

# 目录

## 法制要闻

《消法》修订草案起草接近尾声 业界强烈呼吁要大修不要小补  
关于修改《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》的决定

一批法律法规 4 月 1 日起施行 酒后驾车一次记 12 分

执行法律不健全 单立强制执行法呼声高 专家称民诉法附带规定执行程序非良策

## 万桥快讯

李勇律师出席第十一届青岛市政协第三次会议

我所律师受聘担任四方区政府法律顾问

万桥律师被评为参政议政先进个人

成功辩护，被告人被免于刑事处罚

万桥律师参与市法律援助律师团服务社会

## 律师风采

李勇 律师

范志强 律师

## 以案说法

保险公司未明确告知，保险责任不能免除

## 理论研讨

我国海上人命救助立法的缺陷与完善

## 律师随笔

有一种力量是逻辑

## 法制要闻

### “两会”足音:中国拟修选举法“同票同权”时代来临

中新社北京 2 月 22 日电

中新社记者 周兆军

十一届全国人大三次会议将于 3 月 5 日开幕，会议的主要议题除了审议政府工作报告、全国人大常委会工作报告等 6 个常规性报告之外，另一大看点是审议选举法修正案草案。

选举法修正案草案已先后两次提请全国人大常委会审议，其核心内容是拟一步到位实行城乡按相同人口比例选举人大代表，以进一步增强人大代表选举的普遍性和平等性，切实保证人民当家作主。

这一主张如果在本次人大会议上获得通过，农村居民和城市居民将迎来“同票同权”的新时代，这将成为中国民主政治发展进程中的重要一步。

制定于 1953 年的中国首部选举法对农村和城市每一代表所代表的人口数作了不同的规定，比如规定全国人大代表的选举，各省按每 80 万人选代表 1 人，直辖市和人口在 50 万以上的省辖市按每 10 万人选代表 1 人。其后，选举法经历数次修改，最终将全国和省、自治区农村与城市每一代表所代表的人口数比例确定为 4 比 1。

中国社科院法学所研究员周汉华对中新社记者表示，现行选举法对城乡居民按不同比例选举人大代表的规定，有其历史合理性和深刻的时代背景。但随着形势的发展，特别是城乡人口比例发生了根本性变化，需要逐步采取措施，在法律上确保每一位具有选举权和被选举权的公民，享有和实现法律赋予的平等权利。

作为公民的基本政治权利，选举权是实现其他基本权利的重要基础。对选举权的制度安排，往往成为一个国家民主政治的重要窗口。

2007 年，中共十七大报告提出：“要坚定不移地发展社会主义民主政治，扩大人民民主，保证人民当家作主，建议逐步实行城乡按相同人口比例选举人大代表。”随后，全国人大常委会法制工作委员会启动了修改选举法的准备工作。在多次调研的基础上，选举法修正案草案规定一步到位实行城乡按相同人口比例选举人大代表，使执政党的主张依照法定程序上升为国家意志。

实行城乡按相同人口比例选举代表，立法时的总要求包括三个层面：一是保障公民都享有平等的选举权，实行城乡按相同人口比例选举代表，体现人人平等；二是保障各地方在国家权力机关有平等的参与权，各行政区域不论人口多少，都有相同的基本名额，都能选举一定数量的代表，体现地区平等；三是保障各民族都有适当数量的代表，人口再少的民族，也要有一名代表，体现民族平等。此外，各方面代表性人物比较集中的地方，也应给予适当的照顾。

平等是中国人大代表选举制度的核心原则之一。中国人民大学法学院教授莫于川说，平等原则体现在选举制度中应包含两层意义：一是投票权平等，一人一票；二是代表名额分配平等，每一代表所代表的人口数应相等，同票同权。其中，一人一票是基础，同票同权是更高层次的平等。

“修改选举法，意味着农村人口在选举及政治权利的实现上向平等原则迈出了一大步，同时也有利于农民在其他权利的享有上与城市人口趋于平等，促成宪法规定的平等原则的充分实现。”中国人民大学法学院院长韩大元说。

莫于川表示，从“一人一票”到“同票同权”，实现城乡选举权平等，还需要在实践中进一步提高人大代表的选举水平，切实保障包括农民在内的全体公民的话语权；还需要不断扩大公民的有序政治参与，推动民主政治的前进步伐。（中国新闻网）

## 《消法》修订草案起草接近尾声业界强烈呼吁要大修不要小补

编者按

《消费者权益保护法》(以下简称《消法》)实施 16 年来终于迎来了第一次修订的历史机遇。据悉,修法已列入全国人大立法计划。由国家工商总局所承担的《消法》修订草案的具体工作已近尾声。由于没有哪一部法能像《消法》这样与人们的日常生活紧密相关,因而《消法》的修订受到社会的格外关注,有关“大修”、“小修”不同看法的争论也此起彼伏。为配合《消法》的修订,本报今天刊发了记者采写的有关人士的修法建议。

(资料图片)

法制日报记者 姚芃

“消费是拉动经济发展的‘火车头’,《消法》是关系到每个人生息息的万民之法。”

“《消法》16 年来第一次修订所产生的历史性影响,绝不亚于 16 年前《消法》的出台。修订后的《消法》,应该是一个崭新的里程碑。”

“让消费者放心的消费环境,是消费者潜在的消费需求转化为有效的实际消费行为的必要保障,是扩大内需、拉动经济增长的有效前提。”

“《消法》的修订,不能像和尚补袈裟,哪有漏洞往哪打个补丁,必须大修。”

这些声音来自社会的不同层面、不同方向。

要彻底转变“重生产轻消费”理念

采访中,几乎所有关注修法的人无不谈到修法应该坚持的原则。记者将人们的“重点强调”归纳如下:

——坚持与时俱进、科学发展的原则。从消费经济学的角度讲,消费是经济发展的原动力,消费者才是生产、经营者的衣食父母,没有安全的消费,哪来企业发展?《消法》修订,第一要务就是彻底转变“重生产、轻消费”的观念。四川省保护消费者权益委员会秘书长刘亚兵说。

——突出共同保护的原则。“《消法》修订要突出和发展国家、司法、行政、消费者组织、行业、媒体等全社会共同参与和保护的原则与内容。”广州市保护消费者权益委员会秘书长李永强说。

——突出保护弱势群体的原则。“消费关系是民事关系中的一种特殊关系,是平等民事关系中的不平等关系,所以要突出和发展弱势保护原则。”安徽省消协秘书长张纯说。

——突出和发展惩罚性赔偿的原则。“假冒伪劣、恶意违约和欺诈屡禁不止就是因为法律的惩戒力太弱。因此,新《消法》必须突出、发展、强化惩戒性原则,应根据经营者的恶意程度和对他人安全的漠视程度确定赔偿额,并且上不封顶,实现真正的惩罚目的。”中国政法大学民商法学院副教授吴景明说。

——切实增强可操作性原则。“由于《消法》适用性方面存在的争议,法院审理消费者权益纠纷案件时,往往不适用《消法》的规定,而适用调整普通民事关系的民法通则、合同法。结果是消费者受到损害的权益得不到应有的司法援助。”四川省眉山市保护消费者权益委员会秘书长黄国祥说。

——广泛参与原则。“修法过程要公开、透明,要通过相关形式广泛、深入、全面、系统地征集消费者的意见。”四川大学法学院教授王建平说。

消法的适用范围应明确和扩大

什么是“消费”?什么是“消费者”?北京汇佳律师事务所律师邱宝昌认为,明确适用消法的情况、范围,是《消法》修订的一个首要问题。

我国《消法》调整及适用的范围是“消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服

务其权益受本法保护”。什么是“生活消费需要”，没有明确界定。实践中，是否适用《消法》，就全看法官认知的程度了。

邱宝昌介绍说，有的以购买商品或接受服务的类别来界定，有的以价值或数量来界定。如四川省发生的两个判决截然相反的案例：四川省达州某消费者因购买了一辆事故整修后当新车出售的轿车，向法院起诉。法院适用《消法》判决经销公司双倍赔偿；而同在四川，成都某消费者买到的是一辆开了两千余公里当新车销售的旧车，向法院起诉，法院却认为汽车属于奢侈品，不属于消法调整范围，对消费者双倍赔偿请求不予支持。

消费者孙某在一家购物中心一次购买 300 支派克笔，但事后认为该购物中心伪造产品产地，属于欺诈行为，遂起诉至法院，要求商家双倍赔偿。法院因孙某未能提供证据证明 300 支派克笔是为生活需要购置，一、二审均未支持其双倍赔偿请求。

邱宝昌建议，《消法》应明确，凡是购买、使用商品或接受服务的自然人，就应该受《消法》的保护。同时，单位购买直接用于员工生活消费的商品或者服务也应该适用《消法》。

吴景明认为，关于消费应借鉴其他国家的立法经验，摒弃我国目前以目的定义消费的做法，改为排除法定定义消费，即“非为营业和职业而购买、使用商品或者接受服务”。

医疗、教育、金融和保险服务机构是不是经营者？患者、学生、购买金融、保险产品者是不是消费者？近年来这些领域纠纷、争议不断的现实亟待修法予以明确。

“改革开放早已使一些公益性的事业单位插上翅膀在市场经济的天空中翱翔了。”刘亚兵介绍说，医院、学校过去都是公益性事业单位，但现在的运作模式早已随着行业产业化发展而市场化了。收了钱，就应该担责。刘亚兵建议，《消法》应该明确：凡是有偿提供商品、服务的，都应适用《消法》调整。

在四川省消委会组织的研讨会上，有专家建议“消费者”的定义应该更广泛，如美国把股民也作为消费者。四川省人大财经委原副主任赵岷提出，农民的生产消费无疑是受《消法》调整的，在修法时一定要继续完善并细化“三农”消费保护问题。

建立国家层面的消费政策协调机构

“无论是春节、妇女节、劳动节、儿童节，还是建军节，乃至教师节、护士节，我们都能从媒体上看到国家领导人看望这些节日的主人们。‘3·15 国际消费者权益日’早已是社会普遍认同的消费者的节日，我们盼望着什么时候领导能‘3·15’这一天与消费者在一起。”消费者老赵是个细心人，老赵的心愿显然是消费者愿望的一种象征。

“消费应该是民生的重要内容，这个愿望的内涵是丰富的。”刘亚兵举了一个案例。成都某开发商预售房提供给消费者的宣传资料是：楼盘左边是一大片绿化，右边是会所，中间是儿童乐园。结果却让消费者傻眼了。

省消委会接到投诉现场调查的情形是：左边没有绿化，而是一条公路和天然气加气站；右边不是会所而是加油站；中间的儿童乐园，直径只有 5 米。

“这就是让消费者频频上当的期房。”刘亚兵告诉记者，四川省消协组织所受理的商品房投诉中，涉及期房的投诉占 91.31%。几年来中消协及各地消协组织、消费者呼吁取房预售政策，嗓子都喊哑了，包括有关部门也认为应该取消。但是，由于政出多门，没有一个消费政策协调机构，问题始终无法解决。

据介绍，日本、韩国等都在中央一级设立了消费者保护的最高决策机构，制定相关政策和计划，协调各方作好消费者权益保护工作。

刘亚兵告诉记者，扩大消费、拉动内需是国家的一项重要经济政策，但我们却没有国家层面的消费政策协调机构，没有建立和完善消费者权益保护的体系。他建议在修订《消法》中，设立国家层面的机构，承担政策协调、组织和领导职责，形成消保组织体系，包括四个层面：在各级政府设立消费政策协调机构，主要负责消费政策的制定、协调、监督和重大消费问题的调查、处理；在相关部门设立消费者权益保护内设职能或机构，主要负责在部

门职能范围内检查、协调、监督和处理消保相关工作；设立各级消费纠纷调解和消费者教育指导机构，主要负责消费纠纷调解和消费教育指导工作的组织和协调；依法设立的民间消费者组织。

吴景明强调说，在《消法》总则中应明确规定“国家成立消费政策委员会”，通过制定消费政策协调与经济政策的关系。2009年，中国出口对GDP贡献率为负3.9个百分点，出口负增长甚至是两位数的下滑，在近几年来尚属首次。而消费需求为中国经济增长贡献了4.6个百分点，创近十年之新高。这些统计数据说明，消费拉动开始取代出口和投资逐步成为经济发展的主要依靠力量。但由于没有真正的消费政策，出现了在制定一些经济、社会发展规划时不考虑，甚至抑制消费的情况。

消协不是“社会团体”不应依附行政机关

消协是什么样的组织？这个问题，多年来专家、学者、官员们都没有说清楚。有的认为是社会团体，有的认为应该是人民团体、社会组织，甚至还有的是认为是行业组织。

张纯认为，《消法》规定消协是依法成立的对商品和服务进行社会监督的保护消费者合法权益的社会团体。

而根据社团条例的规定，“社会团体”是指由公民或者单位自愿组成，为实现会员共同意愿，按照其章程开展活动的非营利性社会组织。其组织形式为会员制。

消协不实行会员制，其服务对象是全体消费者。实际上，消协是由政府有关部门发起，经国务院及各级政府批准依法成立，专门从事消保工作的公益性组织。

因而，现行《消法》将消协规定为“社会团体”是不准确的。

采访中许多专家建议，应该明确消协是具有公共管理职能的消费者权益保护组织。

西南财大消费经济研究所所长王裕国认为，应重新定位与完善消协的职能，扩大其在开展消费教育、提供咨询、组织监督检查、支持诉讼、消费纠纷调解等方面的权利。

邱宝昌认为，消协不是行政机关，但事实上消协却与行政部门存在依附关系，从而在一定程度上影响着其社会组织本身职能作用的发挥和协调。因此，建议在机构设置上让消协独立，经费应该由政府财政拨款，在职能履行上与行政执法、司法审理等有机衔接，从而才能使其更好地履行法律赋予的职能。

一位市消协投诉部主任告诉记者，该消协一年处理的投诉和为消费者挽回的损失是法院的一倍。该省消协系统一年的消费纠纷调解量是工商行政管理系统行政调解量的近10倍。各级消协长期以来为消除社会矛盾所做的大量工作和贡献由此可见一斑。

但是，消费调解既不属于人民调解，也不属于行政调解，更不属于司法调解，因而不具备法律效力和执行力。

采访中记者还了解到，各级消协开展了不公平格式合同条款点评活动，但由于消协工作的法律效力问题，仍有企业我行我素、不予理睬，消协却心有余而力不足。

有专家提出增加消协的代表权，包括在“两会”代表中增设消费者代表的席位；代表消费者参与立法和重大消费政策制定的权利。

王建平建议完善消协的功能。如调处功能、监督功能、交涉功能、代表与代理功能。赋予消协组织建议权、消费权益保护信息发布权等，并建立黑名单，参与社会诚信体系建设。

来源：法制网——法制日报

## 全国人民代表大会关于修改《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》的决定

(2010年3月14日第十一届全国人民代表大会第三次会议通过)

中华人民共和国主席令  
(第 27 号)

《全国人民代表大会关于修改〈中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法〉的决定》已由中华人民共和国第十一届全国人民代表大会第三次会议于 2010 年 3 月 14 日通过，现予公布，自公布之日起施行。

中华人民共和国主席 胡锦涛

2010 年 3 月 14 日

第十一届全国人民代表大会第三次会议决定对《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》作如下修改：

一、将第六条第一款修改为：“全国人民代表大会和地方各级人民代表大会的代表应当具有广泛的代表性，应当有适当数量的基层代表，特别是工人、农民和知识分子代表；应当有适当数量的妇女代表，并逐步提高妇女代表的比例。”

二、将第八条改为第七条，修改为：“全国人民代表大会和地方各级人民代表大会的选举经费，列入财政预算，由国库开支。”

三、增加一条，作为第九条：“不设区的市、市辖区、县、自治县的选举委员会的组成人员由本级人民代表大会常务委员会任命。乡、民族乡、镇的选举委员会的组成人员由不设区的市、市辖区、县、自治县的人民代表大会常务委员会任命。

“选举委员会的组成人员为代表候选人的，应当辞去选举委员会的职务。”

四、增加一条，作为第十条：“选举委员会履行下列职责：

(一)划分选举本级人民代表大会代表的选区，分配各选区应选代表的名额；

(二)进行选民登记，审查选民资格，公布选民名单；受理对于选民名单不同意见的申诉，并作出决定；

(三)确定选举日期；

(四)了解核实并组织介绍代表候选人的情况；根据较多数选民的意见，确定和公布正式代表候选人名单；

(五)主持投票选举；

(六)确定选举结果是否有效，公布当选代表名单；

(七)法律规定的其他职责。

“选举委员会应当及时公布选举信息。”

五、将第九条改为第十一条，第一款第四项修改为：“乡、民族乡、镇的代表名额基数为四十名，每一千五百人可以增加一名代表；但是，代表总名额不得超过一百六十名；人口不足二千的，代表总名额可以少于四十名。”

六、将第十二条、第十三条、第十四条改为第十四条，修改为：“地方各级人民代表大会代表名额，由本级人民代表大会常务委员会或者本级选举委员会根据本行政区域所辖的下一级各行政区域或者各选区的人口数，按照每一代表所代表的城乡人口数相同的原则，以及保证各地区、各民族、各方面都有适当数量代表的要求进行分配。在县、自治县的人民代表大会中，人口特少的乡、民族乡、镇，至少应有代表一人。

“地方各级人民代表大会代表名额的分配办法，由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会参照全国人民代表大会代表名额分配的办法，结合本地区的实际情况规定。”

七、将第十五条第二款中的“名额的分配由全国人民代表大会常务委员会根据情况决定”的规定移至第十六条，将第十六条修改为：“全国人民代表大会代表名额，由全国人民代表大会常务委员会根据各省、自治区、直辖市的人口数，按照每一代表所代表的城乡人口数相同的原则，以及保证各地区、各民族、各方面都有适当数量代表的要求进行分配。

“省、自治区、直辖市应选全国人民代表大会代表名额，由根据人口数计算确定的名额

数、相同的地区基本名额数和其他应选名额数构成。

“全国人民代表大会代表名额的具体分配，由全国人民代表大会常务委员会决定。”

八、将第二十五条修改为：“本行政区域内各选区每一代表所代表的人口数应当大体相等。”

九、将第二十八条修改为：“对于公布的选民名单有不同意见的，可以在选民名单公布之日起五日内向选举委员会提出申诉。选举委员会对申诉意见，应在三日内作出处理决定。申诉人如果对处理决定不服，可以在选举日的五日以前向人民法院起诉，人民法院应在选举日以前作出判决。人民法院的判决为最后决定。”

十、将第二十九条第二款修改为：“各政党、各人民团体，可以联合或者单独推荐代表候选人。选民或者代表，十人以上联名，也可以推荐代表候选人。推荐者应向选举委员会或者大会主席团介绍代表候选人的情况。接受推荐的代表候选人应当向选举委员会或者大会主席团如实提供个人身份、简历等基本情况。提供的基本情况不实的，选举委员会或者大会主席团应当向选民或者代表通报。”

增加一款，作为第三款：“各政党、各人民团体联合或者单独推荐的代表候选人的人数，每一选民或者代表参加联名推荐的代表候选人的人数，均不得超过本选区或者选举单位应选代表的名额。”

十一、将第三十条修改为：“全国和地方各级人民代表大会代表实行差额选举，代表候选人的人数应多于应选代表的名额。

“由选民直接选举人民代表大会代表的，代表候选人的人数应多于应选代表名额三分之一至一倍；由县级以上的地方各级人民代表大会选举上一级人民代表大会代表的，代表候选人的人数应多于应选代表名额五分之一至二分之一。”

十二、将第三十一条修改为：“由选民直接选举人民代表大会代表的，代表候选人由各选区选民和各政党、各人民团体提名推荐。选举委员会汇总后，将代表候选人名单及代表候选人的基本情况在选举日的十五日以前公布，并交各该选区的选民小组讨论、协商，确定正式代表候选人名单。如果所提代表候选人的人数超过本法第三十条规定的最高差额比例，由选举委员会交各该选区的选民小组讨论、协商，根据较多数选民的意见，确定正式代表候选人名单；对正式代表候选人不能形成较为一致意见的，进行预选，根据预选时得票多少的顺序，确定正式代表候选人名单。正式代表候选人名单及代表候选人的基本情况应当在选举日的七日以前公布。

“县级以上的地方各级人民代表大会在选举上一级人民代表大会代表时，提名、酝酿代表候选人的时间不得少于两天。各该级人民代表大会主席团将依法提出的代表候选人名单及代表候选人的基本情况印发全体代表，由全体代表酝酿、讨论。如果所提代表候选人的人数符合本法第三十条规定的差额比例，直接进行投票选举。如果所提代表候选人的人数超过本法第三十条规定的最高差额比例，进行预选，根据预选时得票多少的顺序，按照本级人民代表大会的选举办法根据本法确定的具体差额比例，确定正式代表候选人名单，进行投票选举。”

十三、将第三十三条修改为：“选举委员会或者人民代表大会主席团应当向选民或者代表介绍代表候选人的情况。推荐代表候选人的政党、人民团体和选民、代表可以在选民小组或者代表小组会议上介绍所推荐的代表候选人的情况。选举委员会根据选民的要求，应当组织代表候选人与选民见面，由代表候选人介绍本人的情况，回答选民的问题。但是，在选举日必须停止代表候选人的介绍。”

十四、增加一条，作为第三十四条：“全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表的选举，应当严格依照法定程序进行，并接受监督。任何组织或者个人都不得以任何方式干预选民或者代表自由行使选举权。”

十五、将第三十四条改为第三十五条和第三十六条。第三十五条：“在选民直接选举人

民代表大会代表时，选民根据选举委员会的规定，凭身份证或者选民证领取选票。”

第三十六条：“选举委员会应当根据各选区选民分布状况，按照方便选民投票的原则设立投票站，进行选举。选民居住比较集中的，可以召开选举大会，进行选举；因患有疾病等原因行动不便或者居住分散并且交通不便的选民，可以在流动票箱投票。”

十六、将第三十六条改为第三十八条，第一款修改为：“全国和地方各级人民代表大会代表的选举，一律采用无记名投票的方法。选举时应当设有秘密写票处。”

十七、将第三十八条改为第四十条，修改为：“选民如果在选举期间外出，经选举委员会同意，可以书面委托其他选民代为投票。每一选民接受的委托不得超过三人，并应当按照委托人的意愿代为投票。”

十八、将第三十九条改为第四十一条，增加一款，作为第二款：“代表候选人的近亲属不得担任监票人、计票人。”

十九、增加一条，作为第四十五条：“公民不得同时担任两个以上无隶属关系的行政区域的人民代表大会代表。”

二十、将第四十六条改为第四十九条，修改为：“罢免代表采用无记名的表决方式。”

二十一、将第四十七条改为第五十条，第二款修改为：“罢免由县级以上的地方各级人民代表大会选出的代表，须经各该级人民代表大会过半数的代表通过；在代表大会闭会期间，须经常务委员会组成人员的过半数通过。罢免的决议，须报送上一级人民代表大会常务委员会备案、公告。”

二十二、将第四十九条改为第五十二条，修改为：“全国人民代表大会代表，省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民代表大会代表，可以向选举他的人民代表大会的常务委员会书面提出辞职。常务委员会接受辞职，须经常务委员会组成人员的过半数通过。接受辞职的决议，须报送上一级人民代表大会常务委员会备案、公告。”

“县级的人民代表大会代表可以向本级人民代表大会常务委员会书面提出辞职，乡级的人民代表大会代表可以向本级人民代表大会书面提出辞职。县级的人民代表大会常务委员会接受辞职，须经常务委员会组成人员的过半数通过。乡级的人民代表大会接受辞职，须经人民代表大会过半数的代表通过。接受辞职的，应当予以公告。”

二十三、增加一条，作为第五十六条：“主持选举的机构发现有破坏选举的行为或者收到对破坏选举行为的举报，应当及时依法调查处理；需要追究法律责任的，及时移送有关机关予以处理。”

此外，增加“第二章选举机构”的章名，将第九章的章名修改为“对代表的监督和罢免、辞职、补选”，对章的序号作相应调整，并对条文顺序作相应调整。

本决定自公布之日起施行。

《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》根据本决定作相应修改，重新公布。

新华社北京3月14日电

来源：法制网——法制日报

## 一批法律法规4月1日起施行 酒后驾车一次记12分

法制日报记者 郭晓宇

4月1日起，酒后驾车的交通违法行为将一次记12分，这是新修改的《机动车驾驶证申领和使用规定》的一大亮点。从4月1日起，有一批法律、法规开始施行，将广泛影响百姓生活。

高速公路上倒车一次记12分

公安部关于修改《机动车驾驶证申领和使用规定》的决定将于4月1日起施行。

新规定加强了驾驶人源头管理，对部分驾驶人主观过错大、严重影响道路交通安全的交通违法行为提高了记分分值，加大了处罚力度。将饮酒后驾驶机动车，在高速公路上倒车、逆行、掉头，使用伪造、变造机动车牌证3种违法行为，由一次记6分调整为记12分；对违反禁令标志、禁止标线指示违法行为的记分分值由2分提高至3分；新增遇前方机动车停车排队或者缓慢行驶时，借道超车或者占用对面车道、穿插等候车辆，以隐瞒、欺骗手段补领机动车驾驶证，机动车在高速公路或城市快速路上遇交通拥堵，占用应急车道行驶等3类违法行为记分。

可再生能源开发须统筹规划

全国人大常委会关于修改可再生能源法的决定将于4月1日起施行。

根据该决定，国务院能源主管部门会同国务院有关部门，根据全国可再生能源开发利用中长期总量目标和可再生能源技术发展状况，编制全国可再生能源开发利用规划，报国务院批准后实施。

同时规定，编制可再生能源开发利用规划，应当遵循因地制宜、统筹兼顾、合理布局、有序发展的原则，对风能、太阳能、水能、生物质能、地热能、海洋能等可再生能源的开发利用作出统筹安排。

著作权出质应向管理部门登记

全国人大常委会关于修改著作权法的决定将于4月1日起施行。

根据该决定，新著作权法增加了一条规定：“以著作权出质的，由出质人和质权人向国务院著作权行政管理部门办理出质登记。”该规定在作品版权流通和市场化运作中加强了对作者权益的保护，对规范版权交易市场，促进公平交易和司法保护方面将起到积极的推动作用。

食品包装成本禁超总价20%

国家质检总局和国家标准委批准发布的《限制商品过度包装要求——食品和化妆品》将于4月1日起施行。标准对食品和化妆品销售包装的空隙率、层数和成本等指标作出了强制性规定，包装层数不得超过3层、包装空隙率不得大于60%、初始包装之外的所有包装成本总和不得超过商品销售价格的20%。

同时，针对饮料、酒、糕点、保健食品、化妆品等过度包装现象较为严重的商品，标准指标要求进行了相应调整。

来源：法制网——法制日报

执行法律不健全 单立强制执行法呼声高 专家称民诉法附带规定执行程序非良策

法制日报记者 袁定波

来自最高人民法院的工作报告显示，2009年，各级法院在加强清理积案的同时，执结新收案244.6万件，标的额5760.1亿元，同比分别上升9.9%和9.5%。

执行收案居高不下，执行难问题越来越突出，改革完善民事强制执行法律制度的呼声也越来越高。在刚刚结束的全国两会上，浙江省高级人民法院院长齐奇代表就提出强制执行应该单独立法的建议。

近日在北京召开的完善执行制度构建长效机制专家委员座谈会上，来自民事强制执行司法实务界、法学界的权威人士也都呼吁，应改革和完善民事强制执行法律制度，给“执行乱”套上紧箍咒。

亟待立法明确司法拍卖等规定甚少

在我国，20世纪90年代初就有制定独立的民事强制执行法的提议。据了解，受全国人大常委会委托，早在2000年，最高人民法院就成立了民事强制执行法草案起草小组，目前，已起草完成民事强制执行法草案(第五稿)。

最高人民法院执行局局长俞灵雨在此间表示，从司法实践角度讲，制定强制执行法是必要的。

俞灵雨举例说，这些年来，司法拍卖领域出现了大量违法违纪问题，造成这种现象的原因有执行权配置不合理、司法环境差、执行队伍素质不高等，但主要是因为执行法律不健全。目前，执行制度存在许多问题，漏洞较多，法官自由裁量权过大。

从司法拍卖在执行中所处的地位来分析，俞灵雨指出，民商事案件进入执行程序的比例越来越高，占生效判决的 60%。在这部分案件中，有 20%到 30%是无财产的，有财产的案件中又有 80%左右是不动产。对于不动产主要是通过拍卖实现变现的，拍卖是整个执行程序的基础，但是法律对如此重要的环节却没有明确规定。

现在我国关于司法拍卖的规定很少，有许多问题需要明确，如拍卖与变卖的关系、司法拍卖的效力、什么情况下可认定拍卖无效等。“这些问题不明确会导致民众对司法公信力产生质疑。”俞灵雨强调说，应尽快启动民事诉讼法的修改程序，完善强制执行法。

在中国政法大学教授杨荣馨看来，我国强制执行的实务中，执行难、执行乱现象大量存在，成为社会久治不愈的顽疾。

“要根治这一顽疾，更加需要大力完善强制执行立法，制定一套详尽具体的执行法律，约束规范执行权力和执行行为，以推动我国执行实务的改革和发展。”杨荣馨说。

关涉方方面面给执行单独立法较好

列入十一届全国人大立法规划的民事诉讼法的全面修改工作已经开始进行。杨荣馨表示，应当结束长期以来执行程序被民事诉讼法“附带”规定的不正常状态。

杨荣馨分析认为，民诉法是关于诉讼和审判的法律，不应包括强制执行，因为二者在性质、任务、措施、程序、制度等各个方面都是不同的。

中国人民大学教授江伟赞成单独制定强制执行法。在他看来，执行制度比较多，内容丰富，单独出来比较好。如果不单独出来，是无法形成完整的强制执行法律体系的。

江伟解释说，强制执行包括很多制度，如征信制度，关涉到方方面面，但目前却没有一部法律对此有专门规定。如果制定强制执行法，就应该把执行相关的制度规定进去，进一步具体化，细化完善。

中国人民大学教授肖建国建议，应抓住民事诉讼法修改的契机，单独制定民事强制执行法。他认为，执行程序与审判程序存在很大不同。执行程序是暴力程序，如无法律规定约束保障，比较危险。制定民事执行规定，能够约束执行主体，保障执行当事人和利害关系人的合法权利。

“标的不同，执行程序也会不同，这就使得根据执行的特点设置详细的强制规定显得尤为迫切。”肖建国说。

法制日报北京 3 月 30 日讯

来源：法制网——法制日报

## 万桥快讯

### 李勇律师出席第十一届青岛市政协第三次会议

中国人民政治协商会议第十一届青岛市委员会第三次会议于2010年2月23日在市人民会堂隆重开幕。政协第十一届青岛市委员会现有委员578名，实到委员542名。

省委常委、市委书记阎启俊，市党政领导夏耕等出席会议。

孙德汉在会上作政协第十一届青岛市委员会常务委员会工作报告。

报告指出，新的一年，政协工作的指导思想和总体要求是：在中共青岛市委的坚强领导下，高举中国特色社会主义伟大旗帜，深入贯彻落实科学发展观，认真学习贯彻中共十七大、十七届三中、四中全会精神，牢牢把握主旨、主线、主题、主体，进一步把政协工作搞活、干实、做精，充分发挥协调关系、汇聚力量、建言献策、服务大局的重要作用，为推动青岛科学发展、和谐发展、率先发展，作出新的贡献。一是明确主旨，科学务实、履职为民，进一步强化政协工作理念。二是坚持主线，科学发展，积极投入建设富强文明和谐现代化国际城市伟大实践。要围绕打造蓝色经济区和高端产业聚集区、加快推进“环湾保护、拥湾发展”战略的实施、推进我市城乡一体化建设、加快构建富有国际竞争力的现代产业和技术体系、大力发展低碳经济和循环经济等事关我市经济社会发展的重大战略问题，围绕推动城乡一体化劳动就业、教育、住房、社会保障、安全生产、生态环保、医疗卫生、市场物价、文化生活等直接关系国计民生的重大问题，深入开展调查研究，积极参政议政。三是把握主题，团结民主，进一步汇集一切积极力量促发展。四是体现主体，发挥政协委员作用，推动政协自身建设再上新台阶。

市政协副主席顾枫在会上作政协第十一届青岛市委员会常务委员会关于政协十一届二次会议以来提案工作情况的报告。

市政协委员、山东万桥律师事务所合伙人会议主席李勇律师参加会议，并递交了关于对知名企业的司法保护应当适度等多项建议案 多项提案，涉及法治建设和民生等议题。

### 我所律师受聘担任四方区政府法律顾问

日前，我所段超、李滨、王万勋律师受聘担任青岛市四方区人民政府法律顾问。

律师担任政府法律顾问，将通过为政府的重大决策提供法律意见或进行法律论证、起草审查合同及规范性文件、代理政府行政诉讼、参与招商引资、开展法制宣传和法制培训等形式为政府在法律规定的权限内行使管理职能提供法律服务，从而促进政府工作的法律化、制度化。

四方区人民政府在聘请律师担任政府顾问方面进行了积极有效的尝试，对担任政府顾问律师参与法律服务的职责、工作方式、工作报酬和考核措施等方面逐步进行了明确，政府法律顾问工作正逐步走向规范化、制度化，律师法律顾问团的作用日益彰显，为政府依法行政、建设和谐社会起到了积极的作用。

另讯，我所现为市南区、四方区、崂山区、即墨市等多个政府机关提供常年法律服务。

### 万桥律师被评为参政议政先进个人

日前，九三学社青岛市委参政议政专委会委员、万桥所副主任段超律师被九三学社青岛市委评为“2009年度参政议政先进个人”。

在律师工作取得了丰硕成果的同时，段超律师从更广的角度对接触到的诸多社会问题进

行了更深层次的思考，并借助于民主党派参政议政的平台，向政府提供积极合理的建议。在这个全新的角色定位后，段律师以满腔的热情为关注民生、共建和谐做着积极的实践。像他在 2008 年提交的《关于规范“城中村”改造，促进和谐社会建设的建议》即被评为青岛市政协全体会议优秀组织提案，而《关于进一步加强社会治安综合治理构建城乡一体化治安防控体系的建议》、《关于发展现代服务业促进就业的几点建议》两个议案也已于 2009 年被提交，本年度更是有两个建议已趋于完成。

应该看到随着社会主义法制制度的日益完善，随着整个社会对律师行业的关注和认可，律师将在社会生活中起到更加积极的作用。

## 成功辩护，被告人被免于刑事处罚

日前，我所副主任段超律师代理的一起刑事案件，经过法庭审判，最终被告人被免于刑事处罚。

该案中，被告人青岛市某区工商局赵科长被该区检察院以受贿罪和贪污罪提起公诉，作为其辩护人，段超律师在接办案过程中认真阅卷，努力还原案件事实本相，并正确运用法律为被告人进行了有力的辩护，最终法庭判定被告人贪污罪罪名不能成立，被指控的受贿数额只有半数成立，被告人犯罪情节轻微，对其免于刑事处罚。

律师辩护真正和最根本的作用是制约司法权力，避免司法权力的滥用造成对被告人权益的非法侵害，进而通过维护被告人的合法权益实现司法的公正。在本案中，刑事辩护律师在维护控辩平衡，促进法官查明案件事实、作出正确裁判方面所起的作用得到了较为明显的体现。

## 万桥律师参与市法律援助律师团服务社会

日前，青岛市法律援助中心对法律援助律师团进行了重新申报确认，并已公布 2010 年青岛市法律援助律师团成员名单。其中我所律师成员有：段超、于昊、韩涛、范志强、解筱莉、聂留胜、周海滨、史迎雪、王洪松、李滨等。律师团成员将有针对性地为受援人提供专业化法律服务，优质高效地办理援助案件，全力维护弱势群体的合法权益，及时化解矛盾纠纷，促进社会的稳定和谐。

## 律师风采



李勇 律师

### 学习及培训经历:

1992年7月毕业于北京商学院（现北京工商大学）经济法系，获法学学士学位。

2007年7月，获中国社会科学院研究生院民商法硕士学位。

### 主要工作经历:

1992年7月至1995年5月，青岛钢铁集团专职法律顾问；

1995年5月至2002年3月，山东亚和太律师事务所专职律师、商贸法律事务部主任、业务指导委员会委员；

2002年7月，发起成立山东源合律师事务所，担任主任职务；

2006年3月至2008年5月，山东万桥律师事务所主任；

2008年5月至今，山东万桥律师事务所合伙人会议主席。

### 主要业绩及业务领域:

主要从事房地产、公司、金融法律事务，1995年执业。李勇律师曾为40余家房地产开发企业、7家中、外资银行以及上百家其它各类企事业提供各种法律服务。

李勇在非诉讼法律服务领域有着大量成功的经验和典型的案例。李勇律师曾担任几十家企事业单位的常年法律顾问，也为青岛市的重大建设项目如“安居工程”“中水回用工程”等提供了大量法律服务。李勇律师还担任部分政府机关的法律顾问、青岛市人大信访工作专家咨询顾问、青岛市经贸委中小企业创业咨询专家顾问等职，为青岛市的政府行政、涉法信访、企业创业等做了大量而有益的工作。

在诉讼方面：他代理的案件中不乏全市乃至全国有影响的案件。最新的案例如：2006年1月1日《公司法》修订实施后，李勇律师代理的青岛乃至全国第一例公司因公司僵局申请司法解散的案件——青岛某热电公司司法解散案，《人民法院报》以及省、市各媒体对该案给予了高度重视，并多次报道。另如电影演员“谋女郎”徐筠诉青岛某国际知名公司肖像权侵权案；XX银行信用卡纠纷案等案件在青岛、山东、甚至全国都有一定的影响，这些案件都体现了李勇律师较高的专业水平和执业水平，并受到社会各界包括媒体的普遍关注。

### 主要荣誉:

山东省司法行政系统先进个人

首届山东省优秀青年律师

青岛市优秀律师

青岛市十佳青年律师

连续多次被评为青岛市司法行政系统先进个人

青岛市人民调解工作先进个人

### 社会职务:

青岛市政协委员  
市政协社会和法制委员会委员  
青岛市人民检察院专家咨询委员  
青岛市人大信访工作专家咨询顾问  
青岛市中小企业创业咨询专家顾问  
青岛市为侨资企业服务法律顾问团特邀律师  
青岛市法学会理事  
中国致公党青岛市市直三支部副主委

**论文著作：**

李勇律师非常注意不断充实自己的业务知识和提高理论水平，多篇论文公开发表或荣获山东省、青岛市律师业务理论研讨会优秀论文奖。《公司司法解散案件中当事人地位的确定》、《一般存单纠纷案件中若干问题的浅析》等论文公开发表于国内核心刊物。论文《公法、私法的划分与国有企业股份制改革》曾获山东省律师业务理论研讨会优秀论文二等奖，青岛市律师业务理论研讨会优秀论文一等奖，并入选国家级大型丛书《中国当代社科研究文库》。另外，《一般存单纠纷案件中若干问题的浅析》一文获青岛律师业务研讨会优秀论文一等奖。



## 范志强 律师

### 学习及培训经历:

毕业于中南政法学院法律系，获得法学学士学位。

### 主要工作经历:

1999年7月—2001年6月，山东双兴集团有限公司法律顾问

2001年7月—2003年10月，青岛飞洋职业技术学院法律讲师

2003年11月—2006年2月，山东源合律师事务所律师

2006年3月至今，山东万桥律师事务所律师

### 主要业绩及业务领域:

范律师执业以来，工作认真负责、严谨细致，切实地维护了客户的合法权益，赢得客户的普遍好评。范律师在执业以来，办理各类诉讼、非诉讼案件二百余起，主要涉及人身损害、交通事故、劳动争议、婚姻家庭等多个领域。范律师现担任多家大中型企业的常年法律顾问，为企业单位人事管理规范建设，提供很多有针对性的具体法律意见，取得良好的效果。

### 主要荣誉:

司法系统先进个人

司法局工会积极分子

### 论文著作:

《股权转让协议生效的要件》

《中小投资者利益的保护》

《关于证明劳动关系的证据》

### 服务理念:

秉承优质高效、恪守诚信的专业法律服务理念，尽心尽力维护当事人权益

## 以案说法

### 保险公司未明确告知,保险责任不能免除

委托人: 王\*

代理律师: 范志强

案由: 保险合同纠纷

#### 【案情介绍】

2007年8月23日,王\*为鲁U\*\*\*号轿车在保险公司投保机动车交通事故责任强制保险和第三者责任保险(不计免赔),保险期限截止2008年8月23日。

2008年6月11日,王\*驾驶鲁U\*\*\*号轿车沿滨海公路由南向北行驶至科技大学路口处时,发生交通事故,致张平、张园受伤、车损。经青岛市公安局崂山分局交通警察大队认定,王\*承担本次事故主要责任。经协商,三方就本次事故造成的损害达成调解协议:张平医疗费11662.58元、后续治疗费11340元、误工费3242.5元、护理费3242.5元、住院伙食补助费768元、交通费384元;张园医疗费50226.6元、后续治疗费3000元、误工费28800元、护理费3626.7元、住院伙食补助费408元、交通费204元、摩托车修理费456元;鲁U4898号修理费1920元;王\*对上述损失承担80%赔偿责任合计100744.38元,张平承担20%赔偿责任合计25186.10元,张园不承担责任。调解协议达成后,原告按照约定向张平、张园进行了赔偿。当王\*向保险公司理赔时,保险公司对张平的医疗费核减了2468.87元,后续治疗费核减了11340元,对张园医疗费核减了28113.39元,理由是上述医疗费属于自费药,后续治疗费不认可医疗出具的证明,最终支付67206.58元保险金。王\*因交通事故损失未得到全额理赔,将保险公司诉至法院,主张保险金差额33537.81元。

#### 【律师办案过程及代理意见】

本案的焦点问题有二:一是保险公司对自费药是否不承担保险责任;二是医院出具的后续治疗费证明效力的问题。

自费药是指不属于国家基本医疗保险用药目录的药品。《机动车交通事故责任强制保险条款》第二十一条规定:被保险机动车发生涉及受害人受伤的交通事故,因抢救受害人需要保险人支付抢救费用的,保险人在接到公安机关交通管理部门的书面通知和医疗机构出具的抢救费用清单后,按照国务院卫生主管部门组织制定的交通事故人员创伤临床诊疗指南和国家基本医疗保险标准进行核实。对于符合规定的抢救费用,保险人在医疗费用赔偿限额内支付。被保险人在交通事故中无责任的,保险人在无责任医疗费用赔偿限额内支付。上述条款正是保险公司对自费药不予理赔的依据。

律师接受王先生委托后,依法代理本案一审。律师对本案焦点问题代理意见分别为:

一、对于自费药的问题。1、第二十一条不是责任免除的条款,未约定自费药属于保险公司责任免除的范围;2、保险合同属于格式合同,提供格式条款的一方应明确告知投保人有关免除或限制其责任的条款,诉讼中保险公司并未提交相应的证据证明履行了告知义务;3、张平、张园所花费的医疗费(包括自费药)是根据医院的要求支出的,是合理、必要的费用,保险公司不予赔偿应提供反证。

二、关于后续治疗费的问题。医院是专业治疗机构,其出具后续治疗费的医疗证明符合法律规定,应予以采信。若保险公司认为不合理,可申请鉴定。诉讼中,保险公司未就此申请鉴定。

#### 【法院审判】

市南法院经审理,采纳了律师的代理意见。

市南法院审理认为,王\*经交警部门调解与受害人达成调解协议,但依据保险条款,被

告未经其书面同意，被保险人自行承诺或支付的赔偿金额，被告有权重新核定。因此，保险公司未按上述协议确定的赔付金额理赔而重新核定并未违反双方的约定。对于调解协议赔付相关受害人的医疗费用，被告称理赔数额应剔除其中的非医保用药缺乏法律依据。根据《保险法》第十八条规定，保险人应当采用适当、充分的方式明确提示投保人免责条款，尽量使其明确合同中责任免除条款的内容，确保投保人的利益不受损害。虽然保险公司提供的保险条款中有关于医保范围外的医疗费用保险公司可以免责的约定，但保险公司没有充分证据证明其已经向王\*作了明确的说明；其次，在通常医疗过程中，至于是否采用医保范围内外的治疗手段，主要取决于病情的需要和医生的判断，投保人或受害人很少具有决定能力，只要医疗费没有明显超常或超出保险赔付限额，保险公司应当赔付。因此，法院对保险公司医保范围外费用免责的抗辩不予支持。对于后续治疗费，根据最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十九条规定“赔偿权利人可以待实际发生另行起诉，但根据医疗证明或鉴定结论确定必然发生的费用，可以与已经发生的医疗费一并予以赔偿”，王\*与受害人依据医疗机构出具的说明对后续治疗费用一并调解，不违反法律规定及合同约定，保险公司应予以赔偿。综上，法院判决保险公司向王\*支付保险金 33537.81 元。

#### 【办案小结】

本案因保险公司扣除自费药、不予理赔后续治疗费引发的保险合同纠纷。实践中，保险公司在保险事故理赔时，扣减部分医疗费用和其它认为不合理的费用已成为一种习惯，车主要全额理赔非常困难。事实上，车主对已发生的交通事故最佳的处理方式就是，让受害人直接向法院提起诉讼，并告知其将保险公司列为共同被告，相关损失由法院确定。这样有利于属于交强险理赔的部分一次性解决，而保险公司对属于商业险理赔的部分再无理由拒赔。

#### 【办案律师】

范志强 中南财经政法大学法学学士。青岛市司法系统先进个人，青岛市法律援助律师团成员。主要业务领域交通事故、房地产、劳动争议等多个领域。

联系电话：13780606735 Email: [fanzhiq520@126.com](mailto:fanzhiq520@126.com)

## 理论研究

# 我国海上人命救助立法的缺陷与完善

山东万桥律师事务所 孙广平

内容摘要: 概括地说我国海上人命救助立法权利缺失, 义务缺乏约束力。我国《海商法》规定了船长的海上人命救助义务, 但没规定违反该义务的后果, 致使该义务的实现落空, 应该借鉴其他国家立法, 将违反义务的行为进行刑事处罚。同时我国《海商法》对纯人命救助没有赋予报酬请求权, 有失公平, 应该借鉴其他国家的规定, 给予报酬。

关键词: 海难救助 海上人命救助 刑事处罚 救助报酬 救助基金

### 引言

航海自古就是一项冒险事业, 经常面临船货沉没、船员遇难的悲剧, 现代虽然航海科技发达了航海风险大大降低, 但海难还时常发生。世界各航海国家一直重视海难救助, 尤其重视对海上人命的救助, 通过立法进行规范。然而我国的立法是很不完善的, 难以起到鼓励、敦促救助进行海上人命救助的目的。1999年11月24日发生在烟台海域的“大舜号”海难在某种程度上凸现了我国立法的缺陷。在那场海难中, 二百多名乘客遇难, 仅有几人幸运生还。海难发生时有两艘大货轮路过而见死不救, 理由虽可能是风浪太大救助对自身有危险, 但更主要的原因恐怕是法律规定人命救助没有报酬且不救助并没有惩罚, 在这种情况下何必去自找麻烦。本文借鉴其他国家的立法, 从加强人命救助义务的约束力及赋予人命救助者报酬请求权的角度进行了论述, 并提出了完善我国立法的建议。

### 一、海上人命救助的法律地位

#### (一) 海上人命救助是船长的法定义务

从国际公约到各国国内法都作了这样的规定, 我国也是如此。1989年《国际救助公约》第十条规定: 只要不对其船舶及船上人员造成严重危险, 每个船长都有义务援救在海上有生命危险的任何人员。俄罗斯《商船航运法典》规定: 在不存在对本船和船上人员有严重危险的情况下, 船长有义务对任何处于海上危险中的人提供援助。我国《海商法》也规定: 船长在不严重危及本船和船上人员安全的情况下, 有义务尽力救助海上人命。其他国家如英国、荷兰、瑞典等许多国家都有类似的规定。

可以说海上人命救助的法定义务性在国际航海法律体制中得到普遍认可。这一法律制度如同海事赔偿责任限制、海运承运人航海过失免责等法律制度一样是海事法律的特有制度, 有其独特的法律理念。如果危险发生在陆地上, 按照普通的法律理念, 一名过路人没有法律上的义务去救助正处于危险中的他人, 这种法定的义务会施加在警察、消防人员等负有该种职责的人员身上, 而对于过路人而言仅仅限于道德上的要求。然而在海上发生的危险, 由于救助资源特别少, 救助的便捷性与有效性远远不能同陆地相比, 为尽力挽救海上人命, 充分利用有限的海上救助资源, 对过路船舶、船长施加救助义务是现实的选择, 因此海上人命救助法律制度的设计突破了普通的法律理念, 它是在衡量人命价值与义务负担后的理性选择, 体现了以人为本的立法价值趋向。

#### (二) 各国海上人命救助义务的立法约束力及我国立法的不足与完善

##### 1、各国海上人命救助义务立法的约束力

一些国家规定了海上人命救助义务的同时又规定了违反该义务的刑罚性法律后果, 以保证义务得到履行。如日本《船员法》第十四条规定: 船长在知悉他船或飞机遇难时, 在不对自己船舶及船上人员造成严重危险的情况下, 必须用尽一切手段救助人命。第一百二十五条则规定: 船长违反第十四条的规定时, 处2年以下有期徒刑或50万日元以下的罚款。英国

1995年《商船法》第九十三条规定了救助遇险船舶等的义务及刑事处罚：

(1) 在海上受到一个求救呼号或无论通过何种途径得到1艘船或1架飞行器遇险的信息，船长必须全速前往遇险中的人员（如果可能的话通知他们此种作为），除非他不能，或在特定情况下认为这样做不合理或不必要，或他享有下述第4、5款规定的免责。

(2) 如果遇险船船长向一艘回复了他的求救的船舶发出正式请求，被要求的船舶之船长有义务根据该请求继续全速前往救助处于危险中的人员。

(3) 上述第1、第2款规定的义务既适用于英国船长，也适用于处于英国水域内的外国船长。

(4) 如果船长得到通知，其他1艘或多艘船舶已被遇险船正式请求前往救助，并且正在这样做，则此船长可被免除上述第1款规定的义务。

(5) 如果船长接到处于危险中的人员或任何已到达求救人员的船舶的船长的通知，不再需要帮助，则他可被免除上述第1款规定的义务；如果其船舶曾被正式请求过帮助，则他可被免除上述第2款规定的义务。

(6) 如果船长未遵守本条前述规定，他应承担下列责任：在即决裁决中，被处以不超过6个月的监禁或不超过法定最高额的罚款，或两者并罚；被起诉，被判处不超过2年的监禁或罚款，或两者并罚。

俄罗斯、瑞典、韩国等一些国家都有刑事处罚的规定，以确保其约束力。

## 2、我国立法的不足与完善

反观我国的立法，虽然有了义务性规定，但没有对违反义务的惩罚。从法的效力的角度来看，惩罚是保证法律约束力不可缺少的措施，它通过限制责任人人身自由、剥夺责任人财产权等方式使责任人认识到法律的严厉性，从而高度重视履行自己的法律义务。法律也是凭这种威慑力来实现它的目的，一个没有惩罚的法律难以起到约束人的行为的作用，行为是否遵守完全凭他的意愿，法律的规定因此成为一纸空文。从立法技术的角度讲，一个完整的法律规范包括行为模式与后果模式两个要素构成，行为模式规定了人们可以做什么、应该做什么或不应该做什么，法律后果规定了人们的行为符合或违背行为模式的要求时，分别引起法律上肯定或否定的结果。这两个要素可以体现在同一个法的规范、法的条文或同一个法中，也可以体现在不同的规范、条文、或法中，但不论是那种情况，这两个要素都是不可缺少的。我国《海商法》关于海上人命救助的义务性规定即是法的行为模式，但该法并没有后果模式，亦即对违反行为模式规定的惩罚，也未见其他法律有该后果模式的规定，因此这是不完整的立法。由以上分析可见我国海上人命救助义务性规范立法的严重缺陷，应该借鉴其他国家法律的规定增加刑事惩罚规范。

## 二、海上人命救助报酬请求权

### (一) 海上人命救助的类型

为便于研究海上人命救助报酬的请求权，对海上人命救助分为三类：人命财产救助，指救助者既救助了人命又救助了财产并且有效；独立的人命救助，指救助者只救助了人命，而另外的施救者救助了同一海难的财产；纯人命救助，指在同一海难中只救助了人命而没有财产被救起。

### (二) 当前海上人命救助报酬请求权的学说及立法模式

当前国际公约及各国都承认海上人命救助报酬请求权，但又有两种不同的学说与立法模式。

相对请求权说及其立法模式。相对请求权说认为，人命不是法律承认的独立救助标的，在纯人命救助中，单纯救了人命没有财产被救起，救助者无权索取报酬。但为防止救助方见利忘义，只救财产不顾人命，又规定了补救的办法：a. 人命财产救助中，救助者只能就获救财产主张报酬，但在确定救助报酬甚至特别补偿时，考虑救助者在救助人命方面的技能和努

力予以适当提高；b.独立的人命救助中，人命救助方有权从同一救助事故中其他救助入因有效地救助财产、防止或者减轻环境污染损害而取得的救助款中，获得合理的份额。相对请求权说目前为国际公约及大多数国家立法所采用。如《1989年国际救助公约》第16条“人命救助”中规定，获救人无须支付报酬，但本条规定不影响国内法就此作出规定：在发生需要救助的事故时，参与救助作业的人命救助入有权从支付给救助船舶、其他财产或防止或减轻环境损害的救助入的报酬中获得合理份额。并在第13条中规定确定报酬应考虑救助入在救助人命方面的技能和努力。

绝对请求权说及其立法模式。该说认为人命救助的报酬请求权是独立的，不必依附于对财产的救助，即使没有财产被救起的纯人命救助，救助入也有报酬请求权，这样会鼓励海上人命救助行为。绝对请求权说目前仅为少数国家立法所采用。如荷兰《商法典》规定：即使船舶灭失，经营人仍应支付对船上人员进行营救的救助费用。

### （三）我国海上人命救助报酬请求权的立法模式及其缺陷

我国海商法采用了相对请求权说，并采取了与《1989年国际救助公约》相同的立法模式。这种立法的缺陷是很明显的，它会导致在海难救助中对人命救助的忽视，当既有财产又有人命都需要救助时，救助入会更多的关注财产救助以获得更多利益，当财产灭失仅有人命需要救助时，救助入可能会找理由不进行救助，因为救助意味着冒险与损失，却没有任何利益，任何人都趋利避害的意识。另外，人命救助方在进行人命救助时可能面临一定的危险，要花费时间、支付必要的费用甚至会产生损失，仅因为没有财产被救起而否定其报酬请求权不符合公平原则。

### （四）完善我国海上人命报酬请求权立法的建议

#### 1、应采取绝对请求权的立法模式

由于相对请求权立法模式的缺陷，难以起到鼓励海上人命救助的目的，因此不是最优的立法模式。笔者赞成绝对请求权立法模式，对海上人命救助赋予独立的报酬请求权。

#### 2、海上人命救助报酬债务负担的主体

在人命财产救助与独立人命救助中，可以参照相对请求权立法的规定：在被救财产范围内获酬。在被救财产不足支付人命救助报酬时或进行纯人命救助时应有以下主体负担救助报酬。

（1）保险人。在被救助者投保人身意外伤害险的情况下，因其被救助从而使保险人免于支付保险赔偿金，而这恰是救助入支付了费用进行人命救助的结果，因此让保险人支付报酬符合公平原则。建议建立海上人员的强制保险制度作为海上人命救助报酬的后盾，强制性的由雇主为海上工作人员投保意外伤害险。

（2）船舶所有人。船舶所有人与作为被救助者的船员存在劳动合同关系，作为雇主负有保证雇员人身安全的合同义务，救助入对遇险的船员进行了救助，使得雇主免于承担合同义务，理应由其支付救助报酬。

（3）人命救助基金。在船舶所有人未给被救助者投保而船舶所有人又倒闭的情况下将没有报酬债务的负担主体，建议在我国建立专门的海上人命救助基金，由基金支付报酬。该基金的资金可通过以下途径获得：a.各船舶的摊款，船舶上的船员是海上人命救助的对象，他们有理由成为人命救助基金的主要出资方。可以按照船舶的性质、面临的危险程度、船舶本身的安全状况及船舶定员确定摊款数额；b.财政拨款，海上人命救助因具有社会公益的性质，国家理应承担一定的责任；c.社会捐款，进行海上人命救助需要花费大量的费用，这就要求人命救助基金必须有充足的资金，鼓励并吸纳社会捐款可以充实基金的资金。

#### 3、海上人命救助报酬数额的确定

虽然人命不能以价格衡量，但是对人命的救助可以定出报酬的数额。报酬的数额原则上首先应当涵盖救助花费，这是救助入付出的救助成本，在此之外再确定一合理的报酬数额，

这才是真正意义上的救助报酬。报酬数额的确定可以有以下三种方式：

(1) 封闭式。即确定一个具体的数额上限，救助报酬在限额范围内确定。

(2) 半封闭式。确定数额的大致范围，救助报酬在此范围内确定。如意大利航海法典规定：人命救助报酬在保险金额范围内，如果承运人未给被救助者投保则在承运人责任范围内支付。

(3) 开放式。对于数额不予限制。如英国《1995年商船航运法》规定：当船舶或其他财产损毁、灭失，国务大臣在认为合适的情况下可以向人命救助方支付合理的救助费用。

#### 4、海上人命救助报酬支付的原则

海上人命救助报酬的支付不能采取象财产救助一样的“无效果无报酬”原则，而应采取“无效果有报酬”原则。因为人命救助是强制性的，作为救助者不可能像对财产救助一样做出利益衡量后进行的自愿救助行为。对于遇险财产救助如果所得到的利益不大或不会有效果，救助者可以不去救助，而人命救助，无论救助是否会有效果都必须进行，即使没有效果也有费用的支出，应该得到报酬或补偿，不过原则上有效果与无效果在报酬数额上应该有所差别。

#### 结束语

我国海上人命救助立法由于缺乏约束力、缺少对救助者支付救助报酬，使得救助者对海上人命救助忽视。本文通过借鉴他国立法分析了我国海上人命救助立法的这一缺陷，并提出了完善我国立法的建议，但这些研究还比较肤浅，笔者希望本文能起到抛砖引玉的作用，引起海商法同仁对这一课题更深入地研究，以促进我国的立法更加完善。

注释：

(1)陈金钊.《法理学》.北京大学出版社，2002年10月第1版

(2)周旺生.《立法学》.法律出版社，2004年11月第1版

参考文献：

(1)陈金钊.《法理学》.北京大学出版社，2002年10月第1版

(2)周旺生.《立法学》.法律出版社，2004年11月第1版

(3)杨良宜.《海事法》.大连海事大学出版社，1999年10月第1版

(4)赵德铭.《国际海事法学》.北京大学出版社，1999年1月第1版

(5)吉尔摩.布莱克.《海商法》.中国大百科全书出版社，2000年2月第1版

(6)王婵.《关于海上人命救助报酬问题的初探》.载于《珠江水运》：2005年第4期

(7) Mandaraka-sheppard, Alexandra, MODERN ADMIRALTY LAW, Cavendish Publishing Limited, First Edition 2001.

【作者简介】孙广平律师 中国海洋大学法学院国际法学硕士学位，山东万桥律师事务所执业律师，业务领域包括商事法律服务、普通民事法律服务及刑事辩护法律服务等。

律师热线：15898873285

电子邮箱：sunguangping.gavin@126.com

## 律师文苑

### 有一种力量是逻辑

美国联邦最高法院曾出了一位著名的大法官，叫霍姆斯。他说过一句让许多法律人耳熟能详的话：“法律的生命不在于逻辑，而在于经验。”这句话也常常被许多中国人信手拈来为我所用。

然而，生性愚钝、英语极差的我却时常对这句话产生了怀疑。不知是翻译本身的问题，还是我们的理解出现了偏差。我常常暗自揣摩：那位大法官说的是不是“法律的生命不仅在于逻辑，更在于其经验”？

是否真的如我所言，我不敢妄加评论。但有一个故事确实让我感到逻辑就是一种武器、一件法宝、一门绝技。

严格意义上说，逻辑就是一种力量。

这个与逻辑有关的故事同样发生在美国。

在美国的普林斯顿大学，一个男孩深深地爱上了一个女孩。但是，他一直不知道该如何向她表白，因为，他怕被拒绝。一天，他终于想到了一个接近女孩的好方法，于是，他鼓起勇气，向正在校园里读书的女孩走去。

他对女孩说：“你好，我在这张字条上写了一句关于你的话，如果你觉得我写的是事实，那就麻烦你送我一张你的照片好吗？”

女孩立即想到，这又是一个找借口追求自己的男孩。她想：无论他写什么，只要自己都说不是事实，这样不就可以了吗？于是，女孩欣然答应了男孩的请求。

“如果我说的不是事实，你千万不要把照片送给我！”男孩急忙说。

“那当然！”女孩俏皮地回答。

男孩把那张字条递给了女孩。女孩胸有成竹地打开了字条。但是，随即她却皱起了眉头，因为，她绞尽脑汁也想不出拒绝男孩的方法，只好恭敬地把自己的照片送到了男孩的手中。

那个聪明的男孩究竟写了什么呢？其实，他写的只不过是一句极其简单的话：“你不会吻我，也不想把你的照片送给我。”

这个智慧的男孩名叫罗纳德·斯穆里安。后来，他成了美国著名的逻辑学家，而那个女孩，成了他的妻子。

这是一个与逻辑有关的爱情故事，这也是一个逻辑与爱情有关的故事。故事的结局告诉我们，是逻辑带来了智慧，是逻辑收获了爱情，是逻辑体现了美丽。

那么，究竟什么是逻辑呢？

实际上，逻辑这个词是个舶来品，它是古希腊经拉丁文辗转变化后英语的音译，大致具有“思想”、“言辞”、“规律性”这样的意义。我国近代有学者曾将“逻辑”意译成“名学”、“辩学”、“论理学”、“理则学”等。是严复这位大学者第一次将英语中的“Logic”音译为“逻辑”，后经章士钊等学者的推崇，从而一直流传至今。但是，美国学者认为：“从来没有一个人，不论是亚里斯多德、弗朗西斯·培根还是约翰·杜威，均未曾给出一个完美的关于逻辑的定义”。

在笔者看来，不管怎么解释，怎样定义，万变不离其宗。所谓“逻辑”，简而言之就是一种思维、一种推理过程。由于推理是在判断的基本上展开的，而判断又是概念的联结，因此也可以说，逻辑就是运用概念、作出判断、进行推理的过程。可见，不仅具体的逻辑思维内容总是凝聚或包容于各种思维形式之中，而且逻辑思维活动的展开，也必不可少地要借助于各种思维形式。

其中，作为思想的直接现实，语言是一种必然的方式、是一个必要的载体、是一个必须的符号。

在许多人看来，逻辑看起来离我们似乎很远，事实上离我们的现实生活很近。可以这么说吧，不用不知道，用了真奇妙！

另外还有一个与那个收获爱情的故事结局有异曲同工之妙的故事，其结局更有意思：得到生命！

古希腊有个国王，想把一批囚徒处死。当时流行的处死方法有两种：一种是砍头，一种是处绞刑。怎样处死这批囚徒？他决定让囚徒自己去挑选一种。挑选的方法是这样的：囚徒可以任意说出一句话来，而且这句话是马上可以验证其真假的。如果囚徒说的是真话，就处绞刑；如果说的是假话，就砍头。结果，许多囚徒不是因为说了真话而被绞死，就是因为说了假话而被砍头；或者是因为说了一句不能马上验证其真假的话，而被视为说假话砍了头；或者是因为讲不出话来而被当成说真话处以绞刑。

在这批囚徒中，有一位极其聪明的家伙。当轮到他来选择处死方法时，他说出了一句巧妙的话，结果使得这个国王既不能将他绞死，又不能将他砍头，只得把他放了。

这个聪明的囚徒说的是句什么话呢？

这个聪明的囚徒说的是：“要对我砍头。”

这句话使国王左右为难。如果真的把他砍头，那么他说的就是真话，而说真话是应该被绞死的。但是，如果把他处以绞刑，那么他说“要对我砍头”便成了假话了，而假话又是应该被砍头的。显然，或者绞死，或者砍头，都没有办法执行国王原来的决定，结果只得把他放了。

因为逻辑，有的人得到了爱情，有的人得到了生命，还有的人得到了正义。

林肯律师的成功就是证明。

林肯是美国历史上颇有声誉的一位总统。他在担任总统之前，曾经当过一段时间的律师。

有一次，他得悉自己亡友的儿子小阿姆斯特朗被控谋财害命，并已初步判定有罪，于是就以被告的辩护律师的资格，向法院查阅了全部案卷。阅后，他要求法庭复审。复审开始了。

这个案子的关键在于，原告方面的一位证人福尔逊发誓地提出证据说，某一天（相当于我国农历九月初八或初九）晚上十一点钟，在月光下清楚地目击小阿姆斯特朗用枪击毙了死者。按照美国法庭的惯例，作为被告辩护律师的林肯和作为原告证人的福尔逊，进行了一场面对面的交叉询问。

林肯：“你发誓说认清了小阿姆斯特朗？”

福尔逊：“是的。”

林肯：“你在草堆后，小阿姆斯特朗在大树下，两处相距二、三十米，能认清吗？”

福尔逊：“看得很清楚，因为月光很亮。”

林肯：“你肯定不是从衣着方面认清的吗？”

福尔逊：“不是的，我肯定认清了他的脸蛋，因为月光正照在他脸上。”

林肯：“你能肯定时间在十一点吗？”

福尔逊：“充分肯定。因为我回屋看了时钟，那时是十一点一刻。”

林肯问到这里，就转过身，发表了辩护演说：“我不能不告诉大家，这个证人是个彻头彻尾的骗子。”

听了林肯的辩护与解释，大家先是一阵沉默，紧接着大家都明白了。掌声和欢呼声一起迸发了出来。福尔逊顿时傻了眼。小阿姆斯特朗被宣告无罪。林肯因而一举成为全国有名的人物。

林肯是从哪儿发现了福尔逊的破绽呢？

林肯律师从福尔逊的证词中，得出这样一个结论：“只有在月光的照射下，才能看清被告的脸。”但是，这一天是上弦月。到了晚上十一点钟时，月亮早就下山了，因而不可能有月光照射被告的脸上。既然如此，福尔逊说当时“我肯定认清了他的脸蛋……”，显然是完全不可能的了。这就说明，福尔逊的证词是捏造的、虚假的，根本不可能作为判案的依据。

通过逻辑得到正义的是律师和律师的客户。而得到智慧的同样是法律人。

据传，古希腊有一个叫欧提勒士的年轻人，向当时著名的智者普罗达哥拉斯学习法律。关于学费的交纳，师徒二人订有合同：在毕业时，欧提勒士必须支付一半学费给普罗达哥拉斯，另一半学费则等欧提勒士第一次出庭打赢官司时付清。但是，欧提勒士学成毕业，支付了一半学费以后，却并不从事律师事务。普罗达哥拉斯等得不耐烦了，就向法院提起诉讼，请求法庭判决欧提勒士交付另一半学费。并提出了如下的二难推理：

如果这次官司欧提勒士打胜了，那么按照合同，他应该支付另一半学费给我；如果这次官司欧提勒士打败了，那么按照法庭判决，他也应该支付另一半学费给我；这次官司欧提勒士或者打胜，或者打败；欧提勒士都应该支付另一半学费给我。

针对这一个二难推理，欧提勒士构造出了一个完全相反的二难推理，予以回击：

如果这次官司我打胜了，那么按照法庭判决，我不应该支付另一半学费给普罗达哥拉斯；如果这次官司我打败了，那么按照合同，我也不应该支付另一半学费给普罗达哥拉斯；这次官司或者我打胜，或者我打败；我都不应该支付另一半学费给普罗达哥拉斯。

欧提勒士的二难推理成功地破斥了普罗达哥拉斯的二难推理。普罗达哥拉斯采用了两个不同的标准，一个是法庭判决，一个是合同。这样才得出“欧提勒士都应该支付另一半学费给我”这样一个有利于自己的结论。但是，“如果这次官司欧提勒士打胜了，那么按照合同，他应该支付另一半学费给我”这一个假言前提是不真实的，因为欧提勒士如果打胜了这次官司，就意味着法庭会作出有利于欧提勒士的判决，即会判决欧提勒士不再支付另一半学费给普罗达哥拉斯。由于前提中有一个假言前提虚假，使普罗达哥拉斯的二难推理结论的真实性得不到保证。欧提勒士的二难推理也采用了两个不同的标准，同样是不正确的。但是，作为归谬反驳法，他以老师之道还治于老师之身，成功地破斥了普罗达哥拉斯的二难推理，达到了反驳的目的。

当然，运用逻辑智慧去对付老师是一种让人不能苟同的行为。但对对手，却完全可以大施逻辑之道。

在这方面，美国作家马克·吐温是一个高手中的高手。

1870年，他在《镀金时代》这部长篇小说里，深刻地揭露了美国政府的腐败以及政客、资本家的卑鄙无耻。该书发表以后，马克·吐温在一次酒会上答记者问时说：

“美国国会中的有些议员是狗婊子养的。”

记者把这句话在报纸上发表以后，华盛顿的议员们大为愤怒，纷纷要求马克·吐温道歉或予以澄清，否则，就将以法律手段反击。

过了几天，《纽约时报》上果然刊登了马克·吐温致联邦议员的“道歉启事”：

日前鄙人在酒席上发言，说“美国国会中有些议员是狗婊子养的。”事后有人向我兴师动众。我考虑再三，觉得此话不恰当，而且也不符合事实。故特此登报声明，把我的话修改如下：

“美国国会中的有些议员不是狗婊子养的”。

这个高明的“道歉启事”体现的是典型的“马氏幽默”。表面上看似“道歉”，实则以更巧妙的方法继续表达了他自己对华盛顿议员们的轻蔑。

其实，这样机智、诙谐、幽默、智慧的逻辑故事，在我们灿烂的五千年文化中比比皆是。譬如“屡战屡败”改成“屡败屡战”显示的是勇气的份量、“大门而入”改成“犬门而入”显示的是罪过的减轻、“驰马伤人”改成“马驰伤人”显示的是情节的降低、“揭被勒缚”改为“勒缚揭被”显示的是罪名的增加……

同样，在美国的历史上也有不少闪耀逻辑智慧的故事。当年，“马伯里诉麦迪逊案”中的马歇尔大法官就曾经运用逻辑进行排忧解难，化解了一场宪政危机。

1801年，马伯里等几位没有得到法官委任状的联邦主义者，将当时的共和主义者国务卿麦迪逊告上联邦最高法院，请求联邦最高法院依据1789年的《司法法》第13条规定向麦迪逊发出命令状，责成麦迪逊将委任状发到马伯里等人手里。

马伯里告的是新国务卿压下了老国务卿留下的任命，而老国务卿偏偏又成了这个案子的大法官。要是在今天，早就应该回避了。但那是200年前的美国。

马歇尔是一个联邦主义者，他内心当然希望如马伯里所愿，判令麦迪逊发出命令状，责成他送出未及送到的委任状。然而，他又清醒地感觉到，真的如此而行，可能会导致一场宪法危机。因为，麦迪逊乃至杰弗逊总统十有八九可能会不予理睬（1789年《司法法》规定了可以发布强制令，但没有规定怎样强制）。这样，不要说马伯里不能如愿，可能使最高法院连自己与国会和总统三足鼎立的权威和地位都无法自保。而这是马歇尔等联邦主义者万万不愿看到的，他们绝不希望最高法院的权威失于自己之手，他们绝不做有损联邦国家权威的事情。

怎么办？命令状是发还是不发？

马歇尔面临艰难的选择。

发，可能不行；不发，肯定不行。显而易见，马歇尔首先不能输，而且还必须赢。

最后，注定要给历史留下精彩一笔的马歇尔既没有发，也没有不发，而意料之外的是选择了第3条道路：驳回马伯里的请求，并宣布1789年《司法法》违宪。

他选择的第3条道路来自于他本人独辟蹊径的思路和计谋：

第一，申诉人马伯里是否有权要求颁发委任状？对此，马歇尔的回答是肯定的。他认为，当总统签发了委任状时，即意味着作出了任命。经国务卿在委任状上加盖美国国玺，委任即告完成。因此，扣留委任状的行为不是法律授权的行为，而是对法官权利的侵犯。

第二，如果马伯里有这个权利，而且其权利已遭到了侵犯，那么，法律是否应当为其提供救济手段？马歇尔对此同样作出了肯定的回答。他说，“公民自由权的真正本质在于：每个人在其受到侵害时，都有权要求法律给予保护。政府的一个首要职责就是提供这种保护”。所以，马伯里有权得到任命，拒绝颁发委任状的行为是对这种权利的公然侵害。对此，国家的法律应当为他提供这种救济。

第三，如果法律确实应当为他提供救济手段，这种救济手段是否就是指法院为他下达颁发委任状的命令？妙就妙在这个时候的马歇尔对这个问题没有急忙作出回答。

他说，这要取决于两个方面的问题：一是其所申请的命令状的性质；二是法院的权力。

对于前者，马歇尔的回答是，这是一个关于命令状的普通案件，而无论这一命令状是要求送达委任状，还是要求送达委任状的副本。美国宪法第3条规定：“对于涉及大使、其他公使和领事的一切案件，以一州为当事人的案件。最高法院有初审管辖权。对于前述一切其他案件，最高法院有关于法律与事实的上诉管辖权。”马歇尔认为，马伯里的法律请求显然属于宪法所指的“其他案件”。也就是说，最高法院对这种案件只有上诉管辖权，没有初审管辖权。如果由最高法院直接下达强制令，命令麦迪逊国务卿将委任状送达马伯里，就等于自己行使了初审管辖权。言下之意，马伯里诉麦迪逊一案在程序上不能由最高法院来受理。

对于后者，马歇尔认为，必须调查法院是否有权发布这样的强制令。这就涉及到行政权和行政首长的自由裁量权，而这些都是政治问题。马歇尔说：“法院的唯一职责是裁决个人权利，而不应调查行政部门或行政官员是如何运用自由裁量权履行其职责的问题。这种问题在性质上是政治问题，根据宪法和法律应由行政部门处理，不应由法院处理。”言外之意，本案属于政治问题，在实体上无法由法院来处理。

但是，马伯里请求最高法院发布强制令的依据就是《1789年司法法》第13条的规定，

即“最高法院有权在法律原则和法律惯例许可的案件中，对以合众国名义任命的法院或公职人员发布令状”。马歇尔认为，如果按照这一规定向麦迪逊发出强制令，则违反了美国宪法的上述规定。他的潜台词就是，如果按照第 13 条规定发布强制令，就有可能涉嫌违宪。这样，马歇尔面临新的选择：是宪法更重要，还是法律更关键？

最后，“原形毕露”的马歇尔提出一个极具价值的宪法问题：一部违宪的国会立法是否成为国家的法律？他说：“显然，制定宪法的人们都意在使宪法成为国家的根本法、最高的法，因此，任何政府理论都必然是，立法机关制定的法律若与宪法相违背就是无效的。”那么，谁有权认定什么是法律？什么是违宪的法律？马歇尔认为，这一权力属于司法机关。他说：“司法机关的职责范围是确定法律到底是什么？那些将规则适用于具体案件的人，必须详细说明并阐释该规则。如果在两个法律之间存在冲突，法院必须决定适用其中哪一个来作出判决。因此，当某个法律与宪法相违背时，当将宪法和法律都适用于同一个具体案件时，法院必须作出决定：要么不考虑宪法而适用法律，要么不考虑法律而适用宪法，法院必须适用这些相抵触的规则中的一个来解决这个案件，这就是司法职责的本质。”

思路决定出路，想法决定做法。

经过长时间的拉锯式审理，经过长时间的等待与思考，1803 年 2 月 24 日，马歇尔在国会那间借来充作法庭的地下室里，宣读了他代表美国最高法院亲自撰写的历史性判决：1789 年《司法法》是违宪的、无效的、不能适用于本案，因而驳回了马伯里的请求。

令人欣慰的是，这个思路和判决，不仅为马伯里所接受，更重要的是，最终也为立法机关与总统所接受。今天我们可以看到，在政治上，马歇尔及其联邦党人的确是输了，但在法律上，他们却又赢了。因为，马歇尔在实体上肯定了马伯里的法律权利，在程序上又确立了司法审查的原则。这充分显示了马歇尔的政治智慧与法律智慧。危机中找到契机，无奈中找到出路，真可谓“山重水复疑无路，柳暗花明又一村”。所以，有人说，足智多谋的马歇尔是用计谋打输了一仗却赢了整个战争；也有人说，原本必输无疑的马歇尔，在即将大败中运用逻辑智慧又杀了个回马枪，从而建立了法院对国会法令的司法审查权；还有人说，这正应了中国一句古话：“失之东隅，收之桑榆。”

一场联邦主义与共和主义的政治斗争，让马歇尔化解成了一场法律之争；一场是否应当发布强制令的法律之争，让马歇尔上纲成了一场违宪之争；一场是适用宪法还是适用法律的是否违宪之争，让马歇尔造就了联邦最高法院一项绝对的、不可挑战的、影响深远的司法审查权力。

由此可见，逻辑又让人行使了权利，得到了权力，巩固了权威。

逻辑真是一种奇妙无比的力量，一种魅力无比的力量，一种幸福无比的力量。这样的逻辑，对我们法律人来说，不在于怎么看，而在于怎么用。

法律的生命体现在逻辑中。

来源：刘桂明博客

[http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_4a47cd20010004sc.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_4a47cd20010004sc.html)

[作者简介] 刘桂明，字开强，号千古洲人（笔名），汉族，1962 年 9 月生，江西省永新县人，中共党员，研究生学历。曾任中国律师论坛秘书长、中国律师杂志社总编辑。现任中国青少年犯罪研究会副秘书长。