

# SHENZHEN LAWYERS

# 深圳

# 律師

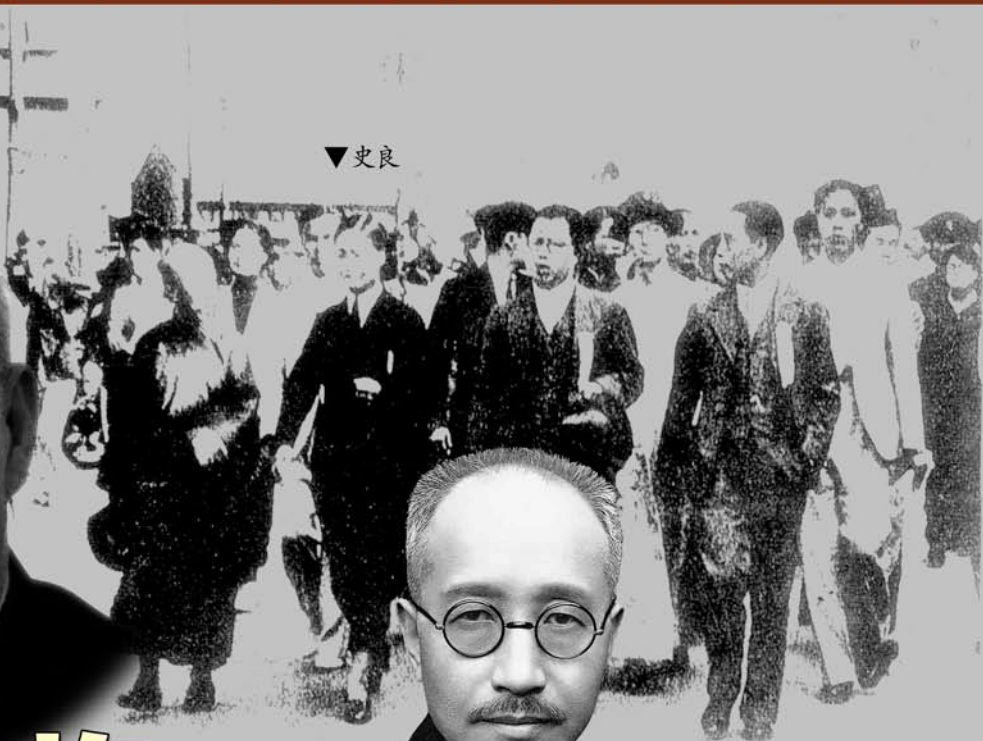
非常视线 专业见解



S H E N Z H E N L A W Y E R S



▼ 董必武



▼ 史良

## 传承与重构

核心价值观是企业文化中的精髓，是律师事务所不可或缺的精神内核，是执业律师的价值追求。律师群体如果没有核心价值观，将影响法律服务水平，缺乏生命力，必然在日趋激烈的市场竞争中被淘汰出局。



▼ 章士钊

## 两岸四地律师合作展望

2009年9月14日，深港双方律师就前海现代服务业示范区的行政管理体制和法律架构问题展开大胆设想，并组建“前海现代服务业示范区法律制度课题组”。

## 深圳律师中的“海龟”

本期以及下一期《深圳律师》将带您走近这群“海龟”律师，感受他们的风采，解读这个群体的职业现状及前景。



NO. 25

2009年12月

深圳律师协会主办  
法人杂志社协办

法人  
FAREN MAGAZINE

# 在这里

## 展示律师风采 阅读深圳律师



深圳律师网始创于2006年，于2008年进行改版。现有“协会简介”、“律协动态”、“通知公告”、“会员风采”、“培训系统”、“律师论坛”、“在线咨询”、“人才交流”、“律师名录”等十个栏目。“律师论坛”栏目经过两次改版，现确定“法制论坛”、“维权论道”、“业务交流”以及“青春会友”四大版块，已成为广大深圳律师学习、交流的精神园地和对外展示良好形象的重要窗口。



## 维护公平正义， 是律师的职业使命

深圳市律师协会 副会长 陈治民

2009年8月在成都召开的第八届中国律师论坛，其主题是“使命、责任、发展”。中国律师最重要的盛会将“使命”置于主题之首，足见律师的职业使命在律师业中是何等崇高和神圣。律师职业使命的内涵虽然有多种表述，我认为，周永康同志在2008年10月召开的第七次全国律师代表大会上的讲话对律师的职业使命作了准确、深刻、完整的表达，他说：“维护社会公平正义，是中国特色社会主义制度的本质要求，也是我国律师肩负的职业使命。”

律师制度是国家司法制度的重要组成部分。在刑事诉讼程序中，公诉人的起诉、律师的辩护和法官的中立裁判构成了完整的刑事诉讼。律师以其厚重的法律专业知识、丰富的法律执业经验和娴熟的庭审辩论技巧，向中立的法官力陈被告人无罪、罪轻、减轻处罚的事实依据、法律依据和辩论观点，以防公诉人错误追究、加重追究被告人的刑事责任。律师的辩护活动，使得被告人得到罪刑相应的刑罚处罚，使得国家的法律得到正确实施。

在民事诉讼中，原告、被告以及其他诉讼参与人的代理律师依据国家的民商事法律规定和民事诉讼程序，在法庭上充分发表代理意见，依法维护各自委托人的合法权益，以便中立法官作出公正裁决。律师的代理活动，使得平等主体的合法权益得到保护，使得市场的交易秩序得到维护。

在非诉讼法律事务中，不论是担任常年法律顾问工作，还是为房地产开发、建设工程、股票上市、收购兼并等专项工作提供法律服务，律师都是依托自身的法律专业知识、勤勉尽责精神为当事人提供专业法律服务。律师的此类法律服务，从本质上来讲，都是指导、帮助当事人严格遵循法律原则，恪守法律规定，并正确实施其民事法律行为，以便预防经济损失，避免损害他人利益。

律师的刑事辩护、民事、行政诉讼代理和非诉讼法律服务等执业活动，是实现律师执业使命的途径和平台。律师诚信地、专业地、敬业地、有效地为委托人提供法律服务，一定会让人权得以保障，正义得以伸张，公平得以彰显，秩序得以维护。

在执业过程中，我们有的律师抛弃了使命，把执业的经济利益作为唯一的追求目标。为达至经济目标，便把职业道德置之脑后，把做人的底线置之脑后，把法律置之脑后。这样的律师，不可践行律师的职业使命。

在职业生涯中，我们有的律师忘记了使命，小富即安，不思进取，精神萎靡，专业荒芜，得过且过。这样的律师，不能践行律师的职业使命。

此外，由于社会处于重大转型时期，律师的执业环境、执业保障和社会地位都存在严重不足，律师职业的荣誉感、自豪感、成就感尚未真正树立起来，有的律师在关键时刻或一些重大案件中，不敢践行律师的职业使命。

好在上述三种律师毕竟是少数。广大的律师都志存高远，发奋图强，锐意进取，将维护社会的公平正义作为自己的职业使命和价值追求。

请时刻记住，律师是人权的保障者，是公平正义的维护者，是民主法治的推动者。

为不辱使命，我们应当坚定信念，自强不息！

# CONTENTS 目录

NO.25 2009.12

## 深圳律师

SHENZHEN LAWYERS



### 法人

主办：深圳市律师协会  
协办：法人杂志社

国内统一刊号 CN11-5193/D



本刊随《法人》杂志赠阅发行

编委会主任	李 淳
编委会成员	陈治民 崔 军 蔡体法 张 志
主编	张 志
副主编	李智强 赵 龙
责任编辑	刘 峰 陈 夏
电话	0755-83025789 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

NO.1 视线

VIEW



**P5** 传承与重构

**P10** 两岸四地律师  
合作展望



NO.2 观点

VIEWPOINTS

**P17**

揭开中国律师业务  
协作的迷雾

**P20** 专利权“提价”，企业如何应对？

**P22** 律师声音

- ⊙ “钓鱼式执法”应区别看待
- ⊙ 对手机号码收费涉嫌违法
- ⊙ 引入律师意见规避广告代言风险



## NO.3 拍案 CASE AND EXAMPLES

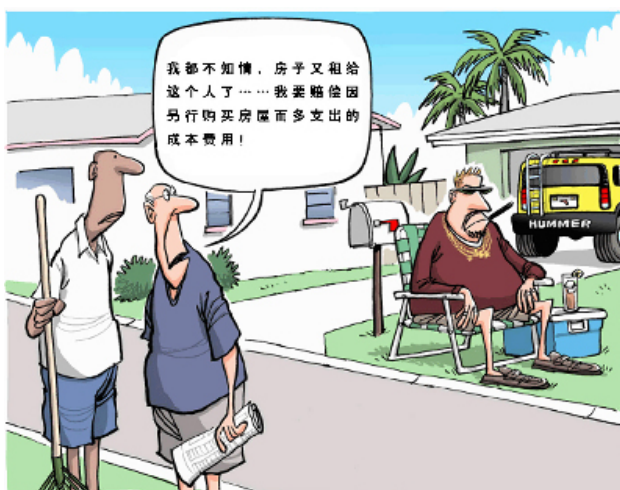
## P25

## 谁为受伤的未成年人雇员买单

一直以来,雇佣未成年人从事劳动的现象层出不穷,屡禁不止,未成年人保护成为社会各界关注的重点。对此,法律明确规定了相应的保护措施。

## P28 婚姻“触礁”的法律救济

## NO.4 实务 PRACTICE



## P31

## 这种买卖, 我反对

## P34 美国劳动法的“三原则”及启示

## P36 浅析无意思联络共同侵权行为

共同侵权行为指两个或两个以上的行为人基于共同的故意或过失共同实施的侵犯他人的合法权益,造成损害的行为。

## NO.5 面孔 FACES



## P40

## 深圳律师中的“海龟”



## NO.6 潮流 INFORMATION

## P43

## 律师形象被荧屏丑化之痛

——评电视剧《一颗颗眼泪都是爱》

## P45 “大律师”

——为何不属于这个时代?

## P46 资讯

- ① “律师茶座” 点亮 “法制大观园”
- ② 司法部律师司来深调研 “两公律师”
- ③ 市律协与内蒙古律协续签业务  
与合作协议书

P48 红白蓝  
最高峰

# 視線



## VIEW

---

SHENZHEN LAWYERS

---

用法律视野针砭时弊





# 传承与重构

## ——树立具有时代特色的深圳律师核心价值观

■ 文 / 广东君强律师事务所 俞飞律师

### 【编者按】

核心价值观是企业文化中的精髓，是律师事务所不可或缺的精神内核，是执业律师的价值追求。律师群体如果没有核心价值观，将影响法律服务水平，缺乏生命力，必然在日趋激烈的市场竞争中被淘汰出局。

本期《深圳律师》杂志广泛收集素材，重点走访了广东华商律师事务所、广东晟典律师事务所、北京金杜律师事务所深圳分所、广东广和律师事务所及广东仁人律师事务所，归纳出深圳律师精神文化内核的几个关键词，以期回归到律师的本质，探寻深圳律师的价值追求，引领深圳律师在新时期的发展方向。



古希腊哲学家亚里士多德认为：“价值观是通过人们日常的习惯、技能和行为反映出来的人类的品行和美德。”，律师的价值观就是律师在执业过程中反映出来的品行和美德。

树立正确核心价值观的重要性不言而喻，品行和美德是外在的，价值观是内在的，只有树立了正确的核心价值观，律师才具有良好的品行和美德。同时，律师核心价值观的正确树立，对提升律师行业影响力，提高律

师执业水平，构建和谐社会具有重要意义。

1979年12月9日司法部发出《关于律师工作的通知》，宣布恢复律师制度以来，中国律师业得到迅速发展。律师人数从当时的212名已经增加到14余万名，30年间律师数量增加了70倍！与律师数量增长的速度相比，律师核心价值观的树立是迟缓的、滞后的。究其原因，一方面是由于缺乏传承，在中华5000年文明里，中国律师业的

发展可谓短暂而曲折。另一方面，核心价值观的树立需要一代甚至数代人的努力才得以实现。

在这种情况下，深圳律师协会高度重视树立正确的律师核心价值观，通过组织《深圳律师》杂志特约撰稿人，采访深圳律师，探寻深圳律师的核心价值观，在传承的基础上，试图重构符合时代特色的律师核心价值观。

深圳律师活跃在深圳这座改革开



放的前沿阵地城市，得地利之优势，近年来的发展速度居全国前列。截至目前，深圳共有多少家律师事务所？多少名执业律师，深圳律师的人数以每年近20%的速度递增。目前，深圳共有350多家律师事务所，5600多名执业律师，深圳律师人数以每年近20%的速度递增。目前律师总人数仅次于北京、上海、广州，是一个名副其实的“律师大市”。长期以来，深圳律师对深圳经济的健康发展，对社会的和谐与稳定起着重大作用。深圳律师应当在核心价值观的重构方面作出积极探索，我们同时期待与其他城市律师进行探讨，共同推进中国律师核心价值观的树立，促进中国律师业的健康发展，为我国社会主义民主与法治建设贡献一份律师的力量。

### “律师应仗人间义”的文化遗产

中国的律师制度起步于晚清，通过修订律例，引进西方法律制度，随后出现了一批著名律师。由于身处特定的历史时期，这些著名律师无不以反对封建独裁为己任，不怕邪恶势

力，不畏高官强权，仗义执言，维护公理，成为社会进步的守护神。比如大家耳熟能详的施洋大律师，与武汉法学界同仁组织法政学会，不畏强权为劳工权利疾声呐喊，投身反抗暴力第一线，被反动军阀杀害。又如新中国首任司法部部长，著名律师史良女士，1931年在上海开业任律师，办理过营救邓中夏等中共地下党员的多起案件。再如著名爱国民主人士的章士钊，其实也是一名大律师，1933年他自愿为陈独秀义务辩护，坚持陈独秀等人无罪。辩护词据法力争，逻辑严密，传诵一时。

正如董必武先生为施洋律师的题诗：“律师应仗人间义，身殉名存烈士俦。”那个时代“仗义”的律师核心价值观是正确的，是与所处的特定时代相适应的，历史已经进入21世纪，我们可以借鉴这种精神，但不可能照搬这种文化传承。

### 深圳律师的核心价值观

新中国成立以后，1953年，以苏联模式的马克思主义国家与法的理论作为

指导思想的司法改革，全部废除了旧法统，律师业从有又归于无。

律师业的健康发展始于1979年党的十一届三中全会结束后，党中央决定重建律师制度。其间律师定位又经历了是“国家法律工作者”、“为社会提供法律服务的执业人员”和“维护当事人合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平和正义。”尽管律师的定位几经变迁，在传承的基础上，我们发现深圳律师已经初步形成了部分核心价值观。

#### 一、维护公平、正义

包括律师在内，总有人误认为律师就是商人，因为律师向委托人提供法律服务，收取委托人律师费，这些特点与商人非常吻合。以至于实践中，时常会有委托人要求律师在收费方面很大程度地突破司法部门的指导价格，还提出“高风险，高回报”的非常符合商业规范的观点劝说律师同意。

事实上，律师真的不是商人。如果是，商业准则是追求利益最大化，那么律师在代理一方当事人的案件后，如果对方出价更高，是否可以不顾委托方的利益？

而且，律师职业规范还要求律师不得代理与委托方有利益冲突的其他的事务。

显然，律师不是商人。

根据《律师法》的规定：律师应当维护当事人合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平和正义，显然，纯粹的利益追求有违律师的核心价值观。这与“仗义”的律师传承有相似之处。



## 二、创新

深圳是一个充满创新的城市，可以说没有创新就没有深圳。自从“时间就是金钱，效率就是生命”，“空谈误国，实干兴邦”这些响亮的口号响彻神州大地时，深圳这座城市已经成为创新的标志。创新是艰难曲折的，需要勇气和智慧，需要大无畏的精神。与深圳这座城市的创新精神相呼应，深圳律师勇担创新重任，引领了中国律师发展的潮流，创造了许多多的“第一”：中国第一家律师事务所诞生在深圳，中国第一家合作律师事务所诞生在深圳，中国第一个个人律师事务所诞生在深圳，中国第一家及第一批合伙制律师事务所诞生在深圳，中国第一次实现城市律师协会会长直选的在深圳。《深圳经济特区律师管理条例》是我国第一部律师行业的地方性法规。

深圳律师的创新精神可以产生出许多独特的有社会价值或个人价值的新事物、新思想，可以促进民主与法治的发展，能够给其他省市的律师提供实践经验。

深圳律师将继续秉承创新精神，积极探索律师业健康发展之路。

## 三、诚信

或许会有人认为，诚信是社会各个行业的都应当具备的价值观。律师执业当然应当诚信，如果这一点都做不到，根本配不上律师的称号。以此作为深圳律师的核心价值观，要求是否有点低？

以诚信作为要求看似有点低，但诚信实际上也是最高要求，试问：还有什么标准能比这更高？高于诚信的是什么呢？

而且，律师的诚信还有其独特的含义。

首先，律师的诚信体现在忠于事实。法院“以事实为依据”对案件进行的判决，律师依事实维护当事人的合法权益，对事实的真实认定应当是律师追求的目标。我们不可否认客观事实与法律事实可能存在一定的差距，但律师通过刻意隐瞒事实维护的只是委托人的非法权益，即使取得对案件有利的结果，律师不但不能获得委托人的尊重与认可，相反，委托人会认为律师的获胜是由于欺骗取得的，一个不诚信的律师如何保护我的合法权益？这样的律师很难获得长期稳定的客户，很难使自己的事业有一个长久发展。另外，这种隐瞒事实的方式，不利于定纷止争，可能会出现“官了民不了”的情况，激化社会矛盾。

其次，律师的诚信体现在对委托人法律风险的适当提示。中国的法治建设刚刚起步，老百姓很少有机会和律师打交道，在委托律师办理相关事务的过程中，律师掌握的资讯肯定比委托人多，这就需要律师本着诚信的原则客观全面向委托人介绍相应的委托工作，收费情况，对案件结果的预测。切不可为了获取案源，大包大揽，做不切实际的承诺。

律师的诚信还体现在对案件结果的公正解读。法律永远充满争论，每个案件都有其独特性，出乎意料的判决结果其原因是多方面的，这需要律师对委托人作出正确的诉前及判后的解释，不能全部指向司法腐败，否则容易制造社会矛盾。

## 四、专业

律师是精通法律知识的专业人士，律师的专业性是律师的生命，律师为委托人提供的法律服务，其核心就是法律专业知识。难以想象，离开

专业性，律师如何立足？

律师的专业性是靠长期的法律知识学习以及代理案件实践得来的，这项技能的提高需要日积月累的沉淀，绝非一日之功，律师专业知识的提高不适用速成。

法律就是一门专业学科，必须进行系统的学习才可以掌握相应的法律知识。但仅有此还不够，律师的专业性还有如下特定内容：

在特定法律服务领域的专业性。尽管中国的律师行业没有象医生执业一样进行细分，但看那些做得比较成功的律师，往往在某一领域有其专长，有擅长刑事案件，有擅长劳动案件的，有擅长知识产权案件的，有擅长金融证券案件的，道理很简单，术业有专攻，每位律师的精力是有限的，有限的精力投入到有限的领域中容易获得相应的提高，有限的精力投入到无限的领域，可能一事无成。可喜的是，许多深圳律师已经意识到专攻某一专业领域的重要性，在律师事务所部门设置上，已经进行专业分工。出现了公司专业部、保险专业部、证券专业部、民商法专业部等部门。

专业知识的更新。社会的快速发展需要我们加强立法进程，目前中国立法数量和速度处于全世界前沿，这需要律师随时学习新的法规，更新自己的知识体系。律师对过去法律专业知识的掌握并不代表对当前法律专业知识的掌握。

## 树立正确的律师核心价值观 (Core Value)

这次我们只采访了少数几位律师，以此作为对深圳律师核心价值观的概括略失普遍性。但我们希望通过这种核心价值观的探索，使深圳律师树立正确的核心价值观。



唯有建立恪守诚信的核心价值观，深圳律师才能忠于法律，提高素养，服务深圳！

唯有建立不断创新的核心价值观，深圳律师才能引领潮流，关注社会，发展法律！

唯有建立专业的核心价值观，深圳律师才能精通法律，遵守法律，执

业为民！

唯有建立公平与正义的核心价值观，深圳律师才能坚持信念，坚信真理，构建和谐！

唯有如此，深圳律师才能够从历史角度认识律师职业，加强学习，提高修养，最终实现律师的社会价值和个人价值的统一。

“律师兴，则法治兴；法治兴，则国家兴”，沐浴着改革的春风，深圳律师正处于蓬勃发展的大好时机，时代赋予深圳律师更大的历史责任。

我们相信，通过广大深圳律师的共同参与，构建正确的核心价值观，深圳律师一定会在深圳民主法治建设以及经济建设中发挥独特的贡献。

## ●【倾听来自现场的声音】

### 追求真理、崇尚科学、维护人权、促进法治

广东仁人律师事务所主任杨少南律师告诉笔者，我认为和提倡的价值观是“追求真理、崇尚科学、维护人权、促进法治”，我认为，作为律师，坚持真理和尊重科学是根本，律师不能为了金钱、名利，连起码的客观事实也不顾；这些年我们国家的发展成绩是有目共睹的，国家在人权和法治上也在不断完善，如果没有法律的保障，经济建设将会受到严重影响，市场经济本身就是法治经济。这里的“崇尚科学”主要是指以事实为根据的法律科学。

很多律所都提出了“诚信、专业”的价值观，我们认为这是作律师的起码标准，最低纲领，我们提出的价值观是一种更高远的追求、是终极目标、是最高纲领。

就目前整个深圳律师行业来说，我认为深圳律师的核心价值观应该是“仁爱”。当前深圳律师单打独斗的现象较为严重，缺乏合作，律师普遍感受不到“家庭的温暖、团队的协作”，年青律师在这方面感受尤为深刻，往往觉得律师所“冷冰冰”的。这是非常不利于青年律师成长的，长此以往，深圳律师很难和北京、上海乃至其他内地城市的律师分庭抗礼。所以律师所对律师，

以及律师与律师之间应更关注的是“仁爱”。只有才能更好地树立和培养深圳律师的核心价值观。

（北京金卡律师事务所深圳分所 张兴彬律师）

### 以团队凝聚力量、以务实追求卓越

北京市金杜律师事务所深圳分所律师认为：“尽心竭力、团队合作、务实方案、追求卓越”是律师的核心价值观，具体而言，律师在执业过程中应当始终以寻求及维护客户权益最大化为唯一宗旨，通过团队合作和集中一体化的运营管理体制凝聚合力，尽心竭力为客户提供优质法律服务。律师同行之间互相尊重、彼此关爱及部门间的团队合作，能够形成强大的自豪感和荣誉感，能够分享发展和成功的喜悦，并在工作中凝聚了强大的团队力量。

律师不仅要致力于提供务实的解决方案，更要善于不断地超越自我、追求卓越。在“客户至上”的理念和“尽心竭力”的价值观指导下，律师在参与的所有法律服务中，应当深入了解项目背景和客户的真正需求，力求根据每一位客户的具体情况为其提供准确有效的、具有建设性的解决方案，协助客户实现

其所追求的目标。但追求永不止步，为更好的实现为客户提供务实的解决方案的工作宗旨和价值观，

“以务实追求卓越”律师在务实的基础上应追求以卓越的人才为立业之本、以卓越的制度为发展之基、以提供卓越的法律服务为立业之道，不断超越自我，精益求精。

（广东鼎为律师事务所 周争锋律师）

### 和谐、共进——律师业发展的精神内核

广东华商律师事务所赖伟文律师认为，“专业、诚信、和谐、共进”及“保密、承诺、礼貌、沟通”是律师的核心价值观。“和谐”的直接体现就是民主协商、集体决策、互谅互让。“共进”强调的是律师团队的共同进步而非个人的发展。“和谐”与“共进”相辅相成。

律师的核心价值观就是律师文化中的精髓，是律师不可或缺的精神内核。律师如果没有核心价值观，其业务水平必然不高，法律服务能力必然不强，就会与优质客户的价值等同观不匹配，未来必然在日趋激烈的市场竞争中被淘汰出局。

广东华商律师事务所舒卫东律师表示，希望大家透过对核心价值观



的讨论，看到深圳律师未来发展的隐忧，深圳律师应当加速提升核心价值，这样能够促进深圳律师业的良性发展。

(广东联建律师事务所 王劲松律师)

### “诚信，勤勉，团队，实效”是律师的核心价值观

广东广和律师事务所童新律师认为，律师的核心价值观是：“诚信，勤勉，团队，实效”，尽最大努力满足客户对法律服务的需求。“诚信”的要求是：办不到的事，不许愿；承诺能办到的事，不遗余力地去争取。“勤勉”的要求是：天道酬勤，法律服务无小事。只要用心去做，小案子也要办成大案子。“团队”的要求是：向市场律师、管理律师、业务律师、专家律师等方向发展，律师间密切合作相互研讨。“实效”的要求是：实实在在地维护客户的利益，不仅要讲究服务效率，更要注重办案质量。

(广东普罗米修斯律师事务所 陈群律师)

### 追求公平与正义，是深圳律师永恒的核心价值观

广东晟典律师事务所主任余俊福

律师提出，“秉德，持正”应当成为每一个深圳律师的核心价值观。追求公平与正义，是深圳律师永恒的核心价值观！“秉德，持正”提纲契领地展示和体现了律师的价值观，其中所包含和体现的“公平、正义”是最核心的价值观，也是永恒的价值，体现了法的精神以及我们深圳律师所要追求的东西。如果一个法律人、一个执业律师不把公平、正义作为价值观的核心，那么必将注定这个法律人、这个律师的执业生涯、执业生命或者执业梦想是短暂的，是不会持久的！追求公正与正义的过程将是艰辛的，如同飞蛾扑火，光荣而艰巨，充满了奉献和牺牲！

深圳作为移民城市，汇聚了来自全国各地优秀的律师。应该说，移民城市所代表的思想是最先进的思想，同理，深圳执业的律师们所代表的，也应当是中国律师最先进的思想，最创新的理念，最永恒的价值。深圳律师在坚持真理、弘扬法治、不断创新、追求公正与正义方面所作出的卓越表现，向人们展示了执业律师最为精彩、最具奉献的一面。律师无论在什么时候，都应当坚持自

己的信仰，坚持“秉德，持正”，坚持追求公平与正义。

广东晟典律师事务所副主任陈东律师则认为，专业、审慎、优质应当成为律师的核心价值观。专业，对于律师来讲，是立足之本，是律师区别于其他中介的特点。在新旧交替、转型社会的变革中律师要想不被社会淘汰，就一定要走专业化的道路。社会分工的日益细化也注定律师只有走专业化的道路才能在竞争中立于不败之地。

审慎，是指律师在执业活动中，律师永远要战战兢兢、如履薄冰。通过不间断的、长期的专业展示，才能在社会上享有公信力，一旦律师出现不审慎的行为，不仅贻害自己，也贻害社会。在深圳执业的每一个律师代表了深圳律师这一职业群体，所以我们每时每刻都应当注意自己的一言一行、一举一动，否则一失足将永世不得翻身！

优质，要求律师要力所能及地穷尽一切救济方式、穷尽一切法律手段，为客户和当事人提供优质法律服务。

(北京炜衡律师事务所深圳分所 陈伟律师)

## ●【后记】

深圳是一座充满创新和改革意识的城市，深圳律师也应当具有创新和改革精神。深圳汇聚了来自全国各地的优秀律师，是全国律师执业人数排名第四的城市，因此，深圳也可被称为律师之都。要充分发挥律师在法治建设中的中坚力量，树立律师良好的、正面的社会形象，体现律师的社会价值，首先就要求律师应当树立和建立真正的、全面的核心价值观。只有建立起能够代表和传承深圳律师精神的核心价值观，才能形成系统的律师文化建设工程，从而创建我国整个律师行业真正有意义的核心价值观，也唯有此才能向社会展示律师的整体风范，从而推动和促进我国律师行业的良性健康发展。

深圳律师所创造和倡导其核心价值观的探索过程，不仅体现了深圳律师的核心价值观的丰富内涵，也昭示了深圳律师更加灿烂辉煌的未来。我们有理由相信：深圳律师的明天将会更好美好！



【编者按】

2009年8月19日，粤港合作联席会议第12次会议在香港召开，深圳与香港签订了《关于推进前海深港现代服务业合作的意向书》，向外界传递出深港双方合作共建前海现代服务业示范区的重要信息。

针对前海现代服务业示范区的法律架构问题，深圳市政府就此向深圳律师广泛征求意见。2009年9月14日，深港双方律师就前海现代服务业示范区的行政管理体制和法律架构问题展开大胆设想，并组建“前海现代服务示范区法律制度课题组”，拟通过双方合作研究，分别向深圳市政府、香港特别行政区政府提出有关“前海现代服务示范区法律制度咨询报告”，供两市政府及中央人民政府决策时参考。深港律师成为护航深圳市政府综合改革及重点工程建设的重要力量。



## 两岸四地律师 合作展望

■ 文 / 广东竞德律师事务所 李建华律师

一般而言，在主权国家范围内，适用该国统一的法律制度，不存在法律制度的再造问题，但在特殊情况下，一个统一的法域内，会存在适用两种或两种以上的法律制度，如联邦或邦联体制下、战争状态下、割据状态下或“一国两制”体制下等。而今天我们所说的“前海现代服务合作区法律制度”（下称前海合作区）的设计，又和前述情形有所不同。它是指在国家主权范围内，为更好地建立或推动特殊经济区域的发展，我国政府授权在前海地区进行有别于大陆其他地区的法律制度的构造和实施。很显然，前海合作区法律制度的创设被赋予了非同寻常的意义。



构造前海合作区新的法律制度，从狭义上来讲，即为前海合作区找寻或制定能够适用的法律，但从广义上讲，法律制度的范围又包括了法律适

用、法律地位界定、法官制度、司法机构、仲裁与调解制度、法律冲突的解决机制、律师制度以及与此配套的文官体制、政府制度等。正因为法律



制度的设计涉及如此繁复和深远的问题，本文所论及的构想无论如何都是抛砖引玉之言，恳请指正。

## 一、法律适用

法律适用是法律制度最为核心的问题。各国经济发展与法律制度演绎的历史表明，不论是欧美发达国家的金融及服务业中心，如伦敦、纽约，还是新兴国家或地区金融及服务中心，如新加坡、香港、迪拜，服务业要获得高度发展，必须有一套恰当的法律制度，经验证明，法律制度的创新，是现代服务业兴衰的关键因素。

前海合作区的法律适用，大概有下列几种模式可循：

- (一) 沿用大陆现成的法律制度；
- (二) 深圳特区创造性发挥特区立法权，为前海量身定做一批新的法律规范；
- (三) 全面引进香港的法律制度；
- (四) 引进其他国家和地区现成的法律制度；
- (五) 其他选择。

作者认为，前海合作区全面引进香港法律制度是诸方案中最优的选择，也最为可行，其理由是：

1. 从法制历史看，香港的经济法律制度自英国殖民地统治至今，历经100多年发展变化，已十分完备；大陆市场经济法律制度，始自20世纪80年代，仅有不到30年的历史，法律制度本身并不完备；

2. 从经济特色看，香港是一个以港口贸易和服务业为主的城市，服务业在香港经济中占有90%的比重，中国服务业在经济中的比重长年徘徊在40%左右。香港的法律制度正是围绕着这种产业特色产生并发展，经济与

法律相辅相成，前海未来的定位恰恰是高端服务业。

3. 从制度特色看，香港系普通法系地区，其法律与英美法系一脉相承，且较好地融合了国际惯例，也能为发达国家所接受。依香港法律创设的自由贸易体系、与世界主要货币联系汇率体制、较低的汇率、以及人员自由进出等均是高端服务业高度发展所必需的基础制度。相比而言，中国加入WTO时间尚短，国内贸易、投资相对严格的许可且繁琐的手续、人民币尚不能自由兑换、在新兴国家体系中税率较高、国企在诸多领域内垄断经营、民营企业在诸多领域尚无法进入、市场经济地位尚不被世界各国所普遍接受等均难以建立一个经济充分自由、贸易投资体制灵活、文化及信仰多样化、金融管制宽松的高端服务业产业集群。

4. 从其他国家和地区法律移植的范例看，全面移植香港法律进入中国大陆特定区域，虽然是一个全新的命题，但在国内国外，援引或借鉴他国法律，将不同于国家本体的法律适用于国内特殊区域的尝试并非没有先例。地处中东伊斯兰法系中迪拜的国家金融中心区的立法，中国大陆珠海横琴岛部分区域适用澳门法都为我们提供了富有创新精神和远见的先例。

5. 再次，从深圳与香港的渊源上看，两地同讲汉语均适用中文，对香港法律的解释并无歧义。

6. 最后，深港两地政府签署的《关于合作开发深圳前海现代服务业合作区的意见书》，首次提出了大胆借鉴香港法律制度的设想，也为我们引进香港法律提供了政府间协

议的依据。

## 二、法律地位

毫无疑问，未来的前海合作区是中华人民共和国辖下的主权范围内的领土，但在主权完整的前提下，应赋予前海合作区经济发展完全独立自由的空间。前海合作区的法律地位可以描绘为：中华人民共和国境内由合作区管理委员会适用香港法律管理的，经济完全独立自主，以金融、物流、贸易和其他高端服务业为主导的特殊区域。

可以分解为：

- (一) 主权属于中华人民共和国；
- (二) 管理权属于依规设立的管理委员会；
- (三) 完全适用香港法律并辅之以国际惯例；
- (四) 未来产业发展以金融、物流、贸易和其他服务业为主导。
- (五) 经济上高度自由；
- (六) 政治及行政制度创设依香港法例，并高度自治。

## 三、法律专业服务机构

未来的律师事务所由以下几部分组成：

- (一) 在深圳执业的律师及律师事务所可在前海开办分所或从事该区域法律服务；
- (二) 在香港注册的执业律师及律师事务所可在前海开办分所或从事该区域法律服务；
- (三) 在该区域所成立的律师服务机构可在香港、中国大陆其他区域从事法律事务；
- (四) 世界各国著名律师机构开办分所、办事处。



总而言之，在前海法律服务体系的构造上，应依循更为开放的原则，着力吸收国外著名的法律机构进入，因为我们得知，一个地区法律服务者水平的高低，已越来越成为评价该地区投资环境优劣的重要尺度。

#### 四、大中华国际仲裁中心、调解中心

当今世界各主要经济体尤其是服务业高度发达的地区均有与之相适应的著名仲裁机构，这些机构独立公正的运作也成为这些地区良好的投资条件之一。如世界金融中心纽约、伦敦、香港无不如此。

以中国为中心的华语地区经济上的迅速崛起，恰恰又为建立这样一个世界级的仲裁中心找到了更有力的依据。在前海区域由两地律师协会为主导，建立一个主要使用华语，主要服务于华人经济体的仲裁中心，通过程序、语种、适用法律、仲裁员等的完全自由选择、由相关国家自动承认仲裁法律效力并在相关国家和地区法院获得法院执行仲裁裁决，这对于克服长期以来亚太地区各经济体之间法律不透明，贸易伙伴相互间法律不熟悉，投资主体对所投资地区法律不信任，对裁决缺乏公信力、仲裁裁决难以获得法院承认并执行的问题应当有相当大的帮助。

该仲裁中心覆盖中国、台湾、香港、澳门、新加坡等中文为官方语言的重要经济发达国家和地区并辐射日本、韩国、东盟、澳洲、东北亚、中亚、南亚等与华语地区贸易关系紧密的国家和地区，覆盖和辐射区域的人口有25亿以上，占当今世界经济总量的50%以上。

与仲裁中心相独立，且能在国际商业、贸易中同样发挥作用的应属国际商事仲裁中心。

大中华国际仲裁中心和调解中心的组建依两地律师协会制定章程办理。

#### 五、国际法律（律师）学院 在前海地区筹建国际法律（律



师）学院，其主要意义在于：

（一）培养精通香港法和英美法系的管理人才和公务员队伍，为合作区造就管理精英；

（二）对合作区的从业律师进行英美法系的专业培训；

（三）对深圳律师进行香港法和英美法系的培训；

（四）对香港律师、国外律师进行中国法律的培训。

通过法律（律师）学院的建立，一定能够建立一支对中国大陆、香港法、英美法律融会贯通的律师队伍。

#### 六、政府架构、司法体系与 公务员制度

前海合作区政府的产生、司法体系的构造以及公务员制度，应该和大陆现行体系有所不同，建议参考香港基本法，并结合前海地区的实际情况予以确立。

### 七、比较和借鉴

#### 1. 横琴岛

依中央人民政府的决定，已将中国辖下的珠海特区横琴岛的部分土地交由澳门特别行政区当局管理，并受澳门法律的管辖，用于扩大澳门大学之用，该举措实际开辟了主权完整情况下将部分区域委托他方管理并适用异域法例的先河，其经验值得借鉴。

#### 2. 迪拜（杜拜）

迪拜在短短的十年时间内崛起，并成为中东的一颗经济明珠且渐渐发展成为中、近东国际金融与服务业中心，其成功的原因之一在于大胆突破传统上伊斯兰法律传统，勇于借鉴英美法律传统，制定了一系列与国家接轨的金融监管、国际贸易、法律与规章，设立了不同本国于本国法律体系的法院系统及律师服务体系，赢得了国际资本市场瞩目，并获得了国际资本市场的逐步认可。

#### 3. 新加坡

新加坡作为一个传统的贸易港口和新兴的国际金融中心，它不仅与有国际接轨的民商及法律体系，更重要的是近年来越来越重视仲裁、调解中心的作用。新加坡的仲裁中心、调解中心由早年名不见经传的国内争议解决机构，已经发展成为在亚太地区及远东地区声明远播的国际商事纠纷解决机构，用了短短不到十年的时间，并对其服务业发展也产生了良好的影响，其努力方向值得我们借鉴。

（此文写作过程中，得到了深圳市司法局、市律协李淳会长、陈治民副会长、周璇理事、“前海现代服务业合作区法律制度”课题组全体成员和香港律师会的大力支持，深表感谢）

## 【百家争鸣】



# 前海现代服务合作 法律问题解决框架

■ 文 / 上海市建纬律师事务所深圳分所 贺倩明律师

深港两地签订《关于推进前海深港现代服务业合作的意向书》旨在创建深圳前海现代服务示范区（下称“前海示范区”）。前海现代服务业合作区，不但突破了“经贸方面”在准入及审批层面上的优惠局限，也将会在“法律层面”上实现适度超前的法律模式。但伴随之的，也存在相应的风险与敏感问题：

### 一、大陆法与普通法是否能够并存

前海示范区提倡大陆法与普通法并存的模式，希望造就大陆法与普通法共生的典范。但须留意如下几个方面的问题：

- 1.大陆法的“演绎法”的思维方式，普通法的“归纳法”的思维方式的冲突，在处理具体的争端中如何平衡；
- 2.普通法中法官的权威性与大陆法中法官的职员性的冲突；
- 3.普通法中律师在民众中的威望或地位与中国社会主义初级阶段中律师威望有待提高的冲突；

**建议：**在我国《宪法》、《刑法》等相关强制性法律的底线上，结合普通法精神，适当提升法官的能动性，适当提升该示范区内作为高端律师的准入门槛，来提高其威望，并且通过实时的法律培训，来解决和跟进现实中不断出现的法律问题，而不仅仅是设立国际律师学院。

### 二、建立“法律特区”的合宪性，合法性

前海示范区构想在深圳经济特区之中创设“法律特区”是否可行？

正如我们所熟知，“经济特区”建立的合法性，已被宪法所承认，并将其具体的运作模式，以法律的形式，通过人大立法，或者国务院制定行政法规的方式来加以固定。然而，“法律特区”的建立，在何种层面上会被认为是优越的，可行的，又在何种层面上将可能会被认为是违宪的，违法的，值得我们深究。

**建议：**法律特区的建立必须坚持四项基本原则和宪法中的土地政策，对于私有财产的保护，也只以“合法的”私有财产为底线，而不能对普通法中的财产制度照搬。同时，应当向人大提出法律议案，将此种法律特区构想通过法律的形式予以固定，或者得到授权，在经济特区内适用。

### 三、关于政策稳定性的问题

前海示范区的相关计划提到，适度超前的法律制度模式和政策模式。“适度超前”是指何种程度上的超前？

正如我们之前的CEPA政策，已经陆续出现了六个文本，香港普通市民，甚至一些本地法律上的专业人士，都还未清楚的了解CEPA政策中，每一个文本有何具体要求，最新一期的CEPA有什么更有利的变化，甚至连最早的CEPA版本的内容都不太清楚。然而，近几年的“河套地区”的设想，以及“前海示范区”的设想，能否在已有的CEPA六个文件下的框架内，保持政策的连贯性与相对稳定性？

**建议：**认真研究已有的CEPA等政策，前海示范区的优惠政策不应当是对已有政策的简单重述。比如CEPA 6中就已经规定在深圳建立香港律师事务所分所的优惠政策。同时还要保证前海示范区的政策不应当同已有深港两地的有关政策相冲突。

### 四、关于机会成本的问题

前海示范区的构想中将敢创、敢试的作为原则，本意是希望抓住难得的历史性机遇，达到跨越性的发展与共赢。然而，必须承认的是，机会与风险在一定程度上是共存的。

**建议：**会同相关经济界的专家学者来共同参与讨论，共同商议政策，并在可能的情况下，

咨询有关专业人士并精算出可能的机会成本。





■ 文 / 周蕊律师

## 前海现代服务合作区 金融制度构想

在深港现代服务业合作过程中，金融业合作是重点之一。今年6月，由香港金管局旗下的香港按揭证券公司与深圳金融电子结算中心合资设立的深圳经纬盈富担保有限公司在深成立，标志着深港两地金融合作进入了实质性实施阶段。香港按揭证券有限公司在住房按揭市场和按揭保险业务上拥有非常丰富的专业知识和经验，深圳金融电子结算中心是深圳的专业金融机构，双方通过优势互补，对规范深圳房地产金融市场、促进中小企业融资、推动深圳金融改革创新将发挥积极作用。未来深港金融合作应立足于资本市场的合作，促进深港两地资金流动更加畅通。两地如能在资本市场上打通渠道，实现跨境互换、双重挂牌、两地上市、联网交易、双币结算（人民币/港币），实现两地资金和资本市场的完全对接和自由流动，将两地打造成为融资、交易、资产管理和创投等国际性金融中心，形成“国际资本通过深港进入内地，内地资本通过深港流入国际”的格局，则双方这种互补合作关系，发展前景将非常广阔。这不仅对两地金融业意义巨大，而且将有利于推动整个珠三角乃至全中国金融业的对外开放。这一构想的实现，从宏观上看，需要在前海地区建立一套全新的金融

法律制度；从微观上看，亟需出台和落实一系列涉及公司设立与监管、外汇、税收等多个方面制度和政策。

纵观全球，已经存在一国在本国全国或部分领土范围内全面引入或移植他国法律，并成功实现该国或该地区经济腾飞的先例，如阿联酋的迪拜。迪拜国际金融中心（以下简称

开展商业活动。因此，在前海合作区的制度设计和监管上，不妨积极探索，大胆尝试，也可以借鉴迪拜等地区发展的经验，在全面引进香港等自由经济区政策和法律和充分借鉴新加坡等政府在城市治理经验下，在前海地区建立一套全新金融法律制度。

---

**从宏观上看，需要在前海地区建立一套全新的金融法律制度；从微观上看，亟需出台和落实一系列涉及公司设立与监管、外汇、税收等多个方面制度和政策**

---

“中心”）由迪拜国际金融中心司法管理局、中心管理局、服务管理局组成。中心拥有独立的立法司法权，通过已颁布了超过27部的法律法规，建立了既鼓励金融发展又适度监管的基础法律框架。中心依照在最好的法律的基础上专为其量身打造的法律（例如基于普通法的管理法、基于百慕大法的保险条例、类似于新加坡和美国法规的信托法），向其成员机构（公司）制定激励政策，如外商拥有百分百所有权、零所得税和营业税，且无外汇管制。此外，现代化的基础设施、业务支持和一贯的高标准业务，使超过了800家公司在短短4年间选择在在迪拜国际金融中心注册并

我国长期对资本市场的过度管制源于金融安全目标的追求。在现代市场经济制度体系中，自由竞争是市场经济的根本驱动力，适度的金融自由是金融活动的重要推动力，应当成为金融法律制度的基本价值取向。在适度自由的价值目标下，金融市场才能形成多层次良性互动的结构，才具有可持续性。当然，承认自由融资的合法性并不排斥对金融市场的适度的法律管制。如果缺乏必要的监管，融资和资本市场都可能陷入无序的竞争，给社会经济造成严重的冲击，因此，应当通过制度的构建寻求政府监管和金融自由之间的平衡点，以促进资本市场的稳定和发展。



## 【媒体连线】

### 前海将建珠三角“曼哈顿”

前海地区是《深圳城市总体规划（2008-2020）》确定的新的市级中心区，发展潜力巨大。根据规划设想，前海定位为未来整个珠三角的现代服务业中心。目前，各类战略性交通资源云集前海，规划师表示，世界公认的纽约、伦敦、东京三大“全球城市”都依托湾区凸显为世界级都会区。从国际经验和当前的发展看，珠江口湾区具备一定的资源和条件。翻开地图就可以看到，前海地区位于整个珠三角湾区的核心位置。从规划上讲，前海还位于对于整个珠三角发展具有至关重要作用的‘香港——深圳——广州’这一‘脊梁’的核心位置上。因此，从战略上讲，前海这一区域是深圳未来发展最具战略意义的空间所在。在早些时候，有规划师甚至提出，前海未来将是整个珠三角的“曼哈顿”。



### 深港合作将是前海发展最大亮点

深圳市规划国土委副主任许重光说：“深港合作将是前海规划建设及未来产业发展的最大亮点。从名称上看，该区域直接被命名为‘深港现代服务业合作区’，而没有被命名为‘合作示范区’之类的名称。从这一点就可以看出，深港合作是该区域发展最为鲜明的主题。”

许重光表示，既然是深港两地之间的直接合作，自然会引发一系列在体制上的创新。因此，‘前海合作区’在功能定位上就提出了要建‘体制创新区’。这些创新在规划、产业、项目安排，甚至在管理等各个层面上都有可能出现。至于具体会有哪些创新，双方正在研究和探讨之中。

他举例说：“以市中心区的规划为例，该区域的规划建设完全是深圳一方独立进行和完成的。而‘前海合作区’的规划、产业和项目安排都将由深港双方合作完成。”



## 【延伸阅读】

### 前海——粤港合作绝无仅有的“宝地”

前海地区位于深圳经济特区的西端，土地总面积约15平方公里，可开发土地约10平方公里。具有海陆空铁齐全的交通网络优势，综合交通条件发达，有着较大的土地开发潜力、突出的区位优势和良好的发展基础，是珠三角区域发展和全面推进深港合作的重要战略节点，为深港现代服务业的对接与融合提供了最佳平台。

#### 前海定位的十年探索之路

2001年，深圳出台的“深圳高新技术产业带”规划中，曾将前海片区作为整个产业带的起点，定位为深圳软件园区，作为深圳高新区产学研功能的自然延伸。

2003年，《深圳市近期建设规划

（2003-2005）》出台，提出要重点推进前海区域性物流中心的建设，前海从“高新软件园”的定位，被置换为“物流中心”。

2007年5月，深圳市公布的《深圳西部滨海地区综合开发策略研究》中，提出有序地进行填海的设想，将西部滨海地区定位为区域生产服务中心、区域综合交通枢纽和物流中心及区域重要的高新技术产业基地；并明确将前海湾地区规划为未来泛珠三角地区的现代服务业中心。

2008年8月16日，中央政治局委员、广东省委书记汪洋来深专程视察了前海片区及蛇口，指示要将前海作为深圳体制创新的承载主体，深入研究“粤港深”创新合作的思路 and 方式。

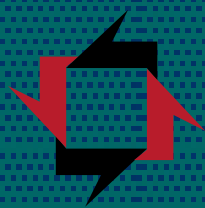
2009年1月8日，《珠江三角洲地区

改革发展规划纲要》正式出台，明确提出将深圳前海地区作为粤港合作的试点地区之一。

2009年5月，获国务院批准的《深圳市综合配套改革总体方案》从国家战略层面再次明确提出，要加快推动前、后海地区的规划和体制创新，作为加强与港澳合作和参与东盟自由贸易区的重要载体。

2009年6月2日，香港特别行政区政务司司长唐英年在深圳强调，前海有10平方公里的土地，香港和深圳可以合作共建前海现代服务业示范区。

2009年8月19日，粤港合作联席会议第12次会议在香港召开，深圳与香港签订了《关于推进前海深港现代服务业合作的意向书》，前海被定位为深港合作现代服务业的示范区。



# 观点 VIEW POINTS

---

SHENZHEN LAWYERS

---

用法律观念解放思想





■ 文 / 广东瑞霆律师事务所 王继丰律师

# 揭开中国律师业务协作的

# 迷雾

2001年3月，笔者接受山东律师委托，在深圳为其进行调查取证；

2002年5月，应客户要求，笔者联合上海、北京的律师，就“中国法律是否允许网上博彩和竞猜游戏”等问题，进行调研，并发表专业法律意见；

2003年5月，笔者与上海的杨春宝律师等，在“法律桥”网站上，发起设立“律师、法务协作联盟”；

2004年11月，由广东星辰律师事务所牵头，联合北京、上海等地知名律师事务所创建的“深京沪八所律师联盟”，开始实际运作。

2005年11月，中国律师网互动社区在北京，专设“律师协作”版块。

2006年8月，由广西壮族自治区律师协会承办的2006年中南六省（区）及香港、澳门特别行政区律师协作暨律师业务研讨会在广西桂林市召开。

今年12月，中南六省（区）律师协作暨律师业务研讨会，将由海南省律师协会承办，在海南省三亚市召开。

## 一、中国律师业务协作的昨天、今天和明天

不难看出，中国律师的业务协

作，从无到有，从无序到有序，从个别律师的业务操作和零散需求，到律师事务所的牵头组织和集团运作，再到行业协会和司法机关的介入、指导和研究，已有多个年头。

随着中国信息化时代的到来，互联网和电子商务的风生云起和不断普及，我们应站在历史的高度，总结经验教训，继往开来，让中国律师的业务协作适应时代新要求，走上科学发展之路。

## 二、信息化的时代背景，以及目前中国律师业务协作的市场动力、商机、特点和存在的现实问题

中国已进入信息化时代，已是不争事实。根据中国互联网信息中心统计，截至2009年6月，中国互联网人数已达3.38亿。77.5%的网民觉得生活离不开互联网，互联网已经深入到人们衣食住行的方方面面。面对如此庞大，并在不断高速增长的新客户群体、市场动力和商机，我们没有理由对此视而不见。另外，随着交通、通信手段的不断快速发展，人们的工作、生活、学习和商业

活动，已跨越传统意义上的时间和空间分布，往往会在不同城市和地区之间交叉进行，而商人的商业活动已覆盖全国，甚至全球，已在不同城市和地区设立办事机构和子公司。随着中国经济一体化的不断快速发展，产业带、城市群，和类似“京津塘、深惠莞、深港澳”区域经济合作，总部经济的不断涌现和兴起，中国律师也有



必要适应时代的要求，走出自己的小圈子，放弃小我，追求大我，进行跨区域业务协作和联盟。

还有，中国经济正在大刀阔斧地进行产业结构调整，大力发展高端服务业，而像计算机软件、动漫、门户网站、即时通信、网络游戏、电子商务等，其本身就与网络相关，相依并存。这些新型产业，是中国律师未来的市场重点和业务根基，我们有必要适应客户的要求，未雨绸缪，早日布局。

最后，就中国律师业的本身发展来看，我们也势必进行业务领域和模式创新，以适应信息化的时代要求，早日步入网络化的业务协作时代。

随着中国律师数量的逐年暴增，青年律师源源不断地加入，中国律师的新老数量比例，开始出现虎头蛇尾，新律师数量多，而现有的法律服务领域，例如国企、银行、证券和房地产等市场已被老律师占据，而业界内的“二八”规则大行其道，新律师面临生存危机，同时，中国律师业的法律服务领域、方式、模式创新不够，导致新老律师在既有业务面前抢饭吃，缺乏业务创新和协作。而信息化时代的带来，互联网络产业的兴起，网络通信手段的日益普及，都为我国律师业的业务创新和协作带来了商机。

但是，就目前的中国律师业务协作来看，笔者认为，存在如下几个问题：

1、业务协作内部圈子化，其公开性和透明度不够。

2、没有引进第三方中介机制，其独立性、公正性，难以令人信服。

3、没有与网民、互联网络、电子商务等新兴客户群体和新兴产业进

行无缝对接。

4、信息化、网络化手段不足，没有全国统一的呼叫中心和业务协作平台，操作不方便，不规范。

5、缺乏有效事务性辅助手段，协同办公不足，效率低。

6、合作和利益分配机制不明确，不科学，不健全、不统一。

7、缺乏知名度和权威性，监督制约和调停机制不足。

### 三、让网络为中国律师业务创新与协作，插上腾飞的翅膀

中国律师业务创新和协作，应适应时代要求，运用互联网走科学发展之路，大力加以研究和应用。

#### （一）开创中国律师业务新领域、业务协作新模式

正如上文所讲，互联网络、电子商务已经是我们日常工作、生活的一部分，面对3个亿的新客户，2万亿的新产业，我们不能不漠视、更不能放弃。如果要做好这新兴产业的法律服务，我们必须改革自己，除了要不断学习、掌握网络相关的法律知识之外，我们还需要亲自“触网”，熟悉并了解网络自身的专业知识、产业特点、业务模式和法律需求，要善于利用网络，改变自己的法律服务方式，为客户提供更好的法律服务。

#### （二）开创中国律师法律服务和业务协作新平台，实现法律服务与新兴网络产业无缝对接

网络无处不在，中国律师有必要将自身的法律服务与客户的网络活动结合在一起，时刻相伴，为他们提供全程的、在线的法律服务。举例来说，人们在网购物，进行电子商务交易，我们可以为客户提供交易各方

身份信息、主体资格资信调查、查证服务，网上交易律师见证、认证、指导服务，客户如有纠纷，可以协助进行网上调解和仲裁，从每个环节为客户提供贴身的、即时的、在线的法律服务。

#### （三）引入第三方中介机制，将自陷利益冲突漩涡之中的律师解救出来，树立中国律师业务协作的独立性、公正性

律师不是圣人，每一个参加到业务协作中来的律师，肯定都是想接到案子，并且是好案子。那么在业务分配中，让律师自己约束自己，把好案子让给别人，实在是难为自己，且不易令人信服，甚至是难以自证其清，好心变为驴肝肺。同时，人脑计算速度再快，也没计算机快；人再公平，也没有计算机公平。如果律师业务协作，其数量达到一定程度，要建成全国知名的、统一的业务协作平台和运作机制，不可能只靠几个人手工就能完成的。我们一定要靠计算机，以及固化在计算机中的软件来处理相关事务，以达到高效、公平的协作效果。最后，互联网络又是一个非常专业的东西，如果要利用互联网络开创律师事业新局面，建立新的律师协作平台，我们不可能让律师去做自己不专业的事。

#### （四）建立全国统一的呼叫中心和业务协作平台，提升中国律师业务协作的知名度，提高其公开性和透明度，规范业务操作，简化业务流程

现在有不少的司法机关、律师协会、律师事务所都建立了自己的网上事务处理平台，可以将自己的用户信息和其他业务数据信息等注册、录入到系统中去，进行网上展示、查询和统计，并将自己的事务

处理流程与平台和网站进行对接，进行全流程电子化管理，这既方便了管理者，也方便了办事者，提供了信息资源的集中度、公开性和透明度。那么，中国律师业务协作也可以建立自己的呼叫中心和业务平台，将需要或准备参加业务协作的律师其身份信息、业务信息注册、录入到系统中去，实现网上自助查询、配对，并为协作的律师提供在线呼叫、业务联系，资料查询，业务办理全过程记录、审核服务。同时也可以将中国律师业务协作机制和操作流程固化到平台中去，建立公开、透明、统一的协作机制。

#### **（五）借鉴“特许加盟制”或会员制，建立科学、合理的协作机制**

要问当前律师协作最棘手的问题是什么，笔者认为恐怕是协作案源如何分配、律师费用如何二次分配，以及协作资源共享、分享的问题。这个问题剪不断、理还乱，也正是因为这个问题，造成现在很多的业务协作联盟不能做大，不能做久，不能深入不下去。对于上述问

题，笔者认为，可以分两种情况加以解决。第一种是，平台组织者只收取少量的平台使用费和信息服务费，即会员费；协作律师内部自主协商、分配律师费用的二次分配，组织者不再从上述费用之中，向委托律师和受托律师收取任何形式的，或比例的提成费用；第二种是，个别律师需要在平台上做广告宣传的，向平台组织者支付相应的广告费，以实现责权利相对等。平台可以在各地设立分站点，分站点由各地非律师单位和人士采取特许加盟的方式，发展建设当地新站点。此种方式是否妥当，笔者希望能借此文章抛砖引玉，引起大家的讨论或研究，笔者不再多言。

#### **（六）为平台配备集成“电话、传真、电子邮件、即时通信”为一体的现代化统一通信手段；为协作律师配备网上秘书和助理**

律师拥有的手机多，一人就有好几个；律师的电话多，一天接的手都热。律师的事多，大事小事都要自己做。真是杀鸡用牛刀，浪费了点。如

果将上述业务联系、资料查找等行政性事务，交给律师助理去做，那确实是一个好办法。但是不是每一个律师都请的起律师助理。另外，就日常小事来说，一个律师请一个律师助理，显得有点浪费。那么，为网络配备上述通信设施和网上秘书，一个网上秘书同时为几个律师服务，可以有效减轻律师的负担，提高助理的利用率，这倒是一个不错的办法，可加以尝试。

#### **（七）律师协会、司法机关应尽早地介入到中国律师业务协作中来，承担起应有的研究、指导、监督、协调角色和责任**

目前，在中国如果没有官方的认可和支持，很多事情都不太好做，起码不会在较短时间内，能调动更多资源和力量，做的更好！所以，笔者认为，鉴于中国律师业务协作确实有存在的必要，有市场发展空间，又可以促进中国律师事业的发展，同时可以为广大网民提供更多好的法律服务，而当今，中国律师业务协作没有统一的平台和机制，欠缺权威性和知名

度，协作律师之间缺乏利益协调和争议解决机制。因此，笔者建议律师协会、司法机关能再接再厉，多组织一些活动，解放思想，大胆出面，作为中国律师业务协作的组织方和承办方，调动一切可以调动的资源，把呼叫中心和平台建设起来，出台统一的运作机制和操作方法，鼓励律师敢试敢闯，做大做强，树立律师团队作业和协同作业新气象，把中国律师的业务创新之路和协作之路，走的更快更好！





自1984年全国人大常委会通过《专利法》以来，我国先后在1992、2000年和2008年对《专利法》进行了三次修订。2009年10月1日，三易其稿的新《专利法》修改锤音落定，正式开始实施。新的修改颠覆了已实施25年的新颖性标准，改为绝对新颖性标准。面对不断提高的准入门槛，中国企业将何去何从？



## 专利权“提价”，企业如何应对？

■ 文 / 广东雅尔德律师事务所 谢兰军律师

### 一、走过半个世纪的辉煌

自1985年我国实施《专利法》以来，专利申请量和授权量高速增长，仅以申请量为例，截至2009年8月，我国专利申请累计受理量达到5413248件。实践证明，专利法的实施对于推动企业发明创造、促进科技进步和创新以及推动我国社会的发展发挥了重要作用。

随着我国企业自主创新能力的提高以及知识产权保护意识的增强，以及国际社会对专利制度的关注和修订，我国专利法面临的实践问题日益严重：如一项专利技术尽管在国外早已公开使用，却可以因专利法对新颖性的界定而在中国申请专利保护，国内某些企业一些创新程度不高的发明创造被授予专利权，导致我国专利申请和授予数量上飞速增长，而专利的质量却未能同步发展。

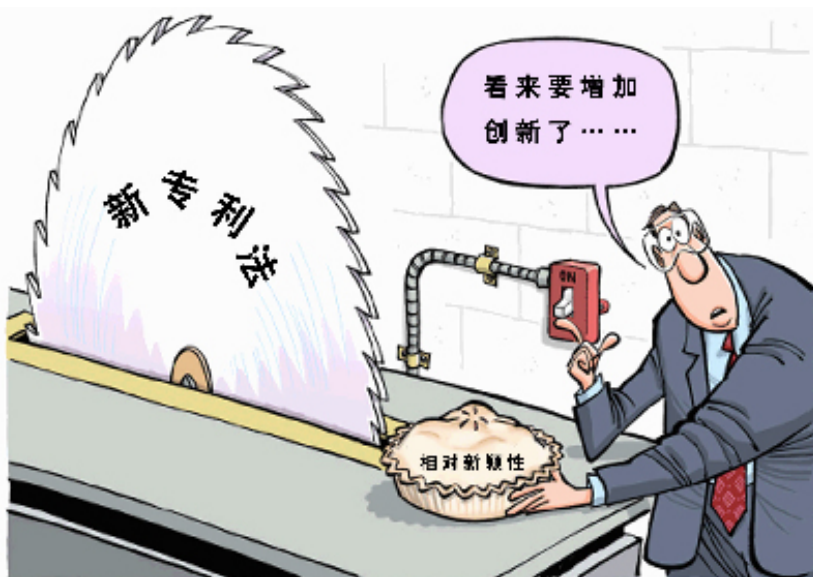
更有效的保护企业的知识产权以及专利制度在促进创新和社会发展的重要作用，全国人大常委会于2008年12月27日通过了修改专利法的决定，新的专利法于2009年10月1日起实施。

### 二、由“相对”到“绝对”的蜕变

1984年《专利法》第二十二条对新颖性进行了界定，“新颖性，是指在申

请日以前没有同样的发明或者实用新型在国内外出版物上公开发表过、在国内公开使用过或者以其他方式为公众所知，也没有同样的发明或者实用新型由他人向专利局提出过申请并且记载在申请日以后公布的专利申请文件中”。1992年和2000年专利法的修改中未涉及到新颖性的界定，本次修改采用了绝对新颖性标准，即，“新颖性，是指该发明或者实用新型不属于现有技术；也没有任何单位或者个人就同样的发明或者实用新型在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在申请日以后公布的专利申请文件或者公告的专利

文件中”，同时，对现有技术进行了界定，即，“本法所称现有技术，是指申请日以前在国内外为公众所知的技术”。由此可见，我国专利制度在设计之初是采用了混合型的新颖性标准，即，对出版物类型的现有技术采用绝对标准，也就是说在专利申请日之前，国内外任何地方的公开出版物均构成影响新颖性的现有技术；而对公知公用类型的现有技术采用则相对标准，即，在专利申请日之前，仅仅只有在中国发生的公知公用行为才构成影响新颖性的现有技术。本次修改删除了出版物公开发表的判断标准，同时对公开公用类型的现



有技术采用了绝对标准，即，在任何地方（国内外）发生的公知公用行为都不再具备新颖性。

此次有关“新颖性标准”修改的原因可以归结为四点：一、采用出版物公开的标准已不具有实际意义和可操作性，因为出版物公开与非出版物之间的界限已越来越模糊；二、对国外已经通过公开使用、销售方式为公众所知的技术授予专利权，不利于鼓励真正的发明创造；三、让国外已经能够为公众自由应用的技术在中国受到专利权人独占权的控制，会损害中国公众的合法利益；四、为我国企业宣告国外企业专利无效提供法律依据：国内企业在利用国外公开使用的证据去宣告专利权无效方面存在一定的困难，但是，如果不增加“绝对新颖性”的规定，那么即使有充分的证据证明国外企业将已经在国外公开使用的技术再拿到中国申请专利，国内企业也没有法律依据将其宣告无效，这是极不公平的，对国内企业也将更加不利。

### 三、中国企业知识产权保护路在何方

对“新颖性”标准进行修改的典型案例是日本。日本在1899年的第一部专利法中采用了“国内外公开使用”即绝对新颖性标注。在1909年将“新颖性世界公知”修改为“国内公知”，即相对性标准。在1959年，又把“相对新颖标准”改为“绝对新颖标准”并使用至今。日本对新颖性标准进行修改与本国企业的创新能力密不可分，在1909年修改为“相对新颖性标准”原因在于保护国内的发明，保证日本企业利用仿制改良的技术迅速成长，在日本成为专利强国之后，

又改为“绝对新颖性”标准。

结合我国企业目前的现状，尽管我国专利在数量上已取得了飞速发展，但从1985年4月——2009年8月国内外三种专利授权状况来看，我国国内的发明专利占三种专利的比例为43%，而外国此项比例则为57%，因此，我国目前很难说属于发明专利的强国。同时，相对于发达国家的企业而言，我国企业在知识产权维权方面经验不足，收集证据方面的困难都会使企业在知识产权保护方面面临新的挑战。

#### 第一，增加了企业获得专利授权的难度，对企业寻求知识产权法律上的保护提出了挑战

新颖性是授予企业专利权的必备条件之一，在专利法第三次修改之前，一项技术只要在国内不为公众所知，即使在国外已经通过公开使用或销售的方式为公众所知，企业仍可以在中国申请专利，并获得专利权的保护，而目前采用了绝对新颖性标准，则要求一项技术则须在国外同样不为公众所知才能获得专利权的保护，对企业而言，一方面仿制改良国外已有的技术将可能因不具有新颖新而不再受专利法的保护，进而减少了企业获得专利权的数量；另一方面，在申请专利时，国家主管部门在对新颖性审查时，还须同时审查该项技术是否在国外已为公众所知，无疑增加了审查的难度，可能会导致专利授权时间的延长，并对企业能否获得专利法的保护提出了挑战。

#### 第二，加大了中国企业“专利无效”宣告的风险

一项发明或实用新型不具备新颖性是宣告专利权无效的法律依据之一。在专利法第三次修改之前，只要满足在国内不为公众所知就具备的新颖性，而“绝对新颖性”标准则要求同时在

国外也不为公众所知。根据该项修改，国外的公司特别是跨国公司，一般具备丰富的专利实战经验，在搜集境外母公司所在国的域外证据方面存在得天独厚的优势，通过无效宣告的行政及司法途径，将很方便地宣布大量有市场的中国企业的专利无效，而同时，对这些域外证据，中国企业在核实、举证方面也同样存在很大的困难。而对于中国企业而言，由于收集国外企业公开使用的证据很难，因此，很难利用此项修改宣告对方企业的专利无效。

鉴于专利法第三次修改的立法本意之一就是激励企业的自主创新能力，因此，为应对上述知识产权保护方面的挑战，企业应改变研发观念，充分利用已有的国外技术，提高申请专利的质量。具体而言，第一，充分利用国外已有技术，提高自身创新能力。根据“绝对新颖性”标准，国外已为公众所知的技术不再属于我国专利法的保护对象，因此，我国企业应当充分利用国外已有的技术，提高自身的创新能力，而无须担心是否侵犯对方的专利权等。第二，改变研发观念，注重提升发明创造的“原创性”。如上所述，根据“绝对新颖性”标准，中国企业仿制改良外国已有的技术可能因不具有新颖性而无法获得专利法的保护，对此，企业应改变研发观念，做出技术方面的突破，走出仿制、改良的圈子。第三，建立行之有效的专利申请和管理体制，“绝对新颖性”标准对专利的申请提出了更高的要求，另外，也对企业应对专利无效宣告中提出了更大的挑战，因此，企业只有加强自身对知识产权保护的意识，才能在知识产权保护中处于不败之地。

## 【律师声音】

## “钓鱼式执法”应区别看待

■ 文 / 广东鼎为律师事务所 张茂荣律师

近来，“钓鱼式执法”迅速演变成为公共话题，并为全民所关注。从目前的情况来看，舆论几乎一边倒地质疑“钓鱼式执法”，对被钓者多报以同情心态。对此笔者表示理解，但因此而感性地、一刀切地否定“钓鱼”未免过于武断，笔者认为：钓鱼式执法的本质属于诱惑取证，鉴于查处黑车取证难度大，该取证方式未尝不可，只是应当参照“诱惑侦查”对钓鱼进行“机会提供型”和“犯意引诱型”的区分，对于因“机会提供型”的被钓者予以处罚合情合理合法，而“犯意引诱型”的被钓者本身属于受害人，不应予以处罚。

行政领域的“钓鱼式执法”在刑事侦查领域称为“诱惑侦查”、“陷阱取证”或“特情引诱”等，在毒品犯罪等案件中被长期使用（警察冒充吸毒人员向犯罪嫌疑人购买毒品，交易时突然亮明身份抓获贩毒分子，很多犯罪分子因此落网），实践中该取证手段的合法性已被司法机关认可，但在证据采信方面

则有着“机会提供型”和“犯意引诱型”的区分，对于因“机会提供型”落网的犯罪分子予以刑事追究（一般在量刑方面会予以考虑），对于因“犯意引诱型”被抓的犯罪嫌疑人除非有其他证据，一般不会认定为犯罪。

“机会提供型”是指嫌疑人有违法的行为，但苦于没有直接证据证明（如多次发现行为人涉嫌非法营运，但只有下车后乘客的单方陈述，行为人又拒不承认），为获取证据，执法人员假扮乘客与行为人交易，钓出事实真相。“机会提供型”只是给违法人员提供了一个暴露其违法行为的机会，其违法行为本来就客观存在，所以对于因此抓获的行为人予以处罚符合法律规定。

“犯意引诱型”是指行为人原本没有违法的意图，由于执法人员故意设置陷阱（如假装身体不适、有急事、或高额利诱等）致使其临时产生犯意，“触犯”法律法规。“犯意引诱型”的本质是执法人员诱惑行为人

违法，甚至故意设置陷阱陷害行为人，行为人属于受害人，执法人员行为违法，应当追究执法人员的法律责任。从报道看，上海司机张军（化名）、孙中界、陈瑞勤均属于上海执法人员“犯意引诱型”下的受害人。

综上，笔者认为：执法机构为了获取黑车非法营运的证据可以“钓鱼”，但需端正思想、明确目的，需以整治交通秩序、维护社会治安为目的，而不能以罚没获利为目的；在钓鱼前应取得被钓者涉嫌非法营运的初步证据，进行“机会提供型”钓鱼，而不能进行犯意引诱的“犯意引诱型”钓鱼，更不能栽赃陷害被钓者！在无法判断被钓者确属非法营运时，应考虑到钓鱼取证的引诱性，从宽处理被钓者，或暂不处理，在多次被钓形成证据链后予以处罚。同时认为营运行为具有连续性，偶尔一次有偿顺路搭客及不以盈利为目的合伙拼车不属于非法营运，而将自有车辆出租给相关单位属于对私有财产的合法处分，只要不违反相关规定同样合法。

## 对手机号码收费涉嫌违法

■ 文 / 金卡律师事务所深圳分所 张兴彬律师

众所周知，移动通讯运营商，为消费者提供的是通讯服务，具体内容包括：通话服务、短信服务、手机上网服务等，所以运营商也只

能针对上述服务收取费用。然而，我们却在很多地方看到，移动通讯运营商的指定售卡网点，基本上都不同程度的存在针对手机号码收费问题，尤其是所谓的“靓号”更是高得离谱。

中国的所有手机号码都是由国家信息产业部以号段的形式



分配给各移动通讯运营商的，而这些号段的产生，不存在任何成本，自然运营商也不会为此付出什么代价。既然如此，这些运营商为何还收取手机号的费用呢？是不是违法收费呢？有无物价部门的核准呢？退一步讲即便有物价部门的核准，那么物价部门不可能对什么是“靓号”及其收费标准进行核准吧？！

根据《消费者权益保护法》的规定，经营者与消费者进行交易，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用、等价有偿的原则。既然移动通讯运营商未支付成本就获取手机号段，那么就不应该收取使用者所谓的手机号码费用。



# 引入律师意见规避广告代言风险

■ 文 / 广东滨都律师事务所 柴锐律师

近年来,虚假广告泛滥不止,尤以食品药品广告害人不浅。随着《中华人民共和国食品安全法》和《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售假药、劣药刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的出台,明星代言广告的法律风险急剧上升,不仅要与广告主承担连带责任,构成犯罪的,还要以共犯论处。相比监管部门、广告经营者、广告发布者在虚假广告中的过错,无疑,明星的法律风险要重的多。

因此,笔者认为,从现在开始,为了大众的利益,为了广告法律关系中各个主体利益博弈的平衡,也为了保障明星的合法权益,立足现行立法,应该采取以下对策,以减少社会资源浪费,平息矛盾,逐步引导诚信社会秩序。

第一,国家应在产品的生产、流通等环节的行政审批上,强制要求当事人提供“律师意见”。比如监管机构、广告经营者、发布者或广告代言人,就广告主及其产品的全部或部分事项的真实性、合法性或其他查证事项,强制要求广告主提供律师意见,如“法律意见书”、“律师见证书”等。这样做的目的:1、遏制虚假广告;2、弥补形式审查的不足;3、降低审查人自身风险;4、风险转嫁。其实,这种做法在国外常见,在我国金融领域也是常态。比如公司上市审批,证监会要求上市企业必须提供律师意见,还有发改委和银行间市场的发债,上海和深圳股票交易所的审批、披露规则,上市公司股东大会等等,都需要律师意见。目前,



虚假广告成灾,吃食品有毒,吃药也有毒,不能只是事后媒体的曝光和监管查处,必须建立事前审查机制,从产品源头杜绝。在监管资源有限和专业分工的情况下,建立强制律师意见审查制度是完全必要的。

第二,在上述机制未建立前,笔者向明星们建议,若代言广告按照如下操作,可避免牢狱之灾:1、要求广告主提供律师向你本人出具的“法律意见书”,证明其产品或服务合法性和真实性;2、请你的私人律师审查广告内容的合法性;3、请你的私人律师验证广告主提交的“法律意见书”真伪,如果不是赝品,就大胆做广告吧。

## 2010年1月 实施新法新规速递

实施时间	标 题
■ 20100101	《保安服务管理条例》
■ 20100101	《政府参事工作条例》
■ 20100101	《广播电视广告播出管理办法》
■ 20100101	《道路交通事故社会救助基金管理试行办法》
■ 20100101	《中华人民共和国农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》
■ 20100101	《中华人民共和国驻外外交人员法》
■ 20100101	《放射性物品运输安全管理条例》
■ 20100101	新修改的《中华人民共和国统计法》
■ 20100101	《供电监管办法》
■ 20100101	《中国人民解放军营房建筑面积标准》
■ 20100101	《高等学校消防安全管理规定》
■ 20100101	《经营者集中审查办法》
■ 20100101	《广播电台电视台播放录音制品支付报酬暂行办法》



拍案

# CASES SAND EXAMPLES

---

SHENZHEN LAWYERS

---

用法律的利器追求正义



一直以来，雇佣未成年人从事劳动的现象层出不穷，屡禁不止，未成年人保护成为社会各界关注的重点。对此，法律明确规定了相应的保护措施。然而，当受雇佣的未成年人在被迫从事非法活动中遭受伤害又该如何救济——

## 谁为受伤的未成年人雇员买单

■ 文 / 广东深兴律师事务所 王腊清律师

### 案情 >>

谭某某原系A县一初级中学初三学生，15岁，于2005年3月25日离校出走。同年3月29日，刘某以招聘餐馆服务员为由，将谭某某带至其家中安排谭某某做家务，三天后又把谭某某安排在自己经营的发廊内做洗头工，实际上是从事卖淫活动。

同年4月13日晚，单某、许某、黄某三人来到刘某经营的发廊，欲找三名卖淫女包夜，随后与刘某谈好三名卖淫女包夜价格为600元。由于卖淫女人手不够，刘某便将谭某某和另外二名卖淫女带至单某、许某、黄某所开的宾馆三楼房间供其嫖宿，并说明谭某某是未婚女，必须增加服务费800元，单某、许某、黄某三人均同意。谭某某被奸污后第二天凌晨二点左右欲悄悄离开宾馆，但由于夜深宾馆门上锁出不了门，谭某某便翻过三楼洗手间的窗户顺着落水管道下楼，结果因其不慎摔至一楼受伤。谭某某受伤后幸亏发现及时被他人送至附近的人和医院住院治疗，被确诊为双髌骨闭合性粉碎性骨折，其伤情经法医鉴定为轻伤，伤残程度评定为九级伤残。

事发后，刘某因介绍卖淫嫖娼被公安机关处以劳动教养一年。谭某某所受伤害后的民事赔偿因双方协商未果，故谭某某一纸诉状将刘某告上法庭。

### 争议 >>

原告谭某某诉称，被告刘某以招聘谭某某到餐馆做服务员为由将其骗到刘某所经营的发廊，后采取威逼手段强迫其卖淫，为逃出刘某的控制和避免再次遭蹂躏，不得已从宾馆三楼下楼时被摔伤。刘某违反法律规定，强迫未成年的原告谭某某卖淫致其受伤，其行为严重地侵害了原告的人身自由和身体健康权，故请求法院判令被告赔偿原告因此而遭受到的医疗费、误工费、护理费、精神损害抚慰金等相关经济损失人民币106078元。

被告刘某的答辩意见是：谭某某本来就是一个不良少女，从事违法活动纯属其自愿，并非受人强迫和威逼。在从事非法活动过程中，由于自己的主观判断错误，导致其身体受到伤害，过错显然在于自己，其受到的伤害后果理当由自己承担。本人已经受到法律的制裁，承担了相应的责任，故不应再受追究。更何况被告与原告没有法律上的任何雇用关系，当然不应承担责任。

### 判决 >>

一审法院经审理后认为，原告离校出走后到被告经营的发廊做洗发女至后来的卖淫活动，根据公安机关对事发各当事人和证人的调查，尚不能确定原告离校出走和从事卖淫活动是被被告所骗或被逼的。因此，原告诉称是在被迫下从事卖淫活动的证据不足，其主张的事实不予采信。原告在与其他人从事非法活动结束后，在没有受到任何人暴力、威胁等情况下自行攀爬而摔伤，其损害事实虽然存在，但该损害结果的发生与被告的违法介绍卖淫行为没有直接或间接的法律意义上的因果关系，且原告在与其他人从事非法卖淫活动的过程中，不论是原告的直接作为行为，还是被告的违法介绍作为行为，都是不受法律保护的非法行为。同时，被告的违法介绍卖淫行为



已经受到了公安机关的处罚。因此，对原告请求被告赔偿其因受到伤害而造成的经济损失的诉讼请求不予支持，遂判决驳回原告谭某某的全部诉讼请求。

2007年4月，某市检察院就本案向某市中级人民法院提起抗诉，称被告侵犯了谭某某作为未成年人的合法权益，依照《中华人民共和国未成年人保护法》的相关规定，以原审适用法律错误，提请某市中级人民法院指令一审法院对本案进行再审。再审中，在合议庭的主持下，双方当事人达成一致调解意见，除刘某已实际支付谭某某的部分医药费、护理费外，另由刘某赔偿谭某某经济损失人民币50000元，并当庭履行完毕。

## 焦点 >>

### 一、是否应以雇员受害为由来支持谭某某的损害赔偿请求

持此观点的人认为，本案案由应为雇员受损害赔偿纠纷。

1、所谓雇员受损害赔偿纠纷，一是双方有无雇用合同（不管是口头还是书面）；二是受雇人有无报酬；三是受雇人有无提供劳务；四是受雇人是否受雇用人的监督。尤其是后二项决定了雇用关系的存在与否。本案中，刘某以招聘餐馆服务员为由，先是将谭某某带至其家中做家务，后又安排谭某某到其经营的发廊内做洗头工直至从事非法的卖淫活动，这个过程表明刘某对谭某某的工作安排是由家政服务员、洗头工到卖淫女，虽然刘某的最终目的是要将谭某某逐步引向卖淫的深渊，但在安排谭某某卖淫之前的雇用关系是显而易见的，不论谭某某的工作身份如何，也不论谭某某执行的是合法行为还是非法行为，都是在刘某的授意和指示下进行的，并受其管理和监督。从受益的角色来看，刘某始终是谭某某行为的受益人，谭某某只是从刘某之处获得自己的劳动报酬。依法而论，指派未成年人从事合法行为致其损害尚且应当赔偿，刘某指使未成年人谭某某从事非法活动致谭某某受伤则更应当予以赔偿，因为雇主授意雇员行为的合法性与否是不能否定双方事实上存在的雇用关系的，且法律也没有明确将雇用关系中执行雇主指示的行为界定为必须是合法行为。因此，本案应以雇用关系为基础来确定被告刘某的赔偿责任。

2、雇用关系侵权责任的归责原则究竟应适用无过错责任原则还是适用过错推定责任原则，实践中尚存分歧。多数国家采用的是过错推定责任，即考察雇用人主观上是否有过错。雇用人的过错主要表现在对受雇人的选用、监督、管理上的注意义务。过错推定责任允许雇主通过举证证明自己没有过错来获得免责，如在对雇员的选用或监督过程中已尽到了合理的注意义务。本案中，雇主刘某明知谭某某是一名未成年人而违法雇用，并有意指使未成年的谭某某从事非法的卖淫活动，主观上存在重大过错，显然不能免责。故应以雇员受害为由来支持谭某某的损害赔偿请求。

### 二、是否该驳回谭某某的诉讼请求

有人认为，本案既不符合一般侵权责任的构成要件，也不符合特殊侵权的法律特征。一般侵权责任的构成要件有四：A、违法行为；B、损害事实；C、因果关系；D、主观过错。归责原则适用过错责任原则，侵权责任形态为直接责任形态。由此分析本案，被告刘某实施的违法行为是，雇用未成年的谭某某并介绍其从事卖淫活动从中收取嫖资而获利；损害事实是谭某某在卖淫的过程中从楼上摔下致伤；因果关系中虽然被告刘某介绍谭某某的卖淫行为并不必然导致谭某某摔伤的结果，不存在直接的因果关系。但依据相当因果关系规则，其大前提是依据一般的社会经验，该种行为能够引起该种损害结果。现实生活中，该行为也确实引起了该损害结果，则该行为是该损害事实发生的适当条件，二者之间具有相当因果关系。由此，被告刘某的介绍卖淫行为与谭某某被摔伤的损害结果之间也不存在相当的因果关系。总之，被告刘某的违法行为并不必然地产生



谭某某受损害的结果，二者之间欠缺行为与结果之间的因果关系，不符合一般侵权责任的法律特征。

那么，本案是否构成特殊侵权责任呢？针对本案谭某某起诉的事实，与之相近的特殊侵权形式就是雇佣关系。从形式上看，被告刘某雇用原告谭某某在其经营的发廊做洗头工，符合雇佣关系的特征，我们可以将二者的关系视为雇佣关系。法律上考量雇主责任的关键问题，就是雇员是否在执行职务的过程中受到损害。本案原告谭某某卖淫所得的嫖资由雇主刘某收取，然后从雇主刘某手中获取报酬，这说明谭某某的卖淫行为与雇主刘某的指示要求是一致的，这一行为是否属于执行职务的行为呢？最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称法释[2003]20号）第9条规定，从事雇佣活动是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。既然是“生产经营活动或者其他劳务活动”，依法就应当是建立在合法基础之上的关系。而本案的雇佣关系，则是以合法的形式掩盖非法目的，即以洗头工为名，行卖淫之实，是一种非法的雇佣关系。法释[2003]20号之解释界定的雇佣活动为合法的雇佣关系而非非法的雇佣关系。鉴于此，谭某某的侵权损害赔偿之诉，既不符合一般侵权责任的构成要件，亦不符合特殊侵权的法律特征。故应当驳回谭某某的诉讼请求。

### 三、检察机关以刘某侵犯了谭某某未成年人合法权益为由支持谭某某的请求提起抗诉是否不当

谭某某所受到的伤害，依法而论理应得到赔偿。理由如下：1、谭某某作为一名未成年人，不仅其认知能力和辨别能力有限，而且欠缺其自我控制和自我管理的能力。被告刘某正是利用了谭某某作为未成年人不懂事的这一特点，诱劝谭某某从事违法的卖淫活动，致使谭某某在从事卖淫活动后心理上产生害怕而逃跑时受到损害，客观上与被告刘某的介绍卖淫行为之间具有不可分割的内在联系。原审认为谭某某系在从事非法活动结束后，在没有受到他人暴力、威胁等情况下自行攀爬过程中受伤的，应当由自己负责的理由不充分。谭某某在从事非法活动中受伤，是一个连续不断的过程，不应以非法行为的结束而结束。正是因为有了这一非法的卖淫行为，才导致发生后来攀爬行为。我们不能以一个正常成年人的思维方式来要求一个未成年人应当注意的义务。《中华人民共和国未成年人保护法》第28条规定，任何组织或个人不得招用未满16周岁的未成年人。第47条同时规定，侵害未成年人的合法权益，对其造成财产损失或者其他损失、损害的，应当依法赔偿或者承担其他民事责任。被告刘某明知谭某某为未成年的在校初三学生，利用谭某某缺乏辨别是非和自我保护的能力之情形，故意雇用并怂恿谭某某从事非法的卖淫活动，且导致谭某某在从事卖淫活动的过程中受到意外损害，理应承担谭某某因此而遭受到的一切经济损失的责任。

2、其实，被告刘某应对谭某某承担责任的关键并不在于雇佣关系，而在于谭某某是一名未成年人这一事实。被告刘某雇用未成年人谭某某从事违法卖淫活动，其主观过错是显而易见的，应以其过错来确定被告刘某的赔偿责任，而不是无过错责任。对于雇佣关系侵权行为的归责原则，我国一般采严格责任原则，即无过错原则。不论雇主是否有过错，都应当承担责任。如果说本案中的谭某某是一个成年人，且其他情形都一致，雇主就不应对谭某某在卖淫过程中受到的伤害承担责任。而本案中的原告谭某某是一个未成年人，且是被告刘某以雇用方式来怂恿谭某某从事非法的卖淫活动的，依照我国《未成年人保护法》的相关规定，检察机关以被告刘某侵犯了原告谭某某未成年人合法权益为由支持谭某某的请求提起抗诉有理有据。

## 结果 >>

综上所述，被告刘某的介绍卖淫行为，既违反了行政法规，又构成民事侵权。属于行政违法与民事违法之竞合，刘某除要接受行政违法的惩处外，还应承担因民事违法的赔偿责任。故原审以被告刘某的介绍卖淫行为已受到了公安机关的处罚为由驳回谭某某的诉讼请求是于法无据的，不能成立。另外，认为被告刘某的介绍卖淫行为与原告谭某某的卖淫行为都是非法行为而不受法律保护的观点显然欠妥，因为原告谭某某受到人身损害要求获得赔偿是未成年人的合法权益，依法理当受到保护。二者有质的区别，不能混为一谈。因此，笔者赞同“应以雇员受害为由来支持谭某某的损害赔偿请求”之观点。



■ 文 / 广东宏海律师事务所 王建中律师

## 婚姻“触礁”的法律救济

2009年初的一个上午，一位中年妇女匆匆约见笔者，十分焦虑的讲述着自己一段不幸的婚姻。1994年，夫妻两人辞去老家的工作来到深圳创业，经过几年打拼，丈夫总算事业有成，夫妻也过上相对富裕的生活，可爱的女儿也到国外读书了。本该舒心的生活却划上了感叹号，2007年初，她的丈夫开始与她人非法同居，夫妻感情急转直下，国外的女儿也受到极大的心理创伤，不能正常学习，无奈长期休学在家。2005年5月，丈夫向人民法院起诉离婚，人民法院以夫妻系自由恋爱，有感情基础，尚有和好的可能，判决不予离婚，但丈夫执意妄为，继续与第三者非法同居，在2007年7月，丈夫用夫妻共同财产作首期，并到银行贷款按揭购买一套复式房，开始稳定，长期，公开共同生活。

### 法律救济途径

第三者如此猖獗，合法配偶无可奈何！是法律没有规定，还是法律实施出现问题？如何维护合法婚姻，如何利用法律救济途径保护婚姻无过错方的合法权益，笔者有以下几点看法：

#### 一、向基层人民法院自诉

依照《刑法》关于重婚犯罪的规定，该妇女有关于丈夫涉嫌重婚的犯罪证据，但举证责任艰巨，必须达

到证据确实充分的程度。依据《刑事诉讼法》可以向基层人民法院自诉请求追究被告的重婚法律责任，这场官司打下来，不论输赢，丈夫，妻子十有八九要离婚。

评论：此举有意无意的保护了第三者非法同居关系，对合法婚姻是一种伤害，属无奈之举。

#### 二、向公安机关报案

依照相关法律（六部委规定）被害人没有丈夫涉嫌重婚的犯罪证据，

但重婚的犯罪事实却存在，被害人在客观现实里取不到证据，包括聘请律师也取不到证据，依法可以到公安机关报案，公安机关应当立案侦查，在法定期间犯罪事实清楚，证据确凿的，按照被害人意思自治原则，被害人可以向人民法院直接起诉，也可以由公安机关向检察机关移送起诉，被害人也可以随时申请撤回立案，撤回起诉，撤回自诉。

评论：公安机关的参与，有意无意地伤害夫妻感情，助长非法同居关系，也是在保护第三者的非法利益。

三、依照《婚姻法》，被害人可以原告的诉讼地位，向人民法院起诉，申请判决离婚，解除合法夫妻关系，虽然被害人受婚姻法的保护，在夫妻财产分割上可以分割一半夫妻财产，以《婚姻法》第十六条规定，有下列情形之一的，导致离婚的，无过



错方有权请求损害赔偿：

- (一) 重婚的；
- (二) 有配偶者与他人同居的；
- (三) 实施家庭暴力的；
- (四) 虐待，一起家庭成员的。

评论：无论婚姻法怎么保护被害人，都是以伤害合法婚姻为代价，对有配偶与他人非法同居的，无配偶与有配偶者非法同居的，对婚外恋第三者没有任何伤害和惩罚。合法婚姻的解除，无疑为非法同居转化成合法婚姻铺平道路。

四、最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（二），法释【2003】19号。第一条：当事人起诉解除同居关系的，人民法院不予受理。但当事人请求解除的同居关系，属于婚姻法第三条、第三十二条‘第四十六条规定的“有配偶者与他人同居”的，人民法院应当受理并依法予以解除。

笔者认为，1：非法同居可划分为，双方均符合结婚法律规定到条件，但没有办理结婚登记，按现行婚姻法的规定，把非法二字去掉，无所谓合法与非法，按照意思自治原则，可以婚姻同居，也可以非婚姻同居，法律不支持也不禁止，更不予以干涉，也就是说，公安机关不受理，不干涉。但是非婚同居是有法律风险的，一旦同居者发生矛盾，没有办法继续同居下去，人民法院不予受理，其他国家机关也不处理，同居者按同居者的意思表示，可以自动解除，因为没有婚姻证书，所以不受婚姻法保护，同居期间的财产不按夫妻共有财产分割，按一般共有财产分割处理，一方同居者举证，谁收入的多，谁分得多。一般情况下对女方特别不利。2：不符合婚姻法规定条件的非法同

居，如同居者不够结婚年龄同居；三代以内近亲同居，包办，买卖，强迫同居，是非法同居，应当予以解除，但是均不构成重婚罪。3：有配偶与他人非法同居，无配偶与有配偶的他人同居，涉嫌构成重婚罪，也可以认定为婚外非法同居。

评论：重婚已经论述，不再赘述。重点探讨非法同居的诉讼程序及法律后果。谁可以向人民法院起诉解除非法同居关系，也就是说，谁有诉讼主体资格，笔者认为，应该是非法同居关系的双方，是合法的配偶，其他人不可以起诉。

非法同居关系双方不愿保持非法同居关系，可以协商自愿解除，孩子抚养参照婚生子女处理，同居期间的财产分割，按一般共有财产处理。非法同居关系一方不愿解除非法同居关系，向人民法院起诉，人民法院应当受理并依法予以解除非法同居关系。

合法配偶可否起诉解除自己的配偶与他人非法同居关系呢？从婚姻法解释二来理解，完全是立法本意，是立法精神希望调整的范围，如非法同居着双方均有合法配偶，双方合法配偶均可以起诉，请求解除配偶的非法同居关系，维护自己的合法婚姻关系。

## 司法实践探讨

中国的《刑法》，行政法规，民事法律规范均没有对婚姻外第三者有任何制裁，仅仅靠道德制裁，议论监督是不够的，所以第三者如此猖獗，合法配偶无可奈何。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（二），法释【2003】19号。第一条：当事人起诉解除同居关系的，人民法院不予受理。但当事人请求解除的同居关系，属于婚姻法第三

条、第三十二条‘第四十六条规定的“有配偶者与他人同居”的，人民法院应当受理并依法予以解除。这是唯一调整和制裁婚姻外第三者的法律依据，在司法实践中非常重要，合法的婚姻保护又多了一道屏障，如果配偶发现自己的配偶与他人有非法同居关系，为了保护自己婚姻不受侵害，可以先提起解除配偶的非法同居诉讼，不提离婚之诉，对婚姻先予以保护，把非法同居配偶和第三者列为被告。

1：人民法院依法立案后依程序先向被告送达法院传票，被告接到传票，思想会受到很的震撼，也会有激烈的思想斗争，有一部分第三者就会放弃这个社会恶习，核算一下司法成本，自动解除非法同居，合法婚姻就多了一道保障。2：婚姻外第三者开庭作被告他要答辩，一是承认是第三者，并和非法同居另一方有很深的感情基础，如有这样的陈述，对合法配偶非常有利，夫妻感情彻底破裂的，提起下一个离婚诉讼，合法配偶以配偶与他人非法同居有过错，可以要求损害赔偿，多分财产，对配偶也是经济惩罚，这是有配偶与他人非法同居离婚的经济成本；二是第三者不承认自己是第三者，作为被告他要答辩，不承认有非法同居的事实，当面说假话，也是非常痛苦的事，免不了说一些伤非法同居另一方感情的话，对合法配偶非常更有利，合法配偶可以维护合法婚姻；三是被告不出庭，或不敢出庭，被告放弃答辩的诉讼权利，原告举证责任就会降低，很容易胜诉，拿到一份解除第三者非法同居的生效判决书，如配偶继续与第三者非法同居，就拿出判决书到公安机关报案，公安机关就会对非法同居者予以处罚，或以重婚罪追究其法律责任。



---

SHENZHEN LAWYERS

---

用法律思维指导实践



■ 文 / 广东中安律师事务所 钟胜荣律师

# 这种买卖，我反对

## 一、关于“出租人未提前通知承租人的房屋买卖应否认定为无效”的立法变迁

“承租人的优先购买权”属于形成权。国务院《城市私有房屋管理条例》第十一条及《中华人民共和国合同法》（下称“《合同法》”）第二百三十条均规定，房屋所有人出卖出租房屋，应提前一定期限通知承租人，在同等条件下承租人享有优先购买权，但上述两规定均没有规定出租人未提前通知承租人的，其与第三人的房屋买卖就无效。在此前长时期内，人民法院判定侵害承租人优先购买权的房屋买卖无效的法律依据是最高人民法院于1988年发布的《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）》（下称“《民法通则意见》”）第一百一十八条规定（即“出租人出卖出租房屋，应提前三个月通知承租人，承租人在同等条件下，享有优先购买权；出租人未按此规定出卖房屋的，承租人可以请求人民法院宣告该房屋买卖无效”）。然而，该院于2008年12月发布法释[2008]15号文《关于废止2007年底以前发布的有关司法解释（第七批）的决定》废止了该规定；紧接着，该院于2009年7月30日发布了《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》（下称“《租赁合同纠纷解释》”），其第二十一条规定：

“出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形，承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持”，此规定明确宣告未提前通知承租人或存在其他侵害承租人优先购买权情形的房屋买卖仍为有效。由上述变迁可见，在经过21年（从1988年至2009年）后，最高人民法院对上述问题的意见发生了根本性转变，即从“认定无效”转变为“认定有效”。

## 二、《租赁合同纠纷解释》第二十一条规定体现了社会发展潮流和科学的立法价值取向

基于保护交易安全、秩序和维护合同严肃性的原则及其他原因，无论出租人未提前通知承租人的房屋买卖是否已办理过户登记手续，都不应再认定为无效或可撤销。

笔者认为，《租赁合同纠纷解释》第二十一条规定有很大的突破和飞跃，体现了社会发展潮流和科学的立法价值取向。无论未提前通知承租

人的房屋买卖（下称“此类买卖”）是否已办理过户登记手续，都不应再认定为无效或可撤销，理由如下：

### （一）此类买卖并不能表明出租人与承租人恶意串通损害承租人的利益（优先购买权）。

依照法律规定，提前通知承租人的义务主体是出租人而非作为买方的第三人；在出租人与第三人订立的买卖合同中，往往也是作了同样的约定，故第三人无义务、也无权利通知承租人。而从文义上看，所谓“恶意串通”是双方或多方努力沟通后共同、积极地作出某种行为，主观上各串通人必须具有共同的故意。如前述，第三人对于“不提前通知承租人”本身并没有任何过错（因为其本不负通知义务），故不能认定此行为是出租人与第三人恶意串通所为，进而援引《合同法》第五十二条第（二）项规定认定此类买卖无效。

### （二）此类买卖并未违反法律、行政法规的“效力性强制规范”。

日本、我国台湾地区的法律界将法律上的强制性规定区分为“效力性强制规范”和“取缔性强制规范”，认为只有违反前者的合同才会被认定为无效，而违反后者则不会导致合同无效、只会面临某种行政处罚或承担其他民事责任。近年来，我国



大陆地区越来越多的学者（如王利明先生）也持此观点，笔者亦赞同，毕竟目前我国法律、行政法规中存在着大量的强制性规范，违反强制性规范的合同的具体情况不同，侵害的利益也不同，有的合同并非只有宣告无效才能达到制裁目的，此时，如果不分违反的强制性规范的性质而一概将这些合同认定为无效，将产生大量无效合同，损害许多无辜当事人的利益，也会造成社会资源的浪费和交易秩序的混乱。事实上，近年来最高人民法院的司法解释规定也顺应了上述潮流，如该院2009年《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第十四条明确规定：“合同法第五十二条第（五）项规定的强制性规定，是指效力性强制性规定”，进一步在立法上认可了上述观点。

那么，具体到国务院《城市私有房屋管理条例》第十一条规定和《合同法》第二百三十条规定而言，究竟是属于“效力性强制规范”还是“取缔性强制规范”？我们认为，第一，上述规定均没有明确规定出卖人未履行此义务的买卖合同即无效；第二，出租人未履行此义务的买卖合同仅是

侵害到承租人的合法权益，未损害国家利益和社会公共利益；第三，对于出租人未履行此义务的买卖合同，承租人为保护自己的合法权益，可主张损害赔偿（详见本文第三大点第所述），并非只有通过主张无效才能保护自己的权益；第四，从优先购买权的立法目的和背景变迁来看，《民法通则意见》第一百一十八条之所以规定未履行提前三个月通知承租人的买卖无效，是为了确保承租人实现优先购入承租房屋的目的，这是基于保障其居住权的需要，然而随着我国住房制度商品化改革的逐渐深入，商品房建设步伐加快，承租人的选择空间加大，已经不会再因为购买不到承租房屋而陷入“无房居住”的状态，正是基于上述改变，《合同法》第二百三十条没有再规定未提前通知承租人的买卖作无效处理、以确保承租人购入承租房屋，这是顺应时代潮流的，故我们不能再将该条规定作扩大化解释，赋予承租人无效请求权，否则就会违背该条规定的立法目的。综上，上述规定不属于“效力性强制规定”，故不宜再以违反上述规定为由宣告此类买卖无效。

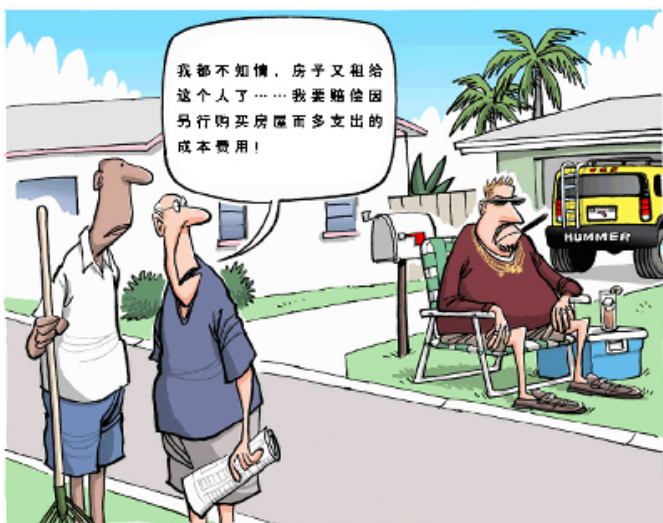
中常出现两类不诚信的情形：一是有的承租人明知自己不具备购买能力或者根本不想购买房屋，但因为对出租人或已登记过户的第三人（买受人）心存怨恨，故出于报复目的，仅以出租人未提前通知为由起诉要求判决出租人与第三人的买卖无效，并不起诉要求判决自己以同等条件购入房屋；二是承租人基于与第一类情形同样的理由和动机，在诉求判决出租人与第三人的买卖无效时，还提出以同等条件购入承租房屋的诉求，但法院判决全部支持后进入执行阶段时，承租人又无力或拒绝支付价款。

上述第一种情形给出租人造成的被动局面是：根据“不告不理”的原则，法院仅判决出租人与第三人的买卖无效，不能另行判决承租人以同等条件购入房屋，这样，出租人不能再向第三人出售房屋（即：未办理过户手续的不得继续办理，已办理的须从第三人名下过户回出租人名下），而此时承租人又不愿意购入房屋，所以出租人只得重新出售，并须遵守提前通知承租人的规定，这就大大增加了交易成本，甚至还会丧失宝贵的商业机会。第二种情形给出租人造成被动的局面是：法院虽已判决承租人以同等条件购入房屋，但由于承租人无能力履行，故该判决还是无法执行，出租人出售房屋、收取价款的目的仍然落空，而且比第一种情形更为尴尬的是：法院已判决将房屋出售给承租人，他已无法再另行出售，只能坐等承租人支付价款、履行判决。综上，为保护出租人的合法权益，防止不诚信的承租人滥用权利，不应将此类买卖认定为无效或可撤销。

**（四）是保护相对人即第三人的合法权益（主要是违约责任请求权）**

**（三）是保护出租人合法权益、避免增加交易成本，防止不诚信的承租人滥用权利的需要。**

在此前《民法通则意见》第一百一十八条未废止的时期内，由于承租人手握“无效请求权”的利剑，在实践



的需要。

大多数情况下，对于未提前通知承租人，第三人往往是善意的，表现在：第一，有的情况是出租人故意隐瞒真相，不告知第三人房屋负有租约，此时第三人若未实地察看房屋，便无从知晓；第二，有的情况是第三人知道房屋负有租约，但出租人已明确承诺会履行通知承租人义务，甚至向第三人保证“在签署合同后\*日内将出售事实通知承租人并向第三人提交承租人亲笔签署的《放弃优先购买权声明》”，或“在签署合同后\*日内解除租赁合同，若承租人主张优先购买权导致第三人无法购入房屋，将无条件向第三人承担违约责任”，并将上述内容载入买卖合同，此时第三人有充分理由信赖出租人会解决好承租人优先购买权的障碍。在上述情况下，如果将出租人与第三人的买卖认定为无效或可撤销，根据《合同法》第五十六条规定，他们之间的买卖合同自始没有法律约束力，善意第三人便无权再向出租人主张违约责任，而只能根据《合同法》第四十二、五十八条规定主张缔约过失损害赔偿（往往仅限于订立合同和准备履行合同过程中实际支出的费用赔偿），这对第三人极不公平。

### （五）是保护市场交易安全、秩序和维护合同严肃性的需要。

财产关系的安全包括静态安全和动态安全，在当前市场经济高速发展的形势下，维护财产动态安全即交易安全尤为重要。试想，如果赋予承租人无效请求权，那么买方欲购买房屋，就要顾虑所有权人有无提前通知承租人，而自己对此通知义务又无法控制、无权代劳，这样就等于让合同的效力和自己的合法权益完全交给

房屋所有权人掌控，如此一来，他还敢放心购买房屋吗？如果房屋已经过户至买方名下，只是因为卖方没有提前通知承租人，又被判决为无效，须过户回卖方名下，这岂不是对社会资源的严重浪费、对买方交易信心的沉重打击？长此以往，市场交易安全和秩序如何保障，市场商品如何实现自由、高效流通，合同法鼓励交易的基本原则如何贯彻？综上，不应再赋予承租人请求出租人与第三人买卖合同无效的权利，否则便是法制进程的倒退。

### 三、对于出租人出卖租赁房屋未提前通知承租人引发的纠纷案件，笔者认为：结合《租赁合同司法解释》第二十一条规定，在认定出租人与第三人的买卖仍有效的前提下，为保护第三人和承租人的合法权益、衡平各方利益，应区分实际情况作如下处理

#### （一）在出租人与第三人的买卖合同已生效但尚未办理产权过户登记手续的情况下：

对于出租人出卖租赁房屋未提前通知承租人的情形下承租人享有的权利救济途径，《租赁合同司法解释》第二十一条仅规定“承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持”，即仅享有“请求损害赔偿”一种救济途径（换言之，如果承租人请求以与第三人同等的条件优先购入租赁房屋，则法院不一定支持），笔者认为，这是远远不够的，为落实法律“承租人在同等条件下享有优先购买权”的规定，应当赋予承租人在出租人与第三人的房屋尚未办理过户登记手续的情况下仍可以主张以同等条件优先购入租赁房屋的权利，即：承租人无权诉请判决出租人与第三人的买

卖合同无效或撤销该合同，但可诉请判决以出租人与第三人买卖合同约定的同等条件优先购入房屋，法院亦应支持承租人的该项请求。但应当强调的是，为防止出现本文第二大点（三）点所述情况，判决书应按照出租人与第三人的买卖合同的约定详细判决出租人和承租人履行各自义务的时间、方式（如出租人注销抵押登记的时间，承租人支付定金和首期款的时间，承租人申请银行按揭贷款的时间，等等，以便执行），同时还应特别指明：承租人不按合同约定时间付款或办理相关手续的，即视为放弃优先购买权，出租人可逕行继续履行与第三人的买卖合同。另外，由于承租人已主张优先购买权，第三人可以出租人构成违约、无法向自己出售房屋为由向出租人主张违约责任。

#### （二）在出租人与第三人的买卖已办理产权过户登记手续的情况下：

此情形下承租人无权再诉请行使优先购买权，那么，如何保护承租人的合法权益？笔者认为，在《租赁合同司法解释》第二十一条基础上，承租人可请求出租人承担以下赔偿责任：一是诉请赔偿承租人因另行购买房屋而多支出的成本费用（主要为支付给地产中介公司的佣金报酬，还包括因另行察看房屋产生的交通费、误工费）；二是诉请赔偿房屋差价损失，即若承租人起诉时涉讼房屋的市场价（具体由法院委托评估机构评估）高于出租人出售给第三人的售价，则以该差额为据判赔，若起诉时该房屋的市场价等于或低于出租人出售给第三人的售价，则视为承租人无房屋差价利益损失，对其该项诉求不予支持，仅支持其第一项诉求。



■ 文 / 广东君言律师事务所 孟凡要律师

# 美国劳动法的 “三原则”及启示

## 一、自由雇用原则

自由雇用，是指雇用关系一般是没有确定期限的，任何一方都可以在任何时候以任何理由——好的理由或者坏的理由、甚至没有理由而终止雇用关系，且并不因此而承担法律责任。美国经济学界的主流看法是，自由雇用原则对增强雇员的流动性、维持劳动力市场的灵活性，促进劳动力市场规模不断增长、以及对企业和经济的发展很有益处。

从美国劳动立法和司法判例来看，几乎所有的劳动制定法和判例法均以此为基石，注重发挥劳动市场对劳动关系的自发调节作用，而制定法和司法判例的作用仅在于对劳动关系双方作出必要的调整，以保持双方在劳动关系上势均力敌。比如，关于劳工关系的立法，1935年华格纳《国家劳工关系法》对工会加以特别保护，规定了其集体谈判权、罢工权、一致行动权，对传统上的强势方—资方，加以规范、约束，以适应美国经济大萧条时期的创造就业机会、促进经济发展的需要；但是此法对于工会权利规定较为宽泛，客观上促进了工会的迅速发展和壮大，美国三、四十年代，劳工运动风起云涌，雇主闻风色变、采取种种手段加以打压，劳资关系处于剧烈的对抗和动荡状态；为此，二战一结束，1947年塔夫脱—哈特莱法《劳资关系法》匆匆出台，百般限制工会的权利，如：禁止“间接抵

制”，禁止工会实行“封锁工厂制”，容许各州制定所谓“劳动权法”，以取消“工会工厂制”，等等，劳工运动受到一定程度的抑制；此后，工会活动由于长期缺乏有效的监督制衡机制，产生了腐败、低效、管理混乱等状况，为此，1959年，国会又制定了兰德勒姆—格里芬《劳资关系报告与批露法》，主要内容是加强政府对工会内部事务的监督。又如，关于各种反就业歧视的制定法，也充分重视发挥市场机制的调节作用，其特点之一就是严格限定法律、法令的适用范围，对于劳资关系能够自发达到平衡状态的领域，法律不作深究。一是对规模小、人数少的企业组织，劳动关系平衡由当事人意思自治。二是在美国反就业歧视的劳动法律、法令和判例中，允许资方以“商业必须”作为正当的抗辩事由。所谓“商业必须”事由，是指雇主负担举证除非采取被指控的行为，就无法安全、高效的生产经营，故此种做法构成正常的“商业必须”（BFOQ）。典型的BFOQ包括：驾驶员、飞行员的强制退休年龄，男装企业雇用男模特推销服装，少数族裔企业雇用会本族语言的少数族裔的员工等等。

美国这种被动式的立法对于劳资关系的

调节有时会“矫枉过正”，产生了“钟摆式”效应，使劳资关系平衡处于紧张状态。但是立法者对于市场调节的充分理解、尊重和运用，还是值得我国劳动立法反思和借鉴的。如我国《劳动合同法》第二条规定：中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。此条规定的法律适用范围有过于宽泛之嫌，对于劳资关系协调不仅没有起到应有的作用，反而产生不利的影响。首先，在不少个体工商户、承包经营户、以及规模小的合伙企业或家庭企业中，劳资双方一般而言处于均势，没有一方处于绝对的控制地位，实无加以立法规制的必要。强行将其纳入法律规范的范围，立法本意虽然积极，但是实际上却容易产生预料不到的后果。其次，《劳动合同法》颁布后，用人单位必须与劳动者签





订劳动合同，否则可能遭受行政处罚和支付双倍工资的不利后果，但是在不少个体经济组织乃至民办非企业单位中，却出现员工单方面不愿意签订劳动合同的情形。究其原因，在餐饮、纺织、加工制造等行业，员工自由流动意愿强，而强行签订合同必然限制其择业自由，此外还与社会保险费政策有关，很多员工认为，虽然合同约定企业要为员工办理社会保险等，但员工个人应缴部分要从工资中扣除，每月要扣几十甚至100多元，“划不来”。今后到其它地方去找到新的工作“另谋高就”，如果不续保，这些钱就作了“贡献”，也对员工产生不利的影响。

## 二、就业机会平等原则

机会平等原则的精神实质，依然是对市场调节机制的理解和运用。既反对雇主滥用雇用、管理权利，也反对将雇员各种权利福利化，而是苦心在其中寻求平衡，排除身份、性别、年龄、肤色、宗教信仰等不相关因素的影响，促使企业最优化地运用人力资源，合理地进行管理决策，最终实现结果上的公平。

反观我国的劳动法立法理念和理论，往往只注重强调劳动者在劳动关系中所处的弱势地位，倡导所谓的实质平等、倾斜保护原则。如《劳动合同法》中规定订立书面劳动合同是建立劳动关系的基本要求，扩大了无固定期限劳动合同的适用情形，细化劳动合同解除的情形和程序，限定了劳动者承担违约金的范围，等等。且先不论实质平等、倾斜保护的确切含义为何，单其字面意义即让用人单位感到如坐针毡。《劳动合同法》出台前后，先是2007年9月底有消息传出，深圳华为技术有限公司鼓励7000余名工作满8年的老员工，在2008

年元旦前都要办理主动辞职手续，竞聘后再与公司签订1-3年的劳动合同。2007年10月22日，沃尔玛全球采购中心发出裁员通知，全球共有200多名员工将被“无原则解雇”，其中中国员工占总数一半左右。这两家公司的劳动者原为立法所要保护的对象，反而成为公司规避法律的受害者，之所以出现这种情况，恐怕还是立法理念上存在着偏差。究其原因，劳资关系的平衡关系应当主要通过市场调节来实现，政府的立法保护作用毕竟有限，单凭一部《劳动合同法》是难以创造出真正的实质平等的劳动关系的。

## 三、实质公平、结果公平原则

1960年以前，就业不平等现象在美国社会中比比皆是。对此，美国总统约翰逊表示：“我们寻求的不仅仅是权利上或理论上的平等，而是实际意义和结果意义上的平等”。此后，一系列旨在保护劳工权利的平等就业机会法律、法令相继出台，禁止雇员年龄、种族、肤色、国籍、性别、身体缺陷等方面的差别待遇。为落实1964年《民权法》第七章以及其他相关各项法令，美国专门设立了公平就业机会平等委员会，其主要职责为：一是负责监督公平就业机会有关法律法令的监督执行，接受有关投诉、调解劳动纠纷；二是对1964年《民权法》第七章以及议会有关立法进行具有法律效力的解释；三是对美国境内有100名以上企业、组织每年收集其不同部门女雇员和有色人种雇员的数量、构成等信息，一经发现雇用歧视现象，可通过诉讼加以矫正。

美国重视实质、结果公平的原则主要体现在：首先，美国不同的劳动立法规范不同的劳动事项，由不同的行政机构负责实施，保证了法律上的

有效实施。如1938年《公平劳动标准法》规定了工资、工时和童工制度，执行机构为联邦劳工部所属的工资工时处；1990年《残疾人保护法》规定了反就业歧视，执行机构为平等就业机会委员会等等。另外，美国联邦政府各执行机构还设立了调解和解委员会，以调解和解方式处理劳动争议。其次，执行程序明确规范，保证执法必严、违法必究。如平等就业机会委员会（下称：EEOC）的执法程序主要分为以下几个步骤：1、雇员在寻求公平就业的联邦法律救济时，应当于歧视或骚扰发生的180天内书面向EEOC提出遭受歧视或骚扰的指控。2、EEOC将于6个月内进行调查，视情况举行“事实调查会议”，召集双方通过调解方式解决纠纷。3、6个月调查期满之前，EEOC可以作出以下三种裁决：有可能的事由、没有可能的事由或未发现事实，同时，向该雇员发布“起诉权”证书。4、该雇员可持“起诉权证”向联邦法院于发证后90内提起私人的诉讼请求。

长期以来，我国劳动立法对于劳动者的权利列举不可谓不全、倡导力度不可谓不大，但是由于种种原因，劳动者的法律权利多停留在纸面上、墙面上，很难得到真正落实。改变这一现状的有效途径之一，就是加强行政执法，将法律规定的劳动者保护权利落到实处。同时，劳动权利保障涉及面广，内容庞杂，不可能由某一个行政机构来全面负责、包打天下。如何借鉴美国劳动执法的做法，根据我国劳动者权利保护的实际情况，将《劳动法》、《劳动合同法》等法律、法规和政府规章所规定的法律权利合理分解到有关部门，并赋予其相应的权力、职责，保证有法必依、执法必严、违法必究，成为迫切需要重视和解决的问题。

# 浅析无意思联络 共同侵权行为

■ 文 / 广东君诚律师事务所 周天梦律师 孙淑杰律师

## 一、概念解读

共同侵权行为指两个或两个以上的行为人基于共同的故意或过失共同实施的侵犯他人的合法权益，造成损害的行为。然而，当数个侵权行为人之间既无共同故意，也无共同过失，但其共同侵害行为在客观上造成了他人合法权益的损害时，是否仍然构成共同侵权行为呢？答案是肯定的。对于共同侵权行为之“共同性”的理解，理论界向来有主观说和客观说两种学说。主观说认为，共同侵权行为的本质特征在于数个行为人对于损害结果有共同过错。共同过错包括两种情形：一是共同故意，二是共同过失。客观说认为，对共同性的理解不应限于主观方面，即使数个行为人没有共同过错，但他们的侵权行为在客观上致人损害时，仍构成共同侵权。对此，学者们赋予其一个新的名称——无意思联络的共同侵权行为，它具有以下特点：

（一）主体方面。它的主体是复合的，即为两个或两个以上的民事主体，包括自然人和法人。

（二）主观方面。侵权之数人之间没有共同过错。共同侵权人主观情况的特殊性使归责具有难度。

（三）客观方面。数人分别实施了加害行为，且数人的行为相互联系，相互作用，形成一个有机体，共同构成一个致损的原因。

（四）客体方面。它侵害了他人的合法权益，造成了一定程度的人身或财产的损害后果。

## 二、立法缺陷

目前我国对于共同侵权行为的规定见于《中华人民共和国民法通则》（下称“民法通则”）和《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（下称“司法解释”）。

民法通则第一百三十条规定，二人以上共同侵权造成他人损害的，应当承担连带责任。但这一条文只是概括地说明了一般共同侵权行为的归责问题。

能给我们一些启发的是司法解释的第三条。该条第一款规定，二人以上共同故意或者共同过失致人损害，或者虽无共同故意、共同过失，但其侵害行为直接结合发生同一损害后果的，构成共同侵权，应当依照民法通则第一百三十条规定承担连带责任。第二款规定，二人以上没有共同故意或者共同过失，但其分别实施的数个行为间接结合发生同一损害后果的，



应当根据过失大小或者原因力比例各自承担相应的赔偿责任。

对于司法解释第三条的含义须把它分成三个层面去理解：

（一）二人以上共同故意或者共同过失致人损害，构成共同侵权，应当按照民法通则第一百三十条规定承担连带责任。这即是主观学说下传统的共同侵权行为，要求行为人具有共同过错。

（二）二人以上虽无共同故意或者共同过失，但其侵害行为直接结合发生同一损害后果的，构成共同侵权，同样按照民法通则第一百三十条规定承担连带责任。这一层意思中的无共同故意、共同过失，即学术界所称的无意思联络。

（三）二人以上没有共同故意或者共同过失，但其分别实施的数个行为间接结合发生同一损害后果的，应当根据过失大小或者原因力比例各自承担相应的赔偿责任。

什么是侵害行为的“直接结合”与“间接结合”呢？

最高院将无意思联络的共同侵权行为分为两种结合形态，规定直接结合形态下构成共同侵权，共同侵权人应当承担连带责任；而间接结合形态下数人应当根据过失大小或者原因力比例各自承担相应的赔偿责任。但是，由于“直接结合”与“间接结合”过于抽象，可操作性较小，给司法实践带来了一定的困难，于是学者们提出了众多判断标准及学说。

### 三、学说纵论

#### （一）紧密结合说

对于损害结果而言，侵权行为之间彼此如果是不可分割的一个整体，则为直接结合。例如：行人甲依照绿

灯过十字路口，乙丙两司机驾车闯红灯相向而来，甲躲闪不及，在两车的共同挤压下死亡。乙丙应当预见到闯红灯过十字路口有可能造成严重的后果，二人各自对于事故的发生都有过失，构成共同侵权。但对于甲死的结果而言，乙丙二人的行为是一个整体，彼此的原因力不可区分，故乙丙的侵权行为属于直接结合，应对甲承担连带赔偿责任。

侵权行为之间如果彼此为中介，形成一个原因链，则为间接结合。

#### （二）时空统一说

数个侵权行为之间如发生的时间，地点高度集中，为直接结合，否则为间接结合。如两个互不相识的人在同一时间和地点攻击受害人，致其死亡，这样的共同侵权行为是直接结合。

#### （三）综合标准说

即把紧密结合说、时空统一说结合起来加以判断。数个侵权行为之间结合紧密同时又具有时空统一性则构成直接结合，反之是间接结合。

#### （四）侵害积极说

即直接结合形态下数人的行为表现为积极的加害，而间接结合则表现为消极的加害。

#### （五）同类行为说

还有的学者认为判断直接结合还是间接结合需要看数个加害人实施的是不是同一类加害行为。如果是同一类加害行为，则为直接结合；相反，则为间接结合。

目前，学术界流行的理论为紧密结合说。学者们总结到，所谓直接结合是指数个行为结合程度非常紧密，对于加害后果而言，各自加害行为的原因力以及加害部分无法区分。间接结合属于“多因一果”的情况。多个

原因行为偶然结合，这种偶然结合是非常松散的，其紧密程度较低。对损害后果而言，各个行为并非都是直接或必然导致了损害结果的发生，这些众多行为中某些行为或原因仅仅是为直接或必然导致损害后果发生的另一个行为或原因创造了条件。

### 四、寻找突破

笔者认为，解决共同侵权行为归责问题的关键不在于侵权行为之间本身怎么结合，而在于对各个侵权人的行为与损害结果的因果关系的判定。无论学者对“直接结合”与“间接结合”提出多么精确的区分方法，最终还是要回到对共同侵权行为的原因力大小的辨别之上。

最高院司法解释规定，直接结合最终要承担连带责任，间接结合要承担按份责任；笔者认为，未尝不能跳过这个晦涩的直接结合和间接结合，而直接规定根据侵权行为对于损害后果的原因力大小来确定共同侵权责任？

笔者建议，在人身损害赔偿解释中去掉“直接结合”与“间接结合”的用语，对无意思联络的共同侵权行为为责任的归属做出以下规定：

二人以上共同故意或者共同过失致人损害，或者虽无共同故意、共同过失，但其侵害行为发生同一损害后果的，构成共同侵权。如果共同侵害行为对于损害结果的原因力大小不可区分，则共同侵权人应当依照民法通则第一百三十条规定承担连带责任。

二人以上没有共同故意或者共同过失，但其分别实施的数个行为发生同一损害后果，如原因力大小可区分，应当根据过失大小或者原因力比例各自承担相应的赔偿责任。



FACES

面孔

---

SHENZHEN LAWYERS

---

用法律信仰书写人生



### 【编者按】

在深圳活跃着这样一群律师，他们可以说一口流利的外语，他们经常与外国客户打交道，他们推崇诚信而注重细节，他们自信淡定，颇具谦谦君子之风。在他们心目中，律师不只是一个可以赚钱的职业，而是可以享受其中并为之奋斗终生的事业。你猜到了吗？没错，我们说的就是“海龟”律师。据相关统计，全深圳有海外留学背景的律师只有87人，尚不足深圳律师总数的五十分之一，但是就是他们谱写了深圳律师最具活力的篇章。本期以及下一期《深圳律师》将带您走近这群“海龟”律师，感受他们的风采，解读这个群体的职业现状及前景。



■ 文/马丽

## 深圳律师中的“海龟”

深圳现有注册执业律师5600多人，87人实在是小数字，但是正是因为少，才让他们显得更加卓尔不凡。在很多人认为北京、上海更适合海归发展的时候，深圳的发展潜力和宜居的环境吸引了他们的到来，而他们的表现一点也不逊色于上述城市的海归律师。

### “海归律师”的生活

海归律师一般都会从事涉外业务，而且他们是非诉业务居多。从比重上来看，有些海归律师的涉外比重达到95%以上，北京金杜律师事务所深圳分所合伙人王荣康律师就是如此，但是也有些海归律师涉外比重不高，比如广东众诚律师事务所合伙人黄树稳律师，他的涉外比重只占两成左右，而大部分海归律师涉外业务比重在50%左右。

很多人以为涉外业务比纯国内业务赚钱，其实不见得如此。从收入来说，涉外和涉内、诉讼和非诉业务并没有可比性，广东海派律师事务所高级合伙人邓海标律师英国留学回来后，彻底转型做非诉业务，不是因为钱多，而是喜欢。北京隆安律师事务所深圳分所主任律师贾红卫律师显然也喜欢非诉业务，在他看来，做非诉凭真才实学赚钱，更容易有成就感。

在工作方式上，海归律师与传统律师也有一定的不同。以北京金杜律师事务所深圳分所合伙人王荣康律师为例，每天早上九点钟到达办公室后，王荣康律师的第一件事就是看邮件，对于一部分邮件直接答复，另一部分不能直接答复的邮件，分派到其他律师进行研究。“看邮件、反馈、律师进行研究、律师反馈、再看、发送”，这构成了王荣康律师一天工作

的主线，中间还要夹杂一些电话会议和客户约谈。这样的状态一直持续到晚上九点钟。

王荣康律师告诉笔者，“邮件有时候像炸弹一样，我要依据轻重缓急决定处理顺序，后处理的还要发邮件告诉客户，邮件正在处理中。”这个细节看似简单，却能最好地反映海归律师的专业和对客户的尊重。

基本来说，王荣康律师的工作方式是一种基于邮件的服务方式，对于大部分海归律师来说，邮件是最重要的沟通方式，这是由涉外业务性质决定的。北京隆安律师事务所主任律师贾红卫律师告诉笔者，他与一些国外的客户如捷克、印度、土耳其的客户，自始至终都没有见过面，但是借助邮件他依然可以为客户提供满意的服务。

海归律师的工作节奏很快，但



**王荣康**

北京金杜深圳分所，美国芝加哥伊利诺斯大学和美国旧金山金门大学法学院访问学者，北大法学硕士，西南政法大学法学博士



**黄树稳**

广东众诚律师事务所，德国科隆大学法学博士



**邓海标**

广东海派律师事务所，英国伦敦大学法学硕士

是他们依然可以在快节奏中很好的享受生活。广东海派律师事务所创始合伙人刘南平律师是这方面的代表。他符合人们对海归律师的所有猜想，说话喜欢夹杂英文，注重仪表和生活品质。在美国耶鲁大学学习法律并在美国律师事务所从事法律事务达八年之久的他，极富专业精神与浪漫气质。

与身处公司化工作环境的王荣康律师不同，刘南平律师的工作自由度更大。因为团队工作的需要，王荣康律师不可能随便给自己放假，而刘南平律师则是忙起来很忙，休息的时候又会彻底放松，他会适时地给自己安排一次旅游，没事还喜欢研究一下装修。

### “海归律师”的优势

提及海归优势，大部分人第一反应就是语言优势。但是在采访过程中，几乎没有一位海归律师将语言列为第一位的优势，对于他们来说，语言只是一种工具，更重要的是在此基础上拓展的其他优势。

业务优势。大部分海归律师都在留学归来后开辟了涉外业务，尤其是涉外非诉业务。以海派律师事务所邓海标律师为例，出国前，邓海标律师几乎连香港客户的英文传真都看不懂；归国后，邓海标律师彻底转型做非诉业务，尤其擅长银行金融和反倾销业务。现在邓海标律师的客户约有一半来自欧美、日本、韩国、新加坡、港澳台等国家和地区，使用英文为客户提供法律服务已经成为他的常态。

视野优势。由于有了另一种法律文化的熏陶，海归律师们视野开阔，逻辑思维敏捷，即使做国内业务他们也是略胜一筹。比如德国科隆大学法学博士黄树稳律师，留德七年回国后，黄树稳律师没有像大部分海归那样将涉外业务发展成自己的主业务，但是视野上的优势却让他把国内业务做到了一个新的高度，2009年他接手的几个收购案子都在亿元级别。原因就在于他总能够为客户提供更富创造性的解决方案。

心态优势。海归律师的心态就是自信，自信在贾红卫律师身上体现得最为明显，留学归国后，经过两年的初期发展，贾红卫决定在深圳建立北京隆安律所深圳分所。那个时候，贾红卫律师脑子里中只有一个念头，“即使只有我一个人，也能把它搞好”。贾红卫律师很清楚自己做反倾销业务的水平，当年的他颇有反倾销舍我其谁的意味。今天隆安深圳分所已经从江苏大厦40平米的公寓搬至新世界中心600多平米的办公室，很多全球五百强企业都是隆安的客户。

资源优势。一个成功的海归律师，在留学期间还有一项非常重要的收获，这就是人脉资源的积累。广东海埠律师事务所合伙人岳晋川律师可谓这方面的集大成者，美国学习结束后，岳晋川律师又接着在美国企业做了近十年的高管。十年来，岳晋川律师在美国的企业、律师事务所乃至政府机构都积累了深厚的人脉资源。正是借助这种资源，他在国内律界率先开展了移民业务。邓海标律师也是积累资源的高手，他的

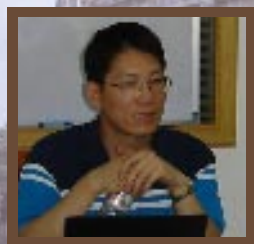
涉外业务就是从国外留学时积累的资源中走出来的。

严格来说，上述四大优势仍属于技术层面的优势。在王荣康律师和刘南平律师身上有一个更难能可贵的优势，这就是律师执业理念上的优势。他们二位出国前都不是律师，海外留学的经历让他们从一开始就成为真正意义上的专业律师，而这正是国内律所所匮乏的。在他们看来，律师不只是赚钱的工具，而是一种需要高度专业、敬业精神的职业，在这种态度指导下为客户提供法律服务，就会更加尊重客户、注重细节。“这是比职业更高的事业，是我生活的一部分，我也很享受其中。”王荣康律师表示。

### “海归律师”的忧思

在国外开阔了眼界后，回头看自己国家的法律制度和司法环境，很多海归律师都有了不同于以前的感慨。他们感受到了我们国家的法治事业的点滴进步，更看到了其中尚需改进的问题。

也许因为是律师的关系，海归律师关注的更多的是司法层面的问题。比如借助西方的视角，刘南平律师发现我们国家的很多法律概念是一种误导，而生活在其中的我们却想当然地认为我们的法律问题就是这样。以两审终审制为例，刘南平律师认为，其实我们国家没有终审，虽然我们有再审制度，但是我们的再审制度没有时间限制也没有次数限制，至少在最高



**贾红卫**  
北京隆安深圳分所，美国美利坚大学法学硕士



**刘南平**  
广东海派律师事务所，美国耶鲁大学法学硕士、博士



**岳晋川**  
广东海埠律师事务所，美国明尼苏达州立大学法学硕士



院这个层面如此，这导致我们国家很多判决在海外很难得到执行。

留学德国的黄树稳律师对执法问题感触更多。他出国的直接目的是要看看西方国家法律制度有多先进，而我国的法律制度又有多落后。但是到了德国，他才意识到，我国最大的问题是对法律的尊重不够，人人都不把法律当一回事，这个国家法律再完善也没用。在黄树稳律师看来，我们国家的法律还是比较完善的，尽管还有一定的缺陷，这也是人对法律的理解有所不同，而不是法律本身出现了问题，在某种程度上我们国家还是行政主导的国家，很多问题不是用法律而是行政手段来调整，这才是法治社会的最大障碍。

律师制度和法学教育问题，是海归律师关注较多的另一个问题。看到很多年轻的律师挤着公交车跑业务，这让回国不久的岳晋川律师很吃惊。为何定位高端的律师职业在我们国家变得低端？岳晋川律师认为，是我们国家律师制度上的缺陷和法学教育的规划上的失败共同造成了这心酸的局面。国内的合伙制让律所成为松散的组织，律师则成为了个体户，律所发展后劲不足，而律师生存艰难，对年轻的律师尤其如此。从法学教育角度而言，高校脱离社会实际需求不断扩

大招生，造成社会资源、教育资源的极大浪费，同时也会诱发个别律师违规拉案子，降价竞争，最终使得律师这个高端职业不再高端。

国内目前已经有部分律所如金杜、君合采用了公司化的管理方式，或者可以成为引领中国律所走向现代制度的带头人。但是金杜律所王荣康坦承，金杜也有自己的忧虑。从管理和服务模式上来说，虽然他们在国内律所中领先一步，但是与国外大型律所相比，他们还有很大的差距。“只能说我们正在努力向他们靠近。”王荣康律师表示。

## 光荣与梦想

如果有一个海归律师跟你说，他回国创业的目的不是为了赚钱，你信吗？不管你信不信，有一个海归律师这样说了，而且也确实这样做了。在他的背后，还有更多的志同道合者。这个律师就是刘南平。

今年二月份他的最新成果长达84页《TRICK OR TREAT》（《不给糖就捣乱》）用英文在美国发表，并在西方引起震动。该文章通过大量主要为自办的案件（主要在深圳和广东），对判决说理与司法腐败之间的关系进行了精妙的分析。这篇论文花费了刘南平律师四年半的时间和精

力，每年他都要从美国请一两个实习生协助自己进行研究。

刘南平律师将论文寄给最高人民法院一正三副和广东省高院院长，希望他们重视这个问题。日前广东省高院出台《关于规范民商事审判自由裁量权的意见》，要求法官在写裁判文书时给出充分的说理，避免司法腐败。该《意见》和刘南平律师的论文主旨相得益彰。

贾红卫律师在某种意义上就是刘南平律师的同行者，事实上两人有更为密切的关系，在创办北京隆安深圳分所之前，贾红卫律师也算得上是海派的元老级合伙人，他们的创业理念上很多都是不谋而合。

贾红卫律师去年刚刚完成了《土耳其反倾销制度研究》，今年又申请了加拿大反倾销法反补贴制度研究课题。由于在反倾销领域的出色成绩，他已经连续三年参加商务部、省外经贸厅、深圳市政府多个国际贸易项目，他还曾代表深圳律协到美国考查337涉外制度。这些机会的获得不是靠关系，而是自己在这个领域的成绩，这是最让贾红卫律师自豪的地方。

“我们回来并不是为了钱，而是为了能够为中国的法治教育、法治建设在正面上有一个推动。”这是刘南平律师的话。

## 个性语录

**王荣康** 我把律师当成一个事业，就是一辈子的事。

**黄树稳** 如果没有摄像头的话，你会在红灯面前停下来吗？如果你尊重法律就会停下来。

**邓海标** 我很喜欢做非诉业务，但诉讼、非诉讼没有可比性，不能说非诉就比诉讼优越。

**贾红卫** 人间正道是沧桑，所有没尝试过的路就去尝试。

**刘南平** 我注重生活品质，喜欢个性化的生活。

**岳晋川** 海外学习和工作经历给了我新的视角，但这些不能作为资本，最重要还是要不断提高自己。



潮流



INFORMATION

---

SHENZHEN LAWYERS

---

用法律智慧点亮生活





■ 文 / 广东德纳律师事务所 刘芳律师

# 律师形象被荧屏丑化之痛

## ——评电视剧《一颗颗眼泪都是爱》

改革开放三十年来，中国的律师制度得以恢复和发展，中国律师为国家的法制建设，做出了不可磨灭的贡献。然而，在一些文艺作品中，律师不是为恶势力头目干坏事出谋划策，就是自身行为和形象丑陋不堪。目前正在全国各省、市电视台热播的电视剧《一颗颗眼泪都是爱》，对中国律师的形象进行了诋毁和丑化。

这部电视剧反映的是25年前，一个叫柳如烟的妇女因婚后不育而遭到丈夫的不满和非难。无奈之下，她假扮怀孕，在医院里偷了一个女婴回家，含辛茹苦把女孩养大成人。25年后，事情败露。女孩的生父母发现后要追究柳如烟的刑事责任，而且剧中所有的人包括柳如烟自己也都认为她的行为构成犯罪，应当追究。为了证明柳如烟确实构成犯罪，女孩的生父杨总还专门请了一个律师来咨询。这个律师不但长相奇丑，而且与剧中所有不懂法的人都同样不懂法，请看他是怎么回答杨总的法律咨询的：首先他说柳如烟的行为肯定构成犯罪，应当受到法律的惩罚；但是如果杨总不去追究的话，那么她就不会受到法律的制裁；或者叫杨总去法院说说

情，也会轻判的。

很显然，这个律师所说的每句话都是错误的；首先，以收养为目的偷盗婴儿的行为并不构成犯罪。我国《刑法》只对以“勒索财物”和“出卖”为目的偷盗婴幼儿的行为明文规定为犯罪，对以收养为目的偷盗幼儿的行为却未作明文规定，那么，根据我国《刑法》罪刑法定原则和不适用类推制度的规定，柳如烟以收养为目的偷盗婴儿的行为，虽然具有很大的社会危害性，应受刑罚处罚，但因法无明文规定，则不能以犯罪论处。因此，柳如烟的行为构不成犯罪。那么这个律师首先犯了对柳如烟的行为定性的错误，接着又犯了第二个错误，那就是应当受到法律追究。稍有一点法律常识的人都知道，法律是有追诉时效的，我国刑法第八十七条规定：犯罪经过下列期限不再追诉：

1. 法定最高刑为不满五年有期徒刑的，经过五年；
2. 法定最高刑为五年以上不满十年有期徒刑的，经过十年；
3. 法定最高刑为十年以上有期徒刑的，经过十五年；
4. 法定最高刑为无期徒刑、死刑

的，经过二十年。

退一步说，即使柳如烟的行为真的构成犯罪，那么也早已过了追诉时效。剧中的律师认为柳如烟构成犯罪，但是构成什么罪他却并没有指出，显然他认为是构拐骗儿童罪。《刑法》第262条拐骗儿童罪的法定最高刑是五年。那么按照法律规定，已经过了追诉时效，就不再追诉了。况且已经过了25年，就是应当判处死刑的，也过了追诉期。而这个律师竟然向当事人说柳如烟应当受到法律追究。这个律师还说只要杨总不追究柳如烟就可以不受追究，这也是完全错误的，拐骗儿童案件是公诉案件，不是不告不理的自诉案件，如果真的构成犯罪，即使被害人不追究，国家司法机关也应当追究。最后律师还让杨总去法院说说情，法律就会轻判，找法官说情这样的话居然也能让律师在电视剧中讲出来。这个律师还说柳如烟偷来的孩子虽然养了25年，但是因为不符合《收养法》的规定，没有办理合法的收养手续，所以与孩子之间的母女关系不能成立，这种解释也根本是错误的。因为柳如烟收养孩子的事实发生在25年前，那是时候



国家还没有制定《收养法》，所有柳如烟的行为不能用后来的法律来衡量。剧中的这个律师不但法律常识等于零，而且执业操守也大有问题。还有，电视剧中凡是涉及法律的情节，都被导演搞得一塌糊涂，比如，剧中何丽娜和柳如烟的前夫，抓住柳如烟的隐私敲诈了她十几万，这分明是敲诈勒索，剧中柳如烟的丈夫却说这种行为是诈骗。这样的常识性错误，

因为不是出自律师之口也就不去计较了。不过作为一部电视剧，能如此歪曲法律，而且还借用律师之口，这不能说不是对中国律师的贬低和丑化。

作为电视剧的编导人员，应当学点法律常识了，如果作品中涉及到法律问题，应当聘请律师作法律顾问把一把关，以免犯像《一颗颗眼泪都是爱》电视剧的错误。同时，相关法律，比如《律师法》也应当加入诸如

律师名誉权受到侵害时的救济和保护立法条款。必要时，对损害律师名誉和形象的文艺作品的编导者可以提起诉讼。

电视剧对律师形象的损害或许不是出自故意，但是作品问世前没有尽职尽责把关，这也是一种放任的故意。希望今后不再看到类似丑化律师形象的作品，而能够看到一些展示律师风采的作品问世。



## “大律师”

### 为何不属于这个时代？

■ 文 / 广东广和律师事务所 兰天律师

“大律师”的称谓，追根溯源，是英国普通法制度中区别于在高等法院和终审法院没有发言权的事务律师的律师群体，而在中国社会，“大律师”是指那些德高望重、学识渊博、事业成功的精英律师。

然而，曾几何时，“大律师”这个令人崇敬、令人神往的职业称号离我们这个群体、离我们这个时代越来越远，在我们闲暇思考或与同仁探讨时，总是令人倍感迷茫、由衷叹息。在中国历史的长河中，主流文化强调的是强权和顺民，根本没有民主、自由的概念，律师在中国古代，被冠以“讼师”、“讼棍”的恶名，还被认为是挑词架讼、追逐名利的卑鄙小人。翻开中国现代史，也不难看出，律师是一个随着政治需要可有可无的职业，特别是“文革”十年，律师制度干脆被取消；八十年代代律师制度

恢复后至今，关于律师的社会定位几经变化，但法律体系和社会制度对律师执业并未给予强有力的支持和保护，社会公众对律师执业的固有世俗看法并未有根本性变化。

反观我们自己，在社会转型期，某些同仁忘记了自己肩负着的时代使命和历史责任，一味追名逐利，甚至不惜触犯法律、违背社会公义和职业道德。律师的现状是，年轻律师在忙于生存，中年律师在闷头赚钱，成功律师在享受人生，律师关注民生、关注社会在有些人眼里是不务正业。

其实，在同仁们的心目中，“大律师”应该是一群追求民主、崇尚自由、敬畏法律的业界精英！虽然有时与同仁谈起此话题时，许多同仁常常不屑的说：这个时代没有“大律师”！是的，“大律师”也许只能在

某些理想主义的影视作品中依稀看到，也许只存在热血沸腾的中国近现代民主运动中，但是，我们这个时代也许更需要“大律师”，更需要业界的精英、时代的英雄——真正的“大律师”！

但愿“大律师”不是我们梦想中的“超人”，“大律师”，是我们每个律师执业者的终极梦想！



NO.1

## “律师茶座” 点亮 “法制大观园”

12月5日，“12·4”法制大观园活动在深圳拉开帷幕。市律协精心筹备，别出心裁地设计了雅致的“律师茶座”，将市民的疑问和律师的解答都融进了同一壶茶里，成为活动现场的一道亮丽风景。

“律师茶座”以挥洒的书法和优美的诗篇为背景，围起了象征着和谐的圆桌，摆上精美的茶具，沏好热腾腾的茶水，并派出我市8名资深律师坐镇现场，在品茶中为市民解答各种法律问题。此外，市律协还准备了《未成年人保护法律知识汇编》、《深圳律师服务指南》、《媒体报道深圳律师》、《深圳律师》杂志等知识手册和宣传资料，并在现场播放市律协20周年庆典宣传短片。活动中，“茶座”座无虚席，茶香飘逸，前来咨询的市民甚至还排起了队，成为活动现场的最大亮点，吸引了众多市民的关注。

省人大常委会副主任、省依法治省办主任陈小川在市司法局李英才局长、邹从兵副局长的陪同下巡视了活



动的现场，对“律师茶座”给予了特别的关注。她在“茶座”中坐了下来，与李英才局长、市律协李淳会长亲切交谈，就深圳市律师业发展情况、深圳律师服务深圳的各项工作了了解，对深圳律师积极服务深圳经济建设、社会稳定和广大市民的生活给予了充分的肯定，对本次活动中市律协的充分准备和精妙的创意给予了高度的评价。她表示，希望深圳律师继续以服务深圳为己任，发挥律师在深圳各项建设中的重要作用。

NO.2

## 市律协与内蒙古律协续签业务与合作协议书



市律协李淳会长等高度重视，对此次内蒙古考察团的到访作了精心的安排，热情接待了客人。

考察团就深圳及内蒙两地律师业发展现状、市律协党建工作、市律协自身建设及律师事务所管理模式、律师业务拓展、律师文化建设、两地律师事务所的合作等分别与协会及律师事务所进行深入交流。市律协李淳会长与内蒙古律协巴布会长分别代表双方律协续签《深圳律协与内蒙古律协业务与合作协议书》，进一步推动了两地律协的合作，加快了两地律师业的发展步伐。

11月4—5日，由内蒙古自治区司法厅副厅长、律师协会党组书记岩英带队的内蒙古自治区司法厅、律师协会考察团一行五人赴我会及律师事务所交流，并续签两地律协合作协议书。市司法局李英才局长、邹从兵副局长，

NO.3

## 司法部律师司来深调研“两公律师”

近日，司法部律师司穆以彬处长来深调研公职、公司律师发展情况。市司法局律管处李玉祥处长、市律协李淳会长向其汇报了深圳两公律师发展现状。

深圳现有23名公职律师，分别就职于市政法委、市纪委及市、区两级政府机构；共有6名公司律师，分别就职于银行及其他相关企业。

司法部律师司对深圳两公律师的发展予以充分肯定，并就进一步规范、发展“两公律师”提出了新的要求。



NO.4

## 市委常委、统战部长王毅到市律协党委调研



10月14日上午，市委常委、统战部长王毅到市律协党委调研。王毅部长指出，市律协带领广大律师通过开展法律援助、法律普及、参政议政、维护稳定等工作，在深圳市的经济发展、和谐社会中发挥了不可或缺的作用；市律协党委在党建工作中积累了丰富的经验，为扩大党的执政基础，提高党的执政能力做出了重要贡献。希望市律协党委进一步提高对执政党的认识，坚定对党的信念；市律协和市律协党委要加强对青年律师的教育、培养和关怀，充分发挥律师的作用。

王毅部长还表示，明年市政协换届中将认真考虑律师的诉求，增加律师界政协委员的名额，进一步发挥律师在参政议政中的作用。

NO.5

## 市律协组团参加两岸四地律师高峰会

2009年11月28日，首次两岸四地律师高峰会议在香港举行，旨在探讨大中华地区经济迅速发展下的法律服务合作，来自港澳台及京沪粤9个城市律师代表200余人参会。我会由李淳会长带队约20余人参加了此次高峰会。

香港行政长官曾荫权在开幕礼致辞说，两岸四地社会及经济上的联系日趋密切，人流商务频繁，法律服务需求日增，并带来新机遇，现时正是时候探讨优化服务。他还说，两岸四地的法律制度各有特色，但由于本身的法律规限，以往共同处理的一些法律问题会遇到困难，但相信问题总能克服，并透过优势互补促进合作。

曾荫权鼓励法律界互相协调，借鉴其他法制的长处，互补优势；特别是珠三角地区的法律界人士，可就落实《珠江三角洲地区改革发展规划纲要》，提出更多“先行先试”的创见，拓宽两岸四地律师的发展和合作空间。

香港特区律政司司长黄仁龙到会并发表主题演讲。我会张志副会长、李建华理事受邀发表主题演讲。





## 中英法律研讨会在深举行



研讨会上，与会的律师围绕国际仲裁、投资保护以及白领犯罪等方面展开热烈讨论。我市金杜律师事务所深圳分所高峰律师在论坛上做了主题发言。

11月10日，由深圳市律师协会联合英格兰及威尔士出庭律师公会、英中贸易协会共同主办的中英法律研讨会在深圳大中华国际交易广场喜来登酒店隆重举行。我会李淳会长、崔军副会长，英格兰及威尔士出庭律师公会、英中贸易协会代表以及来自深圳、英国的百余名法律人士参加了此次研讨会。

李淳会长在致辞中对英格兰及威尔士出庭律师公会、英中贸易协会对此次研讨会的召开所提供的支持表示感谢，对出席此次研讨会的中外法律专业人士表示欢迎。他表示希望通过此次研讨，促进中英律师界的交流，相互借鉴，加深了解，进一步促进深圳律师提高执业水平、拓宽业务领域。

## 市律协召开举办《深圳经济特区道路交通安全处罚条例(草案征求意见稿)》相关法律问题的研讨会

10月22日下午,市律协民事法律业务委员会举办了关于《深圳经济特区道路交通安全处罚条例(草案征求意见稿)》相关法律问题的研讨会,深圳市民事法律业务委员会委员和全市感兴趣的律师近百人参加了研讨。会议还特别邀请了该条例的起草人——深圳市人大内部事务委员会副主任刘曙光参加。

刘曙光副主任首先介绍了该条例的立法背景和立法宗旨,并对该条例的有关条款进行了解读。与会律师对该条例中涉及的如罚款幅度显著提高、多次违法累进处罚、社会服务令等一些列问题展开研讨。

会上,市律协行政法专业委员会主任曾洛川律师、副主任郭安元律师,金融保险法律委员会委员范秀玲律师,民事法律业务委员会委员赵德宝律师等都做了主题发言。同时,多名律师在会上自由发言。

## 深圳市人大法制委员会首次向我会征集2010年度立法项目

11月初,市人大法制委员会特就《深圳市人大常委会2010年度立法计划(建议稿)》向我会征集2010年度立法项目,旨在进一步增强深圳市立法的科学性、民主性和前瞻性,切实提高立法质量。

近年来,我市律师参与立法、公共政策研究与决策的优势逐渐显现。2008年,深圳市人大常委会举办“深圳经济特区无线电管理条例立法辩论会”,首次引入律师团为各大利益主体公开进行立法辩论,率先在全国开创了“开门立法”的模式。市人大常委会经济工作委员会对我市律师的突出表现给予了充分肯定和高度评价,特致信我会表示感谢。

市人大法制委员会此举充分体现了市人大法制委员会对我市律师的信任,凸显了我市律师在参与立法、推动社会主义法治进程的重要作用,为我市律师参政议政提供了广阔的平台。

## 红白蓝

第一具  
是穿红衣服的  
第二具  
是穿白衣服的  
第三具  
是穿蓝衣服的

红色的陈及时  
白色的方招  
蓝色的何东旭  
都是刚刚长成的  
大学生 男子汉  
在这个秋天  
你们让人感动  
却又心酸 泪垂

有一张照片呵  
我们不能抹去  
打捞尸体的船工  
绳索上挂着  
你们已逝去生命的  
一部分肢体

什么时候  
生命和尊严  
要这样地讨价还价  
就在那个据说  
风景秀丽的  
长江边上的  
宝塔湾

秀丽的风景  
年轻的生命  
彰显生命救助生命的  
灵魂  
却怎能要上演这一幕  
你们纯洁  
美丽的肢体  
却成为丑恶人类  
谋利的工具

天边有云  
彩色的云  
红色的陈及时  
白色的方招  
蓝色的何东旭



■ 文 / 广东知明律师事务所 程泉律师



■ 文 / 广东世纪华人律师事务所 龚永芳律师

## 最高峰

世界上的一万座山  
都高不过你所站的地方  
无论我站上哪一片高山  
无论我站到哪一片云彩  
都比不上如果能够  
爬到你脚下那片土地  
看到你伸手来扶我  
看到你低头对着我微笑  
象婴儿初醒一般的纯真  
象候鸟回归一般的专注  
我就在这个最高峰上  
找到了我的天堂





## ► 征稿启事

《深圳律师》面向广大律师和学者约稿！真诚期待将您的所思、所感、关切、遗憾、精彩的办案心得和丰富多彩的生活与我们一起分享。

《深圳律师》常设栏目：

- ★ 1、视线：关注与律师执业密切相关的法律动态，或律师针对社会焦点发表短评；
- ★ 2、热点：就当前社会反映强烈、百姓关心的热点问题专业评述；
- ★ 3、观点：关注法律界热点，探寻律师业的执业方向与价值追求；
- ★ 4、拍案：通过典型案例，介绍律师的办案经验，配发律师点评；
- ★ 5、实务：解读法律条文，发表研究见解，促进学术交流；
- ★ 6、面孔：讲述律师的动人故事，抒发律师酸甜苦辣的人生感悟（欢迎律师推荐）；
- ★ 7、潮流：
  - (1) 刊发律师的散文、游记、诗歌、随笔、杂文等反映时代气息的作品；
  - (2) 发表律师的摄影、书法、绘画、音乐等作品，讴歌美好人生，鞭挞社会丑恶，弃恶扬善。

您富有见地的建议和优秀的作品均可发送到《深圳律师》杂志专用邮箱  
(lxnews@szlawyers.com)，并欢迎就一切事宜来电垂询。

电话：0755—83025789、83025939

《深圳律师》编辑部







## 洁净的沙漠和独行的跋涉者

拍摄地点：马攸拉山口与帕羊镇之间的一片沙漠