



SHENZHEN LAWYERS

# 深圳律师

—— 非常视线 专业见解 ——

总第 78 期

# 78

2019 年 | 第 1 期 |

深圳市律师协会主办



## 卅载砥砺前行 筑梦法治鹏城

深圳市律师协会成立 30 周年纪念大会圆满举行

现代公立医院法律顾问制度建设的探析

浅析群体性劳资纠纷处理之成因及对策

2018 年深圳律协十大亮点工作

内部资料  
免费交流

# 行百里者半九十

○林昌炽  
深圳市律师协会会长

春天的步伐近了，2019 年的春天。

盘点 2018，我们好戏连台，我们硕果累累，我们亮点纷呈。

意丰而言简之：

年头年尾，两次盛会——第十届中国律师论坛和深圳市律师协会成立 30 周年庆典。

三月九月，两次大会——召开两次律师代表大会，修订章程，调整了律师代表的产生办法和把党建工作写入章程。

一东一西，两个基地——东边在罗湖新设了中小律所联合创新发展基地，西边在南山成立了深圳市律师行业党校、深圳律师学院。

一里一外，两项突破——分别是推进高墙之内的看守所实行周末会见和开展涉外法律人才的选拔与培养。

2018，我们不辱使命，万众一心，众志成城。一路持重前行，一路成绩亮丽，在全国 40 万律师面前，树立了深圳律师的良好形象。

2018，一言以蔽之，是会务年。我们撒下种子，播种希望。

深圳律协刚刚度过 30 岁的生日，我们既要讴歌过去，更要谋划未来。我们要再塑律师协会的公信力，努力将协会打造成广大律师信任、爱戴、可依靠、有温暖的律师之家。

展望 2019，我们的工作重心将从办会（办理会务）转移到治会（治理协会），要下功夫从制度上保障深圳律

师行业长治久安，律师协会健康发展。

展望 2019，让我们念念不忘的是：

党建工作仍需努力；

积极争取党委、政府加大对律师行业的扶持力度；

改变律师行业信息化建设明显落后的情况；

扭转深圳涉外法律服务人才匮乏的局面；

快马加鞭助力粤港澳大湾区法治建设；

拓展律师界参政议政的发展空间；

平衡协调律师业各区的发展，使之充分发展；

十届律协制定的 108 项任务，需要查漏补缺，全面兑现。

律协三年一届，稍纵即逝。2019 年，是本届收官之年，行百里者半九十。总有一种力量让我们奋力前行，凡我深圳律师同仁，当抖擞精神，奋力拼搏，勇立潮头，不负山河，不负时光。

新年伊始，深圳市副市长、深圳市公安局局长徐文海同志为深圳市律师行业党校、深圳律师学院揭牌时，殷切嘱咐深圳律师，要扩大法律服务志愿者队伍，深入基层，深入社会，参加公益法律服务和公共法律服务，用法律播撒阳光，用爱心温暖大地。

律师，握着正义的宝剑而来，怀抱法治信仰，我们有责任，有担当，正直，善良，富有爱心与情怀。

律师的命运与国家的命运紧密相连。5000 年古文明，40 年大变局，沧海横流，泥沙俱下，或有浊浪，或有徘徊。我们无可逃避，我们正眼看世界，我们目标始终如一：

中国融入世界，世界接受中国。

深圳律师走出去，法治理念入人心。

粤内登字 B11277 号



出版日期 2019 年 2 月

编委会主任 林昌炽  
编委会成员 章 成 蔡 华 杨 逍  
尹成刚 曾 迈 江定航  
韩 俊 汪腾锋  
主编 杨 逍  
执行主编 李同宝 陈 伟  
栏目编辑 周争锋 陈 伟 杨新发  
舒 笑 陈旭绯 颜宇丹  
责任编辑 伍春红  
编辑 刘 峰 王 颖 王文超  
美编 蔡永军  
电话 0755-83025789 83025881  
传真 0755-83025177  
地址 深圳市福田区深南大道 4001  
号时代金融中心 20 楼  
邮政编码 518048  
电子信箱 shenzhenlawyers@163.com

# 目录 CONTENTS

卷首语 | FOREWORD ..... P1

01 行百里者半九十 / 林昌炽

特别报道 | SPECIAL REPORTS ..... P4-17

04 卅载砥砺前行 筑梦法治鹏城  
深圳市律师协会成立 30 周年纪念大会圆满  
举行  
12 深圳市律师协会成立 30 周年纪念大会花絮  
14 庆祝深圳市律师协会成立 30 周年·诗书画  
获奖作品



P04



P44

论道 | DISCOVERY ..... P18-25

18 现代公立医院法律顾问制度建设的探析  
/ 范秀玲  
22 论我国商业秘密保护的法律制度 / 邓永

实务 | PRACTICE ..... P26-36

26 浅析群体性劳资纠纷处理之成因及对策  
/ 孙淑杰  
30 合同对公司股东制度的边界突破 / 曹小小  
34 造法需合法，“代购毒品入罪”不可任性  
/ 罗小柏

拍案 | CASE AND EXAMPLES ..... P37-39

37 无合同关系，总承包人要向施工人付款吗？  
/ 张旗

生活 | LIFE ..... P40-42

40 庭院幽深之法官的无奈与冤屈 / 温久远

律协动态 | INFORMATION ..... P43-48

43 近期行业快讯  
45 2018 年深圳律协十大亮点工作



卅载砥砺前行  
筑梦法治鹏城

## 深圳市律师协会 成立 30 周年纪念大会 圆满举行

12月18日，这是一个值得纪念的特殊日子。

40年前，1978年12月18日，划时代的党的十一届三中全会召开，拉开了中国改革开放的时代大幕。40年后，2018年12月18日上午，庆祝改革开放40周年大会在京举行。正值改革开放40周年之际，深圳市律师协会也选择在这一重要日子庆祝而立之年的到来。

为致敬改革开放40周年，12月18日晚，深圳市民中心礼堂流光溢彩、掌声雷动，主题为“凝心筑梦新时代，法治鹏城再出发”的深圳市律师协会成立30周年纪念大会隆重举行，回顾、展现了深圳律协三十年来改革创新的发展历程。

深圳市委常委余新国，深圳市司法局党委书记、局长蒋溪林分别致辞。司法部港澳台法律培训交流

中心主任李志路，最高人民法院第一巡回法庭分党组成员赵晋江，中华全国律师协会副会长欧永良，广东省司法厅党委委员、副厅长陈建，广东省律师协会会长肖胜方，深圳市人大常委会副主任刘恩，深圳市中级人民法院院长万国营，深圳市人民检察院检察长王雁林，深圳市人民政府副秘书长刘佳晨等出席大会。





## 回顾 30 年历程，致敬行业荣光

1983 年，中国第一家律师事务所——深圳蛇口律师事务所的诞生，开启了中国律师业发展新纪元。30 年前，为了适应律师行业发展及自律管理的需要，1988 年 12 月 6 日，深圳市律师协会在党委、政府的关怀下成立。伴随着改革开放的脚步，深圳律师业筚路蓝缕，披荆斩棘，大力发扬敢闯敢试、敢为人先的改革精神，凝聚力量，奋勇向前；而作为深圳律师业的自律性组织——深圳市律师协会，历经 30 年，成为行业发展壮大的见证者、参与者与推动者。大会现场的“追忆深圳律师业发展足迹”展览全面呈现了 30 年来深圳律师业大事记。

当晚，现场一千多位律师会员代表和各界人士共聚一堂，而在会场外，全国各地关注和支持深圳律师业的人士也以观看网络直播的方式共同为深圳市律师协会三十岁庆生！共 56.9 万人收看了直播，共享深圳律师界此番盛事。

深圳市司法局党委书记、局长蒋溪林致欢迎辞，他满怀喜悦的心情，向深圳市律师协会 30 华诞表示热烈祝贺。他回顾了深圳律师业改革发展的光荣历史，深圳律师业与这座改革开放热土、创新与法治之城一道，划出了辉煌的弧线、跑出了好成绩、走进了新时代。

他指出，深圳律师在服务中心大局、服务经济社会、服务安全稳定、服务创新创业、服务法治社会、服务百姓民生、服务司法改革等领域贡献了法治力量。30 年的春华秋实与壮阔航程，昭示着市委、市人大、市政府、市政协对律师事业的重视

关怀和呵护信任，书写了全市法律共同体之间的携手共进、戮力同心，展示了深圳律师的法治情怀、创新精神、专业敬业与自律自强。凡是

过往，皆为序章。他寄语，深圳律师在改革开放 40 周年的历史节点、粤港澳大湾区建设的背景下，要继续在历史前进的逻辑中前进、在时



深圳市委常委余新国（现任市委政法委书记）致辞



深圳市司法局党委书记、局长蒋溪林致欢迎辞



中华全国律师协会副会长欧永良致颁奖辞

代发展的潮流中发展，不懈奋斗，在更高起点、更高层次、更高目标上续写新的辉煌篇章。作为深圳律师行业的主管部门，市司法局将一如既往全力支持深圳律师业的发展，坚持党建引领，努力为律师“保权利、争饭碗、长本事、护健康”。

深圳市委常委余新国致辞表示，30 多年来，在市委市政府坚强领导下，全市广大律师和深圳市律师协会始终以改革创新的精神、敢为人先的勇气，在服务特区建设发展中创造了国内律师行业的多个第一，行业规模及业务发展走在全国前列，为维护社会公平正义、推进法治深圳建设、助推全市经济发展、促进社会和谐稳定做出了重要贡献。他指出，实践证明，深圳律师队伍是一支讲政治、顾大局、有担当、善作为的队伍，是特区改革开放事业的重要力量；深圳市律师协会是值得市委市政府充分信赖、广大律师充分认可的行业组织。希望深圳市律师协会和广大律师牢记使命、奋发有为，为新时代深圳经济社会高质量发展作出新的更大贡献！



“追忆深圳律师业发展足迹”展览



大会主持人（左起：深圳卫视主持人董超、郭丽律师、张志律师、周蕊律师）





在 30 年的积淀发展中，深圳律师行业涌现出了一大批忠于职守、兢兢业业为社会主义法治建设做出贡献的优秀律师及优秀律师事务所，大会对此进行了隆重表彰，并颁发了“特殊贡献奖”“律师服务奖”“在深执业 30 年荣誉奖”。

### 感恩 30 年坚守，彰显责任担当

大会正式发布了《深圳律师行业社会责任报告》。该报告分六个篇章，介绍了深圳律师的行业发展状况以及深圳律师服务政治大局、积极参与议政、推动法治进程、优化营商环境、助力经济发展、参与社会建设、服务和谐社会、提升价值体现、促进组织建设等方面的努力与成果，聚焦近五年来深圳律师履行社会责任方面的典型事例，从而表述深圳律师社会责任的承担对于促进深圳法治政府建设、法治社会建设的作用。

大会现场首播《深圳“1+1”法律援助律师》微视频，展现了深圳律师勇于担当的执业精神和感人画面。从 2009 年起，深圳律师群体中共有 18 名律师，36 人次参加“1+1”中国法律援助志愿者行动，在全国 29 个中西部偏远贫困地区积极开展法律援助、提供法律咨询、举办法律讲座、调解群体事件、化解社会矛盾、推进宣传普法，以饱满的热情播撒法治的种子，展现了深圳律师恪守职责、担当责任的执业精神。

大会还推出《深圳律师法律服务热力地图》，用可视化的方式展示了深圳律师遍及全球的法律服务足迹。此前，在深圳市律师协会成



大会颁发“特殊贡献奖”



大会颁发“律师服务奖”



大会颁发“在深执业 30 年荣誉奖”



大会表彰“参政议政突出贡献个人”等优秀律师

立 30 周年的一系列庆祝活动中，推出了“追寻公平正义之路”的 H5 互动小程序，大约有 1800 名深圳律师参与，由此生成深圳律师法律服务热力地图，记录下了深圳律师走遍全国、遍及全球的法律服务足迹，体现了深圳律师永不止步的精神。

### 30 岁昂首阔步，凝心再筑辉煌

大会上还发布了深圳律师业

《创新产品》《实务专著》《服务产品清单》《业务指引》，向深圳市律师协会成立 30 年献礼。

同时，纪念大会上载歌载舞，深圳青年歌唱家赵久峰唱响了由深圳律师作词的大会主题曲《我们深圳律师》，深圳律师艺术团自编自演了舞蹈《盛世欢歌》《幸福印记》及合唱《再回首》等节目，并以快板的表演形式展现了《深圳律师四十年大事记》。

晚会上的精彩节目，博得了与会者的掌声和共鸣。

大会接近尾声之时，深圳市律师协会会长林昌炽代表深圳律师和律协致答谢辞。他诚挚地对各指导单位、支持单位、各界朋友和全体律师等表达了感恩感谢之情。改革开放这个时代成就了深圳律师，他为深圳律师感到骄傲，他表示，“讴歌过去，更要谋划未来”，“三十







快板《深圳律师四十年大事记》



男女声四重唱《不忘初心》（表演者：李仁玉、杨波、任杰、王聪）



深圳律师艺术团合唱团合唱《再回首》

年既轻如尘烟，弹指挥去。三十年又重如山岳，难以割舍”，在建设社会主义法治国家的进程中，深圳律师的探索将永不停步，希望律师



男女声二重唱《担当》  
（表演者：刘雪莹律师、丘念宗律师）



深圳青年歌唱家赵久峰演唱大会会歌  
《我们深圳律师》



舞蹈《盛世欢歌》

业能够得到全社会的关注与爱护。

这既是一个庆祝会，也是面向未来的誓师会。大会最后举行了百名深圳青年律师宣誓仪式，由深圳

市律师协会副会长杨道领誓，深圳市司法局党委委员、副局长、深圳市律师行业党委书记任继光监誓，宣告深圳市律师协会以三十年为新

起点，再次吹响深圳律师业未来征程的誓师号角，继续砥砺前行，在建设法治鹏城的路上再筑辉煌。



深圳市律师协会林昌炽会长致答谢辞



深圳市司法局党委委员、副局长、深圳市律师行业党委书记任继光监誓

深圳市律师协会副会长杨道带领百名青年律师现场宣誓





# 花絮

成立三十周年纪念大会  
深圳市律师协会





庆祝深圳市律师协会成立三十周年

# 诗书画 获奖作品

一等奖《欣欣向荣》吴泽萍广东元牌律师事务所



二等奖《五牛图》李永修广东鼎方律师事务所



三等奖《谐荷图》朱喆广东华程律师事务所



一等奖《王维诗一首》吴鹏程广东时文律师事务所

渭城朝雨浥轻尘，  
客舍青青柳色新。  
劝君更尽一杯酒，  
西出阳关无故人。  
王维诗一首  
吴鹏程书

二等奖《精鹫八极心游万仞》黄云广东守静律师事务所

精鹫八极  
心游万仞  
黄云书

三等奖《七言楹联》王诚勇广东滨都律师事务所

楸倚深堂有月来  
烟籠古寺無人到



一等奖

## 江城子<sup>\*</sup>

○王劲松 广东联建律师事务所

寒灯伏案夜犹长，字成行，句成章。莫笑执着，再作少年狂。欲得梅花香彻骨，经雨雪，历冰霜。  
卷中共度好韶光，纵辛劳，又何妨？无暇偷闲，收拾旧屋房。更有情怀同把酒，棚改业，更辉煌。

二等奖

## 书怀

○宁北川 广东广和律师事务所

人们说我是一名学者型资深法官。  
想当年，在大学讲坛上，  
激扬法理，培育法才，  
历时十载，自有桃李遍地芬芳。  
与顶尖法学家坐论法道，  
也有著作留世，才华流淌。

暮然看见中国南海边金光闪耀，  
深圳托起了中华民族明天的希望。  
“理论是灰色的，而生活之树常青”，  
虽然对大学讲台恋恋不舍，  
仍然戴上法徽，走上了审判堂。

社会主义市场经济的先声在深圳上空隆隆作响，  
各种新类型案件给深圳法官提出挑战，  
各种法律关系在脑海奔涌，  
各种证据在眼前碰撞，  
法理的思辩在胸中激荡，  
当事人的利益平衡时刻挂在心上，  
公平与正义在头顶闪烁，  
追求卓越，追求崇高，追求神圣，追求尊荣，  
深圳法官运用学识，运用智慧，运用经验，  
向国家交出了合格的答卷，

闪耀着法理和智慧的光芒。  
从大盖帽到法袍，  
我随着中国法治事业的进步走过了十三年。  
既然为官，  
就应积极向上，  
晋升的阶梯路在何方？  
个人的待遇和利益，  
让组织考量。

虽然没能充分施展才华，  
遇事总是兢兢业业，  
秉持公平正义处世，  
案件处理得正正堂堂。  
同僚遇惑求教，  
也能依理依法共同探讨，  
穿云拨雾，抽丝剥茧，  
百蛊难惑，  
终能使公平正义高张。

我即将提前退休了，  
但是，崇高、神圣、尊荣是法官永恒的理念。  
我与法官们共同期待法治的天堂。

## 七绝·深圳律协

○于海龙 广东盛唐律师事务所

深情相伴三十载，振兴法治一扇窗。  
律政征程中国梦，协同进步创辉煌。

三等奖

## 鹏律

○汪宗霖 北京市地平线（深圳）律师事务所

正气存河岳，思诚照日星。  
孺牛甘俯首，赤胆献苍冥。

## 春律

○温海滨 广东深巨元律师事务所

春笋平地起，眨眼林成荫。  
枝茂公平护，和风传律音。

## 法治中国颂

○邓永 广东税安律师事务所

法是民主政治的保障  
法是维护权益的利器  
法是公平正义的守护神  
法是安定有序的保护伞

宪法是治国的章程  
民法护权定纷止争  
刑法亮剑惩恶扬善  
行政法助力民告官  
社会法促和谐稳定  
诉讼法助争端解决  
国际法促和平共处

法治中国建设好  
科学立法是前提  
严格执法是关键  
公正司法是防线  
全民守法是基础  
依法治国是目标

三维一体促法治  
法治国家是前提  
法治政府是关键  
法治社会是基础  
法治护航民幸福

人民当家作主  
百姓安居乐业  
国家安定有序  
实现长治久安  
法治硕果累累

围绕总书记  
拥护党中央  
践行法治路  
共圆中国梦

<sup>\*</sup>为罗湖区“二线插花地”棚户区改造编辑《棚改法律文件汇编》有感而作





# 现代公立医院法律顾问制度建设的探析

○范秀玲\* 广东广和律师事务所

随着国家医疗体制改革的不断深化，公立医院改革已步入深水区，亟需建立现代医院法人治理机制和管理制度。目前，一方面国内许多公立医院迅速发展壮大，成为了集医疗、教学及科研为一体的高端人才、高端技术的集聚地和超大型综合“医疗航空母舰”；另一方面，老百姓“看病难、看病贵”问题依然突出，医院各类问题不断被患者或媒体爆出，有甚者被追究行政或刑事责任，或演变成为“社会公共

事件”。以上公立医院在发展运营过程中所积累的深层次问题和暴露出的法律风险亦日趋明显，这就需要公立医院管理层改变传统的医院管理思维模式，重新思考、建立并完善能够满足医院实际发展需要的现代化医院法律顾问制度。

## 一、当前我国公立医院法律顾问的工作模式及存在的问题

（一）当前公立医院法律顾问的工作模式与利弊

医院法律顾问是指具有相关法律知识和技能，能够为医院提供法律服务的机构和人员的统称。一般情况下，公立医院法律顾问既包括医院内部内设的法制部门或法务岗，也包括外聘法律顾问，即律师事务所接受医院的委托指派专业律师团队或专职律师担任医院法律顾问，为医院提供法律服务。以上两种法律顾问服务模式各有利弊：

1. 医院内设法制部门或法务岗是在医院分管院长的领导下，由医

务科或具有法律知识的行政人员承担医院日常法律事务处理工作，其优点是相关人员熟悉医院管理制度和业务流程等，能够快速整合医院资源、协调各方力量处理法律事务，具有较强的执行力和依从性。

弊端其一，术业有专攻，内设法务人员因受制于所聘医院类型、级别等限制，无论是专业知识、法律技能还是代理案件的数量、类型及法律实务经验，与专业律师（或团队）相比还存在一定的差距；其二，内设法务人员是医院的内部员工，对医院的不合规现象可能会碍于情面、不便向院领导或医院同行提出；其三，医院内部法务人员无法以“律师身份”完成诉讼或仲裁案件代理过程中的调查取证等法律活动。

2. “外聘法律顾问”是指具有法律或医事法学背景及实务经验的专职律师或专业律师团队，其为公立医院提供法律服务优势在于：一是，专业律师大多接受过系统的法律教育、技能培训，具有丰富的实务法律工作经验，所处理的案件多具有复杂、疑难等特点，故诉讼、仲裁经验丰富；二是，外聘法律顾问作为体制外人，能够对医院不合规的人和事独立出具法律意见；三是，签约律师事务所或律师团队能够根据医院的实际需要，及时整合团队或律所资源，能够为医院提供全面的、多方位的法律支持。弊端其一，当下许多公立医院为节省费用成本，委托律师处理法律事务多为“事后”处理模式，即发生争

议之后才委托律师代理，律师无法在“事前”参与法律事务处理、进行法律风险预警，并防患于未然；其二，医院为节省费用，低价招聘法律顾问不具有医学或医院工作背景、不了解医院业务流程，一般很难与业务部门进行有效的实质性沟通，最后代理案件主要走程序（以下所称的“法律顾问”主要指医院外聘法律顾问，不含医院内设法制部门和法务人员）。

## （二）目前公立医院法律顾问工作中存在的主要问题

1. 公立医院选聘法律顾问缺乏制度保障：医院法律顾问聘用由院领导自行决定，因为缺乏公开、透明的法律顾问聘用制度保障，医院难以从社会上招聘既熟悉医院业务又懂得医院法律实务的优秀专业律师事务所和律师团队；一些医院缺乏“法律服务类”采购经验，不了解法律服务的属性、特点及成本构成等，盲目地通过中介机构进行招标投标选聘法律顾问，生搬硬套“工程物资类”低价中标采购，甚至在招标文件出现“货到付款”等笑话和各类不切实际的奇葩招标要求，最后造成了医院采购成本很高、看上去很高大上实际很糟的走过场活动。据笔者了解，现在一些专业的律师所或律师团队已明确拒绝参加这类医院招标投标活动。

2. 医院领导观念未能与时俱进：侧重于医院业务发展，不重视医院合规管理及法制建设。一般情况下，医院聘请法律顾问主要是参

与医疗纠纷处理；特殊情况下，法律顾问充其量只是医院的“临时救火队员”、依法治院的“面子工程”。

3. 法律顾问职责不清，同时还缺乏公开透明、公平公正的法律顾问工作评价机制：每家公立医院的规模、性质、级别以及医院领导对法律顾问的重视、依赖程度等实际情况各有不同，许多医院在招聘法律顾问之前，并未结合自身医院的实际情况对医院法律服务事项进行全面梳理、明确其真正法律需求，从而导致聘用的法律顾问职责不清，并缺乏公开透明、公平公正的法律顾问工作评价机制。最后，导致医院不断地在招聘律师，同时又在不停地更换律师，医院法律服务质量和连续性均无法得到有效保障，双方也难以建立起互利共赢的良性长期合作伙伴关系。

## 二、公立医院法律顾问制度建设的必要性和迫切性

2017年7月25日国务院办公厅《关于建立现代医院管理体制的指导意见》颁布，明确提出到2020年完成现代医院管理制度建设，要求建立一套“权责清晰、管理科学、治理完善、运行高效、监督有力”的医院管理制度和运行机制。以上规定提速了现代公立医院管理制度建设的进程，具有明确的时间表和紧迫性。

公立医院法律事务涉及面广，具有多样性。医院运营管理中的法律服务内容既包括对医院重大决

\* 范秀玲律师现兼任深圳市律师协会医药健康卫生法律专业委员会主任



策、章程制定、发展规划、管理制度等进行风险评估、合规性审查，也包括医院对外各类合同、协议的审查修改，如药品、医疗器械、医用耗材等采购招标合同，对外合作协议、捐赠协议、建设施工、知识产权保护等约定，对内员工劳动人事聘用合同、医师多点执业协议等审查，还包括医院各类医学伦理审查、达标评审活动、法律培训以及包括医疗纠纷在内的各类争议处理解决等。这就要求法律顾问能够以团队的形式为医院提供全方位、多层次的法律服务，以满足公立医院“科学发展、依法治院”的需要。

### 三、从律师角度对构建公立医院法律顾问制度的意见和建议

(一) 建立公立医院法律顾问制度及全方位的法律风险防控体系，保障医院健康发展

1. 转变观念，首先需要完成“四个法律服务模式”的转变：(1) 法律服务要从过去的事后处理向事前预防转变，即法律顾问要协助医院建立法律风险的“防火墙”；(2) 从过去的被动服务（应医院要求）向主动参与医院管理方面转变；(3) 从过去单一服务模式（诉讼）向多元化服务模式（诉讼+非诉）转变；(4) 从碎片化法律服务向为医院提供全方位、多层次法律服务模式转变。

2. 改变法律服务方式，为医疗机构提供全流程的法律服务：以非诉法律服务中的医院合同管理为

例，从签订合同前的资格、资质审查到参与重大合同协商谈判、合同条款审查与修改、规范审批流程、协助执行归档或代理履约争议处理等，定期为医院提供常用的合同规范性参考文本，年终时还要对医院全年合同进行梳理总结，提出问题及完善制度、优化方案的建议等。最终，通过全面的合规管理，协助医院各个管理部门建立起“事先评估预警、事中控制减损、事后救济处置”的法律风险防控体系。

(二) 建立公开、透明的法律顾问招聘制度和资金保障制度，明确法律顾问工作范围及评价机制

1. 公立医院应从自己医院实际情况出发，制定一套适合自己医院业务需求的《法律顾问招聘管理办法》《法律顾问聘用合同》模板及《法律顾问工作评价反馈机制》，真正使“优者上、庸者下、劣者汰”，从而确保法律顾问有时间、有动力、有能力为公立医院提供优质、专业、高效的法律服务。同时，公立医院还应参照政府法律顾问聘用有关费用的管理规定，将医院法律顾问费用纳入医院年度财政支出预算，以购买法律服务的形式给予保障，确保法律顾问团队的服务质量。

2. 选择专业的律师事务所作为长期业务合作伙伴。律所作为医院法律顾问应与医院本身的规模相适应。医院在选择律所时，应重点考量律所的专业部门设置及综合服务能力。在一般情况下，大中型、综合性的律所或小型的专业律所具

备较为严格的律师专业化团队管理机制。拟选的律所，一方面其综合类法律服务范围应能覆盖公立医院各部门、各领域需求，另一方面应具备处理与医院业务密切相关的专业能力，特别是其所选派的律师应为医事法律专业律师或熟悉医院管理方面的专业律师，选聘方式也可以考虑通过邀标的方式进行，即邀标之前医院已对该律所或律师团队的服务能力进行过了解和初步的筛选，在此基础上再进行择优选聘。

3. 法律顾问聘用合同中应明确法律顾问的工作职责范围、服务响应、服务方案、服务质量、利益冲突规定等约定。法律顾问合同期限一般为3年左右，或1+2模式。

(三) 大型综合性的公立医院应尝试建立医院总法律顾问制度

1. 借鉴我国大型国有企业企业法律顾问制度和深圳市新成立的大型公立医院“总会计师制度”建设经验，笔者建议大型综合性的公立医院可考虑尝试建立“医院总法律顾问制度”，以便从医院管理层面和源头解决目前公立医院法律服务滞后的现象。

2. “总法律顾问制度”可以大致概括为：大型综合性公立医院聘请通晓医院管理的专职高层次法律专业人士（在编），或聘请某一律师事务所医院法律服务团队或专业律师事务所（编外），全面参与医院重大决策、重要项目安排、大额资金的使用等审核，参与医院章程、管理制度的制定、落实、考核及执



行监督等工作。设立总法律顾问的目的：一是从制度安排上适应大型综合性医院科教研为一体的全方位、多层次的法律服务需求；二是顺应现代医院法人治理结构管理体系要求；三是帮助医院自上而下、自始至终树立合规运营的管理理念，不踩法律红线，不搞违法获利，不抱侥幸心理，总法律顾问在对医院经营管理合规审查时有“一票否决权”，让合规成为医院的一种文化。

3. 在医院管理架构中，总法律顾问与总会计师具有同等地位，相当于医院副院级负责人。医院总法律顾问室应设有专门的工作机构和人员编制，与医务科、院办等同为医院一级职能部门；或者是医院通过购买法律服务的形式与某家律师事务所签约，通过律师事务所指派专业的医院法律服务团队承担医院全部法务工作，可以采取“随叫随

到”或固定时间到医院坐班制等方式履约。律师团队负责人应当具有医学、法学及医院管理学等相关实务背景，有时间、有能力和丰富经验能够承担起医院总法律顾问的职责，总法律顾问向医院法定代表人负责，法务部工作人员或律师团队承办律师向总法律顾问负责，形成“机构、人员、职能分工明确，制度、流程、标准清晰可操作”的相互配合、相互支持的工作机制。

4. 总法律顾问的主要工作职责是负责全院的法律体系建设，包括但不限于参与医院管理层的决策机制的制定和规范、重大决策及事项的会审、管理制度的制定和完善，法律服务事项的梳理与汇编、合同及项目管理的规范、医疗核心制度的落实与核查、争议案件处理以及全院全体员工的法律培训、对外交流等，最终形成公立医院法治建设信息化管理。

综上，如果将公立医院运营管理比作是一辆高速运行的火车，医院的法律顾问制度建设则相当于火车的导航仪和刹车装置，既要保障“火车”在正确的轨道上运行，关键时刻还能够及时刹车、防止“翻车事故”的发生。现代公立医院法律顾问制度建立与完善是医院实现法人治理机制和管理制度的一项核心内容，也是评价一家现代化医院管理水平的重要指标。公立医院应改变传统的法律顾问服务模式和服务方式，不断完善现代法律顾问制度建设，依法推进公立医院制度化、规范化及现代化管理进程，提升医院的运营效率和整体实力，为公立医院健康、可持续发展保驾护航、注入新的价值。

#### 参考文献：

- [1] 肖秀梅《医疗机构应成立法务工作部》，《医院管理论坛》2010年第11期第27卷
- [2] 吴波 陈捷 薛勇《探析公立医院法律顾问工作模式之转变——以构建医院总法律顾问制度为核心》，《2014年中南六省（区）和港澳台三地医院院长高峰论坛论文集》
- [3] 叶琴 罗刚《试论医院总法律顾问制度的构建》
- [4] 刘良《公立医院管理体制西独立法律顾问制度构建》
- [5] 吴波 薛勇《公立医院法律顾问工作模式探析》，《中国医院管理》第35卷，第5期（总第406期）



# 论我国商业秘密保护的 法律制度

○邓永 广东税安律师事务所



商业秘密是市场主体获得商业利益、保持竞争优势的利器，保护好商业秘密至关重要。笔者认为，保护商业秘密的措施分为权利人自我防范措施和权利人公权救济措施。前者属于事先防范措施，后者属于事后救济，二者缺一不可。本文就商业秘密保护提出一些建议和举措，以供商业秘密权利人参考和借鉴。

## 商业秘密是企业生存发展至关重要的无形资产

商业秘密是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息，是企业无形的资产。技术信息是指生产配方、工艺流程、技术诀窍、设计图纸等信息；经营信息是指管理方法、产销策略、客户名单、货源情报等信息<sup>①</sup>。

例如，美国可口可乐公司风靡全球 100 多年，正是由于该公司拥有可乐绝密配方这一商业秘密并且能保护好这一商业秘密。可口可乐的配方由公司的 3 个高级职员共同掌握，三人的身份被绝对保密。配方被保存在亚特兰大一家银行的保险库里，需三人同时使用掌纹和钥匙才能打开。

反之，如果企业未保护好商业秘密，员工侵害商业秘密，往往会产生二者双输的结果——企业遭受巨大的经济损失，员工被追究刑事责任。

例如，刘小华侵犯商业秘密案 [ 刑事判决书（2013）深中法知刑终字第 18 号 ] 认定，刘小华原为中兴通讯股份有限公司员工，为入职华为技术有限公司，将涉密文档作为邮件附件发送求职信，给中兴公司造成人民币 192 万元的重大损失。刘小华终审被判判处有期徒刑一年，并处罚金 10 万元。此案企业和员工双输的结局昭示了保护商业秘密这一课题的重要意义，既能让企业减少损失，又能减少员工职务犯罪风险。

## 企业应做好事前防范措施，保护好商业秘密

商业秘密具有三大特性：一是秘密性——不为公众所知悉；二是价值性和实用性——能为权利人带来经济利益和竞争优势；三是保密性——权利人必须对商业秘密采取保密措施。

根据商业秘密的以上属性，笔者建议企业应做好以下几点：

1. 在企业内部培训上宣传保密知识，向员工发放《保密手册》，明确商业秘密的内容、载体和侵权后果。

2. 健全完善商业秘密载体的保密管理，对工作电脑连接的外部存储设备进行限制，特别对涉密 U 盘、光盘等载体“统一购置、物理隔离、跟踪管理”。核心商业秘密不上网、不联网，防止员工轻易接触、复制商业秘密资料。

3. 与技术骨干、经营管理主管等核心涉密员工签订保密协议和竞业禁止协议，明确约定以不正当手段获取、披露、买卖、利用、毁坏商业秘密均属于侵犯商业秘密，可能会承担赔偿责任，触犯刑法者可能被判刑。

4. 对外经营管理领域也应建立保密制度，在与商业伙伴合作过程中，也应签订《保密协议》。

5. 对重大、核心商业秘密，可学习可口可乐公司的做法，尽可能将关键部分进行分解，使每一位涉密者只能接触到商业秘密的其中一部分。

6. 营造和谐、稳定的劳资关系。笔者认为，防止商业秘密泄露事件的发生比泄密后寻求救济更具有实际意义。鉴于大多数商业秘密侵权案件是因员工跳槽引起，企业应尽可能培养员工对企业的认同感和归属感，尽量减少“跳槽”现象的发生，避免离职员工侵犯商业秘密。

## 新修订的《反不正当竞争法》加大了对商业秘密的保护力度

在商业秘密的立法模式上，有学者建议我国制定《商业秘密保护法》这一单行法规，以全面、系统保护商业秘密<sup>②</sup>。

但是在 2017 年 11 月 4 日，新修订的《反不正当竞争法》获得全国人大常委会通过，表明我国立法机关采取了务实的做法，不制定单行法，而是通过《刑法》《反不正

当竞争法》等法律对商业秘密进行保护。新修订的《反不正当竞争法》（以下简称“新法”）加大了商业秘密的保护力度，主要体现在以下几点：

### 1. 重新界定了“商业秘密”

新法对商业秘密的含义做了重新界定。该法规定：本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息和经营信息。

与 1993 年旧法相比，将“能为权利人带来经济利益、具有实用性”改为“具有商业价值”。“具有商业价值”准确把握了商业秘密的实质属性，语义明确并且容易被公众理解。同时也降低了权利人的举证义务和维权难度。

### 2. 加大对商业秘密侵权者的行政处罚力度

新法第二十一条规定：经营者违反本法第九条规定侵犯商业秘密的，由监督检查部门责令停止违法行为，处十万元以上五十万元以下的罚款；情节严重的，处五十万元以上三百万元以下的罚款。

对比旧法规定，将罚款金额由“一万元以上十万元以下”提升为“十万元以上五十万元以下”和“五十万元以上三百万元以下”两档。

### 3. 商业秘密侵权民事赔偿上限提升至 300 万

根据新法第十七条规定：因不正当竞争行为受到损害的经营者的

<sup>①</sup>曾治海《浅析商业秘密的内涵与外延》，载《法制与经济》，2010 年第 6 期。

<sup>②</sup>刘介明 杨祝顺《我国商业秘密保护的法律现状及完善建议》，载《知识产权》2014 年第 1 期。



赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。经营者违反本法第六条、第九条规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人三百万元以下的赔偿。

相比旧法规定，新法此处作了三处修改。

一是将“侵权所获得的利润”改为“侵权所获得的利益”。利润仅指侵权者销售产品或提供服务后获得的刨除成本的收益，而利益不仅包括利润，还包括出卖商业秘密的收益等，利益比利润的外延范围要广，能够涵盖侵权者因侵权行为获得的各种收益。

二是将“经营者因调查不正当竞争行为所支付的合理费用”改为“赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支”。制止的外延明显大于调查，制止侵权行为的合理开支至少还应当包括法律维权的律师费、鉴定费等。

三是新法明确将法定赔偿的金额规定为 300 万元以下，而旧法对

法定赔偿没有直接规定，实践中是参照确定侵害专利权的损害赔偿额的方法进行；《专利法》第 65 条规定：权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的，人民法院可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素，确定给予一万元以上一百万元以下的赔偿。由此可见，新法将法定赔偿金额上限由人民币 100 万元提高为 300 万元。

4. 商业秘密权利人依法享有优先获赔权

根据新法第二十七条规定：经营者违反本法规定，应当承担民事责任、行政责任和刑事责任，其财产不足以支付的，优先用于承担民事责任。此条款是新增条款，侵权者侵犯他人商业秘密，不仅要承担民事赔偿责任，并且还要承担行政责任或刑事责任，行政责任可能涉及罚款，刑事责任可能涉及罚金，当侵权者财产不足以同时支付民事赔偿和罚款、罚金时，优先用于支付民事赔偿。

5. 政府监督检查部门扩权，增加三项行政执法权

新法第十三条规定了监督检查部门调查执法权限，与旧法相比，增加了进入经营场所检查权、查封

扣押财物权、查询银行账户权。此三项执法权能够在一定程度上解决商业秘密案件调查取证难的问题。

商业秘密被侵权后，权利人应积极寻求公权救济

目前，司法机关侦办侵犯商业秘密案件，面临“立案难、取证难、定性难”的特点，而商业秘密民事案件存在防范难、维权难、取证难、赔偿低、周期长、效果差等特点<sup>③</sup>。

尽管维权难，但由于商业秘密是企业保持商业竞争优势的利器。商业秘密被侵权后，企业决不可坐以待毙，应积极寻求公权救济，依法维权，以制止侵权行为，防止损失进一步扩大。笔者对刑事打击、行政查处、民事诉讼这三种维权方法逐一进行分析，以便于权利人选择适当的维权方法。

1. 刑事打击

刑事打击是最有效的维权方式。侵犯商业秘密罪的刑罚包括有期徒刑、罚金等，能够剥夺犯罪分子的人身自由和财产，对其产生震慑作用。但是，刑事打击首先需面临的问题就是刑事立案难，这一问题对于中小企业更为困难。

根据相关规定<sup>④</sup>，侵犯商业秘密，给权利人造成经济损失 50 万

元以上，或者侵权人违法所得 50 万元以上的，才能立案追诉。

笔者认为，权利人采取刑事打击方式保护商业秘密，需注意以下几点：

（1）权利人的损失金额，一般需要通过鉴定确定，不少侦查机关以是否鉴定及损失金额是否达到 50 万元作为立案的硬性条件。直接鉴定损失金额有一定难度，可提交商业秘密的价值评估报告，以评估报告作为权利人损失的参考标准。

（2）准确寻找和确定密点。寻找密点的原则是，能够涵盖被告所使用的技术信息或经营信息，同时该密点在公开渠道无法获得。一般确定 3-5 个密点为佳。

（3）被控技术方案与商业秘密是否相同或者实质性相同，需鉴定部门通过鉴定确定。鉴定部门需通过查阅现有文献，进行技术比对，进而得出二者是否相同或实质性相同的结论。

（4）判断是否构成侵害商业秘密的标准是：“接触 + 相似 - 合法来源”原则<sup>⑤</sup>：“权利人能证明被申请人所使用的信息与自己的商业秘密具有一致性或者相同性，同时能证明被申请人有获取其秘密的条件，而被申请人不能提供或者拒不提供其所使用的信息是合法获得或者使用的证据的，可以认定被申请人有侵权行为。依据该标准，权利人尚需证明自身已经采取保密措施；犯罪嫌疑人有接触商业秘密的

便利条件。

2. 行政查处

向行政主管部门（工商局、知识产权局等）投诉，以制止侵害商业秘密的侵权行为，并对侵权人进行行政处罚，也不失为一种有效的权利救济措施。

采取行政处罚查处维权，笔者建议：

（1）向侵权行为地而不是权利人所在地行政机关报案或举报。我国《行政处罚法》第 20 条规定：“行政处罚由违法行为发生地的行政机关管辖，法律、行政法规另有规定的除外。”

（2）为便于行政机关及时立案、查处，权利人应当充分举证证明：权利人拥有商业秘密，已经采取保密措施；侵权人有接触商业秘密的便利条件。

3. 民事诉讼

鉴于商业秘密侵权案件取证困难，权利人往往不清楚在哪个环节出了问题致商业秘密泄露，又难以证明侵权行为给权利人造成的实际经济损失。笔者建议可先采取行政举报的方法，由行政机关依法对侵权行为进行调查取证。待行政机关调查并作出行政处罚决定后，依据行政处罚决定书向法院起诉维权。这种做法可解决取证难问题，仅需将问题和线索反映给行政机关，待行政机关查处后再“坐享渔翁之利”，以行政处罚的证据和处罚决定为依据，向

法院提起民事诉讼，要求被告停止侵权、赔偿经济损失和维权费用。

在商业秘密民事侵权证明责任和证明标准上，我国法律仍坚持谁主张谁举证。根据《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第 14 条，“当事人指称他人侵犯其商业秘密的，应当对其拥有的商业秘密符合法定条件、对方当事人的信息与其商业秘密相同或者实质相同以及对方当事人采取不正当手段的事实负有举证责任”。笔者认为，商业秘密的侵犯不同于其他侵权行为的“显而易见”，如果严格要求原告证明被告实施侵犯商业秘密的经过，原告一般很难证明。

笔者建议：未来我国立法可适当降低商业秘密侵权的证明标准，只要原告举证证明被告接触了商业秘密，双方的技术信息相同或实质相同，就应推定被告实施了侵权行为。由被告“自证清白”，证明其商业秘密有合法来源，而非来源于原告。因为让原告举证证明“对方当事人采取不正当手段的事实”非常困难。

综上所述，商业秘密是重要的无形资产，也是权利人维持竞争优势的利器。权利人必须提高保密和防范意识，做好保密防范工作。万一商业秘密被窃取或泄密，要擅长打组合拳，充分利用法律赋予的三种公权救济方法，制止侵权或犯罪行为，以保护商业秘密。

③定军《重要知识产权维权难 商业秘密法亟待出台》，载《21 世纪经济报道》（2018 年 6 月 9 日）  
④《最高人民法院公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第七十三条[侵犯商业秘密案（刑法第二百一十九条）] 侵犯商业秘密，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：  
（一）给商业秘密权利人造成损失数额在五十万元以上的；  
（二）因侵犯商业秘密违法所得数额在五十万元以上的；  
（三）致使商业秘密权利人破产的；  
（四）其他给商业秘密权利人造成重大损失的情形。

⑤国家工商局于 1998 年颁布的《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第五条第 3 款。



# 浅析 群体性劳资纠纷处理 之成因及对策

○孙淑杰 广东生龙律师事务所

随着企业升级转型的客观大趋势，用人单位因搬迁、提前解散及破产等原因，涉及到员工的相关补偿问题，已经成了十分棘手的难点和痛点，也是行政问责高风险点之一。笔者作为基层办事处一级法律顾问，提供各类调解纠纷法律服务，至今已积累了十余年的经历。本文结合笔者参与处理过的真实案例，就群体性劳资纠纷的主要成因及相关对策等，作粗浅的探讨和分析，以期为今后的立法、司法及行政处理（包括调解）提供参考。

## 群体性劳资纠纷的典型案列

**案例一：**X公司成立于1996年，作业环境存在铅污染问题，如果员工防护措施不到位，极易引发血铅超标，进而导致职业病。2018年4月，该公司宣布提前解

散，其关联公司涉铅酸部门同时关闭，需终止劳动关系的员工总计400多人。因涉及到经济补偿金、职业健康检查（包括铅超标的治疗及补偿）、社保及公积金等问题，引发了劳资双方的激烈对抗，政府多个部门持续参与协调处理，历时两个多月，尚有小部分员工未与该公司达成协议。

**案例二：**Y企业成立于1989年，原为“三来一补”厂，后由于行业发展的需要，该厂注销，重新设立了一个有限责任公司，两者在法律主体方面各自独立，但实际投资人、经营场所、员工及部分劳动合同等，均未发生改变。2018年6月，公司以“经营困难、资不抵债”为由，宣布提前解散。因经济补偿金的起算日期、社保、公积金及加班工资等问题，劳资双方对立情绪极大，办事处耗费了大量的时间和精力，历时一个多月，员工才

陆续与公司签订了协议。

## 群体性劳资纠纷的处理难度

一是员工人数众多，极易引发群体性过激事件。如越级上访、封堵企业甚至政府大门，拉横幅、喊口号甚至以“跳楼秀”进行威胁等。由于员工人数众多，个体差异较大，如果没有及时有效的引导和规制，极易发生各种极端事件，从而使劳资纠纷复杂化，处理难度也进一步加大。法国社会心理学家古斯塔夫·勒庞《乌合之众：大众心理研究》表明，当个人是一个孤立的个体时，他有着自己鲜明的个性化特征，而当这个人融入了群体后，他的所有个性都会被这个群体所淹没，他的思想会被群体的思想所取代。而当一个群体存在时，他就有着

情绪化、无异议、低智商等特征。

二是员工年龄偏大，经济和心理危机感相叠加。深圳很多企业是九十年代初成立的，且属于劳动密集型企业，产品工艺简单科技含量低，员工大多为农民工，文化水平不高，再就业能力差（很多员工的工龄都在十年以上，五十岁以上的老员工很难再找到合适的工作）。当企业突然提出提前解散时，双方的劳动合同也随之终止，员工多年来对企业形成的工作惯性依赖以及突然失业造成的生存恐慌，这种危机感在短时间内是很难适应的，需要一个心理释放的过程，而经济补偿就成为一重要的期待和依赖。

三是劳资双方对立，诉求差距大，互相不肯让步。前述案例一中的X公司和案例二中的Y公司，均以“提前解散”这一法定事由与员工终止劳动关系。根据《劳动合同法》的规定（2008年1月1日起生效），此前的经济补偿金得不到支持。案例一中X公司在政府方面的协调下，同意从员工入职之日起计算经济补偿金（每工作满一年补偿一个月，即N补偿），但员工却要求按照2N的标准进行补偿（赔偿）。而在案例二中的Y公司，坚持依法计算经济补偿金，而2008年1月1日之前入职的员工，却要求从入职之日起支付经济补偿金。从以上两个案例可以看出，双方计算的经济补偿金总额相差约一倍，难以达成一致。

四是回避法律途径，期望以非常手段快速变现。在处理群体性劳资纠纷过程中，员工很少采用仲裁（诉讼）方式解决争议，尽管政府聘请了第三方（律师事务所），可为员工提供免费的法律援助，但员工对政府提供的法律服务持怀疑态度，也不愿意花费太长时间等待不确定的结果，故员工通常选择“集体抱团”的做法威逼政府，期望通过政府部门给企业老板施压，以快速实现自身利益的最大化。员工的这种方式极为奏效，通过调解方式取得的利益，远大于通过仲裁（诉讼）方式取得的利益，并且成本低效率高，但合法性及合理性却大打折扣。

## 群体性劳资纠纷的主要成因

一是法律规定失衡，对员工经济利益保护过度。按



照《劳动法》等相关规定，如果企业破产，应当对员工支付经济补偿金（从员工入职之日起计算），而根据《劳动合同法》的规定，企业提前解散时，即使是工龄很长的员工，也只能从2008年1月1日起计算经济补偿金。暂且不论两部法律规定的差异之处，笔者在本文中重点探讨的，是法律规定对员工保护过度以及可操作性问题。企业破产的法定前提条件是“资不抵债”，而提前解散的理由通常也是“经营困难”或“资不抵债”，在此种情况下，企业还要支付员工经济补偿金（百人以上的企业，补偿金额通常都在数百万元甚至千万元以上），这在立法逻辑上存在悖论，对企业显失公平，实际操作过程中也难以执行到位。

二是企业文化缺失，劳资双方的积怨日久弥深。在案例一中的X公司，因作业环境存在铅污染的问题，员工每年都要参加企业组织的职业健康检查，但公司选择在惠州医院检查，而不是深圳职业病防治院。一些员工在惠州检查“合格”后，又自费在深圳进行检查，结果是“不合格”，为此双方各执一词互不认可。而在案例二中的Y公司，提供了每年年底已支付当年经济补偿金的证据，但员工认为公司证据造假，所谓的“经济补偿金”实为“年底双薪”。虽然以上两家企业均为老企业，但员工对企业没有信任感，企业对员工也不满意，使得劳资纠纷处理难以“软着陆”，常常是“硬碰硬”两败俱伤。

三是执法环境不佳，“闹访得利”现象日趋严重。群体性劳资纠纷从员工数量上讲，少则几十人，多则数百人，在利益的诱惑和驱使下，“抱团维权”的方式方法极易扭曲变形，脱离正常的轨迹和方向，而执法部门却心慈手软，担心严格执法会引火烧身。“闹访得利”“违法得利”验证的屡试不爽，带来的是恶劣的社会负面示范效应，“医闹”“信访闹”“交通违章闹”现象愈演愈烈。

四是政府压力过大，行政考核问责机制不科学。劳资纠纷从其法律性质上讲，是企业与员工之间的劳动合同纠纷（广义的民事纠纷），但在处理双方纠纷的过程中，最紧张的既不是企业也不是员工，而是基层政府及各职

能部门，在企业 and 员工博弈的夹缝中回旋乏术。之所以出现这种错位扭曲的局面，主要原因是行政问责机制存在问题，在基层政府部门不存在急于作为的情况下，上级政府的“不当问责”，直接导致了基层政府难以保持应有的定力和准则。而员工一方如果对调解方案不满意，就会抓住基层政府的软肋，屡次以越级上访相威胁，迫使政府不断给企业施压，以实现自身的经济利益目标。

### 群体性劳资纠纷的不良后果

一是社会动荡不安，和谐稳定难以承受之痛。深圳改革开放已经40年了，许多企业在改革之初就陆续进来，从“三来一补”厂做起，到现阶段这些低端企业又陆续搬迁或者提前解散（破产）。随之，发生此起彼伏的群体性劳资纠纷。在劳资纠纷中，员工把企业和政府作为实现自身权益的“双保险”，几乎每一宗群体性劳资纠纷，员工都会采取过激方式和手段“维权”，由于人数众多聚集哄闹，一旦出现都会制造紧张混乱的气氛和场面。这些接二连三的“过度维权”事件，给社会造成了极大的不稳定因素。

二是处理方式扭曲，行政压力难以支撑之重。在法律失衡对员工过度保护的同时，员工还提出了高于法律规定的“诉求”，并且采取“闹访”“乱访”的方式，将戴在基层政府头上的“紧箍咒”越念越紧，特别是在企业资金不足的情况下，基层政府也难为“无米之炊”。鉴于前已述及的行政问责机制，使得每一宗群体性劳资纠纷都让基层领导诚惶诚恐，参与的部门多达十余个，处理持续时间数月不等，过度投入大量的人员和精力，极大地浪费了行政资源，但收到的效果却事倍功半，最后的结果是企业、员工以及政府各方均不满意。

三是价值导向混乱，社会错误示范矫正之难。在处理上述案例二中Y企业群体性劳资纠纷初期，调解人员反复解释现行法律规定，但员工的心理预期很高，将自己的想法视为“法律依据”，不愿意做出任何让步。在政府部门三番五次的努力之下，企业一次又一次做出让步妥协，这在某种程度上助长了员工的气焰。在最终形

成的调解方案中，员工确实争取到了“额外”利益，在公司资金不足的情况下，由股东个人借钱补了“缺口”。这种游离于法律规定之外的处理结果，无疑产生了极其不良的社会示范效应，类似案例的不断积累，导致矫正的难度越来越大。

四是企业负重难堪，行业健康良性发展之忧。从制造大国向制造强国转变，从劳动密集型的“制造”向技术密集型的“智造”转变，中国企业及政府任重道远，而从平衡公平和谐的劳动关系角度看，为企业经营发展减轻负担意义重大（包括工资标准、社保及公积金缴交比例调整等）。“现行劳动合同法对企业的保护十分不足”财政部部长楼继伟在中国经济50人论坛2016年年会上表示。（这种不足）在立法和司法层面都有体现，很大程度上降低了中国劳动力市场的灵活性，不利于提高全要素生产率，如果企业得不到健康良性发展，不能提供更多更好的就业岗位，最终损害的还是劳动者的利益。

### 群体性劳资纠纷之解决对策

一是修改完善立法，平衡劳资双方权利义务。《劳动法》于1995年1月1日生效实施，《劳动合同法》于2008年1月1日生效实施，后者对劳动者的保护力度明显加强，确有“矫枉过正”之嫌。按照法律规定，有限责任公司应当以公司注册资本为限对外承担经济责任（即“有限责任”，股东没有义务替公司还债），但员工往往会不择手段地“过度维权”。修改完善相关劳动立法，平衡劳资双方的经济利益关系，确有其必要性、合理性及现实性。

二是强化政府职能，依法行政监管处罚到位。在上述两个案例中，均涉及到员工社保和公积金缴交问题，Y企业的员工还提出加班费未足额支付问题。在企业破产或提前解散时，前述问题与经济补偿金问题混杂在一起，在员工对政府职能部门的诉求中，既有对经济补偿金的期待，也有对行政监管不到位的苛责。在纠纷发生时，政府部门调解与监管双重身份的叠加，无疑增加了

劳资纠纷处理的复杂性。故政府部门在日常工作中，应当履职尽责监管到位，维护政府部门的良好形象及公信力，而工会组织也应当在培养企业文化、培育和谐劳动关系方面多做有益探索。

三是完善信访制度，明晰劳资纠纷处理途径。国务院《信访条例》第四条规定：“信访工作应当在各级人民政府领导下，坚持属地管理、分级负责，谁主管、谁负责，依法、及时、就地解决问题与疏导教育相结合的原则。”《广东省信访条例》及《深圳经济特区信访条例》均有类似规定。由此可见，劳资纠纷首先应当由企业所在的基层劳动等部门进行处理，上级政府应当严格执行相关规定，对越级上访的员工进行批评教育，而不应该姑息迁就，更不应该以此为由问责基层政府部门。为了解决越级上访问题，市政府还可以考虑下派驻区信访工作组，将越级上访人“保留”在基层，以快速有效理顺和化解各类纠纷。

四是树立法治权威，依法打击违法犯罪行为。近年来已经形成了如“医闹”“信访闹”等不良的社会现象，很多当事人的行为已经突破了法律红线，轻者违犯了《治安管理处罚法》，重者触犯了《中华人民共和国刑法》，但被依法惩处的违法犯罪分子却少之又少。在有法可依的前提下，执法必严，违法必究十分必要，这样才能树立法律的权威，让民众心存敬畏，只有在全社会培养法治观念、规则意识，才能不断改变公民的“原生状态”。

五是坚持依法调解，培养良性案例示范效应。目前在处理群体性劳资纠纷过程中，很多政府部门都参与或被牵扯进来，像劳动、社保、公积金等相关职能部门，还会涉及到综治维稳及工会等部门。众多部门一同参与处理劳资纠纷，部门之间的沟通协商非常必要，并应当形成基本的工作方案，消除狭隘的部门本位主义。在调解过程中，应当坚持“合法性”优先，“合理性”其后的原则，在严格执行法律规定的基础上，对一些特殊员工工作人性化处理，而不应当跟着员工的“群闹”情况左摇右摆。对依法调解处理的良性案例，应当在各个企业进行广泛宣传，形成良好的示范效应，不断推进全社会的法治进程。





## 合同对公司股东制度的边界突破

○曹小小 广东明冠律师事务所

股权转让从公司法的角度来讲是处分权，股东基于公司法和章程取得公司的股东权利。一旦股东转让股份变现投资的话，就当然失去公司股东身份和权利义务。但是股份转让同时又是一个合同行为，从合同法的角度，可以设置合同交易条件和交易后的义务，是否可以通过这个合同行为设定交易后，仍然保留某些股东权益呢？这些条件如果与公司法冲突的话，那么是公司的责任还是交易相对人的合同义务呢？

### 问题的引出

自然人A和B分别按50%的比例，各出资30万元设立农产品电商有限公司M，由AB亲自负责经营。经营2年后，公司亏损50万，双方就继续经营有分歧，最后B愿意接手A的股份继续经营农产品电商，但A对明显的亏损有意见，要求公司继续经营方在日后的经营中给予相应的补偿。双方签订股份转让合同，具体条款

如下：

1. A将所持50%的股份按公司剩余资产的残值，折价5万转让给B；
2. A自转让股份，公司变更登记完成后，不再对公司债务负责，全部由B负责；
3. B不得再行转让公司股份；
4. M如果盈利，A有权获得盈利的30%，连续5年；

5. A可以随时查核公司账簿，B不得干涉；
6. B如有违约，应当赔偿A违约金20万元。

B取得全部公司股份完成登记变更后继续经营公司，半年后将公司注册地改到自己家附近，一年后吸收C为公司股东，2年后将公司所有股份全部转让给C和D，期间两年时间内都没有盈利，一直处于亏损状态。A在得知B不再经营公司后，起诉B违约，要求B支付违约金20万元。一审判决B违约，但法院认为违约金明显过高不合理，调整为5万元。AB均不服提起上诉。

### 合同的本意解析

M公司设立的目的是开展经营赚取利润，对这个目的AB双方是一致的。共同经营期间发生了亏损，是双方共同的亏损。接下来如果要继续经营就必须继续投入，而且仍然有亏损的风险是可预期的，因此此时的公司存续与否对股东AB双方而言就是彼此独立判断的结果。如果想继续经营，就需要继续投入，亏损风险和盈利预期客观上是各半，那么就有了继续分析他们的选择或者设定合同的本意的基础。

A就想退出经营转让股份，立即减损，截断继续投资的风险。从市场行情上判断，一个由自然人设立的已经亏损的私立公司的股份是没有太多流通性，要变现退出最现实的途径只有在股东之间进行转让，至少B应该是有继续投入经营的意愿才接盘，否则M公司就直接进入清算解散阶段没有后来的问题。从A的动机来说是要给自己解套，只是不甘心亏损无法弥补，同时对将来的公司风险又不想承担，但是又想透过这次股份的转让来约束B事后经营公司行为，且对好的经营结果要无偿地分润。要实现这个目的单纯从公司法角度已经是无法实现了，一旦选择了股份转让就从公司法上退出了公司，与这个公司的风险和收益绝缘隔断了。因此通过股份转让合同将自己的要求打包并入，让这些设定给B的单方义务具备合同形式，让它看起来像是股份转让的对价，而又把自己自未来经营中的债务风险规避了。A本质上是将自己在M公司双方经营前期的亏损弥补的责任转嫁

给自己的曾经合作伙伴B身上，这个显然有悖诚实信用原则。

B意图持续经营，以期减少损失，且希望集中股权便宜行事，发挥自己的主导性优势，愿意增加投入并承担因此而来的风险。至于接手股权之后的行为，完全是自己单方的承诺，而且并不是必定发生的条件，如果赚到钱，基于弥补投资伙伴的损失，分享部分利润也可以接受；如果赚不到钱，自己是没有弥补合作伙伴损失的义务，这是B的合同本意，支付股权对价，取得公司完整控制权，进而减少损失，赚取利润。至于取得公司之后的股份转让，引入新投资者分担风险和增加投资，基于公司法完全是公司股东和投资人的合法行为，与A并没有直接关联和法律限制，这个约定并不能对抗第三人，或者公司股份的次受让人，也不足以构成A采取法律手段禁止股份转让的风险。至于，公司继续经营之后仍然没有起色，出让全部股权，也是对自己的解套行为，并不违法。不能说投资伙伴A出让股份套现止损了，作为接盘的B就不能解套，这个从法律上是没有依据点，这样设定单方义务明显是显失公平，也突破了公司法作为商事主体法的底限。

### 法院裁判依据的分析

A以违约之诉起诉到法院，其根据是双方的股权转让合同的约定，也就是B违反了合同第3、4、5条所约定的行为，违约后果就是合同第6条所载明的20万元违约金。单纯判断合同表面事实就是B在取得公司全部股权后，经营两年内持续亏损，最后将公司股份转让。因而违反AB之间不得转让股份的约定，得出B违约的法律事实，裁判B应当承担违约责任，但是否应当完全按照第6条约定的20万判决违约金呢？这个完全没有事实基础，因为B的行为并没有给A造成实际损失，且B在持续投入经营两年内公司仍然是亏损的，B的股权再转让行为并不违法，只是减少损失，并不因此获利而导致A损失。那么法院得出的结论自然就是B承担的违约金过高，法院以《合同法》第114条规定进行调整<sup>①</sup>，

<sup>①</sup>《合同法》第一百一十四条规定：“当事人可以约定一方违约时应当根据违约的情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或仲裁机构予以适当减少。当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。”



但是 B 方的抗辩是自己没有违约事实，否定 A 方的违约之诉根本。

这个与最高法《关于适用〈合同法〉司法解释二》第 29 条是有悖论之处<sup>②</sup>。因为法官无法用司法释明这个约定违约金高低与否的标准和事实，因为请求方没有损失事实和计算基础，被告方也没有请求调整违约金，所以法官只能以当时的 A 股份转让价格依职权调减了违约金为 5 万元。其逻辑基础仍然是合同的违约责任确定，这个不能完成事实查明和法官自由心证的闭合，因为轻易就可以推翻这个裁判的事实基础。AB 间的股份转让合同约定的股份对价是当时公司资产残值的折现，不存在不公平的问题，AB 股份都是 50%，彼此的股份对应的公司资产残值都是 5 万元，因为 B 受让了 A 的股份支付了 5 万元，反而两年后要 A 再支付 5 万元，等于是 B 取得了公司残值的全部，对受让方 B 是显示公平。所以，以合同相对性为理论基础，单纯判断合同条款之字面违约表述，不考虑事实和公司法之股权处分规定，这个逻辑是缺失基础事实的。

A 的诉讼请求的事实基础（A 自己的损失）在哪里？损失的基础是什么？违约方又因此获得什么收益？

假设法院纯粹采用违约惩罚说，在确定 B 违约的结论后，从违约条款设定的角度来看，似乎是成立，但这有足够法律依据和理论支持吗？惩罚的对象是 B，惩罚他经营失败没有赚到钱，没有连续 5 年分 30% 的盈利给 A 吗？这显然是荒谬的，这个逻辑的公平点在哪里？这个合同设定的范围宽泛到对公司制度完全的无视，这个是广泛不能接受的逻辑，所以法院也没有办法作出如此不完备的判决<sup>③</sup>。

因此，作为裁判者为了解决纠纷，只有回到诉讼请求上来，查清违约事实，也就是股权转让合同第 3、4、5 条的约定到底是什么性质上来，只有判断这 3 个条款的事实基础，才能得出违约的定性，以及裁判诉讼所请求的违约金损失。那么这 3 条是合同标的对价还是合同

的附条件？还是单独约定的单方合同义务，或者是 B 方的赠予承诺？还有没有其它定性的可能？

直接分析，就股份转让合同第 3 和第 5 条禁止转让股份、随时查阅公司账簿而言，因为 A 失去公司股东身份，这个约定是违反公司法的，当然无效。这是先决事实，无论双方的本意如何，都是有过错的，这个责任划分是没意义。

核心要解决是第 4 条，公司盈利后连续 5 年让 A 分取 30% 的盈利。这条应当是 B 的单方承诺，条件是公司盈利了，期限是连续 5 年，潜在金额是公司盈利的 30%。从其本意上讲应当是建立在对投资伙伴 A 前期共同经营 2 年的亏损的弥补上，前提是自己继续经营能够盈利。这个承诺并不是转让合同的义务，至多是促成股份转让合同的要因，因为转让股份的对价已经是公司亏损后残值的折现了，至于 B 的出发点，帮助投资伙伴减少损失是建立在自己未来对公司经营成功且盈利的基础上，这个是不确定的允诺，也即实践性承诺。B 方得根据实际经营状况决定是否履行，也是可以撤销或者不履行的。因此这一条款是单方承诺，没有对价，没有获益基础。

如此 AB 之间的转让合同关系就非常清楚了，第 1 和第 2 条是股份转让的对价和风险转移的提示，是股份转让合同的基础。至于第 3 到第 5 条，排除违法无效，单方承诺为实践性履行，就没有 B 违约的事实基础。因此第 6 条就是无源之水。

### 启示和探讨

同股同权原则的突破与保留。作为商事主体法的《公司法》核心价值就是有限责任、同股同权、资本多数决。没有这些核心制度，公司必然会被更加先进的组织结构所取代。为了发挥人合和资合的最佳匹配，在新经济和互联网业态冲击下，对同股同权制度的确是有非常大的突破。其本质是通过私法下的双方合同，对某些股份权

利进行限制或扩张，但这些基本是集中在公司经营权和控制权上，尤其是透过上市公司的投票权的限制和扩张来实现的，确保创始人对公司经营方向的控制，但是相对应地让步了股份收益和回报指标，这些合同行为虽然基于私法自治但本质上都是与公司法相悖的。第一，因为公司存续期间的利益关联方并不只是股东和创始人，特别是上市的股份公司，它的利益关联方是不确定的社会大众、各类社会组织、政府机构，广泛的信赖利益是基于公司法和公司制度的公信力。第二，以一个私法上的合同行为来限制商事基本法，终究不是长久之计。这些新业态的公司，新控制权和理论下的公司，目前没有问题，一是行业正在风口之上，二是创始人和团队青春年富力强，三是投资人有耐心。

私法自治下的合同行为的边界。如本案中的股权转让合同，从合同要件上来说并无不可，但是从公司法的角度来说就已经是违法了。股权转让之后的股东权利和风险一并终止，但是 AB 双方仍然意图通过普通合同条款来控制公司的股权变动、利润分配以及内部管理（财务账簿），这个完全是公司法无法接受的安排。甚至 B 股东同意这些条款，都找不到公司法的法律依据，B 私下向一个与公司无关的个人 A 披露公司账目？这是明显违法，公司制度的公信力是面向整个社会不确定的交易对象的，B 怎么就能排除跟公司交易的对象里没有与 A 有业务竞争的对手，或者其他利害关系人？设定合同限制公司股权或控制权，这个现行法律下只有《担保法》允许设定股份抵押或股票质押，以及行政司法冻结股份，否则凭借什么权证对抗第三人？

公司利益取得的股权基础的突破。至于没有股权基础下以合同行为约定分享公司的经营利润，现行公司法基础是没有渠道的，但是合同行为确多有突破，如员工虚拟股权安排，这个份额持有人就没有公司法界定的股东身份，也能够取得公司经营收益。但它也是有前提的，私人间的合同行为并不是完全没有边界的，典型的例子是华为的虚拟股权。华为首先推行的是全员持股，其次是后进员工的虚拟股权，持股员工有 6.5 万人以上；无论是之前的全员持股还是后来的虚拟股份这两者当然都



不是真实股份，前者虽然有 ESOP 和 ESPP 的形式，但是作为非上市公司，员工购股条件之一就是对外没法公开的和取得法律意义上的股东身份；后者的虚拟股份就更没有股东价值和公司法上股份或股票定义，不能对抗第三人。总之华为的这种“股份”并不履行公司商事登记，也不具备股票的融资功能<sup>④</sup>，更不能对公司经营控制投票表决，流通性是限制性的封闭的，分取的是当年的经营利润，本质上是激励项目下现金激励，并不是资本收益。而且虚拟股份始终需要员工身份作为支持，一旦脱离职工身份这个虚拟股份是无法向公众变现，只能由公司回收的。

因此，任何私法行为仍然应当在法律的范围內，或者没有法律界定的领域內，这个底线从来都没有改变。作为民事裁判规则，除了遵从逻辑的三段论之外，首要的是查明事实，这个是合同形式之外的商事主体法事实，当事人双方的意思自治到底说清楚没有，还是当事人自己都说不清楚，那么就从法律逻辑和规定去查明。只有在查明事实的基础上，裁判文书才能把道理说清楚，作出令人信服的判决。

②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（二）第二十九条：当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的“过分高于造成的损失”。

③北京师范大学法学院崔文星教授“我们认为就惩罚说而言，这种观点并没有否定违约金的补偿性，只是强调了违约金的惩罚性，认为违约金的首要性质表现为惩罚性，而不是补偿性。我们认为，这种观点过于绝对，当没有法律规定或当事人约定时，判断违约金属于哪种性质，应当放在具体的案件中进行，不能想当然地进行界定。”

④ 2012 年 3 月 31 日，华为董事会秘书处向华为员工发布《关于 2011 年虚拟受限股收益分配操作及有关还款等资金安排的通知》，银行不得对员工购买虚拟股贷款，也不得抵押质押，必须个人资金购买。



# 造法需合法， “代购毒品入罪”不可任性

○罗小柏 广东联建律师事务所



2018年8月3日，浙江天台检察网“以案析法”栏目公布了一例无偿代购毒品的案例。犯罪嫌疑人陈某曾多次因吸毒受到行政拘留的处罚，2018年3月19日，陈某又因吸毒被公安机关处以社区戒毒3年的处罚。陈某本身是个“瘾君子”，身边有吸毒和贩毒的朋友。2018年5月，葛某欲吸食毒品，但他没有购买渠道，便请有“门路”的陈某帮忙，陈某通过自己的渠道联系到了毒贩许某，拿着葛某给付的毒资从许某处购得约半克冰毒，交于葛某。差不多过了一个月的时间，陈某又应朋友王某的要求，再次联系到许某，以事先约定好的价格代为购买了约1克冰毒。王某通过微信转账的方式事先向陈某交付了毒资。天台县检察院审查后认为，陈某明知他人贩卖毒品却仍然从中搭线，将毒品转移给购买者，促成交易，具有严重的社会危害性。即便他没有收取代购费，也没有“截留”冰毒“蹭吸”，但其行为依然构成犯罪。8月1日，陈某因涉嫌贩卖毒品罪被依法批准逮捕。该案中陈某涉罪被依法逮捕的“法律依据”系由浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅联合出台的《关于办理毒品案件中代购毒品有关

问题的会议纪要》（浙高法〔2018〕40号）（以下简称“会议纪要”）。

《会议纪要》第一条规定：“行为人向吸毒者收取毒资并给付毒品的，应当认定为贩卖毒品的行为。确属为吸毒者代购毒品且未从中牟利构成其他犯罪的，也应依法定罪处罚。前款所称的代购毒品，一般是指吸毒者与毒品卖家联系后委托代购者前去购买仅用于吸食的毒品，或者虽未联系但委托代购者到其指定的毒品卖家处购买仅用于吸食的毒品，且代购者未从中牟利的行为。”第三条第三项规定：“代购者在交通、食宿等必要开销之外收取‘介绍费’、‘劳务费’以及其他费用的，或者从中截留、获取部分毒品的，应视为从中牟利，以贩卖毒品罪论处。”

上述案例及《会议纪要》中的相关规定引发了笔者的一连串思考：陈某的无偿代购毒品行为是否构成犯罪？浙江省天台县检察院依据地方出台的《会议纪要》是否合法有效？浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅联合出台的《会议纪要》是否涉嫌越权制定司法解释性质的文件，且与最高人民法院的相关

会议纪要内容相冲突？作为专注毒品犯罪辩护的律师，笔者认为，上述案例中陈某的行为不构成贩卖毒品罪，上述会议纪要中的相关条款应当停止执行。

## “代购毒品”行为的认定

“代购”，即指代为购买，在当今社会可谓是非常流行的购物方式。在毒品犯罪中“代购”还可以扩大包括代为出售的行为，也就是“代购代卖毒品”。顾名思义，代购代卖者必然直接持有毒品。为买毒者代购的过程中，代购者先从毒贩那里买来毒品，然后再转手给买毒者，如果在转手中赚取了差价，实际上就是一种乘机中间倒卖毒品的行为，符合贩卖毒品罪的特点，应当认定为贩卖毒品罪；如果代购者从中未赚取差价没有牟利，那么其代购行为的性质应当跟从买毒者的实际购买目的进行认定，买毒者为了自吸而购买，数量较小的不构成犯罪，若购买数量达到非法持有毒品罪的追诉标准，代购者即和买毒者一起认定为非法持有毒品罪的共犯，若买毒者是为了贩卖而购买，代购者应当和买毒者一起认定为贩卖毒品罪的共犯。

对此，最高人民法院在2008年《大连会议纪要》中明确规定：1. 证据证明行为人不以牟利为目的，为他人代购仅用于吸食的毒品，毒品数量超过刑法第三百四十八条规定的最低数量标准的，对托购者、代购者应以非法持有毒品罪定罪。2. 代购者从中牟利，变相加价贩卖毒品的，对代购者应以贩卖毒品罪定罪。3. 明知他人实施毒品犯罪而为其居间介绍、代购代卖的，无论是否牟利，都应以相关毒品犯罪的共犯论处。尽管《大连会议纪要》没有解决运输代购毒品行为的性质认定问题（《武汉会议纪要》作了补充完善，本文不讨论该问题），但对“为他人代购毒品行为的定性”之规定仍然是当前实务中现行有效的司法解释性文件，即便2015年《武汉会议纪要》也没有改变“代购”之上述行为定性。

然而，浙江省高院等联合出台的《会议纪要》中将“代购”环节中的毒品卖家限制在必须是吸毒者（托购者）事前的联系人或指定人。通俗地说，该《会议纪要》认为构成“代购”的前提是买家（吸毒者）和卖家有提前联系或指定，而如果代购者自己联系卖家为吸毒者代购仅用于吸食毒品的行为，即不是“代购”，应入罪。基于此，案例中的陈某涉嫌贩卖毒品罪被批捕就有了“地方依据”。事实上，该《会议纪要》将“代购”中的毒品卖家作狭义限制解释并用于司法审判实践，严重混淆了罪与非罪的界限、混淆了行政违法和刑事违法的行为，应当停止执行。

## “从中牟利”情形之区分

最高人民法院在2008年《大连会议纪要》中规定，代购者从中牟利，变相加价贩卖毒品的，对代购者应以贩卖毒品罪定罪。在2015年《武汉会议纪要》中进一步明确了何谓“从中牟利”，行为人为他人代购仅用于吸食的毒品，在交通、食宿等必要开销之外收取“介绍费”“劳务费”，或者以贩卖为目的收取部分毒品作为酬劳的，应视为从中牟利，属于变相加价贩卖毒品，以贩卖毒品罪定罪处罚。其中，“介绍费”“劳务费”是实践中代购者变相牟利的不同表现形式；“以贩卖为目的收取部分毒品作为酬劳的”既存在变相加价贩卖毒品的行为，又具有贩卖毒品的故意，应当认定为贩卖毒品罪。

实践中买毒者给代购者报酬较为常见的是分食毒品，即和代购者一起吸食或者送代购者一些毒品，对这



种情况是否认定代购者“从中牟利”，实务中争议较大。2015 年《武汉会议纪要》形成过程中，多数意见认为，为他人代购仅用于吸食的毒品并“蹭吸”的行为，根本上是为了满足托购者及代购者自身吸食毒品的需求，故不宜认定为牟利行为；而且，如果对以吸食为目的的托购者认定非法持有毒品罪，对“蹭吸”的代购者认定贩卖毒品罪，也会导致处罚失衡。少数意见则认为，“蹭吸”也是非法获利的一种表现形式，尤其对于多次“蹭吸”甚至以“蹭吸”作为代购毒品的主要目的，应当认定为从中牟利。鉴于对该问题存在较大分歧意见，还需进一步研究论证，故《武汉会议纪要》没有作出明确规定，实践中应当结合具体案情慎重把握<sup>①</sup>。实务中，代购之前没有特别约定分得毒品作为报酬，而事后买毒者分给代购者少量毒品作为报酬的，一般不认为是“从中牟利”。如果事前就有约定以少量毒品作为报酬，或者代购者主动提出要求获得少量毒品作为报酬的，也可以认为是“从中牟利”。如果代购者分得少量毒品是为了去出售获利的，那么应当从分得毒品开始就认定为贩卖毒品罪的既遂。

如前所述，获取部分毒品视为“从中牟利”的前提是要区分“以贩卖为目的收取部分毒品作为酬劳的”“事前就有约定以少量毒品作为报酬”“代购者主动提出要求获得少量毒品作为报酬的”等多种情形，而对于“蹭吸”或者“事前无约定事后分得少量毒品作为报酬的”，最高人民法院对此并未认定为“从中牟利”。而浙江省高院等联合出台的《会议纪要》第三条中不区分以上情形，直接将“获取部分毒品的‘规定’视为从中牟利”，如此扩大解释降低了入罪标准，加大了刑罚的打击面，显然与最高人民法院的规定相冲突。

当然，只有为他人代购仅用于吸食的毒品的，才需要根据是否从中牟利判断能否认定为贩卖毒品罪。如果明知托购者实施贩卖毒品犯罪而为其代购毒品的，无论是否牟利，均应以贩卖毒品罪的共犯论处。从另一个角度看，如果代购者从代购行为中牟利、加价或者变相加价贩卖毒品的，无论其为他人代购的毒品是否仅用于吸食，均构成贩卖毒品罪。本案中，陈某非居间介绍人，没有“搭线”促成交易的行为，只有为他人代购仅用于

吸食的毒品（数量未达到较大）且无牟利行为，当然不构成犯罪。

### 该《会议纪要》之效力认定

除上述与最高人民法院规定冲突之外，浙江省高院等联合出台的《会议纪要》第二条的规定“行为人提出系代购毒品未从中牟利的，应当提供具体线索或者材料”，即要求行为人自己举证证明没有牟利，该内容明显违反了《刑事诉讼法》第四十条“公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担”的强制性规定。禁止自证清白已经成为刑事司法实务界的共识，浙江省没有理由倒行逆施。

《中华人民共和国立法法》第一百零四条明确规定“最高人民法院、最高人民检察院以外的审判机关和检察机关，不得作出具体应用法律的解释。”这就意味着，只有最高人民法院和最高人民检察院才有权作出司法解释，地方法院并没有权力。在 2012 年 1 月，最高人民法院和最高人民检察院联合下发了《最高人民法院、最高人民检察院关于地方人民法院、人民检察院不得制定司法解释性质文件的通知》。该通知规定，地方人民法院、人民检察院一律不得制定在本辖区普遍适用的、涉及具体应用法律问题的“指导意见”“规定”等司法解释性质文件，制定的其他规范性文件不得在法律文书中援引。因此，浙江省高院等联合出台的《会议纪要》（浙高法〔2018〕40 号）不具有法律效力，不应成为浙江省司法实务的裁判依据。

**严厉打击毒品犯罪、减少毒品流通，应当从源头上遏制，加大对吸毒者、代购者实施毒品犯罪的打击力度。但，法无明文规定不为罪，地方出台“规定”造法应合法。**

<sup>①</sup>高贵君等（最高人民法院刑五庭），《人民司法·应用》2016 年第 13 期，人民司法杂志社 2016 年版。

## 无合同关系，总承包人要向施工人付款吗？

○张旗 广东诚公律师事务所

建筑市场施工主体数量多，建设工程项目少，竞争激烈。同时，因工程掮客无处不在，“处处转包，层层分包”导致工程款争议频发，一旦最终施工人上游的任一施工人未及时支付工程款，即可能引发诉讼。诉讼实践中，最终施工人主张工程欠款时，通常将无合同关系的总承包人作为主诉对象。面对此类诉讼，总承包人往往并无有效的手段反戈一击，现实的操作方式是积极应诉抗辩。笔者以一则典型案例为切入口，探讨总承包人抗辩的几个重要问题，辅以案例印证，以期抛砖引玉。

### 案情简介

大盛公司将某工程发包给宝翔蚌埠分公司。随后，宝翔蚌埠分公司与孔德银签署项目承包合同，约定分包相关工程。孔德银又将木工工程分包给武泽军。因孔德银未及时付款，武泽军诉至法院，请求判决宝翔蚌埠分公司、宝翔公司、孔德银立即支付欠付工程款，大盛置业在欠付工程款内对上述债务承担连带责任。

安徽五河法院一审认为，孔德银系宝翔蚌埠分公司的项目经理，其与武泽军之间签订合同的行为系职务行为，法律后果应由宝翔蚌埠分公司承担。大盛置业与宝翔蚌埠分公司尚未结算，工程款数额尚不确定，连带

支付责任的条件尚不具备。

本案历经一审、二审、重审一审、重审二审。蚌埠中院终审判决认为，宝翔蚌埠分公司将案涉工程分包给孔德银属于非法转包，孔德银又违法分包木工工程给武泽军，与《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条第二款规定情形类似，故改判宝翔蚌埠分公司应在其欠付孔德银的工程款范围内对武泽军承担责任。

### 抗辩意见分析

本案中，宝翔公司提出的抗辩意见主要如下：



一、宝翔蚌埠分公司与孔德银之间是分包关系。宝翔蚌埠分公司在总包包括案涉工程在内的工程后，将案涉工程分包给孔德银。孔德银承建案涉分包工程，宝翔蚌埠分公司按合同约定支付工程款，而非向孔德银支付工资或劳动报酬。

二、《项目承包合同书》约定孔德银从大盛公司处领取工程款流程，符合农民工工资专款专用的管理要求，且存在合法的委托付款手续。

三、宝翔蚌埠分公司与孔德银之间签订的《项目承包合同书》并非公司内部管理项目方式，宝翔蚌埠分公司并未下发对孔德银的任命书，孔银德并非公司员工。

四、宝翔蚌埠分公司、宝翔公司与武泽军之间无合同关系，依法对武泽军主张的工程款无付款义务及责任。

### 从终审判决看总承包人的有效抗辩策略

#### 一、总承包人与前手施工人存在分包合同关系，与最终施工人不存在合同关系

本案中，宝翔公司从分包管理存在法律依据、计价方式符合行业惯例、付款流程符合合同约定等角度，论证其与孔银德分包合同关系的存在。从常理上讲，一旦总承包人将相关工程分包给某一施工人，则不太可能将分包范围内的工程重复分包给其他施工人。若这一逻辑成立，则阻断了总承包人与最终施工人可能存在的事实合同关系。而对于确认总承包人与最终施工人不存在合同关系的前提下，总承包人是否仍需要对最终施工人承担付款责任，则需要探究法院对于合同相对性的遵守尺度。

最高人民法院印发《全国民事审判工作会议纪要》（法办〔2011〕442号），该《纪要》针对建设工程案件司法审判实务工作中当事人随意突破合同相对性原则起诉和主张权利的现象，作了特别规定：人民法院在受理建设工程施工合同纠纷案件时，不能随意扩大《建设工程司法解释》第二十六条第二款的适用范围，要严格控制实际施工人向与其没有合同关系的转包人、违法分包人、总承包人、发包人提起的民事诉讼，且发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。

实务中，最高法院也在相关案例中执行了会议精神，

典型判例如下：

申请人赵某、母某因与被申请人成都市惠邑城市建设投资有限公司、北京城建集团有限责任公司、四川宏利建设有限公司、海南军海建设有限公司建设工程施工合同纠纷一案 [(2015) 民申字第 1504 号] 民事裁定，总承包人与最终施工人无合同关系，不应承担连带责任。

最高院认为，连带责任的承担，属对当事人的不利负担，除法律有明确规定或者当事人有明确约定外，不宜径行适用。合同相对性原则，亦属合同法上基本原理，须具备严格的适用条件方可有所突破。该案中，北京城建公司与赵某、母某之间未就工程施工签订任何合同，北京城建公司亦非案涉工程的发包人，不属于《解释》第二十六条规定的应在欠付工程款范围内对实际施工人承担连带责任的主体。

实务中，地方法院的裁判尺度并非与最高院保持一致。如《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》第二十三条明确规定，转包人、违法分包人对工程欠款承担连带责任，发包人只在欠付的工程款范围内承担连带责任。该省相关典型判例如下：

姜伟、陈兰兵等与南通宾城送变电工程有限公司、唐贵飞等建设工程施工合同纠纷二审民事判决书 [(2016) 苏 06 民终 2795 号] 裁判，支持一审法院观点，宾城工程公司将工程分包给没有资质的唐贵飞施工，应当对唐贵飞所欠实际施工人即三原审原告工程款承担连带责任。

#### 二、总承包人与前手施工人属于工程分包关系，不属于挂靠关系或内部承包关系

本案中，宝翔公司在坚持分包关系主张的同时，对易发生混淆的挂靠或内部承包关系进行否定，其逻辑出发点是与可能认定的孔银德表见代理行为划清界限。内部承包关系中，对相关工程进行再转包 / 分包的行为人实质上属于总承包人的内部人员；挂靠关系下，挂靠人大多也是以被挂靠的承包人名义做出的分包行为。在以上两种情况下，均容易被判定为表见代理，使得相关法

律后果归属于总承包人。最高人民法院关于实际施工人表见代理适用方面，部分裁判即采取了较宽松的司法判定立场：适用表见代理所考量的两个最重要因素——“以被代理人或项目部名义”“项目部负责人”的结合便足以满足表见代理适用。典型案例如下：

王根壮与新疆国瑞房地产开发有限责任公司、江苏扬州建工建设集团有限公司等建设工程施工合同纠纷申诉、申请民事裁定书 [(2016) 最高法民申 999 号] 中，最高院认为，本案国瑞公司将案涉工程发包给扬州建工，没有资质的张燕华挂靠扬州建工承揽案涉工程，张燕华作为项目承包责任人。张燕华以扬州建工项目部的名义与王根壮签订土方挖运合同，王根壮基于对张燕华身份的信任垫资进行了施工。上述事实的认定，主要有王根壮提供的《项目管理目标责任书》《补充协议》和《合同书》以及张燕华与扬州建工签订的建筑业劳动合同书、工资表及考勤表的复印件等证据证实。因此，二审判决基于上述事实和证据，从王根壮的角度认为张燕华的行为已构成表见代理，又基于张燕华没有上诉，维持了一审对张燕华应负给付责任的判决，改判扬州建工承担连带责任，在实体处理上，符合本案实际。

#### 三、总承包人向前手施工人支付工程款并办理结算，与最终施工人不存在履约事实

本条抗辩理由的逻辑是，从履约事实上否定总承包人与最终施工人存在关联的可能性。实务中，如果总承包人后手的转包人 / 违法分包人并未实际享有权利及承担义务，实际上充当了中介人的角色，真正享有权利及承担义务的主体是最终施工人与总承包人，则最终施工人与总承包人之间形成了事实上的权利义务关系。而总承包人与前手转包人 / 违法分包人共同向最终施工人履约的情况下，也可能被认定为债务加入，总承包人同样需要承担连带付款责任。典型案例如下：

国基建设集团有限公司、田维海建设工程施工合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书 [(2017) 鄂民申 1900 号] 中，湖北省高院认为，田维海、田忠权与建强公司存在建设工程施工合同关系。尽管案涉《水电预

留预埋作业单项工程施工分包合同》系田维海、田忠权与建强公司工作人员田军所签，合同上没有加盖建强公司的印章，亦无直接证据证明建强公司授权田军签订上述合同，但从建强公司向田维海、田忠权预支资金及对工程验收的行为可以认定建强公司对田军代理行为的认可，并依据该合同行使权利、履行义务，故依据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第十二条“无权代理人以被代理人的名义订立合同，被代理人已经开始履行合同义务的，视为对合同的追认”之规定，应认定建强公司已对《水电预留预埋作业单项工程施工分包合同》予以追认，田维海、田忠权与建强公司之间存在建设工程施工合同关系。

### 总承包人承担责任的最终形式

若法院查明总承包人与最终施工人并不存在合同关系，则笼统判令总承包人对前手施工人与最终施工人的债务承担连带责任的事实及理论依据并不存在，但是否仍会要求总承包人承担其他形式的责任，需要继续深入探究。例如，查明欠款数额的情况下，总承包人在欠付前手施工人的工程款范围内承担补充责任；在未结算或结算后欠款情况不明情况下，概括判定总承包人在欠付工程款范围内承担责任，或是判令总承包人按最终施工人主张的欠款金额承担责任，并明确可向前手施工人追偿，等等。

最终施工人起诉要求无合同关系的总承包人支付工程款，属于建设工程纠纷中的重要争议。因案情复杂、参与主体众多，导致此类案件中多种抗辩事由的可变因素多，而法院对于抗辩事由的裁判倾向，直接影响案件争议的处理结果。基于此，笔者梳理了相关裁判意见，在一定程度上可对某一抗辩事由对应的裁判结果进行预判，一方面可以对此类争议案件中抗辩事由的选择产生一定指导作用，另一方面也能使从业者更准确把握诉讼风险，从而在纠纷产生前采取相应的措施。



# 庭院幽深之 法官的无奈与冤屈

○温久远 广东守静律师事务所

“刑不可知，则威不可测”的时代早已作古，但事实上，绝大多数普通公众包括媒体对于法院的刑事审理和判决实际情况，依然知之甚少。因此，一旦出现冤假错案或有重大社会影响的案件，就难免出现普通公众乃至社会舆论，对法官的裁判活动形成一些愤世嫉俗的观点。譬如把法官的审判活动与中国式的关系、人情乃至司法腐败等相联系。那么，事实果真如此吗？如果不是这样，那又是怎样的呢？

对于近些年发生的佘祥林案、赵作海案、聂树斌案、陈满案等冤案，民众的指责大多集中在法官身上。其实，这些冤假错案的背后，往往隐藏着法官的无奈与冤屈。以被媒体称为“司法恶例”的安徽周继坤案为例，在审判长、审委会所有委员一致认定无罪的情况下，因被害人家属以自杀要挟，最终逆转了这场判决，该案判处两人死刑、一人无期、两人15年有期徒刑。

笔者曾在检察系统工作多年，

对于检察系统的内部运行机制有一定程度的认识和了解，但毕竟未曾置身法院其中，不一定能够直击“庭院幽深处”，洞见或透识隐藏其中的逻辑和过程；但同为“政法职业共同体”<sup>①</sup>，与法院同属国家政法机关。笔者尝试站在以往检察官的角度，分析一下法官如此司法决策之内在原因，以尝试揭开司法决策的面纱，驱除社会大众对法官司法决策的误解。

借用苏力先生的话：“你我都

深深嵌在这个世界之中”。法官也是和大众一样，生活在复杂的社会关系网络中，其审判行为必然受到各种外在因素的干扰或者受其内在欲望的驱动。法官有属于他个人的利益追求、兴趣爱好、性格特点和能动性，有属于他的政治偏好、生平阅历和职业经验，这些都塑造着他的司法前见，进而直接形成了他对案件的回应。而每一个司法决策的表面下，也往往存在着冲突、压制、抵制、竞争、妥协和合作等涌动的逆流。

## 谁在判决？谁在参与判决？

无论是理论还是法律都告诉我们，作出判决的主体是法定的审判组织，即独任法官或者由法官、陪审员组成的合议庭。司法改革后普遍实行员额负责制，员额负责制更强调让审理者裁判，让裁判者负责，意味着独任法官或合议庭对案件拥有独立审判权，院长、副院长、庭长、副庭长不再干预前者的审判活动。

但实践中，“谁在判决或谁参与判决”的问题则要比法律规定复杂得多。虽然院长、庭长审批干预案件的情形已经大大减少，审判委员会直接讨论决定的案件比例也不断下降，庭务会也几乎不再讨论案件，但员额法官联席会议、庭上案件讨论会、审判长联席会议以及其他的日常咨询请教活动，都不同形式、不同程度地渗透着司法判决的过程。因此，判决的作出完全可能随着案件审理进程的发展而不断发生变化，判决者实际上往往不是一

个“有面目的法官”，而是一个“无面目的法官”<sup>②</sup>，是一群人、一个机构、一个组织、一个整体性力量。

## 判决过程中的影响因素

刑事诉讼法规定，人民法院进行刑事诉讼，“以事实为根据，以法律为准绳”，即判决只能是依据法律和案件事实，而排斥裁判者在判决形成过程中掺入这两者以外的任何因素，尤其是权力因素的侵袭。

但在司法实践中，我们能够清晰地看到，“黄赌毒”案件所被施加的刑罚从来都要重于同等刑罚的其他案件；“严打”之下，“事实基本清楚，证据基本充分”即可，乃至事后严格按照法律来看完全经不起推敲的案件也同样被定罪处罚，此为刑事政策的介入。其次，对于涉及地方政绩利益或关系到地方社会稳定的案件，“纳税大户”和“民愤”的影响往往也决定一个案件的走向。再次，在“政法共同体”观念下，公检法分工合作、互相配合、互相制约。检察院拥有抗诉的权力，法院的一个无罪判决将致使检察院、侦查机关一年的绩效考核全泡汤。又次，由于我国民众一向对实质正义有着更大的需求，这就导致司法或者说法官不能唯法律是尊，而不得不考虑判决的社会效果，也就是不得不回应民众的需求。最后，从“药家鑫案”“李昌奎案”到“天津大妈赵春华枪支案”，网络舆论以其难以控制的力量裹挟司法，刑事审判不得不置身于全新的监督模式和影响之下。

## 制度的捆绑——侦查中心主义与一体化权力结构

在制度主义看来，影响行为最主要的因素是制度。刑事判决的形成，法官的行动都是在制度范围以内进行的，长期以来，我国刑事诉讼是一种以侦查为中心的一体化权力结构。诉讼活动的重心在于侦查阶段，起诉、审判则往往是对侦查阶段所收集证据材料的一种确认与验证。

在侦查中心主义模式下，审判的作用下降为对侦查和起诉材料的确认和验证，因此法官在收集信息时已经失去了积极主动的制度激励，而在听取辩护方意见时，也仅根据自己验证的需要而有选择地听取。在事实认定中，更多的倾向于关注控方材料自身的完整性、可靠性和自洽性，而忽视辩方对控方证据材料的可采性以及可信性的质疑。在一体化权力结构之下，由于考核的缘故，法官忌惮检察官手中的“抗诉”权，故为避免破坏法检两家关系，大多数时候也就往往顺水推舟作出让步。法院或法官在判决时所需要考虑的因素也往往超越案件的事实与法律，而包括了地方党委政府的意见，法院与人大、上级、侦查机关、检察机关的关系以及刑事政策、社会稳定等因素和力量。现实的制度也要求每一个判决的作出必须同时实现政治效果和社会效果，而法律效果往往排在了最后。

可以说，在某种程度上，法官最终选择了他所认为的最佳的决策，这是法院或者法官在当前制度困境下、多重结构压力下，进行反复的

<sup>①</sup>参见陈瑞华《法律职业共同体形成了吗？》（下），载《中国司法》2008年第3期。

<sup>②</sup>强世功、赵晓力：《双重结构化下的法律解释：对8名中国法官的调查》。



平衡与权衡的结果，是法院或法官为适应和生存而不断调试的结果。

### 法官面临的现实压力

现实总是比想象复杂。要深入理解法官何以如此判决，则必然不可忽略的是法官群体的高负荷运行这一事实。一个刑庭法官一年要审理 200 多件刑事案件，这再平常不过。但很少有一个律师一年的案件量能够达到这个数，乃至十分之一都不到。以一位刑辩律师一年代理二十起案件为例，一般一个刑案三个阶段会见不低于六次，接待当事人不少于三次，出具法律文书不少于三份。那么，这二十起案件意味着什么呢？意味着每个月刑事律师的工作量：开庭 1.6 次、会见 10 次、接待 5 次、出具法律文书 5 份。假如这就是律师的全部工作，那么上述工作已经占据了每月 21.6 个工作日。即刑辩律师一年代理二十起案件，则其每月的所有工作日将被全部填满。

那么，一个刑庭法官每年承办 200 多件刑事案件是什么概念？即使法官的工作只有判案这一项，一年的时间扣除法定节假日、法定年休假、双休日等，剩余的有效工作日大约有 240 天，相当于法官每天要审结 1 件案子，审判任务何其繁重。任何一个人，假若居于同样的岗位，如果完全按照刑事诉讼法程序规定审案或者带着某种刑事法治的理想模型去审案，或许早已积案如山，而人们所诟病的超期羁押也可能就更为严重了。

更为残酷的现实是，法官的工作远远不只是审理 200 多起案件这么简单。审判之外更有其他难以推

脱的繁重事务性工作，如经常性的政治学习、每周的审委会案件讨论；而一些临时性的扶贫、创卫、综治等工作也总是不得不参加；此外绩效考核下要求法院的工作“出亮”“出新”，力争突破；更有因信息化要求而增加的办案系统信息录入工作，而该项信息录入高达百余项。故随着案件负担的不断增加，自然就促使法官在司法过程中尽可能的追求诉讼效率。

### 不堪重负的审判——神圣感的退却

在任命前，法官都要宣誓：“……为民司法，为维护社会公平正义而奋斗！”。在大多数人眼里，法官的审判工作是一份相当崇高乃至神圣的工作。因为其工作决定着被告人的自由乃至生命。但在繁重的审判与事务性工作消磨下，法官的职业尊荣感、审判的崇高感与神圣感必然日渐消退，审判工作在一定程度上成了一种不得不“走”的形式。

我们每一个人都不可能超越本我的限制而看清事物的本来面目，也不可能超越自身的能力、生理限度，抛却眼前的繁琐而去追求所谓“神圣”。长期的审判工作下，法官“审美疲劳”在所难免。案件负担的不断加重和各种考核机制的存在，使得法官往往选择尽快办完手头案件为第一要务。在这种心态下，审判本身所蕴含的诸多意义和公共价值目标被不断冲刷，庭审的作用不断削弱乃至忽略。

### 走不出的风景？

如前文所述，法院或法官深处

多重结构的压力之下，制度层面的改变也绝非朝夕。但当下司法改革如火如荼，最高人民法院发布了深化庭审实质化改革的“三项规程”不断强调庭审实质化，并于 2018 年 1 月 1 日起全面推行“三个规程”，以推进审判为中心的刑事诉讼制度改革成果在刑事审判活动中的贯彻落实。故以往的制度环境，未必就一定成为法院或法官“走不出的风景”。

事实上，虽然庭院深处、制度内核中有着法官们的无奈与冤屈，但同时存在着法院和法官的能动选择和策略性行为。法院或法官的中立性裁判立场也并未完全缺位，事实上一直如影随形。

按照一种内在理解的进路，实在不宜过于苛责作为行动者的法院和法官。如上文所述，每一个判决形成的过程，实际上是一个利益平衡、多方角力的过程，是一个政治考量的过程，但同时也是法院尽可能维护自主空间和自我利益的过程。

正如詹姆斯·斯科特所说，只有经过理解才能在复杂系统中看到秩序。作为律师，我们的目的在于实现与司法机关的良性沟通，弥合分歧并达成共识。这就需要我们剔除外部视角的简单批判，而自觉作为法律共同体的一份子，深入情境进行整体性的理解。超越法律，更多地关注与法律没有直接规定、直接联系但实质影响法院裁判的政治、社会、经济及文化因素等，去深入理解司法实践者的话语和行为。

如此，完全可能的是，在某一个我们不经意的时刻，在我们的共同努力之下，中国司法最终走出了那道“走不出的风景”。

## 近期行业快讯

### 《深圳律师业务操作指引》正式出版

2018 年 12 月，《深圳律师业务操作指引》经由律出版社正式出版发行。本书由深圳市律师协会编写，市律协 8 个专业委员会执笔，结合对现行法律、法规、政策的理解和律师执业过程中的经验，细致、有条理地归纳总结了律师实务过程中应注意的程序性问题及操作

规范。市律协将继续推出、修订各领域律师业务的操作指引，逐渐形成全面、系统、具有深圳特色的律师业务标准化体系，夯实深圳律师业发展的根基，为建设法治深圳贡献力量。

### “深港法律服务深度合作区”共建启动签约仪式成功举办

12 月 4 日，“深港法律服务深度合作区”共建启动签约仪式暨第一次联席会议在深圳前海企业公馆国际会议中心举行。深圳市律师协会作为首批 40 家签约单位之一，由副会长韩俊、前海律师工作委员会主任孟荻代表出席会议。会议表决通过了《“深港法律服务深度合作区”建设 2019 年度合作计划项目备忘录》。《备忘录》规划了 2019 重点工作设想，包括建立战略合作共商和日常联络协作机制及深港法律服务深度合作机制；建设前海国际商事争议调解中心；组建深港法律服务专业委员会等等。



### 深圳市 2018 年一村（社区）一法律顾问总结会举办

12 月 7 日，深圳市司法局、市律协联合举办深圳市 2018 年一村（社区）一法律顾问总结会。会议对 2018 年一村（社区）一法律顾问工作进行通报：2018 年，我市实现 681 个社区法律顾问全覆盖。截至 11 月，全

市社区法律顾问共向我市市民提供服务数量 55232 件，其中，提供法律咨询 43856 次，法治宣传 4023 次，出具法律意见书 1549 份，参与人民调解 3037 件，参与法律援助 136 件，其他 2631 件。



## 首批深圳市涉外律师领军人才、后备人才集中培训

12月8-9日，首批深圳市涉外律师领军人才、后备人才开展集中培训。培训特邀北京大学国际法学院副院长满运龙、美国布林克斯律师事务所华盛顿特区办公室的管理合伙人 Lyle Vander Schaff(范德尔)、美国布林克斯律师事务所驻深圳代表处代表扈非、国际争议解决研究院主任扬帆、高雄律师公会常务理事郭清宝、香港大律师公会仲裁委员会主席王鸣峰以及中伦律所高级国际顾问吕立山主讲。两天的课程培训紧凑内容充实，让学员学到了更多的涉外法律服务知识。



## 深圳市律师代表参加司法部律师工作座谈会

12月27日，司法部部长傅政华主持召开律师工作座谈会，纪念改革开放40周年与律师制度发展，听取部分律师对2019年司法部工作，包括律师工作特别是加快发展涉外法律服务业的意见和建议。

来自全国不同省市的15位律师代表参加座谈并发言，其中，我市广东守静律师事务所林昌炽律师和广东星辰（前海）律师事务所陈方律师代表深圳律师参加座谈并发言。

## 《刑事辩护规范化》新书发布会在京举办

2019年1月5日，《刑事辩护规范化》新书发布会在北京法律出版社举办。本书是中国政法大学立项的“律师刑事辩护规范化研究”课题的子成果之一，律师刑事辩护规范化研究为我国刑事辩护从规范化向专业化方向发展

提供了基础，意义非凡。作为本书主编，深圳律师刘平凡表示，这本书包含了调研团队以及全国1200多位刑辩律师在内全体刑辩人的智慧结晶，希望让更多的律师能够规范办案，提高办案质量，推动刑事辩护规范化事业。

## 深圳市律师行业党校、深圳律师学院揭牌成立

深圳市律师行业党校、深圳律师学院于2019年1月25日在深圳市南山区科技园金融基地揭牌成立，副市长徐文海参加揭牌仪式。深圳市律师行业党校和深圳律师学院的成立，将成为深圳律师行业学习宣传中国特色社会主义理论体系的重要阵地、加强律师党性锻炼的熔炉和提升律师业务水平的新平台，并致力于建设结构合理的深圳律师队伍，健全我市律师队伍长效的教育培训机制，形成制度化、常态化和科学化的培训体系。

深圳市司法局党委委员、副局长、深圳市律师行业党委书记任继光致辞指出，成立律师行业党校和律师学



# 2018 年深圳律协十大亮点工作

01

## 承办第十届中国律师论坛



2018年1月7-8日，第十届中国律师论坛在深举行，阔别七年之久的中国律师论坛重启。本届论坛由中华全国律师协会主办、深圳市律师协会承办，主题为“《律师法》修改与深化律师制度改革”，从《律师法》修改、律师管理体制、涉外法律服务、科技驱动法律、律师业务创新、律师文化建设、律师社会责任、律师制度改革8个方面进行了充分的交流和探讨，为推动律师制度创新发展提供了方向和指南，并于论坛上形成《中国律师论坛深圳宣言》。此次论坛为中国律师论坛史上规格最高、覆盖最广、亮点最多、收效最大的一届论坛。

02

## 召开十届二次律师代表大会，调整律师代表的产生办法



2018年3月31日下午，深圳市第十届律师代表大会第二次会议在深圳市委党校举行。大会审议通过了《深圳市律师协会第十届理事会2017年度工作报告》《深圳市律师协会第六届监事会2017年度工作报告》《深圳市律师协会2017年度财务决算报告（草案）》《深圳市律师协会2018年度财务预算报告（草案）》和《深圳市律师协会章程修正案（草案）》。

协会《章程修正案》调整了律师代表的产生办法及律师代表大会主席团候选人成员结构，会员代表的名额、比例及选举办法由理事会根据地域、规模、界别等因素兼顾的原则分配与制定。



## 03

## 召开十届三次律师代表大会，明确党的领导，把党建工作写入协会章程，注重律师行业、律师协会和律所党建工作

2018年9月15日下午，深圳市第十届律师代表大会第三次会议在深圳市委党校顺利召开。本次大会的主要任务是：全面贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想 and 党的十九大精神，深入贯彻习近平总书记重要讲话精神，传达贯彻第九届全国律师代表大会第二次会议精神、全国律师行业党的建设工作会议座谈会精神，审议修订《深圳市律师协会章程》。这次会议最重要的成果是又一次对协会章程做了重要修改，增加了加强党的领导和律师行业党的建设工作内容。



## 04 首次发布深圳市律师行业社会责任报告，聚焦近五年来深圳律师履行社会责任、促进法治社会建设方面的努力和成果

该报告分六个篇章，介绍了深圳律师的行业发展状况及深圳律师服务政治大局、积极参政议政、推动法治进程、优化营商环境、助力经济发展、参与社会建设、服务和谐社会、提升价值体现、促进组织建设等方面的努力与成果，聚焦近五年来深圳律师履行社会责任方面的典型事例，从而表述深圳律师社会责任的承担对于促进深圳法治政府建设、法治社会建设的作用。



## 举办深圳市律师协会成立 30 周年纪念大会，讴歌过去，谋划未来

2018年12月18日晚，深圳市律师协会成立30周年纪念大会在市民中心礼堂举行。为庆祝改革开放40周年，大会以“凝心筑梦新时代，法治鹏城再出发”为主题，回顾了深圳律协30年改革发展的历程。大会发布了《深圳律师行业社会责任报告》《深圳“1+1”法律援助律师》微视频和《深圳律师法律服务热力地图》，还表彰了一批为深圳法治建设做出贡献的优秀律师和优秀律师事务所。



## 06

## 建设中小律所联合创新发展基地，关爱中小所的生存和发展

深圳市中小律师事务所联合创新发展基地是深圳市律师协会为中小型律师事务所发展和壮大打造的高质量发展平台，为律师提供休息、临时办公、阅读、洽谈等服务，同时可承接协会部分会员管理及服务功能。现该基地已装修竣工。



## 筹建深圳律师学院、深圳市律师行业党校并推动挂牌，推进人才培养，为一流法治化营商环境服务

2018年10月29日上午，深圳律师学院、深圳市律师行业党校落户签约仪式在深圳市南山区科技园金融基地万诺律师事务所举行，正式确定了南山区金融服务创新技术基地的2栋2A/B单元作为深圳律师学院、深圳律师行业党校的办学场地，学院、党校将于2019年1月底正式挂牌运营。目前深圳律师业处于快速发展期，业务体量正在稳步增加，律师队伍不断壮大，深圳律师学院的成立，将进一步健全我市律师队伍长效的教育培训机制，形成制度化、常态化和科学化的培训体系，为我市律师队伍培养高层次、复合型、应用型法律专门人才和管理人才，为维护深圳良好的营商环境提供保障。



## 08 启动深圳涉外律师领军人才（后备人才）选拔及培训项目，为服务“一带一路”国家发展战略和“粤港澳大湾区”建设储备人才

2018年9月，深圳市司法局协同深圳律协启动深圳涉外律师领军人才（后备人才）选拔及培训项目，共收到101名律师报名，其中领军人才49名、后备人才52名。10月13日，深圳律协组织深圳涉外律师领军人才（后备人才）选拔面试。

入选的涉外律师领军人才和后备人才，于12月1-2日开展户外拓展，并于12月8-9日开展集中培训。集中培训邀请了多位从事涉外法律实务的专家等进行主讲，使学员们学到了更多的涉外法律服务知识，提高自身涉外业务能力和服务水平，从而更好地助力“一带一路”倡议和“粤港澳大湾区”建设，为深圳市社会经济发展贡献法律力量。





## 09

### 加强律师权益保障，推进看守所周末会见并取得成效

从2018年6月27日龙岗看守所律师会见难引发“悲情”，引起舆情起，深圳律协即为加强律师权益保障付诸行动。在随后四个月时间里，一次到广州取经，两次赴龙岗区看守所实地查看交流，三次与深圳市公安局预审监管支队正面沟通协调，乃至召开新闻发布会公开呼吁周末会见，通过深入调研、多次协调相关单位，市律协与市公安局、市司法局携手，推进看守所律师周末会见取得了实质性的进展，保障律师合法权利。



## 10

### 推动秘书处改革，打造秘书处成为风清气正、团结友爱的团队，更好地为全市律师会员服务

律协秘书处是协会常设工作机构，是协会工作有序开展的重要保障。新形势下，秘书处要进一步转变工作思路，创新工作方式。深圳律协自2018年7月底筹划启动秘书处改革工作，历经五个多月的充分调研，广泛听取各方面意见和建议，草拟了秘书处岗位及机构设置方案，目前正在不断完善。希望通过秘书处改革，树立秘书处阳气、正气、灵气的工作作风，提升凝聚力和战斗力，助力律师事业更快更好发展。







## 深圳律师四十事

（快板词）

○林昌炽

竹板一打笑开颜，  
今天不把别的表，  
说一说，深圳律师四十年。  
四十年，四十事，  
讲讲律师好故事。

中国第一家，听我逐一夸一夸。  
蛇口律师所，中国律所第一家。  
对外经济所，涉外服务第一家。  
经济贸易所，自收自支第一家。  
段武刘律所，合伙律所第一家。  
李全禄律所，个人律所第一家。  
自负盈亏好，合伙首批十三家。  
体制改革高，合伙律所遍地花。  
华商林李黎，前海联营争第一。  
布林克斯急，率先入驻自贸区。

说完律所说业务，  
见证业务第一单，  
并购业务最领先。  
证券法律意见书，  
深圳律师最先出。

表完业务表个人，  
曾博华，开先河。  
深圳律师第一个。  
最光荣，是徐建。  
民选会长他实现。  
买新楼，迁新址，  
物业早已升了值。

王和平，监事长，  
监督意见说得响。  
林昌炽，是劳模，  
去年网上红了火。  
马学平，道路宽，  
当完警察律师当法官。  
最应夸，是谌兰，  
成了英姿飒爽的检察官。

三十年，  
深圳律协金榜题  
社会组织 5A 级。  
公安法官检察官，  
和律师齐把法律关。  
第一赞，是党建，  
正确方向它不能变。  
第二赞，人大和政协，  
一起扶持律师业。  
《律师条例》它通过，  
立法听证开先河。  
第三赞，是政府，  
政府为咱们律师来做主。  
律师业，大发展，  
福田扶持是样板。  
盼加强，盼改进，  
《实施意见》有规定。  
盼税改，盼政策，  
深圳律师盼改革。  
第四赞，是法院，  
点滴进步在眼前。

绿色道，走得通，  
律师尊严地位在其中。

三夸四赞从心底，  
回到咱们协会里。  
实习律师考核委，  
行业准入严守卫。  
执业纪律评议团，  
风险防范威名传。  
“十年千人”计划启，  
青年班已办十期。  
律师学院开了讲，  
各路人才它培养。  
十届论坛在蛇口，  
律界精英齐聚首。  
进社区，进城管，  
律师驻队模式赞。  
1+1，志愿者，  
百姓高度来认可。  
遇险情，遇事故，  
法律纠纷来援助。

深圳律协三十年，  
律师百姓心相连。  
新时代，新起点，  
砥砺前行不怕险，  
齐心协力向前冲，  
再创辉煌攀高峰，  
攀高峰！！

