

二〇〇九年六月

青岛市优秀律师事务所
山东省优秀律师事务所

走进万桥

万桥律师事务所
WAN QIAO & PARTNERS



目录

法制要闻

最高法：力争年内出台有关反垄断民事诉讼司法解释
最高法出台知识产权审判意见
最高法出台合同法司法解释(二)
最高法院为民事案件申请再审“立规矩”
人社部：职工在不同公司累计工作满一年可享带薪年假
最高法院出台两部司法解释妥善处理物业纠纷

万桥快讯

市司法局学习实践活动办公室领导莅临我所检查指导工作
万桥所组织科学发展观理论知识考试
万桥律师应邀点评十大知识产权案例
我所律师受邀参加四方区政府"提高依法行政能力，服务科学发展"的座谈会
万桥律师应邀点评旅店失窃案件

律师风采

宋雷 律师
韩涛 律师

以案说法

用人单位如何变更劳动合同才合法？
作外贸生意，不要忽略提单！
提单日期倒签，收货人可向承运人索赔来转嫁市场损失。

理论研讨

试论我国民事执行救济法律制度
船舶碰撞案件中的证据收集

律师随笔

从一系列青少年抢劫案中反思我国的基础教育

法制要闻

最高法：力争年内出台有关反垄断民事诉讼司法解释

新华网北京4月20日电（记者孙闻）最高人民法院副院长奚晓明20日表示，最高人民法院将力争在年内尽快出台有关审理反垄断民事诉讼问题的司法解释，强化反垄断私人执行的可操作性，为反垄断法的有效实施奠定程序性规范基础。

奚晓明是在最高人民法院20日启动的“全国法院开展知识产权审判‘优化自主创新司法环境’年度主题活动”上作上述表示的。他介绍，本次活动的一项重要内容就是要审理好垄断案件和不正当竞争案件，营造有利于公平竞争的市场秩序。最高人民法院将在今年6月份召开反垄断民事诉讼问题研讨会。

“越是经济困难的情况下，越是要注意规范市场竞争秩序，为企业摆脱危机和发展壮大创造公平竞争和自由竞争的良性市场环境。”奚晓明确说。

他强调，各级法院要认真贯彻实施反垄断法和反不正当竞争法，规范市场竞争行为，加大对中小投资者利益的司法保护力度，确保各种所有制经济平等竞争、相互促进；要及时受理和慎重处理垄断案件，正确认定和处理垄断行为，及时制止非法垄断，防止垄断行为限制市场竞争，挤压国内中小企业生存空间，通过司法行为促进创建健康的市场环境和有活力的市场结构，为激发经济活力和动力提供法律支持；要依法制止不正当竞争，制止一切非诚信的仿冒搭车行为，避免市场混淆和误导公众，切实维护权利人和消费者的合法权益，确保诚信经营和有序竞争。

来源：新华网

责任编辑：熊红祥

最高法出台知识产权审判意见

最高人民法院近日出台《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》。该意见从推进自主创新、维护公平竞争、改善贸易投资环境三方面明确和完善了新形势下的一系列知识产权司法政策，为新形势下人民法院的知识产权司法保护工作指明了方向。

意见提出，要从我国国情出发，根据我国科技发展阶段和产业知识产权政策，依法确定合理的专利司法保护范围和强度。明确权利要求解释的基本规则和侵权对比判定标准。在进行专利侵权对比时，凡写入独立权利要求的技术特征，均应纳入技术特征对比之列，这实际上明确了不适用所谓的“多余指定”原则。

意见明确，解释发明和实用新型专利的权利要求时既不能简单地将专利权保护范围限于权利要求严格的字面含义，也不能将权利要求作为一种可以随意发挥的技术指导，应当从上述两种极端解释的中间立场出发，使权利要求的解释既能够为专利权利人提供公平的保护，又能确保给予公众以合理的法律稳定性。

意见还明确了所谓的禁止反悔原则，即对于权利人在专利授权确权程序中所做的实质性的放弃或者限制，在侵权诉讼中应当禁止反悔，不能将有关技术内容再纳入保护范围。

最高法出台合同法司法解释(二)

法制网北京5月12日讯记者袁定波最高人民法院起草颁布了《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》，该司法解释自2009年5月13日起施行。

据了解，受国际金融危机的冲击与影响，保持我国经济平稳较快发展的任务异常艰巨，经济运行中出现的问题和合同履行困难都已经或者可能转化为各类案件进入司法领域，各类合同纠纷呈现数量多、增速快、类型多、法律关系复杂、处理难度大等特点，已经给人民法院的审判工作带来巨大的压力和新的挑战。

该司法解释主要涉及合同法的五大问题，共计30个条文。主要针对合同的订立、合同的效力、合同的履行、合同的权利义务终止、违约责任等作了解释。该司法解释彰显了司法解释的指导性和针对性，及时吸收了司法实践中的积极成果和成熟的理论，形成了富有时代特色的几个“亮点”。

能动司法应对危机—聚焦合同法司法解释三大亮点

于13日实施的《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》，主要针对合同的订立、合同的效力、合同的履行、合同的权利义务终止、违约责任等作出具体解释。这部司法解释的实施成为人民法院充分有效地发挥司法职能作用，应对金融危机的重大举措。

规定“情势变更”制度 解决合同订立后显失公平

司法解释在合同的权利义务终止方面，根据合同法关于公平原则的规定，参考劳动合同法的规定，规定了“情势变更”制度。

“在当今世界经济的动荡时期，情势变更原则的适用有着重要的价值。”最高人民法院有关负责人说，由于整个社会处于高速发展的环境中，全球金融风暴等很多新事件、新情况层出不穷，合同订立的风险和不确定性增大。因此，因为情势变更而造成合同履行的障碍，困扰着司法实务部门。

这位负责人说，“引入情势变更原则的价值在于，当合同原有的利益平衡因经济的激烈动荡而导致不公正结果时，施以法律的救济。它主要解决合同订立后显失公平的问题。合同订立的时候是公平的，在合同生效后由于社会环境发生重大变化，使一方当事人遭受重大的损害，造成双方当事人显失公平，按照实际情况履行不了的，在符合司法解释规定的情形下，审慎、严格地适用情势变更原则。因此，该制度是在认真、细致的调研基础上，结合实践的需要被吸收进该司法解释的。”

同时，司法解释要求严格区分变更的情事与正常的市场风险之间的区别，审慎适用情事变更原则。对必须适用情事变更原则进行裁判的个案，要层报高级人民法院审查批准，最大限度地避免对交易安全和市场秩序造成大的冲击。

合同书上摁手印与签字、盖章法律效力等同

司法解释的制定过程中，广泛征求各方面意见。“司法解释很注重广泛吸收民意。”最高人民法院有关负责人说，譬如曾经听取了中华全国律师协会、北京律师协会部分律师的意见。

据了解，司法解释第五条关于“当事人在合同书上摁手印的，人民法院应当认定其具有与签字或者盖章同等的法律效力”的规定则是来源于河北省一位律师的建议。

司法解释规定，当事人采用合同书形式订立合同的，应当签字或者盖章。当事人在合同书上摁手印的，人民法院应当认定其具有与签字或者盖章同等的法律效力。

司法解释还规定，采用书面形式订立合同，合同约定的签订地与实际签字或者盖章地点不符的，人民法院应当认定约定的签订地为合同签订地；合同没有约定签订地，双

方当事人签字或者盖章不在同一地点的，人民法院应当认定最后签字或者盖章的地点为合同签订地。

维护合同效力 坚持从宽认定有效

在合同的效力方面，司法解释严格适用合同无效的法定条件，效力上坚持从宽认定有效。最高人民法院有关负责人说，譬如，对合同的必备条款从宽认定，对合同的形式除法律有特别规定以外，不作限制、一体承认。对因违反法律、行政法规强制性规定而无效的情形，作了限缩型解释，对格式条款无效的情形进行从严掌握。

“合同效力上采取从宽认定，可以在最大程度上尊重当事人的意思自治，积极促成合同的有效，支持合同的履行，缓解交易链条的断裂，促进经济的活跃，在金融危机的背景下，这也是一项重要的应对措施。”这位负责人说。

来源：法制网——法制日报（责任编辑：郑剑峰）

最高法院为民事案件申请再审“立规矩”

新华网北京5月18日电（记者杨维汉）最高人民法院18日公布了《关于受理审查民事申请再审案件的若干意见》。这个司法解释的公布实施，是深入开展“人民法官为人民”主题实践活动，进一步解决当事人“申诉难”问题的一项重要举措。

最高人民法院立案庭庭长刘学文表示，“这个司法解释对于保障当事人申请再审权利，规范法院再审审查工作，自觉接受社会各界监督具有重要意义。”

刘学文介绍，在司法解释的制定过程中，最高人民法院以审查程序规范透明、审查工作及时高效、再审标准宽严适度、裁定文书注重说理为工作要求。在受理审查的程序环节上，规定得尽量详尽周密，确保审查程序规范透明；在依法的前提下，最大程度简化不必要的工作环节，简化工作方法，力求审查工作及时高效；再次明确审查工作应当围绕申请再审事由是否成立进行，将申请再审事由成立作为裁定再审的标准，保证再审标准宽严适度；对裁定文书的内容提出具体要求，提高文书说理性，让当事人“赢得清楚，输得明白”。

据了解，这个司法解释分为民事申请再审案件的受理和审查两部分。受理部分主要规定了申请再审所需材料及受理条件。审查部分主要从审查组织、审查范围、审查方式、裁定文书等方面规范细化了审查工作程序。

从具体内容来看，司法解释具有“加强权利保障、规范司法行为、完善审查程序”三大特征。

加强了对申请再审权利的保障。在接受材料环节、审查进程指引方面、听取当事人意见方面等内容上作了一系列细化规定，以确保递交材料有人接收，审查进程有人指引，陈述意见有人听取，裁定文书及时送达。

规范了人民法院受理审查司法行为。在规范受理行为、规范审查程序、规范裁定文书、规范再审法院的确定、规范诉讼文书样式和内容等方面均作了详细规定，确保受理审查工作有章可循，从而在各个环节上保障当事人的权利。

完善了受理审查工作程序。明确了申请再审的条件和审查范围。审查申请再审案件的范围一般应限于再审事由，如果在审查过程中发现生效裁判确有错误的，可以依据民事诉讼法第一百七十七条的规定依职权启动再审；明确了审查方式，规定了审查书面材料、审阅原审卷宗、询问当事人、组织听证四种审查方式；明确了调卷方法，即采取灵活多样的调卷方式；明确了提审原则，重申了再审司法解释确定的由上一级法院提审的原则，同时规定了以程序性事由启动再审作为可以指令原审法院再审的主要情形。

人社部：职工在不同公司累计干满一年可享带薪年假

记者 19 日从广州市劳动保障局获悉，近日国家人力资源和社会保障部就“职工年休假制度”一些有争议问题作了明确。其中，新进入用人单位的职工，其连续工作时间可与原单位连续工作时间累计，满 12 个月即可享受带薪年假。

按照我国职工年休假制度，职工连续工作满 12 个月以上的，享受带薪年假。但是，对于从其他单位新进入现用人单位的职工，“连续工作满 12 个月”，到底是指在现用人单位要干满 1 年才能休，还是可与原单位连续工作时间合并计算？对此各地有不同的解释。

人力资源和社会保障部的最新解释明确，“职工连续工作满 12 个月以上”，既包括职工在同一用人单位连续工作满 12 个月以上的情形，也包括职工在不同用人单位连续工作满 12 个月以上的情形。

人力资源和社会保障部还进一步明确，“累计工作时间”，包括职工在机关、团体、企业、事业单位、民办非企业单位、有雇工的个体工商户等单位从事全日制工作期间，以及依法服兵役和其他按照国家法律、行政法规和国务院规定可以计算为工龄的期间(视同工作期间)。职工的累计工作时间可以根据档案记载、单位缴纳社保费记录、劳动合同或者其他具有法律效力的证明材料确定。

如果符合上述“连续工作满 12 个月”的规定，新进入用人单位的职工可休多少天？

昨天，广州市保障局劳动工资处负责人接受采访时表示，按有关规定，职工新进入单位且符合上述要求的，当年度年休假天数，按照在本单位剩余日历天数折算确定，折算后不足 1 整天的部分不享受年休假。

比如，某员工在原单位连续工作了 6 个月，进入新单位后又连续工作了 6 个月，则该员工符合了“连续工作满 12 个月”的要求，可享受带薪假。但如此时提出休年假，则当年可休的天数就只能按 6 个月来折算。

带薪年假能休多少天

按规定，年休假天数根据职工累计工作时间确定。职工累计工作已满 1 年不满 10 年的，年休假 5 天；已满 10 年不满 20 年的，年休假 10 天；已满 20 年的，年休假 15 天。（记者马汉青）

来源:羊城晚报（责任编辑:郑剑峰）

最高法院出台两部司法解释妥善处理物业纠纷

新华网北京 5 月 24 日电（记者杨维汉）建筑物区分所有权和物业服务事关广大人民群众切身利益，也关系到物业服务企业正常经营和健康发展。最高人民法院 24 日公布了《关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》和《关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》，并将于 2009 年 10 月 1 日起施行。

“最高人民法院出台这两部司法解释，就是要通过司法解释的形式统一裁判尺度，维护法律的权威，切实做好建筑物区分所有权及物业服务纠纷案件民事审判工作。最高人民法院有关负责人说，这两部司法解释在物权法等法律规定框架内，立足审判实践需求，着力于增强法律规定的可操作性。

《关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》共 19 条，《关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》共 13 条。这两部司法解释涉及建

建筑物区分所有权及物业服务纠纷案件审判实践中的若干热点、难点问题，具体包括：业主身份的界定、专有部分和共有部分的划定、面积人数的计算方法、业主权利义务的范围、车位车库纠纷的处理、业主自治重大事项的范围、住改商纠纷的处理、利害关系业主的认定、业主撤销权的行使以及业主知情权的保护等；物业服务合同对业主的约束力及效力、物业服务企业的违约责任承担、业主妨害物业服务企业管理的责任承担、物业费纠纷处理、物业服务合同的解除及相应纠纷的处理、物业使用人的准用等。

据了解，近年来，随着我国住房制度改革不断深入，涉及物业权益的纠纷案件数量不断增加，审判实践面临的压力与日俱增。由于物权法等法律的相关规定比较原则，各地的理解也有所不同，审判实践中对如何正确理解和适用物权法等法律规定提出了许多亟待解决的问题。同时，许多全国人大代表、全国政协委员也以建议、提案的形式希望最高人民法院及时出台相关司法解释。

最高人民法院自2003年初起，即着手展开制定涉及物业权益纠纷案件处理司法解释的相关准备和调研工作。2007年初，《关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》和《关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》正式立项。此间，最高人民法院进行了广泛的调研、分析与论证，多次征求了有关部门和社会各界的意见。经过数年的起草制定工作，两部司法解释最终出台。

最高人民法院有关负责人表示，两部司法解释的起草制定工作立足于司法解释功能定位，严格按照物权法等法律规定精神，确保解释内容符合立法宗旨和目的；注意建筑物区分所有权和物业服务法律关系各方当事人利益的平等保护，力求实现当事人间权利义务的平衡；紧贴审判工作实践中的热点、难点问题，不贪大求全，切实为审判实践提供统一的裁判依据；在满足审判实践需要的基础上，合理借鉴法学理论，确保学理上的妥当性。

来源：人民法院报

万桥快讯

市司法局学习实践活动办公室领导莅临我所检查指导工作

4月3日上午10时，青岛市司法局学习实践活动办公室领导莅临我所检查指导工作。本次检查指导的重点是学习实践科学发展观活动的调研情况。我所主任辛大伟律师将我所深入学习实践科学发展观活动情况进行了详细的汇报。市司法局领导了解掌握和检查了学习实践活动的进展情况，并及时的向我所传达中央、省委、市委和局党委有关指示精神，指导我所抓好学习实践活动的贯彻落实。

万桥所组织科学发展观理论知识考试

4月22日下午2点，为迎接全市科学发展观理论知识统一测试，按照市司法局要求，山东万桥律师事务所内全体党员，参加了科学发展观理论知识考试。并以此次理论考试为契机，把此次理论考试作为深化学习实践活动，提高队伍理论素质的重要途径和措施。

万桥律师应邀点评十大知识产权案例

4月30日，山东万桥律师事务所胡建业、李永波律师，应青岛财经日报邀请点评该报2009年世界知识产权日特刊中院公布的十大知识产权案例。

我所律师受邀参加四方区政府“提高依法行政能力， 服务科学发展”的座谈会

我所是四方区政府聘请的顾问律师所之一，由段超、孙广平、周艳律师组成的团队为该政府提供法律服务，服务范围包括项目招投标、房地产开发管理、企业改制、旧城和旧村改造、房屋拆迁等领域。4月28日，由四方区政府法制办牵头召开“提高依法行政能力，服务科学发展”的座谈会，孙广平和周艳律师应邀参加。

座谈会由区法制办主持，区发展与改革局、建设管理局、开发建设局、滨海办、拥湾办等部门派员与会。座谈会上，法制办及各部门对我所律师的顾问工作给予了高度评价，并希望继续为政府依法行政献计献策。围绕会议主题，孙广平律师结合办理拆迁中遇到的实际问题，提出“重视行政程序，依法行政”的建议，周艳律师提出“顾问律师早期介入行政事项的建议”，均得到与会人员的一致好评。通过本次座谈会，顾问律师进一步明确了政府法律顾问工作的性质与特点，对提高我所整体的政府顾问水平无疑也是一次有力的促进。

万桥律师应邀点评旅店失窃案件

5月22日,应财经日报之邀，山东万桥律师事务所张春霞律师对“房门未撬财物丢失，小旅店里的蹊跷事件谁之过？”案件进行了分析，点评了房客和旅店的责任，并提醒市民外出住宿时，应当保管好自己的财务，或者按照旅店的要求登记或寄存贵重物品并保留相关凭证。一旦发生失窃，要及时通知旅店并报警，确认自己的损失，积极寻找旅店服务和管理方面的过错并保存证据，为维护自己权利做好充分的准备。

律师风采



宋雷 律师

律师热线:

13708992234

在线交流:

authorsuong@sina.com

教育背景:

1997年7月毕业于青岛大学经济法系国际经济法专业，获法学学士学位。

主要工作经历:

1998年1月—1998年12月，山东德衡律师事务所实习律师；

1999年1月—2003年12月，山东德衡律师事务所律师、海事海商法律事务部主任；

2004年1月—2008年4月，山东万桥律师事务所律师、综合部主任；

2008年5月至今，山东万桥律师事务所合伙人

主要业绩及业务领域:

具有较为深厚的法学理论功底和丰富的办案经验。从业以来，主要从事金融、保险、涉外经贸、公司、海事海商法律业务，参与办理诉讼及非诉讼案件多达300余起，为十多家企事业单位担任常年法律顾问，为美国总统轮船有限公司、马士基（中国）航运有限公司青岛分公司、德国赛比瑞德有限公司、美集物流运输（中国）有限公司、青岛中远国际货运有限公司、中海山东物流有限公司、青岛中海船务代理有限公司、青岛马士基集装箱工业有限公司、山东省食品进出口公司、山东省肉食蛋品进出口公司、中国人民解放军第4808工厂、青岛市城阳区工商业联合会、交通银行青岛分行、中国建设银行青岛分行、中国信达资产管理公司济南办事处、中国东方资产管理公司青岛办事处等客户提供法律服务。

论文著作:

多篇论文在国内重要出版物上发表，荣获山东省、青岛市律师业务理论研讨会优秀论文奖；

《乡村宗法组织勃兴的原因分析》获2006山东律师论坛优秀论文一等奖。

主要荣誉:

青岛市司法行政系统先进个人

服务理念:

作为维护正义的根本代言人，律师在任何时候都应当维护该职业的荣誉和尊严。



韩涛 律师

律师热线:

13687625705

在线交流:

ht3527@163.com

教育背景:

毕业于中国海洋大学法学院，获得法学学士学位。

主要工作经历:

2001年—2005年3月，青岛市市南区劳动和社会保障局劳动争议仲裁委员会专职仲裁员；

2005年4月—2008年3月，山东铭丰律师事务所劳动、人事法律事务部主任，律师，市南区劳动争议仲裁院兼职仲裁员；

2008年4月至今，山东万桥律师事务所劳动法律事务部主任，律师。

主要业绩及业务领域:

专业从事劳动、人事法律事务，具有丰富的劳动法律服务实践经验。针对劳动争议案件的复杂性及劳动法律法规政策的纷杂性，能够凭借多年的实践经验，灵活地运用法律、法规、政策，全方位、多层次、多角度地发现、分析、解决问题，并在最大程度上维护和实现当事人的合法权益。

为多家大中型企业的规章制度及人力资源管理环节进行了法律审查，有针对性的出具了可行的法律意见，取得了良好的效果。

担任多家大中型企事业单位的常年人力资源专项法律顾问，参与了大量劳动争议案件的处理和企业人力资源管理规章制度的制定，为各类企业提供了劳动法律事务培训。

社会职务:

市南区劳动争议仲裁院兼职仲裁员

青岛市律师协会劳动保障专业委员会委员

论文著作:

撰写的《劳动争议案件仲裁与诉讼程序衔接立法势在必行》获2006年山东省律师理论研讨三等奖

主要荣誉:

青岛市司法行政系统先进个人称号

服务理念:

高效 优质 专业 追求卓越

以案说法

用人单位如何变更劳动合同才合法？

【案情简介】

2007年5月王某到青岛某公司从事会计工作，与公司签订了为期两年的劳动合同，约定月基本工资为1200元。2008年8月，王某开始休产假，该公司为了节省成本，单方面作出决定，每月向王某支付基本工资760元，并电话通知了王某。王某休完产假后，找公司领导，要求补发全额工资。该公司领导表示：王某在合同期内怀孕，应及时通知公司已怀孕，而王某未及时告知，给公司的工作安排带来很多麻烦，为了弥补损失，公司决定发放760元的基本工资是合理的。王某认为公司未征得其同意，单方变更工资的约定应是无效的。

【律师点评】

这是一起用人单位单方面变更劳动合同引发的劳动争议。劳动合同的变更，是指当事人对双方对尚未履行或尚未完全履行的劳动合同，依照法律规定的程序和条件，在原有的劳动基础上，进行添加、删除或修改的法律行为。《劳动合同法》第35条规定：“用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。变更后的劳动文本由用人单位和劳动者各执一份。”本条明确规定了变更劳动合同的方法。

本案中，该公司一是单方面变更王某的工资，没有与王某协商一致；二是只是口头通知了王某，双方没有采取书面的形式变更劳动合同。因此，该公司变更劳动合同内容的行为无效，应当全额补发王某的工资。在实践中，用人单位通常需要变更劳动合同。但用人单位应当注意：如果要变更劳动合同，必须与员工商量，对双方协商一致变更劳动合同，不能单方变更劳动合同；变更劳动合同必须书面形式，不能口头约定，否则出现争议时，会处于不利的地位。

【律师简介】

韩涛律师山东万桥律师事务所劳动法律事务部主任。专业从事劳动、人事法律事务，具有丰富的劳动法律服务实践经验。

范志强律师执业多年，经验丰富，擅长代理劳动争议、人身损害（交通事故）、婚姻继承等方面案件。

作外贸生意，不要忽略提单！

【案例一】

2008年6月，某进出口公司以FOB条款出口三个货柜的陶瓷到国外，过了两个月客户仍不付款，经查询才得知，货代已签发了托运人为国外客户的提单，国外客户直接在目的港提走了货物。因该进出口公司从未向货代要求出具提单，造成其损失无法向货代索赔。

【案例二】

2008年11月，某进出口公司出口一票木制品到国外，国外客户指定货代并要求出具HOUSE单。该公司咨询律师，律师建议要求出具船公司提单，并最终取得了船公司提单。货物抵达目的港后，国外客户无力付余款赎单，该进出口公司凭正本提单与船公司协商，成功将该批货物退运国内。

【律师点评】

一位英国法官曾经说，国际贸易是一张由合同组成的网，这张网的中央就是提单。可见提单在国际贸易中的枢纽地位。提单就是在海上货物运输中由承运人签发给托运人的一张单据，通常有三个功能：一、是海上货运合同的证明；二、是承运人装货上船的证明；三、是承运人保证据以交付货物的凭证。

案例一中的出口公司因未要求出具提单，导致其失去了对货物的控制，不能向承运人（货代）主张货物所有权，而仅享有对国外客户在买卖合同项下的债权，而国外索赔难度、费用相当大，最终导致钱货两空。

案例二中的出口公司因持有船公司提单，尽管货物已抵达目的港，仍可将货物退运国内，避免了巨额损失。应当说明的是，在需要退运的情况下，船公司提单较货代的HOUSE提单而言，更能保护出口公司的利益。因为货代无法单独办理退运，其必须通过船公司来办，这会导致手续繁琐且费用较高；更为糟糕的是，货代多受国外客户控制，往往不配合退运，甚至会无单放货给收货人，导致货款无法收回，而要起诉货代时却发现这是一个皮包公司。

【律师简介】

史迎雪律师，从业近十年，擅长国际贸易、海运及物流、劳动关系、外商投资以及公司法律事务。

孙广平律师，国际法法学硕士，擅长国际贸易及海事海商法律事务，为多家外贸公司、船公司及货代公司提供法律服务。

提单日期倒签，收货人可向承运人索赔来转嫁市场损失

【案情简介】

某外贸公司于2008年6月份与俄罗斯一公司签订买卖合同，进口两个集装箱的橡胶。外贸公司按照合同约定开出信用证，信用证要求提单的最晚装船期为2008年9月3日，信用证金额为485600美元。

卖方提交议付信用证的提单记载货物于2008年9月3日装上承运船舶，符合信用证规定，开证行支付了信用证款项。但外贸公司对提单的装船日期进行查询，发现货物实际于2008年9月13日装船，也就是说承运人倒签了该提单的日期。货物到港时国际市场价格比签订合同时已经下降40%，外贸公司在律师的建议下拒收货物并起诉承运人要求赔偿信用证款项损失。起诉后，承运人最终同意

赔偿，以和解的方式结案。

【律师点评】

在国际贸易中，采用跟单信用证方式付款是最常见的支付方式。在这种付款方式下，开证银行应买方请求开出的信用证对货物的装运期限会作出十分明确的规定，卖方只有在完全按照信用证规定提交所需的单据后，方能顺利结汇。但实践中，经常会出现货物实际装船完毕的日期迟于信用证规定的装船期限的情况，如果承运人以该日期作为提单签发的日期，议付银行会以单证不符（提单签发日期与信用证的规定不相符）为由而拒绝卖方的结汇请求。在这种情况下，卖方为顺利结汇往往会和承运人协商，要求承运人以早于该票货物实际装船完毕的日期作为提单签发的日期，以使提单的签发日期（即货物装船日期）符合信用证关于装运期的规定，这就是倒签提单。

倒签提单是托运人与承运人在合谋之下签发的不符合实际装船日期的提单，是欺诈行为，侵害了收货人（买方）的利益。如果承运人按实际日期签发提单，信用证的款项就不会被支付。从买卖合同的角度讲，卖方构成了违约，收货人（买方）可解除合同。正是由于承运人的欺诈行为导致收货人信用证款项的损失，因此承运人应当承担侵权赔偿责任。

【律师简介】

孙广平律师，国际法法学硕士，擅长国际贸易及海事海商法律事务，为多家外贸公司、船公司及货代公司提供法律服务。

史迎雪律师，从业近十年，擅长国际贸易、海运及物流、劳动关系、外商投资以及公司法律事务。

李太军律师，具有丰富的航运及相关专业的从业经验，精通船舶及海上运输专业知识，熟知海运业务流程，拥有保险公估人资格。

理论研讨

试论我国民事执行救济法律制度

内容摘要:民事执行救济制度包括程序上的救济—执行异议和实体上的救济—执行异议之诉,但两者的法理基础并不相同,并由此决定了制度构建的不同。执行异议以执行行为违法为前提,基于执行行为的行政权属性,从权力制约和权利救济出发,应采取行政救济和司法救济相结合的方式。执行异议之诉不以行政行为错误为前提,而以执行当事人及案外人之间的实体权利义务争议为基础,该争议构成独立的民事诉讼。

关键词:执行救济 执行异议 执行异议之诉

2007年10月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》,该决定对1991年4月9日第七届全国人民代表大会第四次会议通过的《中华人民共和国民事诉讼法》进行了修正。修改后的《中华人民共和国民事诉讼法》在各方面制度的建设上进行了设立和完善。其中第二百零四条是对我国民事执行救济法律制度的设立和完善,对执行异议的程序救济和执行异议之诉的实体救济作出明确规定。

[1]本文着重于考察执行异议和执行异议之诉本身的法理基础,以及在不同法理基础上的制度构建,以期进一步厘清有关问题,更好的理解和适用。

一、 执行异议和执行异议之诉的区别

学界在移植大陆法系执行救济制度时,一般重于对制度本身的

介绍和我国制度的构建,而对执行救济制度的两项主要内容——执行异议和执行异议之诉之差异则少有论及。[2]笔者认为执行异议和执行异议之诉虽均属执行救济范畴,但两者存在很大的区别。

执行异议和执行异议之诉之不同,表面上体现为争议对象不同。执行异议所针对的是非法的执行行为侵害了当事人或利害关系人的实体权利或程序权利,如执行机构执行时违反法定的程序、执行方法错误等等。执行异议之诉不以执行行为违法为前提,它所针对的是合法的执行行为侵害了债务人或利害关系人的民事实体权利,如执行依据成立后,发生消灭或妨碍债权人请求的事由。然而两者的实质区别在于争议的属性不同。在执行异议中,异议的前提在于非法的执行行为侵害了执行相对人的权利,执行依据与执行当事人实体关系是没有争议的,可见争议是执行机构的公权力与执行相对人的私权之间的争议,是权力与权利之间的争议。而在执行异议之诉中,争议并非非法的执行行为引起,执行机构按照执行依据实施的是正确的执行行为。争议之所以产生是由于新的事实出现,执行依据本身侵害了私权(针对债务人异议之诉)或发生私法上的纠纷(针对利害关系人异议之诉)。可见争议是私权与私权之争,即权利与权利之争,不涉及执行机构的公权力。执行机构的执行行为只是使私权主体之间原本未发现的争议显现出来,它本身并不涉及其中。这里有必要区分执行行为的合法和非法。大陆法系普遍将执行过程中作出的有关决定、执行方法、执行时应遵循的程序等事项上的违法视为非法执行。作为执

行异议的事由,在这几项上执行行为是否违法是不难判断的。困难之处在于涉及执行标的时判断执行行为的合法性。执行依据即判决书中确认的执行标的和执行机构确认的执行标的并不总是一致。如果执行依据确认的是特定物,则两者一致。此时,执行机构只需按照执行依据执行即可,不需再自行确认执行标的,便不存在确认的执行标的错误的问题。因此,在此情况下,如案外人对该标的主张所有权或其他物权,则涉及案外人与债权人债务人之间的实体争议,涉及执行依据,救济方式是异议之诉。如果执行依据确认的是不特定物或者确认的虽是特定物但该特定物灭失,则两者不一致。此时,执行机构需自行确认具体的执行标的,它因此要承担正确确认执行标的的职责。若案外人对其确认的执行标的主张权利,则属执行机构错误。此时,救济方式为执行异议。执行异议和执行异议之诉的差别决定了其法理基础的差别和制度构建的差别。对公权力侵害私权利进行救济的法理基础在于权力制约和权利救济。而私权利之间的民事纠纷,构成独立的民事诉讼。由于其法理基础存在差异,那么,在制度构建上也存在不同。

二、执行异议的法理基础及制度构建

(一)执行异议制度的法理分析

如何构建符合公平、正义的执行异议制度,通常认为不外乎对权力的制约和权利的救济。

1. 关于对执行权力的制约

权力分立和制约的学说由来已久。波里比阿、洛克、孟德斯鸠等人提出的权力分立说主要是从国家权力的宏观上考虑的。其内容主要包括两个方面,一是从“机构及其拥有的权力在性质应相对应”的思维出发,从政体构建的角度宣称不同性质的权力应由不同机关行使,即分权;二是在分权的基础上使权力与权力相互制约,以防止权力的滥用,即制约。虽然分权理论一度遭到批判,但权力制约理论却被广泛地认同和实施。孟德斯鸠认为:“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。有权力的人直到把权力用到极限方可休止。从对事物的支配来看,要防止滥用权力就要必须以权力约束权力”。[3]他特别指出司法权与行政权的分离是公民生命和自由的前提保障“如果司法权和行政权集中在同一个人或者同一个机构之手,就不会有自由存在……如果司法权不与立法权、行政权分离,自由同样也就不复存在了。如果司法权同行政权合而为一,公民的生命和自由将任人宰割,因为法官将有压迫者的力量”。[4]

除了以权力制约权力以外,由于权力的滥用往往导致公民或组织利益的损害,同时基于社会政治哲学中人的主体性地位的确立,近代以来,各国普遍赋予公民或组织一定的权利来对抗权力,即以权利制约权力。权力的行使要受到权利的控制,不过通过权利制约权力并不是单纯靠权利本身能完成的,而往往是通过行使权利引发另一权力来约束权力,比如行政复议就是通过行政相对人行使申请复议权,提请上级行政机关审查,以行政权制约行政权。由此可见,以权力制约权力和以权利制约权力是相互关联、相辅相成的。

具体到执行权上,以权力制约执行权和以权利制约执行权都是必要的。执行权作为一种国家公权力,只有受到有效的监督和制约才能最大限度地满足执行公正的要求。在现行制度中,执行实施权(如调查权、实施强制措施权、执行财产处分权等)和执行裁判

权(如审查权、执行异议的裁决权、参与分配的裁决权等)不加区分地高度集中于执行机构。执行员的自由裁量权游离于司法审查之外,执行当事人和第三人也缺乏充分的权利救济以对抗,[5]从而导致了执行制度的异化。从这个层面上看,分权制衡,以权力制约执行权和授权对抗,以权利对抗执行权应当是改革的方向。

2. 关于对执行当事人权利的救济

法谚有云:无救济则无权利。人类的权利自始就是与救济相联系的。当侵害权利的是国家权力时,权力制约和权利救济是一致的。从私权救济的角度看,以权力制约权力和以权利制约权力这两种权力制约方式统一于权利救济。正是通过两者的相互配合从而实现权利的救济。侵害权利的权力性质不同,救济方法也大不相同。对行政权侵害权利的,往往采取的是双重救济方式。[6]一方面,法律设立了行政救济方式,即行政复议。通过当事人行使行政复议权,提请上级行政机关复查,实质是以行政权制约行政权;另一方面,法律设立了司法救济方式,即行政诉讼和行政赔偿诉讼。通过当事人行使诉权启动司法程序对行政权主体及其行为进行审查,其实质是以司法权制约行政权。可见行政机关和司法机关均有救济权。不过,由于行政复议并非必经程序且不具终局性,因此,救济相当程度上是通过诉讼完成的,司法救济方式是主要的。

对司法权侵害权利的,基于司法行为的不可诉性,不可能采取司法救济的方式;基于司法权的独立性,不可能采取行政救济的方式。各国的普遍做法是,一方面设计各种制度进行自我纠正,比如通过审级制度,由上级法院纠正下级法院的错误,通过再审程序纠正已生效的错误判决和裁定;另一方面,通过司法赔偿制度进行救济。

具体到执行权上,首先要界定执行权的性质,然后根据其属性选择不同的救济方式。执行权的性质一直是个争议较大的问题。主要有4种观点,即司法权说、行政权说、非独立权力说、兼有司法权和行政权双重属性说。[7]在我国传统观点中,执行权被界定为一种司法权。[8]近年来,认为执行权兼有司法权和行政权双重属性的观点渐成主流。[9]该种观点认为,在执行阶段存在两种性质的行为,一是单纯的执行行为,其所对应的是执行实施权,属行政权范畴;二是执行救济行为,其所对应的是执行裁判权,属司法权范畴。由于执行机构在执行过程中体现了主动性、单方面性和非终局性等行政权的特点,笔者认为将执行实施权认定为行政权是恰当的。[10]由此,笔者认为对错误行使执行权而设立的执行异议制度,应采取针对行政权的救济方法。

(二) 执行异议制度之构建

执行异议是以执行实施权的错误行使为前提的。在执行过程中执行机构违反执行程序的规定,错误行使了执行权,因其违法行为给相对人造成了损害,对此种情形的救济即执行异议。

这也是将执行救济称之为程序上的救济的原因。基于执行实施权的行政权属性,执行异议制度的主要内容应以前文所述的行政法理来构建,即对执行行为这一具体行政行为不服的,可以选择向上级执行部门提出行政复议,也可以选择向同级法院提起行政诉讼。具体方案如下:

1. 申请执行异议的主体

能够提出执行异议的主体应当为认为受执行行为侵害的行政相对人,一般有3种:(1)申请执行的债权人,债权人死亡时其继承人亦属于。(2)债务人或其继承人,及被债务人或其继承人占有请求标的物的人。(3)案外的利害关系人,即当事人以外因执行机构的违法执行行为而受到侵害的第三人。

2. 申请执行异议的事由

参考国外立法并结合我国实践中的具体情况,至少可在以下7种情况下提出执行异议:(1)对执行机构作出的有关决定不服的。(2)无故不受理债权人的执行申请,或不应受理执行申请而受理的。(3)执行措施不当或怠于实施执行措施的。(4)违法中止、终结或撤销执行案件的。(5)不依执行依据或超过或小于执行根据所确定的范围的。(6)对执行依据效力不及的案外人实施强制执行的。(7)执行管辖错误的。

3. 申请执行异议的主要程序

(1)行政复议。申请主体对执行机构的违法行为不服的,可以向该执行机构的上级执行部门申请复议,上级部门参照《行政复议法》的有关规定对其进行审查并作出相关决定。

(2)行政诉讼。申请主体对行政复议不服或者复议机构拒不受理复议申请或超过复议期限仍未作出复议决定的,可就案件依《行政诉讼法》的规定提起行政诉讼。申请主体也可不经复议直接起诉,该行政诉讼适用两审终审制。

三、执行异议之诉的法理基础及制度构建

(一)执行异议之诉制度的法理分析

一般而言,执行异议之诉分为债务人异议之诉和第三人异议之诉。[11]在债务人异议之诉中,债务人对执行依据所载的请求,主张有足以排除执行的实体法事由而请求法院宣告该执行依据不准强制执行;在第三人异议之诉中,第三人就执行标的物有足以排除执行的实体权利,请求法院以判决宣告不准就该物强制执行。正如前文所述,无论是债务人异议之诉还是第三人异议之诉,本身并非执行行为引起,而是私权与私权之间的争议,与普通民事争议并无差异。对此种争议,法律所规定的救济方法一般是赋予当事人以民事诉权,通过诉讼解决纠纷。[12]自然地,执行异议之诉的法理基础在于争议构成独立的民事诉讼。换言之,该种争议符合诉的构成要素。

从当事人的角度来看,执行异议之诉中的争议具有完备的当事人。在债务人异议之诉中,原告一般为债务人,被告一般为债权人;在第三人异议之诉中,原告为与执行标的物有利害关系的第三人,被告为执行当事人中的债权人,债务人也可能与债权人一起成为共同被告。

从诉讼标的角度来看,执行异议之诉中的争议存在着独立的诉讼标的。在债务人异议之诉中,诉讼标的为执行依据确立后所发生的新的消灭、抵消债权人请求的事实(如债务清偿、提存、抵消、混同等)所引起的债务人和债权人民事实体法律关系的变化;在第三人异议之诉中,第三人享有对标的物的所有权或其他阻止标的物转让或支付的权利,如典权、留置权等,是争议发生的基础。

从诉讼理由的角度来看,诉讼理由一般包括事实依据和法律依据两种,它往往与诉

讼标的联系密切。在执行异议之诉中,事实依据是债务人主张的执行依据确立后所发生的事实以及第三人主张的对标的物享有所有权或其他物权的事实。法律依据则为各种事由下所对应的民事实体法和程序法的相关规定。

从诉的声明的角度来看,争议只有系属于法院才构成实际意义上的诉讼。在执行异议之诉中,债务人或第三人对是否发表诉的声明有自主决定权,但一旦起诉,案件系属于法院,诉便产生。

在确认执行异议之诉为独立的民事诉讼后还需进一步考察其性质。至于执行异议之诉的性质,主要存在形成之诉说、确认之诉说、给付之诉说、救济机制之诉说4种学说。[13]笔者持给付之诉说。正如我国台湾地区学者陈荣宗所言“,第三人异议之诉(执行异议之诉)之诉讼标的,非以主张确认执行标的物不属债务人所有或不属强制执行之责任财产为内容,亦非确认执行债务人或执行机构之执行不合法为内容,应以积极确认第三人可有排除对执行标的物为执行之实体权利存在为基础,从而请求法院判令执行债权人除去或不得执行之作为不作为给付为内容,所以第三人异议之诉,其法律性质,属于给付诉讼。”[14]

异议之诉所涉及的纠纷通常具有双重性,即确认债务人或第三人的实体法律关系与排除原执行依据的执行力,两者并不能截然地分开。只有确认了实体关系,才能作出是否排除原执行依据的判决;要决定是否排除原执行依据的执行力,必然要涉及据以执行的执行依据的实体关系的确认。相较于确认之诉、形成之诉和救济之诉,给付之诉相对较好地整合了这一对关系。原告在获得给付之诉判决时,既同时肯定了其实体权利的存在排除了日后再起诉,又获得了执行债权人向执行机构表示撤销或停止执行的作为给付义务,因而采用给付之诉较为妥当。

(二) 执行异议之诉制度之构建

执行异议之诉按独立的民事诉讼法学理论进行构建,具体提出如下设想:

1. 债务人异议之诉的构成要件

(1) 债务人异议之诉的产生事由

债务人提起异议之诉的原因是有消灭或抵消债权人债权的事由发生。笔者认为,消灭债权人请求的事由应包括:债务清偿、提存、抵消、免除、混同、更改,消灭时效完成,解除条件成就,合同的解除或合同当事人以意思表示有瑕疵为理由行使撤销权,赡养、扶养、抚养请求权人死亡,债权让与,债务承担等;抵消债权人请求的事由应当包括:同意延期清偿,债务人行使留置权、同时履行抗辩权或先诉抗辩权等。

(2) 债务人异议之诉的当事人

债务人异议之诉的原告是执行依据所载的债务人或其继承人,或因执

行依据的执行力扩张而受强制执行的人。债务人有数人时,是否作为异议之诉的共同原告,应视债务人之间的关系是否属于必要共同诉讼而定。债务人异议之诉的被告是执行依据所载的债权人或其继承人,或因执行依据的执行力扩张而申请执行的人。债权人有数人时,是否为共同被告,应视债权人之间的关系是否为必要共同诉讼而定。应当注意的事,执行机构不能成为本诉的被告。

2. 第三人异议之诉

(1) 第三人异议之诉的产生事由

对于债务人占有的或登记为债务人所有的执行标的物,第三人享有所有权或其他阻止标的物转让或交付的权利,可以在执行程序结束前,对债权人提起不许强制执行的异议之诉。对于其他阻止标的物转让或交付的权利为何种权利,一般认为其包括:典权、质权、留置权、地上权、地役权、抵押权、占有权、收取权。

(2) 第三人异议之诉的当事人

第三人异议之诉的原告,是认为对执行标的物有足以排除强制执行之权利的第三人,是除申请执行人、被执行人以外的第三人。其包括所有权人、共有人、抵押权人、质权人、占有人、留置权人等。在执行标的物上存在数个有权利的第三人时,各第三人可以单独或共同提起第三人异议之诉,如只有一人起诉,法院应通知其他第三人作为共同原告参加诉讼,不参加的不影响异议之诉的审理。第三人异议之诉的被告,应为债权人或其继承人,当债权人有两个以上时,则以这些债权人为共同被告。在债务人也同时否认第三人权利的情形下,第三人可以将债务人列为共同被告。

四、结语

执行救济制度的改革是以执行权的界定和分配、执行机构的改革为前提的。执行实施权属行政权,而执行裁判权属司法权基本已为学界所认可。但执行权究竟如何分配,涉及执行机构改革问题,国外做法不一,而学界分歧也较大。主要有两种观点:一是将执行机构与法院分离,使执行机构成为独立于法院之外的行政机构,专司执行实施权,而将执行司法监督权全部划归法院或专门的监督机构。该种主张根植于前文所提到的不同性质的权力由不同机关行使的理论。美国、瑞士实行该模式。另一种观点主张将执行机构置于法院内部,执行员是行政人员而非法官,执行实施权由执行员行使,而执行裁判权由法官行使。该种主张建立在反对彻底的权力分立的基础上,认为机构与其权力在性质上可不尽一致,只要权力与行使权力的人员在性质上相对应即可。德国、日本实行该模式。这两种模式从形式上看有很大差别,但其实有共同之处,即司法权赋予法官,而行政权赋予行政人员。笔者认为,针对我国现行体制,宜将现行制度中的执行庭、执行局与法院分离划归行政部门,行使执行实施权。同时执行局作为执行庭的上级部门行使行政救济权,即执行异议中的行政复议权。司法救济权(包括执行异议中的司法审查权和异议之诉中的民事裁判权)则划归法院。

注释:

[1]代表性的论述,可参见王洪光:《强制执行救济论》,《诉讼法论丛》2000年第5卷,第415页以下;高执办:《执行救济程序问题比较研究》,《人民司法》2001年第7期;童兆洪、林翔荣:《民事执行制度刍论》,《比较法研究》2002年第3期。

[2]笔者对将程序上的救济制度称作执行异议和将实体上的救济制度称作执行异议之诉持保留意见。从名称上看,这两个称谓容易造成在执行异议中只能异议不能起诉和对程序上的争议只能异议不能起诉的误解。事实上,无论在理论上还是在实践中,大陆法

系中执行异议均含有诉讼。

[3][法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），陕西人民出版社 2001 年版，第 183 页。

[4][法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），陕西人民出版社 2001 年版，第 184 页。

[5]根据我国民事诉讼法的规定，执行当事人和第三人的权利包括和解权、申请暂缓执行权、随时请求执行权、申请恢复对原生效法律文书执行权、执行异议权（不同于本文中的执行异议）。在这些权利中，几乎没有一项可以有效制约执行员。

[6]虽然我国仅允许对具体行政行为提起复议和诉讼，但是从法理上和国外的实践来看，抽象行政行为也应该被纳入。

[7]于喜富主编：《民事强制执行制度创新与争鸣》，人民法院出版社 2003 年版，第 8 页以下。

[8]高执办：《论执行机构内部的分权和制约》，《人民司法》2001 年第 1 期。

[9]高执办：《论执行机构内部的分权和制约》，《人民司法》2001 年第 1 期。

[10]但笔者对将执行救济权划归执行权持异议。由于已经承认执行实施权是一种行政权，同时基于审执分离的考虑，执行机构应当属于行政机关。正如前文所述，行政机关虽对行政权也有一定的救济权，但由于该种救济程序并非必经程序且不具终局性，执行救济权更大程度上属于司法机关。

[11]分配异议之诉是否属于执行异议之诉的范围，看法不一，在此不议。

[12]在某种意义上这也是一种权利救济。但该种救济与执行异议中的救济存在本质的不同。

[13]参见王洪光：《执行异议和执行异议之诉——关于改革执行异议制度的思考》，《云南法学》2000 年第 2 期。

[14]陈荣宗：《民事程序法与诉讼标的理论》，台湾大学法学丛书编辑委员会编辑 1997 年版，第 20 页。

作者简介：

辛大伟 律师，山东万桥律师事务所主任，青岛市律师协会金融证券专业委员会委员。拥有深厚的法律理论功底和丰富的办案经验，坚持理论与实践相结合的工作方法，办案思路开拓，在注重法律研究的同时非常重视办案的实践方法和思路。多年的执业历程，积累形成丰富的专业知识、谈判技巧、庭审经验、执行手段及深厚的社会关系基础，为维护当事人的合法权益提供了全方位的保障。

常年从事公司、金融等民商事法律事务的律师工作，常年为新华信商业征询有限公司、中国诚信信用管理有限公司、韩国输出保险公社、中信银行青岛分行、中国长城资产管理公司济南办事处、青岛颐中集团、山东华能集团公司、山东物博国际经贸有限公司、青岛产业纺织品有限公司等提供法律服务，还曾担任青岛市啤酒节、青岛市艺术博览会等大型社会活动的法律顾问。

联系方式： 13808955267

Email： xindawei126@126.com

船舶碰撞案件中的证据收集

内容摘要：国际贸易的日益发展，必然带动海洋运输的繁忙，船舶碰撞事件会随之增多。如何收集相关证据，是维权的关键。鉴于其鲜明的海事特点，加上现有规定的不足，对证据的收集带来一定难度。本文通过检视有关不足，力图从实务角度作些有益的探讨。

关键词：船舶碰撞 证据收集 改进建议

海洋运输作为国际贸易中最主要运输途径正随着国际贸易的日益发展在不断壮大，而海上运输的繁忙也必然带来了碰撞事故的增多，如何判断碰撞双方的责任是处理船舶碰撞纠纷的难点。这是因为船舶碰撞和汽车碰撞不同：船舶发生碰撞事故后，由于水流、惯性等因素的影响，碰撞船舶往往不能保持碰撞当时的现场，有些碰撞还造成了船舶的沉没；而汽车发生碰撞后，在马路上会有刹车痕，碰撞后的碰角可以保持得很好，而且还会有许多目击者，可以根据现场情况对事故责任作出判断。而船舶碰撞不可能有这样的现场，这就使得碰撞证据容易灭失，而作为认定碰撞责任重要证据的记载船舶航行动态的法律文件又很容易灭失或被伪造。所以船舶碰撞案件的证据制度有鲜明的海事特色，具有与普通民商事案件不同的证据收集与认定规则。

船舶碰撞证据收集,是指在诉讼或非诉讼法律事务中，证明主体运用法律许可的方法和手段，发现、采集、提取和固定与船舶碰撞有关的各种证据材料的活动。船舶发生碰撞后，为了全面合理的确定船舶碰撞损害赔偿的分配方案，就必须明确当事船舶的碰撞过失程度。在这一过程中，船舶碰撞诉讼证据是非常关键的环节之一。而船舶碰撞诉讼证据的收集，是完成证明任务，实现证明过程的基础与前提。

我国民事诉讼法对证据收集规定适用于船舶碰撞诉讼证据收集。船舶碰撞诉讼证据收集的特点是由于船舶碰撞这种侵权行为特点所决定的。这一点在海事司法实践中对有关船舶碰撞案件的审理上有明显的体现。《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》为此专门对船舶碰撞案件的审理程序作出了规定，以适应船舶碰撞诉讼证据收集的特点。认知船舶碰撞诉讼证据的特征是明确船舶碰撞诉讼证据收集的前提和基础。和一般民事诉讼证据一样，船舶碰撞诉讼证据也有证据的客观性、关联性、合法性的特征。同时，就船舶碰撞证据本身而言，还具有专业技术性和匮乏性的特点。诉讼证据的客观性是从辩证唯物论的哲学反映论的观点来分析证据特征的，证据之所以为证据，是要有它的客观依据性。船舶碰撞证据的客观性必须是伴随着船舶碰撞的发生，发展的过程而遗留下来的而且不以人的主观意志为转移的一系列材料和事实。船舶碰撞诉讼证据的关联性是从诉讼证据与碰撞事实的相互关系方面来反映证据特征的，也即要求船舶碰撞诉讼证据与碰撞事实之间有内在联系。一般地，船舶碰撞诉讼证据的关联性应有以下要件构成：其一，船舶碰撞诉讼证据事实一定与碰撞事实有客观联系。其二，船舶碰撞诉讼证据一定有能力证明案件待证事实，两者缺一不可。船舶碰撞诉讼证据的合法性，有的学者称之为证据的法律性。按照通说，证据的合法性主要是指证据从形式与来源上合乎法律规定而无不可采取的理由的特征。船舶碰撞诉讼证据合法性主要是从证据的外部特征是否合法的角度来反映证据的基本特征：船舶碰撞诉讼证据要有合法的形式；船舶碰撞诉讼证据必须有合法的来源；船舶碰撞诉讼证据必须有法定人员按照合法的程序和方法收集或提供；船舶碰撞诉讼证据必须经法定程序查证属实。

船舶碰撞所衍生的船舶碰撞诉讼证据具有专业技术性和匮乏性特征。

船舶碰撞诉讼证据的专业技术性是指在船舶碰撞诉讼证据或与船舶碰撞相关的证

据中，与航海技术、造船技术有关联的证据所表现出的特征：

1. 首先，船舶碰撞诉讼证据，通常以下列航海文书或者航海设备为载体，诸如航海日志、轮机日志、车钟记录、操舵记录、海事声明、电罗经记录、气象报告、船长或船员的证词、专家证据、船舶与船公司之间的通信文书等，而其中航海日志、轮机日志、车钟记录、操舵记录等资料是反映船舶航行动态的最为客观的证据，其要证明的事实通常需要利用专业技术对资料所记载的数据内容进行技术分析才能得以体现。如车钟记录、操舵记录、可以反映船舶在案发当时所采取的避碰措施，轮机日志、航海日志可以反映案发前一段时间的航行动态。

2. 另一方面，绝大部分船舶碰撞的证据因不能及时收集或保全而致使很容易被伪造，这就决定了在船舶碰撞案件中对相关证据真伪的鉴别成为案件审理中的一大重点，船舶碰撞诉讼证据具有单一性。由于绝大部分都是由当事各方各自保管，并无其他佐证证明其效力，因此单从形式上很难认定相关证据的真实性，只有通过对其资料所记载的数据内容进行技术分析才能认定。如 2006 年某外轮在成山头水域在大雾天气中与一渔船相撞，渔船人员证词说外轮当时并未采取雾航安全航速，而是在全速航行，应负主要责任。但外轮人员的证词及航海日志、轮机日志均记载当时航速为 8 节，已采取了安全航速。后通过对轮机日志及车钟记录的技术分析发现：1. 虽然轮机日志及航海日志均记载船舶在驶入雾区后调整了主机油门与转速，但轮机日志中所记载的主机排气温度、冷却水进出温度等主机运行参数并未发生太大变化，而车钟记录也显示外轮在前一天驶出天津后不久即全速定速航行，直至碰撞发生时并无动车记录，由此证明外轮碰撞发生前是在全速航行，并未采取雾航安全航速，应负事故主要责任。

船舶碰撞诉讼证据的匮乏性主要表现在两个方面：

首先，船舶碰撞诉讼证据比较缺乏，而且很难收集，很大程度上受时空环境的限制。其次，一方面，船舶碰撞的特性决定了证据的缺乏和收集的困难；另一方面，由于我国航运业的起步较晚，船员素质有待提高，事故发生后，当事船舶的船员或船东并不知道如何收集证据材料，也不知道如何书写《海事报告》或《船员证词》，因此，对于碰撞事故发生的过程，特别是紧迫局面的形成、碰撞各方采取的避让措施、碰撞当时的情况等材料，当事人大多不能提交或全面地提交给法院，因此，法院在审理案件时不得不参考或援引港监对船员所作的《海事事故调查笔录》、《海事处理结果报告书》，甚至将其作为定案的依据。然而，这些由港监所制作的所谓证据并非我国民事诉讼法所规定的 7 种法定证据种类，因此，就我国目前的法律规定而言，这些是不能作为定案根据的。上述情况常常使法院陷入无可奈何的尴尬局面，甚或在采纳证据材料方面存在缺乏法律依据的情况。

正是由于船舶碰撞证据由于特殊环境的因素决定了其收集程序上与现实产生了错位，因为法律上对证据的收集程序有严格的界定，但问题是这种证据收集程序上的界定往往很难调整现实中船舶碰撞证据的收集要求。

在船舶碰撞发生后需对有关船舶碰撞证据进行收集。证据收集机制一般可分为两种情形。其一是由当事人及其诉讼代理人直接行使调查取证权，而不是通过法院的介入。其二是由当事人向法院申请由法院收集或由当事人向法院申请，法院做出命令后在由当事人自行收集。这两种模式的分歧在于诉讼证据收集的主体资格问题。一种观点认为，受英美法系证据开示程序的影响，应赋予当事人及其诉讼代理人以直接的调查取证权。在此情形下，法院的角色是一个监督者、争端解决者。另一种观点则认为，协助法院查明案件事实、提供证据固然是每一个公民应尽的义务，但该义务是公法上的义务。我国民事诉讼法第 64 条的规定，目前我国的做法是由当事人不通过法院自行收集，自行收集遇到阻碍的或当事人不能自行收集的由人民法院来收集。在完善船舶碰撞诉讼证据收集程

序方面,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》适应了强化当事人举证责任、弱化和规范人民法院调查收集证据的职能的时代要求。

海上船舶发生碰撞的原因多种多样,或因船舶机器的缺陷,或因船员在驾驶方面的人为因素。船舶碰撞的发生是原因链发生作用的外在表现。这必然要求在收集船舶碰撞证据时,必须认识到证据的复杂性。船舶在海上航行时往往为突发事件,而且是在海上特殊环境下,因此,这些决定了船舶碰撞诉讼证据收集是何等之难。从某种意义上讲,船舶碰撞诉讼证据具有单一性。其主要表现情形之一是除作为当事人的船员之外的证人证言,是很难得到作为直接证据形式的证人证言。这也要求在海事司法实践中,必须建立一种不同于一般的而且具有一定灵活性的船舶碰撞诉讼程序。

正是由于前述原因,在船舶碰撞诉讼证据收集制度中,法院必须运用各种手段和相应诉讼程序,突出强化当事人在船舶碰撞证据收集中的重要作用。这一点,在一定程度上与我国传统的证据收集模式相比,具有很强的特色。在我国海事行政机关在船舶碰撞证据收集上在一定范围内也扮演着重要的角色。海事法院在审理船舶碰撞案件时,面临着如何看待船舶碰撞当事人所收集的证据和海事行政机关依据行政职责所收集的证据的法律效力,诸如两者所收集的证据的证明力大小等问题。

我国《海上交通安全法》赋予我国海事局具有民事调解权,即海事局有权对船舶碰撞产生的纠纷进行调解。对我国海事局享有的对海上侵权事故的调解权的利弊,或贬或褒,意见不一。实践中,海事局在船舶碰撞中的确对船舶碰撞证据的收集进行了大量的工作。如何看待我国海事局所收集的船舶碰撞证据在船舶碰撞诉讼中的法律效力,学者持不同的观点。有观点认为:海事局是我国海事行政机关,发挥重要的行政管理职能。海事局对船舶碰撞事故的调查取证具有重要意义,但是海事局收集船舶碰撞事故证据的主要目的是为了查明事故原因,维持海上安全秩序。因此,海事局调查取证的重点与法院不同,不在于收集解决民事纠纷的证据,而在于收集实施行政处罚的证据,以便对肇事船舶予以行政处罚,预防类似事故发生的目的。海事局收集,制作的证据材料或做出的结论不一定符合海事诉讼证据制度的要求,不能一律被作为法定证据形式。

船舶碰撞诉讼证据收集方面独特的特点衍生了在船舶碰撞诉讼程序中一种新事物——《海事事故调查表》(简称调查表)。这是船舶碰撞诉讼证据收集方面的特色所在。同时也是在船舶碰撞诉讼证据收集制度中当事人的地位和作用得到强化的表现。调查表的出现,对船舶碰撞证据收集方面产生了很大的影响。

我国海诉法第 82 条规定,原告在起诉时、被告在答辩时应当如实填写调查表。这一规定是受英国、加拿大等英美法系国家审理船舶碰撞案件的程序的启示而规定的。在这方面最主要的借鉴之处是初步文书制度(Preliminary Act)。初步文书制度的形成目的是防止船舶碰撞当事方的制造假证。由于船舶碰撞证据很难收集,故在当事人在提交诉讼文书之前,法律要求当事人各自填写“初步文书”以防止当事人为了自己的利益而有意地歪曲事实。同时,英美法系“初步文书”是一种有效地固定船舶碰撞目击者或当事船员的证词的法律文件或证据载体。在建立了初步证据制度以后,在船舶碰撞中如有船员幸免于难,那么当事船员的证词就可以记录在相关文书中。可以说,初步文书制度是一种收集船舶碰撞证据的有效途径。

海诉法对调查表的法律性质等并没有特别明确。学者和法官在理论的角度予以界定。在民事诉讼理论上,调查表游离于“当事人的陈述”和“当事人的自认”两种观点之间。笔者认为,当事人按照严格的法律程序填写的调查表的证据效力应该得到法律上的承认,而且其法律效力是很高的。其原因或前提是:船舶碰撞诉讼证据衍生的特殊侵权环境决定的;提交调查表必须实施法定的严格保密措施。但实践中,面临的尴尬是,海事局在船舶碰撞当事人之间完成调解后当事人进而又提起诉讼的情形下,当事人填写

的调查表能否还具有海诉法对调查表设置的目的，这不禁对此情形下的调查表的作用产生了怀疑。笔者认为，解决此问题的思路从两方面着手，一是改进和完善海事局的法律上的职能功能，以适应或协调人民法院的审判功能；二是在审判程序上对调查表进行重新构建。

理论上由于每一种诉讼证据的自身特点不同，故法律对每一种诉讼证据在收集上的规定也是不同的。对船舶碰撞诉讼证据的收集，也会因为船舶碰撞证据种类的不同而采取不同的方式。在海事司法中，海事法院往往针对不同的船舶碰撞类型，分别对碰撞船舶的船壳表面漆、VTS 资料、专家证据、船员违反避碰规则的材料进行有针对性的收集。以对碰撞船舶的船壳表面漆进行收集为例，这类收集证据的方法多见于商船碰撞小渔船后须认定肇事船舶的情形。

船舶碰撞诉讼证据，通常以下列航海文书或者航海设备为载体，诸如航海日志、轮机日志、海事声明、电罗经记录、气象报告、船长或船员的证词、专家证据、船舶与船公司之间的通信文书等。当然，这些证据中有的证据具有法律上的证据效力，有的证据则没有法律上的证据效力。收集船舶碰撞诉讼证据的原则和要求，除了遵循依照法律规定的程序及时、客观、全面、深入、细致地进行外，还必须充分运用现代科学技术手段，考虑船舶碰撞诉讼证据收集的特点，应谨慎地对船舶碰撞诉讼证据进行收集，以推动船舶碰撞诉讼证据在举证、质证、采证的顺利展开。

研究船舶碰撞诉讼证据收集制度，弄清船舶碰撞诉讼证据收集的特点，对于完善海事司法实践中审理船舶碰撞案件的诉讼程序，提高船舶碰撞案件的审理效率，具有很大的价值。由于我国的海诉法作为民诉法的特别法制定的，海诉法不能适用时，只能参考民诉法中相关的规定。但是民诉法在调整船舶碰撞诉讼证据收集机制方面的确有一种力不从心的感觉。最近出台的民事证据规定，对当事人举证、人民法院收集证据等问题进行了细化，这无疑对于指导船舶碰撞诉讼证据的收集具有现实意义。总之，基于船舶碰撞诉讼证据自身的特点，尽可能地追求司法实践中审理船舶碰撞案件的公正性和高效率：

船舶碰撞证据收集制度的完善：

海事诉讼特别程序法就审理船舶碰撞案件的程序作了一些特别规定，例如，规定：当事人应当在开庭审理之前完成举证；当事人不能推翻其已经完成的举证，除非有充分确凿的证据，并有充分的理由说明该证据不能在举证期间内提交；原告在起诉时，被告在答辩时，应当如实填写《海事事故调查表》。这些规定较好地体现了船舶碰撞案件的特殊性，对证据的收集、责任的认定有很大的帮助。但当前船舶碰撞案件中的证据收集与认定制度仍然存在一些不足之处，具体表现在：

1. 证据收集的范围过于狭窄

因船舶碰撞的特殊性，收集证据的范围本就相对狭窄，而由于各种原因，一些对查清事实有帮助的证据也无法得到收集。比如调查取证时只对当时在船人员进行调查取证，而不对航海、轮机日志中所涉其他船员进行调查确认。

2. 技术不足

法院审理船舶碰撞案件虽然有较规范的诉讼程序，从程序上基本可以保证审理案件的公正性，然而，不能忽视的一个问题是，目前法院在审理船舶碰撞案件时还存在海事专业技术上的不足，以至在认定事实和分清责任有时会比较困难。

3. 在证据的收集和碰撞事实的认定方面法院对港监还存在某些依赖性

正是由于上述证据材料缺乏以及法院技术上的不足，海事法院在审理船舶碰撞案件时，在有关认定碰撞双方承担碰撞责任比例问题上，常常还是以港监调查时的认定情况作为定案的依据。如果港监的调查结论本身不可靠性、不真实或不准确，则必然导致案

件审理出现偏差甚或失误。

改进与完善建议

笔者认为，海事诉讼特别程序法应在以下几个方面进一步完善，以解决法院在收集证据、认定事实、分清责任上的困难。

1. 解决法院自身海事专业技术不足的方法

(1) 建立专家陪审员制度

此处所指的陪审员制度不是我国以往在民事或刑事诉讼中所实行的人民陪审员制度，而是特指审理船舶碰撞案件中为解决法院自身技术上的不足而聘请专家陪审的制度。可以借鉴仲裁的做法，将各海事法院所覆盖地区的航海专家列成名单，允许诉讼当事人各自从名单中选出一位航海专家作为己方的陪审员。两位陪审员和三名审判员一起组成合议庭，对碰撞案件进行处理。

(2) 当事人可聘请航海专家对碰撞事故进行分析并提出意见

船舶碰撞双方当事人均可聘请航海专家，对碰撞事故的发生、当事各方的过失程度及其所应承担的责任比例作出分析和定性，并将其分析和定性的书面意见提交法院。一方当事人可对另一方当事人所聘请的专家作出的意见提出质询，由法院决定如何采信。

2. 解决仅由港监收集证据的方法

审判与港监调解相比，其另一个劣势，是调查、收集证据不及时、不方便。碰撞事故发生以后，根据法律规定，碰撞船舶应尽快报告港监，港监首先介入了对碰撞事故的调查。由于调查的时间比较早，船员所反映的是经过回忆而非重新构思的情况，因此，港监所调查的情况被认为具有较高的证明力。相比之下，法院收集碰撞案件证据材料的时间较晚，收集证据材料的良机往往已经错过。由此导致了法院在审理类似案件时过度依赖海事行政部门的证据及相关事故报告认定书，为了弥补这一缺陷，建议在海事诉讼程序中规定，法院可以在诉讼前，接受碰撞双方当事人要求对碰撞事故进行调查的申请，并迅速裁定，采取相应的措施收集和保全有关证据。

3. 解决船舶碰撞案件中诉讼证据相对匮乏的问题：

(1) 进一步强化当事人的举证责任并不断完善法律对当事人调查取证权利的保障

强化当事人的举证责任，是民诉法的一个重要的精神，也是近年来民事审判方式改革的一个重要方面。强调当事人举证责任，并将举证责任落到实处，将举证责任与审判结果紧密联系在一起，促使当事人积极收集和提供证据，可以在一定程度上缓解审理船舶碰撞案件中证据不充分的矛盾。现行的海事诉讼特别程序法也已对当事人的举证责任进行了强化，但当事人人的调查取证权利在实际操作中还存在诸多的障碍以至难以得到完全保障。

(2) 建立一套更加完善地船舶碰撞诉讼证据提供义务的法定制度，给予违反负有提供有关船舶碰撞诉讼证据义务的人以制裁，以解决实践中船员难以出庭作证、配合调查的问题，减少利害关系方提供伪证的机会。

船舶碰撞事故的现场证人是当事船员，因此，船员证词对认定船舶碰撞事实由十分重要的作用。船员作证的方式有两种：一是书面证词，这通常在港监调查阶段就已提供；二是出庭作证。相比之下，船员出庭作证更加真实可靠，也更加有利于查明事实，因为出庭作证不仅要陈述，还要接受法官询问和当事人质询，而且，法官当庭告知出庭作证的船员作假证将承担的法律后果，对打算作假证的船员起到一定的威慑作用。另一方面，航海日志、轮机日志、车钟记录、操舵记录等能够证明碰撞船舶航行动态及碰撞当时所采取的避让措施的主要证据因不能及时收集而很容易被伪造，但因为相关的内容都是由主管人员签字确认，且这些材料的时间跨度都比较大，一本航海日志的跨度可能超过半年甚至一年，同时由于船员工作的流动性，一本航海或轮机日志上可能会出现几批工作

人员的签字,也就是说,当碰撞发生后当事人想伪造相关证据时可能不得不在伪造技术参数内容的同时伪造已离船工作人员的签字,因此要想鉴别当事人提供的这些材料的真伪,认定其效力,查明事实,除了对材料记载的内容进行技术分析外,有时还需要对其其中签名的真伪进行鉴定,这就需要对船员拥有管理或雇佣关系的当事人协助提供船员出庭配合调查。有的观点认为应当在相关法律中明确规定船员出庭作证的义务,而由于与其他各方相比,船舶碰撞中的双方当事人对己方船舶上现有或近期曾经的工作人员拥有更强的影响和控制,因此可同时规定,当事人无正当理由不提供船员出庭作证的,应承担相应的举证不能的结果。笔者认为这种观点虽然表面上看是使举证责任的分配更加公平、更有利于证据的收集和效力的认定,但因为船员工作的流动性和不确定性使得这个观点在实际中很难得以操作实施,因为需要配合调查的船员在整个案件的审理过程中可能都处于环球航行的工作状态而无法出庭作证,也有的原本计划出庭的船员可能因为工作关系在开庭时已经不能出庭了。而且同样由于船员工作的流动性和不确定性,法院很难去认定当事人提供的船员工作状态的真实与否,也就无从认定理由的正当与否了。如果依此要求当事人一方承担举证不能的责任则显得更为有失公平了。笔者认为,为既能保证公平原则,又能保证较强的可操作性,在船员出庭作证或配合笔迹鉴定这个问题上相关法律可作如下规定:仍然依照谁主张谁举证的原则,由主张方去查取自己需要的证据,但主张方可向法院提出需要调查船员的名单,再由法院强制另一方根据主张方提供的相关船员名单提供相应人员的个人信息,包括身份证号,家庭住址,婚姻情况,工作状态等等,而由主张方再根据他们的个人信息去调查取证,提供信息方要保证信息的真实性,否则应承担举证不能的不利后果。

(3) 注意收集和保全航海电子证据

在船舶碰撞诉讼证据收集中,存在大量航海电子证据。这必然会引起船舶碰撞诉讼证据收集中如何对航海电子证据进行定位的问题。电子证据这种新的证据形式给各国证据法带来的影响是非常巨大的。大致有三种模式,即认为应该援引现行证据法或证据规则来解决有关电子证据在使用上的各种问题;应该另起炉灶创制全新而独立的电子证据法或电子证据规则;应该采用前述两者的混合模式。目前我国学者关于电子证据的定位观点主要有视听资料说,书证说,物证说,鉴定结论说,独立证据说,混合证据说等。纵观各种学说,表面上似乎都有一定的道理,但实际上都带有一定的片面性。电子证据同传统证据相比,不同之处是在与载体方式方面,而非证明机制方面。这就决定了电子证据绝非一种全新的证据,而是传统证据的演变形式。其实所有传统证据均存在着电子形式,正如加拿大学者加顿曾经说过:“在审判中使用电子证据的最大挑战在于,不能轻易地将其划归传统的证据类型。”在收集船舶碰撞诉讼证据时,会面临着大量的航海电子证据。海事法院对这类船舶碰撞诉讼证据进行收集时,除了依据法定程序进行全面及时的收集外,还必须增强防范船舶碰撞当事人为了自己的利益对相关航海电子证据进行篡改的意识。

最后,在航海和船舶管理上,应对与船舶碰撞诉讼证据收集密切相关的船舶文件(例如航海日志、海图作业等)和航海仪器(例如电罗经记录仪)等有意识地进行固定以保全有关信息,建立合理科学的作业制度。

作者简介:

李太军律师,山东万桥律师事务所执业律师。具有丰富的航运及相关专业的从业经验,精通船舶及海上运输专业知识,熟知海运业务流程,拥有保险公估人资格。在处理海事海商、国际贸易、保险等领域的法律事务时能熟练运用自身在航运、保险公估方面

的专业特长为客户提供更全面、更优质的服务。

法律业务涉及海上货物运输、海上保险、船舶买卖与租赁、船舶碰撞、共同海损、海上人身伤亡、船员外派、养殖损害及海洋开发和利用等。长期担任十数家公司的法律顾问，曾为山东天宇国际货运代理公司、青岛远洋运输公司、青岛昊明昇船务公司、阳光保险、青岛双丰国际物流有限公司、香港润通工业集团等数十家企事业单位处理法律事务近百件。

联系方式： 13645420361

Email: muziyultj@hotmail.com

律师随笔

从一系列青少年抢劫案中反思我国的基础教育

今天去看守所会见一名抢劫案的犯罪嫌疑人后，我的心情久久不能平静，使我百思不得其解的是，到底是什么让这些年轻的生命即将走到各自的尽头？而且走得是那么地无知，那么地随意。就在思考这些犯罪的时候，我竟然莫名其妙地想到了我国当前的基础教育。

这名犯罪嫌疑人今年 24 岁，五年前曾参与抢劫五起，但因没有造成任何伤亡而一直未被发现。今年元旦后，他又与两名同伴（一名 22 岁，一名不满 18 岁）一起抢劫了六次，并致两死两伤（一重伤一轻伤），终被抓获。会见的时候，他很平静，但很高兴，可能在看守所里面听多了室友们关于他将被判死刑的种种分析，在万分沮丧时，突然见到我们，仿佛见到了救星，见到了一丝生的希望。我们的谈话进行的很顺利，他对案情记得很清楚，表达的很有条理，对抢劫包括用刀捅人的每个细节都表述的非常具体，俨然为我们再现了每一起案发的血腥现场：“我们每次作案之前都到网吧上网查一下周边偏僻村庄的名字，好让出租车司机往那些地方开，……，于某从后面勒住司机的脖子，用刀顶住司机的胸口，刘某用刀捅司机的大腿，让司机往外掏钱，司机掏的慢了，他们又用刀捅司机的肚子和胸部，……，后来司机不动了，我们就一起把他拖下车扔到路边……”，“我们又打上另一辆出租车，走到偏僻处，还是于某从后面勒住司机的脖子，用刀顶住司机的胸口，刘某用刀捅司机的大腿，让司机往外掏钱，司机全掏出来后，我们开车到一偏僻处，把司机绑在树上，……”。这一晚上他们做了两起案，致一人死亡一人重伤，一共抢了 1500 元钱和三部手机。第二天，他们做的第一件事，竟是去网吧用他们抢来的钱把以前欠的 100 元钱上网费还清了。

这个案子不禁让我想起了这两年来所办理的一系列青少年抢劫案件，想起为了上网抢劫出租车司机 10 元钱的未成年人梁某，想起为了上网抢劫小学生零花钱的初中生臧某，想起用兜里仅剩的 5 元钱到 5 元店买了一把刀抢劫并致一人死亡一人重伤的李某，想起为了还朋友几百元欠款而与他人一起抢劫杀害出租车司机的辛某，……，想起了他们那一张张挂满悔恨泪珠的嫩稚的懵懂的脸。

每次想起他们，我的心情都会无比沉重，我常常会努力地去思考并试图发掘出引致他们犯罪的根本原因，但却往往使自己变的更加迷茫，心情更加沉重。家庭管教的缺失，社会诱惑的增多，……，诚然，我们不能否认这些原因，但这些究竟是不是根本原因？相信没人敢肯定地说“是”，包括我，我更不敢。但我敢肯定一点，有一个比前述原因更重要的原因，那就是——我国当前基础教育的薄弱或者说是无力。从当前课程的设置上来看，小学以数学、语文为主，有的还开外语（我个人认为开的很荒唐），中学以数学、语文、外语为主，外加物理、化学、历史、地理、生物、政治，思想品德课就是一味辅料，因为不需要考试，一般没有学校和老师会去重视。这样的教育，重应试，轻素质，可谓是舍本而求末。学生毕业后，往往有很多人不知道什么是“仁义”，不知道什么是“礼智信”，甚至不知道什么是“孝”什么是“廉耻”。因此，当他们没钱上网的时候，他们会无耻地想到去抢劫，在抢劫的时候又会不仁不义地杀人、伤人，他们喜欢不劳而获，他们视人命如草芥，他们不会为自己犯了罪而感到羞耻，……。刚才我特别提到了，今天会见的当事人，他们抢劫后第二天做的第一件事是去网吧用抢来的钱把以前欠的 100 元钱上网费还清了，看上去好象很讲信用，仿佛应了古人所倡导的“信”字，但我

总感觉苦笑不得。值得欣慰的只有一点，就是这些犯了罪的青少年，在被羁押后的一段时间里大都懂得了一个“孝”字，他们在谈到自己犯罪行为时表现得麻木不仁，但一提到父母，就会痛哭流涕，询问父母的身体，询问家里的情况，表示对不起父母，让父母多保重。每当此时，我的鼻子都会有点酸，我的心都会感到很痛，一种本来可以在学校或家庭里轻易就能学到的东西，他们却是在付出了如此巨大的代价（有的甚至是生命）之后，才真正地学会和理解。

我不想指责现在的基础教育制度，所以，我只说它比较薄弱或无力，至少在对青少年学生的素质教育方面是薄弱的，在帮助他们树立正确的人生观、价值观、荣辱观方面是无力的。一直以来，“要做事，先做人”是我们喊得很响的口号，但是，在我们当前的基础教育之下，有多少人真正学会了做人？古代启蒙教育必学之书——《三字经》有云：“曰仁义，礼智信，此五常，不容紊”，如果上面这些年轻人学过了、理解了这些做人的最基本的东西，他们是否还会去抢劫？是否还会麻木不仁地去杀人、伤人？因此，我要说的是，我们的基础教育是不是可以借鉴一点古人的经验，而不再一味地强调外语、外语、外语？那毕竟只是外国人交流时使用的语言工具，不比我们的汉语高贵多少、重要多少！不值得我们放弃五千年来我们祖先给我们留下的文化道德精髓，而去学习它们！

年轻人是祖国的未来和希望，国家的繁荣昌盛需要一代又一代年轻人的艰苦奋斗，因此，要培养出有理想、有素质、值得信赖的年轻人，国家的基础教育任重而道远。

作者简介：

张需聪 律师，山东万桥律师事务所刑辩部主任，法学硕士，青岛市法学会理事，青岛律协刑事委员会委员，崂山区总工会职工维权法律顾问、劳动争议调解员，中国律师杂志社、中国律师网特约评论员。

师从首届全国十佳律师王海云老先生，专门从事刑事辩护业务，并担任“王海云刑辩合作项目（青岛）”负责人，擅长刑事辩护、房地产、劳动争议等领域法律事务。

拥有在青岛市住房公积金管理中心多年从事法律顾问、资产保全和住房贷款政策研究的工作背景，熟知房地产开发、交易及金融等领域的各项规定和业务流程。先后在王海云律师事务所及青岛市多家大型律师事务所学习或执业，熟练掌握诉讼和非诉法律服务技能，目前担任十余家企事业单位的常年法律顾问。

服务理念： 实事求是，依法辩护

联系方式： 13361268566 **Email:** qdlawyer@126.com

诚信 勤勉 专业

合作 高效 务实



万桥律师事务所
WAN QIAO LAW FIRM

地址:中国青岛香港东路 23 号(中国海洋大学)高新技术产业中心 3 层

Address: Floor 3, Hi-tech Industry Center of China Ocean University, No. 23 Hongkong East Rd.,
Qingdao, China

电话/Tel: 0086-532-85906076 传真/Fax: 0086-532-85902333

网址: <http://www.wanqiaolaw.com>

邮箱/Email: wqlaw@wanqiaolaw.com

邮编/Post Code: 266071