

SHENZHEN LAWYERS



深圳律师

非常视线 专业见解

让管理创新成为律师事务所发展的源动力

邹旭东：“门外汉”推着律师“下了海”

透过《老炮儿》呼吁设立中国电影分级制度



法人
FAREN MAGAZINE

NO. 62

2016年第1期 深圳市律师协会主办
法人杂志社协办

促创新 求突破 谋发展 奋力谱写深圳律师业改革发展新篇章

——深圳市第九届律师代表大会第三次会议工作掠影

2016年3月19日下午，深圳市第九届律师代表大会第三次会议在深圳市委党校礼堂举行。全市350余名代表及特邀代表参加，深圳市司法局党委委员、依法治市办专职副主任梅爱民、律管处处长熊松青及各区司法局领导应邀出席会议。

大会审议并通过了《第九届理事会2015年度工作报告》、《第五届监事会2015年度工作报告》、《2015年度财务决算报告》和《2016年度财务预算报告》。

2015年，深圳市律师业发展态势良好。截至2015年12月31日，全市共有执业律师9353名，律师事务所共598家；全市律师担任各类组织法律顾问16534家，承办经济案件20754件、民事案件56644件、刑事案件13470件、行政案件2586件、非诉讼案件19270件、法律援助案件超过3万件，全年律师业务收入创新高，较去年增长逾30%。



律师代表认真审阅大会各项报告



律师代表投票



监票人监督大会计票工作



深圳市第九届律师代表大会第三次会议召开

让管理创新成为律所发展的源动力

文 深圳市律师协会副会长 张斌

王祖成在《世界上最具有生命力的管理——创新》一书中指出：管理创新是根据客观规律和现代科技发展的态势，在有效继承的前提下，对传统的管理进行改进、改革、改善和发展。管理创新不仅能够被用来开创新的事业、为律所开拓新业务，而且还能提升员工的凝聚力、发挥团队的创造力，进而提高律所的服务质量和客户满意度，它是律所追求卓越，实现自我更新和发展手段和过程。

管理创新的核心在于机制创新，通过分配机制、激励机制、决策机制及管理机制的创新充分调动人力资源的积极性，为律所健康发展提供内在驱动力，从而激发活力。管理创新的重点还在于业务创新和服务模式创新，通过创新实现律所的供给侧结构性改革，从而提高律所的竞争力，推动律所业务的发展。管理创新不分大小，不仅寻求“大创新”，而且也要探索“中创新”，我们也不能放弃“微创新”。

律所管理创新必须坚持可持续性。著名的管理学家彼得德鲁克说过：“要进行系统化的创新，企业需要在每隔6—12个月打开企业的天窗，看一看外面的世界。”对于律所来说亦是如此，律所管理创新必须持续不断地进行，在不断的反思中改革，做到与时俱进。管理创新必须坚持科学性，不能盲目创新，科学性要求管理创新在具体实施前先经过前期评估、调研论证，然后再试点实施，试点实施过程中要根据实施效果及时校正。此外，管理创新还必须坚持实用性。实用性要求管理创新要能够解决具体问题，产生积极的效果和收益。因此管理创新是有选择的创新，不能为了创新而创新。律所管理创新必须紧紧围绕着服务质量和客户满意度的提升展开，不能舍本求末，缘木求鱼。

我们已经进入了一个创新的时代，创新已经成为中国经济发展的内在驱动力，正如李克强总理在《政府工作报告》中指出，2016年，要“充分释放全社会创业创新潜能。着力实施创新驱动发展战略，促进科技与经济深度融合，提高实体经济的整体素质和竞争力”。律所也应当积极推进管理创新，让管理创新成为律所发展的源动力。



法人

主办：深圳市律师协会
协办：法人杂志

粤内登字B11277号



本刊随《法人》杂志赠阅发行

编委会 主任
编委会 成员

主编
执行主编
栏目编辑

本期责任编辑
编辑
美编
电话
传真
地址

邮政编码
电子信箱

高 树
张 斌 黄思周 韩 俊
胡宁可 张 鹏 张 弢
张 斌
王 红 张 鹏
周争锋 陈 伟 杨新发
舒 笑 陈旭绯 颜宇丹
贺 鹏
刘 峰 王 颖
刘晓莹 赵 佳
0755-83025789 83025728
0755-83025177
深圳市福田区深南大道4001号
时代金融中心20楼
518048
shenzhenlawyers@163.com

视线 VIEW

P4-P5

- ◎ 拆围墙难 拆无形之墙更难
- ◎ 场外配资、众筹买房，风险不容忽视
- ◎ 收费能否有效阻却雾霾？

热点 HOTSPOT



专题：律师事务所管理与创新

P6 律师事务所管理模式之演变

P7 律师业务创新与律所管理创新

P10 新常态下律师事务所和合伙人关系之探索

P12 律师事务所人才战略与薪酬设计

P15 构建合伙人和谐关系的六句真经

P18 律师事务所“主任管理缺失现象”
之透视

P20 浅析律师事务所管理之新现象

P23 律师事务所公司化亟待厘清的
几个误区

论道 DISCOVERY

P24 离婚案件中跟踪偷拍证据的
合法性审查

P28 法院强制执行人身保险合同项下
权益之分析

实务 PRACTICE

P31 香港上市项目英文招股书的
起草与审阅技巧

P33 被告两审败诉最高院再审胜诉纪实

拍案 CASE AND EXAMPLES

P35 合同无效，赔偿损失条款效力如何认定？

P38 职业病民事赔偿的诉讼程序

人物 PROFILE

P41 邹旭东：
“门外汉”推着律师“下了海”



生活 LIFE

P43 透过《老炮儿》呼吁
设立中国电影分级制度

律协动态 INFORMATION

拆围墙难 拆无形之墙更难

日前，中共中央和国务院下发《关于进一步加强城市规划建设管理工作的若干意见》，提出“新建住宅要推广街区制，原则上不再建设封闭住宅小区。已建成的住宅小区和单位大院要逐步打开，实现内部道路公共化，解决交通路网布局问题，促进土地节约利用。”

(综合媒体报道)

由于该《意见》关涉到城市居民的切身利益，又牵涉到法律与政策是否存在冲突争议的问题，故《意见》出台伊始，便如一石激起千层浪。《意见》指出其初衷是实现内部道路公共化，解决交通路网布局问题，促进土地节约利用。这貌似是疏通城市交通的一步好棋。但毋庸置疑的是，《物权法》第七十三条明确规定，一般情况下，建筑区划内的道路、绿地、其他公共场所等属于业主共有。在某种意义上可以说，在现行法律体系框架下，所谓的“公摊部分”其实就是为这些道路、花园以及物业管理用房、小区配电房等建筑物的共用部分所支付的成本。在此种情况下，产权的归属很明确，现有封闭小区的一切共用部分都不属于公共财产，而是全体业主的私人产权。

中国人民大学常务副校长王利明教授表示，已经建成的小区，根据《物权法》规定非常明确，小区内道路、空地属于业主共有。如果要打开封闭小区，只能走征收然后补偿的途径，从而实现使用权的移转，这在《物权法》上几乎是唯一的途径。如果既不征收又不补偿，就涉及到侵犯业主权利了。

其实，就拆除难度而言，相较那些有形的围墙，不管是城市居间小区的，还是党政机关大院的，抑或是圈占起来收取价格不菲门票的大自然馈赠给人类的自然风景名胜，以及老祖宗留给子孙后代的人造人文景观，那些横亘在社会不同阶层以及城乡居民心间的无形的围墙，无疑更具挑战性。笔者认为，何时能够真正实现老有所养、幼有所教、病有所医、住有所居、安有所治，或许我们这个时代就离伟大真的不远了，那时相信所谓的“围墙”也就没有存在的必要，或者说其存在与否已不重要了。

(广东诚公律师事务所 颜宇丹律师)

场外配资、众筹买房，风险不容忽视

春节前后，北、上、深等一线城市房价飙升。上海链家等中介被爆出利用“首付贷”等金融产品帮助客户“场外配资”买房。还有一些购房者面对高企的房价，以“众筹”的方式一起凑钱买房。场外配资、众筹买房一时之间成为许多人津津乐道的话题。

(综合媒体报道)

笔者认为：场外配资、众筹买房“看上去很美”，实际上其隐藏的风险不容忽视。

深圳房价目前已处于历史高位，继续疯涨并非刚性需求或改善型需求所致，背后有许多投机炒作和非理性因素。利用场外配资，以加大金融杠杆的方式来购房不但加大了市场风险，而且涉嫌逃避监管、违规骗贷。按正常银行按揭贷款的程序，那些经济能力欠佳的购房者可能会因为信用、银行流水等不符合要求而难以通过银行审批。现在因为配资公司的“帮忙”，实际首付很低他们才得以买房，但也因此背上了沉重的供楼负担。

任何市场都没有只涨不跌的，这是市场规则的铁律。一旦未来房价回落，他们无力按揭出现断供，购买房贷理财产品的投资者可能将血本无归。现在许多杠杆金融、高风险金融都打着创新的名号，我们不应盲目信任，而应理性看待。建议有关部门对此采取合法措施做必要的风险管控。否则当房价下跌时，楼市风险被传导至金融市场，就可能出现火烧连营式的风险蔓延。

受一线城市限购政策影响，众筹买房涉及产权代持等问题，建议投资者宜审慎选择，尽量避免出现法律纠纷。如出现众筹某一方违约，应及时寻求法律救济。

(广东联建律师事务所 王劲松律师)



收费能否有效阻却雾霾？

文 上海市建纬（深圳）律师事务所 陈旭绯律师

随着2015年冬季的来临，雾霾再次像瘟疫一样弥漫中华大地，除了华北地区外，位于华东地区的上海、南京等市亦未能幸免，多次出现严重污染天气，网络、手机等电子平台上也再次频繁出现各种关于雾霾的无奈调侃。

在这种局面下，2015年12月，由上海市发改委、上海市财政局、上海市环保局共同制定的《上海市挥发性有机物排污收费试点实施办法》（下称《办法》）出台，拟针对共包括石油化工、船舶制造、汽车制造、包装印刷、家具制造、电子等12个大类行业中的71个中小类行业的挥发性有机物（VOCs）的排放收费，这是继2015年9月北京市公布试点征收挥发性有机物排污费之后的第二个拟对VOCs排放进行收费的省级试点方案。

在这个很多城市深陷十面霾伏无法呼吸的季节，该《办法》的出台无疑一石激起千层浪，引发多方讨论。诚然，拟制服雾霾的元凶之一挥发性有机物不啻是件好事，“谁污染，谁担责”让污染者付费也没错，但这些年来，环保的各项收费愈来愈多，所伴生的是环保部门的贪腐现象也越来越多，而环境污染的现象比如大气污染却愈发严峻，如今北京、上海两市率先拟针对挥发性有机物的排放进行收费，这一手段能否有效阻却雾霾的加剧从而改善大气环境质量值得深思！

排污收费作为国内外通行的环保治理的常规做法之一，无可厚非，国外亦有多国通过排污收费来阻却环境污染的成功案例。纵观我国排污收费的历史，从1982年2月5日国务院发布的《征收排污费暂行办法》（后被2002年的《排污费征收使用管理条例》所取代）以来，我国就开始实施排污费征收制度，但是三十多年过去了，尽管排污收费制度一直在施行，我国的环境质量却越来越恶化，个中原因值得深究！排污收费是个手段，收费的主要目的是

专款专用治污和改善环境，《排污费征收使用管理条例》明确规定“排污费应当全部专项用于环境污染防治，任何单位和个人不得截留、挤占或者挪作他用。”第十八条对专项资金的用途也作出明确规定。但是如今几成区域性的大气污染局势，流域性的水污染局势等等不禁让人质疑多年来收取的巨额排污费是否真正做到了譬如“区域性污染防治”、“重点污染源防治”等这样的依法使用？是否可以由此揣测倘若三十多年收取的排污费用确实依法、合理科学地使用，或许我们的环境不会变得像现在这样糟糕，或许环保领域也不会出现诸多贪腐现象。

用多种手段制霾乃民心所向，包括排污收费，但是上海的这个实施办法出台却呈现另一种怪象，尽管依据《中华人民共和国政府信息公开条例》的规定，对涉及公民、法人或者其他组织切身利益的政府信息，行政机关应主动公开，然而在上海市发改委、上海市财政局、上海市环保局三家共同制定机关的任一家官网上都无法找到上述实施办法的踪影，仅能从相关新闻中略知一二，不知相关行政机关为何要对这一实施办法如此遮遮掩掩？这一做法又如何让民众了解收费的公正合理性以及费用使用的正当性？排污收费要合法，排污费的使用亦要合法，《排污费征收使用管理条例》虽然用列举的方式规定了排污费的使用范围，但是由于对于违法使用排污费的数种行为没有明确具体的罚则，这样的规定很容易导致因为没有追责机制而乱作为，这也就不难想象为何环保领域的贪腐现象愈来愈多了。长年以来因为排污费使用的不公开透明，不仅严重挫伤缴费的积极性，而且也十分影响政府的公信力，尤其是对于防治污染保护环境不利。呼吁公开透明的收费，更呼吁排污费的使用公开透明！

远离雾霾，靠的不仅仅是收费！

HOTSPOTS | 热点——律师事务所管理与创新

律师事务所管理模式之演变

文 本刊编辑部

从一九七九年中国恢复律师制度至今，中国律师业在改革开放的浪潮中勇占鳌头，近四十年的时间里，为中国法治的书写了浓墨重彩的一页。目前，我国拥有近三十万名执业律师，两万四千余家律师事务所，作为律师的执业机构，律师事务所成为法律服务市场的重要主体，一直牵动着业内人士的思绪。为了适应我国律师业的发展，业内对律师事务所的管理模式进行了不断探索，近年来更是加大了对全球优秀律师事务的研究力度与借鉴。当前，我国已经形成了一些具有代表性的管理模式，律师业务也得到了全方位的发展。但不可否认的是，从行业发展的整体格局而言，当前律师事务所的管理模式、管理手段和律师业务发展并不能满足高速发展、日益成熟的法律服务市场需求。有人预言，我们将面临律师业发展的第三次改革，律师事务所管理与创新再次聚焦业界视线。

回顾律师事务所管理模式的演变，在律师制度改革之前，我国的律师事务所多为政府行政机构下设的法律顾问处，后来发展到国办所，律师成为“公务员”，法律顾问处或国办所由履行司法行政职能的部门统一进行管理。1992年，深圳市司法局力排众议，带领深圳律师“下海”，成立了第一家合伙制律师事务所，不久，第一家个人律师事务所也在深圳挂牌成立。而国家根据需要，依然

保留了国资所。至此，我国《律师法》规定的个人律师事务所、合伙律师事务所、国家出资设立的律师事务所这三种律师事务所的主要形式确立，而合伙律师事务所成为律师事务所最主要的形式。

律师事务所从“准事业单位”到独立自主、自负盈亏的“其他组织”的转变，也带来了管理模式的相应变化：从律所规模而言，有大所、小所之分；从管理模式而言，有公司化、“自由化”之分；从业务类型而言，有专业所、综合所之分；从分配制度而言，由授薪制、提成制之分。随着国际法律服务市场的逐步统一，国内一些律师事务所开始在境外设立分所或办事机构、国外的律师事务所也开始在大陆设立办事处，还有一些律师事务和国外知名律师事务所实现合作、并购，来应对法律服务全球化的时代转变。

在依法治国的大背景下，“一带一路”国家发展战略的实施无疑为律师事务所的发展带来的新的挑战与机遇。选择何种管理模式、应有怎样的突破和创新方能紧扣时代脉搏、把握发展契机是每一名律师事务所主任、合伙人和即将成为合伙人的青年律师应当迎接的挑战。本期《深圳律师》邀请了业界人士分享他们关于律师事务所管理模式的心得，以期行业管理者、参与者、服务者提供思考与借鉴。



律师业务创新与律所管理创新

文 广东广和律师事务所 童新律师

我们每年都要对照律师事务所“二十年发展纲要”，总结当年律师事务所在专业化、规范化、国际化、品牌化上取得的年度进步。2015年，是本所实施第一个“二十年发展纲要”的收官之年，因此，一年前我们就开始了对过去二十年的总结，并着手第二个二十年发展纲要的制定工作。我们在回顾过去、立足当前、着眼未来的基础上，于2015年底制定了第二个二十年发展纲要。谋划律师事务所未来二十年的发展时，我们认识到：律师服务业同样必须以创新驱动未来的发展，将创新发展放在核心位置，抓住律师业务创新和律所管理创新两条主线，协同好两个创新之间的关系。

律师所创新应从两方面着手

从传统业务中创新法律服务产品

婚姻继承案件是律师的经典传统业务。过去一段时间，中国家庭的财富比较有限，随着中国私人财富的迅速增长，尤其是大量家族企业、民营企业及其他富裕人士的涌现，中国人的婚姻关系变化及财产继承情况都牵涉到巨额财产关系的变动。由此，催生了近年来非常火热的“私人财富管理”业务，银行、信托、保险、资产管理公司等机构都在瞄准潜在客户的需求，开展创新服务。律师针对目标客户提供专项的私人财富法律服务，参与私人财富传承管理也是一种业务创新。据笔者所知，一位专门做婚姻家庭案件的优秀律师将自己的律所加盟到一家综合性大所，因为综合性大所能够满足私人财富法律服务需要的专业化、跨境化、综合化。高端私人财富管理在客观上要求，从事服务的律师团队是懂婚姻法、继承法、信托法、

保险法、公司法等多项法律的专业组合团队，与私人国际理财相关的法律服务更要求服务律师既熟悉国际私法及法律冲突规范，又懂跨境税法征免，在客户进行财富筹划时，必须要有全球视野，协同其他专业部门人员综合提供服务。

做精专项法律服务实现创新

纽约一家律师事务所“Wachtell Lipton Rosen & Katz”被美国最具影响力的招聘排行榜Vault列为法律行业第一，这家所由4个纽约毕业的大学生于1965年创办。在美国，这家律所规模不是最大，创收不是最高，但是全所267名律师在2014年创收7.025亿美元，人均营收263万美元，合伙人平均收益550万美元，是美国盈利率最高的律师事务所。其高收益来自于高度的专业化，该所在创办之初，就坚定不移地走专业化发展道路，根据Chambers的最新排名，Wachtell在公司领域排名第一，是公司领域特别是公司的并购重组、防止恶意并购领域的顶级大所，保护股东权益的“毒药”(poison pills)策略就是由该所合伙人Lipton最先提出的。这家律所通常只做十亿美金以上的并购案，所做案例常常成为业界典范。创办伊始，律所的客户资源有限，甚至一家客户的费用占到全所收入的70%，但创始合伙人不可不认可这家客户的企业文化，以壮士断腕的决心在第二年合同届满时拒绝继续提供服务。律所发展至今，很少进行市场宣传或推广，但在业界却是无人不知，无人不晓。不少客户慕名而来，不是因为有多了解或多喜欢这家律所，而是害怕竞争对手把他们请了去。

就日前火爆网络的“万科保卫战”而言，双方的“口水战”后，随之而来的可能就是“资本战”、“法律

战”，而在目前的口水战中，顶级的专业律师顾问恐怕是双方都想求助的对象。在这种情况下，律所掌握了议价权，律所收多少律师费，对于当事人来说可能不是一个问题。由此可见，Wachtell所何以成为美国（相信也是世界上）盈利率最高的律所。

有人在《王石错在哪里？》一文中写道：“王石当真没错吗？也不是，我看到的唯一一个靠谱的批评就是，万科的章程里没有做防止恶意收购的设计”。其实，经历早年君万之争的万科应该是有这方面设计的，根据万科2014年6月颁布的新公司章程第57条，其对于“控股股东”给出四种定义。问题是这个第57条如果还不足以阻止这次宝能对万科的敌意收购的话，那么这一章程条款设计就是失败，就是说万科还是没有聘请到真正懂得如何防止敌意收购控股的律师作为其法律顾问。

紧跟经济和社会建设创新律师业务

为了扩大投资公共工程并缓解地方债务，政府近年来力推PPP投资模式，吸引民营资本投资各项公共工程，第一批PPP项目有1043个。前不久，国家发改委公布的第二批PPP项目又有1488个，涵盖农业、水利、交通设施、市政建设、公共服务、生态环境等多个领域，总投资接近5万亿元人民币。此外，还有地方政府推出的2400个PPP项目，又是接近5万亿元。可是到目前为止，只有325个项目签约，只占第一批PPP项目的31.5%。PPP推进缓慢，遭遇困难，据分析原因，是法律规定不完善，在实际操作层面，存在包括税收等一系列法律问题，社会资本难以把握PPP项目风险，PPP项目利益分配上没有一个标准，难以达成共识。前面所述这些情况，对于我们律师而言，是挑战，但更是难得的机遇，因为这个时候，PPP项目的参与各方都需要律师来协助其完成法律文件的制作。

中国政府从十八大以来，积极实施“一带一路”战略，新一轮对外开放背景下实施的自贸区，以及互联网经济、政府购买法律服务恰恰都为律师业务创新提供了巨大空间。

创新律所管理适应业务创新

“有没有一种律所管理体制，在互联网的背景下，基于管理与营销的专业化，基于律所信息化协同的提升，基

于良好的运营管理体制，可以打破公司制与合伙制，提成制的界限”，笔者曾在《中国律师》杂志上看到这样一段话，颇有共鸣感。律师业务的不断创新必然对律所平台管理的创新产生需求，用互联网思维不断创新律所管理。

律所应将客户对律师服务的体验放在第一位

笔者认为，评价律所最重要的标准就是让接受过服务的客户点赞，即使我们的服务未达到客户的期望值，但客户仍然认可律所和律师的服务过程，真正好的诉讼律师，是在败诉的情况下，当事人仍然认可其服务并对其不离不弃的律师。

创新律所管理能获得律师的认同。为此，律所应该努力为律师提供执业的各种基本保障服务，强化业务协同，让律师获得公平的收益。基于律所应管控客户体验，即使在合伙加提成制模式下，我们也应该建立常态客户服务反馈制度，并逐渐与律师收入挂钩；同时建立律师对于律所包括行政服务在内的各项服务的动态评价机制。让每一位律师对所内每一位服务人员作出量化性的评价，并与服务人员的工资奖励挂钩。

建立专业的营运管理团队

小米雷军概括，互联网精神的核心包括：专注、极致、口碑、快。律所平台也应该创造让律师把服务做到极致的执业环境。目前国内很多律所让律师甚至是律所最优秀的律师承担了太多的律师业务之外的事情，除了各项人事、行政、财务、品牌宣传等外，律师还要在业务拓展、维系客户关系等方面花费不少精力和时间。如果将管理及其他业务之外的工作由律所聘请的专业人员负责，必将大大有助于律师专注业务创新发展。基于前面的认识，本所今年通过公开招聘，进行了一次行政服务人员升级行动，在律所原有行政服务基础上，增设了行政总监、财务总监、品牌专员、IT专员、人事专员等等，让专业的人做专业的事，逐渐将律所的日常运营交给专业人员来做，进一步优化律所服务管理。

努力将律所建成完善优秀的执业平台，包括以互联网思维观念创新律所管理模式，重新构建营运律所的内部机构，强化营销和服务中心，引进专业管理人才，建立强大信息化支撑，降低协同成本。

律所作为律师执业平台，由中国律师法规定，不断

► 律师业务创新需要律所管理创新支撑。如前所述，“私人财富法律服务”律师业务的开展，就需要改变以往那种完全的以单一专业组建律师团队的做法，改为以客户需求为基点来组建律师团队，这需从全所集合形成最佳团队力量，组建业务服务中心是一个比较好的办法。例如今年以来，本所就先后成立了知识产权法律中心、公益法律服务中心。

通过管理创新，优化律所平台上各个要素，就是要让律所提供给每个执业律师优良的工作环境，除了高大上的办公环境外，还要特别注意努力营造良好的软环境，例如，在扩大知名度的基础上，不断提升律所美誉度，形成良好口碑，让律所每一位律师拥有自豪感，荣誉感。前不久，一位在山东青岛法院出差办案的律师发微信说，法官知晓本所律师后，说了不少赞扬的话，让他倍感骄傲。这其实就是马斯洛人的需求理论中第四个层次“尊重需求”得到某种满足的体现。马斯洛认为，人的尊重需得到满足后，将产生自信，有价值能力和“天生我才必有用”的感觉，这种情绪无疑对律师圆满完成当事人的委托工作起着积极的正面心理暗示作用。律所的执业平台应促进律师之间，律所与律师之间，总所与分所之间的协同化合作，譬如，引导管理利用律所微信平台，加强律师间的办案合作。在

“广和律师”这个微信群，每天都有各地广和律师发布咨询承办案件的各种问题，大多都能获得其他同事的迅速回复和帮助，也有达成合作办案的，或组成项目团队从事专项法律事务。

业务创新与管理创新互为促进相辅相成

律师业务创新需要律所管理创新支撑。如前所述，“私人财富法律服务”律师业务的开展，就需要改变以往那种完全的以单一专业组建律师团队的做法，改为以客户需求为基点来组建律师团队，这需从全所集合形成最佳团队力量，组建业务服务中心是一个比较好的办法。例如今年以来，本所就先后成立了知识产权法律中心、公益法律服务中心。

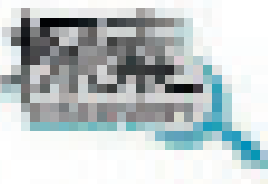
律师推广创新业务，应该依托用互联网思维武装起来的律所平台，由专门的营销人员进行平台运作，这种运营的效果肯定要好于律师个人的营销行为。现在准客户们也知道很难找到完美的律师个人，但可以找到完美的律师团队。

成功的律所管理创新将会引领带动律师业务创新，律所将打造完美的具有自我优化能力的“生态圈”作为己任，通过创新的精密流程和运营系统，有效调动平台各要素，达成各要素最直接最有效的连接。通过市场调研，开发市场迫切需求的法律服务产品，制定有效的营销方案，再由律所以团队的名义进行推广，必然带动更多律师更积极进行业务创新。结合深圳实际情况，律所将“律师团队化，团队公司化”作为律所管理目标和内容，其实对于我们广东绝大部分律所来说，也是一种创新。要逐步做到在律所内部摒弃个人单打独斗，律所只有律师团队在做业务，没有律师个人在做业务。

律师的业务创新和律所的管理创新息息相关，律师业务的创新要求律所管理必须创新；反过来讲，律所的管理创新会有助于推动律师业务的创新。



新常态下律师事务所和合伙人关系之探索



文 上海市锦天城（深圳）律师事务所 张宪忠律师

2014年，习近平主席首次系统阐述了“新常态”：新常态的特点是“发展增速从高速增长转为中高速增长”，“经济结构不断优化升级”，“发展动力从要素驱动、投资驱动转向创新驱动”，新常态将给中国带来新的发展机遇。

“新常态”，给各行各业都带来了新的机遇和挑战，转型升级成为了这一时期最核心的工作内容。对于律师行业来说，创新管理模式，建设更加符合市场要求的律师事务所和合伙人关系，将对律师业务的发展与创新起到根本性作用。据此，本文拟就在新常态下应当如何建设和谐的律师事务所和合伙人关系作出探索。

律师事务所和合伙人的界定

《合伙律师事务所管理办法》第2条规定“合伙律师事务所是依法设立的由合伙人依照合伙协议约定，共同出资、共同管理、共享收益、共担风险的律师执业机构。合伙律师事务所的财产归合伙人所有，合伙人对律师事务所的债务承担无限连带责任”；

第10条规定“合伙人是加入合伙律师事务所，参与合伙律师事务所内部管理，并对合伙律师事务所债务承担无限连带责任的律师”。由此可见，合伙人是利益共同体，合伙人之间共同出资、共同管理、共享收益、共担风险；律师事务所是律师执业的平台，是以合伙人制度为依托，以《合伙协议》等为存续依据的机构。就此不难看出，合伙制律师事务所“人合”的性质十分明显。

律师事务所和合伙人的关系

律师事务所和合伙人关系取决于合伙人在律师事务所扮演的角色。主要体现在三个方面：一、业务方面，在合伙制律师事务所中，常规的业务模式是以合伙人为核心的团队工作模式。因此，合伙人本身的业务取向以及合伙人之间的业务合作将影响甚至决定律师事务所的核心业务。二、利益分配方面，律师事务所的财产属于合伙人所有，合伙人共同承担出资义务，共同承担在律师事务所经营过程中产生的成本支出；同时，对于经

营收益，合伙人根据合伙协议及各自业绩进行分配。三、管理方面，合伙人组成合伙人会议，对律师事务所对内、对外的重要事项进行审议；同时，合伙人作为律师也要接受律师事务所的行政管理。

很显然，律师事务所和合伙人的关系具有复杂、多重、双向的特点。

如何建立和谐的律师事务所合伙人关系

建立和谐的律师事务所和合伙人关系，核心在于管理，这里包含两层意思：

合伙人关系管理

合伙人关系管理，有这样几个要素：共同的价值理念、包容和合作精神、有效的合伙人制度。

首先，应形成共同的价值理念。古语有言，“道不同，不相为谋”，合伙人是彼此事业的伙伴，是律师事务所的共同经营者，应当具有共同的价值观念。试想，如果在一间律师事务所里，合伙人之间对律师事务所利益与个人利益、长远利益与短期利

益、律师事务所管理模式、律师事务所发展方向、律师事务所的核心竞争力、律师事务所的品牌建设等存在较大或根本分歧，那么合伙人之间必然矛盾重重，合伙关系不可能稳定，律师事务所的发展肯定受到严重制约。因此，合伙人们能否做到目标一致、步调一致，能否做到有所取舍、有所侧重，能否做到为律师事务所的长远利益放弃个人眼前利益，取决于合伙人们是否具有共同的价值观、目标和使命。共同的价值观会让合伙人之间对彼此有认同感和信任感，共同的目标会让合伙人们乐于分享、寻求协作、始终保持前进方向的统一，共同的使命会让合伙人们全身心融入、愿意为之奋斗和牺牲。

其次，应以包容和合作精神作为核心。人与人之间关系的建立，取决于共同的价值理念；人与人之间关系的紧密程度，则取决于相互理解、彼此包容以及能够共处、共事。因此，合伙人关系是否稳定、和谐，取决于合伙人之间是否能够做到求同存异，彼此包容，为实现共同目标而精诚合作。

一位律师成长为一间律师事务所的合伙人，必然已经拥有了年限不短的执业经历和丰富的社会阅历，对执业环境乃至当下的社会政治经济环境等都已形成相对完整且稳定的看法和认识。那么，如何求同存异？事实上，求同不难，因为大家有共同的理念、追求和价值观念。但是如何存异，就很考验合伙人的智慧。这要求合伙人能够接受与自身不同的看法或做法，不拘泥于小节，倾听不同的意

见和声音，扬众家之所长。

此外，合伙人还应当具备合作精神，彼此信任，共建合作。正如人无完人一样，律师事务所也会有自身的短板，而这些短板就要靠合伙人之间通过彼此合作，在扬众家之所长的同时，弥补短板，提高律师事务所的整体质量，保证律师事务所的持续发展能力和市场竞争力。

第三，应当建立行之有效的合伙人制度。从合伙人制度角度，至少应做到三点。一是结构合理，律师事务所合伙人应当由不同年龄、专业背景、执业经历的律师构成。二是合伙人会议，应当明确合伙人会议的职责及权力，尊重不同的声音；同时真正实现合伙人会议的价值，对重要事项不能议而不决，更不能由某一个人凌驾于合伙人会议之上。三是建立合伙人选拔制度。具体而言，对合伙人的选拔应该综合考虑律师的执业选择、专业背景、发展目标、业务规划等各个方面，寻找“同道中人”，在此基础上考核律师的专业素养、业务能力、执业操守等。另外，应当为青年律师创造持久有效的发展环境和晋升通道。青年律师是在合伙人共同创造的律师事务所环境中成长起来的，对律师事务所更容易形成认同感、归属感；而且青年律师的执业发展尚处于初步阶段，更容易激发他们的工作热情和职业生命力。因此，健全的合伙人选拔制度既能够避免在合伙人更替的过程中因人情因素、选拔不公等问题可能导致的纠纷，也能够保证律师事务所的

持续稳定性。

律师事务所管理

对于律师事务所和合伙人关系而言，律师事务所管理的核心是律师事务所管理制度的建立健全。这里有两层意思：一是管理模式；二是管理制度。

从管理模式的角度来说，我国律师事务所的管理者，绝大多数由律师事务所合伙人担任。在过去一个时期，这是符合律师利益和律师事务所管理需要的。但是，随着市场环境的改变和律师业务的发展，现有模式的求新求变将成为必然。在英美法系国家，正在兴起一种新的律师事务所管理模式，即管理人制度。这与公司的职业经理人制度类似，由专职的人员承担律师事务所的管理职责，这样的管理模式或许能够给律师事务所管理者带来些许启发和思考。

从管理制度的角度来说，应当明确合伙人在律师事务所的所有者、管理者及员工的不同层面上所应当遵循的行为规范，所享有的权利和应当履行的义务，才能够保证律师事务所的日常管理是规范、有序，同时能够被大多数人所认同和接受。

结语

总而言之，律师事务所的制度建设应当实现“合理的自由、有效的约束”。我们相信，和谐的律师事务所和合伙人关系，必须依托于公平、有效、规范的管理体系和制度，这样才能使合伙人各司其职、共同发展，才能保证合伙人各自发挥在管理层面、业务层面等层面的能量，实现合伙人关系的平衡。

律师事务所人才战略与薪酬设计

文 江苏东恒律师事务所 张利军律师

近期，笔者有幸参加了由哈佛大学商学院与华东政法大学联合举办的《律所领导力与发展战略》课程。作为哈佛大学商学院最受欢迎的课程之一，《律所领导力与发展战略》首次将法律服务行业的管理与战略课题引入中国，并专门针对大中华区律所领导者们所面临的环境和需求量身打造，弥补了中国法学院的教育体系一直缺乏的对律所管理方面的系统培训。在六天的时间里，哈佛的教授们运用案例教学法，注意讨论和学习了生产经理、专业服务公司的战略、专业服务公司的定位、法律服务的创新、客户管理、专业人员的晋升与激励、服务利润链等内容。笔者受益最大的就是顶级律所的人才战略与薪酬设计，毫无疑问的讲，人才和薪酬制度是决定顶级律所持续发展的核心竞争力，如何科学设计有效的人才与薪酬制度便成为当前更多国内律所的当务之急。拙文仅抛砖引玉，愿得更多金玉良言。

中外顶尖律所对比

权威杂志《The lawyer》和《The American Lawyer》先后发布报告，分别对2014年度中国顶尖律所和全球顶尖律所，就年收入、律师人均收入，合伙人收益等指标进行了排名。

《The American Lawyer》收集的年度全球百强律所的整体收入状况如下：

总收入	\$ 92718500000	+4.5%
律师总人数	111735	-0.8%
律师人均收入	\$ 829807	+5.4%
合伙人总人数	22850	+0.2%
合伙人人均收益	\$ 1700900	+5.5%

《The Lawyer》根据采访数据粗略地估计并筛选出中国收入最高的30家律所收入状况如下：

总收入	¥158000000000
律师总人数	18938
律所人均收入	¥833000

由于统计渠道和统计方法的不一样，直接拿两表数字进行对比必然存在误差，但粗略地来看，仍能发现许多问题。2014年中国30强律所的律师人均收入为83.3万人民币，而全球100强律所的人均收入为83万美元，后者约是前者的6.35倍。2014年中国30强律所的年度总收入为158亿人民币，据《The Lawyer》报告，这一数字不仅低于英国4家顶级律所（魔圈所）2013—2014财政年度19亿英镑（约为185.68亿人民币）的总收入，也略低于2014年全球最挣钱的律所Latham&Watkins一所26亿美元（约为165.1亿人民币）的总收入。根据报告，2014年中国收入最高的律所是大成律师事务所，为22.5亿人民币，Latham&Watkins作为全球收入最高的律所，这一数据（26亿美元）约为大成的7倍。

我们再来细化一下，列出排名中国前五的律所收入数据，可能对其强大有更清晰地认识。

下图为2014年总收入排名为前5的中国律所：

TOP5律所 总收入	总收入 (RMB百万)	RPP (RMB百万)	RPL (RMB百万)	办公室	律师	合伙人
大成	2250	1.95	0.72	42+8	3112	1156
金杜（中国）	1800	7.66	1.63	10+20	1104	248
中伦	1470	5.19	2.30	6+4	640	283
君合	1000	6.29	1.86	6+3	537	159
国浩	980	4.17	0.98	14+4	1002	235

下图为2014年合伙人人均收入排名前5位的中国律所：

合伙人人均收入 TOP律所	总收入 (RMB百万)	RPP (RMB百万)	RPL (RMB百万)	办公室	律师	合伙人
天同	60	8.57	3.16	1	19	7
中伦	1470	5.19	2.30	6+4	640	283
方达	630	10.5	1.91	3+1	330	60
君合	1000	6.29	1.86	6+3	537	159
汉坤	200	8.33	1.82	3+1	110	24

虽然大成总收入高达22.5亿，但合伙人人均创收和律所人均创收跌出前5名，而天同虽然总创收未入前五，但无论是合伙人人均创收律所人均创收均位列第一。中伦、金杜、君合，无论总收入还是人均都位列前五，不愧其红圈所美名（相对于英国的魔圈所起名）。

人才战略让顶尖律所保持持续领先

客观而言，因为经济社会发展情况、资源聚集程度、交易活跃程度、市场成熟程度的巨大差异，中国律师业的发展现状存在着巨大的差距，很大程度上一些地区的律师无法与北京、上海的律师进行竞争，这些差距不仅体现在区域执业律师人数、律师事务所总数、律师事务所规模、律师事务所业务收入这些传统指标上，还体现在律师从业领域、律师事务所专业影响力、律师事务所品牌口碑美誉度、律师事务所专职从事知识管理、品牌管理、客户管理、人力资源管理等服务岗位设置这些与国际接轨的新指标上。但归根结底的差距是在人才的选拔和培养上。

上文所言的红圈所，不仅汇集了北大、清华的高才生，而且还容纳了从国外法学院校学成归来甚至手持国外律师职业资格证书的大多数“海龟”；红圈所的目标定位就是用最优秀的人才服务最高端的客户，赚取最高的价值。

因此，每家红圈律所在进人的策略上，一般都设置了专门的人力资源部门，由人力资源专员制定和提交整体的人力资源规划，由事务所决

策机构审议决定，对人才引进年度计划、人才类别、从业领域等会有严格的要求，不会允许合伙人随意招人，这也保证了所招人员的质量和与律所的匹配程度。

校园招聘是每家红圈所每年最重要的工作之一，他们只会圈定国内最知名的几家高校，而不会遍地撒网，招到的新人入职后会有一整套培训计划，帮助新人迅速成长，这也是红圈所一直保持的人才发展战略。

当然，如果需要引进资深律师或者已经是其他律师事务所合伙人级别的律师，一般是不会打广告的。不论是通过猎头公司还是其他方式，需要引进资深律师或者合伙人级别的律师，“点招”、“挖角儿”也是常有的事情。有些律师事务所引进的不只是一个资深律师或者合伙人，甚至是一个或者几个合伙人带领的几十人的律师团队。因为他们深知律师事务所的竞争也不仅是市场、客户、专业、品牌的竞争，从根本上看还是人才的竞争。

薪酬分配制度是决定成败的关键

律师事务所作为一个提供专业法律服务的组织形式，主要采用合伙制，合伙人之间既有资合性也有人合性。而律师事务所的薪酬分配制度则是解决律所的资合性，律师事务所分配机制主要涉及到合伙人、律师以及行政辅助人员，与此相应的律师事务所分配机制分为合伙人层面、律师层面和行政辅助人员层面。合伙人薪酬分配是核心，直接关系到律所能否做大做强；而律师薪酬分配是基础，关系到律所的持续、稳健发展和事务所服务能力；行政辅助人员的薪酬分配是重要的配套，在律所发展中起润滑剂作用。

说到薪酬分配制度，就不可避免的区分公司制和提成制。在公司制框架下，最早从国外律所引进的薪酬制度的汉化，尤以金杜所的计点制为代表。而提成制，作为绝对主流的分配

制度，在国内律所根深蒂固。随着时代的进步和律师业的发展，提成制的弊端愈发显现，总结来看主要有以下几点：

律所内部组织纪律涣散。律师工作具有较强的独立性与自主性，实行严格的上、下班考勤和坐班制度是不可能、不现实的。但是，这并不意味着一个律师事务所不需要一定的组织纪律，在相对自由和独立的前提下坚持一定的组织纪律还是必要的。

律所重要决策无法通过并执行。由于实行提成制以及律所制度设计上的缺陷，造成合伙律师之间“所有者”与“管理者”概念区分淡化，聘用律师与合伙人之间“受聘者”与“聘用者”地位观念却日益强化。管理者面对与自己同处于“老板”地位的被管理者，只能依靠“泛民主”的方式进行管理。结果，不仅律师所一些日常管理方面的规章制度无法做到令行禁止，而且对事关律所生存、发展的重要事项进行决策时，也往往是议而不决，决而不行，不但使律师所失去了良好的发展时机，也失去了发展的动力和活力。

律师所难以形成团队服务。随着市场经济体制的建立，律师界的有识之士都十分清楚地意识到，律师行业要跟上形势发展不被淘汰出局，必须改变过去“个体单干”的作法，转向整合整个律所的资源优势，形成团队服务优势，为当事人提供团队式法律服务。很多律师所管理者都在这方面付出了不少的努力，做了很多工作，但遗憾的是，由于实行提成制，律师们仍然习惯于各干各的。

律师所向心力日益弱化。一个律师所要发展、壮大，律师所的“向心力”是一种必不可少的“润滑剂”，律师所只有拥有“向心力”这个“润滑剂”，才能调剂律师间的感情、化解律师间的矛盾，使全体律师在求大同、存小异的前提下抱成一团、同舟共济，为律师所的发展壮大共同奋斗。这对于以“人合”为主要特征的合伙律师所来说，显得更为重要。但是，由于实行提成制，律师之间时常为办案提成这一“经济利益”产生摩擦，对律师所的关心日益减少。至于那些与律师个人收入没有直接关联的律所形象宣传和文化建设等事业，更是无法得到全体律师的普遍支持。

基于以上弊端，越来越多的提成律师事务所在思考进行公司化改革，但由于合伙人思维和作业模式惯性，要进

行分配机制的改革，必须要对合伙人做出解释，重新调整合伙人之间的利益分配，甚至要求部分合伙人牺牲个人的利益，因此改革阻力大。要么改革胎死腹中，要么大部分合伙人出走，引起律所的巨大震荡。合伙人构成越复杂，改革的难度就越大，因为需要协调和妥协的越多；而合伙人越少，构成越简单，改革难度越小。

通过办所十年来的思考，以及外出考察交流和学习，笔者认为传统提成律所变革是必须的，变革有可能获得律所的新突破，但不变则是等死。如何变革，需要三个前提条件：一是合伙人对施行公司制有高度统一的认识，且合伙人间创收基本相当或者创收高的合伙人愿意牺牲个人利益；二是律所整体创收和人员数量达到一定程度，规模过小的提成制律所转型很难成功，因为腾挪空间较小，承受阵痛的能力尚不具备；三是专业化分工有一定雏形，门类基本齐备，公司制最大的优势在于形成专业化，如果提成制律所现阶段业务过于单一或者没有形成专业化的迫切打算，变革既无必要亦无可能。

传统提成律所变革后的理想模式为：在事务所层面分配以股权分配为主，专职律师提成分配为辅，律师团队内部公司化分配的双层分配体制的优势在于，既可以最大限度地激发律师的积极能动性，又能够确保律所的专业化与团队化发展。

东恒探索

通过《律所领导力与发展战略》学习，笔者对东恒律师事务所的薪酬制度进行了一下尝试：

合伙人分为权益合伙人和普通合伙人两级。根据专业水平、合伙人精神、业务创收等三个维度设立考核标准，分为其权益合伙人和普通合伙人，权益合伙人享有分红权和投票权，普通合伙人只享有分红权，符合权益合伙人考核标准可申请成为权益合伙人。

非合伙人律师实行年级制度。东恒为非合伙人律师提供完整的发展晋升通道，设立从一年级到七年级的考核标准和薪酬待遇，对于认同本所文化、专业能力突出的非合伙人律师不考核其创收，根据服务年限自动升级。七级满后，可成为授薪合伙人，或符合合伙人标准的申请成为正式的合伙人。

构建合伙人和谐关系的

【六句真经】

文 广东卓建律师事务所

律师行业本身就是一个流动性高的行业，没有哪个事务所的人员是一成不变的。因此，留住高端人才、吸引先进人才，成了每一个律师事务所想要保持高速发展的关键，故而和谐关系就成了“关键的关键”。之所以谈和谐关系的构建与维护，为的就是孕育出一种气质和氛围，让事务所成为优秀律师的“孵化场”与“英雄地”。

严把新合伙人吸纳关

新合伙人的吸纳既是对合伙人团队的“输血和充电”，也是改变合伙人团队格局的“突变基因”。因此对于新合伙人的吸纳既要有敞开的胸怀又要有谨慎的甄别。笔者认为，一般从以下三个方面考核新合伙人的准入：

第一个标准是“人品”，人品是考量新合伙人准入的首要标准。所谓“君子和而不同，小人同而不和”，只有真心的欣赏才能产生热情的接纳，律所的“人合性”才能发挥积极作用，形成合力。敢于承担、勇于拼搏，乐于奉献，创新进取，兢兢业业，不辞劳苦，这些都是合伙人团队看重的品质。

第二个标准是“价值观”，即应当强调新合伙人与合伙人团队之间发展理念、价值追求的趋同。如果二者

的发展理念和价值追求不能达成共识，事务所已经建立起来的文化就难以被新合伙人所接受，实际上在出现这些问题时，合作的可能性已经微乎其微，或者仅仅是“临时搭伙”，根本不可能形成一个良性的长远发展前景。

第三个标准是“业务能力”，要求新合伙人具有较高专业素养和创收能力、丰富的执业经验以及良好的职业道德。只有这样，新的合伙人才能跟得上老合伙人的步伐，才能同频共振，才不至于成为拖后腿的人。

建立有效的沟通机制

有效沟通的益处

“管理者的最基本功能是发展与维系一个畅通的沟通管道”，对于合伙制律师事务所而言，合伙人之间的关系是否和谐直接关系到事务所的兴衰，因此，处理好合伙人之间的沟通问题至关重要。有效沟通是构建合伙人和谐关系的一剂良药，采用有效的沟通方式，可以使合伙人之间增进了解、减少隔阂、团结一心，帮助律师事务所稳定、健康发展。

问题分类，区别对待

合伙人之间的沟通也需具体问题具体分析，总的原则是保持心平气和的心态，避免矛盾的激化。对于一般问题，合伙人之间可以通过当面交流

的方式，实事求是地说出自己的看法，也可以利用律所平台、QQ群、微信等聊天软件，打破时空限制，即时交流，在交流中彼此增进了解、培养感情。对于专项问题，如涉及事务所基本制度的废立改、财务状况、利益分配、业务部门的设置、合伙人的新增与退伙等问题，由于合伙人之间存在情感与利益的纠葛，彼此之间看待问题的眼光和角度不同，所处的立场各异，难免产生分歧。此时应发挥管理体制的作用，通过明确的议事程序彼此充分交换意见，以期达成共识。合伙人之间除了相互理解与包容外，也要善于在磨合过程中妥善解决矛盾，既不能一味地妥协让步，也不能事事针锋相对，分清主次，既有容人之德，又能守住底线。

有效的沟通技巧

沟通是律师的核心工作技能，好的沟通技巧能够使沟通变得简单愉快，合伙人要掌握以下沟通技巧：1、沟通前明确沟通的真正目的，准确把握关键问题点；2、勇于将内心的想法说出来，袒露心声他人可以了解你的想法，这是沟通的开始，碍于情面不利于问题的彻底解决；3、相互尊重，相互理解，应注意说话的内容和语调，不使用批评、责备、抱怨的语言，多发表建设性意见；4、善于倾听，做一个好听众，专心聆听

他人意见，避免先入为主，发表看法时应先听清楚对方的意见；5、理性沟通，避免激烈的争论，切忌情绪化，在情绪失控时容易说错话，伤害他人感情难以挽回，留下不愉快的回忆；6、经过一番沟通后要尽可能达成共识，实现沟通目的，提高沟通效率，避免空谈一场而对事情的进展毫无帮助。

及时发现矛盾、解决矛盾

作为一个整体，合伙人团队作出的决定不可能每一次都兼顾所有人的利益，合伙人要学会尊重和接受团队整体决定、遵守团队共识。如果不能在短时间内达成共识，合伙人要主动表达观点，积极分享自己的意见和建议，甚至可以以正面、柔性的技巧提出批评性建议，及时发现矛盾、解决矛盾。如果合伙人有个人意见但碍于各方面因素不及时说出来，就会埋下矛盾的种子，矛盾不能及时解决，久而久之就会酝酿出更大的麻烦，反而

不利于团队的发展。要使合伙人之间的感情和谐融洽、稳步增进，就要做到将矛盾化解于形成之初。

注重制度建设

共同的职业理念、共同的价值追求，不是靠空洞的口号来实现，而要靠完善科学的机制来推动和保障。建立一个适合本所发展的管理机制，非一朝之功，需要在实践中不断总结和完善。科学管理机制在于它是合伙人共同意志的产物，它注重强化律师事务所整体意识，又能尊重合伙人个人要求，保障律师事务所能按照既定的目标不断发展壮大，而个体也能随着事务所的发展获得最大程度的成长和提高。与合伙人关系构建有紧密影响的管理制度包括合伙人会议机制和利益分配机制。

合伙人会议机制

无论是普通合伙制律师事务所还是特殊的普通合伙制律师事务所，本质上均属于合伙人自愿组合、财产归

全部合伙人所有的合伙组织形式，合伙人享有同等的权利，承担同等的义务，在作出决策时，要遵照律师事务所章程、合伙人会议机制的规定进行表决，表决后按照决议内容执行决策，形成高效的运行机制。应当注意，合伙人的意见不可能永远一致，当事务所发展到一定规模时，很可能出现因合伙人意见不统一，导致事务所发展的缓慢和无效率的情形。虽然不同的合伙制律师事务所都有其不同的管理模式，但从总体上来说，要形成比较稳定、高效的管理模式必须坚持民主管理，以管理委员会为核心，使合伙人对事务所享有同等权利、承担同等义务，能够使事务所的日常管理得到有效运转。特别值得注意的是，在合伙人制度中要预设合伙人僵局化解机制，以防止律师事务所出现僵局后而导致停止运作。

利益分配机制

律师事务所利益分配机制既要体现公平，也要体现效率。当律所发展到一定规模时，合伙人多元化、个体业务能力和综合素质差异加大的现象逐渐显现，合伙人有时候会更多地考虑自身收益。如果没有健全、完善的分配制度作为支撑，很可能出现利益失衡，引发合伙人不满意，严重的可能导致退伙，甚至出现分裂。事实上，具体利润分配制度都是根据律师事务所的实际情况而定，全在于各合伙人的沟通和协商结果。无论制定何种利润分配制度，都应当坚持以下几个原则：

体现效率，多劳多得。无论任何职业、任何岗位，劳动者的收入与他



“

律师行业本身就是一个流动性高的行业，没有哪个事务所的人员是一成不变的。因此，留住高端人才、吸引先进人才，成了每一个律师事务所想要保持高速发展的关键，故而和谐关系就成了“关键的关键”。之所以谈和谐关系的构建与维护，为的就是孕育出一种气质和氛围，让事务所成为优秀律师的“孵化场”与“英雄地”。

的贡献是成正比的。合伙人协力创立一家事务所，在经营管理上投入了巨大的精力和时间，为事务所创收，应当以其付出作为分配收益的主要依据。

体现公平，考虑经营管理投入等因素。合伙人作为律师事务所的所有者、管理者，投入的经营管理时间越多，其业务收入就相对减少，合理的分配机制不能单单以业务量衡量分配比例，还要兼顾合伙人在相应年度为律所经营所做的奉献。

考量经营成本、执业风险。律所在分配前除应扣除当年的所有成本之外，为应对行业特殊性带来的风险成本，可以根据实际情况合理地提取一定比例的执业风险金。

注重文化建设

文化建设有利于促进合伙关系的稳定和谐

合伙制律师事务所文化是在事务所建设发展过程中逐步形成的，用以增强律所的凝聚力、创造力，是物质财富和精神财富的总和，是维护合伙人和谐关系的纽带。律师事务所文化建设的功能之一就是要培养共同的价值取向和价值追求，培养合伙人、

专职律师的归属感，增强团队的凝聚力，这种文化共识越强，则事务所的向心力越强，越能够形成持续发展的正能量。巧用优质的律所文化，善用整体文化对个体的影响，对改善和调整合伙关系将发挥积极作用。

卓建所的文化建设实践

卓建所在建所之初就清楚地认识到文化建设对于律师事务所发展的重要意义，在不断契合和适应律所战略目标的基础上，逐步形成特色鲜明的文化体系——以“家文化、学习文化、团队文化”为纲领的立体文化体系。在“家文化”建设上，卓建大家庭里，成员之间互相信任，互相扶持，热情相待。通过组织一系列文化活动，提高凝聚力，茶话会、户外郊游、文艺表演、演讲比赛、生日会、迎新会、各类体育活动的积极组织，让每位成员感受到家的温暖。在“学习文化”建设上，律师之间经常进行业务交流、各个部门定期召开学习例会、首创“卓建律师学院”、举办各类高质量讲座，形成律所内训体系；同时广邀各界贤达，亲临现场为年轻律师传授经验，输送营养。在“团队文化”建设方面，我所形成专业化趋势，建立近20个专业部门，细化分

工，各司其职，对内形成有效分工，对外能为客户提供一站式法律服务。

发现、制止“破窗现象”

如果有人打破了一幢建筑物的窗户玻璃，又得不到及时的维修，其他人就可能受到暗示性的纵容，去打破更多的窗户，久而久之，这些破窗户就给人造成一种无序的感觉。在这种公共秩序缺失的氛围中，违法活动就会滋生蔓延。

“破窗现象”启示我们，如果某种不良环境因素出现且没有得到有效制止，不及时采取措施修复“第一扇破窗”，就会对人们的心理产生相当程度的暗示性和诱导性，出现更多的问题，甚至引发管理上的严重危机。应用于律师事务所合伙人和谐关系构建与维护上，意味着一旦发现合伙人关系出现不和谐的萌芽，为了防止合伙人负面情绪的聚集影响团队士气，必须找出导致合伙人关系不和谐的具体因素，迅速制定应对措施，修补关系，树立危机管理意识，做到防微杜渐。

结语

一个成功的律所，必然有一个精英级别的合伙人团队作为基础，有一套完善的内部管理框架保障运营，有一群积极、沉稳、客观、热情的法律人不懈的钻研。事务所的成功，在于各个成员之间的相互欣赏，在于每个个体对整个团队理念的真诚认同。和谐关系的建设，能让事务所度过初创期的种种艰难险阻，和谐关系的维护，能使事务所克服前进道路上的重重困难。

”

律师事务所“主任管理缺失现象”之透视

文 广东胜伦律师事务所 肖胜方律师

在律师事务所主任队伍中，不乏优秀的管理者、领导者，有些律师事务所因管理出色而成为行业的典范；但仍应看到，因体制缺陷及其他原因，在相当一部分律师事务所中，“主任管理”仍存在较大缺失，典型问题主要有以下几点：

有名无实无权管

首先，对主任授权不充分。

《律师法》作为一部组织法，它本该对律师事务所的责、权、利作出具体规定，但目前仅仅列出了原则性的条款，对于主任的职权、责任、权益更是缺乏清晰的规定。实践中，虽然合伙人可以通过章程对主任的责、权、利加以约定，但很多律师事务所的章程在事务所成立后就束之高阁了，主任的权利早就被抛到九霄云外，无法落到实处。

其次，合伙人“老板意识”太强，主任沦为“象征”。

在一些事务所中，合伙人不愿意让渡管理权力，对章程授予主任的权利也缺乏应有的尊重，甚至连普遍通行的少数服从多数的议事规则都无法遵循，民主集中制更是空话。有的合伙人“老板意识”太强，争权夺

利，“维权行动”太多，锱铢必较；有的则“山头意识”太浓，拉帮结派。总的来说，境界不开阔，思想不解放，缺乏基本的合作精神。这些事务所不仅不能严格按照既有的章程办事，甚至还为主任的决策及执行设置障碍，事无大小都要由合伙人会议决定，主任毫无决策权；而会议上，一些合伙人更是倚仗自己业务创收上的强势，动辄搞“一票否决”，往往将个人意志凌驾于合伙人会议之上，完全置章程于不顾，变相架空主任的管理职权。长期下去，便形成了议而不决，决而不执，执而无力的局面，导致再好的管理制度也只能存于纸面，仅为对外交流或者应付检查时充当门面之用，难以落实到位。事实上，部分主任已经沦为了“象征”，有名无实。另一方面，为均分权力，有些事务所甚至荒唐地决定合伙人“轮流坐庄”，貌似民主，实则无奈。

动力不足不愿管

从管理学的角度看，一个企业基本由三种人员组成，即一线作业人员、中层管理人员、高层管理人员。通常而言，高级管理人员只需承担管理工作，无需也不应从事一线员工所

承担的作业任务。

律师事务所的情况却恰恰相反，很多主任往往充当一线作业人员，并非真正担当起管理者的角色，没有实际履行管理职责。究其原因，在于当前体制之下，主任从管理中实际获益微薄，相当多的事务所对主任不支付管理者薪酬，有的虽象征性地支付主任津贴，但金额也少得可怜，一年所得甚至抵不过办理一个小案的收费。这就使得大部分的主任缺乏管理的驱动力，从客观上也不可能耗费主要的精力和时间来从事管理工作。由于缺乏有效的激励机制，“主任”一职有时反倒成为一种负担，于是在有的事务所出现了合伙人“被主任”的怪象，无论能力高低，每个合伙人各做一年主任；虽有个别人即使乐意为之，也是意图对外招揽个人业务的便利。

责任不实无须管

《律师法》虽然规定了对律师的处罚，但律师个人违规执业受到处罚，事务所很少需要承担实际责任，对主任的法律责任更是鲜有规定。但是否真的可以就此说，事不关己高高挂起了呢？众所周知，企业员工职务行为的法律后果应当由企业承担责

任，甚至可由此追究领导者管理失当的责任。而律师违规，若事务所完全脱离干系，主任亦无须在意，岂不怪哉？笔者认为，至少有三点理由使事务所及主任承担必要的责任：

第一，招人失当，没有把好进人关。有的事务所基于分摊成本、增加创收或者扩大规模所需，招录律师时，几乎零门槛，来者不拒，既不做适当的筛选，也无必要的审核制度和遴选程序。

第二，用人失察，平时没有做好律师职业道德和执业纪律的教育。由于管理松散，有些律师除了办理盖章手续、重大会议及年终聚会外，平日里可谓来无影、去无踪。事务所根本谈不上对其进行必要的了解和监管，更无法开展职业道德和执业纪律的实际培训和教育。

第三，监督失职，没有做好服务质量的监管工作。有些事务所没有健全的办案跟踪制度：收案时不顾风险大小，办案时不管质量高低，结案时不管得失多少；既无事先的法律评估，也无事中的办案监督，更无事后的总结反省。

广州市律协规定，凡是近3年有律师受过处罚的事务所不能参与评选当年行业协会的“规范管理奖”。这样做能够将事务所的整体利益与律师个体的所作所为紧密相联，但是否考虑要求主任承担管理者的适当责任，仍需进一步探讨。

缺乏经验不懂管

部分律师所的主任多是从大学毕业直接进入律师所的，从助理逐步

成长为律师、合伙人、主任。部分人在做主任之前，甚至没有被规范地管理过，更遑论管理经验了；现实中，一些合伙人想当然地以为自己执业时间长，案源多，创收高，阅历深，见识广，名气大，便必然具备了优秀的管理才能和领导水平，这只能说是一种错觉。其实管理既是一门科学，也是一门艺术。做主任既需要持续的管理理论学习，也需要实践经验的长期积累。管理者应有掌控全局的技能和领袖特质，不是学问最深的教授就当校长，也不是业务最强的律师就适合做事务所的主任。

另外，大部分主任既未接受管理学的专门教育，又缺乏主动的学习，加之部分律协有关事务所管理方面的课程安排几乎空白。如此，便造成相当多的主任在事务所的管理方面理论匮乏，经验不足。

底气不足不敢管

事务所的固定成本主要体现在场地租赁费用、行政辅助人员工资、办公设备购置等方面，虽然律师与事务所在法律上是劳动关系，但事务所并不需要对非授薪律师支付固定工资，增加几个非授薪律师并不会增加多少额外的支出。在此情形下，事务所的可变成本极其低廉；相反，日常开支固定之后，非授薪的律师越多，事务所的收益可能越大。

因此，从律师角度看，自己没有从事务所领取任何工资，完全自力更生，便本能地拒绝管理，理直气壮地回避管理，不服管理；从事务所角度看，自己没有向律师支付报酬，也没有

提供额外的福利，相反还从律师创收中分取了收益。管理起来就难免“心慈手软”，不敢理直气壮。部分主任不仅有为难情绪，甚至误认为如果管严了，就会人才出走、分崩离析、收益外流。由于上述的种种顾虑，事务所对律师的管理自然底气不足。

“自由职业”不好管

现实中，很多主任都会慨叹律师很难管，无从下手，多是为无为而治，放任自流；大家井水不犯河水，相安无事。律师习惯于说服他人采纳自己的观点，而不太善于倾听外界的意见；长此以往，形成思维定式后，便有了固执地拒绝他人意见的“职业病”。不少律师误认为自己是“自由职业者”，不愿接受管理。卢梭说过：“人是生而自由的，却无往不在枷锁之中。自以为是其他一切的主人的人，反而比其他一切更是奴隶。”可见，片面强调自由并不会得到真自由。

我国《律师法》第二条对律师的定义是：“本法所称律师，是指依法取得律师执业证书，接受委托或者指定，为当事人提供法律服务的执业人员。”可见，并没有将律师定义为自由职业者。自由一词就其本意，指的是没有阻碍的状况。其实，自由的背后是自律，除了自律外自由还要接受他律，他律就是外在的道德和法律规则的约束。律师应该追求真实的自由，而不是完全脱离实际的自由，否则最终会失去追求自由的权利。律师只有自律，并自觉接受他律，才能获

>>下转第20页

浅析律师事务所管理之新现象

文 重庆坤源衡泰律师事务所 谢鹏律师

前言

近年来，全国律师行业发展迅猛，关于律师事务所管理、规模的新现象层出不穷：组建各种“联盟”，出现了专事某一业务领域的专业化律师事务所；大所与大所合并、中所与中所合并、个人所呈几何增加；品牌大所到各地开设分所，地方大所则“农村包围城市”。在管理模式上，有与国际接轨的公司化律师事务所实行工薪制模式，有沿用传统的提成制模式，也有实行“工薪制”与“提成制”并行的“一国两制”模式，如此种种，不一而足。

在律师行业的发展浪潮中，中等律所诚惶诚恐，小型律所颤颤惊惊，

无所适从。笔者所在律所也经历了两次合并，现结合自身经历和感受就上列现象浅谈如下。

律师事务所之联盟

笔者认为，首先必须打造好自己的团队和管理体系。俗话说：“工欲善其事，必先利其器”。如果自己的团队管理和品牌跟不上，即使加入了某个“联盟”也于事无补；其次，要弄清“联盟”本身的实质和意义，不能唯“联盟”是从，为“联盟”而“联盟”。最后，应该思考你能给“联盟”带来什么，“联盟”又能给你带来什么，这些问题思考透了，何去何从，就一目了然了。

律师事务所之设立分所

内地律师没有执业的地域限制，北、上、广及沿海律师比较早接触国外业务及国内顶尖业务，他们在业务知识、服务理念和技巧等各个方面确实有诸多值得学习和借鉴之处。加之近些年国家实施西部大开发战略，建设长江、珠江、成渝、京津冀以及“一带一路”的总体规划，其客户群体和投资项目也不停地在全国以及境外移动，以至于很多律所根据客户的需求或战略布局而筹建分所。对此我们大可不必恐慌，反倒可以把它当成学习和提高自己的机会。同理，地方律所向区、县进军也应基于这一原理：当自身业务和发展有需求，当自

>>上接第19页

取真正的自由。

其实，任何一个组织的健康发展，都必须将管理者的责、权、利彼此统一并落到实处。综上，事务所的主任既没有法定的责、权、利，也无法切实按照章程行权办事，从管理中所得的薪酬又远远低于办案创收，部分律师又一味以“自由职业者”自居，不愿服从管理，这就使得主任无

权管、无心管、无力管、无能管，也使事务所作为律师执业的基础性组织的作用无法落到实处，事务所与律师之间关系过于松散、虚化，这对律师行业的发展相当不利。

近期，有关部门在律师队伍的警示教育工作中提出，应当加深认识和理解“律师事务所是律师的执业机构”这一主体性质，纠正“挂靠”的错误观念

和做法。事务所要实现对律师的科学管理，必须先理顺关系，明确主任的责、权、利，充分发挥主任在事务所管理中的核心作用。惟有如此，才能打造出一支优秀的“中国特色社会主义法律工作者”的队伍，才能使律师成为“经济又好又快发展的服务者，当事人权益的维护者，公平正义的保障者，社会和谐稳定的促进者”。

身管理水平跟上去的时候，设立分所也就水到渠成了。

当然，为凑人数、并创收、占地盘、做概念、争排名等收编地方律所贴牌者又另当别论。不然，为建分所而建分所，在业务和管理等各个方面均不成熟的情况下盲目上马，分所反而会成为“毒瘤”，慢慢侵蚀大脑和全身，削弱或导致总所解体。

律师事务所之合并

律师事务所为什么要合并？刘桂明先生认为，事务所的合并，无非是出于以下几个动因：一是做大，二是做强，三是做好。律师事务所如果想要可持续发展，想要吸引更多优质的人才，想要更具抗风险能力，更具市场竞争力，走规模化发展确实是一个方向，不同律师事务所和团队可以通过优势互补的整合构建一个新的平台，逐步“做大”、“做好”、“做强”。“做大”容易，“做好”和“做强”很难，不是说人数多、创收多、排名靠前就“大”、就“强”，也不是说获得了多少块“奖牌”就“优”。要把业务做好，专业做好，形象做好，管理做好，增强内部凝聚力，提升外部竞争实力，还要具有发展潜力，让业界评判，让客户评判，让市场检验。所以，有的律所排名靠前大家由衷的认同，有的律所排名靠前仅仅代表了某个数字而已。

依笔者来看，律师事务所欲通过合并做大做强，以下几个要素不可或缺：

首先，要有一群业务能力基本相

当、专业互补、经济实力差距不大、性格脾气基本相投、有共同做大做强意愿的合伙人队伍。众所周知，搞企业是“资合”，而律所是“人合”；如果合伙人之间在上述各个方面差距太大，大家的近期、中期和远期目标就不会一致，律师事务所就很难在分配、发展、品牌建设等诸多管理和决策上达成一致。即使暂时合并成功，也不会走远，更谈不上“做好”和“做强”。合伙人只有在能力、理念方面差距不大，业务方面优势互补，才能彼此平等合作，形成高效、稳定的管理层架构，促进律师事务所的稳定、持续运行。

其次，要有明确的规划和目标。合并后究竟想打造一个什么样的律师事务所？主要优势在哪儿？近期和中期规划是什么？远期目标是什么？用什么来保障这些规划和目标的实现？如果连这些基本的思路和目标都没有，走到哪儿算哪儿，这样的律师事务所注定走不远。

再次，要有一套适合自己的、公平的、行之有效的管理制度。这套制度不仅要从业所的财务、业务、风险、品牌、质量、宣传、党团、工会、新闻、发展、教育培训等诸多方面来设计，更要让每个人在心中对取得的成果有一个预期估计，要让品牌建设取得的成果和利益均沾。不然，律师事务所建成的好坏、成果的大小就不是每个人都关心的事了，自然也不会每个人都愿意为律师事务所的建设出力。

另外，还要有一个乐于奉献的、配合默契的、具有执行力的管理团

队。再好的决策均需要人来实施，实施决策管理的人必须具有公信力和管理能力，同时还应有奉献精神，大所管理事务多，靠一个人或两个人是管理不好的，必须有一个管理团队各司其职，一艘大船方能扬帆远行。当然，如果能有熟悉律师行业和业务的职业管理人专职管理，将管理合伙人从繁琐的管理事务中解脱出来、去做专业事务就更加完美了。

最后，“人和”是关键。常言道：“和气生财”，“家和万事兴”。这里的“人和”应包含如下几个层次：管理合伙人与一般合伙人之间、合伙人之间、团队之间、合伙人与非合伙人之间、律师与后勤管理人员之间。律师事务所的管理要注重“人和”，坚持“以人为本”，调动每一个人的积极作用。笔者的体会是，一个律师事务所的管理是否成功，在于能否调动每一个或是绝大部分人的积极性。这就要了解大家的需求，并且尽可能去满足。律师事务所所有的战略步骤、业务拓展、细节雕琢，都是靠“人和”凝聚起来的，缺乏“人和”，一切都是空谈。

窃以为，具备了以上要素，则具备了“做大、做好、做强”的基础，反之则结果不好预料。

律师事务所之规模

“大所”应有一定的人数规模，科目数量齐全；有一流的办公环境和办公软件；有适合自己发展的包括章程协议、综合管理、财务管理、行政管理、人事管理、案件质量、收结案、档案管理、合伙人晋升、业务培

训、风险控制、新闻、所刊、新产品研发、品牌推广与宣传、团队协作、利益冲突、党团工会、人才培养、对外交流合作等一系列的规章制度；有发展的中长期目标；有包括合伙人会议、管委会、主任办公会、监事会、执行合伙人等议事机构；有财务、行政、信息、后勤等服务和执行部门；有各个领域的专业化分工；有售后服务跟踪；有自己的特点并达到一定的营业收入。

当然，大所的营运成本高，合伙人和律师的短期利益将会受到损失。专业化律所其优势是可以心无旁骛地专事某一业务领域的研究和实践，业务上可追求精益求精，走精品小所之路，营运成本相对前者要小，管理单纯；一般小型所管理简单、运营成本低，虽不具争夺高端客户的实力和人才，但仍可满足另一部分客户群体。这就像大型百货商厦与专卖店、星级酒店与旅馆，巨型邮轮与小船一样，很难简单的论其优劣。

所以，综上所述，做大做小，应

综合其合伙人团队、业务范围、客户群体、自身经济能力、合伙人的目标与追求等一系列因素而定，不能一概而论。

律师事务所之分配制度

笔者认为，工薪制的公司化管理符合国际流行大趋势，其优点很明显。事务所掌握了所有客户资源并拥有足够的建设发展资金，但要大规模的实施恐非短时间能实现的；提成制相对于案源不饱和的律所以及处于发展建设中的大多数律所来说，更能体现出“按劳分配”的分配原则。兼顾青年律师成长的培养，事务所的发展建设亦可采用两者兼顾或“一国两制”的分配机制。总之，适用哪种分配体制应照顾大多数人的意愿因所制宜；一件衣服穿在别人身上很耐看，换个人穿上就不一定适合，因为身材不一样。

其实，一个律师事务所的发展和一个人的生命发展有相通相似之处，有“创业、整合、发展、平稳”等不

同时期。在律师事务所发展的不同阶段，同一个律师事务所会遇到不同问题；在律师事务所发展的同一阶段，不同的律师事务所会遇到相同问题。律师事务所要发展、要管理，就一定要与时俱进、坚持创新。我们要不断认识律师事务所的基本管理规律，不断研究自己律师事务所的特殊管理情况，调整创新我们的管理制度，更新我们的管理文化和管理理念。也许，一家律师事务所刚成立的时候，管理制度只是几份文档，但是发展一段时间后，管理制度能形成一本书。管理制度和模式的健全，是与这个律师事务所同步发展和同步成熟的。不过，不管是大所还是小所、合并或被合并、设立分所还是不设立、联盟还是非联盟、工薪制还是提成制，都要根据律师事务所自身的实际情况决定，不能盲目跟风，要看菜吃饭、量体裁衣。

还是那句话：所有的管理制度和模式，没有最好的，只有最适合自己的！



律师事务所公司化亟待厘清的几个误区

文 中国律师网 刘耀堂

近年来,随着传统提成制律师事务所的弊端不断显现,律师行业开始探索新的管理模式。国内一些律师事务所开始尝试进行公司化改革,有成功的经验,也有失败的教训。而有些律师对公司化抱有抵触情绪,其实这是对公司化存在模糊认识,笔者认为很有必要对这些误区进行澄清。

误区一:公司化就是把律所办成公司

有些律师认为,律师事务所公司化就是要将律所变成公司,追求利润最大化,必然导致律师行业过度商业化,损害律师行业的声誉。其实,律所公司化只是管理模式的转变,并非性质的改变。其核心是用公司的管理方式来管理律所,律所全体员工的客户、案源、资源全部集中到律所平台,设置市场营销、业务实操、人力资源等部门,整合资源、分工协作,以提高律所的效率和效益。律师从繁杂的非法律事务中抽身出来,专注于提高法律服务的能力和水平,提高律师的专业化水平和职业化形象。

误区二:实行工薪制就是公司化

有些律所为了赶时髦,声称他们已实行公司化,理由是除合伙人外实行全员工薪制。公司化的核心是资源的集约化,全员工薪制只是一种形式,工薪制并不等同于公司化。在传统的提成制律所中,合伙人和律所分别对律师和助理、行辅人员发薪,但

从本质而言,这还是由合伙人从创收中分一部分给律师、助理和行辅人员,因此并非真正意义上的工薪制。

在公司化模式下,律所的收入由全体员工创造,不属于某一个合伙人,而律师、助理、行辅人员的工资从律所收入中先行发放,合伙人除了少量月薪外,主要靠年终的利润分配。所以衡量律所是否实行公司化的标准是有没有打破合伙人之间的藩篱、实现资源的整合和集约,而非是否实行全员工薪制。

误区三:公司化会损害合伙人的利益

很多律所不愿意实现公司化,主要原因在于合伙人担心全员工薪制会降低他们的收入。其实,公司化与提成制相比,虽然合伙人的绝对收入数额会减少,但由于合伙人拿到的是除去成本以外的纯收入,与提成制下承担的成本相比并没有太大的区别。同时,由于其他人员分担了合伙人的很多非法律事务,给他们相应的报酬只会提高合伙人的服务效率,反而会提高合伙人的效益,其纯收入可能还会增加。

对于合伙人来说,更难的是转变理念。传统模式下,律师除了业务能力外,客户资源是更重要的筹码;而公司化模式下,让合伙人将其资源与律所共享,合伙人便难以接受了。

也正是因为客户认可律师个人而非律所的问题,造成了律师过于频繁

的转所和律所发展不稳定。公司化可以避免这个问题,但前提是律师要转变观念,破除自己的私利,实现资源共享,打造共同的律所品牌。

误区四:把公司化与提成制绝然对立

有些律所在公司化改革中,为了彻底摒弃提成制的弊端,不允许提成的存在,直接照搬一些律所的模式,一步到位地推进改革,造成了合伙人的流失和律所发展的阵痛,甚至导致了改革的失败,又把失败归结为公司化有问题。

其实,即使在成熟的公司化律所中,激励机制一直是欠缺的,因此在由提成制向公司化转变的过程中,可以吸取激励机制的优势。在改革初期,可以将提成作为过渡性的制度安排,待合伙人真正适应公司化、公共案源达到一定比例之后,再考虑逐步取消提成。

对于律所的市场人员,提成更是顺理成章,不论他们是不是律师。因此我们不能矫枉过正,为了避免提成制的弊端而排斥其中的合理成分。

对于公司化的这些误解,其实都是因为不了解才产生的。在目前条件不太成熟的情况下,鼓励所有的律所都实行公司化改革也不现实。律师行业要加强交流,消除误解,形成共识,积极探索,发挥公司化的优势,推动律师行业的发展。

DISCOVERY | 论道

离婚

案件中跟踪偷拍证据的合法性审查

文 广东广强律师事务所 吴杰臻律师

由于婚外情的私密性，离婚案件中无过错方往往采用跟踪、偷拍等秘密手段录制用以证明对方婚外情的视听资料，本文称之为“跟踪偷拍证据”。2015年2月4日实施的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《解释》）确立了新的非法证据排除规则，对该类证据的合法性审查产生了重要的影响。故本文对离婚案件中跟踪偷拍证据的合法性审查进行探讨。

新规则之理解与适用

《解释》第一百零六条规定：“对以严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的证据，不得作为认定案件事实的根据。”该规定与2001年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第六十八条和最高人民法院曾经作出法复（1995）2号《关于

未经对方当事人同意私自录制其谈话取得的资料不能作为证据使用的批复》（以下简称《批复》）相比，具有以下特点：

第一，私自录制视听资料不再一律无效。最高人民法院在起草《证据规定》的过程中已经认识到“采用这种非法证据的标准，虽然有它积极的一面，但经过实践和理论上的进一步研究，许多人认为未经对方当事人同意私自录制影像资料的情况是很复杂的，实践中一方当事人同意对方当事人录制其谈话的情形是极其罕见的。而依据这个《批复》，审判人员即使相信证据内容的真实性也无法对权利人予以保护，因此，对这些证据材料应当根据不同情况区别对待。”^[1]因此，《证据规定》在一定程度上放宽了证据合法性的审查标准，然而在司法实务中仍有法院适用《批复》的规定对私下偷录的证据予以排除。^[2]笔者认为，之所以造成这样司法裁判不

一的现象，原因在于《证据规定》赋予法官十分大的自由裁量权以判断私下录音是否侵犯他人隐私。《解释》第一百零六条确立了“严重侵犯他人合法权益”为审查的标准之一，有效地限制法官的自由裁量权，杜绝了《批复》的滥用。

第二，只有达到“严重侵犯他人合法权益”程度的取证方法或手段形成的证据才被予以排除。《证据规则》所确立的“侵犯他人合法权益”的审查标准虽然在一定程度上改变了“私下录制的证据一律不得使用”的



[注] 1. 最高人民法院民一庭负责人就民事诉讼证据的司法解释答记者问。〔参见：最高人民法院民一庭：《民事诉讼证据司法解释的理解与适用》〔M〕，北京：中国法制出版社，2002：409。〕
2. 如广州市中级人民法院作出的（2014）穗中法民二终字第634号民事判决书中以“未经对方当事人同意私自录制其谈话，系不合法行为，以这种手段取得的录音资料，不能作为证据使用”为由，适用《批复》的规定，对上诉人提供的录音材料不予采纳。又如佛山市禅城区人民法院作出的（2003）佛禅法民一初字第1206号民事判决同样适用该《批复》对私下录音不予采纳。

现状,但是当事人在维权过程取得的证据是否侵犯他人合法权益,界限仍然比较模糊。尤其在婚姻案件中配偶知情权与隐私权之间本身存在冲突,如何界定跟踪偷拍证据的合法性成为司法难题。《解释》所确立的新标准不仅有效限制法官的自由裁量权,而且要求“受害人”证明该取证方法或手段“严重侵犯其合法权益”。正如该司法解释起草人肖峰法官所言“这种偷录偷拍物理上对当事人是没有伤害的,只有精神损害等无形损害,但无形损害很难举证证明。”^[3]因此,排除偷录偷拍证据使用的难度十分大。

第三,增加了“严重违背公序良俗”的证据标准。当事人取证除了可能侵犯他人合法权益以外,还有可能与社会公共利益和社会道德相冲突。法律不可能穷尽所有禁止性的取证行为,利用“公序良俗”的原则,可以作为兜底条款对某些没有触犯法律禁止性规定且没有侵犯他人合法权益但影响十分恶劣的取证行为予以限制。

跟踪偷拍证据合法性审查要点

根据《解释》第一百零六条规定适用难易程度,笔者认为审查跟踪偷拍证据合法性时宜先判断该证据的形成方法或手段是否为法律所禁止,其次再判断是否严重侵犯他人合法权益,最后判断是否严重违反公序良俗。笔者针对跟踪偷拍的具体情形进

行分析。

委托私家侦探取证并不必然影响证据合法性。

在离婚案件中,一方当事人怀疑对方有外遇,委托其亲友或私家侦探跟踪或偷拍对方。法律对当事人委托亲友偷拍取证并没有禁止性规定,该证据的合法性不受到其取证主体身份影响。唯一有所争议的是当事人委托私家侦探取证是否为法律所禁止,原因在于公安部在1993年颁布的《公安部关于禁止开设“私人侦探所”性质的民间机构的通知》(以下简称“《通知》”)明令禁止私家侦探业务。

对此,汤维建教授认为,国家工商总局、商标局调整了商标分类注册的范围,将“侦探公司”列入新的《商品和服务商标注册区分表》之中。可见,虽然其审批手续较为严格,但无疑工商管理部门已经将它合法化。对于私人侦探所收集的证据,要进行合法性判断。若其行为侵害了有关人的合法权益或者违反了法律的强制性规定,则该特定证据便属于违法收集的证据应受排除,不得作为认定案件事实的根据;反之,若私人侦探收集证据的行为本身是合法的,则不因其收集主体为当事人或利害关系人以外的私人侦探而受到排除^[4]。

笔者赞同此观点,毕竟《通知》并非严格意义上的法律,民事诉讼程序相关规定并没有禁止这类取证主体,且该类机构的工商管理部门已经

将其合法化,目前已有这类公司取得侦探公司类商标^[5]。因此,仅凭取证主体身份不足以否定跟踪偷拍证据的效力。

在2015年《解释》实施之前,有观点认为应区分法律赋权主体、合法知情权主体和隐私侵权主体,无权主体调查他人隐私则视为侵权,取得的证据为非法证据应予以排除^[6]。笔者认为,在《解释》实施后当事人委托亲友或私家侦探偷拍,即使存在侵犯隐私之嫌,但也不能仅凭其主体身份即可得出该取证行为严重侵犯他人隐私的结论。该取证行为是否严重侵权,依然要根据其取证手段、时长和造成的实际损害后果来综合判断。

使用窃听、窃照专用器材而取得的视听资料属非法证据。

我国《刑法》第二百八十四条规定:“非法使用窃听、窃照专用器材,造成严重后果的,处二年以下有期徒刑、拘役或者管制。”《国家安全法》第二十一条规定:“任何个人和组织都不得非法持有、使用窃听、窃照等专用间谍器材。”由此可见,窃听、窃照专用器材是我国法律禁止使用的工具,非法使用该类工具属于犯罪行为,利用该类工具所录制的视听资料当然无效。

何为窃听、窃照专用器材?《禁止非法生产销售使用窃听窃照专用器材和“伪基站”设备的规定》第三条规定:“本规定所称窃听专用器材,

[注] 3.《离婚纠纷中涉及有限公司股权的司法处理》, http://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzI5NDAYODY5OA==&mid=400129431&idx=1&sn=89a010f26cdedc9a3978909faf0b0e5c&3rd=MzA3MDU4NTYzMw==&scene=6#rd。

4. 汤维建, 民事诉讼非法证据排除规则刍议[J], 法学, 2004年05期P92-96。

5. 中国新闻网报道: 工商总局调整商标注册范围 侦探公司身份合法化, 2002年10月31日, <http://www.chinanews.com/2002-10-31/26/238674.html>。

6. 仇慎齐, 从隐私权的角度看以秘密手段获取的证据的效力[J], 法律适用, 2009, 01期P94-95。

是指以伪装或者隐蔽方式使用，经公安机关依法进行技术检测后作出认定性结论，有以下情形之一的：（一）具有无线发射、接收语音信号功能的发射、接收器材；（二）微型语音信号拾取或者录制设备；（三）能够获取无线通信信息的电子接收器材；（四）利用搭接、感应等方式获取通讯线路信息的器材；（五）利用固体传声、光纤、微波、激光、红外线等技术获取语音信息的器材；（六）可遥控语音接收器件或者电子设备中的语音接收功能，获取相关语音信息，且无明显提示的器材（含软件）；（七）其他具有窃听功能的器材。”第四条规定：“本规定所称窃照专用器材，是指以伪装或者隐蔽方式使用，经公安机关依法进行技术检测后作出认定性结论，有以下情形之一的：（一）具有无线发射功能的照相、摄像器材；（二）微型针孔式摄像装置以及使用微型针孔式摄像装置的照相、摄像器材；（三）取消正常取景器和回放显示器的微小相机和摄像机；（四）利用搭接、感应等方式

获取图像信息的器材；（五）可遥控照相、摄像器件或者电子设备中的照相、摄像功能，获取相关图像信息，且无明显提示的器材（含软件）；（六）其他具有窃照功能的器材。”

可见该规定几乎已将所有隐秘式和远程遥控式的常用跟踪偷拍工具列入窃听、窃照专用的范畴。因此，在离婚诉讼中，代理律师应当善于从视听资料录制的地点、时间和画面是否正常等方面去判断对方是否使用了间谍器材，要求对方提供视听资料的原始载体和录制工具并申请鉴定。

通过长期跟踪他人而取得的视听资料属于非法证据。

婚外情的隐秘性决定了跟踪成为婚外情取证必要的辅助手段。从事过婚姻案件实务的律师知道，若无过错方没有掌握对方的行踪，大部分的婚外情无法取证。相反，如果实时掌握对方的行踪，则取证就相当容易。可惜据笔者了解，单纯地长期跟踪他人也会涉嫌非法获取公民个人信息罪。

在“胡某等非法获取公民个人信息案”中，胡某等人于2012年10月初

受雇对广东省某市机关领导进行了长达两个月的跟踪偷拍，被以“非法获取公民个人信息罪”判刑。该案被录为《刑事审判参考》第1009号指导案例。最高人民法院刑五庭范冬明法官分析认为，日常行动轨迹和活动地点等信息，涉及家庭住址、单位地址、经常出入的场所等公民隐私和生活习惯内容，具有个人专属性，能反映出该公民某些个人特征，且信息内容关系到公民日常生活的基本安全性，信息的泄露会使公民彻底失去安全感，严重影响其日常生活。因此，该案中被害人的行踪属于刑法所保护的“公民个人信息”^[7]。

2013年的“陆某非法获取公民个人信息案”中，陆某于2013年3月受雇于赵某，对赵某的丈夫进行跟踪偷拍，从中非法获利8000元，上虞区人民法院以非法获取公民个人信息罪对陆某判刑^[8]。根据法院审理查明部分，陆某在该案中仅是单纯跟踪偷拍，甚至没有非法使用窃听、窃照专用器材。

由此看来，通过长期跟踪进行取证，很可能严重侵犯他人隐私，涉嫌刑事犯罪。通过此方法取得的证据可能会被认定无效。

在公共场所中偷拍的视听资料原则上属于合法证据。根据公共场所无隐私的原则，在公共场所偷拍的视听资料并不侵犯他人隐私，如果有证据表明偷拍所使用的工具属于窃听、窃照专用器材或者利用GPS定位等手



[注] 7. 胡某等非法获取公民个人信息案，《刑事审判参考》总第99集，2015年3月，P53-58。

8. 上虞区人民法院(2013)绍虞刑初字第747号。

“

夫妻对共同住所拥有支配权，如一方带情人回家被配偶偷拍，则该证据没有侵犯隐私，属于合法证据。在夫妻感情破裂而分居期间，夫妻一方为了婚外情取证前往另一方的出租屋偷拍取证，这种情况比较有争议。

”

段跟踪拍摄所得，那么这些证据因其手段被刑法所禁止而无效。

在私密空间里偷拍证据的合法性审查。由于《禁止非法生产销售使用窃听窃照专用器材和“伪基站”设备的规定》已将“针孔摄像头”等隐蔽式拍录工具列为窃听、窃照专用器材，在实务中想在他人住所或自己住所安装合法的摄像头进行偷拍几乎没有可能。因此，在离婚案件中如出现该类证据，应当先从其拍摄工具着手进行合法性审查。

其次，从当事人是否对该空间具有支配权进行审查。夫妻对共同住所拥有支配权，如一方带情人回家被配偶偷拍，则该证据没有侵犯隐私，属于合法证据。在夫妻感情破裂而分居期间，夫妻一方为了婚外情取证前往另一方的出租屋偷拍取证，这种情况比较有争议。2015年10月15日，广州市越秀区人民法院就丈夫强闯妻子的出租屋抓奸打人一案作出了刑事判决，以非法侵入住宅罪对该名男子判刑^[9]。从该案的判决结果可以看出，夫妻感情破裂而分居期间，双方对自己的住所独立排他的支配权，未经许可进行拍摄也会侵犯隐私。尽管如此，即使在这种情况下取得的视听资料，也未必是无效证据。因为，取证

方享有配偶知情权，偶尔的偷拍一般不会对他人生活安宁造成严重影响。

同理，在夫妻以外的第三人住所拍摄取得的视听资料也是如此。

最后，对于在他人具有独立支配权的空间中偷拍的视听资料，应从拍摄次数、时长和实际的损害后果来判断是否严重侵犯他人合法权益。

取证是否严重违反公序良俗的审查。“严重违反公序良俗”是《解释》所创立的非法证据排除原则，属于非法证据排除规则中的兜底条款。

目前笔者尚未查阅到该类案例，但可以结合《最高人民法院公报》刊载的北大方正集团公司和北京红楼计算机科学技术研究所著作权纠纷案^[10]来分析该原则在离婚案件中跟踪偷拍证据审查的适用。针对原告的“陷阱取证”，最高人民法院在该案中认为：“鉴于计算机软件著作权侵权行为具有隐蔽性较强、调查取证难度较大的特点，被侵权人通过公证方式取证，其目的并无不正当性，其行为并未损害社会公共利益和他人合法权益，同时也有利于解决此类案件取证难问题，有利于威慑和遏制侵权行为，有利于加强知识产权的保护，故其公证取证方式应认定为合法有效，所获得的证

据亦应作为认定事实的依据。”

据此，公序良俗原则的适用其实是法院在审查跟踪偷拍证据时，综合考虑该取证方式向社会传播的价值导向。在公众看来，若严重违反道德风俗的取证行为得到法律的认可，那么将会引导整个社会模仿该行为，从而损害整个社会公共利益，让每一个公众都有可能成为受害者。例如在离婚案件中，如果为了达到证明对方有过错，而指使他人与自己的配偶发生性行为，进而取得婚外情证据。这种以“发生性关系”为手段的取证，无疑严重违反公序良俗。

结语

《解释》所确立的非法证据排除规则，在平衡配偶知情权和隐私权的冲突时，给予配偶知情权较大的倾斜。然而，在涉及配偶知情权的刑事立法和司法中，并没有很好地考虑配偶知情权的保护。尤其是单纯的跟踪行为被追究刑事责任，这无疑不利于配偶的维权，在一定程度上放纵婚外情。事实上，目前各地区对配偶财产方面的知情权保护已有较大进步，建立起配偶以人查房的制度。同样地，夫妻之间具有忠实义务，由此引申出性知情权。夫妻一方为了维权而进行的婚外情调查，被调查一方的隐私权应当受到一定的限制。法院在审查跟踪偷拍证据合法性时，除非取证方采用了法律明确禁止的手段或方法，否则不应轻易否定证据的效力。

[注] 9.《信息时报》2015年10月15日报道，<http://epaper.xsbn.com/showNews/2015-10-13/267805.html>。

10. 中华人民共和国最高人民法院（2006）民三提字第1号民事判决书，转引自《最高人民法院公报》，2006年第11期。

法院强制执行人身保险合同项下权益之分析

文 正威国际集团董事局主席办公室副总裁 李晖

前言

2016年经济形势异常复杂，企业主有保护私有财产、规避债务追索的需求，普罗大众有加强保障和投资的需求。浙江省高院于2015年3月下发《关于加强和规范对被执行人拥有的人身保险产品财产利益执行的通知》，在法律界引发广泛的讨论。那么，在新的立法和司法解释背景下，人身保险合同有没有规避债务追索的功能？法院能否强制执行人寿保险合同项下权益并要求保险公司协助执行？保险公司在面对协助执行的要求时应注意哪些问题？笔者试做分析如下。本文着重于讨论保险合同正常签署、不受刑事犯罪和《合同法》特殊规定影响的通常情形。

强制执行保单现金价值分析

从司法实践看，人民法院要求人寿保险公司协助执行保单权益时采取的口径各不相同，比较多的情况下是要求执行保单的现金价值，有时也会要求执行保险费或保险金。要分析保险费、保单的现金价值和保险金能否被强制执行，要点有两个：一是它们的归属，尤其是它们归属于被执行人还是其他人；二是强制执行该权益是否存在法律障碍。

2015年11月26日，最高人民法院发布《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释

（三）》，有关人员在回答记者提问时对人寿保险产品的现金价值归属等问题做了重要的诠释。“保单的现金价值属于投保人，而不是被保险人或者受益人。原因是：第一，保单现金价值是投保人交付的保险费形成的，但这个保险费因为超过与被保险人可能遭受的风险相对应的自然保险费，实际上是投保人的储蓄和投资，不是保险金。第二，人身保险合同中，与保险人订立保险合同的投保人，承担交付保险费的义务，是保险合同的当事人，享有基于保险合同产生的各项权利，如解除合同权利、请求保单现金价值权利、保险费返还请求权等。被保险人是保险合同的保障对象，并不是保险合同的当事人，其权利来源于投保人与保险人之间的约定，在保险合同没有赋予被保险人取得保险合同权利的情况下，被保险人不享有保险合同的各项权利，不享有保单现金价值的请求权。第三，受益人是投保人或者被保险人指定的享有保险金请求权的主体，是受益第三人。受益人在保险事故发生后才取得保险金请求权，在保险事故发生前享有期待性质的受益权但不享有保单现金价值的请求权。因此，保单现金价值属于投保人，但在投保人故意造成被保险人死亡、伤亡或者疾病而丧失权利的情况下，由被保险人以及被保险人的继承人享有。”

鉴于最高人民法院的权威性，保

单现金价值属于投保人已成定论。那么，在投保人是被执行人的情况下，如果法院要求强制执行保单的现金价值，投保人是否已失去抗辩的机会，保险人是否必须配合？

笔者认为答案是否定的，因为上述论述并没有解决强制执行保单现金价值的关键障碍——只有在“投保人向保险公司申请解除保险合同且保险公司接受”这一条件成就的前提下，保单的现金价值才会顺利实现。

根据《保险法》第15条和第47条之规定，对于保险人解除保险合同的权利进行了严格限制，一是对可解除合同的情形进行了限制，二是对解除合同的时间进行了限制。具体而言，《保险法》将保险人可以解除合同的情形限定为三种，即“投保人故意或者因重大过失未履行如实告知义务”、“投保人、被保险人故意制造保险事故”及“自合同效力中止之日起满二年保险人、投保人未达成协议”。关于保险人解除合同的时间，《保险法》规定因投保人未如实告知而产生的合同解除权，保险人超过三十日不行使而消灭；自合同成立之日起超过二年的保险人不得解除合同。显然，《保险法》没有规定保险人可以根据人民法院协助执行的要求而解除保险合同。

于是，强制执行保单的现金价值，难点在于如果投保人不同意，保险

人便无法解除合同，保单的现金价值将停留在理论上可以计算的阶段，实际上无法成就，针对保单现金价值的强制执行也就无法进行。关于此问题，“临沂市中院对郭某的执行案”可为前车之鉴。根据相关报道，该案基本案情如下：

郭某借王某50万元未还，2007年7月，临沂市中院受理王某的起诉，判郭某偿还借款和利息。郭某逾期未履行，案件进入执行阶段。法院查明郭某在某保险公司购买了10份人寿保险。2008年1月，临沂市中院要求保险公司将郭某交给保险公司的50万元保险费提交，后更正为提交保单项下46万余元的现金价值。该保险公司遂解除了与郭某的保险合同，划拨了保单的现金价值。

随后，郭某却以保险公司违约为由诉至临沂市兰山区法院。法院认为郭某已按期缴纳全部保费，按《保险法》规定保险公司无权解除合同，保险公司不能以法院执行为由解除合同，遂判决保险公司继续履行合同。

2008年12月，保险公司向临沂市中院提出执行异议，认为“法院的执行未取得投保人同意，未与投保人完善有关解除合同的正常手续。保费归保险人所有，法院不能执行案外人的财产权益”。临沂市中院采纳了该执行异议，裁定撤销原民事裁定书和协助执行通知书，要求王某立即将已收取的46万余元返还至保险公司。

显然，最高院针对保单现金价值归属的阐述未解决“临沂市中院对郭某的执行案”所反映的保险公司无权根据法院的协助执行通知解除合同从而实现

保单现金价值的问题。

强制执行保险费之分析

既然法院要求协助执行保单现金价值可能因投保人不配合而遭遇障碍，那么法院可否要求保险公司协助执行投保人缴纳的保险费呢？关键问题依然是两个，一是保险合同存续期间保险费归属于谁，二是强制执行保险费有没有法律障碍。

关于保险费的归属历来存有争议，主要有三种观点：

第一种观点认为，保险费归属于保险人。理由是，投保人交纳保险费后，保险人将按照保险合同的约定承担各种义务，比如在保险事故未发生时承担风险、提供咨询服务；在保险事故发生时进行核赔；在合同约定的条件成就时给付保险金等。既然投保人交付保险费后保险人就开始履行义务，保险费应该作为保险人业已获取的合同对价，即保险费归属于保险人。

第二种观点认为，投保人交纳保险费后，保险费相当于投保人在保险公司保险账户里的存款，其所有权属于投

保人。在“临沂市中院对郭某的执行案”一案中，法院曾向保险公司发出协助查询存款通知书，要求保险公司协助提取郭某的保险费46万余元。该案的法官显然认为保险费收入类似存款，仍归投保人所有。笔者认为，这一观点值得商榷。首先，《保险法》第95条规定“人身保险业务，包括人寿保险、健康保险、意外伤害保险等保险业务”，并不包括存款业务。其次，保险人收取保险费后即开始承担各种义务，如果保险人收取的保险费仍属于投保人，保险人承担各种义务即失去了合同对价。在“临沂市中院对郭某的执行案”中，法院后来自我纠正了这一认识。

第三种观点认为：保险费的归属不能笼统而论，应针对具体保险产品的功能，对保险费进行划分。对于一款比较复杂的保险产品，保险费至少可以划分为三个部分：意外风险承担部分、生活保障部分、投资获利部分。对于前两部分法院可以强制执行。但这种论点在实践中存在两个困难，其一，一款保险产品的保险费是保险公司的精算部门考虑多种因素计算得出，这些因素可能包



“

保险费的归属不能笼统而论，应针对具体保险产品的功能，对保险费进行划分。对于一款比较复杂的保险产品，保险费至少可以划分为三个部分：意外风险承担部分、生活保障部分、投资获利部分。对于前两部分法院可以强制执行。但这种论点在实践中存在两个困难，其一，一款保险产品的保险费是保险公司的精算部门考虑多种因素计算得出，这些因素可能包括保险公司阶段性经营目标 and 独特的市场判断，其构成复杂且不公开，人民法院难以自行判断、划分；其二，根据保险产品的功能对其保险费进行划分，并在执行中区别对待尚缺乏法律依据。

”

括保险公司阶段性经营目标和独特的市场判断，其构成复杂且不公开，人民法院难以自行判断、划分；其二，根据保险产品的功能对其保险费进行划分，并在执行中区别对待尚缺乏法律依据。

值得注意的是，最高院法官的论述涉及这一问题。她指出，保险费可以分为与风险相对应的自然保险费以及储蓄、投资类的保险费，即支持对保险费的性质认定采用“两分法”。那么在将来的司法实践中，法院在强制执行保险费时，会否根据有关法官的最新阐述要求将保险费按性质进行划分，然后抛开自然保险费，要求执行储蓄和投资性的那一部分呢？我们拭目以待。

关于强制执行保险金之分析

受益人并非被执行人的情形。如果被执行人是投保人或被保险人，与保险金的受益人并非同一人，当保险事故发生后，由于有权请求保险金的是受益人，债权人不能要求法院强制执行不属于被执行人的保险金。

受益人就是被执行人的情形。如果被执行人就是受益人，问题的焦点就在于，根据保险合同获取保险金的权益是否具有某种特殊性，该特殊性能否用以规避债权人要求法院强制执行的请求。研究这一课题，要从保险合同项下权益的专属性说起。

保险事故发生后，受益人向保险

人索取保险金的权利具有专属性。以下法律规定是该专属性的依据。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第12条及《保险法》第二十三条的规定可知，受益人取得保险金的权利不但具有专属性，且该专属性权利受法律的特别保护。债权人请求法院强制执行被执行人、保险受益人的保险金，事实上就是试图代替保险合同受益人行使该受益人对保险人的债权，不被法律支持。受益人的保险金请求权只有在其向保险公司申请，并经保险公司核实后才可实现。在受益人未向保险公司提出请求并提交相关材料的情况下，法院无权以协助执行为由要求保险公司划拨保险金。那么，法院是否有权要求受益人主动向保险公司主张保险金并进而强制执行呢？法律上也无依据。

由此，当作为被执行人的受益人不予配合时，强制执行保险金存在法律障碍。

保险公司如何应对

一方面，法律并没有禁止强制执行保险合同项下权益，因此人民法院在要求保险公司协助执行保单项下权益方面拥有比较大的裁量权。另一方面，前面的分析足以表明，保险权益能否被强制执行依然是比较复杂、一言难尽的课题，保险公司盲目配合法院协助执行的

要求很可能行差踏错、进退失据。那么，面对人民法院发出的协助执行通知，保险公司应如何应对呢？

笔者认为，保险公司可以根据个案情况，针对协助执行要求中欠缺法律依据之处，及时向法院提出执行异议，规避风险，维护自身权益。

《民事诉讼法》第225、227条规定，当事人、利害关系人、案外人认为执行行为违反法律规定的，可以向负责执行的人民法院提出书面异议。人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，并作出异议是否成立的裁定；当事人、利害关系人不服裁定的，可向上级法院申请复议，案外人不服裁定的，可向法院起诉。由此可见，保险公司对执行提出异议，法院必须书面裁定，且保险公司尚有进一步申请复议的机会，这就给保险公司妥善判断、处理案件提供了时间和空间。

当保险公司发现投保人、被保险人、受益人的权益可能在执行中受到损害时，可以积极解释，并建议他们提出执行异议，主动维护自身权益。

保险公司也应向法院负责执行的人员主动阐明不同意见和依据，说明自身协助执行的为难之处，并建议法院组织当事人、利害关系人通过协商达成各方均可接受的执行和解方案，避免在配合法院执行工作后反被追究责任的被动状况。



香港上市项目英文招股书的起草与审阅技巧

文 北京市大成（深圳）律师事务所 张国智律师
北京市大成（深圳）律师事务所 何林艳

在企业香港上市项目中，协助起草并审阅英文招股书中有关中国法律的内容是内地律师的工作范围和职责之一。而几百页的英文招股书中，哪些部分应由中国内地律师起草与审阅，起草与审阅的过程中又有哪些事项需要注意，这可能是初次接触香港上市项目的律师面临的比较棘手的问题。笔者试图就以上问题作简要介绍与探讨，希望能给有志于从事相关法律服务的律师以有益的启发。

英文招股书的起草

哪些部分应由内地律师起草？

香港上市公司的招股书通常由以下部分组成：预期时间表、目录、概要及摘要、释义、技术词汇、前瞻性陈述、风险因素、有关本招股章程及全球发售（或配售）之资料、董事及参与全球发售（或配售）各方、公司资料、行业概览、监管概览、历史、重组及企业架构、业务、关联交易、董事及高级管理层、股本、主要股东、财务资料、未来计划及所得款项用途、包销、全球发售（或配售）之架构及条件、及附录。

通常，一个香港上市项目启动后不久，香港律师会传阅招股书撰写工作分配清单，列明负责撰写招股书各部分的中介团队。而拟上市公司的内地律师主要负责的部分为监管概览（Regulatory Overview）中的中国监管法规（PRC Regulatory Overview），起草后，保荐人内地律师亦需对该部分进行审阅及修改。除此之外，招股书业务部分通常会披露拟上市公司在报告期（Track Record Period）内的不合规事项（Non-compliance），就这部

分内容，在某些项目中，保荐人或负责起草招股书的香港律师也可能要求公司的内地律师依据其法律意见书列出境内公司的不合规事项清单，清单中应包括不合规事项的内容、可能产生的法律后果及后续整改措施，再由香港律师翻译成英文。

中国监管法规撰写。

内地律师在起草中国监管法规时应包括哪些内容呢？根据香港联交所上市规则的相关规定，所概述的有关中国法律通常应包括以下事项：发行人的所得税及资本税、从股东分红中扣减的税项（如有）、外汇管制、公司法、证券法规或其他有关法律、法规，以及任何监管或限制发行人的主要业务或其经营的主要行业的中国法律。这部分内容通常要求内地律师直接以英文起草，或起草中英文两种版本。

例如，如果一个拟上市公司在中国境内有注册商标，则中国监管法规中需要概述与商标相关的法律规定，可以这样进行概述：“《中华人民共和国商标法》（于1983年3月1日起实施，并分别于2001年10月27日及2013年8月30日进行了修订）（下称“《商标法》”）以及《中华人民共和国商标法实施条例》（于2002年9月15日起实施，并于2014年4月29日进行了修订）（下称“《商标法实施条例》”）为规范商标权的取得及使用的主要法律规范。根据《商标法》及《商标法实施条例》，经中华人民共和国商标局核准注册的商标为注册商标，商标注册人享有商标专用权，受法律保护。注册商标的有效期为十年，自核准注册之日起计算。注册商标有效期满，需要继续使用的，

应当在期满前六个月内申请续展注册，每次续展注册的有效期为十年。”

在起草中国监管法规时，内地律师可以参考同行业已上市公司的招股书（可从香港联交所官网下载），特别是在接触一个全新的行业时，这种办法可以更快地了解拟上市公司所处行业的相关监管法规。

关于招股书不合规事项的披露及整改。

在根据中国法律意见书制作境内公司不合规事项清单时，哪些不合规事项应写进清单，进而在招股书中披露呢？哪些不合规事项又必须进行整改呢？就此，香港联交所发布了《有关在上市文件内披露重大不合规事件的指引》（指引编号：HKEx-GL63-13），该指引信将不合规事件分为三类：具有重大影响的不合规事件、系统性不合规事件及非重要的不合规事件，并指明了不同类型的非合规事件的披露应达到的程度及是否需要进行整改。

根据前述指引信，具有重大影响的不合规事件及系统性不合规事件应以前述指引信要求的形式及内容在上市文件中披露，联交所在一般情况下要求申请人在上市前修正所有具重大影响的不合规事件；联交所不要求修正任何系统性不合规事件，也不要求披露或修正任何非重要的不合规事件，是否修正系统性不合规事件及是否披露或修正非重要的不合规事件由申请人董事及保荐人决定。内地律师可先在清单中列明所有法律意见书提及的不合规事项，再由保荐人及申请人董事决定哪些不合规事项要在招股书中进行披露。

英文招股书的审阅及修改

内地律师的法律意见书中通常都会有类似“本所律师审阅了拟上市公司之《招股章程》中与中国法律相关的表述，本所律师认为《招股章程》包括但不限于“风险因素”、“行业概览”、“业务”、“法规”及“法定及一般资料”中有关中国法律、法规的表述真实、准确，不存在虚假记载、严重误导性陈述或者重大遗漏”的内容。香港律师在起草招股书时，凡属与中国法律相关的内容，一般也会特别标注要求拟上市公司的内地律

师确认相关表述是否准确无误。可以说，招股书中所有涉及中国法律法规的表述都应当审阅。

内地律师可以重点审阅风险因素章节、监管概览章节，以及业务章节中的境内不合规事项。笔者在审阅英文招股书中通常发现的问题包括：监管概览章节法律法规的名称不准确或其颁布、生效的时间不准确，或相关法律法规有更新但该部分的相关内容并未相应更新、招股书中有关违法事实导致的法律后果与法律意见书的表述及相关法律的规定不一致、“历史、重组及集团架构”章节有关中国境内公司的描述与事实不一致等等。例如，我们递交给香港联交所的一份招股书就中国监管法规部分写到：拟上市集团的重组行为是否会导致7号文（即国家税务总局公告2015年第7号《关于非居民企业间接转让财产企业所得税若干问题的公告》）下的企业所得税缴纳义务具有不确定性，因为中国政府机关可能将相关重组安排认定为“不具有合理商业目的”。而内地律师的法律意见书已论证拟上市集团境外重组过程中发生的非居民企业间接转让中国居民企业股权的行为可认定为具有合理商业目的的安排，不属于7号文下应向主管税务机关申报缴纳税款的情形。之后，香港联交所的第一轮反馈意见中就此进行了提问。如果律师审核招股书时足够仔细，也就不会出现招股书与法律意见书表述不一致的情形了。

如此，可能大家还是会担心审阅不够全面。这里有一个小技巧，除监管概览章节外，招股书中但凡涉及到内地律师就某个法律问题发表的结论性意见时，一般都会在前面加上诸如“as advised/confirmed by our PRC legal advisers/counsel”、“our PRC legal advisers have confirmed that”这样的句子，因此，大家可以使用Word或PDF中的查找功能，通过查找关键字“PRC legal”就可轻松地查到招股书哪些地方的表述涉及到中国法律法规了。

总之，跟其他非诉讼类业务一样，英文招股书的起草与审阅是一项非常需要耐心的工作，它还要求律师具备较好的英文理解能力及写作能力。我们应秉承勤勉尽责的精神，审慎履行核查及验证义务，降低执业风险。

被告两审败诉最高院再审胜诉纪实

文 广东前海律师事务所 孙大勇律师

原告亚冠电子公司是一家年轻而充满朝气的高科技企业，一直致力于便携式多媒体音箱的研究。亚冠电子追求个性，引领时尚，并从国际潮流文化中汲取时尚创新的元素，把它转换成引领潮流的市场产品。

被告战音科技公司则是一家高速成长的多媒体音箱企业，公司总部位于深圳，在深圳和粤东有生产基地，在三十多个国家建有自己的销售网络，自有品牌DIVOOM经过多年耕耘，已在多个海外市场销量稳居前列，DIVOOM 也以不断创新和富有时代感获得消费者的认可。

亚冠电子与战音科技均有相同特质：年轻而富有活力，追随时尚潮流和前沿技术，努力打造自有品牌，愿意将最美好的音响产品奉献给广大的消费者。他们均有大量自有知识产权，并懂得尊重别人的知识产权。

2008年4月11日，战音科技研发、改造出一款便携式音箱(IBALL)，型号为：ITOUR-XX，该便携式音箱小巧灵便，音质效果好，深受广大消费者的欢迎。2010年7月13日，亚冠公司因一款名称为“便携式音箱（AK-M-YX006）”的外观设计专利产品请求深圳市市场监督管理局对战音科技进行行政处罚，并将战音公司推向法院的被告席，其指控侵权的对象恰恰就是战音科技新研发的便携式音箱（ITOUR-XX）。

也许，正是因为亚冠电子和战音科技具有上述相同的发展特质，亚冠电子控告战音科技专利侵权的做法才招致战音公司强烈的不满和抵抗。一场没有硝烟的战争自此拉开了帷幕……

确定抗辩方向

接受被告委托后，笔者首先将被控侵权产品同涉案专利进行比对发现：二者整体均由上下面盖构成，在上下面盖之



间设有伸缩共鸣腔。当上下面盖闭合时，该音箱整体呈汉堡包形状。二者的不同点是上下面盖的图案不同，伸缩共鸣腔的折线数不同。

鉴于外观设计侵权判断的主体的目光同一般自然人的目光不同，且被控侵权产品同涉案专利产品之间确实存在差别，若能够引导该法律拟制的一般消费者只看到二者的差别部分，而看不到二者的相同部分，那么该法律拟制的一般消费者在观察专利产品和被控侵权产品时就会得出二者不相近似的结论。

很显然，在本案中要引导该法律拟制的一般消费者仅看到二者上下面盖的图案设计，而看不到圆形的上下面盖以及设于上下面盖之间的伸缩共鸣腔，而这便是侵权抗辩能否成功的关键所在。该如何引导一般消费者“只看到二者的细微差别而忽视二者大体相近”的确颇费思量！

界定涉案专利的现有设计和设计要点

笔者在检索国内外专利后并未发现上下面盖的设计特征被公开，无奈只得启动中国期刊、杂志检索工作。对代理律师而言，专利以及期刊、杂志的检索工作是一项工作量大但可能得不到当事人认可的工作。因为有些检索工作能够检索到有价值的东西，但有些检索工作却可能无功而返。对很多当事人而言，无功而返的检索工作对他们未产生任何价值，因此他们对代理律师便很难有比较好的评价，甚至会质疑代理律师的工作。

笔者通过检索中国的期刊、杂志发现飞利浦PSA220运动型MP3同涉案专利上下面盖闭合后呈现的外观极为近似。但杂志上显示的该运动型MP3的图面太少，无法同涉案专利进行有效比对。鉴此，笔者通过互联网定向搜索该飞利浦PSA220运动型MP3，并在某网站上发现该PSA220运动型MP3的多个视图。笔者对上述证据进行了公证并随后启动无效宣告程序。

兵法有云：“明修栈道，暗度陈仓”。我们意图通过无效宣告审查决定明确涉案专利的设计要点和相关的现有设

“

若不是心怀法治梦，笔者可能就不会殚精竭虑、穷尽一切法律手段来为两审败诉的被告申诉；若不是最高院坚守中国法治梦，努力让当事人在个案中感受到公平正义，案外因素的搅扰将不可避免的将笔者代理的案件拒之于胜诉的大门之外！

”

计，而这些内容对侵权比对而言具有非常重要的意义。笔者正是通过这种思路将涉案专利的上下面盖的汉堡包轮廓设计成功界定为现有设计，将上下面盖的图案设计界定为涉案专利的设计要点。

界定功能性设计特征

外观设计功能性设计特征是指一般消费者看来，该外观设计产品设计特征的选择仅仅考虑到了特定功能的实现而不考虑美学因素的设计特征。结合以上研究成果，笔者对涉案专利上下面盖之间的伸缩共鸣腔外观设计特征进行了深入的专利检索研究发现，早在1991年就有关于“上下面盖之间的伸缩共鸣腔”的记载，且在小音箱技术领域主要使用的是其伸展后的低音效果。

为进一步深入认识带折线的伸缩共鸣腔设计，笔者认为有必要邀请相关技术专家进行研讨。通过会议研讨，与会专家达成共识：现有的共鸣腔都是用吹塑机生产，塑料是从中心流向四壁，不规则的产品因为受力不均匀，产品的不合格率就越高，共鸣腔的方形、三角形、梯形设计，都因为锐角处的折皱结构远比圆弧设计复杂很多，无法通过现在市场广泛流行的吹塑机进行大规模的低损耗的生产。而圆筒因为中心点离筒壁的距离是相等的，也就成为工业生产的惯用最佳选择。专家研讨会实际上是明确了选择圆筒形的伸缩共鸣腔（折叠后就成为带折线的伸缩共鸣腔）是低耗、高效生产的需要，是产品的功能需要，即音箱中设置抽拉式或者伸缩式的共鸣腔结构主要用于改变音箱的共鸣空间，以增强音箱的低音效果。

确定最佳代理策略

综上，我们终于认清了涉案专利：上下面盖的汉堡包轮廓设计为现有设计，为改善音质、便于生产，在上下面盖之间增设了功能性设计——圆筒形伸缩腔。为了美观，在上面盖上设计了米字型的图案，在下面盖上设计了G字形图案。作

为法律拟制的一般消费者，由于其目光具有有条件的过滤功能，当他在比对涉案专利与被控侵权产品时，他仅能看到涉案专利的米字型的图案和被控侵权产品的网状图案，其他的设计内容他却无法看到。在此情形下，该法律拟制的人应做出被控侵权产品同涉案专利不相近似的结论。

笔者以上的分析和思考最终被最高人民法院认可，最高院最终判决亚冠电子的专利侵权指控不能成立，其诉讼请求被全部驳回。

律师感言

案件已经终审宣判，有关本案的是是非非已经尘埃落定。回首过去，不免感慨万千。若不是心怀法治梦，笔者可能就不会殚精竭虑、穷尽一切法律手段来为两审败诉的被告申诉；若不是最高院坚守中国法治梦，努力让当事人在个案中感受到公平正义，案外因素的搅扰将不可避免的将笔者代理的案件拒之于胜诉的大门之外！

亚冠电子控告他人侵犯涉案专利本案并非是第一例，也并非是最末一例，而本案却是目前最终唯一胜诉的案例。笔者抗辩所采用的证据均是早已存在的证据，任何被告在遭遇亚冠电子侵权指控时均可以自由获得，但他们最终没有去寻找这些证据，也没有采用本案的抗辩策略。当判决书已经拟就，结合事实运用法律，我们往往会认为一切都顺理成章。然而，如何在浩瀚的资源中寻找有价值的证据，并通过组织证据和解释证据塑造一个强有力的抗辩事实，却是一项艰巨复杂的工作！

在本案的申诉和提审过程中，亚冠电子均数次向最高院反映广东有关法院已经做出了众多类似情形下被告被判败诉的事实。亚冠电子的用意其实非常明显，它当然不是让最高院“参照”省院的判例做出判决，而是给最高院施加不得改判的压力：本案一旦改判，将意味着有关法院已作出众多错误判决，按照有错必究的司法原则，多少案件需要重新审查，多少法官将接受错案追究，又有多少案件需要执行回转？这意味着已经稳定的某种社会秩序将会因本案的改判而被打破，从而产生新的动荡。

事实证明，面对这样的既判现状，最高院认为本案由其提审为宜。最终，亚冠电子的意图落空，最高院依法提审并撤销广东省高院和深圳中院两级司法判决，维护了社会的公平正义！

合同无效，赔偿损失条款效力如何认定？

文 广东深兴律师事务所 王腊清律师
广东益思律师事务所 张运华律师

基本案情

2014年6月29日，王某与陈某签订房屋租赁合同一份，约定陈某将位于XX市X区宝安大道与松明路交叉口一楼101号商铺和二楼的201号商场出租给王某做餐馆，租期10年。租赁合同除了约定了双方的权利义务外，还约定“若有一方违约，则违约方负责赔偿对方二个月的租金损失”违约责任，以及违约金不足以补偿损失需另行赔偿的赔偿损失条款。

合同签订后，因陈某承诺“为便于王某经营餐饮可在墙头开烟囱”期限期满后也无法落实，王某便于同年12月30日起诉陈某，请求解除合同，并要求除退还其已交的租金、租赁保

证金、水电押金等共计184,580元外，另赔偿原告王某二个月的租金损失117,000元、设计费172,496元、员工工资55,896元。陈某提出反诉，请求法院判令王某支付其除装修期外的房屋占有使用费419,020元、违约金117,000元、修建烟道费用150,000元和打梁施工费3,500元。

一审法院经审理后，认为陈某出租的房屋既没有房产证，也没有取得建设工程规划许可证，故认定双方签订的租赁合同无效。合同无效由于双方均存在过错，且过错程度相当，故双方各自的损失由各自承担。至于违约金损失117,000元，在合同无效

情形下，双方关于违约金的约定亦无效。遂判决确认双方签订的租赁合同无效，被告陈某应于判决书生效之日起十日内返还原告王某已交的租金、租赁保证金、水电押金等共计184,580元。驳回原、被告双方的其他诉讼请求。

被告陈某不服一审判决上诉于XX市中级人民法院，XX中级人民法院经审理后判决驳回上诉，维持原判。

一起无效合同纠纷虽然划上了句号，但却给我们留下了思考。笔者无意去评价法院判决的正确与否，只是想借此案例探讨合同在无效的情况下，赔偿损失条款效力如何认定？

争议焦点

一种观点认为，即使合同无效，赔偿损失条款仍然有效。理由如下：一、《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第57条明确规定，合同无效、被撤销或者终止的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。这表明，合同无效并不影响到合同中独立存

在的有关解决争议方法的条款效力。合同当事人约定的赔偿损失的条款，是解除合同后损失赔偿争议达成的合意，其效力不应受合同无效的影响。二、无效合同与赔偿条款是不同的民事行为，在当事人之间形成不同的债。而根据债的相对性原则，应当依据法律分别对其效力进行认定，赔

偿条款本身并不违反法律法规，应当认定其有效。三、依法而论，合同既可解释为有效又可解释为无效的，应优先选择使合同有效的解释，这是罗马法确立的“使合同有效的规则”。在现代社会，为保障当事人意思自治，促进经济往来和便利贸易发展，立法对合同或民事行为无效情形规定更加详细



和严格，将合同或民事行为无效限定在少数情形，从而放宽了有效标准，在司法实践中也应体现这一立法理念。故合同无效，赔偿损失条款仍然有效。

另一种观点认为，依《合同法》第56条的规定，违法合同无效自始没有法律约束力，赔偿条款也亦无效。违法合同即使履行，按照《合同法》第58条的规定，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。故违法合同中约定的赔偿损失条款也应无效。如果法院判决支持赔偿违法合同未能履行的损失，实际上支持了违法合同的履行，使当事人误认为违法合同并不违法，完全可以受到法律保护，从而变相地保护了违法合同。故违法合同自始无效，赔偿条款亦无效。

第三种观点认为，赔偿条款属可撤销条款。《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（试行）》第71条规定，行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成较大损失的，可以认定为重大误解。虽然在法律评价上并非任何合同都受法律保护，但合同当事人在没有意识到合同无效的情况下，一般都认可合同的约束力，误以为只要是双方签字盖章的合同就要履行。故合同当事人在解除合同协商赔偿损失时，赔偿损失的一方若履行赔偿损失义务要受到较大损失，则证明在签订赔偿条款时有重大误解，故其有权依法申请撤销该赔偿

笔者以为，在合同无效情形下，赔偿条款的有效与否，应当先区分导致合同无效的情形，然后在此基础上分析赔偿条款的效力。

合同无效情形类型

我国《合同法》第52条规定合同无效的情形有：1、一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；2、恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；3、以合法形式掩盖非法目的；4、损害社会公共利益；5、违反法律、行政法规的强制性规定。第1种情形属于当事人一方原因或过错所致；第2、第5种情形属于当事人混合原因或过错所致；第3、第4种情形有可能是属于当事人一方原因或过错所致，又有可能是双方原因或过错所致。本文案例中的合同无效即为第5种情形。那么，如何理解此种合同无效情形是因当事人双方的原因或过错导致呢？

笔者以为，一个法治国家的法律，是通过民主议定程序的民意上升成为国家意志的，体现了全体人民的共同利益。因此，法律必须被遵守是法治的基石，法律一旦公布于世，全体社会成员就负有学习、遵守与执行的义务，任何人不得以不知而不遵守，更不得以此为由在违反法律后借故逃脱惩罚。合同的效力是指依合同当事人意思表示所追求、并希望发生法律上的效果，合同当事人既然希望所签订的

合同受到法律保护，在订立合同时就应当知悉相关法律法规，以使其签订的合同符合法律法规的要求。如果当事人签订的合同因违反法律法规而导致无效，则视为当事人双方未遵守法律法规，从而证明双方都存在过错。

无效合同中赔偿条款类型

根据以上合同无效情形类型的分析，赔偿条款的类型应当有：1、有过错一方赔偿无过错一方的赔偿条款；2、无过错一方赔偿有过错一方的赔偿条款；3、有过错一方赔偿有过错一方的赔偿条款。当然，第3种情形还有过错程度大小之分。司法实践告诉我们，合同当事人在签订合同时，并不思考合同解除的效力问题，他们追求的是履行合同。即使在没有法律保护的情况下，当事人有时也会自觉履行合同而不管合同有效与否，如小产权房的合建与买卖等，合同当事人明知是无效合同，也明知小产权房的合建与买卖不受法律保护，但他们却像红了眼的赌徒，甘愿冒险交易。还有如赌场上的赌徒，明知赌博是违法行为，甚至有可能构成犯罪，但他们仍然将赌款如数奉送给赢赌者。这虽不能改变法官对合同无效的法律评价，以及对合同当事人存在的过错及过错程度的认定，但客观事实毕竟存在并在我们身边实际发生。

赔偿条款法律效力分析

有过错一方赔偿无过错一方赔



偿条款。我国《合同法》第58条明确规定，有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失。这证明有过错一方赔偿无过错一方的损失有法可依，应认定有效。

无过错一方赔偿有过错一方赔偿条款。我国《合同法》第7条规定，当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。第52条第（4）款也规定“损害社会公共利益”的合同无效。那么，什么是社会公共利益呢？笔者以为，所谓社会公共利益，应当是指为广大公民所能享受的利益，即不特定多数受益人能享受的利益。可具体表现为“维护国家安全、增加就业、增加税收、促进经济发展、改善环境、文物保护、公共福利等”。法彦有云，法律不得使违法者通过违法行为获利。违法行为人若以欺诈、隐瞒事

实真相等手段诱骗善意相对人与其签订合同，然后又通过解除合同获得赔偿，如果不依法认定其赔偿条款无效，无异于在鼓励违法，这必然会导致整个社会陷入法律危机，危害社会公共秩序与善良风俗。故必须将该类“损害社会公共利益”的赔偿条款认定为无效。

有过错一方赔偿有过错一方赔偿条款。依《合同法》第58条“合同无效或者被撤销后……双方都有过错的，应当各自承担相应的责任”之规定，若双方在均对合同无效存在过错的情形下签订了赔偿条款，符合“双方都有过错的，应当各自承担相应的责任”立法宗旨，故可认定为有效条款。当然，赔偿数额应与其过错责任程度相当，如若悬殊太大，当事人一方可依法申请撤销或变更。值得注意的是，申请撤销或变更的理由并非是对合同效力的错误理解，而是对赔

偿数额与其应承担之约定显失公平。

信赖利益的损害。信赖利益的损害包括所受损害和所失利益。所受损害又称直接损失，是指既有财产的减少，如缔约费用（如为签订合同而支出的交通费、咨询费等合理费用）、准备履约费用（如为房屋租赁而支付的租金等合理费用）、已付金钱产生的利息等。所失利益又称间接损失，是指既有财产本应增加而未增加的部分，包括因丧失了与第三人另行缔约的机会所产生的损失等。如时令性水果买卖合同被认定无效后，水果不再新鲜，卖主只能低价卖与他人，而低价出卖是由于丧失交易时机所致，故无效合同价和最终卖价之间的差距形成的损失可作为卖主的所失利益由买主赔偿。本案虽不涉及到信赖利益的损害，但信赖利益范围内的损害赔偿不必然是全额赔偿。即使是属于信赖利益，应否全额赔偿，也要结合案件的实际情形予以认定。如果缔约过程中支出的某些费用属于不缔约也要支出的费用，则不应得到赔偿。信赖利益损害赔偿也适用过失相抵规则。如果对于合同的未成立、无效或被撤销，受害人也存在过错的，受害人应根据自己的过错程度承担相应的责任。《合同法》第58条规定“双方都有过错的，应当各自承担相应的责任”即是对这一规则的具体体现。

综上所述，在合同无效情形下，并非所有赔偿条款均无效。司法工作者应根据合同无效的情形来分析判断和认定赔偿条款的法律效力。

职业病民事赔偿的诉讼程序

文 湖南公言（深圳）律师事务所 辛钧辉律师

“职业病民事赔偿”是指遭受职业病伤害的职业病病人在享受工伤保险待遇后，依照《职业病防治法》第五十九条及《侵权责任法》等民事法律向用人单位主张的侵权损害赔偿。

虽然《职业病防治法》第五十九条规定：“职业病病人除依法享有工伤保险外，依照有关民事法律，尚有获得赔偿的权利的，有权向用人单位提出赔偿要求。”但是由于以上规定对于“民事法律”未进行明确，对职业病病人的“权利”未进行细化，对向用人单位提出的程序未规定，导致实践中职业病病人依据以上条文主张民事赔偿时难上加难，全国不同的法院对于职业病病人关于职业病民事赔偿的案件判决结果亦是五花八门。暂且不讨论职业病民事赔偿案件实体判决的合理性，因法条中关于职业病病人主张职业病民事赔偿的程序未规定，在司法实践中不同的法官亦有不同的观点，使得职业病病人的职业病民事赔偿案件进入诉讼程序都存在困难。

本文将结合深圳市福田区维德法律服务中心援助的深圳地区两例职业病民事赔偿的个案，对职业病病人主张民事赔偿的程序进行交流。

案例介绍

【案例1】王女士在某电子公司

工作期间因接触含苯化学物质患白血病，后经深圳市职业病防治院诊断为职业性苯中毒，经深圳市人力资源和社会保障局认定为工伤，并经深圳市劳动能力鉴定委员会评定为劳动能力三级伤残。王女士在享受工伤保险待遇后认为公司在其患白血病一事上存在重大过错，故王女士根据《职业病防治法》第五十九条的规定诉请某电子公司承担残疾赔偿金、被抚养人生活费、精神抚慰金等民事赔偿。本案以劳动合同纠纷为案由，经过了劳动仲裁、一审、二审程序。

【裁判结果】本案由维德中心志愿律师代理仲裁、一审及二审程序，

结果法院以请求事项不属于劳动争议案件审查范围为由，对王女士残疾赔偿金、被抚养人生活费等民事赔偿诉讼请求不予支持。

【案例2】吴先生在某公司工作期间因长时间接触噪音导致听力受损，后经深圳市职业病防治院诊断为职业性轻度噪声聋，经深圳市人力资源和社会保障局认定为工伤，并经深圳市劳动能力鉴定委员会评定为劳动能力七级伤残。吴先生在享受工伤保险待遇后认为公司在其听力受损一事上存在重大过错，故吴先生根据《职业病防治法》第五十九条的规定以生命权、健康权、身体权纠



纷为案由直接向人民法院起诉, 诉请公司承担残疾赔偿金、被抚养人生活费等民事赔偿。

【裁判结果】本案由维德中心志愿律师代理, 法院认为本案诉争纠纷属于劳动合同纠纷, 不属于平等民事主体间的侵权纠纷, 故不属于人民法院受理民事诉讼的范围, 从而作出驳回起诉的裁定, 目前吴先生已对该裁定提起上诉。

争议焦点

从上述两个案例不难看出, 司法实践中对于职业病病人主张职业病民事赔偿的程序存在不同的观点。案例1中的法官认为职业病民事赔偿纠纷不属于劳动争议, 不应通过劳动争议程序处理; 案例2中的法官则认为职业病民事赔偿纠纷是履行《劳动合同》中产生的, 属于劳动争议, 应通过劳动争议程序处理, 不能直接向人民法院起诉。

律师评析

笔者认为, 职业病民事赔偿纠纷不属于劳动争议, 而是生命权、健康权、身体权纠纷。职业病病人可以直接以生命权、健康权、身体权纠纷为案由向人民法院起诉主张职业病民事赔偿应无异议。但是从有利于查清案件事实、节约司法资源、便于当事人的角度考虑, 人民法院对于职业病病人在劳动争议案件中主张的职业病民事赔偿诉求亦应当考虑可以一并处理, 理由如下:

在实践中, 职业病民事赔偿不属于《劳动争议调解仲裁法》第二条所列的争议范围, 职业病民事赔偿的主要法律依据为《职业病防治法》

第五十九条及《民法通则》、《侵权责任法》等民事法律中关于侵权的规定; 职业病民事赔偿的诉讼请求也主要为残疾赔偿金、被抚养人生活费、精神抚慰金等人身损害赔偿项目, 法院需要围绕侵权的构成要件进行审理并作出判决。故职业病民事赔偿纠纷不属于劳动争议, 而是生命权、健康权、身体权纠纷。职业病民事赔偿纠纷既然属于生命权、健康权、身体权纠纷, 那么职业病病人当然有权直接向人民法院起诉, 无需经过劳动仲裁前置程序。

职业病病人患职业病后与用人单位发生争议的, 不管是基于工资福利待遇的劳动争议还是职业病民事赔偿纠纷, 均是在履行《劳动合同》的过程中引发的。人民法院审理职业病病人提出的职业病民事赔偿项目时需围绕侵权的构成要件进行审理, 而劳动合同、职业保护、工作时间、工作岗位、职业病危害因素、工伤认定、劳动能力鉴定结论、工伤待遇核定等情况是事实认定的基础性证据材料, 故职业病民事赔偿纠纷与劳动争议紧密相关, 人民法院对职业病病人在劳动争议纠纷中一并提出的职业病民事赔偿进行合并审理, 更有利于查清案件事实, 减轻职业病病人及用人单位的诉累, 同时节约了司法资源。事实上, 根据《广东省高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》【粤高法发(2002)21号】第二十八条关于“劳动者被诊断患有职业病的, 除依法享有工伤保险外, 还可依照《民法通则》第一百一十九条的规定向用人单位请

求损害赔偿, 但该损害赔偿应扣除劳动者因职业病享有的工伤社会保险利益。人民法院受理劳动争议案件后, 劳动者根据上述规定向用人单位请求损害赔偿的, 人民法院可一并审理。”的规定, 广东省高级人民法院的意见也是认可人民法院可以对职业病病人在劳动争议纠纷中主张的职业病民事赔偿纠纷一并审理, 但因以上规定毕竟不是法律及司法解释, 所以造成在实践中有的基层法院不适用以上意见。

律师建议

虽然《职业病防治法》第五十九条规定了职业病病人除依法享有工伤保险外, 依照有关民事法律, 尚有获得赔偿的权利的, 有权向用人单位提出赔偿要求。但是如前所述, 因为该条文对于职业病病人主张职业病民事赔偿的诉讼程序未予明确, 导致实践中职业病病人的该项主张进入诉讼程序都出现困难, 从而出现案例1、案例2中的困境。

鉴于《职业病防治法》第五十九条在司法实践中争议比较大, 故建议在今后的立法或司法解释中对职业病民事赔偿的实体及主张程序进行进一步明确: 就职业病病人主张民事赔偿的主张程序而言, 应当允许职业病病人可以单独以生命权、健康权、身体权纠纷为案由直接向人民法院起诉; 同时, 应当规定人民法院在审理劳动争议案件时, 对于职业病病人在劳动争议案件中主张的职业病民事赔偿请求应当一并处理。

延伸阅读：我国职业病防治法律法规体系

一、法律

基本法——《中华人民共和国宪法》

专业法——《职业病防治法》

相关法——《劳动法》、《工会法》、《矿山安全法》、《妇女权益保障法》、《乡镇企业法》、《刑法》、《民法通则》、《建筑法》、《执业医师法》、《行政处罚法》、《行政复议法》、《行政诉讼法》、《国家赔偿法》。

二、条例

《尘肺病防治条例》、《使用有毒物品作业场所劳动保护条例》、《突发公共卫生事件应急条例》、《放射性同位素与射线装置安全和防护条例》、《工伤保险条例》。

三、部令规章

（一）职业卫生方面：《国家职业卫生标准管理办法》（卫生部令第20号）、《职业病危害项目申报管理办法》（卫生部令第21号）、《建设项目职业病危害分类管理办法》（卫生部令第49号）、《职业健康监护管理办法》（卫生部令第23号）、《职业病诊断与鉴定管理办法》（卫生部令第24号）、《职业病危害事故调查处理办法》（卫生部令第25号）、《职业卫生技术服务机构管理办法》（卫生部令第31号）、《深海石油作业职业卫生管理办法》（卫监督〔2005〕40号）、《建设项目职业卫生审查规定》（卫监督发〔2006〕375号）；

（二）放射卫生方面：《放射防护器材与含放射性产品卫生管理办法》（卫生部令第18号）、《放射事故管理规定》（卫生部、公安部令第16号）、《核设施放射卫生防护管理规定》（卫生部令第25号）、《放射诊疗管理规定》（卫生部令第46号）、《放射工作人员职业健康监护管理规定》（卫生部令第55号）；

（三）卫生部发布或卫生部与其他部委联合发布的规范性文件：《职业病危害因素分类目录》（卫法监发〔2002〕63号）、《职业病目录》（卫法监发〔2002〕108号

文）、《卫生部关于开展职业卫生技术服务资质审定工作的通知》（卫法监发〔2002〕309号）、《卫生部关于开展建设项目职业卫生审查有关问题的通知》（卫法监发〔2003〕135号）、《高毒物品目录》卫法监发〔2003〕142号、《卫生部关于开展建设项目放射卫生审查工作的通知》（卫法监发〔2003〕239号）、《卫生部关于进一步加强职业病诊断鉴定工作的通知》、卫法监发〔2003〕350号、《卫生部职业卫生技术服务机构资质审定工作程序》（卫监督发〔2005〕318号）、《卫生部关于加强放射卫生监督管理工作的通知》（卫监督发〔2005〕318号）、《卫生部关于职业卫生监督管理职责分工意见的通知》（卫监督发〔2005〕31号）、《卫生部关于实施〈建设项目职业病危害分类管理办法〉有关问题的通知》（卫监督发〔2006〕415号）、卫生部关于印发《关于加强卫生监督技术支持能力建设的意见》的通知（卫监督发〔2008〕9号）、《关于国家安全生产监督管理局（国家煤矿安全监察局）主要职责内设机构和人员编制调整意见的通知》（中央编办发〔2003〕15号）、《关于放射源安全监管部门职责分工的通知》（中央编办发〔2003〕17号）。

四、规范及标准

（一）技术规范《建设项目职业病危害评价规范》、《作业场所空气中有害物质监测的采样规范》、《作业场所空气中有害物质监测方法》、《职业健康监护技术规范》等；

（二）标准《职业病防治法》颁布实施以来，我国已制、修订各类职业卫生标准，例如《工业企业设计卫生标准》、《工作场所有害因素职业接触限值第1部分：化学有害因素》、《工作场所有害因素职业接触限值第2部分：物理因素》等636项，职业病诊断标准95项，放射卫生防护标准82项，放射性职业病诊断标准35项。

邹旭东：“门外汉”推着律师“下了海”

文 特约记者 郑健阳

1995年，51岁时任市政府办公厅副主任的邹旭东被任命为深圳市司法局局长。从1991年到2000年，这位自称“稳重有余，冲劲不足”的老局长却顶住了各种压力，做出了深圳司法史上的大胆举措——推行律师体制改革。如今，我们走近邹旭东，看到老人还保留着当年严谨而整齐的工作笔记，和老人一起温习了那段压力重重却影响深远的激情改革岁月。

初次改革方案受阻

“门外汉”决定“先行一步”

上世纪八十年代，深圳的律师体制改革曾经走在全国的前面，成立了第一个律师顾问处、第一家律师事务所、第一家合作律师事务所、第一家个人律师事务所，而多数律师事务所还是公办的，虽然自收自支，但分配方式还是“吃大锅饭”，律师的编制始终属于公务员，这严重阻碍了律师行业的发展。

1991年，邹旭东刚到任深圳市司法局局长时，就有律师找到他，要求成立合作制律师事务所。在邹旭东的想法中，“公务员”律师已经无法满足深圳的经济发展，他认为律师行业改革的时机已经来临，律师体制改革的想法也在他脑中酝酿发酵。

采访中，邹旭东屡屡提到了时任深圳市司法局局长助理兼律管处处长郭星亚，郭星亚在当时也是一名兼职律师。1992年，邹旭东和郭星亚进行了深入的工作交流，开始谋求律师管理制度的改革之路，随后郭星亚负责起草了具体的改革方案，目标是实行全面改革，让全体律师成为不占国家编制的社会法律工作者。

1992年底，主管律师工作的司法部副部长来深考察，邹旭东汇报了改革构想，该副部长并未做出明确的回答，反而含糊其辞地表达了改革“有自由化的思想倾向”，但这并未阻却深圳律师体制改革的动力和决心。



1993年春节刚过，郭星亚在内的深圳市司法局一行4人就怀揣着改革方案来到北京，试图寻求司法部的支持。可是，此行无功而返，改革只能被迫暂停。据邹旭东的爱人回忆，改革受阻，邹旭东整夜整夜地抽烟，“作为支持改革的领导，邹局长面临着很大的政治风险。”郭星亚清楚地知道邹旭东的处境。

1993年6月，邹旭东带领律师赴日本考察。此前，他谦虚认为自己是“门外汉”，而通过这次考察，他第一次了解了国外律师行业的情形。回国当天，他先抵达北京，时任全国律协秘书长吴明德前往首都机场接机。邹旭东获悉，在全国司法厅(局)长会议上，新上任的司法部部长肖扬提出，司法行政改革重中之重就是律师制度的改革。在北京的两天，邹旭东“吃透”了肖扬部长提出的律师体制改革内容，脑子里形成了改革的基本框架。回到深圳，邹旭东马上召开党组会议，传达了会议和文件精神，研究改革方案，虽然省司法厅还没有贯彻方案，但邹旭东决定，“先行一步”。

深谙改革步伐 改革有难题 迎难而上

在做出了“先走一步”的决定后，深圳律师体制改革的

“

三个月后，他们再一次制定了律师体制改革的方案，秉持“让律师发挥个人的才能，把律师队伍壮大起来”的原则，坚持三个有利于：有利于壮大律师的队伍，有利于培养高素质律师人才，有利于满足提高深圳律师的服务，为深圳特区经济的发展做出贡献。在邹旭东看来，满足这三个“有利于”，改革之路应该就没有太多险阻。

步伐“停不下来”。党组会以后，郭星亚和另一位当时在司法局挂职局长助理的司法部官员一起进行调查研究工作，广泛征求律师意见。三个月后，他们再一次制定了律师体制改革的方案，秉持“让律师发挥个人的才能，把律师队伍壮大起来”的原则，坚持三个有利于：有利于壮大律师的队伍，有利于培养高素质律师人才，有利于满足提高深圳律师的服务，为深圳特区经济的发展做出贡献。在邹旭东看来，满足这三个“有利于”，改革之路应该就没有太多险阻。

这次，由邹旭东亲自带队，郭星亚他们一行再次进京。“就这么干。”时任司法部部长肖扬的回答让邹旭东一行落下了心头大石，改革方案得到了司法部的认可。

邹旭东回忆，改革方案中有几个问题比较棘手：现有律师事务所的财产如何处理？律师是有编制的，辞职如何处理？律师的住房如何处理？有的律师已经分了房，要如何处理？司法局很多经费是靠律师上交的收益解决，改革后司法局的经费如何结局？

这些都是在当时其他行业未曾遇到的情况，“深圳前十年的改革我很了解，如果什么都等到条件成熟，那时改革的时机就过去了。”邹旭东不悔自己当年的迎难而上。

然而，仅司法局经费问题就震荡了整个珠三角的司法圈。不少基层司法局担心，基层司法局的收益就只有“两只手”，“一只手”是公证处来的收益，“另一只手”是律师事务所上交的收益，律师体制改革就是砍掉其中“一只手”，他们担心广东省实施这方面的改革，纷纷向省司法厅反应问题。省司法厅的领导来到深圳了解律师改革的情况，担心改革影响到珠江三角司法局的稳定。为此，邹旭东“汇报了一个钟头，希望省司法厅让我们来改革，有什么风险，我们能处理好，但是我也不会要求或建议其他市的司法局律师如何改革。”听到他这样说，省司法厅的领导没有多说，让他们按照自己的想法去改革。

在考虑到整个改革环境，邹旭东对

这几个棘手问题进行了对应的处理。比如在财产处理方面，除了固定资产、汽车、现存资金归司法局，其他的办公用品都归律师事务所所有。改革当年，律师个人的收费除了上交部分费用，其他的收益可作为办新所的费用。让邹旭东印象深刻的是，郭星亚作为兼职律师，

”

当年的收益有100多万，但郭星亚决定“下海”时，把全部收益交到司法局。另一个问题是律师辞职，由于没有先例，经共同商定，“只要向司法局辞职就可以了”，这成为了一个不成问题的问题。最后一个问题：老律师怎么办？“暂时不想参加合伙制的，就留在深圳市律师事务所来过渡，等到他们愿意办所的时候才去办，或是安排去机关、律师管理处，以后就按照国家工作人员退休。”邹旭东说。

就这样，300多名律师被赶到市场经济的大海中去游泳，市司法局也不给救生圈。1993年12月23日，广东省司法厅批准深圳成立首批13家合伙所。同年底，深圳合伙制律师事务所由原来的13家发展到30多家，一个由合伙制律师事务所作为主要的法律服务市场主体的新格局形成了。

创下多个第一的深圳法援

律师体制改革完成后，邹旭东还研究了律师管理问题，1995年，深圳出台了全国第一部律师行业地方性法规——《深圳经济特区律师管理条例》，全面推进合伙制模式。

邹旭东还研究法律援助等问题。深圳是我国改革开放的窗口，经济发达、外来工较多，建立法律援助制度不仅十分必要，任务也非常艰巨。为了让更多有需要的困难群众认识、了解并受益于法律援助，邹旭东上任后主抓的重点工作之一就是大力宣传，让法律援助人人皆知，家喻户晓。

“虽然退休多年，但是我一直关注深圳律师业的发展，深圳律师从小到大，从弱到强，社区律师做到了全覆盖，深圳企业和老百姓都感受到了律师在依法治市中的作用，深圳律师为深圳走向法治社会，营造良好的法治环境发挥了不可或缺的作用。”邹旭东最后说道。



绿茶网
Lawcheck

该活动由绿茶网赞助支持

透过《老炮儿》呼吁设立中国电影分级制度

文 广东赢乐律师事务所 赵波律师

电影作为一种重要的艺术表现形式，是都市生活中很重要的组成部分。它作为时下一种比较流行的消遣方式，几乎渗透到各类人群中，尤其是青年和青少年人群。从艺术的角度而言，所有的电影题材都值得推崇和支持。百家争鸣，才更有利于电影业的发展。但是，有些电影并不适合所有人群观看，如不久前热映的《老炮儿》。影片大致讲述的是曾经风光京城的北京老炮儿六爷之子晓波与官二代小飞因女友扯上是非。为了救儿子，六爷重出江湖，引发的一场戏。作为一部商业电影，《老炮儿》无疑是成功的，有口碑，有观众，最重要的是有票房，但它却并不适合所有人群观看。影片中除了有不雅镜头、脏话外，还自始至终充斥着对暴力的崇尚。作为一名法律人，观影之余，笔者想谈谈这部电影中部分情节涉及到法律层面的事儿。同时，借此呼吁健全我国电影业的立法及设立电影分级制度。

六爷与话匣子的关系在法律上的依据

根据我国《民法》中的规定及相关司法解释，近

亲属是指配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。那么从法律的角度，电影中话匣子和六爷的关系顶多算同居关系或临时姘居关系，并不属《婚姻登记管理条例》的保护范畴。在六爷生病住院之时，当医生告知做不做手术由家属决定时，话匣子几乎是冲口而出作出了“做”的回答，定位了她作为六爷“配偶”的角色。但是根据我国现行法律，她的这种定位是毫无意义的。即使她与六爷有不是亲人胜似亲人的关心和亲密，依然缺乏法律层面的依据。所以这也警醒很多同居的男男女女，正确定位自己在这种关系中的身份。虽然根据某些因素，同居关系也有法律层面的保护，但是却在《婚姻法》的保护范畴之外。

晓波故意划车涉嫌故意毁坏财物罪

影片中小飞因为晓波“抢”其女友而出手教训，引发晓波的不满，故意划伤小飞的法拉利跑车。根据《刑法》第二百七十五条：“故意毁坏公私财物，数额较大或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大或者有其他特别严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑。”影片中小飞提及赔偿金额为10万元人民币。按照我国《刑法》的相关规定，晓波无疑触犯了故意毁坏财物罪，是应该负刑事责任的一种违法行为。

小飞限制晓波自由涉嫌非法拘禁罪

根据我国《刑法》第二百三十八条：“非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。具有殴打、侮辱情节的，从重处罚。犯前款罪，致人重伤的，处三年以上十年以下的有期徒刑；致人死亡的，处十年以上有期徒刑。使用暴力致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规



定定罪处罚。为索取债务非法扣押、拘禁他人的，依照前两款的规定处罚。”影片中小飞控制晓波人身自由以期得到划车赔偿，这无疑是一件不可取的违法行为。同时在拘禁期间，小飞一伙儿对晓波还有殴打情节。上述构成非法拘禁罪的成立要件，并且应当从重处罚。

小飞等人的飙车活动涉及危险驾驶罪

电影中，六爷为了寻找儿子晓波，跟随小飞“飙车党”其中一员，驾驶机动车在公路上追逐竞驶。根据我国《刑法》第一百三十三条之一“在道路上驾驶机动车追逐竞驶，情节恶劣的，或者在道路上醉酒驾驶机动车的，处拘役，并处罚金。”显然，小飞等人触犯的是危险驾驶罪。同时，该法条提到有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。由此可见，飙车是一种高度危险的违法行为。在机动车日渐普及的今天，文明驾驶不仅是文明守法的要求，也是对自身以及他人生命的尊重与爱惜。

剧中“约架”涉嫌聚众斗殴罪

关于“约架”，北京的规矩是，人死为大，只要人死了，所有人放下刀，放下枪，对方赢了。剧中六爷因“鸟被摔死，儿子被伤”约架，按照“江湖规矩”，六爷照章办事，无可厚非。但在一个法治国家，这无疑是不被允许而且明令禁止的。无论是《治安管理条例》，还是《刑法》第二百九十二条中关于聚众斗殴罪的相关规定，“约架”违法均有迹可寻。所不同的是，情节轻微则受治安处罚，重则触犯《刑法》，根据情节不同追究相应的刑事责任。

当然，电影中所涉及到的法律问题远不止这些。比如六爷为了板车扇执法人员的耳光涉嫌妨害公务罪，龚叔等人把晓波打成重度脑震荡涉嫌故意伤害罪……不过，说到底电影只是一种艺术创作。我们在“评头论足”的同时，更应该去思考我国当下的电影制度。

美国早在二十世纪二十、三十年代，就有一部《海斯法典》作为电影审查的依据；英国从1909年开始通过立法对视听产品实行审查分级制度，而这一制度如今已经非常

完善。然而，在中国电影业飞速发展的今天，迄今为止并无任何关于电影方面的成文法典。2015年9月15日的常务会议通过《电影产业促进法（草案）》，这意味着电影立法有望得到实现，但是我国的电影法制建设依然还有很长的路要走。

随着电影业法制化进程的推进，“电影分级制度”作为这一大制度下的行业规范性条文，也将取得突破性进展。中国政府2001年颁布《电影管理条例》，规定“国家对电影摄制、进口、出口、发行、放映和电影片公映实行许可制度”，以及“国家实行电影审查制度”，后者列举电影禁止载有十种内容，并规定了剧本和影片审查的主要办法。2004年，广电总局通过《电影剧本（梗概）立项、电影片审查暂行规定》，对此进行细化。这些构成了电影分级审查的法规依据。但是这种“一刀切”的方式，依然达不到“老少皆宜”的目的。

在观看《老炮儿》的影厅里，随处可以看到身着校服的高中生或者携带孩子观影的父母。在播放六爷与话匣子在大白天亲热的镜头时，不知道观影的高中生作何感想；放映时耳边回荡的那些带脏话的台词儿，不知道今后会不会成为观影小朋友的口头禅；在六爷与三儿欢喜“约架”，试图快意恩仇时，那种豪情范儿，连我都为之侧目。而这，会不会被观影少年们认为是一种时髦，从而争相效仿呢？电影中所反映的思想，对于价值观已经形成的成人来说，影响较小。但是作为价值观正在形成中的青少年来说，这种影响力可能是致命的。

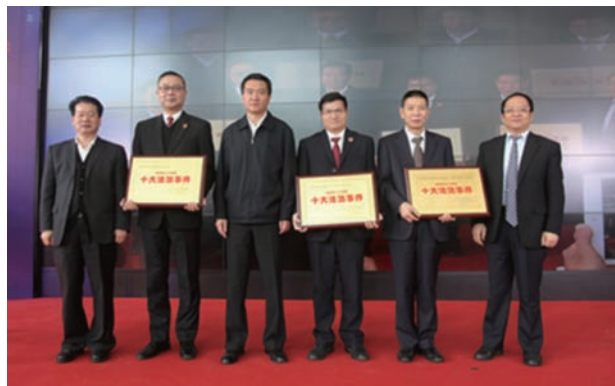
电影分级制度作为电影业发展的一种必然趋势，很多国家的电影管理实践证明了它的合理性。无论从保护作品的完整性角度，保护儿童的角度，引导消费者的角度，还是增加成人观影自由度的角度，它带来的益处是显而易见的。所以，电影分级制度不仅是细分观众和指导观众消费的标识，也是一种积极的管理策略。尽管中国电影业正处于一个史无前例的繁荣时代。但如果没有法律的保障，这种繁荣将会是一场虚假繁荣。而如果没有“分级制度”的保驾护航，国内电影业也只会与国际电影舞台渐行渐远。所以，让我们翘首以盼“电影法”和“电影分级制度”的诞生。

2015年深圳十大法治事件揭晓

深圳律师进驻最高院第一巡回法庭担任志愿者入选



“十大法治事件”评选结果揭晓



高树会长代表深圳市律师协会领奖

为展现深圳建设一流法治城市的特色和亮点，弘扬法治正能量，在全社会倡导崇尚法治、践行法治的浓厚氛围，2015年12月20日，由中共深圳市委政法委员会、深圳市依法治市领导小组办公室、深圳市法学会主办，深圳报业集团和深圳广电集团协办的深圳2015年“十大法治事件”评选活动正式启动。

评选活动历经宣传发动、推荐提名、初步评选、公布候选、网络投票、最终评定等环节，组建了由法学专家、人大代表、政协委员、市民代表等19人组成的专业评审委员会，最终结果由专业评审结合网络投票进行确定。活动共收到24家单位推荐的53件事件，涵盖立法、法治政府、司法、法治社会建设等方方面面，每一件都是深圳2015年法治进程中的

重要缩影，都是砥砺前行的法治力量。

2016年2月29日下午，评选结果在广电集团南大礼堂揭晓。我会申报的“深圳律师进驻最高院第一巡回法庭担任志愿者”入选“2015年度深圳市十大法治事件”。同时，受深圳市中级人民法院委托，由我会联合中国社会科学院作为独立第三方对深圳市中级人民法院执行工作进行评估；深圳市人大常委会在我会设立立法调研基地两项工作也同时入选“2015年度深圳市十大法治事件”。

高树会长认为深圳市律师协会申报和参与的项目在结果中十有其三，标志着深圳9500余名律师在法治进程中已有所为，也表明促进法治与提升律师行业水平和影响力可以齐头并进，相得益彰。

2015深圳十大法治事件名单

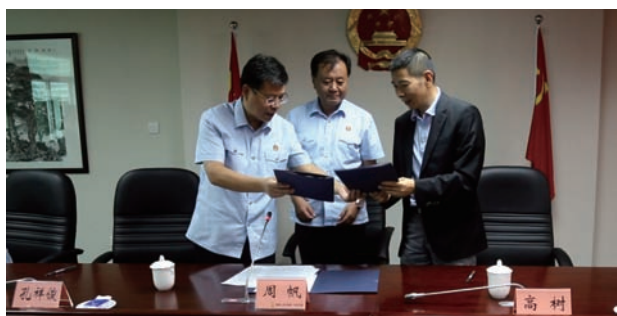
- 1.市人大常委会在市律师协会设立立法调研基地
- 2.深圳推行“拉链式”交替通行方式
- 3.深圳重特大疾病补充医疗保险落地实施
- 4.罗湖首创征信查违执法新机制
- 5.奔驰召回价值11亿元豪华汽车
- 6.深圳法院率先破解“执行难”
- 7.“史上最瞩目老鼠仓案”尘埃落定
- 8.深圳律师进驻最高人民法院第一巡回法庭担任志愿者
- 9.国家级法律查明“一中心两基地”落户深圳前海
- 10.深圳“法治地图”上线

搭建最高法与深圳市民的沟通桥梁： 深圳律师进驻最高人民法院第一巡回法庭担任志愿者

为有效化解社会矛盾，减少群众诉累、节约司法成本，最高人民法院第一巡回法庭与深圳市律师协会签署《关于建立良性互动工作机制的备忘录》，在最高人民法院第一巡回法庭设置律师志愿服务工作室，由市律协选派律师值班。志愿律师以其专业的法律知识无偿指导有需要的当事人进行诉讼活动，利用第三方的身份参与到诉讼调解当中，促进司法公开、公平和公正。同时，市律师协会制定严格管理办法，明确志愿律师不得代理来访案件。截至2015年12月31日，已经有147名深圳律师参与志愿服务。



《关于建立良性互动工作机制的备忘录》签署仪式



孔祥俊副庭长与高树会长代表双方签署《备忘录》

【事件回顾】2015年7月27日上午，最高人民法院第一巡回法庭与深圳市律师协会在最高人民法院第一巡回法庭签署了《关于建立良性互动工作机制的备忘录》。孔祥俊副庭长、高树会长分别代表双方在《备忘录》上签字，标志着两家单位向着推动司法体制改革，有效促进司法公正、透明，构建良性互动工作机制，共同维护社会公平正义又迈进一步。

《备忘录》本着增加彼此理解、尊重和认同的原则，以建立良性互动工作机制为目的，内容包括召开定期联席会议、开展双向业务交流、律师参与涉诉信访案件调处以及日常联络机制等。同时为了有效化解社会矛盾，减少群众诉累、节约司法成本，《备忘录》还明确了最高院第一巡回法庭在诉讼服务大厅设置“律师志愿者服务工作室”，配备独立办公室以及配备日常办公设备，深圳市律师协会每周一、二、四、五选派2名业务经验丰富的律师全天候值班。《备忘录》签署后，协会在网上公开征集报名，经过筛选最终确定了200余人的志愿律师名单。



志愿律师接待当事人咨询

为规范派驻最高人民法院第一巡回法庭志愿律师工作，推进志愿律师提供高效优质服务，8月6日下午，市律协在多功能厅举行了最高院第一巡回法庭志愿律师团成立启动仪式暨培训交流活动，会议邀请了最高院第一巡回法庭信访中心主任梁向阳出席了启动仪式并为200余名参会志愿律师进行了专项培训。同时，协会还出台《派驻最高人民法院第一巡回法庭志愿律师管理办法》。律师进驻最高院第一巡回法庭担任律师志愿者是推进法律职业共同体建设的有益探索，是律师参与社会治理的有效途径，是律师履行社会责任的样板工程。



市律协开展派驻最高院第一巡回法庭志愿团律师专项培训



该项工作是律师参与社会管理、履行社会责任、以法治思维谋划推进新型法律职业共同体建设的重要体现和生动实践。2016年1月15日，孟建柱书记走近最高人民法院第一巡回法庭律师志愿者工作室，高度肯定深圳律师参与“律师志愿者服务工作室”工作，感谢律师积极为群众提供法律服务，并勉励我市广大律师充分发挥职能作用，为深圳法治城市建设做出更大贡献。

【入选理由】仰望家门口的最高人民法院，深圳市民几多期许、几多诉说，第一巡回法庭立足深圳放眼全国，以最权威的司法裁判回应社会关切。

深圳律师深刻理解法治精髓与社情民意，通过向第一巡回法庭派驻志愿律师，搭建起深圳市民与最高人民法院的沟通桥梁，绘就了一幅司法机关、律师群体和市民群众理解、沟通与共治的完美画卷。



“律师志愿服务岗”主要工作职责：

（一）现场咨询。为有需要的当事人提供针对现行法律法规、法院审理程序的专业咨询和说明，告知当事人相应的诉讼权利和义务。

（二）引导协助。引导当事人填写和准备起诉、上诉、申请执行、申请再审等立案表格、文书及证据材料。

（三）化解矛盾。通过对当事人的法律释明、劝说沟

通、人文关怀等方式，初步化解当事人对法院的各种意见和矛盾。

（四）调解和解。在国家法律法规、政策的框架内，充分尊重当事人的真实意愿的前提下，以事实为依据进行调解。

（五）其他相关工作。

执行工作哪家强？第三方说了算： 深圳建立第三方对法院执行工作评估制度



执行工作是人民法院的一项重要工作，是将法律文书上的权利变为现实的过程。执行工作好不好，关系老百姓的切身利益。受深圳市中级人民法院委托，深圳市律师协会与中国社会科学院作为独立第三方对深圳市中级人民法院执行工作进行评估。经过科学、周密、详尽的调查和评估之后，2016年1月6日，独立第三方在北京召开新闻发布会，公布《基本解决执行难评估报告——以深圳市中级人民法院为样本》，该报告已纳入国家智库，对推动解决执行

难问题，建设法律职业共同体均有重要意义。

【入选理由】执行工作是司法审判的最后一公里，这一公里的成效关系着司法的整个进程。深圳法院勇为人先，锐意改革，创新工作机制，以信息化的手段破解执行难问题。同时，主动接受监督，引入学术机构和律师界作为独立第三方进行工作评估，既生动体现了深圳法治建设的进步，也标志着法律职业共同体建设迈上新台阶，树立了“基本解决执行难”的全国范本。

建立科学立法、专业立法新模式： 市人大常委会在市律师协会设立立法调研基地



为落实人大主导立法，多方参与立法，促进科学、民主立法，充分发挥人民团体和社会组织在立法协商中的作用，2015年4月24日，市人大常委会在市律师协会设立立法调研基地。经公开遴选，34名律师成为立法调研基地首批法律专家，参与立法调研、论证、评估等工作。调研基地成立后，共对《深圳经济特区生态文明建设条例（草案）》、《深圳经济特区碳排放管理若干规定（草案）》等6个立法草案进行了调研，提出了针对性的修改意见。立法调研基地进一步调动和拓展了社会各界力量参与人大



立法工作的积极性，有效提升了立法质量。

【入选理由】立良法于天下，则天下治。法治深圳，立法先行。立良法，良立法，深圳从未停止创新的步伐。在市律协设立立法调研基地，是深圳市人大推动科学立法、民主立法的创新举措，通过广开言路、虚心纳谏、开门立法，将人民的呼声和意愿传达上来，将法治的理念传播下去，以开放的姿态凝聚法治建设的最大公约数。为立良法、良立法不断创新进取，深圳法治建设必将迈上新的台阶。



亿元级 互联网法律服务平台



lawcheck.com.cn

扫描关注绿茶网订阅号

