

SHENZHEN LAWYERS



深圳律師

非常视线 专业见解

食品安全法

无论从立法上进行概念的明确界定，亦或是在司法实践中正确解读、适用和完善法律，还是在行政监管机制中不断改革和摸索，或许能为食品安全法修改提供方向参考。也唯有以最严格的监管、最严厉的处罚、最严肃的问责，才能切实保障“舌尖上的安全”。

P2P网贷平台规范需多管齐下

消费者“御用律师志愿团”

法人
FAREN MAGAZINE

NO. 54

2014年第5期 深圳市律师协会主办
法人杂志社协办

深圳市律师协会官方网站投稿系统正式上线

《深圳律师》杂志投稿有新途径啦！

具体操作步骤：登录深圳市律师协会官方网站，点击右上角“我要投稿”，之后登录投稿系统投递稿件，再点击左侧“投稿”，然后选择相应的投稿栏目。

《深圳律师》常设栏目：

- 1、视线：关注与律师执业密切相关的法律动态，或针对社会焦点发表短评（500-1000字）；
- 2、热点：就当前社会反映强烈、百姓关心的热点问题进行专业评述（2000-3000字）；
- 3、拍案：通过典型案例，介绍律师的办案经验，配发律师点评（4500字以内）；
- 4、实务：解读法律条文，发表研究见解，促进学术交流（4500字以内）；
- 5、论道：就社会热点问题进行分析探讨阐述观点（6000字左右）；
- 6、人物：介绍与法律工作有关的团队或个人（4500字以内），或提供采访方向；
- 7、生活：
 - （1）刊发律师的散文、游记、诗歌、随笔、杂文等反映时代气息的作品（2000-3000字）；
 - （2）发表律师的摄影（请标注简单的文字说明）、书法、绘画等作品，讴歌美好人生，鞭靴社会丑恶，弃恶扬善。

操作图示：



构筑坚实屏障 捍卫“舌尖上的安全”

文 深圳媒体评论员 何足道

“舌尖上的中国”，名不虚传。与此同时，“舌尖上的安全”却令人担忧。尤其是许多市井百姓，由于吃不上特供，在吃喝上很难做到放心享用美味。当然也有例外——如今食品安全问题频发，有些人已经麻木，索性放开了吃。

吃得安全，是天大的事，“民以食为天”嘛。科学早就告诉我们，有毒有害食品对身体的危害日积月累，后果很严重，自然群众也很生气。保障大家既吃得开心又吃得放心，还民众一张干净的餐桌，没有过硬的办法不行。

以法治构筑坚实的屏障，将问题食品卡在流向餐桌的半道上，就好了。更值得期待的是，由于法治发威，令食品生产者、经营者以及食品运输、仓储、包装等服务提供者看清厉害与利害，给食品安全监管者压上足够分量的责任，问题食品根本就不会被制造出来。

食品安全法的修订，终究是为了“给健康加道菜”，还是对食品安全工作各环节相关人员施以威慑。如何让它有力，又怎样令其能从纸面顺利落地，就考验着修法者的智慧了。

能不能让问题食品的制、售或经手中间环节负责人，付出沉重的代价？人们常用“倾家荡产”的激愤之辞表达这一呼声，值得听取——海峡那边搅入地沟油事件的强冠公司董事长就表示愿用名下3亿（新台币）身家赔偿受损者。目前来看这边的相关责任方不会感到“鸭梨山大”，因为很多被无良商家坑了的消费者，往往没有办法证明自己是受害者，很多国人也懒得费时费力费钱去维权，也是，谁愿意“追回一只鸡，得杀一头牛”呢？维权是律师的强项，但律师提起公益诉讼却面临不予受理的尴尬。让法律的大门为被坑的消费者敞开，是修法者不该冷落的话题。

惩罚性赔偿或许能给消费者一些安慰，但如何让消费者简便地证明自己确实受到了损害？或者，不管消费者是否很受伤，只要食品有问题，就能给他们一个说法呢？

当然，能把问题禁于未发、止于未萌，那是再好不过了。曾经“N个部门管不住一头猪”的局面，貌似随着食药监部门的建立而将一去不复返了，但监管部门真的无处不在吗？至少在我出生的山村，我就压根看不到食药监部门人员在哪里，那里一些食品的质量的确让人不敢恭维，但好像当地的乡亲从来不觉得它们有问题。没有人报告和没有问题是两回事，监管部门在当地做了哪些食安工作呢？

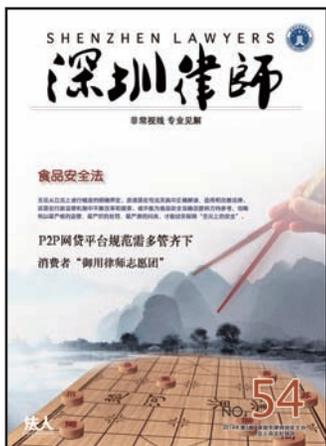
击向无良者的铁拳，在民众眼里却带着温情。那些直接促成问题食品“问世”、销售的人，在利益面前已经异化，不让他们吃吃法治铁拳不行。同样，那些疏于监管者甚至“和老鼠做朋友的猫”，也难逃干系。猫勤快了，老鼠就会销声匿迹，因此，从根上抓起，以法律问责催逼“猫”恪尽职守，十分重要。



法人

主办：深圳市律师协会
协办：法人杂志

粤内登字B11277号



本刊随《法人》杂志赠阅发行

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

视线 VIEW

P4-P5

- ◎ 微信公众号应当纳入行政管理
- ◎ 规范幼儿教育法律不能缺位
- ◎ 乱群发短信或将罚三万元
- ◎ 阅读立法的核心是保障市民的阅读权利

热点 HOTSPOT



专题：食品安全法

P6 聚焦食品安全法修改

P9 食品安全法中惩罚性赔偿问题

P11 广州食品药品监管机构改革探索

P13 食品安全权的私法保护
——兼评《<中华人民共和国食品安全法>
修订草案》第138条

P16 建议完善食品安全主要领导负责制

P18 科学规范食品追溯制度刻不容缓

论道 DISCOVERY

P22 P2P网贷平台规范需多管齐下

P26 互联网股权众筹的现状与法律风险初探

实务 PRACTICE

P29 强奸罪对象“妇女”的软化理解

P30 打车软件的法律问题及“自我救赎”

P33 浅议住宅小区停车场的权属问题

拍案 CASE AND EXAMPLES

P35 交通事故民事纠纷所涉
部分法律问题析

P38 从《侵权责任法》归责原则
看医患纠纷赔偿案件举证责任的分担

人物 PROFILE

P40 消费者的“御用律师志愿团”

生活 LIFE

P42 心若在，梦就在

P43 责·创一流

P44 木头的味道



资讯 INFORMATION

微信公众号应当纳入行政管理

微信公众号是开发者或商家在微信公众平台上申请的应用账号，该账号与QQ账号互通，通过公众号，商家可在微信平台上实现和特定群体的文字、图片、语音、视频的全方位沟通、互动。形成了一种主流的线上线下微信互动营销方式。

(综合媒体报道)

微信公众号不同于微信，将其纳入行政管理范围具有必要性。主要原因有以下三点：

一是微信公众号具有公众属性，影响公共利益和社会秩序。

微信公众号发展迅猛，自2012年8月微信公众平台正式上线，至2014年8月，微信公众号总数已超过580万，日均增长数达1.5万个，每日有过亿次信息交互，不仅被普通民众用来发布信息，还越来越多的被政府部门、公众人物和商家用来作为社会管理、宣传、商业营销的手段和方式，成为影响公共利益及社会秩序的信息发布平台，微信公众号已深入到社会生活和社会事务的各个方面，成为行政管理的当然对象。

二是微信公众号发展过程所带来的现实问题决定了要将其纳入行政管理。

微信公众号因其传播速度快、可以通过朋友圈进行病毒式传播，而成为信息发布、宣传的绝佳途径，微波炉辐射会致癌、榴莲致癌等“伪科学”文章和谣言流传甚广，影响恶劣，劣币驱除良币。今年第一季度，腾讯公司已封号三万个，但类似于上述谣言依然充斥着微信公众平台，将微信公众号纳入行政管理有助于改善服务质量，维护微信公众平台的信息安全与秩序。

三是行政管理的本质目的在于保护自由而不在于限制权利。

行政管理不是老虎，更不是妖魔。行政管理的根本目的在于维护社会秩序和公共利益，在建设服务型政府的今天，将微信公众号纳入行政管理不是要限制大家表达自由，而是对发布不良、违法信息这一根本危害网络秩序和损害广大微信用户的行为进行遏制，充分保障大家依法言论的权利。

综合以上原因，同时鉴于微信公众号的公众特性和社会属性，通过契约约束的失灵、行政管理本身的公示公信力以及制止违法行为的高效，微信公众号应当纳入行政管理。

(广东金地律师事务所 朱明凯、栾德林律师)

规范幼儿教育法律不能缺位

西安、吉林相继曝出幼儿园为牟利而给幼儿长期服用处方药“病毒灵”事件，引起社会广泛关注。公安机关依法对嫌疑人采取了强制措施，两地近百名幼儿体检结果异常或被发现后遗症。

(综合媒体报道)

从媒体报道可见，园方利欲熏心给幼儿服用处方药已非个别地方的孤例，幼儿园变成“药儿园”，情况令人担忧。对此，笔者建议，应在全国范围内对幼儿园进行一次大清查，发现对幼儿违法犯罪的应依法严惩。当然这只是“治标”，要杜绝类似现象再发生，必须采取“治本”的举措。

涉事的西安园方有3人以涉嫌非法行医被刑事拘留。但从某种角度看，“非法行医”只是手段，幼儿教育严重失范甚至失控才是症结所在。

近年来，我国的学前教育机构发展迅猛，各种民间资本纷纷涌入，在促进幼儿教育发展的同时，客观上也带来了各种隐患。随着利益分配的愈发激烈，一些人把幼儿教育纯粹当成牟利的产业，入园的幼儿不被他们视为孩子或学生，而被当成牟利的工具。而我国目前只有《中小学幼儿园安全管理办法》、《幼儿园收费管理暂行办法》等行政规章，尚未有一部权威的法律来明确学前教育的法律地位和责任，在办园标准、办园行为、教师招聘等方面都缺乏强制性的规范。由于缺乏幼儿教育立法，仅依靠各行政部门多头监管，各种乱象也就不可避免了。

反观国外，不少发达国家用立法手段进行强制规范，以保证幼儿获得良好的学前教育。如美国先后通过了《儿童保育法》、《儿童早期教育法》、《儿童保育和发展固定拨款法》以及正式法律《美国2000年教育目标》等。

笔者认为，依法治思维和法治方式来规范幼儿教育已刻不容缓。幼儿教育不同于单纯的企业经营管理，有相当的社会责任属性。只有通过立法对幼儿教育进行调整和规范，明确园方的法律责任，孩子们才会有一个安然之所；如果任由其视幼儿为牟利工具，孩子们的安全就得不到保障。从2012年温岭幼儿园虐童案到如今的“病毒灵”事件，已经一次次给国人敲响了警钟。

幼儿是祖国的未来，肩负着民族复兴和国家富强的使命和重任，我们必须高度重视。规范幼儿教育，决不能让法律缺位。

(天狼星)

乱群发短信或将罚三万元

为彻底根治垃圾短信问题，工信部近日发布《通信短信息服务管理规定(征求意见稿)》，对于违反规定的电信业务经营者和短信息服务提供者，最高可处以3万元罚款。这个被网友称为“史上最严”的治理新规，能否清理干净垃圾短信，还百姓一个安静的手机？

(综合媒体报道)

垃圾短信如过街老鼠，人人喊打，用户不胜其烦。监管部门虽然屡屡出手，但始终如难以治愈的牛皮癣，从未被有效根除。垃圾短信泛滥至今得不到有效治理的原因主要有：一是对于发送端运营商的监管不力。比如运营商通常授权短信提供服务商进行短信发送服务，而这些服务商的违规群发行为，运营商往往推说与服务商仅是商业合作关系，无权干涉其行为，或者推说“监管困难”等给予纵容；二是对个人信息保护的力度不够。群发号码属于个人信息，这些信息被非法搜集、倒卖和利用，导致垃圾短信泛滥，但该行为却未得到相应的惩处。

这次的新规和以往相比最大的不同，其一，是群发首先应当征得用户同意，这点对于保护公民的不受干扰的“不通讯”权，意义重大，给予了公民“不通讯”的自由；其二，是增加了对运营商责任和惩罚条款的规定，规定了运营商的连带责任。内容是积极的，但笔者认为1至3万的赔偿显然是太低了，没有考虑到既得利益与违法成本的关系。

对于工信部近日发布的《通信短信息服务管理规定(征求意见稿)》笔者认为，有以下两个方面可以进一步完善。一是对于征得用户同意。如果允许以群发短信的方式征询意见，那不是变相又同意“首次群发合法”了吗？那么“征询意见类垃圾短信”恐怕又会合法地泛滥了。该条款应进行相应的斟酌、更改；二是个人信息的保护力度应加强。如何保护的细节应完善，对于运营商的惩罚则应当加大，还有对于向不特定人群发短信的规范应当更加具体。

(北京市盈科(深圳)律师事务所 杜芹律师)



阅读立法的核心是保障市民的阅读权利

深圳遍布着各式各样的公共图书馆和24小时自助图书馆，读书已成为深圳市民最热衷的消遣。据统计，每人每天读书1小时以上的占到75%。深圳堪称阅读之城，从2000年开始举办读书月，至今已有十五个年头。《深圳经济特区全民阅读促进条例》草案征求意见已经结束，即将正式出台，深圳将成为全国首个“阅读立法”城市。

(综合媒体报道)

听到阅读要立法，不少市民可能会奇怪，难道我读了什么书读了几本书也要受到法律约束？但实际上《深圳经济特区全民阅读促进条例》的核心是保证市民的阅读权利，使得阅读成为这个城市的生活习惯、生活方式。《条例》主要针对的是相关政府部门、社会组织，约束其行为，明确其责任，对一般公民的阅读行为仅起到引导作用。简单来说就是要求相关部门依法提供更好的阅读保障，比如说设立更多的图书馆，增加藏书，定期组织读书活动等，来引导更多的市民有读书的意识，读书的兴趣。

《条例》借鉴了其他国家优秀经验，结合深圳实际情况，有很多亮点。《条例》设置了专门的议事协调机构，负责全民阅读工作；明确了规划建设制度，包括公共图书馆等公共阅读设施，车站、宾馆、广场等公共场所的阅读空间配置等；除了规定政府及相关部门的职责外，也鼓励企业、社会组织参与全民阅读的建设，如鼓励企业投资或捐资建设面向市民开放的公益阅读设施，从事公益阅读资源生产与供给，独立举办或捐助、赞助公益阅读活动等。

《条例》中比较突出的重点是对未成年人阅读的保护。当前，未成年人的阅读率以及阅读量都在下降，而且碎片化和快餐式阅读占比例较大。未成年人的阅读进步关系到民族和国家的未来，因此保护未成年人的阅读是立法的关注点。《条例》规定了为新生儿免费派发“阅读书包”，为低收入家庭派发“阅读成长书包”，各级学校需保障每周的阅读课时，在图书馆设立未成年人阅读专区，30%馆藏文献面向未成年人等保障措施。

提倡全民阅读、建立阅读型社会也已成为世界性的潮流。深圳开全国阅读立法之先河，保证市民的阅读权利，无疑具有划时代意义。

(广东联建律师事务所 王劲松律师)

【编者按】现行食品安全法仅实施五年即面临修改，足可见当前食品安全形势之严峻。无论是从立法上进行概念的明确界定，亦或是在司法实践中正确解读、适用和完善法律，还是在行政监管机制中不断改革和摸索，或许能为食品安全法修改提供方向参考。也唯有以最严格的监管、最严厉的处罚、最严肃的问责，才能切实保障“舌尖上的安全”。

聚焦食品安全法修改

文 全国人大法工委 李辉

今年6月，十二届全国人大常委会第九次会议对食品安全法修订草案进行了初次审议。如何确保食品安全、重典打击危害食品安全的违法犯罪行为、让百姓吃上放心食品这一话题再度引发公众热议。食品安全法为什么要修改？修订草案主要修改了哪些内容？还应在哪些方面进一步完善？本文将就以上问题进行探讨。

为什么要修改食品安全法

早在1982年，全国人大常委会就制定了食品安全法（试行），在总结试行法经验的基础上，食品卫生法于1995年正式颁布施行，该法对于保证食品安全，预防和控制食源性疾病，保障人民群众身体健康，发挥了积极作用。随着食品安全形势的发展，食品安全工作中出现了一些新情况、新问题，2004年，国务院要求法制办着手修改食品卫生法（修改过程中更名为“食品安全法”），并于2007年12月提请全国人大常委会审议。经过常委会四次审议，2009年2月十一届全国人大常委会第七次会议审议通过了现行的食品安全法。

应当说，现行的食品安全法实施五年来，在构筑食品安全法律屏障、保障人民群众身体健康等方面，是具有重要意义的。食品安全法修订草案的说明中指出，现行食品安全法对规范食品生产经营活动、保障食品安全发挥了重要作用，食品安全整体水平得到提升，食品安全形势总体稳中向好。但是一部法律通过实施仅仅五年就面临修改，这种情况是不多见的，只有道路交通安全法修改等少数几个例子。那么，仅颁布实施五年就修改的原因是什么，就不得不引发思考。在我看来，原因可能有以下几点：

一是食品安全监管体制的调整。现行食品安全法囿于当时的现实状况，确立了以卫生、食药、工商、质监等部门分段监管的监管方式，也就是人们经常戏称的“九龙治水”。多部门监管难免带来“有了利益都来管、没有利益都不管”的问题，造成执法过程推诿、扯皮、低效。例

如，现场制作糕点，到底是食品生产还是餐饮服务，不同执法部门就有不同认识；又如，豆芽是食品还是食用农产品，也有争论。在食品安全领域改变分段监管的模式，实行大部制改革，逐渐成为共识。2013年3月，十二届全国人大第一次会议批准了国务院机构改革和职能转变方案，提出组建国家食品药品监督管理总局，将国务院食品安全委员会办公室的职责、国家食品药品监督管理局的职责、国家质量监督检验检疫总局的生产环节食品安全监督管理职责、国家工商行政管理总局的流通环节食品安全监督管理职责整合，对生产、流通、消费环节的食品安全和药品的安全性、有效性实施统一监督管理等。其后，中编办陆续制定、发布了相关部门的“三定方案”，对各自职责等作出了规定。虽然现行食品安全法第一百零二条规定，国务院根据实际需要，可以对食品安全监督管理体制作出调整，但是在大部制改革后，不可避免地会与原来分段监管为基础的法律产生冲突、抵牾，因此就有必要以法律形式固定监管体制改革成果、完善监管制度机制。

二是食品安全仍存在一些突出问题，有必要重典治乱。必须承认，尽管食品安全形势整体向好，但重大食品安全事故仍经常见诸报端，隐患犹存，掺杂掺假、以假充真、以次充好等违法犯罪行为屡禁不止，广大公众对食品安全形势还是比较担忧的。就在食品安全法修订草案初次审议后不久，媒体就曝光了上海福喜、台湾地沟油等事件，由此可见一斑。很多人对法律规定的处罚额度不满，认为偏弱、偏软，不足以打击食品安全犯罪行为，应当重典治乱。李克强总理也指出：“食品安全事关每个家庭每个人，必须重典治乱、重拳出击，让不法分子付出高昂代价。”2012年《国务院关于加强食品安全工作的决定》也要求“坚持重典治乱，始终保持严厉打击食品安全违法犯罪的高压态势，使严惩重处成为食品安全治理常态。”因此，为了解决这些突出问题，为最严格的食品安全监管提供体制制度保障，有必要对现行食品安全法进行修改。

三是进一步扩大社会参与，实行社会共治。从一定意义上讲，现行食品安全法仍然采用了管理的思维，即政府通过对食品从业者的管理，确保消费者能享受到安全的食品。这种思路在很大程度上忽视了作为消费者的每个人的参与权、监督权。事实上，每个人都是食品的消费者，都是食品安全的利益相关者，食品安全治理工作离不开社会力量。在国际上，也存在着食品安全工作由管理向治理的转变，例如建立风险交流制度，组织食品生产企业、新闻媒体、消费者等进行食品安全风险交流，分析原因，研究对策。为了体现这种治理思路的转变，积极推进食品安全社会共治格局，有必要对现行法律进行修改。

修改了哪些内容

修订草案共十章159条，从篇幅上看，超过了现行法律的十章104条。修订草案立足中国国情，借鉴国际先进经验，还将食品安全法实施条例等行政法规、规章中的一些内容上升为法律规范。根据修改说明，在修订思路上主要把握了以下几点：一是更加突出预防为主、风险防范。进一步完善食品安全风险监测、风险评估和食品安全标准等基础性制度，增设生产经营者自查、责任约谈、风险分级管理等重点制度。二是建立最严格的全过程监管制度。对食品生产、销售、餐饮服务各个环节，以及食品生产经营过程中涉及的食品添加剂、食品相关产品等各有关事项，有针对性地补充、强化相关制度，提高标准、全程监管。三是建立最严格的各方法律责任制度。四是实行食品安全社会共治。充分发挥消费者、行业协会、新闻媒体等方面的监督作用，引导各方有序参与治理，形成食品安全社会共治格局。

修订草案主要修改了以下内容：

一是强化预防为主、风险防范的法律制度。首先，完善基础性制度。增加风险监测计划调整、监测行为规范、监测结果通报等规定，明确应当开展风险评估的情形，补充风险信息交流制度，提出加快标准整合、跟踪评价标准实施情况等要求。其次，增设生产经营者自查制度。要求其定期自查食品安全状况，发现有食品安全事故潜在风险的，立即停止生产经营并向监管部门报告。再次，增设风险分级管理要求。规定监管部门根据食品安全风险监测、评估结果等确定监管重点、方式和频次，实施风险分级管理；建立食品安全违法行为信息库，向社会公布并实时更新。

二是设立最严格的全过程监管法律制度。首先，在食品生产环节，增设投料、半成品及成品检验等关键事项的控制要求，婴幼儿配方食品的配方备案和出厂逐批检验等义务。其次，在食品流通环节，增设批发企业的销售记录制度和网络食品交易相关主体的食品安全责任。再次，在

餐饮服务环节，增设餐饮服务提供者的原料控制义务以及学校等集中用餐单位的食品安全管理规范。最后，完善食品安全监管体制，将现行分段监管体制修改为由食品药品监管部门统一负责食品生产、流通和餐饮服务监管的相对集中的体制。

三是建立最严格的法律责任制度。一方面，突出民事赔偿责任。另一方面，加大行政处罚力度。

四是实行社会共治。一方面，规定食品安全有奖举报制度。明确对查证属实的举报，应给予举报人奖励。另一方面，规范食品安全信息发布。

还应进一步完善哪些问题

一是关于食品安全监管体制。首先，农业与食药监部门的职责划分仍不够明确。第二条第二款规定，食用农产品的质量安全，遵守农产品质量安全法的规定。而根据食药总局“三定”方案，农业部门负责食用农产品从种植养殖环节到进入批发、零售市场或生产加工企业前的质量安全监督管理，食用农产品进入批发、零售市场或生产加工企业后，按食品由食药监部门监督管理。问题是，第二条第二款中的“食用农产品”是否包括进入批发、零售市场或生产加工企业后的食用农产品？对这些食用农产品应由谁来管？二者的表述差异可能给实践带来困惑。其次，食药监基层执法力量不足，将导致法律实施打折扣。2013年国务院机构改革和职能转变方案提出，将工商行政管理、质量技术监督部门相应的食品安全监督管理队伍和检验检测机构划转食药监部门。2014年6月，工商总局马正其副局长在一次座谈会上指出，全国大致还有70%的县市食品流通领域的监管还在工商部门，可见工商、质监相关人员的划转绝非易事。如果在食药监系统另起炉灶、招兵买马，又会增加成本、导致浪费。如果法律写得再好、规定得再严格，但没有充足的人员来执法，其实施效果将会如何，就不得不打上一个大问号了。最后，食药监部门主导食品安全事故调查，中立、公正性不足。发生食品安全事故，多数情况下食药监部门难逃其咎，由其主导事故调查，有自己人查自己人、既当被告又当法官之嫌，容易大事化小、小事化了，不能发挥调查的应有作用。

二是对风险管理这一原则贯彻、体现的还不够。风险管理是此次修法规定的重要原则，并在食品安全事故处置、分级分类管理、风险交流等规定中有所体现，但还没有完全贯彻。仅举一例。在我国，食品生产加工小作坊数量很多，例如2011年在江苏省就有13158家食品生产加工小作坊。这些小作坊是食品安全违法犯罪的高发区，根据风险管理的精神，应当加大对对其监管的力度。而修订草案第三十七条仅规定，食品生产加工小作坊的具体管理办法由省、自治区、直辖市人大常委会依照本法制定，将对这

▶▶ 现行食品安全法囿于当时的现实状况，确立了以卫生、食药、工商、质检等部门分段监管的监管方式，也就是人们经常戏称的“九龙治水”。多部门监管难免带来“有了利益都来管、没有利益都不管”的问题，造成执法过程推诿、扯皮、低效。

一重点领域的管理权限授权给地方，似有不妥。从目前地方立法情况看，凡是对此有规定的地方，基本上都采取了许可制的模式，建议对此可以通过法律予以明确。

三是对该法实施五年来社会关注的食品安全话题未予以充分回应。例如，食盐加碘的风险评估。2010年国家食品安全风险评估委员会发布碘盐风险评估报告，认为“目前尚无明确科学证据表明食盐加碘或者碘摄入量与甲状腺肿瘤发生相关”，但2011年卫生部却修改了食用盐碘含量的国家标准，下调了碘含量指标，引发了社会担忧，尽管有关官员和专家出面澄清，有些人仍有疑虑。修订草案对于风险评估的效力、如何保证风险评估的科学性等还有待完善。又如，生鲜乳指标调整。2011年卫生部在修改生鲜乳国标时调整了每克生乳菌落和每百克生乳蛋白质两项重要指标，被质疑降低了国家标准，制定国标过程“被企业绑架”、“暗箱操作”，并引发了政府信息公开诉讼。修订草案在食品安全标准制定中的公开透明，使食品安全标准真正做到科学合理、安全可靠方面，还有很多工作要做。再如，围绕着转基因食品是否有害，国内已经展开了旷日持久的讨论，众说纷纭、莫衷一是。实务层面，在甘肃省等一些地方，已经有明确规定，即转基因食品只能在销售专区销售，以保障消费者的知情权和选择权。在国际上，《卡塔赫纳生物安全议定书》对转基因食品的风险评估、标签说明、知情同意等作出了规定。反观修订草案，仅在修订草案中原则性地提及转基因食品，难以平息争论。

此外，一些条文表述在逻辑方面存在问题。如第



六十五条规定国家对保健食品实行严格监督管理，但是第六十六条又规定对有些保健食品可以实行备案管理，这是否符合严格监督管理的立法精神，值得研究。又如，第六十九条规定不得委托、贴牌、分装方式生产婴幼儿配方奶粉，“委托”与“贴牌”从本质上讲，是一种行为，可以删去其中之一。另外，还有一些表述值得进一步推敲。例如，第三条“最严格的监督管理制度”，何谓“最严格”，“最”表示最高级，是相对什么事物而言称为最？还是相对于那一段时期成为最？作为法律文本，还是应当避免采用过多政策性的语言、严谨些为好。又如，第四条第二款“食品生产经营者是食品安全第一责任人”的表述，虽然意思能够领会，但还是不宜写入法律当中。类似的地方还有一些，恕不赘述。



在进一步推动农产品质量安全监管的过程中，农业部门将以“菜篮子”产品为重点，以农业产业化龙头企业、农民专业合作社为主体，大规模开展标准化生产示范创建活动，继续扩大果菜茶标准园、畜禽水产标准化养殖示范场建设规模，稳步发展无公害农产品、绿色产品和有机农产品。

——中国农业部副部长陈晓华

今后，从田间到餐桌，从源头到生产加工、流通等环节，整个产业链要有严格的安全生产规范，要更加完整、系统、安全，实现全覆盖。

——中国农科院农业经济与发展研究所所长秦富

随着生产能力提高，数量已经不成问题。难在质量，回应百姓需求、解决社会性问题，政府要采取有效措施。要治理农业生产源头，严禁滥用农药化肥等投入品。

——中国社科院农村发展研究所研究员李国祥

食品安全监督领域的行政问责，不应该仅局限于对食品质量问题的一种责任追究机制或一种纯粹的惩戒措施，而应该与国家相关政策、法律法规等有机衔接，成为一项互为补充的独立制度。

——中国人民大学农业与农村发展学院副院长郑风田

监管有威慑型监管和说服型监管，提高法律责任是威慑型监管的表现。但是，威慑型监管就能解决所有问题，特别是食品安全问题。在这一领域，食品企业数量多、分布散，要避免出现食品安全问题就不能只是依靠政府监管，更要依靠食品行业的自律，增加食品生产企业的社会责任。

——南开大学法学院教授、中国法学会中国食品安全法治研究中心研究员宋华琳



食品安全法中惩罚性赔偿问题

文 北京市第一中级人民法院 王国庆

近几年，以三鹿奶粉事件为代表的食品安全问题已经引起了公众的广泛关注，同时也引起了法律人的深层次思考。舌尖上的安全问题毕竟不是小事，其危害程度将远远超出我们的想象。但是为什么这样的问题屡禁不止，为什么“为恶不止”的贪婪之心永不枯竭？恐怕根由还在于制度层面。市场经济说到底还是规则模式下的资源配置形态，但如果规则不尽完善或者惩罚力度不够，追名逐利的市场主体便会冒天下之大不韪，历史早有教训。我国食品安全领域出现的问题，与我们现有制度惩罚监管力度不够有很大的关系。尽管食品安全法设置了惩罚性赔偿，今年最高法院颁布的《关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《规定》）中对惩罚性赔偿的适用进一步明确，但司法实践中对惩罚性赔偿的争论仍然没有停止。这直接影响到法律适用的统一性以及立法目的的实现问题。为此，笔者撰文略抒浅见，期望对该问题认识有所助益。

关于食品安全法第96条的争论

我国食品安全法第96条规定，违反本法规定，造成人身、财产或者其他损害的，依法承担赔偿责任。生产不符合食品安全标准的食品或者销售明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者销售者要求支付价款十倍的赔偿金。该条作为食品安全领域的赔偿和惩罚性赔偿的规定，在实践中因理解不同，从而在法律适用上存在多种判例，法律适用不统一。笔者总结，大抵上存在以下两点争论：

（一）关于惩罚性赔偿适用条件的争议

第一种观点认为，食品安全法第96条第一款与第二款惩罚性赔偿，在法条上属于递进关系，由于第一款规定造成人身、财产损害的，应该承担赔偿责任，那么第二款的惩罚性赔偿在法律适用上也只能满足人身、财产等损害的前提要件。持该观点的人还以侵权责任法第47条关于产品责任惩罚性赔偿为依据，认为食品存在安全属于缺陷问题，亦属于产品责任的调整范围，故在法律

适用上应该予以统一。另外，考虑到我国目前的食品状况，如果不加以严格限制，恐怕会出现很多问题。

第二种观点认为，食品安全法第96条第一款与第二款系并列关系，二者规范目的不一致，有不同的适用条件。第二款惩罚性赔偿的适用条件中并未要求有人身损害。从本质上讲，第二款是对行为的惩罚，即只要有此行为就应该受到惩罚，不论损害。因此，只要有“生产不符合食品安全标准的食品或者销售明知是不符合食品安全标准的食品”的行为，即可以要求惩罚性赔偿。

第三种观点认为，食品安全法第96条第二款惩罚性赔偿不以人身损害为条件，但必须有损害才能构成。这里的损害就包括价金损失。从这个意义上讲，只要购买了不符合食品安全的食品，本身就存在损害。

（二）关于规范性质的争议

第一种观点认为，食品安全法第96条第二款属于违约性惩罚性赔偿，不同于侵权性惩罚性赔偿，与我国消费者权益保护法中关于因欺诈而导致的惩罚性赔偿属于同一性质规范。新消法第五十五条规定，经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍；增加赔偿的金额不足五百元的，为五百元。法律另有规定的，依照其规定。因而，食品安全法中的惩罚性赔偿也有损害条件，但价金损害属于言中之意。基于此种观点，消费者欲基于食品安全法提出惩罚性赔偿，就必须提起违约之诉，在现有案由下，应该提起买卖合同之诉来解决。

第二种观点认为，食品安全法第96条第二款的表述含混不清，固然可以从违约性惩罚性赔偿入手解决。但是，将销售者和生产者作为求偿责任人的表述明显类似于产品责任规定。同时，我国侵权责任法关于产品责任的损害要件，根据全国人大法工委的释义，包括产品本身的损害。那么，不符合食品安全的产品本身就是侵权责任中产品责任的损害形态。因此，消费者不必提起违约之诉，在侵权之诉中就可以解决该问题。现实中，

很多消费者难以区分违约和侵权的法律内涵，过分要求对二者予以区分并适用不同条件裁判，会增加消费者赔偿的困难。

食品安全法第96条争论的缘由

概览上述争论，既有法条本身结构问题，也有法条的规范性质问题，而后者明显具有更为重要的解释基础。我们不论从文义解释入手，还是从目的解释统揽，首先应该清楚的便是该规范的性质。笔者认为，规范的性质是当前消费者保护类法律中应该特别予以重视的问题。

法律对消费者的保护无外两种，其一是违约，其二是侵权。合同法与侵权责任法作为重要部门法，在调整消费者权益中发挥着基础性的作用。在消费者维权的案件中，我们可以找到合同履行瑕疵、合同欺诈、违反附随义务（保护义务）、产品缺陷侵权责任、经营者安全保障义务、消费者人格权等多种因子在内。因此，作为消费者保护方面的基础性规范，消费者权益保护法无疑是上述请求权规范的综合体。在不同的条文中，其规范的性质不同。甚至在同一条文中，不同款之间的性质也截然相异。比如，新消法中规定的消费者的人格尊严不受侵犯、经营者的安全保证责任，个人信息保护等等应该作为侵权类性质的规范去理解，而消费者的“三包”规定又明显属于合同范畴。再比如新消法第五十五条第一款因欺诈引起的惩罚性赔偿属于合同法中的问题，而第二款中的惩罚性赔偿以“缺陷”为要件，又属于侵权责任性质的规范。消费者不同的主张应该以不同的法律关系解决。这样大一统的立法思想对于消费者权利保护有积极的意义，但由于侵权和合同二元划分的严格性，又势必要求司法机关在不同的法律关系中解决纠纷，给司法机关留下一些困难和无奈。因消费者在诉讼中只依据条文主张权利，这样我们可以看到，一些案件中消费者在买卖合同纠纷中提出身体受到伤害，要适用产品责任的惩罚性赔偿，而一些侵权类案件中，消费者又主张存在欺诈，且事实明确无误，要求进行欺诈惩罚性赔偿。这样，便出现了本应该适用侵权法律解决却适用合同领域的欺诈解决纠纷的案例，还有本应适用合同领域的案件却适用侵权性的惩罚性赔偿解决的案例。我们再次审查食品安全法第96条时，这样的问题同样出现了。但不同的是，我们从96条第一款和第二款无法明确界定其到底属于何种性质规范抑或是两种性质规范兼具。这样才有了前文所述的规范性质争议。我们注意到最高院《规定》中虽然没有将人身损害作为惩罚性赔偿的提前要件，但亦没有对规范性质作出较为明确的表述。

笔者的观点

（一）食品安全法中的惩罚性赔偿不以人身损害为必要。

通常法律规则由三要素组成，即假定条件、行为模式、法律后果。食品安全法第96条第2款规定，生产不符合食品安全标准的食品或者销售明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以要求价款十倍的赔偿金。其假定条件是，如果生产不符合食品安全标准的食品或者销售明知是不符合食品安全标准的食品。在假定条件中没有要求必须导致人身损害的内容。侵权责任法第47条规定假定条件则包含了“造成他人死亡或者健康严重损害的”的内容。显然二者之间的假定条件并不一致。最高院《规定》第十五条规定，生产不符合安全标准的食品或者销售明知是不符合安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，向生产者、销售者主张支付价款十倍赔偿金或者依照法律规定的其他赔偿标准要求赔偿的，人民法院应予支持。该规定与笔者的意见完全相符，即排除了人身损害要件。

（二）食品安全法第96条规范兼容侵权和违约

惩罚性赔偿是法律行为规范中最具有矫正行为模式的方法之一。它体现了立法者着意追求的法律效果，即通过惩罚不良行为，规范秩序，体现法律的抑制功能、制裁功能。当下食品安全的问题，是我国社会转型期面临的重大社会问题和民生问题，而食品安全法确立惩罚性赔偿制度目的正是惩罚和遏制制假售假行为人的违法行为，其要达到的社会效果是更有效地保护消费者权益，更有力地维护社会主义市场经济秩序。因此，我们不应将惩罚性赔偿设置过多的条件，不仅仅包括适用条件，其规范性质也应该具有兼容性。

笔者认为，在合同领域，消费者购买的产品不符合质量标准，其所受的价金损失正是其损害的表现，再此适用该条无任何问题。

在侵权领域，我们需要在对法条扩张解释后方可适用。在不存在人身损害的场合，食品本身不符合安全标准说明其存在一种“固有损害”。但众所周知，学理上通常将财产本身损害归于纯粹经济损失范畴，能否以侵权责任予以赔偿，在比较法的层面上，是一个极具有争议的问题。我国产品质量法采用是理论通说，即产品责任领域的损害包括人身损害以及缺陷产品以外的其他损害。产品自身的损害属于违约损害范畴，而非侵权责任损害范畴。但侵权法颁布后，立法机关释义认为，侵权责任法中对产品责任损害的范围确定已经突破了产品质量法规定。该处的损害包括产品自身的损害。那么，

>>下转第11页



【政府监管】

广州食品药品监管机构改革探索

文 广州食品药品监督管理局局长 姚建明

建立从生产加工到流通消费的全过程监管机制、社会共治制度和可追溯体系，健全从中央到地方直至基层的食品药品安全监管体制。严守法规和标准，用最严格的监管、最严厉的处罚、最严肃的问责，坚决治理餐桌上的污染，切实保障“舌尖上的安全”。

现行的《食品安全法》在施行的5年多时间里，对于规范食品生产经营活动、保障食品安全发挥了重要的作用，食品安全的整体水平大大提升，但是违法生产经营食品行为依然存在，食品安全事件时有发生。从法律方面来看，就是以食品安全法为核心的食品安全法律法规体系仍然存在不足之处。如食品安全法所确立的分段监管模式导致行政资源过于分散、各部门对法律理解不同导致存在监管空白和交叉以及赋予行政部门的监管执法手段不足、责任部分偏轻等问题。

党的十八大以来，党中央、国务院对食品安全工作给予了更高的关切。国务院总理李克强同志在今年的政府工作报告中，连用三个“最严”来表达食品安全工作的力度和决心，他指出2014年的重点工作之一是要“建立从生产加工到流通消费的全过程监管机制、社会共治制度

和可追溯体系，健全从中央到地方直至基层的食品药品安全监管体制。严守法规和标准，用最严格的监管、最严厉的处罚、最严肃的问责，坚决治理餐桌上的污染，切实保障‘舌尖上的安全’。”因此，食品安全法的修订是在中央加强食品安全工作力度以及全国开展食品药品监管机构改革以及的环境下进行的。食品安全法修订的一个主要方向，就是贯彻落实中央加强食品安全工作力度的思路，对全国的食品药品监管机构改革工作从法律的层面给予确认和保障。

去年上半年，全国由中央到地方，陆续开展食品药品监管机构改革，主要是将原来分散于质监、工商、经贸等部门的食品安全监管职责划归食品药品监管部门统一集中负责。食品药品监管机构改革完成后，基本形成农业种养环节的食品安全监管由农业部门负责，境内生产流通和消

>>上接第10页

食品安全法96条的损害是否包括食品本身的损害？既然要以食品安全法为依据，那么就必须对该条款中损害的概念予以界定。笔者认为，根据权威解释，立法认可侵权责任法中产品责任包括产品本身的损害，其目的在于保护消费者及时便捷行使权利。虽然食品安全法属于旧法，但将损失扩大解释为包括物自身在内的损害，与侵权责任法的立法精神一致，符合当前的法政策和法意图。那么，在侵权关系中适用该条文就不成问题。笔者在一起案件中发现，消费者以侵权起诉，但至二审始终无法证明食品和其人身损害之间存在因果关系，但食品

不符合质量标准却完全属实，如果判决当事人败诉告知其以违约起诉要求惩罚性赔偿实在是法律强奸生活之嫌。因此，笔者主张在此通过对损害进行扩大解释来处理。

综上所述，笔者认为，食品安全法第96条第二款的惩罚性赔偿需要以损害为前提，但价金损失以及购买的食品本身就是损害形态。对食品安全法应该放在当前食品安全的大环境下去理解和思考，只有这样才能很好的贯彻立法目的，对净化市场，维护食品安全这一根本问题起到应有的规范作用。

▶▶ 新的食品安全监管模式监管职能更加集中，以往在各个部门之间由于认识不一致导致的监管空白、交叉等问题将大幅减少，更利于形成覆盖全链条、全范围食品安全监管体系。

费环节的食品安全监管由食品药品监管部门负责，进出口环节的食品安全由出入境检验检疫部门负责的监管模式；其他行政部门在职责范围内开展食品安全相关工作，如卫生行政部门负责食品安全国家标准的制定，质监部门负责食品相关产品的监管等。与以往相比，新的食品安全监管模式监管职能更加集中，以往在各个部门之间由于认识不一致导致的监管空白、交叉等问题将大幅减少，更利于形成覆盖全链条、全范围的食品安全监管体系。

广州市食品药品监管系统的机构改革工作于去年下半年开始启动，目前已经基本完成。在广州市委、市政府的部署安排下，认真贯彻落实了《广州市人民政府关于改革完善食品药品监督管理体制的实施意见》（穗府〔2013〕29号）的精神，通过与各职能部门间的协作配合，机构改革工作顺利推进。

从前期推进情况来看，广州市食品药品监管体制改革在落实中央、省有关部署精神的基础上，在职能整合、强化基层、人员配备和技术保障上成效初显，改革任务逐步落实。

一是监管体系横向到边纵向到底。原则上在每个镇、街设立1个食品药品监管所，每个村和社区配备协管员，实现了街镇监管机构全覆盖。二是监管人员编制配备有新突破。目前，市编委共向全市食品药品监管系统下达新增编制1460名，其中，新增行政编制625名、新增行政执法专项编制743名、新增事业编制92名。改革完成后，全市食品药品监管系统编制总数预计为2500名左右，是改革前的2倍多。其中，新增编制98%以上直接充实到区、镇街监管一线和检验一线，基层监管力量将得到有效加强。



三是食品和药品监管执法专业化建设成体系成规模。食品安全检验检测资源得到有效整合，在全国率先组建独立设置的市级食品检验所，整合划入市酒类检测中心、市质院食品检验职责，核定事业编制105名；各区、县级市食品药品检验机构也得到了保留。在全国率先整合设立了市一级的食品和药品监管执法分局（支队），各区、县级市也将设立监管执法大队，食品药品监管执法的队伍建设逐步成型。

下一阶段，在食品药品安全方面应重点做好以下几方面工作：

一是确立明晰的事权划分和工作分工。

对全市食品药品监管系统内的各项事权划分和工作分工进行梳理，确立主体明确、责任明确的监管制度。

二是健全基层监管体系。

指导各区、县级市食品药品监管局按要求成立街（镇）食品药品监督管理所的建设，不断完善工作机制和流程；保障基层快检、执法、设施设备等资源到位；全市各个社区（村）配备食品药品安全协管员，建立形成“市—区—街镇—社区”四级监管体系。

三是提高效能。

首先以“食得放心”城市建设工程为重点，建立起食品全流程溯源监管体系。

其次进一步建立健全基层网格化监管。充分整合利用基层社区网格内人力资源、信息资源和管理服务资源，提高行政效能，解决基层监管行政资源分散、一线力量薄弱等问题。

再次建立食品药品安全风险信息监测“大数据”平台。进一步健全食品药品生产、流通、使用全程信息化电子监管数据监管链条，建立电子监管运行制度，构建食品药品安全风险预警网络。

最后扩大社会监督，推进建设食品药品安全社会共治格局。推行食品安全“黑名单”制度，继续坚持我市每月食品安全信息统一发布制度，推动食品药品行业协会引领作用和促进企业自律的行业诚信监督作用。引导发挥好各种社会力量参与食品药品安全的积极性，构建我市食品药品安全社会共治格局。

四是打造强有力的执法队伍。

对新划转监管执法人员进行大范围、全方位的培训，切实提高执法人员的依法行政能力水平；加强全市系统执法队伍科学监管能力、依法行政能力、应急处置能力、舆论引导能力和社会共治能力“五项能力”的建设，打造一支强有力的执法队伍。

新的时期、新的职责，要求我们重新出发，以更高的起点、更高的标准要求自己，形成良好的工作机制，科学执法、严格执法，更好地完成我们的光荣使命。



食品安全权的私法保护

——兼评《〈中华人民共和国食品安全法〉修订草案》第138条

文 涂永前^[1]

第十二届全国人大常委会第九次会议初次审议了《中华人民共和国食品安全法（修订草案）》。并于2014年6月30日将《中华人民共和国食品安全法（修订草案）》在中国人大网（www.npc.gov.cn）公布，向全社会公开征集意见，并附有《关于〈中华人民共和国食品安全法（修订草案）〉的说明》（以下简称《说明》），在该《说明》的“修订的主要内容”部分，提出“（三）建立最严格的法律责任制度。一是突出民事赔偿责任。规定实行首负责任制，要求接到消费者赔偿请求的生产经营者应当先行赔付，不得推诿；同时完善了消费者在法定情形下可以要求十倍价款或者三倍损失的惩罚性赔偿金制度（第一百三十八条）……”在此有必要先比较一下《食品安全法》（比较内容见p15）及最新的修订草案的相关条款：

第一，这两个条款都是涉及到不安全食品致人损害时的私法救济，相比较之下，我们可以发现《中华人民共和国食品安全法修订草案》（2014年）第138条有几点是《食品安全法》相关条款说没有明确的。（一）第138条指出“消费者因不符合食品安全标准的食品受到损害的，可以向经营者要求赔偿损失，也可以向生产者要求赔偿损失”。而《食品安全法》的相关规定则比较笼统的，只要违反本法规定，造成人身、财产或其他损害的，受害人就可以提出损害赔偿。可能是因为觉得“违反本法规定”太笼统，修正案就提出“消费者因不符合食品安全标准的食品受到损害的”，可以要求致害人进行损害赔偿。结合《侵权责任法》及《食品安全法》的立法意旨，我们可以发现这两个立法条文都是有问题的，《食品安全法》的规定太笼统，对于不安全食品致人损害其实没有明确到底采用什么标准，而修正案则是规定不安全食品致人损害的

标准就是“不符合食品安全标准”。其实在《侵权责任法》当中，并没有规定符合标准的产品致人损害就可以免责，因为侵权责任法中涉及产品致人损害的免责事由通常主要有以下几个：发展风险抗辩（development risk defense）、^[2]自担风险（assumption of risk）或者不可抗力（force majeure）。符合各种标准的产品致人损害并不在法定免责事由当中，此前发生的“曲美风波”、^[3]三鹿奶粉事件、云南白药牙膏“功效门”事件等等，数不清的不安全产品生产经营者在事故发生后提出“本产品符合国家XX标准”，并以此为挡箭牌提出免责，这是一种对法律的无知，殊不知具有强制性的“国家标准”只是产品的最低生产标准，符合产品标准，通常只能免除相关生产经营者的行政责任，但是其民事责任是无法免除的。再者，在我国，由于产品标准，尤其是在食品安全标准方面不仅大多数标准远远落后于国际标准或者说相关发达国家的同类安全标准，而且很多产品或者食品在我国还没有设定标准。^[4]鉴于标准问题在技术上的专业性以及以符合标准为免责或减责的事由的不科学性，建议第138条直接用“不安全食品”来表述存在缺陷的食品或存在潜在安全风险的食品，而不要用“不符合食品安全标准”这种误导民众的表述。

第二，修订草案第138条规定了受害者寻求救济的主体及其顺序，该条规定“接到消费者赔偿要求的生产经营者，应当实行首负责任制，先行赔付，不得推诿；属于生产者责任的，经营者赔偿后有权向生产者追偿；属于经营者责任的，生产者赔偿后有权向经营者追偿。”这一部分的规定是《食品安全法》所没有的，应该说是有新意的，指出“生产经营者”作为可能的致害人，相比之前的

[注] 1. 涂永前（1974-），辽宁大学法学院特聘教授，中国人民大学食品安全治理协同创新中心研究员。
2. 关于我国《侵权责任法》及《产品质量法》该如何完善发展风险相关条款，可以参考涂永前：《论产品责任之发展风险抗辩》，《西南民族大学学报》（人文社科版），2010年第10期；汪军民、涂永前：《论美国毒物致害侵权责任的特殊免责抗辩及对我国产品责任法的启示》，《环球法律评论》2008年第6期。
3. 对曲美风波发生后相关法务人员的言论之评述可参见涂永前：《“标准”产品致人损害的救济及对策》，《法制日报》2011年1月12日“理论版”。
4. 涂永前：《食品安全的国际规制与法律保障》，《中国法学》2013年第4期。

生产者、经销者等要更概括，因为食品供应链很长，不仅仅只有生产者、经销者，其实还有种植（养殖）、运输、仓储、包装（标识）等等环节的参与者，但是对于提供食物、保健品（补品）等辅助服务的提供者也应成为责任主体，因为现实生活中很多提供餐饮服务及保健服务的服务供应者屡屡成为被告，很多时候他们所供应的食材及保健品并不存在不安全问题，而是因为他们存在供应服务时存在不安全操作，从而导致食品不安全。这种服务提供者未来其实还可以延伸至网络服务平台、食品展销推广机构或个体、食品安全评估机构等。将这些个体表述为“生产经营者”可能会存在一些歧义，因此，有必要将食品安全的民事责任主体扩张至“生产经营者及服务提供者”。

第三，修订草案第138条规定“生产不符合食品安全标准的食品或者经营明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金。”较《食品安全法》的规定更为详细，这部分的规定很明显是惩罚性赔偿金，是一种事后威慑。其中多了“还可以向生产者或者经营者要求损失三倍的赔偿金”的表述，其中的“损失”该如何解释是亟待进一步进行法律界定。但是笔者认为如果要真正对不安全食品生产经营或服务提供者起到威慑作用，法律还应该加大私法制裁。

首先，在一些发达国家，尤其是在英美等国，食品安全问题是小概率事件，原因是因为一旦发生食品安全事故，涉事企业会成为被告，消费者不管是已经遭受损害还是没有出现损害，均可以要求致害人进行赔偿，其中的赔偿还包括精神损害赔偿（compensation for mental distress）。众所周知，美国等发达国家在精神损害领域的赔偿通常会比实际损失可能还要高得多，而且其判定标准通常都是由作为普通人的陪审团成员做出的，所以通常很难控制，这个损害赔偿金支付对（潜在）致害人通常来说是具有相当威慑的。

其次，本条尚存在不足，因为很多食品安全事故发生后，并不是所有人都出现相关食源性疾病等症状并出现损害，但是作为消费者，这部分人当然有权利要求进行损害赔偿（也即法条所规定的价款的十倍），此外他们还应该享有要求致害人承担其对可能出现的损害进行诊断的开支，并且有权利基于对不安全食品可能产生的恐惧或担忧要求得到精神损害赔偿。基于此，修订草案第138条所规定的“十倍价款”或“三倍损失”尚存在进一步细化及完善的空间。

再次，修订草案第138条虽然规定了“消费者因不符合食品安全标准的食品受到损害要求赔偿损失的，可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》的规定申请财产保全。”等诉讼救济措施，但是现实中极少有消费者因为食

品不安全获得赔偿的案例。处理三鹿毒奶粉、阜阳毒奶粉等重大食品安全事故外，类似“苏丹红”事件、“瘦肉精”事件、“毒豆芽”事件、以及日前发生的上海福喜食品过期肉事件等等，报道多集中在这些食品企业和个人被勒令召回、销毁不安全食品等行政制裁和刑事处罚，而对受害消费者的民事救济则报道很少。

在我国鲜有消费者对食品安全事故的致害人提起团体诉讼的情形，主要原因是因为其面临诸多法律难题：首先，产品致害侵权作为特殊侵权行为的一种，受害人要得到法律救济，其也要提供表面证据，即作为消费者应提供消费凭证，如果没有保留好凭证，则很难证明其所遭受的损害或潜在损害与不安全食品存在因果关系。现实中，由于法律意识及自我保护意识的淡薄，大多数消费者是很少保留这些消费凭证的。所以在我国重大食品安全事故中，尤其是那些没有导致死亡等重大损害出现的事故发生后，很多消费者因为没有消费凭证，就自认为倒霉多数寻求自我救济，极少诉诸法律手段。正因为如此，在食品安全事故发生后，极少出现民事损害赔偿相关诉讼，本来在其他经济发达及法律意识强的国家最有威慑力的民事损害赔偿诉讼在我们国家基本上没有发挥其应有的作用。原因是多方面的，因为诚信体系在我国尚未建立，再加上法律意识的单薄，再就是城乡差别及东西差别的巨大，假冒伪劣产品在经济发达地方可能没有市场，但是在消费水平及信息闭塞的广大农村和西部贫困地区却大行其道，这就使得确认并追究不安全食品或者产品的责任者变得相当困难，因为致害人不明确，接踵而来该如何确定致害人责任也就无法确定，这一点可以说是不安全食品事故团体诉讼所面临的第二个法律困境。正因为这一点，由于确认真正的致害人都存在困难，所以由于致害人无法确定，根据民事诉讼法的规定，人民法院当然会拒绝受理受害消费者害的相关诉求，所以遇到食品安全事故，多数受害人只能自认倒霉。这一点要彻底改善，除了继续加大对不安全食品生产经营及服务供应者的行政和刑事制裁外，更需要我们充分重视受害消费者群体的民事损害赔偿诉求，真正增加致害人的不法行为造成强大的威慑力；二是建立并完善社会信用体系，强化相关企业或个体的社会责任意识；三是配套相关食品安全标识及追溯技术；四是逐步有针对性地设计出非常合理的食品安全责任保险制度，使得若干重点领域的食品消费更加安全、让消费者放心，同时也能使消费者在遭受损害后能够快速得到救济；五是，如果有可能，通过设定若干公正的认定标准，为无法直接证明为不安全食品的消费者提供更加人性化的机制安排，使其也能得到合理的法律救济。

最后，我国《民事诉讼法》还应广泛借鉴其他国家有意义的法律制度。很多人常常引用古人所言“仓廩实而

知礼节”，以为经济发达了就不会违背礼节和法度，其实非也。在经济发达国家，通过前些年发生的欧洲毒黄瓜事件、美国发生的问题花生酱事件可以说明在这些国家食品安全事故不是没有，而是发生的概率非常之低，相比较我们这些发展中国家而言相对安全一些。这些国家的食品相对安全除了经济、法律、食品安全标准及技术等发达之外，律师在其中的参与可谓功不可没。在美国，胜诉酬金（contingency fee）^[5]制度使得很多律师事务所非常乐意去代理类似产品侵权及环境污染致害侵权之类的大规模侵权（mass tort），受害人在不用支付任何诉讼费用的情况下将案件委托给律师来处置，在案件胜诉并得到损害赔偿金后，律师通常会得到高比例的诉讼收益回报，所以很多律师所即便在有败诉风险的情况下，受利益驱动专门设置相关部门招揽这些业务。对于律师可能从诉讼中获利巨大的行为是否妥当，我们尚且不予置评，但是最起码一点，律师在这种公益诉讼中的参与给不安全食品的生产

经营者及服务提供者造成了极大的威慑，使得其生产、经营、提供食品时分外注意食品安全。而反观在我国发生的几起法院拒绝受理公益律师代表受害消费者提起诉讼被拒绝的情形，差距真是天壤之别。

我国《民事诉讼法》虽然已经提出了公益诉讼的表述，但对于由哪一种社会主体来提起公益诉讼一直没有明确，学者们提出了诸多意见，众说纷纭，莫衷一是。但是，笔者认为公益诉讼的发动者无论如何不能缺少公益律师的参与，甚至可以通过借鉴美国法上的胜诉酬金制度的合理内核，鼓励律师参与到此类涉及广大民众生命健康的大规模侵权损害事故当中来，使不安全食品的生产经营者或服务提供者能够预知其不法行为的代价，从而对其形成强大的威慑力，最终在根本上降低食品安全事故发生的概率。因此，从这个角度说，《民事诉讼法》及其司法解释中应尽快明确并合理安排在不安全食品药品致害侵权及环境污染致害侵权等大规模侵权公益诉讼中律师的角色和地位问题。

《食品安全法》（2009年）	《<中华人民共和国食品安全法>修订草案》（2014年）
<p>第九十六条 违反本法规定，造成人身、财产或者其他损害的，依法承担赔偿责任。</p> <p>生产不符合食品安全标准的食品或者销售明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者销售者要求支付价款十倍的赔偿金。</p>	<p>第一百三十八条 消费者因不符合食品安全标准的食品受到损害的，可以向经营者要求赔偿损失，也可以向生产者要求赔偿损失。接到消费者赔偿要求的生产经营者，应当实行首负责任制，先行赔付，不得推诿；属于生产者责任的，经营者赔偿后有权向生产者追偿；属于经营者责任的，生产者赔偿后有权向经营者追偿。</p> <p>消费者因不符合食品安全标准的食品受到损害要求赔偿损失的，可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》的规定申请财产保全。</p> <p>生产不符合食品安全标准的食品或者经营明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金。</p>

[注] 5. 美国的胜诉酬金制度与我国时下律师业务中流行的“风险代理”有些类似，但是在我国“风险代理”在产品侵权及环境侵权等大规模事故诉讼中很少见使用，而是多见于一些其他类型的疑难民商事及刑事案件中。但是，在美国，胜诉酬金制通常是指诉讼案件只有在某些条件成就时，律师才有律师费用请求的权利。在美国的人身伤害侵权行为（personal injury actions）民事案件里，以胜诉酬金制来支付律师费用的情形非常普遍。当然，在其它的案件也可能以胜诉酬金制计价，但基于公共利益（public interest）上的理由，禁止律师在刑事案件及离婚案件以胜诉酬金制向当事人计价收费。胜诉酬金制的目的是为了使无资力聘请律师协助的刑事受害者，能够藉由事前和律师约定给付其未来胜诉所获得的部分赔偿金作为律师费用。由于律师必须要承担委托人败诉的风险，如果律师在案件里并没有收取任何费用的话，法院会允许律师可以胜诉酬金制来计价收费，虽然其价额可能远超过合理适当的程度。美国律师以胜诉酬金制收取的最高比例通常约为客户可得之损害赔偿金的1/3。因为可能考虑到相关收费畸高，造成不合理及不公平，最近有些美国法院对律师在医疗过失侵权（malpractice actions）及其它提供健康医疗服务者（health care providers）侵权案件中所协议的胜诉酬金进行了限制。



【法律机制】

建议完善食品安全主要领导负责制

文 深圳市政协委员 张洪

风靡华夏的《舌尖上的中国》，使众人的目光聚集在美食的制作和鉴赏过程。细细品味中国漫长而浓烈的食文化，我们不由感叹食材之丰富，惊叹烹饪之复杂，赞叹食物之美妙。视线从电视转移至现实，食物之美味固然珍贵，食品之安全更是至关重要。2013年1月23日，国务院食品安全委员会第五次全体会议已明确提出：食品安全是关乎人人的重大基本民生问题，依法重典治乱绝不手软，确保人民群众“舌尖上的安全”。“国以民为主，民以食为天，食以安为先。”一旦发生食品问题，老百姓的生活得不到最基本的保障，社会矛盾激化，国家将会面临各种难题。因此，我们必须高度重视食品安全问题。

近几年来，从“三聚氰胺”到“问题酸奶”，从“瘦肉精”到“速生鸡”，从“毒生姜”到假羊肉，从增白剂到敌敌畏，问题食品频频曝光。^[1]过期、变质、禁用原料、添加剂屡禁不止，病死家禽牲畜被搬上餐桌，食品制作现场肮脏混乱不堪，一个个食品安全问题赤裸裸地摆在我们面前，触目惊心并容不得我们半点轻视。纵观我国食品安全法，某些规定似乎已不能满足现时需要，亟待进一步完善。目前，食品安全法的修订已经被提上日程，如何重典治乱则是焦点所在。其中，建立和食品安全监管主要领导负责制应当作为修订食品安全法的一个重要议题。

食品安全监管主要领导负责制的定义和功能

食品安全监管主要领导负责制的定义

主要领导负责制，就是要求切实加强领导，完善责任体系，主要领导干部要履行第一责任人的职责，对所管辖

的事务负总责，做到重要工作亲自部署、重大问题亲自过问、重点环节亲自协调、重要案件亲自督办，领导班子其他成员要抓好自己责任范围内的工作事务。^[2]食品安全监管主要领导负责制，即是将主要领导负责制应用于食品安全监管中，明确各县（市）区政府、区管委会对本辖区内的食品安全工作负总责，政府主要负责人是本辖区食品安全工作的第一责任人，分管负责人是直接责任人。食品安全监管部门在各自职责范围内负责食品安全监管工作，部门主要负责人是本部门食品安全监管工作的第一责任人，分管负责人对本部门食品安全监管工作负直接领导责任。^[3]一旦出现食品安全问题，立即向主要领导问责。

食品安全监管主要领导负责制的功能

事前功能。食品安全监管主要领导负责制，在食品安全问题出现前，能起到对责任人的警示作用。在食品安全法中明确食品安全监管归属，对于责任人具有强烈的威慑作用，因为一旦发生食品安全问题，矛头直指责任人，主要领导难逃其咎。为了避免追究责任的后果，负责食品安全的主要领导在处理食品安全事务的过程中，会更加严肃认真、尽心尽力，切实抓好食品安全。

事后功能。食品安全监管主要领导负责制，在食品安全问题出现后，还能发挥及时对适当的责任人追究法律责任的指引作用。既然食品安全法明确规定主要领导负责制，那么向其追究食品安全监管的法律责任就有据可循，责任人无可推脱，责无旁贷。通过法律，我们可以判断、评价他人或自己的行为是否合法，是否应当追究法律责任以及应当如何追究法律责任。建立食品安全主要领导负责制，充分发挥了食品安全法的评价作用。

[注] 1. 《2014食品安全问题》，<http://www.fancai.com/health/364194/>。

2. 《反腐倡廉，主要领导负总责》，解放日报，2008年02月29日。

3. 《济南将出台食品安全工作行政责任追究办法》，<http://money.163.com/14/0901/17/A52U8BP300254T15.html>

►立法明确食品安全监管主要领导负责制是严肃食品市场的一道强心针。建立食品安全主要领导负责制，体现了国家对食品安全问题的高度重视，表明了严肃食品市场的坚定决心。由行政区域主要领导作为该区域食品安全监督的最后把关人，无疑给食品生产、经营者敲响了警钟——食品安全问题不可忽视，至关重要。

我国尚未建立食品安全监管 主要领导负责制

我国食品安全法第5条规定：“县级以上地方人民政府统一负责、领导、组织、协调本行政区域的食品安全监督管理工作，建立健全食品安全全程监督管理的工作机制；统一领导、指挥食品安全突发事件应对工作；完善、落实食品安全监督管理责任制，对食品安全监督管理部门进行评议、考核。县级以上地方人民政府依照本法和国务院的规定确定本级卫生行政、农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门的食品安全监督管理职责。有关部门在各自职责范围内负责本行政区域的食品安全监督管理工作。上级人民政府所属部门在下级行政区域设置的机构应当在所在地人民政府的统一组织、协调下，依法做好食品安全监督管理工作。”从条文而言，我国已经对食品安全监管部门作出了明确规定，形成了政府主管、各相关部门分管的一个责任体系。在实践中，各部门推脱责任“踢皮球”的情况却屡见不鲜。

例如，2011年沈阳曾发生“毒豆芽”事件。沈阳公安局接群众举报，3天查获40余吨掺有亚硝酸钠等致癌药和恩诺沙星动物专用药的“毒豆芽”。然而，在稍后沈阳市打假办组织召开的专题研讨会上，滑稽的一幕出现：工商、质监、农委等部门均称“不归我管”。工商称，食品生产领域应由质监局负责；质监称豆芽属初级农产品，应归口农业主管部门；农委则称，豆芽属初级农产品的加工品，不应由农业行政部门负责。（详见《法制日报》）^[4]由此可见，尽管已经明确了具有食品安全监管职责的部门，由于食品安全法没有将责任具体分配和落实，导致了发生问题各相关部门互相推诿的情况出现。一旦食品安全监管的责任无法追究到具体部门或个人，食品安全法的此类规定将形同虚设，无法完成通过追究适当责任人的法律后果来

保障食品安全的立法目的。

建议立法明确食品安全监管 主要领导负责制

立法明确食品安全监管主要领导负责制的理论基础。我国宪法第86条规定，国务院实行总理负责制，各部、委实行部长、主任负责制。第105条规定，地方各级人民政府实行省长、市长、县长、区长、乡长、镇长负责制。在我国根本大法行政管理属于首长负责制。宪法是我国的根本大法，具有最高的效力和权威，食品安全是我国民生问题中的关键一环，食品安全监管责任主要领导负责制显然是符合宪法的规定。

立法明确食品安全监管主要领导负责制有利于更好地督促责任人履行职责。食品安全主要领导负责制从法律上向主要领导施加了压力，他们对食品安全监管的责任不仅是行政工作的组成部分，而且是对号入座的法律责任。食品安全监管主要领导负责制建立之前，如果行政监管职责没有履行到位，面临的可能是降职、警告、开除等行政处分，而一旦写入法律中，行政处分上升到了法律责任，惩罚意义和力度加大并产生了质变。为了避免承担严重的法律责任，相关责任人会更加严格地要求自己切实履行职责，为食品安全尽心尽力。

立法明确食品安全监管主要领导负责制体现了老百姓的共同愿望。反复发生的食品问题，让老百姓对政府的信任危机不断发酵。老百姓们担心发生食品安全问题，更担心发生问题后没有部门愿意承担责任从而导致食品安全问题屡禁不止。政府既然是人民群众的服务者，就应当踏踏实实为人民服务，敢于承担责任。食品安全监管主要领导负责制明确了食品安全监管的责任人，发生食品安全问题后，向谁问责变得一目了然，能够有效地避免监管责任遭遇“踢皮球”。

立法明确食品安全监管主要领导负责制是严肃食品市场的一道强心针。建立食品安全主要领导负责制，体现了国家对食品安全问题的高度重视，表明了严肃食品市场的坚定决心。由行政区域主要领导作为该区域食品安全监督的最后把关人，无疑给食品生产、经营者敲响了警钟——食品安全问题不可忽视，至关重要。当食品生产、经营者意识到食品安全问题是整个行政区域的重中之重，在食品运作过程中他们必然会更加严守标准、保障质量安全。

[注] 4. 《食品安全监管：事故频出，该问责谁？》，<http://finance.people.com.cn/GB/14480585.html>



【制度完善】

科学规范食品追溯制度刻不容缓

文 深圳鹏正律师事务所 邓钧元

我国应要推进食品追溯制度建设，完善追溯制度刻不容缓，完善初级农产品的市场准入管理方法和制度，完善有关的管理制度，健全生产履历中心，全面实施市场准入管理。

【摘要】建立食品安全可追溯体系是确保食品安全的关键。本文从食品追溯制度的内涵与特征出发，分析了建设食品安全追溯制度的国内外现状，重点对我国如何建立全面规范追溯体系提出了建议。

【关键词】食品安全 追溯制度 全面规范追溯体系

经历了三聚氰胺事件的重击、瘦肉精事件的炸雷、上海染色馒头的喧闹，到今年的塑化剂事件，食品安全问题已然成为国人心中挥之不去的梦魇。当面对这一幕幕丧失道德和法制基准的食品安全事故的时候，我们应该全面反省在食品安全法律制度方面的不足。针对我国食品安全监管不力的现实状况，我认为最好的解决方法是建立我国的食品追溯制度。

什么是食品追溯制度

国际食品法典委员会把食品追溯制度的概念定义为“通过登记的识别码，对食品和行为的历史和使用或位置予以追踪的制度”。食品追溯制度是利用已记录的一一对应的标记追溯食品的历史（包括用于该产品的原材料、零部件的来历）、应用情况、所处场所或类似产品或活动的的能力。

具体来说，食品追溯制度包括跟踪和溯源两个方面。跟踪是指从供应链上游至下游，跟随一个特定单元的食品运行路径的能力。溯源是指从供应链下游至上游识别一个特定单元的食品来源的能力，即通过记录标识回溯某个实体来源、用途和位置的能力。

国外食品追溯制度的普及与成就

欧盟从1997年开始逐步建立起了食品追溯制度。食品追溯制度，通俗讲就是要求食品配有“身份证”。

食品的可追溯性的提出源自欧洲的疯牛病问题。1996年3月6日，英国政府承认疯牛病对人类有致命危害，导致短短几个月时间欧盟多国的牛肉销售量下降了70%，给欧盟农业尤其是畜牧业带来了巨大损失，同时，舆论也对食品监管部门造成巨大压力。在此情况下，欧盟从1997年开始逐步建立起了食品追溯制度。可追溯性，通俗讲就是要求食品配有“身份证”。欧盟《基本食品法》第18条明确要求，凡是在欧盟销售的食物必须具备可追溯性，否则不允许上市。食品、饲料、供食品制造用的动物以及其他所有计划用于或预计用于制造食品或饲料的物质，在生产、加工及销售的所有阶段都应建立可追溯性制度。在西方发达国家，食品追溯制度确保了食品从生产到销售各个环节的追溯检查，有效提高了处理食品安全事故的效率，同时也是悬在食品行业从业者头顶的一把利剑，对其形成有力约束。

其中，最为成功案例当属美国HarvestMark公司。HarvestMark是食品可追溯体系的一个领军人物。HarvestMark已经收录了200余家公司15亿件食品，为消费者提供了零售商、批发商、分销商和食物链中涉及的其他人的详尽资料。

消费者登录HarvestMark网站或使用iPhone应用程序日志记录就能获得产品的相关信息。除了包括传统的成品所有关键安全事件数据的角度外，信息还包括农药使用。HarvestMark的iPhone应用程序还有评价按钮，消费者可以直接将意见反馈给农产品的生产者。

我国食品安全追溯制度建设现状和主要问题

我国加入WTO后，食品的生产与流通领域发生了极为深刻的变革。目前，我国在食品追溯制度的技术操作上，几乎与世界同步。只是我们在实施追溯制度的法律制度等

软环境方面基础差。虽然我们也可以看到对一些省市进行食品可追溯实践的报道，某些部门也在食品安全追溯制度方面开展试点示范。但总体来说，我国在食品安全追溯制度建设方面正处于起步阶段，在推进过程中存在很多问题：

一是从受众的角度分析，消费者还没有形成查询习惯，缺乏直接应用这类技术的官方工具。

二是从建设者角度分析，政府建立可溯源系统成本较高，国内目前将可溯源系统对外开放的企业又很少，因此大部分企业对建立食品可追溯系统积极性不高。

三是客观上讲，鲜活食品的生产、经销、批发的参与主体，组织化程度低，难以实行严格的行业管理；信息化在农村与初级农产品批发经销方面发展水平低，实现农产品质量安全追溯的技术基础薄弱；

四是主观上讲，有关普及食品安全追溯制度的法律法规迟迟未提上日程。严重制约了食品安全追溯制度的建立和完善。

建立食品安全追溯制度的必要性

食品追溯制度建设关系到人类的健康与安全，我国应积极而稳步地推进：

一是我国食品安全问题层出不穷，已严重挫伤了人民群众的信心。

二是发达市场经济国家已经通过立法强制实施食品安全追溯制度，这将在未来几年成为我国面对的新的贸易壁垒，必须尽早加以关注并制定相应对策，否则会影响社会经济的恢复和发展。

三是发达市场经济国家实施食品安全追溯制度的时间不长，我国在食品安全追溯制度的研究与操作上，与国际先进水平相比差距较小，越早立法越有利于迅速赶上。

四是我国在食品安全追溯制度建设方面，法律制度等软环境基础较差。因此加强法律法规体系建设，才能积极推进食品安全追溯制度建设的试点工作，通过不断实践，完善追溯制度刻不容缓。

依法规范食品追溯制度刻不容缓

一是要高度统一认识，统筹制定发展规划。

建立追溯管理制度，是新时期、新形势下推动我国食品质量管理迈上新台阶的必由之路，是促进我国国际贸易发展的一道无法逾越的门槛，是促进我国现代农业发展、提升食品安全保障能力的一项重大基础性工程，更是一项民心工程、社会工程。但是，建立推广追溯管理制度又是一项复杂的系统性工作，既涉及政府、从业者、消费群体，又涉及编码规则、系统建设、信息资源管理与共享，需要站在国家战略高度统一认识，突破我国在分段监管、标准制定、信息收集整理与深度利用等方面面临的

不利因素，依据国情制定发展规划，有计划、有步骤、有重点、有合力地加以推动。要避免各自为政而造成的信息孤岛和社会资源浪费，避免增加企业管理难度和运行成本。

二是要科学立法，明确标准和技术规程，依法推行。

加强基础性研究、建立健全追溯标准和技术规程，是我国食品质量安全追溯工作科学化、规范化发展的当务之急。

第一，制定实施我国的追溯编码标准。国际物品编码协会(GS1)针对国际食品安全可追溯性的法律要求，开发推出了基于“商品条码+批号”的追溯技术、系列应用指南以及《全球追溯标准》(GTS)和《全球可追溯一致性控制点和一致性准则》(GTC)。这种利用EAN·UCC编码体系进行编码设计、利用商品条码技术对产品进行标识、以批次为单位进行追溯的追溯解决方案，已在美国等60多个国家和地区得到广泛应用，并已经在国内建立了百余个应用示范。从开展食品质量安全追溯管理的实践看，追溯管理系统可细分为产业链各环节的外部追溯和内部追溯，EAN·UCC编码系统比较适用于外部可追溯，适用于全球供应链追溯管理。因此，追溯编码标准应在大框架上采用EAN·UCC系统，但对于内部可追溯还需要在细节上进行完善、配套、规范，并制定配套标准。建议国家质检总局、农业部、国家标准委等部门在现有标准(如商品条码系列标准、食品追溯信息编码与标识规范、食品可追溯性通用规范、GB/T7027-2002信息分类和编码的基本原则与方法)的基础上加紧制定配套标准，强制推广规范。

第二，制定实施信息交换标准。运用XML为基础，以质量追溯产品身份标识为主线、以食品质量安全相关信息为关键，研究制定不同追溯系统之间信息交换接口标准，确保各种追溯系统之间信息相互认可，为实现信息交换、信息共享等奠定基础。而要制定追溯信息交换标准的前提，首先是要制定好食品与农产品分类、投入品分类、产品质量安全检测、环境检测、卫生检查等基础性规范文件，以确保追溯信息的含义统一和认同。

第三，重点研究欧、美、日、澳等发达国家的追溯管理经验，结合HACCP、ISO22000等管理认证标准，以追溯精度、追溯深度、信息记录等为关键指标，研究制定能够与国际市场顺利接轨的可追溯性分级标准，从而为企业或行业追溯系统建立统一的评价体系。

三是要加强组织牵头部门协调，合力推进监管。

第一，加大各级政府对食品质量安全追溯制度推广的支持力度，为企业或组织创建良好的政策、法律环境，在资金上对关键设备、追溯系统运行实施政策性扶持。第二，加强中央政府和地方政府部门之间协调，形成合力，避免多头、重复建设与监管。第三，组织牵头部门、中介组织、行业企业，开发建设追溯体系公共服务平台，包括各项标准、信息系统、数据中心等。四是加强产地环境检

测、农业投入品和食品添加剂许可管理、企业生产经营档案记录、产品检测等各环节的协调配合，促进政府控制的外部信息资源与企业内部的信息资源相结合，促进完整的、涵盖从产地环境到产品上市的质量安全信息整合。

四是统一管理安全信息中心平台，强化共享合作。

第一，是加强与追溯管理领先的国家和国际组织之间的交流合作，及时了解掌握国际上溯源技术的发展动态，参与追溯ISO国际标准起草工作，推动我国食品质量安全追溯得到国际市场认可，促进企业和产品的市场竞争力提升。第二，参照国外追溯管理体系建设经验，以优势产业、优势产品、高风险产品为重点，统筹规划、分步建设我国的重点食品品类质量安全信息中心平台，并基于该平台把产地环境检测、农资与食品添加剂管理、质量安全检测、产品认证连接成一个有机的整体，让食品生产经营企业、各级各段监管部门既是该平台的信息提供者又是共享使用者。第三，由国家(各省)食安办牵头、协调各分段监管部门和财政专项实施部门，从顶层设计上实现国家物品编码体系、重点食品品类质量安全信息中心平台的统一管理，统一食品编码与标识，规范食品生产和流通环节追溯信息，统筹建设国家级(省级)重点食品品类质量安全信息中心平台。

食品安全追溯制度立法建议

从五个方面全面规范食品追溯制度：

记录管理：严格保证生产经营者真实地记录消费者所关心的各个阶段的信息，以便于查询，使消费者可以感受到生产经营者对食品安全负责任的态度。

查询管理：严格规定，每一种食品都必须附带产品编号。消费者可以在购得的产品包装上，发现产品的编号，在超市内或是家中的计算机输入编号，可直接查询得到生产这批产品的有关信息，由餐桌回溯至农场，了解其完整的生产、运输与销售过程，以提高消费者对产品的信心。

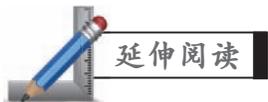
标识管理：要求在食品供应链中的每一节点，不仅要对自己加工成的产品进行标识，还要采集所加工的食品原料上已有的标识信息，并将其全部信息标识在加工成的产

品上，以备下一个加工者或消费者使用。

责任管理：在发生了食品安全问题的情况下，通过传递发现问题的有关信息确定有关生产经营主体的原因，确定有关产品的批号，是在库存中，还是运输中，或者已经售出，确定其他有同样质量问题的批号，并采取纠正行动，从而明确界定在供应链不同阶段中相关主体的责任，减少消费者的疑虑和恐慌。

信用管理：如果发生以假充真、以次充好、擅改标章或记录的情况，在追查食品真伪之时，便可自下游往上游追溯，追查出不安全食品及违纪犯法的从业者，实行产品召回，依法惩处失信，维护社会公平。

国际上实践经验证明，实行食品追溯制度成败的关键在于通过立法强制追溯到各类食品品质及产地来源标示。2003年美国联合加拿大、阿根廷等，向世界贸易组织(WTO)控诉欧盟对基因改造食品的规定和措施违反了自由贸易原则。我国应要推进食品追溯制度建设，完善追溯制度刻不容缓，完善初级农产品的市场准入管理方法和制度，完善有关的管理制度，健全生产履历中心，全面实施市场准入管理。



国务院食品安全委员会专家委员会：国务院食品安全委员会专家委员会依据《国务院食品安全委员会工作规则》设立，作为国务院食安委的决策咨询机构，主要承担食品安全技术咨询、政策建议、科普宣传等工作，由国务院食品安全委员会办公室负责管理。第一届专家委员会由51名委员组成，委员经多方推荐和严格遴选产生，既有在食品安全风险监测评估、检验检测技术研究、公共政策、危机应对以及犯罪侦查等方面卓有建树的权威专家，也有多年从事食品安全监管工作，在风险管理、标准制定、应急处置等方面积累丰富经验的专业人士，具有广泛代表性、权威性和独立性。



【他山之石】

▶▶ 国际食品安全动态

澳新拟禁止杏仁及其产品作为食品销售

12月16日澳新食品标准局发布P1016提案,提议禁止将杏仁及其制品作为食品销售。据悉,当前澳新食品标准法典当中规定了糖果、核果类果汁、酒精饮料当中氢氰酸的限量规定,然而尚无杏仁中氢氰酸的限量标准。为降低食用杏仁的风险,澳新食品标准局对维持杏仁现有食用建议、制定生杏仁的强制标识要求草案等5套方案进行了评估,最终决定禁止杏仁及其产品故意添加到食品或者作为食品销售。

韩国强化海外代购食品安全检查

12月19日韩国MFDS发布通知,为了扩大消费者的知情权,改善食品企业的规范事项,对《食品卫生法》进行部分修订。本次修订主要针对进行海外代购的网络销售点。海外食品代购的销售点需要向食品医药品安全处进行进口申报。韩食品医药品安全处将对代购文件进行检查,并对代购食品实施有害物质检查等,以强化代购食品的安全。

新西兰乳品安全新政:必须申报和标注奶源产地

为了配合中国乳品市场的整顿,新西兰初级产业部出台了关于乳制品出口需申请证明和逐批进行批号登记的意见稿。甚至包括直邮和快递渠道上的各批次出口乳品,都需要逐笔由厂家提供登记申报。到目前为止,新西兰初级产业部仅对批量出口到某些国家的乳制品有此类申报要求,对快递和出口到香港、澳洲等地的乳制品均无此要求。可见,此新政一旦出台,对出口乳制品的去向监管将更加严格。

欧盟食品标识新规定包含新内容

欧盟新的食品标识规定将于2014年12月13日生效。该规定的主要变化有:提高了信息的可读性(强制性信息规定了最小字体);预包装食品需更清晰标注过敏原成分(大豆、花生、面筋和乳糖);未经包装加工食品强制性标注过敏原信息;多数包装食品要求标注某些营养信息;新鲜猪肉、牛肉、羊肉和禽肉强制性标注原产地信息;网络、远距离销售和商店购买标注要求相同;原料中所含纳米材料信息;清楚标注“合成肉”或“合成鱼”。关于加工食品强制性标注营养成分的规定将从2016年12月13日起生效。新的标识规定针对食品经销商制定了3年过渡期。

▶▶ 国内食品安全动态

未按规定标识转基因可责令停产

为保障消费者的知情权,《中华人民共和国食品安全法》二审稿增加规定:“生产经营转基因食品应当按照规定进行标识。”如果生产经营转基因食品未按规定进行标识,根据二审稿,将没收违法所得和违法生产经营的食品。违法生产经营的食品货值不足10000元的,并处5000元以上50000元以下罚款;货值金额10000元以上的,并处货值金额5倍以上10倍以下罚款;情节严重的,责令停产停业,直至吊销许可证。

重庆:小摊贩小作坊将纳入食药监部门备案管理

针对小摊贩、小作坊因为缺乏管理导致的食品安全隐患,重庆市食品药品监督管理局将制定出台小摊贩和小作坊备案管理办法,对商贩将全部实行登记备案,纳入监管。同时,为简化备案流程,节约人力,方便摊贩业主,食药监部门将制定详尽、简便的备案流程,以便规范食品生产加工小作坊、小摊贩的生产加工行为,保证食品安全。

武汉将打造“国家食品安全城市”

武汉市政府坚持食品安全问题“零容忍”,推进食品质量安全追溯体系建设,完善从田间到餐桌的食品“安全链”,武汉力争2016年成为“国家食品安全城市”。决定在全市大型超市生鲜食品二维码追溯系统建设试点基础上,再对白酒、牛奶等生产企业建立电子追溯和信息记录系统。另外,在餐饮企业实施“明厨亮灶”工程。在中心城区有条件的餐馆先试点,通过电子监控,将厨房加工过程视频向消费者展示。

黑龙江率先推出食品安全责任险

日前,中国太平洋财产保险股份有限公司与齐齐哈尔市多家企业签订的食品安全责任保险保单正式实施。消费者在投保的餐饮企业用餐时,一旦发生食物中毒或其他食源性疾病等意外,均可得到保险公司相应赔偿。食品安全责任险是为了保护消费者及食品生产企业的合法权益、第三者利益、保障食品生产秩序和食品安全而推出的一种保险,特点是承保范围广、险种保费低、保险责任内容广,为食品的生产、加工、销售、消费等各个环节的食品安全问题提供风险保障。食品安全责任险有望成为继交强险之后的又一强制险,保障百姓舌尖上的安全。

【编者按】当前，全国P2P网贷平台迅猛发展，却频繁传出平台倒闭、跑路、诈骗等负面消息，这个被称为“风口上的行业”引起了社会各界高度关注。本刊杂志邀请P2P网贷平台公司代表、仲裁机构以及律师聚焦P2P网贷行业规范话题。

P2P网贷平台规范需多管齐下

文 本刊编辑部

圆桌主题：P2P网贷法律问题探讨

圆桌时间：2014年11月14日下午

圆桌地点：深圳市律师协会第二会议室

主持人：张宪忠律师



参会嘉宾：

周春玲 深圳市仲裁委员会金融仲裁院副院长

黄芳 人人聚财公司联合创始人

黄海棠 金鼎财富管理公司总经理

谢卫民 华南国际经济仲裁委员会咨询处处长

乔瑞 信息委副主任、北京康达（深圳）律师事务所律师

朱明凯 信息委委员广东金地律师事务所律师

杨波 上海建纬（深圳）律师事务所律师

罗振辉 信息委主任、广东诚公律师事务所律师

姚伟琪 北京大成（深圳）律师事务所律师

祝理力 广东晟典律师事务所律师



黄芳



黄海棠



周春玲



谢卫民



朱明凯



罗振辉



乔瑞



祝理力



姚伟琪



杨波

P2P网贷平台实践的法律疑惑

主持人：P2P本是一个网络用语，现如今被普遍用到金融界，发展为网贷，在当下的发展中，既取得了一些成果，同时也存在不少问题。鉴此，我们本次圆桌会议首先有请来自P2P网贷平台公司代表谈一下在实际操作过程中的收获，哪些问题需要从法律角度加以思考的？

黄芳：有很多法律界限的问题困扰着业界人士，主要

包括两方面：一是资金流方面，线上P2P和线下P2P有很大区别，线下业务和线上资金撮合过程中存在时间差，使得资金和业务很难实时匹配，先有线下的业务（借款人的借款需求）发生才有线上的资金撮合，这就使得资金流和信息流之间容易存在时间差，容易在监管的红线上被列入资金池或者非法集资的范畴。目前，我们公司解决这个问题主要是采取自律的方式，与第三方支付平台财付通等合

作，同时与银行合作，推进风险备付金账户监管，在资金流的管控上由第三方管控和参与。如果没有很好的法律细则和监管措施，某些P2P平台在资金操作方面很容易存在卷款逃跑的风险。二是业务模式方面，抵押类项目的债权转让问题。我们公司通过与担保公司、小贷公司合作，由合作机构输送项目，完成项目的实地考察以及提供全额的担保，包括机构层面和机构实际控制人的个人层面双重担保。如果机构所从事的业务类型是信用贷款，只涉及借款和出借人双方，操作相对简单；但也有许多抵押、质押类的贷款，操作相对复杂，因为其重要的风控措施是抵押手续的办理。鉴于距离的关系，P2P平台会委托合作机构在当地派出抵押权人，代替P2P平台上的理财人办理车辆或者房屋的抵押手续，所有手续办理完毕后，再通过债权转让的方式，将债权转让给P2P平台上的理财人。但此时，抵押权是否随着债权债务关系的转移而一并转移，是否有效？万一涉及诉讼时，能否完整地把证据链打通？这是我们感觉比较难处理的地方。

黄海棠：我谈三个问题：一是对P2P网贷平台的法律定位。由于P2P网贷平台本质上是一个中介平台，为借贷双方提供信息和机会，并为他们完成借贷行为提供服务和帮助，我理解的P2P网贷平台只是一个撮合关系。二是关于债权转让的问题。由于P2P网贷平台特殊的操作模式，借款人和贷款人的法律关系相对复杂，往往是一个债权人与多个债务人发生法律关系，当发生法律纠纷时，按照合同规定，贷款人要么把债权转让给我们平台，委托我们去收回债权，要么他自行去收回，当贷款人把债权授权给我们时，在实际操作过程中，如果按照仲裁规定需要提供证据材料，是很难收集的。三是资金池的问题。对于P2P网贷平台不敢存在资金池，为了规避这个难题，真正操作过程中还是有一些问题存在，我们希望这些灰色地带能在考虑企业实际困难的情况下得以解决。

仲裁在处理P2P网贷纠纷案件中的作用

主持人：今年全国最快裁决的案件，就是P2P的业务，仅花了一个小时在网上调解成功。这种调解解决实际上法律专业讨论的问题不多，更多的是你情我愿，仲裁庭扮演着调停人的角色，而不是一个裁判者，现在热烈欢迎周院长和谢处长发表高见。

周春玲：P2P给市场的潜在需求提供了便利，有其发展的土壤和空间，由于这个领域法律制度及监管尚不清晰，实践中又存在大量可创新和空白地带，准入标准模糊，因此发展存在分歧和风险，但越是这样越需要法律服务和法律政策支持。仲裁支持法律专业的介入，比如对于律师介入的成本即合理的律师费用，仲裁予以支持。同时这个领域也需要法律的解决，这是控制风险的重要途径。

在程序上，由于仲裁管辖确定、处理机制较为快捷，是一种可行的法律解决方式，即不管当事人身在何处，涉内涉外，如果约定仲裁的话，最后都能在同一机构仲裁解决，这个是可预期、确定的，能为当事人节省精力和费用。在实体问题上，正因为有些内容法律没有规范，当事人有了更多的自主权，有约定就按约定，没有约定往往会引起争议，因此约定的内容显得尤为重要，仲裁尊重合同约定的内容，要能通过好的约定来等同于法律，解决当事人之间的问题。但要使这种约定具备法律效力，被法律机关予以认可，要注意几个方面的问题：一是这种约定的内容是真实的，尽量使当事人作一个明示的意思表达，即约定内容和其真实想法一致，不能作虚假约定。二是不能违反法律的强制性规定。三是这种约定可以尽力保障一方的权利，但是注意也不能排除另一方的权利和义务，可以不完全对等，但是要有一个相对公平性。四是在做一些设计的时候还要考量是否损害了另一方当事人的重大诉权或实体权利。

谢卫民：我个人认为，P2P网贷本质上是民间借贷，是借助互联网手段从事的民间借贷活动，这是市场的需要，金融创新的需要。由于法律还跟不上市场的步伐，如果P2P出现了纠纷，目前完全可以参照最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》进行处理，即P2P网贷的年利率最高不得超过银行同类贷款利率的四倍（包含利率本数）。对于逾期还款收取的违约金，我们有的仲裁庭结合司法实践中关于违约金过高的认定标准，裁决民间借贷逾期还款的违约金可以在中国人民银行同类贷款利率的四倍基础上上浮30%。仲裁庭的这种裁决是符合逻辑的，也是合理的。

至于P2P网贷纠纷的取证和证据披露问题，由于P2P网贷主要在网上进行，签订的借款合同等文件都是采用电子数据格式，这给取证和质证提出了新的挑战。在受理的仲裁案件中经常遇到电子数据证据的问题，P2P网贷平台完全可以考虑采用时间戳及公证等方式对电子数据证据进行固化，从而解决P2P网贷电子数据证据的取证和披露问题。

由于P2P主体多、争议金额相对较小，为了便利有关主体快捷、便利、低成本地解决P2P网贷纠纷，我们建议P2P网贷主体可以在有关合同中纳入特别拟定的仲裁条款，解决多个主体要分别立多个案件的问题。

P2P网贷平台需进一步规范

主持人：感谢仲裁界两位领导的精彩发言，下面有请在场的各位律师从法律专业角度就P2P法律定位、资金池、主要模式、证据取证及披露、争议解决等一系列问题畅述己见。

朱明凯律师：我全程跟进为鲁班贷提供法律服务，鲁班贷是一家深圳的本土P2P网贷平台，鲁班贷与一般的P2P平台不同，因其借款需求方只针对建筑施工领域，借款需考察实际的工程项目，更加具有专业性和可信赖度。在P2P操作的过程中，发现了几个问题。首先，关于P2P网贷平台的定性问题。银监会给P2P网贷平台定性为中介平台，为借贷双方提供居间服务，但实际上在操作过程中，网贷平台实际上突破了居间平台的法律属性，承担了更多的义务和责任，一方面，要对借款方的融资资料进行实质审查，另一方面，绝大多数平台为吸引投资者，实施所谓的本金保障或本息保障计划，有变相为借款提供担保的嫌疑，此外，在借款发生逾期违约时，平台需要利用各种手段追偿。P2P网贷平台已经实际参与到了借贷关系中间，将P2P网贷平台定性为中介平台是否合适？是否有利于平台的发展？其次，关于合同文本签订。P2P业务操作过程中，要求借款方签订纸质法律文本比较容易实现，但P2P投资者来自全国各地，要求所有P2P业务的法律文本都用纸质文本签订不太符合实际，现在通行的做法是在合同中约定采取电子文本签订，虽然我国法律有规定，电子文本是具有法律效力，但在实务操作中，因电子证据的生成与保管很难具有公信力，电子证据的采信度并不高，给投资人或是债权受让方的追偿行为带来严重影响。最后，关于债权转让的效力。为了方便和吸引投资者，充分保障投资者的权益，大多数平台都在合同中约定，在偿付后，债权自动转移到平台，无需通知借款人，这样的约定是否具有法律效力。因为，偿付具有一定的强制性，这样实际上限制了投资人自行追偿的权利，同时，我国法律规定，债权转让需通知债务人，未通知的，债权转让不对债务人生效，这样也与法律规定不一致，司法如何认定这样的约定，自动转让是否具有法律效力？希望P2P网贷平台的操作规范能尽快出台，能够将P2P网贷平台引入正常化、健康化的发展道路。

罗振辉律师：结合我自己的实务跟大家探讨一下：一是P2P平台宜将自己定位为信息中介及居间服务机构，根据平台的公司背景及人员结构，选取最适宜的商业模式。二是关于P2P平台的资金池问题，其本质在于，P2P平台为了解决资金配对问题，会有意无意地形成资金池，资金池是解决P2P平台资金错配的便捷途径。但如此一来，P2P平台就很容易触及非法集资的法律红线。现实中，银行就是一个最大的合法资金池，但因为银行有牌照，可以得到国家的信用背书，而P2P平台就完全不行，从这个意义上讲，P2P平台在做银行的事情却没有牌照。三是债权转让模式出现的最初目的在于及时解决借款人的借款需求，该模式有其法律依据，目前为众多P2P平台所使用，由于使用该模式的数量巨大，因此不会轻易被终止，即便将来监

管政策出台，也会采取循序渐近的安排。四是关于P2P平台去担保化，主要有两个原因，首先依照我国法律规定，融资性担保机构的融资性担保责任余额不得超过其净资产的10倍，但目前大多数为P2P平台的担保责任余额达到其净资产的几十倍甚至上百倍；其次很多P2P平台自己设立担保公司为自己担保，平台担保实际上就没有担保。所以去担保化是将来的一个趋势。五是目前涉及P2P的诉讼通常以民间借贷的形式在法院出现。在法院审理的过程中，P2P平台一般不会向法院披露其与其他商业机构合作签订的框架协议，据了解，目前法院尚未有针对P2P架构设计进行审理的案件，因此，尚无法进行归纳总结。

乔瑞律师：现阶段，P2P贷款平台（以下称“平台”）遇到借款逾期的情况，通常会通过债权转让的方式获得债权人的资格，并以此向借款人提起诉讼。但是法院在立案过程中要求将原出借人列为案件的第三人才能立案。因为P2P平台的借款模式为众多出借人集合一笔资金出借给借款人，原出借人的人数较多，且分布在国内各地。如果在立案时即要求将原出借人列为第三人，必然会增加送达的难度，所需时间较长，不利于提高诉讼效率。根据民事诉讼法，第三人并非原告起诉时必须追回的当事人，因此建议是否追加第三人应于立案后在实际审判时由审判组织根据案件情况决定。

部分法院在立案时认为出借人、借款人及P2P平台签订的三方协议中的管辖权条款不能作为确定案件管辖的依据。其理由是平台在受让债权后提起的诉讼是追偿权纠纷，起诉的主要依据应当是平台与出借人在债务逾期后另行签订的债权转让协议。因此，如果平台在诉讼中主张约定管辖的话，债权转让协议中应当另外有约定管辖的条款，并且应当有借款人（债务人即被告）的签名才能有效，而不能直接适用原三方协议中的管辖条款，这值得商榷。三方协议中通常对借款人出现逾期后，平台在代偿后获得追偿权已经有了明确的约定。因此，在出现逾期的情况下，平台完全可以依据相关条款在代偿后自行获得追偿权，这是三方协议对当事人权利义务明确的约定，无须另行与出借人签订债权转让协议。三方协议中的管辖条款对所有当事人之间的纠纷都具有确定管辖的效力，当然也包括平台代偿后发生的纠纷。因此，三方协议中的管辖条款对此类纠纷应当可以适用。而部分法院的做法是要求平台在三方协议外，另行与出借人签订一个债权转让协议，而借款人并非该债权转让协议的当事人，因此部分法院认为应当由借款人所在地和合同履行地法院管辖，而拒绝适用三方协议中的管辖条款。这显然是对三方协议中对当事人之间权利义务约定的肢解，没有法律依据及事实依据。但更让人迷惑不解的是，被告住所地法院却持完全相反的观点，认为应当适用三方协议中的管辖条款，而拒绝受理。

各个法院相互推诿，使得案件竟然无法立案受理。上述情况反映了一个现状。法院部门对P2P网贷模式下的民间借贷仍无统一认识。各个法院存在相互推诿立案的情况。因此，希望法院部门能尽快就上述问题统一做法，指导相关当事人依法维护自身合法权益。

祝理力律师：P2P网贷作为互联网金融的一种一部分，具有传统性与新颖性的双重特征，是传统“民间借贷”通过互联网“电子商务”结合而生的创新金融业务。如何规范这种新型商业模式，对从业者、立法者、执法者都提出了挑战。关于P2P网贷涉及的电子合同效力认定问题、债权转让的程序规范问题、争议解决的管辖问题等等，有的在现有法律法规、司法解释中已有章可循，而更多的问题亟待解决。在P2P网贷蓬勃的发展环境下，也酝酿甚至爆发了一些严重损害投资人利益的事件，但规范和约束行业的有序发展并不能被动等待监管部门、立法机关出台政策文件，应该更广泛得组织金融界、法律界和网络科技从业者汇聚一堂，就P2P网贷的实务操作提出合法、科学、可行的业务规则，包括争议解决裁量标准和司法救济路径。互联网时代的到来就像一场工业革命，对社会、对生活带来强烈冲击的同时必将带来新的活力！相信深圳律师协会会在这次互联网金融发展大潮中发挥重要作用！

姚伟琪律师：我们了解的一些P2P公司还是非常希望能规范经营并致力于公司的长远发展的，作为法律人，我比较关注是以下几个方面的内容。一是市场准入的问题，因为现在对网贷公司没有任何的市场准入要求的，任何人都可以做。这就导致了一些不具备资质的企业进行这个行业，在规范经营和风险控制都存在一定问题。这些企业对整个行业的健康发展是不利的。上海的行业协会已经推出了一些行业准入的标准值得我们学习。二是如果P2P所起到的是居间职能，法院能否在实践过程中最高法院所规定的4倍利息的限额限制P2P平台的居间费用。三是关于信息披露。虽然监管部门鼓励平台开展信息披露和投资者教育，但如何操作并没有具体的意见。我们律师可以在这方面给予互联网金融的从业者更多的意见和建议。

杨波律师：P2P互联网金融行业经过这几年的发展，



从最初的红红火火，到后来大浪淘沙，再到现在的有人欢喜有人忧，P2P的发展引发了众多的讨论和研究。P2P网贷平台有着自己的一套操作流程和风控模式，包括对项目的竞调、第三方支付平台的选择、担保公司的合作担保等等，但是在面对大额逾期时，却缺乏很好的应急措施和清偿手段，因此最近出现了例如红岭创投等多个大额逾期的案例，虽然最终P2P平台都进行了全额垫付，保障了投资者的投资，但是如果严格按照法律角度来考虑，大多数的P2P平台只是信息平台，而并非信用平台，一旦出现了逾期，应当是由投资者直接向借款人主张清偿，作为P2P平台只是起到配合的作用，并没有垫付清偿的义务，因此，这势必给投资者维权造成非常大的障碍。目前国内尚没有专门针对互联网金融行业的法律法规，互联网金融法规严重缺位，因此作为法律工作者，本人有如下几点建议：一是加大立法力度，加强对电子商务及电子交易等方面的立法；二是制定行业准入规则；三是制定网络公平交易规则，进一步明确互联网金融交易双方责任与义务；四是加强个人信息的保护；五是对电子合同的有效性，以及识别数字签名等做出详细规定。

主持人：今天，我们各位专家的发言当说都很有内容，也很精彩，从市场到法律，又回到争议解决机制等不同角度展开，涉及的话题很多。现在谈一下我的观点，也是对各位提出问题的一个回应：一是关于主体地位问题，从法律角度来讲，P2P平台公司所从事的业务，应当归属于居间法律关系。二是关于合同成立问题，对于这种电子文件能否构成合同形式，合同法已有明确的表述，合同成立不应存在争议；但是一旦发生争议，如何取证，这恰恰是需要探讨和解决的一个问题。三是关于合同效力以及债权转让效力、担保效力等，从法律依据来讲，我认为大法依据是有的。但是回到具体的实务角度看，规范是严重不够的；银监会等部门制定的一些规则性条款，并不是法律层面的规定。我认为在立法不成熟之前，通过最高人民法院等出台司法解释，或许更能解决我们当下的问题，也更务实。四是关于资金池问题，尽管现在禁止民间建立资金池，但是我认为任何一个新生事物在成长过程中，都会面临一个从否定到肯定的过程，随着市场机制的发育和监管机制的健全，这个口子是有可能打开的。

总之，P2P市场通过前段时间的摸索，虽然出现了跑路、欺诈等负面消息，但这种情况并不奇怪，任何一个新生事物的出现和发展，都会遇到各种各样的问题，就像小平同志当时所说的：改革开放有苍蝇进来不用怕，不要因为有苍蝇进来，就否定改革的成果。对于P2P网贷市场来说，我认为接下来会进入市场整合阶段：一是公司的整合，二是业务的整合，三是监管和法律管制的整合。只有这样，P2P网贷平台规范发展的大时代才会真正到来。



【法律前沿】

互联网股权众筹的现状及其法律风险初探

文 广东卓建律师事务所 俞菁华律师

股权众筹，是一种商业模式，也是一种分享、共赢的互联网精神，一种共同创业的情怀，一种培育理性投资者、完善中国市场经济环境的社会责任。

众筹一时之间风靡于互联网、风险投资等多个领域，互联网金融的创新和快速发展是金融资本的本能，也是自由市场经济的动力，但是这些商业模式在多大程度上突破了现行法律规范？走在监管前面的众筹模式不是简单的互联网金融创新的胜利，同样相伴而行的是其本身的合法性存疑、是一些诈骗倒闭平台带给普通投资者的巨大损失。所以，不能简单判断股权众筹等商业模式合法或非法，应该通过对其主体、操作方式等方面的法律关系具体分析，借鉴域外立法经验，才能在规范发展中充分实现这些金融创新模式的社会价值。

众筹融资是互联网金融的重要形式

众筹，即crowdfunding，顾名思义是大众筹资的意思，在构建众筹商业模式时，需要项目发起人即筹资人、出资人和中介机构众筹平台这三个部分组成。众筹平台有多个分类，最为流行的是回报类众筹、债权类众筹、股权类众筹和捐赠类众筹。其中，回报类众筹是投资者对项目进行前期投资后获得产品或服务，比如国内的众筹网；捐赠类众筹是纯公益的无偿捐赠；这两种众筹的本质法律关系是赠与或买卖关系。

众筹融资主要是债权类、股权类众筹两方面，典型的债权类众筹就是P2P借贷平台，如国内的拍拍贷、人人贷等，投资回报是到期获得借款本金的债权；本文研究的股权众筹，简单来说就是筹资者拿出部分公司股权，在众筹平台上进行项目推介及线下宣讲，投资者支付相应的股权转让款获得股东身份，从而完成股权投资的过程。

一方面是中小企业融资困难，轻资产型的新兴创业公司难以获得传统金融的借贷支持，另一方面是许多大众投资者投资渠道有限，而与此同时，互联网技术的进步带来了支付方式、信息处理和资源配置的重大变革，尤其以电子商务和社交网络为代表。所以，互联网技术发展为公众小额集资提供了运行通道，众筹融资集合了大量的小额

资金，通过众筹平台的匹配对接，提供给资金需求者，众筹融资是当前互联网金融的重要形式，是新一轮的融资革命，将极大地冲击传统金融、证券业务。

股权众筹的现有商业模式规避了相关法律障碍

目前，国内股权众筹平台的大概操作流程是：融资方在网络平台上发布融资需求、线下项目宣讲及意向投资者看项目、领投人及跟投人认领、凑满融资额度、投资人设立有限合伙企业、签订投资协议及股权转让协议并办理工商变更登记。举例来说，某个创业者的创业项目需要融资100万人民币，出让20%股份，通过股权众筹平台发布后，各个投资人进行认投，比如A投资人做领投人认投20万、B投资人做跟投人认投10万、C投资人做跟投人认投5万直到凑满融资额度，投资人就按照各自出资比例占有创业公司出让的20%的股份。通过线下办理有限合伙企业成立、投资协议签订、工商变更等手续，该项目融资就算胜利完成，那么目前这样的股权众筹操作模式是否存在一些法律障碍呢？

非法证券活动的法律障碍

相对于债权众筹P2P平台面临的非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪的刑事风险，从上述简要概括的操作流程来看，股权众筹主要面临的法律障碍是非法证券类犯罪。根据《刑法》第一百七十九条“未经国家有关主管部门批准，擅自发行股票或者公司、企业债券，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处非法募集资金金额百分之一以上百分之五以下罚金。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役。”、《证券法》第十条“公开发行证券，必须符合法律、行政法规规定的条件，并依法报经国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门核准；未经依法核准，任何单位和个人不得公开发行证券。有下列情形之一的，为公开发行：（一）向不特定对象发行证券；

► 股权众筹在国内的快速发展，是因为作为一种重要的互联网金融创新，它迎合了互联网、风险投资的发展需要，满足了中小企业创业的融资需求和个人的投资者的投资需求，需求就是最大的资源，能够满足市场主体需求的金融创新毫无疑问具有广阔的市场空间。

(二)向累计超过二百人的特定对象发行证券；(三)法律、行政法规规定的其他发行行为。非公开发行证券，不得采用广告、公开劝诱和变相公开方式。”等之规定，股权众筹在网络平台上公开，有违反擅自发行证券罪的风险。甚至，根据《刑法》第一百六十条“在招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法中隐瞒重要事实或者编造重大虚假记载，发行股票或者公司、企业债券，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处非法募集资金金额百分之一以上百分之五以下罚金。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役。”等之规定，如果股权众筹发起人伪造夸大公司股份价值和财务状况的，还可能违反欺诈发行证券罪。

从目前国内股权众筹平台来看，主要有中国众帮天使网、天使汇、大家投、国富投融资网，以及爱合投、天使客等，其商业模式中为了规避公开发行的风险，基本限于有限责任公司的股权投资，这就涉及到证券的定义问题，根据《证券法》第二条“在中华人民共和国境内，股票、公司债券和国务院依法认定的其他证券的发行和交易，适用本法；本法未规定的，适用《中华人民共和国公司法》和其他法律、行政法规的规定。政府债券、证券投资基金份额的上市交易，适用本法；其他法律、行政法规有特别规定的，适用其规定。证券衍生品发行、交易的管理办法，由国务院依照本法的原则规定。”之规定，证券明确界定为股票、公司债券、政府债券、证券投资基金份额和国务院依法认定的其他证券，也就是说，有限责任公司股权不属于证券，股权众筹平台限于有限责任公司股权的，不违反相关非法证券活动犯罪。同时，股权众筹网站为了避免被认定为证券经纪商开展营业活动，也限于中介居间的法律关系定位，股权众筹平台是一个信息平台而非交易平台，在项目通过网络平台发布后，很多协议签署、注册实体、股权变更等工作转入线下完成。

公司法的法律障碍

根据《公司法》第二十四条“有限责任公司由五十个以下股东出资设立。”等之规定，即使现有的股权众筹平

台限于有限责任公司股权，也面临着投资者人数众多、股东人数可能突破公司法限制的问题，对此，大部分的股权众筹选择通过投资人设立有限合伙、其中领投人作为普通合伙人、跟投人作为有限合伙人的方式，以有限合伙企业作为目标公司的股东享有股权，投资人之间的权利义务关系与目标公司无关，依据有限合伙协议及章程约定。这种操作方式规避了公司法对有限公司的人数限制，但是在实际操作中，这也极大增加了股权众筹平台的经营成本和时间成本。另外，为了规避人数限制，也可以通过隐名股东、股份代持等方式，由领投人作为目标公司的显名股东享有股权，领投人和跟投人之间通过签订委托代持协议等确定权利义务关系即可，这在法律上没有障碍，主要的问题在于实际履行过程中，跟投人的权利如何保障。当然，这个问题本身不是法律障碍，而是公司治理问题，股权众筹仅仅是融资平台，在融资完成后投资者介入公司治理的障碍、融资方作为创始人及大股东侵犯小股东权益的问题不是股权众筹能解决的。

除了刑事责任风险，股权众筹还面临行政监管机关的行政违法处罚风险和部分民事法律风险。比如合同违约、股权代持等股权争议、投资人退出的机制不当风险、诉讼程序中电子证据的认定风险等多方面问题。这些或有障碍在目前还没有突出显现，从法律实施角度，这些问题也可以通过《合同法》、《民事诉讼法》及相关司法解释得到有效规制，应该认识到，现在社会及媒体普遍担忧的股权众筹的违法风险，其实并非股权众筹的商业模式本身违法，同时其风险的产生跟整个社会的诚信体系、商业形态和市场秩序等多个方面的问题息息相关，如果从哪一种商业模式更容易引发道德风险来判断其法律风险、来制定监管政策，那无疑会扼杀创新，所以，应该理性分析和看待股权众筹。

美国JOBS法案的借鉴意义

众筹真正成为一种商业模式是10多年前率先出现在美国，以Kickstarter等为代表的众筹平台风靡全球，而面对众筹的风险，《福布斯》就曾经有报道认为，众筹是即将带来的法律灾难，会出现大量的诈骗和破产诉讼。与此同时，美国证券交易委员会也出台过部分监管措施，直到2012年奥巴马总统签署《创业企业扶助法》(Jumpstart Our Business Startups Act,简称JOBS法案)，该法案允许公司通过大众融资的方式筹集资金并取得资本所有权或债权，旨在帮助振兴美国经济、改善就业。美国从早先的立法尝试到JOBS法案的出台，建立了相对完善的监管框架。

一方面，JOBS法案将新兴公司作为一个单独的发行人类型予以特殊监管，降低门槛。比如，12个月内融资金额在

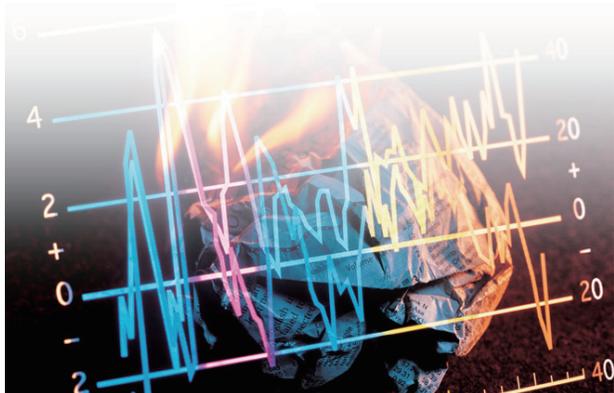
1000万美元以下的发行人不受联邦证券法的监管、将公开发行人的人数限制由300人提高的1200人。另一方面，JOBS法案为投资安全对各方参与者进行了部分限制：例如，投资者年收入少于10万美元的，其投资额不超过2000美元或年收入的5%；对股权众筹平台虽然豁免其作为经纪商或承销商注册，但是要求其在美国证监会或自律监管组织注册，并提供风险提示、投资者教育、保护隐私、不得劝诱、不得占有或处置投资者资金等；对于发行人则明确了其信息披露的内容及主要要求。

对于JOBS法案，在美国也有很多反对声音，尤其认为这不利于投资者保护，与保护中小投资者的证券监管理念背道而驰，在降低门槛的股权众筹中助长了欺诈、损害市场信心并最终增加了融资成本。从其主要内容来看，在放松门槛鼓励创新创业的同时，也细化了监管的内容保证安全，其实，这是投资者保护与资本形成反映出来的安全与效率的矛盾，而市场经济条件下，还是要尊重投资者在认识风险的基础上理性投资，不能片面强调安全而否定新的融资方式。

JOBS法案的规定对我国目前正在讨论和形成中的股权众筹监管具有借鉴意义，其重点关注的也是平台本身的资质认定、信息披露和投资者资质三个方面。尤其建立证券发行小额豁免制度，允许小额初创企业利用众筹募集资金；明确确立股权众筹平台作为居间中介的合法法律地位；限制单个投资者的投资数额；明确融资方的信息披露义务及披露的内容和程度等。例如，目前在平台上发布的融资需求对项目的推介基本依赖于领投人的尽职调查和跟投人对领投人的信任，平台没有相应的审核能力，容易产生不正当的自我交易或引发领投人的道德风险。对于融资方来说，过高的信息披露义务会增加融资成本和风险，甚至可能泄露商业秘密，监管层应借鉴JOBS法案发布统一的最低限度的信息披露清单，这对于普通投资者提高理性投资意识和能力也有帮助。

股权众筹法律风险防范与律师服务

股权类众筹是未来发展空间最大的一类众筹模式，而



相对于于众多倒闭、跑路的P2P债权类众筹平台，股权众筹的法律风险同样很大。根据前文的分析来看，目前股权众筹在监管意见尚未明文公布、在现行生效法律法规的规制框架下，应该从以下几个方面防范法律风险：

限定于有线责任公司股权众筹，不得向非特定社会公众发行股份、不得向200人以上的特定对象发行股份，不得采用广告、公开劝诱或变相公开等非法方式发行股份。

作为股权众筹平台，应限定于居间中介，不得为平台本身公开募集资金，不得侵占、挪用投资者资金即避免资金池模式引发的风险，另外，平台协助投融资双方为完成交易进行线下的项目推介、注册有线合伙等应在相关的平台规则中明确，平台应当避免充当证券承销商或证券经纪人的角色，避免非法证券活动的风险。

投融资双方在平台上应该真实发布信息，避免虚假项目，避免非完全民事行为能力人在平台上注册成为投资人等情况，这也有赖于平台必须尽到合理的、一定程度的审核义务。

律师为股权众筹各方提供专业法律服务十分必要，对于平台来说，可以委托律师草拟、审核、修改、完善平台的众多注册及交易规则、交易相关的《投资协议》、《有限合伙协议》、《股权转让协议》、《公司章程》等法律文书；此外，项目的真实性对项目融资成败至关重要，对于部分项目推介过程中，委托专业律师对项目进行尽职调查并出具《尽职调查报告》，对项目相关的主体、资产、资质等进行专业的调查，协助投资者进行投资决策和平台有效筛选项目，避免虚假项目；鉴于股权众筹人数众多，且网络交易的特殊性，在签署相关授权文件或协议时，可以委托律师见证，对签约主体、签约的文本、时间等进行合法有效的见证；最后，在项目运行过程中，因投资者退出、平台挪用资金、融资方利用大股东或实际控制人身份侵犯投资者利益等各方面纠纷的，律师参与相关的谈判或诉讼事宜，提供解决方案。

结语

股权众筹在国内的快速发展，是因为作为一种重要的互联网金融创新，它迎合了互联网、风险投资的发展需要，满足了中小企业创业的融资需求和个人投资者的投资需求，需求就是最大的资源，能够满足市场主体需求的金融创新毫无疑问具有广阔的市场空间。更为重要的是，创业者通过股权众筹的方式推介项目、对接投资人，不仅仅是募集资金，更是募集众人的资源、募集众人的经验、募集众人的智慧，这也是越来越多创业者选择股权众筹的真正原因。股权众筹，是一种商业模式，也是一种分享、共赢的互联网精神，一种共同创业的情怀，一种培育理性投资者、完善中国市场经济环境的社会责任。

强奸罪对象“妇女”的软化理解

文 广东华商律师事务所 赖佳文律师

我国《刑法》第二百三十六条在规制强奸罪的构成要件时，沿用了社会一般用语习惯，把犯罪对象表述为“妇女”（“幼女”实际上也是社会一般用语逻辑的延伸）。“妇女”一词本质上是民间传统意蕴极其浓厚的社会性词语，内含着相当程度上的道德评价倾向性。如果着眼于刑法规范表述的精确性、中立性，应使用“女性”这一与道德评价绝缘的词语，毕竟刑法条文更主要的是作为裁判规范而存在，其发挥的行为规范机能所倚靠的并非刑法条文本身而是刑法条文背后的伦理规范。在刑事司法实践中，“妇女”作为强奸罪的犯罪对象历来也不是犯罪认定中的难点，因为被性侵犯的人是否为“妇女”基本上是一目了然的，不存在任何难题。但是，目前刑事司法实务中出现了“双性人”、本来为男性的“女性变性人”遭受男性性侵犯的案例，对于该类行为，能否认定行为人构成强奸罪，存在肯定论与否定论两种意见。

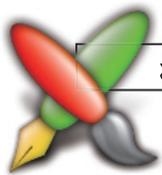
笔者持肯定论立场主要有如下三点理由：

一是将双性人、变性人评价为“妇女”不违反罪刑法定原则。体貌特征上已经呈现为女性的双性人、变性人虽然在生物学上属于男性，有着男性的基因染色体，但是其展现于社会的是纯粹的女性形象，已经以女性的身份参与社会活动与日常生活，处于第三人地位的民众也一致地乃至先验地认定其属于真正的女性。罪刑法定原则的内在要求截断了刑法用语的开放性，而这并不否认刑法用语的涵摄范围伴随社会情势的变化适当扩大外延。只要变化了的客观情况仍然能够评价在词语的涵义射程范围内，给予同一的法律判断就不属于对罪刑法定原则的违反。双性人、变性人能否作为强奸罪的犯罪对象，应秉持的是行为时的判断时点和社会一般人的判断标准，不应从科学的一般人角度进行追根溯源判断，因为这种科学性的探究通常会瓦解社会一般人已经达成的共识，撕裂词语涵义的合理扩张。所以，只有顺延民众的一般判断将双性人、变性人评价为“妇女”才合乎罪刑法定原则的要求。

二是刑法评价不应拘束于纯生物学判断，作为一种价值评价，其不得不吸纳当下社会的一般共识。对法律评价究竟应从属于科学认识还是经验常识，需要经过特定的价值衡量与决断。双性人、变性人的生物学身份是一种科学认知，只具有生物学、医学方面的价值，并且不易被一般人所认识，科学认识与一般人认知之间的距离造成了双性人、变性人法律评价的断裂。法律是构筑民众之间的社会关系规范，这些规范建构的基础则是人与人之间基于认知共识达成的价值理念，这些理念是一种客观实存，但并不必然都与科学认识具备一致性。如果片面强调科学认识在双性人、变性人法律评价中的参考意义，则极有可能脱离被民众所共知公认的理念。共识体现的是民主合意，只要其没有僭越法治、人权的底线，社会共同体都应该尊重这种共识。所以，在双性人、变性人的法律身份问题上，刑法评价的基准是经验常识而非科学认知，应信赖事物表象而不应深究深邃内涵。

三是只有将双性人、变性人视为“妇女”才能最大限度保护公民的性自主权。双性人、变性人在社会学视野中已经属于“女性”，因为其不仅在体貌上具备女性特征，而且社会民众也将其作为女性看待，更为重要的是，双性人、变性人自身已经培植起强烈的女性意识与性心理，女性性羞耻感的形成代表其已经具备女性的实质侧面。将双性人、变性人评价为刑法上“妇女”是周全保护法益的必然逻辑要求。反之，如果不给予其刑法上的“妇女”身份，那么其受到性侵犯时将无从获得保护，还会形成一种不合适的规范错觉，即外观上一名女性遭受性侵犯而刑罚权却不当地懈怠，公民权利并不是平等地受到保护的。更为甚者，这种刑法评价方式极有可能错误地引导潜在犯罪人的行为，使双性人、变性人这类特殊群体处于更危险的境地。

双性人、变性人虽然是社会中数量极少的群体，但其生理构造上的特殊并不能成为法律拒绝保护的适当理由。因而，对“妇女”一词作出软化理解，是合乎规范保护目的的。



法律观察

打车软件的法律问题及“自我救赎”

文 广东前海律师事务所律师 王小敏律师

打车软件作为刚兴起不久的移动互联网生活类APP程序，因涉及到监管部门、出租车公司、司机、乘客等各方利益，最近引起了各地交管部门的高度重视。北京、上海、南京等地交管部门纷纷表明对打车软件的态度，总体上都是有条件地支持。然而，深圳市交通运输委员会近日下发通知，紧急“叫停”手机打车软件，在全国率先对打车软件说NO，使这一行业的争议更加白热化。

对于在全国各地接连遭遇监管审视，盈利模式还远不明朗的打车软件来说，这无疑是自诞生以来遇到的最大地一次打击，也为整个行业以后的发展带来了重重疑云。在此转折点上，打车软件该如何进行努力，实现“自我救赎”，将是整个行业不得不认真思考的课题。

打车软件存在的主要问题

打车软件在各地受到阻碍甚至是被“叫停”，除了恐对相关部门利益造成冲击之外，自身也存在以下主要问题。

一是加价功能，涉嫌违法。

打车软件当中一般都设置有加价功能，加价从5元到100元不等，甚至更高。这也是目前政府监管部门对其叫停的主要原因之一。从市场自由交易原则来看，一方面乘客愿意加价，另一方面出租车司机愿意承接，系双方自愿协商的结果，应该无可厚非。但是，出租车行业属于社会公用事业，按照《中华人民共和国价格法》的规定应依法实行政府定价或政府指导价，出租车服务收费标准的制定或变更需要经过听证，由政府价格主管部门征求乘客、出租车公司和行业协会等各方面的意见，论证其必要性、可行性。

此外，全国各省市对出租车的运价还有详细的规定，比如《广东省出租汽车管理办法》第27条第3款规定，出租汽车经营者应当执行政府价格主管部门制定的运价和收费标准；《深圳经济特区出租小汽车管理条例》第33至35条也规定，出租车租费标准的调整应当根据出租车经

营成本的变化情况，由市政政管理机关提出申请，经市物价管理机关依法定程序审批后公布执行。乘客租用出租车应当依规定支付租费，但有权拒付超收的租费。禁止经营者和驾驶员以任何方式向乘客超收租费。

因此，打车软件提供的加价功能实际上打破了政府的统一定价，扰乱了正常的客送秩序涉嫌违法，相关部门认定其违规并非完全没有依据，但是至于政府该不该“叫停”又是另外一回事了。

二是软件无统一准入标准和规范，易被黑车钻漏洞。

没有准入门槛的限制也是目前有关部门担心的问题，因为打车软件任何人都可以免费下载安装，有些打车软件并无设定相关的身份核实注册机制，有些打车软件即使对注册者的身份进行审核，也存在标准较低或不统一等情形，比如要求司机提供哪些证件、如何识别信息的有效或真伪等，都存在漏洞。

现在各城市中，存在不少私家车或其他车辆进行专门揽客的营利活动，这些司机如果也通过钻软件的漏洞而获得认定注册，不仅对规范出租车市场运营秩序存在不利，也对乘客的权益保障缺乏有效监督。这也是打车软件目前亟需重视的问题。

三是易引发其他纠纷，存在安全隐患。

在实际使用打车软件当中，也出现了司机误点、爽约或者乘客爽约等问题，甚至还有司机朋友“挑肥拣瘦”、“舍近求远”等挑客行为，导致乘客或司机不满，从而引发纠纷。有报道称，乘客预约订单后司机却不来或者司机根本就不接单等，导致乘客打车困难，甚至有司机与乘客因此相互打架。这些纠纷目前虽然不是特别多，但是当打车软件大规模普及的时候，带来的纠纷也必将陡增。

打车软件目前并无自己的物理载体，必须通过安装在用户的智能手机或平板电脑中才能使用，这就导致司机朋友在载客行车过程中，常常需要拿出手机来看，或者在车上设置多部智能终端，分散了司机的注意力，影响了行车安全。而且，司机朋友在行驶过程中过多的关

注打车软件，也涉嫌违法。《中华人民共和国道路交通安全法实施条例》第62条规定，不得在机动车驾驶室的前后窗范围内悬挂、放置妨碍驾驶人视线的物品；驾驶机动车不得有拨打接听手持电话、观看电视等妨碍安全驾驶的行为。司机朋友如果在驾驶过程中使用打车软件，难免会涉嫌违反道路交通安全法规。

此外，打车软件的安全性也有待提高。手机打车软件能准确地定位出租车的位置，这给乘客带来方便的同时也随意地暴露了司机的位置；同时，用户个人信息安全也无法得到有效保障，用户很可能在使用软件的过程中泄露自己的电话号码、打车地点、路途轨迹、目的地等个人隐私信息。这些虽然都是打车软件间接带来的问题，但是一旦发生纠纷，作为服务的提供者，打车软件必然牵涉其中，应当引起相关软件企业的重视。

打车软件面临的外部压力和风险

打车软件除了自身存在的问题之外，在实际的商业应用过程中还面临来自政府监管部门、出租车公司、同行的各种压力和风险。

一是政府叫停。

自从打车软件问世之后，就一直受到政府交管部门的关注，因影响了相关监管秩序和利益，全国很多城市已经对打车软件进行了设限甚至是叫停，这应该是打车软件当前面临的最大的外部压力和风险。

据悉，北京市交通部门已经开始对部分打车软件的“加价叫车”业务进行清理；武汉市交通局客管处也要求各出租车企业对使用“加价叫车”软件的驾驶员进行监管，督促他们严格执行物价部门核定的收费标准；南京市客管处也表示严打叫车软件的加价服务；上海市交港局对第三方叫车软件的“加价约车”行为也不予认可，认为其是一种违规行为。此外，杭州、武汉等城市的运管部门对打车软件的态度，也多为“不提倡”。

而在深圳率先“叫停”打车软件之后，其他一些态度模糊或者还未表态的城市是否会效仿，依然是不可预知的风险。一旦“叫停”之风在全国盛行，必将影响打车软件行业的整体生死，虽然这种压力和风险我们谁也不愿意看到。

那么，可以对政府的“叫停”行为提起行政诉讼吗？

显然不行。因为政府的该种行为属于抽象行政行为中的行政命令，不具有可诉性。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第12条第2款规定，人民法院不受理对行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令提起的诉讼。因此，一旦被政府有关部门“叫停”，企业也无法通过法律途径寻求救济，只能自认倒霉，私下与有

关部门沟通协调，这种风险对企业来说是致命的。

二是出租车公司的夹击。

在打车软件面临被“叫停”之际，各地的出租车公司也在蠢蠢欲试，试图开发自己的打车软件。据悉，目前上海的四大出租车公司大众、强生、锦江、海博均拥有自己的电调中心，并先后推出了自己的手机打车软件，强生出租公司甚至还推出了“微信叫车”。而其他城市的出租车公司也已经或正在开发相关手机打车软件。

虽然出租车公司的电话招车平台已经存在多年，但是一直不温不火，直到移动互联网时代出现了打车APP软件，对其电召业务造成了冲击，出租车公司才特别看重这一平台及发展趋势，于是竞相开发自己的手机打车软件，以谋从现有的打车软件手中抢占市场。一方面，政府部门鼓励出租车公司开发自己的打车软件，另一方面，政府部门却又限制第三方打车软件的使用。挟政策上的优势，出租车公司在对第三方打车软件的战场上明显具有先天优势。但是，最终结果如何，只能等待市场和时间的检验。

三是来自同行间的不正当竞争。

由于移动互联网的发展，特别是智能手机等移动终端的普及，打车APP软件成为众多创业者瞄准的新领域。据《21世纪经济报道》报道，自从2012年初摇摇招车上线以来，各种创业型公司纷纷跟进，涌现出嘀嘀打车、快的打车、打车小秘、易打车等多款软件，目前该市场上已有多达几十款类似应用。

虽然同行业者众多，但目前打车软件并没有出现一家独大的局面。各打车软件都忙着抢占市场份额。据《法制晚报》报道，为了生存与圈地，各家APP之间的竞争已到疯狂程度，地推团队“蹲点”的哥聚集地、派美女送油送米送流量、给司机赠送虚拟订单、补贴乘客话费红包、送推荐费、甚至因冲突上演全武行。还有不少司机收到某打车软件群发短信，要求司机不要安装其他打车软件，其语音系统近来也时常插播类似的内容。而在近期举行的一些线下活动中，除发放礼品之外，该打车软件的销售人员也会偷偷地将司机手机上的同类软件卸载掉。

为求生存，某些打车软件企业的行为已经涉嫌不正当竞争，同行竞争已经白热化到如此程度，必然会影响行业的整体发展。如何面对同行的该类竞争，是打车软件企业不得不面对的现实难题。

打车软件的“自我救赎”之路

在打车软件内外交困的局势下，如何才能打破行业发展瓶颈，实现“自我救赎”，相信是业界最为关心也最为忧虑的事情。以笔者的观察和了解，相关企业至少

可以从以下方面寻找突破或出路。

一是去掉加价功能或者设定加价上限。

既然相关部门最为忌讳打车软件的加价议价功能，那么打车软件是否可以去掉该功能呢？有业内企业负责人表示，按目前的加价订单比例，取消该功能后对软件的影响也不大。既然如此，何不干脆取消该功能，这样不仅可以减少争议，也可以避免政府部门“叫停”的风险。

此外，打车软件还可以对加价功能设定加价的上限，使其加价范围与出租车公司电调平台收取的服务费相当，比如上海的几大出租车公司已经恢复收取电调服务费每车次4元，打车软件也可以借鉴该做法，对加价设定相应的上限，以不过多触及出租车公司的利益。

二是发展其他增值业务。

目前打车软件主要靠从司机处抽取约车加价费等赚钱，盈利模式过于单一，一旦加价功能取消或受限，必然影响打车软件的生存。因此，发展其他增值业务是必经之路。

除了传统的广告业务之外，可以考虑利用LBS（基于位置的服务）来获得收入，比如在打车软件中提供相应的导航功能，实时反映路况，为司机提供最佳行驶线路，节省乘客的时间；或者建立用户信息采集数据库，用户将自己了解到的某街区乘客打车需求信息反馈到数据库中，供司机前来接单，缓解乘客打车难等问题。

三是完善软件准入标准及安全漏洞。

目前，打车软件的准入门槛低也是遭受相关部门诟病的原因。因此，完善和加强软件的准入门槛也是打车软件可以改进的地方。比如，建立严格的身份审核机制，司机使用该软件前需提供身份证、出租车运营证号、驾照、行驶证等相关资格证明，交由客服人工审核后方能注册等。另外，对软件存在的安全漏洞要及时补正，并建立相关的安全漏洞风险预警机制，严格保守获取到的用户信息，提醒用户注意保护个人隐私信息等。

四是与出租车公司合作。

打车软件目前所面临的发展限制，与出租车公司具有密切关联。与其等待出租车公司呼吁政府设限，不如主动与出租车公司合作，共同开发打车软件平台，促进行业大发展。

各地的出租车公司中，并非家家都具有电调平台，许多小型出租车公司并未建立起自己的电调平台或打车软件，与这些公司合作，为其提供相关的软件平台，不失为一种好的选择，相信这些公司也愿意积极合作；至于那些已经有自己的电调平台或者打车软件的大型出租车公司，打车软件企业也可以主动寻求合作，为其提供软件技术支持或客服服务，实现资源优势互补、整合利用。

五是与第三方企业合作。

因打车软件目前并没有专门的终端载体，必须依附于智能手机等移动设备，用户在驾车过程中使用存在安全隐患。因此，打车软件可与车载电子设备厂商合作，将打车软件嵌入车载影像系统设备中，这样就可以减少司机在车上另外设置智能手机等装置；还可以与车载导航终端制造商合作，在导航设备中植入打车软件或者将打车软件与导航软件整合在一起使用，在导航的同时兼具打车功能。

另外，还可以与相关互联网公司合作，共同开发LBS业务。现今，各大互联网巨头都在跑马圈地，抢占移动互联网入口或平台。而作为移动互联网生活服务类应用程序，打车软件也符合这些公司发展的需要。有业内人士透露，百度地图正在建立“一站式打车服务”，或与多款打车应用深度合作，基于地理位置的打车APP软件服务或许在2013年迎来发展高峰，这或许是一大利好机会。

六是建立行业联盟，规范业务发展及竞争秩序。

目前打车软件众多，但是并未出现一家独大的局面，各家企业为抢占市场份额不惜采取各种手段竞争，有些甚至涉及不正当竞争等违法行为，导致市场混乱不堪。鉴于此，相关企业完全可以联合起来，建立打车软件行业联盟，制定行业发展标准和规范，维护行业正常的竞争秩序，共同将整个产业做大做强。

七是加强与政府部门的沟通，参与制定相关的服务标准和规范。

因打车软件行业缺乏相关准入标准和服务规范，导致实际使用过程中出现各种矛盾，影响了出租车行业正常的运营和监管秩序，这也是政府部门对打车软件产生疑虑的主要原因，而政府也意识到应该加紧制定相关的服务标准和规范。在此情形下，打车软件企业没有理由缺席政府部门的规范制定，应当积极与政府沟通，参与到服务标准和规范的制定中来。

八是重视产品或相关功能的合法性论证。

打车软件目前所遇到的限制甚至被“叫停”，与其产品相关功能本身的合法性有很大关联，如果能在产品推出前，对其进行合法性论证，就可以避免出现类似的争议或障碍。

很多大公司在推出新产品或服务时，通常都会交由法务部门或聘请律师出具法律意见书，分析其合法性。比如，腾讯公司的服务产品众多，而且涉及的都是互联网前沿问题，为防止出现法律障碍或风险，其内部建立了庞大的法务团队，对其推出的每一款服务产品都要事先进行合法性分析。该做法值得打车软件学习和借鉴，特别是当企业只有一款核心产品的时候，对其进行合法性论证显得尤其重要。



浅议住宅小区停车场的权属问题

文 上海段和段（深圳）律师事务所 杨树扬律师

住宅小区停车场的权利归属问题，一直以来都是房地产买卖纠纷中的热点和难点问题，在各种唇枪舌剑的交锋辩驳中，开发商和业主往往各执一词。

未作面积分摊的停车场（主要指地下停车场），其权利由开发商保留

理据大致如下：

其一，基于合同约定。因为在签订《房地产买卖合同》时，开发商已与购房业主就停车场归属作了特别约定。如开发商在《买卖合同》附件四中作了这样的约定：甲方保留除乙方所买入楼房外一切之土地及权益；甲方拥有公共设施及停车场等经营管理权。

其二，具有法律依据。开发商认为，根据《深圳经济特区房地产转让条例》第13条第2款之规定，买卖双方可以约定停车场的归属。2007年《物权法》实施后，其第74条第2款之规定，更成为开发商约定权属的有力依据。

其三，因面积未作分摊。开发商认为，地下停车场面积并未向业主进行分摊，因此其权利应该由开发商保留。

其四，遵循投资收益原则。由于停车场由开发商投资所建，就算其尚未取得产权登记，但根据“谁投资，谁收益”原则，开发商对停车场享有使用权和收益权。

停车位应当属于小区的全体业主共有

但是，如果站在业主的角度而言，开发商的上述理由都是似是而非的。

首先，开发商关于保留“除业主所买入楼房外一切之土地及权益”的约定，违反了法律的强制性规定，应属无效约定。《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第24条规定：“土地使用者转让地上建筑物、其他附着物所有权时，其使用范围内的土地使用权随之转移。”最高人民法院关于“审理建筑区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释”第2条规定：“建筑区划内的土地，依法由业主共同享有建设用地使用权。”由此可见，开发商在出售房屋时，已经将建筑区划内的全

部土地使用权一并转移给了业主，其中，专有部分是当然转移，共有部分则是从属转移。因此，其所称保留“楼房外一切之土地及权益”显然是违反法律规定的。

其次，关于法律依据问题。《深圳经济特区房地产转让条例》第13条第2款规定：“房地产首次转让合同对停车场、广告权益没有特别约定的，停车场、广告权益随房地产同时转移；有特别约定的，经房地产登记机关初始登记，由登记的权利人拥有。”细研该项规定的原意，其要点有二：第一，如合同未有特别约定，则停车场与房地产同时转移，即转归业主所有；第二，如有特别约定，则所有权须“经房地产登记机关初始登记，由登记的权利人拥有”。即是说，不管有无约定、如何约定，只有进行权属登记才能确认所有权人。而事实上，开发商往往是无法对地下停车场进行权属登记的；因按法律规定，只有计算了建筑容积率、未进行公共分摊且具有独立产权的停车位，才能进行权属登记。而不计建筑容积率的地下停车场显然是不享有独立产权的，其权利具有从属性，即依附于住宅房屋单元，应属全体业主的共有部分。

《物权法》第74条第2款如此规定：车位、车库“由当事人通过出售、附赠或者出租等方式约定”。开发商据此声称，其在发售时并未将车位、车库“出售、附赠或出租”给任何业主，因此其权利当然应由开发商保留。《物权法》的该项规定语焉不详，故经常被人误读。其实，该项规定隐含有一基本逻辑前提，即：车位车库的所有权已经登记在开发商名下，开发商才可以“通过出售、附赠或者出租等方式”进行约定。如果开发商并未享有车位车库的所有权，又怎么可以对其进行“出售、附赠或者出租”呢？作如此解读是否妥当，我们不妨通过其它规定来参照理解。上述所引颁布于《物权法》之前的《深圳经济特区房地产转让条例》（1999年修订施行）第13条第2款规定：停车场须经房地产登记机关进行登记，才能确定所有权人。颁布于《物权法》之后的《广东省物业管理条例》（2009年3月施行）第54条第3款规定：“建设单位依法取得车位、车库权属登记后方可出售车位、车库。”可见，未经权属登记的停车场，发展



商是无权进行所谓约定处分的。实际上,《物权法》第74条所能适用的,只是指那些具有独立产权的“专有停车位(库)”,而并不适用于“共有停车位(库)”或称“多数停车位(库)”。

再次,未经面积分摊的停车场,其权利是否该由发展商保留?答案同样是否定的。参照原《深圳市房屋建筑面积计算细则》(1994年)第1条第2款第2项的规定:公共面积分为应分摊和不能分摊的两部分;不能分摊的公共面积包括机动车库、架空层、消防避难层、地下室、半地下室等在建筑报建时未计入容积率的公共面积。该《细则》第1条第5款明确规定:公共面积产权应属建筑物内参与分摊该公共面积的所有业主共同拥有。在建筑规划中,地下停车场基本上都是属于“不计容积率”的公共面积(即第3类型,第1类型是计容积率、公共分摊,第2类型是计容积率、不分摊),而只有计算容积率的公开面积,才存在分摊与不分摊的问题,对不计容积率的公共面积而言,分摊与否只是个伪问题。因其“不计容积率”,便无须向国家交纳土地使用费,也不具有相应宗地号的土地使用权面积份额,故不具有独立产权。建筑区划内,计容积率的建筑面积(住宅房屋单元)是主物,不计容积率的建筑面积是从物;从物的权利具有依附性,从物随主物的转移而转移。因此,当发展商将住宅小区房屋单元出售完毕后,该不计容积率(当然也不分摊)停车场的权利也就随之转归于所在小区的业主共有。

公共面积产权归全体业主所有,在现行《物权法》中也可找到依据。《物权法》第70条规定:“业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权,对专有部分以外的共有部分享有共同管理的权利。”第73条规定:“建筑区划内的其他公共场所、公用设施和物业服务用房,属于业主共有。”最高人民法院于“建筑物区分所有权司法解释”第3条更加明确规定:“除法律、行政法规规定的共有部分外,建筑区划内的以下部分,也应当认定为物权法第六章所称的共有部分:其他不属于业主专有部分,也不属于市政公用部分或者其他权利人所有的场所

及设施等。”即凡未登记为特定权利人专有部分以外的一切场所及设施,均属于共有部分,依法属于业主共有。

最后,关于谁投资、谁收益的问题。发展商建设停车场的付出,已经作为公共配套设施建设费计入小区的房屋价格构成当中,并以预算造价按住宅面积所占比例分摊到每一业主的房屋单价中,故停车场的建设费用实际上是由业主承担支付的。《广东省城镇新建商品房销售价格行为规定》第8条规定:商品房销售价格构成包括:一是成本,包括地价、小区内基础设施和公用设施配套建设费、房屋建安工程费、投资利息、销售管理费等8项;二是税金;三是利润。第9条规定:“经营者向购房者公开标明的商品房销售价格应包含第八条所列的项目内容,不得在公开标明的商品房价格外加收任何费用,也不得在商品房交付使用时委托物业管理单位追加房价外的任何费用。”因此,若发展商主张保有停车场收益权,则须举证说明其未将停车场建设费用计算在房价当中;若能举证说明,则此种行为又是违反相关法律规定的。业主还有另一项抗辩理由:若停车场属发展商所有,为何停车场的保安管理、维护、税收支出等,却要在小区的物业管理费中列支?由此也可反证:小区停车场属于小区的公共配套设施,其所有权应归全体业主共有。

呼吁相关法律规定进一步细化明确

通过上述当事双方不同理据的交锋纠结,是非曲直,本似应可一目了然。但现实却并不那么让人乐观,同类争议案件仍然层出不穷,并且愈演愈烈。在其中,巨大的利益争夺是主因,法律规定含糊、法院态度暧昧则是助缘。《物权法》及“区分所有权司法解释”的颁布,曾让人心寄期望。但它们既不写明可予约定处分的车位车库必须具有独立产权,且已进行权属登记;亦不明确将小区停车场列举为公共设施和公共面积,直接确认其产权的共有性。故在实践中,既无助于问题的澄清和解决,还往往成为争议双方的各自“利器”。2001年起,深圳景洲大厦、长城一花园等业委会通过诉讼收回小区停车场权益,2003年南京鼓楼区法院以“车库作为公共配套设施所发生的费用已经计入商品房成本”为由,判决星汉城市花园地下停车库权益归业委会所有,都曾给广大业主带来利益保护的曙光和希望。但令业主们遗憾的是,几乎所有法院都回避了停车场的产权归属问题,而仅就其管理权及收益权作出判决。因此,若相关法律规定不再作进一步细化明确,既有的法律规定若未能得到正确适用,在业主与发展商争夺小区停车场权利的这场“拉锯战”中,尚难以指望硝烟息弥,亦未可轻言胜负既定。

交通事故民事纠纷所涉部分法律问题分析

文 广东卓建律师事务所 骆元郡律师

[案情]

2011年的大年初二，伍某与蒋某等几位朋友在一起聚餐后，于晚上8时许，由蒋某驾驶两轮摩托车（该车是另一建筑包工头刘某委托伍某保管交给其使用的）搭乘伍某与王某返回伍某家中喝茶。在途经一无路灯的施工路段时，发生车辆碰撞电线杆水泥墩底座事故，导致伍某抢救无效死亡，驾驶人蒋某也受重伤的严重后果。经现场调查发现，事故路段有两根电线杆架设在路中间，并由两个紧挨着的水泥底墩护住，阻挡了近一半的路面。路的另一边也有一大水泥墩，紧接有两米宽，5米长没有铺设沥青的路面，相对凹陷，车辆基本不能经此路面通行。事故发生后，受害人伍某家属认为驾驶人蒋某应被追究刑事责任，并应依法承担民事赔偿责任，此外，其他相关单位也需要承担一定民事赔偿责任。在接受咨询时对客观事实结合法律进行了分析，提出了具体的法律意见。受害人家属之后进一步委托笔者提起诉讼，进行维权。在代理过程中遇到关于本案的几个相关法律问题颇具一定的实践意义，值得我们深入研究。

[分析]

第一，这事故中，哪些主体应当对受害人伍某死亡承担民事责任？

很明显，驾驶车辆的蒋某理所当然要承担民事赔偿责任，其是在酒后驾驶车辆，并且没有驾驶机动车辆的资格证件，属无证驾驶行为。但是除此之外，是否还有其他民事主体应对此事故承担责任呢？笔者对事故现场进行实地调查分析后认为，该事故路段的承建单位和电线杆的所有或管理使用单位以及城市管理局，均应对此事故所造成损失承担民事赔偿责任。另外，摩托车的所有人刘某也应负一定的赔偿责任。因而对以上单位及个人提起了诉讼。

以上主体承担责任的主要理由为：本事故发生现场是一尚未完工的在建路段，施工单位负有安全施工

的责任，这一安全责任表现为以下几点：一是对施工人员的安全保护责任，即采取有效的安全保护措施确保施工人员的生命安全；二是严格防范因施工过程中的不当行为导致第三者损害、确保第三者人身财产安全。三是确保工程的质量安全，不因工程质量问题导致施工人员以及第三者受到损害。在此事故中，该路段的工程为道路的改扩建工程，在施工过程中，承建施工单位将道路扩宽后，路边的电线杆便竖立在道路的中间，阻挡了近一半的路面，形成了交通安全障碍，给过往的车辆和行人带来了安全危害。因其施工造成了这一危险因素，其应当负有消除这一危险因素的法律义务。而施工单位对于这一危险因素并未给予充分的关注和妥当的处置。既没有及时移除这路中间的电线杆，彻底消除危害。也没有采取对这一危险因素进行善意地提示，采取妥当措施防范交通事故发生。而且，与此同时在路的对侧，保留了两米宽的低洼路面没有铺设沥青，使得由南向北行驶的车辆无法正常通行，必须绕开这一低洼路面，占据对向车道行驶，进而迫使由北向南的车辆和行人只能等待让行。这两方面危险因素结合在一起则更增加了通行安全危害，极易导致交通事故发生。所以，本案的施工单位在施工过程中具有较大过错，是造成本案交通事故的一个重要因素，应依据其过错对受害者承担相应的民事赔偿责任。而对于电杆所有单位的电网公司承担责任的理由则是基于其作为物权主体，是电线杆的实际所有和管理使用单位，应负有善意行使物权权利不妨碍第三人正当合法权益，不得给第三方民事主体造成损害为原则。在本案中，由于修建道路的原因，电线杆位于了道路中间，形成了交通安全危险因素，给过往车辆和行人造成了重大安全隐患。对此，电网公司应积极采取措施移除或尽善良管理人的义务进行危险性提示，以有效防范交通事故发生，避免给人们带来人身或财产损害。但是，电网公司并没有尽到这一基本的义务，而是反其道而为之，在电线杆的底部构筑底墩以保护电线杆不被碰撞损坏，完全阻断近一半路面，更增加了安全危害，而

且，其竟然完全忽视人们的生命财产安全，对所构筑的底墩不作任何的危险提示，以致发生如此重大悲惨的交通事故，给受害人造成巨大损失。对于城市管理局应否承担责任，笔者认为，该单位作为政府部门相关事项的行政管理机构，行使行政管理和提供公共产品和服务的职能。应当自行或督促第三方提供良好的公共产品或服务，所提供的产品或服务不应有瑕疵，不得给人们的生活带来危害。本案中，城市管理局正是负有组织规划该路段建设施工，管理维护路灯照明设施等职责，但是，其并未充分履行其职责。严格监督承建单位安全施工。并安装好照明设施。因此，其应承担民事赔偿责任。在案件审理过程中，由于对方代理人以该路段尚未交付城市管理局接管为由，没有被判定赔偿责任。对此，有待进一步研讨。对于车主刘某将车交给受害者伍某等人使用的行为，刘某明知伍某、蒋某无驾驶证却仍然将车交给他们使用，显然是具有过错的，应承担一定民事赔偿责任，这是符合法律明确规定的。

第二，在该事故中，各方责任主体应当如何承担民事赔偿责任？

在明确以上各主体是否应承担责任之后，对于他们之间应如何分配承担各自的责任呢？这是一个颇有争议的法律问题。根据我国民法通则及侵权责任法的相关规定，多个主体的侵权可分为共同侵权、非共同侵权，两种侵权形式中，各侵权主体承担责任的原则和方式是不同的。民法通则第130条规定2人以上共同侵权造成他人损害的，应当承担连带赔偿责任。《最高人民法院关于人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第三条进一步明确2人以上共同故意或过失致人损害，或虽无共同故意，共同过失，但其行为直接结合发生同一损害后果的，构成共同侵权，应当依照民法通则第一百三十条规定承担连带责任。2人以上没有共同故意或过失，但其分别实施的数个行为间接结合发生同一损害后果的，应当根据过失大小或原因力比例各自承担相应的赔偿责任。根据以上法律规定，分析该案各主体之间是否构成共同侵权的法律关系，才是确定其承担责任原则和方式以及责任比例的基础。笔者认为：该案中广西电网公司与广西盛丰建设集团公司由于他们在管理事故路段的电杆过程中均有共同的过失，造成了交通安全的危险因素，致使该案事故发生。所以，他们之间应属共同过失行为的侵权形态，应对该案所致损害承担连带赔偿责任。而蒋某驾驶车辆经过该事故路段，其驾驶的过错行为与前述两公司的过失行为则是偶然性的结合在一起，共同造成该案事故损害。其与前述两公司之间属于无共同故意或过失的间接结合的民事侵权行为，应当根

据其各自过错在事故中的原因力大小分别确定其民事赔偿责任。但是一审法院并未能对此作出深入研究分析，作出有区别性的判决。笔者认为这样的判决是法律理论的，当属不正确判决。对于该案车主所应承担的问题，笔者认为其虽然在管理自己的车辆过程中没有尽到谨慎的义务，但是其行为与本案事故发生因果关系并不紧密，应当依据其过错合理承担一定赔偿责任即可。

第三，对于受害者家属所主张的精神损害抚慰金应否给予支持？

在该案中，受害人家属对相关民事赔偿责任主体提出了精神损害抚慰金的法律诉求，要求各责任主体赔偿总计10万元精神损害抚慰金。但是，一审法院并未对其诉求给予支持。其中主要理由为：该案被告蒋某被追究刑事法律责任，使受害人伍某家属获得了一定的精神抚慰，因而不给予支持此诉求。而被告广西盛丰建设集团公司的代理人则提出抗辩称：原告曾提出了刑事附带民事诉讼，之后又撤回该诉讼，另行提出民事诉讼。原告的行为表明其放弃了精神损害赔偿的请求的权利，应当不再给予支持其诉求。笔者认为，一审法院及上述代理人的说法均无正当法律依据，当属主观臆断，实质是损害原告合法权益的。

该案交通事故的发生确实给受害人家属造成了非常大的精神打击。因为，其家庭经济非常困难，受害人的父亲身患心脏病等多种严重疾病，受害人伍某是他们唯一的独生子，是他们情感寄托所在。在伍某刚成年开始劳动为家庭分担困难之时，却在该事故中被剥夺了年轻而鲜活的生命。在事故发生后，也并未得到被告蒋某的道歉或主动赔偿，这使得上诉人老公精神过度压抑悲愤，病情不断恶化，不久就含恨离世。两位亲人相继离世，使原告无依无靠，形单影只，且失去生活来源陷于贫困境地，这简直是对原告生命的摧残。原告所爱精神损害之大，是常人难以承受的。其理应得到充分的赔偿。一审法院对其所受精神损害巨大也作了客观的认定。但是，却以蒋某受到了刑事处罚为由，而不支持原告的精神损害赔偿诉求，却是毫无法律依据的主观臆断，实质是违背法律进一步损害了原告合法权益，有失法院适用法律裁判，维护公平正义的理性！笔者认为：蒋某之所以被追究刑事责任，是其违反交通法律法规的行为，破坏正常社会秩序而应受到的处罚，是公权力对破坏社会秩序行为而作的干预，刑事处罚本身并不具有任何民事权益救济或补偿性质。即使能让原告感觉那么点精神抚慰，但也是微乎其微的，无法弥补其巨大的精神创伤的。而且，该案其他几个民事责任主体的过错行为也是造成事故发生的重要原因，同样给原告造成了巨

大精神损害，也应当承担精神损害赔偿责任。一审法院却以其中之一被告承担了刑事责任，而忽视其余被告所应承担的责任，显然考虑并不周全，没有使其承担应有的赔偿责任。这也是显失公平的。根据《中华人民共和国侵权责任法》第二十二条规定，该案原告所受巨大精神损害，理应依法得到相应赔偿。笔者经查找多年来交通事故人身伤残或死亡的损害赔偿案件，均依法判决支持当事人所提出的精神损害赔偿诉求。对于被告方代理律师所抗辩认为原告放弃了精神损害赔偿，应不予支持的说法。笔者认为：原告提起刑事附带民事诉讼程序，并不意味着其放弃实体的精神损害赔偿权利。其选择撤回刑事附带民事诉讼程序而另行提出民事诉讼，并提出精神损害赔偿诉求，正是其主张这一权利的明确表示。根据我国民事诉讼法关于撤诉的相关规定，当事人撤诉后是可以以同样的理由再次提起诉讼的，撤诉并不表明其放弃案件相关实体权利。

第四，精神损害抚慰金是否等同于残疾赔偿金或死亡赔偿金？获得残疾赔偿金或死亡赔偿金后不能再获得精神损害抚慰金吗？

该案的一审法院以及对方的代理律师均认为判决支持了原告所主张的死亡赔偿金而不再另行支持原告的精神损害抚慰金的赔偿诉求。笔者认为：一审法院对残疾赔偿金、死亡赔偿金与精神损害抚慰金的性质存在错误认识，对两者的区别不分明，有所混淆，因而适用法律错误。残疾赔偿金、死亡赔偿金应当属于物质性的补偿。因为残疾赔偿金主要是依据受害人身体所受损害的伤残等级、劳动能力损伤程度结合受诉法院或受害人所在地的平均物质生活水平来确定赔偿数额的。由此可知，残疾赔偿金主要是对受害人劳动能力损害导致其谋生能力、生活水平不同程度下降所给予的物质性补偿。同样，死亡赔偿金也是对受害人生命权利剥夺，致使其宝贵的生命消逝本身而给予的物质性补偿，也主要是依据生活水平等物质性标准确定赔偿数额的，而且年龄相当的受害人所得到的赔偿数额均是基本相当的，不会因加害行为性质严重程度、受害人家属精神损害程度不同确定不同的赔偿数额。可见，这也基本上仅是一种物质性补偿。从人们心理角度分析，可以说任何一种物质性补偿都会给受害人本人或其家属一定的精神慰藉。但是，这是微不足道的，并不是真正的精神损害赔偿，我们不能以此等同或代替精神损害抚慰金。精神损害抚慰金专指加害人的特定行为给受害人或其家属带来的严重精神创伤而应作出的赔偿，旨在保护受害人或其家属精神健康权益，这与残疾赔偿金、死亡赔偿金有实质的区别。我国《最高人民法院关于民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第八条2款规定，因侵权致人精

神损害后果的，人民法院判令侵权人承担停止侵害，恢复名誉、消除影响、赔礼道歉等民事责任外，可以根据受害人一方的请求判令赔偿相应的精神损害抚慰金。这充分明确精神损害赔偿请求应当判令支持。第九条规定精神损害抚慰金包括以下方式：（一）致人残疾的，为残疾赔偿金；（二）致人死亡的为死亡赔偿金；（三）其他损害情形的精神抚慰金。此条虽然指出精神损害赔偿包括了残疾和死亡赔偿金，但在第（三）项罗列了其他损害情形的精神损害抚慰金，可见并没有将两者等同起来之意，而仅表明了精神损害赔偿与残疾赔偿金、死亡赔偿金之间的包含关系。依据此后生效的《侵权责任法》第十六条规定：侵害他人造成人身损害的，……，造成残疾的，还应当赔偿残疾赔偿金，造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金；第二十二条侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。从该两法条的表述分析，残疾赔偿金和死亡赔偿金属一般人身损害的必要赔偿事项，应属于物质性的补偿，并不包括在精神损害赔偿范畴之内。而对于造成了严重精神损害后果的侵权情形，则单独以二十二条作出了专门规定指出，被侵权人可以请求精神损害赔偿。对于确定精神损害赔偿金数额的依据，笔者认为：应考虑加害人的主观过错大小、行为情节严重程度、受害人人格、名誉损害程度、情感损伤程度、精神创伤程度、造成的社会地位、人际关系不良影响以及加害人事后的认错态度、经济能力等因素综合判定，而不是依据社会一般的物质生活水平确定。在该案中，一审法院只关注了对死者生命消逝给予死亡赔偿金这一物质性赔偿，却完全漠视了因受害人死亡导致其家属情感损伤、家庭以及社会关系的破坏等造成的巨大精神创伤，而没有判决给予任何的赔偿。因此，其判决当属适用法律不当，需给予纠正。





拍案说法

从《侵权责任法》归责原则看医患纠纷 赔偿案件举证责任的分担

文 广东深兴律师事务所 王腊清律师 广东深鹏律师事务所 张运华律师

[案情]

2014年2月14日, 龚某自以为患感冒到东莞虎门某医院就诊, 接诊医生胡某为其诊断后开出治感冒的输液药进行输液。经近二个小时输液结束后准备回家, 龚某刚一脚迈出某医院大门时, 突然倒地人事不醒。某医院见状立即组织医护人员进行抢救, 最后还是经抢救无效死亡。对于赔偿问题, 双方各执一词。患方认为, 门诊病历内容被医方在事后抢救龚某的过程中添加, 且添加的内容明显将责任推向患方。依《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(法释〔2001〕33号, 以下简称法释〔2001〕33号)第4条第1款第(八)项规定, 应适用过错推定举证责任倒置原则。医方则认为, 门诊病历确实是二次完成, 但并不是在医方抢救龚某的过程中添加, 而是在接诊龚某的过程中添加。依《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第54条之规定, 应适用过错责任原则。如果患方证明不了医方有过错, 则医方不应承担赔偿责任。

由此, 本案举证责任的分担, 成为医患双方争执的焦点。

[分析]

归责原则与举证责任的变异

《侵权责任法》实施前, 司法实践依法释〔2001〕33号第4条第1款第(八)项“因医疗行为引起的侵权诉讼, 由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任”之规定, 采取“举证责任倒置”过错推定原则。《侵权责任法》实施后, 实行一般情形下的过错责任原则和特殊情形下的过错推定原则与无过错责任原则。具体而言, 适用过错责任原则, 由患方对医方及其医务人员的过错承担举证责任; 适用过错推定原则, 除非医方能够举证证明其已经履行了相应义务, 否则, 医方就应当对因诊疗过错造成患方损害承担赔偿责任; 无过错责任原则, 即无论医方或者医疗产品的制造者、销售

者是否有过错, 只要对患方造成损害, 都应当承担侵权赔偿责任。

一是《侵权责任法》第54条, 是指在一般情况下, 医患纠纷赔偿案件适用的归责原则为过错责任原则, 也意味着作为患者的原告, 必须对自己的主张进行举证, 否则要承担举证不能的法律后果。

上述归责原则与举证责任的变异, 似乎《侵权责任法》的规定加重了患方一方的举证责任, 不利于患方权益的保护。笔者认为, 医患纠纷赔偿案件, 定案的依据一般是各种医疗事故技术鉴定或司法鉴定。在《侵权责任法》实施前依过错推定原则之举证责任倒置的情况下, 医方的举证责任就是申请和提起医疗事故技术鉴定。然《侵权责任法》实施后一般情况下过错责任原则之归责原则, 虽然将申请或提起医疗事故技术鉴定或司法鉴定之义务分配由患方承担, 这也并不能证明必然地加重了患方的举证责任。因为鉴定过程就是举证过程, 无论哪一方的原因导致鉴定不成, 举证责任就会转移至该方, 从而也会导致其承担不利后果。

二是《侵权责任法》第58条, 实质上就是《侵权责任法》特殊情形下的过错推定原则。值得注意的是, 在此原则下, 患方同样负有举证责任。只有患方举证证明医方存在该条规定情形之一, 才能适用过错推定原则推定医方有过错。如果医方通过举证能证明事实上不存在过错, 则这种适用过错推定原则推定医方有过错的事实上就不能成立, 医方也就无需承担任何责任。由此可以看出, 即使适用过错推定原则, 也并非患者不承担任何举证责任就可达到推定医方有过错之目的。

三是《侵权责任法》第59条, 就是无过错责任原则。医疗产品损害责任是医患纠纷的重要组成部分, 它兼具医疗损害责任和产品质量责任双重属性。为更好地保护患方利益, 通过对医疗产品损害责任适用无过错归责原则, 降低患方举证负担, 增加医方的举证难度, 患方只要证明医疗产品

具有缺陷,即告完成证明医疗产品生产、销售者或医方构成医疗损害过错责任的举证要求,有权要求医疗产品生产、销售者或医方承担赔偿责任。至于医疗产品生产、销售者或医方承担赔偿责任后如何追偿,则另当别论。

医患纠纷赔偿案件归责原则评析

《侵权责任法》关于医患纠纷赔偿案件归责原则的确立,对于医方而言,在很大程度上扭转了医方在诉讼中的不利地位。因为在此之前,医患纠纷赔偿案件由医方就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任,这虽然解决了医患纠纷赔偿案件诉讼中医患双方“诉讼武器不对等”的问题,但从客观上来说,医疗行为必然伴有医疗风险,举证责任倒置制度无疑加重了医方的举证责任,从而间接加重了医方的赔偿责任,容易导致医方对患者采用保守和防御性医疗方式,从而间接地损害患者利益。因此,《侵权责任法》关于医患纠纷赔偿案件归责原则的确立,对于遏制患者不良现象发生、保障医疗事业健康发展、促进医疗技术进步,都具有积极意义。

对于患者而言,由于医患双方存在着技术、信息掌握上以及举证、取证能力的不对等,故《侵权责任法》关于医患纠纷赔偿案件归责原则的新规定,将在一定程度上加大患者的举证难度,增加患者的败诉风险,从而损害患者的利益。一旦患者因医疗资讯的缺失而无法证明过错要件或因果关系要件,就必然会造成患者的损害。因此,在最高人民法院没有就医疗损害侵权纠纷举证问题作出更为明确的规定以前,司法实践不宜对患者的举证责任要求过于严苛,从一定程度上尽可能地平衡医患双方在诉讼武器上的不平等现象。

医患纠纷赔偿案件举证责任的合理分配

举证责任的科学分配与否,直接影响医患纠纷赔偿案件审理的公平性。《侵权责任法》确立的归责原则,决定了患者必须就医方和医务人员的过错和患者的损害后果与医疗过失行为之间的因果关系负举证责任。

在过错问题的判断上,《侵权责任法》采用了过错客观化判断方法,即患者应证明医方或医务人员,是否违反了对患者应尽的注意义务作为判断过失存在与否的标准。注意义务有抽象和具体之分。

抽象注意义务就是《侵权责任法》第57条规定的医方的义务。

具体注意义务笔者以为主要有:说明、问诊、诊断和治疗义务,制作、保存、提供病历与保密义务等。而制作、保存、提供病历与保密义务因法律已有明确规定无需赘述。

一是说明义务。这是具有侵袭性的医疗行为获得正当性的基础,而患者的知情同意权就是阻却侵袭性医疗行为

违法性的法定事由。说明义务的对象一般是具有严重侵袭后果的医疗行为,需要患者在知晓自己病情并了解该医疗行为风险的基础上,作出是否同意该医疗措施的决定。但并非一切医疗行为都要征得患者同意,如常规注射、用药等不具有严重侵袭后果的医疗行为,即使不作说明也不应被认为违反了说明义务。

二是问诊义务。这主要是医务人员在诊疗过程中依据行业惯例省略某些问诊内容的做法,是否可以作为不违反问诊义务的抗辩事由。笔者以为,行业惯例在法律上不具有直接的效力,行业惯例不能直接影响是否违反注意义务的判断,但可作为判断过错程度的因素予以考虑。

三是诊断过失。诊断过失主要指误诊,但并不是所有的误诊都应判定为过失,必须有证据并能证明误诊是源于医务人员对当时医学知识的过失不知时,才能将误诊认定为过失。

四是治疗过失。因医疗行为具有未知性、特殊性和专业性等特点,某些医疗行为本身就有一定的危险性。因此,在治疗过失的判定上应采取慎重的态度,只有当医务人员采取的医疗措施不当或存在明显错误、或应当采取却没有采取某种措施时,才可判定存在治疗过失。

五是关于医疗技术损害责任,由于信息的严重不对称以及患者对医学知识和法律知识的欠缺,要证明医疗机构或医务人员有过错和损害与诊疗行为有因果关系是比较困难的。因此,在一般情况下,只要患者提供的证据证明医务人员的行为违反了具体注意义务和存在因果关系的相当盖然性,视为其已完成举证责任,实行举证责任转换,由医方举证证明自己不存在医疗过错、医疗行为与损害结果之间没有因果关系。医方能够证明则不构成医疗损害责任;不能够证明则构成医疗损害责任。只有这样,才可缓解在医疗技术损害责任问题上由于医疗信息不对称而对患者带来的不利影响。

[结语]

《侵权责任法》实施至今,其效果仍有待于司法实践的进一步检验。不管是过错推定原则还是过错责任原则,医方承担责任的基础都是其医疗或诊疗行为存在过错。回到龚某医患纠纷赔偿案,若依法释[2001]33号适用举证倒置,而因其属于司法解释层面,法律效力层次不可与《侵权责任法》相提并论。若依《侵权责任法》适用过错责任原则,又因《侵权责任法》没有明确规定医患纠纷赔偿案件诉讼是否仍实行举证责任倒置。因此,在最高人民法院没有就医患纠纷赔偿案件举证问题作出更为明确规定以前,司法实践不宜对患者的举证责任要求过于严苛,以从一定程度上平衡医患双方在诉讼武器上的不对等关系。

【编者按】深圳市消费者委员会（以下简称“市消委会”）首届律师志愿团于2006年12月19日正式成立，现在已经是第三届。律师志愿团在为消费者排忧解难，为立法机关建言献策等方面扮演着不可或缺的角色，发挥着举足轻重的作用。律师志愿者以深厚的法律功底、丰富的办案经验和高尚的职业情操为消费者撑起一片天。本刊对部分志愿者律师的服务成效和工作感悟进行报道。

消费者的“御用律师志愿团”

文 本刊编辑部

普通百姓都有这样的感受，在日常消费中，经营者与消费者常因商品质量或服务产生纠纷和矛盾，这当中经营者往往处于强势地位，消费者往往因缺乏必要的法律援助导致自己的合法权益受到侵害。鉴于此，市消委会成立律师志愿团，它的成立在深圳市特区维权事业的征程上留下了浓墨重彩的一笔，也意味着消费者维权又多了一条新途径。

提供多方位、专业化的法律服务

市消委会律师志愿团从首届的13个律师事务所、15名律师志愿者，发展到第三届，现在已有来自27个律师事务所的30名律师志愿者，这个队伍在不断壮大，消费者有了强力的后盾。

市消委会律师志愿团成立8年以来，在解决疑难投诉、规范行业经营行为方面起到专业法律指引作用，先后组织参加《今天我维权》系列电视节目的拍摄，对快递行业“霸王条款”进行深入点评、论证；对我市房地产、汽车、家政、快递、家庭装修、培训、网络购物等多行业经营者责任缺失现象进行了深入点评分析；通过对带有普遍性的消费热点、难点问题研究、点评，促进了行业经营行为规范。

市消委会志愿律师志愿团运用自己专业法律知识，向立法机关、政府及相关部门提出立法方面建议，例如：多次为《消费说法》栏目的案例点评提供法律意见；与市人大法工委和经工委、市政府法制办、市市场监管局等立法和政府职能部门代表共同就如何运用公益诉讼制度治理霸王条款问题进行了深入研讨；市人大经工委专门召开意见征询会听取市消委会的律师专家代表对我市《合同格式条款条例》意见和建议等等。

市消委会律师志愿团为消费者提供多渠道、全方位的消费争议纠纷解决途径，每位志愿律师能做到有问必

答，有效地维护消费者的合法权益，促使消费者提高自身利益的能力。

为消费者排忧解难、为立法机关建言

市消委会律师志愿团的律师以时不我待的紧迫感和强烈的责任感，积极参与到法律服务志愿团中，为消费者排忧解难，为立法机关建言献策，体现了他们热心公益事业、敢于奉献的精神。

住房是消费者最大的消费事项，也是全民关注的领域，实践中开发商霸王条款坑害购房者现象屡见不鲜，广东信荣律师事务所，房产领域律师张茂荣为购房消费维权提供法律支持，为破解开发商霸王条款不遗余力。在担任市消委会律师志愿团成员期间，他参加开发商一手房地产买卖合同补充协议不公平格式条款及不良营商手法专家论证会，披露开发商霸王条款损害购房者合法权益的现状，向行业主管部门发出了消费者的声音；他就深圳市消委会发布的2013年深圳市消费维权十大案例之一——龙岗区金地名峰楼盘虚假学位宣传一案发布专业观点同年7月接受央视采访，向全国人民披露深圳开发商虚假宣传名校学位事宜就具体楼盘出具专业意见，敦促开发商整改，引发政府重视。

在公益法律服务深耕数十载的市消委会志愿律师——广东知明律师事务所律师汪腾锋，担任市消委会律师志愿团律师之后，多次受消委会委托主持法律研讨会和指导民生维权纠纷的应对处理，参与传讲、解答、调处消费维权纠纷案件（案例）数百件，如就“三聚氰胺”事件中的索赔对象专门撰文进行论述，并建议消委会支持受损消费者起诉，并提供无偿援助；先后就信用卡消费等四个消费领域潜规则、家政服务格式合同和“消费说法”文章进行律师点评或重新修改等。

作为三朝元老的另一位志愿律师——北京市炜衡（深圳）律师事务所律师陈伟在担任市消协律师志愿团成员这一神圣而光荣的职务后，参加了涉及消费维权立法的各类研讨活动。市消费者委员会面对每年上万起的消费维权投诉，一次一名消费者在一家干洗店洗鞋，由于干洗店的过错，导致鞋子被洗坏，消费者提出4000元的索赔，经过他数小时的调解工作，最终干洗店同意赔付800元以了结纠纷，双方均表示满意。还有一起关于留学服务的纠纷，一家长以留学服务机构没有提供相应服务为由，要求退还服务费30000元，留学服务机构则以已提供服务为由不同意退款。陈伟律师依据《消费者权益保护法》的规定，结合双方签署的合同，经过三个小时的调解和说服，最终留学服务机构同意退还消费者服务费30000元。消费者紧握住他的手，深情地说：“感谢律师志愿者的工作，由于你们的努力，才使我的权益得到了法律的维护！”

我们始终怀揣着一种朴素的使命感

广东百利孚律师事务所律师冯江律师，从第一届至第三届均为其成员。他说，这六载春秋寒暑，历历在目，参加调解值班、参加特区立法修订、点评霸王条款、参加消费维权研讨、筹备公益诉讼。有人问他为什么要参加律师志愿团？他的回答很简单，因为消费者是社会弱势群体，迫切需要维权，为消费者维权是做善事。做善事、吉事、好事，是天道。为广大消费者维权，是伸张社会公平正义！再苦再累也是甜。

冯江律师感悟：忆往昔，服务六载，不求什么利益，不求任何回报，唯付出、唯奉献、唯社会公平正义。做善事，我心不变，上善若水，吾当厚德载物。

陈伟律师也分享了自己的体会：“在消费维权的路上，我和其他律师志愿者并肩作战，一路走来，没有喝彩，没有物质回报；但是，当看到诸多“霸王条款”被废除、看到消费者感谢的泪光、看到法律的公正与正义重放光芒的时刻，我无怨无悔！”

广东圣方律师事务所律师霍朋，作为一名职业多年的老律师，秉承着“服务社会、维护法制”的理念，加入了市消委会律师志愿团，他感慨到：这期间，既有已尽绵薄之力服务于社会、践行了自己维护法制之理念的欣慰，也有感佩于中国社会的消费者依法维权意识提高和进步的欣喜，再有对当下社会生活中消费侵权事例层出不穷、屡禁不绝现象的深层思考、困惑与忧虑，还有坚持维护法制任重道远的使命感，更有对未来美丽中国及和谐社会的无限憧憬与期待。自改革开放以来，中国的社会及国情已发生了翻天覆地的巨变，伴随着国民生活水平的日益改善和提高及公民意识的逐渐觉醒，客观上催生了消费者维权意识

的高涨，这实则是国家进步和社会文明的标志，也可谓国家之幸、民族之福。

市消委会志愿工作的思考与建议

志愿者律师们肩负着荣誉感、使命感、责任感，在为消费者排忧解难，为立法机构献策的同时，也有个更多的思考，提出了些有前瞻性、可操作的意见和建议。

张茂荣律师建议，市消委会律师团可以考虑匹配不同专业的专家型律师，针对不同行业的消费维权纠纷，由不同专业律师提供法律服务，不至于律师因不了解行业而被商家忽悠；消委会消费维权活动邀请深圳市中级人民法院派员参加，争取司法审判支持，必要时组织志愿团律师上门走访座谈；志愿律师根据不同专业分类搜集本专业领域司法判例，不仅为消费者提供法律咨询支持，而且提供实践判例支持，让商家心服口服，不敢以身试法；重视立法，积极参与消费维权立法听证会，发布消费者维权观点，促使制度层面的保障。

随着消费多样化，处理消费者投诉所需要的知识越来越专业，如何解决工作人员专业素质、技能与处理投诉实际需求之间的差距日趋紧张。汪腾锋律师对日后市消委会律师志愿团工作透漏着一丝丝担忧：经费不足、人手有限，使得市消委会处理消费者维权不得不维持在“精打细算”，难以大展手脚，诸多因素，导致消费者在维权之路上坎坎坷坷，举步不前，诸如举证难（绊脚石）、鉴定难（拦路虎）、索赔难（程咬金）。他建议，组建更多的专业化办公室，解决工作人员专业性的问题，诸如主持法律研讨会和指导民生维权纠纷的应对处理，进一步探索解决消费者维权问题的法律咨询等联络平台机制，完善各种工作对接问题。针对消费者和经营者，消委会律师志愿团为消费者提供相关法律信息；对严重损害消费者合法权益的案件义务代理诉讼；参与市消委会对经营者进行的法律宣传和培训。

法治社会的一个重要标志是人们习惯于通过公正的司法解决争议。在法治国家建设的新的历史时期，通过公正的司法维护消费者权益受到普遍重视。参与消费维权工作有12年的广东经天律师事务所律师贺树奎律师建议，发挥律师在公益诉讼中的专业作用，将公益诉讼纳为消费维权的新方式，变个案维权为群体性维权，传播维权新观念，保护消费者权益，推动法治中国建设。

“人人都是消费者，参与消费维权其实也是维护自身合法权益，消费维权需要人人参与，我们希望天天都是315。”贺树奎律师说道。这样质朴的一句话，道出了志愿团律师关爱社会、无私奉献的品格。

【编者按】深圳市律协宣传与公共关系委员会举办了“深圳律师业‘创一流’”主题征文评选活动，活动先后持续近2个月，经过激烈角逐，广东开野律师事务所韩希平的题为《心若在，梦就在》和北京市东元(深圳)律师事务所张赛律师的题为《责·创一流》荣获二等奖。

心若在，梦就在

文 广东开野律师事务所 韩希平

作为一名实习人员，我有幸被所在的律师事务所派往某派出所调解室参与人民调解工作。在工作过程中，接触到辖区内各种各样的矛盾与纠纷，诸如邻里纠纷、合同纠纷、人身侵权纠纷……

正如“世界上不会存在两片完全相同的树叶”一样，每一纠纷个案都有着自已特殊的一面。我明白：虽然纠纷各不相同，但同属人民内部矛盾，不可掉以轻心。若处理得当，社会各方面的利益关系得到妥善协调，人民内部矛盾和其他社会矛盾得到正确处理，社会公平和正义得到切实维护和实现；反之，若处理不当，有可能会使矛盾进一步激化，给社区乃至整个社会带来更大的危害，这也有违我们司法为民的社会主义法治理念。因此，在人民调解工作中，我始终怀着一颗对法律、对群众的敬畏之心——以法律为准绳，耐心沟通，细心聆听；试图走进当事人的心里，想其所想，努力促成双方当事人意思达成一致，通过调解的方式化解双方纠纷。这一做法也赢得了当事人的信任与尊重。

前几天，调解的一个案例让我对上述说法有了更深刻的体会。案情是这样的：王某与张某系夫妻关系，家里正在搞装修。因双方对厨房与卫生间的装修方案存在分歧，导致发生口角。丈夫王某一气之下将厨房中的一把菜刀扔到妻子张某身上，好在没有造成严重后果。随后张某报警，夫妻双方前来申请调解。经过进一步了解，发现事情并不简单：张某已经十几年没有上班，在家照顾小孩。三年前因颈椎问题动过手术，身体状况也不好；加之夫妻之间长期缺乏沟通，感情不和，张某有着比较严重的精神抑郁，还伴有自残倾向。尤其令人担心的是张某口口声声说要自杀，要从

自家居住的15楼上跳下，情绪非常激动，一直在嚎啕大哭。经过对王某耐心的说服教育，使其认识到了自己的错误，并答应了张某的诉求，赔偿其人民币伍仟元。夫妻双方随之签署了人民调解协议书。到此，市已经案结事了，可考虑到本案的特殊情况，主要是张某的身体及精神状态，我又主动跟她谈心。通过自己所掌握的心理学知识，逐步走进她的内心世界进而取得了她的信任，她讲出了自己的焦虑与恐惧，却又无人听她倾诉。家对她来讲，不是亲情融融的宁静港湾，而是心灵背负的沉重负担。这一切使她可以从容面对死亡。声泪俱下的哭诉，使我感受到她是多么的无助。我针对性的对她进行开导，最终使其放弃了轻生的念头。当她满含热泪不住向我道谢时，我忽然觉得我所做的一切都是值得的。

律师行业，提供法律服务就是我们的产品，同其他行业一样都存在着激烈的市场竞争，遵循着“优胜劣汰”丛林法则。每每听到同行说起，现在竞争是如何激烈，案源是如何紧张，我承认这是不争的事实。但我想再追问一句：在为客户提供法律服务的时候，我们的“心”到了吗？

“心”有着丰富的内涵与外延，对法律要始终胸怀敬畏之心，这是我们的职业操守；对客户要抱有忠诚之心，这是受人之托，忠人之事；对接手的案件要细心上心，这也是忠人之事的题中应有之义；还要有一颗关爱之心，爱家庭、爱国家、爱事业，这是我们大爱无疆的博大胸怀。

我相信只要我们的“心”到了，我们就成“律师梦”的路也就为之不远了，虽然前途荆棘遍地，但毕竟路在脚下。



责·创一流

文 北京市东元(深圳)律师事务所 张赛律师

律师是一个看起来很美、说起来很烦、听起来很阔、做起来很难的职业。作为一名非科班出身又半路出家、执业两年不到的菜鸟律师来说，确不敢妄谈“创一流”，但它是广大法律人的崇高使命。借律协开展“深圳律师业‘创一流’”之春风，浅谈执业以来的些许感受。

谈案件不拿关系说事。和潜在客户谈案件，这是我们执业的一个重要环节，也是最头疼的事。一些律师与客户见面，常会急于表现自己的专业水平，籍此赢得客户，但我想首先赢得客户情感上的认同可能更重要一些，不要一坐下来就谈案件，有时稍作迂回比单刀直入来得自然些。接洽客户时，很多都会问“你是否认识法院的人”。我的回答是“不认识”。我也建议年轻律师和客户面谈时不要拿关系说事，更不要主动谈及“有什么什么关系”。否则，此言一出，此案恐难做好，客户此时已以胜诉的目标在要求你，你忽略了诉讼本身的风险。另外如有关系就能赢，那律师作用在哪里？这样无疑是对律师行业和自身价值的损伤，也容易给客户造成“打官司就是打关系”错觉。其实接受委托后，律师更应体现专业形象，踏踏实实为当事人提供优质而人性化的服务，而非忙于钻营所谓关系。当然，在庭审后除了提交书面代理意见外，和经办法官或仲裁员做一些电话沟通、工作会谈也是必要的，旨在把己方观点和法理进一步阐明，以期赢得对方心理上的认同，这远比所谓搞关系重要。

办案做细节大师。对案件的基本判断和专业分析，我想，对执业律师来说都不会太离谱，但如何真正办好案件则是细节上见真功。指导律师经常说，思路差不多时，就靠细节体现水平。我听过一堂北京天同所蒋主任的课，对他们的服务实在佩服有加。天同所已把服务的每个环节标准化，不仅服务上注意形象，更在办案上注重细节。同样是研究案件，当你觉得山穷水尽、黔驴技穷时，发现了一处细节，往往这一细节

就是决定性的。2012年和指导律师办过一个2005年竣工的建设工程案件，当事人从竣工开始每年派人去绍兴追讨工程款，但无任何变更签证及中断时效的有效证据，一些票据及录音都存在关联性问题。当事人苦于证据不足在2010年被迫在绍兴越城区法院撤诉，2012年我们接受代理后重新整理思路在杭州下城区法院起诉，硬是凭着对一句话、一个字的理解驳倒了对方“时效早过”的观点，以及通过现有证据间的微妙关联合理地得出了工程款有变更增加的结论，最终一、二审均取得完全胜诉。“思路决定出路，细节决定成败”，然也。

执业靠责任赢得尊重。我碰到一次开庭，对方律师整理的证据既无证据名称，也无页码，更要命的是多次补充证据也未留底，也不知哪些是重复、哪些未交，且法官及原被告律师手中的证据顺序混乱、名称不一、内容不同，导致开庭前法官光核对证据就耗去一小时，律师手忙脚乱、当事人束手无策，法官当场发飙：“X律师，你怎么好意思收当事人的钱？！”事后律师如何遭到当事人的数落亦可想而知。作为同行，我能理解经办律师的窘迫与尴尬，也由此更明白律师执业同样“责任终于泰山”。其实不管是谈案不拿关系说事也好，办案做细节大师也罢，以及其他同仁所提及的技巧、攻略，归根结底都是“责任”二字，既是对当事人的责任、对案件的责任，也是对自己的责任。只有责任到位，才会时刻想到办案目标，才会更注重办案细节，才不致于在程序上出现疏漏、在实体上暴露瑕疵，才会在办案的点点滴滴上赢得当事人和法官的尊重，才有机会向“创一流”迈进。

古有诸葛亮“鞠躬尽瘁，死而后已”的大家风范，近有梁启超“人生须知负责任的苦处，才能知道有尽责的乐趣”的崇高风尚，一直在激励吾辈。在今天弘扬社会主义法治理念的征程中，在深圳律师业“创一流”的道路上，我们肩负的是光荣使命，更是时代的责任。我坚信：唯有责任才可能创一流。



斋墨心语

市头的味道

文 自由撰稿人 翁秀美

网上看到一幅古建筑图片：小桥流水，枕河人家，飞檐翘角，色彩艳丽。有细心者却道，“貌似是新建的，线条简陋，仿不出江南房屋的美感。”“钢筋水泥，钢模板，肯定做不出市头的味道。”

正是！市头的味道！留存下来的许多美轮美奂的古建筑包括每一根梁柱每一排檩市，都有着市头的味道。小小的市头，被雕刻，被描画，被转化成另一种生命形式，上至皇家下至平民，能遮风挡雨，可陪伴终生。市有别样的特质与性格，朴拙中现出大雅，柔韧中透着温厚。人们喜欢并留连的，也正是这种愈经久愈醇厚的市头味道，并市头上早已不存在的油漆的味道，和那存在至今的力度与情感的味道……

立于老屋，被幽静深远的感觉包围，阳光照进来，落在雕着梅花冰裂纹、缠枝卷草纹的隔扇上，鲜亮温暖。宏村汪大燮老宅，守屋的阿婆指着厅堂两边门上的木雕画说，这边是草船借箭，那边是八仙过海。

走进绩溪胡宗宪故居，市质牌坊，太师桌椅，档板栏杆，皆古色古香；小姐楼上，美人靠，雕花床，梳妆台，虽近在咫尺，却仿佛隔离了现代的脚步，在我们够不到的时空里静立，由此产生了距离，产生了遗憾，遗憾中生一种不可复制的生命的美。门上格扇，花样繁复，雕饰逼真，有些容颜老去，尽显市之本色。市门磨损了边角，不改初衷地立在原地。转廊柱，过天井，观墙上题字，对联，画作，上面流淌着当年墨汁的味道，腕间的力量，加上书写者的才情与素养，和着房屋市头的味道，于是，老屋便有了属于自己的内在精神和文化气质。

仿制的古建筑，确实缺了市头的味道。但又有不少保留原始市头味道的小镇、乡村，被现代商业气息熏染，成为高科技手段包装后的模板样本。粉墙黛瓦上铺天盖地的红灯笼，古雅的老式家具与现代化设备，是那么不协调，味道先走了一半。原本宁静的小村镇，过着宁静的日子，是谁的双脚第一次踏入，让它被所有人熟知、向往并蜂拥而至，喧嚣与嘈杂打破原先的一池静水，古

老的质朴安宁渐变了热闹奢靡，淹没了市头的味道。

翻开《清明上河图》，呈现在眼前的是市头的世界，不说那车轿，市船，汴河上的大虹桥也全由市材建造，整根的大市材并列铆接榫合，以支撑大桥的跨度，桥面成排的市料链固杵紧，使之形成一个硕大坚固的整体。桥下巨市结构历历可见，像锁牢的关节般跨越两岸。两边的宋代民间建筑，皆属市作范围，凉棚草寮，酒肆脚店，桌椅板凳，家具用具，大市杆头歇着“五两”以测风向，小市杆撑起店前彩缎以作招徕。马车牛车手推车，似闻市头轮轴发出的咯吱声，市之韵味在画里丝丝析出，曾经存在过的市井繁华卷地而来，早已远去的岁月近在眼前，触手可及。

我们不能回到古代，所以更要珍惜古人留存下来的珍贵心血。缠绕花枝草叶的雀替，载满文臣武士的牛腿，额枋梁架上的彩色图案，古寺的门阁，巍峨的市塔，都是鬼斧神工般的杰作。市头们食人间烟火，历喜乐悲辛，沧桑满脸又充满生机，尽管，油漆会灰暗，会剥落；市质会有凹痕，裂痕，天长日久，生命会由生动、精美而转向变形、衰朽……它们轩昂的姿态，在渐生的缝隙中，在脱掉的颜色中，始终气象恢宏，始终让无数目光仰视，无数脚步追随。

面对艺术品一般的古建筑，当存恭敬拜谒之心，在一根素面朝天的冬瓜梁面前，在一群青绿相间的斗面前，心仿佛穿过时光，与之交流。它们不同寻常的历史，一点一点从市隙里散发出来，久久回旋，韵味悠长，而市头们美好的生命也正在消逝，这般的坚守，实在是令人深深敬佩并需鞠躬一躬的。

建筑学家梁思成常对学生们说：“古建筑绝对是宝，而且越往后越能体会它的宝贵。”相对于用现代技术仿制的古建，从时光深处走来的原汁原味的市头作品更令人叹赏与钟情。市头的味道，一圈一圈，铺满光阴的年轮，纵深渺远，大气厚重，长久的积聚、融合与沉淀，形成独特的品质内涵和文化底蕴，这是无法复制、无处再生的中华瑰宝。

【数字】

26万人

司法部副部长张苏军在国新办举行新闻发布会上介绍,现在我国的律师制度发展得比较好,目前我国已经有近26万律师,而且每年以平均2万多人的速度增长。目前,包括专职律师、兼职律师、公司律师、公职律师、法律援助律师、军队律师多种类、多功能的职业律师体系已经形成。

167万余件

新刑事诉讼法出台后,司法行政机关认真贯彻修改后刑事诉讼法有关法律援助的规定,充分发挥法律援助在司法人权保障中的积极作用。党的十八大以来,全国法律援助机构共办理案件167万余件,提供免费法律咨询920万余人次,有效维护了困难群众合法权益。

300名

全国律协涉外律师“领军人才”规划启动,拟四年培养300名涉外律师人才。该计划重点培养的业务领域分三部分:服务国有大中型企业实施“走出去”战略,培养120名左右精通对外投资、跨国企业并购、国际金融证券等业务领域的律师人才;服务我国对外贸易发展,提高我国企业公司在国际贸易中的竞争力,培养150名左右精通WTO规则、了解WTO争端解决机制、反倾销、反补贴、知识产权保护等业务领域的律师人才;服务我国总体国家利益和整体发展战略,培养30名左右精通能源资源、海洋和空间权益等业务领域的律师人才。

【声音】

各级司法行政机关和各地律师协会要加强对涉外律师人才培养工作的组织领导。把涉外律师人才培养作为一项重要任务,做好长远规划,善于在法律服务实践中发现人才、在涉外经贸活动中培育人才、在对外交流合作中锻炼人才。

——司法部党组成员、副部长,全国律协党组书记赵大程

“律师制度的改革,要推动律师法的大改。改革的核心词,应该是保障律师权利。”应废除刑法第三百零六条有关“律师伪证罪”的规定;修改律师法,使其从“律师管制法”转变为真正的律师权利保障法,落实执业言论豁免权、人身保护权、拒绝作证权等权利;强化律师的调查取证权;规定讯问犯罪嫌疑人时律师的在场权,赋予律师充分的会见权和阅卷权等。

——北京理工大学司法高等研究所教授徐昕

山寨游戏、非法转载、盗版视频……在各种网络侵权行为中,对知识产权的侵害一直受到舆论极大的关注,如何推动减少网络空间的侵犯知识产权问题也日益成为讨论重点。“首先是法律上堵住口,不敢侵权,第二就是技术上做好把控,不能侵权,最后达到没有人愿意去侵权,就是不愿侵权,这才是诚信社会应有的状态。”

——中国政法大学传播研究中心教授朱巍

【关键词】

中国女律师

11月3日,2014年全国律协女律师专门工作委员会年会暨《中国女律师》首发活动在京举行。本次入选《中国女律师》的157位女律师,是女律师群体中的杰出代表和优秀典范。据了解,我国现有女律师6万9千人,占律师总数的27.7%。专门编辑出版女律师风采录,集中展现当代中国女律师良好的职业风范,这是第一次。该书内容丰富、图文并茂,具有很强的可读性和感染力。

微信十条

2014年8月7日,国家互联网信息办公室发布《即时通信工具公众信息服务发展管理暂行规定》(简称“微信十条”),主要从行业的资质、隐私的保护、实名制注册、备案审核和内容限制等方面对即时通信通讯平台和用户的规范做了很多界定,并明确了对违规行为的处罚。

法律主题馆

近期,首都图书馆的法律主题馆向读者开放。图书馆的“馆中馆”内,分为文献阅览区、多媒体区、留言互动区、普法宣传展览区及咨询活动区。首图还会定期在咨询活动区举办法律咨询和主题沙龙活动,邀请北京律师协会的专业律师作为志愿者,为市民答疑解惑。

【业界前沿】

烟台：市政府聘请法律顾问经费纳入财政预算

经过严格考核和公示，9名律师正式“上岗”，成为烟台市政府法律顾问。他们都是所在律师事务所的主任或执行主任。此前，根据山东省政府办公厅《关于建立政府法律顾问制度的意见》和烟台市政府第31次常务会议要求，烟台市政府从社会公开选拔专家学者和法律实务工作者担任市政府法律顾问，共有62人报名。这是烟台市首次正式建立比较完善的政府法律顾问制度。此举会将政府真正打造成一个服务、法治的政府，为公众提供更好、更合法的公共产品和公共服务。

北京：39名律师全天候服务APEC

会议期间，北京市司法局委派39名律师进驻会议举办地北京市怀柔区，这些律师的任务是为全区284个行政村、32个社区提供全天24小时的法律咨询服务，其主旨是为大会创造安全、和谐、稳定的周边社会环境。按照相关规定，在APEC会议期间，村民遇到法律问题，法律顾问律师要在24小时内及时回复。如遇到复杂的纠纷时，法律顾问律师要及时赶到现场，并在48小时之内解决纠纷。

成都：顾问团两千专家律师 护航法治成都

今年《成都市依法治市实施纲要》出台，进一步明确了依法治市的指导思想、基本原则、目标任务、实施进程和组织保障。此后，成都法治建设频频发力，各级政府部门全面组建法律顾问团队，近2000名专家、学者和律师护航法治成都；成都还开启“全民参与”的地方立法模式，组建1000名市民法治观察员，依法治市正在成为成都城市发展的新动力。

广西：6000余名律师送法进基层

为在群众中宣传法律知识，传播法治精神，化解社会矛盾、维护社会稳定，近日，广西开展律师公益法律服务活动月活动，全自治区14个市6000余名律师将开展一系列法律宣传和服务活动，为基层单位和个人提供法律“义诊”。包括法律服务进园区、进企业、进学校、进农村、进边关军营等。据了解，在法律服务月中，有关方面还将有针对性地对自己确定的100家非公有制强优培育企业提供决策论证等法律服务，开展“百名律师服务非公百强企业”等活动。

中国法学会律师法学研究会成立

2014年12月21日，中国法学会律师法学研究会成立大会在中国人民大学胜利召开。律师法学研究会的成立，将方方面面的专家学者汇集起来，加强交流，凝聚共识，为推动研究和交流提供平台，对繁荣律师制度的学术研究和完善中国特色的社会主义法治建设起到重大的推动作用。律师法学研究会成立后，将与全国律师协会一起，成为推动律师事业发展的双轮，为加快建设社会主义法治国家发挥重要作用。

《关于依法保障律师执业权利的规定》出台

最高人民检察院近日下发《关于依法保障律师执业权利的规定》，对检察机关依法保障律师六项权利作出明确规定，促进检察机关规范司法，维护司法公正。曾被律师抱怨的会见难、阅卷难、调查取证难“三难”问题，今后将在检察机关得以规范解决。案件移送审查起诉后，律师申请检察机关收集、调取证据，检察机关认为有需要的，要决定收集、调取并制作笔录附卷；决定不予收集、调取的，要书面说明理由。检察机关收集、调取证据时，律师可以在场。

重庆：《重庆市医疗机构管理条例》施行

近日从重庆市人大常委会获悉，《重庆市医疗机构管理条例》于2014年11月1日起施行，切实解决看病难，看病贵等问题，新实施的条例放宽了社会资本准入，鼓励兴办私立医院，同时下放审批权限，强化监督管理，严禁欺骗、误导、招揽患者就医，严禁泄露患者隐私，违者最高将罚3万元。

上海：法院律师诉讼服务平台开通运行

为了方便律师诉讼，保障律师执业，畅通法院与律师的沟通渠道，构建开放的、动态的、便民的阳光司法。继“律师一卡通”绿色通道正式开通以来，上海法院又为上海律师打造了律师专用诉讼服务平台（以下简称服务平台）并出台了《“在线诉讼服务”平台服务规则》，服务平台包括查询类、提交类、申请类、建议类、交互类五大功能模块，涉及律师参与诉讼的各个专项流程。律师可在线申请立案，缴纳诉讼费，完成立案所有流程。

1

我会与英格兰及威尔士律师会 签署合作协议



2014年10月15日，深圳市律师协会与英国英格兰及威尔士律师会签署合作协议暨中英律师交流会在我会举行。英国伦敦金融城市长Fiona Woolf、深圳市律师协会会长高树、英国驻广州总领事Alastair Morgan、英格兰及威尔士律师会国际政策咨询员Ben

Stevenson、英国律师代表及伦敦交易所负责人等，深圳市律协监事长魏汉蛟、副会长胡宁可及深圳市涉外专业律师代表共计100多人出席。活动由市律协副会长韩俊主持。

高树会长代表协会致欢迎致辞。Fiona Woolf市长表示很高兴代表英格兰及威尔士律师会与深圳市律师协会签署合作协议。在当前中英两国经济合作的高速增长以及中国政府不断加强法治建设的大时代背景下，律师是法治建设进程中的重要力量，加强两国法律界的合作是最佳的时机。英国是全球法治的摇篮，法治精神的延续使得英国地区的律师和律师协会一直都致力于在全世界范围内支持律师界同行和他们事业的发展。

根据协议，双方将保持法律制度系统的信息交流，不定期举行法律会议和研讨会，加强人员来往，并安排律师到对方律师事务所参加短期培训或经验交流，积极推动双方法律业务的交流与合作，拓展法律业务合作的范围。此举标志着深圳律师与英国律师之间的业务交流将进一步拓宽，业务合作也将进一步紧密。

2

全市各级司法行政机关与市律师 协会工作联席会议召开

10月22日，市司法局与我会召开“司法行政机关与市律师协会工作联席会议”。市司法局副局长徐鹏、律公处处长熊松青、调研员董怡辰，市律协会会长高树，副会长张斌、黄思周、韩俊、胡宁可，秘书长王红，各区司法局主管律师工作的局领导、律公科科长，各新区法制科负责同志，市律协各区工委主任等参加了会议。会议由高树会长主持。

高树会长通报了九届律协理事会近期工作情况及下

一步工作重点。熊松青处长阐述了开展一村（社区）一法律顾问工作的现实需要和社会意义。

与会人员围绕如何更好的开展律师工作建言献策：一是完善政府购买法律服务体系，落实经费保障；二是制定科学可行的法律服务工作方案和量化考核标准；三是加强各级司法机关与市律协的交流协作；四是加强对律师事务所及其分支机构的业务联系和指导，做好律所变更、搬迁等动态服务与管理；五是培养律师公益服务理念，倡导参与矛盾纠纷化解和敏感性案件处理；六是推进律师事务所规模化、专业化、品牌化、国际化建设，提升深圳律师综合竞争力，进一步促进律师行业的可持续发展。

3

深港两地律师会共商前海发展

2014年11月14日，香港律师会大中华法律事务委员会徐奇鹏副主席一行七人到访我会。深圳市律师协会监事长魏汉蛟、副会长韩俊等相关人员参加了座谈。

双方就两地律师协会之间搭建常态交流合作机制、

签署战略合作协议、两地理事会联席制度、两地人才交流培训、互派实习生、联营所的落地和推进、两地律师联谊等相关事宜进行了交流和沟通。双方一致认为，香港律师和深圳律师之间应加强互相沟通交流，珍惜和依托深圳前海作为深港现代服务业合作区平台的机会及深港共同申办联营律师所特殊政策，努力将两地律师的沟通、交流和合作水平提升到一个新高度。

4

市律协高树会长一行就筹建国际
律师学院赴龙岗调研座谈

为贯彻落实市委市政府在《中共深圳市委关于贯彻〈法治广东建设五年规划（2011-2015）的实施意见〉》以及《市委办公厅、市政府办公厅转发市司法局关于进一步加强和改进律师工作的实施意见》提出的“筹建设立律师学院”、“积极推进深圳律师学院建设”的工作部署，11月5日上午，高树会长、魏汉蛟监事长、张斌副会长、王红秘书长一行四人前往龙岗区司法局，与龙岗区司法局江玉良局长、律公科王琛科长，龙岗区律工委蔡春雷主任、李军强副主任进行座谈。

高树会长代表市律协感谢龙岗区委、区政府、区司法局在专业法律人才培养、推进公共法律服务、“筑巢引凤”政策等方面的大力扶持，并希望在建设“法治龙岗”的新机遇下，一是支持筹建国际律师学院，拟定位于依托香港，立足粤港、深港合作平台，培养高层次、复合型、应用型法律专门人才和管理人才，打造国际化法律服务人才孵化基地，提升深圳律师业国际化水平；二是进一步鼓励发展规模所，培养扶持精品所，打造一批具有特色及典型示范意义的律师事务所，提高律师队伍的法律服务水平，服务于龙岗法治建设。

江玉良局长充分肯定了在龙岗区筹建国际律师学院的设想，认为这一做法将加速龙岗律师行业发展，造福龙岗，加快一流法治城市进程，并表示区司法局将积极配合协调相关部门做好推动工作，联合市律协共同促进深圳律师行业做强做大。

5

全省律协秘书长联席会议召开

10月31日，全省律协秘书长联席会议召开。省司法厅律管处处长陈建，省律协秘书长叶港、全省21个地级市的律协秘书处领导参加了会议。会议由省律协副秘书长徐敏彪主持。

会议听取了各地律协关于推进律师工作的做法和存在的问题。我会秘书处和指导律师服务大局，加强行业管理和规范化建设方面得到了与会省厅、省律协领导的高度肯定。

陈建处长结合省司法厅《关于贯彻落实〈关于开展一村（社区）一法律顾问工作的意见〉的工作方案》，从组织领导、律师职责、服务目标、当前问题、理解与执行等多个层面对推进律师进社区服务进行了阐述和讲解。

叶港秘书长对进一步推进全省律师工作提出了几点要求：一是找准定位。秘书处要把握机遇、找准定位、践行使命，在当好参谋、做好协调、发挥律师作用、抓住工作重点、整合各方资源等方面下功夫；二是加强交流。各地律协秘书处进一步做好信息收集、注重总结提炼，加强上下联动，同时，搭建各地秘书长沟通平台，促进横向协作，推进律师业纵深发展；三是做好服务。进一步关注律师业务发展，评选表彰律师先进案例、优秀作品，拓展研发《公共法律服务产品目录库》，提高和规范律师业务，推动行业标准化服务与规范化建设。

6

我市12名律师入选深圳市版权纠纷
人民调解委员会特邀调解员

近日，深圳市版权纠纷人民调解委员会特邀调解员的名单公布，我市12名律师成为版权纠纷特邀调解员。

深圳市版权纠纷人民调解委员会成立于2014年9月18日，是深圳市第一家由行业协会成立的与版权有关的纠纷调解机构，将在人民调解法的框架下解决版

权相关的纠纷，有利于减轻司法机关和行政机关处理日益增多的版权纠纷压力。双方当事人向人民法院申请司法确认后，调解委员会的调解结果具有强制执行的效力。

律师加入版权纠纷人民调解委员会能够为当事人解决版权纠纷提供法律保障，有利于改善和健全版权纠纷的解决机制，促进版权产业发展，同时还能缓解司法机关处理日益增多的版权纠纷的压力。

一生惦念

文 深圳市律师协会会长 高树

是什么惊断了梦神的殷勤
是什么颠倒了从容的幽秘
我不敢拨弄琴弦的喧响
不敢把诗意透彻地吟唱
甚至温存的注目也不敢轻漫
携她的手，那纤纤的奢望
深怕这迟来的造访和怜惜
会是多么醉心恣意的唐突

光阴停下来了
一寸一寸的呼吸停下来了
金梭玉腕
又如何配得上这典雅肃静的高贵

哪里能盛得下这时间无二的清芬
有谁能识得这纯晶纤弱的开放
可不可以把仙恣灵态停住
可不可以将转身的瞬间凝结
可不可以
将我怅望云天的努力
化作此生惦念的消息



海螺沟：位于贡嘎雪峰脚下，以低海拔现代冰川著称于世。



摄影 / 王颖