

SHENZHEN LAWYERS



深圳律師

非常视线 专业见解

法治的力度与温度

本期杂志将关注近期的舆论焦点——北京流浪猫伤人案，从学者和律师的不同角度解读案情。我们对法律思考不会止步于此案，也不会囿于侵权责任法，期待真理越辩越明，希望在思辩中寻得法治的力度与温度的和谐统一，让现代法治闪耀璀璨的光芒。

房市调控缘何变“空调”

营改增试点对律师业的影响及对策



NO. 45

2013年第2期 深圳市律师协会主办 1661236829
法人杂志社协办



弘扬改革创新精神 助推行业快速发展

——深圳市第八届律师代表大会第二次会议剪影

3月30日，深圳市第八届律师代表大会第二次会议在深圳市市委党校举行。大会高票通过了市律协第八届理事会和监事会2012年度工作报告、财务预算报告草案、财务决算报告草案及《深圳市律师协会章程（修改意见草案）》。全市300多名律师代表、特邀代表出席会议。务实高效、厉行节约的会务作风得到与会代表的高度评价。



大会全景



认真阅读会议材料的律师代表们



代表填写选票



代表投下神圣的一票



监票人检查票箱



监票人监督计票过程



汇总计票结果

法治的力度与温度

文 深圳特区报社评论部主任 鲍传文

北京流浪猫伤人案件的二审判决几成经典，不仅让法律界人士称赞，也引发社会各界的持续关注和讨论。这种效应表明，一个优秀的判决，本身就是很好的普法教育。

有人声称从判决中看到了彭宇案的影子。但显然，前者调节的是公民个人的公益行为与公共利益之间的矛盾，而后者不仅存在事实认定的困境，所调节的矛盾也迥然不同。在流浪猫案件中，乔某出于爱心投喂流浪猫，但因这一行为忽视了对公共利益的潜在伤害（在本案中变成了现实），仍需按照行为本身导致的结果来承担匹配的责任。案件的判决力求在公益与公共利益之间寻求最佳平衡。从社会学角度来看，此案的判决提供了观察现代社会多元管理的一些原则性视角。

任何公益行为，不能以损害他人和公共的利益为前提。两个“公”字纠缠到一起，怎么办？法律向矛盾不可调和处砍下了决定性的一刀。但这一刀，既要能将纠缠在一起的矛盾双方据法据理地拉开，也不应损害双方所共同蕴含的公义，因而必须兼具力度与温度。

乔某公益行为之“公”，体现在对流浪动物的爱心上。这是社会正能量的体现，也是判断一个社会进步与否的重要指标。流浪动物问题的解决，光靠政府是不行的，公民的投喂乃至收容行动，不仅体现爱心，也有助于解决这一问题，无疑是值得嘉许的。本案二审判决书专门用一段话说明法官对流浪动物的观点，即尊重它们的生命，人道地对待流浪动物。这些本应是社会评价的态度，经由法官之口表达出来，我们当然乐见这种法治进步与社会进步的同步性。

投喂流浪猫不择场合，造成了对肖某的实际伤害。由于投喂行为是在行人密集的公共场所进行的，流浪动物的聚集有可能导致伤害事件，肖某受伤虽说是偶然，但仿似也是必然，其权利主张从这一意义上来看也具有相当的公共性。法官认定乔某的投喂行为负有一定责任，除了投喂与肖某受伤有关联外，也因为乔某的行为违反了公共利益共同负责的原则，在未经其他主体授权的前提下贸然致使危险动物聚集。无论是哈贝马斯的公共空间理论，抑或是奥斯特罗姆所倡导的多元共治理论，都一如既往地贯彻权利、责任对待的法治精神，而反对不经“民主”协商导致公共伤害的事情发生。

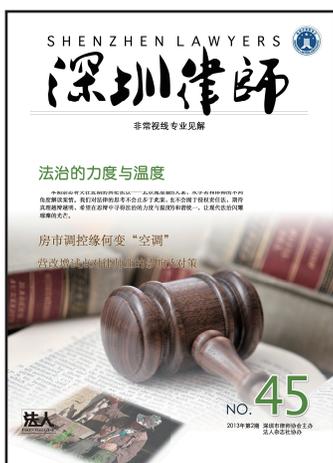
法治的力度，是法律权威性的体现；法治的温度，则渗透对生命的体认。两者兼具，现代法治才能闪耀人性的光芒。



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

视线 VIEW

P4-P7

- ◎ 新刑法司法解释不利于保护受害人
- ◎ 著作权法修改之“延伸管理”利弊兼有
- ◎ 司法的权威必须得到尊重
- ◎ 买房须避踩“地雷”
- ◎ 处置无人继承遗产的四个建议
- ◎ 凤凰古城收取门票行为涉嫌欺骗
- ◎ 网上购物要索取正规发票
- ◎ “假离婚”有高风险

热点 HOTSPOT

P8 情与法的博弈



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 张春丽 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

P9 庭审直击：流浪猫伤人案终审判决书

P11 流浪猫伤人案二审判决答疑

P12 流浪动物致害时
投喂人的侵权赔偿责任

P14 浅议北京流浪猫伤人案
——以“先前行为衍生作为义务的不作为”为视角

P17 人性法治当道 如何容纳流浪猫

论道 DISCOVERY

P19 房市调控缘何变“空调”

P23 前海深港现代服务业合作区
法律适用刍议

P26 从唯冠律师费争议谈律师维权困境

实务 PRACTICE

P28 营改增试点对律师业的影响及对策

P30 青年律师如何赢得和维系客户

P32 企业对员工的罚款权何去何从

拍案 CASE AND EXAMPLES

P35 “一比多”商标侵权案的法律分析

P37 农民房租赁合同中的法律风险分析

人物 PROFILE

P40 坚持的力量

生活 LIFE

P42 理发

P43 人心是块田

P44 一片冰心在玉壶



资讯 INFORMATION

新刑诉法司法解释不利于保护受害人

作为新刑诉法的配套司法解释，最高人民法院于2012年12月28日颁布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》（以下简称新解释）对物质损失作了明确规定，即：“犯罪行为造成被害人人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支付的合理费用，以及因误工减少的收入。造成被害人残疾的，还应当赔偿残疾生活辅助费等费用；造成被害人死亡的，还应当赔偿丧葬费等费用。”不仅如此，该司法解释同时还规定“被害人或者其法定代理人、近亲属在刑事诉讼过程中未提起附带民事诉讼，另行提起民事诉讼的，人民法院可以进行调解，或者根据物质损失情况作出判决。”

（综合媒体报道）

该司法解释不仅把常见涉及人身损害诉讼的精神损失排除在赔偿范围之外，还把残疾赔偿金、死亡补偿费、被抚养人生活费等内容排除于刑事附带民事诉讼和因刑事赔偿而另外引起的民事诉讼的赔偿范围，大大减轻了被告人的赔偿责任。该司法解释到底依据什么法理？难道是因为刑事案件的被告人要负刑事责任？可是被告人负刑事责任的核心原因是因为被告人的行为具有社会危害性，而不仅仅只是对被害人进行了侵害并造成了损害后果。

笔者认为，新司法解释对受害人不公平，一方面是不利于鼓励与犯罪作斗争，打击犯罪，另一方面会加剧社会的不安全感。在具体刑事附带民事诉讼或因刑事赔偿另行提起的民事诉讼的个案中，将可能出现如下四个方面的问题：

一、虽然犯罪行为一样，但由于案件性质不同，造成了同命不同价的不公平结果，即被害人受到损害更重的刑事侵害反而赔偿远远低于民事赔偿。

二、在案件的调解中，将可能出现刑事案件的罪犯底气要远远高于一般民事侵权中侵权人，给社会带来正不压邪的错觉。

三、在预计到刑事犯罪人应赔偿的数额极少的情下，社会上很多潜在的见义勇为者在面对犯罪时将可能保持沉默退让，放任自流。

四、刑事案件附带民事赔偿数额少，其有限的赔偿金将使受害人及其被抚养人长期处于生活困难当中，被害人及其相关人员的悲愤难息，将会助长社会上对法律的不信任感，孳生“以牙还牙，以暴制暴”同态复仇的思想。

（广东融关律师事务所 濮庆律师）

著作权法修改之“延伸管理”利弊兼有

2012年3月31日，国家版权局通过国家版权局和新闻出版总署官方网站公布《中华人民共和国著作权法》（修改草案），公开征求社会各界意见和建议。该草案引起多个行业团体尤其是音乐圈的强烈反对，其中包括第60条、第70条两个条款引起了较大的争议。

（综合媒体报道）

著作权是排他性权利，从理论上说，除了符合“合理使用”的免费表演之外，任何人要公开表演著作权人的作品，都需要向著作权人缴纳许可使用费；但是，事实上，著作权人个人本身很难去发现在全国范围内谁在何时何地表演、传播自己的作品，而表演者、传播者也难以去就一个个的作品去找到著作权人获得许可，这就需要有一个组织在著作权人与著作权使用者之间作为中介以完成上述交易，著作权集体管理组织因此应运而生。

根据现行《著作权集体管理条例》的规定，著作权集体管理组织只能代表加入了它的会员来行使权利，比如说音乐著作权人可以参加中国音乐著作权协会，授权这个集体管理组织来代表他行使权利，也可以不加入该协会，自己行使权利。而这次修改草案的第60条、第70条两条规定，使得一家已取得权利人授权，并能在全国范围内代表著作权人利益的集体管理组织，可以同时代表没有加入它的会员来行使权利，这在法律上称为“延伸管理”。

延伸管理的规定剥夺，或者说是极大地限制了著作权人的许可权和定价权，使著作权私权“公权化”。没有延伸管理的规定，著作权人可以根据著作权集体管理组织是否能够真正维护自己的权利而选择加入或退出该集体管理组织；著作权集体管理组织如果收支、分配不透明、不公平，著作权人宁可选择不收费，这对普通消费者来说也是有益的，还可以继续享用免费的午餐。有了第60条、70条的规定，权利人虽然可以声明不由著作权集体管理组织管理其著作权，但当其著作权被侵犯而发起维权诉讼时，最多也只能按照著作权集体管理组织的使用费标准来获得赔偿，而这可能连支付维权费用都不够。

延伸管理的规定，从长远来说，对著作权人、唱片公司、著作权集体管理组织来说都是有利的。因为，这样会把蛋糕做大，分多分少通过多方的博弈慢慢会达到一种平衡，只是对于普通消费者来说，则意味着免费的午餐是越来越远了。

（广东诚公律师事务所 杨宏海律师）



司法的权威必须得到尊重

曾轰动全国的山西省煤炭行业两大巨头山西金业煤炭焦化集团有限公司（以下简称“金业集团”，董事长张新明）和沁和投资有限公司、沁和能源集团有限公司（以下简称“沁和能源”，董事长吕中楼）战略合作及股权转让纠纷随着最高法院的一纸判决尘埃落定。一场雄心勃勃的晋煤格局重组行动因“祸”起股权转让对价不等，以回归原点的形式落下帷幕。

（综合媒体报道）

2012年10月中华人民共和国最高人民法院的（2011）民二终字第76号《民事判决书》分别送达了张新明和吕中楼。最高人民法院的终审判决，在送达当事人后即发生法律效力。然而，判决后一些网站就出现了名为《百亿矿山争夺战：升值100亿，夺回可净赚60亿》、《法学界热议“百亿矿山争夺战”》等文章，批判最高人民法院的最终判决，认为最高法院偏袒山西金业煤炭焦化集团。有的文章只差没有说出山西金业煤炭焦化集团董事长张新明与最高法院存在利益关系了。这样的文章缺乏客观性与公正性，是对我国最高司法机关权威的严重挑衅，值得警惕。

众所周知，我国的审判制度实行两审终审制。百亿矿山之争一案最高人民法院已有终审定论，作为当事人，特别是败诉人，依然有法律救济途径——可以依法申请再审，最高人民法院可以决定再审，最高人民检察院可以抗诉提起再审。一个确定的判决，包含形式效力和实质效力：形式效力包括判决对法院的拘束力和形式上的确定力；实质效力包括判决实质上的确定力、形成力和执行力。确定的判决在没有被法定否定之前，其效力是必须尊重的。如果判决结果对自己不利，就首先怀疑司法的公正性，这恐怕不是应有的法治思维和法理逻辑。相信法律、敬畏法律，尊重法律权威，是法治社会的重要目标，也是法治建设的重要任务。

（广东深天正律师事务所 刘砺律师）

买房须避踩“地雷”

2012年7月底，孙女士(化名)通过卓家房产中介，花198万元从一委托人手中，在杭州滨江锦绣江南小区给女儿买了套114平方米房产，作为女儿婚房，没想到该房产竟然暗藏“地雷”。孙女士拿到房产证第二天，才发现房子里还有位租客刘某，他跟原房东签了20年房屋租赁合同。租客拒不退房，并说要抗战二十年！找原房东，原房东也声称，你去告好了！找中介，中介要退中介费，孙女士不肯收，担心收了这钱，中介会甩手不管。孙女士一家无奈只好起诉。2013年3月1日，在全国引起强烈关注的孙女士花198万给女儿买婚房一案一审判决：房屋买卖合同生效，租客在判决生效10日内需腾退房屋。原房东于本判决生效之日起10日内支付原告延迟交付违约金3.8万元。

（杭州网）

判决结果可接受但神逻辑让人汗颜，居然把缔约动机也就是法律行为动机作为缔约目的继而作为认定合同效力判断依据，法律行为效力法律规定伤不起啊！占有是此类房屋买卖纠纷中衡量租赁合同是否受保护的关键。虽然租赁合同签订了很长时间，但是租赁方一直没有实现对该房产的占有，此时新买家购买此房产，在原业主交付房产给新买家后，新买家依据买卖合同合法占有了此房产，第三方即租赁方才来主张所谓的租赁权。这种情况下，因为租赁方没有取得占有权，那么此时不受“买卖不破租赁”原则的限制。即使该租赁合同依法成立，但是因为租赁的房屋没有交付，租赁权还没有建立。在此情况下，新买家如果能证明原业主有欺骗行为，便可以原房东追究其违约责任。根据媒体的报道，该案中新买房（购买人）在购买房屋前没有实地看房，贪图便宜所以导致后续的纠纷，故其本身未尽合理注意义务也是存在过失的。

依据“物权优于债权”的法律的原理，买卖合同签订后业主应当依法交付房产并办理过户手续，此时新业主依据买卖合同和所有权的变更，依物权而享有占有权。租赁合同的租赁权只有在实际占有不动产的情况下，可以适用买卖不破租赁的原则来对抗新业主行使物权的占有和使用权益。占有权只有一个人可以行使，都有合法占有权的情况下，就看谁先行使占有权，先占就优先受保护，这才有利于社会的稳定。

（广东盛唐律师事务所 周争锋律师）

处置无人继承遗产的四个建议

随着我国人口计划生育政策的实施，独生子女家庭和丁克一族越来越多，按常规死亡率计算，1975-2010年间，有超过1000万独生子女在25岁之前死亡。这些失去独生子女的老人也死亡后，他们财产的处置问题引起人们的关注。

(综合媒体报道)

《继承法》第三十二条规定，无人继承又无人受赠的遗产，归国家所有；死者生前是集体所有制组织成员的，归所在集体所有制组织所有。但问题是，究竟是哪一级的国家或集体所有制组织作为这些遗产理论上的继承人？往往需要通过诉讼解决这些问题。

现实中需要通过诉讼来处分无人继承遗产的情形很多，一是物权，如甲乙双方签署了房产买卖合同，甲是买方，乙是业主，当甲向乙支付完楼款后，乙却意外去世，又无法定继承人，甲方如果想通过诉讼的方式请求将房产过户到自己的名下，或者是要求解除合同退回楼款，该以谁为被告成为难题。二是准物权，如银行将房产抵押给了甲，甲去世之后银行要行使抵押权就需要诉讼，这也是面临不好找被告的问题。三是债权，主要体现在借款纠纷、侵权纠纷中。笔者认为，这些问题可以通过四个方法尝试解决无继承人的遗产问题。

第一，可直接以死者为被告。通常法院并不要求原告证明被告是否死亡，因此，法院可能直接判决死者承担义务，可以实现自己的权利。但是这种判决明显是错误的，如果哪一天法院知道了死者已经在立案前死亡，那么这个判决就会被撤销。

第二，向财产登记机关申请确权。如涉及房产过户的，可以先向房产登记部门申请确权，若被拒绝可以产权登记机关为被告向法院提起行政诉讼要求确权。请求房产过户的，可以房产登记部门为被告，因为房产登记部门比其他的国家机关更懂得房产登记的专业知识，并且最终协助办理过户的也是房产登记部门。

第三，以村委为被告进行诉讼。集体所有制组织一般常见的为村委，适用于农村的情况。以实际财产的控制人为被告。第四，对于动产，一般不涉及办理过户的问题，因此可以直接以财产的实际控制人为被告，可以考虑适用代位求偿的制度，也可以行使物的请求权。对于不动产可以在以国家或集体所有制组织为被告的同时追加财产的实际控制人为共同被告，便于将来交付执行，以免诉累。

(广东国晖律师事务所 周科律师)

凤凰古城收取门票行为涉嫌欺骗

4月10日，凤凰县政府决定对包括古城九景、南华山神凤文化景区等在内的景点进行统一收费。随后凤凰古城景区管理服务公司宣布成立，其中凤凰县政府以土地入股仅占股49%，而凤凰古城文化旅游投资股份有限公司（下称“凤凰古城公司”）占股51%。此举不仅给古城居民带来诸多不利，更导致古城的商户生意大减，他们罢市抗议，要求县政府调整景区一票制的通票制度。

(凤凰网)

凤凰收取门票是从产业经济向门票经济的倒退，多收门票将导致当地旅游生态多元化受到打击，不利于景区长远发展，是简单化和短期化行为，同时剥夺了部分旅游者的公平权利。

(武汉大学 沈阳教授)

凤凰古城收取门票，对商户而言，古城经营者的行为就是欺骗——凤凰古城经营者开始告知商户不收费，没告知以后是否收费，商户实际上和经营者形成合同关系，合同内容最重要条款是古城经营者不收门票费。如中途要收费，必须与商户协商一致，否则对商户构成违约，商户有权起诉古城经营者履行合同并赔偿损失。

凤凰古城错不在收费，而在于欺骗。商户起诉凤凰县政府完全可以胜诉，因为凤凰古城的管理者没有告诉商户们以后会收门票费。

(北京市大成律师事务所 段万金律师)

中国实行土地公有制，包括国有和集体所有；同时又将国有土地的土地使用权以出让或划拨的方式转让给公民、法人使用，即土地使用权证，土地使用权人就拥有了占有、使用、收益、处分（依法定程序）的权利。土地的收益权归属于土地的使用权人，而凤凰县政府在土地使用权没有征收的情况下，以全城的土地入股，其实是侵犯了全城百姓（土地使用权人）的使用权和收益权。凤凰县政府的做法是一种典型的侵权行为。政府以股东投入的资产不合法、不真实是虚假出资，也就是古城管理公司注册资本不真实。

从古城管理公司的注册审核到物价部门批准凤凰古城收门票，这是一连串的违法行为。物价部门未查清古城管理公司不拥有古城的事实，批准收费违法。

凤凰县政府作出凤凰古城收费决策的官员属于不正当履行职务，建议凤凰古城的居民可以起诉凤凰县政府，要求撤销收费文件。

(湖南金州律师事务所 甘元春律师)

网上购物要索取正规发票

车主大陈称，2012年6月18日，他在京东商城连购五桶壳牌helix plus非凡蓝喜力合成机油，但经多家4S店验证均为假货，维权艰难。据悉，该网站所售的机油产品此前已出现了大量消费者的投诉帖。

(搜狐汽车)

随着网络进入日常百姓的生活，网上购物、网上消费已成为大家一种主要的消费方式，相应的电子商务也发展迅猛。但高增长、大发展的电子商务背后也存在很多问题，据中国电子商务研究中心数据显示，2012年，淘宝网共处理侵权商品信息8700万条，处罚会员95万余人次。

但是目前，专门的电子商务维权立法缺位，消费者只能通过传统的合同法和消费者权益保护法、产品质量法等法律法规进行维权。

电子商务领域的维权存在地域广、取证难的问题。地域广体现在电子商务的供应商与消费者分布在全国各地，一旦出现纠纷，找谁处理，在哪里维权都存在很多困难。一个漠河的消费者不可能为了几十元的东西，不远万里去海南找经销商维权，更不可能通过起诉的手段追究商家的责任。取证难体现在广大消费者通过网络平台上的图片、文字、视频等了解商品，并作出购买的决定，而不会与商家实际接触，更不可能实际接触到商品本身，更多的时候甚至都不知道商家是谁，更谈不上对商家的信誉、资质等做详细的了解。而且广大消费者在网络购物时，基本上不会索要发票，这些都给维权增加了难度。

此案的消费者大陈首先要确定商品的销售商信息，然后，可以向经销商所在的工商部门投诉，先通过行政部门寻求解决。关于产品的真伪问题，首先，要注意保存商家在网上对商品的表述，如果其说明是正品，那么，可以通过向真品厂家寻求相关产品信息，或者由经销商提供其正规渠道进货的证明。而且依据产品质量法及民事诉讼法的相关规定，只要消费者有合理的怀疑，经销商对其商品质量承担举证责任，否则，应该承担举证不能的不利后果。一旦查实商品属于假冒伪劣产品，商家除要受到工商行政处罚外，还应该按照消费者权益保护法退还货款，并给予消费者一倍货款的赔偿，造成其他人身及财产损失的，可以一并要求赔偿。

在此提醒广大读者，莫贪图小便宜，网上购物一定要索要正规发票。

(山东恒正律师事务所 夏磊律师)

“假离婚”有高风险

据悉，沈阳一对夫妻为规避房产限购令买房，离婚、复婚来来回回地循环了七次。由于夫妻俩原名下就有两套房产，再买房就算第三套了，这样银行就无法贷款。

“不离婚没法买房，离个婚还不到100元，然后再复婚呗。”离婚达人如是说。另外，现在的政策有一条是“满5年唯一住房不缴税”的规定，如果满5年的房子准备卖时，先“假离婚”，房产证上减少一个人名，把一套房子做成满5年唯一，然后再卖房，卖完后复婚，这样税就不交了。离婚结婚变成避税和买新房的手段，哪怕要七纵七横也在所不惜。

(综合媒体报道)

夫妻共同财产在协议离婚时，可以任意分配。因此有些夫妻通过办理离婚，将共同房产转至一人名下，从而让另一人成为具备购房资格的无房户，从而再购房。如此反复达到购置多套房的目的。这种情况，至少存在三个重大风险：

第一，只要办理了正式离婚手续，就是真离婚，不存在“假离婚”。即无论双方怎样约定，都不能主张离婚无效。因此，如果一方不再复婚，则另一方毫无办法。

第二，中国实行婚姻共同财产制，每一次离婚后的财产分配，均是有效的，即使之后复婚，已分配的财产都会成为各自的婚前财产，双方实际所有的财产与从未离婚时完全不同。

第三，税收实行“实质课税”原则，反复离婚复婚避税，是形式上不必纳税，但税务机关完全可以根据实际目的和情况追缴应纳税款。

结婚、离婚只要办理了正式手续，就不存在“假结婚”、“假离婚”。这种做法对于实际购房人来说风险巨大，因为该房属于“夫妻共同财产”，一旦另一方不同意办理离婚，或者离婚时主张分得一半，实际购房人将追悔莫及。

对“出名者”而言，这种做法违反道德伦理，颠覆其婚姻价值观，对其今后的婚姻生活将埋下重大隐患。

离婚只要办理了正式手续，是不能依据双方的所谓约定而主张无效或撤销的。那么离婚协议是否可撤销呢？根据法律规定，除非存在欺诈和胁迫，离婚协议方可撤销，并且只能在签订协议后的一年内进行。但是，实践中，用证据来证明“欺诈”、“胁迫”情形的存在，是非常非常困难的事情。

因此，绝不能低估离婚协议的法律效力，对于夫妻财产的分割条款，一定要谨慎审查方可签署。

(北京市盈科(深圳)律师事务所 杜芹律师)



情与法的博弈

文 本刊编辑部

自《中华人民共和国侵权责任法》（以下简称“侵权责任法”）颁布实施以来，法律实务界便一直争议不断。近来北京流浪猫伤人案使爱心喂养人责任承担问题成为舆论焦点，情与法的博弈再度引发法律理论界和实务界的思辨：爱心何去何从？流浪动物伤人谁应担责？如何担责？从一审判决流浪猫喂养人承担75%侵权责任到二审判决喂养人承担50%责任，舆论的作用显而易见。我们由此推论，司法界向来强调的法官自由心证在实践中不可避免地会受到舆论的影响，我们所能做的也许更多是避免媒体审判。因为在公众心里，情永远大于法。就如北京流浪猫伤人案，爱心喂养人的义举最终带来的是一纸判决和经济赔偿——纯粹地从伦理角度来看的确让人很难接受。但是，这并不妨碍理论界从法理角度去解读和探寻侵权行为与损害结果的因果关系。正如二审判决书中的观点，爱心喂养人应该预见定期投喂行为可能会对居民带来危险。这种解释也不无道理。

本期杂志，我们将视线投向引起舆论广泛关注的北京流浪猫伤人案，尝试回归此案的终审判决书以还原案情的真相，并邀请中国政法大学、清华大学等院校学者和执业律师从不同的角度解读案情，剖析法律关系。当然，对法律的探讨不会仅仅定格于此案，也不会囿于侵权责任法。如何抛开情感，理性分析，回归专业探讨，不仅是法官的天职，是对律师的要求，也是整个社会的期许，更是《深圳律师》的追求。我们期待真理越辩越明，在情与理的博弈中寻得和谐统一，使法律人的思维进一步开拓，让社会更加客观理性。



庭审直击： 流浪猫伤人案终审判决书

上诉人（原审被告）：乔某

被上诉人（原审原告）：肖某

上诉人乔某因饲养动物损害责任纠纷一案，不服北京市丰台区人民法院（2012）丰民初字第16654号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭公开开庭进行了审理，上诉人乔某之委托代理人、被上诉人肖某及其委托代理人到庭参加了诉讼，本案现已审理终结。2012年7月，肖某向原审法院起诉称：2012年6月4日，我遛狗时经过育仁里小区4号楼5单元途中，乔某饲养的猫突然攻击我家的狗，我为了保护自己的狗，上前将猫和狗分开，后乔某饲养的猫将我抓伤，经居委会调解未果，我自行至医院进行治疗，经诊断我属动物咬伤，三级暴露，共花费医疗费1815.75元、交通费70元。我现诉至法院，请求判令乔某支付上述费用及精神损失费1000元。

乔某辩称：肖某所说的猫是育仁里小区的一只流浪猫，我只是偶尔喂喂它，它的行为和我没关系。肖某当时遛的是大型犬，没拴狗链，狗进攻猫，猫才开始反击，肖某当时还踢了猫。

原审法院经审理查明：2012年6月4日11时左右，肖某遛狗行至育仁里小区4号楼5单元时，一只流浪猫与肖某遛的狗打斗时将肖某抓伤，肖某当时未拴狗链。肖某认为是育仁里二号院4号楼5门101室家收养的猫将自己咬伤。肖某为治疗花去医药费1815.75元、交通费70元。后经育仁里社区居委会工作人员调解，乔某承认确有此事。但提出，猫是流浪猫，乔某出于爱心喂过这只猫，被咬事主出言不逊，且踢了猫才被攻击。

原审法院认为：饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任，但能够证明损害是因被侵权人故意或者重大过失造成的，可以不承担或减轻责任。本案中，乔某长期对流浪猫进行饲养，导致流浪猫易在乔某居住地及其附近出现。乔某作为流浪猫的饲养人，应当对流浪猫进行管理，并在流浪猫造成他人损害时承担侵权责任。同时，肖某未拴狗链即将狗带出，其本身对猫狗斗咬导致其

被抓伤也有一定的责任，法院酌定为30%。肖某主张的医疗费、交通费系其合理损失，乔某理应赔偿。精神损失费一项，缺少事实及法律依据，法院不予支持。

据此，原审法院于2012年8月判决：一、乔某于判决生效后十五日内向肖某支付医疗费一千二百七十一元、交通费四十九元；二、驳回肖某其他诉讼请求。

判决后，乔某不服，上诉至本院。本院认为，原审法院认定其承担管理责任有误，故请求二审法院查清事实依法改判。肖某同意原判。

本院在审理过程中双方当事人未提供其他新证据。

本院经审理查明：二审庭审中，当庭播放了事发时的监控录像，从该录像中可见，事发之地位于乔某家门前的公共通道处。肖某遛其所饲养的狗时未拴狗链，在路过事发地时，肖某所遛的狗与一只猫发生撕咬，之后肖某为保护自己的狗，到两只动物之间将猫踢开，在此过程中肖某被猫抓伤。另，本院在二审审理期间就肖某的损失数额问题，向肖某的初诊医院进行了核实，肖某所作的相关治疗均系必要的治疗，其所花费的相关费用均为必要支出。本院查明的其他事实与原审法院查明的事实无异。

上述事实，有医疗费票据、调解证明、调查笔录及双方当事人陈述等证据在案佐证。

本院认为：2012年6月4日，肖某遛狗至乔某门前的小区道路时，一只流浪猫与肖某遛的狗发生撕咬，在此过程中肖某被猫抓伤。根据我国《侵权责任法》的规定：饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任。由此可以看出，我国《侵权责任法》上的动物致害责任主体是动物的饲养人或者管理人。乔某经常在其住宅门前的公共通道及小区公共绿地处给流浪猫投喂猫食，故而乔某投喂流浪猫的行为是否构成对流浪猫的饲养或管理就是本案首先应明确的法律问题。

侵权责任法明确规定对于被饲养的动物造成他人损害而

需承担侵权责任的主体为动物饲养人或者管理人。所以在确定动物致害责任过程中需要明确“饲养的动物”的含义。对此含义的认定应主要考虑动物应为特定的人所有或占有，即为特定的人所饲养或管理，并且饲养人或管理人对动物具有适当程度的控制力。而如何理解饲养人和管理人，在本案中存在很大争议。对此本院认为，可以将饲养人解释为作为所有人的保有人，管理人解释为所有人以外的保有人。在认定责任主体过程中，应综合考虑如下两项标准。第一、为了自己的利益而使用动物。在现实生活中人们为了自己的利益而使用动物的形式有很多，例如，让动物来工作、从动物处获得产品、从动物处获得快乐、通过转让动物获利、从动物处获得食物等。而在本案中乔某出于救助的心理在其生活的小区中长期投喂食物，其并非为了自己的利益而使用动物。第二、对动物的决定权。对于动物的指示、使用、生存等有决定性影响，并有权支配动物和动物危险的人，通常就应当被认定是动物的保有人。在此对动物的决定权的认定，并不单纯的考虑所有权，主要应考虑动物处于何人的控制力之下。而本案中所涉及的流浪动物，虽然可能在一定程度上被人饲养或管理（如定期投放食物），但人们对它的控制力较低，不能认为是“饲养的动物”。

从本案过程来看，流浪猫的特性就是无主、长期在野外生存，而乔某投喂行为是基于对动物的帮助行为，即使其长期投喂，亦不能构成法律意义上的所有或占有，亦无对流浪动物的控制力，原审法院基于乔某的投喂行为而判决其承担管理责任不当，本院予以纠正。

肖某被抓伤的事实确实存在，而乔某投喂流浪动物的行为，无论出于何种动机，该行为必然会对其居住小区的环境造成一定的影响，故该行为亦应受法律规范的调整。乔某所居住的房屋门口即肖某被抓伤的地点，亦为其所在小区的公共通行道路。而流浪动物的天性决定了其会向有利于其生存的地方聚集，乔某长期投喂流浪猫，尤其是在其家门口的公共通道附近的固定投喂行为，在其生活社区的公共环境中形成了一个流浪猫获取食物的固定地点，导致了流浪猫的聚集，而流浪动物的不可控性及自然天性，在没有得到有效控制的前提下必定会给社区的公共环境带来危险。乔某的投喂行为既不同于对流浪猫的规范的救助行为，其自己又未采取任何措施控制相关危险的发生，故其行为是对于公众公共利益的一种不合理地干涉及影响，此危险影响与肖某受伤之间存在因果联系，故乔某应承担相应责任。同时肖某在遛狗过程中未给其饲养的狗拴狗

链，其行为违反了北京市关于饲养犬的相关规定，且肖某在猫犬发生撕咬过程中采取的行为亦有不当之处，故肖某对于其自身所受伤害亦存在一定过错，其亦应承担相应的责任。综上，本院综合考虑乔某投喂行为对于公共环境所产生的危害结果，及肖某自己在饲养犬及事发时的不当行为后，认定乔某、肖某均有责任，具体责任比例应由肖某、乔某均担为宜。

本案中涉及到了流浪动物的问题，现实城市生活中流浪动物大量增加，不仅带来了大量的环境卫生问题，也一定程度上威胁到了居民的人身安全。但是作为生活在地球上的人类，我们仍应尊重所有与我们共同生存的动物的生命。既要倡导人道地对待动物，使动物免受不必要的杀害和额外的痛苦的观念，鼓励救助流浪动物的行为；又要以人民生活和谐有序、动物生活康乐以及公众理解与参与为原则，以期达到人与动物的共存，最终促进社会的可持续发展。

综上所述，在本案中，肖某、乔某对于损害后果的发生均有责任，原审法院所确定责任有误，本院对于原审法院所作判决予以调整。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项之规定，判决如下：

一、撤销北京市丰台区人民法院（2012）丰民初字第16654号判决第二项；

二、变更北京市丰台区人民法院（2012）丰民初字第16654号判决第一项为：乔某于本判决生效后十五日内向肖某支付医疗费九百零七元八角八分、交通费三十五元；

三、驳回肖某其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审案件受理费二十五元，由肖某负担十二元五角（已交纳），由乔某负担十二元五角（于本判决生效后七日内交纳）；二审案件受理费五十元，由肖某负担二十五元（于本判决生效后七日内交纳），由乔某负担二十五元（已交纳）。本判决为终审判决。

审 判 长 XX

代理审判员 XX

代理审判员 XX

二〇一三年三月七日

书 记 员 XX

（来源：“汉德法官”微博）





一则猫狗打架引发的伤人索赔案，引发了社会热议。该案的二审判决书被网友“汉德法官”披露出来后，迅速成为法律实务界、理论界探讨的话题。在争议愈演愈烈之时，“汉德法官”网友整理了十点关于流浪猫伤人案判决的争议点答疑。本刊特将其摘录如下，供读者参考。

流浪猫伤人案二审判决答疑

问：按照猫狗案的判决，喂养流浪汉是否要承担责任？

答疑1：流浪汉是人，具有承担责任的能力，如果喂养流浪汉后，流浪汉实施侵权，则由流浪汉自负其责。而猫在法律上不是主体，不能自负其责。二者是不同的。而未成年人和精神病人则由监护人承担责任。

问：被告不是猫主，喂养流浪猫造成损害有无过错？

答疑2：现代侵权法的过错已经转为客观归责说，即按照邻人原则，按照一般社会理性的人能够注意到有无风险的存在，来确定被告有无注意义务，以此为标准来判断当事人的过错，当然风险的存在是邻人原则判断的前提。

问：现代侵权法注意义务如何确定？

答疑3：从三个方面确定，一是法律规定，如侵犯日光权就看是否符合有关国家标准。二是约定义务。三是最主要的，就是通过邻人原则判断，一般社会理性的人能注意到有无风险的存在，确定被告有无注意义务，以此为标准来判断当事人的过错。

问：直接喂养猫如果有错，那么倒垃圾导致流浪猫的聚集是否有过错？

答疑4：居民投放垃圾的目的不是喂猫，所以他对猫可能的危险是没有预见义务的，但是主动要进行投喂是不同的，他知道喂养的是猫，同时猫有危险，他就有预见的义务。二者不同。

问：猫的天性没有危险？

答疑5：侵权责任法在规定动物致人损害时，已经认定动物（包括猫）是危险源之一，而任何个人的生活经验不能替代法律的认知，虽然有朋友认为猫不具有危险，但是也有朋友以自己的生

活经验认为流浪猫更危险，法官应该听谁的？法官只能听法律的。

问：如何理解喂养行为与猫造成的损害的因果关系？

答疑6：侵权法因果关系分为事实上因果关系和法律上因果关系，事实因果关系通过“若无法则”检验，法律上因果关系可通过“预见性”理论检验，被告可预见其喂养的猫对其他居民可能造成损害，具有预见性就具有法律上因果关系，“规范目的说”可获得同样结论。

问：法律没有体现对于动物的保护？

答疑7：法律首先保护的是人，不是动物，如果认为动物和人应该平等保护，请修改法律。

问：为什么本案没有实施公平原则？

答疑8：说句心里话，恰恰这是本案判决的亮点。我是反对法院过多使用公平原则，因为公平原则会消减过错归责的意义，让侵权法成为社会保障法。

问：物业有无责任？

答疑9：本案无法查清，原因是民事案件是不告不理，原告并未起诉物业，被告也未以物业为侵权人作为抗辩，而即使共同侵权，按照侵权责任法第13条的规定，原告在诉讼时也享有选择权。

问：原告也有责任，为何要被告承担责任？

答疑10：本案中原告确实有责任，但是在动物致人损害中，被告免除责任的前提是原告是故意的，本案中原告为避免猫狗之间的冲突介入争斗，很难说原告对于损害的造成是故意的，故被告仍然需要承担责任，但是可以适当减轻。

（来源：“汉德法官”微博）



流浪动物致害时 投喂人的侵权赔偿责任

文 清华大学法学院副教授、法学博士 程啸

就本案而言，既然二审法院已经将投喂人乔某排除在危险责任主体之外，则作为饲养动物致害责任基础的动物之不可控性与自然天性就不能再归咎于投喂人。即便要有人为肖某的损害负相应的赔偿责任，依据《侵权责任法》第82条，那也是致害流浪猫的原饲养人或管理人，与乔某无关。无法找到该饲养人或管理人，肖某就只能自认倒霉。法院不能因为找不到原饲养人或管理人，就生拉硬扯地令毫无因果关系的乔某承担责任。须知，受害人遭受侵害后，因加害人不明或加害人没有赔偿能力而无法得到赔偿，是社会生活中人们无法完全避免的一般风险。

流浪动物是指那些被遗弃的或逃逸的动物。现代城市中的流浪动物以猫狗为主。《侵权责任法》第82条规定，流浪动物造成他人损害的，仍应由原动物饲养人或管理人承担侵权责任。可是，在无法查明致害流浪动物的原饲养人或管理人时，损害应由何人承担责任？能否要求投喂流浪动物之人承担赔偿责任？不久前，北京法院判决的一起流浪猫致害赔偿案就涉及此问题。原告肖某未拴狗链在小区内遛狗，当行至被告乔某家门前的公共通道处时，肖某的狗与一只流浪猫发生撕咬。为了保护狗，肖某上前将猫踢开，在此过程中被猫抓伤。肖某以乔某投喂了流浪猫属于流浪猫的饲养人为由要其赔偿损失。而乔某认为，抓伤肖某的是流浪猫，自己只是偶尔投喂它，不应承担赔偿责任。

一审法院认为，乔某长期对流浪猫进行饲养，导致流浪猫易在乔某居住地及其附近出现。乔某作为流浪猫的饲养人，应当对流浪猫进行管理，并在流浪猫造成他人损害时承担侵权责任。乔某不服，提起上诉。二审法院认为，《侵权责任法》中的动物饲养人有特定含义，它是指作为动物所有者的保有人。只有对动物具有支配力且为自己利益而使用动物之人方为动物的保有人。乔某投喂流浪猫是

对动物的帮助行为，即使长期投喂，亦不能构成法律意义上的所有或占有，亦无对流浪动物之控制力。故此，乔某并非是该流浪猫的饲养人，据此判决其承担管理责任是不妥的。但二审法院认为，乔某仍应承担部分赔偿责任（肖某对损害的发生也有过错，可以减轻赔偿责任），理由在于：肖某被抓伤的地点为小区公共通行道路。流浪动物的天性决定了其会向有利于其生存的地方聚集，“乔某长期投喂流浪猫，尤其是其在家门口的公共通道附近固定投喂的行为，在其生活社区的公共环境中形成了一个流浪猫获取食物的固定地点，导致了流浪猫的聚集，而流浪动物的不可控性及自然天性，在没有得到有效控制的前提下必定会给社区的公共环境带来危险。乔某的投喂行为既不同于对流浪猫规范的救助行为，其本人又未采取任何措施控制相关危险的发生，故其行为是一种对公众共同利益的不合理的干涉及影响，此危险和影响与肖某受伤之间存在因果关系，故乔某应承担相应责任。”笔者认为，二审法院精确阐释了危险责任的主体即保有人的判断标准，从而将仅仅投喂流浪猫的乔某排除在作为危险责任的动物致害责任主体——饲养人或管理人——之外，无疑是正确的。然而，判令乔某承担侵权赔偿责任则毫无道理。

乔某投喂流浪猫的行为与肖某的损害之间不具备责任成立的因果关系。

侵权法上的因果关系可分为两个层次。第一层次的因果关系是作为侵权责任成立要件的因果关系，即所谓“责任成立的因果关系”。只有当受害人权益被侵害的结果与加害人的行为有关联，具备责任成立的因果关系时，才需要进一步讨论违法性、过错等其他侵权责任成立要件满足与否的问题。就本案而言，只有确定了乔某的行为与肖某健康权被侵害之间符合责任成立的因果关系后，才可能令乔某承担赔偿责任。第二层次的因果关系则是在侵权责任已经成立的前提下，确定损害赔偿范围时使用的，故称“责任范围的因果关系”。权益被侵害将引发各种损害，但侵权人无须对所有损害给予赔偿。故此，需要通过责任范围的因果关系来过滤掉那些过于遥远的损害，以合理地控制赔偿的范围。在大陆法系侵权法中，判断责任成立因果关系的权威学说为“相当因果关系说”。该学说认为，在属于导致权益被侵害的条件的事实中，并非所有的事实都是原因。只有那些对于权益被侵害的出现不可或缺的条件方为原因。也就是说，只有极大地增加了权益被侵害结果发生的客观可能性的行为，才属于损害的充分原因，符合责任成立的因果关系。依据相当因果关系说，倘若某一事实只是在极其特殊的、可能性极其微小的情况下才会导致权益被侵害的结果发生，且该事实是一种事物在其通常进程中可以忽略不计的情况，则这个事实不属于权益被侵害的原因。将相当因果关系理论运用到本案后可知，乔某投喂流浪猫的行为在通常的情况下不可能导致肖某被流浪猫抓伤。如判决所言，乔某长期投喂流浪猫，显然流浪猫在公共通道上的聚集已非短期现象。如此长时间内，都未发生过路人或牵狗之人行经此处被流浪猫抓伤的事件，就充分说明了乔某投喂流浪猫的行为进而引发流浪猫的聚集的事实，并没有增加肖某受伤的可能性。事实上，导致肖某被猫抓伤的后果完全是由于某些极为特殊的原因引发。而这些原因的制造者均为本案受害人肖某自身。首先，她违反法律和小区物业管理的規定，遛狗时不拴狗链，这种违法行为不仅极大地增加了其饲养的动物侵害他人的危险性，且在本小区有流浪猫的情形下，也极大地增加了未拴狗链之狗与包括流浪猫在内的小区其他动物发生冲突的可能性。其次，在狗与流浪猫果然发生了冲突后，肖某冲上去踢猫，该行为也极大地增加了其被抓伤的风险。由此可见，乔某投喂流浪猫的行为并没有极大增加肖某受害的可能性，肖某所受损害完全是其自己造成的。

二审判决用来论证乔某长期投喂流浪猫的行为与肖某损害之间有因果关系的理由并不成立。

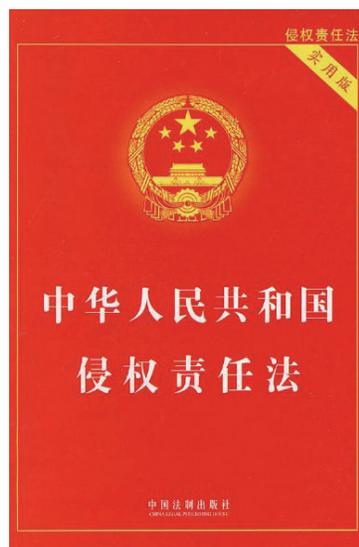
首先，乔某的投喂行为会使流浪猫因在公共通道获

取食物而聚集，但并无足够的证据证明这种聚集给公共环境制造了危险。如前所述，肖某并非行经流浪猫聚集之处突然受流浪猫之攻击而受伤的，也非因流浪猫之争斗被殃及。在乔某投喂流浪猫的很长一段时间中，该小区都没有出现过任何行人因流浪猫之聚集而遭受损害的事实。现在，仅仅因为肖某遭受了损害，为了找到一个赔偿者，就凭空推测流浪猫的聚集给社区公共环境增加了危险，显非妥当。

其次，法院认为乔某的投喂行为并非“对流浪猫的规范的救助行为”，故而属于对公共利益的不合理干预。该理由也不成立。目前我国并无任何法律法规对如何救助流浪猫加以规范，更没有要求民事主体只有经过批准后才能救助流浪猫。作为一个好意行为，投喂流浪猫就像人们帮助老奶奶过马路、向乞讨者施舍钱物一样，当然地属于人们的行为自由，不得任意限制或干涉。以子虚乌有的所谓的规范救助行为来责难乔某的投喂行为，将投喂行为不法化，实属对合理自由的干涉，毫无道理。

再次，流浪猫确有不可控性及自然天性，然而将其归咎于投喂者，显然不符合我国法律之規定。在我国《侵权责任法》中，饲养动物致害责任之所以是危险责任，饲养人或管理人无过错也要承担责任，根本原因就在于动物的不可控性与自然天性。故此，立法者一方面将饲养动物致害责任的主体限制在动物的饲养人或管理人（第78条），另一方面明文规定即便被遗弃或逃逸的动物，其在遗弃、逃逸期间造成他人损害的，原动物饲养人或管理人依然要承担侵权责任（第82条）。就本案而言，既然二审法院已经将投喂人乔某排除在危险责任主体之外，则作为饲养动物致害责任基础的动物之不可控性与自然天性就不能再归咎于投喂人。即便要有人为肖某的损害负相应的赔偿责任，依据《侵权责任法》第82条，那也是致害流浪猫的原饲养人或管理人，与乔某无关。无法找到该饲养人或管理人，肖某就只能自认倒霉。法院不能因为找不到原饲养人或管理人，就生拉硬扯地令毫无因果关系的乔某承担责任。须知，受害人遭受侵害后，因加害人不明或加害人没有赔偿能力而无法得到赔偿，是社会生活中的人们无法完全避免的一般风险。

（注：感谢网名为“汉德法官”之博主提供此案之判决。）





浅议北京流浪猫伤人案

——以“先前行为衍生作为义务的不作为”为视角

文 中国政法大学 陶江嫒^[1] 李显冬^[2]

摘要 本文通过解读先前行为衍生作为义务的不作为，分析其在北京流浪猫伤人案及相关案例中的适用，阐释相关规范性法律文件的缺漏，提出管理、保护流浪动物的相关建议。

关键词 先前行为 不作为 流浪动物

“北京流浪猫伤人案”二审判决引发热议，理论界、实务界对投喂人是否应就其投喂的流浪动物致人损害承担侵权责任莫衷一是。本文欲从“先前行为衍生作为义务的不作为”角度分析本案。

一、解读先前行为衍生作为义务的不作为

(一) 先前行为及其衍生的作为义务

1、“先前行为”理论

先前行为亦称为先行行为、事前行为，最早出现在刑法领域，后为民法引用。是一种致他人法益处于危险或令危险增加的行为。

关于先行行为的性质，主要有如下观点：

一是“条件说”。先前行为只要系导致构成要件该当结果发生之危险者，即为已足，系合法或违法，在所不问。

二是“充分原因说”。先前行为足以导致构成要件该当结果之危险者，即为已足，系有责或无责，在所不问。

三是“过错说”。先前行为须为故意或过失，方能发生作为义务。^[3]

通说认为，法律不考虑先前行为是否合法、是否有责。换言之，不论先前行为之性质，只要该先前行为使他人的人身、财产权益处于危险或令危险增加，行为人就有

有作为义务。

2、先前行为衍生的作为义务

先前行为衍生义务的概念，有以下主要观点：一是指受法律保护的社会关系由于先前行为处于危险状态时，行为人负有以合理方式排除危险，减小或避免损害结果发生之义务^[4]；二是指受法律保护的权益因行为人先前实施的行为而处于遭受损害的危险状态，该行为人有采取行动阻止或减低损害结果发生的义务^[5]；三是指受法律保护的权益因行为人实施的行为而处于危险时，行为人负有排除危险，或防止危害结果发生的义务^[6]。

可以认为，先前行为所衍生的作为义务的不作为，其之所以构成法律上的作为义务的来源之一，此种衍生的作为义务是指法律所保护的人身、财产权益因行为人实施先前行为，而业已处于危险状态或已令危险增加，因而行为人才负有了一种以积极行为之方式来避免危害结果发生或发展的义务。

同时，基于“介入他人生活资源的变动”和“公序良俗原则”，先前行为也衍生了作为的义务。前者指虽无法定和约定之义务，但行为人之先前行为，因介入他人生活，使他人生活资源发生变动，则衍生出他人生活资源向好的方向变动的义务。^[7]例如，甲发现受伤昏迷的乙躺在路边，此时，甲没有法律上的作为义务。若甲出于好意欲将乙送至医院，却害怕被误会成肇事者而在半路将乙抛弃，且乙最终死亡，则甲应承担侵权责任。其理由是，甲的救助行为介入乙的生活，就负有令乙的生活资源向好的方向发展的义务，其抛弃行为违反了作为义务，理应承担侵权责任。而基于公序良俗原则令先前行为衍生作为义务，是出于善良风俗的要求，对公共利益的保护和法律精

[1] 陶江嫒：中国政法大学民商经济法学院硕士研究生。

[2] 李显冬：中国政法大学民商经济法学院教授、博士研究生导师。

[3] 顾 猛：“不作为侵权中的先行行为与救助义务研究”，载《华东政法大学》2010年。

[4] 马克昌：《犯罪通论》，武汉大学出版社2001年版，第170页。转引自张觉群：“先行行为义务研究——以朱某某夫妇诉胡某案为例”，载《中南法学》2012年。

[5] 陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1992年版，第232页。转引自张觉群：“先行行为义务研究——以朱某某夫妇诉胡某案为例”，载《中南法学》2012年。

[6] 张明楷：《刑法学（上）》，法律出版社1997年版，第133页。转引自张觉群：“先行行为义务研究——以朱某某夫妇诉胡某案为例”，载《中南法学》2012年。

[7] 李长英：“先行行为导致的不作为侵权责任研究”，载《湖南师范大学》2011年。

神的合理判断。先前行为若不符合公共秩序、善良风俗的预期,会使正常秩序中的法益处于危险。

此作为义务大致分为两种:一为先前行为制造了可能加害于他人的危险,行为人通常可从该危险中受益或能够控制该危险的发生或发展,则行为人负有避免该危险发生或在危险发生后予以救助的作为义务;二是行为人主动提供了非法定的救助行为,就必须承担合理照顾的义务。若实施救助后,放弃救助或不当救助,将导致民事责任的产生。^[8]具体表现为先前行为衍生的控制义务、警示义务、救助义务等。

控制义务即行为人控制行为产生的危险的义务,其以排除危险源为目的。例如,商贩对其暂时堆放在人流密集地方的烟花爆竹须迅速移走,若仅在堆放地竖立警示牌,则不属于控制义务地履行;警示义务指先前行为使他人处于危险时,行为人应通过适当的警告、公示等方式,使他人及时意识到危险的存在以提高警戒的义务。即使危险是普遍的、明显的且为人所共知的,甚至履行警示义务后,危害仍会发生,先前行为的行为人都应履行该义务,否则行为人必然对他人因该危险造成的损害承担不作为侵权责任;^[9]救助义务则要求行为人以通知、急救等方式对他人提供帮助,以使他人摆脱所面临的危险,免遭人身损害的义务。^[10]救助义务不同于警示义务的履行,前者只需在面临危险的他人处于无助状态时方予履行。^[11]例如,甲开车撞伤乙,致乙昏迷。甲当然地负有救助义务,但若事故现场有医生对乙实施急救,甲则不以履行救助义务为必须。

(二) 先前行为衍生作为义务的不作为侵权

多数国家均以不同形式确立了先前行为衍生作为义务的不作为侵权制度。英国通过1932年的多诺斯苏斯蒂文森案、1978年的安斯诉伦敦梅冬镇案和1980年的兰伯特诉路易斯案,逐步确立了不作为侵权责任;美国《侵权法重述(第三版)》第40条规定了基于先前行为产生的作为义务,第45条规定了基于自愿照管他人产生的作为义务;德国亦通过1902年的枯树案和1903年的撒盐案、兽医案,确立违反先前行为衍生的作为义务,导致损害结果发生的,应负不作为侵权责任。

违反先前行为衍生作为义务的不作为的构成要件为:行为人本无作为义务而作为;行为人的作为给他人的人身和财产带来危险或令危险增加;行为人未履行因先前作为衍生的消除危险的作为义务。

[8] 参见顾猛:“不作为侵权中的先行行为与救助义务研究”,载《华东政法大学》2010年。

[9] 参见李长英:“先行行为导致的不作为侵权责任研究”,载《湖南师范大学》2011年。

[10] 参见蔡唱著:《不作为侵权行为研究》,法律出版社2009年版,第61页。

[11] 参见李长英:“先行行为导致的不作为侵权责任研究”,载《湖南师范大学》2011年。

[12] 《丛子芬诉凌海市娘娘宫乡人民政府收留其子后不负责任送走致其失踪应承担民事责任纠纷案》,最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》1996年第2辑(总第16辑),人民法院出版社1996年版,第102页。

[13] 《未成年人保护法》第43条规定:“县级以上人民政府及其民政部门应当根据需要设立救助场所,对流浪乞讨等生活无着的未成年人实施救助,承担临时监护责任;公安部门或者其他有关部门应当护送流浪乞讨或者离家出走的未成年人到救助场所,由救助场所予以救助和妥善照顾,并及时通知其父母或者其他监护人领回。”

[14] 参见邢利红:“行为人应对因自己先前行为产生的安全隐患负责”,载《当代广西》2011年07期。

[15] 参见孟亚生:“流浪狗咬人该谁赔偿——法院运用危险责任归责原则巧解流浪动物伤人索赔难题”,载《学习月刊》2010年01期。

二、类比北京流浪猫伤人案及相关案例

(一) 先前行为衍生作为义务的不作为在个案中的适用

1、不负责任送走收留儿童致其走失案^[12]

心智不健全的未成年人杨某离家出走,被某乡政府交通助理发现并带回乡政府住下。次日,杨某听完将其送走的提议,向北比画并钻进出租车,司机收到政府助理员支付的两元后将杨某拉走,杨某随即下落不明。杨某之母从某诉至法院,要求该乡政府赔偿其寻子经济损失、子女抚养费与精神补偿费。

法院经审理认为,乡政府在杨某走失后予以收留的行为值得称颂,但其未将杨某送回家或送至民政部门,却同意出租车将杨某拉走,对其安危采取放任态度,故应对杨某的失踪承担相应责任。

依据《未成年人保护法》第43条^[13]的规定,乡政府本无收容理智不健全的未成年人的法定义务,但其工作人员在实施了收留杨某的先前行为后,就有义务令其生活资源向好的方向发展,即负有将杨某送家或送民政部门收容抚养的衍生作为义务。

2、未清除胡蜂和蜂窝致人死亡案^[14]

韦某等三人用药物将位于李某家地头的杨树树梢的胡蜂赶走,锯掉胡蜂窝所在树枝,并放于李某地头,将胡蜂窝中的蜂蛹取走,但未清除胡蜂窝和消灭胡蜂,致大量胡蜂回巢后盘踞在窝中。李某之母到地里干活时,被该蜂窝内胡蜂蛰伤,经抢救无效死亡。协商未果后,李某诉至法院,要求韦某等三人赔偿损失,并承担连带责任。

法院经审理认为,韦某等将蜂窝置于田间,致胡蜂大量回巢与受害人被胡蜂蛰伤的损害事实间具有直接因果关系,且具有明显过错,三被告应承担侵权责任。

不作为侵权损害赔偿制度旨在防范危险的发生。本案韦某等将蜂窝所在树枝锯掉的先前行为,令李某及其家人的法益处于危险之中,故衍生了清除胡蜂窝、消灭胡蜂,避免胡蜂回巢的作为义务。正是基于三人对先前行为衍生义务的不作为,才导致危险发生致受害人死亡,故承担赔偿责任理所应当。

(二) 流浪动物致人损害之典型案例

1、镇江流浪狗伤人案^[15]

张某不慎在小区内跌倒后,被扑上来的流浪狗咬伤其右手和眼眶。经诊断,张某左眼测管断裂,构成轻微伤。出院后,张某多次与物业公司协商赔偿问题无果后,诉至法院。

一审法院运用危险责任归责原则,判决物业公司未尽安

全保障义务，应承担40%赔偿责任。物业公司不服，提出上诉。二审法院判决维持原判。

2、因流浪狗伤己状告公安机关案^[16]

唐某在路上行走时，被流浪狗咬伤。因无法找寻狗主人，唐某以公安机关未尽相关管理职责为由诉至法院，要求公安机关赔偿损失。

法院经审理认为，依据《侵权责任法》第82条^[17]，公安机关不是动物的原饲养人或管理人，仅负有行政法上的管理职责，不应承担此侵权责任。

（三）北京流浪猫伤人案亦有先前行为衍生的作为义务

北京流浪猫伤人案与上述案例有相似之处：乔某投喂流浪猫和乡政府收留杨某一样，均在无法定义务的情况下，实施了值得称颂的帮助行为，而令自己担负了合理照顾义务；同韦某等人未清除胡蜂窝和消灭胡蜂类似，乔某未履行基于其爱心行为衍生的排除流浪猫带来的危险之控制义务；肖某和流浪狗伤人案中的被害人都无法依据《侵权责任法》第82条，向原饲养人或管理人主张侵权责任。详言之：

固定投喂已致小区内其他住户之法益和公共环境增加危险。

乔某的投喂行为不以占有该流浪猫为目的亦无谋利之意愿，一般不对流浪猫致害承担责任。然流浪猫作为危险源，因其不可控性和向有利于生存的地方聚集之天性，令乔某长期、固定的投喂行为发生了在其社区公共环境中存在流浪猫获取食物的固定地点之结果，而致小区内其他住户之法益和公共环境处于危险。

可以认为，此时乔某与该流浪猫建立了临时管理关系，其对流浪猫可能对他人法益造成损害，甚至对猫狗斗的发生，应该且能够预见，而负有因该投喂行为衍生的控制义务。当其不履行投喂行为衍生的控制义务，且流浪猫致人损害时，应承担不作为侵权责任。当然，肖某未拴狗链的违法行为和制止猫狗斗时的不当行为，令其对自身损害亦承担相应责任。

正如多诺斯诉斯蒂文森案中提出的著名的“邻人公式”：任何人都要关心其邻居，不能损害邻居的权益。如果你能合理预见可能会损害你的邻居，那么就必须采取合理的注意去避免某种作为或不作为。如果没有能够尽到注意义务，就存在过失。^[18] 乔某居住于人口密集地区，因流浪动物非己所有，常忽视相邻关系的基本原则，若不采取有效措施管束流浪动物，易致毁损财产、啮伤人畜的发生，且投喂人常以善举本身的合理性作为抗辩理由，令

邻里关系在“禁止权利滥用”和“容忍义务”之间争论不休，亦为邻里关系的健康存续带来隐患^[19]。

应该看到，我国关于动物保护的立法十分滞后，现行规范性文件无法解决流浪动物引发的各类问题。其次，虽然《民法通则》第12条和《侵权责任法》第82条规定了“原饲养人、管理人的侵权责任”。但由于配套法规的缺失，令原饲养人、管理人无法确定、难以寻找，导致上述条文在实践中失去其立法本意。

动物致害责任是古老而年轻的侵权责任类型，对其研究不会停止。完善动物保护相关立法和与《侵权责任法》第82条的配套制度，在流浪动物的保护与流浪动物聚集地法益的保护之间探寻平衡点，以防止流浪动物聚集地的法益处于危险，是为良策。

三、流浪动物的管理和保护

（一）对流浪动物加强管理任重道远

流浪动物躲在垃圾周围觅食，在大街小巷乱窜。其身上携带各种病毒和寄生虫，成为流动“生物武器”，极易威胁公民身体健康；其排泄物、尸体等极易形成疾病传染源，或污染水源，而威胁公共卫生安全；因野性之特征，致其攻击性较强，亦扰民^[20]。

（二）流浪动物致害不仅是个赔偿问题更是个社会管理问题

本案的启示在于，除完善相关规范性文件，明确各方权责外，我们不妨借鉴法国的先进经验，建立饲养动物登记管理制度，便于确定原饲养人的同时，从源头减少流浪动物的产生；效仿“道路交通事故社会救助基金”，建立“饲养动物致人损害社会救助基金”^[21]，在无法找寻原饲养人、管理人的情形下，由国家、政府先予补偿受害人；同时，倡导认领流浪动物的行为，鼓励民间动物保护组织充分发挥其积极作用。

【参考文献】

[1] 王泽鉴：《侵权行为法》，中国政法大学出版社2001年版。

[2] 杨立新：《侵权责任法》，法律出版社2010年版。

[3] 张鑫：“流浪动物致害泽恩主体辨析”，载《湖北警官学院学报》2012年12月第12期（总第135期）。

[4] 张谦、殷光文：“国外流浪动物的救助与管理”，载《中国畜牧业通讯》2007年第19期。

[16] 参见钟垂红：“流浪动物致人损害的侵权责任”，载《西南政法大学》2011年。

[17] 《侵权责任法》第82条规定：“遗弃、逃逸的动物在遗弃、逃逸期间造成他人损害的，由原动物饲养人或者管理人承担侵权责任。”

[18] 李长英：“先行行为导致的不作为侵权责任研究”，载《湖南师范大学》2011年。

[19] 参见王吉中：“流浪伴侣动物及其若干法律问题”，载《法制与社会》2012年02期。

[20] 参见王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法释义》，法律出版社2010年版，第407页。

[21] 参见钟垂红：“流浪动物致人损害的侵权责任”，载《西南政法大学》2011年。



人性法治当道 如何容纳流浪猫

文 北京市庞标律师事务所 庞标律师

一时间，喂养流浪猫惹上官司被判赔偿在媒体舆论中被炒得沸沸扬扬，社会各界人士，都纷纷表达自己的意见。尤其是在事发地北京，几乎每个小区中都会有“拖家带口”的流浪猫、流浪狗，各大公园、旅游景点也都有成群的流浪猫狗们，小动物很可怜，经常有人们自发地给它们喂食、垒窝，保证猫狗们的生活。但大家都没有想到，在如今这样的善心还会惹出麻烦，自然都会感到无法释怀。

党的十八大将生态文明建设写入党章，如今的社会发展越来越需要人们同自然环境相互融合，人们也越来越意识到美好的自然环境、和谐的自然关系在我们生活当中的重要性，低碳环保、爱护动物也成为了普通民众在日常生活中能为自然所作的力所能及的事情。那么，流浪猫伤人事件之后，社会对待流浪动物的态度会不会因此发生变化？法院认定喂养者在流浪猫伤人事件中承担一定责任到底是否合理？在流浪动物事件中，出于善意的喂养者个人承担一定的责任是否公平？政府和有关部门在此问题上是否也不能沉默逃避？我们试图对流浪猫案件中的这些问题一一进行法律专业分析，并从社会各阶层的责任方面，给爱护流浪动物的爱心人士一个释然的答案。

首先，从专业法律角度看，长期喂食是否构成事实

饲养关系？此案中乔女士作为侵权责任承担的主体是否适格？

根据我国法律，对于侵权诉讼，法律没有特别规定的，原则上适用过错责任法律，简单的说，即“犯错要负责”。另一种情况则是：行为人损害他人民事权益，不论行为人有无过错，法律规定应当承担侵权责任的，依照其规定。这就是所谓的无过错原则，简单的说，即“没错但只要法律规定了，也要负责”。

在《侵权责任法》规定的几种无过错责任中，就包括了“饲养动物的责任”，责任人是动物的饲养人和管理人。根据该法第八十二条规定：“遗弃、逃逸的动物在遗弃、逃逸期间造成他人损害的，由原动物饲养人或者管理人承担侵权责任”。可见遗弃、在逃的动物的责任主体是原饲养人和管理人。在此案中，原来的遗弃人已经无法找到。在二审判决中，法院对管理人、饲养人的概念进行了详细论证，认为乔某对流浪猫的饲养，既无利益驱动，也无对猫的占有，无对动物的决定权，所以，乔某不是饲养人。

在这一点上，笔者同意二审法院的意见，乔女士并没有对流浪猫的占有权，又没有对流浪猫的决定权，虽然她具有喂养流浪猫的行为，但是没有长期饲养和管理流浪猫的意思表示，那么乔某不构成该猫的饲养人或者管理人。

同时，依据《侵权责任法》第七十八条，饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任，但能够证明损害是因被侵权人故意或者重大过失造成的，可以不承担或者减轻责任。根据此案，其一，该猫不是侵权责任法所规定的“饲养的动物”；其二，乔女士不是《侵权责任法》承担动物致人损害的“管理人或者饲养人”。因此，乔某不应承担饲养动物致人损害的民事责任。

但是，此案引发巨大争议之一，就是即使否定了乔女士饲养人(管理人)身份，排除了对乔女士使用特殊侵权责任来归责，法官却通过论证，利用一般侵权责任对投喂者苛



以部分赔偿责任。

法律上，侵权要件有三：行为的违法性，损害事实的存在，因果关系。在本案中，有猫抓人的行为，有肖女士受伤的事实，值得探讨的是因果关系。从近因来看，肖某打架，是其被伤害的原因。从远因来看，则是因喂养而出现“危险”的流浪猫。近因是实质的具体伤害，远因是抽象的可能引起的结果，法院审判应采用近因说。而且就远因而言：其一，聚集流浪猫，不一定会出现伤害，其带来的环境影响，应是妨害大家的正常生活，予以行政处理为宜。其二，打架时，无论流浪猫或饲养的家猫，都有抓人的本能，故区别之并无法律意义，除非能证明流浪猫特别凶狠，不同于饲养的猫，才有法律价值。所以，本案的判决，在一定程度上漠视了因果关系，把抽象的远因代替了具体实在的近因。

法院认为，乔女士投喂流浪猫的行为，在其生活社区的公共环境中，形成了一个流浪猫获取食物的固定地点，导致流浪猫的聚集。流浪猫在没有得到有效控制的前提下，必定会给社区的公共环境带来危险。这一点，在笔者看来，法院将流浪猫的危险性和乔女士的喂养关系联系在一起，有其牵强性。流浪猫等流浪动物的特性就是无主、长期在野外生存，乔女士投喂行为是基于对动物的帮助行为，即使其长期投喂，也不能构成法律意义上的所有或占有，也无对流浪动物的控制力。既然没有控制能力，而且流浪猫的聚集在先还是乔女士的喂养行为在先也根本无法认定，那么流浪猫的聚集也和乔女士的喂养和喂养地点无特定的关系。

而法院认定的乔女士的喂养行为，“是对于公众共同利益的一种不合理的干涉及影响”，是法官不恰当地发挥自由心证得出的结论。流浪猫在社区的聚集，可以说是一种长期的生存本能。即使没有人去给流浪动物喂食，它们也会因为有人的存在，而在饭店门口，抑或垃圾箱中寻找食物，在人们废弃的东西中找寻住所。而如果人们对流浪动物坐视不理，让它们自生自灭，那么流浪动物会因为饥饿而成为居民的困扰，对待人的态度也将会十分陌生甚至敌视，会不会主动伤人也未可知。而不是像现在一样对人们基本上是友好、共同分享家园的态度。像此案这样的伤人情况应该是在极其特殊的情况下，本能的“自卫过当”而已。对流浪动物的关爱，到底是对于公众共同利益的一种不合理的干涉及影响，还是对共同居住社区环境的一种保护？

进一步讲，我们由于天生的优势而在这世界当中处于主宰的地位，但是我们并不应该有高于其他生命的自负感。和我们共同在城市中生活的动物们，应该分享着和我们一样的生活。这应该处在一个平等的状态之下，而不是出于人的“恩赐”。况且，流浪动物已经在人类的遗弃下处于生存的劣势，它们是在与人类的共处下，失去了自己

的野外生存能力的生命，如今它们被人类遗弃，它们的要求只不过是活下去，没有人类的帮助，它们将会生活得很困难。难道我们连这点都要剥夺吗？家养的狗，并不比流浪猫更尊贵，它们之间打架，人去帮忙，这本身就是人对其它生命生存的干预。猫由此抓伤人，也是出于动物的本能。非要为动物的本能寻找一个责任承担者，实在没有必要。喂养流浪动物，应当成为深入人心的公序良俗的一部分，法律本应满腔热忱地鼓励人们喂食流浪猫，但是此案这样的判决，实在让人质疑法官对于自由心证发挥的考量。

同样的案例亦是存在：住在某小区一个家政服务员集体宿舍里的王小姐，到了有风雨的日子，就让流浪狗小黑在宿舍厨房里睡觉。但是她没想到，自己照顾小黑的行为，会让自己被小区居民田女士告上法庭。田女士在北京市朝阳区人民法院起诉称，2012年5月30日晚上，她在小区里散步，小黑突然从单元门中蹿出，田女士慌乱地奔跑躲避，跑出30米后摔倒。田女士称，经过医院诊断，自己鼻骨、右眼眼眶、右颊上颌骨多处骨折，右臂软组织损伤，身体多处擦伤。田女士说，小黑曾是小区里的流浪狗，王小姐是小黑的饲养人，王小姐对小黑给自己造成的损害负有不可推卸的责任，因此她向王小姐提出包括医疗费、精神抚慰金等赔偿总计7000余元。

王小姐认为，田女士称被小黑追赶而摔致骨折，王小姐陪她去医院看病，但是陪田女士看病完全是为了息事宁人，保全小黑，自己没有过错，拒绝继续赔偿，直到闹上法庭，双方也没有达成和解。法院择日将继续开庭审理。就在双方争执不下的同时，小黑最终被警方收容，再也未能接回，至今没有消息。

有媒体报道，在2011年，北京市丰台区人民法院也曾做出流浪狗饲养人被判赔偿医疗费额的判决。58岁的高女士在等待电梯时，被跟随王女士一起乘坐电梯的两只流浪狗的叫声所惊吓，导致高女士出现肢体麻木等症状被送至医院。高女士把王女士诉至法院。丰台法院判决王女士赔偿医疗费769.31元。

这些案例都在警示我们，城市中的流浪动物需要更强有力的社会支撑，仅有人们自发的喂养是不够的。因为流浪动物而产生的法律问题，应该有一个能负责的地方。政府、社区、街道，乃至物业，都应当是流浪动物的“负责人”，城市中的动物和城市中的人群是一样的，它们选择在哪里生活，哪里就应该管理它们，并为它们负责。大到政府、法律对流浪动物伤人责任的认定和承担，小到居民区、物业应当在小区内为流浪动物建立专门的生活场所，都是我们社会当务之急的责任。政府不应沉默，人们对流浪动物的爱心，也不能泯灭。

处于社会主宰的人们，处于现代法治的社会，我们将如何容纳流浪动物，民众需要深思，法律更需要深思。

房市调控缘何变“空调”

策划、整理 本刊编辑部

圆桌主题：理性解读“新国五条”及深圳细则

圆桌时间：2013年4月8日下午

圆桌地点：深圳市律师协会大会议室

主持人：杜艳芝律师



杜艳芝

参会嘉宾：

曹叠云 行政法律业务委员会主任

李栋梁 房地产与建筑工程法律业务委员会主任

王劲松 房地产与建筑工程法律业务委员会副主任

张茂荣 房地产与建筑工程法律业务委员会委员

濮庆 民事法律业务委员会委员

杨新发 《深圳律师》杂志栏目编辑

周争锋 《深圳律师》杂志栏目编辑



曹叠云



李栋梁



王劲松



张茂荣



濮庆



杨新发



周争锋

“新国五条”及其细则是旧政策的重申

主持人：新年过后，国务院出台了“新国五条”调控房地产市场，全国楼市也因此波澜再起。各位律师对“新国五条”是怎么看的呢？

王劲松律师：个人认为“新国五条”是老调重弹，其规定并不比原有政策严厉，也并未超出“旧国五条”的框架。各地所谓的“新国五条”细则也不“细”，具体的调控政策缺乏强制性规定，留下较大的不确定性和弹性空间。深圳细则中有两个亮点，一是明确政府房价调控目标，要求确保今年全市新建商品住房价格涨幅低于本市人均可支配收入的实际增长速度；二是规定灵活的调控手段，必要时可通过二套房贷、预售限价、房产税等手段对房市进行调控。

张茂荣律师：“新国五条”除“对预售方案报价过高且不接受城市住房城乡建设部门指导，或没有实行预售资金监管的商品房项目，可暂不核发预售许可证书”外，其他部分均只是喊话，重申旧政不放松，意在稳定市场预期，对楼市反弹亮黄牌，并无任何新意。关于房产税，上海、重庆的实践已证明房产税并不能起到降低房价的作用，而引发全国恐慌抢房的“二手房征收20%交易个税”早已存在，并非新的税种。我认为，我们国家的媒体，从中央到地方，官方到民间对“新国五条”存在妖魔化的认识、过度解读、歪曲误解的报道。

李栋梁律师：从法律层面来看，“新国五条”及深圳细则有几个方面是值得关注的。第一，“新国五条”或与现行法律法规存在冲突。“新国五条”及其细则重点在于限购、限贷、限价。在此背景下，有可能出现这

种情况：房地产买卖双方订立的房地产买卖合同有效，但因买方不符合限购、限贷政策规定而无法继续履行合同。按照合同法规定，合同有效买卖双方就应当全面履行合同义务。现实的问题是，若按新政规定，有效合同将出现无法继续履行的情形，这应由谁来承担责任呢？新政对这些现实问题并没有给出明确的、符合法律规定的回答。第二，深圳“新国五条”细则或与现行许多行政管理法规、政策存在冲突。深圳政府制定的许多城市公共服务政策基本上都是与房产挂钩的，如办理积分入户等。若申请人在深有合法的住房，则可加30分。再如今年我市全面试行小学一年级积分入学政策，在学校地段拥有学位房的积分，远远高于租房的积分。可见，政府制定的很多公共服务配套措施是鼓励市民购房的，这也客观上造成市民对房地产保持较高的需求。第三，房地产的税费收入是否取之于民，用之于民？据媒体报道，房地产开发商从获得土地使用权到建好房屋投放市场这些环节中，政府税费占了房价的60%。而这些税费是怎么使用的？是否用于解决老百姓的基本住房需求？是否用于城市公共服务设施建设？

“新国五条”并没有回答这些问题，这不能不说是一个缺憾。第四，保障房分配问题。保障房建设分配究竟是让有资源的人得到了更多利益，还是真正帮助了有需求的年轻人切实解决住房难题？如果政府是希望切实解决市民的基本住房需求，那么，政府出资建设的保障房应当是用来出租而不是出售。用于出租的保障房越多，利用保障房进行投资空间就少，这将使更多有基本住房需求的市民获得实际利益。第五，土地资源分配问题。个人认为，要从根本上遏制房价疯狂上涨，关键在国家要加强普通商品房用地供应。从2004年起中国房价一直在居高不下，其中最重要的原因是从2004年8月30日开始我国实行了土地招拍挂制度。该政策出台后，房地产商出价越高才能拿到土地。地价高了房价能不涨吗？

曹叠云律师：像“新国五条”这种政策性文件在我国是具有实际效力的。但是，当这种政策性文件对民事合同关系进行调整，法院实际操作是会判定买卖双方解除合同还是判定“新国五条”无效？个人认为，对房地产合同纠纷，法院还是会严格按照法律法规的规定来判决：如果不违反法律、行政法规关于合同效力的强制性规定，合同一经合法签订就具备法律效力。从性质上看，国务院发布的“新国五条”，既不是法律、法规，严格意义上说也不属于国务院的决定，更大的可以将其归类为国务院办公厅发布的通知性质的文件。这个“新国五条”开头也说明了是“经国务院同意”的，也就是说实际操作中“新国五条”可能是经过国务院总理或者副总理签字同意即发布了。因此，从这个角度看，“新国五条”不具备行政法规的法律效力。在法律时效方面，“新国五条”自颁布后开始生

效，但在时效方面有很多故意模糊的地方。在法律责任和法律保障方面，“新国五条”没有明确规定，最多就是“依法追究法律责任”这样的泛泛之谈，而没有具体规定应当追究谁的责任，个人或者企业违反了规定应当承担什么责任。同时因为“新国五条”不是法律法规，也不是行政法规，因此也不能适用行政处罚法来对违反其规定的行为进行处罚。关于“新国五条”的法律保障方面，我认为我们国家完全可以设立房地产调控法，把“新国五条”上升为法律制度，外国也就住宅有相关的立法。通过立法，我们国家完全可以把这些房地产宏观调控的政策、措施，表述为法律条款从而使其上升到法律制度的层面，不管是通过立法转变为法律、法规、行政规章都可以。

被误解的20%房地产交易个税条款

主持人：对于“新国五条”，广大媒体和市民最为关注、争议最大的莫过于有关二手房交易征收20%交易个税的条款了。各位律师怎么看？

张茂荣律师：对“新国五条”不能人云亦云，而应该认真看看“新国五条”的内容是什么。“新国五条”规定“对出售自有住房按规定应征收的个人所得税，通过税收征管、房屋登记等历史信息能核实房屋原值的，应依法严格按转让所得的20%计征。”这一条款是被炒得最热，被公认最严厉的条款，也是被误读最严重，引发众多购房者恐慌的条款。我对这个条款的理解是：1、按转让所得20%计征个税在《个人所得税法》中早有规定，并且此税种也早已在深圳实施，并非“新国五条”新创税种；2、2011年7月11日，深圳实施的核定价（评估价）征收文件《深圳市地方税务局、深圳市规划和国土资源委员会关于实施存量房交易计税价格核定工作有关事项的通告》是依据《中华人民共和国税收征收管理法》第35条制定的，因此深圳原有的税收征管方式与《个人所得税法》及“新国五条”的规定并无矛盾，也不会停止实施，即深圳仍可按照原有方式征收房地产交易税；3、目前，深圳二手房不具备全部核实征收20%个人所得税的条件，故深圳不会完全按照20%交易个税征收二手房交易税。因为按照20%交易个税核实征收的前提是需要核定现任业主购房原值（而非登记价）、合理费用、实际成交价等要素以便查明应纳税所得额。实际的房地产交易中，买卖双方不会提供房屋的实际成交价，那么便无法清算出合理费用，此外深圳二手房大多几经转手，早已无法核实现任业主购房原值，故一刀切地叫停核定征收转为实行核实征收20%个税不具备可能性；4、“新国五条”细则本身要求“税务部门要继续推进应用房地产价格评估方法加强存量房交易税收征管工作”，即对评估价核定征收的方式是予以认同并

要求推进的；5、各地细则对20%交易个税的规定方面，目前北京的细则对此方面的规定是最严格的，但是它仍然规定了无法核实应纳税所得额情况下核定征收，即同时存在核实征收和核定征收，而非一刀切强制核实征收。6、目前炒作过后纳税方式仍然照旧的事实也已经证明媒体、大众对该条的理解确实是错误的。

周争锋律师：我认为20%交易个税问题之所以引发关注主要还是在某些媒体、政府官员的曲解。深圳细则对此未作明确规定，是因为深圳实行双轨制税收征管方式，早有20%交易个税的规定。只是操作中买卖双方为避免缴纳高额税款更多地选择了核定征收的方式。所以，深圳排队抢房过户的现象相对其他城市来说还是比较少的。深圳的房地产评估体系是全国首创的，其他城市目前已经在学习深圳的做法。我认为，我们房地产税收征管大多没有征收二手房交易的20%交易个税，不是技术层面的问题，实际上深圳对20%交易个税核实征收早有规定，只是，现在基本上“全民逃税”，如果纳税人不如实申报，那么国家又怎么征收呢？但是哪些人或企业在逃税、逃税金额多少、是否被追究法律责任，这些从未被我们正视。这是个可悲的事情。

杨新发律师：美国的税收征管就很严谨，国民纳税意识也很强，我们国家也可以学习他们的相关管理规定。现在比较让人焦急的是，很多国民的价值观是有问题的，任何法律或政策出台，都是想着怎么钻空子，占便宜，而不去思考自己要如何遵守法律法规，是否给社会发展做出了贡献。依法纳税难道还需要讨论吗？难道依法纳税不是我们应尽的义务吗？如果我们国民的素质就是这样只想着逃税，那我们这个民族还有什么希望？

房地产市场为何恐慌

主持人：“新国五条”出台后，各地房地产市场尤其是一线城市的房地产市场一度陷入恐慌中，抢房、排队过户等现象屡见不鲜。为什么“新国五条”出台会给楼市带来恐慌？新政出台能否平抑房价呢？

王劲松律师：单凭“新国五条”及其细则不太可能平抑房价，主要原因有二：1、细则未规定明确的、强制性的严厉措施，对房价影响有限；2、市场房屋刚需没有被满足，市民投资渠道有限，一线城市土地稀缺，地方财政依赖土地出让等原因存在。

周争锋律师：我觉得楼市恐慌的原因主要还是媒体、政府官员、学者过度宣传20%房地产交易个税这一条款。至于房产调控能否平抑房价这个问题，我想用建国初期大上海著名的粮价风波来回答这个问题。当时留在上海的国民党大肆囤积粮食，导致上海粮价大幅上涨。当时我们政

府通过从北京调粮到上海平抑粮价，即通过调整粮食市场的供求关系来调控粮价。但现在我们国家出台“新国五条”不是通过增加房屋供应量来调整房地产市场的供求关系解决房价上涨问题，而是试图通过抑制需求来解决问题。举个不恰当的例子，就好像一个人要吃三个馒头才能饱，但是别人说不行，只能吃一个，不够吃就忍着——这样的调控怎么能解决问题？当市民对住宅有实际需求的时候，如果国家不是通过增加房地产市场供应量，而是不让市民买这种方式调控市场，这种政策对平抑房价能起的作用则不言而喻了。

张茂荣律师：我认为国五条造成楼市恐慌的原因是媒体对20%房地产交易个税的断章取义、妖魔化报道和极端不负责任的炒作。当市民在新闻联播、知名报纸等媒体上看到大家都处于房地产抢购热潮和恐慌中，在趋同心理下不免也会加入到抢房大军中。实际上国五条没什么新意，我也直接断言“新国五条”不能平抑房价。

房地产交易应当注意的问题

主持人：“新国五条”出台后，我们广大市民更为关注的问题，应当是在新政背景下房地产交易应当注意哪些问题了。各位律师谈谈自己的看法吧？

张茂荣律师：结合我个人的经验，我提几点注意的地方。1、务必在签约时明确约定递件过户时的纳税申报方式，防止任何一方借口毁约。今年三月份发生的房地产纠纷很多就是在签订购房合同时对纳税方式没有约定，业主看到房价还在涨，便提出要买主按照20%个税差额纳税，税款买方承担，不然只能解除合同，这实际上就是卖方想要毁约的借口。实际的操作中，房地产交易的纳税申报方式是可以选择的，既可以选择核定征收也可以选核实征收，但在没有约定的情况下，业主选择采用核实征收的话，这也是合法的——这是很多业主毁约的法律原因所在。2、务必在合同中明确约定，业主负有保证自己及家庭成员配合买方申请免税的义务，由于业主本人或其家庭成员不予配合，由此增加的税款由业主承担，如果签订房屋买卖时没有就此条款做出明确规定，那么业主可能为了达到毁约目的，拒不配合买方申请免税，迫使买方因高额税费而知难而退。在此同时提醒广大市民：任何规避楼市政策的行为都是有风险的。

李栋梁律师：新政出台后，在房地产交易中，买卖双方还是要遵守国家房地产交易政策，才能保证房地产交易正常进行。老百姓在买卖房地产时要注意四个方面的法律问题：1、购房资格。“新国五条”进一步明确了作为买方的购房资格，如果不符合购房资格就有可能导致即使签订了购房合同也没有办法履行。2、贷款资格和利率。如

果签好购房合同，付完首期而贷款不成功，那么买方作为付款的义务方，将要承担违约责任。所以作为买方一定要重点考虑自己能否贷款成功，能贷款多少，贷款利率多少，能否承担违约责任。3、税费问题。在二手房交易中，一定要对税费缴纳申报方式提前做好约定，这样可以避免很多纠纷。4、注意提前约定好争议解决条款。房地产市场和政策会有很多不确定性因素。买卖双方在签订合同时，对将来可能影响合同履行的政策因素等事项进行事先约定，对发生争议如何解决进行事先约定，可以很大程度上避免房屋买卖纠纷的出现，也可以节省很多的时间和精力，避免诉累。

▶ 房地产市场需要怎样的调控政策

主持人：刚刚我们谈了很多关于“新国五条”的问题，那么房地产市场需要怎样的调控政策呢？请各位律师谈谈自己的看法。

杨新发律师：“新国五条”与现行法律存在诸多冲突，会导致许多质疑和纷争。我认为今后国务院出台“新国五条”这样的政策性文件需要跟全国人大充分沟通，需要国务院法制局经过审慎的调查研究，也需要征求民间意见，不能一锤子买卖，单向思维，而要更为审慎，要多考虑政策出台是否合理，能否执行。我们律师和媒体都应当发出这样的声音，表达专业的意见，希望今后国务院做出决定和政策的时候更为审慎。

周争锋律师：我坚持认为，90年代的分税制改革导致银行、保险、石油等优势税收资源收归国税，而把土地等原来认为不值钱的税收资源划归地方税收，这直接导致地方过度依赖土地，也因为土地效益高，见效快，地方对土地的依赖也越来越高。调控到最后，我认为还是会调控到国地税改革上。所以我建议中央对地方要有适当拨款，使地方政府对土地的依赖减少一些。此外，房地产价格上涨受供求关系决定性的影响，因此房市调控还是应当从供求关系入手解决。现在房市调控通过限涨令、不给预售等方式调控房市，实际上是在限制供给，这和房市调控的目的相违背。供应跟不上需求，最终还是会导致房价往上涨。

濮庆律师：我认为抑制房价上涨要从法律层面来解决。最关键的是要一改过去以户籍、住所地等标准来判断一个自然人是否有资格购买房产及享受和拥有其他某些福利或权利。房地产市场买卖也不能违反公平原则，才能最终解决房价上涨的问题。其次，“新国五条”政策出台，是国家目前通过限制私权利来对抗市场的集中表现。对此，我认为有必要建立一种政策责任追究制。目前我们不能对普遍性行政政策、法律提起诉讼，这是不合理的。在

这方面我们要多学习香港等地的做法，一项法律、政策的出台，必须要经过严格的法定程序，并且要做到公正、公平及公开，而且还要经得起质疑及批评。

王劲松律师：我建议未来深圳可采取“限地价、竞房价”的土地出让方式，即在总地价固定的前提下，承诺销售价格最低者为竞得人。用符合法律规范的制度来引导市场主体，方能切实平抑房价。

曹叠云律师：对我国的房地产市场调控，我有七个建议。1、应当以法律手段为主，而非行政政策为主来对房地产市场进行调控。2、应当尊重物权和物权法，并在其基础上设计房地产市场调控的政策法规。3、应当遵照合同意思自治的原则，设计重构房地产市场调控的政策法规。4、强调宪法关于让市场机制发挥作用的有关规定来进行房地产市场调控。5、楼市各调控政策存在含糊不清、与其他法律脱节的缺点，应当在未来立法中考虑采用更民主的方式进行更科学的房地产市场调控立法。6、楼市调控不是孤立的，而应当综合考虑党和国家的基本政策、国际形象，并和整体秩序相协调，这个调控才会真正发生作用。7、提升房地产交易税率客观上属于与民争利，属于客观抬升房价原因，应当取消。

李栋梁律师：国家现行的房地产调控政策主要是限购、限价、限贷，其实是治标不治本，并不能解决房地产价格疯狂上涨的问题。我有几点建议。1、强化政府建设保障房责任，用法律手段保障市民基本的居住权。这涉及两个问题，一是政府从房地产开发过程中获得的收入要公开化、透明化，要通过法律手段加大保障房建设的支出。二是要缩减政府房地产监管部门并减少税费。房地产开发投资成本和管理成本降低了，房价才有可能降下来。2、政府要增大土地供应量。土地就像面粉，房子就像面包，如果面粉供应不足，价格居高不下，那么房价自然也居高不下，市民更是买不起。3、要减少政府财政供养人员的数量，增加财政对公共服务支出的比例。据报道，我国现有5千多万人由财政供养，由国家出钱承担其生老病死。政府财政供养人员的支出高了，那么政府为公共服务的支出自然会减少，保障市民基本居住需求的开支也会减少。4、增加建设用于租赁的保障房，而不是用于出售的保障房，使保障房真正用于满足市民的基本住房需求，而不是被某些人用于投资获益，这将有助于降低房价。

主持人：房子既是家庭小事，也是国家大事。房地产市场如果不加以调控将后果严重。房地产市场的火爆显了国民收入中社会投资投机性收入膨胀，劳动收入偏低的情况，这对我们这个经济基础薄弱国家的长远发展是极为不利的——这些都值得我们深思。今天非常感谢各位参会律师对我们国家的房地产政策踊跃发表自己的真知灼见，会议到此结束。



前海深港现代服务业合作区法律适用刍议

文 广东知明律师事务所 汪腾锋律师

为适应改革开放的进一步发展，顺应我国经济结构产业升级，再次激活改革先锋深圳经济特区的创业激情，2010年8月26日经国务院批复同意国家在深圳前海地区设立深圳经济特区前海深港现代服务业合作区，在前海深港现代服务业合作区采用先行先试的特殊政策法律。由此，前海深港现代服务业合作区的建设已紧锣密鼓的展开，尤其是习近平在中共十八大当选总书记对前海合作区视察后，前海深港现代服务业合作区更是如火如荼地推进着开发建设的步伐。前海深港现代服务业合作区未来的顺利发展，在行政管理、民商交往中均离不开在人、财、物等各方面相应配套的法制规范，如何构建解决相关问题的完善规范正是前海当前面临的重要问题。

笔者现就前海深港现代服务业合作区的有关法律适用问题作如下初浅刍议：

主体资格认定问题

据近年统计，当今世界上225个国家和地区中有198个国家和地区公开承认或默认双重国籍，占全球总数的88%；195个国家中有167个国家公开承认或默认双重国籍，占全部总数的85.6%。只有少数国家和地区不承认双重或多重国籍而采用单一国籍制，中国就是其中之一。在联合国中五个常任理事国中，如今只有中国明确否认双重或多重国籍，而在上世纪60年代中期之前，中国也曾是承认双重国籍的国家，但由于中国当时支持印度尼西亚红色革命而招致印度尼西亚政府残酷迫害印尼华人华侨，中国政府为了给印度尼西亚华人华侨解难，才断然宣布中国不承认双重和多重国籍，以此表明加入印度尼西亚国籍的华人华侨不再拥有中华人民共和国国籍，不再是中国公民。由此，为印尼华人华侨排除了遭受迫害的风险。可如今，当前我国经济面临高速发展多种经济结构并行推进之中，各种经济主体特别是外资民资将纷纷参与，实力强大的民营外资经济主体，无疑是参与前海投资建设不可忽视的组成部分，而其中不少人身份复杂，表面身为华人，实则早

已移民外籍，甚至一人多籍隐而不报，视其所需在各种身份之间灵活转换，利己使用。他们一旦涉嫌犯罪，立即隐身遁迹逃避制裁；他们一旦纠纷涉诉，立即将隐匿财产转移至国外，使我国仲裁司法很难掌控其人财物，使国家和人民财产遭受巨大损失，甚至造成国家与社会的严重危害。对此，笔者认为，为适应新的社会经济发展形势，有效保护国家和民众财产及人身安全，我国理应顺应世界大势，适时调整国籍认定制度，首先在深圳经济特区前海深港现代服务业合作区恢复采用默认或承认双重国籍的身份制度，先行先试。如此，我国仲裁司法就可简单高效运用本国法对在前海深港现代服务业合作区相关涉罪或涉及纠纷之人员采取有效法律措施，进行及时裁判并及时执行。如此，可极大避免国家和民众的人身财产损失，维护我国社会法制的尊严。

电子证据采信问题

随着世界经济类型由工业经济向知识经济转化，科技进入信息网络时代，信息网络、电子商务已成为一种先进生产力的经济模式和运行方式。同时，随着中国加入世界贸易组织(WTO)，贸易自由化与全球化必将日益发展。由于电子商务的优越性充分体现为以极低的成本跨越时间和空间的障碍，这种特性注定其只有在全球化的范围和过程中才能实现效益最大化。为此，WTO早在第二届部长级会议上就发表了《全球电子商务宣言》。APEC部长级会议早在1997年就卓有远见地通过了《APEC电子商务行动蓝图》，中国政府也早在《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十个五年计划的建议》中将大力推进国民经济和社会信息化列为战略举措。而伴随着电子商务和国际经贸投资的快速发展，为了优化库存结构，降低生产成本，加快资金周转，缩短生产周期，提高经营效益，从而保障生产高效、营销有序地进行，越来越多的信息技术将在经贸活动中得到应用和推广，表现为电子商务，这种无纸贸易形式将日益发展。在网络经济快速发展，电子商务蓬勃发

展, 电子文书文件日益繁多的今天, 如何裁处认定涉案网络电子证据的真伪效力, 已成紧迫之势。而2013年1月1日刚刚施行的《中华人民共和国民事诉讼法》修订稿第62条已进一步明确界定电子数据属于法定证据的种类之一。但各种纷繁复杂的民商事等活动中如何具体界定采信电子数据(电子文件、电子文书)的证据真伪效力则仍急需制定更加完备细化的法律法规及规范性文件进行明确规范。笔者认为, 我国可在前海深港现代服务业合作区先行先试, 对电子文件效力确认和采信问题作进一步明确规定。

第一, 电子文件的效力问题。由于电子文件是以某项信息数据形式表现出来的, 它容易被不留痕迹地伪造、篡改, 很难对其进行鉴别。但是我们不能因此而束手无策、裹足不前, 不能因此阻碍电子商务的发展。对此, 联合国国际贸易委员会早在1996年6月制定的《电子商务示范法》、1997年4月欧盟提出的《欧盟电子商务行动方案》及同年7月美国提出的《全球电子商务框架》以及《统一电子交易法》均表明了不得仅仅以某项信息采用数据电文形式为理由而否定其法律效力、有效性和可执行性的意向。不仅如此, 美国制定的《统一电子交易法》、加拿大的《划一电子交易法令》、澳大利亚的《电子交易条例草案》及新加坡的《全面电子商务法》及联合国国际贸易委员会《电子商务示范法》的条文, 均进一步明确了电子文件的合法性、有效性和可执行性。香港的《电子交易条例》对电子文件效力的规定更显公平、合理和明确。而美国在2000年制定的《统一电子签名法》和联合国国际贸易委员会草拟的《统一电子签名规则》则进一步强化了电子文件的证据作用。为此, 目前国际上通行的做法是引入“电子签名”制度, 规定这种电子签名是由代码和符号加密组成的密钥, 具有唯一性和可识别性。目前, 我国新修订的《中华人民共和国民事诉讼法》第62条及《中华人民共和国合同法》第11条也都规定了电子文件作为法律证据的有效性和可采纳性, 我国人大常委会制定于2005年4月1日起施行的《中华人民共和国电子签名法》也已明确规定了电子签名的效力, 电子认证服务及电子签名相关权利义务等问题, 但至今还缺少系统配套的法律规定, 而且更重要的是缺乏具体可操作的细则规定, 这些问题仍有待进一步完善。进一步考量, 如何消除电子文件在生效条件、生效时间、生效形式及无效形式等方面的不一致, 尽早制定全球和全国系统统一的法律规范, 将有助于中国和其他各国的共同努力。

第二, 电子文件的确认问题。既然电子文件是一种无纸化的附着于信息系统的电子数据, 则对它的真实性、准确性和有效性的认定就显得十分困难和重要。对此, 国际上大多数国家, 特别是发达国家大都普遍成立了认证认可机构。同时, 国际上某些国家间还联合成立了各种不同范畴

的国际性或区域性认证认可合作组织, 而且为适应电子商务的发展, 国际上还确立了网上电子身份认证(CA)制度, 如美国和新加坡等国在这方面走在前列, 新加坡成立了全国性认证机构——CA Nettrust Pte. Let公司并与加拿大等国签署了交叉认证协议。我国的认证认可机制目前也仍处在发展之中, 特别是网上认证认可工作。我国已于2001年8月29日成立了国家认证认可监督管理委员会, 领导全国的认证认可工作, 进一步协调和规范国内外认证认可工作, 而且我国部分省市, 如广东省已于2001年6月开通了全省电子商务认证中心(CNCA)。另外, 一些专业咨询机构, 如华夏国际企业信用咨询有限公司正积极引进和开发网上认证和网上资信评级业务。这些机构的设立和制度的确立, 都极大地促进了电子商务中有关产品质量、原产地、卫生检疫、行为资质等方面的认证认可及合格评定工作的开展。同时, 中国国家商务部组建的中国国际电子商务中心及其开发的《国家商业电子信息安全认证系统》将更进一步有效配合我国电子商务活动中的网上认证认可工作。虽然如此, 对电子商务所必然涉及的网上广告、网上采购、网上支付、网上报税及货物运输等方面的单据资料也必须要求建立系统配套、协调一致的网络认证认可体系, 这就要求包括工商、税务、海关、航运、金融结算、卫生检疫、厂商与客户等多方面的积极参与, 组成系统完善的电子商务配套网络。为此, 我国应尽快确立网络认证认可权威机构, 以便依法向有关当事人出具证据证明, 这样才能有效地保证国际经贸、电子商务中的相关电子单据资料的真实性、可靠性和合法性。

第三, 电子文件的采信问题。为了适应电子商务无纸贸易发展的现状, 各国处理民商经贸活动纠纷时, 必须及时适应这种现状, 不仅要及时完善制定相关具体配套的国际国内经贸民商法律法规新规定, 明确电子文件证据的采信原则和统一标准, 适用2000年9月我国国务院颁布施行的《互联网信息服务管理办法》及2006年12月8日最高人民法院颁布施行的《关于审理计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》。不仅如此, 我们还要尽快建立与网络认证认可权威机构的协调联络机制, 同时, 要积极建立与其它有关机构, 如工商、税务、海关、航运、金融结算、卫生检疫、厂商与客户等的有机联系, 如此才能顺利有效地落实电子文件证据的采信措施。此外, 要积极协调统一与前海司法仲裁及调解机构与国内及世界其它国家处理民商经贸等纠纷案件时证据采信方面的相关工作。同时, 国家对商务部、国家海关总署和国家公检法等执法司法机关以及其它相关机构建立有机联系, 以便顺利解决电子文件证据采信问题, 从而便捷地处理国内及跨境民商事活动中电子文件证据的采信问题。

综上所述, 只有明确地解决了上述问题, 我们在电子

商务时代处理国际国内民商事活动时，才可以取得真实、合法、有效的证据，才能顺利地进行仲裁诉讼及调解工作，才可以做到切实维护涉案各有关当事方的合法权益。

法律冲突的适用问题

前海合作区，因毗邻香港，临近台澳，面向世界，国内国际民商事往来人员复杂、形式多样，在涉及各种法律纠纷时，不仅产生涉外法律冲突，而且还将大量产生涉港澳台地区的区际法律冲突，如何有效解决涉港澳台地区法律冲突，是前海合作区由其需要重视解决的问题。笔者认为应做好如下几方面：

一是解决中国区际法律冲突应遵循的原则。（1）国家利益至上原则：在一国两制制度下港、澳、台将来的地位无论如何特殊，它们都不可否认是中国领土的一部分。在涉及国家主权、统一等问题时，应以国家利益为重。解决港、澳、台同大陆之间的法律冲突制度、规则应有利于维护国家的主权统一。（2）平等互利、公平对待原则：一国两制制度下的中国大陆同港、澳、台各有其民商法律，相互差异很大，相互间必然产生法律冲突。为解决这一事实，就必须承认这一现实，相互不歧视、公平对待、平等互利；承认依对方法律产生的既得权，赋予本地和对方当事人以平等的民事法律地位和民事诉讼地位；对它们的合法权益进行公平的同等法律保护，这样有利于一国两制，有利于区际法律冲突的解决。（3）尊重各自的公共秩序原则：在相当长的一段时间内（至少50年）在冲突规范中必须定明公共秩序的保留制度，以使各法律有效地维护各自特殊合法利益。（4）有利于正常区际民事交往原则：一国两制的正式实行，在港、澳回归祖国和台湾和平统一后，它们与大陆及它们相互之间的民商事交往必将迅速增加，因其交往所产生的各种问题也必将更加复杂。法律的混乱状况将十分明显，为此在解决内地同港、澳、台各法域的法律冲突时，有必要考虑制定有利于各地人民之间正常交往的办法、措施，以使各地人民之间的正常交往得到有效的保护

二是解决中国区际法律冲突的方式和步骤。世界大多数法域国家解决法律冲突有如下方式：（一）采用冲突法方式。（1）适用国际私法解决区际法律冲突；（2）分别制定各自的区际冲突法来解决区际法律冲突；（3）制定全国统一区际法来解决区际法律冲突；（4）对区际法律冲突和国际法律冲突一视同仁加以解决，不加区别。（二）采用统一实体法方式：（1）制定全国统一的实体法来解决；（2）制定部分法域适用的统一实体法来解决；（3）各法域采用相同或类似的实体法以求统一来解决；（4）由最高法院通过审判实践促进各法域间实体法统一来逐步解决。

中国大陆同港、澳、台各法域间的法律冲突应先从冲突法的方式辅之以部分专门协定来协调解决，逐步过渡到采用统一实体法来直接解决为宜。在香港、澳门回归后很长时间内，各法域的法律冲突只能通过冲突法途径来解决。（对其中的台湾问题我们可以考虑并且事实上已在采用双方协商制定统一规定的方式就某些少数专门问题加以解决）因为各法域间没有最高司法机关行使职权促进各地实体法的统一以解决法律冲突，而各地制定统一的实体法在现阶段考虑是不成熟的，制定各自的冲突法也会因引起反致、转致而使法律冲突问题复杂化。各地如共同加入某一国际统一实体法公约，则在所涉及的问题上法律冲突可以解决，但它不可能解决法律冲突全部。所以，解决中国区际法律冲突的具体步骤，目前宜采用的办法是港、澳、台用现行的冲突法来解决各自同内地间法律冲突以及它们相互间的法律冲突。而内地，则主要采用类推适用国际私法来解决和港、澳、台之间的法律冲突。对此，我国在司法实践中已在具体采用。例如最高人民法院《关于涉外婚姻、继承若干问题的解答》等规定中已明确界定对涉港、澳、台三地和个人民事法律关系一律比照外国个人同样处理。最高人民法院2007年23日公布的《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件适用法律若干问题的规定》，2011年1月1日颁布实施的《最高人民法院关于审理涉台民事案件适用法律适用问题的规定》，最高人民法院2012年12月28日公布的《最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释（一）》等司法解释规定，对涉及香港特别行政区、澳门特别行政区及台湾地区的民事或商事合同的法律适用问题，参照我国关于涉外民事合同关系的法律来处理；最高人民法院于1988年发布了《关于人民法院处理涉台民事案件的几个问题》的司法解释；1998年发布了《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》；1999年3月30日最高人民法院颁布施行的《关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》；2008年制定发布了《关于涉台民事诉讼文书送达的若干规定》；2009年5月，公布实施了《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的补充规定》等司法解释，已具体解决了长期以来两岸三地司法机关就相互承认对方的民事判决和司法协助工作中存在的重大障碍。随着类似区际法律冲突规范的逐步完善、经验的逐步积累总结，台湾同大陆和平统一之后，经过相当长时间融合，中央人民政府就可会同各特别行政区政府协商，制定一部各方均能接受的统一的区际冲突法以规范四法域的活动，防止各法域利用各自的冲突法规定进行有利于自己的识别、转致、反致，产生挑选法院、规避法律的现象。

>>下转第26页



行业关注

从唯冠律师费争议谈律师维权困境

文 广东鹏正律师事务所 戴维律师



笔者曾拜读著名法学家江平教授一文，题目是《律师兴则国家兴》，律师在我国的社会主义法治建设中起到了不可替代的作用。但令人难以置信的是，我们一众律师齐聚关于公司濒临破产中律师风险代理费支付、优先支付问题研讨会，却是为了寻求一个良方来保护律师自身的合法权益。律师采用风险代理方式为濒临破产企业维权，垫付各种费用，到头来却变成了企业的普通债权人，无法实现正当权益的案例，在我们身边屡见不鲜。深圳唯冠与苹果公司IPAD商标权纠纷一案的后续律师费争议就是一个活生生的案

例。笔者认为，公司濒临破产中实现律师风险代理费的优先权的路径有两方面，一是法定路径，二是约定路径。

第一，法定路径：呼吁通过特区立法或者法院审判实践来确立律师风险代理费的优先权地位。企业濒临破产中律师风险代理费优先支付具有现实意义和法理依据，这与律师代理费的属性有关。理由阐述如下：

一是律师通过风险代理提供服务，使濒临破产企业的债权获得了增值，理应在该企业获得的增值中优先支付。以深圳唯冠案件为例，深圳唯冠所拥有的IPAD商标，在起诉之前一直处于沉寂状态，几乎无市场价值。而今，深圳唯冠的IPAD商标获得苹果公司6000万美元赔偿，应该说，得益于广和、国浩律师团队的辛苦付出。两个律师团队制定的一套行之有效的战略方案并有效实施，才使得深圳唯冠一审胜诉，也正是苹果公司在一审中的败诉，才使深圳唯冠获得拥

>>上接第25页

并逐步过渡到协商制定相互统一的某些专门实体法规范或通过共同加入某一国际公约，达到实体法的统一，或者相互采用相同或类似的实体法，以避免和消除相互法律冲突。对此，我国大陆和台湾已先期就某些专门问题通过民间组织协商后达成了一些专门协议。如《关于邮政快件传递的规定》、《两岸公证文书传递的规定》、《关于增办两岸特快专递（快捷）邮件业务的具体办法》、《两岸公证书使用查证协议》、《两岸劫机犯遣返事宜》、《违反有关规定进入对方地区人员遣返事宜》、《两岸渔事纠纷处理协议（办法）》等等就属此类。由于台湾情况更加特殊，这样的做法不仅已先期开展，而且在港澳回归后很长时间内仍将被继续推广使用。经过上述步骤的逐步实行，经过长时期的相互交往、融合，通过四方的充分协调，最终可建立统一的实体法。制定统一实体法固然很好，然而考虑四法域间历

史形成的现状，相互差别极大，在时间性上和实践可行性方面可能难度也极大，难以成功。对此，笔者相信中国境内四法域间的法律冲突排除社会差异不谈，就其法律制度的深刻差异性（及风俗习惯的差异）也完全可以考虑最终以统一冲突法，辅之以部分统一实体法规范来协调解决相互间的法律冲突。这样才能真正体现“一国两制”的特色，也更有利于各自的发展，从而更好地促进和保障整个中国的法制统一和全面发展。

可喜的是，深圳市人大常委会2011年7月6日公布施行的《深圳经济特区前海深港现代服务业合作区条例》第48条、第52条以及第53条对前海深港现代服务业合作区部分涉及法律冲突问题已作出超前的探索性规定，为今后深化立法，将区际法律冲突逐步演进由特区立法来有效解决，为解决中国特色的区际法律适用冲突开创先河。相信在不久的将来，前海解决法律冲突的成功经验一定会不断丰富完善，并在全国推广展开。

有与苹果公司谈判的筹码。最终，苹果公司向深圳唯冠支付6000万美元的赔偿和解双方的纠纷。这一项成果，它应被视为深圳唯冠这一濒临破产企业原有债权通过律师团队服务所获得的一种增值，应为双方共享。律师风险代理费的比例则是这项增值收益中律师的应得部分。

二是律师风险代理费可视同“共益债务”，优先受偿。共益债务其法理意义是：“为全体债权人利益或者为程序顺利进行之必需而对破产管理人提出的一切请求权。”深圳唯冠虽未被宣告破产，但也濒临破产，其对外债务远超出其自有债权。在苹果公司起诉深圳唯冠商标权纠纷中，广和、国浩律师团队等可以说是临危受命，最终为深圳唯冠和唯冠的全体债权人获得了6000万美元的巨大利益。那么广和、国浩律所主张的律师风险代理费，就是为了所有债权人的共同利益所产生的债务。因此，笔者认为可以参照我国《企业破产法》中第42条的规定，优先受偿，随时受偿。

三是律师费应属于一种报酬，亦应优先受偿。众所周知，律师不是公职人员，与同是法律共同体的法官、检察官不同的是，律师没有领取国家俸禄。律师的收入来源于律师费，律师费是律师为委托人提供法律服务的报酬，具有酬劳的性质，应优先予以支付。律师为深圳唯冠与苹果公司的法律大战提供服务，理应获得酬劳，优先支付。

就深圳唯冠案而言，律师费除了是律师提供服务的酬劳，还包括了律师垫付的其他费用。试想，如果没有风险代理协议，律师不会主动垫付诉讼费及相关费用。那么，唯冠也好，唯冠背后债权银行团等诸多债权人也好，均无法分享苹果赔偿的6000万美元。而律师风险代理协议的垫资，与工程界的垫资承包，在性质上完全相同，是保障唯冠和唯冠债权人获利的先决条件。正因为风险代理的律师团队主动垫资完成全部诉讼与非诉讼事宜，6000万的美元赔偿金的到位，唯冠和唯冠的债权人才有可能分享这巨大的“果实”。有道是“喝水不忘挖井人”，风险代理律师从自己所挖之井中取些许甘露不是天定之理吗？据此，笔者认为，律师风险代理费可以参照《合同法》第286条在建筑工程合同纠纷中施工承包人均有优先受偿权的规定优先受偿。

第二，约定路径：律师风险代理费用若在代理合同中约定，并经债权人同意，则亦享有约定优先受偿权。

一是广和、国浩律师团队与深圳唯冠签订的风险代理合同，均明确约定了：“在第一时间优先支付乙方律师费。”而事实上，唯冠在委托之时就已经资不抵债，那么，其在代理合同中约定优先支付条款，就是为了向受托律师表明：其律师费将优先于其他债权受偿，而非将律师费视同普通债权共同受偿。

二是广和律师团队的第一份风险代理协议中律师费的提

取比例原为15%。在广东高院的斡旋，以及银行团主席单位中国银行深圳分行的主持协调下，后降为8%。这实际代表债权银行团的认同。

三是根据广东省律师收费办法，采取风险代理收取律师费的上限为争议利益的30%，而唯冠律师费的收取比例分别为4%和8%，这个比例相对较低，也更能反映律师酬劳的性质。

四是深圳唯冠尚未破产，还是独立人格的法人，应该按照约定优先支付律师费。

五是律师风险代理费优先支付符合诚信原则。诚信原则是市场经济可持续发展的重要保障，被赋予“帝王原则”的地位，我国的《民法通则》第四条、《合同法》第六条、四十二条、六十条等均有规定该原则。深圳唯冠获利后拒付律师费的行为，实属违反诚信原则。

诚信原则是市场经济可持续性发展的重要保障。如果一个市场中，90%是诚信商家，只有10%是不诚信商家，那么必定是这10%不诚信的商家被淘汰掉，使市场更稳定，更繁荣。反之，有90%均是不讲诚信的商家，留下10%的诚信商家，那10%的诚信商家将被淘汰，市场将人人自危，充满尔虞我诈，最终倒闭。同样道理，在金融危机中，有千千万万个企业面临破产、倒闭，他们中大都资不抵债。以深圳唯冠为例，为保护自己的商标权，深圳唯冠聘请两个律师团队维权，约定“优先支付律师费”。经过努力，两个律师团队使其债权增值6000万美元，深圳唯冠却未付律师费，违背了诚信原则。那么，长此以往，还会有律师愿为这些危机中的企业提供风险代理法律服务吗？答案是否定的。此例所带来的后果便是这些企业将危机更甚，最终退出历史舞台，市场经济将更加萧条。

由此看来，深圳唯冠律师费争议不是个案，更不是律师单个行业的事，还关系到律师背后所服务的成千上万个企业、企业集团的兴衰。

深圳特区立法已经走过20年，深圳的法院开审判之先河的案例比比皆是。对于律师风险代理优先权的保护，既是保护法律共同体的合法权益，更是为了律师毫无后顾之忧地帮助危机中的企业通过维权走出困境，走向繁荣。

第三，律师在为濒临破产企业服务时如何保障自身权益，笔者认为有3种方式可以选用。

一是风险代理协议办理赋予其强制执行效力的公证；

二是律师全程介入案件，尤其是谈判、调解过程。在调解时约定收款账户为律师所账户或者双方共管账户；

三是获得债权人签字同意。

如果说深圳唯冠与苹果公司IPAD商标权纠纷谱写了中国知识产权法律保护的新篇章，那么唯冠律师费争议，将是深圳律师乃至中国律师维护自身权益的一个里程碑。

营改增试点对律师业的影响及对策

文 北京市康达（深圳）律师事务所 吕志合律师

营业税改征增值税（以下简称“营改增”）试点2012年1月1日首先在上海市开始实施。2012年7月25日，国务院常务会议决定扩大试点范围，自2012年8月1日起至2012年底，将营改增试点范围由上海市分批扩大至包括北京、广东在内的10个省、直辖市和计划单列市，2013年还将继续扩大试点地区，并选择部分行业在全国范围内试点。按照试点方案，试点地区试点行业范围内的企业将由原来缴纳营业税改为缴纳增值税，试点行业范围包括交通运输业、研发和技术服务业、信息技术服务业、文化创意服务业、物流辅助服务业、有形动产租赁服务业和鉴证咨询服务业。按应税服务注释，律师业属于鉴证咨询服务业，试点地区律师业将由原来缴纳营业税改为缴纳增值税。因此，营改增试点将对律师业产生怎样的影响，律师业又应如何应对，应当引起律师行业广泛关注。

营改增试点对律师业的税负将产生的直接影响及纳税人身份的选择。

营改增前，律师提供服务缴纳的流转税为营业税，税率为5%。营改增后，律师提供服务需要缴纳的流转税为增值税，税率视纳税人的不同而有所不同，增值税纳税人分为小规模纳税人和一般纳税人两类，前者适用3%的税率，后者适用6%的税率。小规模纳税人的税率为3%，这与原来5%的营业税税率相比，流转税税负几乎降低了40%，从该角度来看，律师业中的小规模纳税人的流转税税负将大幅下降。律师业中一般纳税人的增值税税率为6%，从表面税率来看较原来的营业税税率5%增加了一个百分点，但增值税的计税方式是销项税额减进项税额，进项税额允许抵扣；而进项税额是指购进货物或者接受加工修理修配劳务和应税服务时支付或者负担的增值税税额，但是可抵扣的增值税进项税额必须有相应的增值税专用发票；如果律师业的一般纳税人能够获取较多的增值税专用发票用于抵扣销项税额，则其流转税税负适用营业税时期相比将会有所降低，反之会略有上升。

但是，从律师业的资产和成本构成来看，其提供的服务属于高智商、高附加值的智力劳动产品，人力成本所占比重非常大，一般没有大型固定资产，即使有，也顶多是房产和

小汽车。然而，房产支出不属于增值税征税范畴，含消费税的小汽车支出也不能作为增值税进项税额抵扣，律师业的人力成本在目前也不是增值税的征税范畴。律师业实际经营中可用于抵扣的项目包括办公用品、水电费、燃油费等，所占支出比例约为20%，如果该部分可抵扣的项目都可获得增值税专用发票，律师业的流转税税负理论上将为4.8%左右，与原来的营业税税率5%大致持平。因此乐观估计，营改增实施后，律师业的流转税税负水平将与原来基本持平。

按照试点文件规定，应税服务年销售额不超过500万元的为小规模纳税人，超过500万元的应申请认定为一般纳税人。因此，没有或只有较少增值税进项税额的律师事务所，如果应税服务年销售额在500万元以下或者能够将应税服务年销售额控制在500万元以内，申请认定为小规模纳税人可以降低税负。而应税服务年销售额超过500万元的律师事务所，应申请认定为一般纳税人，在被认定为一般纳税人后，在购买物品、接受修理修配加工劳务和应税服务时应尽可能的获取增值税专用发票以尽可能降低流转税税负。需要注意的是，成为小规模纳税人税负虽有下降，但小规模纳税人不能开具增值税专用发票，如果当事人需要开具增值税专用发票时，律师事务所可找税务机关代开。

营改增试点对律师事务所会计核算和发票管理提出了更高要求。

律师事务所的业务流程通常较为简单，营改增前的营业税采取按比例计税方式征税，计税方式和会计核算体系较为简单，律师事务所的流转税税务风险相对较小，与此相适应，律师事务所对会计业务水平的要求不高，其会计多为兼职会计。营改增后，律师事务所改为缴纳增值税，增值税小规模纳税人的计税方式相对简单，对会计核算人员的要求相对较低。但是增值税一般纳税人采取的是销项税额减进项税额模式，律师事务所的整个会计核算体系随之改变，涉及会计科目增多，会计核算要求也相应提高，又因试点规定中对进项税额和销项税额的核算进行了大量规定，税务风险明显增加，如果会计人员不能充分理解并准确核算，对税款的计算就容易出现错误，进而引发税务风险。基于防范税务风

险的考虑，营改增后，律师事务所需要对现有会计核算人员进行培训，提高其专业素质和业务水平，并尽可能地配备专业会计进行会计核算。

营改增前，律师事务所提供律师服务时只要开具服务业发票即可，服务业发票的开具和使用一般不会产生较大法律风险。但是营改增后，律师事务所被分为小规模纳税人和一般纳税人，使用的发票也因此分为增值税普通发票和增值税专用发票两类。小规模纳税人仅使用增值税普通发票，其发票管理与营业税状态下的情况基本相同；而一般纳税人开具的发票则会涉及增值税专用发票和增值税普通发票两种，两种发票的使用范围不同，对发票的开具提出了更高要求。同时由于营改增试点在原有17%和13%税率的基础上增加了11%和6%两税率，律师事务所使用的6%税率相对较低，这可能会诱发律师事务所虚开增值税专用发票。如果律师事务所不能正确开具增值税专用发票，很容易因发票开具问题而面临税务法律风险，甚至是刑罚处罚风险。我国《刑法》涉及增值税专用发票的罪名多达10种左右，常见的有虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪等，一旦触犯刑律，可能招致严厉的刑事处罚。因此，营改增后，律师事务所需要加强对增值税普通发票和增值税专用发票领用、开具的管理，避免因不正确使用或开具增值税发票而带来的法律风险。

营改增后，律师服务的价格体系发生变化，应税服务的价格需重新谈判，应税服务合同必须重新设计。

营改增后，律师事务所由缴纳营业税改为缴纳增值税，表面上看只是税种发生变化，实际上改变了律师服务的价格体系。缴纳营业税时，收取的律师费是价税合计，实际上包含了营业税，营业税为价内税。缴纳增值税后，收取的律师费原则上为不含税价格，不包含增值税，增值税为价外税。例如，某律师事务所提供律师服务的合同金额是100万元，在营改增以前，律师服务缴纳的是营业税，实行价内税，当事人付款100万元后得到100万元的普通发票，律师事务所按5%的营业税率缴纳5万元的营业税；实行营改增后，律师事务所要缴纳增值税，实行价外税，如果律师服务费金额仍为100万元，按6%的增值税率计算，律师事务所则须缴纳近 $100 \div (1+6\%) \times 6\% = 5.7$ 万元的增值税，税负比以前增加了0.7万元。因此，营改增后律师服务的价格体系发生变化，律师事务所需要通过重新

谈判的方式，在保持原有税负不增加的情况下，提高律师服务费，以减轻税收负担。

另外，由于营业税是价内税，营改增试点以前签订的委托代理合同或律师服务合同中的服务价格基本都包含了营业税，合同双方主体基本不会在服务价格是否含税上产生分歧。营改增试点后，增值税为价外税，律师服务合同需要明确服务价格是否包含了增值税，如果约定不明，就会在理解上产生分歧，进而产生纠纷，因此需要明确律师服务价格是含税价还是不含税价，避免因没有约定明确而引起的不必要纠纷。

营改增试点为税务律师开拓业务提供了新的机遇。

营改增试点过程中，纳入试点的企业由原来缴纳营业税改为缴纳增值税，由于增值税的管理和核算比营业税复杂，试点企业将面临更多的税务法律风险，需要建立和完善内部税收风险控制系统。由于税法规定的繁杂，试点企业在税法知识的储备方面存在困难和不足，在税收实务方面存在欠缺，需要借助专业人士的专业知识防范税务法律风险，这就为税务律师开拓业务提供了机遇。比如，营改增对试点企业的会计核算和发票管理提出了更高要求，税务律师可帮助企业健全会计核算体系，完善发票管理和内部税务风险控制制度；营改增后，试点企业如何合理选择申请成为一般纳税人或小规模纳税人将直接影响到企业的税负，税务律师可帮助企业合法合理筹划，选择合适的纳税人身份；营改增后，税务律师可帮助试点企业对现有组织架构和业务模式进行筹划，实现节税；税务律师可以为试点企业重新设计合同范本，在合同中充分考虑税收因素；税务律师还可帮助试点企业评估税务风险，加强试点企业内部税务风险控制。总之，营改增为税务律师开拓业务带来了新的机遇，税务律师应当抓住这一机遇，积极开拓业务，促进业务的发展。

机遇与挑战总是并存的，此次营改增试点确实对试点地区律师行业尤其是律师事务所在纳税人身份选择、服务价格和服务合同的设计、会计核算与发票管理制度的完善等方面提出了更新更高的要求，律师行业必须正视并努力去满足这些要求，否则就会面临税负增加、竞争力下降甚至是受到刑事处罚的风险。但同时也要看到营改增试点为我们带来的合理节税、开拓业务等历史机遇。只要充分学习理解试点文件、及时作出调整、积极抓住机遇，营改增试点对律师业而言应该是一个利远大于弊的消息。



业务指导

青年律师如何赢得和维系客户

文 广东王芬律师事务所 王芬律师

在普通人眼里和心里，律师是让人羡慕和尊敬的职业，也是时下很多青年愿意选择并为之奋斗的事业。但目前青年律师的处境却不容乐观，其中面临的最大问题就是没有客户源，即使偶尔获得一些，也不能与客户建立长期稳定的服务关系。本律师在十几年的执业生涯中，也品尝过个中滋味，愿就如何赢得和维系客户关系这一论题与年轻同行分享。

三步赢得客户源

很多律师认为，律师是拥有法律知识并利用法律知识为他人提供法律服务的人，拥有法律专业知识就够了。在苦读取得司法资格并辛苦实习一年后，很多律师以为从此可以唇枪舌剑，宏图大展。但现实却不容乐观，老律师和青年律师间永远是二八定律，青年律师没有案源，空有满腹经纶无处施展，于是有的选择做授薪律师，有的选择在公司做法务，有的开始网络销售，甚至广告做到了垃圾筒上面，有的采取低价竞争，有的因害怕失去客户而过分迁就客户不合理的要求，甚至违法执业，让律师的正面社会形象大打折扣。究其原因，是青年律师没有人脉，没有获得案源的机会，没有案源就得不到实战的机会，没有实战的经验就更无法取得案源，如此恶性循环，显然让青年律师处境艰难。因此，青年律师执业最急需面临和解决的是案件的来源，本律师认为获得案源有三步：

第一步：走出去，成为社会活动家。律师是与人打交道的职业，良好的口才和社交能力是律师必备的技能，一个人是一个点，认识更多的人也就拥有了很多潜在客户点，点积累到一定程度就是个圆，这也就是中国人常说的“圈子”，认识的人再形成他的圆，不断扩大就形成了我们的客户圈。试想，一个满腹才学却深在高楼的青年律师让别人知道你存在的机会都没有，如何了解你的能力，如何对你产生信任，当然不可能变为你的客户。因此，走出去，通过多种途径、方法让更多的人认识你、信任你、给你机会，比如参加聚会、社团活动，到社区、工业区进行法律咨询等。我认识的一位青年律师，在取得律师执业证后的第一年，沿着深

南大道把能去的企业都走了个遍，那一年，他挣了80万，拥有六家法律顾问单位，试问：有几个人有这样的胆识和勇气？

第二步：多进行思维训练，修炼成谈判专家。机会无处不在，谈判也无处不在，作为律师，执业生涯中面临的谈判更多，要让别人认识你，信任你，有法律需要时想到你。但往往青年律师在机会到来时，却没有把握住，追根究底，不是在律师竞争中被淘汰，就是勉强签下委托合同，或者是以低价获胜。同样的案件，为什么客户会选择他而不是你？为什么有的律师可以轻松谈下一个大单，收取高额的律师费？你收费低廉却谈得艰难？我想很多青年律师一定有这样的境遇。律师要想在庭上侃侃而谈、唇枪舌战，就要把自己修炼成谈判专家，在当事人面前侃侃而谈，把当事人“征服”。

现今的当事人都很“聪明”，他们会“货比三家”，除了比较律师的专业能力，还会比较律师费用，甚至比较律师的人脉、综合素质。因此，对于青年律师来说，缺乏一定的名气，就要让这部分欠缺在其他地方补回来，比如，多围绕切实保护客户利益做些操作设计，也可以提出一些充分尊重客户意见的操作思路，这样就让客户有了踏实感，他至少会觉得“我的律师每一步都会围绕保护我的利益而工作”，“我的律师非常忠实于我的利益”等等，要想在竞争中赢得成功，必须学习谈判技能，最好学心理学、社会学。如果客户在几个律师中反复比较，最后选择了你，而你不是低价获胜，那你就是成功的。

第三步：选择个别领域精深学习，做专长律师。青年律师要成长，需要无数的案件来磨砺，一位老律师曾说过：没有当事人数百万的律师费，是培养不出一个合格乃至优秀的律师的。该话意在说明律师必须拥有客户获得案源，在众多的案件中不断锻炼方能成才。很多人想做到什么都懂，什么案件都能接，把自己吹捧得像“万金油”，结果一到具体案件，很多问题及障碍又无法解决，使客户对律师的能力认可度大大降低。因此，即使拥有了案源，还需要不断学习，充分发挥专业知识，展示专业特长，不断将所学知识与实践结合，成为某个领域的专家。你可以奋笔疾书，洋洋洒洒；你

也可以唇枪舌剑，慷慨激昂，你所有的专业水准的因你拥有案源而得以发挥得淋漓尽致。这时，你可以自豪地说：我是一名合格的专业律师。

用心维系客户关系

律师业是服务业，律师所提供的服务质量决定了客户的满意度。要维系良好的客户关系，笔者认为要注意三个方面：第一，客观理性分析；第二，尽心尽力办案；第三，设身处地为客户着想。客户在开始委托律师前，一定会问律师对案件的看法，听律师的专业意见。作为专业律师，一定要客观理性分析案情，在了解案件情况的基础上，对案件存在的问题、处理的途径和风险的防控等发表专业意见，以供当事人参考决断。切记不能为了获得案件而挑当事人想听的说，更不能为获得案源而做出不切实际的承诺。

很多律师都爱说一句话：受人之托，忠人之事。与当事人签订了委托合同，律师的身份从谈判专家转换成专职律师，这时律师是有压力的。背负着客户的托付，我们有义务和责任把托付事项完成好。因此，律师在处理委托事项时必须尽心尽力，所谓“尽心尽力”，我认为是：认真、用心、专业、执着。

律师和客户的关系很微妙，律师作为受托人处理委托事项，其后果由委托人承担，所以很多实体方面的处理都由当事人决定，但由于当事人会信赖和借助律师的专业意见，通常当事人都会听取律师的意见。因此，作为掌握专业知识的律师，担负这样的重托，就要设身处地为客户着想。有句话说得好：把客户的事当成自己的事，把客户的困难当成自己的困难。设身处地为客户着想就是要同理、共情，理解当事人的感受和需要，并极尽全力实现客户的期望目标，诚信无私心，公正有善心。

避免丢失客户

在当今律师业竞争激烈的环境中，客户不容易获得，却很容易失去，究其原因，我认为主要有两方面：第一，律师做的业务多为个案，随着案件的了结客户关系也了结；第二，客户对律师服务不满意到期终止（主要是法律顾问单位）或提前解除。本文所谈及的客户的丢失是第二种情况。为什么律师会失去客户的信任“被解雇”呢？我总结为三点：第一，接案件时“大包大揽”；第二，办案件时“推三推四”；三，结果不理想时“抽身了事”。律师和医生一样，医生帮助解决身体疾患，律师帮助解决经济纠纷、刑事辩护、婚姻家庭纠纷等，这些问题都是当事人自己无法处理的难题，才求助于律师，所以客户在委托律师时，对律师是非常信任的，也寄托很大的期望，提出自己的要求。而很多律师面对当事人的期望和要求，为了得到这个案件，都可能会不同程度地作出一些“承诺”，

甚至对当事人不合法、不可为的想法也先满口应承。合同一签，当事人往往认为我花了钱，律师就得为我做事，就达到我的目的。如果律师此前是客观理性的分析，预告了案件的利弊、风险、可能后果，当事人往往有思想准备，即使没有达到其期望目标，在多数情况下，只要律师尽心尽力，只要律师设身处地为客户着想，客户也会接受风险的。但往往因为律师在承接案件时大包大揽，甚至做虚假承诺，在实际办理时无法操作，于是面对客户的追问和催促就只能“推三推四”，说正在办，还要再等等，客户再催，有的电话都不敢接……这样的办事方式客户会满意吗？其结果可想而知。轻者当事人解除委托代理就算了，重者当事人要求退律师费，甚至投诉。这时这类律师能做的只能是“抽身了事”，祈求不要被当事人缠住，不要被投诉就万事大吉了。如此浅显的道理其实每位律师都明白，可仍然有不少律师一次又一次重复这短视之事。其结果是即使接上一些案件，最终也是“一锤子买卖”，难以长久。

四大“法宝”赢得客户

第一，专业技能是基础。法律知识是律师的“金刚钻”，是客户依赖和委托律师的首要考虑。因此，能否掌握和运用法律专业技能是律师赢得客户的第一大“法宝”。大家都清楚这样一种现象：当事人在委托律师前都会问律师：你知不知道这类案件的法律规定？你有没有做过这类案件？更有甚者，有的当事人已经从网络搜到相关法律规定和案例，拿来和律师辩论，如果你具有扎实的专业知识和实战能力，一定可以娓娓道来，一开始就把当事人征服了。但遗憾的是，青年律师往往做不到，面对客户的询问，他们心里发虚，无法沉着应对，他们将书本的理论知识 and 具体案件结合需要实战的磨砺，这就是律师在执业初期的三至五年处于艰难期的原因之一。因此，建议青年律师多加强业务学习，快速提升专业技能。其实这样的途径很多，比如在网络上查阅案例、旁听法院的庭审过程、参加律协组织的培训、和同行交流等等。“胸中有丘壑，敢赴万重山”，相信只要掌握了扎实的专业技能，就会有赢得客户的可能。

第二，良好仪容很关键。没有人不喜欢美好的事物，第一印象效应是指最初接触到的信息所形成的印象对我们以后的行为活动和评价的影响，所以我们都知道留给人的第一印象要好，才会为后期打开良好的开端。作为律师，在公众心中的形象是比较不错的，良好的仪容，儒雅的谈吐，自然留给他人好印象，也符合公众对律师的定位，人们也往往乐意与更注重个人形象的人交往，并把机会给予这些人。很多人都有这样的体会，如果当天衣着得当，会感觉精神焕发，神清气爽，一天都有好心情，尤其是女士。

>>>下转第32页



法律实务

企业对员工的罚款权何去何从

文 上海市锦天城（深圳）律师事务所 朱哲律师

罚款条款是把双刃剑

新修订的《广东省劳动保障监察条例》（以下简称“条例”）经广东省第十一届人大常委会第38次会议上表决通过后，将于2013年5月1日正式施行。该条例规定禁止企业对员工进行罚款最引人注目。

该条例第51条规定：“用人单位的规章制度规定了罚款内容，或者其扣减工资的规定没有法律、法规依据的，由人力资源社会保障行政部门责令改正，给予警告。”警告无效，单位逾期不改的，将按照被罚款或者扣减工资的人数每人2000元以上5000元以下的标准处以罚款，由人力资源社会保障行政部门执行。

该条例第51条的规定显然是一把双刃剑。

直接禁止企业对员工进行罚款，从制度层面上保护了员工的利益，防止一些企业制定严苛的规章制度对员工进行任意的处罚，通过剥削员工的利益来减少人力成本的支出。其中最为典型的例子是，广州海珠区某酒楼一位洗碗工，前不久被指偷喝了酒楼一碗粥，被罚款2000元。

但这也给合法经营的企业出了一道难题，对员工进行小额罚款本来是希望员工自觉遵守企业规章制度，提高员工的职业素质和岗位责任心，提升团队的凝聚力，让企业生产经营更有效率，而该条例的出台无疑提高了企业管理难度。

未来应如何降低该条例给企业带来的管理风险呢？

>>上接第31页

所以，建议律师一定要注重个人形象，尤其是在第一次与客户面见、开庭及在出席重要的场所时，良好的仪容会让他人愿意亲近你，与你继续交往，你就更拥有得到这个客户的可能。

第三，诚信品德不能丢。抛开律师法、律师职业道德和执业纪律的规定，单从简单的做人做事看，律师的诚信风格，甚至比我们能提供的专业技能还重要，个中道理不再赘述。

第四，人情交际有技巧。律师的工作性质决定要接触不同的人，要在广泛的社会交往中获得客户，要友好交往维系客户，办理案件更要与公检法、各部门、企事业单位交往，所有的交往中都会有人际关系，都会留下交情，这些人际交情都是财富，如何维系好这些人情，形成律师的人脉圈呢？律师首先要认识到这些人脉的重要性，并要掌握和运用一些技巧，维系好这些人脉圈并不断扩大。这里举个简单例子，律师在社会上同不同身份、不同行业的人保持有往来，如果经常吃饭，面见，大家感觉都会很辛苦，没必要，如何不失分寸与客户保持一份交情呢？我的做法是在节假日时的短信息中，尽量不用网络的短信群发问候，而是对不同的人说不同的话，简单恰到好处，让收到短信的人认为他收到的短信是我用心特别发给他的。平

常，我会常电话或信息保持联络，偶尔的拜访以及不名贵的礼物会让对方感到交情不浅，人情十足。如果你做到这些，我想客户会在单纯的委托关系外有份朋友的温情，朋友会在你需要帮助时不用你开口求情而提供帮助。

总结

律师经过不断扩大的人脉圈，获得更多人或单位的认同，将客户委托事项及时高质量办理好，客户对律师满意度较高，这样的客户关系是成功的。但一个案件的了结就意味着这个客户暂时丢失，律师要赢得长期、稳定的客户，笔者认为有几种方式：第一、同一客户的长期需求（法律顾问或新案再委托）；第二、老客户的介绍（口碑效应）；第三、赢得对手尊重，发展成为新客户；第四、专项业务做精做强。

律师业充满激情和挑战，在日益激烈的竞争面前，客户不再会主动跑到我们面前，律师首先要找到客户，赢得案源；办好委托事项，赢得客户的信任和满意；维系客户，发展成为长期稳定的客户源。只要不畏惧最初的艰难，勇敢经历风雨和磨练，我们就可以翘首前行，我们的事业就会像芝麻开花——节节高！

以上观点，仅为笔者执业个人体会，与青年律师共勉。

企业对员工的罚款权，何去何从？本文将结合现行的有关法律、法规，尝试给出解决方案。

深圳市企业罚款的法律渊源

1982年4月10日原劳动部发布实施的《企业职工奖惩条例》第12条规定：“对职工的行政处分分为：警告，记过，记大过，降级，撤职，留用察看，开除。在给予上述行政处分的同时，可以给予一次性罚款。”第16条规定，对职工罚款的金额由企业决定，一般不得超过本人月标准工资的百分之二十。”

虽然该条例第4条明确规定仅适用于全民所有制企业和城镇集体所有制企业的全体职工，但其他所有制形式的企业都参照该条例，通过制定规章制度来对员工进行罚款。

1995年1月1日实施的《劳动法》并没有对企业的罚款权进行规定。

2004年12月1日实施的《深圳市员工工资支付条例》第34条第1款第2项，明确规定了单位有权依据单位规章制度对员工进行违纪经济处罚。具体规定为：“用人单位按照依法制定的规章制度对员工进行的违纪经济处罚”。

2008年1月1日，《劳动合同法》正式实施，但并未对企业的罚款权进行限制，同时2008年1月15日《企业职工奖惩条例》被废止。同年11月1日实施的《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》第16条第1款限制了企业对员工的罚款权，具体规定为：“用人单位依照规章制度对劳动者实施经济处分的，单项和当月累计处分金额不得超过该劳动者当月工资的百分之三十，且对同一违纪行为不得重复处分。”

法规冲突时应如何适用

目前《深圳市员工工资支付条例》和《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》仍然现行有效。

《深圳市员工工资支付条例》第34条第1款第2项规定的“用人单位按照依法制定的规章制度对员工进行违纪经济处罚”以及《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》第16条第1款规定的“用人单位依照规章制度对劳动者实施经济处分的，单项和当月累计处分金额不得超过该劳动者当月工资的百分之三十，且对同一违纪行为不得重复处分”与该条例第51条相冲突，应如何适用？

《深圳市员工工资支付条例》的效力级别属于较大市的地方性法规，与省级地方性法规的《广东省劳动保障监察条例》冲突时，根据上位法优先的规定，应优先适用《广东省劳动保障监察条例》。

《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》效力级别属于经济特区法规，依据2002年2月1日实施的《深圳市法制局关于我市行政机关行政执法适用法律的指导意见》二、关于特区法规的适用中的（一）“特区法规在特区内适用。特区法规与法律、行政法规、省地方性法规、部门规章、省政府规章对同一事项规定不一致的，在特区内适用特区法规的规定。”根据特别法优先的规定，在深圳市范围内《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》的效力高于《广东省劳动保障监察条例》。

因此，在该条例生效以后，深圳市企业应仍有权通过制定规章制度对员工进行罚款。但实务中应注意的是须根据《劳动合同法》第四条的规定依法建立、完善和执行劳动规章制度。

深圳市外企业如何适用法律

工资的定义。《广东省工资支付条例》第54条规定对工资做出以下定义：“工资，是指用人单位基于劳动关系，按照劳动者提供劳动的数量和质量，以货币形式支付给劳动者本人的全部劳动报酬。一般包括：各种形式的工资（计时工资、计件工资、岗位工资、职务工资、技能工资等）、奖金、津贴、补贴、延长工作时间及特殊情况下支付的属于劳动报酬性的工资收入等；但不包括用人单位按照规定负担的各项社会保险费、住房公积金，劳动保障和安全生产监察行政部门规定的劳动保护费用，按照规定标准支付的独生子女补贴、计划生育奖，丧葬费、抚恤金等国家规定的福利费用和属于非劳动报酬性的收入。”

上述规定的员工工资，在该条例正式实施以后，一般情况下是不能被企业扣减的。

该条例第51条规定的例外。依据该条例第51条的规定，虽然法规直接限制企业对员工进行罚款，但是法律、法规另有规定企业有权对员工进行罚款的则不受该条限制。所以深圳市外企业应有权行使以下权利：

依据《广东省工资支付条例》第十五条，企业有权向劳动者主张赔偿因其过错所造成的直接经济损失，但每月赔偿额度应受到原劳动部关于印发《工资支付暂行规定》的通知第十六条的限制，每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的20%。

对策。应明确在该条例正式实施以后，企业不能依据自己制定的规章制度对员工进行直接罚款。因此，企业应删除对员工罚款的相应规章制度，重新思考新的管理模式，以应对新出台的条例。

作为企业对员工最直接的管理措施如考勤制度，

受该条例的影响是最大的。为正确适用该条例第54条规定的同时，也能对企业员工进行有效的管理，如下建议和对策可供参考：

一是非经济性处罚取代罚款。企业可对违纪员工处以警告，记过，记大过，开除等非经济性处罚取代原有的罚款制度。譬如迟到1次被1次警告，警告达到3次被记过1次，累积记大过3次者，属于严重违反企业规章制度，可依企业规章制度解除劳动合同并且无需支付经济补偿金。

企业应设置非经济处罚制度的具体适用范围，并列明每种行为所导致的后果。对新入职的员工必须要求其知悉并签字确认有关的规章制度；作出处罚决定后，违纪员工必须在处罚决定书上签字，以证明其已知悉并同意企业对其作出的处罚决定。

对超过一定的处分次数的员工，则应视情形对处分行为进行公告，让员工引以为鉴，改正自己的工作作风和态度。

二是薪酬设计上不做减法，做加法。根据《广东省工资支付条例》第54条，奖金属于工资的一种，也就是说扣减奖金就是扣减工资。企业必须做出相应的应对措施，如企业可创设出勤奖制度，在规章制度中明确出勤奖的定义：出勤奖并非工资的一部分，发放的数额并不固定。

这种奖金并非传统意义上的全勤奖金，而是通过累计积分来发放奖金。该奖金可分别设置几个级别，每个级别有该级别所对应的积分范围，按员工每天的考勤计算其当月累计出勤积分，奖励相应的奖金。若员工月平均积分低于一定额度将处以非经济性处罚；严重者，企业可以单方解除劳动合同。

三是按绩效考核计发工资。企业绩效考核制度，可对当月员工完成的工作量、工作完成情况、工作作风等进行评分，所得分数与该名职工所在岗位对应的岗位系数相计算，以得出该名员工当月的工资数额。

员工的出勤情况可以作为绩效考核项目中评定工作态度的参考，出勤情况间接影响员工当月所获得的工资。

意见和建议

公平正义是衡量一个国家或社会文明发展的标准，是人类文明的标志之一，也是我国构建社会主义和谐社会的重要特征之一。它要求立法机关在制定法律法规时，应充分考虑法律法规的实施能否平衡当今社会关系，化解社会矛盾。

不可否认，《广东省劳动保障监察条例》第51条的实施能起到保障员工的切身利益，防止员工的血汗钱被黑心老板压榨；但不问企业的罚款目的，不看企业的罚款比例，就一竿子打死的话，例如可以小额象

征性罚款解决的管理问题，变成要以处分等方式来解决，也有可能提高企业的管理难度，使当今的社会关系更加复杂化。

因此，合理、合法的罚款制度，有其管理学上存在基础。为此，可以考虑设立企业罚款审批制度。对一些希望通过小额罚款约束员工行为的用人单位，用人单位将规章制度提交有关部门审批通过后可以合法实施。这样做既能保护员工的合法权益，又能使企业的管理工作顺利达成。



声音：

企业恃其强而随意使用经济处罚手段，却不知这样做的后果只能造成职工与企业严重对立的局面，其所丧失的则是维系企业发展的凝聚力和战斗力。在职工与企业离心离德的情况下，企业要想取得发展只能说是痴人说梦。广东省制定法规，对企业随意罚款行为予以禁止，其本意不仅是维护职工的合法权益，也在于维护企业和谐的劳动环境。和谐企业是和谐社会的基础与细胞，企业不和谐又何来社会和谐？企业不文明又何来社会文明？从这个角度看，《广东省劳动保障监察条例(修订草案)》无论对职工还是对企业都将是个双赢局面：职工赢得了权益的保障，企业赢得了劳动关系的稳定。

(来源：深圳新闻网 曾志杨)

用人单位对劳动者没有了罚款权，并不意味着用人单位对劳动者就没有经济管理权。用人单位对劳动者直接罚款虽然没有法律依据，但是用人单位可以在规章制度或员工手册中设立“月考核奖或年度考核奖”等类型的综合考核奖项，范围可包括出勤、安全、质量、劳动纪律等方面，来行使管理权和规范员工行为。如果劳动者达到规章制度规定的考核要求，则全额享受奖励，否则就按比例或不能享受奖励。当然，用人单位要注意这些奖金的额度，要确保员工获得的工资符合当地最低工资标准的要求。否则，这些制度就有可能因违法而形同虚设。

(来源：网易财经频道 郭丽红)



“一比多”商标侵权案的法律分析

文 广东德城律师事务所 代昊律师

外国有句谚语：世上没有免费的午餐。为了这句话，最近若干年中国企业没少交学费。由于不太重视知识产权保护，为了短期利益走捷径，假冒产品到处都是，因此承担民事赔偿责任，甚至承担刑事责任的企业经营管理者也不在少数。

【案情简介】

近日，笔者频频接到数起商家被诉假冒“一比多”商标侵权案的法律咨询。经了解，原告厦门一新砂轮有限公司是生产超薄树脂砂轮切片的专业厂家。2003年5月28日，原告取得中华人民共和国国家工商行政管理总局商标局（以下简称国家商标局）对“一比多”商标核发的第3048035号《商标注册证》，核定使用商品为第7类，即磨石（机器部件）、切削工具（包括机械刀具）、砂轮（机器用）上使用，注册有效期至2013年5月27日。目前深圳乃至其它省市市场上存在大量假冒的“一比多”砂轮切割片。

【法律评析】

外国有句谚语：世上没有免费的午餐。为了这句话，最近若干年中国企业没少交学费。由于不太重视知识产权保护，为了短期利益走捷径，假冒产品到处都是，因此承担民事赔偿责任，甚至承担刑事责任的企业经营管理者也不在少数。司法在保护知识产权方面的主导作用，得以生动体现。与此同时，商标、专利注册井喷，打击盗版的执法行动密度及力度不断加大，不少企业在产品出口及出国参展之前，首先都会查询有关国家的知识产权规则。自觉遵守有关知识产权保护的国际惯例和普适法规，成为大多数企业的普遍共识和重要选项。

今年3月份以来厦门一新砂轮有限公司在深圳起诉的都是经营五金店的销售“一比多”砂轮片的个体工商户，而不是起诉生产这些假冒“一比多”砂轮片的厂家。被起诉的商家达500多家，这个数字还在继续上升中。厦门一新砂轮有限公司此次大规模诉讼都是由委托人到市场走访，然后派人购买假冒产品并委托

公证处将购买过程全程公证，最后由律师起诉——显然是有备而来。原告这种大规模打假维权路早在去年就在东莞展开。从华盖图片、彪马商标、网吧电影、卡拉OK歌曲等侵权案，到“一比多”砂轮片侵权，众多影响巨大的知识产权集体诉讼，深圳和东莞这样的一线城市没少中枪。

知识产权侵权大规模集体打假，已经形成巨大的产业链。一般都是先成立专业的打假团队，到售假商家那里买假冒产品或侵权产品，同时委托公证处对购买过程办理公证，封存购买的侵权产品，再由律师参与诉讼，每个环节都有利益内容。但是，令笔者吃惊的是那些被控侵权方却在喊冤。

这些被告提出五个观点。第一，原告厦门一新砂轮公司涉嫌利用法律牟取暴利。500多家五金店被取证调查，甚至被告上法庭，以2万元和解或判决赔偿一家计算，“一比多”在深圳这城市的打假集体诉讼中将获利1000多万元。第二，程序不合法。厦门一新砂轮公司在取证与公证时，都是“偷偷摸摸”，没有告知商户。第三，“一比多”砂轮片根本没有知名度，市场占有率极低，价格与利润均低。这些五金店老板质疑这是恶意打假、钓鱼打假。更有店主认为“这是明显的敲诈行为”。第四，被告商家认为他们并非假冒产品的生产厂家，为什么原告不去打击那些生产商？第五，他们普遍消极应诉，甚至不出庭，认为不理睬就行，一旦法院判决赔偿，可以注销店面脱离干系，即使有法院判决也无法执行。

从实践上来说，打假是一个难度极高也很危险的任务，很多生产厂家都有反侦察意识，一旦被那些假冒生产厂家知道有打假人员前来，打假人员的人身安全往

往得不到保障，更别说取证。相反，销售商往往比较分散，防打假意识较差，这就是为什么原告先从销售商入手。另外，根据《商标法》第五十二条关于商标侵权行为的规定，销售假冒产品的行为也是违法行为，根据《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》原告可以只选择状告销售商。根据《商标法》第五十六条，如果被告商家不知道自己销售的产品是假冒商品，又能提供商品合法来源的，不承担赔偿责任。

【律师观点】

就此案，笔者有六个方面的看法。

第一，关于商家认为原告厦门一新砂轮公司涉嫌利用法律牟取暴利的说法并不能成为侵权的理由。很多企业都有自己的商标，但并不是每个企业都能意识到自己的商标就是财富。商标即品牌的建设并不是一蹴而就的，一个著名或驰名商标的培育，是一个漫长而又艰辛的过程，要投入巨大的人力和财力。比如，在产品及包装的设计，商标的设计上，在广告投入上，在售后服务上，在申报认定著名或驰名商标上，在维权打假的过程中都需要付出大量的成本。如何将自己在商标上的投资转化为收益，或者说尽量以最小投入获得最令人满意的效果，同时又避免其他企业冒用商标造成损失，是值得每一个企业深思的问题。

第二，关于商家认为原告厦门一新砂轮公司在取证与公证时，都是“偷偷摸摸”，没有告知商户，因此程序不合法。笔者认为，原告这样的打假方式完全是合法、合理的，维护自己的权益无可厚非，法律并没有规定公证员在打假取证时要告知商家。因此，从法律上来说，原告厦门一新砂轮公司在取证与公证时并不存在偷偷摸摸的情况。相反，如果当时告知是在取证，试问还有哪位商家会配合呢？

第三，被告商家认为诉争商标的砂轮片根本没有知名度，也没有人购买，市场占有率极低。这种说法从常理上说不过去，谁都知道越是市场占有率高，知名度高的品牌越容易被假冒。那些知名度低，连正品都无人问津的品牌，假冒产品还有人会要吗？

第四，假冒产品往往质量得不到保证，常常危及使用者的人身和财产安全，从这个角度来说，打假也是必然的。

第五，被告商家消极应诉实在不可取。根据《民法通则》第二十九条规定：个体工商户的债务，个人经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭财产承担。个体工商户的业主对个体工商户的债务承担连带责任，即使注销了个体工商户也逃不了法律责任。与其将来夜以继日的逃避执行，还不如现在积极应诉。

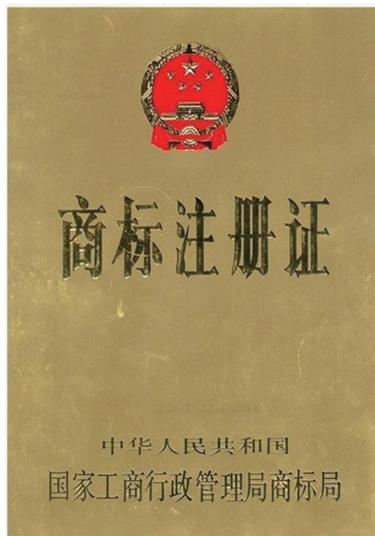
第六，销售假冒注册商标的商品除了可能承担侵权赔偿的民事责任外，如果达到一定的金额还可能承担刑事责任。

根据《刑法》第二百一十四条 销售明知是假冒注册商标的商品，销售金额达到五万元以上的，处三年以下有期徒刑或拘役，并处或单处罚金。销售金额达到二十五万元以上的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

综合以上分析，笔者认为商家遇到这样的知识产权侵权案件，首先应该处理好眼前的诉讼，其次，应该树立起基本的法律意识及知识产权保护意识，在进货时要保留好进货凭证和相关票据。

仅就单个诉讼来说，此类案件的被告并非一定会败诉，原告主张侵权赔偿是要拿出足够的侵权赔偿证据，被告可以从原告提供的证据上找漏洞着手。涉嫌侵权的被告们不要掉以轻心，一切怠于应诉的心态都可能面临索赔成立的后果，更不要认为法院下了判决可以逃避执行。打官司是一门专业的工作，并非所有的普通百姓能够胜任，一旦败诉将来可能面临法院的强制执行。认为可以逃避执行生效判决的想法在现代社会也越来越难以行通，买房、工作、存款、开办公司等等都是联网趋势，社会征信系统早已建成并日趋完善。与其将来夜以继日地逃避执行，还不如现在积极应诉。笔者接待的咨询案件中，有不少案件是有希望积极应诉打赢官司的，但是，消极应诉是无法获胜的。因此，建议广大被诉侵权的被告们早日咨询并委托律师应诉。另外，从商家经营理念及知识产权意识来说，这不是靠赢一两场官司所能弥补的。不久前举行的“全球知识产权与创新论坛”上，中国贸促会国际联络部副部长赵振格向媒体透露，中国加入WTO以来，中国企业为知识产权纠纷的案件支付的赔偿金额已经超过10亿美元。美国商务部副部长兼专利与商标局局长杜达智则宣布，继向北京派出知识产权专员后，美国今年将向广州增派一名知识产权专员，以推进中国知识产权保护。

因此，笔者希望知识产权主管部门通过开展各种宣传执法活动，促进知识产权法律法规宣传教育。另外，商标协会、版权协会、专利协会、知识产权代理中介也可以加大知识产权法制宣传，有效推进了以“尊重知识、崇尚创新、诚信守法”为核心的知识产权文化建设，为加快经济发展方式转变、建设创新型城市营造良好氛围。





农民房屋租赁合同中的法律风险分析

文 宝安区人民检察院 胡厚雄副检察长
广东深兴律师事务所 王腊清律师

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

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

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

不能依法取得房屋所有权证之风险分析

案例：文某某夫妇将其原有的三层房屋拆除后重建成15层的楼房，因该15层的楼房是未获相关行政管理部门审批同意而建，故其拥有的房屋所有权证仍然是原三层房屋的所有权证。

某公司于2010年5月与文某某夫妇签订租赁合同一份，约定由某公司承租文某某夫妇该房屋的第八层作为公司办公用房，同时约定了租期、租金的支付时间与数额，以及未经出租方同意承租方不得转租与违约责任等条款。合同签订后，某公司一边准备公司筹建的申报材料一边装修房屋，待房屋装修完毕到工商部门申报并递交公司成立登记的资料时，因没有房屋租赁证而未能通过工商登记遂引发纠纷。

法律分析：《中华人民共和国房地产管理法》（以下简称《房地产管理法》）第53条规定，房屋租赁，是指房屋所有权人作为出租人将其房屋出租给承租人使用，由承租人向出租人支付租金的行为。第61条同时规定，在依法取得的房地产开发用地上建成房屋的，应当凭土地使用权证书向县级以上地方人民政府房产管理部门申请登记，由县级以上地方人民政府房产管理部门核实并颁发房屋所有权证书。《城市房屋权属登记管理办法》第5条也规定，房屋权属证书是权利人依法拥有房屋所有权并对房屋行使占有、使用、收益和处分权利的唯一合法凭证。依法登记的房屋权利受国家法律保护。上述法律规定表明，房屋出租，出租人必须是拥有该出租房屋所有权证书、并依法享有对该出租房屋行使占有、使用、收益和处分权利的权利人。但现实生活中处于城市中的农民房，由于其自身的特殊性大多数属于违法建筑，故不可能依照《城市房屋权属登记管理办法》的相关规定到当地人民政府房产管理部门申请登记并获得通过，也就无从获得房屋所有权证书。而《房地产管理法》第53条又明确规定“房屋租赁，是指房屋所有权人作为出租人将其房屋出租给承租人使用，由承租人向出租人支付租金的行为”。故此，没有获得房屋所有权证书的农民房对外出租，我国法律是不予认可的。更何况《城市房屋租赁管理办法》第6条明确规定“未依法取得房屋所有权证的房屋不得出租”。《城市房屋租赁管理办法》第13条还规定，房屋租赁实行登记备案制度。签订、变更、终止租赁合同的，当事人应当

向房屋所在地直辖市、市、县人民政府房地产管理部门登记备案。第17条同时规定,《房屋租赁合同》是租赁行为合法有效的赁证。租用房屋从事生产、经营活动的,《房屋租赁合同》作为经营场所合法的赁证。租用房屋用于居住的,《房屋租赁合同》可作为公安部门办理户口登记的赁证之一。

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

不能通过消防验收之风险分析

案例:蔡某某三人将其自建的晖X大厦(有历史遗留违法建筑申报材料)经与承租方周某某、吕某某协商出租给周某某、吕某某开办商场,双方签订的租赁合同约定了租期、租金支付与违约责任等。在签订租赁合同后,承租方便进场装修。由于当地公安消防部门认为该出租标的物——晖X大厦违反了《中华人民共和国消防法》(以下简称《消防法》)第11条的规定,遂对其下达了《责令限期整改通知书》。由此,租赁双方引发了租赁合同效力之争议。

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

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

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

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



房屋未经消防验收合格为由而认定合同无效。第三,租赁房屋用于开设经营宾馆、饭店、商场等公众聚集场所的,向当地公安消防机构申报消防安全检查的义务人为该企业的开办经营者,但租赁标的物经消防安全验收合格,不是认定房屋租赁合同效力的必要条件。

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

不能通过竣工验收之风险分析

案例:深圳市某村委欲在村委的一片空地上(占地面积约1800平方米)建造一栋工业厂房,经多次申报而未能获批。2003年8月,村委会经集体讨论后决定自建,该工业厂房于当年11月完工并投入使用,事实上是将该工业厂房租赁给了某电子公司作生产用房。租赁期限为十年,若遇政府强制性拆迁等不可抗力因素,双方各自享有政府拆迁补偿50%的权利。2005年深圳市因农村城市化,该1800平方米的工业厂房土地要转为国有双方因而产生租赁合同效力之争议。

法律分析:《中华人民共和国建筑法》第61条规定,交付竣工验收的建筑工程,必须符合规定的建筑工程质量

标准，有完整的工程技术经济资料和经签署的工程保修书，并具备国家规定的其他竣工条件。建筑工程竣工验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释（法释[2009]11号）第2条规定，出租人就未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋，与承租人订立的租赁合同无效。但在一审法庭辩论终结前取得建设工程规划许可证或者经主管部门批准建设的，人民法院应当认定有效。而现实生活中用于出租的农民房，大多数属于违法建筑或是未经竣工验收合格的、不得交付使用的房屋。有的虽有建设工程规划许可证，但未能依建设工程规划许可证建房，而是超建（超层或超面积）以至不能进行竣工验收。有的则根本没有建设工程规划许可证而是违建或偷建，根本就不可能依法完成竣工验收。故此，依《城市房屋租赁管理办法》第6条“属于违法建筑的房屋不得出租”之规定，结合我国《民法通则》第58条和《合同法》第52条的规定，这类农民房因为属于违法建筑而未经竣工验收，其租赁合同依法自始无效。既然类似租赁合同依法自始无效，该租赁合同的法律风险当然就同时并存。

综合以上分析，农民房租赁合同中的法律风险切不可小视。

意见和建议

《国务院办公厅关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知》(国办发[1999]39号)明确规定：“农民的住宅不得向城市居民出售，也不得批准城市居民占用农民集体土地建住宅，有关部门不得为违法建造和购买的住宅发放土地使用证和房产证”。正是该通知使得城市居民在农村购买的房屋无法办理产权登记，而成为农民房。鉴于农民房租赁合同中存在诸多法律风险，而现实生活中又有人迫切需要租赁这类房屋，故承租者在增强风险意识的同时要有相应对策：

一是尽可能地避免租赁农民房，以杜绝租赁农民房可能发生的风险；

二是若不可避免地要租赁农民房，也要首选有房屋产权证的农民房，其次是经过消防验收的农民房，最后才是无证且未竣工验收的农民房，尽量避免农民房租赁带来的风险；

三是在实际使用租赁的农民房时，除了要自行制作逃生窗做好风险防范，以防紧急情况下使用外，还要慎用电源，以防超负荷使用而发生火灾事故；

四是若因租赁农民房发生纠纷，最好先行咨询一下专业律师，必要时也可邀请专业律师为其排忧解难。

由于在现实生活中农民房租赁难以避免，说明农民房租赁是摆在我们面前不可绕开的话题。故执业律师遇到此类纠纷时，还应注意以下问题：

一是认真审查农民房的性质，分门别类并有针对性地找出问题症结；

二是分析农民房租赁合同纠纷形成的原因，以利于对症下药地化解纠纷；

三是不要不分青红皂白地将农民房租赁合同纠纷一概作为无效合同对待，寻求促成农民房租赁合同纠纷协商解决机制，尽最大努力维护善意承租人利益；

四是及时做好业主工作，尽量让业主补办或补齐相关手续，以推动农民房租赁合同的正规化和合法化。

延伸阅读——关于“小产权房”

实际上，深圳官方一直不承认存在小产权房，而是称之为“违法建筑”。因为小产权房是指城镇居民占用农村集体所有土地建设的居住建筑，深圳早在2004年就实现了农村集体土地的国有化转换。此类建筑应该看成深圳的历史遗留问题。

根据官方统计数据，截至2011年年底，深圳违法建筑达37.94万栋，建筑面积达4.05亿平方米，是深圳市总建筑面积的49.27%。目前，深圳市原农村集体经济组织共占用约390平方公里土地，约占深圳建设用地的42%，其中仅有95平方公里为合法用地。这意味着，在现行政策规定下，深圳有近300平方公里的土地上有“违法建筑”，因此，这些土地无法进入市场流转。

备受小产权问题困扰的深圳，多年来也一直在探索相关的解决办法。2009年，深圳通过《深圳市人民代表大会常务委员会关于农村城市化历史遗留违法建筑的处理决定》，其中对于农村城市化历史遗留违法建筑规定了确认产权、依法拆除或没收、临时使用等处理方式，但确认产权的条件、处罚和补收地价款的标准与程序、办理初始登记的条件与程序等具体办法始终未明确。

(来源：人民网)

坚持的力量

文 广东经天律师事务所 杜艳芝律师



麻云燕律师，1984年毕业于北京大学法律系。曾长期从事法学教学与研究工作，1986年取得律师资格，1994年加入广东信达律师事务所，现为主任、高级合伙人，从事股票证券及企业并购业务多年。经过多年法律系教师以及职业律师生涯之后，她在法律理论和实践方面均具备了较高素质，先后在《证券时报》、《新财富》等报刊上发表《中美上市公司关联人士售股应遵循的规则》、《可转债持有人利益的保护》等数篇与收购兼并等证券法律业务相关的文章。1999年4月，在全国证券律师业务培训中，被司法部聘为三名讲授证券业务的律师之一；2006年7月，当选深圳证券交易所第四届上市委员会委员。2009年8月，当选中国证监会首届创业板发行审核委员会委员，并连任两届；2012年12月，受聘担任华南国际经济贸易仲裁委员会（又称“深圳国际仲裁院”）仲裁员。

那天我约麻云燕律师喝茶，告诉她想写篇专访给《人物》栏目，她非常坚决地拒绝了。我毫不意外。“你又不是不了解我，我还需要这个吗？”我干脆地说：“你当然不需要，可是别人需要。很多新执业律师需要像你这样的资深律师传授经验，这是功德呢！”好说歹说，才将一番“访谈”进行下去，有了这篇文章。

我叫她阿燕，这是我给她取的小名。她属牛，大约属牛的人都勤劳，在我看来她就是个典型的劳模。那天她也是这样做的自我评价：“别人看我挺好的，实际我很辛苦。”我自然理解万岁。

1998年和1999年是她人生的一段艰难岁月。说到这，不得不说到她先生东明。她的先生是一个很好的人，当年麻云燕从北京来深与他团聚，各方面正是方兴未艾的时候，他却遇到了一些不应该有的麻烦。而麻云燕的事业刚刚起步，儿子正处在关键的教育期。我当时与麻云燕共事于信达所，看到她细心伺候正生重病的公公，耐心地安抚焦虑的婆婆，编一个“爸爸暂时不能回家”的理由安抚儿子。有一次她开了一张差不多二十万的支票送到公公住院的红会医院，那是她公公的诊疗费。我突然心酸地想起跟她参加所里的活动时，她自己用的毛巾居然是最便宜的那种化纤布料。这件小小的事极大地触动了我的心。

我总感慨麻云燕小小身躯里安装着的坚强意志，你看见她时，她总是一副云淡风轻的样子。唯有一次她在我面前显露出很痛苦的模样，那是为了先生的事情她得求人。做教授的父母从来没有教会她如何应付这些事情，在北京师范大学任教十年的生涯让她习惯凡事求人不如求己。只是为了先生，她曾不得不低下头。

她看起来很文弱，个头小巧，有一点弱不禁风。她生下来才四斤，成长于60年代困难时期，至今还留着先天不足的痕迹。但很奇怪，她身上有一种让你很信任的力量，总觉得任何事情她都是可以应付得来的。我问过她很多次：“你怎么挺过来的啊？”她总是说：“你也可以的。”我问自己，却不是那么自信，所以我一直都很佩服她。任何时候，任何情况下，她几乎都是平和自然的，是时下人们难得有的心境。

麻云燕业务之好之忙其实不用多说，很多同行都知道。我替她粗略做了个估计，她大概做了至少有七八十宗的并购和IPO、再融资以及各类证券业务案件，这还不是很准确的数字。她很谦虚地跟我说，她不是做得最多最好的，只是做了很多种类型而已，包括各类境内外股票、债券发行，境内外股权与其他资产的重大收购，重大重组，还包括一些特殊的证券类项目等等。其中她记忆犹新的是

我只是以我的坚持、韧性不停地向前走，心无旁骛，日积月累。真的，这是每个人都能做到的，只是在于大家是否会选择这条辛苦的路，并且毫不犹豫地走下去

茂炼转债的案子。那年中石化茂名炼油股份有限公司发行了15亿可转债，巨额资金对公司经营作用不可曰小。可到了转股时，中石化茂名炼油公司却因为大股东对外应允下属公司不再在国内上市而做出不转股、赎回可转债的决定，结果数百投资人购买可转债以转股获利的希望立即破灭。这年头断人财路的事情不是那么好摆平的，更何况是公司理亏，稍有不慎这个事情就可以成为中国证券史上有名的群体性事件，直接影响社会稳定。而麻云燕作为代理律师其实也是间接受害人，因为此事一出，后面的很多大业务做不了，前面的业务做得多但是收钱很少。这时候，一个人的处理方式就是检验责任心和大局观最好的试金石。危急时刻，麻云燕颇具大将之风，她果断地放下自己的得失，奔波在中国证监会、中石化总公司以及茂名石化公司之间，协助有关部门善后，用最适当的方式解决了这一灾难性的事件。她跟我说的很朴实：“其实也只能这样做，没有别的补救方法，好在央企给了债券持有人比较高的利息回报，也算对得起投资人。至于律师费，亏一点也只能认了”。麻云燕后来为此案写了一篇《可转债持有人的权利保护》，刊登在《证券时报》上。让她高兴的是，之后证监会出台有关规定便开始注意到可转债持有人的利益保护了。茂炼转债成了绝版，“不会再有茂炼转债那种情形发生了”，这让她感到很欣慰。

作为一名优秀的IPO律师，麻云燕不是只懂法律，她对项目涉及的业务都下大工夫研究，力争给公司最好的咨询意见。有一个太阳能相关行业的公司，一直做的是光热而不是光伏业务，故毛利率不高。2009年初，该公司老板受到欧洲光伏发电的代工利润以及订单稳定性的诱惑，试图跟风做光伏代工。这个老总心里不踏实，便咨询麻云燕。麻云燕结合了解到的光伏行业情况，细细帮他分析，提醒他代工本身议价能力极低，若政府补贴减少，势必会影响到代工厂的利润。几天后，该公司老总电话告诉她决定不做光伏，集中资金、技术和人才做好自己公司的主业。结果两年后受欧债危机等因素影响，光伏代工企业几乎家家亏损。因为麻云燕，这家公司不仅避免了转型风险，而且使主业发展更顺利。后来公司老总一再感谢麻云燕。

访谈过程中，我一面听着她娓娓道来，一面琢磨着她为什么项目成功率极高，她身上究竟有什么神奇的力量。麻云燕说她不会要求公司过度包装，而是尽量指导公司如何规范，按照上市公司的要求有计划、有步骤地安排，把

重组方案做精做细。她对民营企业总是悉心培养，对民营企业充满同情心。“这些民营企业家很多具有创业激情，能吃苦耐劳，但是他们自身的素质参差不齐，尤其缺乏法律和财务方面的知识，如果有优秀的中介机构悉心指导，就有机会在资本市场取得成功。”麻云燕具有女性的同情心和耐心，你任何时候与她谈任何问题，她总是轻言细语，娓娓道来，不见她心浮气躁，轻诺妄言。或许，这些就是她神奇力量的所在。

从业近二十年以来，麻云燕培养的优秀律师虽然不及她在北京大学当老师时候的桃李满天下，但也是硕果累累。跟她从做助理开始到成为主办律师乃至本所高级合伙人和其他所的合伙人的已经接近两位数了，当然也会有个别别人急功近利与师相争的，她却始终鼎力相助。“年轻人会有一个过程的，很多人最后还是明白了应该怎么对待竞争”。她对人的随和与宽容跟她在工作中的锱铢必较正好相反。现在很多时候年轻律师出面谈业务请她帮忙她几乎从来没有推拒过。她认为律师是一个传承的行业，就是师傅带徒弟的方式，所以她极有耐心和爱心。“相比从事律师职业的成就，培养这么多优秀的年轻律师，也是我的开心所在吧，毕竟我是做老师出身的。”与麻云燕律师讨论业务问题真的是一种享受，她非常严谨的逻辑，清晰的表达，真诚的态度，温柔的声音，让你如沐春风。她现在是中国人民大学律师学院的兼职教授，即便工作很忙的时候还是会抽时间跟大家上上课，前段时间她刚刚跟青训班的律师们上了一堂证券方面的课程，反响非常好。

我们漫无目的地闲聊着，好像很长时间没有这么放松。我在想什么样的人生才是我们所追求的呢？应该是像麻云燕这样，踏踏实实地生活和工作，勤勤恳恳地做事，不是因为权势和美貌受人待见，而是因为真实和付出引人尊重；对别人宽容而慷慨，对自己严谨而勤俭；对工作精益求精，对物质随遇而安。

生活真的总是善有善报的，她的先生经历了人生的那段磨难后现在状态极好，两个人更加恩爱。我们要走的时候，东明正好打电话来说在练习场等她，已经帮她拿好了衣服。她告诉我：“东明现在身体很好”，她婆婆一直很开心地与他们同住，孩子也被保送到北大，今年就毕业了。

我发邮件给她，看到回件时我的眼睛湿润了。“我只是以我的坚持、韧性不停地向前走，心无旁骛，日积月累。真的，这是每个人都能做到的，只是在于大家是否会选择这条辛苦的路，并且毫不犹豫地走下去。太多的人，走了一半就转向投资机构或其他金融机构了。从挣钱的角度，未必不对，只是我心中对律师执业的不舍，对这份事业的追求支持着我走到今天，恐怕今生也就只做老师和律师了。”

理 发

文 广东诚公律师事务所 吴兆兵律师

小 儿年方十五，正处青春逆反期。在与父母的代际矛盾中，发型是个周期性的矛盾爆发点。他喜留长发，常乱如鸡窝。以前我看着不顺了就拎着他上理发店理个短发，现在这招不行了，他拒绝大人陪同。每每在我反复催促之下，他理发归来还是一头长发，面对我的指责，他振振有词：理发师认为我比较适合这发型。看来他已和理发师沆瀣一气。两代人发型的矛盾依然，但我日渐退让，他的坚持渐渐占据上风，我毕竟不想这毫末问题发展成父子战争，我得以局部的让步换取在他学习问题上的话事权。

昨日去小妹家，他家8岁的小子正闹情绪，原因是他妈强行给他剪了一个小光头。小儿嚎啕大哭，满地打滚，严正宣告：我不上学了。我妹正紧张着不知如何是好呢。

看来，“虽是毫末技艺，却是顶上功夫”，这话不仅是理发师的自夸，特爱臭美的孩子们也是这么想的。“头可断血可流，发型不可乱”，这话看似夸张，但从历史看，发型问题不仅是代际矛盾所在，有时也是重大的政治问题，真要付出流血断头的代价。辛亥革命爆发，革命军所到之处，男人的辫子是要被剪掉的，不剪真有可能被革命。张勋复辟带辫子军进京，那军人的辫子可代表的是政治立场。前期去银川参观西夏王陵，看到画像及雕塑中西夏人的发型甚是奇特而统一，经导游解释，原来是西夏建国时特地就男子的发型做了规定，以示与汉王朝的区别，这发型可是西夏王朝立法规制的，事关国体。

小时候在农村，剪发是独门技艺，理发师被称为剃头师傅，我们整个何王村只有一家人会剪头发。这家人辈分甚高，祖传几代的技艺，在村里备受尊敬，即使跟我同代的那位传人有些痴呆技艺有所退步，见面了打招呼，小孩要叫爷爷，大人要喊声师傅，递上一支烟。村里的剃头师傅知道每家人啥时该剃头了，定时前往上门服务，一次就把一家大小的头给剃了。农忙时他会选择下雨天或抹黑时分，农闲时会经常看见他背着一个精致的红色的市制工具箱串门走户。他家地种得不好，经常是村里人谈笑的对象，但因剃头是要收费的，收点零钱或米，村里有两三百户人家，故他们家日子过得也不

赖。尤其是哪家小孩出生喝满月酒的时候，剃头师傅是必请的贵客，他要负责给小生命剪胎发，这是极精细的活，主人得奉上一份红包的。小时候，每次剃头师傅来我们家的时候，都是我们小孩子小小的节日。师傅来了，会在大门口摆两把椅子，一把椅子是放工具箱的，一把是坐人的。师傅会把工具箱打开，先把一条磨刀的皮带栓在椅背上，把剃刀在皮带上磨一磨。父亲会打来一盆清水，师傅在剃头前，会拿出一块好闻的香皂，给他洗洗头洗洗脸，然后再开始剃发、刮胡子。每次都会有一帮孩子围过来，嬉闹，观摩，趁师傅在给大人剪发或修胡子的时候摆弄那个神秘的工具箱，大小不一的剃刀、几把锃亮的发剪、毛刷、磨刀的皮带等等都是我们平时难得一见的玩具。师傅是个好脾气的人，记忆中好像也没怎么呵斥过我们。现在想来，师傅手艺应当是极好的，至少是极娴熟的。刷刷刷，不消几分钟，那种小平头是剪得极平整和清爽的。后来，我在深圳，想剪这么一个小平头，在一个理发店里，前后换了三个师傅，花了一个多小时，最后差不多剪成了一个小光头。理发师急得直流汗，我羞的想掉泪，可见剪一个工整的小平头并不是一件容易的事。上次回老家，我还特地上门请那家师傅给我剪了个平头，还是那个流程，还是那份娴熟技艺。但师傅的手艺已传不下去，村里现在只剩下些老人还需要他的手艺，他的儿子进城打工去了。

城里的理发不断在进化。从早期的大树底下的剃头摊子到涉黄的发廊到如今的专业的发艺廊，从早期的剃头匠到理发师到发艺师再到如今的发型师，收费从几分钱到几毛钱到几块几十上百块，伺候的对象已从男人偏向于女人。女人的三千烦恼丝才是生意的重点、滚滚不尽的财源。女人们比较情绪化，她们情绪好的时候情绪不好的时候、相恋的时刻失恋的时刻、平淡的日子重大的日子，都需要一个新的发型来配合自己的心情。女人的头发长而密，女人的要求高花样多，女人紧跟时代的步伐变化快，故收费相当高。女人的心思，细如发丝，故女顾客又比较难伺候。

>>>下转第43页



人心是块田

文 徐学平

“人心是块田，种什么，长什么。”这是母亲时常挂在嘴边的一句话。识字不多的母亲是个地地道道的农民，说实在的，在田间劳作了大半辈子的她打骨眼里是讲不出什么大道理的。然而，就是那句天底下最朴实的话语却足以让儿女终生受用。

那年，我大学毕业后被分配到一家国营流通企业。初涉尘世，对未来充满憧憬的我感觉一切都显得那般美好，于是，我善待着身边的每一个人，脏活累活抢着干。但好景不长，也许是新人的缘故吧，我发觉自己竟成了大伙排挤的对象。那次，我是怀着茫然若失的心情回到乡下的。“人心是块田，种什么，长什么。”母亲正在自留地里不紧不慢地施着肥，讲这句话时她仿佛看穿了我的心事。增加心田的养分吧：多想想别人对你的点滴相助，多想想别人给你的每一张笑脸。心田需要这些养分的滋润。四月的田野中散发出麦苗的清香，微风如温暖的手轻轻地拨开了我心头的阴霾。

此后，我一如既往地认真工作着，用一颗平和的心面对着周围发生的一切。渐渐地，大家都因为我的宽容而很快接纳了我。同时，我也因出色的工作得到了企业

领导的赏识并被提拔为部门经理。

在那个“回扣”风气日盛的年月里，作为部门经理的我自然也无法摆脱。有一天，我以相对较低的价格卖出了一批钢材，当客户拿到开好的调拨单后便心领神会地塞给了我一个大“信封”。我美滋滋地回到了老家，还特地为父母亲捎回了营养品。母亲知道这一切的时候，她什么也没说，只是叫我陪她一起下地去锄草。烈日下的母亲挥汗如雨，她告诉我人心是块田，种什么，长什么，沃土里既能长出庄稼也会长出杂草。欲望的种子往往在不经意间随风飘落，一旦扎根于你的心田，它将会长出浮躁的叶，开出虚荣的花，结出贪婪的果。那一刻，我深深体会到了母亲的良苦用心。回城后我连忙退还了我的不法收入，也正因为如此我才在以后的查处中幸免于难，说来还真的要感激我的母亲了。

人心是块田，种什么，长什么。在今天这个喧哗扰攘的世界中，你可能无力扭转世风，但你必须精心呵护心中那块绿地，少一点冷漠，少一点欲望，心田的土地应该是松软的、潮湿的。

>>上接第42页

君不见，婚礼上宾客已满座，新娘姗姗还没来，新郎急得团团转，前方来报：新娘对新弄的发型不满意，还在与发型师吵架呢。拙荆年轻时，为了第二天的求职面试，特地去花300块钱做了一个波浪烫把头发整弯，回来后对镜大哭，伤心得一夜未睡，我手足无措，小心翼翼，感觉像我做错了啥事。第二天陪她去跟师傅吵了一架，又花200元把头发拉直恢复原状。因发型不适导致情绪不振，致使当日求职失败。此事，在她心中留下难以磨灭的印象。如今徐娘已半老，婚姻已基本稳定，昨日念及此事，仍发愤愤不平之声：“以后再也不会相信发型师，自己的头发自己整。”我心头为之一松，但她又道：“看来我该减肥了。”我心为之抽搐，减肥可是女人终生奋斗的事业，生命不息减肥不止花费不停。

头发生生不息，男人的理发在花费上也不是省

油的灯，商家惦记得紧呢，花样百出。去住处附近一家发艺廊剃头，经过舒适的三十分钟洗头坐上椅子要求安排理发师的当口，漂亮的女服务员拿着消费单前来问询：“先生，您要哪个档次的服务？是88、68还是48的？”我问：“是不是师傅一个是拿金剪刀的、一个是拿银剪刀的、一个是拿铜剪刀的？”服务员答：“不是，我们的发型师是从不同的地方学习回来的，拿不同的结业证证书，有欧洲的、香港的、大陆的。不同档次的发型师服务有不同的价格。”我望着镜中那张浮肿坎坷的脸、已染冰霜日渐稀疏的头发，心想男人不仅要对自己狠一点，这把年纪还得对自己好一点，咬咬牙答曰：“就选最贵的！”服务员愉快地喊道：“1号，美国的师傅，钻石级服务，168元！”



一片冰心在玉壶

文 柳哲

近日，重读《冰心全集》，缅怀不已！我与冰心的缘，来自一次通信。交情谈不上很深，但在其逝世后，却送过她最后一程。她离开人世13年，但她的爱，却时时温暖着我。

冰心，20世纪的同龄人，20世纪的文学大师。在读者心中，冰心是永恒的；在我心里，冰心是一位爱心的“圣母”！每当我路过北大燕南园和临湖轩时，每当我漫步在北大未名湖和湖心岛时，我都会不由自主地想起冰心，因为在这里，老人留下了大量的足迹。她曾在这里求学、生活、执教、结婚，北大是她的梦，燕园是她的家！

1996年3月，我到北大中文系进修，我的老乡陈屿女士是冰心的亲戚，长期住在老人家里，照顾她。由于这一层关系，我有机会走进冰心的书房，感受冰心的爱！

冰心的书房，书架上整齐有序地摆满了书。陈屿女士告诉我，冰心老人早已把她藏书的一部分捐赠给了中国现代文学馆，成立了冰心文库，另一部分就赠予了她的家乡福建长乐。书架上的冰心头像雕塑，和蔼可亲，仿佛在对着我微笑，我情不自禁地与她“合影”留念。

看着这书这像，我感觉老人好像就在屋子里行走着，空气也变得温暖起来。那是1994年的6月1日，在浙江老家的我做梦都没想到，一名普通的农村青年居然收到了冰心寄来的亲笔题词：“兰溪市梅江文化研究中心”与“梅江风情”两幅墨宝，一位大名鼎鼎的文学家，竟会如此平易近人，如此关心年轻人！

1999年2月28日，冰心老人遗憾地告别了人世。八宝山送别仪式上，领导来了，亲友来了，读者来了，海外的好友来了，送行的人不计其数，送别的队伍排成了长龙。

那一天，老人慈祥地安卧在鲜花丛中，红色玫

瑰点缀着灵堂。冰心手迹“有了爱就有了一切”悬挂于灵堂正中。冰心的儿女，含着悲痛之情述说：

“母亲最喜欢玫瑰花，尤其是红玫瑰，猩红，味道幽香；而更重要的是玫瑰花有刺，玫瑰既美又有刺，就说明一个人活在这个世界上，一定要有原则。”

在灵堂里，我的心久久不能平静，我想着一定要把冰心一生所倡导的爱传递下去！我与“躺”在鲜花里的冰心老人惜别，并留下了最后一张珍贵的“合影”。

冰心帮助过的读者数不胜数，他们或得题词，或得见面，或得写序，或得回信。是她春风般的爱，温暖了大家。

在陈屿女士的印象中，冰心待人随和，没架子，愿帮人，但很讲原则。当她从电视或报纸上看到有人有困难需要帮助时，就会主动寄去稿费或写信鼓励。她把身边的保姆都视为自家人。陈屿回老家照顾生病丈夫的那段时间，冰心一直放心不下，还经常打电话或写信问候她。

冰心对子孙很疼爱，但决不溺爱。她教育子孙要有爱心，要自强不息，要自力更生，不依赖别人。她外孙在美国留学时，利用课余时间，打工挣学费。而冰心的稿费，却大把大把地捐赠给了希望工程，或是直接用于帮助那些需要帮助的人。

冰心女儿吴青曾与我谈起儿童教育问题时说：“我妈妈从不要求我在班里的名次，她只要求我做一个人真诚、快乐、有爱心的人，身心健康最为重要。”吴青女士从北京外国语大学退休后，一直热心于公益事业，我想这与冰心的言传身教密不可分。

冰心的书，深深温暖了我。在“北漂”的岁月里，我始终坚信“有了爱就有一切”，并努力去做一名大爱的践行者！

【数字】

4122件

广州市公职律所现有律师144名，除12名专职律师外，其余岗位公职律师遍布在公安、税务、工商、民政等各个政府职能部门，5年来共为党委和政府提供法律决策4122件，在提供法律论证、消除法律障碍、预防法律风险，提高决策的科学性和有效性方面发挥了独特而重要的职能作用。

7846家

国家工商总局和司法部共同制定的《律师事务所从事商标代理业务管理办法》于2013年1月1日起生效施行，标志着律师事务所及其律师正式进入我国商标代理行业领域。3月25日，中国商标网发布《关于律师事务所备案的通告》，首批7864家律师事务所的符合备案要求通过备案。国家工商总局商标局表示，自即日起，备案律师事务所可以依法开展商标代理业务。

200元

《黑龙江省基层法律服务收费管理办法》近期发布并实施。《办法》规定，基层法律服务所提供下列法律服务时，具体收费项目及标准按《黑龙江省基层法律服务政府指导价收费项目及标准》执行，新标准规定，代理参加民事诉讼活动，不涉及财产关系的，每件收费200—1000元；涉及财产关系的，按标的额比例分段累计收费。这意味着，最低200元可以享受法律服务。

【声音】

司法如果不廉洁，司法公信力就失去了基础，要通过查办司法腐败的突出问题，维护司法公信力。以零容忍的态度严肃查处政法人员违法犯罪问题，对执法不严、司法不公背后的徇私枉法、滥用职权、玩忽职守等职务犯罪，发现一起查处一起，决不纵容手软，提升政法机关的公信力。

——国家二级大检察官、江苏省人民检察院检察长徐安

【关键词】

微博律师团

3月11日，江苏首个“微博律师团”服务平台在宁正式上线。“微博律师团”以腾讯微博为平台，及时解决消费者的法律问题，同时开通法律服务热线，消费者可以拨打法律服务热线进行相关的法律咨询。“微博律师团”目前已经汇集50名左右的专业律师，拟在今后为困难群体免费提供一定的法律服务。

民事调查令

3月26日，安徽省十二届人大常委会第一次会议审议《安徽省关于律师执业的若干规定（修订草案修改稿）》。“律师代理民事诉讼，自行调查取证难以获得相关证据时，可以向人民法院申请调查令”的条款，曾在《修订草案》中颇受关注并引起一定的争议，本次修订草案修改稿中继续保留该条款。拿着法院开具的“令牌”，安徽律师或将走出民事案件“取证难”的困境。

“一小时服务圈”

汕头市调整普法工作着力点，围绕经济社会民生事业抓普法，深入开展市场经济体制、社会发展、特区法律法规以及与人民群众生产生活相关法律法规的宣传，为科学发展营造良好氛围。汕头市法援处针对重点人群提供法律帮助，建立市、区县、街镇、村居四级法援工作网络，并在每个村居建立联络员，实现对困难群众开展法律援助“一小时服务圈”，全面实施律师挂钩服务。目前，全市近60%的村居实现律师挂钩服务。

在某种意义上，凤凰古城的景观等，是属于凤凰本地人的“私有财产”。古城相当于由业主组成的居民小区，当地政府实际相当于物业管理公司，而投资公司相当于物业公司聘用的保安，古城的景观收益权则类似于小区广告收益权。毫无疑问，景观收益权应像小区广告收益权那样，归属业主。

——中国社会科学院旅游研究中心特约研究员刘思敏

【业界前沿】

宁波：建立律师普法人才库

为进一步加强律师参与普法活动实践，引导律师积极履行社会责任、法律责任，宁波市先后组织律师参与《法制时空》电视节目和举办市民大课堂等法制讲座、网上普法等活动，并于近日组建成立了“律师普法人才库”，共有125名律师和35家律师事务所入选该库。今后，律师普法人才库将通过电视节目、大型讲座、网上普法等方式促进法治宁波建设，扩大了律师所、律师的知名度和影响力。

哈尔滨：推出接待日制度

随着百姓维权意识日益增强，许多市民在遇到遗产继承、房产纠纷以及劳资纠纷等领域的相关法律问题时无法解决困难。对此，哈尔滨市律师协会近日确立了律师接待日制度，将每周二、四设为律师接待日，选派2名律师和市律师协会的工作人员，在哈尔滨市司法局一楼办事大厅为哈尔滨市民免费提供法律咨询服务，帮助市民解决生活中遇到的法律困惑和法律难题。

随州：“点援制”法律援助模式受热捧

为了让老百姓可以像医院挂专家门诊号一样，挑选自己信任的律师，随州市大力推行“点援制”法律援助模式。“点援制”就是受援人申请法律援助时，可以查阅详细介绍各位法律援助工作者具体情况的名册，从中挑选自己认可的律师，也可以由工作人员根据案情“量身”推荐。目前，随州“点援制”法律援助工作队伍已达224人，近20位受援人实现了“点律师”的愿望。

固原：选派律师担任学校法制副校长

固原市司法局从全市73名律师中挑选了5名政治素质高、业务能力强、有一定专业特长的律师担任市直5所中小学校、幼儿园的法制副校长，聘期三年。受聘的5名律师将认真履行职责，发挥法律服务工作者的专业优势，积极参与校方与家长的座谈会，开展校园法律咨询活动，对学校、老师和家长所关心的法律问题进行咨询解答；开展青少年学生法制宣传教育和日常安全教育；参与校园周边环境整治和“平安校园”创建活动。

青岛：老人有了“专属”律师

4月10日，青岛市市北区老年维权调解中心正式揭牌，6家社区老年维权工作站得到授牌，云江、柏海、昌圣、汇通、颐海等律师事务所将派遣律师“常驻”社区老年维权工作站。据了解，新颁布的《中华人民共和国老年人权益保障法》将于今年7月1日起施行。市北区老年维权调解中心将作为老年人权益保障的主阵地，通过与律师事务所合作，每周派驻律师定期到社区值班，让老人能在第一时间进行法律维权。

温州：瓯海法院允许律所提供保全担保

4月12日，浙江省温州市瓯海区人民法院与浙江光正大律师事务所就律师事务所为其律师代理的当事人申请保全提供担保服务事宜达成协议。今后该所律师代理的当事人需要保全的，可以选择向法院提出的保全申请交律师事务所预审查，并向其提出提供担保申请，律师事务所认为保全申请符合条件的，向法院出具保证函，法院一般条件下无需再要求申请人另行提供其他担保即可处理当事人的保全申请。同时明确，律师事务所不向当事人收取担保费用。

徐州：首个检务联系点进驻律师事务所

近期，鼓楼区人民检察院在江苏昭鹏律师事务所建立首个驻律师事务所“检务联系点”，一方面可以通过这个平台，为机关、企业、团体以及群众提供法律服务，扩大职务犯罪预防宣讲层面，及时发现各种违法案件线索，提升检察机关服务社会经济发展的水平；另一方面可以通过与社会司法力量的接触，了解司法工作中各部门职责，保障律师依法执业，为检察法律监督工作提供信息资源。

江苏：“牵手”境外同行专为海外投资服务

江苏省在律师事务所专门成立为海外投资提供法律服务机构，为南京市企业“走出去”提供配套的法律服务，减少或避免企业法和自然人在海外投资项目的法律风险，增强海外投资人国际化的经营能力，共同为双向的海外投资人提供可靠的项目发布、尽职调查、税务设计、会计核算、政策解读以及投资移民等方面的法律服务，共同构建安全的海外投资平台和管道。

1

司法部部长吴爱英到我市 指导律师工作



2013年4月18日，司法部部长吴爱英到我市调研律师工作。深圳市委常委、副市长陈应春，广东省司法厅厅长

严植婵、副厅长梁震，深圳市司法局局长陈志刚、副局长邹从兵等陪同考察。

吴爱英部长一行视察了广东宝城律师事务所并予以高度肯定。吴爱英部长强调指出，律师队伍肩负着促进经济发展、推进社会事业建设、维护社会和谐稳定、特别是依法维护百姓权益的重大使命和责任，是法治建设的中坚力量，党中央、国务院高度重视律师工作。律师事务所发展要重点做好三项工作：一是要把握律师工作的正确发展方向，坚持为经济发展和社会和谐稳定服务，深入推进律师进社区等基层法律服务工作。二是要大力加强律所党建工作，切实发挥律所党组织在执业活动中的政治核心作用，充分发挥党员律师的先锋模范作用。三是要弘扬改革创新精神，倾力打造律所品牌，为全国律师事务所树立表率，为律师行业发展做出更大的贡献。

2

市政府法制办主任王璞到我会调研

2013年4月26日，市政府法制办主任王璞、法制事务处处长崔为民、规范性文件审查处处长黄祥钊、法治政府建设督导处处长范德繁一行到我会调研。市依法治市办副主任梅爱民，市司法局律师公证管理处处长李玉祥，市律协会会长张勇、监事长张善华、党委书记张丽杰、副会长蔺晓青、林昌炽等接待客人并开展座谈。

张勇会长简要介绍了我市律师发展概况及市律协的运作机制，汇报了律所规范化管理和基层法治环境调研的工作情况，并希望市政府法制办在聘请律师担任政府法律顾问、推动律师参与社会管理等方面搭建更广泛的平台。

与会律师就修改《深圳经济特区律师条例》（下称《条例》）及法治政府和法治城市的建设积极建言献策。王璞主任高度肯定我市律师工作，指出市律协在推动中国第一部律师条例出台等方面开创先河，发挥了行业协会引领行业发展的作用。他强调，《条例》修改工作要体现“新、实、效”，市政府法制办将全力支持《条例》修改工作。同时期望市律协继续发挥行业协会的积极作用，为法治政府做好参谋，为深圳法治建设贡献力量。

3

前海法律构架和法律服务取得新进展

近期，市司法局局长陈志刚、副局长邹从兵、市依法治市办专职副主任梅爱民、律师公证管理处处长李玉祥、副处长陈加满，市律协会会长张勇、副会长梁建东、理事顾东林和贾红卫一行应邀，赴前海深港现代服务业合作区管理局（以下简称“前海管理局”）就前海法律服务议题进行座谈。前海管理局局长郑宏杰、副局长周子友、招商处处长王锦侠和办公室副主任陶续良等接待。

陈志刚局长就律师和公证员如何进入前海提供法律服务以及前海法制文化建设发表了意见，并特别提出希望深港联营律师事务所的审批、设立能够争取在今年6月底之前产生实质性进展。市律协负责人介绍了我市律师业发展概况，并希望前海开发中充分发挥我市律师的优势，为建立前海律师学院提供便利；在联营律师事务所的设立、审批与法律职业共同体等方面搭建平台；建议前海管理局与我会签订框架协议，对组织律师专家服务团为前海管理局提供法律服务、定期联络等事项做出明确规定。

郑宏杰局长对我会提出的签订框架协议的提议表示赞同；表示在规划建设中将考虑建设国际法律服务中心办公大楼供律师、公证员等使用，整合有关法律法规及优惠政策，大力推进此项工作的开展。

4

深港律师携手推进律师学院
筹建工作

2013年3月12日，市律协会会长张勇、副会长梁建东率队赴香港律师会商谈律师学院合作事宜，受到香港律师会

副会长林新强、理事苏绍聪、萧咏仪热情接待。

张勇会长对香港律师会大力支持并参与律师学院筹建工作表示感谢，并简要介绍了律师学院的职能、运作及发展方向。他表示，律师学院的建立将成为香港律师了解内地法律制度的重要窗口，并为我市律师提升国际化、专业化水平奠定坚实的基础。

林新强副会长感谢我会为积极推进深港两地律师参与前海法制创新建设所作的努力，了香港律师会就律师学院筹建开展的工作经验：一、专门成立工作小组，稳步、有序推进律师学院筹建工作；二、借鉴该会与香港高校法律学院合作的成熟经验，在课程设置、教材编订、师资配备等方面给予大力支持和配合。

目前，律师学院的筹建工作已进入实质阶段，三方合作单位将进一步探讨确定具体合作方式，并拟于近期签署框架协议，尽快完成律师学院的挂牌成立工作。

5

市律协召开实习人员交流座谈会

2013年3月25日，市律协召开实习人员交流座谈会。市律协会长张勇、副会长简晓青，实习人员考核管理委员会（下称“考管委”）主任陈方、副主任黄丽荣、陈妙财及我市实习人员百余人参加。会议由考管委副主任张鹏主持。

简晓青副会长表示，严把行业入口关是贯彻落实司法部、省司法厅严把入口关的要求，是对实习人员负责、对律师行业发展负责的重要举措。本届律协成立以来，通过完善面试考核评估系统等方式，严格对实习人员的面试考核工作，成效显著：一是实习人员日益重视实习工作、努力夯实业务技能、不断加深行业认

知；二是加强了律协对律所和指导律师的管理，提高了考官自我约束力；三是推动律所不断完善实习人员管理各项制度。陈方主任表示市律协对面试考核的标准始终不变，严格考核是为了提高实习人员对工作的重视，同时更好地维护实习人员的权利。已通过实习考核的7名优秀实习人员代表在会上还分享了实习心得和通过面试考核的经验。

张勇会长指出，市律协在修改《深圳市律师协会章程》工作中将实习人员纳入预备会员，对其高度重视；我会严把入口关的同时，还将打开律师队伍出口，进一步加大对青年律师的培养力度，不断改善律师执业环境，为律师业发展开拓空间。希望实习人员高度重视实习考核工作，树立职业敬畏感，厚积薄发，在今后的执业生涯中开创新天地。

6

市律协部署2012年度律师所和律师
年度考核工作

2013年4月中下旬，市律协认真贯彻落实司法厅、省律协《关于做好2012年度律师事务所年度检查考核和律师执业年度考核工作的通知》要求，部署2012年度律师事务所和执业律师年度考核工作。

一是举办2012年度全市律所和执业律师年度考核培训。会议要求各律师事务所：1、进一步把握年度考核工作定位，全面理解年度考核工作内容，做好律所内部自查评议环节；2、客观、全面地评价律所和律师上年度的情况并按规定给予相应考核等次；3、加强工作中的沟通和联系，做

好信息反馈工作；4、做好律所和律师会费收缴工作。

二是召开2012年度律师事务所和执业律师年度考核检查部署工作会议。为进一步做好我市律师事务所和执业律师年度考核工作，市律协八届八次理事会审议决定，年度考核期间，市律协将配合市司法局组成十个工作小组到部分律所进行现场检查考核。会议强调工作小组应严格按照省厅、省律协文件要求，重点检查案件代理及登记制度、用工制度、档案管理、公章管理、律所为律师及辅助人员购买社保情况、律师违规违纪情况、办公场所是否符合基本条件、律师收费标准是否张贴公告等内容，对于检查中存在问题的律所现场予以纠正并提出整改意见或建议。律师个人年度考核应重点检查遵守法律、法规、职业道德、执业纪律、协会章程、履行会员义务、办理业务等情况。

忆清明

—谨以此诗缅怀意外逝去的律师同行

文 广东启仁律师事务所 徐静

灯红处，再忆举杯相邀场景，
只是此时独饮不尽情；
人疏处，还忆与你情感浓厚，
只是此时天地不重逢；
同行时，曾与你争辩颜面红，
只是此时无语哽无声。
你走了……走的匆匆。
蓦然回首时，只能怀念着你。
怀念着你的淳朴，你的柔情……
你那灵动的眼睛。
雨后总会天晴，天晴时总想望望天空，
希望能望见你熟悉的背影。
再抬头时，泪水早已满眼充盈，
再看不见……
只看到你离去后的天空。
暗夜时，睡梦中，忆你。
忆你时，回映你一如既往的笑容；
忆你时，岁月峥嵘依旧；
忆你时，几时几处花谢花开又更红；
法律生命依旧如日正中。
适逢四月雨落时，
雨水深处忆清明。

