

SHENZHEN LAWYERS



# 深圳律师

非常视线 专业见解

## 法治大运 律师同行

——深圳律师服务大运纪事

这是一支拥有着6000多人的队伍，他们以大局为重，认真践行中国社会主义法治理念，充分发挥专业优势，通过法律进社区、进企业等多渠道，为鹏城营造了浓厚的法治氛围，身体力行助力大运。他们有一个共同的名字——深圳律师。

Universiade  
SHENZHEN  
2011

Start Here

房产税时代侨商发展的困境与出路  
医疗损害赔偿案的几宗罪

NO. 34

2011年07月

深圳律师协会主办  
法人杂志社协办

法人  
FAREN MAGAZINE



**Universiade SHENZHEN 2011**  
**青春大运 法治同行**



# 世界大运 试看吾辈之精彩

深圳大运律师志愿服务团团长 蔺晓青

仲夏已至，大运将临，深圳筹备数载，全城行动，终于迎来大运盛会。

“大运”者，“世界大学生夏季运动会”简称也，恰与我族传统习俗中“行大运、大运当头”等祝福吉祥之语汇同文，既为难逢之盛事，又为展示自我之良机，实乃深圳之幸，实乃民众之幸。

综观当代综合国际体育赛事，已远超体育涵意，实为开展民间外交、显示综合国力、提升民族凝聚力与自信之绝佳时机。大运亦然。每一位深圳民众皆肩负“颂我中华、爱我深圳、展我风采”之社会责任，诚为深圳民众一分子之深圳律师，当然责无旁贷。

深圳律师素有社会责任感与公益心，在多次社会公益与志愿活动中，均表现出极高之热情与极强之职业素养，广获赞誉。亦使分管律协公益工作之鄙人，感佩不已。是次“深圳大运律师志愿服务团”组建，亦得到同行力顶，终成两百余人之庞大志愿团队，再次表现出同行之热情与素质。

即使我等未必为大运贡献许多，然勿以善小而不为，有心则诚，加入志愿者团队，即为同行之榜样。鄙人尚盼各位同行在大运前后及未来，以主人翁之姿态参与各项公益活动，为社会提供优质之专业法律服务，提升律师之影响力和地位，为吾辈之国家、吾辈之城市、吾辈之民众贡献不可替代之力量！

世界大运，试看吾辈之精彩！



## 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

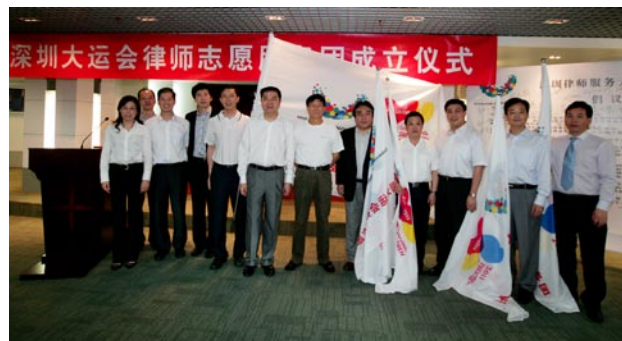
编委会 主任	余俊福
编委会 成员	于秀峰 王丽娜 梁建东 蔺晓青 李智强 张 斌
主编	于秀峰
副主编	李智强 王 红
栏目编辑	周争锋 俞 飞 陈 伟 杨新发 舒 笑 兰 天
编辑/记者	陈 夏 谭古丽
美编	刘晓莹 赵 佳
特邀视觉设计	冯 雪
电话	0755-83025939
传真	0755-83025177
地址	深圳市深南大道4001号 时代金融中心20楼
邮政编码	518034
电子信箱	lxnews@szlawyers.com

### 视线 VIEW



- ◎ 律师维权是中国法治的希望工程
- ◎ 公安部“五条禁令”违法否
- ◎ 最高法拟规范职务犯罪案件的缓、免刑适用
- ◎ “自首”真能成为“免死牌”？
- ◎ 赖昌星终被遣返深意何在
- ◎ 全民围剿“郭美美”
- ◎ 是否还要相信品牌的力量
- ◎ “听证专业户”现象呼制度改进

### 热点 HOTSPOT



- P8 法治大运 律师同行  
——深圳律师服务大运纪事
- P12 走进大运幕后：大运因深圳律师而精彩



## 论道 DISCOVERY

---

P16 房产税时代侨商发展的困境与出路

P17 深圳保障性住房政策存在重大制度缺失



P18 论共同受贿定罪规则

P21 透视“巨额财产来源不明罪”(上)

## 实务 PRACTICE

---



P24 浅议拟上市创业企业之私募融资对赌协议

P28 船公司如何应对和处理目的港无人提货

## 拍案 CASE AND EXAMPLES

---

P30 医疗损害赔偿案的几宗罪

P34 浅析违法建筑的物权属性

P36 情势变更原则在房屋买卖中的适用

P38 深足讨薪案的思考

## 生活 LIFE

---

P40 当今中国最需要的是法治和信仰

P41 学习是律师前行的动力

P43 心灵的捕手

P44 海恋



## 资讯 INFORMATION

---

## 律师维权是中国法治的希望工程

7月22日，中华全国律师协会就李金星等律师接受“裴金德等涉嫌故意伤害罪案”、“杨在新等4名律师涉嫌妨害作证罪案”当事人的委托，在广西壮族自治区北海市开展工作期间受阻并被围攻受伤一事发表声明，要求当地有关部门保障律师合法的执业权利。全文如下：中华全国律师协会严重关注律师在北海依法执业过程中遭受的不法侵害。近日，中华全国律师协会收到广西壮族自治区律师协会报告称：李金星等律师接受“裴金德等涉嫌故意伤害罪案”、“杨在新等4名律师涉嫌妨害作证罪案”当事人的委托，在北海开展工作期间，会见多次受阻并被要求反复安检，特别是7月18日，受委托的律师遭到大约20名不明身份人员的围攻，导致受伤，李金星律师现仍在医院观察。中华全国律师协会对律师依法执业过程中，人身权利遭受不法侵害的情况表示严重关切，强烈要求北海市司法机关立即采取相应措施，保证律师人身安全，并切实维护律师会见、调查取证和阅卷等合法执业权利。中华全国律师协会将密切关注事态的发展。

（法制日报）

在我们的国度里，律师协会虽然是行业协会，属于民间组织，但是事实上又不完全是民间组织，并且在履行着一定的管理律师的政治职能。无论是对政府机关还是司法机关，以组织的名义出现远比以个人的名义出现更有份量，通俗地说是更有面子，更方便与社会方方面面进行交往与交流，并且在律师维权上是可以有所作为的。客观地说，这么多年来，大多数律师协会在政府机关和司法面前扮演的是“李鸿章”的角色，在律师维权上面要么无所作为，要么乱作为，但是有一件事做的很认真，就是查处律师的违纪行为，对内硬、对外软，是律师协会一大软肋。律师在执业过程的合法权益得不到有效的保障确实也是客观的社会存在，如果作为律师娘家的律师协会不能在组织上发挥作用，在律师执业维权上给予大力的支持，单靠律师的单打独斗，显然势单力薄，根本就不是强大的政府机关和司法机关的对手。假如律师协会也只会查处律师而不在律师维权上有所作为，那么律师简直是“死无葬身之地”了。律师维权是中国法治的希望工程，连律师的正当权益都得不到保障，普通百姓的权益何以实现？

（广东卓建律师事务所 邱旭瑜律师）

## 公安部“五条禁令”违法否

女教师周琴(化名)醉酒后被贵州省毕节市阿市乡国土资源所所长王某强奸，她指认阿市乡派出所副指导员钟某(曾表态“带套不算强奸”，目前已被停止执行职务，接受纪委调查)在办理此案的过程中涉嫌违法，“当天和王一起在酒桌上喝酒的就有他。他和王明显是认识的，但给我做笔录时他并没有回避。”对于记者“钟某中午出去饮酒的那天是星期二，是否违背公安部五条禁令”的提问，毕节市公安局某领导的回答是：“为什么要出台这五条禁令呢？这五条禁令从严格上来说违法的，它们并非经过人大常委会讨论通过。”

（7月18日《潇湘晨报》）

公安部的这“五条禁令”只是行政规章，何须人大常委会讨论，何来违法之说？在我们国家，属于广义上的法律包括全国人大通过的法律、国务院通过行政法规、地方人大通过的地方性法规，国家部委和地方政府通过的规章。“五条禁令”作为一种公安部内部的纪律处分措施，并不需要由全国人大常委会来通过，公安部针对内部人员出台“五条禁令”，在立法程序上并不存在问题，合法性毋庸置疑。“带套不算强奸”、“五条禁令违法”都是笑话，但这却出自公安局的政委和指导员之口，却让人实在是笑不出来。当人们跟他讲民意时，他和你讲规定，当人们跟他讲规定时，他却讲我们的规定是违法的不算数的，真的无语了。

（广东信荣律师事务所 周争锋律师）



## 最高法拟规范职务犯罪案件的缓、免刑适用

7月19日，贪腐过亿元的杭州市原副市长许迈永及苏州市原副市长姜人杰被执行死刑。当天，最高人民法院通报法院审理国家工作人员职务犯罪案件的有关情况。对于公众指责职务犯罪缓免刑过多的说法，最高法称正在制定相关的司法解释，以规范职务犯罪案件缓免刑适用。最高法院称，对于犯罪情节特别严重，社会危害性极大的贪污、受贿等职务犯罪，依法当判死刑的，坚决判处死刑，绝不手软。此外，最高法院还将制定渎职犯罪案件的定罪量刑标准，为加大对相关犯罪的惩处力度提供法律依据。

(京华时报)

职务犯罪案件适用缓免刑比例偏高，早已不是秘密。来自官方的统计数据显示，2005年至2009年6月，全国被判处有期徒刑的职务犯罪被告人中，获免刑和缓刑的共占69.7%；其中，因渎职侵权犯罪被宣告缓刑或免于刑事处罚的，更是高达85.4%。如此高的比例，恐怕不能叫“偏高”，而应当称之为“过高”了。不是说职务犯罪一律不能适用缓免刑，但接近七成的缓免刑比例，无论如何都难免让人怀疑：打击职务犯罪，真正做到“罚当其罪”了吗？职务犯罪案件适用缓免刑比例过高，一个最直接的危害，就是严重削弱了刑罚应有的威慑力，大大降低了“犯罪成本”，导致犯罪分子肆无忌惮、职务犯罪居高不下。职务犯罪数量上升，当然有多种原因，但“罚不当罪”显然是一个不容忽视的重要因素。职务犯罪案件适用缓免刑比例过高，还有一个潜在危害，就是严重挫伤人民群众参与反腐败斗争的热情与信心，强化老百姓对“官官相护”的怀疑以及对司法的不信任。

(检察日报 作者李国华)



## “自首”真能成为“免死牌”？

2009年5月16日，云南省巧家县茂租乡鹦哥村19岁少女王家飞与3岁的弟弟王家红被村民李昌奎残忍杀害。2010年7月15日云南省昭通市中级人民法院经审理查明判处以强奸罪、故意杀人罪，数罪并罚判处李昌奎死刑，剥夺政治权利终身。2011年3月4日云南省高级人民法院以强奸罪、故意杀人罪，数罪并罚判处李昌奎死刑，缓期二年执行的终审判决。就因为有了“自首”这个“免死牌”，两份一字之差的判决书，顿时在家属间和网络上引起轩然大波。云南省高院回应媒体称：“不杀”是意在“引领、改造冤冤相报、杀人偿命的传统观念，不杀头不是放纵”。2011年7月16日，云南省高级人民法院向李昌奎案件被害人家属送达了作出的再审决定书，对该案决定另行组成合议庭进行再审，目前该案正式开始进入了再审程序。

(综合媒体报道)

如何严格遵照法律判决是本次争议的核心问题。死刑该不该从现行刑法中废除则是一个立法问题，即使所有的人都在为药家鑫、李昌奎们被剥夺生命而痛惜，那也只能转而从立法环节上去寻求改变。法官的职责是适用法律，而不是引领法律理念，作为法官只能依照现行有效的法律作为定案的依据，忠实的执行现有的法律，在法律条文还没有修改以前不能用其认为正确的理论来修正、变通法律，从该案判决来看云南高院已背离了现行的刑事法律。不错，最高法院是出台了“因民间矛盾、婚姻家庭矛盾或邻里纠纷引发的案件，适用死刑要十分慎重”的刑事政策，但最高法院可并没有说，这一类案件就一定不能判处死刑立即执行。法律只是规定自首是可以从轻或者减轻处罚，也就是说也包含了自首也可以不从轻或者减轻处罚的意思，投案自首不是一定要从轻处理，投案自首只是个从轻理由，是“可以从轻”，不是“应当从轻。有些罪犯，人身危险性极大，自首不过是他为逃避处罚或者重罚的手段，如果对他从轻处罚并不利于社会防范，可能会危害更多人的人身安全，对他们的仁慈就是对社会大众的犯罪。

(广东信荣律师事务所 周争锋律师)



## 赖昌星终被遣返深意何在

等了12年，赖昌星终于被遣返回中国。赖了12年，远华走私案的要角赖昌星终于无法再在加国赖下去。逃亡加拿大长达12年之久的中国远华集团特大走私案涉嫌主犯赖昌星，在温哥华时间2011年7月22日中午时分，被押上停靠在温哥华国际机场的民航班机，并飞离加拿大，前往中国。至此，赖昌星在加拿大的逃亡生涯划上句号。

公安部有关负责人表示，本次遣返表明中加两国维护法律尊严、惩治刑事犯罪的态度和决心，中国警方愿意与加警方继续在打击犯罪、缉捕逃犯等方面加强执法合作，以充分体现法律的公平与正义。英国路透社报道说，赖昌星被遣返的消息在中国受到普遍欢迎，民众希望借此堵住贪官外逃漏洞，他们普遍痛恨贪腐现象，尤其痛恨那些逃到国外逃避法律惩罚的贪腐者和经济罪犯。

（综合媒体报道）

赖昌星潜逃加拿大，“赖”了12年，最终没有“赖”得住，被遣返回国，必将受到应有的法律制裁，意义深远。

其一，有利于进一步查清远华特大走私大案。众所周知，由于主犯赖昌星潜逃加拿大，很多涉案人员的查处、案件性质的认定，因缺乏直接人证，而无法取得实质性进展，赖昌星的成功引渡遣返，必将重启许多案件，还事实已真相。

其二，对外逃贪官和“裸官”，无疑是巨大的震慑。近年来，不少贪官成功出逃国（境）外，卷走国家巨额财产。总以为像赖昌星一样逃到加拿大等地方就等于去了“天堂”、进了“保险箱”，赖昌星被遣返可以一定程度上遏制“裸官”外逃，而且对在逃贪官也是巨大震动。

其三，再一次彰显我国对腐败分子一查到底的坚定决心。本次遣返表明了中加两国维护法律尊严、惩治刑事犯罪的态度和决心，这释放了“加强执法合作，共同打击严重刑事犯罪”的鲜明信号，这个信号敲响了潜逃贪官的丧钟。期待赖昌星被遣回成为贪官被遣返的一个新起点，并成为严管“裸官”的新契机。

（新华网评论 作者巴山泥）

## 全民围剿“郭美美”

2011年6月21日，新浪微博上一个名叫“郭美美Baby”的网友颇受关注，这个自称“住大别墅，开玛莎拉蒂”的20岁女孩，其认证身份居然是“中国红十字会商业总经理”，其真实身份也众说纷纭，有网友称她是中国红十字会副会长郭长江的女儿，由此引发很多网友对中国红十字会的非议。6月22日中国红十字会称“郭美美”与红十字会无关，新浪也对实名认证有误一事而致歉。一个年轻女子在网络上不经意的“炫富”行为，正在中国掀起一场追查慈善机构背后实情的风波，网民与媒体抽丝剥茧，逐渐揭开事件的真相，却也发现还有许多难解的谜团。

（综合网络）

上海红十字会的高价餐饮费事件尚未被人遗忘，郭美美事件又再一次让人们怀疑红十字会的“内幕”。毫无疑问，中国红十字会的公信力正在面临空前的质疑。拒绝向红十字会捐款，是网友的第一反应，对于一家公益性慈善机构来说，如果被拒捐，是对生存的巨大挑战。不过，中国的红十字会却不是靠捐款养活的机构，中国红十字会由财政供养，有没有捐款人家都能过，人家不但有稳定的会费收入，还有房地产项目可以获利，拒捐影响的仅是善款管理费用，依据有关规定每笔捐款红十字会要收取管理费6.5%。红十字的日子很滋润，它的生存与否，已经完全不取决于公众对它是否信任，也许这是个值得担心的问题。

（腾讯今日话题1721期）





## 是否还要相信品牌的力量

2011年7月13日下午，身陷“产地门”的达芬奇家居有限公司在北京举行新闻发布会。令人意外的是，该公司总经理潘庄秀华在发布会上大谈自己的“创业史”，多次泪洒现场，请大家理解她的压力，却没给记者提问机会。面对汹涌而至的疑问，她仅仅鞠了个躬就匆匆离去，发布会草草收场。

（《华西都市报》）

号称来自达芬奇故乡的著名家居品牌“达芬奇”，原来不过是将在国内的产品运到意大利“旅游”一番，再回到中国却摇身一变，成了“原产意大利”的奢侈品。达芬奇家居从开始死不承认，到后来老总声泪俱下讲述辛酸创业史，再到后来松口决定停售部分产品进行内部整顿。正如网友所说：“你跟她讲欺诈，她跟你聊创业了；你跟她讲赔偿，她跟你讲慈善了；你跟她急眼，她还跟你飙泪。”而“洋品牌崇拜”的背后，正是对本民族文化不自信的最直接直观的表现。“品牌”是市场经济范畴内本土文化的集中展示，一个自信的民族，总是强力输出代表自己文化的品牌。麦当劳、可口可乐、好莱坞之于美国，本田、索尼、哆啦A梦之于日本，无不成为各自国家文化的形象代言。品牌的竞争最终是文化的竞争。我们的某些商家却“以洋为尊”，“以洋为美”，我们的某些消费者却“唯洋为大”，“唯洋是从”，实在是值得警惕。如果说“达芬奇”这样披上显性“洋皮”外衣的假货我们尚可识别并痛斥指责，在验明正身后撕下其虚伪的皮囊，那么渗透在社会生活各方面的对民族文化的隐性伤害不仅难于发现，更是难以治愈，因为这种伤害源于民族文化自信的失落导致的民族文化精神遭遇的深度蚕食。

（天涯网友 一鸣惊人）

## “听证专业户”现象呼吁制度改进

一位姓胡的成都市民，在“随机抽签”的情况下，二十余次被各种听证会选中，成为听证代表，被网友戏称“听证专业户”。此事最近引发网友“围观”和媒体质疑。

据听证会主办部门的说法，听证代表是向社会公开征集，抽签过程经过公证处公证和纪检部门的监督。而这位胡姓市民屡次被各类听证会抽签选中，一方面是她热衷于参会，另一方面是市民报名人数少。然而，这仍然难以打消公众对听证代表遴选程序的质疑。

（综合媒体报道）

“听证专业户”的逢听必到，与听证会的逢听必涨，无疑是一种最小成本的听证造假。只要花点小恩小惠收买，听证会的过场就能顺利走完。价格听证制度本意是要尊重民意，提供一个对等博弈平台，可是，听证代表作假，这在听证会乱象中一点都不稀奇，最常用的手段就是让内部人士来冒充消费者；可像成都这样，连“托儿”都是固定的，一名老妇可以在七年内连续参加19次听证会，还真是无愧“史上最牛听证代表”的称号。由这样的铁杆涨价支持者来“代表”消费者，难怪每次听证会都能在外界一片反对声中，收获动辄百分之百的涨价支持率。网友的愤怒和责骂，要想让听证会的“托儿”们从良，恐怕是很难的；更何况，只要聘请“托儿”的漏洞仍在，有关部门大不了将“听证专业户”的队伍从四个扩张到四百个，然后从他们中间“随机抽签”。所以最重要的，还是要从根本上完善听证会制度，用严格的立法和问责来惩罚听证会造假。

（7月17新京报社论）



# 法治大运，律师同行： ——深圳律师服务大运纪事

这是一支拥有着6000多人的队伍，他们以大局为重，认真践行中国社会主义法治理念，充分发挥专业优势，通过法律进社区、进企业等多渠道，为鹏城营造了浓厚的法治氛围，身体力行助力大运。他们有一个共同的名字——深圳律师。

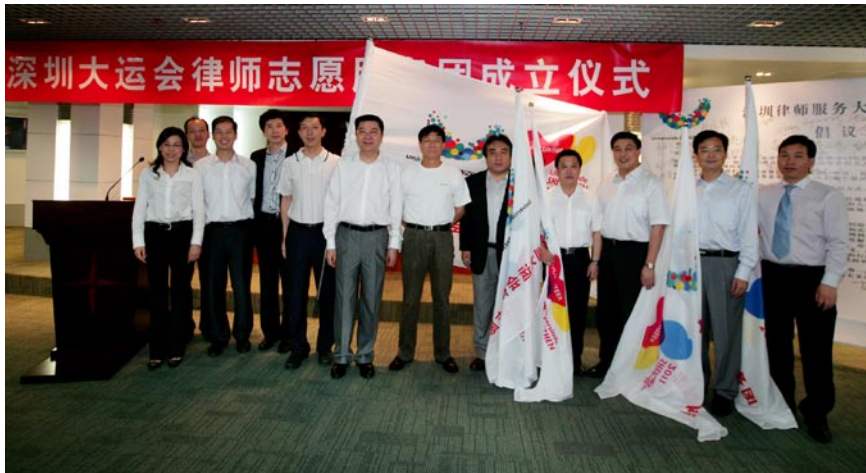
文 编辑部

## 深圳大运律师志愿服务团在行动

### NO.1 宣告成立

2011年5月28日上午，深圳大运律师志愿服务团(以下简称“志愿团”)在深圳市司法局举行隆重的成立仪式。该志愿团由名誉团长、团长、顾问、副团长、联络监事及成员组成，总人数超过200人。志愿团同时成立了深圳大运会律师志愿服务专家团，由市律协16个专业委员会主任、副主任组成，旨在就大运期间所涉及的民事、刑事、金融等领域的疑难问题给予专业支持，确保大运法律服务质量。

这一天的到来，深圳律协已经等待良久了。从2007年开始，深圳市律师协会就开始对律师如何积极服务大运进行思考和探索。2010年9月，深圳大运会执行局法律部李锐部长到访深圳律协，就大运法律服务事宜进行洽谈。2011年1月14日，深圳律协发布《深圳律师服务大运促进和谐倡议书》，倡议全市律师



全力以赴，不辱使命，为举办一届有特色、高水平的大运会，做出中国特色社会主义法律工作者应有的贡献。

成立仪式上，七届律协的工作得到了市司法局陈志刚局长的高度肯定，深圳律师业“十二五”规划出台、深圳律师业十年千人计划启动、市律协区律师工作委员会成立……这些新名词新举

措在过去的一年里备受业界及媒体的关注。在此之前，深圳律师积极参与河套地区开发、深港跨境基础设施建设等政府重大项目的建设，展现了服务大局的高度政治觉悟和出色的专业素质，广为外界称颂。而深圳大运律师志愿团的成立，无疑又将翻开深圳律师服务大局、认真履行社会责任的崭新篇章。



## NO.2 投身“12348法律服务热线”值班



短短十多天过去，在紧锣密鼓的部署下，志愿团成员正式投入到“12348法律服务热线”的值班工作，旨在为参赛的运动员、教练员、裁判员提供法律咨询、纠纷调解等法律服务，为大运会提供相关法律服务支持。

据统计，今年上半年，“12348法律服务热线”共受理咨询17671件，其中来电17323件，来访348件，充分发挥了法制宣传以及受理、承办、分流法律咨询案件等职能，成为我市司法行政系统服务大运会的“神经中枢”。大运志愿律师的加入，进一步加快了“12348”服务热线的扩容升级。

## NO.3 全面部署 庄严宣誓

7月7日，市律协特邀深圳团市委义工联讲师吴晓凤应邀为深圳大运会律师志愿服务团开展培训，旨在进一步弘扬和树立“参与、互助、奉献、进步”的义工精神，提升大运律师志愿者服务质量。近二百名大运志愿律师参加培训，并进行庄严宣誓，表达了竭诚服务大运的决心和热情。

与此同时，志愿团动员部署大会召开。全议要求全体成员要借大运会举办的契机，发扬热情奉献的精神，为大运会提供优质、高效的法律服务，充分展示深圳律师的良好形象。



## NO.4 律师进社区宣讲大运



根据工作部署，志愿团将深入各社区，开展多次义务法律咨询活动，为市民解疑答惑。然而7月的天气，给志愿团开展活动带来了重重考验。7月16日，深圳大运律师志愿服务团20多名律师在市律协的组织下，走进益田村和梅

林一村社区，普及大运法律知识并开展义务法律咨询活动。尽管天公不够作美，小雨一直断断续续的下着，仍有不少社区居民冒雨前来咨询。

时隔一周后，7月24日下午，深圳大运律师志愿团派出近30名律师再次走进梅林一村和益田村社区开展大运主题法律咨询活动，与社区居民零距离，为建设法治大运助力。在梅林一村活动现场，社区老年人协会的老人们和十几名社区居民顶着烈日，早早来到了咨询处等候，他们热情高涨，最大的心愿是参与此次活动，和志愿者律师们一起，以实际行动为大运贡献力量，给律师们带来深深的感动。据社区工作站高站长介绍，梅林一村居民达到3万多人，平常经常会收到居民反映的婚姻、劳动纠纷等与生活密切相关的法律问题，此次律师走进社区正好为居民“解渴”，也为社区营造了良好的法治氛围。律师们与社区居民零距离接触，解疑答惑，并派发宣传资料，获得了高度评价。

在益田村社区，律师们顶着炎热，热情接待居民并解答各种法律疑问，激情宣讲大运，备受居民们欢迎，收到了良好的活动效果。

## NO.5 绿色出行、给力大运”倡议书发布

7月22日，深圳律协面向全市律师发出“绿色出行、给力大运”倡议书，倡议律师在大运会期间自觉参与绿色出行志愿行动，积极践行‘人人都是东道主、绿色出行为大运’的理念，主动停用、少用机动车，更多地乘坐地铁、公交，以及通过各种环保绿色的出行方式，为城市的大运道路畅通、为整个城市环境做出更多贡献！

## NO.6 放飞100只风筝为大运祈福



7月23日下午,“舞动青春 放飞梦想”大运主题风筝比赛在莲花山公园风筝广场拉开帷幕。深圳大运律师志愿团派出30多名律师,身着大运统一服装,与市民共同放飞100个印有大运标识、寓意喜庆祥和的主题风筝,为大运祈福,在天空勾画了五彩的图画,营造了浓浓的大运氛围。

活动现场还专门设立了义务法律咨询区,律师们就市民关心的婚姻家庭、房屋拆迁、劳动纠纷等法律疑问进行了详细解答,并从服务大局出发,引导市民通过法律途径妥善解决问题,携手为社会和谐稳定做出努力。

## NO.7 完善应急机制 做好大运安保工作

市律协以各专业委员会的骨干律师为主,挑选若干名懂外语、精通法律的律师,成立律师大运法律服务应急工作小组,并制定应急工作机制。此举旨在维护大运期间的社会稳定,做好突发事件的应急处理,有效预防和处置各类突发事件,积极妥善地化解各类复杂问题,确保法律服务工作对大运会期间可能出现的突发事件做出快速反应。

8月1日起至8月31日,大运会律师志愿团应急工作小组将安排律师赴龙岗值班,为参赛的运动员、教练员、裁判员提供法律咨询、纠纷调解等法律服务,为大运会提供相关法律服务支持。



## ◁ 女律师: “激情大运 舞动深圳” 主题舞会异彩纷呈 ▷

7月17日晚,东方银座美爵酒店北京厅灯光闪耀,热闹非凡。由深圳市律师协会、深圳市知识界人士联谊会、深圳市南山区海归联谊会共同举办的“激情大运舞动深圳”主题舞会活动在这里隆重举行。来自各会的嘉宾共100余人欢聚一堂。由王丽娜副会长带队的深圳律师代表团精彩亮相,成为舞会的一道亮丽风景。王丽娜副会长在致辞中重点介绍了深圳律师热情服务大运的相关举措,并希望与深圳市知识界人士联谊会以及深圳市南山区海归联谊会加强交流合作,促进各方友谊。伴随着悠扬、动感、激情的舞曲,舞会洋溢着欢快、热烈的气氛,与会嘉宾展示了优美的舞姿,演绎着青春和活力,表达积极参与大运的激情。围绕大运主题的知识问答抽奖活动将舞会推向了高潮,营造了浓浓的大运氛围。





## ◁ 宝安区：152名律师组团服务大运 ▷

为更好服务大运会，5月16日，宝安区迎大运公益律师法律服务团宣告成立。该服务团由宝安区司法局从全区46家律师事务所549名执业律师中，挑选152名有较强社会责任感、较强业务能力、热心公益事业、乐于奉献的律师组成。该服务团的主要任务：一是参与“12348法律服务热线”、区信访综治维稳中心、区司法

局义务法律咨询室的值班工作。今年上半年，律师到“12348法律服务热线”值班167人次；到“区综治信访维稳中心”值班129人次，接待群众法律咨询774人次；到“宝安区司法局义务法律咨询室”值班192人次，接待群众法律咨询1344人次。二是担任区信访综治维稳中心人民调解志愿岗成员，协助开展矛盾纠纷排查调处

工作；三是协助政府处置突发性、群体性事件；四是参加各项法制宣传和法律咨询活动；五是热情为居民群众提供优质的法律咨询服务，积极引导群众依法表达利益诉求；六是协助化解矛盾纠纷，为各级政府在调解中遇到的政策、法律问题提供法律意见和建议；七是向区司法局和相关部门及时反馈社情民意。

## ◁ 龙岗区：法律巡回演讲服务800家企业 ▷

5月17日至6月9日，由龙岗区司法局、区总商会、深圳市律师协会龙岗区工作委员会联合举办的“迎大运·促和谐·依法治企法规宣讲月”，分别在区街道商会、鞋业商会及民营商会等12个会场举行。市律协龙岗区工作委员会选派区内12个律师事务所12名优秀律师组成演讲团进行巡回讲座，吸引了区内近800家商会会员企业派员参加，为迎大运、促和谐、有效推进依法治企工作奠定了良好的基础。



## ◁ 南山区：三项措施推动律师服务大运 ▷

一是举办区属律师事务所主任服务大运专题业务培训班，在大运律师志愿者队伍中深入开展社会主义法治理念教育和服务为民教育，引导广大律师树立大局意识，增强服务大运的使命感和责任感，认真领会“中国特色社会主义法律工作者”深刻内涵，将维护社会稳定作为工作重心，有效预防和处置各类突发事件，保障大运会的顺利举办。

二是发挥资源优势，强化律师参与法律进社区工作。组织律师积极参与挂

点社区迎大运法制宣传教育培训活动，指导社区企业依法管理、依法经营；解答群众咨询，调解民间纠纷，帮助群众合理表达诉求，依法维权。通过协助社区开展“学法大家议”、“趣味普法”活动，向居民群众宣传《社会治安管理条例》、《信访条例》、《道路交通安全法》等法律法规，弘扬法治精神，提升公民的法律素质，为大运会营造良好的法治氛围。

三是深入涉运场所，提供优质法

律服务。大运期间，组织律师志愿团积极参与大运调解室工作，并在罗湖区体育馆等大运比赛场馆设立专门法律服务机构，为参赛的运动员、教练员、裁判员和周边居民提供免费法律咨询、纠纷调解等法律服务；引导律师积极参与人民调解、信访维稳工作，配合区综治信访维稳中心和各街道司法所做好大运期间重大疑难和群体性案件的调处工作，为纠纷当事人答疑解惑、提供公益诉讼代理。

## ◁ 律师事务所：法律进社区宣传大运 ▷



世界大运，法治同行。在积极参与协会统一组织的各项活动外，不少律师事务所自发组织大运主题法制宣传活动，进社区、进企业、进校园，倾力营造良好的法治氛围。

律师们围绕与社区居民工作生活紧密相关的宪法、婚姻法、继承法、城市房屋拆迁有关的法律法规开展宣传咨询活动，并通过协助司法所、信访办依法调解疑难纠纷，发放各类宣传资料，深受社会各界好评。





人物访谈

## 走进幕后：大运因深圳律师而精彩

深圳大运会是体育盛事，但鲜为人知的是，它与法律事务息息相关。而在这些繁杂的法律事务背后支撑的，是一个庞大而专业的深圳律师群体。广东信桥律师事务所的王宁宁律师，正是这个群体中的一员。

文 记者 谭古丽

南山书城星巴克，顾客在慢条斯理地谈笑，连空气都有些慵懒。七点半，在记者的等候下，王宁宁律师却踏着匆忙的脚步从深圳市大运会执行局法律事务部赶过来——30多天后大运会即将开幕，他好像走路都快了半拍。

王宁宁所在的广东信桥律师事务所（简称为“信桥律所”），是深圳第26届大学生夏季运动会（简称为“大运会”）特聘法律服务机构。为了让准备工作有条不紊地进行，早从2007年底，信桥律所就已着手参与大运会的法律服务工作。从开始一些规则的法律论证，到起草合同，再到最后的谈判，在与深圳大运会执行局的对接工作中，信桥律所都朝着大运会顺利进行的目标，一步一个脚印，踏实向前。

就在这个向心力极强的团队里，王宁宁感受着点滴。

### 尽力而为 忙而不乱

因为不用与民众直接接触，为深圳大运会提供法律服务这项工作似乎显得很低调。但其实只要是大运会遇到的法律问题，都靠包括信桥所律师在内的律师团队提供服务与支持。在前期的筹备工作中，他们的工作首先是用法律进行论证，然后起草各种合同，进行修改，再者参与谈判。最后还要根据合同出法律意见。——整个筹备过程显得繁杂细致。

临近开幕，各种法律事务越发多起来。例如，赞助企业临时提出的要求，都要求他们在法律上做些研究，并且做出最终确认。开幕的大量采购者——深圳大运会共有60多个场馆，需要签订大量采购合同，并且也要他们最终审核。王宁宁粗算了

一下，信桥所律师团队在整个筹备阶段前后至少拟了近千份合同。

“完全打破了工作日与非工作时间的界限，只要临时有事，就马上着手，绝不马虎。”讲到这些，王宁宁爽朗地笑了。在他看来，律师在高压下工作很正常，也很有挑战性。他还介绍到，虽然，近年来我国举办的大型体育赛事较多，但是，大型体育赛事法律服务的经验对国内的律师仍然属于新兴业务，就拿大运会法律服务而言，大运会法律服务需要他们先做法律分析，从法律专业层面去分析，再从业务方面去论证，如果大家觉得这些东西在法律上可行的话，他们就会制作成法律文本，进行落实。

王宁宁表示，相比传统的律师业务，大型体育赛事的法律服务很少有案例可以借鉴，只能从最基本的法律、法规进行论证。就像反隐性市场问题，虽然研究过怎么防范，怎么制止，但是却很难从现有的法律、法规找到方法。他举了一个生动的例子，就像一些没有参与大运会市场开发计划的商家在打广告的过程中，虽然没有明目张胆地使用大运会的logo，但他拉了一条打着“为大运助威”口号的横幅对其商品进行广告宣传，这实际是侵犯了参与大运会市场开发计划的企业的权利，但目前我国现行有效的法律条文并未对此行为进行约束。因此，在实际工作过程中，通常碰到这种情况，双方只能用协商方式予以解决。

“有条不紊”——身在其中，这是王宁宁对整个大运会筹备工作的最大感觉。在他看来，站在前两次大型体育赛事——北京奥运会和广州亚运会的“肩膀”上，法律服务可做得更完

备,更充分细致。

“我们也都尽力了。”王宁宁显得自信满满。

### 体育营销法律服务——摸着石头过河

近年来,随着北京奥运会的举办,中国举办大型体育赛事的频率变得频繁起来。为大型体育赛事提供法律服务,也正是在北京奥运会之后才在中国慢慢落地生根。因为不是律师的传统业务,除了工作细致繁琐之外,它还要求创新。

“对于中国律师而言,大型体育赛事的法律事务都很新颖,”王宁宁这样说,话语间有止不住的兴奋。他又解释到,就像体育营销中的商业赞助就不同于平时的捐赠,涉及赞助权益回报问题,比如宣传回报等。而要想好法律上的安排,首先要从法律上去想不可行,如果可行的话怎么把它落在字面上,在履行的过程中出现了障碍我们怎么去解决。

说到这里,王宁宁也坦言,深圳的律师大多都没这种经验,而他们也是“摸着石头过河”——提前准备,遇到问题,解决问题。

王宁宁提到,在本届深圳大运会中,很多没有成功成为大运会赞助商的企业,想借大运会宣传,就在打广告的过程中打擦边球,而中国法律恰恰对这个领域的规管是空缺的。他举了一个例子,如果企业直接用了大运会的logo,执行局可以直接起诉该企业侵权,但广告商通常会做某些规避,比如说用语言描述“为深圳大运会助威”,“深圳大运会倒计时多少天”。

“体育营销这个领域法律空白,导致赞助企业而非赞助企业在市场宣传方面产生冲突。”王宁宁总结道。为了解决这些实务中遇到的问题,王宁宁以及他所在的团队努力借鉴北京奥运会和广州亚运会的经验。了解了奥运与亚运在筹备的时候遇到的法律问题,他们就可以提前做准备,很好地防范风险。

所以,经历过这些空白,王宁宁以及信桥所都很有收获。

王宁宁认为,不得不说,国外某些知名企业在体育营销方面更有经验,而且,外国对体育营销有着较为详细的立法,所以与外国的体育营销市场相比较,国内的体育营销市场是一个初生儿。但是,通过这几次大型体育赛事在中国的举办,中国本土的企业都会如何在如何进行体育营销上积累经验,通过大型体

育赛事使得企业更加国际化,国家也一定会慢慢重视起来并给予立法,弥补目前我国这个领域的立法空白。

大运会结束后,王宁宁还酝酿着出书来总结经验,以饯后者。

### 举全所之力 回味无穷

虽然在工作过程中遇到的困难不少,但是,信桥所里的伙伴们在工作中体现出来研究法律问题的专业性、严格有效的执行力与敬业精神,着实也让王宁宁自豪不已。特别是他们身上体现出来敬业精神,从王宁宁后来的亲身感受来看,正是承接此项业务的律所所必备的品质。

由于中国社会自古以来存在官本位思维,在合作过程中,不免有企业对政府的合作态度有所顾虑。在这个时候,信桥所律师团队考虑到大型赛事要少了企业的参与,一定逊色不少。他们积极地拿出耐心与敬业,协助执行局,平衡两方的态度。本次大运会成功将三十多家赞助企业召集起来,实际是打开了政企双赢的良好局面。

在准备接手这个业务以前,信桥所就做了大量的准备。在刚刚着手准备大运会法律服务的时候,对于整个信桥所来说,对这种体育赛事的法律服务当时都没有概念,但是,大家彼此都很兴奋。全所上下都投入到了法律调研,搜集资料,王宁宁现在回想起来,觉得很有余味。此外,由于大运会法律服务的复杂性,在经历大运会法律服务后,原本实行公司制的信桥所收获更强的凝聚力,整个律师团队的战斗力更强了。

“举全所之力来完成业务,大家都很有成就感。”讲到这里,王宁宁望着远处,露出的是一脸淡定。

如今,随着大运会的时间迫近,工作时间“悄然”加长,加班也变成家常便饭。而自7月1号以来,双休日更是几乎不见踪影。但王宁宁对此也只是笑笑而过。估计8月份,开大运会时会给市民放假,但律所里的大伙儿们也作好了心理准备,要舍弃这美好的假期了。

不过,忙里偷闲那儿,王宁宁也会寻思着,忙完大运会这阵子,他是不是也要找个远离人群的地方去让自己归零了。他的业余爱好是旅游,真要让自己好好释放一下。



## 房产税时代侨商发展的困境与出路

文 广东深宝律师事务所 黄振辉律师 覃俊翔律师

改革开放三十多年来，我国经济社会形势发生了很大变化，住房制度改革不断深化，居民购买商品住房代替了原来的公有住房分配，房产逐步成为个人财产重要的组成部分以及财富积累的重要方式。在住房制度改革取得明显成效的同时，近年来房价过高的问题十分突出，“蜗居”、“蚁族”、“房奴”等这些热词的流行，表明高房价已经成为人们生活的“不可承受之重”。

2011年伊始，上海、重庆两地作为全国试点开始实施对商品房开征房产税的新政。此举对房地产市场产生了巨大的影响，一时间房产税新政成为社会广泛议论的焦点。房产税时代的来临将会对广东侨商的发展带来什么影响，侨资房地产企业又将如何应对。本文通过对这些问题的分析解读，以期能为侨商发展提供一些建议。

### 简析房产税

房产税，又称房屋税，是国家以房产作为课税对象，以房产的计税余值或租金收入为计税依据，向产权所有人征收的一种财产税。对房产征税的目的是运用税收杠杆，加强对房产的管理，提高房产使用效率，控制固定资产投资规模和配合国家房产政策的调整，合理调节房产所有人和经营人的收入。在房产税的使用上，发达国家一般都遵循“取之于民，用之于民”的原则征收房产税，明确用于当地的社会福利事业，如教育、文化、通讯设施、环境卫生保护等。在加拿大，政府征收的房产税是专款专用，专门用于中小学教育事业。而美国政府征收来的房产税七成用

于支付学区义务教育、改善治安和公共环境，从而让学区的周围环境得到改善。英国政府所征收的房产税款一般专项用于地方教育事业和基础设施建设，房产税在发展地方经济中发挥着举足轻重的作用。因此，由上述发达国家的经验看来，无论从完善税制的角度，还是从促进房地产价格稳定的角度，政府开征房产税都是大势所趋。在我国，房产税并非是一个新的税种。新中国成立后，政务院发布了《全国税政实施要则》将房产税列为开征的14个税种之一。1951年8月政务院发布《中华人民共和国城市房地产税暂行条例》，把房产税与地产税合并为房地产税。1973年简化税制后，把对国营企业和集体企业征收的城市房地产税并入工商税，保留税种只对房管部门、个人、外国侨民、外国企业和外商投资企业征收。1984年改革工商税制，国家决定恢复征收房地产税，将房地产税分为房产税和城镇土地使用税两个税种。1986年9月15日，国务院正式发布了《中华人民共和国房产税暂行条例》，根据该条例的规定，在城市、县城、建制镇和工矿区内拥有房屋产权的单位和个人均为纳税人，但条例同时规定，个人所有非营业用的房产免交房产税。



## 房产税新政解读

改革开放三十多年来,我国经济社会形势发生了很大变化,住房制度改革不断深化,居民购买商品房地代替了原来的公有住房分配,房产逐步成为个人财产重要的组成部分以及财富积累的重要方式。在住房制度改革取得明显成效的同时,近年来房价过高的问题十分突出,“蜗居”、“蚁族”、“房奴”等这些热词的流行,表明高房价已经成为人们生活的“不可承受之重”。伴随着房价飙升,我国政府采取了诸如加息、限购等一波又一波的楼市调控措施,但似乎仍未拉住房价这个“脱缰的野马”。为了探索新的房价调控措施,2011年初,上海、重庆两地提出了开征商品房房产税方案。1月27日,重庆市市长黄奇帆宣布市长令,重庆作为国家首批个人住房房产税改革试点城市,将于1月28日正式启动改革试点工作。重庆房产税的征税对象包括:对于独栋别墅,不管存量房还是增量房,均要征税;对于房价达到当地均价两倍以上的高档公寓也将征税;除此之外,对于在重庆无户口、无工作、无投资的三无人员在重庆所购房产,购买两套以上住房的从第二套开始要征收房产税。税率方面:对于房价达到当地均价2倍至3倍的房产,将按房产价值的0.5%征税;对于房价达到当地均价3倍至4倍的房产,将按房产价值的1%征税;4倍以上,按1.2%的税率征税。几乎是同时,上海市人民政府1月27日印发了《上海市开展对部分个人住房征收房产税试点的暂行办法》,办法规定从1月28日起对上海居民家庭新购第二套及以上住房和非上海居民家庭的新购住房征收房产税,对居民家庭新购且属于第二套及以上住房的,合并计算的家庭全部住房面积人均不超过60平方米的,其新购的住房暂免征收房产税;人均超过60平方米的,对属新购住房超出部分的面积,按规定计算征收房产税。上海房产税适用税率暂定为0.6%,但对应税住房每平方米市场交易价格低于上年度新建商品住房平均销售价格2倍的,税率可暂减为0.4%。试点过程中应税住房计税依据为参照应税住房的房地产市场价格确定的评估值。试点初期,暂以应税住房的市场交易价格作为房产税的计税依据,房产税暂按应税住房市场交易价格的70%计算缴纳。

作为我国新一轮的房产改革的试点,这两个城市的方案虽不尽相同,但目的都是为了把居民个人自住住房纳入房产税征收的范围,以控制房地产的价格,调整房地产资源配置结构,打击投机囤房、炒房行为,

提高房屋的流转率,从而促使居民合理使用住房资源。

## 房产税新政对侨商发展带来的影响

有报道称,重庆、上海作为试点开征房产税后,珠三角地区开征房产税是大势所趋,而深圳则可能成为紧随其后的第三个试点城市,目前方案正处于调研阶段。作为财产税的一种,房产税的出台主要有利于控制房价,合理优化居民住房资源配置,但是房产税作为一种与房地产市场关系密切的税种,自然会对房地产市场有着直接的影响。广东省拥有大批侨商,而涉及房地产开发、投资的不在少数,如果广东省对商品房开征房产税,则对侨商发展的影响是不可小视的。一方面,对于投资者来说,政府开征房产税,会使房地产投资收益增加不确定性。没有这一制度,只要房价上涨一点,投资者就能挣钱;一旦有了这一制度,房价只有涨幅超过了房屋的持有成本,才能有收益,而购房者的购买力是不确定的,购房人的预期可能又被干扰,这无形中加大了投资的风险。另一方面,一旦开征房产税,投资者持有房产的成本将增加,手里有多套房的投资者可能会考虑把房子卖掉,从而加大了房屋市场的供给量,提高房屋的流转率。这对于房地产开发商来说,投资者的投资积极性下降,楼盘房屋的销售量和收益势必会受到影响。事实是,在重庆和上海,伴随着房产税新政的出台,部分房地产项目由于预售量的减少,有的没开盘的楼盘推迟了开盘时间;有的已经开盘的楼盘则推出优惠折扣,以吸引购房者;有的开发商甚至“退地”自保。总而言之,房产税新政对侨商发展可能带来的直接影响是房地产市场投资的风险加大,房地产企业的收益减少。

## 应对困境的出路

面临房产税新政可能带来的影响,广东侨资企业应采取何种措施去应对困境和规避风险?笔者的观点是:转变发展思路,积极参与保障性住房建设。现阶段在我国有关保障住房开发模式主要以“代建制”为主,即政府立项,通过公开招标的方式,选择专有的项目管理公司,并委托其代理政府对项目招投标、勘察、设计、施工等建设全过程进行组织管理,竣工验收后交付使用人的建设管理模式。该模式的建房途径有两种:一种是政府指定国有单位建设保障性

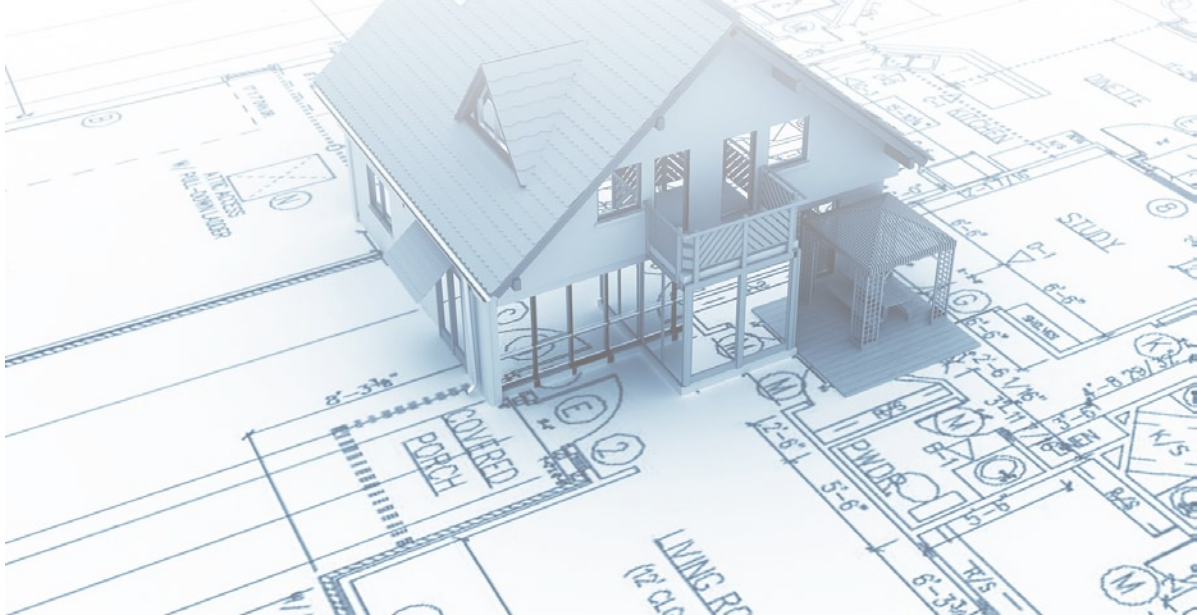
如今，国内越来越多的房产商把目光瞄向了保障性住房这块蛋糕。因为政府对商业住房用地供应量的限制，一些开发商可能会拿不到地，即使拿到了地做商业住宅项目的风险也比以前大。保障性住房的优势就在于尽管利润率不高，但供应群体明确，需求量大，因此项目风险小，利润稳定。

住房；另一种则是政府将保障性住房交由民营开发商建设。去年国务院颁布了《关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》明确鼓励民间资本参与保障性住房的建设，但多数房地产企业对此反应却并不太热烈。原因是他们认为建设保障性住房的过程与商品房无异，但保障性住房的回报率却没有商品房的大。商品房项目净利润常达15%—50%，而保障性住房项目回报率却只有3%—4%左右。保障性住房项目成了房地产企业眼中的“鸡肋”，一直不愿主动参与。不过，伴随中央对住房供给思路的转变，未来保障性住房的供给量会继续加大，保障性住房供给在整个住房供给总量中的比例会继续上升，从而真正形成商品房、经济适用房以及廉租房等多层次住房供给体系，以对应多层次消费人群。因此保障性住房市场容量正在上升，未来几年，正常情况下每年将达3500亿元以上。

如今，国内越来越多的房产商把目光瞄向了保障性住房这块蛋糕。因为政府对商业住房用地供应量的限制，一些开发商可能会拿不到地，即使拿到了地做商业住宅项目的风险也比以前大。保障性住房的优势就在于尽管利润率不高，但供应群体明确，需求量大，因此项目风险小，利润稳定。在开发保障性住房时，开发商自有资金比例一般仅需两成，其余可由贷款完成，实际资金利润率因此可以放大，相比目前开始进入房产税时代的商品房市场，显

得更为有利可图。中国建筑就是个实例，该公司正在进行中的房地产业务调整的最终目标就是将旗下的中海地产专注于中高端商品房住宅市场，中建地产和工程承建业务线的主要业务为中低端的保障性住房市场，以使公司能向市场提供覆盖高、中、低端全产品线的住房产品。此举一方面可以适应政策与市场变化，为中国建筑抢占更大的房地产市场份额。另一方面，地产调控政策仍在执行，市场前景不明的背景下，保障性住房在终端销售方面的高保障性低压力，也加大了保障性住房在商品房成交量逐步走低形势下的吸引力。就笔者所在的深圳市来说，根据《深圳市保障性住房条例》规定，保障性住房的来源则包括七个方面，其中就包括企业或者其他组织按照与政府约定建设的住房。2010年深圳市政府在承诺将启动5万套保障性住房建设后，加快了对由开发商开发的保障性住房的购置速度。因此，多家大型房企对涉足保障性住房的态度，已经由“漠视”转变为“观望”，还有进一步发展为“行动”的趋势。

综上所述，住房供给市场正在发生蜕变，作为住房开发的主体的房地产开发商也需适时而变。在当前进入房地产税时代的背景下，侨资房地产企业积极参建保障性住房不失为一种安全的经营模式，可以作为应对房产新政带来的影响，走出困境的一条好路。





# 深圳保障性住房政策存在重大制度缺失

文 广东广和律师事务所 兰天律师



《深圳保障性住房条例》经深圳市人大常委会通过、广东省人大常委会批准，自2010年7月1日起实施至今，却在具体实施过程中遭到社会大众诟病。究其原因，在于《深圳市保障性住房条例》存在诸多制度缺失：

## 将经济适用房出售，社会公共资源利用不当

保障性住房包括廉租房、公租房和经济适用房，主要是政府利用全社会纳税人的纳税完成建设、开发的，它先天就属于社会公共资源，其目的也是为了解决穷人在一定时期的住房问题，而将经济适用房出售给一些人，那么经济适用房随着社会经济大环境的变化，就会出现价格的大幅变化，尤其是现阶段房子的价格大幅涨价，这本身就会使一些人的家庭资产大幅增加，更令人匪夷所思的是，在经过一定年限后，经济适用房可以上市流通，那么这些人岂不摇身一变成了百万富翁？所以，应当借鉴香港的经验，取消经济适用房的政策规定，改为保障性住房“只租不售”。

在中国社会个人信用体系没有成熟之际，推出经济适用房政策必然产生腐败。众所周知，现阶段的中国社会，个人信用体系远远没有成熟，在转手可得百万差价的现今房地产市场的利诱下，一些人弄虚作假难以避免；目前的三级审查机制也缺乏权威性、科学性和透明性，很难将每个申请人的个人条件、个人资产查个明明白白、分毫不差，滋生腐败在所难免。

## 处罚力度不够，作奸犯科者肆无忌惮

已经有法律专家认为：采用欺骗手段申请经济适用房者，符合诈骗罪入罪条件，应当追究其刑事责任，对此，法律界虽尚有争议，但目前三年不得再次申请、罚款5000元的规定，根本起不到处罚和警示的作用。至少应当取消其终身申请资格，并向社会公布其违法违规事实，计入其个人信用档案，并借鉴计划生育政策规定，在其今后的工作、任职、贷款及子女入学等方面全方位使其受到影响！至于罚款应当分级设置，根据其违法、违规的程度罚款5万到50万元，也许才能触动某些“有钱人”的神经。

## 退出机制难以兑现，浪费社会公共资源

目前退出机制的前提是申请人资产增加和其他违法、违规行为，那么难题就是谁来审查其资产的增加，如何做到审查的准确性、权威性？事实上通过深圳市两次的经济适用房审核所出现的问题证明，审查的准确性、权威性无法达到百分之百，那么，那些弄虚作假并得以通过申请的人，就挥霍着全社会纳税人的纳税，并且使一些本该享受社会公共资源的人，继续等待和忍受着生活的窘迫。

总而言之，《深圳保障性住房条例》面临着尽快修改的必要，在修改前制定者应当广泛征求包括司法界、律师界的社会大众的意见，力求使这部地方性法规达到公平、合理、先进、实用。





言法解惑

## 论共同受贿定罪规则

文 广东国欣律师事务所 杨丽颖律师

中国“受贿罪”的产生可以追溯到夏朝，夏书中的墨就包括了“受贿”。战国时期李悝的《法经》中的“受金”也是指“收受贿赂”，汉律则有关于官吏“受赇”罪的规定。古代刑法对于“受贿罪”也有完整的规定，《唐律》在联制篇中对“受贿罪”作了较为详细的规定。自唐后，各朝刑律基本上沿袭了《唐律》关于“受贿罪”的规定，但又有新发展，例《大明律》中设“受赃”，专门规定官吏受贿的犯罪，在内容上作了补充。例“风宪官吏犯赃”应加重处罚，“官吏听许财物”、“私受公侯财物”、“说事过钱者，有禄人减受钱人一等，无禄人减二等”等内容，都是《唐律》中所规定的。可见，中国古代关于受贿罪的立法有一个逐渐完备的过程。

关于大陆法系对“贿赂罪”也有较为详细的规定。大陆法系刑事立法的“贿赂罪”是指公职人员就其职务行为索求、期约或“收受贿赂”行为以及人民对于公职人员之请托、期约与交付“贿赂”的行贿行为。就大陆法系各国的刑事立法看，“贿赂罪”不外乎三种类型，即“受贿罪、行贿罪、介绍贿赂罪”。公职人员的“受贿”行为又可分为普通“受贿”行为与加重“受贿”行为。前者是指公职人员违背其职责的受贿行为，后者则指公职人员违背其职责而具有较高的不法内涵的受贿行为。

我国“受贿罪”的界定是依据《中华人民共和国刑法》第三百八十五条、第三百八十六条（受贿罪）、第三百八十七条（单位受贿罪）、第三百八十八条（受贿罪：“即斡旋受贿或者居间受贿”），并按照《刑法》第三百八十三条及其他相应的法律、法规的规定予以处罚。

关于共同受贿定罪规则，应从下列具体共同受贿数额和具体处罚规定予以确定共同受贿定罪：

（1）个人受贿数额在10万元以上的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。

（2）个人受贿数额在5万元以上不满10万元的，处5年以上有期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处无期徒刑，并处没收财产。

（3）个人受贿数额在5千元以上不满5万元的，处1年以上7年以下有期徒刑；情节严重的，处7年以上10年以下有期徒刑。

（4）个人受贿数额不满5千元，情节较重的，处2年以下有期徒刑或者拘役；情节较轻的，由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。

《补充规定》第6条还对法人受贿作了双罚处的规定：“全民所有制企业事业单位、机关、团体，索取、收受他人财物，为他人谋取利益，情节严重的，判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处6年以下有期徒刑或者拘役”。

### 关于贿赂罪的几个问题

#### 关于受贿罪的主体问题

《补充规定》第四条规定的受贿罪主体，是指国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员。

“其他从事公务的人员”，是指国家工作人员、集体经济组织工作人员以外的依照法律从事公务或者受委托从事公务的人员。

关于受贿罪中“利用职务上的便利”如何理解的问题

受贿罪中“利用职务上的便利”，是指利用职权或者职务有关的便利条件。“职权”是指本人职务范围内的权力；“与职务有关”，是指虽然不是直接利用职权，但利用了本人的职权或地位形成的便利条件。

国家工作人员不是直接利用本人职权，而是利用本人职权或地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取利益，而本人从中向请托人索取或者非法收受财物的，应以受贿论处。对于单纯利用亲友关系，为请托人办事，从中收受财物的，不应以受贿论处。

#### 已离、退休的国家工作人员的受贿问题

已离、退休的国家工作人员，利用本人原有职权或地位形成的便利条件，通过在职的国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取利益，而本人从中向请托人索取或者非法收受财物的，以受贿论处。

#### 关于构成受贿罪的行为如何掌握的问题

根据《补充规定》第四条第一款的规定，认定受贿罪的行为应当掌握：

1、索取他人财物的，不论是否“为他人谋取利益”，均可构成受贿罪。

2、非法收受他人财物，同时具备“为他人谋取利益”的，才能构成受贿罪。为他人谋取利益是否正当，为他人谋取的利益是否实现，不影响受贿罪的成立。

## 受贿罪的共同犯罪问题的确定

### 共同受贿罪的客体认定

受贿客体——为贿赂或其他不正当利益。

所谓“贿赂”是指金钱或其他可以金钱折算的财物。“其他不正当利益”则指贿赂以外的一切足以供人需要或满足欲望的有形或无形的不正当利益（包括物质上的利益与非物质利益）。前者如设定债权、免除债务给予无息或低利贷款。后者如给予地位、允许与其性交或其他性行为等。

### 共同受贿罪主体认定

受贿罪主体规定，主要有以下几种：

- A、一般主体
- B、公职人员
- C、特别公务员
- D、准公务员

### E、曾为公务员

国家工作人员和其家属共同受贿实行行为的认定：

1、受贿罪的共犯：“主要涉及的是国家工作人员和其家属的共同受贿的认定问题”。在刑法理论上，受贿罪是身份犯，它以国家工作人员作为特殊主体（非国家工作人员不能独立构成受贿罪）。但在共犯的情况下，不具有国家工作人员身份的人，包括国家工作人员的家属，可以和国家工作人员构成受贿罪的共犯。

2、按照共犯理论，“在身份构成的犯罪中，没有身份的人只能成为共同犯罪中的教唆犯或者帮助犯，而不能是实行犯”。因为身份犯构成的犯罪，其犯罪的实行行为是与主体的特殊身份相联系的。没有这种特殊身份，就不存在实施共同受贿这种实行行为的前提。

国家工作人员的家属和国家工作人员构成受贿罪的共犯情况的认定：

1、国家工作人员的家属构成受贿罪的教唆犯和帮助犯。

①国家工作人员的家属作为教唆犯“一般表现在开导、劝说、指使，甚至胁迫国家工作人员利用职务上的便利收受贿赂，并为他人为人谋取利益”。

②国家工作人员的家属作为帮助犯：“主要表现为，采用各种方法为国家工作人员收受贿赂创造必要的便利条件，为国家工作人员受贿积极出谋划策，事先与国家工作人员通谋，事后帮助国家工作人员转移赃物；掩盖罪行，帮助国家工作人员向行贿人索取贿赂等等”。

## 受贿罪共同犯罪与身份问题

受贿罪作为身份犯，不仅存在与其家属构成共犯的问题，而且还存在与其他人员构成共犯的问题。

1、国家工作人员共同受贿的认定：“国家工作人员由于都有身份，因而在共同受贿的情况下，往往构成共同实行犯”。

2、国家工作人员教唆非国家工作人员实施索贿行为的认定：“国家工作人员教唆非国家工作人员向有关公民索取贿赂，具有特定身份人以教唆没有特定身份的人实施因身份而构成的犯罪，具有特定

身份的人构成间接实行犯，没有特定身份的人构成间接实行犯的帮助犯。据此，国家工作人员教唆非国家工作人员索贿的，国家工作人员以间接实行犯论处，非国家工作人员以间接实行犯的帮助犯论处”。

我国《刑法》第三百八十五条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪”。

1、国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处。

2、第三百八十六条规定：“对犯受贿罪的，根据受贿所得数额及情节，依据本法第三百八十三条的规定处罚，索贿的加重处罚”。

3、第三百八十八条规定：“国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的，以受贿论处”。

#### 其他相关规定

1、全国人民代表大会常务委员会《关于惩治贪污罪、贿赂罪的补充规定》。

2、最高人民检察院关于检察机关反贪污贿赂工作若干问题的决定。

3、最高人民法院对于对

贪污、受贿、挪用公款犯罪分子依法正确适用缓刑的若干规定。

4、最高人民法院人民检察院关于办理离退休国家工作人员受贿罪案件有关问题的批复。

5、最高人民法院、最高人民检察院关于执行《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》若干问题的解答。

#### 概括“受贿罪”共犯定罪规则

根据我国现行刑法规定及其相关规定：“与国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员勾结、伙同受贿的，以共犯论处”。

违反法律和道德的行为，行政权力腐败即是指利用行政权力满足于行政权力主体私欲的违反法律和道德的行为。其权力腐败主要表现为：

1、权力拥有者以公共权力作为基础，其利用这种公共职位，从事图谋私利的类似经营活动，使腐败从生计型向致富型方向发展。

并利用经济上的好处改变人们对于地位、职位、财产方面的判断和安排，其行为的外部表现形式就是贿赂。贿赂的延伸，发展为变相送礼、大吃回扣、强拿硬要等。在贿赂中，受贿者丧失原则，行贿者以较少的成本获取垂涎已久的地位或利益，诱使更多的人逐臭效尤。

2、行政权力滥用，以身试法。一些部门领导把法律看作可有可无的陪衬，置法律法规于不顾，利用手中权力谋取私利，暗中利用权力进行权权交易、权钱交易、权色交易，极大地损害了政府的形象，并采取地缘与人情关系的封建残余思想以亲疏之别、远近之别、上下之别、情感之别的私人关系组成群体，形成裙带网络。

3、行政权力不作为，其严重的官僚主义和特权主义。

在执行公务过程中，官员们制造着一种浓浓的“官气”，集权现象、地方保护主义、渎职无能、擅离职守、抛弃责任、人浮于事、强迫命令、任意决策、好大喜功、管理混乱、道德失范等等，构成了腐败的温床。

同时，还采取依托部门和行业权力勒卡索要，这些问题主要发生在权力较大的经济管理部和执法司法机关，也就是人们经常议论的立法腐败、行政腐败、司法腐败、行业腐败等等的权力腐败。

同时，还采取依托部门和行业权力勒卡索要，这些问题主要发生在权力较大的经济管理部和执法司法机关，也就是人们经常议论的立法腐败、行政腐败、司法腐败、行业腐败等等的权力腐败。

笔者认为：“只要国家工作人员勾结、伙同其家属及其他权力人员对受贿具有犯罪故意，并利用与本人职务上的便利，勾结、伙同其家属及其他权力人员，无论贿赂（金钱、财物及其他满足欲望的有形或无形的不正当利益）是本人收受还是其家属及其他权力人员收受，都构成了受贿罪共同犯罪行为，都应该对其参与故意收受受贿的人员以共同犯罪定罪处罚”。

笔者认为：“只要国家工作人员勾结、伙同其家属及其他权力人员对受贿具有犯罪故意，并利用与本人职务上的便利，勾结、伙同其家属及其他权力人员，无论贿赂（金钱、财物及其他满足欲望的有形或无形的不正当利益）是本人收受还是其家属及其他权力人员收受，都构成了受贿罪共同犯罪行为，都应该对其参与故意收受受贿的人员以共同犯罪定罪处罚”。

### 只有权力腐败才能构成共同受贿

权力腐败的本质含义就是利用公共权力满足个体私欲的





## 透视“巨额财产来源不明罪”(上) ——贪官们的救命稻草

文 广东鹏泰律师事务所 肖万青律师

最早关注巨额财产来源不明这一罪名，是在原江西省副省长胡长清、原安徽省阜阳市市长肖作新、原辽宁省沈阳市副市长马向东等贪腐大案案发之后。笔者发现，几乎所有贪腐大案中的贪官们，都有一笔数目惊人、无法说明合法来源的巨额财产，在有可能面临死刑的情况下，贪官们都选择了沉默，巨额财产来源不明成了贪官们拒不交代受贿事实从而得以保全性命的“法宝”。因此，研究、探讨这一颇具争议的罪名，在刑法理论与实践上具有十分重要的意义。

### 一、一个无法准确表述内涵的罪名

巨额财产来源不明罪，是我国社会在改革开放的巨大变革过程中为适应惩治腐败犯罪之需要而设置的一个新罪名。1979年我国颁布第一部《刑法》时，无论是官是民，大家普遍比较穷，很少见到有不能说明来源的所谓巨额财产，加之那时正处于拨乱反正的

特殊历史时期，《刑法》中的规范又多是经验性的立法，很少甚至没有人有这样超前的意识，因而1979年颁布的《刑法》中没有关于“巨额财产来源不明罪”的规定。

此后，随着国家实行“对内搞活、对外开放”的经济政策逐步深入，在经济形势迅速发展壮大的同时，原来一些行之有效的行政措施和监督制约机制，已滞后于现实跟不上形势发展的需要，已不能及时有效地防止和抑制新形势下滋生的消极因素的蔓延与发展，国家工作人员利用职务之便贪污受贿的现象开始出现且愈演愈烈，已出现不少财产来源不明的“暴发户”，其财产或支出明显超过合法收入，且差额巨大，少则几万、几十万，多则数百万上千万，本人不愿说明其来源而侦查部门（主要是检察机关）又查不清楚。

在这种情况下，为了解决司法实践中存在的上述

问题，堵住犯罪行为人可以利用的空隙，使其非法敛财的行为不能逃避法律制裁，在全党全国倡导廉政建设，1988年1月全国人大常委会通过了《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》，首次以立法的形式肯定“巨额财产来源不明罪”。该补充规定第11条第1款规定：

“国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大的，可以责令说明来源。本人不能说明其来源合法的，差额部分以非法所得论，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处没收其财产的差额部分”。随后，国务院于1988年9月13日发布《关于国家行政机关工作人员贪污受贿行政处分暂行规定》，其第13条规定：国家行政机关工作人员的财产或支出明显超过合法收入，差额较大的，可以责令其说明来源。本人不能说明其来源是合法的，差额部分以非法所得论，由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分，并没收其财产的差额部分。多年后的1997年3月《刑法》大修改时，遂将“巨额财产来源不明罪”纳入其中（第395条第1款），只是将原来“并处或者单处没收其财产的差额部分”的规定修改为“财产的差额部分予以追缴”。

由此可以看出，我国刑事立法将“巨额财产来源不明罪”纳入《刑法》的调控范围，是经历了相当长时间的认识过程的，说明我国刑事立法机关已充分看到了巨额财产来源不明现象所展现出来的日益严重的社会危害性，也正因如此，所以才设置这么一种新罪来予以遏制。

然而，从该罪出现之日起，究竟以何种称谓表述其罪名，至今在理论上仍是众说纷纭。主要有：非法得利罪、巨额财产来源不明罪、隐瞒巨额财产来源罪、事实推定罪、持有超合法收入罪、推定贪污所得罪等几十种罪名，每种罪名的表述各有其理由，但都不具有法律效力。之所以出现这种罪名歧义，主要是由罪名不法定、司法解释不科学及该犯罪本身的复杂性等原因造成的。

司法实践中，关于该罪罪名的观点，比较有代表性的是“非法所得罪”和“巨额财产来源不明罪”两种。

该罪之所以被冠以“巨额财产来源不明罪”，是因为1988年10月22日最高人民法院、最高人民检察院、公安部在《关于全国人大常委会两个〈补充规定〉中有关几类案件管辖问题的通知》中，明确将该罪定名为“巨额财产来源不明罪”。之后，最高人民检察院在1993年10月22日颁发的《关于认真查办巨额财产来源不明犯罪案件的通知》中，又明确适用“巨额财产来源不明罪”来规定立案标准和具体的操作程序。

1997年12月2日最高人民检察院在《关于适用刑法分则规定的犯罪罪名的意见》与1997年12月9日最高人民法院在《关于执行〈刑法〉确定罪名的规定》中，又均将《刑法》第395条第1款规定的罪状定名为“巨额财产来源不明罪”。尽管从此有了比较固定的罪名，但学者们的异议仍未间断。

笔者认为，罪状或者犯罪行为方式是确定罪名的主要根据，要准确表述该罪名，重在把握立法机关的立法宗旨。即以刑事规范惩戒的到底是行为人拒不说明差额巨大的财产来源这一不作为，还是行为人拥有不能说明来源的巨额财产的非法所得行为？从法律条文表述的内涵来看，惩戒的应是行为人的非法所得行为而不是拒不说明财产来源的不作为。既如此，以“非法所得罪”定名，相对来说比较科学，有可采纳的积极价值：1、以“非法所得罪”作罪名，直接取自《刑法》第395条第1款以“非法所得论”的罪状表述，能够完整、准确地体现立法者基本的立法意图，具有合法性。2、以“非法所得罪”作罪名，既适合法条所表述的合法结论（以非法所得论）又高度概括、描述了该犯罪行为的最本质的特征，即非法所得罪涵盖了非法获取巨额财产的犯罪行为方式，概括全面而

我国刑事立法将“巨额财产来源不明罪”纳入《刑法》的调控范围，是经历了相当长时间的认识过程的，说明我国刑事立法机关已充分看到了巨额财产来源不明现象所展现出来的日益严重的社会危害性，也正因如此，所以才设置这么一种新罪来予以遏制。

简练。3、以“非法所得罪”作罪名，揭示了财产的违法性或不正当性，表明了国家对国家工作人员占有不能说明来源的巨额财产这一行为的否定性评价，它明确告诫世人这一行为国家是禁止的。因此，我主张应以“非法所得罪”而不应以“巨额财产来源不明罪”作罪名，因为“巨额财产来源不明罪”不仅罪状表述较为复杂，而且犯罪行为方式也不易认定，不能准确反映该罪的主要犯罪特征，不能准确表述《刑法》第395条第1款的法条内涵。

## 二、是否有罪推定

立法机关将巨额财产来源不明上升为刑事规范，实际上是基于这么一种法律认识：任何人（包括国家工作人员）的财产，其来源无非两个渠道：一是合法二是非法。作为国家工作人员拿着纳税人的钱生活，就有义务向国家说清楚自己的财产是怎么来的？如果其不能证明财产来源的合法性，那么按照逻辑推理其

财产来源必定见不得阳光，既如此，那就应以“巨额财产来源不明罪”追究刑事责任。

上述法律认识涉及到巨额财产来源不明罪的立法价值问题。事实上，在刑法理论界，长期存在着“巨额财产来源不明罪”是不是有罪推定的争论。

否定巨额财产来源不明罪是有罪推定的观点认为：巨额财产来源不明罪是以国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大而本人又不能说明其来源合法这一基础事实为前提的，因为有这个前提才得出差额部分为非法所得的结论。行为人此时还只是具有“超出合法财产差额巨大”的犯罪嫌疑，罪名尚不成立，尚未推定其有罪。作为具有接受人民监督的法定义务的国家工作人员，有义务进行解释与说明，有关部门责令其说明财产来源，并不侵犯其人身权利，也不损害其作为无罪行为人的地位。只有其不能说明财产来源合法时，才被国家追诉，即便被追诉，其仍不是刑事诉讼中的罪犯，其仍有无罪说明的充分权利，法庭也会充分核实其说明的真实性，然后才依法确认犯罪是否成立。这一过程完全符合“以事实为根据，以法律为准绳”的诉讼原则。

肯定巨额财产来源不明罪是有罪推定的观点认为：司法机关在没有证据证实或者无法查清行为人财产真实来源的情况下，就将行为人不能说明的“差额巨大”的财产推定为来源不明，认定是非法所得从而对行为人定罪处罚，是有罪认定原则的翻版，不符合我国《刑事诉讼法》关于“重证据，重调查研究，不轻信口供”的取证规则及“以事实为根据，以法律为准绳”的基本原则。

笔者赞同巨额财产来源不明罪属于有罪推定的观点。首先，认定巨额财产来源不明罪是以推定为依据的，是基于这么一种认识：任何人的个人财产均是合法收入与非法所得之总和，合法收入与非法所得的外延是相互排斥的，两者不能同真也不能同假，其中必有一真一假，不是合法就是非法，二者必居其一。这实际上就是一种逻辑推理，由此真推定彼假，由此假推定彼真，所以巨额财产来源不明罪并不是以主要犯罪事实清楚，基本定罪证据确实来立案追诉的。其次，当行为人的财产或支出明显超过合法收入差额巨大又不能说明来源时，有关部门就要责令行为人说明财产来源，当行为人不能或不愿说明或说明无证据不成立时，就要对行为人以巨额财产来源不明罪予以刑事追究。其实质，就是客观上推定行为人存在非法所得的犯罪事实，主观上把行为人当作犯罪嫌疑人，否则何以要责令行为人说明财产来源？这实际上就是一种先入为主的有罪推定，只要行为人不能证明自己无罪，就要当

成罪犯受到惩处。再次，尽管巨额财产来源不明案往往是因其他案件如贪污、受贿带出一并立案侦查的，但就巨额财产来源不明而言，侦查部门（主要是检察机关）是在没有任何证据证实行为人差额巨大又不能说明来源的财产属于非法所得的情况下，立案侦查并对行为人予以审讯，责令行为人说明财产来源并进而予以刑事追诉的，与《刑法》分则规定的其他犯罪先有犯罪事实然后立案侦查完全不同。这实质上就是在未经法院判决行为人有罪之前，就对行为人事先作出了有罪的推论或假定。

刑法理论界有人认为，在某种情况下即无法收集证据来证实案件事实而犯罪又显然存在，就可以采用推定的证明方法，有条件有限制地适用“有罪推定”，从而更有利于打击犯罪以保障社会主义建设事业的顺利进行。我则以为，在《刑法》总则尚未修改确立“有罪推定”原则之前，司法实践中，对巨额财产来源不明案适用推论，不仅开创了“有罪推定”的先例，也与我国《刑事诉讼法》等相关程序法的规定相悖。

刑法理论界还有人以“任何行为人未经法院作出有罪判决之前都不是罪犯”为由，来否定巨额财产来源不明罪是有罪推定并认为是推定犯罪。这一理由当然是对的，但其结论却是荒谬的，这实际上是诡辩论。推定犯罪实质上就是有罪推定，只是还没有冠以罪犯之称呼而已。既然是推定犯罪，那就说明司法机关并未掌握行为人犯罪的证据，既然没有证据却又强求行为人说明差额巨大的财产之来源，那就说明司法机关此时已推论犯罪事实是存在的，主观上已把行为人当作犯罪嫌疑人对待。虽然对《刑法》分则中其他罪名所涉行为人，在法院作出有罪判决之前也被冠以“犯罪嫌疑人”，且事实上被当作犯罪嫌疑人对待，被立案被侦查被审讯直至被追诉，但那一般是在“主要犯罪事实清楚，基本定罪证据确实”的前提下进行的，否则行为人的就不太可能被刑拘被逮捕，这与既无证据证实差额巨大的财产合法也无证据证实差额巨大的财产非法，而依靠推论定罪的巨额财产来源不明罪完全不同，两者不可同日而语。（未完待续）







## 浅议拟上市创业企业之私募融资对赌协议

文 北京市竞天公诚（深圳）律师事务所 周璇律师

由于大多数初创民营企业属于非上市公司，投资前双方要对公司的价值进行评估，但双方的评估标准可能不尽相同，对公司未来业绩的预测也可能不一致，投融资双方对公司的估值会产生分歧，另外，大多数风险投资属于财务投资者，一般不参与公司的经营管理。所以，投融资双方在公司事务的了解上存在信息不对称的问题，这无疑加大了投资方的投资风险。为解决上述问题，风险投资机构通常会要求签订一个对赌协议。

### 对赌协议的涵义及特点

对赌协议是投资方与融资方在达成协议时，双方对于未来不确定情况的一种约定。如果约定的条件出现，投资方可以行使一种权利；如果约定的条件不出现，融资方则行使一种权利。所以，对赌协议实际上是期权的一种形式。对赌协议实质上是关于估值调整的融资契约，是一个基于业绩承诺下的权利调整约定，这是对创业者的激励，同时也是在保护投资人的利益。

对赌协议不一定适合所有企业，不是每一次融资都要签署对赌协议。如果一定要签署对赌协议，创业企业要综合考虑宏观经济政策和微观操作层面的法律风险。

### 我国法律针对对赌协议的监管措施

首先，对赌协议作为合同要符合《合同法》的规定。我国目前的公司上市相关法律法规并无专门针对对赌协议的规定。在某些收购和股权融资项目中，对赌协议要受到国有资产和外商投资相关法律

法规的限制，因为国有产权的处置要履行严格的资产评估手续；外商投资企业的股权转让协议也要经过原审批机关核准，因此这两种情形下的对赌条款受到一定的监管。民营创新型企业私募股权融资过程中所签订的对赌协议除应遵守《合同法》外，并无来自国家相关部门的监管和审批。

### 对赌协议对创业企业上市可能造成的负面影响

在上市报告期内，由于受世界金融危机的影响，国际国内经济形势急转直下，相当多的公司无法完成上市前私募融资时所签订的对赌协议中所承诺的公司业绩，拟上市创业企业的控股股东或受控股股东、实际控制人支配的股东可能与投资方就对赌协议的履行（特别是股权转让事宜）发生纠纷，进而导致公司股权在报告期内存在重大权属纠纷。根据《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》第十七条，可能会导致公司不符合创业板上市条件。

在上市报告期内，若因履行对赌协议而导致董事、高级管理人员发生变化或实际控制人发生变更，根据《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》第十三条，上述变化构成公司上市的实质性障碍。（案例如太子奶，李途纯当年与高盛、摩根、英联等签署7300万美元引资协议时，订立的对赌条款内容为：在7300万美元注资到位后的前3年，如果集团年销售增长超过50%，就可降低投资银行的股权比例；而如果集团完不成30%的年销售增，李途纯将失去控股权。）

因担心对赌协议可能对企业上市所造成的不利影响，拟上市公司可能不披露或不完整披露对赌协议相关信息，进而违反《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》第39条所规定的信息披露义务。

公司在签署对赌协议之前应当咨询专业中介机构的意见，避免对赌协议中的条款与《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》形成冲突或潜在冲突，否则将对公司未来在创业板上市计划造成不利影响

## 创业企业在当前金融危机条件下如何控制对赌协议的风险

2008年因金融危机的影响，众多企业业绩下降；同时由于投资者及所投企业均对IPO上市充满信心，投资时所确定的市盈率较高，导致投资者要求较高的业绩预期，一般约定未来二至三年业绩有较高的增长幅度。这将导致较多企业无法完成对赌业绩。在此前金融危机的背景下，无法完成业绩对赌的案例比较普遍，但不同产业和不同发展阶段的企业业绩完成情况差别较大。投资前期VC项目无法完成业绩对赌较少，投资后期PRE-IPO项目无法完成业绩对赌较多；投资项目出口依赖度强的项目无法完成业绩对赌较多，以国内市场为主的项目无法完成业绩对赌较少；对原油\金属关联度大的项目无法完成业绩对赌较多，对农产品关联度大的项目无法完成业绩对赌较少。

应对对赌协议中的法律风险，首先是融资方要与投资方多沟通，配合投资方做好尽职调查，公开透明地向投资方披露企业信息，使得投资方认真地进行尽职调查，一般而言，企业对已经披露的风险不承担责任；其次，谨慎合理的预测业绩，在对赌内容尽量约定一个浮动的弹性标准，比如在上市时间上确定一个较为宽松的预期，在退出方式方面可以讨论增加利息允许企业回购股权，同时协商确定对特殊意外情况的处理方式，寻求对于企业经营风险的互相理解和共同承担。同时，企业家要考虑清楚自己的底线，比如，如果底线是控股权，则最好不用控股权去赌，而是设定一个对赌的比例极限，上下封顶。另外，公司在签署对赌协议之前应当咨询专业中介机构的意见，避免对赌协议中的条款与《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》形成冲突或潜在冲突，否则将对公司未来在创业板上市计划造成不利影响。

## 对赌协议应用案例

### ● 创业型企业中的应用

摩根士丹利等机构投资蒙牛，是对赌协议在创

业型企业中应用的典型案例。

1999年1月，牛根生创立了“蒙牛乳业有限公司”，公司注册资本100万元。后更名为“内蒙古蒙牛乳业股份有限公司”（以下简称“蒙牛乳业”）。2001年底摩根士丹利等机构与其接触的时候，蒙牛乳业公司成立尚不足三年，是一个比较典型的创业型企业。

2002年6月，摩根士丹利等机构投资者在开曼群岛注册了开曼公司。2002年9月，蒙牛乳业的发起人在英属维尔京群岛注册成立了金牛公司。同日，蒙牛乳业的投资人、业务联系人和雇员注册成立了银牛公司。金牛和银牛各以1美元的价格收购了开曼群岛公司50%的股权，其后设立了开曼公司的全资子公司——毛里求斯公司。同年10月，摩根士丹利等三家国际投资机构以认股方式向开曼公司注入约2597万美元（折合人民币约2.1亿元），取得该公司90.6%的股权和49%的投票权，所投资金经毛里求斯最终换取了大陆蒙牛乳业66.7%的股权，蒙牛乳业也变更为合资企业。

2003年，摩根士丹利等投资机构与蒙牛乳业签署了类似于国内证券市场可转债的“可换股文据”，未来换股价格仅为0.74港元/股。通过“可换股文据”向蒙牛乳业注资3523万美元，折合人民币2.9亿元。“可换股文据”实际上是股票的看涨期权。不过，这种期权价值的高低最终取决于蒙牛乳业未来的业绩。如果蒙牛乳业未来业绩好，“可换股文据”的高期权价值就可以兑现；反之，则成为废纸一张。

为了使预期增值的目标能够兑现，摩根士丹利等投资者与蒙牛管理层签署了基于业绩增长的对赌协议。双方约定，从2003年~2006年，蒙牛乳业的复合年增长率不低于50%。若达不到，公司管理层将输给摩根士丹利约6000万~7000万股的上市公司股份；如果业绩增长达到目标，摩根士丹利等机构就要拿出自己的相应股份奖励给蒙牛管理层。

2004年6月，蒙牛业绩增长达到预期目标。摩根士丹利等机构“可换股文据”的期权价值得以兑现，换股时蒙牛乳业股票价格达到6港元以上；给予蒙牛乳业管理层的股份奖励也都得以兑现。摩根士

丹利等机构投资者投资于蒙牛乳业的业绩对赌，让各方都成为赢家。

摩根士丹利对于蒙牛乳业基于业绩的对赌之所以能够划上圆满句号，总结归纳，该份对赌协议中有如下七个特点：一是投资方在投资以后持有企业的原始股权，如摩根士丹利等三家国际投资机构持有开曼公司90.6%的股权和49%的投票权；二是持有高杠杆性（换股价格仅为0.74港元/股）的“可换股文据”；三是高风险性（可能输给管理层几千万股股份）；四是投资方不是经营乳业，不擅长参与经营管理，仅是财务型投资；五是股份在香港证券市场流动自由；六是蒙牛乳业虽然是创业型企业，但企业管理层原来在同一类型企业工作，富有行业经验；七是所投资的企业属于日常消费品行业，周期性波动小，一旦企业形成相对优势，竞争对手难以替代，投资的行业风险小。

#### ● 成熟型企业中的应用

摩根士丹利投资上海永乐电器公司，是对赌协议在成熟型企业中应用的典型案例。

上海永乐家用电器有限公司（以下简称“永乐家电”）成立于1996年。从业绩上看，永乐家电成立初年销售额只有100万元，到2004年已经实现近百亿元；在市场适应性上，永乐家电经历了家电零售业巨大变革的洗礼，是一家比较成熟的企业。

2005年1月，摩根士丹利和鼎晖斥资5000万美元收购当时永乐家电20%的股权，收购价格相当于每股约0.92港元。根据媒体报道，摩根士丹利在入股永乐家电以后，还与企业形成约定：无偿获得一个认股权利，在未来某个约定的时间，以每股约1.38港元的价格行使约为1765万美元的认股权。

这个认股权利实际上也是一个股票看涨期权。为了使看涨期权价值兑现，摩根士丹利等机构投资者与企业管理层签署了一份“对赌协议”。招股说明书显示，如果永乐2007年（可延至2008年或2009年）的净利润高于7.5亿元人民币，外资股东将向永乐管理层转让4697.38万股永乐股份；如果净利润相等或低于6.75亿元，永乐管理层将向外资股东转让4697.38万股；如果净利润不高于6亿元，永乐管理层向外资股东转让的股份最多将达到9394.76万股，这相当于永乐上市后已发行股本总数（不计行使超额配股权）的约4.1%。净利润计算不能含有水份，不包括上海永乐房地产投资及非核心业务的任何利润，并不计任何额外或非经常收益。

在摩根士丹利投资永乐电器的对赌协议中，通

过总结分析，也有如下七个特点：一是投资方在投资以后低价持有企业的原始股权，如摩根士丹利永乐家电20%的股权；二是持有认购权杠杆性降低，认股价格为1.38港元/股；三是高风险性（可能输给管理层几千万股股份）；四是投资方不经营零售业，不参与经营管理，仅作财务型投资；五是股份在香港证券市场流动自由；六是永乐是成熟型企业，经历了行业的变革与市场的洗礼；七是所投资的企业属于零售行业，规模效应明显，一旦企业形成相对优势，竞争对手则难以替代。目前，对赌已经使投资方达到了第一步赢利的目的。

#### ● 对赌协议在并购中的应用

并购也是一种投资行为。凯雷投资控股徐工集团工程机械有限公司就是对赌协议在并购中应用的典型案例。

徐工集团正式成立于1989年，在地方政府的牵头之下，徐工集团整合了数家工程机械制造公司。徐工集团工程机械有限公司在国内拥有比较强的核心竞争能力。从2000年到2004年，随着机械制造市场的再度回暖，徐工集团机械公司的核心产品都处于需求大于供给的状态。为了保持企业旺盛的发展潜力，徐工集团在企业机制改造上，一直在寻找与国际企业合作的结合点。

2005年10月26日，徐工科技（000425）披露，公司接到第一大股东徐工集团工程机械有限公司（以下简称“徐工机械”）通知，徐州工程机械





集团有限公司（以下简称“徐工集团”）于2005年10月25日与凯雷徐工机械实业有限公司（以下简称“凯雷徐工”）签署《股权买卖及股本认购协议》与《合资合同》。凯雷徐工以相当于人民币20.69125亿元的等额美元购买徐工集团所持有的82.11%徐工机械股权，同时，徐工机械在现有注册资本人民币12.53亿元的基础上，增资人民币2.42亿元，全部由凯雷徐工认购，凯雷徐工需要在交易完成的当期支付0.6亿美元；如果徐工机械2006年的经常性EBITDA（经常性EBITDA是指不包括非经常性损益的息、税、折旧、摊销前利润）达到约定目标，凯雷徐工还将支付0.6亿美元。上述股权转让及增资完成后，凯雷徐工将拥有徐工机械85%的股权，徐工集团仍持有徐工机械15%的股权，徐工机械变更为中外合资经营企业。

凯雷徐工对于徐工机械的并购协议包括一项对赌的内容：如果徐工机械2006年的经常性EBITDA达到约定目标，则凯雷徐工出资1.2亿美元增资2.42亿元；如果徐工机械一年后的经营业绩达不到投资方要求，则出资6000万美元增资2.42亿元。在外资并购国内上市公司国有股权的过程中，以国有资产定价作为一项赌资，这还十分罕见。

凯雷徐工的对赌协议结果如何，首先要看国家有关部门能否审批通过这种形式的对赌，其次要等到2006年以后揭晓经营业绩。但是这种形式对我们启发却很大，凯雷是一家财务型投资者，如何控制并购中的风险？首先是对目标企业的估价，估价是基于未来业绩的，因而在徐工机械的并购中有6000万美元的不确定性：达到经营目标就用1.2亿美元增资2.42亿元，达不到经营目标就用6000万美元增资2.42亿元。在上述对赌协议中，可能是由于多方面的原因，对赌协议与经营者的关系没有披露。如果投资中的对赌协议与经营者无关，这是不正常的，但与没有对赌的并购定价相比，凯雷徐工并购徐工机械中的对赌协议已经对凯雷进行了一定的保护。

#### ● 股改中的应用

上市公司股权分置改革是我国目前资本市场中的一件大事，非流通股获得流通权需要向流通股支付一定的对价；流通股在获得一定的股份以后，包括非流通股在内的上市公司股份要获得增值，需要

看上市公司经营者的努力程度，即投资者的增值与否同企业管理层的关系很大。在目前上市公司的股改方案中，华联综超（600361）在应用对赌协议方面进行了尝试。

2005年7月19日，华联综超披露股权分置改革说明书，非流通股股东向流通股股东按照每10股流通股获得2.3股的比例支付对价，同时设置了一项对赌协议：如果公司2004年—2006年度扣除非经常性损益后净利润的年复合增长率低于25%，即如果2006年度扣除非经常性损益后的净利润未达

凯雷徐工对于徐工机械的并购协议包括一项对赌的内容：如果徐工机械2006年的经常性EBITDA达到约定目标，则凯雷徐工出资1.2亿美元增资2.42亿元；如果徐工机械一年后的经营业绩达不到投资方要求，则出资6000万美元增资2.42亿元。在外资并购国内上市公司国有股权的过程中，以国有资产定价作为一项赌资，这还十分罕见

到1.51亿元，非流通股股东承诺按照现有流通股股份每10股送0.7股的比例，无偿向支付对价的股权登记日在册的流通股股东追加支付对价，追加支付对价的股份总数总计为700万股。如果公司2004年至2006年度扣除非经常性损益后净利润的年复合增长率达到或高于25%，即如果2006年度扣除非经常性损益后的净利润达到或高于1.51亿元，追加支付对价提及的700万股股份将转用于公司管理层股权激励，公司管理层可以按照每股8元的行权价格购买这部分股票。

2005年8月22日，华联综超临时股东大会通过了股权分置改革方案。在每10股流通股所得的送达率上，其市场行情是每10股流通股送3.353股以上，华联综超按每10股流通股获得2.3股的比例支付对价是偏低的；从以非流通股送出为参考指标的送出率上，其市场行情是每100股非流通股送出17.03股以上，华联综超的每100股非流通股送出15.22股的比例支付对价也不算高；但华联综超流通股股东还是认可该方案，说明华联综超股改中的对赌对于股民来说是一种信心支持，对于非流通股来说，也达到了少送出股份的目的。

股改是非流通股对流通股的对价，但投资者实际所得到的价值离不开企业的业绩，企业业绩离不开企业管理层。因此，对赌的最终目的是双向激励，希望管理层赢了赌局，这样才能对投资者有一个真正的利益保障。



# 船公司如何应对和处理目的港无人提货

文 广东海埠律师事务所 刘大根律师

自2008年全球遭受金融风暴以来，货物出口到目的港遭遇无人提货的事件频发，而且有愈演愈烈之势。笔者近几年来接受船公司、出口商或货代公司的咨询或委托参与处理目的港无人提货纠纷案件的数量也呈上升趋势。通常，目的港无人提货包括收货人不明而无人提货，以及虽有明确收货人但其拒绝提货两种情形。目的港无人提货问题的成因多种多样：收货人经营不善，倒闭，无力承担提货的费用、进口关税；市场行情发生急剧变化导致货物跌价，收货人选择放弃；货物买卖合同纠纷如收货人怀疑货物品质下降、卖方延迟交货等导致收货人在目的港放弃提货；船公司即承运人未能妥善地履行管货义务而致货物毁损、变质、灭失；由于不合理绕航使货物运抵目的港时已过保质期或已失去商业价值；目的港所在国法律、法规、贸易政策、检疫制度的限制或变化，导致已经到港货物无法通关，等等。总之，收货人在目的港放弃或拒绝提领货物，多数情况下是综合考虑货物的价值、提取货物的成本、可获得的预期利润、自身经营状况等诸多因素后经权衡利弊所作出的主动选择。收货人放弃或拒绝提领货物的动机和目的也是为了避免遭受进一步的损失。

出口货物到达目的港将会被收货人及时提领，这应该是作为货物承运人的船公司能够合理期待的结果。但这种合理期待一旦落空，即货物到达目的港遭遇无人提货，那么滞留在目的港的货物就会成为烫手的山芋，随即会产生滞港费、集装箱超期使用费、堆场储存费等一系列费用，当箱内货物腐烂、变质时，往往还需要支付大量的垃圾处理费、洗箱费，甚至有时还要支付冷藏箱制冷费。而且，货物一旦发生长期滞留和堆存，货物本身价值在降低的同时，附着其上的上述各项费用却像滚雪球一

样，越滚越大，很快接近甚至大大超过货值本身。目的港无人提货情况下作为承运人的船公司往往是最大的受害者。针对此问题，为有效地降低船公司的经营风险，维护其合法权益，笔者试图从法律角度为船公司如何正确应对和处理目的港无人提货提供一些实务指导。

## 一、货物到达目的港前至确认无人提货阶段

承运人在签发提单时，应在提单中载明通知方（notify party），以便于承运人或其代理人及时与收货人联系。承运人将承运的出口货物运抵目的港前，可向提单中载明的通知方发出船舶到港通知，告知船舶到港情况。通知方一般为卸货港收货人的货运代理人。根据卸货港的习惯做法，承运人也可以通过当地报纸或者其他媒体刊登船期公告的方式，通知船舶到港情况。

自货物到达目的港后，承运人应如何判定无人提货或收货人拒绝提取货物呢？我国《海商法》及司法解释对此并无明确规定。笔者认为，在确认到港通知已到达通知方的前提下，收货人在合理时间内未前来提取货物即可判定目的港无人提货事实的成立，或向收货人发出到货通知而无及时回复也可做出判定。在判定目的港无人提货事实成立后至集装箱免费期到期之前，承运人应将目的港无人提货的情况在第一时间告知托运人，并要求托运人对货物的处置作出表态。承运人应同时告知托运人免费期的天数、免费期过后将产生的滞港费及集装箱超期使用费等。这样的告知非常必要，一来有利于托运人及时了解情况并采取应对措施，二来有利于明确后续责任。若托运人怠于或拒绝回复，承运人应以电报、电传、邮件、特快专递等方式告知，以留下证据，以证明已履行了告知的义务。就海上货物运输合同的双方当事人而言，如承

运人已明确告知了目的港无人提货的情况及后果，托运人有义务采取相应的措施，否则应承担相应的责任。

托运人在收到承运人关于目的港无人提货的通知后，就货物处置方案，托运人一般会做出变更收货人、或回运、或弃货等不同表态。承运人针对托运人的表态应如何应对呢？根据我国相关法律规定和国际惯例，在承运人将货物交付收货人之前，托运人有权向承运人发出变更收货人或回运的指示。这种情况下，承运人应按托运人的指示行事，将货物转运或运回，但托运人应根据双方新的约定缴纳所有已发生及将要发生的费用。同时，如果货物价值不高，或回运的费用很高时，托运人也可以视情况向承运人声明弃货，由承运人直接作弃货处理，承运人应在取得托运人的书面弃货声明后按托运人的指示行事，但托运人同样应承担已发生的费用及可能将要发生的费用。

## 二、货物在目的港滞留或留置阶段

目的港无人提货情况发生后，如果托运人就货物处置方案拒绝或怠于做出表态，承运人可以依法留置货物，以补救其因目的港无人提货已经或将要造成的损失。我国《海商法》第八十六条规定：

“在卸货港无人提取货物或者收货人迟延、拒绝提取货物的，船长可以将货物卸在仓库或者其他适当场所，由此产生的费用和 risk 由收货人承担。”但这种处理方式在实践中并不能真正解决承运人的全部问题。这是因为货物到达目的港后即置于所在国海关的监管之下，承运人未经当地海关批准无法拆箱，对于货物的处置，要征得当地海关的同意，履行相应的手续。甚至有些国家，没有收货人的配合，承运人本身是难以备妥海关所要求的文件的，因此将货物卸在仓库或者其他适当场所的可能性极小。因此，承运人可以依据我国《海商法》第八十七条“应当向承运人支付的运费、共同海损分摊、滞期费和承运人为货物垫付的必要费用以及应当向承运人支付的其他费用没有付清，又没有提供适当担保的，承运人可以在合理的限度内留置其货物”的规定或国际惯例对货物行使留置权。留置货物的范围以合理为限，“合理”即为所留置的货物的价值与承运人所需的运费、共同海损分摊、滞期费和承运人为货物垫付的必要费用以及承运人支付的其他费用相当。承运人对货物行使留置权后应及时向托运人及收货人发出留置货物的通知。通知应采用电报、电传、邮件、特快专递等方式。同时，

承运人在留置货物期间应继续争取与收货人进行联系，催促其前来提取货物。

## 三、法律救济阶段

在货物留置期间，如果托运人就货物处置方案仍拒绝或怠于做出表态，或托运人未能就目的港无人提货造成承运人的经济损失给予合理的赔偿，或在此期间，收货人继续拒绝提取货物或给予合理的赔偿，那么承运人只能寻求适当的法律途径来维护其经济利益。

（一）向托运人主张赔偿目的港无人提货造成的经济损失。

我国《海商法》第八十八条规定：“承运人根据本法第八十七条规定留置的货物，自船舶抵达卸货港的次日起满六十日无人提取的，承运人可以申请法院裁定拍卖”，“拍卖所得价款，用于清偿保管、拍卖货物的费用和运费以及应当向承运人支付的其他有关费用；不足的金额，承运人有权向托运人追偿；剩余的金额，退还托运人”。该规定赋予了承运人享有申请法院拍卖留置货物并以拍卖所得清偿债权的权利及拍卖所得不足以清偿时向托运人进行追偿的权利。

我国《海关法》第三十条规定，“进口货物的收货人自运输工具申报进境之日起超过三个月未向海关申报的，其进口货物由海关提取依法变卖处理，所得价款在扣除运输、装卸、储存等费用和税款后，尚有余款的，自货物依法变卖之日起一年内，经收货人申请，予以发还”。可见，在我国，承运人除了可以通过司法途径主张无人提货造成的经济赔偿外，还可以通过行政救济手段予以解决。

但值得注意的是，目前前述两种救济手段在法律规定上是有明显冲突的，其处理方法和结果明显不同，承运人应在最大限度维护自身利益的前提下慎重选择。

（二）向收货人主张赔偿目的港无人提货造成的经济损失。

我国《海商法》虽未明确规定收货人有必须提货的义务，但我国《海商法》第八十六条规定，“在卸货港无人提取货物或者收货人迟延、拒绝提取货物的，船长可以将货物卸在仓库或者其他适当场所，由此产生的费用和 risk 由收货人承担。”仅从该条的字面意义理解，似乎并没有对收货人的提货义务做出明确规定，但该条的条文中已隐含了收货人应当负有目的港提货义务的意思，否则何以要求收货人承担货物卸在仓库或者其他场所而产生的费用和 risk。所以，承运人也可通过司法途径向收货人主张目的港无人提货造成的经济损失。





# 医疗损害赔偿案的几宗罪

文 广东深超律师事务所 罗琳芝律师

## 〔基本案情〕

原告张某之女，1岁3个月，2009年8月21日因发热、咳嗽，入住深圳市人民医院儿内科，经治疗患儿病情稍有好转，但26日患儿又开始腹泻，吃药后稍得到控制；因其患有先天性心脏病（室间隔缺损），该院心脏科医生会诊，动员患儿家长做心脏修补手术。当时患儿家长说其儿尚小，又感冒发烧成肺炎，且腹泻，体质太弱，不适宜做手术。主治医生说，现在做先天性心脏间隔缺损修补术，对患儿今后身体健康有利，小孩年龄大了再做对减轻小孩的痛苦及术后的恢复都不利。在医生的反复动员和保证下，患儿家长同意手术。患儿于8月28日转入被告心外科做心脏修补手术。历时4小时，但术后第一天晚就出现高热，后引发低心排综合症、败血症，最终至循环呼吸衰竭，8月30日死亡。

事故发生后，原告认为是医院的手术不成功及选择手术时机不当导致患儿的死亡，于是要求被告赔

偿，协商未果，原告于2009年9月3日向深圳市罗湖区法院提起民事诉讼，根据最高人民法院人身损害赔偿的相关规定，请求医院承担医疗过错损害赔偿：医疗费、住院伙食补助费、陪护费、死亡赔偿金、住宿费、丧葬费、交通费、精神损害抚慰金，以上各项合计：709508元。

法院受理后，原告申请医疗过错鉴定，而被告申请进行医疗事故鉴定，法院根据《广东省高级人民法院关于审理医疗损害赔偿纠纷案件的指导意见》及《深圳中院关于审理医疗纠纷案件的指导意见》关于：“患方申请医疗过错鉴定，而医疗机构申请医疗事故鉴定的，应先委托医学会进行医疗事故鉴定”的规定，于2009年10月委托深圳市医学会进行医疗事故鉴定。2010年5月，深圳市医学会鉴定结论为不构成医疗事故。2010年6月8日，原告申请医疗过错鉴定，罗湖区人民法院委托深圳某司法鉴定中心鉴定，2010年

8月该司法鉴定认为“深圳市人民医院在对患儿余俊仪行室间隔缺损修补术时，其肺部感染尚未完全控制，患儿心肺功能正常，不符合急诊手术指征。一般在非急性心肺功能衰竭的情况下，在肺炎控制后1个月进行手术为宜。肺部炎症控制后再行手术可能避免发生后高热，室上性心动过速，进而可能避免由此造成的急性循环衰竭。据此认为，深圳市人民医院存在手术时机选择欠妥的医疗过错”。因此鉴定结论为：1、深圳市某医院对患儿治疗过程中存在手术时机选择欠妥的医疗过错；2、深圳某医院的医疗，过错参与度为10%。该鉴定报告后附有《外伤、医疗过失参与度对照表》该表说明：1、过错参与度10%为理论系数值，其赔偿参考范围为1—20%。后原告对该鉴定结论认定的过错参与度10%不服，申请重新鉴定，及鉴定人出庭接受质证，但法院不批准。于是2010年9月16日，深圳罗湖区人民法院判决认定原告的损失为706192.11元，依据司法鉴定中心的过错参与度10%的结论判决被告：承担10%的赔偿责任，既70619.03元。

原告不服一审判决，于2010年9月3日向深圳市中级人民法院提起上诉，上诉理由为：1、南天司法鉴定中心过错参与度为10%的鉴定不客观公正，同时没有经过法庭质证不能作为证据采信；2、即使以鉴定结论为依据，从该司法鉴定所附的《外伤、医疗过失参与度对照表》来看，按照10%过错参与度，其赔偿参考范围为1%到20%之间，因此，应充分考虑本案的事实，至少判定被上诉人承担20%的责任；但2010年9月，二审法院维持了一审法院判决被告按过错参与度承担10%比例的赔偿责任。

## 〔法律思考〕

本起医疗事故发生时，患方曾纠结了几十个人在医院门口静坐，这也就是近年来时有发生所谓的“医闹”，当然结局是被荷枪实弹的武警驱散开去；进而当事试图通过法律的救济途径“讨个说法”，但其结果是当事人对司法力量的彻底失望。由此也引发笔者对我国现行医疗损害赔偿审判及其制度的关注及思考，发现问题如下：

### 1、医疗损害案赔偿标准不一

按照我国现行的司法操作，医疗损害案根据鉴定的结果不同，其赔偿标准也不同。如果构成的是医疗过错，赔偿的依据是《民法通则》及标准是《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》；如果鉴定结论认定构成的是医疗事故，

赔偿的依据是《医疗事故处理条例》；后者与前者赔偿的标准和范围都有极大的差距，前者赔偿标准高许多。笔者认为，这种制度设计是有悖法理的。《医疗事故处理条例》作为行政法规，它没有任何权限来制定涉及公民生命权利的基本赔偿范围和标准。如果因该公民是患方而适用《医疗事故处理条例》所规定的标准，这样对其的保护较少，无异于把他们作为次等公民对待。这不仅失去了司法的公平公正性，而且失去了司法的判断力和独立性。

同时，这种制度的设计，其实是一个法律陷阱和司法陷阱。《医疗事故处理条例》所蒙骗的受害人为了讨说法花费代价所取得的构成医疗事故的鉴定，却

《医疗事故处理条例》所蒙骗的受害人为了讨说法花费代价所取得的构成医疗事故的鉴定，却成为了患方依据国家法律获得较充分赔偿的障碍。司法以受害人申请或同意进行医疗事故鉴定为由直接把该鉴定作为司法依据，得到的却是少许多的赔偿

成为了患方依据国家法律获得较充分赔偿的障碍。司法以受害人申请或同意进行医疗事故鉴定为由直接把该鉴定作为司法依据，得到的却是少许多的赔偿。

可慰的是，《侵权责任法》已正式颁布实施，这种同命不同价的不合理制度应该废止，笔者认为，无论是医疗事故还是医疗过错都应适用人身损害赔偿的赔偿标准。

### 2、医疗赔偿鉴定制度的设计欠合理

医疗纠纷案要确定是否属于医疗事故，院方是否有过错，这里牵涉到很专业的医疗学术问题，因此，就需要由司法鉴定机构的医学专家来做鉴定。鉴定是本案的关键性证据，那么鉴定制度的设计，事关司法审判的独立和公正性问题，

前文已述因医疗事故赔偿和医疗过错赔偿的标准不同，且差距很大，同时患方为了规避医学会与院方的近亲关系做出的对患方不利的鉴定结论，一般患方的诉求都是医疗过错损害赔偿。但不论是医疗事故损害赔偿还是医疗过错损害赔偿，法院根据《广东省高级人民法院关于审理医疗损害赔偿纠纷案件的指导意见》及《深圳中院关于审理医疗纠纷案件的指导意见》关于：“患方申请医疗过错鉴定，而医疗机构申请医疗事故鉴定的，应先委托医学会进行医疗事故鉴定”的规定，必须先做医疗事故鉴定，然后才能做医疗过错鉴定。本案患方要求的是医疗过错损害赔偿，申请的也是医疗过错鉴定，要求必须先做医疗事故鉴定，笔者认为，这一规定无论从法理上还是诉讼的成

笔者认为，医疗过错中的因果关系，既不是哲学上的因果关系，也不是自然科学上的因果关系，应当是法律上的因果关系。而法律上的因果关系的确定，理应是法院司法审判的职权，只能由精通法律的法官判定。而医疗过错参与度的引入，实际是把法院的这部分职责完全交给从事自然科学技术和知识鉴定的机构来完成，违反了《宪法》所规定的：人民法院是国家的审判机关

本上考虑都是极不科学合理的。

首先，有违证据学的三性原则。做何种类型的鉴定，应是与被告方的诉求及案由紧密相联的。因为，鉴定，在整个诉讼活动中是一个证明客观事实的证据，证据三性的其中一性是关联性，如果证据失去其关联性，就根本不能证明案件的事实，本案诉求是医疗过错赔偿，医疗事故的鉴定并不能涵盖院方是否有医疗过错。因此，上述规定要求无论是医疗过错损害赔偿还是医疗事故赔偿必须先做医疗事故鉴定有违证据的三性原则，是极不科学合理的。

第二，有违法律法规的适用效力。

关于由医学会做医疗事故的鉴定是《医疗事故处理条例》中规定的，从法律效力上来看，其属于国务院通过的行政法规，该条例自从2002年9月实施以来，受到了广泛的质疑。其不是特别法，不应凌驾于《中华人民共和国民事诉讼法》之上。因此，广东省高院及深圳中院的上述规定在适用法律效力上就产生了极大的偏差。

第三，医学会的医疗事故鉴定结论不应当是医疗损害案件的定案依据。

按照《医疗事故处理条例》这一行政法规及配套规章的规定，及现行司法实践的操作，医疗事故的鉴定权专属于医学会所组织的专家组，鉴定实行合议制，鉴定书没有鉴定组成员的签名。这完全不符合《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二十九条所规定的鉴定书的要求。因此，根据《医疗事故处理条例》第四十二条的规定，医疗事故鉴定书只应是卫生行政部门对肇事医疗机构和医务人员行政处理和赔偿调解的依据，而不应作为法院审理案件的依据。

不仅因为其鉴定程序和形式不符合法院的证据规则，而且把医患双方的纷争交由医方所在当地的同行来裁决，严重损害了司法的独立性和公平原则。这些不在鉴定书上署名的专家，没有任何合法的做“法官”的权利。少数服从多数的合议制在人民法院办理

案件时被合法采用，尚须在裁判文书上署名合议庭成员。而一份不敢署名鉴定人的医疗事故鉴定书，且不能受到法庭质证等司法形式的监督，无法保证其鉴定人是认真负责和公正的，这无异于为院方的不认真行医、玩忽职守树起了一把保护伞。

同时也容易将游离于规则之外的人为因素成为司法裁切的依据，损害了个案上的公正性。

第四，浪费了诉讼时效和诉讼成本。本案原告于2009年9月起诉，至2010年9月16日，历时一年多时间，很多时间就是浪费在两次不同的鉴定上，这不仅浪费了当事人的鉴定费，及鉴定人员的劳动，同时对已受严重损害的患方，无论是精力上还是财力上更是雪上加霜。

### 【医疗损害案中法院司法审判地位的迷失】

从本案的整个诉讼过程及审判结果来看，同时笔者也考察了多起医疗赔偿案的审理结果发现，由于法院的司法独立性地位的迷失，导致医疗损害案件审判不公，其具体体现在以下几方面：

第一，过错参与度引入司法鉴定是法院司法审判地位迷失的制度反映。

在医疗过错鉴定中有一项对当事人权利影响很大的内容就是“过错参与度”的确定问题。所谓“参与度”是指被告对象在诉讼损害结果的介入程度或所起作用的大小。它是赔偿医学为法学上确定因果关系而研究发展的新概念，目前，较为一致的观点是采用五等级法对患者所诉医疗损害中医疗过错行为进行参与度评定。笔者认为，医疗过错中的因果关系，既不是哲学上的因果关系，也不是自然科学上的因果关系，应当是法律上的因果关系。而法律上的因果关系的确定，理应是法院司法审判的职权，只能由精通法律的法官判定。而医疗过错参与度的引入，实际是把法院的这部分职责完全交给从事自然科学技术和知识鉴定的机构来完成，违反了《宪法》所规定的：人民法院是国家的审判机关。人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉的原则，从制度层面上迷失了司法的独立地位。

第二，对鉴定结论的过分依赖，是司法审判迷失的现实反映。

根据《全国人民代表大会常务委员会关于司法



鉴定管理问题的决定》第一条的规定：“司法鉴定是指在诉讼活动中鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。”目前司法鉴定所能解决的诉讼涉及的专门性问题，只能通过运用科学技术或者专门知识来鉴别和判断。这里的科学技术是指自然科学的技术；这里的专门知识是医学或者法医学的专门知识，也是自然科学的知识。因此，诉讼中需要鉴定的，是涉及自然科学的问题。正是基于此，《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十九条规定了法官审查鉴定应审查的范围：“鉴定的依据及使用的科学技术手段”、鉴定人应当出庭接受质证等，属于法官应审查的鉴定书的形式要件之一。同时根据《民事诉讼法》证据的规定，还应考察法律上的因果关系，审查行为的违法性及违法行为要承担的法律責任等关键性问题，但就目前法院的普遍做法是根据《关于民事诉讼证据的若干规定》所作的“鉴定结论，其证明力一般大于其他书证”的规定不加审理的依据鉴定结论定案，笔者认为错误的。第一，比如象医学会的《医疗事故鉴定书》没有鉴定医生的签字，缺少证据最起码的形式要件但法院一般都是完全采信。第二，笔者认为，这些专家所做出的所谓的鉴定书，往往只是对病历书证所反映的医疗事实的分析论断，并不含有利用自然科学手段得到的结果，充其量也只是其主观意见，并不符合《关于民事诉讼证据的若干规定》所要求的是利用自然科学手段得到的结果或运用自然科学知识的分析和判断，有的不乏是游离于规则之外的人为因素的鉴定，因此法院不加审理的采信也是极其错误的。

比如，就本案的司法鉴定而言，该司法鉴定分析说明部分认定“深圳市人民医院在对患儿余俊仪行室间隔缺损修补术时，其肺部感染尚未完全控制，患儿心肺功能正常，不符合急诊手术指征。一般在非急性心肺功能衰竭的情况下，在肺炎控制后1个月进行手术为宜。肺部炎症控制后再行手术可能避免发生术后高热，室上性心动过速，进而可能避免由此造成的急性循环衰竭。”据此认为，“深圳市人民医院存在手术时机选择欠妥的医疗过错”。但却认定“其医疗过错的参与度为10%”。

该鉴定分析与结论相矛盾，上述分析表明：第一，患儿“肺部感染尚未完全控制，患儿心肺功能正常，不符合急诊手术指征。”第二，“肺部炎症控制

后再行手术可能避免发生术后高热，室上性心动过速，进而可能避免由此造成的急性循环衰竭。”由此应得出合乎逻辑的推理结论是：患儿肺部感染尚未完全控制的情况下医院为患儿手术，是导致患儿急性循环衰竭死亡的直接原因，因此医院应承担完全的过错责任，既其过错参与度应是100%。本案的事实也是如此，原本患儿是来医院治疗肺炎，根本不是来治疗心脏病的，如果不做心脏手术，患儿会好好的活着，根本不具备生命危险，正是因为医院为了一己利益创收，在患儿肺部炎症未愈，根本不具备手术指征的情况下，拼命忽悠家属手术，才导致患儿死亡的，这其实是一个很简单明了的但又是符合逻辑的推理，这个推理说明深圳第一人民医院的过错参与度应是100%，而不是10%！本案患儿之死，没有患儿自身原因，及家属不配合的外部原因力，其心脏缺损及肺部炎症并不是必经手术，从过错参与度的因果关系的原因力不分析，其连发生本案医疗行为的原因力都不存在，也就是说根本没必要做手术。因此，如果没有医院的手术，或者说没有医院不适宜的手术，根本不可能发生患儿死亡的惨剧！由此推理，患儿的死亡是医院的手术时机不宜所导致的直接的必然的后果！

对于上述事实，有病历、医院的用药清单为证，但是本案中的一、二审法官对这些证据根本不审，更不去考察其因果关系，连起码的鉴定人员应出庭质证的程序都不走（原告方多次申请鉴定人员出庭接受质证，但法院不批准），完全抛开了对鉴定的形式要件及实体的审查职责，直接将鉴定作为定案的依据。法庭审判只是短短的20分钟就搞定，变成了纯粹的走过场。不仅如此，法院最后的判决，按照过错参与度对照表10%的赔偿范围可定的赔偿比例可以是1%到20%之间，但法院仅有的一点裁量权都很吝啬，严格按照鉴定结论过错参与度的10%来定赔偿比例为10%。这种完全依赖于鉴定结论的做法，其实就是把司法作为医学鉴定的下属程序，审判权已沦为充当类似会计出纳计算赔偿数额的工具！据笔者了解，目前绝大部分法院基本上都是完全依据鉴定结论来裁决医疗事故案件。

综上所述，正因为医疗审判法律救济制度设计的不合理，审判的不公正，直接导致的是司法救济渠道的不畅通。所以出现了近年来一个很热门的现象“医闹”。为了维稳，为了我们这们社会的长治久安，为了创造一个真正的和谐社会，我们呼唤“良法”及司法审判真正的独立和公正。



办案交流

## 浅析违法建筑的物权属性

文 广东蛇口律师事务所 陈增源律师 陈传杰律师

笔者曾代理一起违法建筑的相邻关系纠纷案件，案情如下：

A是深圳市某村土生土长的当地人，在该村一直使用一块未经登记的土地，1994年，A未经有关部门的审批，在该土地上建造起一栋三层高的房屋。之后，B在A不知道的情况下，在A房屋的正南面，偷偷地建造起一间一层高、面积约十几平方米的红砖房，与A房屋相距不到20厘米，导致A房屋正南面的首层窗户根本无法打开，严重影响A房屋的通风、采光，A以保护相邻权为由，诉请法院排除妨碍、恢复原状。一审法院受理该案后，认为：原被告双方均不能提供合法有效的房屋产权证明，而认定拆除违法建筑是行政部门的职权范围，不属于法院的受理范围，以此为由驳回起诉。A不服一审裁定，提起上诉，二审法院裁定驳回上诉，维持原裁定。

在深圳等发达地区，由于城市更新迅速、监管不严、执法不力、利益驱使等各种原因，导致上述历史遗留下来的违法建筑或者私自抢建的违法建筑大量存在，司法实践中有关违法建筑的民事纠纷也层出不穷，例如：违法建筑的买卖纠纷、租赁纠纷、侵权纠纷、相邻关系纠纷、继承纠纷等等，并由此产生了一系列法律问题，如：对违法建筑是否享有所有权？违法建筑能否买卖、租赁或继承？违法建筑受侵犯时，侵权人应否承担民事责任？而这些纠纷又是否属于法院的受理范围？

笔者认为，要正确回答这些法律问题，并顺利解决因违法建筑所引起纠纷的前提或关键是：如何界定违法建筑，以及如何认定违章建筑在物权法上的地位或性质。

### 一、违法建筑的界定

一般而言，违法建筑是指未经有关部门审查批准或采取欺骗手段骗取批准或虽经批准，但批准的内容违法而占地所建、扩建和改建的建筑物。其本质上是违反了《中华人民共和国土地管理法》、《中华人民共和国城市规划法》等相关法律法规的规定而建造的房屋及其设施。

就能否补办相关审批手续而言，违法建筑可以分

为“程序违建和实质违建”，所谓程序违建是指并未违反城市规划，而只是没有办理合法的审批手续，故而程序违建一般可以补办手续使其成为合法建筑；而实质违建是在实质上违背了城市规划 and 土地管理的规定，无法通过补办手续的方式来纠正其违法行为，正如台湾学者王泽鉴先生所言：“程序违建是指建筑物并未妨碍都市计划书，建造者得依一定程序申领建筑执照；实质违建则指建筑物无从依程序辅正，使其变为合法建筑物。”本文所要讨论的是上述第二种情形，即实质违法的违法建筑的物权法律地位问题。

### 二、违法建筑的物权属性

《中华人民共和国物权法》（以下简称：《物权法》）第六条规定：

“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。”《物权法》要求不动产物权的享有和变动以一种可以为第三人知悉的客观外在的公示方式表现出来，从而获得法律保护和社会承认，实现交易安全。此外，一些物权变动直接根据公法上的原因发生，因而具有极强的社会公示性，甚至强于登记制度的公示效力，足以满足物权变动的排他效力的需要，如：法律文书生效；又或者，虽不具社会公示性，但法律直接规定出现该事实时，物权亦发生变动，如：继承、受遗





赠。《物权法》第二十八至第三十条正是对这些非法律行为产生的物权变动的回应。从上述条文我们可以发现,一般来说,不登记不能取得不动产物权,但也有例外,如:公权力致物权变动(法院、仲裁委的法律文书或人民政府的征收决定生效);继承、受遗赠致物权变动;事实行为致物权变动(拆迁、合法建造)。

依据《物权法》第七条规定:“物权的取得和行使,应当遵守法律,尊重社会公德,不得损害公共利益和他人合法权益。”同时,《物权法》第三十条规定:

“因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权时,自事实行为成就时发生效力。”即:只有合法建造而成的房屋,才自事实行为成立之时产生物权。也就是说,物权法上的通过事实行为取得不动产所有权的原始取得行为指的是合法行为。与合法建筑相比较,违法建筑的先天违法性导致了违法建造人不能以事实行为取得违法建筑的物权,所以,违法建筑完成后,建造人不能依法取得违法建筑的物权。

虽然建造人对违法建筑不能享有物权,但是,依据《物权法》第二百四十五条:“占有的不动产或者动产被侵占的,占有人有权请求返还原物;对妨害占有的行为,占有人有权请求排除妨害或者消除危险;因侵占或者妨害造成损害的,占有人有权请求损害赔偿。”不可否认,建造人对违法建筑的实际管理与控制是客观存在的,并已形成一种事实上的控制与支配状态,从而形成法律上的占有,占有是一种事实状态而非权利,具有权利推定的效力,因此,建造人对违法建筑的占有受到法律的保护,他人不得随意侵犯,即便是无权占有亦受法律的保护。当违法建筑被侵占或者受到妨害时,建造人因占有违法建筑所享有的权利依法受到保护。

### 三、司法指导意见或司法解释等规定对违法建筑的认定与保护

1、在《物权法》实施之前,《中华人民共和国民事诉讼法通则》、《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民事诉讼法通则>若干问题的意见》等民事法律法规并未就如何解决因违法建筑所引起的民事纠纷进行具体的规定或解释,为指导地方人民法院对该类案件进行审理,最高人民法院以及部分地方人民法院发布了如下指导意见:

第一,1993年6月22日至27日,最高人民法院在大连召开了全国民事审判工作座谈会,会议结束后,最高人民法院于1993年11月24日向地方各级人民法院发布《全国民事审判工作座谈会纪要》(法发[1993]37号),明确指出:“因违章建筑妨碍他人通风采光或因违章建筑的买卖、租赁、抵押等引起的民事纠纷,人民

法院可以受理。违章建筑的认定、拆除不属民事纠纷,依法应由有关行政部门处理。”

第二,1993年10月27日,上海市高级人民法院颁布并实施的《关于几印发<关于管理房产纠纷案件若干疑难问题的讨论纪要>的通知》第五条已明确:“因违章建筑引起的房产纠纷,因违章建筑的认定、拆除、引起的纠纷,应由行政机关处理。但当事人以违章建筑为标的发生买卖、租赁、抵押等民事纠纷以及违章建筑妨碍他人通风、采光等引起的相邻纠纷,可作为民事案件受理。”

第三,2006年7月1日施行的《深圳市中级人民法院关于审理婚姻案件的指导意见(试行)》第三十四条明确规定:“离婚时尚未取得产权证的农村自建房,人民法院可以根据实际情况判决由一方使用,由此产生的权利和义务由该方享有和承担。”

2、在《物权法》实施以后,2009年9月1日正式施行的《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》对违法建筑引起的租赁纠纷作出明确规定,该解释第二条规定:“出租人就未取得建筑工程规划许可证或者未按照建筑工程规划许可证的规定建设的房屋,与承租人订立的租赁合同无效。”第五条:“房屋租赁合同无效,当事人请求参照合同约定的租金标准支付房屋占有使用费的,人民法院一般应予支持。”

由此可见,《物权法》实施之前,最高院及部分地方法院均认定并保护相关权利人对违法建筑的占有、使用和收益。在《物权法》实施以后,对违法建筑应适用有关占有的规定,具体就违法建筑的租赁,出租人可以要求承租人就占用、使用违法建筑,支付“房屋占有使用费”。

### 四、结语

对于上述违法建筑相邻关系纠纷案件,笔者认为,先建的A违法建筑受到后建的B违法建筑的妨害,A建筑应依法受到法律保护,有权要求B排除妨害,但其之所以能够受到法律的保护,并不是因为违法建筑已经合法取得所有权或其他物权,而是因为建造人对违法建筑已经形成的占有事实,占有是一种事实状态而非权利,具有权利推定的效力,即便是无权占有亦受法律的保护,占有的不动产被侵占的,占有人有权请求返还原物;对妨害占有的行为,占有人有权请求排除妨害或者消除危险;因侵占或者妨害造成损害的,占有人有权请求损害赔偿。而在《物权法》颁布以前,违法建筑基于占有所产生的使用与收益亦已由相关司法指导意见等规定所承认并保护。





拍案切磋

## 情势变更原则在房屋买卖中的适用

文 京园（深圳）律师事务所 孟彦武律师

对于那些远离家乡来到深圳的人来说，在打拼几年后，能够在深圳买套房子是很多人梦寐以求的事。然而，因为各种各样的纠纷频频出现，也让各位购房者有所担心。近期，受国务院出台的一系列关于遏制房价过快上涨的政策的影响，因房产交易受阻而产生的纠纷逐渐增多，笔者通过代理的一起案件来谈一下合同关系中情势变更原则的适用。

### 【案例介绍】

2010年4月9日，翁小姐合同王小姐签订《房地产买卖合同》，将王小姐所有的一套房屋卖给翁小姐，成交价800000元，付款方式为银行按揭贷款支付，并由某房地产投资顾问公司作为居间人。合同签订后，翁小姐依约交付定金30000元，并由中介公司监管。随后，翁小姐办理银行按揭贷款申请手续，支付首期款100000元，但因个人住房贷款政策的变化，翁小姐不能提供一年以上本市纳税证明或社会保险缴纳证明，贷款未能通过银行审批，导致合同无法履行。之后，双方在中介的协调下，签订《解除合同协议》，约定：由王小姐退还翁小姐定金30000元，翁小姐补偿王小姐15000元，双方债权债务就此结清。该协议由中介保存，但因为买卖双方对如何支付中介公司居间报酬达不成一致，中介公司工作人员遂将唯一的一份《解除合同协议》用小刀裁成两半，将各自签字的一半交给各方，中介公司也不再退回其监管的30000元定金，双方就此产生纠纷。王小姐遂起诉至法院，要求翁小姐支付转让成交价20%的违约金即160000元。

笔者接受翁小姐的委托，作为其诉讼代理人。笔者认为，双方签订《房地产买卖合同》的时间是2010年4月9日，合同明确约定除定金以外的第二部分楼款需要通过银行按揭贷款支付。然而，在申请贷款的过程中，国务院于2010年4月17日公布了《坚决遏制部

分城市房价过快上涨的通知》，实行了严格的住房信贷政策。翁小姐因无法提供一年以上的本市纳税证明或社会保险缴纳证明，使贷款申请未能通过审批，从而未能实现合同目的，属于情势变更，翁小姐不存在违约行为。另外，双方已经达成《解除合同协议》，作为一个民事法律行为已经成立并生效，纸质合同只是双方权利义务关系内容的载体，协议不因纸质载体毁损而作废，双方应遵照履行。据此，笔者代理翁小姐提出反诉，要求王小姐退回定金150000元。

经过审理，法院认为合同无法履行的原因在于国家关于住房贷款政策的变化，翁小姐不能提供一年以上在深圳市的纳税证明或社会保险缴纳证明而不能获得银行按揭贷款，翁小姐不能获得银行按揭贷款来支付部分购房款的行为不构成违约。另外，双方已经达成《解除合同协议》，协议文本是合同存在的形式，不能因现不存在完整的解除合同协议文本而否认双方已经协议解除房地产买卖合同和约定合同解除后遗留问题的处理办法的事实。据此判决由中介公司直接将监管的定金中的15000元退还买方，另外15000元退还卖方。

### 【思考】

#### 一、情势变更原则的概念和法源

所谓情势变更，是指合同有效成立后，因不可归责于双方当事人的原因发生情势变更，致使合同的基础动摇或丧失，若继续维持合同原有效力显失公平，允许变更合同内容或者解除合同。情势变更原则是“合同必须信守”原则的例外，是公平原则和诚实信用原则在合同关系中的具体运用，其目的在于排除因情势变更导致的显失公平结果，平衡、协调双方当事人之间的利益关系，维护社会公平和经济流转秩序。

在我国现行法律中并未明确规定情势变更原则，我国合同法草案第四稿第77条曾经规定了情势变更原

则,但在最终定稿时却把它删除。尽管如此,最高人民法院的司法解释中已经肯定了情势变更原则。1993年5月6日的《全国经济审判工作座谈会纪要》指出:

“由于不可归责于当事人双方的原因,作为合同基础的客观情况发生了非当事人所能预见的根本性变化,以致按原合同履行显失公平的,可以根据当事人的申请,按情势变更的原则变更或解除合同。”2009年2月9日由最高人民法院审判委员会第1462次会议通过《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》,该司法解释第二十六条规定了情势变更原则:“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,当事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际确定是否变更或者解除。”该司法解释无疑给情势变更原则的具体运用提供了依据。

## 二、情势变更原则的具体适用

最高人民法院于2009年7月13日发布的《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》提出,人民法院审理民商事合同纠纷案件,慎重适用情势变更原则,合理调整双方利益关系,应当依法把握情势变更原则的适用条件。在具体操作层面上,虽然没有统一的标准,但笔者认为,适用情势变更原则,须符合以下条件:

第一,必须有情势变更的客观事实。这是适用情势变更原则的前提,这种客观事实是指合同订立时作为该合同赖以成立的基础的客观情况发生了异常变动,包括自然灾害、意外事故、战争爆发、国家经济政策及社会经济环境的巨变等。该事实是否构成情势变更,应以是否导致合同赖以成立的基础丧失,是否导致当事人目的不能实现为判断标准。在适用时应注意区分情势变更和商业风险,商业风险属于从事商业活动的固有风险,诸如尚未达到异常变动程度的供求关系变化、价格涨跌等。本案中,买方购买房屋的唯一付款方式为银行按揭贷款,如果无法获得贷款就丧失了履行合同的基础,导致无法贷款的原因是国家房贷政策的变化,符合情势变更的客观事实。

第二,情势变更的发生须有不可预见性,且当事人不能克服这种变化。这是适用情势变更原则主观要件的一个方面,情势变更是否属于不可预见,应根据当时的客观实际情况及商业习惯等作判断标准。如果当事人在签约时能够预料该事件发生的,或者能够克

服该事件的,则该事件发生的风险,应由当事人自己承担,而不得请求适用该原则。本案中的房地产买卖合同未明确约定政策变化导致无法贷款的处理方式,双方当事人对关于国家对个人住房贷款的政策变化不可预见。如果在合同中有明确约定或可以预见,应按照约定执行,不适用情势变更原则。

第三,情势的变更须是当事人无主观过错。这是适用情势变更原则主观要件的另一方面,如情势的变更由可归责于一方当事人或第三人的事由而发生,则有过错的一方当事人或第三人应承担责任,不适用情势变更原则。本案中的买卖双方对于无法获得贷款的结果均没有过错,符合情势变更的主观要件。

第四,因情势变更而致使原合同的履行对一方当事人没有意义或者造成重大损失,将会使当事人之间的权利义务显失公平或合同目的无法实现。这是适用情势变更原则的实质性条件,适用这一原则的目的在于救济因情势变更所引起的交易上显失公平的结果。本案中的房地产买卖合同得以履行的重要前提是获得银行贷款继而支付房款,现在因为无法获得贷款而导致合同目的无法实现,可以适用情势变更原则。

第五,情势变更的事实必须发生在合同成立后履行终止前。这是适用情势变更原则的时间要件,即只有情势的变更发生在合同成立之后,合同关系消灭之前,才能适用情势变更原则。但是,如果债务人迟延履行债务,在延迟期间发生情势变更,有过失方不能主张情势变更。本案中,合同订立的时间是2010年4月9日,而国务院于2010年4月17日公布了《坚决遏制部分城市房价过快上涨的通知》,房贷政策的变化正好发生在合同履行过程中,具备情势变更的时间要件。

第六,适用情势变更必须以当事人主张情势变更为前提。这是适用情势变更原则的程序要件,因为其目的在于对因情势变更而承受利益损失的当事人提供法律救济。情势变更情形下的变更或解除合同,当事人不能自行决定,应按照一定的程序主张解除合同或变更合同。

可见,在立法层面,情势变更原则并未列入法律,其适用标准也未统一,目前的司法实践仅是法院依据司法解释来具体适用情势变更原则,如果当事人在诉讼中提出适用情势变更请求的,法院将依据公平原则和情势变更原则严格审查。所以,房地产买卖双方在产生纠纷时应本着公平和诚实信用的原则妥善解决纠纷,不能以假想的情势变更为由,擅自单方变更或解除合同,使双方矛盾激化,这样,不仅不利于交易安全,也会因此而使自己承担相应的违约责任。而对于符合适用情势变更原则要件的情形,情势变更原则能有效平衡交易各方利益,维护市场经济秩序的和谐。



案件点评

## 深足讨薪案的思考

文 广东联建律师事务所 王劲松律师

### 【案情简介】

黄凤涛、黎斐等十八人均系深圳足球队球员，与深圳市茅台红钻足球俱乐部有限公司签订了《运动员劳动合同》。2008年初，因该足球俱乐部有限公司严重亏损，深圳足球队面临解散危局。在市体育局的协调下，各方签订为期一年的托管协议，约定自2008年2月28日开始将俱乐部事宜交由深圳市足球协会代管，球员、工作人员工资、奖金及津贴等由市足协发放。但之后，黄凤涛等人工资、奖金及津贴一直被拖欠。球员们多次找市足协追讨欠薪均无结果。

### 【诉讼经过】

2009年4月，笔者接受球员委托，向市足协和足球俱乐部发出律师函。2009年7月，代理球员向深圳市劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁委对系列案件进行了合并审理，确认足球俱乐部有限公司与黄凤涛等18名球员存在劳动关系，其未及时支付工资、奖金已构成拖欠，违反了《深圳市工资支付条例》，故判令足球俱乐部有限公司应支付球员工资奖金及经济补偿金等合计309万元，深圳市足球协会需承担托管协议规定的义务即对俱乐部的支付义务承担连带责任。

市足协不服，向福田区法院提起诉讼，要求驳回对其裁决。福田区法院一审判决驳回市足协诉请，市足协又提起上诉。深圳市中级人民法院于2010年12月作出终审民事判决书，判决驳回市足协的上诉，维持福田区法院作出的一审判决。

根据上述裁判文书，深圳市红钻足球俱乐部有限公司应支付黄凤涛、黎斐等18名球员2008赛季工资奖金及经济补偿金等合计289.68万余元，深圳市足球协会对俱乐部的支付义务承担连带责任。因两单位未履行生效判决，福田区法院于2011年3月强制执行了上赛季中超分红款275万余元。2011年4月，球员们终于拿

到了自己的血汗钱，深足讨薪案至此基本划上句号。

### 【律师思考】

在经历了劳动仲裁、法院一审、二审、强制执行等所有法律程序之后，这起被称为“中国足球史上最大金额”的深足队员讨薪案终于尘埃落定。本案受到了社会各界的广泛关注，曾被国内权威的《法制日报》、《人力资源》、劳动法世界等共同评选为“2009年全国十大劳动争议案件”。在笔者办理案件的过程中，全国三十多家新闻媒体先后通过各种方式进行了采访、报道。作为深足十八名球员的代理律师，笔者既为球员们欣慰，也颇有感慨。

笔者认为，通过法律途径讨薪，并不是深圳足球的耻辱。中国足球只有在法治环境下运行，才能避免多年的乱象。欧洲足坛之所以能多年良好运作，背后是一套完善的法律机制在起作用。

首先是政府部门应该明确自身定位，依法行政、合理行政，在法治的框架内给予足球运动必要的扶持，积极推动体育事业的发展。作为特殊事业单位的足球协会更应依法规范自己的行为、改造其不符合法治原则的行为习惯和办事作风，对外签约、履约必须严谨，财务应公开透明。

其次，作为足球俱乐部的投资人与赞助商，应加强法律意识和契约意识，积极履行法律义务及合同义务。在追求经济效益的同时，决不能忽视或推卸自己应承担的责任。

再次，是我们的运动员要知法、懂法，学会以法律的武器维护自身的合法权益。个别球员因为种种原因未委托律师参加诉讼，超过了诉讼时效，至今仍拿不到欠薪，让人惋惜。

深足队员依法维权的过程，为中国足球奉献了“依法治理欠薪”的经典案例，他们终于可以安心踏上2011赛季的征程。





## 当今中国最需要的是法治和信仰

文 知名学者 周国平

在转型时期的中国，我们最缺少、最需要的东西，一是信仰，二是法治。由于这两样东西的薄弱，我们已深感经济转型的艰难。没有精神文化转型和社会秩序转型的配套，经济转型决不可能孤立地成功

清末民初，在西方哲学的引进中，王国维和严复是最重要的人物，分别为引进德国哲学和英国哲学的第一人。我以王、严二位接受西方哲学的不同取向和遭遇为例，分析了中国文化的实用品格。我的立场是同情王国维而批评严复的。现在我仍基本坚持这个立场，但对严复多了一些肯定。

关于王国维，人们对他的学术转向、遗老立场和自杀一直议论纷纷。一个最早领悟西方哲学之精神的中国人，却在中年以后彻底放弃了西方哲学乃至任何哲学的研究，一头扎进了经史考据之学。一个有着先进的学术头脑和宽阔的文化眼光的大学者，却在清亡十二年之后公开做了遗老。这些情况发生在王国维身上，的确构成了奇怪的矛盾。可是，倘若我们对王国维之内心的矛盾以及他与时代之间的矛盾有了深入的了解，对于这暴露在表面上的矛盾就不会感到太奇怪了。

就学术转向来说，依我的分析，他由哲学而文学而终于义无反顾地钻进史学，根本的原因在于他对哲学的绝望。他有三重绝望。其一，对在中国的环境中从事哲学感到绝望。他通过研习德国哲学领悟了纯粹的哲学，努力向国人介绍，以期改变中国文化的实用传统，但收效极微，整个新学界几乎无人理睬。新学界的现状是，人们热衷于政治，急功近利，没有人对哲学真正感兴

趣。在这样的环境中，他势孤力单，终于坚持不下去了。

其二，对在现时代从事哲学感到绝望。他看到了西方哲学的危机，其表现是实证主义盛行，出不了大哲学家。“居

今日而欲自立一新系统，自创一新哲学，非愚则狂也。”哲学界仅由哲学史家组成，他知道自己也无望成为创造性的大哲学家，又不甘心只做哲学史家，于是放弃哲学。

其三，对哲学本身感到绝望。他是因为对宇宙人生之根本问题的困惑，而要到哲学中去寻找解决的。然而，寻找的结果却是发现，哲学并不能提供解决。“哲学上之说，大都可爱者不可信，可信者不可爱。”所谓“可爱者不可信”，首当其冲的就是“伟大之形而上学”，他已看到哲学内在的矛盾，依靠理性解决终极问题之不可能。这三重的绝望，其实更证明王国维的哲学悟性非同寻常，而他引进德国哲学的失败就更是一个悲剧了。

对于严复引进英国自由主义哲学，其功过是非，应该作具体分析。从他1885年发表的文章中可以看出，当时他就已经明确地意识到，在自由主义理论中隐藏着西方政治的秘密。其一，西方政治“以自由为体，以民主为用”，这是一个精当的概括，表明他已经认识到，自由是西方政治思想的核心，民主仅是这一核心思想的运用。其二，自由也是西方政治和中国政治的根本相异之点，中国政治传统中最缺少的东西正是自由，由这个根本的差异而产生了中西社会

在一个世纪前，王国维试图引进形而上学，严复试图引进自由主义，由于传统的阻挠或束缚，时代和个人的限制，他们的努力基本上失败了。在转型时期的中国，我们最缺少、最需要的东西，一是信仰，二是法治。由于这两样东西的薄弱，我们已深感经济转型的艰难。没有精神文化转型和社会秩序转型的配套，经济转型决不可能孤立地成功。王国维和严复是先驱者，我们今天仍然走在他们开辟的道路上，但愿我们能够完成他们的未竟之业

德色彩强烈的语汇来翻译这些内容，结果，“特操”、“修身成物”、“民德”之类取代个性价值成了自由的根据。也许他在使用这些现成的概念时赋予了某些新的含义，例如他所说的“民德”的内涵并不限于儒家道德规范。但是，把自由的价值归结为国民道德的提

的一系列差异。

自由主义可归结为两个原则，一是个人自由，二是法治。从严复当时的著译看，个人自由原则的涵义是：凡是不涉及他人的行为，个人享有自由，相反则要按涉及他人的程度而受到社会相应程度的干涉。因此，私域和公域的划界乃是政治自由的关键问题。严复翻译约翰·穆勒的《论自由》，把书名改为《群己权界论》，正是为了强调这个关键问题。

严复对法治原则也有相当的理解。通过翻译甄克思的《社会通论》，他懂得了法治的关键在于限制政府对人民的治权。通过翻译孟德斯鸠的《法意》，他懂得了法治的制度保证是把立法权、司法权从政府的权力中分离出来。在二书的按语中，他还从所领会的法治观念出发，对中国的人治进行了相当深刻的分析和批判。他对法治的认识，在1905年发表的《政治讲义》中又作了比较系统的阐述。他已经比较清楚地认识到，要使中国政制由专制变为自由，就必须用法治取代人治。关于法治的涵义，他较为明确的是法律的普遍性和至上性，对政府行政权的限制，司法权的独立。有两个重要问题较为模糊，一是立法的原则，二是立法权的归属。

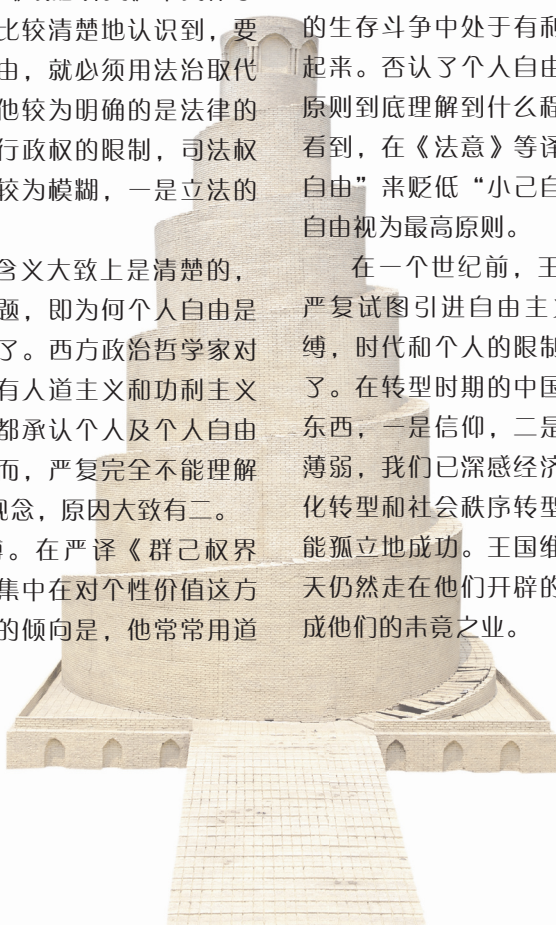
如果说严复对自由的含义大致上是清楚的，那么，论到自由的根据问题，即为何个人自由是可欲的，情况就完全不同了。西方政治哲学家对于自由为何可欲的论证虽有人道主义和功利主义两条路径，但程度不等地都承认个人及个人自由本身即具有目的价值。然而，严复完全不能理解自由主义的这个核心价值观念，原因大致有二。

一是儒家传统的束缚。在严译《群己权界论》中，最严重的曲解就集中在对个性价值这方面内容的翻译上。一个总的倾向是，他常常用道

高，不管所说道德的内涵是什么，都是对自由主义的误解。同时，系统地用儒家语汇取代西方人文主义语汇，至少表明他在接受自由主义时缺少相应的文化资源，因而不可避免地发生了理解和表达的错位。

另一原因是，严复是带着探寻中国贫弱的原因这个迫切目的去接受斯宾塞的社会进化论的，在很大程度上又是透过被如此接受的斯宾塞理论去理解自由主义的。他的思路大致是：中国之所以贫弱，是因为进化过程受阻；进化过程之所以受阻，是因为人民不自由。这个认识既成了他引进自由主义的有力动机，也成了他理解自由主义的严重困难。在斯宾塞理论的影响下，他把生存斗争看作社会进化的动力，而又把自由看作生存斗争得以充分展开、从而社会进化得以顺利实现的必要条件。归根到底，他把个人自由当作了手段，其作用是实现群体进化，从而在与其他群体的生存斗争中处于有利地位，总之是使国家富强起来。否认了个人自由的目的价值，对个人自由原则到底理解到什么程度就成问题了。我们的确看到，在《法意》等译著中，他常用所谓“国群自由”来贬低“小己自由”，事实上并未把个人自由视为最高原则。

在一个世纪前，王国维试图引进形而上学，严复试图引进自由主义，由于传统的阻挠或束缚，时代和个人的限制，他们的努力基本上失败了。在转型时期的中国，我们最缺少、最需要的东西，一是信仰，二是法治。由于这两样东西的薄弱，我们已深感经济转型的艰难。没有精神文化转型和社会秩序转型的配套，经济转型决不可能孤立地成功。王国维和严复是先驱者，我们今天仍然走在他们开辟的道路上，但愿我们能够完成他们的未竟之业。





# 学习是律师前行的动力

文 广东经天律师事务所 张兰律师

律师是一份职业，不在这个圈子里甚至好多在这个圈子的人会觉得律师是光鲜的、收入丰厚的。诚然，或许对部分律师是，或许对部分律师又不是。每个行业都有“二八”规则，即20%的人掌握着80%的财富，而另外的80%的人掌握剩余财富的20%。

作为一位执业不满两年的职业新人，经历了初入这个行业的彷徨、执业过程中的坎坷，但我坚持了下来，并越来越觉得自己的坚持和选择是正确的。法律是一门综合的社会学科，最重要娴熟于人与人之间相处的艺术，需要丰富的社会经验和阅历，更需要与时俱进的知识架构和专业水准。于是，学习就成了律师能否持续前行、稳步发展的动力。

十多年前，我毕业于一所名不见经传的大学，学的是外语专业。毕业前夕，因时间较为充裕，就报名去参加考驾驶执照。当时一起学车的学员中有一位律师，闲暇时便一起聊天，大家会七嘴八舌地问他一些律师行业的事情，比如律师好不好当等。有一次，他表情认真地说我适合做律师。问原因，他说直觉。也许就是别人的这句玩笑话，慢慢成就着我的律师梦想。毕业后的第一份工作跟所学的外语专业有关，在一家外资企业，工作强度大、时间紧张，没有多余的时间来学习法律。后来，有机会来到深圳，在一间港资企业从事财务工作，工作语言是英文。这份工作很轻松，可以有大量的时间学习。买了司法考试的相关书籍，开始自学。就像一张白纸，黑色的字都是清晰的，我如饥似渴地吮吸着书籍上的内容，并且只要理解到位了，记忆就会很深刻。从不明白什么是一审、二审等专业术语，到能够参加司法考试，用了几年的时间。这期间，没有节假日，没有上下班的概念，加上本身在深圳

没有很多亲友更节省了吃饭聚会及娱乐的时间。每天除了保质保量地完成本职工作以外，剩余的时间就是看书和听法律课件。顺利通过了考试，只是万里长征走完了第一步。紧接着是实习及正式执业后如何解决站稳脚跟的问题。

实习阶段是最彷徨的，面对一个完全陌生的领域，是需要胆量作出抉择的。在其他行业做事，可以按月领取一份足以可以谋生的工资，假如初入法律行业，如何解决生存问题？况且在深圳不认识任何一个律师，没有此领域的人稍微做点指引，与生俱来的心理恐惧感还是有的。要正式执业，实习是必经程序。通过深圳律师协会网站的人才交流专栏，经过屡次提前电话咨询，终于找到了关外的一家律所在不收任何费用的前提下愿意接受。世上无难事，只怕有心人！做好了破釜沉舟的决心，毫不犹豫地辞掉以前的工作，开始了实习阶段。因为不用交费用，也没有工资拿，所以时间很机动。我大量翻阅了那个律所主任近20年的案卷，平常提前到法院/法庭了解各种案件的开庭时间，只要是公开审理的案件都可以去旁听，整理旁听或阅读案卷后体会。有时，有些法官也邀请到其办公室，让我谈一下对案件的看法。收效还是很大的，不同律师办案风格、庭审辩论技巧各异，可以学他人之长避自己之短。

深圳律协组织的岗前培训也是正式执业前的必经阶段，一年集中培训一次。那年的培训时间很不凑巧，培训开始的时间，婴儿幼女还未满月且培训地点离家很远。不想错过机会，我还是做通了家里亲人的工作，举家在培训地点附近找了家酒店住下来，这样既可以完成培训课程又能照顾女儿。好像井底之蛙跳出了井底，领略着各位律师前辈、资深律师声情并茂的主题培训，感觉到了自己的肤浅，



更对这个领域充满了憧憬。这次培训，受益匪浅，从办案技巧、诉讼非诉讼经验到律师礼仪等无所不及。以至于养成了一种习惯，几乎每年的岗前培训我都会抽空参加，每年的收获都不同、领悟到的东西也不同。学习并领悟别人的经验和教训对自身而言，都是提升自己的捷径。

拿到律师执业证，可以独立执业了。一次，跟着所里的一位律师宝安法院开庭，早到了一会，就在庭外等候的时候，他的电话响了，有人咨询他案情。他顺便就说让我过去跟当事人谈谈吧，如果谈成就按10%风险代理。坐公交车一个多小时，到了关外一个比较偏僻的小厂的三楼，已是下午5点钟。刚坐定，突然又停电了。趁着他们忙活着找蜡烛之余，我稳定了一下情绪，心里还是很紧张，毕竟是第一个客户。接待的是小老板自己，两万元的货款纠纷，从他的发家史开始到这个纠纷的始末，接近用了三个小时。我忍着饥肠辘辘，很有耐心地听着，直到正式签定了代理合同及授权委托书。当时，我的家还住布吉，从宝安到布吉晃晃悠悠到家的时候，已近夜间11点。孩子早已睡着了，父亲仍坐客厅等我回来。在我狼吞虎咽吃完饭后，父亲很郑重地问是否律师这个行业真值得如此辛苦。我点点头，并告诉父亲我一定可以立足于这个行业。这个小案子最后我还是协调着让其跟对方和解了，都是生意人，和字为先嘛。不到两千的律师代理费用，而且是帮别的律师做案子，金钱收益基本没有，但信心却倍增。我勇敢地走出了独立办案的第一步！

顺理成章接下来都是自己独立办案了，除了行政案件，诉讼和非诉讼案件都有所涉及，并且满意度还比较高。我都是在边学边用，边用边学，边提高自己。合理积极地学习，起到了极其重要的作用。相关领域的书籍，填满了我的书架，专注地阅读大量法律书籍成了一种工作习惯。

在所里，有一些年轻律师问为什么我会有业务？我坦诚相告：加强自身业务能力的提高，多学习，从各种途径学习，包括律师前辈、当事人、社会各个阶层等。一些当事人，见面后会有惯性思维惯性习惯，比如法院有无认识的法官，看守所有无认识的狱警，对官司有无绝对的把握？每当这时，我会很倔强地答复：不认识，一个也不认识，您需要我提供的是法律服务，不是走后门拉关系；而

且我也相信，正规的程序更可能是一条捷径，因为中国的法治是越来越透明民主的。其实，当事人选择律师，更多的是在比较服务、比较态度、比较学识。当事人一旦认定了你这个人，其他的比如费用情况等都已经不是问题了。也就是说，律师作为一个特殊的服务行业，先做人后做事尤为重要。而做人与做事之间的桥梁便是博览群书、学习别人的经验以及广泛地增加社会阅历、注意沟通技巧等，最为重要的还是学习两个字。

深圳律师协会经常会组织一些培训，自愿参加。好多人也许觉得浪费时间，其实不然。恰恰相反，非常有效果，尤其对年轻律师！所请的都是业内大腕，真知灼见颇多，甚至有时他们的一句话或者一个行为举动就足以令人受益终生。只要不与开庭时间及必须推辞不掉的事情相冲突，我一定会去参加。有一场与北京大学国际法学院合办的法律英语沙龙，很多教授来自世界知名法学院，他们（包括法学院的学生）流利的英文让人羡慕。自由活动时间，我跟部分学生交流，问他们是如何练就如此流利及地道的法律英语的，他们回答说平常全部是英文授课及交流。这样的学习机会，难能可贵。不是有好多人在抱怨自己说的是中国式的英文吗？国际交流日益加强，不是好多人对一些国际业务也在擦拳磨掌吗？如果抓住了诸如此类的学习机会，你的学习效果一定可以事半功倍。假如真有你理想中的案源到你的头上，因有平时的基本功的练习，就不会出现想说但不知如何表达的尴尬了。

还有一次律协女工委组织的活动，邀请了广东星辰律师事务所郭星亚律师主讲。她67岁，去年创收两千多万，无疑是成功律师的典范、楷模。她毫不吝啬地透漏了她的秘诀：学习！每天10%的时间做业务，90%的时间在读书学习。不是一朝一夕的坚持，而是几十年如一日，不会化妆不会搓牌，心中惟有学习的兴趣。试问，这样的境界，又有几人能及？

震撼、感动之余，留给我们的更多的应该是反思。经常听到年轻律师同行感慨竞争激烈、生存状况艰难，但试问，天下之大何人何事何行业不难？社会进步了，对个体的素质要求会水涨船高，只有不断提升自己的知识、提高自身素质，不断加强学习才是王道。学习是律师前行的动力，是律师创收的利器！



# 心灵的捕手

文 广东星辰律师事务所 隋淑静律师

《心灵捕手》(Good Will Hunting)是部美国影片,讲述麻省理工大学(MIT)数学教授林保,邀请学生挑战数学难题——解傅立叶方程。教授幽默地介绍了历史上曾解出傅立叶方程的人士的瞩目成就,以及他们在数学界的显赫地位,希望到期末之前能有学生找到解法。出人意料的是,短短两日后,学校公告板上已经出现了正确答案,一时哗然。

林保几经周折找到神秘的解题人威尔,才知道威尔不是MIT的在校学生而是学校杂役。不仅如此,威尔既是难得一见的数学天才,也是麻烦多多的问题少年。此时威尔再次因斗殴将被关进监狱,爱才心切的教授出面求情。法官同意满足两个条件威尔才可得到保释:其一,威尔每周与林保见面“做数学题”;其二,威尔每周必须接受心理辅导。影片自此沿两条线索展开——威尔令人望尘莫及的数学天分;对威尔进行心理辅导的艰难过程。

影片渐次展示了威尔面对数学难题时的游刃有余,与朋友间的肝胆相照,对心爱女友一往情深却又畏惧面对真情,对心理专家由捉弄、对抗到接纳……情节丝丝入扣,人物丰满生动,对白真挚感人。

天分奇高的威尔,先后令五位心理学家折戟而返。第六位心理学家肖恩与威尔的初次见面也不顺利,威尔看到了肖恩办公室里的画作,在解读画作的过程中放肆地揣测批评肖恩与亡妻的感情,激怒了肖恩。再次见面,肖恩将威尔带到公园,坐在长椅上,面对平静的湖水,面对自在游弋的天鹅,肖恩以平静的语气说出下面一大段话——

“我在想你批评我画的事情,失眠大半夜的思索后,突然我想到一件事,接着就沉沉入睡。你知我当时想到什么?你只是个孩子,你根本不知道你在说什么。因你没离开过波士顿,所以问你艺术,你可能会提

出艺术书籍中的粗浅论调,有关米开朗基罗,你知道很多,他的政治抱负,他与教皇……性倾向,所有作品,对吗?但你不知道西斯汀教堂的气味,你从没站在那儿,观赏美丽的天花板,我看过。如果我问关于女人的事,你八成会说出个人偏好之类的谬论,你可能上过几次床,但你说不出在女人身旁醒来,那种真正幸福的滋味。你是很倔强的孩子,问战争,你会说莎士比亚的话‘共赴战场,亲爱的朋友’,但你从未接近战争,从没把好友的头抱在膝盖上,看着他吐出最后一口气。问爱情,你会引述十四行诗,但你从未看过女人的脆弱,她能以双眼击倒你,感觉上帝让天使为你下凡,她能从地狱救你,你不了解她当天使的滋味……你不了解真正的失去,唯有爱别人胜于爱自己才能体会,我怀疑你敢那样爱别人。看着你,我没有看到聪明自信,我看到被吓傻的狂妄孩子,你是天才,没人能否认,没人能了解你的深度,但你看我的画就认定了解我,你把我的人生撕裂了。你是孤儿,对吧?你想我会知道你日子有多苦,你的感受,你是谁,是因为我看过《孤儿泪》吗?太简化你了吗?我不在乎,因为你知道吗?我不能靠任何书籍认识你,除非你想谈自己,谈你是谁……”

在郁郁葱葱的林间,肖恩与威尔坐在长椅上,面向平静的湖水,留给观众的主要是背影与侧影。这段深沉的独白中,肖恩语调平静,神情淡定,清澈的眼神却饱含深情,令人震撼,迫人思考。肖恩所讲的朴素道理,唤醒了影片中的威尔,似乎也唤起我内心深处的情愫。确乎如此,我们认为自己已拥有的知识,有多少来自书本,或者仅仅来自对书本知识的复述与背诵?有多少感悟源于亲身体验,并且经过谨慎的考证?我们对这世界那么轻易地做出论断,有多少仅仅根据口耳之间辗转流传?有多少评头品足能真正基于(下接P43)





雅文共赏

## 海恋

文 广东蛇口律师事务所 弋仙荣律师

(海,当我写下这个字时,整个人已在海浪的拍击声中,幻化成一个个,七彩之沫。)

看到大海的那一刻,我想哭。我不知该怎样来形容海的魅力。大海,我来了,你就是将我吞噬埋葬我也心甘情愿。

天气多云,海水带有一点墨绿色。风很大,海浪从很远处越来越激昂的冲到岩石上,撞出两人高的浪花,然后平稳地退下,积蓄下一次的汹涌而上。“乱石穿空,惊涛拍岸,卷起千堆雪。”，一路上脑子里不断出现这句诗。

疲惫时,就坐在岩石上,面朝大海。海风卷着阳光在脸颊吹拂,惬意得令人闭上眼睛。海浪拍击岩石的时候,头脑里一段一段的记忆,连同一片一片的空白,都被清空……就这样,在大海空旷深远的声音里,失忆,失踪。

如果能这样一直坐下去,如果能就此沉睡,直到暮色苍茫,直到月光如音乐在海面飘荡……我愿如雪花执意地投向大海,执意地去看自己最后的凋零。

海水打湿的沙滩像席梦思床一样松软,我真想躺上

去,真想躺上去让清凉的海水一浪浪淹没全身,将我拖起。我会像天空的云朵一样轻软,一样飘起来。浪花退下时,我将空成一滴水,滚落在沙滩上,发出透亮的声音。

夕阳给大海披上银光闪闪的吊染的纱裙,比朝霞中绚丽的大海显得柔美。如果说朝霞中的海是一位活泼烂漫的青年,每一道波光都热烈而奔放,每一个海浪都在高歌欢唱。那么夕阳中的海则是一位典雅深沉的中年人,一波一浪都蕴含着光阴的故事,散发着温和的芬芳,如蔡琴的歌声。

但无论何时,大海都以自己的方式存在着,也都以他博大的胸怀接纳每一个人。

有海的空灵吟唱,有风的轻盈曼舞,有阳光的款款摇曳,更有蓝的醉人的天空,这真是无敌瑜伽场所。我在沙滩上练瑜伽,海水一浪一浪冲上来,好几次打湿我的脚。

当我侧身面朝天空时,感觉骨头被瞬间融化。蓝,蓝的时光静止,蓝的万物皆空。

世间竟然有这么美的颜色,可以具有如此冷静的穿越力,可以蕴含如此深厚的情感,可以如知音一般令人渴求。

(上接P43)

对事实的了解,了解背景、起因、发展、变化……基于对行动者的了解而不只是好奇的观察者的立场?多少场合,我们的意见能够慎重而不轻率?多少时候,我们的认知能不偏不倚、不增不减?

经过多次心理辅导,威尔与肖恩终于建立起信任与友谊。最后一次心理辅导,成长背景相似的肖恩与威尔在看似不经意的谈话中,小心翼翼地触及到童年受虐的痛苦经历,影片中肖恩越来越接近威尔,一次比一次大声而坚定地对威尔说:“这不是你的错!”

“这不是你的错!”“这不是你的错!”……威尔开始

时躲闪,继而变得紧张局促,最后无法躲避肖恩真诚的坚定的爱护的眼神,终于抱住肖恩痛哭失声。那一刻我们知道,天才的威尔真的还只是个孩子,是内心压抑了太多痛苦的孩子,是需要爱和帮助孩子。

自痛哭那一刻开始,威尔的防御轰然倒塌,真正放开过去,敞开心扉,走出困境。而我这个观众,禁不住感动得热泪盈眶。

亲爱的朋友,如果你问这部影片的什么打动了我,我想是它内在的那种很深很真很纯粹的关怀,这便该是人们常说的“人文精神”罢。



## 【数字】

**100** 万

“1+1”中国法律援助志愿者行动开展2年来，共为130个县派遣了300多名律师和大学生志愿者开展法律援助志愿服务，共办理各类法律援助案件近万件，受援人数达上百万人，接待法律咨询上百万人次，代写法律文书9.5万多份，为推进我国西部地区法律服务、法律援助工作，为服务和保障民生，做出了积极贡献。

**210** 万

中山市公安局9日上午发布的数据表明，截至7月8日，警方微博粉丝总数已达210万人。通过微博，中山警方已发布主贴10758条，接受网民评论近3万多条，接受各类抄送博文6万多条，答复并解决网民疑难问题共计7000多件。

**3500** 元/月

全国人大常委会刚刚通过的修改个人所得税法决定，将个人所得税减除费用标准由2000元/月提高到3500元/月（3500元是指扣除“三险一金”后的收入，即工薪收入4545元以下不用缴个税），并将最低的一档税率由5%调为3%。调整后，工薪阶层的纳税人数由8400万人减少到2400万人。专家测算，月薪5000元的工薪者，在扣除“三险一金”后，每月应缴纳个人所得税由160元降至10.5元。

## 【关键词】

### 立法规范房屋租赁市场

《上海市居住房屋租赁管理办法》将于7月10月施行，上海房屋租赁市场将进一步被规范。《办法》对出租房屋有明确要求，一是出租房屋的结构及附属设施应当安全，牢固，具备供水、供电等必要的生活条件；二是违法建筑、危险房屋、改变用途的房屋以及不符合安全、防灾等工程建设强制性标准的房屋等不得出租。

### 《著作权法》修订

据新闻出版总署消息，《著作权法》第三次修订工作近日正式启动。《著作权法》自1991年6月1日起正式实施，此前曾两度修订。随高新技术特别是数字技术和网络技术的迅猛发展及广泛应用，著作权法律制度遇到严峻挑战。新闻出版总署署长、国家版权局局长柳斌杰表示，此次修订充分借鉴发达国家成熟的经验和做法，致力于解决我国版权创造、运用、保护、管理面临的突出问题，并掌握好著作权法利益平衡原则，妥善处理创作者、传播者和社会公众利益的基本平衡，妥善处理保护著作权与保障信息传播的关系。

### 法律援助1+1志愿律师

日前，“1+1”中国法律援助志愿者行动2010年总结表彰暨派遣工作新闻发布会召开，广东的叶进国、邓南华、郑穗军、张珩及郑贤春等5名法律援助志愿者律师参加表彰会。其中叶进国、邓南华和郑穗军3名律师续签《志愿律师招募协议书》，继续到没有律师的地方，让寻求法律帮助的困难群众能获得免费打官司等法律援助服务，实现法律面前人人平等。

## 【声音】

《刑法》确定的“扰乱公共秩序罪”包含“妨害公务罪”“招摇撞骗罪”等28个罪名，《治安管理处罚法》确定的“扰乱公共秩序行为”则包含“破坏选举”“追逐拦截他人”等20种行为。如果将“扰乱公共秩序”作为非自愿住院医疗措施的使用条件，无疑存在被滥用的可能。

——著名公益律师、深圳衡平机构负责人、《中国精神病收治制度法律分析报告》主笔人黄雪涛

当“反腐”成为中国微博事实上的主旋律之一，当红十字会、中石化、故宫等机构或企业在微博时代黯然失色，我们发现，从单纯的社交工具到舆论监督利器，微博已经悄悄完成了一次华丽转身。作为一个强大的舆论场，微博正全面参与并影响着现实世界，甚至在可预见的将来，微博或将直接改变中国社会生态和政治语境。

——《国际先驱导报》

法律资源与其他公共产品一样，在创制和实施过程中，必然会产生经济、社会和法律上的效益，同时也会因利益博弈出现一些不必要的浪费。法律资源浪费不仅破坏了法治的生态环境，而且还损害了法律的尊严。要确保有限的法律资源发挥更有效的作用，就必须按照“公平正义、诚实信用”的法治价值取向，从完善立法、严格执法和公正司法、权利的救济渠道诸方面，切实解决法律资源浪费问题。

——《人民日报》

## 【业界前沿】

**北京：举行纪念中国共产党成立九十周年大会**

北京市司法局、北京市律师协会在京隆重举行“忠诚的誓言——北京律师行业纪念中国共产党成立九十周年大会”，展现新时期律师良好精神风貌，催生行业发展新动力。来自全市各区县的律师1000余人参加活动。大会对2010—2011年度北京市律师事务所“五好党支部”、优秀律师党员、优秀党务工作者和党建之友光荣称号的获奖者进行颁奖，北京市律师协会艺术团合唱队、舞蹈队及11个区县律师协会代表队献上了精彩的红色经典歌曲表演。

**上海：杨浦区律师将进看守所提供法律援助**

上海杨浦区司法局与区公安分局合作建立了看守所法律援助律师值班工作衔接机制，一个值班律师工作室将在区看守所设立。预计7月上旬，区法律援助中心的律师将进驻区看守所，为犯罪嫌疑人、被告人及留所执行刑罚罪犯提供法律援助服务，以更好地保障其诉讼权利。

**海南：建立法官与律师良性互动机制**

近期，海南省高级人民法院、海南省司法厅、海南省法官协会、海南省律师协会四家单位联合会签《关于建立法官与律师良性互动机制的若干意见》。《意见》包含16个条文，涉及建立法官协会与律师协会联席会议制度，建立与实施监督评价机制，确定培训与学术交流内容及方式，通报律师执业情况等多项重要内容，使得法官与律师的正常交流由“天堑”变“通途”。

**锡城：党员律师为弱势群体仗义维权**

无锡市劳动争议调解志愿服务团由10名来自不同律师事务所的青年律师组成，以共产党员、入党积极分子为骨干，去年9月成立以来便义务担任人民调解员。到目前共义务调解劳动争议纠纷上百件，有效维护了劳动者的合法权益。在党员律师的带动下，为弱势群体仗义执言，已成为越来越多无锡律师的自觉行动。

**烟台：律师“网上问法”**

由烟台市司法局、市律师协会和胶东在线网站联合打造的“网上问法”栏目运行一年多来，已吸引吸引了全市50多家律师事务所的216名律师参与。该栏目已经为网民解决了2800余起法律疑难问题，律师参与回答提问近9000人次，成为政府深化法律服务、化解社会矛盾的新途径。“网上问法”的品牌效应也日益凸显，栏目开通十个月后，便被评为“2010年度中国互联网网站品牌栏目”，受到广泛关注。

**淄博：组织百名女律师牵手“妇女之家”**

日前，由淄博市妇联组织的“走进基层，服务民生”百名女律师牵手“妇女之家”结对仪式举行，巾帼律师志愿者与社区“妇女之家”、留守妇女代表现场签订结对承诺书。由淄博市妇联与市司法局联合组建的巾帼律师志愿者队伍旨在借助律师的专业知识和职能，对权益受侵害的贫困妇女提供一对一的法律服务，实施免费提供法律意见、免费代拟法律文书、免费代理法律诉讼等法律援助服务。

**浙江：律师收费需明示**

浙江省物价局和浙江省司法厅日前联合下发了《关于制定律师服务收费标准的通知》。根据通知，8月1日起，刑事案件将实行政府指导价，重大案件收费不得超上限5倍，所有收费应按照国家有关明码标价的规定，通过在醒目位置公布、向委托人提供书面材料等方式，公示律师服务收费管理办法和收费标准等信息，接受社会监督。

**青岛：全国首家律师行业人民调解委员会成立**

近日，青岛市律师协会人民调解委员会正式成立并揭牌。这是继2011年1月1日《人民调解法》实施以来，首家在全国律师行业内部成立的人民调解委员会。人民调解委员会的主要职能包括：通过说服、疏导等调解方式，解决青岛市律师之间、律师事务所之间、律师与律师事务所之间的矛盾纠纷，促进青岛市律师行业健康发展。

**安徽：律师事务所将全部设立法律援助站**

近日，安徽省出台“进一步推进律师参加法律援助工作的意见”，意见明确每名律师承办法律援助案件每年不低于2件，全省各级法律援助中心新招募、聘用的律师一律专职从事法律援助工作。同时要求全省律师事务所全面设立法律援助工作站，拓展群众申请法律援助渠道，此举在全国属首创。

**宁夏：拟立法保护4.5万幅岩画**

岩画保护一直是个难题。这些凿刻在岩石上的图案，承载着远古人类的神秘信息，但是由于风化、人为破坏等原因，岩画也许会变成人类永久的记忆。不过令人欣喜的是，我们的后人只能从有关岩画的图像资料上看到远古人类的信息。我国第一部由省级制定的岩画保护条例——《宁夏回族自治区岩画保护条例(草案)》有望提请宁夏人大常委会审议，为岩画保护提供法律支撑。

## 1

### 赵大程副部长、于宁会长 高度评价深圳律师业发展



4月24日-29日，深圳市律协组团赴京考察交流。市律协会会长余俊福、市司法局律师公证管理处处长李玉祥、市律协监事长张善华、副会长于秀峰、蔺晓青、律协党委副书记张丽杰、秘书长刘守华等参加考察交流。

考察团分别到司法部和全国律协汇报工作。赵大程副部长对深圳律师协会行业自律和自身管理探索给予肯定，希望深圳律师在打造国际化特色业务上下大力气，以更好地服务国家“走出去”的发展战略，对全国律师业的发展做出独特的贡献。杜春司长指出，深圳律师要抓住前海开发的契机，积极拓宽中外、深港法律服务合作领域，在发展离岸金融、商事仲裁以及前海行政法律法规的制定等方面发挥作用，全面提升深圳律师的国际化水平。

中华全国律协于宁会长指出：深圳律师发展的成功经验将对全国律师业的发展产生示范作用，要做好经验总结和宣传；全面提升律师队伍的政治、业务和专业素养；充分发挥律师队伍在社会矛盾化解、社会管理创新等方面的重要作用。

## 3

### 我会就前海现代服务业合作区 人才引进建言献策

6月18日下午，深圳市委组织部召集各行业协会，就前海现代服务业合作区人才创新体制和机制等开展调研。

我会顾东林理事参加会议，并向市委组织部汇报了我市律师队伍建设情况，表示希望市委组织部在深圳律师学院设立、运作和外派律师出境出国培训等方面给予大力扶持，借前海现代服务业合作区建设的契机，推动引进高层次专业化法律人才，全面提升深圳律师的国际化水平。顾理事还就如何借鉴上海等地做法，进一步加大采购法律服务的力度，并实行优惠税率，以留住和吸引优秀律师在深圳创业，为前海和深圳法制建设做出更大的贡献等提出积极建议。

## 2

### 市委常委、组织部部长戴北方 调研律师党建工作



5月27日，市委常委、组织部部长戴北方在副部长王京东、市委两新组织工委书记邱秋华、副书记王荫琦和市司法局副局长邹从兵等陪同下，到市律师协会调研党建工作，为市律师行业党代表工作室揭牌。市律师协会会长余俊福，党委书记张勇，副书记张丽杰、张善华等参加了调研座谈会。

北方部长高度评价了深圳律师为我市经济建设、社会管理体制创新和维护社会公平正义做出的贡献，并就加强律协及律协党委的工作提出四点工作要求：一是律师是一支高素质的特殊群体，是社会民主法治建设的重要力量，社会建设需要律师队伍发挥职业优势，积极参与。二是律师在参与化解社会矛盾和纠纷调解中代表了中立和公正，要继续开展好“律师进社区”工作，在维护社会和谐稳定中发挥重要作用。三是要加大正面宣传力度，树立深圳律师良好社会形象。四是律协党委要积极探索和总结经验，通过立法形式明确党的组织在两新组织中的地位和作用。北方部长还表示，会认真考虑律师的诉求，增加律师担任党代表、人大代表和政协委员的名额和比例，大力推动法律职业共同体建设工作，在深圳探索建立在律师中遴选法官、检察官的路径。

邱秋华书记、王荫琦副书记和邹从兵副局长分别代表两新工委和市司法局表示，将继续加大对律师工作的支持力度，以促进我市律师业的更好发展。

## 4

### 我市6075名律师 通过2011年年度考核

根据全国律协《律师执业年度考核规则》及省律协《关于部署2011年全省执业律师年度考核工作的通知》文件要求，市律协于3月上旬启动了对我市执业律师的年度考核工作。目前，此项工作圆满完成，我市6075名执业律师通过了本年度考核（其中：社会律师5972名；法律援助律师70名；公职律师25名；公司律师8名），考核评定称职律师6061名，占律师总数的99.77%。此项工作得到了有关领导的一致好评。



## 5

深圳律师业“十年千人计划”  
首批40人结业

6月17日下午，深圳市司法局、深圳市律师协会“首届青年律师研修班”结业典礼在市司法局二楼会议室隆重举行。市司法局局长陈志刚、副局长邹从兵、律师公证管理处处长李玉祥，市律协会长余俊福，监事长张善华，市律协党委书记张勇，副会长梁建东，理事、监事、相关律所主任、市律协青年律师工作委员会代表以及首届青年律师研修班学员等80余人参加。典礼由邹从兵副局长主持。

陈志刚局长在讲话中指出，举办首届青年律师研修班是七届律协的改革创新之举。在过去一年多时间里，七届律协务实高效地开展了一系列工作。“十二五”规划开局之年，市律协要重点推进如下几方面工作：一是要认真贯彻落实中办30号文件精神，坚持律师业“十二五”规划发展目标不动摇，全面提升深圳律师的综合竞争力。二是要主动服务党委政府中心工作，抓紧前海开发、大运会举办等契机，充分发挥律师队伍在社会管理创新、社会矛盾化解以及服务高端产业等方面的重要作用。三是要开阔国际化视野，提高深圳律师的国际化 and 专业化竞争力。四是要在律师所做大、做强及品牌建设方面做好文章。五是要加强理事会、监事会、秘书处的配合协作，围绕协会确定的中心工作，集聚智慧，形成合力，共同推动协会各项工作的开展。

## 7

市律协召开  
区律师工作委员会主任联席会议

5月13日下午，市律协召开区律师工作委员会主任联席会议。市律协会长余俊福、监事长张善华、市司法局律师公证管理处调研员史志宏、宝安区司法局副局长马晓燕、市律协副会长蔺晓青、秘书长刘守华、各区司法局公律科科长及市律协各区律师工作委员会主任、副主任等参加会议。

余俊福会长介绍了协会总体工作；各区律师工作委员会主任分别通报了工作情况及下阶段工作安排；与会人员就各区律师业务培训、律师参与大运会、法律进社区及公益服务工作、

## 6

市律协2011年监事会工作委员会  
全体会议召开

6月27日下午，市律协张善华监事长主持召开2011年监事会工作委员会全体会议。市律协监事会全体监事、监事会各工作委员会委员、市律协秘书长刘守华参加会议。市司法局律师公证管理处李玉祥处长应邀出席会议。

李玉祥处长代表市局对监事会工作给予高度评价，认为监事会在建设公平、廉洁、高效的协会环境中发挥了重要的作用，并就监事会今后工作提出两点希望：一、发动更多力量参与监督工作，为今后我市律师业有序发展奠定坚实基础；二、监事会是新生事物，要不断创新，同时希望广大律师给予支持、理解和包容。

张善华监事长作了总结发言。他感谢市司法局的关心、指导和支持，感谢市律协秘书处、监事会全体同仁的工作。表示监事会将进一步厘清“不错位、不缺位、不越位”的监督工作定位，把握“和谐监督”理念是以达到协会整体工作的和谐、有效为目标，保障协会各项工作依法合规有序的开展。他要求各位监事和委员振作精神，努力完成各委员会的年度工作计划，不辜负对全体律师的庄严承诺。

会议还颁发了监事会各工作委员会委员任职证书，并对2010年度监事会工作先进个人进行了表彰。

推进小型律师事务所建设等工作进行了讨论。

余俊福会长感谢各区司法局对律师工作给予的大力支持，并对区律师工作委员会提出几点要求：一、各区律师工作委员会在5月底前把2012年3月前的工作计划提交到市律协；二、6月份以后，市律协将走访150家挂点小型律师事务所，希望各区律师工作委员会能陪同走访辖区律所；三、区律师工作委员会要竭力做好三个方面的基础性工作：业务培训、法律进社区工作和律师事务所规范化建设工作。

# 小海螺

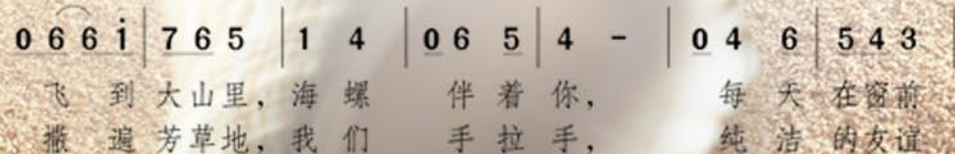
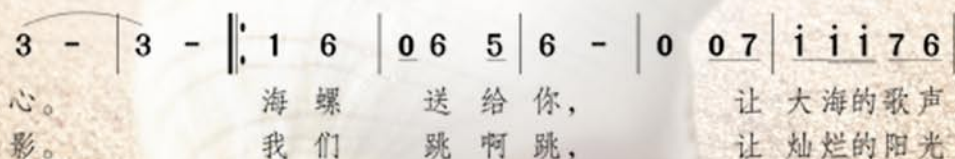
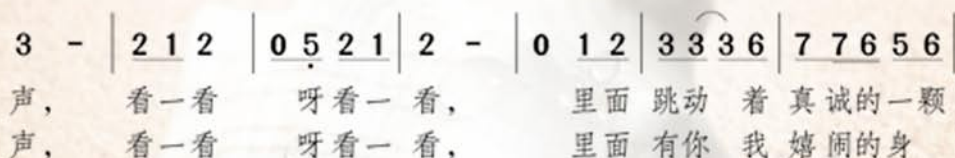
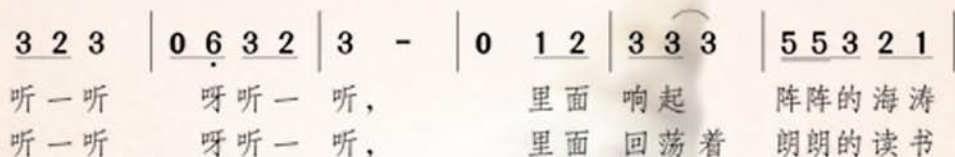
词：广东中安律师事务所 钟胜荣律师  
曲：陈贞贞

1=D  $\frac{4}{4}$

♩ = 80 抒情 充满情感地

伴唱：“小海螺，成双对，一个留给我，一个送给你。”

“小海螺，成双对，手拉着手，心连着心……”







风光美图