



总第 81 期

81

2019 年 | 第 4 期 |

深圳市律师协会主办

S H E N Z H E N L A W Y E R S

# 深圳律师

—— 非常视线 专业见解 ——



Guangdong  
Enterprise Legal Service  
Forum

第二届广东企业法律服务论坛  
在深成功举办

拿什么守护“头顶的安全”？

合规是时尚 更是责任

论遗产分配顺序的立法完善

从定位理论看律师的专业定位



# 致敬祖国 祝福母亲

庆祝新中国成立70周年

我是中华人民共和国  
律师，忠于宪法，  
忠于祖国，忠于人民，  
维护当事人合法权益，  
维护法律正确实施，  
维护社会公平正义，  
恪尽职责，勤勉  
敬业，为建设  
法治国家努  
力奋斗！

## 梁震副厅长在第二届 广东企业法律服务论坛上致辞

2019年8月23日，广东省司法厅党委副书记、副厅长梁震出席第二届广东企业法律服务论坛并致辞。

他指出，首届广东企业法务高峰论坛去年在广州成功举办，在企业法务界、律师界引起了强烈反响，取得了很好的效果。本届论坛在改革开放的最前沿、首个国家创新型城市试点的深圳举办，让企业家、企业高管、公司法务和律师朋友们再次共聚一堂，共话企业的合规管理和风险防范，共商依法治企、依法促进社会主义市场经济繁荣与发展之策，这是改革开放再出发的责任和担当，是营造法治化国际化营商环境的有益尝试。

他认为，企业的健康和可持续发展，离不开优质高效法律服务保驾护航，律师业的繁荣和做大做强，也离不开企业的信任和支持，两者共存共荣、协同发展。截至目前，全省共有执业律师超过4.6万名，公司律师413名，律师事务所3000多家，律师和律师事务所数量连续七年居全国第一。去年以来，省司法厅积极发挥职能作用，在立法、执法监督、法治宣传、公共法律服务等方面，为企业的发展壮大提供优质高效的法律服务和法制保障。配合省人大常委会、省政府，重点清理著名商标、产权保护、生态环境等与企业息息相关的法规规章规范性文件，提请有权机关对有关地方性法规废止5件、修改11件，对有关省政府规章废止4件、修改5件，清理不利于民营企业产权保护规范性文件223件，积极推动深化放管服改革和“减证便民”，牵头清理并配合

取消广东省法规规章规范性文件设定的证明事项1099项。在律师方面，去年全省律师共担任企业法律顾问5.2万多家，办理涉企非诉业务21万多宗，同时还会同省工信厅、省工商联持续组织律师当好民营企业的法治“家庭医生”，省、市两级组建律师服务团69个，今年来为3000余家企业开展“法治体检”。深圳市在全国率先推出“民营企业法治体检自测系统”，围绕企业经营治理问题进行“把脉开药”。广大律师与企业法务一起，共同为促进我省企业依法决策、依法经营管理，维护企业合法权益做出了积极贡献。

他还指出，广东要实现“四个走在全国前列”，当好“两个重要窗口”，就要在营造法治化国际化营商环境上有新突破，建立真正意义上的现代企业制度，这对企业法务和广大律师提出了新的更高的要求。他提出几点期望：希望各级司法行政机关和律师协会加大对律师的培训力度，努力建设一支适应我省经济社会发展需要的高素质律师队伍，为企业发展提供法治人才保障；希望各指导单位、各相关部门一如既往地支持律师工作，为律师服务企业和与企业法务的合作搭建更多交流平台，有效促进法律服务的供需对接；希望广大企业家、企业法务人员信赖并用好律师队伍，真正让广大律师在企业合规管理、法律风险防控等方面实现与企业法务的分工合作、优势互补，形成企业依法科学决策、提升企业风险防控能力的强大合力，为我省企业发展保驾护航。



(粤B)L017010071



出版日期 2019 年 9 月

编委会主任 林昌炽  
编委会成员 章 成 蔡 华 杨 逍  
尹成刚 曾 迈 江定航  
韩 俊 汪腾锋  
主编 杨 逍  
执行主编 李同宝 陈 伟  
栏目编辑 周争锋 陈 伟 杨新发  
陈旭绯 颜宇丹 杨银笛  
胡 聪 屈文静 刘伟健  
责任编辑 伍春红  
编辑 刘 峰 王 颖 湛 杰  
美编 蔡永军  
电话 0755-83025789 83025881  
传真 0755-83025177  
地址 深圳市福田区深南大道 4001  
号时代金融中心 20 楼  
邮政编码 518048  
电子信箱 shenzhenlawyers@163.com

## 目录 CONTENTS

### 卷首语 | FOREWORD ..... P1

01 梁震副厅长在第二届广东企业法律服务论坛上致辞

### 说法 | VERSIONS ..... P4-5

04 当心！股东私自处置公司财产极易构成职务侵占罪 / 刘平凡 李栋明

### 特别报道 | SPECIAL REPORTS ..... P6-15

06 第二届广东企业法律服务论坛在深成功举办  
10 第二届广东企业法律服务论坛嘉宾精彩发言摘要

### 争鸣与思辨 | THINKING & DEBATE ..... P16-22

16 拿什么守护“头顶的安全” / 本刊编辑部

### 论道 | DISCOVERY ..... P23-30

23 论遗产分配顺序的立法完善 / 郭璇玲 张译支  
28 律师如何有效实施无罪辩护？ / 赵体

### 实务 | PRACTICE ..... P31-39

31 合规是时尚，更是责任 / 深圳律协业务委  
36 有限责任公司股东未出资即转让股权情形下  
债权人的权利救济 / 曹军

### 拍案 | CASE AND EXAMPLES ..... P40-43

40 江苏华工对赌回购案之评析——基于公司资本维持原则 / 王永敬

### 生活 | LIFE ..... P44-46

44 从定位理论看律师的专业定位 / 金振朝



### 律协动态 | INFORMATION ..... P47-48



# 当心！

## 股东私自处置公司财产极易构成职务侵占罪

○刘平凡 李栋明 广东际唐律师事务所

经过改革开放四十年的发展，民营企业已经在我国的经济结构中占有十分重要的地位。但是在迅猛发展的背后，因为体制、传统等各方面的原因，民营企业也暴露出自身的一些不足，如企业家的法律意识不强，法制观念淡薄，把公司财产与个人财产混同，就极易触犯职务侵占罪。笔者就近期代理的一宗真实案例（代理被害人），就民营

企业家如何避免触犯职务侵占罪，分享一下心得。

犯罪嫌疑人冯某为A公司股东（占股49%），职务为销售经理。同时冯某为B公司股东（占股100%），B公司欠C公司240万人民币，已到期未清偿。冯某安排A公司仓管人员，向C公司发送了价值240万元的产品，用来抵销B公司欠C公司的240万债务。A公司

到经侦部门报案，冯某被依法刑事拘留。

根据《刑法》第二百七十一条等相关法律规定，职务侵占罪是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。六万元以上一百万元以下为数额较大；一百万元以上为数额巨大。犯本罪，数额较大的，处五年以下有

期徒刑或者拘役；数额巨大的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产。本罪的主体为特殊主体，为公司、企业或者其他单位的人员。这其中不管主体是股份有限公司、有限责任公司，是集体性质企业、私营企业，还是国有企业、外商独资企业，仅是指不具有国家工作人员身份的人员，利用职务上或工作上的便利，侵占本单位财物的，应依照贪污罪的规定处罚。本罪的犯罪客体是公司、企业或者其他单位的财产所有权。侵犯的对象是公司、企业或者其他单位的财物，包括动产、不动产、有形物和无形物。比如人民币、外币、有价证券、电力、煤气、天然气、工业产权等。

该案中，冯某作为公司的销售经理，利用职务上的便利侵占公司财物，符合职务侵占罪的主体要求。主观方面，冯某具有将公司财产据为己有的故意。从冯某以侵占款项用于抵销自己公司所欠债务来看，冯某对于公司财产与股东财产相互独立是明知的，在明知的情况下，仍然将公司财产用于抵销自己公司所欠债务，具备了占有公司财产的

故意。客观方面，冯某侵占公司货款，是利用了职务便利。冯某作为销售经理，有权力安排公司货物流向，正是这样的便利条件，使冯某顺利地将公司货物抵销了自己的欠款。客体方面，冯某不仅侵犯了其它股东的利益，而且侵犯了公司债权人的利益，更为严重的是，他的行为侵害了公司管理秩序，极大危害了交易安全和社会信用体系。

股东冯某利用自己的身份和职务便利侵占的公司财物，虽然有部分是自己出资形成的财产，但根据《公司法》规定，股东出资设立公司，其投入的财产及收益已经不再属于个人，而属于公司所有，不能与个人财产混为一谈。如果股东利用其任在公司担任职务的便利，将公司财产混同于自己的财产，或者认为公司的财产就是其个人财产，从而利用职务便利擅自占有、私分已为公司所有的财产，或者将该公司财产擅自转让给自己控制的另一公司，均构成职务侵占。

冯某的行为不仅损害了其它股东的利益，而且危及了债权人利益及交易安全，具有极大的社会危害性。公司是独立的法人，股东一旦

出资，就获得了公司的股权，股东的一切权利都体现于股权之中，股东无权再支配公司财产。股东的出资所形成的财产为公司财产，是公司从事经营活动的经济基础，也是公司用以清偿经营中负债的来源，这就是所谓的责任财产。有限责任公司股东以出资为限对公司承担责任。权利与义务相对应，既然股东享受了有限责任的权利，必定要付出不得再抽回或直接支配公司财产的代价。作为股东非法处置公司财产，必然减少公司财产，危及公司债权人的利益和交易安全。公司财产的减少最终结果是，当公司财产不足以清偿全部债务或者被宣告破产，债权人受偿比例就会降低，甚至得不到任何清偿。此外，股东利用自己管理公司的优势，将公司财产私自处置，实际上是变相的超出持股比例分配，有违同股同权的原则，必然会危害其他股东的利益。

民营企业家在经营过程中，一定要把公司财产与个人财产区分开来，公司财产只有经合法分配利润后转变为个人财产，才能供企业家自由支配。否则，股东私自处置公司财产，极易触犯职务侵占罪。



## 第二届广东企业法律服务论坛 在深成功举办

2019年8月23日，第二届广东企业法律服务论坛在深圳蛇口希尔顿南海酒店隆重举行。此次论坛由广东省律师协会主办、深圳市南山区司法局协办、深圳市律师协会承办，并得到深圳市司法局、深圳市南山区人民政府、深圳市人民政府国有资产监督管理委员会、深圳市工商业联合会、深圳外商投资企业协会等单位的支持。广东省知名企业代表、企业法务、法学专家、公检法代表及粤港澳三地律师代表等近700人参加，还有超过62万人通过网络直播观看此次论坛。

广东省司法厅党委副书记、副厅长梁震，广东省国有资产监督管理委员会综合法规处副处长李遥，广东省民营企业投诉中心主任刘向荣，深圳市司法局局长蒋溪林、副局长任继光，深圳市南山区委副书记、政法委书记黄湘岳及广东省律师协会、深圳市律师协会的相关领导等出席论坛。

深圳市律师协会会长林昌炽主持论坛开幕式。他代表深圳市律师协会对论坛的指导单位、支持单位、协办单位等表示诚挚的感谢，并对出席论坛的领导、演讲嘉宾、媒体记者朋友们及各界来宾表示热烈的欢迎。他表示，本次论坛聚焦“企业合规管理与法律风险防控”主题，邀约了各方坐而论道，愿大家能够领略枝繁叶茂，收获春华秋实。



广东省司法厅党委副书记、副厅长梁震致辞指出，本次论坛让企业法务和律师共聚一堂，共商依法治企，是营造法治化国际化营商环境的有益尝试。截止目前，全省共有执业律师超过4.6万名，公司律师413名，律师事务所3000多家，律师和律师事务所数量连续7年居全国第一。去年以来，省司法厅在立案、执法监督、法治宣传、公共法律服务等方面，为企业的发展壮大提供优质高效的法律服务和法制保障。去年全省律师共担任企业法律顾问5.2万多家，办理涉企非诉业务21万多宗，今年来组织律师共为3000余家企业开展“法治体检”。广大律师与企业法务一起，共同为促进我省企业依法决策、依法经营管理，维护企业合法权益做出了积极贡献。同时，他希望能够为律师服务企业和与企业法务合作搭建更多交流平台，实现律师和企业法务在企业合规管理、法律风险防控等方面的分工合作、优势互补，为我省企业发展保驾护航。



深圳市司法局局长蒋溪林致辞表示，改革开放是深圳的根本，深圳40年改革发展可用“创新+法制”来总结，创新驱动产业发展，法治优化营商环境。中共中央国务院出台《关于支持深圳建设中国特色社会主义先行示范区的意见》，对深圳提出五大目标，其中建设高质量发展高地、法治城市示范就和“创新+法制”契合在一起。企业要发展，一定要管控好风险，企业法务和专业法律工作者责无旁贷。企业法务相当于企业的医务室，律师事务所相当于专科医院、三甲医院，两者不可偏。他还强调，企业在经营成本核算里应重视法律风险成本。日前，全国工商联公布了中国民营企业500强名单，深圳以上榜26家民营企业的不俗表现，实力占据中国民营企业排行榜的重要位置。其中，前三甲里有两席出自深圳，可见我们深圳是最渴望最需要得到专业法律服务的地方。本次盛会是企业家与专业律师、法务工作者交流的友好平台，是一个良好互动的开始。





深圳市南山区委副书记、政法委书记黄湘岳致辞指出，今年上半年南山区 GDP 总值超过 2700 亿，比上年同期增长 8.6%，稳居全省第一，全国第三。强劲发展的背后离不开企业自身过硬的竞争力和法治化的营商环境建设。近年来，粤港澳大湾区法治建设研究基地、深圳律师学院和律师党校以及金杜等一批优秀律师事务所相继落户南山，为南山企业的发展提供厚实的法律保障。通过此次企业法律服务论坛将进一步加强律师和企业法务之间专业性和实务性的交流。



广东省律师协会副会长黄思周致辞表示，广东省企业法律服务论坛是广东律师行业做好整体营销、更好服务市场的总体要求，是省律师协致力打造的可持续论坛品牌，本届由深圳市律师协会承办，希望法务代表和律师把握契机，建立良好沟通关系，增进理解，加强合作，实现共赢。

本次论坛正值《中共中央国务院关于支持深圳建设中国特色社会主义先行示范区的意见》颁布之时，契合湾区发展、企业“走出去”等热点话题，聚焦“企业合规管理和法律风险防控”主题，旨在帮助企业法务和律师提高法律服务水平，促进企业法务和律师的良性合作，有效地帮助企业提高合规管理能力和风险管控水平。



此次论坛特邀北京大学法学院教授朱苏力，北京师范大学刑事法律科学研究院院长张远煌，北京大学国际法学院副院长满运龙，深圳国际仲裁院院长刘晓春，华为技术有限公司高级副总裁、首席法务官宋柳平，中国平安保险（集团）股份

有限公司高级法律顾问姚军，最高人民法院第一巡回法庭主审法官杨蕾，深圳市公安局经济犯罪侦查局大队长李志鹏等 26 位重量级嘉宾担任主题演讲和发言嘉宾。



朱苏力 姚军 刘晓春 张远煌 吴兴印 杨蕾 李志鹏 宋柳平

在主题演讲之间，论坛还设置了四场圆桌沙龙，分别就“全球化背景下中国企业的合规管理”“企业法务与律师的合作”“企业家法律风险防控”“湾

区律师的合作与法律服务一体化”四个主题，企业法务和律师深入交流探讨，就共同促进企业在法治轨道上健康发展实现“零距离”对话。



在闭幕式上，广东省律师协会副会长吴兴印、深圳市律师协会会长林昌炽、佛山市律师协会会长钟坚进行了第三届广东企业法律服务论坛承办权交接仪式。企业法律服务论坛作为年度品牌活动将持续举办下去，希望凭借律师群体在企业保驾护航

方面的丰富经验，推动律师与企业法务的合作共赢，搭建常态化的沟通与交流平台，更好地提高广东企业依法治理、规范经营、防范风险的能力，推动广东“四个走在全国前列”目标的顺利实现。





## 第二届广东企业法律服务论坛 嘉宾精彩发言摘要

2019年8月23日，由广东省律师协会主办、深圳市律师协会承办的第二届广东企业法律服务论坛在深圳成功举办。本届论坛特别邀请了国内著名法学专家、知名企业家、知名企业总法律顾问、最高院权威法官及仲裁机构专家、政法单位代表、资深律师等，共同聚焦“企业合规管理和法律风险防控”主题。以下是此次论坛部分嘉宾精彩发言的要点分享。



朱苏力 北京大学教授

### 企业的发展需要不断的创新和变革

论坛上，朱苏力教授就“变革时代的企业与企业法律服务”为题作主旨发言。

他表示，企业的发展需要不断的创新和变革。然而，企业所需要的法律与社会所需要的法律虽有联系，但有很大的距离。社会所需要的法律往往是稳定不变的，趋于维护社会秩序和社会安定；企业所需要的法律则有更多鲜明的时代特色、中国特色、地域特色。

他指出，新的社会变量使法律实践偏离原来的逻辑，许多学者早已指出真正推动法律变化发展的不是法律逻辑结构，而是社会其他领域的变革。他认为，现代法律人要不断解释法条，把新表述、新现象纳入原来看似与法律条文冲突的文字中。比如微信红包是不是收入，网红直播、微信爆文的打赏是否应该纳税等问题。同时，要密切关注社会需求和社会力量，促进法律规则的修改和完善。

他认为，企业所需要的法律服务一定要与社会发

展、市场竞争结合起来。中国企业的法律服务人，不能只专注法律条文，还要关注社会发展需求、企业行业发展动向及学界专家学者、律师的观点和研究成果，并及时总结法律实务工作中遇到的问题。他表示，有些企业所需要的法律制度是独特的，特别是大型企业。因此，在为企业提供法律服务时，我们要注意什么样的制度更适合我们企业以及要兼容哪些制度、规避哪些风险等等，并不能对所有企业一概而论。他举例说到，“华为独一无二的伟大之处，在于其为公司发展探索了一套适合的制度，规避各种风险的自主结构、公司企业结构，值得小微企业借鉴学习。”

他还指出，法律服务要保证企业的商业效益，好的法律决策也是一个营销决策，一个商业决策。“法律人必须扩大眼界，不仅仅着眼于法律，还要看到营销、商业效益等。作为企业法律服务人员应当向企业家和其他专业人士学习。”



宋柳平 华为副总裁

### 中国企业全球化要用法律的确定性 应对国际环境的不确定性

华为技术有限公司副总裁兼首席法务官宋柳平发表了题为“企业全球合规管理实践”的演讲。他认为，中国企业全球化过程中合规管理是一个重大挑战，要提升合规管理意识和法治意识，从企业全部业务活动和全体员工入手提升合规意识和能力。他谈了五点看法：

第一，企业合规管理是企业运营发展且在粤港澳地区向全球发展的核心问题。当前，中国企业在全面走向世界，更重要的合规是全球的合规。全球的合规对于国内的合规有非常重大的飞跃，其风险等级完全不一样。这是中国企业走向全球非常重要的节点。

第二，中国企业走向全球后，合规管理是最难的，这由其本身的属性决定。一是外部属性，中国企业走向全球，面临的挑战除了遇到西方公司全球化过程中的所有问题，还会遇到大量中国公司全球化过程中的特有问題，如安全问题、政治问题、意识形态问题等。二是从内部环境来看，中国企业的员工大多数生长在中国的环境，中国的环境还没有完全建立起对法律的敬畏心理，这体现在各种行为中，这对于企业来说是灾难性的。从内部或外部来讲，中国企业走向全球，合规是一个重大的挑战。

第三，合规管理是一个管理体系，它不仅是外部律所和法务人员的责任，而且是由企业全部员工决定的。看待合规问题不能仅把它看成法律问题，员工业务活动的合规及员工个人行为的合规组成了企业合规的重要组成部分，其核心在于业务人员，不在于法律

人员。

第四，企业合规首要问题是观念和意识问题，其次是能力问题，也可能演变成重大的竞争力问题。企业合规取决于一把手和企业主要管理团队必须建立起合规意识和能力。我们看到走向海外企业的大量案例显示出因合规问题而产生风险，如西门子电信集团问题。中国企业面临国际政治形势极为不确定、贸易冲突反全球化的环境，但全球化对我们国家和企业都有好处，我们仍然要继续走全球化的道路，用法律的确定性应对国际政策环境的不确定性。

第五，合规既是意识问题，也是能力问题。合规作为能力问题，需要建立起合规的保障体系，加大合规投入，遵守业务所在国家的法律法规。全球接近200个国家的法律法规各不一样，执法环境也不一样，由此带来的风险等级有很大的差异。系统地建立合规体系，需要政策、组织、流程、制度及各种支撑性的工具等，包括内部资源系统和外部资源系统；还需要聚焦可能产生重大风险的各个方面，比如贸易合规、金融合规、投资并购、劳工、诚信等经营过程中高风险的行为，以及商业秘密、知识产权、网络安全、隐私保护等合规问题。

他认为，律师在企业全球化过程中能发挥较大作用，律师行业应该同步于企业全球化的步伐，适应企业商业环境的发展，提供有竞争力的全球合规服务。





张远煌 北京师范大学刑事法律科学研究院院长

## 刑事合规代表着 21 世纪企业合规管理新方向

张远煌院长就“刑事合规全球趋势与本土推进”为题作演讲。他认为，刑事合规代表着 21 世纪企业合规管理的新方向，对法律工作者提出了新的挑战。他介绍了刑事合规的含义、刑事合规全球化趋势与存在形态、企业合规向刑事合规升级发展的动力机制等内容，并对律师界如何开拓刑事合规业务作经验分享。他表示，就法律服务而言，刑事合规所代表的是一种既区别于刑事辩护也区别于传统合规业务的新型高端企业法律服务业态，他认为刑事合规能达成国家与企业双赢局面，激发各自的行动力。

他介绍到，21 世纪以来，美国、加拿大、巴西、南非、日本、韩国等众多国家纷纷出台刑事合规制度，一些国际性的公约机制也在推行。他还介绍了刑事合规的四种形态：一是美国量刑与起诉激励模式，推动企业合规；二是英国独立定罪模式，不合规就是犯罪；三是意大利司法审查模式；四是法国强制合规制度。他表示，在近 20 年的全球化进程中，刑事合规呈井喷式的发展，然而中国在企业合规乃至刑事合规的学习发展中仍处于落后状态。刑事合规是为了将犯罪防范于未然，是对与企业发展、社会生态的改良相应的传统刑法规范的升级，这要求企业发挥更大的主观能动性，构建适合自身发展的犯罪风险防控体系，同时对企业法务提出了更高的要求。

他指出，企业合规向刑事合规升级发展的动力在

于：第一，现代社会治理观念的引导。治理和管理最大的区别在于，管理是国家主责，治理是国家、社会尤其是企业力量形成融合，反映在犯罪治理领域即是国家和企业合力防止犯罪。第二，刑事合规可减轻国家监管负担，降低企业守法成本，形成良性市场机制。第三，平衡刑法规制下企业犯罪的法律效果和社会效果。他认为，刑事合规的理念是预防犯罪的理念，刑事合规能力与企业的核心竞争力相关，不但能避免风险，还能创造价值，甚至能获得比生产经营所得的更高的回报。

他还指出，刑事合规制度在短短 20 年里在全球井喷式发展，有深度的政策反思，有国家和社会巨大利益的驱动。当前企业的竞争除了服务竞争和产品竞争，最重要的竞争是合规能力。企业要形成“一手抓经济，一手抓风控”，完善内部治理结构，才能保证在履行社会责任的基础上获得利益最大化。如果企业形成这种治理结构，我们的企业健康了，国民经济就健康了，综合国力就能得到提升，因而企业合规意义很重大。

最后，他对律师开拓刑事合规业务提出三点建议：一是认清大势，主动对接刑事合规强劲趋势需求。二是打开刑事合规服务局面，正确选择提供刑事合规服务的方式，提升业务拓展能力。三是为企业提供全套刑事合规服务。



姚军 平安集团高级法律顾问

## 企业要形成协同文化

中国平安保险（集团）股份有限公司工会联合会委员会主席、高级法律顾问姚军以“企业如何管理法律风险”为题发表演讲。他认为，企业发展离不开法律风险管控，企业内部的法律人员与外部的律师各有所长，要加强法务人员的法律专业性和商业理念，从人员团队化管理入手形成企业协同文化，结合外部律师业务所长，解读法律，规避风险，帮助团队实现经营目的。

姚军表示，企业法律风险管理是企业法务的重要课题，法务不仅要拥有法律思维，还要把所有东西都纳入法律问题来看待。企业在经营活动中如何管控法律风险？他认为，企业要进行人员团队化管理，让团队形成一个个专业的团队，成为某方面的真正专家。作为企业法律工作者，要提前预判可能产生的法律风险，充分准备对策；除具备

应有的法律专业性外，也要具备较强的商业意识。

他还表示，除强调企业内部人员团队间协同的重要性外，对外部律师的选择和协同也是法律风险把控的重要部分。“企业法务知道企业想干什么，想实现什么，知道企业家想怎么创新。与此同时，充分发挥企业外部律师的业务所长，基于企业商业理念创造企业所需的法律产品和风险制度，让律师更高效更专业地为企业服务。”他认为，企业内部的法律人员比较掌握企业要实现的目标与创新的方向，外部律师协同参与，在事前把控好风险，能更好地预见风险及应对风险。企业把强大的内部和外部的法律资源相结合运用，能更好地解读法律、运用法律，设计出合规合法的法律方案，以完善商业模式和实现商业目的。



李志鹏 深圳市公安局经济犯罪侦查局大队长

## 绝不放纵经济犯罪，也不错办经济纠纷

李志鹏大队长发表演讲的主题是“经济犯罪侦查与企业发展”，他主要分析了企业如何应对在经侦领域被刑事控告和在合法领域受到损害等两方面内容。他认为，经济犯罪侦查与企业的发展息息相关。企业当在经侦领域被刑事控告时，应积极主动配合调查工作，提供材料说明情况，尽可能避免产生企业不良影响及司法资源浪费。他还指出，当企业合法权益受到侵害时，应及时报案，并准确提供相关证照、材料、证据等。

他表示，公安机关办理经侦案件要考虑很多因素，

遵循的原则是“既不能将经济犯罪当成经济纠纷来处理，放纵犯罪，也不能将经济纠纷当成经济犯罪来办理，办成错案”。企业和个人要对公安机关工作有信心，积极主动配合，公安机关也将一如既往地依法办案，力争在办案过程中追求和实现法律效果和社会效果的统一，保障企业合法经营，为深圳建设中国特色社会主义先行示范区保驾护航。





吴兴印 广东省律师协会副会长

## 构建新时代企业法律服务共同体

吴兴印副会长以“律企共荣 相得益彰 构建新时代企业法律服务共同体”为题发表了演讲。他首先对广东律师行业的发展概况和广东省律师协会的基本情况作了介绍，特别介绍了广东省律协的四个工作亮点，包括为民营企业的发展提供法制的保障、大力开展涉外法律服务、助力公共法律服务体系的建设、全面加强律师行业党的建设。

他就如何实现“律企共荣”概括为三个方面：一是你中有我，我中有你。企业将律师服务视为企业发展过程中必不可少的组成部分，律师也将企业当作共进退的合作伙伴，而不是众多客户中的一员。双方形成良好的、全面的、深入的互动，真正做到你中有我，

我中有你，才能实现法律服务渗透到企业的方方面面。二是我将无我，不负企业。广大律师在面对新经济、新行业生态的情况下，不仅要有丰富的法律服务经验，还需要不断地提升自我，除了法律思维之外还要培育并磨练商业思维、企业管理思维等。三是我你同行，不亦乐乎。对于企业，摘掉过往滤镜，尝试多往前走，多参加类似此次论坛的活动，了解行业现状，学会挑选与企业匹配，快乐同行的律师。

他表示，广东企业法律服务论坛承载的使命是搭建常态化的沟通与交流平台，他希望把该论坛打造成为持续的年度盛会，在广东可以构建新时代企业法律服务共同体的新格局。



杨蕾 最高人民法院第一巡回法庭主审法官

## 携手推进法律职业共同体建设

杨蕾法官以“携手推进法律职业共同体建设”为题作了演讲。

她介绍了促进法律职业共同体建设的制度。近几年，最高人民法院为推进司法公开，创立了裁判文书公开、庭审直播等方式。通过庭审直播，人们可以看到代理律师是否如实陈述、是否符合客观事实等，而第三方评估机构也可以利用庭审直播系统对我们律师的执业能力作出客观的评估，从而为当事人选择律师提供参考。从庭审的角度来讲，也能促进法官和律师的通力“合作”，共同发现真相，共同找到合适的适用法律，创建良好的法庭生态。

她认为，律师在多元化纠纷解决机制建设上具有非常广阔的前景，人民调解、法院委派调解等多种形式将得到大力发展，也将形成律师代理、仲裁等成熟运作，这是法律行业的优势。在调解解决纠纷领域，法律职业共同体能发掘的东西更多，我们有共同的专业理念、职业认知、话语体系，希望法律职业共同体能多开发合作领域。

她对企业的法律风险防范提出三点建议：一是要更加重视尽职调查；二是要重视合同的效力；三是要高度重视合同违约责任等预防性条款、违约责任条款、争议解决条款等的设计。



刘晓春 深圳国际仲裁院院长

## 中国企业国际化经营风险防范与争议解决

刘晓春院长发表主题为“中国企业国际化经营风险防范与争议解决”的演讲。他指出，在全面开放新格局下，中国企业遇到的争议主要有两类：一是与国外企业的平等主体之间的商事争议，二是与接受投资的东道国政府、企业或他方之间的投资争议。企

业或者为企业服务的律师要高度重视国际商事法律风险和国际投资仲裁风险，要熟悉国际规则，尽可能争取实施主场策略。

他表示，我们要通过实践不断摸索如何做好争议解决的中国仲裁，让企业“走出去”投资，“拉回来”仲裁，以比较熟悉的规则更好地维护企业的合法权益。



满运龙 北京大学国际法学院副院长

## 合规经营，化风险为机遇

满运龙副院长就“风险与机遇 助力企业全球合规经营的律师服务”为题作总结发言。他认为强化合规经营，是中国企业的机遇。企业如果能合理有效地利用这个契机，化现实或者潜在风险为机遇，则能达到企业治理的升级换代。

他结合嘉宾们的发言要点，认为“化风险为机遇”可以从以下几个方面努力：

第一，借助合规管理，提升企业治理现代化制度。我们的国企、民企先天不足，管理体制失序，多数企业内部架构缺乏相应的合理的部门权责分配制度，导致权责不清，效率低下，很多民营企业尚未完全走出家族企业的模式，缺乏有效的内部制约，抗风险能力相对较弱。

第二，经营合规化，从合规风险防范入手，为企业建立完善真正意义上的现代企业管理制度。企业家、监管部门、法律顾问应抓住这个机遇，通过合规化过程将每个企业建成“以市场为基础、以法人治理为主体、以产权清晰、权责明确、政企分开、管理科学为企业制度”的现代企业。

第三，立足国内，放眼世界，把合规经营作为全

球战略前提性的目标。合规成为中国企业参与全球竞争必须跨过的门槛，企业要想“走出去”，达到合规的全球标准是必须的。

他还介绍了规范有效的企业合规管理体制应该包含的要素：一是保障合规部门的独立性，具有指导决策层的报告渠道，有适当的权力及充足的资源；二是在合规与创新之间保持良好的平衡，必要时合规优先；三是合规体制需要关注所有适用企业全球经营活动的法律法规、国际公约、国际组织的相关规定；四是约束本企业的管理人员和员工，必要时涵盖与公司交易的第三方，如供货商、承包商、代理人、共同投标人等；五是保证企业避险的同时，注意企业家个人风险防范。

他认为律师在法律服务方面，要做到“一石二鸟”。一方面，协助企业和企业家减少已知的风险和预防未知风险，同时有意识地帮助企业建立完善的治理体制；另一方面，在服务企业的同时提升自身的专业素养和执业能力，与企业客户共同成长，与中国企业制度共同进步。



# 拿什么守护 头顶的安全

## “高空坠物抛物的法律思考” 主题圆桌会议

○本刊编辑部

高空坠物、抛物是悬在城市上空的“定时炸弹”。今年6月，深圳福田坠窗砸死男童事件引发全社会的强烈关注，时隔不久，深圳又接连发生几起高空坠物伤人损物的事件。生活在这高楼林立的城市，出现高空坠物、抛物由谁担责？市民该如何用法律手段保护自己？我们又能如何做好高空安全防范，避免类似悲剧再度发生？

本期“争鸣与思辨”栏目就“高空坠物抛物的法律思考”主题展开探讨。

## 高空坠物抛物主体责任如何确定？

**主持人：**多年来屡禁不绝的高空坠物抛物，已成为公共安全风险，并挑战多个方面的治理智慧。我们就来充分地探讨一下这个问题。

高空坠物或者抛物有哪几种类型？高空坠物或者抛物致人损害，民事侵权责任主体如何确定？确定民事侵权责任主体的现有法律法规具体有哪些？

**树宏玲：**高空坠物及抛物行为一般情况下属于民法范畴类的侵权责任，但性质有所区别。其中，高空坠物在侵权责任法中归类于物件损害责任，其最大特点是没有人的意志加入其中。根据我国《侵权责任法》第八十五条规定，“建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落造成他人损害，所有人、管理人或者使用人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。”而高空抛物则有明确的故意，存在过错，是直接侵权行为。根据我国《侵权责任法》第八十七条规定，“从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害，难以确定具体侵权人的，除能够证明自己不是侵权人的外，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。”也就是说，如果受害者在无法查找到具体的脱落物所有人、管理人或者实施人的情况下，可以起诉该栋建筑物所有高层住户，要求其承担连带补偿责任，即平常所说的“连坐”。此外，高空抛物致害行为也可能构成刑事犯罪而作为刑事案件纳入刑事侦查的范畴。比如抛砖头、玻璃或菜刀等物品，导致受害者重伤或死亡的结果，这一类行为就涉嫌过失致



主持人：杨银笛  
深圳市律协宣传工作委员会  
副主任





## 参会嘉宾



曹长兴  
深圳市物业管理学会  
副会长



刘长森  
深圳市住房和建设局  
法律顾问专家团成员



邵明  
深圳市南山区荟芳园  
业主委员会主任



树宏玲  
深圳市律协  
民事法律专业委员会  
副主任



颜宇丹  
深圳市律协  
宣传工作委员会  
副主任



王宁  
深圳市律协  
宣传工作委员会  
副主任



林志平  
深圳市律协  
民事法律专业委员会  
委员



余刚  
深圳市律协  
宣传工作委员会  
委员

人重伤、死亡罪。如果故意在比较繁华、人流密集的区域的高空抛物，就有可能涉嫌构成危害公共安全罪。

**林志平：**树律师谈到的高空坠物、抛物确定责任主体的两条法律规定，在实际案件中经常遇到。京基御景华城发生的坠窗事件，可以确定窗户具体从哪一户掉下来，这种情况适用《侵权责任法》第八十五条，承担赔偿责任的应该是业主及租客（涉案房子为出租房）；而重庆烟灰缸案、山东菜板案，由于不能确定具体加害人，则适用第八十七条规定，所有住户承担连带责任。我要特别提醒，市民遇到高空抛物坠物，在抢救受害人的同时，一定要及时报警，请公安机关介入侦查，确定侵权主体。

**王宁：**《侵权责任法》有三大归责原则：一是过错原则，二是过错推定原则，三是公平原则。第八十五条是过错推定原则，只要所有人、管理人和使用人不能证明自己没有过错就应当承担责任。

**余刚：**从大多案例来看，最终肯定有人赔偿，不管是公平责任、过错责任或者过错推定责任，但很多时候赔偿能力是有限的。比如东莞的苹果砸伤婴儿案件，在确定致害人后发现她没有赔偿能力，怎么办？从推动制度建设和责任承担方面来讲，必须有更多的社会力量，比如保险机构、物业管理公司、业委会等，

借鉴其他国家或者地区的做法，做好日常的管理、检查和监督。

**颜宇丹：**由谁承担民事主体责任，我认为分几种情况：一是能够找到侵权人的情况；另一种是不能找到侵权人的情况。可以找到侵权人的情况又分为几种：第一，自住型，这是所有权人，无疑由产权人承担责任；第二，出租形式，由承租人和所有人共同承担连带责任；第三，有一些小区区分所有权，有一部分是业主共有的，如停车场、小区道路等，还有一部分是开发商保留所有权的部分，如会所、幼儿园、菜市场、图书馆等，如在该区域出现高空抛物、坠物的情况，谁是所有权人，谁承担责任。而不能确定具体侵权人的情况，也并不是一定“连坐”：责任主体指的是侵权行为发生时，建筑物实际使用人，实际使用人指的是所有人、承租人、借用人和其他使用建筑物的人。因而，如能排除自己没有造成发生损害的，则可以免责。

**刘长森：**2006 年好来居的案子，我参与了二审代理诉讼，我给大家回顾一下，看是否有助于理解这个问题。当年 5 月 31 日，深圳一小学生小雨放学回家，经过好来居大厦北侧人行道时，被一块从高空坠落的玻璃砸伤头部，后送往医院抢救无效死亡。公安机关调查数月，未能查出玻璃是从哪家掉落。小雨父母于

是将好来居大厦北侧二楼以上 73 户业主 / 使用人及小区物业公司告上法庭。2008 年 3 月，法院一审判决物业公司承担 30% 的赔偿责任，合计 229945 元。一审法院把这个案件定性为建筑物致人损害，认为物业公司没有尽到管理职责要承担一部分赔偿责任。二审时，我突破这个案子的重点在于：到底是不是建筑物致人损害。通过案件调查，我发现没有任何证据证明坠落的玻璃属于建筑物的玻璃或者放在建筑物上的玻璃，最有可能是人为抛物，物业公司不应承担责任。如果找不到致害人，我们推定凡是有抛物可能性的人承担责任，最后二审撤销一审判决，改判物业公司不承担赔偿责任，好来居北侧 73 户使用人各补偿受害人家属 4000 元人民币。这个案子我没有任何的偏颇。如果我们不能辨别是抛物还是坠物的情况下，法律也有清楚的规定。如何确定法律责任主体，目前来说也是非常清楚的。

**主持人：**小区发生高空坠物，物业管理公司是否需要承担责任？对于专有部分物业公司是否有提醒义务？

**邵明：**作为业委会的代表，我也想知道在京基

御景华城的高空坠物事件中，物业公司是不是应该担责？他们对住户有没有提醒的义务？如果小区业主要二次装修，这时的风险由谁管控？我认为住户如更换窗户，安装过程是否符合要求，物业公司应该要过问；房屋承重墙，理论上不能把它打掉，但仍然有一些业主这么做，这些问题涉及公共安全，甚至存在安全隐患，物业公司理应进行提醒，甚至制止。

**曹长兴：**业主大会和物业公司签订了服务合同，把议事规则和相关合同的管理权委托给物业公司，如何有效使用物业，物业公司应该尽到责任，定期或者不定期检查物业使用的情况，对于不当使用应及时纠正。例如小区外墙老化，严重时会发生墙皮坠落，如果物业公司发现了老化的外墙和其他不安全的因素，应该做好整修方案，整修方案交给业委会，由业委会递交到业主大会。业委会没有递交或者是递交给业主大会后未能通过而发生事故，业委会和业主大会都要承担共同的责任。

**刘长森：**很多人对物业公司有误解，认为交了物业管理费，物业公司就该什么都管。高空坠物问题比较复杂，如果从业主专有部分掉下去，专有部分的所有人、使用人承担责任。这时候物业公司有责任吗？有没有义务定期去检查业主家的窗户等是否安全呢？



从签订的物业合同来说，是没有的。物业去检查业主窗户，业主会不会配合检查？我个人认为完全指望物业公司，是不现实的。专有部分还是应该业主自己承担责任，共有部分只要发生脱落就是物业公司的责任。

**林志平：**对于业主配不配合的担忧，其实不必过虑。京基御景华城高空坠物事件发生后，深圳很多小区非常关注高空坠物问题，很多业主甚至要求物业统一组织，对窗户、外墙做一次安全检查，对小区所有存在问题的公共部分和专有部分进行整改。关于安全检查或者物业维修，深圳有明确的法律规定。《深圳市物业管理条例》第81条规定，物业天面、外墙和楼梯间等设施，应当保持安全、整洁，每五年至少修缮或者粉刷一次，费用从物业专项维修资金中支出。业主自有空调架、防盗网等外观设施，应当每三年至少检修或者粉刷一次，费用由业主承担。我市在这方面的规定是有的，不过没有落实到位。同时，关于物业公司是否担责，《深圳经济特区物业管理条例》（修订草案）对专有部分和共有部分的责任问题也进行了规定，第93条规定，“业主负责物业专有部分的安全检查、维护、保养，以及超过保修期或者合理使用年限后的安全责任。物业管理区域委托物业服务企业管理的，物业服务企业负责物业共有部分的物业安全检查、维护、保养，以及超过保修期或者合理使用年限后的物业安全责任。”修订草案第79条对安全防范作出了规定，规定物业公司应当“制定物业管理区域内安全防范应急预案，对突发性自然灾害，供水、排水、供电和供气事故，房屋安全事故，电梯安全事故，公共卫生事件，治安及刑事案件等突发事件的预防和处置进行具体规定，并协助有关部门做好物业管理区域的安管理工作。安全防范应急预案应当报区主管部门备案”，由此可见，安全防范是物业公司应当承担的责任。物业公司尽到安全宣传义务，提高业主的安全防范意识，同时媒体对高空抛物的危害及相关规定进行强势宣传报道后，能让这些规定得到落实，都能起到减少高空抛物坠物事件发生的作用。

**颜宇丹：**物业公司与业主签订管理合同对建筑物进行管理，也有维修和管理等职责。惠州有些物业公

司要求业主签订不高空抛物的保证书，物业公司非常警惕，提前为其管理做好防范。如果物业公司没有根据合同尽到防范、监管等责任即是不作为。根据物业合同的相对性，我们可以违约为由主张物业公司承担一定的责任。如果物业公司在高空坠物或抛物事件中违反安全保障要求，则应承担相应的侵权责任。

## 受害人有哪些法律救济措施？

**主持人：**致人损害事件发生后，受害人有哪些法律救济措施可以保护自己的合法权益？

**颜宇丹：**一是向公安机关报警，由警方采取现场勘查、鉴定或者张贴悬赏公告等手段确定抛物、坠落物归属。二是主张民事赔偿，受害人通过提起诉讼获得赔偿。三是追究刑事责任，如是高空故意抛物致人伤亡，可能涉嫌构成故意伤害罪或故意杀人罪；高空抛物过失造成人员伤亡的，可能涉嫌构成过失致人重伤罪和过失致人死亡罪；明知楼下人员密集而从高空抛物足以危害公共安全的，可能会构成以危险方法危害公共安全罪。

**余刚：**是的，现有法律救济措施很清晰明白。但特殊情况下，如涉及责任不明或侵权责任人没有赔偿能力的情况下，能否在法律救济措施中实行高楼责任保险制度？利用保险杠杆的措施保障受害人，先由保险公司或类似基金解决燃眉之急。

**林志平：**《深圳经济特区物业管理条例》（修订草案）第93条第三款中规定，“鼓励业主、业主大会、物业服务企业购买物业安全责任、房屋及公共设施维修责任保险。”保险公司也可以设置“高空抛物险”，适应当前社会发展的大势。

**刘长森：**多一个新险种，保险公司肯定欢迎。问题是保费费率怎么定？这个钱谁出？业主还是物业公司？机动车交强险不一样，由车主支付。购买保险的费用是否都已经可以抵扣高空坠物事件发生时所需要的赔偿费用？听起来很好，操作起来是非常难的。

**王宁：**据了解，之前的确有很多公司开发高空坠物责任险的险种，后来不知道什么原因下架了。这个险种是第三者责任险，投保人是业主本人，范围是其房子、设施。本身对业主的激励并不够，一般人认为自己不会发生这样的事，市场反应不是特别好。

## 高空坠物抛物如何防范？

**主持人：**生命只有一次，我们走在高楼下面，如果高空安全隐患没有消除，每个人都可能是受害者。针对高空坠物、抛物弊病，能否通过立法等手段将事后追责的思路转变到事前预防？这是在座各位更关注的问题。借鉴他山之石，其他国家、地区是否有相关的立法或者先进做法可供参考？预防高空坠物抛物方面，大家还有无合理化建议和意见？

**建议 1：**小区可增设高空摄像头进行监控和约束



**邵明：**针对高空抛物坠物问题，深圳有些小区采取增加监控设备的措施。对于全国全面推广房屋外墙加装监控未必现实，但能否推动政府在深圳先行先试，把外部监控做好，就像治安监控那样。

**曹长兴：**福田某小区在安装监控前，很多人高空丢一次性饭盒等垃圾，安装了监控摄像头后，再没有这类事件发生，可以说，杜绝了高空抛物。小区还可让摄像监控机器人巡逻，不定期检视楼宇。通过业委会、业主大会，使用物业维修专项基金推广这样的技术手段，这是可行的。

**刘长森：**在保证不侵犯隐私的前提下增加监控设备是可能有帮助的。一是可以事后查找坠落物抛落物是从哪里落下，二是有威慑作用。

**建议 2：**对房屋安全强制定期检测

**邵明：**超过10年以上的房屋，能否由政府进行监督检测？不管是哪个物业公司或者更换过物业公司，都要求定期检测并提交检测结果，对于施工单位检测或者维修一次间隔多长时间等等，均需明确规定，细化责任。

**刘长森：**由政府制定相应办法，对房屋安全进行定期强制检测，组织专业技术力量定期检查，以加强房屋安全。

**王宁：**能否由政府相关部门推行物业管理合同的范本，规定物业管理公司的管理义务。包括检查什么区域、哪些方面，有明确可执行、可操作的内容，以有效防范坠物情况出现。

**建议 3：**对可能危害公共安全的行为进行定罪

**林志平：**美国明确规定高空抛物为危害公共安全的犯罪行为，即便没有



造成人身伤害。在香港对高空抛物有严格的规定，如果有人建筑物掉下任何东西，以致在公众地方给附近的人造成危险或者损伤，掉东西的人属于犯罪。这不仅仅是指故意抛下来，过失也构成犯罪。我认为可以借鉴。

**邵明：**对待高空抛物坠物问题可参考醉驾入刑来推动相关立法。像醉驾的处理一样，即使没有形成伤害，但可能危害公共安全，对此类行为进行定罪、处罚。

#### 建议 4：对抛物坠物者给予信用惩戒

**余刚：**没有相应的惩戒措施，杜绝高空抛物坠物行为就是空谈。对于高空抛物坠物这种主观或过失行为，在追責程度上如达不到刑事责任，是否可给予一定的信用惩戒，全方位对可能产生危害行为的人给予惩戒和约束。

**林志平：**香港对于杜绝高空坠物抛物现象，成立了侦查高空掷物任务队，专门聘请警力在不同的案发地巡逻部署，收集关于高空抛物的情况。如果发现高空抛物会马上进行公诉，对高空抛物的实施人实行公屋扣分制，违反规定不能取得公屋。深圳可以借鉴。

#### 建议 5：加强楼宇安全防范设施

**林志平：**日本许多高层住宅在第一和第二层之间设置了安全网，把楼房包围一圈，从里到外伸出去至少 1.5 米，可以避免抛物坠物砸到行人。美国纽约有很多高楼窗户只能打开很小的缝隙，连一只胳膊都无法伸出去。我认为这些做法能有效避免高空抛物的发生。

#### 建议 6：加强住户的安全意识和文明意识

**林志平：**我们可以通过业主自治的方式制定、完善管理规则等小区管理文件，明确小区高空抛物专项管理制度，强化小区业主文明意识；还可以制定小区业主公约，针对这个行为进行规定，列入违约责任的范畴，促使全体业主一起遵守。

**刘长森：**建议深圳政府部门将每年 3 月的最后一个星期日设为“房屋安全宣传日”，以提升全社会对房屋安全的重视程度。

**余刚：**通过社会力量推动对该问题的宣导，加强学校对学生的安全教育，物业公司对业主、住户，家长对孩子和家属的宣导等，还可以通过签订责任书等

多种形式落实宣导。

#### 建议 7：建立完善社会救济制度

**颜宇丹：**完善社会基金制度和保险制度。可由政府和房地产开发商、业主为出资人设立高空抛物致损社会救济基金，承担城市化进程中产生的高空抛物风险，用于补偿高空抛物致损的受害人；建立高空抛物损害责任商业保险制度，补偿被保险人因意外事故受到的损失。在我国社会保障制度不完善、商业保险制度欠发达的背景下，建立高空抛物损害责任的基金制度与保险制度还要进一步探讨和摸索。

#### 建议 8：推动地方立法

**树宏玲：**呼吁物业管理行业、法律行业的人大代表，就这个问题提案，推动地方立法来改掉这个陋习。香港的《简易程序治罪条例》规定，高空抛坠物造成危害或损失，掉下该东西或者容许该东西掉下的人即属犯罪，可处 1 万元港币罚款和监禁 6 个月。我们可以借鉴香港经验，推动地方立法，对高空抛物当事人进行治安处罚，处以罚金或行政拘留。

**颜宇丹：**在立法修法上，建议增列物业管理公司为责任承担者之一。只有在法律上严格要求物业管理公司，才能促使其积极履行监管职责，加强警示、宣传以及采取必要的技术监控措施，预防事故发生。

**主持人：**林律师谈到香港有侦查高空抛物的组织机构，进行高空抛物的管理和侦查。目前，公安机关处理民事纠纷、刑事案件、治安案件，存在着人手不足等各种情况，政府设有应急管理 and 安全监督局（原安全局）机构，是主要负责安全的机构，是否可以由这个部门负起这种职责，跟公安机关一起处理、监督这件事？刘律师谈到设置安全宣传日，让全社会重视这件事，加强防范，谴责高空抛物、高空坠物的行为。此外，我想强调，我们不要把高空坠物抛物当成道德层面的问题，这是法律层面的问题！高空坠物抛物，可能承担民事责任，也可能承担刑事责任，可能面临高额的索赔或者身陷囹圄。这样的行为严重威胁到社会乃至群众的生命安全！勿以恶小而为之，对他人负责，也是对我们自己负责。

# 论 遗产分配顺序的立法完善

○郭璇玲 张译支 上海市锦天城（深圳）律师事务所

## 一、遗产继承与遗产分配

遗产继承是指财产所有人死亡后，将其所有的财产转移给继承人的制度。已死亡的财产所有人为被继承人，其留下的财产为遗产，享有继承遗产权利的人为继承人。遗产继承的特征主要表现为以继承人和被继承人之间的身份关系（如血缘关系、婚姻关系、收养关系）为前提，来确定遗产分配的范围、顺序及份额。而遗产分配则是指财产所有人死亡后，将其遗留的财产按照法律规定在继承人和其他相关权利人之间进行分配的制度。

1985 年公布实施至今的《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）尚未有关于遗产分配制度的系统规定，《民法典各分编（草案）》<sup>①</sup>第五编继承（以下简称继承编草案）中关于遗产分配应当遵循的顺序、保留的份额以及遗产不足以分割时应如何处理仍没有作进一步规定。鉴于此，本文结合当下国内审判实务和其他部门法相关规定，分析遗产分配的定义，为遗产分配的范围、顺序及份额确定提供相关立法建议，以期对该制度的建立有所裨益。

<sup>①</sup> 2018 年 8 月 27 日首次提请十三届全国人大常委会第五次会议审议，其中包括六编，即物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编、侵权责任编，共 1034 条。



从遗产继承和遗产分配的定义特征来看，遗产分配包含遗产继承，继承人仅仅只是参与遗产分配的权利人之一，继承人之外的其他主体，例如被继承人的债权人、对被继承人扶养较多的人、依靠被继承人抚养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人等同样是遗产分配的权利人。除此之外，被继承人生前欠缴的税款、丧葬费、遗产管理费、给胎儿的必留份额等均属于遗产分配范围。因此，遗产分配属于更为广义的范畴，但就目前理论界以及司法实践来看，两者之间界限模糊，遗产分配和遗产继承被认定为同等概念。

## 二、建立遗产分配制度的必要性

### （一）立法现状及存在问题

继承编草案在现有《继承法》基础上，从 37 条增加至 45 条，主要修订集中在以下七个方面：第一，对遗产范围采取概括式规定，不再详细列举遗产种类<sup>②</sup>；第二，在丧失继承权的条款中补充继承权恢复的情形<sup>③</sup>；第三，代位继承主体范围扩大，规定兄弟姐妹的子女享有代位继承权<sup>④</sup>；第四，法定遗嘱形式更加多样，增加了打印遗嘱和录像遗嘱<sup>⑤</sup>；第五，废除公证遗嘱效力优先规则；第六，增加遗产管理人相关规定，包括管理人职责和取得报酬的权利<sup>⑥</sup>；第七，新增遗产分割前应当先支付的费用，包括丧葬费、遗产管理费<sup>⑦</sup>。

继承编草案相较于现行继承法规定有了一定进步，但仍与当下社会生活和经济发展水平不相匹配，在遗产分配方面仍存在诸多不足之处：

1. 遗产继承和遗产分配之间界定模糊，分配顺序不够明确。
2. 将“债权债务”作为第一顺序优先处理的合理性有待商榷；
3. 未对遗产分配过程中产生的其他费用，例如遗产保管、拍卖、变卖等，以及被继承人死亡后遗产分割前发生的共益债务作出规定。此外，对于这些费用、份额的分配顺序，以及同一顺序不足以支付时应如何处理均未予以明确。
4. 对于“缺乏劳动能力又没有生活来源的人”“应当予以照顾”“保留必要”的份额，以及“应当保留胎儿的继承份额”等规定中，对于“照顾”“保留”的标准并未予明确，对于“缺乏劳动能力又没有生活来源的人”的主体范围也未作出界定。

### （二）司法实务中存在的问题

1. “对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾”<sup>⑧</sup>这一标准界定不清：
- （1）在广东省珠海市中级人民法院审理的“邹某 2 人等与胡某等法定继承纠纷上诉案”中，法院认为被继承人的父母虽年事已高，但尚有其他子女可赡

养二老，儿子虽年幼需抚养，但亦有父亲即被继承人配偶抚养，故本案遗产按各继承人均分，即父、母、配偶和儿子各分得 1/4 的遗产。

（2）在广东省佛山市顺德区人民法院审理的“莫美欢、岑润明诉岑荣安、岑卓、林月弟继承纠纷案”中，法院认为被继承人父母富裕，配偶年富力强、有劳动能力，3 人可共继承遗产的四分之一，被继承人儿子年仅 5 岁，尚无劳动能力，继承遗产的 3/4。

（3）在北京市石景山区人民法院审理的“刘某（无民事行为能力人）等诉王某 2 等法定继承纠纷再审案”中，法院认为被继承人的父亲刘某作为无民事行为能力人，丧失劳动能力，亦无稳定经济收入来源，分配遗产时，应当予以照顾，判决刘某分得遗产份额的 28%。

上述三个案例均是对《继承法》第十三条的适用，但是各地法院对于“应当予以照顾”的主体和份额认定显然是不一致的。

2. 遗产分割前应当先行清偿的费用范围及清偿顺序未作统一：

（1）在贵州省六盘水市中级人民法院审理的“吴立明等诉管德珍遗嘱继承纠纷案”中，上诉人吴某某、吴某某 1、吴某某 2、吴某某 3 负责主办了被继承人吴龙江的安葬事宜，上诉人主张“被继承人所遗的房屋拆迁过渡费等，应优先用于安葬费用，余下部分才能作为遗产继承”，法院认为“吴龙江的遗产应优先用于安葬事宜的上诉理由无法律及事实依据，不予采信”。

（2）在浙江省嵊州市人民法院审理的“安香岳等诉安某案”中，法院认为“办理丧事的费用可在遗产中支出”，“对于两原告在安银祥丧事中垫付款 2035.80 元，应从安银祥遗产份额中支付”。

（3）在湖北省黄冈市中级人民法院审理的“原告 X、第三人 XX 法定继承纠纷案”中，被继承人郑建军因交通事故死亡，生前从事婚纱摄影行业，本案当事人主张其支付的影楼水电费及人员工资、处理被继承人债务清偿案件的诉讼费用均应当作为遗产管理费用，在遗产分割前先行扣除。法院在认定继承人遗产

范围时，认可了上述遗产管理费用。

（4）在贵州省普安县人民法院审理的“陈燕、陈丽与何娟娟、彭家祥等法定继承纠纷案”中，被继承人陈连会、彭元光夫妇因卧室火灾身亡，法院认为火灾对房屋造成的实际损失以及房屋修缮时工价 500 元一并从遗产中先行扣除。

上述四个案例均是有关遗产分割前先行扣除的费用，但各地法院对于费用扣除种类及范围的认定仍存在较大差异，并且在判决中均未提及扣除的先后顺序。

## 三、对民法典继承编的立法建议

笔者认为，可以参考其他部门法中较为成熟完善的财产分配规定，在民法典继承编中建立遗产分配制度，确保遗产分配过程中，各方权利人均能得到公平对待，保证同类权益在不同部门法中能得到统一保障。

### （一）建立遗产分配制度的理论基础

1. 借鉴《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）明确遗产分配顺序

遗产分配与企业清算存在诸多共同点，如：

（1）遗产分配是自然人死亡后，依法清理债权债务进行财产分配的过程，企业清算是企业解散后，依法清理公司债权债务进行财产分配的过程；

（2）自然人死亡后可能有剩余可供分配的遗产，也可能遗产不足以偿还全部债务，企业清算有分普通清算和破产清算；

（3）遗产在分配过程中可能会产生各种费用，例如管理、执行费用、管理人报酬等，也可能产生为全体遗产分配权利人利益而发生的共益债务，而企业在清算的过程中也会产生清算费用，破产清算过程中会产生破产费用和共益债务；

（4）被继承人有需尽法定义务的被扶养人，企业有需要妥善安排的职工；

（5）被继承人生前或有债权，企业清算前或有应收款等债权；

（6）被继承人生前或有多个债务，包括普通债务和设定担保的债务，企业有普通债务和设定担保的债务；

（7）企业清算需要专人负责保管、清点、分配，并应接受监督以保证公平公正，遗产分配也同样需要遗

②继承编草案 第 901 条 遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产，但法律规定或者依其性质不得继承的除外。

③继承编草案 第 904 条 继承人有下列行为之一的，丧失继承权：

（一）故意杀害被继承人的；（二）为争夺遗产而杀害其他继承人的；（三）遗弃被继承人的，或者虐待被继承人情节严重的；（四）伪造、篡改、隐匿或者销毁遗嘱，情节严重的；（五）以欺诈、胁迫手段迫使或者妨碍被继承人设立、变更或者撤回遗嘱，情节严重的。被继承人知道继承人有前款第三项至第五项行为，对该继承人表示宽恕或者事后在遗嘱中明确将其列为继承人的，该继承人不丧失继承权。受遗赠人有本条第一款规定情形的，丧失受遗赠权。

④继承编草案 第 907 条 被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承。

被继承人的兄弟姐妹先于被继承人死亡的，由被继承人的兄弟姐妹的子女代位继承。

代位继承人一般只能继承被代位继承人有权继承的遗产份额。

⑤继承编草案 第 915 条 打印遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在遗嘱每一页签名，注明年、月、日。

第 916 条 以录音录像形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在录音录像中记录其姓名或者肖像，以及年、月、日。

⑥继承编草案 第 924 条 继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门担任遗产管理人。

第 926 条 遗产管理人应当履行的职责包括：（一）清理遗产并制作遗产清单；（二）保管遗产；（三）处理债权债务；（四）按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产。

第 928 条 遗产管理人可以依照法律规定或者按照约定获得报酬。

⑦继承编草案 第 938 条 遗产分割前，应当支付丧葬费、遗产管理费，清偿被继承人的债务，缴纳所欠税款；但应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留适当的遗产。

⑧《继承法》第 13 条 同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分。继承人协商同意的，也可以不均等。



产管理人对遗产进行保管、清点，需要执行人进行分配，以保证遗产分配符合法律规定或被继承人的个人意愿。

以破产分配为例,根据《企业破产法》第113条规定<sup>⑨</sup>，破产财产在清偿破产费用和共益债务后，首先清偿职工债权，即企业所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用等；其次清偿企业所欠税款；最后清偿普通破产债权。在先顺序清偿完毕后，有剩余财产的，进行下一顺序的清偿。同一顺序的，足够清偿则予以足额清偿；不足清偿的，按比例分配。在清偿完破产费用和共益债务<sup>⑩</sup>后，按照先对内再对外的原则进行破产清偿，优先保护相对更加弱势的社会群体即企业职工利益，其次是国家利益，最后是普通债权人利益。笔者认为，可以适当参照破产分配原则，确定遗产分配顺序。

2. 借鉴《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称人身损害赔偿司法解释）规定，统一被扶养人生活费计算标准

人身损害赔偿司法解释规定，受害人死亡的，赔偿义务人除应当根据抢救治疗情况赔偿相关费用外，还应当赔偿丧葬费、被扶养人生活费、死亡补偿费等<sup>⑪</sup>。其中，被扶养人<sup>⑫</sup>生活费“按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均消费性支出和农村居民人均年生活消费支出标准计算<sup>⑬</sup>。被扶养人为未成年人的，计算至十八周岁；被扶养人无劳动能力又无其他生活来源的，计算二十年。但六十周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算”。

人身损害赔偿制度中，对于被扶养人生活费计算方式已有明确规定，上述赔偿制度为遗产分配中应当为“缺乏劳动能力又没有生活来源”的继承人保留的份额提供了参照标准。

### （二）立法建议

参照企业破产分配、人身损害赔偿等制度规定，笔者提出以下遗产分配顺序及份额计算的立法建议：

1. 遗产分配费用、共益债务和丧葬费用由遗产管理人在遗产中随时清偿；

遗产不足以清偿所有分配费用、共益债务和丧葬费用的，先行清偿分配费用，其次清偿共益债务，最后清偿丧葬费用；

遗产不足以清偿分配费用、共益债务或者丧葬费用的，按照比例清偿。

被继承人死亡后遗产分割前发生的下列费用，为遗产分配费用：（1）遗产管理人及遗嘱执行人的报酬；（2）其他在管理和执行遗产过程中发生的费用，例如保管、变价、拍卖遗产的费用等。

被继承人死亡后遗产分割前发生的下列债务，为共益债务：（1）因遗产管理人、遗嘱执行人或者债务人请求对方当事人履行未履行完毕的合同所产生的债务；（2）遗产受无因管理所产生的债务；（3）遗产管理人或遗嘱执行人执行职务致人损害产生的债务；（4）遗产致人损害产生的债务。

2. 清偿分配费用、共益债务和丧葬费用后，遗产

按照下列顺序分配：

（1）被扶养人的生活费。被扶养人是指被继承人依法应当承担扶养义务的胎儿、未成年人或者丧失劳动能力又无其他生活来源的成年近亲属。被扶养人还有其他扶养人的，只保留被继承人依法应当负担的部分。被扶养人已经足额受偿的，遗产分割时无需为其优先保留生活费；不足部分，遗产分割时仍应当优先为其补足。

（2）被继承人欠缴的税款、社会保险费用。

（3）被继承人的债务。被继承人特定遗产享有担保权的债权人，应当就该遗产单独清偿，担保债权清偿完毕后还有剩余的，纳入其他遗产范围进行分配，担保物不足以清偿全部债务的，剩余部分按照普通债权进行清偿。

（4）遗赠抚养协议、遗嘱。

（5）法定继承。

（6）继承人以外的可留份额。

以上分配顺序中，若被继承人遗产不足以清偿第（1）（2）（3）顺序的，在先顺序优先分配，同一顺序按比例分配。

3. 被扶养人生活费的计算标准

被扶养人生活费按照被扶养人住所地或者经常居住地上一年度城镇居民人均消费性支出和农村居民人均年生活消费支出标准计算。被扶养人为未成年人的，计算至十八周岁；被扶养人无劳动能力又无其他生活来源的，计算二十年。但六十周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算。

### （三）条款设定的理由

1. 支付“遗产分配费用、共益债务和丧葬费用”相关条款

第一，继承编草案明确规定了丧葬费用、遗产管理费用清偿的先后顺序。遗产管理费用只是遗产分配中的一部分，而遗产管理人及遗嘱执行人报酬，保管、变价、拍卖遗产等分配费用均应优先在遗产分割前进行支付。此外，为继承人、被继承人的债务人或其他有权取得遗产的主体的共同利益而负担的债务即共益债务，也应在遗产分配前先行扣除。

第二，当被继承人遗产不足以清偿上述全部遗产分配费用、共益债务和丧葬费的，应当先行支付遗产分配费用，最后支付丧葬费用。遗产分配费用是管理和执行

过程中发生的必要支出，保证了遗产分配程序的顺利进行，因此应当优先支付。而丧葬费用是被继承人死亡后必然发生的费用，在遗产不足以支付丧葬费的情况下，依据我国民间传统、习俗，死者的安葬费用可由死者近亲属或其他继承人负担，因此，丧葬费应当作为三者之中的末位次序清偿。

2. 分配“被扶养人生活费”相关条款

除保障公民个人合法财产的传承与分配之外，继承法还应当起到养老育幼的制度作用，应当优先为被扶养人保留必要的生活费用。被扶养人范围除包含“依法应当承担扶养义务的未成年人或者丧失劳动能力又无其他生活来源的成年近亲属，被扶养人还有其他扶养人的，赔偿义务人只赔偿受害人依法应当负担的部分”外，还应当包含应当承担抚养义务的胎儿。胎儿作为比未成年人更加弱势的主体，为其保留生活费用是合理且必要的。

3. 支付“被继承人欠缴的税款、社会保险费用”条款

破产分配中企业税费的清偿位于职工债权之后，是现代各国破产法的发展趋势，为加大对劳动者权益的保护。同样的，遗产分配也应当优先保护被继承人依法应当承担抚养义务的胎儿、未成年人、无劳动能力又无其他生活来源的近亲属，其次才是清偿被继承人欠缴的税款和社会保险费用。

4. 偿还“被继承人的债务”相关条款

参考《企业破产法》第109条“对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利”，笔者认为遗产分配制度中也应当设定别除权，对被继承人特定遗产享有担保权的债权人应当就该遗产单独清偿。

>>

**遗产继承涉及到每个人的切身利益，公平合理的遗产分配制度是保障社会稳定的重要因素。笔者根据对相关法律法规的理解，结合司法审判实践经验，总结出遗产分配应当遵循的顺序，增加遗产分配费用及共益债务规定，对被扶养人包含的主体范围进行界定，统一应当为被扶养人保留的生活费计算标准，为国内遗产分配制度的建立提供一定的理论支撑。除此之外，遗产分配制度的建立也有赖于具体的程序流程及监督规范的建立，通过更加细致完整的制度设计，实现立法对公民私有财产权和继承权的保护。**

⑨《企业破产法》第113条 破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，依照下列顺序清偿：

（一）破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；（二）破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款；（三）普通破产债权。

破产财产不足以清偿同一顺序的清偿要求的，按照比例分配。

破产企业的董事、监事和高级管理人员的工资按照该企业职工的平均工资计算。

⑩《企业破产法》第43条 破产费用和共益债务由债务人财产随时清偿。债务人财产不足以清偿所有破产费用和共益债务的，先行清偿破产费用。债务人财产不足以清偿所有破产费用或者共益债务的，按照比例清偿。债务人财产不足以清偿破产费用的，管理人应当提请人民法院终结破产程序。人民法院应当自收到请求之日起十五日内裁定终结破产程序，并予以公告。

⑪《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第17条第3款 受害人死亡的，赔偿义务人除应当根据抢救治疗情况赔偿本条第一款规定的相关费用外，还应当赔偿丧葬费、被扶养人生活费、死亡补偿费以及受害人亲属办理丧葬事宜支出的交通费、住宿费和误工损失等其他合理费用。

⑫《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第28条第2款 被扶养人是指受害人依法应当承担扶养义务的未成年人或者丧失劳动能力又无其他生活来源的成年近亲属。被扶养人还有其他扶养人的，赔偿义务人只赔偿受害人依法应当负担的部分。被扶养人有数人的，年赔偿总额累计不超过上一年度城镇居民人均消费性支出额或者农村居民人均年生活消费支出额。

⑬《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第35条 本解释所称“城镇居民人均可支配收入”、“农村居民人均纯收入”、“城镇居民人均消费性支出”、“农村居民人均年生活消费支出”、“职工平均工资”，按照政府统计部门公布的各省、自治区、直辖市以及经济特区和计划单列市上一年度相关统计数据确定。“上一年度”，是指一审法院辩论终结时的上一统计年度。



法律赋予了辩护律师在刑事诉讼中的职责，  
辩护律师就要依法忠实履职，切实发挥作用。

# 律师如何有效实施 无罪辩护？

○赵体 北京德和衡（深圳）律师事务所

关于辩护律师的职责，《刑事诉讼法》第37条这样规定：“辩护人的责任是根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益。”法律赋予了辩护律师在刑事诉讼中的职责，辩护律师就要依法忠实履职，切实发挥作用。当今各国的司法制度，均确立控、辩、审三方，控、辩直接对抗、审方居中裁判的三角诉讼结构。作为三角结构中的辩护方，辩护律师本着职业道德和对法律的信仰，经过全面、深入研究案情，内心确信有充分证据证明被告人无罪，或者确信控方没有足够证据证明被告人有罪，或者从犯罪构成理论上分析被告人行为不构成有罪，即便举世唾骂被告人，辩护律师也要坚定地被告人做无罪辩护，因为这是法律赋予律师的职业义务和职业权利。

司法实践中，每一宗刑事案件进入法院审理前，均经过了侦查机关的严密侦查和公诉机关的严格审查，犯罪嫌疑人有罪的证据，辩护律师想要否定和推翻，难之又难！正因为如此，无罪辩护充满挑战，无罪辩护激动人心。有人这样形容：每一次辩护，都是背水一战；每一场辩护，都是绝处逢生。

接受委托后，辩护律师如何履职尽责，背水一战？面对强大的侦查机关和审查起诉部门，辩护律师如何迎难而上，绝处逢生？作者结合自己的办案实践，谈一谈个人的粗浅看法和体会。

## 一、开展案件事实辩护，主张犯罪嫌疑人、被告人无罪

所谓案件事实辩护，是指律师在辩护时正面讲述一个和侦查机关、公诉机关指控的犯罪事实不同的案件事实，以此削弱甚至化解指控的事实基础，从而使检察院、法院作出对犯罪嫌疑人、被告人有利的事实认定，进而作出对犯罪嫌疑人、被告人有利的裁判。如在一位行政官员受贿案件中，行贿人将6粒水晶钻石藏在6个月饼里，并将月饼放在装帧精美的包装盒中，于中秋节前夕送给了这位行政官员。事后不久，行贿者因其他案件事发，为求立功，遂举报该官员受贿。反贪局办案人员根据这一线索，在官员家中搜索到内

藏钻石的一盒月饼。为这位官员提供辩护的律师主张被告人不具有犯罪故意，不符合受贿罪的犯罪构成。辩护律师强调以一个正常人的生活经验，在未经特别提示的情况下，不可能知道月饼里竟然藏有钻石。因此，这位官员不具备犯罪的主观故意，受贿罪不能成立。

通常情况下，律师还可以辩护犯罪嫌疑人、被告人不具备法定的犯罪主体要件，如没有特定职务、不具备特定身份等，也可以陈述犯罪嫌疑人、被告人客观上未实施特定的犯罪行为，也可以抗辩不具备某些犯罪构成所要求的犯罪目的和犯罪后果。如《刑法》第175条规定的高利转贷罪必须以转贷牟利为目的，第192条规定的集资诈骗罪必须以非法占有为目的，律师在担任这些案件的辩护人时，可以阐述或证明犯罪嫌疑人、被告人不具备转贷牟利或非法占有的目的，以否定公诉机关的指控。

笔者在2018年办理了一宗强奸案件，受害人以强奸未遂向公安机关报案，犯罪嫌疑人刘某某被抓获归案。笔者接受刘某某的家属委托后，多次会见刘某某和查阅案卷，弄清了案件的相关事实。笔者发现，受害人曾经与刘某某发生过几次性关系，但均系双方自愿，案发当天，刘某某最初确实欲强行与受害人发生性关系，但是，在受害人告之其来了例假，并且刘某某用手触摸证实受害人来了例假后，刘某某停止了欲强行与受害人发生性关系的行为。而且，事后医疗机构的门诊病历和司法鉴定意见书，均不能证明性侵行为的存在。在这种情况下，笔者提交辩护意见，阐述刘某某的行为系强奸中止，并非受害人所称以及公安机关认定的强奸未遂，加上没有损害结果发生，恳请公诉机关依法不予起诉。公诉机关经过退回公安机关补充侦查，最终采纳笔者的辩护意见，作出不予起诉决定。该案，即为辩护律师发现并正面讲述一个和侦查机关认定的犯罪事实不一样的事实，以此化解指控的事实基础，从而使检察院作出对犯罪嫌疑人有利的事实认定，并最终作出不予起诉的决定。

## 二、进行证据不足辩护，主张犯罪嫌疑人、被告人无罪

如前所述，公诉案件呈现控、辩直接对抗、审方



# 合规是时尚,更是责任

## 深圳律协企业合规管理沙龙观点摘要

○深圳律协业务委

人类是地球上最高等级的动物,其体现就是理性,理性的体现之一就是有规则意识。随着中国特色社会主义进入新时代,理性的中国人越来越意识到合规的重要性,并在合规上投入更多的时间精力,合规渐已成为一种时尚。

企业作为经济社会发展最主要的参与主体之一,其合规程度将直接决定着社会进步的程度、发展的速度、影响的广度。在此背景下,企业合规成为时代的要求,是企业的责任,而律师是企业合规管理的最佳人选之一,责无旁贷。

据此,深圳律协业务创新与发展委员会于2019年8月3日举办了企业合规管理沙龙。沙龙围绕企业合规管理体系构建、医药健康企业合规管理、特定企业的合规管理三个主题环节展开,14位来自专业委员会的律师担任主讲嘉宾,与200多名与会律师现场分享交流。沙龙由深圳律协业务委主任李军强主持。



沙龙活动中,深圳律协副会长尹成刚致辞表示,专业化是律师职业生涯的看家本领和终极追求。律师要在业务领域努力钻研,将专业实践流程化、标准化、产品化,才能更好地实现深圳律师专业化发展,获得客户、市场认可。在注重业务发展的同时,律师应紧

密关注业界动态,通过交流互鉴实现业务能力共同提高。

深圳市司法局党委书记、局长蒋溪林充分肯定本次沙龙的意义。他表示,合规管理是企业稳健发展的保障,也是建设法治社会的基石。沙龙体现了深圳律师对国家依法治企发展理念的拥护,展现了深圳律师的担当精神和社会责任。溪林局长认为,合规领域将是深圳律师实现业务发展的新蓝海,广大律师要时刻牢记初心,增强服务企业稳健经营的能力水平,以优质法律服务优化营商环境,在推动深圳经济社会高质量发展的同时发展自我、成就自我。

此次沙龙通过主讲律师们发挥专业优势,从不同角度的分享,进行企业合规管理的经验交流,同时增强律师对合规的认识和理解,希望形成不同专业合规管理间的融合,争取建立综合性的合规管理业务,更好地服务企业,服务社会,服务新时代。



居中裁判的三角结构,提供充分证据以证明犯罪嫌疑人、被告人有罪的证明责任,由公诉机关承担。如果公诉机关不能做到这一点,就要承担不利的诉讼结果。《刑事诉讼法》第200条第1项规定:“案件事实清楚,证据确实、充分,依据法律认定被告人有罪的,应当作出有罪判决”;第3项规定:“证据不足,不能认定被告人有罪的,应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。”因此,辩护律师除了正面陈述或证明案件事实,为犯罪嫌疑人、被告人辩护外,还可以对侦查机关、公诉机关提交的证据进行反驳,陈述或证明已有证据无法确凿地证明犯罪嫌疑人、被告人构成犯罪。

一是“孤证”不能定案。“孤证”即单一证据,由于“孤证”不能通过其他证据加以印证,无法达到“案件事实清楚,证据确实、充分”的要求,仅有“孤证”的案件自然不能定案,不能以此认定被告人有罪。事实上,“孤证”不能定案,是无数刑事案件印证过的铁律。笔者不久前办理的一宗入室盗窃案件,就运用了“孤证”不能定案这一辩护方法。该案犯罪嫌疑人周某某被指控在一天内实施了两次入室盗窃行为,公安机关接到报案后到两户失窃人家进行了现场勘验,提取了相关物证。犯罪嫌疑人周某某被抓获归案后,仅承认实施了一次入室盗窃,对指控的第二次盗窃行为予以否认。笔者接受委托后,通过会见犯罪嫌疑人和查阅案卷,发现一个事实:指控犯罪嫌疑人实施第二次盗窃的证据,仅有公安机关接受报案后到失窃人家中现场勘验获取的一份证据,即在失窃现场提取的一份鞋印。公安机关将鞋印与犯罪嫌疑人所穿皮鞋的左鞋捺印进行比对,二者花纹种类一致,遂以此认定犯罪嫌疑人实施了入室盗窃行为。事实上,侦查机关收集的证据,除了鞋印之外,并无其他。在审查起诉阶段,笔者主张犯罪嫌疑人仅仅实施一次盗窃的辩护意见,未得到检察院的采纳。案件提起公诉,法院组织开庭审理时,笔者发表辩护意见:鞋底具有同样花纹的鞋子,数量非常之多,有可能成千上万,不能因为失窃现场的鞋印与犯罪嫌疑人所穿皮鞋的鞋印花纹种类一致,就得出唯一结论:犯罪嫌疑人实施了入室

盗窃。此案法官最终支持辩护律师的意见,对公诉机关指控犯罪嫌疑人实施了第二次盗窃行为不予支持。

二是证据不充分不能定案。所谓证据不充分,指的是已有证据之间缺乏联系,不能形成环环相扣的证据链,因而不能起到相互印证、共同证明犯罪嫌疑人、被告人犯罪的作用。笔者2017年办理的一宗故意毁坏财物罪案件,即运用证据不充分不能定案这一方法,成功实现公诉机关不予起诉。2017年12月某日凌晨,在深圳市福田区某十字路口,廖某酒后用拳头砸、用脚踹停在路上的一辆汽车,致使汽车受损。受害人报警后,公安机关经过侦查,很快将廖某抓捕归案。笔者接受委托后,会见了犯罪嫌疑人廖某,到检察院阅卷。经过抽丝剥茧般地挖掘、分析,笔者发现受害人在将涉案车辆送到深圳市某某汽车有限公司维修之前,并未将车辆受损一事通知保险公司并经保险公司查勘定损。事实上,查勘定损是保险公司办理车险理赔的必经程序,一般来说,保险公司对车辆损失部件的处理以修复为主,只有在损失部件无法修复时,才会更换损失部件。从现有证据可以看出,涉案车辆被犯罪嫌疑人廖某用拳头砸、用脚踹,造成右侧前后车门有少许下凹,损失并不大,如果车主通知保险公司,保险公司将对车辆进行查勘定损。一旦定损,将根据车辆受损实际,依据“修复为主”原则,提出修复前后车门而不是修复后门更换前门的维修方案。而采取前后车门修复的方式进行维修,产生的费用将只有3000元左右,低于故意毁坏财物罪的入罪起点金额5000元。根据这一发现,笔者向检察院提交辩护意见,以公安机关提交的证据不够充分为由,主张犯罪嫌疑人不构成犯罪,恳请公诉机关不予起诉。检察院经过研究,采纳笔者的观点和意见。

事实上,律师实施无罪辩护,除了上述两种方式之外,还有非法证据排除等程序性辩护方法。具体到每一个案件,辩护律师只有对案件事实特别是侦查机关收集的证据材料进行全面细致分析,找到现有证据的漏洞和缺陷,才能采取切合实际的策略方法,实施有效辩护,实现绝处逢生。



以下为参与嘉宾就主题作观点分享的内容摘要：

## 01 人事合规优化实现人力资源价值最大化

曾凡新 深圳律协劳动与社会保障法律专业委员会主任



在依法治国大背景下，员工的法律意识和维权意识极大地提高，企业面临的合规挑战日益严峻，必须在劳动用工领域加强法律风险与合规管理体系的构建，重视人力资源合规优化工作。

人事合规管理体系，即通过组建专业合规团队，实施劳动关系与人力资源系统化合规，帮助公司提高防控风险及规范经营能力，践行企业合规文化的目标。在实施路径上，人事合规管理体系以建成一体化人力资源制度、标准、职责体系为工作目标，从制度框架体系建设、制度编写与优化、制度运行体系建设方面设计工作方案。最终，通过形成尽职调查清单、访谈备忘录、访谈调查报告，规章制度、文书表单、操作指引、律师问答，人事合规体系公布、宣贯等形式呈现工作成果。

人事合规管理体系的价值主要体现在两个方面。对公司而言，具有提升管理效率、劳动关系风险防控能力、降低劳动风险的价值；对人力资源管理人员而言，能够达到树立劳动人事管理合规意识、强化人力资源管理能力等全面赋能的效果。

## 02 企业个税合规管理

吕志合 深圳律协税务法律专业委员会主任



企业个税合规管理风险是指由于企业在个人所得税管理方面存在不合规的行为而引起各种不利后果的可能性。目前，企业存在的个税合规管理风险主要是在向外

支付工资薪金、劳务报酬等个人所得税法规定的所得项目时，未依法代扣代缴个人所得税，同时企业也可能存在一些其他不易被发觉的个税合规管理风险，比如企业在为投资者承担与企业经营无关的支出时，未代扣代缴个人所得税；企业超过税法规定的标准在向个人投资者出借款项时，未依法代扣代缴个人所得税；企业超标准为员工购买社会保险、住房公积金、企业年金、商业健康保险时，未依法代扣代缴个人所得税；企业采用费用报销的方式规避缴纳个人所得税等等。为有效应对个税合规管理风险，企业可采取以下方式：一是明确个税合规管理负责人并对其进行培训；二是规范个税代扣代缴流程；三是运用外部专业人士的力量。

## 03 企业知识产权合规管理

李良 深圳律协知识产权法律专业委员会副主任



企业知识产权管理体系标准化是指依据GB/T 29490-2013《企业知识产权管理规范》标准条款要求，建立管理体系，管理方法符合标准要求；企业知识产权管理体系的体系化是指管理体系是

系统的，全面覆盖的，确定管理的组织机构，颁发体系文件。

企业知识产权管理体系几乎覆盖了企业全部的活动，能够全面防范知识产权风险。主要内容为以企业的知识产权为中心，从战略规划、文件管理，到财务、人力、基础设施等资源管理，最后回归企业知识产权的获取、维护、运用、研究开发、生产、销售和采购等环节。

## 04 企业网络安全和数据合规管理

王彩琴 北京市盈科（深圳）律师事务所

随着云计算、大数据、人工智能等新兴技术的快速发展，人们的生产和生活都发生了巨大的改变。而全球范围内网络数据泄露事件的频发，使得网络安全



成为人们普遍关注的问题。《网络安全法》及与之相关的部分配套规则陆续出台，对企业的网络安全和数据合规有了更为明确且具体的合规要求。

常见的数据合规问题主要集中在数据收集、数据安全、数据变现和数据跨境流动，基本的解决路径就是对外部契约（隐私政策）、内部契约（规章制度）、第三方契约（与外部合作伙伴签署协议）进行规制。对于公共通信、能源、交通、水利、金融、公共服务和电子政务等关键信息基础设施而言，更应结合《网络安全法》及《关键信息基础设施安全保护条例》的要求，积极履行运营者的安全保护义务，做好合规风险管理。

## 05 提高企业防腐管控能力

黄云 深圳律协刑事诉讼法律专业委员会主任



企业反贿赂、反舞弊解决方案是针对企业内部发生的员工舞弊行为启动调查和责任追究程序。当今，我国企业舞弊现象频发，究其原因主要是由于反贿赂、反舞弊意识的缺失以及企业反贿赂、

反舞弊的制度和手段的不成熟，仅依靠企业内部监察部门无法有效打击舞弊问题。强化对违规行为的问责制度，提高公司整体的刑事法律风险防范意识势在必行。

为合法、准确、高效地进行反贿赂、反舞弊，企业不仅需要在内部树立良好的内部风纪，强化内部监督，加强舞弊风险预防、评估，加强控制活动，还需要适当引进外部干预，整合外部反贿赂、反舞弊专业力量，在遵循基本原则的指导下，根据具体情况制定相应的策略、方法，采取有序的反舞弊手段，在不同阶段开展企业反舞弊调查程序，多方位实现反舞弊乃企业实现良性发展的当行之道。

## 06 通过印章动态管理实现企业流程管理的规范化

郑龙 深圳律协融资租赁法律专业委员会委员



企业的经营管理需要灵活多变以适应商场的变化，同时需要规章制度、体系、生态以做好风险预防和管控，两者间必然存在内在的背离或冲突，如何构建机制来形成两者之间的内在良性统一，是企业所有人、管理人、参与人从始至终要面临的问题。

企业印章涉及公章、合同章、采购章、财务章、法定代表人私章、电子印章等

等。所谓印章动态管理，涉及以下问题：专人管理（权责清晰、明确）；设立使用台账；印章加盖前的合规及风控审核（包括公司法务审核、外聘法律顾问审核）；外聘法律顾问合规、风控反馈及改进建议；流程、文本实现切合实际的改进；形成闭环。

从企业运营过程中的后端倒推至问题导向性。一方面通过内部流程纵向规范化；另一方面通过外部审核、反馈、改进实现横向规范法，同时良性互动。其价值在于通过“牵一发而动全身”的方式发现问题、解决问题，进而通过改进防范问题，焕发已有规章制度应有的活力和作用。

## 07 药品、医疗器械企业的合规管理

范秀玲 深圳律协医药健康卫生法律专业委员会主任



长春长生公司因严重违反GMP管理规定、弄虚作假逃避行政监管受到行政管理部门作出吊证、罚没总款约人民币91亿元等行政处罚。该案反映出企业若无视合规管理，必将付出沉重的代价。

在“一带一路”中国企业走出去及粤港澳大湾区发展



规划建设的大背景下，深圳市医药、医疗器械企业将迎来新的发展机遇和挑战。对此，我从长春长生公司行政处罚一案及其相关法律问题、药品、医疗器械企业的合规管理及律师在药品、医疗器械企业合规建设中的业务操作路径三个方面进行分析论证。希望深圳律师紧贴时代的脉搏和企业合规管理的痛点，不断研发新的法律服务产品，为企业的健康发展提供法律支持。

## 08 医疗机构合规管理

庾明生 深圳律协医药健康卫生法律专业委员会副主任



医疗机构合规管理要考虑医疗机构目标、服务对象、服务的科学与人文特征及在我国公立医疗机构占有主导地位的现实。医疗机构合规管理的范围包括三个方面：其一，医疗机构执业合规管理，包括医疗机构设置、医疗技术开展、医疗物品（药品、医疗器械、医疗设施）、医疗废物、医疗质量管理、医疗机构运营等六个方面；其二，医务人员执业合规管理，包括医务人员资质、执业行为、继续再教育、劳动人事等四个方面；其三，公立医院领导人行为合规管理，包括公立医院领导人职责、“三重一大”决策制度等两个方面。通过对医疗机构合规管理范围的介绍，希望更多有志于从事医疗健康法律服务的同仁找到使力的方向，共同做好医疗健康法律服务。

## 09 医疗器械及食品安全行业合规实务分享

潘立冬 深圳律协一带一路及涉外法律专业委员会主任



受益于国民经济的发展，大众对医疗和健康的需求不断增长，我国医疗器械行业和食品行业迎来了巨大的发展机遇。与此同时，两种行业中的企业也面临越来越

越严格的法律规范要求及合规挑战。无论是新兴的医疗器械行业（如医美行业），还是传统的食品生产行业，企业合规及产品合规问题越来越受消费者和市场监管主体所关注。通过对几个跨国医疗器械和食品企业合规方面的诉讼、投诉、政府调查等案例分享，阐述医疗器械和食品行业特有的合规风险及解决方法。其中重点讲解了企业和产品宣传合规风险、产品标签制定要求，解读国家标准及政策法规，并讲解如何应对诉讼、消费者投诉及市场监管部门调查等问题。

## 10 见微知著，论医药行业合规管理

连婕 北京市盈科（深圳）律师事务所

医药行业，关系民生。“合规转型”是所有医药人都清楚的最有效又精准的路径。过去医药行业以粗放式的销售模式为主，而今，随着对医药行业的法律法规日趋完善，监管力度不断加强，医药行业的律师应该全面审查整个公司体系的合法合规性。从医药生产、批发、零售三个行业细分，从行业许可、产品许可、经营许可等必备要件，到营销模式，以至知识产权、



重大合同和债务、人员从业资质、产品效期、处方药管理等，都需要严格把控。例如：生产或经营的药品是否具备相应的新药证书、药品批准文号、进口药品注册证或医药产品注册证等相关许可，对药品采购或销售渠道的生产、经营资格、仓储冷链条件等进行全面审查。

如何帮助企业细化经营活动流程、完善组织架构、加强人员管控，进而帮助企业规避风险，实现资本市场的盈利，是每一位法律并购合规人的使命与追求。

## 11 企业环保合规审查

邵卫国 深圳律协环境与资源法律专业委员会主任

“谁污染谁治理”，是我国环境保护法所确立的一项基本原则。长期以来，企业主体责任的缺失，导致了



企业在创造财富的同时，消耗着大量的资源，造成生态环境的严重破坏。事实证明，这种发展模式是难以持续的。

为实现绿色可持续发展，企业应主动适应国家环保政策的调整及相关法律、标准的变化，合规经营。企业环保合规审查，不同于上市公司的环保核查，也不同于国外及国有大型企业的合规管理。企业环保合规审查是大合规时代针对排污、纳污企业的专项体检。通过对企业设立、经营到搬迁全生命周期不同环节的审查，发现存在的问题，出具审查报告，成为企业提高意识、加强管理、技术改造的依据。企业主动进行环保合规审查，有效地识别和预防可能导致的环境风险，既符合时代的发展要求，又可以提升企业的综合竞争力。

## 12 智能制造企业“总部+基地”模式的合规管理

曾常青 深圳律协公司法法律专业委员会主任



《粤港澳大湾区发展规划纲要》中，把建成先进制造业基地确定为战略定位。在深圳扶持智能制造政策中，也表达出把制造业的总部留下来，生产基地转到周边城市或国家的意愿。智能制造企业纷纷推行“总部+基地”产业共建模式。

作为一名出身于生产制造企业并长期服务于生产制造业的律师，我将生产制造业运行体系中涉及到商业秘密、安全认证、开发设计、项目合作、采购、加工生产、质量控制、供货物流、仓储物控、售后服务、对帐付款等组成环节及具体表现为框架协议、OEM合作协议、供货保障协议、采购订单、样品确认单、送货单、对账单、付款协议、票据签收单等书面合同表单进行梳理，结合平时积累的制造业合规性文件、合同文本，特别是在诉讼案件中经过司法实践检验的操作模式整理成体系，形成一系列企业合规管理规范。

## 13 P2P 良性退出的风险与合规出路

汪顺荣 深圳律协互联网金融法律专业委员会副主任

深圳市互联网金融协会发布了《深圳市网络借贷信息中介机构业务退出指引》，全国一共有12个省市发布了相关良性退出指引。这是P2P良性退出的背景。



P2P良性退出涉及以下风险：（1）业务违法犯罪：自融涉嫌非法吸收公众存款罪，非法占有投资人资金涉嫌集资诈骗罪；（2）清偿率50%以上也不一定能够良性退出；（3）资产变现效率低，难以处置；（4）逃废债的风险突出；（5）投资人人数众多，情绪反应大，诉求不一，维稳压力大。

P2P良性退出的合规出路：一是资金是平台良性退出的基石；二是专业律所对平台存在所有法律关系的梳理、补强，账面窟窿的查漏补缺；三是科学的清退方案是平台良性退出的开始和制度性保障。

## 14 物业管理机构的合规管理

梁佳丽 广东铭派律师事务所



物业管理作为一个保障安居的关键基础行业，其业务范围、服务履行、权益保障、责任承担等问题均关乎民生和社会稳定，对法律的需求日益增加，故而对物业管理进行合规管理具有重要意义。

物业管理合规业务的开展，除了要注重法律、法规的合规，更要注重本土政策、制度和地方办法、指引及行业规范的研究。开展合规法律服务业务，是否可以发生合规事故为标准进行阶段划分，如将整个合规业务划分为合规事故发生前（简称“规前”）、发现合规事故引发（简称“规中”）、发生合规事故（规后），并对各阶段的不同业务侧重点进行了介绍。律师在进行合规业务开展的同时，应注重律师职业风险的防范，注重社会影响和法律人的法律使命相结合。



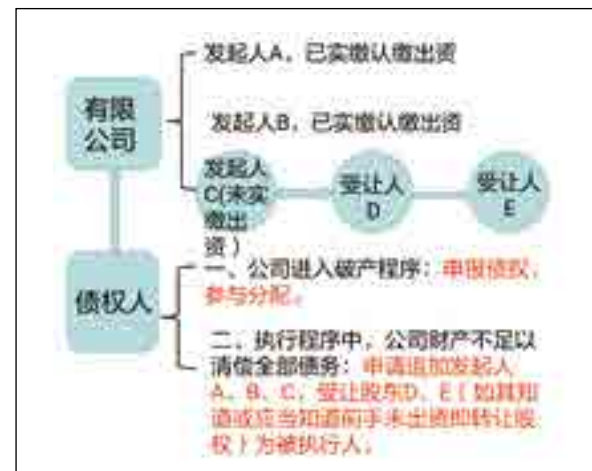
# 有限责任公司 股东未出资 即转让股权情形下 债权人的 权利救济

○曹军 广东联建律师事务所

## 问题的提出

如下图，某有限责任公司（下称“公司”）有三个发起人A、B、C，其中发起人C认缴出资人民币100万元，股份占比20%，章程约定缴纳期限为2050年12月31日前。后C未实缴出资即将股权转让给D，D又将其转让给E，D和E均未实缴出资。

要解决的问题分为两种情形：第一，公司被宣告破产，债权人权利如何救济，申报债权，参与分配？第二，债权人取得对公司的胜诉判决，在执行程序中执行了公司全部财产之后尚有人民币150万元债务，此种情形下，债权人如何救济，是否可以追加未出资发起人（C）、其他发起人（A、B）、受让股东D、E（如其受让股权时知道或应当知道前手未出资）为被执行人，要求上述各方在人民币100万元债务范围内承担连带责任？



公司注册资本金，是指公司设立时对外宣示其拥有的财产数额或者经济实力<sup>①</sup>。公司注册资本是公司参与市场交易活动的基础，经公示的注册资本对交易相对人具有交易担保的潜在作用。一方面，基于发起人协议或章程约定，股东的出资义务为约定义务；另一方面，股东认缴的出资额，一经确定并注册登记，其出资义务即成为法定义务，是股东必须履行的义务，仅当股东实际出资时，股东承诺的出资义务才得以实现。

《中华人民共和国公司法》（下称《公司法》）

第三条规定，公司以其全部财产对公司的债务承担责任，有限公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任。这是对股东、公司、债权人、社会公共利益的重要平衡。现行《公司法》将注册资本制度由实缴制变更为认缴制，取除特定公司之外有限公司的最低注册资本限额（《公司法》第二十六条），同时赋予有限公司股东自行通过章程约定认缴出资额、出资方式及出资期限的权利，这无疑降低了公司设立门槛、带动了投资者积极性、活跃了市场经济，但同时交易安全的问题也被提到更重要的位置——已经给股东利用公司有限责任损害债权人利益的行为提供了法律上的漏洞。

实务中股东违反出资义务的情形主要包括未履行和未全面履行出资义务：前者是指股东根本未出资（如拒绝出资、不能出资、虚假出资和抽逃出资等）；后者包括未完全履行出资义务和不适当履行出资义务（如出资时间、形式或手续不合同约定）等。本文以股东未出资为例，探讨股东未缴纳认缴出资损害债权人利益时，公司法制度用投资保护债权价值取向<sup>②</sup>，对债权人权利的救济。

## 股东未出资即转让股权情形下 债权人的权利救济

回到前文所述案例，第一种情形下，有限公司股东未出资即转让股权，公司资不抵债进入破产程序之后，依据《中华人民共和国企业破产法》第三十五条及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》（法释〔2013〕22号）第二十条之规定，未届期出资加速到期，管理人须向未出资股东主张，所得为债务人财产，债权人申报债权参与分配以维护自身利益。

第二种情形比较复杂，分如下几个问题讨论：

**1. 有限公司章程约定的出资期限未届满，公司资产不能清偿全部债务，未出资股东是否能向债权人主张期限利益抗辩？**

首先明确一下“不能清偿”的含义，《山东省高

①王东敏：《公司法审判实务与疑难问题案例解析》[M]，人民法院出版社，2017年，第65页。

②朱锦清：《公司法（上）》[M]，清华大学出版社，2017年，第93页。



级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的意见（试行）》（鲁高法发〔2007〕3号）第15条第2款将其明确为：公司的存款、现金、有价证券、成品、半成品、原材料、交通工具、房屋、土地使用权等可以方便执行的财产执行完毕后，债务仍未得到清偿的状态。

有学者认为公司资产不足以偿债时，只要章程约定的认缴出资期限未届满，未出资股东就仍享有期限利益抗辩，除非进入破产程序，因为《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（法释〔2011〕3号，法释〔2014〕2号修正，下称《公司法解释三》）第十三条第二款规定，“公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院应予支持；未履行或者未全面履行出资义务的股东已经承担上述责任，其他债权人提出相同请求的，人民法院不予支持。”该条款将股东的清偿责任范围限定为“未出资本息范围内”，其中的隐含含义是本条款规范的是出资期限已届满的情形<sup>③</sup>，故不适用。

有观点认为：缴纳认缴出资义务为股东法定义务，章程关于出资期限的约定仅是对股东法定出资义务作出的具体安排，其本身不能对抗法定义务；公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力（《公司法》第十一条），但其效力不及于外部第三人（债权人），故公司不能清偿对外债务时，债权人有权请求股东出资责任加速到期。

笔者同意前述法官观点，认为出资期限未届满的未出资股东，在公司资产不足以偿债的情形下，对债权人不再享有期限利益抗辩。

## 2. 出资期限未届满的未出资股东是否享有先诉抗辩权？

关于这一点，答案是肯定的，《公司法解释三》第十三条第二款明确“在未出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任”，这里未出资股东承担的是补充责任，且承担责任的前提是公司不能清偿到期债务，也即出资期限未届满的未出资股东

享有先诉抗辩权，只有当债权人发起对公司的诉讼或仲裁并取得胜诉判决或裁决，经强制执行，公司的所有可供执行财产不能清偿全部债务时，债权人才可以主张未出资股东在未出资本息范围内对不能清偿的债务承担责任。（2017）闽0102民初4556号案中，福建省福州市鼓楼区人民法院驳回原告（债权人）要求被告（公司股东）就原被告之间债务清偿承担补充清偿责任的诉讼请求，理由为：债权人未经对公司财产的执行程序，径行在诉讼中列公司瑕疵出资股东为共同被告并要求其出资义务加速到期，不符合法律明文规定。（2017）粤01民终16519号案中，广东省广州市中级人民法院的判决与前案保持一致，裁判理由如下：公司具备独立法人资格，应以其全部财产对债务承担清偿责任，现有（诉讼程序中）证据亦无法显示公司存在无法偿还公司对债权人债务的情形，故亦不存在公司股东出资义务加速到期的情况。

《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》（法释〔2016〕21号，下称《执行规定》）第十七条规定，“作为被执行人的企业法人，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请变更、追加未缴纳或未足额缴纳出资的股东、出资人或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人为被执行人，在尚未缴纳出资的范围内依法承担责任的，人民法院应予支持。”即债权人可以在执行程序中追加公司未出资的股东为被执行人，通说认为此系前述股东先诉抗辩权的表现形式。学者王建文认为此规定欠妥，系未经实体审判程序而即被剥夺未届期出资的期限利益，进而提出在破产程序中增加一个“询问”的前置程序，也即企业破产案件受理法院在将债权人的破产申请通知债务人的同时，询问债务人未届期出资股东是否愿意放弃期限利益、提前履行出资义务？只要愿意提前履行出资义务的股东所缴纳出资足以偿债，则法院即不应作出破产受理裁定<sup>④</sup>。

笔者认为《执行规定》符合鼓励交易和商事效率原则，亦能更好平衡各方利益：第一，追加为被执行人程序和破产程序中出资加速到期，区别在于期限利

益，但无论哪一个方案的结果都是要未出资股东缴纳认缴出资，但显然前者的成本更低效率更高，且后者存在公司、股东、债权人、社会公众无一从中受益的风险——皮之不存，毛将焉附？第二，《执行规定》追加被执行人程序同样包含实体审理。笔者团队曾在该类案件中代理被申请人追加人，案件由深圳市福田区人民法院受理，法官通过执行审查之听证程序处理。听证过程中，双方围绕被申请人追加人是否未履行出资义务（是否抽逃出资）、是否应当被追加为被执行人进行了举证、质证和辩论，最终法官裁决驳回申请执行人对团队委托人的追加被执行人申请。前述整个过程中，法官依据事实和法律对申请人和被申请人追加人的实体权利进行了认真全面的审查，作出了公正裁决。

## 3. 出资期限未届满的未出资股东转让股权，债权人可以向哪些人主张连带责任？

《公司法解释三》第十八条规定，“有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权，受让人对此知道或者应当知道，公司请求该股东履行出资义务、受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；公司债权人依照本规定第十三条第二款

向该股东提起诉讼，同时请求前述受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。受让人根据前款规定承担责任后，向该未履行或者未全面履行出资义务的股东追偿的，人民法院应予支持。但是，当事人另有约定的除外。”首先明确了公司股东未履行出资义务即转让股权情形下，如果受让人对此知道或应当知道，则受让人应当向债权人就转让股东未出资部分承担连带责任；其次，该条款最后一句所援引的第十三条第二款，同时又指向了第十三条第三款，也即，债权人主张连带责任的范围及于发起人，从而在这个环节使债权人利益优先于股东利益获得最大限度的保护。

《执行规定》第十九条规定，“作为被执行人的公司，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，其股东未依法履行出资义务即转让股权，申请执行人申请变更、追加该原股东或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人为被执行人，在未依法出资的范围内承担责任的，人民法院应予支持。”这又赋予了债权人申请追加连带责任人为被执行人的权利。

《公司法解释三》第十八条之于《执行规定》第十九条，和《公司法解释三》第十三条之于《执行规定》第十七条，异曲同工，实践中对此连带责任范围全面体现的当属广东省广州市中级人民法院的（2018）粤01执异696号执行裁定。

值得注意的是，在股权存在多次转让的情形下，债权人可以请求知道或应当知道转让股东未尽出资义务的全部受让人承担连带责任，也可以向其中的部分受让人请求承担连带责任。被选择承担连带责任的受让人不得以其与前手股东或者后手股东之间的约定对抗公司债权人<sup>⑤</sup>。

综上，公司注册资本是公司参与经济活动的基础，涉及股东、公司和不特定多数人的利益，要想有限责任，必须资本充实，相关法律分别通过加速到期、执行中追加被执行人、连带责任（补充）等制度设计来实现有限公司股东未出资即转让股权情形下债权人的权利救济，以维护交易安全、促进市场经济发展。



③王建文：《再论未届期出资义务的履行》[J]，《法学》2017年第9期。

④王建文：《再论未届期出资义务的履行》[J]，《法学》2017年第9期。

⑤最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于〈公司法解释（三）〉、〈清算纪要〉理解与适用（注释版）》[M]，人民法院出版社，2016年，第289页。



# 江苏华工对赌回购案之评析

## ——基于公司资本维持原则

○王永敬 广东晟典律师事务所

近日，中国裁判文书网公布了江苏华工创业投资有限公司（以下简称“江苏华工”）与扬州锻压机床股份有限公司（以下简称“扬锻公司”）、潘云虎等请求公司收购股份纠纷一案（以下称“江苏华工案”）的再审民事判决书[（2019）苏民再62号]，该案再审判决被投资公司向投资者履行回购义务，原股东对该等回购义务承担连带清偿责任。

该再审判决书发布后，一时成为法律界、私募投资界的讨论及研究热点，并将该案与“对赌第一案”（即甘肃世恒案）进行比较。甚者，将该再审案判决作为私募领域对赌回购案新的司法裁判思路，冀图模仿、复制、推广该等裁判之理念。

笔者认为，江苏华工案再审判决对该案一二审裁判观点的修正及对投资者与被投资公司利益权衡考量，或有其可取之处，但判决被投资公司直接向投资

者履行股份回购义务，于《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）层面存在背离，特以本文探讨之。

### 基本案情

江苏华工与扬锻公司及其股东于2011年7月6日签订了《增资扩股协议》和《补充协议》，其中《补充协议》约定了对赌条款：若扬锻公司未能在2014年12月31日前完成境内资本市场的上市，江苏华工有权要求扬锻公司回购江苏华工持有扬锻公司的股份。

2011年7月20日，江苏华工履行了《增资扩股协议》中的增资义务。扬锻公司于2011年11月20日召开股份公司创立大会，通过公司章程，成立扬州锻压机床股份有限公司，江苏华工为股东之一。其中章程明确了回购公司股份的情形：“（一）减少公司注册资本；（二）与持有本公司股份的其他公司合并；

（三）将股份奖励给本公司职工；（四）股东因对股东会作出的公司分立、合并决议持异议，要求公司回购其股份。除上述情形外，公司不进行买卖本公司股份的活动。”与对赌协议产生了矛盾。

因证监会暂停18个月IPO申报，扬锻公司于2014年10月16日召开临时股东大会通过申报新三板的议案，并于2014年10月22日致函江苏华工要求其明确是否支持公司申报新三板。

2014年11月25日，江苏华工致函扬锻公司，述称江苏华工除口头提出请求外，亦以书面提出回购请求如下：根据《补充协议》，鉴于扬锻公司在2014年12月31日前不能在境内资本市场上市，现要求扬锻公司以现金形式回购江苏华工持有的全部公司股份，回购股份价格同《补充协议》的约定。

后扬锻公司未能履行回购义务，因此成讼。

### 主要争议焦点

#### 一、《补充协议》约定的股份回购义务主体除扬锻公司外是否还包括原股东？

在本案中，江苏华工主张股份回购义务主体除扬锻公司外，还包括原股东。对此，审理的法院均认为股份回购的义务主体只有扬锻公司。

#### 二、扬锻公司改制后的章程是否对对赌协议作出了变更？

一审法院认为，扬锻公司新章程对公司回购股份情形的重新约定系各股东真实意思表示，构成对《补充协议》约定的否定，对江苏华工具有约束力。

二审法院认为，相关法律和扬锻公司新章程均明确扬锻公司不能从事本案所涉回购事宜，否则明显有悖公司资本维持这一基本原则和法律有关规定。

再审法院认为，扬锻公司新章程虽然对公司回购股份作出明确的限制，但同时亦载明因符合该章程规定的事由，扬锻公司仍然可以依据章程和法律规定回购本公司股份。因此，章程与对赌协议之间没有产生冲突。

#### 三、案涉股份回购约定是否有效？

（一）一审、二审法院判决：股份回购约定无效  
一审法院认为：案涉股份回购约定因违反《公司

法》禁止性规定且违背公司资本维持和法人独立财产原则及违反了《公司法》第142条规定而无效。

二审法院认为：相关法律和扬锻公司章程均明确公司不能从事该回购事宜，否则明显有悖公司资本维持这一基本原则和法律有关规定。

#### （二）再审法院判决：股份回购约定有效

1. 我国《公司法》并不禁止有限责任公司回购本公司股份，回购本公司股份不当然违反《公司法》的强制性规定。

2. 在有限责任公司作为对赌协议约定的股份回购主体的情形下，投资者作为对赌协议相对方所负担的义务不仅限于投入资金成本，还包括激励完善公司治理结构以及以公司上市为目标的资本运作等。

3. 案涉对赌协议中关于股份回购的条款内容，是当事人特别设立的保护投资者利益的条款，属于缔约过程中当事人对投资合作商业风险的安排，系各方当事人的真实意思表示。

4. 江苏华工、扬锻公司及其全体股东关于上述投资收益的约定，不违反国家法律、行政法规的禁止性规定，不存在《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第52条规定的合同无效的情形，亦不属于《合同法》所规定的格式合同或者格式条款，不存在显失公平的问题。

5. 案涉回购协议具备履行可能性。

### 律师评析：

#### 以《公司法》为基准研讨再审判决之理由

##### 一、裁判基准：《公司法》优于《合同法》

我们发现，再审判决十分强调案涉补充协议回购条款不存在《合同法》第52条规定的合同无效的情形，亦不属于《合同法》所规定的格式合同或者格式条款，不存在显失公平的问题。似乎《合同法》第52条乃本案裁判之基准法律理由。笔者认为，实不然也！

首先，《合同法》第52条固然属于效力性法律规范，可基于其规定界定合同有效或无效。但该条款本身具有概括性条款、援引性条款的属性，简言之并具体到本案，须先行考量分析回购约定是否违反《公司法》强制性规



定及其内涵基本原则，才可进而适用《合同法》第52条。

其次，按照一般法与特别法的关系分析，《合同法》是民事合同的一般法，不能成为所有合同的效力问题的最终依据，在具体效力问题上应以特别法的规定为优先考量。关于股份回购条款的效力问题，《公司法》应优于《合同法》得以适用。

## 二、股东与债权人身份不可叠加

首先，江苏华工与扬锻公司签订《增资扩股协议》及《补充协议》的目的在于江苏华工成为扬锻公司的股东，事实上江苏华工已成为扬锻公司的股东，认定其属于债权人于事实不符。

其次，公司股东与公司债权人属于完全不同的概念，取得相应身份的合同基础应各有不同，基于一种法律关系及其合同取得两种性质不同的身份，在逻辑上无法自足。

再者，《公司法》关于财产独立、有限责任之法律拟制，是以债权人及社会公众利益之有效保护为前提，否则应否认公司人格而穿透至股东承担责任，是故，公司股东与公司债权人之身份及其权利义务应严格区分、分别保护。

## 三、固定收益股份入股约定违反《公司法》

案涉《补充协议》股份回购条款的实质，是约定江苏华工在股权投资期间享有投资本金及年化8%的固定收益，该等约定与《公司法》基本原理及规定不符。

首先，公司有限责任以分散商业风险之功能及其独立人格之法律拟制，乃以股东实际出资并以出资承担风险、享受收益为前提。允许公司股东保本保收益不承担投资责任及风险，并且以公司作为本金及收益的支付责任主体，违反了公司财产及其人格独立法律拟制的基准，破坏公司独立人格之完整，实有侵害债权人及社会公众利益之虞。

其次，有利润且积累是《公司法》规制下股东投资收益分配的强制性规则。不考虑盈利、完税、提取公积金、持股比例而直接对部分或全部股东实施年化固定收益分红的做法及其约定不符合《公司法》第166条的强制性规定。

再次，于股份有限公司而言，以章程规定利润分

配方式是《公司法》的强制性规定，利润分配条款是章程的必备条款。

最后，无决议不分配是《公司法》的强制性规定。未经股东大会决议而实施对股东利润或收益分配违反《公司法》之规则。

## 四、案涉公司章程未构成对补充协议回购条款之修改

笔者认为，一审、二审的观点旨在否定股份回购条款的现实存续性，回避矛盾焦点，该观点存在偏颇，再审法院认定新章程没有修改股份回购条款与法律及事实有据。

一方面，从文字内容及表述形式而言，扬锻公司新章程第21条只不过是《公司法》第134条内容的重述及复制，没有证据表明扬锻公司各股东存在对股份回购事宜进行了重新约定并将其落实到公司章程的事实及过程。

另一方面，如一个硬币的两面，案涉股份回购义务的履行可以通过扬锻公司减资来落实，扬锻公司履行回购义务与新章程并不冲突，新章程并不构成对股份回购条款的修改。需注意，履行回购义务与公司减资之间不存在法律及事实上冲突，并不表示案涉股份回购于法可行。

## 五、公司减资必然减少公司资产及净资产，必然影响债权人等相关方利益

从会计视角，按照“资产 = 所有者权益 + 负债”的公司资产构成与平衡原理，公司因偿还债务而用资产（现金或实物等）以公允价值进行偿付时，必然会减少公司资产总值，但不会减少净资产价值，不会损害债权人等相关方利益。用资产以低于公允价值进行偿付时，必然会减少公司资产总值，会减少净资产价值，会损害债权人等相关方利益。因公司减资而用资产进行偿付时，无论是否以公允价值偿付，均同时减少公司总资产及净资产，均影响债权人及相关方利益。

从法律视角，当公司净资产价值低于实收资本时，或公司净资产小于0时，即使是按资产公允价值对减资额进行偿付，减资行为实质是在公司资本未能维持出资额或达到破产零界点以下时对股东进行个别清偿。而在破产零界点以下时，对债权人的个别清偿都是法律不允

许的，何况对股东进行个别清偿。

## 六、案涉股份回购条款的履行可能性不确定

第一，逻辑起点认知混乱。在《公司法》规制框架下，公司向股东支付股份回购的减资款（或财产）的逻辑起点是股东大会已经决议同意该股东减资为前提。

第二，股东大会决议减资是必经程序，而股东大会决议行为不可强制履行。再审判决并未判决股东大会必须做出减资决议及其责任，何况股东大会决议行为不是金钱债务，法院于法不适宜强令公司作出何种决议。没有股东大会减资决议，股份回购义务就没法履行。

关键在于，公司减资的决定权不仅仅在于股东大会，更在于债权人。按照《公司法》第177条规定，公司减资时如不能按债权人的要求清偿债务或提供担保，债权人将可能以公司及股东为被告诉请法院判决撤销减资决议及行为。

可见，案涉股份回购约定的履行可能性存在很大不确定性，再审判决给未来的履行及强制执行留下了潜在的纷争余地。

## 七、返璞归真，案涉回购款由原股东承担更为妥当

在案涉《增资扩股协议》及其《补充协议》项下，江苏华工的相对方不仅仅在于扬锻公司，更在于原股东，增资扩股行为本质上更贴近于江苏华工与原股东之间构建合资经营协议，只有在入股、退股这个环节，扬锻公司才是江苏华工的交易相对方。因此，增资扩股协议及其补充协议有关于《合同法》项下权利义务，更应在江苏华工与原股东分配和承担。

案涉补充协议关于股份回购约定等，虽然约定是由扬锻公司履行回购义务，但该等约定实际上是明示或隐含了扬锻公司与原股东的系列综合性义务安排：要履行回购款支付义务，扬锻公司应实施减资，原股东须为减资作出决议，且在扬锻公司未能履行回购义务时原股东承担连带责任。

笔者认为，以原股东未履行补充协议项下股份回购所需的股东大会决议等义务导致股份回购无法实施



为由，并以原股东的连带责任条款为依据，判决原股东连带支付股份回购款，并获得回购股份的股东权益，在增资协议真实意思、补偿协议合同目的、《公司法》与《合同法》的均衡适用、公平合理性等方面，更显得圆满而不突兀。同时，该裁判思路也更吻合“对赌第一案”（甘肃世恒案）已建立起来的对赌协议不得违反公司资本维持原则这一司法理念，有利于维护司法理念的持续性、稳定性，从而树立其权威。

题述再审判决的核心理据是案涉股份回购约定的履行并未违反公司资本维持原则。本文虽然没有专门去分析公司资本维持原则，但从多个角度分析，认为该案再审判决没有真正符合公司资本维持原则。

（2019）苏民再62号判决书，判决理由存在诸多可供商榷、检讨之处，明显取《合同法》领域内的合同自由原则弱化了《公司法》规制下的公司资本维持原则，且其判决结果履行的可能性存在较大不确定性。该再审判决将给《公司法》实务领域带来更大的理念错乱，应予以认真分析评判，不可盲目效仿、复制。

私募股权等投资协议项下之对赌条款，涉及到新股东、原股东、被投资公司、债权人、公司其他利益相关方的利益均衡和突破，其效力受到《公司法》《证券法》《合同法》等法律法规的透射，其落地需要在法律、会计等方面综合考量。投资者与被投资公司在协商、签署该等协议时，不可仅一法例、一条文、一案例、单视角进行考虑，需审慎而为之。





## 从定位理论 看律师的专业定位

◎金振朝

广东卓建律师事务所

2017年3月，司法部印发了《关于建立律师专业水平评价体系和评定机制的试点方案》（以下简称《试点方案》），在内蒙古、上海、安徽、陕西4省（自治区、直辖市）积极探索开展试点工作，选择刑事、婚姻家庭法、公司法、金融证券保险、建筑房地产、知识产权、劳动法、涉外法律服务、行政法9个专业开展评定工作。2019年3月，司法部下发了《关于扩大律师专业水平评价体系和评定机制试点的通知》（以下简称《通知》），决定把试点范围扩大到全国

31个省（自治区、直辖市）和新疆生产建设兵团，各地可以根据需要，在《试点方案》确定的9个专业领域基础上，进一步细分专业方向，更精准评价申请人在相应专业领域的专业特长，并要求各地在2019年8月底前启动试点工作。

《通知》指出，开展律师专业水平评价体系和评定机制试点工作，有利于探索形成律师队伍优胜劣汰的激励约束机制，推进律师专业化分工，引导律师依法、诚信、规范执业，不断提高专业能力和服务水平，

为当事人和有关单位查询、选聘律师提供参考，更好地发挥律师在服务经济社会发展、保障人民群众合法权益、推进全面依法治国等方面的重要作用。毫无疑问，《通知》必将对我国律师行业产生深远的影响，“万金油”律师可能举步维艰，而具备一定专业特长的律师将更受欢迎。那么，律师如何确定自己的专业定位呢？定位究竟有哪些方法？笔者认为，定位理论值得借鉴。

### 认识“定位”

《定位》一书的作者是艾·里斯、杰克·特劳特，该书提出了被称为“有史以来对美国营销影响最大的观念”——“定位”理论，改观了人类“满足需求”的旧有营销认识，开创了“胜出竞争”的营销之道。

在该书中，定位的定义是：如何让你在潜在的客户心智中与众不同。作者指出，定位是对产品在潜在顾客的脑海里确定一个合理的位置，任何定位项目的第一步都是了解潜在顾客的心

智。要想在传播过度的社会中取得成功，企业必须在潜在顾客的心智中占有一个位置。因此，定位的一个基本原则是，避开那些人人都在谈论的领域，即风尚。若要取得发展，公司必须开辟无人满足的新领域。

作者提出了定位六步法：第一步，你拥有怎样的定位？——自己在潜在顾客的心智中是什么？第二步，你想拥有怎样的地位？——如果想满足所有人的所有要求，将会一事无成。最好聚焦自己的专业，让自己成为独一无二的专家，而不是什么都干的通才。



第三步，谁是你必须超越的？——不对市场领导者进行正面攻击。绕过障碍比穿过它好得多，最好是选择一个别人没有完全占据的定位。第四步，你有足够的钱吗？——定位需要投入。第五步，你能坚持到底吗？——定位需要积累。第六步，你符合自己的定位吗？——广告、衣着是否与定位相符？创意本身一文不值，只有为定位目标服务的创意才有意义。然而，在现实中，很多律师在讨论专业方向定位时存在不少误区，其中典型的诸如：

**误区之一：**根据自己的特长和优势定位。在自己熟悉和擅长的领域耕耘显然比在陌生领域要方便很多。但是，如果种出的庄稼不是客户所需要的，再好的收成也将是徒劳无功。在考虑专业方向定位时，首先应当考虑客户的需要而非自己的方便，并且应当尽量避开那些需求过少或者走下坡路的领域，同时还应避开竞争对手的优势领域。

**误区之二：**现在定位为时尚早。很多青年律师常说，我知道要成为一名专家型律师，但首先我要成为一名“万金油”律师。其实，每个人的时间、精力都是有限的，无所不会必然意味着无一精通。《天龙八部》中的两大主角乔峰、慕容，即是典型例子。开局时二人功夫似乎差不多，乔峰所练武功不多，但威力无比，日渐精进；慕容复贪练天下武学，甚至包括打狗棒法，结果每况愈下，后期降为二流高手。

**误区之三：**定位与生存矛盾。的确，对于很多执业不久的青年律师来说，能否度过生存关都是未知，更不敢奢谈专业方向定位。不少青年律师为了生存下去，不得不从劳动、婚姻案件入手，而且一做就是好几年。其实，做简单案件好比种庄稼，播种、收获，年复一年，繁忙的劳动让人无暇思考。而确定专业方向好比种果树，开始的几年比较辛苦，但一旦果树成熟，只需要简单修剪、施肥就可以收获果实。事实上，种庄稼和种果树二者之间并不矛盾。

著名的管理学家杨思卓先生曾经说过，商业的本



质就是制造自己的稀缺。尽管律师不是商人，但律师行业存在竞争且越来越激烈是不争的事实。作为青年律师，如何快速地让自己在潜在客户心智中拥有与众不同的地位呢？

### 六步法“定位”

笔者认为，可以参照“定位”理论的“六步法”进行定位。

第一步：你拥有怎样的定位？

将自己的产品、服务和概念与潜在顾客心智中已有的认知相联系。作者以七喜饮料为例，正是考虑到在客户心智中占据绝对优势的是可乐，为此，七喜才建立了成功的非可乐定位。如果一家律所想要开展资本市场业务，但在IPO业务领域不能于客户的心智中占有一个位置，可以考虑先行拓展非IPO业务的资本市场领域。

第二步：你想拥有怎样的定位？

关键是避开“满足所有人需求”的陷阱，即要聚焦自己的专业。山西锋卫律师事务所的李阳律师在《从美国律所的当下，看明日世界的中国律师》一文中，以Littler律师事务所为例，指出美国每个律师在其专业领域还有专门的细分市场，并将其做到极致。Littler律师事务所是一家全球规模最大的专门为雇主方提供劳动法律服务的律所，仅仅雇佣劳动法这一个领域，Littler的律师就派生出了39个细分执业领域，例如国际雇佣和劳动法、集团诉讼预防及诉讼、移民及全球迁徙、不公平竞争和商业秘密、隐私和员工福利等。Littler的每个律师都会侧重于其中的一两个领域深耕细作，从而确定了Littler在雇佣和劳动法律所领域的领导地位。

当律师面对客户询问“究竟您和别的律师有什么不同”时，也许会有以下各种回答：“我们不仅帮您打官司，更要帮您避免打官司”“我不是一个人在战斗，我们是一个团队”“我们除了提供常规的律师服务，

还能提供增值服务”“我们来自全国优秀律师事务所”等等，哪一种更能占据客户的心智呢？如果律师能有底气说出“我们十年来只做这方面的律师业务”，并且提供相应的资质和业绩证明，那么无论是洽谈还是办理业务都能事半功倍。

第三步：谁是你必须超越的？

作者指出，与对手搏斗也是大多数营销情况中的一个主要问题。遗憾的是，在法律服务领域，我们的很多同行从不关注自己的竞争对手有哪些，是什么状况，更别谈竞争和超越了。

第四步：你有足够的钱吗？

定位需要金钱支持，保住已建立的定位同样需要金钱支持。律师的执业成本很高，有形的是年审、培训、办公、团队薪资、办案费用等成本，无形的是时间和机会成本。要想获得并保住定位，需要做好金钱等长期投入的心理准备。

第五步：你能坚持到底吗？

定位需要年复一年地坚持。很多成功的公司很少改变致胜之道，在心智中占据定位如同拥有价值连城的不动产。对律师而言，确定专业方向很容易，但能否坚持到底就很难说了。坚持就好比挖井，有的人经常挖到一半就放弃了，于是永远在不同的领域挖井，却总也没有成功挖到水。

第六步：你符合自己的定位吗？

你的广告跟定位相符吗？例如，你的衣着会告诉人们你是个银行家、律师或是艺术家吗？作者还说，创意本身一文不值，只有为定位目标服务的创意才有意义。在律师行业，传承和创新总是相提并论。在职业形象、道德和纪律等方面，我们需要固守传统，心存敬畏；在产品开发、服务方式等方面，可以不拘一格，推陈出新。二者在目标上都是一致的，即共同为定位服务。

总之，定位的基本方法，不是去创造某种新的、不同的事务，而是去操控心智中已经存在的认知，去重组已存在的关联认知。



## 深圳律协组织律师开展“宪法教育大课堂”活动

今年3月始，深圳律协联合市普法办、市教育局、团市委全面启动“宪法教育大课堂”活动。截至7月份，我市律师进入728所学校开展了728场“宪法教育大课堂”活动，惠及学生516170人次。在活动开展的过程中，深圳律师积极把学习贯彻习近平总书记对宪法宣传教育和贯彻实施作出的重要指示精神作为宪法学习宣传工作的根本遵循，通过讲解宪法的地位、宪法与其他法律的关系及宪法与国家的关系等，让学生们认识了解宪法，开展“宪法在我心中”的主题教育，弘扬尊崇宪法、学习宪法、遵守宪法、维护宪法、运用宪法的精神。此项活动的开展，进一步掀起了新一轮全市学习宣传宪法的高潮，打造我市普法工作又一创新品牌，为建设平安深圳、法治深圳贡献深圳律师的力量。

## 我市2019年度“1+1”中国法律援助志愿律师再出发

7月2日，深圳律协组织召开“1+1”中国法律援助志愿律师座谈暨2019年度志愿律师欢送会。会上通报了我市“1+1”法律援助工作的情况及我市志愿律师在法援地做出的积极贡献。往年参加志愿行动的与会律师纷纷介绍了在援助地开展工作的情况，并进行了经验分享：一是入乡随俗，积极融入服务地，适应新的工作模式和生活方式；二是强健体魄，以良好的身体状况和积极的心态，做好法律援助工作；三是坚定信念，在市司法局、市律协的大力支持下，克服生活和工作中的困难，圆满完成工作任务。会后，市司法局律公处徐胜芳副处长、蔡华副会长向志愿律师佩戴绶带、赠送鲜花，祝愿各位志愿律师在服务地工作顺利。



## 市检察院、市律协召开保障律师执业权利专项监督工作会议

7月16日下午，市检察院检察长王雁林一行到我会就保障律师执业权利专项监督工作征求意见，双方召开了座谈会。王雁林检察长通报了最高人民检察院《关于印发〈关于开展保障律师执业权利专项监督活动的实施方案〉的通知》，为快速落实最高检察院关于此项工作的部署，第一时间听取市律协及律师代表对开展此项工作的意见和建议，以专项监督活动为契机，以期充分发挥法律监督机构的职能，依法保障律师执业权利，为律师同仁解决一些实实在在的困难，深化法律职业共同体的构建，促进特区司法文明和司法公正公信。会上，与会律师积极反映当前在执业过程中遇到的痛点难点问题。





## 深圳律协召开退役军人律师代表座谈会



7月30日，深圳律协召开庆祝中国人民解放军建军92周年“八一”退役军人律师代表座谈会。会上，林昌炽会长向与会退役军人律师代表致以节日的问候，对大家长期以来对协会工作的支持表示感谢，并简要介绍了第十届律协开展的相关工作。与会退役军人律师踊跃发言，回顾了军旅的峥嵘岁月，畅谈加入律师队伍、投身法治建设的感悟和体会，表示一定永葆革命军人本色，做到“退役不褪色”，继续发扬部队的优良传统作风，刻苦钻研提升律师业务水平，为当事人提供专业、优质的法律服务，为社会法治建设贡献力量。

## 深圳律协坪山区律师工作委员会成立



8月8日上午，坪山区律师工作座谈会暨坪山区律工委授牌成立仪式在坪山区司法局会议室举行。会上，林昌炽会长对坪山区律工委的成立表示祝贺，对市区两级司法行政机关的大力支持表示感谢。坪山区司法局白宁局长表示，执业律师是坪山区法治建设的中坚力量，希望新成立的律工委进一步完善管理机制，不忘初心，牢记使命，提高政治站位，勇担当，抓重点，力创新，促团结为全区法治建设添砖加瓦，为深圳市东部法治高地建设保驾护航。目前坪山区共有律师事务所10家，执业律师33名，为坪山区法治建设提供了高质量的法律服务。

## 新加坡律师公会一行到访我会交流研讨合作事宜



7月30日上午，新加坡律师公会会长 Gregory Viayendran 一行4人到访我会交流座谈。林昌炽会长表示，2014年，新加坡律师公会与我会签订了合作协议，五年来，深圳的建设随着“一带一路”倡议和“粤港澳大湾区”规划的推进有了进一步发展，而新加坡有发展完备的仲裁体系，希望双方在仲裁等领域可开展合作。韩俊副会长指出，市律协将举办更多场涉外律师专项培训课程，并组建了深圳涉外律师领军人才库和后备人才库，正积极推动涉外律师境外培训项目，以期推动深圳律师涉外法律业务的发展，为深圳外向型经济发展及中国企业走出去培养法律精英人才。Gregory Viayendran 先生也表示，两会之间的友好交流与合作有利于推动新加坡和深圳地区法律行业的发展，双方举办仲裁和调解培训课程有利于双方律师交流互鉴，提高律师参与法律实践的水平与技巧。双方还就举办仲裁培训课程进行详细磋商，并在大力培养青年律师方面达成共识。

# 一名律师的 表白

○罗洁  
北京德恒（深圳）律师事务所

都说我们的眼睛尖  
能看出万千案卷中的证据链  
可当我仰望您  
河西走廊的壁画、青藏高原的峻险……  
看到的只有壮丽的河山！

都说我们的鼻子灵  
能嗅出不能逾越的原则线  
可当我走向您  
吐鲁番的瓜果、海南岛的椰香……  
闻到的仅有沉醉的香甜！

都说我们的耳朵聪  
能听到法规政策的实施要点  
可当我拥抱您  
天安门的国歌、大湾区的呐喊……  
听到的独有众志成城的诗篇！

都说我们的嘴巴利  
能道出法庭上一针见血的抗辩

可当我靠近您  
云贵川的辣子、城隍庙的生煎……  
尝到的唯有回味无穷的美宴！

您高大伟岸，您厚重辽远  
就是给我千里眼万张嘴  
也难道出您的博大精深

虽说现在的我们生而平凡  
未跨过鸭绿江，未走过长征路  
而今忒弥斯的天平早已在手  
法制也日益健全  
我们也是新时代可爱的人  
不负委托，维护当事人的合法正当权  
不惧威胁，力争国际谈判中您的尊严  
不失情怀，勇担老百姓的公益和法援  
不忘初心，共同实现中国梦的伟大心愿

祖国啊，70岁的您风华正茂  
请接受我，一名律师的表白！



