



观点新解

徐银波谈养老机构人身损害赔偿之过错认定——应从三层判断框架评价养老机构行为



西南政法大学徐银波在《法学研究》2023年第1期上发表题为《养老机构人身损害赔偿之过错认定》的文章中指出：

在少子老龄化的背景下，传统家庭养老功能弱化，福利性养老机构又床位紧缺，越来越多的老年人选择入住民办养老机构。基于生活习惯和家庭观念的考虑，多数老年人首选居家养老，在高龄或失能时才入住养老机构。照护对象的脆弱性决定了养老机构运行的高风险性，由此使得公平裁判养老机构的人身损害赔偿纠纷成为平衡保护老年人权益与保障养老产业发展之关键。围绕民事责任制度，可以从三个层次平衡保护入住老人与养老机构的利益：一是公平认定责任成立要件；二是合理计算赔偿数额；三是通过责任保险分担风险。就责任成立的认定，虽然基于入住老人与养老机构存在合同关系而面临违约责任与侵权责任竞合问题，但两者的构成要件均包括损害、因果关系，有待明确的归责原则及可归责行为的认定。对于入住老人受到的人身损害，养老机构仅在有过错时才承担责任。就过错的认定，有待明确具体的认定标准。

由于养老机构基于养老服务合同而负担照护义务，因此不同于一般侵权行为着眼于判断行为人在损害发生之时点的行为有无过错，基于养老服务是以维护老年人生活质量为目的之继续性、劳动密集型服务，应从“结构—过程—结果”的三层判断框架评价养老机构行为，判断其有无过错。三层判断框架建构了认定养老机构有无过错的脉络，但仍待明确结构、过程、结果对应考量的具体对象。对此，可从软件、硬件、环境和主体四个维度分析养老机构应当预见并防范的风险，进一步明确三层判断框架下具体的考量对象。认定养老机构有无过错的标准，应在尊重老人人格尊严的前提下，综合考量法律规定、国家和行业标准、合同约定及老年人身心状况之需求。另外，在认定养老机构有无过错时，不仅应当考量保护入住老人人身安全之要求，而且应当考量尊重入住老人人格尊严之要求。针对受害人举证困境以及司法虚化过错认定之现状，可以通过明确养老机构的义务以及推定过错、事实自证等过错认定客观化路径。一方面，完善对养老服务合同的私法规制，为司法明确标准；另一方面，完善技术性规范，只有细致的技术规则指引，方能引领养老服务的规范化、标准化，保障入住老人的生活质量，促进养老产业的健康发展。

郑曦谈刑事诉讼中从第三方处调取生物识别数据——加强调取中的酌情告知与数据安全保障



北京外国语大学法学院郑曦在《中国刑事法杂志》2023年第1期上发表题为《刑事诉讼中从第三方处调取生物识别数据行为的规制》的文章中指出：

在大数据时代数据海量收集和深度运用的浪潮席卷下，生物识别数据同样被大量地收集和使用。生物识别数据，是以自然人的身体、生理或行为特征为基础，进行技术处理而形成可识别该自然人独特标识的个人数据，包括指纹、掌印、手形、虹膜、视网膜、面部、基因等身体和生理特征数据以及签名方式、按键习惯、行走步态等行为特征数据。这些数据在当下被广泛用于商业和社会管理。然而，这些由商业机构或社会管理部门等与刑事司法本无直接关系的“第三方”所收集的生物识别数据，为国家预防和追诉犯罪提供了便利。从第三方处调取的生物识别数据常被侦查机关用于将特定对象与某项犯罪相联系而实现案件侦破，甚至最终被法院用作对被追诉人的定罪量刑依据。如此虽然提升了国家打击犯罪的能力，但不可避免地带来疑虑。

刑事诉讼中公权力机关从第三方处调取公民生物识别数据的行为，符合现代社会下预防和打击犯罪的要求，同时可以大大提高诉讼效率，因此具有一定的必要性和合理性，也得到了相关判例和成文法的支持。技术的发展使得商业机构和社会管理部门能够收集海量的公民生物识别数据。如此庞大体量的数据一旦用于刑事诉讼，不但能帮助公安司法机关有效应对各类新型犯罪，即便在面对传统型犯罪时也能大大提升办案效率，提升办案质量。尽管公权力机关从第三方处调取生物识别数据的行为具有必要性和合理性，但其中也会存在一些风险，主要包括对侦查权力的制约力度减弱、审查证据能力存在困难、个人数据权利易受到损害。为防止调取生物识别数据权力滥用，降低潜在风险，有必要确立实施此种行为的基本理念，秉承目的限制和最小侵害原则，强化权力制约监督；设置从第三方调取生物识别数据前的个案审批与司法审查，应按照“三步走”的策略予以完善。第一步，严格从第三方处调取生物识别数据行为的内部审批流程。第二步，在适当的时候将从第三方处调取生物识别数据行为的事前审批权交由检察机关行使。第三步，未来从第三方处调取生物识别数据行为最终仍应从内部审批或检察机关审批走向司法令状主义；加强生物识别数据调取中的酌情告知与数据安全保障；强化生物识别数据调取后的个人数据权利保护。

为确保在法治轨道上运用从第三方处调取生物识别数据这一手段，基本的要求就是对公权力的运行加以限制，对公民权利加以保障，并在必要时关照第三方利益，从而实现权力与权利的平衡，这可作为规制数据调取行为的普适性思路。

(赵珊珊 整理)

法学洞见

□ 郝铁川 (河南大学法学院教授)

时人常说《水浒传》只反贪官，不反皇帝，这一看法当然有一定依据，但由于《水浒传》作者施耐庵长期生活在元末明初出现资本主义萌芽的江南，《水浒传》中108好汉出身、经历和性格的各不相同，因此，质疑、挑战纲常名教的言行不时可见。

人们都把宋江视为只反贪官，不反皇帝的代表人物，在笔者看来，宋江内心世界复杂，暗含反骨。试看《水浒传》第三十九回宋江乘着酒兴，磨得墨浓，蘸得笔饱，写下一词一诗，词曰：

自幼曾攻经史，长成亦有权谋。恰如猛虎卧荒丘，潜伏爪牙忍受。不幸刺文双颊，那堪配在江州。他年若得报冤仇，血染浔阳江口！诗曰：心在山东身在吴，飘蓬江海漫嗟吁。

他时若遂凌云志，敢笑黄巢不丈夫！

宋江的这词一诗都是发泄不满并借以咏志之作。《西江月》词：“自幼曾攻经史，长成亦有权谋。”说的是自己从小就攻读经史，大了后又精通权谋之术，你们当官的会的我宋江也都会，我宋江的本事一点也不比那些当官的差。“恰如猛虎卧荒丘，潜伏爪牙忍受。”但时运不济，混了半天不过一个小吏，好比虎落平阳，忍气吞声。“不幸刺文双颊，那堪配在江州。”则是进一步地感叹怀才不遇，老天待人不公。“他年若得报冤仇，血染浔阳江口！”既然官府不给出路，老天又对我宋江不公，我宋江就自己找回公道，定要叫这浔阳江风雨腥风。从这首《西江月》来看，宋江一方面

《水浒传》对纲常名教的质疑

感叹心比天高命比纸薄，另一方面宋江的潜意识内一直是有反心，至少一直是把梁山当作自己的退路。当宋江在官场已经穷途末路的时候，本能够想起，自己还有江湖这条路，在江湖这个世界里，吾是个大名鼎鼎的及时雨，真要把我惹火了，就上梁山了。

下一首七绝诗则更露宋江在酒醉之后，内心思想的暴露：“心在山东身在吴，飘蓬江海漫嗟吁。”我人虽然在吴地(江州)，但心却在山东(梁山)。“他时若遂凌云志，敢笑黄巢不丈夫！”要是哪天我宋江上了梁山，实现了我的凌云壮志，凭我的驾驭能力，黄巢又算得了什么呢？黄巢是唐末农民起义军的领袖，从正统的角度来看当然是反贼。这句也是仿写黄巢的诗句“他年我若为青帝，报与桃花一处开”（《题菊花》）。

俗话说，酒后吐真言。读了宋江酒后的这一词一诗，若说宋江没有挑战皇权的思想，谁能相信呢？李逵是主张宋江当皇帝的，宋江其实也是有过这个念头的。宋江江州遇难，危在旦夕，众兄弟下梁山，劫法场，破无为军，杀黄文炳，救得宋江性命，一同上山聚义。喘息未定，宋江便迫不及待地说起“耗国因家木，刀兵点水工”的段子，还要一句一句地解释，得意之情，溢于言表。李逵是个直人，一听这话，便跳起来叫好：“哥哥哥，正应着天上的言语。虽然吃了他些苦，黄文炳那贼也吃我割得快活。放着我们有许多军马，便造反，怕恁地？晁盖哥哥便做了大皇帝，宋江哥哥便做了小皇帝，吴先生做了丞相，公孙道士便做个国师，我们都做个将军，杀去东京，夺了鸟位，在那里快活，却不好？不强似这个鸟水泊里？”这话虽然立即被戴宗喝断，不过宋江的心思，却也被李逵有意无意地捅了出来。不过，宋江是个政治家，会算计各种政治力量之比，会韬光养晦，忍耐一时，这是他高出其他好

汉的地方。但这并不等于他对皇帝真的是忠贞不二，作为押司，宋江得知晁盖劫生辰纲风声走漏，官府要捉拿他们的消息后，第一反应是第一时间通风报信，而且为了让晁盖他们有时间逃跑，宋江还向知县建议晚上去捉，为晁盖他们争取了逃跑时间。身系朝廷司法人员，私放嫌犯，能说宋江忠于宋王朝吗？

《水浒传》中最具挑战纲常名教精神的当属李逵无疑。李逵是主张宋江当皇帝的。这话李逵公开说过多次，而且几乎是一有机会就要说。比如，晁天王曾头市中箭，一命呜呼，宋江因为有天王遗命在先，死活不肯就寨主位。于是林冲等人只好请宋江“以大局为重”，权作首领，以免群龙无首。然而李逵却叫道：“哥哥休说做梁山泊主，便做了大宋皇帝，却不好！”结果被宋江一声断喝：“这黑厮又来胡说！再休如此乱言，先割了你这厮舌头！”陈太尉去水泊梁山招安，李逵挺身而出骂朝廷“你家皇帝姓宋，俺家哥哥也姓宋，偏他做得了皇帝，俺家哥哥也做得！俺杀去东京，夺了鸟位！俺哥哥就做个大宋皇帝，俺就做个小宋皇帝”“俺铁牛平生最喜欢的就是杀官造反的事。大哥若要造反，铁牛便头一个冲进那东京城内，把那鸟皇帝老子捉来砍了头下酒喝！然后大哥便做了皇帝，俺铁牛好歹也能做个威武大将军”等。施耐庵先生让李逵说出这样

的话，真是“胆大妄为”了。

《水浒传》一些人为什么反对接受皇帝招安？答案其实就是鲁智深的一句话。书中是这样写的：（宋江）便叫武松：“兄弟，你也是个晓事的人。我主张招安，要改邪归正，为国家臣子，如何便冷了众人的心？”鲁智深便道：“只今满朝文武，俱是奸邪，蒙蔽圣聪，就比俺的直裰染做皂了，洗杀怎得干净。招安不济事！便拜辞了，明日一个个各去寻趁罢。”

武松、鲁智深已经看透封建制度下朝廷内部的昏暗根本无法彻底清除，所以不再寄希望于朝廷，他们比宋江看得更为透彻。所以，武松会大叫“今日也要招安，明日也要招安，去冷了弟兄们的心”。

中国古代法律思想史，有三条发展线索：一是不断强化纲常名教一派，从董仲舒到程朱理学；二是消极反对纲常名教，从魏晋玄学竹林时期中的嵇康（“越名教而任自然”）、阮籍（“折衷名教与自然”）等，到承袭庄子思想的东晋鲍敬言、陶渊明（主张无君论）等；三是明清时期受资本主义萌芽出现等社会环境变化影响，四大小说为代表的民间质疑和挑战纲常名教的思潮。时下流行的有关教材，专著没有很好地表现出中国古代法律思想的丰富多彩。



我与《宪法与民主制度》一书的缘分(下)

工作。从1982年到1985年是两位先生学术高峰期，围绕八二宪法发表了大量的学术论文以及宣传性文章。

四是该书侧重宪法与民主制度的基本知识、基本理论方面，也结合相关的宪法规范。作者在本书说明中谈到：因为宪法尚在修订之中，许多问题不宜科学地预测——凡书中涉及的对于某些具体制度的看法和设想，均属作者个人学术上的见解，是否适当，应以即将公布的新宪法的规定为准。从这一说明中可以看到，1981年6月写成的文稿，出版于1982年2月，或许有先生的考虑。两位先生是非常重视宪法文本的学者，一旦宪法通过，即便是有作者不满意的一些条款，宪法学者也要尊重文本，以文本为基础诠释。因此，八二宪法颁布前出版，可以把自己的学术观点自由地表达出来，与通过后的宪法文本之间不产生不一致。

如何评价这本书的意义？或许学者有不同的视角与评价，但在我看来，这本书是20世纪80年代关于民主理论的代表性作品，也是第一本专门论述宪法与民主关系的学术著作。该书的序言中，时任宪法起草委员会副秘书长张友渔就指出：实践

表明，对于国家问题、宪法问题和民主制度问题的研究是当前极其重要而迫切的任务。

在《宪法与民主制度》一书中，作者将民主定位在国家制度，从历史、文本与实践三位一体的框架，将民主纳入宪法概念与范畴之中，系统地勾勒出宪法上的民主形象与概念体系，并赋予其比较宪法元素。作者系统地考察宪法与民主关系的历史演变，论证了“宪法是以民主事实为根据，并且是随着民主的发展而发展的”，认为“近代意义的宪法是国家的根本法，它是和民主制度紧密相连的，是民主制度的确认和法律化”。“宪法是以民主事实为依据，并随着民主的发展而发展……社会主义宪法是最高类型的宪法。”现在看来，这些命题似乎已成为共识性的概念，但在当时的历史条件下重申民主常识是十分必要的。

该书十章的安排是以民主的逻辑体系展开的，并不是专题性内容的整合。特别是，围绕民主制度，该书设置了“人民共和国(一)”“人民共和国(二)”这两个核心章节，体系性地探讨了人民民主专政的概念，系统地分析了我国的政权组织形式。此外，这本书对最新的宪法发展动向的探讨以及包括对国家元首、代表制的原理与代表机关的组织结构、宪法规范性与明确性等主题的分析等体现了作者深邃的学术眼光与深入的思考，也回应了20世纪80年代民众重建民主制度与宪法秩序的

期待。

从这本书出版后第一时间购买阅读，到今天重印这本书著作已经41年了，该书的作者何华辉先生离开我们27年，许崇德先生离开我们也已经近10年了。重新阅读两位先生的著作，我总想起前辈们在不确定的时代，以坚定的学术信念与历史责任感，在艰难的环境里保持信心、持续努力，勤奋耕耘，为我们留下了丰厚的学术遗产。同时，我体会到，作为学者要坚持学术理想，要为后人留下值得回忆的学术作品。四十年后，我们写的书、发表的论文是否有生命力？后人是否愿意看？学者要对历史负责，为历史留下有意义的作品。许崇德老师生前说，宪法学是一门“入门容易，深造难”的学问，要真正把握宪法学精髓，并不是容易的事情。

面对百年未有之大变局，我们在重温前辈们的学术思考的同时，也应当以这样的学术责任感，内心充满勇气，履行学者的使命，持续推动我们热爱的宪法学事业，以此告慰为宪法学奉献终身的先生们。

（文章为作者在2023年3月26日《宪法与民主制度》出版四十周年纪念暨暨“全过程人民民主”理论与实践研讨会上的发言节选）

（《我与《宪法与民主制度》一书的缘分(上)》详见于《法治日报》2023年4月12日10版）

书林臧否

□ 韩大元 (中国人民大学法学院教授)

三是八二宪法颁布后新宪法的研究与宣传是学界的主要任务，需要花更多时间，无法集中时间进行学术著作的写作。因为这一时期，许崇德教授主要参与宪法修改委员会秘书处工作，何华辉先生也参与修宪的研究，并进行修宪相关的

(三)



史海钩沉

□ 马建红

每种职业，都有其创始人或曰“祖师爷”，律师或“辩士”的鼻祖，虽不是太明确，不过大家一般都认为是邓析。他是较早从事这项营生的，而且从文献记载来看，他在这一行做得还不错，收入也颇为可观。据说生活在春秋初期的邓析，也和先秦时期的其他人一样，招收门生，聚众讲学，只不过他讲解、传授的是法律方面的知识和诉讼方面的方法技巧。此外，他还具体切实地帮助人们打官司，为人们解决纠纷出主意。不过，他提供的可不是免

费的“法律援助”，而是要收费的。《吕氏春秋》记载，邓析“与民之有狱者约：大狱一衣，小狱襦袴。民之献衣襦袴而讼者，不可胜数”。意思是说他按照案子的大小与复杂程度，分等解答问题并收取费用，大的案件收一件外衣，小的案子则收一条短裤，而当时拿着外衣短裤来咨询和诉讼的人络绎不绝。可以说，邓析所从事的这一职业，有着非常好的发展前景——找他咨询和寻求帮助的人很多，说明社会对律师有广泛的需求，案源不愁；对于从业者来说，收入高，获利丰厚，当无生活之忧。只不过邓析最终“被戮”而死，而后世讼师、辩士这一职业备受官府打压，这就给相应的从业者心理上上了一层挥之不去的阴影。

那么邓析到底为何“被戮”呢？据史料记载，邓析是春秋时期郑国的大夫。他在中国法制史上之所以能保有一席之地，是由于他曾私自制定过一部刑法，因为书写在竹简上，所以被称为“竹刑”。关于邓析之死，则有两种说法：一种说法是郑国的执政郑声，因其“不受君命而私造刑法”，故“杀邓析而用其竹刑”。另一种说法则是邓析为子产所杀。子产在郑国执政期间，对内对外进行了一系列改革，并“铸刑书于鼎，以为国之常法”。子产公布成文法的举措，为人们研习法律和诉讼创造了条件，民间因此也出现了帮助人们打官司的职业诉讼人，邓析即是其中之一。不过，邓析对子产的各种改革措施，总是持批评驳难的态度（“子产治郑，邓析难之”），对子产的刑书也多

持否定意见，认为其不够好，于是私自制定了“竹刑”。不仅如此，邓析在帮助民众解决纠纷时，还经常颠倒是非，没有曲直对错界限，一日之间，在是与非、对与错之间变化不定，想要某人胜诉就找上其获胜的理由，想要治其罪则用使其入罪的说辞。

邓析这种“操两可之说”的“做派”，还有确实的事例为证。据《吕氏春秋》记载的一个故事，洧水曾经发大水，郑国有一富家之人溺水而亡。有人打捞到了溺亡者的尸体，富人想要花钱赎回，而打捞尸体者却要价甚高。富人去找邓析，邓析出主意，劝其不要着急，告诉他，因为你是唯一的买主，这尸体也不可能卖给别人（“人必莫之卖矣”）。富人沉住了气。而打捞尸体的人这一来却着急了，也去找邓析。邓析同样让其不要着急，告诉他，因为富人不可能到别的地方去买尸体，只能在你这里买（“此必无所买矣”）。在这个故事里，富人与打捞尸体的人本来是去找邓析解决这一纠纷的，但他却准找上门就向着谁，不辩是非，只与不可日变”。史料未给出最后的答案，但从这些有限的记载来看，事态的发展是富人与打捞尸体的人非但未能解决纠纷，反而陷入了更大的僵局。可邓析的做法，虽然“甚察而不惠，辩而无用，多事而寡功”，但因“其持之有故，其言之成理”，足以“欺惑愚众”，造成“郑国大乱，民口喧哗”。子产对此非常担心，“于是杀邓析而戮之”。自此之后，郑国民心安定，有了统一的是非观，其制定的

法律也得到了推行。

从收谁的钱就为谁说话这一点来看，邓析的“所欲胜胜，所欲罪罪”并无不妥，只是他同时代理了如“富人”和“捞尸体的人”这样的双方当事人，同时对双方出主意，那就不再是解决纷争，而是变成了“一个挑事搅局者”。难怪作为执政者的子产会担心邓析对民心的蛊惑和煽动，只有杀之而后快了。

像邓析这种原被告通吃的情形，今天已不复存在。根据我国律师法的规定，不仅不允许同一律师事务所律师代理同一案件原被告双方，即便是在同一律师事务所律师，也不可以同时担任同一诉讼案件被告人的辩护人和被害人的代理人。律所要按照规定对委托事项进行利益冲突审查，指派的律师不能同时或先后为有利益冲突的各方当事人担任代理人或提供相关法律服务，否则，律所将承担相应的法律责任。有了这些规定，律师也就不必因代理人的不同而“是非无度，而可与不可日变”了。邓析之死，既死于子产的担忧，更死于讼师职业兴起之时相应制度的缺失，并因此而影响了一个行业领域的生存——既让讼师的职业走上了诡辩的歧途，也使古代法制因辩士的缺席而存有先天的缺陷。这是邓析之悲，讼师职业之悲，又何尝不是古代社会法制之悲呢！

（文章节选自马建红《穿越古今的法律智慧》，北京大学出版社出版）