

1912年，北洋军阀政府颁行了《律师暂行章程》和《律师登记暂行章程》，标志着中国律师制度的产生和起步。今年恰逢中国律师制度产生110周年，我们齐聚一堂，共同学习、交流、研讨法律理论、律师业务与行业发展更具纪念意义。

1979年律师制度恢复，1986年“中华全国律师协会”成立，1996年《律师法》通过，2013年党的十八届四中全会提出改革完善律师制度，2017年全国律师行业党委成立……从中国律师制度成立、恢复、发展的进程中，**我们体会到**：党的领导是律师事业发展的根本政治保证。党的十八大以来，在以习近平总书记为核心的党中央坚强领导下，中国进行了深层次、根本性变革，取得了全方位、历史性进步。律师是时代进步与发展的见证者，律师事业的发展得益于中国共产党的领导。**我们认识到**：中国特色社会主义已经进入新时代，经济社会各领域都开启了新的实践，律师事业也将迈向新的历史发展阶段。**我们感受到**：社会进步和科技创新是我国经济社会持续健康发展的不竭动力，也给律师行业提供新的发展机遇，带来新的业务挑战。**我们意识到**：履行社会责任、加强行业自律、满足新时代人民对美好生活的向往是律师行业走向成熟的根本路径。

律师是一个需要不断学习、积累经验、增进学问、提升专业技能的职业，以论坛形式开拓视野，丰富知识十分有益。在本次论坛征集的35篇论文中，有对律师行业党建的实践思考，有对社会热点问题的法律探究，有对律师行业发展的思想感悟，论文内容丰富、角度新颖、分析透彻，展现了宣城律师勇于思考、勤于研究、善于总结的良好风貌。希望通过本次论坛，能够让我们

律师同行通过彼此的分享和切磋而有所启发、有所收获。

“以不息为体，以日新为道”，在中国发展的浪潮里，我们踏浪前行，取得了一定成绩。新时代，我们必须毫不动摇坚持党的领导，承担起新时代赋予律师行业新的历史责任，切实增强服务意识，积极履行社会责任，牢固树立以人民为中心的法律服务理念，紧紧抓住社会发展和科技创新带来的新机遇，不断创新法律服务方式，拓展法律服务领域，为国家治理体系和治理能力现代化提供新智慧，为人民群众获得优质高效的法律服务贡献新力量，在新的征程上再著华章、再创辉煌！

是为序。

宣城市司法局党组成员、副局长 陶 群

2022年7月6日

- 1、民法典与乡村振兴
.....安徽宣广律师事务所 胡启俊 (001)
- 2、《民法典》背景下有关乡村振兴若干问题的思考
.....安徽渊源律师事务所 程世哲 (006)
- 3、高瞻得远瞩，宁静以致远——也谈乡村振兴与《民法典》
.....安徽向群律师事务所 雷绪琴 (013)
- 4、民法典基本原则在劳动法中的适用
.....安徽皖宁律师事务所 郭兴进 (020)
- 5、浅析保证与债务加入的识别标准及推定规则
.....安徽师阳安顺律师事务所 林茂静 (030)
- 6、浅析农村集体土地征收补偿
.....安徽一悦律师事务所 程波 (036)
- 7、彩礼返还法律问题研究
.....安徽宣广律师事务所 陈巧 (043)
- 8、制约滥用财产保全申请权之探讨
.....安徽高胜律师事务所 胡西贵 (048)
- 9、关于三类典型医美纠纷的法律分析
.....安徽皖华律师事务所 胡振宇 (053)
- 10、短视频平台的著作权侵权责任
.....安徽宣广律师事务所 罗辑 (060)
- 11、论网络言论自由的法律规制
.....安徽敬亭山律师事务所 李杰/陈雪 (067)
- 12、浅析社会主义市场经济条件下非建筑行业因工受伤的法律适用问题
.....安徽渊源律师事务所 许佳 (073)
- 13、试论劳动争议中加付赔偿金的适用问题
.....安徽众远律师事务所 彭林飞 (078)
- 14、人身损害赔偿问题在刑民交叉中的分歧
.....安徽皖华律师事务所 王桥 (083)
- 15、法人或非法人组织印章效力问题实务解析
.....安徽三津律师事务所 张仁荣 (091)
- 16、公司强制清算与企业重整司法制度并轨的探讨
.....安徽师阳安顺律师事务所 程学平/叶树生 (097)
- 17、房开企业破产前“以房抵债”协议效力及处置问题的探讨
.....安徽宣一律师事务所 王明水 (106)
- 18、“执转破”制度下的利益与平衡
.....安徽今昔律师事务所 程燕 (112)
- 19、认罪认罚案件中的律师辩护
.....安徽高胜律师事务所 吴瑶 (118)

- 20、认罪认罚的自愿性保障和审查
.....安徽杰灵律师事务所 王志昕(124)
- 21、寻衅滋事罪浅析
.....安徽涇川律师事务所 李磊(132)
- 22、浅析新刑法司法解释第一百五十五条不足之处
.....安徽地益律师事务所 胡忠成(141)
- 23、国有公司、企业工作人员渎职类犯罪以及国有企业合规建设
.....安徽西津律师事务所 朱国辉(146)
- 24、激活正当防卫制度, 回归法律初心
.....安徽皖盛律师事务所 谢丹(153)
- 25、如何评价婚姻登记领域行政案件胜败诉率之我见
.....安徽律研律师事务所 郝敬荣(161)
- 26、土地增值税之清算单位辨析
.....安徽良池律师事务所 丁少柏(163)
- 27、长三角一体化格局下的安徽县域律所发展定位思考
.....安徽渊源律师事务所 许翔/张然/周章(172)
- 28、运用社会主义核心价值观释法说理, 提升律师队伍的社会公信
.....安徽师阳安顺律师事务所 程学平(184)
- 29、青年律师的成长与发展
.....安徽明泉律师事务所 卫星(196)
- 30、一名青年律师的执业感悟
.....安徽明泉律师事务所 谢珂(202)
- 31、县域律所支部政治核心作用发挥的实践与思考
.....安徽地益律师事务所 孙华(207)
- 32、浅谈县域律师业发展存在的困境与对策
.....安徽皖宁律师事务所 郭兴进(214)
- 31、浅谈县域青年律师之困境与发展
.....安徽徐健律师事务所 王鑫(223)
- 34、浅谈律师职业道德与执业纪律
.....安徽宣广律师事务所 张颖(229)
- 35、新闻自由与司法独立中外规制比较研究
.....安徽金皖律师事务所 陈斌(233)

安徽宣广律师事务所 胡启俊

【摘要】实现乡村振兴战略是党的十九大作出的重大决策部署，是新时代做好“三农”工作的总抓手。在现代乡村振兴的新形势下，即依法治国，建设法治社会，促进法治的社会背景下，对乡村振兴法治化配套措施管理是必然趋势，民法典对现实乡村问题及时有效规范，是对时代进步的客观要求。正确的引导规范和改革乡村依法治理，也为乡村振兴战略的有效实施提供了重要法律保障。

【关键词】 民法典 乡村振兴 人才引进

2019年12月19日，国家发改委、中央农村工作领导小组办公室、农业农村部等十八部门联合印发《国家城乡融合发展试验区改革方案》。2021年2月25日，国家乡村振兴局正式挂牌成立，由农业农村部代管，为国务院直属机构。2020年底，中共中央总书记习近平指出，经过8年持续奋斗，我们如期完成了新时代脱贫攻坚目标任务，在脱贫攻坚取得胜利后，要全面推行乡村振兴，这是“三农”工作重心的历史性转移。乡村振兴主要五个方面，产业振兴、人才振兴、生态振兴、文化振兴、组织振兴，这五个方面都离不开上层建筑对其各个方面的规定。这一系列政策和工作的部署及民法典的规定，充分说明了乡村振兴已经成为下一阶段国家农村工作的重点。乡村制度的设计构造关系着最基层农业经济的健康有效持续发展。本文主要研究民法典新规定对乡村振兴战略布局影响。

1. 现阶段我国乡村振兴面临的问题：

1.1 人才流失严重化

人才问题，从乡村结构来看，农村人口进城务工规模较大，留下来的劳动力年龄偏大，文化水平偏低，导致城乡人才差距分化愈加严重。乡村工作压力来自于事务的琐碎和繁杂，高素质、有能力的人不愿意下到基层任职；客观上编制制约，乡镇事业单位十几年未进新人，现有技术人员年龄偏大，导致建立健全乡村人才队伍难度大。2020年，我国的登记城镇化率是60%，户籍城镇化率是45%，这两者之间有15%的差异，这部分差异就是居住工作在城市，但是户籍还在乡村的流动人口，15%大约就是2亿人。从我周边亲

戚朋友调研可以看出来，不少到江浙沪等外地打工的人才都还保留着原户籍地。现实情况来看，大城市高房价限制了不少想在北上广深等定居的人才，一般的人才引进计划各地标准不一，实在难以界定到底能不能留得住。但这部分人既然能够在城市里面工作生活，其人口的相对眼界、认知相对来说还是比较高的，如果能够通过乡村产业的升级和服务配套的改善，让这些人中的一部分能够回得去乡村，通过这些人把资金和技术带下乡，那么将会有效推动乡村振兴战略及相应项目的落地。

1.2 基础措施和生态环境薄弱化

2018年，我国已经基本上完成了农村土地的登记确权颁证工作，农村早期的自建房，早期的水泥道路，娱乐设施等早期建设的基础设施普遍来说标准较低，部分老旧设施无法满足现实需要，很多乡镇乡村对基础设施保养不够，破损严重。如道路、电线、水塘等一旦破损老化就难以发挥长期效益。在乡村普遍存在施用化肥农药过量，地下水因此也难逃污染，就目前的现状下，综合治理问题以及长期化的持续有效的创新治理方式急需改进。

1.3 村级集体经济发展单一化

由于民法典颁行之前长期以来，农村集体经济组织虚化较为普遍，不少地方农村集体资产底数无法计算，登记权属不明晰，集体组织成分分配有失公平、部分集体资产流失严重。与此同时，小农经营模式已无法适应现代化农业发展需求，但农村集体经济组织又无法律上确定的主体资格，导致其既不同于企业法人，又不同于社会团体。因为不具备法人资格，农村集体经济组织持久面对诸多艰难，比方，没法领取组织机构代码证、没法自力签订合同、没法向银行贷款、没法申请注册网站域名，这使得农村集体经济组织难以同等参与市场竞争、介入盈利分成。

2、乡村振兴归根到底还是人的问题。如何才能把人吸引过来，把人留下来，是乡村振兴破题的根本。那么究竟要怎样才能让高素质人才进入农村、让城乡生产要素高效流动、让科技有效推动农村经济发展，促进乡村真正长久振兴呢？

2.1 首先我们党一直是全心全意为人民服务，为人民谋幸福的，最终保障最广大人民的根本利益，要把党建引领乡村治理作为推进乡村振兴的第一引擎。发挥党员先锋模范带头作用，为乡村振兴战略的顺利实施提供坚强组织保障。而现在我们经过了改革开放的40年，紧抓发展二字，引领培养相

关人才，重视乡村道德建设，做好生态环境保护。让人民当家作主，让人民真正能从中感受到其主体地位。首先要对这个农村集体经济组织明确其法律地位，这是法律保障前提。

2.2 农村集体经济组织特别法人地位，确认其市场主体资格，有助于规范农村集体经济发展顺畅，助力农村集体产业优化改良，进而激发农村集体经济市场活力。当前，我国农村产业发展相比较落后、公共服务有所欠缺，村庄空巢化，人口流失化问题有所显现，在一定程度上制约了乡村振兴发展。发展农村集体经济是破除乡村振兴困境的有效方式。党中央和国家有关部门陆续出台《关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》等相关指导文件，对小农经济如何发展，农村集体产权改革探索发展，农村集体经济组织民法典立法确权等提出了思路构想。随着实践发展，以立法确立农村集体经济组织法人地位，让农民成为集体经济发展的参与受益者，已迫在眉睫。2021年6月1日起施行的《中华人民共和国乡村振兴促进法》，对乡村振兴战略的实施意义重大。其中广受关注一条是：严格规范村庄撤并，严禁违背农民意愿、违反法定程序撤并村庄。

3. 同时人民能够在民法典规定下真正从中受益。

3.1 民法典第96条明确规定农村集体经济组织为特别法人，第99条再次明确农村集体经济组织依法取得法人资格。

民法典对农村集体经济组织前瞻多年的法人地位予以了明确规定，允许其作为独立民事主体参与市场经济活动，这为农村集体经济组织参与市场竞争提供了法律依据。农村集体经济组织有了法人资格后，像公司一样可以进行注册，拥有统一社会信用代码，可依法独立从事农村集体市场经营活动并可顺利开展清产核资、成员名单核实、资产相关量化等集体产权制度改革措施。民法典的规定是发展壮大农村集体经济的重大历史性变革，真正让农村集体经济组织可以合法合规地参与市场经营活动，对深化农村集体经济改革，壮大集体经济和带动农村经济发展具有重大意义，为实现城乡统筹发展、乡村振兴目标奠定了相关基础。同时注意一点，与《村民委员会组织法》的规定不一致处的立法衔接问题，《村民委员会组织法》规定了村民自我治理的组织形式，并且规定了村民委员会行使集体经济组织的各种权利，其中包括土地权利。而民法典第96条明确规定农村集体经济组织作为特别法人，是独立的民事主体。

3.2 农村土地关乎人们赖以生存的物质储备，民法典的规定必不可少。

民法典对这个农村土地制度改革，对农民的土地利益的相关利好。土地对农民是相当重要，民以食为天。土地权利也是最基本的附属权利。十八大以来，随着我国农村土地相关法律政策日益完善，我国农业土地现状愈来愈好。再就是随着农业发展日益加速和新农村建设气象新变化，现行农村土地制度也存在一些矛盾的现况。一是农户家庭独作独收的单干模式与现代农业规模化之间的矛盾，加之大量农村劳动力的流出，土地承包经营权的问题存在，农地秸秆返田的困境甚至占用耕地的，使得田地不能成为农民的真正意义上的收入，反而年年亏损；二是征地补偿制度规范缺失，被征地农民难以调和与城镇化利益群体的矛盾。

针对上述问题和矛盾，民法典通过规则创新，落实了中央关于土地的所有权、承包权、经营权分之要求，在物权编的规定，农户有权将土地承包经营权互换、转让，可以自主决定依法采取出租、入股或者其他方式向他人流转土地经营权。这就在某种程度上给与了相关成员的自主权，给耕种年老的一代人以充分的修养和物质保障，对机械化、智能化的进一步发展提出人才、科技的更高的普及适用要求。民法典与 2019 年的土地管理法相衔接，民法典对耕地，农用地，建设用地的布局进行相关法律约束。征收集体所有的土地，应当依法及时足额相关补偿费用，妥善处理好农民自身利益与城镇化利益群体的矛盾。民法典这部分对深化农村土地制度的完善，进一步保障了被征地农民的土地经济权益，为乡村振兴提供了制度保障。

3.3 民法典对农村环境的进一步改善提出要求，为人才提供良好的外部条件。

治理农业农村污染确定为实施乡村振兴战略的重要任务，民法典总则部分将“绿色原则”作为民法的基本原则，一方面从法律上对民事主体从事民事活动体现对生态的保护，这部分规定对解决农村顽固脏乱生态环境，生态宜居是留住人才发展的关键。乡村环保问题日益突出。就近些年新农村建设来说，首先要想富先修路，以前的泥巴路成了柏油路，出行方便多了。对农村垃圾处理、房前屋后环境整治、道路畅通、河沟渠塘疏浚清淤、公共服务设施建设、村庄绿化亮化，因地制宜，因村施策加强农村突出环境问题综合治理，逐步推进乡村绿色发展，打造人与自然和谐共生发展新格局的应有之义。针对这一民生关切问题，民法典以绿色原则和绿色条款体系予以了回应。

农村的振兴势不可挡，实施乡村振兴计划离不开上层建筑，离不开法治，离不开《民法典》确定的基本规则和相关规定，相信在党中央的坚强领导下，乡村治理中的法律问题都迎刃而解，乡村振兴能在良法善治的基础上推行开来，民法典为推进乡村治理体系和治理能力现代化、实施乡村振兴战略提供了重要的法律支撑。关乎百年目标，关乎千秋大计，真正留得住人才，为乡村振兴战略贡献重要力量。

参考文献：

[1]杜彦坤.《高质量服务新疆乡村振兴战略的基本思路》，农业发展与金融，2019年第4期，第1页.

[2]柴瑞娟.《民法典为实施乡村振兴战略提供法律保障》，理论导报，2020年第7期，第1页.

安徽渊源律师事务所 程世哲

【摘要】农村土地集体所有是我国土地制度的特色，也是我国社会主义制度的重要体现，农村土地集体所有制历经数十年的发展，内涵不断丰富，在《民法典》施行以后，更精准的定义为“集体成员所有”，对此，结合乡村振兴的战略主题，笔者提出必须坚持集体所有权不能动摇，必须明晰集体成员身份这两个意见。

【关键词】土地集体所有制 集体成员所有 成员身份资格

党的十九大报告指出，农业农村农民问题是关系国计民生的根本性问题，必须始终把解决好“三农”问题作为全党工作的重中之重，实施乡村振兴战略。中共中央、国务院连续发布中央一号文件，对新发展阶段优先发展农业农村、全面推进乡村振兴作出总体部署，为做好当前和今后一个时期“三农”工作指明了方向。

2020年5月28日由十三届人大三次会议通过的《中华人民共和国民法典》，已经于2021年1月1日起正式施行。这部法典吸纳了自1986年《民法通则》通过以来社会主义建设新时期法治建设的经验。特别是《民法典》第261条关于农村集体经济组织所有权的规定，在很大程度上积极地回应了自十一届三中全会以来对农村集体性质定位语焉不详的缺憾，李昌平曾经指出：中国的法律规定了“土地农民集体所有制”和“农村坚持双层经营的基本经济制度”，但在很长的一个时间里因为中国的大学最近20年的教育是向西方接轨的教育，是以英美之是非为是非的教育，是越来越多的知识分子只听得懂西方话语，对农民话语越来越陌生的20年，对于中国特色的农村集体经济制度和土地制度，中国的大学教育用“两个怪胎”来概括，许多所谓公共知识分子看见“两个怪胎”就拍砖头，但却忘了14亿中国人吃饱饭、7亿多中国人逐步脱贫再到全面小康的建设，都是在坚持“两个怪胎”下取得的^[1]。《民法典》第261条是关于农村集体经济组织所有权的规定，这个规定相比以前的相关规定有一个重大的改进。在《民法典》以前，集体所有权就叫集体所有权，而《民法典》将集体所有权称为成员集体所有权。在集体所有权之前加上“成员”两个字，具有十分丰富的内涵：

首先，从集体所有权到成员集体所有权提示了所有权的权利主体最终是要落实到具体的集体组织成员身上，对于解决自农业税取消以来中西部农村逐渐原子化造成的反公地悲剧有十分重大的意义。

华中科技大学的贺雪峰教授对中国农村进行了长达十年的广泛驻村调研，累计调研时间超过 2 万个工作日，地点遍及中国绝大多数省份，根据他的调研发现，农业税的取消大大减轻了农民的经济负担，但跟随农业税搭车收取的附加费特别是共同生产费也一并被取消，造成了村民小组、行政村（即原先的生产队、生产大队）一级组织集体生产、维持集体资产的能力也一并弱化。以湖北荆门农村为例，因为自农业税取消以后以后不再能够收取共同生产费，之前在人民公社时期修建的大中型水利无法维持运转，各户农民不得不通过私力投入来维持农田的基本灌溉。其直接的后果是农民用水的经济负担不减反增，并且极大地降低了农民应对水旱灾害的能力。贺雪峰教授的观察最终得出的结论是：土地权利越是明确到人，土地承包经营权越是稳定不变，农民越是难以在人均一亩三分的经营规模上获得基本农业生产条件，也越来越不得不花费更多的资源维持基本生产条件^[2]。

现在在《民法典》的背景下，集体所有权落实为集体成员的所有权，通过合理的制度安排，将有助于在维持承包经营关系基本不变的前提下，合理优化配置资源，降低农民的负担和风险，提升农业产出的效益。

其二，2016 年中央一号文件提出要“依法推进土地经营权有序流转，鼓励和引导农户自愿互换承包地块实现连片耕种。”这是根据湖北省沙洋县总结出来的经验：与全国农村一样，分田到户时，沙洋县按照距离远近、土质肥瘦、水源好坏等因素将农田分级分等，再按人均分，从而出现了农户承包地分散化、细碎化的问题。沙洋全县耕地面积 95.3 万亩，耕地 101.7 万块，承包农户 12.4 万户，户均耕地 7.7 亩，户均 8.2 块土地，每块土地 0.94 亩。随着农村青壮年劳动力大量进城，土地承包者与经营者分离，以及农业机械化的推进，土地细碎化严重影响了农业生产。如果在这样细碎的承包土地上确权，可能会造成难以挽回的错误。因此沙洋县在确权之前推行“按户连片”的耕种模式^[3]。

沙洋县推行“按户连片”的耕种模式，很重要的环节是对原分田到户的零散格局进行调整，在《民法典》施行以前，由村集体重新分田分地虽然从经济学的角度更有利于节约成本、提高产出，但毕竟与“保持农村土地承包

关系稳定并长久不变”的明文规定有所冲突，因此各地在推行沙洋经验时也未免疑虑，害怕被少数农户扣上违法的帽子。现在有了《民法典》261条的规定，村集体在面临调整田地时就有了法律依据。以广德市新杭镇某村民组土地征收补偿款的分配方案为例，该村在集体土地被征收以后，分配时采取了土地+人口的分配方案，将原土地承包经营合同确定的土地田亩数量化为相应的百分比，既尊重了历史形成的承包土地的权利，同时也照顾了分田到户以来三十多年人口自然增减的新格局，在集体经济组织内部取得了较高的满意度。应当说，这种分配方式在实质精神上是与民法典的成员集体权相一致的，既把权利具体到了具体的人，同时又不至于过分削弱集体组织的行动力。对于广东部分发达地区因为开发较早、法治不完整形成的城中村现象¹更能体现发展红利归全体人民所有的社会主义属性。

2021年7月26日最高人民法院发布了《关于为全面推进乡村振兴加快农业农村现代化提供司法服务和保障的意见》，文中强调“依法审理农村土地承包经营案件，推进现代农业发展。按照“落实集体所有权、稳定农户承包权、放活土地经营权”要求，依法审理农村土地“三权分置”纠纷案件，推进完善以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制，确保农村土地承包关系稳定并长久不变，维护农民集体、承包农户、经营主体的合法权益。依法审理涉土地经营权抵押权以及土地经营权流转合同等纠纷案件，保障农村土地经营权有序流转，推动家庭农场培育和农民合作社质量提升，助力现代农业经营体系建设。”也是总结和吸取了之前一个阶段的试点地区经验，将之上升为全国适用的普遍规律。即保障集体的所有权来维护村社集体的行动力以解决农民、农户对公共产品的需求，也再次强调土地承包权的社会保障属性以保证农民无后顾之忧，同时还要保护承接流转土地的经营者的合法权益以保障农业生产的稳定，避免出现大面积抛荒的粮食危机。

近年来不断有所谓经济学者鼓吹要给农民完整的所有权，这些学者或是无知，或是坏心。有一些所谓的经济学者早已经离开中国很多年，比如美国耶鲁大学的陈志武、三一学院的文贯中一直在积极鼓吹土地的私有制，仿佛

¹根据贺雪峰教授的调研，在珠三角的核心区域，由于村集体经济的收益主要来自于土地和物业的租金收入，村民对集体收入的分红极为关心，地权意识也极为敏感，在三十年来形成了以本村或本村民组为本位的村社共同体意识，强烈地反对任何形式的土地征收，乌坎事件就是一个典型案例。现在珠三角以农民合作社或股份合作社为形式的土地集体利益固化造成了当地基础设施建设困难、实体经济地租成本过高乃至政府财政被土地成本大量占用等恶果。

这是一个一针灵：只要土地私有制了，中国的农村、农民、农业马上就一点问题都没有了，当然我们知道上一个上了这个私有制万能灵药当的是苏联（俄罗斯），现在是绝不会再上这些黄皮白心的香蕉人祸国殃民的当，在《民法典》中以法律明文规定了农村的土地归集体成员所有就是一个坚决的回应。

其实，稍有文学阅历的人都知道美国有个小说家叫约翰·斯坦贝克。他在1939年发表了一部描写美国三十年代经济大萧条期间中部农民破产、流亡的历史可以供我们作为他山之石：这些中部农民本来是自给自足的自耕农，他们的土地来于西进运动时父辈和祖辈的开垦，但在三十年代，因为连年的旱灾和风灾，农民为了生存不得不把土地抵押给大农业公司或者银行换取资金，随着资金的耗尽，他们从自耕农变成了“分成佃农”，银行为了利润决定施行集约生产（现在也有很多人在鼓吹土地要集约化），把农民的房屋推倒，用拖拉机平整成一望无际的玉米田。这些失去了土地的农民听说南方有工作，可以生存，但太多的农民涌入加利福尼亚，让这里的人力资源过剩，一个壮劳力辛苦工作一整天只能挣两块钱——然后降到一块钱，最后一家七口人工作了一天总共只挣了一块钱，而杂货铺里食品的价格却因为购买的人太多而涨价到一块钱只够七口人吃一顿饱饭。

这部名为《愤怒的葡萄》的小说在今天重温一遍，对于思考某些教授给我们的“建议”仍然是颇有启发的。私有化或许会很有利于一些资本寻找新的利益增长点，但真的有利于我们的农民吗？真的有利于我们的农村吗？真的有利于守住我们粮食安全的红线吗？

在《民法典》施行以后，关于农村的基本问题除了土地所有制的问题之外，还有一个就是关于集体经济组织成员身份的认定问题，这也是一个长期以来的突出难题。

根据笔者的经验，涉农案件中侵害集体经济组织成员权益纠纷占比较高，尤其是与集体经济组织成员身份资格密切相关的承包地征收补偿费用纠纷、农家女权益纠纷问题突出，涉农土地案件也是历来涉农案件的重点难点，普遍表现在关系错综复杂，矛盾积累时间长、易激化，群体示范效应较强，人情、亲情和国家法律法规有时存在一定冲突，村民或乡民自行制定的村规民约有时存在与强制性规范冲突之处等等，单纯依靠国家强制力推动的司法不一定能取得案结事了的最大社会效益。

集体经济组织成员身份在欠发达的地区不值钱，农民进城的积极性很高，但在发达地区，特别是京沪穗等特大城市周边的农村地区，集体经济组织成员身份往往是渴望而不可得。如在上海就有增人不增地、减人不减地，后来又提出增人不增股、减人不减股的地方性政策。这些地方性政策的精神，就是集体成员相对固定甚至固定化的思想的反映。这些发达地区的农民集体成员不希望自己的利益被稀释，因而强烈呼吁成员资格固定化或者说标准化。但是从中国的现实情况来看，很难制定一个全国统一的标准予以精确定义。同时，我们必须考虑到农村中传统思潮的回温带来的对妇女权益的保护的缺位现象。这一点尤其突出而强烈的表现在对女性的农村承包经营权的侵害上，不论是外嫁女问题还是再婚问题，其实质都是以传统习俗的名义开封建礼教的倒车，《民法典》第10条规定了法律没有规定的可以适用习惯的原则，同时也强调这里的习惯必须不能违反公序良俗。笔者认为这一条将来有可能在司法实践中成为法院依法落实《宪法》、《妇女权益保护法》的规定，宣告剥夺或侵害妇女集体经济组织成员权益的村规民约或集体组织决议无效的有力武器。

正因为集体组织成员定义含混且没有法律上的明文规定，还产生了一个问题，进城的农民是不是集体组织成员。在通常的概念和日常生活中，绝大多数的村社集体都承认季节性往返于城市和乡村的农民工大军仍然属于本村本集体的成员，道理很简单，他们生于斯长于斯，将来老了失去劳动能力了还要养于斯、葬于斯，当然属于本集体经济组织成员，村社里有什么大事，特别是涉及民主选举或集体收益分配的大事，他们都还要赶回来行使相应的权利。

但问题出在那些已经脱离了本集体经济组织生活的成员，他们的成员资格是否还要保留。原来有一个争议焦点认为应当以户口为限，户口迁移出去了的就不算是本集体经济组织成员，但有一个问题在于读大学或者参军也会产生户口迁移，几年之后如果这个大学生没有在城里找到工作怎么办？或者说这个大学生在城里就业几年之后遇上经济下行周期失业了怎么办？温铁军教授认为中国农村如同一块大海绵，每逢经济周期下行就将进城打工的人口吸收一部分返乡，遇上上行周期再将一部分人口吐出来贡献到城市。如果让这部分人不能回乡，强制他们留在失去工作的城市，就有可能产生如同印度、拉美等跌进中等收入陷阱国家的城市贫民窟，这是我们社会主义国家所

无法允许的。因此，从这个角度来看，也有必要保障这一部分人的集体组织成员身份资格继续存在。

现在农村土地实行“三权分置”以后，对进城落户的农民要不要收回其土地承包经营权一直也是一个争议焦点，从前述最高人民法院的《意见》和有关中央文件来看，目前应该是有两种意见：

（一）不收回进城农民的土地承包经营权，引导其进行流转。这种办法的好处是让农民进退有据，万一将来在城里生活无着，还可以退回农村，有一份土地承包经营权作为兜底的生活保障，即便其那个时候已经失去了经营能力，也可以通过流转方式取得固定的收益。这种安排较好地照顾了进城农民的长久之计，但同时存在一个缺点是在长久的将来有可能存在其后代儿孙从未到过祖籍农村，却一直享受着这一份农村待遇，成为事实上的“城市地主”，既享受着其本人作为城市居民的各项社会福利，同时又拥有祖辈传下来的农村土地收益。

（二）由村集体有偿收回进城农户的土地经营权，其好处是进城的农户有望得到一笔一次性收入作为其在城市开始经营生活的本钱，加速其融入城市生活。但缺陷就是前述第一种方案的优点，土地经营权在被村集体有偿回收之后，农民就失去了集体经济组织成员资格，将来如果遇上天灾人祸，能够兜底的就只有城镇低保待遇。

综合而言，两种方案各有优劣，笔者比较担心的是在实践中会出现两种方案的极端情况：比较有能力、已经积累了一定财富的人，并不需要一次性将土地经营权回购所的那一笔启动资金，而更倾向于长远考虑为子孙后代留一份保障，这样的人其实质上不需要农村经营取得收益作为最后保障，但实质上占有了土地收益，成为城市地主；另一种是缺少能力，也没有积累下什么财富的人，为了到城市里搏一搏，甚至是为了给儿女置办婚房或者因为大病急病等特殊情况急需用钱选择了一次性流转取得现金收益，这样在将来仍然不免于坐吃山空。事实上历朝历代的土地集中兼并都是从破产农户开始的，我国在四、五十年代实行土地革命给农民分田分地之后没过几年就出现了土地重新集中的苗头，为了扼制这种现象，才以法律和国家根本政策的形式规定了土地集体所有的属性。现在要避免这种最坏的结局出现，笔者认为应当在制度设计上提前做好预防：

（一）对于已经在城市有稳定收入来源，置办了两套、三套甚至多套房产

的中高收入阶层，引导他们将土地经营权交回给村集体，村集体可以将这些土地分配给农村新增人口，也可用于重新分配优化土地分户格局。

(二)对于在城市没有稳定收入来源，上有老人需要赡养，下有子女需要抚养的普通群众，应当引导其依法将土地经营权流转，并明文约定土地流转的变价机制，或者将土地交由村集体托管，无论如何，要保障这部分普通群众的最低生活保障。

以上几点是笔者对《民法典》施行背景下关于乡村振兴问题的一点思考。2021年4月29日，十三届全国人大常委会第二十八次会议表决通过《中华人民共和国乡村振兴促进法》并于2021年6月1日起正式实施。律师作为社会主义法治队伍的重要力量，在乡村振兴战略中应有一席之地。2020年12月安徽省司法厅制定了《安徽省村居法律顾问服务指南》，为律师参与这一国家战略提供了依据，对于律师如何在做好村居法律顾问的基础上落实国家战略，笔者不揣冒昧，提出一些自己的看法仅供各位方家参考。

参考文献：

[1]李昌平. 话语体系与土地流转制度，载三农中国网：<http://www.snzg.cn>.

[2]贺雪峰. 地权的逻辑，中国政法大学出版社，2010·北京.

[3]贺雪峰. 最后一公里村庄，中信出版集团股份有限公司.

安徽向群律师事务所 雷绪琴

【摘要】高瞻必得远瞩。历经沧桑巨变，百年风华正茂，伟大的中国共产党在斗争和发展中积聚了力量，提升了格局。十九大提出的乡村振兴战略，体现了党中央把解决我国的三农问题作为工作的重中之重。乡村振兴战略首个五年规划期已过大半，中国大江南北的乡村到处一片生机勃勃的景象，产业逐渐兴旺、生态适宜居住、乡风文明有序、治理章法有效、生活富裕有趣，仿佛一幅立体的画卷，让村里人、城里人都心驰神往，宁静将以致远。《中华人民共和国民法典》的编纂体现了立法的智慧，法典全文7编，84章，1260条！每一个安静的法条文字和标点符号都拥有着内在强大的力量，从摇篮到坟墓都有法可依，被誉为“社会生活百科全书”，对法治中国建设具有深远的影响。特别是法典中的绿色原则、绿色条款体系、农村集体经济组织法人地位的确立、土地经营权的设定等规定，为乡村振兴建设保驾护航。新时代的律师，应当树立新思想、新理念，面对社会新使命、新责任，应当永葆初心，砥砺奋进，不畏艰难，思索在乡村振兴战略中如何施展才华，并通过实践谋得新历练、新发展、新收获。

【关键词】乡村振兴战略 依法治国 民法典 新时代律师 法律服务

一、乡村振兴战略的提出、总要求和实施意义

2017年10月18日，习近平同志在党的十九大报告中提出了乡村振兴战略。伟大而又智慧的中国共产党高瞻远瞩，充分认识到农业农村农民问题是关系国计民生的根本性问题。十九大报告指出，必须始终把解决好“三农”问题作为全党工作的重中之重，实施乡村振兴战略。2018年3月5日，国务院总理李克强在《政府工作报告》中讲到，大力实施乡村振兴战略。2018年9月，中共中央、国务院印发了《乡村振兴战略规划（2018—2022年）》，并发出通知，要求各地区各部门结合实际认真贯彻落实。

乡村振兴战略的总要求是产业兴旺、生态宜居、乡风文明、治理有效、生活富裕。主要内容是坚持党管农村、坚持农业农村优先发展、坚持农民主

体地位、坚持乡村全面振兴、坚持城乡融合发展、坚持人与自然和谐共生、坚持因地制宜、秩序渐进。保持土地承包关系稳定并长久不变、加强农村基层基础工作。

乡村是具有自然、社会、经济特征的地域综合体，兼具生产、生活、生态、文化等多重功能，与城镇互促互进、共生共存，共同构成人类活动的主要空间。乡村兴则国家兴，乡村衰则国家衰。我国人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾在乡村最为突出，我国仍处于并将长期处于社会主义初级阶段的特征很大程度上表现于乡村。全面建成小康社会和全面建设社会主义现代化强国，最艰巨最繁重的任务在农村，最广泛最深厚的基础在农村，最大的潜力和后劲也在农村。实施乡村振兴战略，是解决新时代我国社会主要矛盾、实现“两个一百年”奋斗目标和中华民族伟大复兴中国梦的必然要求，具有重大现实意义和深远历史意义。^[1]具体表现在：实施乡村振兴战略是建设现代化经济体系的重要基础；是建设美丽中国的关键举措；是传承中华优秀传统文化的有效途径；是健全现代社会治理格局的固本之策；是实现全体人民共同富裕的必然选择。

二、实施乡村振兴战略需要强化法治保障

习近平同志在十九大报告中强调“全面依法治国是中国特色社会主义的本质要求和重要保障”。为把党的领导贯彻落实到依法治国全过程和各方面，坚定不移走中国特色社会主义法治道路，《乡村振兴战略规划（2018—2022年）》在规划实施篇章中明确指出，实施乡村振兴战略要强化法制保障。

（一）乡村治理能力需要通过法治方式来加强

从理论上来说，治理即在众多不同利益共同发挥作用的领域建立一致或取得认同，以便实施某项计划，而能力则是人完成一项目标或者任务所体现出来的综合素质。中央农村工作会议把“加强和改进乡村治理”作为重要内容，明确提出创新乡村治理方式，提高乡村善治水平。乡村治理是乡村振兴的有力抓手，以有效的乡村治理助力实现乡村振兴。法治，一言以蔽之，即根据法律来治理国家。乡村是国家的重要组成部分，依法治乡是依法治国的应有内容。随着我国改革开放水平不断提高，新型工业化、信息化、城镇化快速推进，与广大农村农业生产经营方式改变直接相呼应的是农村人口结构和社会组织结构的快速变化，乡村社会面临的诸多问题迫切需要解决，对乡村基层治理提出了新的要求。乡村治理能力的提升和加强必然要通过法治的

方式来实现。各级党委和政府应当善于运用法治思维和法治方式，严格执行现行涉农法律法规，在规划编制、项目安排、资金使用、监督管理等方面，提高规范化、制度化、法治化水平，以解决乡村根本性的重大问题，助力乡村振兴工作扎实有序开展。

（二）农村利益格局需要通过法治方式来调整

利益格局是指在一定社会和制度环境下形成的以经济效益为主要表现形式的社会利益形态。改革开放以来，农村利益关系格局发生了巨大变化，传统的单一集中的国家利益至上的利益分配格局被打破，农村出现了多元化和非均衡化发展的利益关系格局，各种利益主体展开了激烈的利益博弈。^[2]通过制定完善的法律法规体系，能够有效调整各方面的利益关系，包括农村基本经营制度、农村土地制度、农村集体产权制度等等。只有利益得到均衡，才能激活各类生产要素的潜能，促进农村农业发展，化解农村社会矛盾，推动乡村振兴建设关涉的各项改革顺利进行。

（三）农村生态环境保护需要通过法治手段来维护

伴随农村经济的不断增长，农业生产污染、生活垃圾污染、乡企经营污染等都对农村的生态环境造成了严重的破坏，耕地减少、水地流失、山体滑坡、地面沉降、草场退化、土壤盐渍化、荒漠化等等这些问题严重威胁到农民的生存和生活空间，已经成为农村稳健长效有序发展的绊脚石头。通过建立健全农村生态环境法律制度，完善生态文明法律体系，让生态文明建设有法可依，规范生产经营活动，整治破坏环境行为，能够提升农村生态环境保护力度和成效，最终还农村和农民一片绿水青山，升华乡村振兴战略中以人为本思想的理念和内涵。

三、《民法典》为实施乡村振兴战略保驾护航

2021年1月1日起实施的《中华人民共和国民法典》，1260个法条外在的表现形式是静态的文字，内在的磅礴力量和深远影响，已被誉为是“国家社会生活的百科全书”，这是新时代我国社会主义法治建设的重大成果。“从摇篮到坟墓”地毯式详尽规范的民法典，自然也对乡村振兴战略的有效实施提供了重要的法律保障。

首先，《民法典》明确农村集体经济组织具有法人地位，有助于破解了制约乡村振兴的障碍。

长期以来，我国农村产业发展相对滞后、公共服务比较欠缺、村庄空心

化、农户空巢化等问题凸显，农村集体经济组织虚化较为普遍，不少地方农村集体资产底数不清，权属不明确，集体收益分配有欠公平、部分集体资产流失时有发生，甚至造成集体成员与集体组织矛盾颇多的局面，这些都严重阻碍了乡村振兴的建设。民法典第 96 条规定农村集体经济组织为特别法人；第 99 条明确农村集体经济组织依法取得法人资格。这些规定让农村集体经济组织的尴尬身份得以消除，组织机构代码证的领取使其市场主体资格得到承认，对外，可以依法独立从事农村集体资产经营管理和市场经营活动，签订商事合同、向银行贷款、申请注册网站域名等等，平等使用生产要素参与市场竞争。对内，可以顺利开展清产核资、成员身份确认、资产折股量化等集体产权制度改革措施。民法典的规定扫除了发展壮大农村集体经济的前提性障碍，为后续的农村集体经济组织专门立法奠定了基调、指明了方向，为实现乡村振兴、城乡统筹发展目标奠定了制度基础。

其次，《民法典》有效保障农民的土地利益，有助于推动和深化农村土地制度改革。

土地是农民最重要的财富，土地权利是农民最核心的权利。随着农村土地制度不断发展完善，我国农业综合生产能力稳步提升，但现行农村土地制度还有许多不完善的地方。集中表现在，农户家庭小规模分散经营模式与现代农业需求之间的差距越来越明显；大量农村劳动力外出务工，导致土地承包经营权流转不畅的问题日益凸显；农地大量存在的粗放经营甚至抛荒现象使得农地无法很好地成为农民的财产性收入来源；农村征地补偿制度还不是很健全，失地农民难以凭借土地权利很好地分享工业化和城镇化的利益。^[3]上述种种问题和矛盾严重阻碍乡村振兴建设。民法典创新规则，在物权编第 11 章土地承包经营权部分的第 334 条、第 339 条明确规定土地承包经营权人依照法律规定，有权将土地承包经营权互换、转让，可以自主决定依法采取出租、入股或者其他方式向他人流转土地经营权。土地经营权的增加，适应了当下蓬勃兴盛的农业现代化和规模化经营要求，强化了土地流通性，为土地经营权市场化提供了基础，直接推进了农地资源配置的市场化，有利于发挥土地价值，保障农民土地权益和财产权利。与此同时，民法典在物权编第 243 条、第 244 条明确规定国家对耕地实行特殊保护，严格限制农用地转为建设用地，控制建设用地总量。不得违反法律规定的权限和程序征收集体所有的土地。征收集体所有的土地，应当依法及时足额支付土地补偿费、安置

补助费以及农村村民住宅、其他地上附着物和青苗等的补偿费用，并安排被征地农民的社会保障费用，保障被征地农民的生活，维护被征地农民的合法权益。这些规定落实了中央关于土地所有权、土地承包权、土地经营权“三权分置”要求，深化了农村土地制度改革，释放了土地价值，进一步保障了被征地农民的土地权益，为乡村振兴提供了制度保障。^[4]

最后，《民法典》的绿色原则和绿色条款体系，有助于解决农村环境污染难题。

乡村振兴，生态宜居是关键，农村拥有较之城市良好的生态环境，这原本是农村最大的优势和宝贵财富。然而，在向自然索取经济效益的同时，不可避免地出现了各种污染严重影响了农村环境，制约了农业发展，广大农民群众切身利益受到损害。党中央非常重视这一关涉国计民生的问题，将农业农村污染治理融入乡村振兴一盘棋，将治理农业农村污染确定为实施乡村振兴战略的重要任务。对此，民法典通过绿色原则的建立和绿色条款体系给予了回应。民法典在总则部分将“绿色原则”作为民法的基本原则，第9条明确规定民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。这在全世界范围内属开创之举。此外，民法典在合同编第509条明确规定了当事人在履行合同过程中应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态的法定义务，防止滥用意思自治，污染和破坏环境，为“理性人”增加了“生态人”要求；^[5]在物权编对物权的行使进行了“绿色限制”，第326条、第346条对用益物权人在行使权利、设立建设用地使用权等问题上都规定了绿色义务，规定用益物权人行使权利，应当遵守法律有关保护和合理开发利用资源、保护生态环境的要求；在侵权责任编专章规定了“环境污染和生态破坏责任”，全面规定了污染环境和破坏生态的责任承担，责任理念、责任范围、责任方式、责任程度，并且比以往的规定都更为严格，第1232条和第1234条明确规定对故意损害生态环境的行为可以适用惩罚性赔偿，造成生态环境损害要承担修复责任，加大了环境污染和生态破坏行为的违法成本，有助于打击违法成本低的思想垢病，严格保障环境民生。民法典的绿色原则和绿色条款体系，扩展了绿色法律制度的领域，促进了环境治理制度的健全和完善，对各领域民商事活动进行了约束，为从根源上治理农村污染、加强农业农村环境污染防治提供了有效制度支撑和法律保障。^[6]

四、《民法典》新时代下律师在乡村振兴建设中大有可为

国家已经把实施乡村振兴提升到国家战略的层面和高度，这是一个系统的工程，方方面面的问题都对法律服务提出了新需求。为深入贯彻落实党中央、国务院关于实施乡村振兴战略的决策部署，扎实推进法治乡村建设，为乡村振兴提供法律服务和法治保障，司法部印发《“乡村振兴 法治同行”活动方案》，决定自2021年5月至2023年5月在全国开展“乡村振兴 法治同行”活动。对于广大律师来说，既是机遇也是挑战。利用自身专业优势，乘着《民法典》实施时代新风，律师定能在乡村振兴建设的广阔天地中大有可为。

（一）乡村振兴为律师业务提供新际遇

传统意义上，律师服务的主战场在城市，随着乡村振兴战略的实施，律师服务在地域上也会有所转向，同时还要面对新兴业务领域。比如“工商资本下乡”，资本在流通的每一个环节都需要法律的制约，自然会产生很多的法律服务需求，这对律师而言就是很好的发展机遇。但“打铁还需自身硬”，新的际遇同样也是新的挑战，律师要有新的认知，包括服务的方式、服务的范围、服务的质量等等，这样才能满足服务需求。

（二）乡村振兴建设中律师服务新探索

1、开辟服务新模式。据网媒报道，四川省成都市郫都区司法局党组坚持以党建引领为抓手，着眼发挥律师专业优势，围绕完善农村发展“软环境”，以“全域思维、共建举措、共享理念”推动农村改革、促进要素分配、实现互助共赢，探索出“党建引领+律师智库+政策法律研究”融合共享型的律师服务乡村振兴新模式。^[7]这也是《“乡村振兴 法治同行”活动方案》中“开展100+100党支部结对活动”要求的体现，择优选择精通乡村法律事务、有多年乡村振兴、农村集体经济建设等法律服务实操经验的党员律师，整理收集乡村振兴难点难题，同步进行涉农政策法规研究，推动农村集体经济组织法治建设的阶段性成果传播到全国各地乡村。笔者认为，他山之石可以攻玉，在如火如荼的乡村振兴建设中，党建引领掌好舵的前提，律师才可以乘风破浪，大展宏图。

2、升级服务新形式。传统律师业务中，相对来说，一些事务由单个律师就能办理，但乡村振兴战略过程中的诸多法律服务则更需要律师团队化分工合作才能胜任。例如，在诸如集体土地上房屋的征收、资本下乡之类的法律服务方面，是可以进行产品化处理的，倒不是说律师个人一定不能做，但

一定会受制于精力分配。相对来说，通过组建律师团队，把工作内容模块化，团队人员作业分工化、流水化，势必会在服务的效率、服务的质量方面得到明显的提高，并促成律师团队及律所品牌化建设，有利于稳定维系客户关系，拓宽服务范围，延伸服务领域。难怪有业内人士预言，尽管服务地点和场所发生变化，但团队化服务却是能够适应未来乡村法律服务的重要形式的。

3、充实服务新内容。乡村振兴建设中，律师提供法律服务内容的首选是担任基层组织、乡镇政府以及企业的法律顾问，除了传统的工作内容以外，许多法律制度的顶层设计，顾问单位都需要律师参与，以确保制度出台符合法律的精神和原则，达到权利义务更全面、投资安全更保障的效果。此外，乡村振兴建设中重大项目落地投资的过程中就需要有很多专项法律服务，该类业务也将会占到致力于乡村振兴建设律师服务的半壁江山。

五、结语

习近平同志强调，实施乡村振兴战略是一篇大文章，各类人才在农村广阔天地大施所能、大展才华、大显身手。^[8]自十九大以来，乡村振兴的各项工作在全国轰轰烈烈地有序开展，已经成为对我国社会有重大影响的事件，2021年3月2日，“2021 人民网全国两会调查热词榜”出炉，“乡村振兴”位居第三位。乡村振兴，说到底还是为了解决和改善民生大计问题，依法治国包括依法治乡，而法治乡村建设，人人有责。《民法典》的颁布和实施为乡村振兴建设提供了强有力的法律支撑，律师是法治中国建设不可或缺的重要力量，乘着《民法典》时代的东风，新时代的律师更应当肩挑重任，充分发挥专业特长和优势，为法治乡村建设提供更优质的法律服务。

参考文献：

[1] 《乡村振兴战略规划（2018—2022年）》。

[2] 《多重利益格局中的农村基层党组织建设研究》，作者郭克良。

[3]-[6] 《民法典为实施乡村振兴战略提供法律保障》，作者柴瑞娟（摘自光明日报）。

[7] 《成都市郫都区探索律师服务乡村振兴新模式》，作者记者黎志飞（摘自法民主与法制时报）。

[8] 《实施乡村振兴战略是一篇大文章（习近平讲故事）》【摘自《习近平参加山东代表团审议》，中央电视台新闻联播（2018年3月8日）】。

【摘要】 民法典时代，劳动关系管理与劳动争议处理有哪些新现象、新问题、新思路，值得企业 HR、法务人员、律师、裁判者等劳动法律共同体关注？由于劳动法属于社会法的范畴，未被《民法典》收编，但不少劳动法律现实问题都与《民法典》发生交集。在新形势、新的裁判规则下，民法典所确立的基本原则在劳动法中的适用边界，无论是对于劳动用工合规，还是涉及劳动争议结果，无疑具有非常重要的社会意义。为厘清民法典基本原则在劳动法领域中的适用，把握《民法典》对劳动用工的影响，本文试从民法典基本原则之价值及其内涵入手，探析其在劳动法领域的衔接与适用，以及对劳动用工关系处理带来的影响，改进用工管理合规、防范人力资源法律风险，以求在新发展阶段为劳动关系主体提供法治保障，预防化解矛盾纠纷，促进社会和谐稳定，助力经济社会高质量发展。

【关键词】 民法典与劳动法 劳动用工合规 社会法 基本原则的适用

2021年1月1日，经十三届全国人大三次会议表决通过的《中华人民共和国民法典》开始施行，中国正式进入了民法典时代。这是新中国第一部以法典命名的法律。这部“社会生活的百科全书”、“公民权利的宣言书”不仅是市场经济的基本法，而且在国家法律体系中居于基础性地位，是推进全面依法治国、完善中国特色社会主义法律体系的重要标志性立法，在新时代我国法治建设进程中具有里程碑意义。

“法律是治国之重器，良法是善治之前提”，民法典作为民事领域的基础性、综合性法律，它规范各类民事主体的各种人身关系和财产关系，涉及社会和经济生活的方方面面，是保证国家制度和国家治理体系正常有效运行的基础性法律规范。民法典的制定，对于以法治方式推进国家治理体系和治理能力现代化，更好地发挥法治固根本、稳预期、利长远的保障作用，意义重大而深远。^[1]

一、《民法典》实施后民法与劳动法的关系

《民法典》共7编，依次为总则编、物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编、侵权责任编，加上附则，共1260条，涵盖了调整民事法

律关系的各个方面。而广义的劳动法不仅包括《劳动法》，还有《劳动合同法》、《社会保险法》、《劳动争议调解仲裁法》《就业促进法》等配套法律法规。《民法典》施行后，九部重量级法律同时废止，但废止的九部法律中并无《劳动法》。从《民法典》内容来看，似乎也并没有涉及劳动关系的内容，实则不然，实务中的劳动关系问题与《民法典》有着密不可分的联系。

劳动法与民法关系问题，长期以来都是劳动法学界讨论的热点。之所以未被《民法典》收编，主流观点认为，劳动法属于社会法范畴，是独立的法律部门，有其独特的调整对象、特定的主体、独立的内容体系和独特的调整原则，与民法的区别泾渭分明。这一观点也得到了官方有关法律部门分类的支持，全国人大常委会将以劳动法为主干的社会法作为七大法律部门之一，与民商法、行政法、刑法并列，这在司法实践中也产生了巨大的影响。从法律的内在体系看，民法和劳动法均属私法领域，但民法是市场调配资源的一般法，而劳动法则市场调配劳动力资源的特别法；从法律的表现形式看，《民法典》并未将劳动合同作为典型合同纳入合同分则中，而是在总则部分规定“其他法律对民事关系有特别规定的，依照规定”，形成劳动法和民法形式上融合与分立并存的关系格局；从法律适用的角度看，应按照特别法优于普通法原则，在劳动关系领域优先适用劳动法的相关规定，在劳动法没有规定的情况下，需要结合劳动法立法精神对民法的有关规则进行审查后适用。对劳动争议的处理不适用一般的民法规则，在很多裁判者看来已是无需多言的常识。不过这一观点面临着越来越多的质疑。劳动法的调整对象虽然具有特殊性，但是从法律地位上看，劳动者与用人单位仍是平等主体，并未跳出民法所调整的平等主体之间的财产关系与人身关系的范畴。在劳动争议的处理上，虽然有劳动争议仲裁前置程序，但仍然要适用统一的民事诉讼程序规则。最关键的是劳动法规具有不完全性特征，尽管近年来《劳动合同法》、《劳动争议调解仲裁法》、《就业促进法》对劳动法规进行了补充和完善，但总体上仍不完善，无法为调整劳动关系提供充分的法律依据，这些问题在劳动争议裁判过程中也有着充分体现。因此，即使是主张劳动法是独立的法律部门的学者，也认可劳动法与民法典的关系是特别法与一般法的关系，认为在特别法未规定的情况下，“在不违背特别法的立法目的和基本精神的前提下，可适用一般法的规定”。劳动法学界近年来出现的劳动法是特别法的观点，正在成为民法典与劳动法关系上较为流行的观点。^[2]

伴随民法典实施，最为民法基础问题的民法基本原则，亦将在社会生活中扮演重要角色。厘清民法基本原则之价值及其内涵界定，不仅是理论上的问题，更对在实务操作中适用基本原则处理劳动争议，补位劳动法律制度有着重要的作用。

二、《民法典》确立的基本原则及要义

我国《民法典》第三条至第十条确立了六大基本原则，具体总结如下：

1. 平等保护原则。《民法典》第三条规定：“民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益受法律保护，任何组织或者个人不得侵犯。”，第四条规定“民事主体在民事活动中的法律地位一律平等。”，意味着《民法典》对于法人、非法人组织、自然人这三种主体，一视同仁地给予同等保护，平等保护，同时越来越关注法人组织或非法人组织的责任义务。

2. 意思自治原则。《民法典》第五条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系。”。意思自治原则是民法的核心和灵魂，是民法和其他法律最核心的区别，也是民法最美之处，即对人性需求的尊重。只要不违反相关法律法规，就可以按照自己的想法来实现其社会价值。

3. 公平合理原则。《民法典》第六条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务。”。该原则体现了民法促进社会公平正义的基本价值，也是审理民事纠纷应当遵守的基本裁判准则。

4. 诚实信用原则。《民法典》第七条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。”该原则作为民法最为重要的基本原则，被称为民法的“帝王条款”，是民事主体从事民事活动的行为准则，对司法机关裁判民事纠纷也有着积极作用，在当事人未明确约定或者法律没有具体规定时，可以根据该原则填补合同漏洞，弥补法律空白，进而实现社会公平正义。

5. 公序良俗原则。《民法典》第八条规定：“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。”，第十条规定：“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。”。《民法典》将弘扬社会主义核心价值观作为立法宗旨，公序良俗原则即为重要体现。该原则通过维护社会公共秩序与善良风俗，用法治的力量引导人民群众向上向善。

6. **绿色原则**。《民法典》第九条规定：“民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。”，体现了我国《民法典》的时代精神，它回应了社会经济发展的突出问题，即节约资源和环境保护问题。我国《民法典》首次将绿色发展理念上升至法律制度之高度，对解决我国面临日益严重的资源短缺和环境污染问题具有重要意义。

三、民法典基本原则与劳动法基本原则的异同

民法典确立的六大基本原则，有些与劳动法相同的，有些存在不同。劳动法的基本原则主要概括为两大原则：一、实行“各尽所能，按劳分配”的原则；二、保护劳动者的原则。二者异同总结如下：

1. **共通原则**。《民法典》第六条确立的“公平合理”原则，虽然劳动法没有这样明确的规定，但这也是劳动关系中当属不言自明的基本原则。再如《民法典》第7条“诚实信用”原则，《劳动合同法》第3条也有同样明确规定。

2. **区别原则**。《民法典》第三条、第四条强调私权“平等保护”原则，在劳动法领域是有区别的。劳动法属社会法范畴，《民法典》强调“意思自治”，而劳动法则强调保护劳动者的合法权益，突出行政管制，如促进就业、工作时间和休息休假、最低工资、劳动安全卫生、劳动合同的解除和终止、女职工和未成年工特殊保护、社会保险和福利等，都体现了劳动法对“意思自治”的限制。

3. **可用原则**。《民法典》第八条、第十条所确立的“公序良俗原则”以及第九条确立的“绿色原则”，在新发展阶段符合社会主义核心价值观，可以作为处理劳动争议的适用原则，以填补因劳动法规则不完全而造成裁判规则的空白。

四、民法典基本原则在劳动法中的适用分析

法律原则于实践中适用之前提即在于，现有法律、法规对出现之法律行为未曾予以明确规定或根本未予规定，当事人之合法权利无法通过现有条文得到伸张。而法律原则的出现则赋予法官可依据公平、良心判断，通过适用法律原则所规定之自由裁量权为当事人伸张正义，保护当事人合法权益，故有学者将法律原则条款称作“霸王条款”。同时，法律原则的适用，又为立法之提供了实践经验，使其能够根据社会现状，及时修订法律，进一步保护法律主体之合法权益。^[3]

民法典背景下，明晰民法与劳动法的关系，将进一步促进劳动法特殊规则的改革和完善。二者关系的明确，意味着在劳动争议法律适用上，不会再存在含混的空间，劳动法没有规定的，当然适用民法典的规定。民法在法律体系中居于基础性地位，而社会法在七个部门法中，被公认为最薄弱，民法典对劳动法的影响，将促使立法机关加快完善劳动法特殊规则的步伐。2020年12月25日最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》审议通过，与《民法典》同步施行，这是《民法典》施行后的第一个劳动争议司法解释。该解释废止原有四个劳动司法解释，将原先的总共72条司法解释浓缩成现有的54条。该解释依据《民法典》、《劳动法》、《劳动合同法》、《劳动争议调解仲裁法》、《民事诉讼法》等相关法律规定制定，很多规定都与之前的司法解释有明显的不同，虽然赋予了法官更多的自由裁量权，但是对一些有争议的问题，譬如达到退休年龄尚未领取社保的劳动者与用人单位之间是属于劳动关系还是劳务关系，仍未作出原则性的规定。^[4]

笔者认为，劳动争议司法解释依据民法典来制定，一方面在于劳动法本身的不完全性，一方面加之劳动合同理论和实践的发展，民法典中持续性合同规则和理论的完善，以及公法对私法效力认识的发展，集体自治的二元结构的理论突破等等，都为将劳动法置于民法典的基本框架下提供了依据。民法典是私法，其关于隐私权、职场性骚扰等公民权利保护规定，以及诚实信用、公序良俗等基本原则的确立，对劳动争议司法解释的制定已产生了重大影响，也为民法典基本原则在劳动法中的适用提供了实践空间。

（一）平等保护原则在劳动法中的适用。

劳动法属于社会法范畴，以矫正传统民法的“自由平等”为己任。劳动法是私法与公法相融合而产生的法律部门，其基本原则也分别体现了私法的特征与公法的特征。在高度集中的管理体制下，我国曾通过制定全面而具体的规定对劳动者进行保护，其结果是使企业丧失了活力。实践证明，两者的结合点是，在劳动立法中强调的是“倾斜立法”，通过法定内容限制约定内容，既使劳动者得到必要的保护，也为劳动关系双方当事人的平等协商留下余地。^[5]圈出一个特别群体进行保护，是劳动法的一个优点，也是一个缺点。例如：男性女性退休年龄不同问题；解除劳动合同劳动者享有无因解除权，而用人单位解除则需要满足条件、程序、对象限制问题……诸如此类的平等条款在劳动法律中比比皆是，这些特殊规则体现了对劳动者倾斜保护的需

要，那么民法典所规定的“平等保护”原则是否有适用的空间呢？如何以平等保护作为原则来指导立法、执法与司法，实际上也是一个不断发展的过程。笔者认为，“平等保护”原则不仅完全可以适用在劳动争议的裁判中，而且还会进一步得到贯彻执行。最高人民法院近年来一直强调劳动争议案件的审判应坚持“双保护”理念，已逐步从“倾斜保护”向“平等保护”转变。如果仅仅认为平等是权利，则会由于劳动法律规定不甚具体，理解不能统一，反而不能落实。只有平等原则解决了法律冲突、权利冲突及因应发展问题后，才能谈到具体的平等权的实现。^[6]

（二）意思自治原则在劳动法中的适用。

劳动法作为社会法，体现了对当事人“意思自治”的约束和制约，劳动法的“行政管制”色彩浓烈，如最低工资、工时、加班、休假等等规定都有很强的政府管制因素，我国劳动法的管制强度更为严格。那么在“行政管制”外，是否允许当事人“意思自治”呢？司法实践对于“意思自治”存在着两种截然不同的观点，争论的核心是劳动法律中的“行政管制”与民法中的“意思自治”二者边界如何把握？如，约定员工辞职的应提前60天通知单位是否可以？是“行政管制”多一些，还是“意思自治”多一些？劳动法律中的哪些事项是“行政管制”不允许“意思自治”？哪些事项虽有法律规定，但并不排除当事人“意思自治”呢？笔者认为，可以从劳动法的规定分类理解和把握：

1、如果是法律的强制性规定，则不属于当事人“意思自治”的范畴。如《劳动法》规定：禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人、不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资…等等，类似于“禁止”、“不得”等强制性规定的，当事人约定超出法律规定的，不允许自由约定。

2、如果是劳动基准的规定，也不属于当事人“意思自治”的范畴。如最低工资的标准、工作时间的限制、劳动保护的规定等，当事人自由约定如果低于法定标准的，当属无效。

3、虽有法律规定，但既不是强制性规定，又非劳动基准范畴，且不显失“公平”的，应当允许当事人“意思自治”。^[7]如，薪资待遇的商谈、协商一致的调岗、协商解除劳动合同等就是“意思自治”的直接体现。

（三）公平合理原则在劳动法中的适用

劳动法规则的不完全性，意味着其需要一般规则的补位。以合同效力状

态为例，基于重大误解订立的劳动合同，或者用人单位利用劳动者处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使劳动合同订立时显失公平的，受损害一方是否有权利撤销劳动合同，换言之，劳动合同效力状态是否在有效、无效之外存在可撤销状态？对前述问题的回答均涉及民法一般规则在劳动关系领域的适用问题。

公平原则作为民法的基本原则，不仅仅是民事主体从事民事活动应当遵守的基本行为准则，也是人民法院审理民事纠纷应当遵守的基本裁判准则。江苏省无锡市中级人民法院（2019）苏02民终4919号民事判决书就是公平原则在劳动法中适用的例证：“本院认为，藤昌公司安排罗某至FA38上线工作符合劳动合同的约定，也不违反法律规定。……罗某与藤昌公司约定，藤昌公司可根据工作需要按照合理诚信原则依法变动工作岗位，罗某在本次调岗前顶岗操作的产线与调整后的岗位一致，调整后其所在的部门及担任的职务均未变动，薪资未降低……对罗某的调岗是对制造1部线长组长和事务员整体调整的组成部分，并非针对罗某，且罗某有在FA38线顶岗工作的经验……因此，调岗具有合理性。”^[8]

（四）诚实信用原则在劳动法中的适用

诚信原则作为民法的“帝王规则”，要求民事主体从事民事活动应当讲诚信、守信用，以善意的方式行使权利、履行义务，不诈不欺，言行一致，信守承诺；应当本着善意的原则，互相配合，保护对方的合理期待与信赖；应当尊重他人的合法权益，并尊重社会公共利益；不得规避法律，不得故意曲解合同条款等等。诚信原则的内涵和外延都是概括性、抽象性的，因此诚信原则有很大的适用性。

我国《劳动法》并没有规定“诚实信用”原则，仅有“劳动纪律”和“职业道德”的规定，直到2008年的《劳动合同法》才引入了“诚信”原则。需指出的是，《劳动合同法》规定的“诚信”原则仅规定在“订立劳动合同”阶段，而民法典规定的“诚信”原则则贯穿于民事法律活动的全过程。从这个角度来说，“诚实信用”原则不应仅局限于劳动合同订立阶段，也应贯彻于劳动关系的建立、变更、履行、解除、终止甚至解除、终止之后的全过程。“诚实信用”原则近年来在劳动领域的适用场景已越来越广，如：用人单位招聘录用又擅自撤销的，须承担“缔约过失责任”；劳动者入职后不愿缴纳社会保险，甚至在书面承诺后又以用人单位未缴纳社保为由主张经济补偿

金，在司法实践中不予支持案例也屡见不鲜，其背后的依据就是劳动关系主体对“诚实信用”原则的违反。

（五）公序良俗原则在劳动法中的适用

在《民法典》实施后，“公序良俗”将不再是人们内心的道德评判，而是判定民事行为效力的重要依据；其价值在于将道德伦理规范引入法律适用，起到扩充法律渊源、弥补法律漏洞的作用。“公序良俗”原则引入劳动法中既有可行性，也有必要性。我国的《劳动法》、《劳动合同法》都未将“公序良俗”作为基本原则。那么，作为民事活动的基本原则之一的“公序良俗”能否在劳动法中适用呢？裁判实践中存在较大争论。

民法与劳动法的关系是一般法和特别法的关系。笔者认为，劳动关系中的法律行为当属于民事活动的一部分，应受民法典规定的“公序良俗”原则的约束。用人单位的规章制度不可能对员工的所有不当行为作事无巨细的规定，虽然各地实践陆续引入了“劳动纪律”、“职业道德”、“诚实信用”作为劳动争议裁判的依据，但有些不当行为仍难以套用以上原则。如新冠肺炎疫情期间，拜耳北京公司一澳籍女员工2020年3月返京，拒不按规定居家隔离，执意外出跑步且不戴口罩。从劳动法的角度来看，涉事员工不当行为的背后所涉及即是违反“公序良俗”问题，在公司规章制度没有具体条款可引用的情况下，如不能适用“公序良俗”原则，法律规定的漏洞和用人单位规章制度的欠缺就会遇到无法填补的困境。该事件经网络传播后，涉事员工被解除了劳动合同。当然，在司法实践中若裁判者动辄引用“公序良俗”原则裁判，或导致用人单位惩戒权边界的扩大，进而导致“公序良俗”的滥用和泛化。笔者认为，只有当用人单位的规章制度相关内容出现缺失，且因劳动者不当行为给用人单位造成了负面影响，才能适用“公序良俗”原则。

（六）绿色原则在劳动法中的适用

民法典的“绿色原则”为用最严格的制度、最严密的法治保护生态环境”提供法律保障，实现了绿色发展从理念到制度的飞跃。这是国家长治久安的大计，是从长计议，从长远考虑，充分体现了中国共产党人民至上的执政理念。折射出人民群众对良好生态环境的向往，浸润着新时代的价值理念。

“绿色原则”的确立回应了这些年我国经济社会发展暴露出来的环境保护问题，有利于引导民事主体在民事活动中贯彻节约资源、保护生态的理念。该原则的落实涉及到经济社会发展的诸多方面，“绿色原则”在劳动法中的

适用，必将促进环境保护的思想观念融入企业管理过程，实现经济发展与环境保护价值之间的协调与平衡。如员工在工作就餐中存在严重的浪费现象，以及在生产中存在严重浪费企业物资和能源、严重破坏生态环境的行为，用人单位能否引用“绿色原则”作为解除劳动合同的依据？“绿色原则”能否在劳动案件裁判中真正地发挥效用，从节约资源、保护生态角度出发，引用“绿色原则”的内涵进行释法说理，确定、分配劳动关系主体的权利义务关系，是一个值得深入研究的课题。

五、结语

民法典确立的民事活动的基本原则对劳动法的影响的广度和深度是值得我们持续探讨和关注的问题。毋庸置疑，《民法典》的基本原则具有裁判性，而非仅仅是宣示性。当然，作为民法的特别法，劳动法在司法实践中适用民法典基本原则应当是有限的，必须严格原则适用程序，只有在“规则不能”的情况下才有权适用，具体包括：第一，规则模糊。即规则字面含义模糊而难以确定，导致不同的理解；第二，规则冲突。即针对同一事实问题，两个或两个以上不同规则做出了不同规定与指示，在效力上发生冲突；第三，规则漏洞。即法律规则对当下的案件所涉及的事实情形未作规定；第四，规则适用于个案可能显失公正。通过引用基本原则的价值与内涵，明晰基本原则适用的可行性和必要性，弥合法律规则的歧义性和模糊性，阐明个案已经满足“禁止向一般条款逃逸”的前提。^[9]

民法典所规定的六大基本原则及具体规则，是全体社会成员必须遵循的规范，对于预防和化解矛盾纠纷、促进社会和谐稳定、保障社会公平正义具有重要的作用，有助于构建一个既有自由又有责任、既有活力又有秩序的社会主义和谐社会。民法典时代，在劳动关系领域不仅要遵循劳动法律规范，还需要遵循民法典确立的基本原则保障劳动权益、调整劳动关系，建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度，促进高质量发展和社会进步。

参考文献：

[1]李洪雷.《中国正式迎来“民法典时代”》，2020年12月31日，载于中国青年网.

[2]李满奎.《民法典笔谈|民法与劳动法关系的协调》，2020年07月29

日，载于检察日报。

[3]索荣.《论民法基本原则之价值及其内涵界定》【中图分类号】D913【文献标识码】A【文章编号】1009—9646(2008)09—0000—00.

[4]唐艳艳:《浅谈民法典对〈关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)〉的影响》,2021年6月30日,载于医律致法公众号.

[5]董保华.《关于建立“现代劳动法学”的一些思考—兼论劳动关系调整的法律机制》,《华东政法学院学术文集》,浙江人民出版社2002年版.

[6]敖双红.《平等保护还是隐形歧视—以劳动法为例》,《法学评论》,2008年第3期.

[7]石先广.《民法典的原则与劳动法原则的异同及适用》,2021年4月23日,载于上海律协公众号.

[8]江苏省无锡市中级人民法院(2019)苏02民终4919号《民事判决书》.

[9]解思辛,张雨.《绿色原则在民事审判中的适用》,2019年02月28日,载于《人民法院报》.

【摘要】保证与债务加入具有天然相似性。一般情况下，债务加入与连带责任保证在处理结果上虽无实质的差别，但当两者出现效力之争时，不同的定性将可能产生不同的法律后果。例如，债权人在债务履行期间届满之日起六个月后，才向第三人主张权利，若第三人系保证人，那么其保证责任将免除；若第三人系债务加入人时，那么其仍然要承担责任。因此，正确区分保证和债务加入，对案件的处理结果十分有必要。当穷尽所有方法仍然无法区分第三人的意思表示究系保证抑或债务加入时，该如何认定。本文结合新出台的《民法典》对两者的区别以及推定规则进行阐述。

【关键词】债务加入 保证 区分标准 推定规则

债务加入，又称并存的债务承担，是指第三人加入到既存的债务关系中，与债务人就其债务对债权人负连带之债。《民法典》第 552 条以法律规定的形式设立了债务加入制度，弥补了合同法律制度上的不足^[1]。然而，该条规定在司法实务中的难点就是如何准确识别相关第三人的行为是债务加入，还是保证？这不仅是因为二者具有天然的相似性，而且在交易实践中，第三人自愿为债务人承担义务的不同意思表示，常常难以被准确地认定为究竟是债务加入，还是保证，该问题也成为司法实践中准确判定自愿为债务人承担义务第三人权利与义务的难点。

本文拟通过比较及价值分析的方法浅析债务加入和保证的识别标准及推定规则。

一、文义优先的形式审查

意思表示必须借助语言表述，文义往往成为进入意思表示意义世界的第一道关口^[2]。因此，在具体案件中第三人自愿代为债务人偿还债务的意思表示，究竟应认定为债务加入还是保证，首先应当对第三人向债权人出具的承诺函或者第三人与债权人、债务人签订的协议进行文义审查，以探究该第三人内心的真实意图。如果承诺函或协议系由法律人士起草时，更应通过相关措辞进行文义判断，即根据承诺函或协议中出现的诸如“保证”或“债务加入”等语句来判断。

但文义解读也要有必要的限度。虽然承诺函或协议中出现了“保证”、“债务加入”等专业术语，但往往也会因当事人对这些专业术语不甚理解，所用专业术语与其内心真实意图不尽一致，甚至完全相反。此时，则不能完全拘泥于措辞来判断。例如，在“厦门市展航货运代理有限公司与厦门市金英实业开发有限公司、厦门市佳昱进出口有限公司海上货运代理合同纠纷案”中，第三人向债权人具函“保证”债务人还请欠款，如债务人在约定的履行期限内无力偿还欠款，则由自己代替还款。因第三人履行债务是以债务人届期不能履行债务为条件，依据《民法典》687之规定，第三人之意思表示本应被理解为一般保证。然而，在债务人的履行期届至之前，第三人即替代债务人实际履行了部分债务，这与一般保证之补充性显然不相吻合。由第三人此举可以推断，第三人的内心真意并非在于提供保证，而系债务加入^[3]。

二、真实意思的实质审查

保证债务从属于主债务，只有主债务人在约定期限内不履行偿还义务的情形下，才能产生保证人负责清偿债务的义务。保证人的责任具有次位性，而债务加入具有独立性，只要第三人作出加入他人债务的意思表示，且有证据证明，该第三人即产生了偿债义务。第三人对债权人与债务人的债权债务关系不具有从属性，也不产生履行位次的先后区别。在原债务人不履行债务时，债权人无须先就债务人的财产受偿即有权要求债务加入人清偿。

从属性与独立性是保证债务和债务加入的本质区别。因此，在个案中判断第三人的行为究系债务加入抑或保证，起决定性作用的是第三人内心意欲承担的是独立的还是从属的债务。目前，司法实务和学说大多从如下几个方面判断第三人内心意图究竟为何。

（一）第三人自身对债务履行是否具有经济利益

我国司法实务经常采用利益标准区分债务加入与保证，即第三人自身如果对债务的履行具有直接和实际的经济利益，则极有可能构成债务加入。因为债务加入较之于保证给第三人带来的风险更大。一个理性的第三人，唯有在自身对债务履行具有直接和实际的经济利益时，方有可能自愿加入债务。因此，在当事人的意思表示不明之时，以利益标准作为区分债务加入和保证的识别依据，是相对合理的。反之，如果第三人自身对债务的履行不具有直接和实际的经济利益，则构成的多为保证。比如，债务人、债权人、第三人三者之间发生的纠纷是基于同一事实或者三方相互之间均存在业务上的往

来，类似三角债关系，第三人代为偿还了债务既能免除债务人的还款义务，更能冲抵其后续对债务人的还款义务，即债务人也是第三人的债权人^[4]。第三代替还款的最终目的是为了抵销自身的债务，这就是典型的第三人对债务的履行具有自身的经济利益。

然而，利益标准亦有其不合理的一面。实践中，也存在大量的第三人纯粹为了情谊而加入到债务人的债务，而保证人为了获取某种好处才为债务人的债务提供担保的情形。因此，单纯的以经济利益作为判断第三人系债务加入还是保证的依据也存在一定弊端。

利益标准是判断成立债务加入还是保证的一个重要维度，但并不是唯一维度，不能一概而论。因为如果第三人对保证的真实意愿表达的非常明确或者完全符合保证的成立要件，那么即便存在某种现实利益也不能就此判断第三人成立债务加入^[5]。

（二）第三人履行债务是否以债务人届期未履行作为前提

《民法典》687条规定，“当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证”。由此可知，一般保证人承担责任具有补充性，即一般保证人对债务人不能履行的部分承担责任。而债务加入并不具有补充性，债权人在债务到期后，可以直接要求债务加入人履行债务，此点与连带责任保证相同。因此，履行顺位之约定可以将一般保证与债务加入区分开来，但不足以区分连带责任保证和债务加入。例如，在“茂名市长隆石油化工有限公司深圳分公司与长江南京航道工程局合同纠纷案”中，二审法院南京市中级人民法院即认为，从备忘录签订背景看，南京航道工程局是出于平息事态的考虑才作出愿意在未收到业主补偿款的前提下负责付清欠款的承诺。体现双方有保证担保的合意。故，备忘录的性质属于保证担保，而且是针对业主补偿作出的补充担保，并据此认定南京航道工程局系保证人。

履行顺位可以区分债务加入和保证，但是也存在例外情形，比如附条件的债务加入，即将“债务人届期未履行”作为债务加入人履行债务的条件。此时应综合其他标准再次对债务加入和保证进行区分，单纯从履行顺位的角度进行判断过分流于形式。

（三）第三人履行债务是否具有确定性

在司法实务中，有观点认为保证人是否需要履行保证债务具有或然性或不确定性，而债务加入人履行债务具有必然性或确定性，并主张以此区分保证和债务加入。在上文提到的“茂名市长隆石油化工有限公司深圳分公司与长江南京航道工程局合同纠纷案”中，二审法院南京中级人民法院即持该观点。该法院认为，备忘录的主要内容是争取业主补偿款和息事罢访。争取补偿款是核心内容，又有两层意思：一是业主补偿款到位后优先支付，但是如补偿款未到位，南京航道工程局在两年内付清欠款。故南京航道工程局的付款责任是被列入未收到业主补偿款的情形，表明其承担的债务只是一种或然债务，而非实然债务，故不符合债务加入的基本特征。

三、存疑的推定规则

上文虽然阐释了债务加入与保证的多种识别方法，但司法实务中的问题纷繁复杂，在穷尽上述方法后仍然无法判断第三人自愿履行债务的意思表示究系债务加入还是保证时，该如何认定。这里就涉及到债务加入和保证存疑时的推定规则。

在《民法典》施行之前，我国一直秉持保护债权人利益的立法精神。已经废止的原《担保法》第19条规定：“当事人对保证方式没有约定或者约定不明的，按照连带责任保证承担保证责任”，该规定侧重于保护债权人的利益，但也有不当加重保证人责任的不公平。学界普遍认为，债务加入的责任重于保证。因此，在二者存疑时推定为债务加入更有利于保护债权人利益。例如，江苏省高级人民法院在关于“茂名市长隆石油化工有限公司深圳分公司与长江南京航道工程局合同纠纷案”再审法院认为：“在当事人对一个行为究竟是保证担保还是债务加入有分歧时，如果保证担保的意思不明显，从保护债权人利益的角度出发认定为债务加入，该价值取向无可厚非。”此推定规则虽保护了债权人的利益，但却不当加重了第三人的负担，不利于平衡各方利益，也有违法律的公平原则。

《民法典》的施行，扭转了以往过分侧重于债权人利益保护的立法倾斜。《民法典》686条第2款规定，“当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明的，按照一般保证承担保证责任。”这就表明，在发生约定不明时，应依相对公平地平衡争议各方利益的原则，作出权利与义务的判定。

最高人民法院颁发的《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第36条第3款规定，“前两款中第三人提供的承诺文件难以确定

是保证还是债务加入的。人民法院应当将其认定为保证”，这就明确了“存疑推定为保证”的规则。

“存疑推定为保证”的机理与背后的立法价值考量符合我国《民法典》的基本价值理念。从比较法的角度审视，有的国家法律规定保证的意思表示应明示而不得推定，在比较法上的确有其依据。例如，《意大利民法典》第1937条规定，“提供保证的意思表示应当是明示的”；《法国民法典》第2015条规定，“保证不得推之，应当明示之”。但应当明确的是，这些法律规定背后的机理是为了保护承担单务行为的第三人利益。保证系单务行为，债务加入也系单务行为，且债务加入人的责任原则上重于保证人。既然保证的意思表示应明示，举轻以明重，债务加入的意思表示更应当明示，而不得在两者存疑时，直接推定为债务加入。上述保证不得推定的比较法规定，其适用的前提是，仅涉及保证的情形。如个案中既涉及保证，又涉及债务加入时，不能机械的套用上述规定，保证不得推定的正当事由此时并不存在。

“存疑推定为保证”的规则更为合理。一方面，该规则充分尊重了当事人的意思自治。按照私法意思自治的原则，负担越重的表示应当越明确。如果意思表示不明确，应当按照从轻解释的规则，推定第三人愿意承担较轻的责任。因债务加入人的责任重于保证人，故在第三人意思表示含糊不清时，推定为保证更为合理。另一方面，该规则有效平衡了各方当事人的利益。《民法典》的施行一改往日过多强调对债权人保护的立场，而是兼顾债权人、债务人、保证人各方的利益。因此，在第三人意思表示不明时推定为保证，即是从《民法典》的整体精神出发所作出的综合判断，有效平衡了各方当事人的利益关系。

四、结论

综上，在个案中判断第三人承诺履行债务的意思表示构成保证抑或债务加入，原则上应依“保证”或“债务加入”的明确措辞进行相应的定性，除非存在承诺内容与措辞矛盾、措辞具有多义或歧义性等足以支持偏离文义进行解释的特别情事。在文义解释无果的情形下，应探究第三人的真实意思表示。第三人自身对债务履行具有经济利益可以在一定程度上排除保证；履行顺位之约定可以排除债务加入；履行债务的确定性不足以完全区分保证和债务加入，应具体案件具体分析。在上述方法均无法判断第三人的意思表示系债务加入还是保证时，应推定为保证。

参考文献:

[1] 王利明. 论“存疑推定为保证”——以债务加入与保证的区分为中心, 2021年第3期, 第2页.

[2] 朱庆育. 《民法总论》(第二版), 北京大学出版社, 2016年版, 第227页.

[3] 刘茜萌. 浅析债务加入与保证的推定规则[J], 法制与社会 2020年第27期, 第1页.

— —

安徽一悦律师事务所 程波

【摘要】我国城市化快速发展的过程中，通过土地征收满足城市建设用地的需要在我国成为一种普遍现象。土地征收是以牺牲一部分农民的土地利益而达到实现公共利益目的的行为。土地征收补偿制度是维护农民利益和保护私权的重要制度，是土地征收制度的核心。但是我国现行土地征收补偿制度不能起到对农民利益进行充分保护的作用，失地农民难以维持原有生活水平，长远的生计得不到保障，其生存状况令人担忧。《民法典》的颁布对这一制度进行了完善，但是这一制度还是存在很多问题，不利于乡村的发展。本文通过阐述土地征收补偿的一般理论，总结当前我国现行土地征收补偿制度存在的问题，并在此基础上提出对我国土地征收补偿制度完善的法律设想。

【关键词】土地所有权制度 集体土地 征收补偿

一、概述

土地是我们人类最重要的资源，它取决于人类的生存和社会的可持续发展，是所有生产和生活的来源。我国实行土地的社会主义公有制，包括土地的国有和农民的集体所有，其中城市市区的土地属于国家所有。工业化和城市化的快速发展使得城市用地规模不断扩大，原有的市区国有土地不能满足城市发展的需要，因此土地征收在今天的中国成为十分普遍的现象。土地征收是国家对农民集体土地的征收，是农民以牺牲自己的土地利益为代价以满足城市建设的需要，这就涉及农民的核心利益。

我国现行土地征收制度在对农民利益的保护上还有许多欠缺，导致土地征收过程中农民的权益受到严重的侵害，失地农民的生存得不到保障，为城市化的进程付出了惨重的代价。征地过程中农民与政府的矛盾突出，围绕着土地征收产生了大量的上访，频频出现大规模的群体性事件。农村集体土地征收已经与城市房屋拆迁、下岗失业等成为社会的热点问题，引起了人们的广泛关注。

二、我国农村集体土地征收补偿制度的立法现状

（一）农村集体土地征收补偿制度的建立

土地是财富的来源，是人类劳动和生产的基本要素，是一国经济和社会发展的重要保证。目前我国市场经济建设正处于高速运转时期，随着工业化和城镇化进程的加快，城市可用土地急剧减少，政府便将目光投向广大农村，集体土地征收已成为满足城市建设用地需求的主要途径。尽管我国确定了18亿亩的耕地红线，但耕地的面积仍然逐年下降，面临着突破红线地风险。进入21世纪以来，我国常住人口城镇化率由2001年的37.66%快速增长到2018年的59.58%，而按照国际的经验，到2030年我国城市化率可能会高达70%，因此未来10年仍将是快速城镇化的时期，这也意味着集体土地征收补偿工作将面临更大的压力。

（二）农村土地征收补偿法律现状

《民法典》第二百四十三条规定：“为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和组织、个人的房屋以及其他不动产。征收集体所有的土地，应当依法及时足额支付土地补偿费、安置补助费以及农村村民住宅、其他地上附着物和青苗等的补偿费用，并安排被征地农民的社会保障费用，保障被征地农民的生活，维护被征地农民的合法权益。征收组织、个人的房屋以及其他不动产，应当依法给予征收补偿，维护被征收人的合法权益；征收个人住宅的，还应当保障被征收人的居住条件。”

我国目前的土地征收补偿制度见于《宪法》《物权法》《土地管理法》《土地管理法实施条例》《农村集体土地征收补偿条例》《征用土地公告办法》等法律法规以及条例之中，各地方的省市还制订了征用土地相关规定，如甘肃省《征地管理费暂行办法》等用来进一步规范集体土地上的征用土地拆迁管理工作，按规章制度严格具体实施征地补偿标准、分配使用征地补偿费用，按照有关规定严格履行征地程序。但这些规定还是缺乏系统性的规范，我国目前还是没有一部单独的有关土地征收补偿方面的法律。其次我们可以在相关的法律法规中看出，对于集体土地的征收补偿，我们只是给出了大致的标准，由于各地的经济发展水平不同，我们将土地征收补偿的具体标准问题的制定权，赋予了各地政府，在此过程中可能会出现政府机关个人以权谋私，中饱私囊的行为。虽然我国的法律法规有规定。现在的土地征收补偿制度带有强烈的计划经济色彩，也是集体经济形式的一种必然。

我国集体土地征收补偿相关的法律法规还不完善，难以保障失地农民的

基本权益。据我国的社会科学研究院统计的集体土地使用数据显示，在 2003 年到 2015 年中，失地农民数量已累计突破四千万，其中 92% 以上的人失去土地是当地政府的土地征收项目。因为各地区的违法征地事件时有发生，征地程序不规范，补偿方式单一，补偿标准较低无法满足失地农民长期生活需要等等问题突出，导致征地纠纷案件屡见不鲜，同时，由于失地农民缺乏表达自身利益诉求的渠道，经常引起上访发生，土地征收纠纷产生的不利影响受到社会的广泛关注，为了维持社会稳定，征地补偿制度的完善工作已迫在眉睫。

（三）农村土地征收补偿法律存在的问题

1. 农村土地征收的补偿程序不规范

农村土地征收的具体程序是保障我国农村土地征收顺利进行的基本法律，依照法律，我国在相关的政策以及有关的文献中有明确的规定以及说明，一直到现在，并没有从法律的层面上对相关的事宜予以明确的说明和界定，法律在具体的针对这一事宜在实际的实施过程中，采取的是相关的程序和步骤对相关的事情予以有效地管理和解决。具体体现为以下四个阶段：（1）向相关的土地行政管理部门提出土地征收的请求，同时等待土地行政管理部门的批准，土地行政管理部门在对相关的审批进行具体的管理和审批之后，拟定相关的方案，将相关资料逐级上报给有权批准机关，等待上级有关部门的批准。（2）有权批准机关根据实际的申请条件，逐步的审查申请的要求是否合理，是否能够达到审批的标准和实际的要求。（3）对土地被征收的相关农民予以法律层面上的救济和补偿。（4）在土地征收完成后，纳入政府储备，按供地计划供地。在这个过程中，需要经历的环节是非常多的，但是尽管如此，我国在对于农民的土地使用方面没有给予足够的关注和重视。相关人员在了解到这一具体的实际情况之后，在相关的规定中明确地提出，农民的土地在实际的征收过程中，必须按照相关的程序予以实时的征收，地报批环节，大部分情况下只告知到集体经济组织，而并没有告知和征求农户意见，这是需要加强关注和重视的问题。也是尤其需要关注和重视的课题。

2. 土地补偿费用偏低，分配不合理

农村土地征收使得农民在具体的生产和生活的过程中遭遇了较为严峻的挑战，也遭受了较大的损失，不管是精神上还是物质上的。同时根据相关的文献规定，我们不难看出，农民实际获得的补偿相较于土地收益，只能获

得相对较为微薄的收入补偿。我省 2020 年修订调整了征地补偿标准，以宣城市为例，征地补偿标准最高区域最高地类为每亩 50975 元/亩，但是有的却只是 41706 元/亩¹，补偿的金额相较于农民遭受的损失，是较小的。从补偿的范围来看，我国现在只是从一个较为片面化以及狭义化的层面上对农民进行了相关的补偿，虽然有具体文件规定要妥善安置被征用土地的农民，在生活上对农民进行保障，而在实际过程中，没有积极引导与支持被征地农民转变就业的观念，也没有为被征用土地农民提供公共就业人才服务。保障不了农民就业，即使有政策宣传，因农民观念一下没转变过来，不同意参保失地农民保险，不同意到小微企业就业，从而被征地农民的长远生计无法保障。在土地补偿款分配上不合理，土地补偿款分配本应是村民自治范畴，但村民会议有时剥夺了妇女和儿童的权益，导致时有信访事项和诉讼之争，增加社会不稳定因素。

3. 思想观念、行为习惯调节幅度大，农民群众适应性不足

政策的要求人和们长期以来固化的思维模式形成了较大的差异，人们在长期的生活过程中，由于受到自身的相对较为保守的思想模式的影响，已经形成了一种相对较为固化的思维以及综合发展的模式，要想实现农民的这些固化的思维模式的改变，对于农民来讲，其综合难度是较大的，也是我们在具体的经营过程中需要着力的关注和重视的问题。如在征地拆迁过程中，农民注重的是房屋拆迁标准，从而忽略了征地补偿标准。如果政策在实际的调整过程中，最终实现的调整方式相较于之前，有较大的差异，那么这样的政策，在具体的实施过程中，被农民接受的可能性相对较小的，这一点也是在具体的经营和发展的过程中，需要加大关注和重视力度的，也是土地在具体的征收过程中，需要着力关注的问题。

三、我国农村集体土地征收补偿制度的立法完善

（一）规范农村土地征收和补偿程序

宪法使得政府在实际的土地征收过程中，变得更加的理直气壮，使得集体土地的所有权在具体的经营过程中，受到较大的发展性的阻碍，所以我们在具体的征地实务中，应该更加明确对这一问题予以实时的说明。也就是在实际的土地征收过程中，应该最大限度的实现对相关的土地的保护，即使要征收土地，也应该采取必要的程序予以进行。征地从申请批准、事前调

¹ 安徽省人民政府关于公布全省征地区片综合地价标准的通知（皖政[2020]32号）

查、目的性批准到征收实际与反馈都应有严格的、公正而合理的法定程序，在实际的土地征收的过程中，实现其各项综合的经营成效的最大化，这一点也是政府在具体的土地征收过程中，需要加大关注和重视力度的，对这一问题予以实时的关注和管理，不管是从哪个层面上来看，都是我们迫切需要关注和重视的问题。

通过将我国的征地程序与其他各国的征地程序予以对照，我们不难发现，根据我们长期以来总结出来的相关经验以及具体的结论，只有最大限度的实现让农民自觉自愿参与到具体的土地征收的过程中来，而不是政府单方面强制性地要求，并且最大限度的给予农民发言权以及意见表达权，我们才能够在实际的征地程序上予以实时的解决和管理。我们在实际的土地审查制度上，应该采取一种更为专业化以及透明化的管理模式予以实时的解决，在实际的土地征收过程中，实现土地征收的公有制管理。并且在相关的流程上，采取规范化以及专业化的管理，才能够最终在实际的管理过程中，实现较好地发展。在农民土地征收过程中，采取的各项规范性的操作，以及政府在具体的实施过程中，应该予以严格的规范化执行。并且对于被征地者的意见要积极听取，只有这样，才能够在实际的经营过程中，取得较大的成效，在土地征收的过程中，最大限度的减轻相关的障碍，这一点是尤为关键和迫切的。

（二）完善征收补偿配套方法

在实际的土地征收的过程中，应该对土地被征收者予以必要的补偿，这一点是非常重要的，那么在实际的补偿过程中，应该采取什么样的原则予以补偿呢？这一点是在具体的经营过程中，需要着力的关注和重视的问题。尽管这一问题被研究了很久，但是一直都没有得到一个较为明确的概念和相对统一的意见，在实际的补偿过程中，大众关注的更多的是在实际的补偿过程中，综合补偿原则是以土地之前的原有价值作为基础进行补偿还是以土地被征收以后，具备了新的价值后予以补偿这样的问题，是在实际的经营过程中，需要着力的关注和重视的问题。有些学者通过一系列的研究和分析，在对于这一问题的关注上，更加的倾向于后者，主要原因是因为土地在被国家征收之后，国家将相关的土地拿去作为其他用途予以使用，并在实际的使用过程中，创造出了比原先更高的价值，使得最终的土地在实际的使用过程中，相较于之前，其综合的价值实现了较大幅度的增长和提升，这一点是在

具体的经营过程中，需要着力的关注和重视的问题。由于国家在对相关的土地进行征收的过程中，在实现土地的有效利用的同时，也在相关的土地的基础之上，实现了相关配套设施的增强，所以相关的学者也是通过一系列的研究和分析得出，在具体地研究过程中，应该将土地在实际的征收过程中涉及相关事宜予以明确的说明，在实际的土地征收的过程中，采取的方案以第一种为宜。

（三）尊重农民群体利益诉求

不同城市的农村在实际的发展过程中，不管是从哪个层面来看，其存在的各项综合的人文环境以及各项综合的特色都是有较大的发展上的差异。从一个较为宏观的层面上来看的话，我们不难发现，很多农民在实际的政治活动进行的过程中，采取的是一种畏畏缩缩的态度，并没有很好地实现自身的各项综合利益的有效维护，土地被征收的这部分农民在实际的发展过程中，并没有表现出较大程度的抗拒性，而更多的是停留在一个相对较为退缩以唯命是从的层面上，真正地在实际的土地征收过程中，积极地参与其中的农民，并且最大限度的维护自身的合法权益农民相对是较少的，很多的农民在实际的土地征收的相关事宜和管理过程中，采取的态度是一种人云亦云的态度，大众怎么样，自己就怎么样，没有自己的主见，自我的主观意识相对较为薄弱。这样的一种综合的发展形势，使得农民在具体的经营过程中，在对于土地征收这事上，理性层面上的意识相对是较为薄弱的，在维护自身利益的过程中，不是依赖于土地在实际的征收过程中的程式化的管理，也不是从自身的利益的层面上予以客观理性地分析，而往往是一种并不客观冷静的态度实现对相关事件的解决，这样的一种态度对于实现自身的各项综合权益的保障，是没有任何好处的。所以，也是基于这样的一个原因，政府以及相关人员在实际的农村土地征收的过程中，要充分地将实际的土地征收的过程中，可能存在的各项不确定性因素予以系统全面地考量，在于村民以及村干部的互动性以及持续不断的交流上要加强关注和重视力度，将大多数农民在实际的土地征收的过程中想要的东西最大限度的表达出来，对一些影响农民生产以及生活的相关因素进行防微杜渐的管理以及排查，这一点在实际的土地征收以及具体的管理过程中，发挥着至关重要的作用。

参考文献:

- [1] 王良平. 集体土地上房屋征收中协议补偿与决定补偿制度研究——以新《土地管理法》为背景[J]. 时代法学, 2020, 18(04):102-108.
- [2] 刘茂星. 浅谈集体土地征收补偿制度的功能定位[J]. 山西农经, 2020(12):34-35.
- [3] 冯宪芬, 蒋鑫如, 武文杰. 土地征收补偿制度的经验借鉴与完善路径[J]. 新视野, 2020(02):48-53.
- [4] 张伟, 张世龙. 农村集体土地征收问题浅析[J]. 农村经济与科技, 2020, 31(03):5-6.
- [5] 陈雪琴. 农村集体土地征收补偿制度问题研究[J]. 中国房地产, 2020(03):58-62.
- [6] 许中缘, 崔雪炜. 集体土地征收补偿制度的功能定位[J]. 浙江社会科学, 2019(10):30-39+49+157.
- [7] 刘春湘, 虞莎莎, 刘峰. 农村集体土地征收纠纷的解决机制探究[J]. 湖南社会科学, 2019(04):74-79.
- [8] 吴祖祥. 土地征收补偿制度的缺陷与立法构建[J]. 河南司法警官职业学院学报, 2019, 17(03):77-83.
- [9] 孙刚, 伊凌嵩. 关于农村集体土地征收补偿制度的思考[J]. 花炮科技与市场, 2019(03):39+47.
- [10] 顾大松. 行政审判视角下的土地征收补偿制度改革[J]. 山东社会科学, 2019(08):112-117.

【摘要】彩礼是我国从古至今流传下来的社会习俗，伴随着现代社会经济的快速发展以及人们生活水平的提高，彩礼的价格也在不断上升，与此同时，有关彩礼返还的纠纷也在不断增加。本文主要针对彩礼的概念、起源以及有关彩礼的不同学说进行了阐述和分析，并对彩礼返还问题的解决提出了相关的建议。

【关键词】彩礼 婚约 给付 返还

第一节 彩礼的概念及起源

一、彩礼的概念

彩礼，也叫聘礼，指订婚和结婚时男方付给女方的财物。“彩礼”是人们口语中的一个说法，并非一个规范的法律用语，诉至人民法院的彩礼纠纷案件的案由根据《民事案件案由规定》被定为“婚约财产纠纷”。在我国，婚前给付彩礼的现象从古至今一直都较为普遍，已经形成了当地的一种约定俗成的习惯。

二、彩礼的起源

彩礼，起源于我国古代的婚姻制度，即男方在婚约初步达成时向女方赠送聘金、聘礼，这种聘金、聘礼俗称“彩礼”。周代是礼仪的集大成时代，彼时逐渐形成一套完整的婚姻礼仪，《仪礼》中有详细规制，整套仪式合为“六礼”，西周时确立并为历朝所沿袭的“六礼”婚姻制度，是“彩礼”习俗的来源。“六礼”即：纳采、问名、纳吉、纳征、请期、亲迎，其中的“纳征”是指送聘财，就是现在所说的“彩礼”。这种婚姻形式一直延续到中华民国时期，但在1934年4月8日中央苏区颁行的《中华苏维埃共和国婚姻法》中，已有了废除聘金、聘礼及嫁妆的规定。新中国成立后，1950年、1980年《中华人民共和国婚姻法》、2001年《关于修改〈中华人民共和国婚姻法〉的决定》以及2020年《中华人民共和国民法典》，均未对婚约和聘礼作出规定，且都明确规定了禁止买卖婚姻和禁止借婚姻索取财物。虽然法律有明文规定，但是婚前给付彩礼的习俗目前我国很多地方仍然存在，尤其是在偏远的农村地区。并且，伴随着经济的快速发展和人们生活水平的逐步提

高，彩礼的数额也在日益上涨，小到金银首饰，大到上万元的现金、汽车、住房等。一旦双方最终不能登记结婚，则彩礼的处置问题往往会引发纠纷，诉诸法院的案件也因此而增多。

第二节 关于彩礼法律性质的几种学说及评析

一、附解除条件的赠与说及评析

对于彩礼给付的法律性质，一种观点认为彩礼是附解除条件的赠与。《中华人民共和国民法典》第一百五十八条规定：“附解除条件的民事法律行为，自条件成就时失效。”解除条件是限制民事法律行为效力的存续，使已经发生法律效力民事法律行为在条件成就时终止的条件。条件的成就与否关系着民事法律行为是否生效，当解除条件实现，则民事法律行为效力终止，当解除条件未实现，民事法律行为即为有效。因此，这种学说认为：男方在给付女方彩礼时，若女方不能按约定与男方缔结婚姻关系或者不能与男方维系婚姻关系，那么彩礼给付行为将自始无效，女方应当依法向男方返还彩礼，若女方不予返还，则男方有权以不当得利为由依法请求女方返还彩礼；反之，若女方依约与男方登记结婚并建立了较为稳定的婚姻关系，彩礼给付行为将继续有效，女方即取得彩礼的所有权。

目前，附解除条件的赠与说是我国理论和实务界认可度最高的观点，也是笔者相对倾向的观点。此外，之前的《婚姻法解释二》的官方理解与适用中也持有这种观点。

二、一般赠与说及评析

持有一般赠与说的学者认为：彩礼给付行为究其本质应当与一般赠与属于同一法律范畴，与一般赠与无异，都是一种实践行为，两者都是以所有权转移为生效要件。一般赠与的核心在于无偿和自愿。若彩礼给付行为属于一般赠与，那么在男方自愿将彩礼赠与女方时，彩礼一旦发生物权法性质上的转移，所有权即发生转移，女方将取得彩礼的所有权，男方不享有撤销权。即使男女双方最终未能登记结婚，男方也无权要求女方返还彩礼。

很明显，这种学说很难在司法实践中得到适用，原因有以下几点：首先，在现实生活中，给付彩礼都是带有目的性的，男方向女方给付彩礼就是为了与女方缔结婚姻关系，而一般赠与是没有目的性的；其次，随着社会经济的发展，男方给付女方彩礼的价格也在日益上升，小到金银首饰，大到汽车房屋等，为了向女方给付彩礼，有些家庭条件一般的男方可能会挖空家里的所有积蓄。所以这种给付并不是完完全全自愿的，而是迫于风俗习惯不得已而

为之的。因此，若男女双方最终未能登记结婚，男方还不能要求女方归还彩礼，对于男方来说，无疑是人财两空，这明显违背了善良风俗，也很难被人们所接受。第三，彩礼的数额一般是根据女方的要求而确定的，而一般赠与的数额通常是由赠与方自主决定的，两者存在着本质的区别。

三、从契约说及评析

该学说认为彩礼是伴随着男女双方婚约的产生而产生的，彩礼给付属于婚约的从契约，婚约为主契约，根据从属性的原则，若主契约无效或者被解除时，从契约当然无效。根据从契约说的观点，婚约相当于《民法典》中的主债权债务合同，而彩礼给付相当于《民法典》中的保证合同，依照《民法典》中保证合同的规定，主债权债务合同无效的，保证合同无效。因此，若主契约即婚约未达成，彩礼给付的行为作为从契约也应当被认定为无效，男方将有权依据《中华人民共和国民法典》第九百八十五条：“得利人没有法律依据取得不当利益的，受损失的人可以请求得利人返还取得的利益”之规定，要求女方进行返还。

笔者认为该学说具有一定的合理性，但其局限性也显而易见，因为婚约与彩礼给付都具有独立性，两者并不都是“相伴相生”的，订立婚约也并非结婚的必要环节，有些彩礼的给付是在订立婚约的情形下赠送的，但不排除有些彩礼是在没有订立婚约的情况下赠送的。因此，若男方在未与女方订立婚约的情况下向女方赠送了彩礼，后双方未登记结婚，则男方将很难在该学说中寻找要求女方返还彩礼的依据。并且我国《民法典》婚姻家庭编对婚约没有规定，与婚姻家庭编配套的司法解释也没有规定彩礼必须是基于婚约而给付。

第三节 解决彩礼返还问题的几点建议

一、立法上的建议

（一）明确彩礼返还的范围

目前，我国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）对彩礼返还的规定是：“当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的……”，依据该规定很难确定彩礼的范围，到底男方赠与女方的哪些财物属于“按照习俗给付的彩礼”呢？现行有效的法律及司法解释等未能给我们一个明确的答复。在现实生活中，男女双方从交往到登记结婚，除了彩礼之外，往往还会发生很多赠送财物的情形，且赠送财物的种类也各式各样，比如“见面礼”、婚前传统节日（端午节、中秋节等）包的红包、订婚时包

的红包以及结婚前购买的“三金”、衣服、包包等。当男女双方未能缔结婚姻关系时，男方赠送女方的所有财物是否可以一律按照彩礼处理要求女方全部进行返还，还是只有其中一部分可以被认定为彩礼继而要求女方进行返还？因此，在处理司法实践中有关返还彩礼纠纷的案件时，明确彩礼的范围就显得尤为重要。

首先，可以对彩礼的定义做一个详细的解释。将彩礼定义为男方为了与女方缔结婚姻关系，依当地习俗或在一定场合下自愿赠与女方的一笔数额较大的财物。这样一定义，可以将男女双方在恋爱时不以结婚为目的赠送的财物以及一方家长在节日时包给另一方的红包等财物排除在彩礼的范围之外。

其次，可以对彩礼的性质进行区分。对于一些现实生活中假借结婚、包办婚姻等形式骗取财物的人，在财物到手后立即解除婚约，对这种情形应当规定返还骗取的全部彩礼。

（二）细化彩礼返还的情形及比例

现行司法解释规定返还彩礼的情形是：1、双方未办理结婚登记手续；2、双方办理结婚登记手续但却未共同生活；3、婚前给付并导致给付人生活困难的。笔者认为，该规定只规定了三种情形不够全面，未考虑到当事人的过错这一重要因素，这对无过错一方将会显失公平。通常情况下，无过错方在与对方缔结婚姻关系的过程中除了财物，还付出了大把的时间、精力等，现因对方的过错导致不能登记结婚，无疑会对无过错方的名誉、精神、心理等造成较大的不良影响。因此，在规范彩礼返还的情形时将当事人的过错这一因素列入其中更有利于保护无过错方的利益，同时当事人的过错应当直接影响到彩礼的返还比例，这样规定更加公平合理，也能让当事人在司法实践中感受到法律的公平正义。

其次，对于“双方办理结婚登记手续但却未共同生活”中的“共同生活”应当进行详细解释，另“共同生活的时间长短”也可以作为彩礼返还比例的一个重要参考因素。

第三，“婚前给付并导致给付人生活困难的”这一规定在司法实践中很难认定。对此，笔者认为，应当对“生活困难”进行详细的解释。此外，“生活困难”不一定要以“低于当地的最低生活标准”为界定因素，比如可以将“给付彩礼个人及其近亲属的经济状况和在给付彩礼前其生活质量是否存在明显的下降”作为一个参考标准，这样将“生活困难”做扩大化理解，有利于公平地保障“生活确实相对困难”的男方及男方家庭的基本生活权益。

最后，对不同情况下彩礼返还的比例可以进行细化规定，除了以上例举

的几种因素，还可以确定其他不同情形下彩礼返还的比例，比如女方是否怀孕后生子或怀孕后流产、彩礼已用于共同生活等情形。

二、对“谁主张，谁举证”的建议

现实生活中，男方在给付女方彩礼时一般都是在双方亲友的见证下通过现金的方式给付，这也就决定了在彩礼返还纠纷案件中，男方较难证明具体向女方支付了多少彩礼这一事实。根据法院审理的众多该类案件可知，大多数案件的证据都是证人证言，而且证人也都是亲朋好友，因亲朋好友与当事人一方存在一定的利益关系，所以证明力较为薄弱。因此笔者建议，为了防止以后发生纠纷，可以从以下几点着手：第一，男方在向女方给付彩礼的过程中，可以邀请与双方均没有利害关系的第三人进行见证；第二，对彩礼给付的整个过程进行摄像、拍照等，在记录美好时刻的同时也保留了证据；第三，对于购买的实物应当保留相关的原始凭证；最后，给付彩礼一般都是现金，男方可以先将彩礼总额存入银行，在向女方给付前再提取，这样一来，如果给付的彩礼数额可以与银行取款数额相对应，在举证时就可以相互印证；同时，银行的取款记录在难以确定彩礼具体金额时也可以作为间接证据使用。

参考文献：

[1]黄松有.《最高人民法院婚姻法司法解释（二）的理解与适用》，人民法院出版社 2004 年版，第 100-101 页.

[2]黄小箏.彩礼返还纠纷司法裁判的“法”与“理”，《湘潭大学学报（哲学社会科学版）》2015 年第 3 期.

[3]甘小刚.论我国彩礼返还规则的完善，江西，南昌大学硕士学位论文，2019，第 20-23 页.

[4]初亚男.彩礼给付及返还规则研究，山东，山东科技大学法学硕士学位论文，2020，第 22-40 页.

[5]王圣彬.彩礼返还制度研究，法制博览，2020，(18)，133-134.

安徽高胜律师事务所 胡西贵

【摘要】目前，民事诉讼中财产保全案件泛滥，如此产生了很多弊端，必须采取相应对策，本文从财产保全案件泛滥的原因、危害及对策三方面进行阐述，紧密联系实际，对将来民诉法及司法解释关于财产保全相关规定的修改提出了自己的观点，有一定的前瞻性。

【关键词】财产保全 泛滥 危害 对策

财产保全（本文仅指诉讼中财产保全）在民事诉讼中应用特别多，涉及财产纠纷案件，原告在提起诉讼时大部分向人民法院申请了财产保全。因此在民事诉讼中，财产保全制度显得特别重要。目前就财产保全相关法律规定及司法解释不是很多，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百条至一百零五条，包括对诉前财产保全的规定，统共才六条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》有专节的规定，《最高人民法院关于办理财产保全案件若干问题的规定》是对财产保全所做的专门司法解释。上述法律及司法解释规定不是很完善，并且一些重要事项没有涉及，导致在司法实践中，财产保全案件太多，以致泛滥。笔者对此进行观察、分析，并提出一些个人的观点。

一、目前财产保全案件数量特别多的原因分析

（一）申请容易

司法实践中，涉及财产纠纷的案件，作为原告的当事人都愿意申请财产保全。对当事人的申请，法院仅仅只做形式审查，只要符合形式要件的，基本均予以准许，即使是恶意诉讼，财产保全申请都能轻易通过。另外，财产保全申请费不超过 5000 元的规定，对当事人特别是大标的财产纠纷案件的当事人是很容易接受的。以前财产保全案件数相对要少，一个重要原因是申请人要提供与申请保全数额相当的财产担保。1992 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（旧民诉法解释）第九十八条规定“人民法院……在采取诉前财产保全和诉讼财产保全时责令申请人提供担保的，提供担保的数额应相当于请求保全的数额”，2015 年 2 月 4 日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（新

民诉法解释)第一百五十二条第三款规定“在诉讼中,人民法院依申请或者依职权采取保全措施的,应当根据案件的具体情况,决定当事人是否应当提供担保以及担保的数额”,新民诉法解释替代了旧民诉法解释,由人民法院决定担保的数额,但在实践中,人民法院一般仍要求申请人提供与请求保全数额相等的担保财产,这实际上给申请人设置了一个门槛,这个门槛客观上一定程度上控制了保全案件数量。2016年12月1日,最高人民法院实施的《关于办理财产保全案件若干问题的规定》第五条“担保数额不超过请求保全数额的百分之三十”的规定,大大降低了财产保全申请的难度。该司法解释另一个影响重大的规定,就是保险机构可为申请保全人提供保证担保。在该规定实施后,社会上随即出现了大量的中介机构,它们与保险公司及律师事务所合作,对具有给付内容的民事案件,在代理律师的引导下,由原告提出财产保全申请,由保险公司向人民法院出具担保函,财产保全申请手续能很快完成。该担保方式高效、便捷,并且保险公司收费不高,如此导致财产保全案件数量激增。

(二) 被追责的可能性小, 申请人无后顾之忧

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零五条规定“申请有错误的, 申请人应当赔偿被申请人因保全所遭受的损失”, 该条是错误保全后对被保全人的救济规定。该规定过于简单, 既在理论上存在争议, 司法实践中各地人民法院也有不同的处理结果。现在各级人民法院基本上以最高人民法院判决的典型案例及刊登在《最高人民法院公报》上的案例做参考, 即采用侵权责任的相关规定, 并适用过错责任原则, 如最高人民法院在(2014)民申字第2172号案件中就明确“因保全引起的损害赔偿案件, 应当适用侵权责任法规定的过错责任归责原则”, 《最高人民法院公报》2016年第6期(总第236期)刊登的(2014)盐民终字2352号判决书认为“只有申请人对出现财产保全的错误存在故意或重大过失的情况下, 方可认定申请人的申请有错误”。正是上述有指导意义的判例, 导致财产被保全人担心无法证明申请人主观具有重大过错而不敢轻易起诉。另外, 对于损害事实, 人民法院采取的查封、扣押、冻结措施造成的损失是很难举证的, 人民法院日常最常见的财产保全措施是对不动产的查封和对银行账户的冻结。不动产被查封的损失如何计算? 银行账户被冻结后, 企业流动资金减少的损失又如何计算? 这些损失往往是客观存在的, 但要在侵权诉讼案件中通过举证证明却很难。因此, 对于

海量的保全案件，虽然错误申请大量存在，但被起诉追责的非常少，而实际承担责任的更是少之又少。保险公司正是因为不担心错误保全被追责，才愿意在收取很低费用的情况下出具保函，其正是充分清楚对财产保全进行担保几乎无风险。

（三）申请人可利用财产保全措施实现其他目的

财产保全的根本目的是为了保障日后依法生效的裁决能够得到执行，而很多财产纠纷案件，债务人具有给付能力，从执行角度看完全没有保全的必要，而申请人也进行保全，其目的是通过财产保全实现其他目的，如通过财产保全改变申请人与被申请人利益格局，迫使被申请人早日与申请人达成调解，甚至有的申请人就是通过财产保全造成被申请人在生产或生活上的不便，以达到对被申请人进行惩罚的目的。这种改变财产保全目的及功能的案件在实践中大量存在，在财产保全案件中占相当高的比例。

二、财产保全案件泛滥会产生很大危害

（一）破坏生产、影响生活

在市场经济时代，民法、商法都以鼓励交易为立法宗旨，而财产保全采取的措施一般是人民法院对企业或个人拥有的资金、实物等强行禁止流通，该措施对企业生产经营具有破坏性，有些破坏和损害还非常巨大，甚至会导致企业倒闭。对公民生活的影响也非常深刻，如冻结公民具有日常支付功能的微信、支付宝等。财产保全制度设计本身，是特殊情况下的一种紧急措施，而实践中，财产保全已成为伴随民事诉讼案件的一种常态模式，几乎成为财产纠纷案件的必经程序。海量的财产保全案件，在全国范围看，其对国民经济造成破坏简直无法统计，在价值取向上，笔者甚至考虑，相对于对国民经济造成的破坏程度，以及对企业及公民造成的财产不安全心理状态，目前的财产保全制度是否有存在的必要？

（二）浪费司法资源

人民法院在接到财产保全申请后，从立案、审查、受理、裁定保全措施到解除保全措施工作繁琐，大量的财产保全案件，增加了法院工作量，进一步加剧当前法院面临的案多人少的矛盾，对有限的司法资源造成极大的浪费。一些法院不堪重负，就在保全执行程序上打折扣，如不能在法律规定的时间内制作裁定书或采取保全措施，采取保全措施后未及时通知甚至不通知当事人等。

（三）财产不安全感增强，司法公信力受损

财产保全是由人民法院认可并且直接实施的强制措施，是公权力对私权力的强力干预，理应具有绝对的合法性、必要性、正当性。而由于财产保全的泛滥，企业和公民的财产始终处于不安全状态，随时有被人民法院控制的风险。实践中，大量的财产保全案件并不具有必要性，申请保全人败诉或部分败诉比比皆是，保全对象错误、超实际债权保全、甚至恶意保全屡见不鲜，而错误保全的救济措施难以真正实现。一些人在自身财产被保全后，明知自己无辜，但在案件判决生效前却无法要求法院予以纠正，求助代理律师，而律师对此也毫无办法，不得不使人对保全制度的正当性产生怀疑，因此财产保全制度屡遭诟病，甚至被认为是“恶法”。

三、对策及建议

（一）规定人民法院对财产保全的必要性有审查的职责，坚持审慎态度，对没有采取保全必要的申请不予准许。建议以下几种情况可在法律或司法解释中予以规定：

1、借助社会信用体系，对无不良记录的单位和个人排除财产保全的适用。2014年国务院颁发《社会信用体系建设规划纲要（2014-2020年）》，全国社会信用体系逐步建立，现在仍在进一步完善中，企业及公民对自身信用更加重视。建议规定在一定社会信用体系内无不良记录的，原则上不得对其采取财产保全措施，如此不仅会大大降低财产保全案件数量，还将会促进社会信用体系的良性循环。

2、具有物权担保的债权（如抵押权）及法定优先权（如工程款优先权）的债权不允许采取财产保全措施，因该两种情况一般不会发生无法执行的情况。

3、废除财产保全具有“优先权”的规定。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第五百零八条规定“被执行人为公民或者其他组织，在执行程序开始后，被执行人的其他已经取得执行依据的债权人发现被执行人的财产不能清偿所有债权的，可以向人民法院申请参与分配”，该规定实际上赋予了申请保全人一定的“优先权”，即只有被执行人处于“破产”状况时，其他债权人才能参与分配，否则，申请保全人享有独自受偿的“优先权”，该司法解释刺激了原告在提起诉讼的同时申请财产保全。建议废除或修改该规定。

(二) 完善对错误保全的申请人的惩罚及被申请人的救济制度。《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零五条规定“申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因保全所遭受的损失”，这是对错误申请保全人救济的唯一的规定，再没有其他法律或司法解释涉及相关内容。笔者认为，可在以下几方面对民诉法及相关司法解释进行增补：

1、明确申请错误不是申请过错，原则上以申请人败诉为申请错误的判断依据，适用过错推定，特殊情况做例外规定。

2、对赔偿的计算方式作出规定。目前人民法院直接按侵权责任法（现民法典侵权责任编）的规定执行，明显有不妥之处：a、直接实施侵权的是人民法院，与一般侵权不一样；b、对可以流通、使用的资金、实物等采取的一种强制停止措施，这种措施造成的损失是很难甚至是无法举证的，即使举证法院也未采信，即使采信法院也无法全部予以支持，例如，被申请人因银行账户存款被冻结，由于急需资金，被迫外借高利贷，这种利息支出是被申请人的实际损失，但由于超过民间借贷的利息保护规定，法院不能予以完全保护；c、被保全人无法证明在保全期间不动产必然会予以处置。长时间以来，国内房地产市场价格总体上一直处于上涨趋势，对不动产的查封一般不会给被保全人造成实际损失，一旦房地产市场萧条，价格下跌，由于被保全人在保全期内不能进行资产转让，对不动产的查封可能会给当事人造成巨大损失，这种纠纷将来可能会大量出现，有必要未雨绸缪。笔者建议作以下规定：a、对错误保全不超过人民法院生效裁判文书确定的债权 10% 的部分，可不予赔偿，这是对申请人的善意容忍；b、对于不动产查封，以不动产的价值，乘以同期银行贷款利率计算；c、对于冻结银行存款，参照民间借贷法律允许的最高利率计算赔偿金额；d、有证据证明实际损失大于上述计算标准的，按实际损失计算。

(三) 废除财产保全收费上限的规定

最高人民法院《诉讼费用交纳办法》规定的保全申请费限定在 5000 元之内。笔者认为，案件受理费、执行申请费与保全申请费均属于诉讼费用，在性质及功能上没有什么不同，前两项均按标的收费，没有上限，而保全申请费的额度限定在 5000 元之内，完全没有必要，建议按申请保全的标的收费，不设上限，这也能在一定程度上控制财产保全案件的数量。

安徽皖华律师事务所 胡振宇

【摘要】近年来,随着人民群众生活水平的提高,医疗美容服务行业快速扩大和发展,社会出现了整形美容的潮流。然而,在医疗美容兴起的同时,一系列的问题以及纠纷也随之产生。这其中,超范围经营或操作不规范的现象尤为严重,特别是一些个体经营户从业人员在场所未取得资质的情况下,擅自开展医疗美容服务项目,极易造成不良结果并引发医美纠纷。本文对多起不同类型的医美纠纷案例进行分析探讨,并探索消费者在医美纠纷中维权的多种法律途径。

【关键词】医疗美容纠纷 医疗损害责任纠纷 消费者权益保护法损害赔偿

爱美之心,人皆有之。“美”是自古以来人类社会文学、艺术赞颂的永恒话题。随着现代科技的快速发展,人的多元化需求能够不断地得到满足,“美容针”、“整形手术”这些新技术的出现,在社会上掀起了整形美容热的风潮,让每一个对美充满愿景的人都有了在自己身上实现“美”的可能。21世纪的今天,美容经济在中国国民经济格局中悄然的崛起。根据相关统计,至2019年,中国医美市场规模达到1769亿元,中国成为全球第二大医疗美容服务市场,占全球医美总市场份额的13.5%。

然而,阳光之下亦有阴影。医疗美容业在保持高速稳健的发展态势同时,也暴露出了资本逐利和盲目扩张的发展弊端。一些医疗机构脱离医疗本质而追求商业利益的迹象明显,引发了诸多行业乱象。相关数据显示,2019年中国具备医疗美容资质的机构约13000家,而即使这些正规机构有超2000家(超过15%)存在超范围经营的现象。医美“黑机构”数量超8万家,非法从业者多达10万之众,绝大多数是经营生活美业的个体户店铺在非法开展医疗美容项目。行业黑产如此猖獗,医美受害者轻则伤身,重则丢命。由此,产生了诸多因医疗美容而发生的法律纠纷。

本文探讨的医疗美容纠纷,主要是指在美容诊疗、护理过程中,美容匠者和美容就医者因双方对美容诊疗、护理行为产生的不良后果的认知差异而发生的纠纷。本文拟从以下三种较为典型的医美纠纷所涉及的相关法律问

题，并对医美行业存在的一些问题提出解决的对策，以及探索作为医美消费者进行法律维权的多种途径。

一、因手术操作不当产生造成身体损害后果的医美纠纷

首先，我们来分析近期发生的一则真实案例。

2021年5月2日，杭州女子戴某独自前往杭州华颜医疗美容医院，接受抽脂填充医美手术。在术前，院方已经对其进行了检查，检查结果显示她各项指标均正常，身体处于健康状态。

但术后戴某出现了感染性休克，后转院至杭州绿城医院、浙二医院，虽经2个多月的全力救治，最终戴某因器官衰竭于7月13日死亡。事情发生后，家属声称院方一直在推卸责任，无任何负责人出面与家属沟通。

该事件因戴某的“网红”身份，在网络上持续发酵，引起社会舆论的广泛关注。一时间，也把医疗美容的行业规范性、产品服务安全性等诸多问题推向了风口浪尖。

7月15日，杭州市卫健委发布了《关于华颜医疗美容医院医疗事故初步调查情况的通报》，称：“经杭州市医学会组织专家评估，这是一起医疗事故，华颜医疗美容医院存在术前缺乏认识、术中操作不当、术后观察处理不及时等过错，与患者死亡存在因果关系，承担全部责任，并已作出赔偿。同时，西湖区卫健局对涉事医院作出警告和罚款的处罚，责令其停业整改，对负有责任的医务人员作出进一步处理”。

在有关部门的介入下，对该案事实调查后有了明确的定论，并确定了涉事者的责任，作出了相关行政处罚，而死者家属也获得了赔偿，从个案层面来说，已经得到了妥善的处置。然后站在规范整个医美行业的角度来说，本起事件反映的仅仅是冰山一角。越来越多地医美纠纷显现，不安全、不规范、无保障的医美服务正在侵害人们的身体健康。

本起事故属于典型的医疗损害责任纠纷，适用过错推定原则。本起事故因行政部门的介入，加速了对医疗机构过错的认定过程，使得整个法律评判过程予以简化，并在短短几天时间内就使得医患双方达成了和解。但这并不具有指导性和代表性，仅仅是因社会舆论影响较大情形下的个案处理方式。对于大多数案件，我们无法过分地要求每一个案件均能得到如此重视的处理，更多地可能还是需要法律途径解决问题。

目前，因医疗美容服务属于非基本医疗服务范畴，系特殊医疗，我国从

事该服务的医疗机构以民营专科医院为主，但该类医院一般规模小，医疗设备差、技术薄弱，缺乏完整的医疗急救体系，一旦诊疗过程中出现医疗意外难以对患者有效救助。就如上述事故，在患者术中发生操作不当的医疗行为，术后又出现观察处理不及时的行为，种种不专业得医疗行为叠加，就此断送一条鲜活的年轻生命。

笔者认为，对民营整容医疗机构，应当设置高标准的行业准入门槛，并在管理上对其加强监管。我国公立医院事业单位性质决定了卫生行政单位、卫生技术监督单位对其会有行政、人事、资金、技术等多层级的管理监督，使得公立医院的政府监管较为行之有效。而对民营医院的监管相对来说存在较大难度，现行体制下一旦发生事故，往往只能以事后处罚与个案救济相结合，因此在体制上设计加强对民营整容医疗机构的监管是当务之急。民营整容医院以盈利为目的，这极易导致其医疗行为以追逐利润为目的而忽视了成本较高的防范措施，往往这就会导致事故的发生。针对上述问题，笔者建议：一是强化定期审查力度，对不符合美容医院设置标准或诊疗资质的，特别是无急救设施的，坚决予以整治乃至取缔；二是加强分类管理，与刑事打击力度，严厉处罚美容医生超越执业范围从事整容整形行业；三是推广行业与准入标准，对于通过权威评审机构认证的民营医院予以扶持，树立行业标杆，同时鼓励存在技术优势的公立医院整容整形科室发展。

二、因整形效果不佳而产生的医美纠纷

整形失败可以说是最让整容患者接受不了的事情，但往往事与愿违。据统计，从2012年期，我国每年有5、6万人赴韩国整形，而失败率却以每年10%至15%的幅度上升，短短十年，就毁了超过二十万张脸。

再来看一则真实的案例。

本案被告王某经营一家美容养生会所，该美容养生会所性质为个体工商户，营业执照显示经营范围为生活类美容服务，王某开办的美立方美容养生会所同时经营化妆品。

李某系王某开办的美容养生会所的顾客，常在该会所接受生活美容服务。王某所经营的化妆品公司的人员在王某的美容养生会所做宣传期间，经推荐、介绍，在王某的经营场所，由化妆品商行邀请的整容师为李某打包实施了丰太阳穴、丰唇、泪沟、去川字纹、瘦脸、瘦下巴、丰法令纹、文眉、文眼线的美容项目，原告支付费用10万元，以刷卡支付方式付给化妆品商

行账户，被告留存刷卡小票，以便后期在王某与化妆品商行业务总额中作为利润返还的基点。李某做完整容后脸面部、唇部出现不适，张口困难，眉毛颜色掉色。2016年原告和被告就美容纠纷进行协商无果。李某在医院就诊，临床印象：面肌无力待查，支出医疗费用4292元。后李某就该服务合同纠纷起诉，认为王某的服务行为存在欺诈，要求退还10万元美容费，并按该消费金额的三倍支付赔偿金。

本案经法院审理后，法院认为：中华人民共和国卫生部《医疗美容服务管理办法》和中华医学会发布《医疗美容项目》通知的规定；医疗美容，是指运用手术、药物，医疗器械及其他具有创伤性或者侵入性的医学技术方法对人的容貌和人体各部位形态进行的修复与再塑。被告在其美容养生会所为原告实施丰太阳穴、丰唇、泪沟、去川字纹、瘦脸、瘦下巴、丰法令纹、文眉、文眼线的美容手术项目属于医疗美容项目中眉部美容外科手术、眼部外科手术、口唇部外科手术、颌面部外科手术、面部除皱术、美容医疗应用技术（注射美容技术）的项目。王某开办的美容养生会所不具备医疗美容资格，其为与自身存有利益关系的机构和人员提供医疗美容场地，为原告实施美容手术，虽然王某辩称仅仅提供了经营场地，自己没有直接收取原告所交费用，但该美容养生会所是在为经营产品做宣传产品期间，为原告实施的美容手术，王某作为美容养生会所的负责人，明知自己经营的美容养生会所不具备医疗美容手术的资质和医疗设备，也未提供相关证据证明实施手术的人员具备医疗美容的资格，而为他人提供场所实施医疗美容手术，主观上存在过错，该行为对原告构成欺诈。最终判决退还了10万元整容费，但未判决支持三倍赔偿金。

本案是一则典型的因整形效果不理想而产生的纠纷。患者基于手术实施后未达到其理想效果，即患者的相貌、形体未达到医方所承诺、患者所预期的形象。一般来说，当医患纠纷产生后，司法鉴定是明确医方是否存在过错、过错与损害因果关系的主要手段。但司法鉴定属技术类鉴定，而对于整形效果的评价更多系基于主观评价、审美评价，难以有效或准确的对患者美学角度损失进行估算，进而导致法院在审理该类纠纷中对患者的定损诉求存在认定困境。往往在这类纠纷的审理上，法庭主要审查的方向，第一在于医疗机构是否具备相应的医疗资质，医疗人员是否存在医疗执业资质；第二在向患者进行宣传时是否存在误导、虚假宣传，在术前是否尽到告知义务；最后再

以相关的医疗记录作为证据审查医疗行为是否合法，是否存在违法性和医疗过错。对于此类案件，笔者建议应当在立法框架上予以完善，如果完全以法官的自由裁量对案件情况进行判断，容易发生千人千面的不统一情形，在统一裁判尺度上难以把握。

三、因医疗产品质量问题产生的医疗纠纷

依然是从一起案例说起。

徐某到某医疗美容诊所做隆胸修复术。术后不久，徐某被诊断为“右乳房假体破裂”，并再次进行了手术治疗。因就赔偿等事项与诊所协商未果，徐某诉至法院，认为诊所为其植入了非合同约定品牌的假体，且假体来源不明，无法证明产品质量合格，要求诊所赔偿其医疗费、精神损害抚慰金等各项损失 13 万余元。

诉讼过程中，法院依法委托司法鉴定机构对假体产品质量是否合格进行鉴定，但因被告无法提供假体产品识别码，且该假体已经停产，不能提供足够的样本数量导致无法鉴定。

法院审理后认为，被告诊所在未征得徐某同意的情况下更换假体品牌，且无法证明实际使用的假体质量合格，构成违约，应承担相应的违约责任。据此，法院判令被告退还徐某植入假体的费用，并赔偿徐某因对其植入来源质量不明的假体出现“右乳房假体破裂”问题而更换假体所支出的医疗费等共计 12 万余元。

本起事故是因医疗机构为患者植入体内的医疗产品（本案即假体）与合同约定品牌不符，且院方无法提供相关假体的产品识别码质量，造成无法通过鉴定手段证明产品质量问题。但毋庸多言，院方的擅自更换不明来源假体行为已经构成了服务合同中的严重违约，且为患者带来了巨大的安全隐患。所幸的是，假体破裂未给患者带来更大的身体伤害，本案仅退还了相关医疗费并赔付了更换假体的医疗费。

值得探讨的是，本案是否属于产品质量纠纷与消费者权益保护纠纷的法律关系竞合。如果构成竞合，院方是否属于消法中约定的欺诈情形？

笔者认为，本案应当构成法律竞合。此类案件中的患者不同于普通的病人，他们是没有生理上的疾病或者残疾的，仅仅是出于对美丽的追求，在商家的引导和宣传下，去接受隆胸这类塑形的整形手术。她们是假体的消费者，应当受到《消费者权益保护法》的保护。而本案，诊所的行为更是存在民事

欺诈的情形。在合同中已经明确约定了假体的品牌，却擅自更换，是对合同主要内容的重大变更，而未经当事人同意擅自作出这一变更，明显是早有预谋。对于此类欺诈行为，不仅要退还消费者的费用，还应当对此类不良经营者进行惩罚性的处罚，以达到肃清市场的目的。本案原告未诉请3倍的赔偿金，或许也是一种遗憾。

四、探索医疗美容类纠纷中消费者权益保护路径

过去，在医疗美容纠纷发生后，当事人在诉讼路径选择上多选择以医疗服务合同纠纷或者生命权、身体权、健康权为案由，后因《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》的出台，规定“患者以在美容医疗机构或者开设医疗美容科室的医疗机构实施的医疗美容活动中受到人身或者财产损害为由提起的侵权纠纷案件，适用本解释”，这使得此后绝大多数案件均以医疗损害责任纠纷为案由进行审理。

笔者认为，这种一刀切的做法或许值得商榷。通过本文对上述3类不同医美纠纷的案例剖析，我们可以认识到医美纠纷相较一般的医疗损害纠纷案件，具有复杂性、专业性和个案特殊性等特点。对于一些因医疗产品、服务产生的纠纷，笔者建议应当在立法上鼓励患者可以通过消费者权益保护路径予以维权，理由如下：

1、医疗美容行为相较其他医疗行为，具有更强的消费属性。它并非为日常生活必需品，属于选择性消费品种。而往往医疗美容费用高昂，产品动辄是进口的国外品牌，包含了最新的生物科技。故笔者认为整容服务接受者应为消费者而非传统医学上的患者。

2、通过消费者权益保护法进行维权对当事人更有利。侵权责任的成立需以行为人主观过错、行为违法性、损害事实、损害与行为因果关系四个要件皆成立为构成要件，对当事人而言，其举证责任能力受限，侵权责任法对其要求的举证责任过重。医疗方承担的是过错责任，而医疗鉴定结论对于美学损失、患者心理预期与实际落差等均难以体现，正如本文第二类案件在法律审理过程中就难以通过举证达到诉讼目的。但依据消费者权益保护法进行维权，降低了当事人的举证难度。目前大量民营美容医疗医院存在广告宣传与实际服务不符之情形，而广告本身则是较易获得之证据材料，相较而言，患者更易于证明医方存在欺诈、不诚信行为。

3、消费者权益保护法进行维权对当事人保护力度更大。侵权责任是以

医疗行为对患方精神造成损失进行补偿为原则，而消费者权益保护法则在人身、精神损害赔偿的基础上，增加对欺诈行为的惩罚性赔偿，对消费者的赔偿力度更大。

4、增加了消费者协会介入的途径，使得当事人的维权途径更多样化。过去基于诉讼路径选择，医疗美容纠纷介入多为医疗纠纷委员会，专业性强，但当事人往往认为其与医院是同一系统，对其信任度并不高。消费者协会作为维护消费者权利的第三方，从消费者利益角度出发介入纠纷，联动化解，更利于平衡各方利益，提高调解效率以减少不必要的诉讼。

医美纠纷的乱象是当今社会的热点问题之一。笔者认为，从立法层面来说，应当树立多种保护消费者的途径，一方面降低维权成本，另一方面也能倒逼医美行业向规范化、合法化前进。对这个庞大的新兴市场加强法律监管，势在必行。

参考文献：

[1]新氧数据研究院与每经智库·未来商业研究中心：《2020年中国医疗美容行业洞察白皮书》。

[2]曹志明.《民营医疗美容机构医疗纠纷的特点及对策》，《中华医学美学美容杂志》，2020年26卷4期，第355-356页。

[3]胡洁人，郭涵格.《医美纠纷现状及应对策略》，《检察风云》，2019年11期。

— —

安徽宣广律师事务所 罗辑

【摘要】笔者对这个问题的研究背景基于，信息时代下短视频无处不在，但视频间侵权现象依然严重。影视作品著作权侵权问题十分常见。短视频平台作为市场的获益和管理能力具备者，并有技术支持，具有短视频间侵权问题有积极解决的义务性。从实践来看，平台是侵权问题中的责任承担者，并阐述平台方解决侵权问题的良好发展。通过理论研究、司法实践案例等方式，将平台的注意义务进行剖析和完善措施，重点对平台的事前审查义务和事后制止义务的明确。此外，笔者对平台注意义务的建立体系有所思考，认为在未来的知识产权实体和程序法中可以有所实现。最后得出结论：网络经济市场下，视频作品在蓬勃发展，平台与用户合作，提高版权意识，对侵权行为进行阻止，是对原创者的鼓励和热情支持，对短视频市场的平衡维护。

【关键词】短视频平台 短视频侵权 注意义务 事前审查义务

一、短视频的常见侵权现象

目前，短视频作为一种新信息媒介在互联网中占主要部分：相较于单纯的文字和图片，短视频所能传达出的信息更加多彩复杂；短视频能够传递动态连续的信息，但时长有限，即保留着碎片化的特性；视觉和听觉的双重接收使得人对于信息更加敏感，更加直观和完整的接收。短视频平台也成为人均网民社会中的重要市场。

短视频是流量时代中一种信息传播新媒介，短视频的流量越大，获得的经济效益也越多。人们对于短视频平台的使用与流量贡献，都使得短视频平台获益居多；平台对短视频的流量产生，起到了重要作用。基于短视频的简易制作和流量经济的特点，短视频侵权现象十分频繁：出现对热门影视作品的搬运；还有超出合理使用范围，解说电影等作品以获利益；对短视频内容的相同翻拍也有所争议。

短视频侵权有众多类型，本文就常见的侵犯影视作品著作权的案件进行分析。

以两个热门案例来说：

1. 爱奇艺诉字节跳动公司侵犯影视作品《老九门》信息网络传播权案：原告对涉案影视作品享有独占性信息网络传播权，被告经营平台的用户所上传短视频是涉案作品的片段，侵犯了原告对该作品享有的权利，平台具有连带侵权责任。被告作为侵权平台的开发者，是网络服务提供者，对于侵权用户上传的热播影视作品有相对应的审核义务。

2. 2018 知名电影解说博主“谷阿莫”被台北地检署起诉，认为其“几分钟解说一部电影”的视频获得巨大商业利益，存在侵权行为，被诉方辩称其行为是对影视作品的合理使用。笔者认为，该类解说短视频是否侵权，关键在于是否属于合理使用，基于目的正当性，不损害原作品利益，引用比例等进行判断。

二、短视频的常见侵权现象

搬运享有著作权的影视作品和“几分钟解说一部电影”这两种行为是短视频侵权案中常见的可能构成侵权的类型。

1. 影视作品受到著作权法的保护，权利人享有《著作权法》第 9 条规定的相关的权利。未经允许，搬运作品至平台上，甚至是正在上映的电影（盗摄行为）实际侵犯了权利人的信息网络传播权、复制权等。

2. 解说电影类型的短视频，本身对作品内容进行了加工，因此短视频本身有可能成为作品享有著作权。但不影响该类型短视频会侵犯影视作品的著作权。对于作品的合理使用，《著作权法》第 22 条规定了 12 项合理使用的具体方式，但并没有包括解说电影的行为。合理使用的立法目的在于平衡大众使用作品和保护著作权人的合法权利，在保护著作权的同时，公众可以合理使用、学习。往往牵涉商业获利的行为不会被认可是合理使用。

三、相关责任主体

1. 侵权行为人：对于侵权短视频，侵权行为人通常是短视频平台的用户。行为人未经允许，通过上述两种行为制作短视频被大量点击浏览从而获利，侵犯了作品著作权，应当负侵权责任。

2. 短视频平台：短视频侵权现象离不开短视频平台。平台作为网络服务提供者（ISP），以短视频为运营方式，所获取的经济收益源自短视频，自然对平台内的短视频侵权负有监管义务和范围内责任。当短视频出现侵权问题时，所涉短视频平台的侵权责任也不可避免。

在实践中，平台通常被认定为侵权短视频的传播起到重要作用，或者说平台一般为侵权短视频的传播者。因此平台有过错行为时，通常需要负连带

责任或是共同侵权责任。

3. 侵权责任的承担者

实践中平台与侵权行为和侵权结果的发生通常有紧密联系，根据《侵权责任法》中第 36 条规定，平台成立帮助侵权条件的，与侵权用户共同承担连带责任。相比较侵权用户，对侵权平台的责任追究更明确，因此在短视频侵权案中，平台时常会作为被告主体。

对于平台承担连带责任的条件，看其是否有过错行为以及注意义务的履行。过错行为的判断，是平台对于侵权短视频是否存在应知或明知的情况：平台应知是对于侵权短视频有传播和推荐行为，明知一般是受到通知，需要履行删除规则。我国平台现有的注意义务主要是履行“通知+删除”规则。这是一种对权利人的事后救济权利措施，但与避风港原则同时适用，避风港原则是平台免责的抗辩事由。单纯适用通知删除原则和避风港原则，笔者认为是对平台责任的低义务要求。目前侵权短视频多伴随巨大的商业效益，平台直接或间接获得同样的经济效益；平台客观上不存在侵权行为，而侵权用户上传了侵权短视频，不能证明平台有过错的情况下，平台以 ISP 不负有一般性审查义务为由，尽到“通知+删除”便可免责；对于侵权行为人直接发起维权同样困难。这对于短视频市场中侵权现象没有缓解，平台与侵权短视频获得经济利益的情况下所负责任不对等，侵权行为出现可能性更大。

短视频也有作品性，无论是短视频侵权还是短视频被侵权时，现有法律制度下个人维权成本过高，平台应当负有对短视频侵权的注意义务和短视频被侵权时相应的保护义务。市场中平台被赋予了对于短视频的管理监督能力，对于这种能力不仅要用在市场秩序维护，对于侵权行为的预防和制止也能起到积极作用。平台应从短视频侵权事件中的被动地位转化为主动地位，打击短视频市场中的侵权行为，以利于短视频原创作品的发展。

四、加强短视频平台的预防和救济措施

（一）对平台提高注意义务要求的必要性和正当性

1. 我国当前平台的注意义务

笔者认为目前法律规定下短视频平台的注意义务属于较低义务要求。

我国网络服务商的注意义务主要是：履行通知+删除规则，是一种事后制止侵权效果发生的行为；履行上条规则，可适用避风港原则进行免责；不要求承担较高的注意义务或是一般性事前审查义务。因此对短视频平台强调注意义务时，义务要求着重点在于事后制止行为，而不要求一般事前审查义

务。

2. 司法实践趋势：网络服务商的有限事前审查义务

2018年我国对于网络服务商的审查义务态度明显体现出来。“剑网2018”的重点整治之一就是短视频的著作权侵权问题。广电《通知》声明：不得擅自将经典文艺节目，影视节目，视听节目重新剪辑、配音、配字幕，不得对节目片段拼接成新节目，不得传播编辑后篡改原意的作品片段等。接到该类行为的投诉，要立即做下线处理。

同时，“剑网2018”是一项有关部门联合发起的整治网络版权侵权的专项活动，短视频版权侵权现象是整治重点对象之一，通过行政处罚和约谈方式，对平台负责人进行审查规定的要求。通过整改，相关网络企业封禁降级14万个侵权自媒体账号，处理47万篇侵权作品，下架57万部侵权短视频。中网视协的《管理规范》，对短视频管理作出具体要求：视频发布要先审后播，人工对视频内容审核。实际上就是对平台的审查义务进行具体规定，对平台主动审查持肯定态度。近些年司法实践中，法院对于平台的注意义务逐渐提高，审判案件时认为应履行适当的审查义务。前述“老九门”案，法院认为被告平台方虽履行了通知规则，但对于热门影视作品相关过滤未尽到责任，应具有一定范围的事前审查义务，因此平台并未尽到注意义务，构成侵权。

（二）建立平台的注意义务体系和免责条款的适用

对于平台是否承担短视频侵犯著作权的责任，看其过错行为的认定。认定标准通常结合审查手段和现有的注意义务是否履行，平台采取了必要措施并满足条件，适用免责条款。因此审查手段和注意义务的履行程度是判断平台是否可以免责的重要因素。

对于平台的注意义务组成，免责条款适用范围等，笔者认为应当对其建立体系，审查手段和现有注意义务在性质上都属于平台对短视频的整体注意义务，归属到事前与事后之分，是更明确有效地对平台判定是否构成共同侵权，是否承担侵权责任，以及平台对于本身义务的加强意识。

1. 平台的注意义务：事前审查义务+事后制止义务

（1）事前审查义务（平台应知情况）

短视频平台所建立起的商业圈模式下，在市场中对短视频的监管与审查能力都已具备，对其规定相应的事前审查义务，就是让平台在传播源头进行阻止，使得侵权行为没有造成实质性损害结果。实践中对平台审查技术的相

应行政规范，实质也属于平台的事前注意义务，将平台具备审查技术完善到事前审查义务，让平台义务更加明确。

配置相适应的过滤审查技术，并合理使用：对于短视频平台，开发与研发平台功能过程中应同步研发过滤审查技术，作为其维权和建立保护机制的有力手段。对于技术的合理使用，不仅体现在短视频平台使用过滤技术对他方平台的侵权行为的打击，更应对于平台自身是否有侵权行为的发生添加积极审查流程，使平台不会因为应知能力而没有实施应知行为产生过错行为，进而承担侵权责任。并且一定程度的主动审查对于预防侵权行为的发生有重要作用。

（2）事后制止义务（平台明知情况）

这是现有法律对平台规定的注意义务。在平台使用过滤审查技术后仍有侵权行为发生，平台一般收到权利人通知从而知晓，对侵权短视频及时删除，也称事后制止义务。制止义务对应条件是满足《侵权责任法》36条通知删除规则。在收到具体侵权投诉时，平台对于侵权短视频应当先予以下架或是删除，对于侵权行为用户进行转通知告知；如若存在恶意投诉侵权情况，平台可能会收到反通知并二次转通知和终止制止措施。《信息网络传播权保护条例》第15条、16条规定，平台收到权利人通知后转通知的义务，但就反通知和二次转通知未做要求。参考《电子商务法》43条规定的二次转通知，对于短视频平台事后制止义务流程可以是“通知-删除-转通知-反通知-二次转通知-投诉或起诉-终止措施”，即对于制止义务正确理解，而不是接到侵权投诉就一刀切式制止，不能为了完成注意义务而过度盲目制止，也要对未侵权用户权利进行保障。

2. 免责条款

平台注意义务提高后，免责条款的适用范围同样应有所调整。前述平台对侵权行为的应知明知情况进行义务规定，尽到义务时对于平台的侵权责任应适当进行免除。

（1）避风港原则

避风港原则大致内容：发生著作权侵权行为后，作为侵权内容的网络服务提供者，应当采取必要措施，否则承担连带责任。本质就是对侵权责任法36条通知删除规则的免责条款。避风港原则更倾向于针对履行事后制止义务的免责：一般是平台接到侵权通知后，所需采取措施，对于侵权结果有积极阻止作用。其中采取必要措施，就短视频平台来说一般是下架或删除侵权视

频，防止侵权视频的侵权效果继续。如果说平台履行事前审查义务是对侵权行为在源头阻断，那么事后制止义务就是在侵权行为进一步发展后，与权利人共同积极阻止侵权效果。在平台举证努力采取措施阻止侵权短视频的情况下，适用避风港原则对平台认定为无过错行为，从而免责，是可以肯定的。

（2）红旗标准引用

概念引用自美国 DMCA 512 条，形象描述为当侵权事实情况像一面色彩鲜艳的红旗飘扬在 ISP 面前时，网络服务提供者不能装作视而不见，以理性一般人在同种情况下能够发现侵权事实为 ISP 的最低要求。从主观和客观两种角度结合判断：主观上平台是否意识到侵权行为的相关事实，客观上理性的正常人能否在相同情况下发现侵权行为的存在。当红旗标准是较为准确判断平台“应知”情况的重要因素。对于平台，如何满足应知条件，算是尽到对于事前的审查义务，应建立相应的红旗标准。参考《信息网络传播权司法解释》中 10 条、12 条，对于平台应知的具体认定予以说明：当平台对于用户内容有置顶、编辑等操作，即对于该类短视频的传播积极推进，推荐给其他平台用户，平台负有较大注意义务。当短视频存在侵权行为时，平台应与侵权用户一起承担侵权连带责任。因此红旗标准的运用，需要事前审查技术的支持和事后制止的及时。在短视频平台市场中，红旗标准一般适用于热播影视作品等的侵权预防。平台应知普通用户无法取得热播影视作品的授权，为防相关短视频的侵权行为发生，平台首先在事前审查义务时，对热播影视可屏蔽相关关键词；平台内设举报渠道中，在接到多次对平台内短视频的侵权举报后人工审查，应当立即对侵权短视频进行下架删除的处理，并对行为对权利人利益损害的侵权用户进行处罚。

3. 平台对侵权用户的处罚必要性和手段

（1）处罚必要性

短视频的流量与经济效益成正比。对于热播影视、热门作品的短视频侵权，本身存在获利的不正当性目的，平台作为短视频的信息管理者，对这种不良现象有纠正、打击的义务。平台对侵权行为进行处罚，不仅是对本身义务的尽职，也积极促维护市场秩序，对潜在侵权行为有预警性和提高用户的版权意识的保护。

（2）处罚手段

除对侵权短视频的删除手段，现有的平台手段还有：对侵权用户以侵权行为进行禁止处罚，严重者封号处理；并且平台对用户绑定真实身份进行推

动，在一人一号的情形下，平台处罚手段显现出严厉性；对于恶意侵权用户，还可以添加黑名单处理，进行公告，不仅限制了在短视频平台的使用，而且与平台合作的其他网络服务提供商可以关联共享黑名单。平台对侵权用户的这些处理手段具有处罚性、预防再次侵权可能性和救济权利措施的目的。

五、维护短视频作品市场：发展性眼光看待

短视频成为当代主流媒介之一，激发人们对短视频的创新发展，伴随着的还有巨大利益获取。维护短视频作品市场，将知识产权的意识推向大众，在鼓励原创发展的同时做好对原创者利益的保护。短视频平台是联系市场与用户的枢纽，也是短视频的传播途径，对短视频侵权行为更应承担阻止和维权的义务，在发展创新作品和维护版权中维持平衡，持续发展。

参考文献：

[1]郝明英.《网络短视频平台的著作权侵权责任认定》，《山东科技大学学报》，2019年第4期，第50页.

[2]雷硕蕊.《我国短视频的著作权保护问题》，《区域治理》，2019年第40期，第132页.

[3]朱静漪.《评述类短视频合理适用的认定》，《中国广播》，2019年第3期，第58页.

[4]郭壬癸.《注意义务视域下的短视频内容著作权保护》，《电子知识产权》，2016年第10期，第88页.

[5]李舒霓.《短视频领域的维权难点》，《声屏世界》，2019年第5期，第28页.

【摘要】在我国言论自由权作为公民表达自己看法的一种权利一直以来都引发着人们的密切关注。在互联网迅速发展的今天，越来越多的人选择在网上发表自己的言论，表达自己的意见。网络言论自由使得我们表达自己更加方便快捷，但是凡事皆有两面性，互联网作为一把双刃剑，在网络上发表言论会更加的肆无忌惮，然而法律对此却没有具体详细的规定：立法体系混乱；公众参与程序不足；法律规范的内容不明确。对此我们从完善立法体制、完善公众参与的立法程序、明确法律规制的标准三个方面来提出完善网络言论自由的建议。

【关键词】网络言论自由 法律规制 宪法权利

一、网络言论自由的概念及发展现状

（一）网络言论自由的概念

《宪法》第 35 条规定，“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”我国宪法规定公民享有言论自由。在快速发展的今天，互联网与我们的生活密切相关，在网络上发表言论成为越来越多的人的选择。网络言论自由有其独特的特点。第一，网络言论的传播速度相比传统的方式更快，而且更加的方便。互联网的出现使得表达方式的途径多元化，人们不再局限于传统的交流模式，微信、QQ、短信等使得网络用户接收信息的方式快捷又迅速。第二，网络言论自由使我们在发表言论时在广度上更加宽阔在深度上更加深刻。数字信息时代，互联网的互动性特征使得网络用户在获取信息的广度以及深度方面都提供了较高参与度的网络空间环境。第三，网络言论可以匿名表达自己的意见。在网络上能秘密性地发表自己的言论给了广大网民更加自由的空间，但是同时也给不怀好意之人犯罪提供了方式和场所。

综上所述，网络言论自由是指公民将网络平台作为媒介，在不违反法律法规禁止性规定的前提下，传播自己的思想、主张、观点，且不受他人干扰的一种自主状态。¹网络言论自由本质是言论自由在网络领域的延伸与扩展。

¹ 甄树青：《论表达自由》，社会科学文献出版 2000 年版，第 19 页。

（二）网络言论自由的发展现状

互联网作为一把双刃剑，在给网络用户提供宽松方便的环境以表达自己言论的同时也带来了一系列的不良现象。许多国家都通过国家立法对网络言论自由予以规范。美国一向崇尚自由与开放，对言论自由更加重视，美国对其进行了一定的立法规定，不仅如此在治理国家中也体现了对言论自由的崇尚。美国宪法第一修正案中对此有规定：“国会不得制定法律确立某种宗教信仰，或者禁止信仰的自由；或者剥夺言论、新闻出版的自由。”这一项规定是对美国言论自由保障的基础。²德国相较于美国来说对于网络言论自由的立法更加的全面。《德意志联邦共和国基本法》是德国的法律体系的基石，同时也是这部法律为网络言论自由相关法律法规的制定奠定了基础。除此之外德国还制定了《多媒体法》，对于网络言论危害青少年健康的行为规定为犯罪。而且在德国，公民还可以要求法院审查侵害自己网络言论自由权的行为。不管是德国还是美国，他们对于网络言论自由的立法都较为具体和可行。我国《宪法》第35条规定了公民享有言论自由，对于网络言论自由没有具体的法律法规，对于如何适用法律可以按照侵权程度的不同适用《民法》，《侵权责任法》等，对于犯罪的可以适用《刑法》。同时也可以参照适用我国关于互联网以及计算机的相关的法律法规。³同时我国也出台了相关的司法解释。由此可知我国对于网络言论自由的监控越来越严格。

二、我国网络言论自由法律规制存在的问题

我国网络言论自由的基本规制结构是以法律法规为规制依据，以政府主管部门为具体的监管主体，同时结合行业自律、技术手段控制等多种规制体制。这种多方位的综合规制结构具有多样性和层次化的特征。由于互联网技术的不断发展，网络言论表达自由也会随之产生新的动态变化，法律规制在实施的过程中也出现了一些问题。

（一）立法体系混乱

我国规定了公民享有言论自由权，可以自由地发表言论。但是并没有对行使该权利的具体措施以及对言论自由权受到侵害如何救济进行详细规定。在我国的互联网发展过程中我国也制定了相关的法律进行调整，但是这些法律在制定之初是针对在互联网发展过程中出现的突出现象制定

² 唐紫玥：《论网络言论自由的法律规制》，《现代商贸工业》2018年第26期，第130页。

³ 唐紫玥：《论网络言论自由的法律规制》，《现代商贸工业》2018年第26期，第131页。

的并不是专门为了规制互联网的言论自由的，所以这些法律发挥的作用并不是十分有效。所以，在实践中真正发挥规制网络言论自由的是相关的法规与部门规章。而这类法规、规章的制定主体有很多，包括国务院、国务院有关部门，如文化部、工信部、公安部等。这就导致了大量有关规制网络言论自由的规范性文件的出现，这些规范性文件以规定、暂行规定、办法等名称出现。一方面，这些规范性文件层级较低，权威性不够；另一方面，大量有关规制网络言论自由的规范性文件的出现，使得这方面的立法出现缺乏系统性、协调性问题，相关的规范性文件在语法上存在模糊不清，在意思上存在表达重复等问题。⁴ 因为有权监管的主体较多，所以在监管方面，在实践过程中会出现多头监管、无人监管或者重复监管的局面，如此不仅会降低行政办事效率还会出现监管真空。

（二）公众参与程序不足

在立法过程中，公民的全面参与与监督，是保障民主立法的基本条件，同时也是社会公众表达基本诉求的方式之一。民主立法的核心与基础即广泛听取公民的意见与建议。互联网对于公民意见、建议的收集和运用无疑发挥着巨大价值，能为其提供强大而有力的技术支持。显然，公民在参与制定有关网络言论的规范性文件时有其独特的优势。一方面，公众可以借助互联网平等开放的交流空间以及迅速的信息传播速度将社会公众对于网络言论自由立法的相关的意见与建议及时地反馈给立法者；另一方面，因为网络言论自由与人们的日常生活休戚相关，所以无疑会调动社会公众对于网络言论自由立法的积极性。但是，就目前来说我国大部分与网络言论自由相关的立法并没有听取广泛的公民大众的诉求，现阶段我国调整网络言论自由的规范性文件大多数都是行政规章，很多的规章在制定时并没有经过充分的论证，也并没有广泛地听取社会大众的意见和建议，所以这些规范性文件无法充分地表达民众的意愿，他们的实践性也总是引起很大的争议。等到具体执行过后，被执行者也缺少有效的权利救济的途径，这不仅影响了科学立法，也影响了法律权威。

（三）法律规范的内容不明确

由于网络言论的匿名性，在具体的网络言论侵权案件中对于侵权主体的

⁴ 柯卫：《我国网络言论的法律规制》，《法学研究》2019年第3期，第133页。

认定存在一定的困难，因为这一主体可能会涉及到言论的传播者、制造者、网络服务提供者、甚至是浏览者。对于与此相关责任的追究是否需要放在立法的考虑范围内，网民对于言论的制造、传播、扩散是如何界定的以及是否存在主观故意；针对不同年龄段的网络使用者，有没有必要出台相应的分级管理制度以及实名制度；网络的便捷性虽然加快了信息的传播速度，但是同时也增加了恶意侵权事件，对于上述问题鲜少有法律法规能够作出详细的规定。我国对于网络言论自由并没有专门的法律，目前调整网络言论自由的主要是与之相关的法律法规、部门规章以及司法解释等，这就会造成关于网络言论自由的立法缺乏统筹规划，而且对网络服务商的责任也会太过于严格。在我国《网络安全法》、《关于维护互联网安全的决定》等法律规范中，涉及监管网络言论的条文居多。这说明我国在网络言论立法方面更多的倾向于网络空间的安全、秩序，侧重对互联网信息的监管、控制。和传统媒体的规制类似，我国对网络言论的规制忽略了其本身的特性，而且对网络言论自由规制的程度上要符合合法性与比例行的条件。我国在对网络服务提供者实行过错责任的前提下还附加规定了其必须履行的义务。

三、完善我国网络言论自由法律规制的建议

（一）完善立法体制

鉴于规定网络言论自由的规范性文件的效力较低，首先，应该提高立法主体层级。规定网络言论自由的立法主体的层级提高，相应的该项法律的效力和权威也就随之提高，但是我国宪法目前并没有对网络言论自由有明确的规定，因此缺少权威性的支持，所以我们要解决网络言论自由的多头立法、重复立法以及立法层级低的问题，应该尽快在宪法中明确将网络言论自由纳入宪法的保护。言论自由是包括我国在内的现代民主政治国家都普遍承认的宪法性权利，因而对其进行规制必须要符合宪法的要求。要遵守法律保留的基本原则，具体而言，对网络言论自由权的规制应当符合法律规定的手段要求与权限界定，即由法律对网络言论自由规制的方法以及其享有的规制的权力界限进行规定。因此对于此后的网络言论自由的立法活动中应该坚持法律保留原则，提高立法层级，突出其权威性与重要性。除了提高立法层级之外，还应该精确立法语言。对于受法律法规指导的人来说，模糊不清或者表达欠佳的法律法规会对他们具有误导和干扰，使得公民在行为时没有具体的参

考，执法者在解决具体矛盾时没有依据可循。给司法机关留有了大量的裁量权。因此，精确法律用语是十分必要的。

（二）完善公众参与的立法程序

我国立法要求体现民主，只有社会大众积极参与立法之中才能体现广大人民群众的需求，在数字时代，互联网的产生使得人们表达自己的方式更加的直接和方便，所以更应该积极地调动广大社会公众参与立法的积极性和热情。首先，社会公众的积极参与提高了制定法的科学性。只有人们自己参与制定的法律才能体现自己的意志，才能更加的民主和科学。再者社会公众的积极参与能够保证法的实效。我国《立法法》中明确规定了立法主体在立法过程中应该为社会公众参与立法提供便利的条件。由于立法是由全国人民代表大会制定的，社会大众多是间接的提出自己的意见，所以更应该给网民多种参与立法的途径和方式。最后立法的程序要公开。社会大众对于立法只是间接的参与，所以为了保障所立之法符合社会大众的意愿，立法的过程一定要公开，这样才有利于人们对于立法的监督，进而保障公平正义的立法程序。

（三）明确法律规制的标准

社会大众在行使网络言论自由的时候如果没有法律界限就会导致越来越多的网络侵权案件地发生。根据《公民权利和政治权利公约》的规定，言论自由的法律界限是不得损害国家安全、公共秩序与道德、公共卫生以及他人的基本权利。这是规制网络言论自由所必须遵守的底线和原则。在数字时代，越来越多的人接触互联网，在使用网络发表言论的主体也是与日俱增，结合我国目前的法律现状，可以从使用互联网发表言论的主体入手划分法律界限。对于社会有一定的影响力的社会大众即公众人物，法律必须给他们严格的限制，不能发表不实或者非法的言论，因为社会大众对他们的信赖度比一般人都高。与此相对应非公众人物由于其影响力较小可以对其适用比较宽松的限制标准。除了明确网络言论自由的法律界限之外，对于网络服务商的法律责任进行一定程度的明确也确有必要。虽然法律对网络服务商规定了过错责任原则，但是同时也给他们规定了许多义务，与其他国家相比，显得太过严格，所以要明确其责任才能更好地保障其权利。

参考文献：

[1] 张舒文. 网络时代的表达自由 [J]. 中国电子商务, 2015(1).

[2] 仇才明. 浅析网络表达自由 [D] . 南昌大学, 2012.

[3] 魏振瀛. 民法 [M] . 北京: 北京大学出版社. 北京: 高等教育出版社, 2010.

[4] 钟林. 公民网络言论自由的法律规制[J]. 法制与经济, 2014 (6) : 10-12.

[5] 包小雪. 论网络言论自由的法律保护[J]. 法制与社会, 2017 (17) : 265-266.

[6] 王丽云. 自媒体时代的言论自由权[J]. 法制博览, 2017 (25) : 272.

安徽渊源律师事务所 许佳

【摘要】在社会主义经济条件下，非建筑行业中因工受伤的法律适用，成为了法律实务界经常遇见的问题。在非建筑行业的不断发展与扩大进程中，此类事件的发生概率随之增加，案件也随之增多。由于此类案件并没有制定专门的法律法规进行约束与规制。此时，如何适用法律以及适用何种法律成为了此类案件的判决核心。为了避免案件当事人的合法权益遭受损害，本文特从非建筑行业的发展背景、非建筑行业与建筑行业的发展对比、非建筑行业未制定专门法律法规约束的因素、非建筑行业因工受伤法律适用的困境以及应当如何适用法律等方面进行了简要分析，以此为未来的非建筑行业因工受伤案件的法律适用提供微薄的意见，以更好的维护和保障各方当事人的合法权益。

【关键词】社会主义经济条件下 非建筑行业因工受伤 法律适用

随着社会主义市场经济和城市建设规划的逐步发展，越来越多的建筑业如雨后春笋般涌起，一时间，建筑行业成为了城市发展的最大主体之一，为城市发展注入了活力。与此同时，随着建筑物的大量涌现以及建筑年限的不断累积，建筑物的后期维护工作就显得越来越重要。在此条件下，非建筑行业开始在建筑行业的发展之下悄无声息的萌芽，为建筑物的后期维护担任着保驾护航的职能。

但是，非建筑行业不同于建筑行业的是：由于建筑行业的发端较早，各种可预估和不可预估的风险已经伴随着建筑行业的发展日益显现出来，国家对建筑行业可能存在的风险已经有了较为广泛、系统的了解和掌握，例如：建筑行业工作量大且工作内容多复杂，危险系数极高，建筑流程环环紧扣，一旦某一程序上不符合国家生产规定，就会发生因工受伤的事故并极大可能危及到国民生命和财产安全，造成难以挽回的损失。因此，国家为了规避风险，保护国民安全，于1997年11月1日通过了《中华人民共和国建筑法》，于1998年3月1日起实施，并且该部法律也在不断跟随时代的发展而进行

完善与更新。可见，在法律层面，对于建筑行业的规制和保护已经处于较为成熟和完备的阶段了。

但是，对于非建筑行业来说，由于该行业主要是在建筑行业的发展后期慢慢发展起来的，因此，相较于建筑行业，它仍处在一个摸索前行的初级阶段。并且从它的工作内容来看，非建筑行业的工作种类大都比较简易和单一，工人也无需从事高危动作，危险系数较建筑行业要低的多。正因如此，国家对于非建筑行业并没有像建筑行业那样重视，也自然没有定制专门的法律来规范和约束非建筑行业。同样也正因没有定制专门的法律规制，才使得越来越多发生在非建筑行业的因工受伤案件在法律适用方面遇到了较大的争议。

根据日常生活观察以及对法律案件的参与发现，在通常情况下，建筑物所有人在有意将建筑物的维修维护工作进行发包时，更倾向于发包给具有丰富工作经验的个人，而非具有建筑资质度的企业或组织。之所以会出现上述情形，主要集中在以下三个原因：一是建筑物的维修维护工作并不要求从业人员具有非常强烈的专业性，发包主体无论是将工程发包给个人还是企业，只要具有经验就可以保证按质按量完成工作；二是从发包主体的经济成本出发，发包人将建筑物的维修维护工作发包给具有丰富经验的个人相较于发包给具有资质的企业或者组织来说，可以最大程度降低发包主体的经济成本，并能得到预想的工程结果；三是从社会实际出发，在通常情况下，具有资质的企业或者组织，更倾向于承接大型的建筑工程，因为大型建筑工程相较于建筑物的维修维护工作来说，可以最大程度降低承包人的经济成本，并能获得最大化的经济利益。并且在现在这样一个建筑行业快速发展的社会，具有资质的企业和组织并不缺乏工作机会，即使发包主体有意将房屋维修维护工程交给具有资质的企业或组织，但在寻找承包主体方面，也需要花费发包主体很长的时间以及较大的精力。

因此，对于非建筑行业来说，在发包主体更倾向于将工程发包给具有丰富经验个人的情况下，在国家并未制定专门的法律进行约束的前提下，面对日益增多的非建筑行业因工受伤案件，在解决方式上就产生了一个重要的问题，即：在社会主义市场经济条件下，非建筑行业工作人员因工受伤后，法院应当如何正确且公平的适用法律。

通过查找、整理以往办理过的类似案件，我们发现：在发包方将某一非建筑工程发包给具有丰富工作经验的个人，个人又将相应工作分包给第三人

时，若第三人在工作过程中受伤起诉至法院后，法院一般会选择从保护弱者为原则的角度出发，以《中华人民共和国建筑法》中第二十九条的规定来约束整个案件中的当事人，即：法院认为发包人在选任承包主体时，应当尽到合理的审查义务。若发包人没有尽到合理的选任义务，将工程发包给不具有资质的企业或者个人，则法院直接以发包人存在选任过失为由，而判定发包方与承包方共同对第三人的损害承担连带赔偿责任。如果仅站在第三人角度看待法院的此类判决，该结果是完全遵循了保护弱者的原则，最大程度降低了第三人在案件中受到的伤害，通过连带赔偿的方式对弱者的损害进行了最大程度的填补。但是如果站在发包方的角度看待法院的此类判决，我们认为法院的判决结果并不能从根源上有效解决频繁发生的此类案件。那么对于此类案件该如何适用法律，我认为可以针对以下两点，分类适用法律：

一、若非建筑行业工作内容仅属于建筑物内部的维修维护工作，法院不应当一味的适用《建筑法》的相关规定，而是可以参照《建筑法》第八十三条中对于农村自建房的规定、《承揽合同》的相关规定并结合非建筑行业的社会发展实际。

二、若非建筑行业工作内容属于建筑物的外部维修维护，此时还应当根据楼层高低选择性适用《建筑法》。若外部维修维护仅为建筑物的一层、二层，此时也不应当适用《建筑法》的相关规定，而是可以参照适用《建筑法》第八十三条中对于农村自建房的规定、《承揽合同》的相关规定以及结合非建筑行业的社会发展实际；若外部维修维护为建筑物的二层及以上，那么在现行法律未明确规定法律适用的前提下，法院在审判过程中可以参照适用《建筑法》第二十九条的相关规定。

上述分类标准的具体理由如下：

一、《中华人民共和国建筑法》开篇即表明了本法的规制范围。根据《建筑法》第二条规定：建筑活动是指各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动，其主要涉及建筑主体及结构，工程重大、复杂。国家制定《建筑法》的立法初衷是为了加强对建筑活动的监督管理，维护建筑市场秩序，保证建筑工程的质量和安全，保护人民生命安全。因此该法明确规定，不论是个人还是组织，在承接建筑活动时必须具备相应资质，以更好的保障《建筑法》的实施及立法初衷的实现。但是对于非建筑行业中的建筑物的内部维修以及低层维护来说，不管是从它的字面含义解释

还是从实际工作内容来看，它都不属于《建筑法》中规定的建筑活动范围，并且此类工作一般仅被认定为普通的承揽合同。因为建筑物的内部维修和低层维护涉及的工作内容对技术要求并不高，工程本身也不存在重大安全隐患，不会对生命安全产生重大影响。因此，建筑物的内部维修以及低层维护明显不属于《建筑法》中规定的建筑活动范围，若强行适用《建筑法》中第八十三条的规定，则无形中扩大了《建筑法》的适用范围，违背了《建筑法》的立法初衷，加重了《建筑法》的规制负担。

二、法无禁止即可为。通过学习、整理现有的法律、法规发现，国家并未真正针对非建筑行业出台专门的法律法规进行保护，这意味着，在国家法律、法规并未强制要求相关施工人员进行进行建筑物的维修维护工作时必须具备相应资质的条件下，发包人可以根据自身情况自由选择承包主体。相关施工人员在具有丰富工作经验但无资质的情况下，承接相关建筑物的内部维修以及低层维护工作应当是完全被认可的。因此，在没有专门法律法规约束非建筑行业的前提下，法院也不应当以建筑行业的法律法规直接约束非建筑行业的发展。这不仅不利于非建筑行业的发展，还可能存在着阻止非建筑行业发展的潜在风险。

三、《中华人民共和国建筑法》第 83 条规定：农民自建低层住宅（一层至两层）的建筑活动不适用《建筑法》。实际按常理来说，农村自建房在本质上应属于建筑行业，并应当适用《建筑法》的相关规定。但是，从中国社会发展的实际出发，中国农村建房大多数都是由当地的泥土工组成的建筑队伍自行承建，且承建方大都没有建筑资质。若在农村建房严格要求房主选任有资质的建筑队伍，这不符合农村建房的实际情况，也难以将该条件成为实际。因此，国家根据农村发展的实际情况针对农村自建低层住宅的建筑活动，专门在《中华人民共和国建筑法》第 83 条规定：农民自建低层住宅的建筑活动不适用《建筑法》，并在《村庄和集镇规划建设管理条例》第 21 条、第 23 条规定：农民兴建两层（不含两层）以上住宅必须由取得相应资格证书的单位进行设计或选用通用设计、标准设计，除修缮房屋以外的施工必须由取得相应资格证书的单位或工匠承担。综合上述法律规定分析可知：在农村，若仅兴建两层及以下的低层住宅或者对该住宅进行修缮时，房主不负有选任义务，并结合自身实际选择将房屋承包给无建筑资质的人。因此对于建筑物的低层维护以及内部修缮工作来说，也完全可以参照类比农村自建房的

规定，不要求发包人承担选任责任。因为非建筑行业的当前发展实际和农村兴建住宅较为类似，大多数的发包方在寻找有资质的承包方时存在着较大的困难，同时很多有资质的承包方大多也不愿意承接此类收益极小的维修维护工作。而且，房屋内部维修以及低层维护工作实际所带来的风险也要远远低于农村自建两层房屋所带来的风险。因此，对于非建筑行业因工受伤案件，法院在判决时完全可以参照上述法律规定。

四、国家鼓励市场的自由准入。在社会主义市场经济条件下，在就业难的现实困境下，国家一直鼓励公民灵活就业，扩大市场的自由准入，这意味着在社会主义市场经济条件下，在法律未明令禁止的条件下，国家降低部分行业进入市场的标准，让公民可以选择性就业，从而更好的化解社会纠纷，解决就业难所带来的社会矛盾。同时国家通过降低就业门槛，鼓励居民灵活就业，以促进社会的多元化发展。

通过上述分析论证可知，当前在我国的大发展环境下，建筑行业的施工范围已由法律明确限定，其并不包括房屋的维护维修工作。若强制要求相关零散工程必须由有资质的单位承接，则无形中扩增了建筑行业的施工范围，不符合法律规定，也与《建筑法》最初的立法精神相悖。但从个人角度出发，若将案涉工作承包给具有相应经验的个人来说，不仅符合社会发展的大方向，也切合社会主义市场经济条件下的自由准入原则。个人承包该工作，仅从收入来说，就明显高于其他行业的日工资标准，这不仅有利于拉动就业，促进社会和谐，更有利于从根源上解决“就业难”的问题。

因此，在非建筑行业维修维护工作未被法律明确要求具有相应承包资质的条件下，法院也应适当结合社会发展实际，类比参照《中华人民共和国建筑法》第 83 条、《村庄和集镇规划建设管理条例》第 21 条、第 23 条以及承揽合同的相关规定给予该行业必要的生存发展空间，而不是机械的以《建筑法》第二十九条中规定的“承建单位应具有相关资质”来约束该行业的发展。因为只有如此，法院的判决才能更加公平公正，使得判决结果不仅符合法律规定，也更加迎合公众及社会发展实际！

安徽众远律师事务所 彭林飞

劳动争议案件是我国司法实践中的多发案件，其中劳动赔偿为劳动争议案件的核心内容。劳动赔偿金大致可分为劳动补偿金、劳动赔偿金、加付赔偿金等。我国法律及司法解释对劳动赔偿金、劳动补偿金的规定相对清晰明确，但对于劳动争议案件中有关加付赔偿金的适用实践中还相对模糊。

我国现行法律的有关加付赔偿金的直接规定为，《劳动合同法》第八十五条：用人单位有下列情形之一的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿；劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金：（一）未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者劳动报酬的；（二）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的；（三）安排加班不支付加班费的；（四）解除或者终止劳动合同，未依照本法规定向劳动者支付经济补偿的。通过上述条文明确规定了劳动争议案件可以主张加付赔偿金，同时也规定了加付赔偿金的四种适用情形。

仅从法律文义上理解《劳动合同法》第八十五条有关加付赔偿金的规定会产生分歧。因为条文中明确写明：由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿；劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金。也即会造成加付赔偿金的适用以劳动行政部门的行政程序为前置条件，若劳动者未向劳动行政部门申请，劳动行政部门未作出行政行为则加付赔偿金的前置条件并不满足，而不能适用。故当劳动者以加付赔偿金为由诉至法院，法院往往也会以没有经过前置程序而不予受理。如此，加付赔偿金是否必须以劳动行政部门的行政程序为前置程序，各地法院做法不一。

安徽省高级人民法院 2020 皖民再 127 号民事判决就否定了加付赔偿金需要行政程序作为前置程序。案件基本事实为某劳动者在提起劳动争议中一并主张了加付赔偿金，该案的二审法院依据《中华人民共和国劳动合同法》第八十五条规定，认为劳动者主张加付赔偿金，应当先向劳动行政部门投诉，

劳动行政部门责令用人单位限期支付后，用人单位仍未支付的情况下才存在加付赔偿金，本案因未经过这一前置程序而直接主张加付赔偿金，没有法律依据，据此二审法院判决对当事人的这一诉请不予支持。后该案进入再审程序，再审法院安徽省高级人民法院认为，二审法院援引《中华人民共和国劳动合同法》第八十五条规定，认为劳动者主张加付赔偿金，应当先向劳动行政部门投诉，劳动行政部门责令用人单位限期支付后，用人单位仍未支付的情况下才存在加付赔偿金，本案未经过这一前置程序直接主张加付赔偿金，没有法律依据。同时，其依据《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)》第三条：“劳动者依据劳动合同法第八十五条规定，向人民法院提起诉讼，要求用人单位支付加付赔偿金的，人民法院应予受理”之规定，认为劳动行政部门的处理并非是此案的前置程序，进而作出改判，支持当事人这一诉请。而内容基本相同的案件，作为再审法院的最高人民法院(2016)最高法民再187号民事判决书却又肯定了对加付赔偿金需要行政行为做前置程序这一观点。该判决书中写明，二审法院认为主张的额外经济补偿金，其实质是《劳动合同法》第八十五条所规定的赔偿金。依照该规定，是否应当向劳动者加付赔偿金，应由劳动行政部门行政管理决定，不属于人民法院案件审理范畴，因此对本案中的该项上诉请求不予支持。最高法再审认为，额外经济补偿金其实质是加付赔偿金，根据《劳动合同法》第八十五条的规定，用人单位是否应当向劳动者加付赔偿金，应由劳动行政管理部门决定，不属于人民法院案件审理范畴，因此，原判决不支持当事人支付加付赔偿金的请求正确。由此可以看出最高人民法院裁判观点是：行政程序是请求加付赔偿金的前置程序，且是否应当向劳动者加付赔偿金，应由劳动行政管理部门决定，不属于人民法院案件审理范畴，由劳动行政部门管理。

经对上述两份判决书的研判，以及综观全国法院对此类案件的判决，各地做法也均不一致，其焦点集中在：加付赔偿金是否必须以劳动行政部门的行政程序为前置程序。

虽说在审级上最高人民法院高于安徽省高级人民法院，但两份判决书并不是出自同一案件，且均属生效的法律文书。该两份判决书反映了我国司法领域目前对加付赔偿金是否需要行政程序作为前置程序，以及加付赔偿金是否应当去司法化直接属于劳动行政部门管理的两种看法。诚然，对《劳动

合同法》第八十五条从文义上不同的解读造成了上述分歧，但实际上最高人民法院的相关司法解释从另一个角度对该类问题已经有了明确的规定。无论是之前的《最高人民法院〈关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)〉》第三条：劳动者依据劳动合同法第八十五条规定，向人民法院提起诉讼，要求用人单位支付加付赔偿金的，人民法院应予受理，还是《中华人民共和国民法典》颁布后的《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）〉》第一条：劳动者与用人单位之间发生的下列纠纷，属于劳动争议，当事人不服劳动争议仲裁机构作出的裁决，依法提起诉讼的，人民法院应予受理：（八）劳动者依据劳动合同法第八十五条规定，要求用人单位支付加付赔偿金发生的纠纷。由此不难得出上述司法解释明确了劳动者以加付赔偿金提起诉讼的，人民法院应当受理。

为此，又产生了一个更大的疑问：上述司法解释的规定是否与《劳动合同法》第八十五条冲突；如何进一步理解《劳动合同法》第八十五条规定的加付赔偿金的适用条件呢。

虽然司法解释规定了劳动者以加付赔偿金为由提起劳动争议诉讼的，人民法院应当受理。但如何才能在诉讼中获得法院的支持。首先要理解加付赔偿金的性质。从民事法律理论上，民事损害赔偿从性质上可以分成补偿性损害赔偿和惩罚性损害赔偿。补偿性损害赔偿，是指以实际损害的发生为赔偿前提，且以实际损害为赔偿范围的赔偿。惩罚性损害赔偿是指由人民法院作出的，要求不法行为人承担的，超出了补偿性赔偿的赔偿责任。它同时具有补偿受害人遭受的损失、惩罚和遏制不法行为等多重功能。在劳动合同领域，赔偿金同样可以分为补偿性赔偿金和惩罚性赔偿金。《劳动合同法》第二十二条和第二十三条规定，用人单位与劳动者约定服务期或竞业限制，劳动者违反合同约定所支付的违约金，就是一种赔偿性的赔偿金。而《劳动合同法》第八十七条规定，用人单位违法解除或终止劳动合同，应按照本法第四十七条的补偿金标准，给付劳动者二倍的赔偿金。因不用再给付经济补偿金所以其中的一半便是惩罚性赔偿金。至于《劳动合同法》第八十五条规定的用人单位按应付金额的百分之五十以上百分之一百一下的标准向劳动者加付赔偿金，通过“加付”二字可以看出，这一赔偿金是在补偿劳动者实际损失之外，因用人单位的违法行为而设定的一种惩罚性赔偿金。

补偿性的损害赔偿可以通过民事诉讼直接主张自不待言，然而对于惩罚性赔偿金却需按照内容的不同加以区别。一种观点认为，《劳动合同法》第八十五条规定的赔偿金，只能通过劳动行政监察部门“责令支付”的形式来实现。其理由是从赔偿金的性质上看，它属于一种类似于加处罚款的执行罚措施，目的是通过加收一定数额赔偿金的手段，促使用人单位履行法定支付义务，以保护劳动者的合法权益，具有较强的行政行为内涵。另一种观点则认为，上述法律规定的赔偿金，是用人单位因为违反法律规定而侵犯了劳动者的合法权益，并因此而应当承担的一种惩罚性赔偿责任，是民事法律责任的一种承担方式，劳动者可以通过民事诉讼来主张。由此可以看出，同样是惩罚性赔偿金，因第一种观点赋予其行政行为的色彩，所以认为加付赔偿金必须以劳动行政部门的行政程序为前置程序；而第二种观点认为其本身就是民事责任，因而可以直接通过民事诉讼主张。《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)》答记者问部分第九问：加付赔偿金可以由人民法院一并审理，也对加付赔偿金是否可以不经前置程序直接起诉有回答。回答中指出：对于《劳动合同法》第八十五条规定加付赔偿金，司法实践中处于主流地位的观点是加付赔偿金问题应当去司法化，即不属于人民法院受案范围。但对于《劳动合同法》第八十五条正确的理解应当是：对于用人单位拖欠劳动者劳动报酬、加班费或者经济补偿的，劳动者可以向法院起诉，要求用人单位支付劳动报酬、加班费或者经济补偿，同时也可以主张加付赔偿金。但其加付的赔偿金如果想要获得法院的支持，必须有一个前提，即劳动者必须就用人单位拖欠其劳动报酬、加班费或者经济补偿的违法行为先向劳动行政部门投诉，劳动行政部门在责令用人单位限期支付后，用人单位仍未支付的情况下才存在加付赔偿金，如果未经过这前提程序，劳动者直接主张加付赔偿金，人民法院是不予支持的。

综上，笔者认为，首先应当明确，《劳动合同法》第八十五条明确规定，加付赔偿金的适用有一个统一的前提，即用人单位在劳动行政部门责令限期支付相应的报酬、经济补偿等情况下而逾期未支付的。这解决的是案件的实体问题。其次上述二个司法解释旨在加大保障劳动者权益的力度，方便劳动者维权，规定只要用人单位存在第八十五条规定的几种情形时，劳动者即可在诉讼中向用人单位主张支付加付赔偿金。这解决的是案件程序问题。

故对加付赔偿金的正确理解和正确做法是：1、在性质上是惩罚性赔偿金，既是为了劳动者的合法权利，同时也是对我国劳动管理的秩序进行维护。用人单位在劳动者向劳动行政部门维权后，在劳动行政部门做出限期支付的行政行为后依然不支付，其行为不仅仅是对劳动者合法权益的一种侵害，也是对我国劳动力市场秩序的一种挑战，更是对国家公权力的一种漠视。出于保护劳动者合法权益以及维护劳动力市场的秩序目的，所以规定了加付赔偿金，实际是劳动行政部门对有关单位责令限期支付有关报酬而未支付的一种惩罚，系由行政行为而衍生，因此具有了浓厚的行政色彩；2、《劳动合同法》第八十五条和最高人民法院的二个司法解释并不冲突，一个解决的是实体问题，一个解决的程序问题；3、主张加付赔偿金的程序：劳动者向劳动行政部门维权，劳动行政部门在核实情况之后为维护劳动者的权益，向有关单位做出了限期支付有关报酬的行政行为，相关单位在劳动行政部门做出限期支付的行政行为后依然不支付有关报酬的，劳动者诉至法院方能得到支持。

“逾期不支付”就成为加付赔偿金的能否得到支持的关键。因此劳动者向人民法院主张加付赔偿金，必须以劳动行政部门的行政程序为前置程序。

— —

安徽皖华律师事务所 王桥

【摘要】新刑诉法解释规定，除涉驾驶机动车刑事犯罪外，附带民事诉讼的判赔范围不包括残疾赔偿金、死亡赔偿金，另行提起民事诉讼也应如此。民法典则明确支持因身体遭受侵害而导致的残疾赔偿金和死亡赔偿金，即使行为人还应当承担刑事责任，也不免除其民事责任，而且应当优先承担民事责任。

【关键词】人身损害赔偿 民法典 新刑诉法解释

在我国，民法与刑法是两个特定的部门法，调整不同的社会关系。民法是私法，涉及个人人身、财产的利益，是国家对私权的保护；刑法为公法，涉及国家对刑罚权的运用，为的是维护国家、社会、公民的共同利益。民法学家王利明教授主张“民法要扩张、刑法要谦抑”，他指出如果能够通过民法有效解决社会纠纷，就应当尽可能通过民事责任的方式来解决，而无需用刑法，只有在民法无法很好地解决纠纷且相关行为可能危及公共安全和公共秩序时，才有必要动用刑法。刑法学家陈兴良教授认为，刑法和其他部门法存在后置法与前置法的关系，这种关系决定了后置法对前置法有一定从属性，因此刑法对《民法典》也有从属性，笔者对此观点深以为然。但是在我国法制史上，古代历来重刑轻民，民法寄生在刑法当中不具有独立地位。近代以来虽然民法蓬勃发展，今年也出台施行了《民法典》，但在社会治理中仍存在泛刑法主义和重刑主义，刑法对社会经济生活的干预过多，违反了刑法的谦抑原则。

一、人身伤害类的刑民交叉案件处理原则

日常生活总是千变万化、错综复杂，因同一法律事实同时侵犯了刑事法律关系和民事法律关系，导致在刑事和民事上相互交叉或牵连，从而构成刑民案件交叉。此类交叉实质上是源于法条竞合，由于刑法和民法都对该项法律事实作了相应的规定，刑事法官与民事法官基于各自立场竞相要求适用各自领域的法律规定，从而导致某些类型的案件在刑事程序和民事程序中出现不同的判决结果，给司法实践带来混乱。

目前，在刑民交叉案件的实际办理中，就程序处理上而言，采取“先刑后民”是一个大原则。在全国法院民商事审判工作会议上，刘贵祥专委的总结讲话就明确指出：“刑民交叉案件的一个基本规则是：刑事案件与民事案件涉及‘同一事实’的，原则上应通过刑事诉讼方式解决。”但有学者指出，“先刑后民”仅仅是一种司法习惯，并非也不应成为刑民交叉案件的诉讼原则，要坚决反对滥用“先刑后民”处理方式。

而笔者认为不论程序上如何选择处理，是“先刑后民”抑或“刑民并行”，都应当坚持优先保护受害人权益的原则，真正落实以人民为中心的司法理念。我们应当认识到刑民交叉案件的处理规则设置前提是不能让受害人的合法权益从中受损，但在当前的人身伤害类的刑事诉讼法律规定中，受害人的权益却得不到充分保障，也难以从情感上去认同相关法律规定，从而影响我国法律的实施，影响法律在人民心中的权威性。例如，《刑事诉讼法》关于“附带民事赔偿”这一章仅有简单的四条规定，原则上将赔偿范围确定为物质损失。2000年最高人民法院《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》，刑事附带民事诉讼的范围只能是“因人身权利受到犯罪侵犯而遭受物质损失或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失……对于被害人因犯罪行为遭受精神损失而提起附带民事诉讼的，人民法院不予受理……被害人因犯罪行为遭受的物质损失，是指被害人因犯罪行为已经遭受的实际损失和必然遭受的损失。”2011年最高人民法院《关于刑事附带民事诉讼赔偿范围问题的答复》规定：“附带民事诉讼案件依法只应赔偿直接物质损失，即按照犯罪行为给被害人造成的实际损害赔偿，一般不包括死亡赔偿金和残疾赔偿金……”此前，城镇和农村居民同命不同价的问题已饱受诟病，好在从法律层面已经统一，但是目前刑事诉讼与民事诉讼中的赔偿却仍然是同命不同价。众所周知，犯罪行为对受害人及其家属造成的伤害比纯粹的民事侵权行为造成的伤害更大，带来的痛苦也更深。刑事案件受害人因犯罪行为造成残疾的，会导致劳动能力下降，今后的生活和工作必然受到影响，因此残疾赔偿金是针对未来物质损失的赔偿，是必然遭受的损失。上述法律规定会导致受害人因遭受犯罪侵害得到的赔偿比民事侵权得到的赔偿天差地别，与《民法典》的精神相违背，不利于我国的法秩序统一。

二、人身伤害类案件赔偿问题在民事与刑事法律规定中不同处理的原因

《民法典》第一千一百七十九条规定：“侵害他人造成人身损害的，应

当赔偿医疗费、护理费、交通费、营养费、住院伙食补助费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿辅助器具费和残疾赔偿金；造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。”同时，第一百八十七条又规定：“民事主体因同一行为应当承担民事责任、行政责任和刑事责任的，承担行政责任或者刑事责任不影响承担民事责任；民事主体的财产不足以支付的，优先用于承担民事责任。”也就是说，民法典明确支持因身体遭受侵害而导致的残疾赔偿金和死亡赔偿金（俗称“两金”），即使行为人还应当承担刑事责任，也不免除其民事责任，而且应当优先承担民事责任。据此，民事法官不论是依据曾经的《侵权责任法》还是当前的《民法典》，在受害人单独提起的民事诉讼中，都可以支持关于“两金”的诉请。

然而，在刑事附带民事诉讼中不支持死亡赔偿金和残疾赔偿金依然是主流意见，是当前一种固定的司法裁判观点。刑事法官按此判决的法律依据就是《刑事诉讼法》第一百零一条“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”。该条将刑事附带民事诉讼的赔偿范围限定在物质损失上，将精神损失排除在赔偿范围之外。而2001年《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第九条更是明确将残疾赔偿金和死亡赔偿金的性质认定为精神损害抚慰金，这也就使“两金”被认定为精神损失，在刑事附带民事诉讼中一直得不到支持。此后，虽然在2004年5月1日实施的《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》第三十一条将死亡赔偿和残疾赔偿金定性为物质损失，但《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第九条并未失效，刑事法官仍然倾向于适用2012年审议通过的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百五十五条“造成被害人残疾的，还应当赔偿残疾生活辅助具费等费用；造成被害人死亡的，还应当赔偿丧葬费等费用”。根据该条文，刑事附带民事诉讼的赔偿范围中并未罗列残疾赔偿金和死亡赔偿金这两项。据此，刑事法官在裁判时有充足的理由认为，“两金”是精神损失，且不属于刑诉法解释中明确规定的物质损害范畴，故对这类诉求不予支持。然而，以上裁判理由在《民法典》出台以及民事类司法解释随之修改后，已经站不住脚。2020年12月23日最高人民法院审判委员会第1823次会议审议通过了修改二十七件民事类司法解释的决定，原《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害

《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第九条被删除，关于“两金”属于精神损失的法律依据已经不复存在，因此在刑事附带民事诉讼中将“两金”作为物质损失予以支持也就没有了理论上的阻碍。

那么，在《民法典》及相关民事类司法解释出台后，在刑事附带民事诉讼中支持“两金”就变得顺理成章？事实上远没有这么简单。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》也做了修改，并于2021年3月1日起施行。新刑诉法解释关于刑事附带民事诉讼这一章节未做明显的改动，第一百七十五条第二款基本沿用2012年刑诉法解释第一百三十八条的规定，仅将第二款规定的“人民法院不予受理”调整为“人民法院一般不予受理”，规定：“因受到犯罪侵犯，提起附带民事诉讼或者单独提起民事诉讼要求赔偿精神损失的，人民法院一般不予受理。”此次修改看似为支持“两金”预留了空间，但实际上立法者并未有此初衷。起草小组在该司法解释的理解与适用中指出，除驾驶机动车致人伤亡或者造成公私财产重大损失的案件外，“两金”不在附带民事诉讼的判赔范围，但调解、和解的，赔偿范围、数额不受限制。这种观点基于以下几点考虑：一是传统观念“打了不罚、罚了不打”，刑事被告人已经承担了刑事责任；二是国家救济不得力，“空判”得不到执行易引发申诉、上访，影响社会和谐稳定；三是被告人绝大多数经济状况差，无法承担如此高额的赔偿责任，相关判决往往成为“法律白条”；四是民事赔偿标准过高，实际极不利于维护被害人的合法权益，不利于矛盾化解；五是处理犯罪行为的赔偿问题，应当优先适用刑法和刑事诉讼法的相关规定；六是此次征求意见过程中，绝大多数意见建议维持原来的解释规定。

此外，为防止在另行提起的民事诉讼中支持“两金”，新刑诉法解释的修改也意在堵住“漏洞”。2012年刑诉法解释第一百六十四条规定，另行提起民事诉讼的，人民法院可以进行调解，或者根据物质损失情况作出判决。据此，一些民事法官认为在民事审判中可以将“两金”视为物质损失予以判决，且不违反该条规定。而此次修改，新司法解释则规定，另行提起民事诉讼的，人民法院可以进行调解，或者根据本解释第一百九十二条第二款、第三款的规定作出判决。而第一百九十二条第二款、第三款关于残疾或者死亡的赔偿仅为残疾生活辅助器具费或丧葬费等费用，这也就将“两金”排除在外。起草小组在理解与适用中特别指出，为统一法律适用，另行提起民事诉

讼的，人民法院应当优先进行调解，调解不成的应当“根据物质损失情况作出判决”，即除因驾驶机动车致人伤亡或者公私财产遭受重大损失的案件外，不应判赔“两金”。也就是说，起草小组不仅继续要求刑事附带民事诉讼不支持“两金”，对于民事法官也提出了要求，希望在因犯罪行为另行提起的民事诉讼中，也不支持“两金”。由此可见，新的刑事诉讼法司法解释并未改变旧有规定，不仅未放宽附带民事诉讼中“两金”的判赔，反而试图让民事诉讼也遵从此原则。

三、刑事法律及司法解释的规定难以自圆其说

《刑事诉讼法》第一百零一条确立的基本原则是附带民事诉讼的赔偿范围限于物质损失，因此相关刑事司法解释应当坚持和贯彻基本法律规定。新刑诉法解释的起草小组虽然不再坚持“两金”是精神损失的观点，但还是以传统观念和现实国情为由，将“两金”拒之门外，这种解释是苍白无力的。一是，关于“两金”是否属于物质损失范畴的问题，刑事诉讼法及司法解释没有明确规定，在此情况下就应当适用民事法律的相关规定。在2004年5月1日以前，根据《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的规定，“两金”属于精神损失，在刑事附带民事诉讼中不支持是有法可依的。但是在这之后，《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》改变了“两金”的性质，“两金”转变为物质损失，因此，法官就不得再以不支持精神损失为由而判驳“两金”。特别是在2021年1月1日以后，原《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第九条被删除，“两金”属于物质损失的定性已毋庸置疑。二是，即使是精神损失，在新刑诉法解释中也有适用空间。在2021年3月1日以前，原司法解释对于精神损失的主张，规定是不予受理，这就绝对性地排除了精神损失的赔偿。而在此之后，新刑诉法解释的起草小组却将条文改为了一般不予受理，为法官的自由裁量权留下了可能性。虽然仅增加了两个字，却是一次重大变化，必然是经过了起草小组专家们的深思熟虑，代表了起草小组的思想上的转变。然而，起草小组却未对此问题做出明确解释，仍坚持强调不得判赔“两金”，这种行为与观念上的矛盾也会令今后的司法实践产生混乱。三是，传统观念应适应于现代文明社会的发展，不能因老观念而故步自封。中国特色社会主义文明始终应当坚持以人为本，我们的立法者、司法者始终应把人民的利益放在心上，刑事案件的被告人虽然

为此入狱几年，但这并不足以弥补受害人残疾一生的损失。如果可以“以命抵命”，那么将使一些犯罪份子更无顾忌，若是能支持“两金”，反而能打消一部分人的犯罪念头。四是，因为执行难索性不执行，这种做法因噎废食。起草小组担心判决得不到执行会引发受害人的不满，引发申诉、上访，这种维稳心态违背了法律精神。赔偿金执行不到位是客观问题，不判决赔偿金却是法律问题，这关系到我们国家法律的尊严以及人民的信仰。裁判权应解决“应否赔偿”的问题，“能否赔偿”的问题属于执行程序处理的范围，把执行的问题带到审判阶段来考虑，本末倒置。如今老百姓法治意识已逐渐提升，要想构建法治社会，就应当让老百姓在司法案件中感受到公平正义。人民群众难以理解和认同，为什么意外侵权的获赔可以比遭受故意伤害多出数倍，这种判决只会引发对案件公平的严重质疑，影响法治社会的建设。五是，交通肇事类刑事案件的特别规定，打破了法律的统一性。不论是新旧刑法解释，都对在机动车交通事故中的受害人网开一面，可以获赔“两金”。虽说机动车有交强险可以赔付，但是商业险往往因犯罪行为拒赔，甚至有的机动车是脱保状态。2014年最高人民法院研究室《关于交通肇事刑事案件附带民事赔偿范围问题的答复》也指出“无论附带民事诉讼被告人是否投保机动车第三者强制责任保险，均可将死亡赔偿金、残疾赔偿金纳入判决赔偿的范围”，那么在投保的情况下判赔高额的“两金”，难道就不担心“空判”和执行不到位？所以，笔者认为起草小组的解释难以自圆其说，除非其将不支持“两金”明确写入条文之中，否则今后的争议会越来越多，司法实践之中判赔“两金”的案例也会越来越多，这样反而有损法律的权威。

四、当前司法实践对于“两金”的态度与转机

通过案例检索，目前在刑事附带民事诉讼中，绝大多数判例都不支持“两金”，但也有少数判例支持了诉请。如福建省高级人民法院《赵炳生故意杀人二审刑事附带民事判决书》〔（2017）闽刑终65号〕、《谢赐宝故意杀人一案二审刑事附带民事裁定书》〔（2018）闽刑终336号〕等，对被害方的死亡赔偿金请求予以支持；河北省高级人民法院《李月田、郭俊清等与张翠英故意杀人二审刑事附带民事判决书》〔（2016）冀刑终379号〕等，对被害方的被扶养人生活费赔偿请求予以支持。特别值得一提的是，2020年11月1日四川省高级人民法院颁布了《关于刑事附带民事诉讼赔偿范围的意见》，其中第三条明确规定，造成被害人残疾的，还应当赔偿辅助器具费和残疾赔偿金，

造成被害人死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。这份省高院文件可谓是为敢为人先，大胆地将最高院司法解释中关于致人残疾或死亡需要赔偿的“等费用”明确为“两金”，对于全国范围内的案件都具有一定的参考意义。

而对于另行提起的民事诉讼，支持“两金”的判例则相对较多，如“新东方教室奸杀案”，北京市昌平区法院判决被告王某哲向受害人家属李女士作出书面道歉，王某哲的母亲赔偿李女士丧葬费、死亡赔偿金、交通费、住宿费等共计140万元，精神损害抚慰金10万元；如“合肥少女毁容案”，合肥市中级人民法院二审判决被告陶某某赔偿受害少女周岩医疗费、残疾赔偿金、精神赔偿抚慰金等共计180余万元人民币。《最高人民法院公报》2019年第3期刊载的“尹瑞军诉颜礼奎健康权、身体权纠纷案”，裁判摘要提出：“刑事案件的受害人因犯罪行为受到身体伤害，未提起刑事附带民事诉讼，而是另行提起民事侵权诉讼的，关于残疾赔偿金是否属于物质损失范畴的问题，刑事诉讼法及司法解释没有明确规定。刑事案件受害人因犯罪行为造成残疾的，今后的生活和工作必然受到影响，导致劳动能力下降，造成生活成本增加，进而相应减少物质收入，故残疾赔偿金应属于物质损失的范畴，应予赔偿。”而新刑诉法解释的起草小组也关注了这个公报案例，特地对另行提起民事诉讼的赔偿范围做出了修改，试图通过刑事的司法解释来限制民事诉讼中对于“两金”的支持。然而，这种规定终究是阻拦不了社会对于公平正义的追求。2021年7月，上海二中院判决维持了一起在刑事附带民事诉讼中支持精神损害赔偿请求的一审判决。该案中，被告人利用暴力手段，对智力残障的未成年人多次实施奸淫。受害人提起刑事附带民事诉讼，要求精神损害赔偿，公诉机关依据法律规定支持起诉，最终牛某被判处有期徒刑10年，并向被害人一次性赔偿精神抚慰金3万元。该案正是因新刑诉法解释与2012年刑诉法解释规定的“不予受理”相比，增加了“一般”二字，为精神损害赔偿开辟了空间。本案成为新刑诉法解释实施后，上海法院首个在刑事附带民事案件中支持精神损害赔偿请求的案例，亦作为典型案例入选最高检《未成年人检察工作白皮书（2020）》。

笔者认为，在今后相当长一段时间内，因不同司法解释相互抵牾，关于刑事附带民事诉讼或另行提起民事诉讼是否支持“两金”仍会争议不断，但就像城镇居民与农村居民的人身损害赔偿标准一样，即便过去长期受现实因素制约而未实现同命同价，但是社会的发展趋势必然是追求公平与统一。在

民法典时代下，终有一日刑事法律及司法解释会与其精神相统一。

参考文献：

[1] 王利明.《民法要扩张,刑法要谦抑》，《中国大学教学》2019 年第 11 期.

[2] 刑事诉讼法司法解释起草小组.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》的理解与适用，《人民司法》2021 年第 7 期.

【摘要】印章纠纷在司法实务中很常见。社会实践中市场主体存在对公章的效力过分依赖，审判实务中以外观主义来认定印章的效力也有被泛化、滥用的迹象。《九民会议纪要》提出在审判实务中要准确把握外观主义的适用边界，对盖章行为法律效力的认定，关键是要把握盖章的行为人是否具有代表权或代理权，并确立了“认人不认章”的裁判思路。本文从分析盖章行为的性质切入，结合对条文、规则的理解，探析了实务中常见的几类印章争议的处理路径，并对印章纠纷及风险的防患，给出了一些实务操作方面的建议。

【关键词】印章 效力 代表权 代理权

一、问题的提出

在笔者承办的一起建设工程施工合同纠纷案件中，实际施工人与建筑施工企业因建设工程价款产生争议。实际施工人向法院提起诉讼主张建设工程价款，提供了一份工程款结算单，在该结算单的工程总价款处盖有一枚建筑施工企业该项目部的印章，但没有具体经办人的签名。建筑施工企业提出该项目部印章不是公司加盖的，在日常管理中实际施工人有自行使用该项目部印章的机会，而且实际施工人不能明确说明该印章的具体加盖人，建筑施工企业以此为由否认该结算单的效力。案涉结算单的效力系案件的争议焦点，该结算单上加盖了建筑施工企业项目部的印章，在具体加盖印章之人不明的情形下，能否视为该企业的意思表示，对企业产生拘束力，不无争议。

在司法实务中，因印章产生的纠纷屡见不鲜，而且纷繁复杂。印章作为行为人作出意思表示的形式载体之一，根据其使用主体的不同，主要可分为：一是法人或非法人组织印章，又称为公章；二是自然人印章，又称为私章。公章在社会实践中具有非自然人主体表明身份、确认意思表示的作用，某种意义上成了该类民事主体抽象人格的化身，在往来交易中具有不可或缺的作用，进而导致了民事主体对公章效力的过度依赖或迷信，甚至出现了公章私刻、私盖、争夺等现象。对这些情形下加盖印章行为的效力如何认定是司法实务的重要课题。自然人的意思表示一般可以签名、捺印的形式作出，私章

的使用频率越来越少，相对而言私章引发的法律纠纷相对较少。因此，本文主要就公章的法律效力问题展开讨论。

二、盖章行为的性质分析

《民法典》第四百九十条规定，当事人采用合同书形式订立合同的，自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立。可见，以发生一定效果为目的的盖章是一种民事法律行为。民事法律行为的核心是意思表示，意思表示是指企图发生一定私法上效果的内心意思，表示于外部。[1] 包括意思的形成和表示两个层面。自然人的意思由其形成于内心，又由其表现于外部，内心形成和外表示均由其个人独立自由完成，是内外统一的结合体。法人或非法人组织作为法律拟制的民事主体，不同于自然人，其本身并不具有自然人所独有的物理性的认知、表达、行动能力。法人或非法人组织的意思由其决议机构根据议事规则形成，而对其形成的意思的外表示，又必然要依托具体的自然人来表达实现。法人或非法人组织通过授予一定自然人代表权或代理权，由该自然人以法人或非法人组织的名义对外作出表示，为法人或非法人组织的意思表示，对法人或非法人组织具有约束力。而对具有代表权或代理权的自然人所作出的行为，如何区分是其个人的意思表示，还是法人或非法人组织的意思表示，往往就需要通过加盖公章的行为表征出来。从《民法典》第四百九十条的规定来看，盖章与签名、捺印同样独立产生法律效力，加盖公章的行为本身具有系法人或非法人组织作出意思表示的表征，可以初步预设为系公章显示的法人或非法人组织的意思表示。

三、“认人不认章”的印章效力认定规则

基于上文分析，我们首先认为盖章可以初步预设为系印章显示的法人或非法人组织的意思表示，但这种初步预设的效力并非不容置疑的。如果在法人或非法人组织对此予以否认的情形下，我们就需要对这一初步预设效力作进一步的推敲，综合案件事实对盖章能否对法人或非法人组织产生效力作出判定。

法人或非法人组织的主体特征，决定了其意思表示必须依托特定的自然人来完成，质言之，盖章行为不可能由法人或非法人组织完成，而一定是某一个特定的自然人实施的。盖章能否认定为是法人或非法人组织的意思表示，关键是要看盖章的人是否具有合法的代表权或代理权，或者具有让善意相对人合理信赖的代表权或代理权的外观。《全国法院民商事审判工作会议

纪要》（《九民会议纪要》）第 41 条规定，“司法实践中，有些公司有意刻制两套甚至多套公章，有的法定代表人或者代理人甚至私刻公章，订立合同时恶意加盖非备案的公章或者假章，发生纠纷后法人以加盖的是假公章为由否定合同效力的情形并不鲜见。人民法院在审理案件时，应当主要审查签约人于盖章之时有无代表权或者代理权，从而根据代表或者代理的相关规则来确定合同的效力。”同时，《九民会议纪要》在引言中特别指出，外观主义系民商法上的学理概括，并非现行法律规定的原则。外观主义是为保护交易安全设置的例外规定，一般适用于因合理信赖权利外观或意思表示外观的交易行为。审判实务中要准确把握外观主义的适用边界，避免泛化和滥用。由此可见，《九民会议纪要》对印章效力的判定实际上是确立了“认人不认章”的裁判思路。盖章行为的作用在于表明行为人实施的是职务行为或代理行为，而非个人行为。职务行为或代理行为的前提是行为人享有代表权或代理权，但盖章的行为人在盖章时是否具有代表权或代理权，盖章行为是否是法人或非法人组织真实自愿的意思表示，均不能通过盖章这一行为直接得出。因此，认定盖章效力的关键在于盖章的行为人有无代表权或代理权。有代表权或代理权的行为人以法人或非法人组织的名义作出的意思表示，即便没有盖章或盖的是伪章，仍应当视为法人或非法人组织的意思表示，对法人或非法人组织有约束力。反之，没有代表权或代理权的行为人，即便加盖了公章，也不能当然认定为系法人或非法人组织的意思表示。[2]

在社会实践中，法人或非法人组织常会同时刻制多枚印章，有的经过备案，有的未备案。另外，印章的私刻、私盖、偷盖现象也大有存在。以下我们就尝试着对这些情形下印章的效力问题进行逐一分析。

1、未备案印章的效力问题。司法实务中，常有法人或非法人组织以加盖的印章未经备案为由否认对其产生效力。公章备案在我国是行政管理机关出于行政管理需要而要求法人或非法人组织将公章印模留档备查的行为，主要是公安机关和工商管理部门要求备案。可见，公章备案实质是行政管理层面的要求，并非公章对外生效的必要条件。在当今市场交易活动中，也没有形成交易主体要事先核查对方公章是否备案的商事惯例。交易过程中，法人或非法人组织使用的公章即使未经备案，如果善意相对人没有过失，其合理信赖应当予以保护。因此，仅以公章未经备案为由不足以形成否认其效力的有效抗辩。

2、部门章、专用章的效力问题。法人或非法人组织为了经营管理便捷，常会同时刻有多枚印章，常见的有法人章，项目部、行政部等部门章，合同、技术资料、财务专用章等。一般来说，印章的使用应当与文件的类型相匹配，如果印章超范围使用，除非法人或非法人组织追认的，否则不能认定为其意思表示。但这一原则的适用不能绝对化，认定印章的效力，我们还是应当坚持更加关注印章使用人的原则。如果印章的使用人具备代表权或代理权，即便是超范围使用印章，但为保护善意相对人的合理信赖，也不宜轻易否定盖章对法人或非法人组织的效力，而应当坚持“认人不认章”的原则，结合特定的交易情形、商事习惯等作出综合评判认定。

3、伪章的效力问题。司法实务中的印章纠纷很多是因假印章引起的，通常是一方以加盖的公章系伪造为由否认对其产生效力。此时，首先应当由印章显示的主体对其提出的伪章抗辩承担举证责任，其可以通过提供合法印章证明、申请鉴定等方式进行举证。那么，如果印章被证明确系伪造的情形下，是否就必然否定了印章对其产生约束力呢？也不尽然。通过上文分析，我们认为，印章之所以能够认定为系印章显示的法人或非法人组织的意思表示，关键在于加盖印章的人具有代表权或代理权，而不仅仅是通过印章的真伪来进行辨识。在这种情形下，如果相对人能够证明其交易时为善意，加盖公章的人具有代表权或代理权的外观，且是以法人或非法人组织的名义加盖的公章。那么，为了保护善意相对人的合理信赖，即便加盖的印章是伪造的，也应当认定对法人或非法人组织产生约束力。设例：公司的法定代表人因股东内部矛盾而失去公章的控制权，于是其私刻了一枚公章，与善意第三人以公司名义进行合同交易，此时，善意相对人就可以基于合同向公司主张权利。如公司因此造成损失的，则应当向法定代表人追偿。

四、“人章不相应”情形下的印章效力认定

《九民会议纪要》确定的“认人不认章”的效力裁判规则，仅能适用于具体加盖公章之人能够明确的情形。司法实务中还存在只有盖章没有签名，或者签名人不是盖章人的情形，针对这种具体加盖公章的人无法确定的“见章不见人”、“人章不相应”情况，又该如何认定盖章对法人或非法人组织的效力呢？总体来说，笔者认为，对此主张盖章为法人或非法人组织意思表示的一方，还应当就其合理信赖承担进一步的举证责任，以下具体分析。

1、“见章不见人”的印章效力认定。社会交往活动中，之所以出现只有

印章没有签名的情况，一方面是因为交易主体对公章效力的过于迷信，认为印章即代表了法人或非法人组织的意思，相对方没有要求盖章经办人签名，或者盖章经办人担心个人承担责任而拒绝签名；另一方面是因为通过电子传输、传真、邮寄等方式传递资料，当事人非当场、当面盖章。针对第一种情形，仍需由相对方举证证明公章的具体加盖人，再结合“认人不认章”的规则来认定其效力。否则，仅凭一枚来源不明的印章不能轻易认定为系该法人或非法人组织的意思表示。本文开端的案件实例即属于这种情形。针对第二种情形，相对方要证明印章的具体加盖人是比较困难的。对此，应当结合要约承诺的规则，如相对方能证明相应材料已到达对方，则印章即可以认定为系该法人或非法人组织的意思表示。此时，不宜对相对人适用过高的证明责任，以其未尽到注意义务为由否定印章对法人或非法人组织的效力，这样易使裁判结果悖离客观事实。

2、“人章不相应”的印章效力认定。针对既有签名又有盖章，但签名之人不是盖章之人，如何认定其效力问题。笔者认为，根据《民法典》第四百九十条的规定，签名与盖章具有同等法律效力，并未要求两者同时具备，签名或盖章都可以对相应的主体产生效力，也就是要分别对签名和印章的效力作出分析评判。具体而言，对这种情形下的签名，应当根据签名之人是否具备法人或非法人组织的代表权、代理权，是否基于代表权或代理权作出的签名，来认定其签名是否对法人或非法人组织具有约束力；对这种情形下的印章，应当根据上述“认人不认章”、“见章不见人”的认定规则来评判是否对法人或非法人组织产生效力。如果个人签名不能认定为法人或非法人组织的意思表示，同时盖章又可以认定为系法人或非法人组织的意思表示，则应当认定同时对个人和法人或非法人组织具有约束力，由两者共同承担责任。同时，如果具有代表权或代理权的个人既签名，又加盖了法人或非法人组织的印章，但其个人是以个人承担责任的意思表示作出的签名，这种情形下也应当认定为个人和法人或非法人组织共同承担责任。

五、实务中的风险防范

实务中印章引发诸多纷争，究其原因在于，作为法人或非法人组织对外意思表示的主要形式载体——印章，它不具有自然人签名、捺印的高识别性，易于被伪造、被利用，从而引发了一些不诚信的行为。同时，市场主体在社会实践中普遍存在“认章不认人”的思维模式，而本文所论及的“认人不认

章”的裁决思路也还仅是在最高人民法院的司法性文件中所确立，并没有明确体现在法律层面。从防止或减少印章纠纷的角度，笔者试着给出一些实务层面的操作建议：其一，作为使用印章的法人或非法人组织，要加强印章的管理，明确印章的具体责任人，建立管理台账，确定“谁保管、谁加盖、谁负责”的印章管理制度。对部门章、专用章在刻制时，可以在印模中刻注：“经办人：（空格）无签名无效”字样，这样便于明确使用印章的责任人；其二，在交易往来中，相对方不仅要注意识别印章的真伪，是否与交易事项相匹配，关键还在于一定要注意审查盖章的行为人是否具有代表权或代理权。为防患交易风险，在加盖法人或非法人组织印章时，相对方一定要让加盖人签名，或者在加盖印章时留下相应影相资料，以避免出现事后发生纠纷找不到责任人的尴尬境地。

参考文献：

- [1] 王泽鉴.《民法概要》，北京大学出版社 2011 年第 2 版，第 66 页.
- [2] 刘贵祥等.《全国法院民商事审判工作会议纪要理解与适用》，人民法院出版社 2019 年 12 月第 1 版，第 289 页.
- [3] 章建荣.《建筑施工企业内部承包合同制度规范与风险防范》，法律出版社 2017 年 6 月第 1 版，第 199 页.

— —

安徽师阳安顺律师事务所 程学平 叶树生

【摘要】公司强制清算与企业重整在案件性质、工作任务、审理方式、审判目的等诸多方面都是相近，甚至完全相同的，都属人民法院破产庭审理。特别是公司强制清算和企业重整的最佳目标，都是追求被清算公司、被重整企业能走出困境而获重生。对确因诸多因素决定而不能重生的，其退出市场主体的方式都是破产清算。因此，公司强制清算与企业重整是性质高度类似的案件。

由于公司强制清算主要执行的是公司法及相关配套司法解释和司法政策，企业重整主要执行的是企业破产法及相关配套司法解释和司法政策，从而造成了立法资源和司法资源的浪费。

为倡导《民法典》的绿色原则，若能以对现行公司强制清算和企业重整两个法律制度作适当修改、调整，将两个司法制度并轨，实现立法、司法资源的共享，则能大幅度提升人民法院的司法审判效力。

本文即为将公司强制清算与企业重整两个司法制度实现并轨，提出探索性的立法建议。

【关键词】公司强制清算 企业重整 绿色原则 法律制度并轨

一、民事诉讼活动的绿色原则

（一）民事诉讼活动应贯彻绿色原则

2021年1月1日起施行的《中华人民共和国民法典》，是中华人民共和国立法史上一个具有里程碑意义的重大事件。《民法典》第九条规定“民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。”

该法条是《民法典》立法所增设的，被誉之为“民法的绿色原则”。从法条的表述解读，似乎该“绿色”仅针对于“民事主体从事民事活动”。该原则是否也适用于国家的立法和司法呢？从学理、法理角度推定，答案应当是明确的，即国家的立法与司法在确保程序公正的前提下，也都应贯彻“有利于节约资源”、“提高立法、司法的效率”的原则。先前在司法实务中也常提“节约司法资源”的口号和措施，故该法条也当是立法与司法的绿色原则。

纵观我国 40 余年的立法史，仅就不同法律之间相关法条的重复立法、相关法条之间冲突的现象并不罕见，不仅造成了立法资源的浪费，也给司法人员的裁判造成了重大的困惑和难度，更为严重的后果是贬损了法律的权威和社会的公信，这显然是严重违背立法与司法绿色原则的。

（二）公司强制清算司法制度的立法缺陷

《中华人民共和国公司法》于 1993 年 12 月 29 日经全国人大常委会通过，自 1999 年 12 月 25 日—2018 年 10 月 26 日期间，经四次修正、一次修订，期间最高人民法院还先后颁布了五部司法解释。

就公司解散和清算，《公司法》第十章以 180—190 条共十一个法条设定了原则性的制度。由于该制度不足以解决公司解散和清算法律实务中所遇到的问题，针对公司强制清算司法实务中所遇到的诸多问题，最高人民法院于 2008 年 5 月 5 日通过的《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》，（以下简称“公司法司法解释（二）”，专章以 24 个“法条”对公司强制清算的司法实务予以规范，但仍不足以解决公司强制清算司法实务中出现的问题。

2009 年 11 月 4 日，最高人民法院又以印发《关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要》（以下简称“公司强制清算会议纪要”）的通知方式，制定了长达 40 条司法指导意见予以补充。且仍强调“对于审判实践中发生的新情况、新问题，要及时上报”。该强调意见说明，《公司法》、《公司法司法解释（二）》、《公司强制清算会议纪要》共计 75 个“法条”的组合拳，还是不足以解决公司强制清算的全部问题。

由此可见，仅就公司强制清算司法制度而言，最高人民法院虽耗费了如此之大的立法资源，但所设立的制度并不完善，且存在明显的“立法”缺陷。

（三）公司强制清算与企业重整司法制度存在共同的法律事实和法律基础

《公司法》第 190 条规定：“公司依法宣告破产的，依照企业破产的法律实施破产清算。”该法条的制定，说明立法机关早已预测到公司强制清算存在转入破产清算可能的法律程序转换。因此，在公司强制清算与破产清算的司法制度之间预设了一个法律通道，而企业重整则是企业破产清算司法活动中一种相对完善的制度。

《公司法司法解释（二）》第十七条第三款也以“债权人对债务清偿方案

不予确认或者人民法院不予认可的，清算组应当向人民法院申请宣告破产。”该规定，也为公司强制清算与破产清算设定了转换程序。

《公司强制清算会议纪要》第 39 条明确规定：“鉴于公司强制清算与破产清算，在具体程序操作上的相似性，如清算中公司有关人员未依法妥善保管其占有和管理的财产、印章和账簿、文书资料，……高级管理人员非法侵占公司财产等，可参照《企业破产法》及司法解释的有关规定处理。”

《中华人民共和国企业破产法》第二条规定：“企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照本法规定清理债务。”该法条中“企业法人不能清偿到期债务”、“资产不足以清偿全部债务”、“明显缺乏清偿能力”的情形，不仅构成企业破产法第七条规定的债务人“向人民法院提出重整、和解或者破产清算申请”的法定条件，同时也构成“债权人可以向人民法院提出对债务人进行重整或者破产清算的申请”的法定条件。

司法实务的经验告诉我们，当一个公司成就强制清算法定条件时，该公司十有八九也成就了公司重整或破产清算的法定条件。

因此，一个现实的问题就自然摆在立法机关和司法机关面前，即人民法院耗费大量司法资源启动对一个企业强制清算程序，清算组耗费大量精力和时间完成了一个公司清算的基础工作后，发现仅依公司强制清算的方式并不能实现让这个公司合理清偿对外债务，有序退出市场主体资格的目的，还必须再行启动企业破产清算的程序。于是，人民法院又必须再行启动对该公司的重整或者破产清算程序。虽然，先前公司强制清算的相关成果可以直接用于后续的重整和破产清算，但因“公司强制清算”与“企业重整或破产清算”各具有独立的法定程序，而且相关审计、评估成果又具有法定的时效性，于是，法院及重整或破产清算管理人又必须依企业破产法的程序规定，从头再来。其中，不仅存在诸多程序上重复劳动的浪费，更为浪费的是牺牲了时间的效益。

鉴于公司强制清算条件与企业重整或破产清算案件在性质上类似，且最高人民法院也指定由各地法院审理破产案件的审判庭审理。特别是公司强制清算过程中股东与股东之间、公司与债权人之间的和解；公司与债权人或第三方投资人的合作；债权、股权重组等都与企业重整的方式和措施高度一致。因此，如果在立法上稍作优化，即将公司强制清算与企业重整或破产清算制

度有机衔接，将公司法中的强制清算与公司解散同企业破产法中的企业重整、和解与破产清算两个法律制度兼容并轨，则可极大提高公司强制清算的司法审判效率，从而落实人民法院对公司强制清算司法实务的绿色原则。

二、将“企业重整”与“公司强制清算”法律制度并轨，可以最大化节约立法与司法资源

（一）公司强制清算大数据分析所证明的法律事实

对公司强制清算诉讼案件自受理到裁判的相关情况，目前尚未检索到最高人民法院的大数据分析，但网传有律师撰写的《强制清算大数据报告及焦点问题分析》一文。该文以全国各地人民法院作出的 1465 份有效样本为参照，其中各地各级法院裁定受理的 819 件，占 55.9%；不予受理的 307 件，占 21%；裁定准予撤回申请的 339 件，占 23.1%。

由该文统计的数据看，法院对公司强制清算诉讼案受理率为 79%，不予受理率为 21%。

由公司强制清算案申请人身份看，在 819 件受理的案件中，申请人为股东或出资人的有 418 件，占 51%；申请人为债权人或其他利害关系人的有 301 件，占 36.8%；从裁判文书上不能准确确认身份的有 100 件，占比 12.2%。但可推断，人民法院之所以受理，该 100 名申请人一定是属于对公司或股东有权主张权利的权利人，因此，可归纳为有利害关系人一类。即申请人为债权人或其他利害关系人的有 401 件，占比 49%。

对该大数据分析，可充分说明《公司法》及《公司法司法解释（二）》将公司强制清算法律制度局限于调整股东与股东、股东与公司之间利益之争的立法目的，是存在立法的局限性的，应外延到股东、公司与债权人及其他利害关系人之间的利益之争。

上列数据统计，还应关注到一个客观的法律问题，即公司强制清算诉讼虽有 51%是由公司股东申请启动，但清算过程中涉及的并不一定就仅限于股东之间的利益之争，另 49%是由债权人或其他利害关系人提起，故调整的一定是债权人及其他利害关系人与公司或公司股东之间的利益之争。

虽然，该文未对 819 件受理案件的审理结果作介绍，但根据公司强制清算是以公司解散为前提条件的司法实务可以推断出以下情形：

第一，该文对不予受理的 20.9%的案件，虽未说明理由，但依法可以推定属不符合受理条件的情形。

第二，对准予撤回申请的 23.1% 的案件，由于法院审理的公司强制清算案件坚持的是利益均衡保护原则，只有在股东与股东，公司与债权人、相关利害关系人之间利益之争在诉讼中到妥善平衡，法院才会准予申请人撤回申请。故该 23.1%，计 339 件案件中，绝大多数应当是股东与股东，债权人、利害关系人与股东和公司之间多以股权、资产、债权债务重组等方式达成了利益平衡而和解。即这些以撤回申请而结案的案件，与企业重整的性质和结果是高度类似的。

第三，对 819 件受理的案件中有 700 件是逾期未成立清算组的，另有 56 件是虽成立了清算组，但却故意拖延清算的，占比为 92.3%。该文虽未披露诉讼结果，但根据股东不愿成立清算组或虽成立清算组却拖延清算的情形分析，可以预测其中绝大多数可能都是公司已处于《企业破产法》第二条规定的情形，人民法院依强制清算程序难以结案，最终而转入破产清算程序。当然，在破产清算过程中，一定也存在以企业重整结案的情形。

这种现象给我们提出了一个问题，法院是否可在受理强制清算诉讼案件后，先行向申请人和被告释明，引导他们直接进入企业重整或破产清算程序，以避免经强制清算全套流程后，不得已而被动转换为破产清算程序的现象发生，造成时间和司法资源的浪费，从而有违民事诉讼活动的绿色原则。

（二）“企业重整”与“公司强制清算”法律制度的并轨，只需对企业破产法和公司法稍作修改即可实现企业破产清算的最佳目标是实现企业的重整，而公司强制清算的最佳目标也是在解决了该公司存在的问题后，能使该公司重新恢复正常运营的状态。为将“企业重整”与“公司强制清算”两个法律制度并轨，只需对现行企业破产法和公司法稍作修改即可实现。

1. 《公司法司法解释（二）》第二条规定的释法缺陷

《公司法司法解释（二）》第二条规定：“股东提起解散公司诉讼，同时又申请人民法院对公司进行清算的，人民法院对其提出的清算申请不予受理。人民法院可以告知原告，在人民法院判决解散公司后，依据《公司法》第一百八十四条和本规定第七条的规定，自行组织清算或者另行申请法院对公司进行清算”。该条司法解释可理解为设立的是解散公司诉讼的相关法律制度，而且在程序上将“解散公司之诉”与“强制清算之诉”拆分为两个独立之诉，并将“解散公司之诉”设置为“强制清算之诉”的前提条件，且不能兼容并行，这一制度的立法本身存在本末倒置的重大缺陷。因为“解散公

司”并不是解决股东与股东之间、特别是公司与债权人之间纠纷与矛盾冲突的根本之策，仅仅解散了公司，既不能解决业已产生的诸多社会矛盾，更不能充分保护股东和债权人的实体利益。因为，司法实务人员都会清醒地认识到，只有在对公司全面清算的基础上，才能解决股东与股东、债权人与公司之间实体利益的平衡与保护，进而才能从根本上解决问题。

另外，当一个公司被法院判决解散后，再进入强制清算的程序，但在该程序中，公司的股东、债权人、利害关系人之间经协商谈判，以资产、债权债务、股权重组等方式达成了和解，申请人申请撤回强制清算的申请，在这种情形下，人民法院原则上是准许的。这时就自然产生了一个法律问题，即对先前人民法院作出的解散公司判决的效力和法律后果如何认定？人民法院是否应再以裁定的方式撤销解散公司的判决？是将解散公司判决仅解释为对该公司经营活动的限制，仅对该公司和股东产生约束力而对外不产生效力？还是该公司就必须依生效的判决解散，而不再具有市场经营主体资格？《公司法》、《公司法司法解释（二）》和《公司强制清算会议纪要》对此都未作出明确的规定，只是在《公司强制清算会议纪要》第19条作了准予申请人准予申请人附条件撤回申请的指导意见。

客观的事实是，在强制清算诉讼中，当申请人撤回强制清算申请的前提条件大多数情形是该公司股东与股东，公司与债权人之间和解，公司的股权或债权已重组。虽然法院先行下发的解散公司判决，只要不下发到市场监督管理机关强制注销公司，原则上没有谁去关注这个问题。但若没有一个合理的程序解决这个问题，至少会对人民法院生效判决的司法权威性产生负面影响。

2. 对《公司法》和《企业破产法》的修改建议

为贯彻司法诉讼的绿色原则，节约司法资源，避免法官无效的重复劳动，维护司法裁判的权威，立法机关和最高人民法院应对《公司法》和《公司法司法解释（二）》作适当修改，将公司强制清算的诉讼和解散公司诉讼两个程序兼容合并，且将强制清算之诉设定为公司解散之诉的必要前置程序。因为，任何一家公司的解散无论是股东会自行决定解散，还是法院判决解散都应当对公司都进行清算。否则，公司内部股东之间以及公司与债权人、利害关系人之间的矛盾，利益纠纷都难以化解而不能保证该公司有序地退出市场，甚至引发上访一类的群体性纠纷。

若将“公司强制清算”程序置于“解散公司”程序之前，则可完全避免前述问题的产生。公司经强制清算，首先保证争议各方知晓公司困局的原因，进而使各方利害关系人实体利益得到合理调整，矛盾冲突得以解决后，即便公司已无存续必要，或已不可能继续存续，解散公司则是水到渠成，只需履行公司解散的行政报批手续即可，从而达到免除了当事人和法院审理解散公司之诉的诉累，节约司法资源，践行司法诉讼绿色原则的良好社会效果。

《公司法》中公司的强制清算与《企业破产法》中的企业重整两个司法制度，虽然立法角度不完全相同，启动的程序不同，适用的法律不同，但实体利益调整的方式几乎是一致的，诉讼目的和法律后果几乎也是完全相同的。因此，可将公司法第十章“公司解散和清算”修改为“公司清算和解散”，并将第一百八十三条修改为“公司经营管理发生严重困难或股东之间争议不能通过股东会会议协商解决，公司继续存续会使股东和债权人利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东可以请求人民法院对公司强制清算后，宣告解散公司”。

将第一百九十一条修改为：“公司强制清算过程中，债权人或持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，可以向人民法院申请对公司重整。人民法院经审查认为公司符合重整条件的，应当裁定公司重整，并予以公告。

公司重整适用企业破产法相关规定。”

在《企业破产法》“重整”的独立章节中增设一个条款，即“人民法院审理公司强制清算案件，若债权人、公司股东会或持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东申请对公司重整，人民法院经审查认为公司符合重整条件的，应当裁定将公司强制清算程序转为公司重整程序，适用本法规定实施重整”。

鉴于修法程序启动的计划性，对《公司法》的修改若短时间内难以启动，最高人民法院可以采取对《公司法司法解释（二）》的修改方式予以解决。因《企业破产法》的修改已由全国人大常委会列入2021年度重点立法计划。因此，可在《企业破产法》的修改中，先行预设企业重整诉讼与公司强制清算诉讼并轨的通道。

另外，为保证困局企业能享有最大化重生的机会，在对《企业破产法》的修改时，还应对该法第七十条第二款、第九十五条第一款、第一百零五条予以修改，将债务人或债权人申请重整、和解的时间段延长至“破产财产变

价方案经债权人会议表决通过，经人民法院裁定认可前”，以给予破产企业在破产财产变价处置前，还能享有重生的机会。因为，企业法人是承载市场经济繁荣的主力军，任何一个具有一定市场活力的企业法人都是社会的宝贵财富。当一个企业法人“病了”，法院若能通过公司强制清算或企业重整的法律手段，治好这个企业的“病”，使其起死回生，重新焕发市场活力，既能体现社会主义法律制度人性化，也能体现司法审判机关社会职责的人文关怀，更是完全符合《民法典》民事活动绿色原则的利国利民之举。

可以预测，如果以上修法建议能被立法部门关注并付诸实施，则公司强制清算与企业重整两个诉讼制度之间就完成了并轨。这不仅使公司治理僵局和企业不能清偿到期债务的困局更多得以打破而重获新生，也能为人民法院审理公司强制清算案件的司法效率和社会效益得以大幅度提升。

三、企业重整与公司强制清算法律制度存在共同的法理基础

（一）企业重整与公司强制清算司法活动适用的主体条件相同

企业重整适用的对象是“企业法人”，公司强制清算适用的对象是“公司法人”，而公司法人又是归属于企业法人的一种组织形式。虽然，破产法的立法趋势存在向个人或其他经济组织外延的可能，但就企业重整与公司强制清算而言，适用的主体条件是完全相同的。

（二）调整的法律关系完全相同

企业重整调整的法律关系是破产企业与债权人之间业已形成的债权债务关系，但《企业破产法》第三十一条、第三十六条的规定，同时也调整企业股东与股东之间的利益平衡关系。如追究未足额出资股东的补缴出资责任；追回企业董事、监事和高级管理人利用职权从企业获取的非正常收入和侵占企业的财产；撤销无偿转让或低价转让企业财产；为没有财产担保的债务提供财产担保；提前清偿未到期债务；放弃债权等损害债权人利益的行为等。而在公司强制清算诉讼中，同样也是针对上述法律关系，平衡调整股东与股东、公司与股东，公司与债权人及相关利害关系人之间的利益关系。

（三）司法价值目标相同

企业破产清算活动的最佳司法价值目标是通过企业重整，债权人与企业和解的方式引入第三人投资，使濒临破产的企业得以存续，从而重新焕发市场主体活力。而公司强制清算的最佳司法价值目标同样也是通过股东与股东、股东与公司、公司与债权人及相关利害关系人通过部分债务豁免、债权、

债务、资产、股权重组，引入第三方投资等方式，实现和解、重整，使公司僵局得以打破，实现公司的继续存续，正常运行。在实务操作中，企业和解、重整所有的方式和措施，在公司强制清算的和解中，都是完全可以适用的。

因此，为实现企业重整与公司强制清算共同的司法价值目标，人民法院和重整（强制清算）管理人所采用的方法和措施也都是相同的。

（四）市场主体出清的方式相同

企业重整计划草案不能获得表决通过，或虽通过但不能获得人民法院批准，该企业只能被宣告破产而进入破产清算。而在公司强制清算中，若债权人对债务清偿方案不予确认或人民法院不予认可，则该公司的强制清算也只能转换为破产清算。因此，对企业重整转破产清算和对公司强制清算转破产清算，最终实现这类破产（僵尸）企业的市场主体出清的方式是完全相同的。

综上分析，企业重整与公司强制清算的法律制度存在共同的法理基础和共同的司法价值目标，且适用的方法和措施也都是通用的，故这两种诉讼制度实现并轨是具有共同的法理基础的。

四、结语

现代化法治，不仅依赖于科学完善的法律制度，也依赖于公平公正、高效运行的司法制度，而科学的立法和高效的司法都必将耗费国家宝贵的立法和司法资源。因此《民法典》将民主活动和绿色原则列入基本规定之一，同样也要求国家在立法和司法活动中贯彻执行。

现行《公司法》中公司解散和清算，《企业破产法》中的重整与破产清算法律制度的立法与司法活动，显然有违《民法典》的绿色原则。

笔者作为法律实务工作者，在长期的法律服务工作中，深感这两个司法制度在执行中不仅造成了宝贵立法和司法资源的巨大浪费，也不利于困境企业的解困和僵尸企业的重生，更不利于社会多方矛盾的化解。为响应论坛组委会“小题大做”的倡导，仅依个人理解，草作此文。

鉴于本人理论水平有限，文中若有谬误，敬请读者自行甄别，更欢迎批评指正。

— —
安徽宣一律师事务所 王明水

【摘要】随着国家房地产调控政策的收紧，房地产企业面临着融资的困难。面对流动资金不充足的困境，房地产企业以开发建设的房产抵偿工程款、融资借款及抵偿其他债权的情况不断出现。以房抵债协议效力问题，不仅关系到破产房企与以房抵债协议相对方债权人的利益，更将直接影响破产财产范围的认定，从而影响到广大债权人的清偿比例。是继续履行以房抵债协议还是认定无效而解除该协议，成为管理人需要慎重考虑的重要问题。为此，笔者就房开企业破产前达成的以房抵债协议效力及相关处置问题作些浅显的探讨。

【关键词】 房企破产 以房抵债 认定标准 效力

一、引言

房地产开发企业（以下“简称房开企业”）经营过程中，往往会遇到流动资金不充足的困境，因融资的需要会出现以开发的房产抵偿债务的情形。当房开企业进入破产程序后，管理人则应对以房抵债协议的效力作出判断，管理人会因以房抵债协议发生的时间、抵偿债务的性质、抵债协议履行的阶段不同，进而对效力作出判断并作出处置。对应认定为有效的协议依法维护交易安全，对应认定为无效或存在可撤销、可解除情形的，应通过破产衍生诉讼程序解决，以平衡债务人与以房抵债协议债权人的利益，从而达到最大限度的保护绝大多数债权人利益的根本目的。

二、以房抵债的成立条件

“以房抵债”属不动产抵债，抵债物限于债务人特定的房产。“以房抵债”的成立应该具备以下三个条件：

- 1、债权人与债务人之间必须存在着合法的债权债务关系；
- 2、债务人对用以抵债的房屋拥有所有权或完整的处分权；
- 3、双方必须有债务人交付房产和债权人受领房产从而消灭债权债务关

系的合意，即达成抵债协议。

同时具备上述三个基本条件，以房抵债协议成立。

三、实务中“以房抵债”协议性质的主要争议

房开企业破产中“以房抵债”，大体可分为两种情形，一种是当事人双方之间已就“以房抵债”达成了协议，不仅签订了商品房买卖合同且已经实际办理了房屋过户手续，办理了不动产登记证；另一种则是双方当事人就“以房抵债”达成了一致意见，签订了房屋买卖合同，但没有办理房屋过户手续，有的没有现实地交付房屋。

以房抵债协议的性质一直存在“诺成性合同”和“实践性合同”之争。“诺成性合同”观点认为，原《合同法》第四十四条规定，合同自依法成立之日起生效。《民法典》第五百零二条规定，依法成立的合同，自成立时生效。债权人与债务人依法订立以房抵债协议，该协议应当自订立之日起成立，而债务人交付抵债房是以房抵债协议的履行问题，债务人不按约交付抵债房，属于违约行为，因而不能将债务人交付抵债房作为以物抵债协议的成立或生效要件。

“实践性合同”观点认为，原《物权法》第九条规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记发生法律效力；未经登记，不发生法律效力。《民法典》第二百零九条规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力。当事人达成以房抵债协议，因抵债房属于不动产，在债务人尚未交付抵债房前，债权尚未转化为物权，以房抵债协议在物权上不具有法律约束力，因此，只有债务人将抵债房实际交付给债权人或者所有权转移至债权人名下，以房抵债协议才能生效。

四、“九民纪要”关于“以物抵债”性质的界定

最高人民法院关于以物抵债性质的界定，经历了从实践合同到诺成合同观点的变化过程。

最高法院公报案例（2011）民提字第210号中，最高法院坚持的是实践合同观点，认为：依据民法基本原理，代物清偿作为清偿债务的方法之一，以债权人现实地受领给付为生效条件，反之不生效。

2018年12月出版的《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要：追寻裁判背后的法理》中，最高法院民二庭已改诺成合同观点，认为：“就以物抵债协议而言，在我国法律没有规定代物清偿制度，而当事人对合同成

立又无特别约定的情况下，应当认定其系诺成合同，自双方意思表示一致时成立，不以债权人受领抵债物为合同成立要件。”

“九民纪要”观点为诺成合同，而实践合同仅为例外，分析如下：

1、以物抵债协议一般情况下为诺成合同

《九民纪要》第 44 条指出：“当事人在债务履行期限届满后达成以物抵债协议，抵债物尚未交付债权人，债权人请求债务人交付的，人民法院要着重审查以物抵债协议是否存在恶意损害第三人合法权益等情形，避免虚假诉讼的发生。经审查，不存在以上情况，且无其他无效事由的，人民法院依法予以支持。”这是处理履行期届满后以物抵债的规定，也就是说，债权人与债务人在债务履行期限届满后达成以物抵债协议，该协议不存在无效情形，当时也不损害第三人合法权益的，债权人请求债务人交付抵债物的主张应当成立。

2、以物抵债协议例外情形为实践合同

《九民会纪要》第 45 条指出：“当事人在债务履行期届满前达成以物抵债协议，抵债物尚未交付债权人，债权人请求债务人交付的，因此种情况不同于本纪要第 71 条规定的让与担保，人民法院应当向其释明，其应当根据原债权债务关系提起诉讼。经释明后当事人仍拒绝变更诉讼请求的，应当驳回其诉讼请求，但不影响其根据原债权债务关系另行提起诉讼。”据此，在债务履行期届满前，房开企业与债权人达成以物抵债协议，但房开企业不交付或未交付债权人的，因债务未到期不可能将债权转化物权，故债权人只能主张债权，而不能请求实现物权。

五、房开企业破产中涉及的几类“以房抵债”情形的处理

1、房开企业破产前抵债商品房已经交付的处置

房开企业进入破产程序前，房开企业根据以房抵债协议，已将抵债商品房实际交付给债权人，或者已经将抵债商品房的所有权转移至债权人名下的，除抵债协议存在无效情形、可撤销情形、个别清偿情等形侵害其他债权人利益外，因该抵债商品房已经实际脱离房开企业而为债权人财产，故该已抵债的商品房不能再作为房开企业的财产在破产程序中再行处置。

2、债务履行期限届满后抵债但未交付的处置

在房开企业破产前，房开企业在债务履行期限届满后与债权人达成以房抵债协议，但房开企业尚未交付抵债商品房就被法院裁定破产，债权人在房

开企业破产程序中主张以房抵债协议有效并请求房开企业交付抵债商品房的，管理人和法院根据《九民纪要》第44条规定应当支持其主张。至于抵债商品房在房开企业破产程序中是否具备交付条件以及如何交付的问题，则应另当别论。

3、债务履行期限届满前抵债但未交付的处置

此种情形根据《九民会纪要》第45条规定，债务履行期限届满前达成“以物抵债”协议，抵债房未交付债权人，因债务未到期不可能将债权转化物权，故债权人只能主张债权，而不能请求实现物权。但房开企业进入破产程序后，根据《企业破产法》第四十六条“未到期的债权，在破产申请受理时视为到期”的规定，债权人对房开企业的债权在房开企业进入破产前虽未到期，但在房开企业进入破产时就被视为到期，因此，应当根据《九民会纪要》第44条的规定进行处理，债权人请求房开企业交付抵债商品房的主张应当成立。

4、抵债商品房未取得预售许可的处置

在未取得商品房预售许可证的情况下，房开企业与债权人达成以房抵债协议的，债权人依据以房抵债协议取得抵债商品房仅为期待权，此情形延至房开企业破产程序的，抵债商品房仍应认定为房开企业的财产，债权人无法实际取得抵债商品房，管理人可以决定解除以房抵债协议，但双方债权债务关系没有消灭，债权人对房开企业仍享有的债权只能作为普通债权进行处置。

5、抵债商品房合同已经备案登记、预告登记的处置

“以房抵债”的商品房买卖合同已经备案登记、预告登记的，房开企业进入破产程序，管理人应当认定商品房已经预售。对已通过抵债结清商品房价款的，债权人虽未取得产权证书，但已具有一定意义的产权交付，管理人应当保留债权人取得抵债商品房的期待权，不宜以双方“均未履行完毕”为由依职权解除以房抵债协议以及所涉的商品房买卖合同。

6、抵债商品房合同未备案登记、预告登记的处置

“以房抵债”所涉的商品房合同既未备案登记又未预告登记，房开企业进入破产程序的，就不存在房开企业交付抵债商品房的情形，管理人可以依职权解除以房抵债协议及所涉商品房买卖合同。

7、在商品房无法交付的情况下，“以物抵债”之破产债权的认定

房地产开发项目未建成房开企业进入破产程序，“以房抵债”的房产未进行交付且无法进行交付的情况下，因以房抵债的债权人其本意是通过签订商品房买卖合同督促债务人履行原债务，债权人不是真正的购房者，不符合商品房消费者的身份。《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》中第1、2条的规定，该立法精神出于对以居住类生活消费为目的，并且已交付全部或者大部分房款的商品房消费者的权益予以保护，该消费者购房户的债权优于建设工程价款优先受偿权，进而优于抵押权，优于普通债权。该批复中消费者的含义应为“为生活消费需要购买”商品房的消费者，而以房抵债的债权人并不是基于生存需要购买商品房的，不符合法律规定的商品房消费者的定义，故而在破产程序中“以物抵债”之破产债权的性质应按基础法律关系认定，并不必然具有优先于其他一般债权的权益。

8、以房屋买卖形式提供借款之债权的认定

债权人通过签订房屋买卖合同的形式提供借款，约定将债务人的房屋低价出售给债权人，同时，房屋买卖合同还约定：若债务人按期归还购房款本息的，则债务人可无条件解除房屋买卖合同；若债务人未按期归还购房款本息的，则债务人应履行房屋买卖合同。债务人进入破产程序后，债权人往往会要求债务人继续履行房屋买卖合同交付房屋。从双方签订的房屋买卖合同的诸多条款中，显见双方的真实意图并非房屋买卖，而只是以房屋买卖的形式为融资借款提供担保，故其债权性质按基础法律关系认定。《民法典》第四百零一条规定：抵押权人在债务履行期限届满前，与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有的，只能依法就抵押财产优先受偿。《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十四条规定第一款规定：当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保，借款到期后借款人不能还款，出借人请求履行买卖合同的，人民法院应当按照民间借贷法律关系审理，并向当事人释明变更诉讼请求。当事人拒绝变更的，人民法院裁定驳回起诉。该条第二款规定：按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后，借款人不履行生效判决确定的金钱债务，出借人可以申请拍卖买卖合同标的物，以偿还债务。就拍卖所得的价款与应偿还借款本息之间的差额，借款人或者出借人有权主张返还或补偿。根据上述法律规定，在破产程序中对以房屋买卖形式提供

借款之债权可认定为优先权债权,优先权范围以为签订的商品房买卖合同所涉房屋价值为限。

参考文献:

[1]郑小雄.《房地产开发企业破产若干法律问题分析》,人民法院出版社 2000 年版,第 212-217 页.

[2]山东利得清算事务所.《房地产企业破产重整操作指引》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 168 页、第 184 页、第 250 页.

[3]王欣新,郑志斌.《破产法论坛》(第十一辑),法律出版社 2016 年版.

[4]《民事审判指导与参考》第 65 辑案例,2016 年 6 月出版.

安徽今昔律师事务所 程燕

【摘要】“执行难”是当前司法实践中面临的突出问题，其中很大一部分被执行人是缺乏经营能力且缺少可供执行财产的企业，通过执行转破产程序实现这类企业的良性市场退出，解决执行难问题至关重要。“执转破”制度的有效发挥依赖于各种利益的权衡、沟通与衔接。

【关键词】 执转破 利益 衔接

“执行难”是困扰当前理论和实践的突出问题，从表面上看造成执行难的原因之一是被执行人缺少可供执行的财产，由此形成执行积案，但是这背后深层次的原因可能在于制度的缺失，司法资源未合理配置，在这种情况下“执转破”制度应运而生。

一、“执转破”制度的产生及功能定位

“执转破”制度，即执行案件移送破产审查制度，是2015年2月4日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》中新设的一项制度，指的是法院在被执行人为企业法人的财产给付类案件执行过程中，发现被执行企业符合破产条件的，经一定主体申请、同意后，将企业移送破产法院审查，启动破产程序的法律制度。

2021年最高院工作报告中指明，2020年全国法院共受理执行案件1059.2万件，执结995.8万件^[1]。除去尚未执结的六十多万案件，在执结的执行案件中也不代表申请执行人的债权已经得到了清偿，很多是因为被执行人没有财产可供执行。那些既没有财产也没有经营能力的被执行人就是“僵尸企业”，这类企业往往经营混乱、财务不清、且有着长期拖欠工资的现象，不及时清理不仅是债务滚雪球般不断扩大，也伴随着职工、债权人维权上访事件，不仅恶化营商环境，也是影响社会稳定的不定时炸弹。此时，通过执行转破产程序畅通执行案件依法退出路径，彻底终结执行案件，方能解决执行难问题，及时清理“僵尸企业”。

债权人利益的保障是破产法发端的原始动因，但随着法律不断完善以及破产免责制度的产生，破产理念经历了从债权人本位—债权人债务人的利益平衡本位—社会利益与债权人债务人利益并重的一个演变过程^[2]。我国现

行的企业破产法追求的价值理念是公平清偿原则，保障的是债权人整体的利益，而非只是单个债权人的利益。“执转破”制度的落实，可以将执行案件中的个别清偿变为破产程序中的集体清偿，维护债权人整个集体的利益，使其获得公平清偿。由此不仅可以对执行不能案件进行有序分流，还可以防范金融风险，恢复市场良性运营，优化营商环境。

二、“执转破”制度的司法实践与矛盾冲突、利益权衡

“执转破”制度大体可以分为三个环节：决定程序、移送程序和审查处理程序。在整个执行转破产程序施行的过程中，体现了各种价值理念的冲突与平衡，不仅是申请执行人、被执行人、被执行人其他债权人之间的利益纠葛，也是当事人私权利与司法公权力之间的较量，甚至法院内部执行部门与审判部门之间的沟通与衔接。

1、“执转破”制度下当事人申请主义与法院职权主义的选择

司法实践中，虽然“执转破”制度解决了法院在执行过程中滞留的一部分“僵尸企业”，但适用执行转破产程序的案件数量总体来说相对较少，因为根据《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》第二条规定，“执转破”程序的启动应经过被执行人或至少一个申请执行人书面明确表示同意。申请执行人作为债权人，对执转破程序的启动具有选择权。但是对于申请执行人来说，尤其是已经采取了保全性措施的债权人，最大限度实现利益是他们选择司法程序的动机和目的，通过参与执行程序，成本低、效率高，可能实现利益的最大化，且他们往往抱着即使这次不能全额清偿在今后仍有追偿可能性的想法。但是，一旦由执行转入破产程序，保全措施将被解除，保全利益丧失，参与分配的债权人增多，债权利益可能被稀释，有些甚至可能是比自身占据更大优势地位的享有优先债权的债权人，最终的破产财产分配结果可能对自身更为不利，分配比例极低，甚至债权面临着被免除的风险。因此，实践中申请执行人申请移送破产审查的意愿与动力不强。

2018年3月4日施行的最高人民法院《全国法院破产审判工作会议纪要》中第七部分执行程序与破产程序的衔接，强调了执行法院的审查告知、释明义务和移送职责。执行法院发现作为被执行人的企业法人符合企业破产法第二条规定的，应当及时询问当事人是否同意将案件移送破产审查并释明法律后果。这在一定程度上对当事人申请主义的完全自主选择权做出了更改，引入了一些职权主义启动的思想内涵，但上述规定仍然未突破当事人申请的界

限，能否启动执行转破产程序当事人的同意仍是关键。在司法实践中，依靠释明或者建议产生的作用局限性较大，进而导致在执行程序中大量执行案件陷入僵局，无法实现有效的解决及退出。

实践中，有部分申请执行人在同意移送破产程序后又反悔要求撤回移送，甚至有当事人在法院做出受理破产裁定后因为自身的债权不能完全受偿而要求撤回破产申请。能否给予破产申请人反悔权，江苏省高级人民法院《关于规范执行案件移送破产的若干规定》中规定，破产审查期间，原同意移送破产审查的申请执行人或被执行人自愿撤回申请的，可予以准许。赋予了当事人“反悔权”，这与执转破程序由申请执行人或者被执行人启动的原则是相适应的，但该“反悔权”是否有限制该规定中并未有详细规定。其与民事诉讼中当事人要求撤诉的权利是否一致，答案应当是否定的。撤诉只是涉及到当事人个人权利的处分，可以充分尊重私法自治原则，而破产申请的“反悔权”所带来的后果往往涉及到众多其他债权人的利益，当事人申请执行的财产可能是被执行企业仅剩的资产，一旦被执行，其他债权人将面临无财产可供执行的窘境，通过破产程序解决才能维护集体债权人的利益，实现“僵尸企业”的良性退出市场机制。故，“反悔权”应当是有限制的，此时如果申请人要求撤回同意移送破产的申请，法院是否有权进行自由裁量，是否要做实质审查，这也是当事人申请主义与法院职权主义的博弈，这些问题都有待法律进一步的明确。

在我国当前的法律制度下，“执转破”制度中破产申请完全适用当事人申请主义，对于债权人或债务人等利害关系人而言仅仅是一种权利而非义务，这对于化解执行难困境、清理“僵尸企业”极为不利。未来增加一定条件下破产申请的义务性以及法院职权主义的介入，形成司法的干预与当事人自由意志自由的结合，法院的职权主义与当事人申请自由主义的平衡才能在个人债权人利益与集体债权人利益中做好取舍，以期避免当事人申请主义给债权救济所带来的损害和诉讼效率的降低。

2、“执转破”制度下法院执行部门的选择

执行程序以及破产程序，二者都需要对当事人财产进行调查、控制以及处理。故执行转入破产程序前的调查、审查工作至关重要，能否进入破产程序的一个核心判断标准即被执行企业是否符合不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的情形。对企业财产、财务、债

权债务等所有相关信息的汇总、整合、分析、论证，才能够有效判断企业的真实债务情况，准确清理“僵尸企业”，防止企业通过破产恶意逃避债务。但做到这些，往往需要执行法院付出大量的时间精力，故相对审理难、事物杂、问题多的破产案件，很多法院的执行部门对被执行人企业已出现破产原因但尚有部分可供执行财产的执行案件，更倾向于通过个别执行来清偿债务；对执行不能案件采取更为简便的终结本次执行程序。但是，这种做法治标不治本，仅仅解决了个别执行案件，但面临的是更多针对被执行人的执行案件，且由于被执行人的财产已经执行完毕，新产生的执行案件就面临无财产可供执行陷入执行僵局，由此带来的矛盾可能更大。若及时推动执行转破产程序的启动，及早进入破产程序，则对所有债权人来说更为有利，实现利益的均衡，也会大大降低债权人上访维权的风险与矛盾。进一步提升执行法院“执转破”案件的移送动力，则类似在执行过程中陷入无财产可供执行的僵局的情况将会越来越少，避免产生执行积案陷入“执行难”的困境。

三、“执转破”制度下的沟通与衔接

对于符合条件的被执行人适用破产程序是维护市场优胜劣汰和正常运行机制，维护全体债权人利益的应有之义，但实践中，当事人选择执行程序而非破产程序的一个重要影响因素是执行程序相对简便快捷，如何实现“执转破”制度效率与利益最大化是促使申请执行人或者被执行人申请执行转破产程序的关键也是优化诉讼资源、提高司法效率的重要因素。“最大限度地减少法律实施过程中的经济耗费是评价和设计法律程序时所应考虑的重要价值，也是司法活动所应追求的价值目标。”^[3]对破产程序进行繁简分流，根据债务人可支配财产的金额以及案件的难易程度等分别适用不同的破产程序进行审理，合理配置司法资源，提高破产审判的效率，也是推动执行转破产程序落到实处、及时清理“僵尸企业”的重要措施。这就需要法院各部门之间尤其是执行部门与破产审判部门之间的有效沟通与衔接，以及法院与政府、税务、公安、住建部门的有效联动。

最高人民法院《全国法院破产审判工作会议纪要》提出要根据破产案件数量、案件难易程度、审判力量等情况，合理分配各级法院的审判任务。对于债权债务关系简单、审理难度不大的破产案件，可以主要由基层人民法院管辖，通过快速审理程序高效审结。最高人民法院印发《关于推进破产案件依法高效审理的意见》的通知中也提出了构建简单案件快速审理机制，对于

债权债务关系明确、债务人财产状况清楚、案情简单的破产清算、和解案件，人民法院可以适用快速审理方式。应用于执行转破产程序中，就需要建立执行法院对简易破产案件的甄别和协助机制。通常而言，判断案件是否适用简易破产程序的考量因素主要包括以下几点：债权人人数少、债务人的财产少、债务人财产状况简单、债权债务关系简单、案件争议较小等。而这些因素在执行程序中都可以得到初步的查明，因此由执行法院来判断案件是否适用简易程序是合理的，而且也可以合理利用诉讼资源、优化司法效率。

《陕西省高级人民法院关于执行案件移送破产审查工作的实施意见（试行）》中提出了要设立执行转破产案件的专门的合议庭，囊括从立案、审理到执行各个阶段的法官，负责执转破案件的预审工作^[4]。这对“执转破”制度的落实具有重大意义，执行法院可以充分发挥其职权优势，对案件进行繁简分流，审理法官可以充分发挥对案件审理的优势，推动破产审判的进行。

破产程序中资产的快速有效处置，也依赖于执行法院的配合。执行程序中往往对被执行人的财产采取了保全措施，实践中破产财产挂网成交后在办理过户手续时就会遭遇保全措施未解除无法办理的情形，若执行法院在进入破产程序时就及时解除相关保全措施，将有效加快资产处置进度，保障破产案件办理效率。

不仅如此，破产程序也需要实现法院与政府、税务、公安、住建部门的有效联动等不同主体之间的有效联动。实践中，例如驾校的车辆处置，该车辆可能涉及到年检、违章等多项问题，但是车辆违章的当事人往往早就离开驾校或者及时找到当事人其也拒不配合，如果没有车管所的配合破产企业是无法解决这个问题，由此车辆就不能处置过户。再如违章建筑的处置，如果没有政府的有力配合，资产就无法得到处置，破产程序就无法推动，原来的执行僵局就转换成破产僵局，这显然与“执转破”的制度本义是冲突的。

“执转破”制度的产生，是基于社会的需要，也是因为其是解决“执行难”问题的行之有效的措施，所以最终在法律上得以落实。但如何实现执行程序与破产程序的有效衔接，完善和发展“执转破”制度，发挥“执转破”制度的最大效用，依赖于法律的进一步明确，也需要针对司法实践中的问题针对性地解决，切实实现各部门的有效联动。

参考文献:

[1] 《最高人民法院工作报告（2021）》. 2020年，全国法院受理执行案件1059.2万件，执结995.8万件.

[2] 韩长印. 破产理念的立法演变与破产程序的驱动机制. 法律科学. 2002年第4期.

[3] [美] 理查德·波斯纳. 法律的经济分析[M]. 蒋兆康译. 中国大百科全书出版社 1997年版. 第31页.

[4] 参见《陕西省高级人民法院关于执行案件移送破产审查工作的实施意见（试行）》第十二条：“为了确保移送审查程序衔接紧密顺畅，防止因执行程序与破产审理程序认定不一致，导致执行案件移送破产审查后被退回，影响案件移送效果，各级人民法院可设立移送破产审查案件专门合议庭，由立案、执行、审判部门法官组成，专职负责移送案件的预先审查工作。专门合议庭应在收到拟移送破产材料后七日内完成预审审查，并作出预审意见，不同意移送的，应当说明理由。”

【摘要】认罪认罚从宽制度实施以来，在贯彻宽严相济刑事政策、推动刑事案件繁简分流、节约司法资源、化解社会矛盾中发挥了重要作用，逐渐成为我国刑事诉讼制度中非常重要的内容，各地司法机关均积极推动该制度在各类案件中的适用。但另一方面，认罪认罚案件程序简化、有效辩护的缺失，也在一定程度上侵害了被告人的合法权益。作为辩护人，认罪认罚案件中如何发挥辩护职能，成为了摆在律师面前亟待解决的问题。

【关键词】认罪认罚从宽制度 有效辩护 独立辩护权 庭审中心

一、认罪认罚从宽制度背景及现状

2016年，根据中央有关部署，在符合条件的地区开展认罪认罚从宽制度的试点工作，旨在推动一次刑事司法领域的重大改革，目标构建被告人认罪和不认罪案件的分流机制，优化配置司法资源。二零一八年十月二十六日全国人大常委会通过《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》，将认罪认罚从宽制度正式写入刑诉法。次年十月十一日，两院三部发布了《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》，对该制度的实施作出了进一步的细化规定，意见明确了律师在认罪认罚制度下的权利、义务及应当发挥的作用。

二、认罪认罚案件中律师辩护的必要性

在我国目前适用认罪认罚从宽制度的案件中，律师辩护存在严重的缺失。首先是因为我国刑事案件的辩护率本身就不高，而被告人认罪认罚绝大部分是通过值班律师完成的。事实上，值班律师不具有辩护人的地位，也没有对案件进行阅卷，这种情况下只能扮演认罪认罚的见证人，无法发挥辩护的功能。其次即便是被告人委托了律师作为辩护人，在被告人认罪认罚的前提下，辩护人也会极大程度的缩减自己的辩护力度（至少在庭审中），几乎完全放弃无罪辩护。笔者认为这违反了《律师法》和《刑事诉讼法》规定的律师职责，也是以辩护人的身份违反了无罪推定的原则，是以消极的方式侵犯了被告人的合法权益。

一般案件中，被告人需要获得有效辩护是毫无疑问的，辩护的重要性不言而喻。从“被告人有权获得辩护”，到“被告人有权获得律师帮助”，再到

“被告人有权获得律师的有效帮助”代表了刑事辩护发展的三个重要阶段^[1]，也反映出刑事司法对律师辩护质量的要求越来越高。但在认罪认罚的案件中，律师的“辩护”职能被弱化了，从庭上的激烈对抗转为庭前的温和协商，工作重心也产生了转移。目前，刑事案件中超过70%是会适用认罪认罚从宽制度的，辩护律师参与的比例并不高，大部分认罪认罚工作是在值班律师的见证下完成的，而应刑事案件辩护全覆盖的要求提供法律援助的律师，其辩护工作往往流于形式。认罪认罚的案件是否需要有效辩护呢？答案是肯定的。

首先是刑事诉讼法对于尊重和保障人权的要求。《世界人权宣言》：“凡受刑事控告者，在未经获得辩护上所需的一切保证的公开审判而依法证实有罪以前，有权被视为无罪”^[2]。刑事被追诉人的辩护权是世界公认的人权之一，也是我国刑诉法追求的价值目标之一，显然即便是认罪认罚的刑事被追诉人，我们亦不能剥夺其获得辩护的权利。

其次，有助于保障被告人认罪认罚的自愿性。司法实践中，有相当一部分被告人文化程度较低、法律意识薄弱，且处于被羁押的状态，对于自己的行为是一般违法还是刑事犯罪，没有清晰的认知。如果没有律师去了解被告人认罪认罚的心理驱动因素，并帮助其进行法律分析，阐明行为性质和法律后果，很难保证被告人认罪认罚是完全自愿的，不利于认罪认罚的稳定性。而且，被追诉人并不具备与公诉机关进行量刑协商的能力，要依赖律师对于案件情况的专业分析及后果预测，并以专业姿态向被告人提供建议，被追诉人才能感受到认罪认罚的量刑优惠，进一步保证认罪认罚后不轻易反悔。

最后，有利于防止冤假错案。不可否认，在国家高效推进刑事司法改革、刑事司法制度不断完善且更加科学的今天，仍有极少部分司法机关违法办案，诱供、骗供、胁迫甚至刑讯逼供都不能完全杜绝。部分办案机关仍然不能落实轻口供、重证据的工作方法，证据链存在缺口时，倾向于用易于取得的口供、笔录来补缺补差，这种不严谨的办案方法是导致冤假错案的重要原因之一。而被告人认罪认罚的案件相比较于一般案件，司法机关的重视程度有所下降，关注重点也从罪与非罪转移到量刑问题上。此时，律师基于自己的法定职责行使辩护权，将是防止冤假错案不可或缺的手段。

三、认罪认罚案件中律师的独立辩护权

说到认罪认罚从宽、量刑协商，就不得不提律师独立辩护权。

律师的独立辩护权是指与公诉方控诉的内容上存在辩护对抗，基于法律规定，在法庭上按照犯罪嫌疑人与被告人的观点与想法来提出相对应的辩护意见，并且说服法官能够采信其观点，从而争取到最大的权益，以此来维护法律的公正性和公平性^[3]。

辩护人具有独立的诉讼地位，这个独立是相对于所有诉讼参与人的，包括公诉人和被告人。辩护人在刑事诉讼中的价值，一方面是为了维护个案中的刑事被追诉人在诉讼活动中的实体权利和程序性权利，另一方面，也是对整个司法活动的监督与制衡。

在认罪认罚从宽制度下，律师应当在全面审查事实的基础上作出法律分析后给出被告人是否认罪认罚的建议，当然最终的决定权在于被告人，辩护人不能代替被告人做决定，就像辩护人的辩护活动也并不一定受制于当事人的意见。一般情况下，被告人及其辩护人的意见不会出现分歧，认罪认罚也是协商好的结果。但如果被告人忌惮不认罪认罚产生的更为严重的法律后果，辩护人却认为被告人无罪时，辩护工作将会陷入两难。《刑事诉讼法》三十七条规定：辩护人的责任是根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益。《律师法》三十一条规定：律师担任辩护人的，应当根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益。《律师办理刑事案件规范》第一百一十五条：辩护律师应当根据法庭对案件事实调查的情况，针对公诉人及其他诉讼参与人发表的辩论意见，结合案件争议焦点事实、证据、程序及法律适用问题，充分发表辩论意见。上述与律师辩护有关的法律法规条款均强调辩护人应当依据事实与法律进行独立辩护，而没有规定必须遵照委托人的意愿，只规定了不能损害委托人的利益。但在司法实践当中，部分检察机关不认可被告人认罪认罚案件中律师有权进行无罪辩护，甚至非常排斥程度稍大的罪轻辩护，以至于在庭审控辩对抗中，辩护人束手束脚不敢全力辩护，否则可能会逾越“雷池”遭到公诉人的反对以及法庭的提醒，严重的情况下会导致公诉人当庭变更量刑建议。可想而知坐在被告席上的当事人看到自己的律师一系列辩护活动后却招至更为严重的量刑建议是何等的心情，这极大的破坏了律师与当事人之间的信任，也极大的破坏了律师的形象。但责任并不全在律师，辩护人的独立辩

护权本是法定，在认罪认罚案件中却囿于当事人签署的“认罪认罚具结书”。

法律规定的所有量刑情节如自首、坦白、当庭自愿认罪均只取决于被告人本人的行为和意思，为什么唯独认罪认罚会受到辩护人意见的影响？强行“捆绑”委托人和辩护人意思是否在一定程度上违背了认罪认罚从宽制度的初衷，是否违反了刑事诉讼法的原则，关于辩护律师的辩护意见是否影响被告人认罪认罚的问题，最高人民检察院副陈国庆在法制日报的专访中回答道：“若被告人系自愿认罪认罚并签署具结书，即使律师提出无罪或者罪轻的辩护意见，法庭经审理认为检察机关指控罪名正确的，依然应当依法适用认罪认罚从宽制度，按照审查起诉阶段即认罪认罚给予被告人从宽处罚；若被告人坚持认罪认罚，而辩护人因意见不一拒绝签字，被告人又未解除委托的，检察机关应当将此具结书提交法庭，由法庭审理后依法认定处理。法庭经审理认为检察机关指控正确的，对被告人可以按照审查起诉阶段或侦查阶段认罪认罚给予从轻处罚”^[4]。陈副检察长的观点非常明确，律师的辩护意见不能影响被告人认罪认罚从宽制度的适用。

当然，如果律师利用“独立辩护权”与被告人“兵分两路”，一边追求认罪认罚的从宽政策，一边做无罪辩护显然也有违诚信原则。所以实践中可能会出现几种情况应当分别讨论：

第一种，被告人在值班律师的见证下签署认罪认罚具结书，庭审时另行委托辩护人。开庭的辩护人没有参与与检察机关的量刑协商，没有提出自己的意见，也没有给当事人提出任何建议，而是在审查案卷材料的时候认为被告人应当无罪或者罪轻，因此认罪认罚具结书不应当对其产生束缚的效果，此时辩护人应当享有完全独立的辩护权。

第二种，在审查起诉阶段参与了与公诉机关的量刑协商且达成一致，在其建议下被告人在认罪认罚具结书上签字，辩护人也在具结书上签字。

这种方式应当是认罪认罚从宽制度的最佳模型。律师以其专业知识审查案件后认为被告人构成犯罪的，帮助被告人与公诉机关进行协商，以更偏向于中间人的身份促成被告人和公诉机关之间达成合意，最终签署认罪认罚具结书、选择刑事速裁程序，以达到繁简分流、节约司法资源的目的。在这种情况下，律师应当遵循诚信原则，至少不能在庭审中做无罪辩护，更多的应当是与公诉机关一起帮助法庭查清案件事实、作出适当的辩护意见，以期法庭采纳公诉机关的量刑建议。但实践中部分公诉机关只是简单的提出认罪认

罚的量刑建议和不认罪认罚的量刑建议，以通知的方式告诉被告人及辩护人，缺乏量刑协商的过程，这是很多被告人和辩护人难以接受的。更有逆向使用认罪认罚从宽制度的，在与被告人协商时，让被告人感觉到的不是“认罪认罚从宽”而是“不认罪认罚从重”，制度的核心精神没有得到体现。有时候会出现公诉机关出具的认罪认罚量刑建议与非认罪认罚的量刑建议大幅度重叠的情况，量刑过分粗糙，被告人不能切实感受量刑的减轻，这些都是实务中亟待解决和优化的问题。

第三种，辩护人参与了被告人与公诉机关的量刑协商，辩护人本人对于量刑建议有较大异议甚至认为不构成犯罪，但被告人本人自愿认罪认罚。此时，辩护人显然只能承担起见证的作用，确保被告人清楚知道认罪认罚的法律后果，自愿签署认罪认罚具结书。认罪认罚具结书需要律师签字的本意也就是要确保被告人在律师的专业意见帮助下清楚法律后果，而并不说明辩护律师也同意公诉机关的意见。

我们必须清楚，被告人会基于方方面面的考虑最终选择认罪认罚，但这并不意味着被告人犯罪事实成立，依然需要通过庭审来查清案件事实、对法律适用进行辩论。法庭也并不必然采纳公诉机关的量刑建议，这也是风险所在。所以辩护人应当就案件证据充分发表实质辩护意见，包括无罪的意见。

无论从何种角度而言，辩护人的辩护权应当保持较大程度的独立。过分限制辩护人的辩护权无疑也是对程序正义的一种侵害，造成了庭审中心地位无法突出、庭审功能虚化，某种情况下甚至可能导致事实上的未审先判。

保障认罪认罚案件被告人获得律师有效辩护

首先，应当坚持庭审中心主义，使控辩审三方的注意力都集中到庭审中来，注重发挥庭审的实质功能，而不能因为被告人庭前已经签署了认罪认罚具结书就放松对案件的实质审查，三方仍应当就查清案件事实共同发挥作用。认罪认罚案件，程序上适用简易程序或速裁程序，但不能降低对案件的要求，仍然应当按照“犯罪事实清楚，证据确实、充分”的标准办理。

除此之外，应当加强值班律师的职能。目前值班律师不具有法律上的辩护人地位，缺乏阅卷、会见等实质权利。在此前提下是不具备给被告人提供合理建议能力的。长此以往，值班律师不但不能站在被告人一方为其争取权利，反而会成为职业的“认罪认罚劝说员”，这与值班律师的功能定位大相径庭。所以，我们应当完善值班律师在认罪认罚案件中的参与机制，增加考

核制度，增加补贴以激励值班律师工作积极性，以避免值班律师的工作流于形式。

四、结语

随着近几年刑事司法改革的不断进步，我国的刑事司法环境得到了空前的优化，公民法律意识提高更加守法，重大、恶劣刑事案件发生频率下降。但轻微刑事案件成为了国家治理新的重点，认罪认罚从宽制度也是顺应时代发展、符合我国国情的产物。

作为正在完善中的刑事司法制度，认罪认罚从宽制度极大的改善了我国司法机关处理刑事案件的效率，同时也不可避免的带来了一些问题。如何改良、完善是所有法律职业从业者的共同任务。实务中辩护权受到一定程度上影响是不可辩驳的事实。保障被告人获得有效辩护、保障辩护人的独立辩护权才能更好的实现司法公平、正义。

参考文献：

- [1]陈瑞华.《刑事辩护的理念》，北京大学出版社 2016 年版，第 101 页。
- [2]《世界人权宣言》第十一条.
- [3]陈光中.《辩诉交易在中国》，中国检察出版社，2003 年版，第 38 页.
- [4]陈国庆.《认罪认罚从宽制度若干争议问题解析》，《法制日报》，2020 年 4 月 29 日，第 9 版.

【摘要】认罪认罚的自愿性保障和审查是指保障和审查影响犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚主观意愿的一切外在因素，让其自主、自愿认罪认罚。在侦查阶段对“认罪”的自愿性主要保障和审查是否存在非法性+非自愿性“认罪”的情况；对“认罪”的自愿性主要保障和审查是否前置了辩护律师的专业辅导。审查起诉阶段是认罪认罚从宽制度适用的最重要环节，应从保障犯罪嫌疑人的知情权、落实量刑协商措施、建立会见同步录音录像备查制度、取消认罪认罚适用率考核、放宽认罪认罚从宽幅度、允许个案（或者个罪）适用认罪认罚从宽制度等6个方面加强认罪认罚自愿性保障和审查。审判阶段本身就是对侦查阶段、审查起诉阶段认罪认罚的自愿性进行审查监督的环节，基于有错就改、监督者更要接受监督的原则，应赋予律师独立辩护权，以纠正、弥补认罪认罚非自愿性带来的后果；并监督法官保持中立性，防止法官发表倾向性意见，对被告人及其辩护人施加了不当影响，损害了认罪认罚的自愿性。

【关键词】知情权 量刑协商 从宽幅度 个案（个罪）认罪认罚 独立辩护中立性

2018年修订的《刑事诉讼法》确立了认罪认罚从宽制度，2019年底两高三部的《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》发布以后，认罪认罚从宽制度就开始大量适用。在办理数起认罪认罚案件过程中，笔者发现了诸多问题，让笔者很疑惑，如检察官不和辩护律师就量刑问题进行协商；单有认罪认罚情节无法减轻处罚；当事人认罪认罚之后辩护律师是否可以做无罪辩护等等。为此，笔者不但关注自己办理案件的认罪认罚，同时大量琢磨刑辩律师同行的认罪认罚案件遇到的问题，也开始学习司法实务界和学者理论界关于认罪认罚的研究，慢慢发现我在实践中遇到的大多数问题和疑惑均来源一个基础的核心问题——认罪认罚的自愿性问题。认罪认罚的自愿性问题如果没有处理好，其他的问题就出来了。笔者边实践边学习研究，以一个辩护律师的实务视角，谈谈认罪认罚的自愿性保障和审查，以期抛砖引玉、共同学习进步；如有可能，也让决策者、立法者了解认罪认罚在基层适用存在问题，为下一步认罪认罚从宽制度的修改、完善提供参考。

一、认罪认罚自愿性的概念

认罪通常包括两种理解：1、承认做的事，对事实的供述和认可，简称“认罪”；2、不但“认罪”，还承认做的事构成犯罪，简称“认罪又认罪”。认罪认罚从宽制度中的“认罪”，是指犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行，对指控的犯罪事实没有异议。承认指控的主要犯罪事实，仅对个别事实情节提出异议，或者虽然对行为性质提出辩解但表示接受司法机关认定意见的，不影响“认罪”的认定。表面上看认罪认罚从宽制度中的认罪好像是第1种理解“认罪”，但把认罚连贯起来看，认罪就应理解为第2种“认罪又认罪”。

对认罚通常也有两种理解：1、愿意接受司法机关的处罚；2、不仅仅愿意接受处罚，还认可具体罪名和具体量刑建议。依据两高三部的《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第7条规定，在侦查阶段的“认罚”是属于第1种理解；在审查起诉阶段、审判阶段的“认罚”就是第2种理解了。

两高三部的《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第28条、第39条均对认罪认罚的自愿性作出规定，主要审查有无受到暴力、威胁、引诱而违背意愿；认知能力和精神状态是否正常；是否理解认罪认罚性质和可能导致的后果等等，这些属于列举性解释，但列举的并不全面，笔者认为只要影响犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚主观意愿的一切外在因素，均属于认罪认罚自愿性问题，是一种广义的理解。

二、侦查阶段认罪认罚的自愿性保障和审查

因侦查阶段一般不涉及具体的刑事处罚问题，故笔者主要谈谈侦查活动中认罪认罚的自愿性问题。

1、“认罪”的自愿性。如上所述的“认罪”，犯罪嫌疑人对事实的供述和认可有没有自愿性呢？在现行刑事司法体制下，法律规定了犯罪嫌疑人有如实供述犯罪事实的义务，也实际上赋予了侦查机关在讯问时可以采取一定程度的讯问策略，以让犯罪嫌疑人尽快、如实供述，那么“认罪”的自愿性就无从谈起，也就是法律并不保障犯罪嫌疑人“认罪”的自愿性。但实务中，很多优秀的刑事辩护律师和学者越来越多地提及：通过修改刑事诉讼制度，建立侦查讯问律师在场权，以及赋予犯罪嫌疑人的沉默权来保障犯罪嫌疑人在“认罪”上的自愿性，笔者认为这是一条可以探索的路子。

2、“认罪”自愿性和合法性的关系。犯罪嫌疑人“认罪”没有自愿性保障，那是不是对犯罪嫌疑人“认罪”就不再做任何保障呢？是不是为了犯罪嫌疑人“认罪”可以使用任何手段？显然不是！对“认罪”的保障和审查主要是体现在合法性保障和审查上，如禁止采取刑讯逼供；禁止以威胁、引诱、欺骗等非法方法来让犯罪嫌

疑人“认事”，其中也会涉及自愿性问题，但总体属于是在合法性的大框架下的自愿性问题。依据 2017 年两高三部的《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》的相关规定，非法证据中的犯罪嫌疑人、被告人供述主要是指使用了非法的方法并达到一定的程度，让犯罪嫌疑人、被告人违背意愿作出的供述。可见，对“认事”需要保障和审查的是：是否存在非法性+非自愿性的情况！而不是只针对非自愿性的情况。保障和审查的决定性因素是合法性问题，属于另一领域的问题，本文不做详述。

3、“认事又认罪”中“认罪”的自愿性保障和审查。在犯罪嫌疑人“认事”后，是否有必要保障和审查犯罪嫌疑人“认罪”即承认构成犯罪的自愿性呢？依据无罪推定原则和不得强迫任何人证实自己有罪的原则，保障犯罪嫌疑人是否“认罪”的自愿性很有必要！因为是否构成犯罪是专业司法技术问题，不能苛求犯罪嫌疑人对是否构成犯罪作出准确判断，必须要在辩护律师的专业辅导下，分析“认罪”和“不认罪”的利弊和可能带来的法律后果之后，再由犯罪嫌疑人自主选择，这样才能保障犯罪嫌疑人“认罪”的自愿性。为此，辩护律师的专业辅导就应该属于侦查阶段“认罪”的必要前提，立法上应该予以明确规定，检察机关也应据此对侦查阶段“认罪”的自愿性进行审查。对没有前置辩护律师“认罪”专业辅导的，可以基于“认罪”态度对犯罪嫌疑人作出有利的处理，如审查逮捕阶段，可以基于“认罪”肯定其主观恶性和社会危害性较小而不予批准逮捕，但不能据此产生犯罪嫌疑人让渡权利的后果，检察机关应该监督侦查机关或者自行重新开展认罪认罚工作。

三、审查起诉阶段认罪认罚的自愿性保障和审查

案件到了审查起诉阶段，基本犯罪事实和量刑事实已经查清固定，该阶段承上启下，是认罪认罚从宽制度适用的最重要环节，保障和审查犯罪嫌疑人认罪认罚的自愿性尤为重要。除了现行的法律和司法解释对认罪认罚自愿性作出的规定以外，笔者结合实践中遇到的新情况、新问题，提出以下建议，以进一步实质性加强认罪认罚的自愿性保障和审查：

1、充分保障犯罪嫌疑人的知情权是认罪认罚自愿性的前提。虽然两高三部的《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第 29 条规定了证据开示制度，但笔者认为证据开示制度还远远不足以保障犯罪嫌疑人的知情权。除了推进证据开示制度以外，还应该探索犯罪事实和量刑事实的宣告制度、案涉法律法规的讲解制度以及量刑说理制度。检察机关提出量刑建议要讲明事实之理、法律之理、程序之理，让人民群众在每一个办案环节都能感受到公平正义。要强化量刑建议的说理性，检察官对量

刑建议的说理一定程度上决定了裁判文书说理的水平。^[1]

当犯罪嫌疑人知道公诉机关掌握的犯罪事实已经很清楚，收集的证据已经确实充分时，犯罪嫌疑人才不会抱有侥幸心理，认为自己的犯罪行为没有被司法机关发现或者调查不清。当犯罪嫌疑人知道法律规定其行为构成什么犯罪、大致的量刑幅度以及为什么这么量刑时，犯罪嫌疑人才明白自己犯罪行为需要承担什么样的后果。既起到法制教育的作用，也让其理解对其量刑处罚是基于法律的规定，而不是基于人为地暗箱操作。为此，犯罪嫌疑人对事实、法律和量刑的知情权应成为了其认罪认罚自愿性的前提条件。

2、将量刑协商措施落实到位。量刑协商是认罪认罚从宽制度适用中的重要一环，直接影响着认罪认罚的自愿性和量刑建议的科学性和精准度，充分的量刑沟通和协商是认罪认罚从宽制度落地见效的重要保证。^[2] 量刑协商是犯罪嫌疑人、被告人自愿认罪的应得回报，也是宽严相济刑事政策的内在要求。协商的本质是平等，没有平等就没有协商。协商就是共同商量，即两方以上的主体就共同涉及的事项进行商量，并且能够得出各方都能接受的结果，其必须以各方地位平等为基础。量刑协商也应如此，检察人员首先应调整心态，避免产生高高在上的心态，与犯罪嫌疑人及其辩护人或者值班律师平等相处。^[3]

虽然两高三部的《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第33条规定了人民检察院提出量刑建议前，应当听取犯罪嫌疑人、辩护人或者值班律师的意见；以及最高检于2020年5月发布的《人民检察院办理认罪认罚案件监督管理办法》也就量刑协商作出进一步规定，但在实务中就笔者办理的案件而言，检察官因为种种原因并不和犯罪嫌疑人、辩护人进行量刑协商，更别谈什么平等协商了，笔者也是多有感触，为将量刑协商措施落实到位，特提出以下建议：（1）量刑协商必须形成笔录材料，记录协商过程和最终结果，并由犯罪嫌疑人、辩护人签字确认。（2）明确将认罪认罚案件量刑协商工作纳入检察官的工作考核范围。（3）引入抗辩机制，对认罪认罚案件中检察官没有按规定开展量刑平等协商工作的，辩护律师有权以拒绝见证、签署认罪认罚具结书来抗辩；认罪认罚具结书对犯罪嫌疑人、被告人不产生量刑下限的约束力。（4）对人民检察院没有按规定开展量刑平等协商工作而形成的认罪认罚具结书，人民法院可以不受两高三部《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第41条规定的限制，即无须告知人民检察院而直接向下调整量刑建议。

3、从审查起诉阶段开始，建立司法人员会见犯罪嫌疑人、被告人同步录音录像备查制度。为了保护犯罪嫌疑人、被告人不受司法人员的外来意志影响，自主决定

是否认罪认罚；防范司法人员给犯罪嫌疑人、被告人施加不当的压力，应当对会见情况进行同步录音录像，以监督并用于将来备查司法人员是否发表了影响认罪认罚自愿性的不当言论。

4、取消将认罪认罚适用率纳入检察人员的工作考核。认罪认罚从宽制度适用与否受到诸多主客观因素的影响，检察人员站在客观公正的立场，凭一己之力根本无法左右。如继续将认罪认罚适用率纳入考核，当因客观原因无法完成要求的适用率时，有可能会让检察人员偏离客观公正的立场，通过各种渠道、各种方法向犯罪嫌疑人、被告人和辩护律师施加不当影响，迫使犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚，客观上影响了犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的自愿性。

5、进一步放宽认罪认罚的从宽幅度，依法赋予犯罪嫌疑人、被告人仅有认罪认罚量刑情节时，也可以得到减轻、免于处罚的福利。

在适用认罪认罚从宽制度时，为什么只能从轻？不能减轻？认罪认罚是以犯罪嫌疑人、被告人已承认有罪甚至减损了其在庭审中一系列的诉讼权利为代价。因此，在适用认罪认罚从宽制度时，要坚持刑法的谦抑性原则。从立法的精神要义角度而言，除特殊情节外，只要当事人认罪认罚，就应当给予其从宽处理。^[4]在有些案件中，大幅度从宽更有利于鼓励犯罪嫌疑人、被告人主动认罪，既节省诉讼资源，又不至于危害社会；加大从宽幅度会增强感召力，进一步节省诉讼资源；最重要的一个问题，仅在法定刑幅度内从轻处罚，对部分被告人有失公正，不利于鼓励其主动认罪。^[5]

如果不能基于认罪认罚给予减轻或者免除处罚，将让一部分没有法定减轻、免除处罚情节的，但犯罪数额或者情节刚达到犯罪起点或者法定量刑幅度起点的犯罪嫌疑人、被告人不愿意认罪认罚，这部分犯罪嫌疑人、被告人就失去得到公正处罚的机会。如笔者办理的一起敲诈勒索案件，当事人敲诈勒索的犯罪数额是35万元，系主犯，有坦白情节，但没有自首、犯罪未遂等法定减轻处罚情节，安徽省的敲诈勒索数额特别巨大的起点标准为30万元，而本地的司法实践中，好几百万的敲诈勒索案件也就是判处有期徒刑，也就是说30万元至几百万的敲诈勒索量刑幅度压缩在10到15年之间，35万元的犯罪数额在具有坦白情节而不签署认罪认罚具结书的情况下，量刑也就10年，签署认罪认罚具结书如果不能减轻处罚，还是维持10年的刑期，当事人有认罪认罚的意愿，却得不到任何量刑优惠的福利，实质上影响了认罪认罚的自愿性。

再者，两高三部的《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第9条规定，认

罪认罚的从宽幅度一般应当大于仅有坦白的从宽幅度；而依据刑法修正案八新增加的坦白条款即刑法第 67 条第三款规定：“……因如实供述自己罪行，避免特别严重后果发生的，可以减轻处罚”。既然符合条件的坦白可以减轻处罚，那么符合条件的认罪认罚没有理由不能减轻处罚！

6、确立全案认罪认罚和个案（或者个罪）认罪认罚均可以适用认罪认罚从宽制度。依据两高三部的《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第 6 条规定，“……犯罪嫌疑人、被告人犯数罪，仅如实供述其中一罪或者部分罪名事实的，全案不作认罪的认定，不适应认罪认罚从宽制度，但对如实供述的部分，人民检察院可以提出从宽处罚的建议，人民法院可以从宽处罚”。可以看出，现行的认罪认罚从宽制度只针对全案认罪认罚适用，对个案（或者个罪）认罪认罚不适用，但也可以从宽处罚，这种从宽处罚的幅度笔者理解应该是等同于坦白的从宽幅度，而坦白的从宽幅度依上所述，应该是小于认罪认罚的从宽幅度。那么，在多罪名或者一罪多起犯罪事实的情况下，犯罪嫌疑人、被告人只能“打包”接受全案的认罪认罚，否则就只能不接受全案认罪认罚，无法享有认罪认罚的从宽处罚，只能享有个案（或者个罪）坦白的从宽处罚。这样的设置显然是不科学的，对犯罪嫌疑人、被告人也是不公平的，不但极易产生冤假错案，而且还影响了犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的自愿性、积极性。

以笔者正在辩护的一起案件为例，当事人涉嫌敲诈勒索、诈骗两个罪，公诉机关指控其参与了 6 起犯罪事实，当事人对其中 3 起犯罪事实没有异议；对其中 2 起指控的部分事实情节和犯罪数额有异议；对其中 1 起指控认为不构成犯罪，但该起不够罪的指控犯罪数额很少，在参与的全案犯罪数额中占比也很小，认定与否对量刑的影响微乎其微。当事人在面对全案“打包”认罪认罚时，是非常纠结且无力抗辩的，如果选择全案认罪认罚，就太憋屈了，将认为不构成犯罪的指控也要违心认了，可能造成了冤假错案；如果选择不全案认罪认罚的，会因为顾及一点小的或者轻的量刑利益，而失去全案认罪认罚带来的较大量刑优惠，又觉得很遗憾。这样就造成当事人无所适从，选择全案认罪认罚或者选择不全案认罪认罚都是不自愿的，认罪认罚的自愿性无从谈起。

为此，笔者建议：针对多个罪名、多起犯罪事实案件的认罪认罚，应该确立犯罪嫌疑人、被告人的自愿选择权，既可以选择全案认罪认罚，也可以选择个罪或者个案的认罪认罚。选择了个罪或者个案的认罪认罚的，在个罪或者个案中也同样享受认罪认罚的量刑优惠。

四、审判阶段认罪认罚的自愿性保障和审查

审判阶段本身就是对侦查阶段、审查起诉阶段认罪认罚自愿性进行审查监督的环节，两高三部的《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第39条就认罪认罚自愿性、合法性审查作出相应规定，本文前文部分也作出诸多补充论述。笔者现基于有错就改、监督者更要接受监督的原则，仅就审判阶段认罪认罚的自愿性保障存在争议的及立法上需要补充完善的两个问题发表观点：

1、赋予律师独立辩护权，以纠正、弥补认罪认罚非自愿性带来的后果，逆向促进公诉的质量，间接保障犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的自愿性。依据全国律协《律师办理刑事案件规范》第5条之规定，律师独立行使辩护权，在排除违背当事人的意愿且提出不利于当事人辩护意见的情况下，可以根据案件具体情况，发表不同于当事人的辩护意见，这点在认罪认罚案件中不但不应有例外，而且还尤为重要。若被告人系自愿认罪认罚并签署具结书，即使律师提出无罪或者罪轻的辩护意见，法庭经过审理认为检察机关指控罪名正确的，仍然应当依法适用认罪认罚从宽制度，按照审查起诉阶段即认罪认罚给予被告人从宽处罚。^[2]

如上引用笔者辩护的案件中，当事人在审查起诉阶段已经签署了认罪认罚具结书，笔者到审判阶段才接受委托。笔者在会见当事人时，其表达了对其中2起指控的部分事实情节和犯罪数额有异议，而对其中1起指控坚定地认为不构成犯罪。笔者问当事人既然有异议，有的还认为不够罪，那为什么还要选择认罪认罚呢？当事人回答其坚定认为不构成犯罪的这起指控的犯罪数额很少，在参与的全案犯罪数额中占比也很小，认定与否对量刑的影响微乎其微，其选择认罪认罚也是经历了一番纠结和心理挣扎，反复权衡比较了不认罪抗辩可能带来的预期利益和认罪认罚可能带来的量刑优惠，最后无奈地接受了认罪认罚。那么这表面看上去自愿的认罪认罚，实质上可能就是包含了1起冤假错案，当事人的内心里实际上是不自愿的。同理，当事人虽对2起指控的部分事实情节和犯罪数额有异议，但最后还是选择了“权宜之计”认罪认罚。上述的3起指控，笔者在阅卷、分析之后发现确实属于无罪和罪轻的情况，那么就很有必要通过律师的独立辩护，对案件发表无罪和罪轻的辩护意见。这种情况下，律师的独立辩护本质上属于对认罪认罚非自愿性可能带来的不利后果进行补救的重要措施，据此而言，保障律师的独立辩护权还是很有必要的。

2、法官的中立性是审判阶段认罪认罚自愿性的核心保障。法官在刑事诉讼中的定位本身就是站在“后方”，让“前方”的控辩双方充分地发表观点，再兼听控辩双方的意见，不偏不倚地居中裁判。如果法官丧失了中立原则，充当了公诉角色，行

使了指控犯罪的职能，那只有“上帝”才能充当辩护人，受损只会是被告人的利益。

如果法官在审判阶段认罪认罚中不能保持中立性，发表了倾向性意见，对被告人及其辩护人施加了不当影响，对被告人产生了心理强制，被告人及其辩护人权衡是否认罪认罚的天平立马会发生倾斜，认罪认罚的自愿性无从谈起。在实务中，法官有因为观念、理念问题，不自觉地发表了倾向性意见或影响；也有大量因为怕承担裁判错误的责任、以及为了节省书写裁判文书的难度和时间等等原因，特意地发表了倾向性意见或影响，迫使被告人选择认罪认罚，实质性、根本性损害了被告人认罪认罚的自愿性。

在近期办理一起共同犯罪的案件中，全案的被告人除了笔者的当事人以外均在审查起诉阶段签署了认罪认罚具结书，在没有开庭前，法官就询问笔者意见，在得知笔者将做无罪辩护后，让笔者放弃无罪辩护，并拿出了类似案件中判决有罪的判决书。不但如此，法官还在会见笔者辩护的被告人时，告知其如果认罪认罚，法官将给予较多的量刑优惠。笔者认为该法官的做法显然违背了中立性原则，损害了当事人认罪认罚的自愿性。对此，笔者提出以下建议：（1）如前所述，建立司法人员会见犯罪嫌疑人、被告人同步录音录像备查制度。让司法办案人员知道，自己关于认罪认罚的言论都是留痕的，其所言所为要经得起历史的考验。（2）探索建立辩护人监督制约机制；畅通社会监督投诉渠道，建立投诉保密制度等等。（3）强化审判监督，进一步明确、细化法院内部监督、上下级法院监督、检察机关法律监督的流程。

参考文献：

[1] 胡云腾. 2020年9月4日至5日在最高人民检察院与中国刑事诉讼法学研究会联合举办的“国家治理现代化与认罪认罚从宽制度研讨会”上的讲话摘录.

[2] 陈国庆. 《认罪认罚从宽制度若干争议问题解析》，《法制日报（现更名为法治日报）》对最高人民检察院副检察长陈国庆的专访.

[3] 顾永忠. 《量刑协商须以控辩平等为基础》，《人民检察》2020年第16期.

[4] 陈卫东. 2020年9月4日至5日在最高人民检察院与中国刑事诉讼法学研究会联合举办的“国家治理现代化与认罪认罚从宽制度研讨会”上的讲话摘录.

[5] 田文昌. 2020年9月4日至5日在最高人民检察院与中国刑事诉讼法学研究会联合举办的“国家治理现代化与认罪认罚从宽制度研讨会”上的讲话摘录.

【摘要】寻衅滋事罪是从1979年刑法中的流氓罪分解出的四个罪名之一，寻衅滋事罪是司法实践中常见的犯罪，虽然现行刑法的第293条对寻衅滋事罪的行为要件作为较为详细的列举。但是因该条内容比较宽泛，与现行刑法中规定的其他罪名，比如故意伤害罪、侮辱罪、抢劫罪、敲诈勒索罪、聚众斗殴罪、故意毁坏财物罪、聚众扰乱社会秩序罪等罪具有一定的重合性。故寻衅滋事罪的认定历来是司法实践的难点。本文拟从寻衅滋事的构成、侵害法益等角度出发，浅析寻衅滋事罪的基本问题。

【关键词】寻衅滋事罪 流氓动机 想象竞合 司法解释

一、寻衅滋事罪概述及其保护法益。

寻衅滋事罪，是指恣意妄为，横行霸道，随意殴打、滋扰他人，或者强拉硬要、任意损毁、占用公共财物，情节恶劣，或者在公众场所起哄闹事，造成公众场所秩序严重混乱的行为。^[1]《中华人民共和国刑法》第二百九十三条第一款规定“有下列寻衅滋事行为之一，破坏社会秩序的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制：（一）随意殴打他人，情节恶劣的；（二）追逐、拦截、辱骂、恐吓他人，情节恶劣的；（三）强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，情节严重的；（四）在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的。”。

寻衅滋事罪被规定在刑法分则第六章“妨害社会管理秩序罪”的第一节“扰乱公共秩序罪”中，显然该罪所保护的法益是公共秩序或社会秩序，但“公共秩序和社会秩序是十分抽象的概念，保护法益的抽象化，必然导致对构成要件的解释缺乏实质的限制，从而使得构成要件丧失应有的机能。”^[2]故笔者赞同张明楷教授关于应当联系刑法第293条所规定的具体行为类型确定寻衅滋事罪所保护法益的观点，即根据刑法第293条列举的行为类型确定本罪保护的法益。

在“随意殴打他人”类型中，本罪保护的法益是社会一般交往中的个人人身安全或者说是与公众秩序相关联的个人人身安全；

在“追逐、拦截、辱骂、恐吓他人”的类型中，本罪保护的法益是一般

人在公共生活、公众活动中的行动自由及名誉，也可以说是与公共秩序相关联的行动自由及名誉；

在“强拉硬要或者任意损毁、占用公私财物”的类型中，本罪保护的法益显然是与财产有关的社会生活的安宁与平稳；

在“在公共场所起哄闹事”的类型中，本罪保护的法益显然是不特定的人或多数人在公共场所从事活动的自由与安全。

二、寻衅滋事罪的具体构成要件（客观要件）

（一）随意殴打他人，情节恶劣的

1、所谓“殴打”，是指对他人行使有形力，造成他人身体痛苦的行为。既可以是赤手空拳，也可以使用棍棒、板砖等物品殴打。且本罪中的殴打不以造成伤害（轻伤以上）为前提。但如果造成了伤害结果的伤害行为，无疑符合殴打行为的要件；同样，殴打不以聚众为前提，更不以符合聚众斗殴罪的构成要件为前提。但是，随意聚众斗殴的行为，通常符合寻衅滋事罪的构成要件。

2、所谓“随意”，一般意味着殴打的理由、对象方式等明显异常。^[3]一般意味着即使按照犯罪人的理性，殴打行为也不具有可以被一般人“理解”、“接受”的原因与动机。当一般人从犯罪人的角度思考，也不能接受犯罪人的殴打行为时，该殴打行为便是随意的。

需要指出的是，有的学者认为“殴打行为是否随意，并不是一种纯主观的判断，而是基于客观事实作出的判断。客观上殴打的次数越多，遭受殴打的人数越多，被判断为“随意殴打”的可能性就越大。而且，一般人的“理解”、“接受”不是单纯以行为人的动机作为判断资料，而是必然同时考虑其他相关要素。所以，“随意”的判断具有相对性。例如，行为人虽然只是殴打他人一次，但殴打的原因是他人对行为人提出了良好的建议。对此应评价为随意殴打，因为即使站在行为人的立场，也会认为殴打的原因不可思议。再如，数人中只有一人作出了对行为人不利的举动，而行为人却殴打了在场的数人。对此也应评价为随意殴打，因为行为人殴打无辜数人的行为，不能被一般人“理解”、“接受”。反之，行为人殴打他人七八次，殴打的原因是他人讽刺了行为人的举动。即使殴打的原因本身或许可以被一般人“理解”，但殴打的次数不能被一般人“理解”。所以，随意并非单纯的主观要素，而是基于客观事实作出的判断。”^[4]

综上，笔者认为判断“随意”需要基于客观事实，即判断行为人的殴打行为是不是有被一般社会公众所承认或理解的理由或动机。

3、情节是否恶劣的判断，自2013年7月22日起施行的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2013〕18号）（以下简称《寻衅滋事案件解释》）第二条规定“随意殴打他人，破坏社会秩序，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百九十三条第一款第一项规定的“情节恶劣”：（一）致一人以上轻伤或者二人以上轻微伤的；（二）引起他人精神失常、自杀等严重后果的；（三）多次随意殴打他人的；（四）持凶器随意殴打他人的；（五）随意殴打精神病人、残疾人、流浪乞讨人员、老年人、孕妇、未成年人，造成恶劣社会影响的；（六）在公共场所随意殴打他人，造成公共场所秩序严重混乱的；（七）其他情节恶劣的情形。”。

最高司法机关已经对情节恶劣与否作出了相应的列举，故在实际操作中应当严格按照上述规定的要求，判断情节恶劣与否。但需要提醒注意的是情节是否恶劣，应围绕法益受侵害的程度作出判断，“不能将殴打他人的‘随意性’本身评价为情节恶劣；只有当殴打行为同时具备随意性与恶劣性时，才能以寻衅滋事罪论处。”^[5]。

（二）追逐、拦截、辱骂他人，情节恶劣的

追逐、拦截这两种行为，都是妨碍他人行动自由的行为。追逐与拦截可能以暴力方式实施，也可能以威胁等方式实施。辱骂，是指以言语对他人予以轻蔑的价值判断。辱骂不要求有特定的对象，对一般人的谩骂，也可能成立本罪的辱骂。

同样情节恶劣的判断，必须以法益受侵害或者受威胁的程度为中心进行判断。《寻衅滋事案件解释》第三条规定“追逐、拦截、辱骂、恐吓他人，破坏社会秩序，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百九十三条第一款第二项规定的“情节恶劣”：（一）多次追逐、拦截、辱骂、恐吓他人，造成恶劣社会影响的；（二）持凶器追逐、拦截、辱骂、恐吓他人的；（三）追逐、拦截、辱骂、恐吓精神病人、残疾人、流浪乞讨人员、老年人、孕妇、未成年人，造成恶劣社会影响的；（四）引起他人精神失常、自杀等严重后果的；（五）严重影响他人的工作、生活、生产、经营的；（六）其他情节恶劣的情形。”。

(三) 强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，情节严重的

1、所谓“强拿硬要”，是指违背他人意志强行取得他人财物的行为，既可以表现为夺取财物，也可以表现为迫使他人交付财物。对其中的财物宜作广义解释，即包括财产性利益。

强拿硬要行为虽然具有一定的强制性，但不需要达到足以压制被害人反抗的程度。

2、所谓“损毁财物”，是指使公私财物的使用价值减少或者丧失的一切行为，就损毁财物而言，任意，意味着行为违背被害人的意志。

3、所谓“占用公私财物”，是指不当、非法使用公私财物的一切行为，占用公私财物的行为必须具有不正当性，但并不要求行为人具有非法占有目的。

4、关于情节严重的判断，《寻衅滋事案件解释》第四条规定“强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，破坏社会秩序，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百九十三条第一款第三项规定的“情节严重”：（一）强拿硬要公私财物价值一千元以上，或者任意损毁、占用公私财物价值二千元以上的；（二）多次强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，造成恶劣社会影响的；（三）强拿硬要或者任意损毁、占用精神病人、残疾人、流浪乞讨人员、老年人、孕妇、未成年人的财物，造成恶劣社会影响的；（四）引起他人精神失常、自杀等严重后果的；（五）严重影响他人的工作、生活、生产、经营的；（六）其他情节严重的情形。”。因此，情节是否严重的判断，需要根据行为人取得、损毁、占用的财产数额的多少，强行的程度，任意的程度，行为的次数等结合上述司法解释作出综合性判断。

(四) 在公共场所起哄闹事，造成公共秩序严重混乱的

《寻衅滋事案件解释》第五条规定“在车站、码头、机场、医院、商场、公园、影剧院、展览会、运动场或者其他公共场所起哄闹事，应当根据公共场所的性质、公共活动的重要程度、公共场所的人数、起哄闹事的时间、公共场所受影响的范围与程度等因素，综合判断是否“造成公共场所秩序严重混乱。”。

“公共场所”是指不特定人或者多数人可以自由出入的场所，如上述司法解释所列举的车站、码头、机场、医院、商场、公园等。“起哄闹事”是指用语言、举动等方式，扰乱公共场所秩序，使公共场所的活动不能顺利进

行的行为。一般而言，起哄闹事行为，应是具有煽动性、蔓延性、扩展性的行为，而不是单纯影响公共场所局部活动的行为。

对起哄闹事行为是否造成公共秩序严重混乱的判断，根据上述司法解释，应以行为时的全部具体状态为根据。公共场所的性质、公共场所活动的重要程度、进入公共场所的人数、起哄闹事的时间、公共活动受影响的范围与程度等，是判断行为是否造成公共秩序严重混乱的重要资料。

三、寻衅滋事罪的主观责任要件

通说认为“寻衅滋事罪的主观方面是故意，这是没有争议的；”^[6]，笔者亦赞同此点。

在本罪的主观责任要件中，需要讨论的是本罪的构成是否需要出于特定的目的，即本罪的构成是否需要“流氓动机”？

一种观点认为，寻衅滋事罪主观方面的构成要件要求有流氓动机或者“寻求精神刺激或者不健康的心理需求”等动机。《寻衅滋事案件解释》第一条第一款也规定“行为人为寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横等，无事生非，实施刑法第二百九十三条规定的行为的，应当认定为‘寻衅滋事’。”表明本罪的构成需要有流氓动机。刑法理论通说也认为“寻衅滋事的成立要求行为人出于寻求精神刺激、填补精神上的空虚、发泄不良情绪等流氓动机。”^[7]。也有学者认为“主观上的流氓动机与客观上的无事生非，是本罪的基本特征也是本罪与相关犯罪的关键区别”。^[8]

另一种观点认为，寻衅滋事罪主观方面构成要件不要求有流氓动机，不能将流氓动机作为寻衅滋事罪的责任要素。张明楷教授认为：“要求寻衅滋事罪主观上具有流氓动机，或许有利于区分寻衅滋事罪与非罪、相关犯罪的界限。尽管如此，本文仍然认为，成立寻衅滋事罪并不需要行为人主观上出于流氓动机……所谓‘流氓动机’或者‘寻求精神刺激’是没有具体意义，难以被人认识的心理状态，具有说不清、道不明的内容，将其作为寻衅滋事罪的主观要素，并不具有限定犯罪范围的意义。凡是随意殴打他人的，都可以判断为出于流氓动机。凡是强拿硬要公私财物的，也都可以评价为寻求精神刺激。所以，将流氓动机作为寻衅滋事罪的主观要素，不能像人们所想象的那样起到区分罪与非罪、此罪与彼罪的作用。况且，要求寻衅滋事罪出于流氓动机，是修订前刑法时代的观点（因为修订前刑法将寻衅滋事规定为流氓罪的一种表现形式）。可是，现行刑法并没有流氓罪，解释者大脑中也不

应再有流氓罪的观念，故不应将流氓动机作为寻衅滋事罪的主观要件要素。”

[9]

笔者认同第二种观点，亦认为寻衅滋事罪的构成无需刻意强调“流氓动机”，理由在于：1、罪行法定原则要求我们不能在法律条文之外添加新的动机要件，刑法 293 条本身并未规定寻衅滋事罪需要所谓的流氓动机；2、流氓动机的含义无论是在理论界还是实务界具有不同的理解，对其内涵往往说不清，将其作为寻衅滋事罪的主观要素，不具有限定犯罪范围的意义；3、要求行为人主观上出于流氓动机，是过于重视主观因素的表现。认定犯罪，应以客观要素为基础。“行为是否侵害了法益，首先要从客观行为着眼。不能认为，出于其他动机强拿硬要公私财物的，没有侵害刑法第 293 条所要保护的法益，只有出于流氓动机的强拿硬要，才侵害刑法第 293 条保护的法益。要求寻衅滋事罪主观上必须出于流氓动机的观点，实质上过于重视了主观侧面，过高地估计了主观内容所起的作用。过于重视主观因素的结果，常常是不考虑行为是否侵犯了法益，而只考虑行为人主观上有没有恶性。我们不可低估这种观点的缺陷。”^[10]；4、即使没有流氓动机的行为也有可能严重侵犯寻衅滋事罪所保护的法益。

综上，将流氓动机作为本罪的主观要素，实际上并不能起到区分罪与非罪、此罪与彼罪的作用，故流氓动机不是寻衅滋事罪的主观构成要件。

四、寻衅滋事罪的认定

（一）本罪与非罪的界限

依据《刑法》第 293 条的规定，构成寻衅滋事罪的寻衅滋事行为必须达到情节恶劣、情节严重或者造成公共场所秩序严重混乱的程度。故本罪与非罪的界限就在于行为人的行为是否达到情节恶劣、情节严重或者造成公共场所秩序严重混乱的程度，至于该程度如何判断，《寻衅滋事案件解释》已经作出了详细的列举，前文也已经提及，故在此不再展开论述。

（二）本罪与他罪的联系

寻衅滋事罪与故意伤害、敲诈勒索、故意毁坏财物等罪的关系，一直是实务上的难点。传统刑法理论认为本罪与故意伤害罪、抢劫罪、敲诈勒索罪的区分，是对立排斥的区分。“之所以如此，是因为刑法理论与司法机关一直希望在寻衅滋事罪与故意伤害、敲诈勒索、故意毁坏财物等罪之间划出明确的界限；而要划出明确的界限，就必须提出明确的区分标准。其中，

是否出于流氓动机被认为是区分寻衅滋事罪与相关犯罪的关键标准。”^[11]。

作者认为研究此罪与彼罪的关系是必要的，但是，正如有的学者提出的观点“刑法所规定的犯罪之间不可能都具有绝对明确的界限。大部分犯罪之间并不是非此即彼的关系，一个案件完全可能亦此亦彼。换言之，由于用语具有多义性、边缘模糊性等特征，使得一个案件事实符合多个构成要件的现象极为普遍。在这种情况下，司法实践不应为了区分两罪之间的界限而随意添加构成要件要素，相反，应当承认一个案件事实可能触犯多个罪名。”^[12]。

且《寻衅滋事案件解释》第七条规定“实施寻衅滋事行为，同时符合寻衅滋事罪和故意杀人罪、故意伤害罪、故意毁坏财物罪、敲诈勒索罪、抢夺罪、抢劫罪等罪的构成要件的，依照处罚较重的犯罪定罪处罚。”。该规定显示最高司法机关的观点亦认为，不应过分的强调本罪与彼罪的区别与区分标准，而应当注意此罪与彼罪的想象竞合，并根据想象竞合的处罚原则，从一重罪处罚。具体而言：

1、随意殴打类型的寻衅滋事罪与故意伤害罪、故意杀人罪的关系

随意殴打他人致人轻伤的行为，完全可能既符合故意伤害罪的构成要件，也符合寻衅滋事罪的构成要件。对此，按想象竞合犯从一重罪论处即可。

2、辱骂他人类型的寻衅滋事罪与侮辱罪的关系

辱骂他人造成严重后果，完全可能既符合侮辱罪或者其他犯罪的构成要件，也符合寻衅滋事罪的构成要件。同样，侮辱罪的成立不要求出于特定动机，故出于流氓动机侮辱他人的，也可以成立侮辱罪。反之，不具有流氓动机而辱骂他人，情节严重的，也可能成立寻衅滋事罪。所以，当辱骂他人情节严重的行为，同时触犯寻衅滋事罪与侮辱罪时，按照想象竞合犯的原则从一重罪即可。不必在两者之间寻找所谓关键区别。

3、强拿硬要类型的寻衅滋事罪与敲诈勒索、抢劫罪的关系

强拿硬要数额较大财物的行为，完全可能既符合敲诈勒索罪的构成要件，也符合寻衅滋事罪的构成要件。对此，宜按想象竞合犯从一重罪论处。

对于寻衅滋事罪与抢劫罪的关系。以非法占有为目的抢劫他人财物的人，也可能具有逞强好胜和填补其精神空虚等动机；既然强拿硬要成立寻衅滋事罪不要求采用严重侵犯他人人身权利的方法，那么，以严重侵犯他人人身权利的方法强拿硬要财物的，更可能构成寻衅滋事罪。所以，只有承认寻衅滋事与抢劫罪的想象竞合，才能解决两罪之间的关系。

总之，对于以暴力、胁迫手段强取他人财物的，首先判断是否符合抢劫罪的构成要件；如若不符合，再判断是否符合敲诈勒索罪的构成要件；如仍得出否定结论，还需判断是否符合寻衅滋事罪的构成要件。

4、强拿硬要、任意占用类型的寻衅滋事罪与聚众哄抢罪的关系

行为人不以聚众方式强拿硬要、任意占用他人财物的，当然不可能成立聚众哄抢罪；反之，行为人以聚众方式强拿硬要、任意占用他人财物的，完全可能同时符合寻衅滋事罪与聚众哄抢罪的构成要件，因而以想象竞合犯从一重罪论处。试图在上述两罪之间作出明确的区分，并不具有现实意义。

5、任意损毁财物类型的寻衅滋事罪与故意毁坏财物罪的关系

任意损毁公私财物的行为，既可能构成故意毁坏财物罪，也可能构成寻衅滋事罪。不能认为，“任意”损毁公私财物的，不成立故意毁坏财物罪；因为成立故意毁坏公私财物罪，并不以“非任意”为要件。也不能认为，任意损毁公私财物数额较大的，不成立寻衅滋事罪；因为任意损毁数额较小财物的行为可能成立寻衅滋事罪，任意损毁数额较大财物的，更能成立寻衅滋事罪。所以，当任意损毁公私财物的行为，同时触犯上述两罪时，司法机关的任务，不是在两罪之间找出区别，而是以想象竞合犯从一重罪论处。

6、起哄闹事类型的寻衅滋事罪与聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪的关系别。可是，起哄闹事类型的寻衅滋事罪，既可以一个人单独实施，也可能以聚众方式共同实施。当行为人以聚众方式在公共场所起哄闹事，造成公共场所严重混乱时，“是否聚众”便不再是两罪之间的区别。所以，司法机关面对具体案件时，依然要首先判断行为是否符合聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪的构成要件，再判断行为是否符合寻衅滋事罪的构成要件。如只能对其中之一得出肯定结论，则以该罪论处；如对两者都得出肯定结论，则从一重罪论处。

综上所述，寻衅滋事罪虽然与其他罪名有众多重合，在实务上有认定的困难，但是只要结合该罪所保护的法益，并结合想象竞合的处理原则，是可以得到一定处理的。

参考文献：

[1] 马克昌主编.《百罪通论》，北京大学出版社 2014 年 6 月第 1 版，第 941 页.

- [2] 张明楷.《刑法学》，法律出版社2016年7月第5版，第1063页.
- [3] 同注释 [2]
- [4] 张明楷.《寻衅滋事罪探究（上篇）》，《政治与法律》，2008年第1期，第90页.
- [5] 张明楷.《刑法学》，法律出版社2016年7月第5版，第1064页.
- [6] 赵秉志主编.《寻衅滋事的罪与罚》，北京大学出版社2015年1月第1版，第27页.
- [7] 张明楷.《刑法学》，法律出版社2016年7月第5版，第1068页.
- [8] 马克昌主编.《百罪通论》，北京大学出版社2014年6月第1版，第944页.
- [9] 张明楷.《寻衅滋事罪探究（下篇）》，《政治与法律》，2008年第2期，第122-123页.
- [10] 同注释 [9].
- [11] 张明楷.《刑法学》，法律出版社2016年7月第5版，第1069页.
- [12] 张明楷.《寻衅滋事罪探究（下篇）》，《政治与法律》，2008年第2期，第126页.

【摘要】《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百五十五条规定了刑事附带民事诉讼的赔偿范围，而此规定存在其不合理之处，出现了法律体系上的混乱，不利于保护被害人及其亲属的合法权益，亦降低了违法犯罪的成本，不利于打击违法犯罪。笔者客观分析了该解释的不合理之处，并给予了相应的建议对策。

【关键词】新刑诉法第一百五十五条 刑事附带民事赔偿 残疾赔偿金 死亡赔偿金 物质损失

一、引言

2021年3月份，本人代理了一起交通事故索赔案件，肇事方驾驶二轮电瓶车违反《道路交通安全法》的规定，引发交通事故，造成被害人死亡，肇事方承担本起交通事故的全部责任，后肇事方被公安机关以交通肇事罪予以追诉。被害人的家属委托本人，拟就民事赔偿部分，向肇事方进行索赔。适逢最高院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释刚刚开始施行，在查阅分析该解释第一百五十五条时，本人发现该起交通事故案件，并不能够依照普通的机动车交通肇事罪案件，在民事上获得项目上的全部赔偿。同样属于发生于道路上的交通事故，且被认定为构成交通肇事罪，但是在民事赔偿上，获得的赔偿却并不能够相等，本人有感而发，继而想通过本文，简要探讨一下该解释此条的不足之处。

一、未将残疾赔偿金及死亡赔偿金纳入刑事附带民事赔偿范围，法律适用不统一

根据新刑诉法第一百五十五条的规定：附带民事诉讼作出判决，应当根据犯罪行为造成物质损失，结合案件具体情况，确定被告人应当赔偿的数额。犯罪行为造成被害人人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支付的合理费用，以及因误工减少的收入。造成被害人残疾的，还应当赔偿残疾生活辅助具费等费用；造成被害人死亡的，还应当赔偿丧葬费等费用。

该条在构成刑事犯罪的情况下，对民事赔偿部分，作出了限定，即为直

接的物质损失，而并不包括残疾赔偿金、死亡赔偿金类财产性质的损失。这就与最高院《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》的规定相互矛盾。最高院《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十四条规定：道路交通安全法第七十六条规定的“人身伤亡”，是指机动车发生交通事故侵害被侵权人的生命权、健康权等人身权益所造成的损害，包括侵权责任法第十六条和第二十二条规定的各项损害。道路交通安全法第七十六条规定的“财产损失”，是指因机动车发生交通事故侵害被侵权人的财产权益所造成的损失。虽然侵权责任法已经废止，但新的《民法典》第一千一百七十九条亦对侵权赔偿的项目作出了明确规定，即侵害他人造成人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费、营养费、住院伙食补助费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿辅助器具费和残疾赔偿金；造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。两部法律的冲突，就造成了实践中产生了一个问题，即在构成刑事犯罪的情况下，对于被害人的损失，所能够获得的赔偿仅仅是依该解释而获得的直接物质损失，而不能获得人身权益方面所有的财产损失。之前残疾赔偿金和死亡赔偿金被界定为精神损害抚慰金，出现在《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》，但之后《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》、《侵权责任法》已作出了新的规定，残疾赔偿金和死亡赔偿金又被界定为了财产权益损失。刑事附带民事赔偿直接物质损失，而并不赔偿精神损害损失，在之前，可以理解，但在后续法律对此类损失作出了新的规定后，新刑法解释，仍援用此前的界定方式，明显存在不妥之处。在民事实体法和程序法均对此类赔偿作出明确规定的情况下，该解释的规定，明显造成了法律适用的不统一。笔者认为：特别是死亡赔偿金，从其计算的方式和标准来看，应当属于死者正常生存年限内，可以积累下来的正常收入，将来亦可能被其继承人继承，这个当然是属于物质损失类范畴。根据法律规定，人民法院审判附带民事诉讼案件，除适用刑法、刑事诉讼法外，还应当适用民法实体法与程序法的相关规定。既然与刑事犯罪并案审理的附带民事诉讼，既要适用刑法及其诉讼法，又要适用民法实体法及诉讼法，那也就说明，民事赔偿部分，应当适用民事实体法和程序法。同时，该解释将赔偿范围缩小，极大地降低了违法犯罪者的犯罪成本，增加了社会的不稳定因素，特别是在被害人当场死亡的情况下，该解释所列的能够

赔偿的物质损失中，医疗费、护理费、康复费、残疾辅助器具费、误工损失就直接可以免除了，而不需要进行赔偿。现实中，此类情况比比皆是，笔者认为无形中放纵了违法者，亦给被害人家属造成严重的心理和精神上的伤害，由此亦会造成不稳定的社会因素。因此，为了法律适用的严谨、统一性，同时也为了更好的维护社会的安定和谐，笔者认为，有必要将残疾赔偿金和死亡赔偿金类财产性质的损失，纳入刑事附带民事的赔偿范围。

二、同样的罪名，不同的赔偿

（一）非机动车诱发交通事故，造成严重后果的，亦应构成交通肇事罪

《道路交通安全法》第119条第2款规定：车辆，是指机动车和非机动车。第4款规定：非机动车，是指以人力或者蓄力驱动，上道路行驶的交通工具，以及虽有动力装置驱动但涉及最高时速、空车质量、外形尺寸符合有关国家标准的残疾人机动轮椅车、电动自行车等交通工具。同时，《道路交通安全法》第四章第三节也以专节的形式对非机动车作出了规定，即非机动车通行的规定。其中第57条规定：驾驶非机动车在道路上行驶，在没有非机动车车道的道路上，应当靠车行道的右侧行驶。第59条规定：非机动车应当在规定的地点停放。未设停放地点的，非机动车停放不得妨碍其他车辆和行人的通行。第60条规定：驾驭蓄力车，应当使用驯服的牲畜；驾驭蓄力车横过道路时，驾驭人应当下车牵引牲畜；驾驭人离开车辆时，应当拴系牲畜。通过《道路交通安全法》的规定，亦可清晰明确的看出，其将非机动车和机动车置于同等位置，非机动车亦可与机动车一样，引发交通事故，公安交警部门亦对非机动车引发交通事故的行为，作出事故责任的认定，判定其依照《道路交通安全法》的规定，应当承担的事故责任。因此，非机动车同样具备构成交通肇事和交通肇事犯罪主体的资格。也就是说，无论机动车还是非机动车，只要其在实施交通行为的过程中，违反了《道路交通安全法》的相关规定，造成了交通事故，并且后果严重的话，依照《刑法》第一百三十三条之规定，亦应以交通肇事罪定罪处罚。

（二）如前所述，既然非机动车发生交通事故，造成严重后果的，应当以交通肇事罪论处，那么结合新刑法解释第一百五十五条的规定，非机动车造成被害人死亡的事故，在民事赔偿上，就难以获得项目上的全部赔偿。

新刑法解释第一百五十五条规定：驾驶机动车致人伤亡或者造成公私财产重大损失，构成犯罪的，依照《中华人民共和国道路交通安全法》第七

十六条的规定确定赔偿责任。该条明确限定了，在该条前述情形之外，例外赔偿的情形为，机动车发生交通事故的，不受前述条款的赔偿限制，即按照《道路交通安全法》第76条的规定进行赔偿。而《道路交通安全法》与《民法典》第一千二百一十三条的规定相同，即机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，先由承保机动车强制保险的保险人在强制保险责任限额范围内予以赔偿；不足部分，由承保机动车商业保险的保险人按照保险合同的约定予以赔偿；仍然不足或者没有投保机动车商业保险的，由侵权人赔偿。意即在机动车发生交通事故，且造成严重后果，构成交通肇事罪的情形下，其民事赔偿部分，是能够获得项目上的全部赔偿的，包含了伤残赔偿金和死亡赔偿金。那问题就来了，对于前述分析的，非机动车发生交通事故，同样构成交通肇事罪的情形下，就不能适用该条款的规定，获得项目上的全部赔偿，而只能依照前两款的规定，获得残疾赔偿金和死亡赔偿金之外的直接的物质损失赔偿，而这个赔偿数额，明显偏低，笔者认为，此种情形的出现，对于同样因为交通肇事而造成人身伤亡的被害人来说，明显不公平。

有观点认为，新刑法此条款的设定，出发点是考虑到两方面：第一、对于犯罪分子，其在违反犯罪的同时，亦构成侵权，国家已追求其刑事责任的情况下，其民事赔偿方面，就不应再做过高赔偿，以此体现一次性惩罚的原则；第二、为何会设定机动车交通肇事，赔偿不受限制，原因在于，考虑到机动车购买了机动车强制保险和商业三责险。此种情形下，由保险公司对被害人进行赔偿，不足部分，再按责任比例进行承担，此种能够保障被害人方能够获得应有的赔偿。

笔者认为：首先，刑法追责是司法公权力的体现，体现的是国家打击违法犯罪分子，以便维护社会安定和谐，是对犯罪分子的惩罚性举措。而对已构成违法犯罪的犯罪分子，同时构成对被害人人身权益侵害的情况下，民事赔偿更多的体现的是对被害人人身财产权利的保护。两种责任形式的承担，并不冲突。如依照此条款来解决民事赔偿部分，正如前述，势必会极大的降低了违法犯罪者的犯罪成本，更容易导致社会的不安定和谐因素的出现，不利于打击违法犯罪行为。因此，笔者认为，应当将民事实体法和程序法所确定的各项人身财产性权益，全部纳入刑事附带民事赔偿的范围，特别是残疾赔偿金以及死亡赔偿金。

其次，考虑到机动车购买保险这一特殊赔偿情形，但是忽略了机动车未

依照规定购买保险的情形，以及在非机动车发生交通事故，亦构成交通肇事罪的情形。也就出现了同一罪名，不同赔偿的施行效果，势必出现不公平的实际情况。正如前述，既然《道路交通安全法》已将非机动车的主体资格等同于机动车，在发生道路交通事故后，构成交通肇事罪的情形下，却对附带民事赔偿部分，作出了区分，在法律体系上出现了自相矛盾的地方，个法之间存在了适用上的不统一，体现不了法律体系的严谨。笔者代理的本起交通事故案件，因为肇事车辆为非机动车，而就不能适用该解释第三款的规定，只能依照该解释的前款规定，获得所谓的“直接物质损失”部分的赔偿，当事人愤懑不平的同时，作为一名法律工作者，也深感法律制定的不严谨，体现不了同案同判的法律公平正义。

三、有感新刑法解释的欠妥之处，建议立法机关作出相应的修改

正如笔者在新刑法解释上探讨的诸多问题，因此笔者认为，应当将残疾赔偿金、死亡赔偿金界定为物质损害赔偿范畴，并将其列入刑事附带民事损失赔偿范围。如此实现的话，笔者后述的关于机动车与非机动车同样构成交通肇事罪，而民事赔偿部分不一致的情况分析，也就无需再细化另做解决。以此才能够真正体现司法为民的理念，才能够在司法实践中真正体现公平正义。这样才能对打击违法犯罪，起到根本性的作用，毕竟违法犯罪成本高也是犯罪分子或多或少可能会考量的一方面。同时，这种修改也会更大限度的安抚被害人及其家属，使其能够体会到法律的公平正义，增强司法认同感；也会让其他的社会成员能够感受到刑事司法在打击违法犯罪及保障、维护被害人及其家属合法权益方面的功能价值，更好的体现司法为民的法治精神。

国有公司、企业的相关工作人员兼具国家工作人员以及市场经营参与者两种身份，面临国有企业保值增值与市场经营风险的冲突，为防范国有资产流失，《刑法》在第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中规定了适用于国有公司、企业人员经营行为相关的渎职类犯罪。

本文将对《刑法》的相关规定做简要介绍，供国有公司、企业管理人员了解并由此对国有企业合规建设提出笔者的几点思考。

一、《刑法》第三章规定的国有公司、企业工作人员六项渎职类犯罪

《刑法》第三章在破坏社会主义市场经济秩序罪中规定了非法经营同类营业罪¹，为亲友非法牟利罪²，签订、履行合同失职被骗罪³，国有公司、企业、事业单位人员失职罪以及国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪⁴，徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪⁵六项国有公司、企业工作人员渎职类犯罪。

¹ 《刑法》第一百六十五条【非法经营同类营业罪】 国有公司、企业的董事、经理利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额特别巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

² 《刑法》第一百六十六条【为亲友非法牟利罪】 国有公司、企业、事业单位的工作人员，利用职务便利，有下列情形之一，使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：（一）将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营的；（二）以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品的；（三）向自己的亲友经营管理的单位采购不合格商品的。

³ 《刑法》第一百六十七条【签订、履行合同失职被骗罪】 国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员，在签订、履行合同过程中，因严重不负责任被诈骗，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑。

⁴ 第一百六十八条【国有公司、企业、事业单位人员失职罪】【国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪】 国有公司、企业的工作人员，由于严重不负责任或者滥用职权，造成国有公司、企业破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑。

国有事业单位的工作人员有前款行为，致使国家利益遭受重大损失的，依照前款的规定处罚。

国有公司、企业、事业单位的工作人员，徇私舞弊，犯前两款罪的，依照第一款的规定从重处罚。

⁵ 第一百六十九条【徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪】 国有公司、企业或者其上级主管部门直接负责的主管人员，徇私舞弊，将国有资产低价折股或者低价出售，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑。

与国家工作人员贪污受贿等犯罪相比，这六类国有公司、企业工作人员渎职类犯罪的表现形式并非直接侵占财产，往往与经营管理行为挂钩，或因失职，或因滥用职权，甚至带有“无辜”的色彩。从防范国有资产流失的角度考虑，为督促相关人员合法经营、勤勉尽职，刑法将相关渎职行为纳入了刑法范畴。国有公司、企业相关人员了解这六类渎职类犯罪的相关规定，有助于强化风险意识、合法合规经营意识。

1、犯罪主体涵盖范围广

从犯罪主体上看，这五项犯罪的主体不仅包含国有公司、企业的董事、经理，也包括主要负责人以及其他有利用职务之便造成国有资产流失的工作人员，主体涵盖范围广。

国有公司、企业的董事、经理是公司法上规定的竞业禁止义务主体，相应的是非法经营同类营业罪的犯罪主体。需要注意的是，实践中，经营同类营业罪的犯罪主体也可以包括国有资本股东提名并实际担任国有控股公司、国有参股公司的董事、经理。

为亲友非法牟利罪以及国有公司、企业、事业单位人员失职罪、国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪的犯罪主体不仅包括国有公司、企业的董事、经理，还包括其他工作人员。

签订、履行合同失职被骗罪以及徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪的犯罪主体为相关业务的直接负责的主管人员，其中徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪的犯罪主体还包括国有公司、企业上级主管部门直接负责的主管人员。

2、客观上，行为人或利用职务之便以及掌握的经营信息实施了侵害国有资产的行为，或存在失职行为或滥用职权行为造成国有资产流失。

通常的，非法经营同类营业罪客观上表现为行为人利用掌握、了解客户名单、市场行情、销售渠道、市场计划、材料供应等对生产经营有影响的情况与信息，通过设立经营、以他人名义注册经营与任职国有公司同类营业的自营公司、获取购销差价方式获取本属于国有公司的经营利润。

《刑法》列出了三种为亲友非法牟利罪的形式，除将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营之外，另外两种以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品的、向自己的亲友经营管理的单位采购不合格商品的，

均发生在交易活动中。

签订、履行合同失职被骗罪客观上存在行为人严重不负责任的情形，一般表现为行为人在签订、履行合同过程中，没有对合同方的履约能力认真审查，没有进行必要的尽职调查，没有在合同履行过程中进行严格的验收，没有在合同履行出现风险时作出必要的处理等，导致国有资产流失。

国有公司、企业、事业单位人员失职罪、国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪客观上表现为行为人由于严重不负责任或者滥用职权，造成国有公司、企业破产或者严重损失。行为人是否失职往往与其负责工作的性质相关，需要根据具体的工作是否符合法律法规的规定以及监管要求、内控制度来判断，事实上没有统一的判断标准。从以下三个案例可以看出，无论从管理制度的制定，还是制度的执行，都对国有公司、企业在合法合规管理方面提出了更高的要求。案例一、某国有矿业公司保卫部部长在发现其职责管理范围内的非法采矿事件后未按照工作职责要求做到有效清理现场机械设备，未将现场矿产资源扣押并移交板石矿业，当得知姜某等人非法采矿屡禁不止时，未能依职责利用影视设备收集相关证据，向公安机关报案，致使姜某非法开采，造成国家经济损失 377.223 万元。案例二、某国有钢铁贸易公司业务员，没有严格按照规定履行盘点职责；在收到货物进仓单时没有按照规定核对仓库监管方预留人签字，在签名人不符的情况下确认入库信息；没有严格按照规定进行 ERP 系统入库操作；没有核对实物库存的情况下虚报非钢实物库存表，导致公司控制货权的各项监管规定流于形式，造成公司人民币 5700 余万元损失。案例三、费某任某小学副校长（主持工作）、校长期间，负责该校食堂伙食的全面管理工作，对食堂的收、支负总责。因费某未全面履行校长职责，致学校管理制度不完善，该校总务处原主任龚某（已判决）利用学校管理漏洞，在此期间长期通过食材供应商采用虚列菜品、虚报菜价、虚增菜量等手段虚开发票和明细单，从学生伙食费中虚报冒支公款人民币 129 万元予以侵吞，造成学生伙食质量严重下降。经微信朋友圈、论坛陆续爆料该校食堂午餐差的图片和视频，引发网友围观、热议，负面舆情持续发酵，引起社会和家长的强烈不满。

徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪客观上表现为行为人徇私舞弊，将国有资产低价折股或者低价出售，致使国家利益遭受重大损失，往往发生在资产评估环节甚至资产评估环节缺失、与法官串通在不良资产处置环节压低

资产价格等环节。

3、追诉标准

最高人民法院、公安部二〇一〇年五月七日关于印发《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》的通知，对这六种犯罪规定了追诉标准。

非法经营同类营业罪的入罪标准为获取非法利益十万元以上。为亲友非法牟利罪其中一项入罪标准为使其亲友非法获利数额在二十万元以上。其他入罪标准多从造成国家直接经济损失数额十万至五十万不等，造成有关单位破产，停业、停产六个月以上，或者被吊销许可证和营业执照、责令关闭、撤销、解散的，并设置了“其他致使国家利益遭受重大损失的情形”作为兜底条款。

二、国有公司、企业刑事合规建设

《刑法》规定的六项国有公司、企业人员渎职类犯罪行为或因过失而为、或披着企业交易的外壳，具有隐蔽性，防范此类犯罪对于工作的全面性以及精细化均有较高要求，而且犯罪行为可以发生在企业重大交易、日常经营、制度建设等各方面。因此，预防此类犯罪，降低国有公司、企业刑事风险，需从规范企业经营符合各项法律法规规范以及监管制度，即刑事合规建设着手，并非零散地制度与应对可以解决，这显然对国有公司、企业的刑事合规管理提出了更高的要求。

（一）国有公司、企业合规管理的必要性

合规的前提是守法，重点是遵循监管要求。企业通过对合规风险的有效管理既可以保障企业遵纪守法、审慎经营，也可以有效地维护声誉、提升品牌价值、增强核心竞争力、为企业创造经济价值。刑事合规，贯穿于国有公司、企业的合规管理的各项工作，在触发刑事风险时，也可以作为减轻处罚的抗辩或者不起诉的依据。

1、国有公司、企业合规建设趋势

为响应国际组织及各国政府强化企业合规的要求，全球企业纷纷强化合规管理，已成为当今全球企业发展的新潮流，也是中国企业“走出去”的必修课。为切实防范合规风险，鼓励央企“走出去”，2014年国务院国资委正式提出“大力加强企业合规管理体系建设”的五年规划并对央企的合规建设进行了试点与探索。2018年11月2日，国务院国资委正式发布《中央企业合

规管理指引》，明确了董事会、监事会、经理层的合规管理职责，设立合规委员会以及合规管理委员会的要求，明确对重点环节和重点人员的合规管理，建立合规管理制度、合规风险识别预警机制、合规审查机制、应对机制以及合规风险评估机制等制度要求。虽然该《央企合规指引》系针对中央企业而印发，但是在《央企合规指引》第二十九条中明确指出，“地方国有资产监督管理机构可以参照本指引，积极推进所出资企业合规管理工作”。在中央文件印发之后，紧接着北京、上海、山东、江苏等多个地方国有资产监督管理委员会也就国有企业合规体系建设及搭建问题逐步颁行了各项文件。2020年7月22日，安徽省国资委印发《关于加强安徽省省属企业内部控制体系建设与监督工作的实施意见》的通知，提出建立健全内控体系、加大企业监督评价力度、加强出资人监督以及责任追究力度，明确各企业要以“强内控、防风险、促合规”为目标，进一步整合优化内控、风险和合规管理相关制度，构建相互融合、协同高效的内控监管制度体系。国有公司、企业的合规建设已然成为了监管的要求和趋势。

2、“合规不起诉”趋势

1987年的美国《联邦审判指南》首次将企业犯罪的量刑与合规风险管理挂钩。根据规定，如果触犯法律的企业已经建有合规框架预防和监测合规风险，联邦法官在量刑或判决时，可以减轻对该企业刑罚，包括减少罚款、免于刑事诉讼等。企业高管人员在民事诉讼中还可将合规风险管理机制的建立作为抗辩事由，罚金甚至可以减少95%。

在我国，2020年3月，最高人民检察院在6个基层检察院率先部署了企业刑事合规不起诉改革的试点工作。在一年的试点工作期间，相关地方检察院均出台了相关政策，包括建议企业进行合规计划建设，为企业设立改正期、派驻合规监督员等，也出现了数起不起诉处理的案例。一年后，最高人民检察院启动了第二期企业刑事合规不起诉改革试点，涉及北京、辽宁、上海、江苏、浙江、福建、山东、湖北、湖南、广东等10个省、直辖市。尽管目前“合规不起诉”在我国尚未正式形成规范、全面的法律，但在认罪认罚制度下具有操作空间，必然逐步落实推广。

（二）国有公司、企业合规建设的系统化、制度化、实质化

相较于民营企业，法律法规以及国资委对于国有公司、企业的合规管理提出了严格的要求。刑事犯罪风险不仅仅存在于企业运行的某个环节，而是

存在于从企业设立、发展直至破产清算的全流程。刑事合规作为企业合规建设的一部分，贯穿了国有公司、企业重大交易、财务税收、知识产权、日常经营、采购活动、劳动用工、环境保护、安全生产、国有资产管理、供应商管理、数据合规、合同管理等各项工作。可以说，国有企业的刑事合规建设，不是零散的对某些监管的应对，而是系统化的合规制度。企业要从合规管理的角度将已有的内控、内审、法律风险管理等部门的相关工作职能整合起来，明确合规监督机制，设置独立的合规管理组织体系。

为避免因企业或企业员工相关行为给企业带来的刑事责任，国有公司、企业首先应将合规管理制度贯穿于完善各项公司管理制度，为企业员工提供一套全面、具有可操作性的行为规范，使得各项工作的开展符合监管要求。企业管理制度的缺失、不合理、不科学必然为日常工作的开展埋下隐患，一旦发生违法违纪事件，也会成为相关人员追责的依据。因市场环境的变化、法律法规的修改以及监管政策的变更，企业应适时审查各项制度，作出相应的修改、修正。在制度执行过程中，也应注重反馈，对于制度执行过程中发生的问题予以分析应对，提高决策的科学性。

合规制度的建立，不代表风险不会发生。刑事风险是不可能完全杜绝的。在发生了刑事风险时，特别是“国有公司、企业工作人员失职罪”风险时，判断相关主要负责人、工作人员是否构成犯罪，不仅要考察管理层是否建立了风险防范制度、该制度是否合规，不排除从实质上判断某项具体的决策是否能够防范国有资产流失。实践中不乏案例因国有资产评估方法不科学导致国有资产价值低估而国有企业领导班子未对重大交易评估、尽调结果进行修正而入刑。因此，不论是集体决策、第三方评估、还是层层审批，都不能成为免责的理由。制度的执行与决策均不能流于形式，要注重从实质上防范国有资产流失。企业一方面需加强工作人员业务素养，也应开展合规培训，建设企业合规文化，使企业工作人员的行为紧绷合规这根弦。

三、结语

《刑法》将国有公司、企业的某些严重失职、渎职行为纳入刑法规范，对国有公司、企业的管理人员以及工作人员的管理决策以及工作行为规范均提出了更高的合规要求。国有公司、企业的合规，不仅需要符合法律法规以及监管的要求，更要落实到各项管理制度，形成合规制度建设、合规审查机制、合规风险预警体系。对于地方中小型国有公司、企业，即使国资委没有

要求建立完整的合规制度，也明确了各项企业内控要求以及追责制度，国有公司、企业工作人员在法律上与央企相关人员面临类似风险下的更为严格的民事责任、行政责任、甚至刑事责任。着手合规建设，无疑是必然的选择。

— —

安徽皖盛律师事务所 谢丹

【摘要】正当防卫制度作为阻却违法事由的一项重要制度，对于公民的自我权益保护和社会秩序维护具有重要的意义，其体现的是社会主义核心价值观中的公平、正义的价值追求。近年来，随着一系列正当防卫典型案例的出现，正当防卫问题逐渐得到重视，防卫制度开始从沉睡中苏醒。在司法实践中，相互斗殴与防卫行为具有极大的相似性，案件比比皆是，但最终处理结果基本上都排除了适用防卫制度而认定为斗殴行为，进而以故意伤害罪定罪处罚。因此，如何准确的界定相互斗殴情形下的防卫行为，准确适用正当防卫条款，具有十分重要的现实意义。

【关键词】正当防卫 相互斗殴 司法界定 意图

一、问题的提出

2021年6月份，笔者所在的律所经当地法律援助中心的指派，并指派我作为一起故意伤害罪一案中犯罪嫌疑人郭某的辩护人，目前该案处于检察院的审查起诉阶段。

后在取得葛某同意签署授权委托书后，笔者去检察院对该案进行阅卷。通过对该案全部材料进行审查，发现这并不是一起普通的故意伤害互殴案件。

案情如下：2021年1月的一天下午，郭某驾驶公司货车去送货，行驶至一物流公司门口时被在道路上卸货的叉车挡住前路，在郭某停车等待通行时，城管张某驾驶着城管巡逻车随后而来，张某见前面的货车影响了其通行，便对货车驾驶员郭某进行辱骂，双方发生语言争执。之后郭某移挪了车辆，但双方继续语言争执，随后双方几乎同时下车，张某立即从巡逻车上拿出一根长约70cm的薄壁钢管，并手持该钢管与郭某相向而立。就在双方互骂过程中，张某首先动手推搡郭某致郭某后退数步，在此情形下郭某也动手反推了张某，张某便开始用钢管持续殴打郭某，郭某用手进行防御，后双方纠缠在一起后郭某用拳头将张某鼻骨打伤，其后双方经周边人群拉开后停止纠缠。之后，张某的伤情经法医学鉴定评定属于轻伤二级。

本案看似一起简单因琐事引发相互斗殴的故意伤害案件，但是通过仔细分析和推敲，受害人张某作为一名城管，在郭某无任何行政违法情形下，无故作出对郭某进行辱骂并在之后手持钢管意欲威胁、且动手在先的行为，其对双方矛盾的起因、冲突的升级具有明显的过错。而犯罪嫌疑人郭某一直处于被动和防御地位，其虽在双方纠打过程中造成张某受伤，但不能排除郭某属于正当防卫性质的认定。

目前该案仍处于检察院审查起诉阶段，虽尚无最终结果。但相互斗殴情形下该如何界定正当防卫，该则案例引发了笔者对正当防卫制度的思考与研究。

二、近年来认定互殴情形下构成正当防卫的典型案件

正当防卫制度是刑事法律领域一项重要的制度，它属于一种违法阻却事由的私力救济方式。虽然，我国最早的1979年《刑法》自颁布以来就规定了正当防卫制度，但是司法实践中对其认定非常苛刻，导致正当防卫制度一直处于“沉睡”状态，成为了“僵尸条款”。

司法实践中，尤其是互殴中的正当防卫的认定难度显著大于一般性正当防卫的认定，因互殴中的主观意图难以确定，且双方均有责任，使得互殴情形下的防卫认定错综复杂，受“互殴无防卫”的绝对观点影响，在一方行为人为人首先动手伤害另一方时，只要另一方动手反击造成一方受伤，被认定为互殴、反击方构成故意伤害罪的比例非常高。受“死者为大”、“伤者为大”等传统观念的影响，导致了“唯结果论”倾向，使正当防卫制度被套上了保守的枷锁，导致很多本应被认定为正当防卫的案件，却被误判为互殴案件。该司法现状导致一方在受到不法侵害时，不敢出手进行反击，只能被动挨打，很显然该情形严重损害了被侵害人的合法权益，违背了民众朴素的正义观念。

近年来，随着网络的发达，一系列颇具争议的案件置于网络的聚光灯下，引发了民众、学者、司法人员的热议，当事人的行为到底是属于故意伤害还是正当防卫，成为最主要的争议焦点。这些汹涌的舆论浪潮，倾诉着普通民众对不法行为的不满和对公平、正义的朴素追求。

下面笔者整理了近几年来三起认定为正当防卫的典型案件：

1、2017年的“于欢辱母杀人案”

案情概括：2016年4月13日，吴学占因催要于欢母亲苏银霞还钱，在

苏银霞家中指使手下对其进行侮辱。当日下午，苏银霞四次拨打 110 和市长热线，但并没有得到帮助。第二天，十多名社会闲散人员构成的催债队伍多次骚扰苏银霞工厂，对其进行辱骂和殴打。于欢目睹母亲受辱，从工厂接待室的桌子上摸到一把水果刀乱捅，致使杜志浩等四名催债人员被捅伤。其中，杜志浩因未及时就医导致失血性休克死亡，另外两人重伤，一人轻伤。2017 年 2 月 17 日，山东省聊城市中级法院一审以故意伤害罪判处于欢无期徒刑。各方不服均上诉至山东省高院，二审认定于欢属防卫过当，构成故意伤害罪，判处于欢有期徒刑 5 年。

2、2018 年“昆山反杀案”

案情概括：2018 年 8 月 27 日晚，刘海龙醉酒驾驶轿车行驶至江苏昆山市开发区震川路、顺帆路路口时，与正常骑自行车行驶于海明险些发生碰撞，双方发生争执。后经旁人劝解，双方情绪本有所缓和，但是但刘海龙突然情绪爆发，下车对于海明进行推搡、踢打。持续穷追猛打几个回合后，刘海龙又回到自己的宝马车中拿出砍刀，多次用砍刀击打于海明颈部、腿部、腰部等关键易受伤部位。在不断击打过程中砍刀不慎落地，于海明趁机捡起砍刀，反过来持刀追赶刘海龙对其进行捅刺，7 秒内共砍击 5 刀。后刘海龙经医院抢救无效而死亡。案发后，昆山警方以故意伤害罪对于海明进行刑事拘留。第二日，昆山市检察院宣布提前介入此案调查。9 月 1 日，江苏省昆山市公安局对“昆山市震川路于海明致刘海龙死亡案”发布通报，称于海明的行为属于正当防卫，不负刑事责任，公安机关依法撤销于海明案件。

3、2019 年的“丽江反杀案”

案情概括：2019 年 2 月 8 日晚，唐雪参加完朋友生日聚会后，她的朋友开车送她回家，路上被醉酒男子李德湘拦车和辱骂。后唐雪父亲带唐雪找李德湘理论，李德湘踢了唐雪父亲后双方首次发生厮打。被拉开后，邀集多名朋友围堵唐雪家附近巷道。2 月 9 日凌晨，李德湘手持菜刀再次前往唐雪家，对唐雪家大门进行砍砸。唐雪听到砸门声后，因感到害怕拿了一把红色削果皮刀和一把黑色手柄水果刀放在裤兜里用于防身。唐雪出门后腹部被李德湘踢了一脚，唐雪拿出红色削果皮刀反抗，李德湘继续对其拳打脚踢，唐雪招架中削果皮刀掉落地上，情急之下掏出黑色手柄水果刀用力反抗、挥刺，水果刀刺中李德湘。后李德湘经抢救无效死亡。

2018 年 12 月 30 日，云南省人民检察院就社会关注的“丽江反杀案”通

报称：唐雪的防卫行为系正当防卫，依法不负刑事责任。

以上三个案件，都是近年来具有代表性的案件。其最终认定的正当防卫结果，彰显了我国正当防卫法律制度的极大进步，对司法实践中区分互殴和正当防卫，避免将正当防卫行为认定为互殴，起着至关重要的作用。正因为这些典型案例，逐渐激活了正当防卫制度，使“沉睡”的防卫制度逐渐“苏醒”。

三、正当防卫的概念及其法律制度的进程

所谓正当防卫，根据《中华人民共和国刑法》第二十条的规定：为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。相比于1979年《刑法》的规定，现有的正当防卫制度一是扩大了防卫权，二是增设了杀人、强奸、抢劫等行凶情形下的特殊防卫制度。

在此之前，我国的正当防卫制度的法律依据仅就是刑法第二十条的规定，实际适用很难。自2018年以后，正当防卫制度才真正被激活，故网上称该年度是我国正当防卫制度的“元年”。因为在2018年9月18日，最高人民法院发布《关于在司法解释中全面贯彻社会主义核心价值观的工作规划（2018-2023）》，明确提出，要适时出台防卫过当的认定标准、处罚原则和见义勇为相关纠纷的法律适用标准，鼓励正当防卫，保护见义勇为者的合法权益，弘扬社会正气。这次司法政策的大变动，点燃了人民改变现行正当防卫制度认定标准的希望。

2019年3月12日，最高人民法院院长周强在最高人民法院工作报告中表示，“依法支持公民通过正当防卫同犯罪行为做斗争，保护见义勇为，弘扬社会正气。”

终于，2020年8月28日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合制定《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》正式发布，旨在为依法准确适用正当防卫制度，维护公民的正当防卫权利，鼓励见义勇为，弘扬社会正气，把社会主义核心价值观融入刑事司法工作。该意见一共二十二条，全方位覆盖了适用正当防卫制度的总体要求、明确了正当防卫、防卫过当和特

殊防卫的具体适用，明确了正当防卫制度的工作要求，其精细程度远超一般的司法文件。同时，还意见还明确要加大涉正当防卫指导性案例、典型案例的发布力度，旗帜鲜明保护正当防卫者的合法权益。这一指导意见的发布，向社会传递了“法不能向不法让步”的法治信念，契合了普通民众朴素的正义观念，是我国法制进程中的一个大事件。

紧接着，2020年9月3日，最高人民法院召开新闻发布会，发布涉正当防卫的七个典型案例。

2020年12月18日，最高人民检察院发布检例第45号陈某正当防卫案、检例第47号于海明正当防卫案、检例第48号侯雨秋正当防卫案。

2020年12月29日，最高人民法院再次发布指导案例144号“张那木拉正当防卫案”。

2020年9月3日，最高人民法院发布7起涉正当防卫典型案例。2020年11月27日，最高人民检察院发布6起正当防卫不捕不诉典型案例。此外，江西省、河北省法院也相继发布正当防卫经典案例。

随着一系列正当防卫指导案例的发布，打破了“唯死伤者大”的结果论的保守枷锁，改变了当下适用正当防卫的保守现状，推动了正当防卫制度回到法律初心之所在，体现了正当防卫制度设置正义是社会主义的核心价值追求。

四、相互斗殴与防卫行为的界定和区分

相互斗殴，指的是双方基于想要伤害或者殴打故意，实施相互打斗的行为。《唐律疏议》中规定“相争为斗、相击为殴”，斗殴具备破坏社会秩序和侵害他人合法权益的天然属性，是不被法律所认可的违法犯罪行为。

既然是相互斗殴，一般必然会存在先动手一方和后动手一方，那么后动手一方应当认定为防卫还是互殴，这是一个比较复杂的问题。同时，结合目前的司法现状，实践中大多数表现为相互斗殴的案件，司法人员一般仅根据斗殴行为的客观结果直接被认定为相互斗殴案件，进而认定为故意伤害罪，而不去考量是否存在正当防卫行为的可能性。因为，正当防卫设置的更多的是在与个人私权利的保护，在司法实践中，检察院、法院出于对社会秩序的维护，更倾向于认定双方行为属于相互斗殴，进而认定为故意伤害罪，排除适用正当防卫。

笔者认为，当一个互殴案件发生时，应当从各方面对其进行分析，不能

因互殴行为造成伤害或死亡的后果或强调社会秩序的保护等原因，就直接剥夺互殴中成立正当防卫的可能性。司法部门应当摒除保守观念，从案件本身进行考量互殴行为人的主观意图和行为变化，将自身转换为互殴行为人的身份去分析、去还原整个案件过程，只有这样，才能使正当防卫与互殴行为之间的法律天平得以平衡。

最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合制定《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》中的第二条“正当防卫的具体适用”中的第9点对防卫行为和相互斗殴的准确界分作出了如下规定“防卫行为与相互斗殴具有外观上的相似性，准确区分两者要坚持主客观相统一原则，通过综合考量案件起因、对冲突升级是否有过错、是否使用或者准备使用凶器、是否采用明显不相等的暴力、是否纠集他人参与打斗等客观情况，准确判断行为人的主观意图和行为性质。因琐事发生争执，双方均不能保持克制而引发打斗，对于有过错的一方先动手且手段明显过激，或者一方先动手，在对方努力避免冲突的情况下仍继续侵害的，还击一方的行为一般应当认定为防卫行为。双方因琐事发生冲突，冲突结束后，一方又实施不法侵害，对方还击，包括使用工具还击的，一般应定为防卫行为。不能仅因行为人事先进行防卫准备，就影响其防卫意图的认定。”

以上规定是对防卫行为和相互斗殴如何进行界分的综合性、指导性的意见，内容较为抽象，防卫行为和相互斗殴客观表现非常相似，实则明确区分较为困难。下面笔者结合本文一开始所提出的案例，尝试在具体案件中区分是防卫行为还是互殴行为。

1、案件的起因：当日城管张某在郭某无任何违法情形下，仅因郭某的货车阻挡了张某的巡逻车通行，就无端对郭某进行辱骂，双方发生口头争执。后双方均下车，张某从巡逻车拿出长约70cm的薄壁钢管，并动手推搡郭某。

2、郭某反击的起因：当日张某无故辱骂郭某，双方口头争执。后双方下车，张某即从车上拿出一根长约70厘米的钢管，并手持该钢管与郭某相对，威胁、加害意图明显，后张某动手推搡郭某致其后退，郭某反推张某，张某后开始用钢管持续殴打郭某，郭某用双手防御过程中反击致张某受伤。

3、郭某的主观意图：本案郭某与张某在此之前并不相识，双方之间无任何恩怨矛盾，事先不存在任何斗殴的故意。其次，从郭某殴打张某的方式和部位来看，郭某就是用拳头致张某鼻骨受伤，该伤害程度显然要低于张某

通过钢管对其进行击打的伤害程度，没有超过必要限度。最后，在双方斗殴行为被周围人员拉开之后，张某还多次手持钢管挥舞、看似想要继续挑衅，但郭某没有再继续侵害张某。因此，通过互殴时郭某所实施的客观行为分析，应当认定郭某的反击行为具有防卫的主观意图。最后，从有利于犯罪嫌疑人的角度出发，在没有证据证明郭某的反击行为在主观上具有积极伤害张某身体的情况下，不应当排除郭某的反击行为具有防卫的意图。

4、郭某反击的后果：郭某的反击行为造成张某轻伤二级的损害后果，根据《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》第13条的规定，造成轻伤及以下损害的，都不属于重大损害。

5、本案认定郭某构成正当防卫的社会效果：张某作为一名城管人员，身穿城管制服、驾驶巡逻车，却在郭某无任何违法情形下对其开口辱骂、并在双方口头争执后立即拿出随身携带钢管逞强耍狠，严重损害了执法人员在群众心目中的证明形象，应当对张某的行为予以负面评价。对郭某的反击行为依法认定为正当防卫，才能更好符合人民群众的朴素的公平正义观念。

上述案件，侦查机关是以郭某涉嫌故意伤害罪移送至检察院，虽然目前该案尚无定论和结果，笔者认为该案件定性为故意伤害罪有待商榷，将郭某的行为认定为正当防卫更加符合法律规定。

五、结语

相互斗殴与防卫行为在外观上具有极大的相似性，但是并不是所有的相互斗殴发生就不存在正当防卫，将正当防卫片面的认定为互殴，其危害显而易见。因此，司法人员在办理该类案件时，应当从公平正义出发，仔细辨别双方的主观意图、具体行为，准确适用正当防卫条款。只有这样，才能保护公民正当防卫权的行使，激发公民与不法侵害做斗争的积极性。

笔者衷心希望，随着时代的进步、司法观念的改变，类似笔者上述承办的看似相互斗殴、实则正当防卫案件能得到公正合理的认定，以凸显正当防卫条款设置的核心价值，弘扬社会正气，让法律的天平、民众心中朴素的正义观念得以回归。

参考文献：

[1]张明楷. 故意伤害罪司法现状的刑法学分析. 清华大学. Vol. 7. N01 (2013).

- [2]刘亚. 正当防卫条款：从沉睡到苏醒.
- [3]韩雪滢. 防卫与互殴的司法界限. 江西财经大学. 2018.
- [4]崔润成. 关于正当防卫的思考——以“昆山反杀案”为例. 法治与社会. 2020. 1（上）.
- [5]肖磊. 互殴中正当防卫的司法界定研究. 云南师范大学. 2020.
- [6]冯西亚. 论相互斗殴中正当防卫的认定. 河南大学. 2016.
- [7]陈峻峰. 实践中误将正当防卫认定为相互斗殴. 法制博览. 2021. 2（中）.
- [8]曾婕. 依法维护正当防卫权. 人民法院报. 2021. 1. 第 002 版.
- [9]计为民. 正当防卫认定新规的标杆意义. 三人谈. 2020. 9.

安徽律研律师事务所 郝敬荣

因本人多次代理民政部门参加婚姻登记领域行政相对人诉民政部门要求撤销婚姻登记行为（或认定无效）行政诉讼案件，由于多种原因结婚登记具体行政行为被判“撤销婚姻登记证”、“撤销.....号婚姻登记证”、“判决.....结婚登记证无效”、“确认.....婚姻登记行为无效”，法制部门在统计民政部门行政案件胜败诉率时，一概认定民政部门被“撤销”、被认定“无效”案件均为败诉案件，本人感觉十分不妥，认为应区别对待。

一、民政部门办理的结婚登记案件之所以“败诉”，究其原因大多系行政相对人不诚信导致，典型案例如下。

（一）某姐妹两人，长相十分相似，妹妹先于姐姐谈婚论嫁，但是妹妹不到法定的结婚年龄，为了达到在法定年龄之前结婚的目的，妹妹便与其姐姐串通，以姐姐的名义、向婚姻登记机关提供姐姐的身份证、户口本及登记姐姐信息的结婚状况证明。经婚姻登记机关审查，妹妹的申请符合结婚的实质要件及形式要件，便给妹妹办理了结婚证。到了姐姐办理结婚证的时候，为防止重婚登记，姐姐与妹妹串通，以其妹妹的名义及相关证件申请办理结婚证。经婚姻登记机关审查，姐姐的申请也符合结婚的实质要件及形式要件，便也给姐姐办理了结婚证。姐妹俩婚后均生育了若干子女，由于姐妹俩结婚证上姓名互换，导致两家家人的关系处于混乱之中，影响了大人及子女的正常生活工作，两姐妹便一纸诉状将婚姻登记部门告上了法庭。法院认为：由于姐妹俩十分相像，无法分辨，婚姻登记机关在办理上述两结婚登记过程中不存在过程，过错在于姐妹俩串通，出具虚假证件、冒用他人身份信息，导致婚姻登记机关在受欺骗情况下核发了结婚证，该婚姻登记行政行为应确认无效，（为了纠错），便判决上述两结婚证无效。

（二）某男系外地人，在外地杀害他人后窜逃至宣州区，在宣州区结识某女，为达到既逃避刑事追究、又与某女结婚目的，该男持案外人身份证等资料、冒用案外人姓名与宣州某女登记结婚，由于案外人的身份证照片与某男十分想像，民政部门及宣州某女均未发觉问题。后因该男因犯故意杀人罪被外地法院判处无期徒刑，事发后宣州某女提起撤销婚姻登记行为的诉讼。

法院认为民政部门作出的被诉婚姻登记行政行为因其依据某男提供的虚假身份信息进行的婚姻登记证行为属于重大且明显违法的无效情形，应当依法确认被告对宣州某女与案外人作出的婚姻登记行为无效。

（三）宣州某男与外地女性何某某相识，何某某称给付6万元彩礼就与其结婚，宣州某男便给付6万元作为彩礼，双方当日便到民政部门办理结婚登记手续。婚后，何某某仅在男方家生活一周便离家出走至今未归，并且断绝了与男方的任何联系。男方向公安机关报警求助寻人未果。3年后，男方向何某某所在地法院提起离婚诉讼，法院查明何某某身份证被他人冒用后与男方登记结婚。男方便一纸诉状将宣州区民政部门诉至法院，认为审查不严，请求撤销双方的结婚证。法院认为“被告在办理结婚登记时，被告受技术条件所限，并不能及时识别出何某某当时提交的身份证明的真伪。原告在起诉离婚才得知他人使用了虚假的身份信息与原告办理了结婚登记，该婚姻登记行为主要证据不足且明显不当，原告要求撤销案涉婚姻登记的诉求符合法律规定，本院予以支持”，判决撤销案涉婚姻登记证。

二、民政部门在办理上述结婚登记的具体行政行为中，主体合法、事实清楚、证据充分，程序合法、适用法律正确，正确履行了法院的职责，没有任何过错。但尽管具体行政行为无瑕疵，但由于结婚登记一方不诚信，为了达到其与对方结婚目的，提供了虚假的资料，导致结婚证登记的人员与真实的人员不一致，产生了重大的事实错误，因此法院作出了对民政部门不利、却有利于诉求人的正确判决。

三、法制部门在统计行政部门行政案件胜败诉率时，一概认定民政部门“撤销”、“无效”案件均为败诉案件，本人认为：从字面上看“撤销”、“无效”的确属于败诉案件，但是却违背了统计胜败诉率的本意。本人认为：应以具体行政行为是否合法为唯一标准进行胜败率的统计，如果民政部门的具體行政行为合法，则应当统计在胜诉中，如果系违法行为才应当统计在败诉中。上述判“撤销”、“无效”的案件的缘由均系行政当事人不诚信原因导致！不应将行政相对人的过错加在民政部门的身上！如果的确属于民政部门工作人员玩忽职守导致错案则另当别论，如：完全可以通过肉眼能够审查出来系虚假资料，因粗心大意没有审查出来，则应责难民政部门，反之不能责难民政部门！否则会严重挫伤民政部门办理婚姻登记的工作激情，打击部门的工作积极性、不利于工作的开展，影响民政部门外部整体形象，坏处多好处少。

【摘要】土地增值税清算单位的确定，是清算工作的基础和前提。其直接影响纳税人的实际税负。但实践中，税企双方对清算单位的确定争议较大。究其原因，主要是现行关于该税种之清算单位的有效规定，概念不清，逻辑混乱。而基层执法人员为了规避执法风险，往往对执行依据的理解存在偏差，导致纳税人利益受损。因而，清算单位的确认，应考虑房地产开发业务流程的特殊性及土地增值税的功能特征，并结合现行与清算单位相关的全部规范内容，体系性地予以理解并确定。

【关键词】法律概念 土地增值税 清算单位

土地增值税清算单位是一次性计算土地增值税税款的房地产范围。清算单位的确定，不仅直接关系到纳税人税负的高低，而且更关乎该税种特有的调节功能能否实现。可以说，清算单位的确认是土地增值税清算的中心工作和关键环节。但税收实践中，由于税法规定的粗疏，税企双方关于清算单位的确定争议较大，以至于争讼不断。因而正确认定清算单位，对征纳双方意义重大。随着国家对土地增值税清算力度的不断加大，此也成为当务之急。笔者认为，应结合土地增值税开征的特殊时代背景和房地产开发业务流程的特殊性，再对照现行涉及“清算单位”的全部有效法律规范的具体内容，体系性地分析把握“清算单位”的真正含义，不能仅从现行“模糊”的税收规定之文义去机械理解，简单适用。本文拟就清算单位的如何确定谈些浅显的看法，仅供税企双方相关人员参考。

一、现行土地增值税清算单位确定的不规范性及其原因

（一）各地关于如何确定清算单位之规定的现状概述

现行各地关于土地增值税清算单位的规定，各省甚至于各地市规定不一，可谓极为混乱。不仅纳税人无所适从，税务机关也往往是瞻前顾后，朝令夕改。以至于这一全国统一开征的税种，关键性的关于清算单位的规定，在现行税法没有授权各地自行确定的情况下（《土地增值税法》征求意见稿第20条授权各省级人民政府结合本地实际决定并报同级人大常委会批准），各地却以规范性文件的形式加以明确规定。有的省规定以政府发展与改革委

员会的批复项目作为清算单位，如北京等。有的以《工程规划许可证》确定清算单位，如安徽、宁波、重庆等。有的以《销售许可证》确定清算单位，如深圳、西安。有的地方笼统规定以审批、备案项目为清算单位，不允许自行划分，如浙江。有的地方规定以企业会计核算单位为清算单位，但需要税务局审核确认，如大连。有的地方则规定以国土和规划审批部门批复项目为准，如青岛。还有的地方干脆不作明确规定，而是含糊表述为：整体开发、统一核算，并结合销售情况和会计核算及初始产权等因素综合确定。如广州。如此等等，不一而足。且在税收实践中，即便同一省市，各地市规定也不尽相同。此已成为我国当代税制之特有的现象。以至于土地增值税被戏称为土地“争执”税。

（二）上述混乱形成的原因分析

1. 初始立法的概念性失误系争议产生的直接原因。《土地增值税暂行条例实施细则》（下文简称《细则》）第8条规定：“土地增值税以纳税人房地产成本核算的最基本的核算项目或核算对象为单位计算。”此条是关于土地增值税清算单位的基本规定。仔细研读，不难发现这一规定过分地关注了土地增值税清算时对会计核算的要求。换言之，即该条是税法对房地产开发企业关于会计核算项目的直接规定，而这一规定也与会计法规及会计实务中关于核算项目（对象）的规定相一致。因而，实践中房地产开发企业也基本遵循了这一规定。既然如此，为什么在土地增值税清算过程中还会出现清算单位确定之混乱？笔者认为，这是立法技术瑕疵，将本应明确的法律概念表述为业务性概念（本应以法律语言明确的清算单位的概念却表述为会计上核算项目或对象这一会计业务概念）。而业务性概念系技术性概念之一，往往会因业务水平的高低而理解不同，存在争议自然是正常现象。《细则》第9条规定：“纳税人成片受让土地使用权后，分期分批开发、转让房地产的，其扣除项目金额的确定，可按转让土地使用权的面积占总面积的比例计算分摊，或按建筑面积计算分摊，也可按税务机关确认的其他方式计算分摊。”

仅从该条文义上理解，可以认为是关于土地增值税清算单位如何确定的“例外”规定。“可以”是授权性法律规范常用的表述方式，含有“许可”、“允许”之意，表达了立法者的立法倾向。但该条貌似“例外”的规定却直接导致关于清算单位确定之争议的产生^[1]。首先，没有这一“例外”规定，土地增值税清算单位的确定就没有“分期、分批”这一争议存在的基础和前提。

其次，既然“例外”规定可以“分期、分批”，但何谓“期、批”却未予明确。且就房地产开发这一特殊的经济活动而言，“期、批”也不是法律上的明确概念，而是房地产开发业务方面的业务概念之一^[2]。因而该条继承了第8条相同的瑕疵。也系争议产生的直接缘由。

2. 国务院税务主管部门后续系列操作层面的规范性文件，在某种程度上对本已模糊的清算单位该如何确认之混乱起了推波助澜的作用。涉及的主要规范性文件有：国家税务总局2007年1月份发布的《关于房地产开发企业土地增值税清算管理有关问题的通知》（国税发〔2006〕187号，以下简称187号文）；2007年12月29日，国家税务总局发布的关于《印发〈土地增值税清算鉴证业务准则〉的通知》（国税发〔2007〕132号，以下简称132号文）；2009年5月12日，国家税务总局发布的关于《印发〈土地增值税清算管理规程〉的通知》（国税发〔2009〕91号，以下简称91号文）。

（1）187号文的“模糊”直接导致各地在清算单位认定上的差异。该文第1条第1款规定：“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。”虽然这一规定与《细则》第8、9条规定没有冲突，但却又出现了“国家有关部门”这一模糊用语^[3]。事实上，房地产开发企业在房地产开发过程中，需要批复的国家有关部门有：各级政府所属的发展和改革委员会、规划部门、住房和城乡建设部门及房管部门等。到底应以哪个部门的审批为准，该文并未予以明确。但此文却成了各地自行规定如何具体确认土地增值税清算单位的直接“依据”，因而是造成各地当前清算单位认定不一致的重要原因。

（2）132号文关于“普通与非普通住宅分开核算收入和扣除额”的规定，导致事实上的土地增值税清算单位的“分裂”。文件第40条第2项第2目规定：如果同一个项目既有普通住宅，又有非普通住宅，需要对普通住宅和非普通住宅的收入额与扣除项目金额分开核算。有的税务机关对此规定予以机械地理解适用，据此要求纳税人须分开核算普通与非普通住宅的收入和扣除额。如此，原本很明确的一个清算单位的开发项目，因其同时存在普通和非普通住宅业务而又成为两个“最基本的会计核算项目”，进而演变为两个“清算单位”。导致真正意义上的税企分歧由此拉开序幕。

（3）91号文关于“对不同类型房地产分别计算增值额、增值率，缴纳土地增值税的规定”进一步混乱了清算单位的确认。文件第17条规定：“清算

审核时，应审核房地产开发项目是否以国家有关部门审批、备案的项目为单位进行清算；对于分期开发的项目，是否以分期项目为单位清算；对不同类型房地产是否分别计算增值额、增值率，缴纳土地增值税。”从该条文义分析，要求审核时不仅要分项目、分期，还要分房产类型。因为三者之间用“；”隔开，系并列关系。“房地产类型”似乎又成为确认清算单位的依据之一。从而使清算单位的确认又多了一个争议的缘由。

二、针对现行有效规定，到底该如何正确理解并确认清算单位

综上，关于土地增值税清算单位的现行有效规定明显存在两个问题。一是清算单位的法律概念内涵不清。二是主管税务机关操作层面的指引性规定存在不一致的情形。那么到底应该如何去正确理解现行有关清算单位的规定并准确确认清算单位？笔者认为应从以下四个方面予以把握。

（一）应将《土地增值税暂行条例》（以下简称《条例》）和《细则》单独作为一个法律体系，以与其总体规定是否一致来理解“清算单位”的具体内容。首先，从《条例》所规定的内容分析，土地增值税在清算时必须有清算对象即清算单位，这是清算的基础。否则收入和扣除的金额将无法确定。其次，虽然《细则》对收入范围（清算单位）未作明确解释，但其在对扣除项目中的“基础设施费”和“公共配套设施费”的扣除范围之规定中明确表述为“开发小区内”（见《细则》第7条第2项）。而《细则》第16条则规定：“……待该项目全部竣工、办理结算后再进行清算，多退少补……”。该条规定中的“项目”与扣除项目规定中的“开发小区”显然应属同一含义。通过《细则》此两条相关规定，我们不难得出土地增值税清算单位应为“开发小区”，亦即一个完整的开发项目。这一理解与《细则》第8、9条关于清算单位的直接规定并无冲突且实质相一致。尽管第9条规定分期（批）开发的，可以分期（批）进行清算。但该条的实际立法本意应该是：考虑到房地产开发周期长，为了保障国家税收的及时性，对于已经明确的分期开发项目且基本符合清算条件的，可以分期先行清算。因而，笔者认为，其真实的含义应该是“预清算”，而非真正法律意义上的“例外”规定。将《细则》第8条、第9条和第16条作为关于土地增值税清算单位确定的整体规定加以分析，不难发现，即便“预清算”后，仍然要依照第16条规定进行整体项目清算。故清算单位应为一个完整的“开发小区”。最后，从会计核算角度反过来去分析税法关于清算单位的规定，我们不难发现，《细则》第7条甚

至对成本核算的二级科目都做出了具体规范，可以直接作为会计核算的二级科目名称。亦即该条对会计核算的具体要求之规定与会计处理的具体要求是一致的。按照现行会计法规及核算要求，一个正常的房地产开发企业，都会以一个项目（开发小区）作为最基本的核算单位（对象）。而实践中，上述项目的具体确认，由政府发展与改革委员会在项目批复中确定。

（二）应结合上位法的实质规定，全面厘清土地增值税清算中关于清算单位与税款计算过程的关系。更要避免断章取义，混淆概念，将清算单位的确认与税款计算方式等同。

1. 就《条例》和《细则》与主管税务机关所颁布的执行性文件之间的法律效力而言，前者是上位法。亦即后者的规定若与前者的规定相冲突，后者规定无效。从上述分析可知，将《条例》和《细则》单独作为一个法律体系去理解，不难得出土地增值税的清算单位就是一个完整的“开发小区”。因而无论执行机关即税务部门发布的规范性文件如何规定怎样确定清算单位，只要其与上位法规定不一致，均不得适用。

2. 理解文件，要从文件内容的整体上加以把握。对于一些较为特别的规定，不仅要知其所以然，而且还要知道其所以然。例如，为什么文件都强调了普通住宅与非普通住宅要分别计算增值额？因为《条例》第8条第1项规定：纳税人建造普通标准住宅出售，增值额未超过扣除项目金额20%的，免征土地增值税。为了将该规定落到实处，也为了与其他税种的关于优惠政策执行的实体规定相一致。1995年5月25日，财政部国家税务总局发布了《关于土地增值税一些具体问题规定的通知》（财税字[1995]048号），该文第13条规定：开发项目中同时包含普通住宅和非普通住宅的，应分别核算增值额。否则，普通住宅不能享受免征土地增值税的税收待遇（本应在《细则》中规定的却遗漏了）。税务机关为了执行这一规定，必然会在其所发布的操作性文件中对此予以回应。因而187号文第1条第2款对此又作了重申。132号文对此也作了规定，只不过该文从土地增值税清算时的税款计算角度加以特别强调而已。因为从文件整体结构来看，规范该内容的第40条第2项第2目，系该文第5章“应纳税额的审核”之首条。该章规定的是如何去审核应纳税款计算的正确与否。当前之所以将此规定与清算单位的确认之规定相互纠缠，显然是混淆了“清算单位”的确认与“税款计算方法”的内容，尽管二者关系极为密切，但决非完全等同。同样，91号文第17条系该文第4章

“清算审核”中的条款。其关于区分房地产类型的审核也是为了关注税款计算的正确性。结合该文第3章“清算受理”内容分析，其第9、10条才是关于清算单位的具体规定（清算成立条件）。但实践中该文第17条所引起的争议却成为当下焦点。因为纯住宅小区现实中并不多见，绝大多数开发项目或多或少都存在商服性质的房地产。而在成本基本相同但价格远高于住宅的情形下，其增值率必将远高于住宅而适用高税率，进而极大提高纳税人的实际税负。而这一计算将商业房产事实上单独视为一个“清算单位”，不仅与其上位法相抵触，也与该文整体内容逻辑不符。且依其17条第3段文义执行，那么同一栋楼存在不同类型的房地产，如商住楼，也将被事实上拆分为两个“清算单位”。这显然违反了《条例》和《细则》的规定。笔者认为：132号文系规范中介机构在土地增值税清算中的具体行为，而91号文系规范主管税务机关在受理纳税人土地增值税清算申报时应审核的具体内容。两文的争议条款均是在文件关于税款计算审核一章中规定的，且两文件在此之前都已对清算单位的确认作了特别性质的规定。因而争议应纯属税款计算方面的争议。此两文件的共同失误在于没有把握好土地增值税清算单位与税款计算之间的特殊关系。虽然从单纯的法律概念角度去审视，二者内容截然不同，但在实际操作中，税款的计算只能依附清算单位的确定而产生。换言之，如何计算税款的规定也就是关于清算单位如何确认的直接规定。尽管91号文第17条前两段都明确了“清算单位”如何确认，第3段只是规定“对不同类型房地产是否分别计算增值额、增值率，缴纳土地增值税”。殊不知该规定是对前两段规定的彻底颠覆。对于没有实际操作经验的文件制定者做出上述表述当然不足为奇，但对这一失误性的表述却在实践中产生如此之烈的争议，应是其始料未及的。其实，从立法技术层面分析，该条前两段结束后应使用“。”，以便与第3段内容加以分隔。重申“清算单位”的确定依然与先前规定一致，这是大前提^[4]。亦即第3段的规定只与税款计算审核有关，至于能否按此规定进行审核，则另当别论。因而从文件整体内容理解，其关于清算单位的规定并没有也不应该与《细则》关于清算单位的确认之规定相互冲突，只是132号文和91号文均存在前文规定了如何确认清算单位，后文又从税款计算审核的角度对清算单位确认加以强调，而二者的规定实质上又不一致，致使文件的内部逻辑关系存在一定问题。

（三）应结合房地产开发活动特有的程序及现行有效的调整房地产相关

法律关系的全部规范，体系性地加以理解。

1. 从房地产开发业务流程分析。当下房地产开发项目程序可分为四个阶段，即项目前期阶段、项目准备阶段、项目施工阶段和项目竣工验收阶段。但与土地增值税清算单位确认有关的主要是前期阶段和项目准备阶段。前期阶段的内容主要包括项目建议书、选址方案、投资计划和初步设计方案等，提出建设依据和必要性，明确投资估算及资金筹措渠道。这一阶段的前提是承载项目的土地(地块)已明确，项目单位已业经以计划管理为主的发展与改革委员会批复；准备阶段主要系“三证”办理，即依序取得土地使用证、规划许可证和建设许可证。其中土地证凭合同及缴款证明办理，规划许可包括用地规划许可和建设规划许可，该两证都需要凭土地证和项目批复文件办理。可见项目批复文件系取得两证的前提条件，而此两证又是取得建设工程施工许可证的基础。因而从法律体系角度分析，包括《条例》、《细则》及相关文件中所称的“项目”，应该是发展和改革委员会立项批复的项目。因为其包括了开发建设的全部基础设施和房屋。

2. 从与“项目”相关的现行法律规范分析。《城乡规划法》第38条第1款规定：在城市、镇规划区内以出让方式提供国有土地使用权的，在国有土地使用权出让前，城市、县人民政府城乡规划主管部门应当依据控制性详细规划，提出出让地块的位置、使用性质、开发强度等规划条件，作为国有土地使用权出让合同的组成部分。未确定规划条件的地块，不得出让国有土地使用权。第2款规定：以出让方式取得国有土地使用权的建设项目，在签订国有土地使用权出让合同后，建设单位应当持建设项目的批准、核准、备案文件和国有土地使用权出让合同，向城市、县人民政府城乡规划主管部门领取建设用地规划许可证。第3款则强调：城市、县人民政府城乡规划主管部门不得在建设用地规划许可证中，擅自改变作为国有土地使用权出让合同组成部分的规划条件。根据该条规定，房地产开发项目在土地出让之前，项目的用地性质、开发强度等规划条件就已经明确。建设单位取得土地使用权后根据规划条件报送房地产开发项目建议书。而第2款所称的“建设项目”就是经发展和改革行政主管部门批准、核准、备案的立项文件所确定的房地产开发项目。而建设工程规划许可证管理的对象是建设工程，不是房地产项目建设的全部内容。一个房地产开发项目可能有一个或多个建设工程规划许可证。它是规划管理部门对房地产开发项目的建设工程的位置、类别、数量、

层数、外形、间距等建设内容开展行政管理的手段。因此建设管理许可证许可建设的只是一定范围的建设工程，而不能称为房地产项目本身。建筑工程施工许可证是对具体建筑工程施工手续、拆迁、施工单位资质、安全、质量、施工图纸、技术资料等施工条件进行管理的手段。建筑工程施工许可证的工程范围只能小于等于建筑工程规划许可证。因而其就更不能称为房地产项目本身。至于预售许可证，只是考虑到房地产开发系资金密集型业务且周期较长这一特点而给予投资者中途筹集资金的一种特别行政管理手段（也系开发商“跑路”，政府“接盘”的“法定”原因），与项目本身及单元划分并无多少关联，只是预售对象系项目具体内容而已。因此以发展和改革行政部门批准、核准、备案的立项文件确定的房地产开发项目作为清算单位，最符合现行法律体系规定。

（四）应结合土地增值税的开征目的和房地产开发的特有规律来理解确认“清算单位”。从土地增值税适用超率累进税率的立法设计分析，该税种开征的目的就是为了抑制“炒地皮”式的投机行为。尽管《条例》第1条的表述与此不尽一致（《土地增值税法》征求意见稿删除了立法目的的规定）。近年来，随着房价的不断走高，房地产行业一直被认为是高收益行业，而高收益必然伴随着高风险。事实上房地产开发企业面临两大不可控风险，即政策风险和市场风险。与其他商品相比，房地产整体价格较高，且关乎每一个人的生活。因此，房地产业的走向对我国国民经济的整体发展具有重要的影响，也是历届政府关心的重要民生问题和政策调控的主要对象。每一轮调控政策，都会导致市场竞争状况和消费者需求变化，可能使得已投资完成的项目无法实现预期的销售目标，从而造成投资资金无法及时回笼，形成资金沉淀的风险。由于许多房地产项目开发周期较长，而在这个过程中有取得预期收益的机会，更是存在巨额亏损甚至破产清算的可能。如果土地增值税不以项目整体为清算单位，就会存在即便开发项目最终巨额亏损的情况下仍缴纳了相当金额的土地增值税税款这一极不合理、也与该税种特定目的相悖的现象。而以整体项目作为清算单位则不会出现这种结果。因而以整体项目作为清算单位是合理的。

三、结论

综上所述，笔者认为，土地增值税应以政府发展与改革部门的批复项目单位为清算单位。如此，不仅与现行规范相符，也与涉及清算单位相关全部

规范的体系规定一致。更容易让征纳双方接受，又符合公平原理。而当前关于清算单位确认争议的产生，主要是国务院税务主管部门在发布相关管理性文件时，没有注意到“保姆式”的条文表述内容与文件本身整体相协调问题，将清算单位与税款计算方法硬性分隔，分别表述，致使整体内容内部逻辑不清，概念相混。特别是 91 号文第 17 条的规定，我们不能仅从该条第 3 段的文义去理解执行。前文对其失误已作分析，此处不再赘述。但针对执法现状，法理上的解释依然不能成为直接的执法依据。因而，解决当前争议的治本之策，还是只能期待国务院税务主管部门予以明文规范。

参考文献：

- [1] 李飞翔, 覃凤霞, 周正月. 解开土地增值税清算乱麻[J]. 中国税务; 2003, (2): 42~43.
- [2] 臧艳艳. 浅议土地增值税清算的问题及建议[J]. 天津经济; 2015, (3): 57~59.
- [3] 袁雪. 我国土地增值税清算难点问题研究[D]. 成都: 西南财经大学; 2018, (3).
- [4] 蔡少优, 杨富友. 土地增值税清算“单位”探析 [J]. 湖南税务高等专科学校学报; 2012, (1): 15~17, 27.

安徽渊源律师事务所 许翔、张然、周章

【摘要】长三角律师业一体化的持续推进，对县域律所和县域律师而言既是机遇又是挑战，在规模所、联盟所、专业所面前的县域律所，要在一体化的进程中加强学习不断自我革新，也要定位明确发挥自身优势，在对比融合中显现自我，探究长三角一体化格局下的县域律所发展道路是县域律师应当思考的重要课题。

【关键词】长三角区域一体化 安徽县域律所 律师业一体化趋势 比较发展定位

自长江三角洲区域一体化发展上升为国家战略以来，新的发展进程对整个长三角律师行业提出了更高的要求，面对“一体化”和“高质量”这两个核心关键，作为现代服务业重要组成部分的律师业，为更好促进长三角经济发展、参与社会治理、法治建设等方面，上海、江苏、浙江、安徽四地律师协会在2019年11月份于安徽黄山召开第四届长三角律师行业合作发展论坛，并签订《长江三角洲区域律师业一体化发展合作框架协议》以及三个子协议。2021年7月四地律协于上海召开第五届长三角律师行业合作发展论坛，共同签署《长江三角洲区域律师业一体化发展工作会议纪要（2021版）》。在此大背景下，安徽省县域律所如何在行业一体化发展的进程中发挥自身优势，抓住机遇、改革创新、汲取大所强所优势、吸收长三角县域优质律所先进经验，以促进安徽县域律所自身发展显得尤为重要。本文结合县域律所共性以及安徽省县域律所特性，旨在就长三角区域一体化趋势下今后安徽省县域律所的发展定位进行探究。

一、长三角区域一体化发展与律师行业一体化

早在2008年国务院就作出《国务院关于进一步推进长江三角洲地区改革开放和经济社会发展的指导意见》文件，至2019年12月1日，《长江三角洲区域一体化发展规划纲要》的发布已走过11年，“一体化”要求了长三角区域三省一市要发挥各自优势，实现资源高效配置、区域协调整体发展，具体体现在经济市场、产业、人才就业、基础设施、公共服务、环境准入、政策体制等方面逐步走向一体化，从而实现区域整体高质量发展。作为服务

经济社会发展、促进法治建设的长三角律师行业，为谋求行业一体化发展于2021年7月16日至17日以“新发展格局下的长三角律师行业一体化发展”为主题召开第五届长三角律师行业合作发展论坛，这既是顺应《长江三角洲区域一体化发展规划纲要》的要求，亦是长三角三省一市律师行业主动作为、创新发展的体现。

（一）长三角区域一体化发展对律师行业的影响

各地律师业的发展往往受到经济发展水平因素的直接影响，但“一体化”的最终目标就是为了解决区域发展不充分、不平衡的问题，要让各地发挥各自优势协同发展。律师行业不同于一般的商业活动，在长三角区域趋于一体化的情况下，频繁的商业往来、便捷的交通、共享的基础设施等，都需要更为良好的法治环境和法治保障，因而律师能够施展发挥的舞台毫无疑问将被扩大。在此发展大趋势下，研究和融入长三角区域一体化将是长三角区域内执业律师的必修功课。

1、长三角区域一体化概述

长三角区域规划范围包括上海市、江苏省、浙江省和安徽省，面积35.8万平方公里；以上海、南京、杭州、合肥等27个城市为中心区，面积22.5万平方公里，占我国陆域总面积的3.7%左右，目前常住人口约2.2亿，占我国总人口的16%左右，地区生产总值为（GDP）约占全国总量的23.5%，作为我国重要城市群，区域的一体化、高质量发展对推动我国经济社会发展迈向新未来具有重要深远的意义。

2、律师业发展的时代特征及长三角律师行业一体化进程

当前我国经济水平相对改革开放初期有了巨大转变，律师行业担负着越来越多的社会责任，涉及的业务范围也逐步扩大，如何真正把握行业的时代特征并找准发展方向就显得尤为重要。

（1）律师业发展的时代特征

面对信息爆炸的互联网时代，大数据分析、案例检索报告、诉讼可视化等新名词是对律师行业发展更新迭代的反应。作为社会主义法治建设重要推动力的律师行业，整体呈现出了分工专业化、团队协作化的特点。无论是中心城市的大所还是县域范围内的中小精品所，在律师业务种类逐渐多元以及案件法律关系日趋复杂的当下，携手并进成为了主旋律，这是与传统简单诉讼案件律师的孤军奋战模式的主要差异所在。尽管律师的执业特性和利益冲

突的存在决定了律所不会单一无止尽地扩张统一，但在用户需求层级不断提升、律师个体竞争不断加大的局面下，整合相对统一的力量并形成发展合力，是律师业发展的时代特征所在，究其本质就是律师行业“一体化”，一体化能达到资源共享、优势互补、服务升级、破解传统区域的效果。

（2）长三角律师行业的一体化进程

长三角律师行业合作发展论坛是长三角律师行业一体化的重要载体和主要平台，长三角律师业一体化建设的目的是为了探寻律师行业合作发展交汇点，通过共建共享、资源互补、交流合作、推动新发展格局下长三角律师行业走向高质量阶段。就目前而言，四地律协签订有《长江三角洲区域律师业一体化发展合作框架协议》、《长江三角洲区域律师行业党建联盟协议》、《长江三角洲区域律师业一体化发展工作会议纪要（2021 版）》等文件并成立“长三角一体化律师行业联络办公室”、“长三角律师行业发展研究中心”等机构，建立了基础的组织、制度保障。而对于具体到区域内各个律所和律师个体而言，一体化的落实进程尚处于初级阶段，要具体使区域内律所律师实现深度合作、高质量发展则需要根据区域内部不同城市、不同律所的发展特点、发展阶段因地制宜地促进律所结合优势自我革新融入一体化。

（一）长三角重要城市律师行业一体化趋势对县域律所发展的影响

对于上海、南京、杭州、合肥等长三角区域重要城市而言，律所的发展呈现规模大、人数多、分工细、专业强、业务广的特点，在区域一体化的趋势下，重要城市的一些中小精品律所也逐渐走向了合并或联合的发展模式。在经济高度融合、交通极为便利的一体趋势情形之下，县域律所的发展也将毋庸置疑的会受到巨大影响。具体而言，传统县域律所本身就面对着服务对象多、事务杂、收入低的发展现状，一体化的提出则使得重要城市律所对县域执业律师的虹吸效应也越来越大，如果县域律所不总结已有的优势进行自我革新，那么新型法律服务产品无法研发、团队成员架构失调、人才逐渐流失、业务专业化程度低等实质制约问题就会逐步显现。

1、长三角三省一市律师行业发展现状

（1）截至 2020 年数据显示上海律师业发展现状，执业律师人数突破 3 万人关口，总创收占上海 GDP 的 7.6%，多数律师集中在中心城区，而全上海市律所已有 1709 家，律所的增速逐渐平缓。1000 人以上律所 1 家、100 人（含）以上律所 47 家、30-100 人律所 114 家、10-30 人律所 500 家，共

占全市律所 39.97%，而 10 人以下律所共 1029 家，占全市律所的 60.21%。

数据显示江苏律师业发展现状，全省共有律师 35632 人，共有律师事务所 2187 家，律师 100 人以上 14 家，律师 50 人至 100 人的律师事务所 56 家，律师 30 人至 50 人的律师事务所 79 家，律师 10 人至 30 人的律师事务所 800 家，共占全省律所 43.39%，10 人以下的律师事务所 1238 家占 56.61%。浙江省共有律师 27302 人，律师事务所 1636 家。安徽省律师事务所共 922 家，执业律师共 16723 人。

(2) 根据官方公布数据来看三省一市的律师数量呈现明显差异性，安徽省相较于江苏省而言律师人数少了将近两万人，且上海、江苏的律师律所的发展也领先于安徽。尽管安徽省的律所规模上无法详细体现，但是能够看出长三角区域内 10 人以下的律师事务所占比远超 50%，即当前区域内的律所发展还是呈现出以中小所为主导的结构。以“一体化”和“高质量”为关键发展导向来看，整体而言三省一市律师行业的中小律所应结合自身实际探寻新的发展方式，以求得在上海、江苏大型律所数量不断上升的情况之下仍然能够持续开拓自身的生存发展空间。

2、长三角律师业一体化对县域律所及县域律师的影响

整个长三角区域中小律所，尤其是基础相对薄弱的安徽省县域律所，在互联网信息交流更加通畅、区域交通往来更加便利的情形下，面对大所强所提供的专业化、团队化、产品化、品牌化的服务模式，将可能导致县域律所面临业务隐形流失、新服务产品无法提供的情况，直接影响着县域律师收入。而其中发展劣势在于县域律所的人数少、团队精神缺乏、专业化程度低、无法满足客户的服务需求，部分业务无法承接，缺乏有效的专业培养机制、律所现代管理体制和律所的品牌推广意识等问题。

长三角律师业一体化对县域律所和县域律师发展的影响则可以从积极推动和消极影响两方面来看。从积极推动角度而言，长三角律师业一体化尤其是大所强所的不断发展的，对县域所起到了示范引领作用，能够让县域律所和县域律师看到今后行业发展的走向，通过逐步密切的业务交流和经验分享让县域律所结合自身的发展优势进一步的完善革新。从消极影响看，长三角区域内律所规模不断扩大、业务范围持续拓展，则势必将会对原本从业人员不足的县域律所造成进一步的人才流失，中心城市完善的公共服务体系和成熟的生活配套对县域律所人才的吸引力可见一斑。为此，县域律所如何在区

域一体化发展的趋势下，形成自己稳固健康可持续的发展需求才最值得关注思考。

二、长三角区域内安徽县域律所发展现状及对比

（一）安徽省县域律所发展概述

1、安徽省县域律所基本现状

截至 2020 年底，安徽县域律所有 323 家，占全省律所比例 35%；县域律师创收 50385.79 万元，占全省收入比例 14.88%；县域律师执业人数 3731 人，占全省律师 23.33%，执业人数这一数据相较于 2019 年增加 192 人，但在全省执业律师占比却下降 1.53%，可见我省县域律所对人才的吸引力存在不足。

2、安徽省县域律所业务状况和执业律师基本情况

目前我省律所县域律所主要还是以传统的诉讼业务为主导，并以诉讼为依托拓展法律顾问等其他业务，在执业人数超过十人的律所能够开始够涉及到少量的破产、知识产权、金融证券等非诉业务，但始终占比较低。就律所人员来看，县域律所执业律师的年龄偏大，老中青比重以老中为主，且存在着县域律所没有青年执业律师的极端情况。

3、安徽县域律所当下发展存在问题

律师业的发展与受到当地经济发展状况往往呈正比例趋势，处在经济基础相对薄弱的县域律所发展程度更是参差不齐，在各个方面都显现出自身的不足，具体表现在：

（1）因县域执业人数少而一般性法律事务所导致律师个人的专业化程度低，就导致出现大部分广而不专的情况出现，对具体领域的专项问题的应对处理能力不足。因此延伸出的问题就是县域律所没有相对的分工、系统化的培训和业务知识水平更新机制。

（2）只有完善且能够实施的制度才能有利团队建设发展，没有管理制度不利于律所的日常管理，而管理制度与现实发展不相适应更有可能导致适得其反的状况发生，而目前县域律所急需建立且有效的内部管理制度。

（3）县域律所普遍对数据的利用分析能力不够，对案件办理运用可视化和数据检索欠缺，也缺乏对案件办理完结后的有效信息化汇总归档，在信息高度飞速进步的今天，通过数据整合形成对本区域法律服务市场进行再认识，能够促使律所更加完善的办理案件，而缺失数据分析整合恰是县域律所

的薄弱环节。

(4) 县域律所缺少规范且适当的内部分工与分配是导致律所无法实现真正高效运转的另一症结。当前规模化大所的拥有完善人员架构，不仅在律师内部进行专业化区分，且对律师业务与行政事务区分，通过将律师的精力从琐事中脱离以此实现专注于案件办理，以此形成合理均衡的分配制度。而县域律所往往因为管理理念和运营成本的双重因素而导致律师办案专业化、方向专业化的短板出现，从而不利于执业律师的发展。

(二) 安徽县域律所与江苏、浙江县域律所的发展比较

1、根据 2017 年调研数据显示，江苏省县域律师共有 6278 人，占江苏省律师总人数的 29%，承载了江苏省 70% 以上人口的法律服务工作。59 个县域的执业律师万人比低于江苏省平均数，江苏省 628 家县域律所中，仅 16 家律所规模达到 30 人以上，411 家律所规模在 10 人以下，相当一部分律所仅 3、4 名执业律师。律所规模的局限性导致县域律所较难承接需要团队合作的复杂业务。在律所创收上，江苏省仅 14 个县域律所达到全省人均创收水平，47 个县域律所创收低于全省人均创收。受规模、业务的限制，县域律师业务一般局限在县域内，业务类型也十分单一，多为传统的民事诉讼，标的额普遍较小。从县域律所的区域发展上来看，苏南地区县域律所发展较好，苏中地区县域律所处于中等水平，苏北地区县域律所发展落后。

江苏省各级司法机关、律师协会都十分重视江苏省县域律师行业的发展。2017 年，江苏省司法厅厅长柳玉祥在连云港主持召开江苏省县域律师业发展专题调研座谈会，提出按照“行政指导、行业推动、律师参与”的原则，拉长短板、缩小差距，争取在 2 到 3 年内，实现江苏省内各县域律师从业人数达到 50 人以上，或县域律师万人比达到万分之一。为此，江苏省于 2018 年发布《江苏省促进县域律师发展（2018-2020）三年行动方案》，包含壮大县域律师队伍规模、引导大所名所到县域设立分所、加快县域律师服务模式创新、推进江苏省县域律师行业协调发展、大力拓展县域律师业务范围、加快人才培养力度等七个方面。截止到 2020 年底，江苏省已经实现县域律师常驻人口占比普遍达到万分之一以上的目标。

除外在帮助外，江苏省各县域为大力发展本地律师行业，也纷纷制定律师行业专项扶持办法。2020 年 4 月 20 日，灌南县下发（灌政规发【2020】1 号）《关于印发灌南县律师业发展奖励扶持办法的通知》，专门设立千万元财

政保障资金，推出了 15 项激励措施，着力破解灌南县律所稀少、律师不足的短板弱项，力争年内律师人数每万人占比达到 1.4 人以上。2021 年，泗阳县发布（泗政办发【2021】8 号）《县政府办公室印发关于扶持律师行业发展的实施意见的通知》，通过物质奖励、补助的方式，鼓励县内律所做大做强、鼓励引进新所入驻、鼓励律所争先创优、加强引进和培养人才、强化律师业专项资金使用管理。

另外，江苏省律师行业深入开展业务帮扶，苏南、苏中、苏北律师协会之间形成互助共建机制。12 个贫困县和律师人数较少县（区）的 104 家律所，与苏南、苏中地区的 88 家律所共建结对，形成点对点的“南北挂钩帮扶”，加强区域协作，订立律师培训、交流互助协议。并选派律师轮流赶赴结对子的县域律所开展 3 个月的志愿服务，通过“传、帮、带”的方式帮助县域律所提高专业化水平和能力。

2、尽管浙江省县域律师的相关数据官方较少，但通过检索发现一家机构曾对浙江部分县域律师进行过问卷调查。该份报告的受访者 90%以上来自 30 人以下规模的县域律所，且 58.5%的受访者是执业 3 年以下的律师及实习律师，4 至 5 年执业经验的律师占 18.5%，因此该份调查报告大体上展现了浙江省年轻县域律师的执业现状和主观认知。根据报告，近一半的受访者毕业于普通本科院校，国内知名院校毕业生占 27.7%，还有 18.5%的执业律师没有接受过系统的法律教育，从侧面反映出县域律师中硕士及以上学历人数占比较少，律师的理论水平可能出现良莠不齐的情况。近 90%的受访律师以诉讼业务为主，业务类型根据县域经济发展水平而各不相同，这点反映出县域执业律师的业务增长点局限于诉讼案件，平时难以接触、办理破产、信托等非诉讼业务。70%以上的受访律师表示其收入水平高于当地平均收入，并有不少律师认为，青年律师在县域执业个人发展更加顺利，容易形成、推广个人品牌。这些受调查者中，绝大部分的案源来自自身的人脉资源，同行转介、业内口碑占比次之，通过网络传播、对外宣传、参加论坛、活动等方式获得的案源更少。由此可见，县域律师的案件来源的渠道较少，人脉资源薄弱的律师在县域执业的压力较大，收入水平与个人业务能力可能不成正比。

综合上述可以看出除上海市外苏浙皖三省的县域律所的发展具有鲜明的共性，不仅在县域律师占全省律师的比重同样较低且县域律师从业人数、律所占比以及创收占比都较为类似。

三、安徽省县域律所的发展定位

(一) 县域律所发展优势

相较于大城市，县域律所有着法律受众人数多、县域内人群交往频繁、律所人数少施展空间较人才济济的大所而言相对较大等特点，具体而言：

(1) 县域律师就所处县域人口而言，律师占县域人口总比例较低，因此面向的个体数量大；且县域律师在县域范围内的人际关系相较大中城市而言更为良好，有利于案件办理。县域律所以面向村居法律顾问为主导，相对于大城市而言就村居法律工作的竞争压力相对较小，并且村居法律事务虽然较杂，但是形成数据整合后就能够分析出常见的案件类型和处理方法，通过一点成线，以线到面形成自己的客户群。

(2) 县域律师内的人际关系网是律所能够持续发展成长的又一因素，传统人情味比大城市多，业务多为一些简单不复杂的常见案件，因此反而对年轻人比较敢于放手去用、去给予他们锻炼，相对更有利于年轻人的成长。因此，相比较大所而言，人脉往来和发展空间相对大所要大。

(3) 县域经济的不断发展和乡村振兴战略让县域在未来无疑是向高质量的方向发展，而县域律所能够吸引人才的地方在于在跨区域交通越来越便利的当下，县域律师对外沟通也更加便捷，且县域生活成本更低的范围内，为人才带来发挥空间更自由的平台。

(4) 相较与长三角区域发展完备的大中城市律所而言，区域内 70%以上人口的法律服务由县域律师提供，在律师业快速发展的背景下，县域律师业发展显现出来不平衡不充分问题，这一问题在数字化、一体化的时代特征下恰恰能够成为打开县域法律服务业广阔市场的钥匙。县域以下虽然法律消费欲望和消费能力低，但在经济社会不断发展的未来可以预见将有广阔的市场。

(5) 县域范围内往往更多的体现在群众之间的是中国传统的乡土情怀，而县域律师扎根基层，能够更为良好的建立和群众之间的信任感，对比大中城市律所而言，县域律师维护客户群体的成本相对较低，而面对人口比重更多的县域普通百姓而言，一般的简易民商事纠纷是工作的重点，县域律所往往能够更便捷、直接的走进群众，帮助大家解决关切的法律问题。

(6) 当前，我国大城市经济发展飞速，导致城市内部竞争压力大、生活节奏快、生活成本高，一些本地或外来的中、青年人群为维持生活、保住“饭

碗”，不得不屈服于“996”、“007”的工作制，甚至有人因此猝死在工作岗位上，巨大的生活压力让相当一部分的中、青年人群感到身心疲惫。而小型城市、县城的竞争压力小、生活节奏及成本低，生活相对轻松、安逸，工作压力也较小，对大城市生活、工作的年轻人、中年人形成了较大的吸引力。因此，近年来我国也逐渐出现大中型城市人口向小型城市、县城迁移的反虹吸现象。这不仅对县域城市的经济发展起到了促进作用，更加为县域律所带来了新鲜血液、为县域律师开拓法律业务带来了新的增长点和服务对象。

(7) 党的十九大报告中提出的乡村振兴战略对我国乡村未来发展提出了发展要求，2021年4月29日，第十三届全国人大常委会第二十八次会议表决通过《中华人民共和国乡村振兴促进法》更是为基层发展提供了法治保障，当前乡村振兴战略已经被提到新高度，服务乡村振兴战略是党和国家赋予基层律师的一个光荣的社会责任和使命。乡村振兴需要法治保驾护航。不断深化公共法律服务体系，重点做好法治乡村建设，维护乡村和谐稳定，助力乡村振兴战略实施。提升服务水平，助力农村组织振兴。以深化“公共法律服务体系”、“一村(社区)一法律顾问”工作为抓手，为群众提供精准普惠及时高效法律服务，为县域律师的发展提供了更多的发展机遇、发展空间，广大县域律所的未来发展大有可期。

(二) 从长三角重要城市律师业发展看安徽县域律所发展定位

长三角重要城市的律师行业发展呈现规模化、专业化、团队化、智能化、高学历化、品牌化的特征。规模化是指律所规模大、执业律师人数众多。以苏州市为例，截止到2020年底，苏州百人以上律所2家、50人-100人律所10家、30人-50人规模的律所29家。规模优势使得长三角内的大所强所可以及早进行专业化分工，律师深入特定法律专业研究后形成体系，又促成专业律师组成专业团队。而规模化、专业化、团队化又需要律所、律师能够进行智能化管理、办公，高学历律师是律所进行专业化、团队化、智能化的重要基石，以上特质又促进了律所品牌的推广，从而吸引小所融合、人才进入，因此大所愈大、强所愈强。

县域律所受客观环境限制，难以形成较大的规模，但专业化分工、团队化建设、引进智能办案系统、吸引高学历人才、推广律所品牌仍可以进行，但如前所述，这一过程需要循序渐进，只有专业化完全形成后才能进行团队化建设，这一过程根据县域律所的实际能力在时间和最终成果上有所区别，

因此，县域律所的发展不能照搬照抄长三角重要城市的大所强所，仍要立足实际、实事求是。

（三）从苏浙两省县域律所发展看安徽县域律所发展定位

1、从苏浙皖三省县域律师的发展中可以看出，在发展过程中三省县域律所在发展过程中都面临过瓶颈，主要体现在以下几个方面：一是受到所在县域地理位置和当地经济发展情况的客观限制，导致县域律所发展、壮大的道路充满艰辛，知名的县域律所更是少之又少；二是难以引入优秀人才进入县域律所执业，导致县域律所执业水平普遍不高，重大疑难案件客户难以放心交付，仍要委托省市内的大所强所负责；三是县级政府对县域律所、律师的发展不够重视，相关政策较少、扶持力度较弱，导致县域律所缺乏外在帮助；四是执业环境有待进一步改善，一些法律工作者、法律咨询公司不正当竞争，恶意以低价获得案件，办案水平较差，平时又以律师身份自称，导致当事人将其当作律师，从而对县域律师印象较差；五是县域律所运行模式、管理制度、手段比较落后，基础管理缺失，导致县域律所形同律师办案场地的出租者，所内律师仍是单打独斗，缺乏有效的团队合作、资源整合，加上品牌意识较差，不仅难以与省市内的大所强所相对抗，更无法在县域内打响名气。

2、导致县域律所发展瓶颈的原因在于：一是县域律所自身发展动力不足，发展理念陈旧，无法推陈出新。县域律所、律师对创新的热情不高，安于现状，专业化团队化建设缓慢，因此无法从律所内部改善现状；二是县域律所间同质化竞争严重，在自身发展中缺乏差异化竞争的思维，导致自身容易被其他同类型律所取代，因此无法从同行竞争中脱颖而出；三是缺乏各级机关的政策扶持，缺少大所强所在业务上、管理上的帮助、指导，导致县域律所无法及时获得外界物质帮助、学习先进理念。

3、苏浙两省县域律所近来年的发展，给了我们如下启示：一是深入开展业务帮扶，由省内大所强所定期选派律师到县域律所进行律师业务和律所管理上的指导，健全县域律所与大所强所的对接合作机制，签订律师培训、交流的合作协议，深入推进县域律所向专业化、规模化发展，推动县域律所、律师学习先进经验，从内部进行质的改变；二是推进县域律所及律师使用智能化办公，在办案中熟练运用大数据检索，提高案件胜诉率，并有利于推广律所及律师个人品牌；三是根据律所能力组建行政团队、宣传推广团队。江

苏省昆山市某律所下分为法律服务团队、行政团队、推广宣传团队，充分体现了“专业的人做专业的事”，县域律所中一些执业律师经常承担一些行政、宣传推广的工作，一来执业律师个人时间受到压缩，工作、学习时间大打折扣，长此以往对律师个人发展不利，二来执业律师个人不具有行政、推广上的能力，结果往往达不到预想的结果，反而适得其反。四是依靠各级政府、司法机关及律协的扶持，制定专门政策吸引高学历律师进入县域律所、留住优秀人才继续在县域执业，对县域优秀律所、律师进行表彰，激发创新意识和竞争意识。五是对贫困县域、执业律所（律师）较少的县域，鼓励大所下沉开设分所提供法律服务、鼓励当地公职人员通过法律职业资格考试，担任公职律师，一来可以缓解当地对法律服务的需求，二来引入新鲜血液，推动、刺激当地律所进行学习，形成良性竞争的格局。

（三）从长三角区域一体化看安徽省县域律所业务发展

长三角一体化不仅促使长三角地区的大所强所强强联合，向着全国乃至全球的高层次、高难度的法律事务进发。还有相当一部分的知名大所下沉到县域开设分所，对当地的县域律所形成较大的竞争力，这迫使县域律所急需进行系统化的管理制度和业务种类上的改变。县域律所不仅要融入长三角培训平台，参加长三角律师行业交流，向大所强所学习专业化分工、团队化建设、智能化引入、品牌化推广，还要求县域律所守好自己已有的“一亩三分地”，即立足县域，服务基层。2021年6月1日《乡村振兴促进法》正式施行，对于县域律师而言，正是抓住国家乡村振兴战略，积极担任村居法律顾问，参与乡村振兴发展的好机会。县域律所可以调研江浙一带的县域，借鉴其村居法律顾问服务的点睛之处，形成专业的村居法律服务项目供乡镇政府选择。县域律师主动走访村居、进行基层矛盾化解、定期进行普法知识讲座等活动，给乡镇村民展现积极的、有作为的律师形象，从而在乡镇积累声望，开拓新的稳定的案源渠道，推广律所品牌。

四、结语

安徽县域律所扎根于每一块县域土地，县域律师大多是生于县域成长于县域，与这块土地和土地上的每一位群众都有着深厚的感情，执业的追求和工匠精神代代相传，二代人、三代人都执业于县域律所几乎每个县域都有。县域律所执业最年长的律师已达八十五岁高龄，这是县域律所的魅力所在。当长三角区域一体化高质量发展的强劲东风吹遍江淮大地，我们应当迎接挑

战、抓住机遇、趁势而上。安徽县域律所理应定位于县域、扎根于县域、服务于基层群众、服务于致力县域经济发展的所有客户。在一体化的浪潮推动下，在竞争中求发展、在对比中求提升、在互联中求空间。学习优秀律所的先进经验一定要“对症下药”，选择适合安徽县域律所的发展道路。县域律师应当以更大的热情投身于国家乡村振兴战略，重新审视我们曾经走过的路，用一体化的思维去推动和落实乡村振兴发展，努力探索一条适合安徽县域律所新的发展路径，把我们每一个县域律所打造成长三角区域一体化高质量发展的安徽县域优秀法律服务平台，把我们每一位县域律师打造成长三角区域一体化高质量发展安徽县域排头兵！

— —

安徽师阳安顺律师事务所 程学平

【摘要】本文以最高人民法院《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》的精神为主线，从道德规范与法律规范的内在关联角度，分析论证了社会主义核心价值观是中国特色社会主义法治建设的价值依据。对社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理基本原则的应用，律师在诉讼活动中运用社会主义核心价值观释法说理，从律师的法定职责、社会职责以及积极作用和技巧的多维度进行了阐释，旨在倡导律师认真学习、深刻领会社会主义核心价值观的精髓，并通过运用社会主义核心价值观释法说理，提高律师队伍的理论水平，优化中国律师的社会公众形象。

【关键词】社会主义核心价值观 释法说理 指导意见 法治建设

2021年1月19日，最高人民法院以法[2021]21号司法文件形式发布了《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》（以下简称“最高人民法院指导意见”）。该指导意见就充分发挥司法裁判在国家治理、社会治理中的规则引领和价值导向作用，增强司法裁判的社会公信力和权威性，提出了三个方面的要求：一是“努力实现富强、民主、文明、和谐的价值目标”；二是“追求自由、平等、公正、法治的价值取向”；三是“努力践行爱国、敬业、诚信、友善的价值准则”。

《律师法》第二条从律师职业属性角度将律师定性为“为当事人提供法律服务的执业人员”，但也赋予了律师“维护法律正确实施，维护社会公平和正义”的法定职责。因此，这三个价值取向虽是最高人民法院对法官提出的要求，但对法律共同体重要成员的律师，也具有积极的指导意义。

最高人民法院的指导意见，在文件的分类上属司法文件性质，虽不具有法律解释作为裁判依据的功能，但对法官裁判案件的价值目标、价值取向、价值判断的选择和确定却具有明确的参照价值。因为，社会主义核心价值观的精神内涵是极其丰富的，其中“民主、自由、平等、公正、法治”

都可完全归属于现代法治文明价值追求的范畴。最高人民法院要求各级人民法院将社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理，不仅可以提升司法裁判的社会公信，更是践行中国特色社会主义法治理念的创新之举。

任何政治制度的国家都有其核心价值观。虽然核心价值观在属性上归类于政治学的意识形态范畴，但由于核心价值观都是不同信仰、不同政治体制、不同民族在社会进步发展过程中，从社会的道德体系、政治和法律制度中提炼出来的。因此，一个国家的核心价值观也是这个国家道德、政治、法律体系凝聚的综合体。

法律人都深知，法律的渊源是道德，将道德赋予国家强制力就成为法律。当公民的道德自律与法律的强制他律完美结合时，就形成了现代意义的法治，中国特色社会主义法治体系也是如此形成的。

一、道德规范上升为法律规范是贯穿于中国特色社会主义法治建设的主线

1987年1月1日施行的《中华人民共和国民法通则》（以下简称“民法通则”）“基本原则”第七条规定：“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益……”。

2017年3月1日施行的《中华人民共和国民法总则》（以下简称“民法总则”）“基本规定”第八条规定：“民事主体从事民事活动不得违反法律，不得违背公序良俗”。

2021年1月1日施行的《中华人民共和国民法典》虽废止了《民法通则》、《民法总则》，但在“基本规定”第八条全文保留了《民法总则》第八条的规定。

《民法通则》和《民法总则》作为民事法律的基础性、纲领性法律，其施行期间的法律地位被誉为“民法的宪法性”法律，而《民法典》则是社会主义新中国第一部以法典命名的法律，是中国特色社会主义法律体系中处于基础性地位的法律。

由《民法通则》、《民法总则》、《民法典》的立法更迭过程可见，这三部重要法律先后都将作为道德规范总称的“社会公德”、“社会公共利益”、“公序良俗”提升到法律“基本原则”、“基本规定”高度的立法实例，可充分证明中华民族优秀道德规范是中国特色社会主义法律制度的重要渊源之一，且贯穿于中国特色社会主义法治建设的主线。

无论是当今被世界各国立法普遍借鉴或直接适用的英美法系，还是大陆法系，在道德与法律关系的法理认知上，都是基本相同的。

任何一个法治文明程度相对较高的国家，都曾经历一个在立法活动中不断将优秀道德规范赋予国家强制力，提升为法律规范的历史进程，且这个进程将会永远伴随社会文明进步而同步发展。

由于社会公众和裁判者在对“社会公德”、“社会公共利益”、“公序良俗”的审视角度、保护对象、认定标准上的不确定性，使这些原则规定的法条长时间处于“静默”状态，有法律人戏称其为“花瓶条款”、“沉睡条款”。三十多年间，法官普遍都持十分谨慎态度，被判决直接引用的判例并不多见。

《民法总则》颁布后，针对一段历史时期中社会道德体系危机，笔者曾撰写过《“公序良俗”原则的司法裁判价值功能对社会道德危机的救赎》一文，意在呼吁请最高人民法院出台相关司法解释，以大力倡导、鼓励、推动法官大胆引用“公序良俗”原则为裁判依据，对有碍社会善良风俗、有伤社会风化、有损社会公共利益的行为，以法官的裁判权依法予以惩戒。从而达到以司法裁判的法律威慑力和社会公信力促进社会道德风尚的净化，弘扬社会正气，扭转社会道德危机的效果。但令人遗憾的是，在《民法总则》施行的几年中，在司法裁判网上，引用“公序良俗”基本规定为裁判依据的案例仍不多见。

二、社会主义核心价值观是中国特色社会主义法治建设的价值依据

不同意识形态、不同信仰、不同政治制度的国家，都有其国家制定的核心价值观。以美国为代表的西方资本主义国家，其各国的核心价值虽然在表述上不尽相同，但主要表述为“自由、民主、平等、人权”。在信仰伊斯兰教的国家，其核心价值观主要表述为“真主主权”、“政治权利真主委托”等，类似于中国封建时期的“君权神授”。

一个国家核心价值观的内容将决定这个国家的政治、法律、经济、社会治理等理论体系及制度的建设。在2006年10月中国共产党十六届三中全会第一次提出“建设社会主义核心价值观体系”的重大命题之前，“核心价值观”一词尚未在国家政治理论体系中表述。但毛泽东同志的“为人民服务”；邓小平同志的“解放思想、实事求是”；“实践是检验真理的唯一标准”；“贫穷不是社会主义”；江泽民同志的“三个代表”；胡锦涛同志的“科学发展观”；“八荣八耻”，都可被理解为一个历史时期社会核心价值观的表述。这个时

代中，国家的政治、法律、经济、社会治理制度的都会以这既定的价值观为指导思想。

2012年党的十八大会议上，胡锦涛总书记代表党中央提出了“加强社会主义核心价值体系建设”的战略思想，并将该体系上升为“兴国之魂”的高度。

2013年12月23日，中共中央办公厅印发《关于培育和践行社会主义核心价值观的意见》，正式将社会主义核心价值观以24个字予以概括，表述为：“富强、民主、文明、和谐、自由、平等、公正、法治、爱国、敬业、诚信、友善”。

此后，全国人大先后将社会主义核心价值观写入《宪法》和《民法典》这两部地位最高法律。中国最高立法机关旗帜鲜明地将社会主义核心价值观确立为中国立法的原则依据之一，从而将社会主义核心价值观提升到中国特色社会主义法治建设价值依据的高度。

单纯从学科分类角度而言，任何国家的核心价值观，都当属政治学的范畴，道德体系则属社会伦理学范畴，法律规范属社会法治范畴。但就国家治理体系而言，政治、道德、法律都同属上层建筑领域，三者之间相互依存，相互作用，是一个密不可分的整体。三者之间是否能有机统一、和谐相洽、相互促进，才是评价一个国家核心价值观是否能起到凝聚民众力量，引领社会主流，促进社会和谐，国家强大，民众幸福的普适标准。

中国特色社会主义核心价值观的确立，将在中华民族伟大复兴的历史进程中，对激发民族精神、凝聚民族力量、引领社会主流价值、健全国家法治、提升国民福祉、提高综合国力等方面，起到巨大的推动作用。

三、社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理基本原则的运用

最高人民法院指导意见，对推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理，提出了应坚持的三项基本原则。这三项基本原则，对律师在诉讼活动中运用社会主义核心价值观释法说理，也是完全适用的。

一是“法治与德治相结合”。

在中国法治思想的发展过程中，一是以孔子、孟子为代表的儒家文化中“修身、齐家、治国、平天下”的德治思想；二是韩非子等法家代表倡导的“轻罪重刑、严刑峻法”的法治思想。两种治国理念争论了两千多年，至今仍在争论中，且该争论仍将会持续。但也有睿智的法学家将两者结合，提出

“法治治身、德治治心，法治禁于已然之后，德治禁于已然之前”的两结合法治思想。这一观点，已被现代法治主流观点普遍认同，只是侧重点不同而已。任何法治国家都十分重视对国民道德教化，当一个国家建立起良好的社会道德体系，这个国家才有可能建立起科学、文明的现代化法治体系。

中国共产党取得国家政权后，就一直十分重视对国民的道德教化。从毛泽东同志“为人民服务”的理念，到习近平总书记坚持“以人民为中心”的宗旨；从建国初期倡导民众的“互帮互助”，再到当今“脱贫攻坚，不留死角”的政策，都是中国共产党在对国民道德伦理教化工作中，所推行的实实在在的举措。正是这些惠民利国的举措提高了国民道德水准、促进了国家经济飞速发展，综合国力快速增长，民众安居乐业、富裕幸福，中国社会的文明程度，中国人民的幸福指数都得到极大提升。中国成功消除全民绝对贫困，并成为全世界社会治安状况最好国家的辉煌成就，已创造了人类社会发展史上空前的奇迹。

最高人民法院指导意见中提出将“法治与德治相结合”，要求法官在裁判文书中将法律评价与道德评价有机结合，阐释法律法规所体现的国家价值目标，社会价值取向和公民价值准则，从而“实现法治和德治相辅相成，相得益彰”的良好社会效果。进而实现中国特色社会主义现代化法治体系和中华民族优秀传统文化的道德体系的良性互动、同步完善、同步提升。

当受治于法律的社会群体都能切身体会到“法治治身、德治治心”的人文关怀温度时，其对法律的敬畏必然会根植于心，这当是法治的最高境界。

律师在诉讼活动中若单纯地进行学理性“释法”，通常都会引发法官普遍反感，即有律师戏称的“律师讲法理，法官就制止”情形。但律师“说理”，法官一般还是能“宽容”的。如果律师能技巧地从社会主义核心价值观中“德治”角度“释法说理”，则可能会达到不仅法官能“宽容”，也可能会达到被法官“接受并采纳”的效果。

二是“以人民为中心”。

中国共产党的执政理念是“立党为公、执政为民”。因此，中国共产党领导的司法机关的司法理念也应当是“司法为公、执法为民”。

“纵有良法美意，非其人而行之，反成弊政”。这是习近平总书记2019年9月24日在十九届中央政治局第十七次集体学习的讲话中，引用胡居仁《居业录》中的一段话。大意是：即使有好的法律制度、好的出发点，但如

果执行的不好，反倒会成弊政。

英国哲学家培根说：“一次不公正的审判，其恶果甚至超过十次犯罪”。

司法公正是法治的根基、灵魂。如何评判一份司法裁判文书的裁判是否公正，则常会产生“横看成岭侧成峰”的争议。因此，最高人民法院指导意见设立的“以人民为中心”原则，正是评价司法裁判是否公正的评价标准。在适用这个标准时，除应特别注意识别“社会广泛性民情民意”和“社会片面性民粹民怨”的区别外，更应特别注意司法裁判对社会主流价值观的引领。

在中国的法治进程中，曾有一段时间，因片面追求与社会极少数群体的“和谐”，司法裁判中出现了丧失法律原则的“恻隐之心”、“保护弱势群体”，甚至“打富济贫”的倾斜性判决。同期，在部分群体“仇富、仇官”，地方政府追求“唯稳”政绩诸方综合因素的作用下，滋生了“死者为大”、“弱者有理”、“闹而优则财”的“痞子”文化。一度曾蔓延为全社会普遍性的“群闹”现象，医院的医闹甚至发展为一个地下黑色产业链。工地被“伤闹”逼停；学校被“学闹”停课；甚至有政府、司法等公权力机关也曾在各种“闹行为”面前，也出现过社会公共颜面尽失的尴尬。

官方媒体和各类自媒体曾报道的各地“闹事件”，在一段时间里，使理性的法律人都陷入了无解的困惑和迷惘。

2011年12月，南京市鼓楼区人民法院一份人身损害赔偿案的判决书，将社会的关注和评论推向前所未有的热度，一时间批评、指责甚至谩骂判案法官的文章、评论可谓铺天盖地。

作为理性的法律人，对法官关于优势证据的采信，应当是能够理解的，但为什么社会不买账？甚至有人过激地指责这份判决书打开了“开启中国磁瓷产业”的“潘多拉魔盒”，是“摧毁了中华民族道德体系”的“推手”。造成这些恶劣社会负面评价的原因，除了法律专业人员与普通民众对信息和法理理解严重不对称因素外，法院的危机公关也存在一定的疏漏。但最为关键的深层次原因是确有部分司法裁判文书未能很好地释法说理，而是以简单、粗暴的判词向社会展示了裁判者威权的傲慢与冷漠。特别是极少数丧失法律良知裁判者公然践踏法律的徇私舞弊、枉法裁判行为的污化效应，造成了部分民众对司法公信力的质疑。

任何一份公正的裁判，不仅需要查明客观事实，准确适用法律，还需要法官依“国法、天理、人情”高度相洽原则，入情、讲理、合法地释法说理。

一份令被裁判者口服心服的判决，一定是认定事实清楚，适用法律准确，情、理、法高度相洽的记叙文和论证文的结合体。

曾在媒体上流传的“你没有权利不开枪，但你有权利把枪口抬高一厘米”的判词，以及某国法官赦免报案救人抢劫犯罪者的判例，不论该判例真伪，但对这类情、法、理的高度融合相洽判例，当是法律共同体成员都能高度认同的。

习近平总书记提出：“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。”这虽然是一个理想的境界，但应当作为人民法院、也是中国律师共同追求的司法境界，更是社会大众共同向往、期待的司法裁判标准。

社会主义核心价值观蕴含的价值体系，都是人民群众向往、追求的价值目标。当任何不同层次的公民个体的权益与他人产生争议而寻求司法救助时，司法裁判的最佳社会效果不仅仅是局限于诉讼各方的息讼，还应追求裁判对社会主流价值观的引领。因此，将社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理，就需要法官首先能精准理解社会主义核心价值观蕴含的精髓，只有依据该精髓才能达到“准确阐明事理，详细释明法理，积极讲明情理，力求讲究文理”的良好社会效果。当一份裁判文书中的事理、法理、情理、文理高度相洽、浑成一体、相互呼应、和谐统一，这份裁判文书一定会被诉讼各方接受。即便是败诉方，也可能是败得口服心服。

作为为法官提供裁判参考意见的律师，如果你的代理词、辩护词等诉讼文书，也能达到“准确阐明事理、详细释明法理、积极讲明情理、力求讲究文理”的质量高度，你的“参考意见”，通常是会被法官采纳或部分采纳而成为法官的裁判意见。

三是“政治效果、法律效果和社会效果的有机统一”。

政治与法律是密不可分的统一体，政治制度决定法律制度，法律制度也必然反作用于政治制度。因此，检验裁判是否符合社会公平正义的普适标准，其政治效果、法律效果和社会效果有机统一是最高境界。

党的十八大以来，在习近平总书记社会主义新时代法治理念的指导下，中国的法治制度不仅有了量的增长，更是有了质的提升。在立法和司法两个层面，就刑法制度而言，一段时期里，因认定正当防卫、紧急避险条件过严，导致受侵害人因防卫被追究刑责；紧急避险事件中，好人受委屈、被追责；见义勇为壮举后，“英雄流血又流泪”；刑事责任年龄过高，导致“熊孩子”

严重违法却不能追责；高空抛物、抢抓公交车方向盘；冒名顶替入学上岗；侮辱、诽谤英烈等严重违反社会公序良俗，严重危害社会公共安全、公民人身安全、社会公共秩序的违法、犯罪案件，却因立法的缺陷、执法的不公引发全社会对法律公平、正义的质疑，也曾困扰司法机关多年，严重贬损了法律的权威。

针对这些立法缺陷，国家立法机关对刑法体系进行了扩容和修订。同期，最高人民法院也对司法裁判的价值取向从法理角度进行了科学调整，从而回应了人民群众对法律公平正义的呼声。

近年来，无论是社会公众还是法律人群体，从各类媒体披露的各级人民法院对涉及社会关注案件的裁判结果中，都已切身感受到法律的人文关怀，看到了社会公平正义的彰显。

在刑事裁判中，两高发布的“江苏昆山持刀伤人者被反杀”等一批正当防卫人无罪的案例。在民事裁判中“偷摘杨梅摔死责任自负”、“电梯吸烟者被劝后猝死，劝阻者无责”等典型案例，都是人民法院向社会威严发布的“法不向不法者让步”、“法律应向违法者说不”的司法宣言。

这些典型案例的裁判文书在说理中确立的裁判规则，不仅宣示了社会主义法律的正义，也弘扬了社会主义核心价值观的公正，更对违法犯罪者邪恶的灵魂起到了震慑作用，为他们清晰地划出了一道不可逾越的法律红线。这类政治效果、法律效果和社会效果高度有机统一、和谐、相洽的优秀裁判文书，因其彰显了社会公平正义，自然获得了法律人、社会各群体的高度认同。

律师在诉讼活动中，是否也负有追求“政治效果、法律效果、社会效果有机统一”的质量责任，可能是一个有争议的命题。但从律师负有“维护法律的正确实施，维护社会公平和正义”法定职责的角度审视，律师追求“法律效果和社会效果”有机统一是有法律依据的。争议在于什么是“政治效果”？这可能是律师实务中难以把握的难点，甚至是被相当多的律师所忽略。

笔者认为：不同身份、不同职责的主体，从不同角度对政治效果评价的标准不可能统一，但法官从裁判者的角度，是具有独立判断的方法和标准的。律师如果能从高度政治敏锐、理性法治思维的角度，以严密逻辑论证的方式，对具有重大社会影响或重大疑难复杂案件，技巧地运用社会主义核心价值观释法说理，往往也能达到“政治效果、法律效果、社会效果有机统一”的质量高度。

四、律师运用社会主义核心价值观释法说理的必要性

1、中国律师负有弘扬社会主义核心价值观的法定职责

中国律师是中国特色社会主义法治体系中一支十分重要的队伍，遵守宪法和法律是中国律师的基本要求。社会主义核心价值观写入宪法和民法典，昭示国家立法机关将该价值观赋予法律属性。因此，中国律师作为法律精英群体，也负有弘扬社会主义核心价值观的法定职责。

最高人民法院要求法官将社会主义核心价值观作为裁判文书的价值目标、价值取向、价值准则融入裁判文书的释法说理，一定会起到增强司法裁判公信力和权威性的积极作用。

笔者认为：司法部、中华全国律师协会作为中国律师的主管行政机关、自治组织，在适当时机，也可能会以文件或专业研讨会议等形式，倡导中国律师在为当事人提供法律服务的实务活动中，将社会主义核心价值观融入相关诉讼活动的释法说理，为弘扬社会主义核心价值观发挥积极作用。

2、律师在执业活动中负有向“委托人不法行为说不”的社会职责

律师作为为当事人提供法律服务的执业人员，从法律赋予特定社会职责的角度，在律师执业伦理的系统框架里，虽没有公平、公正的职业伦理要求，但法律对律师设定的职责也是有限制的，即“应当维护当事人的合法权益”。因此，律师也负有向“当事人不法行为说不”的社会职责，这也是律师执业伦理的底线。

由于律师为当事人提供法律服务的有偿性，受“人皆挟私”自然本能的驱动，在利益面前，律师群体中确有一定比例的律师不能很好地坚守对“当事人不法行为说不”的底线，为了谋取利益，对当事人的不法行为给予默许、怂恿，甚至予以支持、帮助，从而严重污化了律师队伍的社会公众形象。

在国家持续反腐和“扫黑除恶”专项斗争中，屡屡披露的律师向司法人员行贿，为黑恶犯罪团体和犯罪分子出谋划策、狼狈为奸，谋取非法利益的案例，都充分说明，对律师队伍开展社会主义核心价值观、律师职业道德和执业纪律教育、引导的工作是十分必要的。且对律师队伍的法治教育、队伍建设，当是永远在路上的一项重要工作之一。

针对律师队伍中这些违法乱象，国家高度重视对律师职业道德和执业纪律的教育。特别是今年由司法部、中华全国律师协会在全国范围内开展的“律师行业突出问题治理整顿工作”，就是对中国律师队伍刮骨疗伤的正确举措。

3、律师将社会主义核心价值观融入相关诉讼活动的释法说理，有利于律师队伍职业伦理意识的提升

首先，我们不能把社会主义核心价值观单纯地理解为仅具有意识形态的政治属性，而是应理解为是中国特色社会主义的国家法治、社会伦理体系高度凝集的结合体。因为生活在任何一个国家的公民个体，都会希望自己国家富强、政治民主、社会文明、和谐，都享有追求自由、平等、公正的权利，而这些权利的实现，需要的是科学、完善的法治制度的保障。当国家富强了，政治民主了，这个国家必然能为公民提供充裕的物质，丰富的精神文化生活的保障。在人民群众都能享受到衣食无忧、安居乐业、健康快乐的美好生活愿景中，爱国、敬业、诚信、友善的良好社会风尚则必然形成。

律师作为社会的精英群体，自然具有“竹外桃花三两枝，春江水暖鸭先知”的敏感。律师虽然不享有裁判是非曲折的权力，但却负有协助裁判者“惩恶扬善”、“扶弱济危”的法定义务和社会职责。社会主义核心价值观作为国家法治、社会伦理体系的结合体，虽然不具有法律条文止纷定争、裁判是非的效力，但却可作律师在诉讼活动中释法说理的重要依据之一。

律师如果也能高度重视将社会主义核心价值观融入法庭代理、辩护的发言和相关诉讼文书的释法说理，则不仅能大大增强诉讼文书的法理和情理的说理力，也能提升律师职业伦理的意识，还能对律师社会公众形象的优化起到积极作用。

4、律师运用社会主义核心价值观释法说理的方法与技巧

律师运用社会主义核心价值观释法说理的方法与技巧，大致有以下几点。

一是认真研读最高人民法院指导意见，准确理解其精神内涵。

社会主义核心价值观不是法律条文，不具有直接引用为裁判是非的法律依据效力，但可以被运用于对案件焦点问题的释法说理，这当是律师首先应当准确理解的。

那么，律师如何运用社会主义核心价值观释法说理，就成为律师应当深入研究思考的重要课题。

最高人民法院的指导意见从裁判者的角度，归纳的是十分全面的，其中释法说理的原则；适用案件的种类；与法律、法规、规范性文件、习惯等裁判依据的关系；释法说理的方法；以及语言表达、修辞论证等，对律师运用

社会主义核心价值观释法说理，也都具有全方位的指导意义。因此，律师首先应对最高人民法院指导意见逐条逐句认真研读，全面理解每条意见的精神，并以法治的思维方式深刻领会每条意见的法律、法理、情理依据。只有在全面理解、深刻领会指导意见的精神内涵的基础上，才能达到准确运用社会主义核心价值观释法说理的效果，提升释法说理的技巧。

二是准确选择可以运用社会主义核心价值观释法说理案件的切入点。

最高人民法院指导意见第四条列举了“应当强化运用社会主义核心价值观释法说理”的六大类案件。这六大类案件中，绝大多数都属于社会关注度、敏感度高的案件，其中大部分都是各律所依规定需向行政机关汇报、报备或应在所内集体讨论的案件，也有的是律师办案中风险点较高的案件。

涉及重大公共利益，特别是见义勇为、正当防卫、紧急避险、弱势群体权益保护等社会广泛关注的案件，律师在法庭上发言，都极易引发天理、国法、人情冲突的争议和社会道德评价。律师在承办这类案件时，首先应要有高度的政治敏锐、正确的价值取向。如果能在代理、辩护的发言和相关诉讼文书中准确选择可以运用社会主义核心价值观释法说理的切入点，律师的代理、辩护不仅能赢得委托人的信任，取得法官的认同，也能避让这类案件对律师可能带来的风险，还能打造律师良好的社会公众形象。

三是守好法律和道德的底线

至于律师如何准确选择运用社会主义核心价值观释法说理的切入点，则取决于一个律师本身的法律理论水平、逻辑思维能力、人品道德水准、文字语言功底等综合素养。但可以普遍适用的方法，无外乎准确识别界定“善”与“恶”，旗帜鲜明地坚持“扬善”、“不助恶”，恪守“维护合法权益”，“不向违法让步”的准则；坚守“法律”、“良知”底线；坚持“息讼安民”，反对“架词挑讼”原则；把握“真话虽不能说全，但假话坚决不说”的技巧。

四是全面掌握、准确界定“善良风俗”的内涵和表现形式

由于“公序良俗、风俗习惯”的界定边界是相对模糊的，故需律师具有一定的甄别能力。其中“公序”作为公共秩序的总和，其本身因具有法律、法规、规章、条例及政策规定的明确意思表示，在界定时争议相对较小。而“良俗”作为善良风俗的综合体，由于中国是一个由56个民族组成的社会主义大家庭，经济社会发展也存在较大差异，各地区、各民族也都具有本地区、本民族特有的风俗习惯。至于哪些“风俗习惯”可被认定为“良俗”，则界

定起来相对困难一些。在法官严谨的法治思维中，会更加谨慎，没有普适标准支撑，法官一般是不会引以为论据的。但律师对此，恰具有职业上的优势。一名优秀律师，除具有系统扎实的法律理论知识及相应职业素养外，一定还是一个相对博学多识的“杂家”。在长时间与社会各阶层人士交往的过程中，对本土的风土人情，百姓普遍认同的“善良风俗”，具有了解更多、更深、理解更全面的优势。同时，律师的诉讼意见，也仅是限于“供法庭参考”的功能。因此，律师应高度重视对当地“善良风俗”类的本土特色文化内涵和表现形式的了解和掌握，从而能在承办涉及“善良风俗”因素的案件时，能为法官准确界定“善良风俗”，在裁判文书中的释法说理起到“参谋”及内心判断的强化作用，这也当是律师运用社会主义核心价值观释法说理的技巧之一。

至于其他技巧，聪慧的律师群体中，一定会总结出更多，只需我们的司法行政机关、律师协会能关注并予以适当引导，一定会总结、提炼出更多普适且有实用价值的技巧。

五、结语

可以预计，最高人民法院的指导意见所确立的原则、方法等，在短时间内是不大可能起到立竿见影效果的。因为，法官谨慎的法治思维方式，决定了法官群体中对敢于“试水”、勇于“探索”风险持合理避让心态的会是绝大多数，但也相信一定会有一批有担当的优秀法官，秉持社会正义之剑，以良好的法官职业素养，敢为人先地将社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理。一段时间后，在最高人民法院后续相关引导、激励机制的作用下，司法裁判网上，一定会挂出越来越多的“事理明晰、法理准确、情理感人、文理严谨”的优秀裁判文书。法官的职业尊荣感、社会公信力也会也一定会大幅度提升，对法律的敬畏也将会根植于民众之心，融洽于民众之魂。

律师同仁们，我们中国律师也当为此法治文明美好愿景的画卷增光添彩，此即草就本文的初心。

安徽明泉律师事务所 卫星

【摘要】1979年我国律师制度正式恢复，今年是我国律师制度恢复的四十二年，四十多年以来，在依法治国基本方略的大背景下，律师行业蓬勃发展，律师以及律师事务所的数量不断增加，这一切都反映了我国走法治道路所取得的成就与发展。但是在律师行业发展的背景下，行业内部也是出现了一些问题，而这些问题由以青年律师的成长与发展为重。没有经验、没有案源、迷茫等等这些情况都出现在了现如今大部分年轻律师的身上，青年律师的成长与发展成为了律师行业亟待解决的难题。

【关键词】青年律师 职业规划 成长与发展

曾几何时，一提到“律师”这个词，人们想到的就是工资高、很潇洒、很自由，这也让得每年参加法律职业资格考试的人数不断增加，即使是知道这被称为“中华第一考”的考试通过率低的可怕，却依然有无数人为之奋斗努力，为的就是能够成为一名律师，享受着无数人嘴中都赞不绝口的职业。在依法治国大背景下，我国法治建设不断发展，在全面建成小康社会的情况下，人们已经不仅仅满足于物质需要，更多地去追求精神享受。党的十一届三中全会以来，法制观念深入人心，广大人民群众开始运用法律武器来维护自身合法权益，这也导致社会主义现代化建设对律师的要求越来越高。随着社会经济的发展，律师在人们心中的地位以及形象不断提高，但是律师队伍的能力及素养的发展却进入了一个瓶颈期。都说青年才是祖国的未来，而律师队伍的发展建设也需要青年律师快速成长来补充新鲜血液。可是现如今的大环境对青年律师并不十分友好，有其自身原因，也有外在因素。在法律服务市场竞争日益激烈的背景下，青年律师越发感觉到生存与发展的艰难^[1]。我国社会主义法治建设进入关键时期，青年律师的成长与发展至关重要，找出问题并对症下药才能更好地解决青年律师的未来。

一、缺乏沟通能力，极度不自信，自身迷茫

现如今，很多青年律师都是在大学刚毕业就考取了法律职业资格考试，然后进入律所实习。在这种情况下，没有工作的经历，缺乏经验，导致其起步就异常艰难。青年律师在执业初期仅仅依靠大学期间以及准备司法考试期

间所掌握的理论知识是不足以解决实务当中所遇到的问题。并且在执业初期没有经验，接触实务案件的机会很少，因此在面对很多问题时不敢发表自己的想法，缺乏自信。同时，现如今青年律师大多都是九零后，不愿意与律所里经验比较丰富的律师去进行沟通，不主动去找他们交流以及让他们带自己做案件，这也导致很多年轻律师在初次开庭的时候紧张地甚至话都说不出来。此外，很多年轻律师刚实习或者执业的时候，找不准自身的定位，整体无所事事，对比自己与其他人，觉得自己前途渺茫，看不到未来，甚至于有放弃当律师的想法，这些都是导致年轻律师在执业初期迷茫的原因。

二、人际关系简单，案件来源少，资源比较贫乏

大多数年轻律师都是大学毕业后考取法律执业资格考试，然后进入律所，这就导致这些年轻律师的人际关系还停留在学生时代，这是所有年轻律师遇到的第一个难题。在实务中，大多数律师的案源主要来自于别人的介绍、自己的争取以及本身的知名度，而一个律师的人脉关系是慢慢积累起来的，但是年轻律师社交面比较窄，自己的办案经验比较少，更没有任何知名度可言，所以没有案件来源，一旦没有案件来源，直接导致年轻律师实务经验不足，而经验不足也导致年轻律师实务经验积累的比较慢，由此形成一个恶性循环。经验不足，没有案源也是年轻律师职业起步比较艰难的直接原因，因此也出现了“年轻律师需要熬个三五年才能成长起来”的说法。

三、没有稳定收入来源，经济压力大，对职业未来产生怀疑

年轻律师的收入还是比较低的，尤其是中小地区的律师，有的律师在实习期间没有基本补助，甚至执业两三年后还需要靠家里补助才能勉强维持基本生活。律师是一个没有底薪的职业，有案源就有收入，没案源就没有收入，而年轻律师没有案源，直接导致收入较低或者没有收入，产生一个比较尴尬的局面。都说经济基础决定上层建筑，年轻律师没有收入来源，也是造成其执业发展比较艰难的原因之一。

四、整个行业及社会公众对年轻律师的信心比较低

律师从某一方面来看就跟医生一样，都是为别人服务，经验越丰富，越能让人信服。律师行业有这样一个现象，律所把一些简单的案件交给年轻律师办理，但当事人听说自己委托的是一个没有经验的年轻律师，就不愿意委托。实务经验不足直接导致行业及社会公众对年轻律师的信心不足。从社会

公众来看，他们不愿意把与自身利益息息相关的案件交付给一个经验不足的年轻律师来练手，他们更愿意去相信经验丰富的律师，哪怕要花更多的律师费。从律师行业来看，律所不愿意把重大复杂的案件交给年轻律师做，只给一些小案件或者法律援助案件，久而久之，这种案件对年轻律师的经验提升就会越来越小。

习近平总书记说过，律师是依法治国不可或缺的重要力量，而青年律师也是我国法治建设的中坚力量，解决好青年律师成长与发展对我国法治的前进与发展具有重大的意义。当前，青年律师的成长与发展已经成为整个行业普遍关注的问题，青年律师的快速健康成长对于整个行业发展也具有重大意义。在笔者看来，青年律师的成长与发展不仅仅依靠自身的改变，同时也需要律师事务所以及整个行业的协助。

一、年轻律师自身层面

青年律师要想快速健康成长，首先自身要作出改变。清晰地认识律师职业并且确定自己的职业理想，深刻认识到当前自身所面临的困境，并根据行业发展规律对自己加以磨练是年轻律师克服困难的关键^[3]。年轻律师要想从自身作出改变，应当做到以下几点。

1、坚定信念，明确目标，做好职业规划

青年律师要坚定自己的信念，明确自己的目标，根据自身的专长与兴趣规划好自己未来的职业方向。无论从实现自身价值层面，还是从国家和民族层面，青年律师都应当拥有远大抱负及信念^[2]。信念很重要，既然选择了从事律师这个职业，不管多么困难都要坚持下去，不要摇摆不定。痛苦与迷茫只是短暂的，当我们坚定自己的信念，努力坚持下去，我们终会成为当初我们所期望成为的那个人。同时我们也要做好迎接困难的准备，律师是一个不断学习的职业，唯有不断努力奋斗，我们才会取得成功。

2、树立信心，善于沟通，提升业务能力

青年律师要树立信心，勇于与他人沟通交流，要多参加一些活动锻炼自己，同时也积累自己的人脉关系，这也为我们以后案源的积累奠定基础。青年律师在实习期间或者职业初期，要主动与所里其他律师交流，从与他们的谈话以及与他们共同办理案件的过程中，吸取他们的实务经验以及办案技巧。青年律师要善于发现自身的优势以及学会去利用它，在合法合规的前提下，利用一切可利用的渠道去推广、宣传自己。要善于同当事人沟通，因为

在我们职业后期很多案源都是来自于我们的当事人。

3、最后青年律师要树立一个良好的职业态度，律师是一个不断学习的职业，只有坚持不断学习、不断努力奋斗，我们才能取得成功。青年律师在实习期间以及职业初期，要打好自己理论知识的基础，要多看一些理论书籍以及旁听一些庭审，增加自己的知识储备。要虚心学习律所其他律师的职业素养以及业务能力，汲取他们丰富的办案经验，贯彻落实他们的职业操守以及敬业精神。要养成吃苦耐劳的精神，不怕困难，勇于思考，善于总结，要学会把理论知识与实务结合起来。年轻律师要勇于表达自己的想法，但更重要的还是去听、去记、去思考。在职业活动当中，要坚守诚信原则，做到对当事人负责、对案件负责、对自己负责，对待当事人要保持耐心，对待当事人的委托要尽心尽责。总的来说，青年律师只有树立坚定信念，在做好职业规划的基础上，艰苦奋斗，虚心学习其他优秀同行的业务能力和职业操守，我们才能在律师这一条路上，走得好，走到底。

二、律师事务所层面

律师事务所是律师为广大人民群众服务、为法治建设做贡献的平台，律师从事这一行业离不开律师事务所的支持与协助，而律师事务所的发展与壮大也同样需要依靠律师的成长，两者是相辅相成、共同促进的关系。律师事务所的核心力量是经验丰富的律师，但是未来还是在年轻律师身上，只有年轻律师快速健康成长，律师事务所的事业才能蒸蒸日上。青年律师的成长与发展离不开律师事务所的支持与帮助，如何培养青年律师是当前律师事务所要解决的一个问题。

1、设置考察期，严格青年律师筛选办法

如今行业有个普遍的现象，凡是到律师事务所应聘的实习律师，只要其通过了法律职业资格考试，一律予以通过，这种现象在中小城市尤为普遍，因为中小城市律师的数量比较少，律所主任为了律所发展前景着想，对于年轻律师一律予以吸收。在这种情况下，有些能力欠缺或者素质低下的年轻律师也会被吸收进所，造成律师事务所鱼龙混杂。为了规避这种现象，律所要设置考察期，不仅仅要对年轻律师能力进行考核，更要对其品行进行评判。当然，这种考察期不应仅仅成为一项制度，更要把这种考察制度予以落实，要严格年轻律师筛选办法，只有通过律所的考察期，才能对其进行培养。

2、改进对年轻律师管理办法，为青年律师发展提供广阔平台

律师是一个特殊的行业，不仅仅需要有过人的业务能力，同时也需要养成一个良好的职业操守与较高的道德素质。青年律师身上有朝气，有活力，但同时也存在一些戾气，为了让青年律师在职业初期形成良好的职业素养，律师事务所应当制定一些相关制度对青年律师的行为予以约束，约束他们的不良行为与言论，以防出现散漫、放纵的不良风气，甚至出现违法违规现象。同时对于青年律师的指导老师要安排经验丰富的律师担任，指导老师更要成为青年律师职业起步的引路人，帮助青年律师更快地融入这个行业。

3、树立对青年律师的信心，改进对年轻律师分配方案

当前行业内部，不仅年轻律师自身缺乏自信，同时社会公众以及律师事务所也对年轻律师缺乏信心，由此造成律师事务所只会把一些小案件或者法律援助案件交给年轻律师做，甚至只让他们参与一些辅助工作，这样会导致年轻律师实务经验积累不足，成长的比较慢。律师事务所要树立对年轻律师的信心，敢于放手让年轻律师处理一些比较复杂的案件，在一些重大案件中，由年轻律师主办，指导老师予以辅导。同时对于年轻律师的劳动要给予一定的报酬，年轻律师起步艰难，没有收入来源，因此律师事务所要适当给予一定报酬，帮助年轻律师度过这个艰难的时期。

三、律师行业层面

青年律师的成长与发展仅仅依靠自身以及律师事务所是不够的，这中间需要一个顾全大局的领头人，这就需要整个律师行业要加强对青年律师成长的关注，其中尤以律师协会为重。各个地方的律协要对本地区年轻律师问题地解决发挥总揽全局的作用，由此律协应当做到以下两点。

1、走到年轻律师身边去，加强与年轻律师的交流

律协要深入到年轻律师身边，与他们进行交谈，了解他们的想法与存在的问题，切实关照当前年轻律师所遇到的难题。律协应当制定一些制度来促进年轻律师的发展，在条件允许的情况下设立一些奖项，提升年轻律师参与工作的积极性。

2、定期组织培训

法律是一门操作性很强的学科，而律师也是一个专业性很强的职业，但是年轻律师不管是在业务技能方面，还是在实务经验方面都很欠缺，因此律协应当定期对年轻律师组织培训。不仅仅培训年轻律师的业务技能，增强其实务经验，同时也要对其职业操守以及政治素养进行培训。律协可以邀请法

官、检察官、知名律师对年轻律师进行培训，培训内容应当贴合实务，并且要进行培训考核，让培训取得应有的成效。

青年律师是律师行业茁壮发展的希望，更是推进法治建设的未来，解决好青年律师成长与发展问题具有重大意义。当前我国依法治国正处于关键节点，需要更多的生力军，更多的新鲜血液去推动依法治国基本方略的贯彻执行。青年律师起步难是行业普遍问题，但是任何事情都有两面性，党的十一届三中全会以来，法治观念深入人心，律师行业发展前景还是非常光明的。在这样一个大环境下，青年律师面对的是一个挑战与机遇并存的局面。如何把握这一机遇将会对我们未来的职业生涯产生决定性影响。把握机遇，迎接挑战，我们终会在律师这一条道路上书写属于我们的篇章，国家的法治建设也会因为我们而更加完善。十九大报告指出，全面依法治国是中国特色社会主义的本质要求和重要保障^[4]。青年律师只有快速健康成长与发展，才能更好地为法治建设贡献自己的力量，才能成为一名广大人民群众满意的人民律师。

参考文献：

[1] 青年律师兴，则律师事业兴——中南六省（区）2009 律师论坛发出倡议，关心青年律师的成长与发展。[J]，华鹏

[2] 周清渊，从其福.《关于青年律师职业发展的思考》，《法制与社会》，2020 年 11 月 15 日发表.

[3] 马安骏.《青年律师成长的目标与路径》，《学习月刊》，2012 年第 020 期.

[4] 摘自十九大报告.

安徽明泉律师事务所 谢珂

【摘要】青年律师作为刚刚执业的律师群体，由于处于执业初期，对律师工作性质认知尚不精准，导致对自身定位不清晰。作为一名90后且执业年限不足一年的典型的青年律师，我希望通过我自身的经历来谈谈自己对律师职业的理解与感悟，能对青年律师成长以及应当提升的素养和技能提供些许现实的参考价值。

【关键词】 律师职业特点 青年律师的发展

2019年7月1日我成为了一名实习律师，2020年11月26日我又顺利取得律师执业资格证书，正式成为一名执业律师，还是一名青年执业律师。成为律师前，我对它的期许就像社会对这份职业的评价一样，“高薪”、“专业”等与之相关的一切总是光鲜亮丽的。我也以为只要把自己的法学专业知识掌握好，就能在律师行业站稳脚步。执业之后我才发现，律师这个职业考验的是我们的全方位的素养与技能，律师工作压力大、工作节奏快、知识要求精深、知识更新迅速的特殊职业，我们行业的标杆个个都是综合素质全面的人才，以下是我执业以来通过前辈指导以及自身感受到的律师所应具备的几点特质。

（一）律师首先得是个“道德家”

话虽然这样说得有点满，但是品德不过关的人确实在法律这条路上注定是走不远的，耶鲁大学法学院院长哈罗德先生曾经在毕业生的寄语中提到：“别让你的技巧胜过品德。”^[1]一位顶尖的法学家揭示了律师行业乃至司法行业的第一要素就是得道德高尚，其次才是你的专业技能。“道德”是一宽泛的概念，从我尚浅的执业经验来看，我把细而分之有以下必备的几点：一是要有“人生而平等”的社会契约精神：当这个社会习惯于戴着有色眼镜去看待人处事的时候，律师是不能的，尤其是青年律师，我们必须养成对事不对人的态度。在执业过程中律师所面对的当事人可能会是一家经营上市公司的老总，也可能是寻求法律援助的贫困人民，我们不能因对方有钱而抬高律师费，我们也不能因为对方没钱没权就怠慢手中的案件，我们拿钱办事，但绝对不是拿多少钱办多少事，每一个案件都要竭尽全力，因为每一个案件都会

成为我们事业的跳板。二来是法律职业人洁身自好的品质必不可少，2019年爆出的海南女法官“张家慧”案牵连出来的好几大律所的主任、副主任参与的行贿案，震惊了整个司法界，在社会上都造成了极具恶劣的影响，甚至激起了民众对律师这个职业都发表了诸多负面评价。让这些本被认为是社会精英反而成了反面教材，看到这些原本的“律师大咖”最终的下场，青年律师更要警以为戒，律师这条路是没有捷径的。三是得肩负维护公平正义的使命感，法律作为道德的最低约束，它的存在就是为了促进公平正义维护社会秩序，而它的生命力是在于实施，它的权威也在于实施。我们律师作为中国法律重要的践行者，务必对党的法律法规忠诚，理所应当的要让社会主义法治思想扎根心底，严格遵守法律法规，用法律捍卫当事人的权利，守护社会的公平正义，促进社会主义法治权威。

（二）律师得是个“社会学家”

对于刚入行的青年律师来说，“社交课”是我们必修的一课。霍姆斯就曾说过“法律的生命不在于逻辑，而在于经验。”经验当然不是来自纸上谈兵，而恰巧相比较律师前辈来说，我们青年律师最缺的就是办案经验与社会阅历。我们有满腔施展才能的热血，可现实是大部分青年律师面临的窘境是“无案可施”，没有大量案件实战，自然提升不了我们的办案水平。青年律师中还有相当一部分比例刚从校园步入社会不久的，而在出校园之前我们所社交的群体跟我们自身有很大相似性，圈子也会相对简单。另外绝大多数90后从小到大的成长环境是一个被给予的状态，从我自身以及身边同年龄段的律师沟通情况来看，会主动争取机会的青年律师比例甚少，如何在律师工作中将自己被动型的性格转化为进攻型性格将会是我们青年律师执业发展过程中的关键一步。我们青年律师需要主动拓展社交圈，提升自身处理人际关系的能力，擅于抓住机会展示自己所长，践行低调做人，高调做事的态度。幸运的是现在会有很多可供青年律师展示自己的平台，例如各地律协会定期举办演讲比赛、论文比赛，这是青年律师展现才华与锻炼自己的好活动，参加司法局举办的普法活动也是我们输出自己法律知识，锻炼自己表达能力以及结识客户群体的好机会，青年律师还应该主动去法律援助中心值班、办理法律援助案件，一方面既能履行自己社会责任，又能通过实办案件积累经验。我相信日积月累机遇总会有到来的。在我执业的过程中，我深深意识到律师是个处处充满危机、主动才会进步突破、被动就会被淘汰行业，因此青年律师

更应该加倍努力抓住每一次机会争取早日获得自己的一席之地。

（三）律师得是个“专家”

这一点不言而喻，成为一名律师的通行证就得通过被誉为中国第一考的“法考”。在外行看来通过法考就已经了不起了，可我们知道这只是青年律师成长路上千里之行的第一步。法考检验的是我们对法律世界这个庞杂体系中的理论知识的水平，可律师的重任是利用所学法律知识解决实际问题，如何让理论知识与实践相结合，是青年律师执业过程中面临的另一大课题。从以往律师发展规律来看，青年律师还要经过三年的基础奠基五年的实战磨练，才能初步掌握业务范围，在激烈的职业竞争中占据一席之地。^[2]青年律师在自己的职业规划中还将面临选择成为一个“万金油”律师还是“专攻型”律师。结合我自身的感受与各位前辈的指导以及律师行业发展的趋势来看，“专攻型”律师将会成为主流。从现在律所的发展方向就能折射出现律师的发展方向。比如我们提到大成律师事务所，我们自然会想到刑事辩护，提到锦天城会想到证券与资本市场，像建纬律师事务所甚至直接将其发展的特色服务领域建设工程、房地产彰显在其律所名称上。当然这些律所能到达今天这样的地位，走稳专业化之路是已经经历的一个漫长的探索与发展过程，青年律师想要把自己打造成一个标签必须潜心律师专业化之道，通过持续的专业理论体系-输出强化的过程、以及对自己选择的专业领域不断进行深度研究，才有可能逐渐形成自己在专业领域发言的权威，获得更多自然的传播而扩大自己的影响力，塑造专业的个人品牌形象，让自己律师生涯走向长久发展。

[3]

（四）律师还得是个“心理学家”

伟大的行为主义心理学家班杜拉说过“人必须要拥有一种自我效能感，才能应对人生中不可避免的阻碍和不公，走向成功。”律师这份职业更是如此，阻碍跟挑战将会贯穿我们整个执业历程，青年律师执业初期面临诸多的困难心理跟生理都会受到压力，对内对外都会面对很多挑战，要学会适时发挥自身的效能感，冲破这些阻碍，才能长久地在律师这条路上坚持走下去。律师得是个“心理学家”还体现在如何对当事人进行有效的沟通上，而这正是我自己在执业期间遇到的短期也比较难克服的问题，缺乏对当事人所述的判断力及洞察力弱，在律师行业一句说烂的话“以事实为依据，以法律为准绳。”我们青年律师很多时候甚至没办法从当事人口中得到我们所需要的最

准确案件信息，我们都知道人在表达上都有主观性，但是在我尝试独立与当事人沟通、谈判初期，我时常会单纯以为当事人所说全部为事实，缺乏深度思考能力来判断事情发展是否符合逻辑，导致有时候出庭会让对方杀个措手不及；其次是缺乏律师所应具备的强大的自律的能力，面对日趋庞杂的法律体系以及层出不穷的司法解释，我们要在本就没有打牢的知识基础上还要不断添加上层建筑，更需要我们调动自己的热情去坚持学习。对内的最大的挑战就是树立自信心在律师行业发展下去，青年律师大多都会体验到自己入行前对这个职业的高期许以及实际现状是生存都成问题的落差。会在坚持下去与转业的抉择上不断徘徊，这时候我们必须得发挥自身的效能感，调整自己的心态，燃起斗志，克服执业初期的诸多困难，日后才有可能走到自己心中定位的成功。

（五）律师还是光荣的劳动者

2021年6月22日对每位律师来说都是无比悲痛的一天，在这一天律师界的一颗巨星陨落，律师行业的开拓者、改革家蒋勇律师永远地离开了我们，享年50岁。他曾说过“人生就像拉弹簧，要用尽力气去探索极限。”他在律师执业的21年中，之所以能成为一个影响和改变律师行业的人，成为业界标杆，也是他将自己说过的这句话付诸实际行动，他是一个极度的工作狂，他有八部手机，八个微信账号，这是常人无法想象的工作量，但也正是如此，铁人连轴转也亦然难捱。在来看看我们身边的前辈，凡是企图在行业内有所建树的律师，无不也是在用自身行动去推广这句话的精神。我曾看到我所在的律所同事为了案件加班到凌晨，把办公室当家，把沙发当床；我也曾看到前辈同事出差办案日行千里，一天辗转三种交通方式；我还看到过同事为了调查取证四处奔波。再来各个律所定期在周末开研讨会探讨案件更不是什么新鲜事，各地律协也愈来愈热衷或自行或合作举办各种讲座、课程来组织律师学习，司法单位也需要召唤律师参与普法活动，律师在中国法治化治理的大环境下在社会充斥着越来越多的角色，所能履行的职责也越来越多，当然也应当承担更多的社会责任。正是律师工作的“动态”性质决定了律师从来都不是一个只靠脑力的工作，而是一份体力劳动跟脑力劳动都得高配的职业，青年律师作为步入职场不久的群体，得必须找准自己的节奏打破在长久以来的舒适圈。当你踏入律师行业并想把它作为长久的职业，一方面要充分利用一切时间学习各种技能和知识、夯实自己的知识和技能，另一方面也要

爱惜身体，养成一个健康的体格，为打拼路上积蓄力量，成为最耀眼的劳动模范。

不要去追一匹马，用追马的时间种草，待到春暖花开时，就会有一批骏马任你挑选；不要去刻意巴结一个人，用暂时没有朋友的时间，去提升自己的能力，待到时机成熟时，就会有一批朋友与你通行。^[4]在成为一名成熟的律师之前不可避免地会遇到很多考验与挑战，但我相信我们青年律师会坚定自己的职业理想，不骄不躁，砥砺前行，定将有朝一日能乘风破浪。

参考文献：

[1] 徐静伟. 浅论律师职业道德【J】. 黑龙江史志, 2013 (9): 298.

[2] 黄镔. 青年律师培养发展中的问题与措施分析【J】. 法制博览, 2019(08):282-283.

[3] 吴皓. 青年律师在“互联网+法律”时代的职业发展[C]. 云南省司法厅、云南省律师协会. 云南省首届青年律师论坛论文集. 云南省司法厅、云南省律师协会:云南省律师协会, 2018:9-19.

[4] 杨帅. 青年律师职业进阶之路的一点感悟[J]. 中国律师(05): 88-89.

安徽地益律师事务所 孙华

【摘要】县域律师党支部党员数量少，存有相当部分的联合党支部，党的工作开展较大型律师事务相比较为困难。相当部分的县域律师党支部满足于学习文件、传达上级规定，确保党员思想层面上。如何提高县域律师事务所党建工作水平，继而将县域律师事务所党支部建成律所建设的政治核心是县域律师事务所党支部的努力方向。本文从书记选拔、党员先进性发挥、政治方向把控、党建引领所建等方面入手，努力研究探讨县域律师事务所政治核心作用的建成及发挥作用的方法形式。

【关键词】县域律师事务所 党建 政治核心

目前，党的组织和党的工作已实现在律师事务所的全覆盖，根据全覆盖的要求，在有正式党员三人的律师事务所全面建立了党的支部，不足正式党员三人的律师事务所成立了联合支部。这是对“支部建在连上”机制和《党章》规定的贯彻和创新。

党组织建立以后，如何在律师事务所这样的非公单位中巩固和推进党建工作？如何用党建引领所建，推动律师事务所发展的全面化、正规化建设，继而在律师事务所建设中起到长期、主导的作用？方法只有一个，就是必须将律师事务所党支部建成律所建设的坚强政治核心，把律师事务所党支部建成全面建设的坚强战斗堡垒。笔者长期工作在县域律师事务所，支部从建立到艰难开展工作到逐步成为全面建设的政治核心，律师同仁从怀疑到信赖到依赖，全面建设形成了党建引领、党建所建同质齐跃的较好局面，支部对政治核心作用发挥有了一些初步的方法和探索。

一、选任好一名优秀支部书记是县域律师事务所党支部建成坚强政治核心的关键一环。

“火车跑得快，全靠车头带”，党支部书记是基层党组织具体工作的负责人、带头人，是联系普通党员和上级党组织的纽带和桥梁。一个党支部是否具有坚强的战斗力、能否发挥好战斗堡垒作用，在很大程度上取决于是否有一个得力的党支部书记。律师事务所党支部书记好，党支部就强，就能够发

挥好桥梁和纽带作用。因此，要想搞好律师事务所党组织建设，必须抓住党支部书记这个政治方向上的“掌舵人”、事业发展上的“领头雁”、作风建设上的“风向标”。

（一）县域律师事务所党支部书记要坚持支部选举、上级党委把关这一原则

在选拔配备党支部书记的程序上，不仅要坚持基层支部选举这一重要原则，上级行业律师协会党委也应当对选任进行严格的把关和指导，在选任中，要着重考察人选的社会经历、政治素质、吃苦奉献精神与大局观念，切不可盲目地满足于汇报有人写、表格有人填的简单用人模式，把真正想干、愿干的同志选任到支部书记岗位上来。

（二）司法行政机关和上级党委应当强化对县域律师事务所党支部书记的支持和关心

从《律师法》规定的合伙制律师事务所的性质、法定组织形式和治理结构来看，合伙人制度是律师事务所决议制度的核心，律师事务所主任是律师事务所行政事务的执行代表。而部分律师事务所党支部书记受限于进所时间、资历的影响未能进入律所的决策层。行业律师协会党委应当加强对律师事务所党支部书记的支持力度，帮助和关心律师事务所党支部书记担任律师事务所的行政领导或者加入合伙人，切实提高党支部书记在律师事务所行政决策层的影响力和话语权。

同时，支部工作与行政业务工作紧密相关，支部工作做得好，全面建设也必然先进，司法行政机关和律师协会党委不仅要表彰先进支部，同时应当对律所全面建设予以充分肯定，在表彰先进律师事务所、优秀律师以及经费保障上予以适当倾斜，提高律师事务所做好党建工作的积极性。

（三）提高县域律师事务所书记的党建工作能力是支部战斗堡垒作用发挥的重要环节

支部书记的语言表达能力、政策理论水平、协调沟通能力、管理教育能力是做好支部工作的必备能力，但县域律师事务所普遍没有设立专职支部书记，支部书记既是党员，又是专职律师，全覆盖对支部书记的党建工作能力又提出了很高的要求，从笔者了解的县域律师支部书记的结构来看，部分支部书记缺乏做党建工作的经验和党建工作能力，支部书记想干却不会干，想干又干不好的问题还不同程度的存在。解决这一问题，既依靠于支部书记的自身努力，强化内功，同时，行业律师协会党委也需要多组织培训、帮带，目前的律师党校就是非常高效的创设性举措，除此之外，多组织参观见学、

互帮互助、指导帮扶也是有效的措施。

二、强化榜样力量，发挥好党员律师的先锋模范作用是建成坚强政治核心的根本和保证

县域律师事务所普遍规模较小，主要形式为数人至数十人规模的合伙所和少数的个人所。受限于律师事务所的规模影响，县域律师事务所党支部也普遍存在着党员数量少，退休党员较多而青年党员较少，为实现党组织工作全覆盖不得不在几个律师事务所组建联合党支部，部分律师同仁思想多元化，对党的工作还存着一些看法和理解差异，县域律师事务所律师和党员队伍的这种现状还将长期并存。

可以这样说，在县域律师所，党员的形象就代表着支部的形象，就代表着党的形象，一个优秀的共产党员的人格魅力，要远强于形式化的教育宣传，因此，加强党员的教育管理，充分发挥党员的先锋模范作用，是县域律师事务所政治核心作用发挥的根本。

（一）县域律师事务所党支部必须把强化党员的理想信念和政治信仰作为发挥好党员先锋模范作用的重中之重

律师党员一般文化较高，接触面较广，近年来，受经济大潮的影响，少部分律师党员的理想信念出现了一些偏差，部分党员律师忙于业务而淡化了信念，先锋模范作用体现不明显。

坚定的理想信念是共产党员站稳政治立场、抵御各种诱惑的决定性因素，是党员的精神支柱、力量源泉。县域律师党支部虽然党员数量不多，但要坚决克服理想信念是大道理而不敢讲、不愿讲现状，要清醒地认识到没有理想信念，党员的先锋模范作用就是空中楼阁，无任何理念根基，要充分利用党课时间、党日活动、争先创优活动、民主评议等时机和场合，旗帜鲜明地讲大道理，忆初心，念使命，激发党员的先进性力量源。

（二）县域律师事务所党支部要充分发挥好党员示范岗的功能，引导党员律师立足本职岗位发挥好先锋模范作用

律师事务所是党员律师的工作岗位，更是践行先进性，发挥先锋模范作用的平台，县域律师党支部要充分发挥好“亮身份、亮标准、亮承诺”的党员示范岗功能，引导党员同志把本职岗位作为钻研业务、诚信执业的平台，把本职岗位作为化解群众矛盾、彰显法律公平正义的平台，把本职岗位作为帮贫扶困、投身社会公益的平台。

县域律师党支部重点引导以下方面：一是要引导党员律师认识到要发挥好先锋模范作用，首先要做好一名律师的职责意识，鼓励党员律师做钻研业

务的行业尖兵，精通业务的业界翘楚；二是要引导党员律师认识到要发挥好先锋模范作用，就必须做诚信执业的表率的标准意识，鼓励党员律师做依法执业，诚信服务的品牌律师；三是引导党员律师认识到要发挥好先锋模范作用，就必须公平公正，鼓励党员律师不唯权、不唯钱，坚定做一名维护好法律的公平正义、维护好法律尊严的良心律师；四是要引导党员律师认识到要发挥好先锋模范作用，就必须树立奉献意识，鼓励党员律师积极投身公益事业，做甘于吃苦，扶助贫弱，发挥正能量的公益律师。

同时，对党员律师党员示范岗作用发挥，支部还应加强监督，具体量化，自评互评，共同进步。

（三）县域律师事务所应注意整合资源，将党员发挥先锋性作用的热情化为合力

“一个党员就是一面旗帜，一个支部就是一个战斗堡垒”。在注重党员发挥先锋模范作用的引导基础之上，县域律师事务所党支部应注意研究如何将党员的热情整合为合力，争取将旗帜作用化为堡垒作用。可以在以下几个方面展开试点：一是组织党员律师先锋队，鼓励党员合力勇于钻研新业务，研究新方向，解决新问题，为律所发展开辟新道路；二是组织党员律师宣讲团，鼓励党员群体走上街头、走入企业、走入社区，宣讲党的政策，宣传法律法规，了解群众需求，为群众答疑解惑；三是组织党员律师服务队，鼓励党员律师在承担公益案件、文明创建、疫情防控中争先创优，将个人的弱小力量整合为集体的强大力量，争取做一点实事、好事。

党支部在组织这些活动时，应当旗帜鲜明地要求党员律师戴党徽、举党旗，增强党员律师的党性意识，激发党员律师的责任感和内心荣誉感，向群众正面展现我党形象。

三、县域律师事务所党支部应当把宣扬党的政策、坚定党对律师工作的政治领导作用作为中心工作来抓，真正发挥好政治核心的政治保障作用。

律师工作看似是一个相对自由的职业，实际上既与党委政府打交道，又承受着当事人的重托，既要维护法律的公平正义，又要切实为当事人利益考虑。而县域律师队伍成份较为复杂，来源广泛，有从法官、检察官队伍辞职退休而来，有从法律工作者转岗而来，也有社会人员通过司法考试应聘而来，相对于较大规模城市律师事务所执业人员对比，县域律师队伍思想多元化的倾向更为明显，律师队伍唯业务论现象较为普遍，部分律师甚至思想政治观念出现偏差，反对党的领导。个别律师甚至以民主人士自居，公开场合不敢说反对党的领导，实际却为迎合当事人，以与政府政策作对为荣。

（一）县域律师事务所党支部必须在全体律师中树立拥护中国共产党的领导是律师执业的根本这一理念

党的十八届四中全会通过的《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出：加强律师队伍思想政治建设，把拥护中国共产党领导、拥护社会主义法治作为律师从业的基本要求，增强广大律师走中国特色社会主义法治道路的自觉性和坚定性。该决定明确指出拥护中国共产党的领导、拥护社会主义法治是律师从业的基本要求。

县域律师事务所党支部必须把住律师队伍政治立场这一根本，旗帜鲜明地在律师队伍中宣扬党的政策，坚定党的立场，告诫全体律师从业的基本要求，确保律师队伍始终保持在党的正确领导之下。

（二）县域律师事务所党支部必须把律师事务所的服务、中介和社会管理职能作为发挥政治保障的平台来抓

律师事务所的功能在于服务、中介作用，在促进社会公平、化解社会矛盾、合理表达诉求、解决社会就业、承担社会公益等方面发挥重要作用，党支部要适时开始教育，引导律师队伍始终坚持既要坚定地维护当事人的利益，又要坚持在法律的框架内解决矛盾问题。坚持做社会矛盾的疏通者，而不做胡搅蛮缠的麻烦制造者，不做权钱交易的参与者。坚持律师办理“黑恶案件”及社会敏感案件的汇报工作，坚持正确的服务方向。坚持用好律师事务所这一工作平台，坚持、宣讲好党的政策方针。

（三）县域律师党支部必须借助党员律师参与部分社会管理决策的机会，成为行政机关依法行政的好帮手，努力促进社会和谐

党和政府将依法治国已列入基本国策，党委政府依法决策、依法行政已成为共识。当前，县域律师事务所所在地各级行政机关已普遍聘请了法律顾问，相当部分的行政机关同时要求法律顾问必须具有党员身份，这是律师参与依法治国和部分社会决策的重要时机。

县域律师党支部必须教育引导党员律师在参与政府行政的过程中，全面忠实地履行律师的职责和义务，全面地向行政机关介绍依法行政的法律规定、程序规定，提供专业的法律服务。同时，党员律师应当坚持正确的法律规定，及时对行政机关行政瑕疵提出意见，在参与拆迁征收、综治调解，行政合同签订等事务中，还应当引导党员律师注重发挥好律师的沟通协调能力，主动作为，为政府分担，为群众争取正当权利，促进社会和谐，促进政府与群众的良好对话。

四、县域律师事务所政治核心作用发挥必须紧密结合中心工作，引领所

建工作全面进步，实现党建所建和谐发展。

律师事务所的中心工作是业务工作，律师事务所党支部必须把党建工作与律师业务建设结合起来，必须把党建工作与律师事务所的发展管理结合起来，确保中心工作不动摇。积极研究县域律师事务所发展的新问题，并在解决问题中充当好决策者、领导者的角色。

（一）县域律师事务所政治核心作用的发挥必须坚持抓住律所建设发展的主要矛盾，在解决矛盾的过程中凝聚人心，鼓舞干劲。

习近平同志在十九大报告中指出：我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。必须认识到，我国社会主要矛盾的变化是关系全局的历史性变化，对党和国家工作提出了许多新要求。

笔者以为：在全党层面上，找准主要矛盾是党治国理政的根本切入点和工作的重点方向。而县域律师事务所党建工作要发挥好政治核心作用，也必须根据各个不同律师事务所发展存在的主要矛盾。

主要矛盾困扰着律师事务所全面建设的发展，对不同的律师事务所来说，有可能是决策机制出现问题，也有可能是对律所发展方向出现争论，无法解决。支部的政治核心作用体现在必须紧盯律师事务所的主要矛盾，要充分发挥好党的民主集中制原则在合伙人决策机制中的运用，会前酝酿，个别沟通，会议集中，在解决主要矛盾的过程中凝聚人心、鼓舞干劲。

笔者曾在深入调研的基础上，总结了本所建设发展的主要矛盾，就是不断增长的人员数量与落后的办公环境之间的矛盾，是律师同仁们建立一个现代化、正规化的大所要求与因循守旧、固守地盘之间的矛盾。党支部在解决这个矛盾过程中，充分考虑到各方面要求，积极起到沟通协调作用，成功实现了办公地址搬迁及正规化建设努力，全所律师同仁看到的是一个愿意沟通，互相体谅、共同进步的领导班子，看到的是一个愿意在解决矛盾中站出来的支部班子，在解决矛盾的过程中，群众律师更愿意相信党、相信支部。从客观上说，正因为长期未能解决的主要矛盾通过支部的沟通协调解决了，支部才树立了在群众中的地位和形象。

（二）县域律师党支部必须着眼县域律师发展的瓶颈问题，研究探索律师发展的新路子

近年来，县域律师服务行业人数不断增长，但从业人员知识老化、服务范围传统固定，僵化的服务方式与越来越活跃的律师服务行业需求之间存在着较大的差距，律师收入依靠传统业务的痼疾难以克服。

面对这些困难和问题，支部不能只管思想，不管中心工作。不能只管学习汇报，不关心律所困难。相反，支部要充分发挥好党员律师的业务骨干能力、沟通协调能力、解决问题的能力，主动的去融入律师事务所的人才培养、业务拓展、热点案件研讨当中去，并在与律师同仁共同努力的过程中，提高党的形象，发展党的队伍。

（三）县域律师党支部注意研究处理好党的建设与决策管理之间的关系，实现内部的和谐共处

合伙制律师事务所党支部在律师事务所并不处于直接的领导地位，它同其他非公单位党支部一样，在事务所并无特权，在律所发展方向、律所经营方针、律师思想教育等方面，在充分发挥政治核心作用的同时，也要尊重党建引领，所建决策的这一原则，尊重和支持律师事务所决策机构作出的决策，本着“各有侧重、互相支持”的原则，支持律师事务所决策机构依法行使职权，同时，要求决策机构支持党的政治核心作用的发挥，实现党组织与决策机构的和谐共处。

同时，律师事务所党支部也应利用党组织的沟通协调功能，积极协助律师事务所加强与上级司法行政机关、行业协会党会的沟通协调，解决发展中遇到的困难和问题，最大限度的争取司法行政机关和上级党委的支持，为律师事务所的发展营造良好的外部环境。

参考文献：

[1] 崔国红.《发挥律师事务所党支部政治核心作用的实践与思考》，《中国司法》2016年第2期.

[2] 姜爱东，陈雄飞.《关于律师事务所基层党组织发挥政治核心作用的思考》，《中国司法》2010年第12期.

安徽皖宁律师事务所 郭兴进

【摘要】 县域律师是我国律师队伍的重要组成部分，是全面推进依法治国、建设社会主义法治国家的重要力量，在县域经济发展和基层民主法治建设中发挥着十分重要的作用。不容忽视的是，与近年来我国律师队伍整体发展情况相比，县域律师发展相对滞后，律师业务单一粗放，服务产品基本处于传统低端层次。律师行业发展不能与县域经济同步发展，行业发展慢，执业环境差，政治地位低，业务收入少，甚至部分县域律师面临着生存困境，致使县域律师发挥的作用十分有限。这些困境不仅严重制约了律师业发展，对我国当前全面实施依法治国方略，建设社会主义法治国家，深入推进乡村振兴已形成严重阻碍。本文试从县域律师业发展面临的困境、破解的对策等方面予以分析，以期尽快改变县域律师业发展的不利状况，探索适合县域律师业良性发展的新路径。

【关键词】 县域律师 律师业发展 共享律师 互联网律所

在“2017年县域律师事务所创新发展论坛”主题演讲环节，中华全国律师协会副会长蒋敏客观地分析了中国律师行业发展现状及产能问题，并指出，县域律师事务所承担着中国70%以上人口的法律服务，全国律协一直高度关注县域律师事务所的发展，已连续多年进行“千人县域律师的培训计划”，县域律师事务所在规范和规模这两个维度存在着发展瓶颈，如何找到发展突破口尤为重要。

根据司法部公布的数据，截至2020年底，全国共有执业律师52.2万，其中专职律师42.44万，占81.23%，全国共有律师事务所3.4万多家，律师10人（含）以下的律师事务所2.27万多家，占66.02%。由于地域和经济发展不均衡等原因，我国律师行业发展不平衡的问题仍然比较突出。2009年，全国还有400多个县没有律师或律师资源严重缺乏，特别是新疆、西藏、青海等地的大部分县（区）没有律师或律师资源严重匮乏，无法满足群众的法律服务需求，严重制约了当地的经济和社会发展。笔者执业的宁国市有38万人，8家上市公司，2020年新开工亿元以上项目35个，完成亿元以上项目签约160个，其中10亿元以上项目12个。律师人数虽然已突破100名，

律所也达到 13 家，但目前最大的律所也不到 20 名，最小所仅 1 名。通过比较不难发现，东西部地区县域律师行业发展面临的困境有较大差别：中西部主要是律师数量和群众基本需求之间的矛盾，而东部沿海经济发达区域，则集中体现在律师和律所高质量发展、供给侧改革等方面的矛盾。

随着依法治国的深入以及互联网的普及，协同创新和协同发展已经成为当今时代主题。尤其以县域律师事务所为代表的中小型律师事务所在这一时代背景下，对品牌化、专业化、团队化的建设发展有着迫切需求。县域律师行业的发展，不同程度地存在着规模普遍偏小、服务能力欠缺，品牌化、专业化水平不高，业务单一、人才匮乏、无序竞争、管理不规范等亟待解决的问题。在经济活跃县域，律师行业发展水平也远远不能够适应工业经济发展的要求。如何科学有效对接匹配供给端和需求端，补齐县域律师发展短板，推动律师和律所供给侧改革，推进律所和市场平衡发展的空间，构建更加有序公平竞争的市场环境，引导和培育律所从小而散，逐步向专业化、品牌化、规模化转型？这一系列现实问题，已经摆在了县域律所主任和青年律师面前，值的我们去探索、去实践、去创新。

一、县域律师行业发展的困境

（一）县域的地域局限制约了县域律所业务领域发展。县域律所具有一般律师事务所的共性，与此同时也具有自己的个性，相对于大中城市的律所而言，由于地理区域的局限性，使县域律师与地域有着天然的依赖性，所接触的业务受到当地的法律环境和经济发展的影响相对较大，基本局限于传统低端领域，单一粗放，诸如资产重组、上市并购、知识产权、金融证券、国际贸易等高端业务鲜有触及。至于非诉业务，在县域拓展更是困难，就法律顾问业务而言，在金融、保险、电信、电力等垄断行业，常年法律顾问基本是由市级或省级单位统一聘请；而政府机关一般不会聘请县域律师担任法律顾问，基本是从省城著名律师或法学专家中选择，即便是聘请了县域律师，也基本是无偿的或低价的；而县域企业聘请法律顾问几乎没有基本服务费，仅约定诉讼案件按清收回款提成，或者按年度承包。其他非诉业务，如合同审查、尽职调查、发律师函等，由于没有形成付费习惯，收费十分困难。另外县域律所无论在律师数量上，还是办公条件上，都无法与大中城市律所相比。从人员上讲，一般就三、五人，最大的不过十人。从硬件上讲，一般都没有购置办公用房，大部分靠合伙人租赁，由于规模小，律师之间、合伙人之间缺乏合作，导致律所没有长期发展规划，无法实现业务在深度

和广度上拓展。

（二）县域经济的状况制约了县域律师专业化发展。我国的基层人口众多，县域经济目前仍欠发达，总体发展水平有限，经济和文化发展速度与大中城市有着明显的差距，农业比重大，企业规模小，县域律师的发展空间有限。县域律所承担的法律服务，在依法治国进程中占据着十分重要的地位。县域经济在西部体现为落后和发展缓慢，有的还处在脱贫巩固阶段，导致律师业务收费低，人才流失十分严重，严重影响着县域律所的业务开展。在经济发展较好的东部地区，则体现为“行业精神落后于业务建设，律师质量落后于数量发展”。由于业务单一，无法对律师执业进行专业分工，县域律师为求生存，什么案子都接，什么案子都办，什么案子都不专业，最后都是“全科律师”，这些客观因素，无疑制约了县域律师的专业化发展，很难形成专业知识系统。近年来，虽然律师在国家政治、经济生活中发挥着越来越大的作用，但就县域律师行业内部发展规律来说，律师作为个体服务客户的趋势一直未能改变，导致律所的团队作用不断被弱化。

（三）县域律所的管理短板制约了县域律师行业品牌化发展。县域律所大多数采取创收提成分配的管理模式，即：律所既不给执业律师发工资，也不分配案源，律师的社保由自己购买，律所办公成本均由律师分摊；律师对外独立寻找案源，案源属律师个人而非律所，其收入依靠个人案源多少提成决定；律师个人与律所是松散的“合作关系”，没有资源和利润的共享，只有成本的分摊，律所对律师来说只是一个联合办公的“农贸市场”。县域律所中绝大部分都是合伙所，主任、合伙人集多角色于一身，既是管理者，也是投资者，同时还是员工，都是一边办案一边兼职管理，由于精力、动力等各方面原因，导致律所几乎没有规范有效的管理。缺乏团队合作的“一盘散沙式”的运作机制，导致律师各顾各事，单打独斗，律所接案，律师办案，没有分工，更无协作。县域律所中的“个人所”管理水平和管理模式初级化，基本上靠设立者的个人人脉揽案，再分配给聘用律师办理，大部分个人所律师认为就是给个人所负责人打工，只有附属感，而无归属感。大多数合伙所主任或合伙人之间联系也不紧密，合伙所名为“合伙”，实为“搭伙”，律师对于律所的发展问题漠不关心，维系律师与律所之间的纽带仅是个人利益而非团体利益，在律所内部无法形成凝聚力，使得县域律所不具有真正的竞争力，制约了品牌化发展。

（四）县域法律服务市场混乱制约了律师业务的健康发展。在县域法律服务市场，各种主体充斥市场形成无序竞争，社会上从事法律服务的无证人员、退休或辞职的司法工作人员、法律服务咨询公司……诸如此类的公民代理、土律师的存在，造成鱼龙混杂，这些人员介入法律服务市场，乱收费，乱承诺，甚至冒充律师执业，严重败坏了县域律师执业声誉和社会公信力。再者，由于县域法律服务业务的同质化，靠人脉、靠关系揽业务十分普遍，而同行之间低价竞争的现象亦十分严重，大部分县域律师仅仅把律师职业当成一个饭碗，导致服务理念 and 水平难以提升，严重影响了县域法律服务市场的健康发展。

二、目前县域律师发展的路径探索

县域律师服务空间的开拓不足，新业务领域的介入不够，法定业务范围过少，服务能力有待提高，还有部分县域律师案源不足面临生存困难，面对不容乐观的县域律师执业现状，寻求县域律所发展的新形式是在当前经济条件下走出一条突围之路的重要途径。

令人欣喜的是，国内已有多地多家律所大胆迈出了探索步伐，为县域律师行业发展提供了好的借鉴和思路：

（一）广州律师大厦。广州律师大厦是由广州市司法局、广州市律师协会、白云区政府、鹤龙街道办事处联袂打造的广州法律服务聚集区的标志性建筑，2017年12月1日揭牌，是广东省乃至全国的第一家律师大厦。白云区政府为充分发挥广州市中级人民法院落户白云区的优势，将该片区定位为“广州法律服务集聚区”，围绕周边重点建设项目，利用落户补贴租金补贴等政策扶持，吸引一批具有行业标杆水准的法律服务机构和公司汇聚，提供和拓展多元化法律服务，培育法律产业在白云区成行成市，为广州法律服务行业提供高端发展平台。律师大厦内部配备各种规格的会议室，行业峰会、法务沙龙、专业培训等延伸服务，进一步促进法律服务高端要素的集聚发展，打造成为专属法律人的行业核心和产业高地，成为广州法律服务聚集区的一个亮点。^[1]

（二）北京联合律师楼。北京联合律师楼是全国第一家具有共享空间概念的律师事务所综合体，北京第一个邦联制律师服务组织，由北京市嘉安律师事务所郑爱利律师牵头筹备和建设，2016年9月1日成立。在保留原有律所名称、经营模式等的前提下，提供共享空间、共享行政综合服务，打造共享联合律师楼大品牌，也保留各自律所个性化独立性品牌。^[2] 联合律师楼聚

集的律师资源能够有力地填补法律服务需求，对于入驻的律师提供灵活的办公空间，从单个工位、独立办公室的租赁到不同风格的谈案室、会议室、接待室全部免费共享。公共空间适合举办会议、沙龙、业务培训等法律咨询和智库活动，提高联合律师楼以及入住律师的专业影响力和竞争力。联合律师楼不仅是卓越的办公空间，也是一个有效的业务合作空间。已入驻的 200 名律师基本覆盖了主要法律服务领域，通过资源对接和整合，有效解决单个律师无法完成的法律事务。

（三）京师无锡。北京市京师（无锡）律师事务所成立于 2017 年 7 月，依托总部独家创新开发的“一站式”企业服务园区共享经济新模式，以及总部全球优势资源和先进理念，坚持产业链、生态圈、互联网、平台思维，为企业提供生产和经营过程中所需的法律、金融、财务、会计、企业上市孵化等服务。^[3] 员工已突破 110 人，办公面积 6600 平方米，法律服务团队 24 个，已成长为无锡地区规模第一、专业化、品牌化的综合性法律服务机构。

（四）秦淮共享律师中心。秦淮共享律师中心于 2020 年 4 月 3 日在南京晨光 1865 科技创意产业园挂牌。基于“互联网+法律”的创新思维，从律师行业发展实际需求出发，借鉴北京联合律师楼和广州律师大厦的经验，规划面积约 5000-10000 平米，以共同的职业荣誉感和价值观为纽带，营造布局合理、空间充裕、共享互通、便利灵活的律师办公服务空间，鼓励部分优质旗舰律所入驻。同时不拘一格吸纳小型所和个人所入驻，精心致力于打造精品中小律所的“孵化器”，不断加大法律服务业新业态、新模式的探索力度，助力秦淮区法律服务业提档升级。^[4]

（五）互联网律所。2021 年 6 月 18 日，山东省首家互联网律所“山东因家律师事务所”在青岛开业，揭开互联网律所的“神秘面纱”。通过开发数字化、智能化、信息化、共享化等新技术，聚焦突破律师在市场、案源上的痛点，对应不同主体的不同需求，打造集管理、资源、协作和交流等功能的平台，实现资源开放、知识分享、信息互通，最大程度了解并满足客户的需求。倡导律所将数字化发展同律所现有主营业务相结合，采取多层次、有阶段的数字化转型，深度运用数字化技术提高现有业务收益，不断增强自身的创新能力，创造新业务，开拓新市场，以科技力量赋能律师行业发展，培育新的法律服务业增长极。这无疑是律师业探索律所数字化转型道路，践行律师社会责任，创新法律服务业发展新模式的又一次尝试。

三、对策及建议：

为进一步提升我省县域律师的执业技能和职业素养，提高县域律所管理水平和业务拓展能力，省律协 2018 年成立县域律师宣讲团，以巡回宣讲活动为支点，将县域律师领军人才库资源与全省 3000 多名县域律师共享，推动县域律师业的健康发展。组织了两批县域律师“观摩律所”交流研讨活动，举办了首届“安徽县域律师发展论坛”……这些活动虽取得了一定的效果，勾画了县域律师业的发展方向和未来前景，但是，县域律师业要围绕城乡基本公共法律服务资源均衡配置，立足县域法律服务发展现状，完成构建律所管理新模式，适度建立规模大所，培育视野开阔、敢于开拓、有所担当的管理团队，打造年龄结构、专业结构合理的业务团队，建立科学规划、团队配置、高效执行三者环环相扣的律所管理体系，建设一批专业突出、业务精细，服务层次高、治理体系现代化的县域品牌律师事务所^[5]伟大征程，依然任重道远。

随着全面依法治国进程的深入推进，全国法律服务市场正在快速洗牌，东部大所主导、规模化向全国牌品所集中、省级行政区域市场正被打破、经济区域中心城市出现新兴区域市场、珠三角、长三角、环渤海湾、大湾区等区域律师服务市场正在形成，律师业务已经逐步三向集中：即向东部沿海地区集中、向区域中心集中、向全国型大所集中。集中意味着打破平衡，失衡意味着干预需求。县域律师事业发展之痛，在于人才流失之痛，在于发展空间之局限，也在于管理定位的困惑。如何走上高质量可持续发展之路，事关县域律师、县域律所发展的根本。

笔者认为，推动县域律师业的健康发展，对维护社会稳定、促进经济发展具有重要社会意义。县域律所人员流动频繁、发展后劲欠缺，缺乏团队合作、专业难以分工、资源不能共享、规模无法实现、品牌难以形成的现状，已不能满足群众的需求和经济的发展。县域律所如果不能加快走上高质量发展的道路，则很难有质变的突破，因此行业发展必须要立足县域这个最大现实，有所展望，有所提升。^[6]

通过对以上律所发展模式的探索，结合县域律师和县域经济发展现状，笔者认为，县域律所在遭遇发展瓶颈时，除了可考虑律所合并、加盟大所等途径并购、扩张形成大所外，可以考虑借鉴众创空间形式，组织律所构建律所联盟，联合中小所律师资源，与志同道合者采用自发抱团发展的律所联盟模式，建立所所之间、律师之间、主任之间等多层次、多渠道的交流平台，推动专业领域差异性互补的跨所合作：

(一) 打造邦联律师服务平台。1、按照“专业化、规模化、品牌化”律所发展方向，聚合县域中小律所，集合众所之力，采用联合律师楼办公模式，打造高标准办公条件，不改变入驻的律所法律形式，为律师提供资源整合、知识共享、融合办公环境，共同分摊和降低办公成本和管理成本。2、在业务上联合开拓，逐步实现专业化分工协作，形成法律业务合作生态圈，建立联合的法律服务市场，整合各律所和律师不同的业务优势，提高各邦联所的竞争力。其优势主要在于：既保留各自律所的独立性，又融合了律师的办公需求，入驻律所不必担心目前即被强行合并，如果未来发展顺利，入驻律所、律师将来可以根据需要选择合并与否，既保留了律所的自主权，又为律所发展提供了充分的合作资源，各律所管理者均处于进可攻、退可守的独特地位。县域律所在律师资源整合、知识共享方面往往缺乏交流，由于所内律师有限，很难形成良好的合作氛围，跨所合作则面临着互相了解不足、缺乏信任的困境，邦联制办公模式可以解决律师之间互不了解的问题，通过共享办公，增加律师间接触的机会，提高信任关系。律师合署办公的人数优势，可用来定期举办分享交流会，分享案源信息、办案技巧等，帮助青年律师快速成长。律所与律所管理者之间，利用联合办公的机会，也可增加密切合作的机会，在共享办公室、会议室、会客室的基础上，逐渐融合行政、财务、信息化等后勤支撑系统。邦联制律所联盟既保留了小型律所的核心文化和法律体制，又可以降低运营成本，未尝不是符合律所发展的良性探索。这种融合并非合并模式中一上来就强行的融合，而是基于成本选择、逐步磨合形成的自然演化，相比较而言会更容易被接受。^[7]通过磨合，甚至可以通过跨所组建专业团队，实现法律服务专业化，将各所具备同样专长的律师汇聚一起，为县域同类需求提供更专业的法律服务，业务能力也将由此得到更大提升。

(二) 打造法律服务聚集区。1、依托依法治县发展机遇，打造集法律服务、法治教育、法治文化等功能于一体的“法律产业生态圈”，通过房价优惠、租金减免等市场手段，以及税费减免、政府补贴等方式，引导包括律师事务所在内的公共法律服务相关部门和单位入驻，融法治培训、法学研究、法律咨询、诉讼代理、法律援助、调解仲裁及依法治市成果展示于一体，建成法律服务聚集区。2、在拓展法律服务领域，创新法律服务模式基础上，立足为“营造法治化、便捷化营商环境，全面推动高质量发展”提供重要支撑，通过整合资源，进一步吸纳公证处、会计师事务所、审计师所、司法鉴定、医疗鉴定、工伤认定、道交认定、劳动仲裁、商事仲裁等与营商环境相关的

单位入驻，以行政服务中心的模式进行整合，逐步发展为提供一站式服务，既便于群众寻求法律帮助，也能够让企业享受更优质的营商服务，形成依法治县的合力。

（三）加大县域律所供给侧改革。坚持党建引领，加强律所团队建设，形成改革凝聚力。团队化建设是专业化建设的实现路径，专业化建设是团队化建设的保障。1、专业化有利于提高律师行业规模，在人数和创收上都再上一个台阶。县域律所应当结合律所总体情况及现有社会资源、所在地经济发展水平、法律服务市场供需状况，建立与专业化建设相适应的管理机制，通过制定较为完善的培养计划，有侧重的推进专业化建设，保证法律服务质量，获得优质案源，从而形成更大的服务市场。2、树立团队协作意识、团队合作理念。在分工合作基础上扬长避短，发挥个人优势，破除团队壁垒，形成团队合力，打造团队品牌，使律所得以整体协调发展，形成强大律所生产力，有效满足市场的需求。3、改革薪酬分配制度，促进团队合作。通过供给侧改革，优化团队合作，合理设置专业运行，团队优势互补，利用合理薪酬制度激励律师对律所专业化运作理念的认同感和使命感，为律所高质量发展赋能。

四、结语

今年是中国共产党建党 100 周年。进入新时代，我国律师数量快速增加，律师素质不断提升，律师事业蓬勃发展。同时，我们也要清醒的看到，随着律师业务的过度市场化冲淡了对律师政治属性的认识，律师队伍的整体思想政治素质、业务工作能力、职业道德水准与时代发展要求和人民群众期待还存在一定差距。党和人民迫切需要一支政治坚定、业务精湛、维护正义、恪守诚信的高素质人民律师队伍，这支队伍的根本属性必然是人民性。^[8]在新时代，律师业已处在一个不得不变的历史巨变期，有机遇更有挑战。县域律师需要把专业化体现为充分发挥个人能力和业务专长，立足人民属性，筑牢服务意识，把律师职业和社会发展相结合，把律师个人发展和党委政府中心工作相融合，为县域经济发展，社会综合治理、乡村产业振兴做出特殊贡献。

人民律师是时代的需求，是人民的期盼。县域律师业不仅要有独秀一枝，更需春色满园。让我们以团结的精神，奋斗的姿态，把握时代发展转折点，开拓律师业务增长点，共同努力，一起发力，形成合力。坚持党建引领，把握政治属性，在长三角一体化的发展机遇中，努力实现县域律所规模化、专业化、品牌化发展目标，促进县域全面高质量发展，满足人民群众法律服务

需求，树立新时代县域律师新形象，展现人民律师新作为！

参考文献：

[1] 《全国首个律师大厦——广州律师大厦揭牌》，载于广州律师网，2017年11月29日，<http://www.02064.com/glzh/6/709.html>

[2] 《记者探访“一卡难求”的北京联合律师楼》，载于司法部网站，2020年6月15日，http://www.moj.gov.cn/Department/content/2020-06/15/613_3250641.html.

[3] 《无锡市梁溪区秦咏薪区长一行调研京师律师产业园》，载于京师律师事务所网站，2017年9月7日，<http://www.jingsh.com/News/Details/9587>.

[4] 《秦淮“共享律师中心”打造法律服务新业态》，载于江苏省司法厅网站，2020年4月7日，http://doj.jiangsu.gov.cn/art/2020/4/7/art_48513_9035102.html.

[5] 《面对面交流点对点授课——“省律协县域律师宣讲团”活动正式启动》，载于安徽律师网，2018年7月30日，<http://www.ahlawyer.com/DocHtml/1/18/07/00012078.html>.

[6] 《全省第19站|全国律协副会长蒋敏谈县域律师发展之道》，载于安徽律师网，2019年7月20日，<http://www.ahlawyer.com.cn/DocHtml/1/19/07/00013217.html>.

[7] 刘伊戈.《联合律师楼：律师的“众创空间”——律所做大做强新模式》，载于《西岸律话》创刊号总第二期.

[8] 张庆志.《做无愧于新时代的人民律师》，2019年7月17日，载于中国律师.

【摘要】青年律师是律师行业的未来，但目前青年律师的发展受到很多环境的限制，众多青年律师或多或少都有经济、生活、心理上的多重压力，这在县域青年律师中更加突出。本文旨在通过了解县域青年律师生存现状，分析县域青年律师发展中遇到的阻碍，从而探讨符合县域青年律师发展的道路。

【关键词】县域 青年律师 发展

年轻人是一个行业的希望和未来，律师行业也是如此。大城市作为区域政治、经济、文化的中心，拥有大量的人口基数，存在巨大的法律服务市场，从而吸引力大量律师的涌入。小县城的法律服务市场远不如大城市，没有市场就没有资金的投入，行业发展受到了很大限制，这对县域青年律师发展而言，是一个难以逾越的鸿沟。

2018年1月29日，司法部举行主题为全面深化司法行政改革新闻发布会，并于印发了《全面深化司法行政改革纲要（2018-2022）》。根据《改革纲要》目标，2022年，全国律师总数达到62万人，每万人拥有律师数达4.2名。律师人数的提升为大力加强队伍建设发挥基础保障作用，但由于大城市律师接近饱和，必然有大量青年律师回到县域从事法律工作，这对县域青年律师的发展又迎来了巨大的挑战。

一、县域青年律师现状。

由于律师行业发展不平衡，大量年轻律师涌入大城市，这对县域律师的发展带来了很大冲击，县域律师的人员结构呈断崖式发展，青年律师人数显然偏少。但近年来受政策和市场发展影响，县域青年律师人数开始有较大的提升。以笔者所在旌德县为例，2021年全县社会律师有6人，仅有1名青年律师，但2020年以来新增了4名从事法律工作的年轻人。而县域青年律师的执业压力普遍较大，大多数人仍然处于学徒状态，在累积经验中。

二、县域青年律师面临的挑战和原因

青年律师是律师队伍的未来。扶持青年律师成长发展关系全面依法治国进程，也关系律师事业健康可持续发展。近年来，我国青年律师队伍数量快

速增长，但青年律师培养和发展工作还存在着关心重视不够、教育培训不足，激励保障不到位等问题，青年律师政治素质、业务能力还需要提高，生存和发展面临不少困难，缺乏有效保障。

(1) 知识密集型行业，前期收入较低

律师行业不同于一般行业，律师入门需要从业者先通过法律执业资格考试，然后在律师事务所进行一年的实习，再通过律师协会的考核后，才能真正成为一名执业律师，而这一段流程常常需要花费两年左右的时间。在实习期间，实习律师不能独立办案，从事都是辅助性工作，实习收入较低，且在正式执业的前几年，由于案源少，青年律师收入普遍也不乐观。但律师从业人员普遍具有较高的文化水平，入行前付出了大量的时间成本，这与实习期间较低的收入形成了巨大的反差，这给青年律师带来了较大的心理压力。

(2) 青年律师业务量少，业务水平提高慢

社会律师是法律服务市场化的产物，社会律师的收入来源于自己的业务量。在县域，居民有法律服务的需求，一般喜欢通过自己的亲戚朋友介绍或者寻求资历老、名气大的律师。在这样的市场环境下，律师的竞争主要靠社会关系和社会资源，但青年律师受限于年纪和执业经验，业务竞争力显然处于劣势。没有稳定的业务来源，青年律师普遍继续跟在带教老律师后面继续学习，寻求发展机会。由于没有稳定的案件和稳定的收入，青年律师的个人学习欲望逐渐降低，业务水平提升明显较慢。

在县域，大多数居民法律意识淡薄，没有诉讼的意愿，即使需要诉讼，因经济能力等因素限制也有委托律师的需求。而且受制于县域环境，案件主要以离婚纠纷、民间借贷、人身损害赔偿和简单合同纠纷为主，青年律师仍然局限在传统的诉讼业务，为一些较小的案件奔波，很难涉及金融证券、公司上市等非诉业务。青年律师因没有足够的案源，前期主要解答当事人的法律咨询。咨询法律知识的涉及面广，但法律知识体系错综复杂，青年律师在服务时，不能专攻某一具体方面，不能做到专业化，对每一种法律问题的研究都是浅尝辄止，朝着“万金油”律师方面发展，很难提升自己在某一领域的的能力，容易发展成广而不精的局面，对自己的业务发展很不利。

(3) 县域律所较小，无法形成规范化管理

由于县域法律服务市场小，律师人数少，自然律师事务所也比较少，且规模较小。律所主要发展的诉讼业务，律师的分工不明显，也缺乏专业分工

的环境条件，律师主要还是以发展个人业务为主，没有较强团队意识，没有统一的学习和发展规划。律师和律师事务所的发展以传统的社会关系和资源积累为主，律师事务所规模化、专业化以及市场营销的热情和动力都不高。而且，由于律师事务所影响力上不去，一些当事人都愿意去大城市找律师，从而减少了律所的业务量。青年律师没有团队的扶持，没有一个良好的内部发展环境，其发展速度显然过于缓慢。

三、县域青年律师的发展

目前青年律师的发展瓶颈是切实存在的，要解决这一问题并不是单靠青年律师个人努力就能改变的。需要从各个环节进行改善、突破。通过社会、律师协会、律师事务所和律师多方面共同努力。

(1) 律师协会应对青年律师倾斜照顾

律师协会要健全完善青年律师教育培养工作机制，采取集中培训等方式，加强青年律师思想政治教育，教育引导青年律师坚持正确政治方向，坚守“忠诚、为民、法治、正义、诚信、敬业”的律师职业道德，切实增强走中国特色社会主义法治道路的自觉性和坚定性。律师行业各级党组织要关心青年律师政治进步，积极培养和发展青年律师入党积极分子，有计划地吸收优秀青年律师加入党组织，为基层党组织注入生机和活力。律师行业各级党组织、律师协会要以党建带团建，建立兴趣小组、业务沙龙、工作微信群等，密切与青年律师的联系，及时掌握思想动态，帮助解决实际困难，增强青年律师队伍凝聚力、向心力。

律师协会要开展青年律师思想教育和业务培训，组织青年律师开展业务交流，指导、帮助青年律师提高业务能力和拓展业务，推动解决青年律师发展中面临的困难和问题。有条件的律师事务所可以成立青年律师工作部，负责本所青年律师的培养教育管理工作。律师协会会长和律师事务所主任是青年律师培养专门工作机构的主要负责人，应当主动谋划、支持青年律师培养工作。

律师协会要为青年律师提供更多的业务学习交流平台，组织或选派参加国内外培训、举办技能竞赛论坛、沙龙，创造交流机会，提高青年律师执业能力。搭建青年律师与法官、检察官等法律职业共同体成员的沟通交流平台，增进互相尊重、互相理解，推动青年律师执业环境不断优化。律师协会、律师事务所应当优先指派青年律师办理法律援助案件、参加公益法律服务活

动，畅通青年律师与工商联、工会、青联、妇联等社会组织的联系，帮助青年律师拓展业务，增加青年律师的执业实践机会。

(2) 律师事务所应对青年律师提供良好的成长环境

首先，律师事务所应当认真执行《劳动合同法》及其实施细则，依法建立健全青年律师最低工资保障制度，支付的青年律师工资标准不得低于当地最低工资标准，与青年律师签订劳动合同或聘用合同，依法为青年律师缴付养老、医疗、失业、工伤、生育五项社会保险。保障青年律师的基本生活需求。

其次，律师事务所应当建立健全青年律师传帮带机制，确定律所主任或党支部书记为青年律师培养工作的第一责任人，并由执业经验丰富、政治素质高、业务能力强的业务骨干或资深律师担任青年律师指导老师，实现以老带新、以新促老。实行办案专业化协作培养模式，推行一师多徒、一徒多师的“主协办案”方式，根据青年律师的兴趣、专业和潜质、能力，指派相关业务领域资深律师指导青年律师办案，通过经验交流以及个案指导等多种形式，帮助青年律师提高执业能力和水平。

(3) 青年律师需要继续努力提升法律素养

第一，青年律师应加强自修，永葆学习的势头和精进的精神。选择律师职业，就是选择了终身学习，日进日新。律师行业专业性强、涉及知识面广，要处理的社会关系复杂。在互联网+和大数据背景下，知识更新加速，人们获取知识的渠道更加多元和便捷。作为专业人士如果不能为当事人提供优质服务，甚至当事人通过借助智能系统查询流程和甄别意见与专业律师工作相差无几，那律师价值就无从体现，当事人也就不会委托律师去办理业务。提供优质法律服务，青年律师要加强自身知识储备、提高职业技能、提升化解问题的本领。

第二，青年律师应协作共修，加强交流向高处看往实处做。律师既是团队作战又是体现名师效应的行业。青年律师进入律所后，最初几年基本上是无法一下子确定专业发展方向，都是从最基本的业务做起，师傅的业务就成了自己的业务。青年律师要很快进入角色，干好本职，当好助手，不能操之过急，锻炼几年后，才会有较为稳定的客户，才能慢慢拓展业务。因此，青年律师要向高处看，向大律师、名律师、名团队看齐，他们之所以在社会上具有较高的知名度和声誉，一定有过人之处，切忌心高气傲，自恃学历高，

不啻于交流和向前辈问道。平时不踏实、不注重积累，遇到问题后再请教他人，那样会非常被动，甚至会把事情搞砸，当然，更不能以损失当事人的利益为代价供自己练手。律师业务的实务性很强，眼过百遍不如手过一遍，向前辈律师请教，为他们主动承担一些工作，在耳濡目染中得到锻炼，收获成长，积累经验，验证技巧，取得进步。参与团队工作、共同进步、共同提高，对律师执业的作用不可小觑。

第三，青年律师应注重个人品质，秉持职业操守恪守职业伦理。《荀子·致士》记载：“礼及身而行修，义及国而政明。”行修，即品行端正。律师经常置身于利益漩涡，要做到洁身自好，涵养职业道德，恪守职业伦理。职业道德和职业伦理不仅是良知、制度层面的要求，更是保护自我，规避职业风险的要求。国家有法律法规，律协有自律规范，律所有执业纪律。这些刚性的规定并不能完全规避执业带来的风险和挑战。执业之初需要律师在认同律所文化的同时，将职业道德和职业伦理内化于心，外化于行。形成良好的职业操守和习惯，在自我警醒和律所警示方面形成深刻的职业认同、价值认同，达到外树形象，内强素质，锤炼操守，升华修养，敬畏法律，敬畏职责。当职业操守形成执业元素，厚植于执业习惯时，就会达到“从心所欲不逾矩”的境界。

(4) 扎根县域，树立律师品牌形象

中国县域及下属乡村具有相当大的法律服务需求，但受限于观念和信息渠道，下沉的法律服务市场还没有完全被激活开发，这对于青年律师而言是一片广阔的蓝海。县域青年律师的发展，可以优先考虑通过法律热点为突破口，通过义务法律宣讲宣传，传递法律信息。现在正值《民法典》普法宣传阶段，青年律师可以积极参加民法典宣讲学习活动，积极参与社会公益法律援助活动、公益法律服务队等方式提升自身专业形象、树立口碑，接地气的扎根县域基层。为日后的执业生涯打下良好的基础。

在新时代下，县域法律业务的发展迎来了前所未有的发展机遇。随着国家大力发展和支持新农村振兴，也促进了城镇化建设的进程，经济迅速发展的同时，也产生了较多的法律纠纷需要律师的介入，这将为县域律师提供大量的法律业务。所以青年律所应该投入时间参与对律师事务所的建设的宣传，及时、准确、高效地展示律所的业务工作开展情况，宣传推介律所工作规范化、制度化、标准化和品牌化做法，弘扬正能量，塑造好形象。以党的

十九大精神和习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，围绕业务工作开展情况，及时宣传新思路、新举措、新成效，不断提升律所的知名度、美誉度和群众满意度。从而依托强大的律所，增加自己与同县、大城市律师间的竞争力。

四、结语

万事开头难。在每个行业，年轻人入行前期都是遇到各种各样的困扰。律师行业作为知识服务行业，其“二八”法则尤其突出，马太效应十分显著。青年县域律师应把握当下，着眼未来，以梦为马，制定符合自己实际的职业生涯规划，据此激发自己的主观能动性，激发自身潜能，获得更为持久的奋斗动力，为基层法律服务贡献自己的一份力量。

参考文献：

- [1]司法部. 全面深化司法行政改革纲要（2018-2022）.
- [2]黄光云. 县域律师执业困境和前景，《安徽县域律师发展论文集》.
- [3]胡良瑞. 县域律所的发展瓶颈及突围路径，河南省县域律师事务所管理与发展论坛征文活动.
- [4]周文刚. 浅谈青年律师如何提升职业素养，中国律师网.
- [5]魏晋. 青年律师的成长困惑与发展出路，中国律师网.

安徽宣广律师事务所 张颖

【摘要】今年是律师制度恢复第四十二年，四十多年以来，我国律师队伍不断壮大，律师行业蓬勃发展，广大律师素养以及执业能力不断提高，充分体现了我国依法治国基本方略的成果以及中国特色社会主义法治发展的成就。但是随着新时代的发展以及人民群众对维权要求的提高，律师的整体政治素质、执业能力与中国特色社会主义法治发展的要求以及人民群众的期盼还是存在一定差距。作为依法治国方略推行的关键节点，如何解决广大律师队伍职业道德与执业纪律的问题具有承上启下的作用。

【关键词】 律师制度 执业纪律 职业道德

近日，根据司法部官方数据显示，2018年至2020年法律职业资格证书考试综合通过率为13%。而据2021年5月26日司法部官博发布的数据显示，截止2020年底，安徽省执业律师达到15987人。法考相较于司考年代，通过率略有上升，而律师这一职业的自由性以及较高的薪资水平决定了从事这一行业的人数不断增加。律师是一个特殊的行业，其特殊不仅体现在它的自由，更多的是其特点、性质以及工作方向决定了律师必须要具有良好的职业道德与执业纪律，同时要求律师必须在执业过程当中遵循严格的法律规范。可以说律师这一职业是法律与道德相结合的产物。律师的职业道德与执业纪律不仅是其能力水平、政治信念、思想品德以及纪律作风的体现，更是推动整个律师行业为社会服务，保障律师队伍廉洁作风的重要指向标。

律师的职业道德与执业纪律和律师这一群体的特殊性是紧密相连的，而“人民律师”这一概念的提出，不仅反映了律师这一职业的内涵与精髓，同时也反映了法制的发展方向和律师行业的发展走向。

（一）律师在执业活动中要做到以事实为依据，以法律为准绳

1997年党的十五大正式提出依法治国基本方略，十五大报告指出：“依法治国，是党领导人民治理国家的基本方略，是发展社会主义市场经济的客观需要，是社会文明进步的重要标志，是国家长治久安的重要保障。”这就正式将依法治国提升为国家治理的基本方略^[1]。而作为一民人民律师，更要在知法、守法、懂法层面做到极致。以事实为依据要求律师在为当事人提供

咨询、接受当事人委托、参加诉讼以及非诉案件中必须遵循客观真相，立足于客观事实，使自己的行为都能得到证据支撑，切不可伪造证据，妨碍司法活动。以法律为准绳要求律师在办理案件过程当中必须遵守相关法律法规的规定，做到有法可依、有法必依，要恪守法律的尊严与权威，法律没有规定的，不可乱造乱套，更不可知法犯法。

（二）律师在执业活动中必须要以服务为核心要义

律师是一个服务行业，从小的层面来说，其服务于当事人，为当事人解决法律纠纷。从大的层面来说，其服务于社会，服务于我国的法治建设，服务于社会主义事业。我国是人民民主专政的社会主义国家，人民是国家的主人，我国的一系列制度包括国体、政体都是建立在以服务人民为基础之上的。而律师作为法律工作队伍的一员，其自然也要以服务人民为基础，以维护当事人的合法权益为本职工作。我国社会主义事业的根本任务与人民的利益是一致的，社会主义事业的根本任务就是解放生产力，发展生产力，以满足人民日益增长的美好生活需要。今时不同往日，在达到小康生活的情况下，人民已经从追求物质生活转而追求精神生活，而享受各种各样的服务首当其冲。随着依法治国基本方略的不断推行，人们的法制意识和法治观念不断增强，利用法律维护自身合法权益的观念深入人心。在这种大环境下，律师的作用就更加突出，如今律师的职能又增加了一点，那就是为提高人们的生活水平而服务。

（三）律师在执业活动中要维护职业形象，不忘初心

律师是一个服务行业，其代表的不仅是律师这一行业，更是国家法律工作队伍形象的代言人，保持一个良好的职业形象，不仅对自身的声誉有很大作用，而且对整个政法队伍的形象也具有很大的意义。律师不仅仅是靠自身的能力去宣传自己，良好的声誉同样也会给自己贴上一个好的标签。律师在执业活动当中应当保持廉洁自律，与当事人接触要保持耐心，不可再收揽案源之前百般讨好，而办理委托手续之后搪塞推诿、敷衍了事^[2]，同时严格依照相关的规范约束自己的行为。律师在执业活动当中要严格按照相关收费标准来进行收费，不可违背行业规律乱收费，也不可私下接受当事人送的财物。律师对当事人要保持诚实守信原则，不可对当事人隐瞒真相，不可伪造事实真相，不可对当事人作出“包赢”的承诺，不可背信弃义、出尔反尔。要尽最大努力完成自己的本职工作，对当事人负责，不可因为案件大小不同而态度不一。在接受委托后，要快速有效的完成当事人的委托事项，不可恶意拖

延，对待当事人的询问要耐心答复，尽心尽责。律师个人形象与整个政法队伍乃至国家法制形象都是息息相关的，因此律师维护好个人形象就是对我国法制建设做贡献，同时也可以借此宣传自己，拓展自己的案源，种种好处对自己百利而无一害。

维护职业形象，杜绝恶意诉讼的出现也具有关键性的作用。在诉讼过程中若发现当事人，有恶意诉讼的行为时^[3]，作为“人民律师”，我们要勇敢的站出来，对恶意诉讼的行为说不。我们要坚信，恶意诉讼与现代法治是不相容的，它是法治秩序和司法公正的瑕疵。

（四）律师在执业活动当中要保守秘密以及尊重当事人的隐私

律师在执业活动当中，会遇到各种各样的秘密与隐私，包括国家秘密，当事人之间的商业秘密以及当事人个人隐私，在这种情况下，律师一定要遵守职业道德与规范，对其知晓的秘密与隐私予以保密，不得泄露^[4]。相反，如果律师将其执业活动中知晓的秘密与隐私故意泄露或者不正当利用，不仅会损坏自己的声誉，给自己的职业生涯蒙上一层灰，同时还会触犯相关法律的规定，严重者将会受到法律制裁。

（五）律师在执业活动中要勤勉尽责，保障社会正义

法律人是正义的，而律师队伍就是为了正义而生。作为一名律师，要把维护社会正义放在首要位置，律师在执业活动当中，应当坚持真理，尊重客观事实真相，在把握证据的前提下作出自己的判断。律师应当尊重法律尊严与权威，在执业活动当中应当保持独立原则，不可依靠关系办案，不可干扰法官检察官办案，也不可被当事人干预办案过程。律师在执业活动当中要维护社会正义，要独善其身，对于在执业活动当中发现的违法犯罪行为要予以举报和揭露，敢于同违法犯罪行为作斗争。

今年是中国共产党成立一百周年，也是我国律师制度恢复 42 周年。四十多年来，我国律师队伍在中国共产党的领导下从无到有，从小众到壮大，从在国内发展突破到与国际接轨，这一切都表明我国律师行业取得了前所未有的成就与发展。四十多年来，我国律师人数、律师事务所数量都在不断突破，思想观念深入人心，党员律师以及党组织数量都不断增加。四十多年来，广大律师队伍恪尽职守、廉洁奉公、兢兢业业，为我国经济社会的发展、维护广大人民群众的利益、促进社会主义法治发展以及保障社会公平正义都是作出了突出的贡献。作为中国特色社会主义法治队伍的重要部分，其对我国依法治国基本方略的推行具有不可磨灭的作用。

四十二年的历程在我国历史上就是弹指一瞬间，但是对于我国律师队伍的发展以及依法治国基本方略的推进却是书写了浓墨重彩的一笔。这四十多年来，律师的定位以及属性不断发生变化，从当时的法律工作者，到为社会提供法律服务的执业人员，再到社会主义法治队伍的重要组成部分，不断变化，同时也是在不断升华。党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央高度重视律师工作的发展，把深化律师制度改革作为全面深化改革、全面依法治国的重要内容，律师工作的地位以及作用越来越重要。回顾我国律师制度四十多年的历程，律师行业人数不断增加，广大律师整体素养也在不断提高，行业发展也呈蒸蒸日上之势。但我们同时也要看到，律师队伍的整体政治素养、执业能力与水平以及职业道德与新时代的发展要求以及人民群众的期盼还是存在一定差距，在全面施行依法治国基本方略的关键节点，律师队伍需要在中国共产党的领导下作出改变，努力提升自己，做符合新时代要求以及广大人民群众满意的人民律师。

新的时代自然有新的要求，随着社会经济的不断发展，人们的维权意识不断增强，对法律的期盼也是越来越强。广大律师队伍应当坚持在中国共产党的领导下，在中国特色社会主义事业蓬勃发展以及依法治国基本方略不断推进的大环境下，深刻认识到人民律师的内涵，不断践行为人民服务的理念，以广大人民群众利益为出发点和落脚点。要坚持中国共产党的领导，维护党中央权威，尊重宪法尊严和权威，拥护社会主义法治，坚定不移的走中国特色社会主义道路。牢固树立服务意识，更好的发挥自己在维护广大人民群众利益、推进我国依法治国基本方略践行以及维护社会稳定方面的作用，为实现中华民族伟大复兴的中国梦不断奋斗，争做人民满意的新时代人民律师。

参考文献：

[1]摘自十五大报告.

[2]廖佳龙.《浅析律师职业道德》，《科教导刊·电子版》2013年第02期.

[3]肖建华.《论恶意诉讼及其法律规制》，《中国人民大学学报》2012年.

[4]杨晓红.《浅谈律师职业道德和执业纪律》，第五页.

【摘要】新闻自由与司法独立在制度架构中属于两个相得益彰的制度，本无冲突。然司法机关在正常的行使司法审判权时，时常会发生新闻自由引导下的舆论对司法权的绑架。就双方关系中外规制进行比较具有现实意义。

【关键词】新闻自由 司法独立 规制方式 规制态度 人格权保护

一、绪论

诚如英国密尔所言，在人类追求的所有权利中，请先给我求知、发表意见以及彻底自由辩论的权利。就发表意见而言，言论自由中的新闻自由无疑是最有力的手段之一，新闻自由作为基本的人权应当受到保障，也已是几乎所有国家的共识。新闻自由保障了媒体可以为了满足人民“知”的需要，而发觉、采访以及批评一个事件。其涉及的人权与社会利益表现为言论、资讯和新闻的自由。而司法独立的重要性已是不言而喻，其是建设法治社会不可缺少的一环。而司法独立背后所涉及的人权和社会利益是诉讼当事人获得公平审判的权利、法院的权威以及尊严从而使得社会正义得以申张等这类社会整体利益。

在某些情况下，上述双方背后所涉及的人权与社会利益之间并无冲突且是相得益彰，如法院公开审判案件，传媒予以广泛的报道，使社会大众知道正义得以申张，从而有益于社会正义感的培养，促进社会的良性发展。但上述情况终究是一种最初的制度设计构想，在现实生活中，上述两方之间总是会存在着某些矛盾与冲突。于此我们这次话题的讨论意义便显现出来了。

二、新闻自由与司法独立的辩证关系

（一）新闻自由的概念与价值

《中华人民共和国宪法》第三十五条规定“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由”，于此我们并不能从文字上直接得到我国公民享有新闻自由的权利，但是我国学者普遍的将出版自由（freedom of the press）等同于新闻自由，并且认为新闻自由是作为言论自由（freedom of speech）的一种从属性权利，即新闻自由是公民行使言论自由权的一种工具。也正由此，在学界，新闻自由这一宪法性权利的研究相对来说

比较冷清。新闻自由的概念，王利明先生从权利属性的角度考虑，认为新闻自由是广大新闻工作者基于人民的委托所拥有的依法从事采访、写作、发表、出版新闻作品不受他人非法干涉的权利；而人民群众也是基于新闻自由的原则，广泛了解各种新闻和信息，撰稿发表意见，监督政府及其工作人员的工作。从这一概念以及宪法权利的性质上，我们可以看出，新闻自由并不是新闻工作者的专属权利，而是属于全体公民的一项权利。

马克思曾经指出：“报刊按其使命来说是社会的捍卫者，是针对当权者孜孜不倦的揭露者，是无处不在的眼睛，是热情维护自由的无处不在的喉舌。”于此，我们便是很清晰的对新闻自由对司法的作用：（1）有效的保障了人民“知”的权利，使得人民能够更好地行使以及捍卫自己的权利；（2）适应了司法公开的要求，司法的对于社会正义的维护必须要通过一定的程序显现出来，否则其促进作用就会大打折扣。正如法谚有云“法律不单需要达致公义，还需令公义昭然显张于公众眼前”（justice must not only be done, but must manifestly be seen to be done）。（3）对于司法权的运行进行监视，从而防止司法权的专横主义，以避免对社会正义的伤害。新闻自由对于司法的作用是我们公民对于公权力运行的监督，同时在这种监督中我们也可以进一步的了解司法权，以进一步的弘扬社会正义之风。

（二）司法独立的概念与价值

司法独立一直以来都是法治社会的一个重要原则。我国《宪法》之 126 条明确规定：“人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”一般认为其基本含义包括两个层次：一是司法机关独立于行政机关以及其他政府机关而存在并自主的开展工作；二是司法机关及其司法官员在以审判为中心的司法活动中，所发表的言论、作出的行为不受追究，以便有效的保障司法权的行使。在我国学界，对于司法独立的要求普遍认为存在以下三个层次：一是司法机关的独立，是指司法机关独立于其他机关，独立行使司法权不受其他机关与个人的影响。为此，要求我们建立相应的人员的选任、经费的充足供给等制度。二是司法活动的独立。司法活动的独立是指，人民法院在法律规定的范围内独立的行使司法权，任何机关和个人不能干扰司法活动。为此需要我们建立相对独立的司法程序以隔绝他方影响。三是法官个人的独立。法官个人的独立是指法官在案件裁判中，只忠于自己，不受他人影响，根据自己内心的确信来进行案件的裁决。为此，

我们需要建立相应的确保法官个人独立地位的制度，例如，高标准的选择制度，严格控制的惩戒制度以及高标准的薪酬制度等等。

司法独立之重要性，不言而喻。在宏观的社会公平与正义的实现上，司法之独立有助于我们树立法律权威，增强社会对于法律的认同感，从而真正的实现法治。在宏观的权力—权利层面上，对于我们建立有效的权力制约机制，实现权力限制，从而保障公民权利不受公权力非法之侵害具有非常重要的意义。在微观的个人案件审理上，司法之独立对于当事人之合法权益保护，保障社会成员之权利得到正当之救济具有重要意义。

（三）新闻自由与司法独立冲突的表现与缘由

1、冲突的表现

（1）媒体审判取代媒体监督。“媒体审判”（trial by media or trial by public opinion）一语出自美国，指新闻舆论超越司法程序，干预、影响司法独立和公正的现象，也称舆论审判或者报纸审判。随着近几年我国改革的进一步深入，媒体在揭露司法不公方面发挥的作用与日俱增，诸如呼格吉勒图案、聂树斌案等等，我们都能看到媒体在这些案件中的影子。但是我们也绝不能忽视一些媒体在利益的驱动下，为了迎合民众的需求，而做出的一些不理性的以及煽动性的报道以影响司法审判。我们的司法改革在需要社会民众监督评论的同时，但我们需要的更多的是一种理性的声音，新闻媒体表现出来的“真相”，实际上是在一定利益导向之上表现出来的“真相”。于此，对于司法审判来说，若是不明就里的评论，我们宁愿不要评论。

（2）司法独立的天然封闭性对新闻媒体过度报道的排斥。正义女神的形象是一手拿天平，一手拿剑，双眼被遮盖。其中双眼被遮盖的含义在于正义女神不被蒙蔽，不受其他人的影响，能够独立的进行判断，从而来维护正义。很明显，正义女神的形象就已经表明了司法官员所应做到的——凭借自身的良知与经验，对案件进行正确的定性，从而做出公正的判决。然而新闻媒体的报道很显然并不利于司法官员做出此类的审判，新闻媒体对案件进行报道后，尤其是在进行了煽动性或者涉及到价值评断方面的报道后，公众的舆论就有可能在一定程度上被一些别有用心的人加以利用，从而在社会上形成一种舆论之势，从而有碍司法官员的独立判断。司法独立的这样一种特性使得其与新闻媒体过度报道的矛盾不可调和。使得一些公众增大了对于司法活动的误解，从而不利于社会正义的培养。

2、缘由

(1) 价值缘由。首先，新闻自由以及司法独立都是宪法所规定以及保护的价值，两者在价值位阶上都是平等的，因此在发生价值冲突时并不存在说优先保护哪种价值的可能性。其次，新闻自由代表的是一种自由，即一种民主的成分，可以说其所追求的是一种实质正义的结果；而司法独立，其所代表的是法治，可以说，其不仅要追求实质正义，其还要追求程序正义，在有可能的情况下，其宁愿牺牲实体正义也要追求程序的正义。最后，一旦双方发生某种矛盾后，双方价值的平等性使得双方的冲突得以表现出来。

(2) 主体特性缘由。新闻媒体的运行承载机构往往是各大报刊社、杂志社以及电视台等等，其在某种程度上在追求社会真实的同时也不得不考虑其的经济利益，其更强调的是一种更深层次的挖掘一些具有新闻价值的信息，同时强调主动性，快速性。而司法独立的运行承载机构是法院。其强调的是被动性，程序性。它不会像新闻媒体的运行机关一样，寻求主动地出击，而是被动的提供法律救济。其强调来通过程序发现事实，程序的一种僵硬性使得其不可能像新闻媒体一样做出快速的反应。同时，司法权作为一种判断权，其比较弱小，极易受到其他因素的影响，使得双方之间的冲突进一步加大。

(3) 对于事实方面的追求不同的缘由。无论是新闻媒体还是司法机关，对于事实的追求，期望的都是对已发生事实的再现，然而众所周知，我们的“再现”只能无限的接近已发生事实，已发生的绝不可能再重现。而双方之间的区别在于，新闻媒体追求的是一种情感事实，而司法机关追求的是一种法律事实。新闻媒体所追求的事实是禁不住推敲的，但是它只需要达到大家内心情感都确信这样的事情发生的程度就已经足够。而司法机关要求，通过法律程序以及相关的法律规定来进行事实认定，所追求的是一种法律事实。

(4) 评判标准的缘由。万事万物皆有尺度，掌握了定义权，便掌握了所想定义的一切。新闻媒体发行的一些报纸、杂志以及电视节目，它的对象是一般大众，所适用的是一般大众的道德标准。而司法机关的裁判者是司法官员，一般是受过一定的法学教育的法律职业共同体中的一员，其对于事件的评判标准是法律的标准。这两种标准的差异性使然，新闻媒体与司法机关之间总是冲突不断。

(四) 小结

我们在看到新闻媒体对司法活动的报道会在一定程度上侵扰到司法独

立的情况的同时，我们也应当认识到新闻媒体在探寻事实真相时所发挥的作用。我们在看到司法独立对于社会公平正义具有极大裨益的同时，也应当意识到司法独立存在的封闭性具有导致司法腐败的危险。双方之矛盾并非是不可调和的，相反，笔者认为双方之追求在终极意义上是一致的，我们不应有所偏颇。公民的知情权、司法独立与公正都应当成为我们所追求的价值目标。

三、新闻自由与司法独立的关系之中外四点对比

（一）规制方式对比

国外现行的对新闻媒体的规制方式主要有两种。

1、**以立法形式颁布新闻法。**一些国家通过制定专门的新闻法，将其作为规范新闻出版活动的基本法律。例如1881年法国通过的《出版自由法》，这是一部涉及印刷业、报刊业、报刊销售业和广告业等内容的新闻法典。除了会通过专门的新闻法进行规制以外，上面的国家还会通过一些单项法规的形式，对新闻法的某一原则、某一条款进行延展和细化，形成一些具体规制。例如波兰于1984年颁布了新闻法，对出版商、编辑部、记者、出版物等与传媒密切相关的内容作出详尽的规定后，又于1993年颁布了《广播电视法》专门就广播电视发送方的责任与义务、对广播电视节目的要求以及公共广播电台、电视台的任务做了明确的规定。

2、**并无单独成文的新闻法，而是将相关内容通过其他的法律条文或者条款表现出来。**依情况不同，又可将这类国家具体分为三种：一是以宪法或者宪法性文件形式体现新闻出版的权利。典型代表是美国，1791年美国国会通过的宪法第一修正案。二不是在宪法中，而是在相关法律文件中体现新闻管理的内容。典型是日本，日本没有专门的新闻法，而是在《民法》《刑法》等法律中体现新闻出版的权利，从此形成日本现代新闻法律体系。三是在那些没有成文宪法的国家，如英国、加拿大等，对于新闻出版的管理多以《出版法》《诽谤法》《官方保密法》等非宪法法律形式体现出来。

我国目前并没有专门的新闻法，对于新闻媒体的若干规制多散见于《刑法》《民法通则》《未成年保护法》《妇女权益保护法》等一些基本法律之中。类似于上文中的第二种形式中的第二种情况。但是我国由于新闻媒体的特殊性，其中对其的规制，还涉及到很多的行政规章、行政命令与内部文件等。

（二）审前阶段态度对比

侦查的适度公开，具体包括对当事人的公开和对社会的公开。前者是指

司法机关应及时告知犯罪嫌疑人涉嫌的罪名、起诉的过程以及允许律师有效的参与刑事侦查程序，向犯罪嫌疑人提供法律帮助。后者则集中体现在，允许新闻媒体介入侦查和作出相关的报道。

各国建立起了侦查信息的适度公开制度，如证据展示制度、预审制度等，都将与案件有关的证据和情况对当事人和社会公开。如法国《刑事诉讼法》第177条第一款规定，在侦查之后作出不予起诉决定的情况下，预审法官应所涉及的人的请求，可以命令公布所做决定之全部或者一部分，或者命令在指定的一份或数份报纸期刊上，或视听传播部门发布一份公告。上诉法院起诉审查庭也有相同的权力。此外，法国2000年6月15日通过的《关于加强无罪推定及被害人权利保护的法律》向预审阶段一定程度的公开性迈出了一步。为避免小段或不确切的信息传播，防止扰乱社会秩序，法国的《刑事诉讼法》第111条允许检察官依职权或者依预审法院及当事人的申请，把程序中的一些客观情况公诸与众。侦查结果信息的公开是法国侦查机关的一种强制性义务，以实现社会公众对侦查权行使的知情与监督。

英国在对于起诉审的案件存在一个预审制度。为避免审前报道，对公正司法产生不利影响，1980年《英国治安法院法》第8条（4）规定，对于起诉审的案件只能约略的报道预审法院的名称和预审法官姓名、双方当事人和证人的姓名、住址、职业以及被告人和证人的年龄、被指控的罪名或内容摘要、辩护律师的姓名、是否交付审判的决定以及审判法院的名称等九项内容。除非法院许可，否则必须等到正式审判结束才可仔细报道。

总的来说，尽管公开程度不同，但是对侦查程序对社会保持一定程度上的公开性是必要的成为共识，允许新闻媒体通过报道让公众接触侦查活动，进而消除后者对侦查活动合法性的质疑。

我国对于侦查活动一直奉行的是侦查秘密原则，并没有建立相应的信息公开制度。在实践中，侦查活动的是否公开全部是按照侦查机关自身的意志，对于公开内容一般也是以控制犯罪为导向的公开，从而沦为彰显政绩的工具而非保障犯罪嫌疑人正当权益诉求的捍卫者。公开的内容也多涉及到不利于犯罪嫌疑人的证据。在现行的实在法体系下，对于侦查活动的公开，只涉及到《刑事诉讼法》所规定的，第三十三条 犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，有权委托辩护人；在侦查期间，只能委托律师作为辩护人。被告人有权随时委托辩护人。此处对于辩护律师的委托可以

看到侦查活动的一定程度的公开。

这里也涉及到很多的在诉前对案件进行报道，从而导致犯罪嫌疑人合法权益得不到正当保护的案子，如1998年的张金柱交通肇事案等。

(三) 审判期间规制态度对比

美国一直来自称奉行“民主”“自由”的价值观，其这种价值观念是在既有的三权分立的宪法框架之下建立的，当新闻自由的价值与司法独立的价值相冲突时，其选择的是在一定程度上限制新闻自由以保证司法之独立公正。在美国200多年的司法实践中，对于新闻自由与司法独立的关系经历了三个不同的时期。一是藐视法庭罪时期。1789年美国司法法规定：法院对一切侮辱和妨碍司法的言行，得处以罚金或者监禁。媒体藐视法庭可以分为两类，一类是不遵守法官之命令，没有为案件一方当事人的利益提供某种行为的不作为，另一类是顺还法律的尊严、法院和法官的权威和尊严的行为。二是“审而未结”与“合理倾向”原则时期。其中审而未结是指，一俟诉讼终结法庭才同他人一样受批评，即诉讼尚未终结前不得发表未加证实的关于案情的消息，也不得对法庭或者法官进行批评。合理倾向是指，认为只要媒体的批评具有法官所认定的可能影响司法运作的“合理倾向”，便够得上惩罚。三是“明显且即刻的危险”原则。这一时期美国司法界对于新闻自由的态度有所转变，认为新闻自由是十分重要的，应容许关于争议性问题的评论在公众最关注这些问题的时刻及时发表。法院提出一个判断是否构成藐视法庭罪的标准，即有关议论对司法公正构成明显和即刻的危险，极大可能立刻造成极其严重的后果。

相比美国，德国在新闻自由与司法独立之间对新闻自由的限制较少。德国基本法将新闻自由列入人民意见自由中的一环，所以，新闻自由不仅仅只是对已发生的或者将发生事件加以报道的自由为己足，而且也有评论的自由，媒体能够藉着评论批评来形成自己的意见，这也是德国联邦宪法法院一贯的见解。“法院审理行为的公开化，并非德国基本法中明白规定的原则，亦非由法治国家原则中所衍生出来的原则。只不过，法治国家常常视其为一个基本的体制。”此外德国学界普遍认为，媒体如果只报道、评论“已决案件”，当不能满足宪法对新闻媒体善尽其职责的神圣的委托。所以，德国学界一致赞成新闻能评论诉讼中的案件，仅有少数学者担心可能造成舆论裁判的结果。

马克思曾经指出：“报刊按其使命来说是社会的捍卫者，是针对当权者孜孜不倦的揭露者，是无处不在的眼睛，是热情维护自由的无处不在的喉舌。”（上文有述）毛泽东也曾经说过“党的有关政策，都应当在报上发表，在电台广播，使广大群众都能知道。”对于新闻媒体涉及到司法独立的问题上，目前我国官方并没有一个明确的态度，但是受到上述的政治理念的影响，在上一世纪，对案件的报道方面除一些特殊案件外，一般都会允许报道和评论。2006年，时任最高人民法院副院长的曹建明就法院系统的宣传问题公布了相关规定。该规定包括：法官未经批准不得接受采访，媒体不得超越司法程序进行预测性报道，重大案件新闻发布由最高人民法院统一口径等。2015年最高人民法院审判委员会对《人民法院审判规则》进行了一定的修改，其中规定，在庭审过程中，对于（一）公众关注度高（二）社会影响较大（三）法治宣传意义较强，这三类案件可通过电视互联网或其他公众媒体进行图文、音频、视频直播或录播。总的来说，我国对于新闻媒体在司法方面的报道采取的是一种开放欢迎的态度，最高院有向希望新闻媒体有序报道方面的倾向。

（四）对犯罪嫌疑人肖像权侵犯规制的对比

在新闻媒体与司法独立的关系中，除了会侵犯犯罪嫌疑人获得正常审判的权利外，一般还会涉及到对犯罪嫌疑人的人格权的侵害，在诸种人格权中，隐私权与肖像权是犯罪嫌疑人最常受到侵犯的权利。纵观中外，目前对隐私权应当得到保护达成共识，所以在此便只论肖像权。

在日本，对于被捕的嫌疑人或被告在警局或者法院的镜头，日本新闻机构通常公布时，不需本人同意，而对于很久以前公布的被告或者嫌疑者的照片，在进行犯罪报道时重新公布，依日本判例可能出现侵犯肖像权的问题。有的国家会以新闻自由的价值高于嫌疑人的肖像保护为由拒绝对嫌疑人肖像权进行特别保护，如荷兰，有的国家则以人格尊严的保护为由不允许电视无限制的对嫌疑人和其私生活进行报道。

这里涉及到两个案例：荷兰最高法院1994年1月21日判决的案件中，原告是被起诉绑架与谋杀他人，但是在他被起诉之前拍的一张表现其十分放松并抽烟的照片被被告的杂志发表。荷兰最高法院拒绝了原告要求发出停止侵害之禁止令的请求，并争辩道，在照片被发表的时候，这一犯罪行为仍然还处于公众关注的领域，因此新闻优先于对被告的隐私之保护。而在德国的

Lebach 案件的判决中，德国联邦宪法法院以类似的考虑为依据做出了完全相反的结论。原因在于，宪法上人格尊严权不允许电视无限制的对犯罪人和其私生活予以报道。

我国对于犯罪嫌疑人的肖像权保护并没有特殊的立法规定，反而是将犯罪嫌疑人置于社会的边缘对其权利不注意保护，这很明显是一个错误的倾向，容易滋生对社会不满，导致犯罪的情况发生。

（五）小结

通过上述四个方面的对比，可以显示出我国目前在处理新闻自由与司法独立两者关系时，存在以下问题：

1、审前侦查情况公开程度较低。犯罪活动严重危及到人们的生命与财产安全，对公安机关侦查活动一定程度上的报道能够使得人们及时的了解犯罪情况，有助于人们提前预防犯罪分子等。侦查活动一定程度的公开还有助于减少刑讯逼供等非法手段造成的冤假错案等，从而监视警察权的行使，有助于犯罪嫌疑人权益的正当保护。我国目前侦查秘密这一原则是明显不符合法治的正当要求，同时公开的内容与范围要受到侦查机关的限制，使得新闻媒体不能有效的行使监督权。

2、新闻媒体监督权内容与边界的模糊化。新闻媒体监督权的内容没有得到明确，新闻媒体的报道范围除了《刑事诉讼法》《未成年人保护法》等相关法律所涉及的禁区以外，再无其他明确性的规定，这就使得新闻媒体在行使监督权时呈现出一种无序化的状态。同时边界的模糊化使得，新闻媒体常常逾越公共事务与个人私隐，监督权与司法权的边界，从而侵犯他人隐私，干涉司法独立公正。

3、犯罪嫌疑人正当权益保护的力度不高。任何一项权利都应当得到救济，否则这项权利便失去了意义。我国目前的公民权利保护水平不高，其中犯罪嫌疑人的正当权益保护更是重灾区。任何一个公民在受法庭宣判之前，都是无罪之人，都应当合法的保护其合法权利。被法庭宣判之后，对于犯罪人员的隐私也应当更注重保护，这是其为人之尊严。对于犯罪嫌疑人乃至犯罪分子的边缘化，不利于整个社会的稳定，不利于犯罪嫌疑人回归于正常生活，不利于犯罪分子积极的融入社会。

四、结论

对于这一问题，结合我国的具体情形，我们必须要有有一个清醒的认识。

我们应当认识到，无论是新闻自由也好，还是司法独立都应当是我们应当保障的。在该认识之上建立起具有我国特色的新闻自由与司法独立保障制度，对于推进全面依法治国，建立法治社会，营造全民守法的氛围的重要性不言而喻。

（一）坚持的原则。在对双方关系进行规制以保障公民知情权，实现社会公平正义的过程中，我们应当坚持以下原则：一要坚持无罪推定、杜绝媒体审判。新闻媒体在进行案件报道时，要严守该原则。应当追求案件事实的真相，及时有效的将之呈现于民众眼前，而非哗众取宠，片面的追求社会的关注度。新闻媒体在报道案件时，应当避免一些有倾向性的价值评价，以免误导他人。二要遵守法庭规则，树立权力边界意识。新闻媒体在对司法活动进行报道时，应当在法律规则之下遵守法庭的安排，真正的起到舆论监督的作用，在行使监督权利时，应当明确该权利之界限，对于权利范围内的要积极的去行使，对于权利范围外的，应当坚决的不触碰，以维护法庭的权威。三要保障公民知情权，维护新闻自由。司法机关在进行司法活动时要自觉接受新闻媒体的监督，同时对于涉及到当事人隐私以及有可能使得犯罪嫌疑人应当慎之再慎。在保障新闻自由的同时，坚决的不危害当事人的合法权益。四要坚持司法独立、公正的原则。无论是司法机关还是新闻媒体，都应当坚守这一原则，司法工作者应当自觉的杜绝舆论左右，坚守司法独立保障每一个犯罪嫌疑人能够得到公正的审判。

（二）具体建议。我们应当从两个方面入手，即新闻自由和司法独立。

1、保障新闻自由方面。（1）进一步扩大公开程度，尤其是对侦查活动的公开。新闻媒体对这类活动的监督，是减少侦查机关使用非法手段进行侦查，从而减少毒树之果的有效手段。对于侦查活动的公开，并不是无限度的公开，我们这一公开是建立在现行法治尊重个人的基础上，是以不违反国家法律，不侵犯他人隐私为前提的。（2）建立司法新闻发言人制度。对于公众关注度高，社会影响性大的案件要及时的将必要信息公开与众，保障信息对称，防止社会群众受舆论左右。同时减少法官直接接触媒体。（3）建立相应的新闻媒体人责任追究机制。对于干扰正常的司法活动以及侵犯犯罪嫌疑人人格权的行为要追究到人。

2、在保障司法独立方面：（1）明确干扰正常的司法活动的情形。（2）设置针对舆论干预司法活动的解决机制。如程序的重新或者延后。（3）完善

资讯供给制度。资讯供给的权力应当掌握在司法机关的手里，一份材料是否能够供给与社会，应当由法院来决定。(4) 进一步明确案件可报道范围。可以现行法律体系的基础之上，对于可以报道的案件范围以及涉及的评判尺度方面进一步细化（否定的方式也好，肯定的方式也行），对于新闻不应当涉及的范围应当明确。

参考文献：

[1]甄树青.《论表达自由》，社会科学文献出版社 2000 年出版，第 48-58 页.

[2]龚祥瑞.《西方国家司法制度》，北京大学出版社 1993 年出版。

[3]龚小兰.《新闻自由与司法独立的冲突与平衡》，《法制与社会》，2011 年第 2 期.

[4]方立新.《司法独立形态考》，《浙江大学学报》（人文社会科学版），2000 年.

[5]汤丽声.《试问新闻自由与司法独立的关系——对我国媒体审判现象的反思》，《法制与社会》，2009 年第 5 期.

[6]周长军.《刑事侦查阶段的犯罪新闻报道及其限制——基于犯罪嫌疑人人权的分析》，《中外法学》，2005 年第 6 期.

[7]简海燕.《媒体报道刑事侦查活动的法律限制》，《河北法学》，2008 年第 26 期.

[8]卢家银.《英美司法新闻的报道限制比较》，《南昌大学学报》，2014 年第 3 期第 45 页.

[9]唐芳.《刑事司法报道规制研究》，西南政法大学博士学位论文.

[10]柴野.《德国没有新闻法但有管制》，光明日报 2012 年 7 月 13 日刊载.