人可能判处3年以上有期徒刑，但具有法定的从轻、减轻或者免除处罚的情节，可能判处3年以下有期徒刑的案件。四是对家庭内部或者亲属之间产生的并非长期积怨而产生的刑事犯罪，即使是罪行较大的，如果考虑到对社会危害性程度较小、加害人是初犯的，考虑到对未成年子女需要教育抚养等因素也应该以受害人的意思表示，可以适用刑事和解。除此之外，犯罪情节恶劣、重罪、累犯及应当数罪并罚的案件等，均不能适用刑事和解。

笔者认为，在适用刑事和解的范围上应当排除两类犯罪：一是侵害公共利益、危害公共安全的犯罪不应刑事和解。因为该类刑事犯罪侵害的客体是公共利益，个人无权表达对公共利益的让与和接受。二是公职人员贪污贿赂、滥用职权、渎职等犯罪的不应刑事和解。因为公职人员侵犯的客体是基于国家和公众授权而产生的管理制度和正常秩序。而并非具体的受害人或者说受害人是全体社会。另外，如果有司法机关同加害人达成和解，有损司法机关的公平公正性。

3、对于刑事和解适用于哪些诉讼阶段，笔者认为在侦查、起诉、审理三大阶段都可以进行，但要严格把握适用的力度。首先，在侦查阶段，一般要控制适用刑事和解，因为刑事和解前提是犯罪事实要成立。在侦查阶段主要在保证收集证据，尽量查明犯罪事实，抓获犯罪分子，使未暴露的犯罪事实最大限度地“还原”的基础上，由侦查机关提出刑事和解的方案与意见，报检察机关侦查监督部门审查同意后进行，未经检察机关审查不得擅自适用。其次，要在审查起诉阶段积极适用。在这个阶段，已具备将诉讼中的各种信息给予双方相互传递的条件，诉讼双方能够直接、充分、平等地听取对方的意见，为刑事和解创造了调解的条件和协商对话的平台。因此，检察机关公诉部门在审查案件中发现案件符合刑事和解条件的要积极适用。最后，在审判阶段的适用仅限于自诉案件，这也是符合我国刑诉法规定的。³

3刑事诉讼法第172条规定：“人民法院对自诉案件，可以自行和解；自诉人在宣告判决前，可以同被

（三）刑事和解的内容

通常来说，刑事和解协议的内容大多数包含赔偿内容，但是涉及到金钱的赔偿对于加害人处于不同的经济赔偿能力而会导致不同的刑事判决结果，并成了唯金钱论。对于穷人犯罪，有可能拿不出钱来赔偿；而对于富人犯罪，则相对比较容易拿得出钱来赔偿，以息事宁人。虽然在国外这样的例子屡见不鲜，但是若仅以是否有钱赔偿被害人损失作为刑事和解的基础，则会有失社会公平和公序良俗。为避免刑事和解被指责为“以钱赎罪”，兼顾富人和穷人之间的公平和社会影响，笔者认为，刑事和解至少应该包括以下内容：

（1）加害人认罪悔过的内容。刑事和解协议应以刑事案件成立为前提，加害人认罪理应向受害人具结悔过，赔礼道歉，并保证不再侵犯被害人。

（2）加害人采取赔偿损失、经济补偿等恢复性措施。对于加害人确有经济困难的，可以经受害人同意分期履行，如果受害人要求提供担保的，应该提供担保。但是原则上不应同意以加害人提供劳务形式来抵付，原因一是加害人可能在刑事和解后被减轻刑事处罚，但是不能完全免除刑事处罚的情况下（如管制、拘役、缓刑等），受害人不是具有公共管理职能的机构，不能作为监督人。二是提供劳务有限制人身自由的嫌疑，且对双方的心理阻碍来说也是很现实的问题。三是如果加害人有劳动能力，且能以劳动换取报酬，还是以在另处所获得的报酬分期支付更加可行。四是如果提供劳务偿还的，必然是经济困难的，那么在此期间加害人将何以维持自己或者需要扶养的人的经济来源也是一个问题。

（3）被害人出具含有谅解的内容或者是请求、同意司法机关对加害人从轻或减轻处理的意见。具体的采用哪种形式应当尊重受害人的意思表示。

告人自行和解或撤回自诉。”

(4) 有履行期限的，加害人不履行已达成的和解协议的，视为未达成和解协议，必要时司法机关可以重新启动司法程序。在审查起诉或者是量刑上不得作为从轻或者减轻刑事处罚的依据，已经判决给予从宽的，应当撤销判决或者作为骗取受害人的和解行为，属于拒不认罪，将来不得减刑假释的法定理由。

(四) 刑事和解的司法审查

1、刑事和解司法审查的必要性。在我国现行的刑事诉讼法规定中，在公诉案件中被害人的地位其实很低。根据刑事和解制度的原理，刑事和解从本质上是对被害人作为当事人地位的尊重与回归，它仍然是一种对加害人刑事责任的评价，因而刑事和解协议不可能以民事赔偿替代刑事处理；但同时，刑事和解又必然包括对被害人因加害人不法行为造成的财产性或非财产性侵害的一种精神上（如认罪、赔礼道歉等）或物质上（返还原物、经济补偿等）赔偿，因此，刑事和解协议必然涉及民事赔偿。换句话说，刑事和解协议，既是对该加害行为作出刑事最终处理决定的重要基础，又是加害人与被害人就民事赔偿结果达成的一致协议。因此，事实上它应当是刑事的一部分，而不仅是民事的，只是其内容具有民事特征。基于刑事处理与民事责任认定的基础、适用的标准本有差异，对其效力以及已履行或正在履行行为的评价，笔者认为，应当主要从刑事法律的标准进行客观准确地审查。因为刑事和解的主要依赖的前提是刑事案件的成立，也就是说，只有刑事犯罪的成立才可能导致受害人的损失，才会有刑事和解，所以刑事和解协议的审查理应是刑事诉讼审查的一部分。只有这样，才能充分体现刑事和解过程的综合性与统一性，以确保有关各方特别是被害人的受到损害的利益得到充分保障。所以，应该将和解协议中有关民事赔偿部分的效力直接依附于和解协议中刑事处理部分认定和审查，将民事法律行为的后果和与刑事诉讼行为相联系，充分体现民事法律行为中当事人的自治权与处分权，更好地对被害人合法利益的切实保障，以促进社会和谐。⁴

⁴ 刑事和解“反悔”行为的认定与处理——兼议刑事和解协议的审查标准

2、刑事和解司法审查的内容。第一，刑事和解协议是否是双方的真实意思表示，审查机关应当当面审查双方的意思表示，并做好记录在案。第二，赔偿项目和标准是否合法。在具体经济赔偿审查过程中，应注意审查以下方面。其一，就赔偿项目而言，应注意关注各赔偿项目种类的合理性，应当允许被害人就其受到的精神损害提出相应赔偿；因为相当数量的犯罪在给被害人带来物质损失的同时，也给他们带来了精神上的伤害。无论是主持和解的有关机构还是审查和解协议的司法机关都要特别关注被害人的精神需要。其二，在赔偿数额方面，被害人也不可漫天要价。在协商或者司法审查过程中，可适当参考本案提出相关民事诉讼的可能赔偿标准，相当或适当高于这一标准，当然如果双方自愿，也可以不考虑这一标准。此时，高于可能赔偿标准部分，同前所述，应视为加害人基于道德义务的自愿补偿行为，且一经达成协议，无论是否已经交付。第三，刑事和解协议内容不得损害国家或社会公共利益和他人合法权益，不得违反公序良俗。

3、司法审查的机关。第一，自行和解及在侦查、起诉阶段的刑事和解协议的审查机关应该是检察机关。对于犯罪情节轻微，且双方已经达成和解协议的，可以决定不予起诉。对于符合刑事和解的但应当判处刑罚的，可以向审判机关建议从轻或减轻处罚。第二，在审理阶段的刑事和解的审查机关应当是人民法院。人民法院在审理过程中对双方当事人达成的和解协议的过程和内容，法院在审理过程中应当记录在案，应该作为认罪悔罪的表现，可以作为酌定从轻的情节之一。对于达成协议的，但被告人拒不履行的，视为未达成协议。如果确定被告人因故意逃避刑罚，以欺骗受害人达成的协议的，视为拒不认罪，可以作为酌定从重的情节之一。

三、刑事和解对被害人的保护作用

1、我国现行立法规定被害人权利保护实现方式存在着严重的不足。根据我国刑事

诉讼法第七十七条的规定：被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事诉讼。符合第一百七十条的自诉案件的，才可以提起附带民事诉讼或自诉到法院。据此，我国现行的被害人权利保护的实现方式有两种：一是刑事附带民事诉讼；二是自诉案件中的请求。除此之外，法律并没有规定其他途径。很显然，在排除受害人的当事人地位的情况下，这两种方式下保护被害人的权利是极其有限的。主要是因为被害人请求赔偿的受案范围过窄，而对于被害人的赔偿请求因为很多诸如加害人本身没有足够财产、异地执行难等原因难以实现。

2、如何在刑事和解模式下保护被害人权利。刑事和解在我国应当采用何种模式推进，如何在刑事和解模式下保护被害人权利，打消被害人对司法公开公平公正的疑虑，从而提高被害人的意愿，是该制度顺利运行必须破解的难题，关系到该项制度的发展空间和生命力。笔者认为，将其放在刑事诉讼法的框架内实施，即通过立法赋予当事人主动提起或司法机关审查提起、由司法机关主持和解协议的权利，建立一个独立的和解程序和审查程序，这样对被害人权利保护而言才更为完善。在刑事诉讼法的框架之内，积极、有步骤地推进刑事和解程序的设立，使刑事和解程序融入到刑事诉讼程序的各个环节之中。已有的实践经验表明，刑事和解在刑事诉讼程序的各个环节中均可收到良好的效果。一是在这种模式下，被害人权利的保护有了法律的明确规定，无论是双方当事人还是司法机关操作起来，都有法律依据，避免随意性；二是在这种模式下，对被害人权利的保护更为直接、具体，更能落到实处，因为程序的推进与结果达成要征得被害人的同意才能够生效；三是被害人在明知自己的权利行使的情况下，也较容易达成和解协议，避免因对权利行使的无知而缠讼；四是对于被告人来说，在这种模式下，能够心平气和地正视自己的行为给被害人带来的伤害，深刻地认识到正是自己的加害行为才导致被害人的痛苦，在保护被害人权利的同时，对于被告人更具有教育意义，也更具有社会评价意义；五是出于刑事程序的各个环节都可以进行刑事和解，无疑给双方当事人更大的程

序选择权,本身就是对被害人权利的一种保护。

3、通过寻求多元化的被害人权利保护的具体实现方式。受制于历史和现实等诸多复杂因素的影响,现行的刑事和解赔偿方式以经济赔偿为主,而且为了确保被害人能得到赔偿,和解协议往往会要求在案件审结前履行,⁵从而让法院决定是否对被告人进行从轻、免除处罚的处理或从轻处罚的程度。这样可能会导致因加害人无法在案件审结前足额赔偿而使刑事和解流产,被害人的获赔愿望落空。有鉴于此,笔者认为赔偿方式可以是:(1)分期付款。只要双方当事人对分期付款达成一致意见,就没有必要要求被告人在案件审结前把赔偿款一次性付足;(2)建立被害人国家补助制度。对于被告人无能力足额赔偿,而被害人又极其需要经济支持的,通过国家补助制度对被害人发放补助金,在适用补助金制度的同时允许当事人达成和解协议,只不过经济赔偿是全部或部分(加害人只有能力赔偿一部分)由国家支出,除此之外,对于被害人要求加害人给予精神补偿,法庭应当予以支持,并可以参照承担民事责任的方式予以恢复原状、进行赔礼道歉等,以消除怨恨,达到化解社会矛盾的目的。(3)可以使用保证制度,以担保人或以物的担保方式,既可以延缓即时的支付难题,又能使被害人有更安心的得到赔偿。

(二)对被害人权利保护的监督

1、应当限定刑事和解的范围及适用对象。不是所有的案件都适用于刑事和解,以免侵犯被害人法定的其他合法权利。适用刑事和解的案件范围划定界限,即哪些案件可以适用刑事和解模式来解决纠纷。具体而言,适用范围应严格限定在轻微刑事案件及对公共利益的损害较小的案件,适用刑事和解不致造成对被害人、犯罪人利益保护和公共利益保护的失衡。对于未成年犯罪嫌疑人及过失犯、初犯、偶犯。尤其是作为过失犯、初犯、偶犯的成年犯罪嫌疑人,其犯罪的主观恶性较浅,教育、改造的难度不大,从加害恢复的角度,理应将他们确定为刑事和解的适用对象。

⁵ 注:广东省高级人民法院《关于刑事诉讼中适用和解的指导意见(试行)》第10条规定:和解协议书应当在案件审结前履行。

2、对有效的和解协议执行的监督。对于被害人与被告人之间达成的和解协议，经过司法机关的审查及双方确认后，就应当生效，协议双方应当尽快履行协议的内容。如果被告人没有遵守与被害人之间的协议，不但会对被害人造成二次伤害，还会使被告人通过和解协议逃避处罚。因此，对于已经生效的和解协议的履行应当设立监督机制，公安、司法机关有义务监督双方履行和解协议，既要切实保障被害人的权利，同时也要监督被害人，防止其反悔。例如，对于有给付内容的和解协议应当在案件处理前履行的，如果被告人担心先行给付后被害人会反悔，而要求提供担保的，公安、司法机关应当准许，被害人接受赔偿以后又反悔的，不予准许；对于有能力履行和解协议而拒不履行的，经被害人提出申请执行后，公安、司法机关应当强制执行，或予以从严处理。⁶

四、刑事和解应规范化和常态化，防止滥用而损害被害人的合法权益

1、以立法形式确定刑事和解制度，做到有法可依，确定刑事和解的范围和内容。就目前的立法来说，刑事和解制度尚处于试验阶段，虽然有部分地方的司法机关已经开始实施，但是就立法层面来说，并未完整、统一的法律规定，致使各地在操作时依据不一。笔者认为，应当就刑事和解制度的实施做一个完整的总结，将各地实施的步骤、范围、效果等进行归纳，以制订统一的规范的刑事和解法律法规，以防止滥用和随意性，突出保护被害人的合法权益。

2、建立刑事和解制度的审查。司法机关应当加强对刑事和解的审查，在和解协议达成后的审查起诉中，应当对案件包括刑事和解的合法性和真实性进行审查，首先要审查案件是否属于刑事和解的范围，其次要审查案件是否符合刑事和解的适用条件，第三，

⁶安徽省高院、省人民检察院、省公安厅共同公布的《办理故意伤害案(轻伤)若干问题的意见》十、犯罪嫌疑人、被告人具有犯罪情节较重、拒不悔罪、故意逃避侦查、审判、拒不履行赔偿责任引起被害人强烈不满，危害社会治安稳定，在当地造成恶劣影响等情形，符合逮捕条件的，应当适用逮捕措施。

应当制作刑事和解的笔录，作为随案件的材料。审查后，办案人员认为符合刑事和解条件的，经部门负责人审核并报请批准后。

3、完善刑事和解执行的监督，防止加害人恶意利用刑事和解，达到从轻或减轻刑事处罚后反悔，从而使被害人的利益二次受到侵害。刑事和解的宗旨之一在于节约司法成本，解决纠纷，修复被犯罪破坏的社会关系。如果刑事和解的效力具有不确定性，当事人可以随意对已达成的和解协议进行反悔，势必会造成司法资源的极大浪费和司法公信力的大打折扣。因此还应赋予和解协议具有类似民事诉讼中调解书的强制执行的效力，因为刑事和解协议与其他民事契约最大的区别在于刑事和解协议有司法机关的参与并且经过司法机关的最终审核确认，具有合法性、强制性。如果加害人不履行义务，司法机关可以重新启动司法程序，对意图逃避刑事处罚的反悔行为可以作为从重情节。

4、结合司法救助制度，以最大限度的保护受害人利益。在很多刑事和解案件中，加害人没有完全赔偿能力，也有的由于客观因素导致被害人无法得到赔偿，笔者认为，应当结合司法救助制度，以帮助、保护受害人。

五、结语

刑事和解制度在我国各地已经实施了几年来，总体来说，应该是社会效果不错。虽然仍有“花钱买刑”和刑事和解正当性的质疑，但笔者认为，刑罚的目的是取决于社会正义和效应，剥夺和解权等同于使可能缓和社会矛盾的途径减少一条。从保护受害人利益角度来说，刑事和解也能使他们所受到侵害的利益尽可能的得到补偿。现在所要做的是对刑事和解制度进行规范化和常态化，杜绝司法机关利用刑事和解侵害受害人的合法权益或者以使加害人逃避刑事处罚，力争化解或减少社会矛盾从而促进社会和谐。ⁱ

作者单位：安徽汇航律师事务所

参考文献

- [1]陈光中、葛琳：《刑事和解初探》，中国法学，2006年第5期；
- [2]冯仁强、李益明：《刑事和解的理论基础与案件范畴》，法治研究，2007年第3期
- [3]吴国贵：《刑事和解制度化之法理维度探讨》，福建法学，2006年第4期
- [4]〔美〕E·博登海默：《法理学、法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社，1999年版第252页
- [5]卞建林：《中国诉讼法判解》第7卷，中国人民公安大学出版社，2009年版第501页

《民法典》实施三周年以来的相关问题与思考

——基于律师实务的视角

安徽大旗律师事务所 谈子昕 谈树林

【摘要】自2021年1月1日《中华人民共和国民法典》（以下简称“《民法典》”）正式实施以来，这部被誉为“社会生活百科全书”的法律规范，对我国的法律体系、司法实践乃至社会生活的方方面面产生了深远影响。作为法律服务的核心力量，律师群体在《民法典》的实施过程中扮演着至关重要的角色。本文旨在结合笔者作为律师在实务中的经验和体会，深入探讨《民法典》实施三周年以来遇到的相关问题，聚焦热点、重点、难点法律问题，分析其对律师业务的具体影响，并提出相应的思考与建议。

【关键词】民法典；律师实务；提升与变革

一、引言

《民法典》的颁布与实施，标志着我国民事法律体系进入了一个全新的发展阶段。¹它不仅整合了原有民法通则、物权法、合同法、婚姻法、继承法等多个单行法的内容，还新增了人格权编、侵权责任编等章节，形成了系统完备、逻辑严密的民事权利保护体系。这一法律体系的重构，为民事活动的有序进行提供了更为全面和有力的法律保障。对于律师而言，这既是机遇也是挑战，它要求我们在熟练掌握法律知识的基础上，不断提升法律服务的专业性和创新性，以更好地适应新的法律环境和市场需求。

二、律师实务中的热点法律问题

（一）人格权保护的强化与实务应用

随着网络技术的迅猛发展，网络侵权问题日益突出，特别是名誉权、隐私权等人格权的保护成为社会关注的焦点。《民法典》人格权编的增设，强化了对自然人、法人及非法人组

¹ 最高人民法院公报编辑部. 《最高人民法院公报》2022年第04期. 北京: 人民法院出版社, 2022.

织人格权的保护，为网络侵权案件的处理提供了更为明确的法律依据。²

以“（2024）辽 07 民终 1046 号”案例为例，该案涉及网络侵权中名誉权的保护。原告因被告在社交媒体上对其侮辱、诽谤，导致其社会评价降低，遂提起诉讼。法院依据《民法典》第一千零二十四条关于名誉权保护的规定，判决被告承担侵权责任，并公开赔礼道歉、赔偿损失。这一案例充分展示了《民法典》在强化人格权保护方面的实际效果和司法力度。

在处理此类案件时，律师需重点关注网络侵权的特殊性，如证据收集难、侵权主体多样、损害后果评估复杂等问题。由于网络信息的易逝性和传播范围的广泛性，证据的固定和保存成为一大难题。此外，网络侵权的主体可能涉及个人、企业甚至跨国组织，使得案件的调查和处理更加复杂。同时，损害后果的评估也面临着诸多挑战，如如何量化名誉权受损的程度、如何确定赔偿数额等。针对这些问题，建议律师加强与公证机构、技术专家的合作，运用区块链等技术手段固定证据，同时注重损害后果的量化评估，以维护当事人的合法权益。

（二）合同编的新变化与合同审查

《民法典》合同编对格式条款及预约合同、电子合同等新型合同形式进行了详细规定，为合同审查和纠纷处理提供了更为全面和具体的法律指引。这些新变化对律师的合同审查工作提出了更高要求。

以“（2024）冀 10 民终 2060 号”合同纠纷案为例，该案涉及格式条款的效力认定。法院依据《民法典》第四百九十六条、第四百九十七条的规定，认定涉案格式条款存在免除己方责任、加重对方责任、排除对方主要权利的情形，故判定该条款无效。这一案例体现了法院对格式条款效力的严格审查态度和对消费者权益的充分保护。

在审查合同时，律师应特别注意格式条款的公平合理性问题。格式条款往往由一方当事人预先拟定并重复使用，在签订合同时未与对方协商，因此容易存在不公平、不合理的现象。律师需要仔细审查格式条款的内容，判断其是否违反了公平、诚信等基本原则，是否损害了对方当事人的合法权益。此外，律师还应关注预约合同的法律效力、电子合同的成立与生效要件等问题。随着电子商务和远程办公的普及，电子合同的应用越来越广泛。然而，电子合

² 孙文静：《网络侵权与人格权保护的法律应对》，《知识产权研究》，2022 年第 4 期，第 78-85 页。

同的签订和履行过程中存在着一定的风险和挑战，如身份认证、电子签名、数据安全等问题。

³律师需要熟悉相关法律法规和技术标准，确保电子合同的合法性和有效性。

（三）婚姻家庭编的创新与争议解决

《民法典》婚姻家庭编在离婚冷静期、夫妻共同财产与债务处理、亲子关系确认等方面进行了制度创新，为婚姻家庭关系的调整和优化提供了更为全面和细致的法律保障。然而，这些创新也引发了一些争议和讨论。

以“（2023）新 28 民终 1641 号”离婚纠纷案为例，该案涉及夫妻共同债务的认定问题。法院依据《民法典》第一千零六十四条的规定，综合考量债务是否用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示等因素，最终作出裁判。这一案例体现了法院在夫妻共同债务认定方面的审慎态度和综合考量原则。

在处理婚姻家庭案件时，律师需要准确把握法律条文的立法精神和适用条件，特别是在涉及夫妻共同财产与债务处理、离婚冷静期执行等方面。⁴例如，离婚冷静期的设立旨在减少冲动离婚现象，保障婚姻关系的稳定性。然而，在实践中，如何平衡保护婚姻稳定与尊重当事人意愿之间的关系，成为律师需要谨慎处理的问题。律师需要引导当事人理性对待婚姻问题，同时确保当事人的合法权益不受侵害。

在夫妻共同财产与债务的处理上，律师需要深入了解夫妻双方的财产状况、债务来源及用途，并依据《民法典》的相关规定进行细致的分析和判断。特别是当涉及复杂财产分割、隐形债务揭露等情况时，律师需要运用专业的法律知识和丰富的实践经验，为当事人提供科学合理的解决方案。此外，律师还应关注亲子关系确认、抚养权争夺等热点问题，为当事人提供全面的法律服务。

三、《民法典》实施三周年以来律师工作面临的挑战与应对

（一）法律知识的快速更新与持续学习

《民法典》的实施带来了法律知识的快速更新和变化。律师需要不断学习新的法律条文、

³ 王锋：《〈民法典〉规定的电子合同的法律问题辨析》，《开封大学学报》，2023 年第 4 期，第 36-38 页。

⁴ 王晓霞：《婚姻家庭法的革新与律师角色的转变》，《家庭法研究》，2023 年第 2 期，第 34-41 页。

司法解释和判例，以掌握最新的法律动态和裁判标准。同时，律师还需要关注相关领域的研究动态和学术成果，以提升自己的专业素养和理论水平。因此，持续学习成为律师适应《民法典》实施的重要挑战之一。⁵

律师应建立定期学习的习惯，关注法律行业的最新动态和研究成果。可以参加各种形式的培训、研讨会和讲座，与同行交流学习心得和经验。同时，律师还可以利用互联网资源，如法律数据库、在线课程等，进行自主学习和深入研究。通过不断学习和实践，律师可以不断提升自己的专业素养和服务能力。

（二）司法实践的复杂多变与灵活应对

《民法典》的实施带来了司法实践的复杂多变。不同地区的法院可能对同一法律条文有不同的理解和适用标准，导致类似案件在不同法院可能产生不同的裁判结果。此外，随着社会经济的发展和科技进步，新型案件层出不穷，对律师的应变能力和创新能力提出了更高要求。

律师应密切关注司法实践的发展动态，了解各地法院的裁判标准和裁判思路。在处理案件时，律师需要灵活运用法律条文和司法解释，结合案件实际情况进行具体分析和判断。同时，律师还需要关注新型案件的发展趋势和特点，积极探索新的解决方案和策略。通过不断总结和反思实践经验，律师可以提升自己的应变能力和创新能力。

（三）当事人需求的多样化与个性化服务

随着社会的进步和人们法律意识的提高，当事人对法律服务的需求日益多样化和个性化。他们不仅要求律师具备扎实的法律功底和丰富的实践经验，还希望律师能够提供更加贴心、个性化的服务。这对律师的服务模式和服务质量提出了更高的要求。

律师应深入了解当事人的需求和期望，提供有针对性的法律服务。可以通过与当事人进行充分的沟通和交流，了解他们的具体需求和关注点，并根据实际情况制定个性化的服务方案。同时，律师还可以利用现代信息技术手段，如在线咨询、远程办公等，提高服务效率和便捷性。通过不断优化服务模式和提升服务质量，律师可以满足当事人多样化的需求并赢得

⁵ 张丽：《法律学习与知识更新的策略与实践》，《法学教育研究》，2022年第4期，第79-86页。

他们的信任和认可。⁶

四、未来展望：律师行业的变革与机遇

随着《民法典》这一里程碑式的法律文件在社会各领域的深入实施，它不仅重塑了民事法律关系的框架，也为律师行业带来了前所未有的发展机遇与深刻挑战。展望未来，律师行业将沿着几个关键趋势稳步前行，展现出更加多元化、专业化、智能化和国际化的面貌。

（一）专业化分工的深化与精细化

随着社会经济活动的日益复杂和法律法规的不断完善，法律服务的需求也日益多样化、专业化。律师行业将进一步细化分工，形成更加精细的专业领域划分。律师们将不再满足于“万金油”式的服务模式，而是选择在自己擅长或感兴趣的领域内深耕细作，通过积累丰富的专业知识和实践经验，提升自己在该领域的专业竞争力和市场影响力。这种趋势将促使律师行业形成一批批具有高度专业化和品牌化的律师事务所和律师团队。⁷

（二）数字化转型的全面加速

信息技术的飞速发展正以前所未有的速度改变着各行各业，律师行业也不例外。未来，律师将更加广泛地利用互联网、大数据、人工智能等先进技术，推动法律服务的数字化转型。⁸通过建设智能化法律服务平台、开发法律大数据分析工具、应用人工智能辅助决策系统等手段，律师将能够更高效地处理案件、更精准地把握法律风险、更便捷地为客户提供服务。这种数字化转型不仅将提升律师的工作效率和服务质量，还将为律师行业带来全新的商业模式和发展机遇。

（三）国际化步伐的加快与全球化视野的拓展

随着全球经济一体化的深入发展，跨国法律服务需求日益增长。律师们将需要具备更强的国际视野和跨文化沟通能力，以应对日益增长的跨国法律服务需求。律师们将积极学习国际法律规则、了解不同国家的法律体系和司法实践、掌握多门国际通用语言等，以提供更加

⁶ 陈刚：《律师服务的个性化与质量提升》，《法律服务研究》，2022年第3期，第87-93页。

⁷ 刘敏：《司法实践的挑战与律师策略》，《法律与社会》，2023年第1期，第99-108页。

⁸ 刘芳：《数字化转型与律师行业的发展》，《法律与技术》，2023年第2期，第113-121页。

专业、高效的跨国法律服务。⁹同时，律师行业也将加强与国际律师组织、跨国企业、国际组织等的交流与合作，共同推动全球法律服务市场的繁荣与发展。

（四）社会责任意识的增强与公益法律服务的普及

作为法律职业的重要组成部分，律师们将更加注重履行社会责任，积极参与公益法律服务、法律援助等活动。他们将通过提供法律咨询、代理诉讼、调解纠纷等方式，为弱势群体提供法律帮助和支持，维护社会公平正义。¹⁰此外，律师们还将积极参与法律宣传、教育普及等工作，提高公众的法律意识和法治素养，为构建和谐社会贡献自己的力量。这种社会责任意识的增强不仅将提升律师行业的社会形象和公信力，还将促进社会的和谐稳定与可持续发展。

面对这些发展趋势和挑战，律师们应不断提升自己的专业素养和综合能力，积极适应行业变化和市场需求。同时，律师们还应加强与其他行业和专业人士的交流与合作，共同推动法律服务的创新与发展。只有这样，律师行业才能在未来的发展中保持领先地位，为社会的繁荣与进步贡献更大的力量。

五、结语

《民法典》实施三周年以来，其全面、系统的规定为律师实务提供了更加明确、具体的法律依据，同时也对律师的专业素养和服务能力提出了更高的要求。面对法律知识的快速更新、司法实践的复杂多变以及当事人需求的日益多样化，律师应不断加强学习与研究，提升专业素养和服务能力；同时积极适应信息化、数字化等新技术的发展，创新法律服务模式，提高服务效率和质量。只有这样，才能更好地满足当事人的需求，为法治社会的建设贡献自己的力量。

作者单位：安徽大旗律师事务所

⁹ 朱伟：《跨国法律服务与律师国际化趋势》，《国际法论坛》，2022年第5期，第103-110页。

¹⁰ 葛丽：《法律援助与社会责任：律师的角色与实践》，《社会责任研究》，2023年第1期，第65-72页。

参考文献

- [1]最高人民法院公报编辑部. 《最高人民法院公报》2022年第04期. 北京: 人民法院出版社, 2022.
- [2]孙文静: 《网络侵权与人格权保护的法律应对》, 《知识产权研究》, 2022年第4期, 第78-85页。
- [3]王锋: 《〈民法典〉规定的电子合同的法律问题辨析》, 《开封大学学报》, 2023年第4期, 第36-38页。
- [4]王晓霞: 《婚姻家庭法的革新与律师角色的转变》, 《家庭法研究》, 2023年第2期, 第34-41页。
- [5]张丽: 《法律学习与知识更新的策略与实践》, 《法学教育研究》, 2022年第4期, 第79-86页。
- [6]陈刚: 《律师服务的个性化与质量提升》, 《法律服务研究》, 2022年第3期, 第87-93页。
- [7]刘敏: 《司法实践的挑战与律师策略》, 《法律与社会》, 2023年第1期, 第99-108页。
- [8]刘芳: 《数字化转型与律师行业的发展》, 《法律与技术》, 2023年第2期, 第113-121页。
- [9]朱伟: 《跨国法律服务与律师国际化趋势》, 《国际法论坛》, 2022年第5期, 第103-110页。
- [10]葛丽: 《法律援助与社会责任: 律师的角色与实践》, 《社会责任研究》, 2023年第1期, 第65-72页。

电子合同的法律效力及风险防范研究

安徽大旗律师事务所 周睿

【摘要】随着无纸化办公场景的不断推进和数字化交易时代的到来，传统缔约手段陷入时空壁垒，无法实现市场经济主体多元、便捷、迅速的缔约目的，使得合同法领域面临着前所未有的变革，电子合同应运而生。作为一种新型的合同形式，电子合同缔约过程中的意思表示、缔约主体资格、要约及承诺的合规性风险审查对于其法律效力的认定不可或缺，这就对加强电子合同签订平台建设、完善数字信息安全保护、增强电子合同的监管等风险防范措施提出了要求。

【关键词】电子合同；法律效力；风险防范措施

数字信息化时代孕育出多渠道、高效率、优质化的交易模式，电子缔约模式以其无纸化、低运营成本、高处理效率、零接触模式的优势被应用于被应用于 B2B、B2C、C2C 等多办公场景，特别在新冠疫情期间被交易主体广泛采用。

我国在电子商务领域的发展也进入全新的阶段，但依托互联网的电子缔约存在先天的掣肘因素稳定性——随着抖音、快手等直播行业的发展，以电子形式产生、传输、存储的电子合同¹从“主体”到“合意”，再到“要约、承诺”，最后到“存储”都存在对象不确定和介质不稳定的问题，这些问题都可能直接影响到合同的效力。

一. 电子合同的双面性及立法现状

现今，电子缔约模式之所以被广泛应用于小额借款、银行信贷、网络拍卖、汽车租赁及租赁、劳动关系建立等多交易场景中，其优势自然不言而喻，但有市场主体对采用该种模式抱以审慎的态度，究其原因，主要上步以下几点：

（一）合同相对方身份的不确定性

电子合同确有独特性，但针对合同有效性的审查应与传统纸质合同保持一致，因而合同

¹ 李姿.数字化经济下电子合同法律问题浅析[J].河北企业,2024,(06):143-145.DOI:10.19885/j.cnki.hbqy.2024.06.040.

相对方是否为无民事行为能力或限制民事行为能力人,是否为有权代理等不确定因素的存在限制了电子合同在商务领域的应用。

实践中,存在有部分因合同缔约方主体为未成年、无权代理、越权代理等原因导致合同无效或可撤销的情况存在,原本为了节约成本而采用无接触的缔约模式,却因“无接触”导致相对方身份无法核实,使得交易失败的案例屡见不鲜,反而酿成了后续产生更多的沟通和诉讼成本。

（二）意思表示的不可控性

即使缔约体不存在身份缺陷,但主体意思表示的真实性仍存在不可控因素。由于电子合同形式的特殊性,其无效的风险会大于传统合同,这主要时因为电子合同需要可靠的电子签名。²实践中在小额贷担保人和共同借款人网络缔约中可见一斑,当银行或小额贷公司在诉讼中要求担保人或共同还款人就借款承担保证责任或连带还款责任时,担保人及共同还款责任人会以电子签名并非本人签署抗辩,从而提起司法鉴定或要求银行提供签约过程中的数字证书及时间戳认证,而在审判过程中法官多数以签约平台具备CA证书作为判决依据,而对真实意思表示不作实质审查,但在实践中存在部分CA机构未进行充分实名认证、出具认证报告不完整的情况。

（三）电子商务领域立法现状

为了保证商贸领域交易的安全,同时也是为了促进以信息技术为载体的电子商务的发展,国内外都十分重视电子商务领域的立法,以期为经济发展提供更为完备有序的法律配套设施。

3.1 国内立法现状

从1999年10月1日,电子合同在《合同法》文本中第一次与大家见面,该法第11条将电子合同归入书面合同形式当中,使得电子合同与书面合同有了同样的法律地位。历经25年的发展,随着QQ、微信、淘宝、抖音的相继面世,电子商贸逐渐为广大群众所接受。目前,我国立法对包括电子合同在内的电子数据的生存、收集、存储、传输、审核等法律规

² 汪紫帆.基于网络的电子合同法律风险防范问题研究[J].产业科技创新,2023,5(04):126-128.

范已随着电子商贸的发展逐步完善，从时间脉络上来看：2005年4月1日生效的《电子签名法》对电子签章法律效力认定作出了规范；2013年1月1日生效的《民事诉讼法》第63条和2015年2月4日生效的《民事诉讼法司法解释》第116条进一步规范了电子数据的内涵和形式；2018年9月7日生效的《最高人民法院关于互联网法庭审理案件若干问题的规定》将电子数据的内涵予以细化，同时也对法院审核电子数据真实性的角度提供了依据；2019年1月1日起施行的《电子商务法》切实保障了电子商务各方主体的合法权益，维护了市场秩序，促进了电子商务持续健康发展；2020年5月1日生效的新《民事证据规则》和2021年1月1日起实施的《民法典》出台了较多关于电子合同和电子数据的新规；2021年1月1日起生效的《电子合同在线订立流程规范》推动了电子合同在各领域的规范化和标准化应用；2021年6月1日起实施的《电子合同取证流程规范》（GB/T39321-2020）从电子签名验证、数字证书验证等方面有效解决了电子合同与电子证据应用中的取证难问题。

3.2 国际立法现状

1988年1月1日，为了减少国际贸易的法律障碍，促进国际贸易的发展，《联合国国际货物销售合同公约》正式生效；为了能够解决全球电子商务遇到的法律冲突，联合国国际贸易法委员会下属的国际支付工作组制定了一部国际性质的电子数据交换（EDI）统一法，即1996年12月16日生效的《电子商务示范法》，虽然仅仅是一部电子商务的示范法律文本，但其却填补了国际电子商务上的法律空白，给国家间的电子商务往来创造了统一的法律环境；2005年11月23日，联合国大会通过了全球电子商务的法律协调领域的第一项国际公约，加强了国际合同的法律确定性和商业上的可预见性。

二、影响电子合同法律效力的因素

从本文第一章电子合同的弊端之讨论中，我们不难总结出影响电子合同效力的因素主要集中在：1. 签约主体是否适格；2. 意思表示是否真实；3. 格式条款的适用风险；4. 第三方签约平台的运行支撑技术是否强大。

（一）主体的适格性

电子合同签署主体的身份认证直接影响着主体的适格性，缔约一方有无民事行为能力以及是否具备代理权限是影响合同效力的重点。从民事行为能力出发来看，由于电子缔约过程的无接触性，导致了合同一方根本无法确定与己方缔约的相对方身份，举例来说：未成年人作为缔约一方的电子合同效力一般分为有效的、无效的、效力待定和可撤销的，实践中未成年一方在缔约后主动以个人身份的特殊性请求撤销或宣告合同无效的情形大概率上都会被支持，但电子合同在订立中采用的是推定的方式来确定当事人的缔约能力，所以在电子合同的订立中并不能以年龄作为认定合同效力的唯一标准，否则即有损害交易向对方信赖利益之嫌，特别是在面对未成年人以欺诈手段获取交易机会，实现合同目的后又毁约的情形下更无法保证交易的公平和安全。³再从代理权限出发来看，法人之间的商务合作一般是以授权委托书的形式授权代理人来负责，归结到电子合同签约层面即要求缔约一方有权代理且缔约账号具备唯一性，这种情况下合同相对方的代理权及签署形式的可靠性都会成为制约合同有效性的关键问题。

（二）意思表示的真实性

电子合同签订过程中意思表示的真实性最终会物化成为经过一些列身份认证后形成的电子签名，于是认定电子签名的真实性就成为了核验缔约方意思表示真实性的关键。司法实践中，法官认定电子签名真实性主要依据是否存在 CA 证书以及认证机构的资质，但实际上所谓的 CA 认证其证明效力也是有限的，盲从 CA 认证显然使得审判活动流于形式，而缺乏对当事人真实意思表示的考察，特别是在缺席审理的情况下，金融机构仅提供电子合同打印件及资金流水时，法官即会面临无法查清事实的难处。笔者曾代理过一件小额借款合同纠纷案件，小额借款公司仅提交了放款流水和 PDF 版本的电子合同，该案借款人肯定了自己借款的事实，否认了共同借款人借款的事实，一审中二人均未出庭，一审法院支持了小额借款公司关于二人承担连带还款责任的诉请，二审共同借款人上诉并提出进行电子签名真实性的鉴定，但法官以原告具备 CA 证书驳回了被告的鉴定申请。由此可以看出在金融机构举证不充分的

³ 唐筱潇.对未成年人电子合同有效性的法律问题研究[J].现代交际,2021,(14):242-244.

情况下都能胜诉，可见法院大多数案件关于电子签章更倾向于认可其可靠性。

（三）格式条款的适用风险

电子合同在某种意义上可以称得上是格式条款的“集大成者”，在 B2C 商业模式下的“隐私保护政策”、“用户须知”、“平台交易规范”等基本一刀切式的采取“排他应用”，合同条款由平台单方拟定，只要消费者不勾选“已阅读并同意”就无法使用平台进行交易，一定程度上限制了消费者的意思自治。实践中，由于对于格式条款的定义缺乏统一的原则和技术性认证，甚至导致了“类案不类判”的情形，比较典型的诸如 MCN 传媒机构与网络直播间“违约金”条款是否有效的争议。

（四）第三方平台的运行技术

电子合同签署的一般流程为：缔约方通过第三方电子合同平台进行实名认证，再将电子合同上传至第三方电子合同平台，采用专属的电子签名，接着发送合同给对方签署，最后子合同由第三方电子合同平台存储和管理。这一套流程下来对于第三方技术平台的要求就十分高了，除了基本的不被病毒感染、不被黑客攻击，防止电子数据在传输过程中不被篡改和丢失外，还要保证缔约方数据不被泄露，最重要的是要对相对方的身份信息进行多重验证，保证合同的真实有效。

三. 风险防控

笔者坚持问题主义导向，从影响电子合同效力的 4 点因素出发，总结了以下对应的风险防控措施。

针对未成年人电子合同有效性的法律问题，由于未成年人身份的特殊性，首先应当对签名及身份的真实性进行审查，再对合同文本的合法性进行审核，在以上两点均满足的情形下结合未成年人的缔约能力来认定合同的有效性，这是最基本的风险防控点。另外，在未成年人可能涉及的电子缔约情景，或者说“事故频繁”的交易平台，例如：网络直播打赏平台、网络游戏充值平台、网购平台等设置多重身份验证体系，未成年人监护人根据实际情况勾选交易类别或设定交易上限，一旦交易过程中涉及的类别或金额超出了设置值则会触发人脸识

别等身份验证情景。最后，笔者认为置身于互联网+时代，未成年人具备了更多的独立自主性，应适当放宽对未成年人民事行为能力的限制，当未成年人在征得法定代理人认可的情况下，或能够证明自身民事行为能力与所行使的权利相匹配的情况下，不妨通过在电子缔约前获得身份豁免的方式取得交易的自由。

针对缔约一方代理权限的问题，我们当然可以寄希望于电子信息技术的发展来弥补如今身份验证的技术缺陷，但当下采用补足措施以保证缔约相对方的代理权限对于保证交易安全性来说才是正解。B2B 模式下交易双方事先以传统纸质“承诺函”或“声明”的形式确认各自代理人及代理人权限，⁴能够代理缔约方进行承诺要约，使用加密 KEY 的形式保证代理主体的唯一性以及代理人与签约账号之间的唯一性。

如前所述，实践中检验意思表示真实性多牵涉到电子合同缔约中合同相对方身份验证环节的技术性问题，单纯依靠 CA 证书来判定合同有效性显然不符合公平原则，笔者认为当合同一方以电子签章的系伪造，亦或是合同签署并非本人真实意思表示提出抗辩时，法庭应当加大对于另一方举证内容的审核，例如对电子签名类型、交易对象实名认证、签约过程、第三方电子签名认证等关键证据进行全面的实质性审查，特别是在被告缺席审判的情形下更应当对电子签名的真实性进行排他审查。另一方面，由于在金融借款和大宗网络交易等情景模式下，合同一方在技术上和信息获取上享有天然的优势，也就是所谓的交易规则的制定方，也自然会利用这种天然的优势地位限制消费者或用户的权利，对此可以提高此种电子合同缔约过程中对签约过程的要求，除了通过密码、人脸识别、验证码进行身份验证，还应设定双方合同签订的情景模式对话，以音频或视频载体记录合同签署过程，保证交易的真实合法。最后，法官还应加强对资金流向等辅助信息的审核，例如前述小额借款合同纠纷中，电子合同签订后小额贷款机构将款项打入了案涉共同借款人银行账户，共同借款人将该笔款项分批多次取出，法官正是通过金融机构放款后的资金流向作为判断是否为当事人真实意思表示的依据。

因电子交易的变现形式便是简化交易流程，节约缔约成本，所以这就使得电子合同的提

⁴ 田雷.电子合同在订立和归档过程中的应用问题[J].中国档案,2022,(04):72-73.

供方为降低自身交易奉献会以格式条款的形式不合理的减除其责任,排除或限制对方的权利,如此“说明和提示义务”成为了检验合同有效性的关键。但我们不得不承认,现实中是上有政策下有对策,哪怕司法实践中针对格式条款的的审查十分严格,但经营者们总能够找到“合情合理”的操作手段来证明自己已经履行了义务,例如采取勾选和弹窗的方式进行产品或服务搭售,更有甚者会隐藏交易明细,消费者如果没有充分注意很有可能就会中计。对此,我们应当对说明的内容、方式提出要求,同时应当制定说明和提示应当达到的标准。

我们在享受电子缔约模式带给我们的方便快捷时,需保证交易的安全和公平公正,降低电子合同的缔约风险不仅给国家技术监管和立法完善等层面提出更高的要求,也是对交易双方诚信体质的考验,网络技术发展应伴随着“契约精神”的提升。

作者单位: 安徽大旗律师事务所

参考文献

- [1] 李姿. 数字化经济下电子合同法律问题浅析[J]. 河北企业, 2024, (06): 143-145. DOI:10.19885/j.cnki.hbqy.2024.06.040.
- [2] 汪紫帆. 基于网络的电子合同法律风险防范问题研究[J]. 产业科技创新, 2023, 5(04): 第 126-128 页.
- [3] 唐筱潇. 对未成年人电子合同有效性的法律问题研究[J]. 现代交际, 2021, (14): 第 242-244 页.
- [4] 田雷. 电子合同在订立和归档过程中的应用问题[J]. 中国档案, 2022, (04): 第 72-73 页.

论超龄人员的权益保障

——浅谈超龄人员的用工关系认定以及工伤认定

安徽大旗律师事务所 孙倩

【摘要】根据我国现行有关退休年龄的规定,正常退休年龄为男年满60周岁,女工人年满50周岁,女干部年满55周岁。达到法定退休年龄发生用工争议是按劳动关系处理还是劳务关系处理?达到法定退休年龄因工伤亡,是否可以认定为工伤?若认定工伤时,是否能享受一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金?因相关法律规定模糊,导致各地司法实践存在很大差异。

【关键词】法定退休年龄;劳动关系;劳务关系;工伤;一次性伤残就业补助金;一次性工伤医疗补助金

一、达到法定退休年龄发生用工争议是按劳动关系处理还是劳务关系处理?

(一)与达到法定退休年龄且已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议按劳务关系处理。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》第三十二条规定:用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或者领取退休金的人员发生用工争议而提起诉讼的,人民法院应当按劳务关系处理。故,与达到法定退休年龄且已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议按劳务关系处理,目前基本没有争议。

(二)对与达到法定退休年龄但未依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议是按劳动关系处理还是劳务关系处理,争议较大。

《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条第一款第二项规定:有下列情形之一的,劳动合同终止:(二)劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的。《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十一条规定:劳动者达到法定退休年龄的,劳动合同终止。从上述规定可以看出,对达到法定退休年龄但未依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议

是按劳动关系处理还是劳务关系处理争议较大。《民法典》实施以后，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》也进行了修订，第三十二条规定：用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或者领取退休金的人员发生用工争议而提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员，因与新的用人单位发生用工争议而提起诉讼的，人民法院应当按劳动关系处理。可见新修订的司法解释仍然没有解决与达到法定退休年龄但未依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议是否成立劳动关系的问题。

1、笔者列举几个规定如下，供大家在实务中参考。

（1）最高人民法院

最高人民法院民一庭《关于达到或者超过法定退休年龄的劳动者（含农民工）与用人单位之间劳动关系终止的确定标准问题的答复》〔[2015]民一他字第6号〕山东省高级人民法院：你院关于达到或者超过法定退休年龄的劳动者（含农民工）与用人单位之间劳动关系终止的确定标准问题的请示收悉。经研究，答复如下：原则同意你院审判委员会的倾向性意见，即：对于达到或者超过法定退休年龄的劳动者（含农民工）与用人单位之间劳动合同关系的终止，应当以劳动者是否享受养老保险待遇或者领取退休金为标准。

（2）各省

①北京：北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会《关于劳动争议案件适用法律问题研讨会会议纪要（二）》12、依法享受养老保险待遇的人员、领取退休金的人员、达到法定退休年龄的人员，与原用人单位或新用人单位之间建立用工关系的，如何处理？

依法享受养老保险待遇的人员、领取退休金的人员、达到法定退休年龄的人员，其与原用人单位或者新用人单位之间的用工关系按劳务关系处理。上述人员可依据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十一条，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第七条规定主张权利。

②浙江：浙江省高级人民法院民事审判第一庭、浙江省劳动人事争议仲裁院《关于审

理劳动争议案件若干问题的解答（二）》：十四、超过法定退休年龄的劳动者在工作中受事故伤害或者患职业病，其向聘用单位主张工伤保险待遇的，应否支持？

答：劳动者超过法定退休年龄，仍接受单位聘用的，其与聘用单位之间构成劳务关系，劳动者因工伤亡或者患职业病而向聘用单位主张工伤保险待遇的，不予支持。但劳动者尚未享受基本养老保险待遇或者领取退休金，且聘用单位已为其缴纳工伤保险费的，其工伤保险待遇应予支持。

③安徽：安徽省高级人民法院《关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》（2015）第一条规定：已经享受职工基本养老保险待遇或领取退休金的劳动者与现用人单位之间的用工关系，按劳务关系处理。已过法定退休年龄的劳动者，初次到用人单位提供劳动的，其与用人单位之间的用工关系按劳务关系处理。

④天津：《天津法院劳动争议案件审理指南》：10.【雇用退休人员的关系认定】已经享受基本养老保险待遇或者退休金的人员与用人单位之间形成实际用工关系的，按照劳务关系处理。因用人单位原因致使已经达到法定退休年龄的劳动者尚未享受基本养老保险待遇或者尚未领取退休金，劳动者与原用人单位之间形成实际用工关系的，按照劳动关系处理。

⑤四川：四川省高级人民法院民一庭《关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答》18.用人单位招用已达到法定退休年龄但尚未享受基本养老保险待遇或领取退休金的劳动者，双方形成的用工关系按劳务关系处理。

⑥广东：《广东省关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》（2012年）11.用人单位招用已达到法定退休年龄但尚未享受基本养老保险待遇或领取退休金的劳动者，双方形成的用工关系按劳务关系处理。

⑦湖北：《湖北省高级人民法院民事审判工作座谈会会议纪要》（2013年9月）26、达到法定退休条件的人员，不能再成为劳动关系的主体。对于已经达到退休年龄的劳动者继续在用人单位工作或者被新的用人单位聘用，双方法律关系定性区分以下情况进行认定：（1）按照国家规定，已经享受基本养老保险待遇继续留在原用人单位工作或者被其他单位聘用

的，属于劳务关系；（2）劳动者连续工作已满十年的，劳动者达到退休年龄时，劳动合同应当终止，此后劳动者继续留在原用人单位工作的，视为劳务关系；（3）在原用人单位为劳动者办理退休手续期间，劳动者到其他用人单位工作，其与新用人单位发生争议的，可按劳务关系处理；（4）达到退休年龄后，初次被用人单位招用的，属于劳务关系。

⑧甘肃：《甘肃省劳动人事争议仲裁与诉讼衔接实施办法》（试行）二、关于劳动关系方面 8.用人单位与其招用的已经依法享受基本养老保险待遇或领取退休金的人员发生的用工争议，按劳务关系处理。用人单位与其招用的已达到或超过法定退休年龄但未享受基本养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，双方之间用工情形符合劳动关系特征的，应按劳动关系特殊情形处理。

⑨福建：其中福州市中级人民法院、福州市劳动人事争议仲裁委员会《关于审理劳动争议案件疑难问题的解答（一）》（榕中法【2018】136号）10.用人单位与其招用的已达到法定退休年龄的人员或已经依法享受基本养老保险待遇的人员发生用工争议，应如何处理？

用人单位招用已达到法定退休年龄的人员或已经依法享受基本养老保险待遇的人员，发生用工争议的，按照劳务关系处理。劳动者达到退休年龄但未办理终止劳动合同手续，仍在原用人单位工作的，劳动关系延续至实际办理终止劳动合同时止。

2、笔者根据上述相关规定及搜索相关案例，认为根据以下具体情况来认定是劳动关系还是劳务关系更为妥当。

（1）初次入职时已超过法定退休年龄，用工关系按劳务关系处理较为妥当。

案例：李某与昆明某公司劳动争议案（案号：（2024）云民申3558号）。云南省高级人民法院认为，本案争议焦点在于申请人李某国与被申请人昆明某某医院有限公司之间是存在劳动关系还是劳务关系。本案中，经审查，再审申请人李某国入职被申请人时已年满66岁，原审认定其与被申请人某某医院建立用工关系时已经达到法定退休年龄，李某国不符合法律、法规规定的成立劳动关系的主体资格，认定申请人与被申请人双方系劳务关系，而非劳动关系并无不当。

(2) 达到法定退休年龄后仍继续在单位工作，笔者认为，此时赋予了用人单位一定的选择权。用人单位可以选择终止双方的劳动合同，也可以选择继续用工延续双方劳动关系，或者选择继续用工但与超龄人员协商一致建立劳务等其他用工法律关系。所以，达到法定退休年龄后仍继续在单位工作，是按劳动关系处理还是劳务关系，笔者认为应根据具体情况来认定更为妥当。

①在劳动者达到法定退休年龄时，此时用人单位依据《劳动合同法实施条例》第 21 条可以选择终止劳动合同，但笔者认为应对用人单位的劳动关系的终止权加以限制，即需要具体审查劳动者不能享受基本养老保险待遇的原因是否与用人单位有关。如非因用人单位原因不能享受基本养老保险待遇的，例如劳动者在用人单位工作年限较短、用人单位一直正常为劳动者参加基本养老保险。对于这种情形，由于劳动者不能享受基本养老保险待遇不可归咎于用人单位，用人单位依据《劳动合同法实施条例》第 21 条享有的劳动关系终止权不受影响。而对于达到法定退休年龄，但是因为用人单位原因不能享受基本养老保险待遇的，用人单位不能随意终止劳动关系。最高人民法院王林清法官认为，“对于劳动者因退休开始享受基本养老保险待遇的，是不能予以经济补偿的。但对于达到法定退休年龄，由于缴费年限达不到享受基本养老保险待遇年限等原因，不能享受基本养老保险待遇的职工，用人单位可以终止与他们的劳动关系，终止劳动关系时，必须依法按有关规定向他们支付经济补偿金。”故笔者认为，若随意终止劳动关系，用人单位可能将会面临支付经济补偿金或养老保险待遇赔偿的风险。

②劳动者达到法定退休年龄后，用人单位选择继续用工但与其协商一致建立劳务关系等其他用工法律关系，笔者认为此时应尊重当事人意思自治认定双方是劳务关系或其他用工法律关系。

案例：张某、新疆某公司确认劳动关系纠纷案（案号：（2024）新民申 2097 号）。新疆维吾尔自治区高级人民法院认为：依据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十一条“劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止”之规定，原审判决认定某物业公司在张某达

到法定退休年龄后通过签订《劳务合同》建立的用工关系为劳务关系，符合法律规定，亦尊重了双方当事人的意思自治。张某在再审审查期间提供钉钉截图证明其与某物业公司存在劳动关系，某物业公司对证据真实性、合法性、关联性不予认可，认为该证据不是原始载体，且截图显示是劳务关系。该案系新疆某公司在张某达到法定退休年龄后选择继续用工但与张某协商一致并通过签订《劳务合同》而确定双方建立劳务关系。

③劳动者达到法定退休年龄但未办理终止劳动关系手续，仍在原用人单位工作，双方也没有协商一致建立其他用工法律关系，笔者认为应当认定双方劳动关系延续更为妥当。

二、达到法定退休年龄，因工伤亡是否可以认定工伤？

对已经达到法定退休年龄的就业人员因工伤亡能否认定为工伤，仍然存在较大争议与司法实践的不统一。

（一）笔者列举几个相关规定如下，供大家在实务中参考。

1、最高法院意见：

最高人民法院行政审判庭《关于离退休人员与现工作单位之间是否构成劳动关系以及工作时间内受伤是否适用《工伤保险条例》问题的答复》（2007年7月5日[2007]行他字第6号）：根据《工伤保险条例》第二条、第六十一条等有关规定，离退休人员受聘于现工作单位，现工作单位已经为其缴纳了工伤保险费，其在受聘期间因工作受到事故伤害的，应当适用《工伤保险条例》的有关规定处理；最高人民法院行政审判庭《关于超过法定退休年龄的进城务工农民因工伤亡的，应否适用《工伤保险条例》请示的答复》（〔2010〕行他字第10号）山东省高级人民法院：你院报送的《关于超过法定退休年龄的进城务工农民工作时间内受伤是否适用〈工伤保险条例〉的请示》收悉。经研究，原则同意你院的倾向性意见。即：用人单位聘用的超过法定退休年龄的务工农民，在工作时间内、因工作原因伤亡的，应当适用《工伤保险条例》的有关规定进行工伤认定。

2、人社部意见：

《关于执行《工伤保险条例》若干问题的意见（二）》（人社部发〔2016〕29号）二、

达到或超过法定退休年龄，但未办理退休手续或者未依法享受城镇职工基本养老保险待遇，继续在原用人单位工作期间受到事故伤害或患职业病的，用人单位依法承担工伤保险责任。用人单位招用已经达到、超过法定退休年龄或已经领取城镇职工基本养老保险待遇的人员，在用工期间因工作原因受到事故伤害或患职业病的，如招用单位已按项目参保等方式为其缴纳工伤保险费的，应适用《工伤保险条例》。

3、各省

(1) 浙江省

①浙江省高级人民法院民事审判第一庭、浙江省劳动人事争议仲裁院《关于审理劳动争议案件若干问题的解答（二）》：十四、超过法定退休年龄的劳动者在工作中受事故伤害或者患职业病，其向聘用单位主张工伤保险待遇的，应予支持？

答：劳动者超过法定退休年龄，仍接受单位聘用的，其与聘用单位之间构成劳务关系，劳动者因工伤亡或者患职业病而向聘用单位主张工伤保险待遇的，不予支持。但劳动者尚未享受基本养老保险待遇或者领取退休金，且聘用单位已为其缴纳工伤保险费的，其工伤保险待遇应予支持。

②《宁波中级人民法院关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答（二）》：三、超过法定退休年龄仍按劳动关系对待的职工在工作中遭受事故伤害，若劳动部门不认定工伤，法院应如何处理？

参照浙江省行政复议与行政审判第七次联系会议纪要(2012年6月27日下发)的精神，按二种情况分别对待：一是用人单位聘用的超过法定退休年龄的劳动者，已缴纳工伤保险的，可要求工伤认定机构按《工伤保险条例》作出工伤认定；二是用人单位聘用的超过法定退休年龄的劳动者，未缴纳工伤保险的，若工伤认定机构不予受理，则应由市级劳动能力鉴定委员会作出劳动能力鉴定，并由用人单位参照工伤标准一次性赔偿政策进行一次性赔偿。

(2) 江西省

《江西省高级人民法院、江西省人力资源和社会保障厅关于办理劳动争议案件若干问题

的解答（试行）》（赣高法〔2020〕67号）：22.达到法定退休年龄的人员向用人单位主张工伤待遇的，应如何处理？达到法定退休年龄的人员向用人单位主张工伤待遇，未能提供劳动行政部门作出的工伤认定的，不予支持。但用人单位对构成工伤不持异议的除外。符合人身损害赔偿条件的，应向其释明可以另行提起侵权之诉。坚持主张工伤待遇的，驳回其诉讼请求。

（3）广东省

①《广东省工伤保险条例》第65条规定：劳动者达到法定退休年龄或者已经依法享受基本养老保险待遇的，不适用本条例。前款规定的劳动者受聘到用人单位工作期间，因工作原因受到人身伤害的，可以要求用人单位参照本条例规定的工伤保险待遇支付有关费用。双方对损害赔偿存在争议的，可以依法通过民事诉讼方式解决。

②《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接若干意见》：十六、劳动者达到法定退休年龄或者已经享受基本养老保险待遇的，劳动关系终止。劳动者所受伤害如被社会保险行政部门认定为工伤，劳动者要求用工单位参照《广东省工伤保险条例》规定的工伤保险待遇支付有关费用的，应予支持，但不包括一次性就业补助金。

（二）笔者根据上述相关规定及搜索相关案例，认为以下情况可以认定工伤。

1、超过法定退休年龄的务工农民，在工作时间内、因工作原因伤亡的，应当适用《工伤保险条例》的有关规定进行工伤认定。

2、超过法定退休年龄，但未办理退休手续或者未依法享受城镇职工基本养老保险待遇，持续在原用人单位工作期间受到事故伤害或患职业病的，用人单位依法承担工伤保险责任。

3、用人单位招用已经达到、超过法定退休年龄或已经领取城镇职工基本养老保险待遇的人员，在用工期间因工作原因受到事故伤害或患职业病的，如招用单位已按项目参保等方式为其缴纳工伤保险费的，应适用《工伤保险条例》。

三、达到法定退休年龄因工受伤认定工伤时，是否能享受一次性工伤医疗补助金和一

次性伤残就业补助金？各地司法实践仍然不统一。

（一）笔者列举几个相关裁判案例如下，供大家在实务中参考。

1、不支持一次性伤残就业补助金和一次性工伤医疗补助金。

福建再审案例：肖某与福建某公司工伤保险待遇纠纷一案（案号：(2023)闽民申 2681 号）。再审法院认为：肖某清入职工地时年满 53 周岁，已超过法定退休年龄，双方之间的用工关系为劳务关系。虽然肖某清所受伤害经尤溪县人力资源和社会保障局认定为工伤，《工伤保险条例》第三十七条规定劳动、聘用合同期满终止，或者职工本人提出解除劳动、聘用合同的，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金，但是该规定中用人单位向劳动者支付的一次性伤残就业补助金系对劳动就业年龄范围内工伤劳动者部分丧失劳动能力影响就业的一种补偿，一次性工伤医疗补助金则是为保障劳动就业年龄范围内工伤劳动者在终止或者解除劳动合同之后治疗所需而给付的另一补助，肖某清属于达到法定退休年龄后再就业的工伤职工，不符合《工伤保险条例》中一次性工伤医疗补助金与一次性伤残就业补助金的支付条件，二审法院认定福建某某公司无需向其支付该两项补助金，并无不当。因工伤认定不是判断劳动关系成立的标准，实践中存在工伤认定与劳动关系相分离的情形，肖某清以其已经工伤认定为由主张双方存在劳动关系，应享受劳动法律关系范畴内的工伤保险待遇，缺乏依据，不予支持。

2、支持一次性伤残就业补助金和一次性工伤医疗补助金。

新疆案例：新疆某公司、张某工伤保险待遇纠纷案（案号：(2024)兵 01 民终 75 号）。二审法院认为：本案中上诉人某公司与被上诉人张某某存在劳动关系已经本院（2022）兵 01 民终 314 号生效判决确认，张某某的工伤也已由第一师人力资源和社会保障局出具的第一师阿拉尔市工伤认定（2023）10 号《认定工伤决定书》予以确认。一次性工伤医疗补助金是为保障因工作遭受伤害的劳动者在解除劳动合同后能够继续获得医疗救治，一次性伤残就业补助金是对因工作遭受伤害而丧失部分劳动力的劳动者预期劳动收入的适当补偿，认定为工伤的劳动者都有权获得以上的工伤待遇，与是否在“劳动就业年龄范围内”无关。

3、以是否依法享受养老保险待遇或领取退休金为标准来判断是否支付一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金。

天津案例：天津某公司、周某工伤保险待遇纠纷一案（案号：（2024）津 02 民终 86 号。一审法院认为：关于一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金，根据《工伤保险条例》第三十七条第（二）项、《天津市工伤保险若干规定》第二十九条的规定，解除劳动合同或者终止劳动关系的职工，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。工伤职工解除劳动（聘用）合同或终止劳动（人事）关系时，已达到法定退休年龄并符合按月领取养老金条件时，不支付一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金，但属于《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条规定的情形除外。本案中，双方于 2023 年 9 月解除用工关系，此时周某虽已达到法定退休年龄，但其并未按月领取退休金，因此，天津某公司应支付周某上述两项待遇。

二审法院认为：经本院审查，一审法院认定的天津某公司应支付的一次性工伤医疗补助金数额、一次性伤残就业补助金数额均无不当，本院予以维持。

4、不支持一次性伤残就业补助金但支持一次性工伤医疗补助金。

安徽再审案例：胡某、巢湖市某公司劳动争议一案（案号：（2020）皖民申 4449 号）。一审法院支持了一次性工伤医疗补助金。再审法院认为：《安徽省实施〈工伤保险条例〉办法》第二十六条规定：“依照本办法第二十四条、第二十五条规定，享受一次性伤残就业补助金待遇的职工，距法定退休年龄不足五年的，一次性伤残就业补助金按照下列标准执行：（一）不足一年的，按照全额的 30% 支付；（二）不足两年的，按照全额的 60% 支付；（三）不足三年的，按照全额的 70% 支付；（四）不足四年的，按照全额的 80% 支付；（五）不足五年的，按照全额的 90% 支付。”据此，工伤职工与要求用人单位支付一次性伤残就业补助金，应在“法定退休年龄”之内。解除劳动合同时，已超过法定退休年龄，二审不支持胡某一次性伤残就业补助金的诉讼请求，适用法律正确。

5、支持一次性工伤医疗补助金，酌定支持一次性伤残就业补助金。

贵州案例：德某馆与吴某劳动合同纠纷案（案号：（2023）黔06民终1720号）。二审法院认为：一次性工伤医疗补助金。根据《贵州省关于贯彻实施新修订〈工伤保险条例〉有关问题的意见》第六条规定十级伤残3个月。吴某所受伤为十级伤残，以3个月工资计算。德某馆的此项上诉请求理由成立，本院予以支持。一次性就业补助金。《贵州省关于贯彻实施新修订〈工伤保险条例〉有关问题的意见》第七条规定：“一次性伤残就业补助金标准，以解除或者终止劳动关系时统筹地区上年度职工月平均工资为基数，按照工伤职工距法定退休年龄的剩余月数计算。．．．十级伤残最高3个月，最低1个月。一审以1个月计算，符合法律规定。

（二）笔者的观点：

笔者的观点认为，超过法定退休年龄认定工伤时，用人单位不应支付一次性伤残就业补助金。是否支付一次性工伤医疗补助金应以超龄人员是否依法享受养老保险待遇或领取退休金为标准来决定。即超龄人员没有依法享受养老保险待遇或领取退休金的，则应支持一次性工伤医疗补助金。

综上，对达到法定退休年龄但未依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议是按劳动关系处理还是劳务关系处理、因工伤亡能否认定为工伤、认定工伤时是否能享受一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金，到现在并无定论。司法实践中，类似的案件，不同地区、不同法院的判决结果并不相同。笔者列举了相关的规定并搜索了大量的案例，并根据不同情况提出了个人的观点。笔者希望尽快立法或出台司法解释统一上述情况的适用标准。

作者单位：安徽大旗律师事务所

参考文献：

[1]最高法院民一庭庭长郑学林等：《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》几个重点问题的理解与适用，最高法院出版物《人民司法》2021年第7期

论司法鉴定在律师实务中运用

——司法鉴定实务和律师实务高度结合

安徽大旗律师事务所 胡运浩

【摘要】司法鉴定在律师实务中发挥着重要的作用，认识和掌握司法鉴定的具体内容，能够在实务中进一步体现出律师的价值。

【关键词】鉴定标准；鉴定委托；鉴定时机

在律师实务中，无论是在民事案件中，还是在刑事案件中，我们经常会遇到各类涉及人身损害的案件，比如常见的致伤方式有交通事故中致伤，为他人提供劳务时致伤，工作中发生工伤致伤，意外伤害事故中致伤，在医院诊疗过程中致伤，以及故意伤害案件中致伤等等。遇到这类案件，在处理过程中，我们经常会听到“司法鉴定”这个词汇，说明这类涉及人身损害的案件在处理过程中经常需要通过司法鉴定来辅助案件处理。

那既然司法鉴定如此之重要，作为一名律师，在处理这类案件时，就必须认识和掌握常见的人身损害案件是如何鉴定的。下面从以下几个方面来阐述一下：

一、是不是所有的人身损害案件在鉴定时都是采用统一的鉴定标准？

很显然，各种不同类型的人身损害案件，鉴定标准也是有区别的。作为一名实务律师，在处理不同类型的人身损害案件时，必须首先清楚到底用哪种标准进行鉴定，因为即使相同的伤情，当运用不同的鉴定标准来进行鉴定时，鉴定结果往往也会有所不同。故当我们知道用什么鉴定标准来进行鉴定时，对整个案件才会有一个大致的评估，进而更好地代理整个案件。那对于常见的人身损害案件涉及鉴定时，就需要我们知道究竟有哪些鉴定标准。这里就列举出常用的司法鉴定标准：

- 1、《人体损伤致残程度分级》；
- 2、《人身损害误工期、护理期、营养期评定规范》
- 3、《人体损伤程度鉴定标准》；

4、《劳动能力鉴定 职工工伤与职业病致残等级》；

5、《人身保险伤残评定标准》；

6、《医疗事故分级标准》。

当然司法鉴定标准肯定不止上述这些，这里只是列举与律师实务联系比较紧密的一些常见的司法鉴定标准。既然司法鉴定标准如此之多，那具体到个案中，正确选择司法鉴定标准对我们就显得尤为重要。

二、不同类型的案件到底如何选取鉴定标准？

这个问题对于律师来说可能是一个难点，因为我们毕竟不是专业的司法鉴定人员。这里就通过上述列举的实务中常见的致伤方式来进行阐述：

1、交通事故致伤和提供劳务致伤笔者把归为一类，因为这两种致伤方式选取的司法鉴定标准基本相同，一般为《人体损伤致残程度分级》和《人身损害误工期、护理期、营养期评定规范》这两个鉴定标准。根据具体人身损害结果是否能够达到伤残等级，我们分情况分析：1) 对于能达到伤残等级的，通过《人体损伤致残程度分级》对其伤残等级进行鉴定，从一级伤残至十级伤残，一共十个等级，一级伤残等级最高，十级伤残等级最低。但该鉴定标准相对比较严格，一般评定伤残需要结合受伤当时的损伤程度和后遗症综合判定，同时这种鉴定标准对鉴定时机往往有要求，通常不是受伤后立马就可以鉴定的，而是需要一定的恢复期使伤情达到稳定后才能进行鉴定。作为律师，在面对那些刚受伤就咨询我们赔偿的当事人，如果我们能够掌握司法鉴定的鉴定标准和时机，相信在代理案件时肯定会游刃有余。2) 对于未能达到伤残等级的，如果当事人必须明确误工费、护理费、营养费赔偿金额的，就需要通过《人身损害误工期、护理期、营养期期限评定》来评估误工期、护理期、营养期（即“三期”）来明确具体赔偿金额，从而分析案件诉讼的可能性和必要性。该三期鉴定标准，目前能够囊括的伤情还是比较全面的，通过不同的伤情所对应的误工期、护理期、营养期的期限区间结合被鉴定人的恢复情况来综合评定。

2、工伤致伤一般常见的鉴定标准为《劳动能力鉴定 职工工伤与职业病致残等级》（以

下简称《工伤标准》)。需要注意的是,该鉴定标准容易和提供劳务中致伤选取的《人体损伤致残程度分级》标准混淆,这是因为提供劳务人员往往认为自己在工作中受伤肯定就是工伤,从而应当选取《工伤标准》进行鉴定,但实际是只有劳动部门认定为工伤,才能选取《工伤标准》进行鉴定。《工伤标准》评定的劳动能力障碍程度也是一级至十级,一共十个等级,一级最高,十级最低。但笔者认为一般工伤案件相对低等级的鉴定没有《人体损伤致残程度分级》标准苛刻,例如一般工伤案件中身体各部位骨折就能在劳动能力障碍程度中评为十级,但采用《人体损伤致残程度分级》进行鉴定时往往要考虑骨折程度、骨折位置、恢复程度等更多的因素。相同的骨折伤情(如右手小指骨折),采用《工伤标准》进行鉴定时能够评定为十级,而采用《人体损伤致残程度分级》并不能评定为十级。同时工伤鉴定的鉴定时机也不没有《人体损伤致残程度分级》标准那样严格,很多伤情理论上受伤后就可以鉴定,很多依据的都是当时的伤情和治疗方式。需要提醒的是,现在很多公司、企业在保险公司购买的雇主责任保险,在理赔涉及鉴定时,一般也是约定《工伤标准》进行鉴定的,这也就更要求作为企业法律顾问的律师们要熟练掌握该标准。

3、故意伤害案件中致伤,一般采用《人体损伤程度鉴定》标准。由公安内部的法医或者司法鉴定机构对伤者进行伤情鉴定,该鉴定标准和《人体损伤致残程度分级》标准也非常相似,甚至这两种鉴定标准写法都很接近。但其实二者也有着显著区别的,《人体损伤致残程度分级》标准对应的是一级至十级伤残等级,更多的涉及到民事赔偿,而《人体损伤程度鉴定》是根据不同损伤程度,鉴定为重伤一级,重伤二级,轻伤一级,轻伤二级,轻微伤,更多的是根据不同的损伤程度来进行刑事责任的认定。同时该鉴定标准往往对伤者当时的损伤程度要求更高,如果从鉴定时机的角度,笔者认为不同于《人体损伤致残程度分级》标准中很多时候要求伤者伤情稳定后才能进行鉴定的“慢鉴定”,《人体损伤程度鉴定》有时需要的反而是损伤当时就鉴定的“快鉴定”。

4、意外伤害事故中致残,往往采用《人身保险伤残评定标准》。很显然该鉴定标准主要针对的对象是保险公司,通常是保险公司在保险理赔中约定的鉴定标准,该标准也是一级

伤残至十级伤残，一共十个等级，一级伤残最高，十级伤残最低，但需要强调的是两处相同低等级伤残往往能够晋升为一处高等级伤残，例如两处十级伤残可以晋升为一处九级伤残。通过评定的具体伤残等级所约定的赔偿系数，结合参保时的保额来综合判定最终的赔偿金额。笔者认为相对于《劳动能力鉴定 职工工伤与职业病致残等级》，《人身保险伤残评定标准》相对也是比较严苛的，实务中，一些企业给员工购买了意外险，员工骨折后有时却无法得到保险公司的理赔，往往也是因为鉴定标准严格导致。作为一名企业顾问律师，掌握鉴定标准也可以为企业购买保险出谋划策，从而更好的体现我们的自身价值。

5、医疗损害案件中，一般采用《医疗事故分级标准》和《人体损伤致残程度分级》。对于《医疗事故分级标准》一般分成一级医疗事故（包含一级甲等，一级乙等），二级医疗事故（包含二级甲等，二级乙等，二级丙等，二级丁等），三级医疗事故（包含三级甲等，三级乙等，三级丙等，三级丁等，三级戊等），四级医疗事故。但笔者认为《医疗事故分级标准》更多的是针对的是对医疗机构和医疗人员的处罚，对于当事人主张的民事赔偿，实务中更多的是选取《人体损伤致残程度分级》，通过医院诊疗后遗留的后遗症鉴定出不同的伤残等级，结合医院过错程度，原因力大小，因果关系鉴定等，计算出最终的损失大小，从而找院方进行赔偿。

通过上述分析，我们不难看出，只有正确选取司法鉴定标准，才能更好地把握案件的方向。但目前社会上的司法鉴定机构很多，我们到底是自己先单方委托鉴定得知鉴定结果后再诉讼，还是先诉讼通过委托法院选取鉴定机构后再行鉴定呢？

三、如何委托鉴定？

实务中，主要有两种委托鉴定的方式：起诉前自己委托鉴定机构鉴定或者诉讼时通过法院委托鉴定。那么作为当事人或者说作为律师，我们应该通过那种方式确定委托方式呢？都有什么利弊呢？下面笔者结合实务分析一下自己观点：1、法院委托鉴定的鉴定，鉴定机构在鉴定时，会通知双方当事人，这样更能够保护双方当事人特别是被告一方的知情权，鉴定结果一般原被告双方认可度更高，这样往往通过一次鉴定就能顺利解决案件，避免多次鉴定

导致司法资源的浪费，但是案件从向法院提起诉讼至开庭委托鉴定机构再到最终鉴定，往往时间也比较长，对于一些对鉴定时机要求很严格的鉴定，这样往往错过最佳的鉴定时机。而对于起诉前单方委托的鉴定，通过已知的鉴定结果，我们能够测算出具体的赔偿方案，这样当事人和律师能够提前把握整案，但是单方委托鉴定，有时候赔偿一方有时不一定会认可，诉讼后赔偿一方可能会提出重新鉴定，从而导致鉴定程序又需要重复走一遍。但是需要注意的是涉及医疗损害案件，一般考虑案件的复杂性，目前还是先诉讼通过委托法院鉴定是主要的委托方式。

委托方式为什么笔者会提出来呢，因为上述也提到了有些鉴定和伤情对鉴定时间要求是很严格的，下面我们再具体分析一下鉴定时机。

四、什么是鉴定时机？

鉴定时机通俗的来说，就是什么时候我们可以去鉴定最适宜。《人体损伤致残程度分级》、《误工期、护理期、营养期期限评定》、《人身保险伤残评定标准》一般都会涉及鉴定时限。采用《人体损伤致残程度分级》、《误工期、护理期、营养期期限评定》进行鉴定时，不同的伤情一般都要求伤情稳定后进行鉴定，具体多久是伤情稳定，《人体损伤致残程度分级》里也对各种伤情的鉴定时机进行了明确的规定，这里就不展开。采用《人身保险伤残评定标准》的鉴定时间一般是保险公司在保险条款里事先都进行了约定，目前大多数保险公司约定为伤后6个月；《劳动能力鉴定 职工工伤与职业病致残等级》、《人体损伤程度鉴定》原则上伤后就能够进行鉴定，这类鉴定主要根据当时的伤情作为鉴定结果的依据。医疗损害案件，考虑案件的专业性，复杂性，鉴定周期可能很长，需要综合考虑，一般主张民事赔偿可以参考《人体损伤致残程度分级》对鉴定时机的要求。

上述我们从对涉及人身损害案件的鉴定标准认识、选取、鉴定委托方式、鉴定时机几个方面阐述了司法鉴定，为了更好的理解，这里再例举几种常见的伤情鉴定情形，共同来学习一下。

常见的伤情鉴定分析：1) 肋骨骨折，用最常见的十级伤残进行分析。《人体损伤致残

程度分级》标准中，肋骨骨折 6 根以上，或者肋骨部分缺失 2 根以上；肋骨骨折 4 根以上并后遗 2 处畸形愈合，评定为十级伤残。但实务中我们经常会碰到开始受伤的时候肋骨只骨折了 4 根以下甚至当时根本就没有诊断出肋骨骨折，最后却评定了伤残等级。这种情况为什么会发生呢？因为一般不全性骨折（骨折未完全移位）或者轻微骨折，有时候伤后初次入院时很难通过影像学手段检查出来当时的骨折情况，但通过一定时间的恢复（骨痂形成），复查后反而更容易通过影像学手段检查出来。笔者认为只要从初次受伤到复查这个阶段肋骨没有二次受伤，结合当时的体格检查以及肋骨自身形态及愈合特点，一般都会有因果关系，从而鉴定出伤残等级。

2) 四肢长骨骨折，甚至骨折错位很严重，通过《人体损伤致残程度分级》标准为什么有时却不能鉴定出伤残等级呢？四肢包括双上肢（骨头包含肱骨、尺骨、桡骨）和双下肢（骨头包括股骨、胫骨、腓骨），这些地方的骨头一般较长，骨折可能发生在骨头的两端，也可能发生在骨头中间位置。针对于发生在骨头中间位置的骨折，有时候伤者还需要通过手术治疗的方式才能够复位，看似非常严重的伤情，但是最终鉴定时却不一定能鉴定出伤残。这是因为，四肢长骨中间位置骨折，一般通过医院治疗，特别是手术治疗，一般骨头都会对位对线良好，进而愈合尚可，但这种四肢长骨骨折往往评定的标准依据却是以恢复后四肢长短（即双上肢相差 4cm 以上，双下肢相差 2cm 以上）来判定的，只要规范治疗和遵循医嘱康复，往往双上肢或者双下肢很难达到这种长短差距。

3) 工伤案件中鉴定标准，身体各部位骨折愈合后无功能障碍或轻度功能障碍者，评定为十级伤残。这个相信一般大家都会了解，毕竟实务中，我们经常会接触这种十级伤残的鉴定。但是这里需要指出的是，目前仅仅针对工伤标准能见“骨折”定伤残，其余鉴定标准不能“唯骨折论”。同时与《人身保险伤残评定标准》相似，工伤标准里规定，两处相同低等级也会晋升为一处高等级，这就要求我们看到骨折时不仅要分析出工伤里面的劳动能力障碍等级，还要注意相同等级可能涉及晋升问题，从而准确预估。

4) 颅脑损伤后遗症。颅脑损伤特别是重型颅脑损伤是一个非常复杂的伤情，因为颅脑损伤可能影响到身体的部位很多，比如颅脑受损可能影响智力，影响头面部的器官，影响四肢活动等等，这就可能导致颅脑损伤后同时存在几处不同位置的伤残。

同时颅脑损伤涉及的伤残等级根据恢复情况可以跨越一级伤残到十级伤残，所以颅脑损伤前期的治疗效果与后期评定伤残关系非常紧密。

作者单位：安徽大旗律师事务所

律师职业纪律与职业道德

安徽大旗律师事务所 谭杰

【摘要】 律师，是我国法律界的中坚力量，肩负着捍卫当事人权益、促进法治进程的重要使命。律师执业纪律和职业道德作为规范和约束律师职业活动的手段，具有重要的地位和作用，在律师的职业活动中，恪守执业纪律和职业道德是至关重要的，这不仅关乎律师个人的职业信誉和形象，更对整个法治体系的健康运行以及社会公正正义的实现产生深远影响。本文将从理论和实践两个维度，对律师执业纪律与职业道德的理论基础与实践要求进行全方位的深入剖析，以推动我国法治建设的进程。

【关键词】 执业纪律；职业道德

一、研究意义

（一）理论意义

在理论上，律师执业纪律和职业道德是法治社会的基石。法治社会强调法律的权威和公正，而律师作为法律职业共同体的一部分，其职业行为直接影响着法治的实现，而律师执业纪律就是规范律师的职业行为、维护法律正确实施的手段之一，具体是指律师在办理案件过程中应遵循的一系列规定，如保密原则、公正原则、独立原则等，这些原则保障了律师在处理案件时的专业性和公正性。而职业道德则要求律师在职业活动中，不仅要遵守法律法规，还要注重职业伦理，如尊重当事人的意愿、维护当事人的合法权益等。这些伦理要求律师在处理案件时，不仅要追求法律效果，还要关注社会效果，使法律真正成为维护社会公正的工具。

（二）实践意义

在实践上，恪守律师执业纪律和职业道德具有重要的现实意义。首先，这有助于维护当事人的权益，在法律服务过程中，律师应充分了解当事人的需求，为其提供专业、高效的法

律服务，确保当事人的合法权益得到有效保障。其次，这有助于提升法治水平，律师作为法治建设的重要参与者，其职业行为直接影响着法治的质量和效率，律师通过积极投身于法律实践、办理案件推动从而法律制度的完善和发展。最后，这有助于树立良好的律师形象，律师作为法律职业共同体的一部分，其职业行为直接影响着公众对法律的认知和信任，律师应注重自身修养，树立良好的职业形象，为法治建设赢得更多的尊重和支持。

二、律师执业纪律与执业道德的理论根基

（一）律师执业纪律的理论根基

1. 法律规范：在我国，为了保障司法公正和维护社会稳定，相关的法律法规对律师的执业行为有着明确且细致的规定。其中，《律师法》作为规范律师执业行为的基础法律，具有举足轻重的地位。除此之外，还有众多相关的法律法规，如《刑法》、《民法》等，它们共同构成了对律师执业行为的全面规范。这些法律法规明确规定，律师在办理案件的过程中，必须严格遵守国家的法律法规，全力以赴地维护当事人的合法权益，确保法律的正确实施。

2. 社会契约：律师与当事人之间的关系，是一种特殊的社会契约关系。在这种关系中，律师承担着保护当事人权益、维护法律尊严的重要责任。根据这种契约，律师必须遵循诚信、公平、公正的原则，为客户提供专业化和高效率的法律服务。这种服务不仅仅是法律知识的传递，更包括对当事人权益的全面保护。在这个过程中，律师需要充分运用自己的专业知识和技能，为客户提供最佳的法律解决方案。

3. 职业伦理：律师职业伦理是指律师在办理案件过程中应遵循的一系列道德规范。这些规范要求律师在处理案件时，始终保持独立性、客观性和公正性，不受任何外部因素的干扰。律师应当以事实为依据，以法律为准绳，公正地对待每一位当事人。同时，律师还需要在职业道德的指导下，妥善处理与同事、法官、检察官等职业关系，共同维护司法公正和法律尊严。在我国，律师职业伦理的贯彻实施，对于维护社会公平正义、促进法治建设具有重要意义。

（二）律师执业道德的理论根基

1. 社会主义核心价值观：律师在执行其职业职责时，必须深刻体现社会主义核心价值观，坚定不移地致力于维护社会的公平与正义，积极推动法治国家的建设和发展。律师应当以社会主义核心价值观为指导，将其融入到法律实践中，以确保法律工作的公正性和正义性，保障人民群众的合法权益，推动社会主义法治国家的构建。

2. 职业道德：律师的职业道德要求律师在处理案件的过程中，必须严格遵守职业道德规范，不仅要维护自身的职业形象，也要维护整个律师行业的声誉。律师应当为客户提供专业、高效、诚信的法律服务，积极维护客户的合法权益，保护社会的公平和正义。律师的职业道德不仅是对个人的要求，也是对整个律师行业的要求，是律师职业精神的重要组成部分。

3. 社会责任感：律师作为社会的一员，应当积极承担起社会责任，关注社会的热点问题和重大事件，特别是关注那些弱势群体的权益。律师应当发挥自己的专业优势，为弱势群体提供法律援助，帮助他们维护自身的合法权益，让他们在法律面前得到公平的对待。律师的社会责任感是律师职业的内在要求，也是律师为社会做出贡献的重要方式。

三、律师执业纪律与执业道德的实践探究

（一）律师执业纪律的实践要求

1. 严格依法办事：律师在办理案件过程中，必须严格遵守我国的法律法规，确保客户的权益得到有效保障。律师要深刻理解法律条文，合理运用法律知识，为客户提供合法、合规的法律服务。同时，律师还要关注法律法规的更新和变化，以便及时调整办理案件的方法和策略，确保案件在法律框架内得到妥善处理。

2. 严守保密原则：律师有责任对客户的隐私和案件信息进行保密，不得泄露给任何第三方。律师在执业过程中，要时刻提醒自己维护客户的隐私权，对客户提供的个人信息、案件资料等予以严格保密。即便在法院、检察院等司法机关面前，律师也应遵循保密原则，不得擅自泄露客户隐私。当然，在法律法规允许的范围内，律师应当积极配合司法机关的工作。

3. 遵守回避制度：律师在存在利益冲突或者其他不适宜办理案件的情况下，应当主动回避，以确保案件的公正处理。律师应当自觉遵守回避制度，避免因个人利益、亲情、友情等因素影响案件的公正审理。在遇到可能影响自己公正执行职务的情形时，律师应主动向客户披露相关信息，并提出回避申请。此外，律师还应关注行业规范和职业道德，自觉维护律师行业的形象和声誉。

（二）律师执业道德的实践要求

1. 坚持诚信为本：作为一名律师，必须将诚信作为自己职业生涯的基石，始终以诚信为根本原则，为客户提供真实、准确的法律意见和服务。在处理案件过程中，律师应当严格遵守法律法规，坚决维护客户利益，不做任何虚假陈述或误导性行为，确保所有法律文件和证据的真实性和合法性。

2. 维护公平正义：律师作为法律专业人士，应当始终关注案件的事实和证据，公正对待各方当事人，维护社会公平正义。在案件办理过程中，律师应当充分调查事实，认真分析证据，以确保客户的合法权益得到充分保障。同时，律师也应当严格遵守法律规定，不得利用法律漏洞为客户谋取不当利益，更不能损害社会公共利益和他人合法权益。

3. 承担社会责任：律师不仅是法律专业人士，更是社会的一份子，应当积极承担社会责任，为弱势群体提供法律援助，关注社会和谐稳定。律师应当积极参与公益事业，为那些无法自行维护自己合法权益的人们提供帮助，让他们也能享受到法律的保障和公平的待遇。同时，律师也应当关注社会热点问题，积极参与社会公共事务，为社会和谐稳定作出贡献。

总结而言，律师执业纪律与职业道德是律师职业的基石，是律师应当始终坚守的两大原则。律师应当以诚信为本，为客户提供优质、高效的法律服务，为我国法治建设贡献力量。同时，我国政府和律师协会等相关部门也应当加强对律师执业纪律和职业道德的监管，共同维护法治秩序和社会公平正义，让每一个人都能在法治的阳光下享受到自己的合法权益。

作者单位：安徽大旗律师事务所

浅析机动车交通事故责任纠纷赔偿

——纠纷处理及商业保险与统筹单的区别

安徽大旗律师事务所 马骏

【摘要】在处理涉及机动车交通事故责任纠纷的人身损害赔偿案件的纠纷中如何指导当事人进行伤残鉴定及三期评定；涉及误工费赔偿时如何确定误工费计算标准；商业保险与机动车辆统筹单的区别以及建议。

【关键词】责任划分；误工费计算标准；商业保险；机动车辆统筹单

近年来随着科技发展及人民生活水平的提高，我国车辆保有量日益增长。据公安部统计，截至2024年6月底，全国机动车保有量达4.4亿辆，其中汽车3.45亿辆，新能源汽车2472万辆。随之而来的是道路交通事故的日益增多，律师所接受的关于事故中造成人员伤亡应当如何赔付的咨询及委托也成为了一项重要的业务。

在日常实务中，我们发现涉及机动车交通事故责任纠纷的人身损害赔偿案件争议的焦点主要集中在对伤残等级的认定，对护理期、营养期、误工期的认定，以及对误工费的计算标准认定上。同时，在提起诉讼的案件中涉案车辆购买的是商业保险还是车辆统筹；若涉案车辆购买的是机动车辆统筹单，统筹人能否在诉讼时一并起诉。这些都是值得我们思考和探究的。

一、伤残鉴定、三期鉴定的依据及委托方式

在日常办理机动车交通事故案件中，若委托人所受伤害较重可能构成伤残的情况下，就会涉及到伤残及三期的委托鉴定问题。

发生机动车交通事故后，交警部门会出具事故责任认定书。事故责任认定书会对该次事故的双方责任大小依据《中华人民共和国道路交通安全法》的相关规定进行划分，并分别送达给事故各方当事人。在处理发生人员伤亡的交通事故时，我们需要注意发生事故的双方是否为机动车与非机动车驾驶人或行人。依据《中华人民共和国道路交通安全法》第七十六

条规定，机动车发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的，由保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿，不足部分，按照下列规定承担赔偿责任：（一）机动车之间发生交通事故的，由有过错的一方承担赔偿责任；双方都有过错的，按照各自过错的比例分担责任。（二）机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故，非机动车驾驶人、行人没有过错的，由机动车一方承担赔偿责任；有证据证明非机动车驾驶人、行人有过错的，根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任；机动车一方没有过错的，承担不超过百分之十的赔偿责任。交通事故的损失是由非机动车驾驶人、行人故意碰撞机动车造成的，机动车一方不承担赔偿责任。

在日常实务中，针对三期及伤残等级的鉴定一般有两种委托鉴定思路。第一种思路为在被侵权人伤情稳定后，由被侵权人自行委托鉴定机构对伤情进行鉴定。待鉴定机构的鉴定报告出具后，依据载明的伤残等级、三期时间结合事故责任比例计算出事故赔偿清单及赔偿总金额，再向人民法院依法提起诉讼。此种方案可以相对加快诉讼流程，但存在一定风险，即由于鉴定报告是单方委托做出，开庭时对方当事人或保险公司可能会对鉴定报告提出异议并申请重新鉴定。若提出重新鉴定申请，人民法院一般会同意重新鉴定。依据《中华人民共和国民事诉讼法》相关规定，鉴定期间是不计入审理期限的，案件办理时间会变长。第二种思路为依据已发生的医药费等实际支出提起诉讼，同时申请法院对被侵权人伤情进行鉴定。此种方案下，案件办理周期会相对变长，同时因为被侵权人伤情的好转及恢复，可能鉴定等级或三期时间不能达到预想的范畴。从而导致被侵权人的利益受到损害。

二、误工费计算标准如何确定

误工费是以被侵权人因伤所产生的实际误工时间和误工人员的实际工资水平而进行计算的。误工时间可以计算到定残日的前一日。如果被侵权人有稳定收入的，则依照其正常工资收入进行计算，如果被侵权人没有稳定的收入，则比照同行业上一年度的平均工资进行统计计算。在日常实务中会遇到被侵权人没有稳定收入或已过法定退休年龄，在此情形下，举证难度会比较大。对于农业户口，一般可由其户籍所在地的村委会出具证明，证明被侵权人

以务农为其主要生活来源并提供相应的土地承包经营权证及山林权证。对于城镇居民，一般可由其户籍所在地居委会出具相应证明并提供其事发前从事相关工作的证据。以此来确定误工费赔付标准。

三、商业保险与车辆统筹单的区别

近年来，在处理机动车交通事故责任纠纷类案件时，多次遇到肇事车辆除了依法购买交强险之外，并没有在保险公司购买商业保险，而是在某某运输公司购买的机动车辆统筹单。侵权人往往主观认为机动车统筹单就是商业保险，其实不然。机动车辆统筹单不是真正的保险，而是一种合同关系，其法律效力、赔付依据和风险都与商业险有显著不同。

首先，从合同主体的角度来看，两者有明显不同。

根据我国保险法相关规定，保险公司的设立及保险业业务的开展有着严苛的法律规定。设立保险公司应当经国务院保险监督管理机构批准，注册资本的最低限额为人民币 2 亿元，且必须为实缴货币资本。保险业务由依照保险法设立的保险公司以及法律、行政法规规定的其他保险组织经营，其他单位和个人不得经营保险业务。因此，保险业作为现代金融体系的重要支柱必须设置较高的准入门槛，才能确保经营者有足够的偿付能力。未经准许，任何单位和个人不得经营保险业务。而机动车辆统筹单的统筹人多为依照《中华人民共和国公司法》设立的公司，准入门槛低，不受中国银保监会及派出机构的监管。购买者缴纳的统筹费用全部由统筹公司自行管理和支配，其资产透明度、流向合法性均无机构对其进行监管，偿付能力弱，抗风险能力极低。

其次，从参与诉讼及责任承担来看，保险公司可以直接纳入诉讼程序成为案件共同被告，而针对统筹公司需要侵权人另案主张。

根据《民法典》第一千二百一十三条之规定，机动车发生交通事故造成损害，先由承保交强险的保险公司在交强险范围内予以赔偿，不足部分，由承保商业险的保险公司按照约定予以赔偿，仍有不足的，由侵权人赔偿。因此，法律规定保险公司可直接作为被告参加案件审

理，最终对原告直接赔付，车主则在保险限额范围内不承担赔偿责任，大大分担了车主的赔偿金额。

2022年8月29日中国保险行业协会发布了《关于机动车辆安全统筹的风险提示》，其中明确：机动车辆安全统筹不是保险，经营此类业务的机构未依法取得保险业务经营许可，不是依法设立的保险公司，可能给消费者带来损失，蕴含较大风险。“机动车辆统筹单”并非真正的商业保险，一旦发生交通事故，因不属于同一法律关系，通常只能按照普通合同纠纷另案处理，车主须先行承担赔偿责任后，方可根据统筹合同的约定另案追偿。而出具“机动车辆统筹单”的公司往往规模不大甚至很多都为空壳公司，即便进行追偿在很多情况下可能也无法追偿到位。这种情况就会造成侵权人或车主支付巨额赔偿后，购买了“机动车辆统筹单”也无法得到赔付补偿的窘境。

最后，在为机动车购买保险时，建议通过正规保险公司购买交强险及商业险。

可能对于营业车辆而言，购买“机动车辆统筹单”相比商业保险而言能够节省一半以上的资金支出，但是从风险控制及发生事故后自身权益保障而言，商业保险相较“机动车辆统筹单”都有巨大的优势。建议车主选择具有从事保险业务资质的正规保险公司购买车险。对于名为XX交通服务有限公司、XX交通运输有限公司、XX汽车服务有限公司等以“统筹”“互助”“联盟”等为名的所谓“保险合同”，一定要认识到此类“统筹险”的风险。切莫贪图便宜、因小失大，等到理赔时才后悔莫及、得不偿失。

四、道路交通事故责任纠纷损害赔偿涉及到许多方面的问题，作为律师需要从法律层面维护好交通事故被侵权人的合法权益，选择切实可行的方法保障被侵权人尽快得到赔偿，进而化解社会矛盾、维护社会的和谐稳定。

作者单位：安徽大旗律师事务所

青年律师执业经历与思考

—— 一个小小县域律师的经验总结

安徽大旗律师事务所 刘洋

【摘要】 执业三年经历、思考

【关键词】 立德；每一个案子都是当事人的人生；做专心律师、“艺”与“术”；
工伤的一系列衍生问题；后浪

一、立德，我们背后是党和人民，要以最高标准严格要求自己

“道德三皇武帝，功名夏后商周，五霸七雄闹春秋，顷刻兴亡过手。青史几行名姓，北邙无数荒丘，前人播种后人收，说甚龙争虎斗。”

以上是传统相声定场诗。点睛之笔在最后一句：“前人播种后人收，说甚龙争虎斗”。我执业三年多以来，一直在感恩，我清楚的知道，我们这些后进的律师之所以一进入社会就能够得到别人的尊敬，全在于先辈的努力。共和国先辈的律师们，筚路蓝缕，在改革开放前进的路上和国家一起摸着石头过河，前赴后继，参与建立完善中国特色社会主义法律体系。

因此，每当我看到很多人自以为是，或者有些人觉得自己因为律师工作从而地位卓然看轻别人，我都想到，无非是前人播种你收到了，说什么自己龙争虎斗，不过是坐享其成而已。如果律师从业者不谨记自己是共和国的律师，背后是党和人民，自己执业要遵从法律，要比常人更高的道德约束自己，要为社会贡献自己的力量，而是取得一点成绩就沾沾自喜，自认为律师行业是攫取名声地位的工具，甚至有裸露身体利用律师行业反差以博出位（某上海女律师），这样的律师犹如在大海中冲浪，冲的再高也终究会沉入大海的。

二、每一个案子都是当事人的人生，市场上不乏专业的律师，但缺乏专心的律师。

“每一个案子都是当事人的人生”，在实习时候我就听到这句话，奉为圭臬。感谢律师行业能让我介入一个个人的人生，能和这些人产生羁绊。很多律师说：“当事人无非当时是人”，他们踩了一些坑就对当事人充满警惕，我从不这么认为。我认为，每一个来咨询的人，

每一个花了血汗钱委托我们的人，都是在人生中迷路的人，他们需要我们的帮助。

但是有的人只是来问一下，这些人自以为聪明，也不需要我们的帮助，就是通过问很多人来拼凑办法，俗称“白嫖”的，这个就需要经验来判断，但是如何能分别呢，以下是我的一些甄别技巧和办法：

比如交通事故或者工伤案件，来人见到你就问能赔多少钱，让你拟清单，不拟清单不付任何费用，这样的人往往就是来纯问的，你可以说个大概，然后说：“如果您确定委托我再跟您说具体细节”，对于一些农民工或者贫困的人符合法律援助条件的，你应该直接让他们去申请法律援助；又譬如来人咨询离婚，问很多问题，问得很细，但是每当你说到委托与否，他就讲：“不委托就不能问吗”，这样的情况，建议尽早切断问话，提问是否委托；又或者很多时候遇到大中午或者休息日，你可能正在休息，来人一个电话直接问你在哪要咨询，这时候你可以先问他咨询的内容，然后表示：“咨询或者委托律师是要收费的”，这样你基本上就可以过滤掉非意向的当事人，也不会踩坑。甄别当事人是“术”，“术”是律师赚钱养家的法门，但是“艺”才是最重要的。

“艺”是什么？“艺”就是我们的法律知识，我们处理案件的能力。我们市场上充斥着“专业”的律师，我经常做比喻，对于一般案件，大家都是卖宫爆鸡丁的，为什么别人去你那里吃，不去别人那里吃？原因就在细节，在于专心。小饭店大排档的宫爆鸡丁，黄瓜、鸡肉、胡萝卜随便一切，然后随意翻炒，最后你吃每一口咸淡都不一样，五星级大厨做的宫爆鸡丁，肉、黄瓜、胡萝卜切一样粗细，翻炒时候手感均衡，这样火候和味道都均匀，同样的菜便有了高低之分。我们办案件无非就是做宫爆鸡丁，市场上不乏专业的律师，但缺乏专心的律师，只有专心认真，真的把当事人的人生当回事，认真去做，那么无论结果如何，你获得的只有感谢和肯定。

那么接下来的问题是，怎么认真去做？怎么做的专心和别人不一样？我每一个案件，都把自己当个厨师，把法官当做评分的美食家，何解？就是要用法官思维去办案，要把菜烧好了端给法官。进一步来说，我们询问当事人的时候，就要想象自己是法官要问哪些问题，比

如离婚案件，法官会问当事人的工作、学历、两人怎么认识的、什么时候恋爱、什么时候领证、什么时候办酒、有几个孩子、孩子现在谁抚养、婚后有什么财产、财产出资情况、为什么要离婚，是否是冲动离婚、是否有其他纠纷、有没有调解可能、感情是否破裂、是否起诉过离婚等有关不同个案的问题，这些问题搞清楚之后，我们要结合自己的诉讼请求整理收集证据，在法庭上，要确保证据中微信聊天记录或录音的原始载体（手机）带到法庭，证据原件带到法庭等等。这还不够，你还要考虑被告的情况：被告是否出庭？被告如果不出庭要考虑什么，举证时候更要注意，被告如果出庭会对那些诉求产生异议？被告出庭时是否有过激行为？是否申请不公开审理？双方互换哪些调解可以促成调解？等等，我办案的时候，既把自己当原告去主张诉求，又把自己当被告去对抗诉请，还把自己当法官去询问问题，所以一方面我很感恩当事人愿意让我参与他们的人生，另一方面当事人对我不乏感谢感动，我所做的，无非“专心”二字。

三、法律的生命不在于逻辑，而在于经验。

经验是人最宝贵的财富。年轻律师不乏干劲和热忱，但缺乏经验。而人的经验是历练得来的。没有人生下来就懂法律知识，也没有人生下来会办案。我刚参加工作的时候，连借款人和出借人都分不清，草拟最简单的民间借贷的起诉状把原告和被告都搞错了，但是经过三年多的法律实践，现在我可以轻易把握案件的脉络，从只言片语中抽丝剥茧确定法律关系，这都是大量经验累积的结果。我总结青年律师积累经验的方式，首先是办案，通过办理一个个案件能获得大量的案件。以我办理民间借贷案件为例，以点带面，我办案不局限于办理手头上那个案件，我通过手头案件学习了《民法典》第十二章的“借款合同”，学习了民间借贷的司法解释，于是学习了民间借贷案件的法院管辖，接着学习民间借贷的利息如何计算、逾期利息如何计算，民间借贷司法解释几次修改的法律衔接，民间借贷案件的诉讼时效，接着学习了借条、欠条、收条的区别，学习非法债务打的借条不受法律保护也不能主张不当得利等，进而整理学习笔记，把《民法典》、《民间借贷司法解释》等下载到电脑，于是这一类型的案件都会了，这样获得的经验能大大增强自己的功力。

获得经验还有一个自己的例子是，我在办理工伤案件的过程。办理案件我首先是找法，找法来源于案例。我通过聚法案例和中国裁判文书网查询最近几年当地工伤案件的判决，从而得到法律依据——《工伤保险条例》，《工伤保险条例》第三十七条中“一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定。”继而找到《安徽省实施〈工伤保险条例〉办法》，获得法律依据之后，办理一般的工伤案件迎刃而解。

随着口碑的提高，工伤案件办理越来越多，渐渐衍生出了很多问题，首先第一个问题：

问题一、企业有没有购买工伤保险理赔的不同

在2020年我实习的时候，企业还可以只买工伤保险，由于社保资金压力越来越大，现在企业已经不能单买工伤保险，而是至少要买工伤、养老和失业三险，这对企业成本无疑是增加了，故而依旧有企业不给员工购买社保。是否购买工伤保险是理赔的关键，如果没有购买工伤保险，理赔的主体只能是企业，如果购买了工伤保险，企业只根据《安徽省实施〈工伤保险条例〉办法》第三十一条“下列工伤保险待遇由用人单位支付：

- （一）停工留薪期护理费；
- （二）停工留薪期工资福利待遇；
- （三）工伤复发治疗期间的护理费与生活护理费的差额部分；
- （四）五级、六级伤残职工的伤残津贴；
- （五）一次性伤残就业补助金。”

问题二：用人单位购买工伤保险，社保基金不赔的坑点。

很多时候用人单位买了工伤保险，那么根据法律规定，医疗费是社保基金支付的，但是遇到一些情况社保基金不予理赔。根据《工伤保险条例》第十七条“用人单位未在本条第一款规定的时限内提交工伤认定申请，在此期间发生符合本条例规定的工伤待遇等有关费用由该用人单位负担。”这句话翻译一下，就是很多时候企业虽然买了工伤保险，但是员工受伤一个月内没有申请工伤保险，有的申请时间在几个月之后，那么在员工受伤和申请日之间

的医疗费，企业承担。所以给员工打工伤案件的时候，如果劳动仲裁没有向仲裁委主张医疗费，会出现不能赔偿的情况，给企业做法律顾问的时候，因为疏忽没有告知企业尽快申请工伤认定，会导致企业支付医疗费的情况，这是非常重要的细节，我在办案的时候还好社保中心工作人员提醒，不然肯定是血的教训。

问题三、办理工伤案件理赔的流程。

很多时候我们办理工伤案件，在给员工提起仲裁申请的时候，只提出要求企业支付工伤保险待遇，这样办案是不全面的，比如员工自己交了医疗费，员工需要向社保经办机构提高以下材料：

“工伤认定书原件、身份证复印件、发票原件、门诊病历复印件、出院小结原件、费用清单原件，公司委托书、本人社保卡复印件”。这里有个“委托书”。这个委托书必须要公司配合，如果公司不配合就不能申请理赔，那么我们劳动仲裁的时候，建议提出申请：

“依法裁决被申请人配合申请人到广德市社会保险经办机构依据现行社会保险政策为申请人办理工保理赔手续，被申请人应积极配合申请人办理，理赔后的款项全额给付申请人，具体金额以经办机构核定为准。”这样申请之后，如果公司不配合，起码可以申请执行。

比如员工要工伤保险赔偿，需要提供：

“劳动能力鉴定书复印件、工伤认定书复印件、身份证复印件、社保卡复印件、解除劳动关系证明”，这里有个“解除劳动关系证明”。这就要求我们在劳动仲裁的时候，要么员工已经离职了证明在手，要么请求解除劳动关系，这样仲裁裁决会裁决什么时候双方解除劳动合同，这样提交仲裁裁决也可以申请到理赔。

另外一种情况，如果是用工主体责任，双方没有劳动关系，就无法向社保部门提供“解除劳动关系证明”，怎么办？我建议几点：一是在庭审笔录中要求书记员记录用人单位承担用工主体责任，二是请求裁决中写清双方存在用工主体责任；三是段请求“依法裁决被申请人配合申请人到广德市社会保险经办机构依据现行社会保险政策为申请人办理工保理赔手续，被申请人应积极配合申请人办理，理赔后的款项全额给付申请人，具体金额以经办机构

核定为准。”，这样以后理赔的时候可以拿出来证明，避免出现用人单位不配合而不能理赔的情况。

问题四、用人单位承诺不买社保的效力问题。

很多时候工伤保险赔偿和经济补偿金的案件是并行的，企业不买工伤保险也没有买社保，这个我们都清楚是有经济补偿金的。从法律顾问的角度，如果企业就是没有买社保，员工也同意，如何避免员工反悔？我在当法律顾问的时候，一般企业会和劳动者签订劳动合同，劳动合同中约定社保补贴，内容大致如此：

“1、应乙方要求，甲方无须为其缴纳社会保险，甲方按月支付乙方社会保险补贴费用，每月____元。社会保险补贴不是工资，是基于甲方将应缴纳给社保部门的费用折现支付给乙方。乙方个人社会养老保险等均由乙方自行缴纳。

2、如果乙方反悔要求甲方为乙方购买社会保险的，乙方需先返还上述____元每月的社会补贴，并按照全国银行间同业拆借中心公布的一年期贷款市场报价利率（LPR）的四倍计算资金占用利息，一并支付给甲方。乙方将上述全部费用支付给甲方之后，此时乙方才有权要求甲方补缴社会保险，乙方还应自行承担社保缴纳的个人缴纳应缴部分。”

以上只是劳动合同中的规定，建议企业每次发工资的时候工资条上还要有相应的社保补贴一栏，每月员工签字确认领取。还不够，员工还需要签订劳动合同的时候给企业一个申请不予购买社会保险申请书，这样申请书、劳动合同、社保领取工资条三位一体才完美。

但是，有了以上三个材料，企业就没有义务了吗？并不是，企业和劳动者签订的不够买社保的协议其实无效，如果员工要求企业经济补偿金，一般会裁决不予支持，但是也有裁决支持的，企业可以通过法院起诉要求返还不当得利，这是这个案件深究的结论。

问题五、工伤和交通事故竞合的处理。

因为交通事故引起的工伤，要注意的点也很多。

1、非本人主要责任交通事故之被狗追受伤。

本人正在申请一个案件，就是当事人被狗追导致摔伤。交警出具的并不是交通事故认定

书，而是交通事故证明。一般这种也是可以申请工伤的。

2、交通事故赔偿和工伤竞合是否可以双赔的问题。

现在法院实行的情况，医疗费不能双赔，其余就存在双赔是否赔偿的讨论，对于停工留薪期工资福利待遇和误工费，交通费、住院伙食补助费、护理费和停工留薪期护理费，存在重复赔偿问题，于是衍生出新的问题：

第一，购买工伤保险的情形，住院伙食补助费、到统筹地区以外就医的交通住宿费社保基金支付，这两项不讨论双赔的问题。

第二，没有购买工伤保险的情形，停工留薪期工资福利待遇和误工费高院最新意见是双赔。对于交通费、住院伙食补助费、护理费和停工留薪期护理费，我认为应当遵循就高不就低原则，使得员工获得最大化的赔偿。

3、交通事故起诉和工伤劳动仲裁谁先谁后的问题。

讨论这个问题，其实来自于医疗费。由于“非本人主要责任的交通事故”包括同等责任、次要责任，无责任，交强险的18000元医疗费是确定要支付的。故而谁先谁后的问题一般出现在伤者医疗费支出远大于18000元，伤者属于同等责任和次要责任的情形。这样伤者的医疗费就不能得到全额赔偿，就要考虑先办理工伤赔偿还是办理交通事故了。

我建议先处理交通事故案件，因为交通事故案件发票是可以从法院申请取回的，并且工伤的时间很长，工伤认定书下来一般是两个月，鉴定申请到下来三个月，劳动仲裁两个月以上，一般一年到一年半劳动仲裁书下来。而交通事故手术后六个月就可以鉴定，然后提起诉讼了。交通事故判决后，发票可以取回，而工伤保险经办机构并不会完全根据发票赔偿，而是根据责任按照比例理赔，因此为了当事人利益的最大化，先处理交通事故固然是最利于赔偿的。

4、又产生新的衍生问题：交通事故内固定是否取下做鉴定的问题。我在办理案件的时候，很多当事人并不需要取内固定，有的是没有条件，有的医生有诊断鉴定不取内固定，这个也有讲究。如果自己申请鉴定机构鉴定，鉴定机构需要伤者出具医院建议不取内固定的诊

断证明，如果没有相应诊断，鉴定机构可能无法鉴定退回，这样当事人伤残赔偿就得另诉解决。故而面对内固定是否取下的情况，如果不取的话，建议找医生开具不建议取内固定的诊断，否则影响后续赔偿。

5、继而又有新的问题，某些交通事故与保险公司调解了，发票给保险公司了，由于医疗费没有完全赔到手（次要、同等责任医疗费大于 18000），就不能找社保经办机构申请赔偿医疗费差额了。

问题六、转院证明有无影响医疗费的领取。

职工受伤后，有时候会觉得自己医院的大夫不能很好的治疗要求转院，一定得有转院证明，否则工伤保险基金不报销，这样只能自己承担。理由如下：

根据《安徽省实施〈工伤保险条例〉办法》

“第三十九条

职工治疗工伤应当在签订服务协议的医疗机构就医。情况紧急时可以就近抢救，伤情稳定后应当及时转入协议医疗机构治疗。职工治疗终结后应当及时办理出院手续。

就近抢救治疗的，用人单位应当在伤害发生后的 5 日内报告统筹地区经办机构，并补办有关手续。

第四十三条 因下列情形发生的费用，工伤保险基金不予支付：

（一）未经批准在非协议医疗机构、康复机构发生的工伤医疗费和工伤康复费用；”

但是如果企业不够买工伤保险，那么一般不会看是否转院，而是会直接裁决企业承担医疗费了。

问题七、不购买医疗保险的法律后果。

不购买医疗保险如果员工肿瘤、癌症产生医疗费，根据医疗保险经办机构计算，企业要承担，疾病救济费按照《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》确定医疗期。《安徽省工资支付规定》第二十二条 劳动者患病或非因工负伤停止劳动，在国家规定医疗期内的，用人单位应当按照劳动合同和集体合同的约定向劳动者支付病伤假工资。病伤假工资不

得低于当地最低工资标准的 80%。

问题八、员工年龄超过退休年龄的规定。

首先确定计发时间点。这个规定在《安徽省高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》：

“第二十三条 工伤职工享受一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金待遇的计发时间点，为劳动合同期满或工伤职工提出解除劳动合同之日。解除劳动合同关系后进行工伤鉴定的，应以劳动能力鉴定意见作出之日作为工伤职工享受一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金待遇的计发时间点。”

以上确定了计发时间点，从企业来讲，最后的那个时间是计发时间点。比如先鉴定后离职，离职之日为计发时间点；先离职后鉴定，鉴定意见作出之日为计发时间点。这里对一次性伤残就业补助金关系很大，毕竟根据《安徽省实施〈工伤保险条例〉办法》：

“第二十六条 依照本办法第二十四条、第二十五条规定，享受一次性伤残就业补助金待遇的职工，距法定退休年龄不足五年的，一次性伤残就业补助金按照下列标准执行：

- （一）不足一年的，按照全额的 30%支付；
- （二）不足两年的，按照全额的 60%支付；
- （三）不足三年的，按照全额的 70%支付；
- （四）不足四年的，按照全额的 80%支付；
- （五）不足五年的，按照全额的 90%支付。”

因此计发时间点对于伤者的赔偿至关重要。而计发时间点达到退休年龄的，不赔偿一次性伤残就业补助金和一次性工伤医疗补助金，这规定在 皖人设秘（2021）241 号“四、工伤保险待遇。超龄就业人员在参保期间发生工伤或者患职业病因工致残被鉴定为五级至十级伤残，与用工单位解除或者终止用工关系的，不支付一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金，其治疗工伤所需医疗费、到签订服务协议医疗机构进行工伤康复的费用、经劳动能力鉴定委员会确认的辅助器具配置费用由工伤保险基金按规定支付；其他工伤保险待

遇参照《工伤保险条例》和《安徽省实施〈工伤保险条例〉办法》有关规定执行。”

这里两个要点，第一是男员工 50 周岁到 65 周岁，女员工 50 到 65 周岁，未领取城镇养老保险的，可以单买工伤保险；第二是对于上述计发时间点男过 60 周岁，女过 50 周岁，不支付一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金，接案件的时候一定要注意，否则少了很多赔偿砸了招牌。

四、数风流人物，还看今朝

以上是工伤部分的一点浅见。在民间借贷部分、离婚纠纷、买卖合同纠纷、以及法律顾问方面也有很多体会和心得，鉴于篇幅不在此赘述。我一直在想，我们律师，尤其是青年律师要给别人什么样的形象呢？我觉得一定得是好学的、向上的、努力的、奋发的、不责怪别人的。吾日三省吾身，一省为人谋而不忠乎？给当事人做的事竭尽心力了没有？二省与朋友交而不信乎？与他人交往是否诚信，是否遵守诺言，是否以诚待人？三省传不习乎？老师的教导，是否学习？是否有终身学习的志向？是否真的去做了？是否对自己的知识查漏补缺，在如此更新换代的浪潮里，是否不断自我更新完善了？

我相信，我只是万千青年律师中的沧海一粟，但我愿燃烧自己的生命投身中国特色社会主义法律体系的建设和完善，为法治添砖加瓦，“俱往矣，数风流人物，还看今朝”！

作者单位：安徽大旗律师事务所

认罪认罚背景下律师的有效辩护

安徽大旗律师事务所 汤解

【摘要】 律师认罪认罚背景下的有效辩护，是保障司法公正、维护被告人合法权益的重要环节。

一、新刑事诉讼法背景下认罪认罚制度的概述

认罪认罚制度是指对指控的犯罪事实无异议，对犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己所犯罪行的，依法可以从轻发落的案件，同意人民检察院的量刑建议，并在认罪认罚具结书上签名。同意人民检察院量刑建议并签署具结书的案件，可以依法从宽处理。是我国刑事司法领域的一项重要改革措施，旨在提高诉讼效率、节约司法资源，并促进犯罪嫌疑人、被告人真诚悔罪、积极改造。经过几年的试点探索，2018年正式写入《中华人民共和国刑事诉讼法》，经过多年的实践证明，这种构建繁简分流、符合我国司法实践需要、符合刑事诉讼制度发展规律的多层次刑事诉讼制度体系已被实践所证明。将认罪认罚从宽处理作为一项重要原则正式写入立法，一并增加了保障认罪认罚自愿的权利告知程序、律师值班制度和速裁程序等内容，具有推动改革成果法治化、制度化的深刻时代背景和现实意义。

二、社会需要与认罪悔罪体系的含义

(一)、必须及时有效地惩治违法犯罪，维护社会稳定的需要。及时准确查明犯罪事实、正确适用法律、惩治犯罪分子，确保无罪者不追究、确保有罪者受到公正惩处，是刑事诉讼的基本任务。随着国家法治制度的进步和人权保障的完善，在刑事诉讼中证明和认定犯罪的证据标准更高、要求更严。对于一些犯罪手段相对隐蔽的案件，侦查取证、审理定案的难度也在不断加大，鼓励真正有罪的被告人在得到法律有效帮助的前提下，自愿认罪认罚，有利于及时查清犯罪事实，公正、准确、有效地惩治犯罪，维护社会稳定，避免出现打击不力、放任自流的现象，有利于维护社会稳定。同时，对有利于维护社会稳定，确保无罪的人免于追究刑事责任的违法取证、刑讯逼供、无罪犯罪等行为，要切实加以防范。

(二)、更好地贯彻执行宽严相济、促进司法公正的司法政策的需要。宽严相济，包括坦白从宽，是党和国家长期坚持的一项基本刑事政策，是我国刑法对自首从宽制度作出的相应规定。近年来通过的《刑法修正案(八)》将坦白从宽政策法律化，进一步细化和完善了对贪污贿赂犯罪的坦白从宽。最高人民法院出台的《关于常见犯罪量刑的指导意见》对自首、坦白退赃、退赔等情节规定了较为明确的处理原则和从宽幅度。全国人大常委会授权试点的速裁程序也是 2012 年《刑事诉讼法》规定的认罪案件简易程序和刑事和解程序，但这些规定相对零散，系统性不够完备。将认罪认罚从宽制度确立为刑事诉讼法的重要原则，从实体处理和程序适用两个方面强化认罪认罚的法律途径和法律效果，有利于更好地贯彻坦白从宽的基本刑事政策，全面落实宽严相济的刑事司法制度，确保量刑的公平公正，有利于认罪认罚从宽的基本刑事政策的贯彻落实，有利于促进认罪认罚从宽的基本刑事政策有利于贯彻落实认罪认罚从宽刑事司法体系。

(三)、加强促进社会和谐的人权司法保障的需求。随着社会治理体系的不断创新和刑事立法的日益完善，过去一些行政违法行为已被纳入刑事处罚范畴，特别是扒窃、危险驾驶等多发性违法行为的犯罪化程度明显提高，导致轻罪案件占犯罪比重不断提高。过去几年，全国法院判处 3 年以下有期徒刑的案件比例呈上升趋势。不区分轻罪重罪，轻罪重罪都要羁押、坐牢，既不符合宽严相济的刑事政策，又可能给犯罪分子造成“交叉传染”，既增加了社会成本，又增加了社会治安隐患，既要对犯罪嫌疑人实施行政拘留，又要对犯罪嫌疑人实施刑事拘留。对认罪认罚的罪犯，特别是轻罪、初犯、偶犯从宽处罚，施以轻罪轻刑、重罪重刑的罪刑相适应，使其改过自新、重新生活；既能最大限度地减少社会对立矛盾，又能促进社会和谐稳定和国家长治久安，这是一项具有重要意义的工作。从诉讼程序上看，对于认罪认罚案件，遵循刑诉法的基本原则，在保证案件质量的前提下，简化办案程序，防止因羁押时间决定量刑结果，避免出现“关多久判多久”的现象，更好地实现罪责与刑责相适应，可以使羁押时间在审前大大减少，人权得到有效保障。

(四)、司法资源优化配置，完善刑事法律制度的需要。司法机关“案多人少”矛盾突出，刑事案件总量年年攀升，近年来严重危害社会治安的犯罪案件却呈下降趋势，如果全部适用普通程序审理案件，如果将司法力量平均分配到每个案件，既没有必要，也不现实，势必会影响司法资源对疑难复杂案件的投入，司法行政机关也将因此而不堪重负。改革诉讼制度，优化资源配置，通过司法改革提高审判质效，是想从根本上解决“案多人少”矛盾的根本出路。构建普通程序、简易程序、速裁程序有序衔接、简易案件快速办理、复杂案件精确办理的多层次刑事诉讼程序体系，推动繁简分流分层、精细化、系统化，通过认罪认罚案件分流办案，实现刑事诉讼程序与案件难易程度相适应、刑罚轻重相适应、刑事诉讼程序与刑事诉讼程序相适应、认罪认罚案件与刑事诉讼程序相衔接。

三、律师在认罪认罚案件中的角色

律师在认罪认罚案件中扮演着至关重要的角色。律师工作贯穿于案件办理的诸多环节，既是维护被告人合法权益的维护者，又是促进司法公正的推动者。具体而言，律师在认罪认罚案件中扮演着以下重要角色：

(一)、法律的咨询者：律师利用自己的专业知识和司法经验为被告人提供全面的法律咨询，帮助其充分了解到认罪认罚制度的法律后果和可能面临的刑法，解答他们在案件处理的过程中可能遇到的各种法律问题，确保他们充分了解到自己的权利和义务。

(二)、被告人权益的保护者：作为律师，当然会与被告人进行了充分的深入沟通，充分保障被告人在认罪认罚过程中的合法权益得到充分的保障，避免被告人收到任何形式的胁迫或误导，确保他们在认罪认罚过程中是自愿的、积极的。

(三)、协商的参与者：律师有权参与认罪认罚的协商过程，与检察机关就量刑建议等问题进行充分的沟通，积极为被告人争取最有利的量刑建议。

在认罪认罚案件中，“促销员”、“工作人员”、“见证人”等多个角色也都是由律师担任的。通过积极促进犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚，为犯罪嫌疑人提供准确的法律建议和判断，

全程见证认罪认罚过程，确保案件办理的公正、合法、有效。因此，行政司法机关应当充分尊重和保障律师的执业权利，确保律师能够在认罪认罚案件中有效的履行职责。

四、律师有效辩护的策略与方法

(一)、应当全面收集和分析证据，详尽调查案件相关证据，包括现场的勘察报告、证人证言、鉴定结论等确保对案件事实有全面、准确的掌握。仔细研读起诉书及控方证据，识别指控中的逻辑矛盾、证据不足或者非法取证等问题，作为辩护的突破口。

(二)、辩护律师应当设定合理的辩护目标，需基于案情分析，设定如无罪辩护、轻罪辩护或者程序性辩护等目标，确保辩护策略有的放矢。辩护律师应准确陈述和解释事实，清楚地向法庭和陪审团呈现案件的有关证据，并通过推理和逻辑引导对方接受自己的观点。通过逻辑推理、引用根据和判断权衡等方式，对案件进行全面论证，以增强观点的说服力；注意对方观点的合理反驳和质疑，以减弱其论据和论点的说服力，辩护律师需善于运用合适的措辞和表达技巧，以引起法庭的兴趣并使自己的观点更加生动和有力。辩护律师需引用案例和相关法律依据，通过比较案例、分析法律规定来支持自己的观点。

(三)、辩护律师需要重点关注被告人的权益和司法政策。需确保辩护策略与被告人意愿相符，及时调整策略以适应案件发展；紧跟国家司法政策导向，如宽严相济刑事政策，适时调整辩护策略，以帮助被告人争取更有利的法律结果。

五、辩护律师面临的挑战和应对

(一)、制度的认识不足：部分律师对认罪认罚制度的理解和掌握不够深入，导致在辩护过程中难以充分发挥作用。因此，律师应加强对认罪认罚制度的学习和研究，提高制度的认知水平。

(二)、协商的难度较大：在认罪认罚的协商过程中，由于检察机关和被告人之间的日常差异较大，导致协商难度较大。律师应充分发挥其沟通协调的作用，积极促进双方达成共识。

(三)、司法环境较为复杂：当前司法环境复杂多变，部分司法人员可能存在对认罪认罚制度理解不深、执行不力等问题。律师应加强与司法机关的沟通与合作，共同推动认罪认罚制度的完善和发展。

律师的有效辩护，对保障被告人合法权益，促进司法公正，在认罪认罚的大背景下，具有十分重要的意义。律师应充分发挥其专业优势和作用，积极应对各种挑战和问题，为被告人提供高质量的辩护服务。同时，司法机关和社会各界也应加强对律师辩护工作的支持和保障力度，共同推动认罪认罚制度的完善和发展。

作者单位：安徽大旗律师事务所

县域律师执业困境与解决

安徽大旗律师事务所 侯燕

【摘要】 律师是促进我国法治建设的重要力量，但是目前我国律师执业过程中存在着诸多困境，尤其是县域律师执业困境尤为突出，社会公众对律师职业定位存在认识偏差，律师执业准入门槛有待提高，市场竞争压力大，高端法律人才稀缺，律所管理不够，对律师个人的培养没有长期的发展规划并执行，法律服务市场混乱，律师权益保障制度缺失。县域律师要想走出困境，必须要通过国家的制度保障、司法监管部门的监管、律师事务所以及律师个人的共同努力，才能迎来更好的发展机遇。

【关键词】 律师执业；困境；解决

在我国综合实力发展的过程中，法治建设是不可缺少的重要部分，而法治建设中律师在其中发挥着不可替代的作用，律师是法律的实践之师，是将法律法规充分运用到实践解决问题，并发现法律法规的不足从而得以进一步完善的群体。律师在我国的法治建设中发挥着重要作用，虽然我国律师事业历经百年，然而律师的执业状况参差不齐，特别是县域律师的执业困境尤为明显，仍需我们直面并解决。本文仅就县域律师普遍存在的执业困境及解决思路，表达个人浅薄的想法。

一、县域律师执业困境

（一）社会公众对律师职业定位存在认识偏差

县域律师所处的社会环境是一个熟人社会，社会公众受所处地域、环境等因素的影响，法治意识普遍不高，群众们遇到涉及自身利益的问题，往往更喜欢以道德标准进行评判、处理，当道德标准与法律规定出现偏差时，甚至对法律规定提出质疑和不理解，通过法律途径解决问题不是他们的第一选择。

还有很多群众对律师这个群体存在偏见认识，认为律师只要收钱就可以为你办事，比如

“讼棍”、“吃了原告吃被告”等称谓和说法可以体现出来。在部分群众的心里，认为律师没有社会责任和职业道德，甚至认为律师是为坏人辩护的，在他们的认知里犯罪的人是不配得到辩护的。之前有人做过一项调查统计，调查社会公众对律师代理或辩护效果的满意程度，被调查者中有一半的人认为律师的庭审表现一般，还有部分被调查者认为律师在庭审中对裁判结果基本不会产生影响，可见社会公众对律师的不信任。

（二）律师执业准入门槛有待提高，市场竞争压力大，高端法律人才稀缺

在我国只要通过司法考试，并且实习一段时间，便可取得律师执业证，从事律师工作，律师执业准入门槛较低，导致律师队伍中每个律师的能力、职业素养等差距较大，尽管近些年来，对律师准入门槛进行了调整，比如必须是法学本科生才有参加司法考试的资格，这无疑对律师队伍的建设提高起到积极作用，但是想要促进律师队伍的不断发展，还需要更加有力的措施。

县域地区案源数量有限，近些年，随着司法考试的通过率在不断提高，律师队伍的人数也在不断扩大，县域律师主要从事的是传统的诉讼业务，该类诉讼业务处理较为简单，现在随着网络科技的不断发展，很多社会公众通过网络查询便可知晓该类业务的处理方法，从而对县域律师的业务也会产生影响，诸多因素导致县域律师的市场竞争压力加剧。如果不及时采取有效的措施解决，还会产生其他的不利影响，如同行之间恶性竞争、诋毁同行、低价竞争等。

县域律师大多从事的是传统的诉讼业务，不能很好的承接高端业务，比如涉外业务或其他专业性较强的业务，县域律师本来市场竞争压力就大，高端律师人才稀缺，导致县域律师无法更好的突破县域限制，不能更好地开拓周围城市的法律服务市场，无法将“蛋糕”做大。

（三）律所管理不够，对律师个人的培养没有长期的发展规划并执行

律师事务所作为律师的执业机构，是有效管理律师执业的核心机构，律师服务建立在收费的基础上无可厚非，但律师相比较其他职业群体，承担了更多的社会责任，律师在执业过程中难免会接触到形形色色的人，难免接触到社会的阴暗面，仅靠律师的自我职业道德约束

是不够的，尽管司法局和律师协会对律师进行管理，但是司法局、律师协会等毕竟不如律师执业所在的律师事务所对律师了解深入密切，县域律师事务所很多都存在管理不够规范严谨的问题，使得有的律师在执业过程中忽视执业纪律和职业道德，与司法机关工作人员不正当接触，与司法黄牛不正当合作等。

县域律师事务所注重品牌发展、执业律师个人培养的很少，大多数都是执业律师自己干自己的，自己想办法拓展自己的案源，青年律师执业前期，律师事务所中个别案源丰富的律师可能会对其进行案源帮扶，但是这种帮扶不是系统规划长期的，很多执业律师对自身专业素养的提高也难以坚持和执行，导致律师自身能力提升比较困难。

（四）法律服务市场混乱

目前，我国法律服务市场较为混乱，法律服务主体众多，非律师人员参与法律服务，侵蚀律师的案源，影响法律服务市场秩序，却长期得不到有效的治理。记得本人在办理案件的过程中，曾接待过这样的当事人，其在第一次诉讼时委托了非法律人士，我们俗称“黄牛”，收取他高昂的代理费，而且案件也没有达到当事人想要的处理结果，后期当事人就无法取得与“黄牛”的联系，而这类非法律人群不受司法局和律师协会的管理，导致当事人的权益无法得到有效的保障，也严重影响司法环境。

（五）律师权益保障制度缺失

我国虽然有《律师法》，但是《律师法》更多的是注重对律师的管理，而不是注重对律师权益的保护，即使有相关法律法规中会规定一些律师权益的保护，但是更多的流于形式，律师实际办案过程中困难重重，比如刑事案件中，律师能否做到全面阅卷处于被动状态，公诉人不愿意在审查起诉阶段把案件材料全部交给律师查阅，更愿意在法庭上公示，无法保障律师的全面了解案情、研读证据的权益。比如《律师法》规定律师会见有不被监听的会见权，但实际律师会见中却要审批，会见也会被监听或监视。再比如律师打官司打的就是证据，实践中律师往往在调取证据的过程中遇到重重阻力或者无法取得证据，律师的调查取证权利受到诸多限制。

二、县域律师执业困境解决思路

（一）加强普法教育，提升社会公众法治思想

随着依法治国理念的进一步深化，法律在促进社会经济发展、维护社会稳定等起到不可替代的作用，我国的法制宣传已经取得显著成效，但是县域地区法制宣传的力度和成效还有待提升。一方面急需加大在县域地区的普法宣传力度，使法治思想深入人心，使社会公众明白法律武器才是维护自身权益最好的武器，另一方面要使广大群众深刻了解律师制度，了解律师在社会中的作用，律师的相关管理部门可以采取新闻媒体报道、网络、影视作品等方式加大对律师制度的宣传，减少社会公众对律师职业的偏见，提升人们对律师重要性的认识。

（二）加强律师自律，提升个人素养

律师执业过程中遇到的困境，除了靠监管部门和社会各方面的监督外，也要靠律师自身不断提高职业素养、严守执业纪律、不断增强业务能力，真正努力为当事人争取合法权益，才能提升律师信誉，获得社会公众的尊重。

首先，律师自身要不断学习，丰富自身的理论功底，增强自身业务能力、拓宽业务范围。县域律师本身案源数量有限，县域律师普遍从事传统的诉讼业务，随着每年县域律师数量增加的影响，以及受网络科技等的影响很多社会公众通过网络也学会处理简单的诉讼案件，导致律师的案源越来越紧张，所以，律师必须增强自身的专业能力，突出律师处理案件的专业性，同时增强业务能力，也可以突破县域地域限制，增强自身在其他城市拓宽法律服务市场的能力，即使是高端的法律服务需求，也可以承接住。

其次，律师严守执业纪律、遵守职业道德，最关键的还是靠自律，主观自律大于被动监督，律师在执业过程中要明白遵守执业纪律、职业道德的重要性，杜绝与司法机关相关人员的不正当接触，杜绝与非律师人员的合作，案件严格按照规定登记、收费入账等。

再有，律师虽然收费提供法律服务，但是相比较其他职业，律师更应该积极承担社会责任，比如在执业过程中关爱弱势群体，为其提供免费的法律援助，让这群人也可以享受优质

的法律服务，感受到社会的公平正义。比如积极参与普法宣传活动，提升社会公众的法治意识，为我国的法治建设贡献一份力量。比如积极参与国家立法工作，为即将颁布的新法律法规进言献策，促进法治发展等。

（三）加强律所管理，重视律所发展中对律师个人的培养

律师的发展，光靠自律是不够的，外在监督管理不可或缺，律师事务所作为律师执业成长的重要机构，一方面应该努力规范管理律师的行为，严禁律师以个人名义对外接案，必须统一以律师事务所的名义收案，严格审查案件冲突问题，律师案件收费律所严格监督，规范案件归档，禁止律师与司法人员的不正当接触，定期对律师进行执业纪律、职业道德警示教育等，对于违反执业纪律的律师，司法部门也要加大惩罚力度，监管和惩罚相结合才能有效保障律师执业环境；另一方面要注重律师能力的长期培养提升，县域律师事务所大多数忽视对律师个人的培养，个别县域律师事务所即使明白对本所律师培养的重要性，甚至也制定了培养计划，但是实际实施的效果并不明显或执行不到位，在当今经济高速发展的时代下，律师事务所必须清醒地认识到对律师培养的重要性，对本所律师采取长期有规划的培养计划并努力执行下去，这样不仅可以提升律师个人的专业能力，也能不断提升律师事务所的品牌影响力，使得律师事务所和律师之间是互相促进、共同进步的关系。

（四）改善法律服务市场环境

当前非法律人士参与法律服务人数众多，这不仅严重扰乱司法环境，也危害到社会公众的权益，要改善此种局面，首先，要制定相关的法律法规，从立法层面上禁止非法律人士参与诉讼代理和辩护，对造成严重后果的行为可以进行惩戒，当前正是因为对非法律人士参与诉讼的行为没有相关法律规定限制，而该类群体也不受司法局、律师协会的管理，导致这类群体没有约束，即使群众的权益受到侵害也很难追究或被投诉问责，因此相关法律法规的制定是有必要的。其次，司法部门、律师协会、律师事务所也要向社会公众加强宣传，让社会公众明白非法律人士参与诉讼等法律服务的弊端，引起社会公众的重视，群众才会自觉主动抵制。

（五）完善律师权益保护制度，形成法律职业共同体

制度在改善律师执业困境中的作用至关重要，目前我国需要建立律师权益保护的相关制度，保障律师执业过程中更好的突破枷锁，释放律师执业的能力和胆识。律师权益保护制度的建立，需要明确具体权利义务的，而不能只是笼统概括性的规定，同时制度在实际执行中要保障执行的效果，不能让规定流于形式。

法官、检察官、律师等同为法律职业共同体中的重要组成部分，实践中律师很容易处于不对等的地位，失去话语权，应当加强律师与法官、检察官的深度交流和合作，加深彼此的相互理解，在法律职业共同体中追求共同的法治价值，让律师拥有“讨价还价”的资格，这样才能实现正在意义上的公平正义。

三、结语

总之，我国县域律师执业过程中存在诸多困境，但是也面临很多的机遇，县域律师困境的解决离不开国家立法制度的保障、离不开司法监管部门的监督、更离不开律师自身的自律和业务能力的提高，随着我国法治建设的不断深入、群众法治意识的不断提高，通过各方不断努力，相信律师执业中的困境将逐渐得以解决，我国律师业的发展将会越来越美好。

作者单位：安徽大旗律师事务所

参考文献

[1]耿国美：《中国律师执业困境及解决路径研究》，《华北水利水电大学学报（社会科学版）》，2014年03期，第111-113页。

[2]陈凯：《我国律师执业的困境及出路研究》，《中国优秀硕士学位论文全文数据库》，2013年第8期，第40-47页。

[3]胡志翔：《论当前律师的执业困境与发展机遇》，《法制与社会》，2011年第11期，第209-210页。

新《公司法》股东失权制度之思考

安徽大旗律师事务所 杨军 李纯

【摘要】本文对新《公司法》中的股东失权制度进行了深入分析。首先，概述了新《公司法》引入股东失权制度的背景；其次，详细讨论了股东失权制度的内涵及适用情形，同时探讨了现行制度在实践中可能会遇到的问题；最后，总结新《公司法》第 52 条的立法缺陷，并提出了相关立法及公司治理建议。

【关键词】公司法；未实缴出资；股东失权；公司治理；立法建议

一、2023 年《公司法》引入股东失权制度的背景

2013 年修订的《公司法》针对有限责任公司和以发起方式设立的股份有限公司引入了分期缴付注册资本的完全资本认缴制度，进一步降低了公司设立的门槛，以激发大众创新、万民创业的激情。但是该制度实施过程中出现了一些异常现象，比如股东认缴的出资迟迟不能到位，导致公司因资金不足而出现经营困难；股东在公司章程中规定出资期限为 100 年，认缴资本为 100 万万亿元等乱象。2023 年修订的《公司法》（以下简称新《公司法》）为治理这些乱象，一是改完全资本认缴制度为五年期限的限期资本认缴制度，二是引入了股东失权制度，三是公司治理模式由股东会中心主义向董事会中心主义转变，强化公司董事对公司资本充实的监管责任。以期通过上述组合拳以完善公司治理，使我国公司制度能够更好地适应新时代社会主义市场经济发展的需要。有鉴于此，新《公司法》在第 52 条新增规定了股东失权制度。

二、股东失权制度分析

1. 股东失权制度概述

股东失权制度，顾名思义，是指股东未按期履行出资义务，经公司催缴后在宽限期内仍未履行，公司经过董事会决议即可强制剥夺该股东未缴纳出资部分的股权的制度安排。根据新《公司法》第 52 条第一款之规定，股东失权需要满足的条件有：1、股东未按照公司章程规定的出

资日期缴纳出资；2、公司依照法律规定发出书面的催缴书催缴出资，并给予该股东不少于六十日的宽限期；3、宽限期届满，该股东仍未履行出资义务；4、公司经董事会决议后向该股东发出失权通知，该股东自通知发出之日起丧失其未缴纳出资的股权。该项制度简便易行，可操作性较强，具有督促股东及时缴纳认缴的出资，保障公司注册资本充实的价值功能。

2、与股东资格解除制度之异同

最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定(三)第17条规定：有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资，经公司催告缴纳或者返还，其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资，公司以股东会决议解除该股东的股东资格，该股东请求确认该解除行为无效的，人民法院不予支持。此即为股东资格解除制度，又称股东除名制度，该制度适用的前提条件是要求股东未履行出资义务或者抽逃全部出资，制度的门槛较高，调整的范围较为狭窄，不能有效解决实践中大量存在的股东部分出资、部分欠缴出资的情形，而股东失权制度调整的范围明显要宽得多。解除股东资格的决议系由股东会作出决议，而股东失权决议系由董事会作出，二者亦存在一定的差别。从实践来看，公司董事会的召集召开会更为便捷，也显示股东失权制度相较于股东资格解除制度要更为灵活一些。

3、关于公司董事的催缴义务

新《公司法》第51条规定董事会应当对股东的出资情况进行核查，发现股东未按期足额缴纳出资的，应当向该股东发出书面的催缴书，催缴出资，未履行该催缴义务给公司造成损失的，负有责任的董事应当承担赔偿责任。该条款强化了公司董事对于股东出资的监督、催缴义务，不勤勉尽责的董事将被课以赔偿责任。新增的该项规定，亦有力的保障了股东失权制度的顺利实施。

4、不得少于六十日的宽限期

法律规定了催缴出资不得少于六十日的宽限期，明确了宽限期的最短期限，但却未规定宽限期的最长期限。部分学者认为，公司成立初期不需要那么多的资金，如果强迫股东在较短的

时间内缴纳出资到位，公司资金闲置，属于浪费资源。但是从大量上市公司使用资金投资股市、债市，使公司资产保值增值的行为来看，公司作为营利法人，并不存在让大量资金闲置的情形。故确定该宽限期的时间长短，更多的是需要考虑股东缴纳出资的经济实力，而不应考虑出资到位后公司是否会实际使用。从保障公司资本充实的角度出发，该宽限期的最长期限不能过长，否则将会架空新《公司法》第 47 条关于全体股东认缴的出资额由股东按照公司章程的规定自公司成立之日起五年内缴足的规定。

5、失权决议的作出

有限公司最大的特征是在于其人合性，而有限公司的人合性有利也有弊。有限公司的经营一直以股东会为核心，董事会形同虚设，甚至很多时候董事会或者董事就是大股东的傀儡，由大股东操控。在这种情形下，如果未实缴出资的股东操控董事会，就会出现董事会无法作出股东失权的决议，或者发出宽限期过长的催缴通知书，导致股东失权的规定无法发挥其制度价值。因此有必要明确规定与该股东存在关联的董事在董事会表决时的回避制度或者限制该董事表决权的相关规定，以最大限度的促成董事会作出股东失权决议。在董事会未能作出股东失权决定的情形下，则应视为对股东失权投赞同票的董事已尽到了勤勉义务，并据此免除其相应的法律责任，最大程度的激发公司董事履行该职责的积极性。

6、股东丧失股权后的处理路径

新《公司法》第 52 条第 2 款规定“依照前款规定丧失的股权应当依法转让，或者相应减少注册资本并注销该股权；六个月内未转让或者注销的，由公司其他股东按照其出资比例足额缴纳相应出资”，明确了股东丧失的股权应对外转让或者相应的减资这两条路径。但是却未规定该类型减资应适用何种减资程序，到底是适用新《公司法》第 224 条规定的普通减资程序，还是应适用第 225 条规定的简易减资程序，存在争议。从立法目的来看，股东失权制度是为了保障公司注册资本充实，如果按照普通减资程序则需要自决定减资之日起十日内通知债权人，提前偿还债务或者应债权人的要求提供财产担保，该种操作模式将会导致公司的资金困难状况进

一步恶化，不利于公司的正常运营；且普通减资程序应当按照股东出资或者持有股份的比例相应减少出资额或者股份，也与股东失权仅导致欠缴出资的股东丧失其相应的股权的情形不相符。而简易减资程序则没有前述硬性要求，与股东失权制度更相匹配一些，故因股东失权而引起的减资应允许公司采用简易减资程序。

股东丧失的该部分股权，在未完成转让或者注销之前，企业信用信息公示系统仍然显示该股东的认缴出资的信息，在公司内部而言该股东已丧失了该股权，但是对公司外部的债权人而言该股东仍负有缴纳出资的义务，如果债权人主张该股东在欠缴出资的范围内对公司债务承担赔偿责任的，仍应予以支持，而不能因为公司内部的股东失权而免除该股东的法律责任。失权股东向公司债权人承担了出资不足的赔偿责任后，应当允许其向股权受让人实施追偿。有学者认为，在此种情形下，应当允许失权股东部分或者全部恢复其股权，笔者认为该观点值得商榷。理论界和司法实践的通说均认为股权属于复合权利，既包括财产性权利，又包括选任公司管理者等社员权；从财产性权利的角度来看，股东失权后，该股权的价值随着公司的经营行为、分红派息行为而处于不断变化之中，如果不能协商一致，根本无法要求失权股东与股权受让方根据该股权失权时的价格或者某一确定价格实现股权的回转；从社员权利的角度来看，受让人作为公司的股东或者董事，在股东会或者董事会已作出的各种决议中行使了权利，如果允许失权股东恢复或者部分恢复股权，则该如何评价受让人已行使股权行为的效力，存在很大的争议；从权利恒定原则角度来看，失权通知书一经发出，欠缴出资的股东即丧失相应的股权，如果允许其后续因对公司债权人承担了出资不足的赔偿责任而恢复或者部分恢复股权，则使失权决定实际处于不确定的状态，严重损害股权受让人的合理预期，也不利于股东失权制度的顺利实施；故笔者认为以不承认失权股东在一定情形下具有恢复或者部分恢复股权的权利为宜。

股东失权制度规定“六个月内未转让或者注销的，由公司其他股东按照其出资比例足额缴纳相应出资”，是强制性规定还是倡导性规定，亦不无争议。如果董事会无法在规定的期限内完成该部分股权的对外转让，公司其他股东又拒绝减少该部分注册资本，则要求公司其他股东

按照其出资比例足额缴纳相应出资，尚具有合理性，且与新《公司法》第 50 条规定的“设立时的其他股东与该股东在出资不足的范围内程度连带责任”的发起人责任基本一致，认定该条款为强制性义务条款似乎并无不妥；但是，如果董事会无法在规定的期限内完成该部分股权的对外转让，而其他股东同意减少该部分股权对应的注册资本，却因债权人提出异议等客观原因无法完成减资行为，则因失权股东欠缴出资的违法行为，去加重公司其他股东的出资义务，显然有失公平，且在公司经营状况较为糟糕的时候，更可能诱发道德风险，使股东失权制度沦为欠缴出资的股东转嫁其出资责任的工具，与立法者设立该制度的初衷背道而驰。比如在公司资不抵债的情况下，债权人起诉公司还款，并要求股东在出资范围承担连带责任，其他股东作为该部分股权的被动受让人首当其冲，而未实缴出资的股东仅需要根据新《公司法》第 88 条的规定承担补充责任，这对于被动受让公司股权的其他股东而言明显不公。故由公司其他股东按照其出资比例足额缴纳相应出资的规定，应区分不同的情形予以区别对待，即当失权股东恶意利用股东失权制度转嫁出资风险时，则不应适用该规定强制其他股东缴纳该部分出资。故该规定还需要在平衡各方利益的基础上作出更加细致的规定，以便于更好地适用。

三、失权股东的法律救济途径

新《公司法》第 52 条第 3 款明确规定“股东对失权有异议的，应当自接到失权通知之日起三十日内，向人民法院提起诉讼”，此条款没有设置失权股东先行请求董事会重新作出决议或者撤销决议的前置程序，而是赋予其直接向法院提起诉讼的权利。此处需要考量新《公司法》第 52 条第 1 款明确失权的时间是“自通知发出之日起”，而起诉期限的起算是“自接到失权通知之日起”，有效平衡了公司运营的效率性与失权股东的权利保障，但是此处并未明确规定失权股东可以提起诉讼的管辖法院。虽然《中华人民共和国民事诉讼法》第 27 条规定“因确认股东资格纠纷提起的诉讼由公司住所地人民法院管辖”，但是股东失权的争议并非都可以确定为股东资格纠纷。如果股东丧失其全部股权则定股东资格纠纷亦无不可，但是当股东仅部分失权时亦不能排除可能存在侵犯股东权利的情形，如果将此种争议理解为侵权之诉，那么该失权股

东既可以向侵权行为地法院起诉（包括侵权行为发生地即公司所在地，以及侵权结果发生地即该股东所在地的人民法院起诉），亦可以向被告所在地即公司住所地的法院起诉；如果将此处的争议理解为与公司有关的诉讼，那么失权股东就只能向公司住所地的人民法院起诉。如果失权股东所在地与公司住所地一致，则无需讨论，但实践中往往会出现二者不一致的情形，容易引起管辖争议，故还需在后续的立法或者司法解释中予以细化。

四、结论

虽然新《公司法》第 52 条设立的股东失权制度可以规范股东出资，打破公司僵局，能够对公司治理产生一定的积极影响，但是通过前述探讨，也可以看出该制度规定尚存在一些模糊的地方，需要通过立法或者司法解释的形式不断予以完善，以避免出现权利滥用或者产生不公正的情形。

1、立法建议

通过前述探讨，笔者希望司法部门可以通过出台司法解释的方式对新《公司法》第 52 条规定的股东失权制度进一步完善。

其一、需要对催缴出资宽限期的上限作出限制，笔者建议最长不超过 180 日。实际上该等宽限期已经是在原有出资期限的基础上额外增加的宽限时间，不宜过长。时间太长不利于有效维持公司资本充足、促进公司良性运转，无法发挥股东失权制度的应有价值。

其二、笔者建议后续的司法解释能够明确规定排除未完成实际出资的股东以及由该股东推举的董事参与董事会就该股东失权实施表决的权利，避免出现未实缴出资的股东仍然能够通过控制董事会进而实际控制公司，损害其他股东尤其是小股东利益的情形。

其三、细化新《公司法》第 52 条第 2 款中未办理注销且无法转让，以及其他股东不愿按比例缴纳出资时对外承担责任的顺序，从公平的角度来说，笔者建议应当是未实际出资股东先承担责任，其他股东承担补充责任，其他股东承担补充责任后还可以向未实际出资股东追偿，但是应扣除其他股东因强制被动受让前述股权获益的部分。

2、公司治理建议

建议公司通过细化公司章程的规定，明确股东出资的时间以及规定比新《公司法》第 52 条更加清晰的除权流程，设置限制未实际出资股东以及由该股东推举董事的表决权的相关条款。为了避免董事设定的宽限期时间过长，可以直接在章程里明确催缴通知需载明的具体宽限期限，例如直接规定宽限期为 90 日或者 180 日等。我们需要在实践中不断总结经验，不断完善该制度，以确保其在公司治理中发挥应有的作用，以达到更好地促进公司治理的目的。

总之，新《公司法》第 52 条股东失权制度是公司治理的重要内容，对于维护公司正常运营和促进公司健康成长具有重要意义。我们应当充分理解其立法本意，正确执行该制度，并在实践的过程中不断加以改进和完善，以促进我国公司治理水平的不断提高，以及法律体系的不断完善。

作者单位：安徽大旗律师事务所

参考文献

- [1] 曾佳，股东失权制度功能定位与体系化适用——以《公司法(修订草案)》第 46 条为中心，2023
- [2] 曾佳，股东失权制度新规诠释与反思，2022
- [3] 赵旭东、周林彬、刘凯湘等，新《公司法》若干重要问题解读(笔谈)，2024
- [4] 张敏、施佳贝，认缴制下股东出资义务加速到期之法律思考——兼论《中华人民共和国公司法(修订草案)》第四十八条，2022

合格法律人的入职标准

——浅谈律师执业纪律与职业道德

安徽华睿律师事务所 王忠杰

【摘要】本文以律师执业纪律与职业道德两个概念为核心，通过阐述二者的产生背景、体系构成，以及相互联系为基础，进而研究其对执业律师的价值与意义，并结合实践角度考虑，从行业整体层面及律师自身出发，如何保障每一位执业律师严格遵守执业纪律与职业道德，更好地为社会公众提供公正透明的法律服务，促进社会主义法治建设。

【关键词】执业纪律；职业道德

作为一名新晋律师，能够成为这个光辉职业的一份子，倍感荣幸，这是本人职业生涯新的里程碑，也标志着我正式步入法律职业的殿堂。欣喜之余，更多的是感受到这份职业赋予的责任与使命。怀以谦卑之心，牢记党的教诲，如何迅速融入这样一个严谨且充满挑战的角色，不禁引发我对行业准则深深地思考。为期一年的实习过程中，在指导老师的引导下，通过一定体量的文献阅读和行业实践，我认为，一名合格的法律工作者，首要且最重要的便是学习和贯彻律师执业纪律，牢牢遵守律师职业道德，在规范的体系框架内稳步前行，沿着优秀同行的职业轨迹，迈出自己坚实的一步又一步。关于我对律师执业纪律与职业道德的学习总结与浅显见解，我将从以下几个方面展开：

1. 律师执业纪律与职业道德的背景

首先，律师执业纪律和职业道德涉及的层面是多维度，内容繁多且较为复杂，但是从以下几个方面进行总结认识：

1.1 法律框架和行业规范

1996年5月15日，随着《中华人民共和国律师法》的首次颁布，确立了职业法律工作者执业行为的基本法律规范，并随着近些年来多次修订，律师执业制度不断完善，形成了

统一的行为准则。而中华全国律师协会制定的《律师职业道德和执业纪律规范》不仅进一步对律师执业纪律进行了充分补充,同时明确了律师执业过程中应当遵守的道德准则和纪律要求,对律师这份特殊的社会职业提供了健康高效的指导方针,顺应了我国法治建设的需要和发展。

1.2 党的领导和社会责任

律师职业是经济时代社会发展的必然产物,是为广大人民群众提供法律保障的服务行业,并随着法治建设日益完善,公众法律意识日渐提升,其需求量愈发明显。身处在这样的行业之中,要求我们每一位执业律师要勇于承担维护法律尊严的责任,为更好地实现社会公平正义提供个人价值。其中,尤为重要的基础和前提是,要坚定地拥护中国共产党的领导,坚持中国特色社会主义法治道路,正如习近平总书记所强调的“中国共产党是中国特色社会主义事业的领导核心,处在总揽全局、协调各方的地位”。唯有牢记行业使命,加强对党的认识,肯定中国共产党的历史地位及作用,才能践行对法治社会建设的承诺,为人民群众提供优质高效的法律服务。

1.3 行业发展和国际环境

中国律师行业在经过近些年来的高速发展,行业规模已趋于稳定,律师事务所及律师人数增长速率逐步放缓,我国的法律市场也逐渐完善。并随着越来越多新型行业的崛起,律师服务呈现多元化的发展态势,除了传统的诉讼业务外,公司制度、知识产权等新兴业务类型需求迅速提高。同时,在全球化背景之下,国际法律服务标准和国际律师职业道德对中国律师的执业水平提出了更高要求,我们需要在愈发紧密的全球化经济合作和交流中不断完善自身职业能力,提升在国际法律服务层面的竞争力和影响力。这意味着,中国律师在不断探索服务模式的创新道路上,在国际化法律体系建设的环境中,严格遵守律师执业纪律和职业道德规范,顺应中国律师行业由量变到质变的时代潮流。

2. 律师执业纪律和职业道德的规范体系

道德是内心的法律,法律是成文的道德。二者相辅相成,并不是独立单一的个体,正因

其相互影响，相互印证，形成了符合社会价值认知的行业规范守则，笔者从下列几处角度简要阐述：

2.1 体系构成和实施机制

律师执业纪律和职业道德首先要求每一位执业律师忠于宪法和法律，在执业过程中的任何环节牢记以事实为依据，以法律为准绳的底线原则，将法律规范和行业章程的内容深深地烙印在脑海里，确保业务开展流程具备程序正当。其次，诚实守信和敬业勤业原则要求我们在面对每一位当事人，处理每一桩法律事务时，都应当勤勉务实，尽心尽力地维护当事人的合法权益，踏实钻研业务深度，不断提升业务能力，站在全局考虑问题，珍惜个人名誉，维护行业声誉。再次，守密原则和公平竞争原则同样重要，要尊重当事人的隐私利益，尤其注重商业机密的保障义务，建立律师与委托人之间合作的相互信任。同时，尊重同行，鼓励公平竞争，在法律既定的程序范围内，证据事实和业务水平才是决定双方输赢的关键。最后，律师同仁应当时刻肩负律师行业所赋予的社会使命，积极参与社会公益性质活动，为更多需要提供法律帮助的社会弱者伸出援手，为社会平衡发展贡献个人价值。以上所言的体系规范在实施过程中，不仅依靠相应的法律条例进行约束，同时，律师事务所也应当完善自身管理，加强对律师承办业务的监督与检查。律师协会及司法行政机关也必须履行自身职责，无论是对律师队伍的业务能力考察，还是道德水平教育，以及实践过程中的案件问题总结，都应保持精益求精的管理态度，也要拓宽群众监督渠道，确保社会大众能及时有效地反映问题。

2.2 教育培训的内容和必要性

律师执业纪律体现在执业过程中的每个阶段，也贯穿到每一位执业律师的执业生涯中。如律师业务的开展，不得同时在两个或两个以上的律师事务所执业，不得私自接受当事人委托或收费；诉讼或仲裁过程中，规定着装，举止文明礼貌，严守法庭秩序，不得伪造证据或提供虚假证词等；违反执业纪律的行为，不仅会被依法追究法律责任，依据情节严重性给予相应的行政处罚。律师职业道德教育应当建立长效机制，不仅要坚定律师的职业信仰，树立为民服务的职业理念，更要求将依法执业，恪守诚实信用，维护社会公平正义的道德准则通

过不断学习，反复强调，成为每一位执业律师的道德目标和行为宗旨。加强执业纪律和职业道德的教育培训，是维护法治精神，提升行业服务质量的重要举措，不仅能够更充分地保障当事人的合法权益，增强社会公众对律师行业的信任程度，也更有利于提高律师队伍的整体服务水平，建设高素质法律服务队伍，在促进法治社会建设的同时，适应社会发展的需求，更突出地发挥在社会矛盾纠纷中的调解作用。

3. 律师执业纪律和职业道德的现实挑战和解决方案

如何将法律规范及道德准则条例融入社会实践是现实难题，确保其有效实施是必须攻克的难点，可以通过以下几个方面总结问题并寻求解决路径：

3.1 执业纪律的执行难点

律师作为众多社会职业角色中的一员，除了其所具备法律专业门槛的特殊属性外，同样追求个人经济价值，这是所有行业价值的基本追求。但是，往往会存在个人利益与客户权益之间的冲突，部分律师在追求个人利益时忽视了客户的利益损失。这同时涉及到另一个行业痛点，律师的行业声誉与形象维护。即便在如此完善的行业规范管理下，仍有少数害群之马的个人不当行为，因追求私利破坏了律师的社会公众认可度，对整体行业的业务开展造成无法挽回的巨大损失。

3.2 律师职业道德的公众期待性

律师作为维护社会法治建设的守护者，理应把社会利益放在首位，这就要求我们应当具备高于一般行业的道德标准。但是，在执业过程面临的案件难题中，往往充满了种种道德困境，如在杜绝伪造证据或与司法人员不正当交往时，往往委托人会因为确保个人利益地快速实现去干扰和影响我们的本能判断，这就要求我们强化底线意识，明确执业红线不可触碰的原则。在与部分当事人的沟通中，我们所坚守的诚信准则因与其利益冲突，并不一定得到认可，这就要求每一位法律同行是否能在案源拓展和道德理念的博弈中，不忘初心，坚守道德底线。

3.3 建议与举措

首先，社会监督与自我约束间的平衡，依赖于监管力度和惩罚措施，要求司法行政机关完善行政管理体系，执业机构建立内部审核制度，确保律师执业决策的合法性与合理性；其次，思想教育与纪律培训必须保持经常化、规范化，通过课时记录、硬性考核的方式保障该项进程的开展和实施；再次，管理队伍建设、党组织建设作为首要议程，管理机构同志业务能力过关，作风优良，执业机构党员律师发挥模范带头作用，团结和领导律师队伍进行工作改革和业务提高；最后加强整顿社会法律服务秩序，严查未经批准私设法律服务机构及盗用律师名义开展法律业务行为，依法取缔并处理，维护法律服务行业的行业入职标准和律师形象，同时完善投诉和处罚机制，拓展群众监督举报机制，设立处罚公告和通报制度，引起对律师违纪违法行为的重视，提高违法违规行为的成本，将维护社会公众的合法权益与维护社会公民公平正义有效统一。

律师作为法律的践行者与捍卫者，在推动法治中国文明建设的进程中承担着重要角色。遵守律师执业纪律和职业道德，从社会层面而言，是维护法治精神和法律权威的有力体现。于个人角度而言，是职业生涯的起点和可持续发展的基石。不仅是律师行业最为关键的自律机制，对于规范法律服务市场同样有着举足轻重的作用。不断巩固执业纪律和职业道德的学习成果，加深对二者的认识理解，让每一位律师同仁从中受益匪浅，既有助于我们对职业风险的识别与防范，也有助于建立良好的律师职业形象，是与客户建立健康合作关系的重要前提。随着全球化趋势不断演变，国家法治建设日益完善，法律服务市场瞬息万变，这于每位执业人员来说，既是机遇也同样是挑战，这就要求我们必须牢记使命，肩负社会责任，严于律己，将执行纪律作为开展法律业务的行业标尺，不断总结和反思实践过程中的问题与不足。将职业道德融入个人价值观，提升个人法律信仰，强化思想意识，培养良好的职业操守，在个人成长和自我完善的进程中，为当事人提供更高效的法律服务。展望未来，坚持深入研究执业纪律和职业道德的内涵，不断完善和改进自身行为，以更严格的标准要求自己，以更开放的心态接受监督，我们有理由相信，律师行业必将在今后的法治建设新征程中发挥更积极

的作用，为实现社会和谐发展，国家长治久安贡献更大的力量。

作者单位：安徽华睿律师事务所

参考文献：

[1]第十届全国人民代表大会常务委员会：《中华人民共和国律师法》（2017 修订）

[2]中华全国律师协会：《律师职业道德和执业纪律规范》

民法典下离婚冷静期制度探讨

安徽华睿律师事务所 王忠全

【摘要】近年随着我国离婚率不断增高，极大因素地影响了婚姻及社会的不稳定性，究其原因主要是大多数人对婚姻家庭的不重视，轻率、冲动做出离婚的决定。为此我国积极响应社会发展趋势以及社会需求，并积极借鉴国外经验，通过立法解决冲动离婚的问题，随之我国离婚冷静期制度应运而生。《民法典》第 1077 条是我国通过立法层面设立离婚冷静期制度，这是我国现行法律法规中首次提出且唯一的明文规定。从条文内容以及与细致程度上来说，我国离婚冷静期的立法较为简单，未从多维度及多方面考虑，存在“一刀切”的问题。因此，此制度一出台便引起了社会极大地关注与讨论度，备受社会争议。

离婚冷静期政策制度设立的目的是为了维护家庭和谐以及社会的稳定，有极大的现实意义。但在具体实践与应用中，仍需不断探索并适应社会需要，同时逐步完善、细化，更好的解决实际问题，最终实现立法的目的。本文将结合我国离婚冷静期制度存在的发展背景及发展现状，客观阐述离婚冷静期制度的适用及其优势，分析我国存在的问题及解决的方式，对我国的离婚冷静期制度进一步完善，保障离婚冷静期制度发挥最大作用，降低我国离婚率，极大程度的促进社会的稳定和谐。

【关键词】民法典；离婚冷静期制度；婚姻家庭

一、我国离婚冷静期制度概述

（一）我国离婚冷静期的概念界定

离婚冷静期是指在离婚自由原则下，婚姻双方当事人申请自愿离婚，在婚姻登记机关收到该申请之日起一定期间内，任何一方都可以撤回离婚申请、中介登记离婚程序的冷静思考时间。

协议离婚一般又分为登记离婚下的冷静期和诉讼离婚审查期，两者具有较大程度上的差别。登记离婚冷静期是指双方达成一致意愿前往婚姻登记机关申请离婚，婚姻登记机关在规定的期限

内对双方提出的离婚申请进行审查，在一定程度上保证当事人为避免冲动草率，给当事人一定的冷静时间，再次认真考虑是否离婚。这种方式既保障了当事人离婚自由的权利，同时也给当事人双方一定时间内的考虑，目的是为了减少因一时赌气而导致双方做出冲动离婚的决定，这种登记离婚冷静期并不是限制当事人的离婚自由，在一定的期限后，是否做出离婚决定，选择权仍然在当事人双方。而诉讼之下的离婚审查期是我国法院在审理离婚案件的情况下，一般给当事人设置一个月至六个月不等的的时间予以考虑，这种情况下双方当事人只能选择被动的等离婚审查期结束后，通过法院法官的决定来确定是否准予离婚，当事人并不能由自己决定是否离婚，限制了当事人的离婚自由，失去了自主决定权。本文所指“离婚冷静期”为协议离婚下的登记离婚冷静期。

（二）我国设立离婚冷静期制度的理论基础与现实意义

1、有利于契合婚姻自由与限制的法理要求

法哲学家以赛亚·柏林解释到“自由就是排除他人干预，若存在比自由更高的价值可以对自由进行适当的限制，但是必须保留最低限度的自由。”为了使群众都能成为自由人，则必须对个人的自由予以限制，要受到法律与道德的制约。同理，对于离婚自由也应当是在法律允许的范围内社会大众都能成为真正的自由人，必须在一定的范围之内限制个人自由。自由是相对的，而不是绝对的，要被法律和道德所制约。当双方因爱情选择进入婚姻的同时，便意味着在享受婚姻自由的同时也应受到婚姻的约束。如果不对双方离婚自由进行规制，完全取决于当事人的意愿，则极大地降低了人们对婚姻所产生的责任感。保障婚姻自由的目的是为了群众享有自主权，不受他人干涉，无论是婚姻的开始或是终结，都出于当事人的真实意愿。婚姻关系应具有持续性，要坚持离婚慎重原则。离婚冷静期制度在个人自由与社会正义实现了统一，在实现家庭本位与婚姻自由当中得到平衡，同时也限制双方当事人在受到婚姻自由的选择中考虑家庭整体因素，减少冲动、鲁莽而随意做出的选择，维护了家庭及社会的稳定和谐。

2、有利于遏制冲动型离婚

冲动离婚的后果极大地影响社会的稳定性因素，由此产生的负面影响，使越来越多的人对婚姻失去了信心，产生了质疑。随着离婚人数不断增加，导致我国结婚率出现下降。法律门槛过低也对此产生一定影响。2003年的《婚姻登记条例》对离婚审查期予以删除，减少公权力对婚姻

登记的影响，将登记离婚完全取决于当事人自身意愿，离婚登记仅需登记机关进行形式审查，无需进行实质审查，只需现场询问双方当事人的意愿表示是否达成共识，以及夫妻共同财产及子女抚养问题上做出约定，即可签订离婚协议书，工作人员便立即为当事人办理离婚手续，不受任何影响，政府职能也由管理型转变为服务型。此种形式减少了离婚等待时间，但另一方面降低离婚门槛，使得冲动离婚率也随之提高。

由此看来，对登记离婚加以约束，通过设立离婚冷静期制度可以一定程度上缓解严峻的婚姻形势。通过时间期限促使当事人冷静思考，重新审慎考虑自己的真实意愿。另一方面，离婚冷静期是否经过也能在当事人的诉讼离婚中为法官提供双方感情提供参考，以辅助法官做出合理判决，且诉讼离婚中的时间成本及金钱成本抑制当事人冲动离婚的想法，有效地控制了离婚率的增长。

二、我国离婚冷静期制度存在的问题

离婚冷静期制度开展实行以来，各地离婚率明显有所下降，说明离婚冷静期的所发挥的作用已经起到了实质性的效果，但是该制度并不完善，仍存在一些不足，并未对离婚冷静期制度规定进行细化及区分，存在“一刀切”的情形。而且如果只单单通过离婚冷静期制度的设立并不可能达到预期效果，需要系统完善的配套制度进行配合，本章将对离婚冷静期制度在立法与实践中的部分问题进行分析。

1、指导原则缺少规定

我国目前两部婚姻法中都明确规定保障群众的离婚自由，反对轻率、随意地离婚。但在施行过程中却没有理想化，在登记离婚的制度中，特别是 2003 年取消离婚审查期后，对登记离婚未进行任何限制条件，并未体现出婚姻法所确立的反对轻率离婚原则。自《民法典》颁布以来，离婚冷静期制度随之而诞生，登记离婚作为婚姻家庭制度中不可或缺的一部分，应具有其特定独特的指导原则，但目前婚姻家庭编中只有基本原则和指导原则，并未针对离婚冷静期所制定的原则。离婚冷静期发挥着独特的作用及意义，在适用过程中也面临着不同问题，是否应该在符合相应的情况下选择适用还是作为强制性规定强制适用，在适用情形上是否应作区分，是不分情况所有案件均可适用，适用过程中需要注重保护哪方的利益，离婚自由与离婚冷静期之间的关系等，都会影响着离婚冷静期的实用性，因此应当加快离婚冷静期的适用原则。

2、适用对象不尽合理

目前争议最大的理论问题就是在离婚冷静期的适用范围。针对目前的登记离婚与诉讼离婚，离婚冷静期制度与之又有何关系。单从《民法典》第 1077 条规定的内容看，从文义解释来说，只适用于登记离婚的情形，从完善立法的角度来说，有一部分人认为应当将该条规定扩大至诉讼离婚中。除适用范围有争议外，适用情形也有待明确，出现特殊情形时如家庭暴力、虐待妇女儿童、遗弃等，在出现特殊情形时如果仍要适用离婚冷静期无疑会加大一方所处的危险处境，不会出现没有撤回离婚申请的可能，这种情况下离婚冷静期制度便可以不适用。离婚冷静期制度适用建议可以通过对死亡婚姻和危机婚姻进行区分，让无和好可能的死亡婚姻尽快办理离婚，不再适用一个月的离婚冷静期。

3、期间计算无规定

离婚冷静期制度的时间自向婚姻登记机关提交离婚申请之日起三十天，当事人双方共同办理手续，这适用于一般情况之下。但在实践过程中会出现特殊例外的情况，如在冷静期间，当事人失踪或死亡的，期间是否延长、终止或者停止计算或重新起算，如果出现家庭暴力情况或遗弃等恶劣情形，冷静期间是否需要减少或终止适用。或者在期限届满时，由于某些原因无法亲自到婚姻登记处办理离婚，此时是否可以延长期限。故在特殊情形发生时，对于离婚冷静期的期限进行计算划分是十分有必要的。

4、缺乏相应的配套措施

我国目前对于离婚冷静期只有简单的规定，并没有完整配套的制度对体系进行完善，单纯靠离婚冷静期并不能实质上改变离婚率，从其他国家立法来看，对于离婚冷静期都规定了相应配套的制度，比如调解制度，分居制度等。调解制度在我国诉讼离婚中有明确的规定办理离婚案件时，应先对当事人双方进行调解。虽然诉讼离婚和登记离婚存在不同，但也具有一定的参考意义。如果仅依靠双方当事人回家冷静，并不能产生实质性的影响，应制定相关配套的制度，不仅使双方足够冷静也能让对方思维变得理性，可以通过基层群众自治组织对离婚双方当事人进行调解工作，或者由情感方面的专家为双方当事人提供咨询，或者通过分居，让双方脱离彼此独自生活，通过

这些措施来更好地发挥离婚冷静期的作用，不仅有国家公权力进行干预也有社会组织调解，配套融合不仅利于家庭的和谐，也让当事人感受到法律的温度。

三、完善我国离婚冷静期制度的建议

我国离婚冷静期制度存在着一些问题，离婚冷静期制度在其他国家的发展过程中也会存在各种问题，但大多数国家已经逐渐探索完善解决途径，通过结合国外优秀经验，对我国的离婚冷静期提出一些意见建议。

（一）明确离婚冷静期制度的适用原则

1、强制适用原则

我国目前关于离婚冷静期制度的规定，并没有进行具体细致的规定，所有的登记离婚不分情况一律适用，这种“一刀切”的形式并没有从实际情况出发，我国可以借鉴其他国家的离婚冷静期制度，根据离婚个案的具体情况来具体分析判断是否适用离婚冷静期。我们可以将一些离婚案件中的特殊情形列举出来，如符合这些特殊情形的不适用离婚冷静期，其他一般情况的必须适用。对于双方是否享有对离婚冷静期制度的适用具有选择权，认为离婚冷静期的适用应当具有强制性，除规定的特殊情形外。因为离婚冷静期主要是防止夫妻双方冲动离婚，让双方通过冷静期在一个月期限内冷静思考。如果当事人双方拥有是否适用离婚冷静期制度的自由，那离婚冷静期制度绝大多数情况下将不被选择。离婚双方在去婚姻登记机关进行登记时，本身情绪就比较激动，离婚的意愿在当下积极强烈，为了赌气快速结束婚姻，不会选择离婚冷静期，那么离婚冷静期制度的设立将成为摆设，也不利于社会的稳定和谐，因此离婚冷静期制度需要强制性适用。在其他国家，离婚冷静期同样也不允许当事人随意选择适用，都是强制适用，虽然在一些国家规定的分居制度可以选择适用，这与其国家传统文化相关，所以将分居制度和离婚制度一样进行适用。但我国的离婚冷静期的目的是给双方一个挽救婚姻的机会，应当强制适用该原则。

2、区分适用原则

区分适用原则在大多数国家都规定了该原则，是指离婚冷静期的制度应当根据各夫妻之间的不同情况来区分适用，主要分为以下两种情形，第一，是否适用离婚冷静期制度；第二，冷静期时间适用的长短。夫妻双方因导致离婚的因素多种多样，各不相同，应当将面临不同的情况进行

区分，如果不进行区分统一适用离婚冷静期，一方面限制剥夺了当事人的离婚自由。另一方面如果是因为一方遭受家暴、虐待等危险紧急的情况下，继续适用离婚冷静期，加大了被害方的危险处境，施暴者如果在冷静期间撤回离婚申请进入诉讼离婚当中，将更加延长了受伤害一方的痛苦时间，给当事人的身心健康带来不利影响。根据其他国家的一般规定，应当将双方是否有未成年子女需要抚养的问题，在适用离婚冷静期时也加以区分，站在未成年子女的角度上出发考虑，更好地维护未成年子女的利益。其他国家看夫妻双方结婚时间来作为标准划分，如果结婚时间没满足条件，则不同意双方的离婚申请。我国也应当明确区分适用原则，根据情况的不同来进行区分。

3、未成年子女利益最大化原则

未成年利益最大化原则已经得到国际上的普遍认同的一项基本原则，英国、美国、澳大利亚以及我国台湾地区，都已经通过立法确立了该原则。关于对儿童权利保护的重点就是未成年子女的利益最大化，我国对于未成年子女利益的保护规定并不具体，通常是综合性的条款，即保护妇女、儿童、老人的合法权益，不能使未成年子女的利益最大化，将该原则写入立法已经成为世界立法的趋势，将离婚后未成年子女的抚养权归谁转变为如何对未成年子女更加有利。

《中国儿童发展纲要》已经明确了我国的“儿童最大利益原则”。孩子是祖国的未来，儿童在成长阶段，心智并未发展成熟，容易受到他人的干扰与伤害。研究表明，未成年犯罪中单亲家庭的孩子比正常家庭的孩子的犯罪率要高，孩子缺少父母的关爱，心理也会受影响，孩子在难过伤心时不能找到宣泄口，而是选择忍耐、独自伤心，经过长时间的累积之后，孩子容易患上抑郁症等心理问题。因此我国在处理离婚案件时，应把未成年子女的利益放在优先考虑的地位，全面、细致的考虑他们的利益，减少因父母离婚所给他们带来的伤害。我国未成年利益的保护较其他发达国家相比处于落后阶段，缺少通过立法的形式来保护未成年的最大利益，建议把未成年子女利益最大化写入法律当中，采取最有利于未成年人的措施，实现未成年子女利益最大化。

（二）细化离婚冷静期制度的适用情形

1、离婚冷静期制度只适用于登记离婚

我国的离婚冷静期制度目前只适用于登记离婚当中，但目前并没有形成主流观点，部分学者应使用诉讼离婚当中，主要观点是认为在诉讼离婚的过程中，也有不少夫妻存在冲动离婚的情形，

诉讼离婚虽然审理期限较长，但是双方并没有足够的时间冷静下来思考是否离婚，双方在诉讼过程中情绪激动，始终处于敌对、对峙的状态。法院在诉讼离婚中探索离婚冷静期的适用，取得了不错的效果。并不建议在诉讼离婚中适用离婚冷静期制度，一方面，诉讼离婚的时间往往比登记离婚的时间期限较长，诉讼离婚中规定离婚调解程序需要前置，而且首次离婚法官往往并不判离，如果此时在适用离婚冷静期，将无疑使得双方离婚的时间变得冗长。

相较于诉讼离婚，我国以前的登记离婚便简单容易许多，只要双方达成一致的意思后，便可去婚姻登记机关申请离婚，基本当天申请即可办理离婚，诉讼离婚与登记离婚在程序以及时间上具有较大差别，因此绝大多数为了快速办理离婚，都选择登记离婚，导致我国的离婚率增长，其中大部分选择登记离婚的为了一时之快而选择，冲动离婚的夫妻不在少数。因此需要对离婚冷静期间加以限制，防止冲动离婚，通过设立离婚冷静期的形式来减少两种离婚方式之间的差距。在诉讼离婚中法官会先对双方进行调解，在此期间以及再次起诉的时间限制实际上已经给与离婚双方足够的时间来冷静，离诉讼离婚中也有不少的当事人，在调解过程中选择撤诉，离婚冷静期在诉讼离婚过程中可以看作作为一种探索、改革，其可以通过程序法上来加以规定。

2、特殊情形排除适用离婚冷静期

离婚冷静期的适用存在普遍式，并没有规定某些特殊情形下可以排除适用，如死亡婚姻、家庭暴力等危险情形，如果仍要求必须适用离婚冷静期将加大受害方的痛苦，如果在冷静的过程中受害方撤回离婚申请，那么只能通过诉讼离婚，而诉讼离婚相较于登记离婚，时间长且程序多，加大受害方所处的困境，无法快速结束婚姻关系。美国在离婚冷静期的适用中，规定了一方受到家庭暴力、囚禁等情形，可以不再适用期限的限制，直接即可办理离婚登记。我国目前对离婚冷静期的适用尚未规定排除适用的情形，建议我国可以规定离婚冷静期排除适用的特殊事由，以维护社会的和谐稳定。

（三）灵活适用离婚冷静期间

1、是否有未成年子女应区别适用

离婚冷静期的期间一般分为“单一模式”和“区分模式”，大多数国家采用的是区分模式，根据离婚案件个案的特殊情况，来制定不同的适用期间，而我国采用的是“单一模式”，即所有

进行登记离婚的，均需要适用一个月的离婚冷静期，这种普遍式的处理，并不足以应对离婚个案的复杂性。对于采取“区分模式”的国家，主要来进行区分的标准是双方是否有未成年子女需要抚养。《儿童权利宣言》和《儿童权利公约》都明确了“儿童最大利益原则”，《中国儿童发展纲要》也明确了“儿童优先”原则。儿童在成长的过程中，家庭因素是不可或缺的关键。对于离婚的家庭导致家庭的破散，未成年的成长受到了疏忽，在登记离婚中对于未成年的抚养问题也只进行简单的形式审查，为出于保护未成年人利益及身心健康考虑，建议将离婚双方是否有未成年子女来区分离婚冷静期的期限。美国在离婚冷静期上的规定，如果双方有未成年子女需要进行抚养的，离婚冷静期期限为180天，而夫妻双方没有未成年子女需要抚养的，离婚冷静期为90天，以此来保护未成年人的利益。建议我国采用“区分模式”，看夫妻双方是否有未成年子女，如果有未成年子女需要抚养，建议可以适当延长离婚冷静期期间，对于没有未成年子女需要抚养的适用一个月的冷静期间。

（四）完善离婚冷静期的相关配套制度

1、完善婚姻调解制度

国外在处理离婚案件的时候充分发挥重视调解的作用，比如英国的信息会议、美国的离婚教育指导课程等。调解在离婚案件中起着不可替代的作用，离婚案件中起着决定性作用的是夫妻双方之间的感情，我国也十分重视调解的作用，调解制度在我国已经有几千年的历史，被世界称为“东方经验”。我国有专门的人民调解委员会，也有基层群众自治组织。我国目前已经有部分地区专门设立婚姻调解委员会，但是婚姻调解委员会所进行的调解并没有强制性，只有双方当事人主动要求进行调解才发挥了婚姻调解委员会的作用，且委员会的人员水平不统一，可以从基层群众自治组织、妇联、调解委员会等原来行使婚姻调解职能的机构中进行抽调后，还必须要在婚姻登记机关接受专业的培训，认真系统的学习婚姻相关知识。还可以从法院、高校或者实务部门聘请兼职调解员，扩充调解队伍，提升调解工作质量。

建议将我国的婚姻调解委员会的调解赋予强制性，使调解制度作为离婚冷静期的配套制度使用，俗话说“当局者迷，旁观者清”，夫妻双方可以通过调解进行介入，让调解员分析离婚所给家庭带来的伤害，找出夫妻双方的矛盾点，使得双方真正冷静的坐下来听取调解员的意见建议，

反思婚姻中存在的问题并找到解决方式。我国也可以借鉴日本的家事官，细化调解员的分类，不仅可以减轻调解员的培训负担，也可以组成调解员小组，有利于调解员互相协助，全面的了解夫妻双方的婚姻问题，提供更加精细化的服务。

2、适用离婚冷静期前夫妻进行财产申报

在社会发展的实际过程中，女性在婚姻中主要充当着相夫教子，以家庭为生活重心，而男性的收入为家庭主要的经济来源，部分女性对于家庭的共同财产的多少并不完全清楚。宁波妇联发布的信访报告显示，在关于离婚财产分配的信访案件中，男性仍然在经济上占主导地位。^[14]因此在夫妻双方离婚过程中，男方可能存在隐瞒夫妻共同财产或者虚构真实债务，我国对于财产申报制度并没与完善的制定相关规定，夫妻共同财产可能得不到公平的分配，因此为了夫妻共同财产的安全，防止对方转移、隐匿财产，建议在离婚冷静期适用期间，让夫妻双方对共同财产进行申报，填写申报表，如果不真实的填报应当采取一定的措施，并建立专门的档案。如果任何一方转移或者破坏夫妻的共同财产，有权制止该当事人立即停止侵害财产的行为，并予以记录，充分保护夫妻双方共同的财产利益。

作者单位：安徽华睿律师事务所

参考文献

- [1]李明舜：《婚姻家庭继承法学》，武汉大学出版社 2011 年版，第 208 页。
- [2]夏吟兰：《民法分则婚姻家庭编立法研究》，中国法学 2017 年第 3 期，第 76 页。
- [3]薛宁兰,谢鸿飞：《民法典评注婚姻家庭编》，中国法制出版社 2020 年版，第 377 页。
- [4]侯晓然：《“离婚冷静期”在国外》，中国妇女报 2018 年第 1 版。
- [5]柯阳友,李琼：《我国家事审判改革的重点》，辽宁师范大学学报 2019 年第 5 期，第 15-16 页。
- [6]贺茜好：《我国诉讼离婚冷静期制度研究》，辽宁公安司法管理干部学院学报 2019 年第 5 期，第 94 页。
- [7]郭静：《宁波妇联统计：婚姻家庭权益类信访占七成》，中国宁波网。

婚外情赠与问题返还问题研究

安徽一悦律师事务所 王祖军 韩京

【摘要】婚外情作为与善良风俗明显相违背的行为具有社会热点属性，往往会引起广泛的关注和讨论。婚外情的发生也经常引发一些经济上的纠纷，以婚外情赠与纠纷为典型。目前，在司法实践中关于婚外情赠与返还问题存在较大分歧。本文将从不法原因给付制度的角度出发，结合当前司法实践的裁判现状，对婚外情赠与返还问题进行探讨。

【关键词】婚外情赠与；不法原因给付；返还

一、引言

婚姻不同于一般的民事法律关系，婚姻关系具有较强的人身属性，婚姻关系中的伦理道德规范夫妻双方均应遵守。婚外情是指已婚者与配偶之外的人发生恋情，婚外情作为违反婚姻忠诚义务和婚姻法律规范的基本价值的行为，与传统道德观念相悖，对于家庭和社会都会造成极大的危害，理应受到否定性评价。如果仅仅是婚外情这种单纯违反道德的行为还不宜交由法律介入，但是出轨者为维持婚外情这段不正当的关系，往往伴随着金钱、房子等贵重物品的赠与，导致因婚外情而产生的经济纠纷层出不穷，此时就需要将这类纠纷纳入司法系统处理。而由于这类纠纷具有社会热点属性，一经舆论传播，便会引发社会热议，成为舆论焦点，因此会引起司法机关的重视。但是，与婚外情行为受到一致负面评价不同的是，目前，在司法实践中对婚外赠与第三者财产是否要返还以及返还数额的问题上存在着较大的争议。赠与婚外第三者财产的返还问题，事关夫妻共同财产的权益保护和家庭的和谐稳定。而婚外情赠与背后存在着不法原因给付理论，而我国的现行立法对不法原因给付制度没有做明确的规定。法官在运用现行法律进行裁判过程中如何保护夫妻共同财产，如何对悖俗行为进行否定性的法律评价，如何使得裁判结果能够对社会作出正确的指引，成为司法实践上值得深究的问题。

二、婚外情赠与返还问题概述

（一）婚外情赠与的认定

讨论婚外情赠与返还问题首先要对婚外情赠与行为进行认定，笔者认为构成婚外情赠与行为有三个要件：一是需要有赠与的行为，即作为出轨者的赠与人要将财产有意识地终局性转移给婚外第三者所有；二是赠与行为须发生在婚姻存续期间，在婚姻存续期间，赠与行为才有可能损害到夫妻共同财产，使得另一方夫或妻的财产受损；三是该赠与行为是为了维持婚外情这段不正当男女关系，婚外情需要具有一定的持续性，为了维持这段关系而伴随着财产的赠与。也正是因为这种不正当男女关系与我国的传统的道德观念不符，违背公序良俗使得该赠与行为符合不法原因给付的内涵。

（二）不法原因给付理论

不法原因给付起源于罗马法，它是指基于不法的原因而为的给付，当事人基于违反法律、行政法规的强制性规定或者是违背公序良俗的原因所产生的给付行为。婚外情赠与因违反公序良俗自然属于不法原因给付。不法原因给付原则上是禁止返还的，其目的是为了惩罚不法给付人，如果违反法律法规或者公序良俗的给付人，能够依照法律主张返还从而使得财产恢复到原有现状，无疑是对这种“不法给付”的鼓励，显然是不合理的。不法给付行为人已将自己置身于法律秩序或道德秩序之外，那么，法律对其最好的制裁便是让其目的落空，禁止返还即让不法者无法通过法律的手段达到其目的。同时，从法律指引作用的角度出发，禁止返还有助于预防当事人订立或者履行违反法律法规或者公序良俗的合同，从而起到减少违法行为或者悖俗行为的效果。“不法原因给付禁止返还”的精神在于拒绝将法律变成给付者的保护工具，从而实现对不法原因给付行为的制裁。如果不法者可通过主张自己的丑行而达到其目的，法律的正义感将会受到质疑。

在司法实践中“不法原因给付”常见的类型有赌资类，即明知是赌博而产生的“债务”进行的给付；悖俗请托类，即为了实现不正当的利益而花钱找关系，所谓的“人情费”；嫖娼类，双方为了发生不正当的性关系一方给予另外一方一定的财产。婚外情赠与也作为常见

情形，但与前面三类不同的是，这三类一般仅涉及到给付人和受益人两方当事人的利益，而婚外情赠与，除涉及到出轨者和婚外第三者外，还因侵害夫妻共同财产而涉及到出轨者配偶的利益。那么，如何在保护夫妻共同财产的同时，还对婚外情赠与双方当事人进行法律上的否定性评价，成为裁判者需要思考的问题。

三、婚外情赠与返还问题的裁判现状

通过查阅相关案例，笔者发现婚外情赠与请求返还的诉讼中，多数案件的诉讼地位是以赠与人的配偶为原告，作为受赠人的第三者为被告，而赠与人作为共同被告或者第三人。司法实践总体上分为四种做法，一是判决全部返还；二是判决部分返还；三是判决不予返还；四是驳回起诉。

（一）全部返还

判令第三者全部返还是实践中主流的裁判路径，理由也较为一致。即婚姻关系存续期间，夫妻共同财产作为一个整体，夫妻双方不分份额地对其享有所有权，若非因日常生活需要，任何一方无权单独处分夫妻共同财产。而婚外情赠与属于一方违反夫妻忠实义务擅自将财产赠与他人，该赠与行为因违反《民法典》的 153 条公序良俗规定而全部无效，法院基于《民法典》第 157 条民事法律行为无效的后果或者基于《民法典》第 985 条不当得利得出全部返还的判决。

但是值得注意的是获赠财产全部返还的裁判中出现了法院试图惩戒赠与人而进行的利益平衡，如沈阳市铁西区人民法院(2022)辽 0106 民初 12994 号案件中，原告向第三者主张资金占用期间的利息，法院会以利息主张缺乏充分依据来一定程度上对作为出轨者的赠与人的利益进行否定。

（二）部分返还

在判决部分返还的案件中，法院的论证主要有两种：一是基于事实不清，证据不足，未能证明赠与人支付全部款项均系赠与性质。对于用途和性质均不明确的款项，不能简单地认定该款项是基于婚外情而产生的给付，因此对于这部分款项不予返还，法院仅对认定系为维

持不正当男女的关系的款项予以返还。二是对赠与财产进行夫妻共同财产的分割，对属于无过错的出轨者配偶的财产予以返还。如天津市宝坻区人民法院（2017）津 0115 民初 8261 号案件中，法院认为在婚姻关系存续期间，将夫妻共同财产擅自赠与婚外情人，其行为符合《民法典》第 1092 条，应属转移、挥霍夫妻共同财产，因此原告可以要求就此部分共同财产进行分割，但由于双方婚姻关系仍然存续，共有关系未终止，无法进行具体数额的分割，故应依平分处理，即原告享有该共同财产的一半。赠与人未经原告同意擅自处分属于原告的财产，原告可以主张返还；对于赠与人处分自己所属部分的财产，因违背公序良俗，亦为无效，但该无效民事行为属于“不法原因给付”，不得请求返还。

（三）不予返还

在不予返还的案件中，部分案件是因证据不足，不能证明所涉款项系赠与性质，而判决全部不予返还。只有极少数法院的论证理由中简要地提及“不法原因给付”理论进行法理补充，并通过情理渲染推论出返还背俗而全部不予返还。如北京市昌平区人民法院（2018）京 0114 民初 18707 号案件和河南省郑州市中级人民法院（2020）豫 01 民终 12714 号案件中，法官认为，如果允许返还，无异于重新恢复赠与人的原有财产状况，会激起当事人从事不法原因给付的“热情”，明知自己有配偶仍与他人发生不正当关系的“出轨者”的违法成本太低，“人财两得”的结果将会导致婚外情增加，实际上并不能弘扬社会公德和善良风俗，却起到了对不法原因给付当事人的客观保护作用，于法理不合，亦违反了“不法原因给付不得请求返还”的民法基本原理。

（四）驳回起诉

广东省广州市中级人民法院（2023）粤 01 民终 20360 号案件中，法院认为纠纷是基于婚外情给付行为所导致，在此类纠纷中，赠与人属于恒定的被告。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第十三条之规定，民事诉讼应当遵循诚信原则。赠与人系侵权行为的当事人，对损害结果的发生存在重大过错，仅主张向作为受赠人的第三者还款，未将赠与人作为责任主体，此举有违社会道德、公序良俗，不属于人民法院受理民事诉讼的范围，因此裁定驳回起诉。

此种判决的合理性在于在婚外情赠与的返还主张中，原告作为赠与人的配偶，有可能与赠与人串通，仅向作为受赠人的第三人主张返还，实质上纵容了赠与人“躲在”诉讼程序背后逃避悖俗行为的法律规制，通过返还诉请，赠与人恢复了原有财产，难以实现对赠与人的惩戒。法院通过驳回起诉的方式强制让原告将赠与人列为承担责任的被告，达到惩戒赠与人的目的。

从以上裁判中，不难看出裁判者尽可能做到利益平衡，使悖俗行为人承担相应责任，尽可能的维护无过错配偶的利益。

四、婚外情赠与返还问题的思考

（一）婚外情赠与返还的两难问题——在返还和不返还之间

在婚外情赠与案件中，无论判决返还还是不予返还，都会造成一定程度的消极影响。如果判决允许返还，首先会导致赠与人的违法成本大大降低。赠与人未受到任何财产损失，因其悖俗行为所付出的代价仅限于家庭关系之内，这等同于变相地激励已婚者继续以给付财物的方式维系婚外不正当异性关系，助长婚外情行为，从而产生不良的社会价值导向。

其次，有损法律的威严。法律本身的目的在于指引人们合法行事，合理预防不法行为的发生，对不法行为进行严格的惩戒从而树立一定的威慑力，因此在任何情况下都不能成为人们推卸责任的手段。如果一味的判令第三者返还全部财产，意味着赠与人可以用法律推卸自己的责任，不利于维护法律的权威性和公正性。

如果判决禁止返还，同样会带来不利影响。首先，我国不法原因理论存在着立法空白，如果禁止返还会使得受赠人保有赠与财产，其效果与承认该赠与合同有效并无任何差异。不仅缺乏充足的法律依据，无法维护法的可预测性，还可能进一步加剧类案判决尺度不一的混乱局面。

其次，在双方都知道自己的行为是违反公序良俗时，受赠人基于无效的合同而获益，即基于自身的不法行为获益，这明显不符合逻辑并且夫妻共同财产也未得到保护，不利于婚姻家庭和谐稳定。

（二）婚外情赠与返还的考量因素——找到平衡点

如同前面所述，如果“一刀切”的采用支持返还还是禁止返还，均有可能带来一些不利的社会效果和法律效果。那么，如何在婚外情赠与案件中找到平衡点，既能惩罚赠与人和受赠人的悖俗行为，又能保护婚姻中赠与人配偶的利益，作出法律效果和社会效果统一的裁判，进而对人们的行为起到指引作用，就需要在司法实践中要结合个案具体情况，结合多种因素来进行个案的衡量和判断。笔者认为需要从以下几个方面综合考量：

一是对赠与人和受赠人的主观状态的考量。如果作为受赠人的第三者并不知晓对方是已婚人士，主观上认为只是在谈一场正常的恋爱，这时不宜对受赠人过于苛责，可以适用《民法典》第 986 条得利丧失抗辩，即作为受赠人的第三者并不知道也不应当知道赠与人已婚，且受赠财产已经不存在时，可以免于返还，因此受赠人仅需在所剩利益范围内予以返还；

二是家庭共同财产的维护和对赠与人配偶利益的维护的考量。如果诉讼时，赠与人与其配偶已经离婚，那么此时返还全部赠与财产也不能使得财产恢复到婚姻存续期间的共有的状态，此时为了维护赠与人配偶的利益，可以参照《民法典》第 1092 条对赠与财产进行分割，受赠人应当对属于配偶的财产进行返还；

三是法律对社会的指引作用和社会风尚的维护的考量。如果判决全部返还，虽然谴责了第三者不道德的婚外情行为，但从另一方面来看也宽容了赠与人的婚内出轨行为，不仅不能达到社会善良风俗的维护的效果，反而助长不良风气，给普通民众错误的价值导向。而部分返还的判决主要目的在于杜绝婚外情风气的出现，明确赠与财产后自身权益将不会全部得到法律保护，经过当事人权衡利弊后可能会大大减少婚外情的悖俗行为，进而起到一种法律指引的效果，从而使得社会善良风俗得到维护。

四是对现有法律制度和公序良俗的考量。虽然婚外情赠与案件蕴含着不法原因给付制度存在立法空白且案件中含有较多的道德伦理因素，但是法官仍要在现有的法律框架内进行说理论证，不能以道德裁判代替法律裁判，可以适当运用公序良俗原则进行说理。法律和道德本来就相辅相成，法官不仅要依据法理来审判案件，还要注入情理的考量，实现案件的社会

效果，使一般人能够领会判决中所传达的价值理念，增强公众的信任度。

五、结论

虽然我国法律并未明确规定不法原因给付，但是可以参照不法原因给付禁止返还的“精神”，根据价值利益的权衡来灵活地适用，从而在全部返还和禁止返还之间找到“平衡点”，实现法律效果与社会效果的统一。本文中，笔者并不赞同一刀切的判决全部返还或者禁止返还，应当根据个案情况从赠与人 and 受赠人的主观状态、家庭共同财产的维护和对赠与人配偶利益的维护、法律对社会的指引作用和社会风尚的维护、现有法律制度和公序良俗等方面综合进行考量，从而作出相对合理的判断。

正确处理婚外情赠与案件，平衡各方当事人的利益，实现社会和家庭的和谐稳定。发挥司法裁判在社会治理中的规范、评价、教育、引领等功能，提升社会对于司法裁判的认同感，才能传递正确的社会价值导向，弘扬社会主义核心价值观，遏制不良的社会风气。

作者单位：安徽一悦律师事务所

参考文献

[1]张韵可：《婚外情赠与中“无过错”第三者利益保护辨析》，《北京政法职业学院学报》，2024年第2期，第1页。

[2]高凡：《论不法原因给付的返还规则——以92个案例的实证研究为切入点》，《西南政法大学学报》，2022年第24期，第49页

[3]汪绪文：《论基于不法原因给付的返还》，《华东政法大学学报》，2023年第26期，第176页

[4]李永军、李伟平：《论不法原因给付的制度构造》，《政治与法律》，2016年第10期，第109页。

[5]谭启平：《不法原因给付及其制度构建》，《现代法学》，2004年第3期，第131页。

[6]陈晨磊、陈石磊：《涉婚外情赠与行为的效力》，《人民司法（案例）》，2023年第26期，第49页。

[7]吴晓芳：《《婚姻法》司法解释（三）适用中的疑难问题探析》，《法律适用》，2014年第1期，第70页。

[8]杨勇：《不法原因给付的困境与规则构建》，《交大法学》，2023年第3期，第134页

[9]洪学军：《论不法原因给付》，《河北法学》，2003年第3期，第36页

[10]陈法：《论我国非常法定夫妻财产制的立法建构》，《现代法学》，2018年第1期，第66页。

[11]蔡唱：《公序良俗在我国的司法适用研究》，《中国法学》，2016年第6期，第236页。

律师执业纪律与职业道德

安徽一悦律师事务所 王祖军 王鑫瓏

【摘要】 本文旨在探讨律师在执业过程中所遵循的纪律规范和道德准则。首先,我们将界定律师的职业身份和职责,随后分析当前法律体系下律师执业纪律、职业道德的基本内容及其重要性。接着,我们将探讨律师职业道德的核心价值,良好的职业操守如何影响司法公正和个人声誉,并通过案例研究来展现违反执业纪律和职业道德的后果严重。最后,我们提出一些建议加强律师执业纪律与职业道德的建设以促进律师行业的健康发展。

【关键词】 执业纪律, 职业道德, 社会正义, 司法公正, 社会法治, 职业素养。

在现代社会,法律制度是维护社会秩序和公民权利的重要基石。作为这一制度中的关键参与者,律师不仅承担着为客户争取合法权益的责任,还肩负着确保司法公正和社会正义的使命。因此,律师执业纪律与职业道德不仅是个人品质的体现,也是整个行业乃至社会进步的基础。随着经济社会的发展,律师行业面临着前所未有的机遇与挑战,如何加强律师执业纪律,提升职业道德水平,成为亟待解决的问题。

一、律师的职业身份及职责

律师是指依法取得律师执业证书,接受当事人委托或者指定,为当事人提供法律服务的专业人员。律师是法律职业共同体的重要组成部分,是社会主义法治建设的重要力量。律师在司法体系中扮演着不可或缺的角色。他们代表当事人的利益,参与诉讼程序,提供法律意见和辩护策略。此外,律师还通过调解、仲裁等方式协助解决纠纷,从而维护司法公正和社会稳定。在当前法律服务市场竞争日益激烈的背景下,律师作为法律职业的核心成员,其执业纪律和职业道德不仅关乎个人职业形象与信誉,更直接影响到司法公正和社会公众对法律制度的信任。因此,深入探讨律师执业纪律和职业道德问题,对于提升律师行业整体素质、

保障当事人权益、维护法律尊严及促进社会公平正义具有重要意义。

律师的职责主要体现在：第一，维护当事人利益：律师应当勤勉尽责地维护当事人的合法权益，尊重并保护当事人的隐私权。第二，遵守法律和执业纪律：律师在执业过程中必须严格遵守相关法律法规及行业纪律规定。第三，促进司法公正：律师应当积极促进司法公正，避免任何可能损害司法公信力的行为。最后，社会责任：律师还应承担一定的社会责任，如为弱势群体提供法律援助等。律师作为法律职业的核心成员，其执业纪律和职业道德不仅关乎个人职业形象与信誉，更直接影响到司法公正和社会公众对法律制度的信任。

二、谈谈律师的执业纪律和职业道德

律师执业纪律是指律师在执业活动中必须遵守的行为规范。这些规范旨在保证律师的服务质量，维护司法公正，保障当事人的合法权益。执业纪律涵盖了律师在代理案件、处理事务时的行为准则，以及违反这些准则时应承担的责任和后果。不同国家对律师的职业纪律和道德要求也并不完全一致。通过对国内外律师职业道德的比较，我们发现中国的律师执业纪律主要由《中华人民共和国律师法》及相关行业规范构成，强调律师的职业道德和社会责任感。而美国律师执业纪律则由各州的律师协会制定，侧重于律师的专业能力和服务质量，同时也重视律师的职业操守。虽然身处不同的法系和不同的国家国情，但每个国家都非常重视律师的职业道德操守建设，这关乎司法公正。

律师执业纪律不仅是对律师个体行为的约束，更是对整个律师行业乃至整个社会法治建设的重要保障。执业纪律对律师的重要性不言而喻，首先，好的执业纪律确保律师提供的法律服务达到一定标准，保障了客户的权益，有效维护客户的权益；其次，律师的行为直接关系到案件的结果，执业纪律有助于防止律师滥用职权，确保司法公正，维护法律的尊严；再次，遵守执业纪律有助于树立律师的良好形象，增强公众对律师行业的信任，对律师的业务开拓也能形成正向循环；最后，严格的执业纪律促使律师不断提升自身素质，保持终生学习的精神，推动整个行业健康有序发展，有利于推进社会法治的建设。

律师职业道德是指导律师执业行为的价值观念体系，它不仅体现了律师个人的职业素养，

也反映了整个法律职业群体的共同价值观。基本原则包括诚实信用、保密义务、忠实于事实和法律等。诚信是核心价值体系的第一要义。诚信是律师职业道德的基石。律师在执业过程中应当坚持实事求是的原则，不得伪造证据、作伪证，也不得隐瞒重要事实。诚信还包括对待客户的真诚态度，即在代理过程中始终保持真实和透明，是对律师最基础也最重要的要求。保密是律师职业道德的重要组成部分。律师必须保守客户的秘密，不得泄露在代理过程中获得的信息，除非得到客户的明确授权或法律另有规定。保密原则对于维护客户信任至关重要。忠诚意味着律师应当全心全意地为当事人服务，忠实地履行自己的职责。律师不得从事任何可能损害当事人利益的行为，也不得利用自己的地位谋取私利。忠诚还包括在面对利益冲突时作出正确的选择。除了上述几点之外，律师还应当具备公平竞争的精神、尊重同行和对手、维护法律尊严等核心价值。律师职业道德的核心价值是律师职业精神的灵魂，它确保律师在执业过程中不仅遵守法律，还能体现出高尚的职业操守和社会责任感。

三、违反执业纪律和职业道德的后果严重

同样，违反执业纪律和职业道德的后果也非常严重。违反职业道德可能导致律师受到警告、罚款、暂停执业甚至取消执业资格等处罚。严重者还可能面临刑事责任。更重要的是，违反职业道德会严重损害律师的个人声誉和职业生涯。这对律师来说是致命的，因此作为律师一定要规范个人行为，遵守职业道德和执业纪律的要求，严于律己。

在实践中有很多律师因违反执业纪律和职业道德而受到处罚的案例。2020年9月1日，A律师以B律师事务所名义与当事人甲签订委托代理合同，代理甲、乙、丙三人与丁关于房屋买卖合同纠纷一案。在代理过程中，A律师仅与甲沟通联系，从未当面核实另外两名不在场的当事人乙、丙（甲自述乙、丙二人为其亲人）的身份信息及委托意愿，亦未核实甲是否确有另外两名当事人的授权委托，仅依据甲提交的具有该两名当事人签字的材料签订委托代理合同、开展代理工作；而且，后续代理过程中A律师亦未与该两名当事人乙、丙进一步沟通反馈案件进展情况。直至二审判决后，A律师才得知两名当事人乙、丙并未真实签署委托代理合同及授权文书，相关授权委托文书中乙、丙的名字实际由甲冒签。某市律师协会经评

审认为：A 律师在代理过程中未尽严格审查义务，未就委托事项与所有当事人协商一致并签署委托协议，上述行为违反了《律师执业行为规范（试行）》第三十五条的规定，决定对 A 律师作出训诫的行业处分。

四、不忘初心、恪守本分，遵守执业纪律和职业道德方得始终

律师的代理行为以委托人的授权为基础。律师在办案过程中，应当与委托人就委托事项范围、内容、权限、期限等进行协商，经协商达成一致后，由律师事务所与委托人签署委托协议。对于需要委托人出具及提供的相关法律文书，应由委托人进行签字或盖章。本案中，律师未核实所有委托人的身份信息及委托意愿，仅依据其中一名委托人的一面之词即开展代理工作。同时在后续代理过程中，律师亦未与所有委托人沟通反馈案件进展情况。以上行为充分体现了该律师在代理案件过程中执业纪律风险意识过于薄弱，恰而被有心之人利用。因此，为减少执业风险，广大律师朋友应当在执业过程中及时与委托人沟通，确保自己的代理行为是当事人的真实意思表示以及合法授权，在委托人委托的权限内开展执业活动，不得超越委托权限。律师在承揽业务后，要认真履行自己的职责，及时向委托人沟通案情及反馈案件进展。应牢记防微杜渐、防患于未然，不可存在侥幸心理。

五、谈谈如何加强律师执业纪律与职业道德的建设

加强律师的执业纪律与职业道德是确保法律服务质量、维护社会公正的重要环节，也是构建和谐社会、推进法治建设的重要组成部分。加强律师的执业纪律与职业道德是一项系统工程，需要政府、行业协会、律师事务所及每位律师共同努力。它不仅关乎律师个人的职业发展，更是维护司法公正、提升法律服务质量、促进社会和谐稳定的基石。因此，社会各界应当共同努力，不断优化和完善相关制度，为律师提供一个良好的执业环境，共同促进法治社会的进步与发展。加强律师的执业纪律和职业道德建设，笔者从以下几方面谈自己的看法：

首先，需要建立健全执业纪律与职业道德规范体系，一方面要完善法律法规，制定或修订相关法律法规，明确律师执业纪律与职业道德的具体要求，包括但不限于律师行为准则、禁止性规定以及违反规定的法律责任。另一方面要细化行业标准，行业协会应当根据法律法

规的要求，结合实际情况制定详细的行业行为规范和指引，使律师在执业中有章可循。

其次，加强教育培训，落实入职前培训，新晋律师在执业之前必须接受职业道德和执业纪律方面的系统培训。另外，定期举办职业道德与执业纪律的继续教育课程，强化律师的责任意识和服务意识，使职业律师在执业过程中保持学习状态。通过分析国内外典型案例，让律师了解违反职业道德和执业纪律可能带来的后果，增强执业律师的风险意识，避免可能发生的风险。

再次，相关部门强化监督与考核机制，设立专门的监督机构负责监督律师的执业行为，及时发现并纠正违规行为。定期对律师进行职业道德与执业纪律的考核，确保其行为符合行业标准。建立健全投诉举报机制，对投诉进行调查核实，并将处理结果公开，增加透明度。另外，构建激励与惩罚机制，对遵守职业道德与执业纪律表现突出的律师给予表彰奖励，树立正面典型；对于违反执业纪律与职业道德的律师，视情节轻重给予相应的纪律处分，包括警告、罚款、暂停执业资格直至取消执业资格等。

最后，鼓励和支持律师参与公益法律服务活动，通过实际行动践行社会责任。通过讲座、研讨会等形式向公众普及法律知识，提高公民法律素养，同时也增强律师的社会影响力。从律师自身角度来看，每一位执业律师都应当提升自我约束能力，树立正确的价值观和社会责任感，将职业道德内化为自觉行为。强化自律意识，通过自我反省、同行评议等方式，增强律师的自我约束力，减少违规行为的发生。

只有当律师严格遵守执业纪律和职业道德时，才能真正发挥其在维护社会正义中的积极作用。律师作为法律职业共同体的重要组成部分，其执业纪律与职业道德直接关系到司法公正、社会公平与法治建设。律师执业纪律与职业道德是律师行业健康发展的基石。通过加强理论研究、完善法律法规、强化行业自律、加强教育培训以及推动社会监督等措施，可以有效提升我国律师行业的整体素质和公信力。未来，应继续深化对律师执业纪律与职业道德的研究，探索更加符合时代要求的发展路径，为法治中国建设贡献力量。

作者单位：安徽一悦律师事务所

古文点校的著作权问题研究

安徽渊源律师事务所 严思佳

【摘要】 古文是人类文明传承与发展的主要载体，对古文的现代化诠释，对于弘扬优秀传统文化、增强民族的文化自信，具有十分重要的意义。同时，古文点校成果也面临着许多版权难题，在理论和实践中都有很大的争议。本文第一章总结了古文点校成果所面临的著作权争议以及其保护困境；第二章详细讨论了古文点校成果的性质，得出点校成果是一种高级的智力劳动成果，着重从表达与独创性方面进行探讨；第三章论述了狭义著作权法以外的保护途径的优劣势，得出最佳保护途径是增设特定版本的邻接权。

【关键词】 古文点校；智力劳动成果；演绎作品；汇编作品；邻接权

第一章 古文点校成果著作权的相关理论

一、从古文点校成果典型案例引入

1.1.1 中华书局诉北京国学时代文化传播股份有限公司侵害点校本“二十四史”及《清史稿》著作权案

2010年6月，中华书局起诉某科技公司，称该公司的部分电子产品收录中华书局享有著作权的点校本“二十四史”和《清史稿》。该科技公司辩称，其在2008年以合理的价格从正规渠道“国学网”的组织者北京国学时代文化公司，购买了相关产品。“国学网”则辩称，“二十四史”等古籍的底本早已进入公共著作权范畴。

法院认为，点校工作需要具备高水准的专业性，不是普通人所能轻易胜任，它既不是一种单纯的劳动，也不是一种技术，它是一种高度创造性的智力劳动。不同的点校者在对于同一部古籍进行点校后，所形成的点校作品也有可能不完全一样，形成有别于古籍的新的作品形态。法院认为，原告进行的加注标点、字句修正的校勘工作和分段，属“整理已有作品”范畴，也就是演绎作品，其所创作的“二十五史”，应受法律保护。

1.1.2 周锡山诉江苏凤凰出版社、陆林、上海图书馆侵犯点校本“周版金批西厢记”著作权案

1985年，江苏古籍出版社出版“周版金圣叹全集”，写明曹方人、周锡山标点。在该书的最后，作者标明，本书中，将纠正一些显而易见的错误，其余的都将尽可能地保留原貌。

又于次年，江苏古籍出版社出版“周版金批西厢记”的单行本，同样写明曹方人、周锡山标点。没有对校勘记、底本、校本选择的说明，标点共2万多个。

2008年，凤凰出版社（原江苏古籍出版社）出版了“陆版金圣叹全集”，载明金圣叹著，陆林校对整理。

2011年，凤凰出版社出版“陆版金批西厢记”的单行本，并写明王实甫著，金圣叹批评，陆林校对。文章中，除了“周版金批西厢记”中的1779个标点有所区别外，其余都是一致的。“陆林金批西厢记”中，有149条校勘，其中采用单行的形式对金圣叹的《西厢记》进行批注。

周锡山认为其对“周版金批西厢记”享有著作权，“陆版金批西厢记”侵犯其权利。

有关法院认为，点校者对古籍进行点校，最终目的在于使其文意与原作相符，若点校结果与原作相符，只能说明点校者揭示的是客观事实，而客观事实并不在著作权法的保护范畴。在尊重古籍原意的基础之上，采用现代汉语的标点，对古籍中需停顿处进行标记。这样的标点行为，不属于著作权法中明确规定的任一演绎行为，点校作品不能构成演绎作品或者汇编作品。所以，古籍的点校成果不能受到狭义著作权法保护。

造成上述古文点校成果侵权中的典型案例不同判决的关键分歧是古文点校成果构成作品如演绎作品或汇编作品吗？分歧的主要原因是古文点校成果的定性存在不同理解和偏差，从而得出不同结论。

二、古文点校成果性质争议

1.2.1 古文点校的界定

古文点校，即古籍点校，指的是点校者运用自己的专业的知识，根据古籍的版本，按照

固有的标点的规范和文字的规则，与其它版本或史料进行对比，对相关的古籍进行展开加注标点、选择用字、划分段落，并制作校勘记的过程。

“标点”和“校勘”是点校的两大类。“标点”是对古书原文加注标点、划分段落，“校勘”是指对同一古文的多个版本之间进行核对，考订文字篇章的异同，还可以进一步细分为简式校勘，选择一两种版本对象，客观记录，意在反映各类版本不同面貌，是一种机械记录；繁难校勘广采异本，择善而从；还有集校和会校，在繁难校勘的基础上，旁征博引，深入研究，其研究成果明显超越单纯的古文点校范畴，构成作品，不属于本文的讨论对象。

综上，本文所探讨的对象是通过加注标点、分段以及校对，使其有别于古书原作的点校成果。

1.2.2 争议焦点

作品是指文学、艺术和科学领域内能以某种有形形式复制的具有独创性的智力成果。

王迁教授将其细分为四个要件，分别是 1. 作品须为人类的智力成果；2. 作品须是文学、艺术或科学领域内的成果；3. 作品须具有独创性（实质要件）；4. 作品须是可被客观感知的外在表达（形式要件）。

现阶段的理论和实务中，专家学者达成共识的是古文点校成果是文学、艺术或科学领域内的智力成果，但对于古文点校成果是否具有独创性和属于可被客观感知的外在表达存在较大争议。

结合上述法院不同判决结果和不同学者的不同观点可以得知，古文点校成果的性质争论主要集中在判断作品的实质要件、形式要件，讨论其是否构成演绎作品或汇编作品。

1.3 古文点校成果著作权保护争议

实践中，有法院的观点是，点校产生的劳动成果，应被视为一种民事权益，适用于侵权责任法的一般条款。还有学者认为，参照版式设计专有权制度，给予古文点校本法律保护。版式设计不以具备独创性为条件。适用于特殊的智力劳动成果。英国便是采用这种制度。还有不少学者支持增设“对特定版本的邻接权”，受到德国《著作权法》影响，他们认为，点

校者对古文点校成果投入了大量智力劳动，有利于古文的传播，尽管在著作权法上不能算是作品，但也可以制定相关的“邻接权”予以保护。

第二章 古文点校成果性质分析

一、演绎作品和汇编作品的区分

演绎作品，指的是演绎者在保持原作的基本表达基础上，对原来的表达进一步发展，并且将新的表达与原来的表达融为一体，从而构成一种新的作品。我国《著作权法》规定了改编、翻译、注释、整理四种演绎行为。

汇编作品指对若干作品、作品的片段或不构成作品的资料或其他材料，在内容的选择和安排上，表现出独创性的作品。

一些学者认为，汇编权和演绎权之间存在着紧密的关系，许多国家的著作权法将汇编权暗含于演绎权之中。这样显然是不对的，二者之间既存在联系也有差异。

演绎作品是通过改编、翻译已有作品而产生的，演绎作品要符合独创性的条件，一定是对现存作品作出的演绎改动是独创性的，比如使用不同的创作手法表现原作的内容等。

汇编在本质上也属于一种演绎创作行为，但是汇编的资料可以是著作权法意义上的作品，也可以是作品片段或者其他与著作权无关的材料。而不构成作品的材料，只能创作出汇编作品，而不能形成演绎作品。汇编作品必须对已有的材料展开具有独创性的排列、选择和组合才能达成独创性的条件。

二、是否属于演绎作品

2.2.1 是否构成新表达

演绎作品的构成要件，其主要争论集中在实质要件（是否具有独创性）与形式要件（是否构成新表达）上。

首先，从思想表达二分法来进行分析，思想表达二分法是判断古文点校成果是否受到著作权保护的重要原理，意味着版权仅保护外在的客观的思想的表达，而不是内在的抽象的思想本身。由此衍生的混同原则是指，当思想与表达不可分离时，或者某种思想只有一个或者

极为有限的表达时，保护这种表达，就会导致作者独占某一思想内容，阻碍文化的发展，因此，著作权法不再保护此类表达。

古文点校成果的困境在于发生了思想和表达的混同，点校成果是点校者校对文字、加注标点、分段的方式表达自己所理解的古文原意，但是是极为有限或者说唯一的表达，点校者的个性选择和智力创造的空间有限，点校者必须尊重古书文字的排列顺序和古文语法的约束，不得凭空杜撰字词、改动原文，大多数古文都在十几万字左右，部分片段可能会有所差别，但大体上定然是趋同的或者说是唯一的。有学者认为古文点校成果中唯一的表达方式是标点方式，可以适用思想表达混同原则。

任何一个能读懂古文的人，古文的所要表达的意思是十分清楚且唯一的，读者对此也是有共同认知的。具有一定古文阅读功底的人如果去标点同一古文，结果也应该是相同的。理论上古文原意及准确的理解和标点只有一种。

其次，点校的目的在于还原古文原意，即再现客观存在的历史事实，而不是为了戏说古文，不管点校者投入多少智力创造和时间精力，其不能对还原的历史事实用著作权法对其进行垄断。但如果是为了戏说古文，即完全不同于古文原意，其行为就不能看作是复原古文，即不再是发现和揭示客观事实，有可能构成独创性的表达。

基于还原古文原意的目的，戴维·尼莫最先提出作者的创作意图影响作品的可版权性，其认为复原古文的意图使得古籍整理成果成为有限表达的事实。

但也有不少学者针对尼莫的“意图理论”进行了反驳，认为创作与意图无关，意图理论更侧重于作者创作的过程，而不是聚焦于作品本身独创性，且尼莫试图去探求作者的主观的创作动机，增加了司法的不确定性。

当然点校者的意图可以成为作品可版权性判断的因素之一，却不是绝对标准，也可以读者为方向，判断以恢复古文原意为目的的点校本，能否获得读者的信任。一般读者阅读点校本时不会认为自己是在阅读古文原作品以外的新作品，读者会比较相信点校者基本还原了古文原作即事实，点校行为只是使读者阅读更加流畅。

最后，是否存在多种点校结果与点校结果是否受保护无关。有学者认为，整理者使用自己的技巧和方法，来表达自己的思想，在作品中也体现出了自己的人身观、价值观、世界观，古籍整理者的人生阅历和知识水平不同，古籍整理成果也会有不同，这些差异的不同形成了创作者不同的表达，符合思想表达两分要件。

实际上，这一观点是对混同原则的误解，一种表达传递多种思想是极为正常的。表达方式的有限性不意味着思想的有限性，古书原文能解答出几重意蕴，不为混同原则所规制。基于此，若对古书原文的点校成果加以著作权法保护，会造成垄断思想本身的情况，不利于古文的研究。

2.2.2 是否具有独创性

在对原作的演绎中，只有满足了独创性的要求，才能构成演绎作品，也就是说，演绎者必须是在原作品的基础上，对其进行了独立的创作，并且创作结果还应该符合最低限度的创造性要求。如果原作和成果之间有一种可以被客观识别的、不是太过细微的差别，且该部分仍然满足“独”的条件，而该差别部分，也满足“创”的条件，那么，该成果就是对原作的一种演绎。

首先，点校成果是一种独立的智力成果。著作权法上独创性中的“独”是指智力成果是由创作者独立的、从无到有的完成，或对现有作品二次创作，与原作品之间存在不是细微的而是可被识别的区别。古文点校者挑选出其中较好的版本作为底本，然后依据选择判断，将古文分段、标点、校订文字。最终的点校本与原版本相比较，存在可被识别的，不是细微的差别。由此可知，点校成果是满足“独”的要求。当然，如果只有极少量的改动，改动后的结果与原作没有可以被客观识别的显著差异，那么就只能被看作原作的一种复制件。

其次，点校成果的创造性高度不足。经过点校的版本与原版本比较，存在可被客观识别的，并不是太过细微的差别，要达到一定高度的创造性。

有学者认为，不同点校者虽都要遵守基本原则，但往往会因个人的文学功底、知识水平、客观条件等多种因素，在点校内容的选择和编排上，会有所差异，这是独创性思维的体现。

但实际上点校行为的个性选择与智力创作空间有限，看似主观的个性选择，很大程度上是基于专业素养的理性判断，古文的点校活动，定然会受到诸多基本规范的限制，如上下文、古文语法、历史事实等，很难做到任意取舍。因此，水平越高的点校者，其点校成果越趋向于古文原意，给点校者留下的个性选择与智力创作空间有限。

有学者认为古籍标点能产生演绎作品即标点作品，标点符号是文字作品不可或缺的一部分，其能引起作品的表现形式发生质变，从而产生新的作品形式。但是，这种观点难以成立。

第一，文字作品中有没有标点符号，并不会对作品的认定产生影响，也不是必须的，一篇没有标点符号的古文，仍然是古文，并不因此产生新作品，就像口头作品没有标点，只要具备独创性依然是作品。标点符号只是创作作品的辅助性符号系统，不能脱离文字语言，不存在只有标点没有语言文本的作品。对古文进行校勘同样如此，点校者改正原作笔误，以利于今人读懂古文，不能视为创作，就像出版编辑的文字修改工作，并没有改变原作形成新作品，只是辅助工作。

第二，对于文字作品，“创”要求文字的组合，必须达到一定的长度，才能体现创造性。而在古文点校中，点校者加注冒号、问号、句号等标点，难以满足最低限度的创造性要求。其余点校结果对文字的校订，比例小、分布零散、不连续，不能满足长度要求，如果对此种点校成果进行保护，会造成对字词的垄断，是极其荒谬的。

第三，有学者认为，判断成果时，将其作为一个整体进行，会产生一种新的表达效果，独创性能体现在句子与句子之间、段落与段落之间。但点校行为是为了复原古文原意，点校结果可以看作还原后的古文作品，未产生新的表达，也不会使读者产生误解，以为是在阅读一部新作品。且新的表达意味着与古文原意大相径庭，与点校目的相悖。因此，点校结果的创造性部分不满足最低限度的表达长度。由此，我们可以得出，点校成果不属于演绎作品。

三、是否属于汇编作品

首先，就表达而言，著作权法不保护思想，包括操作方法和计算方法，以及与之混同的表达。如果汇编者对信息进行的选择或安排，只是运用了一定的操作方法或计算手段的必然

结论，而不是根据个人的主观判断。那么，这种情况下，就出现了思想与表达的混同，因此不能作为汇编作品受到保护。从前述可知，成熟的点校者运用标点、分段和校对文字的方式是会受古文语法的约束，古书文字的排列顺序也有讲究，分段和断句是清楚且单一的，此时，发生思想表达混同，是不能作为汇编作品受保护。

其次，从独创性的角度来说，一种挑选或排列的过程，只要遵循既定的规则或规律，最终的结果都是一样的，没有留给人们发挥创造力的余地，那么这个汇编结果就不是具有独创性的，自然也不会成为一部作品。从前述分析可知，点校者的个性选择和智力创造的空间有限，或许只有一小部分片段有所不同，但在整体上是必然趋同或唯一的。由此得出，点校成果也不满足独创性的要求，不构成汇编作品。

综上所述，古文点校成果既不构成演绎作品，也不能作为汇编作品用著作权法来保护。其也可以作为一种高级的再现原有表达的智力劳动成果，之所以不能当作普通的体力劳动成果，是因为相比一般纯体力劳动，点校者也运用了一定的智力再现原表达，我们可以寻求其他法律机制对其进行保护。

第三章 古文点校成果保护路径分析

一、特殊民事权益保护

郑福臣案中，法院审理后认为，纯粹的标点符号并不能构成对思想的表达，断句和标点符号也是在遵循原意的基础上，方便现代人阅读，才采用了现代标点标记，而不会对原文的表达形式造成任何影响。郑福臣对《艺术典》加注标点和断句的行为，属于智力劳动成果，应当作为民事权益进行保护。他人应表明其身份、征得许可后方可使用，否则应承担停止侵权、赔偿损失等法律责任。

但是有学者认为法院不应在著作权法中，创设一种特别知识产权。在我国，还没有相关的法律对智力劳动成果应享受法律保护进行规定，并不是所有的智力劳动成果都可以设立专有权。况且这种权利制度模糊，边界不明，似乎任何智力成果都可以取得永久法律保护，任何使用行为都可能构成侵权，不利于古文研究发展。

二、版式设计专有权保护

实践中可以参照版式设计专有权制度给予保护。独创性不是版式设计的必要条件，且版式设计专有权的保护范围和期限十分有限，对保护特殊的智力劳动成果来说十分适合，出版者有权禁止他人未经许可的复制行为。英国便是采用这种制度。

当然，在我国这种专有权也有它的缺陷，版式设计权形式大于实质，保护门槛过低，缺乏明显区别性，且权利过于局限，不适应于快速发展的新传播媒介。

三、特定版本邻接权保护

3.3.1 古文点校成果与邻接权的契合性

“邻接权”又称为“与著作权有关的权利”，邻接权的客体并非著作权法意义上的作品，不符合独创性的要求。作品传播者或者制作者没有创作作品，但对作品的传播和制作发挥了实质性的作用，具有应受法律保护的社会价值，邻接权随着科技进步也在不断扩张。例如，表演者的表演对作品的传播具有重要意义，但“表演”的创造性小，并不能成为“演绎作品”受著作权法保护。因此，为了保护表演者的权益，大多数的国家制定了“表演者权”也即邻接权保护表演者。同样，古文点校行为也可适用，点校者对古文点校成果运用专业知识，投入了大量智力劳动，有利于古文的传播利用，虽然不是著作权法上的作品，可以设立相关“邻接权”保护。

3.3.2 增设“对特定版本的邻接权”

法律在设置这种权利的同时，要对保护期限和范围加以限制，需要有严格的鉴定标准。古文点校成果保护问题并不是才出现的新问题，德国早于1990年，就特别设立了“科学版本”的相关权制度，保护古文点校本知识产权。德国《著作权法》规定，不受著作权保护的作品或文本，若其为科研成果，且与同一作品的先前版本有明显差别，那么该特定版本的完成人可获得为期25年的法律保护。如果该特定版本自完成之日25年内没有发表，则不在此列。意大利《著作权法》、西班牙《知识产权法》也有类似规定。我国古代文献浩如烟海，点校本是大部分人阅读并读懂古代文献的主要方式，应对点校成果和点校者进行保护，在这

一点上可以参考国外的立法，增设“对特定版本的邻接权。”

由上述讨论可以得知，古文点校成果的最佳保护途径为增设“对特定版本的邻接权”。通过特殊民事权益、版式设计专有权保护均有其不可忽视的劣势，但可作为一种补充途径。增设“对特定版本的邻接权”，则是与古文点校成果最为适配，国外对此已经形成完善的体系和具有丰富的实践操作，结合我国国情进行借鉴能减少我们实践中的弯路，充分全面的保护古文点校成果。

一部高质量的古文点校成果的背后是点校者辛勤踏实的汗水，其所创造的文学价值难以估量。围绕古文点校成果著作权问题最核心的是古文点校成果是否构成著作权法意义上的作品（演绎作品或汇编作品）。大多数学者在古文点校成果是否具有独创性（实质要件）和属于可被客观感知的外在表达（形式要件）上争论不休。由于定性不同，古文点校成果的保护方式也不相同。经讨论认为，古文点校成果既不构成演绎作品，也不构成汇编作品，我们可以增设特定版本的邻接权对其加以保护，使古文点校成果的保护更加科学严谨。由于笔者的理论知识不够深入和扎实，有些地方可能有所不足，希望更多的人能关注古文点校成果，使古文点校成果得到更好的发扬和传承。

作者单位：安徽渊源律师事务所

参考文献

[1]徐卓斌：《古籍点校成果的保护路径》，《中国版权》，2014年第77卷第5期，第50-53页。

[2]彭学龙，马得原：《古籍点校版权保护争点透析与进路探论》，《电子知识产权》，2020年第11期，第30-42页。

[3]王迁：《著作权法》，中国人民大学出版社2015年版，第16-51页。

[4]黄鑫：《演绎作品保护研究》，西南交通大学，2015年。

[5]David Nimmer, Copyright in the Dead Sea Scrolls: Authorship and Originality,

38 HOUS. L. REV. 1, 215-216 (2001).

[6]任海涛:《古籍点校作品的可版权性研究》,《中国编辑》,2015年第77卷第5期,第45-50页。

[7]唐超华:《谈古籍标点的著作权》,《知识产权》,2001年第5期,第45-46页。

[8]甘竞圆,张怀印:《古籍点校成果的著作权保护模式研究》,《图书馆杂志》,2020年第39卷第10期,第24-31页。

[9]何怀文:《古籍点校本的法律保护:特设民事权益与著作权之外第三条出路》,《中国出版》,2013年第13期,第25-27页。

[10]宋慧献:《古籍整理成果的著作权保护:寻求立法突破》,《出版发行研究》,2015年第7期,第83-86页。

[11]王迁:《古文点校著作权问题研究——兼评“中华书局诉国学网案”等近期案例》,《华东政法大学学报》,2013年第3期,第11-19页。

[12]Germany Law on Copyright and Neighboring Rights (as amended 16July1988), Art. 70, available.

行政协议无效审查中强制性效力规定的理解与适用

——以“海南省三亚市海棠区人民政府与翟某再审审查与审判监督案”为例

安徽渊源律师事务所 陈雪芹 何圣玉

【摘要】行政协议纠纷虽然属于行政诉讼受案范围，但同时具有合同属性使其亦需遵循民法上的契约规则。于行政协议无效审查而言，民事法律规范认定合同无效的规定也是行政协议无效认定适用的法律规范。以《中华人民共和国民法典》第153条为中心，引入司法案例，梳理强制性规定认定协议无效存在的认识分歧，分析存在的问题以及适用最佳路径，明晰强制性规定在行政协议无效案件中的适用规则。

【关键词】强制性规定；行政协议无效；民行衔接

一、引言

行政协议是指国家公权力机关为实现社会公共利益和谋求人民共同福祉，在行使行政管理职权和履行行政管理职责时与公民、法人或者其他社会组织签订的具有行政法上权利义务关系内容的协议。我国于2014年修订通过的《行政诉讼法》首次以立法形式确定了行政协议的法律定位，将其纳入行政诉讼的受案范围。区别于以往行政诉讼主要是对单方行政行为是否合法存在争议，行政协议首先是一种合同，是双方行为，法院审查需要对双方行为进行综合判断。因此，传统行政诉讼中法院仅需针对行政机关一方的单方行政行为进行审查的方式无法满足行政协议诉讼案件审查要求。由于行政协议同时具有“行政性”和“合意性”的特点，最高人民法院于2019年出台《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》（以下简称《协议解释》），对行政协议诉讼审理规则进行专门规定。其中，《协议解释》第12条关于认定行政协议无效的规定称，对于行政协议存在重大且明显违法情形的，可以适用民事法律规范认定行政协议无效。法律规定表明，对于行政协议无效的认定，可以适用私

法规。但实践中法院应当如何适用民事法律规范认定协议无效，目前尚未形成一致意见。

《民法典》实施以前，民事法律规范中涉及合同无效认定的条款主要是指《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第 52 条的规定。而在《民法典》的“合同编”却将原本《合同法》第 52 条有关合同无效规定删除。但是这并不意味着合同不存在无效的情形。合同作为一种民事法律行为，导致法律行为无效的情形同样也是导致合同无效的情形，因此，以“总则”部分规定民事法律行为无效的情形，适用于合同无效的认定。其中，针对之前《合同法》第 52 条第 5 项“违反法律、行政法规的强制性规定”的规定，《民法典》第 153 条第一款整合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第 14 条的规定，规范表述为：导致民事法律行为无效的强制性规定仅限于效力性强制性规定，不包括管理性强制性规定。就《民法典》第 153 条第一款规定在行政协议案件中的适用，以发生在海南省三亚市的一起行政协议纠纷为例进行说明，对内容予以整理和提炼，指出该条规则在行政协议无效认定中的适用困境，尝试对该案件中法院的判决思路作出解读，并提出建议。

二、案情梗要与问题梳理

（一）基本案情与裁判结果

2012 年 7 月，三亚市政府批准同意实施《海棠湾镇征地拆迁补偿安置方案》（以下简称《安置方案》）后，为作好安置工作，海棠区政府于次年制定《海棠湾镇安置工作实施细则》（以下简称《安置细则》），其中第三条关于安置规则，规定海棠湾征地拆迁安置为连排住宅风情小镇，对开发建设项目征地拆迁的失地农民，原则上以村（居）委会为单位，按风情小镇建设片区就近集中安置。连排住宅风情小镇分 150、200、250、300 平方米四种户型，安置标准为每人 50 平方米。2015 年，海棠区为加快海棠区中区水系建设项目，与本案当事人翟某等签订《海棠区被拆迁人员房屋征收补偿安置协议书》（以下简称《安置协议书》），约定：翟某等人被征收房屋面积 143.91 平方米，安置人数 5 人；以产权换置的方式进行安置，安置房屋为林旺风情小镇公寓楼，面积 120 平方米。2016 年 1 月，翟某等人提起本案行政

诉讼，以 2015 年补偿协议是受胁迫、违背真实意思签订为由，请求确认 2015 年补偿协议中给付翟某等人补偿 120 平方米公寓楼的内容无效，并依照 2013 年安置细则给予 250 平方米林旺北风情小镇连排住宅一处。

一审法院认为：《安置方案》与《安置细则》均属《海南省土地征收补偿安置管理办法》第五条第（四）（五）项规定的征地补偿安置具体方案。征地补偿安置具体方案经依法批准后，作为规范性文件，具有约束力。海棠区政府作为征收实施单位，应按该规范性文件规定的安置方式、安置标准等内容与被拆迁人签订《安置协议书》，不经法定批准程序，不得变更。而海棠区政府违法变更上述征地补偿安置具体方案规定的补偿安置标准，仅给予翟某面积 120 m²的公寓楼。补偿协议的内容违反了《中华人民共和国土地管理法实施条例》（以下简称《土地管理条例》）第二十五条第二款“征地补偿、安置方案报市、县人民政府批准后，由市、县人民政府土地行政主管部门组织实施”的强制性规定，因此，《安置协议书》中约定的给予翟某面积 120 m²公寓楼的内容无效。

对此，海棠区政府上诉称，《中华人民共和国土地管理法实施条例》第二十五条第二款是程序性规定，与征收补偿安置协议的效力无关，不是调整征收补偿安置协议法律关系的法律规范。《安置方案》及《安置细则》属于规范性文件。根据《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第 52 条第五项，必须是违反了法律、行政法规的强制性规定才能认定合同无效。三亚市政府的规范性文件不能作为认定合同效力的依据。不论《安置协议书》是否违反《安置方案》及《安置细则》，都不影响合同效力。即一审法院认定《海棠区被拆迁人员房屋征收补偿安置协议书》第二条“安置方式”无效没有法律依据。

对于海棠区政府的说法，二审法院与再审法院均认可了原审法院关于“海棠区政府违反行政法规的强制性规定”和“《安置协议书》中约定海棠区政府给予翟某补偿 120 m²公寓楼的内容无效”的认定。但再审法院认为，认定《安置协议书》内容无效无需援引《合同法》规定。依据《行政诉讼法》第 63 条以及《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》第一部分第三段规定，即便是不属于正式法律渊源的规范性文件，若法院经审查认为其

合法、有效并合理、适当的，在认定被诉具体行政行为合法性时应承认其效力。本案中，《安置细则》不存在违反上位法规定的情形，属于合法有效的行政规范性文件，应当作为判断海棠区政府签订《安置协议书》行为是否合法的根据。而本案中《安置协议书》内容与《安置细则》规定不符，由此认为海棠区政府签订《安置协议书》的行为违法，因此，一、二审判决否定《安置协议书》内容的合法性效力并无不当。

（二）问题梳理

笔者认为，本案中有如下问题值得进一步探讨：

1. 对强制性效力规定的认识存在分歧：从海棠区政府的上诉理由以及二审法院的判决可以看出，二者对行政协议无效认定中有关“强制性效力规定”的理解完全不同。法院认为，海棠区政府作为征收实施单位，并没有变更征收方案的权限。开展征收活动，应当严格按照《安置细则》进行。而本案中海棠区政府违法变更《安置细则》的规定，与翟某等人签订《安置协议书》违反《土地管理条例》的规定，属于“违反法律、行政法规的强制性规定”，因此，协议无效。而海棠区政府认为，依据民事法律规范关于无效的认定，应当完全适用民事法律规范对法律适用的理解，即在民事法律规范中，对《合同法》中关于合同无效的适用情形之一的“违法律、行政法规的强制性规定”应当遵从民法关于此条规定的解释，对强制性规定限定为效力性强制性规定。一方面，《安置方案》和《安置细则》仅仅是规范性文件，不属于《合同法》中认定无效的行政法规；另一方面，《土地管理条例》只是管理性强制性规定，不属于能够认定协议无效的效力性强制性规定，因此认为一审法院认定协议内容无效的判决不正确。

两者对于“强制性规定”理解的分歧表现为两个方面：是否仅限于法律和行政法规的强制性规定，对于法律位阶低于行政法规的，均不属于此处的导致合同无效的法律规范，以及对于强制性规定是否仅限于效力性强制性规定，而不包括管理性强制性规定。

2. 法律规范的适用规则不统一：一、二审法院对行政协议无效的裁判思路为，首先根据《土地管理条例》第25条第二款规定，《安置方案》和《安置细则》都属于依照法定程序制

定和颁布的具有法律约束力的规范性文件。海棠区政府作为《安置细则》的具体实施主体，应当遵守规定。其次，海棠区政府与翟某签订的《安置协议书》不仅违反《安置细则》的规定，并且严重损害了翟某的合法权益。最后，由于《土地管理条例》属于强制性规定，根据《合同法》第52条第5项的规定合同无效。据此可以看出，一、二审法院在认定行政协议无效时，单纯适用民事法律规范进行司法审查。而与此相反，再审法院在认定行政协议无效时，则是单纯适用《行政诉讼法》，完全没有提及《合同法》。虽然三级法院关于协议效力的认定结果都是一致的，但是对于得出结论的裁判规则完全不同，表明司法实践中对行政协议无效的判断，未形成稳定的裁判规则。

三、强制性效力规则的具体适用

本文所述案例中呈现出来的问题之一即在认定行为无效时适用强制性效力规定，存在不同理解。横向来看，争议主要在于强制性效力规定是否仅限于法律和行政法规；纵向而言，认识分歧表现为强制性效力规定是否需要排除管理性效力规定。

一方面，基于尊重意思自治原则，《民法典》将无效的规范层级限于法律和行政法规，没有提及地方性法规、部门规章和地方政府规章。在行政协议诉讼案件中，适用民法典第153条第一款是否应当将其限定为“法律和行政法规”的强制性规定，存在不同理解。与一、二审法院观点相同，有部分学者认为，只要是合法有效的规范，且具有实质拘束力，从行政法的角度就不能简单地置之不理。行政主体签订行政协议行为时，不得违反各层级规范中的强制性规范。在行政协议案件中，不能简单以法律规范的层级作为判断协议效力的标准，更不能以“违反行政规章的合同并不当然无效”作为协议有效的评判，而是应当具体分析法律规范的主旨、立法目的以及其中蕴含的国家利益和社会公共利益进行衡量。即各层级的法律规范都有可能作为效力判定的依据。但笔者不赞同该观点。理由为：

第一，适用民事法律规范进行认定应当尊重其规定。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第4条指出，合同法实施以后，人民法院确认合同无效，不得以地方性法规、行政规章为依据。适用民事法律规范审查行政协议案件时，对

其法律规范进行扩大适用，违反民事规范立法本意，不具有正当性。行政协议乃是以合同关系为基础，过于密集的公法管制规范的介入，会使得行政协议被认定违法的风险显著增加，导致协议当事人之间的意思自治可能陷入“禁令如林”的境地。第二，根据《协议解释》第12条第一款的规定，行政协议无效是出现了“重大且明显违法情形”。《行政诉讼法》第63条规定，人民法院审理行政案件的依据除法律和行政法规之外，还包括地方性法规，并参照规章。即依据行政法律规范判断是否违法时可以包含地方法规、参照规章等。且《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》（以下简称《司法解释》）第99条对“重大且明显违法”的界定设置有兜底条款，法院在审查行政协议无效时，可以通过解释适用《司法解释》第99条第五项的兜底条款认定行为是否存在重大且明显违法，不必然需要以民事法律规范为依据将其扩大适用于除法律、行政法规之外的其他法律规范，且存在是否正当的风险。

另一方面，对于强制性效力规定，在行政协议诉讼中是否有必要区分效力性强制性规定和管理性强制性规定同样存在不同理解。如在本文所讨论案件中，海棠区政府的上诉理由之一即，《土地管理条例》是管理性强制性规定，而民法规范中所称的强制性规定，仅仅指效力性强制性规定，而不包含管理性强制性规定，因此一审法院以其行为属于违反强制性规定的情形认定合同无效的理由不充分。关于是否需要将强制性规定限定解释为效力性强制性规定，并将其适用到行政协议无效的判定标准中在理论上一直处于争议状态。有学者认为，法律允许行政法领域的行政协议适用民法规范，应当适用民法规范的法律规则，在合同无效制度上，强制性规定范围过大，应适用民法领域关于效力的相关规则，限定解释为效力性强制性规定。而也有学者认为，在订立行政协议场合区分效力性强制性规定和管理性强制性规定的意义并不大，因为行政机关订立行政协议当然受制于管理性禁止性规定，但违反法律规范，并不必然导致无效。

笔者赞成后者的观点。主要理由是：首先，虽然民法典规定强制性效力规范能够导致合同无效的仅限于效力性强制性规定，但是关于效力性强制性规定与管理性强制性规定具体应

当如何区分，不存在明确的划分标准。2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》第30条对效力性强制性规定和管理性强制性规定进行一些列举，但是一种不完全列举。理论上不同学者对其内涵的理解也不尽相同。也就是说，强制性效力规范的概念具有不确定性。其次，行政协议案件作为行政诉讼的一种类型，主要由行政庭负责审判。要求行政庭法官对民事法律规范适用的熟练程度达到可以对一个在民法领域仍处于不确定状态的概念进行准确界定过于理想。最后，行政协议作为行政管理的一种方式要求行政机关订立行政协议必然需要遵循管理性规范。若是认为违反管理性强制性规定订立的行政协议不会导致无效，则会造成对行政管理体系的冲击。

四、司法裁判规则适用的选择

《协议解释》第12条第二款规定，认定行政协议无效可以适用民事法律规范。但“可以适用”究竟是将民事法律规范置于与行政法律规范同等的地位，供法院在处理案件时选择适用还是指只有当行政法律规范无法适用时才适用民事法律规范，存在不同理解。以本文所讨论案件中的法院裁判来看，可以认为，一、二审法院将“可以适用”理解为：一种选择的可能性。若是根据民事法律规范能够认定无效，则可以直接适用民事规范加以认定。而不用本文所谈论的案列中，一、二审法院在认定行政协议无效时，并没有引用行政法相关规定，而仅适用了民事法律规范加以认定。与此相反，再审法院则是请完全适用行政法律规范加以认定，并指出：一、二审判决在行政法律规范有相应的判断标准的情况下援引民事法律规范确认《安置协议书》无效不妥。即表明再审法院对“可以适用”理解为行政法律规范应当优先适用，民事法律规范是对行政法律规范可能存在空缺的一种补充规定。对于此问题的认识不同，导致司法实践中法院适用裁判规则存在混乱，具体表现为：有的法院仅单纯运用一种法律规范进行司法审查，也有法院同时运用行政法律规范与民事法律规范进行审查。并且，实践中法院常采取否定式并用方法，而非肯定式叠加适用。即运用行政法律规范与民事法律规范交替审查协议是否无效。

笔者认为，对于《协议解释》12条第二款的理解应当结合第1款的规定，认为“可以

适用”表示民事法律规范具有补充性，是对行政法律规范存在空白规定的一种完善。

首先，《协议解释》12条第一款规定，行政协议存在重大且明显违法情形时，人民法院应当确认行政协议无效。因此，可以看出，第12条适用的前提条件是行政协议涉及可能存在重大且明显违法情形。并且，当行政协议存在重大且明显违法情形时，法条表述为“应当确认无效”，而当行政协议出现民事法律规范所调整的情形时，法条表述为“可以确认无效”。根据文义解释，如此制定法律的意义在于强调对重大且明显违法标准的优先适用，只有当适用重大其明显违法标准无法判断行政协议的效力时，才可考虑适用民事法律规范，不宜抛开此标准而首先适用民法规范。其次，行政法独立发展为一门学科的实践相比较民法的历史而言较短，其体系并不完善，在一些情况下存在着可使用法规的缺失。而行政协议的“合意性”为其适用民事法律规范提供可能，并且民法关于合同效力的规定更为详备。最后，行政协议虽然是一种合同，但与一般的民事合同有较大区别。行政协议的目的是实现社会公共利益，而非满足和实现行政机关自身的利益，是行政机关为实现行政管理目的而实施的一种行政行为。因此，法院在审理行政协议是否无效时，原则上应当首先适用行政法律规范，只有在行政法律规范缺少相关规定时，才适用民事法律规范加以补充。

五、结语

行政协议兼具“行政性”与“合同性”特征，无法单纯依据行政法律规范对其审查判断，因此，法律规定允许准用民事法律规范作为行政协议裁决依据。就行政协议的无效认定而言，可作为合同无效认定依据的《民法典》第153条规定，同样也是适用民事法律规范认定行政协议无效的主要依据之一。但是，民事法律规范基于契约自由原则作出的规定与行政协议以实现公共利益的目的使得两者在根本上即存在价值取向上的不同，从而能导致司法适用上出现障碍，表现为，对于《民法典》153条一款所规定的违反法律、行政法规的效力性强制性规定的合民事法律行为无效，在行政协议无效认定中，适用时是否需要严格遵循民法的立法主旨，若订立行政协议行为违反除法律、行政法规之外的法律规范不属于该条适用情形以及行政协议作为行政管理的一种方式，将管理性强制性规定排除于该条适用是否妥当。另外，

适用民事法律规范与适用行政法律规范认定行政协议无效，两者之间的关系应当如何，是并用还是顺位，司法实践中没有形成统一的规则。通过对上述问题不同意见的梳理，提出本文观点，认为在适用《民法典》第 153 条第一款时，对于横向方面的限制应当遵守民事规范，对于纵向层面的进一步划分，由于目前民法领域仍然存在诸多争议，不宜对行政庭法官提出过高的民法规则适用要求。以及民事法律规范应当补充适用的属性应当认为在行政协议无效认定时，需要首先适用行政法律规范，对于行政法律规范没有规定的，补充适用民事法律规范。

作者单位：安徽渊源律师事务所

参考文献

- [1] 贺小荣：《行政协议的创设与国家治理方式的转型》，《中国法律评论》，2017 年第 1 期。
- [2] 王贵松：《行政协议无效的认定》，《北京航空航天大学学报（社会科学版）》，2018 年第 5 期。
- [3] 王敬波：《司法认定无效行政协议的标准》，《中国法学》，2019 年第 3 期。
- [4] 陈天昊：《行政协议合法性审查机制的构建》，《法学》，2020 年第 12 期。
- [5] 张存、郑宇：《行政协议效力的司法审查规则》，《人民司法（应用）》，2018 年第 19 期。
- [6] 张向东：《论行政协议合法性审查与合约性审查的关系》，《江苏社会科学》，2020 年第 2 期。
- [7] 杨会永、王丽沛：《论行政协议无效认定中强制性效力规定的适用》，《河北工程大学学报（社会科学版）》，2020 年第 4 期。

律师办理认定限制民事行为能力案件指引

安徽渊源律师事务所 程世哲

【摘要】 本文阐述了律师在办理宣告限制民事行为能力案件时的指引。该程序是《民事诉讼法》特别程序之一，旨在保护因各种原因民事行为能力受限或丧失的成年人。律师需审查证据、指定监护人，并注意案件管辖及申请材料。法院将根据鉴定意见和相关法规，约谈申请人及近亲属，确保被申请人权益，并依法作出判决，考虑病史资料和社区访谈信息，平衡被申请人实际情况和相对人预期。

【关键词】 认定程序；办案指引

认定限制或无民事行为能力案件是《民事诉讼法》规定的特别程序之一。根据《民法典》第十九条和第二十条的规定未成年人是当然的无民事或限制民事行为能力人（符合《民法典》第十八条第二款规定的情形例外，但该条规定的也是“视为”而非真正意义上的完全民事行为能力人），无需特别认定，在一般社会意义上既可以认定。

但成年人作为默认的完全民事行为能力人，并非固定的维持着完全的行为能力。现代社会是充满风险的社会，俗语云“永远不知道明天和意外哪一个更先到来”。据相关中国统计年鉴 2023 公布的数据，2022 年全年我国发生了 256409 起交通事故，平均每天发生 700 余起，每小时 29 起。2022 年全年我国有 60676 人在交通事故中死亡，平均每天死亡 166 人。每年仅在交通事故中就会造成相当数量的公民失去行为能力。另一方面，随着我国快速进入老龄化社会，新华社在 2024 年 7 月 31 日发布的数据指出：“截至 2023 年底，我国 60 岁及以上老年人口达到 2.97 亿、占比 21.1%；65 岁及以上老年人口 2.17 亿、占比 15.4%，我国已进入中度老龄化社会。¹”同样的，这一部分老龄人因为生理机能的退化，不可避免的有一部分人会因为病变或衰老造成民事行为能力的受限乃至丧失。根据中国疾病预防控制中心精神卫生中心在 2021 年公布的数据显示，我国各类精神疾病患者人数在 1 亿人以上，有严重精神障碍患者达 1600 余万人²。

为了更好地保护这些人群的合法权益，为保护其自身的各项权益，为了维护社会交易秩序安定，有必要以认定的形式将该等情形予以公示。这是因为成年人通常社会关系较为复杂，除了亲属关系之外，还有因为广泛参与各种社会活动而形成的社会关系，特别是其中涉及的与财产有关的民事法律行为，行为人在行为时是否具有相应的行为能力不仅与其自己也更与交易对象关系重大，因此成年人的认定程序应当以法定程序为之，且以认定名之，意在使得这一事实为不特定的对象所知晓，以达到保护交易第三人信赖利益之目的。

在律师执业实务中，特别是民商事案件的办理过程中，基于专业的态度应当认真审查案件各方当事人的民事行为能力时候完整。特别是在涉及家庭财产分割、分配问题（例如：拆迁款项的分配、作为家庭成员在担保合同等法律文件上签字的效力）时，如果通过认定程序可以更好地维护一方当事人的合法权益，律师应当及时告知委托人或其近亲属启动认定程序。

现行立法将民事行为能力认定程序规定于《民事诉讼法》的第十五章特别程序之中，与普通具有对抗性质的诉讼案件不同，民事行为能力认定案件从程序特点来看是符合非讼程序定位的，因民事行为能力认定案件中各方主体的对抗性较弱，不存在两造当事人的对立，无须通过辩论原则探求真实，主要是法官依职权做出认定。

一、收案过程中需要注意的几点事项

在实际的法律实务操作中，我们很少看到当事人会专门为了民事行为能力认定案件而委托律师来处理。通常情况下，认定案件往往是其他主要案件的附带或衍生案件。根据我个人的执业经验，这些认定案件大致可以分为以下几种类型：

首先，在侵权案件中，如果受害人遭受了严重的伤害，导致其部分或完全丧失了民事行为能力，受害人的家属往往会基于多种因素的综合考量，决定为其申请认定。这种认定通常是为了保护受害人的合法权益，确保其在无法自主作出决策时，有人能够代表其利益行事。

其次，在合同纠纷案件中，有时一方当事人的家属会提出异议，声称当事人在签署合同时正处于疾病的发作期，因此其签署合同的行为并不能真实反映其意愿。在这种情况下，家属可能会申请认定，以期证明合同的签署无效，从而保护当事人的利益。

最后，在家庭生活中，当涉及到共有财产的处分时，如果一方当事人缺乏必要的行为能力，其处分行为可能会被认定为无效。为了维护交易的稳定性和公平性，有必要通过民事行为能力认定案件来确定一个合适的监护人，以便能够妥善地管理和处分这些共有财产。

民事行为能力认定案件在法律实务中扮演着重要的角色，它不仅涉及到个人权益的保护，还关系到交易安全和家庭财产的稳定管理。通过民事行为能力认定案件，可以为那些无法自主表达意愿的人提供法律上的支持和保护，确保他们的利益不受侵害。

在经过仔细审查和评估之后，如果确认被认定人确实存在被认定为限制民事行为能力人或无民事行为能力人的必要性，那么负责处理此案的律师有责任向相关的亲属或利害关系人明确传达这一决定。此外，为了确保被认定人的合法权益得到充分的保护，办案律师还需要指定一名合适的监护人。在选定监护人之后，为了进一步确保监护人的责任心和能力，办案律师应当安排一次与监护人的单独会谈，并对会谈内容进行详细记录。只有在监护人明确表示愿意并具备履行监护职责的能力，并且提供了书面承诺之后，办案律师才可以继续进行民事行为能力认定案件。

如果被认定人并非完全丧失了行为能力，仍然具备一定的交流能力，那么办案律师还应当与被认定人进行一次全面而深入的谈话。在这次谈话中，办案律师需要详细解释认定的法律后果，确保被申请人充分理解这一决定对其个人权利和日常生活可能产生的影响。这样的沟通有助于保障被申请人的知情权，同时也体现了法律程序的公正和透明。

在处理涉及限制民事行为能力的案件时，执业律师必须恪守审慎原则，对申请人的真实意图进行细致入微的审查。由于精神障碍患者的心理状态极为复杂，人类目前的科学知识和技术手段尚不能完全准确地揭示和理解人类精神世界的全部奥秘。尽管脑科学和精神科学领域已经历了超过一个世纪的研究和发展，但在精神疾病的诊断方面，我们仍然缺乏足够精确和客观的理化检测方法。目前，对精神疾病的诊断主要依赖于对患者病史的详细了解以及对其精神状况的综合评估。因此，在进行行为能力鉴定的过程中，不可避免地存在一定程度的主观判断空间，这就要求办案律师必须保持高度的警觉性，确保自己的执业行为不会被不法

分子利用，成为其实施恶意为工具。

二、申请宣告前需要准备的材料

向人民法院申请因民事行为能力认定案件，需要准备以下几类材料：

与当事人有关的身份信息材料。在民事行为能力认定案件中，申请人可以是被申请人的近亲属或近亲属以外的其他亲属，也包括与被申请人存在利害关系的其他人员如债权人或债务人。对于前者，通常需要提供户口本、身份证、社区证明等材料，债权人或债务人等利害关系人需要提供与被申请人存在利害关系证明的基本材料。根据《民法典》的有关规定，如社区居委会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、未成年人保护组织、依法设立的老年人组织、民政部门等有关组织作为无利害关系人也可以申请宣告，此时只需要提交其具有《民法典》所规定的主体资格的基本证明材料即可。

(1) 案件管辖的确定，根据《民事诉讼法》的规定，被申请人住所地的基层人民法院具有管辖权，也就是说被申请人的户籍所在地或经常居住地法院均有权管辖。通常情形下选择经常居住地法院管辖更为便利，在一些特定场景下，选择户籍所在地的法院管辖可以起到更好地保护被申请人合法权益的效果。

(2) 提出宣告申请的基本证据。通常在申请宣告之前，被申请人已经存在行为能力受限的表征，办案律师应当认真审查当事人提供的如病历、证人证言之类的证据的真实性。

起草宣告申请书和鉴定申请书。宣告申请书的模板可以通过最高人民法院官网的诉讼文书样式获得，根据实际情况加以修改。鉴定申请书应详细说明被申请人的行为能力状况，以便法院和鉴定机构了解基本情况。

(4) 收集与案件可能有关的其他材料。例如，如果家庭成员内部已经就将来指定监护人达成一致意见，可以提供家庭成员签字的协议书作为证据材料以供法院参考。

二、申请宣告阶段应当注意的事项

此类案件适用特别程序，由审判员一人独任审理，实行一审终审制。根据《民事诉讼法》的规定案件应在立案之日起30日内审结（鉴定程序的用时不计入审限）。值得注意的是，

该类案件无需缴纳诉讼费，但需要申请人负担相应的鉴定费。

法院在受理申请材料后，将依法随机委托有资质的鉴定机构对被申请人的行为能力进行鉴定评估。申请人需配合鉴定机构提供相应的材料。鉴定机构将结合被申请人的实际情况，出具鉴定意见。该鉴定意见将成为法院裁判的重要依据。

就本地（宣城市辖区）而言，通常选择由合肥、芜湖、马鞍山三地的具有相应资质的鉴定所进行司法鉴定。一般而言，鉴定机构除了需要审查被申请人的病史资料、与被申请人进行认知能力的测试和访谈以及要求申请人提供被申请人所在的村或社区出具的相关社会交往前后变化的说明文件之外，部分鉴定所还会要求提交被申请人近期在专科精神病医院检查的韦氏智力测试、艾森克个性测试、脑电图、颅脑 CT 片。根据以上材料，鉴定机构将独立的作出专业判断。在这一环节中，作为申请人的代理律师，主要注意鉴定机构进行鉴定的程序是否符合规范。以及如果被申请人存在不方便外出的情形时与鉴定机构协商到被鉴定人所在地进行鉴定活动。

在参与鉴定活动时，代理律师应当注意鉴定应当由 3 名以上具有精神疾病司法鉴定资质的主治医师以上作出精神医学和法学鉴定意见，并出具鉴定意见书。鉴定过程符合鉴定程序，鉴定案例资料完整可靠，鉴定资料全部归档保存。如果发现程序上存在瑕疵时应当及时提出以便改正，避免鉴定意见书在出具之后因为程序问题被否定。同样，如果作为相对方的代理人对对方的宣告判决如果持有异议的话，也可以考虑从鉴定程序是否符合规范入手，特别是要求调阅鉴定过程档案寻找突破口。在必要时也可以申请鉴定人出庭说明。

在收到鉴定意见书之后，作为申请人的代理人应当就该鉴定意见书的三性及鉴定意见发表质证意见，如对鉴定程序及结果无异议，可以简单发表赞同观点。如对鉴定程序或鉴定意见持有不同意见，应当详细说明理由。我国目前对涉及此方面法律能力评定依据主要是《法医精神病学》、《精神障碍者刑事责任能力评定指南（SF/ZJD0104002-2011、SF/ZJD0104002-2016）》、《精神障碍者性自我防卫能力评定指南 SF/T0071-2020》、《精神障碍者民事行为能力评定指南 SF/ZJD0104004-2018》等作出相应的法律能力评定，分别

针对如刑事责任能力、性自我防卫能力、民事行为能力做出了比较明确的规范，代理律师在发表质证意见时可以选择对应的部分进行参考。

如鉴定意见显示被申请人为限制或无民事行为能力人，则案件程序进入到下一阶段。此时人民法院将约谈申请人，同时为了保障被申请人的合法权益，人民法院会要求通知被申请人近亲属作为代理人参与谈话，以进行监督。

在必要时，人民法院还可以对被申请人其他近亲属进行询问调查，或者联系被申请人住所地的村民委员会、居民委员会或民政部门核查相关情况。在特殊情况时如果被申请人没有其他近亲属，人民法院可以指定经被申请人住所地的村民委员会、居民委员会或民政部门同意，并且愿意担任代理人的个人或组织为代理人。如果没有代理人，由被申请人住所地的村民委员会、居民委员会或民政部门担任代理人。

以上程序完结之后，人民法院将依据申请人提供的上述资料，结合多方谈话内容，依法制作民事判决书，就被申请人行为能力及监护人情况做出最终的裁判。

三、宣告判决的溯及效力

根据诉讼法的相关规定，一旦法院作出宣告某人为限制民事行为能力人或者无民事行为能力人的判决，该判决即刻生效，从作出之日起便具有法律效力。这意味着，从判决生效的那一刻起，直至该判决最终被撤销的整个期间内，被申请人的行为能力将受到法律的严格限制。然而，基于日常生活中的常识和经验，我们可以合理推断，在被申请人被法院作出相关判决之前，他们很可能已经出现了需要被宣告为限制或无民事行为能力的事由。因此，在这段时间内，被申请人所进行的民事行为是否有效，便成为一个值得深入探讨和分析的问题。这个问题的探讨不仅涉及到法律条文的字面解释，还涉及到对当事人权益的保护、对交易安全的维护以及对社会公平正义的实现等多方面的考量。

在本文的主题范围内，作者仅能简要地阐述自己的看法：首先，关于判决宣告的效力是否能够追溯到宣告之前、事由发生之后的问题，笔者认为应当在每个具体案例中进行细致的分析和判断。这是因为每个案件都有其独特的情况和背景，因此不能一概而论，而应当根据

案件的具体事实来决定判决的效力是否具有追溯性。

其次，当进行具体判断时，应当遵循一系列明确的标准和原则。首先，应当充分利用病史资料以及社区访谈所获取的信息，这些信息对于评估被申请人在此案发生的具体时间点上民事行为能力受限的可能性至关重要。病史资料能够提供被申请人的健康状况和精神状态的历史记录，而社区访谈则能够反映被申请人在日常生活中的行为表现和认知能力。通过综合这些信息，可以更准确地判断被申请人在特定时间点上的民事行为能力。

同时，在进行判断时，还应当考虑到行为相对人的合理预期。这是因为民事交易的稳定性和可预测性对于维护整个社会经济秩序至关重要。如果被申请人在交易发生时的行为能力受限，那么相对人可能无法预见到这一点，从而影响到交易的公平性和稳定性。因此，在判断被申请人的民事行为能力时，必须平衡考虑被申请人的实际情况和相对人的合理预期，以确保交易的稳定性和公平性。

作者单位：安徽渊源律师事务所

参考文献

[1]满足“老有所养”，如何加强培育社区养老服务机构；新华社，2024.7.31，
https://www.gov.cn/zhengce/202407/content_6965621.htm

[2]陈泽伟. 研究显示我国精神病患超 1 亿，重症人数逾 1600 万[J]. 中国医药导刊, 2010, 12(10): 1734.

无效合同诉讼时效法律研究

——比较法视角之辨析

安徽渊源律师事务所 陈继 潘鹏

【摘要】在实践某一案件中，A地政府与B公司签订合同，由B公司支付300万元以取得某块土地的使用权，A政府花费190万元用于拆迁补偿等必要支出。随后，双方发现合同违反了法律的强制性规范，应属无效合同，A政府将剩余110万元退还，但B公司仍然继续使用该地。十年后，B公司提起诉讼，要求确认合同无效并返还190万元的款项。

本文由该案件启发，围绕无效合同的诉讼时效问题展开研究，从比较法的角度对相关法律争议进行探讨。文章从学理角度深入分析了三种主流的法律观点：适用时效说、不适用时效说以及提出区分不同类型无效合同的折衷说。“适用时效说”强调，对无效合同适用诉讼时效有助于维护社会秩序和司法效率。而“不适用时效说”则认为，无效合同的确认属于事实认定，不应受时效制度的约束。“折衷说”则建议区分绝对无效和相对无效的合同，前者不受诉讼时效的约束，后者则应适用。作者倾向于认为，无效合同应适用诉讼时效，这有助于维护社会秩序的稳定，保障法律的公平性，并提高司法效率。文章还进一步探讨了基于物权和不当得利的财产返还请求权的诉讼时效问题，指出物权请求权通常不受诉讼时效的限制，但在涉及折价补偿等特定情况下，应考虑适用诉讼时效。最后，文章比较了美国法律体系中关于合同无效和财产返还的相关规定，通过对比分析，本文旨在为我国合同法的发展提供有益借鉴。

【关键词】无效合同，诉讼时效，比较法研究

一、无效合同认定的诉讼时效争议

（一）理论争议

1. 适用时效说

有学者认为，如果无效合同确认不适用诉讼时效制度，权利人在多年后仍可主张。一旦合同被确认无效，合同相关方即有恢复原状的法律义务，也势必产生返还财产、损害赔偿等责任。时隔数年后，恢复的过程往往不易且成本巨大。在市场经济中，市场主体趋利避害的意识尤为强烈，不适用诉讼时效所带来的潜在风险和成本显然不利于交易的稳定，甚至可能打击市场交易主体的信心，阻碍交易的进行。其次，无效合同确认适用诉讼时效有利于提高法院的办案效率，节约司法成本。合同确认无效需要当事人举证和法院审查，而时隔数年后，取证和查证将变得十分不易，诉讼成本会显著增加。最后，适用诉讼时效有利于督促当事人积极行使权利¹。

2. 不适用诉讼时效说。

王利明教授的观点主要有：（1）事实确认优先。无效合同的确认不是时间对权利的限制，而是是一个事实的确认。合同无效是法律规范对合同的否定性评价，只要相应的强制性法律规范或公序良俗没有发生变化，依然对此类合同进行否定性评价，则其违法性状态就会一直持续下去，不因时间的推移而有所改变。因此，由于该合同的违法性状态持续存在，对该合同无效的确认不应受诉讼时效的限制。（2）立法初衷。王教授提出，将合同无效的认定纳入诉讼时效的范畴，与该制度设立的目的并不相符。无效合同因其违反了法律或社会公共利益，法院可依职权主动审查，而无需当事人的积极主张。（3）公共利益方面。对合同无效的确认任何时候都可以提出，才符合社会整体的法秩序。如果认为确认合同无效受时效的限制，则在一定的时间经过之后，违法的合同将变成合法的合同，违法的利益将变成合法的利益，这显然不符合立法的宗旨和目的，也与法律秩序的形成相矛盾²。还有观点认为，诉讼时效仅适用于请求权。而请求确认合同无效的权利一方即可行使，不需要合同另一方的同意，因此属于形成权。所以，确认合同无效的权利作为一种形成权当然不适用诉讼时效³。

¹ 吕伯涛：《适用合同法重大疑难问题研究》，人民院出版社 2001 年版，第 306 页。

² 王利明：《关于无效合同确认的若干问题》，载《法制与社会发展》2002 年第 5 期。

³ 陈敏，杨惠玲：《确认合同无效之诉与诉讼时效的适用》，中国法院网。

也有学者在此基础上认为应当适用除斥期间⁴。

3. 折衷说。这种观点将合同分为绝对无效合同和相对无效合同。绝对无效合同是指合同内容的订立触犯法律法规强制规定、损害社会公共利益，其认定不受诉讼时效的限制。相对无效合同的定义在学术界有较大争议，但其主要指损害特定第三人利益的合同。其特征为：

(1) 相对无效的合同不是当然的无效，合同当事人可以通过事后的补正或实际履行来使合同有效；(2) 此种合同损害的是特定第三人的利益而非国家或集体的利益，因而对国家利益的损害⁵。合同绝对无效是因为合同违反法律法规的强制性规定或公序良俗，具有严重的违法性，故不应因诉讼时效原因而不予认定无效。而合同相对无效因只涉及第三人利益且在法律上须由第三人主张无效时，与社会公益无关，例如恶意串通损害第三人利益的合同等，故“为保证整个社会经济秩序的稳定，对涉及双方当事人利益和特定第三人利益的一般无效合同，法院应考虑到时效问题”⁶。

(二) 作者观点

合同法中的无效合同问题一直是法律实践中的热点和难点。在我国现行的法律框架下，对于无效合同的认定并未明确规定是否适用诉讼时效。然而，从法律的基本原则出发，笔者主张无效合同的认定应当适用诉讼时效。其原因主要有以下三点：

1. 适用诉讼时效有利于维护社会秩序的稳定。

法律的主要功能之一是维护社会的稳定和秩序。如果无效合同可以无限期地被主张，那么合同关系中的一方当事人将始终面临不确定的法律风险。这不仅会影响当事人的正常生产经营，也可能造成社会经济秩序的混乱。适用诉讼时效，意味着超过一定期限后，合同无效的主张权将受到限制，从而促使当事人在合理的时间内行使权利，避免法律关系的长期不确定性，有助于社会的和谐与稳定。

2. 法的公平原则不保护“躺在权利上睡觉”的人。

法律保护权利人的同时，也要求其积极行使权利。如果允许无效合同的主张无限期存在，

⁴ 尹明：《确认合同无效有无时间限制》，载《人民法院报》2003年10月9日第3版。

⁵ 陈庆旺，《合同 效所涉诉讼时效之思辨》，苏州 学硕 论 -2014

⁶ 关军：《买卖法》，人民法院出版社1999年版，第80页。

那么那些在权利受到侵害后长期不行使权利的人，将在时间上获得不公平的优势。这不仅违反了诚实信用原则，也有违公平正义的基本要求。通过诉讼时效制度，促使权利人及时主张权利，可以防止由于时间的推移而导致的证据灭失、事实模糊，从而更好地实现实质公平。

3. 适用诉讼时效有利于规范审判准则，提升司法效率。

无效合同的认定往往涉及复杂的事实和法律问题，如果没有诉讼时效的限制，法官在处理此类案件时将面临巨大的工作量和审判压力。而且，由于时间的流逝，证据可能会灭失，证人可能会记忆模糊，增加了审判的难度和不确定性。诉讼时效的适用，可以在一定程度上减少司法资源的浪费，使法院能够更加高效、公正地处理案件，维护法律的权威和公信力。

综上所述，笔者认为无效合同的认定应当适用诉讼时效。这不仅符合社会秩序的稳定要求和法的公平原则，也有利于规范审判准则，提升司法效率。法律的生命在于实施，通过诉讼时效制度，促使权利人及时行使权利，是实现法律价值的重要途径。希望这一观点能够引起法律界的关注和重视，为我国合同法的发展和完善提供有益的借鉴。

二、返还财产请求权诉讼时效分析

（一）基于物权的返还财产请求权

基于物权的返还财产请求权的理论基础和法律依据非常清晰。一般而言，当事人会依据合同规定进行财产的转移、交付。依据《民法典》第 155 条的规定，合同被确认无效后，其效力自始无效，因而对当事人自始没有法律约束力，那么当事人之前依据合同进行的财产变更也失去了法律上的依据。学理上，我国不承认物权无因性，这意味着如果物权发生变动的原因为无效，那么相应的物权行为也无效。此时，物的所有权依然属于给付人，其可以依据所有权对占有人主张占有返还请求权。法律上，根据《民法典》第 157 条的规定，合同无效后，当事人需要返还因合同取得的财产。

关于诉讼时效的问题，如果财产返还仅涉及实体物，其请求权为物权请求权的情况下，一般不适用诉讼时效，对此《民法典》第一百九十六条有明确的规定。但是，在实践中，时常出现“不能返还的情况”，如合同所涉及物的毁损和灭失。也时常出现《民法典》第 157

条规定的“没有必要返还”的情况。这种情况所产生的法律后果一般为折价补偿，有过错的一方还应赔偿损失，此时，请求权的性质转换成债权请求权，应当适用诉讼时效的规定。

（二）基于不当得利的返还财产请求权

对于合同无效后的不当得利请求权问题，学术界有两种主要学说，即不当得利请求权说和不当得利请求权竞合说。前者主要源于德国与法国的民法规范，认为如果合同被认定为无效而标的物已经交付，则原合同的受让方构成不当得利，受害方应当给予不当得利返还请求权进行主张。这种观点是基于对物权行为具有无因性与独立性的认识，物权转移不受债权债务关系成立与否的影响。另一种观点则是请求权竞合说，认为不当得利请求权具有独立性，在二者同时产生发生竞合时当事人应当享有自由裁量权，可以选择任一权利进行主张。我国的法律规范与请求权竞合说相符合。

诉讼时效主要有三种类型，即一般诉讼时效、特别诉讼时效和最长诉讼时效。⁷这些规定可见于《民法典》第一编第九章，特别诉讼时效与一般情形下的不当得利请求权并无关联，因此本文主要对另外两种诉讼时效的适用进行讨论。

对于一般诉讼时效期间，《民法典》第一百八十八条规定一般诉讼时效期间为三年⁸。最长诉讼时效期间的规定同样源自《民法典》第一百八十八条：“自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护”之规定，值得注意的是，这两种时效期限应当相互制约，并且同时适用。即除非有特殊规定，不当得利返还请求权最长只能存在二十年。而二者除去期限不同外存在如下的区别：其一是起算时间不同，受害人知道或应当知道自身权利受到侵害之时一般诉讼时效即起算，而最长诉讼时效期间在被害人的权利受到侵害之时就开始计算，这也揭示了最长诉讼时效期间适用的前提为受害人不知且不应当知道；其二是中止、中断的问题，一般诉讼时效期间在满足条件的情形下可以中止或中断，而最长诉讼时效期间不得中止、中断。对于不当得利请求权适用一般诉讼时效期间的问题无需讨论，不当得利请求权作为债权请求权当然适用一般诉讼时效的规定，关键在于不当得利请求权是否以及如何适用最

⁷ 王克先.略论不当得利返还请求权的诉讼时效[J].浙江省政法管理干部学院学报,2001,(06):77.

⁸ 《民法典》第一百八十八条。

长诉讼时效期间。

正如前文所述，最长诉讼时效期间适用的前提是被侵害人不知道及不应当知道自身权利被侵害和义务人，而现实中不当得利产生的损害往往是因为受害人自己的行为所导致，在无效合同中也多见这一情况，那么既然是因为受损人自己的行为导致了损害，自然不能认为受损人不知道或不应当知道其权利受到了侵害。因此对于不当得利请求权几乎不存在最长诉讼时效期间存在的前提。但也需要明确在无效合同中并非所有情况都是如此，实践中也确实存在因为对方过错导致合同无效，而已方完全不知的情形，因此对于无效合同中不当得利请求权最长诉讼时效的适用，具体仍应当根据具体的客观情况进行认定。

关于诉讼时效期间起算的问题，《民法典》规定一般诉讼时效自权利人知道或者应当知道自身权利受到损害以及义务人之日起计算⁹。可正如上文已说大部分情形下不当得利请求权的受害人是损害发生的原因，因此对于诉讼时效的起算仍应当分类讨论。具体而言，对于大多数由自身导致的损害，受害人一开始就应当知道损害的发生，因此诉讼时效从损害发生之时起算，且不适用二十年的最长诉讼时效期间；如果受害人当时确实不知道也不应当知道不当得利的发生，那么即从其知道或者应当知道之日起起算，同时适用二十年的最长诉讼时效期间。

三、域外（美国）法律规定之辨析

（一）确认合同无效之诉讼时效

美国法体系中的相关规定由两个层面的法律予以规范。在全国层面的法律中，统一商法典（Uniform Commercial Code，简称 UCC）只规定了销售合同的相关的违约诉讼，UCC 第 2-725 节规定，销售合同的违约诉讼必须在起诉事由产生后的四年内提起。双方可在原始协议中将诉讼时效缩短，但不得少于一年。UCC 第 2-725 节还规定合同法不得协议延长诉讼时效¹⁰。

⁹ 同上

¹⁰ UCC § 2-725. Statute of Limitations in Contracts for Sale

An action for breach of any contract for sale must be commenced within four years after the cause of action has accrued. By the original agreement the parties may reduce the period of limitation to not less than one year but may not extend it.

由于统一商法典只规范商品销售合同，若涉及其他类型的合同，则需援引各州法律。各州法律对其规定并不一致，通常未三到六年。以纽约州法为例，纽约州民事诉讼法和规则（CPLR）第 213 条规定，对明示或暗示的合同义务或责任提起诉讼的时效为六年，但该法第 214-A 条或《统一商法典》第 2 条或《一般商法》（general business law）第 36-B 条规定的除外¹¹。CPLR 第 214-A 规范的是医疗、牙科或足部医疗事故的有关诉讼。《统一商法典》第 2 条的内容如前文所言，只规范销售合同。一般商法第 36-B 规范的是新房销售合同。

总之，若涉及的合同为商品销售合同，则应当援引统一商法典的规定。若是涉及其他合同，则应查看当地法律。此外，若是涉及欺诈等行为，大多数州对民事欺诈诉讼规定了更长的诉讼时效，一般为 10 年左右。

（二）财产返还

首先需要明确的是，美国法体系中虽然有返还不当得利（unjust enrichment）的概念，但其不像中国法和其他大陆法系体系中那样明确地以“返还不当得利请求权”命名。美国法中相关的概念和原则如下：1. 不正当获利（Unjust Enrichment）：该理论认为，一个人不应在没有法律依据的情况下，从另一个人那里获得好处。美国的法院通常会在这种情况下提供救济，以确保公平和正义。2. 返还（Restitution）：返还是纠正不当得利的一种主要救济方式。通过返还，法院可以命令从不当得利中受益的人返还其不正当获得的利益。3. Quantum Meruit：这是另一个相关的概念，指的是一个人有权获得合理的报酬，通常是在没有明确合同的情况下，已经提供了服务或货物。4. 构建信托（Constructive Trust）：“构建信托”是一种衡平法上的救济措施，当一个人不正当地持有另一个人的财产时，法院可以判决财产应当由实际拥有人持有。美国法律中的这些概念与返还不当得利请求权有相似之处，虽然它们可能在应用和具体规则上有所不同。通过这些法律工具，法院能够纠正和预防不公正的利益获取行为。

¹¹ § 213. Actions to be commenced within six years: where not otherwise provided for; on contract; on sealed instrument; on bond or note, and mortgage upon real property; by state based on misappropriation of public property; based on mistake; by corporation against director, officer or stockholder; based on fraud. The following actions must be commenced within six years: 2. an action upon a contractual obligation or liability, express or implied, except as provided in section two hundred thirteen-a or two hundred fourteen-i of this article or article 2 of the uniform commercial code or article 36-B of the general business law;

返还物权的请求权也是同理，美国法相关的法律概念和救济方式通常有：1. Replevin: 这是一个法律程序，允许一个人要求归还其被不法扣留的动产。Replevin 旨在恢复原物，而不是仅仅提供金钱赔偿。2. Ejectment: 如果涉及不动产，比如房屋或土地，产权持有者可以提起驱逐诉讼 (ejectment)，以恢复对不动产的占有权。3. Conversion: 当一个人不法控制或占有另一个人的财产时，受害人可以提起转换诉讼 (conversion)，以寻求返还财产或获得等值的赔偿。4. 构建信托 (Constructive Trust): 如前所述，如果一个人通过不正当手段获得了另一个人的财产，法院可以建立一个构建信托 (constructive trust)，以确保财产归还实际拥有者。上述美国法体系内的制度的实际效果与国内物权返还请求权类似。虽然它们可能在名称和具体适用条件上有所不同，但都体现了对财产权的保护和不当得利的纠正。

有关民事诉讼中执行判决和金钱损害赔偿或其他救济的诉讼时效，各州的情况也不尽相同，但如果原告无法通过与被告直接交易得到赔偿，各州一般允许在最终判决日期后 10 年内提起执行诉讼。如果原告因被告的逃避行为或原告无法控制的原因而继续难以收款，这种期限一般可以再延长 10 年左右。

四、结论

总之，中国法中关于合同无效及请求财产返还的诉讼时效问题较为复杂且存在争议。不同的理论视角提出了多种解决方法：适用诉讼时效、不适用诉讼时效或采用混合方式。目前，中国的法律框架缺乏明确规定，导致实践中的不确定性。相比之下，美国法提供了更为结构化的指导。根据《统一商法典》(UCC) § 2-725，对于销售合同的诉讼时效为四年。这一期限不能通过协议延长，但可以缩短至不少于一年。尽管美国各个州存在少量解释和适用上的差异，美国法在此问题上的规定总体上较为清晰确定。

对中国法的借鉴意义主要有三个方面。一是明确相关诉讼时效：采用类似 UCC 的明确、结构化的诉讼时效规定可以简化法律程序，减少合同无效案件中的不确定性。这将促进法律的确定性，鼓励各方勤勉行事。二是区分合同类型，如销售合同与其他类型合同，并相应地

适用具体的诉讼时效，可以提高法律裁决的精确性和公平性。三是给予地方立法一定的自主权：虽然全国统一标准有其益处，但给予地方一定的自主权（如美国各州所见）可以在不损害整体一致性的情况下，解决特定地区的法律和经济需求。

通过借鉴美国法的结构化和适应性方法，中国合同法可以改进对无效合同及相关返还请求的处理，营造更稳定和可预测的法律环境。

作者单位：安徽渊源律师事务所

参考文献

- [1]吕伯涛：《适用合同法重大疑难问题研究》，人民院出版社 2001 年版，第 306 页。
- [2]王利明：《关于无效合同确认的若干问题》，载《法制与社会发展》2002 年第 5 期。
- [3]陈敏，杨惠玲：《确认合同无效之诉与诉讼时效的适用》，中国法院网。
- [4]尹明：《确认合同无效有无时间限制》，载《人民法院报》2003 年 10 月 9 日第 3 版。
- [5]陈庆旺，《合同无效所涉诉讼时效之思辨》，苏州大学硕士论文-2014
- [6]关军：《买卖法》，人民法院出版社 1999 年版，第 80 页。
- [7]王克先. 略论不当得利返还请求权的诉讼时效[J]. 浙江省政法管理干部学院学报, 2001, (06):77.

性侵未成年人案件的证明困境及破解

安徽渊源律师事务所 陈雪芹

【摘要】根植于长期惯有的“孤证不能定案”思想，当前我国刑事证明所采取的印证证明模式对于客观证据少、案发隐蔽、经常面临“孤证”困境的性侵未成年人案件适用上存在明显局限性。以儿童利益最大化为原则处理性侵未成年人案件，要求该类案件的证明模式应当突破“孤证不能定案”理念，采取宽松的印证模式，以未成年被害人陈述为重点，加强对辅助证据的收集和运用，以此破解证明困境。

【关键字】刑事证明；孤证不能定案；性侵未成年人案件

一、前言

习近平总书记指出：当代中国少年儿童是建设社会主义现代化强国的主力军。近年来，我国社会在各个领域、诸多方面都更加强调呵护未成年人健康成长。于司法领域而言，我国于2020年新修订《未成年人保护法》，对刑法中未成年人的刑事责任年龄也做了调整。最高人民检察院更是以“检爱同行，共护未来”为主题，着力打造未成年人保护法律屏障，设置专门的未成年人刑事检察部门，将未成年人刑事保护作为专项工作，并配置专门人员进行。然而，有数据显示，近年来，我国未成年刑事领域的犯罪情况仍然比较严峻。侵害未成年人犯罪数更是占未成年人检察案件总数的一半以上。其中，又以性侵问题尤为突出。对于形势不容乐观的性侵未成年人犯罪应当如何实现案件正确追诉、妥善处理，成为未成年人司法保护一项重点。性侵未成年人案件客观证据较少、被告人报案迟延、多为熟人作案、隐蔽性强等特征，使得该类案件往往缺少充分证据，甚至在相当比例的案件中，能够直接证明犯罪行为实施的证据仅有被害人陈述，而未成年人年纪较小，通常认为尚未形成成熟的认知及表达能力，该证据本身尚且处于是否能够满足证明要求的争议之中，更勿论想要仅凭此项证据就可以认定犯罪。产生这种困扰的主要原因在于我国刑事证明一直遵循着“孤证不能定案”指

导下的印证证明模式,而性侵未成年人案件的证据缺乏与该证明规则存在根本上的矛盾与冲突。因此,性侵未成年人案件的证明难题将如何破解成为本文所要讨论的重点。

二、性侵未成年人案件的证明困境

据最高人民法院公布数据显示,侵害未成年人犯罪案件中,性侵案件占比近40%。可见,性侵问题仍是未成年人司法保护领域的一大痛点。未成年人年纪小、认知能力不足等因素导致性侵未成年人案件与一般性侵案件存在根本区别。这种不同在刑事证明上的表现尤为明显,以强奸罪为例,根据刑法的规定,强奸罪以妇女的性自主权为保护法益。在一般性侵案件中,关于妇女是否自愿成为案件审理的关键,但是,对不满14周岁的幼女实施性侵行为,法院在审理过程中不将自愿性作为审查的重点,一律推定为不自愿。还比如,一般性侵案件中,遭遇性侵的对象是具备完全认知能力以及丰富社会经验的妇女,在侵权行为发生后,能够及时采取措施,固定证据等行为维护自身权利,但未成年人遭遇性侵后,并不懂得如何保护自己,更不用说采取相应措施收集证据。因此,在性侵未成年人案件的办理过程中,证据审查的重点不同于一般性侵案件,且证据收集的难度也更大,案件证明更加艰难。导致这种困难的原因主要有以下几个方面:

第一,客观证据较少。性侵未成年人案件中的客观证据主要是指犯罪嫌疑人遗留在被害人人体内的体液、案发时候的监控视频等能够直接证明犯罪嫌疑人实施了性侵行为的证据。根据有关实证研究结果表明,性侵未成年人案件中能够找到充分客观证据的比例较少,大多数案件都缺乏客观证据。导致此类案件客观证据较少的主要原因在于被害人遭遇性侵后未能及时报案,错过了收集客观证据的关键节点。首先,有数据显示,性侵未成年人案件中,熟人犯罪约占六成,主要表现为家庭成员、学校以及辅导机构老师等。由于大多数案件中未成年被害人与实施性侵行为的人接触过于密切,使得犯罪嫌疑人具有实施犯罪的优势要件,在与被害人日常交往过程中,自然接触被害人,犯罪得逞的几率更大。其次,由于是熟人作案,日常交往接触比较频繁,对于年龄较小的一部分被害人而言,往往不能意识到此种行为是一种侵权行为,或者有的被害人出于羞耻心,不愿表明自己被侵犯的事实。另外,也有部分案

件是由于未成年被害人的父母担心一旦报案对孩子不利，未能及时报案，导致错过了办案人员收集证据的黄金时期。最后，对未成年人实施性侵行为，尤其进行猥亵的，犯罪行为的暴力程度不高，多以威逼利诱为主，对被害人身体造成的伤害不大。以 2012—2015 年某市法院涉及性侵未成年人的 157 件生效判决显示，其中占比 81.5% 的案件中都是以非暴力的威逼利诱等手段实施行为。在为数不多的少数使用暴力的 17 起案件，造成轻伤的仅 2 人，处女膜破裂的被害人仅 2 人。

第二，言词证据存在瑕疵。性侵未成年人案件中，能够直接证明犯罪行为发生的证据通常为言词证据，包括被害人陈述、证人证言等。有学者就裁判文书网上有关性侵未成年人案件的 104 份判决书中进行样本分析，发现言词证据占到证据总量的 67%。一方面，就证人证言而言，大多数情况下证人是被害人、犯罪嫌疑人等与案件具有直接关联的人处听说的案件情况，证言并不具有能够独立证明案件的作用。例如，被害人父母，其对案件事实的认知主要是从被害人对其表述中得知的。实践中就存在法院在审理案件中，由于除被害人陈述或者证人根据被害人叙述做出的转述证言外，没有其他证据支持，不能达到证明标准，故不予认定犯罪行为成立的情况。另一方面，未成年被害人陈述作为性侵案件的关键证据，对于认定犯罪行为具有重要意义。但是，无论是从证明能力还是证明力方面，都极易遭受质疑。例如，在“田某某猥亵儿童案”中，法院在判决中表示，由于案发时被害人刚年满四周岁，年龄尚小，认为其智力发育不完善，仅凭其陈述认定被告人有罪不符合刑事证明所要求的确实充分要件。另外，根据我国刑事诉讼法的规定，年幼的人所做的证言或者陈述，只有当其陈述内容是与其年龄相符的时候，才认为其具有证明能力，所做陈述能够作为证据使用。然而实践中，记录有未成年被害人陈述的笔录往往存在用语过于成人化的现象，对法官审查判断产生偏差。出现这种现象的主要原因在于，未成年人尚未形成完整且成熟的自我表达与输出能力，往往容易受到成人言语诱导的影响，主要表现在，侦查人员在未成年被害人进行询问时，习惯用与成年人交流的方式展开谈话，用语上没有采用符合未成年人理解的表达，导致笔录所记载的内容中部分用语显然与未成年人表达不符。并且，父母与未成年人交流中用

语上的疏忽也会影响未成年人的表述。

三、印证证明适用于性侵未成年人案件的局限

性侵未成年人案件的证明难题,于法官在判决书的表述一般,是证据无法达到确实充分。究其根本,一旦能够直接证明犯罪嫌疑人实施犯罪行为的证据缺失或者处于孤证状态,则根据“孤证不能定案”的要求,无法形成对案件事实的充分说理。根据前文所述可知,性侵未成年人案件往往存在客观证据较少甚至没有,主要用于证明犯罪事实的言词证据因为被害人自身作证能力的因素容易存在瑕疵。更进一步而言,证明案件主要事实的证据无法实现印证,即便法官根据被害人的陈述以及相关辅助证据能够形成内心确信,但因无法满足我国法律明文规定的证明规则形式要求,而不能认定犯罪行为成立。

(一) “孤证不能定案”理念下的现行刑事证明模式

根据我国刑事诉讼法规定,用于定罪的证据必须同时符合“质”和“量”的条件,一方面,满足“质”的条件要求证据必须是经过法定的取得程序获取、收集并且经过查证,确实与案件存在关联,能够直接证明案件事实存在。另一方面,“量”层级上要求必须充分,亦即证据在数量上必须充足,确保证据具有足够的数量以实现相互之间能够完成印证,构建证明犯罪事实发生的完整链条,排除合理怀疑,准确还原案件事实。而其中所依据的法理基础则是我国一直以来奉行的“孤证不能定案”。

“孤证不能定案”是指,如果只存在一项实质性证据能够证明被告人在本案中实施了犯罪行为,则不得据此认定被告人有罪。虽然我国法律对该原则并没有予以明文规定,但其已是我国理论界和实务界都默认的案件证明必须遵循的“潜规则”。“孤证不能定案”的主要功能在于当证明案件主要事实的证据处于孤证状态时,必须予以补强后方可定案。基于该要求,形成了具有中国特色的刑事证明规则——印证证明模式。印证是指证据包含的信息同一或者信息的指向同一,从而实现证据之间的补强。学界主流观点认为,证据之间形成相互印证是对“证据确实、充分”的具体诠释或者最低限度的标准。

(二) 性侵未成年人案件适用印证规则局限性的表现

虽然印证证明的目的在于通过两个以上证据的相互补强，增强对证明力的准确性，避免错误采信证据，形成错案。但是，对于证据数量的硬性要求使得实际适用中很容易造成适用模式的机械化，导致该规则异变为纯粹的数量规则。但是，补强证据规则一般要求对孤证进行补强的证据也必须是独立的证据，而在性侵案件中，独立的补强证据也很难取得。具体而言，印证证明模式适用于性侵未成年人案件的局限性主要表现在两个方面：

一方面，过于重视客观证据的收集。我国刑事证据规则是以客观证据和直接证据为核心证据标准。客观证据不足或者没有情况下，若犯罪嫌疑人拒不认罪，则仅凭未成年被害人陈述作为证据核心认定犯罪事实成立基本无法实现。例如，侦查机关在办理性侵未成年人案件中，往往比较侧重于监控录像、被害人人身检查、体液等客观证据的收集。当出现由于遭遇性侵的未成年被害人及其父母报案不及时导致客观证据消灭的情况时，由于缺少客观性证据，无法形成充分印证，即使办案人员内心确信确实实施了犯罪行为，但狭于证明的形式要求，缺少可以相互印证的足够证据，往往会做出不予追诉的结果。例如，根据福建省某市基层人民检察院 2012—2016 年间办理的性侵未成年人案件数据显示，对犯罪嫌疑人做出存疑不捕的决定中，有 14% 的案件是由于证据不足。

另一方面，过分追求证据的数量要求。在一些案件中，由于证据数量缺乏，即使法官能够根据某种优质证据形成心证，他们也会因不敢下判断而放纵犯罪。例如，猥亵儿童案件中的猥亵行为有时并不会给未成年人的身体或者器官造成实质性伤害，即便提取检材也不能发现犯罪嫌疑人的 DNA 或者被害人损伤等情况。而 DNA 鉴定作为该类案件最主要的客观证据，一旦缺失而被告人又拒不供述，往往会使案件处于孤证状态，司法机关便会以无法形成印证、满足证据确实充分的要求而放纵犯罪。我国司法实践中对于处理未成年人性侵案件与一般刑事案件不加区分，适用同样的证明标准，要求遵循严格的印证证明模式，强调客观证据的收集的做法，对于客观证据缺乏、案件事实的证明大多依赖言词证据的性侵未成年人案件而言，要求过于苛刻，甚至脱离客观现实，不利于保护遭受性侵的未成年被害人的权益。且与域外国家在处理性侵未成年人案件中的证明标准存在明显差异。美国法院在审理性侵未成年人案

件时，当儿童陈述是案件中的唯一证据时，法庭并不会以证据不足直接驳回公诉人的请求，而是会详尽考虑受害儿童是否因此患有创伤后应激障碍等。有学者曾表示，孤证不能定案的扩张适用使事实认定结论完全依赖证据数量及印证，挤压法官的自由心证空间。

（三）破解印证模式局限性的探索尝试

目前，针对印证证明规则适用性侵未成年人案件的局限性如何破解，有观点认为可以引入经验法则弥补印证模式在性侵未成年人案件中的证明困境。主要理由有：第一，印证规则下对于证据数量有最低限度的要求，而经验法则不排斥使用单一证据定案。第二，对于未成年被害人自身的作证能力进行审查判断需要采用经验法则。第三，经验法则能够弥补我国刑事证明过于追求客观化的缺陷，允许司法人员进行主观的自由心证，更加容易为一般工作所接受。但是，裁判者所具有的能够处理一般案件经验与常识并不一定能够同样适用于性侵未成年人案件。由于未成年人区别于成年人的身心特点，对其行为、表达进行推理所依据的经验法则往往区别于“常情、常理”。因此，办理性侵未成年人案件需要适用的经验法则具有特殊性，属于特殊经验法则，区别于处理一般案件适用的经验法则。但就司法实践而言，这种特殊经验法则对法官的要求过高。

另外，也有学者认为，解决孤证证明难题的出路在于借鉴西方国家证明领域中的补强证据规则的理论及有效经验，充分发挥间接证据的作用印证和补正直接证据。简言之，利用补强证据规则补足印证模式的缺陷。但是，一方面，虽然孤证不能定罪与补强规则均以印证作为重要的工具，具有近似的外观，然孤证不能定罪侧重于整个证明体系，强调多个证据间的相互印证，而补强证据规则是集中于对单个证据证明力的强化。另一方面，在证据不足的情况下，不能机械地补强被害人陈述，应当允许法官在排除合理怀疑的基础上仅凭被害人陈述就可以对被告人定罪。事实上，未成年被害人的陈述作为孤证时，单纯地进行证据补强并不能有效辨识被害人陈述的真实性。相反，不以补强为目标，而是将被害人陈述作为独立证据进行审查，以其为核心，从被害人陈述本身出发，探索其陈述的内在逻辑、内容的一致性 or 可找出矛盾之处。

四、完善性侵未成年人案件证明规则的建议

直接证据处于孤证状态会使案件难以认定，除去前文所分析的无法满足基于“孤证不能定案”采取的印证证明模式的基本要求，也即通常认为的证据数量缺失外，应当认为其自身存在的缺陷导致完全依赖于“孤证”的直接证据认定案件事实具有极大风险，以及实践中司法办案人员存在忽视辅助证据，未能充分发挥辅助证据对直接证据证明力的补充与印证作用也是重要的因素。因此，为了解决我国现行刑事印证模式给性侵未成年人案件带来的困扰，笔者认为，首先，应当将性侵未成年人案件作为“孤证不能定罪”原则的例外，允许对性侵未成年人案件实行宽松的印证模式，其次，规范对未成年被害人陈述的收集与审查程序，增强证据本身的可靠性，降低不稳定性，规避易变性，强化自身的证明力，最后，加强对辅助证据补充证明未成年被害人陈述作用的重视。只要裁判者认为，通过程序检验和辅助证据的强化足以使其对被害人陈述的真实性形成内心确信，并能够综合整个案件的证据排除对事实的合理怀疑，就可以认定行为人犯罪。

（一）确立严格印证规则的例外

性侵未成年人案件的特殊性致使严格按照刑事印证规则办理，其证明的局限性无法逾越，从而造成司法实践中案件处理的阻碍。有学者表示，缺乏“孤证不能定案”的例外情况，导致法官无法灵活对待案件的特殊情况。笔者同意这一观点，并认为应当允许例外存在。而性侵未成年人案件的特殊性使其应当成为该例外，允许对性侵未成年人案件采取相对宽松的印证模式，主要原因有：

首先，联合国《儿童权利公约》明确规定了“儿童利益最大化”原则。保护未成年人是未成年人刑事领域中最重要任务和目的，而在涉及未成年人的刑事案件中，必须以儿童利益最大化为首要遵循的准则和主要的行事标准。因此，对性侵儿童案件的处理，必须尊重“儿童利益优先，兼顾真实发现”的基本原则。对性侵未成年人案件适用于一般案件相同的证明规则，丝毫不加以区别，无法体现对未成年人的特殊保护，也无法彰显刑事证明领域对儿童利益最大化原则的贯彻。

其次，主要域外国家对性侵未成年人案件同样采取宽松的印证规则。与我国现状相似，英国早期对儿童被害人也要求适用严格的补强规则，但由于司法实践经验表明采用严格的补强规则会严重阻碍对此类犯罪的惩罚，且诸多社会科学研究成果表明儿童证言具有可信性，英国于上世纪八十年代便废除了对儿童被害人陈述必须进行证据补强的规则。无独有偶，美国也于上世纪八十年代废除了性侵未成年人案件中需要对儿童证言进行补强的强制性要求。

最后，根据最高人民法院发布“齐某强奸、猥亵儿童案”的指导性案例的要旨说明，不仅表明我国司法实务部门正在积极探索对性侵未成年人案件适用宽松的证明规则，且实践中已有法院在性侵未成年人案件处于孤证的情况下仍然认定案件事实的做法，同时也展示了最高司法机关对于这一做法认可的态度。

（二）完善未成年被害人陈述的程序保障

目前，我国的印证模式过分关注案件本身的证据结构，忽视了证据产生过程的正当性与合法性。刑事证明标准所要求的确实充分，于单个证据而言，证据取得的程序规范同样是强化其证明力的重要因素。因此，若欲加强被害人陈述的真实性，其程序完善是必不可少的关键要件。因为85%以上的未成年性侵证据都是在侦查阶段收集的，因此，程序完善也主要集中在侦查阶段。司法实践中，我国在部分地区试点针对性侵未成年人被害人采取“一站式取证”。然而，这种创新机制虽然确实有利于尽量避免遭遇性侵的未成年人由于案件进行对其身心可能造成的“二次伤害”，但并未关注或很少关注询问方法对陈述真实性的影响。因此，就询问程序如何强化对未成年被害人陈述的真实性，主要可以从以下几个方面着手进行：

第一，就询问人员而言，首先，基于保护未成年人的基本原则，应当要求询问人员学习一些相应的心理学知识，以便更好的把握未成年人在询问过程中的心理状态的变化，适时调整询问方式。其次，应当在询问前尽可能做好准备工作。实践中常发生由于侦查人员准备不充分，每次询问都遗漏关键问题，导致询问的质量不高，并且需要进行多次询问的现象。一项心理学研究表明，儿童记忆力在第一次询问中是最好的。之后的每一次询问，效果都不如第一次。最后，需要提高询问技巧。由于侦查技巧缺乏，侦查人员询问没有意识到成年人与

未成年人的区别，在对未成年人进行询问时，方式过于成人化，容易产生证据瑕疵。

第二，就询问方式而言，儿童在描述自身经历时，通常带有试探性质。他们的陈述内容会根据自己是受到支持还是被否定而发生改变。因此，要求询问人员必须恰当把握询问的技巧，确保被害人能够以自然的、舒适的、毫无压迫感与恐惧感的进行表达，能够真正将自己的真实经历叙述出来。有研究发现，开放性提问比封闭式提问更能获得准确的陈述。与成年证人相比，如果询问人员不进行诱导性询问，儿童证人证词的可信度并不会明显处于较低水准，对突发事件的记忆、复述内容的可信度甚至可能更高。封闭式提问不仅会限制儿童表达和陈述范围，而且容易陷入诱导提问的质疑。而且儿童容易被诱导性问题所误导，因此，询问时工作人员应当尽量采用开放式的提问。不仅可以使被害人更加自由地阐述自己的经历，使办案人员掌握更多的细节，也能避免涉嫌诱导询问的可能。

第三，就询问场所而言，一方面，为避免场所的严肃氛围给未成年人带来的紧张感和压迫感，应当单独设置专门的、适合未成年人的询问场所。另一方面，询问场所应当配有齐全的录音录像设备。我国司法实践中，此类案件中的未成年被害人通常并不出庭作证，法官对未成年被害人陈述的审查判断主要依据其书面证言加以权衡，但这也使得法官无法通过直接观察被害人的神情、语气等，从而会一定程度上削弱证明价值。相比较书面证言，在未成年被害人不出庭的情况下，录音录像相比较书面证言而言，具有更高的证明价值。对未成年被害人进行询问必须同步录音录像。这样不仅能够增强陈述的真实性，也有利于贯彻“一次询问原则”。

（三）加强辅助证据的收集与审查运用

一个案件处于孤证状态，仅指能够直接证明行为人实施了犯罪行为的证据只有一项，但这并不意味着整个案件中只存在一项证据。事实上，不存在一个完全处于孤证状态的案件。就性侵未成年人案件而言，虽然大多数案件中，被告人矢口否认导致能够证明案件事实发生的直接证据仅有遭受性侵未成年被害人陈述，但是，此类案件中仍然存在大量的辅助证据。

辅助证据指不能用以证明待证事实的，主要用于证明待证事实之外的事实存在的、与案

件事实关联性较远的证据,在证明时被认为属于待证事实之外的其他事实的存在或发生而形成的证据。作为实质证据的一个相对概念,该组证据的分类标准主要取决于证据与待证事实之间是否存在“生成”意义上的证据相关性。例如,性侵未成年人案件中,有关犯罪嫌疑人在本案发生之前存在类似性侵未成年人行为的品格证据、未成年人被害人在遭受性侵后身心受到创伤而形成压力性症状的证据以及父母等证人有关被害人在遭受性侵后表现出异常状态的证言等。由于关联性不足,这些证据虽然不能成为证明案件事实的实质性证据,但是可以作为支撑被害人陈述真实性的补强证据。将性侵未成年人案件作为“孤证不能定案”的例外,允许对性侵未成年人案件实施宽松的印证规则,加强对辅助证据的重视。一方面,不仅能够有效解决性侵未成年人案件证明困境提供有效解决途径,另一方面,也能提高实务部门获取收集辅助证据的积极性。并且,辅助证据与案件事实关系疏远,人为操纵和伪造的几率较小,客观性较强。

五、结语

保护未成年人,呵护其健康成长作为时代的使命之一,要求必须从社会的多方面、全领域施加注意。性侵未成年人作为最严重的损害未成年人身心健康的行为,必须严厉打击。但是,依据当前我国刑事案件证明规则的要求,并不能完全有效的实现这一目标,甚至实践中碍于证明形式的要求,出现放纵犯罪的情况为此,必须适当调整证明规则,使其符合性侵未成年人案件特点,适用宽松的印证模式,加强对辅助证据的收集与运用,同时,规范未成年被害人陈述的获取程序,增强证明力,以便更好的追诉犯罪,形成牢固的未成年人保护司法屏障。

作者单位:安徽渊源律师事务所

参考文献

- [1] 最高人民检察院:《未成年人检察工作白皮书(2020)》,2021年6月1日。
- [2] 安凤德、赵德云、陈轶:《论未成年被害人与被告人权利的平衡与保护》,《法

律适用》，2017年第19期。

[3] 张晓雨：《性侵案件中未成年被害人陈述的证据认定——以核心证据标准的构建为视角》，《东南司法评论》，2019年第12期。

[4] 郑蕾、施倩：《解析性侵未成年人犯罪案件证据审查——以浙江省杭州市172起案件为样本》，《人民检察》，2017年第8期。

[5] 《“女童保护”2017年性侵儿童案例统计及儿童防性侵教育调查报告发布》，搜狐网，http://www.sohu.com/a/224728229_99996733。

[6] 《2012-2014年性侵害未成年人案件审判白皮书》，<http://www.shezfz.com/book/bps/2014/p01.html>。

[7] 张华、沙兆华、祝丽娟、王丹：《性侵害未成年人犯罪法律适用研究——上海市第二中级人民法院及辖区法院2012-2015年性侵害未成年人案件实证调查》，《预防青少年犯罪研究》，2017年第1期。

[8] 刘莹、许焯：《性侵未成年人案件的证据运用——以“一站式”取证模式为视角》，《中国刑警学院学报》，2019年第6期。

[9] 吴慧敏：《性侵儿童案中被害人陈述可信度判断研究》，《河北法学》，2020年第4期。

[10] 纵博：《“孤证不能定案”规则之反思与重塑》，《环球法律评论》，2019年第1期。

[11] 龙宗旨：《刑事印证证明新探》，《法学研究》，2017年第2期。

[12] 向燕：《综合型证明模式：性侵未成年人案件的证明逻辑》，《中国刑事法杂志》，2021年第5期。

[13] 沈威、徐晋雄：《审判中心视野下性侵未成年被害人言词证据问题研究——基于海峡两岸司法个案判例之比较》，《青少年犯罪问题》，2018年第1期。

[14] 龙宗旨：《印证与自由心证——我国刑事诉讼证明模式》《法学研究》，2004

年第 2 期。

[15] 刘利霞：《性侵未成年人案件证据的审查把握》，《中国检察官》，2018 年第 24 期。

[16] 周莹莹：《从印证到经验法则：我国性侵未成年人案件证明难题及破解[]》，《当代青年研究》，2021 年第 5 期。

[17] 向燕：《性侵未成年人案件证明疑难问题研究——兼论我国刑事证明模式从印证到多元“求真”的制度转型》，《法学家》，2019 年第 4 期。

[18] 左卫民：《“印证”证明模式反思与重塑：基于中国刑事错案的反思》，《中国法学》，2016 年第 1 期。

[19] 刘莹、许焯：《性侵未成年人案件的证据运用——以“一站式”取证模式为视角》，《中国刑警学院学报》，2019 年第 6 期。

[20] 张寒玉、王英：《办理性侵未成年人犯罪案件证据指引》，《青少年犯罪问题》，2019 年第 4 期。

[21] 浙江省嘉兴市人民检察院课题组：《性侵未成年人案件办理实务问题研究》，《中国检察官》，2016 年第 22 期。

[22] 刘磊：《性侵儿童案件儿童证词的证据认定与采信标准——以当代儿童心理科学研究为借鉴》，《青少年犯罪问题》，2019 年第 4 期。

[23] 周洪波：《实质证据与辅助证据》，《法学研究》2011 年第 3 期，第 158 页。

[24] 何挺、李青：《性侵未成年人案件定罪中运用被告人品格证据之思考——以 U. S. v. LeMay 案为例的分析》，《预防青少年犯罪研究》，2020 年第 1 期。

[25] 向燕：《论刑事复合型证明模式及其对印证模式的超越》，《法学研究》，2021 年第 1 期。