



广西壮族自治区律师协会编印
THE OFFICIAL JOURNAL OF THE GANGXI LAWYERS ASSOCIATION

内部资料 免费交流

广西律师

GUANGXI LAWYERS



- 广西律师协会召开会长办公会传达学习张军部长
在全国律协第九届第八次常务理事会等会议上讲话精神
- 我国《破产法》待履行合同制度研究
- 网络海外代购中消费者权益保护问题研究
- 股权转让中目标公司的隐性债务赔偿机制



2017 第4期

总第189期 VOL.189 NO.04

广西壮族自治区内部资料性出版物准印证：桂1014550



广西律师协会党委举行揭牌仪式暨 庆“七一”主题党课活动



活动现场

为了进一步加强党对律师行业的领导，充分发挥党组织在律师行业和律师工作中的政治核心作用，推进“两学一做”学习教育常态化制度化，以实际行动纪念中国共产党成立96周年，2017年7月1日上午，广西律师协会党委揭牌仪式暨庆“七一”主题党课活动在广西律师协会举行。自治区非公经济组织和社会组织党工委书记刘水玉应邀出席会议并讲话，与自治区司法厅党委委员、副厅长、广西律师

协会党委书记杜恒年共同为广西律师协会党委揭牌。

刘水玉在讲话中充分肯定了我区律师队伍建设和律师行业党建工作在自治区党委组织部、两新组织党工委、司法厅党委的领导下所取得的显著成绩。并就加强我区律师行业党建工作提出三点意见：一要提高政治站位，切实加强律师行业党建工作。二是要认真履行党建主体责任，不断提高律师行业党建科学化水平。三是要全力支持行业党委开展党建工作。

杜恒年副厅长为参加活动的全体党员同志讲授了庆“七一”主题党课。杜副厅长在讲课中就新形势下加强律师行业党建工作的重要性和必要性进行了深刻阐述，对当前我区律师行业党建工作存在的问题进行了深入分析，并结合我区律师行业实际和律师职业特点就新形势下进一步加强和改进律师行业党建工作提出了明确要求。他强调，全区广大律师尤其是党员律师要始终坚持中国特色社会主义道路自信、理论自信、制度自信、文化自信，保持正确的政治方向，充分发挥职能优势作用，推动“两学一做”教育常态化制度化，加强学习教育，强化制度建设，抓好制度落实，不断推动律师事业健康发展，



刘水玉副书记、杜恒年副厅长共同为广西律师协会党委揭牌



刘水玉副书记讲话



杜恒年副厅长主持活动并讲授庆“七一”主题党课

为我区落实全面依法治国方略、维护社会和谐稳定做出应有的贡献。

近年来，广西律师协会高度重视律师队伍建设和律师行业党建工作，认真贯彻司法部 and 自治区党委政府关于加强律师行业党建工作的部署要求，在自治区党委组织部、“两新”组织党工委的指导下，坚持加强行业管理和促进行业党建“两融合”、行政监督指导和行业自律发展“两结合”，逐步形成了上下贯通、协调有力、运转顺畅的律师行业党建工作体系和机制。据统计，目前全区 7566 名律师中，有中共党员 2225 人，占律师总数的 29.4%。其中，有 2 名律师被推荐担任自治区党代表。为了进一步加强党对律师行业的领导，充分发挥党组织在律师行业和律师工作中的政治核心作用，经自治区党委组织部批准成立广西律师协会党委。广西律师协会党委的成立和揭牌，标志着广西律师协会行业党建工作翻开新的一页。

参加活动的全体党员还面对党旗，重温了入党誓词。

广西律师协会党委全体委员、自治区司法厅律师管理处 广西律师协会党总支全体委员、区直律师事务所各党支部书记、党员律师代表、广西律师协会机关党支部全体党员共 50 多人参加活动。

（文：刘 莹、颜凌霜 图：冯培铭）



参加活动全体党员重温入党誓词



司法厅律管处广西律协党总支与太安村党支部签订“两学一做”学习教育常态化制度化共建协议



广西律师协会机关党支部与金福村党支部签订“两学一做”学习教育常态化制度化共建协议



广西通诚律师事务所主任林铸（左）代表区直律师事务所向太安村捐助脱贫资金

自治区司法厅 广西律师协会组织律师行业开展“党旗领航·助力脱贫”结对共建主题党日活动



活动现场

为贯彻落实中央、自治区关于坚决打赢脱贫攻坚战的决策部署，落实全区司法行政系统“精准发力、爱心帮扶、法律服务，打赢脱贫攻坚战”的部署要求，广泛动员区直律师事务所律师特别是党员律师积极参与扶贫攻坚工作，推进“两学一做”学习教育常态化制度化。2017年7月25—26日，自治区司法厅直属机关党委、广西律师协会组织广西律师协会机关党支部党员及区直律师事务所党员律师代表等一行13人赴司法厅定点扶贫村——桂平市社坡镇太安村、金福村开展“党旗领航·助力脱贫”结对共建主题党日活动。

7月26日上午，开展了如下活动：一是党员律师们与太安村、金福村“两委”干部、群众代表、驻村第一书记就“一帮一联”助力脱贫攻坚进行座谈交流共商脱贫大计；二是自治区司法厅律管处广西律师协会党总支、广西律师协会机关党支部分别与太安村党支部、金福村党支部签订“两学一做”常态化制度化结对共建协议；三是捐助太安村村委脱贫建设资金59950元，捐助金福村村委脱贫建设资金10000元，同时为太安村81户贫困户和20名贫困生送上区直律师事务所捐助金每户每生200元，计20200元；四是参加活动的党员律师现场为太安村、金福村“两委”干部及群众开展义务法律咨询活动；五是广西律师协会机关党支部党员干部分别进村入户走访各自联系帮扶的“一帮一联”贫困户。

开展“党旗领航·助力脱贫”结对共建主题党日活动，是广西律师行业推进“两学一做”学习教育常态化制度化、开展“争当八桂先锋、争做合格党员”活动的重要载体和具体抓手，有助于凝聚律师行业共推精准扶贫的强大合力。据统计，本次活动捐助的扶贫款项共计人民币90150元，其中85150元来源于区直律师事务所律师捐助，广西律师协会捐助5000元，充分体现了区直律师热心公益的奉献精神，勇担社会责任的良好形象。（文：刘莹、颜凌霜 图：黄永万、颜凌霜）



律师为村民提供法律咨询



广西律师协会机关支部支委徐志红（右）向太安村贫困户、贫困生捐助资金



为太安村贫困户、贫困生发放资助金



广西律师协会举行律师继续教育培训基地（试点）授牌仪式暨首期专题培训

2017年7月13日上午，广西律师协会在广西万益律师事务所举行律师继续教育培训基地（试点）授牌仪式暨首期专题培训，广西律师协会秘书长黄都恒出席会议并讲话，副会长凌斌，西南政法大学教授、博士生导师龙大轩，广西律师协会律师继续教育委员会主任黄炳德、培训部副主任曾文海以及律师继续教育培训基地（试点）单位负责人和律师代表约90人参加会议。会议由广西律师协会副会长李安华主持。

黄都恒秘书长在讲话中首先对广西同望律师事务所、广西万益律师事务所、北京大成（南宁）律师事务所、北京盈科（南宁）律师事务所、广西通诚律师事务所、广西桂海天律师事务所被确定为广西律师协会的第一批律师继续教育培训基地，并邀请西南政法大学教授、博士生导师龙大轩为教育培训基地开讲第一课表示祝贺！

他指出，广西律师协会历来高度重视全区律师的继续教育培训工作，近年来在加大继续教育培训力度和加强教育培训的针对性、时效性方面做了大量的工作。今年以来，又积极探索依托和利用区直律师事务所拥有的资源优势建立律师继续教育培训基地，目的就是针对律师对不同层次的继续教育培训需求，利用区直律师事务所自身开设的各类有特色、针对性强的培训讲堂，面向全区律师开放一定数量的名额免费提供培训服务，开辟律师协会新的律师继续教育培训模式。经过将近半年时间的筛选和实地考察并经过会长办公会讨论决定，择优确定广西同望律师事务所、广西万益律师事务所、北京大成（南宁）律师事务所、北京盈科（南宁）律师事务所、广西通诚律师事务所、广西桂海天律师事务所为广西律师协会的首批律师继续教育培训基地。他希望被确定为教育培训基地的6家律师事务所，要按照广西律师协会的要求，根据律师的培训需求，举办一些更加务实、更有针对性的培训，为推动我区律师继续教育培训工作贡献力量。

出席会议的领导为6家律师继续教育培训基地（试点）单位授了牌。

授牌仪式后，西南政法大学教授、博士生导师、中央电视台社会与法频道《法律讲堂》主讲专家龙大轩以《孝道与法文化》为题，结合中国优秀传统文化的孝道给参会的律师畅谈中国的法治文化建设，开启了广西律师协会律师继续教育培训基地的第一课。

（文图：曾文海）



授牌仪式现场



为试点单位授牌



龙大轩教授授课



听课现场

中央电视台社会与法频道《法律讲堂》栏目广西律师讲人选题会在南宁召开



选题会现场

2017年8月11日，广西律师协会和中央电视台社会与法频道《法律讲堂》栏目组在南宁联合召开广西律师主讲人选题会。《法律讲堂》栏目主编郝燕飞、执行主编李威、法制日报广西记者站站长莫小松、广西律师协会秘书长黄都恒、副会长李安华出席会议。会议由广西律师协会副会长罗旭主持。

会上，黄都恒秘书长对郝燕飞一行的到来表示欢迎，对《法律讲堂》栏目组给予广西律师提供展示自己形象的平台表示感谢，指出广西律师主讲人取得的成绩凝聚着栏目组的辛勤付出。同时就主讲人自身、主讲人所在律师事务所和广西律师协会如何进一步增加信心，不断提高广西律师主讲人的选题质量和出镜率提出了明确要求。黄都恒秘书长表示，广西律师协会将进一步加强与《法律讲堂》栏目的沟通联系，为主讲人施展才华创造更好的条件，同时要借助法制日报、广西法治日报等媒体大力宣传报道广西律师主讲人参加节目录制的心路历程。

郝燕飞主编在讲话中指出，《法律讲堂》连续五年获得央视品牌栏目称号，在央视400多档常规栏目中综合排名连续五年位列前30强，与广大主讲人的努力和付出分不开。广西律师主讲人取得的成绩离不开广西律师协会和所在律师事务所的支持和帮助，希望广西律师主讲人再接再厉，继续努力，争取拿出更多的作品展现在全国电视观众面前。

法制日报广西记者站站长莫小松表示，法制日报将积极配合广西律师协会，大力宣传报道广西律师主讲人的事迹，进一步提高广西律师的社会影响力。

会上，6名主讲人所在的律师事务负责人表示，将一如既往地全力支持《法律讲堂》栏目的工作，为主讲人做好服务。

本次选题会上，6名广西律师主讲人报送了各自精心准备的选题，栏目主编郝燕飞、执行主编李威对每位主讲人的选题一一进行现场点评和指导。

据悉，目前广西律师主讲人团队已经达到8人，共录制节目29期，播出14期。

广西律师主讲人沈钰琦、杜佳、韦彦婷、杨丽儒、刘明星、冯丽滢参加会议。

(文：蒙春兰、黄永万 图：冯培铭)



《法律讲堂》栏目主编
郝燕飞讲话



法制日报广西记者站站长
莫小松讲话



广西律师协会秘书长
黄都恒讲话



广西律师协会副会长
李安华参加会议



广西律师协会副会长
罗旭主持会议

夏	去
秋	来

文：周广玲

还没有来得及
享受盛夏的阳光
已是秋雨绵绵
尘封燥动的记忆
夏去秋来 天高云淡

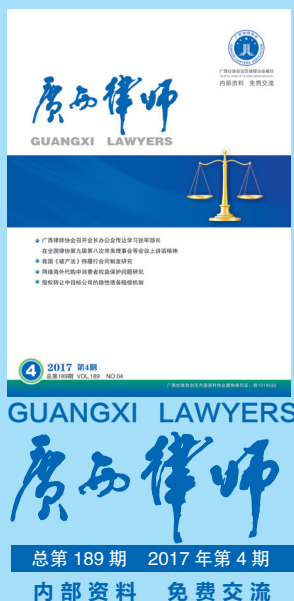
夏带着倦意的翅膀
已无法载动太多的绿意
秋凉阵阵的树荫中
翻开季节的心扉
觅踪逝去的芬芳

在夏天通向秋天的台阶上
雨水滴答滴答丝丝不断
夏去秋来 收获一场秋雨
连绵数日秋高气爽
洗涤出了洁净的天空

夏去秋来
眼眸采摘深深的思念
秋意在枝头绽放诱人的果实
炙热的心也有了一丝清凉
秋的宁静擦拭去了凡俗和庸碌

悠然从容读月光
无边的秋夜
星光闪闪 闲庭看花
夏去秋来的静美
在安静中慢慢吐露着季节金黄





主管部门：广西壮族自治区司法厅
编印单位：广西壮族自治区律师协会
刊名题词：蒙平友

编委会组成人员

主 任：杜恒年

副 主 任：黄都恒

委 员：韦 晓

编 辑：《广西律师》编辑部

主 编：黄都恒

责任编辑：刘 莹 黄永万 颜凌霄

地 址：广西南宁市民族大道 93 号

新兴大厦 A 座 24 层

邮 编：530022

电 话：0771-5866327

传 真：0771-5866327

广西律协网站：www.gxlawyer.org.cn

特别提醒：请律师使用广西律师网
投稿系统进行投稿，外单位投稿
继续使用 gxlstgyx@163.com
欢迎大家用电子版投稿

发送对象：中华全国律师协会、各省区
市律师协会、各市律师协会、
全区各律师执业机构

编印日期：2017 年 8 月

印数：3000 本

印刷：广西区党委凤凰印刷厂

厂址：南宁市七星路 100-1 号

邮编：530022

电话：0771-2807644 5899908

目 录 CONTENTS

卷首语

夏去秋来……………周广玲

关注

广西律师协会召开会长办公会传达学习张军部长在全国律协第九届第八次常
理事会等会议上讲话精神……………（1）

律师实务

我国《破产法》待履行合同制度研究……………赖燕娜、张 山（2）

网络海外代购中消费者权益保护问题研究……………林 铸、黄雅娴（8）

股权转让中目标公司的隐性债务赔偿机制……………陈资长（12）

妙手仁心，巧解婚姻千千结……………蒋三努、苏 贤（15）

法苑论坛

股东优先购买权的焦点法律问题研究——以法律性质、权利适用和效力问题
为视角……………胡新毅（18）

环境公益诉讼原告主体资格研究……………蒋巍雄（25）

“一带一路”背景下西部专家型律师东盟执业策略研究……………陶斌智（32）

律师视点

律师执业生涯感悟……………马艺珊（36）

律师如何成为好徒弟，如何成为好师父？……………肖 敏（39）

行业动态

行业要闻……………（43）

封二：广西律师协会党委举行揭牌仪式暨庆“七一”主题党课活动

封三：广西律师行业“关注党员成长·激发组织活力”暨“两学一做”

学习教育常态化制度化培训班在国家律师学院举办

广西律师协会召开会长办公会传达学习 张军部长在全国律协第九届第八次 常务理事会等会议上讲话精神

8月30日，广西律师协会会长黄志文从北京参加全国律协第九届第八次常务理事会回来后，先后向自治区司法厅厅长赵波、分管副厅长杜恒年汇报了张军部长在全国律协九届八次常务理事会、刑事辩护与律师制度改革专题研讨班、建立律师与司法机关的良性互动关系座谈会上的讲话精神，并于9月1日下午主持召开广西律师协会第九届第四次会长办公会学习传达张军部长讲话精神，研究提出贯彻落实意见。自治区司法厅党委委员、副厅长、广西律师协会党委书记杜恒年出席，会长办公会全体班子成员参加会议，协会秘书处部门负责人列席会议。

黄志文会长说，张军部长在讲话中反复强调的四个关键点是“讲政治、履职责、促改革、重自律”，突出表达的核心思想就是要“严管厚爱”。

会议一致认为，张军部长提出“律师协会要由过去的‘宽松软’走向今后的‘严紧硬’”、“让律师把律师协会当成真正的‘娘家’”、“就律师队伍建设、律师权益保障和违纪惩戒问题律师协会要‘挺’在前面”等部署和要求，让大家倍感振奋和激情澎湃，为进一步加强律师协会建设、做好新形势下律师工作提供了遵循、指明了方向。会议要求，要把认真学习贯彻张军部长讲话精神作为当前和今后一个时期的一项重要政治任务抓

紧抓好，准确领会把握精神实质，自觉用讲话精神统一思想、武装头脑，将思想和行动统一到张军部长讲话精神上来，用新思路新方法新举措切实推动律师工作改革发展。

结合广西律师工作实际，会议研究提出四条贯彻落实意见：一是依托理事会微信群、区直律师事务所QQ群、公司公职律师群等平台，及时组织协会理事会成员、区直律师事务所主任、两公律师学习张军部长讲话精神，使全区上下把思想和行动统一到律师协会和律师队伍建设的新要求上来；二是按照司法部党组重新对全国律协的职责定位和工作分工，结合广西实际，尽快提出会长班子和理事会履好职、尽好责的具体措施和分工安排，切实落实好让“律师协会挺在前面”的部署要求；三是抓紧研究律师协会秘书处的职责定位和工作分工，更好地服务好、配合好会长班子和理事会发挥职责作用，满足全区广大律师的期许和律师行业发展的需要；四是要按照深化律师制度改革的各项任务的时间节点，细化工作内容，列出清单，明确责任领导、具体责任人和完成时限，用实实在在的工作和举措，推动律师制度各项改革任务落地见效。

（广西律师协会 刘莹）

我国《破产法》待履行合同制度研究

广西东方意远律师事务所 赖燕娜 张 山

摘要：我国的《企业破产法》历经一次修改，发展到现今为止，在实践上，取得了较好效果，但在某些具体问题仍有待改进，笔者选取了破产法律制度中待履行合同的相应问题予以研究，通过对待履行合同标准的明晰及其主要处理方式，以及考察域外国家对待履行合同的主要处理方式，结合我国破产法律制度待履行合同的处理现状，在借鉴域外完善的法律制度前提下，提出适宜我国待履行合同的完善建议。

关键字：待履行合同；破产法；法律制度

一、待履行合同内涵与标准明晰

（一）待履行合同的几种标准解说

“待履行合同”的出现源于《美国破产法》，但这部法典提出该名词后却没有给予它一个明确的定义，美国的起草委员会认为，这个名词含义应该是不用解释且容易理解的，这也在往后直接导致了关于待履行合同内涵的争议，可谓众说纷纭，比较著名且被接受的是 Vern Countryman 教授提出的以“实质违约”为标准的待履行合同界定，他认为：“待履行合同是破产人与合同相对人均未完全履行各自的合同义务，以至于任何一方的不完全履行都会构成一个实质性的违约，因此合同对方当事人可以此为理由拒绝履行其合同义务^①。”但有的学者认为 Countryman 教授的定

义虽然所给予的界定解说启发较大，但实际上缺乏操作的可能性，故在此情形下，有学者提出了“以结果为标准的”待履行合同界定，他们认为，对于不需要去提前发现或调查待履行合同是否存在，对于在破产前双方所签订的合同，由破产托管人根据对成本及利益的权衡等比较结果予以决定是否继续履行该项合同；有的学者和国家对待履行合同的界定就比较简单，统一采用“未履行完毕”为标准，即只要在破产程序前签订的未履行完毕的合同，均为待履行合同，理解及概念都较为简单化。

（二）我国对待履行合同的界定

目前大陆法系国家如德国、日本、法国都不约而同的采用“未履行完毕”标准来对待履行合同进行界定，我国同样在此之列，根据我国《破产法》第十八条之规定，破产法上的待履行合同主要有以下两个特点：（1）时间条款限制在破产申请受理前所成立的合同；（2）条件限制在合同仍处于存续期间并未终止，排除无效及失效合同的适用。虽然我国破产法沿用大陆法系简单的“未履行完毕”标准，让待履行合同的界定一目了然，但与此同时带来的弊端就是，法条规定的简单化，在解释过程中容易出现歧义和争端，如我国对待履行合同的界定忽略了待履行合同客体的界分，即在合同义务上没有明确，合同的从义务未履行

^① See Vern Countryman, Executor contracts in bankruptcy part I ,pp439.(1973).

完毕，是否属于未履行完毕合同之概念，因为众所周知，合同可能会出现主从义务之分，而我国的待履行合同的界定，却未对此进行释明，当因为主从义务的履行出现争议，一方据此要求解除合同，一方要求继续履行，将会给“未履行完毕”的概念增添不确定性，因此，在对待履行合同的界定上，我国仍然需要在未来明确从义务的未履行是否归属于“未履行完毕”的标准范畴。

二、待履行合同的主要处理方式

（一）其他法律规范待履行合同的处理

待履行合同的产生源于破产制度的发展，它属于现代破产制度所衍生的新型名词，而提及待履行合同，除破产法外，与之联系最为密切的莫过于合同法，在合同法上，若一方当事人陷入财务困境，根据合同法解除权的规则，其不能以财务困难为由解除合同，当相对方要求继续履行合同时，其不能拒绝相对方的要求，否则即构成违约，而与此相反的是，相对方却可以以对方陷入财务困难，到期不能履行债务为由行使合同解除权，这在英美法系国家将其称为“默示预期违约”，我国的合同法上称之为“不安抗辩权”，无论是英美法系还是大陆法系，设置该条款的原理都在于为防范陷入财务困难的一方未来不履行或不完全履行合同约定风险，而赋予的相对方解除合同的权利以将此风险的可能性降至最低的保障措施。总结来说，相对方对于不安抗辩权的选择行使，是合同法上待履行合同的基本处理规则，而刚刚提及，待履行合同是与破产制度同源而生，在破产法上对待履行合同的处理，是否应该建立具有其独特的处理方式，笔者将在以下详述。

（二）破产法上待履行合同的处理

在法律的适用上，一般是特别法优于普通法适用，破产法既属于特别法，换言之，在属于破产法所规定待履行合同情形下，应优先适用破产法对于该合同的规定。在破产制度上的待履行合同，陷入财务困境的一方当事人拥有比合同法上更主动的权利，即当企业进入破产程序后，合同

相对方若请求继续履行合同，债务人或者破产管理人均有权拒绝该请求，即合同相对方在破产程序中不能以合同法上不安抗辩权的规定来要求债务人履行合同，这是破产法在债务人已失去偿还能力的情形下最大限度保障全体债权人的合法权益，使债权人能得到公平合理的受偿的机制，破产法不允许债务人在破产程序中对个别债权人清偿，为此，破产法还规定管理人在六个月内对个别清偿行为的撤销权。此外，相对方的合同解除权仍然要受到破产法特定条件的限制，当管理人要求相对方继续履行合同时，相对方在债务人能提供担保的情形下仍然不能拒绝管理人的要求，这是与合同法的处理规则差异最大的一点。以上探讨的均为一般合同破产法上的处理规则，而破产法对于一些特殊的合同仍然有不同于普通合同的规则，具体表现在以下几个方面：（1）在不动产租赁合同上，如若债务人为出租人，可以拒绝租赁合同的继续履行，收回不动产，因此给承租人带来的损失按照破产程序中的债权申报并按顺序清偿，承租人不愿搬离的，须交付房租给破产管理人，且不能要求债务人承担原本租赁合同下的维护等义务；（2）在保留所有权买卖的合同中，在出卖人破产的情形下，管理人可依据破产法的一般合同处理规则行使选择权，决定履行的，买受人不得拒绝，决定解除，造成买受人损失的，仍然按照一般债权进行申报和清偿，如若买受人破产的，决定继续履行的，履行期限自动提前至破产受理申请前，买受人或其管理人应当及时履行合同义务，选择解除的，如若造成出卖人的损失，则作为共益债务进行优先清偿；（3）在涉及知识产权的相关许可协议中，如若许可方为债务人，现行法律规定有两种做法，一是相对方可终止合同，造成的损失按照一般债权申报清偿，二是向债务人继续支付费用，履行合同使用技术至合同期限届满为止，但不能再要求债务人承担相应的技术更新及培训义务等。

通过以上的探讨可以看出，破产法上的待履

行合同规则的设置机制在于最大限度的保护债务人，甚至有点不惜侵害债权人的意思，对债权人选择权的行使不可谓不苛刻，这种特别处理规则的设置，在于破产法的立法初衷是为保护全体债权人的集体受偿和公平清偿的集体利益，避免出现消息灵通的“卷款走人”，消息滞后的“一毛不剩”的极端情形出现，破产法的着眼点与合同不一样，合同法的设置初衷在于解决特定当事人法律关系的争议，保护守约方的利益，而破产法不仅仅是单个当事人利益的问题，其将公平作为待履行合同处理规则的第一理念，实质上就是供一个债权债务清理程序解决多数债权人在债务人有限的财产上发生请求权竞合所致的清偿冲突问题^②。因此，破产法上的待履行合同处理规则，由

于设置的初衷及着眼点不同，必须要对合同法上的相应处理规则进行特别修正，以保障全体债权人的利益。

三、他山之石——域外破产制度待履行合同的考察

破产法由于最先起源于英美法系国家，它与市场经济的发展密切相关，我国市场经济的起步源于改革开放，因而在域外市场经济已经较完善的前提下，考察域外及与我国同属大陆法系国家的破产法上的待履行合同的处理规则，从而进行进一步的比较和分析，这将会对我国破产制度待履行合同处理规则的完善起到极大的借鉴意义，以下，笔者对域外规则的考察以表格形式体现，具体如下：

法律体系	国家	法律条款	一般合同处理规则	特殊合同处理规则
英美法系	美国	《美国破产法》第 365 条	1、破产管理人具有选择权：（1）拒绝（2）继续履行（3）承担并转让；	1、破产管理人具有选择权：（1）拒绝（2）继续履行；
			2、限定处理期限：管理人处理期限为 60 天；	2、拒绝选择权的行使具有限制性：如不动产租赁合同中，须相对人在自愿搬离情形下，才能予以拒绝。
			3、法院具有审批权：对管理人的选择权进行审批。	
	英国	《英国破产法》第 178、179、186、317 条	1、清算人具有放弃权：清算人有权放弃待履行合同（仅限于英格兰 / 威尔士的破产公司）； 2、法院具有解除权：法院可颁发解除令解除待履行合同	清算人放弃权的否决：对特殊合同，如租赁合同行使放弃权一般视为无效。
大陆法系	德国	《德国支付不能法》	1、破产管理人具有选择权（1）拒绝（2）继续履行；	1、限制破产管理人的解除权：适用租赁合同；
			103、105、107-110 条	2、限制破产管理人的拒绝权：适用所有权买卖合同，出卖人破产时，不得拒绝买受人要求继续履行合同的要求（即可个别清偿）。
	日本	《日本破产法》第 59、197、198 条	1、破产管理人具有选择权：（1）解除合同（2）继续履行 2、破产管理人选择权的限制：选择继续行使的，要经过法院许可或监察委员会同意	1、破产管理人具有解除权：适用承租人破产情形； 2、法律空白点：出租人破产时无相应规定。

②王卫国：《破产法精义》，法律出版社，2007 年版，第 2 页。

以上表格的归纳可以看出,各国破产法均赋予破产管理人选择的权力,有的国家破产管理人的选择权力较为宽泛,如美国,有的国家则相对狭窄,同时,域外的破产立法也不约而同的对其选择权进行了一定的限制,只是限制的条件不同,有的将权力的限制赋予法院行使,如英国、日本,通过域外破产制度下待履行合同处理规则的归纳及考察,有利于完善我国现行破产制度下待履行合同的相应处理规则。

四、破产法上待履行合同制度的现状探析

以上提及,破产法的产生与市场经济的发展密切相关,我国破产法起步较晚,直至现在还处于摸索阶段,原因在于我国在改革开放以前实行的较长时间的计划经济,1978年后,我国开始进入经济增长时期,企业法人不断建立,因而随之产生了破产法律制度,但与其他市场经济国家相比较,我国的破产法律制度仍然有明显的不足,整体法律制度的缺陷,由个体缺陷得以组成,待履行合同的只是其中一个个体缺陷,具体表现为待履行合同处理规则的不足以及法律规定所产生的争议两个方面,笔者将在以下详述。

(一) 待履行合同处理主体权力规定交叉

根据我国企业破产法的规定,对于待履行合同的处理,一方主体为管理人,另一方主体为人民法院,但在法条规定中却存在相互矛盾的情形,导致人民法院作为其中一方待履行合同处理主体地位尴尬,具体表现在破产法第26条与第69条规定的矛盾,一方面第26条规定了破产管理人对待履行合同的处理必须要经过人民法院的许可,则人民法院具有审批管理人选择继续履行合同的权力,而另一方面第69条又规定,继续履行合同的,应当及时报告债权人委员会,在该委员会成立前报告人民法院,可以看出,第69条既没

有赋予债权人委员会对管理人继续履行合同的行异议权,又没有赋予人民法院对该行为的许可权,只规定了报告义务,因而,人民法院是否具有待履行合同的处理审批权,仍然有待商榷。

(二) 破产管理人的选择权限制问题

通过对以上域外的考察可以看出,国外破产法律制度在对破产管理人的选择权上均进行了一定程度的限制,如美国,破产管理人的选择权必须经过法院审批之后该选择权才能发生相应的法律效果,而我国《破产法》在待履行合同的选择权上只规定了对债权人委员会或者法院的报告义务,无论在特殊合同或是一般合同的选择权上,均无对破产管理人选择权的相应限制,这将会产生至少两个问题,一是可能容易导致管理人滥用选择权利,二是选择权的行使条件没有明确在实践中会难以实行监督,除非效仿英国的法律制度做法将合同解除权的权利归于法院行使,管理人只能选择继续履行,否则就需要法院颁布解除令。由于我国破产法律制度的倾向性较为明确,就是以提升债务人财产价值为目的,因此管理人在实施该项选择权时不能与该目的背道而驰^③,但从理论上,对破产管理人选择权无相应的限制及标准予以规范,在实践上看,破产管理人的资质参差不齐,无具体考核标准衡量其能力,也容易造成道德风险的增加,破产管理人对待履行合同的履行权行使,涉及到债务人、合同相对人以及债权人等多方利益,而权力不受限制和监督注定是危险的,因而在选择权的行使上我国应着重探讨对破产管理人选择权的限制。

(三) 行使拒绝权的法律效果争议

在债务人进入破产程序后,管理人对待履行合同若选择了拒绝履行该合同,将会产生以下法律效果:(1)破产法已明确的法律效果:拒绝履行即视为合同解除^④,相对方可行使损害赔偿请求

^③王欣、齐明:“论待履行合同在破产程序中的处分”,载《东北大学学报(社会科学版)》2012年第5期。

权利；（2）破产法未明确的法律效果：已经履行部分，法律效果如何界定无相应规定。破产法将管理人拒绝履行合同的法律效果归入合同法所规定的解除权进行规制，本质上没有什么问题，但是合同解除权对“已经履行的，当事人可以要求恢复原状”^⑤的规定是“已经全部履行还是已经部分履行”还有待商榷，而破产法在此情况下，并没有进行一个明确的补充与解释，因此导致已经部分履行合同的法律效果没有被明确，因此，我们有必要关注部分履行合同的法律效果问题。

（四）特殊待履行合同规范的缺失

一般而言，随着社会经济的发展，将会出现与以前不同的经济交易方式，与此同时带来的即是合同类型的多样化，其中特殊待履行合同的出现合同呈多样化趋势的具体体现，不同类型的合同具有不同的特征、成立、生效要件和法律效果等^⑥，在破产法律制度中，上述已经提及了几个较为常见的特殊待履行合同，如不动产租赁合同和保留所有权买卖合同等，由于特殊待履行合同的构成要件及法律效果等的特殊性，也决定了特殊待履行合同不能利用一般的合同规则予以调整，特别是在破产程序中易引发利益的不公，与我国同属大陆法系的德国对特殊待履行合同的处理方式就可以证明这一点，通过以上对《德国支付不能法》的考察，可以看出，在破产程序中的特殊待履行合同，实行限制管理人选择权的措施，甚至管理人在所有权保留买卖合同中可以进行个别清偿，而众览我国破产法，均未有特殊履行合同的有关规定，规范的缺失将会导致实践的混乱，无明确的处理标准予以规范，将会不断的产生争

议，进而阻碍破产程序的进一步发展，甚至会损害双方当事人的具体利益，因而，建立特殊待履行合同的的具体处理规范应是势在必行。

五、破产法上待履行合同制度的规范建议

（一）明确待履行合同处理主体的权力

通过对域外破产法律制度考察所知，一般待履行合同的 choices 均赋予破产管理人，法院一般只赋予审批权，由于我国《企业破产法》对法院审批许可权力规定的模糊性，导致法院在破产程序中是仅限于听取报告知悉破产管理人的选择权还是对破产管理人的选择权具有审批权理解不一，因而笔者认为，《企业破产法》必须明确破产程序中待履行合同处理主体的权力，明确是否继续履行合同选择权归破产管理人所享有，而法院应明确是否具有审批许可的权力，从而解决法院在遭遇相关问题时适用法律的困难，笔者认为，对于法院的审批权可以借鉴日本对待履行合同的处理方式，当破产管理人选择解除合同时不需要经过法院的许可，但若选择继续履行合同的，应当经过法院的审批，之所以提出可借鉴日本的相关处理方式，是因为我国与日本破产法律制度的价值取向较为一致，都是以保护全体债权人的集体利益为目的，而选择继续履行合同的有可能会靠近个别清偿的范畴，从而对全体债权人不利。

（二）细化破产管理人选择权行使标准

在待履行合同的 on 理上，破产管理人的选择权力过大，且没有一个明确的选择标准供管理人和人民法院参考，进而造成管理人的选择权不受监督，此外，管理人的资质能力也决定全体债权

^④《破产法》第十八条：“人民法院受理破产申请后，管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行，并通知对方当事人。管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知对方当事人，或者自收到对方当事人催告之日起三十日内未答复的，视为解除合同。”

^⑤《合同法》第97条：“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。”

^⑥崔建远：《合同法总论》，中国人民大学出版社，2011年版，第53页。

人及合同相对方的利益，但我国无论对管理人的具体资质标准，还是选择权行使的限制及标准均未有明确的规定，因而，笔者认为应该明确管理人选择解除合同或继续履行合同的具体条件至于该具体条件的设立，可以借鉴美国在处理待履行合同方式上的“商业判断标准”，即管理人把自己置身于企业经营者地位，在破产程序中，作出对全体债权人利益最大化及企业破产程序得以顺利进行的选择及判断，此外应设置债权人委员会的监督制度对破产管理人行使选择权进行监督，加之法院的对待履行合同拥有审批许可权，这样三管齐下，才能使破产管理人的选择权力牢牢的关在笼子里，增强破产程序中各利益方对破产管理人所作决策的信任。

（三）发挥其他法律制度的补充协调作用

探讨破产程序中的待履行合同，必然与《合同法》密切相关，然而通过以上对待履行合同现状的探讨可以看出，合同法上并没有专门设置关于破产程序待履行合同行使拒绝权后，对于已经部分履行的明确法律效果，而破产法又规定该法律效果适用合同法的规定，故在破产法未能囊括所有破产程序中的待履行合同问题的解决时，合同法作为与其最密切的法律，应该发挥好补充协调作用，将已经部分履行合同的法律效果予以明确规范，减轻破产法由于发展不完善的适用压力，同时，破产法律制度仍然与民法、劳动法等法律制度存在关联，由于我国破产法起步较晚，对于破产法没有涉及的待履行合同解决方式，而其他法律已经有所涉及但仍不够完善的前提下，可在其他法律制度中先行予以完善或规定，如特殊待履行合同的处理规则，破产法上尚未探讨出一个明确的处理机制，但合同法对于该类型合同已经就其构成要件和法律效果都进行的较完善的规定，因而可以在合同法上先行完善对特殊待履行合同在破产程序中的处理机制，待破产法律制度有适宜的土壤时，再具体细化其规定，当然，在发挥其他法律制度的协调补充作用时，应当注意界限，

以免其他法律制度过多的规范破产程序的待履行合同问题，造成破产法束之高阁。同时，要协调好破产法与其他法律制度之间的关系，因为尽管破产法自成系统，但是它运作所产生的后果仍然不可以与其他法律规范所依赖的条件或者前提产生根本上的冲突[联合国国际贸易法委员会：《破产法立法指南》，2006年纽约中文版，第3页。]。

六、结语

虽然我国破产法起步较晚，但发展到现今也取得了一定显著的成果，该法律制度的发展已经不仅仅局限于平衡债务人和债权的利益，在债务人破产的前提下已经综合发展为平衡各利益主体的经济及社会利益的强力法律工具，而为了有效实现债务人的破产目的，从而使债权人的利益得到最大限度的保护，对破产法律制度的调整与完善势在必行，待履行合同具体处理规则的完善只是其中一角，我国的破产法律制度相比发达国家仍然具有一定的距离，因而笔者只是起到一个“牵一发”而未能“动全身”的作用，希望对破产法律制度中的待履行合同有所助益。

参考文献：

- [1] 王治江：“美国破产法中的待履行合同”，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2003年第2期。
- [2] 崔坤佳：“破产程序中待履行合同的处理规则研究”，复旦大学法学院硕士学位论文，2014年4月。
- [3] 邢玉晟：“论破产法中的待履行合同”，对外经济贸易大学硕士学位论文，2006年7月。
- [4] 崔建远：《合同法总论》，中国人民大学出版社，2011年版，第53页。
- [5] 王卫国：《破产法精义》，法律出版社，2007年版，第2页。

网络海外代购中消费者权益保护问题研究

广西通诚律师事务所 林 铸 黄雅娴

摘要：近年来，随着网络科技和电子商务的快速发展，微信、微博等网络社交平台的普及，依托此类平台的私人海外代购逐渐兴起并且成为人们日常购物的重要途径之一，但由于网络的虚拟性，代购人买假售假、代购商品售后难保障、纠纷索赔程序复杂等问题也成为此类网络私人海外代购消费者权益保护的难题。本文从具体的操作实践提出了一些保障意见。

关键词：网络社交平台；海外代购；法律关系；消费者权益保护

一、网络社交平台下的私人海外代购相关概念及发展现状

（一）网络社交平台下的私人海外代购相关概念

随着经济全球化和我国综合实力的提升，国人的购买力也在不断提高，国内产品已远远不能满足消费者的需求，从而催生了海外代购。海外代购这种新兴的交易方式，破除了产品交易的国际屏障，同时也解决了交易过程中的语言障

碍，极大地满足了消费者的消费需求。随着网络科技和电子商务市场的迅猛发展，在当下微信、QQ、微博等网络社交平台全民普及的背景下，通过网络社交平台进行的海外代购俨然成为了一种趋势。

网络社交平台下的海外代购是指，境内消费者通过微博、微信等网络社交平台与代购人达成代购协议，代购人再按照消费者的需求，从海外的实际销售地购买到相关商品后，带回境内并交付给消费者的一种行为。^①借助此类方式的海外代购更是给消费者带来了极大的便利，消费者能以更便利、更快捷的方式购买到海外商品。

本文将要探讨的，就是这类利用网络社交平台进行的私人性质的非现货海外代购中的消费者权益保护问题。

（二）海外代购的发展现状及原因

随着经济全球化和互联网科技的发展，电子商务市场的日益繁荣，消费者的需求也日益多元化，海外代购因其独特的优势成为当下消费者购物的一种新趋势。根据《中国电子商务市场数据

^①《浅析社交平台上私人海外代购中的法律风险问题》，法治博览，2016.05:70

监测报告》显示,2016年海外代购的交易规模达到6.7万亿元,同比增长24%。^②中国互联网信息中心相关报告显示2015年海外代购人均消费金额5630元,年度增幅13.8%。^③

海外代购发展如此迅猛,有以下几个方面的原因:

第一,网络科技的发展为海外代购提供了技术条件。早期的海外代购大都是通过海外工作、生活的亲戚朋友来购买并带回少量的海外产品来实现,还只限于个人的情谊行为,不具有营利的性质;但慢慢随着微信、QQ、微博等网络社交平台的兴起,通过这类社交平台来展示产品和实现产品的交易,消费者渐渐从熟人扩展到不特定多数的网友,逐渐具有了营利性质,转变为一种商业行为。

第二,国内外产品价格差异大。受我国税收制度的影响,进口商品往往需要征收高额的关税,导致国内消费者最终在国内购买到的进口商品价格普遍比国外要高20%至30%左右。但同样的商品通过海外代购方式,可以减少国内部分税收成本,海外代购商品因此而备受青睐。

第三,海外商品种类多、质量优。相比国内专柜,海外商品种类较为丰富,消费者的可选择范围就更广。从商品质量上讲,国内商品质量问题频发,如“三鹿奶粉”、“瘦肉精”、“地沟油”等事件的曝光,使得消费者对国内商品的信任度下降,而海外商品通常以高品质严把关著称,使得消费者更愿意选择海外商品。

二、网络社交平台下的私人海外代购中存在的法律关系

(一) 代购人与消费者之间的委托合同关系

消费者是商品的实际需求者,代购人提供有偿的代购服务,接受消费者的委托购买海外商品,

双方是平等的民事主体,存在委托合同关系,双方之间的关系也符合我国民法中对“隐名代理”的规定,代购人的代购行为所产生的法律后果,由消费者承担。

(二) 代购人与销售者之间的买卖合同关系

代购人基于上述委托合同享有代理权,随后以自己的名义在海外销售地实施购买行为,该购买行为的法律效果直接归属于消费者。由于代购人在购买过程中仅以自己的名义向销售者做出购买商品的意思表示,并未透露消费者,故双方形成了直接的买卖合同关系。

(三) 消费者与销售者之间的法律后果归属关系

在整个代购过程中,代购人未披露消费者,销售者是不知消费者的存在的,因此双方不存在直接的买卖合同关系,但基于隐名代理的关系,所产生的法律后果最终由消费者承担,消费者也可以向销售者主张权利。海外代购是新兴经济方式,但消费者所购的商品最初来源于销售者,从保护消费者权益角度出发,消费者地位应予以确认。

三、网络社交平台下的私人海外代购中消费者权益保护存在的问题

(一) 私人海外代购商品真伪难辨

通过网络社交平台进行的海外代购行为,大量存在着以代购之名行售假之实的现象。中国电子商务研究中心发布的《2016-2017年十大互联网+法律报告》中“跨境电商售假”成为十大关键词之一,可见售假行为已泛滥成灾。许多代购人都以“正品保障”、“支持专柜验货”、“有正规购物小票”等说词来承诺所购商品的真实性,但事实却常常相悖。通常海外购物交易小票是证明交易真实的最佳凭证,然而代购人只需花费几

^②中国电子商务研究中心 <http://www.100ec.cn/zt/16jcbg/>

^③CNNIC: 2015年中国网络购物市场海外网购情况分析 http://www.cnnic.cn/hlwfzyj/hlwzxbg/dzswbg/201606/t20160622_54248.htm

十元的价格就可以通过网络渠道购得海外专柜的假小票。而对于“专柜验货”，只是代购人单方的承诺，无法得到专柜人员的承认，许多国内的专柜人员几乎不会提供验货服务，而且有些商品的检测需要借助专业工具，更加大了鉴别的难度。可见，私人海外代购商品的真实性难以得到保障。

（二）代购商品难以得到售后保障

很多代购人都会以代购商品的特殊性、专属性为由，提出“代购商品不支持退换”之类对条款，似乎已经成为代购行业中一项不成文的规定。这样的条款以显著方式提醒了消费者注意，看似合法合理，但不区分商品种类的一概适用，显然有排除或限制消费者权利之嫌。在实践中，由于消费者与销售者之间是通过代购人联系在一起的，且一般双方之间相隔甚远，在商品出现质量问题时，消费者常常会因为退货耗时长、运费高等原因放弃申请售后。代购产品退款及退货难成为普遍存在的问题。

（三）代购商品出现质量问题时维权难

首先是取证、举证困难。在网络海外代购过程中，消费者一般是通过代购人展示的图片 and 文字描述来选择商品，通过网络社交平台与代购人进行交流，在交易的过程中，消费者处于劣势，相关的交易信息和交流记录通常存在代购人手中，代购人可以随时对这些信息进行更改。

另外，我国目前的电子商务纠纷解决制度不成熟，在解决海外代购纠纷时没有明确的法律依据。网络社交平台下的私人海外代购往往涉及三方主体，法律关系复杂，又涉及到跨境交易，选择传统司法救济途径往往会有诉讼周期长、诉讼费用多、法律适用冲突等问题，给消费者增加了诉讼风险，致使消费者在维权时困难重重。

（四）平台准入门槛低，交易过程难以监管

网络社交平台的准入标准较低，微信、QQ以及微博等社交平台下的代购一般以私人形式存在，代购只要通过自己的私人账户就可以进行，

并不需要经过平台或是行政机关的认证或审核，价款的给付也通过私人转账，没有第三方的担保，形成一个三不管的灰色地带。这类型的代购在交易过程中，消费者对代购人的身份通常一无所知，一旦权益受到侵害，消费者向行政主管机关投诉或是启动司法程序时所需的基本信息都无法取得。

四、网络社交平台上私人海外代购中消费者权益保护的对策和建议

（一）网络社交平台提供商应为交易安全提供保障

首先，网络社交平台提供商应尽到审慎义务，对利用平台进行的网络交易产生的各种信息或资料进行留存和备案，以便其日后可以调取查用。其次，对在平台内进行的交易过程提供技术保障。网络社交平台提供商作为从事网络技术的专业机构，在技术、管理、法律适用等方面具备较强的能力，在自己提供服务的范围内一旦发现违法代购行为应当采取合理的措施及时制止。

（二）加强网络社交平台的监管力度

首先，加强对网络社交平台的外部监管。因为网络海外代购的交易大多发生在网络社交平台上的，所以对平台的监管是预防侵害消费者权益和惩治代购人不法行为的重要环节。行政主管部门对网络社交平台经营活动的监管，不能只顾事前审批不管事后监督，应明确各部门职权，对于违法行为及时治理和处罚，加大网络代购人的违法成本。

其次，加强网络社交平台的自我监管。在实践中，网络社交平台对这些海外代购人通常是睁一只眼闭一只眼，没有明确且强硬的准入标准，更没有对他们进行有效的监管。所以加强网络平台自身的监管，有利于杜绝假货泛滥等侵害消费者权益的行为。

（三）建立在线纠纷解决机制（ODR）

电子商务全球化的迅猛发展势必带来大量的纠纷争议，网络社交平台下的私人海外代购作为

一种非正规的交易方式,消费者权益受到侵害时采用传统救济途径需要耗费的各项成本过高,最终只能放弃追诉,售后难、维权难的困境应从纠纷解决机制着手。

在许多发达国家和地区,随着网络技术发展在线纠纷解决机制(ODR)已被广泛适用,这是对传统司法救济方式的补充,其优势及功能也日益凸显。在线纠纷解决机制(ODR),实际上就是将替代性纠纷解决机制(ADR)运用到网络环境中,通常以在线交涉、在线调解、在线仲裁等方式进行,解决了传统司法救济程序复杂、耗时耗力的问题,能更简便、高效、公正透明的解决电子商务纠纷。因此,我国应借鉴相关发达国家和地区的经验,引入ODR机制为电子商务纠纷提供新的解决路径,降低纠纷解决成本,提高效率,使消费者权益得到更为有效的救济。

(四) 明确举证责任制度

在我国的司法实践中举证责任一般是“谁主张谁举证”的原则来进行考量。但是,如前文所言,由于海外代购的新颖性和特殊性,在网络社交平台下的海外代购中,消费者处于弱势地位,而且法律法规也有一定的滞后性,依据现有的举证原则消费者在取证时还是困难重重。因此,应当全面的考虑网络海外代购交易方式的多样性和特殊性,在网络海外代购中涉及到销售者、代购人、消费者三者之间复杂的法律关系,根据不同的情况确立与消费者的举证能力相匹配的举证责任制度。

结语

我国网络社交平台环境下的海外代购产业距离正规化还有相当长的一段路要走,需要各个环节的共同努力。网络社交平台要严格准入制度,自查自纠;行政主管部门应明确职权,加强监管;代购人应以诚信为本进行经营活动;消费者更应树立自我防范意识,维护自身合法权益。只有这样,消费者才能放心进行海外代购,海外代购这一产业才能更健康更长久的发展。

参考文献

- [1] 李佳寰、刘佳文、应细涛. 海外代购的法律分析及其规制[J], 法制博览, 2016·12(下): 253
- [2] 武志豪、张晓洁、许端端、赵芳芳. 浅析社交平台下私人海外代购中的法律风险问题[J], 法制博览, 2016·05(中): 70-71
- [3] 鲁月影. 海外代购的主要问题、纠纷解决以及消费者权益保护[J], 现代商业, 2016: 16
- [4] 孟祥兆、侯德康、张梓杉. 网络海外代购中的消费者权益保护[J], 产业与科技论坛, 2017年第16卷第4期: 31-32
- [5] 邹奇桂、杨逢柱. 网络海外代购消费者权益保护制度构建研究[J], 中国市场, 2017年第4期: 20-22
- [6] 杨振华、沈强、杨舸. 中国网络海外代购的现状与发展趋势分析[J], 社会科学与人文, 2015年第3期: 135-141



股权转让中目标公司的隐性债务赔偿机制

上海汉盛（南宁）律师事务所 陈资长

摘要：股权转让作为公司并购主要方式之一，因其操作较为简易，交易成本相对较低而为众多并购公司所热衷。采用此种并购方式成为目标公司的股东，原则上将对目标公司的外部债务承担概括承受义务。与此同时，目标公司及原股东为了获取利益最大化，可能存在故意或者因重大遗漏造成隐性债务的行为，进而使并购公司的交易目的难以实现，损害交易的公平性。因此，针对隐性债务可能产生的各类风险，应当制定合法有效的应对机制。

关键词：股权转让；隐性债务；违约赔偿

引言

一般而言，股权收购所涉及的金额是非常巨大的，但股权转让中隐性债务的存在，可能在一瞬间突然爆发使得被收购的公司价值缩水，进而使新股东的投资遭受巨大的损失。然而，我国相关立法并未跟上时代的发展，现有法律还不能有效的规制隐性债务所带来的风险。所以，本文通过一个具体案例，从如何判断隐性债务、隐性债务的赔偿范围、方式以及诉讼时效等几个方面剖析股权转让中目标公司的隐性债务赔偿机制。

1. 案情简介

2007年5月，上海上实集团与上海远东桥梁公司的原股东进行先增资后转股的磋商并签订协议，同年8月16日远东桥梁公司原八家出资单位作为甲方与作为乙方的上实发展公司（上海上实集团旗下子公司）签订增资扩股协议，约定由上实发展公司以现金出资方式增资远东桥梁公司，将原本的7000万元注册资本增加至3亿元。

2007年10月29日，远东桥梁公司与上实发展公司完成工商登记的变更。随后，远东桥梁公司原八大股东与上实发展公司于2008年5月23日完成股权转让并进行了工商变更登记，上实发展公司持有远东桥梁公司100%的股份。提醒注意：以上协议均约定了股东的债务披露义务。

2009年9月10日，上实发展公司与案外人上海上实投资公司签订了股权转让协议并完成了交割。直到2009年11月起，三笔分别成立于2007年5月21日、2005年12月9日及2007年11月9日的隐性债务相继被起诉至法院。

2012年12月28日，上实投资公司以违反瑕疵担保义务为由对上实发展公司提起违约赔偿之诉，上实发展公司败诉，并已履行了判决内容。从此，上实发展公司走上了漫漫的追偿路，一审、二审的结果都是仅被支持了发生在上实发展公司增资并做了工商登记变更之前的两笔债务。而2007年11月9日远东桥梁公司与宁波建工的100万元债务未得到法院支持。

2. 股权转让中隐性债务概论

隐性债务是指一些未在目标公司财务资料中明确显现出来，或者经过并购中的尽职调查仍不能预见到的，随着后续事项的逐步推进并明朗化而出现的债务。^[1]从主观恶性程度上看，隐性债务无非主要涉及以下几种：目标公司及原股东故意隐瞒债务存在导致的隐性债务、因重大遗漏或过失产生的隐性债务以及一些转让协议当事人不存在过错且客观存在、未涉诉、不可预见的债务。具体而言，隐性债务可归结为：第一，行政类的税费，如逃税漏税行为。基于我国税收法律尚未

明确逃税漏税行为是否存在追溯时效,实践中仍以有逃必追的操作,时间跨度也有长有短,但根据税务清单也比较容易辨别赔偿范围。第二,民商事债务,涵盖范围特别广,包括合同之债、劳务之债、侵权之债、无因管理之债、不当得利之债等。^[2]民商事中特别容易产生隐性债务,因为涉及到的第三方数量多、地域范围广,有的公司财务管理不规范、公司结构复杂,通讯、信息交流受限,甚至是存在不为人知的不合法债务等,这些都是产生隐性债务的因素。实际操作中有意无意都可能发生隐性债务,因其隐秘性、不确定性而造成收购方承担无法预估的债务清偿风险,有违公平和合理性。因此,探究股权转让协议中当事人之间的隐性债务赔偿机制,存在现实的必要性,有利于平衡双方的利益。

3. 股权转让中隐性债务的判断标准

关于这点,通过查阅资料得知,一部分学者认为隐性债务仅存在于股权转让之前发生的,转让人未履行披露义务的债务,即从股权转让合同看,一般明确为股权转让基准日前实际发生或基准日前的行为引致的债务。^[3]从上述引例的判决看,概念中的基准日是指变更工商登记之日,在此之前目标公司已经存在的债务未经披露的,构成隐性债务。否则,不是隐性债务而是由变更后的公司及股东自担责任。笔者认为仅以基准时间判断是否构成隐性债务太过片面,忽略了隐性债务的复杂性,可能造成目标公司及原股东在基准日前后突击,使用未移交的公章等材料故意制造债务以取得更高转让收益。引例中,关于2007年11月9日远东桥梁公司与宁波建工的100万元借款债务,法院便是以不在基准日2007年10月29日之前发生而不予支持。该例子的复杂在于股权转让中间增加了一个增资扩股的环节,而2007年10月29日仅为增资后的工商变更登记,收购方的最终目的是受让目标公司的100%股权,实现最终目的之日是2008年5月23日。现笔者

将判决中法院观点撇至一边,以假设分析。第一种:以2007年10月29日作为判断隐性债务的基准日。据判决中事实部分表述,2007年11月9日远东桥梁公司与宁波建工之间的债务一直未被披露,也未在财务材料中体现。而且债务发生时间节点甚是尴尬,若再满足以下条件的:有证据证明在成立该笔债务的磋商过程中收购方未参与磋商、对该笔债的合同的生效未参与决策且不知晓已签订合同;收购方在该基准日之前未实际参与公司决策管理,或证明该笔债务以公司之名却并非为公司所用而是原股东的恶意债务的,应认定为隐性债务。第二,按照收购方的终极目的,增资扩股环节仅仅是对目标公司的股份收购,而对目标公司全部原股东的股权收购才是终极目的。因此可能在第二次工商变更登记之前,即2008年5月23日之前,收购方依旧持续对目标公司及原股东进行尽职调查且未实际参与公司决策层的,该时间为基准日,也应当认定为隐性债务。

综上所述,对于隐性债务,应该侧重在“隐性”二字,以基准日判断是否属于隐性债务操作比较简易,但也仅仅是其中的一种标准。故,不能简单地以一个基准日为时间节点标准判断是否属于隐性债务,而需要结合相关证据综合考量。

4. 隐性债务的赔偿范围及赔偿方式

4.1 赔偿范围

笔者认为隐性债务的赔偿范围是指股权受让人因转让人的过错造成的损害结果所承担的赔偿范畴。根据上文提及的隐性债务主要是目标公司及原股东故意隐瞒债务存在导致的隐性债务、因重大遗漏或过失产生的隐性债务以及一些转让协议当事人不存在过错且客观存在、未涉诉、不可预见的债务这三种类型。针对第三种情形,即转让协议当事人不存在过错且客观存在、未涉诉、不可预见的债务,有学者称为“或有债务”^①。或有债务虽然属于隐性债务,但是因其特殊性,变更后的公司对第三人承担赔偿责任或补偿责任后,需

^①张伟、沈涛:《科技型企业股权融资中隐性债务规制的原则——从一起股权并购失败的案例说起》,《北京交通大学学报(社会科学版)》,2014,(3):85.

要向目标公司及原股东主张的是追偿权利。笔者认为这种追偿不属于股权转让中隐性债务的赔偿范围。因此，隐性债务的赔偿范围主要是因故意隐瞒或重大遗漏所产生的隐性债务。

4.2 赔偿方式

引例中，既涉及新股东与原股东间的股权转让协议关于瑕疵担保和债务披露的约定，又涉及新股东与目标公司的增资协议并且八家出资单位对增资协议的瑕疵做了担保。因此，对于三笔隐性债务还有另一种赔偿可能，即当三笔债务都属于重大遗漏时按照基准日为界定标准时，八家出资单位应当对确立在2007年10月29日前的两笔债务按照增资协议向上实发展公司承担违约赔偿责任；针对2007年11月9日的那笔与宁波建工的借款债务，应当由市政设计公司、浦江缆索公司按照违反新旧股东之间的股权转让协议中披露义务来承担违约赔偿责任，其他六家出资单位因无相关约定无须承担赔偿责任。由此可知，股权转让中隐性债务的赔偿主要以承担违约责任赔偿的方式。那么，按照判决的逻辑看，只能由约定的主体违反约定的披露义务来承担违约赔偿，即无约定则无违约赔偿。当承担披露义务的主体及内容无约定、约定不明或者文义解释不利于股权受让一方而无法主张违约责任时，这时可能转为主张缔约过失责任，但是缔约过失责任的适用范围和赔偿范围有限，如何平衡转让协议双方的利益成为紧迫问题。

5. 隐性债务的诉讼时效问题

各种法律关系的不确定状态，都可能阻碍商事活动的正常进行。^[4]对于隐性债务的诉讼时效也应当做出明确的规定，才能维护正常稳定的交易秩序。

关于隐性债务的诉讼时效适用问题，根据不同的具体债务类型适用相应的时效制度，如人身侵权的原则上是一年诉讼时效、环境侵权的诉讼时效为三年等。

关于诉讼时效起算点的问题，法律规定的是诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。如何界定“知道或者应当知道”比较困难，

应当个案分析。就引例而言，诉讼时效起算点成为诉讼的争议焦点之一。转让方股东认为2008年11月25日上实集团给市政设计公司提出远东桥梁公司现存在严重的历史遗漏问题且未披露的书函，对引例中的三项隐性债务已经构成诉讼时效“知道或者应当知道”的起算点。而法院认定的诉讼时效起算点是上实发展公司向上实投资公司支付赔偿款的时间，即2013年4月18日。发函时间不构成诉讼时效起算点的原因有：第一，提出主体条件不成立。发函主体为上实集团，上实集团是上实发展公司的母公司，母公司知道权利受损不意味着子公司必须知道，而且作为子公司的上实发展公司才是增资扩股协议、股权转让协议的合同当事人。第二，知道权利受侵害的事实不具体。上实集团的发函没有具体指出三笔隐性债务的权利人及债务相关具体内容。第三，股权发生再次转让，上实发展公司在当时并没有产生实际损失，实际损失发生在2013年4月18日。因此，转让方股东提出的诉讼时效得不到法院的支持，也得出一个结论：诉讼时效的起算必须是有资格的当事人因另一方当事人的侵害行为，在知道或应当知道具体的损害事实发生且实际存在损害结果时，诉讼时效才开始起算。

6. 小结

在股权并购成为企业募集资本、产权流动重组、资源优化配置的重要形式的社会，由于没有合理有效的机制导致股权转让中的隐性债务问题一直困扰着公司并购的发展，探究隐性债务的赔偿机制具有现实紧迫性，立法是否需要将目标公司及股东的披露义务的相关内容法定化还需要学者的深入探讨。

参考文献：

- [1] 刁全胜. 企业并购隐性债务的风险防范 [J]. 煤炭科技, 2014, (3): 124.
- [2]、[3] 参见刘远莎. 股权转让中目标公司的隐性债务赔偿机制 [Z]. 无讼阅读网, 2017.
- [4] 张伟、沈涛. 科技型企业股权融资中隐性债务规制的原则——从一起股权并购失败的案例说起. 北京交通大学学报(社会科学版), 2014, (3): 87.

妙手仁心，巧解婚姻千千结

北京市盈科（南宁）律师事务所

高级合伙人 蒋三努

律师助理 苏 贤

“这日子真是没法过了，我要离婚！”笔者耐心地听着面前的女子倾诉着这些年婚姻家庭生活的烦恼。中年夫妻，上有老下有小，上司喊朋友叫，七年之痒把两人挠得几乎要抓狂。

笔者让她列出离婚的3个理由，女子毫不犹豫地写下了第一个，写第二个时有点犹豫，写到第三个时就写不下去了，双手掩面。笔者等她情绪平复一点后，慢慢跟她聊婚姻、家庭、孩子……女子离开时握着笔者的手说：“真的非常感谢你，我会重新思考我们的婚姻，认真考虑要不要离婚的。”

后来她没有再到笔者办公室来，她跟丈夫最后怎么样了？笔者笑笑，打开微信，只见最近她和丈夫外出旅游，天天在朋友圈派狗粮。

作为处理过成千上百起婚姻家庭案件的律师，笔者对这类案件有自己的一套见解：虽然他们与其他纠纷一样大多数涉及到“钱”，但决定案件走向的往往是“情”。能帮当事人争取到尽可能多的财产固然是本事，但能在解决孩子抚养权归属、共同财产分割等问题外，做好当事人心理工作，不但能推进案件的进程，还能降低双方所受伤害，让他们尽快从婚姻家庭纠纷的泥沼中摆脱出来，这才是我们追求的终极目标。

为实现上述目标，笔者主要使用以下四方面做法：

一、罗列婚姻清单，引导当事人尽可能客观地陈述案情。

初次咨询，当事人大多急于释放几年、十几年甚至几十年婚姻生活中的情绪，较难全面客观地反映问题。作为专业的婚姻家庭律师，笔者会让当事人罗列婚姻清单，主要内容包括：3个离

婚的理由，5个幸福感动的事件，5个伤心痛苦的事件，以及排名前5的离婚诉求。这个清单貌似和我们办案收集的证据没有太大关系，但当当事人列婚姻清单，不但可以收集到一些案情细节，也可以给当事人一个回忆过去，整理情绪的机会。主要有两方面的作用：

1. 让当事人过滤偏激情绪，明确自己真正的需求。

有些当事人在整理婚姻清单的过程中，会静下心来思考婚姻存在的问题，重新考虑婚姻的走向，有时也许不必走到离婚那一步。开篇的案例就是如此。而对于心意已决的当事人，整理清单能让其更加明确，在婚姻中哪些是自己想要的和不想要的，能在纷繁复杂的婚姻纠纷中整理头绪，明确自己的方向。

如：一个离婚案件中，女方坚持要孩子抚养权以及按7:3比例分配夫妻共同财产，男方坚决反对。通过列婚姻清单，她坦言最想要的只是孩子的抚养权，7:3分配比例只为了出口气。通过笔者调解，女方在共同财产分配方面作了让步。最后，男方同意孩子抚养权归女方，为感谢女方多年的付出与宽宏大量，愿意在5:5分配共同财产的基础上，给予女方一些经济补偿。

2. 引导当事人从正反两面客观地陈述案情。

许多当事人在指责对方时能援引各种生活事例，理直气壮地给出各种“差评”，但却甚少会提及对方的积极信息。如果律师对各种“差评”照单全收，与当事人“同仇敌忾”，往往很难找到案件的突破口，也不利于案件的解决。在办案过程中，若能适当使用婚姻清单中对方的正面例

子,承认对方某些方面的优点,也许能缓和矛盾,达到事半功倍的效果。

如:一个诉讼离婚案件,被告认为夫妻感情尚未完全破裂,执意不肯离婚,眼看一场离婚拉锯战就要上演。笔者在调解中,抓住婚姻清单中的幸福感动事件对被告说,“尽管她坚决要求离婚,但是她也不是完全看不到你对她的好。她说前年她生日时,您特意请假回家为她准备了一顿丰盛的烛光晚餐,她特别感动。你们曾有过很多美好的回忆,她想和平分手,也是不希望这些回忆在公堂上被破坏掉。”被告沉默了。那次之后,被告态度有所缓和,双方终于能平静下来沟通。最终被告同意协议离婚,原告到法院撤销了离婚诉讼。

二、提取案件关键信息,挖掘婚姻纠纷背后的根源。

1. 耐心引导,重视无意过滤的关键信息。

当事人会下意识筛选只陈述对自己有利的信息,而当事人无意中过滤的信息,有可能有较重要的意义。当事人忽略了,律师可要留个心眼多问几句。

如:一个当事人抱怨丈夫不愿意给岳父岳母“孝敬钱”,对老人们不闻不问,态度恶劣,她觉得丈夫是个冷血动物!笔者说:“这确实是挺让人难受的。那你对他父母怎样呢?”对方支支吾吾岔开了话题,刚准备狠狠数落丈夫一场的气势一下子蔫了。

2. 察言观色,正视故意隐藏的难言之隐。

婚姻纠纷案件涉及到不少私隐问题,当事人出于各种理由也许并不会向律师完全坦白。作为律师要有足够的洞察力,并且保护当事人的私隐,避免出现不必要的消极影响。

如:一名当事人要求与丈夫离婚,离婚理由普通得不能再普通:双方感情淡薄。两人一无孩子,二无夫妻共同财产,按理来说应该比较容易解决的。但对方坚决反对离婚,以致离婚谈判陷入了僵局。

笔者感觉问题并不像当事人说的那么简单。两人感情淡薄也维持了十几年的婚姻关系,这次

离婚的导火索是什么呢?当事人迟疑了一下,说:“我想要个孩子,不能一年年跟他这么耗下去了。”结发夫妻风雨同舟十几载,感情基础应该还是挺深厚的,孩子的问题可以通过多种方式解决,女方为什么执意要离婚呢?笔者问当事人:“你们夫妻生活正常吗?”当事人含糊地说:“一般吧……其实也不怎么样。”“有什么问题吗?”笔者问。当事人沉默不语。许久,她终于轻轻地说:“他说他喜欢男人……”原来,当事人知道这件事后,希望尽快离婚,但对方不愿意。双方僵持不下,最后她来找到我们。

探得案件的症结后,笔者抓住了谈判的痛点,与对方进行了多次沟通。笔者指出女方知道了他的难言之隐,但不在这个问题上对男方施加太多压力,笔者把重点放在女方年岁渐长,想孕育一个孩子的渴望日益强烈方面进行沟通。两人共同生活了十多年,即使没有了爱情,也是有感情的。男方自知对女方有所亏欠,而我方没有拿私隐问题大做文章也让他较为满意,愿意平心静气地坐下来沟通了。最后,二人到民政局办理了离婚手续。这样既避免了冗长的诉讼时间,也避免了对簿公堂举证中可能暴露私隐的情况,双方对此都感到较为满意。

在婚姻纠纷中,没有一个事件是孤立的、静止的。能引发家庭轩然大波的琐事背后,通常是积聚多时的各方矛盾。作为婚姻家事方面的专业律师,要练就一双慧眼,透过各个事件挖掘纠纷的根源,从千头万绪中整理出办案思路,进而从源头上解决这些问题。

三、帮助当事人正确处理婚姻家庭纠纷

1. 从情理上,引导当事人正确看待婚姻问题。

来进行离婚咨询的当事人中,大多自带一肚子怨气和委屈:婚姻之所以千疮百孔,都是对方的错。律师作为被委托人,不能一味迎合当事人喜好,应该保持冷静客观的第三方立场,给当事人提出适当合理的建议。

如:男方因外遇提出离婚,对妻子女儿们态度冷淡,甚至不愿支付孩子的抚养费。女方则要

求表示离婚可以，但要签订协议，不允许男方日后与女儿们相见。

作为女方的代理律师，笔者对女方说：就算男方同意你的要求，你也并没有因此扳回一局。你把自己的痛苦转移到女儿身上，让她们在缺乏父爱以及对男性充满怨恨的环境中成长，这样的童年阴影对她们今后的生活造成的负面影响是无法估量。既然双方都认为婚姻难以为继，就不要在过去的非是反复折磨大家，勇敢地翻过这一页，开始新生活。

当事人虽然对丈夫充满怨恨，但出于对女儿们成长的考虑，态度也没有那么强硬了。最后，女方终于同意男方看望孩子，男方也同意支付抚养费，并愿意在夫妻共同财产上做出更大的让步。

2. 从法律上，客观为当事人进行案情分析。

不少当事人在找律师前，会跟亲戚朋友商议过，有自己的一些见解和要求。作为专业的婚姻家庭律师，我们要认真听取当事人的意见，但却不能盲从，要全面专业地对案情进行分析。

如：一个离婚诉讼案中，当事人认为对方婚内出轨有过错，主张夫妻共同财产归自己所有，要求律师将对方“扫地出门”。笔者研究了案情后，向当事人解释了有关的法律，表示“净身出户”的可能性很低，而且对方婚内出轨的证据证明力较弱，可以从其他方面巧妙地使用该证据，并根据实际情况及时调整了诉讼策略。

四、制定符合当事人需求的解决方案

1. 帮助当事人处理当务之急。

离婚纠纷的重头戏很大部分是孩子抚养权、抚养费及探望权问题。要解决好这些问题，需要综合利益、感情等因素设计方案，还要保证其操作性，对律师的要求非常高。

如：一起离婚纠纷中，双方协商一致：孩子的抚养权归女方所有，男方拥有探望权，每月支付孩子2000元的抚养费。但如何支付抚养费却一直达不成共识，双方对彼此都缺乏信任：女方担心男方日后以各种理由拒绝支付抚养费，要求男方一次性付清；男方担心一次性付清后，女方将抚养费用于他处，或再也不让他见孩子。

简单的离婚协议已经不能满足他们的需要了。笔者建议他们可以通过为孩子购买人寿保险的方式支付抚养费。男方作为投保人，拿抚养费为孩子投保，既能确保该笔费用能用于孩子身上，又能获得相关的保障。如果女方剥夺男方的探望权，男方作为投保人，可以随时变更保险合同甚至退保（当然，我们并不希望出现这样的情况，但这毕竟是一个制衡的办法）。孩子可以通过保险合同持续获得一定的教育金、生活金，能免去女方对抚养费后续支付的顾虑。一份人寿保险，既消除了父母双方的担心，又为孩子提供了一定程度的保障，可谓一举三得。

2. 协助当事人解决后顾之忧。

离婚并不是世界末日，更多时候是新生活的开始。不少当事人经历了一次失败的婚姻，精神、物质都受到了很大程度的伤害，案虽结，事未了。作为律师，我们还可以帮助当事人做些什么呢？离婚后，很多人对子女教育、财产管理都充满了不安全感。我们可以运用协议、遗嘱、保险和信托等工具，为他们进行一些私人财富的规划。

如：一位当事人找到我们，想拟一个婚前协议。鉴于第一次失败的婚姻对他的公司造成了很大的影响，他希望二婚前能做好一些规划，避免重蹈覆辙。我们分析了他的情况，认为单纯一个婚前协议并不能完全解决他的问题，并且可能会对二人感情有一定的影响。最后我们运用遗嘱、协议、保险以及信托等多种工具为他提供了一个全面的财富管理方案，他和未来的妻子对此都相当满意。

家庭是构成社会最基本的细胞，家庭和睦关系到社会的和谐稳定。当我们发现婚姻家庭出现了问题，要及早进行沟通和疏导，双方多换位思考，千世修来共枕眠的夫妻缘分还是值得好好珍惜的；若夫妻果真缘分已尽，放下怨恨才能重获新生，这无论是对于夫妻双方，还是孩子都尤为重要。

我们尊重每一个当事人的决定，无论当事人的婚姻能否继续，我们希望通过劝解疏导和专业分析，帮助双方从婚姻纠纷的烦恼、挫败、痛苦的旋涡中走出来，尽快开始新的生活，这也是我们最大的期许和愿景了！

股东优先购买权的焦点法律问题研究

——以法律性质、权利适用和效力问题为视角

广西东方意远（凭祥）律师事务所 胡新毅

摘要：公司法上股东优先购买权制度的设置，在于保障公司“人合性”特征，更是一项制度上的创新，但一项制度的诞生、发展与完善必定要经过发现、论证和补充，才能发挥其应有的效果，股东优先购买权也无外如是，因此本文选取股东优先购买权的几个焦点法律问题探讨，从其法律性质、权利适用和法律效力的现状及所存在的问题出发，结合域外立法模式的考察，为我国公司法上的股东优先购买权提出建设性的完善构想。

关键词：公司法；股东；优先购买权

一、股东优先购买权的法律性质问题

我国公司法第71条^①已经生动阐述了股东优先购买权的相关概念，在实践中，该概念一般的通俗说法是：“若要转让股权，股权转让方先去寻找一个第三方谈要求，转让方对第三方的要求，作为同一公司持股方的股东在同等条件能接受的，就有优先于第三方购买的权利，由于股东优先购买权的概念在实践中得到大多数人的认可，因而笔者对该概念不再进行详细阐述，学界对优先购

买权理论争鸣较多的是，关于股东优先购买权的法律性质，形成了多种不同的见解及学说，主要有以下几种观点：

（一）形成权说

形成权属于基本民事权利的范畴，该权利只依单方意思表示就可使民事法律关系产生、发展、变更和消灭，秉持形成权说的学者认为，股东优先购买权只要一方存在转让的意思表示，即发生相应的法律效果，符合形成权独有特征，即一方股东存在向第三人转让股份的意思表示，其他股东若根据第71条的相应规定行使优先购买权，则在股东之间形成了转让协议，而无需转让与第三方的意思表示。转让股权的相对方在其他股东未放弃优先购买权的前提下不可能是第三方，在理论上，形成权属于物权之权利，当转让股东未发生明确转让的意思表示时，其他股东在此种情况下并不能行使其优先购买的权利。其次，当转让股东行使的是公司内部股东的转让时，非受让方股东同样不能行使该优先购买权，只有在转让股东明确有转让的意思表示且是对外转让时，才

^① 《中华人民共和国公司法》第七十一条第二款：“经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。”

存在对全体其他股东的优先购买权之探讨,因而,股东优先购买权并不适用形成权的主要特征。此外,形成权说注重保护具有优先购买权的其他股东,忽视对股权转让方的利益救济,同时存在侵犯第三人公平交易之嫌,利益诉求的不对称性注定其不能成为股东优先购买权法律性质的主流学说。

（二）请求权说

请求权说作为与形成权说相对的概念,与形成权同属于民事权利,不同的是形成权一旦行使便具有排他的法律效力,而请求权需要相对人的积极配合和协助来实现民事法律关系和发生法律效力,不具有排他的法律效力。该说认为,当转让股东于外部转让股权时,同等条件下其他股东有请求转让股东优先与其订立转让协议的权利,这是一种请求权,同时转让股东在同等条件下也负有对其他股东优先订立转让协议的义务。但依据请求权的相关理论及概念,我们可以了解,请求权是一种“请求他人作为或不作为的权利”,它是程序法与实体法的连接桥梁,从而为民事主体的诉权提供实体法上的前提^②,《德国民法典》赋予了请求权和债权相似的定义,因而,实践中,通说均认为请求权是建立在债权基础的权利,但在股东优先购买权上,一般而言其他股东对转让股东并不存在基础性债权,否则进行内部转让即无优先购买权的问题,因此,在优先购买权问题上,其他股东对转让股东的请求权基础是不存在的,该说仍然值得商榷。

（三）期待权说

如同请求权与形成权一样,期待权是与既得权相对应的法律概念,它指权利的部分构成要件已经实现,待其他条件同样具备后方能形成完全的权利,期待权的本质在于,其是对当事人获得将来利益可能性的保护^③,依照该说,即当转让股

东意欲对外转让股权时,优先购买权的条件才具备,在此之前,其他股东已经具备了合法的股东资格的条件,具备了将来实现优先购买权的前提,反对该说的学者认为,期待权的提出无实质性的实践操作意义,因而该说并没有解决后续权利完全具备后的行使及效力问题。笔者认为,就股东优先购买权而言,无论是形成权、请求权都未涉及到权利行使及效力问题,大多只是在探讨该种优先购买权属于何种民事权利,因此,认为否定期待权说作为优先购买权的主流学说,该种观点并不具有说服力。此外,按照期待权的基本特征,优先购买权的行使首先必须要其他股东具备合法的成员资格,即具备了一部分实现权利的条件;其次,它是对未来可具备完全权利以实现优先购买权的期待,即当转让股东对外转让时,该权利要件得以圆满行使,在此之前,它只是对未来拟受让股份的一种期待。最后,当权利要件完全具备后,它具有受法律保护的实质,即股东优先购买权在转让股东对外转让股份时,法律规定其他股东具有优先购买的权利。因此,笔者认为,期待权说更符合股东优先购买权的法律性质,当然,这种期待权应当具有独立性,而非依赖于其他民事权利而存在。

二、股东优先购买权的权利适用问题

（一）权利来源

由于股东优先购买权主要适用于有限责任公司,故而要探究该优先购买权的权利来源,应当从有限责任公司的主要特征谈起,有限责任公司最基本的特征在于兼具人合性和资合性双重标准,其中人合性的主要目的在于稳定股东之间的信赖利益关系,从而保证公司能在有限的股东的操作中平稳发展,若一方股东贸然将股权转让于外部第三人,将会在有限股东之间产生对彼此信赖利益的质疑及动摇,因而优先购买权的出现在于巩

^②曹治国.请求权的本质之探析——兼论物上请求权的性质[J].法律科学,2005(1).

^③彭万林主编.民法学(修订版)[M].中国政法大学出版社,1997:58.

固和保护有限责任公司的“人合性”特征，借以维持股东之间的内部信赖利益，当发生股权的对外转让时，股东或公司享有优先认购的权利，但由于最先公司的产生并非是法律强制性的产物，它是基于个人与个人之间的合意，即法律上的契约理论而形成，而契约理论恰恰属于私法自治范畴，因而早期的股东优先购买权作为限制股权对外转让的手段大多数存在于股东之间的合意契约当中，随着世界公司制的发展，演变至将其规定于公司章程中，借此来阻却原有股东反对的第三人进入公司，“以维持原有股东信赖利益和持股比例的均衡，避免公司内部股权比例再度紊乱^④”，但从契约约定及公司内部章程都可看出，股东优先购买权的规定都是基于约定原则，然而实践操作较为繁杂，当契约及公司章程未对股东优先购买权做出规定时，而原有股东又想阻却第三人进入公司，那该权利将无法实现，基于此种情形，为填补无契约约定时该权利状态的空白，维持有限公司的人合性特征，公司法用标准的条款将该权利予以法定化，由此股东优先购买权正式法定化，因此，股东优先购买权的权利由最先来源于契约理论及私法自治精神，逐渐演变至法律的强制性手段干预，但值得一提的是，该权利的法定性必须遵循私法自治理念及契约精神，且在股东具有自治意愿的情形下必须予以让位，法律并不能强制性要求所有原有股东都必须行使该权利，因此，法定化股东优先购买权只起到一个救济性的补充作用，而非替代作用。

（二）权利主体

公司法将股东优先购买权法定化后，首先引发争议的第一个问题就在于优先购买权的行使主体问题，对于权利主体的范畴，主要规定在公司法的第七十一条中，以下笔者将以第七十一条逐

一分析股东优先购买权的权利主体行使问题。

1、关于第七十一条中“其他股东”表述的认定。公司法第七十一条第二、第三款均使用了“其他股东”的表述来规范该权利的行使主体，但该表述实际上存在一定的理解歧义，第二款首先规定对外转让股权，“须经其他股东半数以上的同意”，该款的“其他股东”主要规定的是股东对对外转让股权的态度——同意权，该同意权的赋予，按照通俗理解，应当包含公司所有除对外转让股权的股东的其他股东行使该同意权，到此为止尚未出现较大问题，但公司法第七十一条第三款又用了同样的规范表述“其他股东享有优先购买权”，该第三款的“其他股东”就与第二款行使同意权的“其他股东”发生了理解歧义。对此，学界学者有主张肯定说和否定说之分，持肯定说的学者认为第三款的“其他股东”行使优先购买权应当包含第二款中已经同意股权对外转让的“其他股东”在内，理由在于，即使已经行使同意权的股东同意对外转让，但为避免异议股东行使该权利后持股比例过大，造成持股失衡，应当赋予同意股东优先购买权；持否定说的学者认为，第二款的其他股东行使同意权后，若再赋予其反悔权，将有违民法上的诚实信用原则，对异议股东的优先购买权将有失公平，持否定说的学者大部分都援引台湾地区的关于权利行使主体第111条^⑤的立法规定，希望借此来避免重复表述所带来的理解争议。我国《公司法》第七十一条两款的对“其他股东”的表述一致，但两者意义却相距甚远，容易引发误解，因此，公司法所秉持的权利主体行使的态度应当在立法上予以明确，而非将其放到实践中规范，避免引发实践中的适用混乱。

2、隐名股东的权利行使主体问题

隐名股东即其出于自身目的考量，虽实际出

^④张民安.公司法上的利益平衡[M].北京大学出版社,2003:245—246.

^⑤台湾《公司法》第111条：“股东非得其他全体股东过半数之同意，不得以其出资之全部或者一部转让与他人。前项转让，不同意的股东有优先受让权。”

资认购公司股权,但在公司具有法律效力的相关文件上却显示为他人名字的一种投资行为,对于隐名股东是否可实际行使优先购买权,《公司法司法解释(三)》在一定程度上给出了相应的态度,即要求隐名股东在经半数股东同意下进行“显名化”,意味着只有当隐名股东得到公司承认时,其才能“光明正大”的行使优先购买权,但如若其股东资格得不到认可时,其仅享有对名义股东由代持股协议而产生的债权请求权。因此,从司法解释上看,隐名股东必须获得承认后才能作为优先购买权的权利行使主体,否则,只能依据代持股协议的合同相对性原则向名义股东主张相应的收益或损失。

三、股东优先购买权的法律效力问题

《公司法》对于股权转让的立法规范相比我国其他简明扼要的立法条文而言,不可谓不详尽,从第七十一条至第七十二条,对股东优先购买权做了详细的规定及操作守则,但即使如此,仍然适应不了实践中繁杂多变的案件类型的涌现。此外,公司法设置股东优先购买权时最大的弊端在于未有只字提及股东优先购买权的法律效力问题,因而由此引发的诸多法律问题又成为公司法上股东购买权的难题,而对于股东优先购买权,学界认为一般可以分为内部效力及外部效力进行区分探讨,具体以下详述:

(一) 内部效力

股东优先购买权的内部效力主要产生于转让股东及行使优先权股东之间,虽然关于股东优先购买权的法律性质学界存在不同争论与学说,且大部分学者反对“形成权”说而支持“请求权说”或“期待权说”,但在股东优先购买权的对内效力上,优先权人作出单方意思表示后,即在转让人和优先权人之间成立有效合同的“形成权说”却得到了大量的支持,由于股东优先购买权所规

定的“同等条件”的限制,该合同甚至是转让人与第三人合同的复刻和照搬,即使未经过普通合同的要约及承诺程序,该合同也因为法律所规定的强制性原因而生效,转让股东并不能以此对抗优先权人的购买权,因此,优先权人作出单方意思表示后与转让人所形成的合同,其效力应是是经双方合意协商达成的合同一致,应适用合同法有效合同的相应规定,当一方当事人出现违约,可以依照合同法的相应规定要求履行、主张损害赔偿等。至此为止,股东优先购买权的对内效力依据“形成权说”的相应理论,“合同有效说”逐渐成为主流且争议较少。

(二) 外部效力

若说股东优先购买权的内部效力学界大部分一致采取“合同有效说”,在其对外效力上,由于涉及到转让股东、优先权股东和第三人三者之间的关系,因此在优先购买权的外部效力上,学界秉持的看法不一,主要有“有效说”、“无效说”、“效力待定说”及“可撤销说”等具有代表性的观点。

其中,“有效说”认为若是转让股东与第三人所签订的股权转让协议侵犯了优先权股东的优先购买权,大可不必通过否定转让股东与第三人合同的效力来维护优先权股东的购买权,合同的效力可以与股权变动的实际结果相区分,法律可通过在权利变动领域施以控制以保护相关利害关系人的权益,而不必在合同效力领域加以干涉^⑥,有效说主张否定与第三人股权转让变动的效果,而不否定与第三人的合同效力,认为既可以维护优先权股东的购买权,又可致使第三人的损失降至最低,实现两全其美。

“无效说”则主要基于公司法第七十一条第二、三款的法律规定,认为转让股东与第三人所签订的股权转让协议违反第七十一条的强制性规

^⑥张钧、吴钦松.论未经其他股东放弃优先购买权的股权转让协议之效力[J].河北法学,2008(11).

定，应属于合同无效之范畴。当然，第七十一条究竟是属于合同法第五十二条违反法律强制性规定之无效情形，还是属于选择和推定适用的任意性法律规范，仍然具有一定的争论。

“效力待定说”基于合同法上的无权处分规定，认为公司法既赋予其他股东以同意权，转让股东在经过其他股东同意前向第三人转让股权，应当符合无权处分的构成要件，属于效力待定合同，经其他股东追认后方可产生效力，但问题是，无权处分在合同法上指的是“他人的财产”，而转让股东所持股份恰恰属于自身所有，而非归属于“他人”，因此，该学说也引发了诸多学者批评。

“可撤销说”则周旋于“效力待定说”与“有效说”之间，主张与第三人的合同既非绝对有效的合同，但又非绝对无效和无权处分的效力待定合同，而是视优先权股东是否行使撤销权决定其合同是否有效，这样既可维护意欲行使优先购买

权的股东利益，又可最大限度尊重优先权股东的自我选择权，该学说在股东放弃行使优先购买权时可达到快速确认与第三人合同效力的效果，较为便捷高效，比较受学界推崇。

由于公司法对股东优先购买权的效力问题未予以明晰，第三人的权利救济未能较好实现，势必会引发学界的争议和讨论，以上学说都从各自所遵循的依据出发提出相应的观点，立法在理论研究已经比较成熟的情况下，应当以标准化的形式对股东优先购买权的对外法律效力予以法定化，从而在实践中能够起到定纷止争的作用，以此平衡转让股东、优先权股东和第三人之间的利益。

四、域外与本土化的立法博弈——股东优先购买权的立法模式比较

各国公司法从股东优先购买权的依据出发，形成了股东优先购买权的不同立法模式，目前国际上关于股东优先购买权，按照法定和约定的不同，细分为不同的立法模式，如下表所示：

立法模式	主要特征	实行的主要国家或地区	法律规范名称
法定主义模式	“通过有限责任公司的立法，来明确规定股东享有优先购买权的具体内容” ^⑦	法国	《法国商事公司法》
		日本	《有限责任公司法》
		美国 ^⑧	《公司法》
排除主义模式	法律上对股东优先购买权进行规定，但可以通过股东之间的特别约定予以排除或修改	美国	《内不拉斯加州商事公司法》
章程主义模式	法律未明确规定优先购买权内容，由公司章程、股东协议约定	德国	《德国有限责任公司法》

^⑦ 顾功耘主编：《公司法律评论》[M]，上海人民出版社，2005：37。

^⑧ 这里需要说明的是，美国由于其特殊性，每个州都享有相应的立法权，采取法定主义模式对股东优先购买权进行立法的主要有：新泽西州、内布拉斯加州。其他立法模式将在表格中单独列出州名，原因不再赘述。

从以上表格可以看出,世界上对于股东优先购买权的立法模式比较倾向于保护优先权股东的权益,因而大多数采取法定主义的立法模式对股东优先购买权进行规制,采取排除主义模式及章程主义模式的国家相对较少,我国民法体系一向与德国一脉相承,但在公司立法上对股东优先购买权却采用了两种截然不同的立法模式,纵观我国公司法,可以看出,我国对股东优先购买权的内容作出了明确的立法规定,因而我国采取的是倾向于维护优先权股东的法定主义立法模式。我国公司法自1993年首次实行后第三十五条就对股东优先购买权作出了相应的规定,2005年第一次修改将股东优先购买权的具体操作及实施细则赋予公司章程约定,2014年第二次修改对股东优先购买权内容上的改变,只是将条文顺序由第七十二条上升至第七十一条,从上文对股东优先购买权的法律效力探讨可知,我国学界中对公司法第七十一条是属于任意规范性法律条文还是强制性法律条文仍有争议,这里笔者不再对第七十一条的法律属性展开描述,而从下文的具体建议中,对公司法已经采取法定主义立法模式的情形下,通过明确公司立法关于股东优先购买权的效力等问题进而规避该款法律条文的规范属性。

五、规范股东优先购买权的具体建议

上述提及了股东优先购买权的法律性质、权利使用及法律效力的现状和所存在的问题,通过对域外立法模式的探讨及比较,以下笔者将针对这些问题提出一些具体的完善建议,减少学界的诸多争论,以期于完善股东优先购买权在我国的适用。

(一) 明确股东购买权的合同对外效力

有关股东优先购买权所签订合同的对外效力,学界的具体学说及理由笔者已在上文阐述,由于争议的存在必定会导致实践操作的混乱,而转让股东与第三人所签订的转让合同在侵犯优先购买权的前提下,立法可从以下两个方面对该合同的对外效力进行规制:

1、合同尚未实际履行。即采用学界大部分所推崇的“可撤销说”予以规制,合同尚未履行与股东的优先购买权无关,优先权股东仍然可以按照公司法上的相应规定行使权利,如若优先权股东行使该权利,则转让股东与第三人所签订的合同履行不能,相关费用依照合同法的相应规定进行处理,相反,若优先权股东放弃权利,则合同有效且能实际履行,但在优先权股东行使权利前,合同仍然有效。

2、合同已经实际履行。只能采取“有效说”对转让股东的行为予以确认,当转让股东与第三人的合同已经履行完毕,相关变更和登记手续已经处于完备状态,且无合同无效事由的情形存在,则应当确认该转让合同的效力,以维护登记对抗主义的公信力,保障交易市场的稳定,至于优先权股东,可以其优先购买权受到侵犯为由,主张相应的损失和赔偿。

(二) 明确权利行使主体

明确优先购买权的权利行使主体,主要是因为立法上对“其他股东”规定的模糊,已经行使同意权的股东是否能够囊括在优先购买权的股东里尚存在争议,为此在同意权与优先购买权的行使上,对于行使了同意权的股东是否仍然能主张优先购买权做出相应的规定,笔者认为,应当将同意权与优先购买权进行统一,当“其他股东”作出同意的意思表示时,则意味着其放弃了自身的优先购买权且没有反悔的余地,因此第七十一条第二款可行使优先购买权的“其他股东”应将已经行使同意权的股东排除在外,由不同意转让的股东行使优先购买权,这里需要说明的是,对于不同意转让股权的股东并不意味着其已经行使优先购买权,其若再法律规定的期限内未行使该权利,优先购买权的权利也将会被视为放弃。这里笔者认为可以参照我国台湾地区对于优先购买权的具体规定,在先行规定同意权后,设置第二条款时明确“该项转让,不同意的股东享有优先购买权”。

（三）加强立法指引，推进公司自治化进程

公司法关于股东优先购买权的规定虽然学界对其是任意性规范还是强制性规范仍然存在一定的争议，但是不可否认的是，公司法的产生和发展都兼具了私法和公法两种性质，这在民法领域是比较少见的，未来对公司的相关立法，应当转变为以加强公司指引为主的任意性规范，不宜对公司事务再作过多的强制性规范规定，随着市场经济化的深入发展，我国政府已经在逐步放松对公司的管制，推进其自治化的发展，因为再高明、细致的立法条文也避免不了其因为标准化而带来的僵化，立法是无法对公司进行全方位的管制，相反，对公司在某些重大事项方面进行有条件的指引是立法的最优选项，如股东优先购买权的指引仍然有待完善，其规定的“同等条件”也是一个学界讨论较为广泛的争议点，然而，与“其他股东”的明确不同，立法不可能形成一个全社会均认可的“同等条件”概念，因而立法可以通过指引的方式向股东作出告诫，建议其在章程中予

以明确，无疑是最佳的选择，当发生纠纷时，法院可依据公司章程进行裁判，这就是立法指引的具体效果，因为不会有人比公司股东更关注公司的稳定及发展，因而，立法的任意性规范的规定，将会有效实现公司自主化的进程，实现“私法自治”的理念。

六、结语

公司法对于股东优先购买权最大的目的在于维护和平，维护指的是“保障公司的人合性”，而平衡则是指在转让股东、优先权股东和第三人之间寻求一个支撑点，以维持各方利益。这项制度的诞生及发展，对公司所带来的积极作用远远高于伴随而来的争议，立法对每一项制度的规定都不可能完美无缺，股东优先购买权也是如此，必须经过发现漏洞、百花齐放的争议以及缓慢的修补，才能逐渐得心应手。因此，我们应当以平和的态度和宽容的心态，探索出适合我国的股东优先购买权，让其与公司法上的其他制度相互配合，从而达到相得益彰的效果。

环境公益诉讼原告主体资格研究

广西东方意远律师事务所 蒋巍雄

摘要：我国环境公益诉讼近年来取得了突破性发展，民事诉讼法突破必须具有利害关系的基本原则赋予环境公益诉讼原告主体广泛的诉讼权利，然而在看似宽泛的诉讼权利之后，是立法出于谨慎态度而特地对原告主体进行模糊性规定的保留，对原告主体进行斟酌性的立法方式在司法实践上严重阻碍了环境公益诉讼的发展，使得环保性组织、行政机关及检察机关陷入尴尬两难的诉讼境地。此外，我国民事诉讼法对公民作为原告主体的限制也不符合世界环境公益诉讼的发展趋势，因而本文通过对域外立法规范的考察分析，针对我国现行原告主体所存在的问题，提出相应的解决方案。

关键词：原告；主体；环境公益诉讼；资格

一、问题的提出

所谓原告主体资格，一般是指对其权利遭受侵害后享有起诉权利的当事人，该当事人包括自然人和法人^①，推及环境公益诉讼的原告主体资格，根据我国民事诉讼法第55条^②的规定，以及参考一般行政公益诉讼的原告主体资格规定，与环境

公益诉讼密切相关的原告主体可能会有环保性组织、检察机关、一般行政机关及普通公民四方，由于第55条对于原告主体规定的模糊性，导致以上可能产生的四方原告主体仍然存在一些不可避免的问题：

（一）环保性组织作为原告主体时的问题

如若将第55条规定中的“有关组织”定性为环保性组织，我国环保性组织的起步与发展相对于发达国家较晚，本身的专业能力、组织能力以及承担大型关于广大社会群众利益的诉讼能力实在欠缺，此外，虽然我国民事诉讼法对于环境公益诉讼的组织未作细化规定，但环保法第58条^③本身对于环保组织有着明确的规定，而符合该条的环保组织在我国屈指可数，一方面，限制了环保组织的原告主体资格，另一方面，其他环保组织尚未有能力足以担起环境公益诉讼的原告主体资格，这种自身建设与发展均欠缺的原告，在环境公益诉讼中能发挥的作用实在有限。

（二）检察机关作为原告主体时的问题

检察机关作为我国的法律监督机关，在刑事诉讼上也承担着公诉人，即“原告”的诉讼职能，

^①王小钢.论环境公益诉讼的利益和权利基础[J].浙江大学学报,2011,(3). 刘伟

^②《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。”

^③《环境保护法》第五十八条：“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。”

此外借鉴一般行政公益诉讼的做法,将检察机关列入第55条的“有关机关”之一,本身未存在较大问题,作为法律监督机关,公众更倾向于相信检察机关在环境公益诉讼中所发挥的维护社会大多数公众利益的作用,但直接产生的问题是,民事诉讼法不同于刑事诉讼对于检察机关的法律地位的明确,在环境公益诉讼上未明确检察机关的法律地位问题,导致检察机关在环境公益诉讼上是仍然作为法律监督机关存在?还是以环境公益诉讼辅助人而存在?抑或是直接作为原告而存在?而这三者之间的关系又是什么?如检察机关在环境公益诉讼中作为原告或辅助人而存在,其是否还能承担法律监督的职能,即抗诉的权力是否要转移至上级检察机关?若以法律监督机关而存在,其是否仍然能对环境公益诉讼进行一定的辅助?这些问题都是民事诉讼法中未予明确且亟需讨论的问题,该些问题的存在,致使检察机关在环境公益诉讼中的法律地位处于不明朗状态,进一步阻碍了检察机关作为环境公益诉讼原告主体资格的进程。

(三) 一般行政机关作为原告主体时的问题

如果说检察机关可以作为环境公益诉讼的“有关机关”之一可以得到大多数人的理解的话,一般的行政机关作为环境公益诉讼的主体则地位尴尬,一方面,检察机关作为法律监督机关及一定范围内(刑事诉讼)的“原告”,另一方面,检察机关的原告主体的获得仍然可以参考一般行政公益诉讼,而且在司法实践中,各地也有检察机关提起环境公益诉讼的先例,但民事诉讼法上对于一般行政机关或其某个职能部门是否能承担环境公益诉讼原告主体的资格未予规定,且在司法实践中也未有一般行政机关及其职能部门作为原告提起环境公益诉讼的做法,这也使得与环境污染密切相关的行政机关在面对实际污染时,只能以行政法上赋予的法定处罚的权利对污染方进行行政处罚,而对于未有行政处罚权的一般行政机关,更难限制环境污染的发生,因此,一般行

政机关及何种行政机关可以作为环境公益诉讼的原告主体,应是环境公益诉讼上应当着重考虑的问题,也是目前学界上讨论较为广泛的一个问题。

(四) 普通公民作为原告主体资格的缺位

如若以上的环保性组织、检察机关及一般行政机关仍然可以和第55条的“有关组织”和“有关机关”沾上边,从而为其成为环境公益诉讼原告主体的讨论提供可能,而在普通公民作为环境公益诉讼的原告主体上,民事诉讼法虽未以积极的方式明确公民作为原告主体,但其却以消极的方式将公民的原告主体资格排除在外,而在实践中,往往最先发现污染情况的当属广大人民群众,当人民群众穷尽环保组织、检察机关及一般行政机关的救济时,对于污染问题仍然未能得到有效的解决,此时,环境公益诉讼又未赋予其原告主体的资格,失去广大人民群众对于污染的监督与权益的争取,环境污染将不能得到有效的限制,公民作为原告主体资格的欠缺,有可能会使得环境公益诉讼沦为各个组织及机关的相互博弈,不利于环境公益诉讼的有效开展。

二、问题的探索

(一) 环境公益诉讼的概念

若想完善环境公益诉讼原告主体资格的相关问题,首先我们应当探究何为环境公益诉讼及该诉讼的产生源自何方。环境公益诉讼的产生,首先源于环境权的提出,该项权利伴随着地球环境污染的加剧给人类社会带来的现实及潜在危害而产生,虽于20世纪才首先被提出,但作为一种新型的权利,它首先融合了人类社会的集体权利及普通公众的个人权利,也是首次将义务与权利高度统一起来的新型法律权利。作为一项法律权利而存在,它就必须有相应的法律规范予以保障,因而环境公益诉讼随着环境权的产生与发展应运而生,对于该诉讼在我国产生,不同的学者分别从各自的依据出发,提出了各自不同的观点,其中比较具有代表性的观点主要有,陈泉生学者提出的“具有法律授权公益诉讼资格的主体,包

括公民、机关单位、社会组织等对污染环境、侵害民众环境公共利益的行为向法院提起诉讼,要求法院依法追究环境违法者法律责任,寻求法律救济的一系列行为^④。”蔡守秋学者提出的“指公民、法人、国家机关、非政府组织等在环境公共利益遭受侵害时,有权利认为其环境公共利益受到非法侵害而向法院提起诉讼,寻求法律救济的行为^⑤”。以及张式军学者提出的“当无人通过法律诉求对环境公益实施保护时,由相关原告主体向法院提起诉讼请求寻求救济的一项环境保护法律制度”^⑥。综合以上学者的观点,及结合我国民事诉讼法第55条规定的原告主体资格相考虑,笔者认为我国的环境公益诉讼应是指“以维护环境法律权利,保护环境公共利益为目的,由法律赋予原告资格的包括检察机关、行政机关以及相关环保组织,对不限于其自身权利实际受到侵害的环境公共利益案件,向人民法院提起诉讼,寻求环境权保护法律救济的一项诉讼制度。”

(二) 环境公益诉讼的分类

环境公益诉讼,根据其依据的不同,诉讼类型也不同,确定环境公益诉讼的分类,有利于明确各原告主体在环境公益诉讼中所处的地位,明晰其在该种分类下是否适宜作为环境公益诉讼的原告主体寻求法律救济,为规范各原告主体资格提供相应的法律依据。

1. 根据被诉对象及依据法律的不同,环境公益诉讼可分为民事上的环境公益诉讼和行政上的环境公益诉讼。^⑦民事上的环境公益诉讼被诉的对象主要是对环境公共利益进行侵害的民事主体,诉讼主要依据民事诉讼法的相应规定予以进行,此时民事诉讼法上所规定的“有关组织和有关机

关”均可以成为该类诉讼的原告主体;行政上的环境公益诉讼则是以行政机关对环境公共利益的积极侵害或消极不作为的行为作为被诉对象及理由,所依据的法律应当是行政法及行政诉讼法,因此在该项分类下,环境公益诉讼原告主体资格下的“有关机关”就应当将行政机关排除在原告主体资格之外。

2. 根据与环境公共利益是否具有利害关系,可分类为具有利害关系的环境公益诉讼和不具有利害关系的环境公益诉讼。前者主要是指以兼顾私人利益和环境公共利益为双重目标,但着重点仍然是维护环境公共利益的诉讼,而后者与该项诉讼完全无利益关系,纯粹为维护环境公共利益而提起的诉讼。在该分类下,“有关机关和有关组织”均可以作为原告主体向法院提起环境公益诉讼。

3. 根据救济的时间不同,可分类为预防性救济和补偿性救济,预防性救济主要的着重点在于预防环境污染,即在环境污染事实尚未发生前,对于将来有可能对环境公共利益造成危害的行为提起诉讼,要求其改正或事先采取措施防止污染事实的发生;而补偿性救济,即是指环境污染已经实际发生,环境公共利益已经实际遭受损害,以恢复环境原貌及补偿受损害人为目标而提起的诉讼。在该项分类下,“有关机关和有关组织”同样可以作为原告主体向法院提起环境公益诉讼。

三、他山之石——域外环境公益诉讼原告主体资格的对比分析

域外环境公益诉讼的产生与发展早于我国,在实践中该套环境公益诉讼制度已经实际发挥作用,其关于原告主体资格的规定主要因法系的不

^④陈泉生. 环境法原理 [M]. 北京: 法律出版社, 1997. 卅 俾

^⑤蔡守秋. 论环境公益诉讼的几个问题 [J]. 昆明理工大学学报 (社会科学版), 2009, (9).

^⑥张式军. 环境公益诉讼制度辨析 [J]. 科技与法律, 2010, (4). 俾

^⑦李光禄、刘明明. 论环境公益诉讼原告资格的确立 [J]. 重庆工商大学学报 (社会科学版), 2006, (5). 卅

同而有所区别，但总体的规定主要可以归纳为三类：一是以立法规范的形式规定原告主体资格；二是根据实践状况的发展以司法解释的形式对该

原告主体资格进行进一步解释和完善；三是以某种特殊情况为前提，制定特别法对原告主体资格予以规制，具体如下表所示：

国家	原告主体	权利法案	主要特征
美国	普通公民	1970 年《清洁空气法》	(1) 所有美国公民都可作为原告主体；(2) 以自身利益已被影响或可能被影响为前提；(3) 当行政机关介入时，行政机关优先于公民作为原告主体。
	检察官	1970 年《密歇根环境保护法案》	诉讼权利广泛。
英国	检举人	1974 年《污染控制法》	(1) 检举人包括个人、组织、党派；(2) 不以具有直接利害关系为前提；(3) 若纯粹为公共利益，须经检察总长的同意。
德国	公益组织 (NGO)	2002 年《联邦自然保护法案》	(1) 须注册满三年以上；(2) 以申请行政救济为前提。
法国	正当主体	1950 年法国最高行政法院司法解释	(1) 包括公民、社会团体、行政职能部门；(2) 事前预防为目的，主要在于撤销可能污染环境的非法决定。
日本	法务省	1952 年《民事法律扶助法》	由政府对环境公益诉讼提供法律与财政支持。
	被选定的当事人		(1) 适格的当事人必须是经选定的当事人；(2) 特殊情况可撤销选定人的资格。

从以上对域外环境公益诉讼的原告主体资格考察的总结分析中可以看出，域外环境公益诉讼大部分确定公民可以作为原告主体提起诉讼，原告主体范围较大，德国即使将公民作为原告主体排除在外，但其环保 NGO 组织发展远成熟于我国，并已经具有大量的环境公益诉讼司法实践经验，而我国在环保组织尚未发展到位且欠缺实践经验的前提下仍然将公民排除在环境公益诉讼的原告主体资格外实为不妥。以域外环境发展的趋势分析，原告主体资格经历了一个从严格限制到相对放宽的过程，自身利益也直接从有利害关系向无利害关系或间接利害关系发展，我国虽然在民事诉讼法上紧跟世界环境公益诉讼发展步伐，对环境公益诉讼没有限制一定需要具有直接利害关系才能提起诉讼，但对原告主体范围规定的模糊性

和原告主体资格的严格限制性，已经完全阻碍了我国环境公益诉讼的进程，因而，在环境公益诉讼的原告主体范围上，我们可以具体分析以上总结的各国原告主体的范围和特征，结合我国实际情况，吸取其有利的部分，选择性的适用于我国环境公益诉讼的原告主体范围内，以推进我国环境公益诉讼的发展，笔者将在下述完善我国原告主体资格的规范思考中详述。

四、环境公益诉讼原告主体资格的规范思考

(一) 关于各原告主体资格的立法建议

1. 对于“有关机关”的具体建议

由于民事诉讼法对环境公益诉讼未明确原告主体究竟为哪些国家机关，按照笔者上述的问题阐述及域外环境公益诉讼的原告主体分析，对有

机关作为原告主体建议如下：（1）在行政机关上，法律可相对限制其作为环境公益诉讼的原告主体，将该资格赋予其他法律规范已经明确授予其环境监管及保护职责的行政机关，我国在对行政机关作为原告主体提起环境公益诉讼之所以持保留态度，是因为行政机关本身就具有行政处罚的权力或其他行政强制性手段，若还赋予其原告主体资格，一方面担心其权力是否过大，另一方面担心行政机关推卸责任或懒于监管，将问题转移至法院解决，造成审判资源浪费。但是，这些顾虑都不足以匹敌行政机关作为原告主体所带来的积极作用，因为行政机关的处罚权须严格依照行政法律规范做出，且该处罚针对的是相对人的违法行为，但对于环境污染地区受害人的损失明显不在行政机关的处罚范围内，此时若行政机关具有原告主体资格，对所受环境污染危害的人民群众进行了解考察后，可以公共利益为目的，向人民法院提起诉讼，是一种既可以达到处罚相对人，又可以弥补受污染地区受害人损失的两全齐美的救济方式，因此，我国民事诉讼法在有关机关的细化规定上，不妨将具有环境管理和保护职责的环境主管部门列为环境公益诉讼的原告主体之一；（2）检察机关可作为环境公益诉讼的原告主体，在实践上已有尝试的先例，且在民事诉讼法在对原告主体做出立法层面上的规定之前，最高人民法院与最高人民检察院就以政策文件的形式对于检察机关作为原告主体予以支持，但遗憾的是民事诉讼法的环境公益诉讼并未在立法层面对检察机关的原告主体予以确认，反而导致民事诉讼法对原告主体做出规定后，检察机关的身份地位尴尬，检察机关相对于行政机关而言，对环境公益诉讼更具有积极与主动性，由于行政机关的考核机制问题，有时候地方政府可能对某些已经严重污染环境的产业视而不见或急于行使诉权，

此时检察院若没有明确的介入资格，将会在实践中出现左右为难的局面。当然，如若将检察机关与行政机关均纳入原告主体中，则势必将二者的职权予以适当分离，避免权力交叉，如可依法设置检察机关提起环境公益诉讼须以督促行政机关行使环境管理职责或提起环境公益诉讼为前提，这样才不至于使得权力混淆，造成资源的浪费。

2. 对“有关组织”的具体建议

上文提及，我国符合法律所规定的可以提起环境公益诉讼的有关组织较少，而据统计，目前为止符合环保法和民事诉讼法上所规定的原告主体资格不足全国社会组织的一成，且分布极为不均匀^⑧，而在这一成的公益性或环保性组织中，持观望和谨慎态度的占大多数，远没有德国法中的NGO所发挥的积极功效，究其原因，一方面是这些公益组织自身能力和专业问题欠缺，但主要原因还是在于现行法律对公益组织提起环境公益诉讼条件的严苛性，且实践中出于不轻易得罪行政机关的考虑，都极大打击了公益组织作为原告主体的积极性，因此，立法必须要首先释放出放宽公益组织作为原告主体的信号，对于公益组织以公共利益为目的的环境公益诉讼，适当放宽准入条件，调动社会公益组织的积极性，当然，还需要禁止公益组织以公益为目的谋取私利的诉讼，严格限制营利性公益组织作为原告主体，当该组织的范围拓宽后，拥有足够数量的公益组织均可以作为环境公益诉讼的原告主体，可以在一定程度上降低政府背景能够影响司法救济的影响力，进一步发挥民间组织的积极性作用。

（二）明确检察机关在环境公益诉讼中的地位

检察院可作为环境公益诉讼的原告地位虽在立法中未予明确，但实践中已肯定其参与环境公益诉讼地位的存在，但检察机关作为我国的法律

^⑧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》新闻发布会[EB].中国法院网, 访问时间: 2017年6月18日.

监督机关,若一味让检察院作为原告提起诉讼,显然不符合实际,也无疑增加检察机关的工作负担,因此,考虑检察院的主要职权在于监督,及根据环境公益诉讼被诉对象及法律依据的分类要求,我们可对检察机关的环境公益诉讼中的身份做出如下的细化规定:在环境民事公益诉讼中,排除检察院作为原告主体提起诉讼,可采用支持起诉或积极行使法律监督的模式参与到环境民事公益诉讼中;在环境行政公益诉讼中,检察院以督促行政机关行使环境管理职责或提起环境公益诉讼为前提,可作为原告主体向人民法院提起诉讼。这样就可以解决检察机关在环境公益诉讼中的监督职责和原告主体问题,依据分类的不同,行使不同的权力,对不同的环境公益诉讼进行工作上的细化,有利于工作的开展。

(三) 适当扩大环境公益诉讼原告主体范围

根据上文对域外环境公益诉讼主体资格的考察可以看出,世界各国环境公益诉讼的原告主体资格宽泛,虽我国在原告主体资格上做出的“法律规定的机关和有关组织”如若在解释中进行扩大的话也可以达到广泛的原告主体资格,但是由于该种规定的不明确性所导致的司法实践困难却不容忽视,此外,我国以消极的立法方式将公民排除在原告主体范围之外,跟世界的总体立法趋势仍然是相悖的,我国现行法院案多人少的情形导致立法机关对赋予公民原告资格是否会带来滥诉的问题持谨慎态度,但不可否认的是,公民是环境公共利益上最直接的受益者或受害者,其作为原告主体具有不可比拟的优势,可以有效补充行政机关或检察机关救济不当时原告主体缺位问题,可以使其第一时间拿起法律武器维权^⑨,提高公民自觉应用法律武器维护自身权益而非法外进行不当抗争的法制意识,而且公民参与国家各项事务的决策是宪法的基本规定,环境保护长久

以来作为我国的一项基本国策,在该项国家事务上法律不应将公民排除在外,而是通过法律的规定有条件的使公民参与国家事务的管理,方能彰显人民是国家主人的地位,同时可以紧跟世界环境公益诉讼原告主体的发展趋势。

(四) 明确各原告主体资格的顺位

如若紧跟世界原告主体发展趋势,将检察机关、行政机关、环保组织及公民都纳入我国环境公益诉讼原告主体的范畴,且突破民事诉讼法所规定的利害关系提起诉讼,将会产生权利适用重复或混乱的问题,稍微极端一些可能会出现同一个环境公益案件,会有四个原告权利主体向法院提起诉讼,该种情况的出现将会极大的产生行政、社会和司法资源上的浪费,因而我们针对同一案件,必须明确原告主体之间提起诉讼的优先顺位,笔者上文已经对检察机关作为原告主体时按照环境公益诉讼的被诉对象及法律依据的分类进行起诉顺位的排序,这里仍然针对以上分类结合其他原告主体统一明确一下原告主体资格的顺位:(1)在环境民事公益诉讼中,涉及损害国家利益的,应以行政机关作为原告主体的第一顺位;当行政机关不作为或作为不当时,由检察机关作为第二顺位的原告主体;在两方国家机关均未提起诉讼时,环保组织作为第三顺位原告,公民作为最后一个顺位,这是由于,涉及到损害国家利益的案件,案情复杂且专业性较强,仅凭公民个人难以胜任维护国家利益的环境公益诉讼案件,因此在该种情形下,公民顺位比较靠后。而涉及一般公共利益的环境公益诉讼案件,公民和环保组织可作为第一顺位原告,检察机关从旁支持起诉,这是由于一般公共利益的环境污染案件,一定程度上与地方政府的保护主义有相当关系,因此,行政机关在此时不宜作为第一顺位原告。(2)在环境行政公益诉讼中,检察机关可以督促行政

^⑨ 王朦.环境公益诉讼原告适格问题的研究[D].辽宁:沈阳师范大学,2013硕士学位论文.

机关行使环境管理职责为前提向作为第一顺位向法院提起诉讼,公民和环保组织直接作为第二顺位原告主体,这是由于,检察机关作为法律监督机关,在职权上为督促行政机关行使管理职责提供了可能性,而且行政机关行使管理职责也是能将污染损害降至最低的最快手段,在行政机关仍然不作为时作为第一顺位提起诉讼也于法有据,而公民和环保组织在作为民间力量,对行政机关的督促能力较弱,因而只能在行政机关及检察院均不作为时,以第二顺位原告主体的身份直接向人民法院提起诉讼。明确各原告的诉讼顺位有利于司法实践工作的高效开展,但同时,该顺位应结合各地实际情况做出相应的改变,而不是对顺位一成不变的张冠李戴,这样才能使环境公益诉讼的解决效率进一步加快。

参考文献

- [1] 王朦.环境公益诉讼原告适格问题的研究[D].辽宁:沈阳师范大学,2013 硕士学位论文.
- [2] 李光禄、刘明明.论环境公益诉讼原告资

- 格的确立[J].重庆工商大学学报,2006,(5). 卅
- [3] 陈泉生.环境法原理[M].北京:法律出版社,1997. 卅 俾
- [4] 蔡守秋.论环境公益诉讼的几个问题[J].昆明理工大学学报(社会科学版),2009,(9).
- [5] 张式军.环境公益诉讼制度辨析[J].科技与法律,2010,(4). 俾
- [6] 王小钢.论环境公益诉讼的利益和权利基础[J].浙江大学学报,2011,(3). 卅
- [7] 李永康.环境公益诉讼原告主体范围探究[D].山东:山东大学,2015 硕士学位论文. 卅 俾
- [8] 李梦雯.环境公益诉讼原告主体资格研究[D].山东:山东大学,2014 硕士学位论文. 卅
- [9] 伊媛媛.论环保 NGO 的环境公益诉讼原告主体资格[J].江汉大学学报,2012,(6).
- [10] 成依怡.论环境公益诉讼原告主体的多元化[J].中南林业科技大学学报,2013,(4).
- [11] 李浩梅.论人民检察院提起环境公益诉讼的原告主体资格[J].中国海洋大学学报,2013,(4).

“一带一路”背景下 西部专家型律师东盟执业策略研究

广西正立律师事务所 陶斌智

摘要: 中国与东盟关系从“黄金十年”跨入“钻石十年”，“一带一路”战略将为西部专家型律师东盟执业提供新机遇、新动力。运用 SWOT 分析法，认为西部专家型律师应借助“一带一路”建设的良好态势，充分利用东盟共同体建成、自贸区升级版达成、司法互联互通等机遇，优化知识结构、实施专业化、国际化改革，延伸法律服务价值链、升级跨境法律服务，共建网络信息平台、促成执业环境改善，借助区域发展一体化推动业务流程一体化。

关键词: “一带一路”；中国—东盟；专业化；国际化

一、西部专家型律师特点及发展定位

专家型律师一般学历或职称高于同行，研究能力、实务经验均超出同业一般水平，处于业务价值链高端。专家型律师主要分布在高校、行业大所，或已位居合伙人之列，其研究能力、资源掌控力、影响力均不可小视。专家型律师伴随改革开放特别是司法改革而成长社会精英，多数教育背景良好，同时赶上了信息时代，都掌握了互联网技能，利用这些机遇和优势，在国际市场完全可以拓展业务空间。然而，在业务体量相对较小、

竞争激烈的西部法律市场环境中，西部专家律师由于自身经验单一、专业化程度相对低、支持保障体系不完善，导致西部律师域外执业受阻。

二、“一带一路”背景下西部专家型律师东盟执业发展 SWOT 分析

（一）优势分析（Strengths）

1. 自贸区发展态势良好。虽然全球经济下行压力不断加大，但中国—东盟双边贸易仍保持强劲增长。2014 年双边贸易总额已逾五千亿美元。目前中国为东盟第一大贸易伙伴，东盟则为中国第三大贸易伙伴。经济规模大，则律师业务基础好；经济发展态势好，则律师业务前景好。

2. 基础设施日益完善。东盟成员国基本上是“一带一路”沿线关键地区。中国与东盟诸国海陆相连，近十年来，边境地区基础设施建设投入较大，建设较为完善，为律师从事基建项目融资、政治及商业风险防范提供业务拓展机会，让专家型律师为跨境资本、知识产权、环境保护、劳工问题提供法律服务成为可能。

3. 资源较为充足。“一带一路”战略能够很好地利用区域优势，将自然资源优势与资金优势、技术优势有效对接。自贸区平台已有亚投行、丝路基金、中国—东盟银行联合体、海上合作基金、

投资合作基金。法律人才是自由贸易区不可或缺的人才,其中项目管理、风险管理成为重中之重,法律则是项目管理之重器、风险规避之利器,术业有专攻的专家型律师则会有一席之地。

(二) 劣势分析 (weakness)

1. 知识结构尚待优化。中国与东盟整体发展水平比较低,受经济发展水平的限制,中国特别是西部许多中小律所绝大多数规模比较小,大多数都是人员——业务松散联合型,业务不够集中,未能实现规模效应,又未形成合理分工。而中国西部、东盟国家律师双方知识结构较为相似,只懂本国语言,不懂外国语言,只懂本国法律,不懂外国法律。在国际法律服务分工体系中基本处于同一层次,法律服务目标市场高度重叠,在国际市场上服务同质化、低端化竞争激烈。

2. 法律服务支撑体系相对落后。目前我国商业机构和法律服务机构对东盟国家的业务缺乏足够的重视,商业性资源、法律服务资源相对于传统的欧美发达国家而言投入不足,法律服务能力不强。传统国际化大所强所在东盟地区地位一枝独秀却是独力难撑,且只能服务与大型国企和实力民企,但中小企业却得不到物有所值的法律服务。由于西部律所中的专家型律师普遍缺乏国际化视野,又未经涉外法律事务本土化历练,中资法律机构在东盟地区承受风险能力较差,导致核心竞争力不强。

3. 缺乏对自贸区规则的系统性研究。尽管自贸区已经建成,但我国律师对东盟市场仍然缺乏深入的研究,可能无法有效解决“意大利面碗效应”。专家律师缺乏对自贸区优惠政策和对原产地规则的了解,沿用传统的办法,缺乏制度创新,水土不服,制约了国际贸易投资的发展。

(三) 机遇分析 (opportunity)

1. 东盟共同体基本建成。东盟共同体覆盖人口6.2亿,GDP2.3万亿美元,按经济体量计算,将是全球第七大经济体。为已占尽地利优势、政策先机的中国发展注入新的活力。东盟十国将实

现内部高度整合,用统一政策、一致行动来提高贸易投资效率。东盟共同体在货物贸易、服务贸易方面统一规范、简化规则,会把双边贸易投资发展推向更高水平与更高层次。

2. 自贸区顺利完成升级谈判。“一带一路”战略推动中国与东盟的经贸合作不断走向深入,中国—东盟自贸区升级谈判已于今年达成协议,升级版将重点落实贸易促进政策,减免各项进出口环节税费,提升双边贸易合作水平。双边贸易总额从2014年的5000亿跃升到2020年10000亿,在升级版协议的推动下,目标可期。

3. 互联互通建设稳步推进。互联互通网络是贸易投资自由流动的前提,中国—东盟自贸区互联互通则重在基础设施建设和政策融合,互联互通不仅包括以基础设施和交通运输为基础的“硬件”建设,还涵盖以制度和情感互联互通为基础的“软件”建设。此外,中国—东盟港口城市合作网络、中国—东盟信息港、司法合作方面有《南宁宣言》。

(四) 威胁分析 (threat)

1. 国内同质化竞争不止。西部专家型律师与发达地区专家型律师双方能力水平比较接近,知识结构相似,法律服务目标市场存在重叠与竞争,影响双方深化合作,也影响不同发展水平地区法律专业人员知识升级、法律服务机构业务结构转型升级。国内同行都需要解决业务流量问题,且双方都有意识地将业务集中在一带一路沿线特别是东盟地区新兴国家,导致中方内部在国际法律服务市场上摩擦不断,严重影响了东西部专家型律师在国际层面开展错位发展,分工合作。

2. 内部整合不足。由于西部地区专家型律师所依托的各律所发展水平参差不齐,在专业化、国际化方面存在不同发展走向,导致律所联盟迟迟不能整合或松散联合之后貌合神离,相互之间合作与冲突并存。因此影响西部地区律所内部深化整合。西部专家型律师联盟的建立举步维艰,西部专业化、国际化律所联盟共同体建成更需时

日,困难亦更沉重。自从贸易区建成至今,各律所、各专家律师虽不乏热情,但目光不够长远,只在乎眼前利益,专注于本国业务发展,在经济减速期或困难期,或又重新设立合作壁垒,使各种隐蔽形式的保护主义抬头,甚至牺牲来之不易的合作准则,从根本上降低中国法律服务机构在国际上的整体竞争力与影响力。

3. 外部竞争压力大。欧美国际化律所在中国—东盟自贸区已然与中国律所存在深刻的竞争关系,特别是对西部专家型律师发展空间形成强大的挤压。一是欧美律所势必对中国律所形成冲击,减弱地缘大国—中国律所的法律服务吸引力,甚至会在世界法律服务网络中边缘化中国律所与专家律师,借此弱化本来有一定地缘优势的西部专家型律师在中国—东盟自贸区的影响。二是境

外国际化律所极有可能从战略上、业务上分化本地律所,削弱本地律所联盟的凝聚力,延缓西部律所联盟、西部专家型律师共同体的内部整合。如美国一流的国际所借助与本地强所的战略合作,谋求掌控亚太地区法律服务规则的主导权,以所谓的“高质量、高标准”法律服务规则展开“制度竞争”,这将大大损及中国特别是西部律师的现有影响力与后续发展潜力。

4. 执业环境有待改善。与我国相邻的东盟成员国市场不够规范,影响区域的法律服务自由化、便利化和规范化、透明度。东盟市场上大型贸易投资往往无法正常进行。因此,我国企业只能选择不需要繁杂手续的小额贸易或小规模投资,中国—东盟贸易投资自由化、便利化道路漫长,这在一定程度上会影响中国律师在东盟地区开拓市场。

西部专家型律师东盟执业 SWOT 分析图

内部条件	优势 (S)	劣势 (W)
	自贸区发展态势良好基础设施日益完善政策资源较为充足	知识结构不合理法律服务支持体系落后自贸区规则研究利用率低
外部环境	机会 (O)	威胁 (T)
	东盟共同体建成自贸区升级协议达成“一带一路”战略实施司法互联互通推进	国内同质化竞争内部整合不足外来竞争压力加大执业环境不利
对策选择	SO 战略	ST 战略
	开发利用“一带一路”、东盟共同体、自贸区升级版规则促成司法互联互通建设建设利益共同体	法律服务业转型升级优化律师知识结构搭建西部律所联盟组建专家型律师共同体
	WO 战略	WT 战略
	完善利用司法合作平台推动东盟扩大开放共建共享网络信息平台升级跨境服务	与东盟律所展开行业合作减缓国际化强所不利冲击顺应并促成和平政治环境

三、西部专家型律师顺应“一带一路”战略的东盟执业策略

(一) 力促行业转型升级, 推动知识结构优化

第一, 高端专家型律师果断转移低端业务。高端专家型律师需要有序向成本更具优势的西部地区、东盟转移低端法律服务, 充分发挥不同地区基于要素禀赋差异产生的比较优势。第二, 发展涉外高附加值的法律服务。逐步提高项目融资、国际商务仲裁等附加值高服务的竞争力, 渐次削减与国内同行低水平、同质化竞争的重叠领域。第三, 实现专家型律师的错位发展、互补发展, 从而从整体上增强西部专家律师的全球竞争力。

(二) 研究、执业、培训三管齐下, 深耕沿线市场

第一, 精研沿线国家涉外业务。“一带一路”沿线涉外工程承包、招标投标、知识产权、涉能源合作、劳务、金融服务等业务迅猛增长。西部专家型律师可选择某类业务钻研。补齐语言短板, 精准施策, 开展有针对性的国别研究与行业研究, 熟练掌握相关知识和技能, 成为精于此道、专于一国的“品牌专家”; 第二, 开发沿线国家涉外业务。伴随“一带一路”战略的推进, 西部专家型律师的业务范围也开始发生变化, 从单一的国内业务逐步向涉外法律业务拓展; 第三, 加大涉外业务技能的培训。目前全国能办理涉外法律业务的律师不到 3000 名。应尽快制定培养西部专家型法律人才的计划, 必要时提供财政支持, 选拔实务专家赴境外培训。

(三) 积极推动与沿线国家建立互助合作机制

西部专家型律师除积极参与到交通、物流、基建、医疗建设事业法律服务之外, 还应积极推动与“海上丝路”沿线各国的法律合作。例如: 新疆律协“一带一路”法律服务研究会, 专注于打造具有新疆特色的“一带一路”法律服务体系。广西正建设中国—东盟信息港, 广西律协与马来

西亚律师公会签订了律师培训协议, 积极培养懂东盟语言、熟悉东盟法律的人才。

(四) 充分利用国际合作, 共建共享法律信息平台

从 2015 年“缅甸中国伐木工人案”可见, 我国律师对外国法知识的缺乏。专家型律师可参与建设、利用外国法律查明及资料共享平台, 深入理解沿线各国与中国的法律差异。在处理涉外法律纠纷时, 真实、准确地查明外国法律。如可利用西南政法大学外国法查明中心平台。

“一带一路”及中国—东盟共同体建设在战略上符合中国利益, 亦是西部专家型律师职责使命所在。总之, 中国律师特别是西部律师要为中国—东盟共同体的经济整合提供法律支持, 增强区域内部凝聚力和 international 影响力, 做实、做深、做大中国—东盟自贸区, 以区域内法律共同体的专业化、国际化建设推动、促成区域利益共同体、责任共同体和命运共同体建设。

参考文献

- [1] 郑一省:《中国与东盟经贸关系发展的机遇与挑战》,《当代亚太》2002 年第 1 期, 第 53 页。
- [2] 陈宜:《“一带一路”战略下律师行业的机遇与挑战》,《中国司法》2016 年第 3 期, 第 31 页。
- [3] 伍志锐:《“一带一路”战略下西部律师的发展策略分析》,《中国律师》2017 年第 3 期, 第 62 页。
- [4] 袁达松, 刘华春:《“一带一路”中的中国律师业发展战略研究》,《中国司法》, 2017 年第 1 期, 第 40 页。

律师执业生涯感悟

广西桂成律师事务所 马艺珊

律师职业的产生，从社会职能的角度看，也是一种社会分工。人们所进行的社会活动需要法律保护 and 约束，但不一定都很熟悉法律。就像每个人都需要食物，并不一定要每个人都生产食物一样。律师维护当事人的合法权益以及使其合法权益得以实现，有利于社会稳定，司法机关办案同样是为了社会稳定，二者只是分工不同。从代表利益的不同角度看，司法机关是国家的代言人，律师是当事人的代言人。

行外人认为，做律师就是走上了一条镶着银边、布满鲜花和掌声的幸福之路；不少内行人认为，做律师是实现公平正义的途径。同时很多行外人不知道律师的具体工作范围。通常人的理解律师就是打官司，帮别人排忧解难。也有很多刚入行的新人知道律师工作分诉讼和非诉讼工作，但非诉讼具体指什么，很多人也不清楚。其实，这些认识，只是律师职业的冰山一角，《中华人民共和国律师法》简洁的称律师是依法取得律师执业证书，接受委托或者指定，为当事人提供法律服务的执业人员。律师应当维护当事人合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平和正义。

一、律师执业环境分析

随着社会主义民主法治的不断推进，中国的律师业有了很大的发展，律师人数逐渐增加，律

师的业务领域也涉及到社会生活的方方面面。律师对社会各领域的重要作用日益突显，执业环境也有了相应的改善。然而，基于法治历史、文化以及律师行业自身发展等多种因素的影响，我国律师的执业环境总体上仍存在问题。比如法官、检察官和律师的地位不平等。法官、检察官和律师共同组成了法律共同体，肩负着建设社会主义民主法治的使命和社会责任，但在这个法律共同体中，律师只是向社会提供法律服务的人员，使得律师和法官、检察官的地位不平等。很多律师在办案中得不到应有的尊重，打击了律师维护法律公平实施的积极性。再比如律师的执业风险大、雷区多。随着社会经济的发展，社会关系越来越复杂，律师的执业环境也越来越复杂。律师的执业风险不仅来源于当事人，还来源于司法机关。律师由于职业的性质，往往处在矛盾的风口浪尖。再者，律师在诉讼程序中的权利得不到切实保障，使得律师难以发挥应有的作用。以上这些都表明，律师的执业环境仍需继续改善。不断加强律师队伍建设，不断改善律师执业环境，律师才能在在维护和实现社会公平与正义中有更大的作为。

律师行业作为适用社会需要而产生的一个行业，必将随着社会的发展而逐步发展。十八大以

来,党中央进一步明确了律师队伍的地位和作用,对律师工作和队伍建设提出了新的、更高的要求,习近平总书记指出,“律师队伍是依法治国的一支重要力量,要求切实加强律师工作和律师队伍建设”,孟建柱同志在全国律师工作会议上指出,“在建设社会主义法治国家的进程中,律师事业面临着前所未有的发展机遇,律师职业大有可为,律师能有效促进司法机关依法依程序、公正办案,这充分表明了律师队伍在全面依法治国伟大实践中的重要作用。”因此,我们应该相信,律师行业是一个正在发展、充满希望的行业。律师执业环境也将越来越好。

二、我的执业生涯

一直以来,我都以我是一名律师而自豪。我个人认为做一名律师不仅能实现自我价值,也能实现社会价值。律师在用自己的专业知识和技能去帮助别人排忧解难,收获一份属于自己的成功和喜悦的同时,还可以为弱势群体伸张正义,为社会的和谐、进步尽一份微薄之力。律师属于真正意义上的自由职业者,做律师对于增强社会阅历,提高自己各方面的能力都很有帮助。

我于1988年毕业参加工作,1990年通过全国律师资格考试。执业至今整整25年,曾任鑫证律师事务所主任律师,现任广西桂成律师事务所主任律师,先后担任大中型公司、企业、政府部门的常年法律顾问,代理了大量的诉讼、仲裁及非讼案件。2011年当选为南宁市第十三届人大代表;任南宁市第十三届人民代表大会法制委员会委员。执业过程中,我认真、谨慎的履行自己的职责,严格要求自己,遵守职业道德和执业纪律,始终自觉恪守“忠于法律、诚实守信、勤勉尽责,严格自律”的原则。以最大限度的维护委托人的合法权益,提供优质的法律服务。

从执业律师到主任律师,从主任律师到人大代表,我在每一个阶段的都有不一样的收获。在执业初期,确实面临很多困难,一个是专业技能不够娴熟,一个是案源问题,条件艰苦是肯定的,

但是也很锻炼人。一般来说,年轻律师都是经过不断的奋斗、积累,做了几年律师后,案源相对稳定,具备一定的办案经验和人际关系,经济条件才会有一定好转。之后有思想、有魄力的律师会找几个志同道合的同事,创办一个律师事务所,共同投资、共同经营、共享利润、共担风险。从专职律师到合伙人律师、主任律师角色的转变,是最考验律师能力的时候,也是律师走向目标的第一步。当年我自己也选择迈出这一步,成为主任律师,我很感谢当年自己的选择,接受考验,并且经受住了考验。

做执业律师和做主任律师,我感觉是非常不一样的。主任律师要以律所的发展为中心,要进行各方面的协调,全力以赴维护整体的声誉和形象,大大小小的事情都需要经手审核,所以作为一名主任律师,考虑的是律师所的生存、发展问题。而律师事务所发展到一定规模时,还必须考虑走规模化、品牌化和规范化发展之路。不管是合伙人还是主任律师,大都经手过无数案件,办案经验丰富,人际关系稳定,但是还要愁人才和发展问题。因此这就需要主任律师投入极大的精力,而且过程当中一定是风险和机遇并存。主任律师,必须从思想上、认识上、胆识上“更上一层楼”。但正是因为有这样一段经历,才让我成为更好的律师和更好的管理者。

三、从业多年的感悟和建议

(一) 律师需要提高的基本能力

1. 迅速地、综合地掌握一个案子的全部事实,并且把握它的全部相互关系与意义的能力;
2. 对基本的法律原则与规则的全面理解和将其运用于具体案子的能力;
3. 对当代诉讼之经济、政治、社会和文化背景的理解能力;
4. 清晰地和有说服力地以口头或书面的形式表达自己意思的能力——需用简短的语言,准确的表达。

(二) 兴趣是最好的老师

俗话说，兴趣是最好的老师，要成为一名优秀的律师，首先要热爱律师这个行业，要能从这个职业中发现乐趣和职业自豪感，这是在这个职业长期工作下去的最主要的一个前提，仅凭一时的热情和聪明并不足以使一个人成为一名优秀的律师。同样从事研究的两个人，主动与被动间会产生截然不同的效果。据心理学家验证，人若拥有良好的心态与强烈的求知热情，他的灵感便会一触即发，如泉眼般源源不断，那么结果也会事半功倍；反之，用一张愁眉苦脸面对探讨，就像一部机器，没有想法，说不定方案不仅未能得出，还可能弄巧成拙。孔老夫子的一句话：“知之者不如好之者，好之者不如乐之者。”也验证了这样一个道理。

（三）不变的原则就是变化，律师只有不停的学习才能跟上节奏。

终身学习是我们这个时代对法律工作者的一个基本要求，由于法律法规的更新速度较快，要求我们律师也必须及时更新我们的知识，这样才能跟上形势的发展需要。在工作中要不断的加强学习，只有学习才会提高，只有学习、提高、再学习，才能再提高。学习过程中最重要的是要沉下心来，夯实基础，应摒除浮躁，踏踏实实地从每一细小处入手，不管是对专业知识的学习，还

是对实践中专业技能的磨练，都需要一个平和的心态。因此，只有在点点滴滴的事情上不断提高，才有可能最终产生质的飞跃。

（四）律师应具有责任心和敬业精神

作为一名律师，一生要处理成千上万件案件，而作为一名公民，一生可能只打一两次官司。碰上一名尽心的律师，他们就对法律有了信心，而碰上一名不负责任的律师，他们极有可能对法律失去信心。对于一个老百姓来说，一个案件可能会改变他们一生的命运。”因此，律师要具有责任感和使命感，为当事人负责，要加强与当事人的沟通，并积极地为当事人解决问题。树立起这个外界对律师行业的信心。

最后，律师行业发展潜力巨大，随着中国法治建设的完善，律师的需求会逐渐增多，行业广阔性和扩张力都是很值得期待的。律师通过自己所从事的职业，给自己带来快乐和满足的同时，也为社会服务，是每一个律师的理想，也是律师职业的魅力所在。虽然现实总是有许多不尽如人意的地方，但是，只要有一种胸怀和信念，在现实的道路上披荆斩棘，勇敢地走下去，理想就一定会实现！任何一位优秀的律师，都不是一蹴而就的。念念不忘，终有回响。

律师如何成为好徒弟，如何成为好师父？

广西鼎峰律师事务所 肖 敏

摘要：律师行业“法定的”律师师徒关系面临着一些解不开的结，老律师因各方面因素不愿带徒弟，不愿做好师父。青年律师因工多钱少、师父“不靠谱”等因素不愿做好徒弟。但师徒关系是双向的，只有师徒共同努力，师徒关系才能得以传承，互相成就。

关键词：师徒关系；师徒传承；勤勉；宽容

ABSTRACT: Lawyers industry "legal" lawyers mentoring relationship is facing some unavoidable knot, the old lawyers do not want to appeals in all aspects of the disciples, do not want to master the master. Young lawyers because of more money, master "do not fly" and other factors do not want to do apprentice. But the mentoring relationship is two-way, only the mentoring together, mentoring relationship can be inherited, mutual achievements.

Keywords: mentoring relationship; mentoring pass; diligence; tolerance

师生关系始于春秋战国时期，后来发展出现师徒关系。古时的老师和学生注重知识的传授和学习，而师父与徒弟则注重技能方面，比如武功、

手工艺等，而律师行业中，老律师与青年律师间的“传帮带”正是师徒关系的表现。

相声界郭德纲师徒的反目成仇让笔者不禁深思律师业的师徒关系。师徒关系不简单等同于师生关系和雇佣关系，律师行业的师父带徒弟是技能的传授而非知识的解答，知识能够从书本中学到，技能却只能一代一代相传。而律师行业的师徒关系还有其特殊的性质——“法定性”，根据《中华人民共和国律师法》第五条之规定，必须在律师事务所实习满一年，青年律师才能申请律师执业。由此可见，连律师行业的师徒关系都是“法定的”，但法定的师徒关系仍然面临着一些解不开的结。

一、律师师徒关系的现状分析

律师行业的师徒关系有好的榜样，也有坏的例子，笔者从坏的一面出发，分别从师父与徒弟的角度分析了律师行业师徒关系不好的原因。

（一）老律师为什么不愿意带徒弟

1. 培养成本高，回报周期长。实习律师有五项限制规定，这就很大程度的限制了实习律师的实用价值，加上实习律师经验浅、人脉少，很难给老律师在短期内带来实际的利益。以此相对，老律师需要自己支付给实习律师报酬以维持实习

律师的日常生活，而律师行业的主要收入来源于自己找业务，这无异于大大加重了老律师的负担。因此，在付出与回报短期内不对等的情况下，很多老律师不敢或无力收徒弟。

2. 投资风险大，收徒需谨慎。在高成本的投入下，师父往往都希望自己培养的徒弟能够成为自己的左膀右臂，但现实往往不尽如人意。青年律师在得到师父教导后，随着技能的提升、经验的累积、知识的丰富，羽翼逐渐丰满，在案件中能够独挡一面时很容易在利益的诱惑下，在各方面的影响下，跳槽到其他律所。或者青年律师在入行不久，由于不适应律师行业的压力而改考公务员或者在积累一定人脉后下海经商，老律师前期的培养心血打了水漂，这大大降低了老律师培养青年律师的信心。

（二）老律师为什么不愿意做好师父？

1. 徒弟不成才。很多律师对某些徒弟而言是好师父，对某些徒弟而言不是好师父，都是同一个师父的徒弟，为什么情况会不一样呢？是否是因为师父偏心？偏心是自然的，好师父自然喜爱好徒弟，如果自己的徒弟懒惰、做事推脱、无上进心，师父自然无心扶持他，也成为不了这类徒弟的好师父。

2. 事务繁忙，无暇顾及徒弟。很多老律师案源稳定，事务繁忙，且事事愿意亲力亲为，加上青年律师刚入行，办案经验浅、能力有限或责任心不够，无法很好的处理案件。即使老律师将案件交给青年律师办理，最后办理的结果不合老律师的心意也只能由老律师自己从头来办。长此以往，老律师便不愿给徒弟机会，自然无法成为徒弟的好师父。

（三）青年律师为什么不愿意做好徒弟？

1. 工多钱少，不愿做保姆。很多青年律师吐槽自己不仅要老律师工作上的助理，还要做老律师生活上的助理，要帮他开车、接送孩子、买车票、订机票、陪打球等这项那项超出自己工作范围的事务，不胜其烦。因此，在律师助理的聚

会上，总会听到这样的抱怨：“钱多钱少没关系，但我是来学习的，又不是来当保姆的”。

2. 师父“不靠谱”，自己不努力。一些青年律师完成师父交代的事情时，总埋怨师父没有事无巨细的指导，自己蒙着一头雾水一无所知，再去请教师父时，要么招师父一顿骂，要么发现师父自己也不懂。对于“不靠谱”的师父，青年律师除了看不上他，躲在背后骂几句之外也别无他法，似乎“师父都不会的，我凭什么会”。长此以往，用消极的态度应对工作，也会用消极的态度应对人生，这样的徒弟自然称不上好徒弟。

3. 师父不靠谱，前途无希望。很多老律师因为怕自己带出来的徒弟出师后抢占自己的资源，不愿真正的带徒弟，但又出于一些原因不得不带徒弟。这样不仅耽误了徒弟的时间，而且徒弟学不到东西，自然怨言颇多。也有一些律师自己本身三观不正，办案件好耍手段，导致品行端正的徒弟不愿与他苟同而离他而去，在这些律师眼里，这些徒弟自然不是好徒弟。

二、律师如何成为好徒弟？

笔者认为，好徒弟有两个标准，一是师父眼中的好徒弟，二是徒弟自我评价是好徒弟，只有符合这两个标准，才能真正称得上是好徒弟，而成为师父眼中的好徒弟应该怎么做呢？笔者认为主要有以下三点：

（一）德行端正，方能远行。良好的品德不仅是做律师的标准，也是做人的基本标准，一个品行不端的律师不可能成为一个成功的律师。很多客户抱怨律师收钱不干活，很多律界同行相互诋毁、恶性竞争，更有律师因行贿而受牢狱之灾，在这些律师因品行不端而自毁前程的例子面前，一个青年律师在从做徒弟开始就必须谨戒，要想做一个好律师，必须拥有良好的品德。一个青年律师，讲诚信，懂礼貌，坚持职业操守，才能和好师父价值观一致，才能得到师父的喜爱，也能在未来的工作中经受得住诱惑与考验。

（二）放低身段，以能力说话。很多成名的

大律师在说到自己做实习律师时，似乎都是从基层做起，端茶倒水、打扫卫生样样会做，样样在行。古语有云，吃的苦中苦，方为人上人。能力的提升不外乎不断的学习，青年律师要保持谦逊的态度，不断学习他人的长处；保持钻研的精神，在办理案件中学习严谨和细致；保持与时俱进的活力，不断学习新的知识。一位好的师父一定拥有一双慧眼与一颗仁心，青年律师的努力他会看在眼里，青年律师的进步他也看在眼里，而这些都反映在师父对徒弟的偏爱与赏识上。对于迟迟得不到老律师提拔的青年律师也应该反省一下自己是否为工作做出过努力。

（三）主动出击，做好每一个案件。很多青年律师都等着案件来找自己，而不愿意主动去找案件，这样不仅无法提升自己的能力，也很容易错过机会。笔者在与某位律师聊天中她谈到，自己做实习律师时，师父是大律师，助理多，自己又刚入行，很多事情都是师兄师姐优先，轮不到自己做。在没什么事情可以做的时候，自己经常帮其他的同事做案件且分文不取，与同事搞好关系后，在自己有问题向同事询问时，同事也乐于帮助自己，时间久了，自己的能力有所提升，师父也开始对自己有所青睐，慢慢把手上的业务交给自己做。由此可见，青年律师只有拥有积极的工作态度，勤勉的生活态度，不怕辛苦多做案件，提升自己的能力方能为自己赢得更多的机会。

品德、能力、勤勉是老律师评价自己的徒弟是否是好徒弟的第一标准，良好的品德是老律师选择徒弟的前提，出众的能力是老律师提拔徒弟的基础，勤勉是好徒弟的基本准则。感恩、付出、宽容是青年律师衡量自己是否是好徒弟的第一标准。好徒弟会时常问问自己，是否感恩过无条件指导自己的师父，是否付出过时间、情感与努力，面对自己恩师的指责是否怀有一颗宽容的心。

三、律师如何成为好师父？

并不是所有的老律师都能成为好师父，好师父也有一定的衡量标准。

（一）拥有稳定的案源。在律师行业衡量一位律师是否有资历往往都看他的案源是否稳定，虽律师的业务水平不能仅仅看案源，但如果一位律师自己都无法有稳定的收入，且不说他能力有多好，至少很难负担得起实习律师的工资，更别说分案件给徒弟做，因此也称不上好师父。

（二）拥有正确的金钱观和价值观。在拜金主义盛行的当代社会，首先师父要有正确的金钱观和价值观，才能对刚踏入社会，金钱观、价值观还不成熟的徒弟加以正确的引导。如果师父便以赚钱为最高目标而不择手段，那么，教出来的徒弟要么无法苟同他的观点而弃师另投他处，要么也只会“以钱为准”而与师父争夺利益。因此，好的师父不一定会赚取高额的律师费，而是能够给徒弟更好的条件发展，能够对徒弟的工作、人生加以正确的指导。而拥有正确金钱观的师父对有能力的徒弟自然不会小气，会在徒弟付出劳动后，支付其相应的薪水，会在徒弟能力成长后，增加他的薪水。

（三）爱护徒弟，共享资源。愿意带徒弟的老律师可谓是律师行业的稀缺资源，只有从业5年的律师才有资格带徒弟。因此，除去不能带徒弟、不愿带徒弟、没能力带徒弟、没精力带徒弟的律师，^①愿意带徒弟的老律师所剩无几。愿意带徒弟的师父也不一定是好师父，好的师父首先应把学生当一回事，愿意在徒弟身上付出时间与心血，愿意把徒弟当做自己的家人一样爱护，愿意对徒弟倾囊相授，愿意带徒弟出去见世面，与徒弟共享资源。如此，师徒关系才能长久，师徒关系才能得以传承。

（四）心胸豁达，宽以待人。青年律师年轻

^① 参见李学军：《律师为什么要拜师》，载无讼阅读。

气盛，总有犯错误的时候，而能否容纳徒弟的缺点与错误就要考验师父的气度与耐心。好师父拥有阔达的胸襟与宽容的心，不会在事情搞砸之后一味的指责徒弟，打击徒弟的信心，而是及时指出徒弟的缺点与不足，宽恕徒弟的错误并给予徒弟改正的空间。

律师行业的师徒关系是永恒值得讨论的话题。每个人亦师亦徒，如何做好徒弟，如何做好师父是律师界永不过时的话题。路漫漫，需结合时代的发展不断的丰富律师师徒关系的内涵。笔者与师父刘卫律师是良师益友型师徒关系，师父刘卫律师能相信年轻人、鼓励年轻人，容许年轻人试错。作为徒弟，笔者能虚心听取意见，不断总结提升自己，做到勤能补拙。笔者从一名律师助理成长为律所主任，其中不乏师父的支持与宽容，自己的坚持与勇敢。

参考文献

- [1] 韩翼：《师徒关系结构维度、决定机制及多层次效应机制研究》[M]. 武汉：武汉大学出版社，2016；
- [2] 陈晓：《好师傅这样当，好徒弟怎么做》[M]. 北京：企业管理出版社，2016；
- [3][美] 奇夫·安德逊、兰迪·利斯：《师徒关系——属灵路上拖与带》[M]，李兴邦译. 香港：基道出版社. 2004；
- [4][美] 安索尼 T. 克罗曼：《迷失的律师——法律职业理想的衰落》[M]. 田凤常译. 北京：法律出版社，2010；
- [5] 孔庆新：从三个领域的师徒关系研究探析“师徒制”[J]. 中国人力资源开发. 2016 年 14 期；
- [6] 孙中伟：实习律师的困境与出路[J]. 民主法制时报. 2012 年 2 期.

行业要闻

广西律师协会与上海市高级人民法院 上海市律师协会共同签署《上海法院律师 服务平台向全国律师开放合作备忘录》

2017年8月2日下午,上海法院律师服务平台向全国律师开放仪式在上海市高级人民法院举行。最高人民法院党组成员、副院长姜伟,上海市高级人民法院党组书记、院长崔亚东,上海市司法局党委书记、局长陆卫东,中华全国律师协会副会长吕红兵等出席并讲话。上海市委政法委副书记章华,北京、内蒙等12个省(自治区、直辖市)和广州、深圳2个市律师协会领导参加仪式。广西律师协会会长黄志文应邀参加并代表协会与上海市高级人民法院、上海市律师协会签署了《上海法院律师服务平台向全国律师开放合作备忘录》。

开放仪式上,上海市高级人民法院副院长茆荣华首先介绍了上海法院律师服务平台的建设过程,并现场展示了平台的主要功能。上海市高级人民法院、上海市律师协会分别与来自北京、内蒙古等12个省及广州、深圳2个市的律师协会代表签署《上海法院律师服务平台向全国律师开放合作备忘录》,对工作原则、服务对象、开放方式、数据对接、信息维护、协调机制等进行了明确约定。

最高人民法院党组成员、副院长姜伟,上海市高级人民法院党组书记、院长崔亚东,上海市

委政法委副书记章华,上海市司法局党委书记、局长陆卫东,中华全国律师协会副会长吕红兵共同向全国律师开放上海法院律师服务平台。同时,上海法院律师服务平台向全国律师发送短信,内容为:“您好!今天,上海法院律师服务平台正式向全国律师开放。您可以使用您所在省级律协发放的律师帐号和密码,登录上海法院网(www.hshfy.sh.cn)的律师服务平台,选择使用网上立案、网上再审申请、网上办理、网上辅助、网上沟通等5大类26项诉讼服务。(上海法院律师服务平台)”。随后,参会者通过现场的远程视频,观看了江苏金匱律师事务所律师孔德忠在办公室上网登录上海法院律师服务平台,向上海市黄浦区人民法院网上申请一起商铺租赁纠纷立案的全过程。

中华全国律师协会副会长吕红兵在仪式上表示,此次向全国律师开放上海法院律师服务平台的举措,正是通过信息化手段扩大多样化的司法需求,为全国律师群体提供更便捷的诉讼服务和



开放仪式现场

更优质的执业环境,全面落实司法体制的相关配套改革。而其最终目的是在司法为民的原则下,建设公正、高效的社会主义司法制度,更有力地保障当事人的合法权益,发挥司法维护社会公平正义的职能作用。

开放仪式前,14个省市的律师协会代表考察了上海市律师协会,并围绕上海法院律师服务平台的开放对象、开放方式、数据信息的更新完善以及平台开放之后律师与法院信息的双向共享以及律师数据信息保密等问题进行了探讨交流。

下一步,广西律师协会将按照《合作备忘录》的要求,提供全区律师电子身份信息认证密钥,通过与上海法院律师服务平台技术对接后,实现上海律师服务平台向我区律师整体开放。

(广西律师协会 徐志红)

广西投资集团公司公司律师办公室揭牌成立

2017年8月10日下午,广西投资集团公司举行公司律师办公室揭牌仪式暨法务工作交流座谈会。广西律师协会秘书长黄都恒应邀出席并讲话,同时与集团公司副总裁郭敏、总法律顾问、总裁助理兼风控法务部总经理杨伟共同为公司律师办公室揭牌。

黄都恒在讲话中代表广西律师协会对广投集团成立公司律师办公室表示祝贺,并指出:广西投资集团公司律师办公室的成立,是深入贯彻党的十八届四中全会精神和自治区《关于推行法律顾问制度和公职律师公司律师制度的意见》等文件要求的具体体现,表明了广投集团党委和领导班子对法治建设的高度重视,标志着广投集团依法治企工作进入新的发展阶段。

黄都恒强调,充分发挥公司律师办的作用、提升企业法律风险防范水平,一要规范运作,保证集团公司律师制度从一开始就在严格规范的轨道上发展;二要协同推进,更好地整合企业内部法律顾问、公司律师、外聘律师三支队伍,共同

推进集团公司法务管理工作水平的提高;三要加强学习和培训,不断提升业务水平;四要加强沟通联系,积极参加律师协会的工作、活动,与社会律师互通有无、加强交流。

据了解,广西投资集团公司拥有企业179家,其中:全资及控股企业126家,参股企业45家(其中:集团公司直接参股企业21家,子公司参股企业24家),分公司8家。为进一步提升依法治理、依法经营、依法管理的能力和水平,广西投资集团公司向自治区司法厅申请成立公司律师办公室,并于2016年12月12日正式获得批复成立。目前集团公司共有6名人员获得公司律师资格。广西投资集团公司公司律师办公室的成立,有利于整合集团公司法律资源,促进企业内部管理的科学化、规范化和法制化;有利于打造公司决策集中、资源共享、流程统一、运作信息化的一体化法律事务处理平台,增强公司法律风险防范能力,为公司全面推进依法治企提供多层次、全方位的优质法律服务,提升集团市场竞争力。

广西投资集团公司全体公司律师、驻邕各所属企业分管领导、风控法务经理及获得法律职业资格的人员等30余人参加会议。

(广西律师协会 刘莹)

区直律师事务所主任及各市律师协会会长高级研修班在湘举办

2017年8月15-18日,广西律师协会在湖南大学举办区直律师事务所主任及各市律师协会会长高级研修班。广西律师协会秘书长黄都恒、湖南大学法学院院长屈茂辉出席开班典礼并分别致辞,湖南大学公务员教育培训中心副主任侯赟主持开班仪式。

本次培训选择在享有“千年学府、百年法学”之美称的湖南大学举办,设有“一带一路背景下企业法律实务分析”、“高效团队建设与执行力”、“演讲与口才”、“情商与领导力提升”、“阳光心态与心理调适”等七个课程,分别邀请湖南省

律师协会副秘书长尹湘南、湖南大学工商管理学院教授王乐平、湖南省演讲与口才学会常务副秘书长周萍萍、湖南省妇女干部学校副校长王郁芳、中南大学教授陈恣等专家学者到场授课。区直各律师事务所主任或副主任或合伙人和各市律师协会会长或副会长共 61 人参训。

本次培训不仅让参训人员领略了这所富含深厚文化底蕴的千年名校所带来的迷人魅力，同时在酣畅淋漓的知识盛宴中收获了管理、口才、心理调适等不同方面的知识，为参训人员在今后的不断提升、不断超越提供知识和技能动力。

(广西律师协会 李 静)

南宁市召开 2017 年律师事务所主任会议



为全面总结南宁市上半年律师工作，进一步加强律师事务所规范化建设和管理，2017 年 8 月 19 日上午，南宁市司法局、市律师协会在市司法局 8 楼会议室召开 2017 年全市律师事务所主任会议。南宁市司法局副调研员张加兵、律师管理科科长王琦汕和南宁市律师协会会长罗旭、副会长石登崇、陆庆标、林林及南宁市 157 个律师事务所的主任、合伙人参加会议。会议由林林副会长主持。

会议通报了南宁市 2016 年度律师事务所年度检查考核与律师执业年度考核情况。南宁市两级司法行政机关从 2017 年 3 月开始，对全市 2017 年之前设立的律师事务所进行了 2016 年度检查考核工作，并对市律师协会就执业律师的年

度考核结果备案审查。完成 149 家律所的考核和 1432 名律师考核结果的备案审查，评定为合格的律所 148 家、不合格 1 家，另有 3 家律所正在整改；律师评定为称职的 1426 名、基本称职 5 名、不称职 1 名，4 名律师因正被投诉调查暂缓评定。通报了考核中发现部分律所存在的内部管理不够规范，风险防控体系不够健全，案卷归档不够规范，变更后未及时备案和保持法定设定条件等问题，提出下一步做好律师事务所规范化建设，进一步健全律所管理机制，进一步强化日常监管等工作计划和工作要求。

石登崇副会长向各律师事务所主任通报了南宁市律师协会 2016 年至 2017 年上半年惩戒工作情况，并针对加强律师队伍职业道德和执业纪律教育工作提出：一是要充分认识加强和改进律师行业惩戒工作的重要性；二是要认真履行职责，及时办理投诉案件；三是要坚持和完善投诉案件惩戒通报制度；四是要切实加强律师队伍的职业道德和执业纪律教育。

陆庆标副会长向各律师事务所主任通报了南宁市律师协会上半年律师维权工作情况并提出了下半年协会维权工作要点。要求下半年将开展对南宁市律师执业权利保障情况的全面调查和意见收集工作，通过对律师事务所进行调研、问卷调查及座谈会，收集相关情况，分析阻碍律师依法执业的现实状况并形成报告，向南宁市范围内的司法机关、各行政部门提出相应的律师执业意见和建议，以推动制度性维权工作的开展。

罗旭会长总结了南宁市律师协会 2017 年上半年工作情况，并对下半年工作进行了部署。2017 年上半年，南宁市律师协会在南宁市司法局的指导监督下，在广大律师的共同努力下，在加强律师行业党建工作、服务南宁和谐社会和经济发展、律师队伍管理、保障律师执业权利、律师培训和业务交流工作、会员服务等方面取得了一定成绩。下半年，南宁市律师协会将进一步参与公共法律服务体系建设，广泛发动、组织律师担

任村（社区）法律顾问；进一步完善律师教育培训体系，开展多种形式和内容的小型交流培训；加强律师维权工作，着力制度性维权工作；积极开展公益法律服务活动，提升律师的社会形象。罗旭会长向各律师事务所主任提出了三点希望：一是希望各律师事务所主任切实承担管理职责，加强律所管理，推动律师行业规范化建设；二是希望各律师事务所积极参加协会活动，继续支持和监督协会的各项工作，共同提升律师行业整体影响力；三是希望各律师事务所主任能号召和发动本所律师，投身公益法律服务，勇于承担社会责任，在全社会树立律师精英、责任、担当的社会形象，争取党委、政府和社会各界的认同，共同促进律师事业的发展。

南宁市司法局副调研员张加兵代表市司法局向市律师协会和律师管理部门、全市律师事务所提出工作要求，强调要全面加强律师队伍建设和执业监督管理，大力提升律师服务经济社会发展的能力和水平，积极推动落实律师执业权利保障措施，坚持和加强党对律师工作的领导，确保律师工作的正确方向和律师事业的健康发展，以优异成绩迎接党的十九大胜利召开。

（南宁市律师协会 文：梁兰莹；图：韦莹莹）

2017 年柳州市律师协会与南宁市律师协会举行足球友谊赛

2017 年 7 月 29 日下午，南宁市律师协会足球代表队（以下简称南宁律协队）受柳州市律师协会的邀请到访柳州市，与柳州市律师协会足球代表队（以下简称柳州律协队）在柳州市第二中学开展了一场精彩纷呈的足球友谊赛。本次足球友谊赛的主办方为柳州市律师协会，柳州市律师协会会长覃世东、副会长刘俊雄、刘建东、李杰，南宁市律师协会会长罗旭、副会长陆仲坤等参加本次活动。

本次足球友谊赛为全场 90 分钟的 11 人制比赛，由于天气比较炎热，比赛分成四节进行，前三节每节 20 分钟，第四节 30 分钟，不设加时赛和点球决胜环节。最终，经过 90 分钟紧张激烈的交锋，柳州律协队最终以两分的优势获得了本次比赛的胜利。

本次足球友谊赛活动是继 2016 年南宁市律师协会邀请柳州市律师协会到南宁开展足球友谊赛之后的友好回访活动。活动发扬了律师群体拼搏进取的精神，增进了两市律师群体之间的文体活动交流，进一步加深两市律师间的友谊，对将来两地律师协会的进一步交流与合作起到了良好的促进作用。

（南宁市律师协会 黄昆仑）



广西律师行业“关注党员成长·激发组织活力” 暨“两学一做”学习教育常态化制度化培训班在国家律师学院举办



广西律师行业“关注党员成长·激发组织活力”暨“两学一做”学习教育常态化制度化培训班开班仪式

2017年7月14—17日，广西律师协会在国家律师学院举办广西律师行业“关注党员成长·激发组织活力”暨“两学一做”学习教育常态化制度化培训班。广西律师协会会长黄志文参加培训并作开班致辞和结业讲话。



广西律师协会会长
黄志文作开班致辞

黄志文会长指出，保定是全国历史文化名城、也是革命老区，还是国家律师学院所在地，广西律师协会在国家律师学院举办培训班，旨在通过“红色视觉”理论课程和现场观摩，让大家再次重温革命历史，真切感受革命先烈坚强的党性与家国情怀，切实做到继承优良传统、传承红色基因、延续红色血脉。他认为，从培训效果来看，参训人员普遍学有所得，学有所获，进一步增强了党员律师和党外律师对中国共产党的认同。他强调，全体学员要做到学而思、学而行，不断充实自己、提高水平，把学习成果体现在推动我区律师事业健康发展上来，运用到服务法治广西建设中去。



广西律师协会副会长
韦良钢参加培训

培训班围绕“关注党员成长·激发组织活力”和“两学一做”学习教育常态化制度化主题，邀请国家律师学院、中央党校、中国人民大学的专家教授授课，组织参训人员赴革命圣地西柏坡进行现场观摩。

参训律师纷纷表示，通过这次培训更加直观立体地感受到中国共产党之所以能领导全国各族人民经过艰苦卓越的斗争，并最终取得胜利，在于中国共产党人能全心全意为人民服务，一切为了人民，维护人民的根本利益。大家深刻体会到中国共产党建立新中国的艰难困苦，进一步坚定了对党的信仰，表示要在今后的工作和生活中不忘初心，继续前行，永远保持谦虚、谨慎、不骄不躁的作风，永远保持艰苦奋斗的作风，坚定共产主义理想信念，永远跟着党走，把所学所思贯彻到以后的实际工作中去，充分发挥共产党员的先锋模范作用，为广西律师事业和法治广西建设作出更大的努力。



广西律师协会副会长
李家庆参加培训

广西律师协会副会长韦良钢、李家庆，自治区司法厅律师管理处广西律师协会党总支委员、各市律师协会党组织负责同志、广西律师协会机关党支部部分党员、区直律师事务所党支部书记和党员律师代表以及骨干律师代表等70余人参加培训。

（文：刘莹、颜凌霜 图：黄永万）



学员赴革命圣地西柏坡进行现场观摩学习



为学员代表颁发结业证书



广西壮族自治区律师协会

地址：中国广西南宁市民族大道93号新兴大厦A座24层

邮编：530022

电话/传真：0771-5863673

邮箱：gxlstgyx@163.com

网址：<http://www.gxlawyer.org.cn>