

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

## 前海“基本法”：如何先行先试

30年前，时代选择了深圳，30年后的今天，深圳选择了前海。这片15平方公里的土地未来的目标是打造珠三角“曼哈顿”，面对时代发展契机，深圳律师能做什么，能走多远？本期杂志将通过不同的视角，解读法制创新、社会管理创新的内涵，以期前海的发展助力。

借名买房的法律风险  
清算中公司被告的确定

法人  
FAREN MAGAZINE

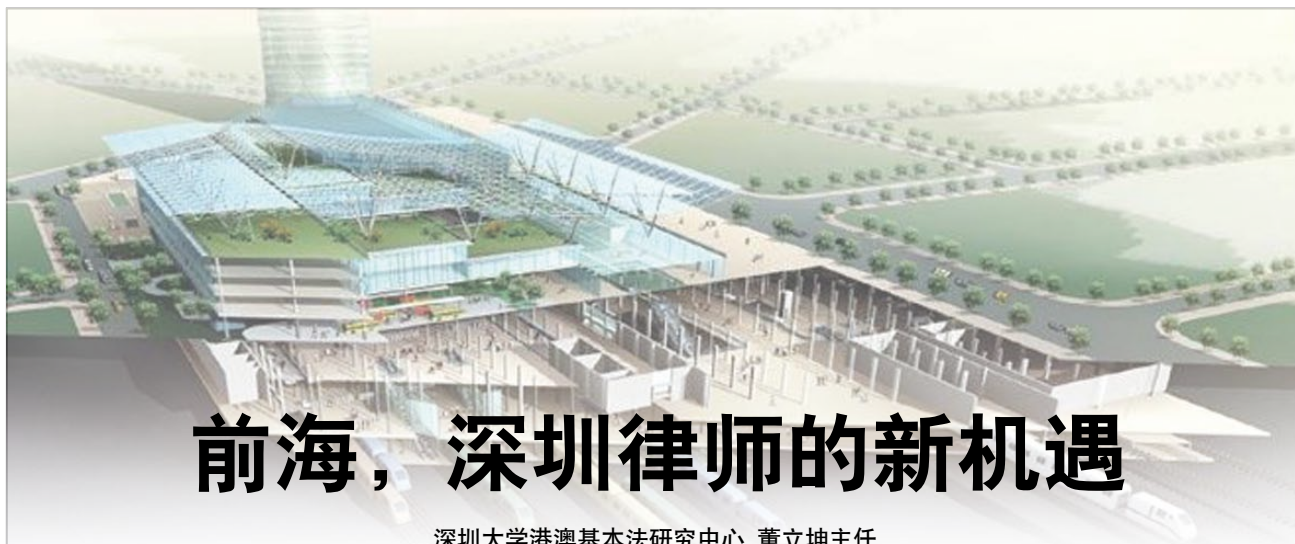
NO. 33

2011年06月

深圳律师协会主办  
法人杂志社协办



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



## 前海，深圳律师的新机遇

深圳大学港澳基本法研究中心 董立坤主任

2010年8月，国务院就前海深港现代服务业合作区总体发展规划做出批复，要求广东和深圳以前海现代服务业的开放发展为契机，积极探索促进现代服务业发展体制机制，为全国现代服务业创新发展提供新经验。此举为我国现代服务业发展吹响了号角，也为深圳律师业带来了新的发展机遇。

现代服务业一般以金融、保险、电信、广告、会计、房地产、批发和零售、数据处理、技术转让、法律服务等一切非物质生产部门的交易活动为主要内容，与整个社会运行的关系最为密切，涉及到复杂的国内经济发展政策目标。因此，WTO允许发展中国家在加入时可以根据本国国情，对开放本国服务贸易的时间和范围做出承诺。我国入世将近10周年，全面开放我国服务业的时机趋于成熟，更为重要的是，现代服务业将为我国律师业带来广阔的空间，推动中国律师走向世界。2010年，深圳市现代服务业增加值增长10%，达到3362.9亿元，占服务业增加值的67.5%，现代产业体系已经初步形成，高端服务业领跑全国；2011年，由国家发改委会同有关部门制定的《“十二五”现代服务业发展规划》有望出台……种种利好消息，都为法律服务业提供了施展拳脚的舞台。

目前，与跨国现代服务业相关的法律事务基本为外国律师所垄断，中国律师还有很大的成长和发展空间。充分利用前海深港现代服务业合作区的建设契机，深圳律师更是有机会成为“第一个吃螃蟹者”。深圳律师应当藉此机遇，加强学习，更新知识，尽快完成从传统服务向现代服务的转型，才能在现代服务业中占有一席之地。同时，深圳律师更应当致力于前海法制创新的探索，以期为现代服务业的创新发展提供有益的借鉴。

三十而立，时代又一次选择了深圳。我们有理由相信，前海会成为“珠三角的曼哈顿”，而深圳律师，也会再次挺立潮头。



## 法人

主办：深圳市律师协会  
协办：法人杂志

粤内登字B11277号



本刊随《法人》杂志赠阅发行

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

### 视线 VIEW

P4



- 谁有权解释“醉驾入刑”
- 和谐氛围要靠什么来打造
- “被精神病”是更可怕的疾病
- 法律应当是所有人的挡箭牌
- 峰回路转李庄案
- 特警武装讨薪，看上去很美
- 药家鑫的罪与罚
- 企业危机，竟是高利贷惹的祸？

### 热点 HOTSPOT



- P9 前海“基本法”：如何先行先试
- P13 前海：深圳律师的机遇与挑战
- P14 以城市社区自治改革促进前海社会管理创新

## 论道 DISCOVERY

P16 刍议外商投资企业境内再投资的协议效力

P18 借名买房的法律风险

P20 论我国《公司法》资本充实责任及其不足



## 实务 PRACTICE

P23 论律师事务所的“资本性”



P26 清算中公司被告的确定

P29 如何面对跨国产品侵权之诉

## 拍案 CASE AND EXAMPLES

P32 还身陷囹圄三载曾获罪“无期”的他以自由——记一次成功的“疑罪从无”无罪辩护

P35 产业升级拒绝带血的GDP——兼论工伤事故获得人身损害赔偿的可能性

P38 质询——让非法鉴定现形

## 生活 LIFE

P40 小 黑

P42 专制主义法治化的担忧

P43 仍有人在仰望星空

P44 非洲夕阳



## 资讯 INFORMATION



## 谁有权解释“醉驾入刑”

5月1日,刑法修正案(八)正式施行,其中,关于“醉驾入刑”的规定因与百姓生活密切相关而广受关注。全国各地交管部门纷纷出警,开展打击醉驾行动。各地“醉驾入刑第一人”经媒体报道,亦陆续进入大众视线。5月9日晚,知名音乐人高晓松北京街头醉驾撞车被拘,更是将舆论的关注点推向高潮。5月10日,最高人民法院副院长张军指出,各地法院不应仅从文意理解刑法修正案(八)的规定,认为只要达到醉酒标准驾驶机动车的,就一律构成刑事犯罪。张军的声音迅速被解读为“醉驾未必入刑”,引发社会各界热议。

(综合网络)

我国立法法第四十二条规定,法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会,包括以下几种情况:(一)法律的规定需要进一步明确具体含义的;(二)法律制定后出现新的情况,需要明确适用法律依据的。从这点来看,对刑法修正案(八)“醉驾入刑”的“标准理解”属于本条第一种情况,无疑应当由全国人大常委会出面解释。虽然《人民法院组织法》第三十三条规定:“最高人民法院对于在审判过程中如何具体应用法律、法令的问题进行解释。从实际效果来看,司法解释在个别时候非但没有解决法律本身所存在的问题,反而又增添了新的矛盾,新的困惑,甚至出现司法解释和立法者的立法目的明显冲突的情况。其实道理很简单,一个设备的使用说明是由设备生产厂家出具的,决不会让使用单位出具,使用单位只能根据设备生产厂家的使用说明制定一个生产性的操作规定,并且不违反出厂说明,否则出现生产事故,就是使用单位的事!

(网友——看谁嘴更大)

在参与刑法修正案(八)的前期讨论中,是否将醉酒驾驶列为刑事犯罪有很多争议。反对者认为打击面过大,喝酒的人因为一次醉驾就获刑太过严苛,同时也要考虑不同的人对酒精的耐受力问题,不一定达到酒精测试的醉酒含量就不清醒;而支持者则认为醉酒驾驶有一定的危险性,如不加制止地放任,可能造成更大的混乱和伤害,近几年发生的多起交通肇事都是由醉驾引起。最终,立法者更多地采纳了后者的意见,认为对醉驾入刑有立法的必要。最终确定的刑法修正案(八),对危险驾驶罪没有规定其他附加条件。

(京华时报著名刑法专家 高铭喧)

## 和谐氛围要靠什么来打造

今年4月27日,深圳市住房建设局在其官方网站上公布了《关于切实做好建筑行业农民工工资结算支付工作共同维护大运会期间社会和谐稳定的通知》一文,该文件在第六条规定:严禁农民工通过群体性上访等非正常方式或手段讨要工资,凡是组织、参与集体上访事件的,一律按相关规定严肃处理,造成严重后果或恶劣影响的,追究其刑事责任。文件公布后,引起强烈社会批评,不少意见指出:深圳市住建局的规定“为了维稳侵犯农民工的合法权益”。据新华社电 深圳市住房和建设局5月9日对“禁止农民工上访讨薪”一事作出回应,承认此前公布的文件“文字表述确有错误”,而且在内部行文程序和文字把关上不够严格,宣布立即撤回该文件,修改完善后重新发布。

(综合网络)

如果说,公共场所禁烟、禁止企业乱排放等,是有利城市管理、造福民生之举,但“严禁农民工通过群体性上访等非正常方式和手段讨薪”、“禁租房客打110”一类禁令,则很值得推敲。无论管理初衷多么合情合理,也不能以牺牲一部分人的合法权益为代价,更不能有悖依法行政的程序正义。讨薪上访只要不逾越法律底线,恐怕不能被“严肃处理”,相反还应引起地方政府的高度重视,帮助他们讨薪维权。否则,人们将无法区分政府的“职责”与“权限”毕竟,作为一个行政部门,没有权利越法律之俎,代行“追究刑责”之庖。举办大型国际性赛事,确实必须保障治安稳定、交通流畅、环境整洁、社会和谐,但和谐与稳定的氛围要靠什么来打造?实践证明,“疏”的效果往往好于“堵”的措施。比如,如果能对建筑企业欠薪依法严惩,责罚落到实处,自然不必担心引发相关群体性事件。制定并执行这样的举措,才是以人为本的德治善政,才是维护稳定的根本之举,也才是城市精彩的点睛之笔。

(人民日报作者 郝洪)

## “被精神病”是更可怕的疾病

4月19日，武汉钢铁集团职工徐武从关押他的武钢职工二院精神科监护病房成功“越狱”。随后，他到广州向媒体举报称，因为自己多年上访，遭到前上司、原单位的“迫害”，被非法收治在精神病院长达4年。徐武的自由仅仅持续了8天，4月27日，徐武在广州接受电视台采访后被武汉警方以“涉嫌危害社会安全”跨省“抓回”。5月1日，武钢宣传部门及当地警方通过新华社在新华网发布通稿称，徐武现正在医院继续接受治疗。

（综合媒体报道）

“被精神病”是一种权力病，失去制约的权力变得扭曲和疯狂。当权力可以把一名正常公民变为“精神病”，只因为他多次上访，“败坏”地方政府的形象时，这时的权力已蜕变为压抑群众申诉、侵害公民权利的工具。权力患了“臆想症”，群众变成“精神病”。哲学家福柯认为，在精神病的发现、诊治过程中，表面上看是知识、科学的作用，实则透出权力的魅影。如今，一些基层政府和干部为压制公民信访，给多少上访者戴上“精神病”的帽子。“被精神病”还是一种制度病，是制度规范缺失的产物。我国的《精神卫生法》，从1985年开始立法，到09年6月公布草案，其间历时25年，至今仍未能出台。我国现有的法律对公民“被精神病”的情形缺乏应对举措，对行为人应当担什么责也缺乏明确规定，这种情况必须改变。

（广州日报 作者孙瑞灼）



## 法律应当是所有人的挡箭牌

2011年3月3日，外交部发言人姜瑜在例行记者会上，有媒体就外国记者的采访违反了哪项法律的哪个条款时，姜瑜回答“违反了去那个地方采访需申请的有关规定。不要拿法律当挡箭牌。问题的实质是有人唯恐天下不乱，想在中国闹事。对于抱有这种动机的人，我想什么法律也保护不了他。希望大家能够明智地认识这个问题。如果你们是真正的记者，就应按照记者的职业准则行事，在中国要遵守中国的法律法规。从前两次情况看，那些去蹲守的记者也没有等到他们想等的新闻。如果这两天还有人煽动、鼓动你们再去什么地方非法聚集，我建议你们及时报警，一是为了维护北京的治安，二是为了维护你们自身的安全和权益。”虽然是外交辞令，但外交部发言人的“不要拿法律当挡箭牌”还是不受。

（综合媒体报道）

“不要拿法律当挡箭牌”，也许只是一时的发言失误，但是表现出来的官员潜意识，是令人担忧的。这种说法给人的印象，似乎中国的法律体系只是一个口号和装饰品，可以选择性适用。政府需要法律时，法律就是百姓必须遵守的强制性规范；政府觉得法律碍手碍脚时，则可以弃如敝屣。即法律是单向的，只用来约束百姓的，而不是用来约束公权力的。如果这样把法律道具化，显然，当事人眼里的法律已无任何神圣性可言，当然也就谈不上对法律的任何敬畏，而只有纯粹出于控制需要的功利地利用法律。法律不是道具，政治家既要用法律治国，政治家更要受法律的约束。对法律神圣的信仰，应该成为官员素养中的第一素养，官员本能中的第一本能。一句话，只有当对法律的信仰能够深入官员的骨髓，能够在官员心中生根，法治才可能在我们国家生根，才可能从根子上杜绝选择性执法，法律才不会在人治过程中起到助纣为虐的反作用。

（南方周末陈有西律师）



## 峰回路转李庄案

2011年3月29日晚，重庆官方发布消息：李庄遗漏罪行经当地公安机关侦查终结，已移送重庆市江北区检察院审查起诉。2011年4月2日，重庆市江北区人民检察院以李庄辩护人妨害作证罪向重庆市江北区人民法院提起公诉。著名法学家贺卫方发表致重庆法律界的一封公开信——《为了法治，为了我们心中的那一份理想》。17日阵容强大的李庄案法律顾问团成立。重庆市江北区人民法院于2011年4月19日开庭审理此案。在庭审过程中，因辩护人当庭举示的证据与指控证据存在矛盾，致使认定李庄辩护人妨害作证罪的事实存疑。4月22日，重庆市江北区人民检察院决定撤回起诉。重庆市江北区人民法院裁定予以准许。2011年4月28日，重庆市江北区人民检察院决定对李庄不起诉，并向李庄宣布了该决定。

（综合媒体报道）

除了“事后诸葛亮”，我想没有人会想到李庄案的第二季会以检方撤回起诉而宣告结束。在媒体刚刚爆出要审理李庄第二季之初，李庄第一季的代理律师陈有西在自己的网站上发文——李庄案，还有必要陪练吗？开宗明义地认为，“经过一年多的准备，剧本早已写好，结局早已设定，只需要一些演员。但是我同高子程律师不一定还会去陪练。我们是中国律师，不是演员。我们的第一季早已谢幕。第二季的导演有了，演员却无法由导演来决定。”似乎一切都早已注定。庭审中所有的公诉方证人都不出庭质证，辩护方的证据一律不予采纳，一切都按照既定的程序走着。但事实就是事实，随着辩方提交证据在互联网上逐一曝光，无用判决案件的真相早已展现眼前，最后检方不得不撤诉结案。有人说这是法治的胜利，我以为倒不如说这是互联网的胜利！前两局1：1平，静待李庄出狱后的第三局。

（网友 走板人）

## 企业危机，竟是高利贷惹的祸？

媒体报道，2009、2010年连续两年被评为“合肥市农业产业化龙头企业”的安徽百氏情缘食品有限公司“资金链断裂，造成无法偿还债务、支付员工薪水，公司目前处于停产状态”，董事长丁书琴向警方投案，请求公安机关依法对其是否涉嫌违法犯罪进行审查。当地政府部门已成立专门工作组，进行维稳工作。有报道称，该企业急速扩张，多处布点，企业一直存在融资难的问题，无奈之下，屡屡向高利贷求援，高利贷也将企业的利润吞噬殆尽，到危机爆发时，企业已欠下约4亿元的外债中很大一部分属于高利贷。

（《每日经济新闻》）

根据上述报道，该企业突然停产，是因为存在急速扩张、多处布点以及融资难等诸多问题，但高利贷似乎是祸根。这样的结论明显不合逻辑：企业急速扩张、多处布点是因，向高利贷求援是果，问题的症结在于企业经营不善，为什么一股脑地将责任推向高利贷呢？可以看出一些人士厌恶高利贷的倾向。深恶高利贷者，可能有这么一些人：其一，自己曾经是杨白劳，受尽了黄世仁的欺侮，现在翻身解放了，当然要反对黄世仁，但这些人所处的时代已经成为过去；其二，同情杨白劳者，但现在已没有多少杨白劳值得同情了，相反值得同情和可怜的反而是大量的黄世仁们；其三，痛恨不劳而获者，正所谓劳动光荣，钱生钱是何道理？但持有这种想法的人在现代社会就显得过于保守了。在法律上，对于什么是高利贷并没有一个统一的界定，无论是民间借贷还是银行贷款，都可能是高利贷，因为银行贷款利率的上浮限制已被监管部门取消。很显然，报道中的高利贷暗指民间或非法借贷。非法借贷纵使非法，也不过是被人利用的一个工具而已。而民间借贷更应当是无辜的，因为根据有关法律规定，民间借贷除了利率水平仍在受限外（同期银行贷款利率四倍），没有任何其他可受责难。这种将企业经营不善归责于高利贷的栽赃嫁祸之术，不过是为了掩人耳目、混淆视听的伎俩罢了，当休矣。

（广东卓建律师事务所 金振朝律师）



## 药家鑫的罪与罚

2010年10月20日深夜，西安音乐学院大三的学生药家鑫，驾车撞人后将伤者刺了八刀致其死亡，此后驾车逃逸至郭杜十字路口时再次撞伤行人，逃逸时被附近群众抓获。后被公安机关释放。2010年10月23日，被告人药家鑫在其父母陪同下投案。2011年1月11日，西安市检察院以故意杀人罪对药家鑫提起了公诉。2011年4月22日在西安市中级人民法院一审宣判，被告人药家鑫犯故意杀人罪，被判处死刑，剥夺政治权利终身。并处赔偿被害人家属经济损失454985元。5月20日，陕西省高级人民法院对药家鑫案二审维持一审死刑判决。西安市中级人民法院6月7日上午在宣告最高人民法院核准死刑的裁定后，对药家鑫执行了死刑。此案是继发生“李刚门”，“钱云会”案等交通肇事案后又一引发社会舆论广泛关注的案件。

本是一件平常的故意杀人案，不想却掀起了一场民意与法制的轩然大波。各行各业的人都在讨论关注此案，似乎此案和他们关系甚大。而众所周知药家鑫杀人案是一桩事实清晰，法律适用没有任何疑难的案件，但令人担心的是此案在中国现在的法制环境中却可能因为司法机关人为的倾向而产生不同的判决，大家似乎是心知肚明，见怪不怪，几近共识。其实，“李刚门”，“钱云会”，“药家鑫”三起交通事故引起的民众愤怒都是剑指司法腐败，司法不公。李刚案，人们害怕的是官官相护，因为公安局长的公子可能会受到司法机关的庇护，当然也有仇官的因素在里面，但是最主要的还是害怕司法不公。钱云会案，人们担心的是权大于法。因为钱云会对立的是当地政府。所以更多的人宁愿相信钱云会是被人杀死的而不愿意相信是被车撞死的。三个交通案子，三条人命，亿万百姓的关注后面是司法的不公，司法的不独立，司法的腐败。有人说围观是力量，我原来不这么认为，我一致认为围观是无知者和看客的行为，但是我通过仔细的分析这三个案子，透过这三个案子的本身看到的是人们对司法的不满，愤怒和无可奈何，这是目前司法机关必须面对的问题。

(天涯网友)

## 司法当尊立法，正人必先正己

2010年末，最高人民法院发布法〔2010〕446号《关于开展行政诉讼简易程序试点工作的通知》（以下简称《通知》），决定在部分基层人民法院试点行政诉讼简易程序，行政诉讼案件可以实行独任审判。

笔者认为，最高人民法院自行创设行政诉讼简易程序是违法的：

第一，行政案件的独任审判于法无据。根据《人民法院组织法》第9条第2款的规定，民事案件、刑事案件和法律另有规定的案件才可以由审判员一人独任审判。

第二，合议制是我国行政诉讼的基本原则，法院审理行政案件只能适用普通程序。民事和刑事诉讼的简易程序都在《民事诉讼法》与《刑事诉讼法》中有规定，唯独《行政诉讼法》没有规定行政诉讼简易程序，在其第6条还特别强调法院审理行政案件依法实行合议制度，显然立法上明确排除了创设行政诉讼简易程序的解释。

第三，“经中央批准”不是《通知》合法的理由。根据《宪法》第58条、第62条以及《立法法》第7条和第8条等规定，作为一项关乎法院组织与职权的基本诉讼制度，行政诉讼简易程序显然应当由全国人民代表大会或全国人民代表大会常务委员会制定法律创设，而不能由最高人民法院侵夺立法机关的权力自行创设。

最高人民法院任意突破法律的明文规定，开展行政诉讼简易程序试点工作，对现行法律的实施起到了阻挠和破坏的作用，对法治的伤害是十分巨大和难以估量的。子曰：“其身正，不令而行；其身不正，虽令不从。……苟正其身矣，於从政乎何有？不能正其身，如正人何？”（《论语·子路第十三》）依法办案，捍卫法律的权威和尊严，是人民法院的义务、责任和天职。如果作为国家最高审判机关的最高人民法院都不能以身作则，又如何给下级法院作表率？司法机关都不遵守法律，人民又如何会尊重法律，信任司法？

(广东通远律师事务所 罗锦祥律师)



## 在这里，远眺前海

- 早在1986年，深圳城市总体规划中，前海就有建设为滨海城区的远景描绘。
- 2001年，深圳市制订《深圳高新技术产业带规划》，前海地区进入高新技术产业带，目标是建成与现有高新区配套的软件开发及科技成果孵化基地。
- 2002年，深圳市出台《关于加快发展深圳现代物流业的若干意见》，提出建设前海湾物流园区。
- 2005年，《深圳2030城市发展策略》提出，未来深圳应加强与香港合作，发展现代服务业，把前海湾建设成泛珠三角的现代服务业中心之一。
- 2008年，《深圳市城市总体规划（2010-2020）》将前海定位为深圳市级双中心之一。
- 2008年，《珠江三角洲地区改革发展规划纲要（2008-2020年）》提出，建设深圳前海海地区等合作区域，作为加强与港澳服务业、高新技术产业等方面合作的载体。
- 2009年，深圳开展名叫“前海计划”的内部研究，提出深港合作开发前海。
- 2009年5月，国务院批复的《深圳市综合配套改革总体方案》提出应借助香港优势，在前海高起点、高水平集聚发展现代服务业，推动珠三角及内地现代服务业的跨越式发展，打造世界级的现代服务业基地。
- 2010年8月，《深圳市城市总体规划（2010-2020）》经国务院批复同意，明确前海为深圳两个市级中心之一，主要发展区域性的现代服务业与总部经济。
- 2010年8月26日，国务院正式批复同意《前海深港现代服务业合作区总体发展规划》，将前海开发提升到国家战略的高度，要求广东和深圳利用前海粤港合作平台，建成粤港现代服务业创新合作示范区。

历经20余年，关于前海的定位几经变身。在深圳特区成立30周年之际，前海的定位终于定调——粤港现代服务业创新合作示范区，被誉为“特区中的特区”。人们总能找到历史的相似性，30年前，时代选择了深圳，30年后的今天，深圳选择了前海。这片15平方公里的土地未来的目标是打造珠三角“曼哈顿”，面对时代发展契机，深圳律师能做什么，能走多远？本期杂志将通过不同的视角，解读法制创新、社会管理创新的内涵，以期为前海的发展助力。





# 前海“基本法”：如何先行先试

文 香港城市大学中国法与比较研究中心研究员 王书成



“前海”一时成为社会关注的热点，因为它给中国又一次带来了希望和活力，就如同三十年前中国改革开放之初，社会对中国经济以及中国所期望的那样。当然这次有所不同的是，国家在前海进行战略性“先行先试”，目标范围更为广泛，包括创新现代服务业、创新机制体制、甚至创新司法运作机制等诸多方面。前海所定位的“特区中的特区”，很可能在未来引领中国社会的改革方向。可以说，前海在很大程度上就如同国家转型进程中的又一块试金石。在这里，通过与国际金融中心香港的深度合作，透明政府、公民参与、现代服务、财务公开等诸多闪耀理念及治理经验将得以践行。中国三十年的发展经验已经告诉人们，中国经济腾飞的历史奇迹暗示了一种正为中外学者所关注的“中国模式”。然而，面对前海，如何又在似乎隐藏于背后的“中国模式”中，试验一种更能推动中国转型发展进程的“前海模式”，这无疑是一种历史性契机，也更是一种挑战。从公法的角度来说，前海的试验离不开作为法治基础的前海“基本法”，即《深圳经济特区前海深港现代服务业合作区条例》。先行之，对于该基本法必须思路清晰、定位准确，方可运筹帷幄。

## 一、前海基本法：现代服务业与权力配置

在现代法治社会，任何一个社会共同体的构建都离不开引领该社会的基本法，如国家层面的宪法、特殊地区层面的基本法等等。对于地区或某个特定区域的发展而言，勾画符合社会共同体内生发展需要的基本法，对于其稳定

发展以及自主创新都至关重要。然而对于前海而言，在战略意义上区别于香港等特区以及国家，其是在国家主权内部以及地区管辖的引导下，充分赋予该特殊区域自主性、试验性、创新性，从而探索出一种更优化的发展模式。从国家对前海的战略定位来看，其是要充分发挥香港国际金融中心的地位和优势，利用前海粤港合作平台，推进与香港的紧密合作和融合发展，逐步把前海建设成为粤港现代服务业创新合作示范区，故而，“现代服务业”无疑是贯穿前海基本法的关键词，这也将使得前海基本法的架构截然区别于一般概念意义上的基本法，

如香港特区基本法、澳门特区基本法，等等。正是因为前海基本法在地域、战略、定位等方面的独特性，且目前也没有一个既定模式可循，而使得勾画前海基本法成了发展前海的开局棋盘。一方面，前海基本法的架构不可能在整体上采取一般基本法（或宪法）的二元架构，即包括权力配置和权利保护部分，而毋宁要在整体上采取一种包括权力配置与“现代服务业”这一特殊经济部分的二元架构。遵循权利是目的而权力是手段的现代逻辑，那么对于前海基本法而言，“现代服务业”的发展当为目的，而权力的配置则为手段。权力的特殊配置模式某种程度上都是为了极大地创新“现代服务业”的发展需要，进而甚至最终达到社会所期望的把前海建成亚洲“曼哈顿”，乃至又一个世界性的“曼哈顿”。

因此，前海作为“特区中的特区”，离不开一部规范的基本法。这部基本法注定将具有独特的结构和内容，而在整体思路上以现代服务业的创新发展的目标，并配以高效的现代权力运作机制。

## 二、落实全国人大授权的经济特区立法：全国人大授权与前海内生性需要相融

从前海基本法制定权的来源看，其依托于全国人大对于经济特区立法的单独授权。2000年的《立法法》第65条规定“经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会的授权决定，制定法规，

在经济特区范围内实施。”同时，第81条第2款规定“经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的，在本经济特区适用经济特区法规的规定。”这种授权立法可以说是一个立法“试验田”，对国家决策发挥先行先试的作用是非常必要的。授权立法所独具的变通性以及优先适用效力，构成了制定前海基本法的规范基础。但是在落实全国人大授权立法以及构建前海基本法的过程中，必须以遵循宪法的规定以及法律和行政法规的基本原则为前提，虽然可以对法律等规范的内容作出变通且优先适用。

从规范的角度来说，前海基本法的制定主体为深圳市人大及其常委会，但是这并不代表其是一种隶属于深圳地区的立法体系，否则将无法达到国家战略的高度。从战略思路上来说，在深圳市根据全国人大的授权立法制定了前海基本法之后，其他各个环节的立法调控应该遵循一种从前海到深圳这种自下至上的立法进路，而非自上而下的授权逻辑。这种进路类同于欧盟法中的辅助性原则，即只有在前海无法很好地自我完成共同体内的任务，深圳市乃至更高权威才可以辅助性地介入，进而协助前海的进一步发展。诚然从实践层面来看，前海整个立法体系起初也许并不完善，而毋宁是一种不断发现、不断推进的立法完善过程，进而最终形成具有特色且符合前海现代服务业需要的立法体系。

《深圳经济特区前海深港现代服务业合作区条例》（征求意见稿）规定，深圳市人民代表大会常务委员会颁布的法规和深圳市人民政府颁布的行政规章，不适用于前海合作区，但明文规定适用于前海合作区的除外。这一条在很大程度上便体现了要构建以前海基本法为基础，并符合前海内生性需要的立法体系，而非简单地将既有的法律或者法规进行移植或者摘抄，否则无疑会扼杀前海的创新性可能。

### 三、如何搭建前海基本法中的权力架构

任何特区模式都避不开创新性的权力架构。通过前海以全国人大授权立法为基础以及深圳市人大及常委享有前海基本法制定权可见，前海现代服务业的打造在一定程度上要保证一种灵活性以及高效性，从而凸现前海的多维优势。从权力的特性来说，行政权是经济推动和发展的主动力量，具有相应的灵活性特点，而立法权与司法权对于经济发展而言所具有的灵活性在很大程度上可谓行政权的“左膀右臂”而已。从目前前海管理局的成立来看，这一权力机制将是前海各方面运转的中枢，而其中的关键在于如何在细节层面设计出高效、廉洁、公正的前海管理模式，包括人员配备组成、机构的组成、职能的划分，等等。这也是一个有待于在实践中不断摸索的过程。

从权力配置的角度来说，为了保证现代服务业的模式创新以及高端发展，传统三权分立或者议会主权等模式下

立法权的功能模式在很大程度上已很难施行于前海，而毋宁须采行在前海基本法之下兼具稳定性和一定灵活性的行政立法方式，并配以深圳市人大及其常委会的辅助性职能来全面构建独特的前海立法权体系。对于司法权，同样需要结合前海现代服务业的内生性需求，如设立独特的商事法庭或仲裁机构，同时也要结合深港两地的司法体系来综合为前海的法治环境服务。当然，其中也会涉及到大陆法与普通法的融合等挑战性课题。

可见，不论是前海特区中的行政权，还是立法权及司法权运作，也许都前所未有的。

### 四、前海基本法：借鉴还是创新

很多学者认为，前海深港合作区的开发建设应该充分借鉴吸纳香港的经验。但从国家战略的高度来说，虽然前海可以有效借鉴香港的经验，比如高薪、廉洁、政务公开，等等，但其重点在很大程度上更在于创新，因为前海的定位以及特殊的权力架构等特点已经截然区别于香港，乃至任何一个国家或地区。就香港的经验来看，其也存在优劣之别，比如在法治环境下某些环节存在着效率低下、司法成本高昂等弊端。因此，前海模式的试验更应在借鉴的基础上以创新为重点，方能展现活力和生机。创新的关键在于：一方面要吸纳目前所有国家和地区的先进经验，占据高点，为我所用；另一方面也要勇于探索创新性机制，如独具特色的司法运作、行政规制、公民参与、区域合作等等。

### 五、经济与政治：如何先行

前海在一定程度上让人们对于政治改革也寄予了试验的厚望。但是对于经济创新与政治改革的关系，必须妥当处置。从当今世界各国的实践来看，并不存在一种无可挑剔的政治制度。美国、英国等国家以及香港、台湾等地区的民主、法治等制度实践都存在着一定的局限性。中国制度本身也正处于一种不断转型的过程之中。对于各国政治制度，孰优孰劣，难以定论。但是，对于经济与政治的关系摆位，笔者认为，应该首先着力以经济发展为主线，政治改革在很大程度上当为更好地促进经济发展、解放生产力为己任。中国经济三十年的发展已经启示世界，“中国模式”自身也具有不可忽视的制度优势。因此，如果一味地强调西方的制度价值，很可能在政治试验中又一次陷入西方优势论，而达不到试验的预期效果，从而阻碍前海实现现代化服务业以及机制体制创新等诸多宏伟目标。当然，与前海现代服务业发展相匹配的机制体制，必将区别于现有的模式而具有一定改革性与突破性，只是不能混淆主次！也许这种循着发展现代服务业所摸索出的创新性机制体制才是政治改革试验的成功之处。



# 前海：深圳律师的机遇与挑战

文 广东联建律师事务所 顾东林律师

2010年8月26日，国务院批复同意《前海深港现代服务业合作区总体发展规划》（以下简称《规划》）。根据《规划》，前海将坚持体制与机制上与国际惯例保持一致，坚持与香港的紧密合作，推动与香港的整合发展，探索与香港合作发展的新机制、新模式、新途径。因前海各项制度及法律政策将主要借鉴香港及国际通行惯例，且业务主要集中在金融、现代物流、信息以及科技服务和其他专业服务等方面，身处服务行业的深圳律师将面临前所未有的机遇与挑战。

## 前海带给深圳律师的机遇

### （一）四大重点产业将极大拓宽律师服务的广度与深度

根据《规划》，前海合作区未来发展的重点产业主要是金融、现代物流、信息服务以及科技服务和其他专业服务四方面。初步预计，2020年前海合作区生产总值将达到1500亿人民币，即每平方公里将实现100亿元的产出，相当于目前深圳每平方公里产量的25倍，比香港现在的产出量高出两倍多。随着前海四大重点产业及其他专业服务的建立与发展，必将增加金融、物流、现代信息及科技等法律业务的需求，深圳律师提供专业服务的广度与深度都将极大拓展。

1、金融业。主要是根据国家金融业对外开放的总体部署，研究探讨深入推进深港金融合作，研究降低香港金融机构和金融业务准入门槛，支持金融改革创新项目在前海先行先试。营造良好的金融生态环境，吸引各类金融机构在前海集聚发展。增强金融辐射服务能力，努力将前海建设成为国家对外开放的试验示范窗口。

2、现代物流业。主要是按照深港共建全球性物流中心的目标，促进深港两地现代物流业的深度合作，形成高端物流业的集聚区，与香港共同打造亚太地区有重要影响的供应链管理中心和航运衍生服务基地，强化对珠三角地区制造业生产组织服务能力。

3、信息服务业。主要是统筹规划建设信息基础设施，发展软件和信息技术服务、信息内容服务，全面提升信息传输服务能力。加快推进网络经济与实体经济的融合发展，运用信息技术渗透引领制造业的发展升级。

4、科技服务和其他专业服务业。主要是在前海汇聚科技服务和其他专业服务资源，构建区域性科技创新服务中心和生产性专业服务基地，为珠三角地区产业升级和自主创新提供有力支撑。

### （二）新增基础设施建设需要律师提供全过程或专项法律服务

目前，前海正在抓紧推进填海及软基处理施工，同时，高标准建设交通基础设施，积极推进沿江高速、南坪二期、西部疏港通道、地铁1号线及5号线等九大工程项目建设。因建设项目涉及诸多庞杂的法律事务，对项目提供全过程或专项法律服务存有较大需求，深圳律师可积极主动参与前海基础设施建设项目，提供各项法律服务。

### （三）法制建设需要大量律师积极参与

前海规划在全国是始无前例的，对此无章可寻，政府制定条例、规章制度等也都是在探索中前进。鉴于《深圳经济特区前海深港现代服务业合作区条例》、《深圳市深港现代服务业合作区管理局办法》、《深圳前海湾保税港区暂行办法》等均未出台，适用于前海的条例及规章制度尚属空白，而各项条例、规章制度的制定需要大量的专业律师建言献策。深圳律师如能借此机遇参与前海立法，并

提供切实有效的立法建议，这将为深圳律师在未来前海法律服务市场中占据一席之地。

#### （四）大量人员入驻，其衣食住行都需要法律服务

前海将加大人才引进力度，坚持“政府引导、优化环境、激发活力”的原则，努力在前海创造和提供与国际先进城市条件类似、环境相仿、观念相通、文化相融的人才发展平台和各种有效载体，吸引高端人才在前海落户并安居乐业，使前海成为全球范围内现代服务业高端人才成功机会最多的地区之一，打造国际化的现代服务业人才集聚高地。高端人才的大量集聚，其衣、食、住、行等各方面都需要律师提供法律服务。

### 深圳律师面临的挑战

#### （一）熟悉香港相关法律制度及国际规则与国际惯例

前海将借鉴香港“法定机构”模式，设立前海管理局统一负责区域内社会治安和有关行政执法工作，设立前海监督专员公署，负责监督前海管理局开发、建设、运营和管理活动；借鉴国际规则和惯例，建立公平、高效、与国际接轨的商事纠纷解决机制。鼓励对国家法律、行政法规和政策没有明确规定的领域，借鉴国际通行规则和国际惯例，先行先试；鼓励香港仲裁机构为前海合作区内的企业提供商事仲裁服务。

目前深圳70%的律师事务所以本土业务为主或者全部是本土业务，对于香港法律制度及涉外案件的处理缺乏足够的了解与丰富的实践经验。深圳律师若要开拓前海法律业务，势必要求掌握香港相关法律制度及涉外纠纷的处理机制，这将对深圳律师发展带来前所未有的挑战。

#### （二）高端产业对法律服务高要求的挑战

根据《规划》，前海借鉴香港制度及国际规则在金融、物流、信息产业、科技、税收等方面实现各种突破性尝试。有全国政协委员建议，应联合上海、深圳和香港三地的证券

交易所，在前海建设一个大的交易所，尝试把人民币、港币在这里同时购买股票、投资等金融产品，实行人民币自由浮动，并通过这个平台，把所有的金融产品，通过国际惯例向国内辐射。同时还建议前海采用香港现行16.5%的单一税率进行创新。民建深圳市委建议深圳与香港合作，在前海合作区建立深圳综合性商品交易所，以进一步完善深圳金融体系，巩固和提升深圳的中心城市地位。部分深圳市人大代表建议在前海打造一个创意信息港，推动深圳设计之都的建设，打造创意设计产业的高地。预计到2020年，前海合作区将聚集一批具有世界影响力的现代服务业企业，成为亚太地区重要的生产性服务业中心，世界服务贸易重要基地。

由于前海重点产业的规划主要集中于高端服务领域，且各项制度与理念有异于内地，深圳律师虽地处粤港澳地带，相对于内地深圳律师业务水平及国际视野较为开阔，但深圳律师业务领域依旧主要集中在一些传统的民商事纠纷，对于金融、证券等高端法律业务虽有所涉及，但也主要为国内业务，对于涉外金融、证券、跨国并购等高端法律业务鲜有涉及，深圳律师要提供符合高端客户需求的法律服务将面临巨大挑战。

#### （三）面临香港律师业务竞争的挑战

香港律师制度承袭英国的传统，经过一百多年的发展，律师业已较为成熟，香港也正逐步成为亚太地区首屈一指的法律服务中心。数据截至2009年12月31日，香港律师事务所七百多家，律师6465人，其中大律师1000多人，律师业务收入超过100亿港元。由于香港历史原因，香港律师大都精通“两文三语”，除熟悉香港本土法律服务外，还熟悉国际金融、国际资本市场、国际商贸、国际投资、国际仲裁、国际诉讼等法律服务事宜，有着丰富和成熟的处理国际商事纠纷的实践经验。顶级英、美国际律师事务所在香港大都设立了办公室，它们通过招聘香港律师达到了较高的本土化程度，在香港高端金融、资本市场等业务上夺取了比较大的市场份额。

目前，国际（包括香港）律师行驻内地代表机构共107

家，其中驻深圳只有一家，围绕前海合作区的产业定位和发展要求，前海管理局将加强与香港的深度合作，共同开展招商工作，广泛吸引国内外尤其是香港现代服务业企业聚集前海发展，届时一大批优秀的国际律师事务所及香港律师行将会入驻前海，而这些律师在熟悉西方法律制度、人员素质、专业水平、高端业务开拓、高端客户开发、挖掘、积累等方面都较深圳律师具有优势，深圳律师要在前海法律服务市场中抢占一席之地，将面临与香港律师业务竞争的巨大挑战。

#### （四）以英语提供法律服务的挑战

因前海合作区将来主要借鉴香港的法律制度，且鼓励香港及国外各类金融等高端产业在前海设立国内总部或分支机构，前海涉外因素颇多。根据2009年9月深圳市律师协会的统计，深圳6000多律师中具备留学背景的人数只有87人，以英语等外语作为工作语言的比例明显偏低，这将直接造成深圳律师提供法律服务范围及领域的严重受限。深圳律师若要在前海庞大业务需求下占据一席之地，除不断提升自身金融、证券等高端业务服务能力外，还应不断加强英语等外语的学习。

### 建议与对策

#### （一）加强深、港两地律师交流与合作

利用深港两地律师会联席工作委员会平台，互访、互派青年律师培训；加强与香港律师会、仲裁机构的交流沟通，进一步深化深港法律服务合作方式、方法。研究与香港律师会在前海合作成立“深港律师学院”的可行性和实施方案，由“深港律师学院”培训两地律师，对港、深法律制度异同、前海法律业务等进行专题培训，增强深圳律师对香港法律制度及理念的认知，帮助深圳律师学习香港律师业发展的先进经验，提升深圳律师的市场的竞争力。

#### （二）围绕前海产业重点，培养专业法律服务人才

紧密围绕前海产业定位与发展，考察、研究国内外（特

别是香港、新加坡、迪拜）现代服务业法律理念和管理经验。适时举办相关论坛，以提高各方面对前海法制创新与法律服务业发展的认识和重视，努力培养一大批具有国际视野、业务精干、能力突出、精通英语的金融、科技等高端法律服务人才。深圳律师应把握机遇，结合自身实际有针对性地研究与发展自己的业务领域，加强外语的学习，提升业务水平，走专业化发展道路。

#### （三）完善深圳律师业管理相关制度

香港律师总人数与深圳大体相同，但截至2009年度，深圳律师业总收入为22.47亿元，约为香港律师业总收入的1/5。这与两地法律服务市场的深度与广度相关外，还与律师业管理相关制度密切相关，如关于律师服务收费制度。深圳目前律师服务收费主要依据国家发展改革委、司法部2006年4月13日颁布的《律师服务收费管理办法》（发改价格〔2006〕611号）和广东省物价局、司法厅于2006年12月25日颁布的《律师服务收费管理实施办法》（粤价〔2006〕298号）进行，但因该政府指导价所设幅度过于宽泛，实践中往往导致律师相互间为争抢业务而出现低价竞争，这不仅降低了律师总体收入，还破坏律师业管理制度，降低律师服务质量，损坏了律师整体形象。为通过有效制度来提升深圳律师同业竞争秩序，提升深圳律师服务质量与形象，深圳应根据前述规定，细化与完善律师收费等相关制度，以适应前海法制建设与发展，维护律师行业整体利益。

### 结语

“深圳律师后三十年的发展在前海”。为深圳律师长远发展计，争取在新的历史起点上把握机会，创造更加美好的未来，深圳律师应把握机遇，跟踪、了解前海合作区有关政策、法规等，努力提升法律专业及法律服务水平，迎接新一轮的挑战。机会永远属于有准备的人！



建言献策

# 以城市社区自治改革 促进前海社会管理创新

文 广东晟典律师事务所 王晓飞律师

随着单位制的解体、政府职能的转变和现代企业制度的建立，社区自治改革正慢慢进入人们的视野。深圳市政府于2011年2月24日公布了《深圳经济特区前海深港现代服务业合作区条例（草案）》。草案第四十八条，明确提出要在前海“建立社区自治组织，通过社区自治建立新型的社区治理模式”。本文试图从我国农村的村民自治和发达国家的社区建设经验出发，探讨如何在前海建立一套行之有效的社区治理模式，并以社区自治改革为契机全面推动前海社会管理的创新。

## 一、社区和社区自治

有学者归纳出社区的七大要素：（1）人口；（2）地域；（3）经济，（4）社区的专业分工和相互依赖关系；（5）共同的文化制度；（6）居民的凝聚力和归属感；（7）为社区服务的公共设施。我国著名社会学家郑杭生认为，社区是进行一定的社会活动，具有某种互动关系和共同文化维系力的人类群体及其活动区域。唐忠新先生认为，中国社区属于基层法定社区，将城市的区、街居委会辖区都视为社区。

社区自治就是由居民实现自我管理、自我教育和自我服务，其核心内容应该是“四个民主”，即民主选举、民主决策、民主管理、民主监督。我们认为，社区自治是社区建设的关键所在，只有注重社区中居民的认同感、归属感，保证社区居民的政治自由和政治参与度，才能顺利开展社区建设，构建和谐社区，推动基层民主的发展，最终推动民主政治的实现。

## 二、社区建设方式的国际借鉴

发达国家在社区建设方面主要有以下几种模式：

### （1）政府主导型

政府主导型是政府通过专门的组织管理部门或者委任、推荐社区组织的领导成员来行使对社区的影响和控制，设立国家管理机构负责对社区工作的指导和管理。新加坡的社区建设方式就是政府主导型。

### （2）社区自治型

这种方式下的政府行为与社区行为相对分离，政府主要以间接的方式对社区进行干预，政府通过制定各种法规协调社区利益主体之间的关系，同时为社区成员的民主参与提供制度保障。社区内的具体事务完全依靠社区居民选举产生的社区自治组织实行自治管理，社区服务则由非营利性组织承担，政府根据服务成本和效果给予资助。美国就是社区自治型的典型代表。

### （3）混合型

混合型社区就是在强调政府行政监管职能的基础上，积极引导非政府组织广泛参与社区事务。这种社区建设方式的代表国家有英国、德国和日本等。

综上所述，发达国家社区建设的方式存在一定的差异，虽然在主导力量方面侧重不同，但是他们在社区建设方面赖以成功的经验有几点是基本上相通的，一是社区居民对社区事务的参与度较高；二是社区建设有法可依、有章可循；三是非营利性组织在社区发展中具有重要作用。

### 三、城市社区自治的一些积极探索

自从《中共中央办公厅、国务院办公厅关于转发〈民政部关于在全国推进城市社区建设的意见〉的通知》（中办发〔2000〕23号）下发后，全国的社区建设正在如火如荼地开展。深圳盐田区从2000年左右就开始探索社区治理体制改革，并逐渐创建了一套独具特色的“盐田模式”。主要表现在：（1）社区居委会全部直选产生，并取消了户籍居民与非户籍居民、本地人和外地人的差别；（2）公司与社区居委会全部脱钩，公司不再承担居委会成员的工资福利，专心发展经济，社区居委会专心从事社区自治和社区服务；（3）妥善处理了行政权与自治权的关系，行政权交社区工作站，自治权交社区居委会，社区服务权交社区服务站；（4）妥善处理了社区的议与行的关系，议事权、决策权、监事权交给民选产生的社区居委会，执行权交由职业化的社区工作站和社区服务站。但是盐田区社区体制改革最终并没有实现满意的社会效果，实际情况是，社区治理机构膨胀的同时，政府对社区的控制不但没有改变，反而是加强了。因此，社区治理改革的关键是做到还权于民，立足于实现社区的高度民主与自治，政府退回到提供服务与帮助协调的位置。否则，再完美的制度设计都只是空中楼阁。

### 四、前海社区自治改革的重点

就前海地区而言，由于发展较晚，基本上属于新兴的住宅小区。新兴住宅小区已经阶层化或正在走向阶层化，同质性强，用费孝通的话讲是熟悉社会，容易培养认同感、归属感。阶层型社区具备社区自治的基础。另外，前海地区享有法定的“制度特权”，可以在社区管理体制方面进行大胆的改革和创新。笔者认为，在前海的社区自治改革中应从以下几个方向着力：

#### （1）从制度角度厘定政府和社区的权力边界

多数学者认为，政府的介入在目前社区居民整体参与社区自治意识淡薄、自治组织资源匮乏的情况下是必需的。但是，从目前各地的实际情况看，普遍存在的问题是政府对社区的过度干预，导致社区的自治流于形式。因此，防止政府行政干预过度破坏社区自治的关键，从制度规范的角度厘定政府和社区的权力范围和边界便成为社区自治的核心。唐亚林教授认为，在政府和社区自治组织之间建立委托代理式契约关系是防止政府既不越位又不缺位、社区自治组织既不错位又不失位的制度保证。深圳应利用特区立法权为前海社区自治制定一套具有可操作性的制度规范。

#### （2）采取措施鼓励社区居民参与社区事务

发达国家社区建设的经验表明，社区居民的广泛参与是社区自治的前提和基础。有数据表明，美国现有

50%以上的成年人曾为社区组织提供过某种志愿服务。这是因为，美国的社区居民将参与社区事务看作是提升社区生活品质的一个有效途径。因此，加强社区的民主、文化、安全等方面建设，使社区居民切身感受到参与社区活动带给社区及其社区生活的有益变化，例如实现真正的居民直选，让居民体会到自己投票选举出的居委会代表真真正正为自己的利益服务，而不是政府机关的“跑腿”，只有这样才能真正提高居民参与社区事务的积极性。

#### （3）推动区人大代表选举以社区为基础划分选区

随着民主法制建设进程的加快，人大代表将发挥重要的作用。根据法律规定，区级人大代表是选民直接选举产生的。但是，由于原居委会管理人口少，因而往往一个选区由几个居委会组成，再加上辖区内部分规模较大的企事业单位单独设立选区进行选举，党派推荐候选人又较多，因而真正意义上的居民代表候选人就很少。由于新型社区规模大、人口多、与辖区单位联系密切，而且随着市场经济的深入开展，社区内越来越多的自由职业者，使社区的居民结构复杂化，因而以现有社区为基础划分选区更能体现人民代表代表人民的本意。社区内的户籍常住人口（包括离退休人员）及辖区内的企事业单位的工作人员均应为该选区的选民，并在该选区登记参加选举。另外，在代表候选人的酝酿中，充分依靠和发挥社区居委会的作用，发动社区居民参与推荐候选人。

推动以社区为基础划分选区选举区人大代表，更有利于代表联系选民的代表组，有利于选民对代表开展监督工作，有利于社区居民通过社区的人大代表反映社区的实际情况，督促政府及有关部门协调解决社区无法处理的问题。区人大代表作为政府及社区之间沟通的桥梁和纽带，能有效防止政府机关对社区的直接干预，也能解决社区在某些事务上无权处理的尴尬，实现社区的自治。

#### （4）以社区自治创新社会管理

以社区自治推动社会自治，再以社会自治创新社会管理，这是基层民主政治建设的必然要求。基层直选是民主政治改革的第一步，是对社会管理体制的重要创新。1983年4月，第一届蛇口工业区管委会进行了第一次直选。这是中国第一个直接选举产生的领导机构。用袁庚的话说“由群众直接投票选举领导班子，就会想群众之所想，急群众之所急，就会真正为群众做点好事。”社区自治改革可以实现基层的第一次直选改革，前海应在社区自治改革的基础上，全面推动管委会的公推直选，按照“小政府、大服务”的管理理念，实现前海社会管理的全面创新。

# 刍议外商投资企业境内再投资的协议效力

文 广东星辰律师事务所 隋淑静律师

外商投资企业境内再投资并取得公司股权，可以采取两种方式：一是外商投资企业在境内单独设立或与其他股东共同新设公司；二是通过股权并购方式取得境内公司股权。采取第一种方式时，新设公司如有两个以上股东，则外商投资企业需与其他股东签署股东间协议；采取第二种方式时，目标公司的原股东与外商投资企业需签署股权转让协议或增资协议。

外商投资企业因再投资而签署的股东间协议（为讨论方便，本文以下将外商投资企业签署的股东间协议、股权转让协议、增资协议等统称为“股东间协议”），是否须经外商投资主管机关审批后才生效，是实践中的常见问题，也颇多争议。

本文就外商投资企业签署的股东间协议的审批与效力问题，试作如下分析。

## 一、就外商投资企业境内再投资而签署的股东间协议而言，外商投资主管机关的审批同意不属于法定生效条件

众所周知，外国投资者在中国的投资活动须遵守我国国家发展和改革委员会、商务部公布的《外商投资产业指导目录》（2007年修订，本文以下简称“《产业目录》”）。外商在我国的投资项目分为鼓励、允许、限制和禁止四类，其中鼓励类、限制类和禁止类项目列入目录，未列入的属于允许类。因此《产业目录》在结构上分为三部分——鼓励外商投资产业目录、限制外商投资产业目录与禁止外商投资产业目录。

作为中国企业法人外商投资企业，其于境内的再投资行为，需适用我国对外贸易经济合作部、国家工商行政管理局2000年发布实施的《关于外商投资企业境内投资的暂行规定》（以下简称“《再投资暂行规定》”）。根据《再投资暂行规定》，外商投资企业在鼓励类、允许类、限制类与禁止类产业的再投资行为，适用不同的管理规范。

### （一）关于外商投资企业在鼓励类或允许类产业领域的再投资行为

《再投资暂行规定》第七条：外商投资企业在鼓励类或允许类领域投资设立公司，应向被投资公司所在地公司登记机关提出申请，并提供下列材料：

1、外商投资企业关于投资的一致通过的董事会决议；

- 2、外商投资企业的批准证书和营业执照（复印件）；
- 3、法定验资机构出具的注册资本已经缴足的验资报告；
- 4、外商投资企业经审计的资产负债表；
- 5、外商投资企业缴纳所得税或减免所得税的证明材料；
- 6、法律、法规及规章规定的其他材料。

第十五条第一款规定：外商投资企业购买被投资公司投资者的股权，被投资公司经营范围属于鼓励类或允许类领域的，被投资公司应向原公司登记机关报送本规定第七条所列的材料，并按照《公司登记管理条例》等有关规定，申请变更登记。

可见，外商投资企业投资于鼓励类或允许类项目时，可直接向被投资公司所在地的公司登记机关申请设立登记或变更登记，无需申请取得外商投资主管机关的审批同意。由此，外商投资主管机关的审批同意自然不是股东间协议的法定生效条件。

### （二）关于外商投资企业在限制类产业领域的再投资行为

《再投资暂行规定》第九条：外商投资企业在限制类领域投资设立公司的，应向被投资公司所在地省级外经贸主管部门（以下称“省级审批机关”）提出申请，并提供下列材料：

- 1、依照第七条规定提供的材料；
  - 2、被投资公司的章程。
- 被投资公司的章程应当载明下列事项：
- （1）公司名称和住所；
  - （2）公司经营范围及产品国内外销售比例；
  - （3）公司注册资本；
  - （4）投资者的名称或姓名；
  - （5）投资者的权利和义务；
  - （6）投资者的出资方式 and 出资额；
  - （7）投资者转让出资的条件；
  - （8）公司的机构及其产生办法、职权、议事规则；
  - （9）公司的法定代表人；
  - （10）公司的解散事由与清算办法；
  - （11）投资者认为需要规定的其他事项。

投资者应当在公司章程上签名、盖章。

第十五条第二款：被投资公司经营范围涉及限制类领域的，外商投资企业应按照本规定第九条、第十条规定的程序办

理后,被投资公司凭省级审批机关的同意批复,按照《公司登记管理条例》等有关规定,向原公司登记机关申请变更登记。

可见,外商投资企业再投资于限制类项目的,无论采取新设公司方式还是股权并购方式,依法均应向外商投资主管机关申请审批。但外商投资企业因再投资行为而向外商投资主管机关申请审批,属于遵照行政机关行使行政权的管理规范要求,不宜将外商投资主管机关的审批同意理解为股东间协议的法定生效条件。原因在于:

首先,关于外商投资企业签署的股东间协议是否合法有效的判断,属于国家司法机关依法行使司法权的活动。外商投资主管机关进行行政审批与司法机关行使司法权,是两种不同性质的活动,不能混为一谈。

其次,司法机关对外商投资企业签署的股东间协议的效力判断,应当以《合同法》等相关法律、法规与司法解释作为法律依据。《最高人民法院关于适用〈合同法〉若干问题的解释(一)》(以下简称“《合同法司法解释(一)》”)明确规定如下:

第四条:“合同法实施以后,人民法院确认合同无效,应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据,不得以地方性法规、行政规章为依据。”

第九条:“依照合同法第四十四条第二款的规定,法律、行政法规规定的合同应当办理批准、登记等手续才生效,在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的,或者仍未办理批准、登记等手续的,人民法院应当认定该合同未生效;法律、行政法规规定合同应当办理登记手续,但未规定登记后生效的,当事人未办理登记手续不影响合同的效力,合同标的物所有权及其他物权不能转移。”

由于《再投资暂行规定》是国务院下设的对外贸易经济合作部、国家工商行政管理局发布的部门规章,不能作为人民法院认定合同效力的规范依据。而《再投资暂行规定》中的第九条与第十五条第二款内容,也未规定当外商投资企业投资于限制类项目时,股东间协议应当取得外商投资主管机关的审批同意才生效。由此可见,外商投资企业投资于限制类项目的情况下,外商投资主管机关的审批同意也不属股东间协议的法定生效条件。

(三)至于禁止外商投资产业领域,既然明确不对外资开放,也就无需提交外商投资主管机关审批,本文研究的股东间协议效力问题于不适用于该情形。

## 二、《产业目录》与CEPA协议的冲突与适用

CEPA协议(即“《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》”)于2003年12月2日在香港签署,CEPA协议及其补充协议、附件规定了香港服务提供者的定义,明确了如何向香港服务提供者开放货物贸易、服务贸易、金融合作等领域,以加强香港与大陆两地的更紧密经贸关系。该协议下最新的《补充协议七》,于二〇一〇年五月二十七日在香港签署生效。

对香港投资者而言,我国关于外商投资的法律、法规等规范性文件均属参照适用,中国大陆向香港服务提供者开放的投资领域,除可参照适用《产业目录》外,还应适用两地签署的CEPA协议。

但由于两个文件的体例与内容有别,难以避免存在一定的规范冲突,导致在具体的法律适用中不能保证确定性和同一性。譬如,外商投资主管机关应当参照《产业目录》判断港资企业所投资领域属于何种产业类别,在此基础上判断再投资行为是否需要取得审批同意?还是应当依据CEPA协议及其补充协议与附件,判断CEPA协议下开放的货物贸易、服务贸易或金融合作等事项属于何种产业类别?CEPA协议在不同领域对香港投资者做出不同程度的开放承诺,以何标准判断属于鼓励类还是限制类项目?当《产业目录》与《CEPA协议》关于产业投资的规范存在冲突,应当优先适用哪个规定?凡此种种,导致我国不同地区对香港投资者在境内的同类再投资行为,实际审批结果往往迥然有别,既埋下争议的种子,也不利于营造良好的吸引外资环境,亟待重视和改善。

## 三、外商投资主管机关的审批同意,可作为股东间协议的约定生效条件

笔者认为,尽管外商投资主管机关的审批同意,不属外商投资企业签署的股东间协议的法定生效条件,但仍有必要作为协议的约定生效条件。其意义在于,若以外商投资主管机关的审批同意为股东间协议的约定生效条件及付款前提,则一旦未获审批同意,外商投资企业无需投入大量资金。反之,若未约定外商投资主管机关的审批同意作为协议的生效条件,则股东间协议(如股权转让协议)一经签署生效,外商投资企业即负给付资金义务。如最终因故不能取得外商投资主管机关的审批同意,对已履行给付资金义务的外商投资企业而言,将陷于被动。

以审批同意作为股东间协议的约定生效条件,即便一方当事人违约不办理审批登记手续,守约方仍可追究相对方的损失赔偿责任。相关法律依据包括:

《合同法》第八条:“依法成立的合同,对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同,受法律保护。”

第四十五条第二款:“当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的,视为条件已成就;不正当地促成条件成就的,视为条件不成就。”

第一百一十一条:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件的,另一方有权要求履行或者采取补救措施,并有权要求赔偿损失。”

可见,将取得审批同意作为股东间协议的约定生效条件,更有利于外商投资企业控制在再投资活动中的法律风险。



法律时评

## 借名买房的法律风险

文 京园（深圳）律师事务所 孟彦武律师

我国实行不动产登记制度，房屋的权属通常是以产权登记为依据，即对房屋产权的确认采取登记公示方式，并产生公信力。因此，房屋作为价值较大的财产，人们一般都会以自己的真实身份来买房屋并申报登记。然而，借名买房现象依然存在，特别是国家出台限购令以来，为了逃避限购令束缚，很多人采取了借名买房的方式，这引起了笔者对借名买房进行法律分析的兴趣。

### 借名买房的概念及其成因

借名买房是指房屋的实际买房人借用他人的名义购买房屋，由实际买房人出资并以名义买房人的身份登记房屋所有权的行为。实践中，产生借名买房现象的原因通常有：

（一）逃避法律或政策规定，实际买房人不具备买房资格而借用他人买房资格购买。

这是借名买房最常见的情形，根据相关法律或政策的规定，实际买房人不具备购买资格而无法以自己的真实身份购买，为了逃避该法律或政策规定，故而借用有购买资格的人的名义购买。比如，依据《经济适用住房管理办法》的规定，经济适用住房的供应对象为城市低收入住房困难家庭，城市低收入家庭申请购买经济适用住房应同时符合：①具有当地城镇户口；②家庭收入符合市、县人民政府划定的低收入家庭收入标准；③无房或现住房面积低于市、县人民政府规定的住房困难标准。对于不符合购买经济适用住房申请条件的人来说，想以较低的价格购买这样的保障性住房，就会借用具备申请条件的人的名义来购买。又比如，限购令的出台，让很多人失去了买房资格。《国务院办公厅关于进一步做好房地产市场调控工作有关问题的通知》规定，对已拥有2套及以上住房

的当地户籍居民家庭、拥有1套及以上住房的非当地户籍居民家庭、无法提供一定年限当地纳税证明或社会保险缴纳证明的非当地户籍居民家庭，要暂停在本行政区域内向其售房。很多买房者因不符合条件而被限购，借名买房也就成为被限购者采用的买房方式。

（二）转移财产或逃避债务，造成实际买房者没有财产的假象。

比如，因房屋登记信息易于查询，债务人在不履行到期债务时，其房屋极易成为被执行财产，债务人为了隐匿财产，逃避债务，在购买房屋时，通常会借用其亲人的名义来购买，给债权人和法院造成没有财产的假象。又比如，在夫妻感情不和的婚姻关系中，特别是在一方对另一方收入和财产状况不知情的情况下，掌握夫妻共同财产的一方为了逃避分割，就会借用亲人的名义购买房屋，来达到将来离婚时不作为共同财产分割的目的。

（三）其他原因。

实际买房人借名买房有的是为了达到某种特殊目的。比如，当房屋作为将来的遗产时，为了避免将来的房产继承手续的办理，或为了避免将来的继承纷争，就会直接将房屋登记到子女名下。某些官员为了隐蔽自己的贪污受贿行为，会借用他人的名义购买房屋。

### 借名买房合同的法律效力分析

借名买房属于合同行为，借名买房合同是法律尚无特别规定的无名合同，借名买房合同的法律效力如何界定？笔者认为应从两个方面进行分析，在不同情形下，借名买房合同存在有效和无效两种情况：

（一）借名买房合同有效

如果借名买房合同不存在恶意规避法律或政策的行为，而且实际买房人具备购买该房屋的资格，这类

合同是有效的。尽管产权登记在名义买房人名下，但实际买房人仍然可以凭着付款证明、借名买房合同等能够证明自己是实际买房人的证据，要求名义买房人依照合同约定交付房屋并办理过户登记手续。

#### (二) 借名买房合同无效

如果借名买房合同存在《合同法》第五十二条规定的导致合同无效的情形，则合同无效。比如，在限购令出台后，本来不具备买房资格的人借用他人的名义购买房屋时签订的借名买房合同无效。因为国家出台限购令的目的是为了限制各种名目的炒房和投机性买房，从而遏制房价过快上涨，采用借名买房的方式来逃避国家限购政策，以合法形式掩盖非法目的，同时也损害了社会公共利益。合同无效后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿；有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。因在借名买房过程中，所有购房款均由实际买房人支付，名义买房人应将购房款返还实际买房人，而由名义买房人取得房屋产权。

### 借名买房的法律风险

实际买房人出于不同的目的而借名买房，尽管从表面上达到了某种目的，但借名买房行为存在诸多法律风险，很容易产生法律纠纷，笔者建议借名买房的双方应该审慎考虑，避免风险。

(一) 在房价上涨的诱惑下，名义买房人如果反悔，想将房屋据为己有，无论借名买房合同是否有效，实际买房人如不能证明双方之间存在借名买房的关系和支付购房款的事实，那么实际出资人想要取得房屋产权或收回购房款将会非常困难，甚至钱房两空；在借名买房合同无效的情况下，即使实际买房人能够证明双方之间存在借名买房的关系和支付购房款的事实，实际买房人也无法取得产权，只能要求返还购房款，而不能获得房价上

涨带来的收益。

(二) 如果名义买房人对外存在债务不能清偿，债权人可以要求法院查封并拍卖该房屋，这将直接导致实际买房人的利益受损，尽管在房屋被拍卖用以清偿债务后，实际买房人有权向名义买房人追偿，但是名义买房人大多已经没有偿还债务的能力，实际买房人很难实行追偿目的。

(三) 如果名义买房人意外死亡，对借名买房事实不知情的名义买房人的继承人可能会因为继承关系而要求继承该房屋，因为借名买房合同的一方已经死亡，借名买房合同的真实性将难以证明，该房屋就会作为被名义买房人的继承人继承。

(四) 如果借名买房行为发生在名义买房人结婚后，如果名义买房人产生离婚纠纷，该房屋可能被名义买房人的配偶要求作为夫妻共同财产来分割。

(五) 如果名义买房人恶意处分房屋，可以不经实际买房人同意，而将房屋卖掉。因对外公示的物权是属于名义买房人的，即使借名买房合同有效，也不能对抗第三人，善意的受让人将取得合法产权。实践中，虽然实际买房人通过控制房产证、房地产买卖合同、付款手续等原始材料的方法来减少风险，但是不能绝对避免。名义买房人如果恶意处分房屋的话，完全可以通过挂失等方法，使实际买房人持有的原始材料失效，从而达到恶意处分房屋的目的。

(六) 对于名义买房人来说，如果实际买房人不及时还贷，名义买房人就会承担还贷责任，而且还会形成不良信用记录，对其今后买房、办理银行贷款和信用卡、办理出国签证等都有影响。

笔者认为，借名买房的双方大多都是亲朋好友关系，通常不签订书面合同，这也给以后产生纠纷留下隐患，最终让双方间的亲情和友情关系不复存在，实在不值得。因此，双方要认真对待借名买房的风险，签订借名买房合同，保留付款证据，减少风险的发生。





言法解惑

# 论我国《公司法》 资本充实责任及其不足

文 广东财富东方律师事务所 周禹红律师

在资本充实责任上我国《公司法》修改后已经规定了股份有限公司发起人的缴纳担保责任和差额填补责任，有限责任公司设立时股东的差额填补责任，但是我国公司法关于资本充实责任的规定还不能完全满足遏制公司设立人瑕疵出资，维护公司资本充实的要求。本文从股东货币出资与非货币的出资的视角出发，分析了公司设立人对公司及债权人的出资损害赔偿责任，以及有限责任公司设立人股东的缴纳担保责任，以求完善我国资本充实责任制度。

## 一、资本与资本充实责任

“资本”本是经济学上的术语，依照马克思主义政治经济学“资本”是一种能够带来剩余价值的价值。在拉丁语词源中“资本”意指“牛或其他家畜”，其中含有两重含义：一指家畜本身的物质价值存在，二是家畜所能生产出的价值，即法律上的孳息，如牛奶，小牛犊等。由此衍生出经济学上的“一国中能够引发剩余价值的生产，提高生产力的把部分资产”。同样，公司资本是指公司进行生产发展而为股东谋取剩余价值的资产。公司资本服务于享有公司股权的股东，也来源于股东。只是现代公司已发展成为独立的法人，在法律上独立的公司资本是公司享有独立法人地位的基础。作为公司日常经营发展基础的资本同时也是公司对外交易他人最直观的认知标准以及最基本的信誉担保。充实的公司注册资本是股东承担有限责任的理论和现实法律基础，是法益平衡的结果。也正因为如此，股东对公司的足额出资也就在现实和法律意义上显得尤为重要。我国《公司法》上规定公司形式为有限责任公司和股份有限公司这两种，两种公司形式的具体制度多有不同。在公司资本制度上也有其相

异之处，本文意在分析我国公司股东出资瑕疵下的资本充实责任，以及资本充实责任在股份有限公司和有限责任公司中的差异及其立法旨趣。

“资本充实责任”是指为贯彻资本充实原则，由公司设立者共同承担的相互担保出资义务履行的民事责任。在此有学者将责任主体简单的归为公司的发起人，笔者认为有所不妥。虽然在有限责任公司设立时的股东一定意义上也可以称为“发起人”，他们也属于公司的发起者。但是我国《公司法》上对于公司“发起人”这一概念的使用只在股份有限公司中，在有限责任公司股东中并无发起人这样一称谓，单以公司发起人来概括资本充实责任的主体似乎有所不全。因此笔者支持将资本充实责任的主体称为公司的设立人，既包括股份有限公司的发起人也包括有限责任公司设立时的股东。资本充实责任是瑕疵出资以外的公司在设立阶段的股东（即公司设立人或设立人股东）因为其中一个或几个公司设立者瑕疵出资而由全体设立人股东共同就出资未履行部分承担连带责任。资本充实责任的主体主要是指瑕疵出资以外的发起人的连带责任，但是既然是连带责任，笔者认为瑕疵出资的设立人股东也属于责任主体内，因此资本充实责任的主体可以成为整体的公司设立人。

## 二、我国公司法上的资本充实责任

资本充实责任设立的目的在于促使公司设立人之间相互监督，保证各设立人完成出资，确保公司实收资本与公司章程所定资本相一致。当公司的设立人存在出资瑕疵时，其他设立人就必须与该股东一同承当连带履行出资责

任。资本充实责任是一种法定责任、无过错责任、连带责任。学理上资本充实责任的具体形态依据瑕疵出资行为的具体内容可做多种区分。而出资瑕疵的内容又存在多种形态，就此学者已作了充分的论述。本文中笔者主要从股东的货币出资与非货币出资的视角对各种瑕疵出资行为进行阐述广义的出资瑕疵可以包括股份有限公司发起人在公司设立阶段违反发起人协议不认购股份的行为。货币出资中股东的瑕疵履行行为主要有：不出资或不完全出资、抽逃出资。在非货币出资中则主要是不交付非货币财产和出资不实（此处主要指交付物的评估价格高于本身价值，也包括出资物上有权利瑕疵等致使实际价值低于评估价值的情形）。

上述股东瑕疵出资形态具体对应的资本充实责任的形态就是：股份认购担保责任、缴纳担保责任、差额填补责任。除此之外还有学者提出了出资损害赔偿赔偿责任即由于发起人瑕疵出资而给公司和第三人带来的损害赔偿赔偿责任。股份认购担保责任即在出现股份有限公司发起人在公司设立阶段违反发起人协议不认购股份的行为时其他发起人对其未认购部分而承担的认购责任，因我国《公司法》采法定资本制公司必须在股东完全认购注册资本后才能成立所以实体法上并无此责任。缴纳担保责任则对应前文的股东货币出资中存在的不出资或不完全出资、抽逃出资行为。另外非货币出资中的股东完全不交付出资财产也可归入此类。差额填补责任源于股东非货币出资中出资不实行为。

学者们对资本充实责任的充分探讨，在我国《公司法》的修订上也有所反映。相比1999年《公司法》，2006年新修订实施的《公司法》增加了股份有限公司发起人的资本充实责任。现行《公司法》规定了有限责任公司设立时的股东在出现作为设立公司出资的非货币出资财产的实际价额显著低于公司章程所定价额时应承担连带责任即差额填补责任。同样，股份有限公司的发起人对其他发起人的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额时也应承担差额填补责任。此外还规定了股份有限责任公司的发起人因出现发起人未缴足出资时承担缴纳担保责任。

### 三、我国《公司法》中资本充实责任规定的不足

虽然公司法已分别对有限责任公司和股份有

限公司的设立人股东的资本充实责任作了较为明确的规定，但是仔细分析我国《公司法》上的资本充实责任的规定，不能说其不存在问题。笔者认为至少存在以下两方面的问题。

#### （一）我国《公司法》中资本充实责任中缺少出资损害赔偿赔偿责任

股东出资瑕疵而导致公司和第三人的损害赔偿赔偿责任，尤其是对于公司债权人的损害赔偿赔偿责任。有学者认为如果因为股东的出资瑕疵给公司造成损害的，公司的设立人就应当对公司的损害承担代偿责任。出资损害赔偿赔偿责任应该是资本充实责任应有之内容“出资损害赔偿赔偿责任同样是基于公司法上资本充实原则而实行的无过错责任，实际上是一种代为赔偿的责任，在发起人对由于出资违约人的出资违约行为而导致的公司损害进行赔偿后，同样拥有向出资违约人求偿的权利。”

资本充实责任本是一种特殊的法定民事责任，意在保证公司的应有资本不应股东的瑕疵出资行为而受有损失。有损害当然就要赋予其救济，而在公司资本充足中因为涉及公司之外的第三人即债权人的利益亦可称为不特定的第三人利益，所以及时有效的补足公司的应有资本就不应同于一般的损害赔偿，依照我国公司的规定公司还应承担适当的社会作用，公司资本的即时不足就不仅仅是内部管理的问题。

出资损害赔偿赔偿责任包含对公司的损害赔偿赔偿责任或许多数人还不存疑问，除此之外出资损害赔偿赔偿责任是否还应包含对公司债权人的损害赔偿赔偿责任？公司债权人可否向公司设立人主张出资损害赔偿赔偿责任？学理上多依据对债的相对性的突破来寻求债权人主张损害赔偿赔偿责任的基础，即第三人侵害债权理论以及债的保全之代位权制度。但以此理论为基础是否合理？笔者认为我国法律一向遵从债的相对性，对于债权相对性制度的突破只有在及其特定的情况并有法律明确规定的情形下方可使用，如债权的保全中之代位权制度。在没有法律明文规定的情况下在此不宜随意将第三人侵害债权作为依据列出。若以我国民法明确规定的代位权制度为依据。前文已述已经成立的公司可以向公司设立人主张资本充实的法定之债，因此作为公司的债权人在符合法定条件的情况下可以向公司设立人股东主张债权，于是从逻辑上就可以确立债权人出资损害赔偿赔偿责任。但是代位权的主张的一个重要前提要件是债务人怠于主张

其债权的行为已经危及了债权人的到期债权。因此笔者认为只有在公司的资产不足以清偿全部债务的时候债权人方可向公司设立股东主张资本充实责任,但往往公司这时已进入破产清算阶段,此时债权人的主张得受破产制度的约束。

(二)《公司法》未规定有限责任公司设立人就设立人股东的货币出资中存在瑕疵而承担缴纳担保责任

在非货币出资中,无论股份有限公司或是有限责任公司,若股东出资之实物价值不足评估价值的则其他设立人股东都要承担差额补足责任。股东以货币出资时《公司法》规定股份有限公司发起人股东出资不足的其他发起人应承担连带责任,但是在有限责任公司中却没有规定公司设立时股东货币出资瑕疵的其他股东要承担连带责任。

有限责任公司的股东也会存在货币出资瑕疵的情形,同样会损害公司资本的充足,也损害潜在的债权人的利益,不利于公司的稳定有序发展。因此有限责任公司中的资本也需以特殊的民事责任制度来规制,这在股东的非货币出资中已得到证明,《公司法》单单未规定有限责任公司股东在货币出资时其他设立人股东的缴纳担保责任当属有所缺陷。

学者认为虽然公司法未明确规定但公司的设立人承担缴纳担保责任应包括有限责任公司和股份有限公司,“学理上认为股份有限公司的这一规定也应适用于有限责任公司设立时的股东。”笔者认为股份有限公司的发起人的缴纳担保责任规定在公司法的第四章,属分则部分的内容而且规定在有限责任公司资本充实责

任之后,因此不能当然适用,须有公司法明确指之。

“股份有限公司的设立程序远比有限责任公司复杂,其涉及和影响面也比有限责任公司大,因此,股份有限公司特别是募集设立的股份有限公司的发起人本应承担比有限责任公司的设立股东更重的设立责任,包括出资责任。”或许有人会认为基于有限责任公司的“人合性”,有限责任公司设立人之间可以有限相互监督货币出资,因此《公司法》不对有限责任公司设立人的出资担保责任作规定。

诚然股份有限公司基于其设立的复杂性,公司法会对其发起人责任做较为严格的规定。但此处的作为公司存在基础的充实资本是不论股份有限公司还是有限责任公司都必须的,两类公司的设立人都应就公司的资本充实承担严格责任。在缴纳担保这一基本责任上公司的设立人都是应该有相同的义务的。

有限责任公司的“人合性”强于其“资合性”,而股份有限公司则是“资合”公司,有限责任公司的股东之间能比股份有限公司的股东之间更好的相互监督。但是我们应注意的是,此处的相互监督主体在股份有限公司中并不是全体股东,而仅仅是公司的发起人,股份有限公司的发起人之间的“资合性”并不如所有股份有限公司之间那样浓重,即股份有限公司的发起人之间与有限责任公司的设立人之间同样是具有一定的契约基础的,同样是在对各自信誉的相互认同的。因此笔者认为在公司设立人缴纳担保责任上公司法应做统一规定,应明确规定有限责任公司设立人货币出资瑕疵时的缴纳担保责任。



# 论律师事务所的“资本性”

文 广东三环汇华律师事务所 吴秀荣律师

## “资本性”也是现代律师事务所的基本特征

律师事务所“资本性”类似于一般商业主体的“资本性”，具体而言，是指律师事务所合伙人像一般商业主体投资人那样对拟设立的律师事务所投入资金或留存相当数量的纯利润给律师事务所作为发展资金，并利用资金进行执业经理招聘、执业律师聘任、市场规划和规模扩张等商业行为。

理论界和实务界绝大多数人认为律师事务所的基本特征是“人合性”而非“资本性”。到底是“人合性”还是“资本性”？要回答这个问题，必须要结合所处的客观经济环境和律师行业竞争态势来分析。我们可以通过表一来描述律师事务所的这两个特征以及决定这两个特征的主要因素：

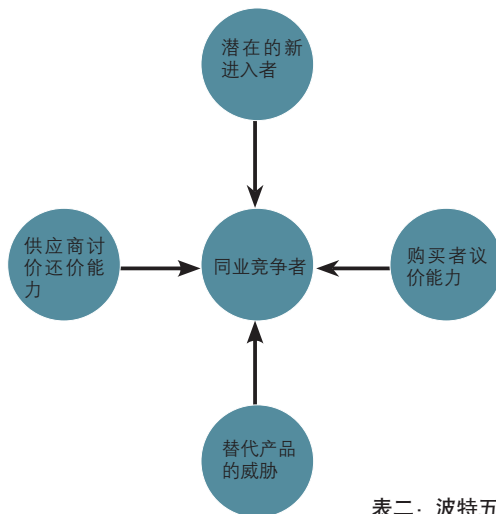


根据表一，律师行业竞争强度决定了律师事务所的基本性质。竞争强度低时，“人合”占绝对优势，表现出来的是“人合性”。此时，律师无须担心业务。只要有律师，律师事务所就可以生存、发展。我国80年代和90年代初期（特别是94年改制前），律师数量少，供不应求，律师行业基本没有竞争。此时的律师事务所基本上是国有所，经济并不成熟，国家对律师事务所的投入也主要是用于人员工资和办公费用。因此，资本在律师事务所经营过程中所能发挥的作用微乎其微。1994年到2003年期间，律师事务所逐步从原来的国有改制为私人性质的合伙制或合作制，像一般的市场主体一样参与市场竞争。但是，这期间的律师事务所相对市场需求而言，仍然处于供不应求状态。因此，律师事务所表现为“人合”为主，“资本”为辅的特点。这时候的律师事务所大都设在在政法系统大门边，或设在其主管单位的办公场地内，在写字楼办公的，屈指可数。律师事务

所设立的资金也主要是用于支付装修费用，场地租金，聘请前台、财务和购买简单的办公设备。在此阶段，律师事务所需要的运营资金并不多。一般而言，几十万就足以支持一家律师事务所的运作。直到2011年，全国相当一部分律师事务所依然属于这种类型。2004年左右，律师业务已开始饱和，很多省市的律师感觉到了竞争的压力，少部分开始执业的律师甚至揭不开锅。在这个时期，中国加入了WTO，社会主义市场经济快速发展，平等地保护市场主体自由竞争的观念也逐渐为人们所接受。开设一家有一定规模、一定专业分工的律师事务所已经需要相当的资金，少则数百万，多则数千万，“资本性”在这些具有现代气息的律师事务所身上也日益突显出来。可以这样说，“人资两合性”律师事务所的出现是律师行业走向现代化的一个非常重要的标志。这时期比较有代表性的律师事务所是北京金杜律师事务所等。

## 波特“五力模型”与律师事务所“资本性”

世界著名的管理学学者、美国哈佛大学商学院教授迈克·波特在80年代初提出的“五力”模型（表二）以



表二：波特五力模型

行业内的五种力量	一般战略类型		
	成本领先战略	差异化战略	集中战略
进入障碍	具备杀价能力以阻止潜在竞争对手参与竞争	培育顾客忠诚度以挫伤潜在进入者的信心	建立核心能力，以阻止潜在竞争对手的进入
买方议价能力	具备向大买家开出更低价格的能力	买方选择空间小，削弱买方的谈判能力	买家因为没有选择而丧失谈判能力
供方议价能力	低价格可抑制卖家侃价能力	可将供方的涨价转嫁给顾客方	可将供方的涨价转嫁给顾客方
替代产品的威胁	利用低价抵御替代产品的进入和威胁	顾客习惯于一些独特的产品或服务，可降低替代产品威胁	可以凭借特殊的产品和核心能力防止替代产品的威胁
行业内的竞争对手	利用低价赢得竞争优势	可凭借顾客品牌忠诚度让顾客不会选择竞争对手	可使竞争对手无法满足集中差异化顾客的需求

表三：波特五力模型与一般战略的关系

及相应的战略选择（表三）对企业的战略制定在全球产生了深刻的影响，是现代竞争战略的理论奠基人。在今天看来，该理论虽然有其不足之处，但其对企业的竞争战略的制定仍然具有压倒性的作用。

虽然波特模型更多地适合于有形产品，但笔者认为，对法律服务该理论同样具有重大的指导意义。律师行业最大的竞争来自律师行业内部以及潜在的每年数万通过司法考试的潜在从业人员。面对这些竞争或威胁，成本领先战略主张以低价格占领市场；差异化战略讲求用品牌来吸引忠诚客户；集中战略倡导集中力量开发和服务特定的目标客户群。对于律师行业，成本领先战略在中国还有一定的市场，但倍受批评。有人建议对设在法院大门口边上的律师事务所进行一定的限制，因为他们被认为有些类似于小商小贩，影响了律师崇高的社会形象。对于后两种战略，特别是差异化战略中涉及的品牌战略，对律师提供的服务质量以及律师本身的素质要求都比较高。打造品牌需要时日和大量的资金。因此，若要在激烈的市场竞争中获得品牌优势或集中力量服务一定的群体，需要聘请高素质的律师、管理人员和做相当的广告宣传。资金是品牌经营成功的决定性因素之一。“资本性”不可避免地成了现代律师事务所成长的基石。

提成制和卡位出租制在一定的时期确实是适合生产力发展需求的一种利益分配模式，曾为律师业的发展做出了积极的贡献，也是律师原始资金积累的一个过程。然而随着竞争的加剧，单打独斗式的律师个人

参与市场竞争已经失去了生命力。提成制和卡位出租制因没有体现“资本性”特点正在逐渐被市场淘汰。市场呼唤着以资本为支撑的律师团队合作时代的到来，已经完成原始资本积累的律师应当勇敢地担负起这一重任。

## 忽视“资本性”导致的不良后果

近年来，理论界已经开始有人注意并提出律师事务所“资本性”这一特征，这是一种明显的进步。即使如此，实务界对“资本性”的认识还是远远不够、不全面和不准确的。广东法则明律师事务所丛伟华在《浅谈律师事务所经营模式的转型》中指出：“资本是经营的要素，了解律所的经营，首先应当了解律所的资本”。同时，该文章还将“律师事务所的资本分为三大种类，即：人力资本；无形资产；财务资本。由于律所的产品是法律服务行为，人力资本是律所的核心资本。”。这里，丛伟华律师提出了律师事务所“资本”概念，是一种突破，但他强调的是“人力资本”，并认为其是“核心资本”。安徽宏大律师事务所蒋祥爱认为，“股份制律师事务所是人合与资本的统—，需要一定的资本才能正常运营。但相比较而言，执业律师的素质、专业、履历、学位等因素，是律师事务所赖以生存并进行活动的重要基础。因此，律师事务所的人合性是律师事务所的基本属性。”蒋祥爱律师虽然提到了资本，但其最重视的依然是律师事务所的“人合性”，而没有把“资本性”放到应有的位置。

笔者认为，在律师行业已经进入充分的市场竞争阶段这样的客观外部环境下，对“资本性”认识不足已经产生了如下不良的管理实践：

### 1. 纯提成制或卡位出租制分配模式的泛滥

《律师法》规定律师事务所的最低注册资金为10万。很多人误以为10万就可以开设乃至运营一家律师事务所。在组建的时候，绝大多数合伙人也仅仅看重合作伙伴的人品、业务能力、创收等个人因素，认为只要个人素质高，集资10万或数十万就能成功开设一家律师事务所。诚然，从法律意义上讲，十万或者几十万确实能开设一家律师事务所，领取律师事务所执业证也没有问题。但事实上，在租赁办公场地、聘请前台、购买办公设备等一系列前期支出后，几十万的启动资金已所剩无几，合伙人哪里还有资金来聘请专职律师、专职管理人员、市场开发人员？哪里有钱来制定及实现1-5年的中长期规划？这样的小资本投入很难在今天这样的经济环境下赢得市场竞争优势。“吃干分尽的提成

制，不可能实现资源的整合和优化配置，更谈不上资源共享。”资本不足直接导致的结果就是合伙人主动或被动地选择了成本领先战略：提成制或卡位出租制。我们可以把这两种类型的律师事务所比作农贸市场，律师个人比作农贸市场里的档口。农贸市场一般不会有统一的品牌规划、市场营销，每个档口自己决定卖什么产品：有的卖白菜、有的卖豆腐、有的卖猪肉、有的卖干货、有的卖水果。在提成制和卡位出租制律师事务所，每个执业律师一般是自己决定做什么业务：有的做婚姻家庭案件，有的做刑事案件，有的做知识产权案件；有的干脆什么案件都做，只要有人给律师费，上门客户照单全收。律师事务所不会也不愿意做统一的市场营销。当然，合伙人没有固定工资给律师，律师只有在个人给律师所创造了收入后才能按照销售收入提取一定的比例作为劳动报酬，一般是70%-89%。在提成制模式下，律师，包括合伙人都是以个人名义自主开拓业务，提成后留给所里的利润已经很低或者基本没有，同时合伙人的出资也少得可怜。合伙人一般不愿意参加律师事务所的管理。广东胜伦律师事务所肖胜方律师所称的律师事务所主任“有名无实无权管”、“动力不足不愿管”、“责任不实无须管”、“缺乏经验不懂管”、“底气不足不敢管”、“自由职业不好管”就是提成制律师事务所弊端的集中写照。在提成制模式下，合伙人几乎不留利润给律师所，即使合伙人个人收入很高，但律师事务所可支配的资本是在太少。

卡位出租制和提成制类似。不同的是，除了提成外，律师事务所还要求受聘律师向律师所租赁卡位。受聘律师个人业务好则罢，若没有业务，每年

还要向律师事务所交1-10万不等的卡位费！工作一年，不但没有工资收入，反倒欠了一屁股的债。这也算是律师行业独有的特点。

从表四可以看出，纯提成制律师事务所作为一个市场主体，居然没有一个最高的类似市场、人事、行政、销售、质量控制等决策和管理层。这是一种病态的组织架构。

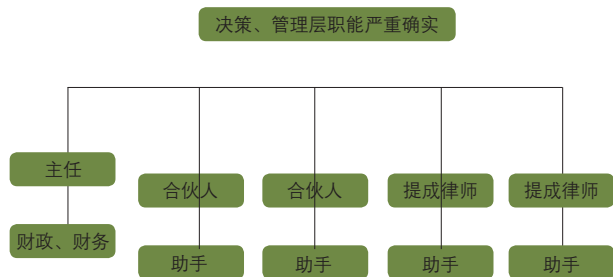
## 2. 阻挠律师行业“专业化”、“国际化”的绊脚石

这几年“专业化”、“国际化”已经讨论了很多，很多人对律师事务所发展确实提出了一些宝贵建议，但在实践中很少律师事务所真正采纳了。资金一直是制约中国律师事务所“专业化”、“国际化”的主要原因之一。合伙人投入资金不足或提成后留存利润不足，致使律师事务所无法聘请高水平的专职管理人员和专业律师。或许有人会说提成制不需要很多资金，只要吸引到某些领域的专才或海外留学人员到律师所做合伙人或提成律师就可以“专业化”、“国际化”。事实上，有相当一部分律师事务所也是这么做的。不可否认，这种方法确实可以在一定程度上“专业化”、“国际化”，但实践证明通过这种方法得到的“专业化”、“国际化”只能是“虚胖”，不可能铸就高效和高质量的企业文化和强有力的凝聚力。换言之，这种方法根本不可能把律师事务所真正做强，进而参与国际竞争。

北京燕园律师事务所刘辉主张“律所在资金上要敢投入、快投入、会投入、能投入，律所要想健康发展、有序经营，没有资金或舍不得投入资金是不行的。比如，律所人才培养、业务拓展、关系维护、经验推广、品牌经营和营销管理等，资金就是动力，资金就是实力，资金就是保障。所以，律所合伙人和管委会成员必须用好钱、用对钱，让钱生钱，让利滚利”，笔者认为此种主张为在激烈的市场竞争环境中建设一家真正强大的律师事务所提出了正确的管理理念。

## 结语

管理是一门动态的科学，律师事务所的管理也应当遵循此亘古不变的法则。昨天律师事务所的基本特征是“人合性”，今天“资本性”越加显得重要，我们很难清晰地预测律师事务所明天会走向何方，但只要我们重视律师事务所的管理并报以包容的心态，则我国的律师业定能更加“专业化”、“国际化”。



表四：提成制与卡位出租制组织架构图



## 清算中公司被告的确定

文 广东华商律师事务所律师 刘泽华律师

司法实践中，债权人诉请处于清算过程中的公司履行债务的，是列公司还是清算组作为被告，各地、各级法院之间并不一致，其根本原因在于学理分歧而导致不同法律规定之间的矛盾和冲突，故有必要对此问题加以探讨和明确。

先看一案例：甲公司诉请乙公司偿还欠款20万元。法院受理后，乙公司董事长向法院提交了若干证据以证明该公司现正处于清算过程中，并主张甲公司应向乙公司清算组申报债权以获取清偿，而不能将乙公司作为被告，请求法院据此裁定驳回原告的起诉。

对本案情形，有如下争议：有意见认为，根据最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见（试行）》（简称《民通意见》）第60条第2款的规定，对于涉及终止的企业法人债权、债务的民事诉讼，清算组织可以用自己的名义参加诉讼，故本案应以乙公司清算组为被告，原告的起诉不符合法定条件。也有意见认为，依《公司法》第185条第7项规定，清算组在清算期间代表公司参与民事诉讼活动，既然是代表公司参与民事诉讼活动，显然意味着清算组的起诉或应诉只能以公司的名义进行，即应诉时的主体是公司而非清算组，故本案原告起诉乙公司并无不妥。

如何评析上述两种截然相反的观点，并在司法实践活动中准确确定公司清算过程中被告的身份，首先必须厘清公司解散、清算与终止的关系，再在此基础上明确界定清算中公司的法律属性和清算组的法律地位。

### 公司解散、清算与终止的关系

公司解散，通说是指引起公司法人人格消灭的法律事实；而公司终止则是指公司法人资格的消灭。

公司解散并不意味着公司终止或公司法人人格消灭的根本原因在于公司的本质属性。关于公司的性质，理论上存在着不同的学说。其中，具有代表性的学说有法人说和契约关系说。法人说的基本论调是，公司完全是法律的产物，相应地，公司的设立和运作均需要依照法律的规定进行；而契约关系说则认为，公司完全由当事人之间的一系列协议所构成，当事人有权对诸如公司治理等问题进行自主安排。但是，无论是法人说还是契约关系说，至少足以说明公司解散本身并不意味着公司的终止。依法人说，公司完全是法律的产物，公司解散若此时公司径行消灭，则已与公司成立法律关系之人，将会不当地丧失权利或免除其义务，因此，在公司清算完毕以前，应使公司继续存在，即公司解散仅为公司权利能力丧失之原因，而非径使其权利能力消灭。而根据契约关系说，公司完全由当事人（雇员、管理者、股东、债权人）之间的一系列协议所构成，这就说明，如果解散事实一旦发生，公司人格立即归于消灭，则对于公司内部或外部的利害关系人都会发生不利的影响。

因此，现代各国法律均规定，除公司因合并、分立解散外，公司因其他原因解散的，基于解散事由出现后对公司业已形成的债权、债务关系予以了结的需要，法律上要求出现解散事由的

公司不经依法清算完毕，其法人资格不得径行终止，法人资格视为依然存续。

然而，在我国法律上，一方面，解散与终止的概念含混不清。《民法通则》第45条规定：“企业法人由于下列原因之一终止：（一）依法被撤销；（二）解散；（三）依法宣告破产；（四）其他原因。”《公司法》第181条规定：“公司因下列原因解散：（四）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；”可见，在《民法通则》中，将依法被撤销和解散共同作为企业法人终止的原因，而在《公司法》中却将被撤销作为公司解散的原因。另一方面，关于解散、清算、终止三者关系的规定颇为混乱。如依据《民法通则》和《民通意见》的规定，企业法人解散或被撤销后应组织清算组进行清算，企业法人终止，应当向登记机关办理注销登记。根据以上规定可以得出结论，当企业法人终止原因出现时，应当进行清算，清算完毕后办理注销登记。这一程序显然是符合法人的本质属性的。但是，《民法通则》第40条又规定：“法人终止，应当依法进行清算，停止清算范围外的活动。”《民通意见》第59条规定：“企业法人解散或被撤销的，应当由其主管机关组织清算小组进行清算。”《企业法人登记管理条例》第33条还规定：“企业法人被吊销《企业法人营业执照》，登记机关应当收缴其公章，并将注销登记情况告知其开户银行，其债权债务由主管部门或者清算组织负责清理。”这些规定说明，企业法人先终止然后再进行清算。可见，《民法通则》及相关法律、法规，对企业法人出现终止事由后是先终止后清算还是先清算再终止的规定，是存有矛盾的。而正是上述法律上的混乱，很大程度上导致了司法审判实践中的不一致。

当然，新《公司法》对公司解散、清算、终止三者的关系作出了合理的规定：公司除因合并、分立而解散外，因其他事由解散的，应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始清算；逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算；公司清算结束后，清算组应当制作清算报告，报股东会、股东大会或者人民法院确认，并报送公司登记机关，申请注销公司登记，公告公司终止。

而在《民法通则》与《公司法》对于公司解

散、清算、终止存有不同规定的现实背景下，法官选择适用法律时应该遵守“新法优于旧法”以及“特别法优于普通法”的法律适用原则。《公司法》相对于《民法通则》而言，既是新法，亦是特别法，故法官应选择适用《公司法》而非《民法通则》中关于公司解散、清算、终止的规定。

简言之，公司解散后，尚需经历清算程序的梳理，以使清算人可以就公司的对内对外关系加以处理，直至清算完毕并办理注销登记，公司才告终止。

### 清算中公司的法律属性

依前所述，公司解散后，还待清算组清算完毕并办理注销登记，公司才告终止。而公司解散后直至清算终结并办理注销登记这一期间，俗称之为清算中公司。此时，公司虽仍然维持着法人地位，但其存在目的与以往公司的存在目的有着本质区别，其权利能力限定在清算目的范围内，与一般意义上的公司法人毕竟不同。这种差异性导致了对公司在清算期间的法律属性的不同认识。我国现今对清算中公司法律属性的认识，主要有两种学说：拟制存续说和同一人格兼拟制说。

拟制存续说。认为说，公司因解散而消灭了法律人格，只是为了清算目的，法律在清算范围内使法人享有拟制人格，在清算期间，视为法人继续存在。同一人格说要旨在于，公司在解散事由出现后直至办理注销登记期间内，公司的法律地位不变，仍具有法律人格，只不过是权利范围缩小而已。清算期间，公司不再享有从事生产经营活动的能力，但在清算目的范围内，与解散前的法人一样享有权利能力。

同一人格兼拟制说。具体内容为，清算公司与解散前的公司属于同一人格，但在股东不足法定人数而解散时，应解释为法律拟制其存在，具有清算目的范围内的权利能力。这种学说综合了同一人格说和拟制说，概括了由于不同的解散事由而导致公司清算的不同情形。

笔者认为，清算中的公司，其存在的目的只是为了便于清算，相应地，其权利能力和行为能力只存在于清算范围内，而不得从事非以清算为目的的其他法律行为，但是其法人资格依然存续，即与解散事由出现前的公司系同一人格，其仍应以自己的名义享受权利、履行义务、承担责

任以及参加诉讼活动。根据《公司法》第187条第3款和第189条的规定，是不难得出这一结论的。此外，最高人民法院（2000）24号批复也明确指出现有公司与清算公司是同一法律主体。该批复规定：企业法人被吊销营业执照后，应当依法进行清算，清算程序结束并办理工商注销登记后，该企业法人才归于消灭。因此，企业法人被吊销营业执照后至被注销登记前，该企业法人仍应视为存续，可以以自己的名义进行诉讼活动。

### 清算组的法律地位

清算组或清算人是指法人解散事由出现后在清算过程中具体负责清算事务的机关或者人员。对于清算组的法律地位，理论界同样是莫衷一是。一种观点认为，清算组的法律地位应是清算中法人的代表及执行机关，对内执行清算事务，对外代表法人了结债权债务，在清算目的范围内，与解散前法人的机关（董事会）具有同等的法律地位。只不过清算组的任务是清理法人的债权债务，而解散前公司机关的任务是管理法人事务、从事经营活动，二者虽然在行为内容上不同，但其身份是相同的。所以法人出现解散事由后依法成立的清算组在诉讼中应作为清算中法人的机关（相当于法定代表人）代表法人进行诉讼，在承担责任上，应是判决清算中法人承担责任。第二种观点认为，清算组织是法律专为法人的清算目的而设立的清算法人，是独立于原法人的，其享有的是对原法人的债权债务进行清算的权利能力和行为能力，故在诉讼中清算组应作为诉讼主体参加诉讼，但又仅以原法人的财产为限承担民事责任。

上述第二种观点与现行《公司法》的规定完全相悖。根据《公司法》第185条的规定即“清算组在清算期间行使下列职权：（七）代表公司参与民事诉讼活动”，显然，在清算期间，清算组可以而且应当以清算公司的名义实施民事活动及参加民事诉讼。至于该种观点的形成，有学者认为，很大程度上是我国计划经济的产物，企业解散时，多由主管机关组织清算组织对解散法人进行清算，该清算组织具有浓厚的行政管理色彩。在涉及解散法人的民事诉讼中，一方面将清算组

组织作为诉讼主体，另一方面，又判决其以原法人的财产为限承担民事责任，这既与合同相对性原则不一致，又不能自圆其说。

按照基本的公司法理，公司是依照公司法律设立的企业法人，而法人不过是拟人化的组织而已，所以其从事各种活动时必须依赖于公司机关。当然在公司的不同阶段，会存在异样的机关。在公司清算阶段，虽然股东会或股东大会依然存在，即它仍然是公司的权力机关，但因此时公司不得开展与清算无关的经营活动，所以它只能行使与清算有关的职权。而董事会与经理一样，因公司不再开展与清算无关的经营活动，其对公司经营管理负责的职权也就不再行使。故随着清算中公司的清算事务取代了经营事务，对清算的决定取代了对经营的决策，清算组也就取代了董事会在清算中公司里的地位。此时，清算组即代表公司享有权利、承担义务、参加诉讼，但毫无疑问须以公司的名义进行，这是因为，基于公司在清算期间其民事主体资格依然存续的基本观点，其在性质上是清算中公司的机关而非原公司的延续。所以，《公司法》第185条规定：“清算组在清算期间代表公司参与民事诉讼活动。”

而在不同法律对清算组的法律地位存有不同规定时，法官应如何选择适用呢？最高人民法院《民通意见》和《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》，两者的颁行时间都早于《公司法》，根据“新法优于旧法”的基本法理，在对清算组的法律地位无疑应适用新法即《公司法》中的规定。再从法律的效力层次上来看，《公司法》这一全国人大常委会通过的法律，相比较最高院的司法解释而言，具有更高的法律效力，是故《公司法》中对清算组法律地位的规定亦应得到优先适用。

综上，公司解散的，应依法成立清算组织进行清算，待清算完毕并办理注销登记后，公司方告终止。清算组只是执行公司清算事务，而不是脱离公司并与之对立的主体。在涉及解散的公司的有关民商事纠纷中，清算中的公司仍应以自己的名义参加诉讼活动，而清算组仅能作为清算中的公司的机关由其具体负责人代表公司参与诉讼活动。



# 如何面对跨国产品侵权之诉

文 广东君言律师事务所 高文杰律师

某一跨国产品责任侵权之诉案的大致情况是：一家在中国深圳成立的电器制造公司生产了某电器产品，通过其在中国香港成立的关联公司销售给美国某销售商，该美国销售商在美国销售该电器产品给消费者。后一美国家庭据称因使用该电器而引起火灾，酿成3人死亡，多人受伤，房屋毁损的惨剧。该美国受害人及其近亲属遂向美国法院对上述的美国销售商、深圳的制造商及其香港的关联公司一并提起产品责任侵权赔偿诉讼。美国法院同意受理了原告的起诉请求（“本案”）。

对于本案，作为被告之一的中国当事人起码有以下关键点需要面对、考虑：

1.若美国受害人作为原告基于相同的事实、理由同时在中国提起侵权之诉，中国法院是否有权管辖；

2.若中国法院受理，应适用何国法律审理，能否适用美国法律审理；

3.在本案中，若被告人之一的深圳制造商不应诉答辩，美国法院作出缺席判决后，该域外判决在中国能否获得承认和执行。

## 第一，管辖问题

### 1.平行诉讼

本案中，美国受害人已经在美国提起诉讼，并且已经获得美国法院的受理，在此情况下，其若基于相同的事实和理由在中国向中国法院同时提起类似的诉讼，我国法院能否受理？这在学理上被定义为“平行诉讼”，在实践中也时有发生。

我国最高人民法院印发《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》的通知（1992）（法发[1992]22号）（“民诉意见”）第306条明确规定，中华人民共和国人民法院和外国法院都有管辖权的案件，一方当事人向外国法院

起诉，而另一方当事人向中华人民共和国人民法院起诉的，人民法院可予受理。可见，我国法律是明确认可平行诉讼的。同时，我国的一些地方法院对于平行诉讼的问题也采取了积极的态度，比如《广东省高级人民法院关于印发〈关于涉外商事审判若干问题的指导意见〉的通知》（2004）（“指导意见”）第10条规定，当事人就同一争议在域外法院起诉后，又向域内法院起诉的，人民法院可以受理。实践中，我国的一些地方法院就曾经对平行诉讼的案件进行受理并作出判决，比如北京高级人民法院审理的“中芯国际集成电路制造有限公司等诉台湾积体电路制造股份有限公司不正当竞争、商业诋毁纠纷一案”（（2006）高民初字第1575号）。

同时，根据我国《民事诉讼法》（2007修订）和民诉意见的相关规定，对于产品缺陷引起的侵权诉讼，原告可以选择产品制造地、产品销售地、侵权行为地（包括侵权行为实施地、侵权结果发生地）和被告住所地的人民法院作为管辖法院。

因此，若美国受害人在美国已经提起侵权之诉后，在中国深圳对中国的制造商又基于同样的事实和理由提起侵权之诉的，深圳法院是拥有管辖权的。

### 2.不方便法院原则

但是，因为具有涉外因素的争议所涉及的事实、法律、程序比较复杂，当事人又往往不在同一个国家，若法院认为其受理、审理该案未必是最经济、最方便的途径，尽管享有管辖权，也可以基于国际上通行的司法惯例“不方便法院原则”而主动放弃其管辖权，不予受理。

最高人民法院关于印发《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》的通知（法发[2005]26号）第11条规定，我国法院在审理涉外商事纠纷案件过程中，如发现案件存在不方便管辖的因素，可以根据“不方便法院原则”裁定驳回原告的起诉。但是，适

用“不方便法院原则”有着严格的限制条件。

### 3. 涉外侵权之诉的协议管辖

根据我国《民事诉讼法》第242条规定，涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。这说明，涉外的侵权纠纷，当事人有权利协商确定管辖法院，只不过所选择的法院必须与争议有实际联系。至于何谓“与争议有实际联系的”或“与合同有最密切联系的”，根据一般理解，其可以包括产品制造地、产品销售地、侵权行为地(包括侵权行为实施地、侵权结果发生地)、被告住所地以及合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地。一旦当事人之间就某侵权案件达成协议管辖法院后，该案件就转化为某一国法院独享管辖权，无平行诉讼、“不方便法院原则”适用的余地。

## 第二，涉外侵权诉讼的准据法和诉讼时效问题

### 1. 涉外侵权诉讼的准据法

对于涉外诉讼案件，各国的法律和实践一般都规定应依据本国的冲突法来确定准据法。

我国涉外民事关系法律适用法 第45条规定，产品责任，适用被侵权人经常居所地法律；被侵权人选择适用侵权人主营业地法律、损害发生地法律的，或者侵权人在被侵权人经常居所地没有从事相关经营活动的，适用侵权人主营业地或者损害发生地法律。此规定中，涉外产品责任适用的法律首先是被侵权人经常居所地法律，其次被侵权人可以选择侵权人主营业地法律、损害发生地的法律作为准据法。

在涉外民事关系法律适用法正式实施前，对侵权行为实施地法律和侵权结果发生地不一致时，当事人是否有权选择适用外国法律作为准据法问题上，我国法律没有明确的规定。实践中，我国有的法院采取了比较开明的态度，认可当事人要求适用的法律。比如，在西安中级人民法院审理的“甘肃省公路局与日本横滨橡胶株式会社产品责任侵权纠纷案”（（2002）西经二初字第074号）中，西安中级人民法院认为，本案原告系涉诉案件的受害人在诉讼中明确要求适用日本《制造物责任法》审理本案，参照国际司法救济的一般原则，在审理产品缺陷责任纠纷案件中，由于受害人处于弱势地位，尽量方便受害人对产品责任的诉讼，在法律适用上对受害人要求适当予以考虑，目的在于更好地保护受害人的合法权益，因而本院选择适用日本的《制

造物责任法》作为审理本案的准据法。

若根据冲突规范确定适用外国法作为准据法，是否意味着要同时适用其程序法和实体法？答案是否定的。众所周知，大陆法系国家与普通法系国家的法律在程序法上具有重大分别，比如普通法系广泛使用的陪审团制度，在我国就没有。根据一般国际惯例以及国家司法主权的体现，法院应当依据法院地，即本国法所规定的程序性法律进行审理案件。涉外民事关系法律适用法明确规定涉外民事关系适用的外国法律，不包括该国的法律适用法。

因此，我国法院审理涉外侵权案时，当出现外国受害人明确要求适用其外国法律进行审理的，法院可以尊重当事人的意思，适用其要求适用的外国法，当是应当仅仅是指该外国的实体法，不包括程序法，也不包括该外国法的冲突法。

### 2. 诉讼时效

另外一个需要注意的问题是，涉外诉讼的诉讼时效，根据我国涉外民事关系法律适用法第七条的规定，适用相关涉外民事关系应当适用的法律。即应当是依据其准据法来确定，而不是法院地法。也就是说，有可能出现某涉外侵权诉讼若依据我国法律可能诉讼时效已经届满，而依据外国法尚未届满的情况。我国法院不得依据我国法律规定的诉讼时效届满而不予受理或驳回起诉。

## 第三，外国法院的判决在中国的承认和执行问题

### 1. 外国判决的域外承认和执行

(1) 外国法院的判决能否获得他国的承认和执行，在跨国诉讼中往往是当事人非常关心的问题，与其利益的实现具有非常重要的关系。

根据一般国际惯例以及我国《民事诉讼法（2007修正）》的规定，外国法院作出的发生法律效力判决、裁定，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，需要具备以下条件：

(2) 外国法院做出的判决、裁定已经发生法律效力；

(3) 该外国法院与我国缔结或者参加了有关司法协助的国际条约；或者外国法院与我国建立了互惠关系，即具有相互承认对方国家的判决或裁定的司法实践；

(4) 我国法院依照两国共同缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则进行审查后，认为不违反我国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益。

如果该外国法院所在国与我国没有缔结或者共

同参加国际条约,也没有互惠关系的,该外国法院的判决、裁定无法获得我国法院的承认和执行,当事人只可以重新向人民法院起诉,由有管辖权的人民法院作出判决后,才予以执行。

一些地方法院,如广东高院发布的指导意见中则在上述基础上,细化了承认和执行外国法院作出的判决、裁定的具体条件。

从以上规定可以看出,我国对域外判决的审查仅仅限于程序法上或形式上的审查,而不对该外国法院作出判决所援引的法律依据、理由等从实体法上进行审查。也就是说,只要符合上述程序性的条件后,该域外判决便可以予以承认和执行,等于间接承认外国法律在个案中的适用和域外效力。这也是国际普遍认可的原则、惯例。

根据外交部2009年4月2日公布的数据,截至2008年3月底,中国与五十多个国家缔结了各类双边司法协助类条约共99项,其中,包含承认及执行民事裁判内容的司法协助条约30项,包含承认及执行商事裁判内容的司法协助条约仅12项,还有一些虽然已经签署多年,却始终无法取得相对国内立法机构的批准,无法满足协定的生效条件,因此尚未施行。这意味着,大多数外国法院,包括美国、英国、日本等,作出的判决无法获得中国法院的承认和执行。

值得一提的是,2009年8月,中国湖北省高级人民法院就湖北葛洲坝三联实业股份有限公司和湖北平湖旅游船有限公司诉美国罗宾逊直升机有限公司直升机产品侵权纠纷一案作出的判决,获得了美国联邦法院加州中部地区法院的承认与执行(“侵权判决美国承认案”)。这是否意味着未来美国就同类型案件,即产品责任侵权案,作出的判决可以基于“互惠原则”而要求中国法院承认与执行?我国法院将如何面对,将拭目以待。不过,我认为中国法院要适用“互惠关系”原则来承认和执行美国法院的判决,所要求具备的条件将是非常严格的,首先是审理程序上无任何瑕疵,当事人的诉讼权利获得充分的保障,美国法院是基于当事人的协议管辖而取得对案件的管辖权,其次“互惠”的范围严格对等界定,最后还要审查是否违反主权原则等等。但是,毕竟看到了开启中美两国相互承认和执行各自判决的遥远的曙光。

## 2、外国法院判决的证明力

由于我国目前基本上不承认外国法院作出的判决,获得胜诉判决的外国人若要在中国获得承认和执行,则需要在中国另行提起一个诉讼。若中国

法院适用的准据法是作出该外国法院判决的所在国的法律时,那该外国法院的判决在中国法院的审理中起到何种作用呢?我国法院的是否应当参照该外国判决呢?对此问题,我国现行法律没有明确的规定。笔者认为,基于诉讼便利原则,以及不违反我国司法主权原则下,可以适当尊重该外国判决所依据的事实。一些地方法院对该问题作出了有益的尝试,比如指导意见第69条规定,域外判决已为人民法院承认的,当事人对民事判决所认定的事实无需举证,人民法院可直接采用判决所认定的事实和判决结果,但对方当事人有相反的证据足以推翻该判决所认定的事实和判决结果的除外;域外判决没有被人民法院承认的,仅可作为证据材料在诉讼中运用,人民法院不能直接采用该判决所认定的事实和判决结果。

## 3、协议管辖下的域外判决的承认和执行

在《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》(法释[2008]9号)中,内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决中,排除了侵权关系的协议管辖的适用,仅仅是相互认可和执行当事人之间的就民商事合同争议协议唯一管辖下作出的判决。但未来是否对侵权关系也能在当事人协议管辖下的判决可以得到相互承认和执行呢?笔者认为,我国法律目前并不禁止涉外侵权案中当事人选择法院,因此,应当是可以认可当事人间就涉外侵权达成协议管辖的效力,只不过,协议管辖的法院需要与争议具有密切联系。在上述侵权判决美国承认案中,美国法官最后判决认为承认和执行中国法院判决的一个重要原因是,被告明确同意争议交由域外法院管辖,该域外法院因此取得对案件的管辖权时,则其应当接受该域外法院作出的判决,应当接受由此带来的后果。

因此,一旦当事人对管辖法院、准据法作出明确的书面选择后,则无论是域外判决,都应当充分尊重其判决的效力,以体现对当事人权利的尊重,除非有法定的禁止性情况。

## 结论

鉴于跨国产品责任侵权诉讼的复杂性、专业性,涉案当事人,尤其是作为被告时,应当如何面对,是否应当应诉,无疑是一个极为重要的决策。当事人若在此阶段就聘请专业的律师介入分析案件,提供法律服务,对当事人的权益保护无疑是有利的。



# 还身陷囹圄三载 曾获罪“无期”的他以自由(下) ——记一次成功的“疑罪从无”无罪辩护

文 广东圣方律师事务所 郑剑民律师

## 8、李彬关于杀害被害人的过程的供述不可信

依据李彬第3次、第4次有罪供述，他从后面用左手捂住被害人的嘴，右手拿刀架在被害人的脖子上，被害人咬了他的左手，并转过身来喊“抢劫啊、救命啊”，他使用刀砍她。

本辩护人认为，倘若真如李彬供述的这样，他面对面地用刀砍被害人，那被害人的血一定溅到他的身上，然而，如今在李彬的衣裤、鞋子上均找不到属于被害人的血迹——用侦查机关的话说，就是“疑似血迹极少，而不能鉴定”。此其一；

其二，若然被害人真的咬了李彬——在挣脱之后，从人的本能、生理反应上分析，她的第一反应应该是夺门而出，而不是还转过身来面对李彬喊“抢劫啊、救命啊”。由此，李彬有罪供述的不合理性、不可信性亦可见一斑；

其三，李彬在有罪供述中供述称，在被害人往门口跑时，刘田正好拦在被害人的面前（即两人相对），刘田一下子拉住被害人的右手，他就冲上去朝被害人背上、脖子上砍去。

若然真如李彬供述的那样，刘田拉住被害人的右手，以防止被害人冲出门外，败露犯罪，那么，刘田只能转身将被害人往李彬这边（即往与门口相背的屋内方向）拉。那么，由于人的本能反应，被害人肯定背向门口作作用力与刘田的作用力方向相反（背朝着门并往门的方向用力）的挣脱性反抗。倘若被害人得以挣脱，由于惯性的作用，她应是往后而倒——即头朝北（门口方向）脚朝南仰面而倒；如果刘田是正面推倒被害人的，那被害人脚朝北头朝南仰面而倒。然而《现场勘验记录》证实，

被害人是头朝南脚朝北（门口方向）仰面而卧的。这明显与李彬关于被害人是“往后倒下，脸朝下，脚朝门躺在了地上”的有罪供述相矛盾。

虽然被害人的两个儿子（即姚阳明、姚阳亮）证实，他们发现被害人时，被害人是处于俯卧状的，但并未提及，他们有否翻动过被害人的尸体。即便李彬曾供述被害人被害后的原始卧姿为俯卧，单凭这一点，也不能认定李彬伙同刘田杀害了被害人。因为我们需要完全排除一切合理怀疑地证明——李彬与刘田共同实施了抢劫、杀害被害人的犯罪，但目前卷的证据根本不能达至这一要求。

## 9、李彬关于作案时间的供述不可信

李彬与刘田在供述作案时间上明显不一致，且与证人古丰泉的证言明显矛盾。

根据李彬的有罪供述，作案时间在2007年9月9日凌晨1点多钟。但刘田几乎清一色地供述，作案时间为该日的“早上6点多钟”。

而古丰泉证实：“我住在G村一区浩江河鲜酒楼楼上508房。2007年9月9日凌晨3时许我被吵醒了，迷迷糊糊听见几声女人的惨叫声，‘啊’、‘啊’的叫了两、三声，声音是从我窗户传进来的，我还以为是电视剧的声音”。

本辩护人认为，虽然2008年2月21日D市公安局W分局出具了《关于死者文美琴的死亡时间的补充说明》，但侦查机关只是笼统地推断被害人的死亡时间大约不超过13个小时（以侦查人员在2007年9月9日12时许进入犯罪现场进行现场勘查及尸体检验的时间为反推点），并未锁定被害人的准确死亡时间，故此，在排除上述言词证据之间的矛盾之

前，不能采信李彬的有罪供述。

#### 10、李彬对“赃物”特征的描述与姚阳明的证言明显不符，关于处理“赃物”经过的供述不合常理，与刘田的供述也不吻合

李彬在首次有罪供述中供述称，总共抢了三千元人民币和一块男装手表，表链、表壳是金黄色的，有电池的。2009年9月10日左右，他去冲凉时，把手表放在床上被人拿走了。后来他又供述称，后来他把手表扔到了国洪宿舍外面的河里去了。

但姚阳明证实，他父母有男女装手表各一块，女装是石英的，金黄色的，男装表是机械的，银白色的，丢失的是那块男装表。所以说，李彬的有罪供述与证人姚阳明证言之间的矛盾相当明显。此其一；

其二，李彬供述，参与抢劫是为了“谋财”，但他却把冒险得来的手表扔到河里去了。这显然违背了其“犯罪初衷”；

其三，在刘田的供述中，从来就没有提及还抢到了一块手表。那到底李彬有否劫取到手表呢？现皆因没有物证而成了疑团。

#### 11、李彬关于“作案”后“分赃”的供述与刘田的供述大相径庭，关于“物证”处理的供述前后自相矛盾，不具不可信性

在李彬所有的有罪供述中均供述称，抢劫所得为3000元，他分到了1500元，还分得了一块男装手表而在刘田指证李彬为抢劫共犯时却供述称，抢劫所得赃款为4000元，被他独占了。

在赃款数额上，刘田的这一供述与被害人的丈夫姚岩新的证言一致。

为此，本辩护人认为，刘田关于抢劫所得赃款数额的供述与姚岩新的证言吻合，且其又能独吞全部赃款4000元，这就证明，李彬的有罪供述不可信。

在此还必须指出的是，李彬被羁押于D市W区看守所后，仅有一次有罪供述，但是，该次有罪供述明显不同于以往的有罪供述，他推翻了原来——作案后分别在M镇H集团对面公路旁的一棵树下烧掉了沾满血迹的T恤，“打赤膊”（即光着上身）乘车回S镇，之后他又在距其租住的出租屋约200米处的河边桥头的一棵树下将裤子烧掉了——的供述，改而辩解称，2007年9月9日晚上8点钟他下班回到租住的出租屋后，清洗了作案时穿着深蓝色牛仔裤、F公司的工衣（不是T恤）和灰色波鞋。清洗时，他发现牛仔裤的右裤脚有一些不明显的血迹，在工衣上没有发现血迹，波鞋的“脚尖”、“脚

背”有少量血迹。自2007年11月2日起李彬便否认犯罪至今，并辩称称，以往的有罪供述均源于侦查人员的刑讯逼供。

李彬的该次有罪供述和侦查机关提取的“物证”（深蓝色的牛仔裤、黑色的工衣和灰色的波鞋），恰好证明李彬曾经的关于作案后焚烧了作案时穿着T恤的供述是虚假的。

不仅如此，与李彬同宿舍友证人何强、郑冬非常肯定地证实，李彬是在2007年9月10日以后才与他们一起租住该出租屋的。这就不可辩驳地证实，2007年9月9日李彬是不可能于2007年9月9日晚上8点钟在与证人何强、郑冬同宿的出租屋内清洗作案时穿着的深蓝色牛仔裤、工衣（不是T恤）和灰色波鞋上的血迹的。这又一次说明，李彬有罪供述不稳定，不可信。

#### 12、李彬“作案”后的表现有悖常理

从人趋利避害的固有心理分析，若然李彬真的入室抢劫杀人了，必定以逃避公安机关缉拿归案为“首任”。刘田作案后大清早就叫醒还在睡梦中的女友马小艳，迅速逃离住处，便是最好的佐证。

但在2007年9月25日“被擒”之前，李彬——一个当时尚未满18周岁的孩子，却若无其事地继续在F公司上班，这显然有悖常理。

根据本次庭前公诉机关提供的，2008年11月3日马小艳的证言，刘田携其逃至E市后，刘田有时会发呆，在M镇时则没有这种现象。而证人何强、郑冬证实，2007年9月10日后（即“作案”后）李彬与他们同住一室期间的神情并无异常。

由此，本辩护人认为，这里的唯一合理解释就是，李彬没有抢劫、杀人。

#### 13、李彬有罪供述的虚假性、不可信性的其他表现

（1）李彬在第5次有罪供述中供述称，他是在2007年9月8日晚上8点钟下班的，这天晚上他是在厂里吃的晚饭，是下午5点半吃的。试想，在F公司上班期间怎么能吃晚饭呢？

（2）李彬还供述称，他是在2007年9月8日晚上8点钟下班后才从S镇坐车到M镇的，到达H集团时已是晚上9、10点钟。在时间上，这一供述与其他有罪供述相比，足足晚了近3个小时。如此严重的时间记忆误差，无法令人知其孰真孰假。

（3）李彬在有罪供述中供述称，作案后他们曾商定，如果任何一方被抓获归案，互相不能供出对方。但从他们分别再无任何联系的事实看，他们虽曾经是同事，但交情很一般，故而也就不存在

一方愿意舍弃自由甚至生命去为另一方“顶罪”的可能。

(4) 李彬在有罪供述中供述称, 作案时穿的工衣、裤子和鞋子都没有换, 就在2007年9月9日早上直接回工厂上班了。试想一下, 一个刚刚从杀人现场回来的人能“行头”不改地直接回公司上班吗?

(5) 李彬在有罪供述中供述称, 2007年9月9日是星期天, 是休息日, 所以他从M镇回到S镇后, 没有回公司上班, 而是去了网吧上网。但F公司提供的“历史封存数据”显示, 李彬这一天并未休息, 而是照常上班。这又一次证明, 李彬的有罪供述是虚假的。

凡此种种, 都无情地证明李彬的有罪供述矛盾重叠, 不足采信。

## 二、刘田指证李彬为抢劫杀人共犯的供述不合乎逻辑, 亦与李彬的供述不一致, 不能据此对李彬定罪量刑

原审庭审笔录显示, 在原审法院开庭审理本案时, 刘田首次指证李彬为其共犯, 但详细查阅原审庭审笔录后, 本辩护人认为, 刘田对李彬的指证不能成立:

其一, 在侦查、补充侦查阶段, 直至原审法院开庭审理前, 任凭侦查机关如何追问刘田——李彬有无参与抢劫杀害被害人? 其始终承认本案犯罪是其一人为。他现在指证李彬为共犯, 没有足够的证据支持;

其二, 刘田的供述明显是在推卸责任。刘田年长于李彬, 社会经验(包括作奸犯科的经验)都丰富于李彬。而最应当引起我们注意的是, 他是累犯, 拥有反侦查、反审判的经验, 懂得如何避重就轻。他一方面指证李彬因没钱用而找他共同实施抢劫, 但抢劫得逞后他却独吞了赃款4000元, 李彬分文未得, 而另一方面他又供述称, 作案时他还劝喻李彬不要砍被害人, 但李彬就是不听, 还指使他负责搜掠钱财。这明显是在把杀人的责任推给李彬;

其三, 根据李彬的有罪供述, 2007年9月8日晚上, 他从S镇乘车到达M镇H集团与刘田会合后就在街上物色作案地点, “刘田对我说: ‘楼村有一栋出租屋, 二楼有一间房只有女房东睡, 这个房间里肯定有钱, 我们今天晚上去那里抢钱。’”后来两人就往楼村方向走, 走到楼村一座粉红色外墙的房子下, “刘田说: ‘就是这栋房子。’”刘田则指证作案地点是李彬确定的。可事实是, 刘田就租住在从被害人处租来的案发现场五楼。这就说明, 刘

田是知晓被害人的底细, 根本无需“费尽周折”才物色到作案地点;

其三, 刘田关于其先前之所以供述系其一人作案的解释非常牵强。他的供述, 2007年10月24日他在侦查机关向其送达被害人的死亡通知书时已经知道李彬被缉捕归案了, 而证据显示, 但侦查机关在2008年4月15日还向其追问李彬是否为本案抢劫杀人的共犯, 当时他的回答依然是否定的。

由此可见, 如刘田能指证李彬为共犯, 恰恰是侦查机关需要的, 这说明, 指证李彬为共犯不仅不会招致刑讯逼供, 而且是侦查机关欢迎的, 所以, 刘田辩称称, 因听信同仓犯人的说法, 担心改变口供招致刑讯逼供, 才一直保留系其自己一人作案的供述的说法, 是不可信的;

其四, 刘田关于其在“过检”时(即在审查起诉阶段接受公诉人的讯问)指证李彬为共犯的供述, 是明显的虚假供述。

案卷证据材料显示, 在审查起诉期间, 公诉机关先后两次以本案事实不清, 证据不足为由, 将案件退回侦查机关补充侦查, 其中需要侦查机关补充侦查的问题就是查清李彬是否系刘田的抢劫共犯, 但刘田始终否定李彬为共犯;

其五, 刘田供述其与李彬的会合地点为宏花百货商店门前, 这与李彬在有罪供述中2007年9月8日晚上, 他是从S镇乘车到M镇H集团与刘田会合的供述明显不一致;

其六, 刘田关于凶器来源的供述前后矛盾。他在原审庭审中供述称, “李彬不知道哪里弄一把刀, 架在被害人脖子上”, 但在今天的庭审中, 刘田却供述称, 他在宏花百货商店遇到李彬后, 受李彬的指使自己去买了一把菜刀, 上楼时递给了李彬。其关于同一情节的供述, 前后不一, 不足为据;

其七, 刘田供述称, 他是在与李彬事先没有约好的情况下, 在宏花百货商店买东西回来时“偶遇”李彬, 继而商量实施抢劫的。如此巧合, 明显有悖常理, 不足采信;

其八, 刘田在原审庭审中向公诉人解释其在侦查机关作虚假供述的原因不可信。在原审庭审中刘田辩称称, 在侦查机关作了虚假供述。但公诉人追问他“哪些部分不属实”时, 他却说不出哪些供述是虚假的。既然他连归案后供述过什么都记不得, 那他凭什么说以往的供述是不属实的呢? 所以, 刘田的供述, 不能作为认定李彬为共犯的证据。



拍案切磋

# 产业升级拒绝带血的GDP

## ——兼论工伤事故获得人身损害赔偿的可能性

文 广东德纳律师事务所 庞琨律师

### [案情]

当事人叫阮，二十二岁，初见时右手提一黑色电脑包，里面装满了工伤事故发生后他自己收集的各地有关工伤事故处理的法律法规，还有他自己的工伤认定书等法律文书。他头发稍长，年青但略显羞涩和腼腆，甚至有点羞于开口，左手深深插入牛仔裤的左裤袋中，仔细一看，整个身子感觉往左边倾斜。不管是向我咨询还是整理文件，他始终不愿意将自己的左手从口袋中伸出。

工伤劳动能力鉴定书上显示为“五级伤残”，病历写着左手掌、腕、指均被全部截肢，一再要求下，他伸出了没有掌和腕的左手，杯口大的伤疤，手感觉很突兀的伸在面前。我刚开始甚至有点害怕接触到这样的残手，但是还是装着如医生般详细查看并询问了一些自己根本不懂的医学问题。简单交谈之后，我基本上知道他的想法和问题所在。他所在的公司是一家大型的民营上市公司，但是公司是珠三角一带常见的小五金行业，主营小家电，有很多在广东被称为“吃机器”的冲床和压床，他的手就是被一台具有几十年工龄的压床“吃掉”的，而手受伤的时候，他才刚刚到珠海这个陌生的城市两个月，刚刚入职一个月零七天，刚刚开始独自操作机床第四天，离他二十二岁的生日还有一个月零十天，这一切是那么突然而又那么“自然”，在开始独自操作机床的前一个月他每天就是打包、整理工件、打扫卫生，事发时是凌晨一点，这个大部分年青人都在娱乐和休息的时间，冰冷的机床无情

地将他的手压伤，将他入职应聘时想做一个出色的QC的梦想压灭。

他被拉到一个小时路程之外的工厂指定医院救治，他在那种半昏迷的状态下为自己签了截肢手术同意书，他在住院十六天之后就被工厂和医院要求下出院，回到了自己湖南的老家休养。而当社保局的劳动鉴定专家看到他受伤手的X光片时，摇了摇头，低沉地说了声“为什么不多保留一点肢体，那怕是一个手指或者半截手指头，也不至于现在左手的功能基本消失”。

他问我，有没有法律依据可以在得到工伤赔偿之外更多的赔偿？因为五级伤残十万余元的工伤赔偿对于失去一个手的年青人来说，太少了，也许一辈子的路将因此而变得坎坷和曲折不平。

### [分析]

按照目前的法律实践经验和传统的法律思维，工伤事件一般以工伤赔偿为准，工伤赔偿之外再想通过法律途径获得更多的赔偿，翻遍所有的国内目前生效的法条，唯有2002年6月29日通过并于同年11月1日起实施的《中华人民共和国安全生产法》第48条规定：“因安全生产事故受到损害的从业人员，除依法享有工伤社会保险外，依照有关民事法律尚有获得赔偿的权利的，有权向本单位提出赔偿要求。但这一条之后最高法院2003年12月26日又发布了法释[2003]20号《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第12条规定：“依法

应当参加工伤保险统筹的用人单位的劳动者，因工伤事故遭受人身损害起诉请求用人单位承担民事赔偿责任的，告知其按《工伤保险条例》（以下简称《条例》）的规定处理”。

对于工伤事故能否以民事人身损害侵权另行提起民事诉讼？一般的看法是工伤与侵权属责任竞合，工伤赔偿与侵权在有工伤保险的条件下要优先适用工伤责任赔偿，赔偿之后不能再提起民事侵权诉讼，实践中也很少甚至无法找到相关的案例。对于工伤与侵权的理论研究一般认为有如下几种（下述理论的详细论述限于篇幅不再赘述，有兴趣的读者可以参考其他理论文章）。

A、选择(election) 模式，选择模式是指工伤事故发生以后，受害雇员在侵权行为损害赔偿与工伤保险给付之间，只能选择其一，即要么选择侵权损害赔偿，要么选择工伤保险给付。

B、免除(relieving the tortfeasor) 模式，即以工伤保险取代侵权责任。也就是说雇员遭受工伤事故后，只能请求工伤保险给付，而不能依侵权行为法的规定向加害人请求损害赔偿。

C、相加(cumulation) 模式，指允许受害雇员接受侵权行为法上的赔偿救济，同时接受工伤保险给付，即获得“双份利益”(double recovery)

D、补充(supplementation) 模式，系指发生工伤事故以后，受害雇员可同时主张侵权行为损害赔偿和工伤保险给付，但其最终所获得的赔偿或补偿，不得超过其实际遭受之损害。

基于《最高院的人身损害司法解释》和《安全

生产法》的规定，本人观点如下：

《安全生产法》赋予了发生工伤的员工具有请求人身损害赔偿和工伤赔偿兼得的权利。

《安全生产法》第四十八条规定明确了工伤制度中工伤赔偿与人身损害民事侵权赔偿的关系，即工伤赔偿之外，员工还可以依民法中的侵权追究单位的侵权责任获得赔偿，工伤事故员工获得工伤赔偿之后，用人单位有过错侵权责任的，原告有权依法提起民事赔偿的诉讼。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件的解释》第十二条规定第二款明确规定当事人可以向第三人请求赔偿，对于单位造成的工伤，第一款的规定应该理解为没有按《工伤保险条例》规定处理的情况下能提起诉讼的，要先按《工伤保险条例》处理，不能越过工伤保险条例的规定直接起诉用人单位侵权，但是此款并没有限制按工伤条例处理后的劳动者的诉权，此款的规定与《安全生产法》第四十八条并不矛盾，只是规定了一个“前置处理程序”。所以，劳动者应该具有提起民事侵权诉讼的权利。

综上，工伤赔偿与人身损害赔偿并不是互相排斥只能选择其一的，综合两条法规的内容，理解劳动立案保护工人权益的立法原意，并依据司法实践中第三人的侵权同时导致工伤的处理情形，以及人身利益的无价性，笔者认为应该如下处理工伤赔偿与人身损害赔偿的关系：

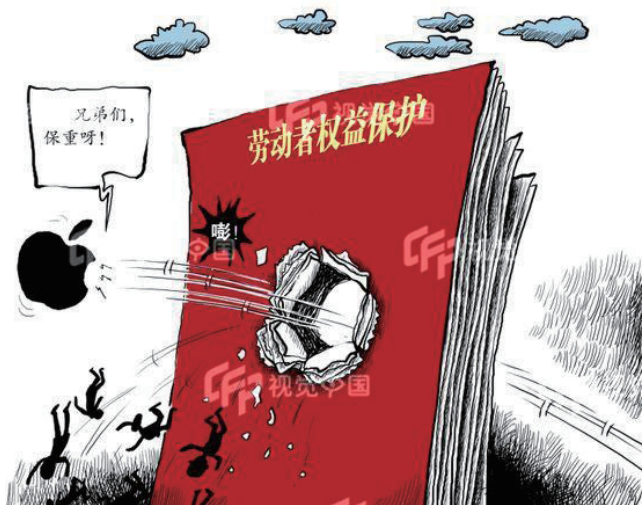
1、用人单位没有过错情况下的工伤，按照上述两条法规，劳动者只能提起工伤赔偿。

2、用人单位在有过错或者严重危险指挥作业导致的工伤，应该允许劳动者在处理完工伤赔偿后，有依法追究用人单位过错造成的民事侵权责任，但兼得的责任限于侵权责任，是一种补充模式。

基于以上的观点，经努力终于找广东佛山市一法院相类似的判决，一公司员工A工作期间在公司内被同一公司的员工B在工作时驾车撞伤，A以交通事故为由对B和公司提起民事侵权诉讼，最后法院判决B与公司对A负连带责任，A在得到公司的交通事故赔偿后，又向社保申请工伤认定并得到支持，同时得到了工伤保险的赔偿。这一案例提醒笔者在工伤事故中对公司提看书侵权诉讼并不是不可能。

## [进展]

有了以上的想法后，于是与当一人一起到所在公司了解相关情况，不了解不知道，一了解吓



一跳，五六千人的工厂居然安全培训还停留在入职时开一个会就完成了的原始阶段，而对新员工的技术培训完全交予了最基层的员工帮带上，在高压的按件计薪的政策面前，老员工对新员工只是要求新员工帮忙打扫卫生和整理工件的层面，入职一个月后还没有完全摸熟机床的新员工在漆黑的夜晚像一只刚拿到买来的驾照驾着一台老爷车上高速公路一样，完全一个活生生的自残试验品。一个优生劣汰的原始机制，没有工伤的就留在岗位上为公司奉献青春，工伤的反正有工伤保险买单，最后黯然离开。

收集公司在安全和技术培训具有过错的证据上挖空了心思，但效果并不明显，除了几个当事人的证言之外很难从公司的角度要到任何证据，社保、劳动、安监部门跑了一个遍也没有得到想要的证据，更多的是以本案无关或者没有法律依据为由拒绝了律师的取证。最后，经考虑把过错定在三个方面，一、公司的安全培训和机床技术培训有过错；二、公司在设备管理和安全维护上有过错；三、公司在员工的抢救上有过错。

然后诉到珠海市香洲区法院，出乎其然，原先笔者认为可能立案庭会驳回或者至少不会顺利立案的事情居然很顺利就立了案，这要感谢香洲法院立案庭的法官们，在立案阶段严格执法了民诉法立案阶段只审查法定事由和基本证据的规定。

当然法院的开庭过程并不顺利，法庭适用简易程序审理，一开庭法官就质问原告“为什么拿到了工伤赔偿还要提起民事诉讼，还强调因为拿到了工伤赔偿，所以原先申请缓交的诉讼费必须立即交上”，作为律师，笔者一再强调《安全生产法》赋予了当事人提起诉讼的权利，法庭应该在原告的诉由上依法开庭审理，被告公司的法务始终认为原告的诉讼很“荒唐”，带着嘲讽的微笑漫不经心地以旁听者的角色坐在被告席上，而公司律师由于认为诉讼本无道理，在法庭的调查和质证上显得准备不足。最后冒出了一句“我认为《安全生产法》第四十八条就是一句废话”，后又补了一句“一个五六千人的工厂，这么点工伤并不多，百分之一并不多”。

而原告安静地坐在法庭上，手依然放在口袋里，不好意思放到桌面上，来旁听的是同一个公司另外在当事人之后被同样的设备差不多的时间被压伤手截了肢的，三个员工都很年轻，甚至可以用小

孩子来形容他们，而这些小孩子甚至羞于把自己的残肢显露出来，有的插在口袋里，有的包在衣服里。

## [后记]

被告公司每年甚至每月都发生大量的工伤事故，并且这种事故多发生的年青刚入厂的员工身上，多年来一直不能改变这种状态，严肃一点，被告公司的每一种产品上都带着劳动者的鲜血，这不是简单的工伤事故，当工伤事故不被一个工厂重视并设法减少甚至避免的时候，这就不再是一个简单的工伤案件，这种事故会给当事员工造成极大的身心和精神伤害，甚至会给社会造成极大的负担，演变成一个社会问题。试想一下，由于被告的急于管理和落后的生产力，每一年会有多少员工落成终身残疾，又有多少丧失劳动能力和自我生存能力的伤残员工黯然离开公司，离开怀着美好希望的珠海？而国家和社会又需要为这些伤残员工付出多少补偿和救助？

依法进行了工伤赔偿不能成为被告逃避承担责任的借口，五级伤残，十万余元的工伤赔偿对于一个只有二十二岁，一位被截去一只手的年青人来说微不足道的，也是无法接受的，因为原告在未来还要面对两位甚至四位被扶养的老人。被告在事故发生后除了工伤的赔偿，甚至连一分钱的安慰都不能支付，冷酷到底，在目前广东大力倡导产业升级，全国倡导消除带血的GDP的环境之下显得极为不负责任的行为。

失去一只手，如果连法律都不能在合法的制度下帮助原告，那谁又能帮助构建这个和谐的社会？

综上所述：希望法官在事实面前，充分认识到被告的行为对原告造成的伤害，对社会造成的危害，维护法律的尊严，给原告一个公平公正的判决，支持原告的诉讼请求。

最后，我在我的代理词上写下了上面的几句话，也希望法官能在法律的基础支持阮的诉求，当然在目前我们国家的司法实践和领域中我是怀着较悲观的态度的，但是不管怎么样，我们努力过了，我们也希望我的当事人阮能坦然面对各种可能的判决，并不再羞涩，不再腼腆，而是在经历这件事之后，勇敢面对以后的生活。

最后，如果每一个人都依法来努力维护自己的合法权益，我相信法制的中国离我们并不远。



拍案切磋

## 质询——让非法鉴定现形

质询是指鉴定人出庭接受当事人及法庭的询问。质询程序的启动及质询内容的设计是诉讼律师必须掌握的一项重要诉讼技巧。通过质询，根据鉴定人对问题的回答，便于发现鉴定结论的错误，避免出现“鉴定即判决”的情况，有利于维护当事人的合法权益。

文 广东君强律师事务所 俞飞律师

基于特定案件的专业性，为了明辨是非、定纷止争，法庭通常会依职权或当事人的申请，对于涉及专业知识的案件委托鉴定机构进行司法鉴定。鉴定机构根据法庭的委托出具鉴定结论。鉴定结论是一种民事诉讼证据，只有符合合法、关联、真实性才可以被采信，否则没有证明力。但是，在目前的司法实践中，常常会出现法官过于依赖鉴定结论，鉴定结论被赋予更高的证明效力，一纸鉴定结论直接决定案件输赢的情况。

在我们代理的一些涉及司法鉴定的案件中，我们注意到有些鉴定人或许具备专门知识，但不具备法律知识，对于鉴定要求及内涵不甚了解。在本文介绍的我们代理的一起医疗纠纷案件中，这类现象尤为典型。此时，作为专业律师，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》及《全国人大常委会关于司法鉴定管理问题的决定》的规定，申请鉴定人出庭接受质询，由鉴定人回答当事人及法庭的询问，便于发现鉴定结论中的错误，此举不但有助于法庭对鉴定结论作出是否采信的判断，避免冤、假、错案的发生，而且有助于提高整个鉴定行业的公正、客观性。

### [ 基本案情 ]

某患者因腹痛、腹泻到深圳A医院就诊，该院经检查后积

极给予治疗，患者的病情虽有改善，但症状没有得到根本缓解。患者拒绝继续在深圳A医院治疗，要求到广州B医院进行治疗。深圳A医院予以同意，患者办理了相关手续后，到广州B医院进行住院治疗。广州B医院根据患者病情于住院第二天对患者实施剖腹探查术，切除了部分坏死的小肠，患者治愈出院。

患者出院以后，认为深圳A医院未诊断出患者的病情并贻误治疗。经鉴定患者的伤情属于九级伤残，患者向法院起诉要求深圳A医院赔偿。法庭受理患者的起诉后，委托某司法鉴定机构进行医疗过错鉴定。

该机构出具的鉴定报告认为，深圳A医院具有如下不足：

- 1、没有进行剖腹探查术；
- 2、没有会诊记录单；
- 3、在病历处记载的患者年龄多处不一致。

鉴定结论为：深圳A医院的医疗行为存在不足。

### [ 对鉴定人的质询 ]

我们向鉴定人共询问了五个问题。

第一个问题：请鉴定人出具相关证书，以明确鉴定人资质。

鉴定人答：我们是鉴定机构的工作人员，有聘书，有职务，有法医临床鉴定执业证，有法医病理鉴定执业证。

第二个问题：鉴定书中所列明的鉴定材料只有深圳A医院的病历，没有广州B医院的病历。请问鉴定人，广州B医院的病历是否应当作为鉴定材料？在没有作为鉴定材料的情况下，为何在鉴定分析过程中引用广州B医院的病历内容？

鉴定人答：广州B医院的病历应当作为鉴定材料。没有在鉴定书中列明纯属笔误，是鉴定人在书写鉴定书时遗漏了。在鉴定过程中，鉴定人确实把广州B医院的病历作为鉴定材料使用的。鉴定人在鉴定书中分析说明部分引用了广州B医院的病历资料进一步证明鉴定人将广州B医院的病历作为鉴定材料。

第三个问题：鉴定规程为何适用你们鉴定机构自己编制的作业指导书，而不用国家的或行业规定的文件，且法院委托的是医疗过错鉴定，为何按人体伤残等级指导书鉴定？

鉴定人答：我们所这么规定的。

第四个问题：认为医疗不足的依据是什么？是否有成文的规定。

鉴定人答：鉴定依据是鉴定人所学的专业知识，是鉴定人对所学的专业知识的综合应用，散见于各类专业书籍。

第五个问题：法院委托的是医疗过错鉴定，为何鉴定结论是医疗不足？

鉴定人答：不足即过错，两者没有区别。

第六个问题：根据鉴定说明，参加鉴定的是三个人，为何只有两个人签名？

鉴定人答：根据规定，只要两个以上的人签名即有效。

第七个问题：鉴定报告只有鉴定人签名，为何没有鉴定机构盖章？

鉴定人答：我们所的规定，鉴定人签名即有效，不需要盖章。

## 〔鉴定结论非法〕

关于鉴定人回答的第一个问题，我们认为，医疗纠纷鉴定属于《司法鉴定执业分类规定(试行)》第五条规定的法医临床鉴定，从事鉴定的人员应具有法医临床鉴定的执业证书，具有法医病理鉴定或法医精神病鉴定资质的鉴定人无权开展医疗纠纷鉴定。

关于鉴定材料，司法鉴定是非常严肃的诉讼活动，鉴定结论影响到审判结果，为此，深圳市司法局出台了《深圳市司法鉴定过错责任追究办法》的通知（2005年9月27日 深司[2005]173号），鉴定材料不全面的鉴定，结论必然是片面的、不科学、不可信的。

关于鉴定人回答的第三个问题，根据《司法鉴定程序通则》第二十二条

司法鉴定人进行鉴定，应当依下列顺序遵守和采用该专业领域的技术标准和技术规范：

（一）国家标准和技术规范；

（二）司法鉴定主管部门、司法鉴定行业组织或者相关

行业主管部门制定的行业标准和技术规范；

（三）该专业领域多数专家认可的技术标准和技术规范。

不具备前款规定的技术标准和技术规范的，可以采用所属司法鉴定机构自行制定的有关技术规范。

鉴定人采取自行编制的人体伤残等级作业指导不符合规定。

关于鉴定人回答的第四个问题，《司法鉴定程序通则》第四条：司法鉴定人应当依法独立、客观、公正地进行鉴定，根据这项规定，我们可以看出“客观”原则是鉴定人进行鉴定的重要原则。“客观”原则要求，鉴定人进行鉴定的依据是客观存在的，比如《内科学》，比如《深圳市常见疾病诊疗规范》，鉴定人的这种凭自己对知识的了解纯属“主观”，脱离了“客观”的原则，这势必造成一百个鉴定人有一百个鉴定结论，显然，“主观”鉴定是错误的。

关于鉴定人回答的第五个问题，该鉴定人员根本没有搞清楚法院的委托目的。法院委托鉴定的目的是根据鉴定结论来判断医院是否承担责任。所以，医疗过错应当包括医院的医疗行为是否违反诊疗规范，及与患者的损害结果间是否存在因果关系。我们否认，医院存在鉴定人所说的医疗不足，但这些不足与损害结果之间没有法律上的因果关系。

医院没有为患者进行剖腹探查术是事实，但患者在深圳医院就诊时尚不具备剖腹探查的指征，且患者要求转院，如继续治疗，待出现特定指征时，医院也会实施相应手术。

至于会诊记录单及年龄记录问题，这同样与损害结果没有因果关系。病历记载的年龄与患者实际年龄不符不可能导致患者病情的延误或加剧，鉴定对医疗过错等同于医疗不足的解读完全不符合法律规定，不符合委托目的。

关于鉴定人回答的第六个问题：我们认为鉴定人的回答毫无法律依据，根据《司法鉴定程序通则》第三十五条：司法鉴定文书应当由司法鉴定人签名或者盖章，多人参加司法鉴定，对鉴定意见有不同意见的，应当注明。故此，凡是参与了鉴定过程的鉴定人都应当签名，这与2人签名有效没有任何关系。

关于鉴定人回答的第七个问题：我们认为鉴定人的回答同样毫无法律依据，鉴定机构应当在鉴定结论上加盖公章，人民法院也应当审查鉴定结论上是否有鉴定机构的公章。法律依据见：《司法鉴定程序通则》第三十五条第二款：司法鉴定文书应当加盖司法鉴定机构的司法鉴定专用章。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二十九条：审判人员对鉴定人出具的鉴定书，应当审查是否具有下列内容：（七）鉴定人员及鉴定机构签名盖章。

本案代理律师通过启动鉴定人出庭接受质询的程序，根据鉴定人对相关问题的回答及代理人的阐述，使法庭了解到鉴定结论的不足，相对于代理律师直接向法庭陈述鉴定结论错误，前者更直观、更容易获得法庭支持。



## 小黑

文 广东德纳律师事务所 刘芳律师

小时候我家有一条狗。它黑黑的毛、黑黑的眼睛，所以家里人就叫它小黑。小黑没有牧羊犬那么高大，也不象巴儿狗那么娇小；它既无出类拔萃的形象供人欣赏，也不会扭昵作态讨人喜欢。农家的狗很少有人喂它，饿了就舔几口猪食，所以它很瘦，瘦得身上的毛乌突突的一点光泽也没有。有时候，小黑眼巴巴地望着锅台上的粥垂涎三尺，可就是不敢上前动一下。就是这样一只不起眼的农家狗，却在我们家肩负着重要的使命，忠心耿耿地守卫着我的家园。我家住在东北边陲一个极荒凉的小村，四周都是山，那些年随时都会有狼群出没，偷袭家里的牲畜，邻家的猪和鸡常会被狼叨走。在零下四十度的冬夜里，小黑整夜都守护在我家猪圈外面。清早推开房门，就会看见它浑身挂满了厚厚的冰凌，冻得瑟瑟发抖。可是一旦狼来了，小黑比狮子还要威猛；它一面大声狂叫、一面拼命扑向狼群；都说“好虎都架不住一群狼”，可我家的小黑从没让那些狼得手过。然而它的身上却伤痕累累：它的左耳被狼咬掉了半截；前胸、后背的皮都被狼撕裂过。农家狗命贱，没有人给它打针上药，可也从未感染化脓过。据说德国牧羊犬经过训练能够管理羊群，农村人不会训练狗，但小黑却会管理我家的猪。村里的猪都散放在后山坡上，小黑能认出哪几头是自家的。它发现哪头跑远了，就追上去往回撵；那猪不听话，小黑就拦住它，冲它汪汪地叫，猪见状有些害怕，只好乖乖地回来。

七岁那年我上学了。农民没有送孩子上学的习惯，尽管我是父母结婚十年后才有一颗独苗。他们为了温饱，每天起早爬半夜、面朝黑土背朝天地在地里劳作，哪有精力送孩子上学？学校离家有六、七里路，中间要翻过一座山。山林茂密、山路崎岖。母亲担心山上那些狼，无耐之下就把我托付给了小黑，从此小黑成了我的保镖。每天早上，我走在不见人影的山路上，风吹树叶沙沙作响，我的心咚咚地跳；可是有小黑在旁边跟着我，也就不那么害怕了，因为我信任它。放学的路上，远处总会有一个小脑袋，竖着一只尖尖、一只残缺的耳朵。当它看见我，就会兴奋不已地奔过来。十六岁那年，我考上了县城的重点高中，也是村里唯一一个考上重点高中的。但是由于交不起学费而辍学。当然我自己也想早点挣钱，为驼了背的父亲和多病的母亲减轻些负担。我随几个同乡女孩来到南方一个大城市，给一户人家当保姆。长这么大，第一次出这么远的门，第一次见到这么大的城市。我做梦都想象不出天底下还有这么美的地方：寒冬腊月，我的家早已是冰天雪地，这里却到处都鲜花盛开；这里高楼林立、车流如海，房子又大又漂亮。什么是“天壤之别”？这里的环境、这里的生活、这里的一切和我的家乡就是天壤之别！就连这里的狗都和我家乡的狗都有着天壤之别。我们那里的狗不是叫小黑就是叫老黄；这里的狗不是叫“宝宝”就是叫“贝贝”，还有的被年青的女人抱在怀里，“女儿”呀、“心肝”地叫着。据说这些年青女人都是“二奶”、

“三奶”什么的，怀抱的“女儿”、“心肝”就是她们常年的伴儿。还有的狗叫一些稀里哗啦的外国名：什么“伊丽莎白·戴安娜”、“迈瑞·蒙特丽莎·维娜丝”。我的东家养了一条大黄狗，叫“亚力山大·伯爵”。那狗真不愧为“亚力山大”：那个头有黑熊两个大，腰围有黑熊两个宽，黑熊的四条腿绑到一块儿，只能有它一条大腿粗。男主人整天叫着它那尊贵的名字，可它就是不理，男主人拉着长音儿对“亚力山大·伯爵”检讨说：“可能细（是）我的广东话发音有问题了！伯爵的爵怎么也发不清楚，所以我的伯爵听不懂哇！”于是男主人干脆把“伯爵”改成“伯伯”。说也怪，自打改叫“伯伯”，那狗就高兴起来，它会摇头晃脑地跑过来和主人亲热一番，以表示对这个名字相当满意。刚到他家时，我有些听不大习惯：在我们东北老家，伯伯就是大爷，这里人怎么跟狗叫大爷？如今，各种野生动物都成了城里人餐桌上的菜肴，我们老家的狼也已没了踪影，小黑不用再豁出命去跟狼搏斗了，但它仍旧住在外面的草堆旁。可是这里的“大爷”却住在空调房里，睡在沙发或席梦思床上。都说狗天性忠诚，它有与生俱来的看家本领。可是，经过城里人儿女般地宠爱、父母般地侍奉（不，父母哪会有这么高的待遇？）、经过“物质极大丰富”地享受，城里的狗狗性也发生了变化：就说这“大爷”吧，它整天把嘴埋在两只前爪里扒在地毯上，无论什么人到家里来，它都头不抬眼不睁，它已经习惯了自己是“大爷”，而不得记得自己还有什么看家的职能，甚至觉得那样汪汪的叫声都有失它的尊贵。况且主人对它也没有这种需求；小区里有保安、家里有电子眼、监视器。“大爷”的主要职能就是享受生活。它每天吃的是酱牛肉、烤猪扒，喝的是纯牛奶、鲜豆浆。“大爷”每周至少桑拿一次、美容一次；桑拿就是去专门的宠物中心洗澡、按摩；美容就是去专门的宠物中心修毛、剪指甲。这样，“大爷”每月的开销要在五仟元左右，这是我那土里刨食的父母亲两人辛劳一年也挣不到的数目哇！以前，曾听说城里人由于吃得太好又不干活，不少人得了富贵病，可没听说城里的狗也会得这种病，“大爷”就得了富贵病——由于营养过剩而得了肥胖症。我刚来的时候，“大爷”还比较好动，主人一叫它“伯伯”，它就会跑过来跟主人玩耍，甚至扑到主人怀里跟主人拥抱。后来越吃越胖、越吃越胖，也就越来越懒、越来越懒。小

区里有个老阿姨，每天都围着小区跑上十几圈，男主人为了让“伯伯”减肥，每天也带着“伯伯”在小区里跑。可是“伯伯”跑上一圈，就张着大嘴“哈哧、哈哧”喘个不停，然后就趴在地上死也不肯动。男主人对“伯伯”说：“你看，你那位阿姨比你年纪大多了，人家都能跑得动，你怎么就跑不动呵？”那位阿姨也是东北人，她小声冲我嘀咕：“他让狗管我叫阿姨，他又管狗叫大爷，那他就该管我叫姨奶奶！”每天看着肥胖得走不动路的“大爷”，我就会想念瘦骨嶙峋、饥不饱腹的小黑；想念远隔万里的父母亲。但是，我却无法回家与他们团聚，只能把我微薄的、全部的工资寄给他们。

可是有一天，突然传来噩噩，我不得不仓皇地赶回家乡。原来，百年不遇的大暴雨，东北的山区也会有山洪暴发。洪水先是冲走了我家的猪、鸡，紧接着就冲倒了我家的房子，父母亲为了抢救那两口猪和那点锅头灶脑的家当也被洪水冲走；小黑企图去抢救主人，但终因水势太猛也一起被卷入洪流、卷进村前的穆棱河

我十六岁离家整整三年，这三年中，无论怎样想念家乡、想念亲人；无论受到什么样的委屈，我都不曾流泪，因为“莫斯科不相信眼泪”、外面的世界都不相信眼泪。在城市里，十九岁是女孩、是花季；而我，从小生长在艰苦的环境中，过早地背负起生活的重担，三年的背井离乡，使我的心早已步入了壮年。但是，面对从河水中打捞起来的父母亲那肿胀的遗体，我无论如何也承受不了这巨大的悲痛，我只觉得眼前一片昏黑，顿时就失去了知觉当我醒来的时候，已经躺在政府为灾民搭建的帐篷里。乡亲们帮我安葬了父母亲。我脑子空了，心也空了，只剩下一个躯壳，不吃不喝、不哭不语。我无法相信我的父母亲还不到五十岁就双双离我而去；离别三年，我坐了三天三夜的硬板火车，好不容易回到家，他们连一句话也没跟我说就离我而去！天刚麻麻亮，帐篷里的乡亲还没有睡醒，我独自走到帐外，来到自家房前。这里已是一片废墟，只残留了一些破砖碎瓦。我用手去扒那些瓦砾，想从中找出点什么，哪怕是父母的一件衣物，也好给我留个纪念。忽然，我发现了一个灰呼呼的东西：是谁家的猪还是羊？仔细一看，是一条狗。它身上结满了硬硬的泥疙瘩；眼睛糊了一层泥土和眼屎，它躺在那里一动也不动。我的心一动：会不会是小黑？不，小黑虽然瘦，但却充满（下转P42）



斋墨心语

## 专制主义法治化的担忧

文 广东君凯律师事务所 刘文君律师

我学法、用法近二十年，期间大部分时间从事法律实务工作，对于中国法律的理论与实践已经有比较充分的认识。这二十年来，中国法治的确有一定进步，我在大学里死啃的法律条文今天基本上很难用到，去年颁布的法律、法规今年可能就无法适用，原因是中国的法律、法规的修改、制定包括那些司法解释、部门规章，还有地方法院的各种审判指引或审判纪要等不算法律但又影响法院判决的“山寨版”文件，其出台的随意性、不确定性很大，往往导致我们法律实务界尤其是律师界无所适从，老百姓打官司就像赌博，同样的事实在两年前与两年后的判决会完全颠倒过来。所以，表面上的进步是公民维权意识增强了，政府法治意识似乎有所提高。但从改革发展的实际需要来看，法治进步的确不大甚至倒退。除法律缺乏稳定性给社会带来法律虚无的现状之外，更大担忧在于两个方面：

其一，改革开放至今三十年，法治理念中的宪政思想至今没有深入人心，在这方面远远落后于同样属于大中华范畴的香港、台湾地区。建国后宪法虽经多次修改，但在保障人权方面的重要条款不但没有加强反而通过下位法给予稀释、剥夺，这是任何一个民主法治国家不可想象的事情。许多本

应出台的诸如新闻法、社团法等法律至今杳无信息。涉及政府与公民关系的法律除行政诉讼法、国家赔偿法外再没有其他法律可以标榜。

其二、许多法律制定过程中不顾中国实际，盲目移植外法导致法律法规制定后长期水土不服，很难实现立法时的初衷。立法的主导权被行政权力或领导剥夺，学者有时变成御用文人，没有调动普通民众、人大代表参与立法的积极性，人大“立法”变成人大“通过”的走过场游戏。制定法律变成一场利益角逐，各大部为本部门利益四处公关游说，每通过一部法律后，大学教授、最高法等部门的法官挂着立法专家的牌号在全国各地到处走穴讲课，以此获取丰厚的报酬，这已经成为一种见怪不怪的立法腐败风气。

以上两方面的担忧结合起来的总担忧是：专制主义的法治化与法制化。而专制主义与法治实质上是天敌，其二者的结合属于法治的变异，即名为法治实为更大、更可怕的专制，法治变成专制的工具，那样真可谓暗无天日！所以，培养公民意识、建立市民社会、推动民主自由是抗击专制主义法治化的抗生素。法律职业共同体必须以法律为信仰，秉持良知，竭尽努力，为真正的中国法治而战！

(接P41)

活力；这是一只奄奄一息的老狗。再仔细一看，它的左耳缺了半截！是小黑！我一下子坐在地上，用手摸着它的头大叫“小黑——小黑！”小黑吃力地睁了睁眼，它那原本黑亮的眼睛已经暗淡无光。它似乎认出了我，慢慢地一下尾巴，算是和我打招呼然后又闭上了眼睛。我说：“小黑，你等着我”！就飞也似地跑回帐篷。我找了点干粮、提了一桶温水，又回到小黑身旁。我把干粮放到小黑嘴边，它没有动；我把干粮掰成小块往它嘴里塞，它也不张嘴。我哭着对小黑说：“你不要这样呵，你不能丢下我不管哪！”它把一只爪子搭在我的手上，似乎在安慰我说：自打你六岁我降生到咱家，至今已十三个年头了，现在我老了不中用了，我没能救出主人，就连家里的猪也没能救出来。我真的是老了，你就让我去吧。“不！小黑，我一定要救活你！”我用温水一点一点地洗去它

身上的泥巴、擦去它的眼屎，用衣服把它包起来，准备抱回帐篷。就在这时，小黑忽又睁开眼，哀伤地看了看我，然后就慢慢地合上了。我看到它的眼角流出了两行泪水。小黑去了，随着它的两位主人和它看管的两头猪一起去了。它是老死的。不，它是累死的！它那满身的泥团见证了它在惊涛骇浪中是怎样地英勇救主！我无法知道它究竟被洪水冲走了多远；也无法知道它历尽怎样的艰辛才返回家园，但是我知道为了这一切，它耗尽了最后一口气！它在生命的最后时刻，还守候着自己的家——尽管它的家已是一片废墟。它忠贞不渝地等待着，等待它保护了多年的小主人回来，和她作最后的告别我抱着小黑向后山走去。这条山路曾是小黑护送我上学的路；这个路口曾是小黑竖着小脑袋等待我放学的路口。我把小黑深埋在路旁的树林里。为了记住这个地方，我在旁边的一棵桦树上刻上了两个大字——小黑。



# 仍有人在仰望星空

文 广东中圳律师事务所 刘子孺律师

来深圳四年了，很久没有看过古龙的武侠，更没有王小波的黄金，白银，青铜和黑铁四个时代，余华的《十八岁出门远行》，王朔的《动物凶猛》。也许是因为时间的关系，更多的可能是关于现实的一点焦虑，更多的想法是如何走向成功，如何成为一个有名的律师，如何成为一个有影响力的律师，如果在这个左右激荡的社会起到一个律师应有的作用，不谈对社会能有多大影响，但求能够给人一些帮助，或者能影响到一些人。而那些小说过于虚幻，告诉我的只有是如何走出名利，如何用自己的想象力飞翔去一片天空，如何用自己的语言构造一个美妙的世界，或者按照自己内心的想法如何去成活。

深圳，一个现实的城市，人也会变得现实。曾有在网上讨论过绅士风度，我说绅士风度是由钱来决定的，没有天生的贵族，也没有天生的绅士，那些东西需要环境去培养，三代才出一个贵族，那都是拿钱砸出来的。朋友说我不需要什么把钱挂在嘴边，我说我不是把钱挂在嘴边。

有人说，律师成功，执业十年时间。执业十年，那时的我三十四岁，那时成功，我或许可以接受，但是我不能忍受，我是一个只有钱的律师。古人云，三十而立，正常的男人三十才立业，我在三十四岁却有一份自己成功的事业的话，不算晚。但是这其中的执业十年的岁月如何度过，也许没有人会知道，重要的是执业十年后是不是一定会成功，不可预料。十年

磨一剑，十年磨下来，当然知道那把剑是可以磨成为利器的，但是名剑大多都是天生的的利器，它注定是名剑，你磨就一定行。

现实中更多的人看到了律师光鲜照人的一面，开好车，住好房，出入各种高级会所，但是没有人看到更多的律师和正常的深圳的打工一族没有区别，顶着法律的名头，却得不到法律的尊重。执业十年的磨砺，很多人是坚持不下来的，因为没有谁的生活激情可以保持十年，没有哪个律师说自己每一年都在更新自己的法律知识，更多的律师躺下了，有一部分律师的知识开始老化，这就是中国特色。有一句名谚：法律的生命在于经验，而不在于逻辑。但是在今天的今天，在高速的法律变更中，逻辑变得更加重要，没有人会知道一觉醒来，《民事诉讼法》会变成什么样子。

理想一点点被磨平，对于法律的信仰开始有点动摇。李庄案的一季二季，似乎二季半的时候你又看到了一点法律的希望；重庆的唱红打黑，你或者根本不知道法律的方向；社会的残酷以及现实的重重景象，让一个律师的坚持与坚守，法律的信仰信念，其实都在一次次的运动中被磨掉。越来越多的强制拆迁，越来越多的群体事件，或许我们应该反思，为什么在这个过程中法律就会缺失，为什么越来越多的人不再相信法律。

下午一个同行，也是我的好兄长张茂荣律师电话过来，说我在一个采访中言词有点过激，提醒我应该以后注意，

我谢谢我的兄长，但或许是最近看到太多的不平，内心有太多的感慨，于是借这个机会一吐为快，再电话采访我的朋友，我朋友说编辑还是修改了一部分的，并于我司法独立那一部分的言辞还拿掉了。我谢谢每一个朋友对我的关心和爱护，谢谢你们，你们是让我坚持下去的勇气。

我或许又可以重新拾起古龙，《欢乐英雄》中一句话“谁说英雄寂寞，我们的英雄是欢乐的。”；《多情剑客无情剑》中“我常常又不愿意让朋友失望。”。重拾王小波为《红拂夜奔》里风尘三侠叫绝；看过《夜行记》后知道“三湘女子多情，巴蜀女子多才，陇西女子忠诚，关中女子适合做老婆。”所以我应该找个一多情的三湘女子，余华的《十八岁出门远行》让我更深切的体会到自己从二十三岁出门远行到现在二十八岁，五年深圳生活的磨难；《鲜血梅花》让你明白人生其实是因为目的而存在，《黄昏里的男孩》让我对现实状况不安；《现实一种》残酷的暴力让我恐惧；《为什么没有音乐》让我有时又觉得生活有点情趣；《仅以此文献给少女杨柳》知道爱的重要。

酒精有时有好处，可以让你自以为像堂吉珂德一样永不停止的战斗。

每一个人都有阴暗面，卑鄙是卑鄙者的通行证，高尚是高尚者的墓志铭。我一直以为自己是一个有良知的律师，我也认为自己应该坚持自己的良知。有梦想，坚持，比什么都重要。并且我相信有很多人也在仰望星空。



游走天下

## 非洲夕阳

文 北京市信利（深圳）律师事务所 汪宗霖律师

非洲有很多很美好的事物，但是最让我感动和兴奋的，是非洲出自上帝之手的落日，每日的变化，让人心旷神怡。

黄昏在落日的映照下，尽情的飞舞着，在蓝蓝的，高高的天空舞台中，舞动着最佳舞蹈道具——云彩。每日的舞蹈都不一样，时而奔放无垠，时而恬静田园，时而幸福的如棉花糖，时而开心的如童话城堡。

想起宫崎骏的“天空之城”，藏在云中的故事，是否真的存在？地平线升起的辉煌，月亮伴随着落日，一个在东，一个在西。Cynthia与Helios在这个时候交汇，交汇出来的，是无与伦比的落日情景，足以让我欣赏一个世纪。

人常说道，“夕阳无限好，只是近黄昏”，这句话表达的有点伤感。其实黄昏经过了一天的狂热，吸收了一天的精华，他的内敛，功力，均达到了最高峰。应该将这句话改成“夕阳无限好，只因近黄昏”。

现实一首即兴所作的词：

南乡子-非洲夕阳

青云粉霞，  
絮絮风飞絮絮花。  
天妆变幻犹胜玉，娇姹。  
相逐醉舞残笔画。

夕阳栖鸦，  
点点尘香点点茶。  
醴泉草莽升孤烟，乱飒。  
今宵若闲思无价。

## 【数字】

### 10年

在香港，诉讼律师累计10年经验后有机会被终审法院首席法官委任为资深大律师，只有资深大律师才可在最高诉讼法庭终审法庭发言。

### 10万

最近，深圳市五届人大常委会第八次会议表决通过了修改后的《深圳市保障性住房条例》。根据修改后的条例，为住房保障申请人出具虚假证明材料的责任单位，将被处10万元罚款。

### 1462件

重庆市人民检察院新闻发言人、副检察长雷万亚透露，自重庆直辖以来，从1998年到2010年12年间，全市检察机关共立案查办渎职侵权犯罪1462件1648人，共造成1323人死亡，公共财产、国家和人民利益损失12.69亿余元。

### 2000元/小时

最近，山东省公布了《山东省律师服务收费标准》。《标准》中所列的法律服务事项，可以适用计时收费，收费标准为：2000元/小时。不足一小时的按一小时计算；办理法律服务事项时花费在旅途上的时间，折半计算。

## 【关键词】

### 巾帼律师志愿团

2009年，上海市妇联和女律师联谊会经过层层选拔和审核，确定118名女律师组成“巾帼律师志愿团”，轮流到市妇女法律援助中心值班。这些女律师积极参与义务咨询，3年来接待来信、来访、来电咨询的妇女达到8000余次，为女性提供了优质的法律服务。

### 百所联千村（社区）进万户

哈尔滨市今年正式启动“百所联千村（社区）进万户”活动。活动将力争做到：百家律师事务所举办百场法律知识讲座，千名律师提交千份民生报告，发放万张法律服务联系卡、万册《农村（社区）法律知识实用手册》，排查化解万件矛盾纠纷，培养万名家庭法律明白人。

### 法援服务圈

河南省建立健全了177个法律援助中心、2300多个法律援助工作站、700个律师事务所、1600多个法律服务所、几百个群团维权机构，构成服务网络，形成了城区半小时、乡村一小时法律援助服务圈。

### “我是党员我承诺”

为迎接中国共产党成立90周年，北京德恒律师事务所组织开展“创先争优党建促所建”活动。活动要求该所的党员实现“五带头”：援助案件带头接、免费咨询带头做、赈灾捐款带头捐、法律宣传带头讲、公益活动带头搞。目前该所实现了党的组织和党的工作的全面覆盖。

## 【声音】

“检察官、法官和律师是战友、伙伴关系，虽然有不同的岗位和职责，但是在推进法治建设、维护法律统一正确实施、实现社会公平公正的总目标上，我们的使命是共同的。律师是社会主义法治建设的一支重要力量，司法体制和工作机制的改革离不开律师的参与。”

——最高检司法体制改革领导小组办公室副主任王洪祥谈律师参与司法体制改革

近几年中国每年对外投资以50%的速度递增，在智利买铜矿、在澳大利亚买铁矿、在巴西开采木材、在欧洲收购各种企业，中国国际并购项目位于全球第二。中国企业在“走出去”过程中，亦需要大量高层次法律人才走向世界，通晓各国法律，通晓国际经济惯例和游戏规则，更好地为本国企业“走出去”服务，但这方面中国律师业还存在瓶颈。

——上海市人大常委会法制委主任张凌表示中国律师业发展瓶颈

“司机花钱上高速，买的就是速度，倘若高速路提供不了其承诺的速度，不但不应该再收费，还应给长时间滞留的车辆司机相应的补偿。”

——济南律师就公路罚款以及收费暴利现象直谏交通运输部长

## 【业界前沿】

**北京通州：律师全天参与领导接访**

自4月1日起，江苏省南通市通州区律师工作日全天参与党政领导接访值班制度正式实行。今年以来，通州区司法局提出了旨在减少并化解部分无谓上访、反复上访等信访难题的第三方律师参与模式。参与接访的律师除了协助区委、区政府妥善处理矛盾突出的案件，调解和化解各种错综复杂的涉法纠纷，提出专业的法律建议，还要通过法律咨询，让信访群众了解非法信访应负的法律后果，指导群众依法信访，通过正规途径真正维护自己的合法权益。

**上海：拟派青年律师出国锻造律界“特种兵”**

上海律师协会新任会长盛雷鸣透露，将以行业协会的影响力搭建具有国际视野的交流平台，输送一定数量的优秀青年律师出国取经，以此不断推动业界适应上海金融、航运中心建设的需求。目前，上海35岁以下青年律师占全市律师总数的比重已超过43%，青年律师已经成为上海律师的主力军。

**沈阳：在职律师可在学院“充电”**

近期，沈阳师范大学律师学院正式成立，成为该省第一所律师学院，法律专业学生和在职律师的苦恼都将在这里得到解决。律师学院设在法学院，主要对学生开展律师职前、职后教育培训，强化全日制本科生、研究生的法律实务培训。

**东莞：未来五年政府要聘律师为法律顾问**

东莞第十七次市依法治市工作领导小组会议透露，今年东莞将围绕加快转型升级、建设幸福东莞、法治文化建设三个主题，开展依法治市工作，重点是“确保市镇换届选举工作依法依规进行”。未来五年，东莞有条件的各级政府、行政执法单位要聘请律师等专业人士为本单位法律顾问，到2014年全市基本实现建设“法治政府”的目标。

**辽宁：律师职业责任保险保付额创全国最高**

辽宁省司法厅为贯彻落实中办发〔2010〕30号文件，“建立健全律师职业责任保险制度”，今年与保险公司进一步完善了律师责任保险协议，拓宽了保险范围，减轻参保律师的负担，职业责任保险保付额创全国最高。律师所最大保付额2亿元，律师最大保付额1千万元。

**重庆：“重庆律师林”揭牌**

近期，占地80余亩、总耗资达80万元的“重庆律师林”在西南政法大学揭牌。重庆将建设千亩城市森林作为今年律师工作的一个亮点工程，目前，该市各区县均有律师林，全市通过种植、认植的“律师林”已有1500余亩，筹集相关资金150余万。

**山西：律师上岗先考察政治表现**

山西将在全省范围内全面推行申请律师执业人员品行鉴定制度。该省加强与相关部门的沟通配合，注意收集公安、教育、人事等有关部门的信息资料，在综合考察的基础上做出品行鉴定。把品行良好作为申请律师执业的基本前提，对申请律师执业人员的政治表现、个人品行和实习期的表现进行认真调查审核，从源头上确保进入律师队伍人员的政治素质、业务素质 and 职业道德素质。

**铜陵：创立“律师日”**

近期，铜陵市政府经研究决定将5月15日确定为“铜陵律师日”，以此纪念新中国第一部《律师法》颁布。该市将通过律师日期间开展的大型法律咨询、文艺汇演、主题论坛、法律讲座、送法进乡村社区、网络在线访谈等系列活动搭建交流平台，打造具有铜陵特色的律师文化。

**四川：法援机构全面推行首席律师制度**

四川省司法厅从5月起在全省法律援助机构中全面推行“首席律师制度”，打造法律援助专家团队，提高服务水平。据介绍，2009年该省在省法律援助中心实行首席律师制度，两年试点成果显著。此次全省推行，要求各级法律援助机构通过评选、审核的方式聘任210名有较强业务能力和执业经验的优秀律师为首席律师，按全省205个法律援助机构计，将聘请500至1000余名优秀律师作为各级法律援助机构首席律师。

**乌鲁木齐：首家青少年维权工作站成立**

5月23日，“送法进校园活动”在乌鲁木齐市55小学举行，市法律援助中心将市法律援助未成年人保护工作点的牌匾授予仕诚律师事务所，标志着该市首家律师事务所青少年维权工作站成立。

## 1

### 市统战部部长张思平一行到我会调研



4月7日下午，市委常委、市统战部部长张思平在市委两新组织工委书记王荫琦、市依法治市办副主任杨时敏等陪同下到我会调研律师工作。市律协会会长余俊福，市司法局律师公证管理处处长李玉祥，市律协党委书记张勇、副书记张丽杰、张善华，市律协副会长王丽娜、蔺晓青，党委委员陈治民，党委委员、纪委书记郑剑民，纪委副书记张思珠等陪同座谈。

余俊福会长代表全市律师对张思平部长莅临律协指导工作表示感谢，并详细汇报了市律师制度建设、律协组织架构及“两结合”管理模式等情况，并就市律师业发展现状、“十二五”律师业发展规划、本届理事会在青年律师培养、队伍建设、执业环境改善、扶持中小律师事务所发展等工作举措作了介绍。

张勇书记从律师党建工作发展定位、律师的参政议政、法律职业共同体建设以及律师参与人大立法项目等方面进行了汇报。与会人员希望在增加我市律师参政议政比例，实现律师参政议政在广度和深度上的跨越；贯彻落实中办30号文精神，探索建立从优秀律师中选拔法官和检察官的制度体系；与总商会、总工会建立常态联系机制，共同致力于和谐劳动关系建设以及进一步推进政府购买法律服务制等方面得到市委市政府的支持。张思平部长高度评价我市律师业为深圳改革开放、经济体制建设、维护社会公平正义所做的重要贡献，希望推广市律协行业自律和基层民主建设经验，并就深圳律师业发展提出要求：一、坚定不移地探索行业自律、自主管理发展模式，为深化我市社会组织管理改革、社会管理创新提供借鉴；二、探索、完善基层民主管理制度，为实践科学发展观奠定基础；三、发挥专业优势，在维护社会公平正义、促进社会主义法治建设中发挥作用；四、发挥深圳律师区位优势，促进前海开发，为提升政治文明和和谐社会建设提供良好的法律保障。

张部长表示，市委统战部将在党建工作、律师参政议政、法律职业共同体建设等方面给予扶持，并要求市司法局和市两新工委对行业业务发展予以支持。

## 2

### 深圳律师业“十二五”规划出台



3月27日，深圳市七届律师代表大会第二次会议在深圳市委党校举行。大会审议并通过了《市律协2010年理事会工作报告》、《市律协2010年监事会工作报告》、《市律协2010年财务决算报告》、《市律协2011年财务预算报告》及《深圳律师业“十二五”发展规划纲要》。

300余名律师代表参加了会议。市司法局邹从兵副局长、律师公证管理处处长李玉祥处长、市律协余俊福会长、张善华监事长、党委张勇书记，副会长于秀峰、王丽娜、梁建东、蔺晓青等出席会议。市律协还特别邀请了各区司法局领导、市律协党委，老律师、青年律师、实习人员代表共50余人参加大会。

七届律协理事会、监事会卓有成效的工作得到与会律师代表的充分肯定和高度评价。理事会、监事会和财务预决算工作报告均获得通过，《深圳市律师业“十二五”发展规划》成为大会的最大亮点。余俊福会长表示，七届理事会将继续秉承“办实事、求实效、重服务、谋发展”的理念，继续坚持改革创新，深入探索，继续引领深圳律师业健康、快速发展，创造深圳律师业新的辉煌！

## 3

### 深圳律师代表团出席 省律协九届二次律师代表大会

3月18至19日，深圳律师代表团由余俊福会长带队共30余人参加广东省律协九届二次律师代表大会。省司法厅副厅长梁震、律管处处长陈建，省律协会长欧永良、副会长陈锡康、陈小雄、黄思周、王波、吴青、张翅、肖文，总监事郑剑民、秘书长叶港等280余人出席大会。

梁震副厅长在会上指出，2010年，全省律师为广东的政治、经济、社会建设做出了积极贡献，成绩显著。2011年省律协将继续做好以下工作：1、加强律师的思想政治教育；2、发挥律师专业优势，服务广东建设；3、抓好律师教育培训工作，提高律师素质；4、完善体制，健全机制；5、保障律师执业权利，改善律师执业环境；6、加强律师行业自身建设；7、做大做强广东律师工作。

## 4

深圳市中级人民法院  
李华楠院长一行到我会调研

3月23日，深圳市中级人民法院院长李华楠、副院长王勇、佟丹、政治部主任蒋溪林等一行11人到我会调研工作。市司法局副局长邹从兵、律师公证管理处处长李玉祥，市律师协会会长余俊福、监事长张善华，副会长于秀峰、王丽娜、梁建东、蔺晓青等热情接待客人并开展座谈。

余俊福会长代表市律协对李华楠院长一行表示欢迎，并就深圳律师业发展现状及市律协重点推进的深圳律师业“十二五”发展规划等举措进行介绍。

邹从兵副局长代表市司法局和陈志刚局长感谢中院的关系和对律师工作的重视，表示市司法局将协同市律协制定律师参与调解工作指引、举办调解业务培训，全力以赴维护司法公正。

李华楠院长高度称赞深圳律师队伍，并就构建法律职业共同体提出如下希望：一、尽快建立法官和律师的沟通交流机制，在尖端业务培训、借鉴管理先进经验等方面深化合作；二、充分发挥律师在化解社会矛盾、参与司法调解中的突出作用，提高我市法治建设水平；三、广开言路，认真听取律师的意见和建议，不断提高法官素质，进一步推进司法公开，率先在全国创新法律职业共同体构建机制。

## 5

市律协召开  
部分律师事务所主任座谈会

4月14日，市律协蔺晓青副会长主持召开部分所主任座谈会。市律协余俊福会长、张善华监事长及市司法局律师公证管理处钟山副调研员出席会议，来自我市30名律师事务所主任参加座谈。

余会长就“《律师事务所管理手册》内容审议”等议题进行介绍，并希望集思广益，提出宝贵意见和建议，制定科学、合理的律师事务所排序指标，确保议题中各项工作能够顺利、有效地落实。

与会所主任对五个议题给予了积极评价，提出如下建议：一、《手册》应针对深圳众多律师事务所不同的分配制度和管理机制实际情况做出相应调整，更具可操作性和深圳特色；二、律师事务所排序指标应充分体现科学性、合理性；三、打造规模适当和布局合理的律师事务所，加快专业化进程；四、所主任轮训及联谊会有利于规范律所的管理制度，促进业务交流与合作，具体形式待进一步研究。

## 6

## “深圳市民商事调解中心”揭牌

4月22日上午，“深圳市民商事调解中心”正式挂牌成立。深圳市委常委、副市长陈应春为“深圳市民商事调解中心”揭牌，我会于秀峰副会长，张斌、顾东林理事参加揭牌仪式。

深圳市民商事调解中心经深圳市人民政府授权同意，由深圳仲裁委员会主导，由深圳市律师协会、深圳市商业联合会、深圳市个体劳动者协会、深圳市私营企业协会共同发起设立，以期充分发挥仲裁的调解优势，建立一个辐射全市各行业、有影响力的民商事调解机构，以作为深圳市构建“大调解”体系的重要补充。

调解中心的主要任务是：1、在当事人自愿基础上，对平等主体之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷进行调解，调解结果将视当事人意愿而决定是否与仲裁或诉讼对接。2、调解中心不以营利为目的，运用独立的调解规则，专司调解之职。3、调解中心将打造人才优势，将深圳各行业的高端人才、专家学者、知名人士聘请到调解中心来，为企业和社会公众提供优质、专业的调解服务。4、调解中心将联合深圳市律师协会等主要行业协会，引导行业组织通过调解方式化解行业内纠纷。

## 7

市律师工会  
举行“第十届运动会颁奖晚会”

4月22日晚上，市律师工会“第十届运动会颁奖晚会”在银湖旅游中心举行。市直机关工会主席潘洋、市司法局原副局长、律协会长黄明根、省律协黄思周副会长、郑剑民总监事、市律协党委张勇书记、市律师工会主席高树、市律协副会长、工会副主席梁建东、市律协副会长蔺晓青、市司法局律师公证管理处副处长杨少彬等相关领导与近700名工会会员欢聚一堂。晚会由市律协党委委员、工会经审委员会主任崔军担任主持。

出席领导为运动员颁发了奖杯，共同分享了收获的喜悦。由广东华商、广东星辰、广东广和、广东世纪华人、广东时文、广东深宝等六家律师事务所带来的原创文艺汇演和抽奖活动共同将晚会推向了高潮，为观众奉上了赏心悦目的文化盛宴，充分展示了我市律师富于创新、多才多艺的风貌。

下陷即覺  
多憊乃陽  
心

乙亥年冬劉劉書





归家渔夫 【摄影】 何永超