

SHENZHEN LAWYERS



# 深圳律师

非常视线 专业见解

## 不动产登记

建立不动产统一登记制度、整合不动产登记职责，是国务院机构改革和职能转变方案的重要内容，也是推进简政放权、逐步减少多头管理的重要举措。《不动产登记暂行条例》的出台，对于保护权利人合法财产权，提高政府治理效率和水平，尤其是方便企业、方便群众，具有重要意义。

## 保障人权不能遗漏刑事被害人的上诉权

## 厉行法治 护航发展

## 勇当“全面推进依法治国”尖兵

法人  
FALREN MAGAZINE

NO. 56

2015年第1期 深圳市律师协会主办  
法人杂志社协办

# 集思广益 满足您的阅读需求

## ——《深圳律师》杂志调查问卷

为了集思广益，更好的了解和满足读者的阅读需求，共同办好《深圳律师》杂志，恳请大家在百忙之中协助我们完成这次调查。谢谢配合！请扫描下方二维码，填写调查问卷。我们将安排抽奖，您有机会获得精美礼品。

### 一、读者问卷调查基本情况

1、职业：☐国家机关工作人员 ☐企、事业单位职员 ☐律师 ☐其他

2、联系电话：

邮寄地址：（很重要，便于我们邮寄礼品）

### 二、调查内容

1、您平时是否有看杂志的习惯？☐有 ☐没有 ☐偶尔看

2、您对本刊的封面印象 ☐非常满意 ☐比较满意 ☐不太满意 ☐非常不满意

3、您对本刊内容和版面的整体感觉 ☐非常满意 ☐比较满意 ☐不太满意 ☐非常不满意

4、您对本刊文章中的字体感觉 ☐挺好的 ☐不太好，我喜欢像\_\_\_\_\_报/杂志那样的字体

布局

5、您最喜欢和关注的栏目 ☐视线 ☐热点 ☐论道 ☐实务 ☐拍案 ☐人物 ☐生活 ☐资讯

6、您希望了解哪些方面的信息

☐与律师事务所建设有关的文章 ☐新法解读 ☐外国法制 ☐其他：

7、您认为本刊有哪些不足和需要改进之处

☐封面改进 ☐文章专业性加强 ☐字体调整 ☐增加图片 ☐增加栏目 ☐其他：

8、其他意见和建议

### 三、反馈方式联系人：王颖

电话：0755—83025728

传真：0755—83025177

email：shenzhenlawyers@163.com。

您的阅读是我们办好期刊的动力！非常感谢您配合我们完成问卷调查。

祝您工作顺利，万事如意！



# 不动产统一登记的法治能量

文 深圳市法制研究所所长、研究员 王成义

备受关注的《不动产登记暂行条例》于3月1日正式实施。这部行政法规的立法甫启动便引起社会各界广泛热议，牵动着各方神经，甚至被寄予多重厚望。个中缘由值得品味和深思。

不动产在我国计划经济时代是不动的。随着市场经济的发展，它动起来了，近年来尤甚。由此也引发了一系列经济、社会和法治问题，譬如权属争斗、强制拆迁、土地财政、房价泡沫、官员贪腐、制度缺失等等。躁动的不动产需要多加管束。法治时代崇尚法治思维和法治方式，立法管制应势而生。

那么，这部行政法规何以能够撼动错综复杂的不动产利益格局呢？我认为其确立的不动产统一登记制度所产生的法治能量。

首先，不动产统一登记明确了应予登记的不动产权属范围。《条例》第五条囊括了当前常见的众多不动产权属形态。尽管这些权属在法理上可以既存，但统一登记无疑使其清晰化，对世效力彰然。如此，因权属不清而导致的纠纷与争夺休矣。

其次，不动产统一登记确立了全国统一登记不动产的机构。《条例》第六条规定，县级以上地方人民政府应当确定一个部门为本行政区域的不动产登记机构，负责不动产登记工作。《条例》第七条还有进一步的明确规定。不动产登记机构的统一不仅方便了不动产登记的办理，更深层的意义在于理顺和规范行政管理权力，避免了多头管理，防止乱政和争利。

第三，不动产统一登记建立了统一的不动产登记簿。《条例》第八条规定，不动产登记机构应当按照国务院国土资源主管部门的规定设立统一的不动产登记簿。设立统一的不动产登记簿，不仅要求不动产登记机构应当明确不动产登记簿唯一、合法的介质形式，而且规范不动产登记簿应当记载的事项。这在形式和内容上固定不动产的权属状态，在法律上起到定纷止争的作用。

第四，不动产统一登记促成了不动产登记信息共享。长期以来，我国不动产尤其是房地产登记信息来源分散，为多部分、多层级各自掌控，管理混乱，互不相通，甚至就信息查询设障、设租寻租、生道敛财。另一方面，“房叔”和“房爷”乘乱规避监管，贪腐官员借此遮蔽财产。《条例》第二十三条对建立统一的不动产登记信息管理基础平台作出了规定，以确保国家、省、市、县四级登记信息的实时共享。《条例》第二十五条要求国土资源、公安、民政、财政、税务、工商、金融、审计、统计等部门加强不动产登记有关信息互通共享。不动产登记信息共享的实现除了能够形成统一的信息资源，显然还有利于监管和打击违法犯罪行为。

此外，不动产统一登记拓展了法治空间。依托不动产统一登记及其形成的统一信息资源，相关的法治行动（如房地产税征收、遗产税立法等）势必易行，这也是社会各界普遍关注和想象的。更有甚者认为这会导致房地产降价，有利于房地产市场理性和健康发展。

《不动产登记暂行条例》就要实施了，无论是期盼的还是担心的，法治是正道。





## 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 陈 夏 王 颖
编辑	刘晓莹 赵 佳 周洪磊
美编	0755-83025728 83025789
电话	0755-83025177
传真	深圳市福田区深南大道4001号
地址	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

- ⊙ 律师的机遇与挑战
- ⊙ “购物节”疯狂背后的价格欺诈
- ⊙ “大黄鸭”的版权应该得到尊重
- ⊙ 不该被“充公”的岂止是剩余养老金

## 热点 HOTSPOT



专题：不动产登记

P6 不动产登记会带来什么

P8 登记不等于“确权”

P10 不动产登记：  
暂行的机遇与想象的空间

P13 《不动产登记暂行条例》之解读与慎考

#### 论道 DISCOVERY

---

P15 保障人权不能遗漏刑事被害人的上诉权

P19 对刑事案件远程视频开庭的  
质疑和分析

P21 “告官不见官”的行政诉讼瓶颈突破

P22 “冰桶挑战” 法律触手可及

#### 实务 PRACTICE

---

P24 构建商品包装的知识产权防火墙

P27 “中国硅谷” 做些什么

P29 法院地法  
在我国法律关系中的适用

#### 拍案 CASE AND EXAMPLES

---

P32 著作权跨境流转与跨境保护

P37 业余篮球运动伤害案件的  
自甘风险与公平责任

#### 人物 PROFILE

---

P39 厉行法治 护航发展  
勇当“全面推进依法治国”尖兵

#### 生活 LIFE

---

P42 法律应该更面向未来



P43 那些被我“拆散”的婚姻们

P44 植物的智慧

#### 资讯 INFORMATION

---

## 律师的机遇与挑战

十八届四中全会提出推进法治专门队伍正规化、专业化、职业化，完善法律职业准入制度，建立从符合条件的律师、法学专家中招录立法工作者、法官、检察官制度，健全从政法专业毕业生中招录人才的规范便捷机制，完善职业保障体系。

（综合媒体报道）

从律师、法学专家中招录法官检察官可谓国际惯例。没有哪个群体比律师更希望实现法治，没有哪个群体比律师更希望建立法律职业共同体。律师作为在“法治”道路上前进的一个职业群体，对此更加迫切，更加渴望。作为一名法律人，实现法律价值远高于对其他的追求。本次依法治国的重大决定认可了律师的工作，给律师实现职业抱负提供更大平台，促进法律职业共同体建设，也更加坚定依法治国的道路。

常年从事法律工作，具有丰富的办案经验；更接近社会基层的法律需求，准确把握法律纠纷等，不可否认这些都是律师的优点。律师作为当事人合法权益的忠实维护者，通过为当事人提供优质的法律服务来服务社会，进而在法治建设中发挥作用。但是，仅有这些还不足以让普通律师成为一名公正断案的法官或者一名正义执法的检察官。依法治国的重大决定给了律师机遇，也给了律师挑战。笔者认为，一名优秀的法律人不仅要在知识结构、办案经验、诉讼技巧等方面具备相应条件，更应具有一流的法律服务理念。“从追求当事人合法利益的最大化，到以公正的立场维护双方当事人利益平衡、代表国家和社会公共利益，严格执法”是必要的转换。

现在法治思维已成为公众的共通思维。而深化改革中出现的各种矛盾如反腐如上访如强拆，也要依靠法治来解决。依法治国理念已深入人心，需要大家共同去践行。抓住历史机遇，勇敢面对挑战，相信律师这一法律人群体将在实现法治道路上扮演更加重要的角色。

（广东联建律师事务所 王劲松律师）



## “购物节”疯狂背后的价格欺诈

目前，“双十一”、“双十二”购物节受到大批消费者的热衷，各大电商无疑是此次“销售战”的大赢家。电商规模空前的营销和消费者疯狂购物的背后，网购引发的种种问题再次进入人们的视野。

（综合媒体报道）

价格一直是“购物节”的营销重点，可是价格真的是比平常更低、更实惠吗？根据媒体的报道和消费者反馈，在“购物节”时期购买的商品并不一定比平常优惠，也没有商家所宣传的优惠折扣。例如，原价为58元某商品，平时的活动价为54元，“购物节”当天的原价被改到了168元，活动价为134元买一送一。不知情的消费者看到买一送一，以为商家进行了价格促销，但却比往常花了更多的钱去购买相同商品。对于此类的价格欺诈，消费者该如何维护自己的合法权益呢？

网购，一般表现为消费者通过网络平台与商家签订买卖合同。既然签订的是买卖合同理应受到《合同法》约束。如果消费者在网购中出现前文提到的价格欺诈，可否引用《合同法》第五十四条要求撤销本合同呢？合同一方以欺诈、胁迫手段和乘人之危，使合同另一方在违背真实意愿的情况下签订合同，法律赋予了被欺诈方享有要求法院或仲裁机构变更和撤销本合同的权利。经营者把原价格提高后再以优惠名义向消费者推销商品，消费者在不知情的情况下发生了错误认识，明显属于违背消费者购买该商品的真实意愿，此行为应被认定为欺诈。因此，消费者对于经营者存在价格欺诈的销售行为有权利要求撤销。

虽然消费者对于经营者价格欺诈行为有权要求撤销，但对于可撤销合同权利行使，往往要求享有撤销权的一方在一年除斥期间内向人民法院或仲裁机构提出，而进行网购的消费者在购买商品的价格往往不会太高，一旦要求其提起诉讼或仲裁，绝大多数消费者会觉得麻烦而放弃维权，反而使得经营者肆无忌惮的继续进行价格欺诈，非常不利于网络交易市场的健康发展。虽然国家工商总局在《网络交易管理办法》中规定了网购消费者可以在收到商品的七日内无条件退货，但对于经营者违法行为的处罚却没有足够的重视。笔者认为，政府应尽快建立一个完善的网络交易监督机制，加强对于网络交易市场的监管，促进网络交易的健康、有序发展，保护消费者的合法权益。

（广东诚公律师事务所实习人员 黎泰君）

## “大黄鸭”的版权应该得到尊重

荷兰艺术家霍夫曼创作的“大黄鸭”来到香港后，引起了全国各地“粉丝”的热烈追捧。在大家热议大黄鸭的同时，也有媒体关注到各地的山寨大黄鸭是否侵权的问题，引发了人们对知识产权保护的反思。那么，山寨大黄鸭到底构成侵权吗？

（综合媒体报道）

“大黄鸭”是由荷兰艺术家创作的，那么它在中国受保护吗？根据我国《著作权法》第二条规定，外国人的作品受我国著作权法的保护，必须属于以下三种情形之一：一是该作品的作者所属国或者经常居住地国同中国签订有协议或者共同参加了国际条约；二是该作品首先在中国境内出版；三是未与中国签订协议或者共同参加国际条约的国家的作者的作品首次在中国参加的国际条约的成员国出版，或者在成员国和非成员国同时出版。“大黄鸭”的作者所属国荷兰，与我国同属《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》成员国，并且早在2001年就与我国签订了《关于鼓励和相互保护投资协定》，该协议包含有著作权等知识产权的相互公平保护问题。因此，“大黄鸭”作品属于上述第一种情形，霍夫曼有权在中国主张著作权。

各地山寨大黄鸭的行为如果未经霍夫曼本人授权，则极可能构成侵权。而根据新闻报道来看，霍夫曼并未授权内地相关企业或个人使用“大黄鸭”造型做宣传。目前各地出现的山寨大黄鸭，大部分都与霍夫曼创作的“大黄鸭”极其相似，因此大都涉嫌侵犯霍夫曼享有的著作权。

著作权作为包含有人身权和财产权两大权利体系的复杂权利组合，各地的山寨大黄鸭侵犯了“大黄鸭”著作权中的何种权利呢？笔者认为，至少侵犯了著作权中的复制权、发行权和展览权三种权利。“大黄鸭”作为造型艺术作品显然属于美术作品，各地将山寨大黄鸭布置在公园或街道等公共场所，供路人参观或作活动宣传，属于公开陈列美术作品复制件的行为。

“大黄鸭”先后游历了荷兰、美国、巴西、日本、澳洲等多个国家和地区，均引来了各国“粉丝”的热烈追捧，但未曾报道有人去山寨它，而一到我国，却出现了众多的山寨版大黄鸭。对比之下，凸显出我国知识产权保护的现实环境，以及人们对知识产权的尊重程度。

（广东前海律师事务所 王小敏律师）

## 不该被“充公”的岂止是剩余养老金

众所周知，我国实行养老金缴存制度。如果人去世了账户上的养老金还没用完怎么办？这个问题鲜有人问津，有关部门也未主动回答。现在来看，毫无疑问地都“充公”了。

（综合媒体报道）

养老金的缴存与收益说到底是一种经济行为，政府有关部门充当的是中介和管理者的角色，养老金账户的使用权、收益权应该归属职工个人所有，其理当拥有至少以下几项权利：第一，知情权，可知悉自己的养老金账户中到底有多少钱，可预期收益是多少；第二，自由支配权，使用和支配自己的养老金；第三，馈赠和继承权，职工应该有对养老金账户余额的馈赠权，未用完的养老金，应该由其法定继承人继承。

这就好比人在银行里存了一笔钱，应该知道存款的利率，将来的收益，可以自由使用和支配自己的财产，也可以把它馈赠给亲友，他辞世后，子女等亲属有继承财产的权利。职工养老金也好、住房公积金也好，住房维修基金也好，都是这样，作为长期投资性财产，它们并不随着当事人的死亡而陷入“无主状态”。都应该严格按照《继承法》的规定，进行顺序继承。直接“充公”，没有法律依据。

退一步说，即便确属“无主物”，也未必就该充公。前段时间，一名新疆牧民捡到一块狗头金，引起举国热议，相当多的人认为狗头金该归属国家所有。实际上，对这种既非矿产资源，也非文物的无主物，法律上根本没有规定它必须归属“国家”。有关部门有意没收的做法于法无据。相反，根据“法无禁止即可为”的原则，“无主物”就该“先取先得”。可以说，剩余养老金“充公”，与狗头金引发的“充公焦虑”所指向的深层问题是一致的，那就是“对公民物权的再定义”。

不该被“充公”的不只是剩余养老金，还包括房产、土地等许多可能引发公众“充公焦虑”的财物。与之相对应的是，在我国，《物权法》虽已实施多年，但我们还没能划清公民私有财产与国家公共财产的界限，没能彻底做到“让该归国家的归国家、该归个人的归个人”。全面依法治国就是要从厘清这些亟待厘清的问题着手，依法、充分保障公民对私有财产，消除“充公焦虑”，使民敢藏富，家有余庆，官不乱为，国得善治。

（光明网评论员）



## HOTSPOTS | 热点——不动产登记

## 不动产登记会带来什么

文 中国科学院教授 高峰

全国不动产统一登记系统和管理体制建立以后，可对多个领域改革形成多方的支撑，比如有助于减少政府对微观事务的管理、提高政府治理效率，有助于完善反腐机制、为官员财产公开创造条件，还有利于建立产权清晰、高效流转的全国统一不动产交易市场，进一步完善社会主义市场经济体制。

自2015年3月1日起，《不动产登记暂行条例》（下称《条例》）正式施行。《条例》共六章三十五条，对不动产登记机构、登记簿、登记程序、登记信息共享与保护等做出规定。

那么，《条例》都释放了哪些意义和信号，又如何具体实施落地？

## “靴子落地”意义几何

关于不动产统一登记制度的讨论，承载了社会各界的广泛关注和更多期待，此次《条例》出台究竟释放了哪些信号？

笔者认为，《条例》的出台和实施有三方面重要意义：一是有利于摸清家底，它使得我们国民经济的各项统计数据更为准确、清晰地呈现出来；二是有利于保护权益。不动产登记本身有一个确权过程，合法的不动产和不动产交易受到《中华人民共和国物权法》等法律保护；三是使决策更为科学、精准，进一步提升国家治理体系和治理能力现代化水平。

全国不动产统一登记系统和管理体制建立以后，可对多个领域改革形成多方的支撑，比如有助于减少政府对微观事务的管理、提高政府治理效率，有助于完善反腐机制、为官员财产公开创造条件，还有利于建立产权清晰、高效流转的全国统一不动产交易市场，进一步完善社会主义市场经济体制。

《条例》明确，应按规定办理登记的不动产包括集体土地所有权；房屋等建筑物、构筑物所有权；森林、林木所有权等十大项。业内普遍预期，不动产登记条例出台和实施，将为下一步全面开征房地产税打下基础，从而促进各地住宅市场及用地供应的科学规划，楼市调控更能有的放矢。

不动产登记和个人住房信息联网是房地产长效调控机制最基础的内容，但房价主要还是由供求、预期等因素决

定，不动产登记制度本身不会对房价产生太大影响。

无论是住房信息联网还是房产税政策，都需要以不动产统一登记为基础。如果不动产登记系统得到完善，房产税全面落地也会明显加速。因此《条例》的实施必将大大提高楼市调控的科学性、针对性、有效性。

## 为什么要登记？

从普遍的民事权利上看，天下权利无外乎就是人身权与财产权两种，其中涉及不动产的财产权，往往是财产权中最重要的组成部分，不动产的取得方式，古今中外，皆以登记为要件，依“登记产生权利”为不动产“确权规则”，统一登记将为不动产的产权清晰与产权流转，带来至关重要的影响。

不过，今天我们谈的“登记”，不是一般意义上的权利取得的登记，而指的是关于不动产在不同地域、不同机构登记后形成的登记信息，能否全国性联网整合成一个有效的多层次共享与多角度保护的信息库。也就是说，《条例》成败的关键在于如何平衡“共享与保护”这一矛盾。

第一个“共享与保护”的矛盾破除点在于统一登记机关。我国的不动产产权登记制度，从适用于计划经济的行政管理体制中转型而来，在产权登记体制上出现了“多头登记”“划片登记”“标准不一”以及不能信息联网共享的弊端。随着登记权背后日益凸显的部门利益，甚至在信息联网方面出现了部门保护主义阻碍，越来越不适应当今市场经济的需求，也干扰了反腐“阳光法”配套法律的出台。从最新的条例看，涉及“实时互通共享”的部门有十余个，统筹工作实为繁杂。

但内部性的“共享”，并不构成与社会需求相符合的“共享”，如果统一登记后，信息仅止于国土部门的“私人订制”，联网将变成摆设，不会对社会上的权利利害人产生实质作用。信息共享，应达到这么一个水平：所有权



利利害关系人，均能以一种法定的程序查询到相关人的不动产权状况，如配偶、密切的商业伙伴、讼争的直接相关人，甚至应扩展到基于公益而进行相关信息查询的“吹哨人”即检举人。

这样信息共享的益处自不待细数，光是从物权抵押等市场需求上看，都可以造成革命性的影响，任何制度的革新成功的标志要看是否给民众带来了制度便利，是否降低了交易成本。社会共享机制将使利害关系人在同一信息库下更方便地查询与检索，并把不同种类的不动产更方便地“打包”流转，也能最大限度降低重复抵押、拆零抵押等物权欺诈现象。

### 细节决定成败

在信息的共享与保护方面，可多多借鉴国外成熟的制度。国外在信息共享中对“利害关系人”做了比较宽泛的规定，如只要按“表面证据”证明有利害关系，就可以查询到相关人的不动产权利状态。国外也没有把门槛降到“以人查房”的信息公开的程度，法律确立了财产权属于隐私权的基本法则，对查询人的信息扩散做了严格限制和严厉惩罚。

总之，不动产登记后形成的信息联网，应切实做好“共享与保护”的平衡，过度“信息保护”，导致信息联网的目标挫败和效益低下，不讲保护的开放，则违于法律，社会弊端丛生，同样可能导致统一登记与信息联网制度目的的失败。

有关不动产登记是否出台、如何出台的争议不断，可见本次条例的出台之路并不平坦，所以即使还有些细则需要完善，但还是要以积极态度来为条例的坚决出台而喝彩。

从不动产登记制度的顶层设计看，主要出于经济角度考虑，不动产登记制度的基本功能是，明确不动产权利的归属和内容，维护不动产权利人的合法权益，降低

不动产交易成本，提高不动产交易效率，维护不动产交易安全。

作为市场经济的一项基础性制度，不动产登记制度的价值，首先是基于健全市场经济需求，服务于市场经济。统一的不动产登记制度也和每个人的切身利益息息相关，这是制度本身的价值。不动产统一登记的用途也在于为全国统一的不动产交易市场的形成构建明晰的产权基础。与此同时，可以适度挖掘不动产登记的衍生价值。很多制度之间是有关联的，可以相互补充、取长补短。

然而从百姓视角看，对不动产登记制度主要有两大期待：一是降低房价，二是承担反腐功能。然而如果仅仅是调控楼市和配合反腐调查，这无疑低估了不动产登记制度的影响力。

### 真的能反腐败吗？

近年来，有关不动产登记是否出台、如何出台的争议不断。可见本次条例的出台之路并不平坦，所以即使还有些细则需要完善，但还是要以积极态度来为条例的坚决出台而喝彩。

在不动产统一登记的讨论中，楼市与房价变成了一个“假想敌”。最终影响楼市走向的是土地政策和货币政策。如果这两个基本性的政策有所变动的話，房价肯定会有所变化。但不动产登记条例并未调整土地和货币政策，并且这次条例出台时机也没有选择在楼市房价最高的时候出台。因此，不动产登记对楼市房价的影响有限。

最终落地的不动产登记制度并不允许“以人查房”。它是根据物权法制定的，而物权法明确规定有权查询和复制不动产登记资料的，只能是不动产的权利人、利害关系人以及有关国家机关。如果既不属于权利人，又不属于利害关系人，其他人无权查询、复制官员的不动产登记资料。

这一规定也体现了对公民个人隐私的尊重和保护。虽然“以人查房”在反腐上发挥了一定作用，但公民的房产信息，属于个人隐私，受法律保护。

不动产登记立法一直是近年来呼声最高的摸家底制度。不动产统一登记制度中的所谓“不动产”，不仅包括老百姓的住房，而且还包括草原、林地、海域等，也就是说凡是依附于土地的不可移动的资产都需要对其进行统计。

相比较百姓手中的住宅资产而言，其他类别的不动产才是统一登记的重头戏。不动产统一登记制度固然能为未来房产税的征收提供数据信息基础，但是房产税的推出最终受益者是普通老百姓，有利于房价回归理性。

一个振奋人心的条例具有划时代的意义，但是任重道远，需要补充和纠偏的政策细则还很多。除了要关注短期对不动产交易市场的波动影响，同时更要关注不动产统一登记制度对中国经济未来发展的重大意义。



## 登记不等于“确权”

文 中国房地产业协会法律专业委员会副主任 颜雪明

万众翘首以盼的《不动产登记暂行条例》终于公布，虽然不能尽如人意，但作为第一部不动产统一登记的法规，已经迈出历史性的一步。捧读之际，我想结合深圳的实际，谈一谈“登记不是确权”的问题。

深圳是全国房地产市场的发源地，却始终未解决好车位产权登记的问题。1993年深圳制定《特区房地产转让条例》，规定“房地产首次转让合同对停车场有特别约定的，经房地产登记机关初始登记，由登记的权利人拥有。”2007年物权法实施，规定规划内的车位属于建设单位，规划外的车位是全体业主共有。但事实上，深圳的不动产登记机构20多年来都拒绝办理车位的权属登记，以致车位产权长期以来争议不休。许多人主张车位应属业主共有，主要理由就是开发商并未作初始登记。他们认为，未登记就是未确权，开发商就没有产权。如果是普通民众，持这种认识也就罢了，遗憾的是，持此主张的不乏有律师。看来，通过学习《条例》，弄清何为“确权”，是既有理论价值，又有实务意义。

### 确权是对争议产权依法确认归属

所有权是最重要的民事权利，存在争议是很常见的。有争议就要有解决的途径，于是就有了法律规定的解决方式，即通过法院或仲裁庭的裁决，确定所有权的归属。也只有法院的判决与仲裁裁决，可以决定所有权的归属，其它机构包括行政机关的认定、决定，都没有确定不动产所有权的效力。确权是在有争议的情况下明确产权，但并非所有权都要经过确权，更不是说未经登记，或者未经司法、行政机关确认，就没有所有权。

确定不动产所有权，最重要的依据是不动产登记，但这不是唯一的、不可改变的依据。物权法第19条规定，“登记确有错误的，登记机构应当予以更正”，第21条“因登记错误，给他人造成损害的，登记机构应当承担赔偿责任”，可见即使办了登记，如果错了也要纠正，而非具有绝对的效力。

在不动产没有登记的情况下，如何判断产权归属？就商品房及其附属设施而言，最重要的标志，就是看谁是建设用地使用权人与建造人。物权法142条规定，“建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属

于建设用地使用权人，但有相反证据证明的除外”，就是说，建设用地使用权人建造的不动产，即使不登记，产权也是明确的。

### 登记是对所有权的公示，而不是所有权的来源

《暂行条例》第二条开宗明义地指出：“本条例所称不动产登记，是指不动产登记机构依法将不动产权利归属和其他法定事项记载于不动产登记簿的行为。”请注意，这里说的是“将权利归属记载于不动产登记簿”，而不是通过记载产生权利归属。

不动产权利的来源有建造、购买、继承、受赠、法院判决或仲裁裁决，不动产登记只是对权利的公示。很显然，是先有权利，后有对权利的公示，登记只起到所有权宣示的作用，而不是授予所有权。我国物权法采登记生效主义，未经登记，不发生物权效力，但法律另有规定者除外，这个另有规定，就是指虽未登记，仍产生物权效力的情形。

例如，合法建造的房屋，其所有权产生于建筑物竣工，即使未经登记，建造人仍享有所有权。这就是物权法第30条“因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的，自事实行为成就时发生法律效力”的意义。前述物权法第142条，也说明所有权产生于登记之前，是由土地使用权与建造行为产生。

再如，商品房购买人通常是先占有房屋，后办理登记，如果认为其占有房屋后、转移登记前，并不享有物权，就会出现出卖人毁约只承担违约责任，而物权处分有效的情况，因此，最高人民法院关于区分所有权纠纷的司法解释第一条就明确，向建设单位购买并已经合法占有房屋的人视为业主，何为业主？就是所有权人。须知，此时他并未登记。

由此可见，所有权的成立，并不以登记为条件，以为无初始登记就是未“确权”，就是所有权不确定，既是缺乏起码的法律常识，也严重脱离实际。

### 不动产未经登记，不等于产权不清

未登记的不动产，不一定产权不明晰。如尚未办证的商品房、办不了登记的城中村房屋，以及在集体土地上开

发的商品房，产权都是明确的，没有人敢说，他没登记就没有产权，我可以去强占。原因就在于，这些房屋的权利来源是明确的，其原始权利是清晰的。

最高人民法院2008年制定区分所有权纠纷的司法解释时，对如何界定专有部分，规定了三个要件：“（一）具有构造上的独立性，能够明确区分；（二）具有利用上的独立性，可以排他使用；（三）能够登记成为特定业主所有权的客体。”请注意这里是“能够登记”，而不是“已经登记”，为什么会这样写，我所了解的情况是，最高法院深知现实中登记工作的状态，如果坚持以登记作为专有部分的标准，无异于刻舟求剑，根本无法解决现实中存在的问题。但又不能完全无视登记的法定地位，于是就有了这个“能够登记”，就是说，只要客观上具备登记的条件即可，是否已经登记，并不重要。

深圳南天一花园业主委员会诉开发商城建集团一案中，业主委员会请求将红线内两栋配套小楼判归全体业主。诉讼期间，城建集团申请办理了这两栋小楼的初始登记与分户登记，被业主委员会提起行政诉讼予以撤销。在开发商的房地产证书及分户证书均被法院撤销的情况下，一审的深圳中院、二审的广东高院、再审的最高法院均不认可业主委员会关于诉争两栋小楼属于全体业主的请求。广东高院认为，“案涉两栋小楼由深圳城建公司投资建设而成，不属于公共建筑面积分摊的范围，两栋小楼被登记为深圳城建公司所有的具体行政行为虽因程序性问题而被撤销，但并不能据此证明该楼房属小业主所有。”（[2010]粤高法民一终字第114号）最高法院判决认为，“已办理的案涉房产的产权登记证书因程序违法被撤销后，并不影响权利人依照合法程序再次申请办理产权登记。故南天一花园业委会仅以该行政判决结果，认为案涉两栋小楼无法单独办理产权登记，并进而认为其产权应归南天一花园全体业主共有，理据不足。”（《民事判决书》[2013]民提字第94号）此案例为“能够登记成为特定业主所有权的客体”不是指已经登记，作出了明确的注解。

### 对正当的不动产权利拒绝登记， 是严重的违法行为

我国改革开放后才开始承认私人不动产，过去作为行政管理手段的不动产登记，短时间内难以改变行政化、机关化的旧习，很难适应商品经济条件下不动产登记的要求。具体的表现，就是登记机关以自我为本位，唯上级指示马首是瞻，而不关心法律如何规定，当事人的权利如何保护。深圳长期不登记车位就是典型事例。在登记机构看来，你有没有所有权，是我说了算，或者由我上级说了算，这简直是本末倒置。如果一个婚姻登记机构，不是按照法律规定受理登记，而是根据上级指示或者自己的喜

好，今天不给姓王的登记，明天不给上海人登记，岂不大乱？可悲的是，许多老百姓也认为，政府不认可的权利，就不是自己的，就不敢依法力争，不敢问政府，你的法律依据在哪里。所以，不动产登记立法，最重要的是约束登记机构，宣传这部法规，应当告诉老百姓，登记不是授权，是对自己的合法权利予以公示，是登记机构的法定义务而不是权力。

一个不动产登记机构，依法、及时、准确地为权利人办理登记，是它的基本职责、起码义务，拒绝履行职责，是一种严重的渎职行为。然而深圳建市以来，商品房小区里的车位超过50万个，保守估计价值超过500亿元，其中相当部分已经由开发企业处分，甚至进入市场流转。但由于登记机构不予办理产权登记，造成交易风险骤增，卖方不敢光明正大地卖，买方不敢放心大胆地买，不想买的人一旁鼓噪反对，行政机关动辄维稳叫停。由此看出，不动产登记对保护物权的重要意义，也看出登记机构不履行职责的恶劣后果。

令人遗憾的是，《条例》在法律责任一章中，对登记机构与工作人员的不法行为，仅规定了违法的作为，如“虚假登记，损毁、伪造不动产登记簿，擅自修改登记事项，或者有其他滥用职权、玩忽职守行为”，而疏忽了对违法或不作为的惩处，其实，对合法权利拒绝登记是最严重的渎职，应当予以最严厉的制裁。这一方面，尽管法规缺失，也不意味着权利人束手无策。权利人可以通过个案诉讼，要求登记机构履行职责。在法庭上，再牛的登记机构，总不能说“我不管物权法和登记条例如何规定，我只听我们处长的”吧。

### 立法何必“暂行”

《条例》冠以“暂行”二字，似乎大可不必，一部法规，只要颁行，就发生法律效力，声明“暂行”，没有意义，难道想说这个法只是试试看，大家不要当真吗？而没有冠“暂行”的法，也并非就固若金汤、永不修改，我国的宪法从来没有说“暂行”，但改得最频繁。

不过“暂行”二字确实反映出立法者的心态，就是心里没底，说不准，试试看，也许很快会改，如此等等，尽在“暂行”中。事实上不动产登记条例在制定过程中确实存在很多争议，但开饭时间到了，不管熟不熟，先端出来再说。从法理来看，不动产统一登记只靠一部行政法规是不够的，应当制定不动产登记法。物权法第六条已经明确，“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记”，从这个意义上说，不动产登记条例仅就位阶而言，是不合格的。我们希望，经过一段时间的检验，吸收实践中的经验，真正的不动产登记法能够隆重登场，而今天条例中的缺憾，将在法律中得到弥补与完善。



# 不动产登记：暂行的机遇与想象的空间

文 华中师范大学副教授 郭文婧

统一登记之后的大数据效应，有利于摸清家底，将使我们国民经济的各项统计数据更为准确、清晰地呈现出来，从而使决策更为科学、精准，进一步提升国家治理体系和治理能力现代化水平，于是，不动产登记条例想象空间极大。

2007年颁布并实施的《中华人民共和国物权法》第10条明确规定：“国家对不动产实行统一登记制度。统一登记的范围、登记机构和登记办法，由法律、行政法规规定。”7年，不动产登记条例像姗姗来迟的“靴子”终于落地。2014年12月22日，国务院发布《不动产登记暂行条例》，六章三十五条，对不动产登记机构、登记簿、登记程序、登记信息共享与保护等做出了规定，将于2015年3月1日开始施行。律师作为法律共同体的组成部分，作为依法治国队伍的中坚力量，每一部法律、法规、司法解释的出台，都将深受律师意见的影响，同时也会对律师的业务开展产生一定的影响。律师既要尽快抛弃某些现有的经验，更要着眼新的业务机遇，积累新的经验。《不动产登记暂行条例》的实施自然也不例外。

## “暂行”蕴藏的律师业务机遇

按照官方的说法，制定出台《不动产登记暂行条例》，整合不动产登记职责、建立不动产统一登记制度，是国务院机构改革和职能转变方案的重要内容，也是完善社会主义市场经济体制的必然要求，对于保护不动产权利人合法财产权、提高政府治理效率和水平，尤其是方便企业、方便群众，具有重要意义。在制定的过程中，主要遵循的是四条原则，即统一规范、严格管理、物权稳定、简明扼要，紧紧围绕不动产登记机构、登记簿册、登记依据和信息平台“四统一”进行制度创建。特别是配套实施细则和技术规程尚没有出台，表面上看，《不动产登记暂行条例》与律师业务的开展，并没有太多的直接联系；然而，随着《条例》的实施，许多机遇与挑战就会慢慢涌现出来。至少，不动产登记信息实现共享后，对我们律师提高不动产登记信息查询的便捷度、效率，就是直接的利好。所以，律师当以不预则废的态度来迎接《条例》的实施。

律师在公正领域提供服务的机遇，在《不动产登记暂行条例》出台之前，就已经被密切关注。毫无疑问，公证书在不动产登记工作中，特别是房屋继承中能够发挥预防纠纷、减少诉讼、保证登记行为真实性和合法性的作用，也能够减轻登记机构的工作量和降低登记机关的工作风险。不动产登记的审查。是法律关系的审查，是对主体资格、权利状态、意思表示的审查，具有很强的专业性，登记部门难以进行实质审查，目前在德国、法国、日本等不动产统一登记制度比较完备的国家和地区，往往都交由第三方法律专业机构来完成。《条例》的实施，必然对公证进一步介入不动产登记提供更大空间，律师服务的范围自然扩大，尤其是律师见证业务可能会随之增加。

确权类纠纷案件、确权中的责任追究案件，将成为律师业务今后较长时间内的新增长点。尽管不动产登记实行的是自愿登记原则，但随着法治社会的推进，更多的人明白“登记产生权利”自愿进行登记的数量将快速增加，尤其是《条例》实施后，非常庞大的不动产登记存量可能在阶段性爆发，这个过程中难免产生大量的权属争议。其一，过去多部门各自为政的登记，由于登记信息没有共享，更没有形式或实质的审查，在实行由一个部门统一登记之后，错登、漏登、重复登的情况就会显现出来，权属纠纷案件的出现不可避免；其二，特别是广大农村，过去基本上是不动产登记的空白地带，既存在基于乡风民俗的自行调换、转让，更有大量本身就存在的纠纷、争议，只不过过去多是通过村委会协调处理的，现在一旦正式登记，相关的矛盾就可能集中爆发，相当数量的可能只能通过法律途径来裁决；其三，由于不动产登记如何进行实质审查的缺位，所以不仅无法从源头上解决权属争议问题，而且还可能在登记人之间、登记人与未登记人之间产生许多新的权属争议。另外，《条例》第五章专门规定了法律责任，伴随权属争议案件，也必然产生一些追责、

► 就律师来说,《暂行条例》并没有赋予律师查询主体的地位,当然,在具体实践中,是可以接受权利人、利害关系人、有关国家机关的委托,进行不动产登记信息查询的。

索赔的案件,而《条例》并没有系统内解决方案的详细规定,相当多的案件最终只有通过诉讼来解决了。

不动产登记代理也是律师业务不应该被忽略的一个方面。《不动产登记暂行条例》第三条明确了登记的种类,首次登记、变更登记、转移登记、注销登记、更正登记、异议登记、预告登记、查封登记等八种;第五条明确了登记的范围包括十种,集体土地所有权,房屋等建筑物、构筑物所有权,森林、林木所有权,耕地、林地、草地等土地承包经营权,建设用地使用权,宅基地使用权,海域使用权,地役权,抵押权,法律规定需要登记的其他不动产权利。第十六条规定,申请人应当提交的申请材料,并对真实性负责,特别是其中“与他人利害关系的说明材料”、“法律、行政法规以及本条例实施细则规定的其他材料”,这本身就涉及到专业的法律服务,可能激发大量不动产登记委托的现实需求,而这种代理服务,律师是最有优势的。

### 《条例》想象空间极大

尽管《条例》开宗明义,第一条就说是根据《中华人民共和国物权法》等法律制定。《物权法》是民事法律,立法目的是保护民事权利主体的财产权利、保护交易的安全,但在外界看来,保护权益仅是不动产登记制度的意义之一。确实如此,统一登记之后的大数据效应,有利于摸清家底,将使我们国民经济的各项统计数据更为准确、清晰地呈现出来,从而也使决策更为科学、精准,进一步提升国家治理体系和治理能力现代化水平。于是,不动产登记条例想象空间极大,《条例》的实施只是个信号,意味着多种改革可能,而且方向基本明确,只是时间还不确定而已。

在反腐败的高压态势、高房价令人愤怒的当下,加之此前频繁爆出的房叔、房姐事件,很多人首先想到的是,《条例》在反腐、规范房地产市场等领域的作用。此前民间最大的期盼“以人查房”在《条例》中并不存在,只允许权利人和利害关系人查询。实际上已经说明官员的财产公开制度与不动产登记制度,是两回事情。因为官员的财产公开制度针对的是官员这个特定群体,需要的是专门的行政法律制度来实现,而《条例》只是保护公民个人利益的民事法律。至于《条例》在规范房地产市场方面的作用,完全是基于两种假设之上,一是认为《条例》实施之后会倒逼官员大量抛售房产;二是认为《条例》的实施预示着

房产税将要出台。然而,《条例》采用的是自愿登记,而不是强制登记,登记机关也只是根据申请人提交的材料来进行产权登记,并不查明真实的权属状况。所以,《条例》不可能从根本上倒逼官员大量抛售房产。房产税是否开征,不动产登记提供的数据其实只是一个方面。虽然客观上有为开征房产税做准备的可能,但却不是必要条件,因为政府还有其它口径的数据可以作为依据。是否开征房产税,是中国税收体制改革的一部分,在相当程度上,取决于地方政府的债务杠杆、取决于中国经济发展模式的转型,也取决于房价未来的走势,而根本不取决于不动产登记信息。至于《条例》是否为遗产税的开征作铺垫,道理和是否开征房产税是一样的。

“知我者谓我心忧,不知我者谓我何求”,古今中外莫不如此。伴随着中国经济的发展,在收入差距扩大的同时,财产差距扩大自然产生,在涌现出了相当数量富豪的同时,他们却往往因为财富积累的“原罪”而害怕被“仇富”。《不动产登记暂行条例》虽然具有相当的私密性,但“信息共享”的口子却让富豪们充满了忧虑;尤其是以不动产登记为基础的可能的遗产税,也使得涉及不动产形式的个人财富的管理和传承私隐性遭受一定损害,通过传统的财富传承方式已经难以满足部分人群的传承需求。家族信托,独具的个人私隐性保护功能在这时得到了彰显,媒体报道显示,家族信托已成“新贵宠儿”,继多家信托公司推出家族信托后,平安银行、北京银行、招商银行、建设银行等国内金融机构也表现出趋之若鹜的态势。然而,家族信托在我国推广时间还很短,加之其本身的新颖性、复杂性,可能具有更多、更隐蔽的法律风险,其运作涉及众多的法律关系。在这个过程中,就需要律师的专业知识和丰富经验来提供服务,如信托财产合法性审查、信托目的合法性审查,信托机构都可能委托专业律师进行尽职调查;设立阶段,委托人也需要聘请律师帮助优化信托架构、完善信托条款,于是,律师业务就又多了一个新的增长点。而且,家族信托的兴起,必然带来私人律师业务的兴盛。

同时,因为《不动产登记暂行条例》对广大农村来说,具有“拓荒”意义,不动产登记也意味着农村目前根据人口变化而不断进行的土地、山林等资源的分割情况可能会随之结束,在相关不动产具有法律意义上的确定结论之后,广大农村资产将在交易中被盘活。这中间,不仅不动产登记本身、权属争议会成为律师业务的增长点,介入农村资产交易为其提供专业的法律服务,未来也是律师业务一个大的增长点。

### 为去掉“暂行”怎样努力

党的十八届四中全会通过《中共中央关于全面推

进依法治国若干重大问题的决定》，其中30次提到“律师”，提出了“推进民主立法与律师参与”、“律师、法学家可当法官、检察官，法律队伍更加正规化、专业化、职业化”、“建立政府法制机构人员为主体、吸收专家和律师参加的法律顾问队伍”、“各级党政机关和人民团体普遍设立公职律师”、“建立并逐步实行律师以案释法和申诉由律师代理”等诸多与律师直接相关的新观点，这既是对律师队伍的肯定，也蕴藏着律师的业务机遇。

目前，《不动产登记暂行条例》之所以是“暂行”，也就意味着过渡色彩较浓厚，其效力和权威不足以支撑不动产法律体系，《暂行条例》必然将适时升级为“条例”乃至“法律”。按照现行法律，《土地管理法》《房地产管理法》《房屋登记办法》等均与不动产登记有关。在《不动产登记暂行条例》强调“四统一”之后，这些法律法规的不少条款就必须加快修订完善。无论是《暂行条例》的升级，还是相关法律法规的修订完善，律师的实践经验都是宝贵的财富。

第一，就《暂行条例》的升级来说，律师至少有三个方面是可以做出贡献的。第一，推动不动产登记适用范围的进一步扩大。《暂行条例》第五条规定的十种适用范围，较之于《物权法》的规定，是有所突破的，比如将地役权明确纳入登记的范围之中。但是，现代社会财产的形态在不断增加，而且新的财产形态价值巨大，所以不动产登记的范围，也理应随着不动产类型的发展而不断扩张。比如空间权的登记问题、小区车位车库的登记问题、地上附着的建筑物的登记问题、正在建造或者预售的房屋登记问题等等，律师应该基于实践经验，推动《条例》更加适应未来社会发展的需求，将新的类型的不动产权利，纳入登记的范围。

第二，推动在不动产登记中引入公证及律师见证制度。《暂行条例》在不动产登记的审查环节，登记部门仅进行形式审查，那如何来确保登记的真实性、合法性呢？没有实质审查，如何保障登记的公信力、如何真正实现老百姓基本财产权利的有力保护呢？国外的做法，就是交由第三方法律专业机构来完成。第三方法律专业机构，主要就是公证机构和律师事务所。律师见证具有法律上的约束效力、证据效力。为确保不动产物权登记前的实质审查，应推动将公证和律师见证作为不动

产登记的前置条件。

第三，推动建立完备的不动产登记查询制度。《暂行条例》关于权利人利害关系人、和有关国家机关的具体范围还不明确，不同主体的查询权限、查询的方法、查询的程序、个人不动产信息的保护规则等，也都还不够明确。就律师来说，《暂行条例》并没有赋予律师查询主体的地位，当然，在具体实践中，是可以通过接受权利人、利害关系人、有关国家机关的委托，进行不动产登记信息查询的。由于以人查询不动产登记信息的规定缺席，就意味着律师依然只能通过不动产信息来查询，律师查询难、查询成本高的问题依然没有解决。党的十八届四中全会强调，加强律师队伍的建设是维护司法公正，促进依法治国的重要保障，是坚持执法为民、司法为民的重要举措。那么，是否可以考虑将律师作为单独的一类可以查询不动产登记信息的主体加以明确呢？在条例已经明确“泄露不动产登记资料、登记信息，或者利用不动产登记资料、登记信息进行不正当活动”的法律责任，在不动产登记信息共享与保护的平衡上，是否可以明确在什么情形下，律师接受委托后可以以人查询他在全中国范围内的所有不动产登记信息，从而提高执行效率。



不动产登记并不意味着任何人都可以随意地知悉别人的财产权利的状态。

——中国社会科学院研究员孙宪忠

不动产登记最大的影响在于数十年来中国可以首次摸清房屋、土地“家底”，包括库存、空置率等关键数据，从而“大幅提高房地产及其他宏观政策的针对性”。

——中国住房和城乡建设部住房政策专家委员会副主任顾云昌

不动产登记的目的是不是针对房价而出台的宏观政策，而主要是为不动产确权与完善物权法，与房价调控没关系。即使《条例》正式落地，但内容仍无实质性的突破，效果短期难显现。

——著名房地产财经评论员谢逸枫

条例的一大优势在于，此前庞杂而分散的不动产系统将会整合成一个统一的平台。对于打老虎来说，不再需要各地搜集线索，而只要经过一个平台就可以查询某一特定人名下的全部不动产。

——清华大学法学院副教授程啸

《暂行条例》起提纲挈领的作用，同时为实施细则进一步明确各种登记类型，提供了法律上的依据。

——中央财经大学法学院不动产法研究所所长尹飞





# 《不动产登记暂行条例》之解读与慎考

文 广东卓建律师事务所 杨林律师

2014年12月22日，国务院总理李克强日前签发第656号国务院令，公布《不动产登记暂行条例》(以下简称《条例》)，自2015年3月1日起施行。与《征求意见稿》相比，条例主要涉及明确不动产登记类型等五处修改。五处修改明确了不动产登记员制度、增加了对不动产登记类型的规定、调整了登记审查要求、增加了登记错误的赔偿责任规定等。

## 解读

从表面上看，条例尝试建立不动产统一登记制度，是政府机构改革和职能转变的体现，也是现代市场经济体系的内在要求，在保护不动产权利人的合法产权、提高政府效率、方便群众等方面均有积极的意义。其实，2007年颁布实行的《物权法》就已经提出了建立不动产统一登记的要求，只是没有落到实处。《物权法》第十条规定，“不动产登记，由不动产所在地的登记机构办理。国家对不动产实行统一登记制度。统一登记的范围、登记机构和登记办法，由法律、行政法规规定。”条例此举，通过立法规范登记行为、明确登记程序、界定查询权限，整合土地、房屋、林地、草原、海域等登记职责，实现了不动产登记机构、登记簿册、登记依据和信息平台最终统一。

考虑到《物权法》实施近八年来的实效，结合目前国家在旧城改造、城市更新、城镇化、农村集体土地流转、宏观调控、房产税等方面的政策导向和实际推进，条例此举可以理解为不动产登记之统一登记重构。这一重构的连续举措有三：其一，实现了不动产登记机构、登记簿册、登记依据和信息平台最终统一；其二，此前的不动产登记合法有效，但必将进行进一步梳理并纳入统一登记的信息重整；其三，逐步完成不动产信息一体化和大数据的全面采集，并进行综合运用。

如此说来，我们似乎可以这样解读条例：第一，不动产统一登记可以全面掌握土地、房产及其他不动产的详细信息和数据，把握存量、空置、市场供求等相关数据，从而有针对性的进行房地产及宏观调控政策的制定；第二，房产税在上海和重庆的试点运行可谓喜忧参半，褒贬不一，国家不再扩大试点范围而改为建立统一登记的数据采集可谓缓兵之计，因为，准确而详实的数据将为房产税的出台奠定坚实的基础，从而让房产税甚至遗产税等税制的制定更为合理；第三，不动产统一登记与农村集体土地登记接轨，将继续助推

农村城镇化，引导房地产向二线、三线、四线城市甚至是集镇农村转移重心，促进农村土地的集约利用，实现政策导向的综合效应。

## 隐忧

纵观条例，我们并未发现对于合法不动产权利之外设置权利登记或相应的处置措施。从立法技术层面来说，却也无不可厚非，因为，2007年《物权法》通篇对于不合法不动产权利登记或处置同样也没有做出规定。

我国实际上实行的是土地二元制，即土地国有及集体所有。在国有土地管理及延伸范畴，从土地来源、土地整备、土地出让或划拨、开发建设、房产销售及转让、物权登记已经建立了一整套行之有效的体系，并在逐步完善和加强。问题在于集体土地管理范畴，集中表现在两个方面：一是随着城市的急速发展，房价的急剧上涨，城市人口急剧增长与房地产发展的不平衡，导致违法建筑与“小产权房”的大量涌现，有关网站的统计数据显示，我国商品房与前者的存量比约为55%:45%，而小产权房并未纳入政府统一管理体系，也没有纳入不动产统一登记，甚至没有给出具体的处理方案，这为违法建筑与小产权房的梳理和处置留下了空白地带，也必将成为不动产统一登记的一大隐忧。从理论上讲，不动产基于建造而享有权利，违法建筑其实也有权利，而小产权房也已经通过市场销售或以租代售的方式被实际利用和普遍持有。大量的已经实际利用的不合法房地产未能纳入登记范围，本身就是信息采集的一大缺失，势必会影响统一登记的效用，而从终极解决层面而言，等于回避棘手的现实问题。二是，集体土地利用的权利混乱状态，如何梳理和调整并纳入统一登记。我们知道，集体土地可以分为农用地、宅基地、公共设施和配套用地、发展用地，在沿海和经济发达地区，集体土地的利用程度很高，土地入股、土地租赁、土地合作、承包经营、违建、抵押、占用农用地甚至耕地建设的情况较为普遍。虽然农业部曾经出台了关于集体土地承包经营权登记的相关办法，近期国务院也发布了关于农村集体土地流转的相关规定和通知，但是，如何有序梳理，如何客观合法登记，如何解决争议，将又是一大问题。

还有一块我们不常提及的，便是军产房。随着房地产三十年的迅猛发展，军队房地产管理的失范和漏洞被利用，部队用地和营房用地也加入了房地产市场。军产房的本意是

解决部队军人和军属的住房需求，以及解决部队营房需求，但大量的部队用地被市场化运作，合建分成普遍存在。因为价格远远低于市场商品房，且登记及变更手续更为简便，费用低廉，大量的军产房不可遏制地流入市场。在许多地方甚至出现了军队设置的房地产管理局，并办理市场保有的军产房过户交易和登记变更手续。军产房的市场保有，尚未有具体的统计数据。虽然军队对于军队用地的管理也有一套法规和制度，但施行的实效较差，客观上也为军产房的市场保有提供了可乘之机。这一块又如何处理？由于军队房地产不属于政府管理范畴，从用地、建设、销售、登记、流转均未纳入政府管理。而实际上，市场保有的普遍化加剧了处理的难度，让保有群体退出保有难上加难，保有数据显然难以采集，如何对这一块进行统一登记？我们似乎只能期待军队的自我整顿和梳理，但是谈何容易。

### 思考

对于条例的出台，我们关心的还有如下几个方面的问题：

其一，如何实现信息的有效、合法及统一登记？依照条例的规定，我们要实现这一目标，要义有四：一是统一规范，明确一个部门负责登记，并对机构设置、簿册管理、基本程序、信息共享与保护提出统一要求。条例明确由国土资源部负责指导、监督全国不动产登记工作，同时要求县级以上地方人民政府确定一个部门负责本行政区域不动产登记工作，并接受上级不动产登记主管部门的指导和监督；规定不动产登记原则上由不动产所在地的县级人民政府不动产登记机构办理，直辖市、设区的市人民政府可以确定本级登记机构统一办理所属各区的登记；跨县级行政区域的不动产登记，由所跨县级行政区域的登记机构分别办理、协商办理，或者由共同的上一级人民政府不动产登记主管部门指定办理。二是严格管理，重点规范登记行为，强化政府责任，提高登记质量，增强不动产登记的严肃性、权威性和公信力。三是物权稳定，明确已经发放的权属证书继续有效，已经依法享有的不动产权利不因登记机构和程序的变化而受到影响。四是简明扼要，主要围绕实现“四统一”作出原则规定，对一些操作性规定，在今后的配套实施细则和技术规程中予以细化。四是登记的统一认定标准与严格程序审查。

其二，如何进行数据保护？一是登记机构设立统一的不动产登记簿，将不动产的自然状况、权属状况、权利限制状况等事项准确、完整、清晰地予以记载，并作为最终核对文件。二是规范登记形式，要求登记簿原则上要采用电子介质，暂不具备条件的，可以采用纸质介质，登记机构要明确唯一、合法的介质形式。三是细化保管责任，要求登记机构建立健全相应的安全责任制度，永久保存登记簿；纸质登记簿要配备防盗、防火、防渍、防有害生物等安全保护设施；

电子登记簿要配备专门的存储设施，采取信息网络安全防护措施，并定期进行异地备份；任何人不得损毁登记簿，除依法予以更正外不得修改登记事项；登记簿损毁、灭失的，要依据原有登记资料予以重建。

其三，如何在加强信息的运用的同时确保公民隐私权？这其实是一个悖论。信息运用与隐私保护本为相对，隐私信息纳入登记本就意味着信息的传播，信息被运用意味着再次传播，传播的频次越多也就意味着信息泄露的几率越大，隐私权被侵犯的可能性就更大。我们的姓名、年龄、住址、健康状况、财产状况等信息在政府部门、优势企业、金融机构、医院等有登记或记载，而客观上也造成我们的信息被广泛地进行商业或牟利的使用，难免侵犯到隐私权。当然，我们亦不能因噎废食，关键在于如何运用、如何加强信息运用的管理及违法行为的处罚。

有律师担忧，是否会因此而影响到调查取证权利，这个担忧绝非无风起浪。律师法对于律师调查权利的规定本就不明确也不具体，而事实上相关信息保有机构尤其是政府机构对于律师调查也一直设置较为严苛的条件和程序，客观上妨碍了律师的调查取证权。在以人查房还是以房查人的问题上，登记机构曾经也非常纠结。其实，解决这个问题并不难，重点就在于要充分尊重律师的调查取证权，标准要统一，要平等对待，要轻管理重服务。

其四，如何追究信息错误登记或违法使用的责任？为督促登记机构依法履行职责，条例规定了严格的法律责任：一是登记错误责任，规定登记机构登记错误给他人造成损害，要依法承担赔偿责任。二是不当履职责任，规定登记人员有虚假登记，损毁、伪造登记簿，擅自修改登记事项等滥用职权、玩忽职守行为的，依法给予处分；给他人造成损害的，依法承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。三是安全保密责任，规定登记机构、信息共享单位及其工作人员要对登记信息保密，涉及国家秘密的要依法采取必要的安全保密措施，违反规定泄露登记资料、信息，或者利用登记资料、信息进行不正当活动，给他人造成损害的，依法承担赔偿责任；对有关责任人员依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

此外，条例对当事人提供虚假材料申请登记，伪造、变造、买卖、使用不动产权属证书、登记证明，违法泄露、非法利用查询的登记资料、信息等行为，也规定了相应的法律责任。

当然，我们关心的问题还有很多，相信条例在细化和具体实施的过程中还会出现这样或那样的问题。不能期望条例一出生就完美无瑕，但我们期望条例能够从善如流，逐步完善，既能精简机构、提高效率，又能方便群众确保安全；既能实现统一登记、物权保护，又能加强信息运用、保护隐私。如此种种，条例还有一段漫长的路要走。

## 保障人权不能遗漏刑事被害人的上诉权

文 广东深兴律师事务所 王腊清律师

新修订的《刑事诉讼法》第2条增加了“尊重和保障人权”的规定，这不仅契合了社会主流价值取向，也突显出人权保障应有的价值理念。同时还彰显了我国人权保障事业的进步。这是此次《刑事诉讼法》修改最耀眼的闪光点。

然令人遗憾的是，一直被人们所关注的、司法理论界与实务界早已议论纷纷的刑事被害人的上诉权，却被新修订的《刑事诉讼法》遗漏。因此，在现有刑事立法的基础上，不断完善与保护刑事被害人诉讼权利的立法已成当务之急。

### 刑事被害人上诉权与现状

被害人。被害人一词来自拉丁语victima，指宗教仪式上向神供奉的祭品和因他人行为受伤害或受威胁的个人、组织、或法律秩序。联合国大会 1985 年 11 月 29 日第 40/34号决议通过的《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理和基本原则宣言》中所谓的受害人系指个人或整体受到伤害是由于触犯会员国现行刑事法律，包括那些禁止非法滥用权力的法律和行为或不行为所造成的。显然，这里的受害人指犯罪行为侵害的自然人。我国刑事诉讼法学理论普遍认为：“刑事被害人是指其人身、财产及其它权益受到犯罪侵害的人”，即指其合法的人身、财产权利或其它权益受到犯罪行为直接侵犯的公民、法人或其它组织。

刑事被害人。是指由于犯罪行为而使其合法权益遭到损害的个人、单位及其他组织。刑事被害人有广义和狭义之分，广义的刑事被害人是指直接或间接受到犯罪行为侵害的自然人、法人和非法法人团体以及自然和社会组织。而狭义的刑事被害人仅指直接或间接受到犯罪行为侵害的自然人。我国刑事诉讼法将刑事被害人分为公诉案件的被害人，自诉案件的自诉人，附带民事诉讼的原告人以及反诉成立部分的反诉人。本文探讨的刑事被害人仅指公诉案件中自然人形态的刑事被害人。

刑事被害人上诉权。上诉权为天赋的救济权利，是法律赋予当事人及其家属或辩护人或代理人因不服一审裁判

而向上级法院提起上诉的一项宪法性权利，它既体现了寻求二审法院给予救济的主体意志，又直接反映和体现了当事人寻求救济的愿望；它既以一审程序为基础，又以一审法院的裁判为检验对象，通过当事人上诉权的行使以缓和当事人与司法机关的冲突、避免裁判错误或纠正量刑不公的权利保障和救济。

现行《刑事诉讼法》虽然没有赋予刑事被害人上诉权，并不意味着刑事被害人不应该享有上诉权，毕竟刑事诉讼演变规律是从私诉到公诉、再到私诉与公诉并存的否定之否定路径。依我国刑事诉讼法学理论而论，上诉权是刑事被害人诉讼权利的核心。保障刑事被害人的上诉权是实现刑事诉讼保障人权、惩罚犯罪双重目的的内在要求，使得倾斜于被告人的天平恢复平衡，最终能够促进刑事诉讼的公正、效益、民主，促进法治的实现。

### 不赋予刑事被害人上诉权之弊端

现行《刑事诉讼法》不赋予刑事被害人上诉权，不仅刑事被害人的合法权利得不到有效救济、保护，而且常致刑事司法于被动境地，不利于矛盾纠纷的根本解决，有悖于司法公平、公正。作为刑事案件中的被告人和刑事被害人，同样是刑事诉讼程序中的当事人，从当事人诉讼权利相对应原则而言，在刑事诉讼中平等保护当事人的权利，应当赋予刑事被害人上诉权，平衡被告人与刑事被害人之间的权利。

上诉权是天赋的当事人的诉讼权利，是刑事被害人诉讼当事人地位的重要标志，不可以任何理由加以限制或剥夺。但是，对于犯罪行为后果的直接承受者——刑事被害人，按照现行《刑事诉讼法》的规定，被告人及其法定代理人不服地方各级人民法院第一审的判决、裁定，有权向上一级人民法院上诉。被告人的辩护人和近亲属，经被告人同意，也可提出上诉。而对于刑事被害人及其法定代理人一方，不服一审判决的只能在接到判决书后请求人民检察院抗诉。但抗诉与否，决定权在人民检察院。从理论上讲，被告人的上诉权非但不受任何限制，法律还为其有效



行使此项权利提供多种方便，并有“上诉不加刑”原则的保护。此种立法设计对于刑事被害人是不公正的，也是与设定刑事诉讼程序的初衷相背离的。现行《刑事诉讼法》第2条既然增加了“尊重和保障人权”的规定，这表明不论是刑事被害人还是被告人，都有获得“尊重和保障人权”的权利。显而易见，对刑事被害人和被告人的权利保护是当代人权保障的两个方面，忽视其中任何一个方面都是不全面、不正确的。综上所述，赋予刑事被害人上诉权是完全必要的。

不赋予刑事被害人上诉权，使得刑事被害人的诉讼权利不具有统一性和完整性，有悖于法律的尊严和权威。

“有权利必有救济”，上诉权作为对不服一审裁判时启动二审的途径，是最有效的救济手段。我国实行的是两审终审制的审级制度，与国外的三审终审制相比较，本身存在不可避免的缺陷。因此在二审终审制的现有条件下，更有必要赋予刑事被害人上诉权。可以说，不赋予刑事被害人上诉权的刑事诉讼权利是不完整的，是与全面保障人权的宪法要求不相适应的。

刑事被害人作为刑事诉讼的当事人，只具有提请抗诉权而不赋予其上诉权，显然是与其当事人的地位不相适应。作为刑事诉讼当事人之一，刑事被害人无疑应当具有独立的诉讼法律地位，刑事被害人是否上诉显然不应依附于任何个人和组织，更不应依附于公诉机关。与被告人作为诉讼当事人一样，是否上诉取决于当事人自己，而不是取决于他人。因此上诉权是刑事被害人的当然权利，不赋予刑事被害人上诉权，刑事被害人当事人的地位徒有虚名，在刑事诉讼程序中作为当事人的权利根本不能实现。

不赋予刑事被害人上诉权，使得刑事被害人与被告人的刑事诉讼权利失衡。既然刑事被害人是犯罪行为直接侵害的人，他和加害人（被告人）是刑事上的对立方，作为加害人的被告人有权提起上诉，甚至其辩护人和近亲属经其允许也可以提起上诉。为什么唯独刑事被害人没有此项权利？这不仅在理论上说不通，而且在实际上不利于纠正错误裁判，不利于保护刑事被害人的实体权利。

不赋予刑事被害人上诉权，难以平衡刑事被害人的权益与国家、社会公共利益。长久以来的观点认为将刑事被害人的利益置于国家的庇护之下，使其成为国家和社会利益的组成部分或附庸，只要国家合法地实现了自己的利益和需要，刑事被害人的利益自然就得到了维护和实现。社会实践告诉我们，“个人权利与国家权力的冲突与协调，是一个恒久的课题”，刑事被害人的利益和公诉人所代表的国家、社会利益并不完全一致。一方面，国家权力代表社会整体的利益和要求，刑事被害人也可能有着不同于国家和社会的独立利益和要求。尤其在实行利益主体多元化的市场经济条件下，刑事被害人的这种诉讼利益和要求更

为彰显个性。另一方面，公诉人代表国家行使公诉权时首先考虑的是社会整体利益，而且公诉人作为自然人，他的行为与他的情感体验是分不开的，他不可能有像刑事被害人由于遭受犯罪侵害之后的切肤之痛而迸发出来的那种本能自然的要求，因此，公诉人在执行控诉职能时忽视、轻视、遗忘、遗漏刑事被害人权益的情况是不难想象的。这显然容易导致刑事被害人的刑事诉讼权益与国家、社会公共利益保护上的不平衡。

### 赋予刑事被害人上诉权的价值分析

《刑事诉讼法》已经赋予刑事被害人当事人的诉讼地位，对刑事被害人的救济归根结底取决于其诉讼权利，关键就是上诉权，赋予刑事被害人上诉权有其深远的价值意义。

第一，赋予刑事被害人上诉权有利于实现刑事诉讼目的。刑事诉讼的目的表现在两方面：惩罚犯罪和保障人权。一方面，通过行使国家刑罚权，发现和证实犯罪、惩罚犯罪人来维护公共秩序、保障公民个人的安全使之不受犯罪行为的侵害；另一方面，刑事诉讼法对国家权力的运作施加了种种程序限制，以保障公民基本人权。对作为公民的被告人来讲，惩罚犯罪和保障人权常有对立和矛盾的时候。然而从刑事被害人角度来说，惩罚犯罪和保障人权是统一的，也是与刑事被害人的愿望相一致的。根据心理学研究的结果来看，当人受到侵犯和伤害时，他最大的愿望就是希望给他造成伤害的人受到同样程度的惩罚与报复，这是人的一种最朴素、最原始、最本能的心理活动。由国家通过刑事诉讼活动来惩罚犯罪分子，虽然从表面上不能恢复刑事被害人受损的权利，但它可以减轻刑事被害人内心的痛苦情绪。追究和惩罚犯罪就是对刑事被害人受损人权的一种恢复。刑事被害人作为刑事诉讼人权保障的重要主体之一，必然要享有相应的诉讼权利，并使其诉讼权利得到充分的尊重和行使。只有赋予刑事被害人上诉权，才能调动刑事被害人参与并追究犯罪的积极性，实现刑事诉讼保障人权、惩罚犯罪双重目的的内在要求。

第二，赋予刑事被害人上诉权有利于实现司法公正。赋予刑事被害人上诉权有其权力制约方面的根据，是符合程序控制原理的。刑事被害人作为当事人，不仅有监督的积极动因，而且作为犯罪事件的亲身经历和利益受判决的影响者，最有条件感受判决是否公正，对审判权的监督，不仅不会削弱审判权的权威性，而且会增强审判权的内在说服力。当事人满意的判决均是公正的判决，不考虑当事人满意程度的判决绝对不是公正的判决。保障刑事被害人的上诉权可以促进诉讼进一步开放，刑事被害人有条件充分表达自己的主张、意见，利于防止司法人员的专横擅断、侵害刑事被害人诉讼权利的现象。

第三，赋予刑事被害人上诉权使得倾斜于被告人的天平恢复平衡。对刑事被害人上诉权的保障，面临刑事被害人、被告人、国家和社会整体利益这一三角关系的权衡与协调问题。应认识到刑事被害人与被告人一样都是刑事诉讼应予尊重和保护的\*\*中心人物\*\*，其权利也是完全独立并不可代替的，维护国家利益与维护刑事被害人利益应当兼顾，这是刑事诉讼的内在要求，也是现代各国立法的一致趋势。被告人相对于国家权力来说是弱者，刑事被害人相当于国家机关和被告人、辩护人来说，更是弱者。刑事被害人权利保护和被告人权利保护应当平衡。刑事被害人作为受害者和被告人作为被追究的对象，国家刑事立法为维护其各自的实体权利不受非法侵犯而赋予他们必需的程序性权利。由于刑事被害人、被告人处于对立的诉讼地位，其各自的诉讼权利必然在一定程度上相互冲突。在以被告人为本位刑事诉讼中，刑事被害人与被告人权利的失衡，与人类想通过诉讼寻求和恢复平等和公正的愿望背道而驰。赋予刑事被害人上诉权，只是旨在追求将把重点放在保护被告人权利而忽视刑事被害人利益所导致的失衡状态回到正确方向，而非走向刑事被害人权利保护绝对化的极端。

第四，赋予刑事被害人上诉权是程序公正的体现和恢复刑事被害人受侵犯的公正要求。剥夺刑事被害人的上诉权，使刑事被害人在第一审法院从轻发落被告人时，丧失了基本的异议权，对这样的程序待遇，他不能不感到愤怒。如果一审法院的审判不公正，在检察机关不抗诉和被告人不上诉的情况下，刑事被害人拥有了上诉权，就能够通过程序措施对抗这种不公正，使得被一审法院的审判损害了的公正得到恢复。同时，赋予刑事被害人上诉权不仅对刑事被害人有益，而且对法官也有利，因为刑事被害人享有上诉权能够避免其将不满全部发泄到法官身上。否定刑事被害人上诉权，不仅容易使刑事被害人矛头直指法官本人，而且难以使判决成为守法指南。赋予刑事被害人上

诉权，让刑事被害人享有独立的人格尊严，有助于刑事被害人从受害的心境中走出来。

第五，赋予被害人上诉权能优化诉讼结构。司法理论界有不少学者对赋予被害人上诉权持质疑态度，认为赋予了刑事被害人上诉权架空了“上诉不加刑”原则，也加重了被告人的负担，使其面对庞大的公诉的同时也要面对被害人的上诉，将会破坏诉讼结构的平衡性。刑事被害人的上诉权就真的只会给被告人产生负面的影响吗？其实不然。首先，虽然我国确定了“上诉不加刑”原则，但该原则并不意味着对被告人的一味地偏袒。赋予刑事被害人上诉权与“上诉不加刑”原则所具有的鼓励被告人上诉而启动二审审查程序有异曲同工之效。其次，刑事被害人上诉权也会给被告人带来积极的一面。因为二审程序一旦被启动，意味着一审不公的判决结束和新一轮审判开始。被告人又一次站在无罪的角度来争取自己权利。从实体意义上来看，各国刑事诉讼的目的无非两种“实现国家的刑罚权和保障人权”，这里的人权当然包括刑事被害人。在有刑事被害人上诉或被害人和被告人都上诉的情况下，只要法官能公正的居中审判，被告人的合法权益不会因刑事被害人的上诉而改变其实体结果。由此可见，在有刑事被害人上诉的情形下，被告人反而被给予了更多一次纠正裁决的机会，换言之，被告人的合法权利得到了最大限度的维护。

### 赋予刑事被害人上诉权是 刑事诉讼法的发展趋势与世界立法趋势

在我国刑事诉讼法的历史发展过程中，刑事被害人对公诉案件的一审判决如果不服，曾经被赋予提起上诉的权利。1958年3月，最高人民法院在《关于公诉案件的被害人对判决不服可否提起上诉问题的复函》中指出：“公诉案件的被害人对判决不服，可以被害人的资格提起上诉。”这一规定虽然在20世纪六七十年代中名存实亡，实际上直到1979年《刑事诉讼法》的颁布实施一直没有被明文废止。1979年刑事诉讼法则出现了倒退，没有赋予刑事被害人上诉权。2004年《宪法修正案》规定“国家尊重和保障人权”，这说明我国政府对人权保障的重视程度及其重要地位的认识提到了宪法的高度。可以说赋予公诉案件中刑事被害人上诉权的时机已经成熟。

自从公诉主义统领刑事诉讼以来，刑事被害人的起诉权就让渡给了国家。实际上，扩大和保护刑事被害人的上诉权是当代刑事诉讼法发展的趋势，国外也有立法先例。联合国在1985年《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》中规定：“对待罪行受害者时应给予同情并尊重他们的尊严。他们有权向司法机构申诉并为其所受损害迅速获得国家法律规定的补救。”该条款明示刑事





被害人有权上诉。由此可见，赋予刑事被害人上诉权符合保障刑事被害人权利的世界趋势，也是现代刑事诉讼民主化和现代化的重要体现。

随着人权观念的兴起和传播，人们认识到被告人在公诉中处于不利的地位。此后保障被告人的专门法律或条款不断增加，而刑事被害人的权利不断的萎缩，除了和其他证人一样履行作证义务外，几乎处于被遗忘的角色。近现代刑事诉讼结构设计的一个指导思想是把追究犯罪与惩罚犯罪功能收归国家，认定刑事被害人的利益为国家所代表与保障。在以罪犯为中心的刑事诉讼制度中，国家利益取代了刑事被害人利益，刑事被害人被排除出局成为旁观者。由此可见，刑事被害人是丧失了诉讼地位的当事人。

### 完善我国刑事被害人上诉权之建议

我国曾经赋予刑事被害人上诉权，那么在今天以保护人权为宪法原则、以建设社会主义法治国家为目标的中国，赋予公诉案件中刑事被害人上诉权，以保护其在刑事诉讼中的合法权益，可以说是顺应历史潮流。从立法方面来讲，为了使法律能公平地保护同作为刑事诉讼当事人的被害人和被告人享有平等的诉讼权利，应从以下几方面予以完善：

第一，赋予刑事被害人上诉权，权利主体为刑事被害人及其法定代理人、诉讼代理人，以及已死亡的刑事被害人的近亲属。

第二，关于刑事被害人提起上诉权的范围，应是已经作出但是尚未生效的一审判决、裁定。

第三，对刑事被害人上诉权进行必要的限制。赋予刑事被害人上诉权，刑事被害人一方可能出现上诉权滥用的情形，为了节约诉讼资源，刑事被害人一方提出上诉的理由应当是事实不清或者法律适用不当等，否则将会造成司法资源的浪费。当然不宜在刑事被害人上诉立案阶段进行限制，建议在二审时采取适当的处理方式，比如，如果刑事被害人上诉的理由没有任何事实根据，一审裁判法律适用上亦无任何错误，二审法院就可在进行书面审查后，直接驳回上诉，维持原判。刑事被害人上诉权在立案时的不受限制，可能增加二审法院的困难，但是与制约检察机关滥用不予抗诉的决定权相比较，保护刑事被害人的合法诉讼权利应当是更为重要的。但对刑事被害人一方行使上诉权进行过多限制也是不可取的，不仅可能使刑事被害人一方的上诉权被非法剥夺，而且也不符合司法公平原则。

第四，为避免检察机关抗诉与刑事被害人上诉的冲突或者可能出现的矛盾，不导致二审程序的混乱，在一审裁判宣判后，刑事被害人不服一审裁定、判决的，仍可行使提请抗诉权（如在刑事被害人收到判决书之日起的三日内）请求检察院提起抗诉。如果检察机关在收到刑事被害

人提请抗诉书的一定期限内（比如三日内），应将是否抗诉的决定书面告知刑事被害人。如果检察机关决定抗诉，则刑事被害人不必再行提起上诉；如果检察机关决定不予抗诉，则刑事被害人自收到一审裁判之日起十日内提起上诉，以避免刑事被害人只能等待一审裁判生效后进行申诉，损害刑事被害人自身合法权益不利后果的发生。

第五，无论刑事被害人自行上诉，还是公诉机关进行抗诉，如果二审法院决定公开审理而不是采用书面审理，公诉机关就应当出庭，行使指控犯罪的公权力职能，而不是只有公诉机关进行抗诉的案件才出庭支持公诉，刑事被害人自行上诉的案件公诉机关若不出庭支持公诉，如此将与公诉机关的职权背道而驰，不能因为赋予刑事被害人上诉权，公诉机关就可随意减轻或推卸自己的职责。

第六，二审人民法院受理了刑事被害人的上诉后，原审人民法院及一审执行控诉职能的人民检察院应当将有关案件材料、证据移送二审人民法院。对于这种上诉，二审人民法院合议庭经过阅卷，听取刑事被害人上诉意见，讯问被告人，听取辩护人、诉讼代理人的意见，对事实清楚的，可以不开庭审理。如果原判没有错误，二审人民法院应当用裁定维持原判，驳回刑事被害人的上诉。对于事实不清的，可以开庭审理，通过审理可以改判或者发回原审人民法院重新审理。

另外，需强调的是，在刑事被害人行使上诉权时，公诉机关应承担起帮助和支持作用。同时，在现有的法律援助制度下，应增加刑事被害人提起上诉时对保障其权利实现的相应规定，以避免经济困难的刑事被害人在寻求法律帮助时陷入困境，不至于刑事被害人因经济原因而放弃上诉权的行使。

### 结语

随着经济社会的迅速发展及建设和谐社会目标的进一步推进，经济社会生活的巨大变化带来的问题不仅需要立法机构重视，还应加快立法和修订陈旧法律条文的进程。虽然我国刑事诉讼法对刑事被害人的权利做了详细的规定，但有些规定显得与时代的节拍不相一致，刑事被害人的权利没有得到应有的重视。笔者认为，公诉案件中刑事被害人的上诉权应当是刑事被害人的一项重要权利，而现行法律对公诉案件中刑事被害人的上诉权并未作任何规定，不赋予公诉案件中刑事被害人上诉权，不仅刑事被害人的合法权利得不到有效救济、保护，而且常致刑事司法处于被动境地，不利于矛盾纠纷的根本解决，有悖于司法公平、公正。在刑事诉讼中平等保护当事人的权利，应当对与刑事被害人上诉权有关的相关理论和实践问题进行深刻的反思和剖析，并从立法上进行疏浚，以维护司法公平和社会稳定。



# 对刑事案件远程视频开庭的质疑和分析

文 北京市尚权（深圳）律师事务所 蔡华律师

广东文品律师事务所 张学政律师

早听说有些内地法院用QQ视频开庭，被媒体宣扬为人民法院亲民众、接地气的创新之举，但那都是一些民事争讼，暂且不议。而如今，远程视频开庭在刑事审判中也迅速普及，使本应当情、理、法交融刑事法庭，变成了冰冷的电子屏幕隔空对话。

据媒体报道，深圳某区人民法院在不到一年的时间，刑事案件远程视频庭审共计139次，审理案件1329件1571人，占同期起诉案件的59.79%，而该市的另一个区人民法院竟然在一个下午利用远程视频审理了30余件刑事案件。

有人将远程视频开庭归纳为有四个好处：一是可缓解法院押解警力不足的问题；二是可节省押解路途的时间，提高效率；三是可确保押解和被告人安全；四是可节约司法成本。

是的，法院的庭审“效率”越来越快，结案率越来越高，承办案件数越来越大，成绩越来越显著，于是，远程视频开庭越来越呈普及态势。

笔者是专业的刑事辩护律师，对这种趋势感到无比的担忧，认为在一片追捧声中现，有必要发出不同的声音，对远程视频开庭存在的问题提出质疑，现试析如下。

## 刑事案件远程视频庭审的合法性值得质疑

《刑事诉讼法》第一百八十五条规定：“开庭的时候，审判长查明当事人是否到庭”。法条的本意是，刑事诉讼中当事人到庭是刑事案件开庭审理必然前提和当然程序，也即，只有当事人到庭，才可以开始法庭调查、举证质证等一系列程序。

那么，远程视频的开庭能否认定为“当事人到庭”了呢？在客观物理上，到庭的也仅是当事人的同步影像，而不是面临刑罚的亲身肉体。近几年来，一些媒体在报道和一些法院在自我炫耀这一创新举措时，常常以“公诉人、被告人均不到庭”、“不到庭即可参加庭审”等类似表述方式，将“当事人不到庭”作为一个重要的新闻点。可见，以公众普遍的看法和法院的自我认为，远程视频开

庭是不能认定为刑事案件的当事人是已经到庭的。如果是这样，远程视频开庭显然有违刑事诉讼法关于“当事人到庭”的规定。

也许有人对“到庭”的“庭”做扩大解释便以为可化解这个法律障碍，他们认为，设立在看守所的视讯室（包含设立在检察院公诉人出庭相关场所）可以视为是法庭的一部分，这显然是错误的。最高人民法院发布的《关于法庭的名称、审判活动区布置和国徽悬挂问题的通知》中，对“法庭”的设置和布局做了明确的规范，比如应悬国徽，设审判席、旁听席等做了具体要求。对照该通知可见，看守所、检察院的视讯室绝对不能称之为“法庭”，当然也不能称之为法庭的一部分，被千山万水所阻隔数十几公里，甚至几千公里之外的被告席、公诉席和审判席，有违法庭的整体性要求。

法律所规定的必须到庭，意指刑事案件当事人与其他诉讼参与人必须处在同一特定时间、空间内，当事人必须直接地、无障碍地面对法官、检察官以及辩护律师（如有）。任何别出心裁的新生事物和首创精神如果违背现行法律，改变现有的司法制度和诉讼制度，都会使统一的法治受到损害，使依法治国蒙羞。

由此，笔者认为刑事案件远程视频庭审的合法性值得质疑。

## 刑事案件远程视频庭审存在诸多弊端

尽管远程视频庭审打着“节约成本，提高效率”的旗号盛行普及，但难以掩盖其剥夺刑事案件当事人当面接受庭审的事实，难以否认在效果上弱化了（甚至没有）传统庭审模式庄严、肃穆的气氛，实质上是对以国家的名义进行审判活动的严重损害。

首先，庭审是一项非常严肃的司法活动，远程视频庭审缺乏传统法庭的司法威仪，将使严肃的庭审活动“变味”。

法庭审理中，法庭空间被赋予了特殊的符号意义。

► 远程视频庭审中，被告人的眼神、姿态、手势等形体语言以及神态等心理活动，都无法通过远程视频准确、完全地体现出来，尤其是由于远程视频拍摄的角度不同，而对法官产生的视觉效应也有所不同，从而影响法官对当事人心理的探究。

被告人被带上神圣、庄严的法庭，这种“气场”更容易使当事人感受到法庭的威严和法律的严肃性，从而使当事人更加慎重对待庭审。然而，在远程视频庭审模式下，法官威严的一句“传被告人XXX到庭”，实质上成为一句没有听众的戏文。被告人面对的是空荡荡的审判台，感觉到的是一块冷冰冰的屏幕，看见的是远在几十、几百、甚至是上千公里外传来的法官、检察官和律师的画面，难怪经历过如此审判的刑事被告人会说：“感觉就在游戏，看电视剧”，刑事审判程序的参与性、对等性、庄严性大打折扣，当事人的亲属感受到的远程视频庭审是典型的“走过场”，司法的公平和正义在他们心目中划上了一个大大的问号。

其次，远程视频庭审影响了当事人诉讼权利的行使，影响了案件事实认定，从而影响到公平、正义的实现。

远程视频庭审中，被告人的眼神、姿态、手势等形体语言以及神态等心理活动，都无法通过远程视频准确、完全地体现出来，尤其是由于远程视频拍摄的角度不同，而对法官产生的视觉效应也有所不同，从而影响法官对当事人心理的探究。

在法庭质证的环节上，远程视频庭审通过视频看到的证据往往不及实物更直接、更真实，从而给当事人鉴别证据的真伪造成极大的困难，这些障碍都将影响到法官对案件事实的认定和量刑的考量。我国古代“以五声听狱讼”，其实正是反映司法应当亲历性的必要。可见，刑事

诉讼中，远程视频庭审在传导当事人及证人表情及形体语言上的欠缺，将影响法官对刑事案件事实的认定，从而影响正义的实现程度。

从技术层面讲，远程视频庭审的即时通话效果不能让人完全放心，比如，笔者在一次开庭中，法官多次对着音视频喊话讯问，而视频中被告人一直答非所问，后来法官愤怒地教训被告人，“你读过大学，还听不懂人话吗？”，其实根本不是听不懂，而是听不清，甚至听不见，这样的庭审的质量令人无限担忧。

### 远程视频庭审的广泛应用趋势令人担忧

人民法院以自己为本位，进行审判技术创新是利国利民的好事，但不能忽略对当事人权利的保护。在没有征得当事人同意的情况下，使用远程视频庭审是对当事人的不尊重，剥夺了当事人依法当庭接受审判、依法当庭陈述案情、进行辩护的诉讼权利。

远程视频庭审大量代替法律规定的庭审，将来可能会使当面庭审成为例外。现在法院还仅将该技术适用在一些法院自认为简单的案件，但不排除审判人员打着“提高效率”的旗号图“省事”，不断扩大适用范围，最终使远程视频庭审成为常态。而当面庭审沦为例外，那么，很多法律明文规定应当开庭审理的案件，将会被人为地变通折衷处理。届时实体法庭可能将沦为摆设，庄严的刑事审判或将沦为“虚幻的网络会议”，人民法院的现场旁听制度将形同虚设。因为旁听人员即便是在“现场”，也没有审判的临场感，也就无法看到真实的诉辩对抗，无法感受到法庭独有的氛围与神圣，无法对法庭庄重、严肃的仪式肃然起敬，因为，一切就如一场视频会议而已。

南方某省已作出重大决定，全省三级法院建成“数字法庭”，笔者甚至能预见到，如此司法科技“进步”到一定阶段，律师将来也有可能会见不到犯罪嫌疑人或被告人的“真人”，因为按照司法机关的理解方式，视频会见与当面会见无异。

综上所述，笔者认为，人民法院推行的远程视频庭审应定位为“书面审”和“开庭（当面）审”的折衷之物，绝不可以越格代替开庭当面审理。

对远程视频庭审的质疑不是对科技进步的积极影响不肯定，也不是对当面庭审高成本的不顾及，更不是对司法人员工作辛苦的不谅解，而只是对刑事诉讼程序价值的重申，是对生命、自由和尊严的敬畏。

因此，笔者呼吁，不能因科技的进步而让司法程序正义降格退化，而应该是因科技进步来促进司法程序更加升格和进步。建议对刑事诉讼法中规定可以书面审理的案件，全部升格为远程视频庭审，对法律中规定必须开庭审的案件，应当严格遵守法律，依法开庭审理。



# “告官不见官”的行政诉讼瓶颈突破

文 广东鹏港律师事务所 胡建华律师

诉讼本是原告与被告的直接对抗，但在我国“民告官”的行政诉讼中，却“告官不见官”，不是行政机关在行政复议案件中为避免当被告而将错就错维持，就是在行政诉讼中行政首长不出庭，甚至连代理律师都不委托，形成“你判你的，我做我的”。这样的结果是，老百姓想起行政复议机关难，人民法院对行政案件的审理难，执行也难，造成老百姓怨声载道，社会反响强烈。

探究出现这种“告官不见官”的行政诉讼瓶颈的原因，一方面是由于传统的以官为本、以官为贵、以官为尊的“官本位”思想作祟；另一方面是由于1989年制定的行政诉讼法先天不足，存在制度缺陷。因此，要突破这一瓶颈，加强民主法制建设是根本，修改法律是关键。

2014年11月1日第十二届全国人大常委会第十一次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》，实施了24年的行政诉讼法完成了首次大修。此次大修主要针对实践中饱受诟病的起诉难、审理难、执行难等“三难”问题，从保障当事人诉讼权利、扩大受案范围，完善管辖制度、诉讼参加人制度和审理、判决、执行等机制作了进一步的完善和制度创新，畅通了“民告官”的法律渠道，彰显了立法机关对建设法治政府的决心。

修改后的行政诉讼法自2015年5月1日起施行，从此“告官不见官”的问题将随着如下新规实施成为历史。

## 复议机关为共同被告

谁应成为被告，是行政诉讼首先要解决的问题。现有行政诉讼法第二十五条第二款规定“经复议的案件，复议机关决定维持原具体行政行为的，作出原具体行政行为的行政机关是被告；复议机关改变原具体行政行为的，复议机关是被告。”于是在这样一种制度设计下，复议机关为了不当被告，维持原行政行为的比例非常高。这不仅直接导致了行政复议的干预纠错功能和复议公信力降低，也使老百姓没有了与上级行政首长“对簿公堂”的机会，有屈不能倾诉。

为了改变这一现象，修改后的行政诉讼法第二十六条第二款规定“经复议的案件，复议机关决定维持原行政行为的，作出原行政行为的行政机关和复议机关是共同被告；复议机关改变原行政行为的，复议机关是被告”，第

三款规定“复议机关在法定期限内未作出复议决定，公民、法人或者其他组织起诉原行政行为的，作出原行政行为的行政机关是被告；起诉复议机关不作为的，复议机关是被告”。这一颠覆性的修改使行政机关与被告脱不了干系，要么是当然的被告，要么为共同被告。这必将促进行政机关依法履行职责，对不合法不合理的行政行为该撤销的撤销，该变更的变更。有助于行政复议纳入法制化的轨道，充分发挥其功能和作用，尽可能将行政争议解决在进入诉讼前的“缓冲地带”。

## 行政首长出庭应诉是法定义务

行政首长负责制是我国宪法确定的行政管理决策制度。现有行政诉讼法只对委托诉讼代理人出庭做出了规定，并没有对行政首长是否应当出庭做出规定，由此产生的“告官不见官”问题是十分尴尬的。一方面承办法官在行政机关无人出庭时无法及时查明案件事实很是无奈；另一方面在行政机关委托了律师代理出庭时，又因为律师对行政行为做不了主需要请示商量，造成反复开庭，既浪费了时间和司法资源，又使案件久拖不决，加剧与老百姓的对立情绪，进而损害到司法权威。而另一个负面效应是老百姓“访”不信“法”，在发生行政争议时纷纷走向信访，造成信访的压力加大。

针对“告官不见官”的突出问题，修改后的行政诉讼法将行政首长出庭应诉提到了特别的高度，于总则第三条第三款首先做出规定：“被诉的行政机关负责人应当出庭应诉。不能出庭的，应当委托相应的工作人员出庭”。这就表明，行政首长出庭是法定的义务，不能由委托律师代理来替代。同时为了确保出庭义务的履行，修改后的行政诉讼法在第六十六条第二款又增加规定：“人民法院对被告经传票传唤无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，可以将被告拒不到庭或者中途退庭的情况予以公告，并可以向监察机关或者被告的上一级行政机关提出依法给予其主要负责人或者直接责任人员处分的司法建议。”此一公告和给予处分建议的责任后果是非常有威慑力的，将起到事半功倍的作用。

显然，推行行政首长出庭应诉的制度，不仅有利于人民法院及时查明案件事实解决行政争议；也有利于增强行



# “冰桶挑战” 法律触手可及

文 广东瀚诚律师事务所 刘国梁律师

“冰桶挑战”是最先由新西兰的一个癌症协会所发起，后在社交网站上兴起的活动，集公益慈善、互联网、公众人物、受助方体验、商业可复制模式、娱乐性等概念于一身，自境外传来中国后风靡一时。当一桶冰浇在头上，整个人似乎顿时感到清醒，清醒之余我们不妨探究下“冰桶挑战”背后的法律问题。借用演员孙红雷主演的影片《触不可及》的话，我想要说“冰桶挑战”，法律触手可及。

## “冰桶挑战”与知识产权

如前所述，“冰桶挑战”是一个很好的创意，更是一个很好的服务项目。一时间，全球竞相效仿，风光无限。可是，创意或者设立的服务本身是否受法律保护呢？在中国，有关知识产权保护常见的法律有《专利法》、《商标法》、《著作权法》、《反不正当竞争法》、《民法通则》、《刑法》等。我们知道，如果仅是一个创意或者我们常说的“点子”，实际上很容易受到复制，法律是很难予以保护的。显而易见，“冰桶挑战”也不是法律概念的发明创造、

实用新型、外观设计，因此不适用《专利法》。但是，“冰桶挑战”本身是一个耳熟能详含金量极高的名称，完全可以注册成商标，甚至据此注册成一个公司用名称权来保护。

“爱心衣橱”就是一个很好采用商标注册保护的例子。当然，如果“冰桶挑战”项目形成一个书面的文稿，又可能得到《著作权法》的保护。如禾邻社起诉万科公益基金会侵犯“全民植物地图”著作权案就是一个例子。因此，从“冰桶挑战”中我们也可以延伸到公益慈善组织如何学会用知识产权法保护自己及避免侵权的法律风险。

## “冰桶挑战”与公募资格

根据现行法律，在如何获取社会公众的捐赠上，基金会或者社会团体是分为公募和非公募两个阵营。简单地说，很多公益慈善组织是不能对外发起募捐的。根据现行各地慈善立法的现状，对于大部分草根组织发起公开募捐是需要募捐许可或者募捐资格认定的。《深圳经济特区慈善事业促进条例》送审稿中，就明确规定无当然募捐资格的慈善组织需要开展慈善募捐活动的，应当向民政部门申

>>上接第21页

政机关负责人依法行政的意识，拉近行政官员与老百姓的距离，聆听老百姓的呼声，让老百姓告官见得到官，客观上起到缓解官民矛盾的作用。

## 不执行可直接拘留行政机关直接责任人

执行是保证实体权利实现的最后一环。与民事执行可直接采取查封、冻结、变卖、划拨等措施不同的是，行政判决不单是金钱给付的执行，还有判决行政机关重新作出行政行为或者在一定期限内履行法定职责的判决执行，后者仍需要行政机关负责人负起责任继续履行。在此情形下，民要告的官也告了，行政机关负责人也出庭应诉了，法院也判决了，老百姓还能够顺当的见到行政机关负责人履行判决吗？如果申请法院执行也仍然拖延不执行怎么办？有没有针对行政机关负责人的强制手段？现有行政诉讼法没有规定，无可奈何，充其量只是最高人民法院法释（2000）8号《关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第九十六条，可以参照民事诉讼法第一百零二条对主要负

责人或者直接责任人员予以罚款，作用十分有限。

为了解决行政诉讼案件的执行难问题，修改后的行政诉讼法第九十六条针对行政机关负责人增加规定了三项措施，一是按日处以五十元至一百元的罚款；二是将行政机关拒绝履行的情况予以公告；三是社会影响恶劣的，可以对该行政机关直接负责的主管人员和其他直接责任人员予以拘留。这三项措施从个人罚款到社会舆论压力再到司法限制人身自由，一层比一层给力，将切实有效的督促行政机关负责人履行职责，及时执行判决，使原告的合法权益落到实处，让“告官不见官”的现象成为历史。

以法制促法治，是立法的宗旨和初衷，但徒法不足以自行。要使修改后的行政诉讼法得到不折不扣的贯彻实施，不仅需要行政机关进一步提高依法行政的水平，确保各类行政行为在法治的轨道上运行，从源头上减少“民告官”的发生；同时也需要人民法院在行政审判中严格依法办事，排除外来干扰和阻力，独立公正的行使审判权，真正让老百姓维权的途径顺畅无忧。

请慈善募捐资格认定，并且开展募捐活动时需要备案。那么，向朋友圈发起的“冰桶挑战”是否属于向公众募捐呢？所谓公募，通常的理解是公共场所向不特定人群公开募集。虽然“冰桶挑战”的开头或许只限于特定人群中几个朋友，但项目的方案实际上是基于特定的人群然后在不特定的受众中扩散，这显然属于法律上的公开募捐。正如“瓷娃娃”发起“冰桶挑战”接受社会公众捐款，是透过具有公募资质的中国福利基金会进行。当然，公募与非公募的划分是否合理，目前已经饱受争议，也需要我们继续深入分析进而推动立法的变化。

### “冰桶挑战”与捐款自愿

根据《公益事业捐赠法》规定，捐赠应当是自愿和无偿的，禁止强行摊派或者变相摊派，捐赠应当遵守法律、法规，不得违背社会公德，不得损害公共利益和其他公民的合法权益。因此，这里又衍生出一个新的法律问题，“冰桶挑战”是否属于“逼捐”？我们通常提到“暴力慈善”，这往往是从受赠方角度提出需要捐赠方避免的情形。但是，对于捐赠方角度逼捐也是一种“暴力慈善”。目前，社会公众普遍的反映是“冰桶挑战”非常有趣，属于朋友间的快乐慈善，被点名参与“冰桶挑战”不属于逼捐。但是，凡是均有一个边界。如果点名人与被点名人互不相识，没有达成任何默契，点名人非私信被点名人且刻意向社会公布，甚至在被点名人不参与回应仍执意散布信息据此给被点名人施加压力的，那么这显然有逼捐嫌疑。因为，这不是“冰桶挑战”，而是“挑战名人”了！有关慈善自愿原则，任何公益慈善组织在发起活动时都必须充分注意这一点，不能采用道德绑架。

### “冰桶挑战”与定向捐赠

根据《公益事业捐赠法》第十八条规定，受赠人与捐赠人订立了捐赠协议的，应当按照协议约定的用途使用捐赠财产，不得擅自改变捐赠财产的用途。目前，“瓷娃娃”饱受“渐冻人”质疑，其中重要一点是捐赠财产能否保证用在“渐冻人”这一特定用途。或许，很多捐款人都没有专门与受赠方签订捐赠协议并明确约定用途，但这并不代表捐赠合同没有成立。根据《合同法》相关规定，当事人订立合同的，有书面形式、口头形式和其他形式。不仅如此，发起人发起募捐活动的相关书面资料如倡议书都可以作为合同的共同组成部份而应当遵守。值得指出的是，也有很多慈善公益组织借风顺水，藉“冰桶挑战”为本机构的公益项目发起募捐。这里尤其需要注意的是，“冰桶挑战”已经成为一个具有相当知名度的活动项目，与社会公众看到“冰桶挑战”很自然资助“渐冻人”相挂钩。因此，假如慈善公益组织借“冰桶挑战”为本机构发

起募捐，应当向社会公众对使用用途作出明确充分的提示和指引，不能误导社会公众对“冰桶挑战”的“消费”。

### “冰桶挑战”与人身伤害

“冰桶挑战”非常有趣，但是存在人身伤害风险。如果被挑战人身体欠佳，一桶冰上头有可能发生伤害。对此，国外已经有报道若干“冰桶挑战”人身伤害的案例。这里，其实又引出一个话题，公益慈善活动中谁来承担意外伤害的法律责任？《广东省志愿服务条例》第三十六条规定，志愿者在参加以志愿者组织安排的志愿服务过程中，因志愿者组织或者志愿服务对象过错受到人身财产损失或者其他伤害的，志愿者组织或者志愿服务对象应当依法承担民事责任。但是“冰桶挑战”中，很多都是个人自发自愿参与，不存在起愿者组织和志愿服务对象，也似乎很难依据民事法律找到过错方。但是，这并不代表项目发起方没有责任。我们认为，在类似“冰桶挑战”有一定人身伤害风险的活动中，发起方一定要在活动中给予足够的风险警示，并明确参与人风险自担的责任。

### “冰桶挑战”与行政处罚

客观地说，法律总是落后于社会现实生活。尤其是面对这些年迅速发展的社会组织，几十年前的法律规定似乎力不从心，甚至明显脱节了。这样就会遇到一些问题需要改革。“冰桶挑战”后期引发的争议就是个典型的案例。投诉方认为“瓷娃娃”没有在募捐前提出详细的资金使用计划违反法律规定，应当给予行政处罚。但事实上在稍纵即逝的互联网时代与信息热点切换频繁的社会，短时间提出详细资金使用计划不现实，但没有在社会关注“冰桶挑战”的时候发起募捐将错失良机。这显然是个两难问题。那么，是不是所有违法活动必须受到处罚呢？我们知道，行政处罚法有几个原则，一个是合法性原则，另一个是合理性原则，也就是行政处罚必须有法律规定也应当具有合理性。根据目前披露的信息，“瓷娃娃”和中国社会福利基金会已经充分认识到这个问题，在事后也迅速予以补充和完善资金使用计划予以纠正。因此，根据《行政处罚法》相关规定，对违法行为情节轻微，没有造成危害后果的依法可以不予处罚。基于此，笔者认为，慈善公益组织在参与各项活动中，不论动机再好仍然要遵守法律规定。如果发现与法律规定不一致的行为，应当及时听取法律人士意见并及时纠正。

当然，“冰桶挑战”涉及的法律问题还有很多，我们只是撷取其中一部分权作抛砖引玉。通过热点话题，告诉我们法律无处不在，触手可及！我们希望藉此唤起更多人参与公益慈善机构乃至社会组织法律的探讨，为呵护慈善组织的健康成长乃至推动社会组织法律的完善一起努力！

## 构建商品包装的知识产权防火墙

文 广东知恒律师事务所 韩岳峰律师

企业应该将建立商品包装知识产权的防火墙纳入企业的整体知识产权战略中，及时对附着在商品包装装潢上的知识产权进行全面梳理，进行法律风险分析，并提出相关的应对解决之道。

商品包装，是消费者对商品的视觉体验，是商品个性化的直接和主要传递者，是企业形象定位的直接表现。好的包装设计是企业创造利润的重要手段之一。策略定位准确、符合消费者心理的商品包装设计，能帮助企业的商品在众多竞争对手的商品中脱颖而出，迅速占领市场。

包装设计具有建立品牌认知的行销作用，也就是利用包装设计呈现品牌的全面知识产权讯息，建立全方位品牌识别，使消费者知道商品的名称、品牌属性，品牌内涵，进而建立品牌形象。

在市场竞争如此激烈和获取信息途径异常便捷的今天，消费者对每个商品的关注时间非常短暂。企业必须想方设法抓住消费者的眼光从商超货架扫过的一瞬间。商品包装只有充分并且创造性的综合利用色彩、图案、外观造型、包装材料、企业及商品名称、商标图形、认证许可证明地理标志、广告语、形象代言人的形象等知识产权元素，全面立体的表现出商品、品牌等企业的内涵和信息，才能对消费者形成较直观的冲击，进而影响到消费者对商品和企业的印象，形成商品以独特醒目的方式陈列在商超货架上的商业效果，有效的完成吸引消费者的目的。

基于商品包装在市场营销中的重要作用，所以企业有必要对商品包装及装潢的法律属性进行分析，并要在商品包装上建立多重知识产权的防火墙，长久地保持商品包装的显著性，这样企业的核心产品才能在市场上成为经典，畅销不衰。

### 包装及装潢的法律属性

仅从狭义上理解，知名商品的包装装潢权是一种独立于商标、专利、企业名称权之外的知识产权。但是在市场营销中，企业往往通过商品的包装、装

潢，将自身拥有的著作权、包装外观专利权、商标权、产品专利权、企业及商品名称权、地理标志，认证许可证明标志、形象代言人的形象等多重知识产权集中统一的对外展示，商品的包装、装潢实际上承担了向市场和消费者展示商品和企业整体形象的功能，从广义上理解，商品的包装、装潢权又是商品化权的重要载体。

狭义上理解的知名商品的包装装潢权是在《中华人民共和国反不正当竞争法》第五条的规定中确立的，《中华人民共和国反不正当竞争法》第五条的内容间接确定了知名商品的产品包装、装潢是一种得到国家法律保护的知识产权。

另外，《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第二条规定了具有区别商品来源的显著特征的商品名称、包装、装潢，应当认定为反不正当竞争法第五条第（二）项规定的“特有的名称、包装、装潢”。有下列情形之一的，人民法院不认定为知名商品特有的名称、包装、装潢：

- （一）商品的通用名称、图形、型号；
- （二）仅仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的商品名称；
- （三）仅由商品自身的性质产生的形状，为获得技术效果而需有的商品形状以及使商品具有实质性价值的形状；
- （四）其他缺乏显著特征的商品名称、包装、装潢。

前款第（一）、（二）、（四）项规定的情形经过使用取得显著特征的，可以认定为特有的名称、包装、装潢。

知名商品特有的名称、包装、装潢中含有本商品的通用名称、图形、型号，或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量以及其他特点，或者



含有地名，他人因客观叙述商品而正当使用的，不构成不正当竞争行为。

在该条中，最高院以列举的方式阐明了人民法院不认定为知名商品特有的名称、包装、装潢的四种情形。而这四种情形在逻辑上可以归纳成一种情形，就是“不具有区别商品来源的显著特征的商品的名称、包装、装潢”。所以，企业如果想建立坚固的商品包装知识产权防火墙，必须要使自身的商品包装装潢具有区别商品来源的显著特征。本文就从通过构成商品包装装潢的各要素来阐述如何使得产品的包装具有法律意义上显著特征，并进而建立商品包装的严密的知识产权防火墙，使得那些潜在的想“搭便车”的竞争者无缝可钻，并最终完成建成企业商品化权的大厦。

### 色彩图案元素

色彩是指颜色或者颜色的搭配组合。色彩是产品包装吸引消费者眼球的最关键元素。一般来说，众多世界和国内知名品牌的消费品的包装都是使用两、三种且对比较强烈的颜色的搭配作为其产品包装的基本色，且一般一主一辅。比如美国可口可乐公司使用以红色为主色调和带有金属光泽的银色的搭配；法国著名化妆品制造商香奈儿集团在其化妆品包装上使用的是黑、白或白、红两色的搭配；加多宝集团在其红罐凉茶商品上使用的是红色为基准色并搭配黑色的组合，椰树集团的椰树牌椰汁罐体使用的是黑、黄、蓝色的组合。对比强烈的颜色搭配比色调接近的颜色组合在视觉上更具有显著特征，其可以通过企业的长期持续使用和广告宣传而最终获得法律意义上的显著特征。而且，商品包装上对比反差较强烈的颜色搭配组合更容易使那些“搭便车者”落入到权利人给他们挖的法律陷阱中。“搭便车者”为了使涉嫌侵权产品能够搭到知名商品的便车，必然也要在产品包装上使用同知名商品包装上一样或相似的对比反差较强烈颜色搭配组合，这样“搭便车者”的侵权故意就比使用单一颜色 and 对比反差不强烈颜色组合的那些“搭便车者”的侵权故意更加明显。世界知名消费品跨国公司的商品包装上的各个颜色都制定了十分严格的具有国际标准的Pantone色号，并且由指定的包装印刷商来制作商品包装并严格控制包装的印刷质量，并保证印刷颜色的长期稳定性。这样做即容易让消费者更容易区分产品的真伪，也使潜在的“造假者”陷入两难境地。造假者如果不控制印刷质量和标准，就很难逃得过忠实消费者的火眼金睛而搭不到便车。而如果“造假者”控制印刷质量和标准，其侵权的故意就更加明显。一份证明“搭便车者”的产品包装上的各个颜色同知名商品包装上的各个颜色的Pantone色

号完全一样的司法鉴定报告，将会使“搭便车者”在可能的法律诉讼中非常尴尬。

图案是指由任何线条、文字、符号、色块的排列或组合而在产品的表面构成的图形。富有美感的图案同色彩一样，是产品包装中起显著作用的重要因素。图案可以通过绘图或其他能够体现设计者的图案设计构思的手段制作。因此，图案是一种美术作品，是著作权法的保护范围，可以通过进行著作权登记加强保护。同时根据《专利法》第二条第四款和第二十五条第六项的规定，富有美感并适于工业应用的且不是主要起标识作用的图案可以单独作为外观设计申请专利权。另外根据我国商标法第八条的规定，除文字、字母和数字外，颜色组合和图形也能申请注册商标权。因此，企业也可以考虑将在商品包装上具有独创性和显著性的一些颜色组合和图形申请注册商标，加强保护。

### 包装外观造型

独特的外观造型是产品包装具有显著性特征另一关键因素。我国《专利法》虽然在第二十五条第六项将对平面印刷品的图案、色彩或者两者结合作出的主要起标识作用的设计排除在可以授予专利权之外，但是《专利法》第二条第四款明确规定对产品的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计是应当授予外观专利权的。因此，任何具有三维独特形状且富有美感的包装盒或包装容器都是可以申请外观专利权的。独特的包装外观造型并结合色彩、图案将会使你的产品更加吸引眼球。同时也要注意，仅由商品自身的性质产生的包装形状，为获得技术效果而需有的商品包装形状以及使商品具有实质性价值的包装形状是不享有知名商品的包装、装潢权的。但是，具有技术效果的商品包装形状可以申请实用新型专利进行保护。获得外观专利或者实用新型专利权的包装可以根据《专利标识标注办法》第四条和第五条的规定，采用中文在商品包装上标注获得专利的专利号和专利类型。

### 包装材料

特有包装材料的使用是知名商品包装、装潢权的重要因素之一，同时也是区分正品同假冒商品的重要途径。企业可以根据产品的不同档次和功能系列使用不同的包装材料，特殊的包装材质也能反映商品的文化内涵、历史积淀，并彰显商品的品牌价值，比如用青花瓷瓶包装的名酒，用精致木盒包装的茶叶等。不少包装材料，比如，经过电镀的金属材料本身就具有独特的且显著特征的颜色和光泽。而且，大部分现代制作产品和包

装标识的技术工艺，比如丝印、激光打印、电蚀、贴花等，都需要金属、陶瓷等包装材质来配合。即使是一般的彩盒包装，印刷纸张的材质也是决定印刷质量的关键性因素。利用现代工业技术工艺并结合适当包装材质制作的商标标识，将极大的彰显品牌的价值并获得显著性的市场效果，同时具有一定的防伪功能。

### 企业、商品名称及商标图形

商标权是一种独立的知识产权，但是它也是构成包装装潢显著特征的关键因素。根据《中华人民共和国商标法》第八条的规定，商标本身就是一种能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的标志，其包括文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等，以及上述要素的组合。商标的这种属性，使得商标天然而广泛的应用于商品包装和容器之上。构成商标的文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合应当同商品包装装潢上本身的色彩、图案有机的结合在一起，并在整体包装中突出、恰当、巧妙的使用，将使得整体的商品包装更具有显著性特征。

企业、商品名称权也是一种独立的知识产权，但是他们也是构筑商品包装知识产权防火墙的另一重要元素。企业、商品名称同商品商标有一定的传承性和同一性。在商品上注明企业和商品名称既是《产品质量法》第二十七条的强制性要求，同时企业、商品名称有机的同商品商标结合在一起，具有强烈的标识商品来源的作用。商品包装上企业、商品名称、商品商标的文字部分的“三者归一”的特征既符合我国传统文化的价值观，又符合我国消费者的消费心理，具有显著的区别商品来源的特征。

### 认证、许可、证明、地理、商品本身享有的专利等标识

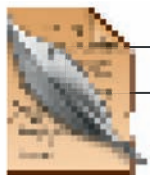
在商品包装上使用上述标志有些是法律的强制要求，比如在食品饮料包装上标注食品生产许可标志就是《中华人民共和国食品安全法》的强制性要求，在药品包装上注明药品批准文号是《中华人民共和国药品安全法》的强制性要求。同时这些标志又是表明商品原材料

来源、质量、信誉、商品本身享有的专利情况、彰显商标品牌价值，体现了企业实力的“名片”或“头衔”。将这些标志在包装装潢上依法使用，既提高商品的“身价”，又增强了商品包装的显著性，企业何乐而不为？

### 广告语

印刷在商品包装上的简短、抽象、具有独创性和显著性的广告语不仅能彰显商品的个性形象，满足特别是年轻消费者的心理需求，其还是商品商标的形象包装。一些具有独创性和显著性的广告语，其本身都可以申请商标专用权。另外一些巧妙嵌入了商品主商标的广告语，以及一些经过长期使用而形成高知名度的广告语，更加能够达到与商品主标相辅相成，产生1+1大于2的广告宣传效果，使得商品包装的显著特征更加凸显，商品的正面形象更加丰满。

综上，企业如果能将上述知识产权元素巧妙地糅合在商品包装中，将极大的提升商品的品牌价值和其市场销售力，并在广大消费者面前建立其商品和企业知识产权和产品质量信誉方面领先于竞争对手的正能量形象。同时，商品包装中的知识产权元素越多，防范假冒伪劣产品的“防火墙”就越严密。制售假冒伪劣产品的不法商家或者那些想“四两拨千斤”的“搭便车者”在抄袭和模仿知名商品的包装装潢的过程中，就有可能碰到多重知识产权“防火墙”的阻击，其想绕过这些“防火墙”而侵占知名商品多年精心培育起来的市场份额的难度就会加大，其承担的法律风险和违法成本也会上升。总之，企业无论如何辛苦的获得、培育、维护知识产权，都要通过商品包装这份消费者为其买单的广告和名片向外宣传和展示。在市场竞争如此激烈的今天，“酒香不怕巷子深”早已成为历史。因此，企业应该将建立商品包装知识产权的防火墙纳入企业的整体知识产权战略中，及时对附着在商品包装装潢上的知识产权进行全面梳理，进行法律风险分析，并提出相关的应对解决之道。同时企业应将保护知识产权的理念宣导给企业相关的包装设计、采购、生产、质控部门，编撰具有知识产权保护理念的产品包装标准手册，像全员参与产品质量控制一样，让全体员工都具有保护企业知识产权的理念和意识，这样企业才能做大做强，树立百年品牌。



## “中国硅谷”做些什么

文 北京市隆安（深圳）律师事务所 江知芸律师

### 中国的“硅谷”在哪里？

硅谷是世界各国高科技聚集区的代名词。五年前，带着“美国知识产权诉讼”的研究课题，我访问了位于美国硅谷的著名知识产权专业律师所。他们的办公室设在美国硅谷科技创新公司群落里，随时为这些企业提供专业的知识产权法律服务。深度分析，硅谷之所以能够成为美国的科技创新中心，除了这里有苹果的智能手机，谷歌的移动操作系统，特斯拉的电动车这些国际一流的专利技术外，国际化专业律师团队强有力地支持也是不可或缺的重要力量。

有人预言：未来20年，深圳也将是“中国的硅谷”。因为深圳有中国最大的通讯制造商华为和它的海思芯片，中国最大的互联网企业腾讯和它的移动社交平台，中国最大的新能源汽车企业比亚迪和它的电动车。他们代表着现代科技产业三大领域：IT硬件创新，移动互联网，新能源智能汽车的最顶尖水平。除此之外，深圳还有中国最大的手机触摸屏制造商欧菲光，有中国最大的医疗器械企业迈瑞，有中国最大的激光器械企业大族激光……有A股上市公司中最多的民营科技企业。

我认为“中国硅谷”应包含珠三角的核心地域。

“中国硅谷”不应仅仅局限于一城一地，而应该是一个片区，一个由人才—高校—资本—公司四合一组成的生态型环境链，在这个生态链中所有的资源配置都是建立在成熟、公开的法治土壤之上。因此，“中国硅谷”除了深圳的专利发明和科技企业，还应有广州的高校人才资源和香港国际金融中心之便捷。

“中国硅谷”同时呼唤和期待一群能够支持企业创新发展，维护企业国内外知识产权权利的专业律师做他们的护航者和坚强后盾。

### 知识产权律师该为“中国硅谷”做些什么？

#### （一）开拓符合企业需求的新业务领域

新业务之一：“知识产权布局”服务。

除了以往的代理、诉讼、调解等传统的业务外，积极拓展企业经营发展的“知识产权布局”服务，开展海内外专利布局业务。这一业务的特点就是：以产品系列或研

发项目为单位，由企业研发工程师、专利律师、专利代理人、营销团队共同组建项目团队，研究海内外专利申请组合、通过布局全方位覆盖产品应用产业链的专利申请组合、布局与产品市场同步并动态变化保护范围的专利申请组合、布局不同研发项目主体对应成系列的专利申请组合、布局多个专利多项权利要求组合相互交叉交融没有漏洞的专利申请组合等，来实现高质量专利布局，充分发挥专利之于商务活动的工具价值。

新业务之二：“知识产权分析评议”服务。

开展与企业经营发展同步的“知识产权分析评议”服务。这一服务就是以实际解决企业经济活动的知识产权问题的专利细节深度分析和评议工作。从专利技术与专利文书的细节，到专利申请、专利复审、无效的全过程文件的分析研究，并且与企业经营产品、技术、市场、商务模式以及竞争对手等进行匹配分析，从商务角度、技术角度、法律角度给决策者最为合适的解决方案或建议。

新业务之三：为企业并购提供知识产权服务。

今年8月，我参加了全国律协组织的“全国律协涉外律师领军人才”培训班学习。在本次培训中，硅谷天堂资产管理集团董事总经理鲍钺在“跨国并购与并购基金”中谈道：

“跨国并购的重点品类就是技术领先型的并购。技术并购过程中需要考虑的重要因素就是要把握整个行业，明确并购企业的技术差距以及技术需求，跟踪潜在并购对象的技术、战略发展状况，把握恰当并购时机。对专利、图纸等，要在并购协议中明确所有权归属以及使用的权属和期限等。”

实践中，完成上述工作不仅需要通过一些统计图表分析所处产业的各项基本状况，更为重要的，需要知道被并购公司具体有多少专利实质保护到哪些具体的技术和产品，这些专利之于并购企业的产品、市场与商业模式的意义，其实质能够为并购企业经营发展起到多少“武器”或“筹码”的作用，这些专利是否具备足够的权利稳定性和不可避免性，这些专利权利要求范围是否能涵盖到产品技术的不可替代性，这些专利权利要求范围所涵盖的产业链等等。同时，并购企业尚需知道并购行为完成后，是否存在各项实施风险：专利



合同的风险、产品实施的风险。

## （二）为完善知识产权保护制度积极建言献策，在执业的同时肩负起律师的社会责任。

通过多年的知识产权法律服务实践，我发现目前的知识产权保护还存在取证难、诉讼程序绵长、管辖异议无故拖延时间、权利人的权利没有得到充分地保护，权利掌控在权利人手中处于库存阶段未能很好运用的问题。

### 提出建议

针对知识产权法律保护从机构设置到具体实践中的不足，提出以下三点建议：

#### 一是在深圳设立基层知识产权法院。

2014年8月31日，全国人民代表大会常务委员会作出在北京、上海、广州设立知识产权法院的决定。这一决定顺应了对知识产权更加周到保护的需要，受到知识产权界人士的普遍赞许。不过，美中不足的是设立地没有深圳。不少人认为：在深圳设立知识产权法院更加有利于对知识产权的保护。

之所以建议设立在深圳，原因有二：

第一，据统计：深圳发明专利申请量近年来一直居全国前三名，发明专利授权量连续3年排名全国大中城市第二位。而PCT(专利合作协定)国际专利申请则已连续7年高居全国大中城市首位，占全国申请总量的45%。

我国知识产权的权利人约有60%集中在深圳，尤其是发明和实用新型专利。为了便利他们维权，法院最好设在家门口。有一个比喻，不知是否恰当：要开发和加工某座山中的土特产，将加工厂建在山路路边便捷高效，还是建在几百里外的县城更好。对加工厂的投资者来说，这是一个简单的选择题。

第二，深圳知识产权案件的数量在全国居于前列。今年4月23日，深圳市中级人民法院发布《深圳法院知识产权司法保护状况》白皮书(2013.5-2014.4)。白皮书公布了以下数据：2013年5月至2014年4月，深圳市两级法院共受理各类知识产权诉讼案件9509件，其中新收知识产权民事案件8019件，新收知识产权刑事案件555件，新收知识产权行政诉讼案件4件；审结8305件，其中民事案件7445件，刑事案件488件，行政案件5件。另外，多家境外知名企业存在境内、境外管辖连接点或存在多个境内管辖连接点的情况下，先后选择在深圳法院提起知识产权诉讼。深圳法院处理知识产权案件的专业经验和能力得到了国内外当事人的认可。

总之，在深圳设立基层知识产权法院既有客观需求，又有良好的司法实践基础。真诚希望全国人大在今后能够尽快修订知识产权法院的设立地，把法制“便捷之水”送到口干欲裂的人们的唇边。

#### 二是完善知识产权交易中心，开展专利价值评估、抵押贷款、质押等服务。

权利不能仅仅存贮在权利人的仓库里，知识产权要流通交易，才能更好地运用和服务社会发展，才符合设立知识产权制度的初衷。完善知识产权交易中心，开展专利价值评估、抵押贷款、质押服务，知识产权质押融资将为企业开启新的融资通道，这些举措都将成为企业投入科技创新的动力。

#### 三是建立中国的337调查制度。

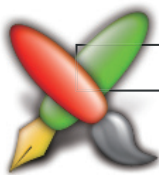
美国337调查得名于美国1930年《关税法》第337节，是指美国针对进口贸易中不公平的竞争行为，主要是针对知识产权侵权采取的一种调查措施。《美国法典》第19篇第1337条规定，美国国际贸易委员会（简称ITC）是审理和解决知识产权争议的部门。“ITC”对基于知识产权的不公平进口进行调查，旨在保护美国国内产业免受不公平贸易竞争行为损害的行政调查、审理和制裁的活动。调查的范围包括：专利、商标、著作权、商业外观、商业秘密滥用和集成电路布图设计。

自1995年至2011年，337调查立案总数为404件，其中21%被申请人为中国公司，所占比例最高。其中81件被裁定违法、62件被裁定不违法、54件的申诉状被驳回或不予受理、152件和解或者签发同意令、另外还有55件在待审。我国企业在美国337调查中的胜诉率不足10%。

美国337调查制度已经成为中国企业进入美国参与市场竞争的一大屏障。希望我国也建立“中国的337调查制度”，使进入我国市场的外国企业也受到同样的制约，做到“师夷长技以制夷”。

以办理美国337调查案件闻名的冉瑞雪律师的想法与我不谋而合，她认为：国内反制是美国知识产权纠纷争取最优和解条件的重要手段之一，而推动建立中国版337调查可以极大丰富中国企业国内反制的手段。同时还可以促成中国知识产权服务市场的大发展。建议全国律协牵头，组织律师和经济学专家专题研究建立中国版337调查制度的可行性，这一研究的法律依据是《对外贸易法》第二十九条：“国家依照有关知识产权的法律、行政法规，保护与对外贸易有关的知识产权。进口货物侵犯知识产权，并危害对外贸易秩序的，国务院对外贸易主管部门可以采取在一定期限内禁止侵权人生产、销售的有关货物进口等措施。”

知识产权专业律师，所肩负的历史使命之一，就是通过不断努力，促成上述机构和制度的建设。希望不久的将来，中国的知识产权律师，可以收到美国以及全球其他国家和地区跨国企业的邀请，去给他们上课，告诉他们中国知识产权制度的游戏规则，告诉他们如何应对中国专利诉讼和中国的337，告诉他们如何在中国很好的运用知识产权来进行商务活动，与他们分享中国公司的知识产权运用技巧和策略。



## 法院地法在我国法律关系中的适用

文 广东广和律师事务所 颜鹏飞

海商事法律关系包括特定的海上运输法律关系和船舶法律关系，具体包括船舶所有权、船舶优先权、海上货物运输、船舶租用、旅客运输、船舶碰撞、共同海损、海事赔偿责任限制、海上保险、海事诉讼等法律关系。其中，规定适用法院地法的为《中华人民共和国海商法》（以下简称我国《海商法》）第272条、第273条、第275条，规定的分别为船舶优先权、船舶在公海上碰撞的损害赔偿和海事赔偿责任限制。

海商事法律关系的法律适用问题同时受到统一实体法和各国国际私法调整，其中，统一实体法包括《海牙规则》、《维斯比规则》、《汉堡规则》、《统一有关海上救助的若干法律规则的国际公约》、《国际海上避碰规则公约》、《约克-安特卫普规则》、《防止海上油污国际公约》等国际条约中的法律适用规范，各国国际私法指的是各国海商事法律中的法律适用规范，在各国海商事立法不断走向趋同化的今天，统一实体法发挥着越来越重要的作用，各国国际私法作用是有限的。

### 我国立法与司法实践

关于船舶优先权，我国《海商法》第272条规定：“船舶优先权，适用受理案件的法院所在地法律。”由此可以看出，我国关于船舶优先权，采用了适用法院地法的单边主义立法模式，拒绝了选择适用外国法和当事人协议选择的法律的可能性。

关于船舶在公海上发生的碰撞的损害赔偿，我国《海商法》第273条规定：“船舶碰撞的损害赔偿，适用侵权行为地法律。船舶在公海上发生碰撞的损害赔偿，适用受理案件的法院所在地法律。同一国籍的船舶，不论碰撞发生于何地，碰撞船舶之间的损害赔偿适用船旗国法律。”根据本条第二句规定，船舶在公海上发生的碰撞损害赔偿，适用受理案件的法院地法律，比如两艘船舶在公海上发生碰撞后起诉到中国法院并被受理，此时，中国法院就应当依据此规定适用中国相关法律对因碰撞所引发的损害赔偿做出裁判。

关于海事赔偿责任限制，我国《海商法》第275条规定：“海事赔偿责任限制，适用受理案件的法院所在地法律。”根据此条规定，如果海事赔偿诉讼在我国法院提起，那么，关于由船舶所引发的赔偿责任限制的法律关系，适用我国法律。

至于我国立法与国际条约及国际惯例的关系，根据《海商法》第268条的规定，我国缔结或者参加的国际条约同海商法规定不同的，适用国际条约的规定（我国声明保留的条款除外），我国法律和我国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。

另外，最高人民法院2012年12月28日发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第3条规定：“涉外民事关系法律适用法与其他法律对同一涉外民事关系法律适用规定不一致的，适用涉外民事关系法律适用法的规定，但《中华人民共和国票据法》、《中华人民共和国海商法》、《中华人民共和国民用航空法》等商事领域法律的特别规定以及知识产权领域法律的特别规定除外。涉外民事关系法律适用法对涉外民事关系的法律适用没有规定而其他法律有规定的，适用其他法律的规定。”根据此规定，船舶优先权、船舶在公海上发生的碰撞的损害赔偿及海事赔偿责任限制继续适用我国《海商法》的相关规定。

下面的中国石化集团茂名石化公司港口公司诉海流航运公司船舶抵押权纠纷案是我国海商事司法领域关于船舶优先权的典型案例。

被告所属“航海者（M.T. Marine）”轮从2002年2月26日起锚泊于原告所属锚地，从次日起至2002年5月14日该轮离开原告锚地，被告未向原告支付港口费和锚泊费。原告在中国法院起诉请求法院判令被告向原告支付“航海者”轮的停泊费387302.3元人民币，承担本案诉讼费及债权登记费等费用，并确认原告的上述债权对“航海者”轮具有船舶优先权，有权从该轮拍卖款项中优先受偿。

法院认为，本案属涉外港口费用纠纷。原告主张的港口费用请求，系船舶优先权。按照我国《海商法》第272

条关于船舶优先权，适用受理案件的法院所在地法律的规定，确认本案所涉海事请求为船舶优先权，应适用中华人民共和国的法律。法院依据中国法判决被告支付了拖欠原告的港口费。

（韩国）兴亚航运有限公司（HEUNG-ASHIPPINGCO.LTD.）与（中国）荣成市海宇渔业有限公司申请设立海事赔偿责任限制基金纠纷异议案则是我国海事司法领域关于海事赔偿责任限制的一个典型案例。

此案中，被告所属“兴亚东京”（HEUNG-A TOKYO）轮于2004年7月11日凌晨在韩国水域与“荣大洋2”号轮发生碰撞。“荣大洋2”号轮沉没，“兴亚东京”轮也因碰撞造成损失在韩国修理。“荣大洋2”轮的船舶所有人荣成市海宇渔业有限公司于2004年7月12日在中国海事法院提起诉讼，要求被告赔偿损失3000万元人民币。同年7月14日，青岛海事法院应原告申请在天津港扣押了“兴亚东京”轮。而后，“兴亚东京”所有人向中国法院申请海事赔偿责任限制。

法院认为，本案所涉事故虽然发生在韩国水域，但本案是在法院受理海事赔偿诉讼之后，由申请人在法院提出的设立海事赔偿责任限制基金的申请，因此法院对该案享有管辖权。根据我国《海商法》第275条关于海事赔偿责任限制应当适用法院地法的规定，中华人民共和国的有关法律应当作为处理本案争议的准据法。而后，法院根据《海事诉讼特别程序法》准许了申请人——“兴亚东京”所有人设立海事赔偿责任限制基金的请求。

从以上两个案例中可以看出，法院严格依据我国《海商法》第272条和275条中关于船舶优先权和海事赔偿责任限制适用法院地法的规定，有效地保护了当事人的合法权益。

### 国外相关立法

对于船舶优先权的法律适用，纵观各国海商事立法，主要存在法院地法、船旗国法、分割适用法律、最密切联系原则这几种立法模式。采用法院地法立法模式的以英国、法国为代表，英国判例法认为，如果外国法有关船舶优先权的规定与英国法不同，则适用英国法的规定，法国法院认定船舶优先权以本国法律规定为限。采用此种模式的还有智利、南非、新加坡及北欧国家等国，需要说明的是，新加坡法律直接把船舶优先权识别为程序问题，以此规定适用法院地法。采用船旗国法模式的以阿根廷为代表，根据阿根廷《航运法》的规定，船舶所有权和船舶抵押权适用船旗国法，凡是船旗国法规定的船舶优先权，阿根廷都予以承认，采用此种模式的还有克罗地亚、意大利、巴拿马等国，只是《克罗地亚海事法典》将船旗国法表述为船籍国法，而巴拿马《海商法》将其表述为船舶登

记地法。此外，《1928年关于国际私法的布斯塔曼特法典》、《1940年关于国际通商航海法的蒙得维的亚条约》也采用此种模式，规定船舶优先权适用船旗国法或船籍国法。采用分割适用法律模式的以比利时、希腊为代表，根据比利时海事法律的规定，船舶优先权，适用船旗国法，但是，船舶优先权的行使和受偿顺序，则适用法院地法。根据希腊海事法律规定，船舶优先权，适用法院地法，但是，船舶优先权的受偿则被识别为程序问题，适用法院地法。此外，美国、利比亚判例法都有类似规定。采用最密切联系原则的以美国为代表，美国法院在Exxon Corp v. Central Gulf Lines一案中以政府利益为理由，利用最密切联系原则适用了美国法。法院认为，船舶所有人、租船人、船舶和原告均属美国，因此美国在本案中具有重大的利益，而本案原本应当适用的沙特阿拉伯法律，因其没有实际利益牵扯而被排除。

对于船舶在公海上碰撞的损害赔偿的法律适用，因为公海不属于任何国家所有，任何国家的法律不得在公海发生效力。所以不管是大陆法系的海商法，还是英美法系国家的判例法，基本上都规定船舶在公海上发生碰撞的损害赔偿，适用受理案件的法院地法。但在碰撞船舶属于同一国籍的情况下，则适用其共同国籍法，也即共同船旗国法。

对于海事赔偿责任限制的法律适用问题，各国海事立法主要有三种模式：第一种是规定海事赔偿责任限制适用法院地法；第二种是将海事赔偿责任限制分割为程序问题和实体问题，程序问题包含海事赔偿的确立，损失的计算等，实体问题包含责任限制及债权区分等，规定前者适用法院地法，后者适用侵权行为地法；第三种是将海事赔偿责任限制区分为若干个小问题，例如合同关系、侵权责任、责任限制、赔偿基金的设立及分配等，然后再根据最密切联系原则，分别适用不同的准据法。第一种模式以法国为代表，第二种模式以英国为代表，第三种模式以美国为代表。

### 对我国立法的评价

对于船舶优先权的法律适用，采用法院地法立法模式的优点在于船舶优先权与法院地国的社会公共利益具有较大的关系，适用法院地法可以确保法院地国的社会公共利益得到较好的保护，而且，各国关于船舶优先权规定的不是很一致，而法官通常情况下只了解本国法律的规定，适用法院地法比适用外国法简单高效，可以使案件得到迅速的解决，以尽可能的缩短船舶被扣期间或保证金的设立期间，减轻船舶所有人的损失，因而在某种程度上成为了法官们的最佳选择。因此，船舶优先权适用法院地法，无论是在理论上，还是在实践上，都有



其存在的合理性,但是也必须认识到,一味的适用法院地法,可能会导致当事人“挑选法院”现象的产生,会对案件审理的公平性产生一定的负面影响。采用船旗国法的立法模式的优点在于船舶优先权相对较为确定,不会随意改变,而且,船舶优先权人事先可以预知哪些债权可以列入船舶优先权,哪些不可以,同时也可以避免当事人“挑选法院”现象的产生,有利于保护船舶优先权人的合法权益。其不足之处在于当船舶国籍频繁变化或挂方便旗的情况下,船舶优先权人往往由于其弱势地位,难以确定船舶的真正国籍,从而导致船旗国法难以查明。采用分割适用法律的立法模式,是一种立法技术较高的做法,但是涉及到定性问题及公共秩序保留,因此对法官的素质要求较高,不一定适合所有国家的实际情况,而且,此模式繁琐的制度及法律规定不利于优先权人事先预知自己的权利是否会得到法院的保护及保护的程序,运用不当的话会在一定程度上削弱其优势。采用最密切联系原则的立法模式可以最大限度的保护船舶优先权利害关系人的利益,但其赋予法官的自由裁量权过大,容易造成恣意选择最密切联系点,过分保护本国利益而忽视他国利益,或者利用本国较高的保护标准做出对保护标准相对较低的国家一方当事人不公正的判决,由此导致其做出的判决在外国的承认与执行也可能因此而遇到问题。

相比之下,我国《海商法》关于船舶优先权适用受理案件的法院所在地法律的规定,属于第一种模式。如上所述,此种模式可以在保护我国社会公共利益的同时,较为公正、高效的解决船舶优先权法律纠纷。但是笼统的规定船舶优先权适用受理案件的法院所在地法律也未免较为简单,建议未来我国《海商法》修改可以在此原则基础上,尝试采用分割适用法律的模式。可将与我国社会公共利益或强制法规定相关的船舶优先权内容规定适用法院地法,例如船舶优先权的行使和受偿顺序,而对于一些与我国社会公共利益关系不大或强制法规定未要求的内容,可以允许适用最密切联系国家或地区的法律,例如外国规定属于船舶优先权而我国《海商法》未规定的情形,依据最密切联系原则将其予以认定。当然,原则上应当根据互惠原则,推动我国与其他国家在互惠的基础上互相承认彼此的船舶优先权,促进船舶优先权的国际统一保护。

对于船舶在公海上碰撞的损害赔偿的法律适用,我国《海商法》第273条规定的适用法院地法,但同一国籍船舶应适用船旗国法的立法模式,遵循了世界各国的统一做法,此种模式基于两点考虑:第一,如前文所述,因为公海不属于任何国家的管辖权之下,因此,法院地法就成为了在公海上发生碰撞的非同一国籍船舶可以适

用的唯一可行的法律;第二,当在公海上发生碰撞的船舶属于同一国籍时,根据最密切联系原则,无疑应当适用其共同国籍法——船旗国法。

对于海事赔偿责任限制的法律适用,我国《海商法》第275条规定的应当适用受理案件的法院所在地法律,比较科学,并且在我国法院也已经有所实践,但是应当看到,此种模式与分割主义模式和最密切联系原则模式相比较来,还显的较为简单。本文认为,关于海事赔偿责任限制的法律适用问题,采用最密切联系原则的立法模式最为完善,可以使与海事赔偿责任限制有关的每个问题都选择适用较好的法律,但此种模式对程序事项和实体事项不加区分,涉及问题较为复杂,实际操作起来难度很大,而且属于判例法的模式,赋予法官的自由裁量权过大,而且对法官专业素养要求很高,不一定适合我国成文法的传统和目前司法现状,相比之下,采取分割主义的立法模式,相对于笼统的适用法院地法的模式,有较大的进步,而且也不会明显脱离我国的立法传统和司法现状,是一种较好的选择,因此,本文建议,未来我国《海商法》的修改,可以考虑采用分割主义立法的模式,将某些与我国社会公共利益关系较大问题定性为程序问题,适用法院地法,而将另外一些与我国社会公共利益关系不大,而且与船旗国或侵权行为地等有最密切联系、并且明显有利于案件纠纷合理公正得到解决的问题定性为实体问题,进而依据最密切联系原则,允许船旗国法或侵权行为地法或其他具有最密切联系的法律得到适用,不失是一种更为优化的选择。并且,分割主义的立法模式对于海事赔偿责任限制的实体问题,能够适应司法审判中案情不断变化的需要,可以克服用一种固定的连接点指引准据法的不合案件实际情况或导致案件审判结果不公正的缺陷。只有这样,才可以使我国未来关于海事赔偿责任限制的立法更加符合“现代化”的标准。

## 结论

法院地法在我国海商事法律关系中的适用体现在船舶优先权、船舶在公海上碰撞的损害赔偿及海事赔偿责任限制这三个方面。总体来说,这三处适用法院地法的规定是符合我国实际情况的,但在未来也不是没有改进的空间。目前,法律适用的分割主义方法是国际私法理论和实践发展的一个重要趋势。未来在我国《海商法》的修改中,将分割主义立法模式运用于船舶优先权及海事赔偿责任限制的法律适用问题的立法上来,在利用法院地法保护我国社会公共利益的前提下,根据最密切联系原则解决此类涉外案件中具体的法律适用问题,无疑将会是一个明显的进步。

## 著作权跨境流转与跨境保护

文 北京市中银（深圳）律师事务所 谭岳奇律师 杨文华律师

### 【案情简介】

近年来，一家神秘的外资企业——XX创意（北京）图像技术有限公司（以下简称XX创意公司）屡屡在国内四处出击，声称维护美国某图片公司的图片版权提起诉讼。

通常，XX创意公司会在正式起诉前向其发现的侵权嫌疑人签发版权确认函，要求对方确认有关图片的合法版权来源。对方通常不予理会，该公司则会进一步签发律师函，声称对方侵犯其著作权，并附送其挑选的胜诉判决，从而以诉讼相威胁，要求对方进行赔偿，赔偿金额一般在每张图片一万元以上。

XX创意公司在诉称中表示涉案图片先后于1995年、1996年首次发表于美国图片公司的网站，但据检索，该网站声明的开办时间为1999年；该公司转而承认涉案图片首次发表之媒体并非上述网站，而是美国图片公司的展示性图片集或其它出版物，但未能进一步举证证明该等事实。

该公司频频提起此类著作权诉讼，据该公司维权总监向中国知识产权司法保护网、中国知识产权裁判文书网发出的公开信，该司2006年在全国起诉被告5000余家，涉案图片数万幅。按每件索赔1万元计，涉案金额上亿元。

其诉讼案件如此集中，涉案金额如此巨大，因此，有关其维权现象及其维权模式，已经引起广泛争议和讨论。

人们发现，该系列案件除了涉案图片编号不一致之外，其余内容几乎是从同一个模子里复制出来的，表明原告系采用简单复制的方式拓展其诉讼规模。该等案件中均隐含着基于著作权跨境流转的跨境保护问题，进而引申出许多在实践中极易被忽略的国际私法理论问题。

对此类著作权案件中出现的問題，若一味听之任之，势必影响国家的法治统一和尊严。故不揣鄙陋，特撰此文以探讨之。

### 【法律适用分析】

笔者认为，本案至少应当分为三个方面独立的法律关

系考查其法律适用问题，第一方面是涉案图片的著作权归属问题，第二方面是美国图片公司与原告之间的委托授权关系，第三方面是侵权责任问题。具体可分为下列各方面问题。

### 涉案图片是否受我国立法保护

依据《伯尔尼公约》第五条之规定，作品著作权的跨境保护实行“国民待遇”和“独立保护”原则，即：任一受公约保护的作品向缔约国请求保护，其保护的度以及为保护作者权利而向其提供的补救方法应与被请求国给与本国国民的待遇相同，且完全由被请求国的法律规定，不受该作品在其它国家（包括起源国）是否受到保护之影响。

因此，依据我国参加国际公约所负有之义务，对起源于美国的作品是否受我国著作权法保护及其保护的内容，应当依据我国的法律给予国民待遇。

依据《中华人民共和国著作权法》（以下简称《著作权法》）第二条之规定，我国著作权立法对于涉外著作权的保护采取“双国籍国民待遇原则”，即：

境内人的作品无论是否发表，均受我国著作权法保护；境外人的作品首先在我国境内发表者视为我国作品予以保护；境外人未在我国境内首次发表的作品，依据其所属国或作品首次发表国同中国签订的协议或共同参加的国际条约受我国著作权法保护。

可见，认定涉案作品是否受我国《著作权法》保护，应当以原始创作该作品的作者作为连接点，而继受取得著作权的主体并非作者，若作者并非缔约国公民，则不能仅仅以继受著作权人为缔约国公民而予以保护。

本案原告始终未能提供任何证据证明涉案作品的原始作者、首次发表时间等关键事实，无法认定涉案图片是否在《著作权法》之保护范围之内，及其是否已超过法定保护期限。

### 涉案图片的著作权归属

依据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第

四十八条之规定，著作权的归属和内容，适用被请求保护地的法律。

因此，本案原告在我国境内诉请保护美国图片公司之著作权，就涉案图片之著作权归属，应当适用我国立法。

依据《著作权法》第十一条第四款之规定，若无相反证据，在作品上署名的人可推定为作者。

原告诉称美国图片公司对涉案图片享有著作权之依据是涉案图片左上角加载有与美国图片公司字号相近的商标水印，并认为该水印构成美国图片公司的署名。

但是，依据本案事实及我国著作权立法之有关规定，原告之主张存在下列问题：

一是继受著作权人不享有署名权

依据《著作权法》第十条第三款之规定，著作权转让之客体仅限于该条第一款所列之第（五）项至第（十七）项规定的财产权利，包括署名权在内的精神权利不得转让，因此，继受著作权人不能行使署名权。

二是职务作品的署名权仍归作者享有

依据《著作权法》第十六条之规定，职务作品的著作权一般推定归完成作品的公民即作者享有，在符合法定或约定条件之情形下，其单位可以享有除署名权以外的其他著作权利，而署名权仍应归作者享有。

三是署名只能推定原创作者

综上两个方面，依据《著作权法》第十一条第四款之规定，只能由署名推定创作作品的作者，即原始著作权人，而不能由署名推定其继受著作权人或职务作品著作权人。

四是商标不是署名

商标是将一个企业的商品或者服务同其他企业的商品或者服务区别开来的标志，而署名则是作品的作者公示其作者身份及权利的一项声明。

商标与署名具有不同的功能，分属不同的部门法调整，在实践中亦通常采用不同的标记方法和习惯。

涉案水印的右上角加注了“ ”符号，其无论从功能上讲，还是从目的上讲，都显然是商标，而不是署名。

综上所述，原告主张涉案图片左上角加载之商标水印构成美国图片公司的署名，进而推定其为作者，没有事实基础和法律依据。

### 美国图片公司于授权时是否就涉案图片享有著作权

鉴于本案原告诉称其提起本案诉讼之依据系基于美国图片公司之授权，尤其是，原告并未能举证证明涉案图片的原始创作人、首次发表时间等事实。

因此，本案除依据我国立法考察涉案作品之著作权归属及其是否受我国著作权法保护之外，还必须首先查明美国图片公司于实施该等授权行为时是否享有有关权利。

本案原告诉称有关权利系起源于美国，因此，作为一项民事绝对权利，其形成和取得之法律效力，应当适用其起源地美国的法律作为准据法。

依据《美国版权法》第401条之规定，美国实行“著作权标记主义”原则：虽然作品一经创作即产生著作权；但是，该作品若要公开发表，则必须进行版权标记，才能保持其著作权；否则，该作品即丧失著作权。

### 美国图片公司于授权时是否就涉案图片享有诉权

如前所述，就美国图片公司于授权时是否就涉案图片享有诉权，同样应当适用美国立法。

依据《美国版权法》第411条之规定，登记是提出侵权诉讼的前提条件。

本案原告未能举证证明美国图片公司已依据美国版权法之规定就涉案图片办理版权要求登记，不能证明美国图片公司于授权时依据美国版权法对涉案图片享有诉权。

### 美国图片公司对原告的委托授权行为是否有效 首先当事人的民事权利能力和行为能力

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第184条规定，法人的民事行为能力适用其登记地的法律。

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十四条亦规定：法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力“适用登记地法律”。

因此，本案原告是否有权接受他人授权而就图片作品著作权行使侵权民事诉讼之诉权，应当适用中国立法予以判断；而美国图片公司是否享有著作权、是否有权授权他人就有关图片著作权行使诉权，应当适用美国立法予以判断。

一是美国图片公司之权利能力

依据美国判例法，在Nancey Silvers, Plaintiff-appellee, v. Sony Pictures Entertainment, Inc.案中，美国联邦上诉法院第九巡回法庭确立了授权代理人无权以自己名义提起著作权侵权民事诉讼之判例。

因此，本案美国图片公司依据美国立法无权将其著作权授权他人独立行使诉权。

二是原告之权利能力

依据《著作权法》第八条之规定，我国立法规定的经授权行使著作权诉权之原告主体，仅限于著作权集体管理组织，本案原告不具有接受委托行使著作权诉权之权利能力。

因此，笔者认为，无论依据美国立法还是中国立法，本案原告及美国图片公司均不具备由美国图片公司授权原告就涉案图片行使诉权之权利能力和行为能力。



### 其次授权行为之效力

我国现行立法未明确规定跨境授权行为的法律适用冲突规范，惟有部分立法规范就相近法律关系作出了规定，详述如下：

依据《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第五条第（十三）项之规定：委托合同，适用受托人住所地法，此系针对委托代理内部关系而言。

依据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十六条之规定，明确区分外部代理关系适用代理行为地法律，内部关系则适用“代理关系发生地”法律。

笔者认为，授权作为一项法律行为，按照法律行为冲突规范之一般原则，其效力问题应当适用法律行为实施地的法律。

本案原告举证之证据显示其授权行为系实施于美国华盛顿州，其效力应当适用当地立法予以判断。

依据《美国示范公司法》第8.01条（b）项之规定：“所有公司的权力应由董事会行使或在其许可下行使，所有的公司的业务和事务应由董事会管理或在董事会的指导下管理。”

而本案原告提交的公证书显示：“确认其依照文件中所述的目的和用途自愿签署了该文件，就我所知其是文件上签字之人本人”。

因此，其只能证明《确认授权书》上的签名之真实性，而不能证明签名人与美国图片公司之间的确存在如其声称之身份关系，亦无法认定在《确认授权书》签名的人确实获得了美国图片公司董事会的许可，本案原告举证之《确认授权书》不能构成原告确实获得了美国图片公司授予其提起本案诉讼有关权利之有效依据。

### 原告能否依据美国图片公司的授权行使诉权

本项问题亦可表述为：诉权能否独立于著作权单独转让，或者在更为广泛的意义上，诉权能否独立于实体权利单独转让。

笔者认为，诉权与实体权利相互独立又密切相关，独立于实体权利而单独转让诉权是没有法律依据的。

本案美国图片公司并未向原告转让涉案图片之著作权，而通过《确认授权书》之形式授权原告就涉案图片之侵权行为行使诉权，事实上赋予了原告承担诉讼结果的实体权益，而该等权益显然并不具备实体权利上之基础。

而且，本案美国图片公司并未于授权原告之同时放弃诉权，如果认定原告可以依据该等授权而行使诉权，则必将面临美国图片公司与原告均可就同一诉讼标的行使诉权之混乱局面。

综上分析，笔者认为，本案美国图片公司不能独立涉

案图片著作权而向原告单独转让其诉权，原告不能依据美国图片公司之授权而行使诉权。

## 【著作权跨境流转与跨境保护】

### 问题的提出

在著作权跨境授权的情况下，由于外国授权人并未直接向内国法院请求保护其著作权，而是由内国的受托人直接向内国法院起诉，因此，内国法院必须首先查明有关授权之合法性和有效性，而其中一项重要前提即是查明授权人是否充分、完整地享有其所授予的权利。

但是，基于国际公约框架下的“国民待遇”原则和“独立保护”原则，著作权的跨境保护无需受涉案作品在被请求保护国外是否受保护及其保护程度之约束。

那么，针对基于著作权跨境流转而产生的跨境保护，究竟是否应当考查跨境流转过程中的权利渊源问题？

如果回答是肯定的，似乎有违缔约国承担的公约义务；如果回答是否定的，又会产生“超国民待遇”之虞。

而且，鉴于国际知识产权交易日益繁荣，在有关著作权的跨境转让中亦必然会涉及这一问题。如果说跨境授权中的矛盾还可能基于前述诉权不可单独转让原理之限制而予以避免的话，那么，在跨境转让的情况下，内国法院必须直面这一矛盾。

### 案例假设分析

假设例一：

有三个缔约国A、B、C，其内国法规定的摄影作品的保护期分别为50年、25年、50年，那么，依据《公约》第七条第4、第8款之规定：

（a）起源于A国的摄影作品，在B国可获得的保护期限为25年，在C国可获得的保护期限为50年；

（b）起源于B国的摄影作品，在A、C国可获得的保护期限均为25年。

依据《公约》第五条第4款之规定，如果B国作者的摄影作品首次在A国发表，其起源国为A国，如上所述，其在B国可获得的保护期限为25年，在C国可获得的保护期限为50年。

据此假定：

在上述图片完成超过25年之后，B国作者与C国国民在B国签署转让协议，由B国作者向C国国民转让该摄影作品著作权中的经济性权利，C国国民据此向C国法院诉请禁止C国其他国民使用该摄影作品，C国法院应否予以保护？

又假设例二：

有A、B、C三个缔约国，A、C国立法规定作品一经创作完成即取得著作权，其保护无需注册登记或版权标

记, B国亦规定作品一经创作完成即取得著作权, 但若其公开出版时未按规定格式进行版权标记, 则该作品即进入公有领域而不再受法律保护, 那么:

B国国民创作的作品首次在A国发表时未进行版权标记, 则依据独立保护原则, 该作品可获A、C国保护而不能获得B国保护。

据此假定:

该作品之B国作者与C国国民在B国签署转让协议, 由B国作者向C国国民转让该作品著作权中的经济性权利, C国国民据此向C国法院诉请禁止C国其他国民使用该作品, C国法院应否予以保护?

### 跨境流转的准据法

综上所述, 在著作权跨境流转之情形下, 其跨境流转事实本身亦构成一项独立的涉外民商事法律关系, 譬如其通常表现为涉外合同关系, 即应当依据适用涉外合同之冲突规则适用相应的准据法。

而国际通行的合同冲突规则均优先采用当事人意思自治原则, 若当事人未选择合同适用的准据法, 则按最密切联系原则选择适用准据法, 譬如依据“特征履行说”, 适用能够反映合同本质特征的义务履行地的法律。

### 意思自治与法律规避

在上述所举例一及例二中, 若当事人未选择著作权转让合同适用的准据法, 则应当适用B国立法。依据B国立法, 有关著作权或已超过法定保护期, 或已进入公有领域而不再予以保护, 因此, 该等转让合同得以其标的在法律上不存在而不能有效成立。

但是, 若当事人选择买受人所在的C国立法作为合同准据法, 则似乎有关著作权依据C国立法合法存续, 故其合同得有效成立。据此, 当事人可能通过选择著作权跨境流转合同之准据法而避免著作权转出人的权利瑕疵。

那么, B国作者明知其并不享有有关作品之经济性著作权, 而又故意通过人为选择合同准据法而影响合同效力, 是否得构成法律规避?

如前所述, 法律规避是指: “涉外民商事法律关系的当事人为利用某一冲突规范, 故意制造某种连接点, 以避开本应适用的法律, 从而使对自己有利的法律得以适用的一种逃法或脱法行为。”

而连接点分为客观连接点和主观连接点, 合同当事人合意选择的准据法连接点即为典型的主观连接点。

笔者认为, 基于权利流转的基本法理, 权利受让人取得之权利系源于转让人之让渡, 其获得的权利内容应不得超出转让人原本享有的权利内容。在著作权跨境流转合同中, 若转出人明知其在本国并不享有所涉作品之著作

权, 或者其著作权已经消灭, 但是却通过人为选择合同准据法而避开其著作权依据本国法律已经消灭之瑕疵, 其具有明显的规避法律的主观目的和动机。

因此, 著作权跨境流转之合同当事人通过选择准据法而规避权利转出人的权利瑕疵, 应当构成法律规避。

### 问题的解决

笔者认为, 在公约体制下, 公约的宗旨主要在于协调著作权的国际保护问题, 其并不调整著作权的取得、流转、消灭等基本民事权利规则。而关于基本民事权利, 国际上例应属于各国主权自主立法范围之内。

因此, 基于公约框架下的“被请求保护地法律”应当仅仅适用于认定涉案作品是否在被请求保护地法律保护范围内, 及其可以获得著作权保护的具体内容。

但是, 在任何著作权跨境保护案件中, 不仅要认定涉案作品是否在被请求国法律保护范围之内, 而且还要查明涉案作品之著作权归属。

显然, 著作权的归属应当依据其取得、流转、消灭等具体事实予以认定, 而该等规则并非公约调整之范围, 因此, 其应当独立适用有关权利归属之冲突规范。

譬如我国《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十八条即规定著作权的归属适用被请求保护地的法律。

笔者认为, 依据前述分析, 此处所谓“被请求保护地法律”, 应当指的是被请求保护地关于权利归属的一般立法规范。

尤其应当注意的是, 不能将公约体制下的著作权保护规范混用于认定著作权归属之依据, 即不能仅仅以涉案作品在被请求保护地法律保护范围之内而推定涉案当事人享有合法有效的著作权。

换言之, 前节关于跨境流转合同当事人对准据法的选择将影响合同效力之论述仅仅是基于理论假设需要而进行的表面形式上的推论, 由其推论出来的法律规避其实也是一种假性法律规避, 其本质上不能产生规避有关权利瑕疵的客观效果。

因此, 在著作权跨境流转情形下, 流转合同的效力只是认定著作权归属的一个环节, 受让人能否取得合法有效的权利, 应当同时考查:

- (a) 转出人是否合法有效的享有合同所流转之权利;
- (b) 有关流转权利可否及如何通过合同流转;
- (c) 流转合同是否合法有效成立并生效。

该三项内容均为独立之法律事实, 既不能概以被请求保护地著作权立法规定的保护范围作为判断之依据, 亦不能笼统适用当事人选择的合同准据法。

其中:

关于转出人是否合法有效的享有有关权利，我们认为，著作权作为一项基本民事权利，性质上属于绝对权，应当适用该转出人本国关于著作权变动之立法规定。

关于流转权利可否及如何通过合同流转，包含两层问题，一是能否流转，二是如何流转，譬如是否需要登记方才发生流转之法律效力。

笔者认为，民事权利能否跨境流转，涉及双方的权利能力，应当同时适用双方的本国法律，惟若两国立法均不禁止，且依两国立法履行必要之法定程序，方可认定该等权利跨境流转为有效。

### 【涉外著作权法律适用的“分割论”】

依据上述分析，可以发现，在涉外著作权民事诉讼中，往往涉及到方方面面的法律关系，而有关各方面的法律关系，应当根据其不同的特点来分别适用不同的冲突规范来适用相应的准据法，这就是所谓的“分割论”。

譬如：有关作品国籍的取得依作品最初发表地法；有关著作权是否存在，适用作品最初发表地或来源地法；有关是否保护及如何保护著作权，适用被请求国缔结或参加的国际条约及其本国法；有关著作权保护的范围、期限和内容，适用被请求保护国法；有关著作权的转让，适用合同的准据法。

事实上，最近颁行的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》亦采纳了“分割论”的体例，其第七章为“知识产权”，虽然只有三个条文，却分别规定了知识产权归属、知识产权转让、知识产权侵权责任三大方面的内容，体现了根据不同法律事实的特点分别适用不同准据法的精神。

### 【综述】

综上所述，笔者认为，所谓法律冲突，其所冲突的只

是法律，而不是事实。

因此，在涉外民事诉讼中，无论适用哪国的法律作为审理案件的准据法，其所依据的事实基础应当是一致的，都应当以合理查明域内和域外的全部涉案事实作为决定法律适用问题的前提和基础。

这个问题表面上看与“识别”理论相似，但本质上并不相同。

识别问题仍然是法律适用问题，是适用什么法律对案件事实进行定性的问题；而笔者所讲的“不冲突的事实”是由证据所直接呈现出来的案件事实，譬如在著作权诉讼中，作品的作者，作品完成的时间，作品首次发表的时间、地点、媒体，以及著作权流转的环节和过程，均应构成案件的事实，均不会依据准据法的变化而变动。

因此，笔者认为，将事实问题与法律问题分开是涉外诉讼的基本基本原则，而这一点正是“分割论”的基础和意义所在。



### 延伸阅读：

特征履行说：由哈伯格在1902年研究双务合同的法律适用时提出。在合同之债中，一方的履行足以使此种合同与别的种类的合同在性质上区别开来，这种履行便可称特征履行。主张合同应依特征履行来确定其准据法的学说，即称特征履行说。此种履行还常用来确定何地（何方）的法律是与合同具有最密切联系的法律。

如何判断合同中的特征履行？例如：在货物买卖合同与提供服务的合同关系中，交付货物与提供服务是各具特征的，而他们的对方都是支付价款，所以应该认为，交付物品、提供服务等的非金钱履行为特征履行。







# 业余篮球运动伤害案件的自甘风险与公平责任

文 广东华商律师事务所 刘泽华律师

## 【案情】

去年，深圳某初级中学小ABCD,午饭后自发组织业余篮球活动。运动中，小A进攻跳起投篮，落脚时，脚踩着防守队员小B的脚，小B随后倒地受伤，经住院治疗花去医疗费1600余元。后经司法伤残等级鉴定为九级伤残。因双方及学校就赔偿事宜未达成一致意见，小B诉至法院，请求小A赔偿医疗费、住院伙食补贴、残疾赔偿金、精神损害赔偿金等各项损失约20万元，同时要求该初级中学承担连带赔偿责任。

## 【分歧】

对小B的诉讼请求，存在两种不同的意见。

第一种意见认为，小A的行为构成过失侵权，应引入过失比例分配原则决定小B承担的赔偿责任。

第二种意见认为，小B参加业余篮球运动的行为属于自甘风险，不得对直接行为人提出侵权损害赔偿。

## 【评析】

笔者赞同第二种意见。理由如下：

本案的争议焦点系参加业余篮球运动而引发的人身伤害案件，争议的核心问题有二：（一）一般人参加业余篮球运动是否构成自甘冒险行为？（二）篮球运动中常规性身体接触带来的碰撞伤害是否构成侵权？

篮球比赛具有对抗性及人身危险性的风险。这种对抗性必然存在冲撞、抢夺、进攻、封盖的基本运动行为，甚至必要的技术犯规；在强烈的身体对抗中发生人身损害是极有可能的，出现人身损害事件按常识应在意料之中。在激烈的篮球对抗赛中因进攻防守运动本身就存在较多的身体接触，具有一定的危险性，运动员之间出现相互碰撞等引发的受伤事件属于正常现象，对此双方当事人对本案损害的发生均无过错。

### （一）小B参加业余篮球运动的行为构成自甘风险

自甘风险是普通法上一个古老的害人免责事由，指受害人明知某具体危险状态的存在仍自愿承担风险之

情形，在原告提起的过失或者严格责任的侵权责任诉讼中，要求原告承担其自愿承担的所涉风险。构成自甘风险须具备以下要件：一是受害人知悉危险存在；二是受害人有自愿承担危险的明确表示或者可以推知的默示；三是接受该危险不违反公共利益或者善良风俗。

本案中B参加业余篮球运动的行为符合上述自甘风险构成要件，构成自甘风险。

一是篮球运动是一项群众普及性较高的运动，存在高强度对抗性的运动行为，在强烈的身体对抗中发生人身损害是极可能的，参加篮球运动即意味着存在含有造成参与者身体伤害的危险。小B作为业余篮球爱好者，应当能够预见到篮球运动存在的潜在伤害风险，但其自愿地选择参加篮球运动，意味着其是有接受该危险并自愿承担篮球运动潜在伤害风险的意愿，属以默示的形式表示自甘风险意思。

二是篮球运动是强身健体的体育运动项目，小B接受篮球运动潜在伤害风险，不违反公序良俗。在竞技体育运动中发生在运动员之间的伤害事故，应当风险自负，致害人不承担赔偿责任已是世界惯例。

三是法院应当惩罚体育运动中恶意犯规故意侵害人身权的行为，对常规性身体接触带来的碰撞运动伤害行为应予以宽待，以促使体育运动更加规范、更加精彩。司法实践中，如将篮球运动中常规性身体接触带来的碰撞伤害行为认定为过失侵权行为，由直接致害人承担侵权赔偿责任，不仅显失法律的公平，会给司法带来不必要的负担，还会打击篮球运动参与者的积极性，消解篮球运动的对抗性，使篮球运动丧失竞技观赏性。

四是篮球运动属于高风险对抗性运动，每一个参与者在参加运动前都应当对该项运动所带来的潜在危险有预见认知及承受能力，自愿承担篮球运动中常规性身体接触带来的碰撞伤害风险，不得对直接行为人提出侵权赔偿请求。

（二）篮球运动中常规性身体接触带来的碰撞伤害不构成人身损害侵权，运动参与人不应承担民事赔偿责任。

《侵权责任法》明确的归责原则是过错责任原则与无过错责任原则，本案中小A主观上没有伤害小B的故意。过失规则的基础在于行为人对于损害的发生原有预见的可能，只是由于意思基准的欠缺，导致违反了法律对行为人规定的注意义务，而没有预见到。判断过失的重心在于行为人对于损害的发生是否具有法定的预见和合理注意义务。篮球运动是一种竞技体育项目，具有对抗性特点，在激烈的对抗运动中，很难要求行为人每次在做出下一个动作之前都要经过大脑的慎重考虑，正所谓“许多人如此集中注意力于自己的运动上，以至于根本无法顾忌旁边的第三人”。因此，篮球运动中常规性身体接触带来的碰撞伤害是常见现象，具有社会相当性和普遍性。正因如此，篮球运动中常规性身体接触带来的碰撞伤害是正当的和被允许的观念已被人们广泛认可，参与运动的人也习惯了接受篮球运动中常规性身体接触带来的伤害风险。因此，篮球运动中常规性身体接触带来的碰撞伤害的正当危险并不属于篮球运动参与者的合理注意义务。因此，小A对小B一并不负担常规性身体接触带来的碰撞伤害注意义务，当然也就不存在疏忽或懈怠的过失情形。故小B受伤，但其行为不具备一般侵权行为的构成要件，不能适用过错责任原则。同时，本案不属于法定的特殊侵权情形，亦不应适用无过错责任原则及过错责任推定原则。事实上，如将业余篮球运动中常规性身体接触带来的碰撞伤害行为认定为过失侵权行为，由直接致害人承担侵权赔偿责任，不仅显失法律的公平，会给司法带来不必要的负担，还会打击篮球运动参与者的积极性，消解篮球运动的对抗性，使篮球运动丧失竞技观赏性。

业余篮球运动中出现的损害，而受害人对损害的发生亦无过错时，司法实践中主要有两种做法：1、大多数判决当事人不承担责任，理由主要为不构成侵权则不承担责任，开展体育运动的宗旨是通过体育活动强化锻炼，增强国民身体素质，培养拼搏精神，如果在体育运动中受到伤害就一定要追究无过错人的责任，导致更多的人害怕承担意外伤害责任，而不敢参加体育活动，这就从根本上损害社会、民族利益，也有悖体育运动初衷。

小部分案例根据《民法通则》第132条规定“当事人对造成损害都没有过错的，可以根据实际情况，由当事人分担民事责任”。最高人民法院印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》的通知，第157条：当事人对造成损害均无过错，但一方是在为对方的利益或者共同的利益进行活动的过程中受到损害的，可以责令对方或者受益人给予一定的经济补偿。

## 【法院判决结果】

一审法院认为：小A的行为构成过失侵权，应引入过失比例分配原则决定小B承担的赔偿责任。

一审法院认为：本案是生命权、健康权、身体权纠纷案件。本案的争议焦点在于小B受伤的因素是什么，各因素之间该承担多少责任比例的问题。一审法院认为小ABCD违反学校管理规定，在午休时间打篮球；学校没有及时制止该篮球活动；小A对小B的受伤承担侵权责任。根据侵权责任法第六条、第十六条、第二十二条，认定小A承担40%的过错责任，同时认为学校承担20%的过程责任。

一审判决后，小A及该中学均不服，均向深圳市中级人民法院提起上诉，市中级人民法院认为篮球运动属于高风险对抗性运动，每一个参与者在参加运动前都应当对该项运动潜在危险有预见认知及承受能力，只要致害人对于损害结果的发生不存在明知或者放任其发生的故意心理，受害人就应自甘风险，除非是重大恶意犯规，否则不得对直接行为人提出侵权损害赔偿。高强度对抗性和身体接触性等篮球规则所允许的特点就要受到法律的责难，导致篮球场上出现的任何人身受损的情形都会被视为突破法律所允许的范围而被评价为行为非法，这种结论无疑是违反公众认知常理的；同时势必导致法律的评价凌驾于运动规则之上，影响公众对体育运动的参与积极性。故不能认定为侵权。同时认为：学校制定有关规定的目的是为了确保在校学生的人身和日常行为的安全，而本案损害的发生于篮球运动场上，各运动参与人正常的身体接触和对抗中，而该活动何时开展并非是避免该损害发生的必然且唯一的因素，故学校对此不承担损害的过错责任。

市中级人民法院认为各方均无过错，根据公平责任，同时考虑到篮球运动有四位参与人，且综合考虑各运动参与人的经济状况，根据《民法通则》第132条判决小A和学校各承担1万元的补偿责任。



【编者按】2014年初，深圳市龙岗区提出打造“六区一城”，将“法治之区”放在首要位置，先后出台了一系列措施，全面推进一流法治城区建设工作，着力营造公平公正、规范有序的法治环境，先后获评“全国六五普法中期先进区”、“2014中国十佳法治化建设城区”。近日，本刊对龙岗区委书记杨洪进行了专访。

# 厉行法治 护航发展 勇当“全面推进依法治国”尖兵

文 本刊编辑部

《深圳律师》：十八届四中全会提出全面推进依法治国的重大方略，加快法治建设已成为全社会共识。据我们了解，您在2014年初召开的龙岗区委五届十二次全会上提出了建设“六区一城”的工作思路，并将“法治之区”放在首要位置，这与中央的精神高度契合。请问，当时是基于怎样的考量？

杨洪书记：很高兴有机会和平台，与大家分享龙岗区在法治建设上的思考、探索与实践。首先，我代表龙岗区委区政府，对深圳市律协和《深圳律师》杂志长期以来对龙岗法治建设工作的关心和支持表示衷心的感谢。

2014年年初，我区召开区委五届十二次全会，提出了“123456”的工作思路，其中“6”就是打造“六区一城”，即法治、生态、文化、教育、健康、体育之区和活力休闲之城。我们将“法治之区”建设放在首要位置，是贯彻上级精神、立足龙岗实际、积极调研谋划后作出的决策。

从上级决策部署看，2013年底，深圳市委市政府制定出台了《深圳市加快建设一流法治城市工作实施方案》，明确了法治城市建设的“路线图”、“时间表”和“任务书”，并随即召开全市加快建设一流法治城市工作会议，提出“让一流的法治成为深圳经济特区新时期更为显著的特质”。市委的这一重大决策部署，走在了全国前列，也为我们基层在新时期加强法治建设指明了方向。

从龙岗区情实际看，作为全市行政大区、产业大区和人口大区，龙岗当前正处于经济、城市、社会全面转型期，面临着发展任务繁重、利益诉求多元、矛盾问题复杂等多重挑战，广大人民群众的法治意识、权利意识日益增强，迫切需要营造公平正义的法治“软环境”，用法治思维、法治方式来推动发展、化解矛盾。如果仍然习惯于运用权力思维、行政思维来管理城市和社会，将不合时宜，举步维艰。

从调研谋划情况看，区委初步形成“六区一城”构想后，安排相关部门联合第三方机构，开展了深入的调查研究，于



2013年底形成了内容详实、对策具体的调研报告。报告系统分析了龙岗在法治建设方面的基础和短板，明确了“法治之区”建设的总目标、路线图。在此基础上，区委广泛听取意见、集思广益，于2014年3月出台了《加快建设一流法治城区实施方案》及专项行动方案，推动一流法治城区建设工作深入开展。

2014年10月，党的十八届四中全会提出了全面推进依法治国的重大方略；近期，春华书记在省委十一届四次全会上专门就法治建设作重要讲话，强调要像抓项目落地一样抓法治工作落实，开创法治广东建设新局面；王荣书记在市委五届二十次全会上强调，要破立并举，在全面依法治国中干在实处、走在前列。可以说，龙岗打造“法治之区”的构想、在法治建设方面的先行探索，与中央精神、上级部署、社会共识都是高度契合的，我们既切身感受到依法治区重任在肩，又进一步坚定了弘扬法治精神、打造“法治之区”的信心和决心。

《深圳律师》：通过杨书记的介绍，我们感觉龙岗区推进法治建设的思路清晰、工作扎实，完全符合中央、省、



市精神和龙岗实际，值得各地学习借鉴。请您详细介绍一下龙岗区的具体做法。

**杨洪书记：**近年来，我们坚持问题导向、需求导向，勇于担当、主动作为，将打造“法治之区”作为建设现代化国际化先进城区的重要抓手，全面推进一流法治城区建设，先后获评“全国六五普法中期先进区”、“2014中国十佳法治化建设城区”，群众对法治建设的满意度进一步增强。据第三方调查显示，93%的市民认为区政府各部门能够或基本能够严格按照法定程序执法，90%的社区居民认为社区解决基层群众的纠纷很有效果。我区的主要做法有以下几点。

一是强化顶层设计，“法治之区”建设路径逐渐明晰。自去年3月我区《加快建设一流法治城区实施方案》及专项行动方案出台后，我们围绕依法行政、公正司法、法制宣传教育等重点领域，部署了三个阶段17项专项行动，制定任务清单、明确时间要求、强化评估考核，建立了责任清晰、部门协同、上下联动的工作机制。截至2014年底，第一阶段6个专项行动120项阶段性工作任务已基本完成。十八届四中全会召开后，我区又以“走在前列”的责任和担当，在全市率先出台《关于贯彻落实党的十八届四中全会精神 加快推进一流法治城区建设的重点工作实施方案》等“1+6”文件，进一步明确“法治之区”建设路径，形成了整体推进、重点突破、循序渐进的工作局面。目前，全区已有326家机关事业单位完成了法治龙岗创建的阶段性目标任务，17家区属国有企业、以及全区500人以上的民营企业均已纳入法治创建工作范畴，形成了“党政统揽、部门联动、社区主动、社会齐动”的法治共建工作格局。

二是着力改革攻坚，法治政府建设成效显著。在“法治之区”建设中，推进依法行政、建设法治政府既是应有之义，更是重中之重。我们在全区首推“权责一致”的区级权责清单制度，梳理编制并公布党务权责事项3446项、行政权责事项12934项，初步实现权力清晰化、责任具体化、权责一体化、监督公开化，并倒逼权力的规范运行，省纪委、省委办公厅专题通报推广，我区在全省预防腐败创新工作现场会上作了典型发言。在全国率先全面推行行政处罚定额化，全区19个有行政处罚权的区属单位、1987项行政处罚事项，以及街道受委托实施的5000多项执法事项，全部制定了裁量权实施标准，彻底消除了执法标准的模糊地带，全区因行政处罚引发的行政诉讼、行政复议案件去年同比下降80%。深入推进诚信建设试点区建设，以政务诚信为“火车头”引领带动诚信体系建设，化虚为实、擦亮品牌，建成全省首个区（县）级信用信息管理平台，率先开展公务员诚信建设试点工作，打造区长信箱、民生热线、官方微博三大网络问政平台，全省政务诚信建设工作现场会在我区召开。

三是主动创新突破，社会治理法治化水平全面提升。坚

持以法为纲、依法治区，推出一系列独具特色的创新实践，让法治精神融入城区发展血脉，让法治意识渗透进群众生活的方方面面。在化解基层矛盾方面，在横岗街道试点信访调解司法确认制，整合调解、行政、司法资源，给信访调解盖上一枚“法律章”，试点期间共终止信访纠纷270宗，无一件出现反复，实现了由“信访”向“信法”的转变，被列为省试点改革，全市基层信访事项依法终结工作现场会在龙岗召开。在完善法律服务体系方面，制定《龙岗区法律援助案件质量监督暂行办法》，开展法律援助案件质量评估机制建设，被司法部确定为试点项目；大力加强“专兼结合”、“一社区一法律顾问”的服务队伍建设，实现8个街道法律援助工作站、109个社区援助联络点全覆盖，形成了“全区半小时服务圈、中心城区十五分钟服务圈”的法律援助网络，使公正、阳光的法律服务覆盖最广泛、最基层的民众。在创新法治宣传载体方面，在全市率先开通区级法治建设服务网站“法治龙岗网”，建成“龙城公园法治文化广场”，开办“龙岗法治大讲堂”、青少年法制教育馆；利用400台公交车体、龙岗影城电子屏幕、手机普法短信等载体，开展多维立体法治宣传教育。全区市民群众法律普及率、学法知法用法的参与率均达95%以上。

《深圳律师》：近期，习近平总书记作出重要批示，要求深圳市牢记使命、勇于担当，在全面建成小康社会、全面深化改革、全面依法治国、全面从严治党中创造新业绩。龙岗在落实全面依法治国上将有什么新举措？

**杨洪书记：**新年伊始，习总书记的重要批示赋予了深圳经济特区在“四个全面”中创造新业绩的重大历史使命，令我们深受鼓舞、倍感振奋。作为特区新时期发展的重要增长极，我们在兴奋之余冷静审视龙岗发展现状，清醒地认识到与“四个全面”目标相比，我们还存在一定差距，特别是在“全面依法治国”方面，还有不少工作要做。

目前，我们正在委托第三方机构开展全区法治建设状况调查，科学评估现状，找准薄弱环节，进一步理清工作思路。今后一段时期，我们将全面贯彻中央、省、市加强法治建设的工作部署，按下“法治之区”建设的“快进键”，认真实施建设一流法治城区“1+6”文件，切实增强各级干部自觉运用法治思维和法治方式推进工作的能力，不断提高依法决策、依法行政、公正司法水平，加快营造全社会的守法氛围，真正使依法治国的决策在龙岗落地生根、取得实效。

一是始终坚持依法决策。依法决策是法治建设的重要内容，也是党委政府在法治方面作表率应有之义。龙岗将不断完善依法决策、科学决策、民主决策机制，坚持重大决策民主协商、政治协商、集体决定；严格落实区重大决策公开咨询论证和风险评估等相关规定，拓展新型智库、行业专家和社会公众有序参与重大决策的途径和方式，形成明确的制度约束和严密的程序约束。

二是扎实推进依法行政。“天下之事，不难于立法，而难于法之必行”。依法行政是法治建设的关键环节，也是跟管理服务对象关系最紧密的环节。龙岗将坚持“于法周延、于事简便”的原则，动态管理和优化行政“权责清单”，进一步精简审批事项，完善事中事后监管；加快推进政府职能转移，推动政府“瘦身”提效，做到“法无授权不可为，法定职责必须为”；健全政府法律顾问和行政裁量权制度，加强规范性文件的合法性审查和清理，不断提高依法行政水平。

三是有效保障司法公正。公正是法治的生命线。龙岗将以“司法利民便民为民”为出发点，不断深化司法体制改革，规范司法权力运行；完善司法听证、新闻发布等司法公开制度，提高司法公信力，让群众在每个司法案件中都能感受到公平正义；试点开展企业法律援助网络建设，加强司法救助与法律援助的衔接，更好地发挥司法公正对社会公正的重要引领作用。

四是全力推动全民守法。全民守法是法治建设的基础保障。龙岗将继续抓好诚信建设，以政务诚信、司法公信带动商务诚信、社会诚信，健全社会信用体系，为法治建设打牢诚信基石；科学制定“七五”普法规划，深化“法律五进”工作，加强“法治龙岗”网络普法平台建设，针对干部职工、社区居民、青少年学生、来深建设者等重点群体，实施特色普法宣传惠民工程，加强法治文化建设，提升市民法治素养，在全社会营造尊重法律、崇尚法律的良好氛围。

《深圳律师》：律师作为社会主义法律工作者，是法治建设的重要专业力量和具体参与者，律师业的发展程度也是一个城市 and 地区经济发展和社会文明进步的重要标志。请问，近年来龙岗区在推动律师业发展方面做了哪些工作？

杨洪书记：一流的城市需要一流的法律服务。近年来，随着龙岗经济社会的快速发展，政府部门、市场主体、居民群众对律师服务的需求不断增长，区委区政府因势利导，强化政策扶持，优化管理服务，积极推动龙岗律师业做大做强。

一是不断完善行业扶持政策。在2011年出台《关于进一步加强和改进律师工作的实施意见》的基础上，去年出台的《深圳市龙岗区经济与科技发展专项资金管理暂行办法》及配套实施细则，专门将律师业作为高端服务业纳入专项扶持范围，在律师人才落户、购置或租赁办公用房等方面给予政策倾斜。在一系列政策的引导下，龙岗的律师业进入了规范化、专业化、规模化发展的快车道。截至2014年底，全区共有律师事务所58家，数量同比增长20%；执业律师393人，同比增长7%。

二是大力加强律师队伍建设。近年来，我们大力引进知名律师事务所，吸引优秀律师来龙岗从业，不断加强律师业务培训，全面提升律师队伍的整体素质。截至目前，全区本科及以上学历的执业律师共348名，占比近9成；重点服务领域从刑事、民事诉讼向非诉讼、建筑房地产、投资并

购、知识产权、涉外经济、仲裁等领域延伸拓展。去年4月，在新一届深圳市律师协会换届选举中，我区两位律师当选为理事，填补了龙岗空白。

三是积极擦亮行业诚信品牌。将律师行业诚信纳入廉洁城区建设试点，督促、指导各律师事务所加强律师职业素养教育、核心价值观和职业道德教育，建立健全律师服务质量跟踪反馈、诚信档案、诚信监督等制度，建立并完善了340份律师诚信档案，作为对律师事务所和执业律师评价、推介、宣传的重要参考资料。同时，我们还成立了律师诚信等级评定委员会，认真开展律师事务所年度诚信等级评定工作，有效增强了律师的诚信意识。

《深圳律师》：十八届四中全会的决定指出，要加强法律服务队伍建设，构建社会律师、公职律师、公司律师等优势互补、结构合理的律师队伍。请您结合龙岗律师业发展现状，谈谈未来龙岗律师业的发展方向和工作思路？

杨洪书记：据统计，在十八届四中全会《决定》中，共30次提到“律师”一词，14段内容涉及律师工作。近期，国内著名法学家江平先生在论坛发言时谈到，“如果依法治国是一汪水，律师就是这水里的鱼，律师兴则法治兴，法治兴则国家兴”。可以说，随着全面依法治国的深入推进，律师业迎来了一个重要的发展契机，在依法治国进程中也应当发挥更加积极、更加主动的作用。接下来，我们将重点从以下几个方面加强引导，推动龙岗律师业再上新台阶。

一是引培并举、构筑高地。继续做好“筑巢引凤”工作，引进更多知名律师事务所，形成高端律师人才加速集聚态势。健全律师人才综合培训体系，积极争取司法部、司法厅资源，建设全国法律服务创新中心，加强与市律协的沟通合作，常态化开展律师培训与高端研修工作，打造法律服务人才综合性培训基地。深入开展律师行业诚信体系建设，培育律师执业精神，引导律师群体由法律工作者向法律职业人转变，向积极参与议政和热心社会公益的社会精英转变。

二是合作共赢、做大做强。出台有关扶持政策，引导各中小律师事务所结成“律师同盟”，实现资源共享、优势互补、合作共赢。比如，龙岗天安数码城的几个中小型律师事务所组建了区域性法律服务发展联合体的合作组织——“天安律师盟”，搭建起公益性合作平台，在组团合作中实现共赢发展。

三是顺应潮流、创新服务。推动律师业顺应移动互联网时代的市场特征和客户需求，不断创新数字化、信息化、网络化的运营管理服务模式，以行业信息化建设提高管理效能和服务质量，实现自我革新与跨越发展。

四是搭建平台、服务全区。积极搭建和创新工作平台，促进律师业更好地服务于党委政府依法决策和依法行政、服务于全区经济转型升级、服务于社会治理体系和治理能力现代化，为龙岗的经济、城市、社会转型提供优质高效的法律服务保障。

## 法律应该更面向未来

文 深圳市鹏浩律师事务所 邓钧元

梅因曾经说过，“法律更多的是经验而不是逻辑。”我认为这句名言就是《法治及其本土资源》中心思想的高度概括。

通过这本书，苏力老师始终在给我们传递一种观点：中国在移植西方法律的时候需要考虑民间法（习惯法），因为这些民间法或习惯才是中国千年的惯性精髓。并且，在立法的同时，不仅不能摒弃民间法，相反应该让西方法来迁就中国民间法。这样才能让中国的法律不仅得之皮囊，还能自建灵魂。

从法理上说，苏力老师的意思则是：法律是一种社会已有规范的发现物。也就是说，只有在社会存在了潜在的秩序性之后，法律才能够在相关领域制定出来，否则法律本身就没有可行的机会。社会是一个先导，法律应该迁就或者让位于社会，因为后者更符合当事人的利益，减少交易成本。

诚然，这样的说法放在法治中国不但新颖也很有道理，但是作为一个法律人，我们不禁要问：难道法律不可以从根本上改变社会吗？

我认为苏力老师的思想模式与本质论很相似的，即相信存在一个在社会发展中起到决定性的力量，而其他的社会现象不过是这一力量的不同层面的反映。其实苏力老师认为社会本身就是这种力量。

哈耶克说过，社会并不是一个理性构造的产物，而是一个无数理性的局部活动中自发形成的一个秩序体系。也就说法律作为其中一个元素，完全有资格甚至可以说理应天然地成为社会变革的向导。事实表明很多法律都是在社会没有条件，甚至是反对的情况下推行下去，起到了移风易俗的作用。

试想，如果我们将法律仅仅的看成是既存社会秩序的总结，那么我们将失去一个有效地防止社会灾难的武器。像中国这样一个法律相对后发国家，我们不仅要通过法律提供有效的秩序，同时必须要求这种秩序能够有效地控制权力本身的行使。这样的任务是社会完全自生秩序所不能满足的。

苏力老师说：“任何法律制度和司法实践上的根本目的都不应当是为了确立一种权威化的思想，而是为了解决实际问题，调整社会关系，使人们比较协调，达到一种制度上的正义。”也许，苏力老师的出发点是正确的，可是让他想不到的便是中国的发展实在太快了。城市化的步伐让他的观点

显得没有实际意义。

中国的本土资源实际上是在急速变化的，而急速变化的本质就是中国飞速进展的城市化。中国的城市化将数以亿计的农民变成了在城市里生活的人。他们从一个闭塞的小山村来到大城市，不再能够用以前的道德来调整自己与他人之间的关系了，而显然他们也并不能把城市变成一个熟人社会，因为城市人口的庞大。所以，他们只能自愿地或者被迫地融入城市的陌生人社会，这个时候，如果没有一套调整陌生人之间的法律制度，是很难想象这个城市能够正常运转的。

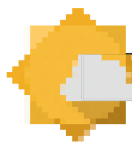
中国的迅速的城市化在改变着中国人民的生活方式，因此许多传统的东​​西是会逐渐被放在博物馆里的而不是将他们放进法律里的。退而言之，中国如此之大，各地的传统习惯又有巨大的差异，如果将其全部纳入到法律中，不知道会有多少的立法成本。这就与苏力老师节约法律成本构想完全背道而驰了。

耶林总结说，历史告诉我们，法的诞生与人的降生一样，一般都要伴随着剧烈的阵痛。“为法的诞生而必要的斗争，不是灾祸，而是恩惠。”作为法律人，我们应该用法律的理性思维去考虑许许多多的社会事件，不能只用普通的大众世俗价值观去看问题。法律人自己要维护的法学价值观，任何人和习惯规则都不能超越于法律之上。

其实，社会生活中不仅仅只有当前的实际问题，也有更长远的实际问题，我相信真正好法律应该更关注未来，关注理性本身。







## 那些被我“拆散”的婚姻们

文 北京市盈科（深圳）律师事务所 杜芹律师

第一次听到对方当事人说我，助纣为虐“拆散”别人婚姻的时候，我为自己是婚姻律师而心情复杂；后来办案经历多了，才知道这个待遇根本不算什么，拿来自嘲一下也无妨。

世界上甚少有离不了的婚，咱也总结一下这些被“拆散”的婚姻们：

### “士可杀不可辱”

在她面前，我几乎成了她假想的攻击目标。了解当事人的婚姻境况、试探她的离婚决心，是我必须要做的功课。于是我要先扮演一下和事佬，劝说她容忍一下现代男人的花心通病。还没等我说完，她就如同开了机关枪，将老公的种种不是作为火力集中发射出来！最后一颗炮弹：我决不能容忍他的出轨，这是我对婚姻的底线！

这样的女汉子，确实不适合有伤害她自尊的老公。如果不及早散伙，恐家无宁日啊！

这段婚姻的焦点法律问题是：如何证明一方有过错，让犯错方付出代价？

### “我就是想离开你”

他一坐到我的咨询台上，就直接告诉我，请您帮我去找我太太谈离婚，条件随便她。我问离婚原因是什么呢？他说：没有原因，就是不想在一起了！显然他不是一个毛头小伙子，那么只能是隐情无法言表，这个婚离得带有那么一点无奈和悲壮。

这类神秘当事人，被妻子敬而远之其实还是对的。虽然相信爱情是神奇的，也不至于神奇到说走就走不留一丝痕迹。事实通常是：有多神秘，就有多绝情！

这段婚姻的焦点法律问题是：该如何证明夫妻感情确已破裂呢？如何预估“隐情”的价值呢？

### “生活费没了，拳头来了”

她们拥有姣好的容貌和乖巧的子女，拥有着被外人看来无比艳羡的家庭境遇：老公有钱，家庭富裕，全职妈妈。每次和她们交谈，都需要备好纸巾。她们的善良和柔弱，已经到了丧失自我的程度。老公如果继续给生活费，如果不对她们拳打脚踢，她们走不到我面前。

我很希望帮助他们。她们柔弱，以致被老公如此暴力欺

侮。历史已经无数次地证明：打老婆的男人，是没有前途的男人，也是遭人唾弃的男人！这种婚，非离不可。

这段婚姻的焦点法律问题是：如何证明家暴？如何对老公的财务状况进行调查取证？

### “从比翼双飞到分道扬镳”

是妻子找到了我，她有着职场女性特有的开朗性格、缜密思维和得体妆容。不想继续婚了，是因为她有了对男人和对人生新的认识。人的要求和目标可以不断提升，包括对婚姻质量，当实际质量跟不上目标了，婚姻就面临解体了。

这究竟是尊重自己尊重婚姻的表现？还是太过自恋和不负责任呢？律师不解这道难题。离婚自由，当一方心意已决要离婚时，对方同不同意已经不那么重要了，只是时间问题。一次诉讼不成，六个月后再诉。

这段婚姻的焦点法律问题是：如何找到离婚的理由？如何找到分家析产的平衡点？

### “休想带走我的钱”

通常男人防守，女人进攻，目标是“钱”。这类婚姻感情很贫穷，夫妻很可怜。他们的婚姻一开始就已经被算计：婚前承诺书、婚内协议……当女人以为没了感情和尊严就应该离时，男人会告诉你很多可以不离婚的生活方式。如果不从，那男人就会告诉你，我是伪大款欠债一大堆。人可以走；钱？对不起，没有。

女人要么怕了就这么离了，冷静下来后悔了回过头去追钱；要么死磕，来个翻天覆地的离婚大战。离不离已经不是问题了，财产怎么分才是问题。

这段婚姻的焦点法律问题是：如何界定个人财产和夫妻共同财产？如何界定企业财产和家庭财产？如何界定隐名财产和他人财产？如何界定股权收益和增值？

陪着当事人拆散了一对儿又一对儿，很多当事人都会非常非常感谢我。不一定是因为婚离对了，这个对错哪有标准呢？而是因为，他们收获了自己的努力、独立和新生活！而我总会对他们说这样一句话：不管你信不信，爱情就在那里！幸福就在前面！

2015，祝所有的婚姻们，都向爱靠拢，向幸福靠拢！



斋墨心语

## 植物的智慧

文 自由撰稿人 程应峰

都说“一花一世界，一叶一菩提。”这是从植物那里领悟到的生命道理。

很多时候，我们就是通过一株植物来领悟世界的。在土壤里生长的植物，缺少足够的伸展空间，但也可以在一方天地里自由自在地生长。它们不能象动物一样鸣叫，更不能奔跑飞翔，只能静静地、默默地生长，但它们是美丽的，神奇的。事实上，它们也有属于自己的，起伏宕荡的喜怒哀乐、生命渴望。

有一种最常见的植物，叫兰花。据说，植物之中，它的智慧无与伦比。它甚至能够迫使蜜蜂或蝴蝶在规定的形式和时间中，按照它所希望的方式传粉。兰科植物的菌根虽然发达，却几乎都扎在地表或浅层土壤中，无法像其他植物那样将根系深入地下寻找水源。为了生存，大多数兰科植物都在背阴的山坡上，然而，土壤中过多的水分又会使菌根腐烂坏死，兰科植物于是拥有了千奇百怪的“蓄水池”，石斛兰枝条状的茎、密花石豆兰纺锤形的假鳞茎和芋兰圆圆的块茎都是储水的好工具。正是有了特殊的根茎，兰科植物才足以在其他植物无法涉足的禁区开辟自己的王国。

绝大多数兰花是典型的虫媒花，也就是说需要动物将一朵花的花粉传递到另一朵花的柱头上才能结实。很多虫媒植物为了雇佣传粉者制造了大量的花蜜和花粉，付出了很大的代价，花粉大部分都进了传粉者的肚皮。兰花煞费苦心另辟蹊径，花粉被打包成块状，不给传粉者取食的机会。花粉块同粘盘、花粉块柄一起组成了兰科植物的雄性生殖结构，这种结构会整个的粘在传粉者身上，通过它们传递到下一朵花的柱头，这样一来就避免了因被取食而产生的浪费。虽然不提供花粉，有些兰花还是会给传粉者提供了花蜜或者蜡质等。事实上，兰花家族里有三分之一的成员在享受传粉服务时，不给传粉者任何好处。有些兰花将自己装扮得像有花蜜的花朵一样，比如国兰中的蕙兰。一般来说，花瓣上长有深色斑点就相当于告诉传粉者“此处有花蜜，请为我传粉”，这种斑点被称为“蜜

导”。虽然蕙兰花中空空如也，唇瓣上却长满了深色斑点，打出了“此处供蜜”的招牌。可怜的蜜蜂不辨真假，钻进蕙兰花中找蜜吃，就只能乖乖地为蕙兰无偿传粉了。除了假蜜导，蕙兰还会发出能够长距离传播的香甜气味。如果一株蕙兰开花，整个山头都弥漫着它的香气。如此之色香俱全，自然会有经不住诱惑的蜜蜂送上门来。

兰科植物将颜色和气味的骗术发展到了极致，这些形态各异，散发着不同香气的花朵对昆虫来说却是一个个美丽陷阱。即使这样，仍然有缺少传粉者的时候。好在，有些兰花早有准备，没有昆虫传粉照样可以开花结果繁育后代。大根槽舌兰可以给自己授粉，连接花粉块和粘盘的花粉块柄客串了搬运工的角色。在大根槽舌兰花打开之后，它的花粉块柄会向内弯曲360°，并最终将顶端的花粉精确地送入柱头腔中完成受精。一般来说，精卵结合是产生种子的一个重要阶段，为了产生种子，绝大多数兰科植物都在想方设法将花粉送到柱头上，缘毛鸟足兰却无须接受花粉，其子房中的胚珠可以直接发育成种子。通过这些非常措施，大根槽舌兰和缘毛鸟足的这样的兰花就算缺少传粉者，也可顺利繁殖。

兰花的每一朵花卉都取得了对自己有益的经验，当它们出现在地球上的时候，没有任何楷模可以效仿，它必须从自身获得这一切。它们在层出不穷展现生存形态的同时，在大千世界蔓延，占据和开拓着自己的地盘。

当然，生活中常见的君子兰、吊兰都不是真正的兰花。君子兰是石蒜科植物，而吊兰则是百合科吊兰属植物，它们和真正的兰花一点也不沾边。传统上的兰花俗称国兰，专指兰科兰属植物，特别是墨兰、春兰、建兰等，它们的共同特点就是颜色素雅，气味幽香。

是智慧，就有永恒的魅力，因为它总能穿越时间空间。一如兰花，所有可资称道的植物智慧，正是具备了如此这般可资咀嚼的魅力。

## 【数字】

### 13.4万件

今年是国家赔偿法实施20周年。20年来,全国各级人民法院、人民检察院依法设立赔偿工作机构,加强制度建设,履行赔偿义务,切实保障公民、法人和其他组织的权益,促使国家机关依法行使职权,为建设平安中国、法治中国作出了积极贡献。据统计,20年来,全国法院共受理国家赔偿案件13.4万余件,审结12.5万余件。

### 121.99万件

作为全国第一案件大省,广东法院2014年共受理各类案件121.99万件,创下历史新高。其中新收各类案件112.76万件,办结109.61万件,同比分别增长10.36%和9.18%。在新收案件方面,一审案件增长11.76%,二审案件增长19.00%,执行案件增长10.44%。法官人均结案98.47件,同比增长了7.05%。反映审判效率的法定(正常)审限内结案率达到98.65%,同比提高2.15个百分点;反映办案效果的信访投诉率为0.52%,同比下降了0.46个百分点。

### 933万件

2014年,全国81万多个人民调解组织调解矛盾纠纷933万多件,调解成功率达97%。行业性、专业性人民调解工作进一步加强,3.6万多个行业性专业性人民调解组织共调解行业、专业领域矛盾纠纷11多万件,其中3650个医疗纠纷人民调解委员会全年化解医疗纠纷6.6万多件。

## 【声音】

**2015年的首个重要工作就是深化律师改革,坚持和完善中国特色社会主义律师制度,完善律师执业权利保障机制和律师违法违规行为惩戒制度,充分发挥律师在维护公民、法人合法权益方面的重要作用。**

——司法部律师公证工作指导司司长周院生

**《环境保护主管部门实施按日连续处罚办法》和《环境保护主管部门实施限制生产、停产整治办法》最为突出的特点就是根据新环保法立法精神,将改正违法排污、实施整治的主体责任落实到排污者,以排污者自律作为责令改正、限制生产、停产整治实施的基础,让排污者对自己的环境行为负责。**

——中国政法大学民商经济法学院副教授胡静

**劳动基准法在劳动法体系中处于最基础的地位,发挥着奠基石的作用,对于保障劳动者的生存利益有着极为重要的法律意义。虽然劳动法及相关基准性法规、规章相继出台,但是有关工时、工资、劳动安全卫生等内容的基准制度一直受到质疑,实施效果远未达到立法初衷。**

——中国人民大学法学院党委书记/教授林嘉

## 【关键词】

### 有错无为

近日,海南省检察院第二分院出台了《工作人员有错无为问责办法(试行)》。有错问责包含利用职务便利,为案件当事人说情,影响和干扰办案等11种情形;无为问责包含对法律、法规、规章等执行不力,导致损害当事人合法权益或者造成不良影响等12种情形。根据问责事件造成的影响,区别轻微、严重、特别严重三种情形,分别适用诫勉谈话、书面检查等11种处理方式。

### 欧洲华人律师协会

欧洲华人律师协会是一个在卢森堡注册的非营利性社团,目前有来自卢森堡、比利时、法国等15个欧盟国家的近30名华人律师成员。该协会的成立首先旨在为来欧洲投资的国内企业提供优秀的华人律师信息平台;其次是为在欧洲执业的华人律师提供一个交流、信息共享与合作的平台;同时可为欧洲本地企业了解中国政策和企业提供服务。

### 反商业贿赂调研蓝皮书

1月10日,法制日报社旗下“中国公司法务研究院”联合“律商联讯”发布了“2014—2015中国反商业贿赂调研报告”,这是国内首部反商业贿赂调研蓝皮书,填补了国内反商业贿赂合规实证研究领域的空白。调研历时5个月,通过问卷调查、深度访谈、沙龙讨论等多种形式摸底中国企业反商业贿赂合规的现状。



## 【业界前沿】

## 最高检首次实现远程视频接访

最高检近日出台远程视频接访办法(试行),明确规定远程视频接访的工作原则和适用范围、预约申请和接谈程序、审查办理和答复反馈以及功能拓展和宣传引导等内容,进一步促进远程视频接访工作制度化、规范化。截至目前,最高检已经与全国31个省级检察院全面联通远程视频接访系统,这意味着各地群众今后可以足不出户向最高检进行控告、申诉。全国共有550余个检察院实现远程视频接访四级检察院联通。

## 广东法院率先推行诉讼文书电子送达

从2015年起,广东法院率先在全国推行全省统一的电子送达方式。今后,只要打开手机或轻点鼠标,诉讼文书就能出现在屏幕上。电子送达是广东法院用信息化手段推动司法便民、利民的具体措施,也是大数据时代加强诉讼服务的积极探索。下一步,广东还将尝试网上立案、网上查询、网上阅卷、法官在线审查,视频接访等多项服务措施,全面推进诉讼服务中心建设,努力满足群众司法需求。诉讼文书电子送达方式试运行1个月以来,全省已有4261宗案件的5541名当事人使用电子送达,成功为1047宗案件发送1327次邮件。

## 中山首创律师信息随卷宗移送机制

近日,为进一步保障律师执业权利,中山市在查询案件、预约阅卷等方面出台多项举措,首创检察机关向法院随卷移送辩护人、代理人信息表制度。据悉,在中山律师事务所执业的律师,可以享受辩护、代理资格网上预审核的便利服务了。只要登录案件查询系统,即可进行案件程序性信息的网上查询和辩护与代理的网上预约。检察院案管中心可通过“一对一”信息发送的方式,将绑定案件的查询网址、账号及密码通知具体辩护人、代理人。

## 济南:联合成立“少数民族律师团”和“涉侨法律顾问团”

为落实市政府年初确定的15件实事之一——“为全市民族村(社区)提供政策、法律、法规服务”,济南市司法局、济南市律协与济南市民族宗教事务局、济南少数民族联谊会联合成立了由26名律师参加的少数民族律师团,为全市民族村(社区)和少数民族群众提供法律服务;同时与市政府侨务办公室合作,推荐20名律师担任“济南市涉侨法律顾问团”成员,积极服务济南市侨商和侨资企业发展。

## 海南法院建首个法治文化长廊

近日从海口市琼山区法院获悉,该院在大门前道路两侧建成了近百米的户外“法治文化长廊”,在海南法院系统尚属首家。据了解,该长廊共设置“群众路线、党建队建、司法为民”等10块图文并茂的版面,全景展现法院形象。同时,在法院大门侧设置一块LED电子显示屏,既可作为庭审直播视频播放终端,实现案件庭审同步直播,还可滚动播放根据真实案例编制的影像资料等,创新普法宣传教育新载体“种”法入民心。

## 南京:启动“律师管理规范年”活动

近日,江苏省南京市司法局、市律师协会启动律师管理工作规范年活动,就分级管理、畅通信息、建立交流平台等事项进行部署,并对《南京市创建规范化律师事务所实施办法(试行)》征求意见。该局要求主动分析管理漏洞,形成令行禁止、步调一致的管理效能,想方设法调动、促动被管理者的积极性;强化考核和问责机制,不出现管理缺位和脱节,强化日常激励和惩戒机制,发挥负面事件的警示教育作用;体现分类管理、宽严相济的管理形式,把执业律师服务质量评价结果作为行业推荐、参与法律事务的首要标准。

## 安徽省:律师可查询公民户籍信息

为保障律师在执业活动中依法调查取证,安徽省厅和省公安厅联合下发《关于律师查询公民户籍登记资料有关问题的通知》,就律师查询公民户籍登记资料问题作出具体规定。《通知》明确,执业律师因所承办法律事务需要,可以携带律师执业证书和律师事务所介绍信,到被查询人常住户口所在地的公安派出所查询当事人户籍登记资料,由公安派出所书面提供被查询人的姓名、性别、民族、出生日期、常住户口所在地址、公民身份号码、照片、所属派出所等八项户籍静态信息。

## 《电子商务法》是一部“发展法”

我国首部《电子商务法》草案有望下半年完成。已经完成的《关于推进国内贸易流通体制改革建设法治化营商环境的意见(征求意见稿)》明确提出“加快电子商务立法”。另据电子商务法起草组透露,相关部门已经完成立法前期的课题研究工作,相应的立法程序也已启动,并力争在2015年下半年完成法律草案。《电子商务法》将成为激发电子商务行业活力的助力器,消费者权益和市场公平的保护神。

## 1

### 周院生寄语深圳律师继续为推进律师业改革发展探索新经验



2月1日上午，司法部律公司司长周院生、涉外涉港澳台事务处处长曹阳、公证业务处处长刘华春来深调研律师工作，在市司法局召开座谈会，省司法厅副厅长梁震、律管处处长陈建，市司法局副局长徐鹏、律公处处长

长熊松青，省律协秘书长叶港，市律协会长高树、副会长张斌等参与座谈。

会上，深圳律师分别围绕如何更好地建立律师执业权利保障机制、构建“三类律师”队伍和完善公职律师、公司律师制度、发展涉外法律服务业等方面提出建议。

梁震副厅长就如何完善法律服务体系畅谈了观点：一要加强律师职业道德建设和队伍建设，提高专业化水平；二要优化资源配置、出台优惠政策，逐步消除行业地域发展不平衡状况；三要保障律师执业权利，改善律师生存环境；四要加强政府购买法律服务，解决公共法律服务需求；五要完善和规范律师事务所管理。

周院生司长充分肯定了深圳律师在服务中国律师业开拓创新方面作出的探索和努力，并希望做好以下几方面工作：一是要充分发挥律师职能作用，统筹国际国内两个大局，为全面深化改革，推进依法治国作出贡献；二是要通过进一步依法规范执业来加强行业管理，树立法律服务品牌。三是要继续发挥特区窗口作用和示范引领作用优势，坚持问题导向，扩大开放战略，深化深港澳合作发展，构建法律服务开放合作的新格局。

## 2

### 2014年我会共受理224件投诉案件

2014年，市律协大力开展以“严格执法、恪守诚信、勤勉尽职、维护正义”为核心要求的律师职业道德和执业纪律教育，严肃、客观处理律师和律师事务所违规违纪行为，共受理了224件投诉案件。

市律协于2013年出台了全国首部律师职业道德守则，并建立律师诚信档案，将律师诚信信息在网上公开接受社会监督，加强律师职业道德建设。2014年以来，市律协共受理投诉案件224件，其中，立案调查198件，

已审结142件。经调查核实，共有24名律师（3家所21名律师）被认定违规，受到“训诫”、“通报批评”和“公开谴责”处分。投诉内容主要表现在：一、压低报价，排斥同行，采取不正当手段招揽业务；二、私自收费，虚假承诺，对委托人未尽尽职尽责；三、扰乱法庭秩序，诋毁法官，拒签法律文书等；四、指使当事人伪造证据；五、违规会见、违规见证等行为。

市律协将不断强化行业自律管理职能作用，进一步完善律师纪律惩戒体系和律师诚信体系，增强律师依法、诚信执业观念，加强行风建设和律师队伍建设。

## 3

### 司法部、中华全国律师协会对我会工作给予充分肯定

为进一步提升市律协管理服务水平，不断探索改革创新经验，会长高树率副会长张斌、秘书长王红分别于1月9日、10日前往司法部、中华全国律师协会汇报工作。司法部律公司司长周院生、中华全国律师协会会长王俊峰、秘书长刘福臣、副秘书长冯秀梅、马国华、李海伟、洪家鸣听取了汇报。

高树会长介绍我市九届律协紧紧围绕深圳“三化一平台”建设的大局，以改革为抓手，以前海开发为契机，不断促进律师服务业市场化、国际化建设，积极开展创一流的活动，推动法律职业共同体建设，全

面促进律师行业发展的工作情况；高树会长还汇报了下一步的工作：一是推进律师社会责任体系、专业体系和诚信体系三大体系建设；二是推动出台律师分类管理制度；三是深入推进深圳律师国际化建设；四是修改《深圳经济特区律师条例》；五是推动律师参与司法体制改革；六是进一步拓宽律师参政议政渠道；七是推进政府购买律师法律服务工作。

司法部 and 中华全国律师协会对我市九届律协在新时期完善律师服务体系，探索拓展法律服务业务创新，推进律师业向国际化、市场化、规范化、专业化迈进所取得的工作成绩给予充分肯定，并希望我会与时俱进，以贯彻学习党的十八届四中全会精神为契机，开创律师行业管理工作的新局面，继续为全国其他兄弟协会树榜样提供新经验。



## 4

## 中国社科院、市中院、市律协明确在法院执行评估中各自分工



1月28日上午，中国社科院、市中院、市律协在市中院21楼会议室召开座谈会，探讨研究进一步推进法院第三方执行评估工作，明确各自职责分工。社科院法学研究所法治国情研究室主任、研究员、《法治蓝皮书》主编田禾、法治国情研究室副主任、副研究员吕艳滨；市

中级人民法院党组成员、执行局局长胡志光、执行局监督处副处长时春蕾、执行局裁决处副处长吴鹏程、执行局裁决处法官尚彦卿；我会副会长张斌等参加了座谈，并到市中院指挥中心观看了《审判权与执行权运作机制改革》宣传片。

会议研究了法院执行评估工作，明确了各方的职责分工：一是由我会组织律师设计调查问卷初稿，客观反映法院执行难的实际情况，经社科院修改后，我会正式下发调查问卷并收集整理汇总意见；二是由我会起草法院执行难情况初稿，进行定性分析，内容包括：法院执行难现状、原因、解决措施以及如何评价等，待调查问卷收集整理后，由社科院进一步完善；三是社科院安排时间对市中院有关案卷进行现场查看；四是市中院对基层法院进行数据采集。

由市律协对法院执行工作进行评估，是一项解决法院执行难的破冰之举。此举有利促进律师与法官的良性互动，契合深圳建设一流法治城市精神。对法院执行评估工作分工明确，标志着这项工作正式进入实施阶段。

## 5

## 我会被认定为具备承接政府转移职能和购买服务资质的社会组织

近日，深圳市民政局公布了129家具备承接政府转移职能和购买服务资质的市级社会组织目录，我会成为深圳市第二批具备承接政府转移职能和购买服务资质的市级社会组织之一。

深圳市委市政府于2012年印发《关于加快政府职能转变深化行政审批制度改革的工作方案》的通知，提出

“逐步将行业管理、社会服务等审批职能转移给有资质的社会组织承担”，通过开展政府向社会组织转移行政职能和购买服务，培育和发展社会组织，进一步推进转变政府职能和提高行政效能，加快转型升级。

截止目前，我市执业律师已达8500余人，律师事务所超过500家。我会率先在全国推行律师代表直选协会领导团队，实行司法行政机关监督指导和行业自律管理的“两结合”管理模式，建立了完善的组织架构和运行机制。市律协将不断提高服务水平和工作质量，探索更加科学的管理模式，努力打造5A级社会组织。

## 6

## 内涵式合作力推深圳律师业发展升级

近日，深圳市律师协会与市委组织部、前海管理局等联合举办的首届深港（前海）人才合作年会、深港行业协会交流会、前海人才管理改革试验区建设研讨会在前海梦工厂、万科公馆成功举行。市委常委、组织部部长张虎，市委组织部副部长郑秀玉，前海管理局局长张备，司法部律师公证指导司原司长、中国（香港）法律服务有限公司副董事长兼总经理杜春，市司法局副局长徐鹏，深圳市律师协会会长高树、副会长韩俊等应邀出席。

高树会长代表深圳市律师协会作为首批签约协会与香港律师会签署了《进一步深化和加强两地律师业发展与合作的协议书》。在前海人才管理改革试验区建设研

讨会环节，高树会长发表了《以创新型法治人才战略推动前海法律服务业的发展》的主题演讲，他表示，律师是我国社会主义法治建设进程中一支不可或缺的重要力量，在前海开发开放平台等三化一平台建设大局中，深圳律师与前海有着良好的合作基础。他就推进前海法治人才发展提出具体建议：一是处理好人才专业化和多元化发展的关系；二是建立法治人才与产业政策同步发展体系；三是建立法治人才交流和互动平台；四是设立前海国际律师学院；五是加大政策扶持力度，进一步推动联营律师事务所落地。

此次活动，不仅为深港两地行业协会的合作与发展提供了交流平台，也为深圳律师业的发展提供了良好的契机，为进一步推动一流法治城市建设发挥积极作用。



# 生命为何如此 圣洁如花

文 广东闻天律师事务所 徐静

淡凉的雨水，间隙  
穿插着微弱的冷风  
点点滴滴敲打着，  
这深夜孤寂的心情。  
夜，  
怎么如此忽然地安静，  
窗外朦胧的光透进，  
映射进脑海，  
忆起的，竟是你，少女般的容颜，  
你笑着，恬静，  
似原始深山中的一束，  
未曾被人类染指的幽兰，  
淡雅、洁净，  
却又有着出水莲花一样的娇容，  
原来，  
你的美是这样的无法形容。

忽地，你又似那蒲公英，  
离去，也只是借助那一丝轻微的风。  
你自由，你聪明，  
你可以那样坦然的飘荡在天空，  
仰望你，仰望着你带来的，洁净与光明，  
你，  
为何如此让人神往，  
你，  
为何如此圣洁、神圣，  
你走了，带着北方的冬，  
留下站在无边的想念中的我，  
静夜听着窗外的雨水声，  
想念着你，泪湿枕边  
茫然的又一次进入失去你的悲凄梦中，  
梦中再见圣洁的你，  
如花一样的生命，  
如花一样的容颜。



