

SHENZHEN LAWYERS



深圳律师

非常视线 专业见解

市律协为全市律师购买重大疾病保险

八届律协借鉴发达国家律师业的成熟经验，结合律代会上广大律师代表意见，出资为全市执业律师购买重大疾病保险。从2013年8月1日开始，全体律师将免费享受包括35种重大疾病在内、保险金额为10万元的保险。

刑事没有辩护 法治将会怎样

——新刑事诉讼法实施周年回顾与展望

深圳律师的环保业务求索之路

法人
FARREN MAGAZINE

NO. 49

2013年第6期 深圳市律师协会主办
法人杂志社协办

市律协切实为会员办实事、谋福祉

全市执业律师享受重大疾病保险

◎ 资金来源

市律协出资

◎ 保障对象

深圳市注册执业的律师（不含公职、法援及在保险期间，因注销、转往其他省市等原因丧失我会会员资格的律师）

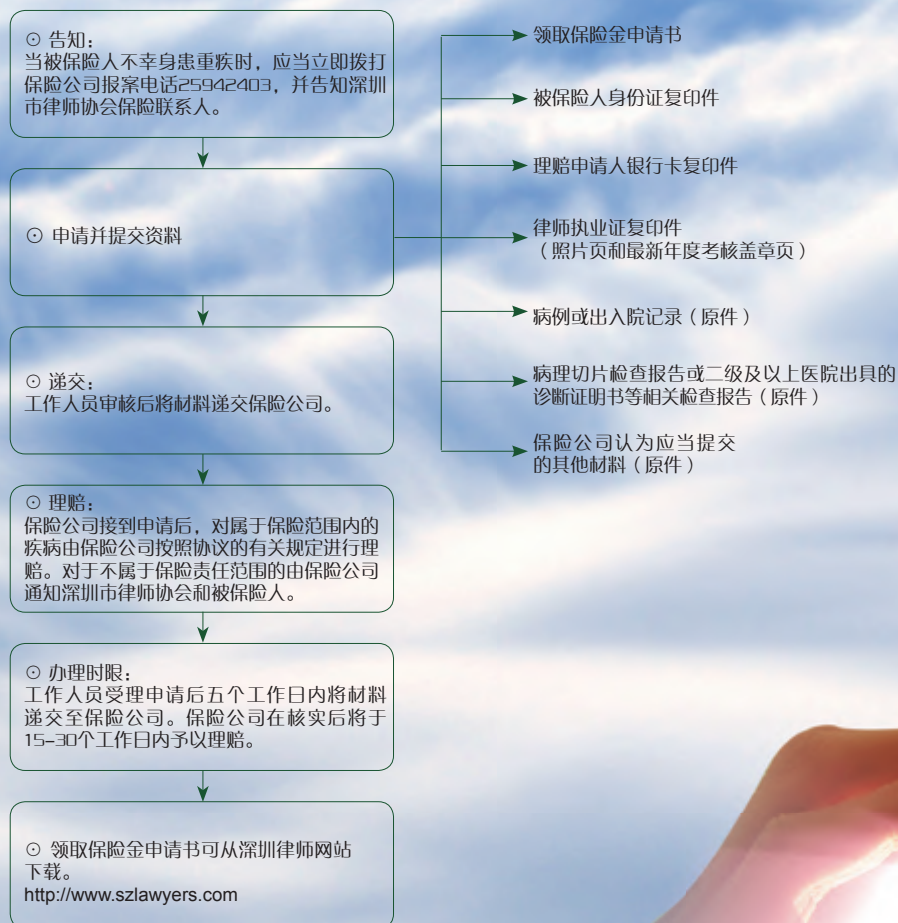
◎ 保险期间

一年期（2013年8月1日零时至2014年7月31日二十四时止，其中包括30天等待期）

◎ 保障方案

确诊初患35种重大疾病之任一种，即可获全额给付，无需医疗发票，不与其他医疗保障相冲突，10万/人/年

◎ 申请理赔流程



保险报案电话: 0755-25942403

24小时客户服务电话: 95522

办 理 部 门: 市律协秘书处维权部

联 系 电 话: 0755-83025978

83025300

刑辩，是律师经久不衰的业务

文 田文昌^[注]

自古以来，律师业务从刑辩开始。此后，随着社会关系的日益复杂化，专业法律服务的内容不断发展和更新，由单纯的刑事诉讼延伸到民事诉讼、行政诉讼、民事仲裁；再延伸到公民个人、社会团体，以及政府法律事务等各种非诉讼法律服务领域。直到今天，律师的法律服务业务已经深入到社会政治生活和经济生活的各个层面。律师，已经成为法治社会中不可或缺的一个特殊的职业群体。

没有律师就没有法治，没有法治就没有市场经济。这种认识，在当今的国际社会中早已形成共识。

在社会关系日益复杂和科学技术急速发展的今天，与新兴领域对法律服务的需求相适应，律师业务的种类、内容和服务方式的发展与更新更是日新月异。不断崛起的新型产业和高端技术领域对法律服务提出了各种新的需求。新的需求将律师带进了新的知识领域，同时，也展现出律师业务中更广泛的新类型和新内容。

这种新型的律师业务类型和业务内容，以其使人耳目一新的感受和巨大的市场空间形成了较强的吸引力，受到越来越多律师的青睐。

但是，律师业务的发展和更新与刑辩业务的永葆青春并不矛盾。因为，从人类社会发展的轨迹和规律而言，无论律师业务的类型和内容如何演变，从古至今，直至未来，刑辩业务都将占据着不可忽视的重要地位。可以说，刑辩作为一项最古老、最传统的律师业务，同时也是一项经久不衰的律师业务，只要有犯罪存在，就离不开刑辩。而且，由于刑辩所维护权益的重要性，在刑辩活动中律师承担着重大的责任和使命。

值得一提的是，面对一些新型律师业务的迅速崛起，社会上出现了一个所谓高端律师业务的新概念，将一些为高端产业和新型技术服务的新类型的律师业务称之为律师业务中的“高端”业务。这种概念的提出，似乎将新、老之分变成了高、低之分，将服务对象的价值混同于服务类型的价值。

客观地讲，律师业务可以有类型和内容的差别，而不应当有高端与低端之分，更不能将新型业务称之为高端而将传统业务降格为低端。更何况，若以所维护权益的重要性而言，刑辩才可以称之为高端业务，因为它所维护的是人权的最高价值！

当前，因司法环境的不尽人意，刑辩业务一直处于低迷状态，甚至被有些人不屑一顾。这种状况，虽然可以理解，却并不正常。在一个法治社会中，如果一种最重要的权利被忽略了，这个社会的价值观就扭曲了。

[注] 田文昌：北京市京都律师事务所主任，中华全国律师协会刑事业务委员会主任。

Contents



法人

主办：深圳市律师协会
协办：法人杂志

粤内登字B11277号



本刊随《法人》杂志赠阅发行

编委会 主任	张 勇
编委会 成员	蔺晓青 梁建东 郑德刚 林昌炽 杜艳芝 尹成刚
主编	林昌炽
副主编	杜艳芝 王 红 高中明
栏目编辑	周争锋 俞 飞 陈 伟 杨新发 舒 笑 兰 天 陈 夏 张春丽 贺 鹏
编辑	谭古丽 闫 军
特约记者	刘晓莹 赵 佳 周洪磊
美编	0755-83025728
电话	0755-83025177
传真	深圳市福田区深南大道4001号
地址	时代金融中心20楼
邮政编码	518048
电子信箱	shenzhenlawyers@163.com

视线 VIEW

P4-P7

- ◎ 深圳排污企业面临更为规范的法律环境
- ◎ 贯彻“疑罪从无”原则体现司法进步
- ◎ “假离婚”有损法律尊严
- ◎ 应禁烟、禁放鞭炮以遏制灰霾天气
- ◎ 城管服务不应外包了之
- ◎ “弃婴岛”绝非弃婴保护的安全防护网
- ◎ 图形用户界面的专利权保护势在必行
- ◎ 发展公共交通方能“治堵”

热点 HOTSPOT

专题：刑辯律師的昨天、今天和明天

P8 刑事没有辩护 法治将会怎样

P9 刑辯律師的困惑



P10 “军帽上的军徽”
——人大律师学院刑辩班的三年

P11 深圳刑辩律师的专业化探索

P12 把每一件刑案办成铁案

P14 新刑法背景下刑辩律师的出路

P16 学者、律师眼中的刑事辩护

P17 刑事辩护就是一种修行

论道 DISCOVERY

P19 智能终端图形用户界面保护的现实路径

P22 浅议职业病患者的民事侵权赔偿请求权

P25 “公众人物”人格权诉讼的抗辩路径

实务 PRACTICE

P28 执行程序中司法拘留的实务思考

P30 个人限售股减持避税方案法律分析

拍案 CASE AND EXAMPLES

P34 职工房改合同纠纷诉权分析

P36 从张氏叔侄案看司法职权优化配置

人物 PROFILE

P39 深圳律师的环保业务求索之路
——访李军强、陈旭绯律师

生活 LIFE

P42 律师的“七年之痒”

P44 火炉旁的冬天



资讯 INFORMATION

深圳排污企业面临更为规范的法律环境

2013年6月19日,《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《司法解释》)生效,我国排污企业的法律环境发生了根本的变化。

(综合媒体报道)

随着城市扩张速度的加快和各项法律制度的不断完善,作为改革开放前沿城市的深圳将面临比其他地区更为规范的法律环境。

《司法解释》规定,非法排放含重金属、持久性有机污染物等严重危害环境、损害人体健康的污染物超过国家污染物排放标准或者省、自治区、直辖市人民政府根据法律授权制定的污染物排放标准三倍以上的构成环境污染事故罪,环境污染罪由结果犯变成行为犯。我国刑法对环境污染犯罪实行的是双罚制,处罚对象包括违法单位、直接负责的主管人员及其他直接责任人员,违法单位将被判处有期徒刑,直接负责的主管人员及其他直接责任人员将被判处“三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;后果特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。”因此,《司法解释》生效后,企业及其有关的负责人需要承担的刑事责任风险明显增加。

此外,居民若无法确定企业污染物排放标准超过三倍以上,可以向环保部门投诉,也可以直接向公安机关报案。那么,企业超标排污、超标三倍排污的问题将更容易被发现和确认,排污企业需要承担的行政法律责任和刑事法律责任风险也将大大地增加。

若要确保排污达标,企业必然需要增加对环境保护方面的投入。以深圳市的眼镜制造企业为例,其电镀、电喷、打磨等工艺产生的有毒物质的收集、处理、排放存在设计不合理、设施落后和老化、相关人员环保意识薄弱等情况,《司法解释》生效之后,其或将成为首批面临追究环境污染行政法律责任和刑事法律责任的企业。故企业必须增加环保成本方能适应新的法律环境。

面对环保改造、维护的成本过高问题,企业应尽快完成现代化改造、转型升级或者实现单体企业向企业集团转化,兼顾法律、政策及地域优势的灵活处理方法。

(北京市盈科(深圳)律师事务所 吕俊山律师)

贯彻“疑罪从无”原则体现司法进步

1996年12月2日,于英生之妻韩某在家中被人杀害。于英生涉嫌故意杀人被批捕,并被蚌埠市中级人民法院以故意杀人罪判处无期徒刑,剥夺政治权利终身。于英生不服上诉,安徽省高院二审裁定维持原判。安徽蚌埠官员杀妻案引发舆论一片哗然。2013年5月31日,安徽省高院对该案立案复查,最终公开宣判认为于英生故意杀害其妻事实不清、证据不足,宣告其无罪。

(综合媒体报道)

“疑罪”是指司法机关对被告人是否犯罪或罪行轻重难以确证的情况,是司法实践中难以避免的常见现象。“疑罪从无”原则是现代刑法“有利被告”思想的体现,是无罪推定原则的具体内容之一。现代刑法认为,在既不能证明被告人有罪又不能证明被告人无罪的情况下,推定被告人无罪。

“疑罪从无”的司法原则不仅仅是解决刑事疑案的技术性手段和原则,更折射出国家在法治建设进程中对法律价值的深刻认识。将保障和尊重公民的人权放在第一位,是现代刑事司法进步与司法文明的重要标志之一。

于英生案与近年来公众熟知的赵作海案、余祥林案、张氏叔侄案明显不同。于英生因图17年从未停止鸣冤,他坚称自己不是杀害妻子的凶手,他年迈的父亲于道欣、哥哥于宁生亦为他奔波申诉10余年。2013年5月31日安徽省高院根据《刑法》第243条第一款规定对该案立案复查,最终公开宣判于英生无罪。之后,蚌埠市公安局启动再侦程序,于11月27日将犯罪嫌疑人武某某抓获。此案不是依赖于“真凶再现”,也非“亡者归来”,而是在真凶尚未确定的情况下,法院遵从“疑罪从无”的原则作出无罪判决的判例。于英生被改判无罪在先,抓获真凶在后。相对于赵作海因受害人“死者归来”而翻案,或一些冤案因“真凶”被抓方启动再审程序,安徽高院在真凶落网前便能贯彻刑事诉讼法中的“疑罪从无”原则,及时纠正错案,值得肯定。尽管这个“转机”,是于英生家人不断申诉的结果,但这却是“疑罪从无”司法原则的胜利,体现了司法的进步。

(广东王芬律师事务所 刘砺律师)

“假离婚”有损法律尊严

2013年光棍节前夕，媒体和网络同时爆出一个消息，北京离婚率暴涨4成，有专家分析称此现象与楼市调控政策有很大关系。尽管北京民政局极力否认离婚率的增长与房屋买卖有关，但是在全国范围内涌现因房屋买卖而“假离婚”的事件，且数量持续增加却是不争的事实。有关楼市政策、“假离婚”的讨论也一直没有停止。

(综合媒体报道)

有些人为了结婚而买房，而有些人却为了房子而离婚。“上有政策，下有对策”，为突破限购限贷令及税收政策，不少夫妻选择“假离婚”而换一个单身身份以购房，一些地方民政局甚至出现了排队离婚的现象。

“假离婚”后若一方假戏真做，最终不过是聪明反被聪明误。愚弄法律、愚弄政策的怪招之后，苦果自己吞。

法律上并没有“假离婚”的说法，所谓“假离婚”只是社会的俗称，一旦双方办理了离婚的完整法律手续，“假离婚”即产生“真离婚”的法律效力，将形成财产分割局面进而导致财产权转移。故夫妻“假离婚”演变为“真离婚”，其中一方独霸房产不肯复婚的情况屡见不鲜。

离婚协议是夫妻双方解除婚姻关系的一项基础性法律文书，体现了双方的自由意思表示。作为一项重要法律文书，我国法律对其效力否定上采取“严格主义”，即除非签订离婚协议时存在欺诈、胁迫等情形，否则法院不会变更或者撤销该协议，也不会轻易认定离婚协议无效。“假离婚”所签订的离婚协议即便不是双方的真实意愿，若离婚手续办理完毕，即使有证据可以证明是“假离婚”，关于人身关系（婚姻关系）也不具有强制恢复性，因为以合法形式掩盖非法目的的行为不受法律保护。

法律赋予公民离婚自由的权利，即夫妻可以自由解除婚姻关系。若夫妻感情确已破裂，双方均有权提出离婚，任何人无权干涉。但任何权利都必须在法律规定的范围内行使，离婚自由的权利同样应受到限制。“假离婚”危及家庭稳定，扰乱社会管理秩序，有损法律的尊严。婚姻一方违背诚信抛弃另一方将导致双方矛盾激化，形成社会不安定因素，具有严重的社会危害性。

法律必须被信仰，否则将形同虚设。有了规则而弄虚作假地破坏规则是要小聪明。婚姻制度本来是保护夫妻关系，“假离婚”无疑是自毁幸福。

(广东圣方律师事务所 颜宇丹律师)

应禁烟、禁放鞭炮以遏制灰霾天气

据不完全统计显示，目前我国有70%的城市空气质量不达标。国家环保部称：“解决PM2.5污染问题，要科学治理、依法治理、全民治理。实施多污染物协同控制，强化多污染源综合管理，开展区域联防联控。”但其相关规定并未触及敏感的禁烟、禁放烟花爆竹的话题。

(综合媒体报道)

我国是联合国《烟草控制框架公约》的缔约国，对国内承担着控制烟草、禁止吸烟、保护人民健康的法定义务；对国际社会承担控烟、禁烟的国际义务。据保守估计，我国烟民达3.5亿，每年吸掉数以万亿元人民币的烟草，年均有数以百万计的人因此罹患肺癌和各种呼吸道疾病，由此支出的医疗费以人民币万亿元计算！吸烟产生的毒雾也是PM2.5的来源之一，故受害者远不止这3.5亿烟民，更多的妇女儿童也深受二手烟、灰霾之害！但人们往往故意回避禁烟问题。烟草行业贡献的七千多亿的税收需要耗费国家数百万亩优质土地、牺牲国家的粮食安全，从全社会角度考察，烟草业创造的完全不是正能量，而是反能量、负效益。

除传统的污染源之外，吸食烟草、燃放烟花爆竹产生的污染物也是灰霾的成因之一。

燃放烟花爆竹是我国传统春节的一个符号，但不是唯一的符号。笔者认为不必通过燃放爆竹等方式，完全可以用声光电的产品来实现春节爆竹声声的喜庆效果。前些年，国家在部分大中城市禁放鞭炮，取得了一定效果。但源于舆论的反对，该项政策便归于消声状态，这不免使人倍感遗憾。文明需要法律的规范和指引，才能不断进步，中华文明的软实力，依靠的应当是先进的教育、科技、经济基础和符合当代生态文明的传统文化。

笔者认为，国家应当尽快制定出控禁烟、禁放鞭炮的路线图和时间表，通过出台相关法律法规，引导人们形成符合现代文明的习惯和传统。

(广东朗正律师事务所 袁正阳)



城管服务不应外包了之

截至2013年4月，深圳全市10个区（含新区）均已聘请服务外包公司协助维护市容环境，聘请服务外包公司33家。全市57个街道办中，45个实行了城管服务外包模式，聘请协管员3211人。据不完全统计，全市用于城管服务外包的经费超过2亿元。

（综合媒体报道）

开风气之先的深圳城管服务外包模式，继2007年创立后就争议不断。深圳城管部门通过政府采购进行外包的项目是公共服务，如城市的绿化养护、清理垃圾、劝导乱摆卖、劝导行乞者等，其本意并不是将执法权外包。法律并不禁止对城市公共服务进行外包。问题的关键是，政府将协助清理乱摆卖的项目外包给企业后，很容易将该外包项目及群体异化和边缘化。若缺乏城管部门的监管，承揽、执行外包的企业亦不能掌握好政策的界限，便容易出现失控的局面，易激发公众对城管的反感和对小摊贩的强烈同情，社会影响恶劣。

笔者认为，通过政府采购的形式将城市绿化养护、清理垃圾等公共服务性质的项目进行外包值得肯定和推广，但涉及执法人员对行政管理相对人（乱摆卖的小摊贩）进行劝导或处罚内容的项目，则应当由执法人员亲自执行而不应当直接外包了之。笔者建议城管部门可以借鉴公安机关协警和治安员的模式，直接聘请城管协管员，并由执法人员带领其协助执法。

如何根治城管暴力执法？首先要找准“病因”：一是滞后的城市管理与城市快速发展越来越不匹配；二是城管人员素质普遍偏低，大量低学历、低素质人员被“编”进城管队伍；三是缺乏法律规范和有效约束。三种病因作用之下，暴力执法、执法失当、行政不作为、内部管理失当、违法违纪及群体性事件等屡屡发生。

笔者建议国家应当尽早出台全国性的城管执法法律，明确城管权责，规范执法。相关的城管执法法律应明确规定城管执法人员的准入门槛，对暴力执法、执法失当者予以惩处并追究相应的法律责任，同时，对遭遇城管暴力执法的群众提供救济途径。同时，还可以借鉴其他国家的城市管理经验，提高国家及社会对摊贩的宽容度以疏导抵触情绪、缓解社会矛盾。愿“瓜农之死”成城管暴力执法终点！

（广东联建律师事务所 王劲松律师）

“弃婴岛”绝非弃婴保护的安全防护网

“弃婴岛”是一座收容被遗弃婴儿的保护设施。2013年11月，深圳社会福利中心宣布，广东省首个“婴儿安全岛”有望于2014年在深圳诞生，深圳将成为广东首个此项内容的试点城市。该消息传出，引起轩然大波，各方人士对此问题秉持不同观点。

（综合媒体报道）

弃婴现象，对世界各国都是不容回避的社会问题。弃婴的来源大体是早婚早恋者产下的婴儿，性从业人员产下的婴儿以及合法夫妻产下的病残儿童。弃婴产生的原因，大致有以下两方面：首先，中国“重男轻女”的传统思想在某些地方依旧根深蒂固，部分家庭在头胎生育女孩后还希望再生育男孩，但超生不符合中国现行的计划生育政策，于是丢弃女婴的现象便产生了。其次，伴随着西方思潮的涌入，婚前性行为随着国人性观念开放而日渐增多，发生婚前性行为的青春期男女对性行为的科学性缺乏了解，当未婚先孕行为发生时，便引发弃婴的悲剧。

有人质疑“弃婴岛”的设立将引发弃婴现象愈演愈烈，事实上，石家庄的试点已经用真实的数据证明，“弃婴岛”和弃婴数量之间并不存在正相关关系。政府设计人性化的良性制度，为弃婴的救治及生存创造更大机会，可以让这个特殊的儿童群体享受与正常儿童同等的生命尊严，这才是真正意义上对生命的尊重。

但是，“弃婴岛”的试点绝非保护弃婴真正周密的安全防护网。针对上述三类不同弃婴，政府的制度设计应各有不同的侧重点。我国现阶段人口流动规模之大、速度之快在历史上都是前所未有的，青春期男女因为迷茫而发生性行为导致未婚产子。针对早婚早恋者产子现象，学校、家庭、社区和医院应建立有效的联动机制，性健康以及性安全教育应先行，不能因为性行为的私密性而让青少年在缺乏正确知识的基础上导致本可避免的后果；对病残婴儿，针对特殊需求的家庭，政府应建立有效的资金援助机制，让这类家庭能整合更多的社会资源去面对难以承担的人生之苦。由此可见，弃婴岛的设置仅仅是开端，政府应在社会保障、公共救济、法治建设上给予弃婴更多的社会支持。

（深圳大学法学院社会学系 唐咏教授）

图形用户界面的专利权保护势在必行

2013年10月22日,国家知识产权局《专利审查指南修改草案(征求意见稿)》公开征求社会各界意见。此次修订特别之处在于其仅涉及一个问题,即图形用户界面的专利权保护。

(综合媒体报道)

通过专利法保护图形用户界面在世界各国都有一个逐步发展变化的过程。一直以来,我国专利法并未对图形用户界面予以保护。三年前《审查指南》修订时图形用户界面仍被排除在外,国家专利局给出的解释是:“产品通电后才能显示的图案不是产品外观固有的图案,该图案的设计不属于产品外观设计的固有部分,这种时有时无、不是固定的图案不受外观设计所保护”。从法理角度进行分析,该解释并不合理。因为不同的图形用户界面的设计对于使用者学习、操作具有非常重要的作用,是需要投入大量人员、时间和金钱研究的知识产品。小米公司的雷军曾在小米2发布会上表示愿意花100万元买一张手机桌面,图形用户界面重要性可见一斑。此外,利益平衡原则、国际关系(条约)是影响专利法制定的最重要的两个因素,国家专利局解释的所谓“固有”并非专利法对外观设计定义的法律限定。

图形用户界面的专利权保护势在必行。但图形用户界面具有标准化的特性,人们往往更习惯使用自己操作熟练的用户界面。一个软件成功上市被用户广泛使用会很大程度地影响其他厂家的后续开发,故国家专利局此次《审查指南》修改并未将所有图形用户界面均纳入外观设计专利的保护范围,而将“与人机交互无关或为实现产品功能无关的产品显示装置所显示的图案”排除在外。如此,电子设备开机过程中,与人机交互及实现产品功能无关的电子屏幕壁纸、画面、网站网页的图文排版、游戏界面就不受外观设计专利权的保护。但这样的制度设计能否被社会所接受,能否适应我国目前本领域的发展水平,尚有待日后的时间检验。

(广东华途律师事务所 杨宏海律师)



发展公共交通方能“治堵”

12月15日,天津市政府召开新闻发布会,宣布实行小客车总量调控管理以及实施机动车限行交通管理措施,也就是“限购+限行”,该政策出台后引发市民连夜抢购汽车。对此次限购,天津市给出的理由是控量、防堵、治霾。

(法制网)

采取限购限行的方式,到底能否解决天津交通拥堵和雾霾严重的问题,谁也无法作出肯定答复。因为,从理论上讲,出行的车辆少了,拥堵现象就能得到改善,各种污染排放也会减少。但是,实际效果可能没有想象的那么明显。要知道,就算车辆不再增加,出行的车辆少一些,按照目前的市场保有量,也足以让交通继续拥堵,让雾霾难以消除。

事实上,从各地交通拥堵的实际情况来看,所谓拥堵,除了汽车的数量偏多之外,与交通的不协调也有密切关系。因为,造成拥堵的一般都是交叉口以及办公比较集中的地方。而这些地方,长期以来,政府都没有采取切实有效的措施加以改进。如增设地下通道、改善分流环境、增加公共交通等。

相反,一些注重这些细节,特别是大力发展公共交通的城市,一般交通拥堵情况就要好得多,城市环境也要好得多。

难怪天津新政一出,就遭到网友的强烈抨击、专家的严厉批评。关键就在于天津在如何改善交通环境、发展公共交通方面的投入严重不足。特别是公共交通,可以说是包括天津在内的相当一部分城市的软肋。如果这些城市能够在建设高楼大厦、修建各种效率并不高的道路的同时,加大对交通拥堵路段的环境改善、加大对公共交通的投入力度,很多问题或许就能得到较好的解决。

所以,专家称天津的限购限行是一种“懒政”,也不为过。要想从根本上解决城市的拥堵问题,还是要解决城市的交通瓶颈问题,要多发展公共交通。譬如在交通比较拥堵的路段实施交通换乘点,让上班族能够多改用公共交通,让距离较近的居民能够改用自行车等普通交通工具等。同时,对交通拥堵比较严重的路段增加地下交通设施等,而不是动辄采用限购限行这样的行政管制手段。这样的“懒政思维”,只会让城市更加拥堵。即便交通拥堵解决了,居民的心头拥堵也会越来越严重。

(谭浩俊)

HOTSPOTS | 热点——刑辩律师的昨天、今天和明天

刑事没有辩护 法治将会怎样

文 本刊编辑部

刑事辩护作为司法制度的一项重要内容，作为刑事诉讼制度的重要组成部分，其历史要追溯到古罗马时期。该制度扎根于“尊重人的尊严”这一思想，强调犯罪嫌疑人、被告人在未经法律规定的程序判决有罪之前，被推定为无罪，而享有辩护权及其他诉讼权利，可以委托律师或其他辩护人参与刑事诉讼程序，通过充分行使辩护权，与追诉机关进行平等对抗，以维护其合法权益。该制度对于完整诉讼结构形态的构成，对于案件事实真相的查明、程序正义的实现、诉讼效率的提高都起到了一定的积极作用。

1997年新《刑事诉讼法》第一次修改后的实施，律师界有一种欢欣鼓舞、刑事辩护大发展的感觉。但是十几年来的实践告诉我们，实践和理论之间还是有差距的，法治总是在循序渐进。2012年《刑事诉讼法》修法时，全国律师界都在关注律师权益保障问题，关注十几年前的希望可否再次点燃，关注法律原则、法律制度或是具体操作程序是否有一些让人期待的进步。当然，这些进步能不能改变刑事辩护一直以来存在的这样或那样的困难，最关键的还在于法律的实施。

从新刑事诉讼法实施近一年的情况看，我们的期待没有落空，在新刑事诉讼法的修改中，几乎没有一个修改条款不涉及律师权益保障。总体而言，律师权益保障的法制建设取得了很大的进步。立法上如此之重视，实践中律师们也感受到，曾经提到的关于会见难、阅卷难、调查取证难等三难、四难、六难、十三难问题，现在很大程度上已得到解决。虽然立法与实践之间的距离仍然存在，但我们已然看到了刑事辩护的希望。

刑事辩护是当之无愧的勇者。正如鲁迅所言：“真的勇士，敢于直面惨淡的人生，敢于正视淋漓的鲜血”。当16年来刑事辩护律师数量日趋下降，刑事辩护参与刑事案件率低于10%，当李庄案、北海律师涉嫌伪证案等震惊业界时，他们在反思：中国的刑事辩护到底怎么了？中国的刑事辩护将走向何方？他们在坚守：坚守在当事人身边，坚守在辩护席上，坚守在刑事辩护的岗位上，坚守在公平与正义的第一线。如今，让我们走近他们，体会他们的辛酸曲折、微笑与泪水，感受他们坚持的力量。



【现状篇】

刑辩律师的困惑

刑事辩护涉及人的自由和生命，被律师界誉为律师业务的皇冠。刑事辩护律师也曾一度风光无限。但风水轮流转，当前刑事诉讼辩护率不到30%，且呈每况愈下的趋势，律师界尚未从李庄案的萧瑟中走出，北海律师案又让刑辩律师走进前所未有的寒冬。

引发北海律师案的是由四名律师所代理的一起普通故意伤害案件——“裴金德等故意伤害案”。在此案中，经过律师调查取证、三名证人出庭作证、被告人当庭翻供，案件审理“陷入僵局”，北海检方建议警方抓捕涉嫌犯罪的证人。三名证人被捕后，四名律师因涉嫌辩护人妨碍作证罪，分别被刑拘和监视居住。其中杨在新律师被检方正式批捕。此事件引发国内律师界声援浪潮。陈光武、伍雷、朱明勇、张凯、王兴、杨名跨等6名律师组成“北海伪证案律师团”，飞赴北海，正式启动对涉案4名律师和3名证人的法律帮助。此后，“北海律师妨碍作证案”一直风波不断。

我们没有跟踪这两起案件的最终结果，但律师团成员在北海街头的那一张合影却让人无法忽视，不能忘却。照片中：他们每人身着一件洁白的T恤，上面是4个鲜红的大字：“中国律师”。中国刑事司法的困顿和刑辩律师的执业风险，由此得以集中呈现。

不知道有多少人会去评论两起案件中的是是非非，也不知有多少人会去探究律检关系缘何发展至此，更不知有多少人在为改善控辩关系、维护律师权益默默地坚持。只是当前，我们面临的是刑辩律师纷纷转行，辩护队伍日渐萎缩，辩护质量日趋下降，整个辩护人队伍缺乏荣誉感，成就感，刑事法庭成了新出道律师的练兵场，与公诉人队伍素质日益提高形成了鲜明对比。

对此，京衡律师集团事务所主任陈有西认为，不能忽视影响中国律师业发展进程的两大历史因素：第一是中国历史文化渊源，另一个是前苏联带给中国的消极影响。

中国古代法律文化不容许私权利向公权力叫嚣，也不容许律师在刑事法庭上进行辩护，直到晚清沈家本时期，辩护制度才初步形成。古代虽有讼师、师爷，但都是官方的法律代言人。古时律师被称为讼

棍，甚至在春秋战国时期讼师是可能被斩首的。此外，传统的纠问式审讯模式也不利于法治建设。电视剧中的很多镜头都反映了中华传统法律文化，一是司法行政合一，二是刑事民事合一。由此引发了诸多问题，首先是刑讯逼供，其次是不得辩护，再次是不得上诉，最后是纠问式审讯，迫使嫌疑人自证其罪。目前，部分办案人员刑讯逼供就是深受中国古代传统文化的影响。

在前苏联法学思想中，检察院的级别较高，而我国的检察院和法院是平级的。检察院从传唤开始就可以行使刑事拘留、逮捕、审查证据、重新调查等权利，在案件审判中对律师和法官均有监督权。在这样的框架下，刑诉控辩双方的地位是不对等的，职权式、纠问式、强调刑讯逼供以及从苏联学来的控方强势，体现在第一线就是冤假错案的发生。

另外，民众的法制观念在一定程度上也影响着律师业的发展。我国恢复律师制度之后，民众对律师制度不了解，认为律师和公安、检察机关是对立对抗的关系，律师为犯罪分子辩护，是挑战司法的权威，这种观念在客观上加剧了律师在“控辩关系”处于不利地位的局面。1993年之前，律师是国家的律师，不是社会的律师，更不是民众的律师，直到律师制度改革之后，一个“维护当事人合法权益、以当事人的合法权益为最高利益”的律师群体才逐渐走入民众视野。当下，多年的普法工作逐渐收到良效，党和国家把依法治国提到新的历史高度，整个社会的法治意识普遍提高，民众开始了解律师辩护制度的设立是为了避免冤假错案，避免公民的财产、自由甚至生命被公权力随意剥夺。

虽然我国刑事辩护的现状较新刑诉法实施之前稍有改善，但过低的刑事辩护率反映出刑辩业务的发展仍然面临诸多挑战。北京市尚权（深圳）律师事务所主任林昌炽律师认为刑事辩护面临着四大困境，即控辩失衡、律师执业权利没有保障、执业风险大以及收费低廉。

针对中国刑事辩护的现状，结合刑事辩护专业化的主题，记者向律师求解破解之道。律师们既把目光投向这些外部因素，努力寻求救赎之方，也把视线转向追问律师自身的问题。



【学习培训篇】

“军帽上的军徽”

——人大律师学院刑辩班的三年

时值中国法学教育遭遇瓶颈，2010年，隶属于人大法学院的二级学院——中国人民大学律师学院应运而生。创办者暨首任院长徐建回忆，被誉为“军帽上的军徽”的刑事辩护法律业务研究班，当时全国招生却凑不够一个班的学生，而一个班只需50人。

草创之时

刑辩班“5月初公告，一周后，全国只有2个律师报名”与上市班10天内就报满100人形成巨大的反差，对于刑辩班建立时的尴尬遇冷，徐建院长并不讳言。

刑辩班不受欢迎，其实并不难理解。当时李庄事件发生，刑辩律师的执业环境进入了史上前所未有的寒冬，甚至很多律师不愿再从事刑事辩护。刑辩班报名遇冷在创办者预料之中，但他们没有因此而放弃。虽然在各种专业中，刑事辩护技术性最强、风险最大、最难教授，但刑事辩护和国家的人权保护、民主法治紧密相连，是律师的必修课，是律师的基本功。所以当时创办者们铁了心要把这个班办下去。

得知刑辩班报名遇冷的情况后，全国知名刑辩律师田文昌、陈有西、钱列阳等人也紧急动员，邀请身边优秀的刑辩律师报名参加。《中国律师》杂志首任主编、中国律师界的老前辈、曾任“林彪、江青反革命集团案”辩护组组长的张思之律师专程赶到律师学院给学员们打气，鼓励学员面对困难，走出执业困境。

就是这样的环境下，2010年9月11日，首期刑辩班如期开课，32名律师成为了刑辩班的首期学员。

首期刑辩班结业的时候，有人送来了一个匾，上面写着“17万比32”。“‘17万’，就是当时全国律师的数量。”徐建律师笑着解释道。就在这种颇为曲折、艰难的状况下，律师学院刑辩班仍然坚持办了下去。第二年，有50多人加入。第三年，报名人数达到了80多人。

同道中人

刑辩律师承受的压力很大，往往孤独前行。能够加入刑辩班的同学们好像找到了组织，非常珍惜向大状们请教学习，与同行互助交流的机会。

在课堂，同学们认真听讲、认真提问、认真交流，老师

们耐心讲授、认真解答，彼此形成良好的互动。特别是在模拟法庭，学员很快进入状态，扮演好自己的角色。而在课间，同学们也会积极主动地与老师、同学沟通交流。联欢期间，学员们各展才艺，各有千秋。而私下里，大家通过YY语音频道、微博、微信、QQ等方式，分享知识，交流思想，沟通情感。

2013年7月，刑辩班学员、内蒙古恒坤律师事务所曹春风律师在内蒙古呼伦贝尔举办“行走草原”活动。律师学院院长徐建，刑辩班老师钱列阳、韩嘉毅、张青松、陈虎等著名律师、教授和刑辩班学员参加该活动，在行走中共同起草了人大律师学院海拉尔规则，在行走中互相交流执业经验，在行走中感悟勇敢无畏的豪情。

“我为神往的人大律师学院而来，我为仰慕的刑辩老师而来。我为同道中人的相知而来，我为同道中人的相守而来。”曾经有学员感性地写下心声。

一路成长

在众多知名刑辩律师的呵护下，刑辩班成长之路逐渐变得平坦。

应律师学院邀请给刑辩班授课的，既有田文昌这样的全国著名刑事辩护律师，也有陈卫东、顾永忠这样的知名教授，还有最高法、最高检的部分业务领导。单就师资力量来说，几乎是年轻刑辩律师心中梦想的教师团队。

参加首期刑辩班的学员普遍感觉收获很大。有些学员继续参加了后面的二、三、四期学习，并向其他律师推荐该课程。有些学员学习后逐渐在各省市崭露头角，取得了骄人成绩。上海万方律师事务所主任高明律师作为首期学员，被聘为人大律师学院客座教授，是第一期至第四期的班长，为刑辩班的学习开展、团队凝聚发挥了重要作用。经过三年的发展，刑辩班如今已成为徐建院长的得意之作。他称之为“军帽上的军徽”——它是最耀眼的。与三年前招不齐学员的惨淡状况不同，如今的刑辩班已初具规模，并为中国刑辩界累计输送了400多位精英人才。

有人曾评价中国人民大学律师学院是“中国律师的黄埔军校，是刑辩律师的摇篮”，一向淡定的徐建院长只是一笑置之。刑辩班的三年是很多刑辩律师执业生涯或人生历程中一段不可抹去、不能遗忘的时光。



【专业化探索篇】

深圳刑辩律师的专业化探索

探索专业化：只做刑辩

目前，中国律师数量达23万，律师事务所近2万家，敢于宣称自己专门从事刑事辩护业务的却屈指可数。在北京，仅有尚权律师事务所一家。不少专家和律师认为，刑辩律师专业化发展是大势所趋，既有必要性也有迫切性，刑辩律师专业化发展是律师业专业化发展的重要标志。称得上是国内呼吁刑辩专业化最多的学者、中国社科院法学所所长助理冀祥德看到——只做刑辩是现实中能推进刑事辩护专业化的路径。

广东省司法厅副厅长梁震曾指出，专业化律师事务所成立之初会遇到很多困境，尤其是以刑事辩护为专业方向的律所将承受执业风险和律师费用低的双重压力，希望律师事务所依据案件复杂程度、律师工作有效时限等标准转变收费方式，解决刑辩律所和律师生存问题的同时，进一步增强律师专业素养、提升律所专业化水平，培育一批专业性强、有影响力的优秀刑辩律师。

当律师专业化发展趋势逐渐显著的时候，北京市尚权（深圳）律师事务所于2011年10月正式成立。成立人林昌炽律师认为，“当前中国整个司法系统都往专业化发展，律师不加强专业化怎能提供有效辩护？”在林昌炽律师心里，“致丽大火案”那样的刑事辩护，才是自己人生的高峰体验，正是经历了迷茫他才坚定了自己的刑辩专业方向。

尚权深圳分所成立之初，许多不同法律需求客户前来寻求帮助，但其坚守北京市尚权律师事务所创办之初定下的原则：只做刑事辩护。哪怕送上门的其他案件代理费再多，非刑事诉讼案件一概不收。新成立的尚权深圳分所因专业所发展方向所限和品牌尚未形成原因，成立之初便遇到一些挑战。但该所合伙人均认为，走专业化发展的方向是正确的，随着律师执业环境的整体改善，刑辩专业所的发展前景非常可观。

刑辩律师应走专业化道路已得到普遍共识。但刑辩律师如何走好专业化道路？恐怕还有待刑辩专业所进一步探索。

打造深圳刑辩律师的“黄埔一期”

2012年底，新刑事诉讼法及与之配套的《公安机关办理刑事案件程序规定》、《人民检察院刑事诉讼规则》、



市律协举办首届青年律师刑事辩护训练营

《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》等法律法规即将全面实施。在此背景下，深圳市律师协会举办首届青年律师刑事辩护训练营，以强化青年律师对新法的理解与正确适用，提高其刑事辩护技能，增强其刑事辩护的竞争力。

该训练营报名通知发布的10天里，全市79家律师事务所108名律师踊跃报名。最终，40名青年律师入选为学员，开展为期4天的刑辩技巧训练。新颖、先进的训练模式引起律师们的兴趣，许多未入选的律师到会旁听。

该训练营打破了传统的单一授课培训模式，采用国际通行的互动式、诊所式训练方法，通过角色转换与参与式的体验、针对青年刑辩律师在诉讼过程中较为薄弱的环节设置课程、组建强大的师资队伍为“黄埔一期”保驾护航等方式，令学员们充分掌握刑事辩护各环节的知识和技能。训练营特邀北京师范大学刑事科学研究院毛立新教授、中国青年政治学院门金玲教授、深圳大学法学院的曾月英教授、彭勃教授、北京市尚权律师事务所主任张青松律师、“为你辩护网”首席律师成安等国内知名刑事法律专家、学者，紧紧围绕案例，重点就交叉询问技能、质证技能、非法证据排除等与学员进行实战演练，令学员们在实践中学习到刑事辩护知识与技能。

科学的训练方法、有力的师资力量和针对性的课程设置，使得训练结果喜人。学员们就培训结果与自己对刑辩训练营的期望对比并予以评分，学员投票结果显示，此次训练营的期望度实现率高达百分之九十。



【典型案例篇】

把每一件刑案办成铁案

按照公安部、广东省公安厅的统一部署，结合全省“三打两建”工作，深圳市公安局经过缜密侦查，一举摧毁了香港黑社会组织“新义安”成员在深圳宝安区建立的号称“沙井新义安”的黑社会性质组织，先后抓获了组织头目陈焱东及其骨干成员102人，其中逮捕80人，刑事拘留22人，缴获枪支4支、子弹37发、涉案刀具一批，扣押、冻结涉案资产数亿元。此案是新刑诉法实施后，广东省审理的最大的涉黑案件，因其时间跨度长、涉案人员广、涉嫌犯罪行为多、案情复杂等，成为业界和媒体关注的焦点。

因该案的主要犯罪地及犯罪嫌疑人羁押地均在深圳，深圳刑辩律师具备了较高的地缘优势，超过半数犯罪嫌疑人聘请本地律师作为辩护人。此案一审庭审中，律师关于部分被告人无罪、罪轻、非法证据排除的意见受到充分重视，多名被告人的部分罪责被免于处罚，这是刑辩律师在此案中取得的首场胜利。随后，二审法院对其中的6名被告进行改判，这是刑辩律师交出的满意答卷。当然，这个结果也得益于审理法院的先行先试。

该案一审时，新刑诉法已经颁布但并未正式实施，最高人民法院尚未颁布对程序予以细化的司法解释。深圳中院为贯彻新法精神，充分保障被告人合法权益，参照新刑诉法召开庭前会议，询问辩护人是否申请对非法证据予以排除，岳某等3名被告人的辩护律师提出申请。庭审期间，法庭在讯问前4次启动非法证据排除程序，对被告人审判前供述的合法性进行法庭调查，充分保障辩护人关于罪与非罪等重大事实进行辩护的权利，并对辩护人的辩护意见是否采纳予以详细说明。此外，合议庭要求公诉机关出示被告人在看守所的体检记录，并当庭播放序文录像，依法传唤看守所法医和相关民警出庭作证。经审查，法庭当庭认定该被告被告人林某、岳某审判前的供述合法性存疑，作为非法证据予以排除，对公诉机关指控的三人贩卖500克冰毒的事实未予认定。

该案一审卷宗多达550册，二审时，为方便律师阅卷，广东高院专门在深圳中院设立办公室，指派专人逐个联系辩护人预约阅卷时间。为使被告人及辩护人在庭审时能充分质证及发表辩护意见，合议庭精心制定了庭审方案，并与检察官及辩护人各个庭审环节顺畅衔接问题进行了沟通。在二审庭审中，被告人陈某及辩护人就被强迫交易的犯罪事实提出新证据，法庭立即启动质证环节，充分保障被告人及其辩护人在法庭上依法行使诉讼权利，确保案件程序公正。辩护律师总结认为，充分运用法院严格执行新刑诉法的规定，在排除非法证据上大有可为。

专业必备：扎实基本功

北京市众天（深圳）律师事务所王子谋律师是该案其中一名辩护人，他表示，作为一名刑辩律师，首先要准确把握案情。以此案为例，王子谋为被告人提供辩护，从一审判处十二年到二审减刑两年，这个结果离不开刑辩律师对案情的反复分析，“要分析黑社会案件的特色，分析被告人在整个案件中扮演的角色，这对量刑至关重要。”其次要确定辩护方向。刑辩律师能做的是分析案件，最大化地维护被告人的合法权益，但也须依法辩护，不向被告人作虚假承诺，不“打包票”。

善于运用专业技巧，是辩护人履行辩护职责、维护被告人合法权益的有效方法之一。被告人之所以能够减刑，是由于二审法院采纳了关于被告人立功的辩护，这正是辩护人通过大量细节调查和证据对比掌握的事实。

该案另一名辩护人林昌炽律师表示，由于此前代理黑社会性质的刑事案件较少，接到案子后自己到书店买下了所有涉黑案件的书籍，仔细研究案例，借鉴经验。他认为，把专业功底打扎实，是对刑辩律师最基本的要求。刑法的思辨性，是整个法学领域中最强的，如果没有精深的理论基础、较强的逻辑分析能力，没有深入探讨刑法的个罪理论，企图与检察官在法庭上平等对抗，简直就是痴人说梦。不注重理论积累、不关注刑事法研究、不能给在法庭上处于弱势的当事人以有力的帮助，犯罪嫌疑人的合法权益就可能因辩护律师的不敬业、不专业而受到戕害。

广东圣方律师事务所的郑剑民律师带着所内的年轻律师麦源献共同为一被告人辩护。他们充分运用证据，手握“疑罪从无”的法律武器，辩护意见得到法庭采纳。二审对被告人按照“疑罪从无”的原则对一审认定的敲诈勒索罪改判为无罪。麦源献表示，能够参与代理大案要案是青年律师可遇不可求的学习和锻炼机会。前辈们丰富的辩护经验和娴熟的专业技巧值得青年律师深入学习、领会。初涉刑事业务的律师想从理论上升到实战，最直接有效的方法就是从法条开始，深入理解每一条相关的法条和司法解释。

专业智慧：处理多方关系

近年来，随着律师制度的完善与发展、新刑诉法的修改、颁布、实施以及构建法律执业共同体的呼声越来越高，律师的执业环境逐步改善，公、检、法、律的关系也日渐融洽。曾经看似关系紧张的控辩双方，也成为“职业体制上的对立关系、

法治建设中的队友关系”。

郑剑民律师表示，作为一名律师，必须具备政治敏感性，律师可以热心关注社会问题并就此发表个人观点，但不要借此炒作；观点可以有新意，但应就事论事，切忌含沙射影或者随意指责，要以包容的态度看待社会的不足和一些社会丑陋问题，在对社会事件进行评论时，应当尽可能辩证地思考。社会机制的有效运转离不开法律，但很多事情完全只靠法律也不一定解决得了。

广东省检察院公诉一处处长沈炳友认为，公诉人与律师是“形敌实友”的关系：形式上我们观点相左，立场相对，一个追究被告人的刑事责任，一个最大限度的保护被告人的合法权益；但实质上，我们追求的终极目标是一致的，就是刑当其罪。我们在总结错案时发现的规律之一，就是没有充分听取辩护人的辩护意见，没有认真审查辩护人提出的证据和主张。听取律师意见，尊重律师主张是防止冤假错案的底线。因此，公诉人与律师应当是朋友。

不可避免的是，界内也存在一些“死磕派”律师，率真、执着的辩护风格不经意的影响了律师与法官、检察官的关系。诸多律师表示，作为一名法律人，应当有一定的客观理性，应当尊重法官、检察官所处的体制与机制。法官、检察官一些办案思路与律师的观点不一致，也许有他们的无奈。但不可否认，他们是真真切切的法律人，他们的工作也很辛苦，仅这一点，就值得我们尊重，而绝不是刻意、无端地诋毁或嘲弄他们。总体来说，表现在工作上，就是除了应有的据理力争外，还要良性互动。

在推动律师与法官、检察官良性互动方面，八届律协积极行动。过去的一年多里，从查询人口信息手续简化到律师参与检察机关“十佳公诉人竞赛”评选和市、区两级法院“两评查”活动，从市律协与市检察院、市中级人民法院互访交流到签署与检察官、法官建立良性互动机制的备忘录及至工作联系机制的建立，市律协与市检察院、市中级人民法院积极探索，在构建法律职业共同体、共同推进司法公正、推动法治城市建设中共同着力，书写了深圳实践范本。

专业发展：避免执业风险

在众多法律业务中，刑事辩护是风险高、收费低的一种业务，许多律师因此望而却步。同时，一场成功的刑事辩护为律师带来的荣誉感与成就感也是其他法律业务无法比拟的。因而仍然有那么一群人坚守在刑事辩护的岗位上，感受刑事辩护的魅力。

刑辩律师面临着一定的执业风险。“在刑事诉讼中，辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据，帮助当事人毁灭、伪造证据，威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑”，这是《中华人民共和国刑法》第306条的内容，也

是悬在律师头顶的一把利剑，在律师界可谓谈之色变，法律界不少人士主张取消。林昌炽律师认为，关键不在于是否取消伪证罪。从世界范围看，任何一个国家的法律都不允许律师作伪证。但律师队伍也需要一把达摩克利斯之剑，高悬头顶，时时有危机意识，心中敲起警钟。但问题的关键是：律师涉嫌犯罪后，有没有一套公正的机制与程序，公平的罪责机制，避免让伪证罪成为职业报复的工具。

郑剑民律师认为，刑辩律师要恪守职业操守，最大限度地避免执业风险：一是在接受当事人委托时，应向当事人阐明律师正常办案的流程，预先提示诉讼风险，不得向当事人夸大其词、大包大揽；二是在办案过程中应正确处理好与公、检、法等办案机关正常的工作关系，不与办案人员进行任何案外的交，不做当事人的说客或掮客；三是在调查取证过程之中要严格遵循刑事诉讼法和民事诉讼法的程序规定，谨小慎微，不诱导证人作假证，更不要伪造证据、篡改证言；四是律师在办案过程中要掌握办案技巧和辩护策略，切忌不择手段地去替当事人开脱洗罪；五是办案过程之中要保持平和良好的心态，尽心尽力、问心无愧，不以胜败论英雄，这需要取得当事人的理解和支持；最后，针对重大、疑难、复杂类型的案件或者带有群体性事件因素的特殊案件，一定要慎重，在没有充分办案把握的前提之下，不要轻易地介入上述类型的案件，以预防不测之风险。

在具体业务中，让不少刑辩律师费尽心思的是，能否多一次会见当事人？在看守所会见时，如何才能做到既不触犯会见纪律，又问到自己需要了解的问题？怎样做到既避免武断回答当事人的问题，又给当事人实实在在的心理支持？在法庭上，如果遇到必须与检察官激烈的争执，应当选择什么样的语气？应问己方当事人几个问题？遇到旁听家属气氛紧张、有媒体采访的庭审，应注意哪些细节问题？如何做好与书记员的沟通协调工作？这些问题不甚枚举，细心、敬业的刑辩律师都进行过此类思考。

刑事司法中有太多的问题需要探讨。当你只有一个目标——把每一件刑案办成铁案，经得起任何人的质疑的时候，你的问题意识就来了，一旦脑海里有了那么多问题，你的内心就会有不解决不痛快的感觉，于是你开始在网上找答案、从同行当中汲取经验，谦虚地向我们的对手——检察官虚心学习，有一些问题一时解决不了，随着时间的推移，慢慢地都会有答案。“律师不是正义的化身，但他可以通过自己的行为来维护正义。”和他代理的有争议的案件一样，优秀的刑辩律师田文昌曾经说过这样一句有争议的话。

有律师表示，刑事诉讼辩护比较理想的状态是，法庭上律师控辩是比较均衡的，社会观念对律师是比较认同的。西方法学家有言：“一个国家是否有真正的自由，试金石之一是他对那些为有罪之人，为世人所不齿之徒辩护的人的态度。”换句话说，就是一个国家对待律师的态度就是其文明程度的晴雨表。



【未来发展篇】

新刑诉法背景下刑辩律师的出路

新刑诉法实施近一周年，刑辩环境是否有所改善？面对新的环境，深圳的刑辩律师如何进行调整，发挥自身长处，树立自己的品牌呢？

日益改善的执业环境

大多律师认为，相较于全国其他地区深圳的律师执业环境有很大改善，特别是新刑诉法实施后，深圳对一些新规定的落实是比较到位的。比如刑辩律师三难之一的会见难，特别是侦查阶段的会见难问题已基本解决。深圳市第二看守所为解决此问题，将部分会议室、提审室改建为律师会见室，律师会见室将增至20间，不少律师大呼此举是为会见“减负”。

“对于深圳刑辩律师的执业环境我是基本满意的，公检法等办案部门工作人员的素质普遍较高，在具体的案件处理过程中也相对比较规范。”广东华商律师事务所方壮毅律师这样说。作为一名在深圳长期从事刑事辩护工作、20多年的执业经历的律师，方壮毅对深圳刑辩律师的执业环境有切身的体会和较为深入的了解。就他观察，深圳办案部门人员文明执法意识、法治观念较好，律师在办理刑事案件过程中，各项工作的开展都较为顺畅，这为刑辩律师高效地投入分析案情、理顺法律关系的工作提供了保障，也为取得较好的刑事辩护效果提供了外部条件支持。他特别提到，若与其他二线、三线城市相比较，深圳在律师执业环境方面的优势很突出。对此，广东融关律师事务所陈科军律师也深有感触。他介绍说，他印象最深的是罗湖公安预审的案件，只要律师向有关部门提交了相关法律文书及通讯方式，工作人员在案件办结之后移送审查起诉之时，就会短信通知律师。“律师跟丢案件的尴尬，我想就不会发生了。”他这样说道。

低调务实的群体印象

作为我国改革开放的前沿阵地，深圳在很多领域都走在全国的前列，较为良好的法治环境也同样如此。但不少业内人士认为，京沪两地的刑辩律师已形成气候，而深圳乃至广东地区的刑辩律师尚未形成品牌效应。

在徐建律师看来，北京、上海的刑辩律师知名度已非常高，而深圳的则稍逊一筹。他认为，一是深圳的小环境

对刑事辩护的重视不够，且缺少本地专业所、品牌所，即便是刚成立的尚权所，也是北京的分所；二是刑辩业务收费低，在务实重利的大环境下，如果刑辩收费标准不变，很难吸引更多有实力的律师投身该领域。也有律师提到，深圳律师业发展迅速，目前行业竞争较为激烈。与此同时，“散兵游勇”式的业务发展模式难以形成规模化发展效应，在一定程度上阻碍了深圳律师的扩张发展。

有律师分析认为，北京刑辩律师能够“一枝独秀”，一方面北京是中国政治、文化、权利的中心，司法资源和学术资源相对丰富，北京律师可谓占据一定的地缘优势；另一方面北京、上海律师自身的辐射能力也不容小觑，北京地区不乏诸多著名刑辩律师，其“水平高、敢讲话、有背景”的风格也深入人心。而上海作为国际化大都市，刑辩律师较其他省市具有更为开阔的国际化视野，且上海律师受海派文化影响深刻，形成了技术精细、务实高效律师风格。

深圳是一个“移民城市”，基本属于陌生人社会，对深圳刑辩律师而言，更多的奉行明示的法律规则。深圳经济的腾飞推进市场经济的发展和新兴领域的持续萌生的同时，也令各种传统犯罪案件以及新型犯罪案件滋生其中，这对于刑辩律师来说，可以说既是机遇，也是挑战。

方壮毅律师表示，面对数量如此庞大的传统、新型犯罪案件，深圳刑辩律师与全国刑辩律师一样，都兢兢业业、专注于案件的法律分析及解决。但相较于北京、上海等地的刑辩律师，尤其是相较于那些主动或被动贴上标签的刑辩律师，深圳刑辩律师最为显著的特点就是务实与低调。

这几乎成为一种共同的群体印象：深圳刑辩律师更加侧重于自身工作的良好开展，而不注重或不愿意过多地暴露在公众尤其是媒体视野中。过度的营销、过多的媒体宣传并非深圳刑辩律师的群体偏好，他们更愿意在具体的案件办理过程中通过细致的刑辩工作使案件获得良好的解决，维护委托人的合法权益。陈科军律师认为，相对而言深圳刑辩律师具有南方人的低调含蓄，又不乏经济特区的务实创新、激情张扬的作风。深圳律师的优势体现为做事大胆而不乏细腻，劣势体现为低头拉车而不抬头看路。

深圳不乏优秀的刑辩律师，但因为刑事辩护风险高、

收费低，许多有能力的律师选择了转型，不做刑辩，或者静悄悄地做，不事张扬。这种静悄悄意味着律师不以刑辩为荣，他们或在刑辩上取得实质的效果，或取得实际的经济收益，但均不为社会公众所知晓。

在采访过程中，许多律师都认为，深圳并非没有优秀的刑辩律师，只是岭南人内敛实干的个性很大程度上导致深圳律师的宣传力度不够，社会关注度不高，所以没有形成品牌效应。与北京律师的大气、上海律师的精细相比，一名被访深圳律师勾勒出他心中岭南派律师的风格：多谋善断、低调务实、稳健谦和。

内修外扬的发展趋势

作为经济特区，深圳其实有着巨大的法律服务市场。深圳的法治建设较为完善，无论是政府的政策层面还是执法人员的执法观念层面，都为刑辩律师提供了较为宽松的执业环境。故深圳刑辩律师在未来依然是大有可为。

“深圳刑辩律师不仅要加强自身业务学习，不断提高业务水平和能力，还要加强宣传力度。”广东鼎方律师事务所马学平律师如是说。他认为，律师要摒弃办关系案、交易案，要靠水平和能力办案，要敢于办理大案、要案，要敢于宣传，充分利用报纸、电台、网站、微博、微信等媒体及平台，不断扩大深圳刑辩律师的影响力和知名度。

徐建律师也提到，低调就出不了大律师。在遵守职业道德和行为准则的前提下，合理利用新闻媒体，加强宣传力度，增强社会关注度，既能提高事件透明度，保证案件的程序公平，又能展现了刑辩律师的风采。

有律师称，被检察机关进行职务犯罪侦查的犯罪嫌疑人聘请律师的比例一般为90%。其中，70%的律师到检察机关侦查部门主要关心案件进程，20%的律师主要关心涉嫌的罪名和涉案金额大小，只有10%的律师比较关心案件的主要事实和相关证据以及法律依据。而被公安机关侦查的案件中，只有30%的犯罪嫌疑人聘请了律师，其中只有不到10%的辩护律师到侦查单位了解“案件有关情况”。

从行业发展的角度，马学平律师提出了他的建议。首先，应当积极推进律师收费标准的修改，大幅提高律师办理刑事案件的收费标准，让优秀刑辩律师合法地取得较高收入，鼓励更多的优秀律师加入刑辩律师队伍行列；其次，市律协积极采取各种措施，更多地开展刑事辩护专业培训，通过组织开展辩论赛、每年评选优秀刑辩律师等方式，培育一批优秀的刑辩律师和品牌律师事务所。

方壮毅律师同时提到，近年来由于深圳律师业发展迅速，刑辩领域出现了个别违规现象，这在所难免。对此，市律协应继续加强行业监督、引导，并为刑辩律师提供应有的保护。刑辩律师从个人发展角度，则应保持不断学习，刻苦钻研专业知识，努力提升自身业务能力，掌握国

家最新刑事政策，准确把握当前的社会特点和国家政策，同时不断提高自己的道德品行。穷则独善其身，达则兼善天下。只有通过内外兼修，作为个体的刑辩律师才能获得长足的发展。

对新刑法后时代的期待

修改后的刑事诉讼法确立了律师在侦查程序中的辩护人身份，并且就律师会见、了解案情、获取相关证据信息和安全保障等做了相应的规定，这被视为此次修法的进步之一。新新刑法实施近一周年，侦辩关系现状如何？

此前会见难、阅卷难、调查取证难的刑事辩护“三难”问题在大多数地方已不再令律师深受困扰。杨帆律师对记者说，“2012年初刑事诉讼法通过之前，公检法等部门联合发文就已经彻底解决律师会见、阅卷难等问题。”在很多刑辩律师看来，刑事诉讼法修改之后，律师执业环境一路改善。林昌炽律师认为，在宪法层面上，审判机关、检察机关和侦查机关“互相配合、互相制约”，但在司法实践中，实际是三机关“配合有余而制约不足”。律师在诉讼中为维护当事人的合法权益，同时也对侦查权、检察权、审判权形成最有效和最直接的制约。

对于刑辩律师的执业环境，蔡华律师此前曾表示“刑辩律师执业环境的改善不完全是靠等，还要积极地去争取”。在他看来，律师要有主观能动性，权利是争取来的，不是悲情等待他人的施舍，更不是愤青式地要挟。律师要不断地提高自身的形象、素质，还要有很强的自律能力和反省能力。在这个过程中，律师要学会耐心等待、积极准备、寻找机会。

（专题采写：特约记者 古丽 闫军）





【百家争鸣】

学者、律师眼中的刑事辩护

刑事辩护业务作为律师最古老的业务，不论律师业细化发展到何种程度，刑事辩护仍是律师业务最重要的主题。自1997年新刑法、新刑事诉讼法颁布以来，律师在刑事辩护中的执业风险成为阻碍律师刑辩工作开展的最大难题。几乎每个从事刑事业务的律师都经历了兴奋——茫然——失望——绝望几个阶段的转变，特别是社会对刑事辩护律师缺乏了解，甚至多有误解的现状，更使律师刑事辩护业务雪上加霜。时代造英雄。笔者认为，名英为大，是指中国刑事辩护律师事业之大；名其为大，是指立志于刑事辩护的律师高尚情操、高峰亮节和博大胸怀。他们有的放弃优越的仕途专注于律师行业；有的不顾生命安危坚守职业操守；有的虽处逆境却自强不息。我们在与刑辩律师沟通时，许多律师自谦自己不是什么大律师，着实让人可敬。但笔者认为在这个谈“刑”色变的环境下，能致力于刑事领域的研究、探索，并为捍卫法律的尊严，为维护当事人合法权益而鞠躬精粹的律师，我们称之为大律师，为过吗？当然，笔者无意争论“大律师”或者“小律师”该如何划分，笔者以为：那些在各自专业领域，尤其是刑事领域辛勤耕耘的律师，在我们的心中皆为大律师，我们的律师增加了，队伍是大了，但刑事领域的律师队伍仍需要壮大。

——摘自《中国刑辩大律师》

大家知道“木桶理论”，即一个木桶能容纳多少水，取决于最短的木板，若这只桶的木板中有一块不齐或者某块木板下面有破洞，这只桶就无法盛满水。今天我们把法治建设比作木桶，这个木桶的短板是人权；如果我们把法律比作木桶，最短的木板是被告人的权利。由此推之，被告人的权利提高了，我们所有权利也将整体相应地提高。我觉得法律人能否有这样的共识：我们刑事辩护律师无论遇到了怎样的压力，不管是来自政府的压力，还是证人不敢出庭作证，或者是刑辩律师不敢找证人等等，都要与其他法律人一起，在中国法治社会建设的事业中形成共识，统一起来，团结起来，推进法治建设向前发展。

——北京市天达律师事务所钱列阳律师

就中国目前的刑事辩护制度而言，个人认为其将面临着三个转变：第一个转变就是从非专业辩护转向专业辩护。这个转变要求律师行业要建立健全准入制度，由获得准入资格的辩护律师从事刑事辩护业务。第二个转变就是从个别辩护转向普遍辩护。这是基于我国16年来刑事辩护律师日趋减少的现实而提出的观点。有了普遍辩护，才能谈得上有效辩护，才能谈上推进国家法治建设的进程。如果不解决普遍辩护的问题，我国要实现依法治国、法治国家的目标还有很长的路要走。第三个转变就是从普遍辩护转向有效辩护。个人认为，我国不仅要提高刑事辩护率，还要提高刑事辩护的质量。有效辩护至少有两个内涵：一是由适格辩护人提供有效的辩护；二是通过立法完善适格的辩护人提供有效辩护的相应制度。

——中国社会科学院法学研究所所长助理冀祥德





【且行且思】

刑事辩护就是一种修行

文 中国法学会《民主与法制》总编辑 刘桂明

面对这种苦，我们每一位刑辩律师必须选择坚持乃至坚守。因为面对危机而找到契机、面对磨难而不畏艰难，面对风险而发现风光，正是刑事辩护的魅力所在。“沧海横流，方显英雄本色”，或许正是因为刑事辩护的艰难与磨难，才能不断锤炼与提升刑辩律师的本领和能力，才能不断彰显与体现刑辩律师的功能与价值。

友人给我推荐了一本名为《人生就是一场修行》的书，读后既让我浮想联翩，更让我受益匪浅。

这本书，看起来封面淡雅、内容朴素、阅读轻松，但书名深刻、寓意深邃。本书以十三个章节的思路切入，分别介绍了人生的十三个重要问题。其大量生动有趣的故事和画龙点睛的点评，使读者在轻松阅读的同时，得到了许多有益的人生启迪。它告诉我们：人的一生要做很多事，做事的过程就是修行。成长、爱情、事业、婚姻、生子等等，这些都是我们的人生大事。有些是我们喜欢做的，有些是我们必须做的，当然，也有些是我们根本没必要做的。于是，舍弃就成了一种修行。为何舍弃？如何舍弃？舍弃为何？舍弃是一种选择，是一种修行。世间种种皆为修行，每一次经历都是一种修行，每一种结果都会使你得到提升。人生就是一场修行，生命未到终结时，修行就不会结束。认真过好生命中的每一天，做好该做的每一件事情，这就是真正的修行。人生苦短，到修行结束的那一天，我们都会感谢人生让我们成长，感谢修行让我们成熟。

应当说，这是一部值得推荐并阅读的书。正如本书编者所言：如果你希望摆脱平凡的生活，如果你想追求卓越的品质，如果你想探索成功的奥秘，如果你想充分地发展自我，但是又苦于找不到突破点，那么，请你试着把《人生就是一场修行》放在你枕边，在闲暇无聊或苦闷彷徨的时候，打开它。因为《人生就是一场修行》会给你指导！

但是，不知何故，合上书本，我却想到了有关刑事辩护这个话题。

16年前，时任《中国律师》杂志社总编的我，特别刊发了一篇“首届全国十佳律师”马军撰写的有关刑事辩护的心得体会。我为其修改了一个标题，那就是《刑事辩

护：律师成名的摇篮》。在我看来，刑事辩护，不仅仅是律师成名的摇篮，更是律师成长的阶梯、成功的载体。受命于危难忧烦之际，效力于是非曲直之间的刑辩律师，不论是充分利用证据还是灵活运用程序，不管是担任被告人的辩护人还是担当被害人的代理人，都是在以自己的法律智慧和专业技巧，力求变被动为主动，变复杂为简单，挽狂澜于既倒，化腐朽为神奇，从而真正维护当事人的合法权益。

在许多局外人看来，刑事辩护是一个非常有意义的职业，也是一项非常有前途的事业。但是，在当下的律师界却是一个众所周知、忧心忡忡乃至谈虎色变的话题。对律师们来说，刑事辩护可能是一项为之需要忍受、弃之必然难受的业务。说它是一种专业吧，做律师的还需要面对更多的专业以外的难题；说它是一项事业吧，又让律师体会不到荣誉感；说它是一种责任吧，感觉在法律上只是说说而已；说它是一种使命吧，有关政法机关既不配合又不买帐，甚至还刁难打击。于是，对于刑事辩护业务，有些律师开始另作打算了，有些律师从此偃旗息鼓了，有些律师已经转移战场了。

尽管如此，我还是希望人们从我们曾经崇尚的法律职业追求与人生境界意义的角度来理解刑事辩护事业。

其实，刑事辩护就是一种修行。所谓修行，就是修炼自己的言语与行动。在心理学上是指具有自我意识的客观存在，为了实现自主进化这一目的而主动对自身施加的一系列约束的总称。释迦牟尼说，人生是苦，而这个苦是可以解脱的，这个解脱的过程就叫修行。修行是一条道路，一条通往人类内心最深远处的道路。而在这条道路的尽头，我们可以找到一种智慧，这种智慧能让我们了解到生命的真谛，使我们的生命自动达成充满了

► 中国的刑事辩护律师面临的现实大概也相差无几。尽管执业环境正在不断改善，刑事辩护的艰难与磨难仍然在不断地拷问与考验着年轻的中国刑事辩护律师。与德肖微茨这样的美国律师对比，实际上，中国的刑事辩护律师更苦，更值得尊敬。

喜悦的圆满状态。

说起刑事辩护这个话题，恐怕所有从事刑事辩护的律师都会叹声一言难尽。无论是刑辩护律师在依法会见时碰到的冷遇还是在依法阅卷时受到的冷眼，不论是其在依法取证时遇到的“306条”冷门或者是每一位刑事辩护律师面临的职场生存压力，我们知道，做一个刑事辩护律师究竟有多苦。当然，其中也有历经千辛万苦获得成功的喜悦万分，也有历经千难万险终于脱险的如释重负。

美国著名律师艾伦·德肖微茨教授曾语重心长地对美国律师同行说：“没有一个头衔能比刑辩律师更崇高可敬的了！”同时，他也常常告诫后来者，成功地给被告人辩护的刑事辩护律师永远也别指望有一天会有专为律师设立的诺贝尔奖金。任何一个社会中，为有罪之人及世人所不齿之人进行辩护的律师都可能面临种种非议。人们会怀疑他们的动机，会认为他们忠于委托人的利益甚于社会正义，社会舆论会将委托人的不良行为和他们的辩护律师联系在一起而将律师当作祸乱之徒。于是，刑事辩护律师常常会遭遇怀疑、责难、非议、打击、迫害甚至被非法追究。

在这方面，中国的刑事辩护律师面临的现实大概也相差无几。尽管执业环境正在不断改善，刑事辩护的艰难与磨难仍然在不断地拷问与考验着年轻的中国刑事辩护律师。与德肖微茨这样的美国律师对比，实际上，中国的刑事辩护律师更苦，更值得尊敬。

面对这种苦，我们每一位刑事辩护律师必须选择坚持和坚守。因为面对危机而找到契机、面对磨难而不畏艰难，面对风险而发现风光，正是刑事辩护的魅力所在。

“沧海横流，方显英雄本色”，或许正是因为刑事辩护的艰难与磨难，才能不断锤炼和提升刑事辩护律师的本领和能力，才能不断彰显和体现刑事辩护律师的功能与价值。

已经圆寂的台湾圣严大师曾经说过这样一句话，既有佛理，也有道理：“生活中难免出现逆境，我经常劝勉大家，处理棘手的问题时，应该坦然地面对它、接受它、处理它、放下它；也就是说，遇到任何困难、艰辛、不平的情况，都不逃避，因为逃避不能解决问题，只有用智慧把责任担当起来，才能真正从困扰的问题中获得解脱。”

毋庸讳言，当前刑事辩护律师的生存环境不容乐观，其虽未陷入绝境，但也确实处于困境之中。但是，正如事物发展客观的规律，事物的发展是前进行和曲折性的统一，困境的出现是正常的。我们不必讳言，也无需太过担

忧。如何在困境中发挥自己的作用方是问题的关键，简而言之就是律师应当确定自己在刑事辩护中追求怎样的结果。是效果还是效能？效果只是表面的掌声、一时的赞誉，而效能则是一个优秀的刑辩律师在制度框架下实现符合各方利益要求即社会、当事人和律师三方都有益

的结果。而对于不利的现实，如果无可更改，那就改变自己的心态，努力做到像圣严法师说的那样：面对它、接受它、处理它、放下它。

有鉴于中国刑事辩护律师的处境和环境，我曾在6年前总结了“中国刑事辩护律师之‘最’”：始终从事刑事辩护业务的是张思之律师，专门从事刑事辩护业务的是张青松律师，基本从事刑事辩护业务的是汤志赞律师，主要从事刑事辩护业务的是翟建律师，率领从事刑事辩护业务的是田文昌律师，成名于刑事辩护业务的是钱列阳律师，兼做刑事辩护业务的是李贵方律师，兼职从事刑事辩护业务的是顾永忠律师，还有偶尔从事刑事辩护业务的、不想做刑事辩护业务的、不爱做刑事辩护业务的、不会做刑事辩护业务的律师等等。

当刑事辩护逐渐被视为例行公事而使不少法律人走过场的时候，当刑事辩护变得四面楚歌而使不少律师逃之夭夭的时候，当刑事辩护率在全国所有刑事案件中只有不足30%的时候，却有越来越多的律师不仅义无反顾地将自己的专业方向定位于刑事辩护，比如林东品律师领衔的上海博和所、徐宗新律师带队的杭州靖霖所、以薛火根律师为主力的江苏致邦所等等。在他们看来，尽管刑事辩护很苦很难，但前景依旧一片光明。只要专业选择对路，只要业务开拓对头，刑事辩护的专业化必然对口。只要激情还在，只要理想不灭，刑事辩护的光荣与梦想就将在信念中坚定前行。



智能终端图形用户界面保护的现实路径

文 广东都源律师事务所 王小敏律师

为应对与三星的第二次专利大战，苹果在近期递交法院的声明中，将三星最新的智能手机Galaxy S4也加入到22款申请禁售的产品行列中。苹果认定这些产品侵犯了IOS用户界面设计专利。此前，苹果也曾因三星的TouchWiz系统设计侵犯其D627790号“屏幕显示的图形化用户界面”等专利而将三星诉至法院。

在移动互联网及智能终端飞速发展的今天，图形用户界面的使用范围已经从传统的计算机设备扩展到智能手机、平板电脑、智能电视等设备中。智能终端厂商不仅越来越重视产品的外观设计，而且对产品的系统界面也在不断美化和优化，并相继打造自有特色的图形用户界面系统，比如小米的MIUI系统、魅族的Flyme系统、老罗的锤子系统、华为的EmotionUI等。众多基于谷歌Android等源系统的设计开发说明，图形用户界面逐步发展为竞争的核心要素。苹果诉三星图形用户界面专利侵权案件敲响了警钟，图形用户界面的保护亟需引起智能终端厂商们的重视。

何为智能终端及图形用户界面

智能终端是指具备开放操作系统的移动终端，支持用户安装和卸载各种应用程序，并提供开放的应用程序开发接口以供第三方开发应用程序，通常与移动应用商店及应用服务器紧密结合来灵活地获得应用程序和数字内容，常见的如智能手机、平板电脑等。智能终端主要分为移动通信智能终端、多媒体智能终端、家居智能终端、其他智能终端等。本文所称的智能终端主要指智能手机、平板电脑等移动电子设备。

图形用户界面(Graphical User Interface, 简称GUI), 又称图形用户接口, 是指采用图形方式显示的计算机操作环境用户接口, 即指供使用者在使用计算机设备、软件时与计算机系统进行信息数据交换的各种媒介。相对于早期计算机使用的命令行界面, 图形界面更为简便易用。GUI的广泛应用是当今计算机发展的重大成就之一, 它极大地方便了非专业用户。从此不再需要死记硬背大量的命令, 取而代之的是可以通过窗口、菜单、按键等方式便捷地操

作计算机。本文所称的图形用户界面主要指智能手机、平板电脑等电子消费产品的GUI。

智能终端GUI在境外的保护现状

信息技术发达的国家和地区, 如美国、欧盟、日本、韩国等已先后建立了产品界面外观设计保护制度。

美国对GUI的外观设计保护始源于20世纪80年代中期, 当时Xerox(施乐)公司曾就几项计算机软件图标成功进行了外观设计专利申请, 开启了美国对GUI进行外观设计保护的序幕。但此后的过程并非一帆风顺, 在Xerox成功申请该几项外观专利不久, 美国专利局就收到了不同的反馈意见, 认为利用外观设计专利对计算机软件图标进行保护侵蚀了传统的著作权保护领域, 该意见得到了政府支持, 美国专利局此后便开始不予受理类似的计算机软件图标的外观设计专利申请。1989年, 美国专利局局长甚至明确地表示计算机软件的图标不能受到外观设计专利的保护。直至90年代中期, 美国专利局才对计算机软件图标申请外观设计专利的态度发生转变。美国1996年7月颁布的《专利审查指南》(第2次修改版)在外观设计的客体部分, 专门增加了“计算机形成图标的审查指南”一节。美国专利商标局公布Computer-Generated Icons(计算机形成图标)的审查标准, 确定ICON(图标)、GUI以及计算机字型都属于外观设计专利的法定标的, 设计者或发明人可将使用者接口(UI)、GUI或计算机字型申请外观设计专利, 或是将GUI中的任何一个ICON(图标)单独申请外观设计专利。从此, 计算机软件图标在美国受到了外观设计的法律保护。美国在2006年7月修订的《专利审查指南》中还增加了“changeable computer generated icons”(可变的计算机形成图标), 根据该规定, 在观察过程中外观有变化的计算机形成图标, 也能够受到外观设计的保护, 即允许动态图标成为外观设计保护的客体。

可以说, 美国对GUI的外观设计保护基本是出于迎合大公司的需要, 比如Xerox、微软等。且该保护是多方位的保护, 并不排除对某些GUI进行著作权、商标权等权利的

重叠保护。

此后，欧盟引入GUI及ICON的外观设计专利保护。欧盟在2001年颁布的《欧共体外观设计保护条例》中创立了“共同体外观设计权”，并引入了“非注册式共同体外观设计”（Unregistered Community Design, UCD）和“注册式共同体外观设计”（Registered Community Design, RCD）。根据该条例，申请人提交一份申请就可以在整个欧盟范围内获得外观设计专利保护，并且在所有成员国具有同等权利。该条例对“外观设计”的定义是指产品的整体或者部分外观，这些外观是由产品的线条、轮廓、颜色、形状、质地和/或由产品本身的材料和/或产品装饰等特征构成，而“产品”是指任何工业或手工制品，其中包括将组合成复合型产品的包装、装订、图表符号以及印刷字体，但不包括计算机程序。可见，图表符号（graphical symbol）为可受保护的产品范围，从而为GUI获得外观设计保护提供了法律支持。

根据《欧共体外观设计保护条例》，欧盟对外观设计不进行实质审查，但也并非全盘保护，只有当外观设计符合新颖性和独特性时才能受到保护，而且欧盟外观设计专利保护的客体只是“设计”，而不是产品本身，并将计算机程序排除在产品之外，该规定引发了广泛争议。但无论如何，欧盟对外观设计进行单独立法，并对GUI进行外观设计保护的举措值得其他国家学习和借鉴。

此后，日本、韩国等也相继引入GUI及ICON的外观设计专利保护。加拿大、巴西、澳大利亚等国家分别于2004年、2005年和2010年开始将电子屏幕上显示的GUI和ICON纳入外观设计专利的保护范围，甚至印度尼西亚、墨西哥和俄罗斯等新兴发展中国家也对某些特定形式的电子屏幕GUI以本国自有的方式提供了保护，例如要求设计须与其设备载体在一起才能获得保护等。我国台湾地区在最新修订的专利法中也将GUI及ICON列入外观设计专利保护制度之中，新法于2013年1月1日起正式施行。

尽管在保护的范围上有所差别，但至少智能终端GUI在境外很多国家或地区有了法律的保障。

智能终端GUI保护在我国面临的困境

我国目前的专利法没有涉及智能终端GUI的外观设计保护问题，在专利审查指南中也拒绝以外观设计专利对智能终端电子产品的GUI进行保护。外观设计保护在中国一直以来被解释为仅涉及物理产品，排除了需要在特定的条件下才能看得见的设计，或者产品通电后显示的图案设计，比如智能手机和平板电脑的电子显示屏幕等。这与当今世界许多先进国家的立法趋势截然不同。

虽然因外观设计专利申请不进行实质审查，企业可以

► 我国目前的专利法没有涉及智能终端GUI的外观设计保护问题，在专利审查指南中也拒绝以外观设计专利对智能终端电子产品的GUI进行保护。外观设计保护在中国一直以来被解释为仅涉及物理产品，排除了需要在特定的条件下才能看得见的设计，或者产品通电后显示的图案设计，比如智能手机和平板电脑的电子显示屏幕等。这与当今世界许多先进国家的立法趋势截然不同。

利用该漏洞申请GUI外观专利，实践中也有部分获得授权的案例。然而一旦GUI专利权人要求行使其专利权，则必将引起专利局对其专利的进一步审查，导致其即使获得授权也无法在实践中得到有效保护。因此，令我国GUI通过专利法得到实质保护依然是个看似遥远的梦想，这是目前智能终端GUI保护在我国面临的困境。

因为缺乏专利保护，我国图形用户界面设计者的权利往往得不到有效保护，这不得不说是一种遗憾和无奈。北京久其软件股份有限公司诉上海天臣计算机软件有限公司计算机软件用户界面侵权一案中，因原告无法获得用户界面的外观专利权，只能以侵犯著作权为由提起诉讼。法院判决认为，原告的《久其软件》用户界面各构成要素的选择、编排、布局，仅仅是一种简单的排列组合，并无明显区别于一般图形用户界面的独特之处，不具有独创性，不受著作权法保护；且原告的《久其软件》源程序、目标程序与被告的《天臣软件》源程序、目标程序均不相同，最终判决被告不构成侵权。

法律的缺失还会导致司法实践的冲突。深圳市普联技术有限公司诉深圳市吉祥腾达科技有限公司、张亚波侵犯计算机用户界面著作权纠纷案中，深圳市中级人民法院认为两者的用户界面在设计风格、内容布局、表格形式等方面大部分内容相同，应认定被告的操作界面部分抄袭剽窃了原告享有著作权的作品，其行为构成侵权；但该案二审程序中，广东省高级人民法院则认为用户界面是否构成我国著作权法所保护的作品，应当根据用户界面具体组成予以客观分析。用户界面菜单中命令的名称及按钮的名称均是操作方法的一部分，操作方法不受著作权法的保护，至于执行用户界面有关命令后显示的对话框、窗口等要素均是程序设计者在设计用户界面时共同使用的要素，不具有独创性，也不应该获得著作权法保护。据此，高院认为原告主张权利的用户界面不符合我国著作权法关于作品独创性的要求，不受我国著作权法保护，被告不构成侵权。

为跟上世界发展趋势，提升我国外观设计的保护力度，同时避免司法实践中的冲突，笔者希望国家能从立法层面对专利法进行修订，并修改专利审查指南，将外观设计保护延伸至电子屏幕设计，这样才能使我国众多的智能终端厂商的GUI设计得到强有力的法律支持。

我国智能终端GUI保护的现实法律选择

既然我国法律对GUI的保护没有直接规定，那么智能终端厂商是否就没有办法保护其GUI设计了呢？

显然不是。在现实当中，企业可积极依据著作权法、商标法、反不正当竞争法等法律保护其GUI设计，但具体选择何种法律保护路径，还需要结合自身设计特点进行综合考虑。

选择著作权法保护

虽然著作权法及其实施条例都没有关于保护GUI的条款，计算机软件保护条例中也找不到关于GUI保护的任何规定。但从理论上来看，GUI还是可以作为图形作品、汇编作品或美术作品受到保护。比如，GUI中的ICON（图标），其设计往往具有自身特色，能够以此区分不同的厂商。GUI设计者可以将具有独创性的界面要素如ICON等按照图形作品进行著作权登记，也可以对GUI的整体设计按照美术作品或者汇编作品进行保护。

如果按照美术作品进行保护，则要求具备较高程度的艺术创造性；如果按照汇编作品进行保护，则必须对界面要素的选择、编排、设计等体现独创性。但智能终端GUI设计是否符合著作权法的保护要求，需要通过个案加以判断，且只能在个案当中由法官依据对著作权法等相关法律法规的理解进行自由裁量。例如，在百度诉北京珠穆朗玛网络技术有限公司等不正当竞争和侵犯著作权一案中，法院就认为原告的搜索页面属于汇编作品，受著作权法保护。理由是搜索页面系原告百度编排和设计，百度为此付出了创作性劳动，因而享有著作权。

另外，智能终端设备GUI的正常运行通常还需要后台的系统软件进行支撑，企业可对相关软件进行软件著作权登记以更好地实现法律保护。

选择商标法保护

智能终端的GUI是界面各种要素的组合，包括视窗、桌面、图标、菜单等，尤其是ICON（图标），通常能够区分不同的设计者，具有显著性，可以在相关类别上注册成为商标。对于既符合著作权保护要求又符合商标法保护要求的界面要素，设计者可以通过著作权法和商标法进行双重保护。

另外，设计者在将具有显著性的界面要素注册为商标后，还可以在具体的使用中加强宣示，以助于其后进行商标维权，比如在产品的GUI上设置其商标或商业标识等。

选择反不正当竞争法保护

反不正当竞争法第五条第（二）项规定，擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品，构成不正当竞争。设计者可以依据该法条对其GUI设计进行保护。



司法实践中，特别是在电子产品行业，遇到侵权事件当事人通常都会以构成不正当竞争为由提起诉讼。但是要证明GUI设计构成“商品特有的包装装潢”难度较大，原告对此要负主要的举证责任，实践中可能会遇到障碍。

国内法律保护之外的其他策略安排

除了上述法律保护路径之外，笔者认为，智能终端厂商还可以从以下三个方面进行策略安排对GUI设计进行保护，以弥补国内法律保护力度不够的缺陷。

积极进行境外专利申请

既然目前在中国GUI设计还不能通过专利权进行保护，智能终端厂商可以先在其他能够受专利权保护的国家和地区申请专利，以防止自己的GUI设计在这些国家和地区被抄袭或侵权，同时还可以起到固定专利申请优先权的作用。比如智能终端厂商可在美国、欧盟、日本、韩国和台湾等电子信息产业非常发达的地区申请专利。在这些地区进行专利申请对国内企业开展国际化业务具有重要的市场价值。据了解，目前华为、百度、腾讯等国内企业在境外都积极地进行GUI设计专利申请。

针对性的撰写GUI专利申请文件

在境外进行专利申请时，需注意根据各国或各地区相关的法律法规。智能终端厂商应有针对性地撰写GUI专利申请文件，并依据实际情况权衡专利申请的数量和主要关注点等多方要素，以战略性和前瞻性的眼光进行专利保护布局，对GUI设计实现更为周密的保护。

及时调整保护策略

实时关注专利法、著作权法、专利审查指南等法律法规及其最新修订动态，关注业界领先厂商如华为、百度、腾讯等企业的知识产权保护方式，密切关注国内的立法动态、司法保护实践，以及业界厂商的发展，及时调整涉及GUI设计的保护策略。



法律观察

浅议职业病患者的民事侵权赔偿请求权

文 北京市中银（深圳）律师事务所 陈东文律师

职业病，是指用人单位的劳动者在职业活动中，因接触粉尘、放射性物质和其他有毒、有害物质等因素而引起的疾病。随着工业化进程日益加快，由职业危害所引起的工伤事故也就无法避免，成为常见的一种人身伤害事故，其中职业病在工伤事故中的比例呈增长趋势，严重危害到劳动者的身心健康。目前，我国关于职业病患者民事赔偿部分，在全国各地法院判例中呈现不同的判决，有将职业病赔偿仅限于社会保险工伤补偿，也有支持民事补充赔偿，即使职业病案件支持民事补充赔偿，其民事补充赔偿项目和计算标准也各不相同。司法实践中，有关职业病案件的程序、实体实务操作极不统一，亟待规范。

我国职业病患者请求民事侵权赔偿的困境

“职业病人享受工伤待遇后，是否还有民事赔偿请求权”这一问题，虽然相关法律已经有明确规定。但司法实践中，法院保护职业病人的民事权利很不乐观，甚至对实体还没有审查就驳回程序上的请求权，严重损害了职业病人的合法权益。笔者认为，职业病人不仅具有程序上的请求权，更有实体上赔偿的可能。至于能否实现赔偿，还要分析民事侵权构成要件后，最终做出结论。

职业病患者民事侵权赔偿请求权有关诉讼程序问题

民事侵权赔偿项目是否应在劳动仲裁中列出？根据现有劳动争议纠纷的仲裁机制，民事赔偿显然不属于劳动争议处理事项，因此是否有必要在劳动仲裁程序中就民事赔偿请求事项列明呢？笔者认为劳动者在劳动仲裁中提出的申诉请求是否包括民事赔偿项目，已经并不重要。实践操作上，笔者建议在劳动仲裁程序中的申诉请求将工伤保险待遇项目和民事赔偿项目共同列出，劳动仲裁裁决结果暂且不论。能够在劳动仲裁中将民事补充赔偿项目请求一并提出，对案件的调解和解和案件下一步的法院立案争取到了很多有利空间。

法院是将工伤保险待遇与民事侵权赔偿分别立案受理还是合并为一诉受理？最高人民法院《民事案由规定》将工伤事故分别在第一部分“人格权纠纷”中规定为“工伤

事故损害赔偿”，同时又在第六部分“劳动争议、人事争议”中规定为“工伤保险待遇纠纷”。这两类案件都源于工伤事故这一法律事实，在审判实践中，常常存在对这两类案件的性质、法律适用、赔偿项目及标准、适用关系等认识不清、相互混淆等情形。

在广东省地区，根据《广东省高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》（粤高法发[2002]21号）第二十八条可知，不论劳动者有没有在劳动仲裁中提出民事补充赔偿项目申诉请求，只要在法院受理职业病劳动争议案件后，劳动者向法院增加了民事补充赔偿项目的诉讼请求，法院可以一并在该案件中进行审理。下级法院如果完全接受广东省高院的指导意见，诉讼程序上所面临的困惑和尴尬将迎刃而解。从案件类型上来说，一个案件不需要分割为两个案件来处理，不需要一个审判庭审理工伤保险待遇纠纷、另一个审判庭审理民事补充赔偿，两案将在一个审判庭一并进行审理；从案由上来说，劳动者在一审法院最初立案，案由必然确定为工伤保险待遇纠纷，案件受理后增加民事补充赔偿项目的诉讼请求，对立案庭案由归类上不至于引起混乱和无所适从。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十二条规定：“依法应当参加工伤保险统筹的用人单位的劳动者，因工伤事故遭受人身损害，劳动者或者其近亲属向人民法院起诉请求用人单位承担民事赔偿责任的，告知其按《工伤保险条例》的规定处理。”从字面上看，职业病患者民事赔偿方面的法律适用又指向了工伤保险条例。而依工伤保险条例的规定，只有依法应由用人单位负担的那部分工伤保险待遇，才能通过劳动争议处理程序向用人单位提出主张。关键是如何理解“告知其按《工伤保险条例》的规定处理”？是否意味着受害职工只能请求工伤保险待遇，不能依侵权行为法的规定请求加害人赔偿，即适用以工伤保险取代民事侵权赔偿的“取代救济模式”？

笔者认为，目前，民事侵权赔偿标准高于工伤保险待遇，如果否定劳动者的进一步求偿权，劳动者得到的保

护低于一般侵权受害人，无疑是不公平的。上述司法解释对按《工伤保险条例》的规定处理、获得工伤保险待遇后能否起诉用人单位承担工伤事故损害赔偿赔偿责任没有作出规定，既未明确禁止，也未明确允许。该条文“告知其按《工伤保险条例》的规定处理”应当理解为是一种前置程序，对于依工伤保险待遇纠纷起诉获得工伤保险待遇后，当事人可以依据人身损害赔偿标准得到更多赔偿的，可依工伤事故损害赔偿纠纷起诉不足的部分。在司法实践中，应当考虑四种救济模式的优缺点及建立工伤保险制度的目的，根据不同情况应分别作不同的处理：

一是用人单位已为职工参加工伤保险的，受害职工直接向法院起诉要求用人单位承担工伤事故损害赔偿民事责任的，法院告知受害职工按《工伤保险条例》向社会保险基金经办机构申请工伤保险待遇，由社会保险基金经办机构确定工伤保险待遇并支付。受害职工对社会保险基金经办机构决定的工伤保险待遇有异议的，申请行政复议或提起行政诉讼。受害职工对社会保险基金经办机构工伤保险待遇决定无异议或经行政复议、行政诉讼确定工伤保险待遇后，受害职工又向法院起诉要求用人单位承担工伤事故损害赔偿民事责任的，人民法院应当按民事案件处理，适用民法通则、《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》确定赔偿项目和数额，但应当扣除社会保险基金经办机构已确定支付的数额。这一操作的优点是：体现了工伤保险制度的目的，减轻用人单位的行业风险，体现了完全赔偿原则，惩罚用人单位，促进用人单位积极预防工伤事故，防止了受害职工的意外收益。

二是用人单位未为职工参加工伤保险的，受伤职工直接向人民法院起诉要求用人单位承担工伤事故损害赔偿责任的，人民法院应当告知其向用人单位申请工伤保险待遇，用人单位不给赔偿或对赔偿数额有异议的，向劳动仲裁部门申请仲裁，不服仲裁的，以工伤保险待遇纠纷为案由，向法院提起诉讼，由法院按劳动争议案件处理，适用劳动法、《工伤保险条例》确定工伤保险待遇数额。从用人单位获得工伤保险待遇后，受害职工又向法院提起诉讼要求用人单位承担工伤事故损害赔偿民事责任的，法院应当受理，并依民法确定赔偿项目和数额，但应当扣除工伤保险待遇已确定的工伤保险待遇数额。这一操作的优点是：符合《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十二条“告知其按《工伤保险条例》的规定处理”的规定，又体现了完全赔偿原则，保护受害人权益，用人单位没有承担叠加的责任。

职业病患者民事侵权赔偿请求权的实体法冲突

法院在审理职业病患者民事赔偿案件时，如果驳回当事人民事侵权赔偿的法律依据往往选择《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第

十二条第一款或者第十一条第三款的规定，用以上否定职业病防治法第52条。这里就需要对52条中的“民事法律规定”作出正确的概念理解。笔者认为：

首先，法律的效力高于司法解释，依法应优先适用。从法的适用来看，职业病防治法、安全生产法由全国人大常委会制定，《损害赔偿司法解释》由最高人民法院制定，前者的位阶和效力显然要高于后者。

其次，如上所述，《人身损害司法解释》第12条或者第11条第（三）款规定的是工伤赔偿前置程序，并不是规定排斥职业病患者的民事赔偿权利。“先工伤，后民事”的处理原则与道路交通事故的有关处理原则类似。当参加了交强险的机动车对交通事故负有责任时，首先由承保交强险的保险公司在一定限额内承担赔偿责任，剩余部分按过错承担责任。这就体现了社会保险不考虑行为人过错，首先实施社会救助以维护社会安定的基本理念。同时以民事赔偿为补充，对受害人足额赔偿以实现社会公平。

再次，“民事法律规定”是指依照民法通则关于民事责任的规定，要求承担民事侵权责任。具体就是侵权的构成要件，即违法性、过错性、因果关系、损害事实、诉讼时效和赔偿标准等，这些都是职业病防治法无法规定也不能规定的内容。

第四，职业病防治法第52条相当于准据法，其指向的民事法律就包括民法通则、侵权责任法、《人身损害赔偿解释》及《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》等。

职业病患者理应享有民事侵权赔偿权利

职业病患者案件符合民事侵权构成要件

如上所述，既然法律法规不仅程序上已经规定的职业病患者民事侵权赔偿的请求权，而且在实体上也有求偿的权利。因此，法院应当审查本案是否符合民事侵权的构成要件，然后再作出支持请求或驳回请求的判决。笔者认为，职业病案件符合行为违法性、过错性、因果关系和损害事实四个侵权构成要件。

在这里需要强调的是，职业病案件属于有毒作业场所形成的特殊侵权，应当适用无过错归责原则，即只要不是受害人故意，侵权人就需承担民事责任。

目前我国司法实践中采用补充模式

我国现行立法虽未直接明确工伤保险赔偿与其他一般人身损害赔偿竞合时的处理方式，但从立法思路来看，应该默许支持。因为从法理来讲，人身损害应可以获得保险赔偿请求权和人身损害赔偿请求权。依据保险法第四十六条的规定，虽然工伤保险不适用保险法的规定，但可以看出我国法律其实是支持人身损害获得双倍赔偿的。这是因为人身损害区别于财产损害的特殊性，即人的生命和身体

是无法确定其价值的，是不能用经济利益衡量的，金钱上的给付仅仅是对伤者或其家属物质上和精神的一种补偿，而财产损失却正是以经济价值来衡量确定的，为此财产保险合同，保险公司在给付保险金后享有追偿权，而人身保险合同中，保险公司不享有追偿权，伤者同时享有保险金请求权和人身损害赔偿请求权。同理，伤者可以基于工伤保险请求权和人身损害赔偿请求权获得双倍赔偿。即在工伤保险赔偿与其他形式的人身损害赔偿发生竞合的情况下，无论是从程序法上，还是实体法上，受害者在通过一般民事侵权法获得民事损害赔偿后，仍然有权依照《工伤保险条例》的规定享受相应的工伤保险待遇。

但是，在司法审判中，一些法院也是遵循补足原则对案件进行审理。如广东省高院在2002年9月出台的《关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》第28条规定：“劳动者被诊断患职业病的，除依法享有工伤保险外，还可依照民法通则第119条的规定向用人单位请求损害赔偿，但该损害赔偿应扣除劳动者因职业病享有的工伤保险利益。”这个意见对职业病的赔偿遵循的是补足原则，即工伤赔偿不足以补偿劳动者损害的，就一般民事赔偿所获金额与工伤赔偿的差额部分，劳动者可通过民事诉讼程序予以补足。对此，《广东省工伤保险条例》第13条也规定：“同一工伤事故兼有民事赔偿或商业性人身、人寿保险赔偿的，按民事赔偿或商业赔偿、社会工伤保险补偿的顺序处理。除医疗费

和丧葬费不重复支付，本条例规定的其他工伤保险待遇照发。”医疗费、丧葬费、辅助器具更换费、交通费、食宿费、通讯费不能双重赔偿外，其他项目可以重复计算。

民事侵权赔偿请求项目及标准

根据《工伤保险条例》的规定：因工伤发生的下列费用，按照国家规定从工伤保险基金中支付：治疗工伤的医疗费用和康复费用、住院伙食补助费、到统筹地区以外就医的交通食宿费、安装配置伤残辅助器具所需费用、生活不能自理的，经劳动能力鉴定委员会确认的生活护理费、一次性伤残补助金和一至四级伤残职工按月领取的伤残津贴、终止或者解除劳动合同时，应当享受的一次性医疗补助金、因工死亡的，其遗属领取的丧葬补助金、供养亲属抚恤金和因工死亡补助金、劳动能力鉴定费。以上九种费用显然属于工伤社会保险待遇项目，除此之外还有医疗期工资、一次性伤残就业补助金、停工留薪期间护理费、安家补助费等。

在民事侵权赔偿上，依据最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》相关规定，人身伤害民事赔偿项目包括：医疗费、误工费、护理费、交通费、住宿费、住院伙食补助费、必要的营养费、残疾赔偿金、残疾辅助器具费、被扶养人生活费、康复期间和继续治疗的康复费和护理费、后续治疗费、丧葬费、死亡补偿费、亲属办理丧葬事宜支出交通住宿误工等合理费用、精神损害抚慰金等。

由上对比可知，民事补充赔偿项目包括交通费、必要的营养费、残疾赔偿金、被扶养人生活费、后续治疗费、亲属办理丧葬事宜支出交通住宿误工等合理费用、精神损害抚慰金等。在补充赔偿项目中比较有异议的是残疾赔偿金和后续治疗费，残疾赔偿金与一次性伤残补助金以及伤残津贴是否有重合？后续治疗费与医疗补助金是否重合？

民事补充赔偿项目中的交通费、必要的营养费、残疾赔偿金、被扶养人生活费、后续治疗费、亲属办理丧葬事宜支出交通住宿误工等合理费用、精神损害抚慰金计算方法，遵循的法律依据仍旧是民法通则、最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》和《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》等司法解释并参考各省年度交通事故赔偿标准进行计算。

由于职业病案件的特殊性，其诉讼程序和诉讼主体呈现出多样性，往往需要律师和法官灵活把握。但是，在实体上以工伤保险待遇支付作为基础，民事赔偿作为补充模式已经是大势所趋，伴随社会保险法先予支付制度执行，该种模式更会得到加强。





“公众人物”人格权诉讼的抗辩路径

文 北京市炜衡（深圳）律师事务所 刘金星律师

在涉及名人人格权纠纷案件的诉讼中，我国司法实践引入“公众人物”（有的判决书中也称“公共人物”）的概念，相关的判例也给此类案件指明了抗辩的路径。即当名人提起人格权侵权诉讼，被告方可从“公众人物”名誉的轻微损害、“公众人物”肖像权的限制、“公众人物”的范围以及“自愿型公众人物”等方面进行有效抗辩。但是同时也要注意，“公众人物”对人格权损害的容忍也有一定的限度，超过了这个限度，则构成侵权。

我国的司法实践在涉及名人人格权纠纷案件的诉讼中引入了“公众人物”的概念，保护名人人格权的前提下，又以“公众人物”为由给予了某些限制，具体的判例已经确立了相应的司法理念，这给此类案件指明了抗辩的路径。那么，“公众人物”在人格权保护方面究竟有哪些限制？笔者从具体的案例中作出的总结和归纳，以期作为此类案件抗辩的参考。

“公众人物”对可能的轻微名誉损害应予以忍受

在中国司法实践中，被认为最早在名誉权诉讼中引入“公众人物”概念的，是2002年“范志毅与文汇新民联合报业集团名誉权纠纷案”。该案在判决书中首次使用“公众人物”这一词汇。

2002年6月16日，文汇新民联合报业集团在其出版发行的《东方体育日报》第一版中刊出题为《中哥战传范志毅涉嫌赌球》的报道。范志毅认为，该报道以未经核实的消息为新闻来源，直接点名其系传闻中涉嫌赌球的球员，违反了新闻报道的真实性、准确性、公正性三个原则，其新闻报道行为具有违法性，且主观上是故意炒作新闻，对其名誉造成了损害，文汇新民联合报业

集团应当承担民事责任，公开赔礼道歉，并赔偿精神损害抚慰金人民币5万元。

上海市静安区人民法院一审判决没有支持范志毅的诉讼请求。法院在判决中写道，“即使范志毅认为报道指名道姓有损其名誉，但在媒体行使舆论监督的过程中，作为公众人物的范志毅，对于可能的轻微损害应当予以忍受。从表面上看，报道涉及的是范志毅个人的私事，但这一私事与社会公众关注世界杯、关心中国足球相联系时，这一私事就不是一般意义的私事，而属于社会公众利益的一部分，当然可以成为新闻报道的内容。新闻媒体对社会关注的焦点进行调查，行使报道与舆论监督的权利，以期给社会公众一个明确的说法，并无不当。”^①

著名法学家贺卫方对这一判决给予了高度评价。“我认为这个案件极有历史意义，因为它在中国司法史上第一次提出了“公众人物”的名誉权问题。要知道，这是在我们的民法中还没有出现的词汇，但是，上海静安区法院的法官却能够走出这一步，这是非常值得赞赏的。”^②

判决中关于“‘公众人物’对可能的轻微名誉损害应当予以忍受的观点”，受到广泛的称赞。这是“公众人物”名誉权纠纷案件，作为抗辩方首先应当切入抗辩思路，即“公众人物”对名誉损害有一定的容忍义务。在这一前提下，再去论证对被控侵权行为对其构成的损害程度，如果损害程度是轻微的，则应当免责。

“公众人物”肖像权应受到更大的限制

2005年，在刘翔与《精品购物指南》报社、北京精品卓越科技发展有限公司、北京中友百货有限责任公司肖像权纠纷中，公众（共）人物的落脚点则是肖像权。

刘翔起诉称：2004年10月21日，《精品购物指南》报社未经同意将我的肖像用作2004年第80期（总第1003

^① 范志毅与上海文汇新民联合报业集团名誉权纠纷案，上海市静安区人民法院《民事判决书》（2002）静民一（民）初字第1776号。

^② 《好判例 坏判例》，《中国青年报》2005年6月8日。

期)《精品购物指南》(以下简称千期专刊)的封面;并为北京中友百货有限责任公司第6届购物节作封面广告。北京精品卓越科技发展有限公司于同日将千期专刊的全部内容上传到精品网和精品购物指南网,作为网络电子版。《精品购物指南》面向全国发行,单本传阅率达到精品网的日均访问达到200万人次。《精品购物指南》报社、北京精品卓越科技发展有限公司、北京中友百货有限责任公司的行为共同侵犯了其肖像权。

一审判决书写道:“刘翔在第28届奥运会夺得110米栏冠军一事,成为2004具有重大影响的事件,刘翔因此成为社会知名人士,北京精品卓越科技发展有限公司,使用两张有刘翔肖像的图片,均是刘翔在奥运会赛场上的肖像,刘翔代表国家参加奥运会比赛、进入公共领域的奥运赛场,其肖像属于与特定意义公共时间相结合的肖像。此时刘翔作为公共人物,肖像权应该受到限制,正当拍摄摄影以及相关媒体报道使用的其肖像均属于合理运用,不构成侵权。正当刘翔成为中国历史上第一个短跑项目的奥运冠军时,其在赛场上的形象与该具有特定意义的时间相结合,成为具有新闻报道价值事件,刘翔作为肖像权人依个人一直支配的权力应该受到更大的限制,法律许可媒体在进行特定意义事件相关的报道中合理地使用其肖像,本案涉及的千期专刊,无论从封面印象,还是细读其内容,均可得出该期报刊相关内容属于回顾性报道。从新闻报道角度而言,即时性报道与回顾性报道,均属于正常的新闻报道,法律均予以保护。精品报社、卓越公司对刘翔相关事件进行回顾性报道并使用刘翔在公共领域中肖像的行为,不构成侵权。”^③

但非常遗憾的是,二审法院则从杂志使用刘翔肖像的与所产生的商业广告宣传效应的角度,认为杂志在使用刘翔的肖像起到了商业化的宣传效果,适用《最高人

民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第一百三十九条的规定,进而认定构成侵权。

这一判例的参考价值在一审判决。一审判决从媒体对“公众人物”肖像权合理运用的角度,阐述了“公众人物”的肖像权保护要受到一定限制理念。这一理念对类似案件的抗辩具有重要的借鉴意义。

“公众人物”扩大到上市公司老总

以上两则案例,“公众人物”的主角均是体育明星。2010年,梁惠民诉《财经》杂志名誉权纠纷案,“公众人物”的概念范围,则扩大到上市公司老总。

2010年7月19日,国内知名杂志《财经》发表了《金迪生物“千局”》一文。此文发表后,新浪网、凤凰网等网站相继转载,迅速掀起了网友浏览及跟帖评论的热潮,引起了强烈反响。

2010年9月,梁惠民一纸诉状,将《财经》杂志社及文章作者一并告上法院,称该文描述其为“香港证券市场‘十大老千之一’”及其“涉嫌做局金迪生物”、“曾送一车黄花梨家具给原公安部部长助理郑少东”等言论无任何事实根据,已涉嫌构成诋毁、侮辱和诽谤,严重侵犯了其名誉权。

该案的一审判决书写道:原告梁惠民是香港地区居民,是住所地位于东莞市常平镇土塘村的东莞环科环保设备有限公司的法定代表人;梁惠民是中国人民政治协商会议广东省恩平市第八届委员会委员(港澳),并以梁镜的名字先后获得“中国公安民警英烈基金会名誉常务理事”、“广东省见义勇为基金会荣誉副理事长”、“广东省治安基金会副会长”等荣誉称号。

法院认为:被告财经杂志社行使的是新闻自由的舆论监督权,而原告梁惠民拥有内地众多荣誉称号,也涉足上市公司,是一名公众人物,而其行为却涉及上市公司股东权益、腐败等时下公众关注的话题,是社会公共利益的一部分,财经杂志社对此进行调查报道并无不当。而且,梁惠民作为一名公众人物,对媒体的正当舆论监督应当比普通民众持更加宽容的态度,对因此可能造成的轻微伤害应当给予更大的容忍与理解。现《金》文(注:《财经》杂志刊登的涉案文章《金迪生物“千局”》)虽有部分内容不属实,但财经杂志社并无主观上的故意,该部分内容也没有对梁惠民造成损害,梁惠民应当给予更多的宽容与理解。^④



^③ 刘翔与《精品购物指南》报社、北京精品卓越科技发展有限公司、北京中友百货有限责任公司肖像权纠纷上诉案。北京市第一中级人民法院《民事判决书》(2005)一中民终字第8144号。

^④ 梁惠民与财经杂志社等名誉权纠纷案。广东省东莞市第三人民法院《民事判决书》(2010)东三法民一初字第8499号。

很多企业家头顶上都有耀眼的光环，社会兼职多多，他们在享受这些荣耀的同时，也应当付出一定的代价。这些耀眼的光环，使他们成了“公众人物”，决定了他们不像普通人一样享有充分的人格权保护。这从另一个角度为我们提供抗辩思路。

“自愿型公众人物”首次出现

在司法实践中，还出现了“自愿型公众人物”的概念。这一概念是指，诉讼当事人本人不是公众人物，但因为引起诉讼的事由依托某一位公众人物，或者主动参加到某一公共活动之中，“一不小心”成了公众人物。

“自愿型公众人物”的名誉权、隐私权保护也受到一定的限制。“自愿型公众人物”的概念的出现，成了解决卷入社会公共事件中的普通人隐私权纠纷的一把钥匙。2009年9月，广州法院审理的杨丽娟及其母亲诉《南方周末》名誉侵权纠纷中，法院认定杨丽娟及其母亲是“自愿型公众人物”，杨丽娟及其母亲因此而败诉。

2007年3月26日，甘肃女子杨丽娟的父亲为圆女儿的追星梦，在香港跳海自杀。同年4月12日，《南方周末》第10版刊登了《你不会懂得我伤悲——杨丽娟事件观察》一文。

2008年3月10日，杨丽娟和母亲一起状告南方周末报社，认为该篇报道侵犯了杨父、杨母及杨丽娟的名誉权，要求南方周末恢复名誉、消除影响、赔礼道歉，赔偿损失。

广州市中级人民法院二审认为：杨丽娟追星事件被众多媒体争相报道，成为公众广泛关注的社会事件。杨丽娟及其父母多次主动联系、接受众多媒体采访，均属自愿型公众人物，自然派生出公众知情权。

法院继续评论道：南方周末报社发表涉讼文章的目的，是为了揭示追星事件的成因，引导公众对追星事件有真实的了解和客观认识，自然涉及杨丽娟及其父母的社会背景、社会关系、成长经历，相关隐私是揭示追星事件悲剧性和反常态的关联要素。涉讼文章从表面看确是涉及了杨丽娟一家人的隐私，但这一隐私与社会公众关注的社会事件相联系时，自然成为公众利益的一部分。^⑤

“自愿型公众人物”的概念，在对抗损害公共事件中普通人名誉权、隐私权保护纠纷中，是另一有效的抗辩武器。

“公众人物”容忍有一定的限度

“公众人物”对人格权损害的容忍有一定限度，超过

► 在司法实践中，还出现了“自愿型公众人物”的概念。这一概念是指，诉讼当事人本人不是公众人物，但因为引起诉讼的事由依托某一位公众人物，或者主动参加到某一公共活动之中，“一不小心”成了公众人物。“自愿型公众人物”的名誉权、隐私权保护也受到一定的限制。“自愿型公众人物”的概念的出现，成了解决卷入社会公共事件中的普通人隐私权纠纷的一把钥匙。

了这一限度，损害行为就构成侵权。但是，这个限度的界限在哪里？或深或浅？或高或低？如何衡量？抗辩方是不太好把握的。

在张艺谋诉黄晓阳、华夏出版社名誉权纠纷一案中，法院认为：虽然较之普通的社会公民而言，由于公众人物所承担着更多的社会责任与义务，其必然会受到社会舆论的关注、监督甚至是批评，其自身所享有的权利也会因此受到一定程度的影响，对此，公众人物应该负有一定程度的容忍义务。但是，尽管如此，仍应对公众人物的私人生活信息给予必要的保护，无论是社会媒体还是普通公民，在公开传播公众人物相关信息时仍应秉持谨慎、客观的态度，同时说明信息的合法来源，以免错误地描述了公众人物的人格形象，进而使社会公众产生误读。^⑥

在周迅诉江苏人民出版社有限公司等人格权纠纷一案中，法院基本上也是持这样的观点：“本周图书公司将未经核实的关于真实人物生活经历的报道组合、整理并编辑成书出版，客观上也构成宣扬、传播的行为，且书中使用了‘小三儿’、‘感情动物’、‘被感情强奸’、‘情妇’等具有人身侮辱性的语言及不健康的细节描述，即使周迅作为公众人物对其人格权有一定的容忍度，但从《苦女人周迅》一书的内容看，无论是语言、用词、还是对周迅个人隐私的描述，均超出了正常的容忍范围，有可能误导读者对周迅的人格形象产生不良印象，导致周迅的社会评价降低。”^⑦

“公众人物”人格权司法实践的历史意义

在我国，“公众人物”尽管不是一个法律术语，法律没有关于“公众人物”的规范，也没有对这一概念的统一解释。但随着“公众人物”人格权纠纷案的出现和演进，相关的判例为人们提供“公众人物”人格权具体抗辩的路径的同时，也给言论出版自由权的真正行使带来了一线光亮。

⑤ 杨丽娟与南方周末报社等名誉权纠纷上诉案。广东省广州市中级人民法院《民事判决书》（2008）穗中法民一终字第3871号。

⑥ 《今天看到看到了判决书》http://blog.sina.com.cn/s/blog_4a3fa3cc0100h3b9.html。

⑦ 周迅与江苏人民出版社有限公司等人格权纠纷上诉案。北京市第二中级人民法院《民事判决书》（2012）二中民终字第16268号。

执行程序中司法拘留的实务思考

文 广东德城律师事务所 代昊律师

司法拘留是人民法院对严重妨害审理、执行等诉讼活动的人，采取的在短期内限制其人身自由的强制措施。司法拘留分为审理程序中的司法拘留和执行程序中的司法拘留。而执行程序中司法拘留是对于严重妨害执行活动的人，采取限制十五日以内人身自由的一种强制措施。其决定权在人民法院，办案部门是执行局，司法拘留的执行机关是公安机关。笔者就2013年3月代理的一起案件，从实践层面谈谈对司法拘留的认识。

司法拘留申请复议难

目前，因为执行难，执行局采取司法拘留的情况很常见。有些执行员在执行程序中过分依赖司法拘留强制措施，不严格适用拘留的条件和程序，导致执行程序中司法拘留存在诸多问题。当然，法律也规定被拘留人如果对拘留决定不服可以申请复议。根据2013年1月1日新实施的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称“民事诉讼法”）第一百一十六条规定，对拘留决定不服的，可以向上一级人民法院申请复议一次，复议期间不停执行。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第一百二十一条、第一百二十二条规定，上级法院收到复议申请后须5日内作出答复。上述规定看似衔接得很好，但是，实践中执行中却并非如此简单。

实践中，上级法院要求必须由当事人签字或授权代理人进行申请复议。如此，律师会见当事人则非常重要。没有律师会见，当事人根本不可能亲自委托申请复议，或者不知道如何书写复议申请书，甚至可能不知道复议的相关程序和法律。当事人亲属若想为其申请复议，面临身处异地、不了解详细案情、复议理由等困难。

笔者认为可以通过修订民事诉讼法律，规定律师会见委托书可以在拘留所当面签署、明确亲友委托律师的权利、明确司法拘留中律师会见不需要审批的权利，最大限度地维护律师会见权、当事人行政复议权。

司法拘留律师会见难

2012年4月1日之前，司法拘留的律师会见权一直没

有明确的法律规定。司法拘留中律师会见几乎不能实现。直到2012年4月1日实施的《拘留所条例》才改变了这一现状。该条例第二十六条明确规定了司法拘留的律师会见权，且无须审批。但实践中该条例并未完全解决司法拘留中律师会见难的问题。

笔者代理的一起案件涉及了司法拘留。该案的被执行人应按判决支付10万元补偿金，但被申请执行人因为各种原因一直没有支付。2013年3月，被执行人在登机时被机场公安人员拦下，随后法院执行局工作人员赶到，签发了司法拘留通知书，经体检后被执行人送往拘留所执行拘留。被执行人在机场被拦截时电话告知笔者其被拘留，并希望得到帮助。

笔者前往法院执行局核实被拘留人的拘留情况之后到拘留所会见了被拘留人。拘留所告知律师会见需要得到办案部门的审批，随后拒绝了律师的会见申请。笔者无奈出示事先打印好的2012年4月1日实施的《拘留所条例》。根据该条例第二十六条规定，被拘留人委托的律师会见被拘留人时应持律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函，法律明确规定律师会见不需要审批，拘留所应保障被拘留人在拘留期间的会见权利。但是，拘留所工作人员表示律师需要办案机关同意方可会见。

笔者只能与法院执行局沟通。反复沟通后，执行局要求笔者须先行支付一部分判决款项才能安排会见。因为被拘留人当时在深圳并无亲友，笔者当场替被拘留人垫付了3000元。万万没想到的是，笔者交钱之后，办案执行员反悔，再次拒绝会见被拘留人。无奈之下，笔者只好求助深圳市律师协会维权部，最终笔者会见才得以顺利进行。

律师建议

一是严格执行司法拘留适用条件及程序的相关规定。根据2013年1月1日之前的法律及司法解释规定，只有严重妨害执行的人方可执行司法拘留。具体严重妨害的情形法律和司法解释有：《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十一条、第一百一十二条，《最高人民法院关于适

用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见》第一百二十三条、第一百二十四条,《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第一百条等规定。由此可见,适用司法拘留有严格法律程序和条件。

2013年1月1日实施新民事诉讼法第二百四十一条也增加了司法拘留的规定,被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务,应当报告当前以及收到执行通知之日前一年的财产情况。被执行人拒绝报告或者虚假报告的,人民法院可以根据情节轻重对被执行人或者其法定代理人、有关单位的主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留。即未申报财产状况的也可以适用司法拘留。但是,司法实践中并未严格执行司法拘留的相关规定。

就上述案件而言,执行局曾向被执行人曾经的工作单位邮寄执行通知书,然被执行人早于送达前一年离开了该工作单位故无法签收。因此,该执行通知书并没有真正完成送达。笔者查阅案卷发现,该执行局后续亦无公告送达该通知书。可见,实施司法拘留时,相关执行单位并未严格执行司法拘留适用条件及程序的相关规定。

就上述案件,执行局正是以被执行人没有按时申报财产为理由决定司法拘留。笔者认为按照法律实施拘留应当满足以下条件:

第一,执行局曾以法定方式向被执行人送达执行通知书。如果通过直接送达或邮寄送达没有成功的,再使用公告送达。

第二,在已经完成向被执行人送达执行通知书的情况下,被执行人既未履行判决义务,也未向法院申报财产。

满足上述两个条件的,法院执行局可根据情节轻重决定是否适合司法拘留。

二是进一步细化执行程序中司法拘留审批权的有关规定。司法拘留是一种极为严厉的限制人身自由的强制措施,是民事强制措施中最严厉的一种。它指向的是被拘留人的人身权利,无论其适用范围、还是适用时间、适用对象,司法拘留与执行措施之间均存在本质的差异,法院应视行为人的违法情节轻重分别适用不同的强制措施,而不能将之等同执行手段而任意使用。但是,我国关于司法拘留权限、执行程序、拘留期限等规定仍相对粗放。司法实践中,为简化手续将司法拘留审批权下放、审批不严、将司法拘留作为执行措施的常用手段直接使用、以拘代执的情况时有发生。

比如,民事诉讼法第一百一十五条第二款规定,拘留的期限,为十五日以下。但是,实践中法院往往千篇一律的签发十五日的最长拘留期,而不是根据具体的案件情况区别对待。故笔者认为,相关法律应当细化执行程序中司法拘留审批权的有关规定,进一步保障公民基本人权。

三是允许执行和解。民事诉讼法第二百三十条规定,

在执行中,双方当事人达成和解协议的,执行员应当将协议内容记入笔录,由双方当事人签名或者盖章。即法律允许执行和解。但是,在实践中存在有些执行员干涉或阻碍申请执行人与被执行人之间和解情况,比如,在申请执行人同意打折支付、放弃迟延履行金、放弃利息等要求一次性支付时却受到阻碍。笔者认为,根据民事诉讼法第111条的规定,司法拘留是指有能力履行法律义务而不履行或对抗履行的行为,法院只有在查实被执行人确有能力履行而不主动履行义务时,才能依法对其采取司法拘留强制措施。故司法拘留的本意是为了确保被执行人履行法律义务,一旦当事人之间愿意达成执行和解,执行机关应当允许执行和解。

四是善用提前解除拘留方面法院自由裁量权的有关规定。在拘留期间,被拘留人承认并改正错误的,人民法院可以决定提前解除拘留。法律在这里规定的是“可以”提前解除拘留,而不是“应该”。在此法律条款的适用上,执行局的执行员享有自由裁量权。

因此,拘留期间作为被拘留人的律师要善用提前解除拘留中法院自由裁量权的有关规定,通过争取申请执行人的谅解、被执行人书写悔过书、与执行员真诚沟通等方式令被拘留人获得提前解除拘留。

五是细化解除拘留手续后的善后工作。司法拘留往往需要机场、车站、出入境等机构的协助。如果被拘留人履行判决、被解除拘留后,执行局未及时给协助机构发送通知,或该协助机构的相关职能部门接到通知后未及时上报并解除备案通知,则可能造成再次的协助拘留行为,损害被执行人的人身权利。

笔者曾代理的这样的一起案例。张某第一次被机场公安人员拦截送往司法拘留,其履行判决后被解除司法拘留。数日后,张某到机场办理登机手续时却再次被机场公安人员拦截。经与执行局、机场核实后笔者发现,法院解除司法拘留后给机场公安、出入境等机构发送了解除协助的通知,但是机场公安在接到通知后并未及时转交给相关的职能办公室,导致该协助执行信息并未从机场相应系统中删除。此种情况却导致当事人蒙受航班延误、承受巨大的精神压力等损失。

笔者认为,被拘留人履行判决、解除拘留后,执行局也应当给协助司法拘留执行的机构送达解除协助的通知。

若无严格依法执行,法律规定必将沦为一张空文。若缺乏操作性及救济途径,相关的权利也将成为空中楼阁。笔者认为,司法拘留是民事强制措施中最严厉的处罚措施,不能将之等同执行手段而任意使用,在司法活动中应克服功利思想,严格依法适用,才能体现法律之精神,确保司法公正与效率。



业务指导

个人限售股减持避税方案法律分析

文 广东广和律师事务所 孙伟律师

个人限售股的解禁一直是市场的热门话题。当前网络上各种良莠不齐的减持避税方案更是层出不穷，其中许多所谓的避税方案不过是逃税方案，却被不少中介机构津津乐道、堂而皇之的广为宣传。本文试图通过对市场热门的避税方案进行分析，揭示其中的法律风险，提醒限售股股东及中介机构谨慎选择所谓的“避税方案”。

2008年，陈发树在紫金矿业首发上市前通过一系列资本运作成功避税10多亿元，此事件将个人转让限售股是否征收个人所得税的讨论再次推向高潮。最终，财政部、国家税务总局、中国证券监督管理委员会于2009年12月31日联合发布《关于个人转让上市公司限售股所得征收个人所得税有关问题的通知》（财税[2009]167号）。该通知规定，自2010年1月1日起，个人转让限售股取得的所得按照“财产转让所得”适用20%的比例税率征收个人所得税。

财税[2009]167号文规定了两种限售股需要征收个人所得税，一是股改限售股，即俗称的大小非，上市公司股权分置改革完成后股票复牌日之前股东所持原非流通股股份，以及股票复牌日至解禁日期间由上述股份孳生的送、转股；二是新股限售股，即2006年股权分置改革新老划断后，首次公开发行股票并上市的公司形成的限售股，以及上市首日至解禁日期间由上述股份孳生的送、转股。根据财税[2009]167号文对限售股的限制，个人因股权激励、定向增发取得的限售股等其他方式取得的限售股均不适用财税[2009]167号文件的规定，其中，个人因股权激励取得的限售股根据《财政部、国家税务总局关于个人股票期权所得征收个人所得税问题的通知》（财税[2005]35号）、《国家税务总局关于个人股票期权所得缴纳个人所得税有关问题的补充通知》（国税函[2006]902号）、《财政部、国家税务总局关于股票增值权所得和限制性股票所得征收个人所得税有关问题的通知》（财税[2009]5号）按照“工资、薪金所得”项目计算个人所得税。

2010年11月10日，财政部、国家税务总局、中国证券监督管理委员会又联合发文《关于个人转让上市公司限

售股所得征收个人所得税有关问题的补充通知》（财税[2010]70号），通过合理的纳税调整等方式堵住了个人采用协议低价转让、司法划扣、限售股认购或申购交易型开放式指数基金（ETF）份额等财税[2009]167号文在实施过程中出现的各种形式的避税漏洞，原则上个人以任何名义进行的限售股转让均需缴纳个人所得税，对价格无法确定或过低的由税务机关根据文件的规定进行调整。

虽然有财税[2009]167号和财税[2010]70号两份文件的明确规定，限售股作为重点税源也被税务机关不遗余力的重点核查，但由于限售股减持的巨额税收利益，依然有不少人热衷于寻找各种避税方式。种种避税方式，稍有不慎不啻于游走在悬崖间的钢丝绳上。本文通过对五种常见的个人限售股避税方式如成本扣除选择法、解禁后高送转、低位买卖、大宗交易以及变更证券开户地进行法律分析，揭示相关避税方式的法律风险和法律障碍，从而为限售股股东选择合法的避税方式提供参考。

成本扣除选择法

【避税方法分析】

根据财税[2009]167号文第三条的规定，“如果纳税人未能提供完整、真实的限售股原值凭证的，不能准确计算限售股原值的，主管税务机关一律按限售股转让收入的15%核定限售股原值及合理税费”，财税[2010]70号第三条第六款规定，“因个人持有限售股中存在部分限售股成本原值不明确，导致无法准确计算全部限售股成本原值的，证券登记结算公司一律以实际转让收入的15%作为限售股成本原值和合理税费”。因此通过对核定成本和实际成本扣除的比较，灵活选择计算个人所得税应纳税所得额时的成本扣除方式就成为一种可选的最基础的避税方式。

【案例解析】

自然人A为上市公司B的个人股东，拥有限售股200万股，在B上市前取得股权成本为300万元，现符合减持限售股条件，拟全部减持，减持比例符合法律、法规及

交易所规定。限售股转让时每股价格15元，交易税费10万元，按核定成本扣除法，则此时自然人A：

应纳税所得额 = $200\text{万} \times 15 - (300\text{万} + 10\text{万}) = 2690\text{万元}$

应纳税额 = $2690\text{万} \times 20\% = 538\text{万元}$

若自然人A取得限售股成本原值不明确，采取以实际转让收入的15%作为限售股成本原值和合理税费扣除的办法，即采用实际成本扣除法，则自然人B：

应纳税所得额 = $200\text{万} \times 15 \times (1 - 15\%) = 2550\text{万元}$

应纳税额 = $2550\text{万} \times 20\% = 510\text{万元}$

上述两种方案比较，采用实际成本扣除法共计可节税 $538\text{万} - 510 = 28\text{万元}$ 。

若对案例稍作修改，假设自然人A取得限售股成本为1000万元，则自然人A：

应纳税所得额 = $200\text{万} \times 15 - (1000 + 10) = 1990\text{万元}$

应纳税额 = $1990\text{万} \times 20\% = 398\text{万元}$

此时实际成本比核定成本扣除方案要少缴税112万元，显然应选择以实际成本报税，不然就得不偿失了。

【法律分析】

成本扣除选择法是否合法，首先取决于核定成本的方法是可以自由选择，还是只能在原值不能明确的情况下适用。根据财税[2009]167号文与财税[2010]70号两份文件中对核定成本的规定，采取的法律表述均是“未能提供”、“逾期未提供”，不属于强制性规范要求，因此个人根据自身情况在申报成本时合理选择成本计算方式，不为法律和文件所禁止，是两份文件中允许的避税方式。

在比较特殊的例子下，有的上市公司为配合个人股东逃税，会采取签订阴阳合同的方式做大个人股东的取得原值，甚至是在上市前就做好相关筹划。这种行为明显属于逃税的行径，依法应按照《中华人民共和国税收征收管理法》的规定予以征税和制裁。

成本扣除选择法在实际操作上具有较大的限制。如

何选择成本扣除方式从理论上很容易设定公式计算出临界点，在忽略交易费用不计的情况下，实际成本低于转让收入的15%时选择核定成本较为有利。在证券机构技术和制度准备完成前转让限售股的，采用该方法进行避税是可行的，但在证券机构技术和制度准备完成后，则已很难实际操作。根据要求，在证券机构技术和制度准备完成时没有转让的限售股已经按要求进行申报并上网备案，而新上市的新股限售股根据财税[2010]70号文规定，“个人持有在证券机构技术和制度准备完成后形成的拟上市公司限售股，在公司上市前，个人应委托拟上市公司向证券登记结算公司提供有关限售股成本原值详细资料，以及会计师事务所或税务师事务所对该资料出具的鉴证报告”，申报原值的时间应与首次公开上市时间相同，而非股权转让之时。由于股价的波动及转让时间的不确定性，还有限售股的限售时间限制，个人股东往往无法在申报的同时作出最合适的成本扣除方法的选择，只能在申报时确定一种成本扣除方式。当然，若个人股东取得的限售股原值实在是过于低廉，也完全可以在申报的时候选择核定扣除的方式。

解禁后高送转

【避税方法分析】

在限售期内进行送、转股，按照财税[2009]167号规定所形成的股票同样视为限售股，证券登记结算公司应依据送、转、缩股比例对限售股成本原值进行调整，但在解禁日后的限售股孳生的送、转股不在此限，应根据《财政部、国家税务总局关于个人转让股票所得继续暂免征收个人所得税的通知》（财税字[1998]61号）规定，对个人转让上市公司股票取得的所得继续暂免征收个人所得税。因此，对解禁日后的上市公司股票进行高送转股，会给限售股股东带来非常大的避税利益。

【案例解析】

一位自然人股东A持有上市公司B限售股200万股，如果在限售期结束后直接进行转让，那么其应按照当日股价缴纳税款。如果在限售期结束后，经过10转10的高比例转股，该股东持有的股份数量变为400万股，理论上，对应股价除权之后变成原股价的一半，此时该股东再进行股票转让，那么其中200万股属于限售股，另外200万股属于流通股，而流通股转让所得并不在个人所得税征收之列。由此，限售股股东获得限售股价值一半的避税收益。

【法律分析】

所谓避税方案应当是主动为之，故意寻求避税收益。因此，如果是在持有上市公司限售股期间，被动地在解禁后享受上市公司高送转的收益，不具有主观上的



筹划意识，当然合法合规。但能够做出这样税收筹划方案的，一般都是上市公司的控股股东或董事、监事、高级管理人员（以下简称“董、监、高”）等对公司高送转方案能够提出议案或决策的人。那么，此类人员在利用对上市公司的控制或职权作出的决议显然对自身有利时，出发点是为上市公司还是自身利益应该是衡量所作避税方案合法与否的依据。在为上市公司谋取利益的同时自身能够得到部分利益无可厚非，但损害公司利益为自己谋求利益是法律明文所禁止。《中华人民共和国公司法》第二十条规定“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益”；“公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任”，第一百四十八条规定“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务”；深圳证券交易所上市公司规范运作指引均规定，“董事、监事和高级管理人员不得利用其在上市公司的职权牟取个人利益”。

对董、监、高作出高送转提议或决策原因的判断毕竟出于主观，税务机关在实践中应该辅助一些客观的条件进行合理的怀疑，谨慎的采用过错推定原则，在特定情况下方可对牟取个人私利损害公司利益的主观故意作出推定，比如在对上市公司不利的时候推出高送转方案、高送转方案明显无法达到上市公司的特定要求等。不过，控股股东或董、监、高做出高送转方案时往往会披着合法的外衣，如何去除外衣看清真实的意图仍然是技术性的难题。因此，作出这样的避税方案，也是游走在法律的钢丝绳之上。

低位买卖

【避税方法分析】

低位买卖即在限售期解禁后，当公司持续走低时，通过卖出公司股票再购回的双向操作方式避税。价低时转让自然税费少，而再次购回的股票属于二次市场的证券买卖，按照财税字[1998]61号文件的规定予以免税，当股票价格回升时再次出售则实现了避税的目的。

【案例解析】

某自然人A持有上市公司B限售股200万股，持股成本500万元，现符合减持股限售条件，拟全部减持，减持比例符合法律、法规及交易所规定。限售股解禁时，上市公司B的股票价格为10元，自然人A在二级市场全部出售其股票，同时在卖出后买入10万股。卖出后不久上市公司B股票上涨为15元，A全部售出。

在不考虑交易手续费情况下，自然人A出售限售股应缴个人所得税为：

$(10 \times 200 \text{万股} - 500 \text{万元}) \times 20\% = 300 \text{万元}$ ，再次买入后卖出免税。

若直接以15元价格出售，应缴个人所得税为：

$(15 \times 200 \text{万股} - 500 \text{万元}) \times 20\% = 500 \text{万元}$

可见通过两次操作的低位买卖方式，共可取得节税收益200万元。

【法律分析】

限售股股东对自己的股票进行处置，是完全的民事行为，依法受法律保护，因此本避税方式属于合法的税收筹划。

但该方法具有一定的限制。首先，对实施该行为的限售股股东身份具有限制。根据《中华人民共和国证券法》第四十七条规定，上市公司董事、监事、高级管理人员、持有上市公司股份百分之五以上的股东，将其持有的该公司的股票在买入后六个月内卖出，或者在卖出后六个月内又买入，由此所得收益归该公司所有。故董事、监事、高级管理人员、持有上市公司股份百分之五以上的股东由于无法进行短线操作而不能使用本方式。其次，对股票价格有条件，需估值较低，具有上涨空间，若股票价格一直在高价徘徊，市盈率偏高，则不具备实施本筹划方案的条件。

对于已经离职满半年的前高级管理人员和其它拥有5%限售股以下的小股东，在对公司情况比较了解、前景充满信心，认为目前对公司股价市场价格偏低的情况下，可以通过此方式进行合法的避税，再继续持有直至公司股价回归至理想价格，实现避税的目的。

另外，值得注意的是，利用此方式不仅可以获得避税收益，还能获取股票的价差收益，很有可能陷入内幕交易的重灾区。利用内幕信息进行的税收筹划触犯了法律的规定，不仅需要承担民事、行政法律责任，情节严重的，还需要承担刑事责任。

大宗交易

【避税方法分析】

《深圳证券交易所交易规则》规定，A股单笔交易数量不低于50万股，或者交易金额不低于300万元人民币，可以采用大宗交易方式。有价格涨跌幅限制证券的大宗交易成交价格，由买卖双方在该证券当日涨跌幅限制价格范围内确定，无价格涨跌幅限制证券的大宗交易成交价格，由买卖双方在前收盘价的上下30%之间自行协商确定。《上海证券交易所交易规则》也有相似的规定。

深交所与证交所的大宗交易规则，均规定大宗交易的价格由双方在一定幅度内自由协商。因此，部分避税筹划方案利用交易价格的灵活性及个人所得税由证券机构代扣代缴的条件，通过签订阴阳合同，降低大宗交易

的申报价、隐瞒实际价格的方式进行操作避税。

【案例解析】

某自然人A持有深交所上市公司B限售股200万股，持股成本200万元，现符合减持股限售条件，拟全部减持，减持比例符合法律、法规及交易所规定。通过与C协商，拟通过大宗交易系统进行转让。减持前日收盘价为10元，无涨跌限制。双方拟通过9元进行大宗交易转让，大宗交易申报价双方确定为8元，剩余价款由C另行转帐给A。

在不考虑交易手续费情况下，自然人A出售限售股应缴个人所得税为：

$$(8 \times 200 \text{万股} - 200 \text{万元}) \times 20\% = 280 \text{万元}$$

若以实际成交价格申报，自然人A应缴个人所得税为：

$$(9 \times 200 \text{万股} - 200 \text{万元}) \times 20\% = 320 \text{万元}$$

通过此种避税方式，自然人A产生节税收益40万元。

【法律分析】

这是一个典型的逃税筹划方案。依据《中华人民共和国税收征收管理法》第六十三条的规定，上述方案采用签订阴阳合同、少列收入进行的逃税，违反了法律的规定，“对纳税人偷税的，由税务机关追缴其不缴或者少缴的税款、滞纳金，并处不缴或者少缴的税款百分之五十以上五倍以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”因此，采用这种方案并不可取。

变更证券开户地

【避税方法分析】

财税[2009]167号文规定，限售股转让所得个人所得税，以限售股持有者为纳税义务人，以个人股东开户的证券机构为扣缴义务人。限售股个人所得税由证券机构所在地主管税务机关负责征收管理。同时根据中央和地方税收财政的划分，个人所得税的收入，由中央和地方共享，其中中央税收占比60%，地方税收占比40%。因此，利用地方财政奖励的优惠政策，吸引限售股股东变更股东开户的证券机构，获取巨额的地方财政收入，成为了中国资本市场的一道奇特的风景线。通过变更证券开户地的方式进行避税，也成为了众多限售股股东选择的主要方式。

2010年7月，鹰潭市政府推出《鼓励个人在鹰潭市辖区证券机构转让上市公司限售股的奖励办法》，规定如果个人限售股东到当地营业部减持，当地政府可将限售股东减持个税的地方实得部分的80%，作为奖励再返还给纳税人；纳税人如果愿意将奖励全部留在鹰潭投资置业的话，还可按个税地方实得部分的10%再奖励。

“鹰潭模式”因此而成名，成为了众多避税方案的首选

方式。

【案例解析】

某自然人A持有深交所上市公司B限售股200万股，持股成本200万元。现符合减持股限售条件，拟全部减持，减持比例符合法律、法规及交易所规定。现根据相关政府政策，将自然人A证券开户地变更为C市D证券公司营业部，享受个人所得税地方财政部分返还80%的税收优惠，减持时股价交易价格10元。

在不考虑交易手续费情况下，自然人A出售限售股应缴个人所得税为：

$$(10 \times 200 \text{万股} - 200 \text{万元}) \times 20\% = 360 \text{万元}；$$

其中，中央税收占比360万元 \times 60% = 216万元；地方税收占比360万元 \times 40% = 144万元；个人可享受地方财政返还的税收优惠115.2万元。

同时，个人享受地方财政返还的税收优惠不属于可以免税的政府优惠，应按20%课征个人所得税，进行二次纳税。因此，最终A能享受的财政返还92.16万元，实现了节税效果。

【法律分析】

根据《中华人民共和国税收征收管理法》第三十三条规定，“减税、免税的申请须经法律、行政法规规定的减税、免税审查批准机关审批。地方各级人民政府、各级人民政府主管部门、单位和个人违反法律、行政法规规定，擅自作出的减税、免税决定无效，税务机关不得执行，并向上级税务机关报告。”地方政府并没有直接进行减免税的权力，当地政府需按法定比例征收个税。但在中央与地方财政对税收分帐之后，地方财政返还是当地政府行为，税务部门则无权干预。因此，通过此种方式进行合理避税，合法合规。

实际进行避税方案设计时，还应充分研究政府政策以最大化实现税收避税受益，尤其应当特别注意的是，某些地方政府的税收优惠政策还规定了要求股东捐赠等附带条件，如西藏地区就规定需要返还部分的5%捐赠给当地政府用于扶持地方的发展。



职工房改合同纠纷诉权分析

文 广东蛇口律师事务所 弋仙荣律师

【案情简介】

某国有企业在1997年向企业内部职工及企业外的非职工者集资，对原来的职工宿舍楼进行房改，并与同企业内部职工签订了《职工购房协议》，与企业外非职工签订了《集资建房协议》。协议里均约定出资者有永久使用权，直系亲属有继承权，在政策允许时企业有义务为出资者办理房产证（需补交地价），在出资者使用期间企业不得将房屋对外抵押。协议签订后，职工和非职工者缴纳购房款和集资款，实际占有使用房屋至今，等待着补交地价和企业为其办理房产证。

后来政策允许职工房改房办理房产证时，企业方办理了房产证，但房产证的产权人不是职工，而是企业。该企业随后申请贷款将该房产抵押给某国有银行，且因为该企业无力还债，该房产已经被该国有银行申请强制执行。法院查封房产并对房产强制执行时，职工和其他出资者才知道，他们盼望了多年的房产证办下来了，不但房子产权不属于自己，而且房子还被抵押了！

职工于是向强制执行法院申请了执行异议，执行法院宝安区人民法院裁定确认了职工对房屋的权利，并解除查封。职工继而向深圳市南山区人民法院起诉，要求确认该房屋产权，解除抵押并要求企业办理房屋产权转移。南山法院以“本案涉及集资建房、职工房改办理产权证等历史遗留问题，均不属于人民法院主管工作的范围”为由，裁定不予受理。职工对不予受理裁定上诉，深圳市中级人民法院对此裁定以相同理由予以维持。两级法院作出的不予受理裁定书均未告知原告可以通过何种途径解决纠纷。

【法律评析】

法院裁定不予受理，没有法律依据

《中华人民共和国民事诉讼法》第三条规定：人民法院受理公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系提起的民事诉讼，适用本法的规定。该案原告方是职工和企业外非职工出资者均符合公民身份，国有企业属于企业，房屋财产关系纠纷属于民事

诉讼范畴，故该案依法应属法院主管范围。此外，现行的《中华人民共和国民事诉讼法》并没有规定涉及集资建房、职工房改办理产权证等历史遗留问题不属于人民法院主管工作范围，南山区人民法院、深圳市中级人民法院的不予受理裁定书中仅以“涉及集资建房、职工房改办理产权证等历史遗留问题，均不属于人民法院主管工作的范围”作为理由，并未引用具体法律法规作为依据的做法有失妥当。

所谓的“历史遗留问题”出自最高院《关于房地产案件受理问题的通知》（【1992】38号）第三条（以下简称“38”号通知），该条规定：凡不符合民事诉讼法、行政诉讼法有关起诉条件的属于历史遗留的落实政策性质的房地产纠纷，因行政指令而调整划拨、机构撤并分合等引起的房地产纠纷，因单位内部建房、分房等而引起的占房、腾房等房地产纠纷，均不属于人民法院主管工作的范围，当事人为此而提起的诉讼，人民法院应依法不予受理或驳回起诉，可告知其找有关部门申请解决。

首先，如何正确理解最高院38号通知的内容？根据38号通知第三条的具体内容，笔者就其适用范围作具体分析。

何为历史遗留的落实政策性质的房地产纠纷？笔者认为38号通知发布于1992年，“历史遗留”问题是针对1992年以前的情况，当时国家尚未实施房改政策，国家机关或国有企业将公有住房以福利的形式分配给职工使用，职工只有居住权而无所有权，在此种住房体制下企业和职工地位不平等，属于行政隶属关系。而此案中的《职工房改购房合同》和《集资建房协议》签于1997年，是根据90年代末国家新实施的房改政策，由企业和职工基于通过协商，平等自愿签订的房屋买卖性质的合同，职工享有的不仅是使用权，还有通过出资购买的房屋所有权。所以无论从时间上还是实际内容上看都不属于38号通知第三条中的“历史遗留”问题。

再看“落实政策”。落实政策是行政行为，但合同的签订是民事行为。虽然《职工房改购房合同》和《集资建

房协议》是以国家实施房改政策为前提，但合同和协议的签订是企业 and 职工及非职工出资者之间通过协商达成的一致意愿，是基于平等自愿而为的民事行为，合同中的权利义务约定均属双方真实自愿的意思

表示，不存在任何强制命令，不同于“落实政策”这一行政行为本身。所以笔者认为《职工房改购房合同》和《集资建房协议》符合合同法意义上的合同要素，此类合同纠纷也依法应由法院管辖。更何况《集资建房协议》是企业 and 职工之外的出资者签订的，不存在任何行政隶属或上下级管理性质，完全是一项平等自愿的民事行为。

何为因行政命令而调整划拨、机构撤并分合而引起的房地产纠纷？根据前一段的论述，此案中无论《职工购房合同》还是《集资建房协议》，都是国有企业一方与作为公民的职工和企业外出资者之间基于平等、自愿的行为，权利义务约定均为双方真实自愿的意思表示，并不存在最高法院38号通知所称的“因行政命令而调整、划拨”而引起的房产纠纷。

何为因单位内部建房分房而引起的占房、腾房纠纷？房改房不同于单位内部分配房屋，单位内部占房腾房是基于企业将公房分配给职工居住，在房屋分配中发生的占房、腾房纠纷。而此案中并不存在占房、腾房问题，房屋权属早已根据《职工房改购房合同》及《集资建房协议》的约定属于职工和非职工出资者所有。后因企业违约未为职工办理房产证，并违约将房屋抵押给银行而引发的纠纷，故职工要求办理房产证过户手续并解除抵押，这一请求与单位内部占房、腾房问题明显不同。

综上，最高法院38号通知第三条根本不能成为法院对此类案件不予受理的法律依据。

其次，如何认定最高法院38号通知的效力？即便最高法院38号通知可适用于此类案件，但《中华人民共和国民事诉讼法》并未对房改房为标的的纠纷管辖作出排除规定，虽然其他有解释权的国家机关可以对法律法规的具体

► 在城市更新进程中，老旧房屋的拆迁估计并不遥远，届时或将引发拆迁补偿款相关的纠纷，纠纷群体范围更广，将一定程度上给社会稳定带来影响。笔者认为，应牢固树立司法这道保护公民私有财产最有利、最权威的防线，也是最后的防线。

适用作出解释，但任何解释都不应对公民依法律应享有的权利予以缩小解释，否则就是对公民权利的侵犯，是对法律及宪法的违背。而最高法院38号通知第三条的内容显然是根据民事诉讼法进行的解释性规定，却是对公民诉讼权利的缩小和限制。我国实践中的各类司法解释众多，倘若可以用司法解释对公民权利予以缩小和限制，何谈法律的公正和权威？

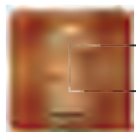
法院对此类案件的处理方法不统一

“历史遗留”问题谁有权确认？“历史遗留的落实政策”问题应如何认定？若此类案件不应由人民法院受理，为何宝安区人民法院又能对此案采取强制执行措施？此前南山区人民法院亦曾受理此类案件并作出判决。“历史遗留的落实政策”是一个概括、抽象的词语，至今仍无法律法规或司法解释详细罗列符合的具体纠纷情形。那么，哪个国家机关有权对其进行认定？法院是否有权对“历史遗留”问题进行认定？笔者认为这些都事项都亟待国家从法律层面上予以明确规定。

司法是保护公民私有财产的有力的手段

此房改房合同纠纷案中，法院的不予立案裁定作出后，职工和出资者的合法民事权利受到侵犯却无法通过行使诉权进行保护，并且因为国家尚无相关法律法规对此进行规范，职工和出资者亦缺乏解决该类纠纷的法律路径和救济方式。职工和出资者随时面临房产被法院强制执行的风险，矛盾积累之下，冲突一触即发。在城市更新进程中，老旧房屋的拆迁估计并不遥远，届时或将引发拆迁补偿款相关的纠纷，纠纷群体范围更广，将一定程度上给社会稳定带来影响。笔者认为，司法是保护公民私有财产最有力的手段，也是保护公民私有财产最后的防线。





经典案例

从张氏叔侄案看司法职权优化配置

文 北京市中银（深圳）律师事务所 谢兰军律师

司法职权的优化配置必须跟上司法改革的脚步。平衡公检法三机关配合与制约的关系，切实做到保障人权，不断提升司法公信力，才能使司法体系良性运作。

【案情回放】

2003年5月18日晚9时许，因受人所托，安徽歙县张辉、张高平叔侄俩送货去上海途中，让17岁的王某搭顺风车前往杭州。将王某搭载到杭州的艮秋立交桥后张氏叔侄驾驶货车从沪杭高速前往上海。2003年5月19日早晨，王某被人发现抛尸于杭州市西湖区留下镇留泗路东穆坞村路段的路边溪沟。几日后，张氏叔侄被警方抓捕。

2004年4月21日，杭州市中级人民法院以强奸罪判处张辉死刑，张高平无期徒刑。半年后，浙江省高级人民法院终审改判张辉死缓、张高平有期徒刑15年。此后，狱中的张高平、张辉均坚称自己无罪。

2011年11月，媒体曝光了张氏叔侄案，浙江省政法委成立了督查组，开始复查此案。

2013年3月20日，浙江省高院采取不公开开庭审理进行了再审。2013年3月26日，浙江省高级人民法院依法对张辉、张高平强奸再审案公开宣判，认定有新的证据证明原判定罪、适用法律错误，宣告张辉、张高平无罪，被错误羁押近10年的张氏叔侄冤案至此昭雪。

【问题聚焦】

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第四十六条：“对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据充分确实的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。”在司法实践中，刑事诉讼的证明标准贯穿于刑事诉讼的全过程，从立案、逮捕到移送审查起诉直至判决，无不充斥着不同阶段、不同程度的证明标准和实体、程序方面的证明。案情被媒体曝光后，人们对案情发出连环问：张氏叔侄

实施犯罪行为的案件事实是否已经调查清楚？证据是否已经确实充分？有罪供述的获取方式是否合法？张氏叔侄的口供是否一致？此案是否已排除了其他人犯案的可能？公安机关办错案，检察机关为何亦失察？公诉人选择忽视，法院为何在权衡的过程中也选择顺从？

【现状分析】

《中华人民共和国刑事诉讼法》第二条规定：“中华人民共和国刑法的任务，是用刑罚同一切犯罪行为作斗争，以保卫国家安全，保卫人民民主专政的政权和社会主义制度，保护国有财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业的顺利进行。”我国的当前司法权只有在正当行使时才能有效地维护人民的权益，一旦发生权利的失衡、滥用或配置不均，就会成为司法体系的短板，造成权力的非良性运作，侵害公民的正当权益。那么当今的司法体系中存在哪些问题呢？

第一，公安机关在侦查过程中权力配置不合理。

《中华人民共和国刑事诉讼法》第六十九条规定“公安机关对被拘留的人，认为需要逮捕的，应当在拘留后的三日以内，提请人民检察院审查批准。在特殊情况下，提请审查批准的时间可以延长一日至四日。对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子，提请审查批准的时间可以延长至三十日。人民检察院应当自接到公安机关提请批准逮捕书后的七日以内，作出批准逮捕或者不批准逮捕的决定。人民检察院不批准逮捕的，公安机关应当在接到通知后立即释放，并且将执行情况及时通知人民检察院。”公安机关对于任何一个“重大”案件的嫌疑人都可以行使居留权，拘留期限可长达三十七

天。拘留决定、拘留期限则完全由公安机关自行决断。张氏叔侄正是在拘留期间遭遇长期的不能睡觉、长时间站立等折磨。姑且不论张氏叔侄在拘留期间是否曾发生此类刑讯逼供行为，仅就其被拘留期限来看也不免有侵犯公民合法权益之嫌。公安机关的具体执法行为尚缺乏有效的追责机制。

第二，检察机关权力过于集中。在张氏叔侄案中，代理律师在接受采访时曾表示，检察机关在批捕和诉讼中不曾认真的听取辩护人意见，辩护人的力量太弱，辩护意见难被人民法院采信。实践中，很多人反映在大多数刑事案件中检方的地位远远高于辩方之上。此类现象的形成原因与检察机关的公诉角色、权力配置密不可分。根据《中华人民共和国宪法》第一百二十九条、《中华人民共和国人民检察院组织法》等有关法律的规定，检察机关既有刑事案件侦查权、批准和决定逮捕权、公诉权、立案监督、侦查活动监督权、刑事审判监督权、民事审判、行政诉讼监督权、职务犯罪预防权及对刑事判决、裁定的执行是否合法的监督权。即检察机关既可以领导和指挥公安机关的侦查工作，监督人民法院的审判，必要时甚至可以直接指挥、领导侦查工作。纵观之，检察机关是连接公安机关与人民法院的有效桥梁，本应发挥承上启下、有效监督的有效作用，然而权利长期过于集中将会造成检察机关和其他国家机关之间互相监督的架构失衡。

第三，检察机关与法院易形成“配合为常态，制约为特例”的关系。我国宪法确立了公、检、法三机关“分工负责，互相配合，互相制约”的关系。互相配合是指三机关在分工负责的前提下，在刑事诉讼过程密切配合，彼此互不冲击，共同完成打击犯罪、惩罚犯罪的任务。互相制约是指公、检、法三机关在办案中要秉持原则，互相监督，及时整改纠正，保证案件的正确性。如果法律的规定使公检法三机关之间形成利害关系，则无法实现互相监督的作用。张氏叔侄案中，如果人民法院对检察机关出示的证据敢于否决，敢于提出质疑，那么就张氏叔侄就不致于陷入十年牢狱之灾了。

第四，对于公、检、法三机关违反法律法规的行为缺乏具体合理的制约体系。从审判人员的角度，现行法律主要是刑法、国家赔偿法、法官法等法律法规对审判人员的行为进行规范调整。从法官的审判活动的角度，相关法律则作出了包括法官不得徇私枉法、枉法裁判、滥用职权、玩忽职守等制约性规定。八十年代末，我国一些地方法院开始试行错案责任追究制度，即一旦发生错案，在纠错的同时还要追究司法人员的责任。这一制度逐步推广到全国各地法院。但司法实践中，由于案件正误的判断标准具有某种不确定性，因此要明确界定是

否为冤案、错案有一定的困难。即便是张氏叔侄案，虽已经被判断为错案，但综合考量2003年的整体司法水平、办案法官的专业水平等因素，却很难界定该案的法官是否应当承担法律责任。最高人民法院1998年9月发布的《人民法院审判人员违法审判责任追究办法》第二十二条规定：“因对法律、法规理解和认识上的偏差而导致裁判错误的；因对案件事实和证据认识上的偏差而导致裁判错误的；因出现新的证据而改变裁判的；因国家法律的修订或者政策调整而改变裁判的，审判人员不承担责任。”其中“认识上的偏差”涵盖了多种可能，部分审判人员的玩忽职守行为完全可以被涵盖期其中。现阶段我国尚缺乏科学、公正的程序和法律，如违法判决的权衡标准、责任承担的轻重、法官的申辩权等对法官责任予以追究。因此在立法和技术层面，法官判错案的可能性仍然无法完全避免，相关责任亦无法明晰。张氏叔侄案的承办人员中，不管是非议最多的承办人聂海芬，还是出庭公诉的检察人员，亦或是一审、二审、终审的承办法官，尚无法通过国家机关内部评定确定是否依法办案，简单的公开道歉不过是治标不治本。

【意见建议】

一是要调整公安机关在侦查过程中的权力配置。公安机关是刑事案件的侦办前锋，应恪守自身职责依法办案。尽管一旦发生重案要案，公安机关将面临来自系统内外强烈关注带来的巨大压力，但是这不应成为公安机关对犯罪嫌疑人采取刑讯逼供的理由。应当有外部的监督力量让相对封闭的侦查程序不致于滋生刑讯逼供的病菌。公安机关在侦查过程若肆意犯规，最终的结果必然与公平正义大相径庭。在司法实践中，公安机关出于各种原因很少主动撤销案件，而是会通过各种途径向检察院施压，反复要求复议、复核，而检察机关往往会同意。因此，笔者认为应当首先从立法上对公安机关的权利予以限制。如前文所述，若无强有力的监督和制约，公安机关在刑事侦查过程中极易滥用刑事拘留、监视居住、取保候审、逮捕、搜查、扣押等限制和剥夺公民人身自由等权利的措施。试想，如果将上述限制和剥夺公民人身自由等权利的措施许可交由法院来决定，公安机关仅有执行权，这样不仅可以保障犯罪嫌疑人的正当权益，而且可以有效减少错案的发生。同时，在司法实践中应当加强公安机关的内部监督力量。现有的法制、纪检、监察等部门权责不明，权力行使流于表面，无法实现高效的监督。笔者认为，理顺前述各职能部门关系，整合监督力量，优化配置监督资源。例如可将相关的监督信息整合成一个网络信息系统，方便其他人员查阅信息，进一步推动完善监督体制。

二是检察机关公诉权力与审判监督权力应当予以分离。我国检察权是由我国基本政治制度——人民代表大会制度所决定的，检察权可以划分为制约性检察权和监督性检察权。制约性检察权包括公诉权中的提起公诉权和不诉权、批准逮捕权。监督性检察权包括诉讼监督权和职务犯罪监督权。然而检察机关不能既担任运动员同时又担任裁判员，这将破坏法律天平平衡。检察机关的监督权利是对法庭审判活动的制约，这种权力既不应凌驾于法庭之上，在控辩关系中也不应具备任何的特殊性。但司法实践仍未完全实现此种模式。笔者试想，如果在立法层面将检察机关的监督权从机关中剥离出来，新设一个独立的机关，对法院行使监督权，对人大负责，向人大做监督报告。这样便可确保检察机关对法院的中立监督。

三是应当重新调整法检的关系，配合与制约同等重要，缺一不可。张氏叔侄案中，杭州市中级人民法院一审以强奸罪判处张辉死刑，张高平无期徒刑。在半年后，浙江省高级人民法院却终审改判张辉死缓、张高平有期徒刑15年。法院为何突然改判？如法院认为直接证据不足，间接证据亦未形成强有力链条，为何不直接改判无罪？现行法律制度下，即使法院对案件有合理的怀疑，不管是出于对检察机关监督权的顾忌，或是基于对检察机关的信任，也无法全然不顾地作出无罪判决，相反作出疑罪从轻判决“相对保险”。这中判决是当前法检关系的必然结果。事实上，审判的前置程序都以审判工作为核心的，若检察机关检察权单方制约审判权显然本末倒置。

现阶段，我国在法院对检察机关行使刑事审判监督方面并无详细规定。根据2011年3月10日最高人民法院、最高人民检察院联合印发的《关于对民事审判活动与行政诉讼实行法律监督的若干意见（试行）》第15条规定：“人民法院发现检察监督行为违反法律或者检察纪律的，可以向人民检察院提出书面建议，人民检察院应当在一个月将处理结果书面回复人民法院；人民法院对于人民检察院的回复意见有异议的，可以通过上一级人民法院向上一级人民检察院提出。上一级人民检察院认为人民法院建议正确的，应当要求下级人民检察院及时纠正。”这一规定表明，人民法院在民事审判、行政诉讼活动中，对检察机关同样有对等的监督权。如果我国在刑事审判监督制度中也做类似的规定，则检、法之间向互相制约的目标又靠近一步。

四是尽快制定一套完整的、合理的、科学的责任追究机制，对公检法三机关人员办案行为进行有效的监督和制约。从法官的角度，一旦发生错案，则应对责任人追究责任，以警示法官判案应慎之又慎。错案、冤案不仅会令当事人失去珍贵的自由甚至生命，更会

令法院失去人民的公信力。现有的《人民法院审判人员违法审判责任追究办法（试行）》和《人民法院审判纪律处分办法（试行）》存在逻辑较为混乱、责任划分显失公平的问题，无法进行有效错案责任认定。因此在责任追究的问题上，应从惩戒机构、惩戒程序、惩戒方式、救济程序等方面建立一套完整的科学的法官职业道德惩戒机制。避免该责任机制在实际操作过程中被架空，同时还要考虑错案的责任是否涉及法院院长及审判委员会，避免将冤假错案的责任全部归咎于法官个人身上。要制定惩戒机制，不仅首先要确保法官有足够的自由与权力独立判案，还要为法官创造良好的执业环境。此外，对于法官的监督、制约机制应从法院的内部文件转变为法律的明文规定，令责任追究机制有法可依，这是提高人民公信力的重要措施，也是让法官免于沦为舆论牺牲品的保障。

【结语】

张氏叔侄案是当今司法体系权力配置漏洞下的牺牲品。如果没有刑讯逼供，没有公诉机关的失察，没有采纳非法证据，没有根深蒂固的疑罪从轻的观念，相信张氏叔侄就不会有十年的冤狱。如果不是张高平那几麻袋申诉材料的坚持和相关人员的帮助，这个案子或许还是个“没有翻过来的冤案”。笔者认为，司法职权的优化配置必须跟上司法改革的脚步。平衡公检法三机关配合与制约的关系，切实做到保障人权，不断提升司法公信力，才能使司法体系良性运作。最后，笔者借用张高平的话以作警醒：“今天你们是法官和检察官，但是你们的子孙不一定是检察官和法官，如果没有法律和制度的保障，你们的子孙也可能被冤枉，也可能徘徊在死刑的边缘。”



后记：

张氏叔侄冤案平反后，浙江省高院回应称：该案侦查机关违法使用狱侦耳目袁连芳采用暴力、威胁等方法参与案件侦查，获取张辉有罪供述，同时又以袁连芳的证言作为证据，直接导致了这起冤案。并称根据DNA物证，不能排除勾海峰作案的可能。

浙江省公安厅则在官方微博“浙江公安”表示：“这起错案的发生，公安机关的侦查工作作为刑事诉讼活动中的一个环节，是有责任的，我们深感痛心，对当事人及家属深表歉意。浙江省公安厅已要求杭州市公安局配合有关部门，认真做好相关执法问题的调查，做到有错必纠，有责必查，绝不掩盖、绝不袒护。”

（综合媒体报道）

深圳律师的环保业务求索之路

——访李军强、陈旭绯律师

文 特约记者 古丽

改革开放30多年来，高速发展的经济与环境污染的矛盾不断加剧，尤其是2013年在全国范围爆发的雾霾天气更是引发了整个社会对环境污染问题的关注和忧虑。

近年来，从中央到地方，整个社会的环保意识在逐渐加强。国家各项环保政策开始密集出台，地方政府也积极响应，签下“环保军令状”……

在深圳，深圳市律师协会环保法律服务兴趣小组成立、环境与资源法专业委员会组建获得共识，在环境保护问题上深圳律师表现出一如既往的责任与担当。

环保法律服务兴趣小组成立

早在2011年10月15日，深圳市律师协会成立环保法律服务兴趣小组，开始探索环保法律服务业务的发展之路。

在此之前，全国较有影响力的环保法律事务机构（组织）主要有两个：中华环保联合会及污染受害者法律帮助中心。深圳市律师协会环保法律服务兴趣小组的成立为环保注入了新动力。牵头人李军强律师带领有志于环保法律服务的23名深圳律师，满怀激情地召开了环保法律服务兴趣小组第一次会议。会议确定了四个备选研究课题：绿色建筑、企业环境风险管理、合同能源管理、排放权交易。

该兴趣小组重点关注了两个研究课题：绿色建筑、企业环境风险管理。关注绿色建筑的原因有二：一是深圳在绿色建筑方面是做得比较好的城市，制度体系相对完整、发展较快；二是建筑行业是我国环境污染、资源损耗问题比较严重的行业，将法律服务与环境保护、资源优化相结合，开拓法律服务业务新领域不失为一个创新思维。关注企业环境风险管理则源于我国越来越严峻的环境污染现状。随着国家越来越重视环境保护问题以及环保相关法律法规、政策的出台，企业在环保法律服务方面的需求、投入必将不断加大，为环保律师提供了发展新业务的机会。

接下来的一年时间里，该兴趣小组针对深圳整个绿色建筑行业进行了全面调研，调研范围包括立法机关、管理机构、绿色建筑企业等整个绿色建筑行业生态链，基本摸清了绿色建筑行业的情况。为进一步增加对绿色建筑行业的了

解，兴趣小组还参加了32次的环保相关的座谈会、展览、论坛等活动，并着手制定绿色建筑法律服务操作指引。

一年多的调研，环保法律服务兴趣小组发现绿色建筑行业中存在的一些主要问题，他们认为政府推广绿色建筑最终目的是向绿色、低碳的生态城区转型升级，故加强宣传绿色建筑的优点，刺激消费者购买绿色建筑的需求非常重要，调研为律师行业开拓环保法律服务业务提供了新思路。

成立两年多来，兴趣小组特别注重环保法律业务知识的学习，组织、参与多场环境相关的培训、讲座、研讨、座谈等活动，认真研习环境保护方面的政策、文件、技术、前沿理论等内容。该小组为深圳律师提供了关注环境法律、参与环保事业的良好平台。

2013年12月12日，设立环境与资源法专业委员会的设想得到了批准。该委员会将为深圳律师投身环保法律服务事业提供更宽广的交流平台，努力开拓环境和资源法律服务市场，为社会提供多层次、全方位、前瞻性的优质法律服务，发挥律师在国家可持续发展战略中的积极作用。

“深圳市民环保奖”首颁律师

“我认为通过循环经济模式减少环境污染的渠道、增加资源的重复利用等方式能有效缓解当前严峻的环境形势。”身体力行环境保护提供法律服务多年的李军强律师对环保有自己的独到见解。

早于2009年，李军强律师便成为中华环保联合会的志愿律师，曾受中华环保联合会指派，协助处理韶关仁化血铅超标等案件。多年来，他积极参与环保立法，先后对《深圳经济特区噪声污染防治条例》修改、《中华人民共和国环境保护法》修改、《中华人民共和国国家应对气候变化法》制定、《深圳市绿色建筑促进办法》（征求意见稿）等提出了修改意见和建议，并两次向市人大提出制定《深圳经济特区绿色建筑管理条例》的建议。他大力推动深圳市律师协会环保法律服务兴趣小组、环境与资源法专业委员会、深圳国际低碳城公益律师服务团的建立……2013年，李军强律师以环保法律服务者的身份荣膺“2013深圳市民环保奖”，成为深



李军强律师

“环境诉讼困难重重，取证难、鉴定费用高、责任认定难、立案难、胜诉难。如果涉及到一些大型企业，诉讼的阻力就更大。”李军强律师心有戚戚。考虑到非诉环保法律业务能从源头预防、控制环境污染，社会阻力较小，环境污染恢复成本较低，李军强律师最终选择了非诉环保法律业务作为自己的重点研究方向。

圳市民环保奖设立九年来的首位律师获奖者。

李军强律师认为环保是包括防止环境污染和破坏、保护和节约资源和能源在内的大环保概念。目前，我国相关的环境法律达30部、行政法规近百部、相关标准逾500项，如何在浩如烟海的环保法律服务领域中开拓出能够保持一定竞争力的环保法律服务业务，是李军强律师一直思考的问题。经过调研和论证，综合考虑多种因素，李军强律师最终将服务重点放在非诉环保法律服务上，并开始走上开拓非诉环保法律业务的探索之路。在李军强律师看来，非诉环保法律服务是事前防范，具有源头控制的作用，对生态环境的破坏最少，并且业务空间广阔，具备开发的条件，可成为律师新型业务。

李军强律师还组建了广东绿建律师事务所向社会提供专业环保法律服务。该所成立后，通过提出立法及修法建议、参加环保法律培训及研讨、组织义务法律咨询等活动等方式，外树环保律师专业形象，内强团队综合素质，大力开拓环保法律服务业务，在探索律师事务所专业化方面初见成效。

“全国环境维权优秀志愿律师”

同为环保法律服务兴趣小组成员、上海市建纬（深圳）律师事务所的陈旭绯是更早关注、参与环保法律服务的律师。

“早在2007年我就开始投身环保法律服务事业。”环境专业与法律专业双学位毕业的学历背景，成为陈旭绯律师从事环保法律服务的优势，也让她对环保事业充满热爱。

“多年来环境污染和破坏给人类生存带来了不容忽视的危机，环保行动迫在眉睫。”意识到这一点，陈旭绯律师到北京参加专业的环境法律培训，交流最前沿的环保法律知识、法律实务操作技能，积极参与环境公益维权事业，并思考如何开拓与推动环保法律服务业务发展。

2008年，陈旭绯律师成为中华环保联合会的环境维权志愿律师，此后她参与举办环境资源与保护领域的法律业务类型讲座及渤海湾溢油事件、广西镉污染事件等重大环境污染事件的法律问题分析等讲座、研讨会和论坛。2011年9月，陈律师受中华环保联合会指派，为深圳市龙岗区振业峦山谷业主诉比亚迪公司环境维权案提供法律援助。经过近9个月的

努力，成功促成比亚迪拟投资80亿人民币建设的全球最大磷酸锂电池厂撤出了涉案地块，保护了近万名业主的合法权益及周边地区的环境资源。

陈旭绯就“比亚迪迁址锂电池项目”接受《南方日报》采访时曾说道：“业主对（环境）法律的理解不是那么深，也不知道如何拿起法律武器来维权，只是每天被废气困住，情绪波动很大，羊群效应之下，恶劣的情绪传染，容易引发恶性群体事件。业主曾说，如果不是法律介入，他们会觉得毫无头绪，进而采取极端措施。”此案中，专业的环保公益机构、环保律师介入，对业主的合法、理性维权起了重要作用，一起群体性危机事件被化解在萌芽状态。因案件本身复杂、维权人群众多及良好的社会效果，此案成为国内环境法学界和实务界的经典案例。

自2010年接手第一件环保公益诉讼案件以来，陈旭绯律师陆续代理了10余起环保公益诉讼案件。2013年，陈旭绯荣膺“全国环境维权优秀志愿律师”，成为全国获此殊荣的5名优秀律师之一。

非诉与诉讼的艰难抉择

目前，我国环境诉讼处于举步维艰的尴尬境地。于律师而言，环保法律服务该走非讼还是诉讼方向便是一个艰难的抉择。

“环境诉讼困难重重，取证难、鉴定费用高、责任认定难、立案难、胜诉难。如果涉及到一些大型企业，诉讼的阻力就更大。”李军强律师心有戚戚。考虑到非诉环保法律业务能从源头预防、控制环境污染，社会阻力较小，环境污染恢复成本较低，李军强律师最终选择了非诉环保法律业务作为自己的重点研究方向。

而尽管困难重重，陈旭绯律师在从事环保法律服务等非诉业务的同时，也积极投身到环境诉讼事业中去。“起先是我提出了非诉环保法律业务的概念。但是如果说非诉环保法律服务重在防微杜渐，那么环境诉讼则是治理环境污染最直接、最有力的武器，是非诉环保法律服务业务的重要组成部分，国家和社会都需要它。我们的目的不仅是为环境污染的受害者提供必要的法律帮助，更是希望能够推动企业按照相关的环境法律法规的合法合规经营，推动政府有效管理，进一步减少环境污染对生态的破坏和对人类生命健康权的损

而尽管困难重重，陈旭绯律师在从事环保法律服务等非诉业务的同时，也积极投身到环境诉讼事业中去。“我们的目的不仅是为环境污染的受害者提供必要的法律帮助，更是希望能够推动企业按照相关的环境法律法规的合法合规经营，推动政府有效管理，进一步减少环境污染对生态的破坏和对人类生命健康权的损害，更好地维护我们共同的生存环境。”陈旭绯律师道出初衷。



陈旭绯律师

害，更好地维护我们共同的生存环境。”陈旭绯律师道出初衷。

然而，不管是非诉还是诉讼环保法律服务，其在深圳乃至全国的开展仍面临诸多困境。

李军强律师在推进非讼环保法律业务中发现，环保法律服务人才匮乏严重制约着环保法律业务的发展。此外，走非诉环保法律服务专业化道路，律师事务所将面临其他法律服务需求客户流失的问题。目前在全国范围内环保法律专业化的律师事务所少之又少，将较多时间和精力投入到环境法律服务的律师亦是小群体。广东绿建律师事务所2013年7月开始招聘律师及助理，但迄今为止只招募到两个非环保专业的助理。“任何一种新型法律服务业务都需要经历培育期，特别是前三年基本都是开发、积累的投资过程，三到五年后，法律服务业务才会比较成熟，具备一定的市场竞争力。”在李军强律师看来，投身公益事业与个人、律师事务所的生存发展并不矛盾。

陈旭绯律师则在代理环境诉讼业务中，推动国内环境诉讼理念、制度的转变。环境诉讼专业性强、案件复杂、耗时长、涉及面广、取证困难，非一般公众所能力及，环保律师是帮助当事人接近法院、实现诉权的引路人。目前我国实行律师费用当事人负担原则，这部分费用不属于诉讼费用，不能通过胜诉而从败诉方获得补偿，只能由原告自行负担。故律师代理费是当事人的主要诉讼成本之一。如果原告无力支付律师费，原告可能会因为无力承受而放弃诉讼。环保律师代理环境公益诉讼以自己专业的法律知识和技能为委托人提供法律服务，往往需要付出大量的时间，甚至需要自掏腰包，若以公益之名剥夺律师的合法收费有违法律规定，且将在一定程度上打击环保律师等公益人士的维权积极性。

国外的环保司法实践中，律师代理公益诉讼案件是需要收取合理甚至是高额的代理费用的。根据判例法国家的法律制度，律师代理的环境公益诉讼案件胜诉之后，律师代理费将全部由污染者负担。此制度一方面解决了环境污染受害者无力承担律师费的后顾之忧，鼓励更多律师加入环保事业，另一方面亦增加了污染者的环境污染成本，将在一定程度上遏制环境污染行为。“谁污染谁付费”是国内外环境法学界的基本理念。在我国，推动立法确立由污染者承担环境公益

诉讼的律师费的费用负担规则是社会各界关注环保事业人士共同的目标，亦是众多深圳环保律师的目标。

环保律师的使命

修订后的新民事诉讼法第55条规定，法律规定的机关和有关组织均可向人民法院提起环境诉讼。尽管我国目前并未出台有关的司法解释，该法因此缺乏可操作性。但从立法的意义上说，它开启了环境公益诉讼的司法程序。这让李军强、陈旭绯等律师看到了环保法律服务业务的美好前景，他们同时希望，通过法律法规的修改，能进一步建立健全环境保护法律机制，为律师参与环保法律服务提供更有力的法律保障。

党的十八大报告明确指出：“面对资源约束趋紧、环境污染严重、生态系统退化的严峻形势，必须树立尊重自然、顺应自然、保护自然的生态文明理念，把生态文明建设放在突出地位，融入经济建设、政治建设、文化建设、社会建设各方面和全过程，努力建设美丽中国，实现中华民族永续发展。”而十八届三中全会把加快生态文明制度建设作为当前亟待解决的重大问题和全面深化改革的主要任务，强调要紧紧围绕建设美丽中国深化生态文明体制改革，加快建立生态文明制度，健全国土空间开发、资源节约利用、生态环境保护的体制机制，推动形成人与自然和谐发展现代化建设新格局。可见，生态文明建设已经进入国家经济社会发展的全局，建设“五位一体”的社会将是今后很长一段时间的工作重点。

在此背景下，公民的环保意识越来越强，环保法律服务需求越来越高，业务发展空间也会越来越大，环保法律服务在深圳环保律师看来是一项值得投资的阳光产业。

目前，李军强、陈旭绯等环保律师正大力推动深圳市律师协会环境与资源法专业委员会的组建工作，他们希望通过组建该专业委员会吸引更多的环保律师，共同致力于提供专业的环保法律服务，通过互相探讨发展思路、分享办案经验、建立专业环保法律服务团队等方式，努力开拓和发展环境保护法律服务市场，为深圳律师争取到新的业务空间，树立起深圳环保律师的品牌，维护人类共同的家园。

律师的“七年之痒”

文 广东君一律师事务所 管铁流律师

但无论怎么做律师，也无论做不做律师，对于一个年届不惑的愤青类草根律师，我想我总还能坚持住一点：做一天律师，做好一天律师，对得住自己的良心，也要对得住维权律师这个称号。

早在想着，到2013年，我从事律师工作就满七年了，这个时间节点应该好好做一下反思。

七年前，我从原单位出走，就象一个刚刚从午休中睡醒的人，一头从海轮上跌落进大海，先是猛呛了几口水，迅即胡乱地扑腾一番，渐渐地调整出状态，拿出最熟悉的狗刨式稳定住身子，头脑清醒后，就想着要用最高效的泳姿，随波逐浪，闲庭信步，但其时才发觉离船已远……

最初做律师已不是自己的选择，更多的是一种生活的逼迫。大学毕业后，我并未从事本专业工作，而是先后在若干私企、国企瞎混。后来，年岁日长，而定位始终不明。想着既然法律也学了几年，至少得拿个证，即便不做律师，好歹也证明自己不是太笨。于是用了三年时间，半工半读地，勉强也拿了本法律职业资格证。等到证书到手，索性决定去律师行试试。

2005年的4月26日，我从大亚湾核电站辞职，到广东华商律师事务所办了实习手续。又因为当时所里的文员美眉耽搁了向律协提交相关材料，致我错过当年的岗前培训，实习就一直拖了一年半。2006年12月5日，我总算拿到了红宝书。

最初两三年，和许多新手一样，我经受着经济和精神巨大压力。也曾无数次想过改行。甚至去几家公司面试、办了入职手续，但最终还是选择了在律师行业坚持下去。实习时，我跟自己说，拿到执业证再看看吧；拿到执业证后，我跟自己说，先做一两年再看看吧；两年后，我又跟自己说，再做两三年看看吧。一直到2009年，我终于对自己说，再做三年，到自己四十岁时再决定。

如果说实习时的摇摆多少还因为原先企业内的稳定安逸反衬出实习律师的苦捱，执业初期的犹豫则更多

是因为前景的茫然。我不知道其他同行是怎样的发展路径，但就我自己而言，直到2011年接触职业病业务之前，五年时间里一直是在调拌万金油。

2009年的刘汉黄案，可谓是我执业生涯的第一个重要节点。我从最初的不愿接不敢接，到后来全身心投入、推动，到一审判决下来，我有一种当年在大学时参加万米长跑的感受。至今有朋友在询问我办理此案的经验，我始终说这个案件并非我一个人在办，这绝不是谦逊之辞。事实上，我不过是做了一个辩护律师份内的工作，而决定判决结果的，远不是六千字的辩护词所能为。另一方面，我也确实从这个案件的办理中，学到了极为宝贵的经验。我至今庆幸，不是每个律师都能有这种经办大案的幸运机会的。

也是在办理刘汉黄案中，经老友指点，我开始撰写博客。最初的出发点，乃是希望引起公众关注，而求得轻判。因为经验的缺乏，也没有先行者的指点，我只能如实记录下办案中的点点滴滴，包括当事人的言行，包括与司法机关的交往，包括公众的关注，也包括自己的喜怒哀乐。未曾想，后来博客点击量窜升，也自然听到另一种声音：“不得不佩服”我的“营销本领”。不知道同行面对此种批评时作何感想，反正我是很上火，但我还真不知道该怎么去应付这种批评。因为该案的代理确实导致了律师博客的被关注，这是表象。后来想想，既然已将一切公诸于众，是褒是贬，人自言之，那就由他。律师尽好自己的本份就行。人在做，天在看。刘汉黄案对我的另一影响，并非如一些人或讥讽或嫉妒的预料，案源增加，而是将我更深地导向了一个领域：劳工维权。

事实上，早在2006年初（实习初期），我就已经开始接触到一些劳工NGO和公民代理人。毋庸讳

言，劳工案件中的公民代理人为很多律师同仁所不待见。何况，任何一项活动一旦定势为“行业”，公义之外，名利之下，其中的清浊自是混杂难辨。中国司法制度（包括律师制度）的现状，让众多的公民代理屡禁不止甚至大有兴旺发达之势，我想怨不得这些公民，政府法援的严重不足，律师生态的向上向富效应，与相形之下井喷的弱势劳工法律维权之需求，其间的专业法律服务之短缺，何止万千。限制甚至禁止这类公民代理，却不推出相应的律师代理之援助改善，而且严禁劳动争议案件的风险收费，最终的结局，未必是法律服务市场的清明，二是一定会有大量得不到专业法律服务的被侵权劳动者或者饮恨放弃，或者转而采取非正常的手段讨要说法。而无论何者，均与法治、公正乃至和谐政治相去日远。何况，现今市面上非劳动争议领域的公民代理也屡见不鲜，一些人甚至因此而名声大噪，律师界对此却似乎又能观之若素。因此，如何规范法律服务业，绝不仅仅是禁止公民代理这般简单。

大约两年多的接触中，我大致了解了内地劳工NGO的一些情况，无论他们是否代理个案，但在基本法律知识的普及方面，他们确实做了不少工作。作为律师，我偶尔也会帮他们去开展法律讲座，接受工人的咨询。坦率地说，这个过程并非我对工人的单向服务，某种程度上甚至是工人帮助了我，让我更快更务实地领悟、掌握劳动法。尽管至今为止，我远不敢侈谈我对劳动法如何专业，但有一点我却足够自信，我是不折不扣的劳方代理律师。这个定位，绝不仅是法律专业的界定，更有利益整体的趋同。

任何法律争议都是攻守往来的技术活动，但没有哪一类法律争议像劳动争议那样存在劳资双方的尖锐对立，有时甚至到了要冲破法律禁锢的激烈程度。在攻守两端游刃有余，需要天赋，更需要平衡取舍。可是至今为止，我依然无法自由地转换自己。

这样一种心态，这样一种选择，随着刘汉黄案的进展和结案，而更加深入地框在了我的执业活动上。

其实，我还没有承担这种道德高于专业的德能基础，或者说做好承担这种赋能的准备。平日里，我依然要为律所的办公管理费和一家老小的生活开支而焦头烂额，案件的选择上，我也无法不计较代理费用的多寡。是以2009年之后的两年的时间，我依然在万金油律师的圈子里摸爬滚打。

接触职业病，诚如我在一篇文章中写到的，既偶然又必然。说必然，是因为之前代理的案件当事人总会有转介绍；说偶然，则是因为第一个职业病案件的代理，

对任何人来讲机率其实差不多，而机会最终给了我，因此，再套句老掉牙的话：感谢生活。因为生活让我接触到职业病患者和他们的法律困扰。

如果说第一单职业病案件的代理多少有些偶然，那么接下来能否在职业病法律服务领域走下去走多远，则不可能再是偶然。职业病和职业病患者特殊性，决定了代理律师时刻需要面对远甚于其他业务尤其是商事业务的经济压力、代理风险。几乎每天，我都要接到电话或者网络的求助，但最终我能接受委托的机率，百不过一。以我一己之力，焉能满足千千万万患者的法律需求。这里，需要更多的法律人介入。两年来，我陆续代理了一些职业病索赔案件，也参与了一些职业病防治相关法律的立法倡导，一个似乎永恒的话题是：作为律师，能够在职业病法律维权领域走多远？

对此，我不敢贸然应承。从专业上来看，职业病防治法律，任律师穷其一生也无能完成其研究与实践。拓展的空间巨大，但自谋出路的社会律师，如何在自我发展与社会责任的天秤中推进，其实不易。

不止一次有朋友问我，是不是这辈子就专做职业病防治法律业务了？我说，目前我所能大致预料到的，大概能有十年吧，这十年既是我执业生涯精力最旺盛的阶段，也是依我所测，大概能够推动一项或者几项至关重要的职业病防治制度在中国落地生根的时间段。再以后呢？谁想得那么远，或者继续从事职业病防治法律业务，或者转攻其他，比如刑事辩护和民告官的官司我就一直情有独钟，或者干脆，想明白了一些事，不做律师了，也未尝不会。

但无论怎么做律师，也无论做不做律师，对于一个年届不惑的愤青类草根律师，我想我总还能坚持住一点：做一天律师，做好一天律师，对得住自己的良心，也要对得住维权律师这个称号。





灯下随笔

火炉旁的冬天

文 自由撰稿人 钟芳

北风呼啸，天色阴郁着，无声无息中，冬天又来了。这个时候，我分外想念家乡的火炉。小时候，每到冬天，母亲便会搬出闲置了很久的火炉，在火炉里加上碳，生起火，通红通红的，寒冷就被隔绝在外，既温暖了人的身子，也温暖了人的心窝。

那时的乡下，一到冬天几乎家家户户都要生个火炉。火炉的样式有许多种，我们家由于兄妹多就备了一个大火炉，约一米见方，四支脚，市头做的框架，中间是一个圆底的铁锅，里面放着一些从厨房灶膛里掏出的还红旺的火炭。生起火炉，屋子里很快就热气缭绕，充满融融暖意。火炭快烧完了，母亲就将入冬前早已准备好的市炭添加进去，压好、拍实，其所散发的腾腾热乎气儿，足以令全家温暖大半天。没事的时候，一家人都爱围坐在火炉边，把手伸到火炉上，边烤着火，边聊着家常，其乐融融。

白天父母出去干活的时候，炉上总是炖了满满一砂锅的萝卜排骨汤，水一次加足，半途绝不添水，绝不搅和，任它翻滚，细细地小火慢炖。这样炖出的汤特别鲜甜甘美，一缕缕的浓香地在鼻翼间环绕，溢满整个房屋。晚上全家人围在火炉旁，一边烤火，一边吃上一碗热气腾腾的萝卜排骨汤，顿感寒气全无，暖心又暖胃。我迫不及待地喝上一口，齿颊留香，格外润体怡人，那满嘴鲜香啊，让人至今回味留恋。在那个物质匮乏的年代，经过母亲巧手的调制，一个冬天的餐桌都是汤香四溢，温馨而亲切。

吃完晚饭后，母亲总是早早将饭桌收拾干净，专心

► 冰封雪锁的隆冬时节，早晨起来屋里特别凉，我怕冷不想起床，这时母亲总是早于我们起床，第一件事就是先把火炉里的火烧得旺旺的，把我们的棉裤、棉袄拿到火炉上烤热，再让我们起床穿衣。母亲这种舐犊情深、呵护有加的爱，让我永生铭记。

地做全家人冬天穿的棉衣棉鞋等针线活计。我们兄妹四个便在暖和的火炉边做作业。写完作业，我们都喜欢听爸爸讲那些过去的故事。欢声笑语中，父亲常会在火炉上支个铁架子，用它烤年糕、糍粑之类的食物，待年糕、糍粑烤得两边黄灿灿了，再抹上一层腐乳，吃起来又香又脆，我们争着抢着吃。偶尔还会烤几个红薯、土豆或花生，烧熟的红薯外焦内软，甜蜜软嫩，那香甜的滋味啊，令我难以忘记。

炉火的光把我们的脸膛映得红彤彤的，这暖洋洋的烘烤中，白天的疲倦和晚上的寒冷顿时一扫而光。待我们上床睡觉之后，细心的母亲会将我们穿过的棉鞋放入火炉旁。第二天早晨，烘热的鞋子穿在脚上感觉既暖和又舒服。

冰封雪锁的隆冬时节，早晨起来屋里特别凉，我怕冷不想起床，这时母亲总是早于我们起床，第一件事就是先把火炉里的火烧得旺旺的，把我们的棉裤、棉袄拿到火炉上烤热，再让我们起床穿衣。母亲这种舐犊情深、呵护有加的爱，让我永生铭记。

一个个清冷漫长的冬天，有火炉的相伴，不论外边怎么寒冷，心却是暖的。如今，我们离开了母亲，也远离了火炉，但火照亮了我的心灵，我的冬天也因此变得不再寒冷，灿烂温暖起来。



【数字】

160家

《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出加强知识产权运用和保护，健全技术创新激励机制，探索建立知识产权法院，这意味着我国知识产权司法审判体制将迎来新的变革。目前，知识产权法院的雏形、管辖权相对集中的知识产权审判“三合一”改革已经取得一定成果。相关数据显示，目前我国有6个高院、74个中院和80个基层院共160家法院已试行知识产权审判“三合一”改革。

180多个

近年来，涉及17省、近6亿人受到影响的雾霾污染事件频发，我国环境的问题日益突出，社会公众对环境污染的关注越来越高，环境投诉逐年增多。目前，我国迫切需要进行环境法律制度、管理制度的改革，并且急需培养环境司法领域的专业人才，实行专门机构、专属审理，从而发展环境司法。目前我国已经建立了180多个环保法庭、环保审判庭，但是，环境司法的专门力量仍显不足。

450万元

2010年以来，中国法律援助基金会资助雅安市法律援助办案经费共计32.65万元，雅安市39家法律服务机构154名法律服务人员共办理项目案件259件，挽回经济损失近450万元。“4.20”芦山地震发生后，中国法律援助基金会派3名“1+1”中国法律援助志愿律师到地震灾区开展工作。截至10月27日，3名志愿律师共办理法律援助案件38件，提供咨询700余人次。

【关键词】

网律模式

随着互联网技术的迅猛发展，许多传统行业纷纷借助网络不断开拓新商机、新领域。以律师为代表的法律服务行业也嗅出其中商机，推出律师网上法律服务，“网律模式”逐渐被大众所知悉。目前，业内比较认同的观点是，“网律模式”是通过互联网直接提供网上法律服务或以互联网为工具的律师或律师团队。“网律模式”横空出世，给业界带来不小的冲击，但抢占先机，才能占领市场。

家事审判改革

近期，深圳中院将创新家事案件审理方式改革作为重大改革创新项目之一，将宝安区法院列为全市法院家事审判改革试点单位，并制定《深圳法院家事审判工作规程》等一系列制度规范。家事审判改革试图探索建立一套集治疗、矫正、服务功能为一体的家事案件审判工作机制，推动建立一套行政与司法相互衔接支持的家庭危机援助体系，建立专业化审理制度，搭建家庭纠纷综合解决平台。

网络司法拍卖

截至2013年10月底，浙江省104家法院中已有98家法院进行网络司法拍卖，46.2%的拍品通过网络拍卖，已完成拍卖1175件，成交率达90.59%，比传统委托拍卖分别提高15个百分点，总成交额26亿1179万元，共计为当事人省下佣金6459万元。与传统拍卖相比，网络司法拍卖具有扩大竞拍范围、促使拍卖标的物交易价格最大化、真正实行零佣金、杜绝暗箱操作、提高执行效率等优点。

【声音】

“法治精神作为法治的价值核心和法治各环节的融贯灵魂，不仅是建制的理性基础、实施的科学指南、时事的应变法宝、共识的连接桥梁，而且有助于法体系的完善和法知识的高效习得。法治精神的内容应为规则治理与良法善治、自由人权与平等和谐、官民共治与全民守法、积极履责与制约公权、惩恶扬善与以人为本、公平正义与效率效益等六对相辅相成和相互制约的价值内核。”

——最高人民法院副院长江必新

“国家治理体系现代化实际上是政治现代化的另一种表述，在治理体系现代化进程中，具体而言，就是要实现包括政治制度与经济体制的现代化，建立协商民主体系，推进法治中国建设。推进法治中国建设和协商民主发展，对实现国家治理能力现代化至关重要。法治与协商规定了权力运行的方式，有利于防止权力部门滥用职权、滋生腐败，同时为社会包括社会组织 and 普通民众参与治理提供了依据和途径。”

——中国人民大学政治学系主任杨光斌

【业界前沿】

厦门：律师团队保障政府重点项目顺利进行

为保障重点建设项目的顺利进行，厦门市司法局遴选54家综合实力强的律师事务所，参与厦门市184个重点建设项目和32个重点前期项目的对接服务工作。这些律师事务所将通过组建专业化律师服务团、担任常年法律顾问、接受重点建设项目相关单位委托办理法律事务等方式，为重点项目建设单位提供法律咨询、起草审查经济合同、出具法律意见书、协助制定完善企业管理制度等服务。

浙江：不得拒绝受理服刑人员申诉

日前，浙江省高院会同省检察院、公安厅、司法厅，联合出台《关于切实保障服刑人员申诉权利的意见》，明确提出相关法院、检察院或个人，不得以任何理由拒绝受理服刑人员提出的申诉，不得扣押申诉材料，正确处理申诉与认罪悔罪的关系，申诉不影响对服刑人员的减刑、假释；服刑人员对已生效的判决、裁定不服提出申诉的，相关单位或个人不得以任何理由拒绝受理，不得扣押申诉材料。

广州：拟花300万请律师为政府部门打官司

11月初，广州市法制办就广州市政府部门常年法律顾问服务资格项目进行采购招标，项目预算300万元，拟确定40家律师事务所作为广州市政府部门常年法律顾问协议服务商，为广州市政府工作部门提供常年法律顾问服务。中标律师事务所将为市政府的重大决策及重大具体行政行为提供法律意见、参与市政府工作部门拟定立法项目、制定规范性文件、提供法律咨询和论证意见等法律服务。

北京：首提保护“网络安宁权”

北京市一中法院发布首个网络侵权案件权威调研报告，首次针对骚扰信息、垃圾邮件提出了对网络安宁权要进行保护的新概念，并已通过立法建议的方式呈报最高人民法院和北京市高级人民法院。法官表示，目前立法方面还没有网络安宁权的规定，但可通过对人格权扩大解释给予保护，若互联网用户认为过分的垃圾邮件、骚扰信息干扰了自己的正常生活并造成严重后果，可以通过诉讼的方式维护自己的权利。

福建：建立首个“网上调解中心”

近日，莆田城厢区成立首个“中国安福电商网上调解中心”并开始运行。该调解中心配备10名人员负责受理、分流网络商贸引起的各类纠纷，安福电商联合会、律师协会、消费者协会及工商、质监、物价等部门组成的12名网上调解专家，结合行政、司法和人民调解三大调解模式，以网上、网下两条渠道进行矛盾纠纷的受理和分流调解，切实维护电商和客户的合法权益。

山西：探索公诉部门同步介入命案现场侦查

山西省检察机关进一步建立和完善公诉部门同步介入命案现场侦查的各项制度，对侦监、公诉部门全程、同步、同时介入命案现场勘验检查的任务、范围、时间、方式、程序以及组织领导等作出明确规定。截至目前，山西省检察机关公诉部门共介入命案侦查58起，参与命案讨论148次，追诉漏罪123条，追诉漏犯69人，对侦查中发现的违法行为提出书面纠正意见73次，向有关部门移交犯罪线索21条。

云南：律师服务团3个月办5514件诉讼案

云南十大律师法律服务团专项法律服务活动开展以来，144个服务团3400余名律师在全省范围内集中开展了3个月的专项法律服务活动。期间，该律师服务团共举办法律咨询活动2064次、法制讲座1239场，服务对象达12万余人次，办理各类诉讼案件5514件，参与调解2192件，办理法律援助案件1836件，为各级政府及政府部门办理化解信访积案563件。

南京：首创青少年刑事案和解中心

12月5日，南京市人民检察院设立全国首家“青少年刑事案件和解中心”，聘请26名刑事调解员、5名司法局公调、诉调人员参与工作。当事人提出和解要求，由所处诉讼阶段的司法机关审查是否符合刑事和解条件，委托中心进行调解。双方可以自行和解，由司法机关主持制作和解协议，也可以由居间人主持调解。引入司法机关之外的“第三方”主持刑事和解，是创新青少年司法维权机制的一项有益探索。

1

唐杰副市长强调： 创新是行业竞争力的灵魂



2013年11月1日下午，深圳市分管经济发展的副市长、著名经济学教授唐杰应邀到市律协开展《超级繁荣期过后的宏观经济政策——兼论创新发展与转型发展》主题讲座。市司法局副局长邹从兵、市律协副会长梁建东、理事舒卫东、代秘书长王红出席，证券基金期货法律业务委员会、金融保

险法律业务委员会的委员及其他律师等逾120人参加讲座。讲座由市律协证券基金期货法律业务委员会主任周璇主持。

唐杰副市长通过纪录片、图表、统计数据、实际案例等方式，从2003—2012中国经历超级繁荣时期及其原因、十八大前后社会关注的十大热点问题及其他经济学问题、美国再工业化发展新模式等不同角度，对中国及欧美发达国家经历超级繁荣期后的宏观经济环境及政策进行分析解读，认为新形势下经济发展不是单纯的物质财富增长，而是创新能力的提升，以知识和人力资本积累为核心的新增长模式将取代传统的资源投入型增长模式。

唐杰副市长同时指出，新形势下法律服务行业与经济发展之间的关系愈发密切，希望深圳律师不断创新思维、转变发展模式，在传统业务之外不断开发新型法律服务产品，提升竞争力，占领新型法律业务领域制高点，推动深圳乃至全国经济的持续、健康发展。

与会律师希望市委市政府进一步推进政府购买法律服务，改善律师执业环境，多层面、多渠道支持律师业健康发展，充分发挥律师在建设法治社会、促进经济发展中的积极作用。唐杰副市长的演讲高屋建瓴，深入浅出，对律师开拓视野、探索新的律师业务领域带来极大的启发。

2

我市律师业重大疾病保险 首例理赔案办结

2013年12月初，泰康人寿保险股份有限公司深圳分公司向我市罹患甲状腺癌的某某律师支付理赔金10万元。这是市律协为全市律师购买重大疾病保险以来的首例理赔。

市律协在电话回访中获悉，此次理赔从报案到办结前后历时不到一个月。该律师对市律协的迅速反应和妥善解决表示感谢。

八届律协致力于切实为广大会员办实事、谋福祉，在修改《深圳市律师救助基金管理办法》，对患重病或非履行职务时发生伤亡事件给予救助金的上限从20000元调整为30000元的基础上，重点推动为全市执业律师购买重大疾病保险工作。

2013年7月31日，八届律协与泰康人寿保险股份有限公司深圳分公司签订《团体投保重大疾病保险协议》，由市律协支付保险费用为我市全体执业律师投保重大疾病保险。从2013年8月1日开始，我市全体律师将享受到保障范围包括恶性肿瘤、急性心肌梗塞、脑中风后遗症等35种重大疾病，保险金额为10万元的保险。自协议签订以来，陆续有律师向保险公司报案或致电协会咨询相关事宜，对该项工作表示关注并予以肯定。2013年11月21日，经与体检机构沟通协调，市律协全面启动全市执业律师、律师助理、各所行政人员的体检工作，针对不同年龄段推出不同的检查项目。市律协还将积极与保险公司及医疗机构沟通，拟面向全市律师推出健康知识讲座，从观念和行动上为律师执业和律师业发展夯实基础。

3

市律协力促律师行业 税收制度改革平稳过渡

为应对我市律师行业税收制度改革，帮助律师事务所平稳过渡，市律协于9月中旬在全市范围内举办了三场律师行业税收改革工作培训。培训取得了良好的效果，各律所税收工作稳步开展，部分律所反馈了实务操作中的一些问题。

为解答税收工作相关问题，方便律所之间交流经验，2013年11月13日，市律协举行律师行业税收工作改革经验

交流会。税收法律业务委员会副主任窦金平、委员吕志合及林国齐律师应邀与我市部分律师事务所主管会计分享律师行业税收改革应对经验。与会人员针对税收制度改革，特别是所得税核定征收改查账征收中遇到的问题进行了深入讨论。

长期以来，市律协在协助会员单位平稳过渡税收制度改革方面投入了巨大的人力物力支持，不断推动各律师事务所高度重视律师行业税收政策改革工作，认真学习税收制度的相关规定，建立完善的会计制度、财务管理制度，进一步增强税收法律风险防范能力。

4

第三期“深圳青年律师研修班”
50名学员结业

2013年11月29日晚，第三期“深圳青年律师研修班（房地产研修班）”结业仪式暨答谢晚宴在深圳市卓越世纪中心四季时光会所举行。市司法局副局长邹从兵，律师公证管理处处长李玉祥，深圳仲裁委副主任石永青、清华大学法学院党委书记黎宏，市律协会长张勇、监事长张善华，副会长蔺晓青、梁建东、林昌炽及理事、监事、律师事务所主任等出席结业仪式，与50名学员欢聚一堂。结业仪式由市律协理事贺倩明主持。

邹从兵副局长和张勇会长分别代表市司法局和市律协对第三期“深圳青年律师研修班”全体学员表示祝贺，并勉励学员秉承对律师事业的热爱和追求，续写深圳律师业新的辉煌。梁建东副会长回顾了第三期青年律师研修班的成长历程，并感谢为青年律师研修班付出努力的领导和工作人员。随后，邹从兵副局长、张勇会长、石永青副主任等领导分别为学员们颁发结业证书，为优秀学员、优秀班

干部颁发荣誉证书。

结业仪式的成功举行标志着第三期“深圳青年律师研修班”正式结业。市律协将通过逐步实施“十年千人”计划，努力将青年律师打造成深圳律师行业的未来领军人物和高端法律服务专业人才，并为我市律师业发展寻求更广阔的空间和舞台。



5

市律协组团参加
广东省律师监事工作会议

2013年12月6日，市律协监事长张善华率监事会参加广东省监事会工作会议并进行工作介绍。省司法厅副厅长梁震、省律协会长欧永良、总监事吴波、珠海市司法局局长李秉勇及省、市19地市律协及律所代表70余人参加会议，就律师行业监事会建设、监事会监督方式等进行探讨。

梁震副厅长高度肯定我会监事工作并指出，监事会体制的设立是行业自律管理的重要体现，省市两级律协要正确处理好监事会与理事会、监事会与各专门专业委员会及主管副会长、省市两级律协监事会、自身继承与创新四个关系，推动我省律师行业监事会工作取得新的成绩。

张善华监事长对深圳市律师协会监事会的工作进行介绍：一是建章立制，完善工作机制；二是重点监督与绩效考核相结合，使监督工作落到实处；三是兼顾监督工作深度与广度，实现全方位全过程监督；四是点面结合，构筑多维度监督体系，实现全面有效监督。我会较完善的监事会工作规则、全国首个律协绩效考核规范性文件等举措在监事会工作发展做出了积极探索。

会议公布了广东省律师监事工作会议征文获奖名单，我会张善华监事长的论文荣获大会征文特等奖，何志军和张文波律师合著的论文、张西文和李慧律师合著的论文、章成律师的论文分获优秀奖。

6

深圳市检察官与律师
工作良性互动机制确立

2013年11月12日，深圳市检察学会、深圳市律师协会《关于建立检察官与律师工作良性互动机制的备忘录》签署仪式在深圳市检察院举行。市检察学会会长邱伯友、市律协副会长林昌炽分别代表双方机构签字。

邱伯友会长在签署仪式上表示，检察官与律师有着共同的理念认知，备忘录的签署符合当前法制建设形势，凝聚了双方的努力和共识，有利于促进检察官公正司法，保障律师依法执业，推动深圳市的法治建设；市检察学会将抓好备忘录的贯彻落实工作，切实加强双方工作的良性互动。林昌炽副会长认为，新刑诉法的实施正是构筑新型检律关系、建设法律职业共同体的良好契机，检察官与律师应加强沟通与联系，共同维护社会的公平正义。

新刑诉法完善了诉前听取律师意见、法庭辩论、庭前会议等制度，检察官和律师不再是简单的控辩、对抗关系，而是对立统一、相互依存、彼此促进的良性互动关系。

为深入贯彻落实中办发【2010】30号文件精神，探索建立律师与法官、检察官长效沟通机制，构建平等交流对话环境，八届律协始终将推动法律职业共同体建设作为重点工作之一，不断密切与法院、检察院之间的沟通交流。至此，市律协已经与市法官协会、市检察学会建立了工作互动机制，法律职业共同体建设的工作形成较为完整的框架，律师、法官、检察官将在维护社会的公平正义中共同着力。



《深圳市律师协会律师职业道德守则》公布实施

2013年 12月 12日，全国首部由律师协会制定的专门规范律师职业道德的指引性文件——《深圳市律师协会律师职业道德守则》（以下简称“《守则》”）正式公布实施，律师行业自律管理迈向新的阶段。

《守则》的起草历时七个多月、十易其稿，广泛听取兄弟律协及深圳市两区公、检、法、司各部门的意见与建议，同时参照《香港大律师行为守则》、《美国律师职业道德法典》进行修改与完善，多次召开会议进行修改论证，并通过“深圳律师网”向全市律师、律师事务所征集修改意见。

《守则》的公布实施将为我市律师业的自律管理、可持续发展保驾护航，并有望为全国律师行业自律管理工作提供有益的借鉴。



