

SHENZHEN LAWYERS



深圳律師

非常视线 专业见解

未成年人保护要有法治思维

深圳前海土地供应暂行办法评析

情系劳务工的法援律师

法人
FAREN MAGAZINE

NO. 47

2013年第4期 深圳市律师协会主办
法人杂志社协办

征稿启事

《深圳律师》杂志是由深圳市司法局主管，深圳市律师协会主办的专业性杂志，旨在展现深圳律师职业风采，搭建深圳律师与社会沟通的平台和桥梁，欢迎广大法律服务工作者踊跃投稿。

栏目分布：

【视线】关注国内外重大政经事件、社会新闻、政策动态等新鲜资讯，同时通过精辟的观点来剖析新闻中所蕴含的法律问题或社会问题，或提出自己的意见或建议。字数要求：800——900字，如有配图，请同时提交；

【热点】重大、热点事件深入探析，对某类现象、事物、人物进行法律分析、总结。字数要求：1500——6000字；

【论道】侧重法律人之“论”，对法律热点及政策等进行分析、论述，探寻法律服务从业人员的职业方向及价值追求。字数要求：1500——6000字；

【拍案】通过分析、解读典型案例，发表专业见解，侧重案例分析解读。字数要求：1500——6000字；

【实务】展示律师办案实务、解读法律条文或分享法律服务实务经验，发表研究成果，促进学术交流。字数要求：1500——6000字；

【生活】讲述律师及其他法律服务从业人员的动人故事，反映其工作、生活、感悟、思考。字数要求：1500——6000字。

投稿须知：

1. 稿件文字叙述流畅、主题鲜明，若有相关配图，请时提供文章配图；
2. 投稿请使用word格式，并标注作者姓名、电话、单位、地址、邮编邮箱、本人有效银行账号信息，并发电子邮件（附件）至本刊编辑部邮箱shenzhenlawyers@163.com,在主题栏内注明“投稿”；
3. 所投稿件须为原创作品，本刊编辑部有权对所投稿件进行修改、编辑。

《深圳律师》编辑部
2013年9月



未成年人保护要有法治思维

文 深圳市法制研究所副所长、研究员 王成义

“幼吾幼以及人之幼”。“养不教，父之过；教不严，师之惰”。未成年人稚嫩而懵懂，他们需要呵护和教育。可是，我们不断听闻未成年人遭遇不幸的恶性事件。福建南平小学生遇害和广东佛山小悦悦遭车碾身亡的伤痛尚未淡却，南京江宁2个幼女饿死家中；江西南昌一留守儿童家庭3兄妹溺亡；海南万宁小学校长带女生开房等事件再次刺痛着我和全社会的神经。

痛定思痛。在我们取得改革开放和现代化建设巨大成就的今天，难道不能承受保护未成年人之轻？如何保护未成年人，可以说上几大箩筐。很多人已经意识到在道德异化、权利本位膨胀的今天，唯有通过法律手段保护未成年人才最为切实。于是，在国家已有《未成年人保护法》的情况下，全国很多地方（包括深圳）不停地立法、修法。这当然是好事，但我认为这只是“修法制”，还不是努力的全部，我们应当朝着法治努力。法治的境界是“法律要得到人们的普遍遵守，同时人们要遵守的法律必须是良好的法律”。

我国尚未建立健全的未成年人保护法律体系。保护未成年人首先要肯定未成年人作为人的主体地位和权利本位。国家《未成年人保护法》从家庭、学校、社会和司法等方面对保护未成年人作出了规定，看似全方位，但这是从未成年人生活、成长的轨迹出发的。肯定未成年人作为人的主体地位和权利本位，需要从国家基本法律民法着手，如监护、权利和行为能力、侵权责任等等。就监护而言，国外如美国有剥夺父母监护权的规定和机制，而我国《民法通则》仅笼统规定“人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。”南京江宁女童饿死案中，女童的父母已因吸毒被抓，假如剥夺他们的监护权，将女童交由合适的人监护，悲剧大可避免。其次，保护未成年人的立法应当以未成年人的身心健康为本位，这涉及到抚养、教育、免受侵害等等。我国已有一些法律，但还是要借鉴日本《学校午餐法》和德国《危害青少年传播出版法》等国外先进立法理念。

在我国，保护未成年人的相关法律并没有得到普遍遵守。徒法不可以自行。我国的法治文化并不发达，现有的保护未成年人法律在遵守和执行方面诟病多多。《义务教育法》振振有词，但仍有失学和流浪儿童。未成年人抽烟喝酒也没有得到有效遏制。谁之责？

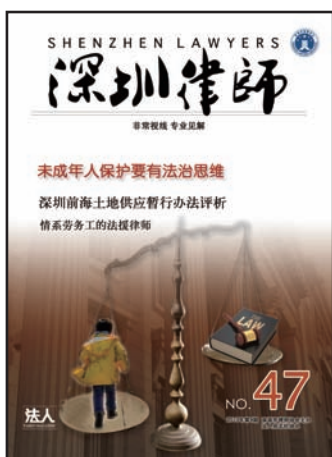
“法律是道德标准的最低底线。”在某些个人或群体道德缺失、社会有效机制尚未建立情形下，我们必须运用法治思维保护未成年人，保护民族的未来和希望。



SHENZHEN LAWYERS
深圳律师

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	张 勇
编委会 成员	蔺晓青 梁建东 郑德刚 林昌炽 杜艳芝 尹成刚
主编	林昌炽
副主编	杜艳芝 王 红 高中明
栏目编辑	周争锋 俞 飞 陈 伟 杨新发 舒 笑 兰 天
编辑/记者	陈 夏 贺 鹏 谭古丽
美编	刘晓莹 赵 佳 周洪磊
电话	0755-83025728
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	shenzhenlawyers@163.com

视线 VIEW

P4-P7

- ⊙ “常回家看看”入法易实施难
- ⊙ 价格垄断执法力度空前加大
- ⊙ 禁止“裁决过户房屋”再转让于法无据
- ⊙ 上海法官集体招嫖事件引律师行业尴尬
- ⊙ 刑事拘留并非处罚措施
- ⊙ 涉毒人员标签终身化与法治精神相悖
- ⊙ 由记者陈宝成被拘事件看“强拆”
- ⊙ 逝者管控身后财产成为现实

热点 HOTSPOT

P8 未成年人保护任重道远



P9 浅析未成年人保护机制的完善

P11 嫖宿幼女罪存废之我见

P13 少年司法保护一体化研究

P17 未成年人司法保护：是权利还是福利

P19 切断家庭暴力代际遗传

P21 国外未成年人保护经验

论道 DISCOVERY

P22 深圳前海土地供应暂行办法评析

P26 论律师参与
中企海外并购国际化法律风险管理

实务 PRACTICE

P30 浅议华南国仲新规则下的仲裁协议
签订技巧

P31 IPO过程中员工持股方案实务操作初探

拍案 CASE AND EXAMPLES

P34 著作权跨境流转与跨境保护

P38 商标侵权民事诉讼常见问题分析

人物 PROFILE

P39 情系劳务工的法援律师

生活 LIFE

P42 老屋

P44 留几本书在窗台



资讯 INFORMATION

“常回家看看”入法易实施难

在7月1日宣判的“常回家看看”入法后第一案中，被告人被判需至少每两个月到老人居住处看望问候一次。为何被判处“每两个月”？后续又该如何执行？这都是接下来应该关心的问题，而不是“一判了之”。若不能“常回家看看”，将给予哪种处罚，是罚跪，还是罚金？

（凤凰网）

《老年人权益保障法》第十八条被媒体解读为“常回家看看”，引起社会各界人士的广泛关注。“常回家看看”，从价值的角度言之，是理所应当的，但“常回家看看”法条的可操作性如何呢？所谓“经常”的频率是多少？用何种方式看望？中国孝文化的传统理念中曾经强调“父母在，不远游”，但是伴随着现代化、工业化和都市化的发展，人口流动率的提高，许多父母甚至鼓励孩子去远方发展，“父母在，不远游”势必将成为一个奢望，在社会转型的宏观背景之下，法律的实施将遭遇具体而微的情况。

国家或许希望通过立法表明姿态，但“常回家看看”并不能完全缓解实质性的老年人生活孤独的问题。目前，中国的80后和90后一代，绝大部分是独生子女，“4-2-1”的家庭格局，已经逐步改变了传统的家庭养老模式。老人生命历程的改变，从60-70岁的年轻老人逐步向80岁以上的高龄老人变化，这种改变不仅伴随着年龄的增加，身体和心理状态也发生了从量到质的变化。年轻一代的子女常常感觉养老“力不从心”，特别是当父母迈入高龄状态而生活不能自理时，子女为赡养父母在流出地和流入地间的来回奔波实为难以承受之痛，人力、物力和财力的支出都成为赡养和孝顺父母的屏障。

在这样的宏观和微观背景之下，政府也逐步意识到政策建构的重要性，从家庭养老、社区养老、机构养老，及至大力倡导建设长期照护体系，但是对于中国“未富先老”的社会现状，“常回家看看”并不能使年轻人完全尽到养老责任。因为中国作为发展中国家，政府的作用依旧是主导型的，在世界性的人口老龄化背景下，中国的特殊国情也体现出政府在老年人服务中的集中化地位，政府必须要逐年增加老年社会福利的投入，逐步完善养老保障体系，让年轻一代有背靠政策的坚强后盾。唯有如此，“常回家看看”方不再是纸上谈兵，可真正落到实处。

（深圳大学法学院社会学系 唐咏副教授）



价格垄断执法力度空前加大

2013年8月7日，国家发改委宣布，对雅培、多美滋、合生元等六家乳粉企业因限制竞争行为违反《反垄断法》处以6.7亿元罚金，这成为中国反垄断史上开出的最大罚单。

（综合媒体报道）

《反垄断法》规定，对垄断协议可以处上一年度销售额1%以上10%以下的罚款。罚款的依据主要是违法情节、配合调查以及整改情况。合生元最新的公告已经明确承认“在与其经销商的经销协议中约定固定产品价格”，同意支付1.63亿元人民币罚款。

垄断是市场竞争必然产生的外部负效应，其削弱市场在资源配置中的基础性作用，是市场经济的天敌。此次六家乳企违反了《反垄断法》，不正当地维持了乳粉的销售高价，严重排除、限制同一乳粉品牌内的价格竞争，削弱了不同乳粉品牌间的价格竞争，破坏了公平有序的市场竞争秩序，损害了消费者利益。

《反垄断法》作为中国的“经济宪法”，曾经被社会各界寄予厚望，然而从过往的执法情况来看，主要适用于审批大型国际并购交易。从2013年以来，韩国三星等六家企业合谋操纵液晶面板价格被责令退还、没收和罚款总金额达3.53亿元，茅台和五粮液公司因实施价格垄断行为分别被罚2.47亿元和2.02亿元。可以预见的是，随着通货膨胀加剧，国内市场定价宏观调控力度加强，《反垄断法》将进一步加强对企业价格垄断行为的查处。这不得不引起经营者的警醒——守法经营，对涉嫌违反《反垄断法》的行为自行整改，立即停止价格垄断违法行为；根据反垄断法律、行政法规和国家发改委相关规定的要求，对相关经销商协议、销售价格条款和在华商务政策进行全面审查修订；加强公司全体成员反垄断培训，尤其对销售系统员工的培训；公司法务部门应增强价格垄断相关的人才和技术储备，或聘请律师等专业人员应对价格行政处罚或行政诉讼活动。

（广东卓建律师事务所 俞菁华律师）

禁止“裁决过户房屋”再转让于法无据

“限购令”催生了裁决过户现象，虽说是“曲线救国”成功买到了房子，却不曾想再转让时遭遇卡壳，深圳市房地产权登记中心以“法院有备注提示，暂不允许过户”为由做退件处理，而同样做退件处理的房屋有数百套之多！据悉，当事人已经支付业主定金，监管了首期款，并取得了银行贷款承诺，递件后登记中心告知不能过户，理由是法院有备注，当事人找到当初的裁决法院咨询，法院又说没有要求停止过户。

（搜狐网）

“裁决过户”即以房抵债，产权登记机关根据法院执行通知将“债务人”房产转移登记至“债权人”名下，是房屋转让途径之一。现有法律不但没有禁止裁决过户房屋再转让，而且明确规定了以房抵债视同房产转让。实践中能够阻止房屋合法交易的只有司法机关的正式法律文件（如查封裁定），深圳市房地产权登记中心以法院备注提示拒绝为交易双方办理过户手续违法。

禁止“裁决过户”房屋再转让对买方也极为不公平。买方购房前对业主虚拟诉讼并不知情，且支付了定金，监管了首期款并取得了银行贷款承诺，已穷其所有履行完毕了全部付款及付款保证义务，属于完全的善意第三人，其合法权益（包括房价上涨收益）应受法律保护。

“裁决过户”是楼市“限购令”下的产物，笔者认为“限购令”虽能起到抑制交易的目的，但只是憋尿式抑制，并没有消化需求，其本身违反了合同法规定的契约自由原则，并引发了诸如假离婚、假裁决等系列问题，给裁决机构、房产登记中心提供了腐败空间，应当早日废除。

需要提醒购房者的是，任何规避限购令、限贷令、限外令等楼市政策的方法都存在法律风险，虚假诉讼属广东省高级人民法院《关于强化审判管理防范和打击虚假民事诉讼的通知》规定的严打范围，且存在任何一方中途不配合无法完成等诸多风险，建议合法、真实交易。

就目前的情况来看，买方可通过民事诉讼（起诉业主要求解除合同并赔付违约金）或行政诉讼（起诉产权登记机关行政不作为，要求给予办理过户登记）两种途径维护自身合法权益。

（广东信荣律师事务所 张茂荣律师）

上海法官集体招嫖事件引律师行业尴尬

上海法官集体招嫖事件引起社会舆论广泛关注。8月4日，上海市高级人民法院民一庭庭长陈雪明等4人被停职调查。8月5日一位寿姓律师被上海司法机关带走协助调查。该律师涉嫌长期介绍其他律师给原上海高院民一庭副庭长赵明华，从中获取非法利益。而另一位胡姓律师也牵扯其中，该律师与赵明华4月8日共同进入位于上海长宁区的一个高级场所，并进行高消费娱乐。而高院的一起民事调解案中，该案审判长正是赵明华，而胡姓律师则是该案第三人的代理律师。

（综合媒体报道）

律师充当“司法掮客”早已饱受社会诟病，但此次法官和律师集体涉案再次刺痛了公众的神经。《刑法》第392条、《律师法》第40条、《最高人民法院、司法部关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》都作出相关禁止规定。笔者认为，产生这种行业腐败模式的原因主要包括三个方面：

一是与传统的民众法律意识有关。当事人在选择律师时也看中律师是否在司法机关有“关系”，律师表示在法院、公安机关等没有关系，甚至连案源都拿不到。部分当事人或家属甚至有以“关系”可以直接“销案”、“搞定”法官为委托条件。中国民众中很多人都信仰“关系”、“人情”，一出问题就希望拿钱找关系摆平，对公正司法规则的破坏演变成多数人的“潜规则”。

二是与当前律师执业的司法环境有关。例如，原湖南省高级人民法院原院长吴振汉受贿案中几乎所有涉案律师都反映，在当地，律师如果不采取向法官行贿的手段，就很难打赢官司。因此，有些地区的个别律师不得不冒着法律风险向法官行贿。

三是与法官“自由裁量权”被滥用有关。很多律师与法官沆瀣一气的案件并非都是完全颠倒是非黑白，很大一部分是利用了法官手中的自由裁量权。比如，在减刑、假释、保外就医、无法举证的侵权损失或获利等问题上，就存在一定的滥用自由裁量权甚至司法腐败现象。其原因在于规则制定得不够具体、在定罪问题上描述的不够细化、明确，中国也不像西方国家那样推行判例法制度等。防止法官恣意裁量的方法是健全法律法规，完善诉讼程序，建议推行案例参照审理，有效压缩滥用自由裁量权的空间。

（广东德城律师事务所 代昊律师）

刑事拘留并非处罚措施

女歌手吴虹飞在2013年7月21日的微博上发表“我想炸的地方有北京人才交流中心的居委会，还有建委。”引起了很大争议。事后，吴虹飞因涉嫌编造虚假恐怖信息罪被警方刑事拘留。7月30日，警方在看守所要求吴虹飞签一份《行政处罚决定书》并表示将刑事拘留转为行政拘留。7月31日，吴虹飞的辩护人发布消息称，吴虹飞已从看守所转至拘留所，行政拘留10天，并被处以罚款500元。

(综合媒体报道)

此事件引起热议，很多人认为吴虹飞因言获罪或因言获刑，认为刑事拘留是处罚措施，其实是误读了刑事拘留的法律性质。

首先，刑事拘留不是处罚措施，只是侦查措施；需要逮捕的，公安机关将提请检察院批准逮捕，发现拘留错误应当立即释放，问题不严重的可以取保候审或监视居住，不构成刑事案件的撤销案件，可以给予行政处罚。

其次，刑事拘留转化为行政拘留的做法在《中华人民共和国治安管理处罚法》中也有明确的规定，该法第九十二条规定，对决定给予行政拘留处罚的人，在处罚前已经采取强制措施限制人身自由的时间，应当折抵。限制人身自由1日，折抵行政拘留1日。

再次，刑事拘留与行政拘留有明显的区别。刑事拘留是依据刑事诉讼法的规定，为查明犯罪事实必须采取的手段，是防止社会危害性的发生，保障侦查、起诉、审判顺利进行的一种临时剥夺人人身自由的措施，其本身不具有任何处罚性质。而行政拘留则是根据行政处罚法、治安管理处罚条例等行政法律、法规，对违反治安管理的人适用的一种行政处罚。就某一具体行为被采取刑事拘留或行政拘留的前提是，前者有违法嫌疑不必针对违法行为即可进行，而后者必须针对违法行为。

最后，从刑法来讲，打击犯罪、预防犯罪是公安部门的首要任务。吴虹飞的言论也许是个人情绪宣泄，也许可能实施犯罪。无论其出于发泄还是何种原因，她的行为必须受到法律制裁，从这点来说，对其刑事拘留没有不妥。此外，一个违法行为，拿不准该立治安案件还是刑事案件，为了慎重立为刑事案件；经侦查不符合逮捕的条件，但确因违法行为需要追究责任，转而给予治安处罚，这样的做法在法律上没有任何障碍。

(广东盛唐律师事务所 周争锋律师)

涉毒人员标签终身化与法治精神相悖

被误抓而贴上“涉毒人员”标签，这种蹊跷的事情让刘先生异常烦恼。据了解，他曾在某休闲会所被当地派出所以涉嫌贩毒名义逮捕，随后公安机关以错误刑拘撤销了刘先生的贩毒案。但是涉嫌贩毒的记录跟随了刘先生两年多，至今仍对刘先生的工作生活造成诸多负面影响。

(深圳新闻网)

如果公权力的行使不受制约，公民的私权利就会被践踏。此案中，没有证据证明当事人贩卖毒品，检察机关未批准逮捕，公安机关也作出无罪释放的决定，并给予当事人一定的国家赔偿。依常理来讲，该当事人所谓的涉毒信息应当从公安部的全国禁毒信息网中删除。显然，刘先生的阴影还未消除。公开资料显示，因为没有能够及时删除错误信息，导致公民的人身权利受到侵犯的案例不在少数。

按照国务院禁毒条例的规定，公安部建设了全国禁毒信息系统，目的是对涉毒人员（包括吸毒和贩毒人员）建立动态的管控机制。该系统是一个易进难出的数据库，由于系统设计并不完善，并缺乏合理的监督和纠正机制，内部信息错漏、冒用的现象一直存在。

按照公安部的规定，基层公安机关只有录入信息的权利，没有删除和更正的权利。一旦录入信息出现错误，或案件被撤销，基层公安机关只能层层上报请求公安部删除。不少地方公安机关曾就此问题向公安部反映，但目前尚无出台解决方案。

公安部门的规定必须符合上位法，符合行政法的原则。对私权利而言，法无明文规定皆可为；对公权力而言，法无明文授权即不可为。笔者认为，错误的行政行为应该同行政违法行为一样得到及时纠正。国家禁毒委员会和公安部应授权市一级的公安机关有权删除错误录入的涉毒人员的信息和已经撤销的案件信息，不能将涉毒人员的标签“强加”于无罪公民，使其人格尊严受到侵害。同时，公安部门也不宜将涉毒人员的标签终身化，这如同古时在犯人的额头上刺青。当事人一时涉毒便终身涉嫌涉毒，这是有罪推定的做法，如果这一做法不加以更正，将使有关部门陷入“宁可错杀一千，不可放过一个”的思维方式，从而违背法治的精神。

(广东中安律师事务所 潘翔律师)

由记者陈宝成被拘事件看“强拆”

8月10日，记者陈宝成在老家山东省平度市被警方刑事拘留，理由是陈宝成与张鹏珂等7位村民，采用“倒汽油、持斧头等暴力手段”，涉嫌非法拘禁前来“平整土地”的铲车司机。

(凤凰网)

这些年，房地产市场可谓风生水起，不但开发商多拿地建房，不少其他行业有实力的企业也挤进房地产行业。但是，土地资源是有限的，开发商的目光转向了城市附近的集体土地，还有以旧城改造项目的名义来征收土地。土地上的建筑物所有权人可能因此获得拆迁利益，开发商也能获得巨大利润，但在利益协调与分配过程中，若双方产生了冲突，则需在法律的框架下解决争议。

什么情况下可以强拆？强拆由哪个部门进行？强拆的程序如何？这些规定散见于国务院《国有土地上房屋征收与补偿条例》、最高法院《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》、最高人民法院《关于办理申请人民法院强制执行国有土地上房屋征收补偿决定案件若干问题的规定》里。但无论如何，强拆绝对不是未经法律程序就开始实施的行为，强拆主体也绝对不是由开发商自行组织的人员甚至是打手的人来充当。在强拆问题上不是无法可依，而是有法不依。强拆人为何如此大胆妄为，置人民群众的财产和生命于不顾，强拆背后究竟有多少利益纠葛？何时能够不再发生由强拆引发的血案？

我们每个人都有可能成为被拆迁人，甚至有可能成为被强拆的对象。网上有人称该事件中出现了“死磕派律师”和“死磕派记者”，由此引起的关于强拆的讨论方兴未艾。从某种意义上说，也许正是因为有“死磕派”的出现，才能够推动有关部门对违法强拆现象的关注和大力整治，才能让普罗大众有尊严地生活在富有自由、秩序和安宁的家园里！

(广东圣方律师事务所 颜宇丹律师)



逝者管控身后财产成为现实

目前，越来越多的创富者正在将财富传承给后代。“创富难守富更难”，如何才能跳出“富不过三代”的怪圈，是每一位创富者所关注的问题。

(和讯网)

传统的财富传承方式功能单一，主要是法定继承或遗嘱继承，但无论哪一种方式，也只能做到将身后财产交到自己的后人名下，但如果后人年幼或无力管控较大数额的遗产，逝者也无力控制，只能无奈地一声叹息：儿孙自有儿孙福，随他去吧！

在经济落后时代，个人财产普遍较少，似乎不需要想得太过长远。到了改革开放几十年后的今天，很多成功人士的私人财产已经积累到数千万甚至数亿元的规模，财富的管理与继承引起越来越多创富者的思考。民事信托让逝者管控身后财产成为现实。

民事信托大约于公元十三世纪出现在英国，从最初为了规避国王没收禁令的民间做法，到最后被确定为一项正式法律制度，经过几百年的发展完善，已经成为世界各国富裕家族、成功企业家普遍采用的私人财富保护传承方式。我国于2001年10月1日也通过《信托法》引进了民事信托制度，使国内有产者有了新的选择。

民事信托关系作为一种特殊的法律关系，适用《信托法》规定，根据《信托法》第52条：信托不因委托人或者受托人的死亡、丧失民事行为能力、依法解散、被依法撤销或者被宣告破产而终止，也不因受托人的辞任而终止。也就是说，民事信托是在委托人去世后仍然合法有效延续的法律关系。因此，生前对自己财产设置完善的财富传承民事信托，百年后就可通过设定好的用途和方式继续管理控制自己的“遗产”，管理的期限根据自己的预期需要，既可以是几年、几十年，也可以是数代延续，不受限制，就算自己的后代也不能撤销。

由于财富传承民事信托时间较长，运作复杂，不可能通过一份信托合同就能高枕无忧，必须要委托专业民事信托律师帮助建立一个架构合理、相互制约能够适时更替的综合信托方案，并根据财产规模和目的，建立不同层次的受托人组织及可永续替换的独立监管人，以保证委托人的意愿在身后得到充分实现。

(北京市盈科(深圳)律师事务所 李魏律师)

未成年人保护任重道远

文 本刊编辑部

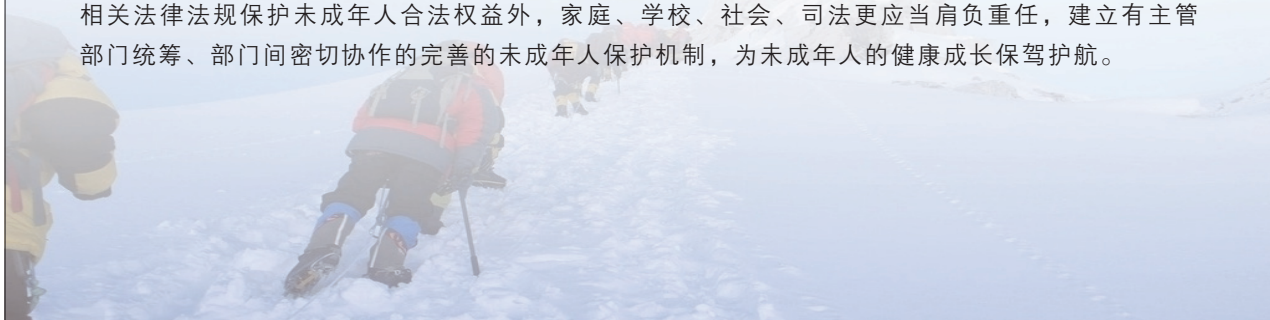
近期，多起未成年人受害的恶性事件频频见诸报端。他们或是尚在襁褓之中的婴儿，或是在路边玩耍的孩童，或是校园中的花季少女。也许，在遇害的前一天，他们还在父母的怀里感受着亲情的温暖；也许，在遇害的前一刻，他们还向我们露出天使般灿烂的笑容；也许，在遇害的那一瞬间，他们以为生活在美好世界里的“善良的叔叔”会还他们一片蓝天。一件件曝光的恶性案件刺痛着父母的心，刺痛着我们的神经。如精灵般的生命还未体验大千世界的美好，却以付出生命的代价折射出了人性最阴暗的一面。

据媒体披露，我市部分人大代表对深圳未成年人刑事案件进行了实证调研和数据分析。结果显示，总体上，深圳未成年人犯罪的案件数量增长势头初步得到遏制，从2007年的7336件下降到去年的3215件，年均下降16.67%；未成年违法犯罪嫌疑人方面，也从2007年的4682人下降到去年的3110人，年均下降16.67%。与此相反，刑事案件中未成年受害人员数量却大大上升，从2007年的2361人上升到去年的6730人，年均上升16.67%。值得注意的是，无论是未成年人犯罪，还是未成年人受侵害事件，均表现出主体以非深户籍未成年人为主的特征。据了解，近6年来深圳刑事案件中未成年受害人数量为34098人，其中深圳户籍4461人，非深圳户籍29637人；未成年人违法犯罪案件数量为30829件，其中深圳户籍为723件，非深圳户籍为30106件；未成年人犯罪人数为22519人，其中深圳户籍580人，非深圳户籍21939人。（来源：《南方日报》）

“制出将来之少年中国者，则中国少年之责任也。”未成年人是国家的未来，民族的希望，肩负着延续社会的任务，在他们身上寄托着父母的期望，更寄托着人类的期望。“今天的儿童就是明天世界的公民，因而他们的生存、保护和发展是人类未来发展的先决条件”。对弱势群体尤其是未成年人进行特别保护逐渐成为人权理论发展和当今世界立法的总趋势。

我国政府对未成年人保护工作也非常重视：全国人大及常委会、国务院先后制定了多项保障未成年人权益的法律法规，在未成年人的合法权益、人格尊严、身心健康等方面给予家庭保护、学校保护、社会保护和司法保护。但，法律不是万能的，再完备的法律也不可能包罗社会万象，不可能将未成年人保护得“密不透风”，不可能弥补社会机制的缺失，幼小、脆弱的生命不能仅等待事后救济和补偿。当美国儿童和家庭部、英国儿童保护委员会等国外机构在保护未成年方面做了大量卓有成效的工作时，我国还未建立专门机构统筹未成年人保护工作，也尚未形成相关的社会保护机制。

本期《深圳律师》杂志，我们重点关注未成年人保护机制的完善，从立法、司法、社会保护等不同角度，区分其有别于成年人的维权机制。未成年人的保护迫切需要通过制定、修改、清理相关法律法规保护未成年人合法权益外，家庭、学校、社会、司法更应当肩负重任，建立有主管部门统筹、部门间密切协作的完善的未成年人保护机制，为未成年人的健康成长保驾护航。



浅析未成年人保护机制的完善

文 广东广和律师事务所 郭璇玲律师

近年来，未成年人作为受害人的事件层出不穷，如何更好地维护未成年人的合法权益日益引起社会的关注。虽然我国于1991年出台了《未成年人保护法》，并于2006年进行了相关修订，但由于配套措施的缺乏、社会救助体系的不完善等原因，未成年人仍然未能获得有效充分的保护。从屡屡曝诸报端的未成年人侵权案件以及大范围存在的留守儿童问题等现象不难看出，未成年人的权益保护已经成为我国维护公民权益、维护社会稳定、实现公平正义亟需解决的重要问题。笔者以近年来颇受关注的三个案例作为切入点，简要剖析未成年人权益保护在现实操作中的难点及症结所在，并对此提出几点建议。

【典型案例与点评】

※案例一：2003年6月4日，成都市青白江区单身妈妈李桂芳将其3岁女儿李思怡反锁家中卧室内，其后外出行窃被捉。执法人员在处理过程中发现李桂芳为吸毒人员遂将其押送戒毒所强制戒毒。尽管李桂芳一再表明家中锁有幼女，乞求执法人员允许她先行回家安置女儿后再进行戒毒或由民警代为安置，但执法人员置若罔闻、敷衍了事、机械执法，只给李桂芳家所在辖区的派出所打个电话即不再过问，最终导致女童因无人照看饿死家中的惨剧发生。（摘自《新民周刊》2003年11月1日）

点评：在这起本可避免的惨剧中，执法人员冷漠处事、机械执法，对女童的死亡负有不可推卸的责任，理应受到道德的谴责与法律的惩罚。如果执法人员能够人性化地执法，及时上报、采取必要的应对措施，对李思怡进行妥善安置，或者允许被强制的李桂芳在有关人员的陪同下回家安顿女儿，而不是机械僵硬地按照法律条文办事，一条宝贵的幼小生命本就能够被挽回，实在令人扼腕。

但我们更应当注意到的是：立法的不完善及社会保护机制的缺乏给未成年人保护问题带来的负面影响。当前我国的法律条款大多偏向于口号式、标语式，粗疏简陋、职责不清，严重缺乏切实可行的具体

配套措施和工作指引。派出所、妇联、福利机构、社会慈善机构等部门和团体之间缺乏有效协作及过分抽象而缺少配套机制的立法现状，导致执法人员在具体工作中各自为政，无法实现各部门联动，相互辅助，甚至造成公权力资源的重复设置或未能发挥应有的作用，最终使受到侵害或需要帮助的未成年人错过得到及时救济的机会。

※案例二：2013年3月4日，长春市居民周喜军在某超市门前，趁店主夫妇忙于卸货，盗走车辆并潜逃。在逃亡过程中发现车辆后座有一婴儿后，将婴儿掐死，埋尸雪中。事后，周喜军迫于巨大的压力，投案自首，交代恶行。但小孩的遇害，已对这个家庭造成无法挽回的损失与伤害。

点评：这起在社会上引起热议的盗车杀人案中，令人发指的并不是犯罪分子的贪欲歹念，而是他对一个两个月大婴儿的痛下杀手。社会舆论在震惊愤慨之余，也纷纷指责那对忙于工作、疏忽大意的父母没有照看好自己的小孩，甚至有人提出应当对其父母进行法律问责。

笔者认为，在这起案件中，我们更应该关注到的是整个社会对社会底层及弱势群体提供基本生活保障、提供保护与帮助机制的严重匮乏和缺失，才是这些社会问题的症结所在。在现实的经济压力下，为了解决最基本的生存问题，年轻一代的父母奔忙于生计、汲汲于养家，被迫减少了照料家庭、陪伴子女的时间，这种基于现实的无奈考虑和做法理应得到理解和同情，并需要得到有效的保障和帮助，但这不能成为父母未积极履行监护责任的缘由。

因此，笔者认为更应该思考如何给弱势、贫困家庭提供社会帮助，防患于未然，才是最根本有效的方法。否则，每有个案发生，总是强行归责于每个独立而弱小的个体，板子总是打在小老百姓的屁股上，而忘了社会和政府理应承担的基本管理职责，显然违背基本法理和道义、极其不合理的。

※案例三：未成年人秦敏、陈红、李明（三人均为化名）家住重庆市某乡下农村。其父母均外出打

工，无暇照料三人。三人一直由祖父母带着在老家上学。上初中后，秦敏、陈红、李明到了城中的寄宿学校。由于常年缺乏与父母的沟通，三人渐渐无法找到归宿感。于是千方百计寻找靠山，最后加入结伙抢劫的犯罪团伙，多次对未成年人和学生进行抢劫，从此沦陷“江湖”，在“道”上越走越远。

点评：留守儿童是随着社会政治经济快速发展、大量务工人员从农村或小城镇涌入大城市务工而将子女遗留在农村所形成的特殊群体。据教育部公布，2012年9月，我国义务教育阶段留守儿童有2200万人。留守儿童由于父母长期不在身边，缺乏监管与照料，引发了诸多生理、心理、教育、安全等问题，并酿成青少年犯罪的社会问题，使留守儿童问题成为多年来长期存在的严重社会问题。

如案例中的三名留守儿童，由于甚少与父母相处，进入青春期后寻求归宿感的渴望更加强烈，加上自控能力不足，外在风气不良的情况下，自然而然会走上拉帮结派的道路，最后结伙犯罪也是完全可以预见的。这是留守儿童面临的典型问题。留守儿童的父母都是进城的务工人员，为社会发展尤其是城市的经济建设做出了极大的贡献，社会中的每一个成员都已从中获益。但这些务工人员却为社会经济的发展付出了极大的代价，他们牺牲了与子女享受天伦之乐的机会，在子女最需要关爱教育的时刻缺位远在他乡，而且这种牺牲在一些家庭中甚至已经是延续数代人了。留守儿童（还包括老人）得不到应有的关心、教育和保护，最后导致心理不健全甚至犯罪等社会问题，也必将由我们全社会成员共同来“埋单”。因此，关注留守儿童的教育与保护问题，可谓刻不容缓，与每一个社会成员都息息相关。

【律师建议】

如何建立未成年人的社会保护机制以更好地保护未成年人的合法权益，笔者有如下四点建议：

一是完善配套规则，出台操作性强的工作指引。

首先，应在立法上完善配套规则，出台具有可操作性的指引，对执法部门的职责、行为进行更明确更科学的指导和要求。

其次，应明确各部门分工，建立各部门与社团之间的联动机制，使各政府部门权责分明，并与社会团体互相协作。

再者，应建立跟踪问责制度，督促职能部门贯彻法律法规，使现有的法律法规能够落实到位而并不是仅仅流于形式与口号。

二是建立全方位、多层次的社会救助体系。

应建立以政府为主导，以社会力量为补充的全方位、多层次社会救助服务体系，借鉴引进国际上通行的成熟、有效社会救助模式。

香港的社会服务、救助体系已较为完善，在对未成年人的保护方面，社会救助体系中设置了一个“中央转介机制”，这一机制中整合了家庭、学校、司法局、教育局级社会福利署等各方社会力量对需救助的未成年人提供有效服务。对每一位存在困难的未成年人，由其所在学校或社区的社工介入调查、评审后转介到“中央转介系统”，然后由“中央转介系统”对该未成年人的情况进行进一步评估后，为其安排最合适的服务接收机构提供救助服务。整个社会服务、救助体系分工明确，协调一致，运作高效。

因此，政府应当鼓励社会团体等民间力量参与未成年人的权益保护工作，充分发挥社会团体多元性的职能，特别是以社区为单位的就近、就地、贴身、低成本、高效率地为未成年人提供全方位的服务与帮助。

三是正确引导媒体舆论导向，重塑家庭观。

新闻媒体应当着重关注家庭、关注儿童的价值观念，在舆论上重塑正确的家庭观。长久以来，我国媒体的舆论倾向于功利性的价值取向，社会上不乏唯权力论、拜金论、成功论为主导的价值论导向，并逐渐成为社会主流价值观，而这些价值观往往以牺牲家庭和孩子为代价，媒体在其中也往往起了推波助澜的作用。而这一切都值得我们全社会进行深刻的反思与检视。

留守儿童问题不仅仅是一个家庭问题，也不单是个别现象，而是一个深刻的社会问题，不应漠视。对留守儿童及其父母的责诘均无助于问题的根本解决。如果不能正确认识留守儿童问题对未成年人成长、家庭幸福与社会发展过程中将产生的各种不利影响，则将引发更多的社会问题。

四是加强人性化执法。

在具体的行政司法过程中照顾未成年人的权益，考虑《未成年人保护法》的落实，更加灵活地处理个案，保护未成年人合法权益，无疑是当前解决未成年人权益保障问题最立竿见影的方法。这仰赖于执法人员素质的提高与相关法律法规及指导原则的完善。

【结语】

在未成年人保护问题上，应当引起包括执法部门在内的各行政部门及社会广泛关注与高度重视，建立一套全方位、多层次的未成年人保护机制，配合《未成年人保护法》的贯彻实施，为未成年人提供切实、充分的社会法律保护。

嫖宿幼女罪存废之我见

文 广东万乘律师事务所 杨新发律师

嫖宿幼女罪是1997年刑法修改新增加的罪名，与原刑法中的强奸罪相区别。嫖宿幼女罪自产生以来，就引起了诸多争议，2009年陕西略阳县嫖宿幼女案之后，嫖宿幼女罪更是被民众诟病，被指责为“放纵犯罪、为权贵提供免死通道”的恶法，民间及学术界为罪名的存废争论不休并逐渐形成泾渭分明的两大阵营。而最近发生的海南校长开房案件，使废除嫖宿幼女罪成为舆论界压倒性的声音，在这种情况下，凡是反对废除“嫖宿幼女罪”的专家学者，都成了舆论口诛笔伐的对象。

笔者认为，在当前的刑法框架下，嫖宿幼女罪有其存在的价值，但笔者赞成废除嫖宿幼女罪，在将其重新纳入强奸罪范畴的同时对刑法第236条做相应的修改。

当前的刑法框架下嫖宿幼女罪存在的价值

嫖宿幼女的行为，极大地损害幼女的身心健康和正常发育，且对幼女的思想具有极大的腐蚀作用，具有严重的社会危害性，必须予以打击和严惩，这也是设立嫖宿幼女罪罪名的立法初衷。但现行刑法关于强奸罪的规定无法涵盖嫖宿幼女的行为，如果不单独设立嫖宿幼女罪，则无法对嫖宿幼女的行为进行刑事追究。

现行刑法第236条第1款：以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的，处三年以上十年以下有期徒刑。第2款：奸淫不满十四周岁的幼女的，以强奸论，从重处罚。

《辞海》关于“奸淫”的释义有两项，第一义项是“不正当的性行为”，第二义项是“使用暴力或不正当手段奸污”。如果刑法第236条第2款采用的是第二义项，则“奸淫”等同于“强奸”，第2款与第1款存在同义反覆之嫌，没有必要规定“以强奸论”；如果采用的是第一义项，则“奸淫”等同于“通奸”、“和奸”，所指为男女之间自愿、平等的性行为。鉴于幼女缺乏性的自主性，把幼女与他人的性行为认定为“通奸”、“和奸”显然是不合适的。

而无论是采用第一义项还是第二义项，“奸淫”都不能涵盖“嫖宿”这一行为。根据罪刑法定的原则，如果不单独设立嫖宿幼女罪，则无从根据刑法第236条对嫖宿幼女的行为予以刑事追究。

“刑责过轻”不可作为废除嫖宿幼女罪的理由

很多人士认为现行刑法关于嫖宿幼女罪的刑责过轻，这是他们主张废除嫖宿幼女罪的一条重要理由。他们认为，刑法第236条关于强奸罪的最高刑罚是死刑，而嫖宿幼女罪的最高刑罚是15年有期徒刑，这样的刑责规定过轻，不利于保护幼女。

笔者认为，现行刑法关于嫖宿的刑责规定是相当严厉的，足以惩治嫖宿幼女的犯罪行为，并不存在放宽纵、姑息犯罪之嫌。

现行刑法关于嫖宿幼女罪的刑责为5年以上、15年以下有期徒刑；而强奸罪（236条第1款）的刑责为3年以上、10年以下有期徒刑，而根据刑法第236条第2款的规定，奸淫幼女按强奸罪从重处罚，因此如无其他加重情节（236条第3款），奸淫幼女的最高刑责为10年有期徒刑。由此可见，现行刑法关于嫖宿幼女罪的刑责规定是高于强奸罪（包括奸淫幼女）的。

嫖宿幼女的犯罪行为无疑损害了幼女的身心健康，但嫖宿行为一般发生在卖淫场所且本身不带有暴力、胁迫（如果在嫖宿过程中有暴力、胁迫等行为，则属于强奸），其直接的损害后果和社会危害性显然低于一般的强奸，当然更低于刑法第236条第3款规定的情形，但嫖宿幼女罪的刑责高于一般的强奸罪。

从犯罪源头考量，刑法第358条规定的组织卖淫罪、强迫卖淫罪和刑法第359条规定的引诱、容留、介绍卖淫罪、引诱幼女卖淫罪的行为才是侵害幼女身心健康的罪魁祸首，其社会危害性也远远超过嫖宿幼女罪。但是现行刑法中，嫖宿幼女罪与前述组织、强迫妇女卖淫等犯罪的刑责却大体相当：刑法第358条规定组织卖淫、强迫卖淫的一般刑责为5年以上、10年以下有期徒刑，强迫幼女卖淫的为10年以上有期徒刑或无期徒刑；刑法第359条规定引诱、容留、介绍卖淫的一般刑责为5年以下有期徒刑、拘役或者管制，引诱幼女卖淫的为5年以上有期徒刑。

综上所述，现行刑法对嫖宿幼女罪的刑责规定是相当严厉的，将其刑责提高到与组织、强迫卖淫犯罪大体相当而高于一般的强奸犯罪（含奸淫幼女）的程度，体现了国家关于严厉打击嫖宿幼女犯罪、保护幼女身心健康的决

现行刑法对嫖宿幼女罪的刑责规定是相当严厉的，将其刑责提高到与组织、强迫卖淫犯罪大体相当而高于一般的强奸犯罪（含奸淫幼女）的程度，体现了国家关于严厉打击嫖宿幼女犯罪、保护幼女身心健康的决心。

心。因此，“刑责过轻”不是废除嫖宿幼女罪的理由。

赞成废除嫖宿幼女罪的理由

设立嫖宿幼女罪违反了国际公约和国际共识。依据联合国《儿童权利公约》，所有儿童卖淫活动中的儿童均被推定为“被利用”的。而在实际生活中发生的幼女卖淫大多是被强迫、引诱的，属于主动、自愿卖淫的幼女只有极少数。而鉴于幼女在身体、心智方面尚未发育成熟，这种“自愿”也属于伪自愿，不能反映幼女的真正意志。而设立嫖宿幼女罪，等于将幼女卖淫等同于一般的妇女卖淫，在刑法上确认了幼女卖淫牟利的“自主性”，违反了上述《儿童权利公约》关于“儿童优先”、“儿童最大利益”原则。

设立嫖宿幼女罪形成了对道德有“瑕疵”的幼女的歧视。设立嫖宿幼女罪意味着刑法对幼女的保护不再是平等的，而是将幼女在道德上做了区分——“良家幼女”和“卖淫幼女”，从而对性侵不同幼女的行为按不同的罪名处罚，这显然违反了我国已签署的联合国《消除对妇女一切形式歧视公约》。

在司法实际中，如何认定幼女卖淫以及区分嫖宿幼女和奸淫幼女是一个难题且容易引发争议。性侵者以给予金钱或其他利益引诱幼女发生关系算不算嫖宿？幼女主动与人发生关系并索要钱财算不算卖淫？幼女被包养算不算卖淫或嫖宿？显然要正确界定嫖宿幼女存在诸多障碍且需耗费大量司法资源，而这种司法资源的耗损却并无司法价值，不但对于保护幼女合法权益毫无帮助，反而有可能对

被性侵幼女的身心产生二次伤害。

现行刑法关于嫖宿幼女罪的刑责规定违反了罪行相应的原则，且导致同一犯罪行为的双重处罚标准。如笔者前文所述，现行刑法对嫖宿幼女罪规定的刑责是相当严厉的，该罪的社会危害性低于一般的强奸（含奸淫幼女），但刑责却较高，存在轻罪重责之嫌。而无论是嫖宿幼女还是一般的奸淫幼女，都是在性侵者基于幼女表面上“自愿”的情况下与幼女发生性关系，排除金钱交易的因素（奸淫幼女也可能存在金钱交易），其实是属于同一类型的犯罪，却适用不同的刑责标准，损害了刑罚的公平性和统一性。

对废除嫖宿幼女罪的立法建议

现行刑法第236条第2款关于奸淫幼女的规定不够科学、严谨，无法涵盖嫖宿幼女的犯罪行为。如果仅仅废除嫖宿幼女罪而不对刑法第236条进行相应的修改，将导致无法对嫖宿幼女的犯罪行为予以刑事追究。

我国台湾地区的刑法规定是：对于未满十四岁之少男或少女为性交者，处三年以上十年以下有期徒刑，违反其意愿者，更依第222条规定处七年以上有期徒刑。笔者认为，该规定有一定的合理性，可以参照与借鉴。

笔者建议将刑法第236条的第2款修改为：与未满四周岁的幼女发生性关系的，以强奸论，从重处罚；强奸幼女的，依本条第三款加重处罚。如果刑法做这样的规定，不但可以涵盖一切性侵幼女的犯罪行为，使嫖宿幼女罪纳入强奸犯罪的体系，也可以减少争议和司法障碍。



少年司法保护一体化研究

文 深圳市宝安区人民法院少年综合审判庭 张颖庭长

少年司法保护事关国家和民族前途，事关亿万家庭幸福安宁。人民法院在少年司法保护工作中坚持对未成年人“特殊、优先”司法保护理念，并逐步建立、完善审理未成年案件的专门机构和队伍。同时在“政法一条龙”和“社会一条龙”工作上取得了长足的进步，初步建立起少年司法配套体系框架。但在如何深化少年司法保护工作改革，创新法院尤其是少年法庭在少年司法保护工作中的机制和具体举措方面，还有所欠缺。值得一提的是，少年司法保护的概念有广义和狭义之别，本文所论述的仅为狭义的法院司法审判活动。

少年司法保护工作现状

全国各地相继开展了关于少年法庭的试点和改革创新工作，取得了显著的法律效果和社会效果。以深圳市宝安区法院为例，少年综合审判庭主要审理以少年为主体的民事、行政、刑事案件及涉及知识产权刑事案件，其中有相当高比例的轻微刑事犯罪。在审判实践中开创了以少年圆桌审判机制为核心，以庭前社会调查制度和心理辅导制度为特色，审后异地缓刑少年犯帮教机制为重点，青少年法制教育机制为补充，实现审判与帮教一体化的具有宝安本地特色的刑事审判模式。庭前延伸帮教，委托专业社工介入开展庭前社会调查，同时启动心理辅导机制。庭中设立帮教席，通过“社工、义工双工联动”，法官、检察官、援助律师、社工（义工）、家长等“五位一体”有效帮教模式。庭后建立缓刑档案，整合社会力量，多部门联动开展帮教。通过审判工作的前伸后移，透过庭前庭中庭后的系统全方位帮教，达到教育和矫正罪错少年的目的。

另一方面，我们也必须清醒地认识到当前的少年司法保护工作与现实需要有很大差距，与世界先进国家的做法有很大差距。

少年法庭单打独斗，力量单薄，难以多方位进行少年司法保护工作。少年法庭由于职能、人员的配

置，其发展空间有限，难以担负起对青少年法律保护和犯罪防治的功能。少年司法的现代功能发展趋势与少年法庭的职能定位及机构、人员配置难以相互适应，出现的结果就是少年法庭的一线办案人员单打独斗，力量单薄，出现了“同案不同判”，或被判处非监禁刑后只能推向社会，难以产生少年司法审判的预期的教育和惩戒效果。

少年司法众多职能运作欠缺统筹机构，沟通协调成本巨大，且执行效果欠佳。在少年司法审判中，主要涉及到庭前社会调查、心理辅导、社工帮教甚至是社区矫正等多方面，所需联系部门或社会组织力量较多。根据《联合国少年司法最低限度标准规则》（即《北京规则》）规定：应充分注意采取积极措施，充分调动所有可能的资源，包括家庭、志愿人员及其他社区团体以及学校和其他社区机构，以便促进少年的幸福，减少法律进行干预的必要，并在他们触犯法律时对他们进行有效、公平及合乎人道的处理。由于我国目前少年司法保护工作职能分散、缺少相应的专门统筹机构，因此难以理顺调谐关系和整合力量，出现部门推诿甚至所谓的“影子主体”。

审判与帮教、矫正联系不足，难以实现对罪错少年教育、感化和挽救工作的持续效应。目前少年法庭大多局限于刑事审判，部分法院如深圳市宝安区法院已成立了少年综合审判庭，全面负责涉及少年的刑事、民事和行政案件。即使如此，少年法庭的工作仍大部分局限于司法审判，而与社会帮教和社区矫正相脱钩，无法形成联动聚合效应。由于目前我国还没有未成年犯矫正的专门统筹机构和专业化的罪错少年矫正队伍，这也使得整体犯罪少年的矫正效果大打折扣。

在审判实践中，在庭前引入专业社工进行庭前社会调查和心理辅导，通过庭审帮教、会见家长等关系亲密的人，帮教社工、辅导专家在帮教过程中已经与罪错少年建立起一定的情感纽带。如果能够将帮教人员或者心理辅导专家的工作一直跟踪到庭

后缓刑的社区矫正阶段，并与社区矫正人员交接互助，这将会产生事半功倍的作用。但是很遗憾，由于当前少年司法保护工作阶段性较强，而且各阶段缺乏足够的联系和信息共享，社区矫正人员无法及时有效获取罪错少年信息，与罪错少年建立起真正的情感沟通有一定困难，导致很多判处缓刑的罪错少年的社区矫正效果大打折扣。

少年司法保护工作分工不明，使法官在承担审判工作以外，承担了更多的社会工作，且缺少制度保障，影响法官办案积极性和罪错少年的矫正效果。目前少年审判所需的全面社会专业支持并未建立起来，且由于少年审判坚持“教育为主、惩罚为辅”，因此少年审判更多的是承担教育、感化、挽救等职能，法官除担任审判者的角色外，还兼具“社会工作者”的角色。法官在教育感化过程中必须充分运用心理学、社会学等知识进行沟通以期达到教育、感化目的。但是一线法官在从事上述工作时，难以获得考核评价机制的认同，工作成效并不受认同。因此法官参与庭前帮教、心理辅导等相关社会工作时，积极性不高，成效自然也参差不齐。

在少年审判一线的司法人员已经开始深刻意识到，基于少年司法的多功能化本质，单靠在司法审判领域的单打独斗难以成体系、多维度地解决少年司法保护的全部问题，单靠审判程序制度改革和“前科封存制度”创新，对于少年司法保护问题的解决有些捉襟见肘。总的来说，单靠少年法庭的设立和改革难以承担全部少年司法保护的任务。

少年司法保护一体化的理论基础

根据皮艺军教授的观点，少年司法保护的一体化有四种分类：其一是根据所涉领域提出社会——司法一体化；其二是根据依据的主要部门法提出刑事——民事——行政一体化；其三是根据类型提出刑事——福利一体化；其四是根据功能提出维权、教育、预防、矫正、观护等多功能一体化。少年司法是一套整合型的司法制度^[1]，不光关涉法律本身，还与社会有千丝万缕的关系。同时少年司法还广泛触及刑事、民事、行政等多部门法的法律关系。少年司法不仅包括刑事处置，还应包含福利救

济内容。少年司法保护是一个整合型概念，是兼具维权、教育、矫正、观护等多功能的一体化制度保护。

正是基于少年司法保护是一个聚合型、多制度组合的概念，我们认为在未来中国少年司法保护制度的改革中，应当坚持少年司法保护的一体化趋势。在道路选择和制度构建上，要充分考虑多功能聚合的特点，形成少年司法保护从维权到矫正的“一条龙”制度链条，形成权责统一的少年司法保护体制，规避多部门并立的通病，达到最佳的少年司法保护的聚合合力。

◎报应型少年司法模式向恢复型少年司法模式转变

以往在如何认识少年刑事司法问题上，普遍将少年司法和成年司法混为一谈，都追求罪犯触犯刑法所应承担的报应性刑事责任。基于这种报应性刑事司法观念，在程序设计以及赋予犯罪嫌疑人多少诉讼权利的问题上都较为严苛，追求对犯罪分子的报复性惩罚。

但是随着对少年儿童权利保护问题的深入探讨，报复性少年司法开始受到批判，认为这样的报复性惩罚不考虑少年犯罪的社会和家庭原因，在罪错少年缺少足够的理智和心智的前提下对其如此惩罚极其不公。另外将少年司法混同于成年司法，将两类不同罪犯混监一室，容易导致“交叉感染”或“深度感染”。因此^[2]，学界和实务界开始提出建立独特的中国少年司法模式，讲究恢复、康复和福利，突出反映在《未成年人保护法》第五十四条第一款“对违法犯罪的未成年人，实行教育、感化、挽救的方针，坚持教育为主、惩罚为辅的原则”及2012年修订的新《刑事诉讼法》关于办理未成年刑事案件的特别程序。新《刑事诉讼法》专门规定了办理针对未成年刑事案件的特别规定，重申了以教育、感化、挽救为方针以及坚持教育为主、惩罚为辅的原则，并具体设计了庭前社会调查以及犯罪记录封存等相关制度。

在英美国家，一般认为，普通法上所谓“Parents Patriae”（拉丁语，意为国家之父的意思）的监护观念是少年司法制度得以产生的重要理论渊源。在19世纪90年代^[3]，美国提出“国家亲

[1] 皮艺军：《中国少年司法制度一体化》，载于《法学杂志》，2005年第3期

[2] 狄小华谷平：《论中国特色少年司法之功能定位》，载于《南京人口干部管理学院学报》，2012年第4期

[3] 郭立新、龚瑞：《理念、制度——和谐社会构建中的少年司法之走向》，载于《山东警察学院学报》，2006年第5期

权”观念，注重国家在未成年保护上的重大责任。在“国家亲权”的观念指引下，认为那些违法犯罪的少年与那些心智不熟或无行为能力的少年都一样，需要国家行使监护权，予以关爱照顾。另外在“国家亲权”观念下还产生了另一个概念，即“少年非行”。在日本，少年非行是指14岁以上未满20岁的少年的犯罪行为、未满14岁的少年的触法行为以及虞犯等三方面的总称，主要由《少

年法》及《儿童福祉法》等法律予以规制。其认为少年违法和成年违法具有明显不同，需要建立异于成年司法的另一套少年司法制度，它突出表明了少年需要国家照顾、保护和治疗的地位，少年司法制度也需要体现对于少年特殊的法律制度和被照料

的特殊地位。然而经过多年的改革努力，在少年司法保护工作上，基本上都一心往《未成年人保护法》五十四条第二款上努力，也就是“对违法犯罪的未成年人，应当依法从轻、减轻或者免除处罚。”五十四条第一款所规定的教育、感化、挽救的方针以及坚持教育为主、惩罚为辅的原则的贯彻落实却步履蹒跚。作为口号喊了多年，或者有法官个人的努力实践，却难以使制度和程式化操作在我国少年司法保护这块土壤上生根发芽。我们认为基于恢复性少年司法的先进理念，体现“双向保护”的国际准则，应当突出少年司法保护的一体化。

◎少年司法保护工作的社会性

少年司法保护以教育、感化、挽救为方针并坚持教育为主、惩罚为辅的原则，因此少年司法保护工作就不单纯是传统的发现事实和适用法律的司法审判工作，而是逐渐具有强烈的社会工作性质。法官已不仅作为审判者角色，而是更多场合以社会工作者的身份出现或者指导和管理其他人员（如专业社工）进行社会工作。这种社会性突出表现在少年司法工作的社会调查、全程帮教和心理辅导工作。

少年司法保护工作的社会性要求一体化，主要理由：一是社会工作本身的连贯性要求法院的司法职能要求适度前伸和后延，二是社会工作的交互性要求法院妥善处理与其他部门和社会组织之间的合作以及减低沟通协调成本。少年司法保护工作的一体化将有利于审判效应的最大化，有利于统筹整合力量降低成本，有利于明确责任主体，有利于提高参与者的积极性和责任心。

当然，提出少年司法保护一体化的设想还有一定

“

少年司法保护工作的社会性要求一体化，主要理由：一是社会工作本身的连贯性要求法院的司法职能要求适度前伸和后延，二是社会工作的交互性要求法院妥善处理与其他部门和社会组织之间的合作以及减低沟通协调成本。少年司法保护工作的一体化将有利于审判效应的最大化，有利于统筹整合力量降低成本，有利于明确责任主体，有利于提高参与者的积极性和责任心。

”

的理论问题需要澄清。比如司法职能的适度延伸。被动性、中立性是司法的内在属性，如果在一定程度上前伸，是否会影响司法的中立和独立？笔者认为不会。因为异于成年司法的少年司法由于其问题的产生具有独特的社会家庭因素，传统的少年司法研究理论也表明在教育或惩罚罪错少年之前，家庭社会因素的调查以及相应的事前规避显得尤为重要。如果在少年司法案件中固守司法职能的局限，将会导致法院等司法机构只能处理少年司法事中间题。如此一来，少年法庭只管判案，不充分考虑犯罪发生的家庭社会原因以及判处非监禁刑少年适用缓刑如何融入社会和教育矫正问题，那么将难以发挥少年司法保护的最大功能，出现“只判不管，只放不教”的困境。

少年司法保护一体化的初步设想

当前各地均在少年法庭改革，但大多有些小修小改的意味，难以真正解决重大现实问题。笔者认为鉴于理论研究成果与实践需要，应当跳出目前少年司法保护的思维框架，探索一条新的改革路径，即走少年司法保护一体化道路。少年法庭的司法保护职能适度前伸和后移，前伸解决社会调查和心理辅导问题，后移做好与社区矫正、帮教的衔接工作，确保“判了有人管，放了有人教”。学术界和实务界也曾深入探讨过设立少年法院的建议，但由于难度较大，此文中暂搁置不议。基于现有的实际情况，笔者认为成立少年儿童司法保护局是目前可行的。当然由于仅为初步设想，各方面还不成熟，供各位批评参考。

◎成立少年司法保护局的可行性

符合相关法律的规定。根据《未成年人保护法》第四十条规定：公安机关、人民检察院、人民法院办理未成年人犯罪的案件，应当照顾未成年人的身心特点，并可根据需要设立专门机构。少年儿童司法保护局是青少年法律保护和犯罪防止的专门机

基于当前司法体制框架下，兼少年司法以法院审判为中心的特点，少年儿童司法保护局设立在法院内部，提高到局级职别。如此一来既可体现出对少年司法保护工作的重视，也可方便少年儿童司法保护局协调沟通其他政府机关或社会组织，凝聚力量，降低沟通成本，进一步做好未成年人审判的后续帮教、矫正工作。

构，符合法律规定。

各地都设立专门的少年法庭，已经具备必要的经验和专门足够的专业法官队伍。我国少年法庭28年的有益探索，为少年儿童司法保护局的创设提供了大量的宝贵经验。越来越多地区的基层法院都设立了少年法庭，培养了大量的少年审判人员。以深圳市基层法院为例，龙岗法院、宝安法院等四家基层法院均设立了少年法庭，拥有一批优秀的少年审判人员。

域外少年司法保护一体化经验丰富，可资借鉴。世界各国和地区都根据本国的具体情况设立了各具特色的少年司法制度，如德国采用的专门少年庭形式，日本采用的家事法院，我国台湾地区采用少年法院和专门少年法庭相结合的形式，总体来说世界各国和地区都已经逐渐意识到少年司法保护是一项系统工程，需采取一体化的制度建构。

◎成立少年儿童司法保护局设想的具体内容

笔者认为基于当前司法体制框架下，兼少年司法以法院审判为中心的特点，少年儿童司法保护局设立在法院内部，提高到局级职别。如此一来既可体现出对少年司法保护工作的重视，也可方便少年儿童司法保护局协调沟通其他政府机关或社会组织，凝聚力量，降低沟通成本，进一步做好未成年人审判的后续帮教、矫正工作。

根据少年司法保护工作的实际特点和现实需要，

少年儿童司法保护局的职能以少年司法审判工作为中心，以指导庭前社会调查和心理辅导和庭后衔接社会矫正、帮教工作为两翼。承担的职能主要有以下几个方面：一是进行涉及到少年的刑事、民事、行政案件的综合审判，突出对未成年的各方面权益的保护。二是委托专业社工进行庭前社会调查，对从事社会调查的人员进行甄选和管理，确保社会调查的真实性和针对性。三是负责罪错少年心理辅导工作，遴选心理辅导专家，建立心理辅导专家库，对心理辅导活动进行管理和指导；四是建立缓刑档案，对于判处缓刑的罪错少年建立缓刑档案，采取有针对性的帮教措施。五是指导和管理回访帮教工作，实现帮教一体化，由司法机关共同组建起司法帮教服务，专门承担起相应的帮教责任。

总的来说，少年儿童司法保护局通过内部多机构的设置分别承担起审判、法制教育、矫正治疗、回访帮教、综合治理等职能，有助于少年审判、矫正职能的发挥，有助于建立少年审判、罪错少年矫正的专门队伍。同时通过少年儿童司法保护局的级别高配，能够有助于与各单位、各部门进行沟通交流，协调工作，整合社会力量，进一步做好未成年人审判的后续帮教、矫正工作。笔者相信少年儿童司法保护局的设立有助于探索少年司法保护工作的新思路，将会给全国少年司法保护工作提供一个新的思路。



未成年人司法保护：是权利还是福利

文 《民主与法制》总编辑 刘桂明

与笔者曾经在律师界工作从而特别关注律师执业权利及律师制度改革一样，笔者曾在团中央中国预防青少年犯罪研究会曾经供职，同样也特别关注未成年人权利保护及其违法犯罪的的问题。近年来，笔者一直在思考关于未成年人司法改革的热点问题：未成年人刑事诉讼立法究竟应该如何进行，应单独立法还是独立成篇，如何吸收总结司法实践中的有益探索，如分案起诉、缓期起诉、社会背景调查、量刑改革、刑事和解、刑事污点限制公开、司法分流等。

随着新《刑事诉讼法》的颁布，未成年人刑事诉讼立法的争议暂时画上了句号。我们在新《刑事诉讼法》的111处修改中，终于欣慰地看到了有一处修改是专门针对未成年人刑事案件诉讼程序的。新《刑事诉讼法》在第五篇特别程序中，增设了“未成年人刑事案件诉讼程序”专章，共11个条文，占该特别程序篇24个条文的45.8%，几近一半的篇幅足显未成年人刑事案件诉讼程序在刑事特别程序中的份量之重、作用之突出。

有数据显示，未成年人犯罪中95%涉及未成年人暴力，而未成年人暴力有其心理和生理基础，不能用成年人的理性来看待。同时，未成年人在心智、体力各方面较成人处于弱势地位，需要得到有别于成人的对待，尤其是国家、家庭、社会以及相关机构的关心、帮助和爱护，这就要求针对未成年人权利保护及其违法犯罪，应该建立一套区别于成年人的司法制度。

中国少年司法制度，无论是对实务工作者还是理论研究者而言，都是一个热闹、尴尬的话题。它将是一种怎样的制度？具有怎样的特点？少年司法应为权利还是福利？应包含那些内容？如何启动与联动？单兵作战还是全军联动？

国际社会关于未成年人保护的原则

基于“未成年人儿童不能预谋犯罪”这一罗马法的古典理论和英美法系关于“国家对未成年人不是惩罚的官吏而是最高监护人”这一衡平法原则，

有专家据此认为应有专门的立法和法庭来处理未成年人犯罪问题。

如果说父母是孩子的第一监护人，那么国家就应当是孩子的“最大监护人”。英国有位学者说过：任何一个未成年人犯错，上帝都会原谅的。因此，对那些误入歧途的失足少年，我们应像对待自己的孩子一样，用宽广的胸襟、包容的心态帮扶帮教，要相信今天的关爱必将换回明日“报得三春晖”。正如一位司法社工所言：“我们社会工作的信念是，一定要相信人是可以改变的，相信人是有选择的，相信人有能力追求更好的人生，相信希望是改变的最重要成分。”

从审判原理看，普通司法权的本质被认为是“判断”，追求的是公正裁判，因此其实际运作要求法官是中立、消极和被动的。但由于未成年人司法权追求的是儿童利益最大化，因此它要求从事未成年人司法审判人员在审理未成年人案件时具有倾向性和主动性地维护未成年人的利益。同样，警察、检察官乃至律师，都需要更多地为未成年人的长远利益考虑，以“非犯罪化、非监禁化、非刑罚化”为追求目标的未成年人司法制度也因此带有明显的福利化和行政化特征，从而呈现出与传统司法制度的显著区别。应当说，我国改革开放三十多年来最值得称道的就是关于未成年人审判制度的不断探索与创新。无论是上海长宁的少年法庭还是北京海淀的圆桌审判，无论是饱受争议的“刑事和解”或是小荷才露尖尖角的“前科消灭”，都是应当感到欣慰的改革成果。从事少年司法的法律人都知道，无论所谓“前科消灭”还是称为“污点封存”，实际上都是一个美丽的谎言，一个为了孩子的成长而撒下的美丽谎言。我们更知道，那个美丽的谎言，将造就那些孩子未来的美丽人生。

于是，根据国家亲权理论和未成年人特别保护观念及“儿童权利最大化”的国际准则，未成年人司法程序和组织安排应当符合人性化的制度设计，适应未成年人身心发展的特点，遵循少用监禁、司法人员专业化和审判方式特别化的原则。因此，未

成年人司法与普通司法之间形成了显著的区别。由此看来，少年司法究竟是一种权利还是福利，答案似乎不言自明。

未成年人司法制度应当具备的特点

如何使我国少年司法制度更全面地体现法律体系的包容性与法律制度的福利性。学界普遍认为，未成年人司法制度应当具备前瞻性、包容性、适时性及整体性等特点。

一是对所处社会背景的充分关注及适应。这种关注应当涵盖与未成年人发展和生存有关的意识、政治、经济、文化等各领域，有人称之为“环境司法”模式。这要求我们通过对社会环境的透视，准确把握并预测未成年人群体发展现状及趋势，为司法制度奠定更牢固的现实基础。

二是对当代未成年人群体的充分关注与适应。这种关注主要指对一定时期未成年人的行为方式、价值取向、文化趋势等共性和动向的充分把握和控制。

三是未成年人司法制度应致力于法律体系的包容性。未成年人司法是一项集教育、预防、矫正、观护于一体的庞大制度体系，未成年人问题又是家庭、社会、政府民间、生产领域、生活领域、服务领域都会涉足的问题，这就决定了当代社会未成年人司法制度必须辐射到社会各个层面。

四是未成年人司法制度应保持组织机构的联动性。较为全球化的一个观点是成立覆盖未成年人整个成长历程和生存领域严密而周全的未成年人组织网络，而这种网络需要依靠各组织之间的互动实现。这也是我国未成年人综合治理模式努力的方向。

五是实现未成年人司法制度的非诉讼化。我们应在组织机构的专业性上继续做深入的努力，包括机构职能的专业和机构工作人员的专业（可以同时设立未成年人司法工作资质制度，并成立系统性、长期性的专业培训机制），并倡导未成年人教育工作者的职业化建设和未成年人工作的精细化分工。在立法上完善非诉讼化未成年人司法制度的法律体系，是未成年人司法现代化的理论基础和依据。非诉讼化的现代发展趋势，将要求确立未成年人案件民刑一体化、未成年人案件管辖机构与未成年人工作服务机构一体化，并将未成年人权利保护、教育管理、处罚矫正及未成年人福利工作等有关内容提炼归纳，形成健全的未成年人司法机制和完备的未成年人法律体系，从而使未成年人司法制度的非诉

讼目的得以实现，扩大并深化未成年人司法制度的社会效能。

未成年人司法保护中律师大有可为

在未成年人司法保护中，律师应当有何作为？

长期以来，我国律师具有关注和扶助社会弱势群体的人文情怀和优良传统。我国律师制度恢复重建三十多年来，已有越来越多的律师将目光投入未成年人的权利保护及其违法犯罪的预防工作之中。据不完全统计，全国现有一万多名律师正专门从事这项工作。事实表明，律师的工作是卓有成效的，律师的社会作用也不断地增强。

单就刑事辩护来讲，新时期带来的新特点要求律师在办理未成年人刑事案件时，应该做到：

一要讲政治，也就是要有高度。要从国际社会对未成年人的高度关切、党和国家对未成年人的特别重视、社会各界对未成年人的高度关注来理解未成年人刑事案件的辩护工作。

二要讲责任，也就是要有热度。要充分考虑到未成年人属于弱势群体（需要特殊保护）、心智上尚未成熟（需要逐步发展）、人生轨迹尚未确定（易于挽救与矫正）的特点。同时还要具备将其视为成年人（即无差别歧视的平等原则）但有别于成年人（即优先与特殊保护原则）的能力及将其视如己出（即情感投入心态）的长远眼光与广阔胸怀。

三要讲法律，也就是要有深度。对于未成年人刑事辩护，切忌仅从律师的视角去看待每一个案件，而应从当事人的角度去考量。因为对任何一个涉罪未成年人来说，第一次介入司法程序的后果将对其未来的人生产生重要影响。为此，需要处理好三个问题：一是未成年犯罪嫌疑人愿意改过自新的事实与否定控方指控的证据之间的冲突；二是直接辩护（即以新的证据反驳控方证据）与间接辩护（对控方证据表示合理怀疑）之间的矛盾；三是实体辩护（即事实与定罪）与程序辩护（即证据与量刑）之间的协调。当然，其中至关重要是律师如何实现尽早会见当事人及未成年犯罪嫌疑人，安抚其由于对诉讼程序乃至整个司法制度毫无所知而引起的恐惧情绪，并及时了解案件有关信息和具体诉求。

在笔者看来，未成年人犯罪实际上是一个意外、例外、编外的“三外”问题，即青春期试错心理作祟下的意外失足，避免失足青少年被推向社

>>下转第19页

切断家庭暴力代际遗传

文 深圳市鹏星家庭暴力防护中心 李孟主任

家庭暴力会代际遗传？这并非危言耸听！家庭暴力的确是一种会遗传的行为模式。深圳市鹏星家庭暴力防护中心每年有上百宗网络、电话咨询，超过20宗需要长期跟进的个案。这20宗个案里，近100%的施暴者成长在有家庭暴力发生的环境中，其中60%以上的施暴者曾目睹父亲向母亲施暴，或者是自己被家长施暴。至此，家庭暴力已经影响了三代人，如果不进行干预，就会像遗传病一样，一代传一代。

我们接触到的个案更多是因为母亲遭受家暴，向中心求助，通过跟进，我们发现孩子也遭受或目睹了家暴，进而建议妇女带孩子一起来接受服务的。尽管做了很多的宣传工作，主动求助的孩子还是少之又少，这是因为没有孩子遭受家暴吗？我们来看一组数据。

深圳市鹏星家庭暴力防护中心2010年开展了《深圳市家庭暴力需求调查》，入户调查结果显示家庭中主要存在问题依次为：亲子沟通和亲子教育问题(41.3%)；夫妻感情出现问题，需要改善夫妻沟通，协调夫妻关系(23.9%)；法律咨询(17.3%)。在通过学校调查反映出孩子们的主要需求依次为：希望父母每天陪我玩一会，听我说话(34.7%)；成绩不好，担心被父母打骂(32.8%)；父母冤枉了我，事后他们不道歉(28.5%)；父母对我有过高的期望与要求，造成我的害怕与恐惧(25%)；父母不信任我(20.5%)；大人做不到的事情，却要求我一定要做到(18.8%)；父

母将无奈、痛苦、悲观的情绪传递给我(15.1%)。同时，调研数据显示了目前家暴的普遍性和严重性，而其中儿童受到家暴、目睹家暴的事件却容易被忽视或是淡化。研究发现，在家庭暴力中成长的孩子因为持续、反复地经历暴力，而时常感到极端的恐惧、焦虑，在情绪、生活适应、人际关系上产生问题与障碍，还有可能在成年后出现反社会的暴力倾向。

此外，严重的家暴不仅威胁到儿童的健康，甚至关乎到他们弱小的生命，因家暴致儿童死亡的案件近些年频频在媒体中出现。本着对遭受及目睹家暴儿童的关怀，深圳市鹏星家庭暴力防护中心发起了“儿童零暴力成长计划”。

“儿童零暴力成长计划”的使命是：不要暴力只要爱！携手社会，共建儿童“零暴力”成长环境！专注于受暴及目睹家暴的儿童服务，旨在增强儿童自我保护的意识和能力，建立起反家暴中心、社区及学校爱心守望、共同救助的良性网络系统，让儿童在遭受暴力、虐待或因目睹亲人家暴而造成创伤之后，求助有门、有爱、有效。该项目围绕“儿童零暴力”主题开通了关爱热线、网站，进行社区倡导活动，开展服务包括个案、小组、危机介入、心理咨询、社工服务等。此项目还定期在学校和社区开展性别平等和非暴力沟通的教育，努力切断家庭暴力的代际遗传。

在长期的服务中，我们总结出服务对象（受暴者、施暴者、目睹家暴的儿童/青少年）的需求集中在：

>>上接第18页

会边缘的少年司法的例外处置，失足少年成为社会的“编外人员”。任何一个未成年犯罪嫌疑人乃至被告人甚至是已入监服刑的未成年犯，都不应当作犯人，更不应当作罪人，而应将其视为“病人”。因此，在实践中，如何整合司法和社会资源，将教育、感化、挽救的少年司法原则做到最好，就成了少年司法制度孜孜以求的目标。未成年利益最大化的国际规则和对未成年犯罪嫌疑人实施分别处遇的司法准则应当贯穿侦查阶段到执行阶段的全过程。

这要求我们尽可能地改善他们的待遇，也就是未成年人犯罪研究领域所说的处遇。

从理念上来讲，我们对他们任何一个人的未来应该都给予美好的期待，对他们或快或慢的成长应该给予耐心的等待，对他们出现的偏差乃至失足应该真正地善待。为此，我们现在要重点考虑如何使任何一个未成年犯罪嫌疑人不受到无礼、无理的处罚，不受到无故、无辜的惩罚，要使他们的人生之路存在希望。而如何体现法律的关怀、社会的关爱、亲人的关心，需要法律人更多的智慧。



●受暴者：

安全需要。受暴者人身安全得不到保障，反家暴法没有正式立法颁布，无法强制将未成年人、受暴者带离危险环境。

临时庇护场所的需要。家暴庇护服务不健全，离开家庭，受暴者无处可去。

心理需要。心理上的恐惧、害怕、不安等不稳定情绪影响摧残受暴者的心灵，从而渴望得到情绪或情感上的支持。

法律需要。民法、婚姻法等法律知识欠缺，面对离婚、孩子抚养等事宜非常被动。

司法需要。受暴者需要得到司法保护，但目前得不到司法、公安机关（如110）等部门的有效支持，缺乏对受暴提供有效的保护措施和服务，受暴者保护自己的证据不足。

伤情鉴定，身体医治康复的需要。

陪同出庭的需要。

夫妻沟通的需要。大部分家暴的夫妻都存在沟通模式需要改善的情况，需要改变非暴力的沟通方式。

受害者多为低收入、学历低人群，经济较为紧张，需要相关经济援助、就业指导培训、资源链接。

子女照顾的需要。

●施暴者：

施暴者渴望得到情绪疏导，进行情绪管理。

缓减压力的需要。

夫妻沟通的需要，大部分家暴的夫妻都存在沟通模式需要改善的情况，需要改变暴力的沟通方式。

●儿童及青少年：

遭受或目睹家暴时人身安全的需要。

心理创伤处理及情绪辅导的需要。

校园暴力预防、干预的需要。

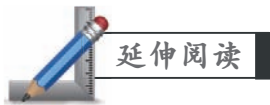
孩子在家庭中成长，矛盾需要在家庭中解决。可惜的是，很多父母并没有意识到自己的暴力行为。

有一位女士打来热线，哭诉丈夫对自己施暴，经过社工的介入，了解到这位妇女不但是受暴者，也是施暴者。她从女儿上幼儿园起就时常打骂自己的女儿，现在，小女孩已经快升初中了。这位女士并没有意识到自己与丈夫一样也是施暴者，在她内心里，她只是受害者。然而事实上，她已经对孩子的心理造成了很严重的伤害，进而导致了孩子的行为出现问题。而孩子的行为问题，又成为了她施暴的理由，如此循环往复。如果没有人介入这个循环，这个家庭最终很可能走向分崩离析的道路。

另一位女士没有对儿子施暴，但从小目睹母亲被打的她不幸的嫁了一个会打人的丈夫，她不敢声张，甚至不敢像娘家的亲人求助。接受我们的服务后，最初，她还强调丈夫还是不错的，他赚钱养家，爱儿子，“就是打我这一点不好”。有一次预约的面谈时间正好是暑假，她的儿子和她一起来到中心，我们才发现，她的丈夫并不像她描述的那样“爱”孩子。她的丈夫总是训斥孩子，用嘲讽的语气否定孩子，已经严重影响到孩子的心理健康。孩子以前学习成绩不错，可现在下滑的厉害，对学校也非常抵触，不愿意上学，而孩子的成绩下滑又成为她的丈夫更加严厉的训斥孩子的理由。但这位女士并没有意识到，丈夫对儿子长期的责骂也是一种心理暴力的行为，它无情的伤害了孩子的自尊心。

孩子如此稚嫩，他们如何懂得向他人求助？退一步说，孩子主动离开这个充满暴力的家庭后，他的学业，生活怎么办？谁来负责？这需要我们成年人为孩子们理顺救助机制，明确社区、学校、公安、司法、社会福利系统等各个单位的职责义务。空谈的保护不算保护。目前，中国内地专门处理儿童家暴问题的专业社工服务非常少，目睹家暴儿童服务更几乎是空白。然而，儿童遭受或目睹家暴引起的后果却不容忽视。我们认识到了为儿童打造零暴力成长环境的紧迫性，你呢？

深圳市律师协会举办“深港两地反家暴论坛”



国外未成年人保护经验

在我国，关于未成年人权益保护的相关法律法规，除《未成年人保护法》、《预防未成年人犯罪法》、《义务教育法》等专项法律加以规定外，其它大部分相关条款散见于《宪法》、《民法通则》、《刑法》、《刑事诉讼法》、《婚姻法》、《继承法》、《收养法》等法律法规中。在社会保护方面，未成年人的社会保护主要依靠国家机关及政府职能部门，如国务院妇女儿童功能工作委员会（其工作主要由妇联承担）、未成年人保护委员会、中共中央综治委、预防青少年违法犯罪领导小组、教育部门、公安机关、卫生部门、民政部门、出版行政部门、劳动和社会保障部门、司法机构如法院、人民检察院、法律援助机构以及其他司法行政部门等。目前，我国尚未形成一套完整而相对独立的法律体系和社会保障制度来保护未成年人，而美国、日本、英国等国家无论从立法方面、司法方面还是社会方面，均形成了比较完善的未成年人保护体系。

立法保护

※**美国**：美国关于未成年人保护的律体系较为完善，国会与各州通过专门立法，从家庭、司法、社会各方面保护未成年人的利益。美国国会于1974年通过了《预防虐待儿童法》，要求各州制定法律，对虐待、忽视或遗弃儿童情况必须举报，以便于儿童保护部门能够及时对处境危险的儿童提供救济，并颁布了《家庭暴力保护法案》、《儿童虐待受害者权利法案》。为防止未成年人遭受性侵犯，美国颁布了《儿童性暴力及色情法案》、《儿童保护及猥亵执行法案》等。特别提出的是，针对当前网络的开放性和受众的不特定性，美国还出台了《未成年人电视法》、《未成年人网络保护法》、《通信内容端正法》、《未成年人在线保护法》、《未成年人网络隐私规则》等，保护未成年人在通信、网络平台的合法权益。在司法保护方面，美国还通过颁布《少年法院法》、《联邦青年矫治法》、《青少年犯罪法》、《青少年犯教养法》、《少年法庭和家庭法院的标准》、《少年法庭模范规则》等，建立有别于成年人的未成年人司法保护法律体系。

※**日本**：日本为保护未成年人合法权益，颁布实施了一系列法律法规，其中对于残障儿童福利方面做进行专门立法。《儿童福利法》较为全面的规定对在智力、肢体、精神情绪、方面有缺陷或生活困难的儿童提供保护，除了医疗救治外，该法还规定进行日常生活指导和授予知识技能，

对残障儿童福利从医疗保护延伸至教育保护。该法的使用对象从未满1岁的婴儿到18岁少年，在第六条和第二十七条中明确规定依据该法进行儿童自立生活援助事业。其内容包括进行日常生活上的援助、生活指导以及就业指导支援等。例如在日本全国各地，设立如“自立援助之家”的儿童自立支援设施，帮助家庭环境恶劣的初中毕业儿童在设施内过集体生活并从事劳动。此外，日本政府还颁布了《生活保障法》、《少年救护法》、《未成年人福利法》、《儿童抚养津贴法》、《儿童津贴法》、《少年保护事件补偿法》等相关法律，保障未成年人基本生活需求，帮助儿童生活自立，保证儿童人人享有尊严与人格，享受正常的社会生活。

社会保护：

※**美国**：美国儿童社会保护的主要机构是儿童和家庭部。该部门是美国的儿童保护联邦行政机构，也是美国的教育和青少年司法行政工作的主管部门，主要设置于美国卫生与公共服务部。该机构负责推进儿童福利，通过管理以及指导儿童保护项目，提供资助推动州以及地区开展儿童保护工作。其主要管理及指导的项目有：救助被遗弃婴儿，儿童虐待忽视预防，儿童护理和发展资金，儿童抚养项目实施，儿童福利和促进安全稳定家庭，以社区为基础的戒酒教育，残疾人发展项目，家庭暴力预防和服务补助金项目，寄养、收养以及寄养儿童独立生活项目，儿童早期保护项目，对服刑人员子女的指导项目，救助离家出走和无家可归的青少年项目，为有需要的家庭提供临时救助服务等。

※**英国**：英国的未成年人社会保护机构主要有三类。一是儿童、学校与家庭部，其主要职责是：促进儿童福利和健康；保护幼童及易受伤害儿童的安全；提高教育水平；消除教育迅速发展与先天条件不足之间的矛盾；通过参与激发青少年的潜能；让青少年处于良性发展的轨道上。二是儿童保护委员会，主要负责综合协调推动各项儿童保护工作，并监督、巩固这些工作的效果。三是其他儿童保护专门机构，如儿童抚管局，主要负责对有抚养儿童义务的父母进行监督并提供帮助；青少年犯罪特别工作组（简称YOT），主要负责对有行为问题的儿童给予指导、培训并提供帮助；儿童专员办公室，主要职能是鼓励人们从儿童视角和利益出发，采取一些对儿童产生有利影响的行动，并就儿童相关利益向政务大臣提出建议、发布报告、进行调查等。

DISCOVERY | 论道

深圳前海土地供应暂行办法评析

文 广东信桥律师事务所 王宁宁律师 宋晓东律师

深圳市前海深港现代服务业合作区管理局（下称“前海管理局”）于2013年6月25日正式公布《深圳市前海深港现代服务业合作区土地供应暂行办法》（下称“《暂行办法》”）。为适应前海深圳合作区的战略定位，《暂行办法》通过运用弹性年期、集约奖励等手段，在土地供应与有偿使用等方面有诸多突破与创新。本文为笔者对《暂行办法》的理解与评析，借此抛砖引玉，以期对理论界和实务界研究与适用《暂行办法》有所裨益。

灵活的土地供应方式

《暂行办法》第三条规定了前海深港合作区土地供应方式，包括土地使用权行政划拨、协议出让、公告出让、招拍挂出让、作价出资或者入股、土地租赁。

●土地使用权行政划拨、协议出让、招拍挂出让

土地使用权行政划拨、协议出让、招拍挂出让为《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》所规定的三种土地使用权供应模式。值得注意的是，《暂行办法》对协议出让规定“不适用行政划拨和招拍挂出让方式供应的用地，经公示只有一个意向用地者的，可以协议方式出让”。笔者认为，虽然《暂行办法》确定了优先选择招拍挂的原则，但是并未对上述条款中“不适用行政划拨和招拍挂出让方式供应的用地”的范围进行明确。实践中应如何界定具体范围，需要进一步的细则指引。

●公告出让

公告出让方式为《暂行办法》的创新举措。笔者认为，《暂行办法》所指的公告出让似乎更类似于“定向挂牌”。但《暂行办法》规定的试行公告出让的“产业带动性强”、“项目辐射面广”、“事关前海发展全局的特别重大高端项目用地”三个条件并不十分清晰，有待进一步明确。

●作价出资或者入股、土地租赁

作价出资或者入股、土地租赁也是土地供应的两种常见方式，《暂行办法》分别对前述两种方式做了限制性规定：作价出资或者入股的方式仅限于用于“对前海管理局全资子公司的出资或入股”；适用土地租赁的项目被限制为“前海深港合作区滨海休闲带和水廊道公园内的短期商业服务设施

用地以及其他不适宜以出让方式供地”的项目。此处何为“其他不适宜以出让方式供地的项目”仍有待前海管理局予以进一步明确。另，《暂行办法》第三十五、三十六条分别确立了土地租赁年限为五至二十年以及租赁年限届满不予续期的原则和以招拍挂方式公开确定用地主体和租金的原则。需要特别注意的是，前海管理局可以协议方式将土地租赁给其全资子公司，而其全资子公司可否将土地转租与第三方，或其全资子公司再行转租土地是否适用招拍挂等公开交易方式，《暂行办法》均未明确。

特殊的土地供应管理权限

《暂行办法》第四条规定：“前海管理局根据市政府授权，对前海深港合作区土地供应进行集中统一管理”。根据前述规定，前海深港合作区的土地使用权出让合同、作价出资或入股合同、土地租赁合同均由前海管理局与土地使用者直接签订，这与目前深圳市辖区范围内的其他土地均由深圳市规划和国土资源委员会与土地使用者签订的情况明显不同。

根据国家有关土地管理的法律规定，县级以上地方人民政府负责土地使用权的出让工作，土地使用权出让合同则由市、县人民政府土地管理部门与土地使用者签订。前海管理局虽然并非县级以上地方人民政府，但根据国务院关于《前海深港现代服务业合作区总体发展规划》的批复，前海管理局在某些审批事项上具有相当于计划单列市的管理权限。此外，根据国土资源部和广东省人民政府《关于深圳市土地管理制度改革总体方案的批复》及《深圳经济特区前海深港现

代服务业合作区条例》的合法授权，前海管理局对前海深港合作区的土地供应行使集中统一管理的权限。

创新的土地使用弹性年期制度

《暂行办法》第五条至第九条就前海深港合作区的土地使用期限设立了弹性年期制度，此为《暂行办法》的另一创新之处。

●弹性年期的适用

《暂行办法》第六条规定：“自用的产业用地，可以分期出让、分段计收地价。首段出让年期可为二十年，后续分段年期为十年。具有重大影响和特殊意义的产业项目用地的自用部分，可按法定最高年限出让。出售部分，按该类建设用地最高年限出让。”

依照前述规定，前海管理局将根据产业用地项目自用或出售的具体情况，对出售部分按照该类建设用地最高年限出让，对自用部分则实行分期出让、分段计收地价的方式。我们注意到，该条款同时规定对于“具有重大影响和特殊意义的产业项目用地的自用部分”可按法定最高年限出让。笔者相信，该制度将有利于缓解入区企业的资金压力，并对引导企业投资起到一定作用。

●弹性年期的续期

《暂行办法》第七条规定：“自用的产业用地首段年期届满，符合前海深港合作区产业发展导向、土地出让合同履行到位、企业经营状况良好等条件的，可以在缴交市场地价后续期；未达到续期条件的，前海管理局给与适当补偿后收回土地使用权，对用地和建筑物重新安排。投资强度大、发展前景好的项目，可以在首期出让合同中约定自动续期。土地使用期限届满申请续期的，经评审符合前海产业政策的可以续期。”对此，笔者认为：

首先，《暂行办法》明确了自用的产业用地首段年期届满后续期的几个主要条件：符合前海深港合作区产业发展导向、土地出让合同履行到位、企业经营状况良好以及缴交市场地价。其中强调“土地出让合同履行到位”，可以预见为续期审查方便，前海的土地使用权出让合同条款很可能会十分详细，除通常的土地开发利用指标外，会否增加与土地产

出相关的约束性条款，非常值得关注。

其次，应缴交的市场地价是理解为首期土地使用权出让合同签订时的市场地价，还是首期用地期限届满时的市场地价。《暂行规定》虽没有明示，但笔者认为，显然后一种理解较为合理。

再次，我们注意到该条第二款规定：“投资强度大、发展前景好的项目，可以在首期出让合同中约定自动续期。”但何为“投资强度大、发展前景好的项目”仍有待进一步的细则指引。

令人期待的集约用地奖励规定

《暂行办法》第十条规定：“前海管理局将土地使用权出让收入(扣除政策性刚性支出)的15%—20%纳入前海深港合作区产业发展基金，综合考虑经济贡献、绿色低碳等因素，实施节约集约用地奖励。”

笔者认为前述“集约奖励”的规定为《暂行办法》的另一亮点。若能有效实施，不仅可以发挥土地财政的产业引导作用，而且对于促进企业节约集约用地具有积极意义。需要指出的是，实践中某些地方政府出于招商引资考虑，往往会压低实际执行地价，形成“成交地价”与“执行地价”两张皮的状况，并把各种政府性产业扶持基金作为向特定企业返还差额地价款来源，以此规避国家“基准地价”限制和“收支两条线”等法规政策约束。前海管理局在日后如何落实集约奖励规定，防止“集约奖励”异化为“差额地价返还”，我们拭目以待。为此，笔者亦建议“集约奖励”要有具体明确的考核操作细则，且应该是成果奖励、事后奖励，要用好奖励措施，避免把“成交地价”与“集约奖励”相挂钩，坚决防止因人设奖和变相地价优惠的情形出现，坚守前海土地供应市场“公开、公平、公正”的底线，维护全体参与者的合法权益。

严格的物业需求管控机制

《暂行办法》第十一条至第十四条规定了一系列的需求管制手段，以此来控制前海深港合作区内的物业流转，防范炒楼炒地。



持有年限要求。《暂行办法》第十一条及第十二条第一、二款规定，产业用地自用部分的建筑面积一般不得低于宗地总建筑面积的50%，且自用部分原则上十年不得转让，再次转让的，办公、公寓物业的持有年限不得低于五年。笔者认为，前述规定极为严格且堪称罕见，如此特殊的要求彰显了前海管理局遏制炒楼套利行为的坚定决心。

增值收益上缴。《暂行办法》第十二条第三款规定“转让方应将一定比例的增值收益上缴前海管理局。”笔者认为，此规定类似于《深圳市工业楼宇转让管理办法（试行）》中的规定，不同之处在于后者规定了50%—100%的上缴比例，而《暂行办法》尚未就此作出具体安排。

租售对象限制。《暂行办法》第十三条对前海深港合作区内的办公类和公寓类物业的租售对象做了详细限定，即必须为符合产业导向和入区规定并在区内注册的法人或区内工作的个人。笔者认为，该等规定类似于《深圳市工业楼宇转让管理办法（试行）》中的规定，但较之更加严格和具体。

政府优先回购。《暂行办法》第二十八条规定：“前海管理局可以根据市场发展和产业需求情况，对前海深港合作区拟转让的物业，行使优先回购权。前海管理局要加强监管，及时清退经营状况较差的企业或项目，其物业可由前海管理局参照市场价格优先回购。”笔者认为，该条约定对于前海产业规划的全面落实、促进区内企业优胜劣汰和抑制炒楼等套利行为具有一定积极意义。

亮点纷呈的土地招拍挂出让办法

从《暂行办法》整体框架而言，第四章“招拍挂出让”中的创新与亮点较多，具体如下：

● 试用地预申请制度

《暂行办法》第十八条规定：“试用地预申请制度。有用地意向的单位和个人，可以向前海管理局提出用地预申请，并承诺愿意支付的土地价格”。笔者认为，用地预申请制度类似于香港的“勾地制度”，该制度对于稳定土地供应，防止政府土地供应计划与市场需求相脱节具有一定意义。

● 竞买资格条件

《暂行办法》第十九条第一款规定了土地招拍挂方案中应当包括选址方案、规划设计条件、准入产业类别、竞买资格条件、出让方式等。

需要指出的是，根据国土资源部《招拍挂出让国有建设用地使用权规定》和《招标投标挂牌出让国有土地使用权规范》等规定，基于“公开、公平、公正”和“诚实信用”的原则要求，目前对于土地使用权招拍挂竞买人的资格审查往往仅限其（个人或法人）身份证明文件和保证金缴纳凭证等，尤其对于商业、旅游、娱乐和商品住宅开发等经营性用地，实践中较少有限定其他竞买资格条件的情况。有别与上述通常做法，前海2013年6月25日首次出让的三宗商业性办公用地对竞买资格条件做了特殊规定，例如竞买人的上年度营收、纳税、开发经验、甚至是否为世界500强等（参阅深土交告[2013]7号土地使用权出让公告）。

笔者认为，《暂行办法》的上述规定以及前海首次出让土地的具体实践完全契合前海的战略定位，理应予以充分肯定。但实践操作中应当坚守“公开、公平、公正”的底线，竞买资格条件的限定要防止“因人设限”，“公平与效率”的取舍应力求合理、平衡。

● 出让方式

《暂行办法》第十九条第二款规定：“前海管理局应提高单元规划和专项规划编制水平，深化规划控制要求，实行有条件的‘带设计方案’出让；创新产业用地用房管理创新，实行带管理方案出让。”笔者认为，前述举措无疑有利于前海深港合作区整体规划的有效落实，但却十分考验前海管理局的履职能力和工作效率。由此带来的深层思考是，在修建性详细规划、建设工程设计方案须报政府审定的既有法律框架下，“政府有形之手”与“市场无形之手”的相互腾挪空间究竟界限何在？笔者浅见，“带设计方案”出让未尝不可，但最好应以“概念性规划设计方案”为限，且所需设计费用即便“羊毛出在羊身上”，也应由前海管理局先行支出并严格审计，理由不赘述。



●竞价规则

《暂行办法》第二十三条规定：“前海管理局根据用地实际情况和相关条件，确定出让方式和竞价规则，防止恶性竞争导致高地价、高房价，促进产业健康发展。”笔者认为，虽然前海首次土地使用权出让仍因循“价高者得”的惯常方式，但日后的土地供应是否会出现“限楼价、竞地价”，甚至“竞产出、限地价”等创新方式，非常值得期待。

耳目一新的预防土地闲置机制

坦率而言，《暂行办法》第二十五条规定的预防土地闲置机制的确令人耳目一新。为便于理解，笔者全文摘录《深圳市前海管理局关于印发〈深圳市前海深港现代服务业合作区土地管理改革创新要点（2013-2015年）〉》中的有关表述：

“15、探索预防土地闲置机制。建设项目用地出让成交后，用地单位将拟支付地价款的一定比例（即30%成交价款与竞买保证金的差额部分，笔者注）存入指定银行账户并接受前海管理局和市财政委共同监管，凭前海管理局核发的用地红线图、成交确认书或中标通知书，按现行程序在规定期限内办理规划、设计、施工报建等手续，经确定动工建设（即深基坑开挖完毕、基础桩施工完毕或地基施工完成三分之一，笔者注）并按约定缴交地价款纳入财政专户后，签订土地使用权出让合同。未能在规定期限内办理完成项目建设相关手续并实质开工的，成交确认书或中标通知书作废，没收竞买保证金，从源头上防止囤地、炒地和土地闲置。”

笔者认为，《暂行办法》所设立的预防土地闲置的措施值得称道，这可以说是目前国内对预防土地闲置所做的最具可操作性的举措，虽然在签订土地使用权出让合同之前就需动工开发与缴纳部分地价款的规定，可能会加大用地企业的资金压力并为土地融资带来不便，但这一机制不啻为防范恶意囤地、炒地和预防土地闲置的创新思路，它的实际运行效果值得关注。

创新的土地利用监管模式

《暂行办法》第七章规定了相关土地利用监管措施，创新了土地市场监管模式，具体如下：

强化土地利用全程监管。《暂行办法》第三十七条规定前海管理局“加强土地开发建设全部过程的监测监管”，例如《暂行办法》第二十七条在建设工程竣工验收备案、规划验收之外，创设土地使用权出让合同的验收制度，并将此作为房地产权登记的前置条件。

引入土地和房产仲裁制度。《暂行办法》第三十八条第一款引入了仲裁方式收回土地使用权。笔者认为，该条规定的仲裁方式可能系借鉴香港的土地仲裁机制，并为今后在前海设立专业的土地仲裁机构埋下了伏笔，但前海的土地仲裁机构是否具有司法权或准司法权，抑或纯属行政机构，仍有待进一步观察，目前尚无清晰定论。

禁止以股权变动名义转让土地。《暂行办法》第三十八条第二款规定了前海管理局应当与市场监督管理部门协调联动，有效制止以股权变动名义转让土地使用权或租赁权的行为。笔者认为，房地产实务中以项目公司股权转让方式变相转让土地使用权的情形并不鲜见，虽然司法实践中在某些情形下间或有以“非法转让土地”入罪的情况，但一般而言只要符合法律规定的要件，“以股转之名行土地转让之实”的情形还是多为司法裁判所认可。《暂行办法》以政府规范性文件的方式否定了前述做法在前海操作的可行性。为确保这一规定能有效落实，笔者建议前海管理局应该研究在土地使用权出让或租赁合同中约定“禁止公司股份实际控制人变动”、“政府优先回购权”等条款，以彻底杜绝法人机构以SPV等多层股权架构规避监管的可能。

《暂行规定》的亮丽登场为前海大规模的开发建设打响了发令枪，在不远的将来，深圳的西部之滨将会崛起一座绚烂的新城，希望届时能为大家所乐道和铭记的不仅仅是美丽诱人的城市景观，更有先行者们不懈的创新和探索精神，这才是深圳——我们所热爱的这座城市真正打动人心的律动！

论律师参与中企海外并购 国际化法律风险管理

文 中国综合研究开发研究院 黄清华

在海外并购实务中，尽管法律风险与国家风险、经营风险、财务风险和文化冲突风险往往交织在一起，我们还是可以将法律风险简单地归结为因法律上的权利、义务和责任带来的各种损害与损失可能性。这种法律风险既可能源于东道国政府的准入把关，也可能来自中国政府的审批要求；既可能属于民商法范畴的风险，也可能涉及经济法范畴的风险，还可能社会立法密切相关。可以说，所有商业项目中，海外并购的法律风险最为复杂。它是一种跨境的多系统风险，涉及多个系统的风险因素。

进行海外并购的中国企业可能会认为，海外收购主要涉及境外的法律、法规较中国法多，因此较为重视聘请东道国律师和国际律师参与其中，涉及中国法问题大多交由企业内部法务解决。这是一种片面的认识。本文拟从国际化法律风险管理的角度，讨论中国律师为什么应参与及如何参与管理中国企业海外并购的法律风险。

中国律师参与中企海外并购的独特作用

由于海外并购投资项目大、风险高、影响因素复杂，在中国企业实施以海外并购投资为主要形式的“走出去”发展战略中，中国律师应与企业内部律师（in-house lawyer）和外国律师、国际律师“携手作战”，从不同的文化背景或（和）专业角度服务于中国企业的海外发展战略。

社会律师与公司内部律师的重要区别之一是，前者更有条件“保持独立和超脱”，^[1]从而客观地为中国企业提供真正需要的法律风险控制信息。相比之下，后者相对缺乏独立性，其后果可能是（不得不）附合公司最高决策层的某种未经充分调研的倾向性意见，导致重大投资决策失误。由此可见，社会律师对于海外并购的重要性类同于甚至更甚于独立董事之于上市公司的重要性。

近年来，中国企业海外并购所需法律中介服务基本或绝

大部分由英美国际律师行垄断。高昂的收费使中国企业承受巨大的成本负担，另一方面，这些国际律师事务所“与我国在并购中的交易对手有着血脉相连的关系，是否能公正处理我方业务也值得商榷”。^[2]同时，国际律师还面临着不熟悉或不甚熟悉国情看不清中国企业海外并购存在的各种国际化法律风险的症结和本质，与中国企业的法律沟通与文化对接也不如中国律师来得那样顺手。

虽然从事国际商务高端法律服务的中国律师还处于发育发展期，整体上能力的确有限。^[3]而近十年来，他们之中出现一批拥有中外两种教育背景、法律上学贯中外、专业上横跨文理、能用外语（英语）工作的人士（下称国际化中国律师），他们正逐渐成为中国国际商务高端法律服务的主力军。

对海外并购项目，国际化中国律师（所）可在事前咨询、尽职调查、并购方案设计、并购融资、并购后企业整合等方面接受委托，参与谈判、起草或审查相关协议文件，协助处理善后性法律事务，从而参与管理中国企业海外并购国际化法律风险。来自企业外部的本国执业律师全程参与管理海外并购投资与经营的国际化法律风险，是发达国家企业跨国并购史提示我们的一条基本经验。

以全面参与国际化法律风险管理为视角

关于风险管理程序，目前尚无“标准答案”。本文采用“四分法”，即风险识别、风险评估、风险控制和风险交流四个阶段或流程。

参与法律风险识别。风险管理始于风险识别，就风险管理而言，主观风险比客观风险更具认识论之价值。海外并购当事人只有真正感知到客观存在的风险及其危害，才有可能取行之有效的风险防控措施。

主观风险理论要求我们对具有法律意义的信息或信号保

[1] 安德鲁·M·威特克：“律师作为风险管理者”。本文原载于《巴托沃斯国际银行和金融法学刊》第十八卷第一期，第23页。

[2] 刘丽，陈彬：“中国企业海外并购中的知识产权审慎性调查问题研究”，《科技与法律》，2011年01期，第13页。

[3] 宾建成：“我国企业海外并购的障碍因素与克服对策”，《工业技术经济》2009年01期，第8页。

持敏感。例如，矿业收购中发现重叠矿权，药企收购中发现专利药文献中的技术创新要点和权利要求描述不一致或不清晰，上市公司收购中发现卖方就披露信息的陈述保证存在瑕疵由于职业使然，律师对于各种事件或者与交易有关的法律风险信息或信号的感知显然优于其他专业人士，因而更有助于并购决策者感知法律风险。

海外并购中，为了能系统地识别法律风险，国际化的中国律师可能更擅长识别来自于客户、债权人、雇员和第三方的法律风险。^[4]具体到某一海外并购项目法律风险因素的识别，国际化的中国律师还可通过“七要素识别法”，^[5]从国别、行业、并购方式、组织形式与上市地、主营业务、采购和销售行为发生地、企业管理行为七个方面，获得这类项目法律风险与相关风险因素的整体性、专业性认识。

参与法律风险评估。识别之后还须评估。风险评估的任务，主要是通过对识别的法律风险与相关风险因素，从不同角度进行定性和（或）定量分析，从而形成评估意见，为制定并购项目法律风险控制策略提供客观依据。

对海外并购法律风险的评估，如能得到有关法律风险的性质特征、风险因素之间的关系、风险防范等问题的清晰回答，就能制定出最佳的法律风险控制方案，从而实现对外投资安全。然而，要弄清特定法律风险和相关法律因素的可控性和可防性，仅仅提供定性分析结论显然不够，若涉及高风险的重大投资就需要定量分析。

英美侵权法中，当考察、评估企业（风险源、致害人）是否尽到合理注意、是否取合理措施防范某种法律风险，法官会采用成本——效益分析法来判定致害人对某种损害是否负有法律责任。根据以往资料，若某种风险危害发生的机率很低，即使发生，产生的可预见的损害也不严重，而采取措施干预这种风险（危害）发生却耗资巨费，那么，法律上可能并不认为企业对这种损害负有责任。^[6]当然，前提是必须证明自己对于损害的发生尽到了合理的注意。这种定量分析的评估方法，不仅可用于分析前述预防性的法律事务，对于善后性法律事务同样适用。

参与法律风险控制。法律风险控制的策略是，基于风险评估所得，对不同性质和程度的法律风险分别以风险接受、

风险避免、风险降低和风险转移不同的策略和措施应对。

◎法律风险接受

从海外并购的战略高度看，某些法律风险必须接受。例如对战略性资源企业的收购可能面临东道国政府调高资源税的风险，明知对某些敏感的高新技术类企业的收购可能面临东道国政府的市场准入风险。

在中海油收购尤尼科(Unocal Corp.)一案中，中国第三大石油和天然气公司——中海油以高出对手15亿美元全现金方式向排名美国第九位的石油公司发出收购要约后，两位美国联邦众议员致函总统布什，以国家安全为由，要求全面审议这一收购计划。一个多月之后，在重重阻力之下，中海油宣布退出收购尤尼科竞争。但类似这种涉及敏感的石油资源和国家利益的重大并购，即使存在法律风险也须一试。

当然，接受法律风险应当满足三个要件：这种风险是必然面临的和不能替换的；这种风险中固有的风险因素是合理的、不能避免的和不能控制的；并购方对法律风险的接受应当以知情同意原则为基础。

◎法律风险避免

与可接受的法律风险不同，有些法律风险完全可以避免。“比如投资买矿，生产出来发现出口有限制，矿产运不出来”。^[7]有的企业投资失败之后才发现，日本、台湾此前都有在该国同类项目并购失败被迫退出的经历。在中化集团收购仁川炼油厂一案中，中化国际在签署了排他性的谅解备忘录后，未意识到应该增加附加条款以使用法律手段限制对方再提价，导致该公司最大债权人美国花旗银行在债权人会上提出要抬价至8.5亿美元，超出了中化集团的承受能力，最终导致了并购失败。上述法律风险，通过尽职调查及合理、缜密的并购筹划完全可以避免。

◎法律风险降低

由于绝大多数种类的法律风险，如环保责任风险、知识产权风险和劳资冲突风险既难于接受又难于避免，如何降低风险便成了并购法律风险控制最有效和最实际的策略，而遵循并购指导方针则是最好的方略。之所以如此，是因为起草并购指导方针的过程中，以“循证”为基础的风险管理已对政治稳定、经济发展、税收政策等相关的法律风险因素作充

[4] Terrance S. Carter, STRATEGIC LEGAL RISK MANAGEMENT ADVICE FOR BUSINESS.

[5] “七要素法”的理论雏形见于黄清华所著“海外并购法律风险的一般识别”和“海外并购法律风险因素的一般识别”，分别发表于2011年7月13日、2011年8月22日和2011年8月29日《中国保险报》海外版；其较成熟的理论形态见于黄清华2011年中国城市国资论坛（中国深圳）：“中国企业海外风险控制”参会优秀论文“海外并购法律风险与相关风险因素的一般识别——‘七要素识别法’研究”。

[6] Michal June, Torts, 8th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2008, p135.

[7] 同注释2.

分考虑。

中铝并购力拓的“分手之殇”，可说明制定并遵循并购指导方针的重要性。在这一案例中，铝公司与力拓集团2009年2月12日签署了合作与执行协议，中铝宣布将通过认购可转债以及在铁矿石、铜和铝资产层面与力拓成立合资公司，向力拓注资195亿美元。如果交易完成，中铝可能持有的力拓股份最多上升到18%。中铝公司已经就此项交易完成了210亿美元的融资安排，并已陆续获得了相关国家监管机构的批准。但6月5日力拓集团董事会宣布撤销对2月12日宣布的双方合作推荐，并将依据双方签署的合作与执行协议向中铝支付1.95亿美元的分手费。中铝收购力拓以失败告终。究其原因，尽管不能排除因并购方所在国的政治干预，但在政治风险之外，并购重组协议中1.95亿美元的违约金（仅为交易金额的1%）处罚对于力拓来讲，显然不足以达到督促其信守合同的力度。^[9]因此，中铝遭遇到协议撕毁的法律风险。

这一案例提示我们，并购重组协议关系到双方今后的权利义务，是整个并购重组的核心。因此，并购双方对于协议的主体、双方权利义务、履行方式、履行期限、违约、争议解决等诸多细节条款的设计，的确存在好的做法和最佳做法。

在总结行业海外并购成功案例与典型案例的基础上，由行业协会牵头起草各自行业的海外并购指导方针形成关于海外并购好的做法和最佳做法的理性认识，是明智的选择。如电信行业协会起草的《中国电信企业海外并购指导方针》，如生物制药行业制定《中国生物制药企业海外并购防范专利风险指导方针》。

◎法律风险转移

在收购过程中，由出卖方做出有关目标公司的续存和权利、资产、劳工责任、税务责任、环境责任等陈述和保证，并且承担因这些保证违约造成的赔偿责任。而并购后可能发现目标企业过去存在上述方面的问题而引起买方财务损失。买方若购买了“并购保证赔偿保险”，就可以向保险公司行使索赔权，从而确保在风险积聚的时候，能够采取最有效的防控措施。

在上海易初通用机器有限公司收购国外某公司的压缩机技术这一案例中，外方声称其压缩机技术中包含24件专利，其实有21件并未得到授权，真正享有完全知识产权的专利技术只有3件。而中方在该技术即将到期、所有专利和商标将

被停止使用之际才发现，致使投入巨资收购的专利技术，战略价值和经济价值均显著低于并购预期。^[9]如果中方公司当初在国际保险市场如英国劳氏公司购买了“并购保证赔偿保险”，就可以有效转移风险。

对于这类国际投保和理赔，国际化的中国律师也可凭借自身对海外并购业务和保险法之可保利益原则、最大诚信原则、损害近因原则、损失补偿原则等法理的深刻理解参与进来。此外，利用双边或多边的投资保护协议如ICSID公约，要求东道国提供必要的担保等，一旦发生纠纷，积极应诉，也是降低和转移法律风险的有效办法，国际化的中国律师同样可以有所作为。

参与法律风险交流。风险交流被认为是风险管理的关键环节，^[10]对绝大多数风险的有效控制是通过成功的风险交流才得以实现的。经验证据和实证研究证明：大约75%的风险危害都是因为风险交流环节上的失败造成的。^[11]

然而，风险交流普遍存在制度、文化、语言和技能等方面的障碍，影响交流的效果。可以认为，中国企业海外并购近几年高达70-75%的失败率以及所遇到的普遍困难，大多数源于法律风险交流方面的障碍。因此，国际化的中国律师，在法律风险交流方面，对于国内企业而言具备外国律师和国际律师无法比拟的优势。

中国律师在上汽集团收购韩国双龙汽车公司股权项目中开展的长时间尽职调查中，深刻体会到保持与国际投资银行等其他中介机构的充分沟通是非常重要的。“在整个尽职调查过程中，所有的中介机构每天都会召开一次‘通气会’，了解当天的进展情况也安排第二天的工作重点”，^[12]从而使整个尽职调查过程变得富有成效。

就中国企业海外并购的法律风险交流而言，需要一批在法律上既充分了解国内企业的运作和思维，又熟悉国际资本市场，能够在这两者之间进行有效沟通这样的国际化中国律师。中国企业特别是国企、央企，一定会有一些具有强烈“中国特色”的要求，这就需要国际化的中国律师把本国企业最关心的事项转告给中介机构以及谈判对手，让各方能够了解中国的国情和企业的特殊要求，向外国和国际同行解释这些要求的真实含义和意义。对于外国律师表达的关于如何在并购项目中适用本国法的意见和建议，对于国际律师提出的符合国际商业准则的意见和建议，也

[9] 智维：“中国企业并购失败法律风险分析报告”，《华夏时报》2010年10月26日，第2版。

[9] 刘丽，陈彬：“中国企业海外并购中的知识产权审慎性调查问题研究”，《科技与法律》，2011年01期，第13页。

[10] Anonymous Author, “Communication Skills Cut Malpractice Crisis”, USA Today, New York, 126 (2629), (1999), pp. 2-3.

Accessed December 12, 2007, at

<http://proquest.umi.com/pqdweb?did=117542125&Fmt=3&clientId=29199&ROT=309&VName=PQD>

[11] 同上。

[12] 陈臻：“中国企业海外收购的案例”，《法务经理人》2005年第11期，第18页。

需要国际化的中国律师以符合中国国情的方式方法，向中国企业、政府或相关组织传达、解释、甚至说服。这就是国际化的中国律师在国内企业海外收购中法律风险交流方面的特殊桥梁作用。

中国律师面临的新业务、新要求、新挑战

中国企业海外并购法律风险控制，需要一支“具备国际化视野，熟悉企业情况，精通法律专业，能够进行跨文化沟通和管理国际化法律风险管理人才”^[13]队伍。而国际化的中国律师，应是这支队伍的基本力量。

事实证明，海外并购若没有中国律师的参与和协助，而仅依赖海外中介机构，中国企业很难得到高质量服务及足够的有益信息和帮助，并将面临高额的交易费用问题。这极大地限制了中国企业跨国投资经营的发展。

如何管理中国企业海外并购中的法律风险管理，作为中国律师的新业务，对中国律师提出了新要求、新挑战：

熟悉风险管理流程。在尽职调查的过程中善用风险识别、评估工具和分析方法，掌握风险控制策略和应对措施。具备从企业发展战略的高度看待法律风险管理问题的能力，意识到法律风险管理的目标是运用一套周延的多学科方法来识别、评估、控制和交流投资和经营中的法律风险。



近年来在经济不景气的情况下，全球并购市场呈疲软状态，但中国企业海外并购却掀起新一轮热潮。据普华永道发布《全球并购市场新动向：新兴市场投资者的崛起》报告显示，中国企业海外并购在过去5年中增长迅猛，总投资金额从2008年的103亿美元发展到2012年的652亿美元，5年间增加5倍有余。

分析显示，中国民营企业在海外并购的竞技场上扮演了重要角色。2012年，中国民营企业投资255亿美元于海

应与企业内部律师合作。审慎考虑外国律师和国际律师提出的意见和建议，准确把握中国法、外国法和国际法相关规定，参与提供股权收购、资产收购、企业合并等并购重组方式的全程法律服务。结合海外并购中的财务管理和所涉行业（如医药、生物工程等）的专业知识，充分考虑项目所涉及的市场准入、竞争与反垄断、产权确认和转让等实体法和程序法方面的问题，为海外目标企业的并购和业务整合提供最佳方案和路径的建议，保障项目的落实，维护中国企业的正当利益。

具备提出高质量研究报告的能力。深刻认识可能引起国际社会关注的经济安全、知识产权、产品责任、环境保护、劳动安全用工等涉及企业社会责任的问题；能起草中国企业海外并购各类别、各领域的指导方针，把法律风险管理的理论和方法运用到海外并购投资经营的实处。

做好海外并购的外延服务。协助收购方寻找、遴选目标单位，参与甄选和聘任国际和外国律师事务所。在与国际同行协同服务做好项目的国际化法律风险管理的同时，协助委托企业监督外国律师和国际律师（所）的中介服务。

综上所述，国际化的中国律师需要有宽广的视野，能从战略高度把握委托企业的海外投资经营目标，尽最大的努力去实现这一目标并且保持独立和客观。应当说，做到这一点不但是可能的，而且是极为重要的。

外并购项目，是2008年交易金额的7倍，在过去5年中增长600%以上。2008~2012年，中国民营企业每年单宗交易的平均金额从3630万美金增长至1.78亿美元，增长近4倍。

进入2013年，中国企业海外并购仍保持着较快的增长势头。清科研究中心最新数据显示，2013年一季度中国企业海外并购共完成18起，其中披露金额的13起案例共涉及交易金额166.5亿美元，创下单季海外并购总额的最高纪录。

中国大陆企业海外并购交易数量

年份	2008	2009	2010	2011	2012
公布数量（个）	126	144	188	206	191
披露金额（亿美元）	103	328	410	424	652

（来源：搜狐网）

[13] 同注释2。

浅议华南国仲新规则下的 仲裁协议签订技巧

文 广东陈梁永钜律师事务所 陈锡康律师 刘敏律师

2012年12月1日，华南国际经济贸易仲裁委员会（下称“华南国仲”）颁布了新的仲裁规则（下称“新规则”），本文拟结合新规则的亮点，从实现对合同争议解决进程的有效控制，浅议仲裁协议的签订技巧。

仲裁、调解等替代式争议解决技术的快速发展和普及和其对当事人自治原则的坚持，为当事人在更为可控的状态下解决争议提供了更多便利。充分发挥仲裁技术的价值、有效实现当事人的预期，不仅对法律顾问的专业素养提出新的要求，也需要仲裁机构从仲裁规则的角度提供大力支持。

新规则具有较强的开放性，赋予了当事人在签订仲裁协议时更大的意思自治空间，而当事人的自主选择权有赖于律师帮助实现。律师可以根据交易性质和特点，帮助客户设计最有利于保护当事人权益的仲裁协议，灵活地约定“仲裁地及（或）开庭地点”、“仲裁语言”、“仲裁员人数”、“仲裁员国籍”、“仲裁庭组成方式”、“适用法律”、“适用普通程序或简易程序”、“适用的仲裁规则”、“费用的承担”等事项。

以下结合华南国仲新规则的创新点，就仲裁条款的签订技巧进行简要示例。

常用仲裁条款。作为创立于1983年的粤港地区第一个仲裁机构，华南国仲同时使用“深圳国际仲裁院”的名称，常用示范仲裁条款有两款。

其一：“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交华南国际经济贸易仲裁委员会进行仲裁。”这种规定有利于客户签订跨地区交易合同时与对方达成一致。

其二：“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交深圳国际仲裁院进行仲裁。”深圳本地、香港和外国的当事人可能更倾向于使用这一条款。

至于当事人约定华南国仲前称（即“中国国际经济贸易仲裁委员会华南分会”或“中国国际经济贸易仲裁委员会深圳分会”）的仲裁条款，是对同一仲裁机构的明确约定，根据当事人意思自治原则，由华南国仲管辖。但，律师最好建

议客户在仲裁条款中使用华南国仲的新名称。

自由的仲裁规则约定。根据新规则第三条规定，当事人在仲裁协议中可以选择适用其他仲裁规则。在涉外谈判时，熟悉临时仲裁的当事人可能倾向于选择联合国国际贸易法委员会仲裁规则，华南国仲在这种情况下作为指定仲裁员的机构，并依照当事人的约定或规定履行其他程序管理职能。此时，仲裁条款可作如下约定：“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交华南国际经济贸易仲裁委员会，按照联合国国际贸易法委员会仲裁规则进行仲裁。”

灵活的仲裁庭组成方式。首席仲裁员的产生方式是当事人普遍关心的问题。为了最大限度地尊重当事人的意思自治，根据华南国仲的新规则，除了由当事人共同选定或共同委托华南国仲指定的传统方式之外，当事人还可以约定首席仲裁员由已确定的两名仲裁员共同指定；或由华南国仲就首席仲裁员的人选推荐若干名候选人名单，供双方当事人选择，根据排序情况确定。

方式之一：“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交华南国际经济贸易仲裁委员会进行仲裁。双方在仲裁员名册中各选定一名仲裁员，该两名仲裁员从仲裁员名册中共同推选出首席仲裁员。”

方式之二：“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交华南国际经济贸易仲裁委员会进行仲裁。仲裁委员会主任就首席仲裁员的人选推荐若干名候选人名单，供双方选择排序确定。”

便利的开庭地点分布。对于跨地域的业务合作或交易，当事人可以约定在双方均便利的地方国内外任一地点开庭：“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交华南国际经济贸易仲裁委员会仲裁。开庭地点在（广州、深圳、东莞、北京、上海、武汉、海口、香港、纽约、巴黎）。”

有效的简易程序设定。如交易所涉金额虽大，但法律关

>>下转第31页



IPO过程中员工持股方案实务操作初探

文 国浩律师（深圳）事务所 李晓丽律师

企业拟在国内进行首次公开发行股票并上市（下称“IPO”）过程中，基于核心员工激励、优化公司股权结构等目的，通常会在股权架构层面设计员工持股方案。本文就IPO过程中员工持股方案的相关实务问题予以浅析，以期对各位同仁的实务操作有所裨益。

直接持股VS间接持股

根据国内IPO实践，员工持股通常分为直接持股及通过持股平台（例如公司或合伙企业）间接持股两种方式。直接持股即员工本人即为拟上市公司的直接股东，员工直接持有拟上市公司股份，反言之，若员工并不直接持有拟上市公司股份，而是通过持股平台例如通过持有有限公司的股权而该有限公司同时持有拟上市公司股份的方式达到享有拟上市公司权益目的，则为间接持股方式。

上述两种持股方式均为合法的持股方式，公司在选择适当的持股方式时需要综合拟上市公司企业性质、股份锁定期限、持股目的、管理成本等因素而灵活确定。例如若拟上市公司为外商独资企业，且拟在股改前实施员工持股方案的，受限于中国现行法律禁止中国自然人直接以新增股东方式持有中外合资企业股权的规定，若员工为中国籍自然人的，只能通过持股平台间接持股。

又如若员工为外国籍自然人的，鉴于目前对于外商投资企业资本金结汇所得人民币资金，通常除专业创投企业外，结汇所得人民币资金不得用于境内股权投资，若持股平台无法满足专业创投企业的要求，则作为普通的外商投资企业，其来源于员工出资的结汇所得资金无法直接用于对拟上市公司投资，故而该等情况下适当的持股方式应当为外国籍自然人直接持股而非组建持股平台间接持股。

可否全员持股

依据现行《公司法》等法律法规的强制性规定，有限公司股东人数合计不得超过50人，股份公司发起人人数合计不得超过200人，上述股东（发起人）人数均指直接持股股东人数。而依据现行《证券法》及《非上市公众公司监督管理办法》等规定，向特定对象发行证券累积超过200人则构成公开发行，需取得中国证券监督管理委员会（下称“证监会”）或者国务院授权部门的核准，同时需依照非上市公众公司的监管要求进行规范运作。

而根据现行法律及证监会审核实践，直接及间接持股股东人数（此处所称间接持股股东通常仅包括为单一持有该特定拟上市公司股份而专门搭建的持股平台，不包括专业创投机构及其他不以单一持有该特定拟上市公

>>上接第30页

系并不复杂，新规则允许当事人在仲裁协议中明确约定适用简易程序，而不适用普通程序，以加快程序：“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交华南国际经济贸易仲裁委员会进行仲裁。仲裁适用简易程序。”

快捷的“和解+仲裁”组合。对于已经达成和解协议的争议，某些时候当事人可能需要生效法律文书予以确认。在这种情形下，当事人通过在和解协议中约定如下“和解+仲

裁”条款，不但可以请求仲裁庭依照和解协议的内容依法快速作出仲裁裁决书，同时也大大降低争议解决的成本：“双方同意，任何一方均有权将本和解协议提交华南国际经济贸易仲裁委员会，请求依照仲裁规则按照和解协议的内容作出裁决。仲裁裁决是终局的，对双方当事人均有约束力。”

除上述示例外，律师还可以帮助当事人充分利用新规则各种开放性规定，设计出更多适合自身交易特点的仲裁协议。

司股份为主业而仅为对外投资目的而持股的其他单位)不应超过200人;例如计算股东人数时,若涉及员工间接持股的,员工持股人数需追及至终极持股自然人,而不论该等间接持股是一层还是多层间接持股。

故而为尽量减少IPO障碍

同时尽量减少相关规范成本,通常在IPO过程中,需严格控制直接持股及证监会实践操作意义上认可的间接持股股东合计不超过200人;纳入持股方案的人员中,实务中较为常见的为公司高管,同时兼顾部分核心中层管理人员,合计人数(追及至终极持股自然人)通常不高,20人左右较为常见,以50人以内为宜。对于有激励需求的其他员工,可以在公司上市后根据《上市公司股权激励管理办法(试行)》等规定对该等人员实施股权激励。

此外,证监会对持股人员的身份核查、资金来源核查趋严,股权激励安排需确保员工持股权益清晰明确,不存在委托持股、信托持股及不当利益安排或不当利益输送情况,直接持股股东或专门设立的持股平台股东(即间接持股股东)中不能存在不适合担任股东的情况,例如公务员、有对外投资约束机制的人员(例如证券从业人员)等。另外,证监会通常要求发行人与发行人的董事、监事、高管及其亲属不得共同投资设立公司,拟上市公司在进行相关操作时需注意符合该等要求。

员工持股平台可否采取创投企业形式

严格意义上的创投企业指依据《创业投资企业管理暂行办法》(国家发展和改革委员会令[2005]第39号)而在中国境内注册设立的主要从事创业投资的企业组织。若仅是企业营业范围包括类似“股权投资”的表述而不构成《创业投资企业管理暂行办法》意义上的创投企业,则与实质意义上的创投企业存在较大差异,相关管理体制和各项优惠政策等存在差异。

依据《创业投资企业管理暂行办法》,创投企业必须到省级(含副省级)发改委进行备案方可被认可为实质意义上的创投企业。进行备案时,除需满足注册资本、投资者人数、经营范围等条件外,还需有至少3名具备2年以上创业投资或相关业务经验的高级管理人员承担投资管理责任。且创业投资企业对单个企业的投资不得超过创业投资企业总资产的20%。

综上,公司拟设立的员工持股平台只有能够在管理部门进行创投企业的备案并持续符合创投企业的管

公司拟设立的员工持股平台只有能够在管理部门进行创投企业的备案并持续符合创投企业的管理要求(例如对单个企业的投资不得超过创业投资企业总资产的20%等),方可构成严格意义上的创投企业并按照相关规定享受税收优惠等。

理要求(例如对单个企业的投资不得超过创业投资企业总资产的20%等),方可构成严格意义上的创投企业并按照相关规定享受税收优惠等。但从国内IPO实践及相关要求的严苛程度而言(例如若员工持股企业的总资产只能对拟上市公司投资20%,势必对员工的投入资金有更高要求,而该等高额资金需求通常超出员工承受范围),设立严格意义上的创投企业可行性不强,且并无太大价值。从国内IPO实践来看,笔者从公开信息尚未检索到员工持股平台为《创业投资企业管理暂行办法》意义上的创投企业的案例。

不同的间接持股方式之税负成本

间接持股方式通常为持股公司及合伙企业。就这两种不同的间接持股方式而言,其主要的税负差异主要如下:

【股改阶段】即公司由有限责任公司整体变更为股份有限公司时,除以来源于资本溢价而形成的资本公积转增股本外,其他方式形成的公司净资产转增股本的(例如未分配利润转增股本、盈余公积转增股本等),若员工持股平台为持股公司,则无需缴纳企业所得税;若员工持股平台为合伙企业的,合伙企业不用缴纳所得税,通常需由合伙人各自缴纳个人所得税。

根据财政部、国家税务总局《关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定》(财税[2000]91号)第四条的规定,合伙企业每一纳税年度的收入总额减除成本、费用以及损失后的余额,作为投资者个人的生产经营所得(该生产经营所得包括财产转让所得),比照个人所得税法的“个体工商户的生产经营所得”应税项目,适用5%—35%的超额累进税率,计算征收个人所得税。

【分红阶段】若员工持股平台为持股公司的,无需缴纳企业所得税,但该持股公司再分红给员工的,员工个人需缴纳个人所得税(适用税率为20%)。若员工持股平台为合伙企业的,合伙企业不用缴纳所得税,通常需由合伙人各自缴纳个人所得税。

【股份转让阶段】若员工持股平台为持股公司

的，持股公司需缴纳企业所得税，该持股公司再分红给员工的，员工个人需缴纳个人所得税（适用税率为20%）。若员工持股平台为合伙企业的，合伙企业不用缴纳所得税，通常需由合伙人各自缴纳个人所得税。

综上，鉴于两种持股平台方式在相关情形下所涉的税负情形不同，尚需拟上市公司根据具体情况例如股改时转增股本来源及金额、未来可能的分红金额及股份转让金额等予以综合测算并根据自身特殊情况而最终确定。

员工入股方式及资金来源

受限于目前国内IPO审核政策，员工持股不能预先约定分期授予，即不可通过类似“期权”的方式实施；对于上市前不能确定给予的股权，须留待上市后通过上市公司股权激励计划等另行授予。目前上市前公司对相关员工进行股权激励的，通常只能采取两种方式，即一是由公司老股东向该等激励对象转让股权，二是该等激励对象通过增资方式持有公司股权。而根据现行《公司法》的规定，股份公司设立后一年内发起人持有的股份不得转让，若员工持股计划在股改后实施且为直接持股的，新股东只能通过认购股份有限公司新增股份的方式获得公司的股份。

无论通过受让股权还是通过增资方式取得股东地位，均需确保资金来源合法、股权转让款或出资款实际到位，拟上市公司或其子公司不得以赠与、垫资、担保、补偿或贷款等形式，对该等入股员工提供任何资助。中介机构进行核查时，通常需关注具体的资金来源及其真实性，例如若来源于薪金所得的，需提供任职单位开具的薪金证明；若来源于投资收益的，需提供具体的投资事项及收益凭证；若来源于对外借款的，需提供借款合同及转账凭证等。

员工入股价格

按照目前审核政策要求，若员工入股价格低于可比市场价即价格不公允的（通常为入股前后6个月内的PE投资价格，但并无确定性规定），差价部分计作公司费用，须从利润中相应扣除，即财务处理方面需做股份支付处理。若公司拟在申报期最后一年实施员工持股方案的，为避免影响发行价格及募集资金规模，通常不建议以低于市场价的价格进行股权激励，而需要以公允的市场价格进行。

员工持股变动之减持、回购安排

对于纳入持股方案的员工，若其在一定时间或一定情况下主动或被动产生减持（即减少直接或间接持有拟

上市公司股份份额）需求的，对于相关减持、回购操作，根据国内现行操作实践，在确保未违反法律法规及其他规范性文件的强制性规定前提下，通常会作下列不同安排：1、上市前减持的（主要系因股权激励理由丧失，例如离职等），由指定的人员或者按照一定标准可以确定的人员（例如核心高管）按照既定价格（可以是原价）回购；2、上市后限售期满前发生减持需求的，由指定的人员或者按照一定标准可以确定的人员（例如核心高管）按照既定价格（例如按照市价进行一定比例折价后的价格）进行回购，但该等回购的实质意义为相关权益的终止，相关股权的交割尚待限售期满后后方可进行；3、上市后限售期满后减持的，应作统一、明确的减持计划，例如对于持股方式为间接持股的，先由持股公司或合伙企业减持后，通过利润分配或清算方式分配给股东，亦可由其他股东协议受让。

需注意的是，在员工持股安排中，对其权益变动、权利义务具体规定尤其是限制性规定的安排需特别慎重，例如员工离职后股权的转让以及生效条件等。该等特殊约定或安排较易引起监管部门的关注，通常需确保：1、持股员工均知悉协议或承诺的目的和内容，签署协议或承诺是自愿的，各方意思表示真实；2、各方均需遵循公平、公正、合理的定价原则确定转让价格，确保员工离职后与公司不存在因履行协议或承诺而产生任何纠纷及潜在纠纷；3、员工离职后的回购安排，不影响上市主体未来股权结构的确定性，不影响实际控制人的控制地位。

其他注意事项

除上述主要实务问题外，员工持股方案制定及实施过程中尚需特别注意如下事项：1、员工具体持股比例需注意确保对公司实际控制人的认定不造成实质不当影响（通常实际控制人持股51%以上较为妥当），并注意结合公司股本结构整体设计，为未来可能引入的其他股东（例如PE等外部投资者）预留持股空间；2、员工持股总额及持股比例尚需根据拟上市公司申报前的股本大小、股本结构、股份支付的处理对公司财务数据的影响等因素综合考虑；3、员工持股方案理论上在股改前后均可实施，但在股改过程中即确定股改基准日至取得股份有限公司营业执照期间不可实施；4、具体持股人员及股权数额的分配标准需根据公司实际情况进行灵活把握，避免对员工稳定性造成不利影响；5、员工持股方案涉及利益方较多且本身超出单纯的法律判断，特别是股本结构设置、税负成本、股份支付等问题涉及公司战略、财务等多重问题，方案论证过程中及正式实施前，应取得包括券商、会计师在内的上市中介机构的一致确认。

著作权跨境流转与跨境保护

文 北京市中银（深圳）律师事务所 谭岳奇律师 杨文华律师

【案情简介】

近年来，一家神秘的外资企业——XX创意（北京）图像技术有限公司（下称原告）屡屡在国内四处出击，声称维护美国某图片公司（下称乙公司）的图片版权而频频提起诉讼。据悉，乙公司于1995年成立于美国西雅图，原告为其在中国境内设立的合资企业。

原告通常在正式起诉前向其认为的侵权嫌疑人签发版权确认函，要求对方确认有关图片的合法版权来源。若对方不予理会，原告则签发律师函称对方侵犯其著作权，并附送部分胜诉判决，从而以诉讼相威胁，要求对方进行赔偿，赔偿金额一般在每张图片一万元以上。据相关资料显示，原告于2006年在全国起诉被告5000余家，涉案图片数万幅，如此计算，涉案金额高达上亿元。

【法律评析】

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

笔者认为，在公约体制下，公约的宗旨在于协调著作权的国际保护问题，并不调整著作权的取得、流转、

消灭等基本民事权利规则，而基本民事权利应属于各国主权自主立法范围之内。因此，基于公约框架下的“被请求保护地法律”应当仅仅适用于认定涉案作品是否在被请求保护地法律保护范围内，以及可获得的著作权保护的具体内容。但在任何著作权跨境保护案件中，不仅要认定涉案作品是否在被请求国法律保护范围之内，而且还要查明涉案作品之著作权归属。

故，本案至少应当从三个独立的法律关系考查其法律适用问题，一是涉案图片的著作权归属问题，二是乙公司与原告之间的授权委托关系，三是侵权责任问题。

●涉案图片是否受我国立法保护

依据《伯尔尼公约》关于作品著作权的跨境保护实行“国民待遇”和“独立保护”的原则，涉案作品向我国（缔约国）请求保护，其保护的程度及相关权益应与我国给予本国国民的待遇相同，且完全由被请求国的法律规定，不受该作品在其它国家（包括起源国）是否受到保护之影响。

《中华人民共和国著作权法》（下称《著作权法》）第二条规定，我国著作权立法对于涉外著作权的保护采取“双国籍国民待遇原则”，即^{〔1〕}：境内人的作品无论是否发表，均受我国著作权法保护；境外人的作品首先在我国境内发表者视为我国作品予以保护；境外人

〔1〕“双国籍国民待遇原则”：参见黄进主编：《国际私法》，法律出版社1999年9月第1版，第399页。

未在我国境内首次发表的作品，依据其所属国或作品首次发表国同中国签订的协议或共同参加的国际条约受我国著作权法保护。

原告诉称涉案图片先后于1995年、1996年首次发表于乙公司的网站，但该网站声明的开办时间为1999年。原告转而承认涉案图片首次发表于乙公司的展示性图片集或其它出版物等载体，而非上述网站，但此说法未能证明。

因此，要认定涉案作品是否受我国《著作权法》保护，应以原始创作该作品的作者为连接点，而非继受取得著作权的主体。即使作者并非缔约国公民，也不能仅因继受著作权人为缔约国公民而予以保护。

●涉案图片的著作权归属

依《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（下称《涉外民事关系法律适用法》）第四十八条之规定，涉案作品著作权的归属和内容，适用被请求保护地（我国）的法律。我国《著作权法》第十一条第四款规定，若无相反证据，在作品上署名的人可推定为作者。

原告诉称，网站展示的涉案图片左上角印有乙公司字号字样的商标水印，故乙公司享有涉案图片著作权，且该水印构成乙公司的署名。但据检索，该商标在国家商标局注册的权利人为与乙公司名称相近的另一公司，而非乙公司。即使商标注册人为乙公司，原告的主张仍存在下列问题：

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

职务作品的署名权仍归作者享有。原告网站登载涉案图的信息栏内列示了“摄影师”信息，所示摄影师或为自然人，或为公司。原告主张所有摄影师均系乙公司雇员，涉案图片构成职务作品。但原告亦未能证明有关摄影师与乙公司之间存在雇佣关系或劳动关系。

依据《著作权法》第十六条之规定，职务作品的著作权一般推定归完成作品的公民即作者享有，在符合法定或约定条件之情形下，其单位可以享有除署名权以外的其他著作权权利，而署名权仍应归作者享有。另，该法第十一条第四款规定，只能由署名推定创作作品的作者，即原始著作权人，而不能由署名推定其继受著作权

人或职务作品著作权人。

商标不是署名。商标是将一个企业的商品或者服务同其他企业的商品或者服务区别开来的标志，而署名则是作品的作者公示其作者身份及权利的一项声明。二者的功能不同，分属不同的部门法调整，在实践中亦通常采用不同的标记方法和习惯。涉案水印的右上角加注了“®”符号，其无论从功能上讲，还是从目的上讲，都显然是商标，而不是署名。

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

●乙公司授权时是否享有涉案图片的著作权、诉权

原告在诉讼中认为乙公司享有涉案图片的著作权，原告依据乙公司的授权而享有在我国境内进行展示、销售和许可使用涉案图片的权利，并就未经许可使用的行为有权提起诉讼。因此，本案除依我国法律考察涉案作品的著作权归属及是否适用我国著作权法之外，还应首先查明乙公司实施授权行为时是否享有相关权利。

本案中的著作权作为一项民事绝对权利，其形成和取得的法律效力，应当适用其起源地的法律即美国立法作为准据法。依据《美国版权法》第401条之规定^[2]，美国实行“著作权标记主义”原则：虽然作品一经创作即产生著作权，但该作品若要公开发表，则必须进行版权标记，才能保持其著作权；否则，该作品即丧失著作权，进入公有领域。该法第411条规定^[3]，登记是提出侵权诉讼的前提条件。

本案原告未能举证证明乙公司已依据美国版权法的规定就涉案图片办理版权登记，因此不能证明乙公司于授权时享有著作权及诉权。

●乙公司对原告的授权委托行为是否有效

◎当事人的民事权利能力和行为能力

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第184条、《涉外民事关系法律适用法》第十四条的相关规定，法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力“适用登记地法律”。因此，本案原告的相关权利应当适用中国立法予以判断，而乙公司的相关权利应当适用美国立法予以判断。

依据美国判例法，在Nancey Silvers, Plaintiff-appellee, v. Sony Pictures Entertainment, Inc.案中^[4]，

[2] 401条规定：参见中华人民共和国商务部主办的中国保护知识产权网（http://www.ipr.gov.cn/guojiprarticle/guojipr/guobiehg/gbhjflfg/200611/513634_3.html）。

[3] 411条规定：参见中国保护知识产权网（网址同前）。

[4] Nancey Silvers, Plaintiff-appellee, v. Sony Pictures Entertainment, Inc.案：参见：<http://cases.justia.com/us-court-of-appeals/F3/402/881/510088/>。

美国联邦上诉法院第九巡回法庭确立了授权代理人无权以自己名义提起著作权侵权民事诉讼之判例。我国《著作权法》第八条之规定，我国立法规定的经授权行使著作权诉权之原告主体，仅限于著作权集体管理组织，本案原告不具有接受委托行使著作权诉权之权利能力。

因此，笔者认为，本案乙公司及原告均不具备由乙公司授权原告就涉案图片行使诉权之权利能力和行为能力。

◎授权行为之效力

我国现行立法未明确规定跨境授权行为的法律适用冲突规范，惟有部分立法规范就相近法律关系做出了规定：《涉外民事关系法律适用法》第十六条规定，明确区分外部代理关系适用代理行为地法律，内部关系则适用“代理关系发生地”法律。《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第五条第（十三）项规定，委托合同适用受托人住所地法，此系针对委托代理内部关系而言。

笔者认为，授权作为一项法律行为，按照法律行为冲突规范之一般原则，其效力问题应当适用法律行为实施地的法律。本案原告在诉讼中提供的自称为乙公司的副总裁于2008年06月09日在美国华盛顿州公证员面前签署的《确认授权书》，其授权行为实施于美国华盛顿州，应当适用当地立法予以判断。

而依据《美国示范公司法》第8.01条（b）项之规定^[5]：“所有公司的权力应由董事会行使或在其许可下行使，所有的公司的业务和事务应由董事会管理或在董事会的指导下管理。”而本案原告提交的公证书显示：“确认其依照文件中所述的用途和用途自愿签署了该文件，就我所知其是文件上签字之人本人”。

因此，公证书只能证明《确认授权书》上的签名之真实性，而不能证明签名人与乙公司之间的确存在如其声称的身份关系，亦无法认定签名人确实获得了乙公司董事会的许可。故，本案原告举示之《确认授权书》不能构成原告确实获得了乙公司授予其提起本案诉讼有关权利之有效依据。

●乙公司之诉权能否独立于著作权单独转让

本案乙公司并未向原告转让涉案图片的著作权，而是通过《确认授权书》授权原告相关诉权，事实上赋予了原告承担诉讼结果的实体权益，而该等权益显然并不具备实体权利上之基础。同时，乙公司并未授权原告放

弃诉权，如果认定原告可以依据授权而行使诉权，则必将面临乙公司与原告均可就同一诉讼标的行使诉权之混乱局面。

笔者认为，诉权与实体权利相互独立又密切相关，独立于实体权利而单独转让诉权是没有法律依据的。因此，本案乙公司不能独立涉案图片著作权而向原告单独转让诉权；同理，原告也不能依据授权而行使诉权。

【著作权跨境流转的意思自治与法律规避】

针对基于著作权跨境流转而产生的跨境保护，究竟是否应当考查跨境流转过程中的权利渊源问题？如果回答是肯定的，似乎有违缔约国承担的公约义务；如果回答是否定的，又会产生“超国民待遇”之虞。

如果说跨境授权中的矛盾还可能基于前述诉权不可单独转让原理之限制而予以避免的话，那么，在跨境转让的情况下，内国法院必须直面这一矛盾。

假设例一：有三个缔约国A、B、C，其内国法规定的摄影作品的保护期分别为50年、25年、50年。依据《公约》第七条相关规定，如果B国作者的摄影作品首次在A国发表，即起源国为A国，则该作品在B国可获得的保护期限为25年，在C国为50年。

据此假定：该作品完成25年后，B国作者与C国国民在B国签署转让协议，转让该作品著作权中的经济性权利。C国国民据此向C国法院诉请禁止C国其他国民使用该摄影作品，C国法院应否予以保护？

假设例二：有A、B、C三个缔约国，A、C国立法规定作品一经创作完成即取得著作权，其保护无需注册登记或版权标记；B国亦规定作品一经创作完成即取得著作权，但若其公开出版时未按规定格式进行版权标记，则该作品即进入公有领域而不再受法律保护。若B国国民创作的作品首次在A国发表时未进行版权标记，则依据独立保护原则，该作品仅可获A、C国保护。

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

著作权跨境流转事实本身即构成一项独立的涉外民商事法律关系，其表现通常为涉外合同关系。故其法律冲突应当依据涉外合同之冲突规则适用相应的准据法。国际通行的合同冲突规则均优先采用当事人意思自治原则，若当事人未选择合同适用的准据法，则

[5] 《美国示范公司法》第8.01条（b）项：参见：<http://wenku.baidu.com/view/4a015b42336c1eb91a375d77.html>。

按最密切联系原则选择适用准据法，如依据“特征履行说”，适用能够反映合同本质特征的义务履行地的法律。

上述示例中，若当事人未选择适用的准据法，则应当适用B国立法。依据B国立法，有关著作权或已超过法定保护期，或已进入公有领域而不再予以保护，由此使得合同标的在法律上不存在而不能有效成立。若当事人选择买受人所在的C国立法作为合同准据法，则似乎^[6]有关著作权依据C国立法合法存续，故其合同有效成立。由此引发当事人可能通过选择著作权跨境流转合同之准据法而避免著作权转出人的权利瑕疵。

若B国作者明知其不享有相关作品的经济性著作权，而又故意通过人为选择合同准据法而影响合同效力，是否得构成法律规避？

笔者认为，基于权利流转的基本法理，权利受让人取得之权利系源于转让人之让渡，其获得的权利内容不应超出转让人原本享有的权利内容。在著作权跨境流转合同中，若转出人明知其在本国并不享有所涉作品之著作权，或者其著作权已经消灭，但却通过人为选择合同准据法而避开其著作权依据本国法律已经消灭之瑕疵，其具有明显的规避法律的主观目的和动机。

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

【结语】

如上所述，著作权的归属并不在公约调整范围内。因此，著作权的归属应当独立适用有关权利归属之冲突规范，如我国《涉外民事关系法律适用法》第四十八条规定著作权的归属适用“被请求保护地的法律”（此处应当是指被请求保护地关于权利归属的一般立法规范）。

尤其应当注意的是，不能将公约体制下的著作权保护规范混用于认定著作权归属之依据。换言之，不能仅以涉案作品在被请求保护地法律保护范围之内而推定涉案当事人享有合法有效的著作权。前节关于跨境流转合同当事人对准据法的选择将影响合同效力的论述仅是基于理论假设需要而进行的形式上的推论，由其推论出来

的法律规避也是一种假性法律规避，在本质上不能产生规避有关权利瑕疵的客观效果。

因此，在著作权跨境流转情形下，流转合同的效力只是认定著作权归属的一个环节，受让人能否取得合法有效的权利，应当同时考查转出人是否合法有效的享有合同所流转之权利、有关流转权利可否及如何通过合同流转、流转合同是否合法有效成立并生效三项内容。该三项内容均为独立之法律事实，既不能概以被请求保护地著作权立法规定的保护范围作为判断之依据，亦不能笼统适用当事人选择的合同准据法。

笔者认为，民事权利能否跨境流转，涉及双方的权利能力，应当同时适用双方的本国法律，惟若两国立法均不禁止，且依两国立法履行必要之法定程序，方可认定该等权利跨境流转为有效。著作权作为一项基本民事权利，应当适用该转出人本国关于著作权变动之立法规定。

在涉外著作权民事诉讼中，往往涉及到多方面的法律关系，而不同的法律关系应当分别适用不同的冲突规范来适用相应的准据法，这就是所谓的“分割论”^[7]。譬如：有关作品国籍的取得依作品最初发表地法；有关著作权是否存在，适用作品最初发表地或来源地法；有关是否保护及如何保护著作权，适用被请求国缔结或参加的国际条约及其本国法；有关著作权保护的范围、期限和内容，适用被请求保护国法；有关著作权的转让，适用合同的准据法。

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

所谓法律冲突，冲突的只是法律，而非事实。故而在涉外民事诉讼中，无论适用哪国的法律作为审理案件的准据法，事实基础应当是一致的，都应当以合理查明域内和域外的全部涉案事实作为决定法律适用问题的前提和基础。因此，笔者认为，将事实问题与法律问题分开是涉外诉讼的基本原则，而这一点正是“分割论”的基础和意义所在。

[6] 似乎：本节系基于表面逻辑形式之推论，不是笔者的最终结论，故曰“似乎”，详见下文之论述。

[7] “分割论”：参见黄进主编：《国际私法》，法律出版社1999年9月第1版，第398页。

商标侵权民事诉讼常见问题分析

文 广东广和律师事务所 李洁律师

2009年7月至今，笔者陆续代理了几宗较为典型的商标侵权民事诉讼案件，此文中记录了办理案件时常见的几个法律问题，以期为今后类似案件提供一些参考。个人的观点难免有些偏颇和不足，期待同行指正。

公司制造、销售侵犯注册商标商品，其法定代表人或者股东是否对此承担责任？

某些侵权公司以制假、售假为主营业务，其名下通常没有资产，导致商标权利人赢了官司却无法实际拿回赔偿。所以代理人希望将法定代表人或者股东也拖入案件，提高实现债权的几率。

笔者经手的其中两个案件都遇到这一问题，但判决却大相径庭。第一个案件中，法院判决公司两名自然人股东（其一为法定代表人）承担商标侵权损害赔偿赔偿责任，第二个案件中法院判决公司承担责任，同时认定法定代表人不承担连带责任。经对比发现，如现有证据能将法定代表人、股东实施的侵权行为与公司行为剥离，并区分于职务行为，就可直接追究法定代表人或股东的侵权责任。

第一个案件因侵权公司进行假货交易被公安机关现场抓获。经公安机关查实，联系货源、寻找买家、交易、记账、分配利益全过程都由两名自然人股东分工完成，关键是售假所获的利益直接被两名股东瓜分，未计入公司账目。两名股东因涉嫌销售假冒注册商标商品罪被提起公诉。故此，基于刑事案件是个人犯罪而非单位犯罪，因此代理人在民事诉讼中直接起诉两名股东，并最终拿回了赔偿款。

第二个案件是因公安机关现场查获一家公司的制假生产线而形成。其法定代表人向公安机关供述其亲自采购了一批假货外壳和印制商标铭牌的模具，并要求工人组装为成品。但公安机关并未进一步追查购买假货零部件的成本是由公司承担还是法定代表人承担，这导致侵权行为无法区分为个人行为或职务行为，最终检察院以单位犯罪对公司提起公诉。刑事案件已经定性，在此情况下，民事诉讼阶段要求法定代表人承担侵权责任基本不具可能性。

综上，若代理人主张侵权公司的法定代表人或股东承担责任，则至少需要有效证明由他们控制、主导制造销售侵权产品的关键环节（货源、进货、销售、收款等），并且直接获取销售利益，未计入公司所得。

商标合理使用的范畴到底有多广

在商标侵权诉讼中，侵权人多会提供进货来源证明其售

卖的是正品，从而进一步主张即便使用未经授权的注册商标进行宣传，也属于合理使用。笔者经手的一个案件中，一审法院就采纳了侵权人的上述抗辩理由。当前，各地法院对商标合理使用的认定尺度不一，笔者认为，可以从以下三个方面分析、判断侵权人是否超出了“叙述性使用”、“指示性使用”的合理使用范围：

第一，从使用方式看，如果侵权人通过商标组合、变形、着色等方式使用注册商标，用作公司网站、宣传册的页眉、插图等突出于文字的部分，则超出指示商品来源的必要限度。若出于指示商品来源的目的使用他人注册商标，通过使用文字商标或者带有商标标识的商品照片即可实现。第二，从使用目的看，大多侵权人同时谎称自己是品牌代理商，从主观上有误导受众的恶意，同时已经构成不正当行为。第三，从使用后果看，若侵权人非法使用商标的行为足以使公众误认为其和商标权利人有法律上的授权关系或其他商业合作关系，并有可能基于此信任购买商品，则属于典型的商标侵权行为。侵权人的行为如果符合上述分析，那么基本可以判断其行为超出商标合理使用范围。

无法证明侵权人有实际销售侵权产品的行为，只有其生产侵权产品的证据，在此情况下，侵权人是否应当向被侵权人赔偿经济损失？如何计算具体赔偿数额？

笔者在代理案件过程中遇到一个难题：笔者的当事人提供的证据只能证明侵权人生产了一批侵权产品，没有任何直接有效证据证明侵权人有实际销售行为。此案由公安机关现场查获而案发。案件在刑事阶段似乎已经被定性：侵权人只生产、储存了一批侵权产品，尚未进入流通领域。

目前法律明确规定的具体计算侵权赔偿数额的方法似乎都以“侵权人实际销售”为前提。因为只有“实际销售”才能造成被侵权人实际经济损失，侵权人才谈得上实际获利。虽然法律另有规定：“损失”和“获利”均难以确定，可以在五十万元以内确定赔偿数额。但是，如果连实际销售侵权产品的行为都无法证明时，法院以何标准酌定赔偿数额呢？

目前，填平原则是知识产权损害赔偿案件中普遍适用的原则。笔者经手的类似案件中，法院最终以“填平原则”酌定了侵权赔偿数额。事实上，这种非惩罚性原则实际上并未对侵权人形成压力，相反，高昂的维权成本却对被侵权人造成阻碍。知识产权损害赔偿原则有待立法突破。

情系劳务工的法援律师

文 本刊记者 古丽

他们不辞劳苦，替劳务工维权；他们任劳任怨，帮助劳动者拿起法律的武器；他们不求回报，只求为这座城市的建设者不会“伤痕累累”离开。他们，是工作在第一线的法援律师。如今让我们走近他们，听他们讲述法援路上的点点滴滴。

为了36名员工被拖欠的工资

“现在餐馆店的几十名员工情绪很激动，龙景胜律师您赶紧来”某天下午，广东金地律师事务所龙景胜律师刚上班就接到了深圳市南山区蛇口街道办事处工会办公室的来电，被告知该辖区内有一餐饮店的员工因劳动纠纷协商解决未果，部分员工情绪激动。龙景胜律师立刻赶到事发地与几十名员工见面。

经了解，李小姐等36名员工在南山区蛇口招商路153号的某餐饮店工作，由于该餐饮店未与员工签订劳动合同，也未为缴交社会保险费，其中有部分员工甚至从未领取过工资，现该餐饮店共拖欠36名员工工资及押金合计约人民币17万元。如今餐饮店的老板去向不明，店里尚未转移的财产成了员工唯一的希望。虽然事先经南山区蛇口街道办事处总工会、南山区劳动局等单位多次协调，但劳资纠纷仍未得到妥善解决。

了解案情后，龙景胜律师一方面现场解答员工的法律咨询，稳定员工的情绪；一方面立刻向深圳市总工会法律工作部值班工作人员报告该案案情。工作人员当即表示，因案情紧急特殊，龙景胜律师可先行介入法律援助工作，并尽快协助员工向总工会法律工作部申请法律援助，同时做好员工安抚工作。

经分析，龙景胜律师认为该餐饮店尚存的财产估值与员工诉求基本相当，立案后可及时向人民法院申请财产保全。于是他耐心引导员工申请劳动争议仲裁，并建议员工现场选出几名员工代表，通过合法途径解决纠纷。同时，有关此案申请劳动争议仲裁的案件材料也在紧锣密鼓的准备着。

员工代表选出后，龙景胜律师立即同员工代表带齐案件材料，于当日下午五时许赶到南山区劳动争议仲裁委员会，及时向该会负责人汇报该案的特殊情况。

况。有关负责人听取汇报后，批准特事特办，安排专人协助准备立案材料，并于当日下午七时左右办妥立案手续。

为保证案件将来顺利执行，龙景胜律师在最短时间内向南山区人民法院办妥财产保全手续，递交《要求对36名员工提供司法救助专函》，并得到免除36名员工的财产担保和保全费用的回复。此外，龙景胜律师根据相关文件要求，及时向深圳市律师协会递交《关于群体性敏感案件报告》，并向深圳市总工会法律工作部递交《关于36名员工劳动争议案件处理过程报告》，详细报告案件处理进展。

此案于7月14日立案，27日开庭审理，8月4日作出裁决，裁决基本支持了36名员工的申诉请求（36名员工工资及押金合计人民币168552.50元）。在前后不到一个月的时间里，该案从立案到审理再到出裁决结果，可谓神速。由于该案已事先申请财产保全，裁决结果已得到全部执行，员工们非常满意。为此，龙景胜律师也得到了南山区蛇口街道办事处工会的首肯和员工的致谢。

“员工维权法律援助工作并非一帆风顺，其间我曾多次受到过个别用人单位的秘密跟踪和电话威胁，也曾受到过少数员工的误解，可谓酸甜苦辣，五味杂陈。但我始终坚信，只要用负责的态度和辛勤的劳动真诚为员工服务，终将会赢得员工和社会的尊重。作为法律援助律师，最大的欣慰莫过于当事人的满意，这正是我从事员工维权法律援助工作能持之以恒的动力所在。”

270页的维权资料

说起为工会维权的日子，北京市大成（深圳）律

师事务所曾凡新律师感到五味杂陈。但印象最深刻的，还是黄先生的故事。

2009年10月，黄先生入职广东SL食品公司（该公司后被注销），被安排到深圳开发市场并与公司签订《试用合同书》一份。当时，该公司驻深办事处只有黄先生一人，黄先生身兼数职，并尽最大努力维系客户关系。终于，公司在深圳的销售业绩渐渐有了起色。几年后，公司股权发生了变化。广东SL食品公司在深圳、上海两地分别注册成立了深圳SL公司和上海SL食品公司，深圳SL公司的股权被全部转让，上海SL食品公司与黄先生签订最后一份劳动合同期限为2012年4月1日至2013年3月31日，但2012年的7月1日，上海SL食品公司以黄先生不能完成销售目标为由，向其发出《解除劳动合同通知书》。对这一结果，黄先生决定通过法律途径解决问题。

但是，该告谁，在哪里告，成了本案的最大难题。本案涉及广东SL公司（已注销）、深圳SL公司（虽存在但找不到地址）、上海SL公司、深圳某劳务派遣有限公司（上海SL公司委托帮助黄先生代缴社会保险费的单位）。为稳妥起见，曾凡新律师将后三家公司同时列为被申请人。

往后的维权之路，只能用“一波三折”来形容。黄先生先后分别到布吉劳动争议仲裁庭和龙岗劳动争议仲裁庭申请仲裁，但均被拒绝立案。曾凡新律师分析深圳某劳务派遣有限公司的注册地在深圳市福田区，遂建议黄先生到福田区劳动人事争议仲裁申请仲裁。终于，经福田区劳动人事争议仲裁委与龙岗区劳动人事争议仲裁委协调，决定案件由龙岗仲裁委立案管辖。黄先生松了口气，似乎看到了希望。然而，他又过早乐观了。

开庭时，公司对黄先生提交的十五份证据材料几乎全盘否认。虽然仲裁庭支持了黄先生的主要诉求，但公司方不服并提起诉讼。一审开庭后，法院对于黄先生的主要诉求予以支持。至此，黄先生和曾凡新律师都认为这个复杂的案件终于要划上一个圆满的句号了。但公司方又提出了上诉。

在二审第一次庭审调查中，公司方补充提交了大量材料，以印证黄先生确实没有完成公司所布置的销售任务。法官对此提出了大量细节问题，并要求黄先生提供相应书证加以佐证。

开庭三天后，黄先生再次来到曾凡新律师的办公室：“曾凡新律师，我已经把所有的资料都找到了，只是我不太会整理。您能不能帮帮我？”曾凡新律师和助理一同为他整理了108份、270页的资料，终于赶在最后时限之前交给了法官。法官认为仍有太多细节需要调查，于是又一次安排质证。对此，黄先生与曾凡新律师再次对二百多页资料进行重新整理，并提交书面意见，内容多达1万余字。为查清事实，法官决定安排合议庭开庭审理本案。目前庭审已经结束，但二审判决仍在等待之中。

“对于一个工会维权律师来说，案子无在乎大与小，也无在乎复杂与简单，因为每一个工会维权案件的背后都关乎着一个工会会员的命运。代理小小的劳动案件，对于争议的细节，我们要自问：到底能查清楚吗？到底查清楚了吗？”

百余名工人罢工的紧急处理

2008年，广东鹏浩律师事务所周文斌律师刚参加法律援助律师的工作，就遇到了石岩某家工场196名员工在石关路聚集罢工的案件。当时劳动站、街道办都紧急跑来调解，但由于工人的情绪过于激烈，现场劳资双方的矜持一触即发。由于工人的利益不能当场满足，工人一直从下午围堵到晚上。现场气氛一度让维持秩



序的地方政府工作人员感到紧张。后来，周文斌律师接到工会的通知，及时与同伴来到现场调解。

看到律师来了，工人们好像吃了定心丸，气氛慢慢缓和下来，工会代表随即表示愿意把所有情况都向律师交待清楚，并表明了工人的立场与利益诉求点。为取得工人的信任，周文斌律师和他的同伴一边耐心地稳定工人们的情绪，一边让员工提交资料，由周文斌律师替工人到仲裁委申请维权。

事情得到迅速解决。三天后，仲裁结果出来了，但公司和工人都不服，工人们又到法院起诉。周文斌律师接受此案后，即刻帮工人们收集证据、分析案情、确定诉求。从仲裁委立案开庭，到法院二审结束，周文斌律师陪工人们走过了三个法律救济的程序，最终打赢了这场“战争”。员工们在拿到赔偿款后，不知道如何感谢周文斌律师，就买了一些水果和饮料送给他，用他们最朴实的行动以表心意。

“在维权过程中，有些员工并没有时间、没有精力、不俱备金钱进行维权活动，甚至对于很多员工来说，别说写，由于文化水平低，不擅言辞，就是讲话可能也讲不清楚，很多案件都是律师在支撑着，否则，案件很难进行下去；在这种情况下，维权律师是员工的精神支柱，律师的每一句话都会对员工产生一种重要的效力。”

近六旬老者的执着维权路

在法律援助的过程中，广东普罗米修斯律师事务所晏华明律师遇到一位当事人，他已过半百的年纪、敏感的法律意识、积极而执着的维权态度让他印象十分深刻。

据晏华明律师所知，老者一年时间起诉了三家单位。他文化水平不高，讲的普通话没有几个人能听懂，但老人家爱学习，凡是追根究底，特别执着。和他一起共事的同事因为某些原因都没有起诉用人单位，但他并不怕一个人维权道路上的那份孤独。在很多人眼里，这样的官司是不可能赢得，就是赢了官司也不一定能拿到钱。然而，老者依然坚持。

晏华明律师给他代理的第一个案件现在已经结案，并已执行26000多元。其实，这个结果也是出乎晏华明律师的意料。这个案件中，老者是劳务派遣公司派遣到小区的清洁工，没有合同、没有社保、没有工服、没有工资条，劳动关系非常难证明。还好有证人愿意证明，老者也几番寻找，找到了原来的工牌。老者也曾通过仲裁维权，但仲裁只支持了4500元的请求。老者不服，便到了晏华明律师。晏华明律师和老者起诉时，该公司已经注销，公司老板另成立了一家新的公司。于是晏华明律师在一审的诉求中改变诉讼

策略，最后一审法院支持了26000元左右诉求，虽然对方提起上诉，但最终仍维持原判。

“替他人维权的过程，也是自我学习、成长的过程。从老者的身上，我看到了坚持与执着。”

两份工资单隐藏了什么

广东晟典律师事务所赖灿辉律师代理了一起劳动者申请用人单位支付违法解雇的经济赔偿金及拖欠工资的案件。

当时，劳动者提供给赖灿辉律师的工资条是用人单位没有加盖公章的工资条，依此计算出劳动者的平均工资是1650元，但是当事人每天都有加班，根据法律规定计算，用人单位明显没有足额支付当事人的工资及加班工资。

然而，依仲裁阶段用人单位提交的由劳动者签名的工资条显示，劳动者月工资平均为2380元，且用人单位已支付相应的加班工资。之后，劳动者告知，用人单位每月要求劳动者签两份工资单，给劳动者的那份的工资单公司未加盖公章，而虚假的那份经劳动者签字后，用人单位盖章并收回。

“天网恢恢，疏而不漏”，赖灿辉律师在逐项核对用人单位的工资条与考勤记录之后，最终发现里一些疑点，这也为劳动者在某些月份拖欠加班工资找到了证据。但是依然有很多月份没有得到支持，这就是劳动者随意在书面文件上签字所带来的后果。

“他们是真正特别需要帮助的一群人，运用自己的专业知识帮助到朴实的劳动者，是每一个职业律师应该做的。法律援助工作原本就属于我平时工作的一部分，俗话说雪中送炭远比锦上添花更珍贵，所以我会坚持做下去。”

后记

今年7月，深圳市首批46家企业工会有了自己的“法律顾问”，73名律师将为41万余名员工提供便捷、高效的法律服务，这意味着“社会化维权”机制又有了重要推进。

5年前，深圳市总工会开始推广“社会化维权”机制，通过招标形式，与我市10家中标的律师事务所签订法律服务合同。截至去年底，在“社会化维权”机制下，10家中标的律所共代理了市总工会5000多宗法律援助案件。仅去年一年就有2000多宗，结案1000多宗，通过仲裁等方式为员工退回赔偿金3000多万元。

目前，我市有百余名律师奋斗在法律援助工作第一线，他们凭借一己之力、一技之长为劳务工维权。社会的正能量将通过这个群体、这个平台传播的更久、更远。

老屋

文 广东金圳律师事务所 杨金梅律师

邻居的儿女到了成家年龄，要重新修整屋子，而我們两家共用着一堵墙，这两年商量讨论争吵过无数次的老屋终于还是被拆掉了。一片灰飞烟灭中，老屋仿佛久卧病榻之人在用力呼出最后一口沉重的气息后，终于坍塌。站在夷为平地的老屋前，看着屋场里那棵父亲亲手栽下、从一棵幼苗长成碗口粗的桂花树，孤零零的在风中摇摆，我泪如雨下。

老屋已有二十年了，父亲过世后，母亲便来深圳和她的小儿子住，照顾她心尖上的孙女、孙子，老屋自此大部分时间都孤零零地空落着。那时外公还在，离开老屋的母亲不放心，就托外公帮我们照看屋子，而母亲每年也会回去住几个月，一是牵挂八十几岁的老父亲，二是回家看看自己割舍不下的家。

五年前老外公也过世了。在老家，母亲除了老屋子可以念叨外就没有至亲的人可牵挂了，儿女所在的深圳就成了她常住的“家”。而家乡的老屋子再次空寂，只等每年暑假母亲带着孙子孙女回家。每次回乡前，母亲总要提前让亲戚过去帮收拾，虽然老屋太久没人住，落满了灰尘，但仍是母亲心里最安稳的“家”。

前年母亲病重，母亲说就是死在回家路上，也要回家。五月五日下午我们只好租了一辆简易的救护车，从北大医院一路护送母亲回那日夜思念的家。那条曾经熟悉的回乡路漫长得无边无际，我们马不停蹄的赶，车行经湖南段时，一路的颠簸，让病重的母亲倍受折磨，也让我们胆颤心惊。半夜时分我突然惊醒，我听见母亲用她微弱的声音在叫我，说她难受，我看到母亲脸上豆大的汗珠往外冒，嘴角还有一丝血迹，我不忍看母亲，一遍遍的交待司机慢一点，再慢一点，就这样在有惊无险中我们陪母亲度过了难熬的一夜。但我清楚的记得，第二天早上，在离家还有一个小时的汉十高速上，母亲让我们打开窗户，五月的春风虽还夹杂着一丝丝凉意，看着车窗外那一缕朝阳，母亲苍白的脸上露出短暂的坚定的笑容，那一刻的母亲忘了病痛，只有久离家乡快到家的兴奋。

千里迢迢历经千辛万苦，母亲终于走完这段最后的

回家之路，我们终于回到了母亲无数次做梦也想回来的“家”。回到熟悉的家，空气中都是温暖的味道，虽少了医院病屋的苍白和无力，但亲切的老屋并没有让母亲的病好起来。从那天母亲被抬进了她的屋间起，母亲就再也没有走出过那道门。在无数个阳光晴好的日子里，母亲都会问起她院里的葡萄架，老井、后院的菜园，想看看她曾经精心照料的家，但对虚弱的母亲来说已是奢望，那短短的一百米的距离，已经隔断了母亲曾经熟悉的一切。

五月中旬的某一天，也是一个温暖阳光的午后，母亲把我们几个都叫到床前，开始交待她的后事。母亲说她想安葬在父亲的身边，去给父亲作个伴儿，然后交待我们她的寿衣要在哪里买，母亲的脚有些大，像我们平常带母亲买鞋她担心脚大买不到鞋穿一样，母亲那天还在担心寿衣店里能不能买到她要穿的大码鞋。其实母亲哪里知道在医院确诊母亲的病情后，大哥已经在家乡父亲墓地旁边为母亲买了块两亩的墓地，并已动工修建。而母亲所说的寿衣，四月底医院发病危通知时也已悄然买好，由舅舅从老家带到深圳，又从深圳带回了老家。按照母亲的指示，我轻轻的打开那个她用了大半辈子的木箱，翻出母亲所说的存折和银行存单，看着存折和存单上面的数字，我泪眼模糊，这是十几年来她和父亲省吃俭用存下来的，母亲说卡上的钱要遵从父亲的遗愿留给孙子孙女上学。

那天母亲没有一丝悲伤，像平常和我们聊天一样平静的交待她的后事，我记得那天我们兄妹几个都哭了，而母亲却没有掉一滴泪。那天母亲说了许多话，她再三嘱咐我们几个以后一定要团结，要相亲相爱；叮嘱我们这两年要回家守孝；叮嘱大哥二哥在她死后不要把老屋子卖了，这样以后每年清明我们回家看她和父亲时也有地方住。我知道，母亲是怕她和父亲都不在了，这个家就散了，屋子在家就在，母亲是不想我们忘了回家的路。虽然只是一座空无一人的老屋子，但在母亲的心里那是我们家的方向，是我们心里最温暖的地方。

在那个熟悉的老屋里经受了最后一个月的病痛折磨

“

一切还像往日一样熟悉，一阵风吹过，在这片蓬勃的菜园里，我再也找不到母亲忙碌的身影，再也听不到母亲爽朗的笑声，只有那片玉米苗还在迎风沙沙，沙沙……

后，母亲带着深深的不舍和依恋还是过世了，老屋子在热闹了几天后彻底的静了下来、空了下来，再也没有人会像母亲那样牵挂老屋、担心老屋无人照看的家了。

恍惚中在老屋的屋檐下，我看到父亲像以前一样，老早的搬个凳子，在门前守着，怕我们错过了回家的路。

我仿佛看见前厅里，在废弃已久的茶柜上，还有母亲健在时摆上的父亲那张最得意的照片，照片前面的香炉里还散落着刚燃尽的香灰，旁边的小盘里摆着新鲜的水果，一盒开封的父亲生前最爱的红金龙香烟。

在客厅里的旧沙发上，父亲母亲还像往常一样，晚上七点准时守在电视机旁，等着看新闻联播之后的天气预报，他们担心着远在千里之外的我们受风着凉。

客厅侧面母亲的卧室里，外公给母亲陪嫁的那张长条红木书案边。那部红电话机旁，我又看到母亲一手拿着电话笑盈盈的和我们说话，另一只手自觉又不自觉的用一张废纸或是小布条小心擦着电话按键缝隙间的灰尘。短短的电话线，是我们无形的路径，把我们千里的回家路，缩短为仿佛只有一步之遥，那一刻我们身在深圳，心却在家里我们就在母亲身边，那笑声，那关切的话语仿佛还在昨天在耳边。可如今，一切的一切都随着老屋坍塌烟消云散。

院里那棵父亲亲手栽下的葡萄树，今年也应该已发芽结着绿色的小苞了吧。在高高葡萄架下，我站在凳子上，在一串一串还未成熟的葡萄枝上，一个一个的搜寻着成熟的葡萄。而母亲就在我身后，母亲那温柔的眼神、脸上的浅笑，不用回头我都知道，她在专注的

看着我，看着在她眼里永远也长不大的女儿，又好像我是她当年那个才三岁的孙女一样，满眼都是慈爱，满心都是满足。冬去春来，枯藤老树发出嫩芽，葡萄还在一茬一茬的结着，而当年那个慈祥的父亲早已作古，只剩下杂草丛下的一抔黄土。当年那个总是仰着小脑袋在葡萄树下张望的小姑娘也已长大成人，

”

往事一幕幕，再也回不去的从前。

我记得我回去了，在院子里老井边，在阳光透过葡萄叶洒下的斑驳光影里，我看见母亲在那儿忙碌着：在那儿摘菜、洗菜，在那儿清拖把，在那儿洗衣服，在那儿晾衣衫……而我就站在一旁幸福的看着，我看见母亲开心的一边在清洗刚买回来的我最爱吃的大草鱼，一边和隔壁洗衣服的邻居聊天，我听见母亲得意的和邻居说起我们姊妹几个都是拿鱼开的斋，个个都爱吃鱼，而且从未被鱼刺卡到过，可只有我知道母亲这辈子最拿手的菜却是自己最不爱吃的红烧鱼。

外面的院墙上，外公栽种的那棵爬满院墙的追风藤也应该开满了花了吧，风吹雨打，墙脚下是否还像往常一样洒满了还带着露水的鲜花。

院墙上的铁门是母亲忘锁了吗，墙角还放着母亲栽菜用的小铲，半开着的铁门外的菜地里，搭着整齐的黄瓜架，架脚下的黄瓜秧，已开始结出嫩绿的黄瓜柳。豆角秧也开始抽芽，沿着搭好的架子准备往上爬。菜地里的鱼塘里，那只浇灌用的瓢还倚在那里，菜园地边上，韭菜也已发芽。一切还像往日一样熟悉，一阵风吹过，在这片蓬勃的菜园里，我再也找不到母亲忙碌的身影，再也听不到母亲爽朗的笑声，只有那片玉米苗还在迎风沙沙，沙沙……

耳边一遍遍的响起那首《流浪记》，就这样我告别山下的家，就这样我轻易让眼泪流下……老屋，就这样轻易倒下，一片灰飞烟灭中，我再也找不到记忆中最温暖的“家”。





斋墨心语

留几本书在窗台

文 翁秀美

星期天收拾房间，顺便整理书柜，书大都是新的，买回来还没翻过，有几本落了厚厚的灰，用湿布擦了，随手丢在窗台上晾着。

再进书房时，只觉眼前一亮，迎面窗台上的书随意躺着，有一本斜放在红红的中国结上，淡紫色窗纱轻拂过书面，宽大的窗台显得生动明媚。原来，书可以不用整齐地码在书柜里几大排，也可以不用机械肃穆地正襟危坐着，书在窗台上很显眼，淡雅的鲜艳的封面堆叠，有些乱，却是明亮可喜，一进门就入了眼，心情也轻松愉快，就想坐下来，细读一番。

这个念头，让我吃了一惊。细致认真地读一本书，是很久以前的事情了。书，曾经是我的最爱，不分时间无论地点，怎样读着适意怎样来，逮到什么读什么，端着饭碗看，躲在被窝里看，连上厕所也是手不离书。书页里饭粒叠着碗底印，书角翻折磨损厉害。

家中小院是读书天堂，端了小凳坐在院子里，看当代，看花城，不知天黑不觉肚饿，每次被母亲催着赶着进屋还不舍得放下。总是等到黄昏收走最后一道亮光，瞧不见字形了才进屋。晚上十五瓦的小灯泡透过蚊帐，照着我和书，我蘸了满满的情感融入字里行间，跪着的姿势能保持长时间不动。父母不识字，只指望着我多认字，给了我较大的自由与空间。他们不计较我怎么样读书，读些什么书，于我来说，读书之意趣更多于知识的获得。那会儿，好书，如友。

那一年生病住院，怕闷，带了《宋词三百首》、《闲情偶记》，医院建在山下僻静处，病房夜里不熄灯，正好读书，字字句句如清水，将五脏六腑涤荡得受贴舒畅，容色精神实不象个病人，出院时，书角已被翻得起毛打卷。好书，胜药。

其实，阅读是很简单随意的事情，哪怕一小块地方，哪怕是毛边纸，也可直达书之天堂。看看自家的窗台，沙发，地板，躺椅，无一处不是读书之所；俯仰之间，躺卧之际，意随书转，情为文移。春天夏天秋冬天，雨夜雪夜明月夜，皆为读书好时辰，岂能荒废？无论多忙，每晚睡前必挑束心仪的书，斜倚床头读上一段，多年来，眼睛竟未近视，也是幸事。

只是不知什么时候，时间长了翅膀，哧溜一下就过去了一天，一月，一年，快得让人招架不住。每天来去匆匆，总有做不



完的事情，一天恨不能掰成两天用。朋友单位离家不远，走路仅十多分钟，却开车上下班，说这样快，节省时间。日子仿佛被抽打着的陀螺转个不停，再难挤出时间来读书了。黄庭坚有言：

“三日不读书，便觉面目可憎”，想来我早已是面目全非了。

坐在窗台，伸直腿，书搁在腿上，慢慢翻看，午后的阳光透过玻璃拢在书页上，文字构建的美妙意象和感觉瞬间渗入全身，心在字里行间跳跃飞舞，喜悦漫溢开来。窗外，天蓝如洗，云作奇峰，这景被窗户框成了画，清新至极；身边的书故人一般围拢着，久违的亲切感油然而生。捧着书坐着，直到最后一缕阳光从书页里消失，暮色在身边聚集，尤不忍释卷。因为阅读，匆忙枯燥的时间被文字的墨细细研磨了，书香畅意怡人，这个下午也变得安静美好，有了回味。其实，日出日落，每天的时间并没有走快一分，是现代生活的快节奏，让我们的神经紧绷了，脚步加快了，也让我们的心浮躁不安。想起时下正流行的“慢生活”观念，提倡慢工作、慢餐、慢运动、慢休闲、慢阅读等，提醒生活在高速发展时代的人们，适时慢下来关注心灵、环境和传统，是多么地重要与必要。即时停一停看看身边的风景，读读手边的书，安静地听完一首优美的曲子，让单调的生活充满暖暖的阳光，让生命舒缓，愉悦，充实。

眼前，无意中留在窗台上的书，让我知道，阅读，其实一直是我心里最深切的渴求与向往。留几本书在窗台，以便随时翻阅，在忙碌中休闲一回，给心灵放个假，重新体验读书的乐趣，并且也将改变以往一成不变的生活方式。

留几本书在窗台。留一份期待，期待与书长长久久的心灵之约。

【声音】

要进一步完善法官选任制度、程序事项协商制度等，要建立健全法律职业共同信仰培育机制、律师权利和当事人程序权利的保障机制、法官与律师共识形成机制、法官与律师相互评价机制。规范法官和律师的关系是一项系统工程。要从理念重塑、关系定位、人格尊重、理解互换、标准回归、制度型构、机制改良等各方面着手，打造法官与律师之间的审辩（代理）关系、协同关系、诤友关系、君子关系。

——最高人民法院党组成员、副院长江必新

我们要认识到，硬着陆是一种比喻，是指经济增速大幅下降，有人认为经济增速低于7%就叫硬着陆，其实并没有十分严格的划分，从现在的宏观指标来看，很难做出这种判断。西方有些学者认为，一度低成本劳动力充裕的中国正在迈向“刘易斯”拐点，即劳动力过剩现象消失，工资水平、消费价格和通胀开始上升，这种态势会带来经济增速的下降。这是基于经济失衡和风险积累的观点。目前，我们已经在进行调整。

——国家发改委宏观经济研究院常务副院长王一鸣

【数字】

1253

8月2日，陕西省人大办公厅、陕西省政协办公厅、陕西省司法厅联合召开律师为人大代表、政协委员担任法律顾问工作动员会暨“法律服务惠民行动”启动仪式电视电话会议。会议选派1253名律师为新一届人大代表、政协委员担任法律顾问，助推陕西省依法治省工作进程。目前，陕西省选派法律顾问工作已完成。

23500

目前全国约23500名律师受聘担任各级政府部门的法律顾问，占到律师总数的十分之一以上，逐步建立了一支年富力强、综合素质好、专业化程度高的法治政府建设律师队伍，基本形成了省、市、县三级政府法律顾问工作的架构，确立了较为稳定的服务模式和服务领域，广大律师为法治政府建设发挥了积极作用，取得了显著的成绩。

130

今年4月起，深圳市福田区启动了“爱心调解站点”创建工作，130个试点在全区各街道、社区铺开。据介绍，“爱心调解站点”是在福田区现有的10个街道调解委员会、94个社区调解委员会和26个派驻调解室基础上设立的。截至目前，130个“爱心调解站点”共受理各类矛盾纠纷7944宗，成功调解7489件，调解成功率达94.27%。调解涉及当事人20368人。

【关键词】

商业秘密行为禁令

8月2日，上海一中院就原告美国礼来公司(Eli Lilly and Company)、礼来(中国)研发有限公司与被告黄某间侵害技术秘密纠纷案件发出行为保全裁定，裁定禁止黄某披露、使用或允许他人使用上述两公司主张作为商业秘密保护的21个文件内容。据了解，这是新民事诉讼法实施以来，我国首个依行为保全规定作出的商业秘密行为禁令。

“一站式”对接

据悉，陕西省蓝田县检察院修订了《律师接待、阅卷制度》，规定律师诉讼服务保障由该院案管中心“一站式对接”。该院在案管大厅设立了律师阅卷室并配备复印机、律师预约电话，律师还可通过在该院官方微博上留言、发私信等方式发送预约请求。案管中心将及时与院内相关部门协调联络，并将确定的阅卷和办理申请会见犯罪嫌疑人时间反馈给律师，力争“一个窗口”完成服务。

微信预约平台

日前，青岛市北区人民检察院案件管理办公室开通了全省首家检察机关律师微信预约查询平台“市北案管”，24小时接受律师关于阅卷和提交材料的预约申请及有关要求。据介绍，律师只需关注“市北案管”微信平台或者扫描二维码，上传律师执业证、律所函、授权委托书“三证”后，就可以24小时提出阅卷、提交材料等申请。工作人员将第一时间负责审查登记，并在3个工作日内告知预约安排。

【业界前沿】

浙江：首推客观性证据审查模式

针对修改后“两法”实施中的重点难点问题，浙江省检察机关在全国率先制定了在批捕起诉案件办理中推行以客观性证据为核心的审查模式、捕诉衔接等制度。省检察院检察长陈云龙坦言，省检察院下一步将重点围绕“不枉不纵”，深入落实修改后的刑诉法关于证据制度的规定，严格把好案件证据关、严防冤假错案；着力提升职务犯罪侦查法治化水平，应对新刑诉法实施后自侦办案面临的新挑战。

深圳：推出简易民商案件速裁改革

近日，深圳市中级人民法院在全市推广简易民商事案件速裁改革，首创“门诊式”庭审、“令状式”裁判及“要素式”庭审、“要素式”裁判速裁模式。据悉，此次改革的重点是将事实清楚、权利义务关系明确、双方争议不大、标的额在20万元人民币以下的简易民商事案件，交由专门设立的速裁庭或审判人员集中审理，在法律范围内最大限度地简化工作程序和流程。

北京：通过仲裁确认的调解协议将具有法律效力

近期，北京市人社局发布《关于加强和规范劳动人事争议调解协议仲裁审查确认工作的通知》，明确争议双方经调节达成协议并于协议书生效起15日内，可共同向仲裁委员会提出仲裁审查申请。仲裁委将于受理后2个工作日内对程序和内容合法有效的调解协议出具仲裁调解书。调解书将具有法律效力，若一方拒不履行义务或不履行全部调解书中的义务，另一方当事人可向人民法院申请强制执行。

三门峡：律师可以提请审委会讨论案件

“这下遇到有争议的案件，我们律师也可以请审判专家讨论了。”三门峡市恒翔律师事务所主任张华如是说。为充分发挥律师在诉讼代理和辩护中的积极作用，防范错案发生，增强法官与律师之间的良性互动，日前，三门峡市中级人民法院出台了《关于接受律师建议将案件提交审委会讨论的若干指导意见（试行）》，明确了律师协会对有争议的案件可以提请案件所在法院的审委会研究和讨论的几种情形。

海南：律师出庭免于安检

近日，海南省高级人民法院发出通知要求，各级法院要按照海南高院《司法警察安全检查实施细则》的有关规定，简化律师安检程序，在律师依法出庭履行职务时，免于安全检查，查验证件登记后即可放行，有条件的法院还将设立律师绿色通道。同时，按照海南高院《关于设置检察官、律师休息室的通知》要求，全省法院将在审判场所设置律师休息室，提供律师依法履职和休庭休息时所必须的物品。

兴化：百名律师评法官

日前，江苏省兴化法院向8家律师事务所和35家法律服务所的100名法律工作者，邮寄了征求意见函和法官职业素养测评表，邀请律师以不记名的方式对69名法官和执行官进行测评，测评内容包括法官的司法能力、审判作风、廉洁自律、公信度等，评定标准分为满意、一般、不满意三个等别。据了解，该院将以此次测评结果作为法官绩效考核的重要内容，并针对性地在全院部署整改工作。

惠州：出台《律师参与仲裁工作若干意见》

日前，惠州市司法局、惠州仲裁委员会和惠州市律师协会联合出台《关于律师参与仲裁工作的若干意见》，进一步促进律师行业与仲裁机构的合作，共同促进律师业务和仲裁业务协调、可持续发展，维护社会和谐稳定。根据《意见》，惠州律师将以“服务、效率、创新、争先”为工作原则，以仲裁员、调解员、联络员、宣传员、引导员等“五员”的方式参与仲裁工作。

辽宁：聘请90名特约监督员监督公正司法

日前，辽宁省高级人民法院聘请90名特约监督员，并出台《特约监督员工作实施办法（试行）》。根据《办法》，监督员的职责包括监督全省法院执行法律法规情况、审判作风及遵守法官职业道德方面情况等；通过列席相关会议，旁听案件庭审、见证执行活动等，参加审判、执行、队伍建设等工作检查活动，反映人民群众的意见、建议或举报材料，了解办理情况，对全省法院明察暗访等实施有效监督。

1

让青年律师成为我市律师业发展的新引擎



7月22日上午，2013年第一期申请执业人员集中培训暨第三期青年律师研修班（房地产方向）在清华大学深圳研究生院举行开班仪式。市司法局副局长邹从兵、律师公证管理处副处长杨少彬、清华大学法学院院长王振民、清华大学深圳研究生院党委书记赵庆刚、市律协会长张勇、监事长张善华、副会长蔺晓青、梁建东及部分理事出席。

张勇会长感谢市司法局对我市律师业尤其是青年律师的扶持以及清华大学法学院、深圳研究生院的支持，希望多方形成合力，推动前海国际律师学院成为律师教育的示范基地及提升技能和素质的平台，并就此次培训向学员提出坚持社会主义法治理念、掌握实务技能、恪守职业道德、严守执业纪律的要求。

王振民院长在致辞中表示，岗前培训是理论与实践、理想与现实结合的平台，希望各位学员努力成长为一名坚持法律至上理念、捍卫法治精神、拥有执着的毅力与意志、担负起建设法治社会重任的法律人，并寄希望于正在建设中的前海国际律师学院为法治中国建设输送优秀的法律人才。

邹从兵副局长寄语学员，紧抓“全面推进依法治国”方略的历史机遇，增强责任感和使命感，从三方面加强思考：一是以坚定信念促法治中国建设，践行“中国特色社会主义法律工作者”的职责和使命；二是以诚信执业筑立业之基，恪守职业道德，严守执业纪律；三是以学习实践促综合素质提升，成长为经得起社会考验、担得起时代重任的优秀法律人才。

开班仪式上，赵庆刚书记就清华大学精神进行诠释和分享。蔺晓青、梁建东副会长分别就申请律师执业人员培训、第三期青年律师研修班提出要求。

2

市律协购买重大疾病保险切实为会员办实事、谋福祉

7月31日，市律协与泰康人寿保险股份有限公司深圳分公司（下称泰康人寿）举行了《团体投保重大疾病保险协议》签约仪式。市律协会长张勇、副会长林昌炽、理事马学平、代秘书长王红及泰康人寿代表出席。

根据协议，市律协为我市全体执业律师投保重大疾病保险，从2013年8月1日开始，我市全体律师将享受到保障范围包括恶性肿瘤、急性心肌梗塞、脑中风后遗症等35种重大疾病，保险金额为10万元。为我市律师购买重大疾病保险是八届律协重点工作之一，八届律协上任伊始即着手启动此项工作，并专门成立工作小组和谈判小组。经过近一年的努力，工作小组在《补充养老保险方案》基础上，综合广大律师代表及各区属律师的意见，修改完善而形成《团体投保重大疾病保险方案》，经会长会、理事会审议并由谈判小组负责审核协议的细节问题，最终形成了《团体投保重大疾病保险协议》。

3

深圳试行开辟律师“绿色通道”进入实质阶段

7月31日，深圳市律师协会、江苏银行股份有限公司深圳分行签署《战略合作协议》。根据协议，我会将联合银行为律师会员制作金融IC联名卡，率先实现律师电子执业证的指定功能。此举标志着我会推动在公检法相关部门开辟律师“绿色通道”工作取得实质突破。

八届律协努力推动全市公检法等相关部门为律师开辟“绿色通道”工作，并多次走访福田、盐田、罗湖等各区法院，得到有关单位大力支持。为贯彻落实此项工作，市律协经与多家银行机构洽谈，拟推出集合律师电子执业证和商业银行借记卡的功能为一体的“一卡通”项目：一是在相关部门统一配备律师通道自助登记系统的基础上实现刷卡自助登记；二是刷卡实现参加培训、重大会议自助登记，并自动录入培训信息；三是实现对全市律师数据统一管理，提高行业自律管理效率。

律师“绿色通道”将充分利用信息化系统提高律师办案效率、保障律师权益、建立律师诚信档案，切实为广大律师办实事，在推动法律职业共同体建设中迈出重要步伐。

4

市中院就党的群众路线教育实践活动征求律师意见



8月13日下午，市中院副院长黄国新一行到访我会，就党的群众路线教育实践活动征求律师意见并座谈。市律协会长张勇、副会长蔺晓青、梁建东、林昌炽及律师代表参加座谈。

张勇会长表示，希望发挥《关于建立法官与律师工作良性互动机制备忘录》的作用，加强双方业务交流；我会正推动在福田、盐田法院建立律师“绿色通道”，并启动建设律师诚信体系工作，推动律师行业管理水平再上新台阶。

与会律师代表就司法审判过程中遇到的问题向有关领导建言献策：一是加强法官与律师间在办案指导意见、审判个案等方面的交流；二是建议法院增加人员配备；三是两级法院充分保障实习人员参加庭审的权益；四是充分保障律师合法权益等。

黄国新副院长表示，此行旨在贯彻落实党的群众路线教育活动，改善法院服务质量，提升司法审判水平。他指出，律师是法律职业共同体的重要组成部分，在引导人民群众通过正确途径表达诉求、化解社会基层矛盾方面发挥了积极作用。市中院将召开党组会议，认真研究讨论我市律师在法院办案中遇到的困难和要求，切实维护广大律师合法权益。

5

我市律师自律管理体系基本形成

今年年初，市纪委监委派驻第二纪检监察组、市司法局、市律协三家单位为落实市纪委关于加强我市律师队伍管理的要求，组成联合调研组，对我市律师事务所开展为期两个月的抽查调研，并赴香港大律师公会、香港律师会考察交流。

调研发现，我市律师执业监管总体较为规范，律师行业自律组织管理体系已经形成，市法制办、市司法局、市律协各司其职，律师社会职能作用日益凸显。广大律师坚持围绕党和政府中心工作提供法律服务，积极参与法律援助和社会公益事业为促进我市经济社会和谐发展、维护社会公平正义做出了努力。

同时，调研也反映出我市律师管理不尽完善，主要表现在有待改善，律师职业道德教育需进一步加强，监管、违规查处力度需进一步加大，部门协作需进一步提升。调研组在分析我市律师管理现状、借鉴香港律师管理经验的基础上，提出了五项工作建议，一是改进律师管理体制，二是改进律师违规和失德行为的惩戒机制，三是改进律师收费及资金往来的监管，四是建立律师诚信档案和公开查询制度，五是改进法官选拔制度和离任后的职业选择限制机制。

市律协经广泛调查研究，认真部署，力争通过四举措提升我市律师管理水平。一、将“律师纪律与惩戒委员会”更名为“律师职业道德与纪律委员会”；二、草拟《深圳市律师执业道德守则》（初稿）；三、通过《建议在我市建立律师行业诚信档案系统的报告》，拟将今年1月后来我市执业的律师受处罚处分、受表彰及参政议政的情况向社会公布；四、修改《深圳市律师协会听证评议团组成办法》。目前，各项工作稳步推进并初见成效。

6

宝安看守所新增五间律师会见室

近期，在市律协积极沟通和协调下，宝安看守所将5间审讯室改作律师会见室，现已正式投入使用。目前宝安看守所律师会见室达到16间（其中2间法律援助专用律师会见室），这将有效缓解律师会见排队的问题。

此前，市律协副会长林昌炽、律师职业道德与纪律委员会主任郑马、律师权益保障委员会主任马学平、副主任

方壮毅一行赴宝安看守所走访，就解决律师会见排队问题进行沟通协调。林昌炽副会长感谢宝安看守所一直以来对律师工作的支持和为改善律师会见条件所做出的积极努力。律师代表向宝安看守所反映了全市律师在该所会见所遇到的不便和困难，并对如何解决问题提出了多项切实可行的建议。

宝安看守所领导表示，高度重视市律协提出的工作建议。目前宝安看守所会见室扩建工程预算已经宝安区政府常务会议讨论通过，将依程序审批后进行招投标。会后，宝安看守所就此问题立刻召开专门会议，决定新增五间律师会见室。

