

SHENZHEN LAWYERS



# 深圳律師

非常视线 专业见解

深圳知产律师的现途与前路

律师驻队城管 法律也有温度

律师展业的四个要诀



深圳律协公众号



NO. 69

2017年第2期 深圳市律师协会主办  
法人杂志社协办

# ▶ 征稿启事

## 栏目分布：

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

【**热点**】重大、热点事件深入探析，对某类现象、事物、人物进行法律分析、总结。

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

【**拍案**】通过分析、解读典型案例，发表专业见解，侧重案例分析解读。

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

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

## 投稿须知：

1. 稿件文字叙述流畅、主题鲜明，若有相关配图，请同时提供文章配图；
2. 字数要求：视线栏目为800——1000字，其他栏目为1500——4500字；
3. 投稿请使用word格式，并标注作者姓名、电话、单位、地址、邮编、邮箱、本人有效银行账号信息，并发电子邮件（附件）至本刊编辑部邮箱shenzhenlawyers@163.com，在主题栏内注明“投稿”；
4. 所投稿件须为原创作品，本刊编辑部有权对所投稿件进行修改、编辑。

《深圳律师》编辑部  
2017年7月

## 知识产权的春天

文 深圳市律师协会知识产权法律专业委员会

有人说，我国连年的专利申请量居全球第一、商标申请量全球首位、版权登记数量也傲视全球，放眼看来，知识产权之林已然是郁郁葱葱、繁花似锦，一片欣欣向荣的景象，有人说，这已然是夏，岂止是春？

其实不然，“欣欣向荣”只是表面的繁华，内部的问题还很严重，一是知识产权的质量不高，二是知识产权保护力度不够。

近年来我国知识产权申请量虽高，但大多数专利是外观或者实用新型，这些专利的授予无需实质审查，门槛不高，所以质量不高，同质化严重，一旦涉诉，过半都被无效，可谓鸡肋！

而在知识产权保护方面，法院对美术作品、计算机软件作品、专利等侵权判赔标准相当之低，无论国家如何大力推进知识产权强国战略，如何大声呼吁尊重知识产权，在原被告眼中，知识产权仍是不值钱。

嗟乎！司法作为社会价值的引领者，却不屑给知识产权应有的价值，这不仅是司法的悲哀，更是整个社会的悲哀，让人感到丝丝凉意，又何谈知识产权的春天？

在国际上，通常是司法判决决定知识产权的市场交易价格，知识产权的交易价格决定知识产权的价值。在目前我国缺乏有效的知识产权定价机制的情况下，知识产权价值普遍不高，除了本身质量问题外，与司法判赔标准低不无关系！

经济发达地区法院一方面高声抱怨知识产权案件太多，不堪重负，另一方面却连连出现计算机软件侵权几千元这种超低的判赔，孰不知他到底知不知道两者是有着必然联系的？按这种判赔标准，任何一个侵权行为的获利都可能远远高于判赔金额，侵权成本如此之低，侵权越告越多，侵权泛滥也就不奇怪了。

每年人民法院发布的知识产权保护白皮书都会提到，年度知识产权一审案件的受理数量以令人吃惊的速度递增，我想这与司法判赔标准有着密切关系，没有威慑力的判决是无法从根本上遏制侵权高发态势的，没有触及侵权者经济利益的判决更是苍白无力的。

司法判赔低的另一恶果是知识产权律师执业价值得不到体现。判赔低必然导致收费低或者收不到律师费，于是乎知识产权律师成了各专业领域律师中最不赚钱的律师，不管媒体报道有多少大案要案，甚至偶尔出现个别天价判赔案例，对大多数知识产权律师来说，那只是镜花水月。

在笔者看来，对于知识产权侵权行为，一旦认定就应当严判，这才是解决问题的根本。让侵权者无利可图，让违法者倾家荡产，让他们付出高昂的侵权成本，这样才能树立司法判决的权威，让侵权案件逐年减少，知识产权价值不断提高，知识产权律师敬业乐业！也只有这样才能让全民尊重知识产权，从而以更大的热情投入到知识产权创造与科技创新中去！只有这样，才是知识产权的春天！



### 法人

主办：深圳市律师协会  
协办：法人杂志

粤内登字B11277号



本刊随《法人》杂志赠阅发行  
出版日期 2017年7月

编委会 主任	林昌炽
编委会 成员	章成 蔡华 杨道 尹成刚 曾迈 江定航 韩俊 汪腾锋
主编	汪腾锋
执行主编	王红 陈伟
栏目编辑	周争锋 陈伟 杨新发 舒笑 陈旭绯 颜宇丹
本期责任编辑	王文超
编辑	刘峰 贺鹏 王颖
美编	刘晓莹 赵佳
电话	0755-83025789 83025728
传真	0755-83025177
地址	深圳市福田区深南大道4001号 时代金融中心20楼
邮政编码	518048
电子信箱	shenzhenlawyers@163.com

### 视线 VIEW

#### P4-P5

- ◎ 为搏学位买假租赁合同的风险
- ◎ 杭州保姆纵火烧死雇主：  
规范家政行业需要法律阳光
- ◎ 维护律师权益是对法治最好的呵护

### 热点 HOTSPOT



专题：知识产权的法律保护

P6 以法律人之名 我们共同守护

P7 深圳市福田区人民法院知识产权司法  
保护状况

P11 深圳知产律师的现途与前路

- P14 游戏地图“换皮复制”行为的  
违法性分析
- P18 手机游戏涉及的知识产权问题及应对
- P22 什么样的客户名单能被认定为商业秘密
- P25 打破知识产权维权难的创新解决方案

#### 论道 DISCOVERY

---

- P26 浅析企业环境刑事法律风险的  
变化趋势
- P30 校园人身侵权行为的法律分析

#### 实务 PRACTICE

---

- P33 大风厂股权纠纷的法律看点之  
——员工持股制度对公司治理的影响
- P37 夫妻双方同意离婚情形下  
法院判决不准离婚之弊
- P38 律师展业的四个要诀

#### 拍案 CASE AND EXAMPLES

---

- P39 劳动争议案件中的“服从仲裁”  
能否视为不起诉契约?

#### 人物 PROFILE

---



- P42 律师驻队城管 法律也有温度  
——记广东国晖律师事务所律师王跃琼

#### 生活 LIFE

---

- P45 平等，从进门就开始了  
——香港高等法院庭审之小记

#### 律协动态 INFORMATION

---

## 为搏学位买假租赁合同的风险

吴先生今年为了让孩子能够入学福田某小学，不仅举家搬到该小学附近，还花了近4万元办了假租赁合同，包括3000元的介绍费和35000元的合同处理费，该合同能够显示他“居住在该片区3年多”。一位代办假租赁合同的中介声称可以代办多个学区的租赁合同。

(综合媒体报道)

买不起学区房，又担心孩子没书读，不少人钻了以争抢学位为目的的临时户籍挂靠、临时租房，甚至做假租赁合同的空子。深户家长通过临时租房择校的行为并不少见。

从2013年开始，深圳在全市试行积分入学制度，即根据户籍、房产、居住年限、社保年限、计划生育等情况对学位申请人评分。各区都将户籍+房产放在了第一类别，总体来说大同小异，在户籍方面，福田和南山要求学生落户在房产内才可以获得最高分数，而其他区则仅需要本区户籍即可，而龙华、坪山、宝安、龙岗和光明等原关外片区对无房深户家庭的政策更为宽松一些，户籍放在了比房产更高的类别中。

户口变“重”了，而房子变“轻”了。非深户购房不如深户租房，花数百万买学区房还值得吗？不少人陷入了思考……

值得注意的是，目前各区都出台了相关规定或提醒警告，对临时租房挂靠择校的行为进行严格的限制。福田、罗湖和南山、龙岗等区对租房时间的要求有严格的规定：“父母必须在学区范围租房时间需连续1年以上”，且必须在租住地实际居住。对于购买假租赁合同的行为，教育部门工作人员表示，对于提供虚假证明材料的深户学生，一旦发现，将劝回本籍就读，若因此错过学位分配，将不保证就近入学。

关于此类虚假租赁合同有何风险，笔者认为，对于提供虚假材料的家长是否会受到行政处罚，要看教育主管部门关于申请学位方面的相关规定，如无法证明是为申请学位签订了虚假租赁合同，可能还会搬起石头砸自己的脚，面临着被出租人依照租赁合同追索出租房屋的租金和要求承担违约责任的风险。

(颜宇丹律师 广东诚公律师事务所)

## 杭州保姆纵火烧死雇主： 规范家政行业需要法律阳光

6月22日清晨5点，杭州城东高档小区蓝色钱江18楼一住户家中大火，女主人和三个孩子不幸殒命。据最新消息，市、区两级公安机关迅速组成强有力的专案组，经缜密侦查，认定这是一起人为放火刑事案件。该户保姆莫某晶因涉嫌放火罪已被上城警方依法刑事拘留。

(综合媒体报道)

保姆，是一种接受雇主雇佣，提供如照顾老人、小孩，负责家庭卫生等事务的经济活动，因此，保姆与主人同吃同住，掌握了雇主大量的私密信息，包括雇主及家庭成员的工作单位、身体健康情况、生活规律等。法律对保姆应当履行什么样的法律义务，承担什么样的法律责任，缺乏相应的约束性规定。

个人认为，目前非常繁荣的家政行业，已经到了必须依靠法律来进行规范和调整的地步。在杭州保姆纵火案中，莫某晶实际上在人品上已经存在瑕疵，但是家政公司把关是否应当承担相应的法律责任？保姆上岗需不需要有个标准化、入门级的“门槛”？对于保姆需不需要有一个基本的资质和背景包括道德品质方面的审核和把关？对于保姆在工作中所了解和掌握的雇主家庭信息，包括雇主的个人信息、住址、孩子情况等私人信息时，是否有有效的法律规定和行业机制去保护雇主的合法利益？对于一些曾经殴打过看护对象甚至在从业期间被追究过刑事责任的人员，是否也列入“家政从业人员失信黑名单”，禁止其终身从事家政服务？这些都要去思考，并努力规范。

法律应当考虑设立家政从业人员的从业门槛，对相应的资质包括道德品质进行初步调查，对于曾经殴打过看护对象甚至在从业期间被追究过刑事责任的人员，应当建立全国大数据，并列入黑名单，禁止其终身从事家政服务行业，等等。

悲剧已经发生，法律必须发挥作用！我们强烈呼吁，尽快加强对家政行业及从业人员的规范化、法治化管理，让一切在法律的阳光下运行！

(陈伟律师 北京市炜衡(深圳)律师事务所律师)

# 维护律师权益是对法治最好的呵护

文 刘英团 南阳市地方海事局

2016年3月23日，陕西许小平律师事务所某律师作为陕西某劳务开发有限公司的代理律师，在西安市某区人民法院出庭参与该劳务公司与陕西某建设工程有限公司施工劳务纠纷一案的审理。法庭辩论阶段，律师陈述观点时，旁听席上的西安市某区人大代表兰某，因与该案一方有利益关系，突然冲到辩护席破口大骂并挥拳殴打该律师，致其面部软组织受伤。事后，区人大常委会主任会议依法暂停兰某执行区人大十七届人大代表职务，区人民法院还对兰某作出司法拘留10天并罚款1万元的处罚决定。

## “殴打律师” 践踏的是法律尊严

尽管在法治国家里，律师受人尊敬，被誉为“法治社会的守护神”，但在现实中，律师遭受的误解、非议，乃至“喊杀”之声不绝于耳。究其原因，是人们从心底把律师当做所谓的“坏人”——刑案中，律师替“坏人”开脱罪责，和“坏人”合穿一条裤子；民诉中，对方当事人总觉得律师坏了自己的“好事”；而个别司法机关，更是视律师为“麻烦制造者”。类似的误解，日积月累，最终导致了此次律师在法庭上被殴打事件的发生。

当然，法律是绝不容许有人将庄严的法庭视作市井斗殴的场所；对方律师的观点有悖己见，这位人大代表就敢当庭辱骂、殴打律师；若法官的判决偏离了人大代表的期望，法官会不会也遭到辱骂、殴打呢？

《律师法》明确规定：“律师依法执业受法律保护，任何组织和个人不得侵害律师的合法权益。”不管是什么原因，律师在依法履行职责的过程中遭受辱骂和殴打，被伤害的更多是法律的尊严和司法机关的权威。从法律上看，“律师应当维护当事人合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平和正义。”这是律师的天职；从律师职业道德上看，律师若不“对抗”对方当事人，或者与对方

当事人沆瀣一气，那是违法行为。所以，除非律师违法犯罪，任何单位和个人不应以暴力的方式限制或报复律师。

尽管律师在法庭辩论阶段的发言中遭到辱骂和殴打是个别人大代表的偶然所为，但其所作所为不可原谅，必须引起重视和警惕，否则，法庭上的暴行会转移到社会的每一个角落。

## 维护律师权益，刻不容缓

今天，我们已经步入依法治国的新时代，党的十八届四中全会多次提及“律师”，提出要“建立从符合条件的律师、法学专家中招录立法工作者、法官、检察官制度”，这对律师而言，是大有作为的时代。但正如莎士比亚所预言过的那样：“如果要解决一件迫在眉睫的事情，那就让我们干掉所有的律师吧！”遭受误解和非议，这或许就是律师的宿命。但我们同时也要清醒地认识到，律师作为维护法治公平的神圣职业，维护律师权益，就是维护法律，就是维护我们每一个人的权益。当然，从最后该人大代表受到的处理来看，殴打律师的后果的确很严重。

联合国《关于律师作用的基本原则》规定：“各国政府应当确保律师能够履行其所有职责而不受到恐吓，妨碍或者不适当的干涉，或由于其按照公认的专业职责、准则和道德规范所采取的任何行动而受到或者被威胁会受到起诉或者行政、经济或者其他制裁。”所以，不仅律师因执行职务而发表的有关言论“应当有民事和刑事豁免权”，律师的独立性和人身安全也应当得到保障，律师如因履行职责而其安全受到威胁时，应当得到法律的充分保障。

当然，打铁还得自身硬，律师在履行职务的行为的时候，要恪守法律及职业道德，在日常行为中也要循规守法，这样在面对任何威胁时，我们都可以秉持一身正气，无所畏惧！

## 编前语

## 以法律人之名 我们共同守护

文 本刊编辑部

知识是被动的。知识本身没有内在的生命，其生命和价值在于知识的创造、使用和推广，在于知识的创造者和拥有者，在于“知识”被作为一种经济形态保护起来。

正是如此，早在文艺复兴时期，意大利就产生了知识产权制度的萌芽，以保护技术发明人的权利和吸引更多掌握先进技术的人才。众所周知，威尼斯在1474年颁布了世界上第一部专利法；1709年，英国颁布的《安娜女王法》为现代著作权制度奠定了基石；法国于1803年在《关于工厂、制造场和作坊的法律》中将假冒商标按私造文书处罚，确立了对商标权的法律保护。随后的18世纪末、19世纪初，欧洲大陆各国和美国相继出台法律，保护专利权、著作权、商标，知识产权保护体系逐渐建立起来。

处在地球另一端的古代中国，虽然在制度性建设方面没有出台具有现代意义的知识产权保护准则，但事实上，中国确实在很多领域遥遥领先了几千年。中国古代知识产权保护立法的空缺并不意味着古时创新就没受到有效的保护，相反，古人采用的以“仁义礼智信”为核心的中国特有封建礼教来调整知识产权等民事关系，使古代中国长期保持了领先地位。比如在发明创造领域，我们最熟悉的莫过于以“祖传秘方”、“传子不传女”的技术秘密保护的方式保护经济利益，有学者认为，这些保护措施支撑了中国几千年来领先世界的民间科技的发展。在版权保护领域，中国北宋年间的“禁擅镌”，实质上就是保护国子监对《九经》监本的刻印出版的一种专有权，这比西方类似专有权的出现提前了400多年。同样在商标意识方面，得益于古代中国尚称发达的商品经济，宋代山东刘家“功夫

针”铺使用的“白兔”商标广告刻板流传至今。

随着科技、文化和商品经济的迅猛发展，中国近现代对于知识产权的保护不断完善。改革开放30年来，中国社会主义法制不断健全，较为完善的知识产权制度也迅速建立起来，并用短短几十年的时间完成欧美发达国家几百年走过的法治历程。近年来，国家坚持把科技进步和创新作为加快转变经济发展方式的重要驱动，而知识产权法制体系的不断完善为创新撑起了一把保护伞。

近年来，国家出台了众多有关知识产权保护的有利政策、试点项目等，极大地促进了知识产权市场的持续繁荣，我国的专利申请量已经连续四年位居世界第一。有学者预测，2017年，我国商标申请注册及商标的后服务将达到100亿元的市场规模，专利市场的总规模将会达到235亿元，版权登记市场规模将达到14亿元。从地域来看，广东省在全国省市商标申请和专利申请排名中均位列前茅；近两年公布的国内发明专利授权排行榜，华为、中兴通讯、比亚迪等深圳龙头企业也榜上有名。这必将带来知识产权确权、交易、维权等法律服务市场的巨大潜力，深圳的知识产权法律人，将大有可为。

本期《深圳律师》杂志，将关注知识产权的法律保护这一话题。我们期待与更多的同仁一道，以法律人之名，呼吁有关部门加快完善知识产权保护的法制、政策和体制，营造良好的知识产权法制环境、市场和社会环境，为建设深圳这座以创新为名的城市和建设科技创新强国提供强有力的法治力量。

（以上部分资料来源于网络）

# 深圳市福田区人民法院知识产权司法保护状况

文 深圳市福田区人民法院知识产权庭

## 前言

过去五年，国家知识产权事业发展取得了令人瞩目的巨大成就，知识产权大国地位牢固确立。深圳市知识产权创造力位居全国前列，知识产权保护力度持续加大，为加快建成更高水平的国家自主创新示范区提供了有力支撑。

深圳市福田区人民法院发布《深圳市福田区人民法院知识产权司法保护状况（2012.4-2017.4）》白皮书，旨在客观反映这一阶段深圳市福田区人民法院知识产权司法保护的客观状况和成果，促进社会公众对知识产权司法保护的了解和监督，促进福田区知识产权司法保护水平提升，为创新驱动发展战略实施提供重要参考。

## 福田区知识产权案件概况

2012年4月至2017年4月，福田法院共受理知识产权案件8188件，包括民事案件7783件、刑事案件394件、行政案件11件。共审结知识产权案件7713件，包括民事案件

7319件、刑事案件385件、行政案件9件。福田法院审理各类知识产权案件总体呈现以下特点：

### 案件数量快速增长

在“稳增长、促转型”的经济发展模式下，以移动互联网、云计算、大数据为代表的新技术与现代制造业、服务业相结合，推动了互联网行业的迅速发展。福田区作为特区的中心城区，随着招商引资政策的逐渐推进，经济活动总量愈发巨大，且涉及高科技、总部企业数量逐渐增加，伴随而来的知识产权纠纷相应增多，且司法需求呈多元化趋势发展。2012年4月以来，福田法院受理和审结的知识产权案件数量大体呈现逐年递增的趋势。

### 案件性质反映中心城区特点

与福田区功能定位相匹配，福田法院受理了较多反映中心城区鲜明特点的知识产权案件，在总部经济、文化产业、在线电子商务、网络服务提供等领域产生的知识产权侵权纠纷较多，纠纷主体涉及特许经营企业、文化创意企



2012 - 2017年知识产权案件收结案数对比图

数据截至2017年4月20日

业、电商平台、互联网企业等。

#### 新类型、疑难案件大量涌现

在福田区产业升级步伐不断加快，战略性新兴产业增加值屡创新高的发展背景下，借助互联网平台，市场主体技术创新活跃程度增强，产业结构和盈利模式日臻复杂，由此催生了大量涉及新技术、新产业、新业态、新商业模式的知识产权纠纷。例如，在著作权领域，深度链接、聚合平台、三网融合、电视节目直播等技术的出现引发了一系列侵害作品信息网络传播权纠纷；在商标权领域出现了涉电商平台、涉搜索引擎关键词搜索、涉商品平行进口的侵害商标权纠纷等。

#### 社会影响大的案件多

2012年4月以来，福田法院受理的标的额在100万元以上的案件有128件。其中，诉讼标的额在100万元至500万元的有125件，500万元至1000万元的有3件，标的额最高的达8211206元。不少案件涉及知名企业和国际知名品牌，涉诉知名企业有浙江淘宝网络有限公司、腾讯科技（深圳）有限公司、微软公司等，涉诉国际知名品牌有Huawei、iphone、LV、GUCCI等。受理并审结的蔡骏诉深圳市宜搜科技发展有限公司侵犯著作权纠纷案，乐视网信息技术（北京）股份有限公司诉中国电信股份有限公司深圳分公司，上海百视通电视传媒有限公司侵犯信息网络传播权纠纷案、乔治·阿玛尼有限公司（米兰）、瑞士门德里西奥分公司诉蔻莎国际品牌管理（深圳）有限公司、蔻莎国际品牌管理（深圳）有限公司福田分公司侵害商标权纠纷案均引起了业内广泛关注。央视国际网络有限公司诉华夏城视网络电视股份有限公司著作权侵权及不正当竞争纠纷案是全国第一例对于体育赛事节目定性的生效判决，对于同类案件审理，具有一定指导意义。

### 福田区知识产权司法保护的主要做法及成效

#### 狠抓执法办案要务，不断提升审判质效

1.依法积极行使司法管辖权。面对福田区知识产权司法保护需求快速上升的新形势，福田法院依法积极行使司法管辖权，严格贯彻落实立案登记制，勇于受理新类型、疑难复杂及具有重大影响的案件，充分保障当事人依法行使诉权，努力回应福田区知识产权司法保护需要，积极树

立福田区依法保护知识产权的良好形象。

#### 2.严格依法保护知识产权。

一是依法适用诉讼保全和调查收集证据司法保护措施，提高司法救济的及时性和便利性。2012年4月至2017年4月福田法院对215宗知识产权民事案件进行诉前、诉中财产保全；对46宗案件进行诉中证据保全；向电子商务平台发出调查令89份，充分收集被告侵权相关证据，依法运用酌定赔偿方法，合理确定赔偿数额。

二是依法惩处各类知识产权刑事犯罪，维护正常的科技创新秩序。2012年4月至2017年4月，福田法院新收知识产权刑事案件394宗，审结385宗。依法对504人作出有罪判决，其中，假冒注册商标罪321宗410人，销售假冒注册商标的商品罪40宗53人，非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪18宗34人，侵犯著作权罪2宗2人，侵犯商业秘密罪4宗5人。福田法院坚持宽严相济刑事政策，推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革，依法保障被告人的各项诉讼权利。

三是依法履行对知识产权行政行为的司法审查职责，维护公平竞争的市场秩序。2012年4月至2017年4月，福田法院共受理知识产权行政案件11宗，审结9宗。福田法院切实发挥行政审判对知识产权行政行为的司法审查职能，以司法裁判的评价、指引和导向功能，监督和支持行政机关依法行政，有效促进知识产权行政保护作用的发挥。

四是依法充分保障诉权行使，推进福田区首善之区建设。2016年10月福田法院与深圳市律师协会、深圳市法律援助处、福田区司法局签署《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革加强刑事法律援助工作的备忘录》，率先在全省建立起首个“全覆盖、多层次”的法律援助体系。对于审理的知识产权刑事案件，无需当事人申请及提供证明材料，为未委托律师或其他法律服务的所有被告人指派辩护人。充分保障被告人辩护权的同时，通知被侵权的知识产权权利人作为当事人参加知识产权刑事案件审理。

3.依法合理平衡各方权益。准确把握不同类型知识产权案件法律关系，根据保护在先权利、维护诚实信用和尊重客观现实的处理原则，在知识产权权利的保护与社会公共利益之间寻求平衡点，实现了法律效果与社会效果的统一。同时，大量涉外知识产权案件在福田法院得到公正高

效的审理，树立了深圳特区法院切实履行TRIPS协议、平等保护中外当事人的知识产权的良好形象。

### 助力产业转型升级，推动福田法治化城区建设

1.注重加强制度保障。按照“权责一致”的标准，切实落实法官、合议庭办案责任制。强化专业法官会议制度，通过讨论疑难案件、交流审判经验，统一法律理解适用和裁判标准。在深圳市中级人民法院知识产权庭指导下，建立审判动态长效沟通机制，通过两级法院知识产权审判长联席会议、典型案件上报制度等方式构建全市法院审判动态长效沟通机制，着力破解审判难题。

2.注重前沿问题调研。福田区中小科技企业众多，创新电子产品频出。福田法院从审理的视频深层链接聚合平台案件入手，形成《关于视频深层链接聚合平台著作权侵权责任的调研报告》，对国内司法实践在视频深层链接聚合平台著作权侵权责任方面的标准变化进行了梳理，并对深层链接聚合行为的可归责路径进行了分析比较，针对存在的问题提出了切实可行的建议。针对辖区内小商品市场侵权普遍，监管缺乏现象，形成《市场管理公司商标间接侵权实证研究》，结合具体案例对三类典型市场管理公司商标间接侵权纠纷进行具体分析，对完善我国市场管理公司商标间接侵权规则提出建议。同时联合深圳市中级人民法院专题开展涉及“三网融合”著作权案件的调研，总结处理该类案件的司法裁判规则，妥当处理了“三网融合”著作权案件，既促进了新传播技术的产生与发展，又较好地平衡了著作权人、网络服务提供商和社会公众之间的利益。

3.注重各方协调联动。建立与检察机关、公安机关以及知识产权行政执法机关的沟通联络机制，协调公安机关、检察机关做好刑事案件的侦查和移送起诉工作，做好案件审理各个环节的衔接工作。针对知识产权刑事案件证据标准不一的问题，对涉及知识产权刑事犯罪七种罪名专门制作举证指引，统一证据标准。针对知识产权行政管理中存在问题，提出司法建议并得到积极回馈，促进了行政执法和刑事司法的有效衔接。同时还就知识产权行政执法中的相关问题，多次向知识产权行政机关介绍、讲解司法审查标准及相关工作要求，提示风险，引导和规范知识产权行政行为。

### 积极探索知识产权审判机制创新，推进和深化多项改革举措

随着科技发展、知识经济兴起和国家经济发展战略的转变，知识产权在国际竞争中的地位和作用愈发重要，知识产权司法保护也更加受到全社会的普遍重视，与此相适应的知识产权审判体制改革，成为知识产权界的热点话题。如何应对瞬息万变的技术创新和纷繁复杂的知识产权纠纷，建立公正高效权威的知识产权司法审判体制，是改革之关键所在。

1.深入推进“三合一”审判，努力实现知识产权审判模式全面优化。知识产权审判“三合一”是顶层设计和自上而下试点的协同成果，是落实中央司法体制改革任务的重要举措。深圳两级法院知识产权“三合一”审判体制改革始于2010年9月，福田法院已经实现了各类知识产权案件在知识产权庭所有法官间随机分配，所有知识产权法官均胜任审理各类知识产权案件，彻底建立“三级联动、三审合一、三位一体”的知识产权审判模式。不断提高知识产权法官的综合素质，避免因民事、刑事、行政诉讼程序、证据规则的不同导致知识产权审判庭内民事、刑事、行政审判法官的司法理念和经验的差异，保证裁判标准的统一。

2.深化司法责任制改革，完善审判权运行机制。福田法院自2012年以来开始探索以审判长负责制改革为突破口的司法责任制改革。2014年根据审判权运行机制改革试点的要求，围绕“让审理者裁判、由裁判者负责”的原则，



进一步深化司法责任制改革，完善审判责权配置。组建新型审判团队，建立以法官为核心的办案模式。审判团队既是办案责任主体，也是基本管理单元，建立以主审法官为核心、审判团队依法独立办案的新格局。除法律和司法解释等明确要求提交审判委员会讨论的案件外，其他案件一律由合议庭审理、裁决并签发裁判文书。

3. 实行“繁简分流、简案快办”机制改革，促进效率提升。2016年11月起福田法院遵循司法规律，在知识产权审判庭确定一名法官专门负责适用简易程序审理图片类侵权案件、卡拉OK场所侵权案件，在庭室内部为速裁案件预留每周固定的开庭时间和法庭，通过集中送达、集中排期、统一开庭、统一宣判，确保简单案件流转顺畅、快速快出。实现“简案快办”，充分发挥简单知识产权案件快速审判程序的优势。继续深入贯彻“调解优先、调判结合”的工作原则，及时总结，不断创新，深入探索知识产权诉讼的调解新机制和新方式，采取了包括以证据保全为契机促进调解、以合作双赢为目标引导调解、以标准化办案为基点强化调解等多种新的调解方式。

#### 注重司法公开，努力建设公正、创新、阳光、便民的智慧型法院

1. 全方位开展司法为民便民服务。不断完善诉讼服务中心软硬件建设，积极为当事人提供一站式、全方位的诉讼服务。积极推进自助立案，为当事人提供互联网网上立案、诉讼服务中心自助立案等多种选择途径，进一步方便当事人起诉和申请执行，提高诉讼服务效率。畅通当事人与法官的联络渠道，承办法官及助理收到案件后，会及时将法官的办公电话、电子邮箱告知各方当事人，以便当事人联系承办法官，提交电子诉讼材料。

2. 深化多元化纠纷解决机制改革。福田法院吸纳符合条件的版权协会、娱乐行业协会、专利协会等调解组织或个人成为特约调解组织或者特邀调解员，接受福田法院各类知识产权案件立案前委派或立案后委托依法进行调解，发挥行业调解组织专业化、职业化优势，促使当事人在平等协商基础上达成调解协议、解决纠纷。特邀调解制度为当事人根据自身偏好、通过诉讼以外的方式妥善快速解决纠纷提供了新途径。

3. 加强知识产权保护宣传教育。在每年4.26世界知识

产权日和深圳法院知识产权司法保护宣传月期间，通过庭审直播、法院微博、门户网站直播等方式，充分发挥司法导向作用，在实现公开审判的同时提升全社会的知识产权保护意识。加强与新闻媒体的沟通，借助报刊、电视、网站等多种渠道，对重大典型案例开展多层次、多角度的法制宣传，向社会展示福田区知识产权审判工作成效。推进庭审直播和文书上网，对78宗社会关注的知识产权案件开展庭审直播工作，并将全部生效裁判文书上网公开，努力营造公正、公开、透明的法治环境。

4. 延伸宣传触角推进司法公开。积极举办公众开放日活动，广泛邀请人大代表、政协委员以及社会人士旁听知识产权案件庭审，与法官展开交流互动。开展法制宣讲，走出法院，深入华强北片区，召开知识产权保护宣讲会，以案论法，解读法律规定，提示法律风险。及时公布典型案例，在《人民司法》《人民法院报》《法庭》《求法》等各类期刊杂志上公开发表论文或案例评析二十余篇，展示福田法院知识产权审判的重要成果，及时向社会公布重大典型案例。

随着国务院《关于新形势下加快知识产权强国建设的若干意见》的深入实施，我国已进入从“知识产权大国”向“知识产权强国”迈进的关键历史时期，知识产权作为区域发展的战略性资源和区域竞争力的核心要素的作用更加突出，知识产权司法保护工作面临前所未有的发展机遇。深圳市福田区人民法院将坚持以五大发展理念为引领，深入贯彻落实《深入实施国家知识产权战略行动计划（2014-2020年）》，紧紧围绕深圳市“加快建设国际科技、产业创新中心”和福田区打造现代金融、专业服务、人文智慧、创新创业“四大高地”战略任务，加强知识产权司法保护机制创新，着力破解知识产权审判难题，不断提升知识产权司法保护能力和水平，充分发挥知识产权司法保护主导作用，以公正高效的知识产权审判维护公平竞争、激发创新活力，为深圳加快建设现代化国际化创新型城市、为福田区加快建成一流国际化中心城区和率先落实“四个全面”的首善之区提供更加有力的司法保障，营造更好的知识产权发展环境！

# 深圳知产律师的现途与前路

文 崔军律师 王浩臣 北京德恒（深圳）律师事务所

深圳，作为中国改革开放的象征，是一座因创新而生也因创新而强的城市，而保护创新最好的方式就是保护好知识产权。深圳知产律师作为知识产权的守夜人、创新驱动的护航者，其供给应当与深圳的经济发展需求相匹配。

## 深圳知识产权法律服务市场现状与问题

### 深圳的机遇与优势

今年全国两会期间，“粤港澳大湾区”首次写入政府工作报告，标志着“粤港澳大湾区”正式成为国家战略，成为中国经济的新引擎。深圳作为粤港澳大湾区的重要组成部分，是全世界最活跃的地区之一，也是最具创新的城市之一。目前，深圳拥有中国最大的通讯制造商华为和它的海思芯片，拥有中国最大的互联网企业腾讯和它的移动社交平台，拥有中国最大的新能源汽车企业比亚迪和它的电动车，拥有中国最大的手机触摸屏制造商欧菲光，拥有中国最大的医疗器械企业迈瑞，拥有中国最大的激光器械企业大族激光等著名企业。深圳长荣长青的背后，是改革创新的特质与活力所带来的社会与市场红利的释放，而且可以预计在不久的将来，该红利还会得到进一步释放。

深圳作为一座创新名城，其所形成的知识产权保护需求可谓极为强烈。根据《深圳市2016年知识产权发展状况白皮书》披露，2016年，深圳在国内发明专利申请量、授权量、有效发明专利、中国专利奖、PCT国际专利申请量等多个主要指标上均居全国领先地位。其中，PCT申请量连续13年居全国第一，约占全国总量的一半；万人发明专利拥有量80.1件，约是全国平均水平的10倍。可以说，深圳的知识产权正呈现井喷式发展的状态。同时，深圳近年来不遗余力地推进一流法治城市、一流法治政府、一流

法治社会的建设，其所形成的知识产权法律保护土壤亦极为可靠。据报道，深圳法院因知识产权审判水平、保护力度、司法透明度、司法统一性等一系列优势，其审判的标准和质量得到权利人的充分认可，深圳已成为知识产权争议的优选地，近年来，越来越多境外案件当事人倾向于选择深圳法院作为管辖法院。

随着国家创新驱动发展战略的不断深入，加之知识产权保护与运用环境的不断完善，企业愿意投入到与知识产权获得、知识产权规划以及知识产权保护相关项目的资金比例已越来越大，深圳知识产权法律服务的市场需求这块蛋糕已极为庞大，且可预计还将呈逐年快速增长之势。

### 深圳知识产权法律服务行业的挑战与劣势

深圳知识产权法律服务市场的蛋糕越来越大的同时，外地律师事务所对深圳本地市场的争夺也愈发激烈，尤其是那些已经取得市场优势地位的外地律师事务所，其在深圳知识产权法律服务市场的地位也依旧稳固。据笔者近年来的观察发现，大多选择深圳法院作为管辖法院提起诉讼或者应诉的国内大企业或国外公司，委托的知产律师绝大多数来自北京、上海两地。甚至深圳本地的知名高科技企业在面临知识产权系列大案时，也倾向于选择北京、上海的知产律师，例如某本地企业在系列案中委托了六家律师事务所，其中深圳所仅有一

家。2017钱伯斯知识产权律师事务所诉讼和非诉讼前三等的律师事务所和专利商标事务所，以及亚洲法律杂志（ALB）发布的2016律所知识产权排名专利类和商标/版权类前三等的律师事务所绝大多数来自北京、上海两地，这也验证了笔者的前述观察。可以说，北京和上海的律所基本上掌控了全国知识产权法律服务市场的主导权，深圳本地知产律师的生存空间被极大压缩。因此，即便深圳知识产权法律服务市场蛋糕很大，可本地知产律师所占的市场份额却很小。虽然部分是由于深圳本地律所的国际化不够、底蕴不足等方面的原因造成的，但归根结底却是相应人才的短缺。

截至2017年6月30日，深圳市律师协会网站公布的数据显示：（1）深圳执业律师目前已达10937人，整体学历水平本科以上虽达98.30%的较高水平，但深圳高学历执业律师占比相比上海执业律师差距十分明显——深圳硕士以上高学历律师仅占24.33%；（2）深圳律师的整体也偏年轻化。执业不满5年的新律师居多，执业十年以上的资深律师少。执业10年以上的律师占24.29%，执业5年以上10年以下的律师占24.3%，执业不满5年的律师占50.5%，超过深圳律师总人数的一半，且新律师所占比例还会逐年增加。

目前，深圳知产律师队伍存在的问题是：各个律所的知产团队发展的时间短，其中复合型、国际化、高学历的人员配备不够齐全；在业界具有较大影响力的带头人太少；律师从业人员的知识产权专业知识不足，业务细分度不高；习惯单打独斗，导致规模化和专业化不足，难以承接知识产权业务大单。深圳知产律所及律师在对外宣传和形象塑造上步伐明显滞后，在组织学术会议、出版专业图书、加强跨界合作、打造立体化品牌等方面缺乏战略考虑和得力措施，品牌建设成效不足，不利于吸引高端客户。

因此，总体来说深圳知产律师缺乏核心竞争力，还没有形成对北京、上海外来知产律师的地域竞争优势，使得目前高端市场在对知产律师的择选时宁愿承受跨越地域带来的不便和高成本。

## 未来深圳知识产权法律服务市场预测 马太效应进一步积聚

“马太效应”是指强者愈强、弱者愈弱的现象，广泛存在于社会各个领域。由于知识产权法律服务本身的专业性和复杂性，“马太效应”或者说“规模经济”在本领域将表现的尤为明显，精品律所及细致分工的知产团队则拥有更多的市场，而单打独斗的散兵游勇将难得机会。因为现今市场对知识产权法律服务的需求已不单单局限于传统诉讼领域，在非诉领域比如知识产权的风险预警与防范、知识产权的管理与规划布局等等这些新型业务，早已不是散兵游勇的律师能够单独承接。当专注于知识产权的精品律所或综合律所的知产团队，具备全面处理企业知识产权发生纠纷前的综合性业务能力时，更可以在纠纷发生时替企业应对纠纷，甚至在纠纷发生前主动替企业发掘潜在纠纷，从而顺理成章地成为企业诉讼业务的被委托人。因此可以预计，未来市场将更多属于知产精品律所或有细致分工的专业知产团队。

### 专业化、国际化进一步深入

由于知识产权本身具有跨学科、跨地域、不断更新的鲜明特点，因此对于人才需求的标准就提出了更高要求。比如代理专利案件，律师最好要有理工科背景和相应理工科知识来理解专利，还最好要有很强的英文能力来检索和阅读专利。而深圳的现状是具有专利代理人资格及法律从业资格的“双证”律师仍然极为缺乏，具备相关海外工作经验的归国律师更为缺乏。律师本身就是需要终身学习的职业，知产律师对于学习能力的要求可以说更为苛刻，不论是适应知识产权跨学科障碍还是跨地域障碍，都起码需要硕士以上学历的律师才有可能达到。因此可以预计，未来高学历、复合型和拥有知识产权相关海外工作经验人才更受青睐。

### 供需双方信息更加对称

随着市场经济的不断发展，以及知识产权法律服务的供需双方经验的不断累积，市场将对知识产权法律服务更加挑剔和细分。由此，未来左右市场选择的将是政府及业内权威机构对知产律师的客观评价，如今年司法部印发的《关于建立律师专业水平评价体系和评定机制的试点方案》所标志的“律师评级”，以及亚洲法律杂志（ALB）和钱伯斯每年发布的律所评级榜单等专业化评选活动，律师分级与业务专业化评选将更具权威性和广告效应。

## 对于打造深圳知识产权法律服务高地的对策建议

### 打造专业强所与团队

知产律师应当注重协作与集团化作业，形成规模经济和品牌效益。知产律师队伍应当加速整合、集聚发展，共享深圳已经有一定影响力的知识产权法律品牌，加速形成知识产权专业律所和知识产权专业团队品牌。此外，还应注重品牌塑造和形象宣传，联合高校、高科技企业联合出版专业图书，并定期组织知识产权法律服务前沿问题研讨活动，积极参与和探讨社会知识产权热点事件和疑难问题，提升品牌的社会知名度和公众影响力，进而扩大深圳知产律师的品牌效应，增强深圳知产律师对高端市场的吸引力。

### 开拓新的业务领域

除注重以往代理、诉讼、调解等传统业务外，深圳知产律师还应当积极开拓和创新符合企业需求的新知识产权业务领域，如积极拓展海内外企业经营发展的知识产权评估、布局、管理、预警服务，主动开展商业调查为企业发现潜在的纠纷和发掘可能获得的利益，以及为企业并购和上市提供知识产权服务等。

### 探索专业化律师评分机制

敢为人先，先行先试，积极探索和着力开展包括律师分级和专业化评选的律师评分机制，一方面为未来国家律师专业水平评价体系和评定机制落地做好准备，另一方面也为树立深圳知产律师品牌形象积累经验，如借鉴广州在今年开展的“专业化律师评选系列之知识产权大律师评选活动”，深圳可联合多家权威机构主办并大力宣传，进而形成在市场上具有较大影响力和传播范围的固定专业化评分机制。

## 结语

深圳的知识产权法律服务行业正处于蓬勃发展的关键阶段，庞大的市场需求呼唤着深圳知产律师开拓这片创新驱动发展的蓝海。深圳知产律师，在认清现途的同时，更应肩负历史使命，抓住机遇，着眼长远。从供给侧改革现有结构的不足出发，为匹配前路市场需求做好一切准备，为打造深圳知识产权法律服务品牌、形成深圳知识产权法律服务高地添一份荣光！



# 游戏地图“换皮复制”行为的违法性分析

文 周高见 腾讯公司游戏维权总监

易俊雄 腾讯公司法律顾问

## 前言

根据荷兰市场研究机构Newzoo在2016年发布的数据显示，中国从2015年开始已经超越北美成为全球第一大游戏市场<sup>[1]</sup>。据统计，2016年中国游戏产业规模已经达到1655.7亿元<sup>[2]</sup>。伴随着游戏行业研发技术能力不断发展，行业内的抄袭水平也“水涨船高”，游戏抄袭早已跳出低水平的场景复刻或代码复制，高水平的抄袭手法层出不穷，较为多见的是对同类型知名游戏元素做“神似而形不同”的“模仿”，“换皮复制”就是此类“模仿”的典型表现之一。笔者认为，游戏地图的“换皮复制”不属于法律所容忍的“模仿型创新”。“换皮复制”的实质是抄袭游戏地图作品“核心”独创性表达——地图的造型或者说“整体构图和布局”，涉嫌侵害美术作品改编权，同时，“换皮复制”也涉嫌不正当竞争。一方面“换皮复制”会节省大量的布局设计和迭代测试的时间，从而不劳而获地获取成本投入方面的竞争优势；另一方面，通过“完美复刻”地图来复刻老玩家的良好游戏体验，进而不正当地窃取在先知名游戏经多年经营所产生的商业吸引力。

游戏玩法是游戏的核心，而游戏地图则往往是展现“游戏玩法”最直观的“表达”或者说“载体”，因此，游戏地图是整个游戏的核心构成要素之一，脱离地图则无游戏可玩性可言。但是，完成一幅好的游戏地图既需要创意，又十分耗时，而能否被市场所接受，也充满了未知与风险。这些因素便催生了不良游戏厂商对知名或在先游戏地图的“换皮复制”行为。

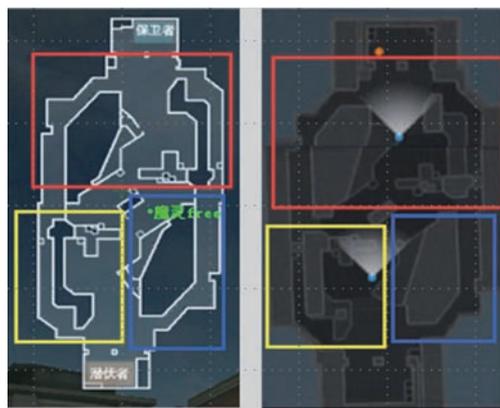
所谓“换皮复制”，就是指复刻游戏地图的整体结构和各内部元素的安排和布局，但对游戏地图局部场景画面

“表面”的贴图进行替换。那么，值得思考的是游戏地图的“换皮复制”是否构成著作权侵权抑或是是否可以从不正当竞争角度予以规制？

下方为游戏地图“换皮复制”的典型表现形式：



左侧、右侧分别为A、B两款游戏地图局部场景的比对



左侧、右侧分别为A、B两款游戏上述地图的示意图（缩略图）的比对。游戏地图示意图展示了游戏地图的整体布局和结构，又称之为“游戏蓝图”

## 游戏地图的制作过程

本文拟从剖析游戏地图创作过程入手，分析游戏地图“换皮复制”行为的知识产权违法性问题。

[1] 参见《全球游戏市场收入排行：中国超越美国成第一》，<http://games.qq.com/a/20151018/001909.htm>，2015年10月13日。

[2] 国家新闻出版广电总局参与发布的《2016中国游戏产业报告》显示，“2016年中国游戏产业规模实现1655.7亿元，同比增长17.7%。”<http://finance.china.com.cn/roll/20161219/4033703.shtml>，2016年12月9日。

游戏地图的设计过程非常复杂，通常需要由美术人员和设计人员组成的团队通力合作来完成。一幅全新游戏地图的创作，初略划分，至少需要经过七个阶段<sup>[3]</sup>。

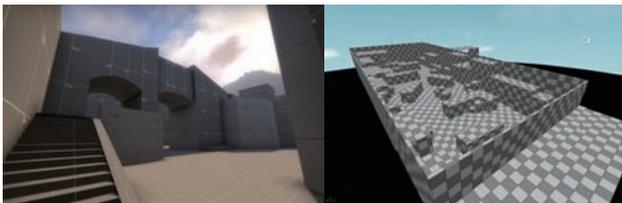
第一阶段确定地图场景风格和主体构成元素和核心玩法，例如小桥流水人家场景、沙漠古城抑或是森林草原风格等。

第二阶段制作地图2D平面设计图。该阶段是首次将地图设计可视化，表现出该地图的平面结构、路线、掩体、方位、区段、进程等承载着游戏核心玩法的诸多元素。



游戏地图平面设计图范例

第三阶段制作“白盒”模型。白盒模型设计阶段，设计师的重点放在视线、路线、空间、距离、高低、掩体位置等非常具象和客观的方面。设计师需要将抽象的游戏地图总体结构以及设计中各空间与构成要素的安排和布局以可被感知的方式具体化。下方为游戏地图白盒模型效果图。



图左：白盒一（整体视角） 图右：白盒二（局部视角）

第四阶段为“白盒”调试迭代阶段。这一阶段，设计师要把大量的时间放在搭建、测试、修改、再测试、再修改这样反反复复的迭代过程中，直到所有结构、通道、路线、墙壁、窗口、掩体等都经过了严密的测试和调整，可玩性基本达到了预期。

第五阶段是白盒美化阶段。确定地图白盒整体和细节的结构和布局以后，美工会将贴图、纹理、草木等美术元素添加到白盒之上，使之更为美观。这一过程我们可以形象地称之为“贴皮肤”。



部分美化之后的地图白盒

第六阶段为玩家测试阶段。设计师通过观察玩家在地图内的表现和相关游戏数据来确定是否要对游戏地图结构进行调整。

第七阶段为美术效果的最终优化，包括在特定地图场景添加灯光、特效、动画等增强游戏地图场景美感的元素。

不同类型的游戏地图会在此基础上增加必要的步骤，比如设计AI、对话、过场动画等。而地图设计与制作过程中，难度最高、最能体现游戏地图设计师独创水平的内容，当属游戏地图结构和布局的设计。可以说，相较于精美的地图“皮肤”，游戏地图的结构和布局才是游戏地图作品的“灵魂”或者说“核心表达”。

## 游戏地图“换皮复制”行为涉嫌侵犯著作权 游戏地图属于著作权法意义上的作品

根据我国《著作权法实施条例》第2条对作品的定义，游戏地图是否属于著作权意义上的作品，关键在于游戏地图是否具有独创性。而从游戏地图的制作过程介绍，可以清晰了解到地图制作凝聚了策划人员和美术人员的大量智力创造。游戏地图通常会包含一个游戏地图示意图（又称缩略图或者游戏蓝图），示意图如同建筑平面示意图，能展示游戏地图整体（或局部）的空间布局和安排。它也是游戏地图不可分割的一部分，本文对于游戏地图独创性表达的探讨将从其开始。

游戏地图示意图具有被认定为著作权法意义上作品的基础。游戏地图示意图，是由点、线条、面和各种几何图形和不同线条色彩和背景色彩组合而成。就整体构图而言，如同设计图，整体构图展示了绘制者严谨、简洁、和谐与对称的科学之美，具有独创性。同时，因为游戏产品的商业属性，绘制者不可避免地会追求游戏地图示

[3] 腾讯游戏天美工作室群编著.《造物理论——游戏关卡设计指南》，电子工业出版社，2016年6月1日第一版。

意图的艺术美感。仔细观察各类游戏地图示意图就会发现，示意图绘制者对游戏地图示意图的线条色彩、示意图背景色彩等图形色彩搭配，对地图内建筑物和障碍物具体绘制方式，会有差异显著的取舍和艺术处理。尤其是对色彩搭配的选择，有很大的选择空间，各种选择行为形成的表达具备一定的“智力创作性”。因此，游戏地图示意图有被认定为著作权法意义上的作品的基础。

游戏地图示意图范例：



左图：《王者荣耀》地图 右图：《使命召唤》地图

游戏地图系对虚构地理环境做艺术化处理的虚拟三维造型。游戏地图的局部场景属于著作权意义上的美术作品，已经被多个法院判决认可。上海市浦东新区人民法院审理的《奇迹MU》案件<sup>[4]</sup>，法官在界定游戏地图表达的独创性时，从“素材选择、构图、布局、线条轮廓、颜色等”几个方面来评判游戏地图的独创性表现。其中值得关注的是“构图”、“布局”两个要素。地图关卡平面图设计阶段和“白盒”制作阶段，设计者对地图地理轮廓、路线设定，以及建筑物、障碍物的形状和相对位置的不同设定，会形成独特的地图整体结构和空间布局。地图设计者此处的智力创作性表现，与建筑设计师类似，都在对建筑的“总体结构以及设计中的空间与构成要素进行安排和布局”<sup>[5]</sup>。这一创作过程的构图和布局，体现的是游戏地图和建筑作品“独创性”要件中的“创”。

而观察游戏地图“总体结构、空间以及游戏地图各要素的安排和布局”，则不能再将观察视角局限在游戏地图的局部场景，而应将游戏地图视为一个整体的三维造型来评价游戏地图的独创性。从游戏地图的创作过程，也可以看出游戏地图并非是由一幅幅局部场景平面图构成，而是经由平面到立体，经整体布局设计形成。

### “整体构图”和“布局”是游戏地图的核心表达

游戏地图符合美术作品的定义，应当被认定为美术作品。根据《著作权法实施条例》规定美术作品是指绘画、书法、雕塑等以线条、色彩或者其他方式构成的平面或者立体的造型艺术作品。游戏地图是以绘画为基础，加上绘制者对现有美术素材的挑选和整合加工而形成的三维造型作品，所以完全符合美术作品的定义，应该被认定为美术作品。

需要着重强调的是，游戏地图的具体表达，并不局限于游戏地图局部场景内的建筑物、草木等物体的颜色和造型，游戏地图整体的构图以及游戏地图内部元素的安排和布局，也属于“具体表达”的另一重要方面。

多数人在判断游戏地图是否属于美术作品时，都倾向于将整体地图作品分割成多个连续的静止场景画面，强调以单个场景画面的线条、色彩所带来的美感来判断游戏地图的独创性，而忽略了地图整体构图和布局等造型上的独创性“表达”。基于此种认识，在游戏地图侵权对比时，也会习惯性地逐个比对单幅画面，以单幅画面的颜色、线条形成的构图的实质性相似与否来判断游戏地图整体的抄袭是否成立。笔者认为，对游戏地图场景画面割裂开来局部判断独创性，会有“只见树木不见森林”之嫌，容易造成游戏地图独创表达实质性相似结论的偏颇。

从游戏地图的制作过程可知，不能因为游戏地图整体构图和布局需要发挥一定的想象力或者说记忆力空间才能被完整认知，就认定游戏地图的整体构图和布局属于“思想”，而非“表达”。游戏地图作品的“独创性表达”不仅体现在场景内局部美术元素的颜色和形态，还体现在地图整体构图、布局等造型方面的独创性。不可否认，美术作品属于造型作品，构图与布局本身就是表达美术作品创造者“思想”的常用手法之一。只是如果这种“构图”和“布局”没有太多可供选择的余地，属于有限表达时，则会基于著作权法“混同原则”而对这种整体构图和布局不予保护。游戏地图的整体构图和布局显然不属于有限表达。

### “换皮复制”行为构成著作权侵权

笔者认为，对游戏地图进行“换皮复制”实质是抄袭

[4] 参见上海市浦东新区人民法院判决书（2015）浦民三（知）初字第529号。

[5] 美国著作权法第101条关于“建筑作品”的定义：“建筑作品，是指任何以有形形式表现的设计，包括建筑物、建筑方案和设计图。建筑作品包括总体结构以及设计中的空间与构成要素的安排和布局，但不包括单个的标准要素。”由本条内容可推论，“总体结构和空间、构成要素的安排和布局”，属于作品的具体表达。但“标准要素”由于缺乏独创性，不被纳入作品独创性表达的评价范畴。

游戏地图作品的“核心”独创性表达——地图的造型或者说“整体构图和布局”，属于侵害游戏地图改编权的行为。

虽然，换皮复制行为仅是改编了在先游戏地图独创性表达的一部分，并没有利用在先游戏地图表面“贴图”相关的独创性表达。但是，“改编权所涉及的‘改变原作品’，不意味着必须改变完整的原作品，改变原作品中能体现作者创作思想的独创性表达部分，亦构成对原作品的改编，属于改编权的范畴。”<sup>[6]</sup>

改编权的侵权判断的关键在于，被控侵权作品是否使用了原有作品的“基本表达”，而且所使用的原有作品的基本表达必须是受著作权法保护的具有独创性的表达。关于改编权的侵权判定的思路，综合考察过往判例，可以总结出实践中法院的裁判思维核心为“三步检验法”：“1、确定两部作品的相似部分；2、遴选出相似部分的独创性表达；3、相似的独创性表达能否构成作品的基本表达。”<sup>[7]</sup> 经历以上三步检验之后，如果得出的结论是两部作品的“基本表达”构成实质性相似——能“给玩家带来相似性感知和相似欣赏体验”，则在后作品应当被认定为侵害原作的改编权。

如前所述，游戏地图的整体构图、布局等造型方面表现，属于游戏地图这类美术作品的具体表达，并且游戏地图整体构图和具体布局，是“游戏玩法”的具体表达，是影响游戏可玩性，展现游戏策划人员智力创造水平的核心表达，显然足以被认定为游戏地图作品的“基本表达”。假定在先游戏地图的整体构图、布局具有独创性的情况下，在后的“换皮复制”游戏地图的在整体构图、布局方面与在先地图相同或者实质性相似，则换皮地图侵害了在先游戏地图的改编权。

### “换皮复制”涉嫌不正当竞争

对游戏地图实施“换皮复制”式的照搬利用，是否应当被认定为不正当竞争，从反不正当竞争法角度来保护游戏地图权利人权益，也是值得深入探究的问题。在著作权法之外寻求保护的前提是，游戏地图权利人在游戏地图上存在独立于作品独创性之外，并同样应受法律保护的额外因素。否则，会存在同一行为重复评价的法律竞合问题。

笔者认为，“换皮复制”游戏地图属于不正当利用权利人经营利益的行为，属于典型的不劳而获，构成不正当竞争。关于适用反不正当竞争法第2条的条件，最高院在山东食品公司与马庆达等不正当竞争案件<sup>[8]</sup>中进行了阐释，总体而言，适用反不正当竞争法一般条款认定构成不正当竞争应当满足几个条件：1) 反不正当竞争法一共规定了11种不正当竞争行为，但如果该种不正当竞争行为不属于法律所明文规定的范围时，可以适用原则性的条款；2) 其他经营者的合法权益确因该竞争行为而受到了实际损害；3) 该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性或者说可责性。而关于违背诚实信用原则的行为的判断，北京市第一中院在猎豹浏览器案中提到违背诚实信用原则的竞争行为可以大体分为两类：不正当利用其他经营者经营利益的行为和破坏其他经营者正常经营活动的行为。<sup>[9]</sup>前者即人们常说的“搭便车”或者“不劳而获”。游戏地图的换皮复制行为是典型的“不劳而获”的行为。

游戏地图的设计需要设计者投入大量时间、人力和财力来构思、测试和制作。游戏地图结构、布局直接影响对战双方的公平性和可玩性，是游戏的核心元素和关键智力成果，好的游戏地图设计能给玩家带来好的游戏体验，从而能直接为游戏设计者带来商业利益。所以，游戏地图类似于无形财产，是付出劳动、技能金钱而获得成果和利益。

而其他游戏厂商采用换皮复制的方式来直接照搬游戏地图的结构和布局设计，会大幅节省地图设计时间和地图测试时间，甚至可以不需要通过长时间的玩家测试来识别地图缺陷，并做出调整和迭代。属于典型的不劳而获的行为，不正当获取了同行业竞争对手的竞争优势。

侵权游戏厂商不劳而获的利益，不仅是游戏地图这一智力成果本身，而且还轻易地获取了在先游戏地图的所承载的商誉或者说“吸引力”——游戏地图对老玩家产生知名度和良好游戏体验。如果一款同类型手游的游戏地图能以换皮复制方式来复刻端游的游戏地图布局，必然对端游老玩家产生极大的吸引力，从而不正当地窃取端游游戏地图经多年经营所产生的商业吸引力。

[6] 参见北京高院公布的《2016年度北京市法院知识产权司法保护十大典型案例》，关于（2015）海民（知）初字第32202号案典型意义的评价。

[7] 张玲玲、张传磊：《改编权相关问题及其侵权判定方法》，《知识产权》，2015（8），第35页。

[8] 参见最高人民法院民事裁定书（2009）民申字第1065号。

[9] 参见北京市第一中级人民法院（2014）一中民终字第3283号判决书。



## 手机游戏涉及的知识产权问题及应对

文 谢湘辉律师 陈俊 国浩律师（深圳）事务所

2013年称为“移动游戏元年”。这一年，随着互联网终端的普及，以及用户增量、资本涌入、高额利润等一系列因素相互作用，市场上出现了大量的手机游戏。然而，手游的爆炸式增长和惊人的利润使得许多商家走上了“换皮”开发的山寨之路。<sup>[1]</sup> 高速发展背后却蕴藏着手游领域企业无序竞争的乱象，如何通过知识产权法律手段有效地保护手机游戏开发人的合法权利，维护有序的竞争秩序，对手游行业健康快速发展至关重要。

### 作为整体的法律保护探究

手机游戏寻求法律保护首先遇到的法律问题是法律是否保护手机游戏？如何保护手机游戏？应该通过哪一部法律来保护手机游戏？手游作为一种计算机软件，我们直觉上会认为应该通过计算机软件著作权对其加以保护，但是

现实中手游开发的门槛不断降低，侵权者在仿冒游戏时可以轻易地通过更改源程序代码的方式规避侵权，但是手游中面向玩家的游戏界面、地图、人物形象、游戏道具等可视化要素却是模仿他人的。因此，仅仅从计算机软件著作权角度并不能很好地保护热门手游的IP，更不能有效制止侵权行为泛滥。

虽有人主张通过类似电影作品、视听作品加以保护，但是事实上手游并不属于这一范畴。手游作为一个整体无法获得法律有效的保护，通过“化整为零”的方式或许是手游保护的更优选择。手机游戏是由多重要素组合形成的，包括UI用户界面、场景、人物名称、武器、技巧、地图等。尽管网络游戏并不是知识产权法域明确规定的某一类保护客体，但是网络游戏中涵盖的各个要素可以分别纳入到现有知识产权法律体系进行保护。<sup>[2]</sup> 手机游戏元素的

[1] 冯晓青，孟雅丹：《手机游戏著作权保护研究》，载《理论研究》2014.6。  
[2] 郝敏：《网络游戏要素的知识产权保护》，载《知识产权》2016年第1期。

多元性导致了其仅仅通过一种法律模式来保护的方法是不可取的，下面本文将进一步分析手游中的不同要素，并对不同要素的知识产权法律保护进行研究。

## 具体内容的知识产权法律保护

手机游戏的要素初步归纳，可以涵盖以下几个方面：

1、用户界面，2、游戏形象，3、角色名称，4、游戏场景，5、游戏音乐，6、游戏情节，7、游戏数据，8、游戏名称等，此外游戏玩法作为一种思想还包括玩法规则、收费方式等。现在对此进行一一列举分析。

### 用户界面

用户界面是软件程序在手机屏幕上的显示和输出，是用户与手机之间交流的平台，具有较强的实用性。用户界面的实用性要求用户界面的设计必须根据用户的具体需求，并尽可能借鉴已有用户界面的共同要素，以符合用户的使用习惯。2004年，在北京久其软件股份有限公司状告上海天臣计算机软件有限公司侵犯其资助开发的《财政部会计报表软件》的用户界面著作权一案中<sup>[3]</sup>，法院认为：1、设置的菜单与用户界面中的按钮，都是表现软件的相关功能，是用户操作软件的途径和方法；信息界面的栏目名称，如“利润表”、“资产负债表”等具体信息栏目的名称，是由软件的功能限制或者应客户要求所创设，并非原告独创；2、软件按键功能的相关文字说明是对软件按键功能的简单解释，表达方式有限；而软件的图标是可以标识不同的报表，其本身也是很简单的；软件用户界面中的编辑、输入法、函数、布局等要素是共同使用的要素，各种要素在用户界面的整体安排、布局，仅仅是一种简单的排列组合，不符合作品独创性的要求，故不受著作权法保护。在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操作界面著作权纠纷案，一审<sup>[4]</sup>法院认为普联公司对路由器操作界面享有著作权，而且原被告操作界面在设计风格、内容布局和表格形式等方面基本相同，因此构成侵权。二审<sup>[5]</sup>法院认为用户界面中的功能菜单与按钮，均表明了相应的功能，是用户操作

路由器程序的方法，菜单中命令的名称及按钮的名称均是操作方法的一部分，这些操作方法具有纯粹的实用性。这些要素不具有独创性，也不能获得著作权法保护。

由于用户界面的设计受制于其功能和需求，因此同类的软件往往具有相同的游戏界面，赋予这种操作界面著作权与著作权法的基本原则相背离。但是如果用户界面具有独创性的表达或者自身的独到之处，例如在界面中加入的背景图案、美化的边框按钮以及引人入胜的图案标志等，则可以赋予其著作权保护。通过著作权加以保护的优势在于：首先，作品自其创作完成即受到著作权法保护，而不需要经过申请或审查，保护时间起点较早。即使用户界面并未发表，只要已经设计完成，即自动受到版权保护。其次，版权系统登记纯属自愿，且不会产生任何年费，保护成本较低。这样，可以节省大量资金。再次，只要体现较低程度的智力创作，即可认定具有“独创性”，而被认定为“作品”获得著作权法保护，保护门槛相对不高，这样可以使得尽可能多的图形用户界面都能获得法律保护。当然也存在劣势：首先，用户界面要想得到著作权法保护，要经历“思想/表达二分法”的考验。由于用户界面中大量的创新性体现在其设计思想中，而这些思想不受著作权法保护的，因此就其保护效果而言，尤其对功能性软件并不如预期。其次，并非所有用户界面都相对容易判断独创性。诸多用户界面是处于具有独创性与否的边缘，以致于具体案例中的用户界面是否具有独创性需要具体分析，导致是否获得法律保护具有不确定。最后，著作权法保护的独创性的要求使得诸多用户界面可以受到保护，这也将会使用户界面大量进入版权保护领地，同时各自保护区域缩小。

此外，2014年3月，国家知识产权局发布新的局长令，决定对《专利审查指南》进行修改，自2014年5月1日起，正式将UI界面设计列入外观设计专利权保护范围，从而解决了过去针对UI界面无法进行专利权保护的难题，填补了过去无法保护UI图形界面的法律空白。

### 游戏形象

游戏形象是根据脚本中人物的身份、年龄、性格等

[3] (2005)沪高民三(知)终字第38号民事判决书。

[4] (2014)深中法民三初字第549号民事判决书。

[5] (2015)粤高法民三终字第92号民事判决书。

方面的特点和动植物的外貌特征，对角色外部形象的造型进行的设计。比如人物造型往往还会含有一些独创性的表达，如通过人物的所想、所思、所做，刻画出一个有个性的人物。游戏形象是网络游戏的重要组成部分，同时也是吸引玩家的重要因素之一。这些游戏形象属于我国著作权法中规定的美术作品，如果这些形象符合独创性前提的话，应当受我国著作权保护。而是否构成人物形象侵权还需要进行一一比对，考虑是否达到实质性相似。在MT游戏案中<sup>[6]</sup>，经过法院比对，被诉游戏中的5个人物形象的武器和服饰与原告游戏中5个对应人物形象的武器和服饰差异较大，未构成实质性相似，因此不构成侵权。

在国外，日本司法界认为，将作品中的人物画像原封不动地复制并用于服务中的行为侵犯了作者的著作权。例如，日本的某一汽车公司擅自将长谷川町子画的“沙札艾桑”（“沙札艾桑”为日本一连环画中的人物）的头部画像使用于旅游汽车车体上，为此作者起诉该公司，要求停止使用并赔偿损失。法院判决认为：该汽车公司的行为是对作品中特定角色形象的使用，侵犯了原作中的著作权。可见，该判决是将角色形象作为美术作品来保护的。

#### 角色名称

在国外，例如德国著作权理论界及司法界将作品角色的保护分为角色名称的保护及角色图像的保护。对于角色的名称，极少予以保护，因为角色的名称几乎完全不符合独创性这一要件。法律通常允许他人在其他作品中使用受保护作品的角色名称，并将此行为解释为“自由使用”。然而，如果后一作品使用原作角色名称时又使用了原作部分情节的，将会引发侵权之诉。至于作品中的角色图像，只要后一作品使用了原作中的角色图像即构成侵权行为，即使模仿也在禁止之列。如果上述保护措施无效，作者也可寻求《反不正当竞争法》所提供的保护。受害人可援引该法第3条（欺骗性广告）的有关规定来反对改编作品中对原作品内容、方式或创作者的虚假陈述。

根据我国著作权法的基本理论，作品中的人物本身是一种“思想观念”，名称太短不能表达完整的思想，不具

备构成作品基本要件—独创性（或原创性），因而不能受著作权法的保护。对此我国法院在《五朵金花》案件中已作出明确的判决。

而对于游戏角色名称，可以通过名称设计成美术作品的方式来保护，在广东原创动力文化传播有限公司诉北京某公司侵犯著作权纠纷一案中<sup>[7]</sup>，北京市朝阳区人民法院肯定了卡通形象以及美术字的片名属于美术作品，而美术作品的保护则有法可依。美术字的“喜羊羊与灰太狼”被认定为美术作品而获得著作权保护，但虚拟角色的名字本身并不能取得著作权。

在丹乔有限公司与商评委的案件中，法院审理认定，角色的名称不能作为作品受著作权的保护，但可作为在先权利得到保护。权利人将角色的姓名申请商标注册，可以取得商标专用权，而且该专用权弥补了著作权保护期限的不足，可以通过续展而得到保护。不过，因为我国《商标权》的限制，没有显著性的角色名称无法获得核准注册。因此，相关创作者在给角色取名时须周全考虑。

最后通过反不正当竞争法保护。《反不正当竞争法》第五条规定：“经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易，损害竞争对手……（二）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……”，即对于知名的角色名称，若未申请著作权登记或商标注册，也可利用上述规定寻求法律救济。

#### 游戏场景

游戏场景是游戏设计者通过图画的形式展示给玩家，独特的场景是网络游戏的一大卖点，网络游戏视觉效果的实现绝大部分是由游戏场景来呈现的。而游戏中的如场景、地图、动画等，这些都属于美术作品的范畴，如果这些场景具有独创性、不属于公有领域的内容，也不属于唯一形式的表达的话，就应该受我国著作权法的保护。

#### 游戏音乐

游戏音乐和美术作品一样，也是网络游戏及其重要的

[6] (2014)京知民初字第1号民事判决书。

[7] (2011)朝民初字第32802号民事判决书。

内容。游戏音乐主要包括主题音乐、背景音乐两类。音乐作品属于我国著作权法中规定的作品种类之一，如果音乐作品具有独创性且不属于公有领域内容，也不属于唯一形式的表达的话，也应当受我国著作权法的保护。

### 游戏情节

游戏情节也是网络游戏的重要组成部分。大部分游戏作品的故事都是虚构的，融入了作者的创造性劳动，属于作品的一种特殊表现形式，能够比较全面地体现作者的创作思想。一款游戏的情节是否受到版权保护，独创性是标准。如果作品情节体现了作者的独创性，那么该情节就属于作品的特殊表达形式，而非思想，应受著作权法保护。但是，如果作品情节仅属于公有领域的一般情节，或者仅是对客观事实的描述，则不应纳入著作权法的保护。在金庸诉江南案件中，被告在《此间的少年》中使用了66个金庸小说中的人物并设置了类似的情节，笔者认为如果两者的情节架构和主线高度相似，极有可能构成著作权侵权，但是仅仅因为使用了金庸小说中的人物并不构成侵权。

### 游戏数据

游戏数据是玩家的个人游戏资料，详细记录了玩家的状态，包括等级、技术、装备等情况。至于游戏数据是否具有版权，版权归属为谁，尚未见有统一的观点。在某种情况下，游戏数据文件可能构成游戏的衍生作品，这样，游戏数据就在著作权人的权利范围内了。

### 游戏名称

游戏名称由于其组成和信息量较少，不能表达完整的信息和内容，无法体现作者在其中的取舍、选取和创作，因此并不能主张享有著作权。《五朵金花》案也给出了答案，法院认为《五朵金花》剧本名称不受著作权法保护，即作为作品标题的“五朵金花”不受法律保护。国家版权局亦作出了答复，认为作品名称不受著作权法的调整。在NEXONHOLDINGS株式会社等诉腾讯科技（深圳）有限公司等侵犯著作权、不正当竞争纠纷案<sup>[8]</sup>中，法院认为游戏中的道具名称不享有著作权。

## 不同知识产权法律保护途径的优劣

我国通过商标法、著作权法和专利法等设权保护和反不正当竞争法行为规制的方式共同来调整手游中的侵权行为。前述提及了手游中的大量元素可以通过著作权法加以保护，而其他部门法也在手游侵权中发挥着不可忽视的作用。

商标法可以很好地弥补著作权法的不足，游戏名称由于过于简短不具有独创性因此无法受到著作权法的保护，但是可以将游戏名称注册为商标，获得商标法的保护。根据我国《商标法》的有关规定，未经商标注册人的许可在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的的商标，容易导致混淆的，为侵犯注册商标专用权的行为。

在腾讯公司诉北京掌娱公司案中<sup>[9]</sup>，原告享有韩国公司开发的“地下城与勇士”注册商标专用权，而被告却推出《地下城勇士与魔女》的单机游戏。在网龙公司诉被告奇客创想公司侵害商标权纠纷案中<sup>[10]</sup>，原告享有“魔域”的注册商标专用权，但是被告却在其网站上推出的18款游戏中含有“魔域”字样并且作为核心词。上述行为都可以通过商标法加以规制。

专利法在手游中也发挥着巨大的作用，正如前文所述，UI界面设计列入外观设计专利权保护范围，从而解决了过去针对UI界面无法进行专利权保护的难题。此外，对于游戏产业来说，大多数技术方法、装置、系统都是可以申请专利的，比如，新的手柄、新的显卡、新的图像显示画面方法、新的游戏系统造型等。

反不正当竞争法对手游侵权行为的规制，目前司法实务中，权利人一般会将著作权、商标权、专利权和不正当竞争放在一起主张，只要其中一个案由能被法院支持，权利人就能胜诉。由于网络游戏中的某些要素是否受到著作权法、商标权法和专利法的保护尚有争议，而且认定侵权困难，而反不正当竞争法对权利的保护范围广，主要是通过诚实信用原则和公认的商业道德来规制不正当的竞争行为，因此可以对其他法律的不足起到极大的补充和完善作

(下接第22页)

[8] (2006)京一中民初字第8564号民事判决书。

[9] (2014)石民初字第66号民事判决书。

[10] (2015)海民初字第9371号民事判决书。

# 什么样的客户名单能被认定为商业秘密

文 王承恩律师 北京市盈科（深圳）律师事务所

## 构成商业秘密的基础条件

根据《反不正当竞争法》第十条的规定，所谓商业秘密是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。因此，所有的商业秘密必须要符合以下三个基础条件：

### 非公知性

非公知性，即不为公众所知悉。根据《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（下称“《司法解释》”）第九条的规定，有关信息不为其所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得，应当认定为反不正当竞争法第十条第三款规定的“不为公众所知悉”，具有下列情形之一的，会被认定有关信息不构成不为公众所知悉：1.该信息为其所属技术或者经济领域的人的一般常识或者行业惯例；2.该信息仅涉及产品的尺寸、结构、材料、部件的简单组合等内容，进入市场后相关公众通过观察产品即可直接获得；3.该信息已经在公开出版物或者其他媒体上公开披露；4.该信息已通过公开的报

告会、展览等方式公开；5.该信息从其他公开渠道可以获得；6.该信息无需付出一定的代价而容易获得。如果出现以上情形，相关信息就不可能作为商业秘密受到保护。

### 价值性

所谓价值性，简言之，能为权利人带来经济利益，具有实用性。有关技术信息或经营信息应具有现实的或者潜在的商业价值，能为权利人带来商业竞争优势。

### 保密性

保密性，即经权利人采取保密措施。几种常见知识产权的获得方式各有不同。著作权自作品创作完成之日起就自动获得，备案登记只是起到加强证据的作用；要获得具有排他性的专利权或商标权，则需要向国家有关机关申请。

商业秘密不具有排他性，不需要向国家有关机关申请并向社会公示其权利范围。但是，商业秘密仍然需要划清其权利边界，在对社会公众保密的同时，要向掌握相关信息的人明确其保密范围和保密规则，否则所有人都不知道

（上接第21页）

用。此外，还可以主张游戏名称作为知名商品（服务）的特有名称，游戏界面和场景作为知名商品（服务）的包装装潢来实现对手游要素的全方位保护。

每部法律在对手游要素加以保护的时候都存在自身的优缺点，例如，著作权是从作品完成之日创设，保护时间早、起点低、成本小，但是也存在难以界定、不确定性、保护力度弱等问题。专利权保护效力强、具有较强的独占性，但是成本高、审查周期长以及授权具有不确定性、不稳定性等问题。商标权必须通过申请才能获得保护，门槛高于著作权，但是能够有效弥补著作权的不足，对游戏名称的保护尤为有效。反不正当竞争法则是通过规制不正当

的竞争行为，起到兜底条款的作用，在其他法律无法适用的时候，反不正当竞争法就成为屡试不爽的灵丹妙药。

## 结语

手机游戏所涉知识产权纠纷属于新兴事物，许多方面有待理论界和司法界的进一步研究和探讨，过早地进行立法规制或者限缩解释可能不利于手游这个新兴产业的发展。因此，当前无法从整体上给予手机游戏有效的法律保护，而通过“化整为零”的方式对其中各个要素分别予以保护不失为一个明智之举，同时发挥司法个案裁判的优势，在法律的制度框架内，为手游的知识产权提供灵活有效的保护。

什么是正确的行为方式，各方都将丧失安全保障。

比如交警必须先道路上划线，然后才可以判定行驶的车辆是否压线。持有非公知信息的一方必须主观上先有保护自己“商业秘密”的意识，继而在客观上采取保密措施，为“商业秘密”划出清晰明确的界限，向掌握相关信息的人指明正确的行为方式之后，才可以在他人“越线”时主张侵权追责。

如果全社会都不遵守保密规范，必然会让法律秩序荡然无存。有规则，才有自由；有自由，才有责任。如果事先没有建立明确的保密规则，只在出现矛盾时，不遗余力地秋后算账，将势必造成人人自危、噤若寒蝉的局面。从全局观之，当信息完全被封闭和禁锢从而无法流动和交换时，社会的创新与发展动力从何而来？这样的追责方式，又何益之有？

最高人民法院在相关案件的裁判文书中表明了其对商业秘密应采取保密措施的态度：“作为商业秘密保护的信息，权利人必须有将该信息作为秘密进行保护的主观意识，而且还应当实施了客观的保密措施，这是因为商业秘密既然是通过自己保密的方式产生的权利，如果权利人自己都没有采取保密措施，就没有必要对该信息给予保护，这也是保密措施在商业秘密构成中的价值和作用所在”（见最高人民法院（2012）民监字第253号民事裁定书）。

最高人民法院在另外一个案件的裁判文书中也表达了相近的意思：“商业秘密的保密措施是非公知性要求的延伸。它是指具备非公知性的信息的所有人基于维持该非公知状态的主观需要而采取的客观举措，即保密措施系基于主观愿望的外部表现行为。保密措施并不要求万无一失，但应是合理的，一般而言，合理的保密措施至少应当包括权利人对可能知悉其非公知性信息的相对人均明示需保密的范围以及相应的保密要求（见最高人民法院（2014）民三终字第3号民事判决书）。



根据《司法解释》第十一条的规定，权利人为防止信息泄露所采取的与其商业价值等具体情况相适应的合理保护措施，应当认定为反不正当竞争法第十条第三款规定的“保密措施”。

法院会根据所涉信息载体的特性、权利人保密的意愿、保密措施的可识别程度、他人通过正当方式获得的难易程度等因素，来综合认定权利人是否采取了保密措施。

以下情形会被认定为权利人采取了保密措施：1.限定涉密信息的知悉范围，只对必须知悉的相关人员告知其内容；2.对于涉密信息载体采取加锁等防范措施；3.在涉密信息的载体上标有保密标志；4.对于涉密信息采用密码或者代码等；5.签订保密协议；6.对于涉密的机器、厂房、车间等场所限制来访者或者提出保密要求；7.确保信息秘密的其他合理措施。

### 构成商业秘密的特殊考量

根据《司法解释》第十三条的规定，商业秘密中的客户名单，一般是指客户的名称、地址、联系方式以及交易的习惯、意向、内容等构成的区别于相关公知信息的特殊客户信息，包括汇集众多客户的客户名册，以及保持长期稳定交易关系的特定客户。

由此可见，在认定客户名单构成商业秘密时，存在以下特殊考量：

（一）客户名单不能是客户名称、地址和联系方式的

简单罗列，而应包含有深度交易信息，例如交易的习惯、意向、内容等构成的区别于相关公开信息的特殊客户信息。

如果主张客户名单构成商业秘密，需要“提供证据证明其所主张的客户是在其经营过程中投入一定的人力、物力并经反复接触、交易后形成的附值于客户身上不为公众所知悉客户的信息”（见广东省高级人民法院（2008）粤高法民三终字第172号民事判决书）。

（二）在没有深度信息的前提下，汇集众多客户的客户名册更容易被认定为商业秘密。

这是因为，虽然没有深度信息，但汇集众多客户的客户名册不同于简单、少量的客户名单，通常需要耗费权利人大量的人力、物力和财力才能整理而成，更应该得到法律的保护。

（三）如与客户保持长期稳定的交易关系，有助于该客户信息被认定为商业秘密。

“受法律保护的客户名单中的客户群应是权利人经过一定的努力和付出，包括人、财、物和时间的投入，在一定时间段内相对固定的、有独特交易习惯内容的客户，这是因为只有与权利人存在长期业务来往的稳定客户，才能给权利人带来一定的竞争优势，具有实用性，能为权利人获得市场竞争中的独占优势，换取有形的价值或无形的价值，而不会轻易改变交易对象，是权利人的无形资产”（见深圳市罗湖区人民法院（2013）深罗法知民初字第917号民事判决书）。

虽有客户信息，但从未发生过任何交易的；又或者不能证明所涉及的客户是其保持长期稳定交易关系的有别于普通客户的特定客户，也不能证明其为开发这些客户所付出的努力和代价的，该客户信息往往不会被认定构成商业秘密。

### 侵害商业秘密的特殊阻却事由

竞争是否属于正当，往往需要平衡各方不同权益。

在对劳动者设定竞业限制的同时，需要平衡劳动者自主择业的宪法性权利；在对商业秘密进行保护的同时，需要平衡由此对自由竞争造成的阻碍。

最高人民法院在平衡商业秘密保护和劳动者自主择业、自由竞争时认为：“作为具有学习能力的劳动者，职工在企业工作的过程中必然会掌握和积累与其所从事的工

作有关的知识、经验和技能。除属于单位的商业秘密的情形外，这些知识、经验和技能构成职工人格的组成部分，是其生存能力和劳动能力的基础。职工离职后有自主利用其自身的知识、经验和技能的自由，因利用其自身的知识、经验和技能而赢得客户信赖并形成竞争优势的，除侵犯原企业的商业秘密的情况外，并不违背诚实信用的原则和公认的商业道德”（见最高人民法院（2009）民申字第1065号民事裁定书）。

“个人能力显然不能直接等同于职务发明创造，知识、经验和技能等个人能力的积累既与其工作岗位和业务经历有关，也与个人天赋和后天努力有关，如前所述，其中除涉及单位商业秘密的内容以外，均应属于个人人格内容，可以自由支配和使用，这与职务发明创造或者职务劳动成果可以成为独立的财产或者利益有明显不同。如果任何人在履行职务的过程中积累知识、经验和技能等竞争优势都应归属于任职单位，在将来离职变换工作时将不能使用，那么显然不利于鼓励职工在现单位学习新知识，积累新经验，提高自身业务能力，更不利于整个社会在知识上的积累和利用，不利于社会的创新和发展”（最高人民法院（2009）民申字第1065号民事裁定书）。

正如最高人民法院所说，知识、经验和技能构成职工个人人格的组成部分。经过长期稳定的交易，在一些产品差异化小、替代性强的行业中，客户可能对职工个人的知识、经验、技能、行为方式等个人人格要素产生超出对作为商业秘密权利人的企业的信赖。在此情况下，如果职工个人没有违反法定或约定保密义务的行为，而且是客户自愿选择与该职工个人或其新用人单位开展交易，那么其在法律和道德上就都没有可责之处。

正因如此，《司法解释》第十三条第二款作出特别规定：客户基于对职工个人的信赖而与职工所在单位进行市场交易，该职工离职后，能够证明客户自愿选择与职工自己或者其新单位进行市场交易的，应当认定没有采用不正当手段，但职工与原单位另有约定的除外。

综上所述，虽然客户名单对于企业的重要性不言而喻，但只有充分做好前期工作，才有可能在主张客户名单构成商业秘密的诉讼中得到法院支持。

# 打破知识产权维权难的创新解决方案

文 艾勇 安盾网

长期以来，企业知识产权维权存在的诸多痛点和难点未能得到根本改善。

首先，知识产权保护的社会环境不太理想，社会公众对知识产权保护意识较为淡漠，缺乏对他人知识产权的尊重，不像对待有形财产那样有直观的认知。可以说，知识产权的立法进程与民众知识产权意识的提高存在很大差距。

其次，知识产权司法保护较弱，侵权成本较低，未能起到教育引导作用。很多判决往往是侵权人高兴而权利人怨声载道，权利人赢了官司输了市场，从而形成劣币逐良币。当然，法院案多人少，很多法官每年主审100多起案件，工作量巨大，而部分判例却让权利人知难而退。

再次，企业自身维权的能力不足，外部专业的知识产权律师难寻，而国内30万律师中只有不到5%是知识产权律师。知识产权案件专业性强，市场信息又不对称，企业难找到合适的律师来维权。即使找到专业律师，维权成本也很高，几乎所有案件都需要调查取证，购买样品，还要经过公证、诉讼、执行等一系列程序，这些工作仅依靠律师很难完成，还需要找专业的调查员。然而，现在的侵权行为却相当的隐蔽和复杂，在移动互联网时代，侵权变得更容易、成本更低且侵权广、易复发，打击侵权变得日益艰难，耗时耗力。

面对这样的疑难杂症，解决之道在哪？

笔者认为，核心的症结在于提高司法判赔额。尊重知识产权要从司法保护开始，要提高侵权者的侵权成本，让判决成为知识产权的教科书，使权利人的权利在判决中得到充分保护，从而积极投入研发创造知识产权。侵权成本高，侵权自然会少，法院的案件数也会减小，如此可形成知识产权的良性生态链。

在强有力的司法保护下，企业的知识产权维权才能有效的展开。然而，在当下复杂的侵权环境下，唯有系统

化、专业化的服务才能切实帮助企业维权。传统的维权大多是碎片化的、不成体系的，我们认为：在互联网+的国家战略下，要有创新的维权模式才能应对复杂的侵权行为，所以，我们提出一种互联网+知识产权的维权模式。众所周知，维权需要大量的资源和成本，包括聘请专业律师、调查员、集合维权资金等。因此，知识产权保护机构的创新维权模式就需要整合各方资源，通过构建一种资源共享的模式为企业服务，类似于滴滴、UBER的共享汽车，集合专业律师、调查员、资金方的优势于一体，极大的提高维权效率，降低维权成本。

知识产权保护机构可以为权利人与律师、调查员开发一个类似滴滴任务接单的维权平台。一端是发布需求端的权利人，另一端是供给端，即接案件任务的律师和调查员。平台全程管控案件的分发、过程控制、质量风险，对每个权利人的维权需求提供专业的解决方案和办案文档、知识支持，平台与权利人、律师和调查员实时沟通互动，并提供高度保密、可视化的案件信息。



垂直整合整体业务流程

知识产权保护机构，应当以互联网+知识产权维权的模式，融合法律、咨询调查、金融、IT技术等专业资源，形成成熟的知识产权保护的价值供应链。同时，通过研发案例大数据的智能分析系统、侵权发现的追踪溯源软件，用信息化科技手段，为调查员、律师提供专业、高效的案件信息，从而为企业提供更为专业的知识产权法律服务。

## 浅析企业环境刑事法律风险的变化趋势

文 邵卫国律师 广东绿建律师事务所

生产型企业在生产过程中或多或少都会排放水、大气、固体废物、噪声或者其它类型的污染物，对环境造成污染。因此，谁污染谁治理，是企业主体责任的应有之义务。针对企业的违法排污行为，根据其违法行为的情节及对环境所造成的损害程度，要承担的法律責任有行政、民事、刑事三种形式。

刑事责任，是企业环境法律責任中最重的一种。本文所指的法律变化，是以《刑法》及最高人民法院单独或联合最高人民检察院发布的司法解释的修正和出台为视角，以污染环境罪这一罪名的产生和修改，观察企业的环境刑事責任的变化。

### 《刑法》出台与修订

1979年7月1日，《中华人民共和国刑法》（下称“79刑法”）发布，并从1979年10月1日起实施。79《刑法》仅192条，基于当时的环境并未受到污染的客观状况，没有规定污染环境属于犯罪行为。

1997年3月14日，第八届全国人民代表大会第五次会议对79《刑法》进行了修订。修订后的《刑法》（下称“97刑法”）从原来的192条增加到452条，并在第六章“妨害社会管理秩序罪”中增加了第六节“破坏环境资源保护罪”。从此，我国从刑罚的层面上，对污染环境行为进行了规治。

97《刑法》第六章第六节从338条到346条，所对应的罪名分别是：第338条为重大环境污染事故罪；第339条为第1款非法处置进口的固体废物罪，第2款为擅自进口固体废物罪；第340条为非法捕捞水产品罪；第341条第1款为非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪，非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪，第2款为非法狩猎罪；第342条为非法占用耕地罪；第343条第1款为非法采矿罪，第2款为破坏性采矿罪；第344条为非法采伐、毁坏珍贵树木罪；第345条第1款为盗伐林木罪，第2款为滥伐林木罪，第3款为非法收购盗伐、滥伐的林木罪；第346条是关于违反上述规定，对单位和单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员进行双罚

制的规定。

在上述新增加的罪名中，对企业影响最大的就是第338条的“重大环境污染罪”，这也是本文接下来所要论述的重点。此后，我国开始动用刑罚的手段惩罚污染环境的行为，并规定单位可以成为该罪的犯罪主体，与单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员一起承担刑事责任。因此，在污染环境罪对单位和个人同时定罪处罚的双罚制度下，每一次法律的修改，都意味这两个犯罪主体的刑事责任同时发生变化。

### 《刑法》修正案八的发布

97年《刑法》发布后，全国人大常委会从1999年12月至今，连续发布了9个修正案。2011年2月25日，第十一届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过了《刑法》修正案八。在该修正案中，对《刑法》第六章第六节中的第338条、343条进行了修改。第343条不是本文研究的对象，在此不再论述。

修改前的《刑法》第338条：违反国家规定，向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物，造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的，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。

修改后的《刑法》338条：违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，严重污染环境的，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。

从以上的条文变化可知，《刑法》第338条修改后，主要变化体现在以下几个方面：

1. 罪名变了，由原来的“重大环境污染事故罪”，变成了现在的“污染环境罪”；

2. 犯罪构成的客观方面变了——去掉了原来条文中的“向土地、水体、大气”的表述，不再限制排放、倾倒或者处置的对象；由原来的“其他危险废物”，变成了“其他有害物质”；由原来的“造成重大污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果”，变成了“严重污染环境”。

从以上变化中，我们所得出的结论是：修改后的《刑法》第338条，降低了入罪门槛，扩大了入罪的范围。

### 三个司法解释的发布

97年《刑法》实施后，最高人民法院单独或联合最高人民检察院共发布过三个关于审理环境污染刑事案件方面的司法解释，以指导司法实践。分别是：

1. 2006年7月21日，最高人民法院单独发布《关于审理环境污染刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（2006年7月28日起实施，现在已经废止）；

2. 2013年6月18日，最高人民法院、最高人民检察院联合发布《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》（2013年6月19日实施，现已废止）；

3. 2016年12月23日，最高人民法院、最高人民检察院联合发布《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》（2017年1月1日起实施）。

在这三个司法解释中，主要针对97《刑法》第338条中的入罪情节进行解释。对比2006年和2013年司法解释，我们发现：

从97《刑法》第338条的文义可知，构成重大环境污染罪，客观方面要达到“使公私财产遭受重大损失或者人

身伤亡的严重后果”。2006年司法解释中的“公私财产遭受重大损失”与2013年司法解释中的“严重污染环境”中所指的财产损失方面相比，表述没有变化，内容完全一致。即便是这样，我们认为，基于物价上涨、货币贬值等因素，2006年的30万元和现在的30万元相比，差别还是很大的，这就相当于降低了对财产损失的认定标准。

在涉及人身伤亡方面，2013年司法解释比2006年司法解释标准要低。比如，2013年司法解释规定：致使三十人以上中毒的；致使三人以上轻伤、轻度残疾或者器官组织损伤导致一般功能障碍的；致使一人以上重伤、中度残疾或者器官组织损伤导致严重功能障碍的，即达到该司法解释所规定的严重污染环境的定罪标准。而2006年司法解释规定，致使一人以上死亡、三人以上重伤、十人以上轻伤，或者一人以上重伤并且五人以上轻伤的，才构成重大环境污染事故罪的定罪标准。

由此不难看出，2013年的司法解释在人身伤亡方面的入罪标准要比2006年的低。

不但如此，2013年司法解释所规定的“严重污染环境”除了以上情节外，还有：（一）在饮用水水源一级保护区、自然保护区核心区排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质的；（二）非法排放、倾倒、处置危险废物三吨以上的；（三）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；（四）私设暗管或者利用渗井、渗坑、裂隙、溶洞等排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质的；（五）两年内曾因违反国家规定，排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质受过两次以上行政处罚，又实施前列行为的；（六）致使乡镇以上集中式饮用水水源取水中断十二小时以上的。

以上这6种情节，在2003年司法解释之中是没有规定的。换句话说，这6种情节，2003年司法解释不认为是犯罪行为。

另外，2013年司法解释还对有毒物质进行明确。其中第十条规定，下列物质应当认定为“有毒物质”：（一）

危险废物，包括列入国家危险废物名录的废物，以及根据国家规定的危险废物鉴别标准和鉴别方法认定的具有危险特性的废物；（二）剧毒化学品、列入重点环境管理危险化学品名录的化学品，以及含有上述化学品的物质；（三）含有铅、汞、镉、铬等重金属的物质；（四）《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》附件所列物质；（五）其他具有毒性，可能污染环境的物质。

前文所述，《刑法》修正案八修订第338条时犯罪构成的三点变化之一，就是把“其他危险废物”修改为“其他有毒物质”。由此可见，2013年司法解释所称的“有毒物质”，不但包括“危险废物”，还包括“部分化学品”、“部分含有重金属的物质”及“其他具有毒性，可能污染环境的物质”。

总之，无论是从财产损害方面，还是从人身伤害的标准来看，2013年司法解释与2006年司法解释相比，大大降低了入罪的门槛，扩大了违法行为入罪的范围。

对比2013年司法解释和2016年司法解释，构成“严重污染环境”的情节由14种变成了18种。主要变化有：

1.将2013年司法解释中“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”进行细化，分别规定：排放、倾倒、处置含铅、汞、镉、铬、砷、铊、锑的污染物，超过国家或者地方污染物排放标准三倍以上的；排放、倾倒、处置含镍、铜、锌、银、钒、锰、钴的污染物，超过国家或者地方污染物排放标准十倍以上的，构成“严重污染环境”的入罪标准。对排放危害不同的重金属规定了不同的标准，这样修改，不但增强了操作性，也体现了罪刑相适应的处罚原则。

2.除保留其他入罪情节外，新增加了三个“严重污染环境”的入罪情节。主要有：（1）规定重点排污单位篡改、伪造自动监测数据或者干扰自动监测设施，排放化学需氧量、氨氮、二氧化硫、氮氧化物等污染物的，属于犯罪行为；（2）规定违法减少防治污染设施运行支出一百万元以上的，属于犯罪行为；（3）规定造成生态环境严重损害的，属于犯罪行为。当然，司法解释未就生态环境严重损害的标准作出明确的规定，不能说不是一种遗憾。如何



认定，需要法官根据个案的不同情况，进行自由裁量。

由此可见，2016年司法解释自2017年1月1日实施后，“污染环境罪”为一罪名的入罪范围在2013年司法解释的基础之上进一步扩大。

不但如此，16年的司法解释根据环境管理的客观需要，还明确了一些环境违法行为的法律适用。主要有以下几点。

1.规定无危险废物经营许可证从事收集、贮存、利用、处置危险废物经营活动，严重污染环境的，按照污染环境罪定罪处罚；同时构成非法经营罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。构成生产、销售伪劣产品等其他犯罪的，以其他犯罪论处。

2.规定违反国家规定，排放、倾倒、处置含有毒害性、放射性、传染病病原体等物质的污染物，同时构成污染环境罪、非法处置进口的固体废物罪、投放危险物质罪等犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

3.规定环境影响评价机构或其人员，故意提供虚假环境影响评价文件，情节严重的，或者严重不负责任，出具的环境影响评价文件存在重大失实，造成严重后果的，应当依照刑法第二百二十九条、第二百三十一条的规定，以

提供虚假证明文件罪或者出具证明文件重大失实罪定罪处罚。

4.规定违反国家规定，针对环境质量监测系统实施下列行为，或者强令、指使、授意他人实施下列行为的，应当依照刑法第二百八十六条的规定，以破坏计算机信息系统罪论处：（1）修改参数或者监测数据的；（2）干扰采样，致使监测数据严重失真的；（3）其他破坏环境质量监测系统的行为。

可以说，2016年的司法解释不仅针对排污者，对危险废物的经营者、固体废物的进口者、环评机构及环境监测设施的维护及运营人员所可能涉及到的违法行为，从入罪的门槛到法律的从重适用，都作了明确的规定。

至此，环境违法行为所涉及的罪名就不再仅仅是污染环境罪了，可能是非法经营

罪、破坏计算机信息系统罪、投放危险物质罪、提供虚假证明文件罪或者出具证明文件重大失实罪等。根据不同的罪名及情节，最高量刑也不再是污染环境罪的七年，可能是非法经营罪的15年有期徒刑，是生产、销售伪劣产品罪的无期徒刑，是投放危险物质罪死刑，企业及其主要责任人的环境刑事法律责任提高到了前所未有的高度，责任就意味着风险。因此，2016年的司法解释自2017年1月1日实施之后，对企业及主要责任人而言，用环境刑事法律风险陡增来形容，一点也不为过。

2017年4月27日，环境保护部通报了各地环保部门2017年一季度执行《环境保护法》配套办法及移送环境犯罪案件的情况。与2016年一季度相比，案件总数增长195%。其中，按日连续处罚案件数量上升54.5%，适用查封扣押案件数量上升229.3%，适用限产停产案件数量上升308%，移送拘留案件数量上升206.1%，移送涉嫌环境污染犯罪案件数量上升46%。

从上述数据看，涉嫌环境犯罪的案件与2016年同期相比，数量增长近一半，这进一步印证了我们的观点。我们认为，相关法律的修改使企业及相关责任人的环境刑事法律风险大幅度增加，应当引起高度重视。

# 校园人身侵权行为的法律分析

文 许志英律师 广东鹏浩律师事务所

目前，校园人身侵权已成为全社会关注的热点问题之一。而在避免校园人身侵权案件发生的过程中，不少学校采取的是消极预防手段，如：把做实验变成看实验图片，减少学生的体育活动，取消春游、秋游等户外活动，有学校甚至在组织正常的教学教育活动时与学生及家长签订无法律效力的“生死协议”或者“安全协议”。校园人身侵权案件的泛滥，不仅对学校的教学、管理工作和秩序造成冲击，对社会的和谐稳定也有较大影响。

究竟，学生在校发生伤害事故，学校应不应该承担责任？应承担多大的责任？学生与学校间的权利义务如何？笔者将根据自身所学的法律知识以及现实生活中的案例，对校园人身侵权行为责任主体、归责原则及赔偿范围等逐一进行探讨。

## 校园人身侵权行为的界定及类型

校园人身侵权行为是指学生在校学习、生活、活动期间，其人身受到侵犯，导致伤、残、死或其他无形损害的事件。不同于社会上发生的人身损害，校园人身侵权行为具有自己的特点：一是损害的主体，受害主体只能是在学校学习、生活的学生。二是损害地点，学生损害的地点必须是在校园内及学校组织校外活动的特定场所。三是损害时间，学生受损害是发生在学生在校学习、生活期间以及学校组织的活动期间，学生离开学校时的非学习、生活期间除外。据此可将校园人身侵权行为分为以下四类：

（一）加害人和受害人均是在校学生的校园人身侵权行为。

（二）由于学校未履行有关义务而导致校园人身侵权行为。

（三）因教师或者其他学校员工玩忽职守、责任心不强或体罚学生等原因导致校园人身侵权行为。

（四）意外事故导致校园人身侵权行为。

## 校园人身侵权行为责任主体的认定

分清责任主体是承担民事赔偿责任的前提，要分清校园人身侵权行为的主体，首先要明确学校与学生的关系。学校与学生同属教育法律关系的主体，双方在教育与被教育过程中产生的权利义务关系受《教育法》调整，学校责任只能依照《教育法》、《未成年人保护法》和《民法通则》的精神承担教育责任、管理责任和保护责任。如果学校在实施教学或管理过程中侵害在校学生合法权益，就当然应当承担法律责任，否则，不应承担法律责任。

根据上文所表述的第一类案件，应视具体情况决定学校是否应作为责任主体，而并非一律将学校作为责任主体。这类案件的责任主体首先是加害人的监护人，学校有过错的才可以适当减轻监护人的责任，由学校承担适当的责任；第二类案件中学校作为责任主体承担责任，这在司法实践中基本上没有争议，因为这类案件中学校过错是明显的；在第三类案件里，应将教师与学校列为共同被告参加诉讼。因为此时教师的行为不应视为完全的职务行为，教师的职务授权中并没有可以玩忽职守、体罚学生这一项，教师有过错造成学生伤害是直接侵权人，而校方可视作共同侵权人，其侵权行为表现在对教师的管理不善，此类事故的赔偿责任主要由教师承担，学校负有连带责任。我国司法实践中这样的案例比较多，如陕西省鸡西市师范附小学生张某诉被告苗老师及该校人身损害纠纷一案，即是典型一例。第四类案件，学校一般不承担责任，因为事故的原因完全是意外，学校可根据公平原则补偿性地承担学生相应的经济损失，而并非承担赔偿责任，故此时代学校不作为责任主体。

## 校园人身侵权行为归责原则的适用

归责原则是损害赔偿中的一个极为重要的问题，是损害赔偿理论的核心，也是处理赔偿纠纷的基本准则。我国侵权理论在侵权归责原则时一般使用三种侵权责任原则，即过错责任原则、严格责任原则和公平责任原则。学校承担事故侵权责任必须符合下述四个条件：

1. 学校自身的行为有违法性。
2. 有在校未成年学生事故伤害事实存在。
3. 学校的违法行为与未成年学生人身伤害事实之间存在因果关系。
4. 学校主观上有过错。

下面我根据学校的性质以及学校与学生的关系，谈一下校园人身侵权行为赔偿案件适用的归责原则：

1. 过错责任原则。最高人民法院《关于贯彻执行民法通则若干问题的意见》第160条规定“在幼儿园、学校生活、学习的无民事行为能力人或者在精神病院治疗的精神病人，受到伤害或者给他人造成损害，单位有过错的，可以责令这些单位适当给予赔偿。”根据此条规定，学校承担人身损害赔偿的民事责任的前提是“单位有过错。”学校有过错才承担赔偿责任，无过错即无责任。过错推定虽然在实质上是过错责任，但究其目的是加强侵害人的责任更好地为受害人提供救济，基于学校与学生的关系，在司

法实践中，校园人身侵权行为案件中能不能适用过错推定责任原则存在分歧，我认为校园人身侵权行为案件中不能适用过错推定责任原则。因为学校与学生是一种法定的教育管理关系，如果适用该原则，过错推定责任将会加重学校负担，学校为免责会减少各种有可能产生责任的活动，如春游、做实验等活动，不利于学校实施多种形式的教学活动，事实有许多学校已取消了学生集体活动，且根据《学生伤害事故处理办法》的规定，学校在校园人身侵权行为案件中也不适用过错推定责任原则。

(二)公平责任原则。公平责任是指当事人双方在对造成损害均无过错的情况下，人民法院根据公平的观念，在考虑当事人的财产状况及其它情况的基础上，由当事人分担责任。我国《民法通则》第130条规定：当事人对造成损害均没有过错的，可以根据实际情况，由当事人分担责任。此项规定就是公平原则的重要法律依据，这里所说的“没有过错”是指：第一，不能推定行为人有过错；第二，不能找到有过错的当事人；第三，确定当事人一方或双方的过错显失公平。适用公平原则应严格掌握以下几个问题：(1)公平原则适用的范围是在双方当事人均无过错，并且不属于无过错责任原则所调整的侵权损害赔偿案件，它是过错原则、无过错原则不能适用后才选择的一种归责原则。

2. 所谓的“实际情况”是指双方或多方当事人的经济状况即实际负担能力，其他如社会同情因素、责任主体所尽义务的多少等，由法官自由裁量，但分担并不是各打五十大板。

3. 判决时应使责任分担公正、合理，切忌法官滥用自由裁量权。

4. 对受害人的赔偿应限于直接损失，一般不包括间接损失。

对学校归责时，应适用过错责任原则为主，兼顾公平原则。即只有校方对校园伤害事故的发生确有过错时才承担责任，对事故发生



当事人都无过错时，可按公平原则由学校适当分担经济损失。

根据《教育法》《未成年人保护法》的规定，学校对未成年人的保护职责与学生监护人的监护职责虽有相近的内容，但这两种职责的性质和法律渊源却不相同。建立在亲权基础上的监护权是监护人与被监护人之间的特殊关系，而学校与学生之间的关系是建立在教育与被教育的基础之上，因此学校对学生承担的责任是教育、管理和保护。在此类案件中只要学校履行了作为管理者的义务，本身无过错，就不应承担民事责任。如果法律上没有规定学校额外的义务，则学校没有确保学生和学校其他成员安全的义务，换言之，法院并不是对每起校园人身侵权行为都去追究学校的责任，而仅仅追究由于学校的故意或过失而导致学生受到伤害的责任。

正如一位法学专家所说的那样：学校并非是绝对安全的保险人，不对发生在学生身上的所有伤害都负有绝对的责任。在正常的教学活动中，除非学校有过错才承担责任，比如在体育运动或上体育课时，如果存在教师将器材放置不当，存在危险因素，竞赛选手搭配不当等情况，应认定学校有过错；如果学校和教师采取了必要的防范措施尽到了提示义务，是由于学生自身过错造成伤害的，学校可以免责或根据学生的过错程度适当免除部分责任。对在学校发生的意外事件，双方均无过错，学校一般不承担责任，特殊情况下可根据公平原则来确定学校补偿学生相应的经济损失，但也仅限于直接的损失，不应包括间接损失。

### 校园人身侵权行为赔偿范围的界定

准确界定赔偿范围，既有利于保护受害人的合法权益，救济其损害，也保障加害人不负担其侵权行为以外的原因而造成的受害人的损失，从而符合公平等价的民法原则。

确定财产损害赔偿范围，应当以全额赔偿为原则，即财产损失数额的确定，以客观的财产、财产利益所损失的价值为客观标准，损失多少，赔偿多少。实践中存在争议较多的是人身损害赔偿的范围。

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法

通则〉若干问题的意见(试行)》规定了人身伤害的赔偿范围，而《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》规定了精神损害的赔偿问题。根据这些规定的精神，确定损害赔偿范围应注意以下几个问题：其一，必须符合法律保护合法权益的宗旨；其二，确定损害赔偿必须依据相当因果关系；其三，在必要的时候，应当考虑行为人主观过错的轻重。在确定精神损害赔偿范围的时候，行为人主观过错的轻重具有重要的影响，是考虑确定赔偿范围的重要依据。

根据人身伤害的内容，人身伤害的赔偿范围应当包括：

1. 人身伤害的一般赔偿范围。如：医疗费赔偿（医疗费赔偿应当以医院的诊断证明和医疗费单据为凭。确定医疗费的赔偿项目应当坚持公平合理的原则，既不能使受害人合理的医疗费支出不能得到补偿，也不能让受害人任意扩大支出，不合理的加重侵害人的侵权责任）；受害人误工费赔偿（校园伤害事故不会出现这项赔偿）；护理人员误工费赔偿；住院治疗的交通费、食宿费补偿；伙食补助费和营养费补偿。

2. 残疾人生活补助费等致人残疾的赔偿（这种赔偿是指人身伤害所致残疾，造成劳动能力丧失所应赔偿的范围）。

3. 丧葬费等致人死亡的赔偿。

4. 间接受害人的抚养损害赔偿（校园伤害事故也不会出现这项赔偿）。

5. 精神损害赔偿。（侵害身体权、健康权给受害人造成精神损害的，或侵害生命权给受害人的近亲属造成精神损害的，应当予以精神损害赔偿。精神损害赔偿的数额由法院酌情确定，参考的因素主要有：侵害人的过错程度，受害人受伤害的程度，受害人的生活水平，侵权人的赔偿能力等）。

校园安全无小事，面对形形色色的校园安全事故，希望每一位教育工作者，都要树立“珍爱生命，安全第一”的观念，坚决把学校的安全放在更加重要的位置，始终保持高度的警觉，做到警钟长鸣，常抓不懈，才能办好让人民满意的教育，办好让人民放心的教育。

## 大风厂股权纠纷的法律看点之 员工持股制度对公司治理的影响

文 张健律师 冯贤滨律师 北京大成（深圳）律师事务所

### 引言

随着今年4月份反腐剧《人民的名义》热播，剧中的诸多情节成为了人们茶余饭后的谈资，特别是大风服装厂和山水集团之间的股权纠纷，更是成为了热议的焦点。

服装厂进行国有企业股份制改革后，由董事长取得51%的股权，工人们通过成立职工持股会的方式共同持有剩余的49%股权。后来，由于资金周转的需要，董事长向山水集团借了5000万元的高息过桥贷款，并通过伪造决议及相关文件的方式擅自将工人们所持有的股权全部质押给山水集团。其后，由于服装厂没有取得银行贷款，被京州银行断贷，无法及时偿还山水集团的借款而被起诉，法院通过简易程序直接判决山水集团取得大风服装厂的全部股权，工人们多年的心血就此付诸东流，迫于无奈，工人们只能走上暴力占厂的艰难维权之路。

看罢本剧，笔者既为工人们的不幸遭遇而感到愤怒和心痛，同时也为工人们参与公司治理意识的淡薄感到惋惜和诧异。应当说，就服装厂的股权结构而言，职工持股会占有公司49%的股权，在妥善行使股东权利的情形下，应当能够有效参与公司治理，及时发现并制止蔡成功的行为。但是，从剧情来看，职工持股会在公司治理中形同虚设，服装厂实际上变成了由大股东即董事长的“一人公司”，

公司也缺乏有效的监督机制，这才有了伪造决议的可趁之机。

员工持股制度作为一种企业长效激励机制，对于激发员工的主人翁精神、增强企业的活力无疑有着巨大作用和意义。但是，如何设计合理有效的员工持股计划、界定持股员工在公司治理中的地位、完善公司治理机制，则是实施员工持股制度时公司必须慎重考虑的问题。笔者在此藉大风服装厂股权纠纷受到热议之机，谨以此文就员工持股制度公司治理的影响稍作探讨。

### 员工持股制度及职工持股会

#### 员工持股及其时代脉络

员工持股计划，是指通过合法方式使员工获得公司股权并长期持有的制度安排，是一种企业长期激励模式。通说认为员工持股包含以下内容：1.持股主体应仅限于本企



“

合理可行的员工持股制度，不仅能够激发员工的主人翁精神和工作的积极性，也能够促使员工更大程度地参与到公司的治理中来，实现企业所有者、经营者和企业员工同甘共苦、同舟共济的目标，促进公司治理机制的不断完善和优化；同时，良好有效的员工持股制度，也能够有助于避免大风厂“一一六”群体性事件和悲剧事件的发生，促进社会的和谐与稳定。

”

业员工；2.倾向由专门机构集中管理并代行使股东权利；3.倾向对股权处分予以限制。员工持股方式主要包括员工直接持股和通过持股平台间接持股，目前常见持股平台包括公司型持股平台、有限合伙型持股平台、资管计划、私募基金和信托计划。历史上还有一些通过职工持股会、工会作为间接持股平台的形式。

剧中，大风服装厂的工人们正是通过职工持股会出资购买原大风厂的国有股，进而间接持有大风服装厂49%的股权。要明白剧中为何安插大风厂员工持股股权纠纷的这一线索，必须回归当下。

影视剧作品的内容或多或少反映了时代的一个缩影。2013年11月，十三届三中全会通过《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，明确提出“允许混合所有制经济实行企业员工持股”。2014年9月国务院国有企业改革领导小组成立后，提出就全面深化国资国企改革制定“1+N”系列文件，并将混合所有制企业实施员工持股纳入“1+N”文件范围。2015年8月，中共中央、国务院发布《关于深化国有企业改革的指导意见》，对混合所有制企业员工持股提出了试点先行，稳妥有序推进等要求。针对国有企业、上市公司的员工持股计划，目前一直是经济发展中的一个焦点，尤其是对国有企业的混合所有制改革过程中的员工持股计划，一向被极其慎重的看待。

#### 职工持股会的历史轨迹

在我国，具有现代意义的员工持股制度始于20世纪八十年代，是伴随着计划经济向市场经济转变以及国有企业股份制改革的时代浪潮逐步发展起来的。

早在1997年，民政部、外经贸部、国家体改委、国家工商行政管理局四部委联合发布了《关于外经贸试点企业内部职工持股会登记管理问题的暂行规定》(民社发

(1997)28号文)，依据该规定我国外贸试点企业成立了职工持股会，并由民政部门颁发了社团法人登记证书，职工持股会首次以社团法人形式出现。1998年国家工商总局在《公司登记管理若干问题的规定》中首次明确：“职工持股会”已经办理社团法人登记的，可以作为公司的股东。在国家工商总局明确职工持股会或者工会代持职工股权或股份的合法地位后，职工持股会的载体成为员工持股的主流形式。

剧中的“职工持股会”，是指由持有内部职工股的职工组成，从事内部职工股发行、登记及管理的组织；职工持股会作为出资者按投入公司的资本额代表持有内部职工股的职工行使股东权利，持有内部职工股的职工通过职工持股会按投入持股会的资金额享有出资者的资产受益、重大决策及选择管理者等权利。需要说明的是，职工持股会是否具有独立的法人资格，我国不同地区和不同时期的规定并不相同，有的以公司工会社团法人(即公司工会委员会)名义承担民事责任，有的登记为社团法人并独立的承担民事责任。

但是，民政部办公厅于2000年7月7日印发《关于暂停对企业内部职工持股会进行社团法人登记的函》，否认了职工持股会的法人资格，不再对职工持股会给与社团登记。2000年12月11日中国证监会印发《关于职工持股会及工会能否作为上市公司股东的复函》，认为由于国家民政部门取消了对职工持股会的登记管理，故此认定职工持股会不具有法人资格，从而禁止职工持股会成为上市公司的股东。随着我国资本市场的不断发展以及我国企业对国外经验的借鉴，除历史发展过程中出现的工会代持和职工持股会平台外，现在基本通过设立第三方平台(包括公司型持股平台、有限合伙型持股平台、资管计划、私募基金和信托计划等)的方式，实施员工间接持有公司股权、达成



《人民的名义》大风厂事件剧照

对员工长效激励的目标。由于本文探讨的主要是大风厂的职工持股会模式，因此其他持股载体在此不展开论述。

我国立法的前后变化，导致职工持股会在现实中的法律地位变得模糊，而实践中各地各部门对职工持股会规定也并不统一。以致于具体持股员工权益遭受侵害时，难以得到及时有效的权责厘定和救济保障。剧中大风厂持股员工王文革等最后做出绑架蔡成功的儿子以及陈岩石，以图拿回自己的股权的犯罪行为，也在某种程度上反映了在员工持股权益造成侵害的情形下法律规定的模糊和公权力救济的无力感。

## 员工持股制度与公司治理的关系

### 员工持股对公司治理的影响

公司正常运营有赖于健全的公司治理机制，而有效的公司治理机制则应当具备激励和约束两大基本功能。而员工持股，不能仅仅等同于员工分红，或员工仅享有分红权，也应当包含持股员工通过一定的形式合理参与公司的决策运营管理。

就此而言，实施员工持股有利于构成良好而有效的公司治理机制，主要体现在两个方面：其一，员工持股制度的实施，使得员工成为公司的主人，加强了员工与公司之间的利益联系，能够有效激发员工的主动性和积极性，充分实现公司治理机制中的激励功能；其二，引入员工持股制度后，增强了员工在公司治理上的参与度和话语权，有

利于建立更接近民主决策、管理和监督的治理机制。员工通过间接或直接持股，进入股东大会，进而可能通过选举进入董事会、监事会，直接参与公司经营决策、管理和监督层面，使得公司治理中的权责得到重新分配和梳理，实现公司各利益相关方的制衡，优化了公司治理结构。

从大风厂的案例来看，大风厂在改制之初经营效益明显提高、迅速发展的事实，即是工人们在激励下共同经营的成果。然

而，后来发生了工人们的股权被大风厂的大股东及董事长蔡成功擅自质押的事件，却是职工持股会没有发挥应有的监督和约束效能，仅仅将员工持股等同于单一的员工分红载体，忽视职工持股会的其他股东权利，弱化了对公司治理的有效参与，从而导致经营决策大权由一人包揽的结果。因此，要发挥员工持股制度对公司治理的积极影响，还需要通过设置合理可行的员工持股方案，激发持股员工和持股平台以正确界定持股员工在公司治理中的地位。

## 员工持股计划与公司治理的契合与互动

### 其一，做好员工持股计划的设计安排

相比于普通非持股员工而言，持股员工与公司的关系更为复杂：一方面，持股员工与公司之间存在着劳动关系，需要服从公司的规章制度，与公司经营者之间存在着管理与被管理的关系，天然上有着服从管理者指令和决策的心理暗示和现实要求。在大风服装厂的股权纠纷中，工人们之所以未能及时发现和制止蔡成功擅自质押股权的行为，很大一部分原因就在于蔡成功具有“老板”的身份，工人们并没有形成对蔡成功的行为进行监督和制约的意识。由此可见，在设计员工持股制度时，需要考量的一个重要因素是，持股员工（员工持股会）参与公司决策、进行管理监督的意愿和实际能力。公司及持股员工均应当树立人力资本观念，从根本上重视员工在公司治理中的地位及作用，而不能把员工持股安排仅仅当成一种企业福利。

如果持股员工或员工持股平台治理意愿不强或者决策、管理、监督的实际能力不足，那么可以就员工持股部分委托第三方专业机构进行代管。例如美国铁路工会代管的大部分铁路职工股，都是由高盛公司管理运作的。股权的一些非人身性权能的委托管理，法律上并不存在实质障碍。就大风厂来说，如果持股员工（员工持股会）有足够的注意和能力，或者尽早地委托第三方专业机构进行管理，或许可以避免蔡成功个人完全失去监督，损害持股员工权益。

其二，合理确定员工持股对象的范围。不同类型和性质的企业，由于业务模式的差异，其所实施员工持股制度的激励对象也应当有所差别。仍以大风厂为例，该厂是以服装加工和生厂为主营业务的企业，属于带有一定技术含量的劳动密集型企业，熟练程度越高的工人能够给企业创造的效益就越高。而且从时间上来看，大风厂的改制刚好处于国企三年脱困期，当时实施工员持股制度是解决大量员工下岗分流的重要方式，因此大风厂改制之时即将全厂工人纳入了激励对象的范围。而对于现在很多高新技术企业而言，研发和技术人员才是企业最主要的核心力量，将激励对象限于核心技术人员的范畴之内，不仅能够降低企业实施员工持股制度的成本，也能够突出核心技术人员的重要性，从精神上加强员工持股制度的激励效果。

其三，合理设置持股比例。一方面，对于国有或上市公司而言，相关规定中已对上市公司实施工员持股制度的激励额度作出了明确的规定。另一方面，对于现行法律规定没有明确显示员工持股制度额度的公司而言，合理设置持股比例对于发挥员工持股制度对公司治理的积极作用也有重要意义。在大风服装厂的案例中，蔡成功与职工持股会的持股比例为51：49，比例设定不合理。因为根据我国《公司法》的规定，公司发生注册资本变更、修改公司章程、合并、分立等重大事项时，需要取得三分之二以上表决权的同意，但在51：49的持股比例情形中，只要出现一方不同意的情形，就不可能达到三分之二以上的多数，一旦双方僵持不下，就会导致公司僵局的出现，从而严重影响了公司的正常运营。国资委《关于国有控股混合所有制企业开展员工持股试点的意见》就明确提出：“员工持股总量原则上不高于公司总股本的30%，单一员工持股比例

原则上不高于公司总股本的1%。”《关于上市公司实施工员持股计划试点指导意见》也明确指出：“员工股份的发行规模不得超过公司股本总额的10%，员工个人所获股权收益对应的股票总数不得超过公司股本总额的1%。”这样的规定均有促进有效公司治理机制之因素的考虑在其中。

其四，选择合适的持股方式。剧中，工人们成立职工持股会，并由职工持股会作为间接持股平台，这一持股方式实际上是当时最符合大风服装厂改制的员工持股方式，原因在于：我国《公司法》明确将有限责任公司的股东人数限制在五十人以下，将非公众股份有限公司的股东人数限制在二百人以下，而从剧中政府发放职工安置费的人数来看，大风服装厂的职工人数多达一千三百余人，如果由工人们直接持股的方式进行股份改制，则违反了《公司法》对有限责任公司和非公众股份有限公司的人数限制规定。此外，为了避免大风服装厂中董事长包揽一切权力的情况出现，在选择持股方式时，企业除了要考量激励对象的人数以外，还需要考虑员工在持股后如何切实参与到公司的治理工作中，确保发挥员工持股制度在民主决策和监督方面对公司治理的积极作用。

当然，除了上述四个因素外，企业还需要综合考量持股股权的来源及价格、激励条件、持股时限、调整机制、业绩目标、考核方法、持股员工参与、退出机制等因素，结合企业自身的行业特色、发展情况和发展需求，来制定合理可行的有利于健全和优化公司治理结构的员工持股方案。

## 结 语

企业的良好发展，应当是企业所有者、经营者和企业员工共同努力和奋斗的成果，而所有者、经营者和企业员工之间关系则需要健全有效的公司治理机制来协调和处理。

合理可行的员工持股制度，不仅能够激发员工的主人翁精神和工作的积极性，也能够促使员工更大程度地参与到公司的治理中来，实现企业所有者、经营者和企业员工同甘共苦、同舟共济的目标，促进公司治理机制的不断完善和优化；同时，良好有效的员工持股制度，也能够有助于避免大风厂“一一六”群体性事件和悲剧事件的发生，促进社会的和谐与稳定。

# 夫妻双方同意离婚情形下 法院判决不准离婚之弊

文 张智然律师 广东广和律师事务所

男方张某因与女方陈某感情不和，遂诉至法院，要求法院判决：1.解除双方的婚姻关系；2.婚生女由张某抚养。法院在审理过程中，张某和陈某均确认夫妻感情确已破裂的事实，且都表示同意离婚，只是在小孩抚养权方面存在争议。法院经审理认为：虽然本案原被告均同意离婚，但双方的孩子尚年幼，双方应该给孩子一个健康完整的成长环境，且本案原被告夫妻感情完全破裂的证据不足，遂作出不准原被告离婚的判决。

笔者认为，在夫妻双方均认为感情已破裂且表示同意离婚的情形下，法院判决不准离婚显然不当。

### 法院关于“原、被告夫妻感情完全破裂的证据尚不足”的认定不当

张某诉称“原被告感情彻底破裂”，陈某对张某陈述的这一事实予以确认。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第八条规定：“诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证。”可见，陈某与张某相一致的陈述证明了原、被告双方夫妻感情确已破裂的事实。因此，法院关于“原被告夫妻感情完全破裂的证据尚不足”的认定与案件事实及相关司法解释相悖。

### 法院判决不准离婚违反了我国《婚姻法》规定的离婚自由的原则

本案中陈某与张某早就离婚一事达成一致，只是在子女抚养权方面尚未达成一致意见，遂由张某诉至法院。在本案的审理阶段，双方均同意离婚。也就是说，在是否离婚方面，双方当事人均无争议，需要法院解决的争议只是子女的抚养权。《中华人民共和国婚姻法》第三十一条规定：“男女双方自愿离婚的，准予离婚。”因此，法院判决不准原被告离婚显然与我国《婚姻法》规定的离婚自由的原则相悖。

### 法院判决不准离婚不利于子女的成长

法院判决不准离婚的另外一个理由是：“孩子尚年幼，双方应该给孩子一个健康完整的成长环境”，殊不知在这样一个夫妻不和的家庭氛围中，家庭虽然完整却不和谐，对于孩子的成长来说，非但起不到积极的作用，反倒会对孩子的心理产生消极负面影响。这样所谓的“完整”家庭，依笔者看来不要也罢。

### 法院判决不准离婚不利于社会的稳定

夫妻感情是否破裂，婚姻是否有继续维系的必要和可能，只有当事人自己最清楚不过了。法院将均确认感情已破裂的夫妻双方“捆绑”在一起，无异于在两者之间放置了一颗定时炸弹，随时都有引爆的可能。婚姻的特点决定了夫妻在相互恩爱的时候可以如胶似漆、相敬如宾，而一旦发生矛盾，导致感情破裂，彼此往往是冷若冰霜甚至视若仇敌。这个时候若强行要求二人一起生活，非但达不到破镜重圆的目的，反倒容易引起矛盾的激化甚至酿发刑事案件的可能，实践中不乏因夫妻矛盾激化酿发惨案的事例。

### 小孩抚养权的争议不是法院判决不准离婚的合法理由

夫妻双方对小孩抚养权有争议，这不是法院判决不准离婚的理由，法院判决是否准予离婚的理由只能是夫妻感情是否确已破裂；笔者认为，大部分有子女的离婚案件，夫妻双方对小孩抚养权基本上都会有争议，也正是因为这样，夫妻双方才诉至法院，希望争议得以解决。若法院以此为理由判决不准离婚，离婚自由的原则又将如何得到贯彻和保障？另外，如果双方都没有任何争议，还需要上法院吗？当然，如果双方都放弃孩子的抚养权，这又另当别论了。

基于此，笔者认为，在夫妻双方均认为感情确已破裂且均表示同意离婚的情形下，法院判决不准离婚不仅与我国现行法律相悖，而且在实际生活中也是有百弊而无一利的。

# 律师展业的四个要诀

文 张骏律师 广东金地律师事务所

笔者长期以来坚持看一本叫做《读书》的杂志，关于“律师展业”，笔者姑且用自己喜欢的这本杂志做一个类比和阐述。

## 专业

《读书》杂志以书为中心，一直保持着对人与书的高度关注；同样，律师只有立足于专业，展业才能有效。

12年来，专业立业是我们的首要要求。以笔者拓展行政法律业务为例，从2004年到现如今，我们的团队已经成为市财委、市场监管委、市规划土地监察局以及深圳边检总站等多家重要行政机关的常年法律顾问。为了保持专业性，我们的团队会及时整理经办案例，形成汇编并专门编写《行政机关败诉行政诉讼案例评析》等专业成果。

律师可以怎样实现专业化呢？不妨参与到深圳律协专业委员会的工作中来，这样可以近距离向优秀的律师同行学习，开拓专业视野，夯实专业根基。

## 共赢

《读书》杂志秉持合作、共赢的理念，不仅与金克木、吕叔湘、汪晖等学人合作，还与黄永玉、王蒙等文化巨匠长期合作封二和漫画等。可见，若你能把一件一个人的事，变成一群人的事，那你就接近成功了。

某些情况下，竞争对手亦是合作伙伴。我的经历是，在客户原本对律师二选一的情况下，主动提出由两家律所共同合作，变50%的业务机会为100%的业务机会。

律师应当努力把你的同事、朋友乃至客户都转变成你的业务员、口碑推销员。毕竟，时代在变，吃独食已经寸步难行。何况，专业分工越来越细，金融证券专项顾问、劳动人事专项顾问和知产专项顾问等已经越来越相对独立，这为许多专业律师的合作共赢提供了现实可能。

## 负责

《读书》杂志在沈昌文和汪晖任主编的两个十年中，中国各路学人均以能在《读书》上发表一篇文章为荣，因为《读书》主编对杂志内容高度负责，所刊文章有思想，有锋芒，敢为风气先。

律师的负责不仅体现在要对客户负责，做到工作的时

效性和实效性，更是体现在对自己负责，做好自己专业和业务的短期实施方案与长期战略规划。对客户负责，关注客户痛点。当然，负责也意味着律师要有独立之思考，要敢于坚持专业意见，“当仁不让”。

## 坚持

《读书》杂志创刊于1979年4月，至今已出版460期之多。这是一份长达37年之久的坚持。

“合抱之木，生于毫末；九层之台，起于垒土；千里之行，始于足下”，专业能力是积累出来的，客户也是积累出来的。踏入律师业之处，当同时期的小伙伴们一拿到律师证就纷纷独立，潇洒做专职律师的时候，我仍在以助理的身份进行积累，大量地开庭、写文书，厚积薄发，也终于在今天有了一份收获。

现在，同时期的小伙伴们有的去公司做了法务，有的已经改行，彻底离开了法律行业；而我凭借一直坚持关注知识产权业务，现在我已经将知识产权的业务，从北京拓展到了深圳和东莞。现在，我也成为深圳市知识产权局的常年法律顾问。

坚持，还意味着要坚持联系客户，把客户变成你的书友、球友、棋友，等等。我原来的一个同事，坚持每年圣诞节为客户寄贺卡。他现在已经创办了一家中型律师事务所，他的秘诀正是坚持。

最后，还要说一点，不一定每一个律师都要去拓展业务，去签单。我想，应当广义地理解“展业”，不妨定义“展业”为“发展业绩”。有的人不擅长与人打交道，不擅长交际和谈单，那他不妨考虑来专心做事，成为业务专家。这是一个合作的时代，分工的时代，融入一个团队，发挥你的业务专长，同样是展业，同样是发展业绩。总之，合适就好。

在咱们这个行业里，有专业技能、有共赢理念、有负责态度、有坚持心态的“四有”律师，定然能有一份值得期待的收获。

（根据笔者在深圳律协第六期青年律师班业务拓展沙龙上的发言整理）

# 劳动争议案件中的“服从仲裁” 能否视为不起诉契约？

文 王腊清律师 张军律师 广东深兴律师事务所

### 案情简介

申请人邱某志经被申请人某发木制品有限公司（以下简称“A公司”）的供货方李某章介绍，于2015年3月5日入职到A公司做木工。双方口头约定底薪6500元/月，每月只休息1天，每天工作8.5小时，每月给生活补助500元，租房补贴300元，年终加一个月工资作为年终奖，如果加班3个钟算半天，加班费按6500元/月÷30天计算，双方未签订劳动合同，但A公司于同年3月28日为申请人及其他员工一同在中国平安保险（集团）股份有限公司深圳市分公司投保了商业险，保险期限为一年，自2015年3月28日至2016年3月27日止。

2015年8月16日下午17时许，邱某左手第3、4指在工作中不慎被机器刀具割伤而受伤。事发后，申请人被送至当地人民医院救治，经住院治疗7天后于同年8月23日出院。申请人住院救治期间，被申请人还为申请人垫付了所有的医药费用共5000余元。



### 仲裁裁决

事发后，申请人之伤经当地人力资源和社会保障局认定为工伤。2015年12月24日，申请人向某区劳动人事争议仲裁委员会申请劳动争议仲裁，请求被申请人依法向申请人支付工作期间及工伤医疗终结期间的工资30000元（从2015年9月1日至2015年12月16日止期间的工资，每月约8546元，计30000元）；被申请人依法向申请人支付未签劳动合同的双倍工资差额人民币80000元（从2015年4月5日起至2015年12月16日止，每月约8546元，共九个月零10天计80000元）；被申请人依法支付申请人一次性伤残补助金人民币59822元（8546元/月×7个月）；一次性就业补助金人民币34184元（8546元/月×4个月）；一次性医疗补助金人民币8546元（8546元/月×1个月）；以及申请人的工伤鉴定费人民币300元。以上合计212852元。

某区劳动人事争议仲裁委员会最终裁决被申请人支付申请人一次性伤残补助金人民币51800元，一次性就业补助金人民币29600元，一次性医疗补助金人民币7400元，工伤鉴定费人民币300元，共计89100元。其他仲裁请求驳回。

2016年3月23日在双方均收到仲裁裁决书后，申请人于3月30日要求被申请人向其支付89100元，被申请人提出申请人须在领款时注明“服从仲裁”。同年4月1日，申请人向当地人民法院提起诉讼，要求A公司依法向其支付工作期间及工伤医疗终结期间的工资30000元以及未签劳动合同的双倍工资差额80000元。然后，申请人于同年4月5日到A公司领款89100元，并按A公司的要求，在领款单上写明“服从仲裁”。

庭审中，A公司答辩称，其与原告邱某志的劳动争

议案件，双方已经在2016年4月5日协商一致，被告已经按仲裁结果向邱某志支付了89100元的费用，且邱某志在领款单上明确注明其“服从仲裁”，故其向人民法院提起诉讼没有事实根据，请求人民法院驳回邱某志的全部诉讼请求。

## 法院裁判

### 一审判决

某区人民法院经审理后认为，原告邱某志在收到仲裁裁决书后，要求被告A公司按仲裁裁决向其履行付款义务，且在领款时明确注明“服从仲裁”，应视为原告邱某志有服从仲裁裁决的意愿。被告A公司同意按仲裁裁决向原告邱某志付款，且已经履行了付款义务，故双方已经确认并履行仲裁裁决书的内容，该裁决书对原告、被告双方已经产生了法律效力。邱某志不服仲裁裁决又诉讼到法院，违背了诚实信用原则，故其诉讼请求于客观事实不符，与相关法律规定有悖，不予支持。据此，判决驳回邱某志的诉讼请求。

邱某志不服一审判决上诉称，邱某志要求A公司给付89100元费用的行为，并不能说明邱某志服从仲裁裁决。A公司给付的89100元费用，既是自己应得的费用，也是A公司依法应承担的法律责任；更何况邱某志2016年4月1日起诉后，因无生活来源才于4月5日领的款，根本没有服从仲裁裁决之想法，也不是同意不起诉，是拿到钱才有保障与A公司继续诉讼。虽然邱某志在领款时按A公司的要求注明了“服从仲裁”，但领款之前已实际提起了诉讼，邱某志当然不服从仲裁裁决结果；4月5日领款不是双方协商一致的结果，只是A公司同意了邱某志的付款要求。

为此，邱某志请求二审撤销一审判决，改判A公司依法向邱某志支付工作期间及工伤医疗终结期间的工资30000元，支付未签劳动合同的双倍工资差额80000元。

### 二审判决

某中级人民法院经审理后认为，邱某志于2016年3月23日收到仲裁裁决书，后在法定的上诉期内于同年4月1日提起诉讼。一审法院未对邱某志的诉讼请

求作实体审理，只以邱某志有服从仲裁裁决的意愿并领款、裁决书对原告、被告双方已经产生了法律效力为由，驳回了邱某志的全部诉讼请求，缺乏法律依据。关于邱某志主张支付工作期间及工伤医疗终结期间的工资30000元和未签劳动合同的双倍工资差额人民币80000元问题，因A公司确实未支付邱某志2015年9月1日至2015年12月16日止期间的工资，且没有与邱某志签订劳动合同，故A公司应依法向邱某志支付上述款项。据此，二审判决：撤销一审判决，A公司与邱某志之间的劳动关系自2015年12月24日解除，A公司向邱某志支付工资26147元及未签劳动合同的双倍工资差额69067元。

劳动争议案件经过劳动仲裁后，劳动者在起诉期间领取仲裁裁决的全部款项并在领款时注明“服从仲裁”的行为应如何定性？是否可视为不起诉契约？劳动者在起诉后又领款，人民法院该如何处理？

## 律师评析

从根本上来讲，并不存在“服从仲裁”的法律用语。仲裁，实际上是争执双方同意第三者出面争执事项做出一个决定。也就是说仲裁只是一种活动或一种处事程序，是对一个事项做出决定前的一系列活动和方式的总称。因此，“服从仲裁”从狭义上讲并不等于“服从仲裁裁决”或“服从仲裁裁决结果”，故不能以“服从仲裁”来断定就是“服从仲裁裁决”或“服从仲裁裁决结果”。

### “服从仲裁”是否可视为不起诉契约？

不起诉契约，是指当事人之间在诉讼提起之前一致约定就双方特定的民事争议不得提起民事诉讼，或不得通过民事诉讼程序来解决该争议的契约。我国现行立法对此并没有明确规定，理论上的认识也存在分歧。笔者以为，当事人通过不起诉契约对其起诉权进行处分，可认为是当事人行使法律上所承认之处分权的组成部分。因此，不起诉契约有定纷止争、节约司法资源之情，本着尊重诉讼主体处分主义原则，理当承认其诉讼行为性质。

对于本案而言，邱某志在诉讼期间届满之前先起

诉后领款，且在领款时还注明“服从仲裁”。从广义上讲，邱某志的“服从仲裁”之行为事实上在起诉之后，说明邱某志在领款时是有不向人民法院提起诉讼的意思表示的。虽然邱某志在领款时注明“服从仲裁”之行为看起来在提起诉讼之后，但其表现出的不向人民法院提起诉讼的意思表示已十分清晰。因此，就本案劳动争议之情，显然邱某志与A公司达成了不起诉契约。

### 不起诉契约的瑕疵及司法救济

根据《民法通则》第55条规定，“民事法律行为应当具备下列条件：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律或者社会公共利益”，不起诉契约要生效必须具备上述条件。依此，除意思表示真实是主观要件外，另二项则属客观要件。客观要件可依客观标准进行判断，但主观要件却不易判断。在学理上，意思表示不真实的表现形式主要有：欺诈、胁迫、误解、虚假表示。

法律是允许对意思表示不真实的不起诉契约进行司法救济的。最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见（试行）（法办发[1988]6号）第70条规定，一方当事人乘对方处于危难之机，为牟取不正当利益，迫使对方作出不真实的意思表示，严重损害对方利益的，可以认定为乘人之危。《民法通则》第58条规定，下列民事行为无效：“……（三）一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的……”这证明，意思表示不真实的民事行为是可以获得司法救济的，不真实的不起诉契约便在此列。

### 劳动争议案件中不起诉契约效力的认定

虽然笔者主张对不起诉契约效力的行为性质予以确认，但在具体的劳动争议纠纷案件中，就要认真审慎。《中华人民共和国民事诉讼法》第13条规定：民事诉讼应当遵循诚实信用原则。这证明当事人虽然有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利，但前提是应当遵循诚实信用原则。诚实信用原则在民事诉讼领域内首先表现为对双方当事人意思自治的规制，它要求当事人在民事诉讼活动中做到内心和外在行为的公正、

善意、诚实，从而维护双方当事人之间、当事人与社会之间利益的平衡。

如本案，虽然邱某志作出了领款行为，且明确注明“服从仲裁”，但从其先起诉后领款并注明“服从仲裁”的情形来讲，证明其在领款时依A公司要求注明“服从仲裁”，实际上是一种不诚实信用的行为，当然就没有遵循诚实信用原则，也就是一种虚假意思表示。因此，法院可以根据邱某志未遵循诚实信用原则，而适用“服从仲裁”虚假意思表示的司法救济途径。

首先，保护劳动者的合法权益的迫切需要。劳动者对于用人单位而言，显然属于弱势群体，在出现如本案邱某志与A公司“服从仲裁”之情形来看，明显漏裁了“工资与支付未签劳动合同的双倍工资差额”，如果不对“服从仲裁”之情形予以司法救济，就会严重损害劳动者一方的合法权益。因此，人民法院如遇到本案之状况，当然要予以司法救济。

其次，保障人民法院判决书合法性、正当性与合理性的需要。人民法院判决书的基础，就是保障当事人的平等，即包括程序平等，也包括实体平等。就本案而言，如果人民法院只依程序判决而不依法采取司法救济，劳动者邱某志一方的实体权益就会受到损害，判决书则失去了合法性与合理性的基础。

最后，实现程序正义的基本要求。当事人意思表示真实，人民法院尊重当事人的意思表示真实，既是实体正义的需要，也是程序正义的需要。如果人民法院在审理类似于本案的劳动争议纠纷案件中，只关注“不起诉契约”的外表，而不考虑“不起诉契约”的来龙去脉，必然会违背程序正义的基本理念，也不可能为实现实体正义提供强有力的司法保障。

综上，邱某志的“服从仲裁”，是因生活所迫和A公司要求才单方作出的虚假意思表示，且其是在提起诉讼后领款时按A公司的要求注明“服从仲裁”，足以证明其“服从仲裁”不是真实意思表示，是为了领款和迎合A公司的意思而为。因此，人民法院不宜直接认定该类不起诉契约的效力，而应从实体上尽量保障劳动者的合法权益。

## PROFILE | 人物

# 律师驻队城管 法律也有温度

## ——记广东国晖律师事务所律师王跃琼

文 周海涛 深圳都市报记者



“

我是一名律师，在城管和商贩之间属于中立的角色，可以赢得商贩信赖，一方面是基于自己对法律的信仰，另一方面是出于一份同理心。

”

6月初，深圳市南山区沙河街道开展联合执法行动，对恒通水泥厂东北角一处违法建筑实施强制拆除。拆违现场，城管队员在对相关物资进行查封时，自然而然地走向不远处的王跃琼，“王律师，你看是不是找人来见证一下，封条抬头应该写企业吧，省得将来权属不清……”

### “我是来普法的”

王跃琼仍然清楚记得，2014年7月，她从广东国晖律师事务所派驻到沙河街道城管执法队时，发现在不少城管队员的心里，做城管，吵架、有冲突是家常便饭。

“一个25岁的小姑娘，能派得上用场？”王跃琼的到来，在清一色男性的城管队里激起了涟漪。

事实证明，因物品争夺、言语争吵引发的执法冲突，往往导致执行不到位，许多处罚单石沉大海，这是城管执法过程中的最大难题。而在众多流动摊贩的管理上，因为身份难获取、反复性强，他们总是和城管队员上演着“躲猫猫”的游戏。

《深圳经济特区城市管理综合执法条例》规定，综合执法部门在查处违法行为时，可以依法记录当事人的身份和居住信息，制作询问笔录或者调查笔录，违法行为人也应当提供身份证明、居住地址、联络电话号码等信息。

然而，在实际执法过程中，很多违法摊贩拒绝提供或

者无法提供身份证明信息，城管队员只能联系公安部门进行协助。“有时，围绕一杆称的争执，都能耗上半天时间，这极大地影响了我们的工作效率，”有城管队员反映。

王跃琼和城管执法队领导商量后，决定对有门店的和流动摊贩采取不同的执法策略。因为门店一般有营业执照，违法人员信息获取较容易，逃避或拒不接受处罚的成本也较高，所以原则上今后不再采取扣押物品的方式。而对于流动摊贩，在文明执法的基础上，更加注重对违法人员信息的获取，以处罚促使其改变经营模式。

花了大半个月摸清城管职责和相关法律法规，并查看了执法队3个月的案件之后，王跃琼针对未按期履行行政处罚决定及未按期改正违法行为的当事人发出了第一批律师函，共26份，上面清楚写明其违反了哪条法律、处罚依据是什么、拒不执行将面临何种法律后果。

这些被处罚的商户坐不住了，其中25位当事人接到律师函后不请自来，王跃琼便细心地为他们讲解其中的法律法规和利害关系，大部分商户都表示理解并心甘情愿地接受了处罚，并当场表示城管执法队能改变原来的执法模式，城市市容环境卫生改善了，他们也是受益者。当然，个别“老顽固”在下达处罚决定书、催告书之后仍不履行的，王跃琼也代理执法队向法院申请强制执行，这让众多商户更加明白了那张律师函背后的“威力”。

对于违法的流动摊贩，城管队员在扣押物品、下达处罚决定书时便主动告知，“只要来队接受处理，东西就会还给你”。遇到情绪特别激动的当事人，只要违法情节不是特别严重，队员一般不没收物品，而强调现场取证和违法人员信息的获取，同时坚持教育与处罚相结合的原则，使当事人主动改正违法行为。

在很多人印象中，城管执法的行政相对人流动摊贩是弱势群体。然而王跃琼在跟随执法过程中发现，一些小摊贩没有法律意识，认为自己既没偷又没抢，就摆个摊，哪里违法啦？更有甚者，明明是不符合从事食品类工作的人员，还出来摆摊卖食品。

“为此，我们专门设计了一个制度流程，让来队的违法当事人接受法制教育。如果对于城管处罚决定有什么疑问，都可以向我咨询，类似于法院的判后答疑制度。”王跃琼说。

“我是来普法的，对象不但是小商贩，还有城管队员。”王跃琼从规范文书、文明执法等方面着手，逐渐提高城管队员的自我约束能力。

现在，虽说城管队员和协管员经常在外执法，但一季度的全体培训，以及一些不定期的小型培训会，都成了他们学习法律知识、规范执法手段的“家常便饭”。

## 法律也有温度

当现场暂扣或没收违法经营物品工具不再是城管队员的主要执法手段，暴力执法和暴力抗法现象也随之大幅度减

少。截至目前，沙河街道城管执法队推行律师驻队已经3年整，其间暴力抗法事件仅发生2宗，与2013年一年38宗形成了极大的反差。

法律的力量，不言而喻。

如今，城管队员外出执法时，都随身带着相机和DV。对于门店占道经营的违法行为，不再采取扣押物品的方式，而是在完成现场取证后出具处罚告知书。对于流动摊贩，扣押物品时主动告知只要到队接受处理，物品便会返还。沙河街道党工委委员、综合执法队队长介绍，面对流动摊贩身份举证难的情况，用“扣东西”的方式使其违法成本大增，保障了执法的顺利进行。

同时，只要条件允许，处罚告知书一定现场送达违法当事人手中。假如当事人3天内不来队接受处理，才会发出律师函。“只有做到取证到位，程序完善合法，细节上不留瑕疵，才能真正维护法律权威。”王跃琼说。

在市容执法过程中，商户违规占道经营每平方米罚款500元，乱摆摊每平方米罚款1000元，这对于不少经济困难的摊贩来说压力不小。因此王跃琼建议，对于首次或轻微违法的商贩，用“自愿参加社会服务”代替处罚，服务内容包括辅助执法、清理小广告、清扫街道、交通劝导等。

《深圳经济特区城市管理综合执法条例》规定，当事人逾期不履行行政处罚决定的，综合执法部门可以每日按罚款数额的百分之三加处罚款，但当事人确有经济困难无法缴纳罚款的，可以根据当事人的申请安排当事人参加综合执法部门安排的社会服务。王跃琼表示，对于首次或轻微违法的商贩用“参加社会服务”代替处罚，符合深圳法律法规的基本精神。

“考虑到他们的实际经济困难，用社会服务代表经济处罚，是一次新的、充满温度的探索。”她说，从执法部门安排参加社会服务，到违法当事人自愿参加社会服务代替经济处罚，这是行政处罚中教育与处罚原则相结合的体现。

2012年从华南师范大学增城学院法学专业毕业后，王跃琼曾在信访部门工作过两年，“我是一名律师，在城管和商贩之间属于‘中立的角





色’，可以赢得商贩信赖，一方面是基于自己的法律信仰，另一方面是出于一份同理心。”她说。

### 律师驻队城管全面推广

如今，城管队员不再“打打杀杀”，更多时候是在现场拍拍照、录像取证。“温柔”的背后，是严格合乎法律的追罚，不争执，但更有效。“慎用对抗性手段，尽量少扣押物品，重点改为搜集现场证据。”在王跃琼的影响下，“走程序”成了队员的口头禅。这个程序，即处罚告知、律师函，处罚决定、行政催告，直至申请法院强制执行。

“最大的感受是，市容环境改善了，城管的负面形象得到根本扭转。”唐恩明说。

作为深圳“律师驻队”最早的改革地，2014年至今，沙河街道城管执法队案件的执行率由当初的44%提升至现在的99%，共成功申请17单法院强制执行。据南山区城管局法制科负责人介绍，目前该区8个街道执法队和区局均有一名驻队律师，案件执行率和结案率大幅提高。

2015年9月25日，深圳市司法局与市城管局联合发文，在全市推广“律师驻队”模式。

据介绍，“律师驻队”就是城管部门与律师事务所签订

协议，由律师事务所派出专业律师常驻执法队，提供包括普法教育、监督规范执法、推进落实处罚、协调部门配合等法律服务。以沙河街道城管执法队为例，他们获得的专业法律支持不仅仅来自王跃琼一人，而是一个律师团队。目前，王跃琼所在的律师团队共有16人，为南山区5个街道的城管执法队提供法律服务。

“我的律师角色并未改变，只是把办公场所由律师事务所搬到了执法队，向社会普法，保护当事人权利，是我职业自豪感和成就感的来源。”王跃琼说，未来自己将继续做好律师驻队工作，争取让更多年轻律师参与进来。

“律师驻队”是法治的增量，更是法治的存量盘活。在具体实施过程中，深圳市取得的几点经验相信能引起法律界和全社会的思考：

一是慎用强制性手段。“两争”（城管队员和商贩争夺东西、争吵）最易导致冲突的发生，在律师指导下的证据获取规范、程序合法到位显得尤为重要。

二是城管队员依法行政能力提高。执法过程中，律师从头到尾跟随执法，不但规范了执法环节，还对城管队员产生了依法行政的良性影响。

三是对“顽固人员”申请法院强制执行。成功申请法院强制执行，说明城管部门文书规范、程序完善，利用法律手段的意识和水平得到了极大提升。

四是人性化执法。对于初犯、情节轻微的违法人员，尽可能用社会服务代替经济处罚，为法律增加了些许温度，可以更好地维护当事人权益和社会正常运行。

目前，深圳“律师驻队”工作已经成为全国基层执法改革的一个优秀样板，《人民日报》、新华社、《法制日报》等中央媒体都做了重点报道，上门取经的全国各地执法部门已达上百家。

“在基层执法中运用‘律师驻队’的法律思维和法治方式，是“四个全面”的基层实践和地方探索，驻队律师的法制员、审查员、智囊团、缓冲带作用，在基层城管执法过程中发挥了明显作用。”2017年5月15日，深圳市司法局局长蒋溪林在龙华区观湖街道调研“律师驻队”工作时强调。

同时他提出，希望“律师驻队”的深圳标准和深圳经验，可以加快实现向外“输出”。

# 平等，从进门就开始了

## ——香港高等法院庭审之小记

文 张宏律师 北京市地平线（深圳）律师事务所

怀着好奇心，我和我的伙伴们一同踏入了香港高等法院的大楼，一路畅通无阻地上楼到达需要旁听的法庭，看到了曾在电视里见过无数次的“高等法院”几个大字。这对于早已习惯了在内地去法院需要登记过关卡的律师来说，过程未免顺畅得有点反应不过来；而到了庭外等待开庭之际，才记起登记与安检在香港法院，根本不存在。平等，从进门就开始了。

入坐法庭旁听席时，已经落座的人都齐刷刷看着我们仨，他们的好奇目光仿佛在询问：这仨人是谁？怎么有兴趣听这个庭审？难道是来看门道的隔壁同行？为了转移注意力，我慢慢打量起来四周的环境。

最先映入眼帘的是由蛋黄色的细长木条包裹的四面墙，让人感觉温暖；法庭正中间的正上方是黄色木质法官席，紧挨着法官席正下方摆着一张长长的黄色木桌，桌上没有电脑，只有一些文件和一部电话，背对法官席坐着三位年轻法官助理，西装革履，我想：这可能就像内地法庭的书记员吧。

与法官助理木桌垂直处贴放了一张白色木桌和一把与法官助理座椅一样的皮椅，这是被告席，背向旁听席；同旁听席正对着的是由三排固定的办公椅组成的陪审团席，旁听席与陪审团席相对而立，分布在法官助理位置的两旁。第一次面对有实权的陪审员，一个问题立刻蹦入脑海：香港的陪审员需要什么资质……罢了，即使知道，我们也不会有这可能性，还是不必知道吧。

法官助理正下方是控方——律政司刑事检控专员与辩方律师的席位，控方与辩方平行而坐，均面对法官席，法官席左边是控方，右边是辩方。白色花状领结配黑色律师袍再加上白色假发卷套，将控方与辩方律师套

入了这非黑即白的空间，逻辑思维定格在是与不是之间，没有第三者的可能。

控方与辩方的几个年轻助理都坐在其后方，同样西装革履。在他们正后方则是一个醒目的高高的棕色竖条状铁围栏，里面竟然围住着三人，其中两人穿的是警察制服！我怀疑自己看错了，再三打量，仍然被震撼到了。瞧！这仅仅是一个铁围栏而已！靠里坐着一位身着黑色西装、未打领带、戴黑色眼镜的斯文男子，中间坐着一位身穿绿色套装制服的男子，估计是狱警，另一位身穿黑色套装制服的威猛男子立在这狱警旁，眼神犀利，可能是法庭警察吧。环顾法庭暖暖的黄色，明朗而不失庄严，辉煌而布满平等，法官、律师与被告，在这儿，只是角色的差异而已。

上午10点准时开庭，身着红黑色法官袍，头戴白色假发卷套的法官稳步走入法庭，全体人员不约而同的起立向法官鞠躬敬礼，法官落坐后，全体坐下。我们三人也一同起立、鞠躬敬礼再坐下，尽管我们并不知晓香港法庭的旁听人员是否需要这样，却很难不被这样的气氛感染。

辩方律师首先起立向法官陈述关于这个案件下次开庭的时间安排之事，然后一位穿便服的人进来面向法官鞠躬敬礼后在陪审席坐下了，如此不断循环……直到陪审席上坐满。

“砰！”一声锤响，正式开庭。铁围栏门打开了，男子在两位警察陪同下坐到了被告席，绿制服警察坐在其后，黑衣警察则退坐到了旁听席。首先，辩方律师向被告发问，她站起来，目光平视被告，语气平和，语速正常地向被告提问。喔，律师向被告发问也需要站立，

我不禁想。

接着是控方向被告发问。果不其然，控方也很自然地站起来了，控方一开始为了核对被告的身份，向其提问了一些问题，之后，按照被告案件发生的整个过程顺序发问，所有证据全部通过控方的发问与被告的当庭回答，在这一问一答之间完成了整个质证和辩论过程。

控方对被告的全部发问过程，就如同和一位朋友聊天，与被告有正常的眼神交流，语速正常，而不像内地律师那样需要对着电脑边看书记员打字边说话；语气温柔，没有丝毫责备与愤怒，耐心极致地将能证明被告主观意愿与非法行为的证据融入到一个又一个的问题并抛向被告，从被告的当庭回答中得到其要求的或者已经知道答案的回答。

控方的发问与被告的回答几乎是这次庭审的全部，持续了将近3个小时。令人感动不已的是，控方这位律政司刑事检控专员一直站立发问将近3小时，可全庭所有其他人都坐着，包括被告，也是坐着回答控方发问。不知为何，一个画面同时飞入脑海，内地某市领导们美其名曰大热天慰问清洁工人，领导们一排座椅坐在阴凉处讲话，清洁工人们则站立在火辣的太阳下接受领导们的所谓“关怀”。

在控方发问过程中，法官有时会穿插问话，核对双方问与答的内容，还一直伏案认真记录。香港庭审没有电脑记录，也就没有开庭笔录，如此重视当庭直接言辞证据的香港法庭，庭审录音应该不会少。不得不说的一个细节是，每次法官助理递文件资料给被告看时都会自然习惯地向被告点下头，就像遇到朋友或熟人那样打招呼，我理解为，这是对被告被宣判为罪人之前依旧是守法公民的尊重。

庭审中间，有人有急事需要离开法庭，则离开时一定要先向法官鞠躬敬礼后再离开。控方发问完毕后，法官问辩方律师是否需要补充发问，辩方律师站起来补充发问后整个庭审



发问结束。之后，被告被两位警察带入了铁围栏，当然两位警察也随他进入铁围栏。法官最后陈述：“下次开庭时，双方作结案陈词后，我本人再做最后的结案陈词，本次庭审结束。”法官起立后，全体立即起立，向法官鞠躬敬礼后再离位。

一个庭审虽然只是香港司法的一隅，却把法治的“平等”核心价值展现得淋漓尽致。英美法系的庭审自然与大陆法系的庭审有区别，香港庭审注重直接言辞证据，内地庭审注重书面证据，从程序角度而言，庭审程序各有千秋，很难说哪个法系的程序得出的判决结果更接近事实真相，但法治中平等的核心价值以及对法官的尊敬却与法系无关。香港人对法官的尊敬出自于内心，是港人的真实意思表示；而内地普通民众对法官因畏惧而达到了形式上的尊重，内地律师则多半是无感的形式上的尊重。不敢说内地所有检察官对被告都充满了傲慢与偏见，但却经常能见到鄙视被告的内地检察官。

聪慧者乃善学之人，香港司法中的“平等”值得内地司法学而用之。内地的司法进步还在路上，假如有一引路人说：“嘿！走这边，这是正确道路，能早日到目的地。”听还是不听？

也许前方道路还看不太清，也不知通往的目的地是否正确，更不知这条道路上有多少坎坷，而让我们迟迟迈不开步伐。而倘若内地的法律人都甘愿做一只只跟随引路人的萤火虫，萤火虫多了，那亮度，定能让夜晚光明如昼。

## NO.1 深圳律师行业管理工作培训成功举行

2017年6月16、17日，深圳律师行业管理工作培训举行，市律协理事会、监事会、区工作委员会、专业委员会主任近80人参加。深圳市司法局巡视员梅爱民、律师公证管理处处长熊松青出席会议。会议由市律协会长林昌炽主持。

熊松青处长就如何进一步做好律师管理工作提出几点意见；梅爱民巡视员传达了司法部出台的《关于进一步加强律师协会建设的意见》文件精神；林昌炽会长希望新一届工作团队保持激情、统筹规划、用好人才、科学考评、牢记使命；魏汉蛟监事长简要介绍了监事会的工作规则、重点工作及监督理念；市司法局办公室调研员魏宾讲授了《大数据时代律师行业的机遇与挑战》；市律协理事赵东川分析了近五年市律协受理投诉案件情况；市律协秘书长王红就协会规章制度、财务制度、工作程序进行了简要介绍；李淳会长向与会人员讲授了律师协会的功能和工作范畴；陈方律师分享了《如何做好理事的履职工作》。



在十届律协工作设想环节，市律协副会长章成、蔡华、杨道、尹成刚、曾迈、江定航、韩俊、汪腾锋分别就主管各专门委员会工作规划做简要介绍。

会后，理事会、业务创新与发展委员会分别组织召开专门委员会、专业委员会工作会议，对协会近期工作进行部署。

全体学员全程参加了培训，并表示：此次课程，有助于学员们进一步理解“两结合”的管理体制，明确协会各项制度，深入了解行业发展现状，建立良好的工作关系。

## NO.2 市律协赴宝安区检察院展开座谈会

7月7日上午，深圳市律师协会会长林昌炽，副会长章成、蔡华、曾迈，秘书长王红，法律职业共同体工作委员会主任刘庆江、律师权益保障委员会主任方壮毅、宝安区律师工作委员会主任郑马等赴宝安区检察院，与宝安区检察院检察长詹先见、副检察长张孟东以及检察院主要部门负责人进行充分座谈。

会议围绕保障律师执业权利、改善律师执业环境、

构建新型检律关系等议题进行。双方在保障辩护律师的会见权、知情权、阅卷权、对听取辩护律师意见、会见辩护律师、申请变更强制措施、申请收集调取证据的保障以及关于对妨碍辩护律师依法执业行为的监督、规范辩护律师执业行为等方面达成一致意见，将形成《深圳市宝安区人民检察院 深圳市律师协会共同建设法律职业共同体备忘录》，宝安区检察院与市律协开启了检律合作新篇章。

## NO.3 南山法院到深圳市律师协会交流工作

2017年6月14日下午，南山区人民法院党组书记、院长詹旭伟带领南山法院党组全体成员，业务庭负责人到访深圳市律师协会并展开座谈。

座谈会上，万国营院长希望深圳两级法院能够与深圳市律师协会进行友好沟通交流合作。詹旭伟院长介绍了南山法院基本工作情况及在推进法律职业共同体建设，构建良性互动机制建设方面的做法。林昌炽会长介绍了深圳市律师行业的队伍建设情况和近期协会重点工作，并就双方

多层次多角度的沟通提出具体意见。

双方就建立良性互动机制，确定专门联络人，通过举办文体活动和业务交流，增进彼此了解；双方网站开通相互衔接功能，及时收集处理意见建议；推动法院各部门与律协专业委员会的沟通交流；建立微信公众号互推交流平台等方面达成共识。双方表示，将以此次座谈会为契机，细化措施，巩固成果，共同修改完善《共同建设法律职业共同体备忘录》。

## NO.4 律协代表参加香港律师会110周年庆典和“一带一路”法律论坛



5月11日至13日，深圳市律师协会会长林昌炽、副会长韩俊、理事兰才明作为代表受邀出席了香港律师会成立110周年庆典和“一带一路”法律论坛。

全国政协副主席、香港特区行政长官梁振英先生，中联

办主任张晓明先生等出席了论坛的开幕仪式，在梁振英先生和张晓明先生的见证下，22个国家和地区的37个法律团体签署了《香港宣言》，林昌炽会长代表深圳市律师协会签署了此宣言。《香港宣言》的指导原则包括：促进各会会员之间的合作及交流；设立交流平台及鼓励定期更新信息；建立社会及业务转介的群组；举办年会或双年会探讨如何共同面对挑战及机遇等。论坛围绕着“连接”、“融合”、“协作”等主题，倡议高瞻远瞩、抓住机遇一起面对“一带一路”中的新挑战。

深圳新一届律协成立了专门的“一带一路”及涉外法律专业委员会，致力于研究“一带一路”建设中相关法律问题，促使深圳律师和深圳法律服务主动“走出去”，同时也加大培养涉外法律服务人才力度，做大做强律师事务所。

## NO.5 深圳律协与十五省市律协共话律师协会监督工作新模式

2017年6月9日，律师协会（全国）监事会论坛监事长2017年度会议在云南省检察官学院举行，北京、内蒙、深圳、江苏、上海5家创始发起单位，大连、广东、福建3家发起人和5家会员单位及昆明、安徽共15家律师协会监事长、监事近60人参加会议。深圳市律师协会监事会作为论坛的创始发起人，由监事长魏汉蛟率副监事长王劲松、肖迎红，监事张文波出席会议。

魏汉蛟监事长应邀介绍了深圳律协监事会近年来的工

作情况，王劲松副监事长介绍了深圳律协监事会绩效考核方面的工作，肖迎红副监事长则分享了本届监事会在专业委员会换届选举过程中进行有效监督的“鲜活”经验，张文波监事专门介绍了深圳监事会在财务监督方面的具体做法。

与会人员还就以下议题进行交流：一是讨论2018年于大连召开的第六届律师协会（全国）监事会论坛的组织、议题、议程等事宜；二是就如何更好地举办监事会论坛提供意见和建议。

## NO.6 我市5名“1+1”法律援助律师志愿者再出发

2017年7月6日上午，深圳市律师协会召开了“1+1”法律援助志愿者律师座谈会暨2017年度志愿者欢送会。市律协林昌炽会长、蔡华副会长、公益委副主任周鹏及公益委部分委员，历年“1+1”法律援助志愿者代表高立明、刘运坤、范国伟，2017年“1+1”法律援助志愿者代表魏耀红、易湘洋律师出席了此次会议，市律协吴小波监事列席会议。

林昌炽会长希望志愿律师坚持以“1+1”行动为载体，用专业的法律知识，扎实的工作作风推进“1+1”中国法律援助志愿者行动再创新成绩。蔡华副会长祝愿2017年深圳

“1+1”中国法律援助志愿者行动旗开得胜。

历年“1+1”法律援助志愿者代表高立明、刘运坤、范国伟律师介绍了他们在援助地开展工作的情况，并从纪律、生活、法律专业、开展社会工作等方面传达了宝贵的经验。志愿者律师在座谈会上表示将不辱使命，发扬深圳律师勇于担当，甘于奉献、勤勉尽责的优良作风，完成此项法律援助志愿者行动。与会公益委委员表达了对律师志愿者的崇高敬意，将大力支持他们的工作，学习他们无私奉献的公益精神与务实的工作经验，积极推动深圳律师的各项公益活动。

深圳国际仲裁院（又名“华南国际经济贸易仲裁委员会”，简称“华南国仲”，英文缩写“SCIA”），是中国主要国际仲裁机构之一，以仲裁、调解等方式，解决境内外自然人、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷。

## 独立 公正 创新

### ● 发展历程

1983年，创设于深圳经济特区，是粤港澳地区第一个仲裁机构，也是中国改革开放之后建立的第一个符合国际商事仲裁惯例的仲裁机构。

1984年，开创中国内地仲裁机构率先聘请境外仲裁员的先河（首批十五名仲裁员中有八名来自港澳地区）。

1989年，开创中国仲裁裁决依照联合国《承认及执行外国仲裁裁决公约》在境外法院获得承认和执行的先例。

2007年，由中国商务部指定，作为中国进出口商品交易会的唯一仲裁调解机构，解决国际贸易合同纠纷，至2017年调解当事人涉及112个国家和地区。

2011年，成立华南企业法律论坛，促进华南工商业界和法律界共建业务交流平台。

2012年，深圳市通过特区立法，SCIA成为中国内地第一家也是目前唯一一家推行法定机构改革并实行以国际化的理事会为核心的法人治理机制的仲裁机构。

2015年，SCIA受理了中国有史以来最大的仲裁案件，争议金额为134亿人民币，并于13天高效解决纠纷。

2016年，启用《深圳国际仲裁院仲裁规则》（2016版）、《深圳国际仲裁院关于适用〈联合国国际贸易法委员会仲裁规则〉的程序指引》和《华南国际经济贸易仲裁委员会海事物流特别仲裁规则》，成为国内首家可以受理投资仲裁案件的仲裁机构。

同年，成立深圳国际仲裁院谈判促进中心，从城市更新纠纷解决入手，把“谈判促进+仲裁”的创新模式正式推向市场。《环球仲裁评论》连续刊发《深圳欢迎投资仲裁与东道国争议》、《谈判促进规则在中国深圳诞生》进行专业报道。

### ● 丰富的仲裁经验

仲裁当事人遍及中国内地所有省、自治区、直辖市，港澳台地区和六十多个国家。

案件类型涉及境内和境外的制造业和服务业，如：金融与资本市场、国际贸易、国内贸易、外商对华投资、中国对外投资、建筑工程、房地产、知识产权、物流运输、电子商务等。

### ● 合理的仲裁员结构

仲裁员结构的国际化比例为中国最高，目前870名仲裁员来自50个国家和地区，其中境外仲裁员353名，占40.6%。

兼顾传统产业和新兴产业纠纷解决的需要，强调仲裁员的专业化和权威性。



### ● 高效的程序管理

审理期限明确，程序推进快速。

当事人可以约定更改程序，缩减有关程序期限。

SCIA的执行管理层和业务团队全部毕业于境内外著名法学院校，承继逾三十年的仲裁程序管理经验，协助仲裁庭确保程序管理的专业高效。

### ● “仲裁+调解+谈判促进”多种服务

自贸区金融仲裁中心

高科技和知识产权仲裁中心

前海海事物流仲裁中心

深圳证券期货业纠纷调解中心

粤港澳商事调解联盟

谈判促进中心

### ● 示范仲裁条款

凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交深圳国际仲裁院/华南国际经济贸易仲裁委员会仲裁。

### 联系方式

深圳国际仲裁院（华南国际经济贸易仲裁委员会）

总部地址：中国深圳市福田区深南大道2012号深圳证券交易所西广场41楼

深圳福田办公地址：中国深圳市福田区彩田路5015号中银大厦B座19层

深圳前海蛇口自贸片区办公地址：中国深圳市东滨路与月亮湾大道交汇处南侧前海深港合作区综合办公楼A栋A110

深圳罗湖办公地址：中国深圳市罗湖区深南东路5045号深业中心（深圳证券交易所老楼）2层西侧

电话：86-755-83501700 传真：86-755-82468573 电邮：info@scia.com.cn 网址：www.scia.com.cn

### 二维码



(服务号)



(订阅号)

