

SHENZHEN LAWYERS



深圳律師

非常视线 专业见解

保护个人信息 我们永不止步

陈宝权：律师体制改革的见证者

论书架的成长



深圳律协公众号



NO. 67

2016年第6期 深圳市律师协会主办
法人杂志社协办



深圳市律师协会

SHENZHEN LAWYERS ASSOCIATION

“深圳律师之家”移动APP，扫一扫即可安装！
提供最贴心的会员服务！



深圳律协官方移动应用

防范大数据奴役 保护个人信息权

文 丁南 深圳大学法学院副院长

吴先生目前是一家跨国银行的技术总监，在这之前则是一所大学的通讯领域教授。在某次会议期间，吴先生向一名智能手机厂家的工程师询问该厂家是否会收集、保存用户信息，这些信息会被保存多久，以及为了改善产品性能，公司是否会分析、利用这些信息。

吴先生的问题，是很多人关心的问题；但更多人关注它，却不是因为职业特性，而是因为其直接关系到人本身。相信没有人会愿意生活在一个被人“窥视”的世界里——那里，潜身着一个“存在”，它比你自己更清楚你过去是什么样、现在如何，以及下一步想做什么。在这样的世界里，你注定会痛苦万分！因为谁能清楚地告诉你“你是谁”，它就注定是你的主人。你在它面前，犹如在上帝面前赤裸的亚达、夏娃，除非你刻意丧失理智，否则你每一步都得按着它的所知和预期。这样的你，还敢自诩有自由意志吗？

所以，尽管有重叠，但在法律上“个人信息”与“个人隐私”不能等同起来。在这里笔者强调的是，如果说侵犯个人隐私伤害的是某个人和社会的体面，那么侵害或者滥用个人信息，就是直接把“人”变成了“奴隶”。在这个大数据时代，在铺天盖地的“互联网+”不漏之网里，我们不得不怵惕大数据带给人的新的“奴役”。

防范奴役，依靠法治。

首先，应当承认“个人信息权”。既然越来越多的人意识到个人信息不能通过隐私权等既有范畴加以保护，又因其至关重要，那么“权利化”就是必要的。任何人均负有不得侵害他人个人信息权的一般义务，因此其性质当属绝对权，体现权利人对于自己信息的排他及支配效力。民事救济方式也可参照我国侵权责任法第二十条。

其次，采取“统一立法模式”。对于个人信息保护，概而言之有“分散”和“统一”两种模式。前者以美国法为典型，其在不同领域或针对不同事项制定单行法，适应性、实用性强，但体系化程度低；后者以《德国联邦个人资料保护法》为代表。如果立法承认“个人信息权”，则在“支配权——请求权”的民法体系下，采用统一式立法保护个人信息权可能是更适宜的。深圳律师界的人大代表于2010年两会期间联名提交的《关于加快深圳市个人信息保护立法的议案》，以及2012年12月全国人大常委会通过的《关于加强网络信息保护的決定》，都与“统一立法模式”一致。

我们有理由相信，将“个人信息权”纳入民法典体系，体现了法律回应“大数据”时代的制度变迁，更是防范大数据奴役的必要之举。



Contents



法人

主办：深圳市律师协会
协办：法人杂志

粤内登字B11277号



本刊随《法人》杂志赠阅发行
出版日期 2017年3月

编委会主任	高 树
编委会成员	张 斌 黄思周 韩 俊 胡宁可 张 鹏 张 弢 张 斌
主 编	王 红 张 鹏
执行主编	周争锋 陈 伟 杨新发
栏目编辑	舒 笑 陈旭绯 颜宇丹 贺 鹏
本期责任编辑	刘 峰 王文超 王 颖
编辑	刘晓莹 赵 佳
美 编	0755 - 83025789 83025728
电 话	0755 - 83025177
传 真	深圳市福田区深南大道4001号
地 址	时代金融中心20楼
邮政编码	518048
电子信箱	shenzhenlawyers@163.com

视线 VIEW

P4-P5

- ◎ 校园暴力不可纵 法律介入不可缺
- ◎ 知假买假，法律大胆说“不”！
- ◎ 从聂树斌一案看如何提高刑事案件律师辩护率？

热点 HOTSPOT



专题：保护个人信息 我们永不止步

P6 保护个人信息 我们永不止步

P7 你的个人信息是这样被泄露的？

P8 运营商与电信诈骗的家长里短

P11 个人信息保护的百万罚单时代来了?

P14 《网络安全法》为网民个人信息
保驾护航

P17 个人信息的民事立法保护

P19 侵犯公民个人信息罪的保护
范围及违法行为类型

P22 试论个人信息权的刑法保护

论道 DISCOVERY

P25 建设工程施工合同无效后的
新问题研究

实务 PRACTICE

P29 如何当好慈善信托监察人

P31 破产管理人就有财产担保债权受偿的
报酬计收问题刍议

拍案 CASE AND EXAMPLES

P35 情势变更争议与非讼解决机制
——一起国际货物销售合同履行纠纷处理的分析

P39 特殊情形下的工作岗位如何确定?

人物 PROFILE



P42 陈宝权：律师体制改革的见证者

生活 LIFE

P45 论书架的成长

律协动态 INFORMATION

校园暴力不可纵 法律介入不可缺

2016年12月16日，深圳龙华爱义学校初一学生小谢（化名），因向学校领导举报多个高年级学生收取“保护费”，被高年级学生轮番殴打、踹头及逼着下跪自扇巴掌，后经医院初步诊断为“额骨骨折”及疑似脑震荡。19日，龙华新区教育管理办公室发出通报，称涉事双方家长已签订和解协议书，打人学生及监护人会当面赔礼道歉且赔付医药费等损失，相关部门亦会做好善后工作。

（综合媒体报道）

校园暴力，是发生在学校及其合理辐射地域，由学生间蓄意或恶意通过肢体、语言及网络等手段，实施欺负、侮辱造成伤害的行为。近年来，校园暴力恶性事件频频爆出，残忍程度及严重后果令人发指，因此，完善校园暴力法律制度迫在眉睫。

就刑法方面而言，现行条文规定不满十四周岁者犯罪不负刑责，已满十四不满十六周岁只对故意杀人、故意伤害致人重伤等八种犯罪承担刑责，对未成年人违法犯罪不适用重刑，坚持教育为主惩罚为辅的原则，执行教育、感化、挽救的方针，但过多“呵护”未成年犯罪人，实际上起到的震慑作用颇小。

就民法方面而言，教育机构若能举证证明自己尽到教育管理职责，就不对校园暴力事件承担民事赔偿责任，此归责原则难以引起教育机构对法治教育和引导工作的重视；未成年人监护人的监护职责也待进一步明确。

就行政法而言，很多校园暴力事件都交由教育机构内部管理或家长自行协商，远达不到规范制约作用，相关部门应主动介入监管教育机构，定期检查校园安全教育工作，严肃追究相关责任人的法律责任，且对不构成犯罪的未成年施暴者进行行政处罚，如收容教育、社区矫正等。

惩戒机制的空白和法律的缺位是校园暴力日益猖獗的根源，因此，建立和健全与《刑法》、《侵权责任法》、《未成年人保护法》等衔接的校园暴力法律体系刻不容缓。以科学立法、严格执法以及深化普法来加强对校园暴力的教育预防、依法惩戒和综合治理，切实维护校园安全。

（赵波律师 广东盈乐律师事务所）

知假买假，法律大胆说“不”！

目前，工商总局向工商系统内下发了关于征求对《消费者权益保护法实施条例(征求意见稿)》（下称《实施条例》）意见的通知，引发广泛热议。其中最受关注是第二条对《消费者权益保护法》（下称《消法》）的适用对象进行了界定：消费者为生活消费需要而购买、使用商品或者接受服务，其权益受本条例保护，但是自然人、法人和其他组织以营利为目的而购买、使用商品或者接受服务的行为不适用本条例。

（综合媒体报道）

以营利为目的的消费行为不再受《消法》保护的消息一出来，顿时引起轩然大波，一些“职业打假人”跳出来指责，认为这相当于从立法层面否定了职业打假行为的合法性；一些观点甚至认为该《实施条例》一旦执行，可能会滋生更多假货事件，让消费者受到更大损失。对此，笔者不敢苟同。

实际上，知假买假方面的巨大利润空间，已经滋生了很多职业化、团队化的打假队伍，他们一旦发现某一商品存在问题，就会大量购进，然后开票、质检、索赔，并以此作为主要的经济来源。

显然，这些职业碰瓷人打假的目的并不是为了保护消费者权益，而是通过法律漏洞来获得高额利润，这就让打假行为变了味儿，甚至出现“制假打假”的恶劣情形。这些行为干扰了市场的健康发展，也挤占和虚耗了国家宝贵的司法和行政执法资源，导致真正需要帮助的消费者得不到及时救济，对社会公平正义产生了负面影响。

深圳中院在知假买假的法律处理上，态度比较明确，其《关于消费者权益纠纷案件的裁判指引》就明确规定，经营者以消费者在购买商品或者接受服务前已经知道该商品或服务存在缺陷为由进行抗辩，主张其不构成欺诈的，法院不予支持。

借《实施条例》出台之机，笔者希望有关部门能够对如何界定“知假买假”行为、如何区分真正的消费者等作出更为清晰的界定，使法律的适用更具可操作性和实用性，将《消法》的立法宗旨发挥得淋漓尽致。

（陈伟律师 北京市炜衡（深圳）律师事务所）

从聂树斌一案看如何提高刑事案件律师辩护率？

文 张斌律师 广东卓建律师事务所

2016年12月2日，最高法院第二巡回法庭对聂树斌故意杀人、强奸妇女再审案公开宣判，宣告撤销原审判决，改判聂树斌无罪。这一宣判的来临，为这件牵扯了22年的冤案划上句号。欣慰之余，我们应该意识到：保证被告人获得专业律师辩护权，或许是避免此类冤案再次发生的关键。即：国家不仅具有此类人权保障义务，也应该切实保障辩护权实现，即对辩护权负有给付义务。

据全国刑事案件律师辩护率大数据报告显示，目前我国刑事案件律师辩护率约为14%。从地区来看，上海、安徽、北京辩护率最高，新疆、海南、青海辩护率最低；从罪名来看，律师辩护率排在首位的罪名为非法吸收公众存款罪，比率为55.6%，律师辩护率居于末位的罪名为强奸罪，仅为3.93%。我国的刑事案件律师辩护率之低，令人担忧。

个人面对国家追诉，所处的地位决然不平等，为了弥补国家和个人之间力量的天然悬殊，除了将司法权力关在笼子里外，更为重要的是，要为个人提供防御和抵抗司法权力滥用的切实有效手段。在刑事诉讼制度的构架设计中，辩护权的作用就在于此。

辩护权能否得到有效行使，关乎的不仅仅是个案中被告人权利的保障及冤假错案的防止，更是公民基本人权的保障及社会正义的充分实现。因此，联合国《公民权利和政治权利国际公约》中规定了辩护权，尤其是强调通过法律援助使刑事被告人获得公正审判的基本权利。第七届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会通过的《律师的作用》中也指出：“要使公民的权利得到充分的保护，就需要使所有的人都能够有效地获得由律师提供的法律服务。”

笔者认为，在现代法治国家，保证被告人获得专业律师辩护权应当是国家的人权保障义务，对于辩护权的落实，国家亦负有给付义务，应切实保障辩护权的实现（即国家以积极作为的方式为公民行使辩护权提供某种利益的义务），这是现代司法文明的重要标志，也应当成为现代



法治的题中之意，即为被告人提供律师辩护应当是政府提供的公共法律服务。

在美国大多数刑事案件都是由公共刑事辩护律师辩护的。据估算，大约80%的刑事被告人是由政府出资聘请律师的。十八届四中全会通过的《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中作出了加强人权司法保障的决定，为了落实这一决定，要切实改变我国刑事案件律师辩护率低这一现状，在刑事案件中加强人权司法保障，须从以下几个方面着手解决：

- 1、用法治思维来重新审视辩护律师在法治社会建设中的地位，破除“律师是为坏人说话”的错误观念；
- 2、切实保障辩护律师在刑事诉讼中享有的调查取证权、阅卷权、辩论权等执业权利，同时对于那些侵害辩护律师执业权利的行为严加处罚；
- 3、扩大刑事案件法律援助的范围，对于凡是聘请律师的犯罪嫌疑人均指派刑事辩护律师担任辩护人，做到刑事案件律师辩护普遍化；同时，提高刑事辩护律师担任辩护人的法律援助报酬，在条件成熟时由政府设立公设辩护人制度，由专业的律师从事政府指派的刑事案件辩护工作，使之由公益法律服务向公共法律服务转变；
- 4、加大对辩护律师的正面宣传，培养一批金牌刑事辩护律师。让刑事辩护律师真正成为检察机关的对手、法院的咨询者、公民权利的维护者、冤假错案的防止发生者。

保护个人信息 我们永不止步

文 本刊编辑部

一个意想不到的电话、一条不经意的短信，转瞬即逝的，既可能是老人一辈子的“保命钱”，也可能是一个青春、阳光的生命。山东准大学生徐玉玉遭遇电信诈骗后，永远停止了呼吸，我们再一次以生命的代价得到警示，远离诈骗，珍爱生命。

为何电信诈骗多年来屡禁不止，乃至愈演愈烈？从最初“喜从天降的中奖信息”，到各种“养老、教育费用的补贴”，甚至有人冒充公检法等国家机关实施诈骗，诈骗形式层出不穷。为何“黑手”频频伸向没有防备的老人和孩子？学生家长、金融用户、新手妈妈、买房卖房者的各种隐私竟然成为了犯罪分子的“导航仪”，从“撒网式”诈骗到“精准化”锁定，电信诈骗犯罪从最初的个案演变为“虚拟化、智能化、集团化、国际化”的团伙作案，犯罪手段不断升级，并形成了成熟的“地下黑色产业”。

我们不禁要问：信息革命的浪潮和全面铺开的数字化使得人们的生产生活与互联网深度融合，个人信息一方面继续保有“单独或者与其他信息结合识别”特定个人的能力，另一方面又能在现代计算和存储能力的支持下，得到进一步的价值挖掘和释放。但，在互联网时代背景下，数字经济的发展不应当是电信诈骗日益猖獗的理由。

个人信息保护立法并不是新话题。早在11年前，周汉



华教授就曾提交过《个人信息保护法（专家建议稿）》，缘何十多年过去，被很多人望穿秋水的个人信息保护法仍未正式进入立法进程？是否一定要以生命为代价，才能使个人信息保护终被提上立法日程。

事实上，个人信息保护的法律规范并非空白。2012年通过的全国人大常委会《关于加强网络信息保护的決定》和2013年通过的全国人大常委会《关于修改〈中华人民共和国消费者权益保护法〉的決定》，以及2009年通过的《刑法修正案（七）》和2015年通过的《刑法修正案（九）》等现行法中，涉及个人信息保护的条文超过了200条。《网络安全法》的出台，终于使得我国拥有了关于个人信息保护较为综合的权威规定。其不仅继承了现行法关于个人信息保护的主要条款内容，而且根据新的时代特征、发展需求和保护理念，创造性地增加了部分规定，努力实现个人信息保护和利用的平衡。2016年10月31日，提请全国人大常委会二审的民法总则草案增加一条规定：自然人的个人信息受法律保护。

然而，法律人的脚步永不停止。我们应当看到，这些规定相对分散，不成体系，甚至有的相互之间还存在冲突。近年来引发社会强烈关注的个案多为刑事案件，在强化个人信息保护立法上，刑法保护较为全面。相比之下，在现行民事法律中，却找不到个人信息保护的明确规定，与此相关的“隐私权”保护，也并不能涵盖个人信息保护的范围。

“统一立法有必要，分散立法是现实。”有人认为，个人信息保护法迟迟未出台的原因并不在于立法的必要性，而在于立法的步骤选择和模式选择。无论是专门立法，还是牢牢把握修订民法总则的契机予以完善，我们期待，权利保护不再以生命为代价；我们期待，有一部明确的法律规范，指引法律人砥砺前行。

你的个人信息是这样被泄露的？

文 李泽华 自由撰稿人

最近，《南方都市报》记者做了一项调查，记者花费700元就买到了同事5年来的各类信息，包括交通记录、酒店住宿记录、手机位置定位以及银行卡余额等重要隐私，引起了轩然大波，以及人们对个人信息安全的担忧与讨论。这些个人信息的泄露，除了不法分子的刻意收集之外，我们的一些日常行为也在无意中起到推波助澜的作用。日常生活中哪些行为容易导致个人信息泄露？我们又该如何防范呢？

各类单据

快递单、车票、登机牌、购物小票、办理手机卡的业务单、水电单账单……这些单据都包含大量个人信息，随意乱丢可能让它落入不法分子手中，导致个人信息泄露。

防范方法：1、快递收货地址不必留的太详细，尽量填工作单位，也可选择留楼栋号或附近的代收点；2、有用的单据妥善保存，无用的单据可以直接碎掉，或将姓名、电话、地址等个人信息涂黑再丢弃。

公共WiFi

若在智能手机的网络设置中选择了WiFi自动连接功能，就会自动连接公共场所WiFi。但WiFi安全防护功能比较薄弱，黑客只需凭借一些简单设备，就可能盗取WiFi上任何用户名和密码。

防范方法：1、公共场合尽量不使用任何无需密码的免费WiFi；2、使用WiFi登录网银或者支付宝时，可以通过专门的APP客户端访问；3、把WiFi连接方式设置为手动连接。

社交媒体

通过微博、QQ空间、贴吧等平台 and 熟人互动时，有时会不自觉透露对方姓名、职务、工作单位等真实信息。有些家长在朋友圈晒孩子照片时包含了孩子姓名、就读学校、所住小区等信息；晒火车票、登机牌，却忘了将姓名、身份证号、二维码等进行模糊处理。防范方法：1、在社交网络要尽可能避免透露或标注真实身份信息；2、朋友圈晒照片，尽量不晒包含个人信息的照片，通过设置分组来分享照片，晒火车票、登机牌等时模糊处理个人信息部分；3、不要随意留邮

箱，或把邮箱地址中的QQ号改成其他用户名。

网络调查

很多网友上网时经常会碰到填写各种调查问卷、玩测试小游戏、购物抽奖、或申请免费邮寄资料、申请会员卡等活动，一般要求填写详细联系方式或家庭住址等个人信息。

防范方法：参加此类活动前，要选择信誉可靠的网站认真核验对方的真实情况，不要贸然填写个人信息导致泄露。

网上简历

目前，很多人通过网上投简历找工作，简历中的个人信息一应俱全，有些公司在面试的时候还会要求你填写一份所谓的个人信息表，上面有你的家庭关系说明，父母名字，个人电话，住址，毕业学校甚至身份证号等信息。

防范方法：一般情况下，简历上只提供必要的信息，不要过于详细填写本人的具体信息，尤其是家庭住址，身份证号等。

手机应用程序

多数应用程序安装过程中都会弹出询问——“向您发送通知，使用你的位置”等对话框，如果点允许，这些应用可扫描并把手机信息上传到互联网云服务器，手机使用者的位置、通话记录、甚至家庭住址等都很容易被人获取。

此外，很多人习惯吧QQ、微信、微博等设置成自动登录，一旦手机丢失或者被黑客入侵，账户和密码很容易被获取，从而造成损失。

防范方法：1、安装软件时，慎重选择是否允许使用位置、发送通知；2、尽量不要把手机软件设置为自动登录，每次登录都应输入密码，并更换密码要定期，密码的安全系数要高，不要设置简单的数字组合作为密码。

当然，除了以上几类型外，也存在着诸如旧手机买卖、身份证复印件乱丢弃等方式带来的信息泄露。个人信息泄露不仅对我们的生活带来困扰，甚至会危害到就业、教育、保险、财政、刑事司法、社会服务等各个领域。因此，尽快完善信息化领域的法律，加强对个人信息的立法保护，严惩倒卖个人信息的违法行为迫在眉睫。



运营商与电信诈骗的家长里短

文 赵丹阳律师 广东诚公律师事务所

何为电信诈骗？

电信诈骗是指犯罪分子通过电话、网络和短信方式，编造虚假信息，设置骗局，对受害人实施远程、非接触式诈骗，诱使受害人给犯罪分子汇款或转账的犯罪行为。2009年以来，电信诈骗在原有作案手法的基础上手段翻新，作案者冒充电信局、公安局等单位工作人员，使用任意显号软件、VOIP电话等技术，以受害人电话欠费、被他人盗用身份涉嫌经济犯罪，以没收受害人所有银行存款进行恫吓威胁，骗取受害人汇转账资金。2013年，中国电信诈骗案件发案30万余起，群众损失100多亿元。

2016年8月，准大学生徐玉玉遭电信诈骗后猝死一案，使大众对电信诈骗的痛恨情绪膨胀到极点，电信运营商又一次被推向风口浪尖。电信运营商与电信诈骗案的频发究竟有何渊源？

我们在2013年12月画一条时间分割线。在这之前，电信运营属于国家垄断行业，我国只有三家运营商，分别是中国移动、中国联通以及中国电信。2013年12月之后，工信部核发虚拟企业运营商牌照，审批通过170、171号段作为虚拟运营商的专属号段。根据工信部的统一规划，获得虚拟运营商牌照的企业在2014年年初面向市场放号，为用户提供移动通信服务。据媒体报道，截至目前，虚拟运营商发展的用户数已达3100多万，42家获得试点批文的企业当中已有41家开展了业务，有7户企业用户数已经突破百万，其中前3家的企业用户数在300万到600万之间。

虚拟运营商的高速发展不可避免的带来了诈骗信息的密集轰炸。然而，绝大部分公众只知中国移动、中国联通、中国电信三大运营商，对虚拟运营商及170、171号段并不熟悉，对诈骗信息的“每日问候”，不少人认为是三

大运营商所为。甚至有人认为，在一桩桩电信诈骗案的背后，除了犯罪分子获得了“利益”，银行和电信运营商也在其中“分得了一杯羹”。对于公众的质疑和拷问，运营商们到底冤不冤？

电信诈骗缘何屡禁不止？

实名制落实仍有死角

在电信诈骗过程中，个人信息泄露、运营商防范不力，这两大原因给不法分子提供了作案契机，其中，通信运营商在落实实名制、拦截诈骗信息等方面的疏漏是导致电信诈骗屡禁不止的重要原因之一。

关于泄露公民个人信息的行为，虽然在2009年已入刑，但依然是社会毒瘤，屡禁不绝，究其原因，还是没有100%实现实名制。2013年7月，工信部对外正式公布了《电话用户真实身份信息登记规定》和《电信和互联网用户个人信息保护规定》，其中规定，自当年9月1日起，用户办理固定电话、移动电话（含无线上网卡）等入网时，必须进行实名制登记。根据工信部的要求，2016年12月31日前，全部电话用户实名率要达到95%以上，2017年6月30日前全部电话用户实现实名登记。2016年9月北京移动、北京电信、北京联通三家运营商联合发布《关于进一步落实电话用户真实身份信息登记规定的公告》，依据公告内容，新入网用户必须进行实名登记，没有登记真实身份信息或身份信息登记不完整的老用户，需依法进行补登记。2016年10月15日起，未实名登记的手机号码将会被依法限制通信服务。最晚在11月份，对所有非实名电话用户双向停机。随后，各省市的三大运营商均发出类似公告，至此，三大运营商在用户实名制的层面，迈开了一大步。

但虚拟运营商在实名制的推进工作上，困难重，在2014年之后发生的电信诈骗中，170、171属于诈骗呼出电话的重灾区。浙江省温州市反诈中心成立以来，接到报案的3000多起电话诈骗中，170号段占三分之二。而2016年以来，深圳市共发生涉及170号段的诈骗案件800余起。上海市公安局一线反诈骗民警表示，虚拟运营商170和171号段一般会提供较为优惠的资费，所以往往被诈骗分子用来跨境、跨区域拨打长途电话。从目前来看，170、171号段实名登记不是很严格。群众遭遇电信诈骗后，公安机关

侦查难度很大，所以170、171号段是电信诈骗分子最“青睐”的一个号段。

2016年4月7日，工信部针对电话实名制落实不严问题，紧急约谈了3家虚拟运营商，责令企业立即整改，并暂停对此3家虚拟运营商核配新的码号资源，在整改到位前不予开放。徐玉玉案件发生后，工信部有关负责人表示将加大对虚拟运营商监管力度，对违反实名制规定的虚拟运营商，严肃处理，绝不姑息。针对媒体对虚拟运营商实名制的质疑，相关负责人表示，自移动转售业务试点以来，工信部一直高度重视虚拟运营商监管工作，已针对虚拟运营商实名制落实情况开展了多轮次监督检查，并采取行业内部通报、社会通报、专门约谈、责令整改等措施，督促虚拟运营商落实各项工作要求。下一步，工信部将进一步加大对虚拟运营商的监督管理力度，并将把实名制落实情况作为虚拟运营商申请扩大经营范围、增加码号资源、发放正式经营许可证的一票否决项。

诈骗信息拦截不力

电信诈骗中对运营商质疑的另一焦点是其对诈骗信息的拦截层面。2013年10月，家住广州市的杨衡兴接到了一通诈骗电话，诈骗分子冒充公检法工作人员，骗取杨衡兴老人48万元的积蓄。后经公安机关调查，发现这是诈骗分子使用网络改号电话，模拟黄浦区检察机关电话号码给杨衡兴打的电话。随后，杨衡兴委托律师起诉了广州电信。庭审中，广州电信一直坚称自己无法拦截改号电话，并拒绝承担赔偿责任。一审法院审理后认为，电信公司有采取有效措施、保障准确显示来电号码的义务。对于此次诈骗，广州电信应承担相应责任。最终，一审法院判决广州电信公司赔偿杨衡兴损失1万元。

诈骗分子之所以能拨打出模拟的10086、110、400号码以及各法院、公安机关的电话，其原因在于通信运营商没有及时通过技术手段解决大部分的安全漏洞，对“改号”业务管控不严。伪装号码的短信和电话是通过伪基站加改号软件发出的，据某位运营商的工作人员介绍，不法分子一般会将伪基站随身携带，在人流量大的地方使用。而手机会自动选择信号最强的基站接收或发出信号。正规基站往往在高楼或者高山上，所以它的信号强度远远不如伪基站发出的信号，于是手机就会将伪基站信号默认为正

规基站。伪基站获取到手机的信号(SIM卡号)后,就模仿发出一段信号。这段信号的头部包含了信号的来源,也就是我们常说的来电显示的号码。只要这段信号写着“110”,那么来电显示自然就是“110”了。在早期的通信协议里,“110”这段信息是不加密的,所以任何人都可以模仿。在上述案例中,广州电信对于自己没有拦截能力的说法,有专家表示根本站不住脚,“很简单,运营商每年都会公布自己拦截了多少改号电话,这就说明他们是有能力的。”

如何躲过诈骗信息的轰炸?

在政府的高度重视下,除运营商对诈骗信息开展拦截工作以外,很多社会责任企业如腾讯、360等公司已经推出了虚拟诈骗号码标记的服务,部分手机厂商也会主动内嵌这些程序。但从监控技术和服务便利性上看,运营商直接过滤或通过显示提醒诈骗电话、短信等,覆盖的用户面会更大。此外,在技术上有利防御电信诈骗的手段是杜绝“改号”软件的传播。只要诈骗分子无法山寨那些关键号码,他们的欺骗性就会大大降低。而这一任务,还是需要政府部门来解决。

最高人民法院、最高人民检察院、公安部于2016年12月20日联合发布《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》,进一步明确打击电信网络诈骗的法律标准,统一执法尺度。其中明确规定,利用电信网络技术手段实施诈骗,诈骗公私财物价值3000元以上、3万元以上、50万元以上的,应当分别认定为刑法第二百六十六条规定的“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”。两年内多次实施电信网络诈骗未经处理,诈骗数额累计计算构成犯罪的,应当依法定罪处罚。意见提出,电信网络诈骗数额达到相应标准之后,具有造成被害人或其近亲属自杀、死亡或者精神失常等10项情形之一的,即可酌重处罚。人民法院适用量刑规范化审理此类案件,在确定量刑起点、基准刑时,一般应就高选择。对电信诈骗犯罪被告人要严格控制适用缓刑的范围,严格掌握适用缓刑的条件。至此,对电信诈骗追责的法治环境已经建立充分。

据媒体报道,各地市都采取了防范电信诈骗的手段。云南省反电信网络诈骗中心暨昆明市分中心于2016年8月

在云南省通信管理局成立,公安机关相关部门、各大电信运营商、金融管理部门和主要商业银行全面参与工作。厦门市反诈骗中心2015年联合当地移动公司研发的诈骗电话自动筛查预警系统,已取得不错的效果。该系统能在170、171号段或境外虚拟电话拨入时,以彩信提醒用户,号码性质及是否曾被用于电信诈骗。数据显示,这一系统启用后的10天,170电话和境外虚拟电话诈骗案件环比前10天下降61.1%和48%。

国外杜绝电信诈骗的做法

美国联邦通信委员会和联邦贸易委员会推出一个“拒绝来电名单”的注册服务,居民在官网上注册固话或手机成功后,除了慈善机构、政治团体或电话调查者之外,任何人向这些号码进行电话推销均属非法,居民可以举报。

日本警方则会定期在媒体上分析典型案例,公布最新作案手法,指导民众应对。同时也以法律授权银行对可疑账户进行冻结,对受害人的债务减记、受骗金额返回等。

在德国,个人在银行开户时不仅要实名登记,还要接受严格的身份检验,身份证、家庭固定电话、工作单位等都要进行存档备案。开户者还要和银行签订“信用合同”。此外,用户在签订手机、网络等合同时,也要实名登记,并签订“信用合同”。银行、电信、网络、租房等公司会定期将用户的个人信用信息向德国信用信息处理机构Schufa报告。这样,一旦发生电信诈骗,银行可以轻松通过Schufa系统查出相关信息,帮用户把钱追回来。

澳大利亚电话诈骗方式主要是提供免费旅游、谎称“中大奖”“政府退税”等,其中针对移民的电信诈骗也比较流行。诈骗分子冒充移民部门官员给持临时签证的移民打电话,谎称对方签证出现问题,需要缴纳相关费用,否则将被驱逐出境。要防范诈骗分子骚扰,民众可以向澳大利亚电话局申请免费的“电话号码保护”服务,这样就可以拒绝所有市场营销人员来电。

电信诈骗的根治和杜绝需要多方的努力,广东省人大代表陈伟才的关于“出现电信诈骗应该运营商和银行现行赔付的”犀利呼声,很得市民的支持。希望在政府有关部门的主导下,多方联动对于电信诈骗严防死打,终结电信诈骗,不再以生命为代价。

2016年11月7日，全国人大常委会审议通过了《中华人民共和国网络安全法》（下称“《网络安全法》”），该法将于2017年6月1日正式实施。一经发布，《网络安全法》即引起社会各界的广泛关注，“网络空间主权”、“网络安全等级保护”、“关键信息基础设施”等一系列概念顿时成为了社会讨论的热点话题。

个人信息保护的百万罚单时代来了？

文 宁宣凤律师 尹冉冉律师 北京市金杜律师事务所

《网络安全法》的另一大亮点是关于个人信息保护的相关条款。《个人信息保护法》的草案曾于2008年提交国务院立项审查，但此后立法进程即停滞不前。因此，在《网络安全法》出台之前，我国个人信息保护规则仅散见于多部不同的法律法规和规范性文件中，如《侵权责任法》、《刑法》、《治安管理处罚法》、《消费者权益保护法》和《全国人大常委会关于加强网络信息保护的決定》等。《网络安全法》的出台为个人信息保护制度开创了多个“首次”，尤为引人注目。

新标杆树立，开创四个“首次”

首次在法律层面确立了一般意义上“个人信息”的概念

《网络安全法》第七十六条规定：个人信息是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别自然人个人身份的各种信息，包括但不限于自然人的姓名、出生日期、身份证号码、个人生物识别信息、住址、电话号码等。

“个人信息”及其他类似概念，如“个人电子信息”^[1]、“个人金融信息”^[2]以往散见于不同的法规和规范性文件中。而《网络安全法》首次在法律层面确

立了一般意义上的“个人信息”，进一步扩大了个人信息的保护范围。一方面，个人信息不再要求有特定的记录方式，即通过任何方式记录下来的信息都将被包括在内；另一方面，《网络安全法》中“个人信息”的概念强调可识别性，即使是通过与其他信息结合才能识别身份的信息，也属于《网络安全法》保护的个人信息。

首次明确了禁止向他人提供个人信息的例外情形

《网络安全法》规定，未经被收集者同意，不得向他人提供个人信息。而与此同时，《网络安全法》首次明确了上述禁止性规定的例外，即如果特定信息经过处理无法识别特定个人，并且不能复原，则不受上述限制。

根据此前的相关规定，收集个人信息均要求经个人同意方可进行，并未设置例外条款。事实上，由于经过处理且不能复原的信息很难指向特定个人，利用此类信息侵害个人合法权益的可能性也较小。因此，在国家鼓励和推动大数据产业发展的大背景下，《网络安全法》给予脱敏信息在侵权领域的“豁免性”地位，有利于保障利用脱敏信息进行数据挖掘及其他方面研究行为的合法性与积极性，推动数据产业的发展。

[1] 见《全国人大常委会关于加强网络信息保护的決定》。

[2] 见《中国人民银行关于银行业金融机构做好个人金融信息保护工作的通知》。

首次在法律层面规定特定个人信息的存储位置，维护国家信息安全

《网络安全法》对关键信息基础设施运营者的个人信息存储地点提出了特殊要求，要求在我国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在我国境内存储。

目前，我国仅在某些特殊领域有对个人信息存储位置的要求。例如，根据中国人民银行的有关规定，在中国境内收集的个人信息金融信息的储存、处理和分析应当在中国境内进行，银行业金融机构不得向境外提供境内个人信息。鉴于关键信息基础设施的认定尚无明确规定，该条款加大了企业存在个人信息过程中面临的潜在风险和不确定性。

首次在法律层面明确了违反个人信息保护规则的行政责任

根据《网络安全法》的规定，侵害个人信息相关权利时，将面临警告、没收违法所得、罚款、暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证和吊销营业执照等法律责任。其中对直接责任人员的罚款数额可达十万元，对网络运营者的罚款数额更可高达一百万元。

此前，对违反个人信息保护规则的法律后果，具体的罚则散落于《全国人大常委会关于加强网络信息保护的决定》、《刑法》、《治安管理处罚法》、《消费者权益保护法》等各部独立法律法规及规范性文件之中。相较于此前的规定，《网络安全法》对违法行为的罚款力度明显提高；此外，与《全国人大常委会关于加强网络信息保护的决定》相比，《网络安全法》增加了对直接责任人员的罚款，并且明确了侵犯个人信息情节严重的多种罚则，即新增了责令暂停相关业务、停业整顿以及吊销营业执照。

体系性归纳，收集个人信息“有规可循”

《网络安全法》第四章针对收集、使用个人信息做出的规定，将此前散落在多个法律法规中关于个人信息

保护的一般规则进行了体系性的归纳。为便于大家理解，我们将这些规则进行了整理。

高位法确认，维护个人权利“有法可依”

在确立个人信息保护基本规则的基础之上，《网络安全法》更在若干方面进一步拓展了个人信息的权利范围，为公民的个人信息提供了更为全面的保护。

◎拓展公民知情权。《网络安全法》第二十二和第四十二条规定，在发生或可能发生信息的泄露、篡改和毁损，或发现其网络产品、服务存在安全缺陷、漏洞等风险时，网络运营者或者网络产品、服务提供者应当及时告知客户。

因此，企业在开展业务的过程中如需收集、使用公民个人信息，不仅应当告知信息收集和使用的规则、目的、方式和范围，更需注意在发生或可能发生潜在危机时及时履行告知客户的法定义务，以便客户采取应对措施、降低潜在损失。这就要求企业完善内部危机应对机制，更为密切地关注信息安全，以便在突发情况下及时、有效地做出应对。

◎明确泄露信息删除权。《网络安全法》第四十三条规定，网络运营者收集、使用个人信息违反法律规定或双方约定的，个人有权要求删除。也就是说，个人不仅在网络运营者违法收集信息的情况下有权要求删除相关信息，还可以网络运营者违反双方约定为由要求删除信息。

实际上，《网络安全法》对删除权的确定与收集使用信息需遵循的正当性、必要性原则一脉相承——无论是违反法律规定，还是违反双方约定的收集使用信息的范围和期限，即意味着企业失去了留存使用信息的合理理由，依法应当删除相关信息。因此，从合规角度，企业在制定与用户的合同条款时需对有关收集使用信息的合同约定内容予以充分关注，从企业内部制度设计的角度降低潜在风险。

◎确立错误信息更正权。《网络安全法》第四十三条规定，网络运营者收集、存在的个人信息有错误的，

[3] 《个人信用信息基础数据库管理暂行办法》第十六条和第二十条规定，“个人认为本人信用报告中的信用信息存在错误（以下简称异议信息）时，可以通过所在地中国人民银行征信管理部门或直接向征信服务中心提出书面异议申请”；经过核查确认信息登载错误后，“征信服务中心……应当在2个工作日内对异议信息进行更正”。



个人有权要求予以更正。

此前，我国仅在个别领域对此种权利有明确规定，例如《个人信用信息基础数据库管理暂行办法》曾规定个人有权向征信管理部门就错误信用信息提出异议。^[3]此次，《网络安全法》则从更广泛的意义上赋予了个人信息主体更正错误信息的权利。

拭目以待，企业合规依然任重道远

鉴于《网络安全法》中有关个人信息保护规则的适用主体为网络经营者，而《网络安全法》中“网络经营者”^[4]与“网络”^[5]的概念都极为宽泛，在没有进一步具体规定的情况下，很难将某一特定类型的经营者排除在适用范围之外。换言之，《网络安全法》在法律层面规制个人信息保护的主体范围达到了前所未有的广度。

《网络安全法》首次成体系地从法律层面对个人信息保护制度的相关规则进行了梳理和确认，并强化了法

律责任，为企业收集、使用个人信息提出了更高的要求。而部分规定的具体操作规程尚待明晰和完善，也为企业建立健全内部的信息安全管理机制带来了新的挑战。此外，《网络安全法》并未明确依法承担保护个人信息职权的监管机构，这在一定程度上也增大了执法的不确定性。

从合规经营的角度，企业应对个人信息保护给予充分重视，制定和完善企业与用户、以及与第三方就个人信息收集使用签订的合同文本及其他相关政策，并密切关注相关立法的发展以确保企业经营合规性。值得注意的是，中央网信办网络安全协调局局长日前表示，为更好地保护个人信息，中央网信办正在着手制定个人信息收集规范标准。可以预见，企业未来在收集使用个人信息过程中将面临着日趋严格的法律规制，我们将与企业一同密切关注个人信息保护立法与执法的发展。

[4] 《网络安全法》第七十六条，(三) 网络运营者，是指网络的所有者、管理者和网络服务提供者。

[5] 《网络安全法》第七十六条，(五) 网络，是指由计算机或者其他信息终端及相关设备组成的按照一定的规则和程序对信息进行收集、存储、传输、交换、处理的系统。



《网络安全法》为网民个人信息保驾护航

文 林志平律师 广东瑞霆律师事务所

2016年11月7日，全国人大常委会第二十四次会议表决通过《中华人民共和国网络安全法》，该法将于2017年6月1日起施行。这是我国网络领域的基础性法律，该法明确加强对公民个人信息的保护，并严厉打击网络诈骗。

在大数据时代，数据挖掘和分析的技术得到前所未有的发展，散落在门户网站与社交网站的个人信息都可通过二次利用被挖掘出个人的隐私信息，一旦被非法利用，就可能对用户造成难以估量的损失。由于我国网络犯罪案件呈现逐年上升的态势，其中涉及金融业特别是银行信息安全方面的犯罪也屡次发生。如2014年2月支付宝员工在信息系统的后台下载了大量客户信息有偿出售给其他电商公司；2016年相继发生的携程信用卡信息泄露、小米社区用户信息泄露等事件中，出现了大量用户

信息数据被盗，导致用户网络银行账户被入侵事件等。上述事件严重侵害了金融消费者的合法权益，也充分暴露出在网络信息安全领域有较大隐患，于是《网络安全法》呼之而出。

焦点一：规定网络运营商保密义务，不得出售个人信息

近年来，警方查获曝光的大量案件显示，公民个人信息的泄露、收集、转卖，已经形成了完整的黑色产业链，从徐玉玉等信息诈骗案件显示出了公民个人信息泄露事件的频繁发生，且泄露的行径多是来自于网络，比如网上购物、发邮件、买房、求学等行为都可能会不经意“出卖”自己的姓名、身份证号、电话、住址等信息。网络诈骗的发生，一般会经历个人信息被收集、遭泄露、被买卖、最

后被不法分子实施诈骗等环节。

因此，《网络安全法》作出专门规定：网络运营者不得泄露、篡改、毁损其收集的个人信息；任何个人和组织不得窃取或者以其他非法方式获取个人信息，不得非法出售或者非法向他人提供个人信息，并规定了相应法律责任。此规定将从源头上防范网络个人信息的泄露。

【法律规定】

《网络安全法》第四十条：网络运营者应当对其收集的用户信息严格保密，并建立健全用户信息保护制度。

《网络安全法》第四十二条：网络运营者不得泄露、篡改、毁损其收集的个人信息；未经被收集者同意，不得向他人提供个人信息。

《网络安全法》第四十四条：任何个人和组织不得窃取或者以其他非法方式获取个人信息，不得非法出售或者非法向他人提供个人信息。

焦点二：用户有权要求删除或更正网络运营者收集的信息

在当前共享经济模式下，信息资源就是财富。网络运营商、平台服务商等相关企业为了掌握更大市场主动权，会通过各种渠道搜集用户个人隐私数据。一方面，企业以各种理由要求用户提供手机号、姓名、生日、邮箱、地址等可能与服务不相关的隐私信息；另一方面，某些企业甚至会在用户不知情的情况下，利用后台权限读取用户通讯录、通话记录、GPS位置信息等。相关报道显示，Win10系统会默认收集用户的浏览网页、所在的位置、在线购物信息甚至是输入的文字等信息。因此，《网络安全法》明确规定网络产品、服务具有收集用户信息功能的，其提供者应当向用户明示并取得同意；主要是针对上述一些APP软件通过一些技术手段获取手机关联的QQ、微信、通讯录等相关信息。

对于上述告知制度，《网络安全法》也赋予了公民救济权，并规定了公民个人信息的删除权和更正权制度；即个人发现网络运营者违反法律、行政法规的规定或者双方的约定收集、使用其个人信息的，有权要求网络运营者删除其个人信息；发现网络运营者收集、存储

的其个人信息有错误的，有权要求网络运营者予以更正。网络运营者应当采取措施予以删除或者更正。公民个人信息的删除权和更正权制度一定程度上确定了网络用户的“被遗忘权”，也就是说网络运营者收集了网络用户的信息，网络用户有权要求他删除或者是更正，将进一步加强公民自身对个人信息的保护力度，防止公民个人信息的泄露。

政府部门与市场机构一旦出现安全漏洞或者“内鬼”盗取，容易造成大量个人信息泄露。不少人在对个人信息已泄露毫不知情状态下，听到不法分子准确说出其姓名、住址等个人信息，就极易听信被骗。《网络安全法》中首次明确个人信息数据泄露通知制度，在当前个人信息泄露无法彻底杜绝的情况下，能够通过告知可能受到影响的用户，增强用户对相关诈骗行为的警惕性。此外《网络安全法》规定，相关运营单位在发生或者可能发生信息泄露、毁损、丢失的情况时，应当立即采取补救措施，按照规定向有关主管部门报告。由于通知会产生很高的成本，发生泄露问题也会对企业声誉产生极大影响，这就倒逼企业必须提高网络安全防护能力，降低个人信息泄露风险。

【法律规定】

《网络安全法》第四十一条：网络运营者收集、使用个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，公开收集、使用规则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意。

《网络安全法》第四十二条：网络运营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保其收集的个人信息安全，防止信息泄露、毁损、丢失。在发生或者可能发生信息泄露、毁损、丢失的情况时，应当立即采取补救措施，按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告。

《网络安全法》第四十三条：个人发现网络运营者违反法律、行政法规的规定或者双方的约定收集、使用其个人信息的，有权要求网络运营者删除其个人信息；发现网络运营者收集、存储的其个人信息有错误的，有权要求网络运营者予以更正。网络运营者应当采取措施予以删除或者更正。

焦点三:严厉打击网络诈骗,对网络诈骗溯源追责

个人信息的泄露是网络诈骗泛滥的重要原因。诈骗分子通过非法手段获取个人信息,包括姓名、电话、家庭住址等详细信息后,再实施精准诈骗,令人防不胜防。除了严防个人信息泄露,《网络安全法》针对层出不穷的新型网络诈骗犯罪还规定:任何个人和组织不得设立用于实施诈骗,传授犯罪方法,制作或者销售违禁物品、管制物品等违法犯罪活动的网站、通讯群组(微信群、QQ群等),不得利用网络发布与实施诈骗,制作或者销售违禁物品、管制物品以及其他违法犯罪活动的信息。

《网络安全法》对哪些网络行为应当受到处罚进行了规范,尤其强调了网络运营者等维护个人信息安全的“主体责任”。对网络运营者而言,较之罚款,关闭网站、吊销执照等处罚措施的威慑力更大。目前涉及电信网络诈骗的个人信息保护等问题还分散于刑法等法规中。

因此,依照上述规定,网络运营者、网络产品或服务提供者以及关键信息基础设施运营者如未能依法保护公民个人信息,最高可被处以50万元罚款,甚至面临停业整顿、关闭网站、撤销相关业务许可或吊销营业执照的处罚,直接负责的主管人员和其他直接责任人员也会被处以最高十万元的罚款。此外,窃取或者以其他非法方式获取、非法出售或者非法向他人提供个人信息,尚不构成犯

罪的,由公安机关没收违法所得,并处违法所得一倍以上十倍以下罚款,没有违法所得的,处一百万元以下罚款。

【法律规定】

《网络安全法》第四十六条:任何个人和组织不得设立用于实施诈骗,传授犯罪方法,制作或者销售违禁物品、管制物品等违法犯罪活动的网站、通讯群组,不得利用网络发布与实施诈骗,制作或者销售违禁物品、管制物品以及其他违法犯罪活动有关的信息。

《网络安全法》第六十四条:网络运营者、网络产品或者服务的提供者侵害个人信息依法得到保护的权利的,由有关主管部门责令改正,可以根据情节单处或者并处警告、没收违法所得、处违法所得一倍以上十倍以下罚款,没有违法所得的,处一百万元以下罚款;情节严重的,可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照。

违反本法第四十四条规定,窃取或者以其他非法方式获取、非法出售或者非法向他人提供个人信息,尚不构成犯罪的,由公安机关没收违法所得,并处违法所得一倍以上十倍以下罚款,没有违法所得的,处一百万元以下罚款。

《网络安全法》第六十七条:违反本法第四十六条规定,设立用于实施违法犯罪活动的网站、通讯群组,或者利用网络发布与实施违法犯罪活动有关的信息,尚不构成犯罪的,由公安机关处五日以下拘留,可以并处一万元

以上十万元以下罚款;情节严重的,处五日以上十五日以下拘留,可以并处五万元以上五十万元以下罚款。

单位有前款规定行为的,由公安机关处十万元以上五十万元以下罚款,并对其直接负责的主管人员和其他直接负责人员依照前款规定处罚。



个人信息的民事立法保护

文 唐剑明律师 广东德纳律师事务所

就如何理解个人信息保护这个问题，笔者随机问了不同年龄段的人。二十来岁的回复：应该是在网络上对个人信息加以保护，以及防止电信诈骗，等等；五十来岁的回复：个人信息保护应该包括不受垃圾短信的骚扰，个人隐私保护等方面，现在经常接到陌生电话，基本上是都是问要不要买房、要不要卖房、要不要贷款等，让人不胜其烦；最可怕的是，对方一开口还能直呼你的姓名——这些都不得不让人对个人信息泄露产生极大的担忧。

个人信息的法律规定

我国目前还没有专项的《个人信息保护法》对个人信息进行定义，但据《中华人民共和国网络安全法》第七十六条之规定：个人信息，是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别自然人个人身份的各种信息，包括但不限于自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、电话号码等。

法律条文中直接对“个人信息”加以保护的法规、规章及司法解释的数量相当有限，其中全国性的法律中仅有《中华人民共和国护照法》、《中华人民共和国居民身份证法》直接规定了“个人信息”的保护问题。《中华人民共和国护照法》（2006年4月29日通过，2007年1月1日实施）第十二条第三款规定：“护照签发机关及其工作人员对因制作、签发护照而知悉的公民个人信息，应当予以保密。”第二十条规定：“护照签发机关工作人员在办理护照过程中有下列行为之一的，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任：……五、泄露因制作、签发护照而知悉的公民个人信息，侵害公民合法权益的……”《中华人民共和国居民身份证法》（2003年6月28日通过，2004年1月1日实施）第六条第三款规定：“公安机关及其人民警察对因制作、发放、查验、扣押居民身份证而知悉的公民的个人信息，应当予以保密。”第十九条规定：“国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员泄露在履行职责或者提供服务过程中获得的居民身份证所记载的公民个人信息，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，由公安机关处十日以上十五日以下拘留，并处五千元罚款，有违法所得的，没收违法所得。”

个人信息的间接保护

针对妇女儿童个人信息的特殊保护

《妇女权益保护法》（1992年）规定：“妇女的名誉权、荣誉权、隐私权、肖像权等人格权受法律保护。”《未成年人保护法》（1991年）规定：“尊重未成年人的人格尊严”、“任何组织或者个人不得披露未成年人的个人隐私。对未成年人的信件、日记、电子邮件，任何组织或者个人不得隐匿、毁弃；除因追查犯罪的需要，由公安机关或者人民检察院依法进行检查，或者对无行为能力的未成年人的信件、日记、电子邮件由其父母或者其他监护人代为开拆、查阅外，任何组织或者个人不得开拆、查阅。”《母婴保护法》（1994年）规定：“从事母婴保健工作的人员应当严格遵守职业道德，为当事人保守秘密。”

个人医疗信息保护

《执业医师法》（1999年）第三十七条规定：“医师在执业活动中，违反本法规定，有下列行为之一的，由县级以上人民政府卫生行政部门给予警告或者责令暂停六个月以上一年以下执业活动；情节严重的，吊销其执业证书；构成犯罪的，依法追究刑事责任：……九、泄露患者隐私，造成严重后果的……”；《医疗机构病历管理规定》（2013年）规定：“医疗机构及其医务人员应当严格保护患者隐私，禁止以非医疗、教学、研究目的泄露患者的病历资料。”《传染病防治法》（2013年修改）规定：“疾病预防控制机构、医疗机构不得泄露涉及个人隐私的有关信息、资料。”《关于对艾滋病病毒感染者和艾滋病病人的管理意见》（1999年）规定：“从事艾滋病病毒感染者和艾滋病病人诊断、治疗及管理工作的医务人员，不得向无关人员泄露有关信息。任何单位和个人不得将艾滋病病

毒感染者和艾滋病病人的姓名、住址等个人情况公布或传播，防止社会歧视。”

个人通讯信息保护

《邮政法》（1986年）第三条规定：“公民的通信自由和通信秘密受法律保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要，由公安机关、国家安全机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外，任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。除法律另有规定外，任何组织或者个人不得检查、扣留邮件或汇款。”第三十五条规定：

“除法律另有规定外，邮政企业和邮政工作人员不得向任何组织或者个人提供用户使用邮政业务的情况。”

《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》（2000年）第四条：“为了保护个人、法人和其他组织的人身、财产等合法权利，对有下列行为之一，构成犯罪的，依照刑法有关规定追究刑事责任：二、非法截获、篡改、删除他人电子邮件或者其他数据资料，侵犯公民通信自由和通信秘密。”《互联网安全保护技术措施规定》（2005年）规定：

“互联网服务提供者、联网使用单位应当建立相应的管理制度。未经用户同意不得公开、泄露用户注册信息，但法律、法规另有规定的除外。”

《电信和互联网用户个人信息保护规定》规定：未经用户同意，电信业务经营者、互联网信息服务提供者不得收集、使用用户个人信息。电信业务经营者、互联网信息服务提供者收集、使用用户个人信息的，应当明确告知用户收集、使用信息的目的、方式和范围，查询、更正信息的渠道以及拒绝提供信息的后果等事项。电信业务经营者、互联网信息服务提供者不得收集其提供服务所必需以外的用户个人信息或者将信息用于提供服务之外的目的，不得以欺骗、误导或者强迫等方式或者违反法律、行政法规以及双方的约定收集、使用信息。电信业务经营者、互联网信息服务提供者在用户终止使用电信服务或者互联网信息服务后，应当停止对用户个人信息的收集和使用，并为用户提供注销号码或者账号的服务。

个人金融信息保护

《商业银行法》规定：“商业银行应当遵循为存款人保密的原则”、“对个人储蓄存款，商业银行有权拒绝任何单位或者个人查询、冻结、扣划，但法律另有规定的除外。”《个人存款账户实名制规定》规定：“除法律法规另有规定以外，金融机构不得向任何单位或者个人提供有关个人存款账户的情况。”

其他规定

《档案法》规定：“一切国家机关、武装力量、政党、社会团体、企业事业单位和公民都有保护档案的义务。”

律师执业保护

《律师法》（2007年）规定：“律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密和当事人的商业秘密，不得泄露当事人的隐私。”《律师执业行为规范》（2004年）规定：“律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密，不得泄露当事人的隐私。律师对在执业活动中知悉的委托人和其他人不愿泄露的情况和信息，应当予以保密。”

律师观点

2016年《消费者权益保护法实施条例(征求意见稿)》明确，经营者应当建立健全信息保密和管理制度，确保消费者个人信息安全。经营者及其工作人员不得泄露、篡改、毁损其收集的消费者个人信息；未经消费者同意，不得向他人提供消费者个人信息。未经消费者明确同意或请求，经营者不得向其发送商业性电子信息或拨打商业性推销电话。

2016年山东“徐金玉案”发生后在舆论场上迅速被推动成为公共事件，电信诈骗的源头——个人信息保护的失范也因此被提上立法日程。据京华时报报道，2016年10月31日，提请全国人大常委会二审的民法总则草案增加一条规定：自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人不得非法收集、利用、加工、传输个人信息，不得非法提供、公开或者出售个人信息。这传递了中国将继续强化个人信息法律保护的信号。

社会强烈关注的个案多为刑事案件，在强化个人信息保护立法上，刑法的步伐相对较快。2009年，刑法修正案(七)增加了两个罪名，即出售、非法提供公民个人信息罪和非法获取公民个人信息罪。2015年，刑法修正案(九)又对此进行了修改，确立了侵犯公民个人信息罪。而我们知道，刑法是社会的最后一道防线，具有最后手段性，对个人信息保护而言，更多的保护应当发生在民事和行政领域，只有民事法律和行政法律无法调整的严重违法行为，刑法才应介入和干预。

不少人大代表呼吁，在《民法总则》中写入“自然人的个人信息受法律保护”，这相当于明确宣告个人信息权不但是是一项自然权利，更是一项基本的民事权利。笔者相信，由此开启的民事保护之门，必将在刑法之前让更多饱受个人信息泄露之苦的公民受益。

侵犯公民个人信息罪的保护范围 及违法行为类型

文 黄纲律师 广东华商律师事务所

近年来，随着各种移动终端及相关科技产品的不断推陈出新，使用互联网已经成为人们日常生活、工作的一种习惯，人们通过手机、电脑等各种终端和客户端享受着信息交换所带来的便捷和经济效益，公民及企事业单位的海量数据信息也更加便于汇集，从而增加了数据信息泄露的风险。现实中，肆意泄露、侵犯和利用公民个人信息的案件日益增多。在本文中，笔者就经办的深圳地产中介员工侵犯公民个人信息入刑第一案，对与公民个人信息保护相关的法律问题及办案心得体会进行分享和讨论。

案情简介

赵某原系深圳市某大型房地产经纪公司的大区总监。在任职期间，赵某为发展其个人业务，将多年来通过收集、购买、索取等方式获取的大量公民个人信息提供其下属员工使用。这些信息中包括赵某在2015年12月向同案被告柯某（系深圳市另一房地产经纪公司的行政管理人员）索取公民个人信息，而柯某在未经任何许可的情况下，擅自将其公司掌握的大量公民个人信息非法提供给赵某使用。

后深圳市公安局南山分局接市民举报，在赵某办公场所当场查获储存有大量公民个人信息的电脑主机和移动硬盘，遂以赵某涉嫌侵犯公民个人信息罪立案侦查。侦查终结后随即移送南山区检察院依法提起公诉。南山区法院依法审理了此案，认为“被告人赵某以其他方法非法获取公民个人信息，并违反国家有关规定向他人提供公民个人信息，情节严重，其行为均已构成侵犯公民个人信息罪”，遂依法判处赵某有期徒刑六个月，并处罚金人民币一千元。该案同案犯柯某也因非法向赵某提供公民个人信息的行为，被法院依法认定属于“违反国家有关规定，向他人提供公民个人信息，情节严重”的行为，构成侵犯公民个人信息罪，被判处拘役三个月，缓刑六个月，并处罚金人民币一千元。



侵犯公民个人信息罪的历史沿革

侵犯公民个人信息罪是最高人民检察院根据2015年8月29日出台的《刑法修正案（九）》修改后的第二百五十三条之一的侵犯公民个人信息犯罪而进行的罪名修正，修正之前的罪名为“非法获取公民个人信息罪”与“非法提供公民个人信息罪”两个罪名，罪状及罪名的修正体现出国家将采取更加严厉的手段打击和惩治涉及公民个人信息犯罪的决心，但也表明了当前社会中涉及公民个

人信息犯罪的高发态势。

《刑法修正案（九）》关于构成“侵犯公民个人信息罪”要件的规定如下：一、从犯罪主体而言，本罪对犯罪主体的要求是一般主体，即年满18周岁的中国公民均可构成本罪，突破了《刑法修正案七》所规定的犯罪主体的范围（即国家机关或金融、电信、交通、教育、医疗等具有履行职责或提供服务者），同时，本罪可成立单位犯罪。二、从犯罪主观方面讲，本罪要求行为人主观方面必须是故意（包括直接故意和间接故意），过失不构成本罪。三、从犯罪客体而言，本罪归属于刑法规定的十大客体之一，即“公民的人身、民主权利”一章中，可见刑法将公民个人信息纳入公民人身权利的范畴进行规制，其侵犯的客体是刑法所保护的公民个人信息权。四、从犯罪客观方面而言，侵犯公民个人信息罪的行为类型有以下两种：1、违反国家规定，向他人出售或提供公民个人信息，情节严重的；2、窃取或以其他方式非法获取公民个人信息。

在《刑法修正案（九）》出台之前，国家为了打击和惩治肆意泄露、恶意使用、转卖牟利等侵犯公民个人信息的行为，于2009年2月28日通过《刑法修正案（七）》增设了“非法获取公民个人信息罪”和“非法提供公民个人信息罪”，将非法获取和非法提供公民个人信息的行为纳入刑法规制的范畴，开启了刑法保护公民个人信息时代。但面对涉及公民个人信息犯罪的泛滥趋势，《刑法修正案（九）》虽然进行了大幅修改，扩大了犯罪主体范围，增加了“情节特别严重”情形下的法定刑档次，却没有涉及审判实践中最为关心的“个人信息”和“情节严重”的认定标准问题，也并未新增相关法律条文及司法解释，《刑法》第二百五十三条之一的规定面对频发的涉及公民个人信息的犯罪仍略显薄弱。

公民个人信息的保护范围

由于我国尚未出台个人信息保护法，在国家立法层面并未对何为“公民个人信息”形成统一、明确的界定。因此，学术界和司法实践对“公民个人信息”在概念和范围

的认识上存在争议。

目前，唯一对“公民个人信息”进行界定的法律文件是最高人民法院、最高人民检察院和公安部于2013年4月联合发布的《关于依法惩处侵害公民个人信息犯罪活动的通知》（公通字[2013]12号）。该通知将公民个人信息的界定为：“公民个人信息包括公民的姓名、年龄、有效证件号码、婚姻状况、工作单位、学历、履历、家庭住址、电话号码等能够识别公民个人身份或者涉及公民个人隐私的信息、数据资料。”

但在大数据时代背景下，公民个人信息的实际范围早已突破了上述“能够识别公民个人身份或涉及公民个人隐私的信息、数据资料”的界定。公民个人通过微信、QQ、微博、网上购物、收发邮件等社交行为所产生的数据、信息，甚至是浏览、搜索、出行、购物等记录均涉及公民个人的隐私，这些数据和记录能否构成公民个人信息，需要视其是否契合个人信息的属性（即指与公民人身、人格密切相关，为公民个人所有，与公共生活无关且不为公共生活所知悉的信息^[1]），是否达到必须要由刑法进行保护的程度（是否属于急需刑法保护的法益），都有待于进一步的讨论和明确。

笔者认为，将上述数据和记录纳入公民个人信息保护范围是必须也是必要的，这些数据和记录属于公民个人的隐私范畴，“关乎私人生活的安宁有序，涉及人格权和人身权的核心内容”^[2]。但当代社会的公共生活也是建立在个人信息的统合和自由流动的基础上^[3]，对包括上述数据和记录在内的公民个人信息的过度保护，不仅不利于数据和信息的自由传输与高效利用，也会在一定程度上限制公民的知情权和新闻、言论自由。

因此，界定“公民个人信息”的范围应综合考虑保护对象的价值、侵害行为的手段和情节，以及对公民私人生活的侵害程度、社会进步及整体经济效益的提高、对知情权及新闻言论自由的限制等各项因素进行评判。

侵犯公民个人信息的行为类型及其违法性

[1] 该观点由杨兴培教授于2009年7月13日在浦东新区检察院案例研讨会上所主张。

[2] 引自王昭武的《侵犯公民个人信息犯罪认定的若干问题》第2页、第3页。

[3] 同注释2。

出售、提供和获取是《刑法修正案（九）》规定的三种侵犯公民个人信息犯罪的行为类型。

其中，出售公民个人信息，在本质上是一种以公民个人信息为交易对象的价值交换，其对价可能是货币，也可能是其他形式的利益，行为人获得某种利益必以向他人提供、交付对应价值的公民个人信息为对价。

而作为与出售并列的“提供”公民个人信息，在主观上是否要求行为人有牟利的目的，立法上并未明确，学术和司法实践中也存在争议。在本案

中，赵某为发展个人业务而将其获取的公民个人信息无偿提供给其同事使用的行为，在主观上明显具有“牟利”目的，但却没有直接的交易对价，其行为究竟属于“出售”还是提供公民个人信息，法院最终将其认定为“提供”公民个人信息。另外《刑法修正案（九）》将《刑法修正案（七）》所规定的“出售、非法提供公民个人信息”中的“非法”删除，是一种立法的进步。

而“获取型”的侵犯公民个人信息罪，仅限于以非法方式获取，即获取公民个人信息的行为是未获得个人信息所有权人的同意或没有明确的法律依据或授权，如系以合法方式获取公民个人信息的，则不构成本罪。大数据时代的来临，不仅从根本上改变了传统获取公民个人信息的形式和内容，如窃取、购买或索取等，也在计算机技术发展和利用的基础上，衍生出大量的新型非法获取公民个人信息的方式，如利用黑客技术等高科技手段非法获取公民个人信息。

笔者认为，无论行为人以何种目的实施出售、提供和获取公民个人信息的行为，只要未经个人信息权利人的许可或授权，均是“违背公民主观愿望而‘非法’的”^[4]，换言之，刑法既要制裁公共服务提供者将自己在提供服务过程中“保有的公民个人信息出售、提供给他人使用的行



为^[5]，也要处罚他人侵犯公共服务提供者对公民个人信息之保有状态的行为，这就给掌握有大量公民个人信息的公共服务部门、中介部门及其工作人员划了一条红线，对其保有和接触的公民个人信息在使用上要慎之又慎，以防像本案的柯某一样触犯刑法。

互联网的普及和信息数据的爆炸式增长，为获取公民个人信息提供了极大的便利，也使得实施侵犯公民个人信息犯罪行为的成本越来越低，而公民个人信息本身所附有的价值却因大数据时代的到来日益增加，进一步滋生与助长了与公民个人信息有关的各类型犯罪行为的猖獗。这要求公民个人在使用个人信息办理相关业务或进行相关社交活动时，需要谨慎使用和保护个人信息。而对收集和保管这些公民个人信息的服务提供者而言，如何有效的保管和使用其所获取的公民个人信息成为其必须要关注的问题，否则，随时可能面临被追究刑事责任的风险。对作为监管者的政府而言，对大数据时代下公民个人信息的保护已经刻不容缓，迫切需要从更高层面上对公民个人信息保护做出立法规范，否则，公民个人信息的肆意泄露和恶意使用不仅会造成更广泛的社会危害，还会诱发更多其他的传统型犯罪（如电信诈骗、校园贷“裸照”泄露事件等）。

[4] 引自薛培、叶小舟、王斌的《侵犯公民个人信息罪的理解与适用》之第三部分。

[5] 同注释4。

试论个人信息权的刑法保护

文 蔡华律师 北京市尚权（深圳）律师事务所

刘煜律师 广东伟华律师事务所

近年来，电信诈骗案件引起了社会的广泛关注，“临沂女大学生学费被骗”案也将此类案件的社会关注推上了高峰，社会公众更是对电信诈骗深恶痛绝。电信诈骗犯罪如此猖獗，从源头上讲，是公民个人信息泄露的问题。因此，如何从源头保护个人信息，是近年来法律界关注的重点问题。

提到个人信息，我们首先想到的就是隐私权，个人信息是隐私权的重要内容之一。王利明教授在其主编的《人格权法新论》中提到：隐私权是自然人享有的对其个人的与公共利益无关的个人信息、私人活动和私有领域进行支配的一种人格权。个人信息权作为隐私权的重要组成部分，除了具有身份和人格属性，同时也具有经济属性。

在市场经济快速发展的今天，公民个人信息的经济转化能力也越来越强，也正是如此，个人信息所蕴含的经济价值也成了不法分子眼中的商机。很多不法分子通过非法手段收集个人信息，通过数据分析、数据挖掘技术进行处理，最后作为“商品”出售给商业机构或个人进行牟利，个人信息的非法开发和利用已经形成了一个庞大的黑色产业，因而个人信息权的保护——尤其是刑法保护，被人们日益关注。

针对这种现状，笔者参考了国外立法现状，提出一些对我国个人信息权保护立法的个人建议。

国外个人信息权的保护现状

欧盟个人信息权保护现状

欧盟是当今全球个人信息保护成果最显著的区域，其中又首推德国。德国最早于1970年颁布了《黑森州资料保护法》，虽然该法仅是州层面的立法，但受其“全球第一”的地位影响，欧盟诸国都掀起了个人信息保护的热潮，瑞典、奥地利、英国、法国等纷纷效仿。1995年，欧

盟通过了《个人数据保护指令》，为欧盟成员国立法保护个人数据设立了最低标准。此后的二十年间，欧盟根据互联网新技术的发展和用户控制需求的变化，在不同阶段通过了不同的数据保护修正指令，对个人数据保护措施进行了一次又一次的重要修正，制定了一系列严格、完善、规范的个人信息保护法律框架。2012年11月，欧盟对个人数据保护管理提到了前所未有的高度，《一般数据保护条例》(简称GDPR)的制订，强化了自然人的数据保护权，成为未来欧盟个人数据保护法的核心和主要规则。

美国个人信息权保护现状

美国于1974年12月通过了《隐私法案》，此法案是美国最重要的一部保护个人信息权方面的法律规范，就政府机构对个人信息的采集、使用、公开和保密问题作出了详细规定，以此规范联邦政府处理个人信息的行为，平衡公共利益与个人隐私权之间的矛盾。之后又陆续通过了《信息保护和安全法》、《防止身份盗用法》、《网上隐私保护法》及《消费者隐私保护法》等法案。作为信息革命的发源地，美国有关个人信息的保护十分全面，其确立的“信息正当运用原则”也对他国立法产生了重大影响。

我国个人信息权的法律保护现状

我国个人信息权的部门法保护

2003年，中国社会科学院法学研究所受国务院信息办公室的委托，承担制定《个人信息保护法》的理论研究项目，经过两年的调查研究，最终完成近8万字的专家建议书，并以此基础拟定了《个人信息保护法》草案，于2005年呈交给国务院，但自此便没有了下文。2012年，国家质量监督检验检疫总局和国家标准化管理委员会颁布《信息安全技术公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》，其中对于公民信息权的一些基础问题进行了界定，但并没

有设定任何救济措施和惩处办法。

我国个人信息权的刑法保护

2009年2月颁布的《刑法》修正案（七），将出售、非法提供、窃取公民个人信息中情节严重的行为认定为犯罪，这被认为是开启个人信息保护的标志性事件。2015年8月颁布的《刑法》修正案（九），将出售、提供、窃取等非法获取公民个人信息行为的犯罪主体扩大至一般主体。

我国个人信息权刑法保护的範圍

2013年，最高人民法院、最高人民检察院和公安部联合出台了《关于依法惩处侵害公民个人信息犯罪活动的通知》（公通字[2013]12号），通知中对个人信息进行了相对具体的规定：“公民个人信息包括公民的姓名、年龄、有效证件号码、婚姻状况、工作单位、学历、履历、家庭住址、电话号码等能够识别公民个人身份或者涉及公民个人隐私的信息、数据资料。”公民个人信息有私密性、可识别性、人身性等特点，通过全部或部分个人信息可以准确的锁定某个公民，这些特征的结合最终形成了对公民的唯一指向性。

我国个人信息权刑法保护的必要性

在我国司法实践中，当事人对于侵犯个人信息权行为，多选择民事诉讼的手段作为救济措施。但是，鉴于个人信息的泄露所引发的其他犯罪日益严重，国内对个人信息权进行严格刑法保护的呼声越来越高。

个人信息兼具人格权和财产权的双重属性，是隐私权的重要组成部分，因此，侵害个人信息权的行为不仅侵犯了信息主体的人身权，同时也侵犯了信息主体的财产权，侵害的结果是令信息主体的人格独立和人格尊严受到损害，往往也同时造成信息主体的财产损失。一旦某个社会公众的个人信息被非法收集、处理和使用，那么其独立人格被侵犯之日，既是其生活无安宁的开始，也是其财产受损风险加剧之时。

笔者认为，在社会信息化的今天，对严重侵犯个人信息权的行为处以刑罚已迫在眉睫。

首先，在市场经济越来越活跃的情况下，个人信息所具备的财产属性会越来越明显。获取了消费者个人信息的商家可以针对消费者进行精准的推销，在利益的驱动之

下，个人信息甚至可能成为公共资源，每个人在社会公众面前都会成为“透明人”，日常生活被严重的扰乱，乃至导致财产损失，甚至危及生命。

其次，个人信息如果不加以规制，会成为多种犯罪的诱因，且利用个人信息犯罪的违法成本极低，不法分子更是肆无忌惮。电信诈骗之所以成功率高，最重要的原因就是犯罪分子精准地掌握了被害人的个人信息，其虚构的事实容易令被害人产生错误认识，基于此而处分财产的可能性大大增加。

鉴于上述原因，侵犯个人信息权行为的社会危害性仅仅依靠道德约束或其它方法已不足以应对，实有予以犯罪化之必要。并且，基于侵犯个人信息权的行为容易诱发其它形式犯罪的出现，将侵犯个人信息权的严重危害行为犯罪化，能起到一定的预防其它形式犯罪的作用。



“

伴随信息社会的不断建设，公民权利意识不断增强，我国的个人信息保护立法也应不断增强，作为社会民众赖以生活的基础信息，国家应当以立法的手段进行全方位的法律保障。

”



公民个人信息权保护的立法完善建议

加强行政法规和部门规章的立法

近年来，我国保障公民个人信息权的行政法规和部门规章虽然有涌现的趋势，但也都散落于各个法规或规章之中，没有对公民个人信息全面系统的保护，这也造成了刑法与部门法的衔接困难。因此，刑法修正案虽然对于此类问题进行了刑事化处理，但终究有空中楼阁之感。

在《刑法》修正案（七）出台、将侵犯个人信息权行为入刑立法的进程中，抵制最强烈的声音就来自于刑法的谦抑性。谦抑性原则要求刑罚只有在万不得已，除了诉诸刑罚手段之外没有任何其他方法予以规制的情况下，才可以将该行为进行犯罪化。事实上，在侵犯公民个人信息权的行为中，某些行为也确实无需动用刑罚。例如：行为人非法获取了300条个人信息，针对这300人都进行了一次电话推销；行为人非法获取公民个人信息的行为固然不当，但是对于被推销人来说，也只是接到了一次骚扰电话而已，社会危害性有限。在此情况下，如果对行为人进行刑事处罚，也违背了刑法罪刑相适的原则。

因此，加强行政法规及部门规章的立法，对已经侵犯公民个人信息权但又无需动用刑罚处罚的侵权行为进行行政处罚，既在一定程度上对轻微侵犯公民个人信息权的行为进行了威慑，同时又避免大动干戈，浪费司法资源。

侵犯个人信息权犯罪中“情节严重”的司法界定

对侵犯公民个人信息权行为处罚限度的界定不仅依赖于行政法规和部门法的完善，还依赖于刑法对此种行为社会危害性的严格界定。

笔者对《刑法》修正案（七）实施以来部分法院的判决进行了分析，发现各法院对于法律规定的“情节严重”的把握尺度不一。绝大多数法院采取的是以非法获取信息数量或获利金额为标准进行判定，以此来确定情节是否严重。非法获取信息数量和获利标准固然是重要标准之一，但是简单的以此情节进行量化分析似乎有欠妥当。例如：某人非法获取了10万条公民个人信息，但是经审查，这10万条个人信息均系伪造，此时虽然行为人的行为表面上非法获取了数量庞大的公民信息，但其行为的社会危害性却很有限。以现有的规律性模式对行为人的行为进行判定，应该处以刑事处罚，但是社会危害性极小的客观情况又导致罪刑不相适。因此，单纯的量化标准可能造成司法实践中的混乱。

对于“情节严重”的标准，除了数量和获利金额，还应该结合行为人非法获取信息的隐秘程度，扩散的时空范围，获取的使用目的，对被害人造成的精神和物质损失等方面综合考虑，判定其社会危害性程度，进而做出罪责相适的处罚。

个人信息是社会公众在信息化社会生存的基础信息，关乎每个社会公众的基本权益。伴随信息社会的不断建设，公民权利意识不断增强，我国的个人信息保护立法也应不断增强，作为社会民众赖以生活的基础信息，国家应当以立法的手段进行全方位的法律保障。

建设工程施工合同无效后的新问题研究

文 闵三军律师 钟燕蔚 广东联建律师事务所

建设工程施工合同无效后，可能存在民事和行政法律后果，本文着重探讨前者。

具体而言，民事法律后果有两个方面：一是返还因合同所取得的财产，二是损失按过错责任分担。《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（下称《解释》）确定了合格的建设工程是参照合同约定支付工程价款的方式进行折价补偿；然而，实践中建设工程折价补偿的范围和损失界定不是很清晰，本文将做一些梳理和探讨。

折价补偿和损失范围的界定

建设工程不合格（修复后仍不合格），折价补偿和损失的界定

建设工程施工合同无效，建设工程不合格（修复后仍不合格）情形下的折价补偿和损失是比较明晰的。据《解释》第三条规定：“修复后的建设工程竣工验收不合格，承包人请求支付工程款的，不予支持。”由于发包方有权不支付工程款，承包人为工程所付出的人工、材料、机械设备费用等所有成本因无法收回而成为损失。

建设工程经修复还不能竣工验收合格，说明工程存在无法修复或完全修复成本较高的问题（超过了重建成本）。因此，建设工程施工合同无效，建设工程不合格（修复后仍不合格）情形下没有需要返还的财产，也就不必折价补偿。发包人、承包人双方因缔结合同、履行合同至最后恢复原状的一切成本、费用都成为了损失，应按过错责任进行分担。

建设工程合格（包括修复后合格），折价补偿和损失范围的界定

◎目前的制度框架

合格的建设工程采取折价补偿在理论和实践上都是



没有争议的，但折价补偿参照合同约定支付工程价款的范围则有不同的看法。

最高人民法院在选择参照合同的约定和参照定额这两种折价补偿方式中有过商榷，但从确定计价标准方面考虑，最终选择了参照合同约定的方式。当初《解释》出台后，这种处理方式被质疑为违反《民法通则》和《合同法》，无效合同按有效处理争议是较大的，最高人民法院也并不同意将无效合同按有效处理的范围扩大。

◎实践中的处理方式和产生的争议

实践中法院基本上都认为参照合同的约定支付工程款只是参照合同约定的计价标准，双方其它成本应按损失以按过错承担责任，并视具体情况而定。

1、明确的扩大参照合同约定的范围。

《浙江省高级人民法院民事审判第一庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》（下称《浙江解答》）第二十条：“建设工程施工合同无效，不影响发包人按合同约定、承包人出具的质量保修书或法律法规的规定，请求承包人承担工程质量责任。”第二十二条：“建设工程施工合同无效但工程经竣工验收合格，承包人可以主张工程价款优先受偿权。分包人或实际施工人完成了合同约定的施工义务且工程质量合格，在总承包人或转包人怠于行使工程价款优先受偿权

时，就其承建的工程在发包人欠付工程价款范围内可以主张工程价款优先受偿权。”

建设工程关系着社会公众安全，不同功能的建筑有不同的用途，而法律法规并不能细致入微的关注到每一点。如果没一个有效的合同进行保障和制约当事人各方，建设工程的社会问题就无法解决。因此，将法规扩大至保修，是符合法律社会化的要求。

2、潜在的扩大参照合同约定的范围。

《深圳市中级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件的指导意见》（下称《深圳意见》）第七条：

“建设工程施工合同无效，但按照最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷》第二条的规定可参照合同约定计算工程价款的，如承包人存在延期完工或者发包人存在延期支付工程款的情形，当事人要求参照合同约定赔偿因此造成损失的，不予支持，应按照无效合同的处理原则确认损失，承担责任。”

对于这条规定，其逻辑上存在矛盾：首先，该条的前提是“参照合同约定计算工程价款”；其次，有延期完工和延期付款的情形存在；最后，延期完工和延期不按合同赔偿而作为损失处理。

延期完工是指没有在约定的工期内完工，而延期支付是指没有在约定的付款期限内支付工程款，二者要以合同的约定为基础，是建立在合同有效或参照合同执行的情况下的。如果合同无效或者也不参照合同的约定，那么工期和付款期限还应当遵守吗？工期和付款期限都没有遵守的依据，那么延期完工和延期支付就不存在，更不存在赔偿和损失的问题。

从上面的分析我们可以得出一个结论，《深圳意见》第七条是潜在认定工期和付款期限是要参照合同的。

◎参照合同的约定支付工程款仅限于计价标准的缺陷

1、未履行与支付、收取工程款形成对价的约定导致权利义务的失衡。

当事人双方签订建设工程施工合同时，双方履行全部义务是建立在合同目的的实现，因此无论签订的合同无效还是被撤销了，从合同的内容上来看双方在权利和

义务上的行使和承担是在可接受范围内的。

对于承包人来说，想要取得完整工程款，除了建设合格的建设工程外，还应按合同的约定履行相关的义务和合同中没有约定的附随义务，否则将会导致发包人增加较多成本和产生较大的损失。然而合同无效后，承包人一切违反合同约定的行为无效，失去公权力保护的约定无法继续履行，导致增加的成本无法被认定为损失从而要求完全赔偿；与此同时，如果建设工程合格，发包人还要按合同约定支付全部工程款，这对发包人明显是不公平的。

同理，对于发包人来说，为配合承包人建设合格的建设工程，除支付工程款外，也应按合同的约定履行相关的义务和合同中没有约定的附随义务，否则也将会导致承包人在施工过程中增加较多成本和产生较大的损失并无法要求完全赔偿。建设工程如果合格，承包人还能按合同约定收取全部工程款，建设工程如果不合格，承包人损失则更大。

可以看出，不论合同是否有效，合同的条款从主观心态上和经济成本上双方是平等的，至少是维持在双方可容忍的范围内。单一的参照合同的约定支付工程款并仅限于计价标准会导致双方的权益严重失衡，即使将损失用过错责任进行分担调整时也无法完全修正。

2、涉及建设工程质量的条款不执行，导致社会公共安全问题。

建设工程是一个公共问题，如果一个合格的建设工程交付使用后，建设工程的施工合同因承包人的资质问题而无效，施工单位是不是保修义务也不需要承担了？某些法院要求施工单位继续承担保修责任，这本身与法律以资质否定该施工单位的施工能力的行为相悖。

◎解决之道的探讨

1、缩小建设工程施工合同无效的范围。

《解释》第一条强调了一些建设工程合同无效的情形：承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。实际上将这些情形作为无效合同处理是不符合当前的司法实践的，与促进交易的理念背道而驰，其打击建



筑业市违法活动的本意往往也收效甚微。

《解释》第一条所列举的几项规定，是对承包人或发包人在施工活动中的单方面管理性强制规范，而不是效力性强制规范，因此不能够作为认定合同无效的依据，根据这些规范制定的司法解释也应该做出修改，适应于当前的合同法实践。

2、改变折价补偿方式。

折价补偿是返还财产的替代方式，主要是力求达到和返还财产相当的效果。建设工程施工合同无效，建设工程验收合格的，发包人应当返还承包人在建设工程中的造价成本，造价成本按定额或市场信息价，不包括利润。改变以往建设工程施工合同无效按有效处理的原则。

损失的归责原则现状与误区

《合同法》第五十八条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应

当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任”。从《合同法》我们现在能非常确定的是损失的划分是按过错原则。

过错责任的理论来源

《合同法》第五十八条并没有指出损害赔偿责任的请求权基础，换句话说，没有过错的一方请求有过错的一方承担损害赔偿责任，其请求的依据是基于缔约过失、侵权行为还是合同上的请求权，法律并没有做出严格的区别。

然而，请求权的基础不同，请求赔偿的范围不同。如果是缔约过失责任，则赔偿信赖利益的损失；如果是侵权责任，则赔偿全部实际损失，而合同上的请求权问题同样涉及履行利益的赔偿的问题。因此，明确以特定的请求权为基础来要求赔偿，具有十分重大的意义。

目前大多数学者认为，损害赔偿责任应属于缔约过失责任，而在建设工程施工合同纠纷审判实践中，采用的都是这种理论，对于损失的承担按缔约过错比例进分担。

根据我国现有法律规定，此种请求权是否独立于侵权行为、违约行为、不当得利、无因管理等请求权还存在一定的争议。因此有学者认为，缔约过失责任是一种法律直接规定的债，它是一种独立的债的发生原因，与不当得利、无因管理、侵权行为、合同共同构成债的体系，受害人可以直接依据缔约过失请求有过失的一方承担责任。

建设工程施工合同纠纷的处理中将合同无效、被撤销的责任等同于缔约过失责任

◎合同无效后的损失分担

在建设工程施工合同纠纷案件中，对于合同无效后的损失分担，审判实践中常常是先在双方当事人之间确定导致合同无效的过错比例，再将这个比例作为双方承担的缔约过失责任的比例，最后简单的适用于整个纠纷中双方全部损失的分担。这种做法是将导致合同无效的责任等同于缔约过失责任，并不符合缔约过失责任的内涵。

举个简单案例说明：乙作为施工单位提供虚假资质证明与开发商甲签订了关于某楼盘的建设工程施工合同，施工过程中由于楼价下跌，为延缓工期甲方经常故意拖欠工程款和放任没有协调好的拆迁户和周边村民在工地上闹事，乙方经常被迫停工产生很大的损失，经乙方赶工工程按期完工后验收合格，然而合同因乙方资质问题被确认无效后，乙方被认定承担全部缔约过失责任及所有损失，显然这是不公平的。甲方违背诚实信用，故意造成乙方大量损失，造成社会资源的极大浪费，这是法律原则所不能容忍的。

◎概念和理论上的区别

缔约上的过失责任，是指在合同订立过程中，一方因违背其依据诚实信用原则所产生的义务，而致另一方利益损失，应承担的损害赔偿责任。缔约过失责任的类型主要是包括：假借订立合同，恶意进行磋商；故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；有其他违背诚实信用原则的行为。需要承担缔约过失责任的地方不仅是在签订合同过程中的行为，也包括因履行无效或被撤销合同中的过错行为。

从合同的磋商、为履行合同做准备到实际履行将被认定为无效或被撤销的合同的过程中，当事人双方可能

存在多种过错。过错产生的后果不同，有的可能影响合同的效力问题，有的可能导致财产的损失，有的可能导致财产的增值。对于有损失的过错，都应按缔约过失承担责任。

从民法上来讲，无效民事行为主要分为：1、无民事行为能力人进行的民事行为以及限制民事行为能力人进行的依法不能独立实施的单方民事行为；2、违反法律、行政法规禁止性规范的民事行为；3、损害国家利益的民事行为；4、损害社会公共利益的民事行为。

由于建设工程的特殊性，除了导致合同无效的一般情况外，《解释》第一条还强调了一些建设工程合同无效的情形：承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

从上面的概念和相关法律法规可以看出两者之间的关系：导致合同无效的行为基本上都会产生损失，有损失就会有责任，而合同无效的损失责任都是缔约过失责任。但是，还有很多导致缔约过失责任的行为不是导致合同无效的原因，因此，导致合同无效的过错行为只是导致产生缔约过失责任行为的一部分。

◎缔约过失责任适用于建设工程合同纠纷中的误区分析

日常民事行为中，出现缔约过失责任的绝大部分双方当事人为合同而进行的民事行为不是很深入，产生损失的过错行为与导致合同无效的行为是相同的，从而产生这样的误解：导致合同无效的行为等同于缔约过失行为。实际上，一旦合同履行深入后，当事人之间的过错就不仅限于导致合同无效的过错，还包括其它不诚信的过错行为，各种过错相互交织错综复杂，成为一种混合过错。

◎解决之道的探讨

《合同法》里的“过错”是不仅仅指的是导致合同无效的行为，而是实际的各种缔约过失行为，发包人和承包人双方导致财产损失的每一项过错行为，可能包括导致合同无效的行为，也可能包括故意违反合同（即使该合同被认定为无效）的行为等违背诚实信用的行为。这些行为产生的损失或扩大的损失，应按当事人之间的实际过错或混合过错来划分分担比例。

如何当好慈善信托监察人

文 李魏律师 北京市盈科（深圳）律师事务所

慈善信托

《中华人民共和国慈善法》（下称《慈善法》）2016年9月1日生效施行，其中关于慈善信托的规定受到了业内外界的普遍关注和热议。

慈善信托属于公益信托，但与公益信托最大的不同是，慈善信托有了明确的主管单位——民政部门，这让许多想通过信托开展慈善活动的人看到了新的希望。当前，作为慈善信托两大类受托人之一的信托公司，凭借其长期管理信托事务积累的丰富经验，已经纷纷开始试水慈善信托的落地。而一些传统慈善机构也凭借长期从事慈善事业积累的丰富经验，暗中积极准备，择机大显身手。

慈善信托与传统的金融信托、家族信托相比，具有较大的特殊性，比如必须以慈善为信托目的，受益人通常为指定的范围而非确定的个体等。因此，在慈善信托的设立及运行过程中，对于受托人的自律性、主动性和专业性将有着更高的要求。如果完全依赖受托人自觉履行受托义务，而没有持续有效的监督，慈善信托将很难按照委托人的意愿长期有效执行下去。

《慈善法》虽然授予了委托人对受托人较大的监督权，如：

第46条规定：“慈善信托的受托人，可以由委托人确定其信赖的慈善组织或者信托公司担任。”

第47条规定：“慈善信托的受托人违反信托义务或者难以履行职责的，委托人可以变更受托人。”

第48条规定：“慈善信托的受托人应当根据

信托文件和委托人的要求，及时向委托人报告信托事务处理情况、信托财产管理使用情况。”

但在实践中，慈善信托设立之后，委托人往往难以有时间、精力和能力对专业的受托人进行有效的监督，特别在作为委托人的自然人去世或作为委托人的法人、组织终止，慈善信托继续存续的情况下，如果只依赖民政主管部门对具体的慈善信托进行日常监督，将难以起到及时有效的监督作用，且与其中立的主管地位存在冲突。

为了维护慈善信托的稳定健康运行，《慈善法》第49条专门对监察人作了规定：“慈善信托的委托人根据需要，可以确定信托监察人。信托监察人对受托人的行为进



行监督，依法维护委托人和受益人的权益。信托监察人发现受托人违反信托义务或者难以履行职责的，应当向委托人报告，并有权以自己的名义向人民法院提起诉讼。”

慈善信托监察人

《信托法》对监察人也作了类似的规定：“公益信托应当设置信托监察人。信托监察人由信托文件规定；信托文件未规定的，由公益事业管理机构指定。信托监察人有权以自己的名义，为维护受益人的利益，提起诉讼或者实施其他法律行为。”

担任慈善信托监察人需要什么条件？法律并未作出具体规定，但从慈善信托的特点和要求来看，慈善信托监察人应当具备如下5个条件：

精通法律，特别是信托和慈善相关法律规定；具有较高的公信力和独立性；具有较强的沟通能力和解决问题的能力；能够机动灵活安排工作时间；受到严格的监管。

纵观全国上下、各行各业，执业律师可能是担任慈善信托监察人的最佳选择。律师除具备上述五大条件外，与普通自然人担任监察人或者普通机构担任监察人相比，律师还具备另一天然优势，即“长生不老”，不会因自然人死亡或机构终止另行选择监察人。

我们知道，根据《律师法》规定，律师不得自行执业，必须在一家律师事务所执业，其接受委托所签订的《委托代理合同》是由律师事务所与指定的代理律师共同签署，共同承担责任。假如指定的代理律师去世了，律师事务所需另行指派合格律师继续履行职责；假如律师事务所终止解散了，代理律师将带着未完成的受托事务到新的律师事务所继续执业履行职责。如此循环，即谓“长生不老”，正好满足了慈善信托长期存续的监察需求。

虽然律师是担任慈善信托的最佳人选，但并不是唯一人选，对于一些资产庞大、运行复杂的慈善信托，可以由专业律师、会计师、委托人信任的人士等共同组成监察人委员会，共同履行监察职责，分工负责、相互配合，监察效果可能更好。

担任慈善信托监察人，除对慈善信托的设立是否合法合规进行审查外，在慈善信托日常运行中，监察人要重点履行如下20条职责：

监察慈善信托财产的保管方式是否合理；监察受托人有无按照信托合同约定使用信托财产；监察受托人是否按照信托合同约定选择受益人和慈善项目；监察受托人有无违反合同的约定，实施投资行为；监察受托人是否利用信托财产为自己谋取不当利益；对信托财产处分行为是否符合信托协议规定进行审查；接受受托人提交的信托事务处理情况及财产状况报告并审查确认；对受托人违反信托合同的行为进行纠正；对受托人违法违规行为进行纠正；发现重大异常情况时直接向委托人或民政主管部门报告，并协助处理；对因情况变化，原信托管理方案与信托目的相悖时，协同各方制订新的信托方案；对信托协议履行过程中发生的争议进行调处；对担任慈善信托监察人过程中所涉及的全部文件档案进行保管；在委托人去世或终止后，直接向民政主管部门报告工作，保障信托财产的安全和维护受益人的合法权益；对受托人作出的符合委托人意愿和信托合同约定的投资方案进行审查、出具法律意见并监督履行；在受托人出现重大变故，难以继续履行信托合同时，协同委托人、民政主管部门启动特别保护程序；对受托人的变更和更换提出建议并制定方案；慈善信托终止时参与清算工作；以监察人身份对违反信托合同、侵害信托财产安全和受益人利益行为提起诉讼；为保障信托正常运行而实施的其他监察工作并按照要求提交监察报告。

慈善信托监察人在履行监察职责过程中，如果发现受托人履行职责不当或其他违法违规行为，通常通过如下方式解决：

直接要求受托人纠正，及时消除影响并弥补已经产生的损失；向委托人报告，协助委托人与受托人进行交涉；向民政主管部门报告，通过行政管理程序进行处理；向人民法院提起诉讼，主张权利。

慈善信托为科学行善、依法行善打开了一扇大门，对弘扬慈善文化、创建和谐社会有着巨大的推进作用。但只有严格监督才能让慈善信托健康稳定持续运行下去，实现委托人的良好愿望，造福社会和更多的受益人。

通过上述有效监察措施，受托人将会最大程度地尽职履行受托人职责，委托人的善良愿望将会最大程度地实现，受益人的权益也将会最大程度地得到保障。

破产管理人就有财产担保债权受偿的 报酬计收问题刍议

文 宗士才律师 胡聪 上海市锦天城（深圳）律师事务所

我国破产法及相关司法解释对于破产管理人就有财产担保债权清偿的报酬计收问题，采取的是由担保权人根据其优先受偿的担保物价值比照清偿无担保债权收取报酬的比例支付的方式，但该报酬不得超出债务人清偿无担保债权收取报酬限制范围的10%，此种规定存在一定的合理性，但规定并未细分担保债权的种类，进而分别规定不同的报酬限制比例，较低的报酬比例导致实践中管理人在处置有担保债权时积极性不高，同时管理人与担保权人协商报酬的规定也被虚置。

在当前全国法院系统倡导破产审判助推供给侧结构性改革、全面推进破产企业救治和清算工作，并在中级人民法院设立清算与破产审判庭的大背景下，新一轮的破产案件审判高潮即将来临，而在破产案件审理过程中承担关键角色，作为破产企业“保姆”的管理人，其报酬的计量和支付问题，作为一个“很敏感也很受破产从业人员关注的问题”^[1]，亦需要在推进破产制度改革的同时协同变革。限于篇幅，本文将只聚焦于破产管理人就债务人对有财产担保债权清偿的报酬计收问题进行探讨。



现行规定及合理性探究

现行规定

根据《中华人民共和国企业破产法》第二十八条第二款规定，管理人的报酬由人民法院确定。据此授权，2007年，最高人民法院出台的《关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》（下称《规定》）第二条第一款确定了以债务人最终清偿的财产价值总额为基数，在不同比例限制范围内分段确定管理人报酬的基本原则。

同条第二款规定：“担保权人优先受偿的担保物价值，不计入前款规定的财产价值总额。”根据该款规定，作为计量管理人报酬基数的债务人最终清偿的财产价值总额不含担保权人优先受偿的担保物价值。而依据

《规定》第十三条之规定，据此，管理人对于担保物付出合理劳动的，在未与债权人协商一致的情况下，其收取的报酬至多不超过上述第二条分段计算报酬的10%。以债务人最终清偿100万元普通债务和债务人向有财产担保债权人清偿100万元特定债务为例，前者管理人最多能收取12%即12万元的报酬，后者管理人最多能收取12%之10%即1.2万元的报酬。

担保权人优先受偿的担保物价值的1.2%，成为管理人针对担保债权人就担保物受偿的最高计算比例，因为随着担保物价值的提升，实行的是分段计费，破产财产总额超过100万元之后，管理人的报酬将从12%向0.5%

[1] 陈夏红：《再穷不能穷管理人》，载《法制日报》2016年7月20日第12版。

逐段下降。

现行规定的合理性探究

现行法关于有财产担保债权人就担保物受偿的管理人报酬计量之规定，并不是毫无道理。最高人民法院《规定》第二条第二款“担保权人优先受偿的担保物价值，不计入前款规定的财产价值总额”之规定，确立了管理人就担保权人优先受偿债权的报酬不由债务人财产支付的原则。原因在于，管理人对于担保债权的合理劳动一般不会给普通债权人带来利益，“显然不能从债务人无担保的财产中支付，而只能从担保财产的变价款中支付上述管理人的劳动报酬”^[2]。

最高人民法院《规定》第十三条则从量的角度确立了管理人就担保债权受偿之报酬计量规则，该条实际上是《中华人民共和国物权法》第一百七十三条规定之延伸^[3]，即管理人对担保物的维护、变现、交付等管理工作的报酬，属于担保物权之担保范围，由债权人自担保物中受偿之后向管理人支付。至于为何支付比例最高只是无财产担保债权最终受清偿额分段计算报酬的10%，应是管理人对于该等债权的受偿所付出劳动较少，管理人只是单纯对担保物进行维护、变现、交付等工作，故只能以较低的比例收取报酬。

值得注意的是，上述担保债权人所支付的报酬，仅针对管理人对担保物的维护、变现、交付等管理工作而付出的合理劳动，不包含管理人就担保关系是否存在进行的审查确认工作。原因在于，“担保权人对于自己享有的权利是不存在疑问的，也不需要别人的鉴别，对其债务的确认活动虽然影响到其利益，但实际上是为了全体无担保债权人的利益进行的，而不是为担保权人的利益进行的，因此应当从破产财产中支付费用，尤其是对于采取登记生效主义且登记具有较强公信力的不动产抵押权而言，更是如此。”^[4]也即，将管理人审查担保关系存在与否的工作作为影响无担保债权人利益的因素，用破产财产以支付其合理报酬。

现行规定存在的问题

一家企业之所以进入破产程序，按照破产法的规定，是其不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力。破产审判实务中，除“无产可破”^[5]的案件之外，进入破产程序的企业绝大多数都存在以财产设定担保融资的问题，可以说，破产债权中存在担保债权是破产案件最常见的现象之一。在此背景之下，现行法关于管理人就有财产担保债权清偿额的报酬计收之规定主要存在以下问题：

1、未能区分担保债权的种类，未能细分管理人就担保财产所付出劳动，而一体规定管理人报酬的计收比例；2、管理人所付劳动的报酬极低，不利于鼓励管理人积极履职；3、管理人与担保权人协商报酬的规定形同具文，背离了破产法作为私法的性质定位。

现行规定未能区分担保债权的种类

根据我国现行法律的规定，破产法中担保债权人可对担保物行使优先受偿权的担保方式包括：抵押、质押和留置，其中质押包括动产质押和应收账款质押。应该说，在动产质押和留置的场合，管理人所付出劳动确实有限，因为此时担保权之标的已转移至债权人占有，管理人所负劳动仅限于对担保物之维护、变现和交付。对于抵押而言，抵押物虽不转移至债权人占有，但管理人对于担保物与破产财产之区分，亦可能颇费周折，尤其是对于动产抵押和浮动抵押而言，该等标的与债务人的其他财产相联系，管理人对该等财产与其他财产所付出的区分、确认和分割等劳动，已超出上述所谓维护、变现和交付的范围，理应对管理人支付相应报酬。

就应收账款质押而言，问题更大。根据《物权法》规定，债务人可依据应收账款设定质押。”应收账款之所以可以作为质押之标的，在于其作为一种债权请求权，可以依法取得资金收益。在企业破产的场合，应收账款的债务人往往不会主动付款，管理人一般只能以诉讼的形式收回债务，在此种情况下，管理人对应收账款

[2] 王新欣：《破产法》（第三版），中国人民大学出版社2011年版，第97页。

[3] 《中华人民共和国物权法》第一百七十三条规定，担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。

[4] 许德风：《破产法论——解释与功能比较的视角》，北京大学出版社2015年版，第278页-279页。

[5] 无产可破，是学界的一种形象说法，是指破产财产不足以支付管理人报酬的情形。见许德风：《破产法论——解释与功能比较的视角》，北京大学出版社2015年版，第281页。



收回所付劳动等甚至远远大于对破产企业一般债权的追收，而其报偿只及一般债权受偿金额的10%，殊不合理。

以笔者所在破产管理人团队所负责的一宗破产案件为例，债务人深圳某电脑系统工程公司以其对工程发包方的应收账款作为标的向多家银行贷款，应收账款及银行贷款金额均在千万元之上，后该公司资不抵债进入破产程序，管理人在对工程发包方追收应收账款时，发包方以破产债务人欠其债务为由向管理人主张抵消，在管理人不同意其抵消的情况下，最后只能通过诉讼的方式进行追收。此种情形，若质押权人不向管理人支付相当的报酬并承诺配合展开诉讼，管理人虽肩负追收职责，却往往力不从心；不说报酬，单是诉讼费用就会使管理人望而却步。

现行规定所确立的管理人报酬极低

如前所述，现行法对于管理人就担保权人优先受偿担保债权的报酬，采取的是以担保物价值总额为基数，适用《规定》第二条第一款计算管理人报酬的分段比例，计算出一个报酬额，再以不超出该报酬额10%的比例确定管理人对担保债权清偿的报酬。该规定虽保持管

理人的报酬与担保财产价值的间接联系，但担保财产价值的折扣加折扣的计算方式（两个折扣均较低），使得管理人能收取的报酬极低，不利于鼓励管理人积极履行债权追收职责。

按照制度设计者的思路，既然认为管理人对于无财产担保债权清偿所付劳动与对有财产担保债权清偿所付劳动不同，那么，逻辑一贯的结果应该是分不同的标准确立管理人的报酬计量方法。

第一，最高人民法院《办法》第二条第一款所规定的计算管理人报酬的基数是债务人最终清偿的财产价值总额，该数额与分段计算比例与计算管理人对无财产担保债权受清偿的报酬相匹配；而管理人对于有财产担保债权受清偿的报酬，不能以担保物的价值总额与上述分段计算比例相匹配计算，因为担保债权人受清偿债权额与债务人最终清偿的财产价值总额是性质不同的两个数额，前者是债务人财产扣除破产费用和共益债务之后的余额，是债务清偿额，而后者根本不存在扣除破产费用和共益债务的情形，是担保物变现的总额。性质不同的两个数额与同样的分段比例匹配计算管理人报酬，难以谓之合理。

第二，即便是采用无财产担保债权受清偿所对应比例计算有财产担保债权受清偿管理人报酬，10%的二次限制比例还是太低，管理人所收取报酬与其承担的责任和风险不相匹配，根本无法调动管理人的工作积极性。

“从市场经济的角度，显而易见的是，在不完美的竞争机制中，过低的报酬只会导致劣胜优汰，最优秀的破产管理人完全可以改行做其他风险更低、时间更短、报酬更高的事情，逆向淘汰终将大行其道，这绝对不利于顶级人才加入破产管理人队伍之中”^[6]。而且，10%的限制比例也为管理人与担保权人协商报酬破裂埋下了制度的因子。

现行关于管理人与担保权人协商报酬的规定被虚置

如前所述，依据最高人民法院《规定》，管理人对担保物的维护、变现、交付等管理工作付出合理劳动的，有权向担保权人收取适当的报酬。管理人与担保人就上述报酬数额不能协商一致的，人民法院应当参照本规定第二条规定的方法确定，但报酬比例不得超出该条规定限制范围的10%。我们不禁反问：既然协商不成的情况下法院会依据一个较低的比例确定管理人的报酬，那么担保债权人又何必与管理人进行协商呢？

对于破产法的性质，学者普遍认同的观点是：“破产程序是在公力监督下的债权人自治程序。”^[7]而债权人自治的基本形式是债权人会议，破产程序中的重大问题由债权人会议决定，法院只扮演消极角色。如债权人会议与债务人的和解协议、破产财产的管理、变价与分配方案等，均由债权人会议决定，只要不违反法律或者债权人的一般利益，法院即认可其具有法律效力。而针对管理人向担保权人计收报酬这样的事宜，完全可以由双方按照市场化的方式协商达成一致，从而毫不损害广大无担保债权人的利益。

而担保权人完全可以在权衡利弊之后与管理人就报酬事宜达成一致，即便是双方未能达成一致，在管理人积极履行职责的情况下，可以透过债权人会议和人民法院对其进行监督，在管理人不主动向第三人追收债务的情况下，可以对第三人提起代位权诉讼。遗憾的是，

现行法以人民法院行使最后决定权并设定的方式间接关闭了管理人与担保权人协商的大门。

程序向谁开启由谁买单

对于破产管理人，我们不能只强调其义务和责任，而无视其正当合法权利。作为管理人的，无论是律师事务所、会计师事务所还是破产清算事务所，无不是以市场化的方式运作，因此，保护、兼顾管理人的正当化利益成为推进破产案件审判的关键一环。就破产管理人的报酬而言，应以市场化为导向进行改革。

在管理人对有财产担保债权清偿的报酬计收问题上，以及适当提高管理人整体报酬的前提下，政府应积极落实管理人与担保权人的协商机制，坚持“程序为谁开启由谁买单”的原则，尤其是在处置僵尸企业的过程中，面对大量的无产可破案件，在普通债权人清偿率极低的情况下，有财产担保债权人无疑是破产程序启动的最大受益者，因此，制度应允许管理人与担保债权人协商报酬。至于管理人与担保权人协商报酬的标准，当以担保权人优先受偿的担保物的价值为基础，由双方商定报酬比例。

当然，作为最后保障，在规定双方协商不成的情况下，由人民法院在一个起点和幅度均较高的比例范围内根据案件实际情况决定管理人报酬，如此，一来可以解决双方协商出现僵局的问题，二来也为双方的协商提供了一个可以凭借的合理参考范围。在人民法院决定管理人就有财产担保债权清偿的报酬的情形下，还应区分不同的担保形式，充分考量管理人所付出的劳动量，并将之与管理人就无财产担保债权受清偿之报酬计量作出对比，综合确定管理人的报酬。

值得指出的是，管理人同样可以与担保权人协商由担保权人承担追收担保标的的诉讼费用，该等诉讼费用可由担保权人据实承担，其合理之处在于：追收担保标的的诉讼系为了保障担保权人利益而发动，担保权人即便不通过管理人提起诉讼，也会以自己的名义通过代位诉讼等方式提起诉讼追偿，对与担保权人而言，这是一笔无法避免的费用支出。

[6] 陈夏红：《再穷不能穷管理人》，载《法制日报》2016年7月20日第12版。

[7] 李永军：《重申破产法的私法精神》，载《政法论坛》2002年第3期。

情势变更争议与非讼解决机制

——一起国际货物销售合同履行纠纷处理的分析

文 黄清华 深圳国际仲裁委员会

基本案情

案由：国际货物销售合同履行纠纷

申请人：中国某市集团公司

被申请人：土耳其某公司

2008年5月，双方签订100万美元的薄钢热卷板出口合同，约定20%的预付款，其余货款银行托收，D/P（承兑交单）方式付款，交货期为2008年7月25号。申请人收到20万美元预付款后依约按期装运。

由于金融危机的影响，国际市场薄钢热卷板在同年7月份价格下挫近一半，被申请人拒绝赎单接货，造成数额不菲的滞港费。被申请人称，国际市场货物价格剧跌属于情势变更，要求降价50%，否则，宁可损失预付款也不接货。

申请人查明，被申请人为经济实力不强的贸易商，而且，货物如长期滞港，有被当地海关拍卖的风险；同时，根据当地海关有关规定，货物回运须经提单注明的收货人同意。该争议虽起于被申请人违约，然而，由于合同中并没有约定有效的仲裁条款，只能在土耳其进行诉讼。即便胜

诉，也存在执行难问题。

申请人遂向中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心（下称“调解中心”）申请调解，被申请人同意。

申请人的请求是：（1）被申请人支付剩余80万美元货款及利息损失；（2）承担滞港费8万美元。被申请人则提出：因“情势变更”，要求降价50%。

调解的过程和结果

“调解中心”根据本案的特殊性，积极联系被申请人当地商会，获得协助。被申请人也同意指定当地商会的律师作为调解员，经多次协商调解，双方同意对货物作降价处理。然而，就“先付款还是先收货”的履行事宜，双方由于互不信任，最终没有达成一致。对此，当地商会提出建议：由合同项下货物被申请人的最终用户提供担保。最终，争议双方及被申请人的最终用户三方达成如下《和解协议》：

- 1、被申请人应向申请人支付80万美元，但鉴于国际热卷板市场价格巨变的影响，申请人同意降价20万美元，被申请人应支付60万美元——自本协议签订后5个工作日内被申请人向申请人支付40万美元，由申请人向被申请人交付提单；在本协议签订后60天内，被申请人向申请人支付剩余20万美元；
- 2、如被申请人逾期未付剩余欠款，除承担前述货款之外，应另行支付20万美元违约金；
- 3、被申请人的以上付款义务由货物最终用户某公司提供担保；
- 4、滞港费由被申请人自行承担；
- 5、协议三方同意，任何一方不履行和解义务时，守约方有权将《和解协议》提交中国国



际经济贸易仲裁委员会，在北京进行仲裁。三方同意由该仲裁委员会代为指定一名独任仲裁员，组成独任仲裁庭，采用简易程序，进行书面审理，请求仲裁庭根据《和解协议》的内容，适用适当快捷的程序进行仲裁，制作裁决书，仲裁裁决是终局的，对各方均有约束力。

仲裁结局

由于被申请人在接货后没有履行剩余20万美元的付款义务，其担保人也没有履行担保义务，申请人依据前述《和解协议》以被申请人和其担保人违约为由申请仲裁。仲裁庭依据前述《和解协议》及其仲裁条款作出如下裁决：

- 1、三方《和解协议》合法有效；
- 2、被申请人应按照《和解协议》的约定承担20万美元欠款和20万美元违约金，担保人对此承担连带担保义务；
- 3、仲裁费由被申请人承担。

担保人已在地商会的敦促下履行了该裁决。

律师评析

实体法律问题

本案涉及如何适用情势变更原则合理调整合同双方利益关系。合同履行中的违约方往往以“情势变更”为由，要求变更或者解除合同，重新调整当事人双方的利益关系。于此情形，基本的法律处理方法是：以公平原则统领基于“情势变更”的要求。

◎合理区分情势变更与商业风险

情势变更是当事人在缔约时无法预见的非市场系统固有的风险；商业风险属于从事商业活动的固有风险。法律对商业风险实行自己责任，由当事人自行承担；对情势变更则适用公平责任，损失由交易双方合理分担。^[1]

因此，在判断某种重大客观变化是否属于情势变更时，应当注意衡量风险类型是否属于社会一般观念上的事先无法预见、风险程度是否远超出正常人的合理预期、风

险是否可以防范和控制、交易性质是否属于通常的“高风险高收益”范围等因素，并结合市场的具体情况，在个案中识别情势变更和商业风险。

在具体的交易个案中，应充分注意全球性金融危机和国内宏观经济形势变化，对交易（合同）主体是一个猝不及防的突变过程，还是一个逐步演变的过程。如果存在一个逐渐演变的过程，那么，法律上认为，交易主体应当对于市场风险存在一定程度的预见和判断。尤其是对于涉及石油、焦炭、有色金属等市场属性活泼、价格波动较大的大宗商品标的物，以及股票、期货等风险投资型金融产品标的物的合同，应当依法把握情势变更原则的适用条件，严格审查当事人提出的“无法预见”的主张是否成立，以防止被滥用而影响市场正常的交易秩序。^[2]

本案中，争议双方2008年5月签订薄钢热卷板出口合同，约定同年7月25日交货、货款金额和付款方式等。在紧邻交货日前后的时间内，国际薄钢热卷板市场价格短时间内大幅下跌，确与全球金融危机蔓延、宏观经济形势变化有一定联系。这种联系表现在当事人之间的国际货物销售合同的履行，受到原料价格剧烈波动、市场需求关系的变化、流动资金不足等诸多因素的影响。这种较短时间内的价格剧变及其影响，合同双方均无法预见和防止，确属“情势变更”。因此，被申请人关于“情势变更”的主张，得到了调解和仲裁的支持。

◎公平原则之下侧重于保护守约方

在违约方所主张的“情势变更”等情形确实存在，确需适用公平原则重新调整合同双方利益关系的前提下，调整尺度的价值取向仍应侧重于保护守约方。因此，“情势变更”之适用，并非简单地豁免债务人的义务，而是要充分注意利益均衡，公平合理地重新调整双方利益关系。

本案的调解和仲裁，体现了公平原则之下侧重于对守约方的保护。例如，在货物价格“下挫近一半”即被申请人损失接近50万美元的情况下，由申请人承担其中的20万美元；又如，滞港费全部由被申请人自行承担；再比如，被申请人分两次支付的60万美元货款，由被申请人的最终

[1] 详见最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（法释〔2009〕5号）有关情势变更问题的理解与适用。

[2] 详情可参阅最高人民法院《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》（法发〔2009〕40号）。

用户提供担保。

总之，实体法上，本案的处理较好地把握了情势变更与商业风险的关系，并且在适用公平原则的同时灵活地保护了守约方的利益。

程序法律问题

本案这种实体法上的处理成功，离不开程序法上对商事纠纷调解（制度）的灵活应用和国际商事仲裁制度的支持。具体而言，本案的处理，程序上以下四点确保了争议的顺利解决：一、顺畅的非讼国际合作——获得土耳其商会在调解、仲裁及其执行方面的协助；

二、经被申请人同意指定当地商会的律师作为调解员，获得被申请人的信任；三、在争议双方就“先付款还是先收货”的履行事宜互不相让时，采纳由合同项下货物被申请人的最终用户提供担保的建议，成功化解争议方的顾虑；四、在《和解协议》中约定“和解转仲裁”之程序条款，赋予守约方在其他方违约时径直提起仲裁的权利，从而确保了《和解协议》的强制执行力，维护了当事人的权益。

◎灵活运用商事纠纷第三方调解机制

除当事人自行和解解决纠纷外，由第三方调处解决纠纷的法律机制主要有调解、仲裁和诉讼三种方式。在（国际）贸易与投资等商务领域，解决纠纷追求的目标是维护交易的快捷性和安定性，减少交易成本，实现互利共赢。因此，商务领域争端的解决，讲求互让互谅，看重双方的持久合作带来的长期利益。这就为商事调解事业的发展提供了广阔的空间。

本案中的“调解中心”，是以调解的方式，独立、客观、公正、灵活地帮助中外当事人解决商事、海事等争议的常设调解机构。在调解程序中，调解员尊重当事人的意思自治，在查明是非、分清责任的基础上，尊重合同约定，遵守所适用法律的强制性规定，参照国际惯例或行业惯例，结合公平合理的原则进行调解工作，灵活地促成当事人达成和解，力争最后达到双赢，维护双方的持久合作和长远利益。实践证明，坚持这样的调解原则，才能赢得争议当事人的充分信任，并使之愿意通过调解解决争议。

在第三人调处解决纠纷的法律机制中，相对于仲裁和



诉讼的刚性而言，调解最大的特点就是灵活。正是这种灵活，使调解成为化解合同交易中法律风险的有效手段。当然，这种灵活，应当以独立、客观、公正为前提，并以仲裁和诉讼的强制执行力为后盾。

◎高度重视调解机制与仲裁制度的衔接

调（和）解机制尽管具有灵活性的优势，但却具有权威性和强制性不足的严重局限性，易面临一方或者双方当事人反悔致调解协议无法执行。这也提示我们在调解阶段，就必须考虑到接受调解的一方或双方不履行调（和）解协议的问题。

本案的处理告诉我们，在调解阶段有预见地把仲裁条款融入到调（和）解协议之中，明确“调（和）解转仲裁”程序条款的适用条件、程序和方式，对于以非讼方式公正、高效、独立、合法地处理商事纠纷十分重要，是诉讼外提升调（和）解协议权威性的最佳方式。

在如何与仲裁制度衔接的问题上，本案双方的调解人充分考虑国际商事纠纷解决的要求和案件的特点，说服双方当事人以务实的态度衔接仲裁制度，值得重视。

◎民间方式促进中国大陆仲裁裁决在域外的执行

国际商事仲裁裁决执行，现实情况是，一些当事人看到于己不利的裁决便不会自觉履行。于此情形，如何促成这一类裁决在非裁决地国或域外的执行，确保仲裁裁决的权威性，实现商事交易的安定性，就变得十分重要。

通常认为，一国仲裁裁决在国外的执行“必须要依靠外国的国家权力”，通过“建立国际间多边或双边协助执

行机制来保证仲裁裁决的高效执行”。^[3]国际社会先后制定了多项区域性和全球性国际公约或其他国际法文件，其中，最为重要的当属联合国1958年通过的《承认与执行外国仲裁裁决公约》(即“《纽约公约》”)。目前已有约150个国家及地区加入该公约，我国于1986年12月正式加入。当前，该公约就解决国际商事仲裁执行问题，在官方层面发挥具有广泛主导性的重要作用。

至于某个具体的中国大陆仲裁裁决在国外的执行，官方的途径，就是经执行申请人(一方当事人)向执行地国法院提出执行请求，由具有管辖权的法院依双方国家都加入的多边条约或双边签订的民事司法协助规定的审查标准，审查并承认该裁决的约束力，并对被申请执行的一方予以强制执行。例如，《纽约公约》规定的审查标准包括：(1)原仲裁协议的当事人，根据对他们适用的法律，是否存在某种无行为能力的情况，或根据仲裁协议所选定的准据法，该项仲裁协议是否无效；(2)被申请人是否接到关于指定仲裁员或进行仲裁程序的适当通知，是否未能对案件进行申辩；(3)裁决所处理的事实是否包括在仲裁协议之内或超出了仲裁协议的范围；(4)仲裁庭的组成或仲裁程序与双方当事人的协议是否相符，或者当事人没有这种协议时与中国的法律是否不符；(5)仲裁裁决对当事人是否发生约束力，或者裁决是否已由中国管辖法院裁定撤销或停止执行；(6)依执行地国的法律，该裁决的争议事项是否属于不可仲裁的范围，或该裁决的执行是否与执行地国的公共秩序相抵触。

本案处理程序模型化问题的理论思考

在商事领域，经济活动追求快捷高效的目标与诉讼严格的程序要求存在尖锐的冲突，因此，诉讼解决商事纠纷，越来越多地让位于谈判、和解、调解和仲裁等非讼处理方式，而这已经成为国际商事纠纷的主要解决途径。在此背景下，探讨商事纠纷非讼处理好的做法，总结商事纠纷非讼处理理想模型，使之具有普遍的指导意义，至为重要。

传统上，即使是商事纠纷非讼处理，我们也习惯于通

过官方或者半官方的途径实现。例如，为解决解释或执行包含发明、技术诀窍、商标或外观设计条款的贸易合同中产生的争议，中国国际贸易促进委员会与法兰西共和国全国工业产权局在1980年签订了《关于解决中法工业产权贸易争议的议定书》并规定：首先由合同双方友好协商解决；如无效，争议可提请中国国际贸易促进委员会和法国工业产权局指定人数相等的调解员组成的调解委员会联合调解。一切不能在上述建议的范围内解决的争议，可按该议定书附件“仲裁条款格式”罗列的五种仲裁条款的任何一种进行仲裁。这种非讼处理模式，充分体现了当事人意思自治的原则，然而，缺点是并没有解决五种类型的仲裁裁决如何执行的问题。

相比之下，本案这种由争议双方所属国(国际)商会敦促履行调(和)解协议和仲裁裁决的做法，既可弥补调解机制权威性和强制性不足，又可确保仲裁裁决的执行。笔者认为，本案争议解决的仲裁程序充分地体现了(国际)商事纠纷非讼处理自愿性、快速性、专业性、保密性和裁决便于域外承认和执行的优点，对于当事人之间可能存在的长期合作关系伤害最小。除此之外，我们很难再找到更好的(国际)商事纠纷非讼处理方式。

法理上，“商会敦促履行”之所以有效，是因为在以全球化、信息化为特征的现代社会，人们可以通过声誉、信用、家庭、种族、商会、协会等媒介，形成新的“关系紧密的群体”。在商事纠纷，特别是跨地区或国际贸易纠纷中，当事人各方基于对各自加入或选定的商事机构的信赖，使争议各方所属国或者所在地商事机构有可能共同合作，运用调解加仲裁的方法解决各方争议。商事机构这种有助于加盟企业之间形成“关系紧密的群体”的便利性和自发权威性，有助于争议各方自愿地解决纠纷。^[4]

基于此，笔者认为，本案处理程序上的成功经验，为我们展示了一种可普遍适用(国际)商事纠纷处理模型，即纠纷双方所属国国际商会或者所在地商会，共同参与促成仲裁外调解加调解成果中的仲裁条款，这样一种(国际)商事纠纷民间非讼处理模型。

[3] 赵东婧、董程、李偲琦：“国际商事仲裁裁决后执行情况问题探究”，《商场现代化》2011年16期。
同注释4。

条款包括“在法国常设机构仲裁的条款”、“在中国常设机构仲裁的条款”、“在被上诉人所在国仲裁的条款”、“在第三国仲裁的条款”和“在临时仲裁庭仲裁的条款”。详见《关于解决中法工业产权贸易争议的议定书》附件。

[4] 参见注释3。

特殊情形下的工作岗位如何确定？

文 王腊清律师 广东深兴律师事务所

张运华律师 广东益思律师事务所



基本案情

2015年6月7日，冉某受XX公司工会指派参加XX公司组织的篮球比赛。赛后当天傍晚，公司邀请全体参赛队员一同在餐馆聚餐。席间，冉某接到女友电话，由于餐厅较嘈杂，遂到餐厅外的广场上接听。结果在接听电话期间，冉某突发疾病，经医院抢救5小时后无效死亡。

同年6月25日，XX公司向当地社保局申请工伤认定，社保局随后认定冉某的死亡不能视同工伤。冉某之父冉XX不服，向X市人民政府申请复议，X市人民政府经复议后作出了维持社保局工伤认定书的复议决定。冉XX仍不服，于同年10月27日向当地法院提起行政诉

讼，其理由为：

冉某参加XX公司工会指派的篮球比赛，依法应视为工作时间和工作岗位；篮球比赛结束后的就餐活动，系篮球比赛结束后的延续行为。因此，依《工伤保险条例》第14条第（二）项“工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的”应当认定为工伤之立法精神，冉某在就餐过程中的餐厅外接听电话突发疾病经送医院抢救无效死亡，符合《工伤保险条例》第15条第（一）项规定的情形，应当认定为视同工伤，故要求撤销社保局的“工伤认定书”。

社保局辩称，XX公司组织篮球比赛后的就餐活动，可以认定为在工作时间前后、在工作场所内，但冉某在餐厅外接听电话突发疾病经送医院抢救无效死亡，而非受到某一事故的伤害而死亡，故依《工伤保险条例》第14条第（二）项之规定，不应认定为工伤。XX公司组织的篮球比赛过程可以认定为工作岗位，但冉某在餐厅外接听电话的地点不能认定为在工作岗位，故冉某的死亡不符合《工伤保险条例》第15条第（一）项规定，不应认定为视同工伤。

法院裁判

人民法院经审理后认为，《工伤保险条例》第15条第（一）项规定，“职工在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的，视同工伤”。而冉某在餐厅外接听电话突发疾病经送医院抢救无效死亡，不属于职工在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡之情形，故被告社保局的“工伤认定书”并无不当，故驳回了冉XX的诉讼请求。

冉XX不服一审判决上诉至某市中级人民法院。中级人民法院经审理后认为,《工伤保险条例》第15条第(一)项规定,职工在工作时间和工作岗位,突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的,可视同工伤。所谓工作岗位,一般是指职工从事日常工作时的岗位。但受公司指派从事工作的临时岗位(如冉某受指派的篮球比赛活动),以及公司为解决职工在工作过程中的合理生理、生活必须提供的工间休息场所,也属于合理的工作岗位。冉某参加XX公司的篮球比赛后,XX公司为解决篮球队员的生活到餐厅进餐,应当视为篮球比赛活动的延伸,可以认定为工作岗位。冉某在进餐过程中到餐厅外接听电话时,该进餐活动并未结束,故冉某到餐厅外接听电话的情形仍应视为在工作岗位,所以符合《工伤保险条例》第15条第(一)项的规定,应当认定为视同工伤。上诉人冉XX的上诉理由成立,遂判决撤销一审判决,撤销社保局的“工伤认定书”,责令社保局于本判决书生效之日起60日内重新作出具体行政行为。

争议焦点

本案争议焦点是冉某工作岗位的认定。《工伤保险

条例》第15条第(一)项明确规定:“职工在工作时间和工作岗位,突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的,可视同工伤。”由此可见,认定视同工伤的条件为:1、工作时间;2、工作岗位;3、突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡。

本案当事人双方一致确认,冉某参加XX公司的篮球比赛后又参加晚餐,然后在参加晚餐的途中到餐厅外接听电话突发疾病经送医院抢救无效死亡,且对集体就餐时间可视为工作时间无异。冉某在就餐途中接听电话突发疾病经送医院抢救5小时无效死亡之情,符合突发疾病在48小时之内经抢救无效死亡条件,且其没有《工伤保险条例》第16条规定的故意犯罪、醉酒或者吸毒或自残或者自杀情形,故其参加就餐的场所能否认定为工作岗位才是争议的焦点。

律师评析

依立法宗旨解决工伤认定争议

工伤保险是社会保障体系的重要组成部分,依《工伤保险条例》“为了保障因工作遭受事故伤害或者患职业病的职工获得医疗救治和经济补偿,促进工伤预防和职业康复,分散用人单位的工伤风险”之立法宗旨,其



根本目的在于给劳动者提供必要的社会保障。

虽然司法实践中经常会碰到新问题、新情况，司法人员也希望《工伤保险条例》能够解决层出不穷的工伤认定案件，但鉴于现实情况，有些案件还界于法律规则的两可之间。这就需要我们《工伤保险条例》的立法宗旨出发，综合用人单位或社会的经济承受能力和社会的发展，正确地适用法律规范，通过工伤认定，使受伤职工的医疗和生活得到救助。

因此，在实际的工伤认定案件中，只要从有利于保护劳动者合法权益的角度来理解和适用《工伤保险条例》，科学地运用司法技巧，同时兼顾用人单位工伤风险功能的分散，就能实实在在地保护劳动者的合法权益。

工伤认定案件中疑难问题解决思路

首先，一个重要前提是运用平衡原则，抓住保护劳动者合法权益和用人单位或社会经济承受能力之间的平衡点。保护劳动者合法权益是工伤保险的立法宗旨，故社保部门在工伤认定案件中遇到疑难问题时，要从有利于劳动者合法权益的保护角度来理解和适用法律。同时，还要考虑到用人单位或社会经济承受能力，不能无限制地扩大保障力度和范围。因此，法官在工伤认定案件中遇到疑难问题、且法律规定不明确的情形下，为加强对劳动者合法权益的保护力度，可根据《工伤保险条例》的立法宗旨，适当地对法律作扩大解释，且这种扩大的边界就应当以用人单位或社会经济承受能力为辅。

其次，要科学地适用法律。众所周知，成文法与时代的需求总存在着滞后性，而为了弥补这种不足，法官可以依立法宗旨，对相应的法律规定作合理的扩大解释以适应社会的发展需要。但在此过程中切忌机械司法。

涉案工作岗位的认定

有人认为，在工作岗位上突发疾病只能适用《工伤保险条例》第15条的规定，不应参照《工伤保险条例》第14条的立法精神对工作岗位作扩大理解，故冉某在篮球比赛后的就餐过程中，可以认定为工作场所，但不能认定为工作岗位，因为冉某的工作岗位不

是在餐厅外接听电话。

笔者以为，《工伤保险条例》第14条第（二）项规定，职工工资在工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的，应当认定为工伤。根据有利于保护劳动者合法权益之宗旨，在视同工伤的认定中，对工作时间和工作岗位均不宜过于严格。

工作时间是指劳动者按照劳动合同约定或用人单位规定进行工作的时间，包括加班加点和用人单位要求劳动者从事其他活动所需要的时间。本案冉某在参加单位的篮球比赛，以及赛后的就餐时间，当然应认定为工作时间。

工作岗位是指劳动者从事日常工作时所在的岗位，以及受单位指派从事工作的岗位，当然也包括用人单位为解决员工在工作过程中的合理生理、生活需要而提供的休息、就餐等场所。换言之，工作岗位是指在工作场所从事或履行与工作有关活动的空间，以及为员工解决合理生理、生活需要而提供的场所。

依此，冉某参加XX公司指派的篮球比赛，比赛场所是当然的工作岗位；篮球比赛结束后，XX公司安排冉某等球员集体就餐，该就餐场所理当为篮球比赛场所的延伸，可以认定为工作岗位；冉某在就餐中途离席到餐厅外接听电话，表明其并未结束该就餐活动，此时仍应视为在工作岗位。如果说冉某在就餐中途离席到餐厅外接听电话属于脱离了工作岗位，那冉某在就餐中途离席上洗手间而接听电话时，同样属于脱离了工作岗位。这显然是强词夺理。

综上，冉某在就餐中途离席到餐厅外接听电话时突发疾病经送医院抢救5小时后无效死亡之情形，完全符合《工伤保险条例》第15条第（一）项之规定，应当认定为视同工伤。

现行《工伤保险条例》确实没有明确规定工作原因、工作岗位、工作时间，也实在为社保局的工伤认定带来不少争议。因此，司法人员不能以此为由否定客观存在的事实，要以立法宗旨为指导，适当地扩大对劳动者合法权益的保护力度，用科学、能动的司法之态，推动法律与时俱进。

PROFILE | 人物 口述历史——深圳律师业回顾与展望

陈宝权：律师体制改革的见证者

文 惠珍珍 特约记者



陈宝权，曾任深圳市法律顾问处副处长、深圳市司法局律师管理处处长，参与了深圳律师体制从“国有”到“私营”的改革，见证了律师队伍从寥寥无几到蓬勃发展的转变。

从80年代到90年代，深圳律师体制经历了从“国有”到“私营”的改革，律师队伍经历了从寥寥无几到蓬勃发展的转变，律师业务也拓展到社会经济发展的方方面面，可谓遍地开花。

在这期间，毕业于北京政法学院的高材生陈宝权，和老一辈法律人一道，参与和见证了深圳律师体制改革以及律师行业发展的进程。

回望律师体制改革

1981年的冬天，鹏城的律师业发展则迎来了春天。这一年，根据1980年8月26日第二届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过的《中华人民共和国律师暂行条例》，深圳市组建成立了律师法律顾问处。

虽然深圳恢复了法律制度，但当时的法律顾问处，只有9名律师。直到1983年11月，深圳市法律顾问处改名为深圳市律师事务所，这在全国是首创。在时任深圳市法律顾问处副处长的陈宝权看来，这个名字改的意义重大，律师临门一脚就踏进了律师事务所的殿堂。

“为什么呢？一方面深圳毗邻香港，按照香港律师制度、香港市民的习惯，他们在需要法律服务的时候，咨询也好，代理也好，都需要到律师事务所。但是深圳市成立

的法律顾问处到底是干什么的，他们并不知道，因而深圳的法律服务没有办法与外界衔接。另一方面，从将来法律业务发展的情况来考虑，深圳市法律顾问处这个名称就改为深圳市律师事务所。”陈宝权认为，这跟境外法律习惯是吻合的，是符合国际惯例的。

1985年以后，全国各地开始借鉴深圳，将法律顾问处改名为律师事务所。随着深圳律师外向型经济的发展，经济案件日益增多。为适应需要，深圳的律师事务所如雨后春笋般出现。到1990年7月，深圳市已成立了14家律师事务所。其中，公办律师事务所12家，合作制律师事务所1家，个体律师事务所1家。由于律师业务少，工资开支还达不到当时平均水平，因此这些律师事务所在经济体制上都是属于国家包办的公办律师事务所，律师办案的钱进律师事务所的帐，然后按律师的级别和贡献拿工资，这种“大锅饭”的体制使得律师开拓业务的积极性受到限制。

不少老一辈法律人都清晰记得，1988年5月4日，全国第一家合伙制律师事务所——段武刘律师事务所成立。这是由段毅、武伟文、刘雪坛3名律师合伙开办的律师事务所，他们只用缴纳律师事务所的年检注册费，其他业务收入都归他们自己支配。开办初期，3名合伙人的年收入可达到几十万元，这在当时已是一笔不菲的收入，在业界引起

了不小的震动。

1989年，全国首家个人律师事务所——李全禄律师事务所成立。在深圳决定创办个人律师事务所之时，还公开发出了通知，当时有5名律师报名参加竞选，司法局作为主管部门，对竞选者的学历、执业经历、社会信誉和口碑进行了比较，最终选中了资历较深的李全禄律师来吃这个“螃蟹”。在李全禄律师事务所成立之初，第一年业务收入就有29万，这在当时算得上是“天文数字”了。

1987年起，陈宝权开始担任深圳市司法局律师管理处处长一职。陈宝权回忆，随着社会经济发展，律师期望在体制方面有所改革，深圳市司法局便大刀阔斧，进行了一系列的改革。比如，在经济管理模式上实行定员定额，超过比例分成。还有包括集体承包模式、主任承包模式等，“就是我一年给你多少钱，其他人就分配定量了。相当于主任是所里的代表，主任承包形式。还有就是我这个律师事务所给你抵押多少，完成任务还是按照比例完成，完不成任务抵押就没有了。”此外，还有律师事务所采取税后按照比例上交的模式。“因为解决不了工资和办公费用开支，就采取了这样一些形式，并且都在摸索和探索中。”

经过律师及主管部门的实践探索，加上律师业务的不断增长，特别是经济案件的增长，深圳律师行业逐步形

成了不用国家来包揽开支，走向了独立核算、自收自支的道路。更重要的是，律师向社会提供法律服务作为专业人员，而不是作为国家的公务员。

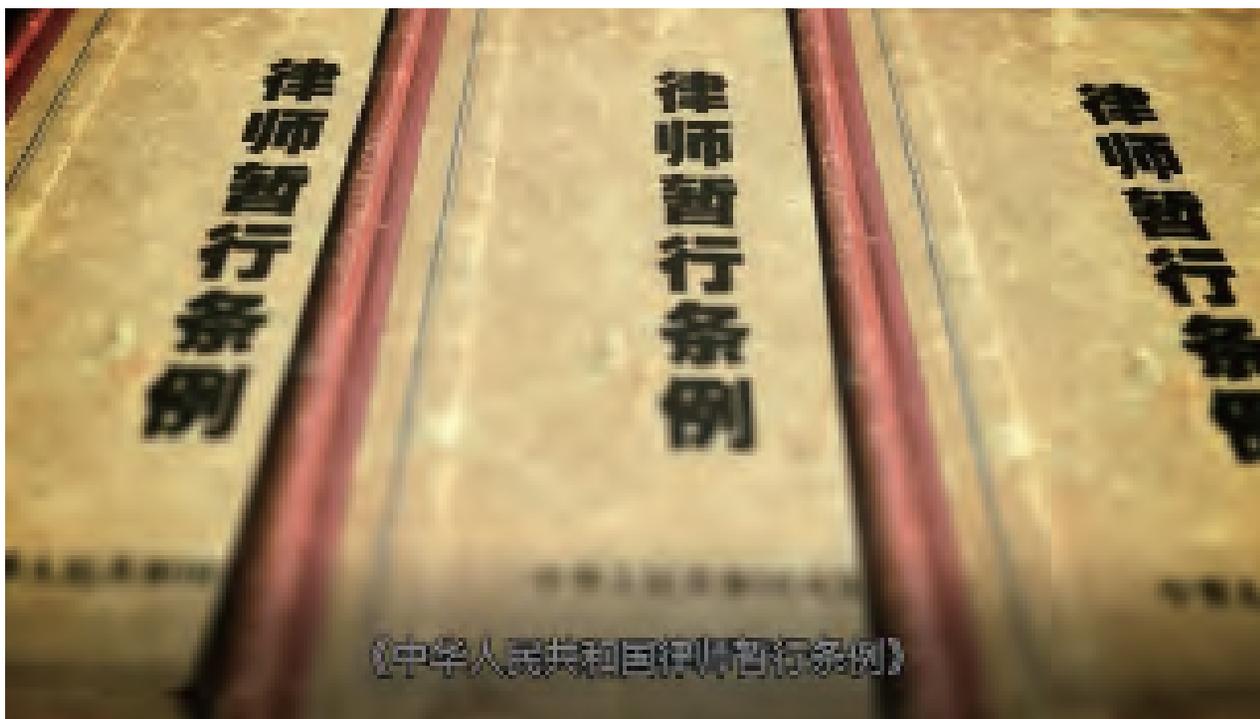
律师业务遍地开花

随着律师事务所的相继成立，深圳律师业务开始涉及到多个领域，可谓遍地开花。

陈宝权介绍说，到1990年我市律师业务形成了多元化的体系，从刑事案件的辩护，到融资租赁、贷款合同审查、对外投资等非诉业务。

比如，深圳市经济贸易事务所通过法律顾问进行全过程的法律服务，从设厂到生产到供销一条龙业务，并开始了兼职业务，比方说这个所引进国外公司做1万台冰箱，法律事务中签订了合同，金额有100多万，这便是见证业务，这在当时属全国首创。1988年深圳市人民政府常委办公室聘请了2名律师当法律顾问，说明深圳市政府机构非常重视律师业发展，也很相信律师，因为律师懂得法律知识。随着律师业务的不断创新与拓展，深入社会生活方方面面，在维护法治稳定社会秩序，促进特区的经济建设等方面，律师都发挥着重要作用。

当时虽然律师事务所五花八门，但是各个专业律师



事务所已初步形成，对外律师事务所、经济贸易律师事务所、房产所，这些都界定。“这些东西是肯定还是否定，比如说合作制律师事务所、个体律师事务所这些都有了，到底是对还是不对，到底是肯定还是否定。另外，经济体制方面的管理到底对还是不对，存在哪些问题，哪些问题还需要改进。像律师见证业务、法律顾问业务、对外和议等等，能做不能做、合不合法，律师业务的范围应该有哪些，哪些应该肯定，哪些应该改进，取证难要怎么样解决，律师事务所和律师管理处的关系是如何界定？”陈宝权指出，当时明显可以看到，这些律师事务所的经济体制改革如果不进一步的话，还远远无法达到律师事务所民事法律主体这么一个形态，为社会经济和社会生活提供法律专业人员。而他看到的这些问题，虽然很容易解决，但仍需要用法律制度来确定它、认可它。

律师条例应运而生

作为改革开放前沿地带的深圳经济特区，在很多方面都先行先试，在律师行业立法当先，深圳也走在了全国前列，可以说是第一个“吃螃蟹”的城市。

“深圳市有关领导很重视这项工作，也在酝酿出台律师条例，律师也期望有健全的律师制度来开展他们的工作。深圳有符合人民团体资格的律师事务所，律师可以提供这些条件。在这种情况下，深圳的律师缺乏什么呢？缺乏制度保障。”陈宝权认为，律师事务所有能力养活自己，不需要国家来包办，真正成为了法律的民事主体，成为第三产业的组织，因而深圳要有能留下律师的法律制度。

深圳处于改革开放的前沿地带，在前沿中律师是排头兵，深圳律师在体制改革、业务开拓方面，都担当了排头兵的角色，在摸索、探索律师体制改革方面也做了很多工作，律师条例被千呼万唤。在这样的情况下，深圳市开始制定律师条例。

“在当时，律师事务所这样的体制下面，司法局还有提成，用来补充司法律师业务开展的不足，另外就是用一部分资金解决律师的住房问题。当时少说每人有一套房子，现代化的设备都很好，律师需要自己提出申请，提交材料申请完以后由司法局进行审定。不作为公职律师人员，你就算走向了社会。”陈宝权述称，“刚开始的时

候，有的律师有点犹豫，在观念上还有习惯性的东西，所以当时没有很多人从体制内出来，律师改革是一个逐步川流不息的实施过程，不是一下子稀里哗啦都走了。有人看着律师走出体制后还行，就紧接着出来，这是一个逐渐转变的过程。”

深圳律师、法律工作者以及司法机关一些干部，经过努力大胆实践，终于探索出一条有中国特色社会主义，又符合深圳律师情况的律师体制。1995年2月24日，全国第一部律师行业地方性法规《深圳经济特区律师条例》应运而生。该条例率先对律师事务所的性质、种类、律师的权利和义务、职业道德、执业纪律等进行了全面规范，也为后来的《中华人民共和国律师法》的制定和实施奠定了立法基础。在当时，许多香港法律界人士对这部法规中一些前瞻性的先进理念感到惊讶。

在条例起草之初，陈宝权提出自己来起草条例。“当时为什么提出这个问题呢？因为在研究这些问题方面情况的人不是很多。我通过几年收集了一些材料，对中外律师制度的比较研究写了一本书。当时我就认为，律师条例的起草对我来讲是可以完成任务的。”陈宝权回忆称，起草律师条例以前，司法局也组织了几个人到香港进行考察。该条例讨论稿在第一次会议时陈宝权等人进行讨论后，就形成了草案报到深圳市法制局。深圳市法制局法律处牵头到香港进行了一次考察，然后再逐步的定稿，最终形成了《深圳经济特区律师条例》。

从最初在政府、法院等国家单位进行法律人才引进，到逐步增加一些外地法院等单位来的律师，再到现在通过律师资格考试获得执业资格，深圳的律师行业已完成了向市场化的转变。深圳从一开始的一个法律顾问处，9名律师，到如今600余家律师事务所，上万名律师，律师也发展日趋成熟。

“希望深圳的律师们在改革开放这个道路上，不断自我完善，开拓自己的业务，对特区的社会主义建设，经济的发展和人民生活方面，在维护合法权益方面，在这个法治建设大潮中继续勇敢的摸索、实践。”陈宝权寄语深圳律师。



论书架的成长

文 王俊凯律师 广东卓建律师事务所

一个人的成长足印中，总少不了书架的影子。一个人的成长，会同步导致书架的成长。书架的成长，也直接印证一个人的成长。

读小学的时候，几块木板订在一起就做成一个书架，单薄、粗糙、丑陋，既贴合当时的物质条件，也与当时人的成长阶段相吻合，里面放的是教科书，还有部分小人书，这是我精神世界的全部家当。

到了高中，书架结实多了，上了漆，也变光滑了，宽度高度都像我青春期的身体那样，有了十足的成长。

里面增加了不少红色经典名著和其他课外书，伤心的是，那时在地摊上拾掇半天辛辛苦苦淘来的《三国演义》之类的小人书荡然无存。或许是搬家过程中丢失了，至于怎么丢失，倒真想不起来，成了现在经常追问的蠢蠢怪事；我只能解释为这些珍贵的小人书嫌我没有好的书架才弃我而去罢。

书架的蜕变是在大学时期。人身自由了，意识自主了，欲望需求膨胀了，手中掌握着父母给的生活费，自觉有了底气，常会主动去搜寻一些奇书，运气好的话会

淘到物美价廉的书，均属国内外文史哲艺术这类人文经典。

当时大学宿舍没有书架，好在我睡上铺，靠床头的墙壁被凿开了一个四方的凹下去的洞，洞还砌成三格，铸造了那个年代特有的洞口书架，人文经典都被塞了进去，对它们来说，好歹有了个常居地。床头架还有个台灯，在嵌在墙内的书架陪伴下，挑灯夜读，这种状态持续了很长时间，每晚都让我满足。

毕业了，洞口书架被清空了，留给了后来者继续享用，书全部送回老家，高中时期那个结实的书架已不能承载那么多书。实际上，它不能承载的是我的成长。

工作两年后，我用自己赚来的钱请人在房间里做了个书架，从地板一直紧贴着墙面拉到天花板，几米高，有玻璃门、拉手，层次分明、规格不一，塞满了书，蔚为壮观。与此同时还制作了个衣柜，不久却生了虫子，总有粉渣掉下来，在地面堆成一片。我不得不将衣柜拆除，但书架仍保留至今。

往后又过了五六年，我从风暴一般刮过的职业生活中抽身出来，面对书架做了多次观望和凝思，我终于想明白：书架是这个俗世中我唯一能拥有的洁净之地，它关乎心情的安宁、灵魂的安放、精神的回归，它是心灵的港湾。我清理了一批不适宜在书架里居住的书籍，同时大规模地购书。当时还有个想法，哪天我落魄了、受困了，不要紧，只要书架在，只要这些书在，希望就在，阳光就会照射进来；留得书架在，不怕没柴烧，春华秋实只是时间问题。

面对蜂拥而至的新书，顶天立地的书架也表示爱莫能助了。床头床底，各种纸箱，衣柜顶端，车房车库都成为我放书的地方，成为另类的书架，甚至各种书整齐堆砌一起也构成一座没有脊梁的书架。

我的藏书已超过两千，欣喜的是生命可以承受它们的重量，但至今没有足够大的空间和足够体面的书架来让它们有尊严地进驻，它们被分流在不同的地方。女儿出生后留下许多纸尿裤纸箱，大部分藏书被装进了大号纸尿裤纸箱封起来，塞到了写字台下和床底。这些未曾阅览的书如果是因为没有好的书架而被毁灭，又何尝不是一种遗憾和罪过。

过渡时期的书架形式如此多，书的摆放自然是混乱的。我不觉得有什么不妥，只是在找书的时候觉得不大方便，翻箱倒柜将摆好的书推倒重来，书架又被重新排列组合一遍，可谓苦中求乐了。

现实生活中见到最奢华的书架，乃是“一堵墙书架”，即房间中有一堵墙都被书架占据，这房间可能是书房，也可能是主人卧室。有个朋友于闹市中购置一套复式房屋，位于楼盘顶端，实际使用面积超过三百五十平米，在顶层砌个私人游泳池，面积不大，确也碧波荡漾，池旁立一太阳伞，盛夏白天之时可在伞底下捉围棋，晚上顿感手可摘星辰，离深邃的苍穹非常接近，远眺可见金项链般的跨海大桥在闪闪发光。

在游泳池旁，朋友还特意开辟二十平米空间作为书房，装修精致：一张写字台、一张椅子，靠背一堵墙书架，藏书量不过一百，里面是诸如薄伽丘《十日谈》之类的国外经典；书不多，书与书之间距离宽松，错落有致，无拥挤感。相对的，我还记得他的办公室也有“一堵墙书架”，全是密密麻麻的实务书工具书。

可见，朋友有意识地将工作需求与闲情逸致通过书架做了适当的切割，通过书架将精神世界与物质世界做了适当的隔离，尽管这个书架不大，却也成为一个妥善的精神停驻地，。

书架终究是精神世界在俗世中的投影。书架的成长并不是指随着人的成长，其规模就越来越大，而是指人成长到某阶段，书架能相应地成为他成长时期精神世界“可以承受的生命之重”。在接纳这些新朋友进驻书架之前，一个前提是你必须在心中明确预留了它们应有的位置，如果你的心胸不能承载它们，不为它们预留适当的位置，买来的书也会陆续丧失，书架也会慢慢变空。书架只是安置书的外在构造，决定书摆放的还是你的心中是否建有稳固的书架，你和书是否情投意合，是否气味相投。

可以想象：在一个100平方米的书房里，四壁都是书架，你坐拥书城，君临天下，感受着“一览众山小”的豪迈，足不出户就可以在那里感受四季轮换，与各路英雄华山论剑，洞察世间百态，洞见人情冷暖，回溯过往，畅想未来，岂不快哉？

NO.1 广东省第十一次律师代表大会顺利召开

2016年12月29日至31日，广东省第十一次律师代表大会在广州召开，全省近300名律师代表参加会议。广东省委常委、政法委书记林少春、省高级人民法院院长龚稼立、省人民检察院检察长郑红、省司法厅厅长曾祥陆、中华全国律协副会长吕红兵等领导出席，深圳市司法局巡视员梅爱民带领我市律师代表团70余人参会。

林少春从“推动供给侧改革、积极参与社会治理、恪守职业道德”等方面对全省律师工作提出具体要求。曾祥陆对近年来的全省律师工作给予充分肯定，并指出新形势赋予全省律师工作新的使命和任务。

大会审议通过了《第十届广东省律师协会理事会工作报告》、《第十届广东省律师协会监事会工作报告》、《第十届

广东省律师协会财务工作报告》及《广东省律师协会章程(修正案)》，选举产生新一届理事会和监事会，肖胜方当选第十一届省律协会会长、吴波当选监事长。我市共22名律师在大会中当选，其中16人当选理事（含常务理事8人）、6人当选监事。



NO.2 市律协举办深圳律师专著出版论坛

2016年12月7日，“深圳律师专著出版论坛”在市律协多功能厅举行。市司法局局长蒋溪林，市律协会长高树、副会长张斌，法律出版社编辑程岳，业务创新与发展委员会全体委员，律师专著出版评审人员，已出版或有志于出版律师专著的律师等80余人参加论坛。

张斌副会长对论坛主题作了解读：一是专业化永远在路上，市律协将业务创新与发展委员会从职业培训委员会中剥离；二是创新永不止步，创新才能提升深圳律师的竞争力，业务创新、著书先行。

高树会长指出：律师著书立说，旨在分享自己的知识成果与技能，为推动深圳的法治化建设贡献力量；期待通过律师精品专著的广泛传播，进一步树立深圳律师的专业形象。

蒋溪林局长分别从案例、数据、图表、细节问题上提出相应建议，并寄语：圳律师应扎实做好自己的业务，专注专业、崇尚专业。

论坛上，律师作者、评审人员、出版社编辑三方就律师专著出版的相关问题进行了交流与探讨。

NO.3 市律协举办第一巡回法庭律师志愿服务岗专题培训

2016年11月30日上午，第一巡回法庭律师志愿服务岗专题培训讲座在市律协多功能厅举行，第一巡回法庭诉讼服务中心付少军主任，张立新副主任应邀担任主讲嘉宾，派驻人民法院律师志愿者工作室服务团（以下简称律师志愿服务团）副团长章成律师主持讲座。市律协副会长、律师志愿服务团团长张斌、理事李军强、律师志愿服务团的律师等100余人参加了讲座。

自2015年7月我会与最高人民法院第一巡回法庭签订《关于建立良性互动工作机制的备忘录》以来，我会在第一巡回法庭设置了“律师志愿服务岗”，并组织志愿律师每周

一、二、四、五日轮流提供从事相关诉讼服务。截至2016年11月23日，共有613人次的深圳志愿律师到第一巡回法庭从事法律咨询服务，参与调处涉法涉诉案件1268宗。

讲座上，张斌副会长、付少军主任、张立新副主任分别致辞，梁敏、陈群、甘定中、赵宁、贡小娟等五位志愿律师还就值班工作的方式方法，工作态度和接谈技巧等进行了分享。本次培训讲座通过志愿律师服务工作中的问题和最新规则的讲解，以及值班律师代表的分享和交流，使律师增长了志愿服务相关的专业技能，有利于推动法律职业共同体建设和促进司法公正环境的发展。

NO.4 市律协喜获十大杰出贡献社会组织

深圳市律师协会在由深圳市民政局、深圳市社会组织管理局指导的首届“深圳社会组织风云榜”评选活动喜获十大杰出贡献社会组织。

深圳社会组织风云榜由深圳市社会组织总会发起主办，每年一届，评选项目包括：“年度人物”、“年度组织”和“年度事件”。鉴于今年是深圳社会组织发展30周年且为首届，评选时间跨度延伸至前30年，因而本次评选意义深远，得到社会组织及社会各界的高度重视与广泛关注。

为保证评审公正、客观、科学，组委会从定性和定量等多个维度制订系统的评价标准和计分办法，实行当事人不提名担任评委、同一单位或个人不交叉得奖、评委评审记名投票的原则。评审会根据入围社会组织大众投票分数的35%的权重和专家评审分数的65%的权重综合评出各奖项的前十名，并征询相关政府部门的意见。

此外，市律协“罢免风波”，聚焦社会组织内部治理和民主办会荣获“十大社会组织影响力事件”。

NO.5 市发改委就推动法律服务发展专题听取市律协意见

2016年12月15日上午，应市发改委邀请，我会7名律师代表前往市发改委就推动法律服务发展问题进行座谈。

张斌副会长就如何“实施深圳律师人才，推进律师业创新，落实法律服务全覆盖”三个战略层面提出了具体措施意见，同时建议考虑成立法律援助基金以及落实公职辩护人制度，提高刑事案件的辩护率，促进深圳法治城市建设。

魏汉蛟监事长就支持我市律师行业稳步发展提出建议：一是制定出台法律服务发展的相关政策；二是制定涉外高端法律人才培养计划；三是制定适合深圳律师业发展的税收管理制度；四是全面落实律师为政府提供法律顾

问制度；五是法治公益宣传设立公益基金；六是设立法治示范区，创建法律服务行业“深圳品牌”。

就如何推进法律服务业发展，与会人员建议：一是在理念层面上，普及法律观念的认同感，形成社会尊重律师服务价值的共识；二是在政策层面上，恢复律师行业纳税定率征收模式或加大财政返还力度；三是在政府层面上，推动建立第三方评价机制。此外，政府重大决策应引入律师参与谈判，发挥律师专业优势，并规定投标保护价，避免不正当竞争，以及支持国际人才的引进和培养，加大资金投入，开展涉外领军人才培养计划。

NO.6 第二期主任班、第六期青年班圆满结业

2016年12月1日下午，“律师事务所主任管理实务和能力提升研修班”、“第六期深圳青年律师研修班（民商事诉讼方向）”结业仪式在市律协多功能厅举行，会长高树，监事长魏汉蛟，副会长张斌、黄思周，理事陈科军、杨道、李军强，律师事务所管理与合作促进委员会副主任任杰及两个研修班的全体学员出席仪式，仪式由李军强理事主持。

李军强理事介绍：2015年8月，两个研修班正式开班，开设了互联网+时代的律师业务发展、律师事务所风险管理与内控制度建设，诉讼策略的制定与实施、执行的财产线索查找与难点突破等20门专业课程，共87名学员参加培训，目前培训工作任务已基本完成。

高树会长，魏汉蛟监事长和张斌、黄思周副会长对两个研修班的圆满结业表示热烈祝贺，并寄语学员：“十年

千人人计划”的实践，旨在培养一批高端业务领域专业人才，培养、打造深圳律师的行业带头人，促进深圳律师业可持续发展，为深圳律师行业的发展贡献新的力量。

结业仪式上，学员代表分享了学习体会和班级研究成果。两个研修班共10名优秀学员和4名优秀班干部受到表彰。



古词新韵【满庭芳·思乡辞】

文 陈朝辉 北京市炜衡（深圳）律师事务所

风起催更，浮尘凝露，云月疏影窗边。
山遥树近，鸟鸢偶惊觉。
人静清园幽深，望城外、星火点点。
今宵里，故土情怀，容我入梦延。

奈何，案牍繁，瀚海泛舟，归期尤远。
待到重逢日，长伴尊前。
儿时佳话悉数，乡音醇、痴醉不倦。
思游老，似水流年，卸甲喜归田。

