

SHENZHEN LAWYERS



# 深圳律师

非常视线 专业见解

经济形势下行周期的不良资产处置

从中外家族信托看国内家族信托之发展

现实与梦想，我的律师路



深圳律协公众号



NO. 65

2016年第4期 深圳市律师协会主办  
法人杂志社协办

# ▶ 征稿启事

《深圳律师》杂志是由深圳市司法局主管，深圳市律师协会主办的专业性杂志，旨在展现深圳律师职业风采，搭建深圳律师与社会沟通的平台和桥梁，欢迎广大法律服务工作者踊跃投稿。

## 栏目分布：

**【视线】**关注国内外重大政经事件、社会新闻、政策动态等新鲜资讯，同时通过精辟的观点来剖析新闻中所蕴含的法律问题或社会问题，提出自己的意见或建议。字数要求：800——1000字，如有配图，请同时提交；

**【热点】**重大、热点事件深入探析，对某类现象、事物、人物进行法律分析、总结。字数要求：1500——4500字；

**【论道】**侧重法律人之“论”，对法律热点及政策等进行分析、论述，探寻法律服务从业人员的职业方向及价值追求。字数要求：1500——4500字；

**【拍案】**通过分析、解读典型案例，发表专业见解，侧重案例分析解读。字数要求：1500——4500字；

**【实务】**展示律师办案实务、解读法律条文或分享法律服务实务经验，发表研究成果，促进学术交流。字数要求：1500——4500字；

**【生活】**讲述律师及其他法律服务从业人员的动人故事，反映其工作、生活、感悟、思考。字数要求：1500——4500字。

## 投稿须知：

1. 稿件文字叙述流畅、主题鲜明，若有相关配图，请同时提供文章配图；
2. 投稿请使用word格式，并标注作者姓名、电话、单位、地址、邮编、邮箱、本人有效银行账号信息，并发电子邮件（附件）至本刊编辑部邮箱 shenzhenlawyers@163.com，在主题栏内注明“投稿”；
3. 所投稿件须为原创作品，本刊编辑部有权对所投稿件进行修改、编辑。

《深圳律师》编辑部  
2016年11月

# 不良资产处置 深圳律师任重道远

文 杜艳芝律师 广东经天律师事务所

当历史步入现代经济社会，我们作为经济人，对每一次经济活动的成功都充满了期待，但事实上，可能我们开垦的田地下面是一片荒芜，我们种下的谷物却结下那么多稗子。权威发布，未来几年我国或有高达万亿的不良资产从银行等剥离，不良资产处置将迎来“洪峰”，而这“洪峰”极有可能淹没到普通百姓，不良资产已然成为对我国经济肌体的完美和健康具有侵蚀作用的毒瘤。

作为不良资产处置的重要参与者，为现代经济保驾护航的职业律师，与历史相遇在这个不良资产爆发的又一个高峰期，即可认为是历史给予了我们展业的机遇，又可曰任重道远，因为我们每一笔不良资产处置的后面都站着普通的投资人。当我们面对经济体上的溃烂之处，我们不仅仅是律师，我们还是医生，甚至是艺术家，要将这个坏了的苹果去腐存精，让其价值最大化。

如此，作为一个不良资产处置的律师，应具备非常高超的业务能力和处置技巧。我们要熟练掌握不良资产处置的各类手段和方法，要懂得什么时候需要将快要融化的冰棍立即吃下去，什么时候应该将其存放到冰箱中。而做好这一切的基础，是用我们最细致、最缜密的法律尽职调查，为客户提供最为优质的专业服务。

作为处置不良资产的深圳律师，我们不仅仅是一个办案工匠，我们还要将案件处理成果转化为科研依据。我们有义务在大数据时代为各行各业提供准确和及时的信息，为政府有关部门决策提供权威的咨询意见。我们有责任告诉每一个经济活动的参与主体，告诉每一个管理部门，如何化解风险，并对风险长存敬畏之心；如何经营企业，让社会财富与日俱增。因为一个经济体的健康，与千万百姓的幸福息息相关，我们不希望在下一个十年再迎来一次不良资产处置的“洪峰”。我们还要研究欧美完善的不良资产消化体系，它们如何在不良资产爆发时仍稳定不变。

作为从事不良资产处置工作的深圳律师，我们需要认识到，并有紧迫感：我们至今没有一部有关处置不良资产的专门法律，我们如何定位国有商业银行处置不良资产的地位，我们如何创新更多的处置不良资产的手段，我们如何确定不良贷款本息的折扣回收，我们如何以市场价格出售各类不良资产，我们有多种手段，但常常无法可依。因此，作为深圳的职业律师，处在深圳这样一个具有改革创新“血统”的城市，历史要求我们要去承担这项艰巨而重要的工作，那就是推动不良资产的立法。

大学时读歌德的《浮士德》，当浮士德在满足中情不自禁说出“你真美呀，请停留一下”，并在自以为完美的满足中死去的时候，我就知道完美是永远不存在的。也许因其如此吧，人类所有的动力都在追求那永远也无法得到的完美。就像我们知道，一个经济体上总会附着各类各种病菌，但我们仍然希望她完美无缺、健康无暇，因为她的完美和健康关乎到每一个普通百姓的幸福。



## 法人

主办：深圳市律师协会  
协办：法人杂志

粤内登字B11277号



本刊随《法人》杂志赠阅发行  
出版日期 2016年10月

编委会主任	高树
编委会成员	张斌 黄思周 韩俊 胡宁可 张鹏 张弢
主编	张斌
执行主编	王红 张鹏
栏目编辑	周争锋 陈伟 杨新发 舒笑 陈旭绯 颜宇丹
本期责任编辑	贺鹏
编辑	刘峰 王颖 王文超
美编	刘晓莹 赵佳
电话	0755-83025789 83025728
传真	0755-83025177
地址	深圳市福田区深南大道4001号 时代金融中心20楼
邮政编码	518048
电子信箱	shenzhenlawyers@163.com

### 视线 VIEW

#### P4-P5

- ◎ 由李一男案看内幕交易的无罪辩护空间
- ◎ 古村保护与城市更新应按规则融合共生
- ◎ 离职创业知产犯罪频发的启示

### 热点 HOTSPOT



专题：不良资产处置 深圳律师任重道远

#### P6 经济形势下行周期的不良资产处置

#### P8 事不宜迟，不破不立 ——日本不良资产处置启示录

P12 民间融资中问题企业债权债务处置的法律风险防范

P16 不良资产处置中轮候查封的效力认定与现实意义

P18 浅谈不良资产处置中的知识产权尽职调查

P21 金融不良资产收购估值与定价的实践浅析

#### 论道 DISCOVERY

---

P24 环境保护行政程序中的新常态问题【上篇】

P27 从中外家族信托看国内家族信托之发展

P30 浅析完善酌定量刑情节司法适用标准

#### 实务 PRACTICE

---

P32 评析《刑事审判参考》第1075号案例中的非法买卖枪支、弹药罪

P34 工程施工合同担保的法律风险及防控

#### 拍案 CASE AND EXAMPLES

---

P37 一起劳动争议案件引发的血案

P39 “员工久治不愈成植物人”情形应否认定或视同工伤?

#### 主题 THEME

---



P41 多角度、全方位，  
这个“9·25”给你“好看”！

#### 生活 LIFE

---

P44 现实与梦想：我的律师路

P46 古人冬趣

#### 律协动态 INFORMATION

---

## 由李一男案看内幕交易的无罪辩护空间

华为前副总裁、牛电科技创始人兼CEO李一男因涉嫌内幕交易在深圳中级人民法院受审，消息一出，整个中国互联网行业都感到很震惊。检方指控46岁的李一男及其妹妹通过内幕消息炒股获利700多万元。李一男在庭上否认检方指控。

(来源：网易新闻)

根据媒体报道，针对检方的指控，李一男在庭上称自己与李晓涛私交一般，且从未从李晓涛处获取内幕消息，而买卖华中数控股票，与自己一贯的投资风格相符合，且从未暗示妹妹买入这只股票。尽管李一男的辩解十分“到点”，但能否经受法庭调查与辩论的检验，却绝非易事。

首先，关于自己并非“非法获取内幕消息人员”的辩解。从检方的指控来看，其依据是《内幕交易解释》第二条规定，以李一男系与李晓涛关系密切的人员，或在内幕消息敏感期内与李晓涛接触为由，将其认定为“非法获取内幕消息人员”。从两人的履历情况来看，两人是大学同学，还曾在华为共事，是否属于关系密切人员，可能还要看法官的理解和心证。至于是否与知情人士有联络、接触，若没有相应的通话或信息记录作为辅证的话，仍有回旋余地。

其次，是关于自己“相关交易行为明显异常的”辩解。根据《内幕交易解释》第三条规定：“相关交易行为明显异常要从时间吻合程度、交易背离程度和利益关联程度等方面予以认定。”就时间的吻合性和利益的关联性而言，因为有客观结果存在是难以辩驳的；但对于交易习惯而言，即交易背离程度，还存在着一定的辩护空间。若李一男方能提供相关可以证明李一男有多次满仓买入、经常性高风险投资倾向的证据，无疑可以在交易异常性的争议焦点上扳回一城。但反过来讲，若检方获取了更多的交易资料，能证明李一男少有全仓买入行为的证据，那么其作出的全仓买入符合其投资风格的辩解，无疑就会变得苍白。

(李锐杰 北京市大成(深圳)律师事务所)

## 古村保护与城市更新应按规则融合共生

位于深圳市罗湖区的湖贝古村即将正式启动城市更新，与期待更新的原村民态度完全不同的是，一批文化建筑专家学者发起了“湖贝古村120城市公共计划”，要求“在原地完整保留古村”以保护历史文化资产和原生态的生活原型。“拆”还是“留”？湖贝古村陷入巨大的争议之中。

(综合媒体报道)

就湖贝古村旧改引起的争议，笔者认为，湖贝古村是否不得更新开发，应以法律、法规的规定为标准。如果优秀历史建筑被依法确定为文物，应按文物保护法的相关规定执行，不得随意改造。广州等城市作为国家级历史文化名城也出台了地方性法规，对体现名城特色的建筑物、自然景观等制定专项保护规划。但深圳的湖贝古村并未达到法律、法规的特殊保护标准，不属于不得更新的范围。

针对一些文化学者“停止更新，先保护起来再说”的要求，笔者认为，原村民的合法权益应该是第一位的。由于历史原因，一些旧村基础设施差、环境恶劣，存在极大安全隐患，进行城市更新不仅能极大地改善原村民的生活，也会对深圳的经济发展和城市规划起到积极作用。在原村民普遍愿意更新、开发商也承诺通过多种方式保留主要古迹及文化精髓的情况下，外界一味要求整体保留，实质上是剥夺了原村民的合法权利。

其实，古村保护与城市更新并不冲突，二者可以融合共生。建议深圳有关部门尽快制定相关规则，在优先保障产权人权益的前提下，对确有价值的不可移动的文物活化利用，分级分类予以保护；专家学者可以在湖贝旧改规划方案上提出切实可行的优化建议；开发商可在充分听取优化建议后，采取重点古迹原址保留，结合建筑重建、修复、空间整合等方法保护历史印记。城市更新需要正确处理历史文化资源保护，这在客观上要求城市更新的规划和实施方法必须更加科学、专业，以促进城市建设和社会文化的协调发展。

(王劲松律师 广东联建律师事务所)

# 离职创业知产犯罪频发的启示

文 李锐杰 北京市大成（深圳）律师事务所

华为公司高管陈奕泉于2014年曝出离职创业，但随后被指控在职期间就开设公司，侵犯华为公司一款视频通讯软件的著作权，一审被判处有期徒刑一年七个月。刑满释放后，陈奕泉又因为涉嫌侵犯华为公司商业秘密，再度遭到羁押，目前，该案尚在龙岗区人民检察院审查起诉中。

出于降低创业成本，增加创业成功几率的目的，大型技术企业的高管在离职创业过程中难免会利用或甚至直接使用其在原企业工作中获取到的信息和资源，这本身就存在着侵犯原企业知识产权的风险。很多离职高管虽知道该类行为不道德，会产生法律纠纷，但没有想到可能会触犯刑律。从实践来看，这些技术型企业的离职高管在创业过程中往往触犯侵犯知识产权的相关罪名，而较为集中在侵犯著作权罪和侵犯商业秘密罪。

对于离职高管而言，一旦使用了前东家的相关技术、软件，商业秘密等，是极易触犯刑法而追究刑责的。这就要求离职高管在创业或再就业的过程中必须注意以下风险点：一、相关的设计产品，著作权归属是否明确？是否属于职务作品？自己是否享有相关的权利？创业时是借鉴改造，还是完全的照搬复制？相似度是否足以判定为同一作品？二、相关技术信息和经营信息是否具有非公开性并采取了保密措施？是否具有实用性？经济利益大概能评估为多少？是否有签署相关的保密协议，是否在保密范围之内？三、若确实满足承担刑事法律责任之条件，在诉讼或谈判当中有无让步达成和解之可能？

对于高管离职的企业而言，得力高管的离职本就

是对公司运营的打击，若离职高管将其所掌握的内部产品，技术信息，经营信息予以使用，形成对原东家的竞争压力，对原东家无疑是雪上加霜。除了通过事前的协议，对产品权属作出明确约定，对高管进行相关的保密和竞业限制约束外，在纠纷发生后采取刑事法律手段维护自身权益也具有一定的必要性。

实际上，侵犯知识产权的行为作为一种民商事侵权行为，其与构成犯罪的侵犯商业秘密犯罪行为之间的界限本身十分模糊。然而民商事诉讼可能久拖不决，但一旦有充足的犯罪线索将嫌疑人立案处理，对其人身进行限制，就能更为及时有效地制止侵权行为的扩大。即便希望通过民商事途径获取赔偿解决问题，但这并不排斥刑事法律手段的使用，即便公安机关不予受理，仍有自诉的渠道，这也不失为一个维权的方法和谈判的筹码。

然而无论是自诉还是公诉，受害企业要想控告成立，就必须提供详实的证据予以支持。具体而言，在侵犯著作权犯罪方面，自然是要提交著作权权属的相关证明，侵权产品的相关对比鉴定报告等；而在侵犯商业秘密方面，则围绕定罪要件进行举证：保密措施、保密协议，相关秘密的实用性说明和经济价值鉴定等。

总而言之，随着市场经济的发展，企业竞争的加剧，类似的离职创业现象只会越来越多。而随着司法机关对知产犯罪打击力度的不断强化，无论是离职创业者，还是受害企业学会如何防范相关的刑事法律风险，维护自身权益，已显得尤为迫切和必要。毕竟，只有心中有矩，方能不越雷池，才能在市场竞争的惊涛骇浪中安稳航行。

## 经济形势下行周期的不良资产处置

文 本刊编辑部

当前金融全球化、经济一体化已成为历史发展不可抗拒的潮流。2001年我国正式加入世界贸易组织，意味着我国的金融行业将不得不参与到全球金融行业的激烈竞争中。而目前，金融体制改革仍有较长的路要走，长期以来各大银行积累的巨额不良资产更是隐藏了极大的金融风险。不良资产高居不下，不仅严重制约商业银行的健康发展，更重要的是影响了国家宏观经济的调控与发展，甚至可能引起金融危机。

1998年，全球爆发金融危机，我国因为资本市场的相对封闭和政策性的因素极大的减少了这次危机为金融市场带来的不良影响。但也正是这次金融危机的爆发，触发了我国银行业对不良资产的处置，并以此为节点，将不良资产划分为两个阶段。一是1998年以前，各银行业按财政部1988年在金融保险企业财务制度中的规定，对资产进行“四级分类”，俗称“一逾两呆”，也就是“逾期”、“呆滞”、“呆账”。按这种方法提取的贷款损失准备金仅有普通呆账准备金一种，为贷款总量的1%。二是1998年以后，我国将资产分为“正常”、“关注”、“次级”、“可疑”、“损失”，即“五级分类”。1999年7月，央行下发了《中国人民银行关于全面推行贷款五级分类工作的通知》及《贷款风险分类指导原则（试行）》。按照人民银行的规定，通常提取的专项准备金比例为：关注2%、

次级25%、可疑50%、损失100%。而后三类，就是我们要面对的不良资产。

随着经济周期的下行，不良资产处置难度也在加大，也有资产公司人士坦言目前已经进入迷茫和困惑期。今年第一季度，我国局部地区不良贷款余额和不良率继续呈“双升”态势。经济下行趋势仍令企业经营困难，风险仍在持续暴露和缓释中，防控风险仍是首要任务，中小银行防控风险压力较大。银行、资产管理公司在处置不良资产或风险控制时的困境是什么？

不良资产市场的政策性和法律关系的复杂性，各个淘金者都离不开律师，律师成为了这个市场不可或缺的角色之一。资产包收购过程中的国有企业债务人的优先购买权、外资购买不良债权的备案、变更权利人、执行异议、追加债务人、出资人追加、公司强制清算等一系列问题，都需要专业的律师提供支持。经济新常态下，在不良资产市场中律师服务的空间在哪里？

近期，《深圳律师》杂志联合深圳市律师协会不良资产处置法律专业委员会、风险管理法律专业委员会组织召开主题圆桌会议，邀请银监会代表、商业银行、资产管理公司代表，与律师共话经济形势下行周期的不良资产处置。

（本文有关数据来源于网络）



圆桌主题：经济形势下行周期的不良资产处置

圆桌时间：2016年7月5日

圆桌地点：深圳图书馆

主持人：杜艳芝 深圳市律师协会宣传与公共关系委员会顾问

参会嘉宾：

曾子岚 银监会深圳监管局股份制银行监管二处副处长

王新宽 深圳市华航投资担保有限公司总经理

闫梓睿 正隆（北京）保险经纪股份有限公司总裁

贾丽丽 招商银行资产保全部业务协调室主管

章成 深圳市律师协会不良资产处置委员会发起人

李常超 深圳市律师协会不良资产处置委员会主任

邱旭瑜 风险管理法律专业委员会主任

谢湘辉 深圳市律师协会知识产权法律专业委员会主任

祝理力 深圳市律师协会金融法律专业委员会副主任

凌学庆 深圳市律师协会不良资产处置委员会副主任

吴俊梅 深圳市律师协会不良资产处置委员会委员

杨新发 《深圳律师》杂志栏目编辑



杜艳芝



曾子岚



王新宽



闫梓睿



贾丽丽



章成



李常超



邱旭瑜



谢湘辉



祝理力



凌学庆



吴俊梅

# 事不宜迟，不破不立

## ——日本不良资产处置启示录

文 王剑 国泰君安证券研究

### 泡沫经济引爆不良资产

20世纪80年代“广场协议”签订后，日元大幅升值，使得日本企业增加海外投资，国内出现一定程度的产业空心化。过剩的流动性主要流向股市及不动产交易市场，资产价格攀升，用作抵押贷款得款项后再投向股市楼市助长资产泡沫。90年代初，日本泡沫经济破裂，资产价格暴跌令企业资不抵债，银行系统涌现大量不良债权。泡沫破裂表面上源自货币政策持续放松后的骤然收紧，实际揭露出日本经济结构、金融体制不合时宜的积弊。90年代日本不良贷款余额不断攀升，于2002年3月达到峰值43.2万亿日元，不良率高达8.44%。自此，日本政府踏上长达十余年的整治不良资产之路。

随着不良问题渐趋严重，以及政府对该问题的认识不断深入，90年后日本不良处置力度由弱到强，处置成本由小到大，处置思路由表及里。处置过程可分为三个阶段：“护送船队”、“金融再生计划”、“紧急经济政策”时期。存款保险机制与不良资产整理回收机构在这一过程中发挥了重要作用。

日本不良资产处置给我们的启示有三点。一是重视不良问题，切勿拖延处置，所谓“病在腠理，不治恐深”；二是处置方式需多管齐下，标本并治，针对不良产生的根源对症下药；三是推进不良处置、改革金融体制的同时辅

以产业再生、经济景气政策，实现平稳过渡。

### 多重因素埋下隐患

泡沫经济破裂是不良债权急剧上升的直接原因，但体制层面的沉疴早已为不良爆发埋下隐患，包括不合时宜的“护送船队”监管体系、主银行制度等。

“护送船队”的金融监管体系是形容二战后日本的金融体系犹如一支船队，政府的行政指导和金融监管措施都是为了保障船队中的成员不掉队，顺利到达“胜利的彼岸”。此体系为战后日本经济快速发展提供了稳定的金融环境，但缺乏有效的竞争机制从而导致效率低下，在金融自由化、国际化的背景下愈发显得不合时宜。银行在政府的保护伞下，不注重贷款的风控审核，缺乏应变和抗风险能力。

日本银企关系呈现独特的主银行制度，即银行与贷款企业相互持股，银行同为企业的债权人和股权人。银行为企业提供贷款，同时监督企业管理，这种安排在经济起飞阶段起到不可忽视的促进作用。但经济繁荣时，主银行纵容企业过度投资，当企业出现破产危机时，主银行则以贷款相救，不良资产因此不断产生。

除此之外还有一些其他原因，例如日本政府对中央银行干预过多，使其无法独立、及时地作出决策；金融行政缺乏透明度；不同机构对不良资产的定义混乱等，这些金融制度

方面的缺陷成了孕育资产泡沫、滋生不良债权的温床。

## 不良处置一波三折

泡沫破裂后，日本银行业的不良贷款余额迅速攀升，大大降低银行资信水平，严重影响金融业的稳定。日本政府针对银行业不良贷款问题展开一系列治理措施。随着不良问题渐趋严重，以及政府对该问题的认识不断深入，九十年代后日本不良处置力度由弱到强，处置成本由小到大，处置思路由表及里。我们可将日本不良资产处置分为以下三个阶段：

### 第一阶段（1991—1997）“护送船队”时期

泡沫破裂初期，日本政府尚未意识到银行不良贷款问题的严重性，缺乏对银行大动干戈的决心，继续奉行“护送船队”制度，寄希望于经济景气回升。因此错失解决银行不良问题的先机，导致不良问题愈演愈烈。

地价持续下跌，中小型金融机构及专门从事不动产融资业务的“住宅金融专业公司”首当其冲。大藏省劝说大型银行兼并发生危机的中小金融机构，而对于大型银行自身，只是督促其通过核销方式内部解决；同时，其加大宏观政策调控力度，期望通过完善经济体制促使经济回暖和地价上升，银行不良问题自然解决。

1993至1997年，日本先后成立了共同债权收购公司、住宅债权管理公司、东京共同银行，专门收购和处置银行及其他金融机构的不良资产。1996年，东京共同银行改组为整理回收银行，即日本版的RTC。

▶ 共同债权收购公司：1993年1月由162家民间金融机构共同出资成立，主要任务是评估收购各金融机构附有不动产抵押的不良债权，出售担保物。期间损失全部由债权银行承担。

▶ 住宅金融债权管理公司：由住宅金融专业公司的母体行（出资金融机构）与日本银行共同出资成立，受让7家“住专”6.1万亿日元资产，在未来15年的时间内逐步收回，期间流动资金由母体行及其他金融机构以低息融资方式提供。

▶ 东京共同银行：1995年，日本银行及民间金融机构共同出资成立，承接两家出现危机的中型信用合作社，负责接转存款兑付、资产回收等业务。

▶ 整理回收银行：1996年，以美国RTC为蓝本，由存款保险机构出资，将东京共同银行改组成为整理回收银行。主要任务是接管已破产的金融机构，收回处理不良债权。此外，接受存款保险机构的委托，在审核委员会许可的情况下，以优先股及次级债券等方式向资本充足率低的银行注资。

这一阶段，日本的不良问题相对还没那么严重，政府对问题严重性的认识明显不足，以至于在不良处置方面有些畏畏缩缩。这一时期的不良处置策略可概括为“金融同业援助，尽量保全”。问题在于，不良处置力度不够且没有抓住不良生成的根源，本想“铁锁连舟”共度难关，最后把大银行也给耽误了。

### 第二阶段（1997—2002）“金融再生计划”时期

1997—1998年，北海拓殖银行、日本长期信用银行和日本债券信用银行三家大型银行相继破产，宣告“护送船队”制度的终结。日本政府痛定思痛提出“金融再生计划”，从法律制度、监管机构、公共基金及市场化手段多方面，引导不良资产处置向市场化、开放化、自由竞争的形式发展。

制度支持方面，扩大存款保险机构的职能，相继通过《金融控股公司法》、《金融再生法》、《早期健全法》。1996、1997年两次修改存款保险条例，允许存款保险机构以收购资产的方式，向濒临破产的金融机构融资，具体操作委托整理回收机构完成。《金融控股公司法》允许金融控股公司的组建，有助于金融机构顺利进行重组和业务多元化发展。《金融再生法》明确破产机构处理原则及方式，彻底终结日本银行“大而不倒”的神话。《早期健全法》将金融机构分级，并按照分级结果采取不同充实资本的措施。通过上述法律，日本将无条件援助转化为有条件支持，引导不良资产处置向市场化、开放化、自由竞争的形式发展。

机构设置方面，整合成立整理回收机构，设立金融监督厅和金融再生委员会，实施“过渡银行”计划。1999年，整理回收机构与住宅金融债权管理公司合并，负责接收破产金融机构，处置不良资产。从大藏省中剥离银行局与证券局的金融监管部门、金融检查部门等，成立金融监督厅。根据《金融再生法》，设立金融再生委员会，其下

由存款保险机构出资实施“过渡银行”制度，分类处置破产金融机构的资产，最终使之合并、放入过渡银行或实行清算。具体流程如下：

- ▶ 金融再生委员会判定危机银行进入破产管理程序，选派金融管理人员全面接管银行业务；
- ▶ 金融管理人员一方面继续维持银行运转，另一方面寻求与其他金融机构合并、转让的可能性。
- ▶ 健康资产转让给其他金融机构，或临时国有化转给“过渡银行”，在未来三年内完成合并、转让或清算；不良资产转让给整理回收机构处置；
- ▶ 存款保险机构主要提供资金支持，并委托过渡银行收购不良资产。

公共资金方面，1998年2月，日本政府筹集13万亿日元成立公共基金，向出现危机的银行注资。但出于对陌生政策的谨慎考虑，21家大型银行只接受了其中的1.82万亿日元。1999年3月，日本政府开展了第二轮注资，向15家银行注入7.7万亿日元，并计入一级资本。15家银行的平均资本充足率在半年内由9.66%提升至11.56%。

处置手段方面，通过拍卖、资产证券化等市场化手段，提升不良资产处置效率。金融机构把不动产抵押物或以不动产为抵押的不良债权整体拍卖，或将不良债权与优质债权打包出售。为促进资产证券化的发展，日本多次修改立法放松对资产证券化的管制，SPV的组建条件大大低于股份制公司的条件，同时享有税收优惠。

这一时期不良问题愈加严峻，日本政府处置不良资产思路也发生积极变化，可概括为“不破不立”。首先是对危机金融机构区别良莠、分类处置，该破产的破产，该

转让的转让，该临时接管的临时接管。其次，政府在不良处置中的作用不断加强，表现为公共注资、存款保险机构的支持等。最后，丰富的不良处置手段，使不良处置更加市场化、透明化。

应该说，这一时期日本政府对存量不良的处置是卓有成效的，但是不良资产“前清后溢”，新增不良源源不断，不良余额节节攀升。所谓“病入膏肓，需下猛药”，解决不良资产产生的根源是当务之急。

### 第三阶段（2002—2006）“紧急经济对策”时期

2002年2月，日本不良资产余额达到历史峰值43.21万亿日元，不良率高达8.44%。小泉纯一郎出任首相后，针对解决不良问题根源的经济结构改革迫在眉睫。2002年，在经济财政大臣竹中平藏的带领下，“紧急经济对策”正式推出，以彻底处理不良资产为重心，着眼于适应新形势的经济结构改革。在不良资产处置方面，提出改革目标，国有化问题银行，限制银行股权投资，及鼓励直接剥离不良资产等。

方案提出改革目标，为不良资产的处置列出时间表，敦促不良处置工作尽快完成。要求到2005年3月底，日本银行业的不良资产余额缩减到以2002年3月为基准的一半；要求大型银行将2002年9月前的不良资产在两年内处理完毕，9月后的不良资产在三年内处理完毕。

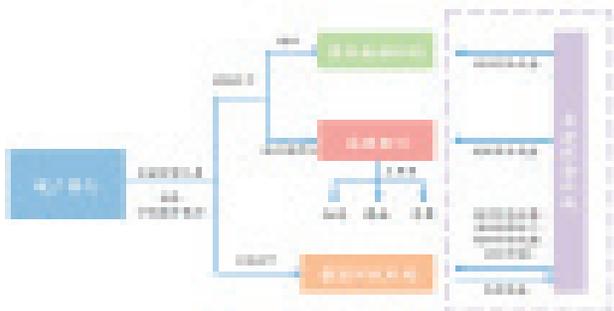
2002年9月，日本银行宣布问题银行“国有化计划”：银行向政府发行股票，政府以收购股票的方式向其注资。为避免被国家控股，日本银行加快摆脱不良资产，通过转让不良资产给整理回收机构，或抛售给海外投资者，提升处置不良资产的效率，尽快改善经营状况。

时价会计准则加速银行剥离不良资产。自2002年9月的中期结算起，日本银行采用时价会计准则，即使用市场价格取代之前历史价格计价方式，有价证券亏损将直接影响到自有资本。银行为维持资本充足率，主动加快剥离不良资产。

此外，银行股权投资受限动摇主银行制度。“对策”要求银行股权投资额度不得高于净资产，超过部分将被强制出售。这也从根本上动摇了主银行制度下银企相互持股的关联关系，从而在一定程度上铲除了不良滋生的土壤。

这一阶段，日本政府对不良资产的容忍度更低，处置方式更为“铁腕”，力求尽快甩掉包袱恢复机构正常运

图 1：“过渡银行”运作流程



数据来源：国泰君安证券研究

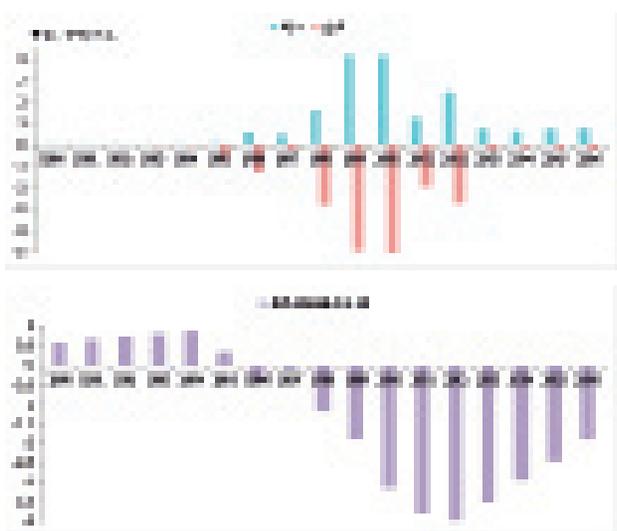
营。“国有化计划”的推出鲜明地表示了政府的强硬立场，倒逼银行加快处置。

加速存量不良处置的同时，小泉政府也对经济结构进行了大刀阔斧的改革，以期从根源上杜绝新增不良。2001年6月出台了《今后的经济财政运作以及经济社会的结构改革的基本方针》，提出的重点改革措施包括在部分社会公共领域引入竞争机制，推进特殊法人、邮政事业的民营化；进行金融体制、税制改革，以支持兴业、创业，发挥个人和企业的潜力；强化社会保障制度；改善政府功能，进行地方财政改革以提升地方活力等等。

在不良处置的同时也辅以经济景气政策，一是在2003年4月成立产业再生机构（IRCJ），从金融机构处收购虽然债务负担过重，但拥有经营资源和发展前景的日本企业，再对企业进行行业整合并择机出售。这种带有战略性色彩的收购整合方式兼顾了不良处置和结构调整的需要。二是在2001至2006年间，采用量化宽松政策以应对经济下行与投资低迷的压力。日本央行通过持续购买长期债券的方式向银行注入资金，维持极低的利率水平，从而促使银行放贷与经济景气恢复。

可以看到在“紧急经济对策”时期，强硬迅捷的不良处置、利在长远的经济结构调整，以及起到缓冲作用的经济景气政策是并行不悖的。

图 2：日本存款保险机构的资金收支与基金余额



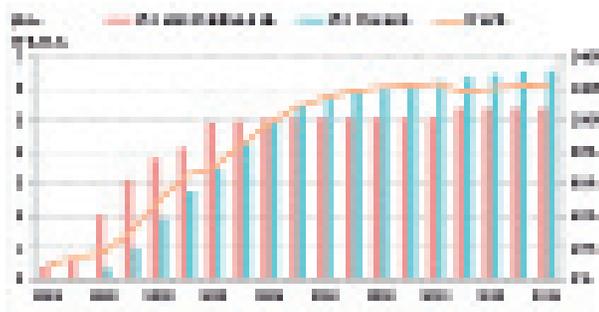
数据来源：日本存款保险机构年报，国泰君安证券研究

## 存款保险制度提供资金支持

日本的存款保险制度设立于1971年，但于1991年首次提供援助资金，对泡沫经济破裂及亚洲金融危机的破坏性影响起到极大的缓冲作用。存款保险机构采取偿付、购买/接管两种方法，向破产金融机构融资。偿付法即赔付存款，保障存款人权益；购买/接管法即收购不良资产，再配合“过渡银行”制度进行处置。

存款保险机构的救助资金本应来源于银行多年缴纳的保费，但因补贴资金过多，在1996年底存留资金便用完。之后主要通过兑现日本国债、发行由政府背书的债券进行融资，弥补资金缺口。2002年后，随着经济形势好转，保费费率上升，存款保险资金缺口不断缩小，并于2010年扭负为正。

图 3：整理回收机构回收不良资产情况



数据来源：日本存款保险机构年报，国泰君安证券研究

截止2014财年末，存款保险机构累计处理182起破产案件，其中银行破产案件22起。发出的无偿资金累计达19.0万亿日元；收购资产账面价值6.5万亿日元，通过重整回收及出售回收金额7.7万亿日元。

## 整理回收机构处置不良资产

日本AMC经历了化零为整的过程。1993-1996年先后设立共同债权收购公司、住专债权管理公司、东京共同银行，分别承接附有不动产抵押的不良债权、住宅金融专业公司、中型信用社。1996年，东京共同银行改组成为整理回收银行，后来与住专债权管理公司合并，成立整理回收机构，接管已破产的金融机构，回收处置不良债权。

整理回收机构主要通过单个出售、打包拍卖与证券化方式

(下接第15页)



## 民间融资中问题企业债权债务处置的法律风险防范

文 席庆超律师 河南华浩律师事务所  
邱旭瑜律师 广东开野律师事务所

### 债权债务问题是当下民营企业的最大痛点

#### 企业陷入债权债务泥沼

2014年以来中国经济增长速度进入转型换档期，经济下行压力激增，中小微企业经营质量普遍下降，多个行业面临资金链断裂的风险，而银行出于自保原因往往以“一刀切”的方式阻断银企合作，如：

随意提高合作门槛，不惜压贷（放慢审贷时间和压缩贷款笔数）、惜贷（降低单笔授信额度）、抽贷（只收不贷与企业还款后不予续贷），有些银行更是直接违反银行业“七不准”规定，要求贷款企业“做回报、保时点”，强行要求小微企业的流动资金贷款必须搭配票据业务，从而导致大批小微企业为避免资金链断裂，不得已转向民间融资，比如民营企业倒贷的资金大多来源于民间借贷，其压力大、成本高众所周知，从而导致问题企业最终陷入债

权债务的泥沼。

#### 问题企业自身丧失债权债务处置能力

“一切商业风险最终都表现为法律风险”，因债权债务处置工作不同于企业自身原有经营行为，陷入债权债务危机的民营企业（以下统称问题企业）往往面临错综复杂的法律关系：1、民事法律关系，须归还欠款本息、违约金等，面临被起诉、被执行等；2、行政法律关系，被吊销、被撤销许可证照，不允许继续运营等；3、刑事法律关系，可能因非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪、伪造、变造印章罪等被追究刑责，问题企业被判处有期徒刑、资产被收缴没收等。

而作为弱者的债权人（投资人或者集资参与者）有选择起诉的，申请仲裁的，有上访维权的，有动用社会势力的，有围追堵截的，有提起非法吸收公众存款或者诈骗刑事控告的，甚至有因为感觉讨债无望而自杀自残的等等。

问题企业面对纷繁复杂的种种问题，往往束手无策、一筹莫展、陷于慌乱。

### 问题企业一站式的债权债务处置方案

问题企业的债权债务危机，涉及到局势稳定、债权催收、债务化解三个模块，是严肃和复杂的法律自救行为，涉及到企业内部关系的处理（问题企业内部往往易出现分崩离析）、与政府部门关系的处理、与债务人关系的处理、与债权人关系的处理、与合作方关系的处理等等，类似于一个健康躯体突患重病，绝对不能头痛医头，脚疼医脚。因为牵一发而动全身，只关注局部必然导致全局丧失，必须全面规划，整体考虑，未雨绸缪。这就需要专业团队遵循法律规定合规运作，全面统筹并提供一站式的解决方案。

### 问题企业债权债务处置中的刑事法律风险

民间融资往往涉及到多种法律法规，单就刑事风险来说，就涉及到《刑法》、《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》、《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》等。

以下重点讲述债权债务处置中常见的刑事法律风险，因处置团队能力原因导致处置效果不佳所产生的民事责任，可根据委托方与受托方的代理协议通过诉讼或者仲裁等法律途径解决，本文不再赘述。

帮助毁灭、伪造证据的法律风险。《刑法》第三百零七条第二款规定：帮助当事人毁灭、伪造证据，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役。

虚假诉讼的法律风险。《刑法》第三百零七条之一规定：以捏造的事实提起民事诉讼，妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯前款罪的，对单位判处罚金；并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。有第一款行为，非法占有他人财产或者逃避合法债务，又构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪从重处罚。

掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益的法律风险。《刑法》第三百一十二条规定：明知是犯罪所得及其产生

的收益而予以窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

拒不执行判决、裁定的法律风险。《刑法》第三百一十三条规定：对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

非法处置查封、扣押、冻结的财产的法律风险。《刑法》第三百一十四条规定：隐藏、转移、变卖、故意毁损已被司法机关查封、扣押、冻结的财产，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金。

隐匿、故意销毁会计凭证、会计帐簿、财务会计报告的法律风险。《刑法》第一百六十二条之一规定：隐匿或者故意销毁依法应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金。

非国家工作人员受贿的法律风险。《刑法》第一百六十三条规定：公司、企业的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产。问题企业、企业或者其他单位的工作人员在经济往来中，利用职务上的便利，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，依照前款的规定处罚。

## 债权债务处置工作的合规开展

### 债权债务处置工作的开展原则

合法原则。尤其是进入刑事立案侦查程序的问题企业，处置工作必须严格遵循政府部门（含公安机关）的要求开展，严格遵守相关法律规定，不协助转移或者诱导转移已被采取司法查封、冻结措施的相关资产，不指示或者

协助伪造、毁灭证据，不给刑事侦查工作造成任何妨碍，并及时向政府相关部门报告有关处置工作计划和进展。

**自愿原则。**因处置事项涉及众多民间债权人，故在和债权人协商化解债务过程中，必须严格遵循自愿原则，不得欺骗、胁迫。应设计合法方案，汇总并分析债权人意见，真正化解矛盾，帮助债权人切实解决实际问题。

**专业原则。**根据项目实际，专业的处置团队应包括律师、会计师、资管人员等，熟悉法律、财务、资产估值、不良债权的置换、收购业务，与第三方资源有合作经验等。

#### 债权债务处置工作的主要内容

**协助稳定局势：**全力指导并参与问题企业的事件处理及协调应对，包括拟定初步解决方案，与政府部门接洽，接待债权人，释明法律规定，进行沟通、协商、解释、谈判，召集债权人会议，组织推举债权人代表，搜集并汇总各种意见，设计制作并组织签订和解协议；对问题企业相关工作人员进行业务培训，及时公布工作进展概况，交流相应经验并对紧急情况及时研讨、采取对策；参与重大事项决策，定期参加委托工作总结分析会；完成委托事项所需的各种工作文书、模版和表格的设计；建立健全工作档案和工作交接手续。

**债务化解：**负责为债权人对接资产、债权等；对问题企业及其关联企业资产以及下游借款企业或者反担保企业的资产进行盘点、梳理和评估，通过重整清算、协议转让、折扣变现、债务重组、以资抵债、资产（债权）置换等方式，实现资产转化、资金流转，化解债务；根据实际情况协调引进第三方的资金、资产和资源，协助问题企业与债权人进行有效对接，以化解问题企业与债权人之间的全部或者部分债务。



**债权催收：**组建专业的以律师为主的团队，负责对问题企业的债权通过诉讼或非诉的方法为其收回应收债权、预期债权等。

#### 债权债务处置的工作重点

##### 1、政府关系的处理

与政府关系处理的主要目的是：在合法的前提下通过积极的自救行为及与债权人的和解行为，尽量避免非法吸收公众存款、集资诈骗等刑事法律风险的承担，或者尽量从轻、减轻、免于刑事处罚甚至不作为犯罪处理。因此除了根据国家法律规定外，还需要了解当地处理类似事件的政策，尽量在程序和实体方面符合国家法律和当地政策的规定，做到合法合规，争取达到好的社会效果。

根据问题企业实际，适时主动的与相关政府机构（金融办、工信局、处非办等）或者司法机关（主要是公安机关的经侦部门）建立起来对接和联系，采用事先报计划、报方案，事中报告具体进展、事后报告结果的形式书面汇报工作进展，对于突发、紧急或者重大情况形成专项法律意见，协助或者在政府部门的监督下开展工作，以坚定政府对问题企业帮扶的信心。

##### 2、债权人关系的处理

按照剩余本金额度、合作时间长短、已获取利息金额、合作起源（区分员工及亲属与社会人员）、甚至性格特征等对债权人进行分类，采用网格化管理模式，了解每一个债权人的全面和具体的情况，尤其关注偏执债权人和老弱病残急等特殊债权人人群。

通过面谈、电话交流、互联网渠道交流等方式，接触每一个债权人，实现债权人沟通全覆盖，了解他们的具体需求和解决意向，听取他们的建议和意见，实现信息的公开透明传递，在阐明问题企业实际困难的前提下拿出多种方案供其自愿挑选，并对债权人的疑问进行公开释明，反复磋商，主动援引有关法律规定，告知相关法律后果（如刑事案件中对出资人利息、收益回报予以追缴和折抵本金的规定），以新合同或者补充合同的形式重新建立双方的民事法律关系。

必要时亦可通过债权人见面说明会、建立债权人代表委员会、债权资产债务核查公示等形式进一步稳定债权人，建立起定期公示工作进展和见面会制度，将债权人纳



涉及民间融资问题的债权债务处置，是一种严肃的法律自救行为，必须依法而行；同时也是一项复杂的长期系统工作，必须环环相扣。它不仅涉及到纷繁复杂的法律关系，而且面对不同的企业状况，需要投入的人力、涉及的因素、整合的资源也就不同，相应的处置方式也就一定有所区别。因此只有引入一个具有团队架构、实战经验、流程衔接、宏微兼顾的专业团队，才能合法、合情、合理的完成处置工作，而专业律师在这里面正是不可或缺的。



入有序兑付解决的流程。

### 3、内部关系的处理

通过股东会议、高管会议、员工会议等形式，让大家统一思想，既认识到问题的严峻性和复杂度，又坚定信心，团结一致以大局为重互相配合开展工作。

### 4、债务人（借款人）关系的处理

针对不同借款企业或者反担保企业的实际，比如是有实力还款却想趁火打劫、暂时资金困难、自身资金链断裂但资产尚可等，采用诉讼、非诉（以物抵债、股权转让、债权转让、经营权转让方式）等将债权实现，同时注意诉讼时效和担保时效、担保方式的补救、挽回和增加。

### 5、特殊或者重大事件应对

针对影响问题企业资金回笼、资产变现、项目推进的特殊或者重大诉讼及非诉事件，厘清法律关系，组织专门律师团队依法行使和主张权利，确保债权不丧失、资产不贬值不流失、项目进展不受影响。

### 6、债务化解模式设计与实施

债务化解模式的设计应以自身现有或者可控资产、资源（实物、债权、股权等）为主，以自身债务人方即借款企业或者反担保企业的资产、资源为其次，适时借助外部

第三方资源（如项目转让、企业重组并购等）。

债务化解模式一定是多种模式的综合使用，包括分期还款、债权转让、资产转让、股权转让、经营权转让、转让附条件回购、再担保等，独立或者交叉使用，以达到满足债权人需求的目的。适用中讲究原则性与灵活性相结合，最终通过各种法律文书的设计，在化解矛盾消化债务的同时为企业赢取自救或者发展的时间和空间，从而达到逐步化解债权债务危机的目的。

每种债务化解模式一定要具备可操作性，包括方案说明（含风险提示）、操作流程图、法律文本（各种合同文本、结清证明、最终债权确认书、支持声明书等等），做到既便于操作又使法律关系进一步清晰。

综上所述，涉及民间融资问题的债权债务处置，是一种严肃的法律自救行为，必须依法而行；同时也是一项复杂的长期系统工作，必须环环相扣。它不仅涉及到纷繁复杂的法律关系，而且面对不同的企业状况，需要投入的人力、涉及的因素、整合的资源也就不同，相应的处置方式也就一定有所区别。因此只有引入一个具有团队架构、实战经验、流程衔接、宏微兼顾的专业团队，才能合法、合情、合理的完成处置工作，而专业律师在这里面正是不可或缺的。

（上接第11页）

处置不良贷款。截止2014财年末，累计处置不良贷款账面金额5.4万亿日元，回收金额达6.6万亿日元，回收率达122%。

## 启示：事不宜迟、不破不立

日本不良资产处置给我们的启示有三点：

一是重视不良问题，切勿拖延处置，所谓“病在腠理，不治恐深”。90年代泡沫经济破裂后，日本政府在进行不良处置时面临的一大掣肘问题是，不良严重与通缩加深形成恶性循环，究竟该先处置不良还是先提升经济？犹疑之间错失了解决不良问题的先机。虽然加速不良处置与政府的一些公共政策目标相悖，但指望经济复苏之后再处置不良无异于

饮鸩止渴，原因是建立在不良隐患基础上的经济复苏是不能持续的，而且不良产生的根源始终没有消除。

二是处置方式需多管齐下，标本并治，针对不良产生的根源对症下药。面对巨额不良资产，光靠银行自身化解，或者一味依赖政府处置都是不现实的，而是需要各方协力推进。同时，不良处置的手段也应该多样化、市场化，以提升处置效率。更为重要的是，需要铲除不良滋生的土壤，包括对经济结构、体制机制进行改革。

三是在推进不良处置、改革金融体制的同时辅以产业再生、经济景气政策，实现平稳过渡。

# 不良资产处置中轮候查封的效力认定与现实意义

文 投融资团队 广东联建律师事务所

作为长期从事不良资产处置的律师，查封与轮候查封是实务中经常运用的，但轮候查封究竟是不是查封，轮候查封是否可有可无，不良资产处置中轮候查封的现实意义有哪些，都是本文关注的问题。

## 查封、轮候查封与重复查封

查封作为民事诉讼中经常采用的财产保全及执行措施，在1991年实施的民事诉讼法中就有明确规定。但轮候查封作为司法制度，直到最高人民法院2004年10月公布的《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》（下称“《冻查扣规定》”）才正式确定下来。设立轮候查封的目的主要是考虑到，在诉讼和执行过程中，前后两个案件分别由两个法院管辖的情况下，因法律禁止重复查封，又无其他相应的信息沟通机制，在第一次查封被解除后，其他法院往往不可能立即获悉在先查封、扣押、冻结被解除的信息，从而导致在后的查封无法立即实施，债务人往往会借机转移财产，其他债权人的利益因而遭受不应有的损失。

这里一定要注意轮候查封与重复查封的区别。《民事诉讼法》第103条明确规定：财产保全采取查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法。人民法院保全财产后，应当立即通知被保全财产的人。财产已被查封、冻结的，不得重复查封、冻结。因此，法律上是禁止重复查封的，但允许轮候查封。

根据最高院上述《冻查扣规定》第28条，对已被人民法院查封、扣押、冻结的财产，其他人民法院可以进行轮候查封、扣押、冻结。查封、扣押、冻结解除的，登记在

先的轮候查封、扣押、冻结即自动生效。

从上述法律规定和司法解释可以看出，查封是法律明确规定的财产保全及执行方式，轮候查封却不是，轮候查封与查封有本质的区别，也就是说轮候查封并不能产生查封的法律效力，这是作为不良资产处置律师时刻要牢记的一点，否则可能出现工作中的被动局面。

## 轮候查封效力的认识误区

让我们先看一个案例：

A法院在执行一起案件中，依法查封了被执行人F位于B市的住宅一套，并向B市的房产登记部门送达了相关手续，后C法院到B市的房产登记部门对被执行人F的该套住宅办理了轮候查封手续，A法院在执行过程中，将F的住宅进行了评估、拍卖，并将拍卖所得全部用于清偿债务。但A法院在解除查封为买受人办理过户手续时，却遭到B市房产部门及C法院的抵制，理由是《冻查扣规定》第28条规定：“对已被人民法院查封、扣押、冻结的财产，其他人民法院可以进行轮候查封、扣押、冻结。查封、扣押、冻结解除的，登记在先的轮候查封、扣押、冻结即自动生效。”意即只要A法院解除查封，则C法院的轮候查封自动生效，如果C法院不解除查封的话，就无法为买受人办理过户手续<sup>[1]</sup>。

这一真实案例反映出了一些人对轮候查封制度的认识误区，混淆了轮候查封和重复查封的概念。轮候查封是两个或两个以上人民法院对于同一财产进行查封时，以先办理查封手续的人民法院为准，后办理查封手续的人民法院作轮候处理。重复查封是两个或两个以上人民法院对于同

[注] 1. 陆金东.《关于轮候查封的几个争议问题辨析》.中国法院网.2005年5月21日.

一财产在同一期间同时进行查封的行为。

如前述，重复查封是法律所禁止的，我国法律规定查封制度不仅是对查封财产的一种保全，也是对查封财产能顺利变现的一种保障制度。查封对于人民法院实现当事人的债权有积极的意义，它本身就是赋予了人民法院对查封财产的单独处分权。如果两个以上的法院均对同一财产同时进行查封，则当一家法院对该财产进行处分时就要受到另一法院的制约或者说无法处分，这不仅违背了法院审判、执行权的唯一性和独立性，也违背了法律当初规定查封制度的意义了。

另外，早在2004年2月10日，最高人民法院、国土资源部、建设部联合发布的《关于人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》第二十条明确规定：轮候查封登记的顺序按照人民法院送达协助执行通知书的时间先后进行排列。查封法院依法解除查封的，排列在前的轮候查封自动转为查封；查封法院对查封的土地使用权、房屋全部处理的，排列在后的轮候查封自动失效；查封法院对查封的土地使用权、房屋部分处理的，对剩余部分，排列在后的轮候查封自动转为查封。由此可见，轮候查封只有在查封在前的法院对查封物不处理或处理后有剩余的，才能发生查封效力，否则自动失效。

### 不良资产处置中轮候查封的现实意义

虽然在不良资产处置中经常出现在先查封法院处置完财产后，轮候查封法院无财产可供执行的情况，这也导致很多法院不愿意采取轮候查封，但是轮候查封仍然具有现实意义，其增加了保障债权实现的可能性，作为该领域的专业律师必须要清晰认识并熟练运用。



已经采取了轮候查封的，律师应时刻牢记“轮候查封不是查封”，必须时刻关注被查封财产的处置情况，不能坐等有处置权法院的通知，否则将失去参与分配的机会。

**债务人自行重组债务时，轮候查封登记制度有利于保障轮候债权人的权益。**

司法实践中往往存在债务人对多个债权人的情况，当债务人偿债能力和经营状况有所好转时，其自行组织的债务重组必须优先处理对其资产进行了查封、轮候查封的债权人申请。从申请轮候查封债权人的角度，此种情况下的债务重组无法绕过轮候查封登记而进行，换言之，在债务人自行重组债务时，轮候查封申请人的债权得到清偿的可能性比较大。

**查封财产价值上升或本身价值大于首封债权时，轮候查封有利于保障轮候查封债权人的债权实现。**

个案中经常出现首位查封的财产价值大于申请债权的情况，当查封财产不具有可分性时，一经法院查封的，便整体不能再分割处置。首封法院处置查封财产后，有剩余款项时，轮候查封债权人可以提出参与分配，从这个意义上讲，轮候查封登记制度是更有利于保护申请轮候查封债权人利益的。

**轮候查封的债权是优先债权，可以依法取得处分查封财产的主动权，优先处置查封财产，以保障债权的实现。**

当轮候查封的债权是抵押权、质押权、留置权、船舶优先权所担保的债权以及合同法第286条规定的建设工程价款优先权等债权时，根据最高人民法院于2016年4月12日公布的《最高人民法院关于首先查封法院与优先债权执行法院处分查封财产有关问题的批复》的规定：“执行过程中，应当由首先查封、扣押、冻结（以下统称‘查封’）法院负责处分查封财产。但已进入其他法院执行程序的债权对查封财产有顺位在先的担保物权、优先权，自首先查封之日起已超过60日，且首先查封法院就该查封财产尚未发布拍卖公告或者进入变卖程序的，优先债权执行法院可以要求将该查封财产移送执行”，可依法取得优先处分查封财产权，为积极主动实现债权提供保障。

因此，不良资产处置中律师应对轮候查封的效力有准确的认识，既不能放弃轮候查封的申请，也不能在采取轮候查封后不闻不问，而是时刻关注法院的执行动向。

## 浅谈不良资产处置中的知识产权尽职调查

文 谢湘辉律师 陈俊 国浩律师（深圳）事务所

近日，中国银监会发布2016年二季度主要监管报告<sup>[1]</sup>。数据表明我国银行业资产和负债规模继续稳步增长，截止2016年二季度末，商业银行正常贷款余额80.8万亿元，其中正常类贷款余额77.5万亿元，关注类贷款余额3.3万亿元<sup>[2]</sup>。商业银行不良贷款余额14373亿元，较上季末增加452亿元；商业银行不良贷款率1.75%，与上季末持平。

如今不良资产处置、购买中的知识产权尽调和评估方兴未艾，随着我国知识产权事业的不断发展壮大、知识产权质押贷款在全国各地的开展，我们有理由相信知识产权必将在不良资产处置中发挥越来越重要的作用。为了控制资产管理公司收购不良资产成本、防范不良资产中的法律风险并且为资产定价提供完备的法律意见，尽职调查成为转让不良资产包过程中必不可少的工作，做好尽职调查工作显得尤为重要。

### 知识产权尽职调查的概念及其必要性

不良资产处置中的知识产权尽职调查是指通过收集债务人、担保人的知识产权数据并分析其市场价值、变现可能性及相关的风险和收益，从而为资产处置和购买提供法律意见和可行性分析。不良资产的尽职调查需出具法律尽职调查报告和定价报告。法律尽职调查报告主要通过银行提供、网上查询、技术报告等资料，审慎调查债务人、担保人知识产权的合法性；定价报告是在法律尽职调查报告的基础上，结合无形财产的法定期限、行业价值、发展潜力等实际情况，对其进行定价，预估不良资产债权的静态回收价值。按照金融不良资产交易领域的一般理解，法律尽职调查就是对债权债务的法律关系进行分析并查找与债务人等相关方的资产线索的工作，知识产权尽职调查也不例外，尽职调查的必要性主要表现在以下几个方面：

### 核实各方主体的法律状态。

在不良资产处置中往往涉及多方当事人，涉及到投资人、债务人、担保人、主管部门、政府、法院、中介机构等各类地位迥异的交易参与者<sup>[3]</sup>。律师通过公开途径调查主债务人、担保人的法律存续状态，查阅、了解调查主债务人、担保人的知识产权情况，例如查询债务企业的工商登记基本情况及调阅债务企业工商内档，并判断各债务人的偿债能力、债权实现的可能性及可实现程度，为客户合理确定债权价值提供与偿债相关的档案材料和法律依据。

### 查证知识产权的法律状态。

在常规的尽调中律师会前往工商局查询机器设备等动产的抵押情况，去国土房管部门查询债务人及相关方拥有的房屋土地及其抵押的状况以及查验相关的不动产抵押权属证明，到当地的车管所调查车辆情况，最终确定抵押财产的归属及抵押权是否合法有效。而对于知识产权的法律状态，可以通过商标权证书结

[注] 1. 中国银行业监督管理委员会：《银监会发布2016年度二季度主要监管指标数据》。

2. 按照监管规定，商业银行应参照风险程度将贷款划分为正常、关注、次级、可疑和损失五类，前两类为正常贷款，后三类合称为不良贷款。

正常贷款中，关注类贷款指借款人目前有能力偿还贷款本息，但存在一些可能对偿还产生不利影响因素的贷款。

3. 陈滨：《法律尽职调查与金融不良资产评估》，载于《金融资产评估》，2007年第1期。

合中国商标局的查询结果，判断该商标是否存在驳回、撤销、无效等权利不稳定的情况，此外还需要关注该商标是否存在转让备案登记，导致权利主体的变更以及商标权的法定期限和剩余期限。对于专利而言可以向国家知识产权局申请出具专利登记簿副本，从而核实专利的相关信息，对于外观设计和实用新型还可以结合专利权评价报告，综合判断专利的情况。而著作权可以查阅相关的备案证书和署名稿件以确定著作权的稳定性。

**对法律关系的有效性予以确认。**律师查验相关的贷款合同、质押合同、借据、质押登记文件、质押物产权文件及质押物评估报告等相关的文件资料是否完整、准确，贷款是否发生在质押期间等以最终确定质押及贷款合同的法律效力。

不良资产处置中的知识产权尽职调查通过系统地收集相关的知识产权数据并分析其中的风险和收益，来为投资者购买资产包提供法律支持，一方面揭示了详细的知识产权信息，另一方面直接影响预期定价。

## 基本原则和业务流程

### 基本原则

律师机构在处置、收购不良资产知识产权尽职调查中的主要任务，是充分利用其专业技能，通过公开途径调查主债务人、担保人的法律存续状态，查阅、了解调查主债务人、担保人的无形财产情况，查明各笔涉诉债权的所处诉讼阶段、执行情况及其它处债权实现相关的信息。这其中涉及档案数据的核对、相关部门的走访以及单据的校验，为了更好地完成上述工作，为不良资产的处置提供完备的法律支撑，我们应该坚持如下几点原则：

**保密原则。**尽职调查中接触到的档案、单据和相关合同是客户的重要经营信息，随意泄露不仅会损害客户的利益，更有可能导致商业秘密和个人隐私的泄露。因此，对工作中有关客户身份、客户提供的材料和调查所得的档案材料、信息、法律意见书等工作成果内容严格保密就显得尤为重要。

**紧密沟通、及时回馈原则。**在律师与客户之间、律师团队内部以及与其他部门之间保持密切联系，由于不良资产处置中往往涉及多方当事人，资料核查又涉及多个部门

不同主体，因此与各方保持紧密联系才能保证调查报告的及时性和准确性。此外，应当将相关的信息及时回馈给客户和有关人员，尽量采取书面形式以确保信息的准确性及可查性。

**团队协作、整体统筹原则。**尽职调查是一项工作量繁重的工作，主持律师一定要整体协调，抓住重点的同时，统揽全局。不仅需要考虑到每个岗位和工作安排合适的人员，还需要把握尽职调查的整体节奏和整体人员情况，包括客户、律师事务所、主办律师、成员、主管管理部门、其它中介机构等一系列可能接触的人员。

### 业务流程

尽职调查主要包括前期准备阶段、档案调查阶段、出具法律意见书阶段、交付工作成果及收尾会话。

**前期准备阶段。**主要是明确客户的需求，究竟是为处置方还是收购方服务，对于律师专项服务费的付款金额、计费方式、付款方式和付款时间予以明确，以防止后期产生纠纷影响不良资产处置的进程。同时对于团队律师进行必要的培训也是十分必要的，让调查人员掌握基本的技巧和专业技能。最后安排合适的律师从事相关的工作，从而起到事半功倍的作用。

**档案调查阶段。**这是尽职调查的实质性会话，档案调查的质量直接关系到尽职报告的撰写质量和不良资产处置顺利进行。首先，审阅客户的档案材料包括其中的合同、借据、收据、权属证书，确认债权债务关系是否合法有效，其中是否存在瑕疵等问题。其次，查询借款人的工商登记信息以及工商内文件。再次，需要了解知识产权的情况，逐一核对相关的权利证书，登陆相关部门网站核实信息的真实性、准确性和有效性。最后需要核实债权的诉讼及执行情况。

**出具法律意见书阶段。**审查资料、出具法律意见书阶段是在前期准备、档案调查之后的第三个重要阶段，也是对律师法律知识要求最高的环节。其中，在档案调查之前初步的资料审查尤为重要，这直接决定了尽调的质量高低，但更重要的还是体现在出具法律意见之时，因为这是直接交付给客户的主要成果之一。

**工作成果的交付及收尾会话。**所调查的材料原件和法律意见书原件做为工作成果要及时、完整的交付给客户，

在交付之前，还要对所调查的材料进行整理，以利于客户及其它中介机构能便捷的利用调查资料，同时从保护律师的利益出发，在交付时应要求客户要签收，以作为律师成果交付、完成任务的凭证。在客户进行审查之后，根据其需要，可能会要求律师机构进行相应的修改，律师应视情况提供协助，有必要的还要对个别问题再进行调查或研讨。在整个尽职调查工作中，应至始至终充分的考虑客户的利益，以说明客户追求最大的利益，才能赢取客户的信任，并完成律师的使命。

### 知识产权尽职调查中的注意事项

如今的调查范围主要包括专利权、商标权、著作权、计算机软件著作权、集成电路布图设计权、植物新品种权等,其中应当关注如下的知识产权基本情况<sup>[4]</sup>：知识产权资产权利的法律文件、权属有效性文件或者其他证明数据；知识产权资产特征和使用状况，历史沿革以及评估与交易情况；知识产权资产实施的地域范围、领域范围、获利能力与获利方式，知识产权资产是否能给权利人带来显著、持续的可辨识经济利益；知识产权资产的法定寿命和剩余经济寿命，知识产权资产的保护措施；知识产权资产实施过程中所受到相关法律法规或者其他限制，知识产权资产转让、许可使用、出资、质押等的可行性；类似知识产权

资产的市场价格信息；其他相关信息。

在从事知识产权尽职调查工作中应该熟悉我国《物权法》、《担保法》以及知识产权管理部门、金融管理部门对于知识产权质押融资的相关规定，具体做到以下几点：

◎查验知识产权所有权，需要查阅其所有权的登记状况，并确定所有权登记与债务人是否一致，若特定知识产权通过许可方式获得使用或者授权他人使用的，还需要进一步了解详细情况，例如许可的类型是独占许可、普通许可还是排他许可；许可的地域范围、时间期限以及种类和类别；是否允许分许可、转许可；此外还需要查阅相关的授权许可档<sup>[5]</sup>。

◎了解潜在的风险，主要是评估所有权或者使用权是否存在权利瑕疵、诉讼风险以及被无效、撤销的风险。

◎知识产权的评估定价，发明专利的生命周期及市场前景以前该项技术的不可替代性，商标的市场评估价值及可变性能力，这些因素都直接影响着知识产权的价值。

### 结语

当前商业银行不良资产处置市场巨大，而知识产权尽职调查业务方兴未艾，律师凭借专业素养可以为不良资产做出合理的判断，为资产评估和定价提供参考，从而促进不良资产的处置和收购。



[注] 4. 中国资产评估协会：《知识产权资产评估指南》，<http://www.cas.org.cn/pgbz/pgzc/51020.htm>。

5. 戴秧、梁帆、刘宗巍、赵福全：《浅谈企业知识产权管理者如何开展尽职调查》，载于《中国发明与专利》，2013年第4期。

# 金融不良资产收购估值与定价的实践浅析

文 毛剑 中国东方资产管理股份有限公司深圳分公司

金融不良资产简称NPL (non-performing loan)，是指按贷款五级分类法，银行持有的次级、可疑及损失类贷款。银行产生NPL是一个持续的过程，一般交由银行的资产保全部门或特殊资产管理中心专门盘活、清收或处置。近年来，由于多种因素叠加，NPL比例持续上升，全国银行的NPL总量超过1.3万亿人民币。在自身无法及时消化持续增加NPL的情况下，许多银行向AMC (Asset management companies) 即资产管理公司批量转让NPL。而AMC由于自身体量及消化处置能力有局限性，在收购NPL后，基于多种目的，又选择向社会投资者公开转让NPL，AMC充当了NPL批发商的地位。因此，社会投资者势必面临如何对NPL估值和定价的问题。由于NPL的处置涉及许多法律问题，因此，执业律师在NPL的收购和处置中发挥了重要的作用。执业律师在精通法律规定和司法实践外，掌握NPL收购估值及定价方法，有助于帮助投资者减少投资风险、提高处置回收效率。本文从实践操作的角度，总结、归纳NPL估值与定价的常用方法，有助于进一步提升执业律师为社会投资者的服务能力。

## NPL之转让目的

作为社会投资者，必须摸清转让方在某个特定时期的转让目的。NPL的原始转让方为银行，不同时期的转让有不同的目的。1999年，国务院授权财政部出资，分别成立了中国信达资产管理股份有限公司、中国华融资产管理股份有限公司、中国东方资产管理股份有限公司、中国长城资产管理公司四家AMC，分别对口收购了中国建设银行、中国工商银行、中国银行、中国农业银行的NPL。此次为政策性剥离与收购，国家不计成本按照本金1:1的价格出资通过四家AMC收购了银行的NPL，目的是使四家国有银行轻装上阵、走上市发展道路。

2004年至2005年，中国银行、中国建设银行及中国工商银行陆续向AMC进行了第二次批量转让NPL，系为了进一步减轻国有银行的NPL压力，并引入了AMC向银行竞争性报价的机制，属于半政策性、半商业化的收购模式。此后，银行NPL向AMC的转让均属商业化的NPL交易，由银行和AMC依照自主经营、自担风险和损失的原则转让及收购NPL。

经过十几年的处置，AMC对外转让的NPL大多属于商业化收购的NPL。一般而言，AMC对外转让的NPL大多

属于自身难以回收的，或短期内难以回收的，其对外转让NPL的主要目的不外以下几种：

一是整包收购处置后剩余债权整体打包以实现内部财务清算。AMC收购NPL一般为整包收购，自主回收一部或大部分后，如不能清包，整包的财务收益无法核算。因此，只有将剩余NPL打包出售，方可实现整包盈亏清算。此种目的下，又分二种情况：一、前面回收的已经回收成本，尾包转让快速实现收益或超额收益；二、整包的成本和收益已经实现，尾包转让纯属清包，转让价格极低。

二是NPL存量过大，会计年度内需快速变现应对现金流考核。AMC收购NPL后，内部有收购资金成本兑付考核压力和会计年度的利润考核压力，以保持良好的流动性。此种情况下，转让的NPL质量一般较好，定价亦不低。

社会投资者要分清转让方的转让目的，方可有针对性作出估值、定价与出价判断。

## NPL之收购目的

在NPL市场上，有多种收购目的，不同的收购目的决定了收购方估值与定价的方式、方法的差异。总结社会投

投资者的收购实践，有以下6种收购目的：

一是财务性投资。低买高卖赚取差价，或通过自主处置、清收实现高回收。此种目的估值定价一般较为谨慎、保守。二是战略性持有。某些社会投资者看中NPL中的重点资产，其自身从事与此相关的同类行业，通过低价收购NPL持有资产，等待行业上升后获取重大利益。如煤矿行业不景气时，仍有投资者专门收购有采矿证的煤矿企业的NPL，等待行业复苏。此种目的的估值定价有较强的出价优势。三是企业及资产重组。在破产重整、破产清算等过程中，经常有企业重组方或资产重组方收购NPL，以期获得更多的表决权份额。四是对冲债权债务。五是收购成功后，通过关联交易实现避税需要。六是受托收购为债务人保全资产。执业律师了解收购方的目的后，可有针对性指导收购方对NPL估值与定价所涉及的定性和定量分析。

### NPL之估值

长期以来，NPL估值是一个业界很难把握的课题。转让方的估值是卖方估值，卖方一般要聘请外部评估机构介入，对NPL完成法律尽职调查后，由专业评估机构进行估值，再交由转让方作区间值内部定价决策程序后，对外公开转让。

本文要阐述的是买方估值，一般要遵循以下几个资产发现原则：

从档案材料中发现并核实已显现的资产。转让方要对潜在买方公布资产档案，档案中会记载已显现的资产线索，包括种类、数量、存放区域、法律限制状态。之后，实地调查并查询、核实现状，以此作为可确定估值的基础资产。

潜在买方发现而卖方未发现的其它资产。NPL实践中，潜在买方往往发现卖方未发现的其它资产。对此，潜在买家应将其作为竞争性报价的辅助资产基础。

未经核实或未能定性的资产不能作为基础资产纳入估值范围资产。

发现完成后，下一步是资产估值，笔者认为作为不良资产中的可变现资产估值应遵循以下原则：

一是流动性强资产估值应贴近市场交易价。如上市

的可流通股票，可请教券商等专业机构，用大宗交易的方式变理估值较为稳妥，并通过券商等机构寻找到意向的大宗交易买方，锁定大致的交易价格区间。反之，流动性差的资产如在建工程，应以建造价加合适利润的方式予以估值，切不可以其已预售的价格进行估值。

二是土地和房产可根据区域和功能以强制变现方式估值。强制方式和自由交易方式的估值结果有较大的差别。强制方式变现不动产时，竞买者要在成交后的瞬间交付全款，不能按揭，因此准入门槛较高，导致不动产的受众不如自由交易方式下广，因此影响了其市场成交价格的上升。因此，强制方式下的估值可参考当地同时期的市场成交规律。

当然，我们也对包括土地、房产、机构设备在内的资产以市场成交价、折旧法、重置成本法、收益法等进行估值，再将不同方法下的估值作交叉对比，以找出共同点和差异点，并校正我们的分析和判断。

三是对估值资产的市场价格趋势作谨慎预判。在资产价格上升趋势明显的情况下，资产估值要贴近市场价；在资产价格上升趋势不确定的情况下，资产估值的折扣要加大；在资产价格处于下跌趋势时，资产估值要大幅折扣。

四是受到多重查、冻、扣措施的资产估值视情况予以折扣估值。除了有优先权资产可按常规估值外，但凡有多重查、冻、扣措施的资产，一定要核实处于轮候的其它债权人的债权份额，切不可抱着一家得的方法来估值。

五是估值时充分考虑税费负担的扣减因素。国家对土地、房产升值所收取的税费较高，近十年间，土地、房产已大幅升值，对此应按照超额累进税率予以扣减其变现的价值。

六是结合收购目的辅助估值。前述了五种不同的收购目的，不同的收购目的，对资产的功能、效用和估值亦大不相同。如买方为财务投资者，应遵循快速变现下的安全估值原则；如为企业重组者，应统盘考虑重组成本和代价，固化收购成本。

应采取高、中、低三种的估值方法。

每一笔NPL应采取高、中、低三种估值方法，从而得出资产包的三种估值结果。估值就是得出其瞬间的现金价值，为下一步的定价打基础。

## NPL之定价

在对NPL所包含的资产完成估值的情况下，下一步就是定价以便向卖家出价。笔者根据多年的NPL实践，认为可参考以下方法定价：

### 估值折现

假定NPL中的资产估值累计为A，则投资者应综合以下成本和收益予以折现：收购资金年化成本率（B）、年化费用率（百元现金回收费用率C）、预计的年化收益率（D）、处置期限（F）。则估值折现 $=A \div (1 - (B+C+D) \times F)$ 。

其中，年化费用包括了管理费用、业务费用和人员费用，年化费用率体现了投资者管理和处置NPL的能力，能力越高，费用率越低。每一笔NPL的估值折现累加构成了整个NPL包的折现值。

### 与买方估值进行碰撞

买方估值进行过程中，卖方估值一般已经完成。卖方为了提高NPL出售的成功率，大多数情况下会向意向买方交代出售的起步价。因此，买方可将自身估值与卖方的底价进行碰撞，以此检验估值结果的准确性，并可就重点NPL的估值与卖方商榷，并调整自身的估值与折现。

### 根据潜在的竞争买家确定定价上限

AMC推出NPL时，必须遵循公开程序，因而往往会吸引超过二家以上的买家，当形成竞争时，出价买家应考虑竞争性报价下的最高加价幅度。潜在买家能将报价提升到多高，完成取决于其收购资金成本、期望的年化收益率、处置变现能力、潜在资产的挖掘和发现能力。

从近年来的NPL交易来看，AMC向银行整包收购NPL的价格一般在本金的25%–35%区间中。因此，根据这个区间价，执业律师可协助社会投资者对NPL的估值和定价作出判断。

## NPL趋势展望

NPL反映了不同时期银行贷款质量的高低，它是经济的晴雨表。当然，NPL的增加要晚于经济的恶化，同样，NPL的改善也晚于经济的好转。执业律师在为银行、AMC和社会投资者收购、管理和处置NPL的过程中，发挥了重要的作用。今后一、二年内，各金融机构将会出现较多的NPL，市场机会较多，包括执业律师在内的NPL从业者应控制好风险、把握好机会、审慎投资、守住底线，而风险控制的第一关就是估值和定价。



## 环境保护行政程序中的新常态问题【上篇】

文 曹叠云律师 上海市君悦（深圳）律师事务所  
王彪律师 刘元律师 广东深田律师事务所

### 案情简介

2012年12月，经群众举报，东莞市远筑市政工程有限公司（以下简称“东莞远筑公司”）往深圳市公明水库旁200米处倾倒垃圾。2012年12月30日，公明执法队执法人员赶到现场，对3辆正在倾倒垃圾的车辆进行控制，并由当地公安机关介入调查发现：东莞远筑公司与东莞市南城区公用事业服务中心（以下简称“南城区服务中心”），签订了一份关于清运东莞市蛤地垃圾填埋场内垃圾的工程发包合同书。

合同约定：东莞远筑公司须对垃圾填埋场内的垃圾进行清理及外运至外市进行无害化处理，并由南城服务中心对东莞公司的清运工作进行每月不定期检查、监督。开工后，因东莞远筑公司固有车辆及人员有限，东莞远筑公司的实际控制人张开林分别与张开平（存疑未起诉）、廖灿发达成分包协议，约定每吨垃圾运输的价格，但未要求对垃圾做无害化处理。

2012年11月至2012年12月30日期间，廖灿发与王祥（另案处理）通过麦玉玲的许可，带领廖灿发名下的车队及东莞远筑公司的车队从东莞市南城区蛤地垃圾填埋场运送大量垃圾倾倒至公明水库旁200米处，非法占用该农用地，造成该区域严重污染。涉案人员张开林、廖灿发、麦玉玲，已经由深圳市公安局光明分局侦查终结，深圳市宝安区人民检察院以涉嫌非法占用农地罪，向深圳市宝安区人民法院提起公诉，张开林、廖灿发判处有期徒刑三年缓刑四年，麦玉玲判处有期徒刑二年缓刑三年（注：案号：(2014)深宝法光刑初字第00071号《刑事判决书》）。

事发后原告依法委托重庆市环境保护工程设计研究院有限公司出具了《深圳市公明水库4号坝下倾倒物环境影响评估报告》，委托广东巨正建设项目管理有限公司，编制

了《工程造价概算书》概算清运垃圾及治理该地块需要花费的金额。

深圳市光明新区城市建设局作为被污染区域的环境主管部门，在本案中作为公益诉讼原告，深圳市宝安区人民检察院作为本案的支持起诉方，后又增加中华环保联合会作为本案共同原告参与诉讼。为防范涉案公司可能无力支付巨额环境治理费，从而保障环境得到有效治理，考虑到南城区服务中心、东莞市南城区办事处在本案中的实际作用，因此追加南城区服务中心、东莞市南城区办事处为本案的共同被告，共同承担因环境污染所造成的损失。

### 原告资格的认定

首先，我们探讨深圳市光明新区城市建设局原告身份的确立的问题，《民事诉讼法》第五十五条：“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。”《环境保护法》第六条：“一切单位和个人都有保护环境的义务，并有权对污染和破坏环境的单位和个人进行检举和控告。”

2010年6月29日，最高人民法院印发了《关于为加快经济发展方式转变提供司法保障和服务的若干意见》第十三段：“依法受理环境保护行政部门代表国家提起的环境污染损害赔偿纠纷案件，严厉打击一切破坏环境的行为。”除上述相关规定外，同时，尚有以下相关地方实践：

2007年12月，贵阳市中级人民法院发布《指定管辖决定书》，规定各级检察机关、“两湖一库”管理局、各级环保局、林业局等相关职能部门可作为原告向法院提起诉讼。

“

在我国的司法实践中，检察机关作为环境公益诉讼原告的案件已经多有出现。例如，山东省乐陵市人民检察院对被告范某通过非法渠道非法加工销售石油制品，损害国有资源，造成环境污染，威胁人民健康，影响社会稳定，提起诉讼，最终获得胜诉；又如，四川省阆中市检察院对该市群发骨粉厂环境污染损害纠纷一案提起诉讼并且胜诉。

”

2008年5月，无锡市两级法院成立环境保护审判庭与合议庭，受理检察院、环保部门、环保社会团体及社区物业管理部门提起的诉讼。

2008年11月，昆明市环保局、公安局、检察院、中级人民法院联合发布《关于建立环境保护执法协调机制的实施意见》，规定环境公益诉讼的案件由检察机关、环保部门和有关社会团体向法院提起诉讼。

综上，从现有的法律规定和司法实践来看，环境保护行政主管部门作为环境公益诉讼的原告得到了不同程度的支持，是可行的。

### 检察机关有可为

《民事诉讼法》第十四条：“人民检察院有权对民事审判活动实行法律监督”，第十五条：“机关、社会团体、企业事业单位对损害国家、集体或者个人民事权益的行为，可以支持受损害的单位或者个人向人民法院起诉。”

《全国人民代表大会常务委员会关于授权最高人民检察院在部分地区开展公益诉讼试点工作的决定》规定，为加强对国家利益和社会公共利益的保护，第十二届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议决定：授权最高人民检察院在生态环境和资源保护、国有资产保护、国有土地使用权出让、食品药品安全等领域开展提起公益诉讼试点。试点地区确定为北京、内蒙古、吉林、江苏、安徽、福建、山东、湖北、广东、贵州、云南、陕西、甘肃十三个省、自治区、直辖市。人民法院应当依法审理人民检察院提起的公益诉讼案件。

2015年12月16日最高人民检察院第十二届检察委员会第四十五次会议通过的《人民检察院提起公益诉讼试点工作实施办法》第一条：人民检察院履行职责中发现污染环境、食品药品安全领域侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，在没有适格主体或者适格主体不提起诉讼的情况下，可以向人民法院提起民事公益诉讼。

2015年7月31日，广东省检察院审议通过《广东省检察机关提起公益诉讼试点工作实施方案》，广州、深圳、汕头、韶关、肇庆、清远6个市的检察院被确定开展试点工作。

根据上述规定应该肯定的是，检察机关作为环境公益诉讼的适格原告主体是没有任何争议的。

在我国司法实践中，检察机关作为环境公益诉讼原告的案件已经多有出现。例如，山东省乐陵市人民检察院对被告范某通过非法渠道非法加工销售石油制品，损害国有资源，造成环境污染，威胁人民健康，影响社会稳定，提起诉讼，最终获得胜诉；又如，四川省阆中市检察院对该市群发骨粉厂环境污染损害纠纷一案提起诉讼并且胜诉。

不仅如此，一些地方还出台了专门的规定，明确检察机关的环境公益诉讼原告地位。从新民诉法实施以来，很多地方的检察机关不愿意作为原告直接提起环境公益诉讼，一方面因政府财政支持力度不够，涉及环境影响评估、鉴定等费用较高，另一方面因环境案件技术性太强，因此，虽然上述规定检察机关可以向人民法院提起民事公益诉讼，但实践中大部分的检察机关是作为支持起诉方参与民事公益诉讼。

追加东莞市南城区公用事业服务中心、南城区办事处为本案被告。公用事业服务中心、某区办事处系属于该案中垃圾处理发包方，对垃圾的处理未尽到应有的监督管理职责，另外考虑到东莞市南城区服务中心、东莞市南城区办事处在本案中的实际作用，增加责任承担主体有利于环境治理的顺利进行。

协调中华环保联合会加入本案诉讼成为原告。经过与基层法院的反复沟通，我觉得基层司法机关个别人依法支持环保意识尚待加强，对于环境公益诉讼尚待充分重视，本案中光明城建局作为环境保护行政主管部门依法提起环境公益诉讼，是适格的主体，但基层法院个别人多次提出主体适格问题，为了诉讼的顺利进行，为了我们的诉求能

够得到支持，于是在律师的协调下向法院申请中华环保联合会加入诉讼。

### 管辖权之争

本案被告东莞市南城区公用事业服务中心为拖延时间，在答辩期间向宝安法院提出管辖权异议，认为本案属于环境侵权公益诉讼案件，《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第六条规定：第一审环境民事公益诉讼案件由污染环境、破坏生态行为发生地、损害结果地或者被告住所地的中级人民法院管辖。即本案应由深圳市中级人民法院管辖，宝安区法院无管辖权。

但本案是2014年5月9日立案受理，《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》于2015年1月7日起施行，故本案不适用上述解释，宝安法院对本案有管辖权，管辖权异议被驳回后，被告又向深圳中院提起上诉，现管辖权异议正在深圳中院审查期间。

### 律师观点

明确提起诉讼的条件，选择适格的主体，扩张对当事人的认定。适当扩大公益诉讼案件中的主体，为了保护他人的民事权益不受非法侵害而进行诉讼的机关和组织都能

成为公益诉讼的当事人，使公益诉讼“师出有名”。积极引导和协调相关机关和组织参与环境公益诉讼。

**善假于物。**在司法实践中，法学界专家学者的法律意见容易受到关注和重视，组织法学专家和学者对重大的法律疑难问题和社会热点问题发表专业意见，并通过有效的渠道反馈至法院和庭审法官的面前，能够帮助法院和法官了解更多的关于案件的不同观点，引导法官正确的适用法律。在开展公益诉讼的过程中必要时要积极争取法学专家的支持，以座谈会、研讨会、专家论证会等方式支持公益诉讼。联系相关的媒体机构，让案件得到更多人的关注和支持。

**突破陈旧审判观念不习惯。**有个别地方的法官在裁判案件时形成了“只惟上”的审判观念，养成了“机械化”的审判习惯，在这种习惯之下，法官要作出判决，需要的好像不是法律，而是最高院的“司法解释”，上级法院的“内批”，其他法院的“先例”。严格的来说环境方面的公益在深圳一个也没有，如果严格按照“司法解释”或上级法院的“内批”，全国很多地方的环境公益诉讼将无从做起，新民诉法第五十五条有关民事公益诉讼的内容形同虚设；在民诉法修改之前还有些地方的检察机关主动提起民事公益诉讼，但民诉法修改之后，全国至今没有一个环境公益诉讼的案件是检察机关主动提起的，这就严重阻碍了环境公益诉讼的发展。



# 从中外家族信托看浅谈国内家族信托之发展

文 王志辉律师 广东卓建律师事务所

信托起源于英国，迄今已经有几百年的历史。著名法学家FW梅特兰曾经感叹道：“衡平法最大和最重要的贡献，就是创造和发展了信托……这可能是英国法律人最突出的成就。在我们看来，信托几乎是文明社会的基础，而在外国法律中没有任何与之相似的东西。”

在英美法系的王国里，无论是财产法、合同法、侵权法等传统法律部门，还是商法、银行法、证券法、保险法、投资法等新兴法律部门，都离不开信托；而且要追溯英美法系的发展轨迹，就无法绕开信托。因此，可以把信托与大陆法系的法律行为理论相提并论。事实上，在英美法系里，信托正如法律行为理论一样，具有统摄财产法、合同法、侵权法、婚姻法、继承法、金融法、投资法等诸多具体部门法的功能。如果一定要在英美法里找出如大陆法系的民法总论，信托就是比代理制度还重要的内容。

在国内，信托作为舶来品，一直采用“单一资金信托计划”和“集合资金信托计划”这两种主要形式进行表现。但随着证券类信托大幅萎缩、信政合作业务收紧、房地产项目放缓以及金融同业竞争的加剧，信托转型迫在眉睫。于是，“家族信托”开始成为信托公司金融创新的一个主要方向。

也正是基于此，这几年，家族信托忽然变得很热，很多从事财富管理的机构包括银行、保险及信托从业人员纷纷加入到传播家族信托伟大意义的行列。家族信托同样在律师界引发热潮，一些有前瞻性的律师开始研究探索家族信托。

家族财富管理信托，又称家族信托（family trust），是以家庭财富的管理、传承和保护为目的，受益人一般为本家族成员。其设立主要用于解决财产跨代传承问题，尤其是使家族企业实现有效、平稳的家族股权转让和管理。

笔者认为，研究国内家族信托应当先从海外家族信托开始。笔者用图表形式做对比，让大家对这国内外家族信托一目了然。

VISTA信托基本结构

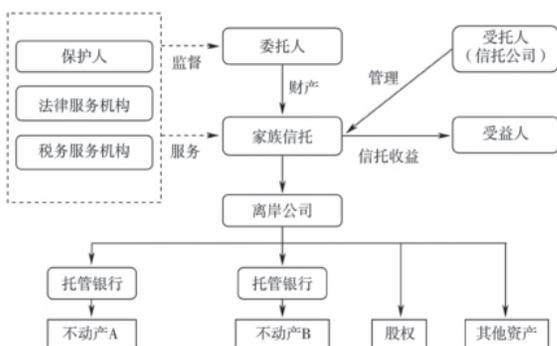


英属维尔京群岛（British Virgin Islands, BVI），位于大西洋和加勒比海之间，行政权力来自英国女皇，由派驻当地的总督代行权利。BVI以金融服务和旅游业为主导，近50%的政府收入来自离岸公司的牌照费。因在BVI注册公司可免缴诸多税项被外界当成“避税天堂”，其法律沿用英国普通法。BVI于1984年通过的《国际商业公司法》，为外商在本地设立离岸公司排除了法律障碍。在BVI设立公司，无注册资本最低限制要求，任何货币都可以作为注册资本。公司至少有1名股东和董事，无国籍和居住地限制。公司应有1名本地的合格注册代理人，提交股东签名的备忘录和章程后，通常只需1—2个工作日后即可注册成功。

BVI信托中的一般性原则起源于英国信托法，1961年生效的《受托人条例》是监管信托行业的主要法案之一，后有发展和突破，在原有基础上引入了现代财富管理方法，扩大了受托人的投资范围，延长了信托存续期，增加

了反强制继承规则等。2004年《特别信托法》正式生效，规定在BVI可以设立特别信托(VISTA信托)，即公司股东若用其股权设立信托，受托人直接持有股权，但不享有投票权及其他权利，上述相关权利由原股东和董事代为执行。该法案使得委托人既可以通过信托方式保护财产，又排除了受托人过多干预公司运营，因此对委托人更具吸引力。

### 离岸基本结构



离岸家族信托基本架构是对VISTA信托基本架构的细化。因为每个离岸国家或地区对受托人的主体限定范围、相关约束规则各不相同，因此对于受托人的选定、权利义务范围界定应当遵从所在地司法管辖区法律规定。为防范受托人风险，成熟离岸信托制度均对受托人进行了一定规范，通过发放牌照确保主体的合法性，同时引入保护人对委托人和受托人进行监督。

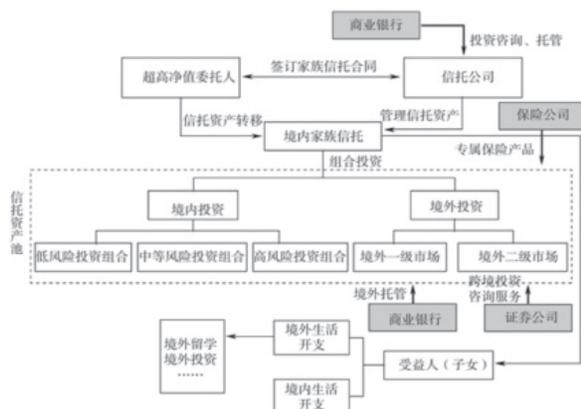
2015年12月17日，中国签署了《金融账户涉税信息自动交换之多边政府间协议》(以下简称“《多边自动情报交换协议》”)。截至2015年12月21日，共有78个国家签署该协议。另外，截至2015年12月11日，共有97个国家和地区承诺执行多边自动情报交换(即未签署《多边自动情报交换协议》)的只有19个国家)。

目前，世界上有大约3000多个避免双重征税的协定，其绝大多数都包括情报交换条款。但是，这些情报交换是依申请(非自动)进行的，并且需要提供涉税的证明材料，因此在实践中，其作用非常有限。而《多边自动情报交换协议》签署后，2017年9月，中国个人及其控制的公司已在56个国家和地区开设的银行账户信息(截至到2016年底的信

息)将会主动呈报于中国税务机关。2018年9月，中国个人及其控制的公司已在40个国家和地区开设的银行账户信息(截至到2017年底的信息)将会主动呈报于中国税务机关。这意味着像BVI、开曼、萨摩亚(圣基茨与尼维斯)、卢森堡等曾经的“避税天堂”将风光不再。

税收透明与公平是经济全球一体化的重要战略步骤之一，目的是打击税务犯罪、减轻税务负担、建设世界范围内的税务公平机制，让所有加入成员国享受到税收透明、公平带来的永久利益，这是个功在当代、利在千秋的伟大行动。当“避税”不再能够通过逃避、改变税收管辖区实现时，曾经设立的离岸信托或未来再设立的离岸信托都应当重新定义它的功能与目的，而不应当盲目相信离岸信托才是家族信托的唯一选择。

### 国内家族信托国际化业务基本结构



高净值人群一般指金融资产净值在600万人民币(100万美元)以上的个人。胡润研究院发布了《2014-2015中国超高净值人群需求调研报告》，将中国超高净值人群上榜门槛设定为20亿元。从上图可以看出，目前国内家族信托的门槛将委托人定位为超高净值人群，这部分人群是信托公司青睐的客户，总体数量约为1万7000人。但如果将这1.7万名客户平均分配到68家信托公司，每家公司仅能分得250名客户，而这只是准客户，能够真正转换成为客户的比率很低。如果客户群不能进一步打开，国内家族信托将很难真正开展，有形同虚设之嫌，因此家族信托降资金门槛势在必行。

2014年5月4日，由中信集团金融板块旗下的中信信托和信诚人寿联袂推出的国内首款保险金信托问世。该产品的具体原理如下：首先客户购买的是一款高端终身寿险，该寿险以全残或死亡为给付条件。客户在购买保险产品的同时，与信托公司签订信托协议，在发生理赔之前，投保人的保险金都在保险公司，并以对保险理赔金的请求权设立信托。一旦发生约定的保险事故，保险理赔金就进入信托公司转化为信托资金，信托公司将按照信托协议中投保人事先对保险理赔金的处分和分配意志，长期且高效地管理这笔资金。在保险事故发生前，投保人可以按照自己的意愿修改信托协议。

2015年底，信诚人寿和中信信托携手将原有合作业务升级，推出了首款生存保险金信托产品，宣告中国保险金信托进入“2.0时代”。这款产品可接受保险给付的生存金直接进入信托，在资产获得保全与持续增值的同时，通过信托合同约定的受益人可以在特定情况下获得信托资产。将生存保险金纳入信托，不仅是给予生存金更高的回报，更重要的是能够让信托的实质管理更早启动和接入，提供时间更长，专业化、系统化、个性化更强的财富保护和管理，充分契合家族传承所需要的延续性和长期性。

作为财富传承的两大利器，人寿保险和家族信托向来都是高净值人群的重要选择，而作为“保险+信托”的保险金信托，自诞生日起就同时具备了保险和信托的双重优势，同时资金门槛可以降低到年交保费几十万，打破了只有少数人才能设立家族信托的神秘禁区。以生存金保险金

信托为例，年交保费30万即可成立信托基金。

无论是委托人与信托公司直接设立家族信托，还是通过保险账户连结设立家族信托，两种方式的家族信托资金的投资领域都是相似的。即它们可以投资于境内，也可以投资于境外。国内投资范围非常广泛：货币市场工具、金融同业存款、高评级债券和ABS、大型金融机构提供信用增级的金融产品、评级为AA+以上大型国企提供信用增级的金融产品、证券公司发行的资产管理计划、受托人发行或管理的低风险信托产品、资产管理计划产品、其他具有一定安全性并且法律法规允许投资的短期金融产品以及监管部门许可的其他金融产品等。

至于境外投资，家族信托资金可以投资境外一级市场、境外二级市场。对于境外一级市场的投资，通常通过国内银行设在境外的银行或有相关托管协议的银行进行资金托管、聘请境外知名投资银行或投资咨询公司进行投资论证，借助QDII、QDIE、QDLP和人民币国际投资资质进行境外投资，或通过设立境内外子公司进行全球化资产配置。无论是境外一级市场还是二级市场投资，都体现了信托公司国际化业务的管理能力。

目前国内有一种论调，认为家族信托只有在国外设立才够安全，持这种观点的人士忽视了自身的状况与需求，盲目认为海外家族信托就是好，但又说不出好在哪里。很多中国富人嘴上讲海外家族信托好，但实际并未在海外设立家族信托，更多的是通过购买海外房产进行资产配置，其实他们不知，风险识别是设立家族信托的首要因素。基于国内金融业

严格监管的原因，国内信托公司风险控制普遍较好，而信托资金也会通过多种渠道分散风险，直接或间接投资于境内或境外，使得委托人在国内设立信托后同样可以享受投资全球带来的收益，从风险控制角度和信息透明角度考虑，国内家族信托显得更值得信赖。

国内家族信托始于2013年，目前仅仅走过3个年头，但创新的速度确实前所未有，而且有大行其道之势。本文对家族信托做粗浅分析，希望能够与从事这个领域的有识之士做进一步探讨。



# 浅析完善酌定量刑情节司法适用标准

文 覃俊翔律师 广东深宝（前海）律师事务所律师

我国刑法规定的量刑情节分为法定量刑情节和酌定量刑情节。由于刑法及相关司法解释对酌定量刑情节及其适用的规定不够明确具体，导致不同审判人员在具体适用时作出不同的裁判结果，出现“同案不同判”的情况。本文拟对酌定量刑情节的司法适用标准在实践中存在的问题及完善进行探讨。

在刑事司法实践中，刑事审判人员适用酌定情节情形是比较普遍的，因此酌定情节的正确运用对实现个案的公平正义有着重大意义。但是，目前我国关于酌定情节的相关理论和制度并不完善，而存在着较多的问题。

## 缺乏统一的司法使用标准

酌定量刑情节是审判机关根据立法精神从审判实践中总结出来的、理论界和实务界普遍予以认可的量刑情节，但没有被刑法及相关司法解释明文规定。在最高人民法院推行量刑规范化改革之前，一些地方法院积极探索量刑规范化改革，在现行法律框架内出台了一些量刑规则供法官参考适用，有些法院制定的量刑规则比较科学合理，具有较强的可操作性，很好地规范了法官的量刑裁判。但一些相对落后地区的法院，往往习惯于遵守传统的量刑模式。

因此，就全国而言，酌定量刑情

节的适用还处于割裂、分化的状态，各地区司法实践中所涉及的酌定量刑情节的适用没有统一的标准。对于一些难以界定的量刑情节，是否属于酌定情节，无法明确，各种不规范问题便有了滋生的土壤，也给司法腐败留下了可操作空间，严重影响了法律公平正义目标的实现。

## 适用随意化导致“同案不同判”

刑事审判人员对酌定量刑情节不够重视，导致在量刑时不能根据案件具体情况和被告人的个人情况来实现个案正义，甚至一些案件的审判结果经媒体曝光以后，社会民众普遍认为刑罚不当，难以接受，因而引起极大的争议。例如轰动一时的许霆案，在最终的判决结果中，法官适用了酌定量刑情节，使许霆最终只获刑5年；而与许霆案如出一辙的云南何鹏案，法官在判决中却未适用任何酌定量刑情节，被告人被判处无期徒刑。如此相似的案件，却有相差甚远的结果，难免给人们造成一种量刑随意的印象。

由于我国法律、司法解释以及最高法院的量刑意见等涉及酌定情节的规定较少，一些法官在处理没有规定的酌定情节时常常根据自己的个人经验予以简单粗略地适用，在制作的量刑评议表中，酌定情节应当占据多大的量刑比值，基本没有涉及。另外，

还有很多实践中的个案冲突，正是由于酌定量刑情节没有统一的适用标准，适用与否，适用的尺度不同就会导致同案不同判的情况。

如此一来，人们自然会对法律产生质疑，或怀疑案件审理过程中存在枉法裁判，或质疑法官的专业素质不够，乃至发生上访现象，这对司法机关的整体形象影响很大，也会使人们心中“法律面前人人平等”的原则产生动摇。

## 法官队伍结构不合理

据了解，有的地方基层法院一年办理的刑事案件通常有上万件之多，然而承办刑事审判的法官数量有限，一年减去正规的节假日和正当事务请假，一个法官往往只有一天的时间去办理一个案子，而在这一天的时间中要完成查阅案件卷宗、开庭、对被告人进行询问、作出最终裁决并下判决书等事项，时间根本不够用，为了确保结案率，法官们也只得加紧办理结案，其结果可想而知。在实际的办案过程中，法官们通常只注重考量案件中存在的法定量刑情节，酌定量刑情节根本无暇顾及。审判业务作为人民法院的主要业务，法官队伍结构不合理，法官人数不足是影响办案质量的直接原因，也是无法顾及酌定量刑情节的重要原因。刑事案件所涉及酌定

量刑情节的处理，很大程度上取决于案件承办法官的法律水平，由于我国刑法实行相对确定的法定刑制度，而酌定量刑情节对量刑又影响较大，这就赋予了法官较大的自由裁量权，导致出现滥用酌定量刑情节的现象。

酌定量刑情节和法定量刑情节一样，在刑事审判活动中起着调节基准刑的作用，并影响案件的最终量刑。上述问题的存在，严重损害了酌定量刑的操作性、公正性，建议从以下几个方面进行完善：

#### 酌定量刑情节适用标准之立法完善。

酌定量刑情节虽然没有明文规定，但却有着应用上的法律依据，实际上是具有法定性的。我国刑法的基本原则之一是罪刑法定原则，人民法院的司法活动应当严格按照我国刑法的明文规定进行，将酌定量刑情节有步骤地予以具体化、明确化，使之既符合我国法治建设的方向，又有利于司法机关严束司法，在一定程度上可以杜绝滥用自由裁量权的现象。

笔者认为需要立法予以明确的酌定量刑情节主要有：1.犯罪的动机

和目的；2.犯罪的手段和方法；3.犯罪的环境和条件；4.犯罪侵害的具体对象；5.犯罪者犯罪前的一贯表现；6.犯罪者犯罪后的态度；7.是否有被害人过错及其过错程度。事实上，司法实践中出现的酌定量刑情节远不止以上七种，但是以上七种确属最为常见和便于法官认识 and 理解的，因此，先将以上七种情节写入我国刑法，其他酌定量刑情节则结合司法实践的具体情况逐步写入我国刑法。另外，我国刑法还需要进一步规定酌定量刑情节适用的原则和规则，为酌定量刑情节的规范适用指明方向。

#### 部分酌定情节司法化。

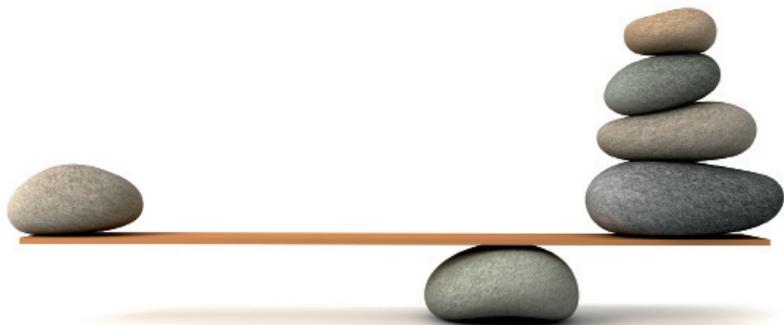
即通过司法解释、补充规定的方式对部分酌定量刑情节司法化。司法解释相较法律的修改有很大的灵活性，不须经过严格的法律程序，且对现实生活的反应较快，可以将一些具有普遍适用性的酌定量刑情节用司法解释的方式做出规定，使其具有规范性和明确适用性。同时，相对于案例指导，司法解释更具有权威性，效力仅次于刑法条文本身和立法解释，对

于酌定量刑情节适用的随意性有很大的制约作用。

#### 酌定量刑情节的判例制度化。

在我国判例虽然不属于正式的法律渊源，但法官们却常常去参考原来类似案件的处理方法，因为使用类似的处理方法可以类比法官个人的分析推理过程。因此，建议最高人民法院可以将最具有代表性并处理得当的判决汇编起来，并加注原审法官在审案过程中的推理过程、著名专家学者对案件的理论分析等内容，引导广大法官在具体适用酌定量刑情节时进行参照，这样会减少审判工作中的分歧，避免因审判人员对酌定量刑情节的理解不同而造成量刑上的较大差异。判例作为一种过往的司法实践，虽然不像法律条文一样对法官的审判活动起着直接的约束作用，但它却以一种公平正义的基石对法官的审判有着无形的制约和影响，使法官潜意识中认为自己对该案件的处理要接近于判例，而不至于出现较大偏离。判例制度正是在这种无形的对比和制约中对酌定量刑情节的规范适用起着促进作用。

综上，刑事审判实践中量刑活动对最终的裁决结果是否公平正义有着终极意义，而酌定情节的准确运用则对最终宣告刑的决定有着重要意义。目前由于酌定量刑情节缺乏明确的司法适用标准，存在着适用随意化、法官队伍结构不合理等问题，因此，要想从根本上改变这一状况，还需要通过建立真正的理论水平高和实践能力强的法官队伍，并通过立法化、司法化、判例制度化等来逐步完善，从而不断提高我国司法量刑活动的公正性。



## 评析《刑事审判参考》第1075号案例中的非法买卖枪支、弹药罪

文 贺明峰律师 广东格明律师事务所律师

枪支犯罪历来是我国司法机关严厉打击的犯罪之一，刑法也规定了较为严厉的刑罚。对于单纯的购买枪支、弹药行为到底是认定为非法买卖枪支、弹药罪还是定性为非法持有枪支、弹药罪，司法实践中争议非常大。

通过检索中国裁判文书网上的案例，可以发现有些法院将单纯购买枪支弹药行为认定为非法持有枪支弹药罪，有些法院将上述行为认定为非法买卖枪支弹药罪。最高人民法院主办的《刑事审判参考》总第103集公布的1075号案例（以下统称“参考案例”）将因个人爱好、以收藏为目的购买枪支、弹药行为定性为非法买卖枪支弹药罪。

笔者认为该认定超出了刑法条文所能涵涉的范围也不符合刑法的立法目的，因而不应当作为司法实践中参考适用依据。

**参考案例定性超出刑法条文含义所能涵涉的范围，更不符合刑法立法的目的，因而不能作为参考适用的依据。**

刑法第125条规定的“非法买卖弹药罪”中的“买卖”应当理解为具有流转交易性质的行为，而正是这种流转交易破坏了国家对特定物品的管制秩序，形成为刑事违法性的逻辑基础。因爱好、收藏、自用等目的购买枪支弹药的终极目的在于维持对枪支、弹药的持有，而不是实现对枪支、弹药的传播与流转，对其行为不能认定为非法买卖弹药，而应认定为非法持有弹药罪。

首先，从文义解释的角度来看，买卖不应该包含单纯的购买行为。根据《现代汉语词典》的解释，“买卖”的本质特征是一种买进卖出的商业经营活动，仅仅是为自己使用而买入的行为无法称为“买卖”。社会公众对“买卖”一词的通常理解也是如此，所以，往往将“买卖”与



“生意”一词同义互用，“做买卖”也就是“做生意”。恐怕不会有人将单纯购买行为称作“买卖”，如买一本书称之为买卖一本书籍。所以，将单纯购买行为纳入“买卖”的概念范畴，就严重背离了刑法条文所能涵涉的范围，侵犯了国民预测可能性，违背刑法定主义的旨意。

其次，从体系解释的角度看，刑法第125条规定的“买卖”是否既处罚买方又处罚卖方并没有明确的司法解释或者立法解释。综合刑法条文的规定可以看出，如果刑法需要单独打击购买行为，一般都会单独规定罪名并且与销售行为在量刑上予以区分，如刑法第207条规定的非法出售增值税专用发票罪，最高法定刑为无期，而刑法第208条规定的非法购买增值税专用发票罪最高法定刑为五年有期徒刑。如果认为购买行为与出售行为具有相同的社会危害性，立法体例上往往会设置为选择性罪名并规定相同的法定刑。如刑法第171条的出售、购买假币罪，刑法第344条规定的非法收购、运输、加工、出售国家重点保护植物，国家重点保护植物制品罪等等。

另外比照毒品犯罪的司法认定，2012年5月最高人民

检察院、公安部发布的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定》规定：“贩卖是指明知是毒品而非法销售或者以贩卖为目的而非法收买的行为。有证据证明行为人以牟利为目的，为他人代购仅用于吸食、注射的毒品，对代购者以贩卖毒品罪立案追诉。不以牟利为目的，为他人代购仅用于吸食、注射的毒品，毒品数量达到本规定第二条规定的数量标准的，对代购者和代购者以非法持有毒品罪立案追诉。”毒品交易犯罪的核心乃是贩卖行为，如果仅以自用为目的的买入行为，不认定为贩卖而认定为持有。同理，在枪支弹药犯罪中，或者是出卖，或者是以出卖为目的的买入，才能成立买卖枪支弹药行为。如果既没有出卖事实，也没有出卖目的，无论如何，不能称之为“买卖”行为。单纯的购买行为，应当认定为非法持有行为。

再次，从社会危害性上看，对于买卖枪支弹药型犯罪，卖方与买方无论从主观恶性还是行为的客观危害分析，都相差悬殊。犯罪的本质在于侵害或者威胁法益，涉及枪支弹药犯罪危及的是社会公共安全，在非法买卖枪支弹药行为中，正是出卖者的出卖行为导致枪支弹药流失到社会上，为犯罪分子进行暴力犯罪活动提供了作案工具，致使爆炸、持枪抢劫、持枪杀人等暴力犯罪频发，严重危及到不特定多数人的身、财产安全。实际上，单纯的购买枪支弹药行为并不具有这些特征，一般当事人购买后予以存储或者把玩，其终极目的在于维持对枪支的持有，而不是实现对枪支的传播与流转，其行为并未引发枪支的传播与流动，因此，不能认定为非法买卖枪支弹药罪，而应认定为非法持有枪支弹药罪。立法着重打击的是出卖行为，买卖、贩卖、倒卖的重点在于“卖”，而不是单纯的“买”。

另外，行为人是否具有牟利目的本身影响行为社会危害性，从而影响行为的定性、最后直至影响量刑。例如刑法第363条、第364条分别规定了传播淫秽物品牟利罪以及传播淫秽物品罪，正因为主观目的的不同，导致行为的社会危害性、法定刑相差悬殊。因个人爱好、收藏或者正当使用为目的购买枪支、弹药，由于不是转卖牟利，不会导致枪支流转到不特定他人手中，因而在社会危害性上也远小于以牟利为目的的出售行为。因而参考案例所称的主观

上是否具有牟利目的不影响行为定性的说辞不能成立。

最后，从社会现象层面来看，如果将单纯购买枪支弹药行为认定为非法买卖枪支弹药罪，则非法持有枪支弹药罪的成立空间几乎被压缩殆尽。如果非法持有枪支弹药行为的持有源头不包括有偿的购买行为，而只能局限于无偿的拾得、继承、赠予等行为，而这些情形作为枪支弹药持有的来源形式是极其罕见的，这样一来，非法持有枪支弹药罪几乎无法成行，而非法买卖枪支、弹药罪则大行其道，这有悖于刑法谦抑理念。事实上，购买与继承、受赠、拾得一样，都作为枪支弹药持有的源头方式，应当被吸纳入枪支弹药持有犯罪的概念范畴中，作为非法持有枪支弹药罪的题中应有之义，否则，非法持有枪支弹药罪就成为无本之木、无源之水。

**将单纯购买枪支、弹药行为认定为非法买卖枪支弹药行为貌似维护了形式正义，但却失去实质正义，难以称之为公正。**

诚如张明楷教授所说，刑事立法是将正义理念与将来可能发生的事实相对应，从而形成刑法规范；刑事司法是将现实发生的事实与刑法规范相对应，进而形成刑事判决。作为解释者，心中当充满正义，目光不断往返于规范与事实之间。唯此，才能实现刑法的正义性、安定性与合目的性。

以收藏为目的购买一支气枪放在家里为例，根据参考案例的观点应当以非法买卖枪支罪定罪并处三年以上十年以下有期徒刑。然而该行为并没有对社会公共安全造成任何现实的危险，却要承担与故意伤害致人重伤、抢劫、强奸一样的罪行，严重背离了一般社会公众对于实质正义的心里期盼，有违实质公正。而这种不公不义的结果绝不是立法的疏忽或者过错，而是法律适用者的解释失当所致。

综上，对于不以转卖为目的的单纯性购买枪支、弹药行为，在当前的立法框架下，完全可以按照非法持有枪支、弹药罪处理。无论从罪刑法定、罪刑相适应原则，还是从宽严相济刑事政策角度看，对单纯性购买枪支弹药行为按照非法持有枪支、弹药罪处理，既维护了罪刑法定原则，又实现了预防该类犯罪行为发生的目的。

# 工程施工合同担保的法律风险及防控

文 朱方明律师 北京市盈科（广州）事务所

住房和城乡建设部、国家工商行政管理总局制定的《建设工程施工合同（示范文本）》，已经自2013年7月1日起执行。作为指导建筑工程施工的规范性文件，强调了发包方和承包方的资信保证。因此，作为服务于建筑工程合同担保的商业银行、担保公司和保险公司，应全面地了解、熟悉、掌握、运用2013年版《建设工程施工合同》中的相关条款，为自身的业务拓展夯实基础，才能在巨大的建筑市场占有一席之地。

## 担保业务范围

2013版《建设工程施工合同》第二部分“通用合同条款”中涉及到的担保业务主要有以下几点：

一是涉及发包人，主要是需要提供资金来源证明及支付担保。除专用合同条款另有约定外：发包人应在收到承包人要求提供资金来源证明的书面通知后28天内，向承包人提供能够按照合同约定支付合同价款的相应资金来源证明；发包人要求承包人提供履约担保的，发包人应当向承包人提供支付担保。支付担保可以采用银行保函或担保公司担保等形式，具体由合同当事人在专用合同条款中约定。

二是涉及承包人的担保，包括履约担保、预付款担保和质量保证金三种。

发包人需要承包人提供履约担保的，由合同当事人在专用合同条款中约定履约担保的方式、金额及期限等。履约担保可以采用银行保函或担保公司担保等形式，具体由合同当事人在专用合同条款中约定。因承包人原因导致工期延长的，继续提供履约担保所增加的费用由承包人承担；非因承包人原因导致工期延长的，继续提供履约担保所增加的费用由发包人承担。

发包人要求承包人提供预付款担保的，承包人应在发包人支付预付款7天前提供预付款担保，专用合同条款另有约定除外。预付款担保可采用银行保函、担保公

司担保等形式，具体由合同当事人在专用合同条款中约定。在预付款完全扣回之前，承包人应保证预付款担保持续有效。发包人在工程款中逐期扣回预付款后，预付款担保额度应相应减少，但剩余的预付款担保金额不得低于未被扣回的预付款金额。

承包人提供质量保证金有三种方式：1、质量保证金保函；2、相应比例的工程款；3、双方约定的其他方式。除专用合同条款另有约定外，质量保证金原则上采用上述第1种方式。目前，承包人可以运用质量保证金保函方式替代传统的现金支付质量保证金方式，降低和减少支付环节的成本，发挥资金的更大效应。

## 施工合同当事人的法律风险

### 来自发包人的法律风险

建设资金不足。发包人建设资金不足，存在两种情况：一种情况是在交纳土地出让金办理土地使用权证后，没有更多地建设资金用于支付工程进度款，希望承包人垫资建设；二是项目过多，战线过长，出现的资金链条断裂。

建设项目相关手续不全。签订建筑工程施工合同时，发包人已经办理法律规定由其办理的许可、批准或备案手续，包括但不限于建设用地规划许可证、建设工

程规划许可证、建设工程施工许可证、施工所需临时用水、临时用电、中断道路交通、临时占用土地等许可和批准（有关施工证件和批件由承包人办理，发包人协助），其中任一手续不齐，或者因为没有付清相关的款项发生纠纷，都会影响工程进展。轻则顺延工期，重则违约。

经营管理不善。经营管理不善，一般不外两种情形：一是发包人公司治理不力，股东内讧，无法正常经营管理；二是管理制度混乱，管理水平低下。

违约。因发包人原因违约的情形主要有：未能在计划开工日期前7天内下达开工通知的；未能按合同约定支付合同价款的；自行实施被取消的工作或转由他人实施的；提供的材料、工程设备的规格、数量或质量不符合合同约定，或导致交货日期延误或交货地点变更等；造成暂停施工的；没有在约定期限内发出复工指示，导致承包人无法复工等。

第三人造成的违约。发包人对第三人负有债务未清偿，或者因建设项目相邻权或补偿发生争议，或者其他侵权等未解决，第三人向发包人主张权利导致工程无法正常施工，而对承包人构成违约。

#### 来自承包人的法律风险

建筑资金不足。在第一笔月进度款到账之前，承

包人需解决施工人工工资、购置或添加工程设备、设施、建筑材料、保险费，还要承担另50%安全文明施工费等，所以需要承包人拥有一定的自有资金，否则无法正常施工。资金不足尤以转包、挂靠的包工头最为明显。

进行建筑工程转包或违法分包。根据2013版《建设工程施工合同》，违反合同约定进行转包或违法分包属于承包人违约，发包人可据此解除合同，承包人应承担违约责任，支付相应的违约金，并赔偿因解除合同给发包人造成的损失。

工种质量不合格。工程经验收不合格的，承包人应采取返工、修复或采取其他补救措施，由此增加的费用和延误的工期由承包人承担。承包人完成整改后，应当重新进行竣工验收，经重新组织验收仍不合格的且无法采取措施补救的，则发包人可以拒绝接收不合格工程，由此增加的费用和（或）延误的工期由承包人承担。承包人请求支付工程价款的，人民法院不予支持。

发生重大事故。工程施工过程中或缺陷责任期内，发生危及工程安全的事件以及重大安全责任事故，造成人员伤亡和财产损失的，按合同约定属于承包人义务的，由此增加的费用和延误的工期由承包人承担。

违约。因承包人原因违约的情形，除本条前述第



二、三项外，主要还有：采购和使用不合格的材料和工程设备；未经批准，私自将已按照合同约定进入施工现场的材料或设备撤离施工现场；未能按施工进度计划及时完成合同约定的工作，造成工期延误；在缺陷责任期及保修期内，未能在合理期限对工程缺陷进行修复，或拒绝按发包人要求进行修复等。

### 提供担保的法律风险控制

无论发包人还是承包人，在履行工程施工合同过程中，除了自身的诚信外，主要的风险来自于资金、管理、技术等方面。同时，由于建筑工程具有的建设周期长、资金需求量大、风险暴发点多、风险程度高的特点，作为提供工程担保的机构，需要权衡自身的担保能力、工程技术水平、专业人才、风控体系等诸多配置，根据被担保人的实际支付费用和支付时间，认真评估风险，谨慎行事。

#### 担保立项审查

在担保申请人提出担保申请后，应即进行立项审查。

一是对建设工程项目真实性的审查。根据发包人办理的相关权证、许可、批准或备案手续，以及招投标文件和发包人与承包工程人签订的施工合同，可基本确定工程项目真伪。必要的时候，可通过建设主管部门、规划、土地、银行、工商、税务、招标代理机构以及相邻权利人等，进一步核实建筑工程项目及合同当事人的真实情况。

二是对担保申请人法律主体资格的审查。主体资格的审查包括营业执照、法人代码证、税务登记证、贷款卡、章程等。其中，发包人应具有根据法律规定由其办理的权证、许可、批准或备案手续，承包人应具有相应的建筑资质等级等。

三是对企业特性及管理水平、经营状况的调查。包括担保申请人办公场所、公司内部组织和管理体系、过往承建项目的经验、过去一年承建项目情况、主管部门给予的荣誉和处罚纪录、公司高级管理人员数量和结构、设备设施配备、社会保险交纳情况、行业及竞争对手情况、重大诉讼案件等。

四是对担保申请人的财务状况审查。通过现场勘

察、核对实物，人员走访、了解以往的工程记录、在建工程的履约记录等方法审核企业的财务报表。

公司根据调查收集到的资料，对担保申请人履约能力进行综合评估，确定担保申请人信用等级及企业履约能力的等级，确定是否承保。

#### 反担保措施

一旦确定承保，就需要合理设置反担保措施。鉴于建筑工程项目建设周期长，反担保应主要以不动产进行抵押担保，减少甚至摒弃个人信用保证。可通过对保证金、财产抵押、股权质押、无形资产质押、个人无限责任反担保、第三方保证等，尽可能地提高担保申请人的违约成本，避免主观违约的风险。同时，担保公司要不断提升对被担保人的反担保资源进行组合搭配的创新能力和，要通过对各种反担保措施的组合利用，牢牢的控制住被担保人的还款来源。避免被担保人的经营风险、道德风险和法律风险，而一旦发生违约情况，就可以通过对反担保物的处置把担保公司的赔付风险降至最低。

#### 过程风险控制

发包人的工程款支付及承包人的合同履行分别承保之后，工程可以按照施工合同的约定正常进行。此时，经营风险成为担保公司的最大危险。担保公司要时刻掌握工程进度、人员变动、材料消耗、款项支付、合同履行的每个环节，以递减方式核算风险。因此，公司应派专员去施工现场，听取担保申请人和合同对方以及监理人意见，参加相关工程例会，尽早发现问题，及时解决。

#### 担保公司内部风险

在自身的管理方面，担保公司要预防承办人员因专业知识和职业道德，给公司带来的管理风险。

#### 担保解除

根据2013版《建设工程施工合同》，发包人向承包人颁发最终结清证书并在7天内完成支付的，担保公司为发包人提供的支付担保自动终止。发包人退还质量保证金，或者因发包人违约致承包人解除合同的，发包人应在支付已完成工程价、材料款、撤场费、违约金、解约损失并退还质量保证金等款项后，解除担保人为承包人提供的履约担保和质量保证金保函。

## 一起劳动争议案件引发的血案

文 陈东文律师 北京市中银（深圳）律师事务所

基本  
案例

2014年，胡庆刚因与十堰方鼎公司存在劳动争议，向十堰市劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁。十堰市劳动人事争议仲裁委员会以胡庆刚没有证据证明其与十堰方鼎公司存在劳动关系为由裁决驳回其仲裁请求。胡庆刚对仲裁结果不服，起诉至茅箭区人民法院。

2014年5月，茅箭区人民法院一

审驳回胡庆刚的诉讼请求，胡庆刚不服判决，上诉至市中级人民法院。经市中级人民法院二审，决定维持一审判决，并通知胡庆刚的律师到市中级人民法院领取二审判决书，律师则通知胡庆刚前往法院领取。

9日上午9时33分，胡庆刚前往市中级人民法院，在法院门口处，经法院值班法警联系，胡庆刚案主审法官

刘坦（女）下楼将胡庆刚带至自己在6楼的办公室。在送达文书时，胡庆刚对判决结果不服，突然拿出随身携带的刀具捅伤刘坦，后又将刘坦同一办公室的审判员郑飞捅伤。同楼层的民三庭庭长胡韧、审判员刘占省闻讯而来也先后被胡庆刚捅伤。案发后，胡庆刚逃离现场，被赶来的法警在地下室擒获。

案情  
分析

本案中，因存在武汉方鼎公司和十堰方鼎公司两家关联公司，胡庆刚在仲裁和一审中提交有胡庆刚一共提供给法院五份证据，方鼎公司工作服、员工请假单、考勤证明、易新华签字的书面材料、银行账户明细等证据。十堰方鼎公司对胡庆刚提交的证据均不认同，称请假单是胡庆刚自

己打印，未经任何公司领导签字或盖章；而考勤证明和易新华签字的书面材料是复印件，不能作为证据使用；银行明细上没有记载十堰方鼎公司向胡庆刚发过钱。胡庆刚提交的工作服，与十堰方鼎公司提交的工作服不同，且这也不能证明双方是否存在劳动关系。

一审法院判胡庆刚败诉的理由是：胡庆刚提交的考勤证明系复印件，不能说明该证据的真实出处，对于银行卡明细也不能证明记载的款项系方鼎公司支付。因此，胡庆刚提交的证据不能证明双方之间存在劳动关系。显然，胡庆刚的案子是因为证据不足，所以在仲裁、一审、二审时都败诉。

律师  
评析

根据《劳动保障监察条例》规定，企业有违反劳动法的行为时，劳动监察部门有权进行行政监察和处罚。因此，在处理本案时，胡庆刚还有其他救济渠道可以达到维护其合法权益的目的，那就是寻求劳动监察进

行行政调解处理。

劳动监察是指法定专门机关代表国家对劳动法的遵守情况依法进行检查、纠举、处罚等一系列活动。《劳动保障监察条例》对有关劳动监察问题进行了相应规定，在劳动监察中充

分发挥行政调解的作用，及时的化解在劳资双方存在的矛盾，保护劳动者的合法权益。其依据的就是法律法规，以企业和职工双方自愿为原则，通过积极的说服和疏导，使得双方平等协商、互谅互解，得到解决劳动纠

纷的协议，快速的解决劳资纠纷。

### 行政调解的意义和作用

劳动监察是国家为了保证生产关系的正常进行以及维护劳动者的合法权益，借助法律法规的刚性规定，对用人单位遵守劳动保障法律法规的情况进行相关监督检查、纠正违法行为的部门。其执法宗旨就是为了维护劳资关系的和谐稳定，是一个社会重要的组成部分。

我国提出了建设民主法治、公平正义、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会主义和谐社会的战略目标。那么就劳动监察执法来说，就是要增加对于劳动关系协调的能力，加快劳动关系和谐的进程。行政调解正是帮助双方当事人和平解决矛盾的唯一途径，它是指具有调解纠纷职能的国家行政机关来主持的，以国家政策、法律、法规为前提，以自愿为原则，在分清责任、明辨是非的基础上，通过说服教育，促使双方当事人互谅互让，从而达成共识解决问题的活动。它具有自愿性、非对立性、灵活性、多赢性等特点。

劳动监察不同于劳动仲裁、法院这样的行政部门，他们面对的只是一方当事人而劳动监察直接面对着职工和企业双方当事人，那么要平衡这种劳资关系，既不能太“柔”也不能太“刚”。劳动监察行政执法的“刚”性决定了它的严肃性所在，因为在当今的用工环境和形势下，职工和企业之间的地位是不平等的。“柔”性就决定了要实行行政调解来快速化解矛盾，它的意义不仅仅

是帮助哪一个企业和职工解决他们的现实冲突，而是为了确保劳资双方都能和平共处、平等协商、以和为贵、互惠互利，更是为了维护开发区和谐稳定的大局。所以行政调解对于劳动监察来说，有着不可小视的积极作用。只有刚柔并济才能彰显劳动监察执法的规范化和人性化。

### 如何运用行政调解

#### 提高重视，加强行政调解力度。

要加强行政机构的调节作用，在群众中强化调解的意识。作为行政机构要切实履行调解的职能。对于劳动中的保险、工资等问题，要避免矛盾激化的发展态势，努力营造和谐的劳动环境。监察员要按照国家有关的法律规定，能调则尽可能调，尽快解决问题，就地化解矛盾。

#### 以预防为主，对于工资拖欠等问题采取柔性处理的办法。

在劳动人事争议处理中应该有效地发挥预防作用，对于大多数的纠纷要采取柔性处理的政策，要在维护广大劳动者的合法权益以及促进我国劳动市场和谐稳定发展方面发挥行政调解应有的作用。对于每一个劳动纠纷案件，应该迅速的掌握案情，以事实为依据积极的促进纠纷的双方达到和解。

#### 加大法律宣传力度，解决重点疑难案件。

在劳动监察时，通过调查发现有的劳动纠纷双方是因为对于法律法规不是完全了解，都是为了各自的利益互不相让，针对自身的利益针锋相对，对于这些情况，我们在进行行政

调解的同时还要积极的进行普法宣传，只有在当事人对于法律法规进行充分了解的基础上，才可以妥善的解决矛盾。

#### 对于行政调解进行强化，促进疑难纠纷的解决。

在劳动监察过程中，发现针对劳动双方矛盾分歧大，仅仅凭借双方的劳动工作是很难得到和解的，我们在进行劳动监察的同时还要进行行政调解，只有在双管齐下的基础之上，积极的引导当事人双方以和平的方式进行解决。这样既能节省社会的人力、物力和财力，又能化干戈为玉帛，有助于促进企业的经营管理以及职工人员队伍的建设，更有助于保证和谐稳定的大局。

#### 对于劳动纠纷加强感情沟通，切实的发挥行政调解的作用。

在劳动监察的过程中，除了进行法律的宣传之外还要时时的以情感人、以理服人、将心比心的情感沟通，引导当事人双方以和解的方式结案。

总之，劳动者如果遇上证据不足的劳动争议案件，不要轻易启动劳动仲裁程序，而是应当事先向劳动行政部门提出投诉，要求对涉案企业进行调查处理。这样，企业会害怕劳动部门来监察，从而会发现企业存在众多其他违法劳动法规的违法事实，进而会招来行政处罚。此时，劳动行政部门若采用行政调解的方式，给劳资双方进行调解，企业一般都会老老实实将与劳动者的劳动争议的事项进行协商解决，从而达到快速解决问题的目的。

# “员工久治不愈成植物人”情形应否认定或视同工伤?

文 王腊清律师 广东深兴律师事务所



2015年1月30日傍晚，潘某（男，1961年7月15日出生）工作期间在工作岗位上突发晕倒以及呕吐情况，同事发现后立即打120将其送往医院抢救，经抢救后潘某虽拣回一条命，却因久治不愈成了植物人。面对这种情况后，潘某之妻向某市人力资源和社会保障局申请对潘某“久治不愈成植

物人”情形进行工伤认定，某市人力资源和社会保障局于2015年5月11日作出工伤认定书（某人社认字（X）[2015]第790132XXX号），认定“该员工不属于或不视同工伤”。潘某之妻不服，向某市人民政府提起行政复议，某市人民政府于2015年8月4日作出（某府复决[2015]11XX号）行政复议决定书，

决定维持原工伤认定书作出的具体行政行为。潘某之妻仍然不服，又向某市人民法院提起行政诉讼，要求撤销原工伤认定书和行政复议决定书，责令某市人力资源和社会保障局对潘某“久治不愈成植物人”情形重新作出认定为工伤的工伤认定书。目前，该案仍在一审中，人民法院暂未作出判决。

律师  
评析

《工伤保险条例》第14条规定的应当认定为工伤的（七）种情形和第15条规定的视同工伤的（三）情形规定得十分明确，均不包括员工在工作期间和工作岗位，突发疾病经抢救生还而久治不愈成植物人（以下简称“久治不愈成植物人”）的情形。司法实践中，类似于“久治不愈成植物人”而不能认定为工伤的情形普遍存在。由此，往往导致“久治不愈成植物人”家庭无钱治疗而被拖垮，或有钱治疗的被拖散，甚至有些“久治不愈成植物人”的家属为使“久治不愈成植物人”能认定为工伤，长期陷于司法诉讼之中（包括申请工伤认定、行政复议、行政诉讼、民事诉

讼等），这不仅使“久治不愈成植物人”的家庭雪上加霜，而且也浪费了太多司法资源。鉴于此，笔者认为有必要对“久治不愈成植物人”之情形应否认定为工伤作些探讨。

笔者以为，某市人力资源和社会保障局的工伤认定书和某市人民政府的行政复议决定书并无不妥之处，只是因《工伤保险条例》未能将类似于本案“员工在工作期间和工作岗位上突发疾病经抢救生还而久治不愈成植物人”的情形，纳入到应当认定为工伤或应视同工伤的范畴中，从而导致类似于本案“久治不愈成植物人”的情形不能认定为工伤。那么，将“员工在工作期间和工作岗位上突发疾病

经抢救生还而久治不愈成植物人”的情形排除在应当认定为工伤或应视同工伤范畴，究竟是立法的进步还是立法的倒退呢？笔者以为，这实际上就是立法的倒退。

## 与立法宗旨相悖

笔者认真查阅了涉及劳动者立法的相关规定，如《劳动法》、《劳动合同法》等，其中均有“为了保护劳动者的合法权益”的立法宗旨，而涉及劳动者立法的《工伤保险条例》，则没有“为了保护劳动者的合法权益”的立法宗旨。很显然，《工伤保险条例》不是“为了保护劳动者的合法权益”而制定的。《中华人民共和

国宪法》第45条规定：中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下，有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。而《工伤保险条例》居然将“员工在工作期间和工作岗位上突发疾病经抢救生还而久治不愈成植物人”的情形排除在应当认定为工伤或应视同工伤范畴之外，这显然有悖于《宪法》精神。

### 不利于社会和谐稳定

司法实践证明，在劳动力过剩和企业力争追逐高利润的现实状态下，企业员工加班已成常态，故员工在工作期间和工作岗位上、突发疾病经抢救生还而久治不愈成植物人的情形并不是个别现象。常态加班的都是一线员工，也是生活在最底层、家庭经济比较拮据的员工，类似家庭一旦发生在工作期间和工作岗位上、突发疾病经抢救生还而久治不愈成植物人的情形，他们不仅负担不起高昂的医药费，甚至连基本的生存都会面临危机。依此，若不将“员工在工作期间和工作岗位上突发疾病经抢救生还而久治不愈成植物人”情形纳入到应当认定为工伤或应视同工伤范畴中，就有可能导致“久治不愈成植物人”的整个家庭遭到毁灭性的打击，因为类似于“久治不愈成植物人”员工家庭不仅需要承受因此带来的连续不断的高昂医药费，而且还要派专人进行护理，这极有可能导致社会和谐稳定的最小细胞，即家庭崩溃，继而影响到整个社会的和谐稳定局面。

“

为此笔者建议，立法或司法解释部门应尽快将“员工在工作期间和工作岗位上突发疾病经抢救生还而久治不愈成植物人”之情形纳入到应当认定为工伤或应视同工伤范畴之中。否则，有可能会给不少家庭带来灾难性的后果。

”

### 明显呈立法倒退之情

在《工伤保险条例》出台之前，原劳动部于1996年发布的《企业职工工伤保险试行办法》（劳部发〔1996〕266号）第8条明确规定，职工由于下列情形之一负伤、致残、死亡的，应当认定为工伤：……在生产工作的时间和区域内，由于不安全因素造成意外伤害的，或者由于工作紧张突发疾病造成死亡或经第一次抢救治疗后全部丧失劳动能力的……类似于本案“员工在工作期间和工作岗位上突发疾病经抢救生还而久治不愈成植物人”之情形依法是可以认定为工伤的，然而《工伤保险条例》却将此“员工在工作期间和工作岗位上突发疾病经抢救生还而久治不愈成植物人”之情形排除在应当认定为工伤或应视同工伤范畴之外，明显呈立法倒退之情。

再者，《工伤保险条例》第15条规定，职工有下列情形之一的，视同工伤：在工作时间和工作岗位上，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的……这条规定的实施正在于工伤之情形造成了员工的死亡后果，给其家庭造成了永久的、难以挽回的伤害，但从现

实角度来看，这种伤害却会随着时间的推移而淡出，而且死亡员工的家庭还会因为得到了一定的经济补偿而获得心理慰藉。而“久治不愈成植物人”的家庭则不同，不仅需要长期的高昂医药费和永久的人员护理，也给其家庭带来永远也抹不去的伤痛，且这种伤痛还会随着时间的推移而加剧。因此，视同工伤的“员工在工作期间和工作岗位上突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的”之情与“久治不愈成植物人”之情相比较，无论是经济的承受程度还是身体或精神上的损害，都相对低于“久治不愈成植物人”情形。故将“员工在工作期间和工作岗位上突发疾病经抢救生还而久治不愈成植物人”之情形排除在应当认定为工伤或应视同工伤范畴之外不仅不利于保护劳动者的合法权益，而且还不利于社会和谐，且与司法实践相悖。

为此笔者建议，立法或司法解释部门应尽快将“员工在工作期间和工作岗位上突发疾病经抢救生还而久治不愈成植物人”之情形纳入到应当认定为工伤或应视同工伤范畴之中。否则，有可能会给不少家庭带来灾难性的后果。

# 多角度、全方位 这个 9.25 给你“好看”！

2016年9月25日是全国第十三个律师宣传日。为更好地宣传和展示我市律师的良好形象，市律协创新宣传手段，线上线下相结合，打造立体宣传模式，通过与市图书馆合作开展深圳律师业发展史展览、与移动媒体合作推送深圳律师公益宣传片等方式，向社会展示我市律师行业发展概况，提高社会对律师行业的认知程度，树立律师队伍良好的社会形象。

## 深圳律师业发展史展览面向全市开放

去年市律协开展了“口述历史—深圳律师业回顾与展望”活动，经过前期工作的积累，梳理了深圳律师业发展脉络。为此，借9.25律师宣传日活动之契机，市律协与市图书馆携手进行“深圳律师业发展史”展览。展览共分为180cmX200cm展板18块，内容涵盖了2003年以前深圳律师业发展的过程，自1980年深圳市法律顾问处的应运而生，产生深圳第一位律师，到全国第一家从事涉外业务的律师事务所、全国第一家不要国家编制、自收自支的律师事务所、全国第一家合伙制律师事务所、第一家个人律师事务所再到深圳出现全国第一份律师证券业务法律文书等等；展板共分为深圳律师业发展概况、全国律师体制改革探路者、为律师执业机构“正名”、律师体制改革开端、行业自律管理、为



▲ 市司法局局长蒋溪林参观口述历史展览

全国律师业开创先河6个章节。活动吸引了众多市民和律师前往观看，并为深圳律师业发展留下了寄语。之后，市律协将积极与司法行政机关协调场地，进行深圳律师业发展史巡展。



▲ 市民参观口述历史展览

## 公益宣传片登录深圳移动媒体

紧扣时代脉搏，创新宣传模式，制作《寻找律师的正确姿势》律师公益宣传片，开创了由ppt制作成视频再进行配音的新工作模式。该片分为“寻找律师的渠道”、“律师提供法律服务”以及“深圳律师就在您身边”三个方面展示，宣传片用时38秒，短小精悍内容丰富。为达到面向全市市民普及寻找律师正确方式方法的目的，借助新媒体宣传平台，在深圳地铁1号—3号线，深圳公交1号—300号线黄金时段滚动播出一个月，共计播出336次，大面积辐射全市市民，扩大律师影响，提高社会对律师行业的认知度，引起市民强烈反响。



移动媒体播放视频

## 法律咨询活动如常进行

作为律师宣传日的“必选动作”，9.25当天市律协与市图书馆携手组织4名律师开展大型法律咨询活动，前来咨询的读者络绎不绝，更有甚者携带民事判决书前来，活动共计咨询30余人次，律师耐心细致的解答也获咨询者肯定。

自2013年以来，协会与市图书馆联合创建的“公益法律服务平台”，组建了专业的律师志愿者团队，共计为市民提供了法律咨询179场、一对一服务3580人次。

此外，各区律师工作委员会与各律所组织所在社区律师开展多场法律咨询活动，为百姓排忧解难、答疑解惑，推动了一村一社区法律顾问工作的建设。



市律协与市图书馆联合开展法律咨询活动



南山区工委开展法律咨询



鹏正律所开展法律咨询

# 现实与梦想：我的律师路

文 隋淑静律师 北京德恒（深圳）律师事务所



作为执业律师，我已从业十六年，这段时光亦短亦长。说长，因为经过这段岁月后，我已没有悬念地成了“老律师”；说短，因为这段职业生涯，还没让我完成足够深厚的积淀，乃至“破茧成蝶”。

社会大众看律师，无论中西，向来褒贬不一，所以拿律师调侃开涮的笑话，好似已司空见惯。作为一名老律师，我深知法律从业者众多，成长环境各异，价值选择每有不同，确实良莠有别。但仅就自己观察所见，我相信大多数律师不曾放弃对精神的追求和对理想的珍惜。

选择怎样的价值观作为自己的精神归依，是律师必然发生的一项思考，差别只在于或早或迟，自觉抑或不自觉。

## 这是我的选择

始终记得马丁·路德·金那铿锵有力的演讲，有本金博士的传记题目是《这是我的立场》；于是我以此为题——“这是我的选择”。

“律师不易做，律师所不易做”，这是很多律师同行的共识，我亦有同感。

律师所的不易做，可透过律师所的生存发展逻辑作以观察：

一方面，律师所需要稳定增长的客户资源即案源，

以此形成律师所的业务活动收入，作为律师所支付租金、人力资源成本、管理成本等开支费用的来源；另一方面，确立客户委托关系后，进入到法律服务执行阶段，律师所要选择安排适当人员提供具体服务，有时需要组成支持团队，以备不时为执行委托事务的律师提供支持，这涉及到律师所的法律服务人力资源整合管理。

外部案源与内部法律服务人力资源，在专业活动中是两样不可或缺的要素，二者最好匹配，但可谓知易行难——譬如，绝大多数律师所与律师都喜欢大客户，大客户通常意味着高的专业要求和大牌律师组团出场，但大客户也有日常的“小”业务需求，所以律师所执行与大客户的委托合同时，需要合理配备团队成员，除若干大牌律师外，还要加入不算大牌、但可担当重托的资深律师。理想的资深律师人选，既要具备良好专业技能，也需要具有相对成熟的个性特质，以胜任工作中与当事人的沟通要求，建立夯实良好的客户关系。

外部案源资源与内部法律服务人力资源之间，表现为正相关关系。好的人力资源意味着为客户提供高水准的专业服务，有利于进一步扩大案源优势，在律师所为政府、国有企业、外资企业、上市公司等客户提供法律服务的实践中，这一经验反复得到印证。与之相应，充沛的案源有助于培养与优化法律服务人力资源。当然，在现实工作中，绝非专业技能这项因素能成为决定性优势，关于其他影响律师所业务发展的诸多因素，本文不赘。

怎样使外部案源与内部人力资源匹配，是律师所管理中的一个重点问题。除此，律师所的自我定位、发展战略、业务质量管理、风险管理、人才战略等，都是大中型律师所管理和管理中颇受关注的题目。

事实上，观察小型律师所、个人律师所或“单兵作战”的律师个体，剖析其职业发展规划路径及管理思路，其所面对的问题与大中型律师所大同小异。

每位律师个体都可以理性自问：你的自我定位是什么？你是否拥有竞争优势？如果有，是什么？如果没有，怎样建立和培养？如何做到有效拓展案源，妥善完成工作任务，同时做到业务质量管理、风险控制、客户关系维护与专业成长？如何在法律专业服务领域探索可持续发展？如果以专业能力见长，如何解决案源、团队建设、专业能力的持续成长与保持业务领先？如果选择单兵作战，如何能“一脚踢”完成全程序工作，同时保持专业的成长性、竞争能力与持续发展？人人赞同“抱团取暖”，但应当怎样建立合作模式？如何选择拍档、确定团队规模、进行组织建设与提升管理水平？如何提升自己、支持伙伴、训练新人、培育团队？如何科学管理案源收入、安排成本费用、构建合理的分配与激励机制、保证专业研究的时间、精力与经费投入……要考虑这么多，律师自然也不易做。

然而，这些问题会不会成为问题，要不要解决以及如何解决，取决于律师执业之路的选择。

我在执业五年时候，开始为律师行业前景与个人前途深陷迷茫，想来想去总还是想不明白。若干年后，终于觉悟到三千大千世界之中，每个人脚下所走的只能是自己选择的路。律师所与律师的发展之路上无论多少脚印成行，但只有某条路始终属于自己，是自己的那条职业之路。

仔细检视自己的长短，我深知拓展案源与建设广泛的客户关系非我所长，但我真心喜爱法学世界的浩瀚与丰富精神内涵，不觉其枯燥；笃信律师可以在现行立法框架下最大程度地追求公平正义，相信精湛的专业功夫，有助于解决当事人所托的问题。秉持这个信念，在执业十几年间，我完成了法学博士学习，发表了二十余篇专业论文，承办了一些较为复杂的项目或疑难案件，参加了许多专业研讨会，结识了相当数量的优秀海内外同行……这些收获或许琐碎，于我却意味着一行行脚印和那些安静而专注的时光。虽然，我间中还会“拔剑四顾心茫然”。

无论多么品流复杂的社会现实，以提升专业能力的方式走专业之路，始终是行得通的道路罢，这是我的选择。

### 这是修炼之旅

律师这份工作，要求我们脚踏实地去实践；但人生的风景美好而丰富，工作不能等同多姿多彩的人生。不经意

间我发觉，这份工作不断为我提供着关于人生思考的新鲜素材。说这是场修炼之旅，绝不过甚其词。

子曰：“三人行，必有我师焉。”行走在律师的职业道路上，我欣喜地发现这条路上名师云集，有缘更可遇到高朋知己。

我有幸结识了声名赫赫且虚怀若谷的前辈——十年前，有位前辈谆谆告诫青年律师，要坚持学习，研究专业，争取逐渐建立自己的专业形象，有所建树。我照着她的指点笨笨去做，虽然没有成绩斐然，但也受益匪浅。有位前辈，我曾将自己的博士论文呈请指教，前辈从头到尾读完后，用铅笔写着漂亮工整的小楷圈点加批，一再谦逊地解释说自己不熟悉商法，建议仅供探讨……事实上这位前辈在律师界声望崇高，专业精湛，从来不吝提携后进。另一位前辈是台湾律师，我参加公司法专业研讨会时结识，当时自己正刻苦写作博士论文，几乎一头扎进法律书堆，两耳不闻窗外之事。这位做过台湾检察官、拿着伦敦政治经济学院博士学位、可以赚取可观律师费的名律师，刚刚结束在新疆的六年志愿者工作。他看出我的视野狭窄，诚恳但并不客气地指出“看来你的人文精神不够……”，真是当头棒喝！后来，我开始更关注社会，关心弱者，甘于奉献绵力。

我也有幸结识一批正当盛年、德才兼备、卓有见识的同侪——他们专业能力出色，很多人身兼数职，不仅承担律师所管理之职，也在不同的社团中担当责任。他们严于律己，也关怀培养年轻人。在社会流传“时间就是金钱”的价值观念下，慷慨无私不是易事。有位朋友对同行的欣赏令我心有戚戚，“……律师非常有境界。”的确，很多同行见解高明，更有精神境界，我幸运地结识了一批这样的同事或朋友，他们足为年轻律师榜样。他们，也同样是我的楷模，鼓舞着我对这份工作的热情和坚持。当我偶尔心生倦怠时，想到幸好还有这样的同行者，心底便又生出些豪情和勇气来。

我在从业中遇到的老师，除了前辈与友朋辈，也包括那些品行端正、满怀理想、意气风发的年轻人。有位香港女孩，在香港土生土长，大学时考取清华全额奖学金，在清华以全优成绩完成本科学业后，一战通过司法考试。经香港一位很儒雅的资深合伙人引荐来德恒所实习，师从主

任。这位香港“学霸”女孩，每日往返香港深圳，不辞辛苦；对于安排的任何工作，从来都尽心竭力，满面笑容。每次说到她，我立刻想起她明朗灿烂的笑容，那是一种温暖到可以照亮别人的笑容。我们共同参加过专业交流，她的英文娴熟，举止大方；我们共同参加过聚餐，她年纪最小，却体贴周到地招呼每位宾客。像一颗很纯净的珍珠，她静静散发着温润美好的光。我受益于与她的交流，得到过她的帮助，欣赏她的坚强独立与友善包容，更乐于以这样的小友为师。

在律师路上，我们不仅可以遇见德高望重的前辈、卓尔不群的同侪和才华横溢的小友，很多时候，当事人也常会成为帮助我们修炼的有缘人。我曾因不欣赏某些客户的风格，断然回绝某些委托或合作意向，现在回想真真汗颜。作为需要与人打交道的专业人士、执业多年的合伙人，我的任性而为不是洒脱率性，而是缺少驾驭人和事的能力，欠缺理解力、包容心和职业精神啊。

以人为镜，不断照出自己的许多不足，这难道不是一场修炼之旅？

真的，没有哪个阶段，比我在做律师的时候更喜欢思考人生，理解人性。做律师让我见识更真实的社会，更复杂的人性，引起更深入的思考与更真切的敬畏。我常自问：你是怎样的人？你要怎样的人生？你怎样的内心世界？你要建设怎样的外界环境？要怎样在内心与外界之间架起桥梁？什么才最为珍贵……

我曾很追求完美、才学、智慧、洒脱……那些美丽的词汇对我有莫大吸引力，也曾为些许的瑕疵或某些不如意而懊恼。后来，再后来，就在从事律师工作的大好年华里，慢慢体会，慢慢明白，原来生命就是这样啊，从柔弱中成长，在经验后进步，自更深的理解走向接纳和包容。

接纳自己，接纳别人，认识自己，认识世界——在律师执业过程中，我提高了认知能力，正在建立和这个世界的愉快对话。多么庆幸而喜悦！

## 守望那片星空

微笑望向那仍在燃烧的理想之火，它已不似起初那般耀眼炽烈；想起年少时爱着的诗歌，华丽优美不染凡尘。理想，珍藏在心中的理想，不正是人生中的一首诗歌么。让我们保持坚定的心，在律师路上执著而愉快地放歌。

谁都记得康德  
他说两样东西最要持久敬畏  
一则灿烂星空  
二则内心道德  
我独立月下  
仰望那片星空

那片星空  
寥廓深远  
依旧清冷生辉  
寂静仿佛不曾走过万年  
没有波澜不生涟漪

道德高高矗立

我怀念理想  
那近乎漂泊、无处安放理想啊

记起梵高  
《星夜》蓝色深邃  
漩涡一般的线条粗犷  
扁柏挣扎伸展

橙黄与暗夜冲突  
目眩神迷  
无人能漠视他的身后煌煌如星宿  
可叹生前日日艰困苦厄  
但他连眉毛都会为了理想染色

我们的理想呢

在各式各样的现实里  
在无穷无尽物质里  
在鼓噪喧嚣的纠结里  
理想到何处栖息  
但让理想静默的不是现实啊  
现实种种都是试炼  
《小王子》是给大人的童话罢  
没有旁人替我们浇灌独一无二的玫瑰  
真理之路上  
必得卸去盔甲  
克服疑惧  
执守智慧  
守望星空  
终将有繁星花园种满玫瑰



## 古人冬趣

文 王晓宇 自由撰稿人

冬至一过，冬天的模样渐渐威武起来了——寒风凛冽，白雪皑皑，北方的冬天干冷而刺骨。幸好回到家里，还有一室温暖，静室生香，如沐春风，穿着单薄的家居服，犹不觉冷，悠闲地翻翻画册，刷刷手机，喝点三红茶，隔三岔五携家人一起吃顿火锅，蘸着芝麻酱、韭花酱，涮着牛羊肉和嫩绿的菜叶，滋味鲜美，暖意融融，身体里有了点热食儿，知足，更不觉得冷了。酒足饭饱后不由得操起闲心：古人是怎样渡过寒冷的冬天的呢？

细数最有雅兴的，要属明人张岱。下着大雪的冬天，“余挈一小舟，拥毳衣炉火，独往湖心亭看雪。”寒冬腊月，一连下了三日大雪，西湖游人绝迹，飞鸟罕至，雾气弥漫，云水苍茫，陶庵先生穿着皮氈大衣抱着小火炉，去湖心亭看雪，他自己谓之傻气，我却觉得悠闲，深得我心；亭中偶遇两人，一起围炉饮酒，当真是诗情画意！

而最温情的莫过于唐代大诗人白居易。他对小炉似乎特别钟情，“醉依香枕坐，慵傍暖炉眠”，意境慵懒，画面唯美，闲适的居家生活跃然纸上，虽有叹息感悟之意，但不影响大的基调。除此，他还曾写过“绿蚁新焙酒，红泥小火炉”的妙句，下雪天，炉火通红，三两知己围炉团坐，喝一杯小酒，聊点闲话，人生乐事莫过如此。

最有意思的还属北宋文学家黄庭坚。天寒地冻，他喜欢用烫婆子（江南一带冬天里使用的水暖具）暖脚，而且振振有词，他在《山谷集》里收录一篇《戏咏暖足瓶》是这样说的：“少姬暖足卧，或能起心兵。千金买脚婆，夜夜睡到明”，所谓暖足瓶就是现在热水袋吧！当真是戏谑之作，说是如果有年轻的美女陪睡取暖，还不如买个暖脚宝来得实惠些，心无杂念，一觉睡到大天亮。

最奇葩的是唐宋时期，纸被盛行，苏轼、陆游、徐夔等大诗人都对纸被有过记述，很难想象数九寒天盖着纸被是什么感受，宋人刘子翥曾在《吕居仁惠建昌纸被》里记述纸被的制作过程和工艺，苏轼在《物志相感类》中记述如何修破损的被子，诗人徐夔在《纸被》一诗中写道：



“一床明月盖归梦，数尺白云笼冷眠。披对劲风温胜酒，拥听寒雨暖于绵。”称扬纸被胜过丝绵。只是不知道纸被的软和暖究竟如何，我也只能隔空遥望。

其实冬天里最大的事情莫过于取暖，闲翻画册，看到很多古人取暖的神器，大为惊艳，像春秋时期的燎炉，粗笨简陋，据考，主要是通过木炭御寒；出土文物汉代的熏炉，造型怪异，主要用来熏香和取暖；唐代的香炉，精巧别致，除了暖手，也可以放进被中焐热被窝，相当于烫婆子一类；到了清代，手炉已经发展成为工艺品，做工细腻讲究，像“铜胎掐丝珐琅”款，雕花、镂空、镶嵌，做工细致，精美绝伦，从这些小巧的取暖物件上，足以窥见古人对生活的态度。

然后想起《红楼梦》中，宝玉去上学，巴巴的不忘带一手炉，黛玉去串门，雪雁也是巴巴的跑去送一手炉，古人宽袍大袖，把个手炉藏在袖子里，倒真是“阳春腕底已生姿”。《红楼梦里》过冬，闺阁情趣蛮多，姐妹妹妹聚在一起，“芦雪庵争联即景诗，暖香坞雅制春灯谜”，倒也过得逍遥快乐！

我不用手炉，我也不写诗，更不制灯谜，我有我的活法。冬日暖阳慢慢斜进窗棂，窗台上的白瓷盘里，一簇蒜苗郁郁葱葱，一页一页翻着画册时，内心恬然清静，古人有古人的生活方式，冬天自有冬天的大美！

## NO.1 马兴瑞书记听取市律协人大立法基地工作汇报

2016年8月12日下午，在深圳市人大立法工作汇报会上，高树会长代表深圳市律师协会向深圳市委书记马兴瑞同志汇报市人大常委会立法调研基地（下称“立法基地”）开展工作情况。一是完成《深圳经济特区全民阅读促进条例（草案）》、《深圳经济特区绿化和公园条例（草案）》等六部条例调研工作并形成逾十八万字的调研成果文稿；二是完成《深圳经济特区环境保护条例》立法后评估工作，并撰写形成24万字的评估报告；三是完成《深圳市第六届人大常委会立法规划（草案讨论稿）》书面反馈建议；四是提出在深圳率先制定《深圳经济特区个人破产条例》的立法建议函，并出版《深圳经济特区个人破产条例草案建议稿附理由》，弥补深圳特区乃至全国在个人破产法律制度特别是具

体法律规范系统性研究领域的空白。目前，立法基地又承接了《食品安全条例》等一批重点领域的立法调研论证工作。

高树会长表态，市律协愿意为深圳立法工作提供专业支持和相应服务，并建议在进一步健全律协人大立法调研基地相关工作机制的基础上，对深圳律师参与立法提供相应的制度保障、社会保障、人力保障和经费保障。

马兴瑞书记指出，市人大将立法调研基地设立在市律协的做法值得肯定，深圳律师的大局服务意识强，有专业水准、有格局，要为深圳律师参与立法提供支持和保障。深圳律师要在推动社会发展、注重对外交流合作的同时，认真推进专业化建设，市委市政府将高度关注和切实支持深圳律师业的发展。

## NO.2 最高院第一巡回法庭与市律协召开律师志愿者工作座谈会

2016年8月3日，最高人民法院第一巡回法庭与深圳市律师协会在第一巡回法庭召开座谈会。第一巡回法庭党组成员、廉政监察员赵晋江高度肯定了志愿律师团一年多以来的工作，并对进一步优化、深化律师志愿者工作，创新、共建法律职业共同体提出了期望。诉讼服务中心张立新副主任介绍了诉讼服务中心工作的有关情况，并对创新和完善律师志愿者工作机制等事项进行了说明。市律协副会长张斌介绍

了律师志愿者一年多以来的值班工作情况，表示深圳律师将一如既往地做好最高人民法院第一巡回法庭志愿者工作，并愿与最高人民法院第一巡回法庭就法律职业共同体建设等相关事项进行不断探索和实践。

与会人员就值班律师工作表格及台账的完善、志愿者工作的定期总结和长远规划、律师志愿者第二期培训、聚焦典型案例争取新突破等内容进行交流。

## NO.3 深圳律协与前海法院签署《推进法律职业共同体建设合作备忘录》



8月10日，市律协与前海合作区人民法院签署《推进法律职业共同体建设合作备忘录》（下称“《备忘录》”）。《备忘录》共有五条27项内容，主要包括保障律师依法执业权利、为律师依法执业提供便利条件、为律师提供立案、送达、接收诉讼材料等“一站式”服务、明确律师在执业过程中应该遵守

的行为规范，并就建立联席会议制度、开展诉调对接工作、建立业务交流平台、设立律师服务岗、建立问题反映及解决机制等五个方面的合作事项进行了明确。

《备忘录》在以下几个方面实现了创新：一是根据案件审理需要，律师可以在庭前会议或庭审结束后对相关笔录进行复印、拍照，法院工作人员应当提供方便；二是深圳市律师协会选派专业律师进驻前海法院诉调对接中心，参与调解工作；三是前海法院每年度评选一次“前海法院典型商事案例”和“前海法院优秀裁判文书”，深圳市律师协会参与并共同向社会发布；四是前海法院设立“律师服务岗”，深圳市律师协会选派值班律师进驻，每周的星期三全天为前海法院当事人提供法律服务。

## NO.4 市律协启动律所发展调研工作

为充分了解我市律师行业发展情况，有针对性地解决律师事务所在专业化、团队化、品牌化建设以及发展过程中遇到的困难，日前，深圳市律师协会启动深圳律所发展调研工作。

与会律所代表重点提出两个问题：一是随着证券行业监管力度的加大，律师的执业风险逐渐提高，特别是IPO业务中的律所对上市主体承担连带责任“一刀切”的有关规定和具体做法，律师事务所的专业化建设面临巨大压力；二是如何将主营业务与衍生业务并重、丰富律所业务的“产业结构”、促进律师事务所规模化发展。

高树会长表示：律协将积极向有关监管部门倡导建立科学的责任承担机制，解决律所和非诉专业律师不宜承担的后顾之忧；



专业律师事务所往纵深方向发展的同时，必将面临规模化和业务扩容带来的一些问题，应当寻求突破之道，使律师事务所在业务结构和发展空间上趋于合理。

## NO.5 市中院与市律协召开联席会议

9月22日上午，深圳市中级人民法院（以下简称“市中院”）党组书记、院长万国营率领市中院领导班子来访我会，市司法局局长蒋溪林、市律协会会长高树、党委书记张丽杰、监事长魏汉娇及其他党委委员参加了交流座谈。

就如何解决律师与法官沟通不畅、如何保障律师诉讼权利方面，高树会长建议：一是以完善司法改革和深化律师体制改革为契机，就改革方案从设计到出台到推行，双方进行充分沟通；二是建议市中院将《关于保障律师依法执业权利的若干规定》向基层法院推广和宣传，扩大制度的覆盖面和影响力，切实保障律师依法执业权利；三是建

议双方加强信息化平台共建共享，通过线上与线下相结合的工作模式，节省法官和律师的时间，提升工作效率。

万国营院长重点介绍了全市法院今年以来工作情况以及下一阶段工作思路，并希望以此为开端，形成常态化联席会议机制，更充分地听取市律协对法院工作的建议意见，以便在今后的工作中更好地配合交流，共同维护社会公平正义。

双方还就进一步加强务实合作、强化法官与律师在法律专业上的交流、具体解决双方提出的实际问题等方面进行了深入探讨。

## NO.6 深圳市律师协会获评深圳市5A级社会组织

近期，深圳市社会组织总会召开2015年深圳市本级社会组织等级评估授牌仪式，并揭晓2015年深圳市本级社会组织等级评估结果。深圳市律师协会获评深圳市5A级社会组织。高树会长代表市律协接受授牌。

市律协是依法设立的法定机构，早在2003年已基本建立行业公信力，建章立制，设立监事会，多年来，市律协规范化建设走在全国前列，严密、民主的行业管理制度体系得到业界认可。

高树会长作为2015年参评社会组织代表发言，感谢社

会组织总会为我会及各行业协会创造冲击社会诚信体系制高点的机会。他表示：获评5A级社会组织，是社会各界对深圳市律师协会的行业公信力的认可，也意味着我会在承接政府职能转移的工作中享有优先权。

市律协将带领全市律师行业以评促建，引导广大律师加强自律管理和诚信建设，加强行业规范化、精细化管理，充分发挥律师在法治城市建设中的重要重要作用，更好地服务党委和政府中心工作，服务深圳经济和社会发展和法治建设。



## 诉衷情·同窗谊

文 向淑娴律师 广东俨道律师事务所

酷暑华政恰同窗，  
如返少年场。  
红墙绿草白裙，  
流光惹心伤。

同欢唱，  
共分享，  
论短长。

道别沪上，  
情谊绵长，  
寄望梦想。

——深圳市律师协会第二期团队带头人能力训练营学习有感

曲折委蛇演漾連  
東為碕灣匯為湖  
陂泓澗皎激百尺無  
泥貫乎城中

劉如臨

