

SHENZHEN LAWYERS



# 深圳律师

非常视线 专业见解

## 穹顶之下 法律不能缺位

——重典治霾刻不容缓

治霾问题关乎公众的生命健康权，关乎国家可持续发展的长久大计，治霾须用重典，以制度保障公众权益，切实消除人民群众的“心肺之患”。

## 试论我国遗嘱执行人制度的立法完善与创新

公司法务与社会律师为企业发展保驾护航

法人  
FALLEN MAGAZINE

NO. 57

2015年第2期 深圳市律师协会主办  
法人杂志社协办



## 稳中求进谋发展 开拓创新有作为

——深圳市律师协会第九届理事会第二次会议剪影

3月28日下午，深圳市第九届律师代表大会第二次会议在深圳市委党校礼堂举行。全市350多名代表及特邀代表参加。

大会高票通过了《第九届理事会2014年度工作报告》、《第五届监事会2014年度工作报告》、《2014年度财务决算报告》和《2015年度财务预算报告》，并通报了2014年第九届律师代表大会提案办理情况。

2014年度，深圳律师业继续保持健康稳定发展态势。截至2014年底，我市共有执业律师8561名，律师事务所514家；全市律师共承办诉讼案件75527宗，非诉讼案件46872宗，法律援助案件22122宗，实现了全市村居法律顾问的全覆盖。

## 穹顶之下 法律不能缺位

文 中国政法大学副教授 胡静

环境问题作为重大社会问题存在已经有数十年的时间，此前更多存在于专业人士的视野，直至最近几年随着对“霾”的认知成为百姓日常话题的一部分，也成为社会和国家必须切实面对、不可回避的难题。

环境问题本质上属于因人们对环境资源的竞争性利用而产生的利益冲突。解决基于环境资源的利益冲突就是解决环境问题的思路。一种思路是从主体入手，通过道德教化，提升人的道德水准进而影响人的内心，节制欲望以减少人对于环境资源客体的需求，这主要依赖道德发挥作用；另一种思路是对主体利用环境资源的外部行为进行调整，减少利益冲突的发生，将利益冲突控制在秩序的范围内，这主要依赖法律发挥作用。

法律对于环境问题的解决之道乃是将需要保护的环境资源和一定的主体相联系，这种联系就是法律权利（力）和义务。义务主体自发履行义务并不可靠，其义务履行需要权利（力）主体的督促，环境问题的法律解决遂系于权利（力）主体的维权或职责的履行。权利（力）主体主要有如下几类：（1）污染受害者。污染受害者主观维护的通常是自身的人身权和财产权。污染受害者的维权行为客观上可以达致保护环境的效果。其对应的义务主体有两类，第一是污染者，第二是监管污染者的行政机关。维权行为针对哪一类义务主体，不仅取决于具体客观情况，也取决于污染受害者的选择。如果行政机关在监管污染者方面不存在违法行为，污染受害者只能直接起诉污染者；如果行政机关在监管污染者方面存在违法行为，污染受害者可以通过提起行政诉讼、申请行政复议等督促监管者依法监管污染者的排污行为，也可以直接对污染者提起环境侵权诉讼。（2）环保组织。由于环境污染影响众人的环境权益，个人受到损害不是太严重的情况下，往往在衡量维权收益和成本之后认为得不偿失或者抱持期待他人维权、自己坐享其成的搭便车心理而放弃维权，污染行为就不会被追究，因此，环保组织可以代表公众维权，这就是公益诉讼。（3）行政机关。作为权力主体，监管污染者的行为是其职责所在，要求污染者只有在符合一定条件时才能生产（排污），而且生产（排污）还得符合一定要求。当然，作为义务主体的污染者和行政机关的违法行为达到严重程度时，检察机关会作为国家利益的代表追究有关刑事责任。

个人、环保组织和国家机关分进合击，以民法、行政法、刑法等实体法和相应的程序法分工协作，殊途同归，共同实现保护环境的目的。





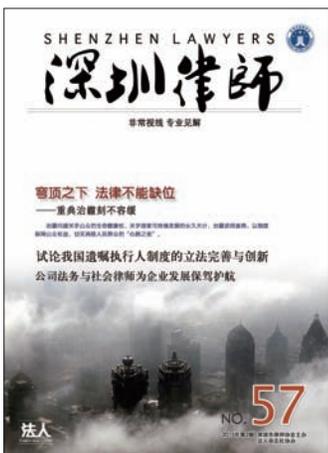
# Contents



## 法人

主办：深圳市律师协会  
协办：法人杂志

粤内登字B11277号



本刊随《法人》杂志赠阅发行

|        |                              |
|--------|------------------------------|
| 编委会 主任 | 高 树                          |
| 编委会 成员 | 张 斌 黄思周 韩 俊<br>胡宁可 张 鹏 张 弢   |
| 主 编    | 张 斌                          |
| 执行主编   | 王 红 张 鹏                      |
| 栏目编辑   | 周争锋 俞 飞 陈 伟<br>杨新发 舒 笑       |
| 编辑     | 陈 夏 王 颖                      |
| 美编     | 刘晓莹 赵 佳 周洪磊                  |
| 电话     | 0755-83025728 83025789       |
| 传真     | 0755-83025177                |
| 地址     | 深圳市福田区深南大道4001号<br>时代金融中心20楼 |
| 邮政编码   | 518048                       |
| 电子信箱   | shenzhenlawyers@163.com      |

## 视线 VIEW

### P4-P5

- ⊙ 立案登记制的“有案必立”
- ⊙ 立法法为良法善治提供制度基础
- ⊙ 深圳汽车4S店“坐地加价”违约违法
- ⊙ 增加劳动者报酬 立法是基础

## 热点 HOTSPOT



专题：穹顶之下 法律不能缺位

P6 美丽中国离不开法律保驾护航

P8 发挥律师专业优势  
推动最严环保法实施

P11 观热播视频“穹顶之下”之  
环境法律思考

P14 新环保法实施中  
完善深圳的环保法治环境的建议

P18 新《环境保护法》能否拯救我们的环境

#### 论道 DISCOVERY

---

P19 试论我国遗嘱执行人制度的  
立法完善与创新

P23 我国养老地产发展模式探讨

#### 实务 PRACTICE

---

P26 海外收购专利  
如何识别IP风险（因素）

P30 外国仲裁裁决在  
中东欧国家的承认和执行

P32 解决民事执行难 实现法律价值  
在我国法律关系中的适用

#### 拍案 CASE AND EXAMPLES

---

P34 关于竞业限制问题的几点再思考

P37 运用财税知识攻坚经济纠纷疑案

P39 浅析房屋转租合同案若干法律问题

#### 人物 PROFILE

---

P41 公司法务与社会律师  
为企业发展保驾护航

#### 生活 LIFE

---

P43 律师同行不是冤家

P44 奔跑在光明路上的法律人



#### 资讯 INFORMATION

---

## 立案登记制的“有案必立”

“下月起法院将有案必立”，这样的新闻标题四月份出现在各大新闻网站的显要位置。《关于人民法院推行立案登记制改革的意见》日前由中央深改组第十一次会议审议通过，并将于5月1日起实施。

(综合媒体报道)

“有案必立”这一说法，谨慎的法律工作者都不会按照其书面意思理解，尽管不再对立案进行实质审查，但是形式上的明确被告、利害关系、具体请求、事实依据、管辖权仍然是一样不能少。因此，立案登记制改革的重点是改进工作机制，加强责任追究，“有案必立”也主要针对以下几点：

禁止法院不收材料、不予答复、不出具法律文书。如有法院认为不符合法律规定起诉的，需要依法裁定不予受理或者不予立案，并载明理由。不服的，增加了上诉和复议机制。

消减司法地方化。由于地方保护主义等因素的存在，基层法院在受理案件时往往对特殊类型的案件设置专门的立案门槛，甚至会出台专门内部文件以“正名”，导致权利当事人有案难立、有权难实现。立案登记制则全面清理和废止不符合法律规定的立案“土政策”。

加强监督机制，强化责任追究。每年岁末，法院以各种理由不给立案，已成为广受诟病的现实问题。去年便有“某法院立案排队如春运”的相关新闻报道。现《意见》明确有人为控制立案、“年底不立案”等行为，对有关责任人员和主管领导，依法依规严肃追究责任，解决了当事人和代理人的一件难事。

司法制度的每一项改革都是无数人努力的结果，都可能对更好的法治有深远影响。相比订立规则而言，执行更为重要。《意见》要有效实施，才能真正保障民众的诉讼权益。我们希望，各级法院能严格执行《意见》，切实解决“立案难”。

(天狼星)



## 《立法法》为良法善治提供制度基础

《立法法》颁布15年来首次进行修改。此次调整重心有两大方面：法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的制定、修改和废止，以及国务院部门规章和地方政府规章的制定、修改和废止。

(综合媒体报道)

这次《立法法》的修改强调了人大要主导立法。一方面，把事关人民群众切身利益、事关利益分歧比较大、社会上比较关注的重大草案的起草权交给人大；另一方面，有关全局性、综合性、基础性的法律起草也交由人大的专门委员会和常委会的工作机构去起草。通过人大起草法律，将立法的主导权掌握在立法机关手中，从而改变现在由部门主导的格局。

税收法定，是草案修正过程中保障人大主导立法的一大亮点。党的十八届三中全会《决定》提出了落实税收法定原则的明确要求。立法体制中谈全国人大主导权，主要体现为它的专属立法的范围究竟有多大。在现行的立法法中，税收与财政、金融等被列为同一事项，不属于人大专属立法的领域，将税收“淹没”在众多的一般事项中，未能充分体现税收应有的特殊地位和作用。立法法修正案草案将“税收”的专属立法权单列，并规定“税种的开征、停征和税收征收管理的基本制度”只能制定法律。排斥或者不允许用其他方式来制定关于税收的立法，对于深化改革意义重大。税收是财政收入制度中最重要的一部分，也是分配制度的重要组成部分，税收立法权力回归全国人大，在推进依法治国过程中的作用不可估量。

以立法遏制行政权力的“任性”，成为修正案草案另一引人瞩目的焦点。国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构在制定部门规章时，如果没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令作为依据，部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。地方政府在制定相应规章时同样如此。立法草案的新规定意味着，一些限行、限购、限贷等地方限制性行政手段，今后将不能再“任性”。一些实施已经超过两年的地方性规章或红头文件将面临法治的考验，若想继续实施则必须经本级人大立法程序，上升为地方性法规。而一些与上位法明显相抵触的地方性规章，则须及时修改或废止。

(来源：新华网)

## 深圳汽车4S店“坐地加价”违约违法

深圳市政府发布汽车限购令后，一些市民见车就买，深圳汽车4S店疯狂销售。随后，冲动购车的后遗症渐渐表现来了。首先是“公证难”，接着就是公证后，4S店以各种理由“坐地加价”。

(综合媒体报道)

4S店是在消费者取得公证书后才向消费者提出加价要求，加价名义有的是以延长保修或附送增加汽车装饰精品，有的则很直接，不要借口地直接要求消费者加价后才能上牌提车。笔者认为，4S店“坐地加价”行为是合同违约行为，也是价格违法行为。

一是违反了《消费者权益保护法》规定的公平交易权和选择权。消费者有权自主选择提供商品或者服务的经营者，自主选择商品品种或者服务方式，自主决定购买或者不购买任何一种商品、接受或者不接受任何一项服务。消费者在自主选择商品或者服务时，有权进行比较、鉴别和挑选。消费者在购买商品或者接受服务时，有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件，有权拒绝经营者的强制交易行为。

二是违反了《反不正当竞争法》不得搭售的规定。4S店以延长保修或附送洗车精品的名义，是一种搭售行为。

三是违反了《价格法》的相关规定。4S店在销售车辆之前，都已经明示了车辆销售价格，此后又与消费者签订购车合同后，双方价格已经协商确定完毕。现在以限购为由加价，显然是违反了该条“经营者不得在标价之外加价出售商品，不得收取任何未予标明的费用”的规定。

四是4S店“坐地加价”的行为违反了《合同法》。4S店在与消费者签订了购车合同后，根据《合同法》规定，自成立生效并受法律保护，对双方当事人就具有法律约束力。双方当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或解除合同。《合同法》规定，变更合同只能在协商一致后才能变更。4S店的单方加价行为，并不能导致合同的变更。因此，购车人有权要求4S店按原合同履行交车义务。如果有证据证明是由4S店加价的行为导致不能按合同约定的交车日期交车时，购车人有权要求4S店支付逾期交车的违约责任。

综上所述，4S店“坐地加价”的行为，是价格违法行为，也是合同违约行为。因此，购车人可以根据实际情况，要求4S店承担相应的行政违法责任和合同违约金。

(北京市中银(深圳)律师事务所 陈东文律师)

## 增加劳动者报酬 立法是基础

2015年庆祝“五一”国际劳动节暨表彰全国劳动模范和先进工作者大会4月28日在京举行。习近平总书记在会上发表重要讲话指出，要创造更多就业岗位，不断增加劳动者特别是一线劳动者劳动报酬。

(综合媒体报道)

对劳动者而言，最希望自己的报酬不断增加，因为这不但能体现自己的劳动价值，也能让自己拥有体面的生活。对国家和政府来说，也希望劳动者报酬不断增长，共享改革发展成果。

目前，一提到增加劳动者报酬，一般不外乎三种思路：一是推进工资集体协商，让劳动者通过与雇主谈判增加报酬；二是提高最低工资标准并落实；三是鼓励劳动者创业或者换工作，也能增加报酬。这些路径的确是增加劳动者报酬的有效办法。但笔者以为，仅靠这些路径是不够的，还应进一步拓宽视野。

比如，在经济转型时期，有必要通过各种职业培训提高劳动者的技能，以达到增加劳动者报酬的目的。因为在市场经济条件下，劳动者只有拥有适应经济发展的技能，才有谈判筹码。再比如，有必要把为企业减负与劳动者加薪合理挂钩，减负才能真正转化为员工报酬，否则，减负只能是让企业主获利。

关键是，要围绕“政府、企业、劳动者”这三者来设计财富分配机制，要赋予各方平等的话语权。过去多年社会财富分配政府占得较多，企业缺乏加薪能力，劳动者报酬必然占比低。尽管改变这一局面不容易，但如果重新设计财富分配机制、实施系统改革，将能够回归合理，这是增加劳动者报酬的关键所在。

目前，推进工资集体协商被当成增加劳动者报酬的核心武器，但在笔者看来，仅靠现有的制度是不够的。虽然劳动合同法、劳动法、工会法中有相关规定，人社部也印发《集体合同规定》《工资集体协商试行办法》，但前者太分散，而后者法律效力不够。因此，有必要为工资集体协商立法。

另外，有必要出台工资条例，把最低工资标准、工资正常增长机制等统一纳入这一条例，更有利于增加劳动者报酬。总之，立法是增加劳动者报酬的基础，重新设计社会财富分配机制是关键，为企业减负、提高劳动者技能、鼓励创业等为主要支撑点。期待有关各方以全面制度设计来落实习近平总书记的讲话精神。

(来源：法制网)

## 美丽中国离不开法律保驾护航

文 全国人大法工委 李辉

一部关于“雾霾是什么，从哪里来，如何治理”的纪录片在极短的时间内风靡网络，引发人们对大气污染乃至整个环境问题的热议，也引起政府关注。雾霾为我们敲醒了警钟。面对雾霾，我们无法回避，也不能回避，只能迎难而上，同呼吸，共奋斗，携手打造天蓝水绿的美丽中国。

出现环境污染的原因是复杂的、综合的、多方面的，从时间跨度上看也由来已久，因此治理环境污染也不能幻想毕其功于一役，相反，这是一个复杂的系统工程，需要多措并举，发挥协同效应。在依法治国的背景下，在经济、法律、技术、行政等多种治理环境污染的措施当中，毫无疑问，法律已经发挥并将继续发挥着重要的作用。

依法治理环境污染，首要的问题就是要做到有法可依。应当说，我国的环境立法起步还是比较早的。早在1979年，全国人大常委会就通过了环境保护法（试行）。目前我国有环境保护方面的法律10件，资源环境方面的法律20部，刑法、侵权责任法对环境污染作出了专章规定，另外还有25部行政法规以及70余件部门规章等。环境保护主要领域基本有法可依，在环境领域的综合立法方面，制定了环境保护法、环境影响评价法、清洁生产促进法、循环经济促进法等；在污染防治领域，制定了海洋环境保护法、水污染防治法、大气污染防治法、固体废物污染防治法、噪声污染防治法等；在生态保护领域，制定了防沙治沙法、野生动物保护法、水土保持法、自然保护区条例等。

环境领域的法律法规，主要有三种形式进行调整、规范环境行为。一是事前预防，主要是指为避免经济发展产生环境危害而设置的制度，包括环境规划制度、环境标准制度、环境影响评价制度、“三同时”制度等；二是行为管制类，主要是指监督排污单位和个人环境行为的制度，目的在于为环境监管提供可操作的执法手段和依据，如排污申报登记制度、排污收费制度、排污许可制度、总量控制制度等；三是事后救济类，主要是指对污染行为及其后果进行处理处置的制度，包括限期治理制度、污染事故应急制度、违法企业挂牌督办制度等。

不可否认，环境法律法规规定的这些制度对于防治污染发挥了积极作用，我国环保事业在过去三十多年取得了长足的进步。但是也要看到，我国环境恶化的趋势尚未根本遏制，我国面临的整体环境压力仍然非常突出，环境损害呈上升态势。《中国环境经济核算研究报告2009》就指出，2009年环境污染和生态破坏损失共计13916.2亿元，较上年增长9.2%，约占当年GDP的3.8%。又如，以大气污染为例，根据环保部公布的数据，2011年，在325个地级以上城市中，空气质量超标城市比例为11%。空气污染严重影响居民身体健康。

为什么近年来包括大气污染在内的环境污染问题变得越来越严重、越来越引发社会公众的广泛关注？冰冻三尺，非一日之寒。这其中既有经济增长方法粗放、体制机制尚不顺畅、公民环保意识不高、科技水平整体落后、经济水平尚处于国际产业分工低端等原因，也有干部唯GDP、“违法成本低、守法成本高”等原因。

破解环境困局，法律不能缺位。有必要从赋予执法手段、完善法律的可操作性、加强事后监督与问责等方面，从立法、执法、司法和公民守法的全过程来强化法律权威。

立法方面。亚里士多德曾提出，法治应该包含两重含义，即已成立的法律获得普遍的服务，而大家所服从的法律又应该是本身制定得良好的法律。环境法律如果要取得比较好的执行效果，就应坚持科学立法、民主立法，使制



定出的法律既反映客观规律，又符合公众期待。2014年4月，全国人大常委会修订通过了环境保护法，该法已于今年1月1日起正式实施。此次修订经历了四次审议，充分吸收了各方面意见，被称为“史上最严厉的环保法”、“为环保法装上牙齿”。

修订后的法律主要有以下亮点：一是立法目的中增加了“推进生态文明建设，促进经济社会可持续发展”的内容，并规定“保护环境是国家的基本国策”，并明确“环境保护坚持保护优先、预防为主、综合治理、公众参与、污染者担责的原则”。党的十八大将“生态文明建设”提升到更高的战略层面，即经济建设、政治建设、文化建设、社会建设与生态文明建设“五位一体”，提出要“努力建设美丽中国”，这样修改体现了十八大精神。二是明确了政府责任。从西方发达国家治理环境问题的经验来看，很多国家都在经济快速发展与环境保护矛盾最尖锐、最突出的时候制定了专门约束政府行为的环保法律法规，如日本的环境基本法、加拿大的环境保护法、美国的国家环境政策法等。在我国，时任国务院副总理的李克强在第七次全国环保大会上提出，将环境保护纳入基本公共服务范畴，从理论上明确了提供具有公共服务属性功能的环境产品是政府不可推卸的责任。修订后的环保法规定，地方各级政府应当对本行政区域的环境质量负责，根据环境保护目标和治理任务，采取有效措施，改善环境质量，未达标的，应制定限期达标规划并限期达标，组织对生活废弃物的分类处置、回收利用；各级人民政府应当加大对环保的财政投入，提高财政资金使用效益，统筹城乡污染设施建设，做好突发环境事件应急准备工作，并推广清洁能源生产和使用等。此外还规定，县级以上政府应接受同级人大及其常委会的专项监督。三是专章规定信息公开和公众参与，并规定了环境公益诉讼制度。明确公众的知情权、参与权和监督权，规定“公民、法人和其他组织依法享有获取环境信息、参与和监督环境保护的权利”。修改后的环境保护法规定，对污染环境、破坏生态，损害社会公共利益的行为，依法在设区的市级以上人民政府民政部门登记的相关社会组织和专门从事环境保护公益活动连续五年以上且信誉良好的社会组织，可以向人民法院提起诉讼，人民法院应当依法受理。四是加大处罚力度，解决“违法成本低、守法成本高”的问题，让环保法长出“牙齿”。规定了按日计罚制度，即“企业事业单位和其他生产经营者违法排放污染物，受到罚款处罚，被责令改正，拒不改正的，依法作出处罚决定的行政机关可以自责令改正之日的次日起，按照原处罚数额按日连续处罚”。对违法排污尚不构成犯罪的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，可以处以拘留的处罚。

执法方面。徒法不足以自行。法律制定得再好，没有

落实，也不过一纸空文。在地方发展经济、GDP至上的冲动之下，地方政府环保不作为、乱作为甚至干扰环保执法的现行屡见不鲜，有的地方政府环保部门存在着执法不到位的现象，如执法不严、违法不究，还有的地方存在执法力量薄弱的问题，这就需要赋予环保部门必要的执法权力，同时也要做到有权必有责、权责要相称。为克服地方保护主义，有必要加强中央政府在环保中的重要作用，发挥督查等制度的作用。环境保护部部长陈吉宁在今年3月份的一次会议上指出，中央政府需要在国家环境保护中发挥重要作用，这是世界各国的普遍共识。并提出，要突出督查重点，实现由“以查企业为主”转变为“查督并举，以督政府为主”。对地方政府责任要督查到位。地方政府是改善环境质量的责任主体，要抓住典型案例，利用好通报、约谈、挂牌督办、区域限批等方式，切实推动地方政府环保主体责任落实。

司法方面。司法是正义的最后一道防线，也是解决环境问题的重要手段。从目前来看，司法部门正在以更加积极的姿态介入环保领域，逐步改变环境纠纷处理中司法救济不力和比例偏低的问题。一是环保专业法庭的设立。2007年，贵州省清镇市人民法院成立了我国第一家环境保护法庭，截至2014年，共有16个省区市设立了134个环境保护法庭。2014年7月，最高人民法院设立了环境资源审判庭。这对于促进和保障环境资源法律的全面正确施行，统一司法裁判尺度，切实维护人民群众环境权益，在全社会培育和树立尊重自然、顺应自然、保护自然的生态文明新理念，遏制环境形势的进一步恶化等，都具有重要意义。二是环境公益诉讼的运行。新环保法规定了环境公益诉讼的原告资格，让民事诉讼法中“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼”的规定落地，并规定对符合条件的起诉，人民法院应当受理。今年1月，在“福建南平生态破坏案”中，原告自然之友和福建绿家园收到了福建省南平市中院的“案件受理通知书”。

公民守法方面。每个人在生产生活中都会对环境造成这样那样的影响，有必要倡导健康文明绿色的生活方式，如少开一天车、提倡低碳出行方式等，自觉保护环境。新修订的环保法规定，公民应当增强环境保护意识，采取低碳、节俭的生活方式，自觉履行环境保护义务。久而久之，公众将环保的外部要求内化为自己的行为准则，从而形成守法光荣、违法可耻的社会氛围。

从西方发达国家治理环境污染的经验看，治理环境污染绝非一日之功。十八届四中全会提出，“用严格的法律制度保护生态环境，促进生态文明建设。”在治理环境污染的浪潮当中，法律应当并且必将有所作为，美丽中国离不开法律的保驾护航。

# 发挥律师专业优势 推动最严环保法实施

## ——律师如何适应环保新常态要求

文 广东绿建律师事务所 李军强律师

时代在发展，社会在进步，我国已经进入“四个全面”发展的新时期。十八大以来，随着改革的进一步深入，中国迎来了生态文明建设的新时代。而与此形成鲜明对比的是，总体环境状况恶化趋势进一步加剧。纪录片“穹顶之下”的播出，唤起人们对大气污染的普遍重视。而大气污染只是大气、水、土壤“三大污染”中的一项，更多的环境污染需要去治理，去改善。

社会要发展，环境要改善，法治要建设，治理是必然。在此背景下，新修订的《环境保护法》于2015年1月1日正式实施。新环保法以多元、立体的制度设计，综合、系统的监管安排，严厉的违法责任得到社会的普遍认可，被认为是解决目前环境问题的钢牙利齿，被媒体称为“史上最严环保法”。

新环保法实施后，立法机关更加重视环保法律体系的完善和质量的提高；政府部门更加重视提高规范执法水平和能力；生产经营企业更加重视环保法律制度的落实和环境法律风险控制管理。

我们清楚看到：新环保法实施后，提高环保标准、严查环保违法、扶持环保产业已经成为趋势，用目前最流行的话来说，这将会成为目前及今后一段时期内的“环保新常态”。

作为一名环保专业律师，如何适应环保新常态并且更好服务于环保新常态，已经成为必须思考的话题。笔者将自己的一些思考简要归纳，与大家共勉。

### “最严环保法”的几个体现

一是时间跨度长，修订过程难。环保法的此次修改，是在1989年环保法实施25年，环境形势发展巨大变化的情况下修订的。在环保法修订过程中，经历了争论、反复的过程，最后是在生态文明建设被放在重要的地位后才实现的。

二是修订幅度大，内容变化多。新环保法历经两届人大、四次常委会审议后才通过。此次修订，仅保留原有法

条中关于环保法适用范围一个原文，对其他46个条文均进行了修改，并新增加了23个条文，新增条文占条文总数的三分之一。修订后的条文总数达到70条。

三是配套制度严，处罚力度大。新环保法在原有法律规定的基础上增设环境监测、公益诉讼等二十余项制度。在明确政府环境保护主体责任的基础上，新环保法还要求进一步规范环境行政执法活动。环保部等部委针对行政拘留、按日计罚、查封扣押、限产停产、企业信息公开、环境突发事件应急处理等出台了具体办法。按照环保部的安排，最终出台的环保法配套办法将达到54个，全面实现新环保法制度的真正落到实处，有望从根本上改变生产经营企业“违法成本低、守法成本高”的现象。

四是政府决心大，落实力度强。习近平总书记两年来在各种场合六十多次谈环境保护和生态文明建设话题。李克强总理强调“要向污染宣战，要让污染者承担承受不起的代价”。新任环保部部长陈吉宁在多个场合讲到：要让新环保法成为一个有钢牙利齿的“利器”。按照国务院部署，环保部将2015年确定为环保法的“实施年”，全面开展环保大检查，对违法者做到“四个不放过”，即“不查不放过、不查清不放过、不处理不放过、不整改不放过”。据环保部统计，除山西、海南、云南、西藏等4省外，2015年1至2月份，全国实施按日连续处罚案件共26件，罚款数额达1238.96万元，个案罚款数额最高为208万元；实施查封、扣押案件共527件；实施限产、停产案件共207件；移送行政拘留共147起。

五是参与主体多，保护合力大。新环保法的实施，调动了所有部门参与者的积极性，上到中共中央政治局、全国人大、国务院等决策机构，最高法、最高检、公安部、发改委、环保部、工信部等实施机构，下到各级地方政府及其相关组成部门，再到民间环保组织和全体公民，都以相应的方式积极参与到环保法的落实和实施中。中共中央政治局通过《关于加快推进生态文明建设的意见》，国务院发布《关于加强环境执法监督的通知》，最高法、最高

检联合发布环境污染刑事司法解释，最高法成立环境资源审判庭并发布针对环境民事公益诉讼的司法解释。环保组织和全体公民积极参与环境公益诉讼和环境保护工作。环境保护的全民共治局面已经形成。

## 环保新常态的具体内容

新环保法的修改和实施，是环境形势日益严峻、有关部门高度重视的结果，也是人们提高生活质量的要求。据了解，新环保法实施后，在社会各领域、各层面已经产生了较为明显的影响。其主要表现为：

### 第一环保法律体系正在完善

新环保法提纲挈领地规定了诸多新的制度和新的执法措施。为了使这些规定得到细化并具体落实，整个环保法律体系需要完善，相应标准需要调整，立法质量需要提高。

全面层面上，全国人大已经将大气污染防治法、环境影响评价法等法律的修改和土壤污染防治法的制定纳入立法计划并组织实施。在地方层面，一方面各地都在根据新环保法的要求，抓紧制定和修改地方环保法规。例如，最新修改的《广东省环境保护条例》将于2015年7月1日生效，其规定比环保法更多、更严。另一方面，根据新修改的立法法的规定，全国282个设区的市享有制定环保方面的地方性法规的权利，环保地方性法规的制定已经成为现实需求。研究新环保法并针对性地研究出台相关地方性环保法规，将成为现在和将来一段时间内政府法制部门的重要工作之一。

不难看出，以新环保法及其配套法规的出台为契机，我国的环保法律体系将会进一步完善，法律规定的数量和质量将会进一步提高。

### 第二环保执法活动正在规范

新环保法在赋予政府及其管理部门新的执法权力的同时，也对执法活动提出了更严格的规范要求。由于新环保法规定的许多制度都是首次实施，没有现成的经验可供借鉴，规范执法压力较大。为此，主管部门正在紧锣密鼓地研究规范执法和裁量的细化办法。结合新环保法中的严厉问责规定，规范行政机关及其执法人员的行为，防范行政执法风险，已经成为政府环保主管部门的迫切需要。

### 第三企业对环境法律风险防范更加重视

新环保法修改的重点之一，就是大幅提高环境违法成本。首先，新环保法规定了很多非常严厉的措施，如按日计罚、查封扣押、行政拘留、刑事责任等。其次，新环保法大大降低了环境违法者承担责任的门槛。再次，强化政府管理手段和方法，加大执法检查力度，严格环境监管执法。最后，强化公众参与，通过奖励对环境违法行为举报人等方法，使环境违法行为暴露在阳光下。严峻的环境形

势，严厉的法律要求，严格的环境执法，迫使企业不得不增加环保投入，不得不重视环境法律风险。

### 第四公民更加重视环境质量、积极参与环保

新环保法实施后，公民关注自身健康和环境质量意识普遍增强。新环保法确认了公民的获取环境信息、参与和监督环境保护的权利。面对环境恶化造成的损失和各种不便，公民保护环境的诉求越来越多地表达出来，越来越多的自觉参与环境保护工作，越来越积极地进行环保监督。

## 律师如何在环保新常态中发挥专业作用

律师是法治建设中最重要力量之一。律师作为专业人士，具有法律知识功底深厚、实践经验丰富的优势，能够在环境领域的立法、执法、风险管理、法律培训等方面发挥其他人士无法替代的作用。

律师应当适应最严环保法实施后的变化，服务环保新常态，助力环境保护法律体系的实施。

### （一）律师工作内容举要

#### 一要为立法机关提供服务

现行环保法体系是以最新修改的《环境保护法》为龙头，以相关法律、法规、规章、政策和标准为主体构成的。结合四中全会决定和全国人大提升立法质量的要求，修改和制定环保领域新的法律、法规，保证环保领域新的法律、法规等与最新修改的环保法相协调，提升环保领域法律、法规等的可操作性已经成为立法机关当前和今后一段时间的主要工作。律师借助专业优势，能够在这方面发挥非常重要的作用。常见的有如下内容：

——提出环保领域法律、法规等的制定和修改的意见和建议；

——受托进行环保领域法律、法规等制定和修改的前期调研工作，为环保领域法律制定或修改提供基础支持；

——受托进行环保领域法律、法规等的立法评估和实施后评估工作，为环保领域法律、法规等的正确实施提供支持。

#### 二要为政府提供服务

政府是环保法律、法规等实施的主导机构，在环保法治建设中的作用特别重要。为政府提供专业服务，主要从以下方面着手：

1.在规范性文件制定方面：

——受托单独或参与环保领域规范性文件的制定工作，为提升规范性文件质量提出专业的意见和建议；

——受托对制定的规范性文件进行专家论证、合法性审查、风险评估及立法后评估等工作；

——受托对制定的规范性文件进行制定前的调研，为规范性文件制定提供前期服务。

## 2.在规范执法方面:

——为依法进行环保决策提供程序和实体方面的支持;

——为环保执法能力提出意见和建议,助力依法行政水平的提升;

——受托进行环境行政许可、行政处罚、行政强制的事前审查,提出专业意见和建议;

——为编制环保权责清单提供专业服务。

## 3.在创新研究方面:

——受托进行生态文明建设和环境保护方面的探索论证,创新研究符合环保新常态以及十八届四中全会要求的生态文明建设和环境保护法治管理模式。

在环保法治意识的培养方面:

——受托对企业进行环境法治和环境法律风险管理方面的培训,提升企业特别是重点监管环保企业的守法意识,减轻环境执法压力,改善和提升环境质量;

——受托进行公民环保法治宣传教育,提升行政区域内公民的环保法治意识,培养全体公民自觉保护环境的能力。

## 4.在环保项目建设方面:

对政府投资的环保类基础设施建设项目提供全程法律服务,包括项目招标、合同起草和修订、PPP模式选择与规范等,推动项目建设顺利、健康进行。

## 5.在公益诉讼方面:

组织、培训专业律师进行公益诉讼,依托符合提起公益诉讼主体资格的社会组织,建立严格、规范、专业的环保公益诉讼队伍,通过公益诉讼推动环保法的实施和全社会环保意识的提高。

## 6.在诉讼代理方面:

代理政府部门处理环保领域的行政复议、行政诉讼案件。

### 三要为环保企业提供服务

环保企业特别是重点监管的环保企业,是环保领域法律、法规等实施,建设美丽家园的主要参与者。环保企业守法程度直接决定着环保执法的效果和环境改善的程度。为环保企业提供法律服务,推动环保企业自觉守法用法,既有利于保护环境,又能提升企业竞争力。

为环保企业提供法律服务主要围绕提升环保企业竞争力进行,具体途径包括增加收益、规范管理、助力发展。

在助力企业增加收益方面:

——协助或代理企业取得环保领域的优惠待遇;

——帮助参与排放权交易,用技术进步创造收益;

在规范管理,促进健康、顺利、快速发展方面:

——帮助企业完善环保管理制度,建立系统协调的制度,以推动企业规范管理;

——帮助环保企业进行环境法律风险控制工作,通过参与企业的生产全过程,采用收集资料、分析识别、确定方案、组织实施和反馈提高等方式,预防和控制环境风险,减少风险对企业的影响;

——对员工进行法律知识、风险管理等的培训,提高企业相关人员的法律风险防范意识和法律风险控制能力;

——对企业遇到的环境问题做专项调查,并提出解决意见或建议。

在解决环保企业发展中的困难,助力发展方面:

——提供投融资服务,解决企业经营过程中的资金压力;

——为企业获得政府公共环保基础设施建设项目和组织项目的顺利实施提供专项法律服务;

——提供推荐专业机构等资源融合方面的个性化服务,建立机制并解决环保企业发展中的困难;

——代为处理各类纠纷,为企业发展保驾护航。

### 四要为公民提供法律服务

——对公民进行环保法律知识的宣传教育,提升公民环保意识,推动全民参与环保工作;

——为受到环境污染损害的公民提供法律帮助,代为进行环境侵权案件的处理,维护公民的环境权利。

## (二) 律师为环保新常态提供服务时的注意事项

### 一要勤积累、多准备

专业律师提供上述专业环保法律服务,是一项系统性强、涉及内容多的综合性工作,需要有很多丰富的法律、政策、行业等方面的积累。律师不仅要了解相关法律规定,也要了解相关行业情况,还要具备较强的综合协调、分析、处理问题的能力。律师要努力将自己打造成为一个人环境保护法律服务方面的专家。

### 二要进行环保法治服务创新

创新就是对已有事物重新组合或创造新的事物。环保法治服务创新的方法之一,就是将环保法律的要求与传统法律服务业务类型有机结合,实现服务内容和水平的双提升,最大限度提升客户的收益水平,减少风险,提升竞争力。

### 三要规范服务流程,提高服务质量

服务流程是保证服务质量的程序保证。通过对服务流程和内容的细化,能够实现服务产品的规范化、流程化,实现批量服务,保证服务质量,维护客户利益。

### 四要全面了解服务对象,做到有的放矢

服务质量的提高,需要依靠对服务对象全面了解。律师要全面了解服务对象的情况,有针对性地确定合适的服务方案,实现个性化,并通过不断完善,确保服务质量和效果。

# 观热播视频“穹顶之下”之环境法律思考

文 上海市建纬（深圳）律师事务所 陈旭绯律师

今天三月初，前央视记者柴静的视频《穹顶之下》在各大视频网站热播，点击量巨大，观看人数众多，该视频的主要内容正是广大百姓极为关注的雾霾——大气污染问题，柴静作为资深媒体人，采用了她惯用的新闻调查的方式，对雾霾问题进行了各层面的对比和剖析。在此，针对雾霾现象这一大气污染热点问题，笔者从环境法律角度对该视频表现出的我国大面积且频发的雾霾现象的成因及雾霾形成过程中法律的缺位作简要解析。

## 雾霾成因的分析

### 一是我国燃煤型的能源消费结构

我国能源结构的储备特点是煤炭储量丰富，少油（指石油）、少气（指天然气），所以我国能源消耗的特点也是以煤炭为主，到目前为止，我国近70%的工业燃料还是煤炭。煤炭这种燃料，不仅能源利用率低，而且不易脱硫脱灰，加之我国煤炭洗选技术落后，在燃烧过程中极易造成大气污染。虽然现行《大气污染防治法》规定，国家推行煤炭洗选加工，煤炭的开采必须经过配套的洗选设施，进行脱硫和除尘。但是由于标准偏低，监管不到位等因素，大量高硫份高灰分的煤炭被送进锅炉，导致了我国严重的煤烟型大气污染。煤烟型大气污染是指高硫份、高灰分的煤炭经燃烧排放出的烟尘、二氧化硫等一次污染物飘散在大气中造成空气质量下降，同时这些一次污染物通过各种物理和化学反应又产生新的污染物，称为二次污染物，导致大气污染程度的加剧或恶化。

### 二是全国遍地开花的房地产热潮

近年来，房地产业在我国GDP的比重逐年上升，房地产热一直保持着愈演愈烈之势。房地产市场的持续升温，导致各地都在挖空心思地大兴土木，开发房地产，全国到处都是建筑工地。且不说建筑工地施工过程中的扬尘直接污染了大气，那些为房地产业提供原料的采石场、水泥厂等更是排放大量的粉尘污染空气。随着房地产业的连年兴旺及受“畸形”的城市化观念的影响，城里的土地开发完

了，就去开发农村的土地，在推进农村城市化的同时，将农田、耕地全部变成城市房地产，有些地方还不惜劈山填河填湖填海造地来发展房地产。虽说城市的规模在不断地扩大，城市的繁华也越来越边缘化，但是原本的自然生态却在被不断的掠夺和破坏，导致了大自然自我调节能力的下降，也加剧了空气质量的恶化。

### 三是生态破坏

森林、海洋、河流、土壤等本都是大自然给予我们的最适用的环境调节器。然而随着我国经济建设步伐的快速迈进过程中对自然生态资源的不合理利用，我国生态遭受破坏的状况也是触目惊心的。

森林是很好的空气过滤器，能对环境空气质量起到很好地调节作用，然而目前我国的森林资源状况却让人极度堪忧，不仅人均森林面积不到世界人均占有量0.62公顷的四分之一，而且由于建国以后的不合理采伐，我国的森林资源中，树种丰富的原生林的数量已很少，目前很多森林都是树种单一的次生林，森林的质量不高，生态调节能力下降。尽管如此，近些年来，为了所谓的“发展”，每年还是有大量的树木被违法采伐，尤其是经济落后地区，导致严重的水土流失，引起扬沙和沙尘天气。另外，我国的水污染及土壤污染状况同样是让人震惊的，根据国家环保部公布的统计数据，我国全国地表水总体为轻度污染，湖泊（水库）富营养化问题突出。根据国家环保部去年公布的《全国土壤污染状况调查公报》显示的数据表明，我国的土壤污染状况也非常不容乐观，全国土壤污染总的超标率为16.1%。

森林的砍伐，水体、土壤等重要的自然资源被污染，使得原本最天然最环保也最有效的环境调节器被破坏了，这不仅大大降低了森林、土壤和水体对粉尘和烟尘的阻隔、吸附、沉淀与净化的功能，而且这些自然资源被破坏本身也造成了另外的污染，更加加重环境和空气质量的恶化。

### 四是汽车保有量的不断增加

汽车工业的大力发展导致我国的汽车保有量急速上

升。大量的汽车涌上马路不仅造成了交通的拥堵，也造成了汽车尾气排放量的急剧增大，形成了巨大的线性流动污染源。尤其是我国机动车的油品标准不高且不统一，机动车所排放的尾气中含有大量的诸如碳氢化合物、氮氧化合物、一氧化碳、二氧化硫等严重污染大气的物质。所以说汽车的尾气排放也是造成如今大气污染的罪魁祸首之一。

除了以上的几个导致大气污染的主要因素外，其它的譬如餐馆、饭店及居民生活所排放的油烟污染，乡、镇、村等基层地区逢年过节及红白喜事所燃放的烟花爆竹的烟尘污染等等也都是造成空气污染不可或缺的原因之一。

### 雾霾形成过程中法律的缺位

应该说导致我国目前这种几近全国范围的大面积且频发的雾霾现象有多层次的原因，有法律的缺位，有技术的落后，也有消费者环保意识的缺乏等等。在此，笔者仅从立法和执法的角度分析下雾霾形成过程中法律的缺位。

## 立法层面

### （一）相关立法与修法滞后

我国的《环境保护法》制订于1989年，历经了25年之后，终于于2014年得以成功修订并于2015年1月1日开始正式实施，我国现行的《大气污染防治法》制定于1987年，并分别于1995年和2000年两次进行了修订，历时14年之后，2014年《大气污染防治法》的修订再次被提上议事日程，虽几经征求意见却至今仍未出台。应该说，与我国近年来日益严峻的大气污染乃至其它环境污染局势相比，这两部重要法律的修法速度显然滞后了太多。《环境保护法》于2014年的成功修订显然是件大好事，而且在新修订的《环境保护法》中还创设了很多新的法律制度，但是《环境保护法》在施行了25年之久才启动修订程序还是明显滞后于我国的环境保护局势。《大气污染防治法》虽然分别在1995年和2000年两次进行过修订，但这两次修订均没有太大的突破，只是分别将防治燃煤污染和防治机动车污染作为单章列了出来，基本沿用的还是1987年的立法框架。然而，与修法的不及时相比，我国的大气污染乃至环境保护局势却在这十几二十年间呈现出十分复杂的变化和状态。单就大气污染而言，目前大气污染种类物早已由起初单一的一次性污染物演变成了复合型污染物，污染范围也由起初的点源、线源、面源污染演变成了区域性污染，给我们的大气污染防治提出了很多新的课题，这些新课题亟需与时俱进的《大气污染防治法》及相关法律制度来依法予以规制，显然目前严重滞后的《大气污染防治法》是非常不利于大气污染防治的，所以说推进《大气污染防治法》的修订可以说是箭在弦上。现在号称史上最严的新的《环境保护法》已经开始施行，这对于解决环境污染问题

▶ 虽然根治雾霾非一朝一夕之事，但是只要政府及全社会都能够充分重视，从政策、法律、技术、消费方式等各方面多管齐下，相信蓝天和白云将重新逐渐又成为我们生活的常态。

不啻是件好事，但是《环境保护法》在环境法律体系的地位相当于母法，具体针对大气污染问题，还需要与新《环境保护法》相衔接的《大气污染防治法》这样的单行法及其配套的法律制度来完成，令人欣喜的是，《大气污染防治法》（修订草案）已提交人大进行审议，笔者期待它早日出台，并期待新修订的《大气污染防治法》对遏制大气污染改善空气质量起到重要作用。

在大气污染防治方面，滞后的不仅仅是《环境保护法》和《大气污染防治法》这两部重要法律，与大气污染防治密切相关的一系列环境质量的修订亦十分滞后，比如我国现行的《环境空气质量标准》（GB3095-1996）修订于1996年，虽然2012年公布了新的《环境空气质量标准》（GB3095-2012），但是正式实施的日期却是2016年1月1日；再如，直接影响到大气污染物排放的我国的《大气污染物综合排放标准》（GB16297-1996）亦制订于1996年，虽然现今的大气主要污染物的种类和变化早已不是1996年的面貌，但是至今该标准仍未进行过修订；还有，据权威部门统计，影响我国城市大气质量的主要是机动车排放尾气的污染，然而对机动车的发动机油品生产和尾气排放的标准修订也同样存在着不统一且滞后的现象，国家环保部于2013年9月发布了《轻型汽车污染物排放限值及测量方法（中国第五阶段）》（即俗称的“国五标准”），但实施日期却是从2018年1月1日开始，同时该标准注明在2023年1月1日之前，第三、四阶段轻型汽车的在用符合性检查仍执行GB18352-2005的相关要求。

### （二）相关法律制度不完善

根据域外大气污染防治经验，大气污染防治是一个复杂的系统工程，不是仅仅依靠一部《大气污染防治法》就能完成，而是需要与《大气污染防治法》相配套的一



系列法律制度的完善与实施，例如大气污染物总量控制制度、大气污染物排放许可制度、废气排放在线监测制度、区域联合防治制度、公众参与和信息公开制度、大气污染责任追究制度等等。我国目前现行的《大气污染防治法》中对这系列制度的规定非常不完善甚至缺失。2013年9月10日，国务院发布了《大气污染防治行动计划》（俗称“大气十条”），“大气十条”亦非常清醒地认识到了我国大气污染防治方面相关法律制度的不完善，在其第七条“健全法律法规体系，严格依法监督管理”中明确规定，要“完善法律法规标准”，要“重点健全总量控制、排污许可、应急预案、法律责任等方面的制度，……建立健全环境公益诉讼制度。”等等，所以说相关配套法律制度的建立和健全将是《大气污染防治法》得以具体实施的重要抓手，也是能真正从大气污染源头到终端进行有效监管的必要利器。

### 执法层面

“违法成本低，守法成本高”是人们解读造成我国大气污染乃至所有环境污染问题的一句老话，这句话的背后恰恰影射出了我国环境执法不力这一大积弊。固然，我国环境法律制度的不尽完善甚至缺失是环境执法不力的一个很重要的原因，但是大量的个案也表明，在现有的法律规定和制度之下，对污染大气的行为，相关部门的执法也大量存在执法不到位甚至是违规行为，各大媒体频现的很多违法排污企业未批先建，偷排偷放，屡查屡犯等等屡见不鲜的污染大气环境的现象背后，也不乏执法部门在执法过程中或疏于监管或监管不规范不到位，甚至存在不少违法乱纪庇护排污企业的现象。

为解决长期以来存在的环境执法不力的现实问题，新修订的《环境保护法》给直接监管排污的环保部门赋予了更多的监管权力，诸如查封扣押权，限产、停产整治权，按日连续处罚权，移送公安机关实施治安拘留处罚权等；同时针对环保执法不到位的现象，新《环境保护法》也规定了严厉的行政问责机制，新《环境保护法》第六十八条明确规定对存在违规审批，包庇违法，未依法作出停业、关闭决定，发现或接到举报违法未及时处理，违法查封、扣押，篡改伪造监测数据，未依法公开政府环境信息，截留、挤占或挪用排污费等八种违法行为的，分别给予记过、记大过、降级、撤职、开除等处分。为配合新《环境保护法》的实施，国家环保部于2014年9月发布《环境监察稽查办法》，该办法亦是规范环境执法行为，并强化环境现场执法，旨在通过环保部门内部稽查推动环境执法力度。笔者亟待正在修订的《大气污染防治法》能在环境执法上与新《环境保护法》很好地衔接，从而强化环境执法的力度和有效性，改善环境空气质量。

### 结语

1952年12月，英国伦敦爆发了大面积且连续数日的烟雾事件，是环境法学史称的“世界八大公害事件”之一，该事件直接催生了英国的空气污染防治法案——《清洁空气法》（Clean Air Act）及系列制度的出台，经过多年的努力，伦敦终于大大改善了空气质量，让蓝天白云重现城市上空。我国大面积雾霾的爆发始于2013年年初，2013年1月，全国各地频现的“雾都”现象，让雾霾这个生涩难写的词不仅自此走进了寻常百姓的生活，而且变成了有些区域百姓每天都关心的严峻话题。虽然根治雾霾非一朝一夕之事，但是只要政府及全社会都能够充分重视，从政策、法律、技术、消费方式等各方面多管齐下，相信蓝天和白云将重新逐渐又成为我们生活的常态。



### 相关链接

“两高”司法解释对入罪门槛做出了明确的规定，如有毒危险废物、持久性有机物等，排放污染物的量也有明确的标准，如危险废物超过3吨，危险重金属超标3倍等，达到这些标准，就构成犯罪，可以被刑事拘留。

——环保部政策法规司副司长别涛

环保法对政府监督规定得特别明确、具体，提出了9条可能导致“引咎辞职”的具体行为，而对政府的监督实施上，可以由上级政府监督、同级人大也能够监督实施。

——全国人大法工委行政法室副主任童卫东

根据新环保法，当地环境质量的任务落实到了地方各级人民政府，同时也建立了责任追究制度，也提出了限期达标、按期达标的制度。此外，还有监测、规划、标准、总量控制、许可证制度等一系列有效的制度，可以保障把大气十条的实施从一个临时性的管五年的行动计划推上常态化、法制化轨道。

——中国环科院副院长柴发合

当环境纠纷的矛盾无法在行政机制解决的时候，可以通过诉讼方式来解决，但公益诉讼成本比较大，其解决效果也未必最好，因此，首先要通过宣传教育、提高环境意识，加强政府管理、公众参与，以及公共治理的机制解决矛盾。若仍不能解决矛盾，再通过诉讼解决。

——人大法学院教授周珂

## 新环保法实施中 完善深圳的环保法治环境的建议

文 上海市君悦（深圳）律师事务所 曹叠云律师

新修订的《中华人民共和国环境保护法》（以下简称《环保法》）已经于2015年1月1日开始实施，深圳2015年3月12日开出新环保法实施后首张《责令停产整治决定书》，可见实施以来深圳市的环保法治环境并没有及时的出现很大的改变，究其原因，主要是因为深圳市的立法配套措施还未跟上、环保公益诉讼的机制尚未建立、政府组织实施的力度有待进一步加强。如需改善深圳市环保法治环境，还需从以下方面多做努力：

### 尽快建立深圳市的立法配套系统

及时根据新《环保法》的内容，修改《深圳经济特区环境保护条例》

修改建议：

一是建议原条例第十六条第一款修改为：市环保部门应当建立环境信息管理系统、健全环境监测制度，及时收集、处理相关环境信息，建立监测数据共享机制，依法实行信息共享。

修改理由：新《环保法》第十七条已经将“建立监测数据共享机制”做了明确的规定，也是对各级环保部门的明确要求，建议深圳市的条例也将其明文规定。另建议增加一条或者一项将“监测数据共享机制”的内容作出明确细化的规定。

二是建议在原条例第二十条第二款后增加一款“企业事业单位和其他生产经营者，在污染物排放符合法定要求的基础上，进一步减少污染物排放的，人民政府应当依法采取财政、税收、价格、政府采购等方面的政策和措施予以鼓励和支持。”

修改理由：根据新《环保法》第二十二条的规定予以增加。

三是建议原条例增加一条“环保部门在深圳市重点生态功能区、生态环境敏感区和脆弱区等区域划定生态保护红线，实行严格保护。”

修改理由：根据新《环保法》第二十九条的规定予以增加。

四是建议增加对“生态保护补偿制度”、“保护生物多样性”、“清洁生产和资源循环利用”的相关规定。

修改理由：根据新《环保法》第三十、三十一、四十条的规定予以增加。

五是建议增加一条“排放污染物的企业事业单位严禁通过暗管、渗井、渗坑、灌注或者篡改、伪造监测数据，或者不正常运行防治污染设施等逃避监管的方式违法排放污染物。”

修改理由：根据新《环保法》第四十二条的规定予以增加。

六是建议增加一条，对“征收环境保护税”和“征收排污费”的情形作出相应的规定。两者不可同时征收。

修改理由：根据新《环保法》第四十三条的规定予以增加。

七是原条例第三十一条第二款，增加“企事业单位制定突发环境事件应急预案”的相关制度规定。

修改理由：根据新《环保法》第四十七条的规定予以增加。

建议清理深圳市各时间出台的环保法规与规章，建议全部一起进行“打包”修改，以期消除立法冲突，如不进行相应的修改，司法、执法、守法乃至立法都将无所适从！其根本原因是特区法规效力高于国家法律及具体规定，更遑论行政法规、规章或地方性法规。到底适用特别法优于普通法，还是新法优于旧法规则将时时引发争议。

### 建立深圳市的环境公益诉讼机制

新《环保法》第五十八条规定“对污染环境、破坏生态，损害社会公共利益的行为，符合下列条件的社会组织可以向人民法院提起诉讼：（一）依法在设区的市级以上人民政府民政部门登记；（二）专门从事环境保护公益活动连续五年以上且无违法记录。符合前款规定的社会组织向人民法院提起诉讼，人民法院应当依法受理。提起诉讼的社会组织不得通过诉讼牟取经济利益。”目前深圳市也

存在各类环境污染事件，而根据上述法律规定，提起环境公益诉讼，需要成立一个专门的社会组织，现在深圳市还不存在比较权威的专门的环保公益组织，因此我们建议可以参照中华环保联合会的模式成立深圳环保联合会，以深圳市人居环境委员会为主管部门，以深圳市退休领导人员作为负责人，在民政部门依法登记设立。

由于该社会组织不能通过诉讼或者其他手段牟取经济利益，因此也需要配套成立一个深圳市环保基金会，它是一个可以接受境内和境外资金、物资、实物资产及知识产权的捐赠，对全市环境保护公益事业给予资助的公募性基金会。基金会的宗旨是保护自然环境、促进人与自然和谐，实现社会经济可持续发展。其工作目标是唤起公众意识、动员公众参与、倡导生态文明。

## 加大政府组织实施的新《环保法》的力度

### （一）充分认识贯彻落实新《环保法》的重要意义

新《环保法》在坚持法律确定的立法精神和基本制度基础上，对环境保护一些原则性的问题做了细化规定，对一些社会存有疑义的问题做了明确规定，针对实践中一些规避法律的问题做了补充规定，进一步增强了法律的可操作性。贯彻落实好新《环保法》是环境保护工作顺利开展的重要保证，对于全面推进环境保护制度建设，规范环境保护秩序，促进人与自然环境和谐稳定，推动社会主义和谐社会建设，具有十分重要的意义。深圳市应该充分认识贯彻落实新《环保法》的重要性和紧迫性，采取切实有效的措施，推动这项工作的顺利进行。

### （二）加大对新《环保法》的宣传力度

深圳市要在党委、政府的领导下，把宣传新《环保法》作为一项重要工作，进一步加强宣传引导，不断创新宣传方式，突出宣传的针对性，注重宣传效果。要重点做好四个方面的宣传工作，即：重点宣传制定新《环保法》的必要性和重要性；重点宣传制定新《环保法》的科学、民主立法过程；重点宣传新《环保法》的立法精神和基本制度；重点宣传新《环保法》对破坏环境情形的处罚规定。

### （三）继续大力抓好学习培训工作

深圳市要在继续抓好系统内的学习培训，帮助本系统的干部职工全面正确理解新《环保法》的精神实质的基础上，重点加强对涉及污染排放的企业经营者的培训工作。要积极会同国资委、工商联、企业联合会等部门和组织，研究制定做好本地污染排放企业经营者的培训工作计划，力争今明两年内对辖区内的各类污染排放企业经营者轮训一遍。要通过培训，引导企业正确理解法律法规的立法宗旨和具体内容，正确处理促进企业发展与保护环境的关系，增强社会责任意识和保护环境的自觉性。要支持和配合环保部门搞好对环境保护工作的学习培训。

### （四）进一步完善配套法规规章和政策

深圳市要依照新《环保法》的规定，继续全面清理本地区涉及环境保护的法规规章和规范性文件，做好与法律的衔接工作。要抓紧制定本地区的环境保护条例和实施办法，解决法律实施中的区域差别问题。要积极研究跨地区环境问题的解决办法，逐步形成以新《环保法》为基础、以国务院法规和地方法规、部门规章和地方规章为配套、以规范性文件为补充的法律法规政策体系。各省、自治区、直辖市环境保护部门要将本地区制定配套法规、规章和政策的情况及时报送环境保护部。

### （五）进一步加强环境保护监察工作

深圳市环境保护部门要大力加强环境保护监察执法工作，加大日常巡视检查力度，重点对曾发生过违法行为的企业加强环保监管。要组织开展对排污企业遵守新《环保法》情况的专项执法检查，认真受理群众举报、投诉案件，对企业违法排污引起的群体性事件要积极应对、主动介入、妥善处理，维护社会稳定。要依法严肃查处违法排污行为，切实保证新《环保法》的全面贯彻实施。

### （六）进一步加强组织领导

深圳市要切实加强对做好新《环保法》贯彻落实工作的组织领导，各级环境保护部门要加强对基层的工作指导、督促和检查，及时总结推广典型经验，扩大工作效果。各政府部门要加强协调配合，按照职责分工认真履行职能，搞好工作衔接，形成合力，推动新《环保法》得到贯彻实施。根据环境保护工作的特殊性，市政府应当建立环境保护领导协调机构。

## 新《环保法》实施以来的全国典型案例

### 案例一：

辽宁省辽阳市对渗坑排放废水行为  
同时实施停产整治和行政拘留

#### [基本案情]

2015年1月28日，辽宁省环保厅与辽阳市环境监察局对辽阳市食品有限公司小屯屠宰厂进行现场监察，发现这家屠宰厂利用渗坑直接排放屠宰生猪产生的废水。

经查，辽阳市食品有限公司小屯屠宰厂于2001年建成并投产。生产经营范围为生猪、骡、马、犬、驴等牲畜屠宰，生产设备有锅炉、褪毛池、吊挂等，每天宰杀猪18头左右。执法人员现场检查发现，这家企业没有污水处理设施，利用渗坑直接排放屠宰产生的废水。辽阳市环保局环境执法人员当场对其排放的废水进行采样，辽阳市环境监测站对这家屠宰厂废水进行检测，发现其废水中COD及氨氮均超标。

#### [处理处罚情况]

辽阳市环保局于2015年1月28日对这家屠宰厂进行立

案调查，于2015年2月26日对这家屠宰厂做出罚款5万元的行政处罚，同时责令其立即停止生产，采取有效措施进行治理，在完成治理任务前禁止生产。

2015年2月27日，辽阳市环保局就辽阳市食品有限公司小屯屠宰厂利用渗坑排放废水污染物一案，根据《行政主管部门移送适用行政拘留环境违法案件暂行办法》的规定，向辽阳市公安局移送，辽阳市公安局当场受理。辽阳市拘留所于2015年3月9日依法对辽阳市食品有限公司小屯屠宰厂法人吴素芝进行行政拘留，执行期限为5日。现已执行完毕。

#### 案例二：

#### 湖北省仙桃市对暗管偷排行为 实施行政拘留

##### [基本案情]

2015年1月21日，湖北省仙桃市环境监察支队监察人员在对湖北金伟新材料有限公司西流河厂区进行现场环境监察时发现，这家公司在线监控数据异常（pH值呈酸性）。随后，在厂区内污水处理池内发现一根长约10米、口径为80毫米的临时软管，这根软管直接接入工业园区雨水管网。监察人员经现场采样、取证、调查后，认定此行为属于私设暗管偷排。

##### [处理处罚情况]

环境监察人员当场要求工作人员立即停止排污行为，拆除外排废水的软管。2015年1月25日，根据《行政主管部门移送适用行政拘留环境违法案件暂行办法》第七条第一款、第三款的规定，仙桃市环保局将此案依法移交仙桃市公安局。2015年1月26日，仙桃市公安局在查明违法事实，锁定相关证据后，下达《行政处罚决定书》〔仙公（治）行决字[2015]190号〕，对金伟公司厂长周爱军、车间主任冯爱春作出了行政拘留10天的处罚决定。

2015年3月11日，仙桃市环保局根据调查情况和现场取样的监测数据，对湖北金伟新材料有限公司处以5万元罚款的行政处罚（仙环罚〔2015〕8号），现已执行到位。

#### 案例三：

#### 浙江省嘉善县对逃避监管、违法排污行为 实施行政拘留

##### [基本案情]

2015年2月3日，浙江省嘉善县环保局执法人员在执法检查中发现，位于西塘镇大舜塘南路13号的倪春荣树脂钮扣加工点正在组织生产，主要进行树脂钮扣加工。生产过程中产生的废水通过车间排放口未经处理直接排放东侧河道。嘉善县环保局依法对企业下达了行政处罚决定书，并移交嘉善县公安局对当事人采取了行政拘留。

倪春荣树脂钮扣加工点在插桶抛光过程中有废水产生，废水未配套污染防治设施，通过车间排放口，直接排

入东侧河道。执法人员检查发现后，当即要求企业停止违法排污，并对排放的污水进行取样。

采样监测数据显示：倪春荣树脂钮扣加工点排放口废水化学需氧量692mg/L、氨氮6.80 mg/L、总磷0.454mg/L、色度128倍、悬浮物261mg/L（标准值为化学需氧量100mg/L、氨氮15mg/L、总磷0.5mg/L、色度50倍、悬浮物70mg/L）。

##### [处理处罚情况]

按照《行政主管部门移送适用行政拘留环境违法案件暂行办法》的规定，对于通过暗管、渗井、渗坑、灌注等逃避监管的方式违法排放污染物，是指通过暗管、渗井、渗坑、灌注等不经法定排放口排放污染物等违法排放污染物，考虑到倪春荣树脂钮扣加工点排放废水的沟为一般的泥沟，无防渗漏措施，从案件分析，涉嫌以规避监管方式违法排放污染物。

嘉善县环保局以新《环境保护法》第六十三条第三项和《水污染防治法》第七十五条第二款作为法律适用标准，企业事业单位和其他生产经营者通过暗管、渗井、渗坑、灌注等逃避监管的方式违法排放污染物，是指通过暗管、渗井、渗坑、灌注等不经法定排放口排放污染物等逃避监管的方式违法排放污染物的，尚不构成犯罪的，除依照有关法律法规规定予以处罚外，由县级以上人民政府环境保护主管部门或者其他有关部门将案件移送公安机关，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处10日以上15日以下拘留；情节较轻的，处5日以上10日以下拘留。

2015年2月4日，嘉善县环保局对倪春荣下达了行政处罚决定书：依据《水污染防治法》第七十五条第二款的规定，决定对其处以罚款人民币3万元。并依据《环境保护法》第六十三条第三项和《行政主管部门移送适用行政拘留环境违法案件暂行办法》第五条的规定，移送嘉善县公安局建议对当事人采取行政拘留强制措施。

处罚决定书送达后，嘉善县公安局也对当事人倪春荣的环境违法行为进行了调查，并依法作出行政拘留12天的处理决定。本案件为嘉善县在新《环境保护法》实施后首件移交公安实施行政拘留的案件，对违法排污实行“零容忍”，很好地维护了公共利益，并对嘉善县推进钮扣行业整治产生了积极的作用。

#### 案例四：

#### 重庆市长寿区对违法倾倒高浓度工业废水 违法行为实施刑事拘留

##### [基本案情]

2015年2月9日上午11点40分左右，重庆市环境监察总队执法人员到长寿区进行现场检查时发现，长寿经济技术开发区（以下简称经开区）响水闸闸门（园区流域级应急

总阀门)附近晏家河水质异常,呈现翠绿色。随即通知长寿区环保局、长寿经开区环保局执法人员到现场进行调查处理,并对污染水体进行应急处置。市、区两级环保部门执法人员沿河而上开展排查,在经开区南区闸门(园区片区区级应急阀门,距离响水洞阀门约1.5公里)下游20米一桥梁处,发现桥梁地面及护栏处有明显的倾倒痕迹,并且现场有明显异味。长寿区环保局对倾倒现场沾染了废水的泥土样、受污染水体水样进行了取样监测,结果显示,所倾倒废水含有苯、甲苯等特征污染物。

#### [ 处理处罚情况 ]

2015年2月9日下午,长寿区环保局将这一情况通报给长寿区公安局,希望长寿区公安局进行调查,查找倾倒废水的车辆。重庆市环境监察总队、长寿区环保局、长寿经开区环保局、长寿区公安局组成联合调查组,分两组开展工作:一是根据倾倒现场沾染了废水的泥土样、受污染水体水样的监测结果,排查园区内使用、排放含有苯、甲苯等特征污染物的企业;二是调取倾倒点附近及沿途的企业、道路的视频摄像资料,排查肇事车辆。

通过几天的排查,2015年2月13日上午,确定肇事车辆为车牌号渝BP8205的罐车,车辆现停放于经开区一停车场内。随即环保、公安两部门到达现场,抓获肇事车辆驾驶员何文章。确定案情后,长寿区环保局于2015年2月13日下午将案件移交长寿区公安局立案进行侦查,先后抓获肇事车辆驾驶员何文章、重庆弘凯环保工程有限公司(以下简称弘凯环保)工作人员杨永峰、弘凯环保法定代表人李为亮,并对3人实施刑事拘留,根据肇事人员口供,2014年5月30日,博腾制药与弘凯环保签订了委托处理高浓度废水合同,作为应急处理方式。弘凯环保于2014年12月30日与重庆(长寿)化工园区中法水务有限公司(园区集中污水处理厂,以下简称中法水务)签订了污水处理协议书,委托处理其运来的废水。2015年2月7日至2月8日凌晨,何文章所在的重庆皓东物流有限公司受弘凯环保委托,将博腾制药的高浓度废水用罐车运送到中法水务进

行处理,何文章将前4车高浓度废水转运至中法水务放水站后,弘凯环保李为亮授意杨永峰指使何文章将最后两车(约40吨)高浓度废水直接倾倒到晏家河,造成此次污染事故的发生。目前案件还在进一步侦查中。

#### 案例五:

#### 浙江省乐清市环保、公安联合破获 非法酸洗工场涉嫌环境污染犯罪案件

#### [ 基本案情 ]

浙江省乐清市柳市镇戴西村非法酸洗工场,地处隐蔽,作案方式隐匿,这家工场业主余某反侦查意识较强,为躲避监管检查,将工场设在临河一处民房7楼的顶楼,进入民房的大门除搬运货物外均处于关闭状态,并对生产工场进行伪装。

这家工场四周的窗户均用油布封住,楼顶的排气筒则用黑布遮盖,从外部观察,很难确认是一处违法工场,也极难探出内部作业情况。工场的排污管道则更为隐秘,房屋临河,管道经暗管直接通入河里,暗管上以水泥和野草覆盖。由于此河道为区域主要河道,流量大,水体流动性较强,污水入河后,污染特征不明显,难以被检测和发现。工场作业时间不固定,每天生产时间很短,执法人员对其进行长达一个多月,不定期蹲点排查,最终才摸清其生产规律。

掌握作案规律后,乐清市环保局柳市分局联合公安部门分成两队开展行动。一队执法人员于房屋对面的山坡上监视,一队隐藏于房屋周围,大家共同等待着运货车到来、大门打开的一刻。2014年12月25日早上7时许,一辆货车停在了门口,大门随之打开,执法人员知道时机到了。山下的执法小组直接冲了进去,执法人员在7楼发现了意料之中的非法酸洗工场。现场勘查时,这家工场未进行生产,工场内有3名工人,地面潮湿,有生产痕迹,废水未经处理直接排放,执法人员随即对工场酸洗槽、钝化槽、工场地面外排口进行采样。

采样监测数据显示:这家酸洗工场地面外排口铜离子浓度为47.2mg/L(标准值为0.5mg/L),铬离子浓度为33.2mg/L(标准值为0.5mg/L),超过《污水综合排放标准》(GB8978-1996)表1、表4(一级)标准限值3倍以上。

#### [ 处理处罚情况 ]

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条第三项、以及《浙江省涉嫌环境污染犯罪案件移送和线索通报工作程序》(浙环发〔2014〕46号)的规定,环保部门将案件移交至公安部门进行处理。目前,犯罪嫌疑人余某等人因涉嫌环境污染罪已被公安机关依法刑事拘留,案件正在司法机关审查起诉当中。



## 新《环境保护法》能否拯救我们的环境

十二届全国人大常委会第八次会议表决通过了《环保法修订案》，新法已于今年1月1日施行。至此，这部中国环境领域的“基本法”，完成了25年来的首次修订。这也让环保法律跟上了时代，开始服务于公众对依法建设“美丽中国”的期待。

因为环保法牵涉面甚广、争议较多，这次修法破例进行了第四次审议才得以通过。

由此，我们可以说，这是一部凝结了中国环保治理智慧，吸取了之前经验教训、能对症下药的成熟立法。

新《环境保护法》是一部“长牙齿”的法律，是一部能对民怨极大的污染现象打出硬拳头的法律。

受限于原有的法律规定，长期以来，中国环保部门的处罚力度、执法手段都相当有限，相对于公安甚至税务和工商部门来说，环保部门一直都是一个“软衙门”，难以震慑日益猖獗的环境违法行为。刚刚出台的新《环境保护法》，提供了一系列足以改变现状、有针对性的执法利器——

一是新增“按日计罚”的制度，即对持续性的环境违法行为进行按日、连续的罚款。这意味着，非法偷排、超标排放、逃避检测等行为，违反的时间越久，罚款越多。之前法律规定的针对环境违法的罚款，是一个定数，数额并不大，

导致违法成本较低，不少企业因而怠于治污。新法施行“按日计罚”之后，罚款数额上不封顶，将倒逼违法企业迅速纠正污染行为。

二是新的《环境保护法》作为一部行政法律，罕见地规定了行政拘留的处罚措施，对污染违法者将动用最严厉的行政处罚手段。新法规定：对情节严重的环境违法行为适用

行政拘留；对有弄虚作假行为的环境监测机构以及环境监测设备和防治污染设施维

护、运营机构，规定承担连带责任。

三是个别地方企业的污染行为之所以肆无忌惮，背后是当地官员基于畸形政绩观的默许纵容，对此新《环境保护法》将拿“保护伞”开刀。其具体规定是：领导干部虚报、谎报、瞒报污染情况，将会引咎辞职；面对重大的环境违法事件，地方政府分管领导、环保部门等监管部门主要负责人将“引咎辞职”。

新《环境保护法》还是一部开放的立法，将民间力量有序地纳入环境治理的机制中，设立了环保公益诉讼制度。在修订草案二审时，曾将环保公益诉讼的主体限定为一家“国字号”环保组织；在之后的几次修订中，法律诉讼主体得到进一步扩大，最终被规定为：“依法在设区的市级以上人民政府民政部门登记，专门从事环境保护公益活动连续五年以上且信誉良好的社会组织”。同时，新法还规定：“符合规定的社会组织向人民法院提起诉讼，人民法院应当依法受理”。

习近平总书记曾强调指出，只有实行最严格的制度、最严密的法治，才能为生态文明建设提供可靠保障。新《环境保护法》正是为生态文明建设提供了这样的法治保障。如若它能够在执法层面切实落地，则我国面临的环境危机必将以化解。

今日长缨在手，何时缚住苍龙？厉行法治，厉行环保，则污染可治，“美丽中国”可期。

（来源：央视网）



# 试论我国遗嘱执行人制度的立法完善与创新

文 上海市锦天城（深圳）律师事务所 郭璇玲律师 李立坤律师

遗嘱执行人，是指有权按照遗嘱人的意志执行遗嘱的人。《中华人民共和国继承法》仅在两条条文中提及了“遗嘱执行人”的概念，但法律、行政法规、相关司法解释中并未对“遗嘱执行人”的身份、法律地位、权利义务、条件限制以及如何执行被继承人遗嘱作出明确规定。显然，现行法律法规在遗嘱执行人的权利义务、遗产管理与分配的程序和法律责任等方面均存在严重的立法空白且不具有操作性。

一方面随着我国市场经济的高速发展以及私人财富不断积累，公众开始有了财富管理和传承的意识和客观需求，而拥有巨额私人财富的高净值客户需求尤为迫切。聘请专业人士或专业机构作为遗嘱执行人为其财富传承提供全面服务，帮助其在生前对财产进行合理配置并对财富传承进行筹划，确保其百年后遗产得到有效管理、遗嘱能够被严格执行以及遗产能以合理分派，这些都已然形成了一个潜力非常巨大又亟待拓展创新的法律服务市场。在这种背景下，遗嘱执行人制度如何尽快落地并依法实施，需要法律界立即行动。

另一方面，我国公司法领域的破产管理人制度已日臻完善，特别是2007年6月1日《中华人民共和国企业破产法》实施以来，全国各地受理了大量的企业破产还债案件，最高人民法院也对破产管理人制度颁布了多项操作规定，使破产管理人制度具有可操作性，而破产管理人在企业破产过程中扮演的角色及功能又恰好与遗嘱执行人在遗产继承中的角色非常类似，可以参考借鉴。与此同时，毗邻的香港也早已建立了成熟的遗嘱执行人及遗产管理人制度，经过四十多年的运行，效果良好。两者均可在我国遗嘱执行人制度的制定、践行和完善中发挥参考借鉴作用。

因此，在《继承法》立法规定的基础上，借鉴我国企业破产管理人制度及香港遗产管理人制度成功经验，可以通过扩充遗嘱执行人制度的外延并明确和完善该制度的执行，开创以律师作为遗嘱执行人的全新业务模式，并以实务操作中积累的经验继续推动继承法立法和完善。

## 我国关于遗嘱执行人的立法现状

我国1985年10月1日施行的《继承法》第十六条规定：“公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人”，第二十三条第一款规定：“继承开始后，知道被继承人死亡的继承人应当及时通知其他继承人和遗嘱执行人”。但《继承法》实施近30年来，我国的法律、行政法规、司法解释却从未对“遗嘱执行人”的法律地位、委任程序、权利义务、条件限制、解任、报酬等进一步作出明确规定。这种立法空白使得“遗嘱执行人”这一重要角色在实践中因缺乏明确指引、职责模糊不清，导致在继承发生后的遗嘱执行、遗产管理过程中原可发挥的巨大作用一直没有被发挥出来。因此，在目前的司法实践中，遗嘱执行人制度因没有具体的操作细则而几乎成为一纸空文，有关遗嘱执行人司法判例更为鲜见。

而笔者在处理大量继承纠纷案件时发现，各继承人对遗嘱效力、其他继承人身份以及遗产分配方案难以达成一致是造成继承纠纷产生的主要原因。中国的传统文化讲求家和万事兴，若亲人为了争夺遗产而大打出手，甚至骨肉反目，都让人叹息，绝非被继承人所希望发生的，而继承人亦是同样希望能够避免纷争尽早获得遗产。因此，如果遗嘱执行人制度可以落实到位，通过专业的遗嘱执行人依据法律对遗产进行清点、管理并拟定分配方案或执行遗嘱，就可以有效缓解矛盾、减少财产损失。这样，既充分尊重了被继承人生前意愿实现其财富传承，亦可以保障各继承人的合法权益，避免因遗产分割问题产生纠纷伤害彼此亲情。因此，无论是将作为被继承人或是继承人的客户，无不是迫切希望通过一套完善合理的制度，在专业人士的帮助下，实现遗产有效管理及合理分配、顺利传承。

## 我国破产管理人制度与香港遗产代理人制度的实施情况

### （一）我国企业破产管理人制度

根据《中华人民共和国破产企业法》的规定，我国企

业破产管理人制度，是指在公司破产程序开始以后，为了加强对债务人财产的管理，防止债务人随意处置财产，保护债权人的利益，由法院指定的专门机构接管公司对破产财产进行清算、评估和处理、分配的制度。其中，管理人可以由有关部门、机构人员组成的清算组或者依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构担任。

近年来，全国各级法院受理了大量的企业破产还债案件，根据2014年最高人民法院工作报告，仅2013年一年，各级法院审结企业破产案件1998件。而作为民营经济最发达的地区之一，浙江省高级法院今年1月公布的数据显示，2013年浙江省共受理企业破产案件346件，审结269件，同比分别上升145.07%和265.79%。破产企业债务总额达到1595亿余元，比2012年的243亿元增长了近6倍。

在立法方面，除《中华人民共和国破产企业法》外，最高人民法院还陆续发布了《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》、《最高人民法院关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》、《最高人民法院关于《中华人民共和国企业破产法》施行时尚未审结的企业破产案件适用法律若干问题的规定》、《最高人民法院关于债权人对人员下落不明或者财产状况不清的债务人申请破产清算案件如何处理的批复》、《最高人民法院关于正确审理企业破产案件为维护市场经济秩序提供司法保障若干问题的意见》、《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（一）》、《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）》等司法解释，使破产案件的审理依法、有序，而其中对破产案件的管理人进行了制度化安排，无论从管理人的成立、运作、监督、报酬等方面，均有明确的规定。而全国各级地方法院，其中很大部分也在各自辖区内对破产案件的审理制定了实施细则，如深圳市中级人民法院《审理破产案件规程》、《企业破产重整案件审理规程（试行）》，其中也对管理人制度进行了规定。可见，管理人制度运行良好效果显著，已经成为法院依法审理破产案件的重要保障手段之一。

#### 一是破产管理人的产生时间

根据《中华人民共和国破产企业法》的规定，在出现企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，企业、其债权人或负有清算责任的人可以向债务人所在地的法院提出破产申请，人民法院应当在十五日内裁定是否受理破产申请。对于符合破产条件的，人民法院裁定受理申请。人民法院在裁定受理的同时，应当指定破产管理人。

#### 二是破产管理人的产生方式

《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的

规定》，人民法院审理企业破产案件应当指定管理人，管理人应当从管理人名册中指定。

根据上述规定，高级人民法院应当根据本辖区律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构及专职从业人员数量和企业破产案件数量，确定由本院或者所辖中级人民法院编制管理人名册。

而管理人名册分为机构管理人和个人管理人两种，其中：符合企业破产法规定条件的社会中介机构及其具备相关专业知识和取得执业资格的人员，均可申请编入管理人名册。已被编入机构管理人名册的社会中介机构中，具备相关专业知识和取得执业资格的人员，可以申请编入个人管理人名册。社会中介机构及个人申请编入管理人名册的，应当向所在地区编制管理人名册的人民法院提出，由该人民法院予以审定。

#### 三是破产管理人的选任条件与限制

破产管理人可以由有关部门、机构的人员组成的清算组或者依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构或个人担任。

受理企业破产案件的人民法院，一般应指定管理人名册中的社会中介机构担任管理人。对于事实清楚、债权债务关系简单、债务人财产相对集中的企业破产案件，人民法院可以指定管理人名册中的个人为管理人。

但为保障破产清算程序的公正与客观，我国破产企业法规定，因故意犯罪受过刑事处罚的、曾被吊销相关专业执业证书的、与案件有利害关系的以及人民法院认为不适宜担任破产管理人的，都不得担任破产管理人。

#### 四是权利义务及职责权限

作为法院依法制定成立的客观中立的专门机构，破产管理人应履行的职责主要包括：

- (1) 接管债务人的财产、印章和账簿、文书等资料；
- (2) 调查债务人财产状况，制作财产状况报告；
- (3) 决定债务人的内部管理事务；
- (4) 决定债务人的日常开支和其他必要开支；
- (5) 管理和处分债务人的财产；
- (6) 代表债务人参加诉讼、仲裁或者其他法律程序；

除此之外，破产管理人还应履行勤勉义务、忠实执行职务，没有正当理由不得辞去职务。

#### 五是撤销与终止条件

尽管我国企业破产管理人系由法院指定，但出现《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》第三十三条、第三十四条出现的情形时，债权人会议可依据法律的规定向法院提出更换管理人申请，法院也可以径行撤换管理人。

此外，若管理人利用职权徇私舞弊、谋取非法利益或者侵占破产企业财产的，法院也可撤销其管理人资格，构

成犯罪的，管理人还需要承担刑事责任。

#### 六是报酬法定

管理人报酬由《最高人民法院关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》进行确定。

根据上述规定：

人民法院应根据债务人最终清偿的财产价值总额，在以下比例限制范围内分段确定管理人报酬：

（一）不超过一百万元（含本数，下同）的，在12%以下确定；（二）超过一百万元至五百万元的部分，在10%以下确定；（三）超过五百万元至一千万元的部分，在8%以下确定；（四）超过一千万元至五千万的部分，在6%以下确定；（五）超过五千万元至一亿元的部分，在3%以下确定；（六）超过一亿元至五亿元的部分，在1%以下确定；（七）超过五亿元的部分，在0.5%以下确定。

担保权人优先受偿的担保物价值，不计入前款规定的财产价值总额。

高级人民法院认为有必要的，可以参照上述比例在30%的浮动范围内制定符合当地实际情况的管理人报酬比例限制范围，并通过当地有影响的媒体公告，同时报最高人民法院备案。

### （二）香港遗产代理人制度

在香港，“遗产代理人”（personal representative）包括遗嘱执行人及遗产管理人。根据香港《遗嘱认证及遗产管理条例》的规定，“遗嘱执行人”（executor）是借由立遗嘱人的委任而享有执行遗嘱权利的人。“遗产管理人”（administrator）则是指在无遗嘱或遗嘱未指定遗嘱执行人的情况下，借由向法院提出申请而获得遗产管理资格的人。

#### 1. 遗产代理人的产生时间

##### （1）遗嘱执行人

尽管被委任的遗嘱执行人需要通过向香港法院遗产承办处提交申请的方式来确定，但实际上，遗嘱执行人的权利与责任均源自有关遗嘱，因此遗嘱执行人在继承发生时即随之产生。

##### （2）遗产管理人

针对被继承人未在遗嘱中指定遗嘱执行人情形，香港法例规定，有资格申请成为遗产代理人需向香港法院遗产承办处提交申请，以获得遗产管理的权利。因此，遗产管理人的权利行使的起始时间是由遗产管理书上所载日期来确定的。

#### 2. 遗产代理人的产生方式

与我国企业破产管理人相类似，香港遗产代理人的产生方式亦是向法院认证或指定。但不同的是，在香港法例中，香港遗产代理人的授予规则与程序十分详细，无论是

在有遗嘱指定情形抑或是在无遗嘱指定情形中，法官均须依照香港《无争议遗嘱认证规则》的规定，对申请对象进行资格授予。

#### 3. 遗产代理人的选人条件与限制

在香港遗产代理人制度中，自然人或信托法团都能成为遗产代理人的主体，但需满足以下条件：

（1）成为遗产管理人的自然人需要具有行为能力；（2）成为遗产管理人需要年龄为21岁以上；（3）法律所规定的涉及同一财产的遗嘱执行人的数量最多为4位。而如果是涉及未成年人利益的遗嘱继承，遗产管理人则必须为两名或者包括信托法团。

#### 4. 权利义务及职责权限

根据香港有关法例的规定，遗产代理人须履行的职责包括：

（1）编制财产清单提交法院；（2）代表被继承人参与民事活动，包括订立合约、处置财产等；（3）清理被继承人的债权、债务；（4）按照被继承人的意愿分派清偿债务后的被继承人财产。遗产代理人可将死者的动产或不动产的任何部分，包括处于司法程序中的财产，根据财产的实际状况或投资状态进行公平、合理分派。

#### 5. 撤销与终止条件

当法院认为对遗产代理人已做出的授予错误或该授予在相应利害关系人提出要求的情形下应被撤销时，法院有权撤销授予。

当法院出于对遗产妥善管理及遗产实际享有人利益考虑时，法院有权指定其他遗产代理人。

#### 6. 报酬法定

根据香港《遗嘱认证和遗产管理条例之规定》60条规定，法院可容许遗嘱执行人或遗产管理人从死者遗产中获发给法院认为适当的薪酬。目前的标准是，遗产代理人（即包括遗嘱执行人与遗产管理人）的薪酬不得超过所管理的不论属何种性质的所有财产的总值的下列百分率，即首港币1000元不得超过5%，其后港币4000元不得超过2.5%，余额不得超过1%。

## 建议引入“遗产代理人”概念，并尝试以律师为主导全面推动遗产代理人创新业务

在参考我国企业破产管理人制度、并借鉴香港遗产代理人制度成熟经验的基础上，笔者认为，可以将我国继承法领域的遗嘱执行人制度进行了立法和完善。具体构想如下：

### （一）遗产代理人释义

如前所述，由于《继承法》及相关法律法规、司法解释至今并未明确遗嘱执行人的职责和权利义务，缺乏对遗嘱执行人的明确定义，而根据继承的实务经验，国人避讳死亡，绝大部分继承纠纷中都没有“遗嘱”，因此，有必

要修正称谓为“遗产代理人”，扩大其权利和职责范围，并定义为：“根据立遗嘱人的委托或者法院的指定，对遗产进行保管、清理、估价、处理和分配的人”，以切实满足实务的需求。

### （二）遗产代理人的产生时间

遗产代理人的产生不应仅局限于继承发生时或法院发出选任命令时产生，被继承人在其生前即可委托律师作为其遗产代理人，负责对被继承人的财产进行清点、梳理并进行有效管理，指导被继承人订立合法有效的遗嘱或者设立信托。

### （三）遗产代理人的产生办法

一是由被继承人生前委托或在遗嘱中指定

遗产代理人可以通过与被继承人签订委托协议或由被继承人在遗嘱中指定，而只要委托协议及遗嘱系基于被继承人真实意思表示作出且合法有效，则遗产代理人的身份在发生继承前或继承发生时即可确定。

二是继承人选任或由法院指定

在被继承人未通过生前委托协议或遗嘱形式指定遗产代理人的情形下，继承人可以在继承开始后协商推选遗产代理人；而继承人对遗产代理人选任有争议的，可以由法院根据合法继承人的申请，从与继承人无利害关系的自然人或有资质的专业中介机构中指定，如律师和律师事务所等中介机构均可选任为遗产代理人。

三是设立遗产代理人名册

遗产代理人毕竟是一个专业性较强的法律服务内容，考虑到目前法律服务市场已进行了专业化分工，为了维护继承人和被继承人的利益，可以借鉴破产管理人的准入制度，由法院或行业协会建立遗产代理人名册，通过自愿申报与筛选考核，让具备民事专业特长的律师和律师事务所进入遗产代理人名册，并定期对遗产代理人进行考核，让不合格或不称职的遗产代理人剔除出名册，从而实现遗产代理人的专业化、规范化。

### （四）遗产代理人的选任条件及限制

一是中立、无利害关系、具有完全民事行为能力

为保证遗产在管理、分配过程中既能够遵从被继承人生前意愿又能同时保障继承人的合法权益，遗产代理人应当由中立、与继承人不存在利害关系的具有完全民事行为能力的自然人、法人或其他团体担任。从香港富豪霍英东的遗嘱执行案例看来，遗产受益人和遗产代理人的身份重叠为遗产之争埋下隐患，尤其在遗产范围不明确的情况下，极易产生遗产被占有方隐匿的事件发生，而遗产代理人 and 继承人身份分离，可使执行人对遗产的权利仅限于领取报酬，避免其参与将来的遗产分配，如此更有利于保护遗产安全和继承人的合法权益不受侵害。

二是具备专业素质

遗产代理人的选任对象应为具有专业素质的人。与我国企业破产管理人制度相似，遗产代理人须协调与平衡参与遗产分配各方的利益，并依据法律规定及公平原则对遗产作出合理分配。因此，这势必要求遗产代理人掌握丰富而专业的法律、财务管理知识及沟通协调技能，并具备较高的道德与职业操守。而律师作为具有丰富法律知识及较高职业素养的专业人士，是遗产代理人的最佳人选之一。

### （五）遗产代理人的权利与职责

当律师作为遗产代理人时，可以提供的法律服务及履行职责应该包括但不限于：

（1）接受被继承人生前委托的，应对被继承人所拥有的财产进行清点、梳理，并制作财产清单；（2）接受被继承人生前委托的，应协助被继承人确立合法、有效的遗嘱或者设立信托；（3）继承发生后，应查明被继承人是否留有遗嘱，并确定遗嘱是否真实合法；（4）继承发生后，应查明并通知包括继承人在内的遗产承受权利人、被继承人的债权人及债务人；（5）对遗产进行管理，并制作遗产清单，办理公证相关手续；（6）清偿遗产债务；（7）向参与遗产管理、分配的人员发放薪酬；（8）召开继承人或遗产承受权利人会议，遗产代理人可在会议上将遗产分配方案交由与会人员表决，再根据与会人员的意见反馈制定最终的分配方案；（9）对遗产进行公平、合理分派，并协助办理继承公证；（10）在管理权限之内，可以采取必要的措施或通过诉讼保全遗产；（11）进行与管理遗产有关的其他必要行为。

### （六）遗产代理人的报酬制度

在我国企业破产管理人制度和香港遗产代理人制度下，均赋予了破产管理人或遗产代理人获得报酬的权利。遗产代理人作为对遗产进行管理、分配的管理人，其实质上是在为被继承人及遗产承受权利人提供服务，因此向被继承人或从遗产中支取相应报酬是符合公平交易原则的，遗产代理人请求报酬的权利应受法律保护。

考虑到律师提供此类服务可以归类为非诉法律业务，可以根据各地的实际情况，参照破产管理人的收费标准，对遗产代理人的收费标准进行确定，使该项收费制度化、明确化，以避免日后产生争议。

综上所述，遗产代理人制度是社会法治发展的必然要求，应当尽快予以立法完善。将遗产代理人制度进行完善和确切执行，既是庞大客户群的迫切希望，亦是对法律工作者特别是律师针对客户需求不断创新业务模式的必然要求。



# 我国养老地产发展模式探讨

文 广东卓建律师事务所 杨林律师 王一涵

近年来，我国社会人口老龄化加剧引起社会各方的热切关注。随之，“养老地产”作为一个新的概念被提出来。养老地产在我国尚属新生事物，在我国房地产业面临行业规范和整合、分工精细和专业的大背景之下，养老地产注定被赋予不同的承载意义，并将必然肩负整合房地产业与养老产业的重任。但当前无论是政策层面还是法律层面都缺乏相应的制度支撑与优惠扶持。养老地产虽然放置于房地产开发体系中进行研讨，但是由于其承担的社会功能兼具公共福利属性，不能简单地对其适用房地产开发领域的相关法律法规，因此在这样的现实条件下探讨我国养老地产的相关法律问题极具现实紧迫性与社会意义。本文即以养老地产发展模式为视域，以此为切入点探讨我国养老地产的法律建议。

## 养老地产概述

### （一）养老地产的概念

养老地产并非法律概念，而是定位于服务老龄人群的新兴房地产业，区别于普通的住宅产品，并且要能同时提供经济供养、生活照料、医疗服务、精神慰藉等服务的综合地产概念。养老地产的具体物业形态主要包括：老年公寓、老年住宅、老年社区以及养老机构等。由于养老地产涉及主体多元化，因此政府、房地产开发商、金融保险机构、社会保障力量等都能够以主体身份参与到养老地产的产业开发中来，并以此积极探索适合我国国情和市场需求的养老地产发展模式。

我国养老模式目前仍然以居家养老为主，但随着社会经济的进一步发展以及“421”型家庭数量越来越多，养老问题不再是单纯的个人或者家庭问题，公共参与的属性与色彩越来越浓厚。目前，我国养老地产尚处于初步发展阶段，但是养老地产集合住宅服务性和商业地产盈利性于一体，势必会有越来越多的主体参与其中。由于相关法律法规缺位以及政策扶持力度不够，我国目前养老地产发展还处在混乱无序的状态，更多的是在尝试。

### （二）养老地产的国内发展现状

目前我国除了哈尔滨的“什和丽景敬老社区”之外，

其他各地养老地产仍以商业性开发为主，并采取会员制、以房养老、度假养老、租赁式社区养老、租售结合等多种开发模式。

会员制模式主要以上海“亲和源”项目为代表，这是我国养老地产业内认可的先驱性养老地产产品，产权属于开发商，入住老人仅享有使用权与转让权。定位于中高端老龄人群，服务设施齐全、生活便利度较高。自2011年创立以来基本能达到收支平衡。“以房养老”模式，笔者认为从严格意义上讲并不属于养老地产的范畴，其实质是解决老年人养老资金缺口问题，其理论基础借鉴美国经济学家莫迪利安尼提出的生命周期说，实现人们的平均化消费倾向，实现住房与养老的最优结合。但自今年上半年国家指定北京、上海、广州、武汉为“以房养老”试点城市以来，“以房养老”概念在实践中却频频遇冷，笔者认为此模式的初衷良好，但要收获理想的实践效果还要经历从政府主导到银行主导的发展过程。以“长寿岛”著称的海南为例，候鸟式的养老房产在我国很受欢迎，但度假养老模式的养老地产将旅游地产与养老地产两个不同的房地产开发领域相结合，是目前我国众多房地产开发商着重探索的新型养老模式，其中涉及的法律问题也是本文研究的重点。

### （三）养老地产的开发、运营模式

房地产是典型的资金密集型行业，因此养老地产的融资问题显然就成了关键，其融资渠道分为内源融资和外源融资，并且主要依赖于外源融资渠道，包括发行股票、债券融资、银行贷款、信托融资等方式。我国目前房地产融资方式虽然多元，但是具体实践路径却依然狭窄。尤其在养老地产开发中，投资金额巨大、回报周期长的问题更为明显，因此目前我国对养老地产比较热衷投资的以保险金为主。比如国内的泰康人寿、中国人寿、合众人寿都已经纷纷进军养老地产。实际上，随着2014年5月21日中信证券发起的“中信启航专项资产管理计划”在深交所综合交易平台挂牌交易，中国市场养老地产REITs的探讨和尝试开始开启。从国务院、发改委对于养老地产REITs所持的鼓励态度来看，养老地产完全可以通过盘活存量土地的方式获取低价资产，降低成本提高收益，实现资产增值，

REITs上市。但关键是如何健全相关法律法规，做好防范监管，从政策层面保证信托市场的长期稳定发展，才能最终实现REITs金融创新对养老地产的推动作用。

养老地产开发成功的实现主要依赖于后期运营，因此传统的房地产开发、运营模式不适用于养老地产。根据养老地产的特点，可分为以下三种开发模式：只建设不运营、不建设只运营、建设与运营相结合。第一种模式投资回报周期短，风险较小，但是无法享受后期运营产生的溢价回报；第二种模式对资金投入的需求较小，在后期运营中占有主导性，但是对前期开发无法把控；第三种模式对资金投入较大，同时对整合各种社会资源能力要求高，但从长远发展角度来看，全产业链的开发模式不仅丰富了投资结构，而且也是建设与运营双管齐下的开发模式。在这样的分析之下不难看出，养老地产的盈利不应当只着重前期的物业销售，而忽视居住之外的物业衍生价值。

## 我国度假式养老地产产品开发的法律分析

### （一）产权式养老酒店的法律环境

“候鸟式”养老模式受到热捧是产权式养老酒店开发的市场条件，但必须引起注意的是旅游地产的开发本身就存在混乱无序的问题，养老地产与旅游地产一旦结合，更是容易出现法律规范的盲区，因此，分析我国目前产权式酒店的法律环境就显得极为必要。

产权式酒店的发展在我国已历经数十年，与国外开发者、经营者相区别是，国内的产权式酒店项目多是以房地产开发为主，销售的目的远大于酒店管理的目的。但是近年来，我国政府也注意到规范行业的必要性，相继颁布了一些政策，主要涉及以下两个方面：

一是产权式酒店的销售资质。我国许多产权式酒店最初是由旧楼或是烂尾楼改造而成，因此建筑物的规划用途和设计标准即使经过二次修改，也经常都不符合建造酒店的规范，后期能否通过规划和建设部门的改建审批经常成为一个难题。而开发商若无法经过相关部门审批，也就无法取得建筑物竣工手续并对大产权进行分割，购房者今后将面临无法办理产权式酒店小产权证的窘境。

但海口市政府出台的《海口市产权式酒店管理暂行办法》（以下简称《办法》）对产权式酒店的开发和管理起到了积极的引导。《办法》规定产权式酒店适用商品房预售制度，分割进行销售的客房按套内面积（而不是建筑面积）分割登记。这对产权式酒店的销售有积极的借鉴意义。

二是酒店的运作管理问题。我国《商品房销售管理办法》明确规定，房地产开发企业不得采取返本销售或者变相返本销售的方式销售商品房，也不得采取售后包租或者变相售后包租的方式销售未竣工商品房。但是，开发商通常的做法是委托一家酒店管理公司与买方签订《委托管理

合同》，以第三方的名义对投资回报作出承诺，这样的做法虽然表面上规避了法律的禁止性规定，但究其实质，仍有欺瞒消费者之嫌疑。国内产权式酒店涉诉案例，尤其是关于售后返租的问题。我们关注到很多情况下合同中约定的投资回报在实践中很难操作，因为酒店管理公司财务是不公开的，作为分散个体的投资者根本无法了解酒店的经营收入，也不知道回报是否合理。而实践中的多数的情况是酒店运营方给予业主固定的回报。现行法律法规对产权式酒店的运作方式并未作出明确的规定，有些项目引进了担保机制，如果操作得当，将给产权式酒店的销售和管理带来很大帮助。

### （二）产权式养老型酒店开发模式的可行性

养老型产权式酒店是指投资人（往往是最终消费者），购买用于退休后养老的物业，在退休前委托管理公司经营直至退休后自用，委托管理期间，投资人可获取一定的投资回报。一般情况下该物业在产权人去世后由管理公司回购，再出售，收益其家人所有。区别于一般产权式酒店的是，养老型酒店的管理方往往是养老机构的运营者，因此经营者的资金实力、信用以及专业和经验十分被看重。

第二种模式可以是分时度假式的养老新模式，它是一种将房地产业、酒店业、旅游业、养老业结合在一起的一种商业新概念，它引入时空经济学原理，对旅游业、房地产业、金融资源进行整合，扩大了资源边际效用，实现了资源共享。

## 度假式养老地产发展的法律建议

### （一）土地取得方式的多元化

经营养老产业（如开发养老社区、设立养老机构）一般通过国有建设用地的出让、出租，集体建设用地的出租等流转方式来获取土地使用权。以划拨方式取得国有建设用地虽然也可用于非营利性养老机构，但由于土地资源稀缺和地方政府积极性不高，获取划拨用地较难。

国有建设用地的出让用于经营性目的，需通过国土资源部门的招标、拍卖、挂牌的法定程序取得，竞争者的参与将推高获得土地使用权的成本。实践中，投资者可以以发展养老产业为契机，争取向地方政府获取更多的优惠和扶持措施。通过向土地或物业权利人承租国有建设用地或物业来开发养老产品。承租人只能自行经营，不得出售物业，且很难取得政府的优惠政策。

集体建设用地虽然属于农民集体所有，但不影响养老地产的开发经营，相反由于其取得成本低、土地供应量大。在深圳，已经有允许农地入市并开发养老地产的政策意向，这在未来是养老地产土地取得方式的一个重要政策利好消息。目前取得集体建设用地使用权主要可以通过三

种途径：一是根据《土地管理法》规定，兴办乡镇企业经依法批准可以使用本集体经济组织农民集体所有的土地，乡（镇）村公共设施和公益事业建设经依法批准可以使用农民集体所有的土地，因此可以采取集体建设用地入股乡镇企业的方式设立公益性养老机构；二是通过集体建设用地的流转来取得一定年限内的土地使用权用于开发经营性养老地产，目前针对集体建设用地的流转尚缺乏全国性法律政策体系，但在有些地方（如广东省）具有可操作性；三是新农村建设中地方进行“三旧改造”（如广州市），经由地方政府批准使用集体建设用地开发养老项目。

#### （二）养老型酒店经营权的权属问题

由于酒店业和养老行业都属于特殊经营行业，必须经过工商局、民政局、旅游局、公安局、卫生局等多个政府部门的审批、注册。通常情况下，养老型酒店只能是一个经营整体，但是，由于养老型酒店产品的复合型特征，其酒店物业管理方与养老服务提供方往往是不同的经营主体，各自的资质和经营内容也不同，所以必须通过订立合同确定两个主体的权利义务并且处理好两个主体之间的关系，防止各自职能的重复。对于业主而言，虽然拥有房屋产权，但权利也受到一定限制，因为业主没有养老型酒店的经营权。因此，对养老型酒店的购买者设定合理的退出机制也是开发商需要着重考虑的。

#### （三）合理设计会员卡产品

会员卡作为权益性产品的一种变通，在国内市场非常受欢迎。消费者可以通过出售或赎回来获得投资回报。实践中，会员卡往往会在养老型酒店建设完成前就对外出售，以方便开发商为项目融资，或者有时开发商也会将销售款用到其开发的其他项目中。这里实际上有一个涉嫌违法经营和市场监管的问题，如果尚未取得预售资格就启动销售会员卡的方式实际上是提前预售，并有涉嫌非法集资的风险。同时，经常会产生纠纷的地方出现在会员权益约定不明，或者经营者将会员卡使用的解释权掌握在自己手中，设置诸多“霸王条款”，侵害了消费者的合法权益。一份合法公平且具有操作性的入会协议或会员章程，可以为经营者避免很多日后的麻烦。

从目前的立法现状来看，会员卡在养老地产产品的销售中仍存在较大的操作空间。但从海口市出台的《办法》来看，政府希望将酒店类产品的销售纳入商品房预售的监管范围，以便更好地控制项目的财务风险。因此，开发商也需要警惕今后立法者可能为避免房地产投资过热的系统性风险危害到消费者的利益，而出台法律限制或规范会员卡的行为。笔者建议现阶段开发商应当做好内部财务监控，在项目竣工或基本竣工后再开始销售会员卡，并预留一定比例的收入用于养老酒店的竣工和前期运营管理。

#### （四）土地用途需要明确规范

中国目前并没有专门的养老项目用地。实践中可以操作的第一种是居住用地，房产具有70年产权，可供销售；第二种是医疗用地，只能用于公益性养老机构建设；第三种是综合用地或商业用地，则只有50年或40年产权；此外还有旅游设施用地和工业用地，由于取得成本相对较低，长期看比较适合大规模开发养老地产。在国家未设定土地用途限制的情形下，大量发达城市原工业项目退出后闲置的工业用地将带来巨大的养老地产开发的土地供应量。

综上所述，开发养老型酒店以实现长者的“异地养老”是一个复杂的社会工程，不仅包括为老人提供集中养老的居住环境，还包括一系列的配套服务，如老年人保险、房产转让抵押、养老信息中介等，所以无论从市场还是制度而言，它的完善成熟都需要一个漫长的过程，而这个过程需要政府引导、社会广泛参与才能实现。

### 养老地产政府扶持之模式探讨

国务院印发的《关于创新重点领域投融资机制鼓励社会投资的指导意见》【国发[2014]60号】指出，鼓励社会资本加大社会事业投资力度，要积极推进养老、文化、旅游、体育等领域符合条件的事业单位，以及公立医院资源丰富地区符合条件的医疗事业单位改制，为社会资本进入创造条件，鼓励社会资本参与公立机构改革。将符合条件的国有单位培训疗养机构转变为养老机构。同时，鼓励社会资本加大对养老等社会事业投资力度，完善落实养老等社会事业建设运营税费优惠政策。在定价机制上，也大开绿灯，除公立医疗、养老机构提供的基本服务按照政府规定的价格政策执行外，其他医疗、养老服务实行经营者自主定价。应该说，养老地产的发展迎来了政策的春天。

在这里，我们需要探讨的是，国家虽然从政策层面大力鼓励养老，但并不等同于对于养老地产也有同样大的政策支持力度。我们想提出的建议是，鼓励和发展养老地产是推进社会养老的最有效的途径，既然如此，国家应出台更为具体的支持办法和找寻到最有效的操作方式。我们认为，可以借鉴政策性住房配套的方式，在住宅项目中配套一定比例的养老用房，或在住宅项目审批中配套养老项目，同时在地价、税费上给予一定的优惠，将会大大提高开发商和社会资本介入的积极性。同时，前文也探讨过，在土地来源方面可以思路更为开阔，在集体建设用地上可以采取政府主导入市的路子，从而稳步推进和实现社区养老。在配建养老项目的运营上，又可以采用政府鼓励的PPP模式，吸引社会资本和专业养老机构的介入，从而实现社会养老的目的。在养老地产的发展上，这就形成了政府支持、社会参与、项目配套、PPP运营的良好格局，势必会对鼓励养老地产的发展和促进养老事业发展起到立竿见影的效果。

## 海外收购专利如何识别IP风险（因素）

文 中国综合开发研究院（中国脑库）特聘研究员 黄清华

### 引言

海外投资收购专利，对于实现中国企业“走出去”的目标，越来越具有战略意义。然而，专利收购本身却面临复杂的风险问题，除了所有海外资产收购行为都可能面临的各种一般风险外，还可能面临专利收购特有的知识产权（Intellectual Property，IP）风险。

以上市公司甲收购公司乙“地衣芽孢杆菌活菌胶囊生产技术”为例，合同金额4000万元，其中有3890万元是无形资产，即“地衣芽孢杆菌活菌胶囊生产技术”的评估价值。公司甲此前没有微生态制剂相关产品的生产经验，存在生产技术风险。之所以甘冒这样的技术风险，是因为通过此次收购，公司甲将进入生物制品领域，可提高公司竞争力和盈利能力。公司甲确认，公司乙的“主要产品地衣芽孢杆菌活菌胶囊市场成熟，使用非常广泛且竞争对手少，很长一段时间内不会有同类品种获得批准；随着临床认识提高，这个药物的应用前景看好。”如果这一判断不准确，就意味着存在重大经济风险。

本案例的“精彩”之处，更在于其法律风险：收购完成后，公司乙被公司丙起诉侵犯其“地衣芽孢杆菌生态制剂的制备方法专利权”，即公司乙擅自使用其拥有独家使用权的921123318.9号专利方法，生产、销售侵权产品“地衣芽孢杆菌胶囊”，要求支付98万元调查和制止费和1,402万元经济损失。主要依据是，被收购方公司乙所称的“地衣芽孢杆菌生态制剂的制备方法专利权”在收购完成之日仍属于公司丙，到期日为2012年11月29日。公司甲下足财力收购的“专利技术”，竟然是公司乙正在申请的发明专利。

从这一案例可知，海外收购专利，IP风险源于相关国家的法律和国际法框架下，目标企业专利资产的种类、存在及其权属关系——是所有权还是使用权，是普通使用权还是排他使用权，专利的技术特征、经济价值与战略价值，专利遭遇侵权的可能性大小，目标企业侵犯他人专利的潜在责任，以及并购方对专利资产的控制力和

消化能力等因素。因此，专利收购的IP风险不仅指法律风险，还包括技术风险和经济风险（又称商业风险）。

所谓法律风险，是指海外收购专利资产因法律上的权利、义务和责任带来的各种损害与损失的可能性。而相关的技术风险和经济风险，是指专利的技术价值和经济价值在转移过程中，投资方实现预定的技术目标，例如技术升级换代，和经济目标，例如投资回报率，这样一种可能性。

这三类专利收购的IP风险，以一个法律人从投资的角度来看，IP法律风险是基础性问题。然而，技术风险和经济风险也不可忽视，例如，某项（核心）专利尽管IP法律风险很低，其经济价值和战略价值如果与收购方的商业目标、战略目标不符，同样可能导致并购失败。这说明专利收购中IP风险的复杂性。

这种复杂性在于，海外收购专利资产所涉交易，“包括知识产权尽职审查、知识产权谈判、获得知识产权的交易手段、知识产权登记和并购后知识产权整合等多个环节。”每个环节都要求首先识别相关的IP风险（因素），才能确保交易顺利进行。

在这样的背景下，讨论海外收购专利的IP风险（因素）识别方法（简称“专利IP风险”），不仅为良好的IP风险管理所必须，而且，对于成功进行专利收购具有重要价值。本文着重讨论IP法律风险，兼顾技术风险和经济风险识别的一般特征和要求。

### 从风险感知到系统识别

风险识别发端于风险感知。专利IP风险感知要求对于具有法律意义、技术意义、经济意义和战略意义的专利及其相关IP信息或信号保持敏感，而风险识别则必须运用系统识别的方法，从专利收购商业目标、战略目标的高度，对可能存在的IP风险和 Related 风险因素“全盘扫描”。

#### （一）专利IP风险感知

专利IP风险的成因复杂。海外收购专利，专利资产的

价值受限于它的地域性、时效性、权属状况、继受人的认知程度和技术转移过程中企业管理因素等方面。这是专利资产与有形财产交易的重大区别。因此，海外收购专利的各种IP风险，可能源于下列八类因素：

一是专利的地域因素：必须弄清楚是根据何国、何地区的法律产生的专利，因为专利具有严格的地域性，只在该国家或地区范围内有效，超出该地域范围，该项专利（权）即不复存在。

二是专利的时效因素：专利资产同样有着严格的时间界限，发明专利通常为20年。超过这一时间界限，法律对于相应的专利资产不再给予垄断性保护。

三是专利权属瑕疵因素：目标专利资产的所有权或使用权权属状况如何？可能存在哪些权属瑕疵？例如，拟收购的专利是否已对第三人设定使用许可？应当如何界定？专利权属瑕疵风险的风险因素，主要来自于相关国家专利法律冲突（差异）、相关的权属约定和（或）许可使用合同上的风险。

四是目标企业虚报因素：目标企业专利资产虚报，如夸大技术专利、品牌和市场渠道等无形资产的价值，假冒核心专利，影响收购方的正确评估，导致收购成本增加。

五是收购方的认知因素：刘丽、陈彬（2011）认为：“专利的技术价值和经济价值转移过程复杂，与并购后劳动人事、企业文化方面的整合水平密切相关，不一定能够随股权一并转移或同其他有形资产一样可以转移。”因此，收购方对专利资产的认知能力和程度，也是重要的风险因素。

六是法律冲突因素：相关国家专利等IP法律、法规的差异性，通常表现在授予专利的客体及其例外、授予的条件、程序、权利的范围和权利解释、对专利（国际）转让的管制、以及侵权损害赔偿标准等方面。

七是国家执法因素：不同国家专利等IP执法和保护力度存在较大差异，例如，相关国家执行国际法如TRIPs和《巴黎公约》，制裁盗版和（专利）侵权，这些方面的态度和力度，客观上都存在差异。

八是专利技术及其产品IP保护的周延性因素：是否注意到对专利技术及其产品进行IP多样性保护，例如，专利产品的生产工艺、制作方法是否通过商业秘密进行保

护，专利产品的商业名称是否通过商标权进行保护，都对拟收购的专利资产的价值构成影响。

以上这些因素都是实际存在的。鉴于此，海外收购专利的IP风险首先是一种客观风险。海外投资专利，为什么有的企业会对专利等IP权属瑕疵这些客观存在的IP风险“视而不见”，任其发展演变直到损害中国企业许多应有的利益、甚至影响其经营目标的实现？从风险管理的角度来说，这是因为，这些企业忽略了风险识别过程中的主观风险，没有注意到企业决策者和（或）操作者对收购交易中的IP风险是否具有真正的认知，即IP风险的感知能力。

主观风险理论认为，“对客观存在的风险只有形成主观感知，认知其种类、性质、强度和危害，转化为主观风险，才有可能指导人们采取有效的风险控制行为。”主观风险理论要求我们对于具有法律意义、技术意义、经济意义和战略意义的专利等IP信息或信号保持敏感。例如，被收购方的技术委托开发合同未就技术成果的归属作出约定，不仅影响并购标的的经济价值，而且将来可能涉及专利申请权和专利权等权属争议，如果涉及核心技术，则有可能导致专利收购的商业目标和战略目标无法实现。如果对这类信息或信号不敏感，要么是不能发现问题，要么是不能领悟其法律含义，都可能导致专利等IP风险感知失败。

## （二）专利IP风险系统识别

这种专利IP风险感知能力，可以通过有关理论和方法的训练获得提高，“从零散的、直觉的风险感知上升为系统的、理性的风险识别”：即以一定的法律和经济-技术标准，通过一定的方法，对海外收购中的专利资产的法律状况和经济-技术状况，从可能的风险（因素）源进行全面识别，尤其是：

1. 专利资产状况。识别目标企业中存在的专利资产，对专利资产的权属状况、有效性和经济、技术价值进行审查，确认哪些专利资产能帮助并购方获取竞争优势，可以带来协同效应，收购后专利资产能否以及如何得到有效利用，等等，有助于收购方实现其收购的商业目标或战略目标。

2. 专利资产属性。认识专利的法律属性、技术属性与经济属性，达成对专利价值属性的认知，为进一步评

估专利价值、决定专利的收购价格提供依据。在海外投资中，符合或有助于实现投资战略目标的那部分专利资产，为有战略价值的专利。识别专利的战略价值，应首先获得该项专利的特征、范围、有效性、可实施性和局限性等信息。专利的经济价值不仅取决于其产品、服务的市场价值与前景，同样取决于专利的类型及其保护范围，包括专利有效期的长短、受保护的地域范围、是否受到其他协议如排他性专用许可协议的限制等。

3. 专利相关责任。识别与目标企业专利技术及其相关产品和制造方法IP保护方面的责任或潜在责任：权利（所有权及相关权利）归属和负担问题，受到质疑的以及未决的权利要求问题，专利控制权的转移以及改变问题，相关合同、协议中的专利限制条款对价值识别与评估的影响，专利有效性与可执行性相关的问题，专利遭遇侵权、盗用问题，专利IP保护的周延性问题。

以上说明，专利IP风险的系统识别，要求以科学的方法和识别工具，全面审视跨国收购中的上述专利及其产品和制造方法IP保护问题，从而获得系统的、全面的、理性的海外专利IP风险识别，为准确的专利IP风险评估提供一个必要的前提。具体做法，建议参照前述八类专利风险因素设计一个风险识别框架，以系统识别方法逐一审查。

### 专利IP风险系统识别方法

风险管理的一般原理告诉我们，预测风险或分析风险事件，如专利投融资风险或侵权风险，一项基本任务就是以系统理论和方法分析其所有的归因因素，即风险因素。因此，所谓专利IP风险系统识别，实则指专利IP风险及其风险因素的系统识别。

专利IP风险系统识别方法，包括但不限于以战略性尽职调查引领专利IP风险识别、系统识别法、运用风险（因素）识别传统工具和循证实践等方法。

#### （一）以战略性尽职调查引领专利风险识别

专利IP风险反映在法律上，就是要对专利权属瑕疵风险、地域性风险、时间性风险、侵权风险和诉讼或争议风险，从外国法（东道国法）、国际法（含双边或多边国际条约、协定）和冲突法的角度，进行识别。

为了防止专利IP风险管理“只见树木、不见森林”，收购方或受托之中介在专利IP风险识别阶段之初，就应“从战略性尽职调查的高度”，即从交易双方行业前景、市场结构、经营战略、管理团队、企业文化和股东支持等方面，查明目标企业专利与：

1. 收购方的产业相关度和战略相关性，以及可能形成的协同效应、叠加效应或其他效应；

2. 对收购方在战略、管理、技术和市场整合等方面取得（额外）回报的机会；

3. 对收购后的预期战略成效及企业价值增长的影响；

4. 收购后新的管理和技术团队运用这些专利实现新战略目标的可能性。

战略性尽职调查的技术要点，是掌握收购的战略目标和商业目标，在专利等IP方面要达到的商业目的和未来的商业计划，弄清楚从此次交易中获得何种专利资产、对这些资产如何使用，以及实现何种战略和商业目的。为此，应首先从这四个方面进行专利IP风险识别，关注专利IP风险对实现并购战略目标可能的影响。

#### （二）系统识别法

系统识别法的核心要点是将认识对象当作一个系统，然后将这个系统按一定的标准和分类方法，以周延的逻辑分解为相互关联而又各自独立的几个方面或者几个子系统，再对每个方面或子系统可能存在的风险与风险因素逐一识别。以此为基础，再从投资目标或商业目标的高度进行整体分析，识别各种风险和风险因素的性质和程度（级别）。

海外收购专利资产如何系统地识别专利IP风险和风险因素？笔者认为，应当从宏观和微观两个层面进行系统识别：宏观上，以“七要素识别法”：即从国别、行业、收购方式、组织形式与上市地、主营业务、采购和销售行为发生地、企业管理行为等七个方面，获得这类项目IP风险及相关风险因素的整体性、专业性认识。微观方面，从上文介绍的海外收专利购有关IP可能的八个风险（因素）源，针对收购的专利资产，逐一“扫描”，锁定每一项具体的专利资产可能的（重大）风险，进而识别其可能的（主要）风险因素。

运用“七要素识别法”，需要并且可以帮助收购方掌握一些基础背景知识。

例如，依国别——目标企业所在地国识别。在专利转让方面，有的国家会限制敏感技术对国外的转让，这些限制性规定可以归结为权属限制转让。所以，一定要弄清楚目标地国有关专利IP权属限制转让的法律规定。依国别识别专利IP风险的另一层含义是，在执行力度弱的司法管辖区里，有关IP侵权的风险就高，反之亦然。这与其他大多数法律风险的规律相反。因此，到法治不健全的国家投资收购专利，要特别注意防范IP侵权风险。

再如，依行业识别。不同行业有不同级别的法律监管和法律风险环境。全球企业法律顾问协会和《全球律师》2004年在美国和欧盟进行的一项调查认为，医药和生物技术行业不仅涉及基本消费产品，一般监管非常严格，而且资本要求高，大量涉及IP风险，在法律风险因素行业排名中，高居第一。

又如，主营业务对专利等IP的依赖程度。“信息、航

天、新材料、新能源和生物技术等高新技术类企业，其主营业务严重依赖专利等IP及其研发，例如微软信息、辉瑞制药，相应的IP风险因素，包括专利、商标、著作权的权属状况、保护程度、使用方式及其研发活动的性质与组织形式、管理方式，等等，都是重大风险因素。”

在以上七要素中，企业管理行为对专利IP风险有着重要的直接影响。专利方面的企业管理行为，涉及专利的价值管理、目标管理、权属管理和风险管理，以及相应的管理机构、制度、策略、方法和实际运作等方面的内容。因此，在“七要素识别法”的分析框架下，从收购方或目标企业管理行为识别专利等IP风险，还可以设计一些亚层次的IP风险及其相关风险因素分析框架，如从IP管理制度、组织结构、奖（激）励机制、工作环境、团队因素、个人因素和任务因素等方面，设计分析框架，以利于进行更深入的专利风险和相关风险因素的系统识别。

### （三）运用风险（因素）识别传统工具和循证实践

操作上，以上要素识别和风险（因素）源“扫描”的系统方法，可以与风险例举、清单和流程图、风险指数等识别工具，以及“企业财务报表、资产负债表、会计准则、财务制度、与关联公司的专利交易合同”如专利使用许可合同等，结合起来进行审查，从而对目标企业的专利风险形成更准确的专业认识。

在使用RI一类的识别工具时，建议根据并购项目的具体情况，将IP风险和风险因素分为很高、高、中、低和很低五类。这种五分法是国际上风险管理常用的方法，有利于投资决策者就国别、行业、并购方式、组织形式与上市地、主营业务、采购和销售行为发生地、企业管理行为等等所涉IP风险的控制采取应对措施。

需要指出的是，相对于专利IP风险的识别，专利IP风险因素的识别更为复杂，可能涉及到政策、法律、经济、技术、管理、文化、人事、竞争者和其他利益相关人等方面的因素。例如，在本文开头提及的上市公司甲收购公司乙“地衣芽孢杆菌活菌胶囊生产技术”这一案例中，就受到激励型产业和IP政策的影响。又如，收购方的技术文化和技术管理水平，对收购后专利资产能否以及如何得到有效利用，有着直接影响。因此，要准确识别一个特定投资项目专利IP风险可能涉及到的风险因素，应当在战略性尽职调查引领的系统识别的宏观和微观分析框架下，运用循证实践观察大量案例，总结成败因素。

方法上，以证据为基础的实践有三种途径：一是在国际层面对同类案例，尤其是相关司法案例进行系统回顾；二是运用统计（学）调查方法审查专利收购失败案例的归因因素；三是从技术、经济和商业目标的角度，

直接观察、分析这个特定收购案例可能涉及到法律上的权利、义务和责任的各种相关资料。这就需要依靠专业人士（团队）的专业积累。

在专利IP风险方面，基于循证实践的专业积累包括：

一是建立类型化的专利IP风险，形成固有的风险因素联系，如按技术种类（例如，生物医药专利），分别从法律冲突因素、技术因素、管理因素、专利申请瑕疵因素或其他人为因素如第三人侵权等方面建立“风险类型”，形成技术种类化的IP风险及其相关风险因素。

二是经常性的专利分析，包括宏观分析和自由使用分析。针对拟收购专利技术的资产属性，中国企业根据自身技术领域的特点，经常做必要的宏观分析，尽可能早地发现对收购方不利的苗头，获取市场发展导向方面的提示，了解竞争对手的专利及其可能的风险因素，同时确保自己的专利不侵权，可以自由使用。

三是积累专利IP风险控制方法，如注意许可的范围和许可的类别，专利收购合同特别重视保证与赔偿条款等。

综合运用上述三种方法，以战略性尽职调查为指引，以系统风险（因素）分析方法为依托，以风险（因素）识别工具为技术手段，结合循证实践，分析专利权属状况、交易状况和相关政策、法律文件，通过起草“海外收购专利IP法律风险识别报告”，完全可能系统识别海外收购专利IP法律风险和相關风险因素。

鉴于法律属性对于专利财产是第一位的，对于专利收购的技术风险和经济风险及其相关风险因素的识别，必须在“海外收购专利IP法律风险识别报告”的基础上进行。基本方法同样应当是采用上文这样一种“商业目标、系统方法、识别工具和循证实践”的系统识别方法，只不过技术风险识别主要应该交由专利工程师通过专利检索来识别，而经济风险（或商业风险）主要应该交由无形资产交易评估机构来识别；或者，最佳的径路是组织一个由法律、技术和财务专家构成的尽职调查团队。

## 结语

海外专利收购中，IP风险取决于专利资产的存在、所有权和控制力、专利的技术价值、经济价值与战略价值、侵犯他人专利的潜在责任和专利技术及其产品IP保护的周延性等风险因素。组建一个由法律、技术和财务专家构成的尽职调查团队，运用“商业目标、系统方法、识别工具和循证实践”的风险（因素）识别方法观察大量案例，对于防止识别目标（企业）专利IP风险出现重大遗漏，确保专利投资商业目标和战略目标的实现，是极为必要的。



实务经验

## 外国仲裁裁决在中东欧国家的承认和执行

文 北京市大成（深圳）律师事务所 申玉峰律师译

在过去的20多年里，仲裁已经被中东欧国家<sup>[1]</sup>（CEE）接受为一种纠纷解决机制。仲裁案件数量稳步上升，地方法院对仲裁程序整体上持支持的态度。考虑到CEE国家的多样性特征，即便大多数CEE国家均加入了旨在统一仲裁标准及与法院有关的程序的国际组织，本地区的仲裁实践也不可能安全相同。尽管不能用几句话简单地概括CEE国家的仲裁实践，但管中窥豹，本文对本地区与外国仲裁裁决的承认和执行五个方面的事实或数据进行略述。

### 几乎所有的CEE国家都遵守两个主要的国际组织规则

CEE国家的仲裁法一般均依照联合国国际贸易委员会UNCITRAL的示范法制订。本地区的国家也签字并批准了1958年纽约公约（NYC）即承认和执行外国仲裁裁决公约。在纽约公约的149个签字国中，有17个是东欧国家。黑山共和国2006年批准纽约公约，是该地区最新参加的国家。17个东欧国家还签署和批准了1961年国际商务仲裁欧洲公约，简称日内瓦公约（GC）。爱沙尼亚和立陶宛是本地区仅存的两个还没有批准GC的国家。但大多数CEE国家在适用纽约公约V（1）e时，使用GC限制。因此，同时是GC和NYC签字国国家的法院一般会拒绝承认或执行在另一个CEE国家因GC IX（1）条规定的特别原因被认定无效的裁决。

这两个国际规则在1989年铁幕被揭开前，由于仲裁被较少使用而多年处于休眠状态。因为之前几乎没有私营实体参与国际贸易（极个别例外），在CEE国家，仲裁几乎无人知晓，更少被用到。这就能解释为什么在1990年前，该地区的地方法院很难理解和支持仲裁程序，特别是对仲裁终局性以及法院对仲裁裁决审查权力的限制。

另外，在选择仲裁机构时，乌克兰和俄罗斯人更愿意

选择国际商事仲裁院（ICAC）乌克兰及俄罗斯工商总会进行仲裁。除了地理和语言方面的原因外，更重要的是出于对仲裁费用方面的考虑。如一单标的额为50万美元仲裁案件的独任仲裁费用在国际商会仲裁院（ICCA）的收费是41000美元，在斯德哥尔摩商会仲裁院的收费是37000美元，在国际商事仲裁院（ICAC）乌克兰及俄罗斯工商总会只要12000美元。

### 要求承认和执行外国仲裁裁决的立案条件在一定程序上统一

尽管法律体系不尽相同，但CEE内的多数国家一般均是按照纽约公约第四条的要求承认和执行外国仲裁裁决的条件制订的。因此，申请人必须提供：

第一仲裁协议的原件或经合法公证的副本；第二仲裁裁决的原件或经合法公证的副本；第三文件应有承认的执行国家的官方语言译本。

某些国家的法院难免会增加些附加的要求。如乌克兰法院特别要求申请人要提供裁决系终局且有约束力的证据，代理人要有有效的授权委托书。在另外一些国家—如保加利亚、克罗地亚、匈牙利和塞尔维亚—除纽约公约第四条要求的文件外，还要求提供仲裁协议、并提供包含有仲裁条款的全部合同及相关的翻译文本。

有趣的是，即便纽约公约第四条明确要求提供仲裁协议及仲裁裁决的翻译文本，东欧国家的作法并不一致。据报道，例如：由于捷克和斯洛伐克历史上的原因和语言的相似性，捷克法院既接受捷克语的也接受斯洛伐克语的文件。

俄罗斯对仲裁裁决支持的态度尤为积极和明显。2013年7月9号，俄罗斯最高仲裁院主席团签署158号公告—最高仲裁院对涉及外方的争议处理方式实践总结。尽管该实践总结主要是关于跨境诉讼方面的问题，但对于从事仲裁实

[1] 中东欧地区是一个地缘政治概念，泛指欧洲大陆地区受前苏联控制的的前社会主义国家，冷战时期的东欧国家，再加上波罗的海三国（立陶宛、拉脱维亚、爱沙尼亚）、乌克兰、白俄罗斯、摩尔多瓦等除俄罗斯外苏联的欧洲部分成员国。为了避免意识形态和政治上的怀疑同时为了弥补政治地理与自然地理的差距，中东欧是近年来兴起的一种称呼。

务的同仁而言，有两个方面需要关注。首先，它设置了批准支持涉外仲裁程序临时措施的原则；其次，其对在俄罗斯单方选择争议处理方式条款的有效性埋下伏笔。

最高仲裁院的临时措施一般只针对商业性纠纷且其批准临时措施的权限只限于：仲裁地，债务人住所或公司设立地，债务人财产所在地。当然，最高仲裁院在批准临时措施时也会对仲裁协议的效力及纠纷本身的可仲裁性进行审查。最高仲裁院还会考虑仲裁庭是否已经采取临时措施及相对人是否主动执行临时措施。

### CEE国家的地方法院对外国仲裁裁决的承认和执行上程序不统一

举一个明显的例子，外国仲裁裁决的承认和执行时效在东欧国家就有很大差别。只有俄罗斯和乌克兰两个国家法律明确规定外国仲裁裁决的承认和执行的时效是3年，自仲裁裁决生效之日起计算。然而，大多数CEE国家的法律对外国仲裁裁决的承认和执行并没有规定具体的时间界限。这些国家的法院要寻找其它方法填补此立法空白。如保加利亚和塞尔维亚要根据时效法确定外国仲裁裁决的时效。另一方面，波兰允许自裁决签发之日起10年内申请执行，而对承认没有时间限制。罗马尼亚实施的是一种混合模式。罗马尼亚和保加利亚和塞尔维亚一样，通常将国内仲裁执行的3年时效适用于外国仲裁裁决的承认和执行。然而，又有点像波兰，罗马尼亚法院对涉及不动产权利的裁决适用10年的时效规定。

对于是否可以批准或否决外国仲裁裁决的承认和执行的司法裁定进行上诉，各国也存区别。根据执行管辖权，除在特殊情况下，要经过最高法院级的审查外，法院的裁决通常可进行一次上诉。承认和执行程序所需的时间为半年到3年不等，不包括证据的收集和立案时间。

事实上，CEE国家的仲裁法一般是按照纽约公约第五条规定的否决承认和执行的条件制订的，但多数国家对纽约公约中关于公共政策的定义采用宽泛和模糊的用词。如俄罗斯，最高仲裁院的委员会签署了一份函件（2013年2月26日，156号）对于公共政策在地方仲裁院的实践进行了归纳，作为拒绝承认和执行外国仲裁裁决的依据。依此文件，公共政策包括“必要的、普遍的及具有特殊的社会和公共意义的基本原则、有关国家经济、政治和法律基础的原则”。在乌克兰，公共政策被宽泛的定义为独立、宪法自由、权利及其对公民的保护。显然，如此宽泛的原则在适用上必然会在CEE地区的仲裁方之间引起不确定性。

在CEE国家，如果仲裁裁决在裁决地被提出异议，承认和执行外国仲裁裁决的程序通常会中止。在某些国家如罗马尼亚，只要支付适当的保证金即可中止任何程序，

其它法院地，如斯洛伐克，据报不需要保证金。保加利亚和立陶宛对于正在欧洲法院进行相关的案件也会中止承认和执行。

### CEE国家对临时仲裁和部分仲裁的分歧

CEE国家法院对临时仲裁和部分仲裁的态度尚不清楚，因为相关报导还非常有限。通常，部分裁决似乎依所裁决的事实而确定对其的承认和执行。临时裁决会遇到更大的不确定性。但另一方面，克罗地亚、捷克共和国和波兰又承认和执行临时仲裁裁决。在匈牙利，如果裁决规定需要履行的义务性质和范围清晰明了，法院也会执行。

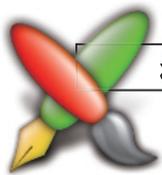
然而，在罗马尼亚，高等法院和上诉法院在一案例中指出，对一个所谓的临时裁决（实质上是部分裁决）的承认实质上是基于对最终裁决的“固有的”和“依情况而定的”承认和执行的条件而定的。依此观点，在效果上，罗马尼亚高等法院是将对最终裁决的承认和执行用于“临时”裁决的承认了。对待临时裁决的分歧不足为奇，因为纽约公约对此也没有约定。

如果一方事后发现争议的对方是仲裁协议选择的专业组织会员，其可否以有损公平等理由提出仲裁协议无效呢？在波兰是不行的。波兰最高法院的近期一个判例就否决了这样的申请。最高法院认为仲裁条款是有效的，仲裁协议不会损害善良风俗及公平原则，仲裁不会阻碍正义的实现，反而是便捷经济的纠纷解决方式。

### 新技术的冲击

一些CEE国家对技术发展对国际贸易和国际仲裁的冲击表现出浓厚的兴趣。虽然我们还不能得出结论说CEE国家已经确认通过twitter签订的仲裁协议的效力，但波兰最高法院在2012年的判决中确认：仲裁协议可以通过邮件或其它电子通讯方式有效签订，以此为依据，法院驳回了因不能提供仲裁协议原件（合法签字）要求拒绝承认和执行仲裁裁决的申请。





法律观察

## 解决民事执行难 实现法律价值

文 深圳市鹏正律师事务所 邓钧元律师

中国法律界流行这样一句话：法院有三难，行政诉讼立案难，刑事诉讼辩护难，民事诉讼执行难。在学习民法案例的过程中，执行程序一直是笔者所关注的焦点，因为它关系着当事人的权益是否最终实现。如果法院的生效判决长期得不到有效执行，那么，人们可能就会对法律效力失去信心，更谈不上在整个社会形成对法律的信仰。所以，如何有效的解决这一问题，笔者认为国家的立法应该选择一个全新的角度去破解——引入“私力救济”，进而寻找一种机制，使公力救济与私力救济通力合作，更好地维护公民的权益。

### 民事执行难的现状与原因分析

海南省某法院近3年的统计数据发现，民事案件的实际执结率不足50%，执行标的实际到位率不足40%，执行结案率和实际执行到位率都偏低，甚至呈现下降的趋势。中止执行、终结执行占相对大的比例。一叶知秋，可知民事执行的形势确实不容乐观。究其原因，笔者认为有以下几点：

一是执行力和积极性不足。由于需要人民法院执行的案件多，目前，法院执行局一般都在十人左右，最多也不过二十几人，而每年的执行案件却多达几百起，本身公力救济就缺乏积极性，司法资源分配又如此不足，难怪案件大量积压，当事人迟迟得不到救济。

二是执行人员业务素质不高。由于法院的执行案件都比较多，许多法院不注重加强执行人员的业务水平，提高其处理问题的应变能力。

三是执行手段软弱。由于法院的人、财、物受制于地方，对有执行条件的案件不敢适用执行程序，造成部分当事人虽然有履行能力也不履行义务。

四是被执行人逃避债务。当前，找不到被执行人而使案件无法执行是民事执行中的常态现象。还有一些被执行人为了逃避执行，故意隐瞒或转移财产，使人民法院在执行时因找不到被执行人的合法财产而使案件不能及时执行完结，因此申请执行人的合法权益得不到保护。

五是社会监管不力，不规范，不透明，假账多，个人收入不公开等。我国未建立完备的社会征信体系，导致一些被执行人拒不履行生效法律文书，而降低其社会信誉度难，法院也无法准确把握被执行人的去向和财产状况。

### 民事执行中私力救济的沿革与优势

#### （一）中国法制史里的私力救济执行

私力救济在我们中华历史中都扮演着重要的角色。大一时学习中国法制史我们就有学到，至少从唐代开始，如果债务人不履行义务，则可以请求官司进行假扣押、假处分。当时私力救济仍然得到政府许可，但必须以债权标的额为限度。假如债权人过度夺取，超过部分按盗窃罪追究刑事责任（唐律疏议：诸负债，不告官司而强牵财物，过本契者，坐赃论）。但明、清以后，凡不诉官司获得许可而采取私力救济措施的，一律视为犯法，必须科罚。民国强制执行法的制定，标志着中国全面接受大陆法禁止私力救济的制度设计。

#### （二）外国民事执行中的私力救济

国外早有私人或半私人的执行体制，例如，在法国由专业人员，如律师从事执行工作，如同私人企业一样运行，但受到国家的严格控制。具体体现在：一是执行人员由司法机关任命，属于准司法人员；二是保持中立，在法律允许的范围内行使权力，不损害第三方利益；三是在执行中有一定的独立权，但活动范围被局限在一定区域；四是法律规定收费水平，严格控制，以保证当事人不受执行人员的费用剥削。

而从美德两国的民事执行概况则可大体得知西方法治国家民事执行的方式，即在公力救济占主导地位的情形下，允许私力救济在民事执行中发挥一定的作用，与此同时，制定相应的法律规范对私力救济进行规制。

#### （三）当前我国民事执行中私力救济的现实状况

目前“民间收债公司”等私人机构已存在多时，并且早在实践中证明了它们存在的意义，在上海等大城市出现了越来越多从事债务催收和侦探调查等法律咨询公司，其主要

业务是接受债权人（多为企业）的委托调查债务人的基本情况，并以债权人的名义采用亲自催讨等方式向债务人收债。鉴于中国法院现阶段“执行难”的状况，我们有理由相信债权人会理性地选择收益最大化的纠纷解决方式。

同时，实践中法院与调查公司的“合作”的成功案例也给我们提供了很好的启示：泸州法院一起3年未获执行的案件中，原告某镇基金会通过镇政府出面，请求法院允许其聘请民间机构调查。10多天后，私人侦探查明被执行人住所及财产状况，根据蹲点守候48小时的私人侦探提供的线索，法院拘留了被执行人，追回资金20余万元。依泸州中级法院“限制债务人高消费令”公告中“公民举报有奖”的承诺，该法院对私人侦探兑现了相当于执行款5%的奖励，镇政府给予了标的额20%的重奖。

#### （四）民事执行中私力救济的优势

与公力救济获取信息途径受阻、自身工作方式的缺陷以及公务部门积极性欠缺相比，私力救济由于其专业与技巧带来的效率性，以及利益与激励带来的实效性，使得它在民事执行中相对于公力救济而言有自身独特的优势。私力救济作为一种权利，是符合人性和正义的。民事执行中的私力救济既能弥补公力救济的危机，又有利于民事执行目的的实现。此外私力救济与公力救济在制度定位上可以形成有效补充、弥补局限；在功能定位上可以形成竞争与合作；在目标定位上同样是实现权利、维护秩序。可以说，私力救济的正当性及其与公力救济的密切联系，为其导入民事执行提供了可行性。

### 公力救济与私力救济的共存与合作方式

把公力救济与私力救济结合起来，承认两者的共存，并找出一个适当的组合方式作为新的民事执行制度——笔者：认为这是值得探讨解决“民事执行难”的方案。

如何建立这种共存与合作机制并使之合理发展呢？

#### （一）在立法方面

一是必须通过立法程序授权私人执行法律，私人执法才有合法性依据。私人执法的劣势在于强制性权威不足，因此，可以由私人执法机构就执行中的冻结、划拨、扣押等行为携当事人的判决书向法院申请执行命令，同时对不当或错误的执行措施造成的损失承担赔偿责任。

二是为了避免私力救济带来的诸如黑社会暴力等负面效果，立法中必须考虑系统严格的惩罚机制，对违反法律规定进行私力救济和超越法律规定尺度进行救济的情形进行严格的惩治：第一，若私力救济行为公然违法，则当然依法予以惩处；第二，对介于合法与违法之间者，视具体情况予以处理。如公然违背道德或损害社会公益的，应予以制止甚至处罚；如私力救济的效益大于其负面影响且该

负面影响不会危及我们公认的价值时，则应予默认。

#### （二）在具体导入类型上

民间调查和民间要债可作为两类规范的私力救济类型导入其中，并且对这两类机构可从从业人员资格、行业准入制度、业务范围、机构法律责任和管理模式五方面进行规范。

具体制度设计：

第一，对私人执行机构制定严格的准入机制，其资质以“严格审查”为原则，实行“年审制”；为其规定较为明确的收费标准，并对其内部管理、财会制度、经营状况等实行信息透明化、公开化。

第二，明确规定业务范围，涉及公共利益不可赋予私人执行机构。

第三，人员配置方面，要求执行人员具有一定的道德素养、法律基础及学历水平，实行职业资质考核、认证制度，只有通过执业资格考试才可从业。

第四，赋予私人执行机构相应的执行权，在执行程序、措施方面，借鉴目前国家执行机关的相关规范，使之合法、合理、高效得运作，同时，执行机构应当将执行措施、结果等信息及时报告法院。

第五，可以考虑成立民事执行难补偿保险基金，由基金会私人执行机构进行监督管理，法院负责执行业务方面，司法行政部门负责资质评审、人员配置等事务。同时，采取事后监管的方式，要求私人执法机构根据其业务量情况在指定银行储备损害赔偿基金，处于国家的监控之下。

### 结语

虽然笔者不知道，在民事执行中这样一种公力与私力结合的方案是否能够经历实践的考验，但是敢于去思考本身就充满乐趣。英国的埃里·凯杜里说过：“国家的凝聚力和国民对她的忠诚，取决于国家保证个人福祉的能力，热爱国家是由于他们得到好处的结果。”笔者对法律设计的想法正是基于这样的理念，笔者始终相信，国家保证个人福祉最重要是实现法律的价值，真实有效地保护人们的权利和自由，这样才能满足我们对社会正义的期望。

#### 【参考文献】

- 1、牛慧峰；民事“执行难”探析[D]；西南政法大学；2009年
- 2、徐昕；论私力救济与公力救济的交错——一个法理的阐释[J]；法制与社会发展；2004年04期
- 3、徐昕；论私力救济[D]；清华大学；2003年
- 4、谭秋桂；民事执行权定位问题探析[J]；政法论坛；2003年04期
- 5、童兆洪；论民事执行权的运行[J]；法律适用；2004年01期

## 关于竞业限制问题的几点再思考

文 广东宝城律师事务所 曾常青律师

随着市场经济的日渐活跃、企业对商业秘密和技术的重视及劳动者权利意识的觉醒，可以预见到关于竞业限制的纠纷会越来越多，如何平衡用人单位的商业秘密和竞争优势与保护劳动者合法权益，将是劳动法领域长期面临的问题。

近年来，在审判实践中出现大量劳动者离职后带走用人单位的商业秘密，给用人单位带来经济损失及名誉损害的案件。企业商业秘密的保护和劳动者自主择业权的维护成为法律和劳动政策面临的重要现实问题。在这一背景下，竞业限制成为解决这一问题、平衡劳资双方权益的重要手段。订立竞业限制协议虽然已经较为普遍，但因缺乏必要的法律规范，在实践中引发的争议较多。如何平衡用人单位和劳动者之间的利益冲突，是竞业限制制度的关键所在。笔者以竞业限制的法律适用为基础，对有关问题做进一步探讨。

### 【基本案情】

郑某于2009年8月24日入职甲公司，劳动合同期限为3年，担任甲公司研发部门经理兼研发管理办公室主任，负责甲公司车载导航软件产品的研发工作。入职时，甲公司与郑某同时签订了一份《竞业限制协议》，协议中约定郑某在甲公司工作期间及劳动合同解除或终止之日起两年内不得在与甲公司有竞争关系的单位内任职或者以任何其他方式为其服务，也不得自己生产、经营与甲公司有竞争关系的同类产品或业务。双方在劳动合同中约定郑某的月收入为8500元，其中3500元为竞业限制补偿金，按月与工资同时发放；在《竞业限制协议》中约定：如果郑某违反了竞业限制义务，郑某要向甲公司支付违约金10万元。后郑某因与上司相处不好，于2012年5月31日提前辞职。2012年11月，郑某入职与甲公司有竞争关系的乙公司，甲公司因此提起劳动仲裁要求郑某支付违约金10万元。

仲裁中，郑某辩称：劳动关系解除后，甲公司未按时发给其经济补偿金，《竞业限制协议》中关于郑某在

职期间也负有竞业限制义务的约定违反法律规定，并且甲公司对其在职期间的竞业限制未支付相应的经济补偿金。甲公司则认为郑某的竞业限制经济补偿金已按月和工资一起发放，约定竞业限制适用于劳动者在职期间并未违反法律的禁止性规定，而且对劳动者在职期间的竞业限制不需要支付经济补偿金。

### 【争议要点】

根据本案资料，争议要点可归纳为如下三点：

一是竞业限制是否适用于劳动者在职期间？甲公司约定郑某的竞业限制期限包括其在职期间以及劳动合同解除或者终止后两年内到底合不合法？

二是如果确认竞业限制适用于劳动者在职期间，那么对劳动者在职期间的竞业限制需不需要支付经济补偿金？

三是约定月收入中包含竞业限制经济补偿金是否有效？对约定月收入中包含竞业限制经济补偿金的做法一概否决是否合理？

### 【律师分析】

#### 竞业限制是否适用于在职期间？

实践中，用人单位与劳动者就竞业限制期限的约定一般为劳动者自用人单位离职之日起两年以内。但笔者在办理劳动争议纠纷案件时，看到不少劳资双方在签订竞业限制协议时，其中关于竞业限制期限的约定与上述案例的做法类似，即将在职期间一并纳入到竞业限制期限内。那么，竞业限制是否适用于在职期间？

《劳动合同法》第二十四条第二款规定：在解除或者终止劳动合同后，负有竞业限制义务的人员竞业限制的期限不得超过两年；《深圳经济特区企业技术秘密保

护条例》第二十三条规定：“竞业限制的期限最长不得超过解除或者终止劳动合同后二年，超过二年的，超过部分无效。”《劳动合同法》及相关法律法规都只对劳动合同解除或终止之后的期限做了规定，并无在职期间竞业限制禁止的强制性规定。由此可看出，在职期间竞业限制这一问题，可以解读为立法将这一事项规定为双方可以约定的内容。

有种观点认为，竞业限制的实质在于法律为了保护用人单位的商业秘密而赋予其在一定程度上限制劳动者自主择业权的一项权利。那么劳动者在职期间，不存在自主择业这一问题，竞业限制也就没有了存在的基础，也无限制的必要。这一观点的错误之处在于两点：一是忽视了劳动者在职期间同时与其他用人单位建立劳动关系这一情况。虽然《劳动合同法》第三十九条第一款第(四)项规定：“劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的”，用人单位可以解除劳动合同，但是解除劳动合同和追究劳动者因违反竞业限制约定而应负的违约责任是两个不同的概念；二是竞业限制限制的不止是劳动者和与用人单位有竞争关系的企业建立劳动关系或者用其他方式提供服务这一种情况，还包括要求劳动者不得自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的情形。如果不确认竞业限制适用于劳动者在职期间，那么劳动者完全可以利用在用人单位了解到、接触到的商业秘密和技术，自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务，这样竞业限制的立法目的就大打折扣了。因此确认竞业限制可以适用于劳动者在职期间很有必要。

### **对劳动者在职期间的竞业限制是否需要支付竞业限制经济补偿金？**

关于竞业限制经济补偿金的支付的规定，《劳动合同法》第二十三条第二款规定：对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿；《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》（以下简称《解释四》）第八条规定：当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿金，劳动合同解除或者终止后，因用人单位的原因导致三个月未支付经济补偿，劳动者要求解除竞业限制约定的，人民法院予以支持；《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》对此的规定为：竞业限制补偿费应当在员工离开企业后按月支付。用人单位未按月支付的，劳动者自用人单位违反约定之日起三十日内，可以要求用人单位一次性支付尚未支付的经济补偿，并继续履行协议；劳动者未在三十日内要

求一次性支付的，可以通知用人单位解除竞业限制协议。这些规定都是明确了劳动合同解除或者终止后竞业限制期限内要按月支付竞业限制经济补偿金，但因立法未提到竞业限制是否适用于劳动者在职期间这一问题，对劳动者在职期间的竞业限制是否需要支付竞业限制经济补偿金自然也缺乏相应的规定。

要解决劳动者在职期间的竞业限制是否需要支付竞业限制经济补偿金这一问题，笔者认为首先要确定竞业限制经济补偿金的实质。其实从上述规定中不难看出，竞业限制经济补偿金的实质就是对劳动合同解除或者终止后，因限制劳动者自主择业权和生存权的一种经济上的补偿。既然是对劳动合同解除或终止后一种补偿，那么对于劳动者在职期间的竞业限制自然不需支付竞业限制经济补偿金。有人认为，如果确认竞业限制适用于劳动者在职期间，但对其在职期间的竞业限制却不需支付经济补偿是不公平的，违背权利与义务对等的原则。这种观点看似有理，却错在没有分清用人单位对劳动者在职期间的竞业限制和劳动合同解除或者终止后的竞业限制存在着本质上的区别，劳动者所负竞业限制的义务来源实质上是有所区别的。就劳动者在职期间的竞业限制义务，从法理学理论上讲，更多的是被认为基于诚实信用原则而产生的忠实义务的一部分，很大程度上就是来源于劳资双方因签订劳动合同而产生的。在职期间，劳动者已获得了工作的相应对价，如果再利用从工作中了解、掌握的技术或者秘密去从事有损用人单位利益的事情，这本身就有违诚信原则。这个时候，限制劳动者的自主择业权的实质上并不是用人单位，而是劳动者因择业结果的一种自我限制。因为劳动者完全可以选择其他工作或者解除劳动合同。

上文中提到的关于在职期间的竞业限制可以解读为立法将这一事项规定为双方可以约定的内容，实质是将因法理要求劳动者在职期间应承担的一种隐性义务利用约定明确化，并不能因此要求用人单位给予额外的对价。因此即便在确认竞业限制适用于在职期间，劳资双方也约定劳动者在职期间也要遵守竞业限制的情况下，也不应要求用人单位支付竞业限制经济补偿金。惟其如此，也才更符合实质上的公平。

### **约定收入中包括竞业限制经济补偿金的做法是否有效？**

实践中，笔者遇到很多关于因劳动者向用人单位主张竞业限制经济补偿金的案子，不少用人单位都以每月薪酬中已包含竞业限制经济补偿金为由抗辩，而用人单位这一主张基本都没有被采纳，得不到劳动争议仲裁庭或者法院的支持。

《劳动合同法》第二十三条第二款规定：对负有保

密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。按此规定，竞业限制经济补偿金的支付应该是在劳动合同解除或者终止后，而不能包含在月薪酬中。案例中，郑某也是以此为由进行抗辩的。郑某认为：甲公司将工资拆分为竞业限制补偿费提前发放，实际是违反了劳动合同法的规定，应视为未支付补偿，因此其可以无需承担竞业限制义务。根据《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》规定：竞业限制补偿费应当在员工离开企业后按月支付；2012年6月21日，广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会在佛山召开的关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会形成的会议纪要（以下简称《纪要》）中，更直接的指出：劳动合同解除或者终止后，劳动者请求用人单位支付竞业限制经济补偿或者以用人单位未按约定支付竞业限制经济补偿为由要求不履行竞业限制义务，用人单位以其在劳动关系存续期间向劳动者支付的劳动报酬已包含竞业限制经济补偿进行抗辩的，不予支持。按此上述规定的理解，郑某的抗辩理应当得到支持，司法实践中劳动争议仲裁庭和法院也是这么操作的。

然而，甲公司则认为：对于薪酬结构中包含竞业限制补偿费是双方入职时约定的，提前发放并不损害郑某的利益，郑某违反竞业限制义务应承担法律责任。对此，笔者持赞同观点。无论是《劳动合同法》还是《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》，或者是《纪要》虽然都规定竞业限制经济补偿款是在劳动合同解除或者终止后支付，但我们在适用时要看到立法的目的及意见出台的背景。上述法条或指导意见之所以如此规定，一方面是因为劳动者即使签订了竞业限制协议，但离职后是否还需要承担竞业限制义务还不确定，那么是否需要支付竞业限制经济补偿也处于不确定状态。规定离

职后支付竞业限制经济补偿金也有利于保护用人单位的权益；另一方面也是为了防止在纠纷发生后，用人单位恶意“利用拆分工资结构的办法来替代经济补偿金的支付”的做法，防止用人单位在履行合同的过程中，将原本都属于劳动报酬的一部分工资分拆为竞业限制补偿费，或者补签协议概括约定工资中已包含了竞业限制补偿费，并要求劳动者承担竞业限制义务。在判断“约定收入中包括竞业限制经济补偿金”这一做法是否有效时，应当以是否损害劳动者的合法权益或加重劳动者法律责任为判断标准。

案例中的情况不同之处在于：月收入中的3500元为竞业限制经济补偿金的约定是在郑某入职时双方就明确约定的，是双方真实意思的表示。而且，约定既然明确了此3500元为竞业限制经济补偿金，也就明确排除了其是劳动报酬的性质，这并不违背立法的目的与《纪要》的指导意见。甲公司的行为并非在纠纷发生后恶意、强行将原劳动报酬的一部分工资分拆为竞业限制补偿费，不应认定无效。甲公司将“原本应离职后发放”的竞业限制经济补偿金在郑某每月的收入中提前发放就表明这样一层意思：郑某离职后是否需要承担竞业限制义务并非处于不确定状态，而是必须承担。此种做法并没有损害郑某的任何权益，而且此种做法的好处还在于防止劳动者离职后为了不履行竞业限制义务而恶意拒收竞业限制经济补偿金，一旦发生纠纷，劳动者反而以因用人单位没有按时支付竞业限制经济补偿金，违约在先为由进行抗辩。（案例中郑某就出现此种情况）

毫无疑问的是，随着市场经济的日渐活跃，企业对商业秘密和技术的重视及劳动者权利意识的觉醒，可以预见关于竞业限制的纠纷会越来越多，如何平衡用人单位的商业秘密和竞争优势与保护劳动者合法权益，将是劳动法领域长期面临的问题。





## 运用财税知识攻坚经济纠纷疑案

文 广东华商律师事务所 廖翌宏律师

在经济纠纷类案件中，律师和法官遇到涉及财税专业知识困难的，一般是求助于会计师事务所审计和向会计专家、注册会计师协会咨询，前者主要解决核算争议，后者主要解决会计处理事项争议。但是，律师作为诉讼代理人，当争议涉及财税时，需要收集什么证据，从哪里收集证据，从对方证据中识别、筛选对本方有利的内容等，这些不是审计和会计专家能解决的问题，需要从法律角度联系财税知识考虑。因而律师学习并掌握一定的财税知识，对办好经济纠纷类案件非常重要。对此笔者深有体会。

### ●案例一，从对方购货发票上的异常记录入手，辨析、论证其母子公司人格混同。

在某加工承揽合同纠纷案中，笔者代理承揽方。我方与对方母公司签订了模具制作合同，而支付模具制作费、下成品加工订单及成品验收、付成品加工费的都是对方子公司。因对方拖欠成品加工费双方停止了业务往来，并展开了历时七年的诉讼拉锯战。首先对方母公司起诉我方索要模具，子公司出具证明称模具加工费是代母公司支付。法院认定模具的所有权人是母公司，子公司欠款属另一法律关系，我方不能对模具行使留置权。接着我方起诉对方子公司追索成品加工费，自然我方胜诉。但执行时对方子公司去向不明，无可供执行的财产和财产线索。随后母子公司工商登记的经营范围发生了变化，子公司原有的空气净化器生产资质被转换到母公司。子公司的股权被转让给某自然人，法定代表人换成该人，而该人下落不明。显然原判决书无法执行，我方不得不起诉对方母公司，主张其母子公司人格混同，应当对加工费债务承担连带清偿责任。理由是一是母子公司在股权变更前的股东最终归结到两个自然人，他们是夫妻。两人分做母子公司的法定代表人，又互相到对方为首的公司任职，丈夫同任母子公司的总经理，表现为机构人员混同。二是母子公司都以空气净化器为主要经营商

品，在与我方开展业务过程中，两个公司都曾以模具主人和成品定作人自居给我司发函，表现为业务混同。三是模具合同是母公司与我方签订的，制作费却是子公司支付的，而模具发票-增值税发票则是应对方要求开给子公司的，被子公司列入固定资产或抵扣增值税了，表现为财产混同。

上述三点的事实部分，双方无争议。争议在于事实的内涵，即推导的结论是否成立。其中第一、二两点从法律层面就可判断，无需多辩；第三点涉及财税知识，说明白不容易，说服法官更不容易。某判决书表述法官的意见：“发票不是唯一的产权凭证”，不支持我方的主张。该案经过了两次一审，两次二审，其中因一审程序错误被发回重审一次。争议越辩越明，启发的思索也越来越深。在后一次二审中，笔者认为：一是发票虽不是唯一的产权凭证，但对方并未拿出相反的证据来否定这张发票使模具产权归于了子公司的事实；二是母子公司（在前案中）都主张是子公司代母公司付款，但母公司在数案中均未出示还款给子公司或者对子公司负债的证据；三是企业的开户银行正常情况下是财务人员自选在本企业附近，以方便自己办事。本案母公司在福田区，子公司在龙岗区，而发票上记载的子公司的开户银行竟在母公司地址的楼下，表明母公司控制着子公司的银行事务，子公司没有独立的财务机构和人员。既然购物的母公司将物品的产权随意划归非购买者子公司，所欠的债务又不用偿还，两个公司共用一套财务人员，那么结论只能是两个公司的财产混同。最终二审法院判决支持我方的主张，省高院又驳回了对方的再审申请。

### ●案例二，辨析存货负数的含义，澄清原材料的实际库存，追索合理的加工费。

某公司委托我方企业加工物料，一件原材料加工成一件成品。对方送原材料由对方运输并开送货单，我方送成品由我方运输并开送货单。对方验收成品后，认为其中不合格的，又像送原材料一样退

回我方；我方收到退货后，重新加工后再送回对方，无法加工或加工失败的就报废了。由于品种繁多，每个品名都由近10位数字或英文字母组成，双方抄录中难免有错，业务往来大半年后，双方的账目就变得一团糟，对不清了。临近诉讼时效期满时，笔者代理承揽方起诉，要求对方支付加工费。对方则反诉要我方赔偿未用完的原材料。我方的证据是双方对账确认的收、送货分月统计表及相关的送货单，每张统计表上都有对方核对人签名和若干天后对方某人手写的我方欠其原材料的意见。对方提交的证据是送货单复印件和单方编制的统计表，表中有的品种原材料送货数大于成品收回数，有的则相反，计算的结存数是负数。

一审中，对方对我方的证据无异议，但强调统计表中的手写意见是最后意见，即我司需赔偿对方的原材料价款还大于对方应付我方的加工费。我方对对方的证据则不认可，理由一是复印件及其依据复印件制作的统计表无法核实其真实性，二是对方的反诉只计算了统计表中结存为正数的品种，舍弃了结存为负数的品种。一审法官判前称，他足足花了一周的时间才看懂双方的证据。他的判决基本支持了我方的诉请，驳回了对方的反诉。理由是加工尚未最终结算，且双方对原材料的正常损耗比例未约定，对方可在结算后另案起诉。对方不服上诉。二审法院不认同一审法院回避难题的做法，认为结算已进行，有争议的问题可以通过审计解决，裁定发回重审。在重一审中，双方均认为审计解决不了本案争议，都不申请审计。重一审法院判决支持了对方的反诉，理由是我方证据统计表中写有对方的主张，我方将其作为证据提交就表示认可了对方的主张。于是我方上诉。

重二审法院不认同重一审法院的判决理由。通过两次开庭，各方逐步认可有效证据限于我方的统计表的表中数据，这些数据可以归并、计算出我方各品种原材料发来总数、成品送回总数和结存数。对方坚持主张根据部分原材料的结存数量就已足以证明自己反诉有理，超出部分是放弃，其中包括部分成品收回数量大于原材料发来数，即库存为负数的品种。辨明这一问题的关键是让法官理解物料数量核算的原理和基本方法，再辨析对方主张的错误所在。首先，在一件原材料加工成一个成品的加工业务中，某段统计时间里可能出现原材料发来数大于或小于成品收回数，但加工业务全期的统计数，各品种原材料发来数只能大于或等于该品种成品收回数，不应出现小于。大于的表明有原材料未用完或被损耗、报废等，等于的则表明原材料被全部加工完毕，未出现被损耗、报废等情

况；小于的即出现了成品收回数大于原材料发来数的情况，必定是统计错误，错误的直接原因不外乎原材料发来数被少计或成品收回数被多计二种。其次，在未发现运输单据丢失或重复计算及加减错误的情况下，某一品种出现上述错误，必定同时使另一品种出现相反的错误。即某品种原材料发来数被少计，必然使另一品种原材料发来数被多计；某品种成品收回数被多计，必然使另一品种的成品收回数被少计。这种错误其实是品种相串，成对发生，互为因果。最后，对方主张只计算原材料结存数为正的品种，不计算结存数为负的品种，实质上回避了错误成对产生的事实，采用了单向错误的数字，丢掉了另一方向本可抹平此项错误的数字。重二审法院基本采信了我方的主张，判决结果接近第一次一审法院的判决。省高院也采信了我方的主张，驳回了对方的再审申请。

### ● 案例三，查对方的发票，追究其股东虚假出资的责任。

深圳某公司与青岛某公司发生了买卖合同纠纷，经法院判决，青岛公司应付深圳公司200多万元，但执行中发现该公司下落不明且无财产可供执行。查工商登记资料获悉，该公司设立不过一年多，原注册资金50万元，系俩自然人出资。约半年后增加注册资金至500万元，乃股东增资，有会计师事务所的验资报告。再查，增资的450万元是该公司经营范围内的“酒”商品实物。异常的是：一是验资报告依据的是某公司开出的五张发票，无实物照片，这是违反实物验资常识的。二是发票开出的时间在验资日前不久，表明不是旧物抵债，而是新购；新购商品出资，却又无付款凭证，表明实际付款金额与发票金额不相符，否则应以付款凭证作增资凭据。三是同类商品本可以开一张发票，此处开五张发票，表明销售单位的经营规模较小，税务局控制其发票，无百万位发票。增资为何到小单位去购物？

笔者首先去查看开票单位的经营地点，证实该公司经营规模很小，又地处偏僻居民区，难以日销数百万元。接着到当地税务局，请求协查发票的领票单位。查询结果是，证实发票有问题在意料之中，而揭露的事实真相出人意料——领票人是债务人。即债务人并未购进商品，而是虚开自己的发票，盖他人印章，假冒购商品作实物出资。验资报告和税务局的证明成了其股东虚假出资的铁证。

此类案例还有很多，限于篇幅不再列举。律师办案的技术性是多方面的，离不开知识积累和潜心研究。以上案例仅供参考，望能帮助同行开阔思路。



## 浅析房屋转租合同案若干法律问题

文 广东联建律师事务所 王劲松律师

近年来，房屋租赁业迅猛发展，涌现出许多新情况、新问题，法院受理的房屋租赁合同纠纷案件日益增多。本文中，笔者就经办的一起房屋转租合同案对相关法律问题做一浅析。

### 【案情】

某上市公司从“二房东”深圳市颐某公司处转租了商业物业作为门店之用。双方签订了《房屋租赁合同》，约定租期自2009年4月6日至2017年4月5日共计8年，履约保证金337500元，进场费用200000元，某上市公司按年交付租金、物业管理费。就转租事宜，颐某公司曾致函某大厦业主，业主盖章认可。签约后，某上市公司即向颐某公司交纳了相关费用，对承租物业进行装修并开始经营。

合同履行过程中，业主将某大厦所有权转让给新业主中某公司。中某公司认为原租约租金太低，欲提前收回物业，遭到颐某公司反对。2013年6月8日起，中某公司为迫使各租户撤离承租物业，组织社会闲杂人员对某大厦围挡、停电，甚至强行冲击门店，破坏店内财物，门店正常经营受到严重干扰。某上市公司对此多次函告颐某公司，但颐某公司未能采取积极有效措施，导致某上市公司该门店无法进行营业。8月6日，某上市公司工作人员被迫撤场并函告颐某公司解除租约。

2013年9月30日，某上市公司委托律师向深圳市南山区法院提起诉讼：1、请求判令被告一颐某公司返还房屋租金1251409.5元（已支付但未使用部分）；2、请求双倍返还履约保证金675000元；3、请求返还管理费29700元（已支付但未使用部分）；4、请求返还进场费；5、请求赔偿房屋装修费用；6、请求支付撤场费用；7、请求赔偿中介咨询费用损失；8、请求赔偿营业损失；9、请求判令被告二中某公司对上述支付义务承担连带责任；10、请求两被告承担本案诉讼费用。

### 【案件处理情况】

被告一颐某公司答辩称：一是颐某公司并非本案的

适格被告。颐某公司与原告签约后没有违约行为，没有法定理由解除该租约。原告因被告中某公司的非法行为导致原告无法经营撤场，原告应向中某公司索赔，而不是向颐某公司追偿。中某公司雇用社会闲杂人员对某大厦围挡、停电，甚至强行冲击门店，破坏店内财物，颐某公司也是受害者。二是颐某公司与原告之间签署的《房屋租赁合同》合法有效，应继续履行。三是原告遭受的一切损失应由被告中某公司承担，与颐某公司无关。

被告二中某公司答辩称：一是本案是房屋租赁合同纠纷，合同关系具有严格的相对性，即合同仅对合同当事人具有约束力。被告中某公司不是原告与被告颐某公司之间房屋租赁合同的当事人，该租赁合同对中某公司不具有约束力。中某公司不是也不应当作为租赁合同纠纷的适格被告，原告要求中某公司承担违约赔偿责任，没有事实及法律依据。二是被告颐某公司将承租的物业部分转租给原告，未经过被告中某公司的同意，颐某公司擅自转租的行为所造成的一切后果应由颐某公司自行承担。颐某公司与原业主的租赁合同明确约定颐某公司不得转租。三是被告中某公司从未收取原告的房租、管理费、进场费、履约保证金等相关费用，原告要求中某公司承担相应返还义务，没有事实及法律依据。四是原告所主张的逾期营业损失是其单方面统计出来的，并没有实际发生，原告该诉求没有事实及法律依据。五是对原告主张的装修损失等，被告中某公司不予认可。综上，原告与被告颐某公司之间因房屋租赁合同发生的纠纷，应由其双方自行解决，被告中某公司无须承担任何赔偿责任。

一审法院对本案进行了审理。对于涉案房屋目前的使用情况，原告主张其被迫撤离时联系两被告，但两被告均未至现场办理交接手续；涉案房屋现由被告方控制，但原告不清楚是哪个被告。被告一颐某公司主张涉案房屋现由被告中某公司控制，不清楚原告撤场的情况。被告二中某公司主张涉案房屋自原告撤场后就处于空置状态，无人管理，被告中某公司没有进行控制。中

某公司不清楚原告撤场的原因，但原告撤场与中某公司无关。

经原告申请，一审法院委托某房地产估价公司对涉案房屋内的装修残值进行了评估。原告与被告颐某公司对评估报告予以认可。被告中某公司对已拆除的装修项目不认可，但没有申请重新鉴定。

一审法院认为，本案各方当事人的争议焦点有两个，一个是原告与被告颐某公司之间签订的《房屋租赁合同》是否有效，另一个是原告的损失情况如何，两被告是否应就原告的损失承担赔偿责任。焦点一，一审法院认为根据查明的情况，被告颐某公司承租涉案物业后经向业主申请取得了合法的转租权。此后被告中某公司取得物业所有权，依法应承受原业主相关转租事宜中的权利义务。原告与被告颐某公司签订的《房屋租赁合同》系当事人的真实意思表示，合法有效，相关当事人均应诚信履约。焦点二，一审法院认为原告已经完全依约履行合同义务，但被告颐某公司未能及时解决其与被告中某公司之间的履约矛盾，不能有效消除其与原告之间的租赁关系的履约障碍，导致原告无法继续使用涉案房屋、无法正常经营并最终提前撤场。原告据此要求解除租赁合同符合法律规定。对于合同项下的预付租金、物业管理费、进场费、履约保证金等应当予以结算处理，应由过错方颐某公司返还。原告在提前撤场时产生搬迁、人工、装修等各方面的损失实属必然，综合各项证据对相关费用支出情况逐一进行认定。法院认为根据合同相对性原则，本案租赁合同的相对方为原告与颐某公司，原告请求被告中某公司对颐某公司的清偿责任承担连带责任没有法律依据，故不予支持。被告颐某公司与中某公司之间的责任分担属于另一法律关系，可另循法律途径予以处理。

一审法院据此判决被告颐某公司应向原告返还租金、物业管理费、进场费、履约保证金等款项，并赔偿装修损失、撤场费用、中介咨询费损失等合计192万余元。

颐某公司不服一审判决，提起上诉，认为本案实为侵权之诉，导致整个合同不能履行的原因全部因中某公司的非法行为所引起，故中某公司应按《侵权责任法》的规定承担本案的赔偿责任。一审法院认为颐某公司为合同不能履行的过错方是认定错误。原告与颐某公司之间的租赁合同合法有效，应继续履行。

原告某上市公司也提起上诉，称其请求双倍返还履约保证金675000元有法律依据，也有合同约定，一审判决仅判决单倍返还保证金337500元明显有误，请求二审法院依法改判。

深圳市中级人民法院经二审开庭审理，认为颐某公司的上诉理由不成立；某上市公司要求双倍返还履约保

证金的上诉主张有事实和合同依据，予以支持。二审判决将一审判决第三项变更为颐某公司应向某上市公司返还履约保证金675000元，维持了一审其他判项。二审判决生效后，在原告律师协调下，颐某公司于2014年12月主动履行了判决，向原告一次性支付了228万余元。

### 【律师评析】

首先是转租合同的效力问题。除了《合同法》的有关规定外，《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》和《深圳经济特区房屋租赁条例》都对房屋租赁合同的效力做出了相应规定，总的来说是限定无效合同的范围。《解释》仅将违法建筑物租赁合同、转租期限超过承租人剩余租赁期限的合同、未经出租人同意的转租合同认定为无效。

本案中，颐某公司与原业主的租赁合同约定颐某公司不得转租。但之后颐某公司就转租事宜致函原业主，原业主盖章认可。这是否对新业主中某公司具有约束力？作为原告律师，我们认为根据“买卖不破租赁”的原则，新业主中某公司系出租方权利义务的承继人。原业主书面同意颐某公司转租，改变了租赁合同的约定，效力应及于中某公司。所以，原告与被告颐某公司之间签订的转租合同也是有效的。需要注意的是，《深圳经济特区房屋租赁条例》第四十五条规定：“受转租人应符合本条例第三十四条的规定。受转租人不得将租赁房屋再行转租。”故，如原告再将物业转租，则转租合同的法律效力会存在瑕疵。

其次，困扰原告的现实法律问题是，与原告签订租赁合同的是颐某公司，而实际造成履约不能的则是新业主中某公司，而且原告对于中某公司的破坏行为难以举证证明。原告该告谁？是违约之诉还是侵权之诉？又该如何举证？

就法理而言，本案既可以走违约之诉也可以走侵权之诉的道路，但两者的举证责任和诉讼后果却有很大差别。经过反复研究，说服原告选择了走违约之诉的道路，却又没有被合同相对性原则束缚手脚，将“二房东”颐某公司和业主中某公司都列为被告，通过两被告在诉讼中互辩实现证明案情的目的。事实表明，这样的诉讼策略取得了成功。

再次，承租方（原告）损失的索赔问题。原告的装修损失、撤场费用，特别是中介咨询费损失，一般较难获得法院的认可。但我们从租赁合同的权利义务内容、行业惯例、交易习惯等出发，对相关费用支出的必要性、合理性进行了充分说理，终于让一、二审法院支持了原告的上述索赔请求，并改判被告向原告双倍返还履约保证金。

【编者按】党的十八届四中全会提出，明确公职律师、公司律师法律地位及权利义务，理顺公职律师、公司律师管理体制机制；构建社会律师、公职律师、公司律师等优势互补、结构合理的律师队伍，为律师事业发展提供了重要机遇。公司法务具有熟悉公司流程、精准把控风险等特点，而社会律师也具有专业强、效率高、资源丰富等优势，公司法务与社会律师的对话与合作事业空间广阔。为更好地把握公司法务与社会律师合作的关键点，本刊采访了中国平安保险（集团）股份有限公司首席律师姚军。

## 公司法务与社会律师为企业发展保驾护航

文 本刊编辑部

新形势下，企业面临的生产经营及司法环境更加规范严格，企业法律风险特别是合规风险将成为重大风险必须严格控制，律师为企业把脉，助力企业发展。律师作用越来越凸显其重要性。针对公司律师面临的新形势，公司律师与社会律师如何密切合作，打造和谐法务团队，为企业发展保驾护航，是需共同探讨的话题。

《深圳律师》：在公司运营中，公司律师担任重要角色，您认为其最大的价值体现在哪里？

**姚军律师**：在公司传统与创新业务并驾齐驱的大环境下，首先，法务人员应当继续发挥传统业务背景下的法律风险控制价值，即在既有法律框架下，通过对公司业务的事前法律论证、事中法律审查、事后风险处置，对业务中法律风险进行全流程防范，成为公司合法合规经营的守护者，这也是公司法务价值的最基本层面。

其次，法务人员应当依托市场竞争，主动创造价值：一方面，结合已开展的传统业务需求，利用法律专业技能，制定公司竞争战略，寻求法律权利盈利模式，帮助公司占据行业竞争制高点；另一方面，结合创新业务需求，在不突破现有法律规制的前提下，参与搭建新型商业模式，主动引导业务走向，为业务寻求突破空间。法务人员主动创造价值，成为公司开拓经营的进攻者，是公司法务价值的更高层次。

再次，法务人员应当在法律风险防控和主动创造价值的冲突中寻求最佳平衡点。这就要求法务人员在识别冲突上具有敏锐的甄别力，并努力在冲突中运筹帷幄，寻找二者之间的平衡，成为公司风险防控与经营增值的黏合剂，这是公司法务价值的最高层面。

目前，法务人员普遍围绕公司法律风险防控开展工作，随着法务人员对价值追求层面的提高，以及公司对

法务商业战略搭建意识的增强，法务人员在发挥传统风险防控职能的同时，在发挥主动创造价值的功能上更具发展空间。要追求法务价值的更高层次，不仅要求公司在搭建法律价值战略体系中

的高瞻远瞩，更要求法务人员自身能够把握市场及监管动态，挖掘业务潜在机遇，引领业务创新发展，为公司直接创造价值。同时，基于创新业务的不断规范与政策引领，法务人员如何在风险防控与创造价值的冲突中灵活调整，并在二者发生根本冲突时如何保证风险防控的根本性要求，也是值得公司法务在追求价值最高层面的过程中应该深思的问题。

《深圳律师》：您认为公司法务与社会律师的各自优势有哪些？公司会从那几个方面考虑聘请社会律师？

**姚军律师**：公司法务的优势在于更加熟悉公司业务，了解业务模式及流程，能够更加精准地在关键节点把控风险。同时，基于对本公司的制度、要求、文化的认同及与公司利益的一致性，公司法务能够更加注重公司商业秘密的保护，更好地维护公司利益。

社会律师的优势在于其在某一领域更加专业、研究更加深入，并较熟悉市场普遍做法，以及不同做法的利弊。同时，社会律师较公司法务，社会资源更加丰富，



由于社会律师经常与监管、司法机关沟通互动，能够更加清楚当地的监管、司法环境及态度。

结合不同业务的实际情况，优化配置公司内部法务与外部律师资源，一直是法务部门追求的管理目标之一。在考虑是否聘请社会律师的问题上，根据不同领域、不同类型的法律事务做法不同。一方面，对于重复性强、发生量大、法律关系相对简单的案件，公司一般倾向于聘请外部律师直接处理。同时，法务人员会与律师全程沟通、跟踪案件处理，并及时向公司汇报案件处理结果，总结办案经验。另一方面，对于专业性强、涉及特殊领域或者个别地域的法律事务，公司法务借助律师的特长领域与专业优势，与其紧密协作，并在关键节点和重大问题的处理上，从维护公司利益最大化的角度出发，对外部律师的意见进行分析、评估，整合最佳方案，以供公司管理层、业务部门参考。

在选聘社会律师时一般会关注以下几个因素：

一是专业能力，律师在某一领域的专业能力、法律功底是否能够满足公司具体法律事务需求是首要关注因素；

二是办案经验，律师成功运作类似案件的成功经验，不仅有助于类似问题的处理，并能够在以往经验的基础上，寻求突破；

三是团队构成，律师所在团队的工作定位、分工、重心等构成情况，在一定程度上说明了团队的整体专业水平；

四是社会资源，律师丰富的社会资源往往是其信息的来源渠道，有利于法律事务处理的优质与高效；

五是沟通能力，律师能否与公司、政府机关及当事人保持良好、顺畅的沟通，也是会给予关注的因素。

《深圳律师》：请介绍你们办理过的一件典型的公司法务与社会律师合作的案件，案件合办结果以及收获有哪些？

**姚军律师**：案例一（诉讼）：我们曾与律师合办过一起保险诈骗纠纷案。该案起因为被保险人货物因暴雨受损向我司申请理赔，但我司在理赔阶段接到举报称被保险人在事故发生时曾将未受损的滞销货物故意淋水并与受损货物一同报损，其行为涉嫌保险诈骗。我们得知上述情况后，第一时间介入处理，收集相关证据，并布局处理方案。考虑到案件将涉诉，在理赔后期我们聘请律师介入，与律师共同配合做好诉讼准备。最终由于我司掌握了被保险人保险诈骗的确凿证据，经与律师的密切配合，案件经一审、二审及再审我司均最终获得胜诉。

主要收获：（1）律师介入时间越早对案件处理效果

越有帮助，如果评估后续会产生诉讼纠纷，则律师先期介入可以在证据材料准备上提前筹划，有利于案件处理效果；（2）案件处理取得良好效果的前提是公司法务与外聘律师各司其职，在发挥各自优势的基础上，密切配合与沟通。一方面公司需要借助外部律师的专业及沟通协调优势协助处理案件；另一方面，公司法务相对于律师更了解公司的业务情况，甚至在某些专业领域更有专业优势。因此，即使已聘请外部律师，也不能将案件处理完全依靠于律师，只有双方良好配合才能促使案件取得好的效果。

案例二（非诉讼）：平安寿险购买英国某物业项目，该项目是中国保险公司在海外第一次尝试购置不动产。由于标的物业在境外，我们聘请了境外律师事务所对标的物业进行了详尽的法律尽职调查，并聘请了境内律师事务所出具上报保监会的法律意见书。而公司法务主要协调境内外律师论证整个交易方案是否符合保险资金境外投资的法律法规。这次公司法务与外部律师的合作十分顺畅，双方均充分发挥了各自不同的专业特点，为本次收购提供了高质量的法律服务，确保项目在三个月内完成从立项到交割的全流程。

主要收获：（1）就本项目而言，其涉及在英国进行物业投资，英国和中国大陆分属不同法系，在物业和所有权方面的法律体系与中国大陆差别较大，因此在境外法律问题的判断上，公司法务需要境外律师提供专业意见。通过境外律师对公司法务关注问题的专业回复，内外部律师通力合作，为险资跨境投资扫除了违法违规的障碍，为公司决策层全面剖析境外物业投资的风险点及对应解决方案。（2）标的资产在外地的项目，聘请当地的外部律师进行现场尽调，可节约公司法务的时间和人力成本；（3）遇到不同法域的法律问题时，境外律师为境内律师提供了解当地法律法规的途径，并确保境外项目的合法性。

《深圳律师》：如果社会律师想代理大企业案件，您有何建议？

**姚军律师**：首先，要提高牵头合伙人及团队成员的专业能力。律师能够利用自己的专业能力客观地评估法律风险并给予实际的处理建议，以供公司参考，而不能仅为了促成双方合作，过于盲目乐观或悲观地对案件做出风险评价；

其次，要与企业有效沟通。希望律师充分了解企业的关注点，了解企业需求，最大程度地维护企业利益；

最后，工作要及时高效，思路清晰。对于企业的工作指示要加紧落实并尽快回复，并能够利用自身的专业知识在关键节点及时提醒委托人应做的重大事项。

## 律师同行不是冤家

文 广东深兴律师事务所 王腊清律师 广东瀚宇律师事务所 孙开宏律师

近年来，深圳律师由于整天疲于为生计奔波，心理压力、生存压力大，职业感压力也大。其议论较多的话题是，业务越来越不好，价格越杀越低。《深圳市律师执业与生存现状调查报告》也显示：外表光鲜的深圳律师，有四成左右仍处于为生计奔波的状态。深圳有四成多律师年收入不足十万，实际年收入达到百万元以上的律师只有4%。调查显示：最近两年深圳律师人均年收入在200万元以上的律师只有2%，100万至200万元的律师占5%，50万至100万元的律师占8%，30万至50万元的律师占10%，10万至30万元的律师占32%，10万元以下的律师占43%。令人吃惊的是，以上数字还仅仅是没有扣除成本的部分。最后归根结底抱怨的是，律师人数越来越多，导致为生存相互杀价，业务怎么好的起来。由此看来，律师同行好像都是冤家。

是的，深圳律师数量逐年递增，比好多省份的律师人数都多。从1983年起的3名律师到现在的近万名律师，其增速在全国属罕见。

笔者以为，深圳律师数量激增虽然对律师业务有一定的影响，疲于为生计奔波，心理压力、生存压力及职业感压力也确实越来越大，但律师数量激增绝不是律师业务下滑的根本原因，律师同行也不是冤家。

记得有一部小说里讲到了战乱中一个家传染坊的故事。这家家传染坊历来只传男不传女，而这一代却只有一个独生女，俩老于是从老家接来侄子既当徒弟也充任未来女婿。后俩老在战乱中去世，表姐带着表弟苦苦支撑，勉强度日，终于渐渐有了生意上门。然隔壁却有一家染坊即将开业，表弟认为明显是来抢饭碗的。但表姐却喜不自禁，并对表弟说，做生意，不要怕有人争，只怕没人做。没人做的生意是死定了，有人争的生意就表明市面复苏，客人多，这些抢生意的人也是看到了赚钱的机会才来争的。竞争不要紧，大不了人无我有，人有我好。

正所谓船多不碍港。总之，一条闹市街，一家门面是撑不起来的。此后不久，这条街又陆续开了好几家染坊，成了远近闻名的染坊街，全城的人都到这条街来印染布料，置办衣物。最后，表姐穿着自家染坊印染的新衣，嫁给了表弟。

这个故事告诉我们，行业越兴盛同行越多。就像海域越宽广，才会百舸争流，也一定会有船队相撞，有船队彼此争抢珍贵的淡水食物，还会有船队成为海盗，为害一方。可见，同行确实可怕，同行们心里也明白。

但是，若这片海域不宽广，是一片寂静的死海，也没有一条船或一条白帆掠过，你敢贸然驶入吗？因为你不知道那是荒海还是被废弃的水域，你不知道那水下有无尖礁张着血盆大口，或有硕大的鲨鱼在等待着撕扯你。而同行就是同行者，让你有最起码的安全保障。

律师同行是你的朋友，与你有说不完的共同语言，因为同在一个行业内摸爬滚打。遇疑问，有前辈解惑；结硕果，有后者可以传承。同行，能听懂行业笑话；话带含沙射影的，也是你的同行。没错，大家都为逐利而来，势必敌对，但敌人是我们的最好老师，你可向A同行学习一点，向B同行学习一点，再向C同行学习一点……你就会在同行中站稳脚跟。

土豆和西红柿本不是一个世界的，但他们却走到了一起，因为土豆变成了薯条，西红柿变成了番茄酱，他们成了绝配。律师同行也一样，曾经的磨擦需要彼此的包容与理解。只有谦让、感恩、欣赏，包容与理解，才能肝胆相照，越走越远。

佛说，对身边人好点，因为下一辈子不一定能遇见。趁着还在身边的机会，好好珍惜在一起的时光。当我们老到要离开律师同行的那一天，你可能永远也体会不到律师同行的滋味了。

律师同行是冤家吗？是？其实不是！



斋墨心语

## 奔跑在光明路上的法律人

文 北京市盈科（深圳）律师事务所 李素雪律师

我们在探讨司法改革，谋求司法独立，渴望拥有一个独立、公正、权威、具有公信力的司法系统，却总在不经意间向周围人传达身在法律圈的不甘，对自身职业的不满，自己都与律师为敌了。但在笔者看来，律师这个职业无论从个人自身发展还是社会发展来说都是代表一个国家文明进步程度的标志之一，律师兴，则法治兴。

一期“American Lawyer”杂志中对律师事务所进行排名，我国也有一些律所上榜。虽然榜单不代表绝对化，但从榜单中可以看出目前国内发展比较不错的律所中，在全球化扩张、律所人数、办公室等硬指标的考量中都有很好的名次，但在律所收入和 PPP（人均合伙人创收）等软实力方面差距依然鲜明。这表明律师事务所在核心竞争力方面仍有很大的提升空间，而这个提升不仅需要律所自身的发展，更需要整个法律服务市场的繁荣。

作为一名从事律师工作还不到 5 年的新人来谈这些显然有些虚妄了，但律所如何发展这关系着每一个法律人，从这点看谁都可以谈一谈。律所内部实力提升一方面是律所自身管理制度的完备，一方面是律所成员的进步。笔者今天主要想说的是关于律所成员方面，现在，国内律所尤其是综合性律所的人员结构主要是提成律师、工薪律师、律师助理、实习律师以及行政人员，而提成律师、工薪律师、律师助理、实习律师在大多数律所往往彼此之间是没有交集的，也就是说律所内部没有完备的成长体系，这也导致大多数律助、实习律师在度过了最初的几年后就离开原所，而把最黄金的几年交给了新的律师事务所。律所与律师之间是相辅相成的，工作环境、行政人员服务是一方面，另一方面律师关注的是律所能不能给律师带来进步的空间，律师业务能力在律所的帮助下可否提高，尤其是新入行的律师，这往往是最关注的一点。这就要求律所具有完善的培训体系，让年轻律师在律所能有上升的空间，可以提供律师持续学习的机会，比如

说资深律师带动年轻律师，所内开展讲座、培训、内部学习，团队化建设等。

另一方面各律所之间的交流更为重要，整个法律服务市场的发展才是最终目标，某个某几个律所的进步对于整个法律市场影响力是不够的，律师事务所之间的资源整合，健康竞争、积极开拓才能促进整个行业的发展。

而律师个人来说，专业化发展始终是重中之重，律师个人素质和专业水平的完善是律所精英化发展的基石。律师，职业操守尤为显得重要，很多律师被公众情感所影响，却忽视了作为一名法律人应具有的理解司法制度的理性。事实上，我们能做的，就是利用我们的专业知识，为当事人提供最优质的法律服务。律师如果不能坚定这一点，就无法维护法律的真谛。另一方面，作为一名法律人，利用自己的影响力推动法治进程就更为重要了。律师兴，则法治兴，只有法治深入人心，律师行业才可以蓬勃发展。积极参与公民教育，进行法制宣传，参加法律公益等，这些事务也应是一名律师需要进行的工作。

我们需要不断提高自身的专业素质，促进法律市场的健康发展。法律人尤其是律师的地位会日益提升，律师权利的保障必会越发完善，法治建设也必将走向成功，律师兴，法治兴，我们需要在这条光明大道上不断奔跑，向前。事实上，只有法律才是我们达成理想的唯一工具。



## 【数字】

### 29.3亿

据悉，广药集团于近日申请将此此前广药起诉加多宝商标侵权案原10亿元赔偿金额变更为29.3亿元。对于此次追加赔偿金额至29.3亿元的缘由，广药方面表示，广药集团对六被告2010年、2011年、2012年年度审计资产负债表和利润表进行了专项分析，估算出2010年5月2日至2012年5月19日期间，六被告净利润合计为29.3亿元。

### 500批次

从最高人民法院第一巡回法庭（以下简称“第一巡回法庭”）获悉，据统计，目前，运行刚满一个月的第一巡回法庭，已经接待来访案件500余批次，这些案件中有400余批次的案件来源于广东，40余批次来自广西，还有20余批次来自海南。其中70余件涉及合同纠纷等民事案件。有69批次当事人到访2次以上，有4批次当事人到访10次以上，最多的迄今为止到访20次。

### 1075人

统计数据显示，2012年至2015年1月，广东省检察机关共查处国有企业工作人员贪污贿赂案件1075人，占同期查办案件总人数的13.6%。在这些案件中，贪污案329人，贿赂案657人，挪用公款案67人，集体私分案22人，其中要案79人（厅级以上17人）。

## 【关键词】

### 《食品召回管理办法》

3月15日，国家食品药品监督管理总局发布消息，宣布《食品召回管理办法》（以下简称《办法》）已获通过，将于2015年9月1日起施行。该《办法》明确了在生产经营过程中发现不安全食品的召回时限，对不立即停止生产经营、不主动召回、不按规定时限启动召回、不按照召回计划召回不安全食品或者不按照规定处置不安全食品等行为均设定了法律责任。

### 2015年《法治蓝皮书》

3月18日，中国社会科学院法学研究所、社会科学文献出版社联合发布的2015年《法治蓝皮书》指出，2015年，着力于健全宪法实施和监督机制，克服部门立法，防止“拍脑袋”立法，仍是立法机关的重要课题。如何防止并纠正法律、法规、规章是否与上位法乃至《宪法》抵触，仍需要逐步探索相应的监督机制。

### 环保警察

3月10日，广州市环保局有关负责人透露，随着新《环保法》的实施，广州今年拟成立环保警察。目前广州设立环保警察的方案已经制定完成，上报市政府等待审批。据了解，“环保警察”参与的案子集中在三类：第一类是排放重金属、危废物质超过3吨以上的案子，其数量最多，第二类是超标3倍以上排放重金属、持久性有机物等污染物的案子，第三类是通过暗管、渗井、渗坑等排放污染物的案子。

## 【声音】

检察官应当坚持客观公正立场，认真听取律师对办案工作的意见，准确分析案情，正确适用法律，及时发现和纠正办案中的偏差和错误。对于律师提出无罪、罪轻或者不需要追究刑事责任，侦查中有刑讯逼供等违法情况，证据真实性、合法性存在问题的意见，都应当及时认真审查核实，确保案件依法公正处理。

——最高人民检察院检察长曹建明

深化律师制度改革,加强律师队伍思想政治建设,完善律师执业保障和执业权利救济机制,推动落实律师行业发展扶持保障政策,完善公职律师、公司律师制度,依法规范律师与司法人员的接触、交往行为,健全律师和律师事务所违法违规执业惩戒制度,加快培养涉外律师人才。

——《司法部关于贯彻落实〈中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉的意见》

邛崃两名男子与组织卖淫者介绍来的13岁幼女发生了性关系。一年前，邛崃检察院对这起嫖宿幼女案，在全国首次以强奸罪提起公诉，引发全国关注。“嫖宿幼女”的提法本身就存在严重问题，在法律上被确定为没有性意识性意愿的幼女，在嫖宿幼女罪中却被定为卖淫女，这缺乏对幼女的尊重。

——中国政法大学刑事訴訟法教授洪道德

## 【业界前沿】

### 上海：法官检察官首次遴选启动

3月21-22日，上海市法官、检察官遴选（惩戒）委员会进行首次遴选的实施操作，在8家先行试点单位遴选符合条件的法官、检察官。会议投票表决确认把上海司法改革先行试点的405名审判员，以及271名检察员纳入员额管理建议名单。遴选委员，在结合前期对遴选候选人办案业绩、履职情况、考试考核以及员额限额等因素综合考量的基础上，对每个遴选候选人进行投票表决，最终按照1.2:1的差额比例，分别遴选128名和37名纳入法官、检察官员额管理建议名单。

### 中国法院手机电视APP开通上线

2月27日，最高人民法院与上海广播电视台共同筹建的“中国法院手机电视APP”开通上线，其基本定位是打造全面覆盖移动终端领域的人民法院信息传播新平台。据介绍，“中国法院手机电视APP”通过手机移动终端，将人民法院重点新闻和重要案件庭审信息等司法信息第一时间向社会传递，最终的目标是让人人都能通过手机随时观看法院新闻。

### 司法部出台贯彻落实四中全会《决定》意见

近日，司法部出台《司法部关于贯彻落实〈中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉的意见》（以下简称《意见》），要求深化律师制度改革，加强律师队伍思想政治建设，完善律师执业保障和执业权利救济机制，推动落实律师行业发展扶持保障政策，完善公职律师、公司律师制度，依法规范律师与司法人员的接触、交往行为，健全律师和律师事务所违法违规执业惩戒制度，加快培养涉外律师人才。同时，强调大力发展律师法律服务业，认真做好刑事案件辩护代理和民商事、行政案件代理工作，探索律师代理申诉制度，推动普遍建立法律顾问制度，为加快实施走出去战略提供法律服务。

### 北京：“以案释法”活动启动

3月19日，北京市以案释法宣讲活动暨首都律师以案释法进机关首场宣讲在首都图书馆法治宣传教育基地正式启动。据了解，以案释法活动确定了首批十三个以案释法宣讲主题，并由市律师协会负责组建了相应的律师宣讲团。这些宣讲主题涉及面广、着重点突出：进企业、进校园、进机关、进农村以案释法，服务于多层次、多领域依法治理；老年人、残疾人、妇女儿童权益保护的以案释法，服务弱势群体合法权益保障；婚姻继承、小区物业管理、消费者权益保护的以案释法，满足市民生活中的法律服务需求；流动人口、交通出行、城市综合管理的以案释法，服务于首都功能新定位。

### 广东：政府法律顾问应成依法行政代言人

《广东省政府法律顾问工作规定》4月1日起正式实施，广东今后将通过严格条件的设定，真正把一些专业能力强、职业经验丰富，同时品行良好的专家和律师遴选到政府法律顾问队伍中。按照公正、公开、竞争、择优的原则，严格地遵守政府向社会力量购买服务的有关规定来聘请法律顾问。建立科学有效的评估、考核、退出机制，通过引入竞争的机制，实行能者上、弱者退，以此来激活政府法律顾问队伍的活力，保证政府法律顾问在制定重大行政决策、推进依法行政中切实发挥作用。

### 最高法知识产权司法保护研究中心成立

3月18日，最高人民法院知识产权司法保护研究中心在北京成立，该研究中心立足实际，以推动、保障经济社会发展和维护人民利益为目标，全面加强知识产权司法保护理论研究工作，着力提高知识产权司法保护水平，不断满足中国日益增长的知识产权司法保护需求；及时将理论研究成果转化为司法政策和司法解释，并向立法机关提出立法建议。

### 海南：部分律师服务收费实行市场调节价

近日海南省物价局、海南省司法厅下发关于放开部分律师和基层法律服务价格的通知规定，除提供担任刑事案件犯罪嫌疑人、被告人的辩护人以及刑事案件自诉人、被害人的代理人；担任公民请求支付劳动报酬、工伤赔偿，请求给付赡养费、抚养费、扶养费，请求发给抚恤金、救济金，请求给予社会保险待遇或最低生活保障待遇的民事诉讼、行政诉讼的代理人，以及担任涉及安全事故、环境污染、征地拆迁补偿(补偿)等公共利益的群体性诉讼案件代理人；担任公民请求国家赔偿案件的代理人的上述律师服务、基层法律服务的收费实行政府指导价外，其他律师服务、基层法律服务的收费实行市场调节价。

### 江苏无锡：为律师执业打开“方便之门”

日前，江苏省无锡市崇安区检察院开通运行网上“检察为民服务中心”，进一步拓宽了检务公开和民生检察工作渠道，取得了良好的社会效果。该院网上“检察为民服务中心”综合了案件信息查询、终结性法律文书查询、重要案件信息公开、辩护与代理预约申请、举报申诉控告、行贿犯罪档案查询等功能，以“一网多用、资源共享”实现控告申诉检察、职务犯罪预防和案件管理职能的集约化管理和群众诉求受理、处理答复、信息查询的“一站式”服务。网上“检察为民服务中心”开通以来，已公开各类案件程序性信息245条、重大典型案件信息46条、法律文书79份，收到网上控告申诉1件。

## 1

### 马兴瑞书记一行视察华商林李黎（前海）联营律师事务所



3月31日，广东省委副书记、深圳市委书记马兴瑞

与常务副市长吕锐锋、秘书长李华楠及前海深港现代服务业合作区管理局局长张备等一行莅临华商林李黎（前海）联营律师事务所视察调研。

马兴瑞书记详细询问了联营所的发展战略、工作现状，听取了联营所香港方合伙人林新强律师对联营所涉港法律业务工作汇报，并高度赞赏了广东华商律师事务所和香港林李黎律师事务所率先入驻前海开展联营合作的开创性、前瞻性。

马兴瑞书记说，法律服务对各行各业的发展都具有非常重要的保障作用。党的十八届四中全会提出了全面推进依法治国的总目标，律师队伍要积极参与法治建设，开展普法工作，促进广大人民群众懂法、守法。他充分肯定了联营所在法律服务机制方面的创新与尝试，鼓励联营所在自贸区合作版图下，充分发挥深港合作优势，创新法律服务功能，推动法律服务工作与国际接轨，助推“一带一路”国家战略的贯彻落实。

## 2

### 市律协5个培训班学员满载 成果丰硕

4月24日下午，市律协职业培训委员会、青年律师工作委员会、业务创新与发展委员会、律师事务所管理与合作促进委员会联合举行“行业后备领军人才培养班”、“团队带头人能力提升训练营”、“中小律所主任管理能力研修班”和第四期、第五期青年律师研修班5个培训班结业仪式。高树会长，魏汉蛟监事长，张斌、黄思周副会长以及各区司法局律工科领导

等出席。

高树会长在讲话中表示，未来律师业人才培养和专业队伍建设仍有较大的提升空间。深圳律师应该时刻保持危机意识，树立发展理念，不断加强学习和培训教育，提高专业水平，推动业务创新与发展，使律师行业积极融入经济社会转型中，提升律师业影响力。

在结业仪式上，各个班的学员代表在大会上交流了学习体会，分享了学习收获；5个培训班共28名优秀学员和10名优秀班干部受到表彰。

## 3

### 探讨律师参与机制促进法院工作创新

3月6日，深圳市中级人民法院副巡视员、审判委员会委员、法官协会副会长段秀荣率领该院公共关系处处长白全安等，到市律师协会就构建法律职业共同体等事宜与市律师协会会长高树等进行了座谈。

此次市中院到市律协开展调研，双方就如下三个与协律及律师密切相关的改革创新课题进行了交流：一是为推进司法体制改革特别是审判权运行机制改革，加强案件质量监督管理工作，拟建立完善律师代表参加的案件评查机制；二是为推进立案登记制改革，在总结网上预约立案工作基础上，将进一步完善网上立案功能，探索建立签约网上立案登记机制；三

是为了引导信访人依法有序进行信访，拟运用法治思维，创新工作方法，建立以律师为主的社会第三方参与的涉诉信访矛盾化解工作机制。

高树会长认为，市中院探讨研究建立律协及律师参与相关工作机制，为参与案件诉讼提供便利，加强案件审判质量监督，创新涉诉信访工作，对促进法院工作改革创新和加强法官律师新型职业共同体建设有着积极意义；并表示，我会将积极支持配合法院做好相关工作，为深圳司法体制改革做出应有的贡献。

段秀荣副会长认为，构建法官律师新型职业共同体，不能只停留在口头上，而要落实到行动上。这次调研的三个课题，都与律协及律师密切相关，抓好这些工作的推进和落实，是构建法官律师新型职业共同体的具体体现。今后，还将通过共同举行座谈会、论坛等活动，加强沟通、交流和合作。

## 4

## 构建法官律师新型职业共同体关系



2月11日上午，最高人民法院第一巡回法庭在该庭组织召开座谈会，探讨交流如何构建法官律师新型职业共同体关系。

高树会长代表我会做了发言，他表示，第一巡回法

庭的成立，将进一步深化对依法治国的认识和理解，极大地促进深圳一流法治城市建设的步伐。同时提出四点建议：一是法官与律师签署倡议书要务实，互动交流机制要落到实处。双方可采取多种形式，定期不定期进行交流互访，规范法官与律师关系，构建良好的法律职业共同体，提高司法公信力；二是建立律师参与机制，对于类似信访案件，可由律师提前介入，运用专业化法律知识，进行调解，化解矛盾纠纷；三是建立第三方评估机制，强化对法官工作的监督制约；四是加强与港澳大律师、大法官的沟通交流，增进了解、互通有无。

第一巡回法庭表示，要全力保障律师依法履行职责。要在硬件设施上为律师履职提供方便，如审判区设律师休息室、律师更衣室，办公区设立律师阅卷室、律师多媒体阅卷室，尽最大限度提供工作便利。要畅通法官和律师沟通交流渠道，律师经预约可以在律师会谈室与法官就相关案件情况进行交流。要充分保障律师的执业权利，切实保障律师庭审辩论等诉讼权利，在材料提交、资料查阅复制等方面为律师提供便利。

## 5

## 在谋求深圳律师业跨越式发展上努力创新

3月2日下午，市律协会长高树等赴龙岗区司法局，就建立中国法治创新服务基地事宜与龙岗区司法局局长杨凯成等座谈磋商。双方就加强交流合作，共同推动中国法治创新服务基地建设项目实施达成共识。

会上，高会长表示，建立中国法治创新服务基地是贯彻落实十八届四中全会关于推进依法治国方略的有力举措和积极实践，高度契合中央精神、上级部署和社会共识。中国法治创新服务基地设在龙岗，将有利于龙岗区集聚法律人才，吸引高端企业，极大地提升法治软环境，扩大龙岗总部经济集聚效益。在建设规划中，中国法治创新服务基地将下设法治创新研究院、中国公司法务研究院、司法部港澳台法律培训交流中心、律师行业发展与国际法律服务交流中心等四大主题机构，以培育高层次、复合型、应用型法律人才，开发、孵化新型法律服务产品和研究推动各类法治社会创新体系建设等方面为重点，全力助推龙岗建成中国法治创新高地。

杨凯成局长充分肯定了市律协关于中国法治创新服务基地建设的构想和规划，基地落地龙岗，将为龙岗区的法治建设提供充足、坚强的人才支持和智库保障，为龙岗区的法治建设注入创新元素和活力，推动龙岗区的法治建设水平。此外，杨凯成局长还表示，希望市律协尽可能多开发法治创新项目，推进政府采购法律服务常态化。

## 6

## 着力构建全方位、深层次律师培训体系

党的十八届四中全会首次提出加强法律服务队伍建设，完善法律职业准入制度等，这无疑对律师队伍建设和人才培养提出了新的要求。律师人才队伍既是行业发展的核心资源，也是建设一流法治城市的重要力量，市律协统筹抓好人才培育和管理工作的，通过5项举措强化律师培训力度，着力构建全方位、深层次的培训体系，切实加强律师队伍建设和人才梯队培养。

一是组建专门的培训机构。将培训职能从业务创新与发展委员会中剥离，单独设立职业培训委员会，负责组织实施律师执业培训和继续教育的工作，为律师培训提供强有力的机构保障。

二是落实“8+1”培训计划。制定了“八大常规培训和临时培训相结合”的“8+1”培训计划。

三是力争培训范围全覆盖。目前，市律协分别对申请律师执业人员、青年律师、律所主任以及行政人员进行有针对性的培训，基本做到培训范围全覆盖。

四是强化培训成果推广力度。建立健全培训成果共享机制，通过培训课程录像上网、优秀课程刻录光盘、优秀课件集结出版等形式推广宣传培训成果，线上、线下双向结合，为全市律师提供培训学习机会。

五是加大培训经费投入。单列培训预算经费设立20万元职业培训专项费用，同时，每年从上年度结余经费中提取20%用作培训基金。

# 家

文 白俊华

## (一)

家是夜阑人静时的灯火；家是风雨泥泞中的驿站。  
有家的人，疲惫困盹的时候，便可以寻到一线幸福的归依！  
离家的日子是孤独的远行；回家的方向是沧桑的归旅。  
有家的人，伤痕累累的时候，便可以觅到一方宁静的港湾！  
好想有个家。

## (二)

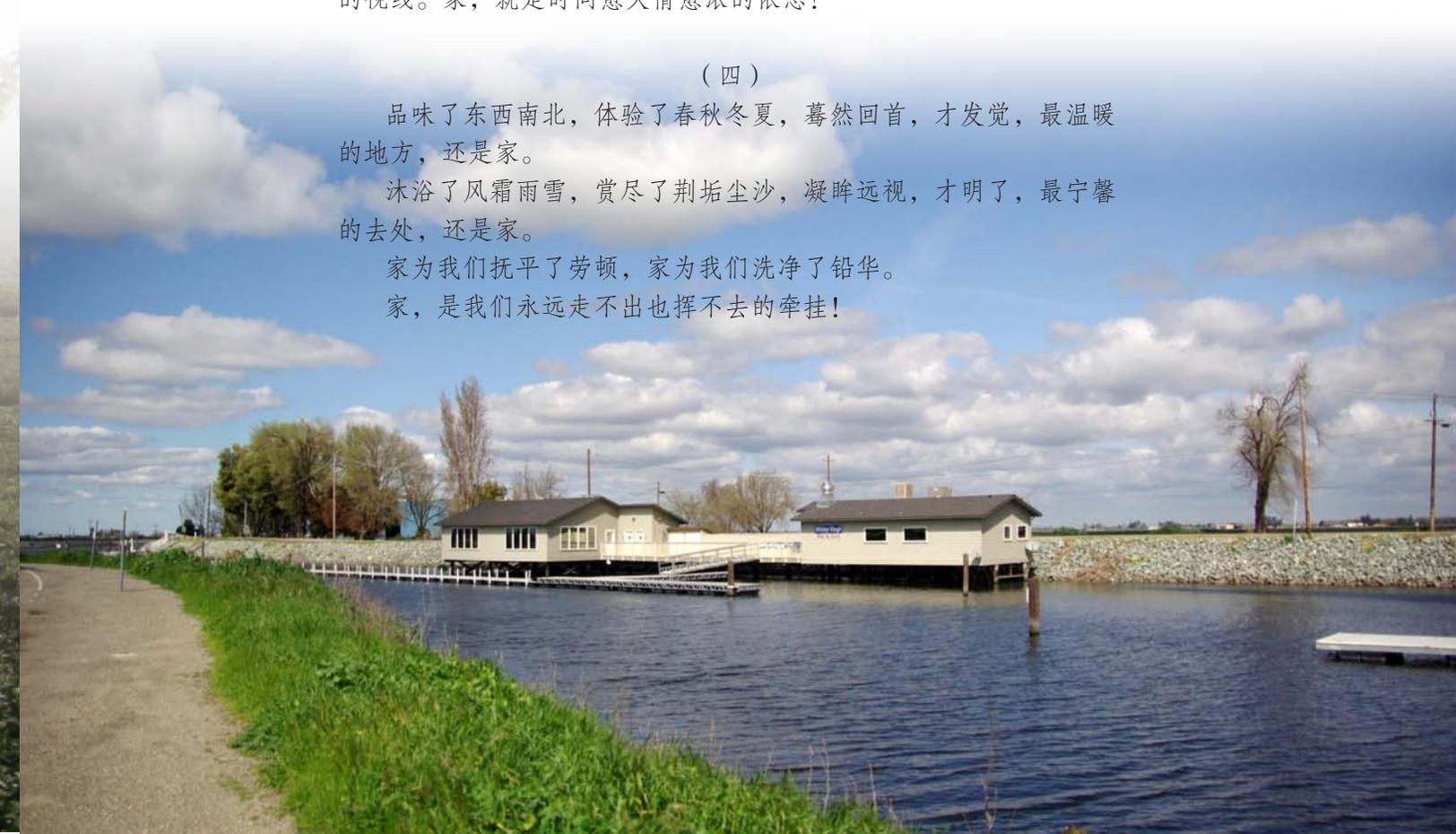
家是母亲温暖的怀抱；家是父亲慈祥的目光。温馨可人的氛围，  
是我甜甜的梦乡！  
家是妻子如花的笑靥；家是女儿娇嫩的脸庞。魂牵梦萦的风景，  
是我痴痴的怀想！  
远方有两扇小窗夜夜亮着灯，那是我回家永远的方向！

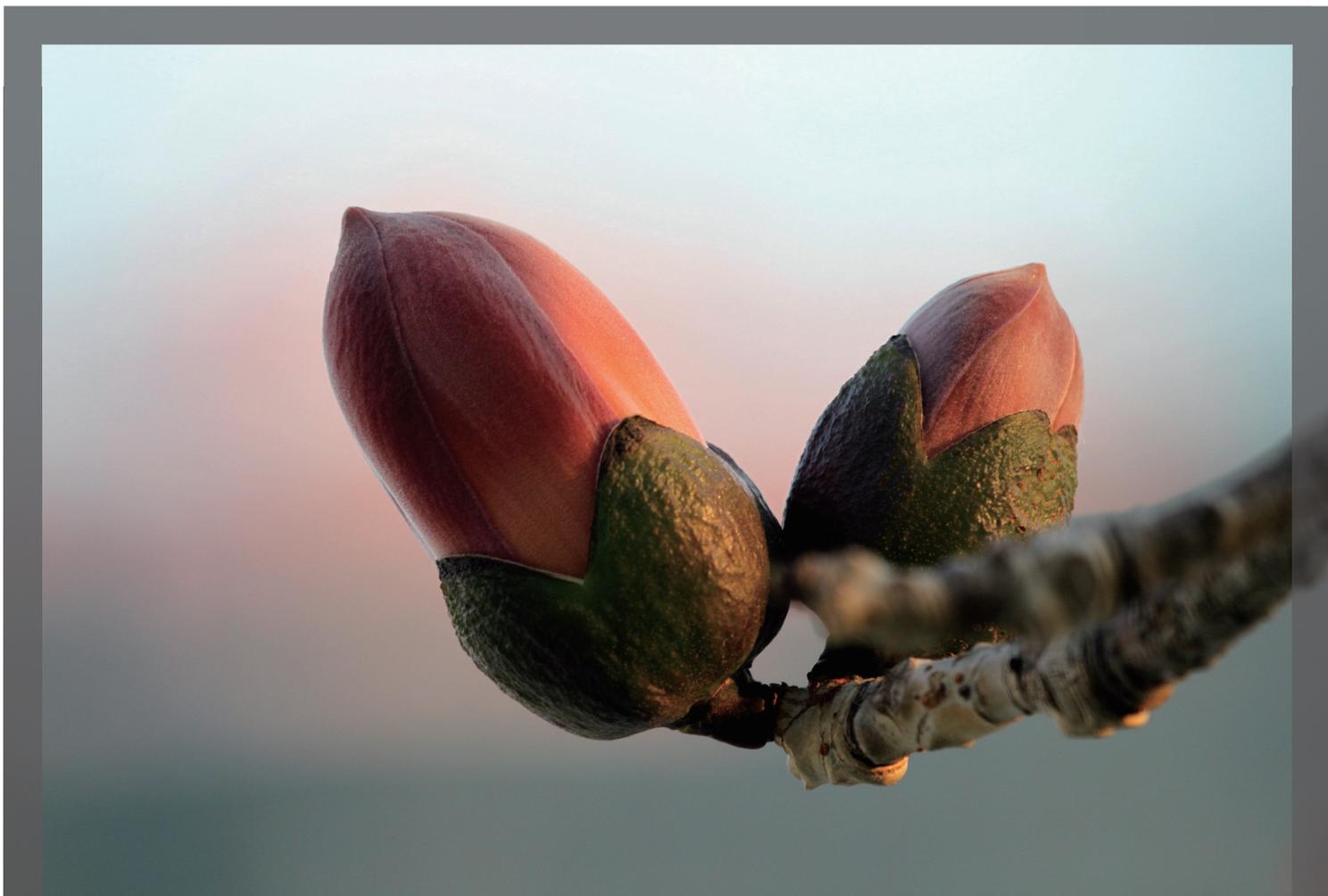
## (三)

慈母手中线，游子身上衣。家，就是母亲手中的一针一线，时时刻刻为我们缝制着温暖！  
锄禾日当午，汗滴禾下土。家，就是父亲手中的一锄一犁，日日夜夜为我们抵御着饥寒！  
而阳光正好。而夜色阑珊。而我们的每一次远足，都走不出双亲的视线。家，就是时间愈久情愈浓的依恋！

## (四)

品味了东西南北，体验了春夏秋冬，蓦然回首，才发觉，最温暖的地方，还是家。  
沐浴了风霜雨雪，赏尽了荆垢尘沙，凝眸远视，才明了，最宁馨的去处，还是家。  
家为我们抚平了劳顿，家为我们洗净了铅华。  
家，是我们永远走不出也挥不去的牵挂！





十丈珊瑚是木棉，花开红比朝霞鲜。

摄影/田锡平