

王思鲁:解决经济纠纷的法律手段 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E7_8E_8B_E6_80_9D_E9_B2_81__c122_486352.htm 王思鲁，法学硕士，广东环球经纬律师事务所合伙人、金牙大状律师网

（www.jylawyer.com）首席律师 在制度设置上重在预防，且不能脱离实际。不要灾难来时还浑然不知、不知所措；不要矫枉过正、适得其反。基于中国国情，在经济运作中深度介入法律过程中，原则性与灵活性相结合，法治化和人性化相结合的处理会收到更好的效果。风险防范必须跳出法律看法律，注入心理学因素及人性化处理，注重刑事风险、人力资源管理风险防范和知识产权保护。以动态性的、前瞻性的眼光看待经济运作的未来，与时俱进。【主题】：解决经济纠纷的法律手段【策划】：中大管理沙龙 蒋江敏 新快报总编室主任 梁锡崑 中大教授经理研究会秘书长【嘉宾】：王思鲁 著名律师，广东环球经纬律师事务所合伙人 周林彬 法学教授，博士生导师，中山大学法学院副院长【主持】：蒋江敏 企业维权“私了”最省钱 市场经济下，企业面临的陷阱也越来越多，在众多的陷阱里，主要有两个陷阱：一个是犯法的陷阱，可能造成你坐牢或者引来杀身之祸；第二是风险的陷阱，签坏一个合同，随便给人作一个担保，可能就使一个好端端的企业毁于一旦。如何避免这两个陷阱也成为企业时刻均要考虑的问题。本期沙龙邀请到了在法律界打拼多年的两位高层精英人士，中山大学法学院副院长、博士生导师周林彬教授及以重大疑难经济、毒品犯罪的刑事辩护成名，曾办理“中国民告官第一案”的著名律师王思鲁，与大家一起分享他

们多年来为企业提供法律服务的宝贵经验和教训，并剖析常见经济陷阱及规避之道！主持人语 法律风险需防患于未然 今年最后一期管理沙龙我们选择了“解决经济纠纷的法律手段”的主题。关注这样一个问题源于我们现实经济生活中到处都可能存在着各种经济陷阱，它们会给我们增加交易成本带来难以估量的负面影响。虽然不少企事业单位都专设了懂法律的专才应对，没有的也会考虑聘一两个常年法律顾问什么的，即使发生了合同纠纷或什么官司，也能帮助企业单位减少麻烦，度过难关。但换个角度思考，其实有许多纠纷或麻烦是可以避免的，假如更多的人都懂点法律常识，老板的法律观念更多些，把存在的风险隐患清除掉，我们的企事业单位的日常运作就会顺利很多。嘉宾指出，不要出了事才去想到律师，应该让律师参与到企事业单位的运作中。更值得注意的是，嘉宾强调了一个重要的操作思路，那就是企业权利的自我保护问题---私力救济，可以作为公力救济的补充手段发挥更加自主灵活与高效的作用。合法合理地多渠道解决经济纠纷有利于降低整个社会经济活动的交易成本。“打官司是有钱人玩的游戏”事实上，在资源日趋稀缺的条件下，企业在市场上的竞争日益激烈，会不断因为相互间“争权夺利”而引发愈来愈多权利冲突或经济纠纷。企业因此付出的交易成本也越来越高。不过，企业会不断地发现，经济纠纷通过打官司解决问题，往往会得到这样的结果。千辛万苦花了许多钱打赢了官司，法院判了但最终却难以执行。而企业经营者为打赢一个官司却拖垮一个好端端的企业的案例却并不鲜见。周林彬教授在沙龙上笑称：“打官司是有钱人玩的游戏！”因此，以节约交易费用为宗旨的企业权利保护越来越

受企业关注。周林彬教授表示，本来一个国家或地区伴随经济增长，诉讼案件应增多，这是规律。但是，在我国，随着市场经济法制化的深入，一些地方在经济纠纷增加的同时，相伴而生的是经济诉讼活动的减少；还有一些地方在假冒伪劣产品增多的同时，但举报案件反而减少。导致这些现象的一个主要原因是，厂家或商家或消费者怕诉之法院或行政执法机关后断了业务往来，或是忌于诉讼成本和其它究责成本过高而情愿通过私了方式挽回权利。“私了”符合国人“和为贵”心理所谓“私了”，其实是通俗的说法。按照法律的说法即“私力救济”。法律对企业权利救济有公力救济与私力救济之分。其中，公力救济是指企业权利受到侵害时企业请求国家机关（如公、检、法和政府机关）用国家公权力（如司法权和行政权）来救济权利。私力救济，泛指企业权利受到侵害时企业通过公力救济之外的方式（如私权）来救济权利。就经济纠纷而言，公力救济方式主要体现为诉讼，而私力救济则体现为诉讼以外的救济方式，比如自卫行为、自助行为、民间仲裁、人民调解、“私了”等。周林彬建议，在强调企业主要依靠市场自发力量自主追求利益最大化的市场体制背景下，私力救济依然作为一种企业权利自我保护的一种途径发挥重要作用，应成为企业权利救济的首选。因为这种方式最省钱。他说，企业可以避免寻租成本耗费。公权力往往容易引发寻租行为---包括权力设租和权力寻租。私力救济也符合中国人“和为贵”的心理取向。另外，我国司法体系中普遍存在“执行难”、“诉讼难”等问题，进一步增加了诉讼的收益预期风险。企业普遍为风险规避者。所以在预期收益相近的条件下，企业趋向于采取风险小的权利救

济方式。而调解等私力救济方式能提高个体参与纠纷解决的自主性，达成的协议，往往比法院判决更具可行性、认可性，从而调解协议执行的成功率也随之增高（数据显示成功率高10倍）。周林彬说，他曾经进行过案件样本分析，从网上案例中选取40件企业经济纠纷案件为样本，样本数据从原告（申请人）角度进行统计，其中以调解解决纠纷的有16件，以判决解决纠纷的有24件。样本情况表明，判决费用远远比调解的费用高。判决平均所耗费的时间是调解的4.6倍，而调解的收益则是民事判决的3.7倍。事实上，在民间已出现的请私家侦探取证、通过民间讨债公司追债等，正是企业维权的自助行为。不过，从社会总体来看，私力这种少花钱多办事的方式往往被忽视。构建风险防范机制最重要 曾经代理“中国民告官第一案”的著名律师王思鲁也认为私力救济是最省钱的维权方式。同时他还为在场的企业家设计了更为具体和更具可操作性的企业风险防范及危机化解的应对方案。王思鲁表示：“尽管力求防范是成本支出最低的方法，但是，要正视现实：伤心总是难免的，涉足商战，争议、纠纷，无可避免。”这些纠纷包括：经济合同纠纷、劳动纠纷、公司破产纠纷、知识产权纠纷、金融纠纷、期货纠纷、涉外经济纠纷、不正当竞争纠纷、消费者权益纠纷等等。王思鲁将企业在经济运作中的风险分为三类：刑事风险、经济风险以及行政风险。刑事风险：在经济运作中经常出现合同诈骗、非法吸收公众存款、职务侵占、行贿、虚报注册资本等。经济风险：如在诚信残缺的环境下，一个企业因为员工跳槽带走商业秘密，令企业老板大为苦恼。行政风险：如1994年国家对金融宏观调控时，不少企业因此受到严重的挫折。王思鲁特

别提醒说，有企业在运作中往往会出现当时做时认为没事，过后却因此犯罪。如企业在发展过程中的集资行为，搞得不好，极易陷入集资诈骗罪。而这一罪名是可以掉脑袋的。因此，构建风险防范机制仍然是首要的也是最好的化解企业经济风险办法。王思鲁说，事前法律介入的确需要一些成本，但长远来说，利远大于弊。可以避免纠纷。王思鲁说，我国经营者偏重从是否擅长经济法角度聘请律师作法律顾问，给经营者从风险防范等角度提供法律帮助。实际上，最重要的是在结合现实，从刑事风险、人力资源管理风险、知识产权管理风险防范角度设计风险防范机制。在制度设置上重在预防，且不能脱离实际。不要灾难来时还浑然不知、不知所措；不要矫枉过正、适得其反。基于中国国情，在经济运作中深度介入法律过程中，原则性与灵活性相结合，法治化和人性化相结合的处理会收到更好的效果。风险防范必须跳出法律看法律，注入心理学因素及人性化处理，注重刑事风险、人力资源管理风险防范和知识产权保护。以动态性的、前瞻性的眼光看待经济运作的未来，与时俱进。由适合的法律专才适时地深度介入重大决策及经营活动，力求避免争议的产生。事前法律介入，的确需要一些成本支出，但长远来说，利远大于失。风险防范机制的设置主要是避免纠纷。不过，一旦出现纠纷，解决的方法则有：协商与调解；仲裁；经济、民事诉讼；行政诉讼与行政复议；刑事控告。这几种为主动发动。被动发动则有被动成为民事被告、行政被告及刑事被告三种。其中协商解决的方式是成本最低的，也即是私力救济方式。知识产权保护已成为当前企业最为头痛的问题。他举例，广州近期一家地产中介公司有四名员工跳槽后将

该公司的地产中介信息拿来己用，导致此地产中介公司严重损失。但是，如何防范员工不泄密呢？王思鲁说，最重要是从要事先对员工合同进行规范，防患于未然。在聘用时就应该明确哪些行为是泄密，员工离开公司后不得到竞争对手处任职等。他说，有了明确规范的合同文本，只要是起到警醒员工的作用；另一方面，一旦真的出现不愿意见到的员工泄密事件，在法律上也便于取证和得到有效补偿。不到万不得已不打官司 不过，他认为，企业经营决策人不必深入法律专业知识，主要掌握一些刑法、知识产权法、合同法、劳动法、环境保护法以及与业务相关的其它法律基本知识即可。化解风险的关键在于懂得如何鉴别方案的优劣和使用专才。他说：“一个聪明的企业家，必然是一位善于运用法律及使用法律人的企业家。”“企业应与外部法律专才成为情人”，防范法律风险的第三个关键是里应外合，优势互补。经济运作中必备附属法律顾问，甚至机构，处理日常法律事务；重大决策、制度变革、经营运作、重大纠纷化解，人员培训必须由法律专才组成黄金拍档、分工合作，以最小的成本支出，使企业锦上添花、防患于未然、雪中送炭。那么如何选择法律专才呢？王律师认为应有几个标准：扎实的法律功底、完善的知识结构、丰富的实践经验、开放的办案思维、高超的论辩技巧等。最后他强调，“一场诉讼就是一场恶战”。打官司成本高，不到万不得已尽量不打官司。以和为贵。但“无论哪种法律事务，均应全程跟踪法律介入过程，从多视角提供意见，才能获取活色生香、登峰造极的法律服务。”

周林彬：公力救济的成本项目较私力救济的多，现实中公权力容易引发寻租行为---包括权力设租和权力寻租。私力救济

避免了寻租成本耗费。因此，私力救济的成本节约优势，刺激了企业对私力救济的需求。王思鲁：尽管力求防范是成本支出最低的方法，但是，伤心总是难免的，涉足商战，争议、纠纷，无可避免。构建风险防范机制仍然是最好的化解企业经济风险办法。事前法律介入的确需要一些成本，但长远来说，可以避免纠纷，利远大于弊。经济运作的法律应对误区，亦即是经营决策人和经营管理人在运用法律决策和用人处理法律问题的误区。法律及法律人才，什么时候用，怎样用；用什么法律、用谁等等都涉及经济运作成本的问题。特别是，弃而不用、用之不及时、用之不当，都很可能牵一发而动全局，甚至全盘皆输，招致灭顶之灾。常见四大误区。

误区一：不重防范，亡羊补牢。很多经营者在经济运作没有出现法律问题的时候都不会长期聘用法律顾问，等出了事情，才急急忙忙地去找律师。实际上，经济运作中的大多数法律风险是完全可以防范的。比如，商业秘密的保密规定和竞业禁止规定。防止商业秘密泄露的最好办法就是在员工手册、保密协议中规定好有关商业秘密的内容，比如明确哪些是商业秘密，不能泄露，违反规定泄露秘密后，员工应当承担的责任；比如赔偿公司多少多少数额的违约金。这种做法主要是对员工起到很大的震慑作用，即使是员工侵权，亦能够在秘密被泄露之后使企业得到有效的补偿。竞业禁止规定是指企业与员工约定，在员工离开该企业之后的几年内，不得在相同行业任职。这种情况下，当然企业必须对作出此种竞业禁止承诺的员工给予相应的补偿。

误区二：制度设置，矫枉过正。太过法治化会影响交易的效率。比如，美国是律师治国，律师起草的合同一般都是过于保护单方利益，另一方

不愿意签。或者是合同条款过多，双方都看得头皮发麻，不愿签合同。现实中国是，法官如果在审查一份合同时，发现合同是经律师之手，一旦合同的条款处于两可状态，通常情况下，法官会倾向保护没有聘请律师起草合同的一方。原因一是基于弱势群体保护；二是基于中国法官对律师的偏见。因此，他个人的意见是企业起草合同的时候（除了涉外合同）尽量不要使用法律术语，当然，前提是能够将合同条款表述得清楚、明确。

误区三：事无巨细，亲自上马。老板大都日理万机，主要是管人，而不应将主要精力放在管事。作为经营决策人和经营管理人不能事无巨细，什么都自己搞，否则，有时结果是吃力不讨好，捡了芝麻丢了西瓜。不要指望自己成为法律人，你是企业家，是经济运营高手，不一定是法律高手。法条小学三年级的学生都能读，但正确的理解很不容易。比如，刑法中的运输毒品罪的法定概念是“携带毒品，乘坐交通工具……”。对这一规定，很多司法人员都理解错了，以为只要是交通工具上查获有毒品，就是运毒。实际上，这是大错特错的，并非在交通工具中查获有毒品，就是运毒。还有两种情况：如果是吸毒者自用，仅是普通违法，不能判刑，只能强制戒毒；如果毒品量大，但来源去向均不清，则只能定非法持有毒品罪，这罪没有死刑。运毒则是随时要命的。

误区四：急病发作，胡乱投医。许多经营者对危机的出现欠缺预见。等到出了大问题，才临时抱佛脚。由于对法律知识的缺乏而过于恐慌，往往在聘请律师时，又不加选择。我国目前的律师队伍素质良莠不齐，选择一个好的律师是在诉讼中获胜的一个重要环节。

精彩案例 福建XX某村的一个村书记，开车每次经过当地的一个收费站时，由

于有头面，很多情况下都主动放行。可是突然有一次，公路局上路巡查时，要扣他的车。村书记的司机不肯配合，后矛盾激化，几个人与公路局的执法人员起了暴力冲突。后公诉机关以妨害公务罪起诉村书记等六人。当时，由于福建省地方保护主义十分严重，当地的舆论也都倒向公路局，没有人敢接这个案子。后来，当事人下广州，请王思鲁组成律师团接此案。王思鲁经过分析，实际上，公路局在行使收费权的时候是没有扣押车辆权力的。对于行政机关越权或者滥用权力的行为，公民可以不予执行或者不接受处罚。因此，村书记等人的行为是一种正当行为。王思鲁除了运用通常的法律手段，还请到了法制日报报道此案，并请了法学专家对该案作出了论证意见，还上书福建省政府，向有关领导反映情况。为此案的公正解决作出了多方的努力。王思鲁说，每一场诉讼，律师要调动各方面资源，才能使案件获得最终的胜利。打官司不单纯是一个法律问题，我们国家有具体的国情，我们要在熟悉国家法律的前提下，跳出法律看法律，万变不离其宗??诉讼目标的实现为其宗，可采用万变的手段（一切合法、合理的手段）。通过司法的和非司法的各种正当手段来实现司法公正。

私力救济的实施方式 周林彬表示，一般来讲私力救济权的实施方式有以下三种：自救行为：针对正当防卫与紧急避险而言。如物上请求权的规定、债权担保权与代位权、撤销权的规定等。诉讼：如刑事自诉案件表明，当事人有权提起自诉，也就意味着有权放弃诉讼寻求“私了”。又如民事侵权诉讼内调解，属一种“准私力救济”。再如行政侵权之诉表明，要求知情，进行申辩的行为不是抗拒执法。仲裁：在各个产生纠纷的领域建立这种“小而专”的仲

裁机构，发挥专业优势。作为对“大而全”的仲裁委员会的有力补充，将大大提高仲裁救济的社会供给。但他也表示，私力救济制度建设面临一些问题，表现为：其一，某些企业权利私力救济在实体和程序两方面都缺乏规范性和制度的保障。其二，“廉价正义”的问题，即可能导致一些非正义的结果。其三，对国家司法权造成一定的侵蚀。其四，片面的法治观把私力救济作为法治的对立物。周林彬最后总结说，由于企业权利私力救济存在的合理性与必要性，其具有相对成本节约、预期收益确定性等优势。应加大对私力救济的投入力度，规范、引导私力救济，利用私力救济补充、完善公力救济，减少供求缺口、满足社会对权利救济的需求。

精彩问答 问：企业要提高自我保护能力要做哪些工作？可行的手段有哪些？周林彬：我认为企业要提高自我保护能力最关键的就是要知法和懂法。在目前，企业自我保护手段有以下几种：第一，可以行使自助权，包括正当防卫、紧急避险和债的保全。债的保全是指债权人为了防止债务人的财产不当减少而危害其债权，对债的关系以外的第三人所采取的保护债权的法律措施。债权人保全债权的权利有代位权与撤销权两项。代位权是指如果你的债务人对第三人享有债权，但你的债务人不行使债权，致使你的债权不能实现，你可以直接向法院申请，让你的债务人直接将钱还给你。撤销权是指当你的债务人将财产无偿赠送给他人，危害你债权实现时，你可以申请法院撤销你债务人的行为。第二，可以用交易习惯和行规来约束双方的行为。第三，运用法律规范双方行为。企业应该在经济合同、劳动合同中将各种条款明确，通过合同来防范风险。第四，要找法律的漏洞，尽量降低成本，比如，

合理避税就是一种企业的自我保护行为。我们要记住一句话“法律不能违反，但可以规避”。问：企业如何防范刑事风险？如果企业卷入刑事犯罪案件中，如何处理？王思鲁：（笑）同刑事律师做朋友，做终身情人。（全场听众大笑）问：企业如何选择好的律师？周林彬：我认为要找规模大的律师事务所，律师个人要专业素质高，经验丰富。我特别要提醒大家要注意律师的专业性，高层次的律师不可能是面面俱到的“万金油”。还有，就是律师要有诚信的职业道德，这就要看律师的口碑了。问：我们一般人都会认为合同越专业越好，您刚才却说合同尽量不能用法律术语，这是为什么？王思鲁：首先，如果你草拟的合同太多法律术语，对方可能看不懂，看不懂人家自然就不敢签了。还有，别人可能感觉你太过精明，担心吃了亏；另一个原因，是法官一般也会在合同条款出现模棱两可的情况下，倾向保护不太懂法律的一方。这就是心理学了，做律师，做企业，都得懂心理学。在经济来往中，法律并不是最重要的，法律服务应渗透着多种知识，而非仅仅是法律。法律仅仅是躯壳，如果没有血肉，怎么也活不起来。法律至上主义不要说在中国，就是在标榜法治的美国也行不通。特别在经济领域，在任何国家，先学做人，后做事是经济合作首先要考虑的，特别是诚信问题更是首先要考虑的。没有诚信，即使再规范的制度也无济于事。问：甲企业欠乙企业货款长期不还，乙企业派人跟踪甲，影响甲的行动自由，请问该行为是否合法？乙企业能不能委托讨债公司追款？周林彬：债权人采用跟踪的方法，找到财产来源，然后找法院查封财产实现债权。如果不涉及侵犯个人隐私和限制人身自由，我认为可行的。我国目前的讨债

公司越来越多，在客观上，帮助了债权人实现了债权。且越来越多的私力救济已经得到了政府的容忍和认可。如果你在委托讨债公司追款时有证据证明，你是要求其以合法手段追款的，你可以委托讨债公司追款。问：如何界定“商业秘密”？怎样确定泄露商业秘密违约金的额度？王思鲁：商业秘密有三个构成要件：第一是权利人合法拥用商业秘密；第二是该商业秘密具有经济价值；第三是该商业秘密的控制人采取了一定的合理保护措施。符合以上三个条件的就是商业秘密。如果在保密协议中约定违反保密规定要赔偿多少多少的违约金。主要是对保密义务人起震慑作用，从而防患于未然。如果违约，约定的违约金没有得到法官全部支持，亦会得到部分支持。（本文摘自2004年12月20日《新快报》报道，是王思鲁律师于2004年12月18日应《新快报》、中山大学教授经理研究会的邀请在中山大学小礼堂作专题演讲的媒体报道版，相关完整版演讲稿参见《金玉良言——律师职业生涯启示录》一书）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com