

上海市律师协会 主办



SHANGHAI
LAWYER

上海 女 律 师

2012
总第693期

3

卷首语 女性的骄傲
——我心目中的上海女律师
/张丽丽

法律咖吧 指导性案例制度面面关
/牟笛 赵越 杨力 崔剑平

聚 焦 · 思 辨 · 感 悟 · 互 动



专题研究

上海区域女职工劳动权益保障问题探讨 /王彩萍

聚 焦

团结一心谋创新发展 大爱无疆塑上海品牌

——上海巾帼律师风采实录 /王凤梅 周柏伊

1月19日,市律协召开九届五次理事会。会议讨论通过了预备会员规则、特邀会员规则和特邀代表规则等。



2月23日下午,市检察院党组书记、检察长陈旭带领党组副书记、副检察长陈辐宽和副检察长余啸波、郑鲁宁、许佩琴等领导前来市律协会,听取律师行业对本市检察工作的意见和建议,并为进一步加深检察机关和律师协会组织层面的交流与合作进行了座谈。



2月1日至2日,市司法局副局长、市律协党委书记刘忠定一行先后前往北京盈科(上海)律师事务所和远闻(上海)律师事务所,就健全创新律师事务所内部管理机制、青年律师人才引进与培养等问题进行调研。



2月15日,上海市第八届女律师联谊会召开第四次理事会扩大会议,落实2012年工作计划,并动员各区县积极参加法治作品表演赛。



2月11日,2011上海律师辩论赛半决赛在华东政法大学(长宁校区)联谊楼拉开帷幕。最终,黄浦卢湾队与闵行弘闵队获胜。

女性的骄傲

——我心目中的上海女律师

上海市妇女联合会党组书记、主席 张丽丽

上海市女律师联谊会会长黄绮日前邀我为《上海律师》撰写卷首语,我感到很荣幸。一则律师是代表着公平正义的崇高职业,整个上海律师界为维护上海妇女儿童合法权益奉献了聪明才智;二则拥有近4000名会员的上海女律师联谊会在倪彬彬、缪林凤、钱丽萍、李慈玲、黄绮等几任会长的带领下服务会员、服务社会成绩斐然;三则在我担任上海市妇联主席的五年中,与可敬可爱的女律师们结下了姐妹深情,她们的音容笑貌,深深印入我的脑海,我为上海有这样一群女性而倍感骄傲。

这是一群热爱事业的女性。2009年“三八”节期间参加了市女律师联谊会举行的“我心中最难忘案例”演讲比赛,使女律师的形象在我的脑海中变得鲜活而灵动:阐述法理的理性、拒绝平庸的智慧、维护弱势的情怀和与人沟通的优势,在一个个演讲案例中得到精彩呈现。随着我对女律师群体了解的深入,我日益欣赏女律师们那份对执业、拓业、展业的忠诚、执着和追求:她们不断地提升自我,参加科技发展趋势和科技传播讲座,与女企业家联合开展企业法务研讨,与女法官亲切座谈加强诉讼调解,与香港、澳门的同行就女性参政、女性维权、女性成才等深入交流;她们不断地奉献自我,登上市妇联主办的上海市第二届沪台民间论坛作主题报告,走进校园与法学专业学生们亲切交流;参与市妇联维护妇女权益征文研讨并提出对策建议;履行市人大代表、市政协委员的职责参政议政。我们欣喜地看到,上海女律师以坚定的理想信念、关注社会的强烈意识和精湛的业务能力赢得社会高度认可,在市女律师联谊会开展的“上海市优秀女律师”评选中,推出了一批批赢得妇女群众信赖的新人。市女律师联谊会会长黄绮、副会长丁伟晓、裘索,近期同时获得



“全国优秀律师”光荣称号,更是为上海女律师赢得了荣誉,向我们展示了上海女律师的职业道德水平和业务素质。

这是一群热爱姐妹的女性。律师是公平正义的象征,女律师在维护公平正义中特别关注遇到了种种困难、处于弱势地位的妇女姐妹,自觉担当扶助弱势姐妹的社会责任,长期以来,为妇联的信访接待窗口提供着有力的专业支持。三年前,为了让全市弱势妇女得到更有效的法律援助,女律师联谊会经过层层选拔和审核,组成了“巾帼律师志愿团”,如今这支队伍扩展到170人,她们轮流到市妇联法律援助中心值班,义务为8000多名来信、来访妇女提供了专业咨询服务,为市妇联坚持维权与维稳相结合理念,推进信访接待、法律援助、心理疏导、人民调解“四位一体”的妇女维权模式提供了有力支撑。女律师在发挥专业优势帮助本市弱势姐妹的同时,更把公益事业拓展到国内边远贫困地区和国外,播洒了上海女性的一片爱心:她们在上海慈善晚会上慷慨解囊,帮助艾滋病

孤儿和震区孤残儿童;在甘肃省为干渴的母亲捐资建设“母亲水窖”,并跋涉千里为当地孩子建起“善学书房”图书馆;组织5名女律师参与四川省希望小学的支教活动;在支援非洲失学儿童的义卖晚会上献出爱心。这就是上海女律师宽广的视野,纯真的心灵。

这是一群热爱生活的女性。女律师的生活是紧张繁忙的,当人们渐渐沉入甜蜜的梦乡,身为母亲、妻子、女儿的女律师在忙完家务之后,又回到书桌旁,在灯下翻阅案卷、准备明天的出庭,她们承载着事业和家庭两副重担,坚韧而欢快地前行。因为,当代女律师既能面对事业的挑战,也会享受生活的幸福。她们编辑书籍,一册《女律师剪影》,让优秀女律师的执业精神、执业格言激励自己和同事,也让女律师的可贵品质、职业操守影响妇女和社会;她们亲密交流,无论感悟成功案例、体味亲子教育、探讨时事政治,一样有滋有味,一样放飞心情;她们为退休女律师送上生日贺卡、贺礼,在上海律师“春晚”上展示才艺;她们竞相参与市女律师联谊会举办的“我最快乐的一件事”活动,晒幸福、说快乐,以昂扬向上的激情和从容淡定的心态感染家人和朋友,让生活美满而充实。

上海的女律师以自己的智慧、修养和行动荣获全国妇联授予的“维护妇女儿童权益先进集体”称号,市女律师联谊会以其高效有序的组织能力及取得的系列成果被市妇联授予“上海市优秀女性社会组织”荣誉称号,诠释了“聪慧时尚、自信坚韧、创新进取”的上海女性时代精神,我们为之骄傲!我们期待着更多的上海女律师在传承和创新中加快成长!期待着上海市女律师联谊会团结带领广大女律师为保障妇女姐妹的合法权益,维护社会公平正义、促进社会和谐稳定作出更大贡献!



《上海律师》杂志(月刊)

主 办:上海市律师协会
编 辑:《上海律师》编辑部

编辑委员会主任:盛雷鸣

副 主 任:陈乃蔚 邵曙范 黄 绮 钱翎樑
周天平 管建军 厉 明 万恩标

委 员:(排名不分先后)

朱剑华 刘小禾 光 韬 李海歌
张 方 岳雪飞 洪 亮 贾明军
黄荣楠 谭 芳 葛珊南 孙彬彬
计时俊 吕 琰 张 毅 陈 凯
顾跃进 蒋信伟

主 编:黄 绮

副 主 编:刘小禾 庄 燕

责任编辑:杨培君

摄影记者:曹申星

美术编辑:大 愚

编 务:薛 侃

本刊特约撰稿人:

王俊民 汤啸天 陈 默
李颂联 王凤梅 彭念元
游 伟

(内部资料 免费交流)

编辑部地址:

上海市肇嘉浜路789号均瑶国际广场33楼

电 话:021-64030000

传 真:021-64185837

投稿邮箱:E-mail:tougao@lawyers.org.cn

上海市律师协会网址(东方律师网)

www.lawyers.org.cn

上海市连续性内部资料准印证(K第272号)

上海律师 2012 3

总第693期 目录

S H A N G H A I L A W Y E R

卷首语

1 女性的骄傲

——我心目中的上海女律师 / 张丽丽

本刊关注

聚 焦

5 上海律师社会责任报告(节选) / 上海市律师协会

8 人在会场内 心怀民生情

——上海律师代表、委员参加2012年本市“两会”侧记 / 宋宁华 包 蹇

11 团结一心谋创新发展 大爱无疆塑上海品牌

——上海巾帼律师风采实录 / 王凤梅 周柏伊

14 针锋相对善思维 明辩是非定取舍

——2011上海律师辩论赛半决赛纪实 / 吕 轩

人物·优秀律师

16 为属于律师的“光环”而执着

——记“上海市优秀律师”丁伟晓 / 严姗姗



水世界 摄影:顾 治 律师



律师中的市人大代表及政协委员参加“两会”期间合影

人物·优秀青年律师

20 为了理想而努力 充满了幸福和满足 / 戎朝

共筑和谐

23 热心公益事业 爱心塑造形象
——虹口区律师工作委员会扶贫帮困工作掠影 / 田波

法律咖吧

24 指导性案例制度面面观
/ 牟笛 赵越 杨力 崔剑平

区县特写

28 平台 凝聚 发展
——记普陀这片律师发展的沃土
/ 普陀区律工委

律所建设

31 “协力”改制:新的组织形式促进新发展
/ 上海市协力律师事务所

警示台

34 转所期间违规接案 张冠李戴引发投诉
/ 市律协纪律委员会

法眼法语

我的败诉

35 败诉,引导我写了一本书 / 周月萍

执业心语

36 明确专业方向 提升执业层次 / 陆敬波

视角

38 戏曲艺术版权认定和保护
——一桩京剧脸谱版权纠纷的联想
/ 朱小苏

时评

41 《精神卫生法(草案)》:对“被精神病”说“不” / 卢意光

专题研究

43 设立分居制度 保护妇女权益
——浅谈我国婚姻立法中设立分居制度的意义与构想 / 葛珊南

46 离婚纠纷中女性股东权益保护研究
/ 贾明军 蓝艳

49 浅析离婚时未成年子女最佳利益保障
/ 卢湾区女律师联谊会

52 上海区域女职工劳动权益保障问题探讨
/ 王彩萍

55 涉外婚姻中的女性权益保障问题及对策
/ 陆珊菁 韩璐

人文万象

乐·Life

59 乐读 / 郑志

他山之石

60 商业贿赂的达摩克利斯之剑:反海外腐败法(上) / 许建添 管敏正

微·Talk

62 鹅卵石与回音壁

随笔

63 我与“法律讲堂” / 杨波

新法速递

封三 《律师业务资料》目录 2012年第2期



近年来,上海律师在市委、市政府的领导下,在市司法局和各区(县)司法局的精心组织、积极引导下,积极履行社会责任,在参与化解维稳、参与大调解、参与法治政府的建设、参政议政、推进“法律进社区”、为特殊社会群体提供法律援助、开展法制宣传、投身公益活动等方面大展身手。为进一步强化、提升上海律师社会责任感,加强上海律师行业文化建设,2011年,在会长盛雷鸣的牵起头下上海市律师协会对上海律师履行社会责任情况作了专题调研,并由副会长周天平执笔完成了《上海律师社会责任报告》,作为律师文化建设(市律协2011年十项重要实事之一)的重要组成部分。

报告全文3.3万字,提炼了上海律师的社会责任理念,着重记载了上海律师近3年来为百姓、为社会、为国家作出的积极贡献,为加强和创新社会管理发挥的积极作用。以详尽的数据和实绩诠释了上海律师业不仅是为经济社会、法治社会发展提供法律服务的现代服务业,还是一支建设法治社会、和谐社会的重要社会力量。

上海律师积极履行社会责任,不仅使律师的社会服务功能得到了持久、充分的发挥,也树立了上海律师良好的形象,对加强和创新社会管理具有重大意义。

本刊关注

聚焦 ●文 / 上海市律师协会

上海律师社会责任报告

(节选)



一、上海律师的社会责任理念

(一) 律师的社会责任是律师作为“法律人”的人格责任。律师的职业就是指导、辅助当事人按照法律规定的准则行事,律师的指导、辅助会直接或间接影响当事人的行为及由此产生的社会后果,律师的职业行为必须对该行为及其社会后果具有社会责任感。这种社会责任无疑是所有“法律人”(包括但不限于律师、法官、检察官、警官)的人格责任。

(二) 律师的社会责任是律师的法律责任。《律师法》明确规定:律师应当维护当事人的合法权益,维护法律的正确实施,维护社会的公平和正义。这三个“维护”不仅要求律师必须对当事人负责,更要求律师在对当事人负责的同时,同样对法律、对社会负责。鉴此,是否具有社会责任感,已经成为衡量一个律师是否遵守法律的标志。

(三) 律师的社会责任是律师的道德责任。道德是由社会舆论的评判及个人的内心信念所约束的行为准则。社会舆论赞赏具有社会责任感、主持公平和正义的律师;社会舆论鄙视唯利是图、不择手段的律师。一个丧失社会责任感的律师,必将受到“道德法庭”的审判,受到社会评判的责罚。

(四) 律师的社会责任是中国律师的政治责任。中国律师是在改革开放的政策环境下,在中国特色社会主义理论的指导下,在科学发展观的学习与实践获得新生、获得发展的。中国律师必须且只有以极强的社会责任感激发出来的社会大局观和政治敏感性,投身于加强和创新社会管理,维护改革开放局面,构建和谐社会,促进经济政治、社会、科学发展,才能巩固发展中国律师的自身地位。

(五) 律师的社会责任是中国律师的历史责任。当下的中国律师同中国历史上的讼师相比,同西方国家的律师相比,一个显著的特点就是:能以普遍具有的强烈社会责任感,义务为社会提供大量创造性法律服务。这是中国特色的社会主义发展中形成的中国律师特色,既回应了转型期社会需要大量义务法律服务的社会需要,也成为当代中国律师的历史使命。

(六) 律师的社会责任是律师自身修养和素质的社

会表现。律师不仅以帮助他人计,更是为师之人。具有社会责任感的为师之人,必然会自律自己以端正的修养、优良的素质为人表率,为人楷模。

(七) 中国律师的社会责任感将造就中国律师成为构建和谐社会的特殊社会力量。律师的社会责任感关系到律师的社会形象评价,关系到律师的社会作用大小,关系到律师的社会地位高低,关系到律师的社会使命内涵,关系到律师的未来命运和前途。党的十七大报告阐述的中国特色社会主义的两个基本目标之一就是促进社会的和谐发展。上海的万余名律师在社会责任感的驱动之下,必将以其深厚的法律功底、娴熟的职业技能,参与各类社会矛盾的调处、化解,为社会的和谐稳定作出特殊的贡献。

(八) 中国律师的社会责任感将造就中国律师成为积极参政议政、建设民主政治的重要骨干力量。由人民代表大会制和政治协商制组成的中国民主政治体制在宪法理论上属于“代议制”。中国的代议制就是由人民代表作为选区人民的权利代言人;由政协委员作为社会各界别的权利代言人。从权利代言人这个层面看,律师恰恰是职业化的权利代言人。如果由具有高度社会责任感的律师群体将职业化、高素质的权利代言技能直接或间接地运用到中国的代议制中,中国的民主政治必将更加健全完善。

集合以上从不同侧面、角度对律师的社会责任的详尽诠释,一个完整系统的律师的社会责任观浑然而成,即:律师的社会责任就是以法律人的专业素养、以为人师的道德操守、以三个“维护”的特殊使命,为国家利益和民生利益,为社会和谐与社会稳定,为人类社会的历史进步和科学发展,发挥特殊积极作用的自觉意识和无私行为。

二、市委、市政府及司法机关对律师履行社会责任的积极引导

(一) 市委、市政府对律师履行社会责任的重视和引导。上海市委、市政府对加强上海律师建设,充分发挥律师作用非常重视。

2009年11月3日,俞正声书记、韩正市长会见了荣获“上海律师调解化解社会矛盾先进个人”荣誉称号

的邵曙范等 10 位律师。俞正声书记在会见中明确提出：“上海正处在改革发展关键阶段，处于社会矛盾的突显期与多发期。在处理这些社会矛盾的工作中，除了依靠必要的司法、行政手段，也需要依靠调解，通过包括律师在内的社会各方共同协商，找到化解矛盾的关键点，更有效地推动社会各类矛盾纠纷的化解。律师工作责任重大，希望广大律师坚定不移地做中国特色社会主义的建设者、捍卫者，努力为上海经济社会发展建功立业，不断增强责任感和主动性，把是否促进社会和谐稳定作为检验自身职业道德水准和执业能力的重要标准，坚持在党和政府主导的维护群众权益机制中充分发挥职能作用，积极化解矛盾纠纷，做社会和谐稳定的促进者。”

同年 11 月 18 日，俞正声书记在一份徐汇区律师的社会责任报告上批示要求：“如何在建设和谐社会、法治社会，特别是法治政府过程中更好地发挥律师作用，拟可组织力量深入研究，形成系统的意见。”

市委常委、市委政法委书记吴志明在历次政法工作和律师工作会议上也反复强调：上海律师是讲政治的，上海律师已成为上海和谐社会建设的一支重要力量。在当前社会矛盾突显时期，需要广大律师发挥专业优势，积极参与调解化解矛盾纠纷，应该在信访终结过程中引入律师，进行评审，提出意见。律师作为“第三方”，可以做到“旁观者清”，为政府提供一个实实在在的报告。为了从源头上化解矛盾纠纷，需要建立一个全市的大调解体系，上海律师在参与群体矛盾化解和大调解体系中大有可为，要不断鼓励律师参与社会管理创新。

在市领导的重视关心下，上海市委办公厅、市政府办公厅先后联合发布了《关于进一步发挥律师在法治政府、法治社会建设中重要作用的若干意见》和《关于引进律师参与市领导调研信访突出矛盾的工作方案》，进一步明确了上海律师参与建设法治政府和法治社会、参与信访及化解突出矛盾的工作目标。

上海市人大常委会法工委还建立了两项上海地方立法、修法听取律师协会意见的长效机制：一是在律协召开座谈会听取律师对上海拟立或修订法规的修改意见，二是函请律协对上海拟立或修订的法规提供书面修改意见。上海市政府法制办与市律师协会也签署了《关于本市政府立法过程中听取市律师协会意见工作备忘录》。建立完善了上海律师参与地方立法、修法和地方规章制定、修订的制度。

(二) 司法行政机关对律师履行社会责任的引导和组织。在市司法局的部署下，上海各区（县）司法局通过树立一大批积极履行社会责任的优秀律师为示范榜样；通过定期和不定期的区律师代表团会议、区政府法律顾问团座谈会、“法律进社区”推进会、担任区人大代表和

区政协委员的律师参政议政务虚会、青年律师强化培训班、法律援助先进集体和个人表彰会、“律师之家”沙龙等活动为动员方式；通过日常的、细致的、贴切的对律师事务所的走访、服务、支持为凝聚力，大面积地激励了上海律师的社会责任感，并形成了上海律师以参加社会服务、促进社会和谐为荣的行业文化氛围。

各区（县）司法局还通过四级法律顾问长效机制的设立；通过数以百计多渠道、多层面的常设性法律援助、义务法律咨询窗口的设置；通过参政、议政、督政席位的积极争取，为具有社会责任感、具有社会服务积极性的上海律师搭建了为区政府及其各部门、为社区及其各居委、为社会团体和特殊群体的和谐稳定与民生利益提供义务法律服务的网格化平台，为上海律师全面发挥社会服务功能创造了用武之地，为依法治市、依法行政提供了专业力量的保障。

三、上海律师积极履行社会责任的实绩和典型事例

(一) 上海律师积极参与化解维稳。据统计，面对社会矛盾的突显、多发期，上海有 3500 多名资深律师义不容辞、临危受命、迎难而上，以中立第三方的独特身份，以弄得清事实、分得清事理、找得准法理、抓得住心理、讲得通道理的专业优势，以亲力亲为、任劳任怨、百折不挠的精神作风，3 年来成功化解了近 5000 件历史遗留的和突发的疑难复杂矛盾以及群体性冲突纠纷，维护了群众的根本权益，维护了法律的权威尊严，维护了社会的公平正义，并为加强和创新社会管理积累了宝贵经验。

(二) 上海律师积极参与大调解。在 2006 年 11 月召开的全国政法工作会议上，明确了以人民调解为基础，加强行政调解和司法调解，三种调解手段相互衔接配合的大调解工作体系。为配合这一加强和创新社会管理的布局，上海有 4000 余名律师在业余时间投身于大调解体系中的法院诉调中心、街镇社区调解中心、居（村）委调解工作室以及劳动纠纷、动拆迁纠纷、交通事故纠纷、医疗纠纷等专业性人民调解平台，大大充实了调解员数量，大大提高了调解员素质，大大推广了“三会一代理”即（听证会、协调会、调解会和群众代理）制度，为将矛盾化解在萌芽状态、化解在基层作出了非凡的努力。

(三) 上海律师积极参与法治政府的建设。目前，上海已有 2000 余名优秀律师义务成为市政府、各区（县）政府、各委办局、各街镇社区、各居（村）委的法律顾问，并为参加信访接待的市、区各级领导提供了一对一的专人配置，为实施化解信访积案包案制度的各区（县）四套班子领导提供了一对一的专人配置，为政府应急处理社



会突发事件和公共危机管理上的复杂善后事宜提供了律师志愿团、服务团的配置。

(四) 上海律师积极参政、议政。上海律师中现任市、区人大代表、政协委员已经超过 150 人。他们在积极履职中,因提交议案、提案的数量和质量出众而被誉为“金牌代表”、“金牌委员”、“履职积极分子”。不仅如此,上海还有不少律师也通过时应事向领导建言献策,重大事项、重大活动、重大项目的专题研讨成果等各种形式投“智”于直接或间接的参政、议政活动。

(五) 上海律师积极推进“法律进社区”。近年来,上海已有 400 余家律师事务所无一遗漏地与所有街镇社区结对,3000 余名律师与居(村)委结对。大批量的律师义务奉献,带着法律进社区、进居(村)委,在上海实现了法律进社区的全覆盖,徐汇、黄浦、卢湾、静安、普陀等中心城区均实现了法律进居(村)委的全覆盖。在“法律进社区”的服务平台上,上海律师以街道常设的窗口服务、小区的双休日定时服务、“夜门诊”形式的定点服务、不定时巡回服务以及社区群众普遍关心的“老人维权”、《婚姻法》、《继承法》、《劳动法》等热点服务,平均每年为社区百姓义务咨询数十万人次。上海律师带着“法律进社区”的长效机制,进而又催生了法律进小区、进校园、进工地、进农村、进军营、进外来人员集聚地、进监所等活动,取得了法律渗入全社会的“蝴蝶效应”。

(六) 上海律师积极为受国家保护的特殊社会群体提供法律援助。近 3 年中,上海律师不仅为低收入、经济困难的市民办理了 2.5 万多件法律援助案件,还在覆盖各街镇司法信访窗口及居委的上千个法律援助联络点上,义务提供了数十万人次的法律咨询服务,并通过女律师志愿团、残联法律服务团、侨联法律服务团、老干部法律服务团、职工维权志愿团、青年律师志愿团等各种义务服务平台,为受国家保护的特殊社会群体提供了法律援助服务。

(七) 上海律师积极开展法制宣传。上海律师正在成为上海全民普法、宣讲新法的主力讲师。他们带着普法的社会责任使命,在承办业务之余、在精心备课之后,活跃在各级政府、各个社区、各种团体、各家单位和电视、电台、网站的法制讲台上。

(八) 上海律师积极投身公益活动。以“忠诚、为民、公正、廉洁”为核心价值观,具有高度社会责任感的万余名上海律师,不仅义务为加强和创新社会管理发挥了积极作用,还以不同方式、不同程度地为社会公益事

业作出奉献,充分展示了上海律师行业群体的整体精神风貌。汶川大地震,上海律师界在一周时间内共捐款 840 余万元;玉树地震,上海律师界也捐款逾百万元。

四、律师履行社会责任的社会积极意义

上海律师积极履行社会责任的举措,使律师的社会服务功能得到了长效、持久、充分的发挥,对加强和创新社会管理具有重大意义。

(一) 加强和创新了全民普法和守法的社会管理机制。在各社区,进而延伸至各小区的大面积、全覆盖的各种形式的义务法律咨询,使地区性普法工作从原来地毯式的平面普及走向高密度点状的、有针对性的深入化普及,使社区公民的守法水平因法律服务的及时到位而得到提升;使大量家庭矛盾、邻里矛盾和其他纠纷争议在萌芽状态得到缓解或及时转入正常调处程序。

(二) 加强和创新了政府依法行政的社会管理机制。区政府及其各部门、各社区、各小区四级法律顾问制度的常规化、长效化,使基层政权依法行政的执政能力和行政执法的执法水平得到了持久有效的专业辅助和专业督促。

(三) 加强和创新了化解群体矛盾、维护社会稳定的社会管理机制。司法局搭建的网格化义务法律服务平台,保证了律师的专业服务能第一时间到位,对区域内突发性社会事件、群体性矛盾能及时缓解冲突,进而跟踪疏导,最终正确解决,并由此形成律师在化解社会矛盾、维护社会稳定中的专业服务机制。

(四) 加强和创新了人民调解、促进和谐的社会管理机制。随着社区街道的司法所改由司法局垂直领导,律师履行社会责任、促进社会和谐的社会服务功能将产生更为积极的叠加效应,这包括有机会将律师的社会服务功能进一步引伸到社区的人民调解工作等各项基层司法行政职能中。●



在今年1月刚刚召开的上海“两会”中,律师代表和委员都有所“扩容”。据统计,目前上海律师各级人大代表和政协委员已经超过150人,比上届的118位增加了约28%,其中人大代表人数为45位,增长了23%;政协委员人数超过107位,增长了约31%。“扩容”的不仅仅是人数,更是有质量的议案、提案的数量。据不完全统计,刚刚结束的市人大、市政协会议上,其中仅22位律师代表和律师委员就已经分别提出了议案、提案达68件,代表及委员们在“两会”期间频频亮相于专题会、报纸及视频媒体,就社会建设、民生问题等发表真知灼见。

聚焦 ●文/宋宁华 包 蹇

人在会场内 心怀民生情

——上海律师代表、委员参加2012年本市“两会”侧记



在不久前结束的2012年上海“两会”期间,一批律师代表和委员以自己高度的政治敏感、深厚的专业素养、热忱的民生情怀,积极建言献策。他们的话题也往往是国计民生中人们最关心的热点话题,或涉及司法公正的“国计”、或涉及公交、保险、道路等民生话题,钱翊樑等代表和朱树英等委员是“两会”中的议案、提案“大户”,有的代表1人就提出近十几条议案,议案内容涵盖未成年人犯罪等各个层面。在会议间歇,市人大代表厉明律师还走出会场,来到马路摊贩身边,与流动摊贩“对话”,倾听他们的心声,寻找破解乱设摊难的良策;市政协委员游闽键律师来到火车票售票处,和老百姓一起体验“买票难”。他们的行动、身影让老百姓们切实感到,“两会”代表、委员的确心系百姓、心忧百姓。

面对“四个敬畏”代表感同身受

上海市第十三届人民代表大会第五次会议上,韩正市长代表上海市人民政府,向大会作政府工作报告。他强调,“我们要常怀敬畏之心,敬畏法律、敬畏组织、敬畏人民、敬畏舆论。每一位政府工作人员都要把人民放在心中最高位置。”

对于市长的“四个敬畏”,律师代表们同样感同身受。市人大代表朱洪超律师在人代会上表示,韩正市长强调的上述“四个敬畏”,是对政府公职人员提出的行为准则,颇有新意。其中,敬畏法律又位于“四个敬畏”之首,凸显执政党对法治的重视程度。要理解敬畏法律,首要问题是“为何要敬畏法律”及“如何敬畏法律”。

随着上海围绕建设“四个中心”的国家战略,法律在经济活动中的地位日益显现,它贯穿于市场主体、市场准入、资源配置、市场规则等各领域,而法律的有效实施取决于全社会公民的守法行为,如民众皆有敬畏法律之心,则必定按照市场规则诚信行事、合法履约,如此将

大幅减少违约行为、降低交易成本、提高市场效率;如官员存有敬畏法律之心,则必定依法监管市场,保持政令稳定,杜绝朝令夕改,提高服务效率,如此,对培育经济发展的软环境及推动经济发展的作用是不言而喻的。

同时,法治社会的构建,必须有足够的社会公众敬畏法律、信仰法律,并将法律视为全社会公认的最高准则,否则法律就会丧失稳定性和权威,犹如一纸空文。正如亚里士多德所讲:“邦国虽有良法,要是人民不能全部遵循,仍然不能法治。”

身负代表重任 积极建言献策

也正是出于对法律的“敬畏之心”,律师代表们身负重任,为推动法治进步在人代会上大声疾呼、积极建言。

市人大代表钱丽萍律师在人代会上提交议案,对涉及到几乎所有劳动者的《劳动合同法》提出修改意见。认为部分条款与上位法抵触矛盾,需增补部分条款与上位法保持一致。还有些条款在执行中仍有分歧需统一。为了切实维护劳动者的利益,她还建议上海市人大将已经陆续制定的《上海市集体合同条例》、《上海市职工代表大会条例》和上海市先后修改的《上海市企业职工最低工资规定》、《上海市实施〈劳动保障监察条例〉若干规定》等完善劳动合同制度的配套性法律文件,一并纳入本市劳动合同条例的调整修改范围,增强地方性法规的统筹性、一致性、实用性,让劳动者拥有更有力的“维权武器”。

“两会”召开时正是春节前夕,针对屡禁不止的农民工被欠薪现象,市人大代表金缨律师提交了关于“欠薪保障金”的法律属性和规范管理的建议。她建议对“欠薪保障金”的法律属性和法律地位进行必要的规范,提升该规章的等级,以合法的形式来实施。另外,鉴于该“欠薪保障金”的收缴已经历时十几年,其中的收取情况、使用情况、垫付追偿和剩余资金管理等均应向

缴纳企业予以合理的公布,并作为政府所收取的公共性资金,向市人大公开,列入每年的预算报告中让代表予以审议。让“欠薪保障金”的“威力”真正发挥,并在阳光下“晒”出来。

了解百姓需求 心系民生大事

会场内,代表们热议话题众多,大都直接事关民生。在节奏紧凑的会议间隙,不少代表们还走出会场,体察民情,了解社会基层百姓的需求。

在人大代表们的议案、书面意见中,这样的“民生情怀”更是集中凸显。笔者大致统计,在本届律师提交的议案、书面意见中,八成以上与民生问题直接相关,而且往往是当前比较突出、亟需解决的问题。

市人大代表刘正东律师通过深入调研,提出《加大对租赁住房特别是售后公租房租赁管理力度的建议》,直指房屋出租市场中的“乱相”,包括群租以及利用租赁住房从事“快递业务中转”、“盒饭”生产、“桶装水”生产等活动,不仅严重干扰了居民的正常生活,而且使相邻居民,乃至小区居民产生了严重的不安全感。为此,他建议开展一次针对租赁住房特别是售后公租房居住小区房屋租赁行为的全面检查、摸底行为;公安部门结合实有人口、实有房屋的管理,充分发挥居民委员会、户籍警的作用,加大对租赁住房特别是“群租”行为的治安管理,消防管理和租赁住房租赁当事人的居住登记力度;工商行政、卫生、质检、食品药品监督、税务等行政管理部门加大对利用租赁住房从事无证无照经营特别是“盒饭”、“桶装水”经营行为的执法检查力度,消除食品卫生安全的隐患等,防患于未然。

“车子跳,上海到!已极大影响了上海的形象。”律师代表们发现问题,往往敢于在人代会上直言不讳。市人大代表钱翊

樑律师在市人代会上提交书面意见,强调要重视郊环路况。他认为,上海的郊环线(A30高速公路)的路况之差,已经到了刻不容缓需要整改的地步,这不仅与上海“四个中心”的建设格局格格不入,而且给行车安全造成极大隐患,应当尽快解决!他建议可以公开举行听证会,让企业在听证会上陈述理由,由与会的专家、评估师、会计师、律师等作评判,甚至可以在网上公开,让全社会来评判,相信应该能得出一个合理的结论。

在观看了正在热映的《金陵十三钗》后,市人大代表厉明律师表示,长期关注电影行业的他正思索着另一个问题,这部电影中一些杀戮、强暴的画面非常逼真,对于未成年人显然不宜,成年人也可能会引起不适。但我国电影没有分级制度,孩子们可能贸然就进了影院……是否可以先有提示制度——类似电影标注“不适合青少年观看”?为了更好地保护青少年,厉明代表建议上海市应尽快设立相应的公益性组织,或在现有青少年教育保护、妇女儿童保护等公益性组织中增设功能,专门审查电影(电视剧),为广大青少年提供健康向上的影视作品。这些公益性组织应当会同本市电影院(院线)和电视频道(电视台),或者通过对电影院和电视频道提供指导,全面建立不适影片(电视剧)的提示机制,尤其针对青少年提供不适建议,切实保护青少年的身心健康。

立足自身行业 服务法治社会

在2012年上海市政协十一届五次会议上,律师界委员们同样怀着强烈的政治诉求和社会责任,积极参政议政,认真履行职能,他们是会场上一道独特而靓丽的风景……

站在行业的角度,律师委员们对于自身行业发展的关切发自肺腑,多有独到角度,更为行业深谋远虑,他们的提案也往往会关注自身行业所涉及的问题。



市人大代表厉明律师与卖围巾、袜子的女摊主交谈(《新民晚报》陈正宝摄)

今年林莉华律师就在市政协会议上提出提案,要求关注规范公民代理诉讼的行为。“有偿公民代理人良莠不齐,大多数人法律素养低,道德水准也不高。这些人的出现严重扰乱了正常的审判和法律服务市场秩序,一定程度上损害了当事人的合法权益。”

静安区政协委员王小咪律师提案建议,律师应全面提前介入浦东动拆迁工作,这既有助于拆迁工作的规范进行,也为律师拓展了业务渠道。普陀区政协委员周朝华律师则提案建议,进一步发挥政府法律顾问团的作用。

特别值得一提的是,在市政协的网站上有个著名的栏目——“委员在线法律咨询”,这是以市政协的律师委员为主开办的社会服务栏目,开办两年来越来越受到社会各界的好评。市政协的11名律师委员,每人每月一次担纲网上在线咨询员,从婚姻家庭、合同、知识产权、消费者权益及侵权责任等涉及民生的各类法律问题,为网民提供法律咨询服务。每次在线律师都会回答100多个提问。

委员联名呼吁 重视百年机遇

2012年,正值中国律师制度建立100周年,黄绮、游闽键、胡光等8名上海律师界政协委员心情激荡,他们联名提案,希望能够借律师制度百年纪念之机,让全社会看到律师制度对法治进程的意义。

“律师制度本身就是法治社会的有力见证。”黄绮委员说,追溯起来,中国的律师制度清末就存在,100年前,在辛亥革命的推动下,北洋政府于1912年9月16日公布了《律师暂行章程》,标志着律师制度的诞生。伴随着对共和制度的向往,律师制度的出现废除了封建法律工作由官员担任的传统体制,迈出了追求司法独立和公平的重要步伐。

回顾历史、感慨万千,展望未来、重任在肩。联名提案的8名律师委员认为,法制健全时期,律师制度得以健康发展;封建专制盛行时期,律师制度发展完全停滞。中国律师制度走过的100年,充分说明律师制度是社会民主与法制的成果,也是社会法治文明程度的证明。我们今天确定依法治国方略,弘扬社会主义法治文化,律师制度这一法治文明的产物一定要被重视,要使之健全完善。

建立和谐社会,要用法制为中国经济建设保驾护航,政府到民众都应建立法治理念。要充分借助律师制度建立百年这一契机,“认真总结,郑重纪念这一民主制度,可以让人们更深入地思考理解法治的含义。”

8名律师委员建议,政府相关部门要对“律师制度百年”以学术研讨、法治论坛、影视传播等形式;通过电台、电视、纸媒、网络等各种途径发起一段时间的集中纪

念活动,扩大纪念的影响力和辐射效果,宣传律师制度,弘扬民主法治。

在市政协专题会上,黄绮委员还借此提案内容作了专题口头发言,呼吁市领导重视这个百年机遇,弘扬法治文化,推进法治建设。

聚焦治市方略 主动参政议政

在上海政协,多名律师委员有“金牌委员”之称,他们在参政议政活动中,因提交提案的数量和质量出众而被誉为“金牌委员”、“履职积极分子”。每一年他们都带来优秀的提案,提案建言认真执着,积极推动问题解决。

朱树英律师就是其中的突出代表之一,担任政协委员10年来,他共计递交提案60件。最近,他刚获得市政协2011优秀提案奖。朱树英委员的提案多从自身研究的建设领域出发,往往一出手就是系列提案,对问题做最详尽分析和全面解答。前两年,他提案建议重大建设项目应有律师提供专业服务;去年,针对“11·15”火灾之殇,他递交了6份提案,全面系统反思城市相关管理。

朱树英委员曾经在大型建筑企业工作28年,承办过大量建筑领域的案件。去年12月,朱树英看到一则新闻,上海市茅台路600弄28号602室的阳台突然断裂,一名老人跌落死亡。为此,朱树英撰写了《建议推行存量房屋主体结构“定期体检”制度》的提案,建议定期对尚在使用年限内的房屋作检测鉴定。“房屋就像日用品,也会有折旧损耗。上海存量房屋的数目特别大,房屋的健康问题很重要。”

2009年,政协委员吕红兵律师曾提交《关于打造国际并购服务中心,进一步夯实上海国际金融中心基础建设》的提案,得到上海市金融服务办公室的回应和认同。今年上海“两会”期间,在上海国际金融中心建设进一步加快的情况下,吕红兵委员再次提案建议进一步推进上海国际并购中心建设。“上海国际并购中心首先应当是一个并购信息及数据中心,形成一种‘天下并购,先看上海’的势态……”

保护个人信息立法,上海能不能借鉴其他省市,补上这个短板?政协委员胡光律师举例说:“兄弟省市江苏的《信息化条例》去年10月通过,都已经明确‘任何单位和个人不得非法披露所采集的信息,不得将获取的公民、法人和其他组织的信息出售或者以其他方式非法提供他人,不得以窃取、购买等方式非法获取上述信息’;深圳市个人信息保护立法也于2010年启动,如今已经完成调研并提交深圳市人大常委会审议。”胡光委员提案建议,上海也应尽快完成个人信息保护的地方性立法,从最大程度上以公权力保护公民的个人信息。●

聚焦 ●文/王凤梅 周柏伊

团结一心谋创新发展 大爱无疆塑上海品牌

——上海巾帼律师风采实录



上海市第八届女律师联谊会第一次会员大会隆重召开

 她们，职业套装、精致妆容、才思敏捷、能言善辩，浑身上下透露着两个字：“干练”。她们，游弋于感性与理性之间，行走于是非与黑白的边锋，既对抗强敌，亦能关爱弱小。她们的身份是女律师！

上海目前有近 4000 名女律师，以上海律协女律师联谊会（以下简称联谊会）为根据地，彰显了巾帼力量与风采，写就了不同凡响的成绩，在推动上海法治化进程中做出了重要的贡献。她们还走出上海，在全国各地留下了美丽的脚印，塑造并提升了上海女律师的品牌形象。

时值“三八”国际妇女节来临之际，让我们再次向这些美丽可爱的女性致敬！

分层活动传递“家的温暖”

目前，本市的女律师不仅在人数上倍增，而且呈现出年轻化、高文化素质和执业水平日益提高的发展趋势。为了领导好这支队伍，联谊会下了不少功夫。

去年 4 月 28 日，联谊会换届选举大会暨第八届女律师联谊会第一次会员大会在上海市第二中级人民法院隆重举行，全市 400 多名女律师参加了会议。会议审议通过了第七届女律师联谊会换届工作报告、章程修正案，并选举产生了第八届新当选理事，由理事酝酿产生了第八届女律师联谊会新的领导班子，班子成员们乐于奉献、成绩突出，均在女律师中负有一定的声望。

新一届理事会成立后，制定了本届理事会的三年工作规划，拟定了大型活动及常态活动的计划，研讨了开展活动的形式。着重在组织结构、分工协作上进行了规划和部署，成立了宣传与交流部，组织、信息与评选部，业务提高与发展部，生活福利与青年律师工作部和专项工作部等 5 个工作部门，将 18 个区县划分为 5 个区域，分别由 5 位副会长负责，由 5 位副秘书长协助工作。由会长全面负责，秘书长协助会长工作。除此，还制定了联

谊会 2011 年度各项活动计划，以及各部门工作流程。

为了让集体的关爱和温暖辐射到每一位女律师，使女律师更好地拓展业务、多层次为女律师提供交流平台，联谊会按照不同的年龄结构，有创意地分组开展了“女律师执业、展业、拓业”交流与研讨活动。

2011 年 1 月 22 日，联谊会经过精心策划以别开生面的形式，隆重而欢快地举办了主题为“2010 年我最快乐的一件事”的女律师迎新春交流活动。邀请了部分女主任、女理事和 30 位入围优秀女律师候选人等近 70 人出席。整个活动形式新颖活泼，气氛温馨热烈，使女律师们在挥别一年繁忙的工作之时，交流互动，共话友谊，身心得到了极大的放松，缓解了压力。

同年 8 月 29 日，联谊会在华山路一处充满浓郁老上海情调的公馆内，举办了以执业展业为主题的沙龙活动。十余位中青年女律师就业务开展、执业历程、求学经历、生活感悟等进行了深入交流。

9 月 14 日下午，联谊会举办了一次别开生面的内容为“50、60 对 70、80 头脑风暴”——关于《婚姻法》司法解释（三）专题研讨会。与会律师围绕出台《婚姻法》司法解释（三）产生的社会效果及具体条款展开了热议。会场发言踊跃，女律师争先恐后地结合自己的业务实践畅所欲言。

9 月 28 日，卢湾区女律师在假座一雅致的咖啡厅内，以执业感悟为主题开展了交流和讨论。

12 月 7 日，联谊会召集了部分老律师进行了执业经验的交流和分享。

片区和分组研讨会各有特色，不仅拉近了女律师与联谊会的距离，也带动了全市女律师的共同进步，女律师们也浓浓地感受到了来自大家庭的关心与温暖。

无私奉献投身公益事业

多年来，上海女律师始终秉承着奉献、友爱、互助、进步的精神，与人为善、不求回报地付出，赢得了社会各



举行“50、60对70、80头脑风暴”——关于《婚姻法》司法解释(三)的专题研讨会



女律师联谊会会长等拜访市妇联并与妇联主席合影

界的一致好评。她们积极关爱弱势群体,关注老年维权,心系四方灾区。

法学家江平说:“律师兴、法治兴,法治兴、国家兴”。在转型中的中国,在“全民公益”的时代,越来越多的律师投身公益,上海女律师也毫不落后。

2010年8月,联谊会副会长裘索律师远赴位于云南省中越边境的绿春县进行了一系列的考察工作,在该县牛孔乡纳卡地区捐资建造希望小学。去年9月,纳卡希望小学正式落成。

纳卡希望小学的前身是纳卡小学,始建于1952年,该小学位于两座大山之间,山高坡陡交通崎岖险恶,许多学生要步行三、四个小时才能到达学校,全校有184名学生寄宿住读。学校原有的教学楼早已远远不能满足教学的需要,很多学龄儿童面临着失学的困境,严重阻碍了教学的有序开展。由于该地区经济发展滞后,政府缺乏资金,学生们的就学环境始终得不到有效改善,裘索的捐资可谓雪中送炭。

当裘索律师为云南的孩子送去希望的时候,陈莉律师就在毗邻的广西省,为当地人们提供法律援助服务。作为司法部等几部门联合组织的“1+1”中国法律援助志愿者行动的律师志愿者之一,陈莉律师于2010年7月到达被援助地广西壮族自治区贺州市平桂管理区,并在积极克服语言、交通、饮食等困难之后,迅速地适应工作环境,进入工作角色。

陈莉律师被安排在平桂管理区法律援助中心开展工作。因该区法律援助中心之前没有专职律师及法律工作者,该中心的主任也非法律工作者,所以她到达后即展开了与法律援助有关的一切办案职责,包括接受咨询解答、代写法律文书、接受刑事辩护、民事代理等。

她受理的法律援助案件已达28件,结案27件,其中刑事法律援助案件11件,调解案件15件,刑事附带民事案件1件,办理重大案件、群体性案件3件,值班接待来访咨询近百人次,有力地促进了当地法律援助事业的发展。

同样参与着“1+1”中国法律援助行动的袁明华律师则是去了青海省格尔木市。一年来,她累计接听12348法律咨询热线及办公室咨询电话近百人次,接待来访咨询167人次,组织纠纷双方调解8次,并将咨询中比较集中的农村土地承包方面的法律知识打印发放给咨询人,并代书相关文书;多次参加道路交通事故调解、人民调解非诉案件,为法律援助申请人办理法律援助手续,告知法律援助申请的材料、程序并对材料初审后报主管领导批准后,指派律师办理法律援助案件数十件,其中

自己代理法律援助诉讼案件5件,为受援人挽回经济损失15万余元。

百分百出勤打造“上海名牌”

上海女律师有个响亮的品牌:巾帼律师志愿团。作为市妇联的一个免费法律服务窗口,志愿团的律师们自2009年3月组成以来,共接待约8000人次,通过对来访者的耐心开导、热心帮助,女律师们化解了诸多社会矛盾,也树立了良好的社会形象。

近3年来,志愿团每周一至周五都有两名女律师在市妇联值班,至今一直保持着100%的出勤率。完美的出勤率是和上海女律师中口碑极佳的陈东风律师分不开的,她在市妇联法律援助中心的免费咨询工作已经做了10年以上,从2000年成立伊始,陈东风律师就已经活跃在咨询律师的队伍中。她就像一名救火队员,一旦咨询者太多、或者哪位值班律师迟到,她立马会出现在咨询现场。她还是志愿团与市妇联的联络人,常年骑着自行车往来于律协、事务所与市妇联。

在这个团体中还涌现出不少感人的事例:

周素珍律师老父亲病危,她主动与其他志愿者调换值班,父亲去世料理完后事,她又有求必应,多次顶替值班。

王彩萍律师的哥哥病重呈植物人状态,她几乎天天在医院陪护,在排班到她轮值的时间,她事前联系其他亲属到医院陪护,自己准时到岗。

董颖律师有段时间身体不好,但她不吭声,坚持参加值班;杜美娟律师是最给力的顶班人,其他志愿者有事,只要求助她,她总是义不容辞乐于相助。更让人感动的是,她主动请缨要求在春节放假前最后一个工作日安排值班,让其他志愿者放心回家,准备过年。把方便让给别人,把困难留给自己。

黄璐律师每次参加接待咨询都倾心投入,甚至加班加点忘记了下班时间;张蕾蕾律师以前曾是医院精神科医生,她运用医学知识,对来访者进行心理疏导,使当事人满意而归。

有一位女党员律师,因为癌症化疗,头发脱落的厉害。但当听说巾帼律师团要在徐家汇公园做公益活动,她二话不说,戴上假发套,准时出席在咨询现场,为老百姓排忧解难。

志愿团原有成员118名,去年8月起通过“东方律师”网向全市女律师进行了公开招募,经过考察和筛选,人数现已达到180余人。她们将一如既往,用真心让百



巾帼志愿团律师为群众释疑解惑



资深执业女律师聚会畅谈执业感悟



参加上海市维护妇女合法权益研讨会

她们感受女律师的智慧和专业,用努力为建设法治社会的大厦添砖加瓦。

关爱塑造“律政佳人”

律师行业是能力和智慧的竞技场,律师在执业过程中,精神经常处于高度紧张状态,女律师还要承担家庭和事业的双重压力。于是,联谊会定期组织女律师开展放松身心的联谊活动,增加女律师之间的互相交流,帮助女律师释放压力。

为庆祝建党90周年,联谊会于去年6月举行了“巾帼担责任、柔情化纠纷——巾帼志愿团经验交流会”。上海市妇联权益部副部长陆荣根与来自全市的50多名女律师进行了亲切的交流,并对新一届女律师联谊会及巾帼志愿团寄予了深切厚望;巾帼志愿团的4位女律师积极交流发言,畅谈了自己在志愿团开展维权工作的感受及经验,获得了与会者的强烈呼应和热烈掌声;华东政法大学副教授许莉就《婚姻法》司法解释(三)出台的背景及法律问题进行了讲解,使与会女律师受益匪浅。

2011年7月15日,女律师“自我提升”系列沙龙举办了第一次活动:“越压越有力”——压力的分析与课程,邀请台湾“张怡筠情商工作室”知名心理课程讲师梁冰女士担任嘉宾。

在沙龙活动中,梁冰老师利用自测表、分析图表、视频等多种方式为女律师们深刻剖析压力的来源、压力的不同类型、压力人格特质分析和压力解决的不同个体方案,并进一步就化解身体压力的小方法、面临负面事件转变思维模式以及建立健康生活方式等有趣、有益的话题与女律师们展开讨论。

同年11月23日,联谊会邀请著名的亲子关系教育专家为女律师解析有关亲子关系和由亲子关系映射于自身的种种困惑。

联谊会还对对整数生日的女律师根据其生肖设计生动活泼、励志温馨的贺卡、贺礼,以表联谊会的关爱之意,也让联谊会的凝聚力得到了进一步的提升。

为激励和带动全体女律师不断提高业务素质 and 职业道德水平,树立女律师的良好社会形象,推出优秀新人,联谊会组织开展了第四届优秀女律师评选活动。经过几轮评比,葛珊珊等20位女律师获得“上海市第四届优秀女律师”的光荣称号,10名女律师获得提名奖。

在市律协第四届上海市优秀青年律师评选中,徐珊珊、韩璐、孙彬彬、蒋宏等4名女律师被评为市优秀青年律师,周兰萍律师获提名奖。

在上海市优秀律师评选中,联谊会会长黄绮,副会长丁

伟晓、裘索荣获优秀律师称号,其中黄绮律师还荣获本市“东方大律师”的光荣称号。目前,她们3人已在全国优秀律师评选中被评为“全国优秀律师”,这是历年来本市女律师获此荣誉人数最多的一年。

积极参与建言献策

目前,在市区两级人大及政协中担任人大代表和政协委员的女律师近20名。她们运用自己的法律特长和广泛接触人民群众的职业优势,活跃在参政议政的领域,传达着社情民意,并对各项社会公共事务实施有效监督,成为党和政府密切联系群众的重要纽带和桥梁。

联谊会会长黄绮律师是市政协常委,每年“两会”期间她都会对律师执业中存在的问题、职工维权、未成年人权益保护以及其他涉及民生的问题提出提案。而作为市政协社法委副主任,黄绮律师已成为社法委提出提案数量最多的一个委员,市政协特将她的履职事例编入《履职百例》一书中介绍给大家。

联谊会前会长钱丽萍和现任副会长金纓都是市人大代表,每年在“两会”中都从立法、民生等角度提出议案。今年“两会”中,钱丽萍的议案中有:关于修改《上海市劳动合同条例》的议案、关于从速制定商业特许经营等上海地方立法的议案等;金纓的议案中有:关于“欠薪保障金”的法律属性和规范管理的建议、关于建设保障性住房应当进行合理规划的建议、关于延长企业女职工的退休年龄以缓解养老金支付压力的建议等。

活跃在市政协舞台上的还有林丽华和安翊青。作为律师委员,她们不但每年积极提案及建言献策,而且还和其他市政协律师委员一起积极参加市政协每月一次的“委员在线法律咨询服务”,以专业的知识、委员的身份为广大网民提供法律服务,受到市政协领导的充分肯定。

在刚刚换届的上海区县“两会”上,联谊会秘书长谭芳、副秘书长岳雪飞以及前秘书长王小咪等都被推荐为区政协委员,女律师中参政议政的人数有了大幅度的增加。这些参政议政的女律师都在积极认真地履职,为民生、为行业发展、为民主法治建设、为妇女儿童权益保护以及上海的社会建设建言献策。

“上海女律师已近4000名,联谊会的工作任重道远。今后,我们将继续以旺盛的工作热情,饱满的精神斗志,踏实的工作作风,在市妇联、市律协的领导下,为全市女律师的工作和生活提供支持,并动员、团结全市女律师投身法律服务,为促进法治建设、社会和谐而努力。”联谊会会长黄绮饱含深情地如是说。●

聚焦 ●文/吕 轩

针锋相对善思维 明辩是非定取舍

——2011 上海律师辩论赛半决赛纪实



2011 上海律师辩论赛于去年 10 月开锣以来,一直受到业内外的热切关注。2012 新年伊始,半决赛即于 2 月 11 日下午在华东政法大学(长宁校区)联谊楼拉开了帷幕。

半决赛共分为两场进行。参加比赛的分别是 3 支复赛晋级队伍:黄浦卢湾队、浦东 2 队、闵行弘闵队以及由复活辩手组成的复活选手联队。比赛吸引了 400 余名律师同行前来观战。

开赛前,上海律师协会会长盛雷鸣在致辞中向给予大赛支持和关心的各方表示感谢,并希望上海律师以这次辩论大赛为契机,进一步总结经验,加强学习,提高能力,诚信执业,奉献社会。

半决赛首场辩题涉及“食品安全问题的形成原因”,双方选手们就食品安全问题主要是法律监管不力所致,还是道德沦丧所致展开攻防。第二场辩题则围绕为好心人免责立法究竟是利大于弊还是弊大于利展开。在轰动全国、引起广泛热议的“南京彭宇案”、“小悦悦案”的事件背景之下,律师们麻辣犀利的言辞,如长矛直戳社会要害,发人深思。

“拿什么拯救你——深陷危机的食品行业”

中华美食享誉全球,今天,你可以在世界上任何一座城市里找到中餐馆的招牌,只要有华人的地方就有中餐馆,只要有中餐馆的地方就有中华美食。然而,近期不断曝光的食品安全事件震惊海内外。为什么不安全的食品总是一路绿灯端上我们的餐桌?为什么原材料出自内

地而销往海外的食品中,难觅瘦肉精、地沟油、黄曲霉素等?

正方浦东 2 队一辩开陈铺叙,直言:“我国食品行业测评标准落后、混乱,预警缺失,监管部门职责不清、处罚力度明显不足。”并从法律的角度切入,亮明观点:食品安全问题主要是法律监管不力所致。而反方黄浦卢湾队则紧紧抓住食品安全问题人为因素是关键,如生产者投入低成本而追求高收益,利欲熏心、贪得无厌,漠视消费者生命健康,直指食品安全问题是生产者道德沦丧所致。

一轮交锋过后,当在座的观众也逐渐陷入各自对辩题的价值判断时,正方又掀起了新一轮激辩,这一次更是情绪激昂的针锋相对:“日本核辐射鱼冲出亚洲走向世界了,是监管不力所致还是道德沦丧?”而反方也毫不示弱:“一个丈夫出轨是花心,一百个丈夫出轨难道也是妻子监管不力了吗?!”一个诙谐、巧妙的反问立刻收获了现场观众的笑声。紧接着,反方对正方漏洞快速反应,反问道:“为什么在同样监管不力的状况下,还是有很多企业遵纪守法呢?”如此一来,原本就剑拔弩张的正反双方,在攻辩提问环节毫不留情的反击,使在场的所有人都紧张得屏气敛息,思想高度集中,生怕错过了关键的信息。辩论赛走到此刻,还鲜有这般火药味十足、骇心动目的场面。

双方的辩论无不闪现智慧的灵光,这不是仅具备法学理论知识、熟悉法条就能达到的。对弈中坚持的观点、阐释的论据、引用的实例,这些都透露出当下青年律师关心社会热点、兼济天下的仁者



胸怀,扎实的专业素养又不乏人文关怀。从这场半决赛中,我们不难发现,新一代青年律师善于从生活中吸取灵感,在专业技能上敏学精进。他们始终从容不迫的面对万变复杂的社会,运用多年学成的法学理论和法律思维,剖析社会现象背后深层次的本质,而这种义正言辞又都源于对法治理想的信念和坚守。

第一场比赛结束,首届全国律师辩论赛优秀辩手获得者周知明律师为这场比赛做了全面的评述。他在称赞这场辩论赛激烈、精彩的同时,也道出了他心目中理想化的辩论要达到的几点要求,那就是:格调、逻辑、美感。周律师强调,一场优质的辩论,要看双方能否在更高的立意上,用更扎实的专业知识,开掘出更深的问题角度,带给我们观众更多的思考。此外,周律师也提出了本场辩论的不足之处。他评论道:双方在一些争议的关键点上顾左右而言他,选择一带而过,没有更深入地挖掘下去,略感遗憾。他认为,比赛进行到自由辩论阶段时双方过于高度对抗,“我们希望看到更为理性、温和及平稳的辩风”。

“为好心人免责立法,让好人一生平安”

半决赛第二场,一开场就有惊喜。正方复活选手联队一番风趣诙谐的介绍点亮全场。他们自称是一群“放不下辩论情结的年轻人”,因为同样的“杯具”走到了一起。而反方闵行弘闵队的自我介绍则揉以刚劲有力的毛主席诗词,编排巧妙而有张力。

半决赛第二场的辩题是:对好心人免责的立法究竟是利大于弊还是弊大于利。正方一辩陈词即指出:“好心人做不得”在某种程度上已经演化成社会共识,为好心人免责立法能让好心人在做好事时不再有后顾之忧。把辩题拉到社会现实,将社会化问题提升到了立法的层面。而反方犀利地指出,为好心人免责立法实属重复立法、极端化立法,并举例好心办坏事的实例予以反击。

这一辩题的发起,足够引起所有人的思考。立法过程中的矛盾和面对每个人心中善良的反复拷问,法律技术和道德因素的交错,时常使我们陷于矛盾。仅凭事实判断难免有疏漏而失公平,可是价值判断在个案中也常

迷人眼球。一句“好人难做”的感叹背后又隐藏着多少难以言说的立法困境?

赛场上,双方立论清楚,语言紧凑,思维敏捷,旁征博引。选手们不仅对各辩题背后的法学理论成竹于胸,对于与之相关的法律法规以及一些行业性规定也都了然于心。更难能可贵的是他们涉猎广泛、学贯中西,在整个辩论中,恰当的引入了“154年前美国统一牛奶检验标准”、“52年前日本健全回收监管制度”这样的外国法背景来支持各自的观点。

这是一场攻防火热的比赛,但选手们在激辩中不时迸发出的灵感妙语以及适度的调侃反讽,多少缓解了场上的紧张气氛。比赛精彩纷呈,场内掌声频频、笑声不断。

作为第二场比赛的点评嘉宾,也是10年前夺冠全国赛的上海律师辩论队教练之一王嵘律师感慨万千。他认为,双方都在辩题的理解和认识上下足了功夫,比赛的每一环节都有可圈可点、让人思路开拓的亮点。“辩论之后,我想社会各界对于立法的思考会有一种全新的认识,而我对于自己的职业也感到自豪,为这个职业能够推动法治进程而自豪。”王嵘律师说。

本次辩论赛邀请东方卫视主持人兼新闻评论员骆新作为特邀观察员,从一个非法律工作者的角度评析律师辩论赛。他认为大赛辩题兼具社会性和法律性:“律协举行辩论赛立意较深,辩论目的并非要比出输赢,重要的是辩论赛带来的思考和启迪,包括以辩会友、发现人才和传播法律等。”

市司法局副局长刘忠定全程观看了比赛,他表示,辩论赛辩题体现了律师界对社会热点问题的关注。他希望律师练好基本功,从专业视角着手,更好地为当事人、为社会提供法律服务。他也表示,几场辩论赛,场场精彩,也从参赛选手身上看到了律师业发展的希望。

最终,经评委现场亮牌,黄浦卢湾、闵行弘闵两支队伍胜出,将于3月17日上演冠军争夺赛,而浦东2队、复活选手联队也将于同日争夺第三名。

半决赛的硝烟已经散尽,决赛的号角又将吹响。一场场的比赛,让我们看到了青年律师们处变不惊的沉稳,也见识了思辨善言的凌厉,而更温暖人的是他们谨记法律人的责任,怀有一颗坚定、正义之心! ●



丁伟晓

上海欧申律师事务所主任、创始合伙人
上海市女律师联谊会副会长
曾担任上海市律师协会新闻发言人

1999 年荣获“上海市优秀女律师”称号
2003 年荣获韩学章律师奖
2011 年荣获“上海市优秀律师”称号
2011 年荣获“全国优秀律师”称号

人物·优秀律师 ●文/严姗姗

为属于律师的 “光环”而执着

——记“上海市优秀律师”丁伟晓



毕业于华东政法大学国际经济法系,却被分配到外贸公司,可从小就喜欢思辨的她毅然辞职,选择了律师行业。执业16年,她曾先后担任上海虹桥律师事务所和上海金茂律师事务所的律师及合伙人。她从初出茅庐的“新律师”做起,如今蜕变成了欧申律师事务所的创始合伙人、主任。她的专长覆盖金融银行法律业务、房地产、公司法律事务、知识产权保护等领域,是多家金融机构、知名地产企业的法律顾问,是处理商事纠纷的能手。

当年,她是上海律师的“辩论冠军”,如今,她带领着一帮年轻律师角逐辩论场,她喜欢这种“传承”,要让年轻律师知道律师是多么具有魅力的职业。她就是“上海市优秀律师”——丁伟晓。她说,四季交替,自然有道,在每一个季节,收获属于自己的美丽。

历时5年,化解国内首例JCT合同纠纷

作为上海欧申律师事务所高级合伙人、主任,丁伟晓的专业特长覆盖金融银行法律业务、房地产、公司法律事务、知识产权保护等各个方面。

在金融领域,丁伟晓担任了多家金融机构的法律顾问,并先后为多家银行及大型金融机构提供了大量诉讼及非诉讼服务,凭借深厚的法律功底及经验,有效防范了金融风险。并且在项目贷款、贸易融资、信托投资和商业贷款等诉讼纠纷方面具有丰富的代理经验。

在地产开发领域,丁伟晓大量参与处理知名房地产企业的法律事务,包括万科集团、世茂集团等等,积累了从项目批地、公司筹建、招投标建设至销售开盘、物业维护等一整套房地产法律服务经验。根据国内地产开发形式的变化,为委托客户与政府间的成片开发及土地大规模整理合作设计并提供了新型的法律服务模式,并被上海市房地产交易中心、上海市土地拍卖市场聘请成为特邀专家顾问。曾多次参与上海市相关房地产政策、规范的制定。

谈起自己印象最深刻的一个案子,丁伟晓说起了由她代理的国内首例JCT格式建筑合同纠纷案。在当时,这也是建国以来诉讼标的最高的案件。

涉案大厦的建设从批地到竣工整整用了5年,丁伟晓代理这项诉讼也经历了整整5年。由于这个案例是国

内首次采用JCT格式建筑合同,境内建筑界及司法界对这种文本框架下各主体的法律地位还缺乏认识,律师只能在境外的实践材料中寻求立论依据,再结合我国的基本法律原则作出合理解释。对于丁伟晓来说,这意味着一点一点消化浩如烟海的卷宗材料。5年里,曾经崭新的卷宗被翻得卷脚泛黄,上面反复画上各种颜色的着重号。最终,这些辛劳都化作一份份有力的证据材料。

在案件审理的5年过程中,从一审到二审,丁伟晓反复推敲论证,历经了对工程的审计程序,历经了境内外证人的多次出庭作证,经历了无数次开庭,经历了合议庭成员的调整,经历了当事人企业的改组,甚至集团CEO人员的重大变故……至今,丁伟晓仍旧记得,当时每一次开庭,他们总是拖着几个巨大的行李箱风风火火进出法庭,里面全都是沉甸甸的案件材料,从一审到二审,最后,就连法院的门卫都认出了这个拖着大行李箱的女律师。

在那些日子里,丁伟晓对这个案子已经投入到痴迷的地步,非常期待能赢下来。然而,案件的结局却有些意外——争议双方最终达成和解。虽然在整个诉讼纠纷代理过程中,丁伟晓的出色表现使采用招标方式聘请律师的委托人折服,但她坦言,当时感到失落,觉得自己的投入并没有得到匹配的结果。不过,现在回头看,一切早已释然,“这是最符合当事人利益的结果,也是最好的结果。律师应该为当事人的利益而努力,而不是为了寻求一个自己心中的目标。”

锱铢必较,才能保证当事人的合法利益

对于丁伟晓来说,律师不仅仅是自己谋生的“饭碗”,接案子也不仅仅只看中经济利益,而更要对社会有所担当。

上海世博会建设期间,她作为世博集团、世博中心、中国馆建设的法律顾问,从项目招投标开始,文件处理、引入展商、合同签订等方面,事无巨细、锱铢必较地履行自己作为法律顾问的义务和责任,为政府的财政支出把好关。

“虽然是政府财政出钱,但所有的合同我们都谈得非常较真,因为这些支出都要对纳税人有个交代。我认为,在市场经济的范围内,政府和企业一样,都是平等



的,无论代理的是政府还是企业,律师应当能够站在市场角度,让当事人处于更有利的地位。”丁伟晓说。

去年年初,丁伟晓接了一个令人头疼的集体维权案,当事人有700多名。这是一起非法集资诈骗案,被告人以私募基金的名义,共涉嫌诈骗了700多名当事人1.8亿元的资金。有些当事人本身收入很低,却也投了辛辛苦苦积攒的2、3万元进去,有些当事人则一下子被骗走了几百万、上千万元。

作为700多受害人的代理律师异常艰难,每个受害者都有自己的利益诉求,相互之间的意见难以妥协。这个案件耗费了丁伟晓极大的精力,每次召集当事人开会都必须在周末,每次跟他们讨论,都像在做街头演讲。但丁伟晓只有一个信念——要把被害人的损失降到最低。为此,她一方面积极跟法院沟通,认为被告冻结的资产如果被拍卖,通常会以低于市场价的价格成交,会导致被害人的损失,希望能够通过在市场上交易的形式,保证被害人利益。法院最终采纳了这个建议。另外,在查实被告的财产时,丁伟晓自掏差旅费,奔波于安徽等地,终于在一个偏远的地方查到一块在被告名下的土地,由于开发限期已过,正要被当地政府收回。在丁伟晓的努力下,不但追回了这块地,还因为恰逢当地动迁,为当事人多争取到了一部分拆迁补偿的费用。

如今,该案已经在清退资产的过程中,她的表现得到了当事人的感激和好评。谈起代理这个案件的感悟,丁伟晓说:代理群体性案件能获得一种很好的经验,不仅能够锻炼自己的心志,并且能让自己的执业生涯更丰富。另外,她也看到了现今相关法律存在的不足,“我们的法律现在对于私募基金这块还不明朗。通常私募基金和其他集资活动都以合伙人企业的名义去做,有时非法集资和私募之间只有一步之遥。我希望这方面的立法应当尽快明确起来。”

刑事诉讼,为罪当其罚而战

虽然如今的执业领域主要集中在金融银行法律业务、房地产和公司法律事务上,但每年无论再忙,丁伟晓都会做一定量的刑事辩护。对她来说,每次站上刑庭的辩护律师席,都会对社会正义有更深层的理解。

1999年,丁伟晓接下了一起刑事案件的二审上诉案。案件系共同犯罪,她的当事人尤某因虚开增值税发票罪被判处有期徒刑6年;犯挪用公款罪,被判处有期徒刑12年,两罪并罚判处有期徒刑17年。

当她在监狱中见到深感绝望的尤某喊着“我冤枉”时,丁伟晓深受触动。在反复研究案卷后,她发现,如果尤某以私人名义成立的B公司系其任职的A公司的子公司,那么尤某利用其A公司总经理职务之便将资金挪用至B公司的罪名将不能成立。在这一点上,控方并无排他性证据。找到症结之后,经过丁伟晓的多方奔走调查,终于找到了有利于当事人的证据。2000年,法院二审判决挪用公款罪名不成立。当事人的刑期也从17年改至4年。该案例也在当年被上海市律师协会评选为“上海市优秀刑事辩护案例”。

而最近,令丁伟晓深有感触的一起刑事案件,是为一个大毒枭辩护。她说:“过去刑事案件的嫌犯总是看上去灰头土脸没精神,可这个人完全不是这样。见面时,他手指甲非常干净,头发一丝不乱。而且他的经历十分丰富,参加过越战,受美国中央情报局指派去过朝鲜,壮年时在美国因组织大宗贩毒被判刑数10年。”丁伟晓的助手曾经惊诧地对她说,这个案子就像是现实版的《永不瞑目》!丁伟晓通过大量调查之后,认为该案中存在特请引诱的情况,并且该当事人存在及其复杂的社会背景。根据该情况,丁伟晓在庭审中有理有据、据理力争,庭审从早晨九点持续到晚上六点,在被通知抓紧时间结束庭审时,丁伟晓向法庭坚持必须全面地、完整地当事人完成辩护。她庄严陈词:“也许对于我们而言,只是多花个把小时,但这却关乎到我的当事人的生与死。”

丁伟晓说,无论当事人犯了什么罪,只要在法律上有一丝不死的可能,律师都应当尽职尽责,令当事人罪当其罚,这才是法律的威严所在。

新老传承,法律必须被信仰

丁伟晓兴致勃勃地谈起了时隔12年之后,再度举行的律师辩论大赛。1999年的比赛中,意气风发的她荣获“上海市优秀辩手”的称号,2011年的比赛中,她又担当了领队兼教练。看着如今的年轻律师对辩论投入极大

信息

黄浦区司法局完成 律师代表团和律工委整合工作



2月17日,黄浦区司法局召开律师代表工作会议,区司法局局长潘鹰芳、副局长杨冬雨、张婷婷出席会议,原黄浦、卢湾律师代表参加了会议。会议推选产

明为区律师代表团团长;李国机律师事务所律师徐瑶棋、联诚律师事务所律师胡枝东为副团长。汉商律师事务所律师王嵘为区律工委主任;中建中汇律师事

生新一届黄浦区律师代表团团长、副团长以及区律工委主任、副主任,顺利完成了新黄浦区律师代表团、区律工委的

经代表推选,三石律师事务所律师沈伟

务所律师杜爱武为常务副主任;金源方程律师事务所律师金纓、左券律师事务所律师严锡忠、顾跃进律师事务所律师顾跃进、曾鑑清律师事务所律师曾鑑清、联业律师事务所律师马永健和金茂凯德律师事务所律师沈琴为副主任。

会上,各位律师代表就2012年律工委工作设想进行了交流。潘鹰芳对新组建的区律师代表团和区律工委提出要求:一要把握重点,了解司法部、市司法局今年工作要点;二要团结发展,提高综合排名;三要攻坚克难,不断创造良好氛围;四要整合资源,积极参与新黄浦的大发展;五要保持特色,重点举办好全市乃至全国有影响的活动。

的热情,就像看到年轻时的自己。她认为:“年轻律师对辩论的热爱也是对这个职业的爱,这对于律师事业是一种希望。”

丁伟晓说起了一个故事,她的一位资深律师朋友坚定地把孩子送去美国学法律。那位律师对她说:“远不和美英的律师比,单与台湾相比,我们就整整落后了一代人。也许我们这一代已经没有机会了,但我们的孩子决不能将这种差距继续下去。”这番话让丁伟晓深受触动。

“我觉得这也是一种传承。”丁伟晓说。她时常看一些律政类的欧美电影,看到300年前的英国庭审辩论,就跟当今的中国差不多。“法治进程,不仅仅中国,各国都经历了艰难的发展历程。也许不在我们这一代成功,也许我们的角色就是传承,但我相信,对正义的向往是人性所在,法律是可以被信仰的。”

丁伟晓说自己是理想主义者,始终认为“律师头上应该是有光环的”,律师应当顺应经济发展把业务做大,但内心仍要有精神的坚守。所以,她总是不遗余力地呼唤人们对法律的信仰。

在中欧工商学院念书期间,她数次为她的企业家同学们做法律主题的演讲,与她的“潜在客户”们辩论,就

是为了让法律意识深深镌刻在这些社会精英的脑海里,让他们确信法律是可以“预前”的。

2010年5月,丁伟晓的事业再攀高峰,她作为创始合伙人之一,创办了欧申律师事务所。同时也在事务所内倡导欧申的“阳光文化”。丁伟晓说:“现在‘文艺青年’已不是一种赞美之词了,可是我却认为,律师在注重专业的同时,如果在心中能永远保持对纯真以及对美的敏感和渴望是多么美好啊!”在同事们眼中,作为高级合伙人、主任的丁伟晓堪为表率,她坚持个体为集体的荣誉而努力,而集体的光芒应当反过来照耀到每一位成员。她带领同仁共同进步,着力于将事务所的发展推到更高层次,在维护法律正义的同时,实现每个律师的自身价值。

如今在繁忙的业务工作之余,丁伟晓总是尽可能地抽出时间参加各种社会公益活动和律师协会组织的各项活动。她参与辩论、当教练和开展大量法律援助、法律宣讲活动,并积极捐学助困。按照世俗的眼光来看,丁伟晓损失了不少个人的经济效益,但她始终坚持着,因为她觉得,律师应当成为社会的精英分子,无论是什么平台,都要体现出身为一名律师的社会责任。●

人物简介

戎朝:上海天闻律师事务所合伙人。现为全国律师协会知识产权委员会委员,上海市律协世博法律研究委员会委员。

人物·优秀青年律师 ●文/戎朝

为了理想而努力 充满了幸福和满足



生于“80”年代,成长于“90”年代。如果按照这次上海市优秀青年律师的评选规则,本人作为1980年出生的“80头”来说,算是“80”后中的“老”律师。但是无论怎么说,作为改革开放以后出生的一代人,我以及同龄律师们所面临的社会环境、教育环境、成长经历和生活压力同前辈而言应该说会有一些较大的差别,特别对于目前的人生阶段,80年出生的那一代都已经进入了三十而立的年龄,普遍已经结婚生子为人父母,肩上所负的责任、对生活的感悟、对前景的规划已不再寻寻觅觅犹豫,都初步有了一个明确的目标和发展方向。

2003年我毕业于华东政法学院法律系,毕业后在上海建委下属的一家事业单位任职,于2004年6月加入上海天闻律师事务所,开始了我的律师道路。

众所周知,当时实习律师的薪水非常之少,尽管入职三个月之后,鉴于我在IFPI对卡拉OK和网络等版权诉讼领域的良好法律建议,工资略有上涨。但2005年7月份,我正式拿到律师执业证书面临一个抉择:是继续选择授薪还是提成律师。此时我购置了浦东的房产,独自每月还贷5500元,名副其实的百万富翁。“置之死地而后生,陷之亡地而后存”,我毅然决然地选择了对当时的我来说更为艰苦的提成律师,不给自己任

何的退路和依赖,唯其如此,才能有一往无前的勇气和智慧。稳定的经济来源断绝以后,我在成为提成律师以后的前四个月,提成为零,倒欠单位将近1万元的四金,四个月后才起色。

如今回望当初那一段艰辛的日子,我庆幸自己当初对理想的坚持,庆幸自己当初对职业道路的规划。开始时候的一份好的工作固然是幸运的,但也会在一个安逸的单位里面慢慢消磨了斗志,等年纪再大一些,有了家庭的负担,知识结构也脱节了,再也迈不出去步伐了。青年人理想不能丢、闯劲要保留,这一步迈不迈出去,关键是年轻时是不是敢于放弃现有,对未来重新规划,我最认为要坚持的就是“创新和知识高端化”。

作为年轻律师,特别是新执业的律师,在无根基、无名气、无背景、无客户的情形下如何找准突破口,如何规划自己的执业道路,是执业之初必须要思考,并亟待解决的问题。我一开始所在的律师事务所一直以知识产权,尤其是版权作为主要领域,在这样一个专业化的环境中,我接触了大量的知识产权的案例,并对知识产权和文化产权领域产生了浓厚的兴趣。

我正式拿到律师执业证之后承办的第一个案子就是全国首例P2P侵权案,代理原告上海步升音乐文化传播有限公司起诉被告北京飞行网音乐软件开发有限公司(KuroP2P音乐分享侵权案)。该案在当时引起了社会各界的关注,我也接受了China Daily、第一财经等知名媒体的采访。所谓P2P乃Peer to Peer之意,在当时这是一项新技术,在网络音乐和视频刚刚兴起的当年,即使是中国技术界对这个技术也了解不深,更何况版权界、法律界。所谓“他山之石,可以攻玉”,我重点研究了2001年美国第九巡回法院的Napster案件,2005年美国联邦最高法院的rokster的案件、Sony BETA案,澳洲的KAZAA案,日本的MMO、Winny案和韩国的Soribada案等,对这几个案件的英文判决和材料进行研读,并收集了大量的国外和台湾的相关论文,这些材料电子档就达到数兆。在准备案件过程中,我了解了世界上其他国家对P2P案件的态度,比如美国适用“替代侵权责任”、“积极诱导侵权”衡平法理论作为判决理由,显然这两项理由在大陆法系的中国没有任何适用的余地,同时我对P2P技术的原理和演变做了详细的分析。结合我国法律,我发现当时中国网络版权法律很少,大家都按照法理来推断和判决,这个案子的唯一可行的法律依据是最高院的司法解释“教唆、帮助侵权”,而众所周知在侵权案件中,证明这种主观故意是举证中最复杂的,必须要有切实的证据和扎实的法律论述。

鉴于此,我为这个案子准备了厚达数千页的证据材料和视频文件,并向法院提供了5个国家和地区的多份

判决书作为参考。在这些证据中,我收集到了被告声称“跟音乐有关的,找Kuro就对了、你祖母在Kuro听的歌比你吃过的盐还多、Kuro!他的音乐比我多一千倍、听到下辈子也听不完、(少女)说我昨天跟Kuro混到半夜、Kuro是上帝”等人工编排痕迹明显的节目排行榜、收取注册费,并通过技术分析锁定了被告的侵权服务器等明显教唆、帮助用户侵权的证据,审理过程中提供了长达几十页的代理词对被告整个侵权过程详细论述。除此之外,还出具了各种法律意见书、质证意见、关于案件争议焦点的法律意见、有关“北京飞行网音乐软件开发有限公司”在本案中侵权地位的证据分析的意见、有关我方论述对方主要侵权证据的理由的意见、控制能力和实现可能的意见(图片表述)、有关用户合理使用的反驳意见、有关被告质疑我方公证书真实性的反驳意见等数份诉讼辩词。

本案中我提出被告是侵权音乐文件在Kuro通过P2P形式进行网络传播行为的控制者、组织者、知情者、发起者、积极诱导教唆者、帮助者并且是最终获利者,Kuro软件提供的音乐交换服务以提供有偿的数量庞大的最新流行音乐下载服务并从中牟取暴利为主要诉求,主观存在直接侵权故意,客观上对我方当事人造成了极大地损害。

最终这个案件我方胜诉,并在业内获得了很大的关注。我也通过这个案子获得了国际唱片业协会(IFPI)对P2P案件的国内法律意见的咨询。本案被评为当年的北京十大知识产权案例,我本人也因此受到版权界和法律界的关注,并获得司法部和《法制日报》主办的“2006年中国律师风云榜”中“十大风云律师”(位居第二)。

应该说执业以来的首个案子获得的广泛影响力成为我律师生涯的一个良好开端,更加坚定了我从事律师行业的信念。在这之后的执业生涯中,我又独立承办了数起“首例”案件,自己的业务能力、思维能力都在不断地提高和进步。

鉴于在版权领域的良好执业经历,我代理央视国际网络有限公司独办了2008年北京奥林匹克运动会电视转播权侵权案件,本案是全球首例的奥运会电视转播权侵权案件,而且是新媒体领域的侵权案件。本案的发生时间是我国主办奥运期间发生的,被告从事的是网络实施转播行为,有复杂的国际背景和法律背景。目前国内对重大社会活动、体育比赛的版权属性鲜见有深入的研究,这又是一个涉奥的、前沿的、疑难案例。

通过奥运会的这个案例,我认为律师在执业过程中还应当拥有创造性的思维和扎实的法律功底,才能对这类疑难案例如庖丁解牛般、抓住事物的重点,捋顺其经脉,步步为营,一克之,再而胜之,切不可墨守成规。

本案的关键点是诸如“圣火耀珠峰”之类的直播节目到底是属于作品还是录像制品。国内大部分学者都认为像现场直播之类的节目,因为是对正在发生的事情的如实记载,肯定不属于作品。显然律师区别于学者的一点就是,我们其实是法律的实践者,实践出真知,我们是最接近事物真相的一群人。现场直播一种是预先策划的事件现场直播,一种是突发事件的现场报道,前一种存在作品之可能性。通过这种思路,律师有了更大的发挥余地,通过对案件的深入分析,我们向法院出具了详细的代理词,思路上是向类似于纪录片拍摄方式制作的作品靠近,进行深入剖析,并最终获得了法院的认可,取得了案件的胜诉。

我承办的其他诸如软件技术保护措施破解案、滚石诉腾讯案、网络直播案等等,我的代理意见,在首例案件诞生以后均被作为当地的实际判决标准而沿用,其中《北京市高级人民法院关于网络著作权纠纷案件若干问题的指导意见(一)(试行)》第3、10、14、21条的条文就是我的一些经典案例的代理意见。

随着时代的发展,文化领域里国家的新政策指导了市场的变革,我国优秀的文化产业、艺术品领域的发展越来越快,改革势在必行,很荣幸地是我参与了全国第一个艺术品类资产证券化产品的研究和实践,作为第一个艺术品领域改革的法律架构设计律师。

本人受上海文化产权交易所股份有限公司的委托,

参与设计了艺术品组合产权产品的法律架构的设计,被称为“上海模式”。艺术品作为文化产业领域的一个分支,成为了文化产业领域的创新先锋,包括金融领域、产权交易、物权、知识产权、PE基金等领域的知识融合交汇在一起,这就需要律师对各个领域进行研究并搭建框架,使得项目顺利进行。这是一个新兴的市场,这是一个从来都是给有准备的人展现的领域。如我所信仰的那样,用“创新和知识高端化”武装自己的头脑,“敢为天下先”才能开创自己的天地。

“子在川上曰,逝者如斯夫”。多年的时间匆匆从指缝间流过,我从懵懂的少年渐渐步入中年,庭审风格从锋芒毕露、咄咄逼人到从容淡定、云淡风轻。儿时的律师梦,日益的清晰明朗。当我去年受上海市律师协会的邀请进行演讲,面对台下的年轻律师们,我感慨万千:年轻律师初入职场面对的是一个一无所有的困境,而要打破局面,创造出自己的一片天地着实非常不容易。在向前辈律师学习的前提下,要注意自身的优势和特点,在遇到合适机遇的情况下及时把握非常重要。这是一个新时代,这是一个充满机遇的时代,这是一个知识密集型的时代。年轻律师需要把握机遇,坚持梦想,“敢为天下先”,敢于持恒,正确运用先进知识才能开拓自己的业务。回首过去、展望未来,任重而道远,但为了理想而努力,其间充满了幸福和满足。●

信息

上海积极开展法律援助值班律师试点工作



2010年9月,市司法局根据司法部“法律援助值班律师试点工作研讨会”精神,制定了《上海市法律援助值班律师试点工作方案》,确定在浦东、徐汇、杨浦、黄浦、闵行、奉贤和闸北等区试点开展法律援助值班律师工作。经过一年多的实践,有效扩大了刑事法律援助的覆盖面,有力推动了刑事法律援助工作的开展。

一、加强组织领导,建立健全法律援助值班律师工作衔接机制。各区司法局高度重视法律援助值班律师工作,把此项工作列入重要议事日程,并与公、检、法等相关部门建立了定期的联席会议或

联络员会议制度,协调工作中遇到的问题和矛盾,研究制定改进工作的意见和措施。

二、建立运作机制,积极搭建法律援助值班律师工作平台。一是明确了值班律师在刑事侦查、审查起诉阶段和审判阶段提供的服务内容,并就值班律师工作内容作了详细的规定;二是把工作场所设在看守所内外的办公室内,并设置引导标志,方便值班律师为被羁押人员及其近亲属提供法律援助服务;三是组建专业化值班律师队伍,为法律援助值班律师工作提供了人员保障;四是制作和印制《法律咨询申请表》《法律援助

申请表》和《刑事法律援助权利义务告知书》等文书,通过区人民检察院驻所检察部门和看守所发放给在押人员。

三、加强经费保障,有效调动律师参与法律援助值班工作积极性。各区司法局加强了与财政部门的沟通,把法律援助值班工作经费列入了年度法律援助财政预算,确保了经费的全额保障。同时,各法律援助机构依据《法律援助办案补贴标准》的规定,进一步提高了律师的值班补贴标准,调动了律师参与法律援助值班工作的积极性,确保了这项工作的可持续发展。●



共筑和谐 ●文/田波

热心公益事业 爱心塑造形象

——虹口区律师工作委员会扶贫帮困工作掠影



“我出生在山区农民家里，父亲曾在自卫反击战的支前中受伤，如今靠父母种田和外出打工的微薄收入养活全家，为了我和姐姐上学读书，只能举债度日。妈妈说再苦也不能不读书，读好书才能改变贫穷。叔叔、阿姨，你们的捐助不仅解决了我的生活困难，还让我对未来的学习充满了信心。”

这是2011年6月虹口区律师工作委员会（以下简称虹口区律工委）的律师代表专程前往云南省西畴县，向当地的8名优秀教师和10名贫困学生发放助教、助学金时，西畴县董马小学的学生小显作为贫困学生的代表，上台表达了自己发自内心的肺腑感言。

家住西畴县董马乡凹塘村的小显是一个品学兼优的贫困学生，刚刚上小学的他，很早就体会到了家庭的贫苦。家里只有两亩地，一年的总收入也不到1000元，由于家境所迫，小显的父母只好外出打零工，他和姐姐则成了留守儿童。但即便家境贫穷，小显的成绩却始终在班上名列前茅，而乐于助人的他还是班里的小干部。

“贫困让我会更努力，也只有努力学习才能报答各位叔叔、阿姨的好心。”接过律师叔叔递来的2000元助学金，小显的这番表白让全场在座的所有人都为之动容。

西畴县位于云南的东南，系典型的山区贫困县，由于教育经费严重不足，该县的办学条件非常艰难：全县学校校

舍总建筑面积近六成为危房；贫困学生35000人，占学生总人数的80%；教师起点较低，绝大多数为民办代课教师转正，教师工作负担重，工资报酬低，部分教师的月工资仅有二、三百元。因为收入少，高学历教师难以引进，而优秀教师则外流严重，有时候很多学校就只剩下一名老师，既做校长，又负责所有年級的授课。

2009年下半年，西畴县委政法委书记尚元超同志根据组织的安排到虹口区司法局挂职锻炼，在与虹口区律师交流的过程中，提到了该县的教育落后情况，律师们深受触动，虹口区律工委遂提出了设立一个“帮扶助教金”的想法。

2010年7月，虹口区律工委组织部分律师代表专程赶赴云南省文山州西畴县开展帮扶工作。在重点对当地教育事业进行全面考察的基础上，与当地教育部门磋商设立“虹口律师——西畴县助教资金”事宜，制定了针对性帮扶方案，并由田波主任代表区律工委与县教育局签订了共建协议。

返沪后，虹口区律工委立即向全区律师事务所和律师正式发出了倡议书，全区律师积极响应，截至2010年年底，虹口区律师事务所和律师共募捐逾40万元，并正式设立了“虹口区律师帮扶云南省西畴县希望助教金”。“助教金”专项用于在云南省西畴县贫困山区教育教学工作中作出突出贡献的教师、教育工作者、品学兼优的贫困在校学生及有

利于促进教育事业发展的项目。而为了落实募集资金的监管问题，虹口区律工委还专门与虹口区教育基金会签订了协议书，将上述资金委托给该基金会托管，即保证了资金募集、使用的合法性，又增加了公开透明度。

2011年6月的西畴之行，是“助教金”设立后正式运作发放的第一年，也是虹口区律工委众多公益活动之一。事实上，自虹口区律工委成立以来，始终将树立虹口律师良好形象作为其重点工作，除了通过大力宣传虹口律师的先进事迹以外，主动热心参与公益事业也是一个重要的方式。无论是在各项捐款活动的组织和倡导上，还是在参与社区义务法律咨询上，虹口区律工委都不遗余力，认真落实。即使是在评选区优秀青年律师的活动中，也不忘穿插相关的公益活动，如组织候选青年律师慰问负责虹桥机场保卫工作的武警部队三支队七中队，不仅为战士们送上精美的法律书籍，还安排了律师为武警战士举办法律讲座以及提供义务法律咨询。除此之外，虹口区律工委还立足本区，坚持常年向虹口区儿童福利院、密云学校的弱智、智障、残疾儿童捐赠学习用品。

虹口区律工委热心公益事业，不但充分宣传了律师的良好社会形象，促进了行业知名度，也为提升上海律师的社会地位作出了自己的贡献。●

（作者单位：上海市精诚海众律师事务所）

法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

指导性案例制度面面观

本期主持: 牟 笛 上海胡光律师事务所
嘉 宾: 赵 越 上海富石律师事务所
杨 力 上海交通大学凯原法学院副教授
崔剑平 上海市徐汇区人民法院副院长
文字整理: 薛 侃



指导性案例制定的背景

牟 笛: 本期我们讨论的内容是指导性案例制度。前不久最高人民法院颁布了第一批四个指导性案例,大家都在纷纷研究和解读这四个案例。今天,我们从学者、律师、法官三个不同的角度来进行意见的交换。我们首先请杨力副教授谈谈最高院制定这个规则的初衷是什么?期望在实践中能够达成何种目标?

杨 力: 我国在 2010 年由最高人民检察院和最高人民法院(以下简称“两高”)连续颁布了两个与指导性案例有关的制度,我们将其称之为“规范性文件”。这两个带有中国判例法里程碑性质的规范性文件,是经历了比较长的酝酿时间才得以出台的。我国是否是一个纯粹的制定法国家呢?其实,古代中国就存在判例法,只不过被世人遗忘在了角落里,而把中国视同如德国、法国、日本那样纯粹的制定法国家。虽然从 1979 年以后相应法典的颁布,使得我国所有的行政执法机构和司法机关依法办案的依据以法典为主流,但是,之前在没有法典和制定法的情况下,解放之初的新中国主要是依靠案例汇编来规范社会秩序的。例如,从董必武担任最高人民法院院长开始,颁布了《1955 年以来奸淫幼女案件检查总结》。此后,又基于 5500 个典型案例,出台了一个《罪名、刑种和量刑幅度的总结(初稿)》。以上两个文件曾经一度成为我国在制定法颁布之前规范社会秩序的主要法律规范。所以,指导性案例制度并不是凭空创设的,而是有其传承的历史渊源的。上世纪 80 年代初,最高法院正式发布了一批刑事案例,比如,1985 年前最高法院通过内部文件下发的刑事案例主要有:20 世纪 70 年代末着手纠正文革形成的冤假错案选编的“刘殿清案”等 9 个已纠正的“反革命”案件;1983 年指导“严打”分三批选编了 75 个刑事案例;1985 年又选编徐旭清破坏军人婚姻罪等 4 个案例。随着 1985 年《最高人民法院公

报》开始正式颁布实施,新中国的案例制度步入比较规范的轨道,迄今公布了 1000 多个案例,其中从 1998 年后,公报案例不再像以往那样须经最高法院审委会讨论确认后发布,权威性有所下降。

为什么要颁布这两个规定?为什么《最高人民法院公报》上过去要登载这么多的案例?无非有以下几个主要原因:1、我国从 1979 年以后开始进入了法典制定的快车道,不过因为立法经验的缺失,在立法和法典的制定上采取的策略是“宜粗不宜细”。自 1981 年全国人大授权“两高”进行司法解释以来,已颁布了成批的司法解释。从某种程度上来讲,我们当下司法解释的规模和现实拘束力甚至都已经超越了法典。所以,颁布指导性案例就是为了扭转司法解释过于膨胀的一条路径;2、推行指导性案例的一个核心目的,就是为了解决目前法官自由裁量权过大导致的“同案不同判”,以及相应地对司法公信力的损害;3、以案例指导这根杠杆去撬动我国法官队伍建设,渐次地提高法官素质。应当讲,以上是推出指导性案例制度考量的三个主要方面。

指导性案例对审判人员产生的影响

牟 笛: 指导性案例能在现实中产生怎样的效果还需时间来检验。下面请崔剑平副院长从审判人员的角度谈谈指导性案例制度会对审判人员产生怎样的影响?法官是以何种方式来参考这些案例的?它将会对法官产生什么样的影响?

崔剑平: 参考性案例和指导性案例的效力不同,会对法官产生一定的积极影响,那就是一个让法官可以更好地具体适用法律的工具和手段,可以提高司法公正,提升司法权威等。

事实上案例要发挥指导性作用,首先需要法官具备案例的识别技术,而我们的法官基本上缺乏这项技术的训练。我国司法职能是化解社会矛盾,强调案结事了,所

以原来在学校里学习形成的法律思维也可能逐渐弱化。目前,基层法院法官的分工趋向进一步细分,一般而言,他们只注意与自己所办案件相关的规定,更在乎二审法院相关法官对相关法律的理解和想法。如《婚姻法》司法解释(三)出台了,他们往往更关注上一审级法院相关法官对解释相关条款的观点,可能会对自己审理案件的影响等。因此,无论是参考性案例还是指导性案例,基层法院的法官都会去研究,但是更多的仍然是关注上一审级相关法官对这些案例的理解和态度。

在现行我国司法体制下,审判权又比较分散,指导性案例与司法解释会出现同样的状况,就是随着规模的越来越大,理解与适用上必然会出现一些新的问题。

判例的优与劣

牟 笛:感谢崔副院长给我们带来基层法院的真实情况。赵越律师早些年留学英国,学习判例法,让我们来听听赵律师的看法。

赵 越:在英美法系国家,判例就是法源,就是法律,学习判例就是学习法律,判例就是个案化的法律。

判例制度的优点在于使法律的灵活性和确定性统一起来,不采用包罗万象的立法方式;其次,它的基本原则——“遵循先例原则”实现了同等事物同等对待的社会正义,限制了法官的自由裁量权;再次,判例法要求在判决书中详细论述判决理由,并公之于众,有利于社会对司法的监督;最后,判例法将对案件判断的过去价值标准与现在价值标准统一起来,解决了成文法的尴尬。当然,判例制度也有它的缺点:第一,由于长期的历史积累,判例浩如烟海,使得这些国家的诉讼越来越职业化,也使得法律离大众越来越远;第二,国家必须花大力气进行判例的编纂、整理工作,必须增加投入进行法律人才尤其是高水平律师的培养,结果也会带来诉讼成本的提高和司法资源的浪费;第三,判例法将创制法律的权力交给了法官,法官即是立法者,又是执法者,判例法的形成依赖于个别法官的判决,尽管他们的法官往往都被看作是公平、正义的化身,但不可回避的事实是法官也是人,并非圣贤。“智者千虑,必有一失”,人性的弱点有时可能会造成法官做出错误的判断,创制出错误的判例。

指导性案例的作用

牟 笛:在我们以往的立法当中法源太多,因此法官、律师、学者如果想查清某一特定问题的法律依据可能需要从7、8个不同的来源寻找答案,有些时候不同法源的规定甚至是相互抵触的。在这样的情况下,通过再

创造一个新法源的方式来统一认识是否可取?

杨 力:我们并没有把指导性案例制度定位成一个法源,“两高”颁布的规范性文件也没有把它视为司法解释。2004年后,《最高人民法院公报》在所有刊登的案例前都增加了裁判要旨。其实,英美法系国家的判例之前所做的裁判规则,仅仅是为了检索方便,而在我国很多人仅仅局限于把这个裁判规则视作指导性案例中提炼出的类似司法解释那样的抽象规则。因此,在我国很多人就产生了误解,认为只要看裁判规则就可以了,如此一来,指导性案例就变成了一种新的司法解释,这恰恰有悖于指导性案例制度制定的初衷。毕竟制度设计的初衷,不是点出这种类似抽象的裁判规则对待决案件的影响,而更加是期望在于指导性案例本身的说服理由、论证方法等。另外,需要提醒的是,目前不要对指导性案例寄予太多期望,即认为指导性案例裁判制度颁布以后就一定能够解决法律统一适用的问题。比较其他国家发布判例时,置于判例之前的裁判规则相对都非常长,并不期望该裁判规则就直接为待决案件的法官所直接援引,因为哪怕是美国这样典型的判例法国家,在不同时期也会因为事实链条上微小而重要的差异、判决的背景不同乃至是政党力量的对比,而可能造成裁判结果有所差别。

牟 笛:我们请赵律师谈谈外国判例法应用的情况。

赵 越:任何国家法律中的逻辑都不应偏离社会公正。法律在英语中最初的原意就是公平正义。但是,人们的世界观、价值观都会受思维方式以及所在年代的局限。比如,保守的年代所产生的或保守思想的法官所作出的判例一般是保守的,而当人们的思想变得自由开放以后,思维方式和社会价值的考量也会随之改变,那么就会推翻原来的案例。判例法也正是通过这种方式吐故纳新,以遵循并革新的方式来推动法律的发展和进步。罗伊案(Roe V. Wade)被视为过去100年中美国历史上最重要的判决之一,该判例是对此进行的最好诠释。我国的指导性案例不是法律,这是判例法国家和我国的根本区别。判例法在英美法系国家是主要的渊源之一,符合条件的判例一旦生效就成了法律。

牟 笛:我以往的经验表明,法官对于直属上级法院做出的判决的确是相当敏感的,实践中也不乏通过提交上级法院的判决来说服法官的先例。

杨 力:目前即使已有四个指导性案例出台,也并不完全代表这个制度就获得了巨大成功。应当承认,已推出的这四个案例只是“试水”,是以稳健的步伐推动该制度,同时也了解地方司法机构、法律职业共同体的成员以及民众们究竟会如何理解和使用这四个案例。

其实,“两高”在颁布指导性案例制度和最初四个



嘉宾:赵越



嘉宾:杨力



嘉宾:崔剑平



本期主持:仝笛

案例的时候,都面临着很大的困境。归纳下来有两点:其一是“上下不统一”,判例和指导性案例的适用上下不统一;其二是“平行差异大”,地方法官中恐怕只有高级人民法院对指导性案例的积极性比较大,因为自身的职能决定了它更加希望解决法律统一适用的问题。毕竟,最高人民法院和高级人民法院的主要职能不是审判案件,而是解决法律统一适用的问题,比如颁布司法解释、地方规范性文件、指导性案例等。不过,光有指导性案例制度还不够,还要解决指导性案例制度的配套制度。一是建立背离报告制度,亦即当事人的案例与最高人民法院颁布的指导性案例相背离的时候,指导性案例可以成为当事人申诉的依据之一;二是对案件请示制度进行诉讼化改造,这可以有效地解决基层法院因为只有初审权没有终审权,而必须要看二审法院“脸色”的问题。

仝笛:我国的指导性案例与国外的判例法有着根本的不同,那么我国指导性案例的司法效力如何?

崔剑平:从指导性案例制度颁布的主体最高人民法院来看,当然无法挑战全国人民代表大会的权威。因此,指导性案例效力的定位是一个很大的问题。这次出台的规则避开了效力的问题,表述上采用“参照”两字,这也反映出指导性案例的效力低于司法解释,因此它的作用有限,不能起到解决法律冲突的作用。当然,指导性案例制度的出台,使法律人理解抽象的法律条文有了生动具体的素材,在解决法律空白方面也会起到一定的作用。

杨力:指导性案例制度在制定的过程中遭遇到很多“难产”的情况,特别是如何应对来自全国人大常委会的质疑,最主要的阻力就是颁布指导性案例制度是否涉嫌“法官造法”。这次能在规定中写上“应当参照”已是相当不易,相信“两高”在其中做了相当大的工作。

指导性案例的适用程度和区分

赵越:我有一个疑问,判例法国家在审判中可以适用某一判例的某一部分,那么,我国指导性案例适用的尺度如何掌握?

杨力:凡是涉及到判例法适用和指导性案例适用都避不开“区分技术”的运用,需要对判例中的必要事实和非必要事实加以区分,只有必要事实才会对今后的类似案件产生实质性的影响。我曾对最高人民法院案例和一些较有典型意义的地方性案例进行过较为系统的比对,归纳出了16个区分技术,提出了三种指导性案例的分类,即应当严格恪守不应被区分的案例、不应当被区分适用的案例,以及可以适用也可不适用的案例。

仝笛:将来,随着指导性案例越来越多,它除了会和司法解释产生冲突以外,可能还会和现有的参考性案例产生冲突。对于法官而言,除了考虑制定法和司法解释以外,可能还要在参考性案例和指导性案例之间进行权衡。“两高”在制定规则的时候是否考虑过这种情形?

杨力:关于指导性案例和司法解释之间的关系,这涉及到推出指导性案例制度的附随效应。许多年前最高人民法院就开始对司法解释做过几次梳理,发现了很多情况,诸如“再解释”和“解释循环”等,比较典型的就是合同履行地的问题。所以,改变法院的解释法律方式,通过指导性案例解决司法解释的膨胀,未尝不是一条新的有效路径。指导性案例制度和司法解释的根本区别在于,指导性案例制度是以理由说服法官和当事人,不是推出一个新的规则;而司法解释则是归纳出一个简洁的规则对法典或前一个司法解释进行解释。

关于指导性案例与参考性案例或者地方性案例之

间的关系,目前出现的一个比较突出的问题就是“上下不统一”,比如最高人民法院和地方性法院的做法经常出现不一致。不过,要解决这个问题有困难,这关系到法院的年终绩效考核。

指导性案例的运作机制

牟笛:指导性案例的形成是由最高人民法院指导性案例办公室负责,但是办公室在形成案例的过程中是一个被动的角色,办公室的工作是遴选、确定可以成为指导性案例的案例,并没有规定办公室可以主动挑选案例。为什么不给予指导性案例办公室更多的主动权?另一方面,下级法院逐层向上提交指导性案例的动机是什么?

杨力:自从1985年开始编纂《最高人民法院公报》至今,公报中的案例一般都是采用层报制度,层报审查确实可以确保案件的正确性,但对于一个机构的运作来说,会迫使其处于附属地位。

赵越:判例法国家中存在法官造法的情形,审判的同时不断创新法律,极大程度上激发了法官的主动性,并且英国在法官的培养、选拔、任用方面已经形成了一套严格固定的制度。因此,许多大法官同时还是法学家。我国法官都是被动地适用法律,我们是否应该设立一个创新制度来激发法官的主观能动性,使其对法律、社会价值观和社会公平正义的理解有所升华。如果法官可以通过某个渠道把自认为成功的案例让遴选机构获知,这对法官队伍提高素质和钻研业务的积极性将有很大的帮助。

杨力:美国联邦最高法院每年有数千个案例由九位大法官来评议是否提审,最后被遴选出来真正成为判例的屈指可数。推荐大家读一读美国作家奥布赖恩所著的《风暴眼》,该书描述的就是美国联邦最高法院的内部运作机制,对我们的指导性案例制度的发展很有启迪意义。

崔剑平:国外的法官利用造法推动社会的进步,认为这是自己的职责及崇高的目标。我国法院没有造法的功能,职责及目标是化解社会矛盾;立法指导思想是成熟一个制定一个,分歧比较大的宁可搁置。指导性案例的产生采取层报制度,现在基层法官上报案例的动机一般是完成任务指标。因为在一级一级上报到最高人民法院的过程中,分歧大的案例一般会被淘汰。有的办案第一线的审判人员迫切需要指导明确的案例,往往因为分歧较大而最终未能被选上。通过公布认识已经统一的案例来指导审判,推动法律演进、社会进步,效果十分有限。

赵越:指导性案例制度终究还是让我们看到了一线曙光,说明审判机制在革新。该制度出台以后肯定是希望法官主动地上报案例,让最高人民法院指导性案例办公室筛选,把那些有价值的司法观点以指导性案例的方式传递下去。从律师的角度来看,指导性案例出台以后的确可以给出指导,对法院就某些案件的审理具有一定的可预见性,对于律师判断案件的走向很有帮助。

崔剑平:发挥指导性案例制度的作用,必须与其他措施配套,形成法官队伍一个类似金字塔的结构,上级法官主要在下级优秀法官中遴选,更要坚持统一适法的理念等。

杨力:第一批推出的四个案例贯彻了制度设计之初的原则。指导性案例制度撕开了中国制度法编织的大网,这个被撕开的口子经过很长一段时间后,或许最终能够改变中国司法体制上存在的问题,让以后律师的代理和法官的审判更加具有可预见性。每个硬币都有两个面,指导性案例制度也可能会带来一系列问题,更不要说目前还需要配套制度来支持。

牟笛:今天我们在此进行了思想上的碰撞,相信对于我们而言都有了新的认识和提高。感谢三位嘉宾的参与,谢谢。●

(本文内容根据录音整理,为嘉宾个人观点)





区县特写 ●文 / 普陀区律工委

平台凝聚发展

——记普陀这片律师发展的沃土



肥沃的土壤能够给予植物生长的养份，茁壮生长的植物则用硕果来回馈滋养它的沃土。回顾近年来普陀区律师服务业的发展轨迹，就如同土壤与植物之间相依相生的关系。随着上海推进“四个率先”、建设“四个中心”蓝图的逐步展开，普陀区加速转变经济发展方式、调整经济结构，大力发展现代服务业等现代服务业，这为普陀律师业的发展提供了前所未有的良机，普陀区律师工作委员会（以下简称区律工委）抓紧这一契机，立足市场经济规律，把握律师服务业的特点，转变思路，顺势而为，确立了“引进与培育并举、管理与服务并重”的理念，搭平台、聚合力、促发展，使律师服务业逐渐在普陀这片沃土上绽放出绚烂之花。

播种期——搭建平台，给力律师成长

普陀区地处城乡结合地区，流动人口较密集，律师业的发展似乎有点先天不足，较长时间内一直存在行业规模偏小、业务层次较低、整体实力较弱等问题，没能较好地适应区域经济社会发展的需要，相应地，服务保障能力也显不足。

2008年，新一届区律工委成立后，决心花大力气改变这一被动局面，从改变区律工委管理思维入手，变“本位”为“换位”，积极“走出去”——走进行政主管部门，争取指导与支持，进一步理顺“两结合”管理体制；走进区内律师事务所，以需求为导向、以问题为导向，问计于一线法律工作者；走进外区兄弟单位，学习其先进管理的做法与经验，取长补短。在广泛深入调研的基础上，对普陀律师服务业的优势与不足进行客观审视分析，最终确立了“规模办所、专业兴所、品牌强所”的发展定位。

植物在播种之时最讲究土地的适种性和种苗的优良性。对重新确立了发展定位的普陀律师服务业也是如此，优化服务“软环境”、引进优秀律师事务所及律师人才是摆在区律工委面前亟待解决的两大课题，这对今后普陀律师行业又好又快发展具有基础性作用。

首先，积极改善律师服务业的“软环境”。区律工委采取“两步走”。一是在政策平台上寻求突破，主动争取区主要领导、分管领导以及区人大的调研和支持。2008年以来，先后同区司法局、区发改委、区财政局、区投促中心和区税务局等多个部门沟通协商，制定了《普陀区律师行业2008-2010年发展规划》、《普陀区关于进一步推进律师服务业发展的实施意见》、《普陀区律师业第十二个五年规划纲要》等文件，为律师业发展提供了有力的政策支持。同时，在区司法局的指导与支持下，努力在项目介入、楼宇优惠、人才引进等方面寻求有关部门和街镇的扶持，并已初步在长寿路沿线、长风生态商务区、中环商务区等区内重要商业地段形成律师业集聚效应；二是在载体平台上扩大影响。在主任律师中建立“午茶会”制度，与区妇联和区青联分别成立“女律师联谊会”和“青年律师沙龙”组织，开展“巾帼律苑”妇维权法律服务、“阳光律舟”青年律师志愿服务等项目，每年组织律师与检察官、法官座谈，这些不仅为律师之间、律师与其他部门和其他行业人员之间搭建了沟通交流、增进了解的平台，更为展现普陀律师形象、提升律师服务水平、扩大律师影响力提供了舞台。

其次，主动吸纳优秀的律师事务所及律师。为打开工作局面，区律工委想到在“区位优势”上做文章。静安、长宁两区与普陀区相毗邻，律师业发展起步早，行业整体水平较高，何不在法律资源上承接两区、发挥普陀的后发优势呢？区律工委为此提出了“接受静安辐射、利用华政资源、接轨长宁发展”的工作方针。在一番寻觅后，了解到新修订的《律师法》实施后，有两家以高校法律教师为主的律师事务所欲新建的信息，随即主动联系，经过多次协商，终于成功将该两家律师事务所引入普陀注册。其中一家律师事务所以刑事诉讼业务为主，汇集了一批沪上知名刑法学教授；另一家则以非诉讼业务为主，具备较完备的梯队式现代化管理团队。它们的引进，极大地提升了普陀律师行业的整体实力，为下一步律师行业的招贤纳士起到了带动作用。



举办博和党建论坛活动

培育期——凝心聚力，倾力队伍建设

植物的生长离不开阳光雨露的滋养。面临激烈的行业竞争，普陀律师业的发展更加需要精心的培育，特别是对律师人才的关心。留业需留人、留人需留心，区律工委深谙此道，始终将凝心聚力作为律师队伍建设的重要内容，注重人性化的管理与服务。

“以情感人，以心留人”。区律工委建立了委员走访制度，每位委员每年至少走访区内一半以上的律师事务所，主任和副主任要实现走访率 100%。通过走访，为新开业或乔迁的律师事务所送上祝福和开业指导；为遇到困难、“瓶颈”问题的律师事务所送上援助，共同出谋划策；为遭逢病痛、意外等不幸的律师送上关心慰问，让他们感受到大家庭的温暖。2011 年下半年，为响应区司法局关于做大做强律师服务业的要求，普世律师事务所与胡贤德律师事务所达成共识，准备合二为一，优势互补，以进一步扩大规模、提升能级。但在协商过程中，双方对合并后的政策享受、办公选址等问题有所分歧，区律工委了解情况后，积极介入，在区司法局的指导和协调下，寻求区有关领导的支持，并以长风生态商务区金融港建设为契机，主动联系商谈，最终促成普世所与胡贤德所合并后选址长风办公，为新普世所今后依托金融港进一步发展非诉讼业务创造了有利条件。

“文化育人，思想凝心”。文化是一支队伍的精神灵魂，区律工委一直致力于塑造团结、凝聚、齐心的普陀律师队伍文化。

一是坚持打造社会主义法律工作者的思想文化。以社会主义核心价值观为中心，广泛深入开展社会主义法治理念教育、警示教育、创先争优等活动，加强律师行业党的建设，结合“七一”党的生日，组织观看革命影片、参观爱国主义教育基地和图片展、参加红歌赛等，运用短信、网络等平台，探索“微型党课”教育，引导广大律师树立正确的职业观，遵守职业道德和执业纪律，坚定不移地做中国特色社会主义法律体系的建设者、实践者、捍卫者。

二是着力培育专业、规范的业务文化。在市律师协会每年度对新任律师统一培训的基础上，针对青年律师缺乏实践经验的情况，组织开展拜师学艺“传帮带”活动，帮助他们尽快熟悉律师实务，提高执业能力和水平。根据实际需求，组织开展社会矛盾化解、“非正常公民代理”等调研活动，对城市规划、动拆迁等涉及全区经济和社会发展的重大事项问题，精心组织专家学者、资深律师开展业务研究和政策培训。上海世博会前夕，区司法局、区律工委和华东政法大学刑事司法学院等联合举办“涉黑犯罪问题理论研讨会”，不仅对涉黑犯罪问题进行科学研究，还对平安建设进行了理论与实践的探索。

三是努力形成积极向上、开放活泼的精神文化。每年组织



普陀区律师事务所与司法所“双结对”进社区开展法律咨询活动



上海新惟律师事务所与桃浦镇紫藤苑社区举行结对共建签约仪式



惠诚律师事务所上海分所与普陀区司法局长征司法所开展结对共建活动



举行律师辩论赛



召开长风生态商务区法律服务研讨会

青年联谊会、法律辩论赛、摄影书画展、拓展训练等活动,有效地丰富了律师队伍的业余文化生活,部分律师事务所还根据本所青年律师较多的特点,组建了所内的律师篮球队。通过丰富多彩的文体活动,进一步增强了律师之间的合作意识和团队精神。在2011年区青联春节联谊会上,区青年律师沙龙成员演出的文艺节目,以创新的表演形式,让人耳目一新,得到了一致好评,更向大家展示了律师在工作之外的另一面。

成长期——又好又快,助力普陀发展

一颗植物的最终长成会给人以收获的喜悦。普陀律师行业在经历了“播种期”、“培育期”之后呈现出的良好态势同样让人可喜。目前全区律师事务所已有69家、执业律师717人,行业规模明显扩大、经济效益显著增长、竞争实力不断提升,律师服务业占全区经济的比重逐年上涨,法律服务业还作为现代服务业的重要组成部分被列入区8项重点支持目录和区政府采购目录。尽管取得了一些成绩,但区律工委仍清醒地认识到:一个行业的真正成功不仅在于实现自身的发展壮大,更重要的是体现在服务社会、贡献社会的能力中,实现经济效益与社会效益的“双丰收”。

贡献区域经济建设的能力提高。一方面,以律师行业自身发展直接为普陀经济建设作贡献。区律工委帮助律师事务所树立“营销”理念,积极研发符合市场需求的法律服务产品,提升法律服务效能。2010年全区律师业创收由2007年的4657.35万元增至1.54亿元、税收由606.31万元增至2076万元,2011年1月至10月,已实现创收1.59亿元、税收2131.48万元。特别是克服金融危机的不利影响,逆势而上,万联律师事务所主动挖掘商机,联系跟踪,为昆明市主城二环快速系统改扩建工程提供全方位法律服务,仅此一项即实现税收300余万元。另一方面,引导律师围绕区中心工作,聚焦热点、关注难点,积极投身普陀的发展建设之中。“十二五”期间,普陀区提出了“一心两轴三片区”的功能布局,随着真如副中心、长风生态商务区、中环商务区等重点区域建设的启动发展,形成了巨大的法律服务市场。2011年5月,在区律工委的牵头召集下,区内8家在金融证券、股权投资、文化创意、国际贸易方面具有专长的律师事务所与长风生态商务区开展结对,为园区内企业提供法律服务。2011年上半年,博和律师事务所承担了区内首例商业建设项目的社会稳定风险评估工作,经过与政府相关职能部门、项目周边居民和商家的多次协商、意见征询,以及大量的政策法规、行业标准、环境风险的研究分析,客观对项目社会稳定风险作出评估,保障了项目

的后续开发,得到了区政府的肯定。

维护社会和谐稳定的成效显著。区律工委立足服务大局,鼓励律师敢于担当社会责任,在化解矛盾纠纷、维护社会稳定中作贡献。配强区政府法律顾问团,每周四陪同区领导信访接待,在“大接待”期间,确保每天全天候陪同接待。自2009年起,在区司法局的指导和区律工委的直接领导下,连续三年组织30家律师事务所、约100名律师参与市、区突出信访矛盾核查、评估和化解工作。全体参与律师本着高度的社会责任感,充分发挥律师作为第三方的中立性优势,严格按照“快速行动、深入核查、真诚沟通、优化方案”的“四步工作法”,稳妥细致地做好对当事人的政策解释及思想疏导工作,累计参与案件270余件次,出具法律意见书150余件,协助化解纠纷70余件。组织多个律师专题工作组参与曹杨新村征地纠纷,建民村、锦绣里、棉纺新村等动迁纠纷的化解工作,均取得较好效果,得到市、区有关领导的充分肯定。

服务城区依法治理的水平提升。区律工委积极引导律师事务所和广大律师在法治政府、法治社会建设中发挥自身优势与作用。邀请专家律师、教授律师为区政府常务会议成员和全区处级干部举办法制讲座,强化领导干部和公务员依法执政的意识。同时,积极为政府依法决策提供法律咨询服务。在区农副产品批发市场搬迁项目中,顾问团律师全程参与,经过对决策合法性的论证,以及综合各种情况的利弊分析,分别制定了以市场主办方为主体、以政府土地储备为方式、以司法为形式的三套搬迁方案,为征地拆迁的平稳有序提供了法律支撑。近年来,区律工委还积极促成建立了侨联法律顾问团、工商联法律顾问团、新阶层人士法律顾问团、老干部法律服务站等团队,为政府部门依法行政提供服务与保障。此外,还开展律师事务所与司法所、居(村)委调委会、街镇商会、委办局“双结对”活动;组建区十大律师宣讲团、《人民调解法》讲师团,深入机关、社区、学校和企事业单位开展法律知识巡讲;参与社区“法律夜门诊”、“法制公园”法律咨询活动;设立律师信箱等,帮助居民和企业解决日常法律问题。近期,按照中央和本市关于推进社会管理创新的要求,区律工委积极推荐区内规模较大、管理较规范的新惟律师事务所与桃浦紫藤苑社区开展共建,深入开展法律服务“进社区、进楼组、进家庭”活动,为在全区居民区深化依法治理工作提供试点经验。

“十二五”期间是上海实现“创新驱动、转型发展”的重要时期,也是普陀律师业实现新一轮发展的关键时期。区律工委将带领全区律师再接再厉、履职尽责、拼搏进取,使普陀这片沃土上的律师之花愈开愈艳丽! ●

编者按：上海市协力律师事务所成立于1998年12月，是一家资历深厚的老牌强所。在建所初期就形成了以知识产权业务领域为核心的专业化发展道路。2007年，随着新《律师法》的实施，上海市协力律师事务所率先改制成功，成为本市首家特殊普通合伙制律师事务所。本文主要介绍了该所从成立到取得如今地位的发展过程，并阐述了其在专业分工上的探索与发展。相信上海市协力律师事务所作为一家全国知名的律师事务所，必能在我国坚持改革开放、金融创新、尊重知识产权的大背景下，发挥自身优势，不断创造新的辉煌！

律所建设

●文 / 上海市协力律师事务所

栏目组稿人：贾明军 iamingjun@iamlawyer.com

“协力”改制： 新的组织形式 促进新发展



“协力”印象：专业化成就品牌

1998年12月，严冬岁末，机缘巧合下姚重华律师和另外两位律师共同成立了上海市协力律师事务所（以下简称协力所）。2001年5月，协力所迎来了新的契机，年轻的游闽键律师、周月萍律师、严锡忠律师一起加盟该所，成为事务所的合伙人。这群年轻的律师带领着协力所坚持走律师团队专业化、事务所业务综合化之路，百舸争流、百花齐放。事务所按照专业分工，以合伙人为核心，先后组建了投资法律事务中心、知识产权事务中心、建筑房地产法律研究中心、投资金融并购法律事务中心这四个专业服务团队，并以协力所网站为基点，建立了知识产权律师网、房产建筑律师网、中日投资法网、融资并购法律服务网。其中，知识产权律师网和房产建筑律师网在业界具有很大的影响力。

2001年，在游闽键律师的带领下，协力所创设了以IT知识产权为核心业务的知识产权事务中心，作为该所的重要组成部分。经过10年的发展，协力所知识产权事务中心的业务范围已经从原有的IT知识产权延伸至版权、专利、商标、商业秘密等知识产权全领域。中心人员规模也从最初时的3人发展到现在的50余人。

10年来，协力所知识产权事务中心承办了业界数起“第一案”：中国首例反垄断纠纷案——书生公司诉盛大网络垄断纠纷案；反流氓软件联盟唯一一起胜诉案

件——很棒小秘书软件侵权案；中国网游第一案——神州奥美诉浩方在线对战平台著作权侵权案；软件最终用户第一案——discreet诉上海对点文化传播公司著作权侵权案；西部知识产权第一案——奥多比公司诉汉湘文化软件侵权案以及蕃茄花园软件侵权案、上海电子机票恶意退票第一案等多起社会知名案件。

在长期的法律工作中，协力所知识产权事务中心用心积累了微软、欧特克、惠普、奥多比、PTC、盛大网络、起点中文网、美国商业软件联盟（BSA）、云南滇虹药业集团股份有限公司、沪江网、新华发行集团、上海蜜秀网络科技有限公司、久游网、水晶石、PPS、土豆网等等大批优质客户，秉承优良的服务、高度的专业素养，该知识产权事务中心一直被海内外客户所信任和称赞。

协力所知识产权事务中心注重理论研究，承接了国家版权局《广播组织信号盗窃研究报告》、上海市知识产权局《世博会知识产权保护管理研究》、上海市版权局2004—2009年《上海版权产业报告》和浦东新区区政府《浦东新区知识产权十二五规划》、《企业技术秘密管理指导性文件》、《知识产权纠纷应对机制》以及上海文联2007—2010年度《上海文艺知识产权年度报告》等课题研究。

建筑房地产法律研究中心是协力所的特色中心，由知名建筑房地产律师周月萍和周兰萍律师创办，资深律师组成团队提供专业法律服务。中心成员均拥有硕士以上学位，并具有在法院、政府部门、建筑房地产企业及银

行等行业工作的经验。

协力所建筑房地产法律研究中心是中华全国工商业联合会房地产商会常务理事,中国建筑金属结构协会全国常年法律顾问。中心成立 10 年来,先后为绿地集团、保利集团等近百家大中型建筑房地产企业提供法律服务。作为建筑、施工、房地产行业协会及建设行政主管部门的常年法律顾问,中心通过举办讲座培训、召开专题研讨会等方式,为建筑房地产行业协会会员企业提供专业的法律支持。

协力所建筑房地产法律研究中心与多家外国知名律师行合作,为跨国建筑承包商的境内外业务提供优质法律服务,同时为国内施工企业的境外承包提供延伸服务。优质的法律服务包括律师的阅历、知识结构、智慧技巧和人脉关系。在服务机制上,协力所具有无与伦比的优势:该所的法律事务处理采取承办人提出初步意见、参与人评议、资深律师审核、团队讨论及疑难重大案件征求专家意见的机制,确保为当事人提供优质高效的法律服务。专业严谨的服务机制使得诸多客户的风险终能化险为夷,从而有效地保障了客户利益的最大化。

在合伙人马晨光律师的带领下,协力所投资金融并购法律事务中心的专业律师熟悉房地产开发各个环节的法律实务工作,并成功操作了房地产项目法律风险评估、土地权属关系调查及土地使用权取得、在建工程转让及项目公司并购等各类房地产法律项目。投资金融并购法律事务中心的专业律师擅长并购及金融服务方案的设计与纠纷防范,为客户设计安全合法、程序简便、税费优惠的交易方案。通过律师的全程介入、提示并预防各种法律风险,确保客户利益。

协力所投资金融并购法律事务中心提供的并购金融法律服务以大型房地产项目的融资与并购为特色,结合了协力所在贸易投资、企业税务、项目融资、知识产权、劳动争议解决方面的专长,全方位为客户提供法律服务。该中心在长期为客户提供并购与金融服务过程中,不仅积累了丰富的的工作经验,还与各大金融机构、政府相关主管部门建立了良好的长期合作关系。

协力所投资金融并购法律事务中心讲求创造性地提高服务效果,在多项案例中提出切实可行的解决方案,如企业重组中固定资产处置办法、金融纠纷中固定资产的处置,尤其是执行阶段中抵押权与房屋过户冲突的特殊监管方案等,为多家金融机构解决了执行难的问题,受到业内的广泛认可。事实上,几乎在每一个项目并购及金融地产案例中,都会遇到法律操作中的难点或争议,对专业律师的考验就在于能否在提出问题的同时提供解决问题的方案。正是该中心律师专业的精神和务实的态度赢得了客户的肯定,这样的例子

不胜枚举:上海丰进基金投资中心(有限合伙)设立方案以及投资管理;西安信托设计并推出“西安信托·特定矿业股权收益权投资集合资金信托计划”;代表某基金公司与安信信托合作发行“煤矿项目有限合伙定向增发类结构化信托计划”;上海同济房地产有限公司收购泰兴某房地产公司股权项目;澳大利亚个人信贷金融公司 Balmain Corporation 与上海三融投资管理公司合资项目;中国工商银行上海分行和上海农商银行对上海某房地产项目融资、银团贷款等案件,该中心律师严谨、踏实、高效的工作作风和职业素养得到了合作客户的高度肯定和赞扬。

经过 10 余年的发展,随着专业化品牌影响力的不断扩大,协力所已成长为浦东国际金融贸易区内一家极具竞争力的现代化律师事务所,拥有 20 名合伙人,百余名法律从业人员,已在北京、苏州、无锡、南通、长沙等地设立了分所,并在日本大阪设立了日中协力外国法律事务所。

“协力”特点:不拘一格纳人才

“泰山不让土壤,故能成其大;河海不择细流,故能就其深。”协力所成立之初,就不拘一格纳人才,把促进内部思想文化和知识结构的多元化作为吸收新鲜血液的一个衡量标准。事务所内云集了大批业内青年才俊,这是其迅速崛起的关键。在协力所,你能看到土木工程硕士、生物化工硕士,也能找到历史专业博士和诗词文学博士;在协力所,既有精通国内法律的人才,也有谙熟国外法律的归国人员。不同专业背景的法律人才共同组成了紧密团结、充满活力和激情的核心团队,并在业务实践中起到了相互弥补、各取所长的积极作用。

协力所的律师和律师助理普遍有着较高学历,其中包括 10 名博士,38 名硕士,21 名海外留学归国人员,而他们的平均年龄却不到 30 岁。年轻是协力所的特点,年轻是协力所的优势。尽管律师业的先行者已经占据市场主流,尽管有资本、有实力的大所、名所已经抢先分割了高端客户,初出茅庐的协力所却从年轻人身上看到了未来的希望。

具有悠久历史和雄厚实力的华东政法大学造就了无数优秀法律人才,该大学毕业生在上海大多数律师事务所占据主流,协力所也不例外。但作为沪上律师业的生力军,协力所同时还把目光放在了来自五湖四海的优秀法学人才身上,每年都组织专门人员到上海外语学院法学院、复旦大学法学院、上海交通大学、上海大学知识产权学院等上海重点法学院招收优秀毕业生,吸引了众多才华横溢的青年律师和应届毕业生加盟。协力所的人

才战略,确保了自己能够集百家之长、避一己之短,保证了自己的未来在集思广益的基础上稳步前进。

“协力”方式:视界决定未来

随着文化事业的繁荣,文化服务市场的知识产权法律问题也越来越多。党的十七届六中全会强调要推进社会主义核心价值体系建设,大力发展公益性文化事业,保障人民基本文化权益。知识产权文化是社会主义先进文化的有机组成部分,知识产权文化的发展对于繁荣文化市场,加快发展文化产业等方面具有重要意义。

早在2002年,协力所就看到了文化市场的巨大前景,迅速推出文化产业法律服务,很快得到了市场的认可。几年来,该所先后为上海文化发展基金会、上海艺术博览会、上海亚洲音乐节、上海音乐厅、上海大剧院演艺中心提供了专业顾问服务,并成功地为2003、2004、2005亚洲巨星反盗版演唱会及上海艺术博览会、2004、2005亚洲新人歌手大奖赛、《思想者》捐赠项目、《狮子王》文化基金贷款、音乐剧《妈妈咪呀》引进等项目提供了专项服务。

新兴的创意产业是技术密集与知识富集的朝阳产业,创意产业园区纷纷出现,创意产业链条初步形成,在国民经济中逐渐占据重要的地位。上海市于2005年提出大力发展创意经济后,国内企业也努力提升自主创新能力。游闽键律师着手相关知识产权保护的调研工作,撰写并主编了《创意产业知识产权管理》一书,为企业进行知识产权的诊断和监控,制定了知识产权战略和保护制度,开辟了为创意产业及创新技术服务的新业务。该书为国内第一本有关创意产业知识产权管理的专著。2006年11月,由协力所、上海创意产业中心联合打造的全国首家创意产业知识产权服务平台正式成立。2008年4月,协力所又推出了首个创意产业知识产权咨询热线,为创意企业提供免费法律咨询,当时全国政协副主席厉无畏亲自来贺信,高度评价了游闽键律师的工作。在为创意企业服务的过程中,游闽键律师也积极参与政府相关课题的调研工作,并针对目前上海创意产业发展过程中存在的问题,在市政协会议中提出制定创意产业促进条例的提案,当场得到上海市委领导的呼应。他还受聘担任上海市文化产业园评定小组的专家,参与文化产业园区的建设指导。2011年10月,协力所倾力支持的上海国际创意产业博览会正式开幕。

“协力”转制:新体制促进事务所做大做强

2007年10月28日,全国人大常委会通过了新修订

的《律师法》,该法在律师事务所组织形式上的规定有了较大突破,即取消了合作制律师事务所,增设了特殊的普通合伙制律师事务所和个人律师事务所。截至2010年12月,全国共有14家律师事务所由原来的普通合伙制转为特殊的普通合伙制。据上海市司法局党委副书记李和平介绍,协力所此次转制,使该所成为了上海市首家特殊的普通合伙制律师事务所。

对于转制,协力所主任游闽键律师说:“这一组织形式对律所分所的管理非常有益。”他认为,很多分所的合伙人平时都很忙碌,见面机会甚少,分所的管理一直是个难题。采用了这样的规定,相当于所有的合伙人买了一份“责任保险”,大家共同建设一个品牌,同时有所约束,因为一旦发生事故,要各自“埋单”。有了制度约束,大家可以把心思都放在业务上,提高法律服务的质量。

申请变成特殊普通合伙制律师事务所的门槛不低:注册资本1000万元以上,合伙律师20人以上。游闽键律师表示:“普通的合伙制律所只需要10万元的注册资金,门槛相对较低,当然对于律所的发展也很有局限性。而特殊的普通合伙制则解决了律所发展的‘瓶颈’,可以让合伙人不必顾及对其他合伙人对自己的影响,从而放开手脚专心于业务。同时,由于制度规定,在造成损失时,某个合伙人自己仍需承担无限责任,这对每个合伙人也是一种约束,使得他们更加诚实尽责。”

“当初我涉足知识产权尤其是网络经济这一块,事务所的其他同事替我分担了压力。”游闽键律师坦言,如今采取特殊的普通合伙制,律师事务所对新业务的开拓和纵深发展就更有底气。“特别是当前文化产业大发展,我们在法律服务上进行了不少探索,过去可能会有合伙人担心新领域里执业不当出现新问题,但现在的模式更有利于创新服务。”

在协力所的改制揭牌仪式上,浦东新区司法局局长李泽龙表示,作为走在浦东乃至上海律师业发展前列的一家律所,律所中各团队在各自领域精益求精,重视理论研究,强调实践操作,力求成为本领域的执牛耳者。同时,各专业团队又紧密协作,利用各自的专业优势适应客户的不同需求,从而实现了优秀专业品质和多重业务范围的有机统一。在实现了律师事务所专业化、规模化之后,协力所律师开始思考如何平衡风险控制和持续增长之间的关系。协力所勇于创新,率先探索从合伙制转制为特殊的普通合伙制,这一模式的实行有利于律师事务所做大做强,并朝着专业化、规模化的发展方向,使人才队伍、管理水平、竞争能力、品牌实力等方面再上新台阶。●

法用良法语

我的败诉 ●文/周月萍

栏目组稿人:葛珊南 gsn888@vip.163.com

败诉,引导我写了一本书



2005年,我曾代理过一起案件。主要案情是李某以项目经理的名义挂在江苏某建筑公司名下,对外承接工程,双方签订《内部承包协议》后,李某即负责该工程的实际施工事宜。但是在施工过程中,李某与某设备租赁公司签订了《租赁合同》,某建筑公司对李某的上述行为完全不知情,直至租金支付期限届满被某设备租赁公司起诉至闵行区人民法院后才了解。

本案的审理直接涉及对我国《合同法》中的“表见代理”制度的理解。根据《合同法》第49条规定:行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同,相对人有理由相信行为人有代理权的,该代理行为有效。“表见代理”制度的出发点和立法意图是为了维护财产流转的安全,即市场的交易安全,保护善意第三人的利益,使其在有理由的、善意的相信他人是有代理权并与之交易的情况下,由被代理人承担“表见代理”的法律后果。

接受某建筑公司的委托后,我就本案的事实认定和法律适用与主审法官进行了积极的沟通:

一是基础事实。基础事实是一个案件的基础,如果债权债务关系不存在,也就无所谓其后的法律适用问题。法院应通过对合同、结算单、欠条、送货单等证据的综合分析判断,严格审查合同订立、履行及相关债权凭证的真实性,正确认定购买材料、租赁器材等基础事实。数额较大的借贷案件,应由相对人就借款是否实际发生及借款本金数额的真实性承担举证责任。相对人还应对签订的借款合同、出具债权凭证时间、地点及所涉资金的来源、交付方式、时间、地点等订立、



周月萍:上海市协力律师事务所高级合伙人,市律协房地产研究会委员

履行合同的因素予以举证证明。

二是法律适用。法院应根据行为人身性质质的不同来区别不同的行为性质,以适用不同的法律规定。如果承包人与施工企业之间确实存在真实的劳动合同关系(如有劳动合同、工资领取单、缴纳了社会保险等等),那么项目经理对外签字盖章的行为可能会被认定为职务行为。相反,如果承包人与公司不存在前述劳动合同关系,则其真实身份应为挂靠。依据合同相对性原则,如果项目经理或者实际施工人是以自己的名义对外签订合同而其企业并未授权,施工企业并非合同的相对方,也不应该承担偿还欠款的责任。

三是简单、草率地将项目经理对外民事行为的一切法律后果归于公司,既损害了施工企业的合法权益,也违反了合同的相对性原理。“表见代理”的法律制度在保护善意交易方的同时,对被代理人课以极重的法律责任,从某种角度上讲,是牺牲被代理人的利益来保护市场交易安全。上述案件中,《租赁合同》的双方当事人为李某和某设备租赁

公司,某建筑公司并非该合同的一方主体,如果法院不分青红皂白,仅仅依据李某和公司之间的《内部承包协议》判决公司承担付款责任,不仅在客观上保护了恶意项目经理的“非法利益”,也给施工企业带来了不合理的巨大风险。

在我代理该案件的时候,法院认定“表见代理”的条件都较为宽泛,而且长期以来,施工企业的粗放式管理使得有些法官对项目经理与施工企业之间的法律关系并没有一个清晰的认识,往往认为项目经理天然地依附于施工企业,从而否定项目经理、尤其是挂靠在法律上独立的地位,忽略了项目经理、尤其是挂靠人实际上是一个有着完全民事行为能力的独立自然人。

尽管我站在建筑公司的角度,据理力争,法院却仍然坚持认为建筑公司应承担支付租金的责任。这次败诉经历让我深深体会到,司法实践中对“表见代理”的“滥用”和误解给当事人,尤其是施工企业带来了巨大影响……

2007年我曾应邀为中施协举办的高级经理人班做法律培训,并提及了这个案例背后潜藏的风险。课后一位学员给我打电话,希望我能帮助他们研究承包及挂靠制的法律风险。那位学员的话和败诉的这段经历,让我一直关注建筑行业的“表见代理”法律风险防范,并在2009年将其主要观点形成于我们主编的书籍《建筑企业法律风险防范与化解》一书中。这么想来,如果没有那次败诉,我就不会去和建筑企业宣讲要重视“表见代理”的相关风险,也就不会有那本书。一切都那么偶然,而一切似乎又在必然中。●

执业心语 ●文/陆敬波

栏目组稿人:刘小禾 liuxh@lawyers.org.cn

明确专业方向 提升执业层次

律师是一个职业生命很长的行业,跟很多执业时间长、人生阅历丰富的资深律师相比,我只能算是一名青年律师。因此,以“资深律师”的身份在此与大家进行交流,我不胜惶恐,只能说是将我执业过程中的一点心得和感悟拿出来和大家分享,希望能对大家的律师生涯有参考价值。

一、专业化:选择自己喜欢且有前景的方向

在很多场合,律师会被拿来和医生相类比,其原因在于二者都是专业性很强的职业,非具备专业素养的人士不能做好这份工作。然而,和医生相比,律师行业的专业分工却显得十分粗糙。我们都知道,医生分为外科医生、内科医生,二者虽同属医生行业,但其诊断标准和医治原理却是大相径庭,因此,没有一个外科患者会信赖一个内科医生的诊疗。与这种精细化的分工不同的是,律师行业却普遍迷信于“万金油”式的工作方式。

很多律师尤其是年轻律师在走上律师道路时,往往没有明确的方向,希望自己成为“十项全能”的多面手。有这种想法是人之常情,作为律师,大家都希望有尽可能多的案源和客户。但是,由于法律部门的差异性,一般人总是难以全面而细致地掌握所有的法律甚至几个法律部门,于是当你选择成为全能型律师,结果可能适得其反,陷入“博而不专”的境地。你丧失了作为律师最重要的素质——专业性,你就很有可能丧失你的客户,这对于一个律师的长期发展是十

分不利的。因此,我认为选择一个专业化的方向对于律师的成长是十分重要的,也是律师赢得客户的最大法宝。正如我们“劳动法苑”和江三角律师事务所的宣传语:“内科的问题,怎能由外科医生诊治?专业劳动法的问题,应当由专业劳动法律师解决!”。实践证明,我们的这种专业化取向也是符合客户需求的。以专业吸引客户,用专业留住客户,靠专业发展客户,这是我们得以迅速发展的要旨所在。

当然,我也不建议年轻律师盲目而草率地选择自己的执业方向。我觉得律师在做专业化选择时应当从两个角度进行考虑:其一应该是自己喜欢的,其二是要有发展前景的。律师对于我们而言,是一份职业更应该是一份事业,而要把这份事业经营好,前提是你热爱它,唯有热爱,才能持久。因此,必须选择一个自己喜欢的专业方向,这才是律师成功的持久性动力。同时,不能否认,律师工作也是我们养家糊口的工具,毕竟物质是发展的基础,因此,你选择的专业方向应该要能给你带来持续性的良好收益。对于年轻律师而言,我建议更应该着眼于长期发展,选择有良好发展前景的方向。选择自己喜欢的专业,要求必须认清我们自己;选择有前景的专业,要求必须认清这个世界。因此,内外兼修才能做出一个正确的判断。

二、团队化:劳动法律师的必然选择

律师是一个相对自由的职业,如果



陆敬波:上海市江三角律师事务所合伙人、主任,市律师协会劳动法业务研究委员会副主任

由一定是其中很重要的因素。的确,相较于其他的工作,律师是一个可以自由自在、无拘无束的行业,因此很多律师都习惯于“单打独斗”式的工作方式。这并非必然影响到律师的个人发展,现实中我们也看到很多成功的大律师就是这种“单枪匹马”的形象。

然而,我的律师之路却是完全不同的面貌。劳动法业务的特点决定了必须采取团队化的经营管理策略。与其他律师业务相比,劳动法业务有两大特点:其一是数量多、金额小、周期短,其二是个案之间案情和法律适用差异大。二者共同决定了以一己之力难以处理好杂乱而琐碎的劳动法问题,而客户也不会信赖单个律师的能力,由此产生的高风险性和不确定性也是与劳动法追求平稳固定的价值追求是不相一致的。

因此,在2001年当我确定了劳动法这个方向时,我就彻底抛弃了“单打独斗”的想法,着手组建劳动法专业律师团队,并创办“劳动法苑”品牌,以团队经营品牌,以品牌宣传团队。依托于“劳

动法苑”的巨大成功,我们迅速取得了客户的信任,并建立了长期而稳固的合作关系。2004年,为了更好的服务客户,我们组建了中国第一家以劳动人事法律服务为核心的律师事务所——江三角律师事务所。自律所成立以来,我们的劳动法中心一直坚持团队化管理和公司化运作。借助律师队伍的团队建设,如每个季度都安排有大型的集体活动,增强律师团队的凝聚力;通过对新律师的带教培养,不断提高团队的业务水平和专业素养。

某种程度上,律师选择团队化对自己是一种牺牲,有如水滴融于大海,其个体的价值便不是那么显著。在“江三角”,每个劳动法律师在与客户沟通时,其身份都是“江三角”团队的一员而非单个的律师;每个劳动法律师在处理案件时,如果遇到问题,都会与其他律师进行讨论,我们也会组织定期以及不定期的案例讨论与大家分享。每个律师都是“江三角”的一员,每个律师都是“江三角”。正如虽然水滴在大海中消融了自身,它却成就了大海。我想,这就是团队的力量吧。

三、市场化:让客户发现你

律师是一个竞争十分激烈的行业,在上海尤其如此。如何从律师圈子里脱颖而出,这是每一个年轻律师的忧虑,也是值得思索和解决的问题。如果说前面提到的“专业化”和“团队化”是练内功,意在提升律师的个人素养;那么“市场化”则是练外功,解决的是如何发挥律师能力的问题。律师行业,属于广义概念上的服务业,从来就不存在“酒香不怕巷子深”的规则,想要获得成功,必须通过市场化的手段销售自己。然而,律师的市场化道路不应该简单等同于一般服务业的销售

行为,这是律师行业的专业性决定的,过分注重市场销售的律师也往往难以取得客户的信任。

我们“江三角”的市场营销主要通过如下几个方面进行。第一、做网站、办期刊——“劳动法苑”网站(www.laodongfa.com)面向的是公众,《劳动法苑》期刊则主要面向企业客户。通过提供专业化的信息和咨询服务,向客户展示我们的实力;第二、举办沙龙、行业峰会、论坛等形式的活动,针对具体的法律问题与企业进行充分的讨论和交流,在活动中增进双方的了解,建立互信的合作伙伴关系;第三、针对社会的热点和企业的需求,以公开课或企业内训等形式开设相关培训课程,帮助企业应对劳动人事方面的挑战,在客户中建立专业律师形象;第四、成立专门的市场运营部门。律师应当掌握一定的市场销售技能,但律师毕竟不是专业的销售人士,在客户沟通与谈判方面难免存在欠缺之处,因此,“江三角”匹配了专业的市场运营部门,将律师的市场行为也纳入了专业化的轨道。

四、社会化:在大舞台上发展自己

作为一个与法律打交道的职业,律师工作总是依赖于整个社会的法制、政治情况。但凡一个成功的律师,其社会化程度也必然很强。律师的这个特征在劳动法领域更加突出。劳动法作为社会法的重要组成部分,其作用范围要远远超过劳动合同双方主体之间。良好的劳动关系更是事关整个社会的和谐和稳定,从当前层出不穷的劳动立法活动中也看出国家对此的重视程度。

因此,要在劳动法领域成为优秀

的律师,必须注重对社会的关注。这种关注不应该只是外部性的观察,更需要投入社会化的平台,入世修行。在律师的本职工作外,我还担任了多个社会职位。主要有现任中国劳动学会劳动关系专业委员会常务理事、上海市法学会劳动法研究会执行副会长、民盟上海市法制委员会副主任、上海市劳动争议仲裁委员会兼职(专家)仲裁员、上海市律师协会劳动法专业委员会副主任、上海市总工会法律顾问、上海市浦东新区政府法律顾问、上海市工商联(上海市商会)法律顾问、上海财经大学兼职教授及硕士生导师、上海大学ADR与仲裁研究院特邀研究员和上海立信会计学院兼职教授等等。

律师积极参加各种社会活动既是提升自己的一种手段,也是回报社会的方式。律师的社会化并不简单等同于担任各类社会职务,更重要的是履行相关的社会责任。如我多次参加全国人大法工委及上海市法工委的立法咨询及调研活动,诚恳、中立的提出了自己的专业性意见;发挥法律顾问、政协委员的作用,为政府决策和相关立法活动建言献策。此外,江三角律师事务所主动担任浦东新区法律援助中心代理受理的责任,解答公众的劳动人事纠纷,取得了很好的社会反响。

一个社会化的律师在各方面的时间精力投入自然要远远大于一个埋头于本职工作的律师,由此带来的收益也是不能同日而语的。天道酬勤,律师是一个付出与收获成正比的职业。作为一名律师,在浮夸和泡沫的大环境下更应该重视平日的积累和沉淀,厚积才能薄发。一个社会化的律师,其视野与眼界,以及处理事情的方式都将获得很大的提升,而正是这些决定了你律师生涯的层次和高度。●

视角 ●文/朱小苏

戏曲艺术版权认定和保护

——桩京剧脸谱版权纠纷的联想



在法律工作之余，笔者酷爱脸谱在内的中国传统戏曲艺术，痴而不讳。原以为法律与戏曲交集不多，不想近日笔者的一家法律顾问单位意外地收到了一封来自某赵姓画家委托签发的律师函，责其在制作的一档戏曲类节目的片头部分擅自使用了多幅由赵某独立创作并收录在1992年出版的《京剧脸谱》一书中的京剧脸谱，侵犯了赵某的著作权，要求该单位立即停止侵权，赔礼道歉并赔偿由此造成的经济损失。正当庆幸逮住这难得的爱好与工作结合的机会，意欲大干一场之时，当事人单位却告知，经粗略网络检索，数年间赵某已经打了数十场关于京剧脸谱著作权侵权的官司，其中多数胜诉，获赔数额不下数十万，故不愿做“无谓抵抗”。最终经双方协商，该案以该单位支付以万元计的费用结案。纠纷虽然得以解决，但由此延伸出的某些戏曲艺术的版权话题，却值得思考和探讨。

从法律层面而言，包括我国在内的各国立法和司法实践，都明确了只有具备“独创性”的作品，才能构成《著作权法》下的“作品”并受到保护，但在京剧脸谱版权纠纷中，什么才构成某幅脸谱作品的“独创性”却着实是个难题。虽然我国《著作权法实施条例》界定作品必须具有“独创性”，但并没有对“独创性”的定义和客观判断标准做出明确规定，这个“模糊区”导致了实践中司法的自由裁量权过大，尺度不一，甚至出现了如郑成思教授所言的“在认定或否定侵权的过程中，原地踏步，乃至

扩大模糊区”的情况。从另一个角度，京剧脸谱属于民间艺术的特性也增加了认定其“独创性”的难度。根据英美法系国家判例中出现、并经许多大陆法系国家知识产权法学者肯定的“三步侵权认定法”，把不属于特定权利人版权覆盖范围内的他人、前人的成果“过滤”出去的步骤对判定“独创性”至关重要。然而，作为我国戏曲艺术中特有的一种造型手段，脸谱与唱腔、表演、服装等其他技艺一样，随着中国戏曲艺术的不断发展而逐步形成。在绵延至今的成百上千年中，虽有革新和创造，但更有前后相承的关系，恰如京剧名宿刘曾复教授所说，“脸谱的不同风格、流派……衣钵相传，影响后世，科班学生的脸谱各有师承和风格……传流至今，对今天京剧净角脸谱的定型起着重要的作用。”在如此漫长而又具体的演变过程中，怎样将某幅作品中自有的“独创性”从前辈作品中抽丝剥茧地脱离出来，应是争议问题的关键。但遗憾的是，绝大多数有关脸谱版权纠纷的判决书对该点的分析都似蜻蜓点水，不着重墨。

就赵某的个案而言，在笔者看到的有限的判决书篇幅中，似乎将赵某作品的“独创性”归纳为：1、脸谱使用工笔正面画法，具有无头饰和髯口、人物端庄、着色自然等特点；2、线条、笔锋、构成图案的分布位置等勾脸技法上不同于别人。针对这两点，笔者个人以为尚待商榷。关于脸谱正面画法，笔者见识粗浅，但似乎并非赵先生原创，前辈京剧大师已多有采用这种正面的、不加头饰的、不戴髯口的脸谱画法。在看到的一本出版于1968年的名为《听雨楼脸谱》的京剧脸谱集中，绘制的脸谱即为正面画法；同好告知，1990年田兆霖先生出版的《京剧脸谱集》里绘制的200余幅脸谱也为正面图，这些作品皆早于赵先生《京剧脸谱》的出版时间。而就勾法上的独创，笔者并非专业戏曲人士，更不敢妄评，但在分析该问题时，无法也不应脱离京剧“程式化”的核心特点去考虑。著名学者王元化先生曾言：“虚拟性、程式化、写意型这三个基本特



征是京剧界经过多年探讨积累了许多人的研究成果概括而成的。”而脸谱作为戏曲的化妆方式，一笔一划也应总在方圆之中，遵循既定的色彩和谱式，这是脸谱的本质功效——区分人物所客观决定的。这套经过历代艺人长期生活体验和艺术创造所形成的独特格式，已经赢得了观众的接受和认可，在此基础上任何勾法的创新，也不能超脱其原有固化的谱式，正所谓“万变不离其宗”。就脸谱的固有谱式，更接近版权保护中的“惟一表达”原则，即如果某一客观事物，只有一种表达方式，则这种表达将不被认为具有“独创性”。这点上，笔者倒是更赞同天津市第一中级人民法院法官李国忠在赵某与某出版社出版的《戏曲年画与脸谱》版权纠纷一案中的审判观点，即“京剧脸谱是京剧艺术家在多年实践中形成的对特定戏剧历史人物面部特征的描述，是具有程式化且与戏剧历史人物具有唯一对应性的表现方式。任何人绘制京剧脸谱都应采用同一标准，否则将造成历史人物识别上的混乱，这是不能被社会所接受的。原告赵某绘制的京剧脸谱只是对戏剧

舞台上的历史人物面部特征的复制，并不因此享有对该京剧脸谱的著作权。”

除去“独创性”本身的认定值得推敲外，在此类京剧脸谱或其他戏曲艺术纠纷中，如何营造一个更公平的审判程序，似乎也是个有意思的话题。众所周知，作为民事部门法中的一门，《著作权法》也旨在调整平等主体之间的法律关系，此处的“平等”强调当事人法律地位的平等。笔者在此对赵某提起的众多版权纠纷案中当事人法律人格的平等性并不存疑，但他们在民事诉讼中是否真正形成均势却打着问号。理论界认为，“只有在有关当事人之间存在某种均势，即他们实现权利的能力大体相同时，才能期待每一方当事人都能在自由交易中实现自己的意志”。案件一方的赵某“5岁开始学习绘画，尤其喜欢戏剧人物和京剧脸谱，多年来几乎把全部心血都放在了研究京剧脸谱上”；而另一方（包括其聘请的律师在内）绝大多数都并不拥有太多的脸谱或戏曲专业知识，处于绝对的弱势。这样的双方在诉讼程序中，难免导致案件向强势者单方面意志表达的方向发展。在此情况下，

法官有义务发挥司法能动性，因势利导，通过一定方式平衡双方的力量，例如引入第三方通过专业鉴定确定“独创性”是否存在。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第73条指出，鉴定应当是人民法院依职权调查收集证据的范围，故鉴定结论是法官对案件事实认定手段的延长，鉴定人是法官或法院的助手，法官借助鉴定结论来认识案件事实的真相。可惜的是，在笔者看到的全国各地法院的判决书中，没有一家法院在脸谱比对中引入司法鉴定。当然，由于我国采用鉴定人登记管理制度，可能也没有任何的戏曲专业人士登记申请成为此类案件的专业鉴定人士，所以也怪不得法官。但由此造成的尴尬局面就是审判人员本身无法通晓博大精深的戏曲专业知识，又无法如其他案件那样寻求专业人士的帮助，盲目断案，依照明文授受、机械执法也就在所难免。

从一个更广义的角度分析，翻看可以查阅的判决书，在所有案件审理中，审判法官一方面都将京剧脸谱视为《著作权法》下的“美术作品”加以保护，但

另一方面又无法否认脸谱于一般美术作品的与众不同,即其并不具备一般著作权作品所拥有的明显特征。以“独创性”为例,《著作权法》通常要求作品必须是作者独创,而不是在公共领域已经存在的作品,而脸谱恰是已经存在了几百年的艺术形式,通过代代相传逐渐演化形成,并且一直在公共领域流传着,根本而言,其无法满足《著作权法》的“独创性”要求。因此,包括脸谱在内的戏曲艺术从本质上更接近“民间艺术”。参照联合国教科文组织和世界知识产权组织审议并通过的《保护民间文学艺术表达形式免被滥用国内立法示范条款》,“民间文学艺术表达”已经从传统著作权法中独立出来,以专门的法律进行保护,而在我国的国内立法层面,该种“民间艺术”仍被纳入《著作权法》的体系中,冠以“民间文学艺术作品”之名加以保护,但法条仅有“民间文学艺术作品的著作权保护办法由国务院另行制定”这样的草草规定,究竟如何保护以及保护到什么程度,立法者时至今日也没有想清楚,国务院迄今也没有颁布具体的保护办法。如题述京剧脸谱这类民间文学艺术基础上再创作的作品的认定及保护的问题,其实类似于“民间文学艺术作品”的“修改权”或“改编权”的权利授予问题,但正由于我国在此立法领域的留白,虽涉及民间文学艺术作品的纠纷不断涌现,此类问题仍只能囿于《著作权法》的规定加以处理,不能不说是一个极大的遗憾。在赵某的脸谱诉讼案中,许多被告已经指出赵某的行为有“圈地”之嫌,将中华民族的传统文化遗产借诉讼占为己有,并利用其牟利。对这样的指控是否成立,笔者不想多作评判,但如何在鼓励创新的同时,更好地保护民间文学艺术瑰宝,在宽容和保护中取得平衡,确实是个时不我待的话题。好在最

高人民法院知识产权审判庭已经将民间文学艺术及非物质文化遗产保护列入2011年的调研课题,相信有关司法解释将进一步出台,以弥补此空白。

最后,跳出法律层面,京剧脸谱的版权纠纷其实仅是戏曲艺术著作权保护话题中的一颗小水滴(请原谅笔者在此使用“戏曲艺术”而非《著作权法》下的“戏剧作品”概念,因为法条规定的“戏剧作品”定义为“话剧、歌剧、地方戏等供舞台演出的作品”,并未囊括京昆这样的全国性剧种;更何况,笔者看来,“戏曲艺术”也远非法条通常指向的剧本所能尽揽)。记得笔者在多年前曾发表过一篇文章,呼吁不应过分在当下的戏曲界树立太强的版权意识,其原因主要在于:一则由于特殊的生存环境,戏曲界素有“偷戏”的旧习和“私淑”的传统;二则在目前戏曲不景气的环境下强调版权意识将阻挠剧目的移植或流传,反而成为戏曲传承发展的绊脚石。今日回顾来看,当时观点的阐述或不全面。确切地说,版权分为精神权利和财产权利,笔者并不反对戏曲界在条件允许的情况下,对权利人的精神权利(如署名权、发表权等)进行保护,因为它属于人身性的专属权利,不加维护则难以鼓励创作,但前提必须是确有充足的证据和资源使得我们可以去溯源归真,而不是滥打版权官司,搅得戏曲界再无宁日。而对于版权下的财产权利,尤其是在流转中的经济收益或“付酬权”,笔者仍然认为在现今不宜过分强调。换个角度,肯定有人会质疑这样的举措扼杀了物质激励,会损伤权利人的积极性。或许在一定程度上确实如此,但这可能更需要政府从创作源头上给予资金扶持和奖励,此乃是无奈而现实之举。

西方的法哲学家鲁道夫·冯·耶林在其经典著作《法律:实现目的的手

段》中指出,任何法律均有其目的性,目的是整个法律的创造者,而法律仅是实现目的的手段。一项法律的立或废均应以为其期待实现的目的服务,而执法和司法也不应仅为树立法律的权威和尊容,而应实现法律的社会效果。据笔者所知,荷兰为了鼓励本国企业飞利浦做大做强,曾将《专利法》的出台时间延缓了近二十年,以便提供其足够的时间免费拷贝别国的专利累积资本;我国的《反垄断法》从草案到颁布历时十三年,一项重要的原因也恰是出于扶持民族企业发展之考虑;而美国的《反托拉斯法》在其诞生至今的一百多年历史中,其实施力度更会随社会经济的繁荣或萧条而或严格或宽松。

回到戏曲艺术这个主题,毫无疑问,每部戏曲剧目的创排演出都将投入不菲的成本,若过分强调版权的经济利益,剧目的流转传承、表演的借鉴移植都将背负高额的版税,无疑将使前进的每一步都迈得举步维艰,这也与《著作权法》激励创新发展的初衷背道而驰。前些年,上海京剧院曾以1元钱作为版税,把国家舞台艺术精品工程十大精品剧目之一《廉吏于成龙》的剧本版权许可给山西省吕梁市晋剧院和青年晋剧团,恰是为如何在现今社会行使和尊重版权树立了一个典范。鉴于目前戏曲市场处在低谷,或许看淡版权的收益从而“放水养鱼”,让越来越多的人从认知上对其接受和欣赏并逐渐参与其中,可能更有益于戏曲这门民族艺术的市场培养和演出繁荣。当然,这是个没有确定答案的问题,笔者愿与同仁就此商榷,以求雅正。●

(作者单位:上海市华诚律师事务所)



2011年10月24日,备受关注的《精神卫生法(草案)》(以下简称草案)首次提请十一届全国人大常委会第二十三次会议审议,这是我国首次针对精神卫生领域进行立法。精神卫生立法牵涉到公民的基本权利,而草案首先应当就是一部权利保障法,主要表现在三个方面:其一,是保障精神障碍患者得到医治的权利;其二,保障正常人不受精神障碍患者伤害与侵犯的权利;其三,保障正常人免于“被精神病”的权利。

该草案在立法宗旨、保护对象、诊断治疗、权利救济等方面作了规定,如果实施则意味着权力在精神卫生领域得到一

疑似患者的近亲属可以将其送往医疗机构进行诊断,查找不到近亲属的流浪乞讨疑似精神障碍患者,由当地有关行政部门按照职责分工帮助送往医疗机构进行诊断。当疑似患者发生伤害自身、危害他人安全的行为,或者有伤害自身、危害他人安全危险的,患者的近亲属、所在单位、当地公安机关应当采取措施予以制止,并立即将其送往医疗机构进行诊断。

对于非自愿诊断,草案规定,如果患者已经发生了伤害自身的行为或者有伤害自身的危险,医疗机构对其实施住院治疗必须经过承担监护职责的近亲属同意;如果患者已经发生了危害他人安全的行为或者有危害他人安全的危险的,患者或

院治疗的诊断结论有异议、不同意接受住院治疗的,可以进行复诊。患者对需要住院治疗的复诊结论有异议的,可以要求鉴定、重新鉴定。

对精神障碍司法鉴定机构的鉴定意见有异议的,可以要求该司法鉴定机构重新鉴定,重新鉴定意见与初次鉴定意见不一致的,以重新鉴定的意见为准。如果重新鉴定的机构与初次完全一样,鉴定结论就很难有公信力,应当建立鉴定机构及鉴定人员的回避制度,参加初次鉴定的鉴定人员或鉴定机构不应当再参与重新鉴定。

草案中规定,“只有精神障碍患者不能辨认或者不能控制自己行为,且有

时 评 ●文/卢意光

栏目组稿人:光 韬 guangtao@hansen-partners.com

《精神卫生法(草案)》: 对“被精神病”说“不”

些理性制衡与规范,而公民在精神卫生、健康等方面的权利却得到大幅增加。草案之所以会有这样的意识归位,很重要的原因是许多地方出现的“被精神病”案例所引起的关注。“被精神病”对受害者来说,是对公民表达权、人身自由权、健康权的粗暴践踏,而且一旦戴上“精神病患者”的帽子,“被精神病”者的维权之路将非常漫长。

近年来,将正常人误送、强送、误收、误治,而变成“精神病”的案例层出不穷且每每皆轻而易举,常常成为社会的热点话题。强治误治行为侵犯了公民的合法权益,把人们搞得惶恐不安,影响了社会的稳定。

对于送诊,草案规定除了个人可以自行到医疗机构进行精神障碍诊断外,

负有监护职责的近亲属不同意住院治疗的,可以要求医疗机构进行复诊,对于复诊结论有异议的,还可以自主委托精神障碍司法鉴定机构进行鉴定,如果鉴定结果认为应当住院治疗,公安机关可以协助医疗机构采取强制措施执行。

草案对于目前“被精神病”的争议,还应对目前司法鉴定程序进行了完善,明确规定社会团体,律师事务所作为维护公众权利的中介机构,有权在接受委托后以自己的名义提出要求法医精神病鉴定和复议申请,以防止正常人在不正常情况下,被强制鉴定为精神病或被化名鉴定。

草案的核心是“精神障碍的诊断和治疗”,确定了精神障碍诊断两种复诊、两次鉴定的制度。精神障碍的诊断应当由精神科执业医师做出。患者对需要住

伤害自身、危害公共安全或者他人人身安全、扰乱公共秩序危险的,才能对患者实施非自愿住院治疗”,那么,非自愿住院的裁量权由谁掌握?从草案规定看,决定权还是在医学人士手中,但非自愿住院不是单纯的医学问题,它可以说决定了一个人的未来,它可以直接限制人身自由,并迫使其接受医疗。因此,对是否实施非自愿住院的判断,事实上涵盖了医学、伦理和法律判断。显然,医学人士不可能同时承担医疗和司法判断的双重责任。而且,在以往的“被精神病”个案中,无一不具有医生的诊断及鉴定支持。所以,就这一条规定来说,制定相关程序和制约机制非常重要。●

(作者单位:上海市康斯律师事务所)

上海市维护妇女合法权益

上海市妇女联合会
上海市法官协会
上海市女律师联谊会
2011年11月8日



2011年7月至10月上海市妇联、上海市法官学会、上海市女律师联谊会共同举办了“关注民生、保障妇女权益、促进社会和谐上海市维护妇女合法权益”征文活动。上海市女律师联谊会组织了30多名女律师参加了征文活动。

本次律师参赛的论文有30篇,其中涉及立法、司法制度的6篇;关于离婚诉讼财产保护的9篇;关于特殊群体保护的9篇;涉及劳动保护3篇、总结比较国外立法经验2篇;其他内容的1篇。

最终,五篇论文获奖。上海市女律师联谊会在这次征文活动中荣获组织奖。

专题研究

●文 / 葛珊南

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

设立分居制度 保护妇女权益

——浅谈我国婚姻立法中设立分居制度的意义与构想



分居,也称别居,是指解除夫妻同居义务但不解除婚姻关系的制度。我国改革开放以来,人们的婚姻家庭观念发生了一系列变化,婚姻家庭案件也发生了许多新的情况,产生了对分居制度的需求。我国婚姻立法规定分居只是离婚判决的依据,没有将分居制度化,这不利于对婚姻危机中弱势一方尤其是妇女儿童权益的保护。

一、分居的概念、法律特征

结束夫妻同居义务,但不解除婚姻关系,是分居制度的主要效力和基本特征。其法律特征为:第一,分居是夫妻离婚的主要依据,很多国家将分居达到一定期限作为认定夫妻感情破裂的标志;第二,分居是离婚的准备阶段,是离婚的前提;第三,分居可经双方协议或经法院判决达成;第四,夫妻分居期间,一方与他人以夫妻名义公开同居按重婚罪论处。

二、分居制度演进及国外的立法

分居制度源于中世纪西方基督教的教会法,创立目的在于将其作为禁止离婚的补充手段或救济方式。大陆法系、英美法系均有分居制度规定,分居已被看成是离婚的主要依据,成为离婚程序的一种补充和过渡形式。

1804年的《法国民法典》首开先河确立了分居制度,《法国民法典》规定:“在夫之行为而致身体上或精神上的危险时,妻有中止同居义务之权。”这是世界婚姻立法史上的第一次。此后其他国家纷纷效仿,设立适合本国的分居制度。

《瑞士民法典》第170条规定:“配偶一方在其健康、名誉或者经济状况因夫妻共同生活而受到严重威胁时,在威胁存续期间有权停止共同生活。”;意大利《民法典·婚姻篇》第五章第150条规定:“夫妻可以分居。只有在法律规定的情况下,夫妻一方有请求分居的权利。”这些法定情形包括通奸、故意遗弃、严重的粗暴行为、威胁或严重伤害、刑事犯罪、不设立住所等理由。

我国的香港、澳门地区都把分居制度与离婚制度并列。

目前世界各国法律中有两种关于分居的立法体例,一

是大陆法系体例:分居近似离婚,对夫妻要求分居规定了严格的条件和理由,程序复杂。但由分居到离婚,程序则较为简单。另一是英美法系体例:将分居视为简易离婚,分居程序简单,但由分居到离婚的程序复杂,条件要求严格。

国外法律对分居法律后果的规定有:1、免除夫妻同居义务,夫妻关系依然存在;2、终止夫妻间的家事代理权,第

三人不知情时夫妻仍有连带责任;3、分居后的夫妻财产关系,多数国家采用当然分割夫妻共同财产,分居期间所得财产归各自所有财产,以避免对外交易(包括债权债务)的困扰;4、夫妻扶养及子女抚养义务不能免除。



葛珊南:上海市申汇律师事务所合伙人

三、我国分居法律空白易致弱势群体利益受损

我国《婚姻法》只是把因感情不和分居两年作为判决离婚的法定理由之一,并没有将分居作为一项制度进行具体规定。分居制度是一项法律空白,法院无法对当事人分居的请求进行裁决,即使处在婚姻纠纷中的夫妻双方曾自行达成分居协议,但由于缺乏法律约束力,夫妻一方可以随时反悔而不受任何制裁。

依据现有法律,夫妻关系存续期间,夫妻有共同生活的权利义务;夫妻财产归双方共同使用、管理;双方共同承担抚养子女的义务。也就是说,在获准离婚之前,夫妻分别生活不被法律认可,一方要求同居或以此为由寻找对方而发生纠纷的,除非触犯《刑法》,否则均被视为家务事而难以处罚;夫妻双方均对子女承担直接监护责任,不存在某一方对子女承担特定的抚养教育责任;夫妻间有日常生活所涉财产的代理权,一方如有擅自处分家具、电器或其他转移共同财产的行为,法律对此无能为力。

有些夫妇,感情虽已破裂,但顾及子女的成长,只求分居,不愿离异;某些女性在夫妻不和睦心态复杂:既不愿意继续共同生活,又不愿意马上离婚。由于未设立分居制度,

在事实分居状态下,只能一个人默默付出,而中国的证据制度又决定了她们无从知晓往往被强势的对方掌握着的共同财产情况。如有位白领朱姓女子,有外遇的丈夫在孩子2岁时离家出走,为不让孩子的抚养权旁落,她默默忍受了8年,独自抚养孩子,直至儿子年满10岁才提出离婚。现在婚离了,孩子也留在了身边,但这8年中丈夫的财产她不得而知,法律无法保证她获得应有的财产权益,更无法弥补她一个人抚养孩子所付出的心血。

在离婚诉讼中,不符合法定离婚理由的,法官一般判决不准离婚。这是法官认为夫妻有复合之可能,即推定双方能够继续同居。现实中,法院判决不准离婚后,夫妻能自行和好的极少,大多处于事实分居状态。这种事实分居由于缺乏法律的认可和规范,在人身权、亲权、财产权方面都存在着棘手的问题,常见的有:

一是夫妻一方以夫妻同居的法律名义侵犯对方的人身自由,或以泄愤为目的对对方施行殴打、到其暂住场所或工作单位滋事。笔者有一个高姓的当事人,丈夫爱喝酒,酒后常对其肆意殴打、谩骂,为了孩子,她一直忍耐,最后在朋友的启发下,找律师代理离婚诉讼,但其丈夫不同意离婚。因为未能离婚,故她不得不忍受随时可能发生的家庭暴力。

二是夫妻一方为了达到独自占有财产的目的,对夫妻共同财产进行转移、变卖、隐匿,也有当事人出于怨恨和绝望的心态,故意损毁财产,这些行为使夫妻共同财产处于不稳定状态。李小姐婚后一直遭遇丈夫的冷暴力,丈夫还不断有婚外情,2010年秋天她找到律师要求离婚,并要求将丈夫名下300多万元现金进行诉讼保全,律师费了九牛二虎之力做到了(法院设立诉调对接之后,似乎不愿接受诉讼保全,尤其是离婚案)。开庭之前律师设计了几套离婚方案,希望双方达成一致,但其丈夫死活不同意离婚。最终法院判决不准予离婚,对方马上申请解除诉讼保全。可以想象,下次离婚诉讼,对方一定会将其名下的300多万元现金资产转移。

由于我国尚未确立分居制度,受害者对前面几类问题无从寻求司法救济。这不仅不利于保护公民的人身权、财产权,也使法院作出的不准离婚的判决似乎给当事人打了一张“法律白条”,不利于维护法院的形象,也不利于下次离婚案件的审理。

四、我国设立分居制度的意义

作为婚姻家庭法律的重要制度之一,分居制度在调整婚姻家庭关系中发挥着十分重要的作用。但修改后的《婚姻法》未就分居制度做出法律规定。该法第32条规定:“……有下列情形之一,调解无效的,应准予离婚:……(四)因感情不合分居满二年的……”此规定过于简单,

并非分居制度。分居制度的缺失,使不少夫妻纠纷得不到有效的法律规范,进而产生了一系列法律、社会和伦理问题。设立分居制度能有效解决这些纠纷,对促进社会稳定、保护公民的合法权益,都具有重要意义。

(一) 设立分居制度有助于完善婚姻立法

婚姻自由是我国社会主义婚姻法律的一项基本原则,其主要内容包括结婚自由和离婚自由两个方面。分居只是暂时终止同居义务,但婚姻关系仍然存在,它是婚姻关系的一种特殊形态。夫妻一旦分居,双方可以对自己的婚姻前途进行慎重思考,这也是男女权利平等和婚姻意志自由的表现。从这个角度上说,分居制度与离婚制度有着同等重要的意义。设立分居制度将使我国的婚姻立法走向完善与成熟。

(二) 设立分居制度有助于减少家庭暴力,维护妇女儿童合法权益

家庭暴力在当今的离婚案中仍有一定比例,妇女通常是家庭暴力的受害方,家庭暴力同时也侵害儿童的合法权益。分居制度的设立,可为受家庭暴力之苦的妇女和儿童提供法律武器,保护她们的合法权益,避免家庭暴力的重演。

(三) 设立分居制度有助于协调分居期间的财产关系,保护弱势群体利益

就财产权而言,不管是夫妻自行分居还是判决不准离婚之后,夫妻财产在法律名义上归双方共同使用、保管,但实际上属于夫妻各自使用、保管。现实中常发生夫妻双方或一方出自占有财产的目的而抢夺、转移、隐匿夫妻共同财产的情况,这就使夫妻共同财产的所有权、使用权、管理权和收益权处于不确定状态。设立分居制度,在法律上明确规定夫妻分居后的权利义务,也可以在分居协议或分居裁定里明确目前夫妻共同财产的状况、分居以后的夫妻财产制度等等。不仅可以减少矛盾,还可以为以后离婚财产处理提供便利,有利于公平公正地分割夫妻财产。

(四) 设立分居制度可避免草率离婚,有助于婚姻家庭和社会的稳定

2003年10月1日我国开始实行《婚姻登记条例》,简化离婚登记程序后,登记离婚数量大幅上升。2003年全国民政部门办理离婚登记69.1万对,比上年增加11.8万对;2004年办理离婚104万对,比上年增加34.9万对;2005年办理离婚118.4万对,比上年增加14.4万对;2006年办理离婚129.1万对,比上年增加14.7万对。4年共增加75.8万对。

上海2005年有30745对夫妇办理离婚登记,比上年增加3369对,涨幅12%,平均每天有84对夫妻劳燕纷飞。与此同时,复婚率也在上升,2005年上海复婚登记达3301对,比上年上升了22%。

以上数据说明草率离婚在增加,近年来“80”后青年的草率离婚非常突出。

设立分居制度,允许意图离婚的当事人依法定程序在一定期间分居,以理性思考婚姻关系的存续与否,审慎地作出是否离婚的决定,可以避免草率离婚,维护婚姻和社会的稳定。

(五)分居制度的设立有助于法院判断夫妻感情是否真正破裂

《婚姻法》第32条及最高人民法院的司法解释将夫妻分居两年以及法院判不离婚以后又分居一年,视为夫妻感情破裂,可准予离婚。实践中,当事人以上述理由诉请离婚时必须提供相应证据,此类纯属个人隐私的证据当事人往往无法举证。而分居制度则可为法官提供检验感情是否破裂的客观标准。一般而言,分居一段时间后可辨别夫妻感情是否真正破裂。

(六)设立分居制度有助于保护第三人利益

正常夫妻关系中,夫妻双方有家事代理权,夫妻一方对外的债务夫妻共同偿还。而分居后,夫妻是否有互相代理权直接影响到第三人利益,共同债权债务和夫妻个人债权债务的发生及履行也影响到第三人利益。设立分居制度将规范这一关系,约束夫妻行为,保护第三人利益。

五、我国设立分居制度的构想

设立分居制度在我国不仅是可能的也是迫切的。为更好地调整我国的婚姻家庭关系,维护男女平等、保障人权,我国应当设立分居制度,作为离婚制度的补充。建议采用英美法系的立法体例,即分居程序较离婚程序简单,但由分居到离婚,则相对严格,以维护婚姻的严肃性。在立法思想上,本着符合中国实际国情,高效便民,维护家庭稳定的宗旨;在立法原则上,突出体现当事人意思优先,司法干预为辅;允许当事人意思自治,节约诉讼成本。建议采取以协议分居为主,法院判决分居为辅的两种方式。

(一)协议分居制度

这是分居最主要的形式。即夫妻双方自愿依法通过订立正式书面分居协议而形成的分居。在遵守法律强制性规定的前提下,双方可以自由决定协议内容。分居后,双方的同居义务解除,而夫妻间的其他人身关系、财产关系等可通过协议的方式决定。为保护未成年子女的利益,建议法律规定夫妻双方在签订分居协议时,必须对未成年子女的抚养方式、抚育费的金额等作出明确约定,否则协议无效。

分居协议的订立,既可由律师介入帮助订立或律师见证的方式,也可采取公证机关公证的方式,法律都予认可。因分居协议发生争议的,适用《合同法》的相关规定。

(二)法院判决分居制度

法院判决分居制度是经当事人一方申请,由法院裁定或判决而形成的分居。判决分居必须严格依照法律规定进

行,法律对此类分居应有明确、具体的规定,只有符合法律规定的情形才可被裁决分居。建议《婚姻法》对此类符合分居裁决的情形给予明确的规定:

1、分居的原因

申请分居必须有法定理由,双方或一方有下列情形之一者,可申请分居:

(1)已持续遗弃配偶至少一年时间;(2)一方与他人通奸或非法同居;(3)一方有赌博、吸毒、酗酒等恶习;(4)一方经常虐待、殴打配偶或子女;(5)一方明知患有传染病而坚持与配偶发生性关系;(6)一方有严重生理缺陷,不能发生性行为的;(7)一方生命受危害、身心受虐待、名誉受损害的;(8)一方有义务但故意不提供配偶合理的生活费用或未成年子女合理的抚育费用;(9)一方被判处有期徒刑、无期徒刑或死缓的;(10)其他致使夫妻无法共同生活的情形。

如一方直接向法院申请分居,法院可以进行审查,对于满足以上条件的颁发分居令。在离婚诉讼中,如法官认为第一次起诉应判决离婚,如起诉方改为申请分居可裁决分居;如法官认为不存在判决离婚的法定理由,可直接判决当事人双方分居。

2、分居的法律效力及夫妻关系

法院裁判分居后,夫妻同居义务终止,但婚姻关系、夫妻身份关系保留,没有正常生活来源的一方可要求对方给予扶助;对子女亲权的行使参照离婚时对子女抚养及探望的办法确定;分居后夫妻财产不当然分割,依双方的实际需要决定使用权和保管权;分居期间夫妻各自取得的财产一般认定为一方个人财产。

3、分居的程序

申请及审理分居的程序参考离婚程序进行。当事人提出分居未提出离婚的,法院不得判决离婚;当事人提出离婚的,若不属于“感情确已破裂”,法院可提议分居;当事人一方提出分居而另一方提出离婚的,应以离婚诉讼认定。

4、分居的终止

夫妻经司法程序形成的分居,其终止的条件除当事人死亡或失踪外,须经法定程序解除。若当事人已和好,应双方亲自申请撤销分居裁定。双方无和好可能,分居满两年的,可应一方的离婚申请判决离婚。

无论协议分居抑或裁判分居,都使夫妻双方产生新的权利义务。建议分居制度明确:(1)在分居期间,双方不得再婚,如一方或双方再婚构成重婚,如与第三者发生两性关系构成通奸;(2)分居后夫妻间互相扶养、互相继承遗产的权利义务仍存在;(3)分居期间,原为夫妻共同生活所负的债务,除当事人另有约定外,共同偿还。●

(本文获“上海市维护妇女合法权益”征文二等奖)

●文/贾明军 蓝艳

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

离婚纠纷中女性 股东权益保护研究



随着时代的发展,以股权形式体现的夫妻共同财产的标的越来越大,股东权益逐渐成为夫妻共同财产的重要表现形式。而值得关注的是,离婚纠纷中女性股东权益的保障问题。根据上海沪家律师事务所 2010 年代理案件情况报告的数据分析,涉及到股权纠纷的离婚案件中,90%的持股方为男方,这意味着绝大部分女性当事人在涉及离婚股权分割时,自身并未掌控股权。因此,男方股权的转让、质押等采用转移、隐匿方式的现象并不罕见。

法院审理的民事案件中,婚姻家庭案件、特别是离婚案件占了相当大的比例。以 2009 年为例,该年度全国法院受理了 100 余万件婚姻家庭案件,根据调查,其中 60.61% 的离婚案件当事人的年龄段在 35-49 岁之间,正值创业的高峰期。这其中,约 20% 的案件(以上海为例)涉及股权分割。根据笔者的统计,在 80% 涉及股权的离婚纠纷中,持股方均为男方。因此,女方如何在离婚案件中保护自己的股东权益已经成为越来越受重视的问题。但是,在实践中,绝大多数女性当事人并不通晓《公司法》等基础法律知识,也并未参与公司的经营管理,甚至对于男方持股情况、公司经营和财务情况都不甚了解。因此,女性在离婚纠纷案件中涉及公司股权分割方面的权益保障问题日益突出,成为当今时代下妇女维权的热门焦点之一。

笔者根据多年的实践经验,总结出女性当事人在涉及股权分割的离婚案件中,常受到的权益损害类型如下:

一是因男方以“隐名股东”方式持股引发股东身份纠纷;二是因男方对公司出资引发的股东身份确权纠纷;三是因男方擅自转让股权所引发的纠纷;四是因男方擅自利用股权质押方式转移财产引发的纠纷。

一、因男方以“隐名股东”等方式持股引发的股东身份纠纷及解决途径

在离婚纠纷中,会出现男方实际投资并经营着公司,但未办理工商登记的情景,这或许是出于男方刻意隐瞒财产的目的。若女方对此置之不理,可能会损害自身权益。

(一)如何确认男方是否构成“隐名股东”

所谓“隐名股东”,即出资人为了规避法律或出于其他原因,借用他人名义设立公司或以他人名义出资,一般被称为“隐名股东”。与之相对应记载于工商登记材料上的股东则为“显名股东”。

上海市高级人民法院规定:“有限责任公司半数以上其他股东明知实际出资人出资,并且公司一直认可其以实际股东的身份行使权利的,如无其他违背法律法规规定的情形,人民法院可以确认实际出资人对公司享有股权。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》已于 2011 年 2 月 16 日开始实施,其中,第二十五条对“隐名股东”与“显名股东”作出相关规定(该司法解释以“名义出资人”、“实际出资人”进行称谓),结合《公司法》司法解释(三)的规定和法院系统的规定,笔者认为,在离婚股权分割中,若:其一、出资人与他人有出资协议或“代持”协议;其二、半数以上其他股东明知实际出资人的出资;其三、公司已经认可其以股东身份行使权利;其四、无其他违背法律、法规的情景。只要符合以上四点,配偶一方“隐名持股”的股东身份即已符合法律规定的实质要件。

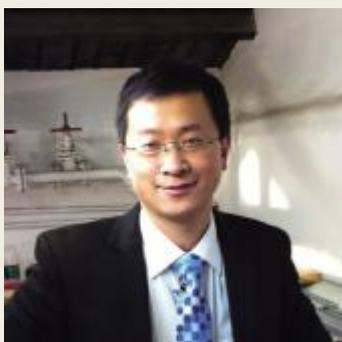
(二)在确定男方构成“隐名股东”的前提下,女方如何维权?

根据笔者的经验,结合司法实践来看,此问题主要分为以下两种情况。

1、男方“隐名股东”身份未获得公司确认。这种情况往往是实际投资人与名义投资人私下达成委托持股协议,但其他过半数股东或公司并不知情、或不予认可。这种情况下,男方虽然是“隐名股东”,但没有构成“隐名转显名”的条件,即不可通过诉讼的方式确认其在公司的股东地位。在此情况下,法院一般不会支持女方要求确认男方在公司股权的诉讼请求。

2、男方“隐名股东”地位符合法律规定的条件。在这种情况下,如果男方不主动提出分割,女方能否直接起诉要求确认男方的股东身份呢?对此,司法实践中分两种观点:

一是直接套《公司法》司法解释(三);二是基于《婚姻法》中的夫妻财产共有制考虑,结合公平、正义的法律精神,加之配偶另一方诉求并不对公司股东构架造成直接影



贾明军：上海沪家律师事务所
合伙人



蓝艳：上海沪家律师事务所实
习人员

类型案例的半数以上。尤其特别指出的是，案件涉及的股权往往需要另案处理，并不能在离婚案件中一并处理。因此，女方往往是需要对股权部分另行诉讼，在商事审判庭中维权。

(一) 男方单方持股并转让股权的效力认定及解决途径

根据法院的司法实践，法院对待这个问题有几种不同的看法。

有些法院认为：只要配偶转让股权，完全依照《公司法》、《合同法》的规定进行，不论受让人的主体身份如何（包括女方），都是有效的。至于转让股权的价格，则只须根据“契约自由”原则，由合同当事人自行商定即可。在股权转让的效力上，法院也认为，“股权是不同于一般权利的一种特殊的权利，只有股东才能享有，股权转让不应该受到限制，也不受《婚姻法》调整。”

另一些法院则认为，男方转让股权，出于保护善意第三人的原则，一般应认定为合同有效。但如果女方有证据证明股权转让合同无效，法院在审查其主张是否符合《合同法》第五十二条之后，若认为女方主张成立，即可认定合同无效。在法律适用上，应酌情综合《合同法》、《公司法》与《婚姻法》的相互适用。

因此，女方若在离婚时出现因男方单方持股并转让股权的纠纷时，应注意几个方面：

一是男方与受让方是否有亲密关系，如男方的亲属、同学、朋友，或应当知道男女双方夫妻感情状态；二是受让方是否就该股权转让向男方支付合理对价；三是受让方在进行股权转让的签订、履行过程中，夫妻之间的关系是否处于恶化，从而间接判断男方在转让时主观上是否有转移、隐匿财产的可能；四是股权转让合同是否已履行并办理了相关的工商变更登记手续；五是股权转让后，是否再转让。

在配偶单方持股、单方转让的情形下，受让人受让股权是否存在恶意是法官判断合同无效的最重要的依据。

(二) 配偶双方持股，但男方擅自将股权转让的效力认定及解决途径

在离婚案件中，若女方主张分割双方名下的股权，法院一般不考虑双方的夫妻身份而是以公司股东的身份处理双方的股权，所以该股权依照《公司法》与《合同法》的规定，判断股权转让协议的效力。

同时，法院一般会通过调解程序，最终通过调解书确定双方股权的分割，然后再去办理相关登记手续。但不排除公司章程有其他相关的限制条件，比如，公司章程设定了股东转让给其他股东的限制条件。如果在案件中因为夫妻双方无法达成调解，而公司有其他股东的情况下，一

响，应允许配偶另一方诉求法院确认配偶一方的股东身份。

二、因男方对公司出资引发的股东身份确权纠纷及解决途径

在离婚案件当中，也会出现男方对某公司出资、但未登记为股东的情况，那么，该笔“出资”性质如何认定，是向公司借款？还是作为股东缴付的出资？以下是对这两种情况的分析：

(一) 应认定为借款的情形

男方向公司提供钱款后，公司就所交款项未给予出资证明，未记载于股东名册，也未修改公司章程并进行工商变更登记，男方也未实际参与公司经营管理。这种情况下，男方的钱款给付行为，应当被认定为“借款”而非“出资”。

律师根据现有证据，初步确认男方向公司提供钱款的性质系“借款”后，由于该款项为夫妻共同财产，因此，女方有权向公司主张还款。在男方不积极的情况下，女方以自己的名义，以公司为被告、以男方作为第三人，向法院提起返款诉讼。法院在审理时，会根据原告提交的证据，首先确认男方给付公司钱款的性质是否是借款，然后再据以判决。

(二) 应认定为出资的情形

男方出资后，公司让其参加股东会、参与公司经营决策、接受利润分配等，则可以认定其对公司的出资不是借款，而不必一定进行公司注册资本和股东变更登记。公司注册资本和股东变更登记是公司资本变更的法定程序，并不是增资协议的生效要件。

如果律师初步确认男方向公司提供钱款的性质系“出资”，则不能直接提起欠款诉讼从而追诉权利。男方构成“出资”，具有实质股东身份，该“出资”即转为公司财产，女方可按男方的股东身份主张分割股东权益。

三、因男方擅自转让股权所引发的纠纷及解决途径

在司法实践中，因男方股权转让引发的纠纷，在涉及股东权的离婚案件中最为常见，占离婚涉及公司股权分割

般建议女方依《公司法》另案处理股东内部的争议,或另案提起离婚后财产纠纷。但是,法院可以在判决书中确认,虽然夫妻双方名下的股权持股比例不同,但仍均属夫妻共同财产(夫妻另有明确约定的除外)。

法院(甚至最高法院)在处理夫妻双方持股,但单方擅自转让双方名下股权的案件中,以“家事代理权”为由,认定在股权转让协议上签字的男方冒用“不知情”的女方(也为股东)的行为,系行使“家事代理权”,从而认定在配偶双方均持股的情况下,使得配偶单方转让双方名下的股权的行为归于有效。在“彭丽静与梁喜平、王保山、河北金海岸房地产开发有限公司股权转让侵权纠纷案”中,最高人民法院就在二审判决书中,明确以“夫妻表现代理”为由,认定配偶一方冒用另一方姓名为代为签字的股权转让协议的有效性。因为有最高人民法院公布的案例,因此,即使夫妻双方均持有股权,在单方擅自转让股权的案例中,被冒名的女方,也切不可大意,证据收集及辩论准备也要多从复杂程度考虑。

四、因男方擅自利用股权质押方式转移财产引发的纠纷及解决途径

股权质押相对股权转让而言是一种更隐蔽的转移、隐匿夫妻共同财产的手段,随恶意当事人转移、隐匿财产手段的多样化,配偶一方股权质押效力引发的离婚财产争议也越来越多。

(一) 男方如何利用股权质押转移财产?

股权质押,是指股东作为债务人或者作为债务人的担保人以股东自己所拥有的某有限责任公司的股权为保证债务的履行所作的担保。如果债务人不履行债务,债权人有权依法以该质押的股权折价,或者以拍卖、变卖该质押的股权的价款优先受偿。

股份有限公司因为法规的相对严格,所以以“股权质押”为手段的转移财产类型相对不多,而有限责任公司中则大为不同。很多有限责任公司股东人数不多,甚至股东之间是朋友、亲属关系,他们就容易就配偶一方以股权进行质押达成一致意见。因此,大部分股权质押引发的争议,是有限责任公司股东进行股权质押引发的争议。

如果男方要质押有限责任公司股票,只需要征得其他股东过半数同意即可,这里的“过半数”不是指的持股数,而是指的人数。现实中,很多有限公司绝大多数都是一股独大的组成形式,如果男方是控股股东,则很容易做到让另一名股东“屈服”而同意男方出质。再加上很多公司股东之间的朋友、亲属关系,男方以股权出质,就更加轻而易举了。

(二) 男方利用股权出质常见的形式

一是为第三人担保,股权出质。为逃避共同财产的分割,男方可能与他人串通,唆使他人与第三人达成“借款协议”,然后以自己名下的公司股权作为担保,并办理相关股权质押登记手续。在他人到期“不能”归还债务后,第三人与男方达成书面协议,将女方名下的股权转让给“第四人”,或以一定的价格直接转让给第三人的形式做股权转让手续,直接将原本属于夫妻共同财产的公司股权财产予以灭失。

二是为自己借款担保,股权出质。男方与他人串通,以自己的名义向其他个人或公司借款,同时,以公司股权作抵押并登记。对于借款用途和金额,则根据夫妻关系存续期间的大额开支而定,比如,何时购房、购车。再根据资金流转的时间、往来确定“出借人”和“借款数目”,倒签借款“协议”,配合以银行转账记录或“收条”来证实借款协议的履行,再补办股权质押登记。这样一来,虽然女方能无障碍地分割到房产或汽车,但优质的公司股权却因质权人行使质权,而被“合法”地剥夺了分割股权的权利。

(三) 股权质押后女方的法律救济

1、直接分割有瑕疵的股权

由于质押权是一种“期待权利”,不能直接影响配偶一方持股的分割,所以,股权“被质押”不能成为股权不被分割的理由。因此,即使股权设有质押,但并不影响其被分割的后果,至于股权价值大小,并不影响股权是否能被分割。

2、提起股权质押合同无效的诉讼

而股权质押合同效力的认定,依旧适用《合同法》第五十二条的原则。即使未持股的配偶另一方不是股权质押合同的相对人,但仍可从合同双方是否存在“恶意”为基础突破口,收集相关的证据材料,在必要的时间通过“合同无效”诉讼实现维权。

结语

家庭是社会的细胞,离婚意味着家庭的破裂。家庭破裂无论对于社会、还是对于婚姻的当事人都会产生非常巨大的影响,特别是对于那些相对处于弱势地位的女性。虽然我国《婚姻法》明确规定了“男女平等”的原则。但是,因为女性在生理和心理上毕竟与男性有所不同,因此,女性势必要承受更多的艰难困苦,其权益亦更易受到侵害。只有通过相关法律制度的设计,女性在离婚纠纷中的权益才能得到充分的保护,从而稳定社会和提高全民族的素质,并最终推动社会文明的进程! ●

(本文获“上海市维护妇女合法权益”征文二等奖)

●文 / 卢湾区女律师联谊会(执笔人: 黄文征、王妮)

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

浅析离婚时未成年子女最佳利益保障

在离婚过程中,不少夫妻往往最先考虑自身利益,他们争夺子女抚养权的最终目的是为自己争取最大的财产权益,并非从未成年子女真正的需要出发而为孩子多考虑一些或多争取一些。而我国法院目前在审理离婚案件过程中遇到的最难把握的问题之一是:如何有效处理未成年子女抚养权?对于“子女最佳利益”应当以什么样的原则和标准予以衡量?因此,在近年来众多离婚案件中,如何为未成年人争取最佳利益成为法院审理离婚案件时最多考量也是最难评估的因素。

一、子女最佳利益原则的历史沿革和内涵

(一) 子女最佳利益原则的历史沿革

学理上一般认为,子女最佳利益原则经历了以下三个发展阶段:

1、父权优先原则

这一原则起源于罗马法的“父权准法律原则”,父亲对于子女拥有绝对的权利。早期英国普通法采纳此原则,美国初期的家庭法视之为自然法的一部分。直到二十世纪前,子女都被视为父亲的“财产”而附属于父亲,法院在判决子女监护案件时,子女利益几乎不会对结果造成什么影响。

2、幼年原则

英国普通法上的父权优先原则自十九世纪以来逐渐被一系列成文法所修正,如1839年的《孩童监护修正法》和1873年该法的修正案,这些成文法就是美国法上“幼年原则”的渊源。“幼年原则”认为:母亲在天性上、自然上比较适合担任年幼子女养育照顾保护之责。该原则隐含着两个与儿童利益相关的假设:一方面被爱与被照顾是年幼儿童的基本需求;另一方面是母亲比父亲更能满足儿童的这一基本需求。

自20世纪70年代开始,“幼年原则”不断受到批评和质疑。批评者认为此原则仅以性别作为差别对待的区分标准,而与个人能力、需求或生活状况缺乏必要关联。此原则中含有许多心理学上的预设,如年幼子女天生比

较需要母亲、母亲比父亲有能力照顾并满足子女需求等,但这些预设并未经过检验,无法确定其真伪。在多方人士抗议及心理学家、社会工作者提出证据强调父亲对于子女的重要性的背景下,美国大多数州皆以判例或成文法废弃此项原则。

3、子女最佳利益原则

随着“国家干涉主义”、“儿童保护原则”及“尊重儿童的权利与自由”等思想的兴起,成人世界的儿童观发生了革命性改变。主流观念认为:欲追求社会的最大利益,就必须注意到未成年人及其需要,将未成年人视为独立个体给予法律的特别保护。随着这种思维模式转变而变化的是注重未成年人权利,把过去的父母权利改为父母责任。父母在法律上的权利与子女最佳利益相比已退居次要地位。

(二) 子女最佳利益原则的内涵

按照子女最佳利益原则,在处理离婚案件时,未成年子女的利益比父母的利益更应受到重视,这既包括物质利益,也包括精神利益。物质利益主要取决于父母双方经济能力的大小,但是仅有经济能力却缺乏对子女的感情(即精神利益)对未成年子女也非最佳利益。最佳利益原则要求综合考量各方面利益和因素,以充分保障未成年子女的权利。对此,我们可以参考一下目前在该项原则适用上比较完善的美国和日本的相关标准。

美国关于未成年子女监护人的决定基准主要为七个



黄文征:上海华夏汇鸿律师事务所律师



王妮:上海华夏汇鸿律师事务所律师

条件:1、子女的福利及最佳利益——此为法院最优先考虑之点;2、子女的意向——应考虑已达判断能力年龄的子女的意向;3、子女的年龄、健康及性别——子女年幼、不健康或为女孩时,以母任监护之例为多;4、将来的家庭环境、交友关系及子女的各种机会;5、父母的品性、子女适应性及胜诉的当事人——监护应委之最适当的父母一方,以符合子女的最佳利益。决定适当与否时,法院应考虑父母的性格、健康、气质、能力等。通常在不悖于子女的福利时,以离婚诉讼的胜诉当事人为监护人;6、父母的经济情形;7、父母的自然权、要求及个人的希望。

日本关于未成年子女的监护人决定基准为:1、父母的经济能力、爱情、物质环境、监护子女的精神环境、监护能力、亲属援助的可能性及父母的性格;2、心理测试的相关指标(父母的性格、行动倾向)、父母的健康状态;3、幼儿以母为优先监护人;4、以监护的现状为优先,但幼儿仍以母为优先监护人;5、姐弟年幼,则不应让其分离。

综合以上以及世界上其他国家的立法、学说及判例,子女最佳利益原则的实质内涵概括起来主要包括以下几项:一是子女的性别和年龄;二是子女的意愿;三是父母的监护能力;四是子女受养育环境的适应性;五是第三人协助照顾的可能性等。

基于以上,笔者认为,离婚并非子女最佳利益标准考量的必要前提。无论是否处于离婚家庭,未成年子女以下几项基本权利始终应当受到最充分的尊重和保护。

第一,子女在家庭中生活和受尊重的权利。即使在父母离婚后,子女依然享有受自己父母教育、保障自身利益、尊重其人格的权利。有些离婚后未获得子女抚养权的父母认为,失去抚养权就等于今后没有再照顾子女的义务,因此不再给予子女教育和关心。这种家庭关爱的缺失,给相当多离婚家庭子女造成了严重的心理损害,使其尚在形成过程中的心理和人格受到负面影响,从而成为这些子女今后正确选择自己人生道路的障碍。

第二,受教育的权利。接受完整的义务教育是子女的基本人权,这是我国用法律的形式予以固定和明确的。但是在实际生活中,也有父母完全无视子女受教育的权利。

第三,财产权受保护的權利。首先,子女有权获得生活费;其次,子女对其获得的收入,如因其绘画、音乐、表演、发明创造等天赋而取得的财产收益,因获得赠与或因继承获得的财产及用其资金购置的财产,均享有完整的所有权。离婚时,子女的这些财产权益势必成为父母争夺孩子的焦点。由于子女未成年,其法定权利和合法利益的保护一般都由监护人代为实现,因此子女的这些权益如何不遭父母的侵犯和滥用是必须慎重考虑的问题。笔者认为,父母对属于子女的财产不享有所有权,不得任意处置或者使用。所以,建立未成年子女财产第三方监管制度

非常必要。

第四,表达自己意见的权利。在涉及子女权利时,有一定认知能力的子女在家庭中有权表达自己的意见,特别是在涉及这些子女的人身权利、兴趣选择方面,对于这些,父母都应当给予子女充分的表达机会和必要的尊重。

笔者认为,以上四个方面的子女基本权利,在确定子女最佳利益标准时应当作为不可或缺的构成要件。法院在处理离婚案件判断子女抚养问题时,应将这四项权利作为首要的考虑因素,以便作出有利于未成年人成长的裁决。

二、我国对未成年子女监护问题规定的现状

我国目前在处理离婚案件时,父母本位的思想还处于主导地位,子女最佳利益原则并未得到广泛的关注和认同。法院往往将夫妻双方感情是否确已破裂作为离婚判决的首要依据,在夫妻财产的分割上,也是优先考虑夫妻双方个人财产的保护,子女利益往往被作为一种附带考量因素。对于如何在离婚时尽量减少对子女身心的伤害,为子女的成长提供尽量完善的家庭和社会环境、财产保护等方面考虑得很不够。突出的问题主要表现在以下几个方面:

(一) 离婚过程缺乏对子女最佳利益的关注

在我国,无论是诉讼离婚还是协议离婚,都未将是否已经妥善安排未成年子女作为离婚的必要前提条件。在诉讼离婚中,只需查明夫妻双方是否具有法定离婚情形,感情是否确已破裂,就可以判决是否准予离婚。这就使得一些父母为了达到离婚的目的而忽略子女的权益,对子女放任不管。在一些离婚案件中,由于缺乏利益驱使,男女双方将子女视为负担,均不愿意承担抚养责任,最后只能由法院强制判决一方抚养。由于这种对子女的抚养义务是外界强行施予的,因此导致离婚后父或母都不认真负责地履行抚养的职责,有的则对孩子放任自流,这样的家庭成长环境是非常不利于子女的健康成长的。而过早的进入社会的离异家庭的子女,由于缺乏正确的引导,缺乏成人的重视和教育,极易走上歧途。

在协议离婚中,婚姻登记机关往往只要夫妻双方到场签署协议,就予以办理离婚登记。至于协议的内容是否有利于未成年子女的健康成长,是否足够考量了未成年子女的精神和财产需求,协议的内容能否得到有效执行,婚姻登记机关一般不作实质性审查。这就导致经常发生父母为达到个人目的而牺牲子女利益的情况,甚至将未成年子女作为达到离婚目的的筹码。有些父母先用放弃子女抚养权的手段达到离婚的目的,之后又为了自身情感的需要或财产方面的需要而进行抚养权争夺大战,完

全不顾及子女的感受,不考虑子女的权益。

(二) 监护权归属上存在父母本位思想

我国《婚姻法》规定,父母离婚并不引起父母子女关系的变化。离婚后,子女仍然是父母双方的子女,父母仍然是子女的监护人,继续对子女行使监护权。最高人民法院1993年11月3日发布的《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》中规定了离婚时处理子女抚养问题的多种情况,从子女的年龄、生活环境、祖父母照顾的适应等方面予以保障,在一定程度上体现了子女利益原则。但同时又规定“已做绝育手术或因其他原因丧失生育能力的、无其他子女的”可以有优先抚养权,这就体现了父母权利本位。较之国外的法律,我国法律对于子女最佳利益的标准规定得并不具体。

(三) 在子女最佳利益的评判标准上过度强调经济利益,忽视心理和其他外在因素

一般来讲,在争取子女抚养权的过程中,经济能力强的一方往往有更大的胜算。法院在评判子女最佳利益时,经济能力是首要因素。笔者不否认,在未成年人成长过程中,如果没有良好的经济支撑,其生活和教育将会受到较大的影响。但是,过多倚重于经济因素而忽视未成年人的情感需求也是不可取的。经济能力强的一方往往在事业上投入更多的精力而会忽视对子女的照顾和沟通。孩子虽然拥有富足的物质生活,但常常缺乏应有的家庭关爱,精神利益得不到保障。

三、关于我国《婚姻法》引入子女最佳利益的立法建议

根据目前的审判实践和立法情况,笔者认为将子女最佳利益原则引入《婚姻法》并运用于离婚案件审理是非常必要的。建议从以下几个方面考虑:

(一) 对未成年子女做妥善安排应作为离婚的前提条件

我国目前的做法是将离婚和子女抚养问题割裂开,法官和当事人往往一味地考虑夫妻双方的感情是否破裂或者是否达到无法修复的程度,而不将未成年子女的抚养问题也作为离婚处理的重要后果之一考虑。这种仅用两个成年人的感情标准判断是否应当离婚而不慎重考虑整个家庭关系的做法应当改变。

建议在实践中规定,只有在父母双方都充分考虑子女的利益并给予切实保障的情况下,才能裁判离婚或者协议离婚。如果离婚双方均不愿意抚养子女,可能导致子女正常生活无法维持的,在离婚判决书中可要求夫妻双方支付未成年抚养费并将未成年子女交由社会保障机构托管至成年。对于有未成年子女的夫妻离婚,原则上

不允许采取协议方式离婚,防止父母在协议时任意处置子女人身权益和财产权益,侵害子女的合法利益。

(二) 增加保护未成年子女财产权的法律规定

建议现行法律对于未成年子女抚养费的性质作出界定,将抚养费作为未成年子女的个人财产。父母离婚时,任何一方无权代替未成年子女作出放弃抚养费的决定。可以设立一个机构专门对此类抚养费进行监管,或者在金融机构为此类未成年人的抚养费开设专门的监管账户,由该监管机构或者监管人员对抚养费的支出进行审核。同时,应规定在一定时间内,国家根据物价上涨指数确定抚养费同步上涨比例,改变现在须经诉讼增加抚养费的情况,以公权力进行干预,使抚养费增加固定化。

(三) 建立抚养费强制执行体系

建议改现行的自愿给付体系为强制执行体系。有关组织(如当事人所在单位)应当直接介入抚养费的强制执行体系,明确他们协助执行的义务。考虑到现实中存在执行难的问题,为防止抚养费执行困难,建议离婚时可以让不直接抚养一方提供必要的经济担保,或直接将抚养费与其工资报酬账户相挂钩,从其账户中直接扣除。

(四) 将未成年子女列为探望权的主体

建议将未成年子女列为探望权的主体,而不只是被探望的对象。未成年子女思念父或母时,应保障其有探望权。将子女的探望权法定化,可以避免直接抚养的一方因自身感情原因阻止子女探望另一方。同时,允许祖父母、外祖父母在特殊情况下也可成为探望权的主体。如:曾经共同生活,感情深厚的,多代单传的等。为了防止某些父母利用探望权的机会将子女拐走的情况发生,笔者认为,对于那些有特别企图的父母,在一方行使探望权时另一方可以在场或者要求在指定地点探视,并提供相应的担保。

(五) 建立国家保障机制,设立相关社会保障机构

据不完全统计,每十个青少年犯罪案件中的被告人有九个是离婚家庭或者单亲家庭的子女,剩下的一个也是父母感情不好对其疏于照顾而导致其走上犯罪道路的。离婚家庭的未成年子女的犯罪率非常高。

青少年是国家的未来。建议政府仿效欧美等国家和港澳台地区,设立专门的社会保障机构,负责对离异家庭或者单亲家庭未成年子女的抚养和监督。在家庭分裂、家庭关怀缺失的情况下,由政府和社会承担起对未成年人教育和抚养的责任。当发生父母离婚而无人愿意抚养未成年子女时,相关的社会福利机构应当以国家的名义对这些孩子进行监管,并通过国家公权力向其父母收取相应的监管费用。●

(本文获“上海市维护妇女合法权益”征文二等奖)

●文 / 王彩萍

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

上海区域女职工 劳动权益保障问题探讨



王彩萍：上海海耀律师事务所律师

女性劳动权益保障是女性人权保护的重要组成部分。建国以后几十年中,我国基本形成了一个保障女职工劳动权益的规范体系,尤其是《劳动合同法》和《就业促进法》等法律的出台,女职工劳动权益在很大程度上受到法律层面的有效保护。然而,随着我国社会主义市场经济体制的建立,用人单位利益趋向的选择和用人机制的变化,女职工劳动权益保障在近年来出现较多的新问题、新现象。上海作为全国经济发展和改革开放的前沿阵地,女职工劳动权益保障的好坏在全国具有较强的引领作用。

一、女职工劳动权益保障的法律环境

(一) 女职工劳动权益保障的含义

劳动保护制度,是指对劳动者各方面合法权益的保护,也即对劳动者在劳动过程中的安全和健康的保护。女职工特殊劳动保护制度,则是针对女职工的生理特点和抚育后代的需要,对女职工在劳动过程中的安全和健康依法加以特种保护。

建国以来,在毛泽东思想的指引下,尤其是在毛泽东“妇女能顶半边天”的口号下,我国女性在家庭地位、社会地位、政治地位和经济地位等方面都得到了极大的提高。作为劳动者的女职工的就业机会、劳动权益保障也有了明确的法律规定,这在国际上都具有鲜明的标志性和先进性。

(二) 女职工劳动权益保障的规范性文件和现实可能性

女性劳动权益保障是女性人权保护的重要组成部分。建国以后几十年中,我国基本形成了一个保障女职工劳动权益的规范体系。关于女职工劳动权益保障的法律依据主要有:《宪法》、《劳动法》和《女职工劳动保护规定》、《女职工禁忌劳动范围的规定》、《妇女权益保

障法》、《人口与计划生育法》,以及2008年出台的《劳动合同法》、《就业促进法》等法律、法规。

上海在此基础上专门制定了具有地方特色的相关文件:《上海市实施〈中华人民共和国妇女权益保障法〉办法》、《上海市女职工劳动保护办法》、《上海市劳动局关于〈上海市女职工劳动保护办法〉中有关问题的解释》、《上海人口与计划生育条例》、《上海劳动局关于女工生育期间工资支付解释口径》、《上海城镇生育保险办法》等地方文件,对女职工的“四期”保护、劳动关系保护等都做了极为具体而明确的规定。

但是,随着上海经济和就业竞争的发展,有些法规、政策规定显然已经不适时宜,不再具有现实可能性。例如,由于上海市区域大,工作地点远,路程、时间不具有实际执行的可能,产前假、哺乳假和哺乳时间等的实际可能性基本成为历史。

(三) 女职工劳动权益保障的主要内容

可以将女职工劳动权益主要归纳为如下几方面:平等就业权、同工同酬权、平等的社会保险权、特殊劳动权益保障及救济权等。其主要内容包括以下几个方面:

1、禁止安排女职工从事有害妇女健康的劳动

主要指矿山井下、人工锻打、人工装卸、冷藏、强烈振动;国家《体力劳动强度分级》标准中第Ⅳ级体力劳动强度的作业;建筑业脚手架的组装和拆除作业,以及电力、电信行业的高处架线作业;连续负重(指每小时负重次数在六次以上)每次负重超过20公斤,间断负重每次负重超过25公斤的作业。

2、对女职工“四期”的保护

(1)对从事高处、低温、冷水、野外流动和国家规定的第三级体力劳动强度作业的,在经期应暂时调做其他工作或给予公假一天。

(2)在女职工孕期,不得安排从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动;作业场所空气中有毒物质浓度

超过国家卫生标准及放射性物质超过规定剂量的作业；制药行业中从事抗癌药物及乙烯雌酚生产的作业；人力进行的土方和石方作业；伴有全身强烈震动的作业；工作中需要频繁弯腰、攀高、下蹲的作业和高处作业，不得安排怀孕七个月以上的女职工延长工作时间和夜班劳动。另外，已婚待孕女职工禁忌从事铅、汞、苯、镉等作业场所属于《有毒作业分级》标准中第三、四级的作业。

(3) 在女职工产期，享受不少于 90 天的产假；劳动部还对产前、产后假以及难产、多胞胎者分别规定了相应的假期。

(4) 在女职工哺乳期，也即哺乳未满 1 周岁婴儿的期间，不得安排从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动；作业场所空气中有毒物质浓度，或者锰、氟、溴、甲醇、有机磷化合物、有机氯化物的浓度超过国家卫生标准的作业和延长工作时间和夜班劳动。《女职工劳动保护规定》还对女职工在每班劳动时间内的哺乳时间和次数等做了具体规定。

3、女职工劳动保护的其他措施

国家要求女职工比较多的单位应当按国家有关规定，以自办或者联办的形式，逐步建立女职工卫生室、孕妇休息室、哺乳室、托儿所、幼儿园等设施，并妥善解决女职工在生理卫生、哺乳、照料婴儿等方面的困难。

4、女职工体检

国务院《女职工劳动保护规定》明确规定：“怀孕的女职工，在劳动时间内进行产前检查，应当算作劳动时间。”《上海市女职工劳动保护办法》第二十一条规定：“各单位应每两年对女职工（含退休女职工）进行一次妇科病检查，及时治疗妇科疾病。”

5、女职工实现维权的途径

国务院《女职工劳动保护规定》和《上海市女职工劳动保护办法》中都明确规定：女职工劳动保护的权益受到侵害时，有权向所在单位的主管部门或者当地劳动部门提出申诉。受理申诉的部门应当自收到申诉书之日起三十日内作出处理决定；女职工对处理决定不服的，可以在收到处理决定之日起十五日内向人民法院起诉。

二、女职工劳动权益保障的常见问题

现实中，我国大部分地方包括上海，女职工劳动权益在很大程度上受到法律层面的有效保护。在女职工劳动保障的基本层面上都能够做到依法行事、依法保护。然而，随着我国市场经济体制的建立和深入发展，女职工劳动权益保障在近年来出现较多的新问题、新现象。本文仅就劳动关系运行中的以下问题做一阐述。

(一) 用人单位对试用期内怀孕的女职工以不符合录用条件为由解除劳动合同

用人单位为了降低用人成本而往往故意在招录条件中预先约定限制怀孕或所谓诚信条件等，当遇到招录的女职工“三期”情形时，便认为女职工违反了录用条件或违背了诚实信用原则而借故解除其劳动合同。

(二) 以“三期”女职工不胜任工作混同为严重违反规章制度、严重失职给用人单位造成重大损失为由解除劳动合同

为了降低用人成本，又能合理避法，用人单位往往利用女职工“三期”不能正常劳动的情况，常将其列为严重违反规章制度、严重失职行为而“合法”解除其劳动合同。

(三) 利用劳务派遣机制以女职工不胜任工作或者考核不合格等为由退工

实践中，很多用人单位利用劳务派遣方式用工，当遇有“三期”女职工不能从事某项工作时，常借口“不胜任工作岗位”而将其退回劳务派遣机构，劳务派遣机构则在“三期”女职工以工作期间有缺勤旷工或者其他违纪现象为由，解除其劳动合同，最终使“三期”女职工合法权益受到“合理”侵害。

(四) 以违反计划生育为由解除劳动合同

我国多年以来一直实行计划生育基本政策，这一政策执行得好坏，往往成为地方政府考量诸多用人单位的一个指标。而用人单位一方面为了落实政策考核“指标”，另一方面则为了降低用工风险和用人成本，常会利用计划生育这一基本国策而解除违反计划生育劳动者的劳动合同。

(五) 因用工风险对比而形成的就业歧视

由于女职工的生理特点和存在“三期”特殊法律保障的特别性，同等条件下，用人单位使用女职工的的成本和风险系数显然大于男职工，加之个别女职工综合职业素养不够高，往往成为用人单位不愿使用女性职工而造成就业歧视的根本原因之一。

(六) “办公室性骚扰”恶化劳动关系

随着社会的发展，现实中的“办公室性骚扰”问题逐渐增多。当其发展“不顺”时，常演化影响到劳动关系的正常履行，其中吃亏的往往是女性职工。

(七) 不按规定安排女职工参加妇科体检

《上海市实施〈中华人民共和国妇女权益保障法〉办法》和《上海女职工劳动保护办法》等法规中均明确规定：用人单位应每两年对女职工（含退休女职工）进行一次妇科病检查，及时治疗妇科疾病。但实践中，不少用人单位常常回避这一福利政策规定，不为女职工提供相关检查。

三、处理问题的办法或建议

(一) 无证据而解除试用期内“三期”女职工的劳动合同属于违法解除,应承担相应的法律责任

针对用人单位对试用期内怀孕的女职工以不符合录用条件为由解除劳动合同的现象,《妇女权益保障法》第二十七条规定:任何单位不得因结婚、怀孕、产假、哺乳等情形,降低女职工的工资,辞退女职工,单方解除劳动(聘用)合同或者服务协议。《劳动合同法》第四十二条规定:用人单位不得解除孕期、产期、哺乳期女职工劳动合同。《上海市实施〈中华人民共和国妇女权益保障法〉办法》第二十条规定:不得以任何形式规定限制女职工结婚、生育的内容。

据此,试用期作为劳动合同期限的组成部分,用人单位录用条件虽然明确但内容违法,且用人单位没有“三期”女职工不符合本岗位录用条件的有效证据而解除其劳动合同的行为,可以认定为非法解除劳动合同的行为,应当要求单位恢复其劳动关系或承担相应的法律责任。

(二)“三期”女职工不适合原工作岗位的应予合理调岗

《上海市实施〈中华人民共和国妇女权益保障法〉办法》第二十三条规定:妇女在经期、孕期、产期、哺乳期受特殊保护,并依照国家和本市规定享受相应的假期和待遇。女职工在孕期或者哺乳期不适应原工作岗位的,可以与用人单位协商调整该期间的工作岗位或者改善相应的工作条件,用人单位不得降低其原工资性收入。

据此,女职工因“三期”客观困难不能适应原工作岗位时,依法提出调整岗位,而用人单位不予调整合适岗位,又借故“三期”女职工不胜任工作岗位以致严重违反劳动纪律造成重大损失而解除劳动合同的,应认定为是违法解除劳动合同的行为。当然,如果有证据证明是“三期”女职工故意违反劳动规章制度且造成用人单位重大损失的,则另当别论。

(三) 规范劳务派遣机制,以避免或减少规避法律盲区的现象

根据《劳动合同法》的规定,用人单位不得以女职工“三期”期间不胜任工作为由解除劳动合同。但该法第六十五条中又规定:被派遣劳动者有本法第四十条规定不胜任工作情形的,用工单位可以将劳动者退回劳务派遣单位,劳务派遣单位依照本法有关规定,可以与劳动者解除劳动合同。这样就给用工单位和用人单位提供了共同合理避法的机会和条件,也形成了上海大量用人单位为了降低用工风险而大量使用劳务派遣用工机制的起因之一。这一潜藏的游戏规则也成了劳动者实属弱

者地位的一个重要因素。

因此,建议政府部门制定合理规则,以避免或减少这一潜在的不公平合理规避法律规定的现象。

(四) 在无具体规章制度规定的情况下,违反计划生育不能成为解除劳动合同的直接条件

根据我国和上海市现有的规定,劳动者违反计划生育政策不是解除劳动合同的法定条件之一。但根据《劳动合同法》第三十九条第二项的规定,当用人单位将劳动者遵守计划生育政策规定为企业的重要规章制度之一,且明确劳动者违反此规定即为严重违反企业规章制度而解除其劳动合同时,其解除行为即为合法行为。

因此,关键是要规范用人单位的规章制度行为,当其制度内容或产生程序不符合《劳动合同法》第四条规定时,其解除劳动合同的行为即构成违法解除。

(五) 重视女职工特殊保护,加强女职工综合素养,以抵制就业歧视

通过法律、法规和地方政策以及相关部门各种有益行动,采取各种措施,进一步强化和重视女职工劳动保障研究和促进女职工职业素养的提高,宣传新时代主人翁意识,提高用人单位和女职工的社会责任感,使沉渣浮起的就业歧视现象逐步淡化以致消失。

(六) 强化女职工素质,规范劳动关系管理

当“办公室性骚扰”影响到劳动合同关系履行时,要严格依照劳动法规的规定,规范管理劳动关系,做好劳动纪律管理工作。另一方面,要强化女职工自尊、自爱、自强、自立的“四自”精神,提高自身的素质,学会依法保护自己合法的劳动权益。

(七) 增强用人单位违法的法律责任执行力度

如同2008年《劳动合同法》第七章明确而具体可操作的法律责任制规定一样,当国家或地方规定有相关制度时,在违法责任上有明确而具体可操作的罚则规定,这将能够在很大程度上抵制用人单位违法几率。如果用人单位违反国家或地方规定不为女职工提供合法的妇科体检时,应强化对其的处罚责任,也必然能很好地保护女职工的合法权益。

总之,我国解放以后对女性人权保护的一系列法律法规与政策的出台,为女职工劳动权益保障制度的健康发展提供了极好的历史基础,在世界上具有一定的先进性。但随着我国市场经济的逐步发展和成熟,针对上海区域乃至全国范围的女职工劳动权益保障出现了一些新问题、新矛盾,如果不及时解决处理,将在一定程度上形成影响社会经济及和谐的潜在风险因素。因此,应当引起我国政府和地方妇联、工会等有关部门的极大重视。●

(本文获“上海市维护妇女合法权益”征文三等奖)

●文/陆珊菁 韩璐

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

涉外婚姻中的 女性权益保障问题及对策

随着我国改革开放的深入,东西方文化的冲撞和融合的增加,涉外婚姻越来越频繁地出现在人们的视线里。笔者从上海民政部门获悉,在过了整整7年的“中外结合”高峰期后,上海近两年的涉外结婚数量渐渐回落,同时另一个高峰开始显现:涉外婚姻的离婚率逐年攀升。初步统计显示,仅2011年1至6月,就有120对涉外婚姻家庭在上海宣告“解体”。这个数字超过了2002年上海全年的涉外婚姻离婚登记数。本文拟从涉外婚姻的婚前、婚内、离婚三个阶段女性的特点与维权的难点进行分析,以警示社会。

一、女性在我国涉外婚姻中角色特点分析

(一) 我国涉外婚姻现状

一是涉外婚姻的外方人员涉及的国家多、覆盖面广。目前,上海人的“洋女婿”、“洋媳妇”来源国几乎覆盖了全世界,1998年达到40个国家和地区,涉及除南极洲以外的所有大陆。其中,超过五成的境外新郎、新娘来自日本、美国、加拿大等国。有调查显示,日本丈夫和中国妻子离婚的占结婚人数的30%,日本妻子和中国丈夫离婚的占结婚人数的35%。离婚数量通常与结婚数量成正比,中日婚姻解体较多的原因就在于中日通婚最多。紧随日本之后的是美国,美国作为一个发达的移民国家,是众多国人向往之所在。

二是涉外婚姻缔结数量进入平稳期。和20年前相比,人们对涉外婚姻已经见怪不怪了。促成涉外婚姻缔结的原因从原先的单纯为了出国拿身份慢慢过渡到了真正两情相悦的结合。涉外婚姻的缔结数量比前几年有所回落,上升势头有所遏制,渐渐进入了平稳期。

三是在境外缔结婚姻关系的数量悄然增加。网上经常能看到明星偷偷在美国拉斯维加斯登记结婚的消息。拉斯维加斯除了是个著名的赌城之外,其便利的结婚手续也为人们津津乐道,被称为“结婚之都”。该市政府结婚登记处没有休息日,24小时昼夜服务,登记手续非常简



陆珊菁:上海市金茂凯德律师事务所律师



韩璐:上海市乔文律师事务所律师

便,有时连任何身份证明都不需要,只要双方到场,填表签字,付50多美元便可获一张在全美国及加拿大都认可的婚姻证书。这对于追求浪漫和新意的年轻人来说无疑是具有诱惑力的,但是这种婚姻效力在法律上的认可不如在国内登记方便直接。

(二) 我国涉外婚姻中的性别特点

一是“国女外男”型占目前涉外婚姻的大多数。一份来自华东师大的调研报告表明,在1996至2002年登记的2.1万多对涉外婚姻中,“外男沪女”的婚姻占了88.9%,很多女性都将婚姻视做人生的第二次选择,将对未来生活的美好憧憬寄希望于找个“老外”。

二是“老夫少妻”情况较为明显。报告还显示,外方男性的年龄在25岁到54岁之间,平均结婚年龄达41.9岁,沪女年龄在21-39岁,平均结婚年龄为31.4岁。沪女和外男的结婚年龄差了10.5岁。其中男方以第二次婚姻居多。

三是“男强女弱”的经济地位和格局较为明显。男方的经济条件优于女方几乎是涉外婚姻的普遍特征,女方在婚后担任全职太太的大有人在,尤其是婚后跟随丈夫去国外定居的,由于语言障碍和环境差异,往往一时半会很难融入当地的生活,全职太太是她们在国外生活的第一个角色。

四是婚姻缔结主观动机复杂。涉外婚姻的缔结不仅

仅是一个家庭的组建,还伴随着国籍身份的转变,故婚姻缔结的动机也多种多样。美国有针对“移民婚”的相关法律,就是约束仅仅为取得美国国籍而结婚的人。

(三) 涉外婚姻的发展趋势

一是以“爱情”为核心的婚恋观逐渐加强。随着本土经济实力的不断加强,通过找个“洋丈夫”来提升自己生活品质的已经不占主流,越来越多的女性对涉外婚姻抱谨慎态度,以双方的感情基础和生活习惯作为首要考虑前提。

二是共同在国内定居生活的趋势愈加明确。以前,嫁个“老外”就意味着出国,但现在越来越多的外国人选择在中国定居,发展他们的事业,找个中国姑娘比找个本国女孩对他们在中国的生活更有帮助。

二、女性在涉外婚姻中面临的问题

(一) 婚前阶段

一是“只恋爱,不结婚”的观念对女性不利。在英、美国家,“未婚同居”常常是许多男女长期生活的目的,他们同居的行为并不是为了追求结婚这一结果,而是将此作为长期的生活方式,他们同居生活,一起购房、购车、生育下一代。这种状况下,中国女性权利显然得不到很好的保护,她们尽着和妻子一样的义务,承担着和妻子一样的责任,但在法律上却得不到和妻子一样的保护,这显然潜伏着不少危机。

二是婚前育子纠纷不断。未婚先孕的单身母亲中,涉外案件不在少数,这种在国外司空见惯的现象在国内仍然要遭受不少非议。而双方所生育的子女往往会加入对方国籍,如果孩子将来由中方独自抚养,孩子的外籍身份会带来各种不便,同时也存在抚养费追讨的隐患。

三是“婚前财产协议”剥夺女性权益。众所周知,很多好莱坞明星婚前都会签署“婚前协议”,内容虽然五花八门,但无一例外地都涵盖了婚前婚后财产的约定。协议虽然是在双方自愿的基础上签署的,但其中不乏侧重保护一方权利的条款,尤其保护婚前财产较多或赚钱能力较强的一方,弱势一方的妥协可能会埋下对自己的权利保护不利的种子。

(二) 婚内阶段

一是办理移民或绿卡中女性面临的问题。与外方结为配偶后,中方人士往往会申请加入外方的国籍或者申请获得该国的永久居住权。但又难免受到各国法律法规的制约。以美国为例,自1996年《移民管制法》实施以来,对于假结婚有了比较严格的控制。根据美国1996年的《移民管制法》,把原先美国公民或永久居民外籍配偶的美国居留权改为两年有效期的“有条件居住权(conditional residence)”。如果婚姻关系一直存在,等到两年到期前的90天,由美国公民、永久居民和其外籍配偶一同联合申请美国“永久居民”。在此过程中,如果移民局官员怀疑申请人婚姻的诚实性,将会约请夫妻两人面谈。

二是涉外婚姻中出现的女性遭遇家庭暴力问题。家庭暴力不但破坏家庭,而且已经成为国际公害。在我国,2.7亿个家庭中,30%存在家庭暴力。美国四分之一的家庭存在家庭暴力,有80%的已婚妇女遭丈夫施暴,平均每15秒就有一个妻子遭到丈夫的殴打。英国、美国、香港等地有“人身保护令”制度,这是制止和预防家庭暴力的主要手段之一。申请“人身保护令”需要提供病历、照片、报警证明等表明曾遭受家庭暴力或正面临家庭暴力的威胁,受害人可以在离婚诉讼之前、诉讼中或诉讼终结后的6个月内提出,不需缴纳任何费用。但在中国,制止家庭暴力的方式与力度都很缺乏,当事人报警后警方往往因为是家务事而不被重视,因而法律执行力度不够,相当大的程度上仍然依靠当事人的自觉。

三是涉外婚姻对女性工作权利的影响。女性应该有自己的工作和社交圈,才不会和社会脱节,也能与丈夫有共同语言,但不少女性一旦选择了“洋丈夫”,便意味着要放弃工作,时间一长便丧失了生活的独立性。一旦面临婚变,对她们的打击可能是致命的,她们多年在家庭生活中的经验并不能保证其享有相应的财产权利和平等的地位。离婚后也未必能找到称心如意的工作。

(三) 离婚阶段

1. 导致涉外婚姻破裂的主要原因有两方面,即异地分居和文化差异。

随着时间的推移,结婚之初的一些客观因素会发生变化,外籍一方需要回国或往返于本国和中国之间,久而久之,双方沟通不再密切,这无疑为婚姻埋下了隐患。

而文化差异则是涉外婚姻最厉害的“杀手”,有一对夫妻,女方发现男方与其他异性有暧昧而哭闹,言语之间女方以点燃窗帘相威胁,男方对突如其来的一切显然没有心理准备,惊吓过度之余男方提出离婚,认为这已经严重威胁到了他的生命安全,尽管事后女方一再忏悔,但男方仍然心有余悸。

除了上述原因之外,婚姻基础不牢固、语言障碍等也是把跨国婚姻逼到绝境的罪魁祸首之一。

2. 涉外离婚法律适用相对复杂,法律程序相对繁琐

(1) 立案管辖方面

涉外案件是否能被国内法院受理,取决于几个方面:第一,双方当事人中是否有一方是中国籍,第二,任何一方是否在中国有固定住所且居住满一年以上。根据《中华人民共和国民事诉讼法》和《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定,境内的涉外民事诉讼,立案原则和普通国内

的民事诉讼一样。如果双方均是外籍,且婚姻登记地不在中国,即便双方或一方在起诉地住满一年以上,中国法院也不当然享有管辖权。根据最密切联系原则,中国不是他们处理婚姻关系的首选法院,双方均表示愿意接受中国法院管辖的情况则除外,这虽给当事人带来了便利,但也有隐患,因为他们在国外的财产,中国法院很难查实和处理。

(2) 公证认证、翻译、送达方面

涉外离婚诉讼往往因为认证、翻译和送达等方面的程序要求而具有“耗时长、费用多”的特点。在认证方面,按照我国诉讼法律的规定,凡在国外形成的证据,无论是当事人身份证明,还是财产情况证明,均需经过合法公证认证,方能被人民法院采纳。由于当事人对于公证认证程序的不了解、不同国家对于证据公证程序的不同规定、证据材料形成有先后之别、当事人已经回国、当事人所在国与中国无外交关系等各种客观原因,公证认证程序一直是费力费时的问题之一。在翻译方面,既需要把由其他国家官方语言形成的主要证明或证据材料翻译成中文,便于国内审理工作,又需要把由中文形成的诉讼材料翻译成送达国官方语言,以便送达,且在翻译机构的选择上必须选择有资质的指定翻译机构,因此翻译也消耗了诉讼中的很大部分费用和时间。在送达方面,由于离婚诉讼当事人是个人,一旦其刻意回避,很容易造成送达困难。而无论是通过外交送达、使领馆送达、邮寄送达还是公告送达,都需要长时间等待。一般法院在涉外离婚诉讼案件受理到安排开庭,需要6至8个月,更不要说诉讼过程中其他证据材料和文书的送达及判决文书的送达。

(3) 财产分割方面

对于涉外离婚诉讼中的财产分割问题,主要的难题在于对国外财产的分割,而事实上,大多数的涉外离婚案件中,存在大量国外财产需要分割。对于国外财产的分割难题,主要体现在“举证难”和“执行难”两个方面。对于国外财产,如果无法证实或者查实,法院将不予处理。对于国外财产执行的前提是,中国的涉外离婚判决得到外国法院的承认,再由外国法院按照执行地的法律程序进行执行。这就意味着,在国外执行财产的过程中,变数很大。特别是对于不动产,即使中国法院对于解除婚姻关系的判决被外国法院承认,也很可能面临对所涉及的不动产需要重新按照不动产所在地法律进行重新分割的可能。

3、离婚后的生活保障问题

(1) 涉外婚姻中女性为全职太太的,离婚分割财产往往吃亏

涉外婚姻中不少妇女婚后都成了家庭主妇,照料子女整理家务是她们的主要生活内容,一旦婚姻危机来临,她们的权利便岌岌可危。有些妻子很少过问丈夫的工作,更不知丈夫的收入和财务情况,一旦离婚,被拿出来分割

的夫妻共同财产很有可能只是冰山一角。

(2) 我国《婚姻法》未设立夫妻“扶养”费制的弊端

为了保障家庭主妇离婚后的生活,很多国家都有夫妻“扶养费”制度,虽然我国《婚姻法》第四十二条中规定了一方对于生活困难的另一方有“适当帮助”的义务,但并没明确详细的“扶养费制度”,这可能也是很多“老外”丈夫选择在中国离婚的原因之一。有些外籍当事人将中国的法律作为规避本国义务的一个挡箭牌,这不得不引发我们的思考和担忧。

三、对涉外婚姻中女性权益保护的思考和建议

(一) 建立以“爱情”为核心的婚恋观

只有摆正自己的心态,才能理智面对每一段恋爱关系,切莫贪图国外“舒适”生活和“入籍”便利,“短视”可能会毁了一生的幸福。一段有质量的婚姻远比“绿卡”重要,婚姻的本质应当是两人相爱并共同相守,不参杂任何交易和筹码。

(二) 加强女性“自我”独立意识与人生价值观念的培养

女性要有独立的社会地位、独立的经济来源以及积极向上的人生态度,自信、自立才能让女性美丽而富有魅力。不论为人妻还是为人母,“独立”让女性在遭遇挫折时依然能够坦然面对,维持自己的优雅和体面。

(三) 提高女性法律维权意识

有个德国女性在遭遇了家庭暴力后,第一时间就和居委会及妇联取得联系,要求保护。相比之下,中国妇女信奉“家丑不可外扬”的理念可能会使自己遭受更多的痛苦和折磨。等痛定思痛决定反击时却发现根本拿不出实质证据来指控这些“暴力行为”,只能把打掉的牙往肚里咽。

另外,作为妻子平日不能只关心丈夫的起居,对于他的工作和财政状况也应了解,听之任之换来的只能是以后的被动。

(四) 国内立法与社会保障措施的改进

涉外婚姻法律上的问题更多地集中在涉外离婚案件的处理上。有些问题囿于涉外婚姻本身的特殊属性,很难短时间内明显改善,比如国与国之间对文书的送达及对判决的承认和执行等,都是国际诉讼法律事务中不可避免的问题。但在立法和执法方面也存在诸多我们可以尽力改进的地方。

1. 程序法适用方面,以法律为准绳,追求公正与效率的统一

以诉讼方式为例,法院应当在诉讼法律允许的范围

内,尽量选择高效率的送达方式,尽可能减少涉外婚姻诉讼消耗的时间,同时防止另一方当事人利用这充分的时间转移财产,在程序上保障当事人的权益。比如,一方对在中国领域内没有住所的另一方当事人提起诉讼,《中华人民共和国民事诉讼法》第二百四十五条罗列了七种送达方式,但最常用的还是公告送达。但公告送达,需要历经六个月漫长的公告期,让人备受煎熬。我国已与 57 个国家签订了 100 多项司法协助条约、协定。随着国际交流日益扩大,国际私法协助工作不断发展,应提高工作效率,如直接向国外权威机构提出转递司法协助请求,缩短送达周期。据悉,目前最高人民法院也已经提出了适当简化办理国际私法协助工作顺序的意见,希望能缩短涉外案件审理的期限。

2、判决执行方面,加强执行力度,逐步推进涉外婚姻判决的相互承认和执行

离婚判决的承认和执行作为离婚诉讼的最后阶段,对实现权利人的权利从应然状态到实然状态具有重要意义。国外法院的判决在中国的承认与执行在《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十五条、第二百六十六条有规定,即按照国际条约或互惠原则进行认可。但现在与我国签订相关条约或采用互惠原则的国家较少,国外法院的离婚判决在我国很难得到全面执行,同样我国法院作出的离婚判决在国外的执行力度也相对较低。因此,涉外离婚判决的国际认可和执行需要持续推进。

同时,我国应当逐步解决依然存在的区际司法协助和认可的问题。以香港为例,香港对于域外离婚判决的承认与执行没有特别的法律规定,与一般的域外民商事案件相似,离婚判决不管是由中国大陆做出的或是由外国法院做出的,在香港地区的法院均不具有直接和自动的效力。中国内地的离婚判决如果要在香港法院得到承认与执行,可以选择另行起诉的方式,这种方式不论是对当事人还是中国内地的法院而言都是一种资源的浪费与重复。

建议参照中国大陆与澳门签署的关于《相互认可和执行生效判决的安排》,就两地间的离婚判决的承认与执行在与香港当局互相协商、求同存异的基础上,扩大认可范围,将婚姻案件涵盖进去,或针对婚姻案件的具体情况,签订关于离婚判决承认与执行的专门协议。

3、立法内容创新,创立女性及子女“人身保护令”等强制保障制度

就“人身保护令”这项制度而言,笔者认为可以借鉴国外的成功经验。2011年3月7日,重庆市高级人民法院发出了全国首例离婚诉讼后的“人身保护令”,判决禁止男方在女方工作地和住处的 200 米范围内活动或与其未成年子女进行不欢迎接触等。这对我国司法制度改革有着重要的意义,开启了人身禁令实施的先河。

为正确、有效适用“人身保护令”制度,应当进一步确立法院在认定“家庭暴力”或“人身安全受到威胁”时的证据采纳原则,并以此指引受害方有效固定证据,实现自我保护。笔者认为,由于家庭暴力证据一直处于较难采集的困境中,应当从立法的角度认可由公安出警记录、社区管理部门证言、验伤报告、其他证人证言等形成的证据链的效力及相应效力等级,并采取不同限制内容的“人身保护令”。此制度如能被全国各地的基层法院广泛借鉴使用,将为广大深受家庭暴力困扰的女性提供有利的救济措施。

4、完善婚姻立法,建立夫妻离婚给付“抚养费”制度

确立和完善“抚养费”制度,以保障在涉外婚姻中扮演特殊家庭角色的妇女权益。法定“抚养费”制度,既保障离婚当事人的生活,又减少当事人在离婚后给社会造成的压力。“抚养费”制度对于女性保障的合理性体现在:有效保护那些在婚姻存续期间把大部分精力花费在家庭和子女上从而影响了自身社会生存能力的女性,使那些离婚后独自抚养孩子,无法正常工作的女性离婚后生活水平不致降低。

对于如何建立合理有效的“抚养费”制度,笔者认为,一方面应当明确“抚养费”适用和变更的条件,同时明确如何确定“抚养费”的主要考虑因素和标准;另一方面,对于“抚养费”的金额问题,是否应当考虑“以维持原有生活水平”、“婚姻存续期间一方劳动补偿”、“一方对于另一方的教育、培训和收入能力作出的贡献”等因素,才更合理和公平,这需要在立法和司法实践中予以全面考虑。

5、在诚信机制上,加强对提供虚假证据一方的打击力度

随着房价的飙升,离婚案件的标的越来越大,有些当事人动起了坏脑筋,企图通过虚假诉讼让配偶不分或少分财产。常见的有双方当事人恶意串通将夫妻财产进行变卖,或一方当事人伪造借条要求配偶方共同偿还。虽然它们通常以符合法律程序的形式进行,带有很强的欺骗性,但仍然属于典型的“虚假诉讼”。根据有关规定,一旦被发现,个人处以 1 万元以下、单位处以 30 万元以下的罚款,这个惩戒力度仍然薄弱。笔者认为,罚金金额应当与诉讼标的相结合,才能真正起到震慑作用。同时,法院之间的案件审理信息交流应当保持顺畅,以免被一些当事人利用各个法院之间信息不通的漏洞达到自己的非法目的。

综上所述,涉外婚姻中女性权益的保护任重道远,我国法制建设才 30 多年,各方面保障制度建立也不完善。相信通过几代人的努力,中西方妇女权益的保护将达到相似的高度。●

(本文获“上海市维护妇女合法权益”征文优秀奖)

人文万象

乐·Life

●文/郑志

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

乐读



常有人问起我的兴趣爱好，我就答“爱江山更爱美人”。但这显然不合适宜，因那江山似乎只有君王才能爱，常人不可染指，以免霸气侧漏。而美人也不是随便可以说的，容易被当成流氓，而真正要流氓的又往往是不说的，虽然所谓爱美之心人皆有之，《诗经》里也有“窈窕淑女，君子好逑”的古训。

除此之外，我兴趣广泛，譬如：各种球类、各种棋类、各种音乐、各种演说、各种健身和旅游、各种好友欢聚……在这诸种所好之中，如果一定要在前面加个“最”字，那当首推读书、写作了。要在其中再优中选优，则必是读书。概因写作要费神费功夫，就如同做饭给人吃；而读书则好比大厨做好各色菜肴，自己只管挑对胃口的品尝就是。因此，对于我来说，真可谓是一日无读则不欢。

谈到读书，很多年轻人把它当做苦差事，这概来自于应试教育的苦果。长年死记硬背毫无用处的概念教条、读枯燥无味的文章、做那些到死也做不完的题目。经受过这般炼狱般的摧残之后，大多数人恐怕都会对书本产生了恐惧症。到毕业时竟比赛卖书、撕书、焚书，如何还肯再去读书？

我小时候虽贫苦，但论到读书，却颇有些光荣历史。有映着月光读的，有在砖垛上点蜡烛读的，也有点煤油灯看书睡着险些失火的。小时候书少，逮到什么读什么，除连环画、故事会、童话大王之外，

也颇有些大部头的。到了小学四五年级，荣任班级图书角管理员，利用职务之便，基本上大家贡献的书都是我先读的。四大名著之类都在小学时读完，其中印象最深的莫过于小学三四年级时通读的《封神演义》，那可是竖排版、繁体字、文言文的。由此也可佐证，17岁的少年写一本《三重门》绝非不可能，也不见得说少年人《管锥编》就读不了。顺便说一下，方舟子先生若看到此处，八成又要自我证明，那在下可无法举证了。

到了初中，就发起文学社，任了总编辑，全套金庸、古龙以及温瑞安、梁羽生、卧龙生、还珠楼主之类的武侠丛书大约是这个阶段读完的。高中时发起读书会，大家凑钱买书轮流看，印象深刻的是一套《福尔摩斯探案全集》。到了大学，因念中文的缘故，诗词歌赋、诸子百家、史传小说以及《诗经》、《史记》、《左传》、《东周列国志》之类自不必说。研究生以来，因专业的关系，也颇读了些中外法学、法律史、《全球通史》之类。做了律师之后，虽说工作烦扰，但积习难改，但凡闲余总是手不释卷。就新近来说，除法律风险管理系列著作之外，又重读了《四书》、《老子》、《圣经》、《一生的禅》、《圣哲的智慧》、《人类的声音》、《三国志》、《大秦帝国》、《人间词话》等等。

读书大有益处。高尔基说“书籍是人类进步的阶梯”。古人也常讲：书中自有颜如玉，比如《聊斋志异》里面的狐仙之类；书中自有黄金屋，比如学而优则仕

则富贵之类。这个好像比较功利，但读书的确使人成长，读书使人不寂寞，读书使人不孤独，读书使人充实，读书使人有气质。所谓“腹有读书气自华”。这个“气”是由内而外的，不用吃“绿箭”。读书是与古人、伟人对话的过程，可比单纯做个酒囊饭袋强多了。

读书如今对我来说不仅不枯燥，反而是其乐无穷的。因为以前是别人要你读，现在是你自己要读。不是为了应付，甚至不是为了赚钱（当然书读好了对赚钱也大有帮助），而是为了趣味。读书就是生活，是有品位的舒适惬意的生活。现代烂书多，但千古流传的传世经典却也不在少数，圣贤智慧之结晶，可以说是受用不尽之宝库。只是工作之后，常觉时间不够用。《师旷论学》中说：“少而好学，如日出之阳；壮而好学，如日中之光；老而好学，如炳烛之明。”青春作伴多读书之理，自不待言。

网络、微博、开心网、愤怒的小鸟、I-phone4s之类的普及，大大地冲击了读书的氛围。读书的方式可以改变，但是读书、尤其是读经典好书却是必不可少的。之前我曾自嘲书读的不少，然而在工作之中、写作之时常有“书到用时方恨少”之慨。我劝诸亲能够扛得住短暂欢娱的诱惑，抓住瞬间即逝的光阴，使时光在阅读中沉淀，而自己在沉淀中充实、快乐和发光。●

（作者单位：北京市大成律师事务所上海分所）



他山之石

●文 / 许建添 管敏正

栏目组稿人: 洪亮 hongliang1224@hotmail.com

商业贿赂的达摩克利斯之剑:

反海外腐败法(上)



引言

2011年10月27日,雅芳公司承认,该公司正就雅芳海外贿赂事件接受美国证券交易委员会(简称SEC)的正式调查。雅芳对此也表示,SEC正在调查的问题,公司从2008年7月开始一直在进行内部调查,并已为此花费1亿多美元。原来,从2008年4月开始,雅芳陆续收到举报,称雅芳中国存在与经营相关的“不适当”差旅费、招待费和其他费用。随后,雅芳开始配合SEC及美国司法部展开内部调查。雅芳将成为被SEC调查的最新一家涉嫌在华行贿的跨国企业。

而此前,一系列跨国企业因涉嫌在华行贿被SEC或美国司法部调查,商业贿赂丑闻频频浮现。自2005年至今,因在中国涉嫌商业贿赂,至少有戴姆勒股份有限公司等16家跨国企业受到SEC或美国司法部追究。目前这16家公司已经跟SEC和美国司法部达成和解。应当说,这些案件无不与美国的一部法律休戚相关,即美国《反海外腐败法》(Foreign Corrupt Practices Act,简称FCPA)。作为一部美国法律,FCPA却“法力无边”,把在中国进行商业贿赂的美国公司给查出来并进行制裁,犹如一把针对商业贿赂的达摩克利斯之剑。那么,FCPA究竟是何方“神圣”,具有如此大的威力?它对中国有何影响?中国应当从中学到什么?

一、FCPA 起源及基本内容

FCPA是尼克松“水门事件”中对非法政治捐献和洗钱活动进行调查所带来的副产品。1972年“水门事件”后,美国司法机关和政府部门对非法政治捐献和洗钱活动展开了调查。结果在这一系列的调查中发现,不少美国公司为了获利,曾经对外国政府官员政客、政党支付超过30亿美元的巨款。这种海外行贿的严重形势引起了美国民众的担心。因此,为了遏制美国公司或企业的海外行贿行为,重建公众对美国商业系统的信心,维护美国在国际上的形象,美国国会于1977年以绝对优势通过了FCPA。其后,FCPA经过1988年、1994年和1998年三次重要修改,体系得到进一步的完善,是目前规制美国企业以及相关个人对外行贿最主要的法律。

FCPA的基本内容包括两大主要条款:一是反贿赂条款,二是簿记、记录和内部控制等会计条款。根据FCPA反贿赂条款规定,FCPA禁止个人和企业向任何外国官员、政府雇员、公共国际组织官员、外国政党或政治候选人,或任何代表这些实体的人直接或间接提出、承诺或授权向这些人支付任何有价物品。既禁止直接贿赂,也禁止通过中介者进行贿赂。FCPA的反贿赂规定不仅影响到“发行人”和“国内企业”,而且影响到他们的雇员、高级职员、董事、股东和代理人。

同时,FCPA的会计条款又要求所有在美国上市的公司或者有义务向SEC

提交报告的公司保证会计账目管理正确,以防止做假账掩护对外贿赂。可见,FCPA的会计条款与其反贿赂条款事实上是一脉相承,即均是为了打击或预防海外贿赂。但囿于版面所限,本文主要讨论FCPA的反贿赂条款。

二、FCPA 关于违法行为的认定要素

FCPA反贿赂条款规定,向外国官员、政党官员行贿以取得或者保留某种业务或者获取任何不正当好处的行为属违法,该违法行为的认定具有五个要素。

一是适用主体。根据FCPA,在美国发行证券的公司和美国公司及其管理人员、董事、职员或代理人、代表其行事的股东;任何在美国国内直接或通过代理人进行贿赂行为的外国公司及其管理人员、董事、职员、代理人或股东;美国公民、国民或居民。这个范围相当宽泛,几乎所有从事国际贸易的企业,只要有与美国的业务来往,都有可能受到FCPA的管辖。

二是支付行为。反贿赂条款禁止的行为是一项直接、间接或通过第三方进行的金钱或任何有价之物的支付行为,或承诺、授权、许诺支付行为。依据FCPA,公司不仅须为其已经作出的不适当支付承担责任,而且须为其承诺、许诺或者授权进行的腐败性支付承担责任,即使其雇员或代理人没有实际进行支付。

三是行贿对象。行贿对象包括:1、任何外国政府官员;2、任何外国政党官员;

3、任何外国政府、政党官员的候选人；4、国际公共组织的任何官员；5、任何知道通过其向上述任何官员的支付或者许诺支付的其他人。

四是腐败意图。实施或授权支付的行为人必须有腐败意图，并且支付行为必须故意诱使接受者滥用其职权与支付者或其他人进行不正当交易。FCPA 并不要求行贿行为的目的得逞，提供或者承诺行贿即构成违法行为。

五是商业目的。该法禁止为了帮助公司获得或保持商业机会而进行的支付。需要注意的是，获得或保持的商业机会不必和外国政府或外国政府的机构有关。

三、FCPA 的特点

FCPA 对跨国商业贿赂具有如此巨大的威慑力，取决于其存在不同于其他美国法律的特点。

(一) 最大限度贯彻美国“长臂管辖”理论

所谓“长臂管辖”，就是对根据普通法管辖规则无管辖权的人和公司行使管辖权。“长臂管辖”的主要理论基础是最低限度的接触。按照 FCPA，虽然不具有美国国籍，或非在美国注册，但是在美国发行证券，或者主要业务所在地在美国的所有企业，以及这些企业的管理人员、董事、雇员、代理商、持股人，如果其使用美国的邮件系统或者隶属于美国的国际商业工具，美国司法机构具有管辖权。特别应当指出的是，如果外国公司和个人无论直接还是通过其代理人促成贿赂款项的支付行为在美国境内发生，不管是否使用美国邮政或其他洲际商业的手段，都要受到美国司法的管辖。

(二) 具有腐败意图即违反 FCPA

一项违反 FCPA 反贿赂条款的行为，其支付或者承诺、授权支付必须是腐败性的，即必须要有腐败意图。该支付必

须企图导致受贿人为行贿人或其他任何人滥用职权、谋取利益。FCPA 并不要求行贿行为的目的得逞，提供或者承诺行贿即构成违法行为。

(三) 禁止第三方支付行为，“鸵鸟政策”失灵

很多美国企业通过和代理商签订简单的销售协议，试图撇清和代理商的法律干系，以“假装不知”的“鸵鸟政策”规避违反 FCPA 的法律风险。但是，FCPA 禁止通过诸如销售代表、批发商、顾问、承包商等第三方进行间接行贿。根据 FCPA 反贿赂条款的规定，行为主体（发行者、国内相关者、在美国地域范围内进行腐败性支付的其他人）知道有价物品的一部分或者全部将直接或间接地提供、给予或者承诺给予给外国官员、外国政党及其官员或者外国政治职位的候选人，仍向任何人支付该有价物品的，构成该法规定的犯罪。因此，在 FCPA 面前，“鸵鸟政策”已经不再奏效。

(四) 设置免责条款

为了解除美国 FCPA 为美国公司积极开拓海外业务所设置的不必要的障碍，美国国会通过两次修正，为 FCPA 增设了免责条款，包括：1、将某种支付与跨国商业贿赂相区别，允许对政府进行“疏通性”支付；2、依据外国官员、政党、政党官员或者候选人所在国的成文法和规定，这种支付、馈赠、提供或者承诺任何有价物品的行为是合法的；3、合理善意的支出，即这种支付、馈赠、提供或者承诺任何有价物品的做法是合理且正当的。

(五) 严厉的法律责任

笔者认为，让 FCPA 成为商业贿赂的达摩克利斯之剑的最重要的原因之一，当属 FCPA 规定了严厉的法律责任。

一是针对个人的法律责任。个人主要包括公司或其他实体的董事、高管、雇员、代理人或者代表公司行事的股东，若

前述人员故意违反本条款，将被处以 10 万美金的罚款，并面临 5 年以下的监禁；若故意违反会计条款，有可能被判处高达 500 万美元的罚款，以及长达 20 年的监禁。此外，根据可替代性惩罚法案的规定，罚款亦有可能不受前述限额的规定，而高于前述金额。

二是针对公司或其他实体的法律责任。一旦公司或其他实体被判处违反商业贿赂条款的规定，就每项违反均可以处以高达 200 万美元的罚款，追缴所有行贿带来的经济利益，吊销出口证，要求执行禁令并且禁止其参与任何美国政府的采购项目。尽管有上述赔偿金额的规定，SEC 和司法部仍可指控公司因其与代理的共同违反行为，判处远远超过 200 万美元的罚款。

(六) 设立意见程序

美国司法部也设立了一个 FCPA 的意见程序，任何美国公司或者公民可以就他们计划中的商业行为向美国的司法部提出询问，并且请求他们答复相关执法意图。在收到相关询问的 30 天之内，司法部必须要做出相关的答复意见。只要司法部签发的意见当中称某行为符合了目前的执法政策，该行为就有资格被推定符合 FCPA。

(七) 重点治理行贿

与中国反腐败的执法重点放在受贿方身上不同，美国 FCPA 特色之一为集中于治理行贿者，正是由于 FCPA 对行贿人严厉的制裁，使得行贿人往往“断尾求生”。比如，根据 FCPA 规定，任何个人或公司一旦被指控违反 FCPA，将被终止参与政府采购的资格；非法行为一旦被法院判决确认，将失去获得出口资质的资格，这常常会给公司业务造成毁灭性打击。面对上述严重后果，公司针对涉嫌违反 FCPA 的行为不敢有半点隐瞒。

(未完待续) ●

(作者单位：上海申骏律师事务所)

微·Talk

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

鹅卵石与回音壁

(本栏目言论仅代表言论者本人观点)

上海新文汇律师事务所 张 移律师

人与自然乃是一体,若两相分别,便已落下乘。学习,思考,探求,想的越多就越不会有好处。相反,要想养生,务必舍去心神,不要多想,顺于自然。这就是化于自然,生生不息之道。

上海申骏律师事务所 管敏正律师

干活时考虑的是得失,看别人是否在干活,干多干少是否一个样,从而设法混日子,那这个人一定不会有前途。事实上一个人只有明白任何付出最终回报的肯定会是自己,才会有出息。你既然不是傻瓜,旁人也不是傻瓜,老板更不是傻瓜,付出总有回报,只是何时回报,就看你是否等得起,是否值得等。

上海浦栋律师事务所 王 琦律师

清人刘熙载《艺概书概》所言:书者,如也,如其学,如其才,如其志,总曰之如其人而已。书法源于中国,自古便有人品入字一说,无论是对唐人颜鲁公之赞誉、宋人蔡襄真身的避讳,抑或是对宋徽宗瘦金书的品评,莫不如是!概言之,人品乃书艺的判断标准之一。完全割裂人品和书意,恐似不妥!

上海博和律师事务所 王思维律师

同两友人晚餐,话题始终没有离开刑案中的种种怪像。席间得出三结论:1、纯理想主义者做不了刑辩;2、纯现实主义做不好刑辩;3、最好的心态是:认清现实,恪守底线,理性推动。再次想起研究生毕业时一位恩师对我的告诫:“认清现实,接受现实,不放弃理想。”淳朴,深刻!

上海君悦律师事务所 李成浩律师

新年首次摇号中签,从化工工业转战农产品公司。数年来在各行业间不断游走,亲见种种荣辱兴衰,悲欢沉浮,在企业灰飞烟灭处清算既往,并紧握良知,追寻正义,是作为律师及管理人的第一大工作乐趣。

上海圣瑞赦律师事务所 邓 哲律师

取法其上,得乎其中;取法其中,得乎其下。完美,永远

追求不到;但追求完美,永远是前进的最大动力。而清楚自己和完美之间的差距,则会让你明白,你之前所取得的一切胜利,是多么的不值一提。

上海普世律师事务所 杨 超律师

《早发沔县遇雨》曰:“此身病起百无忧,敢为艰难一怨尤。晓雾忽飞千嶂雨,西风已作十分秋。近知地利其堪恃,早信人谋不自由。昨日定军山下过,苍天一望故悠悠。”曾国藩为什么说此身病起百无忧呢,想了半天,是不是他觉得生病了就可以不管事,反而落得无忧无虑呢?

上海嘉华律师事务所律师 高 泽律师

《律师的天空》一书中说,为生存“谋食”,为使命“谋道”。书中涉及的许多问题的确在执业之初困扰过我,好在并没有困扰太久。每每觉得要坚持不了的时候,就会想起朱棣文的那句名言:生命太短暂,所以不能空手走过,你必须对某样东西倾注你的深情。

上海汉商律师事务所 光 韬律师

以前,总觉得勤劳勇敢很重要,现在开始明白,选择比勤劳勇敢更重要。顺势而为固然正确,但要看看那势是不是属于自己。做对了选择这道题,台风来了猪也会飞;做错了,那就只有一切自己扛了。

微博转载:

人生途中,别太奢求当下的状况,别太羡慕他人的优越,正视你的一切。要沉得住气,不旁顾、不自怜、不放弃,你总会比许多人要好些;要弯得下腰,去捡拾那些别人不屑的麦穗;不盲目攀高,不一味求大,在小的缝隙里寻觅机遇;更要抬得起头,看清奔跑的方向,找准超越的捷径,让自己疾行在正确的路上。

我们能走多久,靠的不是双脚,而是志向,鸿鹄志在苍宇,燕雀心系檐下;我们能登多高,靠的不是身躯,而是意志,强者遇挫越勇,弱者逢败弥伤;我们能做什么,靠的不是双手,而是智慧,勤劳砥砺品性,思想创造未来;我们能看多远,靠的不是双眼,而是胸怀,你装得下世界,世界才会容你。

随 笔

●文/杨 波

栏目组稿人:计时俊 jilawyer@sina.com

我与“法律讲堂”



1月19日,龙年春节即将到来。作为市律协监事在列席完理事会后,黄琦副会长当面向我约稿,并且定下题目为“我与‘法律讲堂’”。在这岁月更替之际,蓦然回首,发现自己走上中央电视台“法律讲堂”已经四个年头。坐在半岛书斋抬头凝望,窗外的细雨无声地扑在窗户上,在玻璃上洒出片片水花,将我的思绪带入回忆之中……

糊涂登上讲台

2008年9月份,中央电视台“社会与法”频道“法律讲堂”栏目来上海物色主讲人,我和本市百余名律师同仁参加了选拔。12月份,我到中央电视台进行试镜。宽阔的录影棚里,只有几部摄像机和默默工作的摄像师,放眼望去前方黑洞洞空荡荡一片,讲案件的时候就像在无垠的大海中漂浮,浑身充满无助感。当我茫然地走出录影棚,就见编导李妍老师从导播室里疾步走来,她兴奋的神情告诉我,我可以成为“法律讲堂”的主讲人了。

没有录节目的岗前培训,也没有颁发讲课标准,我在“法律讲堂”栏目上岗了。虽然担任过20年的高校老师,并且习惯了讲台。但是,坐在录影棚的讲台后面,看着面前空旷的场地和冰冷的机

器,我在讲给谁听?没有听众我如何进行交流?我要向哪位主持人学习?一连串的问号堆在心中,我感到十分迷茫。我虽然每个月都去北京录制节目,但是内心仍然没有找到感觉,如堕五里雾中。一天,我从《人民铁道报》社(节目录影棚所在地)回住处央视“影视之家”的路上遇到了李妍老师。我疑惑地问她,我应该成为什么样的主讲人?她笑着对我说,没有固定的模式,你就按照自己的风格讲。“法律讲堂”的主讲人如果要挑法学理论深的,我们可以找大学老师;如果要挑会表演的,我们可以找演员。之所以找律师,就是因为你们贴近群众,办理过许多案件,能把法律用通俗易懂的语言讲出来。真是一语点醒梦中人!她的这番话让我明白,原来我无须效仿他人,只需要本色出演,精心做好“法律讲堂”的节目即可。

改版找到自我

俗话说,隔行如隔山。“法律讲堂”对于干了二十几年律师和老师的我而言,也是一个全新的领域,就在我摸着石头过河的时候,我的编导换成了李燕佳老师。总编导杨晖告诉我,她是个经验丰富的编导。但是,每次录完节目我征求她的意见时,她总是惜字如金淡淡地说,还行吧。为什么她没有表示满意?

为什么她会说我的状态绷得太紧?难道我应该笑着讲矛盾对立的案件吗?无数谜团又像乌云一样遮住了我的心灵,几乎一年间我都陷入寻找光明的迷茫之中。我观摩过其他主讲人的节目,也对比了电视新闻节目的主持人,可我还是不知道自己应该以什么样的状态出现在荧屏上?2009年11月3日,我的节目《两个新郎一个新娘》收视率达1.4,李燕佳老师告诉我这个收视率创造了男主讲人的收视纪录。但是,我的状态并没有达到理性认识的高度,也没有形成录制节目的定式。

2010年“法律讲堂”栏目进行改版,主讲人由坐着讲案件变成了站着讲,而且中途还要走动讲解题板。当我迎着灯光从汉谟拉比法典背景板后走出来的时候,一下子就找到了当年在讲台上给学生上课的感觉。录完节目回到化妆间,编导李燕佳老师终于笑着对我说,这一期录的不错。千年铁树开了花,我终于找到了录制节目的状态,心中云开雾散。

磨秃了笔杆子

在“法律讲堂”栏目做主讲人,自己要先写好稿件,这让不少律师为难,连出色的女主讲人余婧律师也常常感慨稿件难写。我年少时处在文革后期,心中革命理想是成为像浩然一样的作家。所以,我



经常以讲故事为条件，换取比我小的邻居为我挠痒痒。1978年考上大学后，虽然身为政教系的学生却读了许多文学著作。后来在写“法律讲堂”稿件时，这两个年少时的特点让我受益。“法律讲堂”栏目的稿件与一般文章不一样，不但要有节奏感和曲折性，还要口语化，要朗朗上口。

寒来暑往，沿着苏州河畔步行上班，变成了我构思作品的时间，等到腹稿成熟，我会动笔一气呵成，写作速度也由两天一篇变成了一天一篇。日积月累，几年间写了60余万字的作品。2010年5月，央视“社会与法”栏目在北京召开“法律讲堂”研讨会，我获得了栏目“最佳撰稿奖”。古语云，有得必有失。虽然我掌握了“法律讲堂”稿件的写作定式，但是其他稿件的文风却退化了。《中国新闻周刊》编辑黄老师曾经几次向我约稿，而我已经胆怯，不敢动笔写诙谐轻松风格的随笔了。

承包春节特别节目

去年10月份，此时我的总编导已经换成刘念老师。她几次跟我讲起录制2012年的春节特别节目，设想请评书表演艺术家刘兰芳先生与我一起主讲，她

讲案件经过，我进行法律评析。她希望我来写稿件，我当即承诺。11月初，我写了七篇与春节有关的稿件发给了刘念老师。由于原定是刘兰芳主讲案件，我只在法律评析时讲几句，所以交稿后我就处于高枕无忧的状态。结果，到了11月21日，离录制节目还有4天时间，刘念老师紧急通知我刘兰芳因故不录了，让我一个人完成录制任务。

一次录七期节目，不但我以前没有过，在“法律讲堂”栏目的历史上也没有过。这对我的体力脑力都是一次巨大的考验，时间紧任务重，我也只能“不用扬鞭自奋蹄”了。刘老师还叮嘱我要穿中山装录制节目，而我只有两件唐装而没有中山装。所里的同事急忙到南京路上帮我搜寻，结果没有发现适合我的服装。情急之下，年轻的同事提议到互联网上购买。感谢网络的发达，终于定了北京一家网店的服装，并且让店家第二天直接送往“法律讲堂”栏目组，结果这套服装派上了用场，并且被确定为我以后录制节目的御用服装。四天之中，我完成了“春节那些事儿”特别节目的录制。最后走下讲台时，我感到嗓子发痒，声带疲劳，双腿十分沉重。录影棚里响起刘念老师亲切的话语，感谢杨老师，辛苦了！

上海律师的责任

我曾经粗略地算过一笔账，每一次到北京录节目，“法律讲堂”栏目花在我身上的钱就有几千元；同时，又为主讲人提供了近30分钟的荧屏露面机会。众所周知，央视的时间是宝贵的，广告是论秒收费的。这不由地让我想到了“责任”二字，站在讲台上不仅要对得起央视的信任和付出，还要对得起律师的称号和形象，更重要的是通过讲课在观众中进行普法宣传。我发现不仅我这样认为，当时上海去的一批律师都非常认真。陈云芳律师的普通话带有上海口音，她天天在家打开电视机跟电视台的主持人学普通话，以至于有一天电视机开着而她却没有出声练习，奶奶就奇怪地问，今天为什么不学普通话了？沈冀敏律师在家中架起摄像机，自己一边讲一边录，然后回看总结经验。上海律师的认真得到了“法律讲堂”栏目制片人和编导的认同，这或许就是海派文化的特点，责任让我们勇于担当。

屈指算来，我在“法律讲堂”已经录制播出80余期节目。瑞金医院的医生看病时认出了我，观众也从澳洲、加拿大和国内各地打来电话咨询。远在哈尔滨的小学同学，近在咫尺的小区保安，知道我在“法律讲堂”录制节目的人越来越多。我明白，不是我每月在荧屏上的短暂露面碰巧被他们看到，而是“法律讲堂”的品牌效应使他们经常观看，而我不过是这生动的法律课堂上一个讲述案件故事的律师而已。●

（作者单位：上海市德尚律师事务所）



小贴士

“法律讲堂”播放时间：《法律讲堂》节目在CCTV-12频道播出，首播18点57分，重播次日10点整。



中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会

China International Economic and Trade Arbitration Commission Shanghai Sub-Commission

中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会于1988年经上海市人民政府批准设立,以仲裁方式,独立、公正地处理平等主体的自然人、法人和其他组织之间的国际、涉外及国内(包括港澳台地区)的合同争议和其他财产权益争议。

仲裁示范条款:

“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,均应提交中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会,按照申请仲裁时该会现行有效的仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的,对双方均有约束力。”

MODEL ARBITRATION CLAUSE

"Any dispute arising from or in connection with this Contract shall be submitted to China International Economic and Trade Arbitration Commission Shanghai Sub-Commission for arbitration which shall be conducted in accordance with the Commission's arbitration rules in effect at the time of applying for arbitration. The arbitral award is final and binding upon both parties"

地址:中国上海市金陵西路28号金陵大厦七层
邮编:200021
电话:86 21 6387 5588 传真:86 21 6387 7070
网址:www.cietac-sh.org

Address:7th floor, Jinling Mansion, No.28 Jinling Road, Shanghai, China
Zip Code:200021
Tel:86 21 6387 5588 Fax:86 21 6387 7070
Website:www.cietac-sh.org

新法速递 《 律师业务资料 》 目录 2012年第2期

上海篇

1. 上海市人民政府:关于批转市财政局等三部门制订的《上海市水利建设基金筹集和使用管理办法》的通知
2. 上海市人民政府:关于本市贯彻《中华人民共和国车船税法》若干意见的通知
3. 上海市人民政府:关于印发修订后的《上海市社会抚养费征收管理若干规定》的通知
4. 上海市人民政府:关于印发《上海市鼓励跨国公司设立地区总部的规定》的通知
5. 上海市人民政府:贯彻国务院关于开展城镇居民社会养老保险试点指导意见的实施意见
6. 上海市人民政府办公厅:关于转发市住房保障和房屋管理局、市建设交通委制订的《上海市住宅修缮工程管理试行办法》的通知
7. 上海市人民政府办公厅:关于转发市住房保障和房屋管理局制订的《上海市住宅物业保修金管理暂行办法》的通知
8. 上海市发展和改革委员会、上海市经济和信息化委员会:关于印发《上海市固定资产投资节能评审机构管理暂行办法》的通知
9. 上海市住房保障和房屋管理局:关于规范动迁安置房房地产权属登记有关问题通知
10. 上海市安全生产监督管理局:关于印发上海市用人单位职业病危害告知与警示工作规范(试行)的通知
11. 上海市安全生产监督管理局:关于印发上海市危险化学品从业单位安全生产标准化评审工作实施办法的通知
12. 上海市商务委员会、上海市财政局、上海海关、上海市国家税务局:关于上海市外资研发中心享受采购设备税收政策资格认定的通知
13. 上海市民政局:关于废止和宣布失效一批规范性文件的通知
14. 上海市水务局:关于印发《上海市水闸安全鉴定工作管理办法》的通知
15. 上海市高级人民法院:《人民法院量刑指导意见(试行)》实施细则(试行)
16. 上海市高级人民法院:《未成年人刑事案件量刑指导意见》实施细则(试行)
17. 上海市高级人民法院:关于本市办理部分诈骗类犯罪案件具体数额标准的意见
18. 上海市高级人民法院:第十次检、法联席会议纪要
19. 上海市高级人民法院:关于当前办理投放虚假危险物质和编造、故意传播虚假信息恐怖信息案件适用法律若干问题的意见(试行)

20. 上海市高级人民法院:速调对接中心工作流程管理办法(试行)
21. 上海市高级人民法院:诉调对接中心调解员管理办法(试行)
22. 上海市高级人民法院、上海市消费者权益保护委员会:关于加强消费者权益保护建立速调对接工作机制的会议纪要

全国篇

【诉讼法】

1. 最高人民法院:民二庭负责人就《关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(一)》答记者问
2. 最高人民法院:《关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》的理解与适用

【民商】

1. 国务院令:中华人民共和国招标投标法实施条例
2. 商务部令:未依法申报经营者集中调查处理暂行办法
3. 商务部令:商业特许经营备案管理办法
4. 商务部令:生活必需品市场供应应急管理暂行办法

【财税】

财政部、国家税务总局、民政部:关于生产和装配伤残人员专门用品企业免征企业所得税的通知

【海关】

海关总署令:关于废止《中华人民共和国海关特别优惠关税待遇进出口货物原产地管理办法》的决定

【文教、卫生、环保】

1. 国务院令:放射性废物安全管理条例
2. 教育部令:学校教职工代表大会规定
3. 教育部令:高等学校章程制定暂行办法

【劳动】

全国人民代表大会常务委员会:中华人民共和国职业病防治法

律师会员登录“东方律师网”下载中心,下载律师之家2.0(内含《律师业务资料》电子版),下载地址:
<http://family.lawyers.org.cn/cn/>



晨曦 摄影：江宪 律师