

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



深圳律師

非常视线 专业见解

消费维权路长且阻
尊严和权利将破冰前行

期货公司强行平仓的条件及损失计算标准之检视

我们为什么做律师？



深圳律协公众号



NO. 63

2016年第2期 深圳市律师协会主办
法人杂志社协办

► 征稿启事

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

栏目分布：

【**视线**】关注国内外重大政经事件、社会新闻、政策动态等新鲜资讯，同时通过精辟的观点来剖析新闻中所蕴含的法律问题或社会问题，提出自己的意见或建议。字数要求：800——1000字，如有配图，请同时提交；

【**热点**】重大、热点事件深入探析，对某类现象、事物、人物进行法律分析、总结。字数要求：1500——4500字；

【**论道**】侧重法律人之“论”，对法律热点及政策等进行分析、论述，探寻法律服务从业人员的职业方向及价值追求。字数要求：1500——4500字；

【**拍案**】通过分析、解读典型案例，发表专业见解，侧重案例分析解读。字数要求：1500——4500字；

【**实务**】展示律师办案实务、解读法律条文或分享法律服务实务经验，发表研究成果，促进学术交流。字数要求：1500——4500字；

【**生活**】讲述律师及其他法律服务从业人员的动人故事，反映其工作、生活、感悟、思考。字数要求：1500——4500字。

投稿须知：

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

《深圳律师》编辑部
2016年7月

消费维权路长且阻 尊严和权利将破冰前行

文 深圳市消费者委员会投诉咨询部 靳丽娟部长

从第一部《消费者权益保护法》诞生至今已经23年，这23年当中，消费者权益保护经历了一个从漠然到敷衍应对，再到一个高度重视的过程。到2014年，新《消费者权益保护法》的修订再次将消费者权益保护推向了一个高潮。我记得，10年前我参与修订《深圳经济特区消费者权益保护条例》的时候，很想把我们在消费维权工作中遇到的许多新情况、新问题都写进这个条例，但是由于《深圳经济特区消费者权益保护条例》中的创新比较多，而上层的《消费者权益保护法》又没有改变，所以很多的初衷都没有实现。2014年新《消费者权益保护法》的修订，采纳了我们原来想增加但没法增加的一些内容，如远程购物的冷静期问题、金融消费者应当纳入《消费者权益保护法》保护的问题，这令人十分欣慰。

但是法律总是滞后的，消费生活中出现的新情况、新问题是层出不穷的，比如近年来的预付式消费引发的的问题，影响面大、受害者众多，但是迄今，我们仍然没有一个操作性强、切实可行的办法来解决。虽然有些部门一再强调建立保证金制度、以及信用推送制度，但是至今这些设想都没能完全落地。再比如，现在出现了经营者以众筹的模式收取消费者预付款，但消费者在维权的时候，却遭遇了众筹金和预付款性质存在本质不同的问题，为消费者的维权带来诸多困扰。而这些问题都是亟待我们去研究和解决的。

目前消费领域的乱象还有很多，有些确实是因为相关的法律法规的缺失，但是更多的是因为法律法规没有得到切实的执行，没有做到违法必究、执法必严。经营者的违法成本过低，使得他们在心存侥幸的基础上又肆无忌惮。我们的信用体系仍然存在四处漏洞，“信用”还没有真正发挥它的作用，尤其是失信者还没能看到自己的失信行为会带来何种后果，或者说能体会到信用威力的失信者太少。信用制衡要发挥作用，必须要全社会联动，而目前这种联动还远未达成。

消费维权任重道远，但是向好的趋势日益彰显，法治和权益日渐深入人心，消费者的权利受到更多的尊重。我们相信，随着消费者自身权利意识的不断觉醒，消费者维权的整体环境将会得到极大的改善，我们每一个人都将成为有尊严、有能量的消费者。



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
出版日期 2016年7月

编委会主任
编委会成员

主编
执行主编
栏目编辑

本期责任编辑
编辑
美编
电话
传真
地址

邮政编码
电子信箱

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

视线 VIEW

P4-P5

- ◎ 劳动关系僵局 破局在法律之外
- ◎ 山东疫苗案缘何“罪可至死”？
- ◎ “网约车”发生事故，保险公司可否拒赔？
- ◎ 楼市新政补充细则伤了谁？

热点 HOTSPOT



专题：新消费 新维权主题圆桌会议

P6 关注消费维权 共促品质消费

P7 预付式消费的风险防控及规范管理

P13 互联网消费维权并非难上加难

P17 论网络虚拟财产的性质认定与权责划分

P19 2015年深圳消费维权典型案例评析

论道 DISCOVERY

P23 论商标法中的商品与服务
——兼评“非诚勿扰案”等近期案例

P27 期货公司强行平仓的条件及
损失计算标准之检视

实务 PRACTICE

P31 关于对境外人送达的操作指引

P33 微信公众服务号商标侵权的认定
与维权策略

P35 也谈与智障女同居期间性行为的定性

拍案 CASE AND EXAMPLES

P37 行为人主动报警被待捕是否构成自首?

P39 从吴某诉深圳市某区卫生局
行政许可纠纷案看司法对行政的尊重

人物 PROFILE

P41 送人玫瑰 手有余香
——深圳市妇联女律师志愿团六周年纪

P42 用温情守护法治的温度

生活 LIFE

P45 我们为什么做律师?



律协动态 INFORMATION

劳动关系僵局 破局在法律之外

2016年2月19日下午，财政部部长楼继伟在“中国经济50人论坛2016年年会”上表示：“劳动合同法对企业的保护严重不足，在立法和司法层面上都有体现。很大程度上降低了我国劳动力市场的灵活性，不利于提高全要素生产率，最终损害了劳动者的利益。”

(综合媒体报道)

从《劳动法》到《劳动合同法》，我国劳动立法经历了雇主友好型向雇员友好型的转变，从签订书面劳动合同、劳动合同的解除、保障劳动者择业自由等权利、加重用人单位责任等许多方面，体现了对劳动者权利的保护，对我国劳动法律制度产生了重要影响。另一方面，劳动合同关系的本质还是平等民事主体之间的合同关系，很多学者和行政司法实务人员对劳动合同法立法超前、干预市场合约自由都提出了批评。

在劳动合同法及其实施细则出台实施后，各地司法行政部门及最高法院等均陆续出台了法规、规定、司法解释等规范性文件，包括深圳律师十分关注的2015年年底发布的《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件的裁判指引》，该指引近2万字、共117条，被称为史上最全面的劳动争议指导意见。可以说，劳动关系相关的规范性文件十分庞杂，各地各类观点和操作冲突，是最复杂的法律实务之一。

应该看到，劳动合同法对经济发展、劳资双方的利益具有重大影响，尤其在当前的经济形势下，劳动政策同就业率、企业可持续发展、区域经济竞争优势等之间的关系更加明显。有分析认为，珠三角地区和长三角地区的劳动司法政策差异，长三角地区相对体现雇主友好，对吸引更多的世界五百强企业总部等有积极影响。可以预见，未来一段时间，劳动立法会相对停滞，而劳动关系的僵局，可能因法律而起，但不会因法律而终，笔者认为，破局在法律之外。

(广东卓建律师事务所 俞菁华律师)

山东疫苗案缘何“罪可至死”？

2010年以来，庞某卫与其医科学校毕业的女儿孙某，从上线疫苗批发企业人员及其他非法经营者处非法购进25种儿童、成人用二类疫苗，未经严格冷链存储运输销往全国24个省市。此案中，庞某卫购入疫苗共计2.6亿元，销售金额3.1亿元，违法所得近5000万元。

(综合媒体报道)

庞某涉及的相关罪名中唯独生产、销售假药罪的最高刑包括死刑，那么是否都可以生产、销售假药罪追究其刑事责任呢？笔者认为从理论上讲是完全行的通的。

首先，客观方面能否认定涉案疫苗为假药？根据《中华人民共和国药品管理法》第一百条规定，药品包括疫苗，因此，疫苗产品属于药品不应该有概念争议。同时，该法第四十八条规定，有下列情形之一的药品，按假药论处：(一)国务院药品监督管理部门规定禁止使用的；(二)依照本法必须批准而未经批准生产、进口，或者依照本法必须检验而未经检验即销售的；(三)变质的；(四)被污染的；(五)使用依照本法必须取得批准文号而未取得批准文号的原料药生产的；(六)所标明的适应症或者功能主治超出规定范围的。笔者认为，第三款的变质药品与本案的情形是相符的。从医学界专家人士的分析来看，疫苗一旦脱离了2-8摄氏度的恒温冷链，将难以保证品质和使用效果，这与变质的应有之义是相符的。因此，失效疫苗实际上更接近于变质药品，根据法律的拟制规定，完全可按假药论处。

其次，从主观方面如何认定其具有销售假药的主观故意？假若涉案疫苗被鉴定为变质疫苗从而被认定为假药，犯罪嫌疑人能否以主观上对涉案疫苗药物性质认识不清为其主观故意进行辩解呢？实际上，法律认识错误不阻却行为的违法性，只要行为人主观上能认识到自己实施了相应的违法行为就足矣。而从目前披露的信息来看，犯罪嫌疑人对涉案疫苗缺乏冷藏一事肯定是知情的，更何况其作为医院药剂师，也完全可以推定其对于未经冷藏的疫苗将失去效用一事应该知情。在这种情况下，其仍予以低价引进，加价贩卖，其销售假药的主观故意是明显的。

(北京市大成(深圳)律师事务所 李锐杰)

“网约车”发生事故，保险公司可否拒赔？

李某于2015年8月发生交通事故，经交警部门认定，李某承担事故全部责任。2015年9月，经估价，车辆维修费用约为10万元，李某要求保险公司赔偿，保险公司以其车辆从事营运、与投保时申报情况不符为由拒绝理赔。李某遂诉至法院。

(综合媒体报道)

首先，《中华人民共和国保险法》第五十二条规定的“保险标的的危险程度显著增加”，是指足以影响保险人决定是否增加保险费或者解除合同的危险状况，保险标的的风险是持续发展变化的，在此过程中投保人可以发现危险程度增加并通知保险人，保险人也可以根据保险标的的实际情况决定是否增加保费或者解除合同，这符合诚实信用以及权利义务对等原则。

其次，根据财产保险的“最大诚信原则”，投保人在申请办理财产保险时，应该向保险公司说明“任何可能影响保险人对是否承保做决定，影响保险人制定费率和保险条款的重要材料”。投保人和被保险人违反“诚信原则”的，保险人有权解除保险合同或不负赔偿责任。

本案中，李某为车辆投保时在合同上明确约定车辆为家用而非营运，却在实际使用过程中，通过网约车平台使用保险标的的车辆搭载乘客并收取一定费用，应当认定其行为是营运行为。李某明显改变了车辆使用性质，显著增加了车辆危险程度，却没有及时向保险公司履行告知义务并增加相应的投保费用，保险公司有权依据保险法的相关规定，不对李某本次交通事故产生的车辆损失承担赔偿责任。人民法院经审理驳回了李某的诉讼请求。

现如今，越来越多的车主使用各种“网约车”平台进行载客营运赚取外快，我们应当认识到其中的法律风险，车主的营运行为可能会导致发生交通事故后无法得到保险公司的赔偿。广大车主若选择使用“网约车”平台进行载客营运，应当履行及时告知保险公司的义务。

(广东鑫涌律师事务所 许宜群律师)

楼市新政补充细则伤了谁？

4月9日，深圳市不动产登记中心正式向媒体发布《关于非深户居民购房限购相关事宜的补充通知》(以下简称《通知》)，对“非深户社保1改3”等政策的执行细则做了进一步补充，规定3月25日(含25日)前有网签合同、网签认购书或者能提供相关银行转账有效凭证的，可视为已发生交易，可按新政发布前的限购条件执行。

(综合媒体报道)

该补充细则较之3月28日深圳规土委回复的执行细则增加一个内容，即未能在3月25日(含当日)前网签的，须在6月24日(含当日)之前申请登记，否则不予受理，可见限购执行条件可谓更加严苛！如此，会导致同等的情况下买卖双方可能会有不同的待遇。

第一种情况，正在诉讼中的买方作为原告起诉卖方要求继续履行合同的案件，这类案件无论是否网签都因一方违约而无法申请登记过户，必须通过司法强制手段完成过户。而3月25日之前是否网签将决定是否受6月24日申请登记之限，如果在6月24日之前案件未能审结，同样的违约案件、同样的诉讼请求，就可能出现继续履行或驳回诉求两种不同的判决。第二种情况，换房族同时签订的两份房屋买卖合同，往往后一份约定的首期款交纳期限较长，甚至超过合同签订后的三个月。如此，即使3月25日前换房族已交纳定金，也不可能按期办理递件过户的申请登记。而同等条件下，已网签的就可顺利过户，没有网签的超三个月申请就不能过户了。

是否能够办理产权转移登记主要审查过户时是否符合限购政策，而不审查签订合同时买方是否具备购房资格。如果买方担心社保满3年后因房价上涨卖方拒不配合过户，笔者建议买方可以通过合同约定提高卖方的违约成本以保护自己的利益，如果卖方到期毁约，买方可以通过法律途径强制过户。但买方最大的风险莫过于卖方在这期间一房二卖并已过户给他人！

(广东诚公律师事务所 颜宇丹律师)

HOTSPOTS | 热点——新消费 新维权主题圆桌会议

关注消费维权 共促品质消费

文 本刊编辑部

编前语

近年来，“预付式消费”、“互联网消费”已成为消费者投诉的重灾区。根据深圳市消费者委员会统计的2016年第一季度及2016年“五一”期间消费投诉分析结果显示：水果营行关门余波未了，2016年第一季度，消费者对水果营行的投诉高达100宗，主要反映水果营行门店停止营业导致消费者会员卡无法继续使用，消费者要求经营者退还会员卡余额等问题；而今年“五一”期间，市消委会受理的消费者投诉主要集中在互联网服务领域，其中网络游戏类投诉仍旧是热点，共50宗投诉，占互联网服务投诉类数量的一半，网络游戏投诉反映的问题主要有“穿越火线”、“英雄联盟”等网络游戏用户被封号、密码被盗等。

先付款再消费的方式让消费者往往陷于被动境地，无法预知商家在经营中的变故和服务中可能出现的问题，因此，一旦遇到欺诈、侵权行为，消费者难以及时挽回损失。而在互联网消费领域，其消费方式、履约形式都打破了传统消费模式，消费者的弱势地位更加明显，尤其是遇到消费纠纷时，如何取证成为困扰消费者维权的头号难题。虽然新修改的《消费者权益保护法》已经对预付式消费、互联网消费做出了规定，但法律的规定仍然不够明确，配套规则还有待完善，消费者的维权之路仍然困难重重。对此，《深圳律师》杂志邀请了深圳市消委会、消费者志愿律师团、律师，直击消费投诉重灾区，关注消费维权，共促品质消费。

圆桌地点：深圳市律师协会

主持人：张 鹏 深圳市律师协会宣传与公共关系委员会主任

参会嘉宾：

靳丽娟 深圳市消费者委员会投诉咨询部部长

艾 勇 深圳市安盾知识产权服务有限公司总裁

张茂荣 深圳市消费者委员会律师志愿团律师

谭宗成 深圳市消费者委员会律师志愿团律师

陈朝辉 深圳市消费者委员会律师志愿团律师

赵 波 深圳市律师协会监事

罗振辉 深圳市律师协会信息网络与电子商务法律专业委员会主任

唐剑明 深圳市律师协会民法专业委员会副主任

郭朝辉 广东晟典律师事务所合伙人

辛先霞 深圳市律师协会宪法与行政法律专业委员会委员

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

预付式消费的风险防控及规范管理

文 本刊编辑部
(根据录音整理)

常见的预付式消费投诉情形

主持人：预付式消费实际是商家消费了消费者对他的信任，消费者先付费、再延期提取商品或者享受服务。在这个过程中，我们发现消费者往往会陷入被动的境地，没有办法了解到商家在服务过程中产生的变故以及服务过程中出现的问题，一旦遇到欺诈或者侵权行为，消费者往往是受害的一方。我们先了解一下，消费者投诉的常见预付式消费类的案件有哪些？

靳丽娟：在我们工作中常见的关于预付式消费类的投诉的有三种情况。第一种是消费者购买了预付式消费的服务，经营者改头换面之后商铺的名字更换了，但所谓的老板本人没有变。如果从商事主体登记的角度来说，原来的店是个体户，现在是个人投资企业，公司的商号虽然换了，但实际经营者并没有更换。在这种情况下，经营者往往不接受之前的预付消费卡。我们认为，如果单纯以商号更替作为消费卡停止使用的理由显然是不合理的，因为实际经营者并没有改变。在处理这类投诉时，只要经营者没有跑，基本上消费者的维权问题能够得到解决，即使是要

求经营者继续服务，双方的矛盾也不会太尖锐。第二种情况是经营者跑路或者经营者经营不善店铺倒闭的，遇到这两种情况，消费者预付消费卡中的钱一般就一去无回了。第三种情况是出现一些现象之后消费者要求退款，但是退款特别难。难在哪里呢？很多消费卡上会标注“此卡一经出售概不退款”，这种现象我们批判过很多年了，但仍然在各个领域出现。

我们在帮助消费者维权时，最难解决的还是退费问题，只要经营者不跑路就牵扯到退费问题。如果我们发现经营者有过错，可以在一定程度上迫使经营者退还部分款项的。但有些情况导致服务合同不能继续履行的原因是消费者自己造成的，比如消费者因为工作地点的变动导致不能在某一培训机构继续享受服务，这时候消费者要求退费，根据经营者的条款，基本无法拿到退款，或者即使退款，也是很少的一部分。有的消费者交了5万元的学费，最终只退了8000元，而消费者只上了4节课。我们认为经营者这样的核算是合理的，但是要有充分法律依据才能说服经营者究竟怎么退、退多少。



靳丽娟



艾勇



张茂荣



谭宗成



陈朝辉



赵波



罗振辉



唐剑明



郭朝辉



辛先霞



杨新发



周争锋

相关责任如何分配

主持人：在预付式消费的框架之下，消费者的消费金额如果没有完全使用完毕，经营者变更了，或者经营者发布一个所谓的“政策”说明消费卡作废，这种情况之下消费者需要如何来维护自己的权益？作为原来的经营者和现在的经营者，中间是否有一个责任的呈递和承继？如何划分这样的责任形态？

张茂荣：这要看主体的情况，如果主体是法人单位，是独立企业，肯定得承担后续的责任，这基本上是法律人的共识。如果主体是个体工商户，全部做了变更之后，个体工商户等于自然人，所有股东全部换了，只不过一个名字没有换，能否找之前的老板追责，这一块是有区别的。至于房东，只要其出租行为是合法的，他承担责任的可能性不大。

辛先霞：我觉得，我们首先要肯定预付式消费行为，它的存在肯定有一定的原因，我们的经济发展到一定水平，才有了预付式消费的出现。具体而言，从消委会的角度来说，接到一个投诉首先要分清责任，首先要帮助消费者确认他申请的内容属不属于其合法权益。如果消费者要求的是维护合法权益没有问题，如果不是合法权益就没有办法帮助他维权。

谭宗成：我认为，如果合同终止，第一，房东有没有承担责任的义务要看房东只收取资金还是本身参与经营管理，如果没有参与就不用承担责任。其次，员工用不用承担责任？如果其仅仅是用人单位雇佣的员工，履行的是工作职责，也不用承担责任。如果员工跟老板有关系，还要看这个商事主体是个体工商户还是有限责任公司，若是有

限责任公司就承担有限责任，让员工承担责任显然是不合适的。

现在预付卡消费引发诸多纠纷，是社会发展的的问题。消费者不能认为，他处于相对弱势的地位就有理由，很多消费者为了享受优惠就预付服务费，服务期间不想用了就想退费，并不是法律认可的行为，甚至有时还会存在引发群体性事件的隐患，正确的消费观念和价值导向更重要。

张茂荣：首先，消费者在办消费卡的时候要对经营者有充分的预估，比如要对商家的规模大小、经营能力、后续服务有判断意识。第二，产生争议的现象是因为对服务内容、时效没有明确，消费者认为这种服务不值而要求退卡或者退款，但是这个“不值”很难进行量化评估。作为消费卡的制作方和服务供应商，他们制定的合同包括备注说明都是对其有利的，严格按照合同不利于消费者维权。所以，消费者自身要有清醒的理解与认识，尽量少办预付卡，或者办理面额较小的。

预付式消费卡的民刑之分

张茂荣：我认为，预付式消费首先是一个民事行为，但是可能存在一个变相融资的性质。比如很多消费者预付了半年的服务费，但商家可能挪用这个资金做其他投资，这就会引发后续的一些问题。有的预付式消费单笔金额大，或者单笔金额虽小、但涉及面广，出现上述情形时，消费者往往会到公安机关报案，有的公安机关认为是民事案件没有立案；有的因涉及面广，公安机关会认为是非法集资的行为。但是这里是有边界的，要区别对待。

辛先霞：关于民事责任与刑事责任的承担，我认为首先看合同。如果经营者合同里有“此卡一经售出概不退款”等类似约定，就涉及到民事责任中的口头约定或者霸王条款等。针对这种民事责任的漏洞，我们消委会可以出面帮助消费者维权。至于是否涉及刑事责任的承担，我认为如果经营者故意调换负责人导致消费卡作废，而实际经营人不变，达到一定金额标准，公安机关就可以介入，因为这可能涉及合同诈骗罪，以合法形式吸收他人的金钱，这属于另外一种方式的欺诈。

罗振辉：首先，我认为关于预付式消费的纠纷时常发生，但这不是法律上完全的缺失，这是我的第一个观点。



因为如果经营者没有真实的交易目的或者没有纯粹的交易内容，实际上经营者直接触犯的是刑法。我们国家刑法有相应的规定，所以不存在刑法处罚方面的缺失。但是很多情况是消委会接到的投诉并没有达到刑事案件的立案标准。如果不构成刑事犯罪，我们反过来看民事责任。

从民法角度来看，预付式消费卡是一种服务合同，一般情况下可以追究的就是违约责任。追究违约责任通常会落实到举证责任和维权成本的问题，这个问题可能很难解决。一方面经营者尚未构成刑事犯罪，另一方面消费者如果进行民事诉讼要投入更多的时间成本和精力，所以很多消费者就认倒霉。这种纠纷越来越多，我认为跟目前大环境有关系。当前，市场经营的资金需求是急缺的，在资金得不到较好的支持情况下，通过这种商业模式笼络资金是中小企业的经营方式，但是有风险的。

杨新发：我认为，首先预付式消费实际上是一种合同行为，消费者是合同的一方，先预付商业服务款项，虽然这和一般的经营者与经营者之间的合同不同，但从本质而言是类似的行为。其次我们要看经营者本身的经营状况，一方面是商家想用最低的成本获取效益，并且控制商业风险，所以才把社会资本引进来，把自己的成本降低。这个行为市场该不该允许呢？我觉得是可以允许的，问题的关键在于许多商家根本就不具备这种经营的实力。

如果经营者是以更好的经营为目的而发放预付卡，可以不用过多追究；但其目的不是为了经营，就可能涉及到非法吸收公众存款。我的观点是，以更好的经营为目的进行合法经营，向服务对象筹集资金也是属于非法吸收公众存款，至于是不是犯罪，要看后果。如果集资后跑路，那就属于集资诈骗，就要用刑法来调整。

预付式消费引起的纠纷处于高发态势，社会本身的价值引导也有问题。普通公众明知道是陷阱也存在侥幸心理，想着占便宜，这种问题光是法律的归置其实还不能解决，需要文化的引领以及道德价值观的引领。

主持人：比如有一些商家发行会员卡或者消费卡，一个直接目的是起到资金募集作用，如果突然某一天经营者变更或者经营者跑路了，导致消费者办的卡里面的资金不能使用了。如果我们从刑事责任判定的角度来说，这时候跟咱们要达到刑事责任追求的差距究竟有多大？

郭朝辉：我想介绍一个案例说明这个问题。深圳有一个会所，下设九家会所，关门后影响很大：第一是拖欠了800多个员工共计一百多万的工资，第二是上万会员的三千多万会费无法索要，第三是有一些供应商没有拿到货款。因涉及的会员和员工比较多，数百名消费者向公安机关报案，引起有关部门的重视。公安机关认为，根据《最高人民检察院、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》，有近百名消费者达到了单独立案的标准，其中以非法占有为目的，在签订、履行合同中骗取消费者2万元以上的可以追诉。调查发现，该案近百名消费者每人往卡里充值2万元以上，后公安机关根据《刑法》第224条第四项“收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的”之规定，以涉嫌合同诈骗罪立案，所涉案件达上百宗。如果有证据证明会所的老板在与会员签订合同时或者之前有非法占有的目的，后又关门逃之夭夭的，一般情况下公安机关认为经营者构成合同诈骗罪。

主持人：我简要介绍日前引起关注的水果营行的案例。水果营行采用合伙人众筹的形式，单店一百万元，北、上、广这样的城市120万元，如果投资就成为有限合伙人，从投资人出钱45天开始每个月拿投资10%的收益，直到拿足200%。与此同时，水果营行针对客户实行会员制的预付式消费，如购买水果卡，买2000元送2400元。2015年12月份开始，全国各地水果营行的店铺全部倒闭，老板跑路，最后被刑拘了。那么，这种募集资金的方式更倾向于合同诈骗还是更倾向于非法吸收公众存款？

郭朝辉：公安机关已经立案，但案件后续我没有再关注。我认为，公安机关应该以涉嫌非法吸收公众存款或者集资诈骗来立案。因为集资诈骗跟非法吸收公众存款就是规定了说“跑路”这种现象，一般情况下，以集资诈骗罪立案的比较多一点。

针对非法吸收公众存款这一类犯罪，人民法院有一个司法解释，具体有四项对比的规定：“一是未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金；二是通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传；三是承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报；四是向社会公众即社会不特定对象吸收

资金。未向社会公开宣传，在亲友或者单位内部针对特定对象吸收资金的，不属于非法吸收或者变相吸收公众存款。”我们认定某种行为是否属于非法吸收公众存款时，一般是参照这四项基本规定。

律师建议

张茂荣：我个人觉得，要从法律方面要绝对禁止可能也没有法律依据。如果是民事纠纷，消委会和志愿团律师基本依靠调解解决，此外也可以利用媒体发声，利用消委会这个平台进行风险提示。作为预付费的消费者和商家的合同条款和服务标准的制定，消费者应该仔细识别。特别是因消费者自身的原因导致消费不到期的相关条款，如果双方签订合同，发生纠纷商家拒不退款，先不考虑该条款是否为霸王条款，法院首先会认定是无效的。如果说商家确实存在一些融资、挪用的情况或有违法经营的，我们通过其他道路反制于他，如果金额大、面积广、涉及不特定人的话，可以由公安机关介入侦查。但是这些方式只解决个案，解决不了面的问题。所以，政府是不是可以有所作为，针对预付式消费出台指导性意见或者行业指导文件。

靳丽娟：关于“一经出售概不退款”是否属于霸王条款，现在我们已经有了司法判例。一个18岁的孩子去一家较大的健身机构开卡，卡费2000多块钱，他一次都没有消费。孩子的爸爸说，孩子要到外地去上学，所以要退卡。开卡到投诉中间可能就一个月的时间，一次都没有用。双方发生纠纷，起诉到法院，法院的判决认为，相关条款当时签合同的时候已经明确告知消费者，因此不能认定这个条款是霸王条款。

2012年11月1日，商务部出台的《单用途商业预付卡管理办法(试行)》正式实施，《办法》对商城发卡企业、集团发卡企业、品牌发卡企业、售卡企业、规模发卡企业做了明确的规定，并通过资金存管、保证保险、实物担保等方式，对单用途发卡企业预收资金进行严格管理。实际上现实当中几乎没有看到公司在担保，这一点我觉得很难落实。

罗振辉：我们不可能一下出台一部法律或者一个文件把这种行为全部扼杀掉，因为如果禁止这种行为就一定

会打击社会经济，所以不可能出台相应的法律。但是能不能出台相应的文件，不是不可以，可能是操作性太低。加强警示宣传也不是不行，但是困境在哪里呢？大多数预付式消费卡与商家的优惠政策是捆绑的，哪怕消费者知道这样的行为有风险，但是基于某一方面的利益消费者仍然购买。目前存在这样一个悖论，这也是这个问题长期以来没有断绝的原因，所以我认为，目前没有办法从根上用一种方法解决所有的问题。

我个人是反对过多监管的，因为我认为会打击社会经济的活跃度。我想，是不是可以通过工商部门出台一些文件去约束，但实际上来讲，我们可以看到社会上很多集资、融资的手段，不见得一定是在工商管理部门的职权管辖范围内，比如说一些民营医院、民办学校也有这种行为，而这类主体也不一定是市场监管局管辖范围之内。所以，我有一个开放性的想法，这种市场行为是否可以通过市场的方法去解决呢？能不能考虑通过引入保险来解决这个问题呢？如果有保险介入，保险公司作为专业机构前期进行相应的风控，也解决了消费者事后维权的痛点，很多纠纷就比较容易得到解决。

唐剑明：我认为，如果第三方监管能够做到推广，这个监管很有用。比如说我们之前把炒股的资金直接存放在证券公司，证券公司可以随使用我们账户上的钱，只要保证第二天用户用钱的时候有足够的资金提供即可，这其实就是一个监管的漏洞。很多人看到这个风险，国家马上出面解决了这个问题，就是我们的钱要通过第三方的银行做资金监管，就是证券公司用不到这个钱了。具体到预付卡方面，不管面值大小，如果有资金监管就能够解决这个问题。比如我们通过美团、大众点评购买商品或者服务，它也会有一个预付费的平台，一般情况消费者没有消费，申请退款的时候可以原价退回的。即使有一些限制性消费的模式，一般消费者在购买的时候看清楚，这个问题就很清晰。所以说，我们已经有较为成熟的参考模式。

陈朝辉：对于预付费的问题，我们在2011年以来就开始关注，港澳台和大陆也进行了系列研讨和对比实践。例如澳门建立了诚信店体系，有近两千店铺加入，推行预付式消费；香港消委会将预付式消费的行为纳入了不良营商手法进行归置，通过推进法律修订将其纳入法律监管的

范围；台湾比较流行利用消基会这种民间组织和支持团体诉讼的方式遏制这种情况。此外，港澳台三地都发布了公益广告，采取预防性措施，请消费者“看好自己的钱包”。

目前，国内江苏模式是值得我们关注和借鉴的。2016年2月16日，江苏省政府法制办发布《江苏省消费者权益保护条例（草案）》第一次征求意见稿，其中第33条规定了预付卡的发行条件：经营者以预付式提供商品服务的（涉及发行预付卡多用途的除外），单张记名限制不能超过5000元，单张不记名不超过1000元，不记名的有效期不得超过3年，这主要是沿袭了商务部的有关规定。江苏还要求发卡企业应设立预付款资金账户，涉及到第三方账款的用途；允许消费者15日内无理由退款，经营者对消费者合理退款的要求明确不退款的将视为故意拖延，最高可以罚50万，还可能被吊销营业执照。

我们希望，广东省的相关条例修订时候也考虑这些方面，可以要求律师协会组成课题组起草法律文件，因为律师协会的法律效力是相当高的。当然地方法规和地方文件出台需要一个时间过程，我们建议可以先行实践。比如说我们有一个征信平台，可以很好的利用这个平台，对消费者信用进行分级、动态评估，入门商家必须接受，快速了解和消费仲裁，这样可以为立法提供经验，也不会出现市场监管的空档。

商务部的单用途预付卡管理办法明确限制了单一用途，江苏省也是沿袭商务部的规定，不敢涉及到多用途的领域。我们特区有立法权，建议利用特区立法权在地方消费者权益保护条例修订的时候把这个范围进一步明确。

辛先霞：实际上在日本和加拿大对预付式消费的规定很成熟了。比如说日本的预付式消费规定了提高经营者的准入门槛，不是任何一个企业都可以发会员卡的，要看经营者的资金有没有担保，提高准入门槛，最起码从经营者这边进行了风险防控。第二种方法，我们商务部规定的是担保金，日本规定是保证金，如果发生经营者跑路现象，最起码这里有一定的资金可以补偿。另外一个赋予消费者返回权，但是在一定时期内可以申请退。比如消费者预付2万元的费用，消费半年后不想使用了，就7天连锁酒店的退会一样，给消费者一个返回权，只要消费者考虑清楚

就可以退款。因为大部分消费者购卡的时候经常是头脑一热。如果没有明确的规章制度，消委会的压力就很大。

刚才我们谈到预付式消费涉及教育、美容美发等方方面面，但是我们发现，这些行业的监管是分散在不同的部门。我想，我们是不是可以另行考虑一个渠道，把这些预付消费的行业统一到一个部门监管，比如说市场部门或者工商部门，这样从行政资源的分配和使用角度来讲比较合理、比较统一，减少权责不明现象的发生。目前我们较多考虑的是事后维权，实际上我们可以更多考虑事前预防。

深圳有特区立法权，我们在一定程度上可以推动解决这类问题。我认为，针对这种现象可以借鉴国内外的一些经验，第一，要从政府的监管入手，明确是统一部门监管还是各部门各司其责？第二，建立诚信体系，对发行预付卡的经营者进行评级，把有不良信用记录的经营者拉入黑名单，建立行业的诚信体系。第三，建立保证金制度，要发行预付卡的企业或者行业，缴纳一部分保证金，如果遇到纠纷，保证金可以解决部分问题。第四，提高市场准入门槛，要求经营者或企业达到一定资金、一定规模、一定经营能力才能发放预付消费卡，这是从源头控制。第五，针对消费者消费理念的宣传和引导也很重要，要给消费者灌输正确的消费观念，提高自身的保护能力；同时有关部门要加强对消费者的公益宣传，普法工作也要宣传到位。

周争锋：具体交易行为中，我认为最起码要保留合同和付费的凭据，很多时候商家只是给消费者一张卡，卡里的金额由商家控制，消费者手里即没有合同，也没有转让凭据，所以维权的时候证据基础是不存在的。法律要求要有委托服务合同，但是这个服务合同大多时候不是书面的，甚至有的商家接收预付款的POS机还有可能以员工个人名义开设，所以消费者举证的时候根本证明不了这两者有什么样的合同关系。此外，要保留好预付卡，如果把卡丢了就无法维护权利，我们至少要证明有消费者事实。

杨新发：合同很重要，但真正对经营者的了解才是最重要的。要知己知彼，不要最后赢了官司最后拿不到钱。反过来说，消委会要进一步发挥作用，要去做调研，看哪些环节、哪些行业、哪些部门、哪些单位有问题，并进行公示，提醒消费者理性消费，这才是解决之道。这是一个比较长的过程，建议消费者协会要发挥更大的作用。

▶▶ 资料链接：深圳消费维权途径

一、协商和解

消费者与经营者在发生争议后，在自愿、互谅基础上，通过直接对话，摆事实、讲道理，分清责任，达成和解协议，使纠纷得以解决。这种快速、简便的争议解决方式，无论是对消费者还是对经营者来说都是理想的途径。

二、投诉调解

消费者与经营者之间发生消费者权益争议后，请求消保委调解，即由第三方对争议双方当事人进行说服劝导、沟通调和，以促成双方达成解决纠纷。

消费者投诉时应注意四点：1.消费者合法权益受损处理，一般按管辖范围受理；2.当消委会未能解决时，消费者可请消委会进行损害鉴定，提供证据；3.消费者要尽快选择申诉或起诉来保护自己的权益；四是消费者向有关行政部门申诉、向人民法院起诉都是法律赋予消费者的权利。

三、行政申诉

消费者和经营者发生权益争议后，可请求有关行政部门解决争议，它具有高效、快捷、力度强等特点。消费者决定申诉时，一般用书面形式，并载明要求、理由及相关的事实根据。如与经营者达成和解，可撤回申诉，请求有关行政部门出具调解书。

四、提请仲裁

双方当事人达成协议，自愿将争议提交仲裁机构调解并作出判断或裁决。仲裁具有当事人程序简便、一裁终局、专家仲裁、费用较低、保守机密、相互感情影响小等特征。仲裁费用原则上由败诉的当事人承担，当事人部分胜诉，由仲裁庭根据各方责任大小确定各自应承担的仲裁费用。



五、提起诉讼

消费者因其合法权益受到侵害，可向人民法院提起诉讼，请求法院依照法定程序进行审判。消费者因其合法权益受到侵害而提起的诉讼属于民事诉讼范畴。

《中华人民共和国消费者权益保护法》使用须知

（一）消委会受理投诉的条件

- 1、在本市行政区域内；
- 2、有明确的被诉方；
- 3、有具体的投诉请求，事实和理由；
- 4、投诉人应当是消费者争议的利害关系人；
- 5、未超出投诉期限(消费者知道或者应该知道自己的权益受到侵害在一年内的)；
- 6、属于工商行政管理机关管辖范围；
- 7、消费者投诉时应当说出自己的姓名、地址、电话号码或其他联系方式和被申诉方的名称、地址和电话号码。
- 8、消费者最重要的是收集好所有有利凭证。

（二）消委会不予受理的情形

- 1、经营者之间的购销方面的纠纷；
- 2、消费者个人私下交易产生的纠纷；
- 3、未按商品使用说明安装、使用、保管、自行拆动，而导致商品损坏或人身危害的；
- 4、购买商品或接受服务非用于生活消费的，但农民购买直接用于农业生产的生产资料除外；
- 5、商品或服务系无偿所得或受赠送的，但为促销所提供的赠品、免费服务除外；
- 6、消费者在购买商品或接受服务时，已经知道其存在瑕疵，而又以该瑕疵提出申诉的；
- 7、商品超过规定保修期或保证期限，被诉方已不再负有违约责任的；
- 8、消费者购买的商品超过投诉期限的(消费者知道或者应该知道自己的权益受到侵害超过一年的)；
- 9、法院、仲裁机构或其他行政机关已经受理或处理的；
- 10、不符合法律规定的。

(以上内容来源于网络)

互联网消费维权并非难上加难

文 本刊编辑部

(根据录音整理)

目前国内，网络侵权已成为消费者投诉的重灾区。而各种假冒伪劣、甚至违法违规产品的出现使得网络维权已成为广大网民热议的话题。网络侵权涉及到通信、网游、银行、医疗、餐饮等各个消费领域，而网络游戏虚拟财产损失、利用微信平台诈骗等是当前消费者向消协投诉较多的案件，大多数消费者在遭遇网络侵权时无法利用现有的法律手段进行维权。如何通过弥补现有的法律制度的空缺达到保护网络消费者的权益之目的是当前必须要认真对待的问题。

网络游戏中的消费纠纷如何解决

主持人：2015年深圳市消委会接到的投诉中，互联网侵权的投诉量排在首位，在互联网游戏行业，深圳接到的投诉量在全国也是比较靠前。在玩互联网游戏的时候，一般都需要注册账号，设置用户名、密码，对于这个账号，用户当然是有使用权的。但有的用户可能需要花钱购买装备，这是一个消费行为，其购买的装备，是否具有一定的财产属性？如果有，此时这个账号是否具有所有权的属性？所有权是属于用户，还是游戏的开发商、运营商或者代理商？

罗振辉：第一，虚拟财产在法律上没有直接表述，



目前是涉及到一些民法条则等，但目前已经有相应的判例支持虚拟财产是属于个人的财产，所以这一点是得到司法确认的。虚拟财产的财产属性跟个人是绑定的。我见过这种判决，网络中的虚拟财产（游戏装备）受到损失，运营商恢复装备的。第二，对于所有权的问题，法律没有做出判断。即便出现司法判决，也是各个地方的法官根据自己的理解做出判决，不可能有一个准确的回答。如果讨论，我认为首先看这个所有权是怎么定义，是物权里的所有权还是一般老百姓说的所有权，这肯定要进行区分。在法律人的观念来讲，我们判断的是，你要继续认定，法律上的着落点在哪里，具体到哪个法律条款，如果似是而非就有争议，既然有争议就不能做出准确的表述。

艾勇：游戏装备是很值钱的，有的用户为了打装备可能花几万块钱，所以一般认为装备具有一些财产属性的。消费者在玩游戏的时候，涉及到的权益基本上很难保障。比如账户财产权的问题，腾讯网游的账户也有被盗。我认为这类账户的所有权确实是属于运营方的，包括腾讯QQ也是，这是一个法律关系。

杨新发：我认为，一般开发商对这类账号会有一个用户合同，有合同就按照合同约定；如果没有合同，消费者有相应的消费，就应该按照谁投资归谁所有，推到消费者手里。

艾勇：很多合同是有利于运营商，保留对消费者的最终解释权，可以说这类合同是严格限制消费者的，很难说是双方约定的合同。至于合同是否涉及霸王条款，我们还在论证。所以我认为账号更多的是谈使用权，而使用权更多的情况下是归属于运营商的。

张茂荣：所有权一定是一种物权，按照民法上的所有权，他是占有、使用、收益、处分的权利的。这个账

► 网络游戏存在很多问题，大量的网络游戏其实是非法的，因为行业的入门门槛很高。购买一个好的IP价格是五千万到一亿，小企业基本无力负担，所以游戏开发商就不办理正常的公司登记，IP地址基本上也是盗版。外挂这个问题跟腾讯本身是两回事，外挂本身就是盗版腾讯的知识产权，严重的涉及到犯罪。外挂是第三方的软件，他相当于盗窃腾讯的财产，你说责任方是腾讯还是第三方？

号是不是物，是否具有所有权，这个问题本身是存在争议的。第二，玩家能不能拥有所有权和使用权的区分，取决于支付费用的目的什么。如果是获取一种服务，供应商、开发商、运营商提供一种服务，并确保这种服务按照消费者的意愿实现消费，它就履行了义务。如果是购买账号后才能提到使用权，但他没有提供服务，或者中间侵权了，消费者可以通过另外的司法解释来寻求达到消费目的的诉求，但是如果让法院判决这个账号所有权归消费者，这还有待商榷。

主持人：目前消委会遇到的消费者的诉求大体是什么样的？

靳丽娟：目前消委会接到的投诉大多是投诉正规的互联网运营商，多数是涉及到玩家非法用外挂，腾讯以此封了玩家的账号，玩家投诉的。腾讯认为玩家使用外挂、违反规则，故把账号封掉。消费者辩称没有使用外挂，要腾讯解封。双方以此相争。腾讯有充分的证据证明玩家使用外挂，但不提供证据，也不给玩家解封。调解的难度相对就会加大。

艾勇：网络游戏存在很多问题，大量的网络游戏其实是非法的，因为行业的入门门槛很高。购买一个好的IP价格是五千万到一亿，小企业基本无力负担，所以游戏开发商就不办理正常的公司登记，IP地址基本上也是盗版。外挂这个问题跟腾讯本身是两回事，外挂本身就是盗版腾讯的知识产权，严重的涉及到犯罪。外挂是第三方的软件，他相当于盗窃腾讯的财产，你说责任方是腾讯还是第三方？

陈朝辉：关于是不是使用外挂，我认为可以运用第三方的专家评审，虽然涉及到商业秘密，腾讯不会让一般人进行调查。

艾勇：消费者用外挂，财产没有了，被别人封了，你可以举报到腾讯，腾讯反而当成一个案子，反而奖励这个消费者，同时这个外挂最终会受到法律的惩罚，会

得到赔偿。赔偿之后大家都有利益，我会弥补消费者的利益，腾讯还会得到收益。我们要鼓励建立一个利益共享的机制，让消费者可以去举报被侵权的事实，建立这样一个机制。

社交账号被盗的责任归置

主持人：社交平台的社交账号跟游戏账号本质上应该没有差别的。比较常发的是社交账号被盗，用户信息泄露，文件被删除。文件被删除有时候是系统问题，有时候被别人黑号，这种情况下的责任问题，各位律师同仁怎么看待？

周争锋：我认为这跟银行账号是一个性质，在社交网站上开一个账号，你的账号被盗了，就好比银行卡密码被泄了，跟储蓄合同一样的。取钱或者网银转账，从事像银行卡一样的功能，也是类似的消费，法律性质一样的。

杨新发：我不认同。银行帐号只不过是一个收款和付款的功能，比如微信是一个社交功能，我给你发出一个信息，可能这个信息就是一个合同，比如说我要跟你借钱，你说同意，这就是正当的合同。微信不纯粹是一般的商业交易，有很多民事行为。

张茂荣：其实很简单，实际上存折就是储蓄合同的凭证，银行本身就是当事人，媒介是第三方平台，有可能是我和杨律师沟通，提供一个沟通渠道，是一个服务平台，所以不一样。

艾勇：我认为不一样，所有电商平台，第三方社交平台也好，法律有明确规定，信息安全有保密义务，至于说是用户自己的过错，你把密码给别人知道了，数据泄露了第三方怎么去恢复，你跟平台的问责关系有争议，但是信息安全的问题肯定是平台的责任。

赵波：作为腾讯来讲，首先要说账号的所有权属于公司，这个使用权属于第一次注册的用户，后期如果有

其他的用户盗用了最初使用用户的这些资料的话，首先是一个侵权行为。后期再延伸一点，刚才提到里面可能会有一些有价值的，比如说我们用的一些红包等财务，还有一些个人资料，这些都是储存的形式。但是作为用户来讲，更多的义务是保管好自己的账户和密码，比如说在安全的环境下去使用，不要把这些信息透露给其他的用户，避免自己的财物遭受损失。

主持人：有些社交账号上有个人的、带有感情色彩的东西，比如说跟朋友的照片或者心得体会发上去，可能系统问题这些资料没有了，或者被黑了账号，这种情况下规则怎么判断？

艾勇：这个平台都有方式可以拿回来，系统如果删掉是系统的责任，肯定会恢复，至于自己的失误也可以有渠道拿回来。

罗振辉：这个问题如果回到法律来看，是不是要先区别一下？社交账号提供的是有偿还是无偿，可能要确认一下，因为导致的权利义务不一样。如果有偿的服务合同，这可能是天然的本来就应该具备的义务，这是就平台来讲。如果是免费的可能就要斟酌一下，如果平台提供了免费服务，增加了他的义务，我觉得就要考量一下他的法律依据在哪里，比如说我提供了空间给你使用，你让我一直保管下去，一百年、一千年、一万年，这不现实。所以我们要考量一下他的义务是有偿还是无偿。既然法律没有直接规定，我们得看合同或者条款是怎么约定的。



利用社交平台发布广告，平台是否担责

靳丽娟：有消费者投诉微信平台，用户在公众号上发布商业广告，有消费者根据这个广告跟对方进行交易，产生纠纷，但消费者无法联系对方当事人。这种情况下腾讯是否担责？个人利用公众号进行商业信息，腾讯有没有责任？有或没有的依据是什么？

艾勇：腾讯这类电商平台一般有一个原则，平台提供技术，除删除外，不承担其他义务。去年出台了一部关于电商平台的法规，规定加重了电商平台的义务，如果消费者在里面遇到欺诈等行为，这个平台就要承担过错责任。

靳丽娟：曾经有规定网络交易平台要提供真实的联系方式，平台提供先行赔付，要么承担连带责任。但针对上述情况，腾讯认为其为即时通讯平台，而不是网络交易平台。

唐剑明：报社其实也会有广告的页面，但是报社肯定不是一个交易的平台。其承载的仅仅只是一个广告的信息，更何况腾讯公司不允许用户在平台做广告，至于广告信息的真伪或者交易过程中发生的风险，肯定要当事人自担的，否则责任跟义务不对称。

杨新发：我同意这个意见。腾讯对于发布广告这个问题还是按照广告法来调解。比如腾讯明确不允许用户做广告，实际用户做了广告，腾讯应当或者可以进行审查。

谭宗成：但是个人注册微信公众号的时候有身份信息，平台要把这个信息提供给消费者或者消委会，也就是说平台应该承担责任。

靳丽娟：我们知道有一个合同上的归责原则，就是无过错原则。如果因为第三人或者黑客攻击平台导致密码泄露，这种情况下，平台把这种责任全部写成“如果甲方有过错的除外”，现在承担的是过错原则，这个怎么界定？

主持人：这种情况，按照合同法设定的原则处理，违约责任是当事人因为第三方原因造成的，司法经常把过错与否变成判断的流程。

赵波：官方的观点是QQ号码是不属于用户的，所有权是属于腾讯公司的，因此QQ号码不存在转让或者

“

我认为，第一是向消委会投诉，这也是消委会的职权。第二，如果已经在消委会的能力范围之外，消费者已经协助提供法律法规和相关依据，消费者还不理解，就告诉消费者自己的权利自己主张，比如去法院诉讼。如果有诉讼能力的障碍，消委会和律协都可以支持。法院作出几个判决之后，消委会调解也有依据了。

”

交易的性质。以此推断后期微信的一些号码、包括一些服务。首先作为QQ号码、包括微信号码，都应当属于即时通讯的工具。现在无论是广告法，还是用户都提到一些自媒体发布广告的问题，我认为有一个前提，微信在发布使用规则的时候，已经明确在微信使用过程中用户有一些禁止性规定的，比如不能发布广告。作为平台的管理者，的确很难从海量用户中判断哪些用户发布的是广告。我认为，其他用户要把自己的辨别能力放到第一位，比如说对于对方用户所发布的信息是不是广告，是不是作为交易对象，这可能要作为一个关注点。我认为，在微信上面所发布的信息，作为腾讯公司是不应该承担责任的。

社交账号及虚拟财产可否继承

主持人：如果用户拥有账户的使用权，某天这个用户不在了，但账户里面有几万块的装备（虚拟财产），这个账号及虚拟财产怎么处理？

赵波：首先，作为号码的使用权是属于第一个初始的创建者，里面的财务属于代为储存和保管的性质。假设这个使用者出现了一些意外，没有办法继续使用了，这个号码，作为腾讯公司原则上是可以收回的，但是里面的一些财物，作为他的继承人是可以转移的。如果继承人自己掌握这些信息可以转移，如果有其他权利人说转移有问题，作为转移人来讲要提供他是不是继承人的证明。实践操作当中，假设这个人没有原始的密码，他如果要把以前的物品进行转移的话，应当提供他的一些权属证明，比如说他有什么样的资质能够转移这些物品，相当于继承的性质。

罗振辉：虚拟财产在实践当中已经得到了法院的认

可，它是作为一个物的标的，理论上是可以转移的，法律要走继承程序，其他的就按照赵律师前面说的，账号该怎么处理就怎么处理，但是里面牵扯到的如果是虚拟财产，应该要作为一个物去处理。

赵波：对，为什么这么做呢？当时有一些QQ号码产生价值，有一些玩家对一些比较好的号码在争抢或者转让，因此把QQ号码的性质定为公司所有，但是使用者是最开始的创设人、注册者，其他人不能动用它的权利。QQ号码的使用规则中对号码后期的转让做了一些约定，我的理解一些靓号不能进行下一步转让，在购买的时候有这样的约定，所以购买者要遵守这个约定。

消费者如何维权

谭宗成：我认为，第一个是向消委会投诉，这也是消委会的职权。第二个，如果已经在消委会的能力范围之外，消费者已经协助提供法律法规和相关依据，消费者还不理解，就告诉消费者自己的权利自己主张，比如去法院诉讼。如果有诉讼能力的障碍，消委会和律协都可以支持。法院作出几个判决之后，消委会调解也有依据了。

艾勇：我们认为腾讯的公众平台，涉及到各种各样的金钱欺诈、违法事件，作为消协要根据不同性质的案件分类引导消费者。如果涉及到诈骗，这就走另外的路径；如果争议很大的就找法院解决。除了法律手段以外，消费者还可以用信用的手段达到一个真正有效的效果。什么叫信用的手段？我们可以通过如消费者协会这类第三方平台，建立互联网企业的信用档案。一旦企业违规，可以把企业信用档案曝光。但如果涉及到消费者民事索赔的问题，实践中起诉是很难的，基本拿不到赔偿的。我们尝试跟搜索引擎百度、第三方信用平台、消协建立信息共享的机制。信息不是一个孤岛，现在很多消费者的投诉或者消协的处理，以及行政机关的打击以及法院的处理，信息是沉默的。我们是不是可以建立一个信息的渠道，加上法律手段和信用手段，真正对这些违法的或者有恶意侵权行为的起到很好的约束作用。尽管我们更多的是以法律的方式进行维权，其实更多是探讨一个社会共治的方式。

论网络虚拟财产的性质认定与权责划分

文 广东盈乐律师事务所 赵波律师

随着互联网时代的到来,网络游戏开始兴起与风靡,涉及游戏内存在的虚拟财产的纠纷日益增加。对于侵犯网络空间中虚拟财产的行为,例如盗窃、诈骗网络游戏内使用的虚拟“货币”、“宝物”、“武器”等虚拟财产,应当如何处理,目前在我国仍为立法、司法的真空地带。导致这一问题存在的根本性原因,在于网络游戏中虚拟财产的法律性质存在争议。下面笔者将结合司法实践经验与学界主流学说对这一问题进行详细阐释。

网络虚拟财产的性质认定

对于网络虚拟财产的定义,目前学理上通说可分为广义定义与狭义定义。广义上而言,网络虚拟财产是指存在于与现实具有隔离性的网络空间中、能够用现有的度量标准度量其价值的数字化的新型时产。^[1]这是从虚拟财产的可现实化价值层面对其进行概括定义。刘惠荣教授则以列举的方式限缩这一概念的外延,其定义的网络虚拟财产为“网络游戏中能够为玩家所支配的游戏资源,主要包括:

游戏账号(ID)、游戏金币、虚拟装备等。”^[2]本文所指“虚拟财产”亦为刘惠荣教授提出之概念。

网络虚拟财产是否可成为传统意义上的财产而受到法律保护,可从财产权的基本属性进行分析。首先,网络虚拟财产具有价值性。所谓价值性,是指因满足人某种需要而具备的使用价值以及因交易而具备交换价值。如QQ游戏,玩家的账号以及道具因玩家的劳动行为(注册、使用)而具备使用价值,又因玩家的交易行为而具备交换价值。其次,网络虚拟财产具有稀缺性,即财产不能无限量的存在。对于玩家来说,用户因其劳动行为及交易行为可进行升级、换装等,正是这些行为使得其游戏账号具有唯一性。再次,网络虚拟财产具有可支配性,即财产能够为人所支配。如QQ游戏中玩家可对其道具与账号进行使用、收益与处分。最后,网络虚拟财产具有合法性,即法律不禁止其在民事领域流转。就目前而言,网络中自发存在大量的虚拟财产交易行为,只要这一游戏本身及其所包含的

虚拟财产之取得方式不违反强制性法律则自然取得合法性。

杨立新教授认为,“只要具有在法律上的排他支配性和管理的可能性,都可以认定为物。”^[3]而目前我国在法律上将物定位于:“主要是指有体物,但是在法律有规定的情况下财产权利也可以视为物。”^[4]笔者亦认同这一观点。

从立法层面来看,目前对于网络虚拟财产法律性质的界定仍为空白。但在2016年2月出台的《中华人民共和国民法典·民法总则(专家建议稿)》第五章“民事权利客体”中规定“网络虚拟财产受法律保护”。由此看来,网络虚拟财产即将正式纳入我国民事法律中受到相应保护。

综上,笔者认为网络虚拟财产可认定为具有财产权属性的特殊物权,从而适用物权法的相关规则进行保护。接下来笔者对网络虚拟财产在司法实践中出现的问题及解决方式之阐释亦基于物权说之观点。

网络虚拟财产的权责划分

在司法实践中,由于立法尚无统

[注] 1. 杨立新、土中介:《论网络虚拟财产的物权属性及其基本规则》,载《国家检察官学院学报》2004年第12期。
2. 刘惠荣著:《虚拟财产法律保护体系的构建》,法律出版社2008年版,第8页。
3. 杨立新,王中和:《论网络虚拟财产的物权属性及其基本规则》,《国家检察官学院学报》,2004年,第7页。
4. 参见《知识产权专家热议“嘀嘀”系列商标案》,《中国知识产权报》2015年7月24日,第007版。

一定论，网络虚拟财产纠纷多出现同案不同判之现象，在庭审过程中有调查取证举证困难，对网络游戏虚拟财产的价值认定标准不统一等问题。总结来说，有以下几类案件类型：财产权属确认纠纷、网络游戏服务合同纠纷以及侵权纠纷。这几类案件的争议焦点主要是：网络虚拟财产归属如何认定、网络虚拟财产可否继承以及用户协议对双方权义的约束力大小。

首先是财产权归属问题，在司法实践中始终存在的争议焦点为网络虚拟财产究竟是游戏运营商的所有物还是玩家的所有物？笔者认为，网络虚拟财产的所有权确权可分为两个阶段：原始取得阶段与继受取得阶段。游戏运营商在开发游戏的过程中通过劳动行为创造了游戏的人设、环境、道具等网络虚拟物，并通过这一过程完成了运营商对网络虚拟财产的原始取得。当运营商将游戏投入运营之后，游戏用户可通过买卖、赠与、互易、继承、遗赠、免费的注册、抽取、赢取等方式完成对网络虚拟财产的继受取得。

其次是网络虚拟财产可否继承的问题，要回答这一问题需要认定的是网络虚拟财产是否为财产权以及网络虚拟财产归属于谁。笔者已经在上文中提及，网络虚拟财产因其具备财产权的基本属性而得以成为财产权受到法律保护。并且网络虚拟财产更加

符合物的特性而在司法实践中以物权形式适用相关规则。在《中华人民共和国继承法》中对遗产的界定并不包含网络游戏虚拟财产，但最后兜底条款规定“公民的其它合法财产也可以作为遗产”。有学者认为，网络游戏用户用了大量的时间、精力与金钱去获得这些虚拟财产，可以说是对价所得，并且通过劳动使其的价值持续增长，因而这也属于游戏玩家合法获得的其他财产，是可以作为遗产由其继承人加以继承的。^[5]笔者赞同这一观点。

最后是关于用户协议对双方关系约束力的问题。游戏用户在注册账号之前多会签署一份用户协议，这份协议的法律性质则可以认定为受《合同法》所约束的网络服务合同。

用户协议的重要性在于对双方的权利义务以及发生纠纷时的责任划分进行明确认定，经双方同意后合法有效，故而使双方发生纠纷时有据可依，对双方的权利都能进行有效保护。因此，运营商在书写用户协议时应当注意必须包含有以下几类主要义务：一是安全保障义务，二是不干扰的义务，三是保密义务，四是信息披露的义务。

在司法实践中，常出现玩家的游戏账户被盗或者遭到攻击时双方发生财产纠纷。这应当视具体案情而定，对于运营商来说，其与用户签订用户协议，依照协议规定的权利义务提供

网络服务即可免责。当运营商违反安全保障义务而泄露玩家信息致使玩家账户被盗或被攻击的情况下，运营商理所应当要承担责任。当运营商履行自己的义务，只是因为玩家的个人原因而造成游戏装备的丢失等，运营商不需要承担经济赔偿责任，但应在技术可能的情况下，当用户已经提供账号密码或个人资料等可以确定身份的证明后，运营商应该为玩家提供可以重新获得自己权益的网络数据。在日常运营中，运营商应当确保服务器的数据安全，对于服务器被黑或出现异常情况时造成的数据更改、删除，应及时恢复数据。

结 语

结合上述观点，笔者认为，游戏的运营商和玩家的核心关系为合同关系，根据合同设定的权利义务关系对发生的纠纷进行责任承担。就司法实践而言，网络虚拟财产价值的确定仍十分棘手，只能具体情况具体分析，综合玩家在网络虚拟财产上所用的时间、金钱、真实的交易价格以及运营商建议对此类虚拟财产的定价等多方面的因素，对其加综合以考虑，最终确定。

笔者寄望于我国立法层面重视这一问题，构建相应体系使网络虚拟财产得以被保护。笔者对于许多问题的研究和调查尚不深入，亦待各位同行予以斧正。

[注] 5. 武慧卉：《网络游戏虚拟财产的民事法律问题研究》，硕士学位论文，2015年3月，第26页。

2015年深圳消费维权典型案例评析

文 深圳市消费者委员会律师志愿团

案例一 4000余万元假手机被查处

●案情简介：2015年9月16日至27日，深圳市公安部门在深圳市龙岗区开展“8·26假冒注册商标案”集群战役统一收网行动，立案破案4起，捣毁生产、销售窝点4个，现场查获假冒三星手机282部，苹果手机后盖790个，苹果商标6840个，手机后盖半成品2000余个，以及华为手机电池18335个，华为数据线2300条，华为耳机1327个，华为移动电源1600个，小米耳机5367个，加工工具、半成品、销售单据及包装材料一批，案值高达4000余万元。

处理结果：该案共刑事拘留8人，逮捕5人，现该案犯罪嫌疑人已移送检察机关审查起诉。

点评律师：陈朝辉

在打假领域，市民和消委会对引入举报奖励制度和支

持职业打假人持肯定态度，但目前司法实践对消费者明知而后大量购买并高额索赔行为不予支持；行政部门也认为其公司化、流水式作业，大量举报耗费了有限行政资源，一般不予奖励。建议加大投入并将打假罚没专款专用，人财物上支持协同高效处理，形成良性循环。此外，刑事诉讼附带民事诉讼赔偿限额的合理性、欺诈等相关赔偿标准近因根据社会发展进一步论证。

案例二 山寨“先科”窝点被捣毁

●案情简介：生产假冒“先科”数码音箱，在网上批发至全国多个省市，涉案金额7300万多元。这些山寨产品

是深圳景昊科技有限公司生产的。2015年4月1日，在广东省公安厅、深圳市公安局统一组织协调下，深圳市公安局宝安分局发起全国集群战役统一收网行动，共捣毁制假售假窝点7处，打掉犯罪团伙6个。在深圳宝安福永天瑞工业

园抓获主要犯罪嫌疑人胡某凤等5人，现场查获假冒“先科”数码音箱共6135台。

处理结果：根据相关法律规定，5名犯罪嫌疑人已被检察机关批准逮捕并移送审查起诉。

点评律师：陈朝辉

一些曾经“响亮”而面临倒闭的名牌，由于企业无力自行保护知识产权，往往是易被钻空的侵权高发领域，消费者和执法部门都需高度警惕，建议这类问题纳入“公益诉讼”解决的范畴。网络交易平台对于商户售假仅有披露责任是不够的，需加强规制。假冒电子产品的收缴处置也亟待规范，为防止回流，有效利用需严格规范。

案例三 擅自经营客运被罚款扣车

●案情简介：2015年12月1日，深圳市交通运输委员会执法人员在盐田区海涛路查获一辆非法营运大客车。车主卢某非法搭载20余名乘客，共收取车费1300元。经查，卢某未取得道路客运经营许可，涉案车辆未办理道路运输证。

处理结果：根据相关法律规定，卢某未取得道路客运经营许可，擅自从事道路客运经营，对其处以5万元罚款并暂扣涉案车辆。

点评律师：陈朝辉

违法运营车辆一般是报废或问题车辆，价值较低，运营者往往弃车不缴罚款，违法成本过低。建议通过联合执法控人控车，对于无驾照、假驾照上路驾驶员当场拘留，并建立完善驾驶员与车辆所有人的信用制度来强化规制。让乘客可识别、可鉴定、可甄选。建立完善公共交通网络、公示信息，便于乘客查询和选择，通过票价适当优惠，鼓励先查询后乘坐。考虑设立乘客举报奖励制度，用

群众的力量打击非法营运。

案例四 假冒出租车被罚10万元

●案情简介：2015年10月29日，深圳市交通运输委员会执法人员，在深圳市罗湖区布吉路查获一辆非法营运出租车。经查，涉案车辆系下线出租车，吴某从二手车市场购得，擅自安装顶灯、计价表等标识和设施，假冒成红色出租车，从事非法营运活动。

处理结果：根据《深圳经济特区出租小汽车管理条例》，认定卢某构成非出租车擅自安装出租车牌号、顶灯、计价表等标志和设施，假冒出租车，对其处以10万元罚款并暂扣涉案车辆。

点评律师：陈朝辉

本案是整体假冒出租车，也曾出现过出租车司机擅自改装计价表部分的，均属服务欺诈，适用《消费者权益保护法》第55条退一赔三规定。建议以涉嫌“非法经营罪”追究刑责，提高违法成本，以显重典治市。同时鼓励乘客参与打假，即便不走诉讼程序，也要照顾奖励优先，处罚在后。

案例五 11亿元奔驰汽车被召回

●案情简介：2014年8月，深圳出入境检验检疫局12365热线接到消费者投诉，称其新买的售价160多万元的奔驰G500三十五周年纪念版汽车，存在向右跑偏问题，有严重的安全隐患。深圳检验检疫局立即启动相关调查工作，经过大量走访及摸底，陆续发现深圳及全国各地有多辆奔驰G500汽车存在同样问题，且这些车辆均购买时间不长，行驶里程在1万公里以内。经进一步深入调查，发现奔驰G500汽车跑偏问题，系转向传动装置供应商在生产转向传动装置时变更计划，引起方向机中助力转向分配滑阀部件在生产过程中出现偏差所致，属于汽车质量缺陷，需实施召回。经评估，涉及此次质量缺陷事件的汽车总价约11.28亿元，更换部件维修费用高达5000多万元。

处理结果：在国家质检总局要求下，梅赛德斯—奔驰(中国)汽车销售有限公司发布声明，对总价11.28亿元的相

关问题汽车实行召回处理，并对问题车辆进行免费更换相应的零配件以消除风险。

点评嘉宾：靳丽娟

本案中涉事车辆存在严重质量缺陷，根据《缺陷汽车产品召回管理条例》及《家用汽车产品修理、更换、退货责任规定》相关规定，应当予以召回。涉事车辆属于名牌豪车，调查取证显然不易，检验检疫部门紧扣“质量”这一命门，不受品牌知名度干扰，体现了对消费者负责，对生命负责，有法必依，执法必严工作态度，这次召回是在中国大陆首次发现该款汽车的质量缺陷并实行召回，是《缺陷汽车产品召回管理条例》的成功应用。

案例六 粤港海关查获假冒名牌手机

●案情简介：2015年1月5日，重庆市某公司向深圳海关隶属文锦渡海关申报向香港出口纸彩盒等货物一批。经查验发现，所申报货物均为多报少出，少出部分由9493部手机代替，涉及苹果、三星等品牌。经鉴定，9493部手机全部为假冒产品。同时，文锦渡海关与香港海关进行了情报交换，粤港海关开展查获假冒手机系列行动。

处理结果：深圳海关查获9493部假冒手机，香港海关在香港查获假冒苹果等品牌的手机及配件19196件，捣毁窝点并拘捕11人。

点评律师：陈朝辉

该仿冒品一般通过网络销售、私人半路谎称“赃物”兜售或以调包方式到终端消费者手中，也有明示“高仿品”销售的，建议市场监管部门和消费者委员会通过消费者教育提高其识假能力。假冒产品流出境外，严重影响“中国制造”形象，对相关人员处罚规制同时，也应建立和完善相关进出口公司主体信用信息公示制度，信用信息传播宜广，查询门槛宜低，切勿再出现要付费查询信用信息的怪事。

案例七 九州源非法发行股票被查处

●案情简介：2013年9月，根据投诉，深圳证监局对深圳市九州源矿业投资股份有限公司(下称九州源)涉嫌擅

自发行股票，和深圳市金吉投资基金管理有限公司(下称金吉投资)涉嫌非法代理买卖未上市公司股票等违法行为开展外围调查。调查发现，2013年5月，张某等人在前海通过虚假出资注册成立九州源公司，以股权投资可获高额回报为诱饵，以1元每股的价格出售公司原始股，涉及投资者约50人，涉案金额425万元。

处理结果：深圳市经侦局对九州源擅自发行股票、金吉投资非法经营活动等立案侦查，张某等主要犯罪嫌疑人对擅自发行股票等事实供认不讳。2015年，经法院审理，判决相关犯罪嫌疑人1-2年不等的有期徒刑。

点评律师：陈伟

由于对金融法律法规的不了解，消费者对股份有限公司发行股票是否经过审批等无法辨别，容易导致其权益受到侵害。建议消费者在购买股票等金融产品之前，了解相关的法律法规，并查询购买产品的发行是否经过法定的审核程序，并取得发行许可；如在购买过程上一旦发现发行主体存在违规、违法行为的，要保留相关的证据，并第一时间向证券监督管理机构举报，并同时主张退款及赔偿；三、通过正规渠道和途径购买金融理财产品。同时，证监局等监管部门应加大查处力度，增加违规公司和个人的违法成本，对于构成犯罪的，要坚决及时移送公安机关处理。

案例八 4S店强制加价

案情简介：2014年12月29日18时，深圳市政府实施小汽车增量调控管理，深圳市大胜机电设备有限公司以市政府小汽车增量调控导致其运营成本增加为由，要求凡在小汽车增量调控管理政策实施以前已与当事人签订《汽车销售合同》的消费者，必须在原《汽车销售合同》已经约定合同总价款基础上额外增加车款，或者购买指定“大礼包”才能提车，经查实的加价金额共计10.6万元。经调查，深圳市大胜机电设备有限公司为北京现代汽车的授权经销商，从事北京现代汽车的销售及售后服务。

处理结果：2015年6月29日，深圳市市场和质量监督管理委员会向深圳市大胜机电设备有限公司送达了行政处罚决定书，该公司被罚42万多元。随后，消费者借助深圳市

市场和质量监督管理委员会掌握的证据材料，通过民事诉讼成功要回了被加的款项。本案凸显了行政执法维权的高效性，也是行政执法维权与司法诉讼维权相结合的成功典范。

点评嘉宾：靳丽娟

经销商以限购政策实施为由，违约加价或随意变更合同，是违反诚实信用原则和缺乏契约精神的典型表现，侵犯了消费者的自主选择权、公平交易权。依据《合同法》相关规定，车辆的价款作为购车合同最重要的内容，经销商擅自提高合同价款，属于明显的单方面违约行为，消费者可按照《合同法》第一百零七条的规定来追责。消费者依据《合同法》的相关规定及市场监管局作出的行政处罚追回损失，是行政执法维权与司法诉讼维权相结合的成功典范。

案例九 楼盘违规涨价被罚10万元

案情简介：2015年6月25日，有媒体报道深圳市大鹏新区某楼盘涉嫌“捂盘惜售”、采取隐瞒欺骗的手段“误导选房”并“拒退定金”。深圳市市场和质量监督管理委员会大鹏市场监督管理局通过舆情监测掌握到该违法线索后，立即组织执法检查。经查，该楼盘近期成交的部分商品房销售价格超出了备案价格的15%，但未按规定办理备案变更手续，涉嫌违规涨价。

处理结果：该楼盘开发商调整销售价格超出规定幅度未办理备案变更的行为，违反了相关法律法规，深圳市市场和质量监督管理委员会大鹏市场监督管理局责令该楼盘开发商立即整改，并罚款10万元。

点评律师：张茂荣

囤积房源，擅自提价影响了房地产市场的健康稳定发展，被《深圳市房地产市场监管办法》（简称《办法》）所明确禁止，但《办法》对未进行价格或调整价格备案、未取得预售许可证销售明确规定了罚款数额，而对囤积房源、捂盘惜售等违法行为只是规定“责令限期改正”、“依照有关规定处理”，处罚尺度不明晰，操作性不强，故而多年来捂盘惜售屡禁不绝。建议适时修改《办法》，明晰开发商捂盘惜售的具体处罚措施，如具体罚款尺度

等。此外，变被动投诉为主动查处，对于媒体报道的开发商捂盘惜售予以主动调查并予以处罚。

案例十 网店价格欺诈被重罚

●案情简介：2014年10月9日，消费者投诉称，深圳名媛坊服饰有限公司(下称名媛坊)在天猫商城tune-tune官方旗舰店所售服装商品涉嫌价格欺诈。经查，名媛坊在网上销售的232种服装商品以两个价格比价的方式标示价格，涉嫌价格欺诈。

处理结果：名媛坊的不正当价格行为违反了《关于<禁止价格欺诈行为的规定>有关条款解释意见的通知》的规定，考虑到当事人恶意较轻，社会危害较小，且主动整改，深圳市市场和质量监督管理委员会南山局对名媛坊罚款5万元。

点评嘉宾：靳丽娟

本案属于典型的不正当价格行为案件，当事人在销售商品时，以比价方式同时标示两个价格，一个代表原价，一个代表实际成交的促销价，但是原价又不符合发改委关于原价的定义，有诱导消费的嫌疑。这样虚假标注原价的行为构成了不正当的价格行为，也侵犯了消费者的知情权和公平交易权，依法应当处罚。

案例十一 飞机因故障延误须补偿

●案情简介：刘先生夫妇于2015年6月参加深圳某旅行社组织的澳洲、新西兰10天旅游团。在行程中的第七天，应从新西兰的奥克兰飞往澳洲布里斯本，由于飞机有故障需紧急维修，在机场滞留了7小时16分。由于延误时间长，只能压缩景点参观时间。事后，因游客意见较大，地接旅行社为安抚客人，在未征得全部游客书面同意的情况下，免费带游客到金矿参观作为补偿。回国后，刘先生夫妇不满当地旅行社的补偿，向旅游部门投诉。

处理结果：经旅游部门调解，旅行社退给刘先生夫妇一餐午餐费折计80元/人，另额外补偿135元/人，两人共计补偿430元。

点评律师：陈朝辉

旅行社因第三人(航空公司)的原因导致行程景点时间不足等违约行为，虽自身无过错，但依《合同法》第121条，仍应承担违约责任，并可向航空公司追偿。建议旅行社和游客购买航空延误险，将风险通过射幸合同转移到保险公司。民航协会曾制订国内航线延误赔偿规则，但因航空公司阻力未付诸实施；而对于国际航线，依照惯例，很多航空公司会承担赔偿责任，旅行社和游客宜作详细了解并及时提出索赔，以免遗漏。

案例十二 未经许可经营旅行社被拘役

●案情简介：2015年3月25日，根据群众举报，深圳市文体旅游局行政执法人员依法对深圳市找票网络技术有限公司进行检查，发现该公司涉嫌未经许可经营旅行社业务。执法人员在检查中还发现有假冒“深圳市康辉旅行社有限公司业务专用章”和“深圳市康辉旅行社有限公司行程确认章(29)与旅游合同时使用”字样的印章各1枚，以及以深圳市康辉旅行社有限公司名义经营旅游业务资料一批。

处理结果：法院依法判处深圳市找票网络技术有限公司法定代表人胡某拘役5个月，判处深圳市找票网络技术有限公司员工罗某拘役4个月。

点评律师：陈朝辉

建议尽快完善个人信用体系，令违法者寸步难行，乃是有效提高违法成本的途径；完善旅行社网点公示信息，便于游客查询和选择，可通过行业支持让企业让利给游客，以适当优惠鼓励先查询后签约接受旅游服务。知名旅行社公司“字号”保护宜纳入知识产权保护体系，政府适当支持加上被仿冒公司自觉打假，则可更有效净化市场。

点评人：

北京市炜衡(深圳)律师事务所 陈朝晖

深圳市消费者委员会投诉部部长 靳丽娟

北京市炜衡(深圳)律师事务所 陈伟

广东信荣律师事务所

张茂荣

论商标法中的商品与服务

——兼评“非诚勿扰案”等近期案例

文 广东金地律师事务所 张弢律师
广东金地律师事务所 刘春林

明确商标法中的商品与服务这一概念，对于商标侵权的判断具有重要意义。首先，从司法实践的需要这一角度来看，近期出现的“非诚勿扰”商标侵权案、“维多利亚的秘密”商标侵权案以及“嘀嘀”商标侵权案等案件实质上涉及这一概念。其次，我国与《商标法》有关的法律法规及司法解释等权威法律文件均未对“商标法中的商品与服务”这一概念作出任何阐释，我国司法实践对该概念的解释也不多。可以说，这一概念在我国还留有空白，亟需加以研究。笔者认为，商标法中商品或者服务的判断是商标侵权判定的开始，本文尝试对这一概念加以解释，以期达到抛砖引玉的效果。

判断意义

未经商标注册人的许可，在同一种商品或者类似商品或者服务上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的，构成对注册商标专用权的侵犯。^[1]按照正常的逻辑顺序，商标侵权判定一般包含“三步曲”。第一步，分析被控侵权人的行为，即分析其在何种商品或者服务上使用了何种商标。在处理这个问题时需要运用商标使用和商标法中的商品与服务的概念，以判定被控侵权人是否将某种标志或何种标志作为商标进行了使用，是否提供了或提供了何种商品或者服务。只有被控侵权人在某种商品或者服务上使用了某种商

标时，才有进行下一步的必要。反之，则被控侵权人的行为就不应当纳入商标法的评价范围。第二步，对比被控侵权人商标使用情况与商标权人的注册商标的情况，以判断被控侵权人使用的商标与商标权人的注册商标是否构成相同或者近似，以及被控侵权人提供的商品或者服务与该注册商标核定使用的商品或者服务是否构成相同或者类似。只有在商标构成相同或者近似并且商品或者服务构成类似的情况下，才有进行下一步的必要。否则，即可得出商标侵权不成立的结论。第三步，分析被控侵权人使用商标的后果，即分析被控侵权人使用商标的行为是否会造成容易导致混淆的

后果。如果答案是肯定的，那就可以得出构成商标侵权的结论了。值得注意的是，商标与商品或者服务都相同的话，可以推定混淆成立。

通过对商标侵权判定“三步曲”的阐释可知，如同商标使用的判断一样，商标法中的商品与服务的判断是商标侵权判定的开始。如果被控侵权人并未提供商标法中的商品与服务，那么其行为便不会进入商标法的评价范围，商标侵权判定也可告终结，商标侵权无法成立。

商品与服务是被交易的对象

【理论依据】

在早期的经济活动中，商标法

【注】1. 《商标法》第五十七条规定：“有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：（一）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；（二）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的……”

中的商品与服务基本上是不言自明的。但是随着现代社会经济生活日趋复杂,商业活动也变得更具有多样性和复杂性。笔者认为,即使当今各种新生的商业活动层出不穷,但是从本质上来讲,要辨别商标法中的商品与服务,标准仍然是一致的。这种标准就是,商标法中的商品与服务是用于交换消费者对价的事物,即被交易的对象。依据在于:

第一,从商标发挥作用的机制来看,商标是通过影响消费者对商品或者服务的选择来发挥作用的。商标侵权的实质也正是不正当地利用了他人商标的这种影响力。如果他人根本没有进行商品或者服务的交易,那么商标的这种“影响消费者对商品或者服务的选择的作用”是无从发挥的,也就不可能构成商标侵权。如某餐馆购买一批假冒知名运动品牌服装作为员工的工作服,这种使用显然不会被认定为商标侵权,因为该餐馆并未从事服装交易的行为,不会发挥“影响相关公众对商品的选择”的作用。因此,从这个角度来看,要构成商标侵权,则必然需要存在商品或者服务的交易,而商品或者服务即是被交易的对象。

第二,从商标法相关法条出发,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》第八条的规定^[2],所谓消费者,不仅仅接受商品或者服务,还应当需

要为商品或者服务支付相应的对价。这也说明商标法中的商品与服务是用于换取消费者对价的事物,是被交易的对象。

第三,从比较法的角度来看,《兰哈姆法》第32条第一项a列举了侵犯商品或者服务商标权的行为类型,从该规定来看,商品或者服务是被销售、许诺销售、分销的对象,换言之,即是被销售的对象,也即消费者需要为商品或者服务支付相应的对价。我国商标法作为舶来品,深受美国等国家的影响,由此,美国商标法的规定也能证实商标法中的商品与服务应当是被交易的对象。

以上分析可证,商标法中的商品与服务是用于换取消费者对价的事物,是被交易的对象。明确了这一点,对于处理“非诚勿扰”商标侵权案、“嘀嘀”商标侵权案等争议颇多的案件都具有重要意义。

【以案说法】

在“非诚勿扰”商标侵权案^[3]中,原告金某是“非诚勿扰”商标的注册商标专用权人,核定使用的商品类别是第45类:交友服务、婚姻介绍。被告江苏省广播电视总台制作了一档名为“非诚勿扰”的相亲交友节目。原告主张,被告在交友、婚姻介绍服务上使用了“非诚勿扰”商标,构成对其商标权的侵犯。对此,一审判决和二审判决出现了截然相反的判决结果。一审判决认为,被告是

在电视节目服务上使用“非诚勿扰”商标,该服务与原告注册商标核准使用的交友、婚姻介绍服务不属于相同或者类似服务,被告的行为不侵犯原告“非诚勿扰”商标的注册商标专用权。二审判决则认为,被告提供了交友、婚姻介绍服务,被告在该服务上使用“非诚勿扰”商标,容易造成反向混淆,构成对原告注册商标专用权的侵犯^[4]。

笔者认为,在被告制作“非诚勿扰”节目的整个活动中,确实存在交友、婚姻介绍这种行为,但被告所作的交友、婚姻介绍行为并非是用于换取消费者对价的,参加相亲者并不会向被告支付任何对价,即被告所作的交友、婚姻介绍行为并不是被交易的对象,无法构成商标法中的服务。与之不同的是,被告以电视节目换取消费者的对价,电视节目的受众构成消费者。被告将电视节目提供给受众,从而获得收视率和广告费用。因此,被告提供了电视节目服务。电视节目服务显然不会与交友、婚姻介绍服务构成相同或者类似服务,商标侵权也就无从谈起。

在杭州中院审理的“嘀嘀”商标侵权案中,原告宁波市妙影电子有限公司是“嘀嘀”商标的注册商标专用权人,核定使用的商品类别是第9类(计算机软件等)^[5]。被告北京小桔科技有限公司提供了名为“滴滴打车”的软件下载。通过海淀法院的

[注] 2. 参见《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》第八条。

3. 参见广东省深圳市中级人民法院民事判决书(2015)深中法知民终字第927号。

4. 参见广东省深圳市中级人民法院民事判决书(2015)深中法知民终字第927号。

5. 参见《知识产权专家热议“嘀嘀”系列商标案》,《中国知识产权报》2015年7月24日,第007版。

相关判决可以确认：“滴滴打车的服务对象是乘客和司机，服务内容为借助移动互联网及软件户端，采集乘客的乘车需求和司机可以就近提供服务的相关信息，通过后台进行处理、选择、调度和对接，使司乘双方可以通过手机中的网络地图确认对方位置，通过手机电话联络，及时完成服务。”^[6]原告主张，被告在同一种商品上使用了与其注册商标近似的商标，构成对其商标权的侵犯。^[7]

笔者认为，因为“滴滴打车”软件不具有独立的价值，用于换取消费者对价的不是软件本身，而是被告提供的运输信息服务，所以该软件不是商标法中的商品。真正用于换取消费者对价的是值得注意的是，从表面上看，“滴滴打车”用户并未向被告支付任何对价，但实质上，用户为使用“滴滴打车”软件而付出的流量以及亿万用户为被告创造的广告空间和变现空间都是用户向被告支付的对价。这些对价正是被告用其运输信息服务换取而来的。运输信息服务与计算机软件显然不构成相同或者类似。由此，商标侵权也就无从谈起。

附属活动一般不构成“服务”

对于某些特殊的活动是否构成商标法中的服务的问题，可以“维多利亚的秘密”商标侵权案为例作一分析。笔者认为，一般而言，附属于商品销售的活动不是商标法中的服务。

在“维多利亚的秘密”商标侵权案^[8]中，原告维多利亚的秘密商店品牌管理公司系涉案四个注册商标的专用权人，该四个注册商标分别是：1、“维多利亚的秘密”，核定服务项目类别为第35类：邮购订单形式的广告，商业信息，为广告或销售组织时装展览，推销（替他人）等；有效期自2008年9月14日至2018年9月13日；2、“维多利亚的秘密”，核定使用商品类别为第25类：服装，女内衣等；有效期自2008年12月21日至2018年12月20日；3、“VICTORIA'S SECRET”，核定服务项目类别为第35类，有效期自2012年2月14日至2022年2月13日；4、“VICTORIA'S SECRET”，核定使用商品类别为第25类：服装类；有效期自2011年1月14日至2021年1月13日。^[9]

被告上海麦司投资管理有限公司合法取得了使用原告注册商标的商品，并且在其经营的美罗城店铺销售这些商品。同时，被告在店铺招牌、员工胸牌、VIP卡、时装展览等处使用“VICTORIA'S SECRET”标识，并在对外宣传过程中使用“VICTORIA'S SECRET”和“维多利亚的秘密”标识。^[10]

被告所销售的商品并非假冒“VICTORIA'S SECRET”、“维多利亚的秘密”商标的商品，原告亦未主张被告所售商品为侵权产品，双方

争议在于如何评价被告在销售过程中使用“VICTORIA'S SECRET”、“维多利亚的秘密”标识的行为。

对于此案，二审判决认为，原告在第35类服务上享有“VICTORIA'S SECRET”、“维多利亚的秘密”的注册商标专用权，这表明在此类服务上，他人未经许可不得使用上述注册商标。同时，由于被告所销售的并非假冒商品，因此其也应具有将上述商品商标在销售活动中指示商品来源、以便消费者识别商品来源的权利，对此商标权人应当予以容忍。但如果对销售过程中商品商标的指示性使用不加限制，则可能危及相关服务商标的存在价值。根据本案查明的事实，被告在店铺大门招牌、店内墙面、货柜以及收银台、员工胸牌、VIP卡、时装展览等处使用了“VICTORIA'S SECRET”标识，且对外宣称美罗城店为维多利亚的秘密上海直营店、其系维多利亚的秘密中国总部等，这可能导致相关公众误认为销售服务系商标权人提供或者与商标权人存在商标许可等关联关系，因此已经超出指示所销售商品来源所必要的范围，具备了指示、识别服务来源的功能，构成对“VICTORIA'S SECRET”服务商标专用权的侵害。^[11]

二审判决实质上是将被被告对涉案商品的销售行为认定为商标法中的服务，并进而认为被告在同一种服务上使用了与原告的注册商标相同的商

[注] 6. 北京市海淀区人民法院民事判决书(2014)海民(知)初字第21033号。

7. 参见《知识产权专家热议“嘀嗒”系列商标案》，《中国知识产权报》2015年7月24日，第007版。

8. 参见上海市高级人民法院民事判决书(2014)沪高民三(知)终字第104号。

9. 参见上海市高级人民法院民事判决书(2014)沪高民三(知)终字第104号。

10. 参见上海市高级人民法院民事判决书(2014)沪高民三(知)终字第104号。

11. 上海市高级人民法院民事判决书(2014)沪高民三(知)终字第104号。

标，容易导致相关公众混淆，从而认定商标侵权成立。这是将附属于商品销售存在的活动当做商标法中的服务的典型案例。笔者认为，此案二审判决中的观点是值得商榷的。理由如下：

第一，从根本上说，被告进行的销售行为并非是被交易的对象，不具有独立意义，因此，难以成为商标法中的服务。商标法中的服务应当是被交易的对象。本案中，真正可能侵犯原告服务商标的行为是：广告公司在对外提供广告宣传服务时使用该商标，比如在其门店店招上使用。这里涉及的广告宣传是作为被交易的对象而存在的，具有独立意义，因而构成商标法中的服务。它与商家在销售商品过程中自己进行的广告宣传具有本质区别。

第二，从结论合理性的角度来看，如果本案二审判决认定被告行为

侵犯原告服务商标专用权的逻辑得以成立，那就意味着，只要有人在第35类服务上申请注册了某一商标，那么其他市场主体便不得在其门店内（包括店招、收银台、门店墙壁等地方）使用该商标，即使其已经在其所售商品类别上获得了相关的商标权。例如甲公司在第35类上注册了“清风”商标，乙乐器专卖店、丙服装专卖店、丁家具专卖店分别在第15类（乐器）、第25类（服装等）、第20类（家具等）注册了“清风”商标，则乙乐器专卖店、丙服装专卖店、丁家具专卖店要在其门店店招、墙壁、收银台等处使用“清风”商标都必须获得甲公司的许可。这显然是不合理的。因为在门店内使用商标是市场主体出于对其所售商品进行宣传的需要，是正当行使其商标权的表现，而非是为了标明销售服务的来源。

第三，从比较法的角度观察可以发现，附属于商品销售的活动是不能成为商标法中的服务的。在美国联邦巡回上诉法院审理的胡椒人商标案^[12]中，原告生产和销售一种名为“胡椒人”的软饮料。为了促销商品，原告举办了促销活动，向有特定“胡椒人”软饮料的家庭发放奖金。原告申请在促销竞赛活动上注册“胡椒人”商标。经过商标局和商标评审委员会的处理后，案件最终到了美国联邦巡回上诉法院手上。对此，法院认为：“当一种活动附属于商品销售时，该服务不能被分离出来成为一种服务，除非该活动不同于、超越或者超出了促销相关商品的正常活动。”^[13]主要基于这一理由，法院得出结论：原告并未提供商标法意义上的服务。因此，法院维持了商标复审委员会驳回注册的裁定。^[14]

通过以上分析可知，一般情况下，如果某种活动是附属于商品的销售而存在的，那么这种活动便不是商标法中的服务，从事这种活动也不会构成商标侵权。商标法中商品或者服务的判断直接关系到某一商业活动应否被纳入到商标法的评价范围，应当予以重视。一般来讲，商标法中的商品或者服务是提供给消费者的用于换取消费者对价的事物。对于附属于商品销售的活动作一专门讨论，可以发现，一般情况下，其不构成商标法中的服务。



[注] 12. In re DR PEPPER CO., 836 F.2d 508(Fed. Cir.1987)。

13. In re DR PEPPER CO., 836 F.2d 508(Fed. Cir.1987)。

14. 依据美国商标法，商标所有人就其已经使用的商标和意图使用的商标，可以申请注册。参见李明德：《美国知识产权法（第二版）》，法律出版社2014年版，第516页。

期货公司强行平仓的条件及损失计算标准之检视

文 上海市锦天城（深圳）律师事务所 宗士才律师
上海市锦天城（深圳）律师事务所 胡聪

作为期货经纪合同争议中最为常见的类型之一，期货公司强行平仓纠纷具有一定的复杂性，该类纠纷的解决有赖于一定的专业知识。司法实务在检验期货公司强行平仓的条件时，会依循客户保证金不足、客户未及时追加保证金和客户未自行平仓三个要件进行，而在每一个具体要件之下，会有更加全面而细致的要求。相应地，在期货公司不当强行平仓的情况下，司法实务中需要在区分客户损失构成的基础之上，确定期货公司责任的承担方式及损失的计算标准。

强行平仓与强平争讼

期货公司强行平仓，是指期货公司按照有关规定、约定对客户的持仓实行平仓的一种强制措施，目的是控制期货交易风险。实践中，以客户保证金不足引发的强行平仓最为常见，一般而言，当日结算后保证金账户不足以维持现有头寸，而客户又未能按照期货公司的通知及时追加保证金且未自行平仓的，期货公司就会将客户的全部或部分头寸平仓，所得资金用于弥补保证金缺口。本文将集中讨论该种强平。

期货交易实行的是标准化合约

交易，期货合约的标的，一般为农产品、金属等大宗商品及外汇、股指、股票等金融产品，故期货交易单位（价值）一般较大。加之，期货交易时只能以交易单位（价值）的整数倍进行买卖，这就使得期货交易涉及的资金量更大。实践中期货交易极容易引起争讼，而期货强行平仓因属于非交易者自行平仓，所以自然成为了期货交易争讼中较为常见的一类。

期货强行平仓诉讼纠纷，一般围绕着强平的归责与损失计算展开，就强平的归责而言，主要考察期货公司对强平是否存在过错，依据是强平措施是否符合强平条件；就损失计算而言，主要以确立客观、合理的损失计算时间点为中心展开。以下，笔者将以期货交易的基本原理为基础，结合对近年来司法机关所作出的期货强平判决的整理研究，试对期货强平的归责与损失计算问题进行详细的阐述。

强行平仓的归责

期货强行平仓的归责，解决的是将由谁来承担强平责任的问题，一般而言，期货交易实行的是“买卖自负”的原则，即由交易者自行承担责任的。不过，若期货公司在强平过程中

有过错的，也需要承担责任。衡量期货公司是否有过错，需要考察期货公司之强平行为是否符合强平之条件。

强行平仓的条件

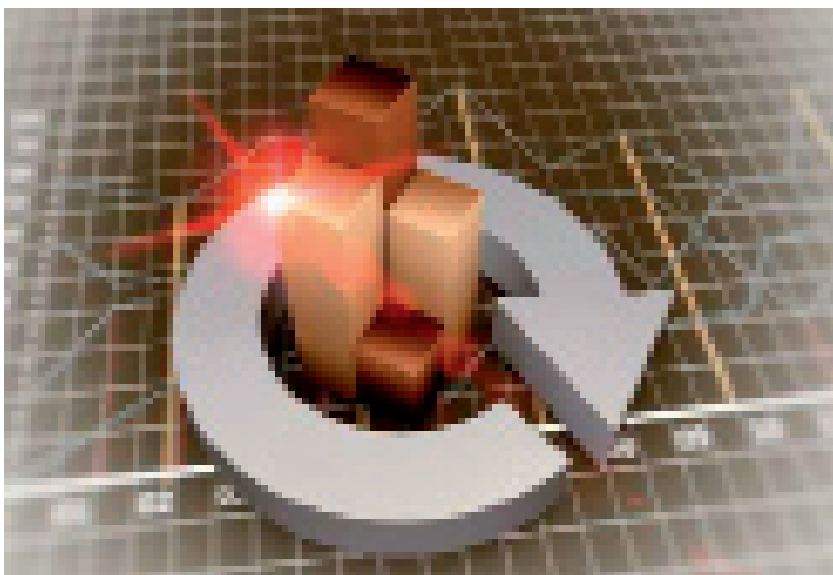
国务院《期货交易管理条例》第三十五条第二款规定，客户保证金不足时，应当及时追加保证金或者自行平仓。客户未在期货公司规定的时间内及时追加保证金或者自行平仓的，期货公司应当将该客户的合约强行平仓，强行平仓的有关费用和发生的损失由该客户承担。由此，强行平仓需要同时满足以下三个条件：（1）客户保证金不足；（2）客户未及时追加保证金；（3）客户未自行平仓。

在实践中，尽管期货经纪合同会对强行平仓进行详细约定，但都只是对《期货交易管理条例》及司法解释《规定》所确立的强平条件的细化，没有确立新的强平条件。

客户保证金不足的认定

保证金，是指期货交易者按照规定交纳的资金或者提交的价值稳定、流动性强的标准仓单、国债等有价证券，用于结算和保证履约。^[1] 保证金通常为其买卖的期货合约价值的一定比率（一般为5%—15%）。客户保证金不足，即客户缴存的保证金低于按

[注] 1. 参见国务院《期货交易管理条例》第八十二条第三项。



期货公司保证金比率计算的保证金金额。因保证金不足源自保证金比率，司法实务中，期货公司的保证金比率通常需要通过以下两个条件的检视与验证：其一是保证金比率的合理性，其二是保证金比率基准日的合理性。

◎保证金比率的合理性

保证金比例高低直接关系到期货交易和结算占用资金的多少，关系到客户期货交易结算风险的高低。法律规定期货公司向客户收取的保证金，不得低于期货交易所规定的标准，但高于多少却没有确定。而如果期货公司确立的保证金比率过高，即使期货经纪合同约定期货公司有权自主决定保证金率，也可能被人民法院认定为不公平、不合理，在格式合同的场合之下，会被作出不利于期货公司的解释结论。如在“银建期货经纪有限责任公司与范有孚期货交易合同纠纷”

^[2]一案中，银建期货公司在上海期货

交易所保证金未变动的情况下，自行将保证金比率从相较于交易所高出3%提高到7.5%，第二日又自行回调到前一日水平，最高人民法院的再审判决书认定，“银建期货公司随意单日对范有孚大幅度提高保证金比例似乎并不违约。但是，在风险很高的期货市场，这种随意单日远超过期货交易所标准的对客户大幅度提高保证金比例的行为，客观上使得客户在承受期货市场交易风险的同时还承受了来自市场交易风险之外的运行机制中人为导致的风险。”故此，期货公司的保证金比率应确保为合理水平，否则被认定为不合理后将直接影响客户保证金是否充足的认定。

◎保证金基准日的合理性。

保证金基准日的合理性，其实属于保证金比率合理性的延伸，实务中指的是这样的情况：期货公司当日结算时，以第二日较高的保证金比率

作为第一日保证金计算的标准，从而得出客户保证金不足的结论。关于保证金基准日，笔者试以上海期货交易所的《交易规则》为例进行分析，该规则第五十五条规定，交易保证金是指会员在交易所专用结算帐户中确保合约履行的资金，是已被合约占用的保证金。当买卖双方成交后，交易所按持仓合约价值的一定比率收取交易保证金；第七十五条规定，交易所实行每日无负债结算制度；第七十六条规定，当日交易结束后，交易所对每一会员的盈亏、交易保证金、税金、交易手续费等款项进行结算。由以上规定可以看出，在当日无负债的结算制度下，保证金是指当日结算后已实际被占用的保证金，而不可能是按照第二日的保证金比率计算的保证金。实践中，期货公司在结算时遇当天有重大行情变动，为了防范、控制风险，在确定提高第二日保证金比率的同时以第二日较高的保证金比率对客户的当日交易进行结算，认定客户处于强平状态。司法实务一般会认定，以第二日保证金比率计算的期货交易结算单，违背期货的当日无负债结算制度，不能证明客户第一日结算保证金不足。而如果期货公司提出即使不要求客户在第一日追加保证金但客户也会在第二日发生穿仓这样的抗辩，司法机关一般也不予支持，因为这明显属于以第二日尚未发生的事实去证明第一日已被占用保证金的不足。

[注] 2. 参见中国裁判文书网：<http://wenshu.court.gov.cn/list/list/?sorttype=1&conditions=searchWord+QWJS++%E5%85%A8%E6%96%87%E6%A3%80%E7%B4%A2:%E8%8C%83%E6%9C%89%E5%AD%9A>，最后访问日：2016年3月15日。

“

值得一提的是，目前国内期货公司与银行业金融机构联合推出了银期转账业务，投资者可以通过期货自助委托交易系统、网上银行、电话银行、手机银行等方式，方便快捷的完成其期货保证金和银行结算帐户之间资金的划拨，该转账方式快捷安全并且可实时到帐，故客户一般不存在因银行营业时间等原因导致无法追保的情形。即便如此，不意味着期货公司在强平之前可不再将客户是否具备追保入金的可能性纳入考量范围。

”

客户未及时追加保证金的认定

客户未及时追加保证金，是指当日结算之后当客户保证金不足时，客户未在期货公司通知的时间内足额缴纳保证金。前已述及，若期货公司通过经纪合同根本排除了通知客户的义务，在未通知客户的情况之下进行平仓，则期货公司极有可能因此承担平仓的法律后果，对此问题不再赘述。在司法实务中，认定客户未及时追加保证金亦需要经过两个条件的检视与验证：其一是客户有追加保证金的时间，其二是客户有追加保证金的条件。

◎有追加保证金的时间

亦即，从期货公司通知客户追加保证金到期货公司采取强平措施之间，应有一段合理的时间，供客户去追保。至于何谓合理时间，未见有明确规定，当在具体案件中具体确定。若期货公司未提供给客户强平的合理时间，则在认定客户未及时追加保证金这一条件时存在障碍。值得一提的是，若期货公司当日结算早已完成，而迟迟向客户发送追保通知的，也有可能被认定为通知延误导致客户无追保时间。

◎有追加保证金的条件

所谓有追加保证金的条件，是指具备向保证金账户存入保证金的可能。“法律不强人所难”，合同亦

是，明知不存在追保的可能而对此提出要求，则这一要求本身便不合理。实践中，不具备追加保证金的可能一般是指由于通知时间较晚等因素导致银行已停止营业因而无法打款等情形。在上述银建期货经纪有限责任公司与范有孚期货交易合同纠纷一案中，当日结算后客户处于强平时，期货公司迟至晚18时50分才通知客户提高保证金比例并要求在第二日开盘前追加保证金1336万元，否则强行平仓，而当晚18时50分至次日9时，银行等金融机构处于休息状态并不营业，故最高人民法院的判决认定，这期间客户没有追加保证金的可能。

值得一提的是，目前国内期货公司与银行业金融机构联合推出了银期转账业务，投资者可以通过期货自助委托交易系统、网上银行、电话银行、手机银行等方式，方便快捷的完成其期货保证金和银行结算帐户之间资金的划拨，该转账方式快捷安全并且可实时到帐，故客户一般不存在因银行营业时间等原因导致无法追保的情形。即便如此，不意味着期货公司在强平之前可不再将客户是否具备追保入金的可能性纳入考量范围。

客户未自行平仓的认定

客户未自行平仓，是指客户未在期货公司通知的时间内对保证金不足部分期货头寸进行卖出操作，在司法

实务中，认定客户未自行平仓，往往需要考察客户是否有充足的时间采取平仓措施，也即，客户是否具备自行平仓的客观条件，若期货公司给予客户自行平仓的时间极短或留给客户自行平仓的时间处于交易所的非交易时间。在银建期货经纪有限责任公司与范有孚期货交易合同纠纷一案中，最高院的再审判决书认为，法律没有规定强行平仓前多长时间自行平仓属于及时平仓，但现实要求自行平仓必须发生在期货交易时间之内，如果当日没有开市，即要求客户平仓或者挂出平仓单，是对法律规定的及时自行平仓操作的曲意理解，是对客户的苛刻要求。综上，期货公司在采取强行平仓措施之前，要留给客户自行平仓的机会，否则将面临客户无自行平仓机会的抗辩，最终导致承担强平损失的责任。

强行平仓的损失计算

期货强行平仓的损失，是指由于期货公司不当强平所导致的应由其承担法律责任的客户损失。在讨论期货强平的损失计算标准之前，有必要先对期货的风险进行分类讨论，因为这对期货强行平仓的损失计算有很大影响。

期货风险分类与客户损失构成

所谓期货风险，是指期货市场

参与者在期货市场运作过程正直接或间接的遭受的损失及其可能性。从产生的成因上看,可以将期货市场风险分为市场风险、信用风险、流动性风险、法律风险等,其中市场风险可以进一步区分为市场交易风险和市场运行风险两部分,前者是因期货交易人对合约走势判断错误和合约价格波动而产生,加之保证金交易制度放大风险所导致,后者是期货市场运行过程中发生的风险。市场交易风险法定由期货交易者自行承担,而市场运行风险并不法定由期货交易者承担,如果市场运行机制因人为错误导致期货交易者发生风险损失,则应由责任人承担。^[3]

在实务中,在市场交易风险与市场运行风险同时存在的条件下,若二者的竞合导致交易者即客户出现损失,则在判定损失责任之前,需要将市场交易风险所导致的损失与市场运行风险导致的损失区分开来,只有市场运行风险所导致的损失才能由包括期货公司在内的责任人承担。实践中市场交易风险所导致的损失最常见者为客户对合约走势判断错误导致出现损失,例如,在合约价格相对底部时开空仓,在价格持续走高的情况下继续持仓,最后以较高价格买入平仓,或者在合约价格相对顶部买入多头,在价格持续走低的情况下持续持仓,最后以较低价格卖出平仓,在上述两种情况之下,客户应对由此导致的损失承担责任,而不应由期货公司承担责任。

责任承担及损失计算标准

◎强行平仓的责任承担

在厘清了期货市场风险与客户损失构成的关系之后,继续讨论由于期货公司违规或违约采取强行平仓措施的责任承担问题。《最高人民法院关于审理期货纠纷案件若干问题的规定》第四十条规定,期货交易所对期货公司、期货公司对客户未按期货交易所交易规则规定或者期货经纪合同约定的强行平仓条件、时间、方式进行强行平仓,造成期货公司或者客户损失的,期货交易所或者期货公司应当承担赔偿责任。根据该规定,若期货公司不当采取强行平仓措施的,应当由期货公司承担责任。

不过,在期货公司不当强行平仓的责任承担形式上,不必然是赔偿损失,原因在于,依据《〈期货经纪合同〉指引》^[4]第四十九条规定,甲方强行平仓不符合法定或者约定条件并有过错的,除乙方认可外,应当在下一交易日闭市前恢复被强行平仓的头寸,或者根据乙方的意愿采取其他合理的解决办法,并赔偿由此给乙方造成的直接损失。实务中,期货公司常常会采取恢复客户被强行平仓头寸的方式予以补救,不过,恢复头寸以期货合约未错过最后交易日为前提,也即,过了最后交易日甚至交割日期的期货合约已在事实上不可能被恢复。这样,就只能计算客户的损失并予以赔偿。

◎强行平仓的损失计算标准

针对期货公司不当强行平仓的损失计算,司法实务中,期货公司与客

户几乎都会提出对自己有利的计算标准,例如,在客户空头被不当强平的情况下,客户往往会主张以强平之后某个时间点的较低价或最低价为标准计算损失,认为此时平仓自己的损失较小或最小,而期货公司往往主张强行平仓时的价格已经较低,这之后还有更高或出现涨停,认为强平时间点的选择合理。在客户多头被期货公司不当强平的情况下也会出现类似针锋相对的主张。实际上,上述两种观点都是建立在对自己有利的假设之上,而不是基于已经强行平仓的事实来正确思维和公平认识。同时,双方的观点也不符合期货市场的特征,因为期货市场上对已经发生的价格走势,谁都可以做出准确判断并可以选择有利于自己的价格去适用,但对尚未发生的价格走势预测,谁也不能十分肯定其判断就一定准确。所以,基于已经发生的强行平仓事实,不能往后寻找而只能往前寻找强行平仓损失的计算基准点,才算是客观和公正的。这个计算基点,以强行平仓前一交易日持仓的事实和结算的数据为基准确立,由此计算期货公司责任的范围,对期货公司与客户而言,相对客观公平。

在期货公司不当强行平仓的场合,客户总的损失为强平之后客户账户的亏损金额(平仓盈亏),该金额扣除强行平仓前一交易日结算后显示为浮动盈亏而第二日变为实际盈亏的部分,结果即为由于期货公司强行平仓导致的客户损失,也即为期货公司需要承担责任的范围。

[注] 3. 同上2。

4. 《〈期货经纪合同〉指引》(修订),见中国期货业协会网站: http://www.cfachina.org/ZCFG/ZLGZ/201309/t20130904_1439191.html, 最后访问日: 2016年3月16日。

关于对境外人送达的操作指引

文 广东驰纳律师事务所 龚楚律师

一般情况下，一个案件需要律师关注的焦点不是送达问题，送达一般是司法机关或仲裁机关的程序性工作，而非律师要去关心和烦恼的事情。因此，关于“对境外人送达”这样一个专门问题原市不足以单独列出讨论。但在涉外案件办理中，“送达”时不时会跳出来制造麻烦，有时候甚至比案件本身的对错更叫人伤神。同时，涉外案件中的“送达”事实上确实有不少门道，由此表现出涉外案件比单纯国内案件更为复杂的特点。故笔者将阐述在涉外律师执业过程中的有关“送达”的一些经验感知，力争为读者提供一些干货，对大家可以自行查询到的有关境外送达法律法规，笔者不再赘述。

编前语

灵活设计送达方案

笔者认为，国家和国家之间的司法活动必定是有着繁琐的程序，除非双方缔结过内容简易便捷的司法协助协定。在实践中，中国律师必须以当事人需求为目的导向，要为满足送达请求人的要求，去设计出各种积极灵活的工作方案，以图顺利实现送达，完成律师职责。

无论是大陆法系或英美法系，对送达人和被送达人以及手续都有特定的法律规定。这些在本国看起来不繁琐的程序，一旦跨越国境，就出现了问题。除非某国与中国已经签订了司法互助协定，并且特别、明确地约定了“送达”的方式，没有任何含糊其词，才能避免繁琐负担。

一般的涉外诉讼的送达，按照外交途径等正式程序，大同小异，都是在己方国家层层上报，再交予对方国家层层下达。一次送达流程的耗时至少一年半载或更久。这种情况是代理律师不愿意看到的，一个案件久拖不决，无论是案件本身还是当事人的追问，都将给代理律师带来巨大的精神压力。尤其是涉外案件地域跨度大，代理律师和当事人无法见面沟通，为取得当事人的信任，避免当事人的误解，涉外律师最需要投入更多的时间和精力。

笔者认为，其实大多数的送达行为，都是完全不按照或不完全按照母国法律规定或双边条约规定而为之。

由当事人自行送达

一名外国人与中国太太离婚，并已经在该国某法院立

案。法院开庭需送达传票和诉讼材料给女方。因跨国送达程序之繁琐，男方决定自己直接送达。但女方拒绝离婚，不签收相关文书。然而，该外国法院允许原告聘请一名中国律师去女方住处，告知女方送达的文书内容，如开庭传票、开庭时间、起诉内容等，若仍拒绝签收，律师可将文件袋放置女方脚下，视为送达。最终，文件袋插挂在女方住所的铁门栅栏上，算是在女方住所的界限内，视为送达成功。至此，律师的工作并未完成。代理律师需要按照男方提供的纸质材料书写英文版的送达过程等内容，并需要另外一名律师用英文书写见证词，证明传票已经送达。

大多数英美法系国家的法院，应该都会同意当事人采取这种方式送达，即避过双方主权司法机关外交部等繁琐程序，采取各种方法直接让被告签收。英美法系大多数国家还没有跟中国就送达问题进行足够的细化、简化，所以在很长一段时期内，中国涉外律师想做送达，还得视不同案情来采取不同方案。

涉外律师可能遇到的问题

某一外企（原告）起诉中国一外贸企业（被告），该国法院已经立案，该外企想委托中国律师进行直接送达，并把送达过程（包含签收文件）在该国驻中国大使馆做认证，如此，就按照该国程序即完成送达。

而中国代理律师将遇到三个问题：一是被告是否会签收？一般来说，原告在原告所属国起诉，对被告肯定

不利，故被告会有各种方式拒绝或不配合签收送达文书。二是代理律师送达成功，但被告未必能完全依照原告所属国法院的要求签署全部文件。涉外法律文书的签署对文字、格式的正确与否有严格的规定，只要相关法律文书少签或签错一个地方，即为文件有缺陷，即使发回外国法院也一样不能采用。三是该国驻中国大使馆所在地不一定与代理律师工作、住所地同城，这意味着代理律师需要投入更多的时间、精力，往返两个城市之间，此外还要办理公证、认证等诸多手续。由此，一个简单的外国法院诉讼文件的送达，律师投入的时间成本是较大的，律师费的报价必定是高昂的，并且律师无法保证必定送达成功。

这样看来，无论是外国当事人还是代理律师，都不愿意采用这种方式完成送达。笔者认为，最简单便捷的涉外送达是双方国家之间建立了司法互助关系。

笔者曾代理一宗中国女子和欧洲某国男子的离婚诉讼案件，该女子与外国男子网络热恋、闪婚之后，对方各种缺点显现，女方无法忍受后逃回中国，并在中国某市提出离婚之诉。此案送达很简单，中国法院直接邮递相关文书，甚至连外语翻译也省略了。这是因为中国和该国之间有相关程序协助的国际协定，允许双方直接邮递本国法院原本诉讼文件。此案在男方缺席的情况下，法院一审判决准予离婚，也比较少见。

中国司法机关的一般做法

关于对外国当事人的送达，中国法院最喜闻乐见的形式就是当事人主动到法院签收领取，或委托中国公民前去领取。如果对方不积极配合，没有聘请中国律师，或故

意拖延，那么法院必须按法律规定的程序一步一步完成，如果没有司法互助协定，那这个程序将变得冗长。同行在办理具体案件时候，根据国别查既有法律规定、国际条约等，不赘述。

仲裁机构则直接邮递送达。比如笔者在华南国际经济贸易仲裁委员会代理的深圳台企对印度企业提起仲裁，材料就是仲裁委直接邮递到印度，印度企业收到材料，才找中国律师，再把全套材料国际快递给中国律师。这样等于同一套文件绕了大半个地球，从深圳发出又回到深圳。

劳动仲裁机构的做法就有点任性。笔者代理东莞外企清算关闭事宜，有劳动者提告。该外企属于“三来一补”企业，有投资方在欧洲，工厂是被申请人一，欧洲公司是被申请人二。其实按照法律规定，仲裁委按程序送达欧洲方可。但仲裁委直接在被申请人一处留置送达。此外，电子邮件、短信送达等方式，还不是涉外送达的主流。

律师建议

律师建议：办理涉外案件，除必须去法院解决的案件，尽量走国际仲裁，好处很多，包括完全没有诉讼中的送达之苦。国际仲裁机构的首选，深圳律师应建议当事人选择深圳或广东省的仲裁机构，方便日后办案，省去奔波之苦。为当事人制作法律服务方案和文件时，一定要考虑中国和该国之间的司法互助情况，尽量提前预防日后送达的麻烦，预先剪除送达的相关障碍。

关于对境外人送达的问题，归根到底一句话：律师要让被送达人按照送达发起国的要求签收诉讼文件。我们涉外律师只要帮助当事人做到这一点，其他问题都不是大问题。

资料链接

我国涉外送达的方式

- 1 依照受送达人所在国与中华人民共和国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方式送达；
- 2 通过外交途径送达；
- 3 对具有中华人民共和国国籍的受送达人，可以委托中华人民共和国驻受送达人所在国的使领馆代为送达；
- 4 向受送达人委托的有权代其接受送达的诉讼代理人送达；
- 5 向受送达人在中华人民共和国领域内设立的代表机构或者有权接受送达的分支机构、业务代办人送达；
- 6 受送达人所在国的法律允许邮寄送达的，可以邮寄送达，自邮寄之日起满六个月，送达回证没有退回，但根据各种情况足以认定已经送达的，期间届满之日视为送达；
- 7 不能用上述方式送达的，公告送达，自公告之日起满六个月，即视为送达。

微信认证前提下的微信支付功能：微信公众服务号在认证之后，就可以开通微信支付功能，实行微信支付。如此，微信公众服务号就能在微信公众平台上宣传服务产品，提供产品价格，通过与关注者进行沟通，并通过微信支付的方式达成基本的商品交易。

开发者平台：现在微信营销的出现衍生了很多开发者平台的出现，包含会员卡、优惠券、刮刮卡、抽奖系统、小游戏等功能，这些都在一定程度上为企业微信公众帐号主体增加宣传的效果，同时能与关注主体之间形成良好的互动。

微信公众服务号商标侵权如何维权

案情简介

深圳A公司在腾讯开发的微信公众平台上以企业的名义注册了“XX”微信号，为了开通微信支付功能，需要以微信认证为前提。但是A公司在认证过程中，由于在安徽的B公司在A公司认证之前，以自身的企业名称中的商号为由以同样的“XX”微信号予以认证。同样的微信名称不能同时得到认证，导致A公司不能认证。故A公司需以“XX”商标为权利基础予以维权。

经过和A公司沟通，得知：A公司的商标注册日期在B公司企业名称注册之前，而且B公司的微信公众账号、头像以及微信上的自定义菜单中都有“XX”标识，并且宣传的内容和A公司注册商标核准使用的范围一致，初步断定B公司侵权了A公司的商标专用权。

律师说法

B公司由于在微信公众平台上以服务号的形式，宣传与“XX”商标核准范围一致的服务产品，而且存在提供购买商品的地址，服务电话等内容，又具有未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的行为，是商标侵权行为，符合《商标法》第五十七条第一款中侵犯注册商标专用权的行为。

根据以上事实，A公司决定以“线上+线下”维权的方式进行，在微信公众平台上的投诉平台进行线上投诉，并以线下“律师函”发于腾讯，双管齐下，成功让A公司的“XX”微信号得以认证。根据此次的维权，笔者总结了以下三种渠道救济微信公众服务号侵犯商标专用权的方法。具体如下：

【渠道一】侵权投诉维权。

侵权投诉需要在微信投诉平台进行。该投诉平台中腾讯作为中立第三方针对投诉人的投诉主体以及侵权内容进行审查，审核后按照相关法律法规在平台上的处理。处理之后把相关材料递送给被投诉人，被投诉人不认可投诉人意见的，可以把相关材料递送给腾讯予以转交给投诉人。投诉人不服的，可以向平台发起发投诉通知或答辩通知，腾讯收到通知或者答辩之后，在转送给投诉人。腾讯作为第三方起到一个中间者的角色，是否具有“裁判”性质，虽然平台没有具体说明，但笔者认为是有。主要是因为当平台在转送投诉材料后，如果在规定时间内没有收到被投诉人的答复，则平台会默认投诉人的投诉意见成立，并根据投诉人的要求删除平台上的侵权信息。

【渠道二】线上+线下维权。

维权者在基于自身注册商标的情形下，往往需要在微信公众账号上进行认证进而获得微信支付的功能。但是由于之前的侵权人注册，导致注册号和投诉人的注册号相同腾讯不予以认证。而腾讯作为第三方调停人，往往在接到投后只进行删除头像或者昵称的情形，而具有唯一性的“微信号”往往不能删除，于此导致投诉人自身的账号不能认证。此时的维权方式，根据经验，主要通过线上加线下的方式进行维权。线上维权为：通过微信公众平台进行投诉，并在投诉内容中，明确要求删除微信号，以便我方基于自上商标专用权权属认证该微信服务号，以便使用微信支付功能。线下维权为：应该告知当事人，需要委托律师，律师以代理人的身份向腾讯发送律师函，告知腾讯作为网络第三方提供者，应该尽到的相应删除侵权信息责任。

【渠道三】公权力介入维权。

当投诉之后，又受到被投诉人的发侵权通知书，此时作为第三方的腾讯，往往在法律或者证据上无法“有权威的决断”。此时，作为投诉人因该在投诉前做好证据保全之后，基于这些证据向法院提起诉讼。运用法院的裁判强制力要求腾讯予以变更，进而到达目的。

因微信公众平台开发时间不久，还有很多地方需要完善，微信公众服务号也会更新，侵权表现的形式也会越来越多。本文笔者就只能从当前微信公众服务号内容为限做出该分析，但笔者相信，只要掌握商标权的实质，即使更新也能判决侵权与否，并根据具体侵权情况制定维权方案。

也谈与智障女同居期间性行为的定性^[1]

文 广东广和律师事务所 张智然律师

石经海教授和谷君助理研究员合著的《与智障女同居生活中的性行为应如何定性》(以下简称:“《石文》”)一文认为:“只有那些以奸淫为目的,才可依刑法、《关于当前办理强奸案件中具体应用法律的若干问题的解答》、残疾人保障法的规定和要求,以强奸罪论处;而对于那些不以奸淫为目的,应按宽严相济的刑事政策和残疾人保障法、刑法的规定,不认为是犯罪……”,石、谷二位老师主张与智障女同居性行为不应认定为强奸罪主要有四点理由:一是该行为如以强奸罪论处会带来司法上的悖论;二是该行为不符合强奸罪的主观要件;三是该行为不具有刑法上的社会危害性;四是该行为如均以强奸罪论处不能体现法律的公平正义。笔者认为:与智障女同居期间发生的性行为应构成强奸罪,石、谷二位老师的上述理由不能成立。如有不当,请法律专家与各位同仁斧正。

与智障女同居生活中的性行为具有奸淫的目的,其行为完全符合强奸罪的主观要件。

两院一部《关于当前办理强奸案件中具体应用法律的若干问题的解答》虽未明确该类犯罪需有奸淫的目的,但根据强奸罪的构成要件,笔者同意《石文》关于构成该类犯罪需有奸淫的目的观点,但是《石文》强调“对于那些不是以奸淫为目的,而是作为同居生活一部分的与智障女发生性关系的行为,因不符合强奸罪的主观要件而不能认定为强奸罪”的观点则有悖于我国刑法的规定。

《石文》将与智障女同居生活中的性行为分为以奸淫为目的和不以奸淫为目的两种情况,这一划分本身就缺乏事实依据。客观地说,所有与智障女发生性关系的行为,其主观上均具有奸淫的目的,包括与智障女同居生活中的性行为。所谓犯罪目的,简言之就是犯罪人实施犯罪行为

希望达到的结果。发生性关系既是行为,同时又是结果,主张该类行为主观上没有奸淫的目的无异于说:“我虽然与你发生了性关系,但我内心其实是并不想与你发生性关系的”。需要说明的是,刑法意义上的“奸淫”与我们通常生活意义上的“奸淫”是有区别的。

根据刑法理论,强奸罪和奸淫幼女罪,其主观上必须有奸淫的目的,那么这里的“奸淫目的”显然是指其主观上有与女性发生不正当性关系的意图,其他任何对“奸淫目的”的解释,都属于超出刑法意义的扩大化解释。是否有奸淫目的是区分构成强奸罪、奸淫幼女罪,还是强制猥亵侮辱妇女罪或者其他罪名的重要条件。因此,与智障女发生性关系,无论是与该女同居期间发生的还是其他,其主观上即存在刑法意义上的“奸淫目的”。可以这么说,如果没有奸淫的目的,即与智障女发生性关系的目的,则不可能有与智障女之间的性行为。其实,通过对《石文》上下文的理解,笔者认为《石文》真正想表达的观点是指该类与智障女同居生活的人,不是以奸淫为唯一目的甚至不是主要目的,他们的主要目的是与其共同生活。



[1] 本文已与石经海、谷君二位老师商榷。

“

《石文》提到的所谓的悖论实际上是不存在的,《中华人民共和国残疾人保障法》第四十九条规定:“地方各级人民政府对无劳动能力、无扶养人或者扶养人不具有扶养能力、无生活来源的残疾人,按照规定予以供养。”因此,只要严格按照该规定实行,即使将那些与智障女同居性行为的犯罪分子定罪处罚,也不应该影响到智障女的正常生活。所以,我们不能因为为维护智障女的所谓的正常生活,而容忍并放纵别有用心之人为达到其不法目的而实施的犯罪行为。

”

笔者认为:首先,其主要目的是与智障女共同生活还是奸淫,实践中很难区分;其次,只要其具备了奸淫的目的,与智障女发生了性行为,即便是其主要目的是与智障女共同生活,也不影响其强奸罪的构成。其内在的逻辑是:只要其与智障女发生了性关系,就很难证明其主观上无奸淫的目的,而其主观上有奸淫的目的,则证明其符合强奸罪的主观要件。因此,《石文》认为与智障女同居性行为不符合强奸罪的主观要件而不能认定为强奸罪的观点不能成立。

与智障女同居生活中的性行为具有刑法上的社会危害性。

社会危害性是犯罪的本质特征,一个行为如果不具有社会危害性,其行为当然也就不构成犯罪。那么,与智障女同居生活中的性行为是否具有社会危害性呢?答案当然是肯定的。该类犯罪侵犯的客体是妇女性的不可侵犯的权利,智障女因为智力的缘故,对于性交的性质、后果缺乏辨认能力,客观上不可能真实表达自己是否愿意性交的意志,所以刑法才对智障女的性权利进行特殊保护,如同保护幼女的性权利一样。《石文》提到与智障女结婚及其同居性行为的两种情形,一种是“婚后妻子因患病等而成为重度智障女的情形”,另一种则是一开始便是重度智障女的情形。前一种情形当然不构成犯罪,理由是尽管女方后来成为智障女,但不能因此而改变其合法夫妻的事实。后一种情形则要看其智障程度是否严重,具体得看女方是否能真实表达其性的意志,如果不能真实表达,则该起婚姻便有以所谓的“合法”婚姻掩盖其非法目的的嫌疑。这种所谓的婚姻中的性行为,其实质上是行为人对智障女性权

利的侵犯,那么这种行为当然具有社会危害性。有人认为智障女有“性福”的权利,诚然,某些智障女如果病情较轻,对性交的性质和后果有辨认能力,笔者当然不反对其与人同居甚至结婚从而享受“性福”的权利。问题是:那些严重的智障女,其并不能辨认性交的性质和后果,又何来“性福”?而且这部分人群没有自我保护的能力,国家如果不对这部分特殊的人群进行特殊的保护的话,势必会给那些不法之徒以可乘之机,他们极有可能借与智障女生活之名,行奸淫之实。所以,正因为智障女的特殊性,所以对其进行特殊的保护是完全有必要的。因此,《石文》认为与智障女同居性行为不具有刑法上的社会危害性的理由同样不能成立。

与智障女同居的性行为以强奸罪论处不违背法律的公平正义。

如《石文》所言,“残疾人同其他公民一样享有自己的家庭生活”,这一点笔者没有异议,但笔者认为:智障女享受家庭生活不能以牺牲其性权利为代价。如果对该类行为不进行依法惩处的话,则客观上势必放纵该类犯罪,犯罪分子则极有可能打着与智障女所谓结婚或者同居生活的幌子,以达到其奸淫智障女的目的。从而客观上达不到刑法对该类特殊群体的特殊保护的目,所谓的公平正义也将无从体现。

与智障女同居性行为以强奸罪论处不存在所谓的司法上的悖论。

《石文》提到的所谓的悖论实际上是不存在的,《中华人民共和国残疾人保障法》第四十九条规定:“地方各级人民政府对无劳动能力、无扶养人或者扶养人不具有扶养能力、无生活来源的残疾人,按照规定予以供养。”因此,只要严格按照该规定实行,即使将那些与智障女同居性行为的犯罪分子定罪处罚,也不应该影响到智障女的正常生活。所以,我们不能因为为维护智障女的所谓的正常生活,而容忍并放纵别有用心之人为达到其不法目的而实施的犯罪行为。

综上所述,石经海教授和谷君助理研究员认为那些所谓“不以奸淫为目的”的与智障女同居性行为不应按强奸罪论处的观点确有值得商榷之处。笔者认为:该类行为符合按强奸罪论处的主客观要件,而且对该类犯罪的惩处有利于对残疾人权利的保护,符合社会的公平与正义。

行为人主动报警待捕是否构成自首?

文 广东深兴律师事务所 王腊清律师

基本案情

被告人柴某男与师某女为恋人关系并同居，二人曾因感情问题发生多次争执并发生撕打。2014年7月5日深夜12时许，双方又因家务琐事发生口角，后决定分手。次日傍晚7时左右，师某女在闲逛时遇高中同学姜某并一同就晚餐，柴某恰巧碰见，便不由分说拉师某女回住所，师某女反抗，姜某见状便问柴某男缘由，但柴某不仅不理睬反而与姜某撕打起来。在师某女劝解过程中，柴某趁机拿起用餐的刀叉乘姜某不备时猛刺姜某头部与胸部，致姜某当场身亡。案发后，柴某男拨打110电话报警，称某

西餐厅有人被杀死，后等公安人员到场后归案并且如实交待其犯罪事实与经过。

检察机关指控，被告人柴某男持刀叉猛刺被害人头部与胸部致其当场身亡，其行为构成故意杀人罪。被告人及其辩护人辩称，被告人案发后滞留现场报警待捕，被捕后如实交待了犯罪事实与经过，有自首情节，请求从轻处罚。双方的争议焦点主要为：行为人犯罪后，不表明其为作案人而报案，仍然滞留案发现场不逃离，待被捕后如实供述了自己的犯罪事实，能否认定为自首？

法院经审理后认为，被告人柴某男故意杀人致人死亡，其行为已构成故意杀人罪。鉴于被告人柴某男在犯罪后主动拨打110报案，虽报案时未表明自己是作案人，但并没逃离现场而是等待抓捕，在归案后又能如实供述犯罪事实，可视为自首。依法对被告人柴某男予以从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第232条、第67条第1款、第48条第1款、第57条第1款规定，判决被告人柴某男犯故意杀人罪，判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身。

律师评析

《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）设定自首的目的旨在通过鼓励犯罪嫌疑人自动投案，使公安机关及时破案并节约司法资源，另一方面还可促进犯罪嫌疑人悔过自新、自动终止作案。《刑法》第67条第1款规定的自首为一般自首，即“犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首……”。第2款规定的自首为准自首，准自首包括二个法定条件：1、自动投案；2、如实供述自己罪行。自动投案是指犯罪嫌疑人或其犯罪事实未被司法机关发

觉，或者虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动或直接向公安机关、人民检察院、人民法院投案。如实供述自己罪行是指犯罪嫌疑人自动投案后，如实供述或如实供述自己的犯罪事实。

《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第1条第1项以列举的方式规定了七种可以视为自动投案的特殊情形，但并未涵盖犯罪嫌疑人犯罪后在现场待捕的情形，从而导致司法实践中的理解和认识出现分歧。最高人民法

院《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》（下称《意见》），明确规定二种滞留现场待捕情形应视为自动投案，一是“犯罪后主动报案，虽未表明自己是作案人，但没有逃离现场，在司法机关讯问时交待自己罪行的”。二是“明知他人报案而在现场等待，抓捕时无抗拒行为，供认犯罪事实的”。由此，明确规定了行为人作案后不逃跑而滞留现场等待抓捕的行为可否认定为自首的问题。

但笔者以为，根据《意见》规定，并非所有滞留现场待捕的行为都

构成自首，这是因为要考虑犯罪嫌疑人投案的主动性和自愿性。所以，滞留现场待捕行为构成自首应当具备如下条件：

行为人明知即将接受公安机关的调查与盘问

行为人无论报案时是否说明了自己是作案人，总之在报案后都明知公安机关将对案件进行调查，且这种调查或盘问必将使行为人的犯罪事实也必将暴露无遗，从而导致自己将被追究刑事责任之后果。这反映出行为人主观上有接受司法审查的意愿。《刑法》规定的“明知”有二层含义，一是“知道”；二是“应当知道”。本案被告人柴某男在事发后主动报案而未表明自己是作案人之情形，对即将接受公安机关的调查或盘问是明知的，这属于刑法明知中的第一种“知道”情形。这种“知道”情形当然也包括行为人明知他人报案或有人告知行为人已经有人报了案也滞留现场待捕的情形。而第二种“应当知道”情形，则表现为一般人都可推断出已经有人报案，行为人仍然滞留现场待捕。只要行为人的精神、智力和日常生活经验与普通人的无异，就可以得出行为人“应当知道”之结论。行为人明知有人已经报案，仍然滞留现场待捕，实质是对他人报案的默认，也可视为对他人报案的追认，这是行为人滞留现场可以认定为自首的首要条件。

滞留现场待捕并非行为人的被动选择

行为人明知滞留现场会遭逮捕并



接受公安机关的调查或盘问，其行为尽管是消极等待而不是主动投案，但前提必须是行为人没有外力控制、有足以逃匿的条件，且是自愿滞留现场而不是无奈或被迫滞留现场，如因被害人一方的阻拦、或自身伤势的行动不便、以及周围群众的堵截而无法逃脱现场等，都不属于行为人自愿或主动滞留现场。对于“现场”，既可以是案件发生的实际场所，又可以是公安机关获取报案信息后按报案信息提供的、第一时间赶到的“现场”，如行为人为抢救被害人送被害人到医院救治并报案的场所等。如行为人在逃离现场过程中被群众抓获而带至案发现场、或被群众围逼被迫回到事发现场等，都不属于自愿或主动滞留现场待捕的情形。以上是行为人滞留现场可以认定为自首的先天条件。

行为人滞留现场待捕无抗拒性

行为人虽然滞留现场待捕，但在遭抓捕时却发生抗拒行为，显然不能将滞留现场待捕作为认定自首的条件。行为人滞留现场待捕，公安机关到达现场抓捕行为人时行为人不反抗，且能积极配合公安机关的调查与盘问，主动交待其犯罪经过与前因后果，并主动承认自己为作案人，不

虚构事实，不沉默不语，不误导侦查。这属于《刑法》“明知”中“知道”的典型情形。对于“应当知道”的、明知他人报案而滞留现场待捕的情形，在公安机关对行为人进行抓捕时，行为人必须表现为积极配合，并在押解的过程中不挣扎不逃跑，并实实在在地对

待公安机关的调查与盘问。本案被告人柴某男虽然犯故意杀人罪，却主动报案滞留现场待捕，在遭抓捕时也没有发生抗拒行为，显然符合可以认定为自首的必然条件。

行为人供述犯罪事实的彻底性

行为人供述犯罪事实，必须具备彻底性，不得有丝毫的隐瞒。除在公安机关、检察机关彻底供述外，还要在法庭辩论终结前在法庭上如实并彻底供述且无翻供情节。值得注意的是，只要行为人如实并彻底地供述了其犯罪事实，至于对其性质的辩解并不能影响到对自首的认定，即使行为人以正当防卫或一时失误或防卫过当等理由而认为自己无罪或罪轻，也不能否定自首的成立。这是行为人滞留现场可以认定为自首的决定条件。

综上所述，被告人柴某男犯故意杀人罪后，虽未表明自己为作案人身份而报案，明知滞留现场待捕必将接受公安机关的调查或盘问，却仍然滞留犯罪现场不逃离，并在公安机关调查或盘问和接受审查起诉及庭审调查期间能如实彻底供述其犯罪事实，符合自首的法定要件，故人民法院最终判决认定其具有自首行为。

从吴某诉深圳市某区卫生局 行政许可纠纷案看司法对行政的尊重

文 上海市锦天城（深圳）律师事务所 李登峰律师

基本案情

吴某向深圳市某区卫生局提出设置吴某西医妇科诊所的行政许可申请，同时提交了申请材料。深圳市某区卫生局经审查后认为，申请设立诊所选址隔壁为垃圾站；且吴某未能提交任何场所房地产合法证明文件，遂根据《深圳市医疗机构选址指导意见（试行）》及《深圳市卫生和人口计划生育委员会行政许可实施办法》（下称《实施办法》）中关于诊所设置的相关规定，作出了不予行政许可决定书。

吴某不服，向深圳市某区人民法院提起行政诉讼。一审法院经审理认为，诊所选址明显对诊所卫生及预防疾病有不利影响，被告认定原告诊所选址不合理，理由充分，符合《医疗机构管理条例实施细则》（下称《实施细则》）关于不予批准申请设置医疗机构情形的规定。此外，由于原告

提交的诊所场所使用权证明文件，不能证明诊所场所房地产合法，不符合《实施办法》关于诊所场所使用权证明材料的要求，遂作出维持被告作出的〔2012〕第26号《不予行政许可决定书》。

吴某不服，向深圳中级法院提起上诉。

二审法院经审理后认为，本案焦点为深圳市某区卫生局作出不予行政许可的理由是否具有事实和法律依据。有关场所使用权证明，由于吴某未能提交选址场所必须为合法建筑的证明，与《实施办法》21号许可事项规定不符。有关选址合理性，根据《实施细则》相关规定，医疗机构选址不合理为不予批准设置医疗机构申请的法定情形之一。虽然现行法律规定均未对本案之申请设立门诊部与垃圾站相

邻情形是否合理有明确规定，但应该承认，基于纷繁复杂的现实，对于选址是否合理，确难以尽数罗列具体判断标准，而是更多地由许可审批机关根据个案具体情形予以认定判断，判断是否符合卫生及预防疾病要求。就此，某区卫生局作为医疗机构主管部门，无疑比作为司法审查机关的法院更具备相关专业知识和实践经验。因此，对于某区卫生局有关选址合理性的判断，除非明显缺乏依据、或明显有违于公众的基本判断，法院一般应予以尊重。本案中，吴某申请设立的是西医妇科诊所，应充分考虑诊所环境的洁净性，但其选址直接与垃圾站相邻，且垃圾站并非密闭，故某区卫生局认定选址不合理并无不当，二审法院予以确认。遂作出驳回上诉，维持原判的判决。

律师评析

美国法官尼利曾说，“必须记住，法院的五个法官每年要大约审理1262个案件，我不是会计师，也不是电力工程师、金融家、银行家、股票交易员或是系统管理分析家。期望法官去明智审查有关公共行政运作详

情的5000页（行政）案卷真是荒唐透顶。”

尼利法官一语道出了行政诉讼案件中关于涉及专业判断的事实认定方面行政机关所具有的先天优势。这种情况下，在行政诉讼案件中，若涉及

到关于行政机关因专业判断的事实认定时，法院的态度显而易见。

本案即是涉及到这方面的典型例证。虽然本案是一起因诊所设立引发的行政许可纠纷案，但其中因为涉及对于行政机关专业性和技术性的判

断，涉及行政机关自由裁量权的判断，涉及司法对于行政机关事实认定的态度，因而使得本案很具有典型性。

本案的主要争议焦点在于，被告深圳市某区卫生区作出不予行政许可的两点理由是否具有事实和法律依据。

深圳市卫生局作出不予行政许可的两点理由是：一是申请人未提交《实施办法》中规定的诊所设置须提交的场所使用权证明；二是上诉人选址不合理，不符合卫生和预防疾病及环保的要求。

第一点理由较为清晰，未有疑义，无须赘述。第二点关于选址合理性方面，《实施细则》第二十条第二款规定，医疗机构选址不合理为不予批准设置医疗机构申请的法定情形之一。由于该规定是弹性规定，现行法律也未有对于在垃圾站旁边设立诊所是否合理的明确规定，这种情况下，实际上是赋予了有权行政机关根据其专业判断下一定程度的自由裁量权。

由此，这就引出法院对于行政机关上述涉及自由裁量权的专业性判断的态度问题，亦即法院对于行政机关关于选址合理性的认定态度问题。

上述尼利法官关于这个方面言论所表现出的态度，代表了世界范围内特别是英美法系国家关于涉及专业判断的事实认定方面法院所持的态度：除非明显缺乏依据或明显有违公众的判断，司法对于行政活动的审查，宜于尊重行政机关就其依据自由裁量权和专业判断所作出的判断。

原因在于，正所谓术业有专攻，行政机关往往是某一专业领域的专

家，拥有具备专业技术知识的行政人员，并配备精良的技术设备，比如尼利法官所说的会计财务、电力以及金融等专业领域，在这些专业领域，法官不可能门门精通。因此，在涉及专业判断方面，相较于法院，行政机关更具有专业技术知识优势。

无独有偶，美国联邦最高法院伦奎斯特法官也认为，根据行政程序法的规定，无论是行政作为还是行政不作为，法院依法均可进行司法审查，但是属于行政机关裁量权范围内的事项不受司法审查，其所持理由主要是，在衡量各种情况以决定是否启动查处违法行为的行政程序方面，行政机关是专家，法院应当予以尊重。

回到本案，申请人申请设立的诊所选址是否具有合理性，某区卫生局作为医疗机构的主管部门，具有专业知识和实践经验。

鉴此，二审法院选择尊重某区卫生局就选址是否合理方面所作出的判断，不仅如此，还给出了充分的说理：“基于纷繁复杂的现实，对于选址是否合理，确难以尽数罗列具体判断标准，而是更多地由许可审批机关根据个案具体情形予以认定判断，判断是否符合卫生及预防疾病要求。就此，某区卫生局作为医疗机构主管部门，无疑比作为司法审查机关的法院更具备相关专业知识和实践经验。因此，对于某区卫生局有关选址合理性的判断，除非明显缺乏依据、或明显有违于公众的基本判断，法院一般应予以尊重。”

这是否意味着，法院会无原则的选择尊重行政机关关于涉及专业判断的所有事实认定呢？答案显然是

否定的。法院对于行政机关专业认定的尊重不仅是有条件，更是有限度的。首先，法院对于行政机关涉及的事实问题不是不审查而是相较于法律问题属于低强度的审查；其次，如果行政机关的认定明显缺乏依据或明显有违公众判断，法院当然不应也不会予以尊重。

综上，从本案来看，在涉及行政机关专业判断的事实认定方面，一般认为，相较于法院而言，行政机关才是这方面的专家，除非明显缺乏依据或明显有违公众的判断，司法对于行政活动的审查，宜于尊重行政机关就其依据自由裁量权和专业判断所作出的判断。

启示

行政诉讼中，需要区分事实问题（需要当事人举证来判断案件事实是否发生以及如何发生的问题）和法律问题，司法对待事实问题和法律问题的审查应是不同的。

从世界范围内来看，很多国家的法院对行政主体关于涉及专业判断的事实认定方面大都持尊重的态度。

但是，法院对行政主体事实认定的尊重，并不代表放弃对事实的审查。而且，法院对行政主体事实认定是有条件和限度的，比如对于明显缺乏依据或者明显有违公众的认知判断，则不会得到法院的支持。

因此，法院对行政机关具体行政行为的合法性审查，在涉及事实认定方面，尤其是涉及专业性和技术性的判断方面，除非有明显缺乏依据或有违公众基本判断，司法机关宜尊重行政主体这方面的判断。

送人玫瑰 手有余香

——深圳市妇联女律师志愿团六周年纪

文 深圳市律师协会女律师工作委员会

有这样一群人，她们戴着荆棘的王冠而来，握着正义的宝剑而来。她们在工作中雷厉风行，她们在法庭上唇枪舌战。然而，在这里，她们有时只是聆听，让姐妹尽情倾诉；她们有时只是微笑，让姐妹感受温暖；她们有时只是拍拍肩膀，让姐妹增添力量；更多的时候，她们用法律为姐妹护航。她们，就是深圳市妇联律师志愿团的律师们。

深圳市妇女联合会主席马宏曾这样评价她们：130多名律师，她们一共花费3500多个小时，调解和参与了2000多宗案件，为广大妇女儿童提供了她们的法律专业意见。她们的热情服务，不仅赢得了广大妇女群众的赞扬，也为我们深圳——志愿者之城增添了靓丽的色彩。

市妇联女律师志愿团是驻点妇联信访的专业律师团队，为妇联的妇女儿童提供全方位的法律支持，至今已成立6年，共计170余名女律师参与，累计义务接访2600人次，义务服务1584天。7150小时，参与调解案件2000多宗。

遭受丈夫家庭暴力长达16年的王女士就是其中的一位受益者，在市妇联信访室值班的张律师在接听“12338”——深圳市妇女儿童维权公益服务热线时，得知她长期遭受丈夫家庭暴力，不知道怎么办，耐心的向她讲解法律相关规定，并告诉她保护自己和不再受到伤害的办法。在志愿律师的帮助下，她勇敢地对家庭暴力说出了“不”，并学会了用法律武器来维护自己的合法权益，她说，感谢妇联的志

愿律师让自己获得了重生。

这只是其中一个小例子。6年来，律师志愿团的服务在拓展，由在信访窗口提供法律咨询的单一服务向全方位参与妇联维权工作延伸：在全市各级妇联组织举行的咨询服务活动中有她们的美丽身影；在妇联送到基层的普法课堂上，有她们的精彩演讲；在妇联维权重点难点个案分析研讨会上，有她们的专业建议；在参与志愿服务的过程中，她们的公益爱心也在不断的升华。

志愿团的工作得到妇联和社会各界的高度认可：2011年，有10名律师被评为“妇女儿童法律服务优秀律师志愿者”；2013年，律师志愿团被深圳市妇联授予“深圳市三八红旗集体”的荣誉称号；2013年，福田区妇联公益女律师法律服务团队被福田区人民政府授予“福田区十佳义工团队”。

深圳市律师协会副会长胡宁可表示，信访窗口是来访者反映诉求的窗口，也是接访者了解社会看人生百态的一个窗口，通过这里，我们可以增长社会阅历、积累工作经验，帮助我们在工作中更好地了解当事人的诉求，与当事人保持良好的沟通，事业上更快地成长。另一方面，看了各种人生故事，会使我们更加珍惜自己当下的生活，调整好家庭关系，做到事业与生活的平衡，收获更加丰满的人生。这就是我们常说的“帮助比接受帮助更有福气”，“送人玫瑰、手有余香”。

每一次接访，都是一次爱心奉献。每一次矛盾化解，都是为社会增添和谐的音符。每一次义务普法，都是为深圳创建一流法治城市添砖加瓦。每一名志愿律师，更是一颗公益的种子。她们让法律在爱心的烘托下释放出最强大的光芒，照亮每一个忧伤、疲惫、孤独的心灵。成绩只代表过去，未来，她们继续秉承着“送人玫瑰、手有余香”的公益理念；未来，她们继续用法律和爱心为深圳的姐妹们护航；未来，她们继续在妇联搭建的平台，为深圳一流法治城市建设贡献自己的力量；未来，她们的奉献和爱心必将镌刻在姐妹的心中。



用温情守护法治的温度

文 本刊编辑部（根据妇联律师志愿团征文整理）

深圳市有女律师3124人，约占深圳律师总数的三分之一。职业套装、精致妆容、思维敏捷、舌利如刀，浑身上下透着“干练”二字，这应该是大多数人心中女律师的形象。她们是名副其实的“律政俏佳人”，自信、美丽、博学、有个性，富有正义感，她们知道自己在追求什么，并且为了自己的理想而努力奋斗。

“女律师”的名头本身就是一种荣誉，而律师这个行业从进门之初就拒绝了平庸。她们，通过了只有10%通过率的“中国第一考”——司法考试，而10%÷3才是“准女律师”的比例。看似自由的职业者，平均日工作10小时以上，没有固定的周末、节假日；见客户、开庭可能比逛街购物的概率还大；照顾老人、小孩并不能难倒她们，业务培训、健身房也总能看到她们的身影。然而，这还不是她们的全貌，公益法律服务的岗位上，在深圳市妇女与儿童联合会（下称“妇联”）的信访值班室，总是能感受到在她们温暖笑容背后的力量。

编者按

女人，不赞成你做全职妈妈

开始志愿服务的第一天，带着兴奋好奇的心情，她很早就来到了值班室。姜敏律师接待的第一个咨询对象，是一位三十岁左右的全职妈妈。从她的叙述得知，她丈夫最近很少回家，并已经和另外一名女子同居，想跟她离婚。他们的共同财产有两套房子，男方条件是房子都归女方，但房贷也由女方偿还。她咨询的问题是，在这起婚姻财产纠纷中，她的权利怎么保护。看着她疲倦的面容，无助的眼神，作为女人，姜敏律师自然表示

了深深的同情。女人的全部就是这个家，家散了，女人的希望也没了。

为什么会屡屡出现女性被丈夫抛弃，导致家庭破裂呢？“通过多年办理婚姻案件，我的理解是，多数是由于女人对自身角色定位陷入误区。很对女人认为，照顾好家庭，照顾好丈夫的起居，就可以守住婚姻，守住幸福。但无数的案例告诉我们，事实并不如此。”时代在变，人的职业需求和社会的角色分工都在发生巨大的变化女人的角色，不应当只是围着家庭转，女人也可以在



职场做得很好。女性群体相对弱势，在家庭中的地位一般也比较低，尤其经济地位相对依附丈夫一方，但这不是让自己不求上进的理由。奔波在职场之中，不单单是追求物质金钱、提高自身经济基础那么简单，更多的，是体现个人的价值。通过服务社会，得到社会和他人的认同，获得成就感和满足感。

“所以，我个人不赞同女人做全职妈妈。无论工作性质是什么，工作的内容怎么样，只要参加工作，付出劳动，那都是个人价值的体现。通过工作，女人就有自己的圈子。在工作之余，还可以给自己定出无数的业余计划，通过伏案读书，外出旅游，与朋友组织活动，活出自己的风采。处理婚姻纠纷中不仅仅是对冷冰冰的婚姻法条的理解和运用。更多的，是每一个婚姻纠纷的背后，夫妻双方对于生活、对于婚姻的心态。面对问题，我们要首先想处理问题的办法，而不是沉浸在受伤的失落状态中，要尽快走出来，积极勇敢地去面对。”

如何面对“婚外情”这道硬伤？

刘亚娟律师根据多年在妇联接受咨询的情况以及办理的离婚案件来看，一方出现婚外情而导致夫妻感情破裂的情况所占比例相当之高。“由于导致婚外情的因素错综复杂，对此，我们不会一棍子都打死，不会一律认为都是出轨一方的问题，并尽量避免对当事人进行道德评判，但是我们同时坚决反对婚内出轨行为。”刘亚娟律师说道。

在过去，以男性出轨居多，但近几年来，随着女性经济地位的提高和独立意识的增强，也有不少家庭中是女性出轨。比较典型的情况是：已婚女性与婚外异性发生关系并导致怀孕生子，对于孩子的抚养权以及抚养费问题该如何处理？这种情况下，极少有小孩的生父愿意主动承担抚养责任，有的甚至利用女性也怕被曝光的心理，对女性进行威胁恐吓，给女性造成极大的身心伤害。而对于女性，若想要帮助孩子争取抚养费，不得不以孩子的名义起诉主张要求抚养费。

刘亚娟律师介绍：“在我曾经代理的一起关于非婚生子的抚养费纠纷诉讼中，孩子的生父为了拖延时间和逃避责任，给女方设置重重障碍，恶意申请管辖权异

议，甚至企图否认与女子发生过性关系，在我方提供了相关证据并向法院提出了亲子鉴定的申请后，对方虽最终承认了孩子为亲生子，但却又故意伪造低收入的证明、恶意转移名下财产并制造债务，造成自己无经济能力支付抚养费的假相，官司打了一年多，最终虽然帮孩子争取到了合理的抚养费，但孩子的母亲却也在此期间饱受痛苦和折磨，悔不当初。”而对于孩子名义上的父亲，其若有朝一日知道了真相，更有可能起诉追索已经支付的抚养费并索要精神损害赔偿金。对此，《最高人民法院关于夫妻关系存续期间男方受欺骗抚养非亲生子女离婚后可否向女方追索抚养费的复函》中给出了肯定的答复，实践中也有类似索赔得到支持的案例。

婚姻需要靠两个人共同来维护，如果一方不慎陷入婚外情，或遭遇配偶陷入婚外情，能够用理智来提醒自己，用心中的道德感来约束自己，用对法律的敬畏来束缚自己！不会约束和束缚自己行为的人永远无法获得真正的爱！

当婚姻有了“家暴”，律师也很无奈

婚姻家事案件，相较于其他类型案件，确实需要更多的耐心、细心与同理心。但于曹梦珊律师而言，感慨最大的还是涉及家庭暴力的家事案件：“之所以对家暴案件感慨良多，并不是因为家暴受害人更难控制自己的情绪而倾诉得更多，也不是因为担心施暴人会有恐吓报复。而是当家暴受害人好不容易鼓起勇气寻求我们帮助时，面对当事人那双渴求保护的眼睛时，才发现我们的无奈之处。”

中国社会根深蒂固的“家丑不可外扬”观念着实害了太多人。遭受家暴后，她们不敢就医，不敢找妇联，不敢报警，甚至不曾想过将受害后的现场、伤情拍照留存。殊不知，受害后及时留存下的材料，如受害后的现场、伤情照片，就医病例，报警记录，妇联调解记录，施暴人的保证书等等，都将成为证明家暴必不可少的证据。没有它们作为支撑，再多的哭诉都没用。

家暴案件的调查取证，主要需要依靠公安机关和法院。然而现实是，公安机关对于未达轻伤的案件，若施暴人不予配合，公安机关也不强制询问、调查；法院无



法强制传唤公安机关、妇联工作者、或者普通案外人出庭接受调查。如此，家暴事实，也就无法得到更进一步的证明和核实。曹梦珊律师曾经代理过一宗案件，当事人遭受家暴5年，而律师从公安机关调取的报警记录竟有13次之多。遗憾的是，除了轻伤那次有施暴者询问笔录外，其余均仅有报警回执、警情登记表、受害人询问笔录或鉴定文书。律师想要帮助，但有太多无能为力。

有那么多“无奈”，是否就无法帮助家暴受害人呢？当然不是！2016年3月1日起施行的《中华人民共和国反家庭暴力法》明确规定了公安机关和法院的职责，此外还规定相关人员知情不报或渎职将受处分。这部法律终于正式为家暴受害人提供拯救利器。该法拟定、实施的过程，就是呼吁与聚焦力量的过程。社会各界，学校、医院、公安、法院、律师乃至普通人都应对家暴给予更多的关注和帮助，让家暴维权不再“无奈”！

这是回报社会最好的方式

深圳市妇联信访的内容大多是家长里短。在志愿律师看来，作为一名执业律师，提供法律志愿服务是回报社会最好的方式。就这样，怀着感恩回馈的心情，王再鸣律师于2012年7月至2014年12月，共两年半的时间，每月一次到深圳市妇女与儿童联合会信访室值班，提供现场及电话热线法律咨询。

法律咨询服务除了提供法律专业意见，还要对信访者进行心理上的开导，最重要的是要有耐心和爱心。律师要凭借专业知识及多年实务经验，针对实际情况分别给出不同的建议。比如在婚姻纠纷中，若咨询者尚处于

犹豫期，则建议其多与对方沟通，尽量挽救婚姻；如因第三者或家庭暴力等行为导致坚决要求离婚的，则建议咨询者采用合法、科学的方式收集相关证据，对婚姻不忠行为和家庭暴力行为说不。同时要向受害方灌输法律意识，防止受害方采取极端报复的行为而触犯刑法，引导受害方通过合法途径解决问题，化解矛盾。有必要的时候，还应给咨询者的相对方打电话劝解。“倾听咨询者的问题、与其沟通后提供其相应的建议，在得到咨询人满意的道谢时，我的成就感油然而生，心中感到充盈和富足，我很高兴能用自己专业知识帮助他人”，王律师说道。

在值班过程中，也有许多让王再鸣律师感到可悲可叹的案例。一位女子因对离婚判决中的财产分配不服，从此走上了十多年漫长的信访之路。其实，离婚判决书中对财产分配内容并无明显不公，她本人也受过良好的教育，但由于其偏执的个性，将女人一生中最好的时光全部用在了离婚诉讼与信访上，为此还失去了工作。在与其交谈的过程中，王律师表示：“合法权益是要维护和追求，但她已经通过诉讼维护了，如果当事人能将信访的精力投入到学习和工作中，不仅会有经济上的收获，还会有更多的快乐。但她的回答总结就是心有不甘。对于类似这样遭遇的女性，我感慨良多，可谓哀其不幸，怒其不争。”

王再鸣律师认为，真正维护妇女的合法权益，应继续加强公民伦理道德教育，倡导和弘扬法治、民主、平等、文明的社会关系，提高全民道德水准，使人们具有家庭美德，社会公德和职业道德；反对家庭腐败和家庭暴力，通过社会媒介和舆论监督及时暴光和谴责，对行为人起到警戒作用，提高全社会对家庭腐败和家庭暴力危害性的认识，达到预防和制止的目的。更重要的是，要继续加强对妇女自身素质教育和普法教育，提高维护自身利益的意识，走上自信自强之路，在权益受到侵害时要能使用合法的方式进行维权，避免因无知造成不良后果，充分发挥女性在社会和家庭中的重要作用。

“深圳是一座活力四射的城市，也是一座爱心满满的城市。作为一名志愿律师，愿为创建和谐社会添砖加瓦，愿志愿律师的队伍越来越壮大，愿深圳的每个家庭更加和谐幸福！”王再鸣律师如是说。

我们为什么做律师？

文 北京市炜衡（深圳）律师事务所 陈伟律师

转眼间做律师已经有十余年了，亲眼见证了律师行业不断朝着好的方向发展的一段历史。随着国家依法治国理念的提倡和法治建设步伐的加快，律师行业的蓬勃发展，也吸引了越来越多的年轻人选择律师行业。

但是，在“我们为什么做律师”这一问题上，我们实际上是没有进行一个深层次的思考的。细碎地思索了一下，之所以选择做律师，主要有以下几方面的想法：

实现自己的人生理想

做一件自己喜欢做的事情是幸福的，如果自己喜欢做的事情成为了一门职业，很多人认为是痛苦的，但律师职业不是这样的。律师是一个充满挑战和机遇的职业，这门职业不仅承载我们的梦想，而且还能够给我们带来满足感和成就感，值得我们为之奋斗终身。

北大朱苏力教授曾说：“法律是一个世俗但不庸俗的事业，法学是一门因其高度务实才有了点神圣意味的学问。”美国著名的大律师、哈佛大学终身法学教授艾伦·德肖微茨先生发自内心地说：“在我看来，没有一个头衔能比辩护律师更崇高可敬了！”律师职业，作为社会精英职业，总是闪烁着如钻石般耀眼的光芒，这些光芒吸引着一批批法学院的学生，选择将律师作为自己的人生理想。

法学院的学生，从内心深处肯定是希望自己学有所用、学以致用。选择从事律师工作，是一种最接地气的做法，可

以最大限度地实现当初的法律梦想。“法律必须被信仰，否则它将形同虚设！”这几乎是每一个法学院的学生最初的信仰，这也必将成为律师们一生的信仰。当这种信仰与梦想，和时代的发展、国家的方向、社会的进步紧密结合在一起的时候，将会变得更加有意义和价值。

对此，国浩律师事务所吴小亮律师曾说：“我不知道有哪份工作比律师更富有挑战。置身其中，这份职业每天都给你带来挑战，你需要不断学习、不断思考、不断创造、不断进步，方能应对每一天都是崭新的挑战，这亦会给你带来无尽的乐趣。你将收获超出同龄人的见识、睿智、坚韧、冷静；专业、客观、不偏颇、善于解决问题都将成为你深入骨髓的优秀品质。”

从事一份体面而有尊严的职业

我们当初选择律师这门职业，可能并没有现在看起来那么的崇高和伟大，或者现在那么的受欢迎和重视。很多同行甚至笑称，当律师的人，都是当年进不了公检法的人！但现在看来，离开公检法，打破铁饭碗，选择当律师的法官、检察官越来越多。和所有的职业一样，律师也是一门职业。这门职业由于门槛极高，故社会大众对其提出了诸多的要求，如要求具备专业的法律知识，清晰的逻辑思维，高超的演讲能力，还要求具备正直无私的优良品质等，可以说，是集万千优秀的社会精英品质和荣誉于一身，它有着与生俱来的



尊严与神圣！

一个年轻律师成长的过程，就是不断地学习和进步的过程。在西方，律师是一门古老的服务行业，但在中国，还是一门方兴未艾、朝阳初升的新型职业。这门职业起步时可能相对清冷，但当你具备了律师专业素养和执业水准，并打开局面后，收入将会相对稳对，并将过上比上不足、比下有余的中产阶级生活。从事律师助理、实习律师工作，可能收入相对有限，但在执业达到一定年限之后，在业务能力大大提升、案源和客户相对稳定的情况下，收入也将大幅提升。一个人要从一个社会阶层，进入另外一个更高层次的社会阶层，是非常困难的一件事情，尤其是作为社会草根阶层的年轻人，渠道是非常有限的，通常这就要付出比其他人更多的努力和奋斗。从事律师工作，是进入到更高层次社会阶层的一条捷径之一。

当然，从事律师职业，精神方面的收获和满足，将远远超过物质方面的满足。

从事一份可以大有可为的职业

和法官、检察官、公证员、公司法务人员相比，律师职业更加自由，可以有所作为的空间更大。我们在维护国家法律正确实施，保护当事人合法权益的同时，也在不断地追求司法公平与正义。国内曾有学者深情地指出：现代化和民主化的进程中，有三种力量发挥着非常特殊而又极其重要的作用：富有创业和冒险精神的企业家群体，高素质的公务员队伍，再就是专业化的法律职业者。而律师又恰恰是法律职业共同体中最不可或缺的一环。法官偏重诉讼，检察官偏重刑事，公证员偏重公证业务，公司法务偏重于公司业务，唯有律师，既要熟知实体法，又要掌握程序法，既要知晓诉讼业务，又要懂得非诉讼业务，业务素质和专业范围均要广于上述四类人员，可自由发挥价值的空间更加广泛。

法律职业是一个经常会面临道德选择的职业，是一个永远无法回避“是非”“对错”的职业。因此，对法律的信仰和对法治的信念于法律人至关重要。“有两样东西，愈是经常和持久地思考它们，对它们日久弥新和不断增长之魅力以及崇敬之情就愈加充实着心灵：我头顶的星空，和我心中的道德律。”这是人类思想史上最气势磅礴的名言之一，它刻在康德墓碑上。法律是上升的道德标准，因此，律师的工作，实际上就是不断的推进法治进步的过程。

上海朱树英律师讲过的一句话总在我的耳边回响：律师应当是这样一种职业，他帮助不懂法而受法制约和保护的人更了解法、遵守法、接近法，他使法的运用少一些人为的干预而多体现其本来的思想和精髓，通过他的努力，应当促成社会大众能平等地沐浴在法治阳光里，善的能得到发扬，恶的能得到惩罚，平和的秩序能得以渐渐形成。律师平时都忙于办案，大抵很少有时间去思考这份职业的理想，但是在事实上，它已体现在律师在办理每一个案子的职责和尊严上了。

我想，律师应当是一个大有作为的职业，只要怀着对这门职业的热爱，勇于付出和努力，坚持不渝，一定是有作为的。

承担历史赋予的使命和荣光

历史的车轮总是滚滚向前，社会总是朝前发展，法治的呼声也总是越来越高。在现在的时代背景下，我们国家从持续发展战略和高度出发，提出了依法治国，实现法治梦的治政方针。在民族复兴的道路上，法治将成为一盏明灯，照亮我们前进的方向！在法治梦的照耀下，律师的作用越显重要。律师广泛参与社会政治、经济、文化的各个层面，并体现出其不可或缺的重要作用。我们这个时代的律师，不仅要实现自己的法律梦想，更要为社会发展和进步做出自己的贡献。在国家“一带一路”战略、国际资本输出、资本市场运作、新三板及新四板发行、金融证券期货交易、刑事辩护、企业运营发展、婚姻家庭继承等各个方面，处处都能看到律师忙碌的身影！

律师作为社会法治力量的代表，总是与国家、社会、时代共命运、同呼吸。中国政法大学终身法学教授、民法学泰斗江平律师在为孙国栋著的《中国大律师》一书作序时指出：法治兴，则国家兴，法治亡，则国家亡；甚至可以进一步说，律师兴，是国家兴，律师亡，则国家亡。江平看来，律师“最能感知依法治国之水的深度与冷暖，最了解依法治国的黑暗和光明”，可以发挥更加积极和主动的作用。因此，我们这一时代的律师，除以不断努力，勇于创新，承担历史赋予的光荣使命和责任以外，别无选择。

总有一种感动，让我们泪流满面，那就是公平与正义！

总有一种情怀，让我们坚定守候，那就是我们的职业——律师！

NO.1 深圳市律师协会与香港大律师公会签署合作协议

4月28日，深圳市律师协会与香港大律师公会合作协议签署仪式在市律协多功能厅举行。

在中联办法律部王振民部长、中国法律服务（香港）有限公司杜春副董事长、司法部港澳台法律培训交流中心董石副主任、深圳市司法局蒋溪林局长的共同见证下，香港大律师公会谭允芝主席和深圳市律师协会高树会长代表双方签署了合作协议，我市在培养高素质、复合型、国际化的法律人才，推动我市律师业国际化发展方向又迈进了扎实的一步。双方将加强合作交流：一是保持相互之间关于各自法律制度系统的信息交流，必要时帮助查找有关法律文件；二是组织举办法律会议和研讨会，提供有关资料；三是安排相互参观访问、短期培训和经验交流；四是相互推荐合适的律师和律所，以适应逐渐增多的律师业



务需求；五是积极拓展双方法律业务合作范围。签署仪式后，深圳6家律所与香港大律师签署了法律顾问合作意向书，香港大律师将为深圳律所提供有关香港法的咨询及其他方面的服务，深圳律所将为香港大律师开拓内地服务市场提供便利，双方将互相支持和协作，加强相互交流。

NO.2 市律协召开福田区律所主任及律师代表座谈会

4月22日，市律协组织召开福田区律师事务所主任及律师代表座谈会。市律协理事会、监事会、党委领导及福田区律师事务所主任、律师代表近70人参加会议。区司法局局长胡星宏等应邀出席。福田区工委主任章成主持会议。

与会人員围绕“福田律师业创新发展”主题展开交流讨论：一是制定引领深圳律师业健康发展的整体规划，二是借力“一带一路”国家战略助力深圳律师走向国际化，三是完善律师执业权利保障机制，四是加快推动《深圳经济特区律师条例》修改，五是深化细化律师专业服务，六是进一步拓宽深圳律师参政议政渠道和路径。

我会高树会长、魏汉蛟监事长分别表示：市律协将认真总结与会律师提出的意见建议，进一步推动解决制约行业发展的掣肘问题，积极为广大律师保权益、搭平台；律师行业的发展有赖于全市律师的支持与努力，欢迎广大律师继续助力协会打造多元化、智慧型的监督工作路径，实现深圳律师业共建共享、共赢共荣的良好发展格局。

福田区司法局胡星宏局长充分肯定了福田律师在法治城市建设中发挥的重要作用，并表示，福田区司法局将与深圳律协齐心协力，继续做福田律师的坚强后盾和有力支撑，推动福田律师事业发展在法律资源博弈中实现新的跨越。

NO.3 实习人员可以到法院递交立案材料

针对实习人员作为律师行业的后备人才，出于保障实习人员权利，提升实习人员办案和业务能力等方面考虑，深圳市律协不断努力：一是在第一巡回法庭成立一周年座谈会上，深圳律师正式提出建议法院应考虑实习人员可以单独到法院立案。该建议受到与会最高院领导的重视；二是会后，深圳市律协实习委组织召开专题会议，研究讨论实习人员单独到法院立

案的可行性、意义等，形成《关于请求准予实习人员协助办理立案手续的报告》，及时报送最高院领导及发送至最高人民法院院长电子信箱，为深圳乃至全国实习人员争取权利。

2016年4月25日，最高人民法院联络工作办公室正式回复深圳市律师协会：实习人员受代理律师指派，并持有关手续到人民法院立案窗口递交立案材料等是可以的。

NO.4 探索建立法官和律师共建互动机制

日前，市律协领导班子应邀分别到访福田法院、罗湖法院，与福田法院陈新哲院长、罗湖法院李久祥院长共话法律职业共同体建设。

在福田法院座谈时，与会人员围绕如何充分发挥律师作用实现公正审判及构建律师与法官良性互动机制等议题展开交流并达成共识：一是确保在复杂疑难等案件有律师的参与，提高刑事案件律师出庭率，提升司法公正；二是在互联网大数据时代背景下，推动解决涉诉信访、送达难等现实问题；三是开辟律师工作室，方便律师做好庭前准备工作，极大地提高律师工作便利性。

在与罗湖法院座谈时，李久祥院长介绍了罗湖区法院将在保障律师执业权利方面的举措：一是深化信息化建设，打造掌上诉讼服务平台并向全市律师开放；二是充分关注律师的专业意见以及在诉讼过程中的诉求，并就专业问题进行研讨；三是加快律师更衣室建设，尽可能从设施上为律师提供方便。

高树会长表示，希望双方通过倡导建立信息共享机制、建立法庭秩序共建机制、充分发挥律师在促进司法公正中的作用、建立常态化双边沟通互动机制等举措，在建立新型的良性互动工作机制方面做出有益探索和实践，形成相互尊重、相互支持、相互监督的共同体执业新格局。

NO.5 市检察院调研律师执业权利保障工作

5月25日，市检察院案件管理处周映彤处长一行到访我会，市律协副会长黄思周、维权委主任马学平等接待并座谈。

此次来访旨在调研《深圳市人民检察院关于在刑事诉讼中保障辩护律师执业权利的办法（试行）》实施情况，并拟通过我会发放《深圳市人民检察院律师权益保障调查问卷》，广泛收集律师意见。市检察院相关负责人表示，该院始终坚持保障律师执业权利并落到实处，希望就此听取市律

协的意见和建议，共同商讨如何进一步切实保障辩护律师执业权利。

双方就刑事诉讼中如何保障辩护律师执业权利进行了深入交流：一是希望在重大敏感案件中进一步保障律师的执业权利，二是如何保障律师的会见权、知情权、羁押必要性审查制度等问题；三是重点做好律师权益保障问卷调查工作，对《办法》试行情况广泛征求律师的意见和建议，进一步完善《办法》内容，更好保障律师执业权利。

NO.6 2016年深圳市青年律师演讲比赛圆满落幕

5月13日，由深圳市律师协会、福田区司法局主办，福田区律师工作委员会、青年律师工作委员会承办的第二届“律政菁英 法治先锋”暨2016年深圳市青年律师演讲比赛在福田会堂圆满落幕。福田区委政法委、福田区人民法院、福田区人民检察院、福田区公安分局、福田区团区委、深圳市律师协会、福田慈善会、福田区文体中心有关领导应邀担任本次比赛评委。福田区司法局局长胡星宏、副局长刘平，深圳市律师协会会长高树、副会长张斌、理事杨道、福田区律师工作委员会主任章成应邀出席此次活动。演讲比赛由深圳市律师协会理事郭丽主持。

来自全市24家律师事务所的46名选手参加了初赛，最终16名选手突出重围，进入决赛。选手们围绕“律政菁英·法治

先锋”的主题，抒发了对全面推进依法治国进程的信心，对实现中国梦、法治梦的美好憧憬。激情洋溢、精彩纷呈的演讲，赢得了观众们的阵阵喝彩，充分展示了我市青年律师的风采。经过激烈角逐，北京市隆安（深圳）律师事务所王慧杰律师、北京市盈科（深圳）律师事务所银博洋律师脱颖而出，斩获桂冠；4名选手荣膺二等奖，10名选手荣获三等奖。



重来这片海

文 广东卓建律师事务所 谢柳思

重来这片海

是否还能遇见你？

我在曾走过的地方踩出一串

长长的脚印

这阵风 似曾相识

拂过我的裙摆缠绵而去

海 还在唱同一首歌曲

那朵浪花曾随月光一起漫过我的足迹

你说

下次来这看海

一定要找你

你带我乘船 去海心里

那里有最蓝的颜色

最白的云朵

那里，美丽的贝壳多得像星星

而天上最亮的星星也倒映在那里

不过是一颗种子

养在心里很久了

仿佛开了花

今夜

花像一朵浪花那样

碎了

还成一片蓝色

我不想去海心里

只想和你一起

再踩一串长长的脚印



