

二〇〇九年八月

青岛市优秀律师事务所
山东省优秀律师事务所

走进万桥

万桥律师事务所
WAN QIAO & PARTNERS



目录

法制要闻

量刑规范化试点 6 月 1 日起全国展开
公安部部长助理郑少东涉嫌违纪违法正接受调查
中国首次集中培训基层检察长以加强法律监督能力
最高法：提高服判息诉率执结率 加强调研破解审判难题
全国人大首次明确表态 “同命不同价” 现象有望终结
最高法院将明确民告官立案审判原则
最高法出台建立健全诉讼与非诉讼衔接机制若干意见

万桥快讯

万桥律师应邀解读《劳动合同法》《实施条例》
万桥所党务工作受到司法局通报表彰
我所合伙人会议主席李勇律师被评为“青岛市人民调解工作先进个人”
我所合伙人会议主席李勇律师被聘任为“青岛市政协委员关注民生、和谐司法视察监督团”成员
万桥所成功举办篮球友谊赛
万桥律师事务所“迎八一送法到军营”义务咨询活动
万桥律师参加《优秀律师网上面对面》网谈房地产维权

律师风采

胡建业 律师
张春霞 律师

以案说法

法院的赔偿数额判决，是否可以作为向保险公司理赔的依据
转让已部分实现的债权是否构成不当得利？
在并购中应关注人力资源风险
是贩卖毒品还是非法持有毒品？

理论研讨

完善进城务工人员权益法律保障研究
美国破产重整程序浅析

律师随笔

刑辩律师要有勇气说“不”

法制要闻

量刑规范化试点 6 月 1 日起全国展开

最高人民法院决定，从 6 月 1 日起，在全国法院开展量刑规范化试点工作，对《人民法院量刑指导意见（试行）》和《人民法院量刑程序指导意见（试行）》两个文件进行试点。

这次在全国各高级人民法院辖区确定一个中级法院和三个基层法院为试点法院开展试点工作。其目标是：以两个文件为试点样本，按照试点文件规定的量刑的指导原则、量刑的基本方法、量刑情节的适用、具体罪名的量刑意见以及量刑程序开展实证研究，在大量实证研究的基础上，准确确定具体罪名的量刑起点，合理确定各个量刑情节的调节幅度，进一步修改完善量刑程序，为明年在全国法院试行做好准备。

最高人民法院刑三庭负责人介绍说，“量刑规范化”是人民法院“三五改革纲要”确定的重要司法改革项目，其目的就是要规范裁量权，将量刑纳入法庭审理程序，更好地贯彻落实宽严相济的刑事政策，增强量刑的公开性和透明度，实现量刑公正和均衡，维护社会公平正义，实现刑事审判工作自身科学发展并更好地服务科学发展。

据了解，最高人民法院从 2005 年开始对量刑规范化进行实质性的调研论证，并起草了《人民法院量刑指导意见（试行）》和《人民法院量刑程序指导意见（试行）》。2008 年 7 月，最高人民法院在深圳召开了全国部分法院量刑规范化试点工作座谈会，对量刑规范化试点工作进行动员和部署，并于同年 8 月下发了《最高人民法院关于开展量刑规范化试点工作的通知》，确定江苏省泰州市、福建省厦门市、山东省淄博市、广东省深圳市等 4 个中级人民法院，以及北京市海淀区、上海市浦东新区、江苏省姜堰市、江西省南昌市青山湖区、山东省淄博市淄川区、湖北省武汉市江汉区、云南省个旧市、陕西省西安市碑林区等 8 个基层人民法院为量刑规范化试点单位，对两个试点文件进行试点。

最高人民法院刑三庭负责人表示：“考虑前期试点工作已有一定的基础，积累了一定的经验，扩大试点的条件和时机已成熟，有必要在全国法院范围内开展试点工作，进一步检验两个试点文件的可行性，避免出现量刑的大起大落。”

前不久，最高人民法院在厦门市召开了全国法院刑事审判工作座谈会，对量刑规范化试点工作作了部署。会后，各级人民法院高度重视，迅速传达贯彻会议精神，采取有效措施，抓好工作落实。目前，各高级人民法院陆续制订了开展量刑规范化试点工作方案，成立了量刑规范化试点工作领导小组，确定了辖区试点法院，进一步明确了试点工作目标、工作任务和工作要求。各试点法院成立了量刑规范化工作小组，并制订了具体实施方案。试点准备工作已经就绪。

据介绍，今年年底前，各高级人民法院要对辖区内各试点法院试点工作进行全面总结，对两个试点文件提出修改意见和建议，并形成量刑规范化试点工作情况报告，接受最高人民法院的检查验收。各试点法院要注意建立案例数据库，将每个试点案件的基本情况都纳入数据库的存储中，为量刑规范化提供切实可靠的基础性资料。最高人民法院将在条件成熟时组织研究开发电脑辅助系统，建立量刑数据库，为量刑规范化提供技术支持和工作方便。（杜中杰）

来源：人民法院报

公安部部长助理郑少东涉嫌违纪违法正接受调查

郑少东，男，汉族，1958年11月生，广东潮阳人，1976年12月加入中国共产党，1975年8月参加工作，广东省社会科学院中国近现代史专业毕业，在职研究生学历。现任公安部部长助理、党委委员，一级警监警衔。图文资料来源：公安部网站

记者核实：郑少东、相怀珠二人正在接受组织调查

新华网北京1月19日电 针对媒体有关报道，记者19日向公安部有关人士核实，公安部在侦办黄光裕经济案件中发现郑少东、相怀珠存在违纪违法嫌疑。目前，郑少东、相怀珠二人正在接受组织调查。

公安部有关人士表示，对队伍中出现的问题决不护短，希望社会各界和广大群众继续加强对公安工作、公安廉政建设的监督。

来源：新华网 责任编辑：熊红祥

中国首次集中培训基层检察长以加强法律监督能力

新华网北京6月16日电（记者隋笑飞）今年2月26日，第一期全国基层检察院检察长轮训班在国家检察官学院开班，截至目前，培训已进行了6期。这是中国检察历史上第一次由最高人民检察院直接组织的全国基层检察长轮训。2010年底前，全国3500余名基层检察长将参加完成这次培训。

“这次大规模培训为进一步提升基层检察院的法律监督能力提供了动力。”深圳龙岗区检察院检察长胡捷说，“基层工作平常非常忙碌，压力很大，这样的培训对我们基层检察长来说实在难得”。

“规模扩大、全员覆盖、时效性与针对性的增强，都是这次轮训与以往的不同之处。”高检院政治部教育培训部负责人告诉记者，此次轮训班由高检院直接组织举办，而按照以往的惯例，只有省级、地市级或新任基层检察长，才会由高检院统一组织培训。

据介绍，全国目前共有3000多个基层检察院，占全国检察院的80%，人数占全国检察人员的80%，办案数也占全国检察系统的80%。

10天的培训中，学员们围绕科学发展观、社会主义法治理念与中国特色检察制度、司法改革与检察改革、领导管理科学、如何做好基层检察院检察长等专题开展研讨交流和现场教学。

上海闵行区检察院检察长陈宝富认为，“这是一次实实在在的培训，培训的内容全面又富有针对性。学者高官也纷纷走上讲台，真正实现了最高层与最基层的互动。”

据介绍，除了高检院领导及各业务厅相关负责人外，中央党校、公安部、北京大学等各部门的学者专家被纷纷邀来。

此外，按照课程安排，每期轮训中高检院的一名院领导参与小组讨论座谈，就基层工作的某一个突出问题与学员直接沟通交流。

“基层检察院的工作涉及范围广，基层检察长除了业务知识外，大局形势、法治理念、司法改革的最新解读、法律问题的前沿内容都应了解掌握。”高检院政治部教育培训部负责人告诉记者。

新的形势和任务对基层检察长们的思想素质、科学文化水平和法律监督能力提出新的要求。培训的目的是要使基层检察长清醒认识并积极应对新的要求和挑战。

“基层检察工作直接面对各种复杂社会关系，直接面临各种社会矛盾。”一些参加培训的基层检察长向记者表示，他们希望通过这次培训，进一步提高提升基层法律监督能力，积极适应党和人民对检察工作的新要求新期待。

哈尔滨市阿城区检察院检察长卢亨喆认为，保障经济建设稳步前行的重要方面来自严密防范职务犯罪和维护社会的安定团结，检察机关在这方面大有可为。

胡捷告诉记者，深圳龙岗区检察院通过“刑事案件网上告知”“人大代表列席检察委员会”“反贪案件回访制度”“案件听证会”等对阳光检务的实施进行了探索。

10天的收获是什么？北京朝阳区检察院检察长王立告诉记者：“理论水平得到了提高，业务素质得到了提高，工作作风得到了提高。”

来源：新华网 责任编辑：苏影

最高法：提高服判息诉率执结率 加强调研破解审判难题

法制网南京6月16日电 见习记者张亮“去年全国法院受理案件总量超过1000万件，创历史新高。在数量大幅度增加的同时，案件类型更加多样，处理难度越来越大。”最高人民法院常务副院长沈德咏今天在此间召开的第六次全国法院调研工作会议上指出，各级人民法院要重点围绕如何切实提高审判质量和办案效率，如何切实提高案件服判息诉率、执结率，如何有效减少涉法涉诉信访问题，积极组织开展调研，为破解审判难题提供科学依据和有力支持。

沈德咏要求，各级人民法院要始终坚持围绕审判工作、立足服务审判工作开展调研；要盯住党和国家工作大局和法院工作全局的新情况，把握工作中的新动向，主动做好前瞻性调查研究，及时为各级法院党组科学决策提供依据。要通过调查研究大力推动司法民主化进程，不断建立健全人民法院司法为民工作机制。要研究建立健全“党委领导、政府支持、多方参与、司法推动”的多元纠纷解决机制；研究建立健全科学、畅通、有效、透明、简便的民意沟通表达机制；研究建立健全涉诉信访工作机制，推进涉诉信访处理工作的法治化和规范化；研究建立健全司法为民长效机制，进一步健全诉讼服务机构，切实方便人民群众诉讼；要研究改革和完善司法救助制度，配合有关部门推进国家赔偿制度的完善。

最高人民法院院长王胜俊为大会发来贺信，江苏省委常委、政法委书记林祥国出席会议并致辞。

来源：法制网——法制日报 （责任编辑：王芳）

全国人大首次明确表态 “同命不同价”现象有望终结

“同命不同价”——我国死亡赔偿制度中的这一现象，一直受到社会各界的关注，更受到许多人的质疑。对于这个问题，最高国家立法机关是什么态度？透过全国人大常委会有关部门负责人近日在常委会一次专题讲座中表明观点，我们可以看到一些“蛛丝马迹”……

全国人大常委会首次明确回应

6月27日上午，十一届全国人大常委会在人民大会堂举行第十讲专题讲座，作为主

讲人的全国人大常委会法制工作委员会副主任王胜明向常委会全体组成人员和各专门委员会组成人员详细讲解了我国的侵权责任法律制度。

讲座中，王胜明详细讲解了国内外有关死亡赔偿的法律规定，并就死亡赔偿中“同命不同价”的问题明确表达了自己的观点：立法时“倾向于原则适用统一赔偿标准，适当考虑个人年龄、收入、文化程度等差异”。

根据记者了解，这是全国人大常委会有关部门负责人就社会关注的“同命不同价”现象，首次明确作出“回应”。

继九届全国人大常委会初次审议作为民法草案一编的侵权责任法草案后，十一届全国人大常委会第六次会议于去年12月进行了再次审议。根据全国人大常委会立法工作计划，今年还将继续审议侵权责任法草案。全国人大常委会安排这次专题讲座，目的就是使常委会组成人员更好地修改完善这部法律案。有关人士表示，侵权责任法的制定，可能为解决涉及死亡赔偿的侵权案件提供更加明确的法律依据。

死亡赔偿“城乡二元化”备受质疑

在我国目前的侵权类案件中，工伤事故案件、医疗事故案件尤其是交通事故案件占到很大比例，其中不少涉及到死亡赔偿问题。其中，“同命不同价”一直是公众极为关心的话题，法律界的相关人士也在持续进行探讨。

不久前，《广东省公安机关2009年度道路交通事故人身损害赔偿有关项目计算标准》出台，引起轩然大波。因为根据这一标准，在交通事故中死亡的城镇居民最多能获赔76万多元，而农村居民则只有25万多元，相差三倍之多。这一新闻事件，再次让“同命不同价”问题成为舆论关注的焦点。

“同命同车不同价”等极端例子的出现，更让现行死亡赔偿标准备受质疑。据媒体报道，2005年底重庆一起车祸中有3个孩子不幸丧生，两个城市户口的孩子各获20多万元赔偿，而另一位农村户口的孩子所获赔偿只有9万元，不及前者的一半。

关于死亡赔偿金的计算，实际上我国存在不同的标准。1994年出台的现行国家赔偿法确定的是全国统一标准。这部法律规定，“造成死亡的，应当支付死亡赔偿金、丧葬费，总额为国家上年度职工年平均工资的二十倍。”而2003年4月出台的工伤保险条例，则采用了地域区别方法，要求各地根据本地经济发展情况，在48个月至60个月的本地区上年度职工月平均工资间选择标准。

实际上，许多地方在司法实践中一直在努力打破“同命不同价”的“定势”。今年5月9日，江苏省无锡市锡山区法院审理的一起4名安徽农民工在交通事故中死亡赔偿案，4名农民工获赔各种费用240万元。这一判决已经生效。据报道，如果按这4位死者户口所在的安徽农村人均收入标准判决，每人仅能获赔7万元，两者之间相差近10倍。这家法院最终确认，死者在事故发生前已经在上海工作生活，死亡赔偿可以按上海市城镇居民人均可支配收入计算。

目前，我国死亡赔偿标准一直是“各自为阵”。同样的案件，省区市之间实施的标准可能不一样；省区市和所辖各地的标准可能也不一样；同一省区市内的各个地方标准也不一样。

针对“同命不同价”的问题，一些律师和学者一直建议全国人大常委会相关部门给予关注，一些人还向全国人大常委会提出了法律法规审查建议。

赔偿标准全国统一彰显生命尊严

在6月27日的专题讲座中，王胜明首先就死亡赔偿制度作了全面讲解。他说，死亡赔偿制度解决被侵权人因交通事故、医疗事故等造成死亡的赔偿纠纷。“我国民法通则、消费者权益保护法、产品质量法等法律都对死亡赔偿作出规定。”

“被侵权人死亡的，其医疗费、丧葬费的赔偿较为明确，便于计算，争议不大。”

王胜明说，“争议较大的是死亡赔偿金的支付。实践中存在对农村居民和城市居民按不同标准支付死亡赔偿金，城市居民获得的死亡赔偿金比农村居民高一倍至二倍，一度引发‘同命不同价’的争论。”

“完善死亡赔偿制度，需要研究死亡赔偿金的赔偿对象、赔偿范围和赔偿标准。”王胜明强调。

王胜明表示，赔偿对象解决死亡赔偿金赔给谁。赔偿针对损害而言，这个问题也可转化为侵害人造成谁的损害。“有人认为，造成谁的损害不是明摆着的吗？但是，这个问题至少争论了上百年，直至今天还在争论。学者之间有不同观点，理论界和实务界也有不同看法。主要有两种意见：一种意见认为，被侵权人死亡，侵害了死者权益，造成死者损害。另一种意见认为，被侵权人死亡后已经不具有民事主体资格，因此，侵害的只能是死者近亲属权益，是对死者近亲属造成损害。”

关于赔偿范围，王胜明表示，这是解决哪些损害应当得到赔偿。“从国外赔偿情况看，主要有两种模式：一种模式是死者预期收入加死者近亲属的精神损害赔偿。另一种模式是死者生前被扶养人生活费加死者近亲属的精神损害赔偿。”

关于最为人们关注的赔偿标准问题，王胜明说，主要有两种做法。“一是固定标准。不根据个人收入差异，也不考虑教育背景，原则上按照平均收入乘以一定年限计算赔偿数额。二是个别标准。原则上根据死者近期收入乘以一定年限计算赔偿数额。死者无收入的，划分不同情况按照平均收入乘以一定年限计算赔偿数额。”

王胜明强调，纵观国外死亡赔偿制度做法，缺憾之一是赔偿范围和赔偿标准都以财产损失为基础。人的生活分为物质生活和精神生活，即使物质生活，也不单纯是取得报酬或者收入。“侵害人的生命，造成被侵权人死亡，赔偿范围应包括物质损失和非物质损失。这样，有利于保护被侵权人的合法权益，符合民法损害赔偿原则，彰显尊重生命的时代精神。”

王胜明指出，“赔偿对象和赔偿范围有一定关联性，对这两个问题立法时要有明确认识。”

至于赔偿标准，他明确表示“倾向于原则适用统一标准，适当考虑个人年龄、收入、文化程度等差异”。

他进一步指出，“统一标准不宜以城乡划界，也不宜以地区划界，而是人不分城乡、地不分东西的全国统一标准”；“个人差异，有时可以考虑，有时可不考虑，如交通事故、矿山事故等发生人数较多伤亡时，可不考虑个人差异，采用一揽子赔偿方案”。

作为全国人大常委会法制工作委员会副主任，王胜明一直分管侵权责任法草案起草、修改的相关工作，其观点的分量不言而喻。透过他在讲座中的看法，我们可以断定，“同命不同价”的现象也许很快会成为历史，法律在不断完善的过程中必将进一步彰显生命的尊严。

新华社北京 6 月 29 日电

最高法院将明确民告官立案审判原则

今年 1 月至 5 月，全国一审行政案件收案数下降 11.09%，结案率下降 0.96%。这是记者 3 日从最高人民法院得到的数据。

据统计，全国 31 个省、自治区、直辖市中，只有 12 个省、区行政案件收案数有所上升。收案下降的省份有 19 个。其中，山东和河南两个行政案件收案大省收案数大幅

下降。河南下降 56.73%，山东下降 30.06%。

最高人民法院行政庭有关负责人说，一审行政收案数下降说明，经过多年的依法治国宣传教育和实践，行政机关水平确有提高，在一些领域侵犯公民法人和其他组织合法权益的行为得到有效遏制。但与此同时，结案率全国同期下降幅度不大，也应当引起注意。

他透露说，最高人民法院行政审判庭将有针对性地出台相关司法文件，明确行政诉讼立案、审理中的司法原则。

来源：中国法院网

最高法出台建立健全诉讼与非诉讼衔接机制若干意见

法制网北京 8 月 4 日讯 记者王斗斗 于呐洋 最高人民法院今天向社会公布了《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》。意见鼓励行政机关、社会组织、企事业单位以及其他各方面的力量积极参与纠纷解决，完善诉讼活动中多方参与的调解机制。

“这有利于缓解有限的司法资源与日益增长的解决纠纷的需求之间的矛盾，有利于使不同特点的矛盾纠纷得到妥善解决，维护社会和谐稳定。”最高人民法院新闻发言人、办公厅副主任孙军工今天在新闻发布会上说。

意见根据“党委领导、政府支持、多方参与、司法推动”的要求，对立案前行政机关、社会组织调解与诉讼的衔接、仲裁与诉讼的衔接及立案后行政机关、社会组织调解与诉讼的衔接等两个方面的衔接机制进行了规范，并扩大了赋予合同效力的调解协议的范围，鼓励行政调处、人民调解、商事调解、行业调解发展，促进构建起一套科学、系统、完整的诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷调处机制。

意见通过完善诉讼与非诉讼矛盾纠纷解决机制的衔接程序，鼓励社会力量积极参与纠纷解决，丰富人民群众参与社会管理和公共服务的途径。

来源：法制网——法制日报

万桥快讯

万桥律师应邀解读《劳动合同法》《实施条例》

5月14日,青岛市市南区劳动和社会保障局组织了《劳动合同法》及《劳动和同法实施条例》培训班,共有160余家企业参加了此次培训。万桥所韩涛律师,应邀对与会企业进行了题为“《劳动合同法》、《劳动合同法实施条例》疑难问题及释疑”的培训,也解答了与会企业人力资源管理中常见的疑难法律问题。受到一致好评。市南区共160余家企业参加了此次培训。

万桥所党务工作受到司法局通报表彰

6月22日,万桥所党支部荣获“2008-2009年度先进基层党支部”称号,万桥所律师周艳、周海滨被评为优秀党务工作者及优秀共产党员。

今年以来,万桥所在党局委的正确领导下,认真贯彻落实党的十七大、十七届三中全会精神,深入学习实践科学发展观,紧紧围绕市委、市政府和局党委的中心工作,解放思想,求真务实,与时俱进,干事创业,充分发挥了万桥所党支部的作用。此次表彰,更是肯定了万桥所党支部的战斗堡垒作用。

今后,万桥所会继续不骄不躁、再接再厉、加倍努力为青岛建设做出更大的贡献。

我所合伙人会议主席李勇律师被评为

“青岛市人民调解工作先进个人”

近日,青岛市中级人民法院、青岛市司法局联合下发了《关于表彰人民调解工作先进集体和先进个人的通报》,表彰了以强烈的事业心、责任感和使命感,调处化解大量矛盾纠纷,为维护基层社会稳定、促进民生问题解决、保障经济社会平稳较快发展做出了积极贡献的先进集体和先进个人。我所合伙人会议主席李勇律师被评为“全市人民调解工作先进个人”。

我所合伙人会议主席李勇律师被聘任为

“青岛市政协委员关注民生、和谐司法视察监督团”成员

7月4日,青岛市政协与市中级人民法院联合召开“青岛市政协委员关注民生和谐司法民主监督团”成立大会。会议审议通过了《青岛市政协委员关注民生和谐司法民主监督团章程》,确立了监督团成员,聘请了特邀顾问。我所合伙人会议主席李勇律师被聘任为“青岛市政协委员关注民生、和谐司法视察监督团”成员。

市政协主席孙德汉、副主席鄯晋生,市中级人民法院院长邹川宁出席会议。

“民主监督团”是市政协与市中院联合设立的由一部分住青全国政协委员、省政协委

员和政协委员、有关区政协委员组成的民主监督组织。"民主监督团"成员的职责是依法履行政协委员民主监督职能,有组织、有选择地参与重要案件的庭审,并可发表对事实认定的意见和建议,供法庭参考。"民主监督团"可根据法院工作需要,发挥政协委员人才汇聚的优势,为法院解决疑难案件从专业的角度提供咨询服务,不干预人民法院的审判工作。

万桥律师应邀点评缴纳车辆订购金时应注意的问题

近日,我所律师李滨,应财经日报之邀对在缴纳车辆订购金时,易出现的问题进行点评、分析。建议购车者在缴纳车辆订购金时,应当与车行签定《购车合同》,该合同应写明买卖双方的正确名称,所购车辆的价格、型号、款式、颜色以及支付车辆全款的时间、提车时间等主要事项,同时明确购车者逾期付款、车行逾期交车或所交车辆存在瑕疵等情形的违约责任。与此同时,购车者应当牢牢记清何种情形属于违约情形,尽量避免自己违约,并在车行违约时及时进行维权。

万桥律师事务所“迎八一送法到军营”义务咨询活动

7月30日下午,万桥所律师到海军驻军某部进行义务咨询活动,解答了有关婚姻家庭关系、夫妻共同财产、农村宅基地、劳动关系及劳动争议、军人军属权益等方面的法律问题。四十余名官兵参加了咨询活动。

万桥所成功举办篮球友谊赛

炎炎夏日助激情,风云赛场现友谊。8月1日,我所篮球队与市南法院篮球队进行了篮球友谊赛。此次篮球友谊赛定位:旨在健身、娱乐,增进友谊,加强交流和沟通。在此次比赛中,展现了各队相互协助的团队精神,蓬勃向上的运动精神,友谊第一的奥运精神。

万桥律师参加《优秀律师网上面对面》网谈房地产维权

8月5日,山东万桥律师事务所 于昊律师应邀参加由青岛市司法局、青岛市律师协会与青岛新闻网法治频道联合推出《优秀律师网上面对面》栏目,对话广大市民,宣传法治理念,搭建我市优秀律师与社会公众沟通的平台,解答了公众有关房地产法律维权方面的法律问题。

律师风采



胡建业 律师

律师热线:

85906115

在线交流:

hujianye@163.com

教育背景:

1993年毕业于上海华东政法学院法律系，获法学学士学位。

2007年获中国社会科学院研究生院法学硕士学位。

主要工作经历:

1993年7月-1999年2月，山东省食品进出口公司从事公司法务及商标管理工作；

1999年3月-2002年3月，青岛亚和太律师事务所从事专职律师工作；

2002年3月-2006年3月，山东源合律师事务所合伙人；

2006年4月-至今，山东万桥律师事务所合伙人。

主要业绩及业务领域:

主要从事知识产权、公司、国际贸易与投资等范畴的法律事务，尤其擅长商标、反不正当竞争、著作权等知识产权的诉讼和非诉讼法律业务。在商标方面，黯熟商标申请特别是涉外商标申请及国内商标国际注册的法律法规；在反不正当竞争法律服务方面，2007年代理的一侵犯某公司商业秘密案被青岛市中级法院评为该年度“十大知识产权典型案例”。执业十年来，主要为涉外企业、外资公司、国内大型外贸公司等提供法律服务，曾代理日本食品行业巨头加卜吉株式会社、北美水产业最大进口商美国水星公司、韩国海鸟株式会社等在华的融资收购业务。胡建业律师以其深厚的法学理论、丰富的实践经验、专业务实的工作态度赢得了客户的充分信任和好评。

主要荣誉:

2000年被评为青岛市司法系统优秀党员。

2003年被评为青岛市优秀女律师。

2006年被评为青岛市十佳女律师。

论文著作:

2000年《浅论商标的“平行进口”》获山东省第十次律师业务理论研讨会论文二等奖；

2003年《知识产权“权利冲突”涉及的几个法律问题初探》获山东省第十三次律师业务理论研讨会论文二等奖；



张春霞 律师

律师热线:

13589271001

在线交流:

achunzhang@163.com

教育背景:

1999年毕业于烟台大学，获得工学学士学位。辅修法律专业，具有法学和工学双重专业背景。

2009年5月起于中国海洋大学就读法律硕士。

主要工作经历:

1999年7月至2005年，力新仪器(上海)有限公司

2006年至今，山东万桥律师事务所律师。

主要业绩及业务领域:

多年法律专业知识的积累，对于法学有较好的理解力和驾驭能力，并将其运用于法律事务的实践中，努力达到理论与实践完美结合。

业务领域包括诉讼和非诉讼法律事务，擅长婚姻家庭、公司、经济合同纠纷、劳动争议、知识产权等法律事务，担任多家企事业单位的常年法律顾问。热衷于妇女儿童权益保护的公益事业，熟悉公司法及公司运作体系，具有上市公司及外企工作经历，对企业经营、管理有多年的实践经验。

服务理念:

认真踏实，敢于创新，精益求精，诚实守信。

以案说法

法院的赔偿数额判决，是否可以作为向保险公司理赔的依据

案情简介：

2006年2月24日21时左右，某公司员工王某驾驶该公司车辆，因违章逆行，将肖某撞伤。交警大队认定：王某负事故全部责任，肖某不负事故责任。2007年2月，肖某治疗结束后，将某公司诉至法院，要求某公司支付医疗费、误工费、护理费、残疾赔偿金等合计17万余元，法院判决支持了肖某的诉讼请求。因肇事车辆已向某保险公司投保第三者综合责任保险，某公司在履行了对肖某的赔付义务后，向保险公司提出理赔。保险公司在理赔过程中，拒绝按照上述法院判决确认的数额向某公司支付保险赔偿金，某公司遂对保险公司提起诉讼，要求保险公司按照上述法院判决确认的数额支付保险赔偿金，法院最终支持了某公司的诉讼请求。

律师点评：

法院根据其查明的事实，对某公司应支付肖某的赔偿金作出判决，该判决具有权威性，是某公司依法必须履行的义务。在事故发生期间，某公司已就肇事车辆向保险公司投保第三者综合责任险，保险金额为20万元。按照其保险条款规定，“被保险人或其允许的合格驾驶员在使用保险车辆过程中，发生意外事故，致使第三者遭受人身伤亡和财产的直接损毁，依法应当由被保险人支付的赔偿金额，保险人依照法律法规和保险合同的规定给予赔偿”。据此，本案所涉交通事故发生在保险责任期限内，法院生效判决书确定的赔偿金额是某公司作为被保险人依法必须向肖某支付的赔偿金，赔偿金额共计17万余元，未超出保险金额，因此，保险公司应按照判决书确定的赔偿金额向某公司赔付保险金。

金融业务团队简介：

金融业务团队是山东万桥律师事务所专业化部门团队之一，由数名长期从事商业银行、资产管理公司、保险公司法律服务的专业律师组成。目前，金融业务团队已与驻青岛的数家银行机构、保险机构及资产管理公司建立了长期合作关系，并为其提供法律服务。

金融业务团队的律师精通与金融法律事务相关的法律法规和政策文件，具有较强的理论和实践能力。通过多年的业务实践，金融业务团队积累了丰富的实践经验，能够做到理论与实践的有机融合。金融业务团队承办了大量的疑难、复杂的金融案件，及时有效的为客户挽回损失，防范了法律风险。

转让已部分实现的债权是否构成不当得利？

案情简介：

某银行对某公司共享有债权 600 万元，2004 年 4 月份，某公司偿还债权 200 万元，尚余 400 万元未还。2004 年 6 月，某银行与某资产管理公司签署债权转让协议，约定将对某公司截止 2003 年 12 月 31 日的债权 600 万元转让给某资产管理公司，某资产管理公司接收债权后，向某公司主张债权，得知其中的 200 万元债权某银行已回收。遂以不当得利为由向法院提起诉讼，要求某银行归还已经实现的 200 万元债权。法院最终判决认定某银行收回的上述债权对某资产管理公司构成不当得利，判令银行将该款项返资产管理公司。

律师点评：

法院判决结果虽然支持了资产管理公司的诉讼请求，但认定为不当得利，我们认为值得商榷。《民法通则》第 92 条规定：“没有合法依据取得不当利益，造成他人损失的，应将取得的不当利益返还给受损失的人”。这是关于不当得利的法律规定。本案并不符合不当得利的构成要件。某银行在回收 200 万元债权时，其仍是合法的债权人，其实现的 200 万元债权是合法有据的。我们认为，本案应属于合同违约，即某资产管理公司按照 600 万元债权的价格购买了 400 万元的债权，其中的 200 万元债权是虚假的，某银行交付的标的物即债权存在瑕疵。据此，某资产管理公司的损失应当是其多支付的 200 万元债权对价的损失，某银行已经实现的 200 万元债权对其不构成不当得利。

律师简介：

汪通律师，擅长金融、刑事、房地产等专业法律服务，从业多年来，秉承“诚信为本，专业专心”的执业理念，恪守律师执业道德和职业纪律，为当事人提供专业的法律服务。

辛大伟律师，常年从事公司、金融等民商事法律事务的律师工作，多年的执业历程，积累形成丰富的专业知识、谈判技巧、庭审经验、执行手段及深厚的社会关系基础，为维护当事人的合法权益提供了全方位的保障。

宋雷律师，从业以来，主要从事金融、保险、涉外经贸、公司、海事海商法律业务，参与办理诉讼及非诉讼案件多达 300 余起，为十多家企事业单位担任常年法律顾问，具有较为深厚的法学理论功底和丰富的办案经验。

在并购中应关注人力资源风险

案情简介：

山东某集团公司（以下简称中方投资者）与某外国投资公司（以下简称外方投资者）在外省成立一家合资公司，从事农产品加工业务。该公司的股权结构为中方投资者出资比例为 49%，外方投资者出资比例为 51%，公司由外方投资者委派的人员管理该公司。在合资公司成立后至 2005 年上半年，生产的产品销路不畅，公司业绩一般。为了改变该公司的这种状况，中外投资者经协商决定由中方投资者收购外方投资者 2% 的股权，并由中方投资者委派人员接替外方委派的人员管理该公司。在整个股权收购过程中，本所律师为中方投资者提供了全程法律服务。

在上述双方投资者签署了相关文件及审批后，中方投资者就开始委派高管人员接管该合资公司，同时也派出部分骨干员工到该合资公司工作，加强技术、经营及管理力量。鉴于合资公司在当地属于工资福利较好的企业，而中方投资者派出的骨干员工在中方投资者工作时的工资低于合资公司同岗位的工资。为此，新上任的公司高管拟降低合资公司员工的工资水平与中方投资者的员工工资保持一致。在本所律师服务律师了解到该情况后，建议公司高管慎重对待，并提醒公司如要降低工资必须经员工同意及办理相关的手续，否则，不仅会引起劳动争议，而且会造成公司人员的动荡。公司高管采纳了本所律师的意见，并通过其他方式解决了该问题，避免了可能产生的纠纷。

律师点评：

并购是兼并与收购的简称，是指在现代企业制度下，一家企业通过获取其他企业部分或全部产权，从而取得对该企业控制的一种投资行为。在我国的部分企业并购中，收购方往往对资产、财务、销售、生产等方面的整合非常关心，但是对怎样将双方的人力资源进行有效的整合却考虑得很少，这也许跟中国就业市场供过于求的现状有关。

在本案中，合资公司的新任高管可能是处于减少工资差异及降低成本的考虑而设想降低合资公司员工的工资水平。但是一旦实施该设想，将可能引发群体性的劳动争议从而导致有损于合资公司的严重后果。

因此，并购企业如何稳定目标企业的优秀人才，保持他们的积极性和敬业精神，使双方人员密切配合，是并购成功的关键所在。

律师简介：

聂留胜律师：专业从事公司设立与投资、公司分立与并购、公司清算与破产、劳动争议、公司税务筹划等业务，拥有丰富的法律服务及企业管理的实践经验，具有较强的综合业务操作能力。

是贩卖毒品还是非法持有毒品？

案情简介：

2008年3月份，犯罪嫌疑人于某怀着发财致富的梦想花了1万元购买到冰毒20克，回家后将毒品分成200包。犯罪嫌疑人于某通过朋友介绍认识吸毒人员刘某，将0.6克冰毒出售给刘某，获利1500元人民币。犯罪嫌疑人于某在返回住所途中被警察抓获，警察后从其家中查获冰毒16克及吸毒工具。据犯罪嫌疑人于某供述，其以前曾先后两次出售给刘某毒品0.8克，获利2000元人民币。根据调阅案卷并对案卷进行分析后，律师的意见出现分歧，一部分律师认为：犯罪嫌疑人于某家中搜出的16克毒品并没有出售，贩毒行为尚未实施，公诉机关关于犯罪嫌疑人构成贩卖毒品罪的指控不成立，犯罪嫌疑人于某的行为应定性为非法持有毒品罪；另一部分律师认为：犯罪嫌疑人于某只是偶尔吸食毒品，购买毒品主要是为了贩卖，公诉机关指控其构成贩卖毒品罪成立。

律师点评：

根据我国刑法，非法持有毒品罪，是指明知是鸦片、海洛因、甲基苯丙胺或者其他毒品，而非法持有且数量较大的行为。其与贩卖毒品罪在构成要件上和具体适用方面有很大的区别：行为人实施走私、贩卖、运输、制造、窝藏毒品的行为都是以非法持有为前提的。在司法实践中，有证据能够证实已构成走私、贩卖、运输、制造、窝藏毒品罪中的任何一种罪，即以该罪论处，而不应再定非法持有毒品罪。在犯罪分子拒不供认，又无证据认定构成走私、贩卖、运输、制造、窝藏毒品罪中任何一种罪的情况下，才能认定其构成非法持有毒品罪。另外，还须注意的是，构成非法持有毒品罪有法定的数量标准，达不到法定标准的只能按违法处理。然而构成走私、贩卖、运输、制造、窝藏毒品罪只要有行为即构成犯罪，无需毒品数量达到较大。就本案而言：1、犯罪嫌疑人于某主动通过朋友寻找买主，出售毒品，说明犯罪嫌疑人于某有贩卖毒品的主观故意；2、犯罪嫌疑人于某共将毒品分割成200小包，目的也是为了便于出售和获取更多的利益，更加明确的证明了犯罪嫌疑人于某贩卖毒品的主观犯罪故意；3、犯罪嫌疑人于某持有的毒品经侦查机关检验结论证明共16余克，数量比较巨大，纯度也相当的高，明显不是自己吸食，据犯罪嫌疑人于某本人交代和其他证人证言的证明，犯罪嫌疑人于某只是偶尔吸食毒品，因此可以证明犯罪嫌疑人于某持有毒品的目的是为了通过贩卖毒品而获利；4、犯罪嫌疑人于某有向刘某出售毒品1.4克并获利3500元人民币，证明了其有贩卖毒品的行为。

综上，我们认为本案应定性为贩卖毒品罪。

律师简介：

王洪松律师：专门从事刑事辩护业务,擅长交通事故、劳动争议、婚姻家庭等领域法律事务。成功办理过数十起倍受社会关注的刑事案件。

周海滨律师，华东政法大学法学学士，同时具有文学学士学位，擅长刑事辩护业务。

理论研讨

完善进城务工人员权益法律保障研究

内容摘要：进城务工人员大批进入城市，对城市做出巨大贡献的同时，也引发了一系列的社会问题，如群体上访、绑架雇主、抢劫犯罪等。这些问题的存在，已不仅仅是进城务工人员这一单一群体的利益问题，现实地还关乎社会稳定、协调发展和构建和谐社会的大局。究其原因，不容忽视的症结之一就是，其合法权益保障的缺位问题。本文旨在通过对进城务工人员生存现状和保护现状的调查、通过对现有政策和规定的检视，找出不足或者缺失之处，在此基础上，力图提出创造性的建议，以期在进城务工人员的权益保障甚至解决“三农”问题方面，有所贡献。

主题词：进城务工人员 生存现状 保障建议

自 1984 年中国社会科学院《社会学通讯》首次出现“农民工”一词以来，这一称谓逐渐被广泛应用并成为进城务工农民的统称。由于“农民工”一词是历史的产物，带有一定的歧视性，故本文采用“进城务工人员”的称谓。

有目共睹，自改革开放以来，随着我国现代化、工业化、城镇化进程的加快，进城务工人员在逐年递增。通过他们的付出，促进了城市建设和繁荣，为社会创造了财富，为改革开放和国家的现代化建设做出了巨大贡献。但长期以来，因传统观念、旧的体制以及滞后法制等因素的影响，使得他们的人格得不到尊重、基本权利得不到保障，以致现实中引发了一系列的社会问题，出现城市与他们彼此依赖而又相斥的两难局面。问题的表现有多个方面，究其核心，重要的还在于对进城务工人员基本权益保障的缺位。本文将围绕此，试图做些有益的探讨。

一、生存现状和存在的问题。

近几年，国家和政府非常重视对进城务工人员权益的保障，为此出台了一系列保护性的政策和规定，各地方政府也积极跟进，有些地方甚至推出了一些颇有创新的办法。应当看到，前述做法确实在整个社会创造了一个重视进城务工人员的热烈氛围，现实中也确实见了实效。但综合看来，进城务工人员的生存状态及其基本权益保障尚存在诸多问题，本文仅从以下各方面予以揭示：

（一）付出和收入不成比例，并且缺少保障。

进城务工人员从事的多是最重、最苦、最脏、最累、最危险的工作，劳动强度大、工作时间长，但工资水平却普遍较低。据有关资料显示，进城务工人员日工作时间 11 个小时，每月工作时间超过 26 天，76% 的人在节假日加班不加薪，月实际劳动时间超过城镇职工的 50%，但月均收入不到城镇职工平均工资的 60%，实际劳动小时工资只相当于城镇职工的 1/4。

非但付出和收入不成比例，就是这样低的收入，还大量存在不能及时、足额获得甚

至无法获得的问题。突出的表现是：其一，长期拖欠，这是最普遍存在的现象，经走访部分建筑业、服务业、制造业的进城务工人员，发现有的甚至平时只发每月 300 元的生活费，待到年终再行结算，而结算后常常也只发给 70% 左右，余下的继续拖欠；其二，克扣或者变相克扣，用工单位以押金、保证金、风险抵押金、预留赔偿金、管理费、发放产品抵账等各种名目，直接或者变相截留进城务工人员的工资，据笔者及执业同事的经历，有的甚至出现务工数月反而倒欠业主的极端现象；其三，逃废欠薪，此方面常见的是变换经营者名义或者携款潜逃，让进城务工人员无处追索，有的甚至采取暴力压制手段，强令进城务工人员违心签署大大低于实际欠款额甚至不欠的字据，使得其应得报酬严重缩水、落空；其四，非法降低应得报酬，采取封闭式管理方式，切断进城务工人员与外界的联系，虽劳动时间长、劳动强度大，但给予的报酬非常低，有的甚至低于最低生活保障线。

（二）劳动安全条件差，并且缺少保护。

进城务工人员大部分被吸纳到劳动环境恶劣、危险性高、污染重的岗位，出于降低成本考虑，必要的安全防护设施和劳保用品不配备或者虽配备但不达标，致使职业病和安全事故频发。据国家安全生产监督管理总局的不完全统计，全国每年因工伤残人员近 70 万，其中进城务工人员占绝大多数。

（三）劳动合同签订率低，社会保障缺位。

据走访的情况，用工单位的管理者普遍存在视进城务工人员为临时工、临时工就不用签合同、不用投保的思想，有的甚至公开表示，能给他们工作、能有饭吃就算不错了，其他方面都是奢求。据劳动保障部的调查，进城务工人员劳动合同的签订率仅为 12.5%，工伤、医疗、养老保险的参保率分别为 12.9%、10%、15% 左右。另据北京市农民工法律援助工作站于新近 5 月 23 日公布的一项专题调研报告显示，综合该站办理的 152 件涉及进城务工人员的维权案件情况，仅有 14 人签订了劳动合同，占总数的 9.2%，从工伤保险看，只有 12 人参保，参保率为 7.89%。另外，据本人及同行经办的案件显示，即便有的单位签订了劳动合同，绝大部分也被保留在用工单位，未到劳动主管部门备案而仅用于应付检查，并且实际也不遵照执行，合同中对伤亡事故约定的多是自理。

（四）维权本高路难。

尽管难以统计出相对确切的数据，但不可否认的是，进城务工人员合法权益被侵害的现象广泛存在。通过本人及同行的执业经历和对劳动、法律援助中心、法院等的调查，目前对进城务工人员合法权益被侵害后的解决途径，通常仍需历经先劳动仲裁后法院诉讼的程序。暂且不算最终的执行程序，若获得生效裁判文书，平均短则几个月、长则 1 年以上。繁多的程序必然导致维权成本的增加，这对本来收入就低、尤其是本来就因被拖欠而维权的进城务工人员来讲，无疑是巨大的负担。尽管城市中设立了法律援助机构，但门槛高并且手续办理复杂，相当部分进城务工人员难以享受到这种待遇。另外，用工单位之于进城务工人员明显是强者，当产生权益纠纷时，用工单位利用进城务工人员时、资耗费不起的心理，辅之一定的手段，普遍采取拖的办法。凡此种种因素，现实地阻却了进城务工人员维权的信心和道路。如此境况下，大量的侵权事件以进城务工人员的忍

耐、放弃和牺牲而不了了之，有少部分人则选择了极端的自助方式如绑架、威胁、杀人、自杀等，该等事件每年都不鲜见。

二、成因分析。

自进城务工人员出现至今，已长达数十年的时间，自改革开放至今也已二十余年。期间尤其是近几年，对解决进城务工人员的问题，国家和政府上上下下均倾注了相当大的心血，为何现在问题仍很突出、权益保障仍很缺位？除了人们通常提到的传统观念、进城务工人员自身素质方面的原因外，本文主要从以下方面给予分析：

（一）城乡分割的二元结构虽被认定为产生进城务工人员问题的根源，并且已进行了打破方面的诸多努力，但现实中的体制尚未彻底打通。

由于历史原因，我国曾对农村与城市、农民与市民进行了严格的区分，这就从制度上人为地在他们中间形成了等级、优劣的界限。当进城务工人员来到城市，尽管他们替代了城市人原来从事、现在不想再从事的工作并且做出了巨大贡献，但是长期以来专为城市人建立的一系列制度、福利保障，难以自动适用到他们身上。撇开观念上的歧视不谈，客观上讲确实存在一些如规定需要修订、新的制度需要建立、城市承载力不足等现实问题。

近年来，围绕户籍制度改革、外来人口准入、最低工资标准、社会保障覆盖、外来人口子女入学等方面，国家和地方政府都在进行积极的探讨，并且取得了一定成效。但是应当看到：其一，有些规定理想化色彩过浓，缺乏可操作性，比如有些地方推出建设专门的进城务工人员公寓或者经济适用房，以解决其居住所需同时改善其居住条件，进城务工人员的收入偏低、收入难以获得问题尚不能完善解决，他们有何财力再去购置房产？其二，有些规定仍存在里外差别，比如最低工资标准，有的只是针对城市职工，难以惠及进城务工人员；其三，有些规定将重心限于行业，未形成统一的普遍的适用制度，比如近几年的热点在于建筑业拖欠工资，其他行业则相对比较平静。

（二）现行法律仍不健全，法制仍不完善。

对进城务工人员权益的最有力保障就是法律，但检视我国现行的法律、法规，确实存在一些空白，有些甚至尚存在对进城务工人员的歧视性或者不公平的规定，比如人身损害赔偿，进城务工人员就与城市人的赔偿标准存在很大的差别。另外，即便有些规定适用于进城务工人员，还存在执行不力、落实不够问题，比如劳动合同，虽严令用人单位必须与进城务工人员签订劳动合同，但不签的仍然大量存在，即便已形成纠纷反映到劳动主管部门，相当一部分也不会受到处罚。上述问题的存在，在一定程度上助长了某些用人单位的不良甚至不法做法，对进一步改善进城务工人员的境况起到相当阻碍作用。

（三）认识有偏差，行动不到位。

针对进城务工人员流动性强、难以形成利益共同体、担惊受怕、法律意识淡薄等特点，有些地方政府认识上存在偏差，表现在：有的认为，本市的城市职工尚顾不周全，哪有精力和财力再考虑他们；有的认为，城市的发展和活力在于人才、项目和富商，进城务工人员只是从事一些低层次工作，不能创造效益和政绩，不值得分散精力；有的认

为，进城务工人员多的是，对城市有根本性的依赖，你走了他又来，因此只存在管教、防范和打压，只要不出现恶性事件就行等等。在这些认识指导下，就出现上有政策跟着热闹、上紧我紧、时过我松的阶段性现象和短期行为，运动型和概念型行政色彩浓重，根本形不成一个长效的、法律性的机制。

（四）维权程序复杂，成本高。

在维权程序和成本方面，进城务工人员与城市职工是同等的，但由于进城务工人员本身收入偏低并且常常是基于被拖欠而维权，因此现有维权程序和成本，相对于他们而言，仍显复杂和偏高。另外，程序复杂必然还带来维权时间过长，这一因素导致用工单位趁机倒闭或者用工单位趁机潜逃的情况并不鲜见，最后的结果就是赢了官司赔了钱。

三、建议

胡锦涛总书记在党的十六届四中全会上的讲话和温家宝总理在十届全国人大三次会议所作的《政府工作报告》中，均明确推出“工业反哺农业、城市支持农村”的要求，目前党中央和国务院又提出建设社会主义新农村的目标。以此为指针，针对前述存在的问题和成因，结合进城务工人员这一特殊群体的特点，为更好地保障其权益，提出如下建议：

（一）进一步完善法制。

一方面，全面检视现有的法律、法规和政策，去掉其中对进城务工人员带有歧视性或者不公平的规定；另一方面，尽快制定一些针对进城务工人员权益保护的政策、法规甚至法律，若制定单行的规定条件不成熟，可通过修订方式在现有规定中增加该部分内容，如在《劳动法》和正在起草的《劳动合同法》中，以专章或者专节形式加以特别规定。

（二）加大执法力度。

鉴于设立专门的机构不现实，建议在现有主管机构中如工会、劳动局等内部设立专门的职能部门，以使进城务工人员权益保障工作具有针对性、经常化和长效性。另外，加大对用工单位的检查和违法侵权行为处罚的力度，促使用工单位守法用工行为自觉化。

（三）建立统一的、渐近式的社会保障体系。

一方面，不分行业和用工时间，借助推行普及劳动合同的签订，强制用工单位为进城务工人员参保社会统筹保险；另一方面，鉴于进城务工人员收入低、底子薄的实情，对应由个人承担的部分，可低起点计收、渐近式提高，但对用工单位不降低缴纳标准和比例；再一方面，鉴于进城务工人员的流动性，要建立保险关系简化转移的体制。

（四）设立“两金”。

一是“保证金”。根据用工数量和用工单位进城务工人员年度平均工资总额，强制用工单位按一定比例预提，专户存管，作为按时、足额发放进城务工人员工资的保证。对于项目性的用工，该“保证金”应交由政府主管部门保管，项目结束后，经检查无拖欠行为的，予以返还。

二是“救济保障金”。主要用于对权益遭受侵害后追索不能（如用工单位倒闭、业

主潜逃等)、遭遇灾难身陷困境的进城务工人员给予援助,可设在工会或者劳动主管部门,专款专用。该部分资金的来源为:其一,政府财政拨付,列入年度财政支出预算;其二,对违法用工单位或者业主的罚款;其三,社会的捐赠。

(五) 建立专属司法救济制度。

此方面包括:其一,不经劳动仲裁直接诉诸法院;其二,简化受理程序,缩短审理时间;其三,一律免收诉讼费用;其四,案件受理后,法院依职权及时进行财产保全或者先予执行;其五,简化手续、取消门槛,实行一律免费法律援助;其六,建立法院与劳动主管部门联动机制,但凡因侵权诉诸法院的,劳动主管部门即时启动执法检查,严厉查处。

作者简介:

段超 律师,山东万桥律师事务所主任,擅长建设工程、房地产、合同、金融、公司改制和重组等领域的法律事务处置。执业至今,共代理各类案件 700 余件,其中,代理即墨路 516 户个体户状告工商局案,全国数十家报纸予以跟踪报道;代理 30 余名客户与海尔期货纠纷案,受到全省关注;成功代理全市标的最大的首起房地产纠纷仲裁案——青岛某医学院 7000 余万亩土地使用权转让纠纷案;为某市副市长、某市党校校长尽责辩护,终获无罪释放;担任企事业单位的常年法律顾问,如青岛建设集团、青岛一建、青岛二建、青岛东亚装饰公司、莱西市建筑总公司、青岛钢铁集团、即发集团、莱西市广播电视局、中国联通青岛公司等。还担任青岛市市南区人民政府、四方区人民政府、市北区财政局、即墨市临港建设指挥部专家法律顾问。

联系方式: 13356881656 Email: dch006@sina.com

美国破产重整程序浅析

内容摘要:重整程序在破产制度中占据重要地位,并在现代各国得以建立、发展和完善。美国的破产重整程序经过多年的发展已经比较完善和具备可操作性,在社会经济生活中发挥了重要作用。本文通过研究美国破产法第 11 章之重整,着重对其重整程序中比较典型的几个问题进行了较为深入的分析,包括重整申请的提出和批准,重整计划的提出、表决和批准,以及重整程序的一些特殊规定和特殊参与人。笔者希望借鉴美国法的成熟实践,立足中国的现实国情,对中国特色破产重整的适用提供一些参考和借鉴,以保障中国社会主义市场经济规范健康发展。

关键词: 破产;重整程序;重整计划

破产重整制度是各国公认的避免破产最成熟最有力的法律制度,也是破产法中最具争议的一套制度,各国破产法在设计和实践这套制度时,都面临许多理论上、实践上的难题和挑战。美国是世界上最早规定重整的国家,经过多次立法修订,已经比较完善,在实践中起到了巨大作用,影响遍及全球。在我国新破产法的立法过程中,作为新破产

法草案最重要的制度设计之一，重整制度从一开始就在起草小组中引起了激烈的争议。[1]最后通过的即将于 2007 年 6 月 1 日施行的破产法对重整也作了专章规定，但仅仅规定了 25 个条文，在内容上过于原则、简单和粗放，可操作性较差，因此有必要研究一下比较成熟的美国破产重整程序，以为我国的破产实践提供一些参考和借鉴。

一、美国破产重整程序简介

我们经常可以在媒体上看到美国某个公司申请了“破产保护”，这里的“破产保护”实际上就是指债务人根据美国现行破产法典第 11 章向法院申请重整程序。美国法上的破产重整程序主要规定在《美国联邦破产法》的第 11 章，如果把有关铁路重整的规定（1161——1174 条）排除在外，那么在第 11 章当中仅剩下了 29 个条文（1101 条——1114 条，1121 条——1129 条，1141 条——1146 条）的规定，[2]主要是与案件管理有关的事项，重整计划相关事项与一些杂项等。但是重整程序并非单纯由第 11 章构成，该法其他章节的一些条文也适用于重整程序。例如，第 109 条（d）规定了获得第 11 章救济的条件，[3]第 301 条规定债权人有权启动第 11 章程序，[4]第 362 条关于单独追索债务的行为和诉讼以及担保权的行使于案件申请后自动停止的规定，第 363 条关于受托管理人或者占有中的债务人有权在继续营业期间使用和处分财产的规定，第 364 条关于程序期间因继续营业而发生的无担保之债可享有优先受偿权的规定。[5]几乎第十一章的每一个条文都有相应的判例作解释，这充分体现了英美法系的特点。实践中，对 11 章程序的使用过程基本上都贯彻着协商而不是诉讼，这种协商要遵循法定的规则，相关利害关系人的活动都是在“法院的影子下”进行的。

在现代美国社会中，利用第 11 章重整程序与第 7 章清算程序以及第 13 章有固定收入的个人债务调整程序相比，重整程序所占比例非常低。在美国每个财政年度的破产案件总数当中，适用第 11 章重整程序的案件所占比例一般低于 1%。原因一方面在于，虽然个人债务人也可以提出重整申请，但由于第 13 章规定的个人债务调整程序更适合于个人适用，并且债务人需要付出的成本要远低于第 11 章程序的成本，所以，意欲重整的个人破产案件的债务人通常都会转向第 13 章个人债务调整程序，如果调整不了就会转向第 7 章清算程序寻求救济。另一方面在于，并不是所有陷入财务危机的企业都会提出重整申请，因为重整程序过程复杂，费用高昂，不但个人无力负担，即便是绝大多数中小企业也无力援用。但重整程序对美国社会的影响不可忽视，适用该章程序的案件往往都引起了社会公众的广泛关注。因为在第 11 章重整程序被创立之后，常见一些陷入财务危机、资本结构复杂、规模庞大的巨型公司利用该章程序进行重整的案例，这些企业有很高的社会知名度，企业的兴衰存亡不仅牵涉到诸多与其有业务往来的其他企业的利益，对社会公众的利益与日常生活也密切相关，美国各大媒体也都非常注意对这些案件的报道，这使得第 11 章程序并没有因为利用率低而变得默默无闻。因此，给人们造成的错觉就是重整无时不在，无处不在。[6]

二、美国破产重整程序的具体规定

2.1 重整的适用范围

第 11 章中的债务人，应该是居住在美国或在美国拥有住所、营业场所或者在美国

有财产的人，[7]包括个人、合伙和公司，并没有限定于企业债务人。但是，第 11 章程序不适用于银行、保险公司或者其他金融机构，以及证券经纪人和商品经纪人。

实际上适用该章程序的债务人大多数是大型公司。大型公司几乎总能提出从某种意义上来说成功的重整计划，根据重整计划在第 11 章破产程序终结后继续经营着过去的业务。小企业却通常不能将程序进行到批准阶段，甚至许多都没有提出重整计划。适用第 11 章的小企业通常的最后命运不是以批准方案而脱离苦海，而是被转为适用第 7 章清算程序从而陷入破产的深渊。[8]这里可以从经济的角度加以解释。重整程序需要的费用，要比正常情况下经营企业高得多，大企业实力相对雄厚，能够承受这样的经济负担。大企业的债权人在权衡参与重整还是直接破产受偿时为了不造成更大的损失，通常也会更积极的支持和资助。因此，大型企业通常都能获得重整的成功。[9]对于不从事商业经营的个人债务人，重整程序并不太适用，因为这些人实际上没有什么可重整的。比如，一个普通雇员，如果陷入破产境地，除了以后拼命工作用工资来还债外，没有采取什么重整计划可言，所以，重整程序在实际上对他们没有意义。但基于平等原则，美国法从理论上还是允许此类重整存在。

现实中，还有许多小型债务人本来没有任何通过重整而摆脱债务危机的希望，却滥用权利，仍提出第 11 章申请，一方面是因为企业的所有者还没有考虑好该如何面对破产程序，另一方面对他们来说还有一丝摆脱债务危机的幻想，而且管理层也可以在长时间内保留他们的职位，为自己谋取更多的利益。

2.2 重整的管辖

根据美国破产法的规定，破产重整案件以及与此有关的案件由债务人所在地或债务人主营业所在地的联邦地区法院管辖。美国共设有 90 个联邦破产法院（Bankruptcy Court），隶属于联邦地区法院（District Court），它们有独立的法庭、办公室和雇员，专门审理其辖区内所有的破产案件，而且对破产案件有专属管辖权，任何州法院均不得审理破产案件。破产法院的法官由美国联邦上诉法院任命，任期 14 年。[10]根据法律规定，对重整申请的审查和重整计划的批准由破产法院管辖。当事人对破产法院的裁判不服，可向联邦地区法院上诉。在案件受理过程中，如破产法官发现债权人或债务人的行为涉嫌构成犯罪，法官应将案件移送美国联邦地区法院。

2.3 重整申请

重整采取当事人申请主义，即须有当事人申请法院才能受理，主管机关不得依职权为之申请。申请方式一般为书面形式。

2.3.1 重整申请人

美国破产法规定破产重整分为自愿型破产重整和非自愿型破产重整两种。前者由债务人提出，后者由债权人提出。

凡是可以提出第 7 章救济申请的债务人就可以提出第 11 章的救济申请，股票经纪人和商品经纪人除外，他们在第 7 章中是适格的，在第 11 章却是不适格的。

债权人也可以强制申请进入第 11 章程序，不过，债权人提出重整申请时，其对象必须不是保险公司、银行、股票经纪人、商品经纪人、农户以及非营利性机构。

2.3.2 重整程序开始的原因

1978 年以前的美国破产法规定重整条件是债务人不能清偿到期债务,而现行破产法对申请重整并未严格限制。过去破产常被看作是管理者经营失败导致企业组织解体,管理者因此而倍感耻辱。然而,自 80 年代以来,破产法第 11 章越来越多的被作为一种经营策略来加以利用,成为企业起死回生的一种法律手段。那些在激烈的市场竞争中面临现实的或者潜在的财务困境的债务人,往往借助申请重整来谋求一个喘息和休整的机会,以图东山再起。其具体表现形式是多种多样的,举例来说,美国威尔逊食品有限公司曾以劳动力成本过高、市场竞争力受到影响、公司由此可能陷入财务困境为由,申请破产重整;并以此为筹码,与工会组织就降低工资标准进行谈判,同时与外部债权人重新进行债务安排。[11]

根据自愿型破产重整和非自愿型破产重整分类的不同,重整开始的原因也不相同。自愿型重整不以债务人无清偿能力为原因,债务人随时可以自愿申请第 11 章程序,只要向法院提出申请即可,作此规定主要是基于:(1)鼓励负债公司尽早抓住重组时机。一旦负债公司完全失去清偿能力后再申请第十一章破产重整程序,可能会为时太晚,以致无可救药。如果负债公司提前根据第十一章申请破产重整,更有利于满足债权人的债权,保护债权人的利益;(2)不致于在人们心目中形成一种只有毫无希望的公司才申请破产重整的观念。这种观念不利于公司企业乃至整个经济的发展。[12]申请时要提交详细的股东名录,因为在重整过程中需要他们的参与。但在非自愿型重整中,债权人有权义务证明债务人已一般性地无力偿债或第三人在申请前的 120 天内已实质性地控制了债务人的财产。此外,债权人必须持有总数达到或超过五千美元的无担保债权。如果债务人有十二个或更多的债权人,需要至少有三个债权人共同提出强制申请,如果债权人少于 12 人,单独一个债权人即可提出申请。实际上,很少有债权人提出强制申请,原因有:其一是三个债权人达成一致不是一件容易的事,其二是破产法院常常会由于债权人举出的证据不足而撤销申请,[13]而且法院也会以债权人不了解债务人的真实情况或以其恶意申请为由驳回其申请。

2.3.3 重整申请与清算申请的转换

破产法原则上允许重整程序和清算程序互相转换。因此,债务人或债权人在提出清算申请之后,如果认为重整是一种更好的办法,任何一方均可将清算申请改为重整申请。同样的,如果重整申请遭到反对没有达成一致意见,或者重整计划没有制定、未获通过,重整也只好停止,进入清算程序。在重整过程中,债权人或债务人有时以进行这种转换作威胁,要求对方让步,以谋求自身利益最大化。

2.3.4 重整申请的审查

当债务人自愿提出适用重整程序时,法院并不对之进行实质性的审查,既不审查其有无破产原因,也不审查其是否具有重建希望。因为根据美国法的传统,债务人主动提出重整申请,被视为当然具有重整理由。但当重整程序系由债权人提出的,必须证明存在重整原因,法院才能批准重整程序的开始。但对于是否具备重建希望或经济上的重建价值,法院并不作审查。如果破产法院作出了准许重整的裁定,那么重整程序就正式开

始；如果驳回申请，就谈不上存在什么重整程序了。

2.3.5 重整申请后的自动中止制度

美国奉行自动中止主义，一旦申请破产法第 11 章保护，自动中止制度便开始生效，阻止所有的债权人通过任何方式向债务人追偿债务，包括担保债权人。如果债权人欲向债务人索债，则必须申请法庭解除自动中止程序。其具体内容包括：其一，所有涉及债务人的法律程序应立即中止，包括诉讼和执行程序；其二，担保债权人，包括占有担保物的担保债权人，不可以采取任何行动实现其在担保物上的权益。该程序的目的主要是阻止债权人分割债务人的财产，妨碍债务人的正常经营，从而给予债务人重整的机会。在重整过程中，这一制度一直有效，但在某些情况下破产法院可以允许特定的债权人在破产法院外行使其抵押债权下的优先权或采取其他行动强制债务人履行债务。[14]

2.4 重整计划

美国破产法首先采用了重整计划（reorganization plan）这个概念，在第 11 章第 2 节、第 3 节对此作了专门规定。第 2 节的内容涉及：重整计划提出人；请求权或权益的分类；计划的内容；受到损害的请求权或权益；申请后的信息披露和查询；计划的接受；计划的修改；听证会；计划的批准。第 3 节的内容涉及：批准的后果；计划的执行；分配；确认定裁定的取消；担保的例外；特殊的税收条款等等。

2.4.1 重整计划的制定和修改

1、制定

重整计划是第 11 章程序的核心。美国破产法规定重整计划以债务人提出为主，以其他人提出为辅，并形成了著名的经管债务人制度（the debtor in possession）。按照第 11 章规定的重整程序，法院原则上不任命托管人，这时的债务人脱去了“债务人”的帽子，具有托管人的身份，称之为经管债务人，也有人翻译为“占有中的债务人”，意指“债务人”被认为在继续“经管”自己的业务，在重整程序中充当重整人的角色，并负责重整计划的草拟、磋商、修改乃至最终执行。这是美国破产法的一个重要特点。

债务人提出重整计划草案的权利既不受重整程序启动形式的限制，也无论它是否续任重整程序中的管理人。[15]债务人在 120 天内享有提出重整计划的专有权，日期从法院作出进入重整程序的裁定之时开始起算。如果在这 120 日期间债务人不提出重整计划，或者提出的重整计划没有在法院作出重整救济命令后的 180 天内，没有任何一组债权人或股权人接受，或者法院决定任命管理人，债务人就失去了提出计划的专有权，那么管理人、股东、债权人等任何利害关系人，也包括债务人，都有权提出重整计划。如果存在多项重整计划，他们将都被提交表决，计划的最后确定权由破产法院行使。实际上，计划的制定并不容易，很少会出现多个计划，一般都是债务人提出破产保护之后，债务人与债权人委员会谈判，协商制订多方认可的重整计划。以上的 120 日和 180 日期限，破产法院可以根据实际情况缩短或延长。

债务人具有专有提出权是因为：（1）债务人对企业的经营状况比较熟悉，对企业经营中存在的问题的解决和历史经验教训的总结，债务人最为适合。债务人提出重整计划，较能将企业的方方面面的情况考虑进去，包括企业职工的安排、企业领导阶层或高管人

员的调整,设备的更新,积压产品的销售和处置等等,因而制定出来的计划更加符合实际,更有针对性和可行性。(2)公司债务进行清理,债务人也最了解情况。债务人提出的重整计划能够针对各种类别的债权人的特点,分别对待,灵活处理,从而可以保障各利害关系人最大利益的实现,确保各方都能较满意地接受重整计划。债务人对债权债务关系作出妥善安排后,才能够顺利地通过重整计划。否则,在债权人会议或关系人会议上,重整计划就难以通过。(3)债务人提出重整计划,有利于债务人亲自实施该计划,确保经营的连续性。美国法一个最大特点就是原则上由债务人负责重整的进行,由债务人提出重整计划,继续由它负责具体的实施和落实,这很少会造成重整计划的制定和重整计划的落实之间的冲突。

2、修改

在重整计划得到法院批准之前,很可能要经过多次修改。重整计划在制定好之后,制定者要准备一份说明书,并举行听证会,听取有关各方对重整计划的意见,根据意见对重整计划进行修改,以使重整计划最终顺利被批准。在重整计划交付各组债权人和股权持有人进行表决之后,可能也需要进行修改。如果没有任何一组债权人或股权持有人接受这项计划或者不符合破产法对重整计划规定的各项原则,那这项计划必须进行修改。即使一项计划完全符合破产法的各项要求,法院也并非必须批准这项计划,因此有时为了使其更容易得到法院的批准,也需要做出修改。对计划的修改,只能由计划的制订人做出。在极个别的情况下,一项重整计划在经过法院批准后仍然可以进行修改。无论如何,修改后的重整计划仍需要符合破产法的各项要求,并再次通过表决和批准程序。[16]

2.4.2 重整计划的内容

重整计划大体上包括两部分内容:一部分是破产法规定必须包括进去的内容,主要包括:债权人和股东的分组;不受影响的债权和股权;受影响的债权和股权的待遇;重整计划的实施方案等等。另一部分是可以被包括进去的内容,主要包括:待履行合同的终止或确认;债务人对抗第三方的权利的行使或调整;破产财产的运用;任何其他与重整计划有关的重要问题。[17]其中,最重要的一个方面是对既往的债权债务关系作出安排,另一个方面是筹措经营所需新资金。

2.4.3 重整计划的表决

重整计划草案被提出后,要变为正式的重整计划,从而产生法律效力,还需要经过两个关键环节:一个是经过有关利害关系人的表决程序,另一个是经过法院的审查批准程序。这两个程序的经过,对重整计划的效力形成具有不可或缺的意义。将重整计划草案交付关系人会议表决,是重整计划产生效力的第一步。

重整计划中必须对所有的债权人(包括担保债权人和无担保债权人)和股东(需要根据估算能够在清算程序有所得)进行分组。因为各种类型的利害关系人对于债务人要不要进入重整程序的态度是不一致的,所以必须进行合理的分组,一般是按照将利害关系相同或相类似的主体编为同一个小组的标准,每一组为一个表决单位,进行分组表决。有时某一个债权人可能会单独作为一组,实际分组时掌握的原则还可以灵活,不过分组

计划需要得到法院的批准。重整计划可以对不同组别的人作出区别对待，但对于同一组别的债权人应当作出相同的对待。比如，同样是普通的无担保的债权人，重整计划可以将所有的小额债权人分为一组，并规定凡小额债权人可以获得全部清偿；与此同时，可以规定超过一定数额的债权人归入一组，它们的清偿比例可以是 80%。重整计划作出这样的区别对待，对合理的安排重整程序是有利的。因为，小额债权人的特点是人数多、份额小，如果减少其份额清偿，他们会不同意重整计划，而希望进入清算程序。这样的话，先行满足小额债权人的债权，会减少通过重整计划的障碍，减少进入实质层面的表决人数。按照不同的利害关系人类别，分别进行表决，可以更加准确地探明各种债权人或权益享有者的态度，从而更加周到地保护他们的合法权益。将各种利害关系人分门别类，分别表决，是各国破产重整制度的通例，对其合理性是不必怀疑的。[18]重整计划在进行分组时，必须说明哪些人的权益不受影响。所谓不受影响，是指这些人的权利不会因为重整程序而改变。这些权益不受影响的人均无权反对重整计划，或者说重整计划不需要征得这些人的同意。[19]

美国法规定，对于一组债权人而言，如果代表参与表决的债权总量的 2/3 以上和债权人人数的 1/2 以上的人赞成，则算通过。对于一组股东而言，如果代表参与表决的股权总量的 2/3 以上的股东人赞成，则算通过。如果所有的组都通过，则重整计划获得初步通过。如果有的组否决，重整计划可能会修改后再次表决，或者直接递请法院审查批准。

2.4.4 法院的审查和批准

重整计划付诸实施，还要经过法院的审查批准，法院作用举足轻重，至为关键。

重整计划经过分组表决后，可能有以下三种进程：（1）如果各组均以所要求的多数同意该计划，那么法院一般会比较容易的批准计划。只要法院查明该计划不违法，就必须批准。这是正常批准。（2）如果各组不能以所要求的多数通过该计划，法院批准该计划就比较困难，但只要有一组权益受影响的债权人或股权持有人接受了该项计划，法院仍可根据一定标准批准重整计划，将之强加于所有利害关系人，即“强制批准”。当然，法院也可以不批准。值得指出的是，因为权益不受影响的组别被视为自动接受了重整计划，不能算在这里所要求的“至少一组”的范围内。这体现了对债权人的充分保护和关怀。（3）如果所有分组拒绝了重整计划，那么该计划将不会得到法院的批准，因此也没有必要提交法院审查。

法院在批准之前，必须召开听证会，听取各方包括债权人、股东以及工会代表和证券主管机关等的意见作为裁定的参考。法院有职责审查重整计划是否符合下列各项规定：第一，重整计划必须在所有各方面都符合破产法的要求。第二，提出重整计划的人也必须符合破产法的有关要求。第三，重整计划的制定人是以善意制定该计划的。第四，重整计划必须对重整过程中所涉及的一些基本支出作出安排。第五，重整计划必须对负责经营债务人业务的有关人员作出说明。第六，如果债务人的业务属于政府特别管制的行业，重整计划必须说明是否得到有关政府机构的批准或认可。第七，重整计划必须提供相当的成功可能性。第八，重整计划必须对法院费用的支付作出安排。[20]

另外，法院在批准一项重整计划时，还必须确认该计划符合破产法所规定的债权人最大利益原则。所谓最大利益原则，是指重整计划必须保证，任何一个反对计划的利害关系人，在重整程序中所获清偿都不能少于他本来在清算程序中可以获得的数额。如果法院强制批准重整计划，还必须满足两项额外的原则：公平对待原则（有的称“填满原则”）和绝对优先原则。所谓公平对待原则，是指重整计划要保证在投票表决中投否决票的组在计划中有公平待遇，也就是说在破产法中享有同一优先顺序的人必须按同一比例获得清偿；这条原则适用于享有同一优先顺序的人。所谓绝对优先原则，是指要保证那些反对重整计划的组不会遭受不合理的损失，在他获得充分清偿前，优先顺序低于这个组的其他组不能获得清偿，优先顺序高于这个组的组不能获得超过其债权数额百分之百的清偿；这条原则适用于享有不同优先顺序的人。

2.4.5 重整计划的实行

重整计划一经法院批准，将对全体当事人产生约束力。

1、由经管债务人主持执行重整计划，对其业务进行整顿，并按照计划向各债权人进行清偿。那些反对计划的人，此时也必须接受重整计划的约束。

但是，由债务人续任重整人并不意味着债务公司的原班领导层应原封不动地保存下来，而是可以作出内部调整的，法院甚至可将此作为是否批准重整计划的条件。而且，从第 11 章程序开始到重整计划确认期间，任何利害关系人均可以援引一定理由，申请法院指定托管人担任重整人，以替代经管债务人；其理由仅说明债务人有经营亏损尚属不够，而必须证明程序开始前或开始后债务人的现任管理人员有欺诈、不诚实、无能或者严重的管理失误。此外，法院也能以有利于债权人、股权持有人和破产财团的其他权益为理由，依职权委任托管人。[21]

2、任命监督人监督整个重整程序。为防止经管债务人谋取私利、逃避债务、规避法律，必须建立、健全重整程序中的监督机制。重整监督人是重整许可裁定后的必设机关，其职责在于对重整人的重整工作进行监督和指挥，其本身也受法院管理和监督，法院对有违反职务或不服从法院监督的重整监督人，有随时改选的权利。一般由债权人委员会充当监督人，负责调查、监督经管债务人的行为、财产状况、营业状况和是否有继续营业的前景以及同案件相关的其它事项。债权人委员会不是由债权人选举产生的，而是由法院任命的，其成员通常是那些大的债权人，但法院也会任命一些中小债权人，以防他们的利益受损。有时法院任命一名专职监督人来监管经管债务人的活动，从对公司业务具有专门学识及经营经验的自然人或法人中选任，但是对重整案件有利害关系者不得被选任，有权像债权人委员会那样进行监督和调查。不过由于二者作用基本相同，很少同时存在，一般法院只有在认为债权人委员会没有起到其应起的作用时，才会应某些当事人的要求而任命监督人。不过在较大的重整案件中，为了效率法院通常会任命监督人。

2.5 重整程序的结束

由于没有制定重整计划，或者重整计划没有获得分组的任何一组表决通过，或者法院没有批准重整计划，法院会宣告重整程序终结。

如果重整计划获批，执行顺利，法院就会在重整计划开始执行的阶段监督和协助完成一系列的改组活动之后，宣布整个案件审理终结，从此以后，法院就不再过问该案件，由经管债务人独立执行重整计划。如果有违背重整计划，任何当事方可以向法院起诉，但这实际上是等于新的立案，而不是原来破产案件审理的继续。[22]

如果重整不成功，那就是重整程序之外和之后的事情了。

三、小结

美国破产法的条文本身规定得比较完善，而且具有很强的可操作性，加之美国是英美法系国家，法官有很大的自由裁量权，重整程序相对灵活，因此自颁布实施以来，在公司的重整方面发挥了巨大作用，很多大型公司基于此规定获得重生。从 1980 年到 2001 年，有 13 家资产超过 100 亿美元的公司提出第 11 章重整申请。[23]而 2002 年提出重整的世通公司更是资产 1070 亿美元的庞然大物，经过一年多的时间，最终获得重整成功。但是第 11 章重整程序的利用率相比较而言还是较低，一方面是适用过程非常复杂；另一方面在于程序费用高昂。因而，许多陷入财务危机的企业在考虑是否提出重整申请时大多会犹豫不决。[24]不过从另一个角度上看，这也防止了对重整程序的滥用。

随着我国社会主义市场经济建设的不断深化，企业渴望出现既能避免破产倒闭的后果，又能积极、公平的清理债务的法律机制，社会各方也呼吁出台能保持社会稳定的积极破产预防制度，因此，新破产法的制定、通过尤其是增加有关重整的规定就成为必然。不过，任何一项制度都是一把双刃剑，有有利的一面，也有许多弊端，不可能绝对地平衡各方利益。我们在分析研究美国破产重整程序的同时，既要依托其社会政治、经济、文化等立法背景进行借鉴，又不能脱离本国实际而机械的照搬，要思虑周全，认真研究其利弊，做到趋利避害，成为我们和谐社会经济建设和社会稳定的坚硬基石。

注释：

[1]李曙光：关于新破产法中的重整制度，人民法院报，2004 年 8 月 27 日第 3 版。

[2]（美）大卫·G·爱泼斯坦等：美国破产法，韩长印等译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 735 页。

[3]（美）大卫·G·爱泼斯坦等：前引书，第 19 页。

[4]（美）大卫·G·爱泼斯坦等：前引书，第 24 页。

[5]王卫国：论重整制度，法学研究，1996 年第 1 期，第 82 页。

[6]（美）大卫·G·爱泼斯坦等：前引书，译者前言第 6 页。

[7]美国《破产法典》第 109 条（a）。

[8]（美）大卫·G·爱泼斯坦等：前引书，第 732 页。

[9]（美）大卫·G·爱泼斯坦等：前引书，第 733 页。

[10]（美）菲利普·伯尔：美国破产法典第 11 章企业整顿制度评价，覃宇译，中外法学，1993 第 6 期，第 60 页。

[11]宋福生：美国公司重整制度评析，外国经济与管理，1997 年第 2 期，第 12 页。

[12]郭兵：美国破产法律制度，民商法学（人大复印资料），2000年第1期，第76页。

[13]潘琪：美国破产法，法律出版社1999年版，第192页。

[14]（美）菲利普·伯尔：前引文，第61页。

[15]汤维建：我国破产法草案在重整程序设计上的若干争议问题之我见，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=22979>，中国民商法律网。

[16]潘琪：前引书，第232～234页。

[17]潘琪：前引书，第209页。

[18]汤维建：前引文。

[19]潘琪：前引书，第211页。

[20]潘琪：前引书，第216～217页。

[21]汤维建：破产重整程序研究，民商法论丛第五卷，法律出版社1996年版，第186页。

[22]潘琪：前引书，第240页。

[23]（美）大卫·G·爱泼斯坦等：前引书，译者前言第6页。

[24]韩长印：中国破产法的发展状况及法学论题，法学杂志，2004年第5期，第40页。

作者简介：

孙心琳律师，山东万桥律师事务所执业律师。1995年7月毕业于南开大学化学系，获理学学士学位；2006年6月毕业于青岛大学法学院，获法学硕士学位。

拥有丰富的外贸、证券工作和法律教学经历，现兼职大学法学教师，对民法、合同法、房地产法、婚姻家庭法、刑法等有深入系统的研究。

擅长处理普通民事纠纷、房地产纠纷、证券业务、经济纠纷、交通肇事、劳动争议等法律事务。

联系方式：15853266969

Email: lawssun@163.com

律师随笔

刑辩律师要有勇气说“不”

在中国做律师很难，做刑辩律师尤其难：难在执业环境不好，难在职业风险太大，难在收费水平过低，……，因此，要做一名专业的刑辩律师并坚持下来，确实需要很大的勇气，而最大的勇气莫过敢于说“不”——向当事人的非法要求说“不”，向公诉人的错误指控说“不”，向法官的不公正行为或裁判说“不”，向一切应当说“不”的人或事说“不”。

向当事人的非法要求说“不”

有的当事人，你在接受委托后会感觉他很难“伺候”，比如他让你在侦查阶段去调查取证，让你在看守所内外为他传递信物，让你去为他的案件打点关系，更有甚者，他会让你去购买立功线索，然后提供给他，帮他争取立功情节，……，形形色色的要求，归结于一点，就是以陷你于危险境地的代价，来满足他逃避法律制裁的目的。如果你按他的要求去做了，那你一定会陷入无穷无尽的麻烦之中，轻者因违规违纪被行政处罚，重者则将直接被追究刑事责任。因此，我们必须有勇气向这样的当事人说“不”，不能为了一点眼前的利益，不顾法律风险和律师的职业道德，从而丢掉自己一生的饭碗。

我在遇到这样的当事人时，通常的做法是明确告诉他，他的要求违法，我不能去做，如果他还要坚持或者直接表示对我的不满，我将会直截了当地提出解除双方的委托合同，无论已经为他做了多少工作，我都会一分不差地把律师费全部退给他，我的想法很简单也很潇洒：大不了我不赚钱。就是因为这种简单的想法，我近两年先后辞掉了多名当事人的委托。前年有个涉嫌职务侵占的案件，嫌疑人的父亲多次强烈要求我在侦查阶段去调查取证，我说这不合适，有些证据需要侦查机关调取，我最多只能把对嫌疑人有利的证据线索提供给侦查人员。他听后很不高兴，坚持认为这应当是律师的职责，无奈，我只好与他解除合同并退还全部律师费，告诉他另请高明。今年年初，同事接了个涉嫌伪造国家机关证件犯罪的案件，邀请我一起做，我们一起会见被告人时，他直接问我们到了法庭上想翻供应该怎么说，后来又明确要求我们到外面去为他买立功线索，帮他制造立功情节，这些都被我们婉言拒绝了，他便对我们表示不满，问我们能为他做什么云云。会见结束后，我和同事一致认为这个被告人不太好“伺候”，于是我们决定不再“伺候”他，第二天便让他的家属来办理了解除合同和退费手续。

我很喜欢“清如秋菊何妨瘦，廉若梅花不畏寒”这句话，我常常在想，如果一名刑辩律师，能够不为金钱所束缚，能够守得住清贫、耐得住寂寞，那么，他还有什么可以畏惧的呢？因此，作为刑辩律师，我们一定要向那些用心不良的当事人和他们的非法要求说“不”。

向公诉人的错误指控说“不”

虽然我国刑法确立了无罪推定的原则，但长期以来，有罪推定的原则深深影响着我国的侦查和公诉人员，以致养成了他们有罪推定的思维定式，因此，我们常常听到他们对犯罪嫌疑人说“没事不会抓你”，言外之意：既然抓你，你一定有事（罪）。在这种思想指导之下，侦查人员和公诉人员往往只注重收集嫌疑人有罪的证据，而对于其无罪的辩解和提出的无罪证据，则常常充耳不闻和不屑一顾，因此，不可避免地制造了一些冤假错案。刑辩律师在发现这样的问题时，要敢于向公诉人说“不”，要明确指出他们指控的错误之处，还被告人以清白。实践中，我们经常会过于迷信公诉人的水平，而忽略

了他们指控中的错误，于是出现了庭审辩护中走过场的不良现象：公诉人发表完公诉意见，律师发表完辩护意见，哪怕存在很多明显的分歧，双方也都不作进一步的辩论，而是互相充当老好人。这是万万不应该的，也是对被告人极度不负责任的。刑辩律师要有勇气为被告人辩护，要敢于向公诉人说“不”：认为不构成犯罪的，应当直接为被告人作无罪辩护；认为指控罪名不正确的，应当明确指出并建议适用正确的罪名（当然，出于职业道德，建议的罪名一定要比指控的罪名轻）。

我向来倡导刑辩律师要有与公诉人辩论到底的勇气，因此，在办理刑事案件的时候，如果发现公诉机关的指控不成立或者指控的罪名错误，我都会明确地指出并与之进行激烈的辩论，一直到公诉人不再与我辩论为止。我相信理不辩不明，任何指控都要建立在事实和法律的基础之上，任何事实都必须有充分的证据来支持。这些年来，我遇到过几起公诉人做的很出格的案件，有的明显是在进行司法报复，有的则属于故意放水，对于这样的事情，只要是不利于我的当事人的，我都要指出，都要辩论到底。当然，我们在辩论的时候，一定要把范围限定在与案件有关的事实与法律上，不能超出这个范围，更不能进行人身攻击，大家都是为了工作，没有必要也不应该结为仇家。近几年，有很多刑辩律师因遭到检察机关的司法报复而身陷囹圄，有的甚至被长期羁押，虽然最终得还清白，但身心所受到的严重摧残却永难磨灭。说实话，我很鄙视这样的检察官，很没风度，很不君子，很是损害其所代表的国家公诉机关的形象。

作为刑辩律师，即使当前的司法环境不是很好，但仍然要有辩护和辩论的勇气，要敢于对公诉机关的错误指控说“不”。

向法官的不公正行为或裁判说“不”

我国当前法官尤其是刑庭法官的水平可谓良莠不齐，有的在开庭的时候会表现出他明显的倾向性，而这种倾向绝大多数都是认为被告人有罪的，更有甚者当庭用蔑视的态度和侮辱性的语言对被告人进行人身攻击。这样的行为本身就是一种对被告人的不公正，有损法官在公众心目中的公正形象。作为法官，在庭审中应该是中立者，当庭发表倾向性语言显然不合适，即便他以后作出了公正的判决，也会让被告人及其家属等怀疑该判决的公正性。有的时候，还会遇到法官越俎代庖的现象，比如法官代检察机关去调查取得一份证明被告人有罪的证言，拿到法庭上来让控辩双方质证。这样的行为，不能说违法，但至少是不恰当和不公正的。刑事案件中，举证的责任在公诉一方，如果证据不足，也应当由公诉机关想办法去调查取证来补充。法官为查明案情，当然可以主动进行一些必要的调查，但是否能把调查得来的证言等拿到法庭上来质证？我认为是不可以的。

法官应当是中立的裁判者，在案件审理中如果表现出其倾向或者干脆自行调查取证并拿到法庭来质证，就意味着其丧失了中立的地位，这对被告人是不利的，当然也有损司法公正的形象。面对这样的情形，辩护律师应当敢于向法官说“不”，要为被告人的权利而据理力争，要尽可能地为被告人争取一个程序上和实体上都公正的判决结果。

一审判决作出后，如果有明显的错误或不公正之处，作为辩护律师要有勇气向这样的判决说“不”，要及时建议被告人提起上诉，并在上诉程序中为被告人全力争取一个公正的判决结果。刑辩律师与民事等案件中的代理律师不同，其在刑事诉讼中的地位是独立的，不依附于被告人，更不依附于司法机关，应当按照自己对案件事实和法律适用的把握独立地为被告人做辩护，唯如此方能发挥出辩护律师应有的作用，体现出其在刑事诉讼中的价值。现实中，因为做的案子多了，辩护律师自然会和法官比较熟，有时即使发现判决有问题，但碍于情面而不愿为被告人提起上诉，甚至主动劝说被告人放弃上诉，这是一种不讲职业道德的行为。既然选择做刑辩律师，就要有向不公正审判说“不”

的勇气！

一个刑事案件的审理，往往会受到来自各个方面的干预或影响，有的是政府领导打招呼，有的是媒体的过度报道，有的是被害人家属的上访，……，作为刑辩律师，我们应该坚信和坚持一点：任何被告人都应当得到公正的审判！为了这份公正，为了被告人的合法权益不受侵害，刑辩律师要有勇气向一切应当说“不”的人或事说“不”！只有做到这一点，我们才有资格自称为“刑辩律师”。

作者简介：

张需聪 律师，山东万桥律师事务所刑辩部主任，法学硕士，青岛市法学会理事，青岛律协刑事委员会委员，崂山区总工会职工维权法律顾问、劳动争议调解员，中国律师杂志社、中国律师网特约评论员。

师从首届全国十佳律师王海云老先生，专门从事刑事辩护业务，并担任“王海云刑辩合作项目（青岛）”负责人，擅长刑事辩护、房地产、劳动争议等领域法律事务。

拥有在青岛市住房公积金管理中心多年从事法律顾问、资产保全和住房贷款政策研究的工作背景，熟知房地产开发、交易及金融等领域的各项规定和业务流程。先后在王海云律师事务所及青岛市多家大型律师事务所学习或执业，熟练掌握诉讼和非诉法律服务技能，目前担任十余家企事业单位的常年法律顾问。

服务理念：实事求是，依法辩护

联系方式：13361268566 **Email:** qdlawyer@126.com

诚信 勤勉 专业

合作 高效 务实



万桥律师事务所
WAN QIAO LAW FIRM

地址:中国青岛香港东路 23 号(中国海洋大学)高新技术产业中心 3 层

Add: Floor 3, Hi-tech Industry Center of China Ocean University, No. 23 Hongkong East Rd.,
Qingdao, China

电话/Tel: 0086-532-85906076 传真/Fax: 0086-532-85902333

网址: <http://www.wanqiaolaw.com>

邮箱/Email: wqlaw@wanqiaolaw.com

邮编/Post Code: 266071