



社会主义核心价值观：“富强、民主、文明、和谐；自由、平等、公正、法治；爱国、敬业、诚信、友善”这二十四个字冲击着我的思维。促使我思考——律师的价值。律师工作本身不直接创造经济利益，不直接产生利润。能否以律师收入多少来衡量律师的价值？能否以海南全省律师收入4亿多元来衡量海南律师的价值？答案是显而易见的。假如以收入多少来衡量律师价值的话，那么，就会得出一个荒谬的结论，海南全省律师的价值还抵不上一家小房地产公司。

普遍认为，多劳多得，多得当然体现律师价值。而问题出在多劳也未必多得，而多得未必多劳，这是律师工作的特质决定的。律师的劳动付出有时并未能与经济收入成正比，比如一宗法律援助代理案件的工作量，同处理一宗上亿元标的案件的代理工作量一样多，但是，法律援助服务费1千元，而上亿元案件律师服务费约100万元。如果一定要坚持创收多的律师比创收少的律师有价值，那么，放眼全国，就会得出另外一个令人不满意的结论：北京、上海、广东等地的律师比海南律师更有价值，这显然是海南律师不愿听到，也不能接受的现实。

律师的价值到底体现在哪里？

在每一次耐心、准确的法律咨询，使当事者了解法律权利、义务和责任；

在每一次进校园、进社区的普法宣讲，使听众懂得法律的可为与不可为；

在每一次为企业找到合法合作共赢的途径，使企业履行社会责任；

在每一次代理案件践行办案规程，协助公检法作出公正处理；

在每一次法律媒体客观、精彩的点评，提升律师社会形象；

在每一次为政府执法提供合法审查，使行政执法满意度提高；

在每一次为人大立法提供法律评议，使法律的可操作性、适用性更加突出。

每一次又每一次，律师的价值体现在维护法律正确实施，维护社会公平正义。

律师价值有没有量化的指标？

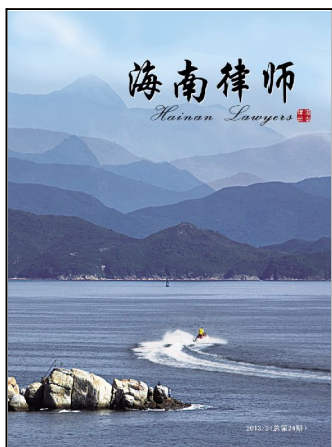
律师价值的量化指标体系尽管尚未建立，但是，我相信，每一位律师心中都有一杆秤，都知道自己价值的份量，而这份量就包含了付出多少，付出有效性，付出影响力。

付出多少，是以时间和花白的头发来计算。

付出有效性，如以案件的胜败来衡量，是否案件的胜诉比败诉更体现律师价值？未必！有些案件胜之不武！有些案件虽败犹荣！为何？以实现公平正义为检验标准，不以当事人满意与否为标准。当公平正义实现与当事人合法权益得到维护时，我们皆大欢喜；当公平正义实现而当事人不当利益得不到维护时，我们律师没有理由沮丧；当公平正义不能实现而当事人不当利益得到法律维护时，当事人欢喜，我们律师岂能欢喜？！

付出影响力，最触动人们灵魂深处的往往来源于那些长期肩负大量法律援助案件工作，经常进入学校、社区进行法律宣传的律师身上。他们将民主和法治的理念，送到社会的每一个角落；他们传达了法律公平的关切和正义的温暖；他们的影响力以点带面，潜移默化，润物无声，是法治社会的坚强基石！在电视上、在生活中经常看到他们蹉跎的身影，向他们致敬！

在完善国家治理体系和治理能力现代化建设的伟大进程中，让我们共同探索律师价值，弘扬律师价值，充分发挥律师价值，服务海南国家旅游岛法治建设，实现中华民族伟大复兴的律师梦！[海南律师](#)



## 2014 年第 2 期 (总第 26 期)

主 办: 海南省律师协会  
编 辑: 《海南律师》编辑部  
《海南律师》编委会  
主 任: 廖向琦  
主 编: 吴少平  
执行主编: 李晶瑜  
编委会成员: (按姓氏笔画排列)  
纪 红 吴坤卿  
罗 荣 罗晋京  
程晓东  
责任编辑: 邢精惠 王禄锋  
美术编辑: 海南晓光摄影公司  
地 址: 海口市人民大道 56 号  
海南律师会馆  
邮 编: 570208  
电 话: 0898-66161297  
传 真: 0898-66161299  
电子邮箱: hnla1295@126.com  
协会网址:  
<http://www.hainanlawyer.org>

### 图片

(封面) 情人岛 无凡摄影  
(封底) 书法 严良  
新闻图 晓光摄影、省律  
协秘书处摄影

内部资料 赠阅交流

# 海南律师

## Hainan Lawyers

### 卷首语

- 01 律师的价值 吴坤卿

### 法苑论坛

- 04 律师担任信访事宜的“评理人” 程晓东  
08 泰国房地产投资指南 刘晓炜 张 慧  
14 民事审判监督程序的困境与出路 王龙奎  
—— 新民诉法下的民事再审再思考  
19 论传统中医药知识产权的国内法保护 吴厚盛

### 法理研讨

- 23 工伤职工因违纪被解除劳动合同后  
的工伤待遇探讨 李永佳  
26 关于银行卡纠纷案件相关问题的探讨 林少文 陈彦婷  
30 律师服务政府法律路径浅析 贾 雯  
34 新民诉法实现担保物权新规案件探索 黎青艳

### 热点与人物

### 律师文苑

- 40 法律橡皮泥 罗 荣  
43 振衣千仞冈,濯足万里流 吴坤卿

### 天涯广角

- 46 陈胜的鱼肚字条与非法 3.15  
网站的牟利伎俩 陈友峰  
—— 杂谈消费者网络维权之乱象及治理建议

# 目录

## contents

### 案例评析

- 48 赔偿律师费应悠着点 纪 红
- 50 损失都去哪儿了 纪 红

### 协会动态

- 52 走进特殊群体 —— 维特党支部践行群众路线  
教育实践活动纪实 刘吉友
- 53 省律协与万宁市信访局就特邀律师参与当  
地信访案件评议工作举行座谈会 王禄锋  
邢精惠
- 54 关爱未成年人成长教育 ——  
省律协海口工作站继续扎实开展送法进校  
园法制宣传活动 王禄锋
- 56 “海洋日,我们走进潭门渔家”  
省律师协会与省海洋环保协会走进潭门渔  
家进行海洋环保宣传活 王禄锋
- 57 尽职尽责,展示我省刑辩律师风采 张 涛
- 57 海南弘纲律师事务所向灾情严重地  
区捐赠生活物资 许 伟

### 焦点图片





# 律师担任信访事宜的“评理人”

——海南省律师协会组织律师参与万宁市普通信访事项社会第三方评议终结工作的情况介绍

■ 程晓东

## 一、背景情况

2014年2月,中共中央、国务院办公厅印发了《关于创新群众工作方法解决信访突出问题的意见》,要求各地区各部门结合实际认真贯彻执行。该意见指出,一些地方和部门还不同程度地存在损害群众利益、伤害群众感情的现象,引发了大量信访问题,尤其是在征地拆迁、劳动和社会保障、教育医疗、企业改制、环境保护等方面的信访问题比较突出,群众反映强烈。为深入贯彻落实党的十八大和十八届三中全会精神,推动信访工作制度变革,解决好人民群众最关心最直接最现实的利益问题,进一步密切党同人民群众的血肉联系,巩固和扩大党的群众路线教育实践活动成果,夯实党执政的群众基础,促进社会和谐稳定。该意见提出具体措施包括完善联合接访运行方式,推行律师参与接访、心理咨询疏导和专业社会工作服务等第三方介入的方法,促进问题的解决。发挥工会、共青团、妇联等人民团体优势,做好组织引导

服务群众和维护群众权益工作。制定扶持引导政策,通过政府购买服务、提供办公场所等形式,发挥好社会组织的积极作用。

## 二、工作过程

### 1、选派律师

2014年4月,海南省律师协会收到万宁市委、政府选派律师参与普通信访事项社会第三方评议终结工作的邀请后,即选派协会民商行政委员会和劳动保护委员会以及海口工作站的12名资深律师参与该项工作。

### 2、讨论方案

2014年5月,万宁市委、政府制订了《万宁市开展普通信访事项社会第三方评议终结工作实施方案(试行)》,海南省律师协会选派律师积极参与该方案的讨论,该方案的主要内容为:

#### (1)评议范围

市委群众工作部、市信访联席办、市信访局受理的普通信访事项。包括上级群众工作部门、信访工作



部门转办、交办的信访事项；市委群众工作部、市信访联席办、市信访局受理的群众来信来访、网上信访、市长热线 12345 投诉等信访事项。

## (2) 评议内容

(a) 承办信访事项责任单位主体是否合理、合法。

(b) 承办信访事项责任单位调查处理信访事项是否以相关法律法规、政策为准绳，是否按照摆事实、讲道理，按照公开、公平、公正的原则进行调查处理。

(c) 承办信访事项责任单位在调查处理信访事项的过程中，程序是否合理、合法，出具的书面材料是否规范、完整。

(d) 承办信访事项责任单位是否存在事实认定不清、证据不足、适用法定依据错误、超越或滥用职权等方面的问题。

## (3) 实施步骤

(a) 普通信访事项社会第三方评议终结工作每周一次，具体由市委群众工作部（市信访局）组织实施。

公开招聘 12 名律师，作为万宁市普通信访事项社会第三方评议终结工作的兼职评议人员。每个月从招聘律师中确定 3 名律师和从工青妇组织各抽调一名代表，共 6 人组成评议组，进驻群工部（信访局），对已办结的信访事项进行评议（对双方当事人自愿进行调解的案件，转交矛盾大调解中心受理）。评议组在审核已办结的信访事项后，进行投票表决。三分之二及以上的评议人员同意结案的，按结案要求处理。对不能结案的，评议组要综合每一位评议员的意见建议，提出下步处理意见建议。

(b) 阳光信访：对群团维权评议通过的，除法律规定不能公开的普通信访事项外，由市委群工

部、市委宣传部、市委新闻办共同定期向社会公开发布，接受社会舆论监督。

(c) 民主测评：对经过“阳光信访”程序的普通信访事项进行民主测评。市委群众工作部（市信访局）根据责任单位报送的信访事项调处意见，定期召集责任单位负责人、信访人、工青妇组织的旁听群众、党代表、人大代表、政协委员、市普通信访事项社会第三方评议终结工作领导小组成员单位负责人、当季群团维权代表（人数至少 21 人，且为单数），进行民主测评。民主测评过半通过的，进入终结归档程序。

(d) 终结归档：对经过三分之二群团评议通过、二分之一民主测评通过的信访事项，信访部门按结案要求办理结案手续。已办理结案手续的信访事项，信访部门不再受理。不能结案的，信访部门根据群团维权代表的处理意见建议，对该信访事项作出下步处理意见，并将评议和测评情况送达责任单位和信访人，同时上报省委群工部（省信访局）。

## (4) 组织工作

万宁市成立普通信访事项社会第三方评议终结工作领导小组。

成员单位有，市委政法委、市委群工部（市信访局）、市财政局、市人力资源社会保障局、市司法局、市民政局、市国资委、市工会、团市委、市妇联、市矛盾大调解中心、市政务服务中心、市政府法制办、各相关责任单位。

领导小组下设办公室，具体负责评议工作的日常工作。办公室设在市委群众工作部（市信访局），办公室主任由市信访局局长兼任。

## 3、宣传动员

2014 年 5 月 12 日，海南省律师协会秘书长带队，省律师民商行政委、劳保委和海口工作站等三名



负责人一起到万宁市,参加了万宁市信访事项评议终结工作动员大会,万宁市普通信访事项社会第三方评议终结工作领导小组及成员单位和各相关单位主要负责人参加,律师代表就发挥律师专长、做好该项工作进行了表态性发言。

#### 4、签署合同

为明确双方的权利义务,落实政府购买社会服务的政策,海南省律师协会与万宁市信访局签署了《专项法律顾问合同》。

#### 5、个案评议

2014年5月23日上午,万宁市委群众工作部(万宁市信访局)就原港北沿海防护林场职工要求解决生活待遇及拖欠工资的问题的信访事项,组织召开了万宁市普通信访事项社会第三方评议终结工作会议。万宁市委群众工作部(万宁市信访局)、万宁市人力资源和社会保障局、万宁市林业局、万宁市财政局等单位的负责人、叶更强等5位信访人、以及万宁市普通信访事项社会第三方评议组成员(成员名单附后)参加会议。

在会上,信访人叶更强等人提出自1962年至1983年间,他们在原港北沿海防护林场工作,后被辞退回家。认为原港北沿海防护林场是当时万宁县委批办的,属县社合办企业,他们是国家正式职工,应予确认,同时要补发拖欠他们的9000多元工资。2012年由万宁市林业局、万宁市人力资源和社会保障局、万宁市财政局联合作出的《叶更强等8人来访要求原港北防护林职工安置问题的答复》是有效的,应按此《答复》意见处理。

政府有关部门万宁市林业局认为2012年3月10日作出的《答复》由万宁市林业局、万宁市人力资源和社会保障局、万宁市财政局联合调查,但《答复》上只有万宁市林业局一家单位签盖公章,不符合文件办理程序,是无效的。

万宁市人力资源和社会保障局在会上提出叶更强等人参加工作的情况属实,但根据省人力资源和社会保障厅答复省信访局的《牛路岭水电工程参建人员集体来访情况》精神,1995年1月1日《中华人民共和国劳动法》实施前用工的,应以当时劳动部门办理招录用工手续的档案作为确认劳动关系的依据,而不应以《劳动法》以及《劳动合同法》、《劳动合同法实施条例》的有关规定来认定。叶更强等人没有当时劳动部门的招录用工手续档案,不属于固定工。他们提出要求确认为固定工,享受国家正式职工待遇的诉求没有政策依据。叶更强等人反映1967年至1975年间,林场拖欠职工工资9000多元一事查无实据,无法确认。如今后发现有效凭证证实确有其事,可按照相关规定核发。

包含3名律师的评议组在听取了双方的陈述后,查阅相关材料档案,经过集体讨论分析,6人分别就此信访事项独立提出了自己的意见。认为《劳动法》生效时间为1995年1月1日,该法没有溯及力,信访人的情形不能套用《劳动法》的事实劳动关系来认定,而应依照此法之前的政策来认定。最后进行投票表决,表决结果是6人一致认为万宁市人力资源和社会保障局、万宁市林业局、万宁市财政局2013年10月23日联合作出的《关于叶更强等5人要求解决生活待遇及拖欠工资问题信访事项答复意见书》事实清楚、证据充分、程序合法、适用法律法规准确,作出了同意结案的决定。

信访人叶更强等对社会第三方的介入表示肯定。

#### 三、工作体会

在参与普通信访事项社会第三方评议终结工作的具体活动中,我们有几点体会。

### 1、明确使命

创新信访事项评议终结机制是新时代赋予律师的使命，也是律师参与服务全面深化改革的具体工作，更是律师履行维护社会大局稳定，促进社会公平正义，保障人民群众安居乐业三大职责使命的具体举措。万宁开展普通信访事项社会第三方评议终结工作，就是为了进一步规范信访秩序，有效监督行政机关依法行使职权，引导信访人依法理性有序表达诉求，切实保障信访人的合法权益，做到依法终结信访事项，减少信访存量，减少重信重访，遏制群体性事项和越级上访事件的发生。也是有效解决信访终结的“最后一公里”问题的有效举措。

### 2、发挥特长

评议组的成员，必须独立于政府和信访人，同时又具备专业知识。而律师就是理想的人选。万宁此项举措是信访工作中的大胆改革和创新，律师的身份也从原来政府的顾问转向了独立的第三方，对政府的处理行为进行监督，增强政府处理结果的权威和公正性。

独立性、专业性和纪律性，是律师的职业特点，也是律师作为社会第三方参与信访事项评议的基础，律师只有发挥上述特点，利用法律专长成

为社会的良心，才能赢得政府和信访人的信任，真正成为“评理人”。评议组的成员，必须独立于政府和信访人，同时又具备专业知识。而律师就是理想的人选。万宁此项举措是信访工作中的大胆改革和创新，律师的身份也从原来政府的顾问转向了独立的第三方，对政府的处理行为进行监督，增强政府处理结果的权威和公正性。

### 3、勤勉尽责

为了做好普通信访事项的评议终结工作，参与律师必须勤勉尽责，必须加强职业道德修养和诚信修养，必须培养重诚信、讲操守的执业品格，以律师依法诚信公正执业促进工作开展。事先熟悉评议事项涉及的证据事实、相关法律政策和程序规定，对信访事项提前进行评估论证，根据谨慎性原则发表意见、进行投票。

独立性和专业性是律师的生命，必须守住这个底线，律师参与信访事项的第三方评议终结工作才能走得远、做得久。

海南律师





# 泰国房地产投资指南

■ 云南建广律师事务所 刘晓炜 耿传芳

## 一、外国投资者在泰国的投资方式

根据泰国《外商法》(《Foreign Business Act B.E. 2542(1999)》)的规定,房地产领域属于限制性的经营业务,外国人禁止土地的交易和拥有土地所有权,泰国公民必须占有一个公司多数的所有权和管理权。泰国原则上禁止外国人拥有土地,所以如果外国投资者若想投资泰国房地产行业,那么有以下几种方法:

1. 不动产租赁。根据《泰国工商业不动产租赁法》(《Hire of Immovable Property for Commerce and Industry B.E.2542(1999)》)的规定,如果提供书面材料且经土地厅登记备案,可以允许外国投资者租赁不动产超过 30 年但不得超过 50 年,并可在 50 年届满时再办理 50 年的续约手续。亦可参见《泰国民商法典》(《The Thailand Civil and Commercial Law》)537——571 条的内容。

2. 通过购买股权的方式与当地的泰国人成立合资公司。合资企业可以通过一个项目或一系

列项目或长期持续合作的方式进行组建。它分为公司制和非公司制。公司制的合资企业一般由一家泰国公司和一个外国公司组成。在涉及房地产的领域,一般来说会由泰方提供土地以及生产技能,而由外方提供资本、技术和有关知识产权方面的东西。合资公司的合作方会签订协议,并且这种协议属于私人合同,不用进行注册。并且合资公司的合作方可以保留自身的法律地位。合资企业在泰国的法律上不属于法人实体,但是在征收税的时候是作为独立的实体进行征税的。合资企业和合伙企业是不一样的企业形式。私人有限责任公司则在发起人、股票认购、外资的持股比例、股票持有人,经营许可申请方面都有严格的条件。在税务方面也是作为单独的法人实体进行征收。

合资公司的外方在未提供土地的情况下,对于外方的持股比例是否有所限制,未见法律明确规定。但是,合资公司不同于有限责任公司,如果合资公司的外方没有提供土地,就涉及不到土地所有权的问题,那么外方所持有的公司股权可以



通过公司的章程来决定。外方没有投入土地,那么合资公司的外方持股比例没有涉及到土地所有权,泰方与外方是合作关系,持股比例影响到的是公司的管理权以及收益问题。而私营有限责任公司外资的持股比例则涉及到土地的权属问题,二者是不同的。并且房地产领域属于泰国投资壁垒的范畴,泰国的政策要求泰国公民占有公司的多数管理权,所以合资企业外方的持股比例依旧会受到限制。

3. 成立私营有限责任公司。但是由于房地产属于泰国法律保护的行业,所以外资所占的比例不能超过49%。泰国法律并没有规定设立有限责任公司的最低注册资本,但是必须能满足公司良好的运作。所有公司的股份必须得到认购,并且至少25%的认购股份必须付清,股份持有者不能低于7人,所有股票必须要有投票权。参见泰国《外商法》(《Foreign Business Act B.E.2542 (1999)》)。

4. 例外:从事BOI(泰国投资促进委员会)鼓励的行业。外国投资者可以根据《投资促进法》(《Investment promotion Act B.E. 2544》)27条、《泰国工业区法》(《Industrial Estate Authority of Thailand Act, B.E. 2522 (1979)》)第44条购买土地(拥有土地的特权和税务优惠甚至免除)。《土地法典》(《Land Code Act》)也规定,如果一个外国人从国外携入不少于4000万泰铢的投资款,按程序申请并经泰国有关部门批准后,可以拥有不超过1莱土地(约合2.4亩,1600平方米)作为居住用地(通过该方式获得的土地不能通过继承转让),土地位置应在曼谷市区、芭堤亚或其他《城市规划法》(《Land Adjustment Act B.E.2547》)规定的地区,经营的行业必须对泰国有益且投入资金在泰国至少保留3年。

5. 购买公寓产权。根据泰国《公寓法》(《New Thailand condominium Act 2008》)第19条的规定,外国人自然人或法人可以购买公寓产权,一般来说面积不得超过整个公寓大厦总面积的49%。但在下列情况下,外国人可以拥有超过49%的公寓面积。在2004年4月27日之前申请,组屋座落在曼谷市区或内务部法规规定的各府、县区划内,大厦座落的土地总面积不超过5莱。

但是,公寓产权是有年限限制的。在泰国,房产土地的使用年限只有90年,到期之后必须归还给政府,所以无论是外资房地产提供的还是泰国国内的房地产提供的产权年限只有90年。

需要注意的是,“酒店经营”已被列入《外商经营企业法》(《Foreign Business Act B.E.2542 (1999)》)附录第三类中,因此外国人被限制从事酒店经营业务,除非能够取得外商经营许可。但是,“酒店管理”业务并没有受到限制,因此外国人可以自由从事和开展酒店管理业务。虽然公寓开发并未被《外商经营企业法》(《Foreign Business Act B.E.2542(1999)》)列为限制经营的业务,但是只要涉及此类业务,外国人同样是被限制的。其原因是公寓注册的标准之一就是项目所有者对于即将被注册为公寓的土地和建筑必须具有所有权,这使得问题又回到了土地法中所规定的外国人禁止拥有土地这一事实。

6. 泰国法律不允许外国人拥有土地所有权,但是并不禁止土地使用权。有两种渠道实现土地使用权。一是在租赁的土地上进行建设,二是通过购买现有房屋,从而获得土地租赁的权利(相对的土地使用权)。

7、泰国土地购买代名人(高风险渠道)  
泰国土地购买代名人指的是这样一种情况,泰国国民代表外国人的利益购买土地,或者作为土地



购买行为的外国代理人。在实际中发生的情况是外国人用一个泰国国民的名义来购买土地和登记所有权,从而外国人得到土地租赁权、地上权和用益物权。这种行为出现往往会有一个借款协议或者在一些情况下有抵押借款的登记。这种形式是合法的,只要该泰国国民在行使他或她的土地绝对所有权时没有违反国家的限制性规定即可。这些权利和土地的管理有关——例如造成妨害,出售土地或转移土地所有权。这些权利被限制,那么对于外国人来说,泰国国民要获得土地必须基于土地法案第96条作为土地的拥有者。如果泰国国民违反土地法案第96条、97条、98条的规定获得土地,那么外国人和该泰国国民都会被罚款,甚至被监禁(参见《土地法案》113条)。土地局局长有权处置这块土地,并比照《土地法案》第94条的规定进行处理。(《土地法案》《Land Code Act》第94条:外国人以违法的方式或未经允许得到各种土地,那么他们必须在土地局局长规定的时间内,即180天,不超过一年的期限中将土地卖掉。如果在规定的时间内土地未能卖完,局长有权销售土地。”)

根据现行的泰国法律,政府并不允许投资者拥有土地的永久业权,土地租赁也必须是经过土地办公室登记并且只有30年有效期。对于泰国土地购买代名人来说,根据现有的法律,如果你通过代名的方式来购买不动产,那么泰国政府将会要求你在180天内处置掉这份财产。从技术上来说,根据泰国的法律,通过代名的方式来获得土地的永久业权属于法律上的灰色地带。近期泰国调查专员针对外国人房产购置提出了一项新的法律措施:向那些报告外国人可能通过代名的方式获得土地所有权的公民提供20%的奖励。该项奖励是土地市场价格的20%,这会大幅度的鼓励公民寻

找那些通过代名方式获得房屋和土地的外国人。并且根据该法律,你将会被驱逐出境。如果这种情况不断发生。那么像BBC、CNN以及其他重大的国际报纸将会争相报道这种新闻故事,这对于未来去泰国的外国投资说并不是一件好事。甚至像《曼谷邮报》等报纸都称该项法案十分的严厉,如果这项新增的法律通过,那么这将极大地损伤泰国的房地产市场,尤其是对那些退休后想在泰国购房的外国人或者那些想与泰国人结婚的外国人,因为该项法律似乎定义了泰国配偶会成为获得房产的代名人。根据《联合国人权宣言》第25条的规定,这是侵犯人权的。如果你真想在泰国租点或买点什么的话,公寓房会是不错的选择。如果你真想要一块土地的话,那么只能通过租赁的方式获得。要尽量避免任何可能认为是代名人购买的情况。

## 二、泰国公司设立程序、房地产税收及应知事项

(一)设立公司的法律依据:民商法典第四章第一部份有限责任公司法 (Civil and Commercial Code, the first part of Chapter IV (Limited Liability Company Act))

公司名称的登记和核准(公司名称不能和其他公司相同)——公司章程的设立,签订股权协议——召开法定会议(确定第一届董事会成员以及审计人员)——到泰国商业部商业发展厅企业注册处进行申请——税务登记

(二)房地产税收主要根据泰国税收法典(《The Thailand Revenue Code》section65—section77)规定,房地产公司涉及到的税种有按超额累进计算的个人所得税,按净利润30%征收的法

人所得税,特别营业税(房地产业要增收特别营业税,为收入总额的3%),以及增值税。

### (三)应知事项

外国人到泰国投资房地产,必须要面临一定的法律风险。无论你是通过何种方式获得土地或房产,都有可能会出现一些难以预料的法律问题。购房者或者受让者常常会面对的问题有:驱逐、土地使用权的限制、建筑物建设限制等等。

如果你计划在泰国该买任何不动产,那么首先你必须确定卖方有合法的所有权并且对该房产有售出的权利,并且检查不动产上面所有的产权负担。在实践中,具有专业法律背景的房地产调查人员能够为你专业而全面地审查土地文件的副本(比如说地契)、检查建筑工程施工许可证、搜索到管辖该土地的国土局位置等等。更明确的说,就是你必须具有关于该房产的详细的调查报告,这些报告应当包括以下内容:

1. 完整效力层级的土地文件:根据泰国的法律,土地文件具有完整的效力体系,从证明拥有土地的通知书到地契,缺一不可,能够完整而全面地证明土地所有权。以此,你必须从文件的标题来确认文件的效力层级,并寻找到足够的证据证明土地文件的完整。

2. 土地详情:指收集到土地所有的细节,包括在地图上的缩影,以便明确该土地周围的情况。

3. 所有权人的变更年纪表:以便确认土地所有权的变更历史。你必须检查地契是否依法由权力机关授予,尤其要注意原始的土地所有权文件不是地契,而是一份效力层级更低的文件的情况。

4. 合法的物权负担:根据泰国的法律,所有附加于土地之上的抵押权、地役权和其他物权负担都必须以书面的形式作出,并且要在该管辖该

土地的国土局进行登记,方为有效。

5. 经过登记的土地租赁和其他权利:泰国法律规定,三年以上的土地租赁必须以书面形式作出,并到有关的土地部门进行登记。如果租赁期是三年或者少于三年,虽然不用到国土局进行登记,但是仍然要以书面形式作出。针对这部分的内容,调查人员会在提供的调查报告中详细阐述是否有租赁事项,因为这会影响买方对于该土地的使用权限,即买卖不破租赁。

6. 诉讼事项:你必须要进行有关该土地的诉讼搜索,确定是否有反对该土地所有权及其他物权的争议诉讼。

7. 搜集城市规划法、建筑物控制法和有关的环保法规:在泰国,有关土地的用途受到《城市规划法》的调整,包括用于住宅、工业、农业、环境、文化保护或其他用途。此外,建筑物的建设必须依照相关的法律法规,包括建筑物控制法和有关的环保法规,以及根据这些法规当地下发的通知。了解这些规则后,你才能知道能否使用土地并且在建筑物建成后能作为什么用途。另外,你必须要了解在土地上兴建的楼宇是否获得了合法的土地施工许可和其他必要的许可证。

8. 相邻权和地役权:无论这块土地是与公共道路毗连还是于其他物主的土地毗连,都存在有一条允许通行的道路,即相邻权。如果你行驶你的土地权利要占用被人的土地时,必须要达成协议并进行土地登记。

9. 官方评估价格:知道该土地的官方评估价格十分的重要,尤其是当土地转让要进行登记时,官方的评估价格(普遍低于市场价格)会作为在土地转让登记后向国土局缴纳转让费用的依据。

10. 现场调查:除了上述的调查内容之外,你应该要和你的调查人员一起到土地所在的地方进



行现场调查,确定这与你将要购买的土地是同一块;如果你决定购买,你还必须要确认该土地的细节与土地文件上注明的一致。

### 三、房地产事宜涉及事项

1. 地役权和相邻权问题(Right of Servitude in Thailand) (Civil and Commercial Code, section 1387—section 1401)。

这与我国的规定较为相似,属于非占有的土地利益,包含有地役权和相邻权。地役权是为了更加方便和有效地实现自己的不动产利益,从而与他人签订合同,利用他人的不动产来实现自己的权益。而相邻权则强调外资企业对于房地产拥有所有权和使用权时,为实现自己的利益,而要求毗邻的不动产所有人提供便利或对权利进行一定的限制的权利,这是所有权的延伸,并且相邻权是相互的,如铺设管道等。

2. 地上权问题(Right of Superficies in Thailand) (Civil and Commercial Code, section 1410—section 1416)

在泰国,外资房地产公司采取的通常是不动产租赁的方式而取得了土地使用权,包括建设地上建筑物或其他工作物的权利。地上权可以转移和继承,地上权意味着土地所有权和建筑物的分离。地上权可以作为独立的权利登记,也可以和土地租赁合同一并登记。地上权和用益物权较为相似,都通过于土地所有权人达成协议而获得权利。经过登记的地上权能够对抗第三人和后来的土地所有权人。地上权的时限可以长达30年,或者土地所有权人或租屋建造者的一生。

3. 用益物权问题(Right of Usufruct in Thailand) (Civil and Commercial Code, section 1417—section 1434)

根据房屋使用合同,业主依法对房屋拥有占有、使用的权利。业主在经过房地产登记后,有权使用并占有不动产,业主有义务维持该不动产的正常护理,如果产生用益物权的财产受到损失或者维修的状态不佳时,应当进行赔偿。

用益物权必须要在当地的土地办公室进行书面登记,并在地契副本的背面进行登记,用益物权并不是永久性权利,最多可长达30年。

### 四、泰国房地产投资新工具——房地产投资信托基金(REITs)

最近,伴随着即将发布的房地产投资信托基金(REITs),一股新的投资流将涌入到泰国的房地产业,这将会促进泰国发展到与其他区域邻国相同的水平。具体的细节尚不清楚,但是无论如何,敏锐的投资者将会从这项投资工具中受益。

分析家们预测,当房地产投资信托推出后,将会带来市场的急剧扩张。极大地改变泰国房地产业的游戏规则。一些专家认为:“房地产投资信托基金有助于刺激房地产市场,创造连续性的投资环境,打破泰国的国内市场并作为一项成熟的投资领域而踏上国际舞台。”“由于提高了透明度和流动性,房地产信托基金应该为本地商人和外国投资者增加投资信心。”泰国ING基金下设的房地产基金的副总裁Suttipan Kreemaha认为,房地产信托基金将会改变开发商对于泰国房地产前景的看法。因为这改变了他们仅仅只能进行项目建设和房屋销售的状况变成了可以对发展中国家创收资产的长期持有。Suttipan在6月份的时候谈到:“房地产投资信托基金是房地产投资的有力工具。它不仅仅是对于房产持有人有利,对于泰国整个房地产长市场都有重要的作用。”



但是,我们目前尚不清楚开发商将在什么时候得益于房地产投资信托基金,因为信托法规依旧在制定的过程中,从草案开始到现在已经五年了。在 2007 年的时候,泰国证券与交易委员会已经在进行资金筹集的基础工作。一时间,许多泰国的邻国都在寻找开发国内房地长市场潜力的方法。虽然房地产投资信托基金在 6 月初的时候就已经发布,但是在信托法尚未颁布实施之前,许多程序性措施难以实施,基金难以成为有效的融资工具。泰国证券交易所在 7 月 11 日的时候发表声明说,将会在第三季度推出多项措施,以促进泰国股市的吸引力,推进该项产业的筹款。其中,将“支持基础设施建设的基金和房地产投资基金”规范下来。

根据现有的规则,房地产投资信托基金的设立必须要依据信托法的有关规定,并且要在泰国证券交易所列明信托从业执照。只有这样才能被授权利用债务捆绑的财产,甚至是房产净资产值的 50%。信托一旦设立,它必须在 SET 上市之日起 60 内进行登记,并且最低资本不得少于 1600 万美元。

一些分析人士认为,虽然房地产投资信托基金能够带来巨大的价值,但是如果政府在利润上课以较大的税务负担,那么一些投资者是不愿意利用该种渠道的。贝克·麦肯思国际律师事务所的合伙人 Sorachon Boonsong 认为,房地产投资信托基金必须要更具吸引力,才能吸引大规模投资。Sorachon 于 7 月 18 日告诉当地的媒体:“新的房地产投资产品在投资者看来并不一定会吃香。尤其是那些在亚洲投资了大量资金的投资者,像是税收和土地租赁期限的这些因素将难以满足投资的需要。”

如果像其他国家一样,将房地产投资的收益

税率定在 10% 左右,或者将土地租赁期限从现在的 30 年延长到 70 至 90 年之间,那么这对于外国投资者来说是巨大的激励机制。Sorachon 说道:“如果新的房地产投资信托规则能够在不久实施,并且政府按照相同的国际标准收取税务,那么这对于外国投资者来说将极具吸引力。众多的开发商和公司指出,他们对于组建房地产投资信托基金,从而提升他们的房产利润有极大的兴趣,任何此类的行为都在等待权力机关起草的最终规则。”

海南律师

#### 附:房地产投资相关法律索引

《泰国投资促进法》(《Investment promotion Act B.E. 2544》)27 条

《泰国外商法》(《Foreign Business Act B.E.2542 (1999)》)第 8 条、第 12 条

《民法典》(《The Thailand Civil and Commercial Law》)537 条—571 条;1472 条(涉及到外国人配偶的房地产权属问题)

《工商业不动产租赁法》(《Hire of Immovable Property for Commerce and Industry B.E.2542(1999)》)

《土地法典》(两次修正)第 86 条、第 93 条、第 96 条(《Land Code Act 1954》)Admendent Act1999 Admendent Act2008

《税收法典》(《The Thailand Revenue Code》)

《城市规划法》(《Land Adjustment Act B.E.2547》)

《泰国工业区法》(《Industrial Estate Authority of Thailand Act, B.E. 2522 (1979)》)第 44 条



# 民事审判监督程序的 困境与出路

## ——新民诉法下的民事再审再思考

■ 海南嘉天律师事务所 王龙奎

**摘要：**再审程序积极贯彻了我们国家有错必纠、有错必改、实事求是的司法理念，对保障我国司法公正、树立司法权威，维护国家法律的正确实施具有重要作用。在实务操作中既要贯彻有错必纠的司法理念也要注意既判力的维护，采取妥当措施对动摇生效裁判终局性的民事再审程序进行适当限制。在新修改的民事诉讼法对再审程序进行了较多的修改和完善，解决了实务中不少棘手的问题，与此同时在实务中不断出现的新问题新情况仍需加强研究，以期进一步的修改中得以更加完善。

**关键词：**审判监督 困境 完善构想

民事审判监督程序即民事再审程序，是指对已经发生法律效力判决、裁定、调解书，人民法院认为确有错误，对案件再行审理的程序。审判监督程序只是纠正生效裁判错误的法定程序，它不是案件审理的必经程序，也不是诉讼的独立审级<sup>①</sup>。当前，再审案件和欲启动的再审的案件变得越来越复杂，申请再审案件数量在增加。伴随着社会

经济的发展和改革的日益深化，许多深层次的社会矛盾日益突出，一些如邻里纠纷案件、交通肇事损害赔偿案件、群体性诉讼案件、涉农案件、劳动争议案件、拆迁补偿案件等。在这些案件再审中，由于日积月累的矛盾，当事方之间存在很大的对立情绪，甚至个别案件在再审中矛盾更加激化；而再审案件中弱势群体一方，要求法院保护其利益的态度更为坚决，当事人申请再审和参与再审更为坚决。许多案件是经过一审、二审判决，还有的是经过了再审后又再审，多次审理仍未案结事了。这些案件当事人之间一般矛盾相当尖锐、激烈，当事人之间分歧大，在法院判决后，当事人申诉、缠诉、信访不断。当事人诉讼目的多元化也在一定程度上增加了再审申请的数量。当事人进行诉讼的目的在于实现个人利益的最大化，而当事人利益的表现形式多种多样，有的当事人进行诉讼并不是为了经济利益，而是要求如对方赔礼道歉等满足自身精神层面的诉求。

### 一、民事诉讼法修改对实务的影响

2012年民事诉讼法修正案在总结前述改革的经验和教训的基础上，进一步修订：将当事人申

<sup>①</sup> [再审的定义参见：江伟，民事诉讼法学，北京：北京大学出版社，2012年版]

请再审的期间由原先的两年缩短为六个月（第205条）；增加了法院决定再审后不中止执行原生效法律文书的特殊情形（第206条）；扩大了民事检察监督权的范围对象和具体路径（第208条和第210条），将损害国家利益、社会公共利益的调解书纳入了检察机关抗诉的范围，并增设检察建议制度；初步确立了申请再审先行的模式（第209条）。这些对规范再审案件的受理、审查等方面均有积极作用。作为当事人而言，新民诉再审部分的修订给实务中再审的带来的积极影响具体表现为：

#### （一）增加再审受理的概率

增加再审受理的概率集中表现在两个方面，民诉法199条“当事人一方人数众多或者当事人双方为公民的案件，也可以向原审人民法院申请再审。”204条“但当事人依照本法第一百九十九条的规定选择向基层人民法院申请再审的除外。”双方都是公民的案件，为了方便当事人申请再审，可以由当事人在上一级或者原审法院中选择。给当事人申请再审案件的审理法院至少应当是中级法院的规定增加一个例外，因为根据修正案，当事人有可能向基层法院申请再审了。

在启动程序上检察监督的介入，也增加受理的可能。208条最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第二百条规定情形之一的，或者发现调解书损害国家利益、社会公共利益的，应当提出抗诉。也即新增检察监督方式，检察院发现同级法院生效文书有错误，有两种方式进行监督，一是直接向同级法院提出检察建议，并报上级检察院备案；二是提请上级检察院向（上级检察院的）同级法院抗诉）。

#### （二）扩大再审的范围

修改之前，调解书不在再审的范围之内。新民诉198条各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定、调解书，发现确有错误，认为需要再审的，应当提交审判委员会讨论决定。也就是说新民诉新增法院可以对生效的调解书启动再审，但是对“当事人对已经发生法律效力的解除婚姻关系的判决、调解书，不得申请再审。”例外规定，生效的解除婚姻关系的调解书不得申请再审）。

#### （三）缩短申请再审时间

缩短当事人申请再审的时间，规定为六个月；同时对发现新证据、发现对方当事人伪造证据，审判人员枉法和据以作出判决所依据的法律文书被撤销四种情形，该六个月从知道或者应当知道之日起计算。205条当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后六个月内提出；有本法第二百条第一项、第三项、第十二项、第十三项规定情形的，自知道或者应当知道之日起六个月内提出。严格规定申请再审的条件，明确规定当事人提交的再审申请书的法定形式，适当缩短当事人申请再审的期限，将“两年”改为“六个月”，避免生效裁判数年得不到确定，使相应的社会关系长期处于不安定状态。

#### （四）处处彰显法律的人权情怀

民诉法206条按照审判监督程序决定再审的案件，裁定中止原判决、裁定、调解书的执行，但追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用、劳动报酬等案件，可以不中止执行。为了保障弱势群体的权益，为进入再审程序的案件要裁定中止原生效文书的执行这一规定增加一个例外。

### 二、新法再审中可能出现的问题及完善建议

#### （一）仍然存在问题



2012年修订后仍然存在的问题。2012年的修订确实解决了不少问题尤其是有效的缓解了2007年民诉法修改以来集中凸显的问题。一蹴而就是理想状态,完善一部法律需要循序渐进,尽管本次修改成果不少但也留有问题需要解决,总的来说还存在以下问题:解决“申诉难”问题作为修改再审制度的核心目标,在根本上有违再审的本质属性和司法的终局性价值,更导致程序设计理念的偏误;再审程序启动主体的多元化、申请再审事由与抗诉事由的同一化等问题未获改变,使得诉权、审判权、检察监督权在再审程序中的功能、地位和序位依旧混乱不清;当事人在申请再审时限已过的情况下仍可能通过司法信访的方式来迫使法院启动再审或检察机关提起抗诉。

### 1. 启动主体的问题

再审案件的启动主体应当以当事人为核心,而注意防止国家公权对再审程序的影响和干预。检察院作为法律监督机关,它的抗诉权限是有限制的,应该局限于国家公共利益和国有资产流失的案件。而不应当对抗当事人中任意一方的权力,以防止公权对抗私权。这当然没有异议,但是作为申请人而言向检察院申请检察建议之后,当如何“触动”检察院出具相关意见或是提起抗诉,其难度较大。209条的规定比较抽象,当事人依据这些事由向检察院提出申请,检察院根据什么标准进行审查。至于法院的启动,现行立法对由人民法院启动再审程序的规定,在理论上和实践中是存在弊病的,它使得人民法院在再审启动程序和审理程序方面职责重叠,一定程度上存在着“先定后审”等问题。同时,由人民法院自己启动再审纠正错判,这种系统内的监督机制容易失灵,也很难消除老百姓对错判得到公正纠正的疑虑,更不利于对司法正当性和公信力的形成<sup>②</sup>。

②[张武学:我国民事再审程序启动主体的反思与重构[J]. 法学论坛,2008年7月(122—127)]

③[罗登亮:何种审级制度下设置民事再审程序[J]. 兰州大学学报,2007年9月(109—114).]

## 2. 审级方面的问题

我国民事再审程序最核心的弊端是“无限再审、终审不终”的问题。再审程序是要否定终局裁判的,因此,在各国的诉讼制度中均作为一种特殊的救济程序,其发动具有严格的条件,即再审程序的有限性<sup>③</sup>。

旧法第178条当事人对已经发生法律效力<sup>④</sup>的判决、裁定,认为有错误的,可以向上一级人民法院申请再审,不停止判决、裁定的执行。新法增改“当事人一方人数众多或者当事人双方为公民的案件,也可以向原审人民法院申请再审。”根据2007年民诉法修正案关于‘上提一级’管辖权制度的设定再审数量显著增加,至少在解决再审提交材料难问题有积极作用。2012年的修正案将“上一级法院”与“原审法院”均可受理的模式,尽管可以使高级法院、最高法院从大量的再审审查中抽身,此举有利于促进审级完善,恢复上级法院主要应承担统一法律适用尺度的职责等方面有积极作用;但再审的价值能否得到发挥?受各种因素的影响,已经有部分当事人产生“信上不信下,不打原审打再审”的观念。当事人基于对上级法院的信任申请再审的热情有可能又会消失殆尽,对确有错误的案件可能并无益处,是不是又回到了过去,回到了“申请交了也白交,还不如不交”原状。

### 3. 审查方面的问题<sup>④</sup>

2007年民诉修改可以说一定意义解决了再审“申诉难”(203条204条),但所留的小尾巴又给实务中“踢皮球”提供了可能。按照民诉法203条人民法院应当自收到再审申请书之日起五日内将再审申请书副本发送对方当事人。对方当事人应当自收到再审申请书副本之日起十五日内提交书面意见;不提交书面意见的,不影响人民法院审查。204条规定人民法院应当自收到再审申请书

④[再审审查的研究可参加相关实务工作者的深入研究:林文学(最高院):论我国民事审查制度的完善,法律适用,2011年7月;孙宝林(广西高院):构建民事再审立案审查程序的再思考,河北法学,2004年9月。]



之日起三个月内审查,符合本法规定的,裁定再审;不符合本法规定的,裁定驳回申请。法院将副本转至对方当事人的时间、对方当事人提交书面意见的时间以及法院进行审查的时间都作出明确规定,这些时间卡点的设置对提高再审的效率意义重大。但是,审查中对当事人专业知识的要求在提高,延迟审查期限的规定比较抽象等仍是待解决的问题。

#### ①简明程序无形中提高了再审申请人的专业知识

“人民法院可以要求申请人和对方当事人补充有关材料,询问有关事项。”该款规定使得听证不是必经程序。案件进行听证或询问,申请人有当面对自己主张的机会;而现在法律规定法官可以书面审理,这对再审申请书等再审材料的要求就大大提高,写好一份能“触动”法官的再审申请书,显得至关重要;否则,很可能被直接驳回。

#### ②审查期限的延长成为拖延的借口

“有特殊情况需要延长的,由本院院长批准。”法律只是规定了特殊情况,那么什么是特殊情况,谁来认定这个特殊情况。从本院院长批准这一规定是不是可以推知,承办法官即可认定特殊情况。从新修订的民诉法可知,现在基层法院也可能受理再审申请,也就是说基层法院的承办法官和院长便可以决定审查的时间。这为再审的无限延期留下了可能。

#### ③没有明确规定立案受理部门

《民事诉讼法》及司法解释没有明确规定受理再审申请的部门,实践中导致各地各院做法不一。有的法院由信访部门负责接收申请再审材料,进行初步审查;有的法院由负责诉讼立案审查的部门进行审查;有的法院再审立案受理与再审审查由同一部门负责。再审立案受理部门不明确,在

实践中导致:部门职能不分,互相推诿、扯皮现象时有发生;立审不分,不利于保护申请再审人的申请再审权;上下级法院沟通不便,不利于立案标准的统一。

#### ④个别再审事由规定不够明确

民事事由的具体性和确定性仍旧不足,“主要证据”“基本事实”“剥夺辩论权利”等抽象性称法的存在(再审事由3·5·9项),导致当事人的标准与审查部门的标准不一,当事人认为可以申请再审而审查部门认为不符合要求,造成无端的意见分歧,无形中增加当事人再审难的主观感受。比如,a关于“原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明”。该项再审事由中,对“基本事实”没有明确的界定,实践中难以准确把握。关于“对审理案件需要的主要证据,当事人因客观原因不能自行收集,书面申请人民法院调查收集,人民法院未调查收集的”。该项再审事由中,何谓“审理案件需要的主要证据”没有明确界定。“是否需要”由谁审查判断不明。

### (二)完善再审程序的学理探讨

建构与民事程序基本原理和一般规律相契合的再审程序,是我国理论研究和审判实践的共同诉求,在修订后的《民事诉讼法》正式施行的初期,应当加强法解释学功能的充分发挥,同时也需探讨立法论上的改进可能,以发挥法律条文、司法解释(具体规则)和实务操作方式三者间的“自治式”合力<sup>⑤</sup>。(注:自恰是指某个理论体系或者数学模型的内在逻辑一致,不含悖论。即不互相矛盾)也即通过立法机构、法律解释机关和实务部门的各自贡献自己力量,共同促进再审程序的完善<sup>⑥</sup>,具体的理论探讨有:

1.在设计、适用和改进再审制度时,应当始终

与其特殊性救济机制这一本质属性相吻合,坚持

<sup>⑤</sup>[王亚新.程序立法是民事诉讼制度完善的重要层面[N].中国社会科学报,2012年8月29日.]

<sup>⑥</sup>[韩静茹.错位与回归<民事再审制度之反思>以民事程序体系的新发展为背景[J].现代法学,2013年3月.]



有限纠错的基本理念,扭转对“再审难”现象的偏误认识,摒弃降低再审门槛泛化再审适用的不合理思路。

2.程序的建构和适用,当以比例原则和其他救济原则等为基本纲领,合理衡平公正、效率、裁判终局性、程序安定性等核心价值间的关系。

3.在实体构成性规则方面,应当确保再审事由的明确性、体性、必要性和有限性,明晰再审的审理范围和改判标准,避免再审之应然功能的紊乱和错位。在程序实施性规则方面,应逐步改再审可以适用一审或二审程序为统一适用具有终局性和相对独立性的再审程序;再审权原则上归属于案件终审法院的上级法院;完善各类主体启动再审程序的法定期间;厘清并矫正审判权、诉权、检察监督权的各自角色和相互关系。

### 结语

再审制度并非减少错案、吸收不满的通常路径,其核心功能是对那些存在严重错误且无法通过常规程序予以救济的裁判,例外性地突破既判力的规制而予以特殊救济。再审审理还需要以既判力理论为指导,特别注意我国生产力发展水平参差不齐、法律参与者水平各一和人民群众对公平正义的客观需求等情况,提升裁判之准确性和认同度的根本路径在于完善各级法院之间的职能分层,优化一审和二审中对实体权益和程序权益的保障质量,并逐步培育公民对裁判之公正价值的法治化理解。海南 律师

### 参考文献:

- (1)张卫平:《民事诉讼法》,北京:中国人民大学出版社,2011年版。
- (2)何东宁、丁俊峰、杨心忠:《民事再审程序新问题

裁判标准》,北京:人民法院出版社,2010年版。

(3)池强:《民事立案调解与再审实务研究》,北京:法律出版社,2007年版。

(4)周晖国:《民事再审制度理论与实务研究》,北京:人民法院出版社,2006年版。

(5)向阳、张群力:《最后的诉讼:民商事再审实务与技巧》,北京:法律出版社,2013年版。

(6)张步洪:《新民事诉讼法讲义:申诉、抗诉与再审》,北京:法律出版社,2012年版。

(7)江伟:《民事诉讼法专论》(研究生教学指导用书),北京:中国人民大学出版社,2005年版。



# 论传统中医药知识产权的国内法保护

■ 海南祥瑞律师事务所 吴厚盛 15289704290

**摘要：**传统中医药是我们国家的瑰宝和精粹。随着国际影响力的日益扩大,许多国家加紧了对我国传统中医药的研究和开发。由于我国传统中医药知识产权保护起步较晚,大量传统中医药的流失已经使我国中医药产业感到了生存和发展的危机。有鉴于此,笔者拟对我国传统中医药知识产权国内法保护的现状和存在的问题,以及解决的对策提出一点自己的看法。

**关键词：**传统中医药 知识产权保护 国内法

传统中医药是中华民族优秀传统文化的组成部分,是中国人民数千年来丰富实践经验的积累和集体智慧的结晶,被誉为“国之瑰宝”、“国之精粹”,也是我国传统知识中具有优势的领域。如何进行制度创新,保护我国宝贵的传统中医药知识,实现其知识产权利益,最终实现对我国传统中医药的传承、保护、发展和发扬,是摆在我们面前的重大课题。当前,我们要强化和完善中医药的知识产权的国内法保护,必须对症下药。

## 一、传统中医药概述

### (一)传统中医药的概念

“传统中医药”,指的是在我国传统医学理论的指导下使用药用物质及其制剂。从范围上讲,既包括汉族人民创立的传统中医药,也包括少数民族开创的医药,如蒙药、苗药、藏药等;从类型上讲,既包括数千年传承积累的药方、处方、药材加工炮制技术等传统中医药知识以及各种药用遗传资源,还包括各种成药、制剂等。我国中医药发展至今已经有上千年的历史,“中医药”和“传统中医药”的含义原本应是一致的,但西医药传入我国以后,中医药受到了巨大冲击,使得现在的中医药在很大程度上已经西医药化。这里使用“传统中医药”的概念,以避免对中医药的理解产生歧义。

### (二)传统中医药保护的意義

从医学意义上讲,对传统中医药进行保护不仅有利于对我国传统医药资源的继承和发扬,还可以刺激医药企业对传统中医药研究开发的积极性。从经济意义上讲,保护传统中医药有利于推动我国医药产业的长远发展,促进我国医药市场竞争



有序化,并进一步提高我国医药企业的国际竞争力。从法学意义上讲,保护传统中医药有助于利用政府的力量推动国际社会建立公平的、甚至有利于发展中国家的知识产权保护法律体系,进而形成与现行的有利于发达国家的知识产权保护法律体系相抗衡的局面。

## 二、传统中医药知识产权国内法保护的现状与问题

### (一)专利保护的现状与问题

中医药专利保护的对象主要是制药领域的新发明创造。包括新开发的原料药,即活性成分、新的药物制剂或复方、新的制备工艺或其改进。目前我国对传统中医药进行专利法保护存在诸多问题。首先,中药保护西药化。目前从天然药用植物中提取有效成分,将其作为一种化合物申请专利的不多,只有使用先进的技术才能从中药中得到有效成分,从而按西药产品发明专利申请的形式申请中药产品的发明专利。这种专利保护将中药完全等同于西药,显然不合理。鉴于中药本身的特殊性,西药的保护体制未必能完全保护中药。其次,传统中医药侵权认定难。在制备中药的过程中,几十种物质混合在一起,加工处理时这些物质又可能发生复杂的化学反应。在制备成片剂或汤剂的中成药后,即使采用最先进的仪器也无法分析出它的原始配方和生产工艺。故实践中权利人根本无法拿侵权人产品的技术特征与自己专利的技术特征相比较,也就无法证明他人是否侵权。第三,对于传统中医药“三性”的认定难。我国专利法对于“三性”有明确规定,中医药申请专利也必须符合“三性”的要求。若严格按照专利法“三性”的有关规定,传统中医药就不符合其要求,不能被授予专利权,这显然也是不合理的。

### (二)著作权法保护现状与问题

传统中医药创作固然也可利用著作权进行保护,但现行的著作权法使大量的中医药著作得不到其有效保护。同时,著作权人的认定较为困难,大多数中医药创作,尤其是早期的创作是由集体智慧发展而来,难以像著作权法一样由个人或法人享有。有的是年代久远,或称是“神灵传授”,无法查证创作者。著作人身权和财产权期间的计算及由谁来主张权利,都很难认定。著作权只保护表达,不保护思想,而传统中医药中有的秘方(配方)并不以著作形态表达,根本无法得到著作权的保护。另外,按现有著作权保护制度,对传统中医药的保护必须设定一个固定的保护期,而传统中医药的创作往往伴随日常生活的持续发展,并不适合设定特定期限的保护期。显然利用现有著作权制度保护传统中医药存在明显的缺陷和不足。

### (三)商标法保护现状与问题

由于历史的原因,传统中医药的商标法的保护在我国起步较晚,尚存在这样那样的问题,主要体现在以下几个方面:首先,中药商标注册量少,很多中药企业对商标注册缺乏足够的认识。我国共有2000万家企业,到1995年约注册了500万件商标;这意味着平均40家企业才有1家企业注册商标。而日本武田药品株式会社在国内外拥有注册商标7000多个,每年还有300个商标申请注册。其次,中药名与商标名之间关系处理不当。一些中药企业在开发出一种新药后,给中药命名并用该名称注册商标。后来该中药名称被主管部门认定为药品的通用名称,该名称即失去了商标的意义。该企业也不得不重新注册另一个商标,原商标中所蕴含的巨大的无形价值,也随之逝去。第三,道地中药材几乎忽视了商标注册。药材的商标注册目前我国还是凤毛麟角。我国土地富饶辽阔,有着极其丰富的中药资源,品质独优,作为特产的著



名药材如“天麻”、“长白山人参”、“冬虫夏草”等应有相应的注册商标,甚至可列为国家专卖品,确保药材质量,提高经济效益。

#### (四)竞争法保护现状与问题

目前,我国对传统中医药的知识产权保护主要通过专有技术、商业秘密等方式进行。专有技术,又叫技术秘密或商业秘密,由特定人或少数人掌握,尚处于秘密状态的技术,是无形财产,其法律依据是《反不正当竞争法》。我国对中医药知识涉外政策,也注重对技术秘密的保护。1992年《中医药涉外管理工作暂行办法》规定:“严格按照有关保密规定,加强对外中医药技术保密工作。凡对外进行交流的技术、资料及实物样品均需报当地有关部门批准。”传统中医药很多以祖传秘方形式相传而不向外公布,具有很强的保密性。中药生产工艺复杂、技术性强,配方也复杂多样,从中药产品很难应用“反向工程”倒推出中药的配方和生产工艺,因此从中医药领域的技术特征来看,技术秘密保护是中医药知识产权保护较为有效的一种方式。但这种保护相当地脆弱和不完善,特别是“祖传”的保密措施不完备,往往经常遭受非法获取和窃取的威胁,甚至已经发生多起传统中药流传海外,被他人改头换面后取得专利的沉痛教训。

### 三、传统中医药知识产权国内法保护的对策

#### (一)完善专利法保护传统中医药

在我国现行专利法框架下,一项发明创造欲申请专利,必须符合所谓“三性”的要求。传统中医药作为一种完全不同于化学药品的药品,集中体现其诊治的特色和优势。所以,对于传统中医药“三性”的判断不应该是僵化的,而应该转变思路,具体问题具体分析。

笔者认为,关于新颖性的判断标准应从专利申请与现有技术在技术领域和目的上是否相同,

专利申请与现有技术在实质的技术解决方案上是否相同,以及专利申请与现有技术在预期的效果上是否相同三个方面加以认定;关于创造性的判断标准应当包括专利申请能否解决了人们长期未能解决的技术难题,专利申请能否克服人们长期持有的技术偏见和专利申请能否取得意想不到的技术效果;关于实用性的判断标准应包括中药产品能否工业化生产,该产品能否产生积极效果,以及该生产方法能否在工业上使用。

#### (二)完善著作权法保护传统中医药

首先,对我国中药处方应用著作权法加以保护。中药的处方具有不稳定性,同样一个病症,中医会根据病人不同的体质开出不同的处方,因此,对于中药处方可用著作权进行保护,因为不同的中医会根据他对患者的了解和观察开出他认为最合适的药方,这个过程本身就体现了中医的独创性。其次,应建立传统中医药数据库。在著作权保护方面,中医药领域著作权的保护范围包括文学作品、口述作品、产品设计图纸和产品说明书等。既有的著作权法和邻接权并不能直接保护传统中医药,但在一定条件下传统中医药知识的表达可以受到保护,如可把传统中医药知识编译为数据库。第三,建立传统中医药著作权集体管理制度。根据传统中医药的群体性特点,建立集体管理制度对于传统中医药的特别保护有直接意义。集体管理组织代为管理本国或本地区或本民族的传统中医药。建立传统中医药集体管理组织,可由相应的传统中医药协会和国家有关职能部门联合组成,为半官方的、非营利性机构,待条件成熟,可以直接成立民间社团法人形式的中医药集体管理组织。集体中医药管理组织通过和使用者谈判,确定了使用条件和费用后,将向使用者发放使用许可证,代为行使所有传统中医药持有者、继承者的权利,



实现利益分享。

### (三)完善商标法保护传统中医药

首先,应对中药商品名称的注册实行特殊政策,允许中药商品名称采取规范的方式表示成分,功能或者用途。中药一直面临着中药商标与通用名混淆的问题。我国现行商标法规定,商标不得使用本商品的通用名称,不得使用直接表示商品质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的文字、图形作为商标。但我国的中药,通常只有通用名称,中药产品的命名对中药的成分或者疗效进行一定的描述,这种命名符合千百年来我国人民对中药的认识习惯,也符合中医临床用药习惯。所以,国家有关部门对中药商品名称的注册适用特殊政策,允许中药商品名称可以采取规范的方式表示成分、功能或用途,以利于中药产品创名牌,发展我国中药产业。

其次,应加强对道地中药材的保护。由于对中药材并不要求使用注册商标,道地中药材申请商标的不多。韩国将“高丽参”作为国家的一个特殊产品,列为国家专卖品。我国的中药材优于韩国,特产的著名药材如“天麻”、“冬虫夏草”、“长白山人参”等也应有注册商标,某些药材也可成为国家专卖品,以确保药品质量,提高药品声誉。另外,中药的质量和药性往往与药品或药品原料的原产地密切相关,中草药新品种也不不断地被发现和利用,这些特点决定了“地理标志”和“植物新品种”是保护中草药最有力的手段和工具之一。

### (四)完善反不正当竞争法保护传统中医药

传统中医药大致分为中医和中药。中医的许多临床经验、治疗手段常常是身怀绝技的医家的传家之宝,如接骨手法等等,这些都是所谓的“技术秘密”;讲究配方是中药方剂的重要特征,中药复方因其保密容易成为“技术秘密”的内容。新药

投放市场前须经主管部门审查、批准,这是许多国家的共同做法,我国也不例外。在规定的审查内容中,有关毒性试验等各种数据,必须已在学术会议或学术杂志上发表或准备发表,以便对试验的正确性、可信性进行社会监督。新药申请中含有商业秘密的情况很多在技术秘密保护和专利保护之间,常常难以选择。一旦申请技术专利后,技术的公开,他人可能会在专利技术的周边做文章,可能会因此威胁到先专利产品的市场占有。但如果不申请,他人可能拿你的产品进行分析,了解其中的技术秘密,甚至申请专利,后果也相当严重。我国目前利用“商业秘密”对传统中医药进行保护的水平不高,尤其是没能对散落在民间的各种绝技、秘方进行有效地收集和保护。为建立一个公平竞争的符合国际规则的法律环境,实现我国中医药产业与国际市场经济的接轨,应尽快完善我国反不正当竞争法的相关规定。 海南律师

参考文献:

- [1] 季李华. 我国传统医药的知识产权保护研究[J]. 科技与法律, 2007(68)
- [2] 杜瑞芳. 我国传统医药知识特殊保护制度探讨[J]. 社会科学家, 2007(1)
- [3] 肖玮娜. 我国传统中医药知识的知识产权保护[J]. 信阳农业高等专科学校学报, 2007(3)
- [4] 黄玉焯. 浅谈中国传统医药知识产权保护策略[J]. 传统文化资源保护, 2005(59)
- [5] 金志海. 中医药领域知识产权保护的现状及对策[J]. 知识产权, 2005(1)
- [6] 黄玉焯. 浅谈中国传统医药知识产权保护策略[J]. 传统文化资源保护, 2005(59)



# 工伤职工因违纪 被解除劳动合同后的工伤待遇探讨

■ 海口市龙华区劳动人事争议仲裁院 李永佳

我国法律明确规定,工伤职工倘若严重违纪,用人单位可以依法解除与其建立的劳动合同。可是,在此情形下,被解除劳动合同的工伤职工还能否享受有关的工伤保险待遇?现行法律却没有明确规定,笔者对此作初步探讨。

## 一、相关问题的提出

劳动部关于贯彻执行《中华人民共和国劳动法》若干问题的意见(劳部发[1995]309号)第三十条明确规定,劳动法第二十五条为用人单位可以解除劳动合同的条款,即使存在第二十九条规定的情况,只要劳动者同时存在第二十五条规定的四种情形之一,用人单位也可以根据第二十五条的规定解除劳动合同。说明工伤职工倘若严重违纪,用人单位则可以依法解除劳动合同。那么,在此情形下,工伤职工还能否享受有关的工伤保险待遇?

根据《工伤保险条例》第三十六条、第三十七

条的规定,五级、六级伤残的工伤职工,经本人提出,可以与用人单位解除或者终止劳动关系,由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金,由用人单位支付一次性伤残就业补助金;七级至十级伤残的工伤职工,劳动、聘用合同期满终止,或者职工本人提出解除劳动、聘用合同的,由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金,由用人单位支付一次性伤残就业补助金(以下简称“两金”)。然而,对工伤职工因严重违纪被用人单位解除劳动合同后的工伤待遇问题,《工伤保险条例》并没有明确规定,正是由于这个法律空白,使得该问题在法律实践中存在较大争议。

有人认为,劳动者在遭受工伤后又因严重违纪被用人单位解除劳动合同的,不能享受“两金”,观点如下:

一、不符合“两金”的支付前提。根据《工伤保险条例》第三十六条、第三十七条规定,工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金,且用人单位支





付一次性伤残就业补助金(“两金”)的前提是劳动合同期满终止,或者职工本人提出解除劳动关系。而工伤职工由于严重违反用人单位的规章制度而被解除劳动合同关系,不属于《工伤保险条例》中规定的支付“两金”的前提条件。山东某法院就曾据此理由依法作出驳回劳动者在受工伤后又因违纪被用人单位解聘而向用人单位主张一次性待遇的判决。此外,《工伤保险条例》作为强制性规范,涉及到国家工伤保险基金和公共利益问题,根据“法无规定则禁止”的公法原则,在法律法规条文没有明确规定的情况下,不应对支付“两金”的前提作出扩大解释。

二、劳动者因严重违纪存在过错,应承担不利后果。一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金,是对工伤职工主动解除劳动关系所做的医疗和就业补偿。工伤职工严重违反公司规章制度,有错在先,因而用人单位针对其过错作出处罚——依法解除与其劳动关系,相对于工伤职工而言,存在明显过错,解除劳动关系是被动的,不以其个人意志为转移,因此,不能获得“两金”。

## 二、对相关问题的探讨

笔者认为,工伤职工因严重违纪被用人单位解除劳动合同后,工伤保险基金应当支付一次性工伤医疗补助金,且用人单位应当支付一次性伤残就业补助金。主要理由如下:

一、劳动者未符合停止享受工伤待遇条件。根据《工伤保险条例》第四十二条规定,工伤职工有下列情形之一的,停止享受工伤保险待遇:丧失享受待遇条件的;拒不接受劳动能力鉴定的;拒绝治疗的;被判刑正在收监执行的。在这四种情形中,不包括职工严重违纪被用人单位解除劳动合同的情形。《工伤保险条例》是关于工伤职工权利

待遇的授权性规范,规定了每一名工伤职工均有依法享有工伤保险待遇的权利。从职工的角度考虑,可以根据“法无禁止即可为”的私法原则,工伤职工只要基于一定伤残等级的事实,在没有法定排除享受工伤待遇的情形下,被用人单位解除劳动合同的,用人单位和工伤保险基金应当支付“两金”。

二、工伤保险待遇的立法目的所决定。《工伤保险条例》第一条规定,为了保障因工作遭受事故伤害或者患职业病的职工获得医疗救治和经济补偿,促进工伤预防和职业康复,分散用人单位的工伤风险,制定本条例。首先,工伤职工在医疗终结后,伤残给职工的个人生活造成了不利影响,有可能伤情发生变化仍需要医疗,所以,一次性工伤医疗补助金,是对工伤职工可能发生工伤复发的一种医疗救治。其次,工伤职工与用人单位解除或终止劳动关系后,待业时的基本生活缺乏必要的保障,在接下来的求职、择业、就业过程中,与非工伤人员相比存在一定的劣势。所以,一次性伤残就业补助金,是对工伤职工因所受伤残对其再就业造成困难的一种经济补偿。最后,工伤职工通常已丧失了部分劳动能力,而劳动关系的解除对他们来说,无疑是雪上加霜。因而,应当给予工伤职工一定程度的经济补助。《工伤保险条例》之所以规定职工与用人单位解除或者终止劳动合同时可以获得“两金”,也是为了使其不因伤残而影响将来的治疗及就业。

三、劳动关系和工伤保险关系是两个相对独立,互不影响的法律关系。单位自用工之日与劳动者建立劳动关系,劳动者发生工伤后,与用人单位形成了工伤保险关系,这两个法律关系受不同的法律规范调整。工伤职工的“两金”是因工伤保险关系未解除而暂存于用人单位,一旦用人单位以



工伤职工严重违反规章制度为由解除了劳动关系,那么,同时也解除了与该职工之间存在的工伤保险关系,“两金”是工伤职工与用人单位解除或终止劳动关系后才发生的权利义务关系。作为一名劳动者,因严重违反用人单位的规章制度,已经承担相应的不利后果,包括被用人单位依法解除劳动关系以及无法获得因此产生的经济补偿金等。但是,作为一名工伤职工,享受工伤保险待遇是其另一权利,不能因严重违纪而被剥夺。因此,用人单位和工伤保险基金应当支付“两金”。

四、防止用人单位恶意规避法律。根据劳动关系的从属性来看,受伤职工处于弱势地位,接受并服从于用人单位的管理、指挥与监督,对用人单位有较强的人身依附性。假如工伤职工严重违反单位规章制度,用人单位和工伤保险基金就可以不支付“两金”,在强大的利益驱动下,不排除某些用人单位会利用其优势地位,恶意变相或非法解除工伤职工的劳动关系,以达到规避法律的目的。

五、在工伤保险关系中,工伤职工是权利主体,用人单位是义务主体。细读《工伤保险条例》当中的条款可以发现,发生五至十级伤残的工伤职工,是否提出解除劳动关系,应是其本人的权利,即职工本人可以选择继续保留与用人单位的劳动

关系,或者可以选择解除劳动合同以获得“两金”。而在这个法律关系中,用人单位是义务主体,必须根据工伤职工所做的选择而履行相应的义务。因此,用人单位不能通过解除与工伤职工的劳动合同而免除支付一次性伤残就业补助金的义务。

《工伤保险条例》自修订并实施以来,在保护工伤职工的合法权益、分散用人单位的工伤风险、促进和规范工伤保险制度建设等方面,具有重要的意义。在贯彻实践中,《工伤保险条例》对一些问题规定还不够明确具体,需要进一步配套出台相应的规范予以完善,以便在构建统一的社会保险制度、发展和谐的劳动关系层面上,发挥其积极有效的作用。海南律师

#### 注释:

刘元元、王林林:《安全与健康》,2010年第11期上半月刊,第P33页。

王林清:《劳动争议裁诉标准与规范》,人民出版社2011年10月第1版,第256页。

黄乐平:《工伤赔偿操作实务与疑难案例解析》,法律出版社2012年3月第1版,第137页。





# 关于 银行卡纠纷案件相关问题的探讨

农业银行海南省分行法律事务部 林少文 工商银行海南省分行法律事务部 陈彦婷

近年来,银行卡纠纷民事案件不断增多,特别是银行卡盗取、盗刷类案件,发案势头迅猛,已成为银行涉诉案件的主要类型之一。与此同时,银行卡欺诈类案件还出现了对银行尤其是发卡行越来越不利的局面。一是防控难度不断增加。主要表现为不法分子在收单行 ATM 机或商户 POS 机上安装非法窃取银行卡信息设备,发卡行难以防控客户银行卡信息泄露。持卡人资金被盗取后,法院多以发卡行与持卡人存在合同关系,发卡行未能保障持卡人存款安全构成违约为由,判决发卡行承担赔偿责任,而发卡行只能另外提起对收单行或商户的诉讼去维权。二是单笔案件金额不断增大。由最初的几千元、几万元发展成动辄上百万元甚至金额更大的诉讼。三是异地盗取、盗刷案件越来越多。不法分子使用伪卡在异地 POS 机大额刷卡消费,购买贵金属、名表等贵重物品,这类案件发卡行很难收集证据,也难以追究商户责任来挽回损失。本文试对银行卡纠纷案件相关问题进行探讨:

## 一、银行和持卡人各应承担的义务

### (一)银行的义务

首先,银行负有提供安全交易环境的义务。这里的银行应做一个广义的理解,包括收单行、特约商户等。《商业银行法》第 6 条规定,商业银行应当保障存款人的合法权益不受任何单位和个人的侵犯。《合同法》第 60 条规定,当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。根据前述规定,在银行卡法律关系中,银行负有向持卡人提供安全交易环境,保证服务场所、系统设备的安全适用等义务。

其次,银行负有对银行卡和密码进行审核的义务。银行需要对磁条信息和密码与系统留存信息进行核对,如一致,则允许持卡人进行支付结算等操作。同时,鉴于银行卡特有的属性,在诸如 ATM、POS 机等电子银行交易中,银行对银行卡磁条信息和密码仅负有形式审核的义务。

### (二)持卡人的义务

一是约定义务。银行通常会在银行卡章程或协议中明确规定,“持卡人必须妥善保管银行卡及密码,凡使用密码进行的交易,银行均视为持卡人

本人所为，并由持卡人对交易后果承担责任”，根据这种约定，持卡人负有妥善保管银行卡和密码，不得随意出借或泄露密码等义务。

**二是法定义务。**根据《合同法》第62条规定，持卡人应当履行合同的附随义务，在使用银行卡时应负有一定的注意和谨慎义务，对本人的银行卡帐号、密码、身份证件等信息和资料承担保密责任，特别是预留银行密码，作为银行和储户之间确认交易者身份、保障交易安全的重要手段，具有私密性和唯一性的特点，持卡人要严格保密，不能随意告诉他人。

## 二、关于银行卡纠纷案件的几个焦点问题

### (一)关于归责原则问题。

当下的银行卡类案件中，持卡人多诉称存在伪卡，要求银行承担赔偿责任。那究竟什么是伪卡欺诈类案件呢？所谓的伪卡欺诈类案件，是指不法分子通过在ATM、POS机安装读卡 and 摄像设备等手段，窃取持卡人银行卡磁条信息和密码伪造银行卡，使用伪造的银行卡盗取持卡人资金，持卡人发现资金被盗后起诉银行要求支付存款本息或赔偿损失的案件。在发卡行与持卡人之间，一般存在储蓄合同关系或信用卡合同关系。如涉及到跨行交易，还存在发卡行与收单行之间的收单关系。银行或持卡人对资金损失应当如何承担相应责任？从最高人民法院相关指导案例来看，最高人民法院对此类案件一般采取过错责任原则，应综合具体案情，并根据各方是否履行相应义务判断。这些因素包括：用于取款或消费的银行卡是否能确定是伪卡？发卡行是否存在过错？收单行是否存在过错？特约商户是否存在过错？持卡人对账户、密码、身份证等信息、资料，是否尽到小心谨慎的保密责任？等等。

### (二)关于举证责任分配问题。

根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第2条关于“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明”的规定，在持卡人诉银行的伪卡纠纷案件中，持卡人负有证明与银行存在储蓄或信用卡合同关系以及款项被他人通过伪卡交易盗取等事实，否则，持卡人提供的证据不足以证明其主张的，应承担败诉后果。但是，实践中，个别法院往往以银行作为专业金融机构具备举证优势为由，适用举证责任倒置规则，加重银行举证责任。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第4条明确规定了举证责任倒置仅适用于特殊侵权（如高度危险作业、环境污染等），因此，笔者认为举证责任倒置原则不应适用于银行卡或储蓄存款合同纠纷。

### (三)关于银行是否有义务识别银行卡真伪问题。

密码唯一性不等于磁条信息唯一性。银行一直强调的只是密码唯一性，从未提过磁条信息唯一性的说法。《中华人民共和国国家标准——银行卡磁条信息格式和使用规范》(GB/T19584-2010)第1条规定：“本标准规定了银行卡磁条的信息格式和使用规范。本标准适用于中华人民共和国境内发行和使用的各种银行卡”。中国人民银行《中华人民共和国金融行业标准——银行卡磁条信息格式和使用规范》(JR/T0009—2000)等规范性文件也规定了磁条银行卡的制作发行标准。目前，各家商业银行制作发行的磁条银行卡完全符合有关银行卡标准。根据银行卡标准，磁条银行卡采用CVN技术对磁条信息合法性进行验证。CVN以数据形式记载于磁条中，由于磁条的物理特性，磁条信息以磁感应形式存储在磁介质表面，只要通过磁感应器，磁条信息就有可能被读取或记录，通过



磁条本身是无法对读写操作进行控制的,这是在最初设计磁条银行卡时无法预见到的。不管是银行发行的银行卡,还是持卡人声称的非本人持有使用的卡,磁条信息在传输过程中都表现为二进制数字,只有和银行系统存储信息是否相同之分,没有真伪之分。因此,根据有关磁条银行卡标准,在非柜台交易中,银行没有义务对磁条信息的真伪进行识别,只要卡片信息与系统存储一致,且密码输入正确,发卡行就应当支持该交易行为。从现阶段看,磁条银行卡确实存在一些技术的不足,但在磁条银行卡发明之初,没有任何其它介质比磁条更适合作为银行的存储介质,磁条卡因其具有积极的社会利用效果而被社会广泛接受并使用,持卡人在使用过程中也享受了便捷,当前各家银行使用的磁条卡介质均符合国家技术标准。因此,该技术不足不能称之为缺陷或履行过失,更不应要求银行承担过多的责任。

#### (四)关于密码唯一性的问题。

银行卡的密码是由客户本人通过专用的密码键盘设置生成,具有唯一性。银行的柜面工作人员无法通过终端看到客户所输入的密码。密码数据通过加密后传输和保存,即使是银行内部的工作人员也无法查询到密码。客户一旦对账户设定密码,他人根本不可能知晓,客户相应地就负有妥善保管存款密码的义务。由于只有客户本人知晓银行卡的密码,若发生密码泄露的情况,排除银行场所被非法设置摄像头或其他窃取设备原因,只可能是客户本人主动透露给他人或者是由于自身使用过程中没有尽到小心谨慎的义务而被他人获取。但不管是哪一方面的原因,都是从客户的渠道将密码泄露出去的。换言之,即便是拿着真实的银行卡,如果没有正确的密码,同样是无法进行任何操作的,所以客户因自身没有保管好密码而造成

的任何损失,均应由其自身承担责任。根据中国银行业监督管理委员会《电子银行业务管理办法》第89条第二款的规定:“因客户有意泄漏交易密码,或者未按照服务协议尽到应尽的安全防范与保密义务造成损失的,金融机构可以根据服务协议的约定免于承担相应责任”。

#### (五)关于私人密码交易视为本人交易规则的法律效力问题

银行与持卡人订立的相关法律协议(如章程、领用合约等)中,通常约定“凡使用密码进行的交易,发卡银行均视为持卡人本人所为”条款,即私人密码交易规则。私人密码交易视为本人行为规则是现代商事交易的基本原则,全世界的刷卡交易都遵循这一准则。中国人民银行《银行卡业务管理办法》第39条间接确立了这一规则,该条规定:“发卡银行依据密码等电子信息为持卡人办理的存取款、转账结算等各类交易所产生的电子信息记录,均为该项交易的有效凭据。发卡银行可凭交易明细记录或清单作为记账凭证”。因此,凡是凭密码进行交易的行为,应视为持卡人本人的行为,由持卡人承担相应的后果。只有这样,既能符合国际惯例,又能促使持卡人更加谨慎保管银行卡密码。

### 三、对银行卡纠纷案件的处理建议

#### (一)不能证明存在伪卡,银行不承担任何责任

没有证据证明银行被非法设置读卡器、摄像头,属于非银行原因导致持卡人卡片信息及密码被窃取,而且银行卡持卡人也没有证据表明其银行卡账户余额变动系他人使用伪卡盗取盗刷所致,则应当尊重交易习惯,即凭密码交易视为持卡人本人的交易行为。此种情况下,银行没有任何责任,无需承担赔偿责任。



## (二)能证明存在伪卡,则按照“责任一体化”的观点来确认各方当事人的责任承担

在银行卡的案件中,除了涉及发卡行、持卡人外,往往还会涉及到收单行、特约商户等。在银行卡收单交易中,发卡行与收单行(含其他银行或POS商户等)存在收单法律关系。收单法律关系包括代理关系和结算关系等。就其中的代理关系而言,发卡行是被代理人,收单行是代理人。收单行作为代理人如果未尽到提供安全交易场所义务,没有及时清理ATM或POS机上的非法读卡设备和摄像设备,导致持卡人银行卡磁条信息和密码泄露,则表明收单行存在过错,《民法通则》第66条第三款规定“代理人不履行职务而给被代理人造成损害的,应当承担民事责任”。

根据“责任一体化”的理论精神,虽然被告是发卡行,但若有证据证明银行卡磁条信息和密码的泄露系因收单行未能及时清除非法设备、或是特约商户未尽到谨慎审查义务所致,而持卡人仅依合同关系起诉发卡行,未将收单行、特约商户列为共同被告,法院应考虑依职权追加收单行、特约商户作为共同被告,查明持卡人、发卡行、收单行、特约商户在案件中各应承担的责任,判令各方当事人根据其过错程度承担相应责任,避免系列诉讼导致的司法资源浪费。

1、仅证明存在伪卡,但无法查明伪卡如何出现,持卡人承担三分之二的责任,另外三分之一的责任由发卡行、收单行、特约商户均分承担。

如果没有证据证明银行被非法设置读卡器、摄像镜头,属于非银行原因导致持卡人的银行卡卡片信息及密码被窃取,但是案件有证据能够证明银行所设置的ATM机或特约商户POS刷卡机没能识别伪卡而导致持卡人存款被盗取盗刷。在此种情况下,不能识别伪卡、卡片信息泄露、密码

泄露三个方面共同造成了资金损失,各占三分之一的责任。基于公平原则,应由发卡行、收单行、特约商户等平均承担未能识别伪卡的责任,但承担责任之和不应超过全部责任的三分之一。此种情况下究其根源,持卡人的资金损失主要是因为持卡人未能妥善保管好自身的银行卡及密码所致,应由持卡人承担三分之二以上的过错责任。

2、证明存在伪卡,且是因为银行或特约商户被安装了非法设备所致,则持卡人承担二分之一的责任,另外二分之一的责任由发卡行、收单行、特约商户均分承担。

如有证据证明持卡人卡片信息及密码确因发卡行ATM机具、特约商户POS刷卡机被不法分子非法设置了读卡器、摄像镜头而导致泄漏,且银行安装的ATM机、特约商户POS刷卡机未能识别出伪卡,导致持卡人存款被盗取盗刷,则发卡行、收单行、特约商户等应平均承担未能识别伪卡以及未能保证交易场所安全的赔偿责任,但承担责任之和不应超过全部责任的二分之一。而持卡人因自身不谨慎,取款输入密码时没有用手遮盖,才会被非法设备所盗取信息,持卡人没有尽到安全防范义务,应当承担另外二分之一的责任。

## (三)持卡人恶意诉讼的,法院应当“先刑后民”中止审理

在银行卡欺诈类诉讼中,如果银行能提供证据证明持卡人的诉讼系恶意诈骗银行资金,且银行已向公安机关报案,公安机关也已经立案侦查的,法院应当“先刑后民”中止审理,待公安机关查明案件事实后,再恢复审理,杜绝该类诉讼可能引发的道德风险。

海南律师



**【摘要】**：律师最大的政治就是服务于法治，律师对法治国家建设过程的参与程度是一国法治实现程度的标尺之一。作为法律的掌握者和实践者，律师具有参与公共事务和政府事务的良好条件。本文主要内容是结合以往工作经验和对律师角色的定位理解，初步分析律师参与政府法律事务的路径。作者认为律师服务政府的路径主要包括：参与立法，促进法律进步；影响公正政策的制定和执行以及参与政府诉讼，制约政府机关违法行政行为等方面。

**关键词**：律师 角色定位 政府 路径

### 引言

党的十八大明确了我国要在 2020 年全面建成小康社会之时，基本建成一个法治政府。而法治政府必须是职能真正转变的政府，是权责清晰、分工合理、权责一致、运转高效的政府。最近，国务院机构改革方案对我国政府职能转换的内容再次进行了明确。对此次改革方案，全国的舆论媒体和法律同行进行了众多的解读和评价，有人持怀疑观望态度，认为政府机构改革属于老生常谈的事了，毕竟改革已经进行了多年，效果虽然明显，但远不及法律人的期望，也有人对此欢欣鼓舞地认为本次政府改革要真刀真枪了，法治社会和法治政府的建设有了具体时间表，法律人全面参与政治经济社会发展的黄金时期到来了。本人认为党的十八大和国务院对政府职能转换的界定都无不是从深层次上对中国改革开放三十年来的政治、经济、社会发展的经验教训的总结，十八大和国务院关于政府职能转变的精神重新确立了转变“只围绕经济发展，忽略社会民主政治和人全面发展”策略，重新走上以法治社会建设为核心的社会

①[摘自陈有西律师《律师百年：在社会法治进程中崛起》]

整体秩序重建的康庄大道。而法治社会必然要求一个能够遵守法律和市场经济规律的“小政府”。江平老师曾言：“律师兴，法治兴；法治兴，国家兴！”因此，在构建法治社会和法治政府的过程中，

在推动政府职能转换、限制政府公权、维护私权过程中，我们律师的作用不可或缺！本文将从律师在法治社会中角色定位谈起，并试着对律师在服务法治政府建设和服务政府路径选择方面进行初步分析。

### 一、律师与政府关系现状和前景

陈有西律师在他的文章《律师百年：在社会法治进程中崛起》中曾这样表述：在中国的传统政治伦理中，官者执政的思维是，知识分子要为我所用，不能特立独行，不希望政治局面百家争鸣，而是希望百家争宠”。<sup>①</sup>所以在政府部分官员眼里，律师的角色定位往往是帮助老百姓和政府打官司，挑政府的刺的讼棍。两年前发生的北海四律师的遭遇以及其他多名律师被整治的案例无不显示着政府与律师的紧张关系，这是导致律师如今角色和地位的社会背景。尽管如此，我们也看到，随着改革的不断深入，随着政府依法行政、建设法治社会的不断推进，购买律师法律服务为政府依法行政出谋划策等方面也越来越普遍。根据司法部公布的统计数据，2009 年全国律师担任政府、企事业单位的法律顾问为 33.8 万家，其中政府法律

顾问为 1.97 万家。从上述数据可以看出，政府聘请律师担任政府法律顾问在我国已成常态。笔者长期为海口市政府及部门提供法律服务工作，对执

## 律师服务政府法律路径浅析

■海南天皓律师事务所 贾雯

业所在地海口市各级政府法律工作有所了解。目前海口市及所辖各级政府都聘用了专职律师担任法律顾问,协助政府依法行政和规避各种法律风险。通过众多律师的努力和创造的良好成果,现在政府已逐渐改变了对律师的看法,并取得了广泛认同。随着十八会议精神的贯彻落实和国务院建设法治政府和服务型政府的深入推进,律师为政府提供法律服务,从而参与政府事务将会有更深更广的发展。律师得以参政议政,为政府依法行政、科学决策提供建议的前景将更加良好。

## 二、律师在为政府提供法律服务中的角色定位

熟悉我国法制史的人应该都知道,我国律师制度的萌芽是在上世纪初,当人类追求民主、法治及人权的大潮涌向世界各个角落之时产生的。历经十年浩劫和改革开放 30 年后,在国家重回民主法治轨道,倡导以人权保障为目标,我国的律师制度才再获发展良机。<sup>②</sup>要想界定律师在为政府提供法律服务中的角色定位,首先必须清楚律师作为掌握法律工具的特殊群体阶层在整个法治社会建设中的角色和社会责任。

### (一) 律师社会角色定位和社会责任

1993 年国务院批准司法部《关于进一步深化律师工作改革的方案》以来,尤其是 1996 年《律师法》颁布以来,律师被界定为“为社会提供法律服务的执业人员”,律师职业也逐渐脱离了“国家法律工作者”体制,在国家与社会之间归属于社会,在权力与权利之间服务于权利。<sup>③</sup>2007 年新修订的《律师法》更加明显地强调了律师与服务客户之间商业关系,将律师定位为“为当事人提供法律服务的执业人员”。回顾我国律师制度的发展,可以看出,从“国家法律工作人员”到“为社会提供法律服务的执业人员”,再到“两个维护”(维护当事人

<sup>②</sup> 摘自:王利平《律师在当代中国社会中的角色和责任》

<sup>④</sup> 张明楷:《律师的定位》, <http://www.bokee.net/blog>, 2009-10-20

合法权益,维护法律正确实施、维护社会公平和正义的执业人员)的法律服务执业人员”的身份的嬗变,反映出律师职业定位的价值取向从最初的国家主义到今天的商业主义,但没有体现出更多的职业内涵和社会角色内涵。著名刑法学家张明楷认为,律师本是法律真实含义的发现者,是法律规范的构建者,是形成正确解释方案的一种重大力量。<sup>④</sup>然而目前,在中国律师中,有钱的大腕律师不乏其人,法律英雄却寥若星辰。律师业往往被视为一个谋生的职业而非追求正义的事业,律师执业时考量更多的是眼前利益而非正义,更有甚者许多律师甚至正在抛弃理想,勾兑权力,突破底线,沦为法律掮客。笔者认为,律师作为熟知法律的特殊群体,是与法官、检察官、公证员一样组成法律职业共同体的一部分,是以维护当事人合法权益,维护法律正确实施,维护社会公平和正义的社会法律职业人员。律师的角色应牢牢定位于充当法治社会和法治秩序重建排头兵和推动者上来,更多地承担铁肩担道义的社会责任。

### (二) 律师在政府法律事务工作中的角色定位

律师参与政府法律工作的角色定位本质上是指律师参与政府依法行政和依法决策过程的身份问题。律师参与依法行政是目前法制完善的国家中通行的制度,如美国的多位总统都曾经以律师为职业。界定律师在担任政府法律顾问时的角色一般取决于我国国家公务员制度和律师制度紧密结合的基础上的社会职能的需要,依法行政、司法独立和律师业自由等是贯穿其中的重要基本原则。<sup>⑤</sup>在我国,律师担任政府法律顾问时往往兼任双重角色:既要接受政府机关的行政制度的约束,又要接受律师职业道德和执业纪律的调整。在为政府提供法律服务时,律师往往要根据行政机关的工作特殊需要提供服务,但实际上就有可能违

<sup>③</sup> 摘自:王利平《律师在当代中国社会中的角色和责任》

<sup>⑤</sup> 摘自成永:《试论政府法律顾问的角色定位》





反律师执业自由的原则,可能会影响到律师在处理具体事务的法律至上和独立思维。所以,这种角色界定就会造成律师沦为政府违法行政、践踏法治的工具,也必将影响到整个法治社会的进程。所以,律师参与政府法律事务时首先必须以一个独立的律师身份参与,不应该受行政机关内部所产生的命令与服从的关系的影响。其次,律师在为政府提供法律服务,履行职责的过程中要坚定法治理念,兼顾私权和公权,为政府依法行政,建设法治政府提供有力的法律保障。

### 三、律师服务政府路径分析

律师作为掌握法律专业知识和拥有法治理念和法治信仰的特殊职业群体,对国家政治生活的参与程度是法治社会实现程度的标尺之一。作为法律的掌握者,律师也具有参与政府公共事务的良好条件,律师特别是执业多年的律师,深知基层公民的利益诉求,加上其专业的法律素养和语言表达能力可以更好地将民情民意传递给政府,也可以将律师执业中得来的经验带入政府依法行政和法治建设之中。对于法治政府的形成能够起到强有力的推动作用。作为一名执业二十余年的律师,笔者在政府及相关部门担任法律顾问,参与了很多政府法律事务的办理。笔者以为可以从以下路径为政府提供法律服务:

#### (一)参与政府立法,促进政府立法的合理合法,从源头上促进政府依法行政的落实

在我国特色社会主义建设日益深入的大背景下,我国现行法律法规的不健全和严重滞后以及一些新生事物和现象的突然出现,这就导致政府在处理一些行政事务时,存在无法可依的情形。比如海口市一些企业向政府申报产权式酒店建设项目,但由于国内没有出台过相关规定,政府无法可依。这个时候,政府往往会通过立法的形式来界

定公民或组织的权利义务和政府权力范围,这也就直接关系着公民和组织的切身权益。而执业多年的律师往往一直站在司法实践的最前沿,最了解法律适用的实际效用。律师通过切身观察、体会,可以将意见提交立法机关,以有效弥补立法与实践现状脱节的最大不足。通过参与法律法规和规范性文件的调研、起草、讨论和审议工作,充分限制政府公权力,保障公民私权,使立法工作不违反上位法的规定,使政府行为做到有法可依,也从源头上杜绝一部恶法的出现,也有利于法治化的进程加快。

#### (二)律师可以参与政府重大项目特别是征地拆迁及涉法信访接待,预防和处理群体纠纷,维护社会稳定

政府作为一个公共事务处理的主体,同行政管理相对人存在千丝万缕的联系。近年来,地方各级政府征地拆迁、重大项目类纠纷非常多。而解决这些民事矛盾、行政矛盾和刑事矛盾的纠纷,律师作为身份独立、有专业法律知识,在政府和群众之间能起到沟通和平衡的独特作用。另外,律师也可以参与政府涉法信访接待工作,可以妥善化解涉法矛盾纠纷,有力地维护社会的稳定。比如笔者执业所在的海口市,市里面的重大旧城改造项目,市政府往往指派一名律师全程参与各个决策和拆迁谈判过程,提前防范各种矛盾冲突风险,能够有效缓解群众对政府的敌对情绪,也有利于问题的最终解决,且在每年市委市政府进行的大接访工作中,律师往往跟随市委市政府领导随时解答问题和提供解决问题的方案。

#### (三)参与政府政策决策、维护政策制定和执行的公正和公平

众所周知,我国各级地方政府承担了大量公共政策的制定和执行职能,对整个社会的管理极



其广泛和具体,每项决策的作出,都可能涉及众多利益,也存在被利益群体绑架的可能。由于政府的许多重大决策可能涉及行政法、民法等各个方面的综合知识,政府人员未必具有全面的法律知识来作出决策。而律师则可以弥补这些不足。可以结合工作经验,通过参与调研、参与政府组织的重大事项听证会、各部门座谈会,提出法律意见及建议,从而影响政策的制定和执行。

#### **(四)在政府事务办理中,律师可以充分参与政府投资项目工作和其他专项工作,保证政府项目依法进行,防范政府风险**

在我国,地方各级政府一直担负着市政建设及其他基础设施建设的重大责任,而这些项目往往是投资形式多样、投资额大、回收周期长,涉及法律关系复杂,法律风险点多且不易防范。通过律师介入政府投资项目的商务洽谈活动,不仅可以保证所投资的项目的合法性,也可以保证政府投资的安全性和顺利开展。海口市重大项目的商务洽谈都有专业的律师全程参与,包括市政府市长办公会议和常务会议也会安排参与律师参与决策。在投资模式的选择、可操作性、风险控制、合同的法核和文核等方面均能发挥很好的作用。在今年的全国开展的闲置土地清查工作中,海口市政府也专门聘请律师全程参与清查工作,从清查程序和实体处理等方面全方位把关,发挥了良好的作用。

#### **(五)律师通过参与政府诉讼活动,力促政府及其部门依法行政**

我国地方各级政府或其职能部门作出具体行政行为时,由于工作人员或者工作机制不健全等原因,往往存在很多违反法律法规和规范性文件的情形发生,侵害了管理相对人的利益,也引发了很多行政诉讼和民事诉讼。通过律师诉讼服务的

介入,可以及时发现行政行为的不当和违法之处,及时将案件存在的情况反映给政府管理层和监督部门,及时解决存在问题,力促政府及其工作人员依法行政。例如海口市每年涉及市政府的行政诉讼案件都超过一百多件。在每年年底时,市政府法律顾问都会将案件情况和败诉原因及部门形成书面文字反馈给市领导层,并对涉诉部门作出行政过错责任追究通报意见,规范政府行政行为,有力地制止了政府和工作人员的违法行为,促进了依法行政的贯彻落实。

#### **结 语**

十八大会议的顺利召开为我国法治社会和法治政府的建设描绘了宏伟蓝图,也为律师法律服务业提供了难得的历史发展空间,律师法律服务业将进入大发展、大有作为的“黄金期”。随着政府职能转换的深入进行,依法行政和依法治国的观念日益牢固,律师为政府提供法律服务的机会和空间也会越来越大,律师践行法治理念,追随法律信仰,促进政府依法行政、建设法治政府的舞台也会越来越大。海南律师

#### **参考文章:**

- [1]江平:《律师是人权卫士》, <http://www.ccwlawyer.com/center.asp?idd=1948>
- [2]王利平:《律师在当代中国社会中的角色和责任》
- [3]成永:《试论政府法律顾问的角色定位》
- [4]陈勇:《律师定位问题初探》
- [5]陈有西律师《律师百年:在社会法治进程中崛起》
- [6]张明楷. 律师的定位. <http://www.bokee.net/blog>. 2009-10-20



# 新民诉法实现担保物权 新规案件探索

■ 海南法立信律师事务所律师 黎青艳

## 【以案说法】

2011年6月23日,陈先生为解决资金周转困难,向萧先生借款500万元,月利息1.5%,并将其共有的坐落于某市一处房产抵押给萧先生,双方依法办理了抵押登记手续。然而,陈先生不仅没有按约支付利息,还玩起了失踪。无奈,萧先生只好起诉到法院。一般操作,通过诉讼确定担保物权,然后申请强制执行拍卖抵押房产收回本息,最终实现担保物权。

可见,从我国现行法律来看,除了类似于银行等金融机构办理过强制执行公证的抵押合同外,实现抵押权基本上还是以传统的诉讼途径为主。但是这种实现担保物权的方式,诉讼周期相对较长,司法救济过程中变数较大,对债权的实现相对不利。长此以往,必将影响抵押担保交易的良性运行,不利于社会融资渠道的畅通,最终会削弱物权担保制度本身的生命力。

## 【旧法梳理】

《担保法》是我国第一部比较详细规定如何实

现担保物权的法律。《担保法》第53条第1款规定:“债务履行期届满抵押权人未受清偿的,可以与抵押权人协议以抵押物折价或以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿;协商不成的,抵押权人可以向人民法院提起民事诉讼”;第71条第2款规定:“债务履行期届满质权人未受清偿的,可以与出质人协议以质物折价,也可以依法拍卖、变卖质物”;第87条第2款:“债务逾期仍不履行的,债权人可以与债务人协议以留置物折价,也可以依法拍卖、变卖留置物”。《担保法司法解释》第130条规定:“在主合同纠纷案件中,对担保合同未经审判,人民法院不应当依据对主合同当事人所作出的判决或裁决,直接执行担保人的财产。”

上述规定,可见我国对抵押物权的实现方式,留置物权及质物权的規定不一,但由于我国不赞同自力救济,当事人想要实现留置物权或质物权,只能寻求公力救济。但是,对于留置物权及质物权如何在通过公力救济的方式实现没有具体规定,至此导致在实现担保物权方面实体法上留置

物权与质物权虽与抵押物权规定不一,可以通过拍卖、变卖的方式实现,实则一样,当事人只能经过诉讼的方式来确定抵押物权的存在,然后依据判决申请法院执行。因此,旧法“实现担保物权必须经过诉讼”。

2007年10月1日起施行的《物权法》首次明确担保物权的实现可以通过非诉讼的方式。《物权法》第195条规定“债务人不能履行到期债务或发生当事人约定的实现抵押权的情形,抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押物财产的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的,其他债权人可以在知道或者应当知道该撤销事由之日起一年内请求人民法院撤销该协议。抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的,抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产”;第220条规定,“出质人可以请求质权人在债务履行期届满后及时行使质权;质权人不行使的,出质人可以请求人民法院拍卖、变卖质押财产”;第237条规定,“债务人可以请求留置权人在债务履行期届满后行使留置权;留置权人不行使的,债务人可以请求人民法院拍卖、变卖留置财产”。

依《物权法》,抵押权人想要实现抵押权,诉讼非必经程序,抵押权人可以通过向法院申请拍卖、变卖程序来实现抵押权。然而,关于《物权法》直接申请法院拍卖、变卖实际操作中却存在问题:

1、实体方面。抵押权人与抵押人未就实现抵押权达成协议时,会出现两种情况:一是双方就债务履行期届满债务未受清偿的事实没有异议,只是就采用何种方式来处理抵押财产的问题达不成一致;二是双方在债务是否已经履行以及抵押权本身的问题上存在争议,而双方对抵押合同的有关条款或抵押权的效力问题存在争议,这些问题

实际上是实现抵押权的前提条件,有争议也就根本谈不上协议以何种方式实现抵押权。对于第一种情形,抵押权人可以依据本条规定直接请求法院拍卖、变卖抵押财产;对于第二种情形,抵押权人仍应采取向法院提起诉讼的方式解决。而《物权法》第195条没有考虑第二种情形的存在。

2、程序方面。关于直接申请法院拍卖、变卖的程序没有相关规定,程序法和实体法没有链接上。抵押权人直接向法院申请拍卖、变卖抵押物应该向法院执行庭提出,抵押权人拿出的执行根据是抵押合同。抵押合同能否作为执行根据?执行根据是指执行机关根据民事强制执行的各类法律文件,又称为执行依据、执行名义、债务名义等,根据我国民事诉讼法及最高人民法院相关司法解释的规定,我国目前的执行根据包括人民法院制作的法律文书(其中又包括民事判决书、裁定书、调解书、民事制裁决定书和支付令;经法院裁决承认其效力的外国法院作出判决书、裁定书以及国外仲裁机构作出的生效裁决书:刑事附带民事判决书、裁定书、调解书;行政判决书、裁定书、调解书)以及其他机关或机构制作的且法律规定由法院强制执行的法律文书(其中又包括我国国内和涉外仲裁机构作出的仲裁裁决书和调解书;公正机构依法赋予强制执行效力的债权文书;行政处罚决定书和行政处罚决定书)。显然,担保合同不属于上述执行根据之列。

### 【新法探索】

为了解决实现抵押权在程序上的问题,以达到减低公力救济成本、减少当事人救济时间,新民事诉讼法在第十五章特别程序中增设了“实现担保物权案件”一节,对担保物权实现的相关程序性问题作出了规定,一些地方高院马上细化规定出台了相关意见(如:2013年1月1日起施行的《浙



江省高级人民法院关于审理实现担保物权案件的意见》),足以看出担保物权的实现对保护担保物权人的重要性。

根据立法的本意并结合审判实践,理解和适用该程序应注意以下几个问题:

### 1、关于实现担保物权的申请主体

新民事诉讼法第一百九十六条的规定,实现担保物权案件的申请人包括“担保物权人”以及“其他有权请求实现担保物权的人”。实践中,如何理解“担保物权人”和“其他有权请求实现担保物权的人”适用范围?根据我国物权法相关规定,有权向人民法院申请实现担保物权的主体为“抵押权人”、“出质人”和“财产被留置的债务人”。那么,申请实现担保物权是否仅以物权法为依据,换言之,物权法之外的其他实体法是否也可以作为申请实现担保物权的依据?我们认为,根据新民事诉讼法立法本意,实现担保物权的申请人不应仅限上述三类主体,还应包括上述三类主体相对应的主体,即与“抵押权人”相对应的“抵押人”、与“出质人”相对应的“质权人”、与“财产被留置的债务人”相对应的“留置权人”。同时,我国合同法第二百八十六条规定的建设工程承包人也可以作为申请主体。另外,我国的海商法、民用航空器法等法律中规定的船舶抵押权人、民用航空器抵押权人等,也可以作为实现担保物权案件的申请人。

### 2、关于实现担保物权案件的管辖法院

从世界各国及地区的立法实践来看,申请实现担保物权案件的管辖法院通常采取两种方法确定:一是由担保财产所在地管辖;二是由担保物权登记地法院管辖。新民事诉讼法兼采上述两种地域管辖的标准。其第一百九十六条规定,申请实现担保物权,由担保物权人以及其他有权请求实现担保物权的人向“担保财产所在地”或者“担保物

权登记地”基层人民法院提出。实践中,对于担保物为多个物且分散在数个法院辖区内的,应当根据民事诉讼法的现有规定确定管辖法院,即如果各个法院都有管辖权的,申请人可以选择向其中一个有管辖权的法院提出申请。

### 3、关于法院的审查标准

人民法院受理实现担保物权人的申请后如何进行审查?我们认为,人民法院应当审核申请人提供的相应材料,如担保物权是否成立的证明文件(包括主合同、担保合同、抵押权登记证明或者其他权利证书等)、担保的债务是否已经届满、担保物的现状等事实,必要时可以依职权调查相关事实并询问相关当事人。审查符合法律规定的,人民法院即可裁定对抵押财产进行拍卖或变卖。不符合法律规定的,则驳回实现担保物权申请人的申请。依据新民事诉讼法第一百九十七条的规定,申请被驳回的,当事人可以向人民法院提起诉讼。

如果被申请人提出异议,人民法院又应如何处理?对此,在民事诉讼法修改过程中曾有两种意见:一种意见认为,只要被申请人提出异议,人民法院就应该裁定驳回申请;另一种意见认为,对于被申请人提出异议的,人民法院应该对其异议是否成立进行审查,而不应只要被申请人提出异议就驳回申请。我们认为,对于被申请人提出异议的,人民法院应该进行审查,不能单单依据被申请人提出的异议就驳回申请人的申请,否则有违新民事诉讼法设立该程序的目的。经审查,被申请人的异议确实成立的,则裁定驳回申请。

### 4、关于审判组织

关于人民法院审理申请实现担保物权的案件是独任审理还是组成合议庭审理问题,我们认为,基于实现担保物权案件设在新民事诉讼法第十五章特别程序中,对于第十五章中的“一般性的规



定”当然适用该程序。新民事诉讼法第一百七十八条规定,“依照本程序审理的案件,实行一审终审。选民资格案件或者重大、疑难的案件,由审判员组成合议庭审理;其他案件由审判员一人独任审理。”因此,法院受理的申请实现担保物权的案件,原则上采用独任审理的方式进行审理,但对于重大、疑难案件,则应当由审判员组成合议庭进行审理。

#### 5、关于审限

关于审限,应当适用新民事诉讼法第一百八十条关于人民法院适用特别程序审理的案件审限的规定,即应当在立案之日起三十日内审结,有特殊情况需要延长的,须经本院院长批准。

#### 6、关于申请实现担保物权的案件如何收费

由于实现担保物权案件是此次民事诉讼法修改后新增内容,现行的《诉讼费用交纳办法》对如何收费并未有明确规定。《浙江省高级人民法院关于审理实现担保物权案件的意见》第七条规定,实现担保物权案件不收取案件申请费用。我们认为,实现担保物权的案件增设在新民事诉讼法十五章特别程序中,如果需要收费,也应当参照《诉讼费用交纳办法》相关规定按件收取申请费,而不应以申请实现抵押物权标的额为依据收取。人民法院作出拍卖、变卖担保物的裁定后,申请人向人民法院申请强制执行的,则应按执行金额收取执行申请费,并由被执行人负担。

#### 【实务操作】

实务中,如果抵押权人想通过申请法院拍卖、变卖实现抵押物权,须在与抵押人签订抵押合同时,严格审查主合同,做到主合同事实清楚,对于由第三人做抵押的担保物权,更应该严格审查主合同,并尽可能多的要求提供主债务关系真实存在的材料;想要通过非诉方式实现担保物权,抵押

合同要做到权利义务明确,担保物权的实现条件约定详尽;对抵押人和主债务人为同一人时,也同样要做到抵押合同与主合同事实清楚。总之,抵押物权人申请法院拍卖、变卖,在主合同及抵押合同事实清楚的情况下,法院作出支持裁定的可能性更大。

如开篇案例。实务操作中,只要借款合同主债务关系事实清楚,且抵押事实清楚,实现抵押权的条件已满足,则萧先生可作为申请人,以陈先生为被申请人,请求法院确认抵押权,并要求以拍卖、变卖方式对房产价款在债权范围内优先受偿。法院受理后,审查主合同与抵押合同事实清楚,就能作出支持的裁定,裁定后若对方不履行,立即申请强制执行。实现担保物权的申请不需要随主债权提出,不需要走普通程序甚至二审终审,不需要按照诉讼标的缴纳高昂的诉讼费,30日内审结,抵押权完美实现。

海南律师



“当前一些法律实施状况不佳,原因非常复杂,既有全社会缺乏法治精神,法治理念,也有个别领导干部不懂得运用法治思维和法治方式来办事情,做决策,还有立法本身缺乏操作性,过于抽象等原因。然而,最重要的原因是我们对法律事实效果缺乏有效的评价机制。”

——中国政法大学副校长马怀德

“现在对专利的司法保护,已经非常充分,非常明确,但是行政执法是非常干涸的状态,亟需加强。只有行政、司法两手都硬,才能为我国的创新工作作出更大、更多的贡献。让发明人更有安全感,有了安全感才能真正安心发明创造,而不是天天想着怎么维权,和各级部门打交道。”

——中国政法大学知识产权法研究所所长助理张南

“法律上有流通物、限制流通物和禁止流通物之分,电子商务延伸到哪里,法律的触角就延伸到哪里。监管部门应当加大监管力度,工商部门对电子商务当中交易秩序的监管,应该和对实体市场的监管一样严格。第三方交易平台的电商网站本身,应当担当起制止非法物品流通的重大责任”

——中国人民大学法学院教授刘俊海

“玉林狗肉节的乱象可以看出,中国教育有缺陷,反思一下,为何社会对吃狗肉有那么大的分歧,就是因为道德教育和科技教育都存在缺陷。比如说,动物的意识情感、动物的分级分类管理,在国际上都有很成熟的经验。解决食狗争议的关键是要立法,国家立法并非要求争论双方必须形成完全一致的共识。”

——法学专家常纪文

“司法机关要实现‘去地方化’,经费保障‘去地方化’是重要前提。如果‘钱袋子’捏在地方政府的手里,依法独立办案就会受到影响,司法就容易受到地方保护主义的干扰,地方领导的‘条子’,说情就很难避免。当前,各级地方政府依法行政水平正在不断提高,但用制度保障司法公正依然十分必要。”

——上海市法学会副秘书长汤啸天

“上海司法改革方案的最大亮点在于法官、检察官的‘员额制’。只有当法官、检察官的人数减少到现有规模的1/3时,专业化、精英化之类的改革举措才能落实,对办案责任的追究才不至于无的放矢,司法人员必要而充分的身份保障和待遇才能提高。正是这个‘员额制’,激活了司法机构的一池静水。”

——上海交通大学法学院院长季卫东





习近平

在第六届中美战略与经济对话和第五轮中美人文交流高层磋商联合开幕式上,习近平表示,中美双方应该坚持从大处着眼,把握构建新型大国关系总目标,认清两国共同利益远远大于分歧;应该"尊重彼此对发展道路的选择,不把自己的意愿和模式强加于对方";应该善于管控矛盾和摩擦,坚持通过对话协商,以建设性方式增进理解、扩大共识。



李克强

李克强近日部署整改审计查出的问题时讲到,"这次的审计结果,有些是新问题。但大部分都是老毛病,像'牛皮癣'一样'屡审屡犯'。他要求,对于审计出的问题,不仅要列出整改的"任务清单",排出"时间表",逐个"对账销号",更要建立起整改的长效机制。



刘云山

刘云山在"欧洲学者眼中的中国共产党"研讨会上表示,研究好中国共产党,实际上就抓住了研究中国的核心,就找到了解答当代中国从哪里来,向哪里去的"钥匙"。他提出认识中国共产党的几个维度,包括历史的维度、人民的维度、文化的维度、实践的维度、世界的维度。

## 最高检

### 收监 18 名监外执行的高官罪犯

据报道,截至5月底,全国检察机关已发现违法减刑、假释、暂予监外执行案件线索188件,已建议将暂予监外执行条件消失的247名罪犯收监执行,其中副厅级以上职务犯罪罪犯18人,并对发现的违法线索,进行监督纠正,同时,立案查处相关职务犯罪案件30件40人。

## 食药监总局

### 网售处方药正研究配套目录

国家食品药品监督总局刚刚结束《互联网食品药品经营监督管理办法》的意见征集,"互联网药品经营者应当按照药品分类管理规定的要求,凭处方销售处方药",引发全行业的关注。7月3日,国家食药监总局表示:处方药销售门槛不会降低,关于哪些(处方药)将来能够卖,正研究配套目录,目录公布后按目录操作。

## 教育部

### 特长生入学需要复核

近日,教育部召开发布会表示,对于举报反映高考加分存在问题的,将进行彻查,根据调查结果,依纪依法严肃追究相关责任,构成犯罪的要移交司法机关依法追究刑事责任。教育部还要求高校加强对体育特长等特殊类型考生录取结果的监督检查,开展入学专业测试的复核,对于复核过程中不达标学生,一律不予学籍注册,已经注册学籍的,要坚决予以取消,对相关责任人,实施倒查追责。



## 法律橡皮泥(外一篇)

■海南瑞来律师事务所 罗 荣

湖南桂阳县农民李清因销售贴有“鄂尔多斯”、“恒源祥”等商标的假冒羊毛衫,获利1万元,遭内蒙古鄂尔多斯警方“跨省追捕”,被鄂尔多斯中院一审判处有期徒刑5年,并处罚金2151万元。事件曝光后,引发舆论普遍质疑和几乎一边倒的同情。不少人认为,卖假的羊毛衫只是为了糊口,有必要罚这么重吗?

后该案被发回重审。重审的结果是,李清被判有期徒刑4年,罚金199万元。结果还是有人说,只是一个农民,有那么多钱来交吗?他多久才能挣那么多钱呢?

试想一下,如果不是一个农民,而是一个政府官员或者说是一个企业的老板,这个判决会引起这样的争论吗?大家会觉得这样的判决有问题吗?

通过这一两年所谓的舆论热点事件可以看出,网友们基本上没有一个明确的法律观念,对于一个事件的认识,不是依据事实,不是依据法律,而在很大程度上是根据涉案人员的身份来确定的。对于不同的涉案人员,人们会依据完全不同的标准来认定同一个事实,或者同类性质的事件。只要是涉及政府官员、军队、富豪以及这些人的子女,网友们就象是猎狗看到了猎物,不需要猎人发出指令他们便一起扑了上去,拼了命地撕咬,不见血,甚至不见人头落地,誓不罢休。为此,不惜把一

个科级干部的子女说成是官二代,把一个军队转业的工作人员子女说成是军二代。看看药家鑫的下场吧。

可对于另外的一些人,那些看起来无权无势,跟我们普通老百姓一样的人却总带着某种偏爱。比如说这个李清,有人说,又不在造劣伪的食品,又吃不死人,要判决这么重吗?为了搏得人们的同情,各大报纸都把农民的身份界定为农民。事实上李清只当了四年的农民,而在城市里已生活了十六年。还比如周克华,甚至有还不少人把还把他称为英雄。

似乎网民们总是在偏向所谓的弱势群体,如果涉案的人员是所谓的弱势群体,网民以及舆论便会主动地为他找各种各样的理由,而无良的媒体,没有丝毫的操守,在这个时候更是推波助澜,把事件炒到无法控制的地步,严重影响到相关办案机关的最终判决。最终的结果往往是网民和无良媒体们的一次次狂欢。

可没有人去考虑,在这个看似维护弱势群体的过程这中,为了平息所谓的众怒,法律一次次地做出让步。在这些所谓的众怒面前,没有哪一个人,哪一个机构愿意主动地成为牺牲品,最终被牺牲的是法律,是法律秩序和法律的环境。最终的结果却是法律环境越来越坏,法律的声音越来越弱,没有人关心法律本身如何了。



可突然在某个时候，在处理某个人们认为的贪官、无良商人的时候，人们又觉得法律不够严格，不够坚决。似乎法律只对大家认为的坏人有效，而对所谓的弱势或者好人都应该网开一面。可同一部法律，如何有不同的执行标准呢？它怎么能在某个时候有用某个时候又没有用呢？又怎么能在某个时候超过法律规定的标准严判，而某个时候又要放宽法律的尺度呢？法律倒底有没有一个明确的、不可改变和调整的标准呢？

所以说，每一次网络舆论的胜利不一定是法律的胜利，相反，有可能是法律的悲哀。有时想，民主法律什么的真的不是说有就有的。真的不是能从哪个地方一下能搬过来的。人们思维观念的转变需要一个长的时间。包括许多的著名意见人士，他们也只有简单善恶道德评价，而没有什么法律意识。看看在方大国事件里推波助澜的知名人士吧，有多少人都在指望他们申张正义呢。

在一个国家的普通民众甚至是这个国家的所谓精英人士的思维观念都还没有办法转变的时候，要想推行一部初衷良好的法律或者制度，其难度可想而知。就象是奸淫幼女罪，这个罪名的初衷是保护幼女，可最后在普通民众的眼里却成了一条伤害幼女的恶法。

从这些事件中可以看出，公民的民主法制意识绝不可能自发地形成，他们不会自觉地变成理性讲规则的人。一个国家要完成民主法制的变革，必须要进行并经过多次的流血、斗争和冲突。这个过程大概是缺少不了。在这个过程中，民众和政府才会慢慢地发生改变，不管是谁，都要学习和适应新的事物。相互适应之中，这些新的制度和观点才能真正深入人们的观念之中。大家才能真正适应所谓的民主法制。否则，几百年之后，义和团又来了，几十年之后，红卫兵又来了，历史完全又重演！

人们喊着法治的口号，最终还是觉得人治更方便一点，更好用一点。

现在，唯一可希望的就是媒体能发出独立的声音。在舆论一边倒的时候能发出不同的声音，能进行理性的讨论。而不仅仅只是做一个简单的道德的判定，与一群无知的网络暴民一起狂欢。法律就是法律，它不是某些人的工具，或者护身符。法律是冰冷的、理性的，有的时候它就是那么无情。要承认法律的作用，就需要承认它的这些特性。

美国的消防警察可以因为市民没有交消防费而看着大火烧了他的房子，这事在中国就接受不了。可在美国，因为法律就那么规定了，不交费，不享受服务！就是这么简单！

### 民主能带来什么

看了电影《铁娘子》，特别让我震惊的是两个细节。一是马岛战争的时候，英国国内是不主张打的，说是没有钱打仗。也正是因为没有钱，英国在马岛根本就没有驻军。当时，美国的国务卿也跑来说，那个地方在几千公里之外，没有什么政治和经济的价值。撒切尔夫人只说了一句话：就象你的夏威夷吗？日本人在轰炸珍珠岛的时候，你们向他们表示感谢了吗？铁娘子一句“打”，这仗便开打了。在战争进行过程中，海军将领请求：有一艘阿根廷的舰艇怎么办？铁娘子说：炸沉它！

第二个是，英国国内工会组织罢工，要求涨工资。英国政坛当时也是以妥协的声音为主，撒切尔也是坚决反对。她说如果只是讲“获得，获得”对那些努力工作的人怎么公平！”结果把罢工给镇压下去了。

从第一点来看，这些所谓的民主国家为了维护自身的利益，是不惜背上侵略的罪名的，甚至并不在乎别的国家怎么看。而等英国人打胜仗回来



后,整个世界都安静了。国家与国家之间,实力说话,其他都白搭。

而第二点,关于工人罢工,如果从我们的观点来看,给工人涨工资还能什么错吗?可如果一个国家工人都被工会控制,他们单方面的任何要求都要答应的话,也很难讲他们的要求全都是合理的。因为工人工资的上涨可能会导致相关产业一系列产品、用品、服务的上涨,这便可能是一个国家无法承受的了。

所以对于工会组织的罢工是要打击的。而打击工会是需要冒政治风险的,并不是所有的人都可以做得出来,并坚持下去的。看看那些拉美国家的领导人,为了兑现竞选时的承诺,结果一上台就大发福利,等他下台的时候,留给下任一个无法收拾的烂摊子。再看看现在的希腊,欠了那么多的钱,老百姓却丝毫不愿意缩减福利。谁主张缩减财政支出谁便下台。这个时候,如果没有一个强硬的人上台,主持一下局面,勒紧裤腰带并带领希腊民众走出困境,那不知道希腊什么时候才能走出危机。这大概就是撒切尔伟大的地方了。国家的领导人与领导人之间绝对有能力高下之分的。

还有一个感受就是,那些精英政治家,在健全的民主政治体制中,可对于一般的老百姓真不见得能带来什么实惠。健全的民主体制也意味着更严格的制度的约束,也意味着稳定的社会构架和秩序。这些东西一旦建立起来便很难改变或者说被打破。象我们国家,尽管有许多的毛病,但总还是有一点的好处。那就是在社会中普通人上升的通道还比较宽,虽然现在已有一些利益集团把持了他们的利益,可整体上我们国家本身还处于一个上升的过程,许多的东西还未完全定型,机会还比较多。所谓乱世出英雄,许多人抓住机会便出来了。等到一个所谓的民主法制社会真正地成熟

定型下来,那些所谓的精英形成几代之后,对于普通人的后代来说,他们的机会比那些精英的后代少很多。现普通人的上升远比我们现在难得多。

撒切尔夫人还是牛津大学毕业,那个大学的文凭可以直接让许多人闭嘴的。可那些同僚在许多年里却一直嘲笑她小杂货店主的主身。而看看我们那些成功的人士,有多少是直接来自田间地头、从普通人家走来的呢?有谁会嘲笑他们的出身?现在想,民主能带来什么?民主政治的改革大概只会让人们的民主权利增加,却不一定带来民众的富裕,更不一定带来社会的共同富裕。在任何社会,成功和富裕的人都是少数,他们的背景便那些绝大多数不成功,不富裕的人!

那为什么还要进行民主政治的改革呢?我想应该是法国哲学家在两百多年前就说的,人生来就应该是平等、自由的,罗斯福说人应该有免于恐惧的权利。民主政治改革带来的更多的是公民的权利——自由的权利、平等的权利、迁徙的权利、得到尊重的权利、免于受惊吓的权利、对公权力监督的权利、普通人面对公权力可以说不的权利、私有财产受保护的权利等等。经济发展的实践已表明,国外的民主制度并不比中国极权领导有什么优势。民主的另外一面便是效率的低下。民主改革的后果可能使得竞争更加激烈,社会的贫富分化加剧,底层老百姓的生活更困难。但我仍然希望能进行政治体制的改革,它至少还有一点好处就是,你看那么强势的撒切尔,如果民众不满意,仍然也可以把她选下来或者逼她辞职。我就是想看到权力被关起来。在民主的国家,一个拥有公民权利的人至少可以活得象个人,而不只是国家的一个零件、官员眼中的蚂蚁,他的生命应得到任何人的尊重!

海南律师

# “振衣千仞冈，濯足万里流”

■海南大华园律师事务所 吴坤卿

## 引言

笔者荣幸受海南省委统战部推荐,参加2014年3月18日至27日在中央社会主义学院举办的中央统战部第十一期新的社会阶层人士理论研修班。认真聆听了王永庆局长、齐续春副主席、罗援少将等十位领导及专家的十个专题,并深入贵州遵义考察,深切地感受到中央统战部的精心组织和周密部署,强烈地体会到在建设中国特色社会主义伟大国家的进程中,统一战线起到团结全国社会各阶层人士、弘扬以爱国主义为核心的民族精神和以改革创新为核心的时代精神,凝聚全体人民智慧和力量,才能实现国家富强、民族振兴、人民幸福,才能实现中华民族伟大复兴的中国梦。作为无党派人士,只有坚持走中国特色社会主义道路,坚持走共产党领导的多党合作和政治民主协商制度,才能站的高,看得远,并有所作为。因此,引用“振衣千仞冈,濯足万里流”作为体会题记。



## 坚定信念 担当使命

全国政协副主席齐续春所做的《如何提高参政议政能力》从无党派人士的角度提出要“从做好本职工作的同时,要参政议政,宣传党的方针政策,信念坚定地坚持中国共产党的领导,坚持走中国特色社会主义道路,要勤奋务实,敢于担当”。齐主席谈其在美国芝加哥出席孙中山思想研讨会时,受到台湾国民党高官将领当场为难,强调要是国民党领导中国,则中国会更加民主富强,中国共产党取代国民党是历史的错误。齐主席当场反驳,如果历史可以假设,民国之前是清朝,我是清朝正黄旗正统,那中国由我家族继续统治,还是轮不到国民党。但是,历史是不能假设的!民国取代清朝,是因为清朝腐败;中华人民共和国取代中华民国,是因为中华民国不得民心。中国选择中国共产党才是历史的必然!!

通过政治理论学习并深入贵州遵义革命圣地实地考察,中国共产党领导的工农红军为了民族解放,娄山关艰苦奋战,四渡赤水,爬雪山,过草地,英勇无畏的长征精神深深的震撼我们的心灵,升华我们的精神,使我们更加坚定中国共产党才是民族独立,民族富强的希望,没有共产党就没有新中国。

什么是我们要担当的时代使命?中央社会主义学院张峰副院长在《学习贯彻十八届三中全会精神、坚持和发展中国特色社会主义》专题,国务





在遵义仁怀县樟柏村

院研究室信息研究司向东巡视员所作的《稳中求进、改革创新》2014年的政府工作报告解读,及清华大学国际关系学院何茂春教授在《国际国内形势国际化战略与对策》讲座中均提到,当今的时代使命是“建设文明、民主、富强、和谐的社会主义大国”。“天下兴亡,匹夫有责”,作为有良知的中国知识分子、无党派人士,理所当然要勇于担当历史的、时代的崇高使命。

### 全面深化改革

国家行政学院龚维斌教授在《社会转型与治理》的专题中提到,中国社会高速发展带来了诸多的社会矛盾和新问题。党中央高瞻远瞩,及时提出全面深化改革是必然的时代要求。全面深化改革的总体目标是,“完善和发展中国特色社会主义道路,全面推进国家治理体系和治理能力现代化。”十八大报告明确提出“加强创新社会管理,加快形成党委领导、政府负责、社会协同、公众参与,法治保障的社会管理体制。”古云:君子当“修身、齐家、治国、平天下。”作为无党派人士,理应以国家大局为重,以民族伟大复兴为己任,积极投身于当前改革大潮,按齐续春副主席所讲的深入群众中调查研究,更要向何茂春教授学习,走遍世界171个国家和地区,走遍全国各省市,不畏艰难险阻,探索改革创新的精神。

### 大国胸怀和智慧

罗援少将在《我国周边安全环境及软实力建

设》的专题中指出要把国家主权和安全放在重要位置,面对钓鱼岛问题和南海问题要打出军人的组合拳,以寸土不让的外交辞令,综合军事演习的震慑,公布领海基线,划出航空识别区等进行维权,以“精忠报国”的军人气魄维护国家的主权和安全。何茂春教授判定,中国作为大国崛起将是世界未来的大事之一,因此,在中国经济富强,军事强大的基础上,国民要充分展示大国的胸怀和智慧。全球化发展成为现实,我们国民要做好当大国国民的准备,要学会平等待人,培养优秀品质才能引领世界的发展。天下皆兄弟,所有民族都有值得学习的优秀品德。作为外交官的何茂春,讲述他在国际航班头等舱里遇到中国土豪在地板上吐痰的经历,他的作法是没有谴责,而是无声俯下身,用纸将痰擦干净,令“土豪”豁然。以身作则是最好的教育,按何教授的自嘲“我身为教授,没有教育好中国公民!遗憾!”这是何等的胸怀和智慧。这就不难想象何教授被六个国家聘为顾问的缘由,他精通六国语言,曾代表中国在联合国任职,他强烈要求我们至少要精通一门外语,才能走出中国,才能走向世界。正如北大程教授课堂里要求同学们齐声朗诵的“日月之行,若出其中,星汉灿烂,若出其里”所表达的气概。

### 报效祖国才是大爱

北京大学中文系程郁缀教授解读《游子吟》,“慈母手中线,游子身上衣……”无私的母爱,令古今多少人士诵之流下热泪,而程教授讲这尚是小爱,爱亲朋好友是中爱,只有胸襟开阔,报效祖国才是大爱。大爱同样令人心潮澎湃,义无反顾。齐续春副主席回忆起他任副县长时,有天晚上和当地干部背着粮食上山看望老共产党员王大爷的情景,衣襟破旧的老人握着他的手喊“共产党万岁!”令人动容,潸然泪下。

罗援将军回忆起电影中“向我开炮”战斗英雄王成的原型,活着的抗美援朝英雄蒋永泉,因当时被美国的炮弹炸晕,被美国军队逮捕,后作为俘



虏释放，以前中国当局怀疑蒋大爷是变节、是叛徒，因此，蒋大爷被批斗，被下放到农村改造几十年，不公正的待遇并没有减少蒋大爷对祖国的忠诚，没有减少他对人民的热爱，他甘愿委屈，有尊严活着。他的故事被记者意外发现，被遗忘的革命战士再次被记起，当党委询问老人需要什么补偿时，早被炸弹震聋的老人说，我只要一枚抗美援朝的“和平奖章”。当中央军委授予其特制的奖章时，衣着不整的老人整整齐齐向昔日首长敬了个军礼，当场拥抱着大哭，这就是共产党员的情怀！这就是共产主义的信仰！是对祖国和人民无私的默默奉献！这就是报效祖国的大爱！！听着故事，全班学员都在悄悄擦眼泪，是的，我们灵魂受到洗礼。

### 凝心聚力，走出雾霾，走向热带天堂

北京雾霾，与中国其他重点城市一样，给城市居民带来了严重的生活担忧和健康的威胁。中国科学院大气物理研究所李昕研究员以《雾霾，生态文明的思考》从专业的角度介绍，霾是大气中微干尘粒浮游于空中，使空气普遍浑浊，水平能见度少

于十公里，呈黄色或橙灰色天气现象。霾是城市发展，工业化发展所必然出现的产物，其给人民健康带来灾难，能直接进入人体肺泡，甚至血液系统中，直接导致心血管病，增加重症和慢性病的死亡率，因此，党和政府高度重视，及时推出大气污染防治措施和制定落实治霾制度，全民努力走出雾霾。

走向热带天堂。作为海南无党派人士，感到了肩膀上担负的重大使命。深受中央统战部六局王永庆局长的启迪，在遵义会议会址 无党派

人士要超越自身本职工作，为行业建设，为法治中国建言献策。本人深刻体会：首先，要以雾霾为警示，增强海南生态环境法治保护理念，加大生态法治宣传和教育，使广大人民群众懂得生态环境是海南国际旅游岛赖以生存和发展的前提；其次，积极参与生态环境旅游立法，将生态文明理念转化成法律条文，明确该禁止的行为，鼓励的行为，违法的惩罚措施等等；再次，对触及破坏生态旅游环境和旅游资源的恶性案件，要深入调查和研究，提出解决问题的方案和建议；最后，要团结广大人民群众，凝聚社会各界力量，积极推进法治海南、和谐海南、美丽海南建设，。

中华民族的今天，正是“人间正道是沧桑”，我们只有坚定信念，凝心聚力，敢于担当，勇于创新，以博大的胸怀和智慧，去推动法治中国建设，才能实现中国梦，中华民族的明天将是“长风破浪会有时！”

海南律师

2014年3月27日

于中央社会主义学院





# 陈胜的鱼肚字条

与

## 非法 3.15 网站的牟利伎俩

——杂谈消费者网络维权之乱象及治理建议

■海南法立信律师事务所 陈友峰

如果说现在哪样东西最普遍，任何人任何时候都有可能会遇见，并且每个人随时随刻都可以制造的，恐怕除了二氧化碳以外，就数造假了吧？如果说造假是世界性的问题，那么至少得承认我国的造假水平确是个中翘楚：假鸡蛋、假血燕都是“小菜一碟”，媒体资讯挂羊头卖狗肉、浮夸报道也不算稀奇。但连国立电视台、公立出版社都参与了养生名人“绿豆汤包治百病”造势宣传可就让普通民众找不着北了，当中央机关使用假发票套取资金发福利，当外国政府机构（譬如意大利友人）不远万里来华打假的，那这个世界可就真乱了套。

勿怪兵家老祖宗过早地琢磨出“兵不厌诈”的谋略之道，各商家活学活用地将“兵者，诡道也”纳为商战指引，并美其名曰利用信息不对称谋取差价，而消费者却以“无商不奸”作为鞭策，时时警示自己要与不法商贩做斗争。尤其是消费者权益保护日这一天，消费者与商家剑拔弩张之势更为

显著：消费者卯足劲，希望通过发达的网络资讯平台，以发帖、跟帖的形式呼吁相关监管部门，使其重视发生在自己身边或大或小的消费事件；而商家则是枕戈达旦，时时刻刻关注所有针对自己的负面舆论，采取或明或暗的公关手段删帖，这样的网络环境催生了一个怪物：一个打着打假口号却没有贡献半点维权成果、成本极低却又赚得盆满钵满的非法 3.15 网站，这个怪物既吃消费者的投诉信息，又吃企业的公关费，甚至还吃掉了公民的言论自由权，可谓是大通吃、左右逢源！

据笔者了解，这些非法的 3.15 网站大致可以分为两种运营模式，一种是有偿地将消费者的投诉信息刊登在自己的门户网站上，此后与当事企业交涉，并许诺收到大笔公关费、删帖费后予以“一笔勾销”，消费者问题不了了之；另外一种则是乔扮成消费者，在各个网站、论坛散播大量子虚乌有事件，当引起当事企业足够注意后，与企业交涉

并暗示自己有足够手腕平息此事，当然这也是有偿劳动，贼喊捉贼得不亦乐乎。这些网站耍的手段简直是陈胜同志起义准备工作的翻版：据《史记》所载，陈胜为了实现混淆视听的目的，以事先写好的“陈胜王”的字条，塞到鱼肚子里，再故意抓住那条鱼并公之于众，最后再振臂高呼“王侯将相宁有种乎”革大秦王朝的命。陈胜也好，删帖公司也罢，两者在歪曲事实、“钓鱼”群众的手法可谓是异曲同工。

从道德上谴责、从体制上制裁上述非法网站及团体是理所当然的，但问题是如此背离商业道德的非法网站何以在法治社会中欣欣向荣呢？为什么本应敬奉消费者为上帝的商家何以舍弃售后、投诉服务，专注于与消费者在网络上互掐、肉搏？为什么消费者舍弃合法、正规、零投入的维权途径，而转投有偿维权怀抱、寓情于网络爆炒呢？笔者认为，消费者选择在网络上投诉，他们看中的是这辆大马车的便捷与直达，消费者的维权意向不是常规方式所能够轻易处理的，他们从心理预期上是希望出现大事件大轰动，最好能够实现搞臭不良商家、用脚投票的目的，君不见屡次有消费者动用各种行为艺术及逆向思维，采取着马拉豪车、闹市砸冰箱等各种激进方式维权及宣泄？当上帝们另辟蹊径、独树一帜维权的时候，倡导无诚不立、业无信不兴的商界可就遍唱哀歌了。多年的3.15宣传固然鼓舞了民众维权的士气，民众在遭遇不法侵害之时大可义正辞严地做狮吼功：“我投诉你去！”，但是现实中不良商家可谓是拥有先见之明，他们知悉目前执法的逻辑，他们深知“有关部门”并不具备机制化的查处能力，其执法的前提必须有媒体报道或者是消费者举报，消费者的举报自不必说，由于渠道不畅、效率低下，恐怕尚未

“上达圣听”便已夭折，而媒体报道之途则紧紧掌握在非法维权网站之手，商家大可一年一次孝敬删帖费来进行危机公关，反观“赌气”的消费者可就骑虎难下了，拨打12315热线要考验耐心、上网发帖要避免“雷区”、最后还要忍受无功而返的失落。

3.15确实是消费者的盛宴，各种打假维权成果在这一天得到了集中展现，但从根本上来讲，消费者最希望的是这一天不要成为符号日或者是某个浓缩点，民众期待的既不是赶集式的维权晚会，也不是象征性的专项治理活动，正如某年几位律师主张取消3.15的建议一样，只有维权“365”，消费者的权益才能够得到充分重视；只有法律及消协组织、工商部门等法律群体真正作为消费者坚实后盾，消费者才能更有力量；只有真正存在一个尊重消费者的高效、便捷解决途径，不良商家才能正视并有所敬畏；只有构建和营造一个健康、负责的监管环境，非法维权网站才能失去生存的土壤，毕竟中华民族再勤劳聪明，也经不起遍地撒网、自学行为艺术维权之折腾！

海南律师







## 赔偿律师费应悠着点

■海南威盾律师事务所 纪红

家庭是夫妻共同结合的产物，夫妻对家庭事务的处理应当相互尊重，对重大财产的处理更应先协商后才作出决定。这点应当是睦某和徐某这对夫妻在接到广东省中山市中级人民法院(2014)中中法民一终字第 272 号民事判决后应领悟到的。

2013 年 5 月 4 日，梁某(买方)、睦某(卖方)与天诚公司三方签订房地产买卖合同，合同约定：“如卖方逾期超过十天未履行的，则卖方须返还买方双倍定金以弥补买方损失。在履行合同中，任何一方不履行合同，违约方承担守约方实现合同权益发生的所有费用，包括并不限于律师费、诉讼费、误工费、公证费等。违约方应代守约方向经纪方支付代理费。”合同签订后的当日，梁某向睦某支付定金 20000 元并向天诚公司支付 3000 元前期代理费。次日，睦某的妻子徐某委托律师向天诚公司发短信声明该合同无效；再次日，徐某委托律师向梁某发律师函声明该房地产买卖无效。梁某遂于 2013 年 9 月 16 日诉至法院，徐某作为有独立请求权的第三人参加诉讼并提出合同无效。原审法院经审理判决睦某向梁某双倍返还定金 40000 元，并支付房地产咨询及买卖代理费 3000

元，律师费 4000 元。睦某和徐某不服一审判决，向中山市中级人民法院提起上诉，二审判决驳回上诉，维持原判。

合同具有相对性，睦某和梁某签订的合同是真实有效的，也没有违反国家法律强制性规定，如果法律支持丈夫作为夫妻共同体的一员签订了合同后，妻子又作为夫妻共同体的一员主张丈夫无权处分，那么必然增加第三人的交易成本，不利于交易安全。本案一、二审法院均以《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》第十七条“婚姻法第十七条关于夫或妻对夫妻共同所有的财产，有平等的处理权的规定，应当理解为：(一)夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。(二)夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。”笔者对一、二审适用法律方面有不同意见，该条规定是对夫妻共同债务的认定，而徐某在睦某签订合同的次日就告知签订合同的一方天诚公司其不同意签订合同。



据此应可认定徐某和眭某没有共同的合意，故不能以此将本案眭某的债务认定为夫妻共同债务。但眭某对物权处分的有效性和眭某对物权处分合同的有效性是不同的概念，也就是说通过结果行为的无效得出原因行为无效，徐某的主张在法律上没有的依据，眭某毫无疑问应负违约责任。而代理费对梁某而言是损失，对眭某而言是依约应支付的费用，一、二审法院判决眭某应双倍返还定金，支付天诚公司代理费，这点是公正。

但是本案当事人同时主张定金和损失赔偿是否存在竞合，也就是说能否判决眭某双倍返还定金及赔偿律师费呢？河南省巩义中级人民法院审理的平阴同鑫铝业有限公司诉郑州市中州铝业有限公司买卖合同纠纷一案中对此问题的观点是：“原告在起诉状中要求赔偿定金8万元，未超过主合同标的额的20%，本院予以支持；……原告主张以双倍返还定金为承担违约责任方式，其主张的27342元损失未超出8万元定金的范围，不应重复主张。”<sup>①</sup>笔者认为此判决更为妥当。《合同法》第

一百一十六条规定：“当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。”《合同法》第一百一十二条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。”可见，在同一诉讼中，定金和违约金不能并用。在定金不足以弥补守约方实际损失时，定金和赔偿损失二者可以并用，但二者相加不能超过守约方的损失，否则，只能选择一项。另外，律师费是当事人为取得诉讼中的优势支付的法律费用，能否当作合同纠纷的损失，还是值得法官考虑的。

赔偿律师费应悠着点，这是笔者的个人观点；不过，此案对于眭某和徐某来说，也没必要申请再审了。 海南律师



<sup>①</sup> 案例来源：刘言浩主编：《法院审理合同案件观点集成》，中国法制出版社2013年3月出版。]



收到昆明市中级人民法院(2013)昆民一终字第 494 号判决书后,杨某一定纳闷:损失都去哪儿了。

陈某于 2010 年 4 月 10 日取得涉案房屋所有权证后,于 2011 年 7 月 14 日与杨某签订房地产买卖合同,约定陈某自愿将涉案房屋以 390 万的价格转让给杨某,付款方式为一次性支付,陈某承诺配合杨某办理产权登记手续,2011 年 8 月 19 日,杨某付清房款,陈某交房,杨某收房后对房屋内部和外进行部装修,经鉴定价值 516293.35 元,后因涉案房屋部分土地用途为工业用地无法办理土地使用权过户手续,陈某和杨某签订补充合同,约定涉案房屋暂由杨某使用,陈某继续配合杨某办理房屋产权过户手续。后陈某诉开发商违约,双

方达成调解,由开发商按购房款的 6.5%为年利率为违约金赔偿陈某。因无法办理房屋过户手续杨某起诉法院请求解除合同,返还房款及利息,赔偿装修经济损失 587095.8 元。一审判决后,陈某不服提出上诉。二审法院云南省昆明市人民法院审理后认为:“关于装修款部分,根据被上诉人所提交的涉案房屋现状的照片及双方陈述,被上诉人系对涉案房屋进行了加层改建而非装修,改变了房屋的原有结构,而上诉人在将涉案房屋交付被上诉人后,并不能预见到被上诉人对涉案房屋进行改建的情况,且上诉人亦明确表示不愿意对被上诉人所改建部分予以利用,故该部分损失应由被上诉人自行承担,一审判决由上诉人承担该部分费用处理有误。”

收到这样的判决，作为卖房人一方的上诉人一定会雀跃欢呼，杨某对陈某而言，简直是天上掉下来的馅饼，要不是杨某，陈某可能想不到起诉开发商并得到开发商的赔偿，而法院判决后，杨某装修改建的价值怎也拿不走，陈某虽然表示不愿接受改建部分，但杨某肯定也拆不走，杨某返还房屋的同时必然要送陈某装修，这种好事做梦都梦不到，法院居然为自己想到了。而杨某一家可能就要后悔了，要不是打官司，虽然没有房产证和土地证，但毕竟有合同为依据，占有使用的法律依据还是有的。现在法院虽然认定对方对解除合同有过错，但吃亏的却是自己。而更感到无奈的也许是杨某的律师，该律师肯定认为不管是改建还是装修都是指不同所有人的财产合在一起形成的新的合成物，如一定要将该合成物分离，则会损坏该合成物，这就是法律上所说的添附。律师虽然在法庭上已充分的阐述了本案合同解除后涉及到添附物的处理：对本案合同的解除，对方负主要的过错责任，就应由对方当事人对添附造成的损失承担主要责任。

对于房屋买卖合同解除后添附物的处理，最高人民法院在审理长沙物资股份有限公司与湖南省万国医疗器械保健品博览会交易中心有限公司、原审被告长沙市物资集团公司房屋买卖合同纠纷案的判决中是这样论证的：“该工程的装修费用对于万国公司而言，是因为房屋买卖合同不能履行而造成的损失，而对于物资股份公司和物资集团公司而言，其收回房屋的同时，即接受万国公司以装修形式对房屋进行的添附，是装修价值的受益者。”<sup>①</sup>最高人民法院审理的此案和昆明市中级

人民法院审理的彼案都是对房屋买卖合同解除后添附物的处理，最高人民法院对房屋添附损失哪里去了说得相当清楚，让人心服口服。

不过，笔者作为律师，也绝没有自己比杨某的代理律师高明的意思，换上我当杨某的代理律师，说不定输得更惨。因为我国不是判例法国家，最高院的判决也不是法律渊源，对于房屋买卖合同解除后添附物如何解决，法律又没有明确的规定。成文法是不可能对所有的社会纠纷作出明确解释的，必须依靠法官以自己的良知运用自由裁量权作出认定，也就是说法官是以良知来讲道理的。但是当法官不以良知讲道理而是以“黑心”来讲歪理时，律师也没有什么办法。君不见，律师往往头头是道讲了一大通，判决书中一句“没有依据，不予采纳”了事。

损失都去哪儿了，还没有把道理说清楚就已定胜负，我仿佛看到杨某阅读判决书时眼中的泪水。

海南律师



①[案例来源：《最高人民法院民事案件解析（房屋买卖、租赁纠纷）》，奚晓明主编，法律出版社2010年出版。]





# 走进特殊群体

## 维特党支部践行群众路线教育实践活动纪实

■ 海南维特律师事务所 刘吉友



为了适应新形势下群众工作的特点和要求,进一步密切党群干群关系,海南维特律师事务所党支部根据律师工作的特点采取灵活多样的形式深入开展党的群众路线教育实践活动,集中解决支部领导班子、党员律师在“四风”方面存在的突出问题,进一步密切党群关系,增强党支部的凝聚力创造力和战斗力,教育引导党员律师增强党性修养、弘扬优良作风,转变职能、转变作风,服务大局、服务基层,进一步调动律师齐心协力推动社会主义法治建设。

党支部经请示王晶主任后决定组成一个由支部书记赖志雄带队的骨干党员律师团队走进海口监狱服刑人员,为他们提供无偿法律帮教服务。2014年4月28日上午8:30,帮教团一行五人按时到达海口监狱。

帮教现场,帮教团成员根据服刑人员的诉求认真研究他们

的判决书等法律文书,并不时地询问他们不服或不理解的地方,然后依据事实和法律客观地回答解释服刑人员的提问;对个别确有错误可以申

诉解决的,依照法律规定,分别给以具体指导并提出意见和建议。

帮教活动持续进行到12时,被帮教的服刑人员皆得到了满意的答复,深刻认识到自己违法犯罪对社会带来的危害,纷纷表示今后将认罪伏法、好好改造、重新做人。

帮教活动结束后,海口监狱李副监狱长对帮教团表示真诚的感谢,他指出专业律师为服刑人员提供法律帮教明显地化解了监狱内不稳定情绪,对促进服刑人员遵守监规、好好改造起到积极的作用。帮教团成员皆感觉到今后应更多地深入基层,密切联系群众,为社会主义法治建设奉献出自己的力量。海南律师



# 省律协与万宁市信访局 就特邀律师参与当地信访 案件评议工作举行座谈会

■王禄锋

2014年5月6日上午,省律协与万宁市信访局在海南律师会馆二楼会议室,就特邀律师参与当地信访案件评议工作进行了座谈。万宁市信访局局长欧先强、司法局局长林国庆;省律协秘书长吴少平、张晓辉站长等12名律师参与了座谈。

座谈会首先由欧局长介绍这项工作的相关情况,他认为信访工作是一项政治性、政策性、和法律性非常强的工作,律师不是公职人员,同时又不是争议案件的主体,律师利用职业优势参与信访案件的评议,是律师担任政府法律顾问工作的直接体现,是帮助政府避免行政执法风险,促进行政公正、公平的有力保障。同时,欧局长依据工作方案就律师评议范围、内容、原则和程序等细节做了全面的说明。

在座的律师在充分肯定这项工作具有重大意义的基础上,认为这是万宁市信访局的一项创举,做好这项工作意义深远,对律师们也是一种挑战,在座律师逐一就做好这项工作提出了自己的意见和建议。认为:应该正确定位律师在评议中的地位,并充分保障参与案件评议的独立性,以确保律师评议意见的公信力。同时,在工作方式方法上,确保律师有充分的时间全面了解案情等。

最后,座谈会还认为:律师参与信访案件的评议工作无即有经验可借鉴,只能在工作实践中不断的总结和完善,只要大家以积极勤恳工作,就一定能为化解社会矛盾,维护社会稳定,促进我省和谐社会建设做出新的应有贡献。

海南律师



# 关爱未成年人成长教育

## 省律协海口工作站继续扎实开展送法进校园 法制宣传活动

■ 邢精惠

5月23日,省律协海口工作站再次组织律师来到龙华区山高小学,给该校四年级的400多名学生上了一堂生动的预防未成年人违法犯罪的法制讲座。旨在为进一步增强在校青少年学生的法制观念,树立中小学学生的法律意识和法治理念,提高他们的自我教育和自我防控能力,培养遵纪守法的行为习惯,有效预防和减少青少年违法犯罪发生。

从5月12日起至月末,省律协海口工作站积极组织市管所律师先后来到龙华区签约帮扶的中小学继续开展“一所对一校送法进校园活动”。此次活动是继去年省、市、区三级司法机关与龙华区教育局联合开展的“一所对一校”义务送法进校园的活动的延续,活动的主要内容是由海口市属六家律师事务所分别是海口广哲所、弘纲所、大华府所、中邦所、嘉法所、北京大成海口分所与龙华区的六所学校签定的义务提供法律服务协议形成结对帮扶教育,协议规定以这市管6家律所

为示范点,由这6家律所选派资深律师给所在学校的中小学生作预防未成年人犯罪法律知识与保护自身安全常识的法制宣讲。自去年活动启动之后,省律协海口工作站加大了与学校的沟通协调力度,有力推动了此项活动的开展。活动开展期间举办了十多场法制讲座,共发放《青少年以案学法读本》、《海南省青少年普法知识读本》、《“六五”兼职法制副校长培训教材》、《禁毒宣传手册》二百余本,校园悬挂法制宣传横幅、播放电子屏幕标语六十余条、共有三千五百余名中小学生到场聆听,受到普法宣传教育。

讲课内容是根据校方要求并针对青少年素质教育的特点,重点围绕如何预防未成年人犯罪、警惕预防误入犯罪陷阱、未成年人权益保护及如何保障自身安全等内容。课堂上,面对一双双渴望知识和心灵成长的眼睛,律师们以大量生动的案例图片,结合具体案例和发生在身边的真实故事举案学法。重点介绍了被暴力抢劫、被非法绑架、被

诱骗吸毒、被拦截欺负、少女防止性侵犯等方面的防范措施,使在校学生懂得作为未成年人的权益和义务,知道什么行为是社会倡导和法律允许的,什么行为是法律禁止的,使他们能对比自己的行为,纠正错误认知,对法律心存敬畏,做到知法守法,远离犯罪,同时教授指导孩子们遇到紧急和危险的情况下如何有效保护和防卫的方法。课堂上律师们用他们幽默风趣的语言,通俗易懂、深入浅出地将日常安全知识和预防未成年人犯罪的常识道理阐述出来,对孩子们进行成长教育。在讲课形式上,更注重以一问一答的启发式方式穿插与学生的互动交流,由学生们对身边接触的问题进行提问,律师逐一耐心解答帮助复习巩固,加深记忆

也活跃了课堂气氛,收到良好的学习效果。

老师们反映,由于青少年模仿性强,法制意识淡薄,因为不懂法铸成终生大错,遗害无穷。社会上非法网吧、电子传媒渲染暴力、毒品、色情等不良社会环境的诱惑,加上家庭方面的监护督导不力等因素,青少年违法犯罪的行为逐年增多,法制观念的引导教育在这阶段尤为重要。

据悉,今后,省律协海口工作站将形成长效普法机制,把“一所对一校”送法进校园活动深入持久地开展下去,共同对未成年人担负起家庭、学校、社会、司法四重保护责任,共同营造安全、文明、和谐的校园环境,推进法治校园、平安校园建设。海南律师

## 尽职尽责,展示 我省刑辩律师风采

轰动海南的王志群等27名被告人重大涉黑案件于2014年4月15日—19日在海南省第二中级人民法院开庭审理,历时近5天。我省22名律师担任辩护人,其中省律协刑辩委主任、威盾律师事务所主任张晓东律师、刑辩委员会委员张涛律师和刑辩委委员王正郭律师分别担任第一、第二被告人的辩护人。庭审过程由天涯网进行了现场直播,海南电视台等多家新闻单位到场采访、报道。各位辩护律师尽职尽责,通过辩护维护了被告人的合法权益,展示了我省刑辩律师的风采。海南律师



# 『海洋日，我们走进潭门渔家』

省律师协会与省海洋环保协会  
走进潭门渔家进行海洋环保宣传活动  
■王禄锋

6月7日上午，在世界海洋日前夕，海南省律师协会与海南省海洋环保协会共同举办“海洋日，我们走进潭门渔家”活动。海南省海洋环保协会会长孙金文、省律师协会社会公益与宣传委员会主任吴坤卿、委员吴冬梅、吴宇青、钟敏一行参加了当天的宣传活动。活动当天律师走进潭门渔家与渔民进行交流，宣传海洋环保知识、为渔民解答相关海洋法律法规，旨在增强渔民的海洋环境保护知识，合理开发利用海洋资源，为海洋经济可持续发展，建设海洋强省、海洋强国贡献自己的一份力量。

据了解，6月8日是世界海洋日暨全国海洋宣传日，今年世界海洋日暨全国海洋宣传日的主题是“建设海上丝路，联通五洲四海”，其主要目的就是为了深入贯彻国家关于建设海洋强国以及“建设丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路”的重要精神，进一步凝聚起关心海洋、认识海洋、经略海洋的广泛共识，推进我国海洋强国建设不断取得新成就。 海南律师







## 海南弘纲律师事务所 向灾情严重地区捐赠生活物资

■ 海南弘纲律师事务所 许伟

因“威马逊”台风影响,全省灾情严峻,损失惨重。海南省交通广播电台向社会跟踪报道各市县的受灾情况的同时,倡议社会通过电台向受灾群众捐赠物资,并由电台组织运送到受灾群众手中。海南弘纲律师事务所行政主管黄丹莉同志在得知这一信息后,随即向邱炯主任汇报了情况。邱炯主任立即与同仁紧急沟通,决定以“单位出资一部分、自愿捐款一部分”的方式购买物资,通过电台

向受灾群众捐赠。22日上午,该所邱炯、邹永锋、王利红、许伟、黄丹莉、陈文彬等同志在海甸岛五西路南国超市采购了速食面、饼干、矿泉水、卫生巾、驱蚊水等一批物资,马不停蹄地将物资运送到海南省交通广播电台。

海南律师