

信卓简报

2011年第3期（总第10期）

江苏信卓律师事务所编

2011年10月1日

■ 信卓动态

一、我所张洪建律师入选第二届无锡市优秀律师。

我所张洪建律师继论文被评选为2010年度江苏省优秀论文后，又获得新的荣誉：在无锡市司法局和无锡市律师协会开展的第二届无锡市优秀律师评选活动中，经现场考察、综合评议及公告公示：张洪建律师成功入选第二届无锡市优秀律师。该荣誉是对张洪建律师多年工作的总结与评价：张洪建律师不仅理论素养踏实、实务经验丰富，而且敬业奉献，在工作中勤勉负责，全心全意为当事人谋利益，多次受到了当事人的衷心感谢与高度赞扬，群众亲切的誉他为“百姓律师”。在工作之余，张洪建律师不忘社会公益，长期坚持在江阴市汽车电台为广大市民免费咨询与服务，获得了电台与市民的一致好评。

二、我所全体律师踊跃参与2011年度无锡市律师论坛论文大赛。

自无锡市律师论坛论文大赛举办以来，我所律师每次参与，积极投稿。在2011年度无锡市律师论坛论文大赛中，我所全体律师人人投稿，共计投稿7篇，涉及保证金法律关系、《婚姻法》司法解释解读、前期物业管理招投标、国有土地使用权、医疗机构紧急救治义务等方方面面的司法实务及律师业务问题。本报将在该期及以后几期中节选部分论文供本报读者阅读与参考，欢迎大家点评及指导。

三、我所全体人员参加江阴市人民法院与江阴远望探测船党员交流活动。

2011年9月8日，我所全体人员参加了江阴市人民法院与江阴远望探测船党员交流活动并一同参观了远望探测船。在活动中，我所学习了江阴市人民法院与江阴远望探测船的党建工作经验，了解了远望探测船工作人员的工作艰辛，远望探测船的先进技术、光辉经历以及为国争光的重大政治与军事贡献。该次活动不仅指引了我们的党建工作方向，使全体人员学习到了军人的奉献与风姿，并且极大的激发了我所全体人员的爱国热情，提升了全体律

师的执业价值观和人生价值观，丰富了我所的业余生活。

四、我所与澄江街道谢北村、蒲桥村达成法律服务结对共建协议。

为帮助澄江街道开展法制宣传教育活动，进一步提高澄江街道全体居民群众法治意识和法律素养，从而有效推进澄江街道法治化建设进程，我所与澄江街道谢北村、蒲桥村达成了法律服务结对共建协议书。我所林红、沈健律师被聘任为谢北村法律副主任、法治指导员，张洪建、赵青云律师被聘任为蒲桥村法律副主任、法治指导员。我所将谨遵协议书约定，履行自身义务，积极主动为两村居民提供各类法律服务，为村集体的重大决策和法治建设提供法律建议，为我市法治化建设贡献力量。

■ 以 案 说 法

从一起银行保证金账户质押纠纷案看账户质押、保证金账户质押相关法律问题

【案情】

案由：质押担保纠纷

上诉人（原审原告）：吴江某银行（简称吴江银行）

被上诉人（原审被告）：江阴迪卡乐装饰材料有限公司（简称迪卡乐公司）

案外人：吴江中盛房地产有限公司（简称中盛公司）

2005年1月，吴江银行与中盛公司签订了《房贷合作协议》，合同中约定由吴江银行为中盛公司开发的商品房提供住房按揭贷款，中盛公司同意为购买商品并在吴江银行取得房贷的借款人提供担保，担保方式为连带保证责任。合同中第六条还约定：中盛公司保证在吴江银行开立商品房项目的销售商品房保证金专户，同意吴江银行直接将贷款金额（指购房者的房屋贷款）5%从中盛公司在吴江银行开立的结算账户划至保证金账户，直至中盛公司办出借款人所购房屋的《房屋他项权证》并交吴江银行执管后方可使用等。该协议签订后，中盛公司在吴江银行开设了账号为 81034808518406001 的保证金专户。2006年6月至2008年7月，吴江银行先后与13名购房者签订购房

贷款合同，并将 13 名购房者的贷款金额的 5%转入保证金账户，共计 1887500 元。后因 2 名借款人还清房贷，吴江中行解冻了相应数额的保证金，截至 2010 年 4 月，该保证金账户余额 1552500 元。

2009 年，迪卡乐公司起诉吴江中盛公司要求归还工程欠款，江阴法院受理后做出民事判决书，判决中盛公司归还迪卡乐公司工程款 155 万余元。在该判决生效后的法院强制执行过程中，江阴法院于 2010 年 4 月 8 日扣划了中盛公司开设在吴江银行的保证金专户当中的存款 1552500 元。

吴江银行遂于 2010 年 5 月 19 日向江阴法院提出执行异议，2010 年 11 月 29 日，江阴法院作出民事裁定书驳回吴江银行的执行异议。随后吴江银行又向一审法院江阴法院起诉迪卡乐公司要求确认该账户为质押账户，银行对账户内资金享有优先受偿权。

【审判】

江苏省江阴市人民法院一审经审理认为吴江银行与中盛公司签订的房贷合作协议及房贷合同当中并未对质押担保的主债权种类、数额、担保范围等质押合同应当具备的事项作出明确约定，依据现有证据不足以证明吴江银行与中盛公司之间有设立质押权的意思表示并形成合意。同时根据物权法的规定，吴江银行与中盛公司并未签订书面质押合同，吴江银行单方提出涉案保证金为质押财产，缺乏事实与法律依据，据此法院判决驳回原告诉请。

一审判决后，原告不服，提起上诉称中盛公司的保证金存放于保证金专户，该账户不能交易，因此保证金已经被特定化，符合最高院的关于动产质押部分的司法解释，一审法院对以上事实认定有误，适用法律不当。

无锡市中级人民法院经审理认为：我国法律规定，质押合同的成立需要同时具备二个条件，一是必须签订书面合同，双方有明确的质押意思表示，二是质物移交质权人占有。本案中，双方对贷款总额的 5%划入保证金专户是明确的，但双方对该保证金专户用于质押担保并未作出约定。吴江银行虽然控制了保证金专户，该账户不能交易，但其取得的仅是债权性质的担保，即中盛公司在办出借款人所购住房的《房屋他项权证》之前，其不得使用该款项。房贷借款方如未履行还款义务，银行可以以该账户中的资金抵销债务人的借款，中盛公司不得抗辩银行行使抵销权。据此，二审最终作出判决：驳

回上诉，维持原判。

【评析】

本案涉及银行贷款实务操作中常见的账户质押、保证金账户质押的法律效力问题。目前的法律、法规、司法解释未对此作出具体规定，实践中对账户质押、保证金账户质押的法律性质、法律效力、成立要件的认定存在较多争议。笔者在下文进行梳理和逐一评析。

1、保证金的种类与性质

我国法律实务中出现的保证金，类型多样，性质复杂，散见于各种法律、法规、规章，有行政保证金、履约保证金、备用金类型的保证金、预付款类型的保证金、租赁保证金、装修保证金、定金类型的保证金、质量保证金、投标保证金、拍卖保证金、信用证、汇票保证金等等。

从各类法律法规规章的条文来看，均未对保证金作出统一的明确规范和定义，由此带来了保证金概念的模糊和内涵的丰富，因此我们在探讨其保证金的法律意义、内涵上必须结合以当事人的约定、意思表示来理解保证金的含义。

2、本案保证金的性质（银行按揭贷款保证金）

本案中的保证金，实际上属于银行按揭贷款保证金。银行按揭贷款保证金担保在银行界普遍存在。通常的做法是银行与房地产开发企业（以下简称开发商）签订《个人购房贷款项目合作协议》以及《个人购房担保借款合同》，并在合同上约定，银行为开发商开发楼盘的购房人发放住房按揭贷款，而开发商在银行开立保证金专户，并按着发放贷款余额的一定比例存入保证金，为银行的按揭贷款提供担保。当购房借款人取得房地产证，并办妥以银行为抵押权人的抵押登记手续后，银行将保证金账户中的对应保证金退还给开发商。在此期间内，若购房借款人未按合同约定按期还本付息的，由开发商代为偿还，银行有权直接从保证金账户中扣划相关款项。笔者认为，房屋按揭贷款保证金不必然就是担保物权性质的保证金，在判断该保证金的性质上，仍需要结合当事人的意思表示、书面合同等证据来判断。

3、账户质押的法律性质与类型

账户质押虽然在我国银行业贷款实务中属于常见的贷款担保方式，但是

我国法律、法规、规章长期以来，包括新出台的物权法并未对该种非典型的担保方式作出法律层面的回应，使得账户质押在法律上缺乏明确规定和定义，使得银行面临十分尴尬的境况。2004年9月27日最高院颁布的《最高人民法院关于审理出口退税托管账户质押贷款案件有关问题的规定》是目前唯一对账户质押做出法律层面规范的规定，出于针对特定问题出台司法解释的惯例，该司法解释仅对出口退税账户托管质押做出了相应的规范，未对账户质押的类型、法律效力和认定条件作出进一步的一般性规范解释。

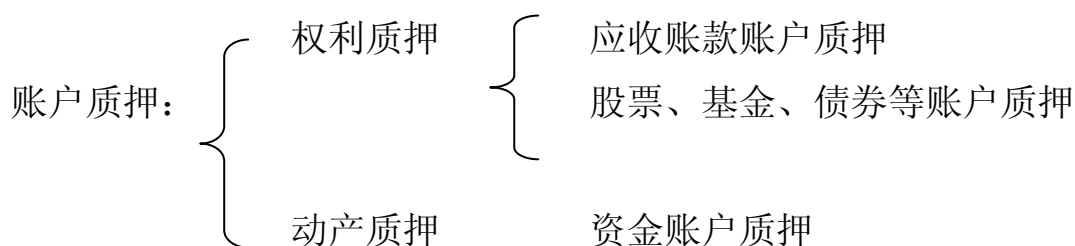
随后，由于物权法的出台，该司法解释被《最高人民法院关于废止2007年底以前发布的有关司法解释(第七批)的决定》（法释[2008]15号）所废止，废止的理由是“与物权法有关规定冲突”，但最高院并未具体解释废止理由、与物权法哪一条规定冲突。笔者分析，根据《中国人民银行、对外贸易经济合作部、国家税务总局关于办理出口退税账户托管贷款业务的通知》规定“出口退税账户托管贷款，是指商业银行为解决出口企业出口退税款未能及时到账而出现短期资金困难，在对企业出口退税账户进行托管的前提下，向出口企业提供的以出口退税应收款作为还款保证的短期流动资金贷款。”从该条定义来看，出口退税托管账户在设定质押时，账户内并没有资金，而是企业承诺出口退税应收款存入到该质押账户，因此出口退税账户质押的质押物应该是出口退税应收款，出口退税账户只是出口退税应收款的载体。根据物权法的第二百二十三条规定债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：

（六）应收账款。因此最高院可能出于该条规定考虑，将出口退税账户托管质押纳入到应收账款质押的范畴，从而废止了2004年的出口退税托管质押司法解释。笔者的这一判断可以从目前的银行实务及司法实践得到证实。目前，出口退税质押可在中国人民银行征信系统办理应收账款质押登记，且该等质押登记的效力已得到法院判决的支持。

虽然物权法、最高院将出口退税账户质押纳入到应收账款质押范畴，但是对目前银行实务当中存在的其他账户质押，我们尚不清楚最高院的态度是肯定还是否定？还是继续让账户质押这种实践形式混沌下去？按照最高院的分析路径和司法实践来看，账户仅仅是货币、资金、股份、基金或应收账款的载体，并非是质押物本身，因此，出口退税账户质押纳入应收账款质押；

如果债务人以账户中的现有资金作为质押担保，那么根据最高院的分析路径，质押物应当是账户内的现有资金而非是账户本身，从而可以纳入到动产（金钱）质押的范畴。同理，如果债务人以账户中的股份、基金作为质押担保，质押物应当是账户内的股份、基金而非是账户本身，从而可以纳入到权利质押的范畴。

从上述的分析路径来看，最高院的态度似乎并不愿意对账户质押作出新的统一的规范性定义，而是试图纳入现有的物权法质押范畴，根据这一路径，笔者尝试对账户质押作出规范性的法律归纳、分类。



从上图中，笔者根据账户内质押的标的物来判断账户质押的法律性质、分类，有助于解决我们实务中存在的账户类型纠纷与困惑（在理论届，长期争论的账户质押是权利质押还是金钱质押，但并未根据账户质押的标的物来区分）。

4、银行按揭贷款保证金账户质押法律效力的一般性评析（也即账户资金质押的法律效力判断）

根据上文分析路径，银行按揭贷款保证金账户质押是以账户内的资金对银行的贷款进行质押担保，法律性质上应属动产质押，属于将账户内的资金作为动产质押的一种方式。根据物权法动产质押的设立条件，保证金账户质押的设立、生效，需要有满足法律设定的三个要件：

（1）双方签订保证金账户书面质押合同、质押条款，形成质押合意。

在实务当中，银行与开发商虽然签订了《合作协议》、《贷款合同》等合同，约定了开发商向银行交纳保证金。但往往由于银行的操作惯例与思维定势，银行与开发商很多情况下并没有另行签订单独的《保证金质押协议》，在已签署的合同条款中也未明确将保证金表述为动产质押，对该保证金、保证金账户的法律性质作出明确约定，也没有约定银行可就保证金在债务人不清

偿到期债务时享有优先受偿权。

一种观点认为：虽然双方未书面形式明确保证金质押，但是从双方合同约定的内容以及实际双方的履行过程来看，比如设立保证金专用账户作为贷款的担保，该保证金帐户上资金被限制使用，可以认定（推断）双方就保证金账户达成质押的合意。

另一种观点认为：根据物权法第二百一十条设立质权，当事人应当采取书面形式订立质权合同。质权合同一般包括下列条款：（一）被担保债权的种类和数额；（二）债务人履行债务的期限；（三）质押财产的名称、数量、质量、状况；（四）担保的范围；（五）质押财产交付的时间。”之规定，当事人双方之间要设立质押关系应当以签订书面形式予以明确，如双方未对质押关系签订书面合同，仅单方就涉案保证金强调应视为质押财产，不能认定为质押关系。

笔者认为：质押是一种物权，是一种绝对权，具有对抗第三人的效力，所以法律规定必须以书面化的形式来严格约束当事人，当事人设立物权应当严格按照法律规定的要件进行。法院在审理有纠纷的物权案件时，也应当按照从严、谨慎原则，在物权的确认纠纷上，少用、不用推断，避免扩大化解释，尽量避免损害善意第三方的合法权益。这也是物权法定的内在和必然要求。因此，本文中的案例一、二审法院判决也是持该种观点。笔者建议在保证金账户质押的设立判断上，应当从严掌握书面的形式要件，必须要有书面质押合同或书面质押条款，而不能以一方或双方的行为来推断质押条款存在。

（2）保证金账户质押的特定化、如何交付质押财产的理解判断

金钱作为一种特殊的动产，不同于其他动产，其所有权随着交付而绝对转移，而其他动产则可只改变占有而不转移所有权，因此，金钱如用作质押则需用特定的方式。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八十五条规定，债务人或者第三人将其金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后，移交债权人占有作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人可以以该金钱优先受偿。从上述规定可知，用金钱质押需先将其特定化后再交付质权人占用，其特定化的形式可采用特户、封金、保证金等形式，其中特户和保证金属于金融机构或具有该性质的机构为出质金钱开

设的专用帐户。可见，司法实务当中，对金钱特定化的理解为资金存放于特定的帐户（非结算帐户）这一存放形式。

物权法第二百一十二条规定，质权自出质人交付质押财产时设立。保证金账户质押是何时转移占有质押财产？

从银行保证金账户的性质分析，质押人将其金钱存入约定的保证金账户后，根据质押合同的约定该保证金账户内的款项仅用于保证项下的支付，不得作为日常结算账户使用，不得支取现金，质押人无法自由支配该账户及账户内资金，仅作为特定债权的担保，债权银行实际上亦控制了该账户的使用。因此保证金账户质押何时交付质押财产的几个标准可以掌握、判断：1、何时开设保证金账户；2、保证金账户内何时存放资金、3、银行何时对保证金账户拥有实际控制权，限制账户原所有人的使用。一旦三个标准同时具备，也就是保证金账户质押的转移占有的时间点。

（撰稿人：赵青云）

■ 法律解读

《婚姻法解释（三）》热点问题解读

2011年7月4日由最高人民法院审判委员会第1525次会议通过，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（以下简称“《解释三》”），并已于2011年8月13日起施行。《解释三》与之前的《婚姻法》及其司法解释相比有了较大的改变，本所就以下几个方面重点解读：

（一）首次明确以结婚登记程序存在瑕疵为由主张撤销结婚登记应提起行政复议或行政诉讼。

依据法律的规定，向法院申请宣告婚姻无效的原因仅包括四种：①重婚；②有禁止结婚的亲属关系；③婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈；④未到法定婚龄（以申请宣告婚姻无效时的年龄为准）。在以往

的司法实践中，法院一般对以结婚登记程序存在瑕疵为由主张撤销结婚登记不予受理。

《解释三》明确了以“结婚登记程序存在瑕疵”为由主张撤销结婚登记的，不属于民事诉讼，可以按两种途径主张撤销：申请行政复议或者向法院提起行政诉讼。

（二）明确规定亲子关系诉讼中一方当事人拒绝鉴定将导致法院推定另一方主张成立的法律后果。

亲子关系诉讼属于身份关系诉讼，主要包括否认婚生子女和认领非婚生子女的诉讼。即否认法律上的亲子关系或承认事实上的亲子关系。现代生物医学技术的发展，使得DNA鉴定技术被广泛用于子女与父母尤其是与父亲的血缘关系的证明。

根据民事诉讼法有关证据的规定：有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。但在民事司法审判实践中，法院无权强行要求当事人做DNA司法鉴定，对于亲子这种重要的身份关系认定，如果没有法律的明确规定，适用“推定原则”存在很大的风险。《解释三》第二条对司法实践中的难题作出了明确规定，即在处理有关亲子关系纠纷时，如果一方提供的证据能够形成合理的证据链条，证明当事人之间可能存在或不存在亲子关系，另一方没有相反的证据又坚决不同意做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求否认亲子关系一方或者请求确认亲子关系一方的主张成立，而不配合法院进行亲子鉴定的一方要承担败诉的法律后果。

（三）首次明确夫妻一方个人财产婚后产生的孳息和自然增值不是共同财产。

婚前个人财产的收益（租金、利息、自然增值除外），属于夫妻共同财产。如：婚前完成创作的小说、婚后出版的稿费，婚前购买的股票在婚后产生的分红或利润分配等即为夫妻共同财产；婚前个人所有的房屋的租金，或者婚前房屋在婚后的增值部分、婚前购买或收藏的古玩在婚后的增值部分等自然增值仍然属于个人财产，而不属于夫妻共同财产。对于婚前个人财产的婚后收益，关键是要厘清孳息、自然增值、投资收益或其他收益，并且，对

于某些孳息或自然增值（如房价上涨），享有所有权一方需要对不享有所有权一方作出补偿。

（四）明确婚后一方父母出资为子女购买不动产且产权登记在自己子女名下的应认定为夫妻一方的个人财产。

此前根据《婚姻法》及相关解释，婚姻存续期间，父母赠与其子女的财产，除明确在赠与合同中确定只归夫或妻一方外，视为夫妻共同财产。但在房价飞涨的情况下，父母往往倾注全部积蓄为子女购房，又碍于面子，一般也不会与子女签署书面协议。如果离婚时一概将房屋认定为夫妻共同财产，势必违背了父母为子女购房的初衷和意愿，实际上也侵害了出资购房父母的利益。所以，父母出资购房登记在子女名下的，视为只对自己子女一方的赠与比较合情合理。

由双方父母出资购买不动产，产权登记在一方子女名下的，按照双方父母的出资份额按份共有，更为符合实际情况。将产权登记主体与明确表示赠与一方联系起来，可以使父母出资购房真实意图的判断依据更为客观，便于司法认定及统一裁量尺度，也有利于均衡保护婚姻双方及其父母的权益。

（五）首次明确离婚案件中一方婚前贷款购买的不动产应归产权登记方所有。

适用本条规定的条件：①一方婚前签订购房合同；②一方支付首付款并贷款；③婚后双方共同还贷；④产权仅登记在支付首付款的一方名下。

离婚时，这种房屋可以由双方协商解决产权的归属；如果协商不成，则产权一般来说归支付首付款的一方，但需要对另一方作出补偿（包括房价上涨的部分），补偿的原则是照顾子女和女方权益。

（六）明确规定当事人协议离婚未成则事先达成的附离婚条件的财产分割协议不生效。

双方当事人在婚姻关系存续期间达成离婚协议，并对子女抚养和财产分割等问题作了约定，但该协议是以双方到民政部门办理离婚登记或到法院进行协议离婚为前提条件的。实践中，主张离婚的当事人一方在签署协议时可能会在财产分割、子女抚养、债务承担等方面作出一定的让步，目的是希望顺利离婚。由于种种原因，双方并未到婚姻登记机关办理离婚登记，或者到

法院离婚时一方翻悔不愿意按照原协议履行，要求法院依法进行裁判。在这种情况下，当事人双方事先达成的离婚协议的效力问题，往往成为离婚案件争议的焦点。离婚问题事关重大，应当允许当事人反复考虑、协商，只有在双方最终达成一致意见并到民政部门登记离婚或者到法院自愿办理协议离婚手续时，所附条件才可视为已经成立。如果双方协议离婚未成，当事人一方有翻悔的权利，事先达成的离婚协议没有生效，对夫妻双方均不产生法律约束力，不能作为人民法院处理离婚案件的依据。

（撰稿人：顾吉）

■ 专题探讨

浅析医疗机构的紧急救治义务

【背景介绍】

（一）2007年11月21日4点左右，在北京打工的肖志军带着已有9个多月身孕的妻子李丽云来到北京朝阳医院京西分院，要求治疗感冒。医生经过诊断，发现肺炎已经导致产妇的心肺功能严重下降，必须马上进行剖腹产。起先李丽云不同意手术，病情加重陷入昏迷后，无法自主表达。此时，肖志军拒绝签署手术单。医院已经免费让孕妇住院，但肖仍不同意签字。并拒绝相告李丽云其他亲属的联系方式。在请示了主管部门后，医生只能动用药物急救，不敢“违法”进行剖腹产手术。21日晚上7点20分，22岁的孕妇因为严重的呼吸、心肺衰竭而不治身亡。该事件经有关媒体报道后，公众舆论哗然，纷纷将矛盾焦点集中到医院，医院受到百般指责，成了众矢之地。

（二）2007年12月3日，广州一名孕妇临产时出现胎盘早剥，因危及母子生命，必须剖宫产。然而该名孕妇坚决拒绝签字。暨南大学附属第一医院的医生征得她家人同意后，强行为其进行剖宫产。有关媒体认为根据法律规定，院方在孕妇神智清醒的情况下，未征得她同意进行手术，行为涉嫌违法并提出质疑，院方对此表示非常无奈。

【评析】

这二起医疗事件均是医院因救人而引发的争议，在社会上引起了强烈的反响。所不同的是，二家医院采取了截然不同的态度，前者医院在病人危在旦夕，家属拒不签字导致手术无法进行时，为避免在医患纠纷中处于不利地位，宁可不抢救生命，也坚持原则，按部就班等家属签字，规避法律风险，最终造成“一尸二命”。而后者医院在孕妇不同意手术，征得其家属同意后，本着“生命第一”的原则，强行为其进行剖宫产手术，最终胎儿夭折，孕妇获救。但有舆论认为，医院未经孕妇同意强行手术，涉嫌违法。笔者认为，以上争议问题的实质其实就是在目前的法律环境下，医疗机构如何正确、恰当地履行紧急救治义务。

一、医疗机构紧急救治义务的概念与特征

所谓医疗机构的紧急救治义务是指在患者生命垂危等紧急情况下，不能取得患者本人或者其近亲属的意见时，医务人员经过批准对生命垂危的患者实施相应救治措施的义务。救死扶伤是医疗机构和医务人员的天职，也是医疗机构和医务人员的法定义务，面对生命垂危的患者，医疗机构和医务人员不能因为医疗费等各种借口延误，或者拒绝紧急合理治疗。它具有以下法律特征：

1、紧急性。病人只要有一线希望，医务人员都应该发挥救死扶伤的人道主义，尽职尽责，付出全部努力挽救生命。基于这样的伦理精神，公民在患病急危时有受到紧急抢救、治疗的权利。人的生命以及人体的某些机能具有不可逆转的特性，即一旦受到损害就难以恢复到受损前的正常状态，形成永久性细胞死亡或者机能破坏。医疗实践中很多疾病必须争分夺秒救治，比如冠心病，冠状动脉的栓塞可以在几分钟甚至几十秒促使心肌由于缺血缺氧而大面积坏死。因此，紧急救治权旨在保障权利人在发生严重危及生命健康的病症时，都能够得到及时的救治，这体现了医疗机构的紧急救治义务的紧急性。

2、补充性。从某种意义上讲，医疗机构的紧急救治义务是医疗机构的一种权利，即在患者生命垂危的情况下，没有得到患者或者其近亲属的知情同意，医疗机构也可以对患者实施相应的救治措施，这种“紧急救治权”不能

对抗患者或者其近亲属的知情同意权，仅仅是知情同意权的补充，体现的是对患者生命的关怀。

3、责任豁免。法律设定紧急救治义务的目的是对人的生命健康权的保障，但医疗机构的紧急救治行为很可能对患者造成不良后果，患者的危急情况虽不是由医疗机构引起，但只要是在紧急情况下为抢救垂危患者的生命，采取的紧急医学措施符合基本的紧急救治规定，即使造成了不良后果，也应免除医生的法律责任。《医疗事故处理条例》第三十三条规定了医务人员履行法定紧急救治义务的责任豁免，一方面使紧急救治义务的内容更加完善，另一方面也为医疗机构规避抢救患者的法律风险提供了依据。

笔者同时认为，从法理上讲，医疗机构在紧急情况下不能取得患者或家属签字，进行医疗活动，也与法律上“紧急避险”的情形吻合。刑法规定，为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已采取的紧急避险行为，造成损害的，不负刑事责任。紧急避险超过必要限度造成不应有的伤害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。依据《民法通则》第129条的规定：“因紧急避险造成损害的，由引起险情发生的人承担责任。”由此可推定医疗机构的紧急救治义务毋需承担民事责任，这也进一步体现了医疗机构紧急救治义务的责任豁免性。

二、我国法律对医疗机构紧急救治义务的规定

《医疗机构管理条例》第三十一条规定：“医疗机构对危重病人应当立即抢救。对于限于设备或者技术条件不能诊治的病人，应当及时转诊”。首次以法定义务形式规定了医疗机构的紧急救治义务。《执业医师法》第二十四条规定：“对急危患者，医师应当采取紧急措施进行诊治，不得拒绝急救处置”，再次规定了医疗机构的紧急救治义务，使患者的保障更为具体。

2010年7月实施的《侵权责任法》进一步赋予了医院法定条件下的紧急救治义务，该法第五十六条规定：“因抢救生命垂危的患者等紧急情况，不能取得患者或者其近亲属意见的，经医疗机构负责人或者授权的负责人批准，可以立即实施相应的医疗措施。”卫生部出台的《病历书写基本规范》也规定：“对需取得患者书面同意方可进行的医疗活动，患者因病无法签字时，应当由其授权的人员签字；为抢救患者，在法定代理人或被授权人无法及时签字

的情况下，可由医疗机构负责人或者授权的负责人签字。”笔者认为，上述法律、规章为我国医疗机构设定紧急救治义务提供了一系列的法律依据。

三、司法实践中医疗机构履行紧急救治义务应注意的问题

1、紧急救治义务与患者知情同意权的冲突与对策

知情同意权是指在诊治过程中，临床医师向患者提供包括诊断结论、治疗决策、病情预后以及治疗费用等方面真实、充分的信息，使患者或其亲属在充分了解信息后自主的作出选择的权利。知情同意权包括知情权和同意权，知情权的实现和恰当行使是同意权得以正确行使的前提和基础。

医方接到患者紧急求救或对患者实施治疗过程中发生紧急情况都必须履行及时救治义务。在紧急救治过程中，按照《医疗机构管理条例》第 33 条的规定，医方在采取紧急治疗措施前应把病人的情况告知患者或其亲属，必要时还要适当解析以帮助患方尽快做出决定。单从法律条文上看，一方面要求医方对急危病人必须进行抢救，而另一方面又要求医方施行手术必须取得家属签字同意。对于急危病人，如果医务人员的抢救义务在家属知情后因种种原因不同意紧急手术，就会导致紧急救治权和知情同意权在这种特殊情况下的冲突彰显出来，此时医务人员便陷入了手术与否的困境。就如本文篇头资料介绍中，丈夫拒绝在手术单上签字以及家属同意手术而孕妇不同意手术，即使在医务人员再三告知时间紧迫，还是坚持拒绝手术。这样必然导致医疗机构在紧急救治义务与知情同意权相冲突时究竟如何抉择？即哪个优先的问题？

笔者认为，紧急救治权与知情同意权之冲突的原因分析实质是法律规范与道德规范之冲突。紧急救治义务要求医务人员优先考虑患者的生命健康权利，当患者出现生命危急时，医务人员应该把生命健康权放在第一位，排除一切对患者不利的因素，尽力去挽救患者的生命和健康。知情同意权侧重医务人员要把诊断信息、治疗方案以及存在的风险如实告知患者或其家属，让患者或其家属在自主自愿的情况下做出手术治疗与否的选择。知情同意和紧急救治的相关法规只是一种程序和规范的约束，是尊重和维护患者生命健康权的最低要求。两权的本质在于体现道德上最大限度地保护患者的生命和健康。道德规范是立法精神的所在，离开了道德，面对实践中出现的新问题就容

易导致医务人员机械的执行法律。肖志军拒绝手术签字导致妻子死亡一案中，医生没有进行紧急手术的理由是患者丈夫拒绝在手术知情同意书上签字，这显然是紧急救治和知情同意在法律规范和道德规范中的冲突，医方为了回避手术的法律风险，而放弃了“救死扶伤”、“以病人为中心”的道德规范，这是不可取的。生命权是人类的最高权利。它是其他一切权利的本源，是所有人权的基础。广东暨南大学附属第一医院的医生冒着闯法律红灯，被患者起诉的风险，行使紧急救治权，体现了救死扶伤精神，维护了公民最可宝贵的生命权利。令人欣慰的是2010年7月颁布实施的《侵权责任法》第五十六条明确规定：“因抢救生命垂危的患者等紧急情况，不能取得患者或者近亲属意见的，经医疗机构负责人或授权的负责人批准，可以立即实施相应的医疗措施”。该规定在法律与医德之间打开了一扇生命之门，彻底解决了法律规范和道德规范中的冲突，使医患关系更融洽，有助于建设和谐社会的发展。

2、医疗机构怠于行使紧急救治义务的法律责任

医疗活动是医疗机构与患者共同参与的活动，在该活动中，医疗机构组织实施医疗救治是一项法定义务，患者请求并获得救治是患者的权利。被奉为医德经典的希波克拉底誓词要求医师“尽一切努力，处处为患者利益着想，解除患者的病痛与危害”，显然实施医疗救治是医德对医疗机构及医务人员的义务要求。

在患者病情危急的情况下，要求医务人员必须迅速实施治疗，否则会造成生命健康不可逆转的严重损害。即使没有患者的签字及法律的授权，医生也不能坐等患者与家属签字，漠视患者的生命安全。对医疗机构紧急救治义务的理解不能绝对化，从某种意义上说，在法律制度之外还有医德与人性。救死扶伤是医生的天职，签字制度的初衷本是为了保护公民的健康，而不是漠视生命。《侵权责任法》第五十七条规定：“医务人员在诊疗活动中未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务，造成患者损害的，医疗机构应承担赔偿责任”。由此可见，医疗机构在法定情形下怠于行使紧急救治诊疗义务，存在医疗过错并造成患者损害的，应承担相应的赔偿责任。

（撰稿人：张洪建）

前期物业管理招投标实施的问题及律师的作用

继《物业管理条例》、《前期物业管理招标投标管理暂行办法》和《江苏省前期物业管理招标投标实施办法》之后，《江阴市前期物业管理招标投标实施办法》的出台实施，必将使我市的物业管理踏上一个新的台阶。大力实施前期物业管理招投标是加强物业管理的根本保证和坚实基础，因此前期物业管理招投标的作用十分重要。但是，由于现在前期物业管理招投标实施过程中问题突出且招投标程序复杂，要求严格，如果稍有疏忽，就会使中标无效，从而使得前期物业管理招投标不能达到预想的目的。所以，律师作为专业法律工作者参与到招投标活动中来，就显得非常必要。本文将针对现在前期物业管理招投标实施过程中的问题及律师可以发挥的作用阐述一二。

一、为什么要实施前期物业管理招投标

前期物业管理，是指在业主、业主大会选聘物业管理企业之前，由建设单位选聘物业管理企业实施的物业管理。目前我国现状是，物业管理业是房地产业的延伸行业，多数物业由开发商组建的物业管理公司管理，多数物业属于开发商自建自管。这种现状导致了物业管理企业一心为开发商开脱责任而不是为业主服务，导致了物业管理企业与业主之间关系紧张矛盾突出，业主享受不到应有的权益，物业管理业也得不到公正客观的评价和对待。

因此，房地产业与物业管理业分业经营已是大势所趋，也是规范发展物业管理的必由之路，只有分业经营才有利于整个物业管理行业向专业化方向发展。分业经营就要求在前期物业管理企业选聘过程中实施招投标，这是物业管理市场化的产物与要求，也是物业管理进步和发展的需要。

二、前期物业管理招投标实施过程中的问题

（一）为选“意中人”，虚假招标多。

由于物业管理行业的历史原因，很多物业管理企业与开发商关系密切，因此招标很多情况下流于形式，招标其实就是为了避开监控，暗箱操作。由

于招标方在招标前早已定好“意中人”，其他投标单位实际上毫无机会。另外由于评选委员会组成人员比例不合理，难以充分代表广大业主的根本利益。

（二）程序不清、信息不对称。

虽然招投标活动有一定的程序，但在实际操作中又是另外一回事。如：有的开发商为打“时间差”，排挤非“意中人”，在招投标过程中，搞许多使投标者不知所云的程序；或者是违反前期物业管理招投标管理的法律法规应当公开的招标信息而不公开。

（三）重表象不重实质，标书流于形式。

物业管理企业在招投标中制作标书，是招投标活动中重要的环节。其方案策划主要是依据企业已有的经验和对社会资料的收集编撰合成的，但这个合成物作为招标的主要依据实在有点勉强。现实中，一旦企业中标，耗费大量人力、物力编成的标书就基本完成了使命而束之高阁。一份精心制作的标书，能在多大程度上反映一个企业的实际情况呢。

另外，目前投标方的标书越做越厚，成本越做越高，少则几千、多则几万，再加上投标保证金等费用，致使不少物业管理企业不堪重负。这不仅影响着物业管理企业的投标积极性，也是一种人力和资源的极大浪费。

三、律师在前期物业管理招投标中的作用

（一）针对虚假招标多的现象，律师在前期物业管理招投标中应当坚持公开、公平、公正等原则，坚持依法招标，确保招投标程序合法。只有把握以上原则，律师才能在前期物业管理招投标活动中真正发挥法律工作者的作用，保证前期物业管理招投标得到贯彻与执行。

1、坚持三公原则。即招投标活动应当遵守公开、公平、公正的原则。前期物业管理作为公开的招投标项目要求招投标活动具有很高的透明度，实行招标信息、招标程序公开，发布招标公告，公开开标，公开中标结果，使每一个投标人获得同等的信息，知悉招标的一切条件和要求。公平原则，要求给予所有投标人平等的机会，使其享有同等的权利并履行相应的义务，不歧视任何一方。公正原则要求评标时按事先公布的标准对待所有的投标人。

2、坚持诚实信用原则。就是指前期物业管理招标投标当事人应以诚实、守信的态度行使权利、履行义务，以维持双方的利益平衡，以及双方利益与业主利益的平衡。在当事人之间的利益关系中，诚信原则要求尊重他人，以对待自己事务的态度对待他人事务，保证彼此都得到自己应得的利益；在当事人与业主的利益关系中，诚信原则要求当事人不得通过自己的活动损害业主的利益，必须在法律范围内行使自己的权利。

3、摒弃部门或地方保护。当代经济活动要遵循价值规律的要求，通过价格杠杆和竞争机制的功能实现资源的合理配置。招标作为市场经济的产物，其最大的特点是通过充分竞争，使生产要素得以在不同部门或地区之间自由流动和组合，从而满足招标人获得质优价廉的货物、工程和服务的要求。因此只有通过招投标选聘的物业管理企业，才能为开发商及业主提供合适优秀的物业服务。另外，经验丰富的物业管理企业还能为开发商减少设计缺陷、降低开发成本、维护企业自身形象起到很好的作用。

4、坚持依法招标，确保招投标程序合法。各级法律法规明确规定了新建住宅等物业均应通过公开招投标方式选聘落实物业管理企业。为了确保前期物业管理招投标程序合法，律师应重点把握以下几个方面：（1）不得规避招标。任何单位和个人不得将必须公开招标的项目化整为零或以其他任何方式进行规避。（2）招标公告依法发布。前期物业管理招标公告，应在法律法规指定的报刊、信息网络或者其他媒介上发布。我市《前期物业管理招标投标实施办法》明确规定：“前期物业采用公开招标方式的，应当在‘江阴房地产信息网’或‘江阴政务信息网’发布招标公告。”（3）协议招标时不能搞假招标。在协议招标中，开发商有可能故意邀请一些不符合条件的法人或者其他组织作为其内定中标人的陪衬，搞假招标。为防止这种现象的发生，应当对邀请招标的对象所具备的条件作出限定，即向不少于三家的法人或其他组织发出投标邀请书，而且该法人或其他组织资信良好，具备承担招标项目的的能力。例如我市《前期物业管理招标投标实施办法》明确规定：“特殊情况下需采用协议招标方式的，应当向 3 个以上信誉良好、具有相应资质和项

目管理能力的物业管理企业发出投标邀请书。并明确前款包含的规定事项及获取招标文件的办法。投标人和招标人有隶属和其他利益关系的，不得作为邀请投标人。”

（二）律师在前期物业管理招投标中可以提供的法律服务。

在前期物业管理招投标中律师可以提供的法律服务广泛且重要，律师既可以为招标人房地产开发商提供法律服务，也可以为投标人物业管理企业提供法律服务，还可以为招标代理机构或者监督管理部门提供法律服务。律师在招投标活动中的地位，可以是参与人的法律顾问，也可以是参与人的代理人。另外，招投标中律师主要侧重法律风险的评估，一般不受严格的行业和专业限制，因此也可以加入评标委员会参与招投标的评标定标。不管律师是为哪方参与人服务，工作范围都是围绕准备、审查、文件、程序、监督等内容来展开。

1、帮助开发商选择招标代理机构。由于前期物业管理招投标属于强制招标项目，招标人必须具有编制招标文件和组织评标的能力。但一些开发商在前期物业管理招投标中缺乏专门人才和技能，因而需要选择招标代理机构代理招标。但招标代理机构必须具备从事招标代理业务的条件：招标代理机构必须具备相应的资格；有从事招标代理业务的营业场所和相应资金；有能够编制招标文件和组织评标的相应专业力量；有符合条件可以作为评标委员会成员人选的技术、经济等方面的专家库。因此，律师需对招标代理机构进行全面的审查。

2、帮助开发商对投标人进行资格审查。由于投标人的能力直接关系到物业管理的质量，所以开发商必须对投标人进行资格审查。主要审查潜在投标人或投标人是否符合下列条件：具有独立订立合同的权利；具有圆满履行合同的能力（包括专业资格、能力，资金、设备和其它物质设施状况，管理能力、经验、信誉和相应的工作人员等）；以往和现在的物业管理业绩情况；没有处于责令停业、财产接管、冻结财产状态；没有实施与骗取合同有关的犯罪或严重违法行为。

3、帮助开发商起草、审查相关的法律文件。在前期物业管理招投标过程中，招标时要制作许多法律文件，对于其中重要的文件，律师应帮助起草或审查。包括：招标公告、投标邀请书、招标文件、中标通知书、书面合同、书面报告、招标代理合同、法律咨询意见书等。

4、律师为投标人物业管理企业提供的法律服务包括：（1）协助审核招标人主体资格，这是投标人律师的首要工作。（2）协助编制投标文件，投标文件的编制质量，直接关系到投标人中标的几率。因此，投标文件既要严格依照招标文件要求的格式、体例等编写，又要注意内容及实质，从投标人提供的服务出发，依靠高质量的服务精神取胜。

（撰稿人：林红、聂寅伟）

总编：林红

责任编辑：张洪建、赵青云

主送：各司法领导、部门

抄报：各法律服务相关单位