

SHENZHEN LAWYERS



深圳律师

非常视线 专业见解

刑诉法修改： 保障人权要体现，三难问题要解决

8月底，全国人大公布了刑诉法修改草案。这是我国刑诉法时隔15年后的又一次大修改。由于中国司法领域众所瞩目的种种乱象，人们对这次修法普遍寄予厚望，希望通过对刑诉法的完善，从源头上改善中国的司法状况

《婚姻法司法解释（三）》，你围观了吗？



法人
FAREN MAGAZINE

No. 35

2011年9月

深圳律师协会主办
法人杂志社协办

接轨吧，让公民生活得更更有尊严

——刑法三修刍议

文 张思之*

法因时变，律依势改。刑诉法面对艰难转型矛盾丛生的社会现实，早已不合时宜，及时修改，确属必要。但记取立法与修法中的教训，又只有依据事物本身的发展规律，顺应时代潮流，有针对性地规范具体事项，或能最终营造一种良好的刑事诉讼秩序即程序合法合理。为了达到这个目标，与普世公认的相关国际公约接轨前行是个捷径。那是人类共同积累的智慧体现，与刑事诉讼相关的非法侦查、强制措施、刑讯逼供、证据采用、交叉询问、无罪推定、律师执业乃至死刑复核等等问题，大都得到了解决。巨人之肩已屹立面前，这决非“那一套”小路数，何不登攀？何乐不为？

诚然，有学者提出应考虑国情，说不可那边接上轨，这边脱了轨。讲得挺生动。可是，此“情”如不符合客观规律性，因“情”而生的种种矛盾怎样解决？此“情”如不能顺应时代潮流，您将会被冲向何方？姑且假定会有“万一”，脱轨之论成立，人们也一定会问：这是“轨”的病呢，还是离轨别去惨遭埋尸的“动车”之弊？

正是从国情出发，此番修法才应以“限公权、扩私权”为原则。前者，要使“公仆”各司其职，善尽其责，并严禁权力滥用；后者，则应使诉讼参与人的权利有充分保障，各享其权，备受其益。这是接轨齐驱的双轮，如何驾驭驶向法律正义，是艺术。

正是国情表明：“维权”在社会生活中已被置于突出的地位，中国律师群体已被历史地推向公民维权的最前沿。由于官员们往往把作为国策的“维稳”视为公民维权的对立面，眼下维权极其艰难，其中含着唯“我”才有的莫名的风险。这种状况昭示一个浅显的道理，维权必须扩权，首先是扩展律师在刑事诉讼中的执业权利，其次是明定司法机关不得超越程序对律师实施“限权”，同时严禁行政部门私定或者暗定规则妨碍与阻挠律师依法履行职责，以利其充分发挥公民“护法使者”的作用，实现其历史使命，终成法治的基石与支柱。这也就在实际上从一个侧面帮助执政当局维了稳。难道不是么？

无须否认，维权与维稳在实际运用上会有分歧，乃生矛盾，如何解决？专家、学者们多有高论，不过想来想去都不如孟夫子的十个字说得深刻，讲得透彻，即：“民为贵，社稷次之，君为轻。”他老人家把这对矛盾中产生的关系论述得何其精妙，多么到位。“次之”一说，讲绝了，虽然乍听有点刺耳。

概括所议涉及的问题，归根到底，通俗地说，无非是促使“公仆”们把工作做得好些更好些，同时让公民生活得更更有尊严一些从而达到“贵”的标准，最终通过实践赋予法律以魅力，让人信服。这是修法的出发点，也是归宿。

修订法律，千秋大业，何其神圣！如何使之日臻成熟，终能达到完美境界，庙堂诸公宜超越小团体小部门的视线或者说利益，付出高超智慧，博采众议之长，善自为之。

* 张思之：中国政法大学教授 北京市吴栾赵阎律师事务所律师



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	余俊福
编委会 成员	于秀峰 王丽娜 梁建东 蔺晓青 李智强 张 斌
主编	于秀峰
副主编	李智强 王 红
栏目编辑	周争锋 俞 飞 陈 伟 杨新发 舒 笑 兰 天
编辑/记者	陈 夏 谭古丽
美编	刘晓莹 赵 佳
特邀视觉设计	冯 雪
电话	0755-83025939
传真	0755-83025177
地址	深圳市深南大道4001号 时代金融中心20楼
邮政编码	518034
电子信箱	lxnews@szlawyers.com

视线VIEW

P4



- ◎ 司法强势监督行政权
- ◎ 维修两次仍有故障可退车
- ◎ 面对媒体律师在顾忌什么
- ◎ “免费辩护”到底是“仗义”还是“炒作”
- ◎ “值班”不一定就是“加班”
- ◎ 谁在姑息医疗事故罪
- ◎ “富二代”的嚣张挑衅了啥
- ◎ 法律做不了护佑爱情的羽翼

热点 HOTSPOT



- P9 保障人权要体现，“三难”问题要解决
- P10 排除“非法证据”就能排除“刑讯逼供”了吗
- P11 刑诉法修改应更好地实现控辩平衡
- P12 破解刑辩四大顽症 提高刑事辩护率
——在第五届尚权刑事辩护论坛上的发言

论道 DISCOVERY

P14 《婚姻法司法解释（三）》，你围观了吗

P17 法律的生命在于执行

——“见死不救行为是否立法”主题研讨会纪要

P20 透视“巨额财产来源不明罪”（下）

——贪官们的救命稻草

P23 劳动者主张二倍工资的时效之辨

实务 PRACTICE

P24 浅议破产抵销权的行使

P28 房地产中介法律风险防范



拍案 CASE AND EXAMPLES

P30 罚息、复利或违约金等惩罚性利息不属于破产债权

P33 欧耀多专利确权纠纷抗辩胜诉案

P37 小产权房租赁合同中的法律风险

生活 LIFE

P40 “长剑一杯酒 高楼万里心”
——读《董桥文集》有感

P42 病言病语

P44 祈祷贪官不死



资讯 INFORMATION

司法强势监督行政权

2011年1月19日国务院审议通过国有土地上房屋征收与补偿条例，该条例最大的亮点之一就是实行了“决”“执”分离，废除了行政机关强制拆迁的权力，改由政府申请人民法院强拆。将拆迁难题划归法院执行，给法院带来了前所未有的挑战，针对该项修改，2011年9月9日最高人民法院出台关于坚决防止土地征收、房屋拆迁强制执行引发恶性事件的紧急通知，要求执行法院慎用强拆手段，如遇当事人极端行为应停止执行，同时规定：对行政机关申请法院强制执行其征地拆迁具体行政行为的，必须严把立案关、审查关，坚持依法审查原则，不得背离公正、中立立场而迁就违法或不当的行政行为。凡是不符合法定受案条件以及未进行社会稳定风险评估的申请，一律退回申请机关或裁定不予受理；凡是补偿安置不到位或具体行政行为虽然合法但确有明显不合理及不宜执行情形的，不得作出准予执行裁定。

(综合媒体报道)

众所周知，虽然司法审查行政权的《行政诉讼法》早已于1989年颁布，但因经费、人事任免等均受制于地方政府，且法官个人与行政机关存在种种利益关系，法院不敢、不愿、不能监督行政行为的情况普遍存在，以至于二十多年来司法监督多形同虚设，即便实行举证责任倒置，民告官仍然难于上青天！《紧急通知》第一次以国家最高审判机关的名义对行政机关违法行政行为说不，其力度之大、措辞之严、态度之明确、监督之强势前所未有！！虽然《紧急通知》所针对的仅是征地拆迁行政行为，但对司法权监督行政权来说意义非常，表明只要法院敢于挺起腰杆依法办案，敢于较真，行政权力必然要屈服于司法权，行政权力不是没有边界！各级法院应以此为契机，扩大强势司法审查范围，严格依法办理所有行政案件，在公民私权与政府公权发生争议时，依法维护司法公正，确保公民私权不受行政非法侵害。我们期待最高法院《紧急通知》能够开启中国司法权严格、强势监督行政权之先河，不要再让司法审查流于形式，不要再让司法权屈从于行政权。

(广东信荣律师事务所 张茂荣律师)

维修两次仍有故障可退车

今年8月30日，杨先生花了近30万元在上海某奔驰4S店购买了一辆奔驰C180，结果9月初牌照还没上就发现问题了。发现机顶盖有被动过痕迹，螺丝被拧过，而且又重新上过漆的痕迹。经维修后又发现新车还有其它瑕疵，问题不断。杨先生怀疑4S店售给他的这辆车之前有过问题，并提出了退车的要求，但遭到4S店的拒绝。

(综合媒体报道)

9月21日，质检总局发布了《家用汽车产品修理、更换、退货责任规定(征求意见稿)》。该意见稿明确了家用汽车产品消费者的合法权益，界定了从销售商、制造商到修理商义务和责任。其中明文规定“因严重安全故障累计修理两次仍不能解决，可要求退货”等退换条款。

首先，大家都知道，我国已是全球最大的汽车消费大国，同时又是汽车立法的小国和弱国，汽车消费者权益难以保障。同时，汽车经销商的权益、汽车生产商的权益也得不到保障。这几年汽车投诉都连年上升，千呼万唤的汽车三包办法，应当出台了！我们必须尽快建立和完善汽车法律法规体系。

其次，我们只是汽车消费大国，不是汽车生产大国，尤其是在家用汽车这一块，国产品牌只有少数几个如奇瑞、吉利、比亚迪等，而纯粹国产品牌据说只有奇瑞。在汽车领域，我们的话语权都比较弱，或者根本没有话语权！由此可知，政策法规向厂家过度倾斜并没有且不可能保护民族汽车工业，反而极具杀伤力地打击、挤压了民族汽车商业服务业，同时搁置了广大汽车消费者的利益！

最后，汽车三包规定，应当站得高一些、看得远一些、要均衡考虑各方利益。《立法法》规定：“立法应当从国家整体利益出发，维护社会主义法制的统一和尊严”、“立法应当体现人民的意志”、“立法应当从实际出发，科学合理地规定公民、法人和其他组织的权利与义务”。

(广东普罗米修斯律师事务所 陈群律师)



面对媒体律师在顾忌什么

央视在采访一起轰动全国案件的被告方律师时，该律师面带怒色，一句冷冰冰的“无可奉告”抛出后转身便走，给人留下了非常不成熟、不自信的感觉。近日，有中央媒体欲采访一件最近影响挺大的案件，好不容易联系到了代理弱者一方的律师，想不到该律师断然拒绝了记者的采访，而且对记者的态度比较恶劣。他们是在顾忌什么吗？

（综合媒体报道）

律师接受媒体的采访，是展示律师专业水平、社会责任和个人魅力的难得机会，是不花钱的广告，应该欣然接受。有的律师在面对媒体时，表情自然、谈吐儒雅、充满关切，使人感到不凡的人格魅力。如果媒体采访的内容比较敏感，可以对案件判决结果的预判，只谈自己的专业意见。有时即使自己在法庭上的表现有所欠缺，或者说法院的判决结果与当事人的诉求有较大差距，其实也没有关系，因为我们律师不是法官，主要的作用是替当事人表达专业意见，而对审判过程和审判结果无法主宰，不必自惭形秽，也不必大为光火。

还有，针对社会热点问题、新闻事件，个人觉得除了表达清楚自己的专业法律意见或看法外，言语中应当适度表达对弱势群体的同情和理解，以赢得社会公众对律师的感性认同。

（广东广和律师事务所 兰天律师）

律师应当积极地坦然地面对媒体。然而，真正实践起来，却有种种不方便不如人意的地方。多数律师是重视与媒体的沟通交流的，也懂得如何去恰当地表达、适当地沟通。不愿意接触媒体的，可能是极少数，且有其不便说明的原因。我也曾多次婉拒国家级媒体采访，是因为，话题太敏感了，我非常想说、有话要说、甚至是某个话题的权威，我认为把话说明是抓住机会，但委托人不让说，只好不说。因为，我们只是代理人。

（广东普罗米修斯律师事务所 陈群律师）

“免费辩护”到底是“仗义”还是“炒作”

足坛反赌打黑行动历时两年多，最后的审判即将到来，开庭日期已经越来越近，随着开庭日期的日益临近，更多人开始关心，南勇、杨一民、谢亚龙、申思、祁宏这些足球的“罪人”将如何为自己辩护，“律师”一词一时间也成为了热门词汇。最近，更是有许多律师通过各种途径向这些即将成为“被告”的人们伸出了橄榄枝。“我不知道有什么途径可以跟他们或者他们的家人联系上，要是有机会的话，我愿意帮他们辩护，无偿辩护，我不收一分钱费用。”一位知名律师的话，代表了很多业内人士的心声。

（中国新闻网）

律师在热点案件中提供免费法律服务，有人赞赏，称他们“挺身而出”、“仗义执言”，但是也有人会贬低他们认为是“炒作”、“作秀”，质疑他们“为了出名”。怎么看待这样的说法？他们到底是“仗义执言”还是“炒作出名”？或者二者兼有？

其实要成就一番事业，做人、做事、做秀都是需要的。做人是如何凝聚众人智慧形成合力，做事是找好解决问题的思路和方法，做秀则是引起公众关注凝聚社会公共资源。

热点事件中律师无论“挺身而出”、“仗义执言”还是“炒作”、“作秀”，都是需要的。满足社会需要的同时，实现律师个体的价值，有何不可呢？！我们不能要求律师做圣人，只能付出不能索取回报，甚至连索取回报的心都不能有。律师做了对社会有益的事情，社会就应该给他们应有的回报，这也是一个成熟社会的必然要求。值得律师自身关注的是，近来所谓“律师营销”成为热门话题，甚至“公益营销”也被当作所谓营销之“术”备受推崇——如果公益亦成为律师的功利之术则不仅仅是、但首先是律师自身的悲哀——律师不能时时生活在“营销”的“本能”之中，毕竟人还是需要一些精神、一些追求的，而非仅仅只有功利。律师安身之命与营销之“本”，应该是品德、专业与职业操守，而绝非所谓营销之“术”。

（北京大成律师事务所 吕良彪律师）

“值班”不一定是“加班”

江某在2010年国庆长假及2011年元旦假期被安排了6天值班。2011年2月1日，双方的劳动合同到期后，江菲以那6天所从事的是其工作之外的额外劳动为由，要求公司支付加班工资。公司则以值班不同于加班、且已经支付值班津贴为由拒绝。而江菲认为公司所发值班津贴比正常日工资还低5元，应按日工资的3倍支付加班工资。法院最后判决驳回了江菲的诉讼请求。

(法制日报)

根据相关法规规定，我们假期要求加班费有明确的法律保障，但假期要求加班费也应当注意以下事项：

一、要保留加班证据。为防止用人单位不给加班工资，加班时一定要保留相关证据。加盖公章的加班安排表、加班时工作记录、加班时处理进货出货的单据记录等均可作为加班的直接证据，同时加班同事的证言是证明加班的间接证据。

二、不支付加班费的约定无效。1995年5月1日开始实施的《国务院关于职工每日工作时间的规定》，将标准工作时间定为每日8小时，每周40小时。如用人单位拒不支付劳动者延长工作时间的工资，劳动行政部门可以责令其支付劳动者工资和经济补偿，并可责令其支付赔偿金。

三、最低工资不含加班费。最低工资是指劳动者在法定工作时间或依法签订的劳动合同约定的工作时间内提供了正常劳动的前提下，用人单位依法应支付的最低劳动报酬。它不包括加班工资，中班、夜班、高温、低温、井下、有毒有害等特殊工作环境条件下的津贴，以及国家法律法规、政策规定的劳动者保险、福利待遇和企业通过贴补伙食、住房等支付给劳动者的非货币性收入等。用人单位也不能把“包吃包住”费用计入最低工资标准。

四、“值班”不同于“加班”。加班是指劳动者根据用人单位的要求，在八小时之外、休息日、法定节日等时间从事生产或工作。而值班是指劳动者根据用人单位的要求，在正常工作日之外担负一定的非生产性的责任，主要是因单位安全、消防、假日等需要担任单位临时安排或制度安排的与劳动者本职工作无关的值班。

(北京市盈科律师事务所 赵恒律师)

谁在姑息医疗事故罪

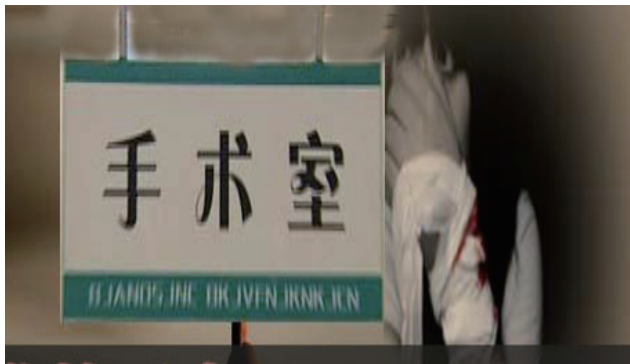
2011年9月23日，四川来广东打工的李某最近遇到非常头痛的事情，就是广东惠州惠阳正骨医院把自己的脚指头割下来接放在自己的手指头上。都快一年半了，院方置之不理，政府、职能部门多次协调无果，没办法对医院采取任何措施，对病人的医疗事故也未处理。

(综合媒体报道)

片面市场化的旧医改不仅使中国医疗公平性跌落至全世界排名底部，而且造就中国医疗乱局，出现医疗损害暴力维权现象层出不穷的中国特有“景观”。2002年开始实施的这部《医疗事故处理条例》却放弃了该项重要任务，放弃了以前实施多年的医疗责任事故鉴定制度和程序，以此保护肇事医生和肇事医疗机构，让他们放心地从伤病者身上赚钱。医生的职业十分神圣，然而，把本来神圣的医疗职业无限地神圣化，“拔高”到超越法律的程度，姑息犯罪，再加以多年来的全方位政策扭曲保护，这种神圣的职业必然被整体妖魔化，必然不断有各种突破道德底线的事件发生。

《医疗事故处理条例》丢掉了《刑法》赋予的追究医疗事故罪的职责，当然也丢掉了《侵权责任法》规定的追究医疗违法的职责，而且直接与《侵权责任法》的抵触。顽固坚持追究医疗违法犯罪与受害民众无关、与国家职责无关的谬论，顽固坚持违法犯罪由医学会的秘密组织幕后裁定的制度——国家职责受会员组织秘密牵制的这种所谓“鉴定”制度，以此继续姑息医疗事故犯罪。

(宋中清)





法律做不了护佑爱情的羽翼

近日，世纪佳缘网站会员受骗的新闻屡见报端、网页，有的是网站提供的个人信息虚假，有的是男女双方中有一方打着爱情的幌子借钱不还。对于借钱不还的情况，公安机关一般不予立案，因为双方是以真实姓名交往，借钱只是债务关系，没有行骗的证据。于是乎，很多受骗会员建立了“世纪佳缘集体诉讼群”，将矛头指向了网站，而网站则表示自己只是一个信息的平台，很多纠纷发生在线下或其他通信工具上。网站鉴于经营成本不可能对所有会员的信息都能详细审核，虚假的注册信息难免会发生。

(综合媒体报道)

“富二代”的嚣张挑衅了啥？

赵某在斑马线上被一辆飞速行驶的奔驰撞飞，司机是个20多岁的男子。赵的女婿周先生说，肇事司机撞人后，叫了一帮人来到现场，商量怎么摆平这个事，看到周拍照，狠狠地打了他一拳，还称：“在余姚，没有我们摆不平的事。”近来，“富二代”炫富、飙车等等“丑闻”、“恶行”不断见诸报端，一次次践踏着社会公序良俗。

(《今日早报》)

这些屡屡犯事、桀傲不驯的“富二代们”究竟在挑衅啥？

首先，他们在挑衅着法律的尊严。法律面前人人平等，然而时下在权力资源和财富资源左右下，往往“有钱能使鬼推磨”。正基于此，在娇宠中长大的“二代们”相信权、钱的神奇魅力能摆平一切，打点一切，因而目中无人、嚣张霸道，视法律为无物，为所欲为。

其次，他们在挑衅着社会公德。古人曰：“勿以恶小而为之”，这一直是国人恪守的道德训条。可某些“二代们”在权、钱的“溺爱”下缺少道德教养，心中没有善恶羞耻之感，因而无视他人感受和社会规则，全凭自身好恶处事，打架斗殴、酗酒闹事，肆意践踏道德底线。

最后，他们也在挑衅着自身的责任意识。应该说，官员和富豪都是社会精英，作为他们的“二代们”更应该有“天下兴亡，匹夫有责”的责任意识和担当意识。然而遗憾的是，我们从某些“二代们”身上看不到这种责任担当的壮志与决心。价值观念的扭曲，理想信念的缺失，不但影响了他们的个人成长，更事关祖国的未来，这是最为令人担忧的。

(中国法院网)

感情当中产生的纠纷历来是剪不断、理还乱，那些铺天盖地的言情剧中这样的情节依然在上演，电视机前的观众也和当年戏台下的人一样感同身受、泪雨朦胧。爱情的那份浪漫与甜蜜自然让人心驰神往，但是当缘分尽、心已死的时刻，爱情的绵就撞上了法律的坚，合法结婚的夫妻可以通过法律解除婚姻关系，但是没有办证的情侣则只能将自古的爱情悲剧再上演一次。恋爱过程中债务的纠纷也不好认定，掺杂着情感的交付行为是法律意义的借予，还是一种因爱的赠与行为呢？再说了，恋爱当中的金钱交付往往不会有借条或见证人等证据来证明借贷行为的存在，在这种情况下法律只能是冰冷的，只能是站在客观中立的角度来审视这关系爱的纠葛，而无法给予受害者现实的帮助。

法律做不了护佑爱情的羽翼，那么恋爱中的男女务必要加强自我保护意识，要有理智的头脑要看清对方的本质。笔者认为，恋爱当中的借钱行为是一种对对方的不尊重，这样的爱情要有当断则断的勇气，爱情的浪漫如果被金钱玷污或被利益左右，那以后的婚姻很难绽放绚丽的花朵。

(中国法院网)



【开篇语】

文 本刊编辑部

8月底，全国人大公布了刑诉法修改草案。这是我国刑诉法时隔15年后的又一次大修改。由于中国司法领域众所瞩目的种种乱象，人们对这次修法普遍寄予厚望，希望通过对刑诉法的完善，从源头上改善中国的司法状况。

有学者特别是曾经亲身参与修改草案的起草的刑诉法专家呼吁：此次修改相对于1996年刑诉法而言是前进了一大步。不能对修法过于理想化，任何立法的完善都不可能是一步到位，一些规定能够写进草案中已属不易，尤其是证据制度方面；各界尤其是实务界的同仁，要懂得换位思考，不要谩骂，要理性表达诉求，求同存异，共同推动此次修改草案的通过，以保障已经争取到的权利。

有律师认为：这次修改草案是前进两步退一步。学者对司法实践没有切肤之痛，一些宣示性的规定缺乏可操作性，受制于现实，在实践中可能是“镜花水月”，甚至完全走样。律师的执业环境没有得到根本性的改善，律师的合法权益依然没有相应的保障，律师的意志在草案中没有得到应有的体现。

各方立场不一，学者坚持党性原则，服从大局，竭力肯定修改草案的进步性；律师则有所保留，结合自己的切身体会，在肯定进步的同时对各种制度规定缺乏可操作性给予激烈的抨击。

律师作为专门的法律工作者，是与刑诉法修改联系最为密切的一个群体。从律师的争论来看焦点主要集中在辩护制度（也就是“三难”问题）、强制措施、侦查措施等方面。对此，各位律师积极建言献策，为争取律师的权益最大化而呐喊，这呐喊将如战鼓一般，推动中国法治进程的车轮滚滚向前。





►保障人权要体现，“三难”问题要解决

文 广东华商律师事务所 方壮毅律师

8月30日，全国人大公布《刑事诉讼法修正案（草案）》（下称“草案”），向社会公开征集意见。草案拟将刑诉法从原来的225条增加到285条，涉及证据制度、强制措施、辩护制度、侦查措施、审判程序、执行规定和特别程序等七大方面，修改力度较大，净增加的条文达60条之多。应该说，草案在很多方面取得了较大的突破，确有明显的进步，值得充分肯定。但是，草案也有一些显而易见的不足，需要进一步修改完善。如草案某些条款违背了打击犯罪与保障人权并重的原则，且律师的“三难”问题解决得不够彻底。

首先，刑事诉讼法应充分体现打击犯罪与保障人权并重的原则，可是草案的不少内容仍反映出侧重打击犯罪而忽视保障人权的问题，与上述原则相违背。如修正案草案第八十四条规定：“拘留后，应当立即将被拘留人送看守所羁押，至迟不得超过二十四小时。除无法通知或者涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪等严重犯罪，通知可能有碍侦查的情形以外，应当把拘留的原因和羁押的处所，在拘留后二十四小时以内，通知被拘留人的家属”。（草案第七十三条关于监视居住和第九十二条关于逮捕的条文中也有同样的规定），这意味着，“无法通知”和“涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪等严重犯罪”，以及“通知可能有碍侦查”的几种情形，便可以或可能成为侦查机关对犯罪嫌疑人采取强制措施后不在24小时内通知家属的“口袋”理由，尤其是这个“等”字，更是为侦查机关留下口子，这种“灵活性”的滥用，便可能导致“秘密拘捕”问题的产生乃至泛滥；又如草案专门为技术侦查增设一节，其中第一百五十条规定：“为了查明案情，在必要的时候，经县级以上公安机关负责人决定，可以由特定人员实施秘密侦查”，这反映出技术侦查的批准层级过低的问题，可能导致该权利的滥用；第一百五十一条规定：“依照本节规定采取侦查措施所收集的材料在刑事诉讼中可以作为证据使用”，相当于将秘密监听、监控合法化，可能导致如“窃听”等形式的侦查方式大规模地被使用，从而不可避免地侵犯到公民的个人隐私。

其次，律师办理刑事案件过程中会见难、阅卷难、调查取证难的“三难”问题在草案中仍然没有得到很好解决。（1）草案中规定看守所及时安排会见至迟不得超过四十八

小时的规定，这是一个实务性很强的问题，看守所在这方面行使的应该是核准权，而非审批权，在律师具备“三证”的情况下，律师会见应像公、检、法人员提审一样，随到随见，而不应该出现由看守所指定或安排律师第二天或第三天再来会见的情况，所以应取消四十八小时内安排律师会见的内容，不能使这一条款成为律师凭“三证”会见的法律障碍。另外草案规定“危害国家安全犯罪案件、恐怖活动犯罪、重大贿赂犯罪的共同犯罪案件”律师会见需经侦查机关批准，范围相较现行刑诉法更加扩大，而“恐怖活动犯罪”和“重大”的标准在实践中尤其在侦查阶段是很难界定的，在实践中难免成为侦查机关限制或者不让律师会见的理由，对此，我们认为对于贿赂犯罪案件不宜列入不予批准会见的范围。（2）草案规定，辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，可以查阅、摘抄、复制本案“所指控的犯罪事实的材料”，这一规定限制了律师阅卷的范围，也就是说，律师在阅卷时有可能查阅不到可以证明犯罪嫌疑人、被告人无罪或罪轻的证据，这对律师的有效辩护是非常不利的。本来，侦查机关是围绕犯罪嫌疑人涉嫌犯罪全面收集证据的，全面收集的证据包括了不利证据和有利证据，全面收集证据与全面阅卷是相对应的。不让律师全面阅卷，对犯罪嫌疑人来说是不公平的，也是有损司法机关客观公正的应有形象的。（3）草案规定律师向被害一方及其证人收集证据要经过检察院、法院的许可，这种规定显然是不合理的。在刑事诉讼中，检察院作为控方，辩护律师作为辩方，双方应该是控、辩平衡的相对方，辩方取证经由控方许可，若控方不许可，辩方就无法取证，这种平衡就被不合理地打破了。

刑诉法由于在人权保障上的地位在所有法律中最为重要，所以被称为“小宪法”，其修改意义重大，社会关注度高。近几年中央领导反复提出和强调了打击犯罪与保障人权并重的原则，这种理念早已得到了大家的高度认同，所以在立法上一定要遵循这种原则和理念，并体现在具体的条文中。而律师权利代表着每一位公民或者每一位潜在犯罪嫌疑人的基本权利，新的《律师法》也已生效实施多时，并期待着与修改后的刑诉法相对接，按照建设法治社会的要求和国际惯例，律师的“三难”问题理该得到很好的解决，我们对此充满着期待！



立法直击

▶ 排除“非法证据” 就能排除“刑讯逼供”了吗

文 广东诚公律师事务所 陈亚莉律师

刑诉法修正案草案征求意见稿发布的同时，有个说明，从七个方面论证了刑诉法在修改上取得的进步。不可否认，经过十几年的酝酿和讨论，刑诉法有完善和进步的地方。但是，作为战斗在最“前线”的律师，我们从条文中能清楚的看到刑诉法在修改过程中，各种力量的博弈和妥协。除了从律师的“三难”、“五难”，的角度谈这次刑诉法的修改外，个人还认为此次刑诉法修正案草案在非法证据排除的规定上存在“先天不足”，缺乏可操作性。

关于刑事案件的证据问题，刑诉法有列举。仔细分析我们办理的刑事案件，最多的证据就是言词证据，许多案件有三类所谓的证据就可以认为是“证据确凿，事实清楚”了。犯罪嫌疑人、被告人供述，被害人陈述，证人证言，只要这三类证据内容大致相同，没有明显矛盾，法院就直接做有罪判决了。然而这三类证据恰恰都是言词证据，言词证据是最容易成为刑诉法中所说的“非法证据”的。而这次刑诉法中关于非法证据排除也主要是吸收了2010年7月1日生效的《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》中的内容，主要是言词证据。非法言词证据主要是指“采用刑讯逼供等非法手段取得的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法手段取得的证人证言、被害人陈述。”经依法确认的非法言词证据，应当予以排除，不能作为定案的根据。而对于违反法律规定收集的物证、书证，只规定严重影响司法公正的，对该证据应当予以排除。我们不清楚，到底怎么样的“非法”才能够达到“严重影响司法公正”的地步，刑诉法没有再提到补正和说明，那么补正和说明后的证据还有效吗？最近几年来，随着媒体曝光的冤假错案越来越多，不是“真凶落网”，就是“死者归来”。这些案件都有个共同特点，就是很多证据都是采用非法手段取得的，不是被告人没有喊冤和申诉，不是律师没有为他们无罪辩护，而是没人相信他们说话，也没有人认真对待律师的辩护。不难想象被告人将生命的希望寄托在司法机关的时候，那种对生命和法律公正的期盼是何等的强烈。云南最著名的杜培武冤案，他的案件除了众所周知的采用刑讯逼供取得口供外，在法庭审理过程中还

有一段鲜为人知的插曲，如果当时能够引起足够重视，如果当时能启动刑事案件排除非法证据制度，也许冤案就可以避免，并一定会避免。

在庭审时，昆明中院的法官问：杜培武你的问题考虑的怎么样？

杜培武：我没有杀人！

法官问：你没有杀人，那你怎么在侦查过程中都交代了？

杜培武：他们打我，对我刑讯逼供！

法官问：你有什么证据？

杜培武（出示血衣）：我曾经是警察，我有证据，我留着血衣。你看衣服上有很多血迹。

法官问（看了看血衣）：你怎么能够证明这件血衣就是警察打你时留下来的？你有证人吗？

杜培武：傻眼！无语！

由此，看看现在的刑诉法对非法证据的举证责任是如何分配的，“当事人及其辩护人、诉讼代理人有权申请人民法院对以非法方法收集的证据依法予以排除。申请排除以非法方法收集的证据的，应当提供相关线索或者证据。”我理解这是把非法证据的取得的非法性的举证责任分配给了主张的一方。试想，被告人处于被关押，被剥夺自由的状态下，辩护人，代理人又没有调查取证权，怎样收集被刑讯逼供的证据呢？被告人一方要证明到什么程度才算是提供了线索和证据呢？我认为，刑诉法修正案在这方面规定得不清楚。只要有模糊地带，法律条文的原意就有可能被歪曲，结合去年关于非法证据排除的实践情况来看，每当当事人或者辩护人启动非法证据排除程序时，公诉方的抗辩无非就是侦查机关的盖有公章的“情况说明”，自证在办案过程中没有非法取证，一切在法律的框架下进行。然而这个说明也一定会被法院采纳。如此这般，这个程序就告一段落了。我们无奈地发现，这样的审理没有任何意义。

随着研究的深入，越是无法乐观起来。这怎能是一部刑事诉法所能解决的问题，在这样的法制土壤就只能结出这种特有的果子。



特别关注

► 刑诉法修改应更好地实现控辩平衡

文 深圳大学法学院 陈正沓教授

刑事诉讼的正当性评判标准不仅体现为裁判结果的正当性，更体现在其赖以形成的程序自身的正当性，这就要求刑事诉讼过程的设计和运转须正当合理，而控辩平衡是刑事程序正义理念的基本要求，也是保证程序公正的前提。控辩平衡实际上是政府与公民个人之关系在刑事程序中的延伸和具体表现，它是人权保障的必要屏障，关系着诉讼目的的实现，体现着民主、文明的进步程度。控辩平衡意味着控辩双方诉讼地位平等，诉讼权利义务对等，防御能力相当，拥有“平等武装”，从而保证法官在控辩双方充分履行控诉职能与辩护职能的情况下查明案件的事实真相，使其裁判具有公正性，也促成人们对裁判结果的认同，增进人们对司法的信任。

如果将刑事诉讼诉讼比喻为一种称量活动，它应该像是一架天平，控辩双方在这架天平两端托盘中的砝码应该等量，只有这样，这架天平才能平衡。然而，在刑事诉讼中，控辩双方在力量上处于明显不平等的状态。因为代表国家追诉犯罪的控方在诉讼资源的配置上拥有国家的人力、物力和财力作为强大后盾，而被告人及其辩护人则只能依靠微弱的个人力量来行使其权利。这种力量上的差距直接影响到控辩双方调查取证的能力，进而在一定程度上决定着诉讼的最终结局。如果不通过某种平衡机制加以校正，刑事诉讼的结果将为力量所左右，而不完全是由案件的真相来决定。因此，刑事诉讼的制度设计，应该对这种力量对比加以矫正，加大辩方托盘里的砝码，扩大以辩护权为核心的犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利。

此次刑诉法修改，从公布的草案来看，控辩力量对比在局部上有一定的改善，但总体来说，天平仍向控方倾斜，离控辩平衡差距较远。律师取证难是个不争的事实，依《刑诉法》第三十七条的规定，律师需经证人或有关单位和个人同意才能取证，而司法人员可直接依职权取证，草案对律师需附条件取证的规定熟视无睹，没有加以修正；草案没有赋予侦查机关讯问犯罪嫌疑人时

的律师在场权，无法确保讯问行为的合法性和犯罪嫌疑人自白的真实性，不利于律师有效保护犯罪嫌疑人的合法权利；在解决律师“会见难”问题上，草案虽然有一定的进步，规定律师凭“三证”（律师执业证书、律师事务所证明和委托书）即可要求会见在押的犯罪嫌疑人、被告人，但又留了一个缺口，即规定“重大贿赂犯罪的共同犯罪案件”等三类案件，侦查期间辩护律师会见犯罪嫌疑人，应当经侦查机关许可，这与《律师法》的规定也不相符；草案将妨碍作证的主体修改为“辩护人或其他任何人”，增加“其他任何人”，貌似可以一碗水端平，其实还是只突出律师，带有一定的职业歧视；受国家本位主义的影响，我国刑事诉讼制度长期以来过于注重对犯罪的追究和惩罚，而轻视对被追诉人人权的保障，但“国家尊重和保障人权”已写进《宪法》，草案理应对《刑诉法》第一条加以修改，将保障人权写进去，将打击犯罪和保障人权并列规定，不偏不倚，但草案对此仍没有修正；刑诉法赋予检察院对法院的监督权，庭审中，公诉人还承担法律监督职能，这一监督职能既可作用于法官，又可作用于辩护人，较易影响庭审的独立性和中立性，使得刑事诉讼的控辩平衡这一核心原则难以得到充分的保障，对此，草案也没有作出调整；草案在扩张侦查权等控方权力的同时，在与控方权力挂钩的条款中，还多处出现了“无法通知”、“可能”、“等”、“其他”、“特定人员”等模糊字眼，这就形成了若干“口袋”，容易被控方作出有利于自身的解释，必然使控方的自由裁量权过大等等。

刑诉法修改草案中的上述问题会导致控辩的继续不平衡，这些失衡也影响着法官居中作出判决。而法官中立地位的不足，又会进一步加剧这种局面。控辩不平衡问题具现实紧迫性，刑诉法修改“十五年磨一剑”，理应对这一局面加以有力矫正，以更好地实现控辩平衡，最终使这部法律真正承载起公众的期待。



业界前瞻

破解刑辩四大顽症 提高刑事辩护率

——在第五届尚权刑事辩护论坛上的发言

文 北京市尚权（深圳）律师事务所 林昌炽律师

刑事辩护，涉及人的自由和生命，被律师业界称为最有价值的业务，看家本领，是律师业务皇冠。曾几何时，辩护律师何等风光，普遍有一种自豪感。然而，风水轮流转，现在的刑事辩护率不到30%，且呈每况愈下的趋势。刑事辩护律师，被称为刀尖上的舞者，被认为是我国最危险的职业之一。大牌律师纷纷脱离刑辩苦海，他们转型、转行、上岸，“以办理非诉讼业务为荣，以办理刑事案件为耻；以民事诉讼律师为荣，以刑事辩护律师为耻……”

由此形成恶性循环：辩护队伍日渐萎缩，辩护率低下，辩护质量下降，辩护人队伍缺少荣誉感，成就感，刑事法庭成了新出道律师的练兵场，与公诉人队伍素质日益提高形成了鲜明的对比。每年的律师与公诉人控辩大赛中，可以看到这么一种现象：公诉人抛给律师的法律问题，律师都不接招，原因：律师不知道。检察官现在既抛法律问题，也想好了法律答案。

我担任深圳市律师协会维权委负责人达六年之久，对律师执业艰辛有切肤之痛，总结出刑事辩护四大顽症：控辩失衡、执业权利没有保障、执业风险大，收费低。以修改刑事诉讼法为契机，提出六条建议试图破解之。

一、修法的理念与价值取向

（一）有助于刑辩率的提升。

检验修法成功与否、进步与否的一个重要标志是，能否将律师重新吸引到刑事辩护的法庭上来。能否提高刑事辩护率。

（二）赋予律师的权利不能比《律师法》倒退。

比如，在解决律师“三难”问题上，刑事诉讼法草案有明显的倒退的趋势。

（三）要遵守已签订的国际公约。

比如，修法应体现《联合国政治公民权力公约》赋予的被告人不得自证其罪，有沉默权等权利。

（四）以制约公权力为核心。

刑事诉讼法修改的首要使命是防止公权力的滥用。美国前总统小布什在任时的一次演讲值得我们深思：“人类千万年的

历史，最为珍贵的不是令人炫目的科技，不是浩瀚的大师们的经典著作，不是政客们天花乱坠的演讲，而是实现了对统治者的驯服，实现了把他们关在笼子里的梦想。因为只有驯服了他们，把他们关起来，才不会害人。我现在就是站在笼子里向你们讲话”。

二、刑诉法应规定司法机关没有保障律师执业权利时应承担的法律后果

现行的立法弊端：

（一）没有充分保障执业律师的知情权。

知情权对辩护律师来说是极为重要的一项权利。跟丢案件，是律师最尴尬的事情，虽提心吊胆而不能幸免。是由于办案机关在做出涉及犯罪嫌疑人、被告人利益的程序性、实体性决定时，没有及时通知其所委托的辩护人所致。

（二）权利虽有设置，而缺乏可操作性，是笼统的、原则性的、宣告式的权利规定，形同虚设；

刑事诉讼法修正案七规定三类特殊案件的会见应当经侦查机关许可。姑且不论是否合理，但就条文并无规定侦查机关许可会见的期限而言，已突显辩护权落空这一立法弊端。

（三）权利虽有设置，也具操作性，但在司法机关违反法律规定时无法追究其法律责任。难以保证立法得以正确实施。例如：如何破解会见难？应规定：

“在辩护律师依法申请会见未被允许期间，侦查机关取得的被告人的口供是违法证据，应当予以排除，不能作为定案的依据。”

如何破解证人出庭难？应规定：“证人应当出庭而没有出庭的庭前证言不能作为定案依据。”律师的其他权利的立法应以此类推。

三、当权利没有得到保障时，律师应有救济途径，能使错误得以及时纠正，避免出现不可挽回的不良后果

现行立法系“软法”，没有明确具体的救济机制和制裁机制。办案单位违法了，律师告状无门。应规定：

（一）申诉、控告程序。

辩护律师执业权利遭到办案单位不法侵害（或剥夺或限制）时，

1. 辩护律师有权向该办案单位申诉或者控告。
2. 对申诉或者控告处理不服的，可以向检察机关申诉。
3. 在规定的时间内律师应该得到上述机关的书面答复。
4. 上述机关应作调查核实，依法纠正办案单位不当行为。

（二）听证及责任追究程序。

辩护律师执业权利遭到办案单位不法侵害（或剥夺或限制）时，辩护律师还有权向人民法院提起程序性违法听证程序。

听证程序要求：公开；律师协会应派员出席；确认辩护律师的执业权利确实遭到不法侵害而无法实施的，则应恢复行使法定权利；同时裁定有关司法职权活动或行为无效；并应追究相关人员的法律责任。

四、律师涉嫌犯罪有一个公平的究责机制

提起刑法38条，刑法306条伪证罪，律师界谈虎色变。我认为，关键不在于是否取消伪证罪。从世界范围看，任何一个国家的法律都不允许律师作伪证。正如冀祥德教授在《中国刑事辩护若干问题调查分析》中指出：法律人和社会公众认为律师队伍在专业知识水平、辩护技巧、职业道德、总体质量上良莠不齐，律师执业确有不如意之处，律师界也确有害群之马。我们这支律师队伍要自律，要自重，要有反省、反思的意识，要换位思考，对公检法工作多一些理解、谅解。我们也需要达摩克利斯之剑，高悬头顶，时时有危机意识，心中敲起警钟。

问题的关键是：律师涉嫌犯罪要有一个具有公信力的究责机制，不要成为职业报复的工具。我们对这么一种现象时有所闻：证人还在庭上作证，庭外就在布置抓人。参与竞赛的另一方选手同时还是裁判员，容易导致职业报复。

如何解决？两个途径：

（一）律师协会或行政主管机关前置调查程序。

司法机关认为律师在刑事诉讼活动过程中有违法行为的，应当向律协或行政主管机关举报、控告，律协或行政主管机关应当进行调查核实，提出纠正意见，建议律师事务所更换辩护人。认为涉嫌犯罪的，移交司法机关处理。

（二）侦查权的正当行使，启动与管辖。

修改刑法第38条，应明确规定追究律师伪证罪立案，必须由上一级检察机关批准。追究伪证罪侦查权不能由作为公诉方的检察机关行使这一权力，更不能由负责该案件侦查的侦查机关行使。只有这样，追究律师伪证罪的权利才可能被约束从而防止被滥用。

五、改革律师收费制度

生命诚可贵，自由价更高。但在刑事诉讼律师收费问题上确并非如此。以广东为例，一宗刑事案件最高收费不足十万元。事关一个人的自由与生命，财产涉及上百上千万，卷宗堆积如山，涉案达几十人，却只能受上述收费指引的约束，这不符合市场经济规律，不公平。在一定范围内还存在以下偏见：刑事案件收费高等于勾兑，刑事案件收费高就有原罪，而民商事案件与非诉讼法律事务收费高其合法性则不受质疑，岂非咄咄怪事。这个逻辑，说明我们的制度设计对刑事辩护律师存在明显的歧视与偏见。没有合理收费，就无法吸引大牌律师出场，法庭控辩不会精彩。

我的主张是：合理收费，规范执业，大牌律师云集，公正司法有期。

六、建立律师与公检法机构沟通的常态机制

在律师与法官之间，有所谓“隔离墙”一说，律师与法官在法院碰上了，却要假装不认识，“儿童相见不相识，笑问客从何处来”。我认为，隔离墙是消极的、被动的，是鸵鸟政策，显示了我们整个司法队伍的妄自菲薄与自欺欺人。律师与公检法的正常沟通不是洪水猛兽。律师与公检法之间的许多误解源于“鸡犬之声相闻，老死不相往来”。当正道被封堵，歪门邪道便大行其道。应树立法律职业共同体的理念，建立沟通机制，建立法律人的互信与互动。律师和公安、检察机关是对立对抗的关系，是体制性对抗。当下中国律师群体的社会信誉不高，中外皆有，除去个人操守，还有制度安排的共性，律师不过为此“共性”的担受者而已。应消除：律师是异己分子、麻烦制造者的偏见。整个社会要从根本上认识到，公安、检察、法院和律师在法律规定上各有各的角色，又是统一的关系，统一在最高和最终的法律目标之下，那就是：司法公正。

“加强了解，消除隔阂”。“庭上抗辩是对手，维护法治是战友”应成为检察官和律师们的共识，“尊重、理解、配合、协调、制约”也应被确立为处理双方关系的准则。

有一位文学家曾言：世上本有路，卡的人多了，就没有了路。

敢问辩护律师路在何方？

西方法学家有言：“一个国家是否有真正的自由，试金石之一是他对那些为有罪之人，为世人所不齿之徒辩护的人的态度。”

警察和武警，是我们国家必不可少的。总有一天，我们的政治家会明白，加强警察和武警力量，不如加强国家律师制度建设，进一步发挥律师的作用。用高压方式维稳，不如高度重视国家律师队伍建设（不是控制），依靠律师来梳理社会矛盾，让人民的诉求理性地表达出来。



《婚姻法司法解释（三）》，你围观了吗

〔编者按〕一张9元钱的结婚证，除了是双方对爱情的最靠谱承诺，其实还是一份经济合同。到底是谈钱伤感情，还是谈感情伤钱？当下热议的《婚姻法司法解释（三）》究竟是进步还是倒退？广东诚公律师事务所吴兆兵律师、李双慧律师共同为您解读。

话题一：《婚姻法司法解释三》一颁布，成为全民热议的话题，可谓达到空前的热度。婚姻法司法解释三19条规定中14条与财产相关，此前司法解释二29条中24条有关财产，且多数是关于离婚财产分割的，所以有人说婚姻法变成了离婚法，并且很多女性认为婚姻法没有充分保护女性在婚姻中的财产权利，婚姻法倒退了。对此，两位律师有什么看法？

吴兆兵律师：我注意到一个有意思的现象，现在对婚姻法有反对意见的多为女性。回顾历史，我国1950年颁布中华人民共和国第一部婚姻法时，男人们很有意见，因为婚姻法首次确立了一夫一妻、男女平等的原则，一个茶壶配几个茶杯的好时光一去不复返了，男人的家长地位被否定了。判断法律进步与否，一要全面地看，把司法解释与婚姻法一起作为一个整体来看；二要历史地看，看清法律发展的大趋势，是否适应了时代的发展，不能看部分人是否有意见。我认为目前社会上很多关于对司法解释三的社会评论是对法律的误读。

我国《婚姻法》经1950年和1980年两次立法，2001年的大修改，以及最高人民法院2001年、2003年、2011年三个司法解释，我国婚姻法的发展进程，清晰地呈现出这样发展趋势，我概括为三点：

一、你是你，我是我。强调婚姻家庭中男女人格

独立，地位平等。

二、你的就是你的，我的就是我的。强化对私有财产的保护，夫妻之间的财产关系越来越独立化。虽然从传统出发，法律保留了一块法定夫妻共同共有财产的自留地，但是有一个明显的发展趋势：法定夫妻共同财产的范围在逐步缩小，法定夫妻个人特有的财产范围逐渐扩大。

三、我的婚姻我做主。婚姻法进一步强调了民法中“当事人意思自治”原则，扩大夫妻双方的个人意思自治的范围，确定夫妻财产制度“约定优于法定”的原则，即约定财产制可排斥法定财产制优先适用，个人约定高于法定，夫妻对自婚姻内的财产的约定就是最高效力的立法。

这个立法趋势反映了时代的进步，婚姻中的男女关系不再像过去存在人身和财产的依附关系，越来越走向人格独立、财产独立，体现对个人财产权利的尊重。你们对上面三点有反对意见吗？社会不是向这个方向发展的吗？我认为婚姻法对夫妻双方共有财产、个人财产划出清晰的边界，是件好事。

李双慧律师：对此问题我有不同看法。婚姻法，不仅涉及夫妻关系，还有对父母的赡养对子女的抚养关系；它不仅涉及财产关系，更重要的是身份关系。婚姻法及司法解释过分关注夫妻财产关系，弱化了身

份关系，温情的婚姻关系变成了冰冷的投资关系，不利于维护婚姻的稳定。而且，它确实没有充分保护女性财产权利，这个问题我在后面的讨论中再说。

吴兆兵律师：大家要注意区别法律与司法解释的区别。婚姻法是全国人大的立法，内容有结婚、离婚及其他家庭关系，规定婚姻及家庭的基本规则。司法解释是最高人民法院制定的，是用来指导法官审理具体案件处理各类纠纷的。司法解释大量的条款与财产相关，是它的性质决定的。婚姻法还是婚姻家庭法，不是离婚法。

李双慧律师：我还得提醒一下，其实我们现在争议司法解释的对与错不是一件太重要的事。套用一句流行的句式来说“对婚姻法及其司法解释，无论你赞成也好，反对也好，它都在那儿，不增不减。法律确定人们行为的边界及性质，法律一旦颁布并生效，无论你认为是否合理，你都得遵照执行。关键不是怎么去评价它，而是学习它了解它，利用它，为自己的婚姻家庭生活做出合理的规划。

话题二：据统计，婚外情是婚姻最大的杀手，如今小三泛滥，成为对婚姻最大的威胁。我们注意到，原征求意见稿有一条关于惩治小三的条款，而正式颁布的司法解释三删除了这个条款。这是否意味原配的权益未受到法律足够的保护？是否是对小三行为的放纵？

吴兆兵律师：原征求意见稿是有这么一条：“有配偶者与他人同居，为解除同居关系约定了财产性补偿，一方要求支付该补偿或支付补偿后反悔主张返还的，人民法院不予支持。但合法婚姻的当事人以侵犯夫妻共同财产为由起诉主张返还的，人民法院应当受理并根据具体情况做出处理。”人们觉得可以用这个条款达到让小三入财两空打击小三维护婚姻的目的。现在删去这条，我想是出于这样的考虑：道德层面事件归道德管，法律层面的事件归法律管，不要把法律看做是万能的。婚外情违背互相忠贞的婚姻道德，属于道德范畴的事，不是现代法律能够解决的问题，除非你想回到中世纪或现在的某些不开化的国家，对通奸行为可以私刑处死。

李双慧律师：对婚外同居的行为，不仅应道德谴责，其实依据现有法律仍然有法律救济手段。如刑法规定的重婚罪，如婚姻法规定的过错方的损害赔偿制度，还有本次司法解释三第5条的规定，一方发现对方有包养小三损害夫妻共同财产的行为，在婚内可以请

求分割夫妻共同财产。这是司法解释3出台后一类新的诉讼。

话题三：在离婚诉讼涉及子女抚养费问题及遗产继承案件中，经常会出现亲子鉴定问题，这往往都是婚外情婚外性惹的祸，涉及隐私及个人名誉。往往一方申请亲子鉴定另一方会拒绝配合，没有双方配合往往导致亲子鉴定难以进行。这个问题在司法解释三中得到了解决吗？

李双慧律师：现在这个规定可以有效解决这个问题。在一方已有初步证据并申请亲子鉴定的情况下，如果对方拒绝配合，法官可合理推断亲子关系是否成立。

吴兆兵律师：我认为还可规定得更细致些，目前的规定没有能覆盖复杂的社会现实。某男60多岁死亡后，某女带7岁的男孩来找我所律师，说小孩是死者非婚生的孩子，有生活照片及经济往来证明。起诉后我们申请将小男孩与死者儿子做DNA比照鉴定，但对方拒绝了，法院最后判小男孩败诉。这种情况其实很普遍，它不属于司法解释三规定的亲子鉴定问题，这种情况该怎么处理？我认为应当更细化。

话题四：婚姻的功能与目的包括满足自然需求及繁衍后代，有人提出婚姻生活中性生活权利及生育权的问题，曾有男士以妻子中止怀孕为由提出损害赔偿要求，司法解释三对此如何规定？

李双慧律师：生育的事我来回答，这是女人特有的权利。司法解释对生育权的问题作出了规定，有两层含义。第一，没有所谓男人的生育权的问题，女人有权决定是否生育、是否中止妊娠。丈夫对妻子擅自中止妊娠侵犯其生育权提出的损害赔偿，法律不支持。第二，把夫妻因生育问题导致感情破裂列为法定的离婚理由。

吴兆兵律师：性是一个讳莫如深的问题，本次司法解释也回避了这个问题，没有将它与生育问题一起列为离婚理由。其实，婚姻生活中，因性取向、婚外性、性功能及性心理障碍、性惩罚等导致的性生活的不和谐，是很多夫妻感情破裂的真实原因。解释没有做规定，可能是觉得这不是法律管的事吧。

话题五：目前社会对司法解释三最大的热议是关于房产的规定，有人概括是“男人笑了，丈母娘和女

人哭了”，认为婚姻法以男女平等的名义，忽略了女性的生理特点及社会分工的特点，损害了女性在婚姻中的财产权利。你们认为是这样吗？

李双慧律师：我认为司法解释三对房产规定确实损害了女性利益。我们的传统是男婚女嫁，结婚时男人准备婚房，女人准备嫁妆。到离婚时女方才发现，最保值增值的婚房自己没份，而自己的嫁妆已经被消耗掉了，这在农村更明显。这损害了多少女性的利益？婚姻法割裂了传统也忽略了农村。我希望下次有机会给女性朋友支支招。

吴兆兵律师答：房子牵涉这个社会最敏感的神经。我从法律中读不出对女性权利的损害。在婚姻中，无论男方还是女方，谁都不是木头人，谁都不应当成为冤大头。法律对婚姻中的房产做了一个比较清晰的界定，就是要告诉热恋中准备进入围城的男女：谁都别想占谁的便宜，除非一方自愿。

吴兆兵律师：富二代是不分男女的，很多女孩也是带着多套房子大把票子进入婚姻的，她们也希望自己的个人财产得到法律的保护。清晰的财产关系界定，有利于让婚姻回归它的本质——感情因素才是第一位的，别打配偶财产的主意，这在未来可能更有利于减少功利性婚姻。

吴兆兵律师：我认为司法解释中关于房产产权的确认及分割还是很合理的，体现了男女平等、尊重当事人的意愿、保护私有财产的原则，也与合同法、物权法的规定相一致，兼及了不同部门法律的衔接。

话题六：大家都比较关心婚姻中房产的产权界定问题及离婚时房产的分割问题，司法解释三的具体规定是怎样的？

李双慧律师：房产产权归属的确认方式，司法解释规定比较多比较复杂，但可简化一下，从三个基本方面来认定：一出资二登记三意愿，结合三者来确认房产是个人财产还是夫妻共同财产。具体而言：

1、婚前房：一方婚前购买的房产为个人财产。

2、婚后房：婚后共同出资购买的房产即使登记在一方名下，为共同财产。

3、婚前购买婚后共同还贷房：一方婚前买房并支付首期款并贷款并登记于其名下的，婚后夫妻共同还贷，产权为登记方个人财产，离婚时房产产权人对婚后共同支付款项及增值部分给予对方经济补偿。

4、赠与房：一方约定赠与对方的房产，如未办理公证手续，在房产变更登记前可撤销赠与；如一办理房产变更登记则赠与房产归赠与人所有；对办理公证手续的房产赠与，如赠与方拒绝办理房产变更登记手续，受赠方可要求继续履行。

5、父母出资买房：一方父母出资登记在自己子女名下，视为对自己子女的赠与，为个人财产；双方父母共同出资购买登记在一方名下，夫妻双方按父母出资份额按份共有。

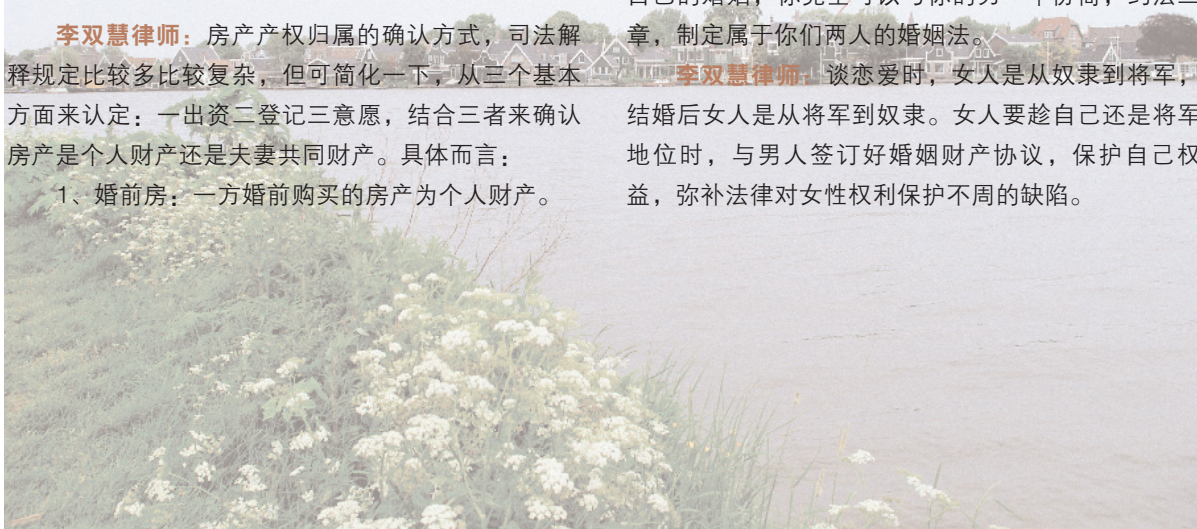
6、父母房改房：夫妻共同财产出资购买一方父母名义参加房改的房屋并登记在一方父母名下的，为其登记人房产，夫妻出资作为债权处理。

吴兆兵律师：离婚时个人房产归个人，共同所有的房产按下述原则分割：一竞价，双方都要房产的情况下，双方竞价价高者得，得房者给对方现金补偿。二评估作价，一方要房产的，第三方评估作价，得房者给对方现金补偿；三拍卖，双方都不要房产，将房产委托拍卖，大家均分房款。

总结语

吴兆兵律师：我国婚姻财产制度包含法定财产制及约定财产制，并且约定财产制优先于法定财产制。我们所谈司法解释三关于房产的规定都是法定财产制的内容，如果你认为这所有的规定都不合理不适合自己的婚姻，你完全可以与你的另一半协商，约法三章，制定属于你们两人的婚姻法。

李双慧律师：谈恋爱时，女人是从奴隶到将军，结婚后女人是从将军到奴隶。女人要趁自己还是将军地位时，与男人签订好婚姻财产协议，保护自己权益，弥补法律对女性权利保护不周的缺陷。





圆桌会议

法律的生命在于执行

——“见死不救行为是否立法”主题研讨会纪要

文 本刊编辑部

主持人：《深圳律师》栏目编辑 周争锋律师

嘉宾：

深圳市第五届人大代表

林昌炽律师

深圳市第五届政协委员

苏醒律师

深圳市律师协会刑事法律业务委员会 方壮毅主任

深圳市律师协会行政法律业务委员会 曾洛川主任

深圳市律师协会民事法律业务委员会 郭璇玲副主任

深圳市律师协会公益法律服务委员会 蔡华主任

《深圳律师》特约撰稿人

杨新发律师



主持人：

连日来，广东佛山两岁女童小悦悦先后被两辆车碾过，18名路人没有施予援手一事引起社会广泛关注。18日，广东省政法委、社工委等十多个部门开展“谴责见死不救行为，倡导见义勇为精神”大讨论，两岁的小悦悦先后被两辆车碾过，18名路人没有施予援手。省委政法委还在官方微博上发布信息，问计于民，征求救济机制、奖惩机制方面的意见与建议，意见或会成为广东省制定相关政策的依据。有不少的声音要求通过立法手段惩治见死不救行为，请各位律师谈谈您的看法。

林昌炽律师：

近期发生的这些案件引发了社会上对这个问题的重视，尤其广东汪洋书记提出“幸福广东”，“幸福广东”其中一个很重要的概念是法制是否昌明，通常我们认为这是一个道德的问题，至于道德的问题是否上升到立法来予以规范，我的看法是我并不反对这么做，有些东西我们看似道德的层面，

我们用立法的机制来规范它，上升到立法层面，是可以的。但问题争论的焦点在于：立了这个法律是不是可行。我们国家的法律大概有三个弊端，在这个问题上也是要避免的，第一，我们对权利义务规定的不明确；第二，规定的很明确，但是不具有操作性；第三，如果我们违反了这个规定，不用承担什么法律后果。

就我个人而言，考虑立法一定要缜密，不要因为近期发生的一些行为我们立即就用法律，特别是用刑法这种最严厉的措施来规范，在此我提出建议：一、我们在社会公众中还是要大力倡导见义勇为的行为。徒法不足以自行，首先还是要从道德层面上对公民进行倡导，引起整个社会的重视，通过这次是否立法来引起整个公民的一个讨论，提高公民的道德层面上的一种重视，我认为这个是首要的问题；二、至于说是否将行为入法、入罪，我认为可以就这方面进行探讨，同时也要避免我们过去在立法过程中的一些弊端，以免法律立了，但实际上并没有什么效果。

郭璇玲律师：

我个人的意见是反对通过立法惩罚见死不救行为。理由如下：

一、见死不救行为应是道德调整的行为。道德是对自我行为的更高要求，而法律是底线，如果用法律去调整或挽救道德，在逻辑上它是错误和混乱的。

二、见死不救行为产生的根源主要原因在于：
1、信仰的缺失导致道德下滑，这需从精神重建方面去着手；2、目前司法水平不高，司法公信力遭到严重破坏。对于南京“彭宇案”和天津的“许云鹤案”，媒体进行了广泛报道，但到现在为止我们都没有看到任何监督机制或者纠错机制的运行。事实上这些相关的法律程序我们并不缺少，而缺少的是落实和执行。这些错案导致了社会公众普遍对于救不救人产生了极大疑虑，包括此前卫生部出台的扶摔倒老人相关指南，当时引起社会极大关注，我认为这是极少数冤假错案所产生的极大破坏力。

三、如果说见死不救行为需要立法惩治，它将会产生怎样的社会后果？现在社会食品安全、交通、高铁这些质量问题，几乎都会一片倒认为是立法空白。我个人认为法律并不是唯一的解决途径。如果要立法惩治见死不救行为，将会出现什么情形？你去救了可能会被扼杀，你不去救同样要承担法律责任。这样一个社会，和谐和幸福何从谈起？我认为政府应当有所作为，在现有的法律条件下应注重落实和执行以及重建精神文明。

主持人：

我插说一下我的观点，就这一问题社会上多有关注国人道德的滑坡的声音，而很少有人看到这里法律的因素，实际上出了这样的事，主要是法律层面的问题，法律的引导作用在发挥作用。法律规定的健全，不合理，执行过程中的偏差，才是导致惨案的罪魁祸首。在谈应不应该救人的时候，大谈个人的道德问题；在因为救人而受伤、致残或被人诬陷的时候，寻求帮助是大谈法律规定，谈举证责任和公平原则。当那些为了救助他人而受伤的英雄们，最终流血又流泪，得不到社会应该给有的帮助，为自己的一次英雄壮举断送自己和家人的幸福哀伤时，以后就没有人要当这样的英雄了。

杨新发律师：

第一，关于见死不救行为我认为这是小概率事

件，产生的原因是多方面的。我们现在处在社会转型期，社会节奏非常快，每个人所面临的压力非常大，个人所追求的东西，当你不能以一个平常心来看待和享受生活的时候，你很难把自己内心的真善美弘扬出来。

第二，媒体对这个“彭宇案”的过分渲染，在某种意义上起到推波助澜的作用。该案子应该是一个个案，法官在把握上确实有偏差。但我认为有信仰的人不会为一个案例所左右，该行善、该见义勇为都会照常作为，过分的把责任归结为判例本质上是在为我们自己的行为开脱，我们应该勇敢的面对这个问题。

第三，听到公众就这个案件提上立法议程，我是一则以喜，一则以忧。喜的是我们整个民族法律意识在增强，认识到法律对社会的调整规范作用；忧是当我们的民族遇上鸡毛蒜皮的事情都需要法律来调整的时候，可见这个民族的道德自我维系到了何等沮丧的程度。

第四，我个人倾向于暂时不立法。我认为要立法也可以，但这个立法权应当交给公众。比如说我要不要立法，有反对的，有赞成的，大家都摆出支撑的理由，进行广泛的辩论，然后将辩论结果交给社会公众来表决。我觉得把这个权利转给人民，这才是科学的立法。

曾洛川律师：

首先，第一个问题是道德、体制还是法律的问题。我认为都有，但更重要是道德问题。“彭宇案”确实是小概率事件，但是媒体为什么会过分渲染？因为这个事情老百姓都非常关注。这个判决我就想说，人家说一个馒头引起的血案，这就是一个案件的判例造成了国人道德，我们不能说沦丧，只能说下降或者怎么样的一个很重要的原因。你说不要把它看得对社会影响那么大，但客观上它就是这么大，客观上你就是被它左右了，司法的错误引导对于社会道德的下降是有重大责任的。

第二个重要问题，是不是上升到立法层面。这一点我非常同意杨律师的观点，就目前来看讨论非常重要，但是真的上升到法律，怎么去划定和实践确实很难。从民法上你要让他去承担责任，我觉得法理依据上非常不足。中国的老百姓认识的是：我做错了事要承担责任，就是我们《民法》的过错原则。《刑法》的原则是社会的危害性，当然你说这个有没有社会危害性呢？但这个不是自己行为造成的社会危害性，你让他承担责任；行政法的角度上，你要给一个行政

处罚，他得有法定的义务。比如你给他就设定一个法定义务，你设定法定义务的理论基础，国人的观念是不是能接受这样一个理论基础？这个确实值得研究。而国人的道德沉沦也好、下降也好和体制是有关系的，当然还和法律的效应有关系。体制为什么会造成道德的下降，这是值得深思的。

■ 方壮毅律师所：

我前不久听一个同学说，他弟弟两年前在湖南也是因为去扶人，最后打官司被判赔了5万，湖南那边一个月工资没多少，要他多少年才能凑够这5万块钱。目前来讲，整个社会道德的滑坡是一个不争事实。另外刚才讲体制问题，什么叫“体制”？可能涉及到政府和司法公信力问题，我觉得“彭宇案”是这段时间一个典型案例。

“小悦悦案件”本来就是一个法律事件，回过头来讲它的根源和责任观的时候，我就想到了几个方面：一、其监护人监护不力，疏于管理。现在他们的小孩没有了，这种痛苦是他要承担的责任；二、最直接的法律责任人——司机是直接的加害方。我们前段时间讨论司机会不会该判什么刑罚的时候，由交通肇事案件转变成为间接、故意杀人案件。作为司机来讲，应该追究他的法律责任。三、目前我们的法律体系里能够解决的是这两个司机的责任，而路人、旁观者见死不救该不该承担什么样的责任？从目前的法律体系来讲，大家都很明确是道德责任，应该受到道德谴责。我们国家目前没有这方面的立法，但是世界有一些国家的立法可以借鉴。深圳市人大正在研究制定见义勇为奖励条例，我认为可以借此引导大家的道德倾向和价值选择。第四，当见死不救行为必须要通过法律手段解决不可的时候，我觉得在论证欧美国家立法经验的基础上，可以考虑由法律来引导社会大众的道德行为，但充分的论证需要十分慎重。

■ 蔡华律师：

第一，“彭宇案”已经遭到了基本上99.8%网民的非议，认为这种判决完全是错误的。这说明了我们的心是向善的，所以在这个问题上可能会牺牲一个、两个，乃至多个人的利益。他们见义勇为，最后被判决赔了、承担义务了，但是我们不能因此就认为我们的道德水准滑坡，我们的司法体系滑坡。

第二，我认为是不应该上升到立法层面，应当说道德是道德，法律是法律。如果把道德问题上升到法律问题，这个国家可以说是没有任何的民族脊梁和民族5000年优良的美德。因为所有的道德问题都用法律来规范的话，它就丧失了。法律本身就丧失了一种规范的作用，而道德根本就荡然无存。一个民族没有自己自身最基本的道德，这个民族也就濒临灭亡。所以中华民族在见义勇为、人心向善的这种大的民族方向，如果还要用法律界定的话，那这个民族真的到了非常危险的时代。

第三，这样一个行为如果要从立法的角度上来说怎么样谈？可不可以谈？可以，应当立法，立什么法？应当是如何保护见义勇为的行为，而不是这种行为是民事侵权，也不是做出一种行政处罚，更不是是一种刑事犯罪。而从立法层面怎么样保护见义勇为行为，提倡中华民族的美德——见义勇为。从这个立法层面带加强、保护、鼓励、推动人与人之间的善、人与人之间相互的帮助。

■ 苏醒律师：

第一，近期广东政法委专门就这个问题开展了全民讨论，我个人非常支持这个做法。“小悦悦事件”绝对是社会问题，是道德问题，应该在全社会开展广泛的讨论，以此引发人们对目前社会道德水准的深层次思考。

第二，我个人也赞成道德归道德，法律归法律。目前我国法律规范很多，但是执行并不乐观。据我了解，深圳法制办在这方面已经将见义勇为保护纳入立法计划，重在保护救助人的合法权益，我们可以借鉴国外的相关法律经验，考虑出台一部《道德法》。

■ 主持人：

我们大多数律师是不赞同马上就立法惩治见死不救的，基本上都认可“立法保护见义勇为，才是解决这一问题的妙招”。据报道深圳市已将《助人行为保护条例》列入深圳市人民政府2011年度立法工作计划，目前法制办正在调研起草该条例，这是个好的开端，但法律的生命在于执行，希望不要像道路交通事故社会救助基金那样，虽然2004年的《道路交通安全法》早就规定了要设立这样的救助制度，但时至今日有些地方仍旧没有建立。好了，今天的研讨会到这里结束，谢谢大家。



业界前瞻

透视“巨额财产来源不明罪”（下） ——贪官们的救命稻草

文 广东鹏泰律师事务所 肖万青律师

（接34期P23）

三、巨额财产来源不明：谁应负证明责任

证明责任是指对于被告人是否有罪以及犯罪情节轻重，应由谁提出证据并加以证实的责任。自巨额财产来源不明罪问世以来，我国刑事诉讼中公诉案件由司法机关承担与自诉案件由自诉人承担证明责任的传统观念被打破了，对巨额财产来源不明罪应由谁负证明责任产生了诸多异议，主要有由司法机关和被告人共同承担证明责任、由被告人负全面的证明责任、被告人不负任何证明责任等三种观点。

《刑法》第395条第1款是这样规定的：国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大的，可以责令说明来源。本人不能说明其来源是合法的，差额部分以非法所得论，处5年以下有期徒刑或者拘役，财产的差额部分予以追缴。从上述法条规定来看，虽蕴含由司法机关举证证实行为人差额巨大的财产属非法所得之含义，但似乎司法机关只要负责证明行为人拥有来源不明的巨额财产即可，而行为人却要举证证明差额巨大的财产来源合法，不愿说明或不能说明或说明无证据不能成立时，就要以“巨额财产来源不明罪”被追诉，这一举证责任倒置（或转移）开创了我国刑事诉讼中由被告人举证证明自己开罪的先例。我认为这一刑事诉讼的证明责任原则，在保障个人自由与权利的价值取向上是值得商榷的。

其一，我国《刑事诉讼法》第18条第2款规定，包括在贪污贿赂犯罪中的巨额财产来源不明案件，由人民检察院直接受理。毫无疑问，巨额财产来源不明

属于公诉案件，依照《刑事诉讼法》第43条即“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或无罪，犯罪情节轻重的各种证据”之规定，应由人民检察院负举证证明犯罪嫌疑人、被告人有罪或无罪，罪重或罪轻的证明责任，《刑事诉讼法》并没有例外规定巨额财产来源不明这种公诉案件应由犯罪嫌疑人、被告人自证其无罪，否则推定犯罪成立。

其二，行为人持有差额巨大的财产无法说明来源之认定，是司法机关从行为人的所有财产中扣除有证据证明的合法收入后的推定，而不是司法机关举证证实之结果。正因为这部分财产没有证据证实是合法还是非法，所以司法机关在其自身无法举证证实这部分财产属于非法所得的情况下，才去责令行为人说明这部分财产之来源。如行为人举证证实了这部分财产系合法收入，则无罪成立；如行为人不愿说明或不能说明或说明无证据不能成立，则推定犯罪存在，以巨额财产来源不明罪追究刑事责任。行为人这种举证证实其财产系合法收入之行为，实质上是一种行使辩护权的行为，这种辩护权利行为人可以行使也可以放弃，如果放弃，则依法不应从这一行为推断出行为人有罪。因为它不是一种履行证明责任的行为，只有证明责任才是一种法定的义务必须履行不能放弃，如果放弃，司法机关就要据此作出不利于行为人的裁判。《刑法》第395条第1款规定混淆了行使辩护权之行为与履行证明责任之行为的本质区别。把行使辩护权的行为等同于履行证明责任的行为。

其三，贪官们不是一朝一夕就变坏的，而是经历

了一个从量变到质变的过程的；其财产也不是一年半载就有那么多，而是短则1年几年、长则十几年甚至几十年长期积累而成的。除非其预见到日后可能出事，事先就每笔财产的来源书面记载并预留证据，否则，由于时间的推移，部分财产怎么来的已记不清亦在情理之中，因为人脑不是电脑，而且即便说得清楚，如果没有客观依据，说了也是白搭没人相信。何况这么大一笔数目惊人的财产中，有部分可能确实是合法收入却苦于没有证据，比如历年炒股、购买理财产品所得收益，亲友馈赠，银行存款及借款利息，拾得他人数额巨大的遗失物及投资回报等等。如果仅仅因为行为人不愿说明，或不能说明或说明不成立，就将差额巨大的财产统统以非法所得论处，不仅要将财产的差额部分予以追缴，而且还要对行为人定罪量刑，那么这样做未免就有点不讲理了，连司法机关动用各种刑侦手段都搞不清楚的事情，却要行为人举证确实又充分的证据来证实，也未免太苛刻。

四、巨额财产来源不明： 是否不存在追诉时效

追诉时效，是指依法对犯罪行为人追究刑事责任的有效期限。在法定的期限内，司法机关有权追究犯罪行为人的刑事责任，超过这个期限，除法定最高刑为无期徒刑或死刑，经最高人民检察院特别核准必须追诉的以外，都不得再追究犯罪行为人的刑事责任，已经追究的应当撤销案件，或者不起诉，或者终止审理。

我国《刑法》分则规定的任何犯罪都是有追诉时效的。巨额财产来源不明罪的法定最高刑为五年有期徒刑，依照《刑法》第87条规定，追诉期为10年，即超过10年的不得再追诉。但问题的关键是，对行为人的财产或者支出明显超过合法收入且差额巨大，刑事侦查部门（主要是检察机关）查不清楚，行为人本人又不愿说明其真实来源，即连差额巨大的财产怎么来的都搞不清楚，又怎么搞得清这些财产是何时在何地形成的呢？正如前所述，行为人不是一朝一夕就变成贪官的，其财产的积累有可能经过了几年、十几年甚至几十年的时间，且不能排除其中有部分是合法财产的可能性。因此，要在行为人不能说明来源的差额巨大的财产中，剔除案发十年之前的那部分财产，是十分困难的。有鉴于此，我国刑法理论界因此有人认为巨额财产来源不明罪无所谓追诉时效。因为巨额财产来源不明罪是在司法机关的侦查过程中才成立的犯罪，它的犯罪事实是因追诉（被立案侦查、被责令说

明来源）而形成，缺少时效的存在空间，这就决定了追诉时效制度对该罪失去了应有的意义（即该罪不应理会追诉时效的规定）。

我认为这种观点与理由难以成立：1、我国《刑法》分则规定的任何犯罪，都是有追诉时效的，目前尚没有“巨额财产来源不明罪”可以不适用《刑法》总则关于一般追诉时效的例外（包括立法修正案或司法解释）规定，因此，排除巨额财产来源不明罪的追诉时效，没有法律依据。2、我国《刑法》第395条第1款惩处的显然是行为人拥有不能说明来源的财产的非法所得行为，而不是拒不说明财产来源的不作为行为，故上述认为巨额财产来源不明的犯罪事实因追诉（被立案侦查、被责令说明来源）而形成、缺少时效存在空间的观点，就是建立在《刑法》惩处的是拒不说明财产来源的不作为这一认识基础之上的，是对法条内容的曲解。3、非法获取巨额财产的犯罪事实，是巨额财产来源不明罪成立的前提条件。即非法所

我国对巨额财产来源不明罪的立法，经历了从无到有、从不完善到相对较完善的过程，除前述有关罪名、有罪推定、证明责任、追诉时效等方面仍有研讨与完善之必要处，还有更重要的一点，那就是提高该罪的法定刑。

得在先，拒不说明来源在后，正因为有了这种非法获取巨额财产的犯罪事实，所以才责令行为人说明财产来源，由此才开始进行一系列的侦查与追诉活动，而不是由于司法机关的侦查与追诉，才使行为人产生了（或开始产生）非法获取巨额财产的犯罪事实。从行为人非法获取并拥有巨额财产之时起，到司法机关发现线索立案侦查，这之间存在一定的时间距离，这种间隔年限符合《刑法》中有关追诉时效的规定，即在时效期间之内的应当追诉，超过追诉时效期间的，不得再追诉。

然而，巨额财产来源不明罪10年的追诉时效，应从何时开始起算呢？有人主张应从行为人取得差额巨大的财产之日起计算，但行为人从开始非法获取巨额财产，到其被立案侦查之日，有相当长的一段时间距离，如果追诉时效从行为人开始非法获取巨额财产之日起计算，那么有些非法获取巨额财产的行为事实就可能超过了追诉时效期间，这就可能放纵犯罪。还有人主张应从“不能说明”之日起计算，这种观点也值得商榷。虽然巨额财产来源不明罪在客观构成要件上，是由非法获取巨额财产与拒绝或不能说明巨额财产来源的双重行为构成的，但两者之间是主从关系，

非法获取巨额财产是主要行为，发生在先，拒绝或不能说明是伴随产生的从行为，发生在后。如果追诉时效仅从拒绝或不能说明之日起计算，就既忽视了构成本罪的实质性决定条件（非法获取巨额财产），又无形中延长了追诉时效，不利于保护犯罪行为的合法权益。

笔者则主张：巨额财产来源不明罪10年的追诉时效，应从行为人非法获取财产的敛财行为终了之日起计算。因为行为人差额巨大的财产有可能是逐步累积而成的，经历了一个持续不断的敛财过程，属于刑法理论上的继续犯。追诉时效从行为人非法获取财产的敛财行为终了之日计算，既有《刑法》上的根据（符合《刑法》第89条第1款之规定），又更符合这种犯罪本身的形态特征。不过，追诉时要把握两点：一是在追诉时效期间内非法获取的财产，如果尚未达到差额巨大的法定标准，不能追诉；二是虽然达到了差额巨大的法定标准，但有的财产获取时间超过10年追诉时效期间的，应当剔除。换言之，既要在10年的追诉时效期间之内，非法获取的财产又要达到差额巨大的法定标准，两者具备才应当立案追诉。

特别需要强调指出的是，行为人拥有不能说明来源的巨额财产中，如果有部分是在1988年1月全国人大常委会颁布《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》之前形成的，则该部分财产应当剔除不应追诉，因为在1988年1月之前该行为并没有规定为犯罪。如果有部分是在1988年1月之后、案发10年之前形成的，则该部分财产也应从非法所得数额中剔除，因为拥有该部分财产的非法所得行为，已超过追诉时效。只有案发10年之内、差额巨大（30万元）达到法定立案标准的非法所得行为，才能对行为人定罪量刑。

司法实践中，对行为人的收入或支出明显超过合法收入且差额巨大这一问题不难认定，难以认定的是追诉时效，因为对差额巨大不能说明来源的财产，刑事侦查部门（主要是检察机关）查不清楚，行为人又不愿说明或不能说明或说明因无证据不能成立，即差额巨大的财产到底是怎么来的完全没有证据，既然如此，那差额巨大的财产是何时在何地分几笔敛聚而成就更不清楚了。因此，司法机关在这种两难的情况下，往往只重视其数额是否达到了法定的立案追诉标准，而根本不问这些财产是何时敛聚而成，即《刑法》总则规定的追诉时效，对巨额财产来源不明

罪这一《刑法》分则规定的犯罪而言，完全成了一纸空文，这不能不引起刑法理论界与司法机关的高度重视。

惩治巨额财产来源不明罪，并非我国立法的独创，目前世界很多国家和地区，比如巴基斯坦、印度、新加坡、埃及、马来西亚、泰国、尼日利亚、巴哈马、文莱等都有惩治这类犯罪的规定。我国对巨额财产来源不明罪的立法，经历了从无到有、从不完善到相对较完善的过程，除前述有关罪名、有罪推定、证明责任、追诉时效等方面仍有研讨与完善之必要处，还有更重要的一点，那就是提高该罪的法定刑。在我看来，无论是合法收入还是非法所得，任何人的财产都是有来源的，天上不可能掉馅饼。巨额财产来源之所以查不清，就行为而言，无非是这么三种情况：一是不愿说。因为说出来并经司法机关查证属实，不是导致原有犯罪（如贪污、受贿）数额的增加从而加重刑罚，就是产生新罪数罪并罚最终也被加重量刑，都会产生对行为人不利的后果。二是不能说。因为说出来牵扯到他人有可能导致他人受到刑事追究，正所谓拔出萝卜带出泥，而行为人也未见得因此而轻判，害人又不利己，两相比较还是选择不说为好。三是说了无证据难成立。行为人为求轻罚而相信坦白会从宽，确实具有悔罪心理全盘招供了，但由于时间久远自身又未留下什么证据，财产所涉对方可能会死不认帐，从而导致供述无证据印证最终无法认定，说了也白说。想来想去觉得还是不说比较好，至少这样虽不利己但不害人，天大的事情自己一人兜着。因此，贪官们都会选择沉默。巨额财产来源不明罪就成了贪官们的“救命稻草”。这就有必要加大打击力度，调整刑种及量刑幅度。我认为数额仍应作为巨额财产来源不明罪的构成要件之一，数额的量刑标准仍可由最高人民检察院、最高人民法院根据社会经济发展的具体情况，以司法解释的形式予以确定，在《刑法》规定的法定刑中，应保留“差额巨大（目前是30万）处五年以下有期徒刑或者拘役”的规定，同时增加条款即规定“差额特别巨大（比如100万）处五年以上有期徒刑”；“差额特别巨大、情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑”，并将原条文中“财产的差额部分予以追缴”修改为“并处没收其财产的差额部分”。如此，更有利于进一步打击贪腐之类的犯罪，使贪官们不存任何幻想。



劳动者主张二倍工资的时效之辨

文 广东华商律师事务所律师 廖翌宏律师

《劳动合同法》规定用人单位在以下二种情况下应当向劳动者支付二倍的工资：一是“自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同”；二是违法未“与劳动者订立无固定期限劳动合同”，那么，用人单位应当支付而未支付二倍工资的，劳动者主张此项权利有无时效限制？如何限制？

普遍的观点认为，劳动者要求二倍工资无时效限制，只是劳动关系终止的及收到拒付工资书面通知的为例外，时效为一年。依据是《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第四款的规定：“劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。”该法施行之前，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第二条规定：“拖欠工资争议，劳动者申请仲裁时劳动关系仍然存续，用人单位以劳动者申请仲裁超过六十日为由主张不再支付的，人民法院不予支持，但用人单位能够证明劳动者已经收到拒付工资的书面通知的除外。”

笔者认为，劳动者在已领正常工资后要求用人单位加付的一倍“工资”不是劳动报酬，不适用上述法律规定，应当适用普通劳动争议的时效规定，自知道或应当知道权利被侵害之日起计算时效。

一、加付的一倍“工资”是法律对用人单位规定的惩罚性支出，不是法律意义上的劳动报酬。

法律意义上的劳动报酬是用人单位对劳动者的劳动所支付的对价。根据《劳动合同法》第十六、十七条的规定，劳动报酬应当是双方协商约定的，而加付的一倍“工资”却是在第七章“法律责任”中规定的，双方约定的劳动报酬并非此数。二者的性质截然不同，前者是当事人商定，后者是法定；前者是以公平为基础和基准，后者作为孤例考察，对用人单位并不公平，追求的是威慑效果所带来的公平环境。

有人认为，法定的工资也是劳动报酬，或构成劳动报酬的一部分，正如政府规定的最低工资标准一样。这种说法显然把保护性“门槛”与惩罚性措施混为一谈了。如果将加付的一倍工资也确认为劳动报酬，就会陷入一系列的矛盾之中：其一，当双方补签劳动合同、无固定期限劳动合同时，就需按“二倍的工资”作为工资标准，否则就是降低了工资？其二，解除劳动合同需计算经济补偿金或赔偿金时，要以此“二倍的工资”

为基数？其三，劳动者主张此项权利时，还可以要求加付25%的延迟发放经济补偿金？这些要求目前仲裁委和法院都不支持，原因应当就是此项加付的一倍“工资”不是法律意义的工资。

二、不是法律意义的劳动报酬就不适用《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第四款和《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第二条的规定。

有人认为，即使加付的一倍工资不是法律意义的工资，但上述法律并未明确将其排斥在外，可以将其扩大解释；还有人主张，当法律条文可以作二种以上的理解时，应当采用有利于劳动者的理解。对这些观点，无需详辨其立论是否正确，仅需辨明上述法律中的“拖欠劳动报酬”和“拖欠工资”争议能否作扩大解释，能否产生二种以上的理解。

先假定能。那么，所有因故晚签订过劳动合同、无固定期限劳动合同的用人单位，都可能被劳动者在离职甚至退休时“算总账”，要求对几年、十几年甚至几十年前的一段时期加付一倍“工资”；同理，所有劳动者在离职甚至退休时都可以将历年历月因故晚发工资的情况“算总账”，要求加付曾被拖欠过总额25%的“劳动报酬”！这种后果是立法者追求的吗？显然不是，即如此理解不符合立法原意。那么结论只能是上述法律中的“工资”、“劳动报酬”不能作扩大解释，不能产生二种以上的理解，因此，劳动者要求加付一倍工资的时效不能适用上述规定。

三、劳动者在应领二倍工资而实领非二倍工资时，就知道或应当知道权利被侵害，此时应当开始计算时效。

工资按月发放既是法律规定，又是交易习惯，劳动关系双方都应当知道；二倍工资也是法律规定，双方也都应当知道，当劳动者在应领二倍工资而实领非二倍工资时，就应当知道权利被侵害了。根据《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款对普通劳动争议时效的规定和该法施行前《劳动法》及相关法律规定，此时应当开始计算时效，即2008年5月1日前申请仲裁的时效期间为六十天，此后的为一年。

二倍工资争议的时效依法也可中断、中止，但受《民法通则》关于最长诉讼时效二十年规定的限制，不应当出现争议发生数十年之后劳动者离职或退休时，用人单位还须加补一倍工资的情况。



浅议破产抵销权的行使

文 北京中伦（深圳）律师事务所 许胜锋律师 沈凤律师

破产抵销权，是指债权人在破产案件受理前对债务人负有债务的，不论其债权与所负债务的种类是否相同，也不论其债权是否已经届至清偿期，均可在破产财产分配前向破产管理人主张以其债权抵销其对债务人所负债务的权利。破产抵销制度，是破产债权人只能依破产程序按债权清偿比例受偿的例外。除法国及拉美的一些国家禁止破产抵销外，当今世界的许多国家和地区均在其破产立法中对抵销进行了规定。英美法系国家通过判例的积累很早就承认了破产抵销。大陆法系国家主要有德国、瑞士、日本以及我国台湾地区，都对破产抵销作了规定。如德国《支付不能法》第94条规定：“在支付不能程序开始时，一个支付不能债权人依法或依协议有权抵销的，此项权利不因程序而受影响。”日本《破产法》第98条规定：“破产债权人于破产宣告当时对于破产人负有债务者，可以不依破产程序而实行抵销。”我国台湾地区《破产法》第113条1款规定：“破产债权人于破产宣告时，对于破产人负有债务者，无论给付种类是否相同，得不依破产程序而为抵销。”

破产抵销并不是破产程序新创设的制度，而是源于民法上的抵销制度，是民法上的抵销权在债务人破产的情形下的扩张适用。相关法律法规对破产抵销权的构成要件、行使方式、限制条件等方面进行了严格的规定，以防止个别破产债权人的滥用。在法律功能方面，破产抵销权虽与民事抵销同样具有效率与担保功能，但其更侧重于担保功能。本文以破产抵销权的行使为研究对

象，以期对破产司法实践有所裨益。

一、破产抵销权行使的要件

破产抵销权的行使，不仅关系到破产抵销权人的利益，而且关系到破产财产及全体破产债权人的利益，因此，应当符合一定的实体及程序要件。

（一）破产债权人用于抵销的债权债务均须成立于破产受理之前。

债务人的债务人在破产程序中应当向管理人完全履行其所负债务，这种履行所产生的利益应当归入债务人财产。而债务人的债务人如果在破产案件受理后通过转让取得他人的对债务人的债权，并以此与其债务抵销，则会消灭或者部分消灭其所负担的债务，减少债务人财产的价值。并且会诱发债务人的债务人在破产案件受理后低价收买他人对债务人的债权的道德风险。在笔者承办的多宗证券公司破产清算案件中，均涉及到债权人主张抵销的债权为破产案件受理后取得的情形，这也是管理人在审查破产抵销权时，所应关注的重点。

（二）破产抵销权的行使，应向管理人以明示的意思表示为之。

破产抵销权的行使应以抵销的单方意思表示为之。这种意思表示，应向特定的对象作出，这一特定对象就是破产管理人。破产人进入破产程序后，由破产管理人接管，其享有的债权和承担的债务由破产管理人予以收回和负责清偿。因此，破产债权人只能以破产管理人为相对人，行

使破产抵销权。具体言之，其一：抵销的意思表示必须是明示的，并且必须送达管理人；其二，抵销的单方表示的生效虽不以破产管理人的同意为条件，但受管理人否认的意思表示阻却。这种否认的表示，可以是直接的，也可以是间接的。

例如，破产债权人作出抵销的意思表示后，管理人对其发出履行债务的催告，这种催告就意味着管理人否认此债务可因抵销而消灭。此时，主张抵销的破产债权人可以破产抵销权作为抗辩而拒绝履行，或可以诉诸人民法院。

（三）破产抵销权的行使，应以依法申报为前提。

债权申报是债权人参加破产程序的必要条件，破产债权人只有在申报债权以后，才取得受破产法保护的地位。只有取得了破产法上的受保护地位，才有权对破产财产提出种种权利请求。破产抵销权作为破产债权人行使权利的一种特殊方式，破产抵销权人仍然是债权人，如果该抵销债权没有依法申报，则不得抵销。

债权人行使破产抵销权必然使破产财产减少，并影响其他债权人的利益，因此，债权人必须严格按照人民法院规定的债权申报期限向破产管理人申报债权。债权申报的重要意义之一，就是使所有对破产人财产提出的请求，都经过债权人会议的核查。通过这种集体核查程序，可以保证请求权的真实性和准确性，从而防止利用虚假债权侵蚀破产财产从而损害全体债权人利益的情况发生。因此，未依法申报的债权不能主张抵销。

（四）债权人用于行使破产抵销权的债权需经管理人审查及债权人会议核查，并认定为真实有效的债权。

管理人及债权人会议还需审查破产债权人所主张的抵销权是否符合法律规定的实体。如果破产管理人对破产债权不予承认，或对抵销权予以否认，破产债权人只能通过诉讼程序，请求法院确认存在争议的破产抵销权。

（五）破产债权人应在破产财产最终分配前行使抵销权。

这是对破产抵销权行使期间的限定。破产财

债权申报是债权人参加破产程序的必要条件，破产债权人只有在申报债权以后，才取得受破产法保护的地位。只有取得了破产法上的受保护地位，才有权对破产财产提出种种权利请求。破产抵销权作为破产债权人行使权利的一种特殊方式，破产抵销权人仍然是债权人，如果该抵销债权没有依法申报，则不得抵销

产分配之后，如破产债权人未主张抵销权，其对破产人所负的债务应作为破产财产收回，其债权只能依照破产清算程序参加破产分配。抵销权必须在破产清算分配之前行使，以免延误破产程序进行。而且，抵销权的成立，是以破产债权人尚未清偿对破产人的负债为前提的，如破产债权人已经清偿了对破产人的负债，主张抵销的权利便不再存在了。

除外，破产抵销权一经行使，即产生在相同数额内，破产债权人和破产人的债权归于消灭的法律效力，但超出抵销债权额以外的债权依然存在。因此，破产债权人行使抵销权后，其超出抵销债权额范围之外的债权，仍为破产债权，继续参加破产分配，依照破产程序按比例获得清偿；破产人超出抵销债权额范围之外的债权，仍为破产财产，破产管理人有权要求破产债权人清偿。

二、破产抵销权行使的限制

破产抵销权具有优先权的性质，能够使债权人得到优于清算分配的结果。如果对破产抵销权的行使不加以必要限制，则极有可能被个别破产债权人滥用，损害其他债权人的合法权益。作为法定抵销权的一种，破产抵销权首先应遵守民法上抵销权的限制性规定。

（一）民法上不得抵销的情形包括：

1. 依债之性质不能抵销。所谓依债务的性质不能抵销，是指如允许抵销，则与成立债务的本旨相悖。即依债务的性质不能抵销是指如果不清偿就不能达到债的目的，违反成立债的本旨。主要是指不作为债务、提供劳务的债务，以智力成果为给付标的的债权以及如果不经相互实际履行就无法实现债权目的的债权。另外，委托代理人也不能以被代理人所委托代为清偿的债务，用以抵销自己与被代理人之间的债务。

2. 依法律规定不能抵销

其一，禁止执行之债。根据我国《民事诉讼法》第219条、第220条的规定，被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权扣留、提取被执行人应当履行义务部分收入，但应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需费用。人民法院有权查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人应当履行义务部分的财产，但应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需品。该项制度旨在维持债权人的日常生活资料，使债权人获得现实的满足，因此债务人应当实际进行清偿，不得主张与债权人对自己所负的债务进行抵销。但是如果作为主动债权，则可以抵销，抛弃其受保护的利益的行为，法律并不禁止。

其二，故意侵权行为负担之债务。对于因侵权行为而发生的损害赔偿债权，国外多数立法限制其抵销，日本法律不区分故意和过失，对于侵权行为所生的债权一律禁止抵销。德国法则区分故意和过失侵权行为。只有对于因故意侵权行为所产生的债务，不得由侵权人主张抵销。本文认为，如果允许故意侵权行为人对债务人主张抵销，确实有诱发侵权行为的可能。但如果受害人主张抵销，则应当允许。对于因过失侵权行为发生的债权，则不妨碍侵权行为人主张抵销，因为过失的侵权行为人不会借抵销的方法而为侵权行为，不会诱发侵权行为。

其三，债务人因扣押而取得的债权。各国对此的立法并不相同。《日本民法典》第511条规定：受停止支付之第三债务人，不得依其后取得

债权，以抵销对抗扣押债权人。《德国民法典》第392条规定：因某项债权的扣押，仅在债务人在扣押后取得其债权，或其债权在扣押后才到期且迟于所扣押的债权到期时，才不得抵销债务人对债权人享有的债权。我国台湾地区民法第340条规定，受债权扣押命令之第三债务人，于扣押后始对其债权人取得债权者，不得以其所取得之债权与受扣押之债权为抵销。本文赞同德国民法的规定，凡第三债务人的债权，在扣押前已取得且其清偿期先于受扣押债权的，都可以进行抵销。依据我国《合同法》第83条的规定：债务人接到债权转让通知时债务人对让与人享有债权，并且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期的，债务人可以向受让人主张抵销。在债权让与的情况下，债务人不会因为受让人的介入而丧失抵销权，那么扣押时，如果第三债务人对被扣押债权人享有债权，并且其债权先于被扣押的债权到期或者同时到期的，第三债务人的抵销利益同样应当受到保护。因为第三债务人在扣押前原有的地位，不应因客观的扣押事实的发生而遭受不利。以主动债权非于扣押后取得且其清偿期非后于受扣押债权，来协调抵销债权与扣押的关系是合适的。

3. 约定应向第三人给付之债第三人请求债务人履行时，债务人不得以自己对于债权人享有的债权主张抵销；债权人请求债务人向第三人履行时，债务人也不得以第三人对自已负有债务而主张抵销。首先，债务人不得向第三人主张抵销，即债务人不得对第三人主张以其债务，与债权人对于自己之债务为抵销。理由在于第三人的权利为独立的权利，如果允许债务人以其自己债务与债权人对自己债务为抵销，不仅违反约定向第三人为给付的契约的目的，也可能使第三人遭受损害。其次，债务人不得向债权人主张抵销，即债务人不得对债权人主张以其对于第三人之债务与债权人对于自己之债务为抵销。理由在于约定向第三人为给付的契约，债权人只能请求债务人向第三人为给付，而不得请求向自己为给付。当然，债权人也不能以自己对于债务人所负的债务与债务人应向第三人为给付的债务主张抵销。

4. 当事人约定禁止抵销。基于意



思自治的原则，在当事人约定禁止抵销的情况下，只要不违反民法的基本原则和法律的强制性规定，应当允许。但是这种禁止是否可以对抗善意第三人，各国立法不一。从法理上考虑，为使第三人免受不能预料的损害，以及保护交易安全，禁止抵销权行使的约定不得对抗善意的第三人。

（二）在破产程序中，不得行使破产抵销权的情形主要包括：

1. 债权人在破产受理后对破产债务人负担的债务，不能抵销。首先，破产受理前的债务是对破产人产生的，破产受理后的债务则是对破产财产产生的，两者主体并不相同。破产财产是用于清偿全体破产债权人的，如允许此种抵销，则会出现债权人不公平受偿的结果。其次，为避免债权人与破产债务人恶意串通虚构债务，或与债务人的债务人恶意串通，规避破产法关于债权人通过破产清算平等实现债权的有关规定，也应限制此种情况下行使破产抵销权。

2. 债务人的债务人在破产申请受理后取得他人对债务人的债权的，不可以抵销。因为这种债权本身虽成立于破产受理之前，但对债务人来说，其取得却是在破产受理之后。转手之后禁止抵销，原因就在于在债权转手过程中，会出现侵害多数破产债权人利益的行为。破产债权一般只能获得原额一定比例的清偿，实际价值远低于名义价值。但当它用于抵销债务时，却可获得全额清偿，这就使破产清偿与抵销清偿之间出现了一定的差额。如果允许破产人的债务人用破产受理后取得的他人破产债权对债务抵销，那未势必会出现债务人低价收买破产债权抵销债务，非法谋利的现象。破产申请受理后，他人对债务人的债权均应列为破产债权，严格按照破产程序实现债权。债务人的债务人廉价取得破产人的债权，不正当地免除对破产债务人的债务，从而使其他债权人因破产财产的减少而受损害，实际上侵犯了其他债权人平等在破产程序实现债权的权利，也是不符合破产制度的根本目的的。

3. 债权人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实而对债务人负担债务的，不

破产法赋予管理人撤销权。破产抵销权是对个别破产债权人的优先清偿，对于损害其他债权人合法权益，并且符合破产法关于撤销权的相关规定的已行使的抵销权，管理人可依职权申请人民法院予以撤销。从而纠正不当行使的抵销，有效维护全体债权人的合法权益

可以抵销；但是，债权人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而负担债务的除外。在得知债务人有不能清偿到期债务或者已经提出破产申请的情况下，仍然对债务人负担债务的，法律就推定其为恶意，是为了行使破产抵销权做准备。但是，债权人的这种恶意毕竟是法律上的推定，并不能绝对化，因此，债权人因为法律规定或者有破产申请前一年前所发生的原因而负担债务的除外。此种限制是为避免债权人已经知道债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实的情况下，通过为他人承担对债务人的债务的方式，规避破产法关于债权人申报破产债权通过破产清算平等实现债权的有关规定，不当免除原属他人的债务，侵犯全体债权人合法权益。但是，如果债务的发生，是基于法定原因（如继承）或得知上述情况以前的原因，则不在禁止抵销之列。

4. 债务人的债务人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实，对债务人取得债权的，不可以抵销。但是，债务人的债务人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而取得债权的除外。此种限制在于避免债务人的债务人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请事实的情况下，廉价取得破产债务人的债权，不正当地免除对破产债务人的债务，从而使其他债权人因破产财产的减少而受损害。

为防止破产抵销权利为当事人所滥用，损害他人利益，许多国家的破产法对抵销权的行使均规定有禁止条款，违法抵销的行为无效。

此外，破产法赋予管理人撤销权。破产抵销权是对个别破产债权人的优先清偿，对于损害其他债权人合法权益，并且符合破产法关于撤销权的相关规定的已行使的抵销权，管理人可依职权申请人民法院予以撤销。从而纠正不当行使的抵销，有效维护全体债权人的合法权益。



业务探究

房地产中介法律风险防范

文 广东创基律师事务所 骆训文律师

房地产交易中，买卖或租赁双方要注意防范各自的风险，同样，作为房地产中介公司也应注意防范自身的风险。

一、托管定金、交楼押金、首期款处理等资金风险

当一方违约时，是退还买方、卖方还是谁也不退，能否抵扣佣金？

以托管的定金为例，如无特别约定，一般托管在中介公司的定金放款于卖方的条件是：卖方将红本房地产证原件交予中介公司且查档清晰后几个工作日。但在交易过程中发生一方违约时，未达到合同约定的放定条件时，是否应该退还守约方？

买方认为应该退还给买方，其理由是：如果卖方违约应该双倍返还定金，而托管在中介公司处的定金属于自己实际缴纳，中介也不可能将其交给卖方，故应退还给买方。

卖方认为应该交还给卖方，其理由是：如果买方违约，则上述定金自然应该交给卖方没收；如果卖方违约，也不能放给买方，因为卖方已经向买方开具了定金收据，中介公司又向卖方开具了定金托管收据，因此托管的定金已经属于卖方所有，即若是卖方要双倍返还定金给买方，也应由买方向卖方直接主张，中介公司无权将属于卖方的钱支付给买方。

同时，摆在中介公司还有一个更重要的问题是，中介公司是否充分证据证明哪一方违约。

因此，在实践中买卖双方发生因一方违约起诉

至法院时，法院依据证据情况认定的违约方未必与中介公司的判定完全相符，由此当中介公司提前将定金放予法院认定的“违约方”时，不时会被法院判定中介公司与“违约方”承担连带赔偿责任。

为此，为减少中介公司的风险，中介公司在无证据证明任何一方违约的情形下，最好的做法就是——谁都不放，既不放给卖方，也不放给买方，当然也不去抵扣佣金，直到双方纠纷经法院或仲裁机构最后裁判、或双方向中介公司提交约定定金归属的解除协议为止。

二、中介服务费支付和计算的佣金风险

常见纠纷主要有因买卖双方私下交易(俗称“跳单”)产生的中介服务费纠纷；买卖双方一方违约导致交易不成引起的中介服务费支付和计算纠纷等。

买卖(租赁)双方通过中介公司提供的服务后，发生跳单、违约情形不付佣金时，前章已详细阐述，在此不再重复。本章仅主要论述佣金和必要费用的计算时，应注意如下事项：

1、合同或承诺书中无论买卖双方均应约定不少于佣金20%的必要费用的金额，防止一方违约(不排除卖方违约)时，中介公司在无法收取佣金时，向违约方收取多少金额的必要费用没有合同依据。

2、对于佣金支付时间和条件，最好不要随意添加不可预测或不可控制的附加条款。比如有业务员在合同中约定，如卖方在6月1日前无法收到全部楼款，则不必支付中介佣金，结果由于当时银行信贷收紧导致贷款审批迟延，致使卖方在6月3日才收到

全部楼款，买方因此拒付佣金。中介为此诉诸法院向卖方追讨佣金最终也未获法院支持。

三、房屋买卖或租赁合同无效的标的风险

这类纠纷主要因房屋买卖双方主体不合格或合同标的物房屋瑕疵引起。常见情况有房屋的产权共有人未经其他共有人同意私自出卖房屋；房屋被列入拆迁范围，卖方房产证尚未办出等，导致房屋买卖合同的无效、无法交付履行或无法办理过户手续等法律后果，从而引发第三人或购买人将出卖人起诉至法院，并往往以中介公司存在过错为由要求其承担赔偿责任。

四、一方违约交易无法履行的履约风险

如买卖或租赁一方违约导致交易无法履行时，若发生诉讼常常会把中介公司列为第三人，此时中介公司应注意：

1、中介公司是否也存在违约情形，如是否有逾期放定、逾期赎楼、丢失重要文件资料等情形，中介公司的违约是否与一方的违约存在因果关系，如不存在中介公司一般不会承担法律责任。

2、中介公司应及时发送履约催告函、告知函等文件，并注意保留一方违约或守约的相关证据，以保护履行方，同时也是防范自身风险。

五、房屋被查封、无法赎楼、无法办理按揭等交易风险

如果因上述客观或非主观故意的原因导致交易无法进行，中介公司应注意：

1、看是否能够尽量采取补救措施，使交易继续进行。

2、若实在无法进行，做好买卖双方的沟通、解释工作，促使双方解除合同，化解纠纷，以便另寻其它交易的机会。

3、交易时中介公司应尽到谨慎审查义务，如及时查档，及时询问并打印卖方还贷清单、买方房产及信用状况，以免承担赔偿责任。

六、员工做私单、吃差价、挪用资金甚至卷款潜逃等内部管理风险

中介公司中特别是关外、特别是租单，做私单现象可谓屡禁不绝，对于吃差价现象由于都是签订

三方合同，买卖租赁价格比较透明，但是通过多收佣金的方式吃差价也并非个别，同时员工特别是经理挪用资金甚至卷款潜逃的现象也偶见报端。对于此种员工内部管理问题，我们认为：

1、公司管理均应规范，建立健全相应规章制度。

2、规范业务流程，不断修正科学完善的业务电子数据系统。

3、加强监督机制、包括内部监督和外部监督，特别是外部监督。

4、收放款时，要求不能仅看收据，还应详细对照合同，包括双方买卖合同、资金托管协议、补充协议等。

5、加强备用金管理，文员、区经等分行账务除作账面核查外，应定期或不定期对合同、单据等作抽查或全面检查。

6、严格制止业务员打白条，控制外用收据的管理，在公司分行或相关合同上出具严禁业务员向客户打白条的提示文字，并公布举报方式和欢迎客户举报。

7、加强业务部门财务知识的培训、法律意识的培养、职业道德的建设。

七、操作无房地产证单、阴阳合同、三方私下合同等的行政处罚风险

首先要说明的是，近年来，深圳陆续出台一系列关于房产中介的规范性文件，虽然对规范房产中介服务市场起到作用，但这些规范性文件具有浓厚的行政色彩，且有些不具有严格意义上的法律效力，都只是从行政上管理规范房地产中介活动。民法通则和合同法可以解决房产中介合同纠纷的许多问题，但对居间合同的规定条款却十分有限，难以应对日趋复杂的房产中介纠纷案件。

但是，规范中的有些“高压线”中介公司如果触犯，则会有较严厉的后果，如网站公示、列为不诚信“黑名单”、锁公司系统无法打印国土局正式合同等。中介公司应予以避免，并特别注意：

1、坚决不操作无房地产证的单。

2、约定阴阳合同的《价格变更确认书》上中介公司不在其上面盖章签字。

3、不签订手写的三方合同，即只让买卖双方签订房地产买卖合同，再签订三方资金监管协议。



罚息、复利或违约金等惩罚性利息 不属于破产债权

文 北京市中伦（深圳）律师事务所 刘乙龙律师

[基本案情]

1999年6月份，XX公司（原债权人为广东发展银行XX支行）向广州市天河区人民法院（下称“广州天河法院”）起诉要求主债务人和债务人（连带保证人）履行还款义务。

1999年11月，债务人因违规经营被停业整顿。最高人民法院对此发布中止受理、中止审理、中止执行等“三中止”密传通知。据此，广州天河法院裁定案件中中止审理。

2009年5月，广州市中级人民法院依法裁定受理债务人被申请破产案件，并指定北京市中伦律师事务所深圳分所为管理人。管理人成立后，依法履行接受债权申报、审查等职责。XX公司向管理人申报了破产债权，同时向广州天河法院申请恢复案件审理。随后，广州天河法院通知双方当事人开庭审理案件。管理人依法代表债务人出庭应诉。

双方争议焦点是：罚息、复利等具有惩罚性的利息是否属于破产债权。XX公司主张罚息、复利等利息应属于破产债权。债务人管理人根据我国法律规定、法理依据及司法审判惯例，罚息、复利等具有惩罚性的利息均不属于破产债权。并且，债务人管理人主张若债务人承担须连带保证责任，则XX公司对债务人享有的债权应当依法确认破产债权。

[案件焦点]

1、金融机构破产清算案中，大多数债权人向管理人申报债权时主张罚息、复利等利息。因此，根据我国法律法规及实践经验，罚息、复利等具有惩罚性的

利息是否属于破产债权？

2、根据最高人民法院发布中止受理、中止审理、中止执行等“三中止”密传通知的要求，在金融机构的行政清算期间所有以债务人为被告的诉讼均应中止审理。其后金融机构进入破产清算程序，按照企业破产法相关法律规定，中止的诉讼应恢复审理。据此，提出如下问题：法院在判决债务人承担责任时能否直接将此责任列入破产债权？

[法律剖析]

一、鉴于债务人已进入破产清算，若债务人应当承担保证责任，其中XX公司主张的逾期罚息、复利及违约金依法不应纳入破产债权，不属于债务人破产债权

中国人民银行广州分行于1999年作出《关于对广东债务人投资有限公司实施停业整顿的决定》，决定自1999年X月X日起对债务人及其深圳证券营业部实施停业整顿；2009年X月X日，广州市中级人民法院依法受理债务人被申请破产清算一案，并于2010年X月X日依法裁定宣告债务人破产。鉴于此，根据相关法律法规等的规定，若债务人应当承担保证责任，其中XX公司主张的逾期罚息、复利及违约金依法不应纳入破产债权，不属于债务人破产债权，对于债务人逾期履行义务给XX公司造成的损失，依法应当按照中国人民银行同期一年期贷款基准利率计算利息并纳入破产债权。

（一）根据相关法律、地方性法规规定及债务人债权审查原则，滞纳金、罚息、复利及违约金等不属

于破产债权

1、相关法律、地方性法规等明确规定滞纳金、罚息、复利及违约金等不属于破产债权

根据《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》（下称“《破产若干规定》”）第六十一条第一款第（一）项、第（二）项之规定，行政、司法机关对破产企业的罚款、罚息、复利以及其他有关费用不属于破产债权；人民法院受理破产案件后债务人未支付应付款项的滞纳金，包括债务人未执行生效法律文书应当加倍支付的迟延利息和劳动保险金的滞纳金，不属于破产债权。

为进一步明确及理解最高人民法院上述关于滞纳金、罚息、复利不属于破产债权的规定，有些地方方法规已明确规定，未执行的滞纳金、罚款、罚息和没收财产，均不得作为破产债权。如《深圳经济特区企业破产条例》第六十四条第（五）项规定：“下列各项不得作为破产债权：未执行的滞纳金、罚款、罚息和没收财产。”据此，根据最高人民法院的上述规定，并结合《深圳经济特区企业破产条例》等的规定，作为惩罚性质的罚息、复利、违约金等显然不属于破产债权。

2、债务人债权审核原则明确规定罚息、复利及违约金不属于破产债权

债务人管理人结合现行法律、法规的规定及债务人破产清算案件的实际情况拟定了《XX信托投资有限公司破产债权审查原则》，该债权审查原则对所有债权人统一适用。该债权审查原则中关于“企业间借贷的处理”、“利息的处理”等明确规定，罚息、复利、违约金不属于破产债权。该内容是根据相关法律法规的规定，本着以债权实际损失为原则制定，对所有债权人统一适用，公平合理。债务人管理人在审查全体债权时，均将罚息、复利、违约金不属于破产债权作为审查标准。

（二）逾期债务的利息损失按统一标准计算且对所有债权人统一适用，公平合理，应予认可

1、在债务人债权审查原则中，为了使全体债权人的债权在破产清算中得到公平受偿，避免个别债权人对债务人的惩罚性措施转嫁到全体债权人身上，管理人结合破产法等法律法规的规定，对逾期债务的利息损失均统一按中国人民银行同期一年期贷款基准利率计算，该标准对所有债权人统一适用，公平合理，应予认可。

2、我国金融机构破产清算案件债权审查惯例看，逾期债务的利息均统一按中国人民银行同期一年期贷款基准利率计算

从目前我国金融机构破产清算案件债权审查惯例来看，逾期债务的利息均统一按中国人民银行同期一年期贷款基准利率计算，如目前正在审理的广东债务人投资有限公司破产清算案件、XX证券有限责任公司破产清算案件、XX证券股份有限公司破产清算案件、XX证券有限责任公司破产清算案件、XX证券有限责任公司破产清算案件等，罚息、复利均不计入破产债权。例如，在广东XX信托投资有限公司破产清算案件中，债务人所欠税款的罚息就不属于破产债权；并且，对于债务人所欠普通债务的罚息、复利更不属于破产债权。又如《XX证券有限责任公司破产债权审查原则》第二条第（十）项明确规定“关于利率的确定，在合同期内按合法约定利率计息，合同期满后按中国人民银行同期一年期贷款基准利率计算；对于债权人资金被XX占用的损失也按中国人民银行同期一年期贷款基准利率计算”。

3、有关法院在审理破产债权确认纠纷中，对管理人按统一标准计算逾期债务利息等予以认可

有关法院在审理金融机构破产清算案件中，对未偿还债务统一按照中国人民银行同期一年期贷款基准利率计算利息，纳入破产债权予以认可。如在上海市XX有限公司诉XX证券有限责任公司破产债权确认纠纷案中，XX市中级人民法院于2010年X月X月作出的（2009）《民事判决》中认定“被告管理人为减少债权人损失，对XX证券在2008年7月18日前未偿还的债务，统一按照中国人民银行同期一年期贷款基准利率计算利息，纳入破产债权。该利息计算标准对被告所有债权人统一适用，公平合理，应予认可”。

（三）根据相关法律规定，破产债权应当以实际损失为原则

滞纳金、罚息、复利及违约金等是对逾期履行义务而采取的一种惩罚性措施。若支持罚息、复利作为破产债权参与破产财产的分配，这实际上等于分配了债务人全体债权人的财产，使得对债务人的惩罚转嫁到了全体债权人身上，如此既不能起到法律的制裁作用，也违背了法律的公平正义。

《破产若干规定》第五十八条第（十一）项规定“债务人在破产宣告前因侵权、违约给他人造成财产损失而产生的赔偿责任”属于破产债权。但此处的损失应当以实际损失为原则，具有惩罚性的罚息、复利不应纳入破产债权。合同约定的罚息、复利明显高于中国人民银行同期一年期贷款基准利率，亦明显高于约定的合同期内的利率，具有明显的惩罚性质。

鉴于债务人早已于1999年被停业整顿，根据行政主管部门发布的停业整顿决定与公告，债务人在停业

整顿期间，停止一切经营业务活动，除个人合法债务外，所有债务暂缓支付，由债权人向停业整顿工作组申报债权。而且，债务人已于2009年进入破产清算等事实，若债务人应当承担保证责任，对债务人未及时履行还款义务给XX公司造成的实际损失，依法应当按照中国人民银行同期一年期贷款基准利率计算利息并纳入破产债权，而不能将罚息、复利及违约金等纳入破产债权。

二、若债务人承担连带清偿责任，则XX公司对债务人享有的债权应依法确认为破产债权

原债权人广东发展银行XX支行于1999年向某法院提起诉讼，要求主债务人广州XX公司和连带保证人债务人承担清偿责任。某法院于2000年作出（2000）天法经初字第116号《民事裁定书》，依法裁定本案中止诉讼。债务人已于2009年5月22日进入破产清算程序。XX公司于2009年11月10日向债务人管理人申报破产债权；同时，XX公司已按照向管理人申报的破产债权金额向某法院申请恢复审理本案并变更诉讼请求，将逾期债务利息等计算至破产受理之日2009年5月22日止。

鉴于上述事实，参照《最高人民法院关于〈中华人民共和国企业破产法〉实施时尚未审结的企业破产案件适用法律若干问题的规定》第九条第二款之规定，债权人就争议债权起诉债务人，要求其承担偿还责任的，人民法院应当告知该债权人变更其诉讼请求为确认债权。因此，鉴于债务人已依法进入破产清算程序，若债务人在本案中承担连带清偿责任，则XX公司对债务人享有的债权应当依法确认为破产债权。

结论：综上，鉴于债务人已于1999年被停业整顿并于2009年进入破产清算，若债务人应当承担保证责任，其中XX公司主张的逾期罚息、复利、违约金依法不应纳入破产债权，不属于债务人破产债权，对于债务人逾期履行义务给XX公司造成的损失，依法应当按照中国人民银行同期一年期贷款基准利率计算利息并纳入破产债权。并且，若债务人承担连带保证责任，则XX公司对债务人享有的债权应当依法确认破产债权。

[延伸思考]

一、在立法上，最高人民法院在颁布企业破产法相关司法解释中应明确规定罚息、复利等具有惩罚性的利息不属于破产债权

《最高人民法院关于审理企业破产案件适用法律若干问题的规定》第六十一条第一款第（一）项、第（二）项之规定，行政、司法机关对破产企业的罚款、罚息、

复利以及其他有关费用不属于破产债权；人民法院受理破产案件后债务人未支付应付款项的滞纳金，包括债务人未执行生效法律文书应当加倍支付的迟延利息和劳动保险金的滞纳金，不属于破产债权。据此，行政或司法机关的罚款、罚息、复利以及其他相关费用不属于破产债权，并且加倍迟延利息和劳动保险金滞纳金不属于破产债权。但是，普通民商事纠纷产生的一般破产债权中所附带的罚息、复利等具有惩罚性的利息是否不属于破产债权？对此最高人民法院的上述规定并未明确界定。实务中，对最高人民法院上述规定的理解存在较大分析。

为进一步明确及理解最高人民法院上述关于滞纳金、罚息、复利不属于破产债权的规定，有些地方法规已明确规定，未执行的滞纳金、罚款、罚息和没收财产，均不得作为破产债权。如《深圳经济特区企业破产条例》第六十四条第（五）项规定：“下列各项不得作为破产债权：未执行的滞纳金、罚款、罚息和没收财产。”

因此，根据最高人民法院的上述规定，结合《深圳经济特区企业破产条例》等地方立法规定，同时从法律的公平正义精神出发，参照司法实践及破产债权审查惯例，笔者建议：最高人民法院在颁布企业破产法相关司法解释中应明确规定罚息、复利等具有惩罚性的利息不属于破产债权。

二、债务人进入破产清算程序后，恢复审理的以债务人为被告的诉讼案件性质应为破产债权确认纠纷案件

在金融机构风险处置案例中，根据最高人民法院发布中止受理、中止审理、中止执行等“三中止”密传通知的要求，在金融机构的行政清算期间所有以债务人为被告的诉讼均应中止审理。其后金融机构进入破产清算程序，该债权人同时向债务人管理人申报破产债权。法院依法恢复审理此前中止的诉讼案件。

因此，参照《最高人民法院关于〈中华人民共和国企业破产法〉实施时尚未审结的企业破产案件适用法律若干问题的规定》第九条第二款之规定，债权人就争议债权起诉债务人，要求其承担偿还责任的，人民法院应当告知该债权人变更其诉讼请求为确认债权。鉴于债务人已进入破产清算程序且债权人已向债务人管理人申报破产债权等特殊事实，笔者认为，法院恢复审理的诉讼案件性质已经不是普通民商事纠纷案件，其案件性质应调整为破产债权确认纠纷案件。这可减少此后破产债权审查确认中的异议诉讼纠纷，能进一步推进破产清算程序。



欧耀多专利确权纠纷抗辩胜诉案

文 广东惠邦律师事务所 孙大勇律师

[裁决要点]

东莞市凯鸿光电科技有限公司（以下简称：凯鸿公司）向人民法院提起诉讼，请求对讼争的实用新型专利的“所有权”进行确认。凯鸿公司请求人民法院确认其对本案专利拥有所有权，该诉讼与凯鸿公司请求人民法院保护已经明确由其享有的民事权利，是不同的争议。因此，本案作为专利确权案不应适用《民法通则》第一百五十三条关于“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为两年”的规定，凯鸿公司有权请求人民法院确认其对本案专利享有所有权。被告欧耀多认为本案已过诉讼时效的主张法院不予支持。

在本案讼争专利申请日前原告凯鸿公司向广东移动通信有限责任公司东莞分公司销售了“光缆及其连接装置”实用新型专利产品，因此即使如凯鸿公司所主张，被告欧耀多利用凯鸿公司“光缆及其连接装置”的技术情报或技术资料来进行“金属铠装室内软光缆”实用新型专利（即本案讼争专利）的发明创造，该技术信息亦不属于不对外公开的技术信息。原告徐荣基、凯鸿公司没有证据证明被告欧耀多执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件完成讼争专利。因此，原告关于讼争专利为职务发明创造的主张不能成立，其诉讼请求依法应予驳回。

[案件简述]

原告一徐荣基于2003年9月5日向国家知识产权局申请了“光缆及其连接装置”实用新

型专利，该专利于2005年2月23日获授权（专利号ZL03274183.9）。专利授权后，原告一徐荣基于2005年3月1日授权原告二凯鸿公司独占使用该实用新型专利。被告欧耀多原在凯鸿公司工作，在离职后的一年内即2003年11月23日以自己的名义向国家知识产权局申请了“金属铠装室内软光缆”实用新型专利，该专利于2005年3月16日获授权（专利号200320114232.7）。两原告徐荣基、凯鸿公司认为，被告申请的专利与原告徐荣基的专利都是利用金属软管来达到抗压抗剪的目的，并且两专利的技术领域相同，被告申请的涉案专利与原告徐荣基的专利技术方案极其相关。鉴于以上原因，两原告于2007年7月19日向深圳市中级人民法院提起诉讼，主张被告作为原告凯鸿公司的工作人员，在执行原告的工作任务，利用原告的技术条件和物质条件并参与徐荣基专利技术方案研发工作的基础上，申请了涉案专利，该专利应为职务发明创造，故请求法院判决涉案专利归两原告共同所有。

深圳市中级人民法院（简称：深圳中院）经审理后认为，尽管本案争议专利于2005年3月16日授权公告，但本案属于因单位认为自己的技术成果被他人

在本案讼争专利申请日前原告凯鸿公司向广东移动通信有限责任公司东莞分公司销售了“光缆及其连接装置”实用新型专利产品，因此即使如凯鸿公司所主张，被告欧耀多利用凯鸿公司“光缆及其连接装置”的技术情报或技术资料来进行“金属铠装室内软光缆”实用新型专利（即本案讼争专利）的发明创造，该技术信息亦不属于不对外公开的技术信息

擅自申请专利而引发的纠纷，按照最高人民法院关于持续侵权诉讼时效的规定，在专利权有效存在的期限内，由于侵权而导致的专利权属纠纷，不受诉讼时效的限制。

关于讼争专利是否属于职务发明创造的问题，深圳中院认为，争议专利从时间上来看，系欧耀多从凯鸿公司离职一年内作出；从技术因素来看，与徐荣基第03274183.9号“光缆及其连接装置”技术方案非常接近，系对徐荣基专利作细微改动而形成。欧耀多先后在光联公司（即凯鸿公司的前身）和凯鸿公司的工程、业务部门工作，参加公司的相关业务会议，负责开展市场客户调查等，存在了解公司有关技术成果的便利条件，其将徐荣基及凯鸿公司的技术成果、技术方案中的核心部分或者该技术方案中的主要技术特征进行简单组合并申请了争议专利，该专利是利用凯鸿公司已有的技术成果作为主要的物质技术条件而形成的，属于职务发明创造的一种情形，其专利权属依法应归凯鸿公司。按徐荣基及凯鸿公司在本案中的主张，争议专利可归徐荣基及凯鸿公司共有。鉴此，深圳中院做出（2007）深中法民三初字第498号民事判决，将讼争专利判归两原告共同所有。

被告欧耀多不服深圳中院判决并依法上诉后，广东省高级人民法院（简称：广东高院）经审理后认为，东莞市凯鸿光电科技有限公司向人民法院提起诉讼，请求对讼争的专利权下的实用新型专利的“所有权”进行确认，其请求人民法院确认对本案专利拥有所有权，与凯鸿公司请求人民法院保护已经明确由其享有的民事权利，是不同的争议。因此，本案作为专利确权案不应适用《民法通则》第一百五十三条关于

“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为两年”的规定，凯鸿公司有权请求人民法院确定其对本案专利享有所有权。

关于讼争专利是否属于职务发明创造的问题，广东高院认为，原告徐荣基、东莞市凯鸿光电科技有限公司（以下简称凯鸿公司）没有证据证明被告欧耀多执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成讼争专利。因此，原告关于讼争专利为职务发明创造的主张不能成立，其诉讼请求依法应予驳回。深圳中院查明事实清楚，但适用法律错误，依法应予以纠正。遂做出（2008）粤高法民三终字第217号终审民事判决，撤销深圳中院的一审判决，并驳回了两原告的全部诉讼请求。

[法律解析]

一、关于本案是否适用诉讼时效的问题

关于专利权属纠纷是否适用诉讼时效的问题，司法实务界一直存在着两种截然相反的观点。因此，因专利权属纠纷是否适用诉讼时效的问题历史上一度曾出现过大量相同情形不同判决的案例。此外，司法实务界一度还出现过以蒋志培先生为首的关于专利权属纠纷适用诉讼时效问题的二元分析说，即“对于专利权权属纠纷的诉讼时效问题，要区别情况来处理。有关专利权权属纠纷，不外乎由两种原因引起的：一种是侵权引起的权属纠纷，譬如将单位或者他人的技术成果擅自申请了专利。另一种是由于合同引起的权属纠纷，譬如当事人双方签订了技术开发合同，由于一方违约将技术成果申请了专利。对于前一种情况，应当按照专利司法解释有关持续侵权规定的诉讼时效来

处理，也就是说由于侵权而导致的专利权权属纠纷，不受诉讼时效的限制，但当然要受到专利权存续期限的限制。而对于后一种情况，可以根据合同纠纷的诉讼时效来处理。”

本案一审、二审法院虽然均未支持被告欧耀多关于本案已过诉讼时效的主张，但一、二审法院所依据的理由是不同的。深圳中院将专利权属纠纷案件定性为：“一种持续侵权”后，进一步的分析道：“由于侵权而导致的专利权属纠纷，不受诉讼时效的限制。”很显然，深圳中院对该问题适用的是蒋志培先生的观点，即将专利权属纠纷分为侵权还是违约，因侵权而导致的专利权属纠纷，不受诉讼时效的限制。同时，深圳中院提到：“本案中也没有确切证据证明徐荣基及凯鸿公司知道其权利被侵犯的具体时间”，其潜台词就是：若有证据证明原告徐荣基及凯鸿公司知道其权利被侵犯的具体时间，可考虑或应当适用诉讼时效。

广东高院不支持被告欧耀多诉讼时效主张所依据的理由同深圳中院是不同的，广东高院认为，凯鸿公司向人民法院提起诉讼，请求对讼争的专利权项下的实用新型专利的“所有权”进行确认。凯鸿公司请求人民法院确认其对本案专利拥有所有权，与凯鸿公司请求人民法院保护已经明确由其享有的民事权利，是不同的争议。因此，本案不应适用《民法通则》第一百五十三条关于“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为两年”的规定，凯鸿公司有权请求人民法院确定其对本案专利享有所有权。即广东高院将专利权属纠纷诉讼定性为专利的“所有权”确认之诉，从而一概不适用两年的诉讼时效。

二、关于本案讼争专利是否属于职务发明创造的问题

《中华人民共和国专利法》第六条规定：“执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造。职务发明创造申请专利的权利属于该单位；申请被批准后，该单位为专利权人”；《中华人民共和国专利法实施细则》（2002年修订）第十一条规定：“所称执行本单位的任务所完成的职务发明创造，是指：（一）在本职工作中作出的发明创造；（二）履行本单位交付的本职工作之外的任务所作出的发明创造；（三）辞职、退休或者调离工作后1年内作出的，与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造。所称本单位，包括临时工作单位；所称本单位的物质技术条件，是指本单位的资金、设备、零部件、原材料或者不对外公开的技术资料等”。根据上述法律法规，职务发明的认定条件应当为：1、作出发明创造的发明人或设计人是申请专利的单位的职工；2、发明人或设计人在本职工作中完成的发明创造；3、虽然与发明人或设计人的本职工作无关，但是属于在执行本单位分配的专门任务时完成的发明创造；4、工作人员辞职、退休或调离工作后一年之内作出的，与其在原单位承担的本职工作或者分配的任务有关的发明创造；5、主要是利用本单位的资金、设备、零部件、原材料以及该单位拥有的不对外公开的技术情报或技术资料等完成发明创造。

根据本案查明的事实，首先，欧耀多在凯鸿公司工作期间，其本职工作为业务科文员，负责产品的市场推广。除其本职工作之外，公司也没有向欧耀多下

达研究开发“光缆及其连接装置”技术的任务，其并未参与该技术的研发过程。由此可见，欧耀多虽然是凯鸿公司的雇员，但其本职工作并非研发“光缆及其连接装置”技术或者“金属铠装室内软光缆”技术，公司也从未向其下达该项专门任务。因此，即使该发明创造在欧耀多离职后1年内作出，也不属于执行本单位的任务所完成的职务发明创造。其次，现有证据并不能证明欧耀多利用了凯鸿公司的资金、设备、零部件和原材料。而在本案专利申请日前的2003年11月12日，鸿凯公司向广东移动通信有限责任公司东莞分公司销售了“光缆及其连接装置”实用新型专利产品。由此可见，即使如凯鸿公司所主张，欧耀多利用凯鸿公司“光缆及其连接装置”的技术情报或技术资料来进行“金属铠装室内软光缆”实用新型专利的发明创造，该技术信息亦不属于不对外公开的技术信息。

综上，本案争议的专利不属于职务发明，其专利申请权及专利权均应归欧耀多所有。广东高院根据《中华人民共和国专利法》第六条、《中华人民共和国专利法实施细则》（2002年修订）第十一条的规定对讼争专利的权利归属进行了认定，该认定具有充分的事实和法律依据。

[结语]

本案在发生前，就相同的原被告、相类似的专利权属纠纷案深圳中院已经做出了（2005）深中法民三初字第650号生效判决，该生效判决将被告欧耀多等申请的专利判归原告所有。在该判决中，深圳中院认为“金属软管”的技术特征是原告凯鸿公司“铠装型光纤跳接线”的技术成果以及徐荣基第03274183.9号专利的核心技术。被告欧耀多尚在凯鸿公司任职期间申请的第03248434.8号“耐压防鼠型光纤活动连接器”实用新型专利的核心技术特征亦是“金属软管”，鉴于被告欧耀多未能在诉讼期间提供第03248434.8号专利的相关研发资料，深圳中院最后认定第03248434.8号专利是被告利用凯鸿公司已有的技术成果作为主要的物质技术条件而形成。鉴此，深圳中院将被告第03248434.8号专利判归两原告所有。该案件在当时已经成为深圳中院民三庭审判过的典型案例。

但本案同（2005）深中法民三初字第650号案的基本事实问题上有两个非常重要的区别：一个是，讼争专利的授权公开日为2005年3月16日，原告提起诉讼的时间为2007年7月19日，已满两年，因此本

案涉及到一个是否适用诉讼时效的问题；另一个是，本案讼争专利的申请日晚于徐荣基“光缆及其连接装置”专利产品的销售日，本案涉及被告欧耀多是否利用“单位已公开的技术资料”完成讼争专利的事实认定问题。

是否适用诉讼时效虽然也是一个法律问题，但更是一个具体的司法实践问题，故，在此不再赘述。关于如何认定职务发明创造的问题，被告欧耀多在凯鸿公司的本职工作内容、凯鸿公司是否在其本职工作之外交付其与讼争专利相关的研发任务以及被告欧耀多是否利用了本单位的资金、设备、零部件或原材料的事实均比较好认定，原被告双方也并无太大争议。争议较大的问题包括两个：一是，被告欧耀多是否利用了工作的便利了解了“光缆及其连接装置”的技术情报或技术资料；二是，欧耀多是否主要利用了凯鸿公司“光缆及其连接装置”的技术情报或技术资料来进行“金属铠装室内软光缆”实用新型专利的研发创造。原告认为被告欧耀多利用工作的便利了解了凯鸿公司“光缆及其连接装置”的技术情报或技术资料，并用以上技术资料完成了讼争专利，故该讼争专利为职务发明创造，依法应判归两原告共同所有。

根据《中华人民共和国专利法》第六条、《中华人民共和国专利法实施细则》（2002年修订）第十一条的规定，“是否利用工作便利”本身并不是判断职务发明创造所要考量的因素，而判断欧耀多是否主要利用了凯鸿公司“光缆及其连接装置”的技术情报或技术资料来进行“金属铠装室内软光缆”实用新型专利的研发创造时，在本案中首先应当考量的因素不是“是否利用了该技术资料本身”，而应当首先判断该技术资料是不是“单位不对外公开的技术资料”。对单位已经公开的技术资料，不管是主要利用还是次要利用均一概不应认定为职务发明创造。

本案被告借原告向法院提供的、鸿凯公司于2003年11月12日向广东移动通信有限责任公司东莞分公司出具的“光缆及其连接装置”实用新型专利产品的销售发票，证明了“光缆及其连接装置”的专利技术方案已经于2003年11月12日通过公开销售的方式进行了公开，与“光缆及其连接装置”有关的专利技术方案最迟于2003年11月12日不再是“单位不对外公开的技术资料”。故，被告欧耀多在该日之后申请讼争专利，法院无需审查其是否主要利用了“光缆及其连接装置”的技术资料即可认定讼争专利为非职务发明创造。本案被告最终依靠原告提供的证据赢得诉讼。



小产权房租赁合同的法律风险

文 广东深兴律师事务所 王腊清律师

小产权房，又称农民房，它并不是一个法律上的概念，只是人们在社会实践中形成的一种约定俗成的称谓。所谓“小产权房”是指农民未缴纳土地出让金等费用，在自家宅基地或农村集体土地上建设的房屋。其房产证少数为国家房产部门颁发，大多数产权证不是由国家房管部门颁发，而是由当地的乡、镇或街道政府、村民委员会或村民小组或某公司颁发。有的连当地的乡政府、村民委员会或村民小组颁发的产权证也没有，其仅仅是某一村民自建的没有任何产权证的房屋。

由于市场经济的飞跃发展和产业结构变化节奏的加快，大量农村劳动力都涌向城市成为农民工，特别是经济比较发达的深圳，其农民工的数量甚至超过当地常住人口。而农民工在城市的地位又十分低微，收入不高且生活艰辛，为节省开支能攒点钱回家过年，想租住商品房一类的房屋可以说是望而生畏。正是基于这样的现实，使得租赁价格相对低廉的小产权房出租就成了农民工的唯一首选。

房屋租赁关系是我国经济关系的一部分，其健康稳定的发展是保障我国经济建设可持续性发展的一个重要方面。纵观现实生活中小产权房的房屋租赁，租赁双方一般对房屋租赁合同的约定内容，往往则重于租赁物的交付使用及租赁期限、租金的多少以及租金的支付时间等问题，对于小产权房而不符法定的房屋出租条件以及该小产权房是否经过竣工验收和消防验收合格等事宜则未能引起重视，而这些未能引起租赁双方重视的相关问题又恰恰是小产权房租赁合同中存在较大风险的问题，一旦引起纠纷，不但不容易处理，还有可能导致租赁双方陷入旷日持久的诉讼。故

笔者认为有必要对此作些触及。

一、因未能依法取得房屋所有权证的法律风险

案例：文某某夫妇将其原有的三层房屋拆除后重建15层的楼房，因该15层的楼房是未获相关行政管理部门审批同意而建，故其拥有的房屋所有权证仍然是原三层房屋的所有权证。某公司于2010年5月与文某某夫妇签订租赁合同一份，约定由某公司承租文某某夫妇该房屋的第八层作为公司办公用房，同时约定了租期、租金的支付时间与数额，以及未经出租方同意承租方不得转租与违约责任等条款。合同签订后，某公司一边准备公司筹建的申报资料一边装修房屋，待房屋装修完毕到工商部门申报并递交公司成立登记的资料时，因没有房屋租赁证而未能通过工商登记遂引发纠纷。

《中华人民共和国房地产管理法》（以下简称《房地产管理法》）第53条规定，房屋租赁，是指房屋所有权人作为出租人将其房屋出租给承租人使用，由承租人向出租人支付租金的行为。第61条同时规定，在依法取得的房地产开发用地上建成房屋的，应当凭土地使用权证书向县级以上地方人民政府房产管理部门申请登记，由县级以上地方人民政府房产管理部门核实并颁发房屋所有权证书。《城市房屋权属登记管理办法》第5条也规定，房屋权属证书是权利人依法拥有房屋所有权并对房屋行使占有、使用、收益和处分权利的唯一合法凭证。依法登记的房屋权利受国家法律保护。上述法律规定表明，房屋出租，出租人必须是拥有该出租房屋所有权证书、并依法享有对

该出租房屋行使占有、使用、收益和处分权利的权利人。但现实生活中处于城市中的小产权房，由于其自身的特殊性大多数属于违法建筑，故不可能依照《城市房屋权属登记管理办法》的相关规定到当地人民政府房产管理部门申请登记并获得通过，也就无从获得房屋所有权证书。而《房地产管理法》第53条又明确规定“房屋租赁，是指房屋所有权人作为出租人将其房屋出租给承租人使用，由承租人向出租人支付租金的行为。”故此，没有获得房屋所有权证书的小产权房对外出租，我国法律是不予认可的。更何况《城市房屋租赁管理办法》第6条明确规定“未依法取得房屋所有权证的房屋不得出租。”《城市房屋租赁管理办法》第13条还规定，房屋租赁实行登记备案制度。签订、变更、终止租赁合同的，当事人应当向房屋所在地直辖市、市、县人民政府房地产管理部门登记备案。第17条同时规定，《房屋租赁证》是租赁行为合法有效的赁证。租用房屋从事生产、经营活动的，《房屋租赁证》作为经营场所合法的赁证。租用房屋用于居住的，《房屋租赁证》可作为公安部门办理户口登记的凭证之一。

很显然，未能依法取得房屋所有权证的小产权房在出租过程中，不仅办不到《房屋租赁证》，而且也不能作为承租人从事生产、经营活动和用于居住的合法场所。因此，未能依法取得房屋所有权证的小产权房的租赁行为是不受我国法律所保护的，一旦引起纠纷，必然导致租赁合同无效。其法律风险显而易见。

二、未经消防验收合格的法律风险

案例：蔡某某三人将其自建的晖X大厦（有历史遗留违法建筑申报材料）经与承租方周某某、吕某某协商出租给周某某、吕某某开办商场，双方签订的租赁合同约定了租期、租金支付与违约责任等。在签订租赁合同后，承租方便进场装修。由于

当地公安消防部门认为该出租标的物——晖X大厦违反了《中华人民共和国消防法》（以下简称《消防法》）第11条的规定，遂对其下达了《责令限期整改通知书》。由此，租赁双方引发了租赁合同效力之争议。

该出租标的物系按照国家工程建设消防技术标准进行消防设计的，其3层以上的商住楼已通过消防安全验收，但1-3层的消防安全验收需待其商业功能确定后，由业主或出租方向公安消防部门申报消防安全验收。然本案的出租方蔡某某三人在与周某某、吕某某签订租赁合同前并未向公安消防部门申报该大厦1-3楼层的消防安全验收。我国《消防法》第13条规定，依法应当进行消防验收的建设工程，未经消防验收或者消防验收不合格的，禁止投入使用；其他建设工程经依法抽查不合格的，应当停止使用。

第15条还规定，公众聚集场所在投入使用、营业前，建设单位或者使用单位应当向场所所在地的县级以上地方人民政府公安机关消防机构申请消防安全检查。

公安机关消防机构应当自受理申请之日起十个工作日内，根据消防技术标准和管理规定，对该场所进行消防安全检查。未经消防安全检查或者经检查不符合消防安全要求的，不得投入使用、营业。

最高人民法院（[2003]民一他字第11号）《关于未经消防验收合格而订立的房屋租赁合同如何认定其效力的函复》（以下简称[2003]民一他字第11号）也规定，关于房屋租赁合同未经消防验收或者经消防验收不合格，是否应认定房屋租赁合同无效的问题，应根据不同情况分别对待：第一，出租《中华人民共和国消防法》第十条规定的必须经过公安消防机构验收的房屋，未经验收或者验收不合格的，应当认定租赁合同无效。第二，租赁合同涉及的房屋不属于法律规定必须经过公安消防机构验收的，人民法院不应当以该房屋未经消防验收合格

为由而认定合同无效。第三，租赁房屋用于开设经营宾馆、饭店、商场等公众聚集场所的，向当地公安消防机构申报消防安全检查的义务人为该企业的开办经营

者，但租赁标的物经消防安全验收合格，不是认定房屋租赁合同效力的必要条件。

依上述法律规定与司法解释而言，虽然小产权房并不是必须经过消防验收的房屋，但小产权房的出租除租用者为自身居住之外的用于开设经营宾馆、饭店、商场等公众聚集场所的，承租人就必须向当地公安消防机构申报消防安全检查并经当地公安消防机构经消防安全验收合格，方可承租经营。依[2003]民一他字第11号之规定，租赁标的物的小产权房虽然经消防安全验收合格不是认定房屋租赁合同效力的必要条件，但由于小产权房属于违法建筑性质而未能取得房屋所有权证，故当地公安消防机构在对承租小产权房开设经营宾馆、饭店、商场等公众聚集场所进行消防安全验收时，为杜绝安全隐患，必然要对小产权房的消防安全同时进行消防验收，一旦小产权房的消防安全验收不合格时，承租方因不能达到其经营宾馆、饭店、商场之目的，继续履行租赁合同只能说是空中楼阁。因此，小产权房未经消防验收合格的法律风险不容忽视。

三、因属于违法建筑而未经竣工验收的法律风险

案例：深圳市某村委欲在村委的一片空地上（占地面积约1800平方米）建造一栋工业厂房，经多次申报而未能获批。2003年8月，村委会经集体讨论后决定自建，该工业厂房于当年11月完工并投入使用，事实上是将该工业厂房租赁给了某电子公司作生产用房。租赁期限为十年，若遇政府强制性拆迁等不可抗力因素，双方各自享有政府拆迁补偿

最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释（法释[2009]11号）第2条规定，出租人就未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋，与承租人订立的租赁合同无效

50%的权利。2005年深圳市因农村城市化，该1800平方米的工业厂房土地要转为国有双方因而产生租赁合同效力之争议。《中华人民共和国建筑法》第61条规定，交付竣工验收的建筑工程，必须符合规定的建筑工程质量标准，有完整的工程技术经济资料和经签署的工程保修书，并具备国家规定的其他竣工条件。建筑工程竣工经验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释（法释[2009]11号）第2条规定，出租人就未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋，与承租人订立的租赁合同无效。但在一审法庭辩论终结前取得建设工程规划许可证或者经主管部门批准建设的，人民法院应当认定有效。而现实生活中用于出租的小产权房，大多数属于违法建筑是未经竣工验收合格的、不得交付使用的房屋。有的虽有建设工程规划许可证，但未能依建设工程规划许可证建房，而是超建（超层或超面积）以至不能进行竣工验收。有的则根本没有建设工程规划许可证而是违建与偷建，根本就不可能进行竣工验收。故此，依《城市房屋租赁管理办法》第6条“属于违法建筑的房屋不得出租”之规定，结合我国《民法通则》第58条和《合同法》第52条的规定，这类小产权房因为属于违法建筑而未经竣工验收，其租赁合同依法自始无效。既然类似租赁合同依法自始无效，该租赁合同的法律风险当然就同时并存。

综合以上分析，小产权房租赁合同中的法律风险切不可小视。



“长剑一杯酒 高楼万里心”

——读《董桥文集》有感

文 北京市德恒（深圳）律师事务所 隋淑静律师

（一）

最早见到“董桥”二字，是在一位同事的办公室。看他桌面上放了本《旧时月色》，是江苏文艺出版社的出品，封面隐有褶皱，纸色柔和泛着微黄，封面画是寥寥几笔勾出的树市枝条剪影，点缀一弯月牙、三两颗星星，淡淡水墨点染月晕与星芒。在络绎不绝出版的新书中，它的模样安静素朴，有文化感，倒也没立时感觉格外出众。同事激赏作者文笔洗练，我信手翻了几篇，确不流俗。

闲谈问及董桥何许人也，才听说董先生博学通识，深谙中西文化，是香港著名的专栏作家，于书画等艺术收藏方面也负盛名。上网“百度”一下，董先生“原名董存爵，台湾成功大学外文系毕业，曾在英国伦敦大学亚非学院研究多年，历任《今日世界》丛书部编辑、英国国家广播公司制作人及时事评论、《明报月刊》总编辑、《读者文摘》总编辑等职，现任《苹果日报》社长。”从此开始留意董先生的著作文章。

前阵子，偶得牛津版《董桥文集》精装本两卷，用精致的深藏蓝色装帧，封面、书脊都选用典雅的烫金图案，中间印着“董桥文集”四字，格调高致，一看便觉欢喜。

两卷文集中收录了《没有童谣的年代》、《留住那一发青山》、《回家的感觉真好》、《伦敦的夏天等你来》四辑。两卷书近千页，一页页读下去，不忍释卷，竟然“拿得起、放不下”。

（二）

读《董桥文集》，最先感慨作者的拟题功夫。每篇文章，甫一读题，就能立刻引起联想。譬如，读到《历史的脸得奖了》，不免急于知道——历史的脸暗喻什么，历史的脸得了什么奖，为什么得奖；读到《温润是君子的仁》，便想起“君子温其如玉”，心中感慨，君子的“仁”，多么温软润泽的感觉；读到《剪趾甲的专栏作家》，不觉暗叹，这种市属私下的生活琐细居然也入题！读到《我的师妹当官了》、《最要紧的是有种！》、《多亏陈太有斤两》题目一亮，洒脱超拔的气息便扑面而来。

题目鲜亮引人已属难得，董先生文章所涉的内容，也实在丰富且妙趣横生。《董桥文集》中有散文，有政论。两卷读来，有的文章有格局、有气象、有深意，有的文章有雅趣、讲掌故、论知识。文章多从身边人身边事起笔，亲切不琐碎，在寻常事中论出不寻常的道理。

一些文章写书画文物典故，常涉旧时人物。读罢仿佛能看到那班昔日才俊，华衣美服翩翩而来，气质芳华，风采清贵，令人称绝。《养起一缕乾坤清》一文中，董先生从家藏的那件扇面写起，一面是溥心畲画的秋风仕女，另面是袁世凯次子袁寒云题的七绝，由是引出轶闻趣事。作者其后感慨，“我是旧派的人，窗竹摇影、野泉滴砚的少年光景挥之未去，电脑键盘敲打文学的年代来了，心中向往的竟还是青帘沽酒、红日赏花

的幽情。我从来享受不到潘先生那样的翰墨因缘，几十年来毕竟不甘寂寞，机会凑泊，意惬价恰，片纸只字都收来织梦，求的不外是骗骗自己，觉得养起了‘长剑一杯酒，高楼万里心’的那一缕乾坤清气。”这段文字，吐词隽雅，亦复豪情千丈，读来齿颊留香，令我心折。心中暗叹，可惜今时的我们，再无法达到旧派人物那般涵养高度了。

我读文集，除喜欢文章题目鲜亮、内容丰富外，体会到另一大妙处便是煞尾笔法。那些看似不经意的文字，每若点睛，彰显作者过人才具。譬如，《历史的脸得奖了》，写的是获诺贝尔文学奖的德国作家和他的作品《锡鼓》，该文从作者旧年在伦敦与获奖者的插画真迹擦肩而过往事写起，轻灵转到对获奖作品《锡鼓》的评论，煞尾一句“诺贝尔文学奖等了四十年才颁给他，为的也许是让他的作品多三分陈酒似的历史的魂，不光是历史的脸。”结句温煦而照题，作者见地挥洒字间，几许留白生成悠悠余韵。《悼念爱丽诗》一文这样煞尾，“贝理说，‘learning’这个字如今确是少人用了，读书求知（book learning）也少用了，人人都在说‘教育’。香港也一样。大家都在受教育，都在用脑；很少人在做学问，在用心。贴心的书也不多了。”这才醒觉到，用脑求知与用心做学问竟是大不同的两件事。有些书读来如春风拂面，原来是“贴心的”啊。《冬安》这样安排，“新加坡报纸问金庸怎样回头看自己的作品？他答道：‘找到不少错别字’。浅浅的话，深深的道理。”煞尾干净利落，真正多一字嫌多！

（三）

读罢文集最后一页，掩卷沉思。回味起来，文集中几乎篇文章文字优美，结构精细，叙事生动，议论精辟，但这些似乎只是呈现在表面的形式美；而真正地，是什么深刻地打动了我的内心，令我在掩卷之后慨叹不已？终于明白，是文章中诠释的艺术、思想与人格美好，深获我心。诚如著名美学家宗白华先生所说，“在艺术中，要着重表现自己的思想，自己的人格，而不是追

求文字的雕琢。”“一切艺术的美，以至于人格的美，都趋向于玉的美：内部有光彩，但是含蓄的光彩，这种光彩是极绚烂，又极平淡。”（宗白华：《美议》）

回顾文集，董先生的文章的确文字漂亮，但作者显然没有刻意于文字雕琢，而是一直活泼泼地展示自己的思想与人格，令文章蕴藏着含蓄光彩。譬如《君子与政客，典范的兴衰》中写一个小故事，“英国民粹主义活动家Tony Benn有一天在伦敦街上招一部计程车。司机停下来让他上车后才认出他是大名鼎鼎的东尼：‘早知道是你，我宁愿撞死你也不让你上我的车子’。市恩听了马上坐到靠司机位置的小座位上，推开司机背后的玻璃窗，滔滔不绝向司机传教似的传授社会主义理论，一路说到计程车开到目的地。计程车司机通常都是不屈不挠的个人主义者；这位司机自然也不会轻信市恩那一套政治福音。可是，他觉得这位民粹乘客把他当人看待，尊重他的观点，跟市恩道别的时候忍不住说：‘我讨厌你的学说，可是我想告诉你，你是个君子！’”作者由此引申，“政治人物包容异见，面对语言挑衅甚至暴力威慢的境况，还必须冷静阐释自己贯彻始终的信念，从容解围乃至自我解嘲。这样的涵养不仅是风度的示范，更是勇气的展露。这一套君子行为没有性别之别，没有贫富之分，也没有社会地位高下之分，反而是一个民族世代相传的家教和美德。”作者的独立思想与人格，在流畅的文字叙事中，如清水芙蓉般地卓然而立，给读者带来思想美与艺术美的享受与启迪。

《董桥文集》是我近年来读到的佳作之一，读后满怀欣喜，颇觉养心怡情。当然知道董先生学贯中西、才高八斗，要真正领略文章渊雅，并不容易。好在董先生自己写道：“灯下校对全书，深想增补大改之处甚多，到底忍住了：年过半百，花甲在望，图个自在，我爱怎么写，人家爱怎么看，寻常事耳。”

读书可不就图个心灵愉悦自在？对于赏心美文我爱这样看——在清风流丽的午后，临湖而坐，一卷在手，半盏清茗。每当读有所感，思有所得，抬眼远眺，无穷处碧水云天，清新美景移入我心，不亦快哉。



灯下随笔

病言病语

文 广东蛇口律师事务所 弋仙荣律师

羊肉的罪过

当我听到医生说是因为我吃了羊肉才咳嗽，竟感到心痛。

医生说我已经咽炎半个月了，再吃羊肉，肯定咳嗽。可我还是不愿接受这个诊断，接受了也不会怪怨羊肉，羊肉的美味令我迷醉，羊肉汤的荡气回肠的浓香如喷薄的浪潮，一股股暖呼呼的涌入身体的每一丝纤维，整个人就开花一样自在欢乐，尤其在冬天。我喜欢冬天，因为羊肉，我更喜欢冬天。它使得一切都暖洋洋，自由，迷人，乱哄哄的城市好像威尼斯，在香味里缓缓的飘荡。它使一切烦恼也似乎都结束了，却有一只马儿，从孤独的荒漠走来。人们在温暖的阳光下采摘，在霓虹灯下歌舞，而我的羊肉汤里还带着草原得得的马蹄声和野草的呼吸。

医生在听我说前天吃了羊肉后就说是羊肉的过错，我看了一眼他，圆圆的脸庞，一双眯眯眼，很随和轻松的样子，像邻家大哥，还用大手按在我的额头上，感觉我是否发烧，不像别的西医生非要拿体温计来量。我一下子感动了，尽管他开的药吃了三顿没顶用，我还是在脑子里把他的眯眯眼留了下来。而羊肉，我依然迷恋，我从来都不明白人们所说的“膻味”是什么味？既然吃药没起作用，晚饭的时候我还是吃几口吧。

上帝的旨意

我最近一个月没有喝咖啡。咖啡总像一个知心大姐，握住你的手拍两下，你就禁不住热泪两行。

喝咖啡的时候，会有一股忧伤从心底缓缓升腾。咖啡的苦味会将坚硬的伤疤软化，像一束光芒向身体内部透视，将苦闷炽化，然后每一个毛孔都睁大了眼睛，腐烂的细胞就一个个被挖出来，烧毁掉。喝咖啡的时候，会感到一种美，像杨丽萍的舞蹈，美的原始而神秘。

可是这一月来我忙的没有喝咖啡，上帝创造了咖啡，就是让人用它来消解腐烂霉锈的，我只顾自己的

繁忙而违背了上帝的旨意，所以上帝罚我喝药水。中药水，比咖啡苦，但没有咖啡的纵情：如梵高画里的气息，没有咖啡里翩翩的激情；如海浪一波一波，冲击着心里的坑坑洼洼。中药水的苦太理智太坚定，尽管药水是温热的，可我却感到一股冰冷。

昼夜不停的咳嗽让我胸部又沉又疼，我会这样死掉吗？我真的有些担心，可我还不能死，孩子还不到三岁，妈妈也已近六十岁了。我专心的熬着中药，穿着宽大的睡袍，脸色煞黄，假如我再有一头披肩长发，肯定会像一个巫婆，正调制着黑色的神奇的药水。

奇妙的柔弱

经常，即使我处在一个极为宽敞的地方，也会感觉很拥挤，空气中弥漫着无色的物体，自己像一片落叶被推搡。现在，我病了，咳嗽了半个月，这种拥挤的感觉却消失了。

喝了药水，我就躺在床上，望着室内。阴沉的下午显得衰老而飘渺，卧室里的家具也异常沉默，静静的看着我。我想回想一些东西。回忆的门刚一打开，就出现老家广阔的田野，像腰带舞动的小路，繁茂油绿的树，一般都是白杨树，笔直的身材挺立在路两旁。夏天，暑假，风吹着树叶哗哗响，蝉被热的拼命嘶叫。

可现在一点都听不到蝉的噪音，风吹散了，时间冲走了，只留下一片片广阔的绿野，洒满阳光碎片的树叶。这一切景物真实确凿，但回忆里却似水中的映像，一丝风吹就会恍惚起来。这些都是天地间最简单最稳固的景物，很明晰，可现在却朦胧的无法把握，像轻纱后面飘动的画卷。

我终于可以一个人，静静的呆着了。三年了，我似乎一直处在拥挤的包围中，被包围的密不透风，气都缓不过来，太多的事情缠绕着。一个三年，我衰老了十年。

以前，如果别人说我坚强，我丝毫不会感到夸奖之

意，反而感到悲哀，甚至自卑。现在，在有了孩子以后，才渐渐感到，坚强，是生命的一份质量。而现在病中的我，会鼻涕眼泪的哭叫，会弱柳扶风的走路，撅着嘴娇声哼哼，我似乎有意识的趁机发泄柔弱，让柔弱肆意伸展。此时，周围的空间都是我的，墙是棉花一样柔软的，空中还泛着美丽的柠檬黄色，飘着淡淡的柠檬清香。现在我是主人，全身的手脚，每一个细胞，都在自由活动，可实际上我只是呆在房间里，或躺在床上。生病简直就是一张通行证，能畅通无阻地到达奇妙的领域。

仙子的歌唱

我发现了一位仙子：罗琳娜-麦肯尼特。

她的双眼周围已经布满了皱纹，可依然美丽的那么清风明月，金黄色的长发随意地披散着，偏小的眼睛里却似乎有海洋般的深奥，圣洁的声音像来自天堂的回音，演唱就像是在讲着一个个忧伤的传说故事；又像是一个人在幽静的树林里，在远山和高空之间，诵读古典诗歌。她的音色像丝绸般柔，但潜伏一种很大气的力度。也不能说是清纯，那里面明显有多种滋味，却都没有凝滞，都被化为诗意的空灵、迎风的飘渺。你会随着她的演唱进入一个个虚幻的境界，

罗琳娜-麦肯尼特，我重复看着这个名字，刻在心里。搜出她的歌曲循环往复的听。我搜出她的照片，不多，都是静静的站着或迎风行走，穿着拖地的长裙，背景也都是广阔的原野、麦田，或古朴的建筑，长空皓月般的遗世独立。我喜欢的女人似乎都整天披着一头迷乱长发穿一袭拖地长裙，以前是三毛，再后来是齐豫，现在又有了罗琳娜-麦肯尼特，不过蔡琴除外，她整齐的短发我也喜欢。

这次得病的收获太大了，只是发现的太晚。罗琳娜-麦肯尼特，我似乎发现了一个秘密，新奇的开始了对她的歌曲和生活的探寻。四十岁了，她已将青春的匆忙和激情妥当吸收，然后将之沿着智性的墙壁缓慢流淌，这表现在她的发型，穿着，对演唱的探索，对生活的选择。加拿大人，她常年游历海外，吸收了凯尔特音乐和民族演唱的风格，加上她自身的文学功底，形成她特有的忧伤浪漫的史诗般的演唱。

薇依的重负

“上帝，你为何遗弃我？”读到这句话，我禁不住泪水，矫情也罢，故作也罢，我真切的感动着如此高贵的思想。薇依，你是怎样将心灵放在烈火上炙烤，才能失声发出这么心痛的呼喊？你一定生气，因为基督抛下你一个人去拯救人类的不幸。你肯定泪水涟涟，基督一人为人间的苦难被钉在十字架上，而你束手无措。

“信仰不是拿来炫耀之物，而是艰难、绝非轻松的重负。”薇依沿的是帕斯卡尔的神秘主义信仰路线，由此把握基督教最深的奥秘——圣爱。“爱与受难、不幸与爱是同一的，所以这爱是一种圣爱，但惟有为上帝之爱奉献出来的受难之心才有可能承受这种爱。爱是一种神圣的东西。若深入内心，就会将它撕裂。”“神圣的爱只撕裂自愿被撕裂的心。这种自愿是困难的。并非人人都能承受神圣之爱的重负，因为在不幸中创造的上帝之爱是一中炽情之爱，它将完全践行于矛盾、厄运、撕裂和把自己全部付出的苦行过程中。不幸就像一颗钉向灵魂深处的钉子。爱是灵魂追求的方向，当灵魂被钉子穿透，钉在宇宙中心时，它仍朝向上帝。”

“净化的一种方式祈求上帝，不仅仅是针对他人而默默祷告，还要想着上帝并不存在。”

她是一个无神论者，然而却是一个真正的信徒。她把基督信仰与宗教信仰区别开来，认为基督精神不等同于基督宗教。上帝存不存在无关紧要，这只是外在形式问题。重要的是“把自身的注意力引向上帝，使心智趋向和接受上帝成为可能”，“当上帝变成像财富对于守财奴那样意义深长时，要不断告诫自己，上帝并不存在。即使他不存在，还应去感受人们在爱他。”她一直拒绝受洗和参与圣事，置身于教会、基督团体之外，但她的实践和思考证明她是一位真正意义上的基督徒。

在此不必多过引用薇依的言论，艰涩，要明白还得知道她的政治主张。她天生怀有对绝对精神、神圣精神的执着之爱，所以才会有她那种生与死、血与肉铸成的信仰。薇依1909年出身于法国巴黎的文化教养很高的富裕的中产家庭。而为了对世上的困难有深切的体验，多年像真正的工人那样从事重体力劳动，目睹她每日生活的朋友说：她经历着“知”和“以全部心灵去知”之间令人绝望的距离，她的生命除了消除这段距离之外别无他求。1943年薇依最后因为饥饿、重病死于伦敦郊外的修道院，她曾说“弥留，是至高无上的茫茫黑夜，即使完美无缺者也需要它，以实现绝对的纯洁，为此，我宁愿它是苦涩的。”她生前历尽苦难，而神恩足以让她平静的离开人世。

《重负与神恩》，有人将之与帕斯卡尔的《思想录》相提并论，是20世纪基督神秘主义思想史上一部不容忽视的著作，称薇依为“当代的帕斯卡尔”。买来五六年了，现在得病了才拿出来看。读薇依，赞同还是反对她的思想无关紧要，重要的是你无法无动于衷。

总结：这次得病，我的收获不小：加深了对羊肉的感情；意识到咖啡对我的重要性；发现了罗琳娜-麦肯尼特；开始了对薇依的阅读。

我好像一点也不怕得病了。



辛辣时评

祈祷贪官不死

文 温开水

7月19日，苏州市原副市长姜人杰、杭州市原副市长许迈永两名贪官被执行死刑，使素有“上有天堂，下有苏杭”美称的两座历史文化名城双双蒙羞。唯我独怀悲悯不忍之心：贪官固然该死，但贪官却不能死。

贪官之死，使贪官得到解脱，可谓正中其下怀。

对于那些享乐至上、缺乏奉献精神贪官来说，享用了锦衣玉食、娇妻美妾和一呼百诺的威风，他们认为这辈子够本了，死了反而了无牵挂。如果贪官不死，在无穷无尽的监狱生涯中，不但要承受人生际遇上的巨大落差，还要时时面临人世的唾骂和对父母妻儿的愧疚，感受生不如死的煎熬。故贪官之死不是惩罚而是奖赏。

贪官之死，解脱了贪官，却株连了亲人。

无论我们多么地痛恨贪官，在家庭中，他们始终是父亲、儿子和丈夫。贪官之死，意味着孩子失去父亲、父母失去儿子、妻子乃至其二奶、情人们失去依靠，这种伤痛和耻辱像幽灵一样将长期笼罩他们的生活。最可怜的是贪官与二奶们的私生子女，尚未离开襁褓，即永失父爱和依靠，还要顶着“贪官私生子女”的骂名和世人的鄙弃走完漫漫人生路，那是何等残忍的精神株连！贪官之死，也使亲人们永远失去洗刷耻辱的机会。

贪官之死，并不能使贪官却步而治病救人。

如果贪官之死能让更多的后来者引以为戒，也算是舍己救人、功德无量。但现实生活中，贪腐之风并没有因为个别贪官之死而有所收敛，反而是贪风日炽，有更为猛烈之势。明朝洪武年间的惩腐肃贪不可为不严，剥皮实草、凌迟碎剐，但官员们依然舍生忘死地开展贪腐竞赛。正所谓：“一个贪官倒下去，千万个贪官站起来”。以至于杀人杀到手软的洪武皇帝朱元璋也仰天长叹而不知所措。

贪官死于何人之手？

首先，贪官是死于自己之手。如果官员们平时注重修身积德，不沉迷于低级趣味而树立“齐家、治国、平天下”的人生目标，用高尚的情操和严格的自律培养对权、钱、色的免疫力，是可以避免身败名裂的。

其次，贪官是死于亲友之手。如果官员们的父母有孟母之贤、妻子有停机之德，而不是对其贪腐行为一味的听之任之或者推波助澜；如果其结交的是正直敢言的诤友且有叔向贺贫之智而非阿谀奉承、趋炎附势之徒，贪官们就不至于在贪腐的泥沼中愈陷愈深而无力自拔。

再次，贪官是死于文化之手。千百年来，礼崩乐坏和信仰的缺失，使得贪腐文化成为主流，什么“千里当官只为财”、“人为财死，鸟为食亡”；什么“一朝权在手，便把令来行”，成为官员们的座右铭。以至于有关厚黑学和权谋术的著作堂而皇之地跻身于典籍且持续畅销，贪腐文化之盛行，可见一斑。在这种文化熏陶下的官员们，自觉或不自觉地向贪官靠拢和变成贪官。

最后，也是最重要的原因，贪官是死于制度缺失之手。权力的过分集中和缺乏监督制衡使得官员们可以为所欲为。官员们一呼百应、一言九鼎，无需付出任何代价甚至无需发出任何指令，金钱、美色、威仪就自动送上门来，在这种情况下，寄希望于只食人间烟火的凡夫俗子们能够抗拒诱惑，是不现实的。西方国家虽然也有贪腐现象，但远没有我们这么严重，即使出现了贪腐事件，也很容易被民众和媒体揭发，上至总统、部长，下至普通公务员，都会受到惩罚。这种及时的揭发和惩处能够有效地遏制贪腐行为，而在我们当前的体制下，权力过分集中又缺乏必要的监督，使得其曝光率大减，使得少数贪官成为瓮中之鳖而多数贪官成为漏网之鱼，因此，贪官们有侥幸之心而无刑狱之惧，贪婪之心便无所收敛、至死方休。

即便是贪官，也是一个鲜活的生命，我希望每一个生命都得到花朵一样的怒放，所以我祈祷贪官不死。要想贪官不死，除了个人的修身、亲友的规劝和法律的惩罚，最重要的从制度改革着手，进行科学的权力分工；加强决策程序的公开透明，让批评和反对的声音成为逆耳之忠言，减少官员贪腐的机会，如此，贪官不死的梦想也许可以实现。

【数字】

30%

“各种统计数据表明,当前我国刑事案件辩护率不到30%;如果这一数字低于10%,我国的刑事辩护制度就相当于一种摆设。刑事辩护陷入困境很大程度上是由于现行刑事诉讼法不完善造成的,期待刑法修改扭转这一局面”。全国律师协会刑事专业委员会秘书长韩嘉毅接受《法制日报》记者采访时这样表示。

41万人

10年来,国家司法考试政策随着社会发展和时代的需要而不断调整,更多的人因此受益。截至目前,司法考试已进行9次,报名达274万人次,有41万余人通过考试取得法律职业资格。

104件

今年1月至7月,各级人民法院共审理生产、销售有毒有害食品等案件104件,生效判决人数81人;同时,对一大批危害食品安全犯罪案件依法以生产销售伪劣产品罪、非法经营罪、以危险方法危害公共安全罪等罪名追究了犯罪分子的刑事责任。对包庇、纵容危害食品安全违法犯罪活动的腐败分子,以及在食品安全监管工作中玩忽职守、不履行法定职责的国家工作人员,依法予以了严厉处罚。

746512人

刑法修正案(八)将社区矫正正式写入刑法,这说明国家已经认识到了社区矫正工作的重要性。统计数据显示,截至2011年7月底,我国各地累计接收社区服刑人员746512人。这一数字在刑法修正案(八)确立社区矫正法律制度后,每个月以8000到1万人的速度增长,并将在相当长一段时间内持续。

【关键词】

“千人律师团”

广东省工会法律服务律师团2010年7月2日正式成立,成员为社会执业律师、法律援助律师、高校法学专家学者等,共计1012人,称为“千人律师团”。一年来,全省律师团办理法律援助案件2594宗,涉及职工5392人,其中3人以上的集体劳动争议案件433宗,涉及职工2901人,胜诉与部分胜诉案件2159宗,为职工挽回经济损失超过8000万元。

法院“律师平台”

上海市高院副院长陈立斌和上海市司法局目前在上海市高院共同开通了上海法院在线服务“律师平台”。今后,获得“身份认证”的律师事务所对其所代理的纠纷将可直接在线提出立案申请,联系法官、递交材料等。此举是上海法院利用网络技术提高立案审查效率、方便律师诉讼,践行司法为民宗旨的又一重要举措。

【声音】

错判纠正难。错判而不纠正,有关部门一般给出的主要理由是“证据不足”,没有证明错判的“铁证”。当年判定被告人有罪时没有要求“铁证”,如今翻案却一定要有“铁证”,我们的司法面临着何等难堪的尴尬!我以为,认定错判并不需要“铁证”,甚至也不需要“确实充分”的证据

——中国人民大学法学院教授 何家弘

“行政强拆”改“司法强拆”确实是一种进步,但这种进步必须有相应制度的建立和完善为前提。否则,这种“进步”将以牺牲司法的公正、权威和最终摧毁人们对司法和法治的信仰为代价,而被征收人从这种“进步”中增加的权利保障却非常非常有限。如果没有其他相应制度的配合,可能不仅不是进步,还可能损害司法的公正、权威和最终摧毁人们对司法和法治的信仰。

——北京大学法学院教授 姜明安

李昌奎强奸并杀害一名女青年,还残杀一名3岁无辜儿童,犯罪情节特别恶劣、手段特别残忍、后果特别严重,属于罪行极其严重的犯罪分子,按照刑法规定应当判处死刑立即执行。云南高院再审改判李昌奎死刑,较好地把握了法律、政策和民意,充分体现刑法的罪责刑相适应原则,实现了法律效果和社会效果的统一。

——著名刑法专家 高铭喧

从治安到管理,不只是两个字的变化。中央综治委更名,意味着其由原来单纯的社会治安管理、打击犯罪功能,到如今的社会管理综合治理功能转变,其内涵更加丰富,工作范围进一步扩大,更加强调社会管理工作,体现了中央对社会管理的高度重视。是创新社会管理的新方式,凸显了社会管理的以人为本。

——中国行政体制改革研究会秘书长 汪玉凯

【业界前沿】

北京：律师辩护比例全国第一

北京高级人民法院院长池强在向市十三届人大常委会第二十七次会议作报告时介绍：三年来，承担法律援助义务的辩护律师由2008年的1870人增加至2010年的2701人，增长了45%。被告人拥有律师进行辩护的比例稳步提升，位居全国第一。

浙江：律师今年受理涉海案金额600亿

9月15日，浙江省司法厅就新近出台的《关于法律服务海洋经济发展的指导意见》(以下简称《指导意见》)召开新闻发布会，据介绍，浙江省律师也早已投身涉海法律服务，参与诸如中国大宗商品交易中心建设、宁波民营企业第一次海外并购等等。据不完全统计，今年以来全省律师办理各类涉海诉讼和非诉讼案件5036件，涉及金额619.3亿元。

拉萨：法援律师大胆尝试无罪辩护

日前，城关区法律援助中心接到城关区法院指定的一起未成年人涉嫌非法拘禁案。援助律师大胆地给被告人做了无罪辩护。城关区法律援助中心律师介绍：无罪辩护，一直是律师不敢轻易涉足的领域，但如果一个案件关乎一名青少年的自由和尊严，关乎他一生的健康成长，则不妨大胆尝试。

吉林：首个12315消费维权律师团成立

吉林省首个12315机构专业律师公益维权组织——吉林市12315消费维权律师团日前成立。15名政治素质高、业务能力强、维权经验丰富和热心公益事业的职业律师及吉林市工商局4名公职律师受聘为律师团首批成员。

成都：律师共建政协委员法律服务室

8月10日，成都市政协委员法律服务室成立大会在成都市政协隆重举行。此次活动是成都市司法局深入贯彻依法治国方略推动法治城市创建，开展多元化法律服务的一项创新举措。在市政协委员法律服务室的具体指导下为市政协600余名委员的履职行为提供公益法律服务，也为进一步提升提案及建议质量，为党委、政府决策提供更有法律支撑的参考依据。

江苏：10年办理法律援助24万件

9月8日，江苏省法律援助条例颁布实施10周年座谈会在南京举行。江苏省委常委、政法委书记李小敏介绍江苏在2001年就在全国率先颁布了《江苏省法律援助条例》，并经过2005年的修订。10年来，全省各级财政投入法律援助资金达2.6亿元，办理法律援助案件24万余件，还接待解答群众来访来电咨询近240万次。

湖北：3100名律师参与接待涉法信访群众

去年，湖北全省7000余名律师中有3100名律师在全省参与涉法信访接待，接待上访群众达1.7万余批次，为全省社会矛盾化解提供了有力的法律支撑。会上，湖北省司法厅为杨彦萍等30名律师记个人二等功一次，李涛等72名律师记个人三等功一次，以表彰他们在去年工作中的突出表现。

黑龙江：大学生就业维权有保护伞

日前，黑龙江省哈尔滨市南岗区人保局成立了大学生就业维权服务中心，以帮扶大学生就业创业、维权为职责，负责对大学生就业创业维权投诉及法律援助处理等工作。在黑龙江省教育厅的支持下，哈尔滨市各高校学生工作部门均设立了相应的就业维权服务工作站，由专人负责。南岗区组织了由400多名律师参加的法律援助队伍，对大学生就业中遇到的维权问题提供无偿的法律援助。

宜宾：法律援助首席律师“上岗”

13名首席律师是宜宾340名执业律师中的业务精英，是经过层层推荐选拔出来，聘任制为两年。首席律师将接受指派，承办有重大社会影响的法律援助案件或者指导法律援助案件的办理，参与研究重要工作，为法律援助机构出谋划策，参加重大法律援助，讲授法律服务相关知识和技能等任务。首席律师王焯告诉记者，今后在律师的道路上，她更加会对生活困难群众、未成年人、农民工等援助对象提供更好的法律服务。

湖南：成立法律顾问团

在湖南省基层依法治理暨第七次法制宣传教育工作会议上，38名来自国内外的知名法学专家和律师接过聘书，成为湖南省法律顾问。今后，他们将为法治湖南建设和全省重大决策提供法律咨询服务，并根据需要协助处理有关重大涉法事务。此次受聘的38名省法律顾问中，知名法学专家10人，美国、英国、法国等国外律师4人，香港执业律师1人，北京、上海、广东等外省市执业律师6人，省内执业律师17人。

30人律师团为渔民免费援助 诉讼索赔或上亿

近期，盈科律师事务所成立了30人的律师团，免费为可能遭受渤海溢油经济损失的200户渔民提供法律援助，其介绍，这些渔民的经济损失初步估计在1亿元以上。有海洋生物学家估计，渤海溢油导致的全国水产品损失在每年2亿元，5年内可能会达到10亿元。

1

深港律师探索前海法制建设合作模式



8月2日下午，在香港中联办法律部刘新魁副部长、余学杰处长陪同下，由香港律师会林新强副会长带队的访问团一行10人到访市司法局。市司法局邹从兵副局长、市律协余俊福会长、市司法局律师公证管理处李玉祥处长、史志宏调研员、市律协前海课题组组长、理事顾东林、刘守华秘书长陪同客人座谈。

前海法律服务业的发展一直备受深港两地律师关注，如何创新合作模式、借前海开发机遇拓展法律业务、实现共赢成为座谈交流的重要议题。与会人员围绕经济活跃度如何影响法律服务市场的发展、税收优惠政策对律师业发展的重要作用、前海开发给港律师业带来的机遇和空间等内容展开广泛讨论，并达成如下几点共识：一、前海开发是深港律师业推进深度合作、寻求发展的重要契机，深港律师业将大有作为；二、充分利用现有有利政策和香港律师服务国际前沿法律事务的双重优势，摸着石头过河，不断探索和创新合作模式；三、前海开发是一个长期的过程，要以发展的眼光看待参与前海法制建设的广阔空间。

2

余俊福会长一行应邀参加深圳中院调解工作座谈会



7月15日上午，深圳中级人民法院召开民事案件调解工作座谈会，郝丽雅副院长、叶青庭长、李久祥、刘茹副庭长、市司法局代表杨少彬副处长、市律协余俊福会长、顾东林理事、刘守华秘书长、李迎春律师等参加座谈会。

余俊福会长介绍了深圳律师参与法律进社区，参与人民调解的具体做法和成功经验，并表示希望法院审判工作中，进一步加强审前调解工作的宣传，发挥律师在调解工作中的重要作用，并探索建立律协与法院的常态工作联系及律师与法官的良性互动机制，相互理解，相互尊重，共同维护法律正确实施，维护社会公平和正义。

郝丽雅副院长指出：市中院高度重视律师在法院审判工作中的作用，希望更多的律师参与和支持法院调解工作，法院正在研究通过从优秀律师中选拔吸收调解员等措施以扩大律师参与调解工作；希望建立中院与市律协在民事审判业务方面的常态工作联系，并逐步扩大至行政审判业务等方面，加强相关法律问题的研讨；探讨构建畅通的法官与律师工作交流机制，共同实现律师、法官作为法律人所追求和维护社会公平正义的一致目标。

3

深圳律协、台湾律师公会携手共促两岸律师业发展

7月22日，由高雄律师公会蔡鸿杰理事长带队的台湾律师考察团一行20人到访深圳律协。市律协会长余俊福，副会长于秀峰、王丽娜、梁建东，部分理事、国际与港澳台工作委员会主任蔡琳、监事刘军及秘书长刘守华、青年律师工作委员会副主任邱旭瑜，接待了来访人员并座谈。座谈会由余俊福会长主持。

余俊福会长欢迎蔡鸿杰理事长一行来深圳交流，希望从台

湾律师身上学习到推进法治建设的有益经验，并建立更广泛、更密切的合作。余会长表示，深圳律师协会愿意充当桥梁和纽带，加强深圳律师乃至全国律师与高雄律师、台湾律师的交流与合作。

座谈围绕台湾律师如何取得执业资格、执业要求、收费标准以及伦理规范以及两岸的仲裁异同议题开展交流。

蔡鸿杰理事长表示，很高兴有机会到深圳律协拜访，感谢深圳律师给予高雄律师和台湾律师的高度评价。他认为，深圳律师业的蓬勃发展，对两岸的律师业都有启发作用。他相信通过双方的共同努力，接下来有更多交流的机会。

4

梁震副厅长一行
到我市律师事务所调研工作

8月10日,省司法厅梁震副厅长、律管处陈建处长,省律师协会欧永良会长、叶港秘书长等一行在市司法局邹从兵副局长、律管处李玉祥处长等陪同下,在宝安区调研律师工作并走访宝城律师事务所。宝城所主任吴波等律师对梁震副厅长一行的到访表示热烈的欢迎并陪同座谈。

宝城所主任吴波律师介绍了宝城所的发展历程、规范化制度建设成果以及文化建设等方面的情况。梁震副厅长对宝城所的管理体制、党建工作等方面给予了高度评价,指出要建设规范化的律师事务所,必须有严格的管理制度,在保证现有工作成果的同时进一步拓展律师服务的领域,同时要和其他律所同仁共享先进的管理方法和有益的经验,共同进步。

吴波律师表示,宝城所律师一定会在为社会各界提供优质高效的法律服务的同时,积极主动配合上级主管部门的工作,为深圳的和谐稳定贡献力量。

6

市律协到龙岗律师事务所调研

8月5日下午,在龙岗区司法局潘保军副局长、市律协龙岗区律师工作委员会蔡春雷主任陪同下,市律协余俊福会长、市司法局律师公证管理处李玉祥处长、市律协蔺晓青副会长一行到龙岗区3家律师事务所开展调研。

余俊福会长一行先后来到广东绿建、广东朗迪、广东一龙律师事务所,与律师们进行深入交流,高度肯定了各所创新发展思路、积极开拓法律服务市场的进取精神。

就区属律师业未来发展,结合调研中反映的业务拓展困难、高端人才缺乏等困惑,协会负责人指出:一、要找准战略定位,科学规划发展,探索和开拓新型法律服务市场;二、以专业立所,推动法律服务产品的研发,形成业务特色和业务重点;三、加强团队建设,建立高精专的人才队伍,为律师事务所的可持续发展提供有力保障;四、创新文化建设模式,通过制作网站、印发法律服务手册等多种途径,广泛宣传律所和律师形象;五、赞同蔡春雷主任提出的,由区律师工作委员会牵头,根据龙岗区律师业务发展特点,组建律师专业小组,凝聚区内发展领先、业务创新的律师事务所,通过制度、经验的共享,带动全区律师业的蓬勃发展。

5

2011年度深圳市律师协会
申请律师执业人员集中培训开班

8月29日,2011年度深圳市律师协会申请律师执业人员集中培训在金盾剧院举行盛大的开班仪式。开班仪式由余俊福会长主持,市司法局副局长邹从兵、市律协副会长于秀峰、蔺晓青、市律协实习人员考核管理委员会主任郑剑民以及941名学员参加。

今年培训呈现出以下四大亮点:一、人数创历届之最,较去年增长7.3%。参加此次培训的学员达941名,培训人数创历年之最;二、创新培训模式,提高法律人才实战能力。941名学员将分成15个班,并首次引入“模拟法庭”培训模式,使培训更具操作性和实效性,确保学员迅速进入律师职业角色;三、完善课程体系,促进我市法律业务率先与国际接轨。今年新设证券、反倾销等新课程,顺应经济贸易的全球化的时代要求,进一步拓宽律师业务领域,提高我市律师业与国际接轨的能力;四、严格考勤制度,考勤率低于95%者将取消参加考试资格。

7

广东省第二届公诉人与律师控辩大赛在穗举行
我市律师代表队荣获“团体第三名”

8月22日,由广东省司法厅、广东省人民检察院、广东省律师协会联合主办的广东省第二届公诉人与律师控辩大赛在穗举行。市律协派出由蔡华、杨帆、陈科军、徐仲南律师组成的代表队参赛。

我市律师代表队分别迎战广州公诉人代表队和东莞公诉人代表队,就受贿案和绑架案的罪与非罪、此罪与彼罪展开精彩的博弈。我市律师以饱满的精神状态亮相,鲜明的观点、严密的逻辑、机智的反应、幽默的语言、默契的团队配合,给评委和观众留下了深刻的印象。我市律师代表队荣获“团体第三名”,蔡华律师获评“最佳辩手”,杨帆、徐仲南律师获评“优秀辩手”,较好展示了我市律师的专业素养和良好精神风貌。

