

## 中国（广东）自由贸易试验区 广州南沙新区片区首届法治圆桌论坛召开

2016年6月29日，中国（广东）自由贸易试验区广州南沙新区片区首届法治圆桌论坛在中山大学学人馆召开。本届论坛由广州市南沙区法学会、中山大学法学院自贸区法律研究中心主办，由我院承办。南沙区法学会会长、区委政法委书记梁岭，南沙区法学会和各职能部门会员代表参加会议。南沙区党工委委员、总经济师、区自贸办主任潘玉璋，内地和港澳学者、律师代表受邀参会。南沙区人民法院（广东自由贸易区南沙片区人民法院）院长吴翔主持会议。

会上，梁岭会长表示，南沙区法学会承担了为自贸区建设服务的光荣使命，去年南沙区法治战线主动作为，成效明显，法律服务的国际化水平有了明显提升。南沙自贸区发展加快，也出现了新的法律问题，因此法律人须有国际视野，适应国际规则，遵从港澳民事案件规则的基本素质。希望专家学者畅所欲言，毫无保留地分享自己的研究成果；希望南沙法律人认真听取专家学者的建议，集思广益，共同促进南沙自贸区的法治发展。

中山大学法学院自贸区法律研究中心主任张亮致辞表示，自贸区要在法律框架内创新，一方面是用法治思维、法治方式在自贸区开展行政体制、管理体制等各领域的改革创新；另一方面是自贸区的司法机构应用好现行的司法资源和政策，处理好先试先行与现行法律的关系，确保自贸区政策与法律的统一。

潘玉璋主任介绍了南沙自贸区挂牌一年以来经济社会发展情况。按照广东自贸试验区总体方案要求，南沙自贸区在制度创新、国际航运中心建设、创新金融、科技创新、城市格局建设等方面取得长足进步；围绕国际投资贸易规则、21世纪海上丝绸之路经贸合作平台、粤港专业服务贸易、“双自联动”机制、“绿色自贸区”建设五个重点领域开展相关工作。

区人大法工委、区法院、区检察院、区公安局、区司法局、南沙国际仲裁中心、广东敬海（南沙）律师事务所、香港麦家荣律师行等单位相关代表进行了主题发言。各高校教授就仲裁法的完善、港澳案件的创新、审判指引的制定、电商案件的解决等方面发表意见和建议。

自由讨论环节，与会代表各抒己见。吴翔院长提出参照美国、香港的先进制度，思考在法治视野下的自贸区建设，要加强体制和机制的建设，提高综合软实力。同时，要建立起科学的吸引人才制度，构建起全国性的信用体系。

（调研科：付斌）

## 从粗放到系统：论法官逐级遴选机制之建构\*

——从百份中、高级法院遴选公告切入

胡秋玲 夏江丽

**论文提要：**1999年，人民法院“一五纲要”首次提出建立和完善法官逐级遴选制度，最高法院此后多次表示上级法院遴选或招考法官原则上从下级法院或其他优秀人才中录用。全国各级法院各类形式的法官遴选考试从未间断，但踌躇前行了十五年的实践探索却并未形成一套科学合理的操作标准与规范。到2014年中央确定建立法官逐级遴选制，最高法院正式明确上级法院法官原则上从下一级法院遴选产生，法官逐级遴选似乎迎来了变革的春天。

通过梳理全国诸多中级法院及高级法院遴选法官实践，可以探究现行上级法院遴选法官的大致操作流程与规律，这为制度构建提供可能的参考，但凸显出的遴选标准宽泛、遴选方式行政化及遴选操作各自为政等问题及其深层次原因使得改革更加迫切。为此，需要总结分析实践经验，更需要在定位法官逐级遴选的制度初衷的基础上，规范遴选程序与标准，建立由省级统筹的逐级遴选机制，形成一套符合司法运行规律与国情的法官逐级遴选制度。

**关键词：**法官 逐级遴选 机制构建 司法改革

法律的生命既在于逻辑，更在于经验。

### 引言

法官逐级选任制度是上级法院从下级法院选任法官的程序制度。1999年最高法院制定的首个《人民法院五年改革纲要》便已提出上级法院法官从下级法院的优秀法官以及其他高层次法律人才中选任的主张，但各地的实践图景似乎并没有那么理想。

在司法改革强力推进的现时背景中考察上级法院公开遴选法官的探索实践，对于构建法官逐级遴选制度有现实意义。根据现行实践结合地区差异对司法素养及智识的影响与需求，本文从东部、中部及西部地区各选取两到三个省份，以其部分上诉法院近年的遴选公告为样本展开分析<sup>①</sup>，由此检视上级法院遴选法官实践并试图提出建议。

\* 本文获评全国法院第二十七届学术讨论会二等奖。

<sup>①</sup> 区别于各地的招录公务员考试公告及上级法院直接从下级法院调任法官或是政策性安置法官的做法，这种公告是法院或人事管理部门发布的面向公务员系统的遴选、选调公告，包括最高法院的选调法官公告，因样本太少而未在标题中体现。遴选与选调虽有所区别，但并不影响样本的选取。为便于论述，本文将样本涉及的法院公开选调或遴选做法统一称为遴选。

## 一、取样：来自中级及高级法院的遴选公告

如同医疗需要从患者处取样一般，我们首先广泛搜集中级法院和高级法院对外公开发布的法官遴选公告并筛选出百份样本。

### （一）中、高级法院的代表性

我国根据行政区划设置四级法院并实行两审终审制，除基层法院外的其他层级法院具有二审终审权均可成为上诉法院，基层法院则处于审级最基础的初始端而不存在逐级遴选法官的做法。除最高法院外，全国超过四百个中级法院及31个高级法院构成了上诉法院的全部，它们既是从下级法院遴选法官的主体亦是上级法院法官来源的客体。中、高级法院联接基层法院与最高法院，既承担上诉审的功能，也承载部分案件的一审及再审功能。此外，中、高级法院在解决纠纷与适用规则层面更具广泛性及代表性。随着上级法院从下级法院选任法官的主张不断从纸面演变为实践，这些遴选实践为我们提供了参照与反思的来源。<sup>①</sup>

### （二）区域因素

我国经济社会发展的不均衡导致东、中、西部地区法治发展的地域性差异，司法水平与能力、法治意识与观念、诉讼能力等参差不齐。同样是上诉法院，因地区差异而对司法素养及智识产生不同的影响与需求。本文的样本选取考虑到上述差异，参照当前司法改革试点省份分布，结合遴选次数较多且中级法院与高级法院均有遴选实践等因素确定。通过搜集全国各地中、高级法院面向社会发布的遴选法官公告，整理出一百份包含中级以及高级法院发布的公告。从分布区域看，样本主要集中在东部G省、J省及Z省、中部A省和H省，西部C省、Y省及S省的法院，其中高级法院的样本20个、中级法院的样本80个。<sup>②</sup>基本可探究出现行中、高级法院遴选法官的行动逻辑与困境。

### （三）对遴选的筛选

有关上诉法院遴选法官的做法已有十余年，但实际直到近些年来才明显增多。<sup>③</sup>基于样本的连贯性，选取作为样本的遴选公告全部集中在2009年到2015年期间，互联网为搜集工作提供了极大便利，即便如此，依然还是需要对样本进行全面甄选。首先将仅有媒体报道而无具体、完整遴选公告的数据剔除。其次，现有中、高级法院遴选法官是与遴选其他工作人

<sup>①</sup> 最高法院《人民法院改革纲要（1999-2003）》提出要建立上级法院从下级法院选调机制，此后每五年一次的改革纲要均有类似主张，但行动极为迟缓。2006年，最高法院选任死刑复核法官到今年面向高级法院及部分中级法院公开选调法官，中、高级法院在此期间选调法官的做法开始增多，目前全国多数中、高级法院的法官基本来源依然是公务员考试，但根据十八届四中全会的决定，下级法院将成为上级法院法官主要来源。

<sup>②</sup> 样本个数是指公告数，而非法院数量，其中G省、J省、A省、Y省分别系第一、二批司法改革试点省份，其他省、市虽非试点地区，但因其公开遴选法官较为频繁，如H省的14个中级法院有8个有过多次面向本省或全国公开遴选法官的做法。

<sup>③</sup> 一个直观但并非没有说服力的例证是：在2015年7月19日22时50分本文利用百度（全球最大中文搜索引擎）依次输入2007年到2015年年份及“中级法院选调”显示网页数依次为9.3万、12.6万、36.5万、35.9万、36.9万、40万、47.8万、55.2万、59.6万。

员一并进行而未作区分，且有多元化的遴选方式，在筛选时剔除不含法官职位（审判岗位）的样本。<sup>①</sup>同时考虑到部分法院出现预备法官甚至法官助理独立办案的做法，亦将包含遴选预备法官或调研人员（具有法官资格）一同纳入样本范畴。<sup>②</sup>

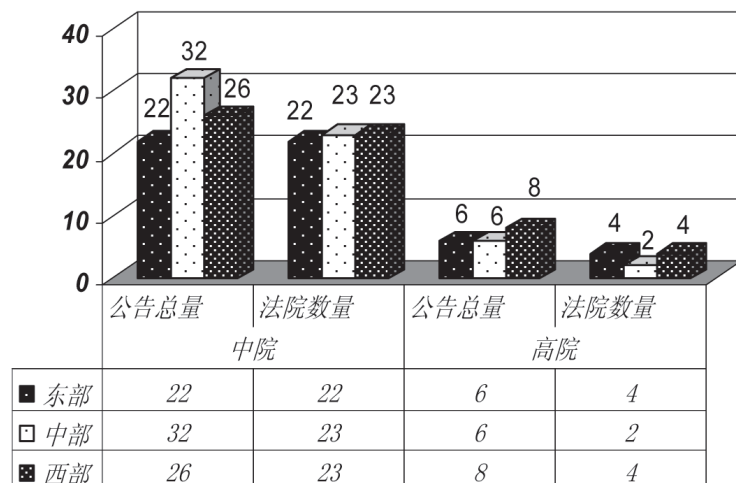
## 二、解读：上级法院遴选法官现状的调查

为全面了解上级法院尤其是中、高级法院遴选法官的现状，更好地解构其运行的逻辑，我们从如下方面入手。

### （一）统计数据：对百份中、高级法院遴选公告的梳理

通过选取样本为东、中、西部的两到三个省份的高级、中级法院近五年的遴选公告，分门别类进行整理。

图一：不同级别法院发布遴选公告数量对比（单位：个）

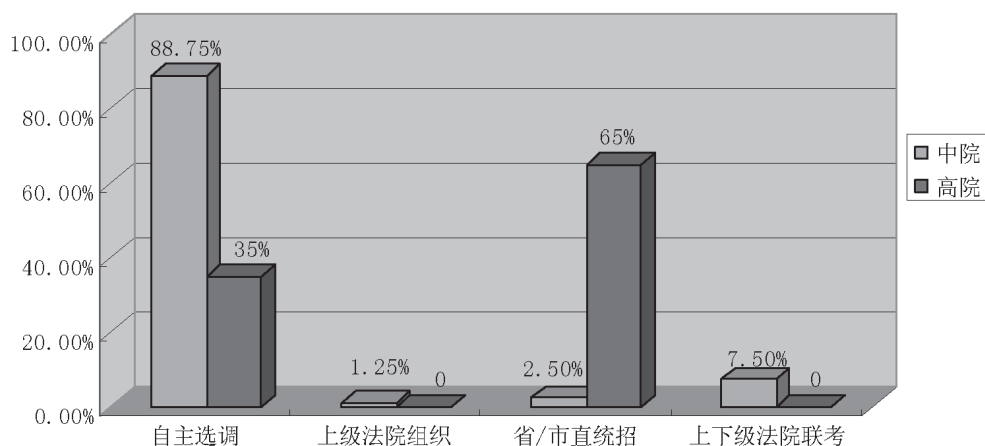


在发布公告数量方面：样本中的东部、中部、西部高院相差不大，中部地区中院发布数量相对较多。需要说明的是，由于部分法院在统计时间段内曾多次发布遴选公告，故发布遴选公告的法院数量只占据公告总数的一部分，三个地区发布公告的法院数量和公告总量占比中院分别为100%、72%和88%，高院分别为67%、33%和50%。可见，中部地区法院发布遴选公告的密集程度更高，东部地区法院遴选法官的做法在该地区范围内更为流行，这也印证了一种法官流动的方向，从相对落后地区往相对发达地区。

<sup>①</sup> 遴选方式多元化包括法院自行组织遴选，由上级法院组织遴选，由省或市人事主管部门纳入省直或市直机关选调公务员的统一遴选考试。许多法院将遴选法官、审判辅助人员（含书记员）、文职类人员（文秘、会计等）、司法警察一并进行。

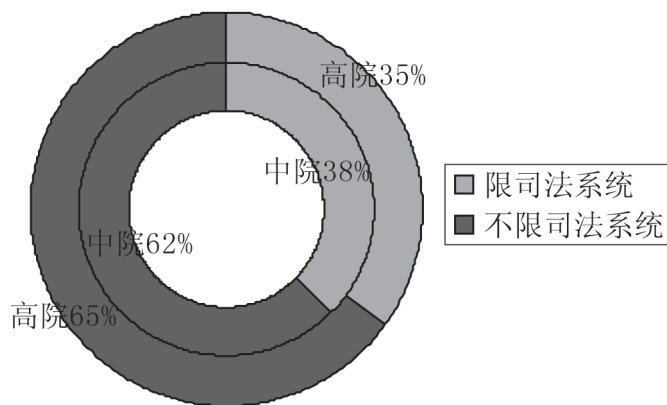
<sup>②</sup> 根据笔者在预备法官培训时的见闻，一些经济偏落后地区法院因法官流失需补充办案人员时，欲通过遴选方式选调法官但担心招不到人时便在设置遴选条件上作变通，公告为遴选法官，但职位设置为法官助理，虽然名义上非法官但往往在招到人后会尽快缩短助理审判员的期限赋予其办案资格。

图二：遴选方式对比



在遴选方式方面：中级法院遴选法官多数采取自主遴选方式，同级人事机关一般参加一些程序性事项；其次为上、下级法院联合遴选即中级法院与其辖区的基层法院统一遴选；还有个别法院由其上级法院组织遴选。<sup>①</sup>高级法院则更多采取统招方式，即通过由省级人事部门组织省直属机关统一考试来遴选法官，其次是通过自主遴选。<sup>②</sup>总体而言，自主遴选具有较大独立自主权，相对更专业一些；上下级法院联考可以顾及法院系统的特殊性，在遴选条件、考题设置等方面进行的设计针对性稍强。相比之下，由公务员主管部门统招可以减少寻租空间，但未能较好体现法官职业与普通公务员职业的差异性。

图三：遴选范围（是否限司法系统）比较



无论是中院还是高院的样本，两者均有超过60%对遴选对象是否必须为司法系统（法院、检察院）并无硬性要求，多数样本反映出遴选公告多半用取得法律资格证、具有法律工作经验而非司法系统具有法官或检察官资格来设置条件，直接证实了最高法院关于逐级遴选主张难以有效落实到实践。

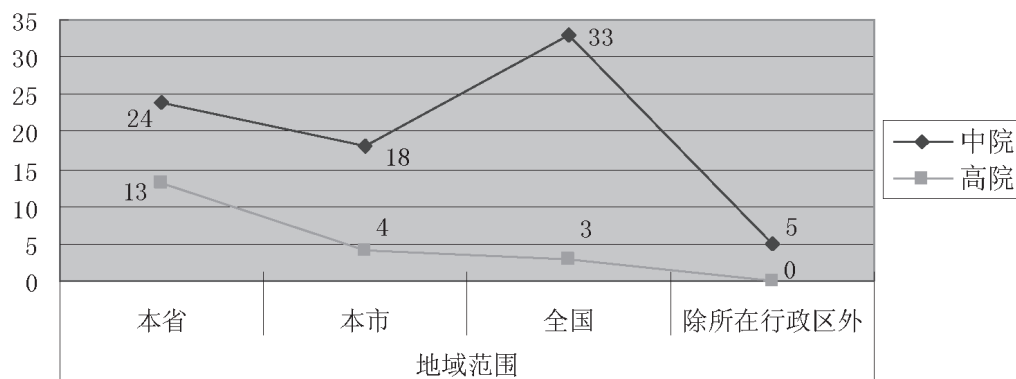
① 2014年12月成立的广州市知识产权法院即由广东省高级法院设立法官遴选委员会遴选法官。

② 如G省、Z省、A省、S省的高级法院从2011年开始均通过省直机关遴选公务员考试遴选法官。



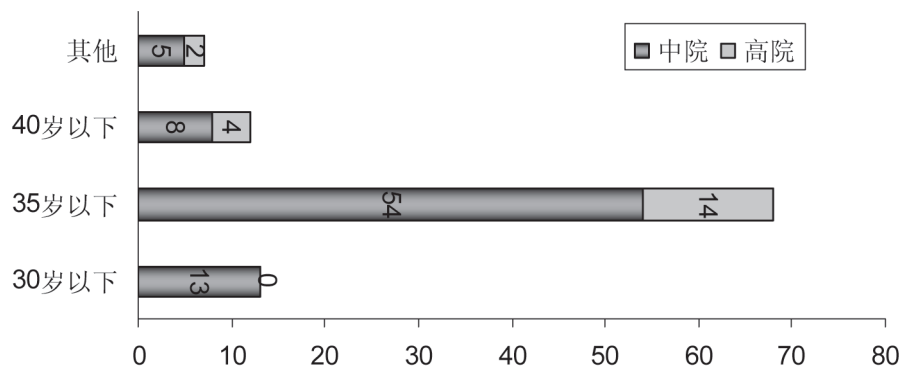
## 理论研究

图四：遴选范围（地域限制）对比（单位：个）<sup>①</sup>

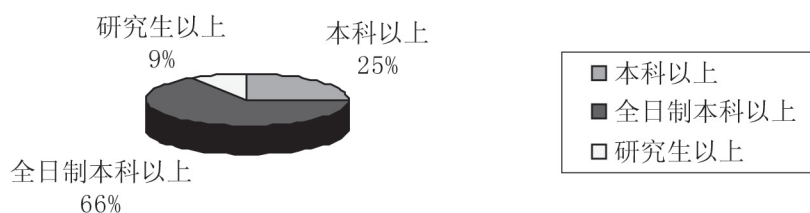


从遴选地域范围看，中级法院更趋向于面向全国范围选调法官，高级法院则更趋向于面向本行政区划管辖范围选调法官。面向全国选调可以一定程度上减少“近亲繁殖”的弊端，另一方面则增加了外地法官适应当地政治、经济、文化和法治环境的成本。<sup>②</sup>另外，样本显示尚存在部分中级法院排除本市范围选调法官，如G省F市中院、J省X市中院的多次遴选均将报名人员范围限定在本市之外的司法机关，反映了当地法院避免“挖墙脚”的心态。

图五：年龄限制分布（单位：个）<sup>③</sup>



图六：最低学历限制分布

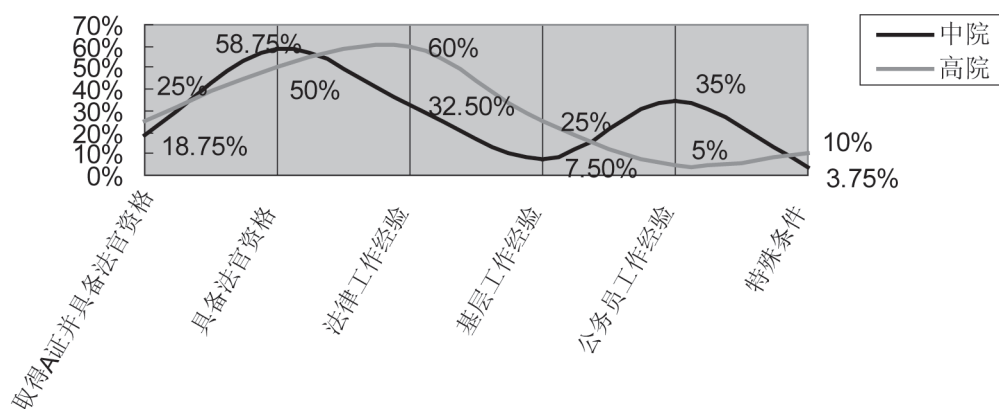


① 本图中“除所在行政区外”是指除中院所在地级市以外，样本中没有高院面向本省以外的范围遴选法官。

② 舒瑶芝：《法官异地交流制度之探讨》，载《浙江工商大学学报》2009年第4期。

③ 高院统计数据中其他部分分别是指38岁以下或男性38岁以下、女性35岁以下。

图七：任职资格设置比较<sup>①</sup>



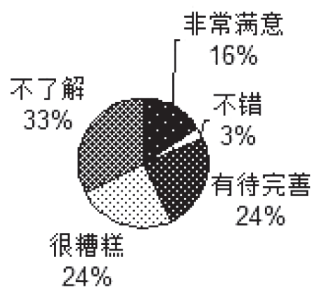
在遴选条件设置层面：就年龄限制而言，均是限定年龄最高值而非最低值，多数直接根据公务员法规定限制为35岁以下；学历一般要求在全日制本科以上；就任职资格而言，主要集中在法官资格和工作经验要求上，对法律工作经验要求高级法院比中级法院稍高，这应与职责分工有关，高级法院对规则的理解适用能力、审判经验和社会阅历要求更高。

### （二）问卷调查：基层法院法官对逐级遴选的看法

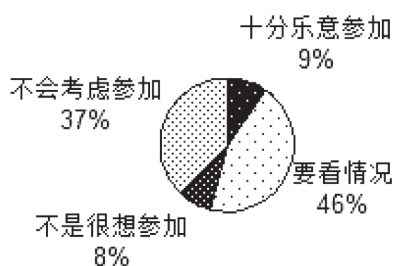
为了解基层法官对上级法院逐级遴选法官的态度，我们选择经济较为发达的G市12个基层法院为范围，向每个法院发放10份调查问卷，共收回有效问卷107份。初步调查结果如下：

图八：你如何看待法官逐级遴选问卷统计

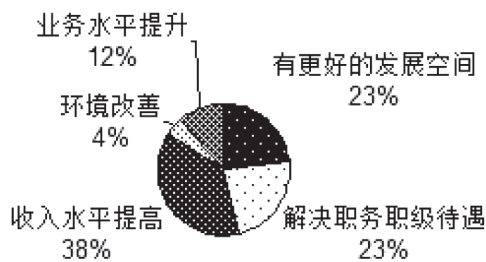
#### 1、对上级法院遴选法官做法的评价



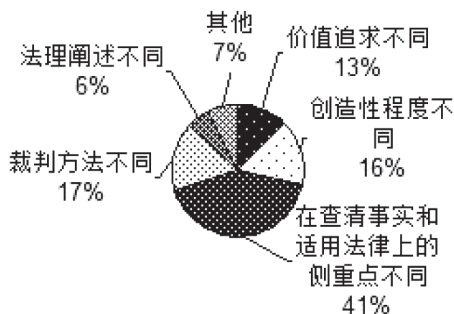
#### 2、参加本地中院法官遴选的意愿



#### 3、对上级法院遴选法官所关注的因素



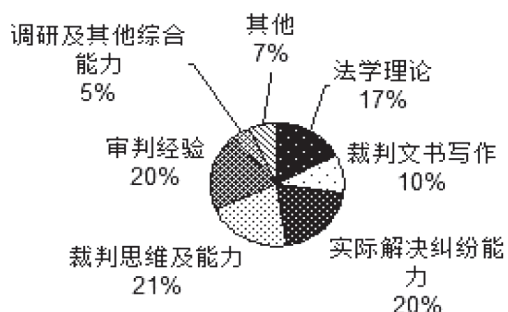
#### 4、初审与上诉审法官裁判思维上的差异



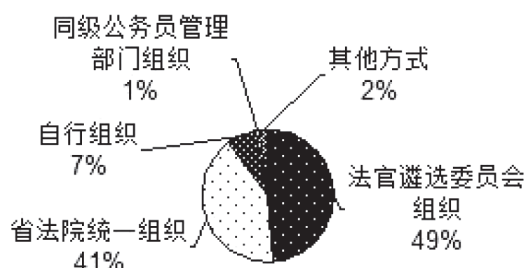
<sup>①</sup> 特殊条件是指部分法院在发布的公告中设置政治面貌、户籍、身高或婚姻状况等条件。

## 理论研究

### 5、上级法院遴选法官应注重的考察因素



### 6、上级法院遴选法官的组织方式



在评价与参与度方面：法官对于现行上级法院遴选法官做法的整体评价偏低，相当一部分法官对其不了解，一定程度上反映受调查法院对于组织法官参与遴选态度并不积极。大部分法官需要权衡考虑各项因素后决定是否参加。法官对遴选最为关注的因素集中在职业保障，对于业务水平提升的关注反而相对较少。有法官直接表示基层法院收入与中级法院相差不多甚至更高。这些反映出法官进行决策时具有明显的趋利性。

在初审与上诉审法官差异方面：多数法官认可两级法院的法官裁判思维上存在区隔和差异，尤其体现在查清事实和适用法律上的侧重点不同，被遴选至上级法院的法官通常需要进行角色转换。由此，上级法院遴选法官时考察因素应多样，包括裁判思维能力、审判经验和实际解决纠纷的能力等。

在遴选方式方面，大部分法官倾向于由法官遴选委员会或者省法院统一组织，而非现行的自行遴选。<sup>①</sup>

## 三、探究：现行法官逐级遴选的缺陷及成因

最高法院从1999年提出法官逐级遴选主张，但此后并未有具体措施落地与制度性突破，我们关注制度的缺失，但更关注是什么因素导致了这种缺失。

### （一）显性特征：统一规范缺失下的现实迷失

#### 1、缺乏遴选统筹主体与安排

目前，中、高级法院在解决人员短缺的燃眉之急时，只要有空余法官编制便可启动遴选法官程序，具体操作主要由人事部门按照一般人事补充程序进行，并无独立和系统的法官遴选机制，省级层面亦无专门机构管理法官遴选事宜。实践中中院对辖区中院遴选法官一般不统筹安排，高院也大多通过省直统招方式遴选法官，缺乏整体布局使得法官的遴选呈现各自为政的格局。

<sup>①</sup> 尽管没有实证材料支撑，但调查对象所处的司法环境极可能影响其观点的形成。这种推测并非毫无根据，G市及其所处的G省是司法改革试点地区。G省为配合改革已经暂停法院以选调、转任等方式补充法官做法，并已出台包括法官遴选办法在内的一系列试行规范，这些都构成调查对象思维的背景。



## 2、遴选标准缺乏科学性

法官是依赖思维逻辑和阅历经验的职业，诸多高级法院设置条件如年龄，照搬公务员法报考者不应超过35岁的规定，而实际是审判经验和生活阅历丰富的法官大多超过35岁，这种逻辑背离了法官的职业特质。<sup>①</sup>虽然法官法对各级法院法官的任职资格已有规定，《公开选拔初任法官及检察官任职人选暂行办法》（简称《办法》）创设了初任法官遴选标准与操作规范，对各级法院任职条件规定了最低工作年限，但存在标准过低、以高学历折抵工作经验、以法律工作经验替代司法工作经验的遴选逻辑，而法官的逐级遴选与初任选拔的差异性也使得该《办法》的借鉴效用有限。此外，多数法院制定遴选标准时未充分体现不同层级法院功能性需求，通常未针对拟遴选岗位设置针对性资格条件，部分法院设置户籍、政治面貌等与法官职业并无关联的障碍。已有规则设计过于粗放，且缺乏系统性，与改革图景相去甚远。<sup>②</sup>

## 3、遴选程序行政化

部分法院将审判岗、调研岗、行政岗等岗位混合遴选，将法官与审判辅助人员混合遴选，甚至部分法院直接将遴选法官与遴选其他公务员一起进行，不再单独发布专门的遴选法官公告。即便是能够体现司法专业性的自主遴选也多半参照公务员选拔模式，更遑论由行政机关组织统一遴选。法官的遴选方式与公务员的选拔方式呈现出高度同质化，其忽略了法官与普通公务员行使职权和内容的区别，一定程度上阻却了下级法院的优秀法官向上流动。<sup>③</sup>

### （二）深层求解：多重维度契合下的实践困境

#### 1、权力体制中的司法话语权不足

司法权作为中央事权，实际运作却受制并依附于地方性权力，法官产生于当地的组织和人事体系。在尚未建立法院的人财物垂直统管体制下，司法人事权、财政权及管理等方面主要受到当地党政机关的制约，地方法院涂抹着浓厚的行政化色彩。<sup>④</sup>缺乏支撑的地方改革必须取得当地权力机关、党委政府的支持和统筹协调方能有效推进。另一方面，法院人事管理遵循高度行政化模式。目前我国四级法院无论是法官还是审判辅助人员或者司法行政人员、法警等均纳入政法专项编制，其中并未科学厘定法官的员额，法官缺额缺乏指征信号。此外，法院因接收一些调干、军转人员等挤占部分法官编制，大多数法院通常会苦恼于编制紧缺，

<sup>①</sup> [美]罗斯科·庞德：《法律史解释》第229页，邓正来译，中国法制出版社2003年版。

<sup>②</sup> 关于取得法官资格的学历及经验要求，2001年修正后的《法官法》规定为“获得本科法学专业或非法学专业但具有法律专业知识并从事法律工作满二年，担任高级、最高法院法官的需从事法律工作满三年；获得研究生学位法律专业或非法律专业但具有法律专业知识并从事法律工作满一年，担任高级及最高法院法官的需从事法律工作满二年”；2008年，中央组织部[2008]25号文件将上述要求提高为拟任中级、高级法院及最高法院的法官应当分别具有三年、五年及八年以上工作经验。

<sup>③</sup> 苏力：《法官遴选制度考察》，载《法学》2004年第3期。

<sup>④</sup> 王琦：《国外法官遴选制度考察与借鉴》，载《法学论坛》2010年第5期。

更难说留有富余编制给下级法院的优秀法官。<sup>①</sup>

### 2、心理学归因下的基层法院无力

法官逐级遴选是建立下级法院法官向上级法院流通的单向通道，从客观角度看，基层法院普遍案多人少、任务重，不少基层法院存在招人难和留人难问题。部分基层法院认为培养一名优秀法官实属不易，若是被上级法院“挖”走，本院的审判工作受到影响，且容易造成人才流失的“多米诺骨牌效应”，故通常不愿意积极配合法官遴选工作。在没有相关制度予以强制要求的情况下，想要下级法院主动配合输送优秀人才实属难事。<sup>②</sup>另一方面，法院系统自上而下的人才输送通道并不完善，目前自上而下的人才输送通道主要是选派干部到下级法院挂职锻炼，但是挂职时间通常在一年左右甚至更短，且未形成规律，难以起到对人才短缺的除根治本作用。<sup>③</sup>

### 3、法经济学视角下的法官无奈

法官不是“自动售货机”，是而且必须是有利益追求、兴趣爱好、性格特点和能动性的人。<sup>④</sup>法官与普通人一样，也是理性“经济人”，在进行决策时会考量成本和收益，从而“用脚投票”。法官接受遴选面临一定成本，包括打破现行工作生活格局和适应新环境的必要付出等。在经济较发达地区，上、下级法院的地域优势和待遇优势均不明显；而在经济欠发达地区，遴选到上级法院往往意味着环境发生较大改变，其适应新格局的成本相对较高，<sup>⑤</sup>权衡之下，遴选带来的收益并非必然大于成本。另一方面，监督缺位易使遴选过程掺杂权力、人情干预，加剧了优秀法官的晋升难度，这种“市场比价”与“法定比价”的不对称可能促使其重新规划职业。

## 四、进路：法官逐级遴选机制的初步建构

决策层已经明确司法体制改革的方向、目标与基本思路，然则从纸面逻辑到实践行动需要明晰的制度规则和务实的探索，需要从通盘考虑，毕竟一项制度只解决一部分问题，一套制度才解决整套问题，要形成法官逐级遴选制度就必须统筹协调整套制度的变革。

### （一）统筹法官逐级遴选的配套制度改革

#### 1、推进法院人员分类管理及法官额制

法院干部队伍由法官、法官助理、政工行政后勤人员等组成，应对不同岗位的人员实行分类管理，为各类人员搭建各自的发展平台。在该项改革难以一步到位的情况下，可以首

<sup>①</sup> 贺卫方：《中国的法院改革与司法独立》，载《浙江社会科学》2003年3月版。

<sup>②</sup> 目前在不少地方的基层法院为了防止人才流失，采取各种措施阻止法官的流出，如设定或延长服务期，或干脆不同意放人。

<sup>③</sup> 唐正旭：《论法官公开选调的制度设计》，载<http://hunanfy.chinacourt.org/article/detail/2010/08/id/1392469.shtml>，于2015年6月20日访问。

<sup>④</sup> 朱苏力：《经验地理解法官的思维和行为》，载《北方法学》2009年第1期。

<sup>⑤</sup> 在经济欠发达地区，省会城市或者主城区与当地其他地区经济水平呈现出“剪刀差”，即与经济发达地区相比，这些地方的经济落差往往更大。

先建立符合司法规律和法官职业特点的法官单独职务序列，实行法官员额制，为法官遴选提供指征信号和数量依据。具体来说，即在现有编制内科学、合理地确定法官员额，只有当出现法官职位空缺时，才能够依法定程序填补。<sup>①</sup>法官逐级遴选的对象仅为法官序列中的人员。

### 2、设立法官遴选委员会，统筹初任法官选任培养

结合国内外相关经验，明确法官遴选委员会的性质、组成、职能范围、运行规则和运行程序等。<sup>②</sup>由法官遴选委员会统筹法官逐级遴选与初任法官的选拔培养。进一步完善初任法官选任机制，及时补充相应人才，形成与法官逐级遴选工作的衔接及“输送人才”与“培育火种”之间的良性循环。<sup>③</sup>

### 3、加快推进省以下法院人财物由省一级统理

对人的统一管理，主要是法官统一由省提名、管理并按法定程序任免的机制；对财、物的统一管理，主要是建立省以下地方法院经费与法官职业保障由省级政府财政部门主导管理。该项改革可以增加法院系统对人事任免等事项的自主性，有效防止对地方的过度依赖，且有利于形成法院内部的纵向联动。同时，通过省一级统一管理弥合本省内不同地区法院在职业保障上过大的差距，促使优秀法官更愿意向上流动。

法官逐级遴选与上述各项制度之间彼此依赖，这种依赖又会强化制度的互补性而构成整体连贯性。欲通过改变其中某一项制度来推动逐级遴选的整体变革及实践的可能性微乎其微，需要统筹推进。<sup>④</sup>

## （二）建立系统化的法官逐级遴选机制

要改变各地各自为政的粗放式遴选方式，探索建立法官遴选从公务员遴选程序中分离并独立运行机制，总结实践尤其是司改试点法院的经验并颁行统一的法官逐级遴选办法显得尤为必要。

### 1、设置具体的遴选标准

关于上诉法院遴选法官应当建立的资格标准，已有学者考察域外制度及实践并主张借鉴，将法律专业知识、法律职业经验及职业伦理操守作为上级法院遴选法官最重要的标准。<sup>⑤</sup>本文拟将法官逐级遴选标准划分为一般标准和特殊标准。

一般标准是上级法院遴选法官设立的同或相似条件，包括政治立场、品行道德、身体条件、任职回避等通用因素。特殊标准则是指根据不同层级、不同岗位法官的特性在遴选范

<sup>①</sup> 王琦：《我国法官遴选制度的检讨与创新》，载《当代法学》2011年第4期。

<sup>②</sup> 何帆：《法官遴选委员会的五个关键词》一文就有关法官遴选委员会应如何成立运作有具体分析，该文载《人民法院报》2014年7月28日第5版。目前，司法改革试点省份在第一批七个省份基础上增加了第二批，对于尚未成立法官遴选委员会的地区应充分结合本地区实际，借鉴试点省份经验进行运作。

<sup>③</sup> 王汉晴：《论法官层级遴选制度在我国之实践与构建》，载《理论争鸣》2015年第1期。

<sup>④</sup> 艾佳慧：《司法知识与法官流动》，载《法制与社会发展》2006年第4期。

<sup>⑤</sup> 如王琦：《国外法官遴选制度的考察与借鉴》，载《法学论坛》2010年第9期；艾佳慧：《司法知识与法官流动》，载《法制与社会发展》2006年第4期；王汉晴：《论法官层级遴选制度在我国之实践与构建》，载《理论争鸣》2015年第1期等对此有详细的介绍。

## 理论研究

围、年龄、学历、专业、审判工作经验、考评事项（考试、评价内容）等因素上设立的针对性标准。层级越高、对年龄的限制条件越小，对学历、专业、审判工作经验等要求越高；岗位不同则对专业要求、考评事项的要求就不同。从公平公正角度分析，遴选不应设置身高、婚否、政治面貌等条件或标准。从人才流动和优化资源配置角度，上级法院遴选范围不应局限于本辖区的下级法院，而应当作宽泛的理解。

特殊性标准的具体设置应充分考虑我国的现状，结合部分法院实践及大陆法系国家经验，初步设计如下：

表一：三级法院设置特殊标准部分参考值

法院层级	资格设定	年龄（岁）	最低学历（全日制）	专业限制	审判工作经验（年）	考评方式	其他条件
中级法院		上限35-40	本科	法律	4-6	笔试、面试、心理测评、个人述职、答辩、组织庭审、合议讨论等。 <sup>①</sup>	不同层级、类型的法院可根据具体岗位设定更明确的条件 <sup>②</sup>
高级法院		下限35-40	本科或硕士	法律（可因岗设其他专业要求）	6-10		
最高法院		下限40	硕士	法律（可因岗设其他专业要求）	12		

人的生活工作经历、经验往往与其年龄呈正比。正常来说，一个接受法学教育的本科生毕业时一般在22-24岁间，其后还需要三到五年的积累才有可能作为初任法官的对象。综合考虑一个法官积累专业知识及经验，养成法律思维的阶段性，中级法院在遴选标准方面可以设置年龄上限，考虑到地区差异建议在35-40岁之间取值，最低学历应为法学专业本科，审判工作经验5年左右，考虑到地区差异，可以在4-6年期间取值。高级法院、最高法院则设定年龄下限，即遴选为高级法院及最高法院的法官至少应经过十年左右中、基层法院工作磨练，考虑到现实因素建议遴选至高级法院法官年龄不低于35岁，各高院可根据实际在35到40岁间取下限值，审判工作经验可在6-10年之间取值，在学历上可视具体情况确定下限。遴选至最高法院的法官在年龄上一般不应低于40岁，学历下限为硕士研究生，工作年限在现有基础上增加4年，建议确定不低于12年的审判工作经验。

此外，在遴选的考评方法上，改变单一的“笔试+结构化面试”考试方式，笔试可考虑增加心理测试，根据遴选岗位不同设置更具针对性的测试内容。面试可结合个人述职、案件分析与答辩、组织庭审、合议讨论等考试方法，既要从基础角度考察法官职业伦理、经验阅历、综合能力，亦应注重专业水平，针对不同岗位分别考察裁判思维、专业分析及解决实际问题的能力。

<sup>①</sup> 将合议讨论纳入，在讨论中能够较好地体现裁判思维能力。实践中可根据法院层级、岗位设计复杂程度不同的考评方式。

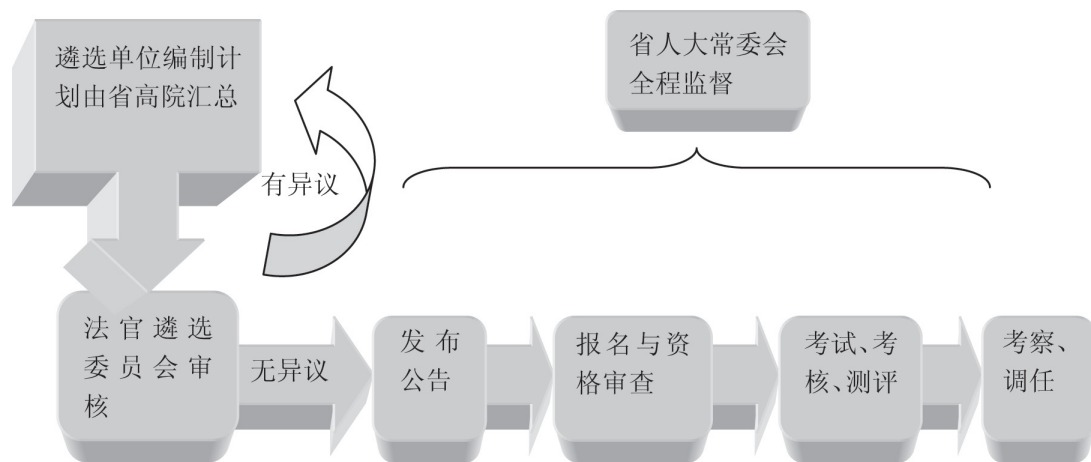
<sup>②</sup> 从现有实践看，部分海事、知识产权法院在遴选时增加了更具体并富有针对性的条件，部分高级法院在专业要求上明确到研究生的专业方向，这都需要更精细、系统化的制度设计。



## 2、设置规范的遴选程序

逐级遴选乃是从最广泛的下级法院法官中通过公平和公开竞争，挑选高素质的专业法官，<sup>①</sup>需要一套系统完整的逐级遴选程序。为避免前述样本法院多元化遴选方式产生的问题，逐级遴选应由中央、省法官遴选委员会及对应层级的法院共同组织进行。基本流程如下：

图九：省级统筹遴选流程图



由高级法院根据各中级法院及本院所需员额制定相应的遴选计划，经省法官遴选委员会审核后发布公告。遴选考试实施过程中的具体行政性事务（包括发布公告、审查资格、组织考试等）由高级法院负责组织，实质性事务（命制试题、面试考核等）由高级法院及法官遴选委员会负责组织、实施。<sup>②</sup>在遴选过程中，法官遴选委员会还可以对遴选程序进行审查与修改，以促进遴选程序的针对性、可操作性及科学性。为保证整个遴选过程的公平性，省级人大对程序性事项进行全程监督。

此外，为避免下级法院因遴选法官导致其缺额，可设置同一省级行政区内的初任法官遴选考试与公务员考试同时进行，逐级法官遴选考试则在初任法官考试前的三至六个月进行，以确保下级法院的法官被遴选后能够及时补充人才。

## 结 语

在社会结构、文化、制度尚难以支撑一个现代司法体系的语境下，由顶层设计的司法改革机制需要更贴近实际的探索，法官逐级遴选从各自为政的粗放模式到系统化的机制不仅是建新规立新制，需要以高屋建瓴的态度统筹改革，更需要直面现实的务实分析与实践。

本文尝试通过实证的分析就逐级遴选法官的路径提出一种构想，受调查方法、资料的局限性及作者能力限制，文中的分析和观点会有失偏颇，但只要有利于改革进程，这种尝试是值得的。

<sup>①</sup> 蒋惠岭：《英国法官遴选委员会是如何运行的》，载《人民法院报》2014年7月4日第8版。

<sup>②</sup> 从目前实践来看，广东省高院为广州知识产权法院成立了全国首个常任委员为9人的法官遴选委员会，上海及青海法官遴选（惩戒）委员会人数均为15人，海南、吉林法官遴选委员会人数分别为17、37人，主要来源为法官、律师、学者、权力或党政机关官员。结合改革趋势可知省级法官遴选委员会的人数不会很多并且大多为兼职，考虑到实际运作，对于法官遴选过程中的部分行政性事务应剥离出来由高级法院实施。



**【关键词】**

商业秘密 构成要件

**【裁判要点】**

按照《中华人民共和国反不正当竞争法》第十条第三款规定，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。”据此，商业秘密的构成要件包括：1. 不为公众所知悉；2. 具有价值性；3. 具有实用性；4. 采取合理保密措施。据此，审查是否构成商业秘密侵权的逻辑推理过程应为：首先，应对涉案信息是否符合商业秘密构成要件、某桁架有限公司是否有权就涉案信息主张权利进行审查和认定；其次，在商业秘密成立且原告有权主张权利的前提下，对被告是否实施了侵权行为进行审查和认定；最后，在认定被告构成侵权的情况下，确定其应当承担的民事责任。在此类诉讼中，原告应对于商业秘密构成要件事实承担主要举证责任。经对某桁架有限公司所主张的商业秘密进行逐项分析，由于某桁架有限公司所主张要求保护的涉案客户名单、价格信息、设计图纸均未构成商业秘密，故其要求三被告承担侵害商业秘密的赔偿责任之主张不具有法律权利基础，法院对此不予支持。

**【相关法条】**

《反不正当竞争法》第十条第三款

《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》第九条第二款第（五）项、第十三条第一款、第十四条

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条

**【案例索引】**

一审：（2013）穗南法知民初字第706号民事判决（2014年5月13日）

**【基本案情】**

原告某桁架有限公司诉称：被告某舞台照明设备有限公司系被告黄某于2012年9月12日独资设立的公司，生产经营与原告产品同类型的产品，其法定代表人系被告黄某。被告黄某于2006年12月7日入职原告单位，担任销售总监职务。被告某舞台照明设备有限公司自成立后，多次非法获取、使用被告黄某在原告处担

任销售总监职务期间所掌握的大量客户信息、价格信息、技术信息等商业秘密，甚至假借原告之名义截取本属于原告的交易机会，赚取本应属于原告的经营利润。被告黄某因担任原告单位的销售总监，一直掌握着原告所有的客户信息，包括客户名称、经营地点、联系方式、投资计划等。原告在国内绝大部分的销售业务均由被告黄某作为签约代表进行洽谈、签约，因此被告黄某亦掌握着绝大部分产品的技术图纸、施工方案，并掌握着所有产品的销售价格以及原材料采购的价格信息。为扩大产能，被告某舞台照明设备有限公司亦联合了被告某加工机械有限公司参与共同合作经营。被告某舞台照明设备有限公司非法利用了其法定代表人在原告任职的便利条件，非法获取并使用了原告的商业秘密，给原告造成了巨大的经济损失。被告黄某自入职原告处，至今仍与原告存在劳动关系，案发时，其职务为销售总监。被告某舞台照明设备有限公司、黄某非法利用这些商业秘密抢占原告的客户，直接造成了原告经济损失。三被告的上述行为是典型的侵犯商业秘密的行为，构成不正当竞争。上述三被告共同使用违法手段侵犯原告的商业秘密，使原告遭受了惨重的经济损失，故请求判令：1、三被告自判决生效之日起立即停止侵犯原告商业秘密，不得再利用原告的客户信息、价格信息等经营信息进行生产经营，并对上述经营信息进行保密。2、三被告向原告连带赔偿经济损失1702751元。3、三被告向原告连带支付调查取证所支出的费用7500元。4、三被告向原告连带支付财产保全费3020元。5、判令三被告承担本案全部诉讼费用。

三被告共同辩称：一、原告所称的客户信息不属于商业秘密，理由如下：1、原告对所谓的客户信息并没有采取相应的保密措施。从原告的网站（www.weifa.com.cn）来看，对其所做的工程案例进行了介绍，通过这些工程是可以查找到原告客户信息的；从原告提供的证据来看，并不能证明这些客户是其保持长期稳定交易的老客户，充其量是偶尔交易一、二次的客户而已。2、答辩人黄某在任职原告公司期间，没有与原告签订竞业禁止协议和保密协议。二、原告提供的证据来源不合法，不能作为断案依据。原告在未征得答辩人黄某的同意下，擅自窃取黄某的私人电脑，单独委托鉴定机构对电脑硬盘的数据进行提取，该部分证据是通过窃取手段取得的，证据来源违法。三、答辩人某舞台照明设备有限公司有自主经营的权利。某舞台照明设备有限公司是依法成立的工商企业，有权选择交易对象。在答辩人与之实际交易的客户中，只有部分企业与原告所称的老客户（非商业秘密中的客户信息）相同。四、原告索赔170万元没有依据。五、答辩人某加工机械有限公司没有证据证实有实施侵权行为，以及为实施侵权行为而与某舞台照明设备有限公司、黄某签订合作协议，且生产、销售电动葫芦与原告的产品并不相同，不构成侵权。

法院经审理查明：黄某于2006年12月7日开始入职某桁架有限公司处工作。2007年4月1日，双方签订《广州市职工劳动合同》，约定黄某工作岗位为设计部，岗位类别为管理类，约定期限为2007年4月1日至2010年3月30日。黄某并于2007年4月16日签收了某桁架有限公司的厂规制度，上述厂规制度即某桁架有限公司《员工手册》落款的编制时间为2006年12月1日。双方后又再次签订《广州市劳动合同》，期限为2012年11月1日至2017年10月30日，约

## 案例分析

定黄某的工作内容为国内销售经理。该劳动合同的第十二条第1点约定：乙方（即黄某）在签订本合同时，已十分清楚了解甲方（即某桁架有限公司）的厂规制度、安全生产管理制度、考勤管理制度、保密管理制度及其他相关的规章制度。某桁架有限公司所制定的《员工保密管理制度》的落款日期为2008年1月。黄某承认其签收和学习过《员工手册》，但否认其知晓《员工保密管理制度》的内容并认为该保密制度为某桁架有限公司事后制作。某桁架有限公司、黄某均没有提供双方劳动关系已经解除的证据。

经法院释明，某桁架有限公司明确其在本案中主张要求保护的商业秘密包括：（一）客户名单。包括：1、曾经与某桁架有限公司发生过交易关系的老客户名单，共有16个（载于某桁架有限公司电脑或书面合同）。该16个客户信息其中有10个具有公司名称、地址、联系人、电话信息；有1个具有公司名称、地址、电话信息；有1个具有公司名称、电话信息；有1个具有公司名称、联系人、电话信息；有3个仅有公司名称。2、由黄某以职权收集或联系而取得的潜在客户信息，共有7个（仅载于黄某工作电脑，未记录于其他有形载体）。该7家尚未与某桁架有限公司发生交易关系，但是已与黄某发生交易关系。3、上述单位后续产品采购需求、采购时机等随机信息（由黄某直接获取）。（二）价格信息。包括：1、报价数据信息及销售底价信息。某桁架有限公司陈述销售底价为销售价的七折，黄某知道某桁架有限公司销售底价后，会以低于底价的价格报给同类的客户，以争夺某桁架有限公司客户。2、采购信息。包含某桁架有限公司的采购渠道（2间铝材供应商），以及某桁架有限公司的采购价格。某桁架有限公司陈述该2个供应商不仅只是供货给某桁架有限公司，注册信息可以通过公开渠道查询到，但是联系方式、联系人等无法查询到。黄某得知该2个供应商的加工费底价，也按照某桁架有限公司与该2个供应商协商的特殊优惠价格要求购买。（三）设计图纸。包括设计图、安装图等信息。某桁架有限公司对此没有提供著作权的证明，也没有提供上述设计图、安装图的载体。某桁架有限公司通过劳动合同约定保密条款、制定保密规定、员工制度的方式来采取保密措施。

为证实其为获得涉案的客户信息付出了人力、物力等代价，某桁架有限公司提供了对黄某在任职期间因出差洽谈业务产生的差旅费、飞机票、住宿费等予以报销，以及对黄某开发和跟进国内客户发放销售提成等证据予以证实。黄某对上述事实予以承认，但认为不能证实某桁架有限公司的主张。

为证实黄某利用职务便利将掌握的客户信息归被告某舞台照明设备有限公司使用并为其交易谋利，某桁架有限公司提供了广东鑫证声像资料司法鉴定所出具的《检验报告书》（穗司鉴字20130901800039号）予以证实，某桁架有限公司为此支出鉴定费7500元。三被告认为该证据是某桁架有限公司擅自窃取黄某的工作电脑，单方面委托鉴定机构作出的，故来源不合法，对此不予确认。此外，某桁架有限公司还提供了某桁架有限公司代理律师与黄某之间的《谈话录音》（包括光碟、录音整理稿）予以证实。三被告确认声音来源为黄某本人，但是认为黄某是在受到胁迫、诱导的情况下录音，并非其真实意思表示，对此不予确认。

对于先后与某桁架有限公司、黄某、某舞台照明设备有限公司发生交易的企业，三被告抗辩称仅有五家。在该五家企业中，厦门某公司是因为不满某桁架有限公司迟延开具发票导致其产生额外税负而选择二被告进行交易的，与其是否原客户无关，并对此提供了该公司《声明》予以证实；扬州某电视台的交易是因为在招标要约中中标而发生的，并提供了《购销合同》予以证实；江苏某投资发展有限公司的交易标的是紧绳器、尼龙吊扣带，并非桁架，并提供了《购销合同》予以证实；与深圳某公司发生交易的货物是展览架铁柱，不是桁架，并提供了该公司《声明函》、发票予以证实；与中央某院的交易合同是招投标取得的，并提供了《购销合同》、《成交结果通知书》予以证实。某桁架有限公司对上述证据的真实性均予以确认。三被告还抗辩某桁架有限公司所称的其他公司没有与三被告发生交易关系，并提交了相应的《声明函》予以证实。某桁架有限公司对此不予确认。

对于某桁架有限公司所诉称的技术信息（即设计图纸），三被告抗辩称该信息属于公开信息，并提交了(2013)粤广广州第227231号公证书，以及封面印有“威发”（繁体字），底面印有某桁架有限公司公司名称、联系电话、网址、邮箱等的《产品目录册》予以证实。某桁架有限公司对公证书的真实性予以确认，但认为无法证实其技术信息已经公开；对《产品目录册》不予确认。

另查明，某舞台照明设备有限公司的成立日期为2012年9月12日，法定代表人与股东为黄某，注册资本为50万元，企业类型为自然人独资有限责任公司，经营范围为生产、销售：舞台照明设备、音响设备、结构性金属制品、木制品；货物进出口。某加工机械有限公司成立日期为2010年10月25日，法定代表人与股东均为黄某某，注册资本为10万元，企业类型为自然人独资有限责任公司，经营范围为生产、加工、销售：金属加工机械、日用金属配件、工件夹具；维修：机床附件。

为证实三被告之间合作经营构成共同侵权，某桁架有限公司提供了上述广东鑫证声像资料司法鉴定所出具的《检验报告书》（穗司鉴字20130901800039号）予以证实。该《检验报告书》中显示，所提取的《合伙经营协议书》（甲方：黄某，乙方：黄某某）显示合伙经营项目和范围为“舞台电动葫芦、手动葫芦等”；《合作经营协议书》（甲方：某舞台照明设备有限公司，乙方：某加工机械有限公司），合作宗旨为“利用双方自身市场优势和生产优势互补，通过合法的手段创造劳动成果，分享经济利益。”上述两份协议书部分条款空白，且均未显示有合同当事人的签字、盖章。三被告对此不予确认。

诉讼中，法院向某桁架有限公司释明，某桁架有限公司的事实理由与诉请中既体现有主张侵害商业秘密的侵权责任，亦有主张竞业禁止的违约责任，要求其明确诉讼请求。某桁架有限公司明确在本案中主张的是三被告侵害商业秘密的不正当竞争行为。

### 【裁判结果】

广州市南沙区人民法院于2014年5月 日作出(2013)穗南法知民初字第706号民事判决：驳回某桁架有限公司的全部诉讼请求。案件受理费20219元，由某桁架有限公司负担。判决



## 案例分析

作出后，双方当事人均没有提起上诉，该判决已经发生法律效力。

### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第十条第三款规定，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，认定商业秘密的构成要件应包括：1、不为公众所知悉；2、具有价值性；3、具有实用性；4、采取合理保密措施。据此，对于三被告是否构成侵害某桁架有限公司商业秘密的侵权行为，审查的逻辑推理过程应为：首先，应对某桁架有限公司是否有权就涉案信息主张权利、涉案信息是否符合商业秘密构成要件，即是否不为公众所知悉以及权利人是否采取了合理的保密措施进行审查和认定；其次，在商业秘密成立且某桁架有限公司有权主张权利的前提下，对被告是否实施了侵权行为进行审查和认定；最后，在认定被告构成侵权的情况下，确定其应当承担的民事责任。

由于商业秘密侵权诉讼属于民事诉讼的一种，而法律并没有对其证明责任分配作出特别规定，故其应遵循民事举证责任分配的一般规定。根据“谁主张，谁举证”的基本诉讼举证规则及与此相关的诉讼风险承担规则，以及《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》第十四条“当事人指称他人侵犯其商业秘密的，应当对其拥有的商业秘密符合法定条件、对方当事人的信息与其商业秘密相同或者实质相同以及对方当事人采取不正当手段的事实负举证责任。其中，商业秘密符合法定条件的证据，包括商业秘密的载体、具体内容、商业价值和对该项商业秘密所采取的具体保密措施等。”的规定，在商业秘密侵权诉讼中，某桁架有限公司对于商业秘密构成要件事实承担主要举证责任。

根据某桁架有限公司明确在本案中主张的商业秘密，包括有：一、客户名单；二、价格信息；三、设计图纸。法院对此逐一进行分析认定。

一、关于客户名单。客户名单商业秘密属于商业秘密中的经营信息，即经营秘密。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》第十三条第一款的规定：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。据此，作为商业秘密被保护的客户名单，应当为权利人经过相当的努力，形成了在一定期间内相对固定且具有独特交易习惯等内容。对其主张的客户名单构成经营秘密的，某桁架有限公司应举证证实涉案客户名单内容为具体明确的、区别于可以从公开渠道获得的、具有一定深度，载有除客户名称以外的深度信息；客户名单需具备交易的稳定性，并非一次性、偶然的交易对象。本案中，某桁架有限公司所主张的已发生交易的涉案客户名单、黄某以职权收集或联系而取得的潜在客户信息，仅体现了客户名称、地址、联系人、联系电话等简单信息列举，并未体现交易习惯、客户独特需求、客户的经营规律、成交价格底线等特殊内容，不符合深度信息与交易稳定性的要件；而某桁架有限公司所主张的上述单位后续产品采购需求、采购时机等随机信息并没有任何证据证实，亦没有具体载体，不符合具体明确的要件。此外，某桁架有限公司亦并未举证证明上述信息的使



用能够给其带来经济利益或者竞争优势，不符合商业价值性的要件。故此，上述涉案客户名单均不构成《反不正当竞争法》所规定的商业秘密。

二、关于价格信息。某桁架有限公司所主张的价格信息包括：1、某桁架有限公司的报价数据信息及销售底价信息。2、采购信息（包括某桁架有限公司的2间铝材供应商及某桁架有限公司与该2个供应商协商的特殊优惠采购价格）。由于某桁架有限公司主张的该2个供货商信息因可以通过公开渠道查询而属于公知信息，某桁架有限公司亦未能证实其报价数据信息、销售底价信息、上述2个供货商信息、某桁架有限公司的采购价格能为其带来何种经济利益或者竞争优势，故上述价格信息不符合商业秘密之秘密性与商业价值性的构成要件，且某桁架有限公司亦未能证实三被告有否实际利用上述信息。

三、关于设计图纸。对于设计图纸，某桁架有限公司没有提供任何证据证实涉案图纸的存在、明确涉案图纸的秘密点所在，及其对涉案图纸享有权利，故某桁架有限公司未能证实设计图纸应作为商业秘密被保护的客观存在。

综上，由于某桁架有限公司所主张要求保护的涉案客户名单、价格信息、设计图纸均未构成商业秘密，故其要求三被告承担侵害商业秘密的赔偿责任之主张不具有法律权利基础，法院对此不予支持。

### 【案例注解】

侵害商业秘密案件属于知识产权案件中的疑难案件，在知识产权司法领域，相对于其他案件，侵害商业秘密案件的审理难度较大且明显不同于其他知识产权案件。审理侵害商业秘密案件，涉及对商业秘密权利的存在、归属、内容、保护范围以及侵权构成的认定，而《反不正当竞争法》仅仅对商业秘密的保护问题作了抽象原则性的规定。由于侵害商业秘密行为在社会经济中的表现形式十分隐蔽且层出不穷，造成权利人难以举证，法院认定困难，因此，有必要对审理该类案件的裁判思路进行探讨与总结。

#### 一、本案所涉及的基础法律关系之确定

根据某桁架有限公司诉状中陈列之诉讼请求与事实理由，其主张既包括劳动合同关系，又包含有不正当竞争的违约、商业秘密的侵权等法律关系。在许多商业秘密纠纷的案件中，均会出现当事人将多个法律关系混合起诉的情形。出现这种情况的原因是，当事人尤其是原告，对于案件事实、法律适用认知水平的不足，或基于侵权结果而倒推、罗列所有可能存在的侵权或违约情形，期待其中一个理由能获得法院的支持。

不同类型的法律关系在诉讼程序、当事人举证责任、案件审查要素、法官审理思路等方面存在较大差异，故在解决涉及商业秘密的纠纷时，法院有必要首先释明并要求原告对其主张予以明确，将混杂繁复的诉讼请求一一梳理，再依据原告所明确主张的一个法律关系理清裁判思路、分配举证责任、查清案件事实、适用相关法律，作出相应裁判。经释明后，若原告对诉讼请求予以选择与明确，应按其明确的法律关系继续审理；如释明后，原告仍不能明确的，法院可以根据原告提出的诉讼请求，以及所陈述的事实、理由，认定原告主张的法律关系，并询问原告对法院认定结果的意见。若原告确认法院认定结果的，法院按该法律关系

## 案例分析

进行审理；原告拒绝确认，或不予选择与明确诉讼请求的，可裁定驳回起诉。

在法律关系产生竞合时，某桁架有限公司有权在本案中择一处理。若其选择以违反劳动合同为由提起诉讼，依照劳动争议纠纷审理的程序要求，该公司应先向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，对仲裁结果不服的，再向人民法院提起诉讼。本案中，某桁架有限公司经法院释明，根据有利于自身维权的角度出发，直接以黄某及其开设的公司等为共同被告提起诉讼，法院可直接将其作为民事纠纷予以受理，案由为最高人民法院《民事案件案由规定》第五部分“知识产权与竞争纠纷”中第一百六十条所规定的“侵害商业秘密纠纷”。在条件成熟的时候，还可以采取竞业限制纠纷专业特性优于程序特性的做法，打破该类案件条、块管辖分工，由知识产权庭统一审理各类竞业限制纠纷案件。<sup>①</sup>

### 二、商业秘密案件审理思路

#### （一）商业秘密案件之审理思路

明确商业秘密的审理思路，对于确保商业秘密案件审判质量具有基础性的作用。对于审理侵害商业秘密的案件，一般应遵循以下思路：

1、对原告是否有权就涉案信息主张权利、涉案信息是否符合商业秘密构成要件，即是否不为公众所知晓以及权利人是否采取了合理的保密措施进行审查和认定；

2、在商业秘密成立且原告有权主张权利的前提下，对被告是否实施了侵权行为进行审查和认定；

3、在认定被告构成侵权的情况下，确定其应当承担的民事责任。

上述的步骤具有先后顺序，在满足前一步骤的前提下，再逐步往下推理，从而作出最终的裁判结果；某一步骤条件不满足的，即不符合商业秘密的某一构成要件，则无需再进入下一步骤处理。

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》第十四条规定：“当事人指称他人侵犯其商业秘密的，应当对其拥有的商业秘密符合法定条件、对方当事人信息与其商业秘密相同或者实质相同以及对方当事人采取不正当手段的事实负举证责任。其中，商业秘密符合法定条件的证据，包括商业秘密的载体、具体内容、商业价值和对该项商业秘密所采取的具体保密措施等。”

由于主张权利存在的当事人应当对权利发生的法律要件存在之事实承担证明责任；否认权利存在的当事人应当对妨碍权利的法律要件、权利消灭的法律要件或权利限制的法律要件之存在的事实承担证明责任。<sup>②</sup>商业秘密侵权诉讼属于民事诉讼的一种，而法律并没有对其证明责任分配作出特别规定，故其应遵循民事举证责任分配的一般规定，根据“谁主张，谁举证”的基本诉讼举证规则及与此相关的诉讼风险承担规则，由原告对商业秘密构成要件事实承担主要举证责任。被告否定其侵权责任时，由被告负证明责任。具体来说，原告应负责证明以下事实：原告具有商业秘密；被告实施了反不正当竞争法规定的侵害其商业秘密的

<sup>①</sup> 王庆丰：“竞业禁止纠纷审判问题初探”，载《法律适用》2008年第9期。

<sup>②</sup> [德]罗森贝克：《证明责任论》，庄敬华译，中国法制出版社2002年版，第111页。

行为；被告具有过错；被告的行为给原告造成了损害；被告侵害商业秘密的行为与原告的损害具有因果关系。据此，在商业秘密纠纷中，法院首先要查明的是：原告主张的商业秘密是否符合法定条件。

## （二）本案之审理思路

本案中，由于原告对所主张保护信息之秘密点的确定未予明确，故该问题应为案件审理的基础性问题，属于本案审查步骤的第一步。根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第十条第三款规定，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。”其中，“不为公众所知悉”即“秘密性”，应首先要求原告对秘密点的具体范围与内容进行筛选与列举，其次对所主张受保护的信息实质是否“不为公众所知悉”进行实体审查与判断。

1、秘密点的具体范围与内容之明确。出于各种原因，原告在起诉之初可能对诉请保护的信息之秘密点的具体内容陈述不清，或有意将公知信息纳入商业秘密保护范围，一揽子交由法院处理。此时，需要法官反复释明与引导，组织当事人进行多次的证据交换与陈述抗辩，才能最终确定秘密点与案件实质性的审理对象。原告所主张保护的商业秘密必须具体、明确，由于“抽象的、模糊的原理或观念本身不能转化为竞争优势，没有保护的必要”<sup>①</sup>，因此，原告应证明商业秘密具体、确定的内容，并列明上述具体内容，划分出所主张的商业秘密与公知信息的区别。在原告要求保护的技术信息方面，法院应释明引导原告详细说明技术信息的具体内容以及与公知信息的区别，如其是否拥有设计图纸的著作权、具体指出该技术信息涉及哪些具体内容、环节、步骤构成技术秘密；若原告主张全部技术信息均构成商业秘密，应明确全部技术信息的具体构成以及主张全部信息构成技术秘密的具体理由，同时结合被告的抗辩意见，最终划分出可纳入保护范围的技术信息。在原告要求保护的经营信息，尤其是客户名单方面，法院则应释明引导原告明确指出经营信息、客户名单的构成，指出其中独特的、具体的、明确的内容、说明该经营信息、客户名单是通过其何种劳动、金钱、努力等得来。如本案中，报价数据信息、销售底价信息、采购信息、价格信息的独特之处及能为原告带来何种经济利益或者竞争优势；客户名单所体现的客户交易习惯、独特需求、经营规律、成交价格底线、具有长期稳定的交易等深度信息；客户名单需经过一定的汇编，不能含糊统称“xx等多家客户”或简单罗列客户名称。

2、“不为公众所知悉”的实体审查。在剔除不符合要求的信息后，对符合商业秘密保护条件的信息，可依据《不正当竞争司法解释》第9条的规定，由双方进行举证对抗，如原告所主张的商业秘密是否可以从公开、正当渠道获得，国内外公开媒体是否对此曾予以公开，国内有否对此进行过公开使用，相关领域技术人员是否已经普遍掌握等等。在案件情况复杂，专业性强的情况下，可依照当事人的申请，借助鉴定机构或专业人员对涉案信息是否“不为公众所知”进行鉴定。

<sup>①</sup> 孔祥俊著：《反不正当竞争法新论》，人民法院出版社2001版，第719页。

## 案例分析

在本案中，原告应首先证明自己商业秘密享有权利，并对秘密性负担初步举证责任。由于原告未能完成上述证明内容的举证责任，即未能证实其所主张保护的信息构成商业秘密，故在后步骤的侵权行为及赔偿责任之认定则再无继续判断的必要。

### 三、本案对企业带来之启示

由于商业秘密信息是不为公众所知悉的信息，加上知识产权本身的专业性与复杂性，对于商业秘密的认定在司法实践中存在一定的困难。与此同时，商业秘密被他人所泄露与运用，又可能对企业的生产经营造成致命影响。本案中，由于原告疏于对客户信息、客户名单进行及时汇总、采取必要保密措施，导致经营过程中相关的有利经济信息被他人利用，造成自身的损失。相比请求法院给予事后的裁判与补救，企业对于商业秘密，尤其是对于客户名单的保密工作更应该防患于未然。

1、提高认识。提高对商业秘密保护必要性的认识，从思想上真正认识到商业秘密保护问题对企业经营管理的重要性。公司高级管理人员应对商业秘密保护的相关法律法规进行学习与了解，提高对商业秘密的认识，对日常的保密情况进行监督，遇到问题及时予以修正。

2、建章立制。对企业的商业秘密保护进行建章立制，建立一整套配套的商业秘密保护制度。限定涉密信息的知悉范围，仅告知相关人员必须知悉的内容；对于涉密信息载体采取加密措施，如密码或代码，并对涉密介质进行上锁，表明密级等；告知保密规定、签订保密协议等等。该保密措施必须表明了权利人保密的主观愿望，明确作为商业秘密保护的信息的范围，如该约定没有明确上述内容，不能构成已经采取了保密措施的要件。<sup>①</sup>总而言之，应采取合理的保密措施，让相对人知悉到有关方面的内容具有保密性，不应轻易接触，接触到亦不应对外披露或加以利用为自身非法牟利。

3、保留证据。为应对未来可能发生的商业秘密纠纷，应注意留存与维护相关的证据，如：对于自身开发客户名单所耗费的时间、人力、物力、财力，及开拓市场销售渠道所付出的投入；开发客户过程中采取的宣传、接触、联络、回扣等特殊手段；客户名单除了名称、地址、电话外的包括交易习惯、意向、特别需求等区别于公共领域的深度信息；客户名单的整理、汇编、交易的次数记载等等。

4、理性维权。由于商业秘密的侵权行为可能涉及到窃听、盗取等特殊的作案手段，而公安机关对此具有更强的侦查力度，故企业在发现上述行为可能涉及刑事犯罪时，应积极寻求司法机关的救济。此外，维权亦应兼顾公平竞争与诚实信用原则，在保护商业秘密的同时，也要注意维护竞争自由与员工择业自由，遵循诚实信用的原则，在客户基于对员工个人信赖而与其进行市场交易的，不宜一概认定其侵害自身的商业秘密而盲目维权。

一审合议庭成员：梁颖、陈金好、吴树永

编写人：梁颖

<sup>①</sup> 郎贵梅：“单纯的竞业限制约定不构成保密措施”，载《人民司法·案例》2013年第10期。



# 财政评审报告在建设项目结算中的效力认定

徐华斌、万策

## 【关键词】

财政评审 工程结算 效力认定

## 【裁判要点】

在审理政府投资项目的工程结算纠纷中，当事人明确约定以财政评审报告作为工程结算依据，应尊重当事人的意思自由。但人民法院对财政评审的合法性、合理性均有审查义务及权力，不能单纯予以采纳，若财政评审报告明显不合理则不应作为认定工程款结算的依据。

## 【相关法条】

《中华人民共和国合同法》第五条、第六条、第六十条以及《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条

## 【案例索引】

一审：广州市南沙区人民法院（2013）穗南法民三初字第360号民事判决书（2013年10月11日）。

二审：广东省广州市中级人民法院（2014）穗中法民五终字第235号民事判决书（2014年2月13日）。

## 【基本案情】

原告（反诉被告）：广东虹雨照明工程建设有限公司。

被告（反诉原告）：广州市南沙区东涌镇人民政府。

原告广东虹雨照明工程建设有限公司诉称：原告于2011年10月28日以投标报价2128716元，成为被告公开招标的“镇区外立面光亮工程”的中标单位，并于当年11月4日与被告订立施工合同，约定由原告承包上述工程。施工合同约定承包方式为总价大包干，合同价款为330万元，工程款的付款方式为完成总工程量的50%时支付合同总价的30%，完成总工程量的80%时支付至合同总价的50%，工程竣工后付至工程结算总价的95%，余下5%作为保修金待竣工验收合格满两年后付清。同时被告在合同中指定工程使用的照明产品为现代品牌1W LED投光灯或不低于同类产品的品牌，原告依约采购工程产品，组织施工，工程如期完成并已通过竣工验收，移交给被告使用至今。但被告仅支付了99万元，根据原告的投标报价2128716元，被告尚欠余款1138716元一直未支付。故请求判令：一、被告向原告支付工程款1138716

\* 本文刊载于《人民法院案例选》2015年第4辑。



## 案例分析

元。二、被告承担本案诉讼费用。

被告广州市南沙区东涌镇人民政府辩称：双方合同约定暂定工程价款为3300000元，最终以财政评审价下浮15%计取。现番禺区财政评审价为583630.83元，则最终工程价款应为513595.13元，实际上被告已经多支付原告工程款，故请求驳回原告的全部诉讼请求。基于上述原因，反诉原告广州市南沙区东涌镇人民政府提出反诉，请求判令：一、反诉被告向反诉原告返还多支付的工程款502084.62元。二、反诉被告承担反诉费用。

反诉被告广东虹雨照明工程建设有限公司辩称：反诉被告不认可财政评审的结果，请求驳回反诉原告的反诉请求。

法院经审理查明：2011年10月，东涌镇政府就其镇区建筑外立面光亮工程进行招标，且在招标答疑纪要中说明，LED灯具采用“韩国现代”、“索恩”、“胜亚”或以上档次产品。虹雨公司参加该工程的投标，并被确定为该工程的中标单位，东涌镇政府于当月28日向虹雨公司发出《中标通知书》。双方于2011年11月4日签订《东涌镇镇区建筑外立面光亮工程施工合同》，约定：虹雨公司承包东涌镇镇区建筑外立面光亮工程，工程地点为东涌镇东兴二路，承包方式为按招标文件、招标答疑、招标过程中所发文件及图纸总价大包干，工期为60天，暂定合同价款为3300000元（此合同价款为暂定价，最终以财政评审价下浮12%计取）。工程款付款方式为完成总工程量的50%时支付合同总价的30%，完成总工程量的80%时支付至合同总价的50%，工程竣工结算后经财政局评审审定并交齐资料后30日内付至工程结算总价的95%，余下5%的保修金待竣工验收合格满两年后一个月内付清。

同日，东涌镇政府向虹雨公司发出《告知函》，提出：虹雨公司所承建的东涌镇镇区外立面光亮工程（东兴二路由南侧、北侧及民康路）除瓦楞灯外，图纸当中所有配电箱、壁灯、筒灯等均不在施工范围内，施工内容以合同为准。同时，东涌镇政府在一张1W LED投光灯的产品说明中盖章确认同意采用该型号LED投光灯，品牌采用韩国现代或不低于同类产品品牌。此后，虹雨公司向东涌镇政府出具《东涌镇东兴二路外立面光亮工程报价汇总表》及《民康路外立面光亮工程报价汇总表》，东兴二路由南侧、北侧及民康路分别报价为833157.96元、720540.66元、687055.33元，主要工程项目为韩国现代照明LED瓦楞灯、联塑电线套管、南洋电气配线，综合单价分别为295.24元每套、242.51元每米、763.89元每米。东涌镇政府在该两份汇总表及其清单上均盖章予以确认。

合同签订后，虹雨公司依照开工报告于2011年11月6日进行施工，在施工过程中由于当地居民不同意进行施工，经过东涌镇政府的同意，工程实际于2012年2月13日完工。施工过程中，东涌政府对虹雨公司进场的原材料盖章予以确认。另虹雨公司施工使用的现代照明电气（惠州）有限公司生产的1W LED投光灯、联塑牌电线套管、南洋牌电气配线均具有产品合格证及经专业检测机构检验合格，东涌镇政府在合格证及检验报告上均盖章对产品质量

量予以确认。2012年2月13日，讼争工程经验收合格。同日，虹雨公司将工程移交给东涌镇政府，确认工程量分别为：电线管2231米、电线7034米、1W LED瓦楞灯6772套，双方同时确认保修期自该日起计算。2012年12月17日，虹雨公司将全套工程资料移交给东涌镇政府。诉讼中，虹雨公司依照双方确认移交的工程量及原报价综合单价，重新出具报价汇总表，记载东兴二路南侧、北侧及民康路分别报价为792286.85元、687840.16元、678908.86元，合计2159035.87元。

施工过程中，东涌镇政府于2011年12月5日向虹雨公司支付工程款660000元，于2012年1月5日向虹雨公司支付工程款330000元。

工程竣工后，广州市番禺区财政局委托广州永道工程咨询有限公司对讼争工程造价进行评估审核。该公司出具评审初稿后，虹雨公司于2012年11月13日向永道公司发出《工作联络函》，表示：贵司审定的结算金额为487020.68元，我司明确表示不接受以上的审定金额。贵司审定认为1W瓦楞灯的主材价格为30元/套，该价格已严重低于我司的采购价格，我司采购的1W瓦楞灯采用的是国际知名品牌韩国现代，若贵司需要比价，也需向同档次的灯具品牌厂家询价，而不是市场上随意品牌的报价。例如与韩国现代同档次的灯具品牌有飞利浦、AD、胜亚、索恩等品牌。2013年5月23日，永道公司出具评审报告，审定讼争工程造价为583630.83元，其中瓦楞灯的综合单价为58.91元。

诉讼过程中，虹雨公司为证明其使用的1W LED投光灯的价格，提供其于2011年10月11日及11月4日与现代照明电气（惠州）有限公司签订的二份《产品购销合同》，该两份合同约定项目名称为东涌镇镇区建筑外立面光亮工程，产品为1瓦投光灯，单价为225元。另提供现代集团现代综合商事株式会社出具的两份《授权书》复印件，记载：我司作为商标权拥有者，兹授权现代照明电气有限公司生产和销售现代（HYUNDAI）品牌产品，产品为灯具产品。原审法院根据虹雨公司的申请，到现代综合商事株式会社广州办事处调查，该办事处表示虹雨公司提供的两份《授权书》是其司出具给现代照明电气（惠州）有限公司的，其司授权现代照明电气（惠州）有限公司生产销售现代（HYUNDAI）品牌照明产品。虹雨公司另提供广东省照明电器协会于2013年8月19日出具的《证明》，记载：根据我行业协会近年对广东省范围内市场中照明灯具产品的调查了解，现代、飞利浦、胜亚、索恩和奥迪等品牌的市场价值和影响力在LED户外景观照明灯具行业中名列前茅，其产品拥有良好的口碑和美誉度。东涌镇政府提供现代照明电气（惠州）有限公司的企业机读档案登记材料，显示该公司的投资者为中国智能电子控股有限公司，并非韩国现代集团。

二审庭询中，应广州市中级人民法院要求，东涌镇政府提交了《有关财政投资项目预算评审报告中瓦楞灯单价的构成的情况说明》，说明财政评审参照标的物为深圳市创美芯光电科技有限公司就瓦楞灯价格的询价表，其中一套瓦楞灯的综合单价为人民币58.91元，包括

## 案例分析

了人工费8.12元，材料费48.06元，管理费人民币1.27元及利润人民币1.46元。

### 【裁判结果】

广州市南沙区人民法院于2013年10月11日作出（2013）穗南法民三初字第360号民事判决：一、被告广州市南沙区东涌镇人民政府应于本判决发生法律效力之日起十日内向原告广东虹雨照明工程建设有限公司支付工程款1061084元。二、驳回原告广东虹雨照明工程建设有限公司的其它诉讼请求。三、驳回反诉原告广州市南沙区东涌镇人民政府的诉讼请求。宣判后，被告（反诉原告）不服提起上诉。广州市中级人民法院于2014年2月13日作出（2014）穗中法民五终字第235号民事判决：驳回上诉，维持原判。

### 【裁判理由】

法院生效判决认为：东涌镇政府与虹雨公司签订的《施工合同》是双方当事人真实的意思表示，内容没有违反法律、行政法规的强制性规定，合同合法有效正确。因本案双方均确认虹雨公司已完成双方约定的工程且已竣工验收合格，而虹雨公司已将工程及工程资料交付给东涌镇政府，故对虹雨公司请求东涌镇政府支付除5%保修金外的工程款予以支持并无不妥。

从本案证据及双方当事人陈述可知：1、东涌镇政府对涉案工程量、灯具质量及LED瓦楞灯具部分采用“韩国现代照明”品牌并无异议。该镇政府虽对报价汇总表中显示的“韩国现代照明”品牌单价不予认可，但该报价汇总表中有关LED瓦楞灯部分除备注中有“韩国现代照明”品牌名称外还显示有数量及综合单价，而该报价汇总表已由东涌镇政府及虹雨公司加盖有公章确认，故可认定为双方对于LED瓦楞灯具部分所采用“韩国现代照明”品牌的单价应已有预见。事实上从东涌镇政府已支付的部份工程款亦可认定东涌镇政府最初并未以财政评审报告为依据。2、东涌镇政府提交的财政评审报告中LED灯具评定的工程价款与合同约定的暂定价款及经东涌镇政府确定的虹雨公司报价相差巨大。在二审中，东涌镇政府应广州市中级人民法院要求提交证据证明其所主张的财政评审报告中LED灯具所评定参考价格的依据，即是以深圳市创美芯光电科技有限公司就瓦楞灯询价为依据的，并非以“韩国现代照明”品牌或同档次以上产口品作为参考依据，故此与东涌镇政府上述在报价汇总表中确认的采用LED瓦楞灯以“韩国现代照明”品牌不符。综合上述二点，东涌镇政府要求以评审报告作为工程结算的依据与事实不符，不予采纳。同理，双方在招标文件中所确定的中标价为按番禺区财政评审下浮12%，因东涌镇政府提交的财政评审报告不能作为双方的结算依据，故不存在下浮12%的前提。虹雨公司要求根据报价表中确认的综合单价和计算方式以及双方确认移交的工程量计算的工程款总额2159035.87元作为结算工程款的依据合理，并予以支持适当。根据双方确认东涌镇政府已付款990000元，扣除5%未到期的保修金，判处东涌镇政府应向虹雨公司支付工程余款1061084元。据此，对东涌镇政府诉讼请求虹雨公司返还多收取的工程款，不予支持。

**【案例注解】**

本案是关于如何确定政府投资项目工程结算额的诉讼，根据双方当事人的诉辩情况，本案的争议焦点主要有：1、当事人能否以财政评审确定工程价款；2、法院是否应当审查财政评审。

**一、当事人能否以财政评审确定工程价款**

理论上，“若私法的契约之约款不至于使另一方完全处于他方之下，而在他主决定时，国家即应尊重私法自治原则”。在私法调整的社会领域内，民事主体可以在不违反法律的基本原则及有关强行性法律规范前提下自由创设法律关系。当事人在私法领域内自行协商达成一致的实质，是在法律预定的空间范围内由法律关系主体依照自己的意愿去设计权利义务的分配结构，并认肯此种行为以及该行为将产生的后果有法律约束力。故此，对于不违反法律强制性规定的当事人意志，法院应当予以尊重。实践中，根据我国《中华人民共和国合同法》第十二条“合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：（1）当事人的名称或者姓名和住所；（2）标的；（3）数量；（4）质量；（5）价款或者报酬；（6）履行期限、地点和方式；（7）违约责任；（8）解决争议的方法”，以及《最高人民法院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》第十六条“当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的，按照约定结算工程价款”，可以看出我国法律认可当事人意思一致的情况下，可自行约定建设工程的价款计价方式。广东省高级人民法院于2006年10月30日发布的《广东省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》第2条也明确规定：“当事人已对政府投资项目进行结算的，应确认其效力。财政部门或审计部门对工程款的审核，是监控财政拨款与使用的行政措施，对民事合同当事人不具有法律约束力。发包人以此财政部门或审计部门未完成竣工决算审核、审计为由拒绝支付工程款或要求以财政部门、审计部门的审核、审计结果作为工程款结算依据的，不予支持。但双方当事人明确约定以财政部门、审计部门的审核、审计结果作为工程款结算依据或双方当事人恶意串通损害国家利益的除外。”

本案中，东涌镇政府与虹雨公司签订的《东涌镇镇区建筑外立面光亮工程施工合同》约定，建筑工程价款最终以财政评审价下浮12%计取，而该合同是双方当事人真实的意思表示，内容没有违反法律、行政法规的强制性规定，合同合法有效，故此当事人自行协商以财政评审结果作为建筑工程的价款认定依据合法有效。

**二、法院是否应当审查财政评审**

通常情况下，若双方当事人明确约定以财政评审报告作为工程结算的依据，法院仅对该报告作程序性审查，即对真实性、合法性进行审查，如报告真实合法，则应以该报告作为认定合同当事人工程价款的依据。但若该报告虽然真实合法，但结果明显不合理，法院是否可



## 案例分析

以对其进行实质审查，甚至不以该报告作为认定当事人工程结算的依据？

法院是否实质审查财政评审的关键，在于该财政评审所要证明的内容是否属于免证事实。根据《最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见》第76点的规定“下列事实，当事人无需举证：（1）一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实和提出的诉讼请求，明确表示承认的；（2）众所周知的事实和自然规律及定理；（3）根据法律规定或已知事实，能推定出的另一事实；（4）已为人民法院发生法律效力裁判所确定的事实；（5）已为有效公证书所证明的事实”，很明显，本案中的财政评审不属于当事人无需证明的事实，法院有权对财政评审进行形式及实质审查。在本案中，虹雨公司根据东涌镇政府的要求，使用的是不低于韩国现代的瓦楞灯品牌，其价值远高于财政评审所参照的深圳市创美芯光电科技有限公司出具的瓦楞灯价格，另外从涉案建筑工程的发包价以及东涌镇政府已支付的部份工程款而言，均可认定财政评审报告与事实不符。根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十五条“审判人员对单一证据可以从下列方面进行审核认定：（1）证据是否原件、原物 复印件、复制品与原件、原物是否相符；（2）证据与本案事实是否相关；（3）证据的形式、来源是否符合法律规定；（4）证据的内容是否真实；（5）证人或者提供证据的人与当事人有无利害关系”的规定，该财政评审报告的内容与事实不符，故东涌镇政府要求以该财政评审报告作为双方当事人结算的依据违反了合同法的公平原则及诚实信用原则，故不应予以采纳。虹雨公司要求按双方确认的工程量及报价单中确认的综合单价作为工程款结算的依据合理，应予以支持。

另，作为政府投资项目的发包人，一般都是政府机关及其授权单位，其对财政评审报告的实施进程及评审的依据常具有决定性的作用，故若发包人故意拖延财政评审进程或评审报告明显不合理，则虽然施工合同约定以财政评审报告作为双方结算的依据，也不能单纯固守该约定，而应对没有及时进行评审的原因、评审依据的合理性进行实质审查，否则承包人的合法权益无法及时有效地得到保护。

一审独任审判员：徐华斌

二审合议庭成员：岳为群 柳玮玮 郑怀勇

编写人：徐华斌 万 策

王卫洪犯受贿罪刑事判决书

广东省广州市南沙区人民法院

刑 事 判 决 书

(2014)穗南法刑初字第412号

公诉机关广东省广州市南沙区人民检察院。

被告人王卫洪，男，出生日期略，出生地略，公民身份号码略，汉族，文化程度大专，中共党员，原任广东省广州市南沙区万顷沙洪奇自来水厂厂长，住址略。因涉嫌犯受贿罪于2014年6月20日被羁押，同日经广州市南沙区人民检察院决定被刑事拘留，同年7月1日经该院决定后被逮捕，同年9月25日被该院取保候审。同年10月16日被本院决定继续取保候审，同年12月17日经本院决定并被逮捕。现押于广东省广州市南沙区看守所。

辩护人谭伟红，北京市盈科（广州）律师事务所律师。

辩护人林旭东，广东江盈律师事务所律师。

公诉机关以穗南检公刑诉[2014]381号起诉书指控被告人王卫洪犯受贿罪，于2014年9月30日向本院提起公诉。本院受理后，依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。公诉机关指派代理检察员文学出庭支持公诉。被告人王卫洪及其辩护人谭伟红、林旭东等到庭参加诉讼。现已审理终结。

公诉机关指控：被告人王卫洪于2010年4月份，在被广州市南沙区万顷沙镇人民政府委派至万顷沙洪奇自来水厂担任厂长期间，利用全面管理该水厂的职务便利，收受麦某某给予的现金人民币280000元，为麦某某在承租该水厂所使用的地块上谋取利益。2014年6月20日，被告人王卫洪向检察机关主动投案。

为证实指控的犯罪事实，公诉机关提供了被告人的身份材料、聘任通知、镇长办公会议纪要等书证，证人麦向阳、周炳辉、郭永铭等人的证言，被告人王卫洪的供述及辩解等证据。公诉机关认为，被告人王卫洪身为国家工作人员，利用职务便利，非法收受他人财物，为他人谋取利益，已经构成受贿罪；被告人王卫洪有自首情节，依法可以从轻或者减轻处罚。提请本院判处。

被告人王卫洪在庭审中表示认罪，对收受280000元贿款的事实予以供认，提出辩解称其不应认定为国家工作人员。

其辩护人同意上述辩解，并提出如下辩护意见：1、被告人王卫洪不属于刑法规定的国

## 优秀文书

家工作人员，因为万顷沙镇政府无权向乡村集体所有制企业委派厂长、被告人王卫洪任自来水厂厂长并不属于刑法规定的从事公务、案发时被告人已不具备委派的形式要件；2、被告人王卫洪没有为麦向阳谋得利益；3、涉案金额应认定为90000元。综上，辩护人认为公诉机关指控被告人王卫洪犯受贿罪证据不足，被告人王卫洪应构成非国家工作人员受贿罪，建议对其判处三年以下有期徒刑，并适用缓刑。

经审理查明，广州市南沙区万顷沙洪奇自来水厂又名联乡水厂，系由万顷沙镇沙尾一村、沙尾二村、福安村、新安村集资及国家下拨财政资金于1987年成立的集体所有制企业。2006年至2011年11月，被告人王卫洪经万顷沙镇人民政府委派后担任该水厂厂长。2010年4月，被告人王卫洪利用全面管理该水厂的职务便利，将该水厂使用的位于万顷沙八涌口的某闲置地块出租给广州市运利船舶服务有限公司，并私自收取了该公司时任法定代表人麦向阳贿送的现金人民币280000元。后履行该租赁合同过程中产生纠纷，麦向阳遂向被告人王卫洪索还贿款，并举报本案。被告人王卫洪与其协商归还数额为140000元，之后归还50000元。2014年6月20日，被告人王卫洪向广州市南沙区人民检察院投案，并如实供述收受280000元的犯罪事实。审理过程中，被告人王卫洪在指定期限内向本院退赃52000元。

上述事实，有下列由公诉机关提供并经庭审质证的证据证实：

- 1、到案经过、立案决定书，证实被告人王卫洪于2014年6月20日向检察机关主动投案；
- 2、被告人王卫洪个人简历、关于梁宏叶任职的通知，证实被告人王卫洪于2006年1月至2011年11月担任万顷沙洪奇水厂厂长；
- 3、万顷沙镇人民政府出具的情况说明，证实万顷沙洪奇水厂成立时的出资等基本情况；
- 4、聘任通知，证实被告人王卫洪于2006年担任洪奇水厂厂长是经过万顷沙镇人民政府委派，期限自2006年至2008年9月30日；
- 5、镇长办公会议纪要，证实万顷沙镇人民政府对洪奇水厂相关问题进行讨论研究，镇政府有权并已实际对洪奇水厂进行了管理；
- 6、申请开业登记资料、水厂管理章程、任命书、营业执照、税务登记证等，证实洪奇水厂在1987年成立时的出资情况、厂长的职权范围、经济性质、经营范围等情况；
- 7、营业执照、税务登记证，证实洪奇水厂系集体所有制企业等基本情况；
- 8、租赁合同、收据，证实被告人王卫洪将涉案土地承租给广州市运利船舶服务有限公司，为他人谋取利益；
- 9、民事判决书，证实被告人王卫洪将洪奇水厂无权处分的地块出租，后租赁合同被人民法院认定为无效合同；
- 10、证人麦向阳（广州市运利船舶服务有限公司原法定代表人）证言，证实其为了承租涉案地块，除交给洪奇自来水厂租金外，另贿送被告人王卫洪人民币280000元；
- 11、证人吴兆文（介绍麦向阳与被告人王卫洪认识的中间人）证言，证实案发经过；
- 12、证人周炳辉（新安村干部）证言，证实洪奇水厂相关情况及案发经过；

13、证人郭永铭（被告人亲属）证言，证实其协助王卫洪向麦向阳退还50000元；

14、证人汤佐成（万顷沙镇镇长）证言，证实洪奇自来水厂基本情况、镇政府对该水厂进行相应管理，以及镇政府任命被告人王卫洪担任厂长的经过等；

15、证人陈志强（沙尾二村干部）、陈柏连（沙尾一村干部）、郭兆南（福安村干部）、梁宏叶（新安村村长助理，洪奇水厂现任厂长）证言，证实洪奇水厂历任厂长系由镇政府任命，并证实被告人王卫洪担任厂长后，代表镇政府对水厂进行管理；

16、证人梁燕萍（洪奇水厂出纳）证言，证实洪奇水厂历任厂长均由镇政府任命，被告人王卫洪任厂长后代表镇政府对水厂进行全面管理，2010年将涉案地块出租给麦向阳；

17、证人黄永生（同兴村干部）证言，证实涉案情形；

18、被告人王卫洪在检察机关的供述，证实其担任厂长期间，非法收受贿款280000元，为他人谋取利益；

19、汇款通知单，证实被告人王卫洪在指定期限内向本院退赃情况。

上述证据内容真实，来源合法，且能相互印证，本院对其真实性、合法性、关联性均予以确认。

被告人王卫洪对周炳辉、陈柏连、汤佐成、梁宏叶、郭兆南等证人证言的真实性提出异议，认为周炳辉、陈柏连与其有过节，故相应证言不应采信，但未提供相应证据；认为汤佐成等证人不了解案情，故没有作证资格。上述质证意见无理，本院不予采信。

辩护人对各证人证言的合法性提出质疑，认为检察机关取证地点不合法，故不应采信，并向本院申请通知证人汤佐成、周炳辉、陈柏年等十一人出庭作证，欲证实被告人王卫洪并非经过镇政府任命才担任洪奇水厂厂长。经查，各证人对所作证言均有签字确认，取证过程中没有受到压迫或引诱，内容真实、来源合法，辩护人申请汤佐成等证人出庭不能达到其欲证实目的。上述质证意见不予采信，提出的申请不予采纳。

辩护人向本院提交如下证据：1、洪奇水厂工商登记信息资料、《企业名称预先核准申请书》《证明》《企业资金信用证明》《变更申请报告》，欲证实洪奇水厂不含国有资本，故万顷沙镇政府向该厂委派人员系非法行为；2、委托书，欲证实被告人担任水厂厂长系由四个村委会委托，与镇政府无关；3、《申请书》《任命书》《关于梁宏叶任命的通知》，欲证实历任厂长的产生均不经过镇政府委派或任命；4、《通知》，欲证实被告人担任水厂厂长系由四村委会任命；5、《万顷沙洪奇自来水厂协调工作会议纪要》，欲证实洪奇水厂系四村独立经营，镇政府无权参与该水厂的经营管理。本院对辩护人提交上述证据的真实性、合法性均予以确认，但对其关联系不予确认，即上述证据不能达到其欲证实目的。

关于本案事实与证据、定罪与量刑、被告人及辩护人相关辩解，本院综合评判如下：

1、本案焦点在于被告人王卫洪是否属于国家工作人员。刑法第九十三条规定：国家机关委派到非国有公司、企业从事公务的人员，以国家工作人员论。镇政府向洪奇水厂委派厂长，并没有违反法律禁止性规定，相反是有法可依。《中华人民共和国乡村集体所有制企业条例》明确规定：各级人民政府乡镇企业行政主管部门根据国家的法律、法规和政策，加强



## 优秀文书

对企业的指导、管理、监督、协调和服务。洪奇水厂的业务，涉及民生、公共安全、公众利益，显然超过了乡镇集体企业事务的范围。经四村委会请求或同意，镇政府完全有必要向水厂委派厂长。证人汤佐成证言证实，除洪奇水厂外，辖区内还有一个水厂也是由镇政府委派厂长。各证人证言还证实，洪奇水厂历任厂长均由镇政府委派。以上，足以说明镇政府向洪奇水厂这个集体企业委派厂长具有正当性。若该集体企业成立时含有国有资产成分，则更增加了国家机关向该集体企业委派厂长的正当性。相反，若有关国家机关强行向私人企业委派人员参与管理，则不具有正当性。故辩护人提出的“洪奇水厂系集体企业，万顷沙镇政府无权委派厂长”的意见不能成立。

除上述内在正当性的考察外，委派还应通过一定外在形式在一定范围内进行宣示、表现。内在正当性、外在表现形式，二者缺一不可，否则即不构成刑法意义上的“委派”。但究竟是以任命、指派、推荐、认可、同意或通知等何种形式表现，则在所不论。被委派人员是否具有公务员身份、是否按公务员标准享受相关待遇、待遇是高或还是低，等等，亦在所不论。被委派人员接受委派后，即代表国家机关行使职权，承担职责，且非经一定形式、程序，不得推卸责任。被告人王卫洪在2006年基于镇政府委派担任洪奇水厂厂长。公诉机关提供了镇政府当时出具的“聘任通知”作为证据。被告人王卫洪于2008年10月1日以后继续担任厂长，直至2011年11月被免去厂长职务。公诉机关提供了四村委会盖章的“关于梁宏叶任职的通知”，并提供众证人证言对“任命王卫洪担任厂长的经过”及“为什么是由四条村委会而不是镇政府来决定解聘他”等问题进行了解释。被告人在2008年10月1日以后继续担任厂长，应视为2006年镇政府委派的延续。故辩护人提出的“2010年4月即案发时被告人已不具备委派的形式要件”的意见不能成立。

因此，根据公诉机关提供的“聘任通知”“关于梁宏叶任职的通知”等书面文件及众多证人证言，并结合被告人于2006年1月至2011年11月确实担任厂长的事实，本院认为，被告人王卫洪系受万顷沙镇政府委派到洪奇水厂工作。

2、《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》界定：公务主要表现为与职权相联系的公共事务以及监督、管理国有财产的职务活动。如前所述，被告人接受镇政府委派担任关系到民生的水厂厂长，对人财物全面管理，显然系从事与其职权相联系的公共事务，且该职权系基于国家机关委派获得。另外，洪奇水厂在1987年成立时包含财政拨款。被告人王卫洪担任厂长对人财物进行全面管理，显然也包括对上述国家资产进行监督、管理。公诉机关提供了洪奇水厂在1987年开业登记时的原始材料证实。因此，本院认为被告人王卫洪的职务范围属于从事公务。辩护人提出的“被告人王卫洪任自来水厂厂长并不属于刑法规定的从事公务”的意见不能成立。

3、被告人王卫洪在担任洪奇自来水厂厂长期间，利用该职务便利，非法收受他人贿送现金280000元，为他人谋取利益。被告人王卫洪对该事实供认不讳，且有行贿人的证言等证据证实，足以认定。被告人在案发以后，为掩饰犯罪、逃避追究，与行贿人就归还赃款金额达成协议，并退还部分赃款。根据《最高人民法院、最高人民检察院〈关于办理受贿刑事案件

件适用法律若干问题的意见》》相关规定，上述达成协议、退还部分贿款的行为，不影响受贿金额的认定。故辩护人提出的“涉案金额应认定为90000元”意见不能成立。

4、为他人谋取利益是否正当，为他人谋取的利益是否实现，均不影响被告人王卫洪犯受贿罪的认定。辩护人提出的相关意见不能成立。

本院认为，被告人王卫洪受国家机关委派，从事公务，应认定为国家工作人员。被告人王卫洪本应克己奉公，却利用职务便利，非法收受他人财物，为他人谋取利益，已构成受贿罪；根据受贿金额，依法应处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产。被告人王卫洪有自首情节，依法对其减轻处罚。辩护人提出的被告人构成非国家工作人员受贿罪，建议对其判处三年以下有期徒刑并适用缓刑的辩护意见没有事实与法律依据，本院不予采纳。根据被告人王卫洪的犯罪性质、犯罪情节、受贿金额、认罪态度和对社会危害程度等，依照《中华人民共和国刑法》第三百八十五条第一款、第三百八十六条、第三百八十三条、第九十三条、第六十七条第一款、第六十四条和根据《最高人民法院〈关于适用财产刑若干问题的规定〉》第一条的规定，判决如下：

一、被告人王卫洪犯受贿罪，判处有期徒刑五年六个月，并处没收财产人民币十一万元。

（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日，即自2014年6月20日起至2014年9月25日，又自2014年12月17日起至2020年3月10日止。）

二、向本院退缴的赃款人民币52000元，予以没收、上缴国库；其余赃款人民币228000元，继续追缴、上缴国库。

如不服本判决，可在接到判决书的第二日起十日内，通过本院或者直接向广东省广州市中级人民法院提出上诉。书面上诉的，应当提交上诉状正本一份，副本二份。

审 判 长 胡名态  
审 判 员 刘玉清  
人民陪审员 陈金好

二〇一四年十二月十七日

本件与原本核对无异

书 记 员 李志明

#### 附：本裁判主要法律依据

《中华人民共和国刑法》第六十三条 犯罪分子具有本法规定的减轻处罚情节的，应当在法定刑以下判处刑罚；本法规定有数个量刑幅度的，应当在法定量刑幅度的下一个量刑幅

度内判处刑罚。

《中华人民共和国刑法》第六十四条 犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪使用的本人财物，应当予以没收。没收的财物和罚金，一律上缴国库，不得挪用和自行处理。

《中华人民共和国刑法》第六十七条第一款 犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。

《中华人民共和国刑法》第九十三条 本法所称国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员。

国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。

《中华人民共和国刑法》第三百八十三条 对犯贪污罪的，根据情节轻重，分别依照下列规定处罚：

（一）个人贪污数额在十万元以上的，处十年有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。

（二）个人贪污数额在五万元以上不满十万元的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处无期徒刑，并处没收财产。

（三）个人贪污数额在五千元以上不满五万元的，处一年以上七年以下有期徒刑；情节严重的，处七年以上十年以下有期徒刑。个人贪污数额在五千元以上不满一万元，犯罪后有悔改表现、积极退赃的，可以减轻处罚或者免于刑事处罚，由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分。

（四）个人贪污数额不满五千元，情节较重的，处二年以下有期徒刑或者拘役；情节较轻的，由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。

对多次贪污未经处理的，按照累计贪污数额处罚。

《中华人民共和国刑法》第三百八十五条第一款 国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。

《中华人民共和国刑法》第三百八十六条 对犯受贿罪的，根据受贿所得数额及情节，依照本法第三百八十三条的规定处罚。索贿的从重处罚。

《最高人民法院〈关于适用财产刑若干问题的规定〉》第一条 刑法规定“并处”没收财产或者罚金的犯罪，人民法院在对犯罪分子判处主刑的同时，必须依法判处相应的财产刑；刑法规定“可以并处”没收财产或者罚金的犯罪，人民法院应当根据案件具体情况及犯罪分子的财产状况，决定是否适用财产刑。

广州市汇江工贸有限公司诉刘运森买卖合同纠纷民事判决书

广州市南沙区人民法院  
民 事 判 决 书

(2014)穗南法民二初字第51号-3

原告：广州市汇江工贸有限公司，住所地略，组织机构代码略。

法定代表人：卞炳祺。

委托代理人：陈远乐、钟世昌，广东广信君达律师事务所律师。

被告：刘运森，男，出生日期略，汉族，住址略，公民身份号码略。

委托代理人：范永志，北京市盈科（广州）律师事务所律师。

第三人：卞炳祺，男，出生日期略，汉族，住址略，公民身份号码略。

委托代理人：陈远乐、钟世昌，广东广信君达律师事务所律师。

第三人：吴玉霞，女，出生日期略，汉族，住址略，公民身份号码略。

委托代理人：陈远乐、钟世昌，广东广信君达律师事务所律师。

原告广州市汇江工贸有限公司（以下称汇江公司）于2014年1月21日以买卖合同纠纷的案由将被告刘运森诉至本院，本院受理后，依法追加卞炳祺、吴玉霞作为第三人参加诉讼，并依法组成合议庭，公开开庭进行了审理。原告及两第三人的共同委托代理人陈远乐、钟世昌，被告刘运森及其委托代理人范永志到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告诉称：2013年11月7日，原告法定代表人卞炳祺代表原告与被告签订《企业（临时）买卖协议》（以下称《临时协议》）。《临时协议》第二条约定“转让项目范围：汇江公司全部资产、设备（以交接清单为准），属个人资产使用权双方另行协商”；第五条约定“出卖方需与购买方于2013年11月8日一同前往汇江公司所在地，在双方共同见证下进行全部资产、设备盘点，并制成清单，以便双方进行买卖交易”；第七条约定“转让价款：广州市汇江公司总成交价为130万元”；第六条约定“如有违反此（临时）买卖协议，违约方应支付守约方违约金50万元；造成其它损失的，还应按实际损失予以全额赔偿”。根据《临时协议》约定，原告法定代表人卞炳祺与被告于2013年11月8日到原告所在地对原告的资产、设备进行了清点并制作清单，被告在仓库门上粘贴了其自行制作并签名的封条。上述资产、设备现仍被封存在原告所在地仓库。



## 优秀文书

被告在对上述资产、设备进行清单并封存后，既未支付转让款，又未按合同约定办理资产、设备的移交手续，还因上述资产、设备被封存无法使用且还需向场地业主方支付租金、管理费等而产生了额外的经济损失。为促使被告履行《临时协议》义务，原告于2013年12月19日向被告及其律师范永志发送通知（短信、书面通知），通知原告于2013年12月20日到汇江公司等候被告。但被告一直没有出现，也没有跟原告联系。为进一步敦促被告履行《临时协议》约定的义务，原告于2013年12月27再次向被告发送《催告函》，催告被告于2013年12月31日前办理相关资产、设备的接收手续并付清转让款130万元，否则《临时协议》自动解除。但是被告在收函后，仍未按《临时协议》约定履行义务。被告以其行动表明不愿继续履行《临时协议》，已构成根本违约。根据《临时协议》约定，被告应承担支付50万元违约金的违约责任。为此原告于2014年1月3日向被告发送《支付违约金通知书》，要求被告支付违约金50万元，但被告至今未向原告支付过任何款项。

原告认为，原、被告就买卖汇江公司资产、设备所签订的《临时协议》是双方真实意思表示，没有违反法律法规的规定，是合法有效的，对双方均具有法律效力。原告已按照《临时协议》履行了自己的义务，但被告至今未支付任何款项，又拒绝办理相关资产、设备的交接手续，已构成根本违约，应按《临时协议》约定支付原告50万元违约金。故原告起诉，请求判令：1、被告向原告支付违约金50万元；2、解除原、被告于2013年11月7日签订的《企业（临时）买卖协议》；3、被告赔偿原告经济损失（租金损失暂计至2014年7月3日为249840元，以后按每月27760元的标准计算至本案判决生效之日止；电费损失和工人工资损失计算至2014年7月3日止，金额分别为31885.44元、175293元）；4、被告承担本案的全部诉讼费用。

被告辩称：不同意原告的诉讼请求。一、本案属于股权转让纠纷。1、本案中原告股东和被告双方从开始谈判就是股权转让事宜。且《临时协议》也显示出是股权转让性质，合同主体是卞炳祺和刘运森，而不是汇江公司。被告收购的是整个汇江公司，而不是单单某些设备，是包括公司所有股权、商标、设备等。2、在《临时协议》签署之后，2013年11月10日被告和北京市盈科（广州）律师事务所（以下称盈科所）签订了非诉讼委托代理合同，明确约定被告委托该所办理股权转让事宜，包括公司背景调查、股权工商过户及后续事宜，足以证明被告在本案交易的目的是为了收购整个汇江公司股权。3、签署《临时协议》以来双方都有电话沟通、短信来往、会谈等等，可以证明被告是为了收购股权。2013年12月11日上午10点，卞炳祺及钟世昌、梁显军律师一起到盈科所和被告及范永志律师进行会谈，交涉汇江公司股权交易的所有事宜。卞炳祺当时表示在2013年12月20日前提供汇江公司的股东、税务、社保、环保等所有资料，之后双方才进行全部股权的交易。此外汇江公司股东吴玉霞也是认可了该股权转让行为。从《临时协议》第九条可以看出，双方是需要签署一份正式协议的；《临时协议》上未有约定款项的支付及交接等事宜；当时会谈时已经形成了初步的一

致意见，要进行股权的转让。二、是原告股东单方面解除合同，并非被告违约。《临时协议》签署后，卞炳祺并没有提供有关汇江公司的证明文件，在2013年12月21日被告连续发出律师函催告，希望尽快落实汇江公司股权转让及相关交接活动，但原告收到函件之后并没有任何行动。2013年12月30日被告再次要求对方提供公司资料，并签署正式收购协议。但是对方仍没有履行其义务。所有事项证明，刘运森并没有拒绝、拖延股权转让行为，不存在违约。2013年12月20日原告股东突然改变了其意图，是违约行为。三、原告不存在经济损失。该公司早已停止生产，所有的员工已经辞退，不存在任何损失。此外，被告就本案提出管辖权异议是合法、合理的，并非恶意拖延诉讼导致原告损失。

第三人卞炳祺、吴玉霞诉称：同意原告的起诉意见。

经审理查明：2013年11月7日，卞炳祺（出卖方）与刘运森（购买方）签订《企业（临时）买卖协议》，约定：经双方初步协商，就出卖方出卖广州市汇江工贸有限公司的全部资产、设备一事初步达成协议；转让项目名称：广州市汇江工贸有限公司；转让项目范围：汇江公司全部资产、设备（以交接清单为准），属个人资产使用权另行协商；签订正式买卖协议前出卖方应提供其合伙人（股东）之间同意出卖企业全部资产设备的证明文件；出卖方需与购买方于2013年11月8日一同前往汇江公司所在地进行全部资产、设备盘点，并制成清单，以便双方进行买卖交易；企业（临时）买卖协议一经签订，即具有法律约束力，出卖方不得贩卖汇江公司任何资产、设备，不得临时提价，不得临时终止买卖交易，不得与其他人再次进行买卖交易；购买方不得临时再议价，不得临时终止买卖交易；如有违反临时协议，违约方应支付守约方违约金50万元，造成其他损失的，还应按实际损失予以全额赔偿；转让价款：汇江公司总成交价为130万元；临时协议经双方签章后生效，待签定正式企业买卖协议，临时协议自动失效。《企业（临时）买卖协议》附件《生产设备记录》载明各车间内大洗筋机、小洗筋机、筛筋机、自吸无堵塞水泵等一百多项设备（资产）。

2013年11月8日卞炳祺、吴玉霞与刘运森等人对汇江公司上述设备资产进行清点，并制进行封存。2013年12月18日吴玉霞出具确认书，同意卞炳祺代表汇江公司转让公司资产、设备（详见附件转让清单）。

2013年12月19日卞炳祺发手机信息给刘运森，通知刘运森次日到汇江公司办理相关资产设备的交接手续。同日，卞炳祺向刘运森寄送《通知书》，称《临时协议》约定购买的汇江公司全部资产、设备符合交付条件，通知刘运森在三日内到汇江公司办理资产、设备交接手续并付清转让款，如在2013年12月31日前仍未付清款项，则临时协议于2014年1月1日自动解除。2013年12月27日卞炳祺向被告寄送《催告函》，称对被告在收到其通知后无理提出要收购汇江公司股权和商标问题有异议，并再次要求刘运森于2013年12月31日前付清款项。2014年1月3日，卞炳祺向被告寄送《支付违约金通知书》（寄件人为广信君达律师事务所陈远乐，邮件中寄件人签名为梁显军），称刘运森未按照《临时协议》约定支付转让款并办理资

## 优秀文书

产、设备接收手续，已构成根本违约，《临时协议》于2014年1月1日自动解除，刘运森需支付违约金50万元并承担其它经济损失。

诉讼中，原告提供一份落款日期为2013年10月15日股东会决议，内容为卞炳祺、吴玉霞经股东会讨论同意转让汇江公司全部资产、设备，由卞炳祺代表公司签署买卖合同、处理相关一切事宜。

诉讼中，原告提供2007年3月18日其与广州市双钱糖业有限公司签订的《广州市番禺区房屋租赁合同》、租金《收款收据》6张、发票3张，证明原告场地租金损失（2013年11月至2014年7月，每月租金27760元）；原告提供水电费收据1张、发票6张，以证明原告水电费损失（2013年11月至2014年5月，金额共31884元）；提供工资《支付证明单》44张，以证明原告支付工人工资损失（2013年11月至6月，金额共175293元）。

被告刘运森为证明本案系股权转让纠纷的主张，向本院提供由范永志、杨春雁律师于2014年2月26日对梁锦雄、吴红生、李永健、陈倩仪、原丽仪、曾铭分别做的律师调查笔录。在调查笔录中，梁锦雄、吴红生、李永健自称为汇江公司员工，现已离职；梁锦雄称2013年10月认识刘运森，卞炳祺、吴玉霞告诉其要转让整个公司给刘运森，包括设备、证照、商标、股权等；吴红生称在2013年11月份卞炳祺介绍其认识刘运森，并说整间公司全部卖给刘运森，刘运森是其新老板；李永健称2013年10月底11月初卞炳祺说卖了汇江公司，并介绍几个留守员工认识刘运森，说刘运森是未来的新老板，卞炳祺除了其名下三台小车，整间公司全部卖给刘运森；陈倩仪称其听卞炳祺说要卖汇江公司，就约刘运森到汇江公司谈买卖的事情，卞炳祺、吴玉霞卖公司是希望别人经营公司，转让除了设备之外，还包括公司的股权、牌照等；原丽仪称其听陈倩仪说刘运森要买汇江公司，其到公司帮忙盘点；曾铭称其2013年10月底和刘运森去汇江公司时认识卞炳祺、吴玉霞，得知卞炳祺、吴玉霞要卖整个公司，包括公司股权、法定代表人转给刘运森。庭审中，陈倩仪、原丽仪、曾铭到庭陈述证言，对其在律师调查笔录中的陈述进行了确认。梁锦雄、吴红生、李永健未到庭作证。但经比对，律师调查笔录中梁锦雄、吴红生、李永健的签名与原告提供证据工资《支付证明单》中梁锦雄、吴红生、李永健的签名高度相似。

诉讼中，被告提供证据，包括汇江公司工商档案材料、汇江公司场地租赁合同、商标注册证等、汇江公司员工资料及劳动合同、社保资料、生产成本利润报告、汇江公司建设项目环评材料、特种设备登记证、生产设备记录、车辆权属信息及生产设备合同等资料的原件或复印件，以证明被告为收购汇江公司的百分之百股权，通过工商查档或由卞炳祺提供资料等方式，对汇江公司状况进行法律尽职调查。

诉讼中，被告提供2013年11月21日、12月11日会谈录音、2013年12月21日、12月28日电话录音及其书面文字记录，以证明刘运森与卞炳祺签订的《临时协议》实质为企业股权转让协议。在2013年11月21日刘运森与卞炳祺、吴玉霞会谈录音中，双方商谈了卞炳祺、吴

玉霞提出的保留部分股份配合办理移民审核之事，以及有关汇江公司场地租赁合同、消防环保，公司资产、债权债务、税务、员工、商标等事项以及资料整理移交问题。其中，卞炳祺称“现在我们需要持有公司股份，持有到办完了移民，之后才可以把股份全部转出，移民公司给我们的意见是这样讲”，刘运森称“如果这样的话，很麻烦的哦”；卞炳祺称“你跟律师讲一下，我们纯粹是为了移民而保留股份”，吴玉林霞称“哪怕有30%的股份都好”，卞炳祺称“保留着股份，我们的法律文件照签…如果我办理完移民了，我再把股份全部转让给你，就看你扣我多少钱而已……”；刘运森称“我在签了合同后，最少给10%（钱）……在办完那些转让，比如工商转到我的名下，我肯定会、绝对不会少于40%，跟着那些证件、账啊交接清楚好后，我再给30%给你……”，卞炳祺称“这没有什么问题”；卞炳祺称“你先做一份合同的方案看看先”，刘运森称：“那份合同方案一定是我们大家坐下来谈的，不是我单方面做的……”；卞炳祺称“但我过了证照给你，全部过给你之后，我们收完那些钱，是七日内要收完那些钱”；卞炳祺称“那股份不要动着先，等我办完移民，我拖到办完了移民那里可以了，我再给你最后的那20%给你，我再全过给你……”；吴玉霞称“转让了什么时候，最好你给了定金，快点开工，再不开工，你就吃亏的啦”，刘运森称“我开工都要转了我名的才行的，才能开到工的……你不转我的名，你都不敢让我开工，是不是……”；卞炳祺称：“你最好跟律师那边讲一声，我们移民那里，你看一下留一留那个股份，去到那时候，移民局一审查后，我就可以马上转给你，你将尾后的钱给我就可以了”；吴玉霞称“我们只能这样做，做个样子给移民公司看，所以那些设备封条也不能这样封着，到时那些封条也要拆掉的，我做样，你到时再封回去”；吴玉霞称“真的不止这个价钱的，真是的，本来有几个（人）等着，不过想着，从长远的目标好，我又年轻又有得搏杀能力的”、“我跟别人同样的价钱，别人拆设备去卖，将这个厂房来出租，完全不止这个价格的，你一定要保障这样做下去”。在2013年12月11日刘运森、范永志和卞炳祺、钟世昌等人会谈录音中，双方商谈有关汇江公司资料的整理、移交问题。其中，范永志称“我们要这间公司的，……我们接手之后，下面我们要继续经营的”，钟世昌称“嗯，嗯”，范永志称“那包括员工劳资、包括公司主体、商标、税务等等这些方面都是需要你们来做的”，钟世昌称“嗯，嗯”，范永志称“如果这一块你们不提供给我们的话，我们根本就是没有办法经营的”，钟世昌称“嗯，嗯”；范永志称“2013年11月7日签订临时买卖协议，这是一个大的框架来的”、“……因为当时刘先生与卞先生约定是核实了所有材料之后才来谈合同条款”，钟世昌称“合同细则大家可以谈一下的”；卞炳祺称“我们当初谈是按现状来谈的”，范永志称“那肯定是按现状的，我们不可能让你变另外一个新的公司”，卞炳祺称“这是按现状来买卖和股权的转让”，范永志称“这肯定是的了”；卞炳祺称“我已经给了你们的（资料）确认一下了”，刘运森称“那天拿的就是工商代码证、地税国税及几个商标”、“还有就是几份所谓的员工入职表”，卞炳祺称“嗯，嗯”；卞炳祺称“那现在那些人基本人是已经遣散的，只是留下几个骨干了”，刘



## 优秀文书

运森称“见过了那几个人了，见过2次了”，卞炳祺称“你应该跟那个姓梁的比较熟悉吧”，刘运森称“那次跟你一起的时候在一起吃过饭”、“另一次就是去到公司跟他吃过一次饭”、“这次跟他们吃饭就是想通过诚意让他们留下来帮我”；卞炳祺称“就是说我提供全部的文件资料给你们，你们什么时候可以完成？”，钟世昌称“正式的合同”，范永志称“你的意思是完成正式的股权转让协议，是吧？”，卞炳祺称“是的，是的”；范永志称“就这个给时间点了，我个人认为，你们前期工作，在11月已经签了个这个临时买卖合同了，当时签完之后，应该心里有个想法了，哪些材料可以提供出来……”，卞炳祺称“……范律师已给了电话我之后，如果早点让我认识他，今天已经搞定了”；范永志称“如果转租的话，第二任接手的话，人家可以不租给你的”，卞炳祺称“因为我们现在不是变更主体，是股权转让”、“没事的，我们确认是公司股权转让”、“我们不是卖公司的，我们现在是股权转让”。经庭审质证，原告对上述录音的真实性未提出异议，亦未申请对录音真实性进行鉴定，但认为录音内容不能证明《临时协议》是股权转让关系。原告称录音中提到的股权转让内容是签订《临时协议》后被告提出的新要约（扩大协议转让范围）。

此外，为证明双方之间存在股权转让法律关系，被告提供手机短信作为证据，其中一条显示为2013年12月9日来源于卞炳祺的短信内容为“卞先生，你好！现将12月10日汇江公司股权转让事宜会面的信息发送给你，兹定于2013年12月10日10时在珠江新城广州银行大厦7层广东广信君达律师事务所，进行卞炳祺先生与刘运森先生关于汇江公司股权转让事宜商议会面……期待与你的会面”，被告称该短信是卞炳祺将梁显军律师的短信转发给被告。另一条显示为同来源于手机号码略的手机短信，内容与上述短信相同，被告称该短信是梁显军律师向被告发送的。

诉讼中，被告明确表示其与汇江公司之间不存在有关设备的买卖关系，在汇江公司股权转让之后，有关设备仍属于汇江公司所有，被告作为股东对公司及设备享有权利。

另查明，广州市汇江工贸有限公司成立于2000年3月31日，注册资本50万元，股东为卞炳祺、吴玉霞，各占70%、30%股份。

2013年11月10日刘运森与北京市盈科（广州）律师事务所签订委托代理合同，约定盈科所就刘运森收购汇江公司百分之百股权一事指派范永志律师提供非诉讼法律服务，律师服务费70000元。2014年2月10日，盈科所与刘运森签订《解除合同书》，解除上述非诉讼法律服务委托关系。

本院认为：本案是因履行《临时协议》而发生的纠纷。《临时协议》由卞炳祺与刘运森签订，约定了转让标的和价款，系双方真实意思表示，没有违反法律、行政法规的规定，合法有效。虽然《临时协议》中约定双方需另签订正式企业买卖合同，具有预约合同的特征，但双方的基本权利、义务是明确的，《临时协议》经成立生效，即对双方具有法律约束力，双方应严格依约履行，除不可归责于双方当事人的事由之外，双方应依约进行交易（缔结正

式合同），否则将承担相应的违约责任。根据当事人的诉辩意见，本案争议焦点为：一、汇江公司与刘运森之间是否存在设备买卖合同关系；二、刘运森是否存在违约行为以及应否赔偿汇江公司经济损失；三、《临时协议》应否解除。

关于争议焦点一，即双方当事人对《临时协议》法律关系性质存在争议，原告主张《临时协议》是原、被告之间设备买卖合同关系，被告主张为卞炳祺与被告之间股权转让合同关系。本院认为，首先从合同主体上看，《临时协议》写明卖方是卞炳祺，买方是刘运森。卞炳祺既可作为自然人主体签订合同，也不排除其以汇江公司法定代表人的身份以自己名义代理汇江公司签订合同。其次，从合同内容来看，转让项目是“广州市汇江工贸公司”，转让范围为“汇江公司全部资产、设备（以交接清单为准）”，该转让标的内容并非完全明确，既可能理解为汇江公司的设备等财产，也不排除为汇江公司全部资产即100%股权。因双方未对汇江公司设备、资产价值进行评估，亦无法根据转让对价130万元来确定转让范围。对涉案《临时协议》的合同主体、内容和性质，应结合双方当事人提供的其他各项证据来综合认定。

被告提供的律师调查笔录、证人证言、手机信息、会谈笔录，内容表明卞炳祺与吴玉霞作为汇江公司的股东，与被告就汇江公司100%股权转让的问题进行协商、签订临时协议，并对整理交付汇江公司资料以及签订正式股权转让合同进行协商。原告对上述证据的证明效力提出异议。本院认为，对于原告提供的录音证据，虽然最高人民法院曾经作出《关于未经对方当事人同意私自录音取得的资料能否作为证据使用问题的批复》，将录音证据的合法性标准限定为经对方当事人同意，但是我国现行法律对非法证据的判断标准为是否以侵害他人的合法权益或者违反法律禁止性规定的方法而取得，即除以侵害他人的合法权益（如故意违反社会公共利益和社会公德侵害他人隐私）或者以违反法律禁止性规定的方法（如窃听）取得的证据外，其他情形并非视为非法证据。本案中，被告未经卞炳祺、吴玉霞等人的同意私下录音的作为，发生在公共场所双方就交易洽谈过程中，实际上是对双方可能发生争议的事实进行证据保全，并不属于上述非法证据的情形，故本院对本案录音证据的合法性予以认可。在2013年11月21日、12月11日会谈录音中，卞炳祺、吴玉霞不仅确认其向刘运森转让公司股权的意思，而且请求刘运森同意其暂时保留30%股权以应对移民审核。录音还能反映出双方就股权转让签订临时协议、确定了对价（吴玉霞称“这个价钱”）、交付部分资料（如工商代码证、地税国税及商标等）、刘运森约见汇江公司若干员工，以及之后双方还就汇江公司资料、场地、人员等问题进行多次积极协商的事实。可见上述关于股权转让的协商都是基于并围绕着《临时协议》展开的，即为履行《临时协议》而继续着手实施股权转让行为。因此，原告辩称录音中关于股权转让的内容是被告在《临时协议》签订后提出新的要约，缺乏事实依据，本院不予采纳。被告提供的律师调查笔录、证人证言、手机信息与录音反映的相关事实内容相符，各证据之间可以互相印证，足以形成证据链，原告没有相反证据予以推

## 优秀文书

翻，本院予以采信。据此，本院认定卞炳祺、吴玉霞与刘运森之间就汇江公司100%股权转让签订本案《临时协议》。原告汇江公司主张其与刘运森之间存在设备买卖合同关系，证据不足，本院不予采纳。本案应为股权转让纠纷。《临时协议》中的相关资产、设备作为汇江公司的财产，是作为股东权益通过股权转让的方式在原股东和新股东之间“买卖”。

基于上述判断，本院认为，汇江公司并非《临时协议》的合同主体，其与《临时协议》的履行不存在直接的利害关系，汇江公司请求解除合同并要求被告承担违约责任，缺乏事实和法律依据，本院不予支持。故本院对上述第二项、第三项争议焦点不需再予分析和评判。

根据民事诉讼法第一百一十九条规定，起诉必须符合若干条件，其中一项即原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织。因原告汇江公司与本案不存在直接利害关系，其诉讼主体不适格，故对原告的起诉应予驳回。

据此，依照《中华人民共和国合同法》第八条、第一百三十条，《中华人民共和国公司法》第七十二条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、第一百一十九条、第一百五十四条第一款第（三）项的规定，裁定如下：

驳回原告广州市汇江工贸有限公司的起诉。

原告广州市汇江工贸有限公司已预交案件受理费4400元，本院予以退回。

如不服本裁定，可在裁定书送达之日起十日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于广东省广州市中级人民法院。

审 判 长 崔 剑

代理审判员 黄 威

人民陪审员 杜美月

二〇一四年十月二十三日

本件与原本核对无异

书 记 员 余蓓蓓

周晓宇

## 满城尽是木棉红

赖金虹



初到广州求学的第一年春天，连绵的阴雨天导致乡愁难解，我在广州市区的车水马龙中迷失了方向，正在烦躁彷徨之时，不经意地抬起眼皮，忽见头顶一树热烈的火红，如满天红霞，似鲜血在燃烧！不由兴奋地大喊“一树红花”！经打听，得知那就是广州市花木棉花，噢！这就是《致橡树》中站在橡树近旁的那株木棉吗？“根，紧握地下，叶，相触云里……有红硕的花朵，像沉重的叹息，又像英雄的火炬……”。木棉树形高大健硕，花色艳丽如火，没有一片绿叶的衬托，没有一丝杂色的点缀，红得那么纯粹，就那么一瞥，便在我心中深深扎下了根。从未见过这样震撼人心的一树红花，它不像家乡的李花娇弱，也不像家乡的野花单调。它那一树炫目的红瞬间驱散了盘绕在我心头多日的雾霾，心里一下子敞亮起来。兴奋当中，胡乱沿路行走，才发觉路上随处可见木棉花，“粤江二月三月来，千树万树朱华开”！正是这次惊喜的“邂逅”，我爱上了满城尽是木棉红的广州，迷上了火红的春天。

不经意间，来穗已十年，今年春天，单位门前的木棉花开得特别火红。我时常在饭后驻足观望，微风吹来，花儿从高高的枝头一路旋转而下，“啪”地一声落在地上，铿锵决绝，掷地有声。一种英雄般的阳刚之气，不觉振奋人心。捡起一朵刚落下的木棉花，轻轻地捧在手上，细看其五瓣鲜红的花瓣共同撑起的一个火炬形状，工作、生活之累也顿觉消减。是的，正是这火红的木棉花，让我充满力量。



## 蝶恋花

张志荣

法海无边鼓浪行

江湖险恶

几多不平事

无边案牍虽劳形

不改当初真情性

昨夜雾霭锁羊城

醉卧高楼

烦愁皆无影

何须畏惧踏荆棘

赢得一生磊落名



## ※ 领导关怀

## 省法院龚稼立院长到我院调研 5月

20日,省法院党组书记、院长龚稼立一行到我院调研。市中院党组书记、院长刘年夫,南沙区委常委、区委政法委书记梁岭,我院党组书记、院长吴翔等陪同调研。

龚院长一行首先参观了我院新审判综合楼,了解新审判综合楼的建设情况,并提出要在建设过程中融入现代化理念。

随后龚院长一行来到我院临时审判办公楼进行视察,重点参观了立案大厅,诉前联调工作室和中庭文化长廊,并在参观过程中询问了我院诉前联调工作情况。其后,龚院长一行在我院召开座谈会。

座谈会上,吴翔院长汇报了南沙法院、南沙自贸区法院建设情况,着重介绍了队伍总体情况、审判执行工作和司法体制改革相关情况。南沙区委常委、区委政法委书记梁岭指出,区委区政府、相关学者和研究机构对自贸区法院司法服务保障都高度肯定,区委区政府将全力支持和保障司法改革。广州中院刘年夫院长就广州法院涉外商事审判、司法体制改革和开展“基本解决执行难”工作情况作了汇报,并指出自贸区法院建立时间不长,但对外影响好,各方评价高,今后在自贸区法院发展建设方面还需要进一步研究、分析、总结和探索,提升水平,扩大影响。

龚稼立院长在讲话中指出,南沙自贸区法院是其在广州进行专题调研的第一个法院,市委市政府高度重视自贸区法院的建设,自贸区法院在短时间内在原有历史起

点上有了较好的开端和良好的突破,令人振奋和鼓舞,希望南沙自贸区法院能代表广东法院的新气象、新面貌,将各方面工作做得更好。同时对南沙自贸区法院提出了三点要求:一是现代化。自贸区法院意味着更高的标准和要求,要更好实现审判现代化,围绕现代化目标研究如何提高司法公信、推进司法公开、落实司法为民、当好排头兵,要按照法治化的标准和要求做好制度建设、人员管理、队伍建设等各项工作,树立标杆。二是信息化。最高人民法院周强院长在两会中提出建设智慧法院,对法院信息化提出更高要求,需要做好信息化管理和信息化服务。自贸区法院要在其自身基础上把法院信息化建设做到全市、全省乃至全国一流。三是国际化。自贸区法院要以高起点、高标准要求自己,立足国情、放眼世界,加入更多国际通用元素,在管理水平、司法权威等方面都达到较高水平,得到世界同行的认可。

(调研科 夏江丽)

## 南沙区人大常委会吴小慧副主任一行受邀到法院监督房地产案件审判工作 6月3

日,南沙法院邀请区人大常委会吴小慧副主任一行10名人大代表旁听一宗商品房预售合同纠纷案件庭审,并就我院房地产审判工作情况进行深入了解。2016年,区人大提出对南沙法院商品房预售合同纠纷案件审判工作进行专项监督。此次活动为我院主动接受监督的举措之一。

上午9时30分,原告方某诉被告广州市某投资有限公司商品房预售合同纠纷案在我院开庭审理。原告方某购买了被告开发的楼

## 工作动态

盘，因被告超过合同约定的交楼时间交楼，故诉至我院要求逾期交楼违约金。庭审中经办法官针对开发商是否存在逾期交楼行为、违约金的标准、房屋是否符合交楼标准等问题进行审理。人大代表全程旁听案件庭审。大洋网同步直播了庭审全过程。

在随后的座谈会上，人大代表深入了解了我院房地产审判工作。我院在家院领导和相关审判部门人员参加座谈。民三庭庭长何彤文首先介绍了2013-2015年审理商品房预售合同纠纷案件的基本情况。李慧娟法官介绍了庭审案件的基本情况和审理思路。人大代表们对法官驾驭庭审能力给予肯定，认为庭审过程严格遵守法定程序、争议焦点归纳准确、证据质证充分。同时，人大代表建议我院在总结近几年商品房预售合同纠纷案件情况的基础上，通过典型案例以案说法，发挥典型判例对房地产市场的引导作用；针对在审理该类案件中发现的问题，围绕如何健康地促进房地产市场的发展，适时向开发商、行政部门发出司法建议。

吴翔院长表示，房地产行业是市场经济发展的晴雨表，我院将注重维护契约精神，加强普法宣传，主动接受人大监督，不断改进工作，为自贸区和新区房地产发展提供更加有力的司法保障。（民三庭 张大会）

### ※ 审判动态

**我院召开专家咨询委员会续聘及增聘会议暨2016年工作会议** 6月29日，我院召开专家咨询委员会续聘及增聘会议暨2016年工作会议。院党组书记、院长吴翔率全体院

领导班子、相关庭室负责人和来自境内外十余所高校14名专家咨询委员参加了会议。院党组成员、副院长曾普光主持会议。

曾普光副院长首先宣读了《广州市南沙区人民法院（广东自由贸易区南沙片区人民法院）关于续聘及增聘专家咨询委员的决定》（以下简称《决定》），在续聘了原有14名专家咨询委员的基础上，根据自贸区人民法院建设需要增聘香港大学法律系主任赵云教授等4名专家为我院专家咨询委员。吴翔院长向专家咨询委员颁发聘书。

吴翔院长介绍了我院专家咨询委员会自2014年建立以来的整体工作情况，以及自贸区法院成立后我院服务保障自贸区建设工作情况、发展构想。他表示，作为我院重要的智库资源，专家咨询委员会成立近两年以来，在促进司法裁判水平的整体提升、推动学术调研水平长足进步、助力科学决策、创新发展等方面都发挥了重要的作用。下一步，我们将进一步加强自贸区法院“两庭一中心”建设，强化自贸区新类型案件研判总结和对涉自贸区、“一带一路”等前沿问题的理论研究，探索符合自贸区改革创新定位的审判机制，形成可复制、可推广的司法经验；深入参与涉粤港深度合作区司法规则研讨，从文书送达、内地与香港法律互查、判例指导等方面探索适用香港规则的可行性进路；积极推动自贸区商事纠纷调解第三方平台建设，推动成立自贸区商事纠纷专业调解机构，构建以自贸区法院商事调解中心为枢纽的多元纠纷化解大格局。

会上，与会专家围绕自贸区法院建设和司法服务保障自贸区建设两大主题，为我院

后续发展建言献策。并重点就保障律师执业权利，提升窗口服务水平，加强向仲裁的借鉴、学习，强化法官助理、调解员培训，注重域外法查明适用，正确应对新类型案件，主动参与国际条约、国际规则制定，增强与学界联系、加大宣传等具体问题，进行了深入探讨。

吴翔院长对各位专家近两年来对本院工作的指导和帮助表示感谢。同时，也期望他们能继续发挥参谋咨询作用，对本院特别是自贸区法院的发展积极建言献策，推动本院工作再上新台阶。（调研科 王琼珊）

**我院与区检察院会签文件协同化解矛盾、落实民事诉讼监督** 6月21日，广州市南沙区人民法院（广东自由贸易区南沙片区人民法院）、广州市南沙区人民检察院《关于法检协同化解矛盾、落实民事诉讼监督机制的实施办法（试行）》（以下简称《实施办法》）会签会议在本院召开。我院党组书记、院长吴翔，区检察院党组书记、检察长赵剑等出席会议。

在吴翔院长和赵剑检察长的见证下，曾普光副院长和邓礼力副检察长在《实施办法》上签字。

该实施办法是法院和检察院根据《中华人民共和国民事诉讼法》，广东省高级人民法院、广东省人民检察院《关于法检协同化解矛盾、办理再审检察建议、执行监督和沟通工作的若干意见》的规定，结合自身的工作实际而制定。其目的是两院在协同化解矛盾、落实民事诉讼监督过程中，在遵循相互独立、平等协商、协同配合、和解

调解优先原则的基础上，坚持合法、自愿、有效、便民原则，切实维护当事人的合法权益。（审监庭 潘红路）

**广东自由贸易区南沙片区人民法院自贸区商事调解中心获批设立** 近日，经广东省机构编制委员会办公室同意，广州市南沙区机构编制委员会正式发文同意广州市南沙区人民法院（广东自由贸易区南沙片区人民法院）的申请，同意设立“自贸区商事调解中心”，与“立案庭”署办公，将“民事审判第二庭”更名为“商事审判庭”。至此，广东自由贸易区南沙片区人民法院“两庭一中心”（商事审判庭、知识产权审判庭、商事调解中心）的建构更加完备。

（调研科 蔡颖）

## ※ 工作成效

**我院16条意见贯彻落实省法院龚稼立院长调研讲话精神** 5月20日，广东省高级人民法院党组书记、院长龚稼立到本院调研，对本院各项工作表示肯定，并针对自贸区法院今后发展，提出现代化、信息化、国际化的“三化”要求。为深入贯彻落实龚院长调研讲话精神，本院把握发展定位，坚持改革导向，在党委的领导和上级法院的指导下，发挥职能作用，推进司法公开、落实司法为民、提高司法公信，积极推进各项工作。

一、认真学习领会，以龚稼立院长讲话精神统一思想行动

1. 认真学习，统一思想认识。认真组



## 工作动态

织全院干警学习龚稼立院长调研讲话精神，准确把握龚院长对自贸区法院现代化、信息化、国际化发展的精神实质，高标准严格要求自己，认真规划自贸区法院发展。

2. 明确要求，提升司法服务保障自贸区发展水平。自贸区法院是为更好适应全面深化司法改革、全面建设小康社会要求而建立的新型法院。要结合十三五规划，落实党中央建设自贸区、“一带一路”建设等战略部署，积极作为、大胆创新，不断提升司法水平，更好地服务保障自贸区建设发展。

二、立足审判职能，以改革创新精神推进法院建设现代化

3. 构建与自贸区建设相适应的司法理念。一是法治先行理念。树立法律权威，厘清各级法律规范在自贸区的适用条件和范围。强化规则意识，促进公平、开放、透明市场规则形成。二是商事裁判理念。遵循市场规律，尊重意思自治，弘扬契约精神。平等保护市场主体合法权利，促进诚实守信，引导市场预期，维护交易稳定和安全。尊重行业惯例和自治性规范，依法适用国际条约，尊重国际惯例。三是宽容谦抑理念。在不违反禁止性规范的前提下，尊重包容自贸区先行先试，营造公正宽和的司法环境。四是审慎介入理念。稳妥审理各类案件，实现法律和社会效果统一。尊重创新，审慎介入，支持当事人多元化解纠纷。

4. 加强自贸区案件审判。打击刑事犯罪。重视涉证券、保险、投融资、征地拆迁、工程建设等领域的刑事案件研究。加强民商事案件审判。组建金融审判团队，公正高效审理开发建设、经济转型升级进程

中各类民商事案件。加强知识产权审判。健全专家陪审制度。探索运用证据披露、举证妨碍、优势证据等规则破解侵权损害赔偿难题。拓展与海关、海事局联系，完善知识产权司法和行政“双轨制”保护机制。加强房地产案件审判。推动建立房地产案件行业协会预警协调机制，适时发布房地产案件审判白皮书。

5. 推进司法改革。推进司法责任制改革。落实主审法官、合议庭办案责任制，明确主审法官职责，落实裁判权限；继续深化人民法庭审判权运行机制和专业化审判试点改革。推进人员分类管理改革。按照上级法院统一部署，明确法院工作人员的类别和职责，突出主审法官的办案主体地位，健全法官助理、书记员、专业技术人员等审判辅助人员分类管理制度。

6. 加快自贸区高端人才培养。继续加大高端人才培养力度，积极支持干警参与最高法院组织选派法官到香港城市大学学习，加强自身业务培训，造就一支具有国际视野，通晓国际法律规则和金融、贸易等相关领域知识的复合型法律高端人才队伍。

三、推动技术升级，以“智慧法院”标准推进自贸区法院建设信息化

7. 深化可视、留痕的信息化审判与管理。推进人民法院信息化建设3.0版，将信息化建设作为扁平化管理后加强监督管理的有效手段。推行要素式审判与管理，实现审判执行全程留痕、实时监督。

8. 升级便利化诉讼服务。完善诉讼服务平台建设，探索建立中英双语导诉服务，提供中英双语和中文简写和繁体字双体诉讼指

引。健全统一的立体式、标准化法院诉讼服务体系，高效保障人民群众的诉讼权利。

9. 完善商事纠纷ADR机制。建立行业协会、商会、调解组织等共同参与的多元纠纷解决机制。探索“E法院”自助服务终端，打造线上商事调解中心，实现调解组织和调解员网上预约、远程线上调解、调解流程跟踪和线上诉讼导入等多种功能。

10. 深化司法公开。推进司法公开三大平台建设，利用门户网站、短信、邮件等方式，主动提示案件关键节点，多维度公开案件信息，构建开放、动态、透明、便民的阳光司法机制。拓展司法公开渠道，发挥“互联网+”的优化集成作用，打造网站、微博、微信、自制电视栏目等自媒体矩阵。

11. 支持自贸区信用公示平台建设。与区诚信办共建“南沙信用”网络板块，将失信被执行人名单与南沙区信用信息公示平台对接，并逐步健全失信被执行人名录，实现信用信息的全方位共享与互动。

四、优化审判格局，以开放性视野推进自贸区法院建设国际化

12. 强化“两庭一中心”建设。着力建设商事审判庭、知识产权审判庭和商事调解中心。加强涉自贸区商事、知识产权案件审判，促进供给侧结构性改革。与区域内仲裁、行业协会、港澳商会和政府调解组织合作，搭建自贸区商事纠纷多元化解（ADR）平台。

13. 积极参与南沙自贸区粤港合作区新规则的制定。通过审判等形式，支持在CEPA及我国法律框架下进一步放宽对港澳投资者的准入限制，支持南沙与港澳深度融合与合

作。支持区域制度创新，帮助企业明确投资预期和法律红线，促进投资贸易便利化。

14. 深化涉港澳案件特色审理机制。拓展港澳籍陪审员参与案件审理和调解机制。深化港澳商会协调机制，完善诉前信息共享、诉中联动调解和诉后执行协调制度，搭建多元化解涉港澳民商事纠纷的立体平台。

15. 拓展港澳法查明渠道。加强与高校研究机构、法律服务公司等合作，拓展港澳法查明渠道。加强对香港成文法和判例整理学习准确理解和适用香港法，增加适用香港法律的案件数量，提高办案质量。

16. 加强与律师等司法工作者的职业共同体建设。制定依法保障律师执业权利若干规定，建立联席会议制度，最大限度为律师依法履职提供便利。加强与港澳律师协会组织沟通联络，共同开展理论实务探讨。

（调研科 赵丽）