

内部资料·免费交流 上海市律师协会主办



上海律师

2011
2011年第4期
(总第682期)
4

SHANGHAI LAWYER MAGAZINE

上海市第八届女律师联谊会 第一次会员大会

主办单位：
上海市女律师联谊会
上海市律师协会女律师工作委员会
2011年4月28日



上海律师不会辜负时代赋予的使命/吴军营

**服务转型发展 提升行业影响
关注业内民生**

——市律协九届会长盛雷鸣畅谈理事会工作新思路/吕 轩

表彰东方大律师和上海市优秀律师

联谊 联业 联智 执业 展业 拓业

——上海市第八届女律师联谊会第一次会员大会侧记/毛 健

用法律保障食品安全/岳雪飞 周 庆 韩 璐

合理不合法——评锦湖公司召回锦湖轮胎/ 吴 冬

青春献给律师事业/陶运旭

我国公益捐赠税收法律制度的几个问题/廖荣华

第一次会员大会

主办单位：
上海市女律师联谊会
上海市律师协会女律师工作委员会
2011年4月28日



第七届女律师联谊会会长、副会长和秘书处成员表演诗朗诵

第一次会员大会

主办单位：
上海市女律师联谊会
上海市律师协会女律师工作委员会
2011年4月28日



第三届优秀女律师文艺表演



女律师黄新文艺表演

主办单位：
上海市女律师联谊会
上海市律师协会女律师工作委员会
2011年4月28日



第四届优秀女律师文艺表演

上海律师 不会辜负时代赋予的使命

上海市司法局局长 吴军营



上海市第九届律师代表大会已经圆满地完成了各项议程，胜利闭幕了。

我代表司法局党委，向当选的新一届律师协会的的领导成员表示最热烈的祝贺！

同时，我们要向三年来认真履行职责，工作业绩卓著，为上海律师工作的科学发展做出重要贡献的第八届律师协理事会、监事会和秘书处的全体同志表示衷心的感谢。也借此机会向全市的广大律师和所有关心支持律师工作的同志们表示亲切的慰问和崇高的敬意。

上海律师工作得到了市委、市政府、司法部和全国律协的充分肯定，也得到了人民群众和社会各界的广泛认同。中共上海市委提出：未来几年，上海要围绕建立“四个中心”的战略目标，走创新驱动、转型发展之路。这不仅对律师工作的发展和发挥作用提供了广阔的空间，同时也必将有力地促进律师行业的自身发展，上海律师事

业的又一个春天正在向我们走来。

在此，我希望：第一，全市律师要自觉践行中国特色社会主义法律工作者的职责使命，牢固树立社会主义法治理念，切实增强政治意识和大局意识，在事关大是大非的重大问题上保持清醒的头脑；坚决地与党中央在思想上、政治上保持高度一致，自觉坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上，努力实现法律效果、社会效果和政治效果的有机统一。

第二，我们希望全市律师满怀热情地投身到今年组织开展的两项活动中去。第一个是“为创新驱动转型发展提供优质高效的法律服务”主题实践活动；第二个是“发扬传统、坚定信念、严守纪律、执业为民”的主题教育实践活动。

第三，各位律师代表要不负广大律师的信任和重托，自觉遵守和践行代表规则，依法行使代表权力，认真履行代表义务，倾听全市律师的呼声，反映广大律师愿望，为上海律师业又好

又快地发展出谋献策、贡献力量，努力做依法诚信执业的表率，做坚守职业操守的楷模。

第四，希望新一届律协理事会、监事会不辱使命、不负众望，切实履行职责，不断加强自身建设，着力在引领行业发展方面优化行业发展环境、提升行业整体素质、加强行业自律管理和展示行业良好形象上有创新、求突破，真正把律师协会建设成为“律师之家”。

第五，我们希望律协党委更好地发挥党的政治核心作用，切实加强组织领导，团结带领广大律师认真贯彻党的路线方针和政策。服务经济社会发展要突出特色，注重实效，以“创新转型谋发展、服务群众促和谐”为主题，深入开展律师行业创先争优活动。

当前，正是我们广大律师奋发有为，再上新境界的大好时机。我们相信上海律师不会辜负时代赋予的艰巨使命；决不会辜负市委市政府的充分信任；决不会辜负人民群众的殷切希望。

SHANGHAI LAWYER

2011 4 目录

2011 年第 4 期 总第 682 期

上海律师

《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 钱翊樑
周天平 管建军 厉 明 万恩标

委 员:(排名不分先后)

朱剑华 光 韬 洪 亮
谭 芳 刘小禾 李海歌
张 方 岳雪飞 贾明军
黄荣楠

主 编: 黄 绮

副 主 编: 刘小禾 潘毓霞

编 辑: 党文俊 龚 宏

美术编辑: 夏 芒

总 策 划: 冯 慧

策 划: 吴 冬 张 方 岳雪飞
贾明军 杨培君

本刊特约撰稿人:(以姓氏笔划为序)

丁伟晓 王俊民 史建三 汤啸天
陆建承 陈 默 曹海燕 蒋信伟
洪 亮 王 凡

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

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)

卷首语

1 上海律师不会辜负时代赋予的使命 / 吴军营

本刊关注

焦 点 4 服务转型发展 提升行业影响 关注业内民生

——市律协九届会长盛雷鸣畅谈理事会工作思路 / 吕轩

6 履职承诺书

7 第九届律协副会长们和监事长的工作思路

12 群英聚会谋发展 同心协力开新局

——上海市第九届律师代表大会第一次会议侧记

16 倡民主 顾民生 引领上海律师业又好又快发展

——八届理事会工作报告(节选) / 刘正东

19 监而谏之 完善律师行业民主自律

——八届监事会工作报告(节选) / 朱洪超

20 市司法局、市律师协会 表彰第二届“东方大律师”

和 2008-2010 年度“上海市优秀律师”



摄影: 曹申星



上海市第九届律师代表大会第一次会议



第二届“东方大律师”

通讯

- 21 第二届“东方大律师”名单
- 21 2008—2010 年度“上海市优秀律师”名单
- 22 打造具有国际影响的中国律师形象
——记第二届东方大律师乔文骏 / 彭 悠
- 24 联谊 联业 联智 执业 展业 拓业
——上海市第八届女律师联谊会第一次会员大会侧记 / 毛 健

庭外话语

律政三人谈

- 27 用法律保障食品安全
/ 岳雪飞 周 庆 韩 璐

律政新人

- 30 成长的思考：青年律师的生存和发展之路
/ 洪 亮

我的败诉

- 32 本案承诺函是否属于保证合同？
/ 许建添 陈远军

老律师寄语

- 33 青春献给律师事业 / 陶运旭

法苑人文

随 笔

- 35 复杂的馒头和搞笑的馒头监管 / 陈 默

法律评论

- 37 合理不合法
——评锦湖公司召回锦湖轮胎 / 吴 冬

穿越时空

- 39 坎坷之路 / 劳 阳

法律实务

实 务

- 41 国美控制权之争看公司治理机构 / 万倩伊
- 44 出资瑕疵股东对公司债权人承担法律责任分析
——以未足额出资为例 / 刘秀丽
- 46 签订公务机购买合同时应该注意的若干法律问题 / 李 擘
- 48 农村土地流转市场简论 / 汪 灏
- 51 我国公益捐赠税收法律制度的几个问题
/ 廖荣华
- 53 《工伤保险条例》修订十大变化 / 石先广
- 57 谈谈交通事故案件中保险公司对诉讼费的承担 / 施天佑
- 59 正当防卫在房屋租赁合同撤销和解除时的运用 / 季克华
- 60 更正启事 / 吕红兵

业内动态

- 61 关于主题教育实践活动的实施意见
- 63 新规介绍



盛雷鸣近照

焦点

●文/本刊记者 吕轩

服务转型发展 提升行业影响 关注业内民生

——市律协九届会长盛雷鸣畅谈理事会工作思路

4月17日,上海市律师协会召开九届二次理事会议。市司法局副局长刘忠定应邀出席会议;市律协会长盛雷鸣主持会议;副会长陈乃蔚、邵曙范、黄绮、钱翊樑、周天平、管建军及26位理事参加会议;监事长厉明及监事、秘书长万恩标、副秘书长刘小禾、市律协各部门主任列席会议。

会议的主要议题是讨论研究理事会工作思路。盛雷鸣会长首先介绍了未来三年的工作思路和2011年的重点工作;六位副会长分别就各自分管的工作打算进行了补充。与会理事认为,工作思路体现了一个“新”字,新班子有“新意”,符合创新驱动、转型发展的新要求;并提出了许多中肯的意见和建议。盛雷鸣会长在充分听取理事会意见的基础上,与各专门委员会主任进一步进行讨论,于日前推出了包括四个方面在内的九届理事会工作思路。本刊记者获悉之后,日前专访市律协九届会长盛雷鸣,请他畅谈理事会工作思路。

本刊记者(以下简称“本刊”):首先恭喜盛会长当选市律协第九届会长。但我们开门见山的说,会长不是好当的,所有的人都在关注咱们新一届班子未来三年要做什么?

盛雷鸣(以下简称“盛”):首先,能够当选律协九届会长,我觉得很幸运也很忐忑。感谢大家对我的信任和支持,但我知道这路不好走。过去的几届理事会,把上海律师协会推向了高处,他们做了大量民心所向的工作,他们为上海律师业的发展孜孜以求。因此,我既是站在巨人的肩膀上,同时也深感压力。如何继承与创新,规范与发展,如何在这中间寻找平衡点来有效的推动行业进步,实现广大律师的殷切希望,正等待我们去一一落实。

其次,今年是上海落实“十二五规划”的开局之年,上海要走“创新驱动、转型发展”之路,这不仅为发挥律师作用提供了广阔的空间,也将有力地促进律师行业本身的转型发展。但是我们准备好了吗?行业协会可以抓住怎样的机遇,发挥怎样的作用,这些也有待我们逐项破题。

所以,未来三年,九届理事会将传承历届理事会勤勉尽责、开拓创新的传统,把市律协的管理水平、服务水平推向更高的高度。肩负起上海律师业自身转型发展和上海律师服务上海转

型发展的历史责任,在市司法局的领导和关心下,将充分用好各种有利条件,力争引领上海律师业走出一条具有上海特点的科学发展之路,建设一支与上海社会主义现代化国际大都市地位相匹配的律师队伍。

本刊:盛会长,您刚才的一番话让我们已然可以窥视到上海律协未来三年的工作目标,能否请盛会长进一步介绍下九届理事会工作打算?

盛:好的。在过去的一个月里,我和其他6位副会长一道通过不断的调研和听取各界意见,并先后召开了三次会长会议,调整工作状态,适应角色转换。会长们还进行了分工,并且根据分工各自组建各专门委员会,律协的各项常规工作也已接手并迅速参与到管理中。

没有规矩不成方圆,没有目标则容易偏离方向。我们会长们达成共识,不仅要在履职之初定下工作目标,更要切实有效地做好这些工作并自觉接受广大代表的监督。

最终在4月17日理事会上向全体理事正式汇报了我们的工作打算,会长们在理事会工作思路的基础上,相继阐述了各自的履职打算。并且还公布了我们联合起草的《会长履职承诺书》。

目前我们计划从四个方面开展工作:一、为“创新驱动、转型发展”提供



优质高效法律服务主题实践活动,推动上海律师服务“两个中心”建设。二、加强律师文化建设,进一步提高律师队伍素质。三、保障律师执业权利,维护律师合法权益。四、规范律师事务所管理,进一步提升整体合力与竞争力。为了配合四个方面的工作,每年我们除了常规工作之外,还将开展重点工作。2011年,我们计划开展“搭建服务两个中心平台”等在内的10项重点工作。

本刊:盛会长,关于“两个中心”建设,广大律师都很关心,但始终找不到合适的平台,请问九届理事会将会如何开展?

盛:加快建设“两个中心”是上海未来十年的发展战略目标,是上海当前的中心任务和工作大局,而“创新驱动、转型发展”则是上海实现这一战略目标的根本路径。上海律师业应该主动围绕这个战略目标和主线,积极发挥职能作用。

但我们自身素质距离“两个中心”建设还有差距,最主要是能够提供金融、航运等高端业务的专业律师比较缺乏,具有跨国服务经验和综合竞争力的规模大所以以及专业强所、品牌名所也比较缺乏,现有业务中与金融、航运等密切相关的非诉讼业务占律师业务总量比较低。

因此,市律协将在搭建律师服务“两个中心”建设的平台方面积极寻找突破点。前几天,我受邀参加了上海金融法治建设联席会议。作为该联席会议的成员单位,上海律协可以更广泛深入地参与到“两个中心”的建设中,拓宽律师的法律服务领域,尤其是在金融法治的建设中。

随着律协的地位的提高,我们还将和包括金融办、知识产权局等政府职能部门开展全方位的合作和交流,同时积极开展金融律师、海商海事律师、知识产权律师的专项培训,相信不久的将来,上海律师服务两个中心的内涵将得到更多的诠释。

本刊:盛会长,在过去的采访过程中,我们接触不少律师,他们都反映一个现象,说上海律师界“多名律师,少名律师事务所”,对此,你怎么看?

盛:你的这个提问很好。九届理事会已经注意到了这个问题。目前上海有1000多家律师事务所,律师12000多名,这就说明平均每家所在10多人左右,规模都不大,属于中小型律所。针对这个现象,我们研究确立今后的工作重心之一是要放在扶持和规范中小型律师事务所管理上,推动和帮助这些事务所建立健全一整套的民主决策机制、人力资源机制、财务管理机制、收益分配机制、业务管理机制、投诉处理机制、防止利益冲突机制、风险控制机制、质量保障机制、文化建设机制等。

当然在帮助中小型事务所发展的同时,律师协会也会积极的推动优秀的律师事务所开展“五化”建设(规范化、专业化、品牌化、规模化、国际化),从而通过这些举措真正实现提升上海律师业整体合力与竞争力。

本刊:盛会长,我们也了解到,在代表大会上,不少律师要求律师协会能够在保障律师执业权利,维护律师合法权益有更多的作为,对此,您有何打算?

盛:确实,我和您一样注意到在小组讨论的时候,不少律师对当前的执业环境提出了他们的想法,而且有些还很激烈。这些年来,律师协会一直非常注重保障律师的执业权利,优化律师的

执业环境。我们倡导“组织间多交流,私下里少往来”,通过和公检法建立常态的联络制度,保证了广大律师作为法律共同体得到应有的尊重。当然,执业过程中,总有些不尽如人意的地方,因此,九届理事会将继续做好维权工作。我们将以推进“制度维权”建设为抓手,进一步贯彻落实《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》以及市政法委2010年3月2日《会议纪要》等文件精神,依靠市司法行政机关与相关部门沟通协调,从制度建设层面维护律师的权益,尤其是要落实《会议纪要》关于进一步保障律师执业过程中人身权利的精神,积极推动在各个有关职能部门中得以传达和执行,从而实现律师执业人身权利和公检法等公职人员的执业人身权利是同等的。

本刊:盛会长,您刚才还提到“律师文化建设”。我们知道,国外律协非常重视行业协会的文化建设,他们把塑造律师文化底蕴作为协会常抓不懈的一项工程,那么上海律协可有这方面的打算?

盛:国外律协的确在“文化建设”方面有很多值得我们学习的方面,但海派律师的文化底蕴也是非常深厚的。律师制度已经在上海走过了百年历史,2009年市律协组织召开了律师制度恢复30周年的系列庆典活动。

正是这一切,让我们看到,作为继任者,我们有义务来收集和梳理上海

编者按:为认真履行在九届律师代表大会第一次会议上当选任职的上海市律师协会的职务,九届会长们和监事长共同起草了一份履职承诺书。

履职承诺书

为认真履行在上海市第九届律师代表大会第一次会议上当选任职的上海市律师协会的职务,市律协九届会长、副会长们和监事长共同谨循承诺:

一、坚定信念 把握方向

自觉接受市司法局党委和市律师协会党委的领导,在思想上和言行上与党组织保持一致,带领广大律师努力践行社会主义法律工作者的神圣职责,做中国特色社会主义事业的建设和捍卫者。

二、遵守纪律 顾全大局

主事日常工作须严格按照协会章程、规则议事、行事。遇有社会影响的行业内重大、突发、热点事件,须及时报告、集体商议,确保应对方案、措施及其落实有利于社会大局的和谐稳定。

三、勤勉尽责 竭诚服务

以奉献精神和务实作风为广大律师服务。确保有足

够的时间投入市律师协会的工作;积极参与各项调研,了解广大律师的需求。认真制定并落实各项工作计划,为广大律师办实事、办好事。

四、廉洁自律 克己奉公

自觉接受广大律师的监督,自觉遵守财务制度和会费使用规则。绝不利用市律师协会的职务招揽或竞争业务;在各类评比活动中,乐于为鼓励广大律师创先争优而主动谦让。

五、相互配合 团结进取

市律师协会任职人员应相互尊重,相互学习,相互支持,相互配合,做有利于团结的事,讲有利于团结的话。

六、继承传统 开拓创新

学习、继承历届市律师协会工作的好思路、好方法、好经验、好传统,力争在高起点上科学创新,锐意开拓,力争使上海市律师协会的工作走在全国前列。

特色的律师文化,确立一套可操作的律师文化建设指引。所以从行业协会的角度,今年我们首先会设立一套规范的新律师入行仪式程序,让每位新入行律师熟知行业发展史,并以史为鉴,以行业为荣,珍惜今日之职业地位,珍惜今天之行业社会评价。

从事务所的角度,鼓励和支持有条件的优秀律师事务所申报服务商标并形成服务品牌等,重视事务所文化建设,并形成独具特色的品牌认知,为成为律师界的“百年老店”而蕴育文化内涵。

本刊:作为一名70后年轻会长,对于青年律师的成才,上海律协打算做些什么?

盛:青年兴则行业兴。我们会长们在研究工作的時候,觉得一定要扶持好青年律师,让律师协会不仅成为“律师之家”,还要担负起青年律师成长的规划师和成才的导师。未来三年,我们将会探索青年律师“送出去”的培养模式。拟采取“三个一点”的办法破解培训经费难题,即律协支持一点、律所出一点、律师拿一点,鼓励和支持青年

律师到国外法学院和律师事务所接受继续教育与专业培训。同时在今年开展一系列的活动诸如辩论赛等,来推动广大律师重视和提高律师业务基本功,从而为适应转型发展而修炼内功。

本刊:我们注意到今年律协要新设立一个专门委员会,邀请“两公律师”、境外律师事务所上海代表处代表参与到协会工作中,请问动机是什么呢?

盛:我们确实正在研究制定律协特邀会员规则。我们觉得海派律师协会,要有海纳百川的气度。这些年,国际律师事务所纷纷在华设立分支机构,业务态势呈上升趋势。这些国际大型律师事务所,有些已经有百年历史,他们在事务所管理律师业务营销方面肯定有过人之处。与其防还不如融,所以经过反复衡量,我们还是做出这样的决定,设立特邀会员工作委员会,在上海律协的平台上,开诚布公的交流合作、有序规范的竞争,携手共进。

本刊:非常感谢盛会长百忙之中接受本刊采访。祝愿九届理事会百尺

竿头更上一层楼,引领我们上海律师业走向更美好的明天。

盛:谢谢。我们相信,九届理事会必将会抓住机遇、务实创新、积极进取,运行好律师协会,在做好大量日常工作的同时积极落实年度10项重点工作,为上海律师事业的蓬勃发展添上浓墨重彩的一笔。

附:九届理事会2011年十项重点工作

- 1、搭建律师服务“两个中心”建设的平台。
- 2、制定律协特邀会员规则。
- 3、探索青年律师“送出去”的培养模式。
- 4、举办2011年上海律师辩论赛。
- 5、推出律师文化建设新举措。
- 6、推进“制度维权”建设。
- 7、试点“网上立案”工程。
- 8、制定《律师事务所管理指导手册》。
- 9、探索律师业务档案管理社会化。
- 10、规范律师社保金的缴纳。

焦 点

第九届律协副会长们和监事长的工作思路



陈乃蔚副会长： 分管律师事务所规范与发展委员会和复查委员会工作

“五化建设”打造上海律师事务所的“名优特产”

在市律协所有的专门委员会中，律所规范与发展委员会是唯一一个面向团体会员，规范律师事务所建设，促进律师事务所发展的委员会。由于委员会成立时间不长（从成立到目前仅2年多时间），还有很多可以涉及的领域有待进行探索。因此，受领导嘱咐，由我来分管该委员会，我深感责任重大。

目前，律师行业普遍存在重视律师个人发展，忽视律师事务所整体发展；重视个人能力的发展，忽视律师事务所的机制与制度建设；重视个人创收的积累，忽视律师事务所收入的积累等不健康的现象。

因此，对于律师事务所规范与发展委员会工作计划尤其是2011年的工作打算如下：推进上海律师事务所“五化建设”（规范化、专业化、品牌化、规模化、国际化）；对律师事务所业务档案文字版与电子版保管事宜进行调研，力求解决律师事务所管理和保管业务档案的瓶颈；开展知名律所知名律师大讲堂，邀请知名律所的知名合伙人就律所管理、业务案件技能等方面进行讲座；推动中资律师事务所与外资律师事务所之间的交流，成立中资律师事务所与外资律师事务所对话沙龙；进一步推进行政主管部门联谊会工作；在原有基础上，进一步改版和完善“律师之家”软件系统，完善和增强律师业务讲座直播功能，完善业务资料电子版功能等；探讨举办“首届上海市律师事务所所际辩论赛”的可能性。

至于复查委员会的各项工作，由于协会目前还没有类似的工作开展，因此，还将进一步对该项工作进行深入细致的研究，并建立一套行之有效的预备方案出来。



邵曙范副会长： 分管维权委、纪律委和调解委工作

维权委工作：维权维稳 促进行业和谐发展

对于维权委的工作，我们将进一步确立大维权的原则，切实维护律师的职业权益，在继续做好个案维权的同时，着力进一步推进制度维权。具体来说，我们委员会将完成以下任务：进一步完善工作机制和维权委的人员结构；继续发挥和完善维权顾问作用，积极主动地与各相关机关建立良性互动的和谐关系，进一步推进制度维权；发挥区县律工委在维权工作的作用；及时处理个案维权申请；及时汇报，求得领导支持；对有典型意义的维权案件，通过各种渠道如司法行政机关、律师中的人大代表、政协委员向领导层汇报，以求得领导支持；通过新闻媒体加强律师维权宣传；把提高律师的自我保护能力作为律师培训内容之一；对律师维权工作中的热点问题进行调研；与外省市律协就律师维权工作进行交流。

纪律委工作：惩前毖后 抓好律师良好形象

对于纪律委方面,我们要进一步确立“发展为方向,规范为目的,教育为方式,惩戒为保障,以教育为主,惩戒为辅”的指导思想,努力从源头上树立律师的良好形象。在未来的几年里做到:主动接受司法行政机关的监督指导,进一步完善相关规则和纪律委的人员结构;提高投诉受理效率,探索高效处理机制,在理事值班制度、投诉查处管理系统、案例分析等几个方面进一步完善创新;发挥惩戒工作的警示作用,推动律师事务所和律师自律意识、自律机制提高和完善,加强与本市公检法等相关部门联系,聘请合适人员担任“行风督察”,并适时开展调研活动以及与外省市律协的交流。

调解委工作：定纷止争 当好律师“老娘舅”

对于调解委方面,目前大量执业纠纷与当事人的投诉互为交叉,纪律委在处理投诉时,也做了大量的调解工作。我们主要调解:当事人与律师、事务所的纠纷,会员之间的纠纷;建立调解案例库;汇编调解案例;进行多方面走访调研;继续大力加强宣传力度,建立广大律师对律协调解的信任。

黄绮副会长： 分管宣传委、女律师联谊会工作

宣传委工作：内外兼顾，提高律师行业社会认可度

本届宣传委的工作应坚持社会主义方向,推动创新驱动转型发展;行业内帮助律所、律师的工作开展及业务发展,行业外弘扬先进、提升行业整体的正面形象;消除对律师行业的负面宣传与不当影响,积极确立律师作为社会主义社会法律共同体不可分割部份的地位。我们将依托市、区、县司法局及律工委的支持,设立通讯员及信息上报制度,及时了解全市律师动态、信息并及时报道。要充分发挥宣传委员及律师骨干力量的作用,根据特长分组工作落实到人,强化特约撰稿人和通讯员队伍培训,不断扩大信源。

在对外宣传平台方面,其一办好《上海律师》杂志,让业内律师对杂志内容喜闻乐见,让业外人员通过杂志全面了解协会对律师的管理、律师的思考、业务探索、律师文化等。其二将尝试对《东方律师网》进行改版,完善网站架构、信息频道建设,加强业务栏目建设等。其三要加强与各类媒体的合作,通过召开新闻发布会、热点新闻追击、专题报道、系列报道等开展宣传活动。

女律师工作：联情联谊，提升女律师风采知性涵养

作为第八届市女律师联谊会会长,在进行女律师联谊会的工作中,将按照市律协的要求,秉持“联情联谊、展业拓业、提升女律师智慧美丽的形象”这一宗旨开展工作。首先要建立有效的管理体制,我们可以通过短信、网络、电话、书面等方式建立通达有效的组织信息渠道,让更多女律师能够参与到活动中去。其次,可以依托市、区、县司法局及律工委的支持,对女律师联谊会划块分区管理,以此来做到更有效地组织与开展女律师活动。另外,还要充分发挥理事及发挥女律师骨干作用,做到分组工作落实到人,并且积极落实咨询律师的排班、业务培训、经验交流、表彰先进等工作,继续注重抓好“巾帼律师志愿团”品牌建设。

此外,还要组织一系列符合女性特质的活动,比如在每年的庆三八节日设计有意义的专题活动,开展优秀女律师评选,开展与其他行业女知联进行横向交流以及与外省市女律师沟通信息交流经验,共同举办研讨会等。





钱翊樑副会长： 分管律师参政议政促进委和资产与财务委工作

律师参政议政委工作：大力助推律师参政议政

作为一名市人大代表，我安排分管参政议政促进委员会，深感责任重大。今后，我们主要从以下几个方面开展具体工作：第一，要考虑到律师人大代表和政协委员的参政议政仍然是目前上海律师界参政议政的一个主要途径，因此，应当继续加强律师人大代表、政协委员的联络与服务工作，为 118 位市、区“两会”代表、委员参政议政、提出议案与提案提供技术支持，带动上海整个律师界的参政议政工作。第二，要与市人大、市府法制办及公、检、法等单位的法制部门建立经常性联系，组织代表、委员参与市人大与市政府的立法研讨、调研等工作，为律师参政议政工作搭建新的平台。第三，要继续办好《人大代表说法》系列讲座。第四，要继续开好每年“两会”前的新闻发布会。第五，2012 年各区、县人大、政协换届后，聘请专家为新当选的代表、委员讲课。

资产与财务委工作：三句九字 认真管理律协资产

除此之外，我还兼管着资产与财务委员会的工作。对于这个专门委员会，我的理念就三句话九个字：分好钱、用好钱、管好财。所谓分好钱，就是认真做好每一年的预算。所谓用好钱，就是严格执行预算。所谓管好财就是管好属于全上海律师的资产。

对于未来三年的常规工作有以下几方面安排：审议专门委员会项目预算；制定年度预决算，提交代表大会审议；会费收支工作；医疗互助金的收支工作；审议与律协财务、资产相关的各项经费事宜；做好每年审计工作；开展律师行业年金保险相关工作。

对于未来三年的重点工作有以下安排：对影响律师行业未来发展的相关问题开展调研，指导律师事务所建立科学合理的财务制度，推动律师事务所缴纳税收的规范化，为此，通过调研，推动律师行业社保金的规范缴纳工作。



周天平副会长： 分管文体与福利委、律师执业考核委工作

文体与福利委工作：文体活动争光彩，福利工作求实惠，为每一个律师作为自然人提供人性化服务。

律协现有的文体活动品种共 12 个：一牌（桥牌）、二棋（围棋）、六球（乒、羽、篮、足、网、高）、一社（京剧社）、一团（合唱团）、一会（新春晚会）。这些品种都同律师的高智商、高品位，以及高强度工作之余需要脑、体纾解有关。这些活动已成为律师之间交流的平台，律师同社会各界友谊的桥梁，展现律师整体精神风貌和职业品质的窗口。这项工作要追求这样一种境界：参加文体活动的会员能发挥最佳水平；不参加文体活动的会员，能成为帮他们鼓劲的啦啦队员，并共享光彩。

律协的福利服务品种有六个：一老（退休律师）、两金（意外救助金、医疗互助金）、三险（执业险、人身意外险、年金保险）。这些服务品种在本质上是用行业互助和社会共济的双重力量来解决会员的医疗养老补助和意外风险救助，保障律师健康、长寿、避风

险。这方面工作有四个要点:年金计划二的推广实施;互助金工作的可持续发展;执业险条款和意外人身险履行的进一步完善;更加人性化、科学化的做好老律师服务工作;为全体律师的人性化服务工作。

律师执业考核委工作:务实做好执业考核和年度考核,为每一个律师作为法律人提供人格化服务。

律协对实习律师的管理有七个环节:实习登记、实习协议、带教老师、实务训练、集中培训、考核、监督。其中的考核环节,是一项全新的工作要求,需在考核实践中探索解决两个问题:一是按照培养新律师走正路、成人才的要求,抓准最关键、最实在,最能发挥持久引导支撑作用的考核重点。二是按照实用、高效的目标,优化考核方法。

律协对执业律师的年度考核有五个工作环节:通知登记、称职等次考评、公示、收费、报备。这项工作是每个称职律师执业资格的保障服务,也是会费收入的保障环节。这项工作要把握好三无:无错(称职等次考评无差错),无缝(同区县律公科的无缝衔接),无漏(考核对象一个不漏,会费收取一笔不漏)。



管建军副会长: 分管外事委和青工委工作

青工委工作:拓宽青年律师的未来之路

上海目前有青年律师将近 5400 人,占上海执业律师人数的 43.23%;40 岁以下的更是占了 60%。青年律师关系到上海律师行业的传承,成就青年律师就是成就上海律师业的未来。为此,更好地培养青年律师,为更多的青年律师提供成才途径是我今后工作的方向。

关于青年工作方面,将进一步发挥现有活动平台的作用;研究和改善青年律师生存发展状况,尝试建立专门针对青年律师合伙人的专项培训机制,对新任合伙人尤其是青年合伙人进行律师事务所管理、业务拓展、职业道德等方面的专项培训,围绕青年律师的业务、文体、生活、组织四个方面,开展丰富多彩的活动,并考虑制定青年律师发展战略。

外事委工作:拓展上海律师的国际视野

由于本人还分管外事工作,因此,将会有有效的结合外事工作和青年工作,积极发挥律协组织机构的保障作用,联系海外律协,积极的为青年律师创造海外培训机会,使他们有更多的机会接触国际先进业务,获取国际先进经验,并考虑设立出国培训助学金以出国助学贷款的形式为出国培训人员提供支持。

关于外事工作方面,进一步加强与境外律师行业组织和同行的交流与合作,包括组团访问、来访接待、专题研讨、强化日常联系与交流等。进一步强化培训:继续实施沪港青年律师培训项目,继续落实与美国芝加哥大学肯特法学院法律硕士培训项目;拓展其他出国实习和培训渠道,为更多的律师创造涉外培训交流机会。设立留学归国律师沙龙/信息库。着重考虑设立出国培训助学金,以出国助学贷款的形式为出国培训人员提供支持,并着力开展相关的调研活动,如就外资所特邀代表制度的完善及推行,进行研究;跟踪研究世界主要国家律师行业的发展和动态,并不定期编制相关参考信息;对上海律所和律师个人已经加入国际性律师组织情况进行调研备案,以更好地为上海律所和律师服务。研究涉外业务方面的其他重大问题,等等。



厉明监事长： 以身作则 逐步完善监事职能

2011年3月26日，上海市第九届律师代表大会第一次会议选举产生了七名监事，组成了九届律协监事会。

4月，监事会召开了全体会议，明确了今后的工作方向。作为监事长，我将和其他监事一道以创新驱动为动力，把握机遇，以持续不断的创新来增强行业自律监督机制的活力。

监事会工作的开展，离不开广大律师、律师代表的支持，监事会工作要反映律师的心声，要以律师的根本利益作为工作的出发点和归结点，努力加强自身建设，切实履行监督职责，为上海律师业高速、优质的发展做出应有的贡献。

因此，我们谋划今后的工作打算分为常项工作和年度重点工作。关于主要常项工作，其一，将采用分组的工作方式，建立每两位监事为一组负责联络会长、副会长的协调沟通机制，保证监事会能及时掌握和了解市律协及各委员会的工作动态。其二，要不定期对各区县律师工作委员会进行专题性的工作走访调研，畅通双向性、互动型的信息沟通渠道。其三，要树立“监督者也要受监督”的理念，创新性地尝试邀请律师代表担任特邀监督员，共同参与监事会的监督工作，不断提高监督工作的力度、广度以及深度。

关于2011年重点工作安排，将以监督市律协31个业务研究委员会的委员、主任换届工作为第一项监督工作，督促理事会秉持公开、公平、公正的理念，选拔出一批政治坚定、业务精湛、热心服务的委员，并在委员中产生在业内外具有影响力的业务骨干担任各研究会的负责人。第二项监督工作为监督律师代表提案和书面意见的答复和落实情况。最后，还要认真做好监事会建章立制工作，在适当的时机会同规划与规则委员会，就监事会工作规则予以逐步完善。



九届正副会长、监事长及秘书长们合影



代表选举投票

焦点

●文/本刊记者 吕 轩

群英聚会谋发展 同心协力开新局

——上海市第九届律师代表大会第一次会议侧记

2011年3月26日，风和日丽，春意盎然，上海市第九届律师代表大会第一次会议在上海展览中心隆重开幕。279名律师代表和51名特邀代表济济一堂，审议第八届理事会工作报告、监事会工作报告和2010年度会费执行情况及2011年度会费预算报告，并选举产生第九届理事会和监事会，共同谋划上海律师业的美好未来。

领导光临 期望殷殷

市委常委、市委政法委书记吴志明，副市长、市公安局局长张学兵，市高级人民法院党组书记、院长应勇，市人民检察院党组书记、检察长陈旭以及市司法局党委书记、局长吴军营等领导出席大会。

吴志明同志代表市委、市委政法

委对大会的召开表示热烈的祝贺！吴志明同志对上海律师工作给予了高度评价，他说：近几年来，在市委、市政府的正确领导下，本市的律师工作取得了明显的进步，律师服务大局作用凸显，律师保障机制逐步完善，律师行业党建工作得到了加强，所有这些成绩的取得都离不开各级司法行政部门、市律师协会以及广大律师的辛勤努力。

吴志明同志在讲话中指出，今年是“十二五”的开局之年，创新驱动、转型发展对律师工作服务经济建设提供了广阔的空间；社会矛盾的化解对律师工作服务社会稳定提出了崭新的课题；社会管理创新对律师工作服务法治政府建设提出了更高的要求，希望新一届律师协会开拓思路，锐意进取，带领全市广大律师努

力开创上海律师业发展的新局面。并就进一步做好上海律师工作谈了四点意见：

一、始终坚持律师的政治定位。中国特色社会主义法律工作者的定位赋予了律师崇高的社会地位，也提出了更高的要求。广大律师要通过学习了解近代中国共产党党史和改革开放的发展史，切实提高国家主权意识，加强、加深对社会主义初级阶段的认知，正确把握人口多、资源少、经济不够发达的国情；要看到国家的富强、民生的改善、法制的进步，坚定发展中国特色社会主义事业的信心，尊重和信任党和政府的政策、措施，依法理性地反映诉求，实现法律效果、社会效果和政治效果的统一；要加强党对律师工作的领导，巩固和保持党的组织和党的



工作人员正在进行理事选举计票

工作的全覆盖,强化律师行业党建制度建设,确保党组织应建尽建,党员组织关系应转尽转,政治指导员应派尽派。

二、着力发挥律师的职能作用。上海建设“四个中心”离不开律师业又好又快的发展,亟需提升律师的法律服务能力。要围绕加快转变经济发展方式这一主线,以建立成熟、规范的法律服务市场为目标,努力拓展国际金融、投资并购、国际贸易、海事海商等相关业务领域,让律师作用真正地发挥出来;要广泛参与社会矛盾化解,积极配合、协助党委和政府做好维护群众利益的工作,广泛参与人民调解、行政调解、司法调解,继续推进律师事务所与司法所以及律师与居村委、调委会双结对的活动;要鼓励律师担任调解组织的法律顾问,直接参与基层接访,践行“执业为民”的工作理念;要积极参与社会管理创新,充分发挥律师提供服务、反映诉求、规范行为的功能,在参与突发事件的应急处置、社会稳定风险评估等工作中凸显律师的独特作用。市律师协会要定期不定期地向党委、政府反映社会的倾向性问题、敏感型事件,在政府和群众之间建起沟通的桥梁和纽带;律师中的党代表、人大代表

和政协委员要充分利用自身的平台积极向党委、政府建言献策,参政议政。

三、重点推进律师行业的建设。健全和扩大内部民主管理与监督,充分发挥律师协会在行业自律管理中的积极作用;律师代表、理事、监事要多了解律师队伍的真实情况,进一步强化规范管理的意识,加强律师队伍的诚信建设;严格查处、惩戒违法违纪行为,提高律师行业自我净化的能力,在执业纪律惩戒等方面最大程度地建立起行业自律管理的权威;制定律师业发展规划,要着眼于本市律师业的长远发展和全面发展,引导律师依法执业、尽责执业、诚信执业,把尊重法律、捍卫法制作为执业的信念,不断提高律师执业活动的公信力。

四、优化律师的发展环境。要加强与有关部门的协调沟通,保障律师执业权益和人身权益,建立协调会商机制,通过共同制定规范性文件、形成会议纪要、共享相关信息、开展业务交流等多种形式,建立起法律职业共同体之间的互信与合作机制;要继续探索律师工作经费的保障机制,在律师参与信访、动拆迁法律顾问团等工作中全面推进政府购买法律服务,

推动各区县将政府购买律师法律服务纳入年度的财政预算;要建设有利于加快律师业发展的政策环境,争取在税收、服务业发展基金和人才引进等方面出台措施,使律师业享受到国家和地方扶持服务业发展的优惠政策;要不断地扩大开放交流的力度,打破狭隘的区域意识和思维定式,不仅鼓励国内外的优秀律师、事务所引进来,更要积极支持本市律师、律师事务所走出去,更好地融入长三角一体化的进程之中,更好地参与国际律师服务市场的竞争与合作。

在欢快的音乐声中,吴志明等领导为10名第二届“东方大律师”荣誉称号获得者、10名“上海市优秀律师”荣誉称号获得者、20名第四届“上海市优秀青年律师”荣誉称号获得者以及“2010年度上海律师业好新闻”获奖记者颁奖。

新老交替 面向未来

刘正东会长在“第八届理事会工作报告”中,全面总结了三年来的工作和经验,并向下一届理事会提出了工作建议。三年来,第八届理事会认真履行《中华人民共和国律师法》和《上海市律师协会章程》赋予的各项职责,团结和带领广大律师,以优质高效的法律服务,为“四个中心”建设,为“成功、精彩、难忘”的上海世博会,为社会的和谐稳定,作出了应有的贡献;推动律师参政议政,积极参与立法活动,深入开展普法宣传教育,努力推进上海法治化进程;强化行业服务功能,建立和完善“四位一体”的职业培训体系,为广大律师办实事和好事,不断优化律师执业环境,努力突破影响和制约上海律师业发展的“瓶颈”;致力于创新自律管理模式,不断强化“两级”管理和“两结合”管理,努力提高行业管理水平。第八届理事会较好地完成了历年工作报告中提出的各项工作任务,



小组讨论

律师队伍建设取得新的进展,律师整体素质有所提高,律师形象有了进一步的提升,行业自律管理跨上了一个新的台阶。朱洪超监事长作了第八届监事会工作报告;厉明副会长作了2010年度会费执行情况及2011年度会费预算报告。

与会代表对三个报告进行了认真的审议。代表们认为,理事会工作报告真实地反映了第八届理事会为行业建设和律师业发展所付出的辛勤努力,律协理事勤勉、尽职,工作报告内容务实、内涵丰硕,报告对下一届理事会工作提出的许多建设性意见和建议也很有针对性。与会代表一致通过了三个报告。

大会以无记名投票方式,选举产生了第九届理事会(按姓氏笔划排序):王萍、尹燕德、叶杭生、刘大力、刘习赞、刘逸星、江宪、许强、李志强、吴坚、张志君、张慧卿、陆胤、陈

乃蔚、陈刚、邵曙范、罗洁、金立宇、周天平、周仁昌、周朝华、胡光、洪亮、钱奕、钱翊樑、唐勇、陶武平、黄亚忠、黄绮、盛雷鸣、蒋信伟、韩炯、傅强国、游闽键、管建军。还选举产生了第九届监事会(按姓氏笔划排序):厉明、田波、杨波、沈伟明、陈进龙、林东品、金纓。

之后,九届理事会第一次会议选举产生第九届理事会会长:盛雷鸣;副会长:陈乃蔚、邵曙范、黄绮、钱翊樑、周天平、管建军。九届监事会第一次会议选举厉明为第九届监事会监事长。第九届理事会聘任万恩标为律师协会秘书长,刘小禾为副秘书长。

在热烈的掌声中,刘正东与盛雷鸣、朱洪超与厉明热情拥抱,这标志着新一届理事会和监事会接过了上海律师业发展的大旗。新任会长盛雷鸣对广大律师代表、理事的信任和厚爱表示衷心的感谢。他表示,上海律

师界藏龙卧虎,人才济济,他将加倍努力,尽职尽责,传承和发扬历届理事会的好传统、好作风、好做法,同新一届全体理事一起全心全意为广大律师服务,为推动上海律师业又快又好发展服务,要做到让广大律师满意,让广大关心上海律师业发展的同志满意,决不辜负上级领导的期望和律师代表的信赖,努力开创行业管理新局面,把上海律师业的发展提升到一个新的高度!新任监事长厉明表示:接受律师代表监督,全力做好监事会工作,让上海律师的明天更美好!

大会最后,吴军营同志发表了重要讲话。他代表市司法局党委,向代表大会的圆满召开,向受到表彰的东方大律师、优秀律师、优秀青年律师,向当选的新一届律师协会的领导成员表示最热烈的祝贺!向三年来认真履行职责、工作业绩卓著、为上海律



新老会长交接



小组代表发言

师工作的科学发展做出重要贡献的第八届律协的理事会、监事会和秘书处的全体同志表示衷心的感谢!向全市广大律师和所有关心支持律师工作的同志们表示亲切的慰问和崇高的敬意!吴军营同志说,中共上海市委提出:未来几年,上海要围绕建立“四个中心”的战略目标,走创新驱动、转型发展之路。这不仅为发挥律师重要作用提供了广阔的空间,也将有力地促进律师行业的自身发展,上海律师事业的又一个春天正向我们走来。

吴军营同志语重心长地提出了几点希望:

第一,希望全市律师自觉践行中国特色社会主义法律工作者的职责使命,认真学习领会吴志明同志的讲话精神,牢固树立社会主义法治理念,增强政治意识和大局意识,在事关大是大非的重大问题上保持清醒头脑,坚决与党中央在思想意识上保持高度一致,自觉坚持党的事业至上,人民利益至上,宪法法律至上,努

力实现法律效果、社会效果和政治效果的有机统一。

第二,希望全市律师满怀热情地投身到今年组织开展的两项活动:一是为“创新驱动、转型发展”提供优质高效的法律服务主题实践活动;二是“发扬传统、坚定信念、严守纪律、执法(业)为民”的主题教育活动。努力学习上海“四个中心”建设亟需的金融证券、海事海商等现代法律服务知识和技能,严守执业纪律和职业道德,完善服务体系,提升服务水平,在改革发展大潮中建功立业、发展壮大。

第三,希望律师代表不负广大律师重托,自觉遵守和践行代表规则,依法行使代表权力,认真履行代表义务,倾听全市律师呼声,反映广大律师愿望,为上海律师业又好又快发展出谋献策,贡献力量,努力做依法诚信执业的表率,做坚守职业操守的楷模。

第四,希望新一届律协理事会、监事会不辱使命,不负众望,切实履行职责,不断加强自身建设,着力在引领行业发展方向、优化行业发展环境、提升行业整体素质、加强行业自

律管理和展示行业良好形象等方面有创新、求突破,真正把律师协会建设成为“律师之家”。要进一步加强律协秘书处的建设,不断完善工作机制,认真落实律协理事会、会长会议的决定和工作部署,积极建言献策,努力发挥好服务、协调、保障以及参谋助手作用。

第五,希望律协党委更好地发挥党的政治核心作用,切实加强组织领导,团结带领广大律师认真贯彻党的路线、方针和政策,服务经济社会发展。要以“创新发展求突破,执法为民促和谐”为主题,深入开展律师行业创先争优活动。要全面加强律师行业党的基层组织建设,强化党支部在律师事务所的重要作用,充分发挥党员律师的先锋模范作用,认真做好入党积极分子的培养和发展工作。

“长风破浪会有时,直挂云帆济沧海。”让我们抓住机遇,趁势而上,坚持科学发展,在司法行政系统各级领导的关心下,在新一届理事会的领导下,在全市律师的共同努力下,共同开创上海律师发展新局面,努力推进上海律师工作走在全国前列! ■

焦点

●文/刘正东

倡民主 顾民生 引领上海律师业又好又快发展

——八届理事会工作报告(节选)



随着上海“四个中心”和现代化国际大都市建设以及我国法治化的进程,上海律师业三年来取得了可喜的进步与较快的发展。律师事务所从2008年的810家发展到目前的1077家,增长32.96%,其中合伙所866家、个人所211家;有101家外地律师事务所在上海开办分所,另有境外律师事务所驻沪代表处137家。执业律师从2008年的9033人增长为12485人,共办理诉讼与非诉讼案件40余万件;参与法律援助工作的律师达3万多人次,承办法律援助案件2万多件;业务创收累计达152亿元,向国家纳税近20亿元。

三年来,在市司法局和全国律协的监督与指导下,第八届理事会在历届理事会特别是第七届理事会工作的基础上,较好地完成了理事会历年报告中提出的各项工作任务。

(一)努力提升律师服务能力,为“四个中心”建设提供优质、高效、专业法律服务

推动上海律师的专业化发展。三年来,业务研究委员会逐步由原来的18个增加到31个,其中与国际金融中心建设直接有关的研究会达到7个,与国际航运中心和国际贸易中心建设直接有关的研究会各为2个;研究会委员达1184人,占全市律师总人数的10%左右。青年律师工作委员会在原“青年律师人才库”的基础上建立

“青年律师专业化建设信息库”,努力推动青年律师在执业伊始即树立专业化意识。

开展金融和航运法律服务课题调研。多次组织期货、保险、信托、证券、银行、基金以及并购重组等业务研究座谈会,讨论当前上海金融法律服务市场状况、业务状况、人才状况及改善措施,推进上海金融法律服务的制度创新。海事海商业务研究会草拟了律协培养航运律师人才的计划,建议用5年时间培养500名掌握海事海商专业系统知识和执业技能的律师。

加强与“四个中心”建设相关的法律业务研究。与上海市法学会等共同主办“上海市金融航运中心建设热点问题研讨会”;就《上海市推进国际金融中心建设条例(草案)》向市人大常委会提交了12条书面修改意见和建议;召开“上海律师参与国际金融中心建设工作会议”,围绕如何在金融中心建设中发挥律师作用展开分析和探讨,并提

出制定相关文件、行动指引以及立法方面的建议;与长宁区司法局联合举办“虹桥法律服务论坛”,围绕“法律职业共同体”和“国际贸易中心”两个专题展开研讨,为区域经济建设和法律服务配套出谋划策;与浦东新区司法局两次联合举办“陆家嘴金融法治论坛”,围绕上海建设国际金融中心的法治化议题献计献策。

加大与“四个中心”建设有关的法律业务培训力度。举办4次航运中心专题活动,邀请海内外专家分别主讲;与中国海事仲裁委员会上海分会、上海市航海学会共同发起设立“上海海事沙龙”,加强航运法律服务的交流与合作;在市政协召开“上海国际金融、航运中心建设与加快发展法律专业服务业”专题研讨会,建议政府加大对本地金融、航运专业律师的扶持力度,放宽人才引进政策,建立上海法律服务人才高地。同时,举办《资本市场律师实务研修班》、《国际航运律师实务研修班》,对律师进行相关专题培训。

加大与法律实践有关研究的鼓励力度。2008年律协专门成立了《上海市律师协会文库》评审委员会,明确了申报专著的基本条件,制定了列为专著的《上海市律师协会文库》和资助出版的《上海律师文丛》两项标准,做到公开、公平。2009年,律师申报专著23本,4本专著列入《文库》,8本专著列入《文丛》;2010年,律师申报专著21本,6本专著列入《文库》,9本专著列入《文丛》。三年来,共出版《文库》系列专著

9本,《文丛》系列专著13本。

(二)有效发挥律师专业作用,为中国2010上海世博会的“成功、精彩、难忘”提供法律服务保障《略》

(三)认真履行律师社会责任,为社会和谐稳定作出行业贡献

推动律师深入社区开展社区法律服务。近200家律师事务所与90多个街道以及30多个镇签约,实现“法律进社区”全覆盖,广大律师定期定点为社区居民提供法律咨询和法律服务,被誉为“老百姓身边的法律顾问”。律协与市二中院、市司法局联合编写、出版《社区常见法律纠纷调处手册》15册系列丛书,并向部分街道、居委会赠送手册,为提高街道、居委会干部调解民事纠纷能力提供培训和指导。

组织律师参与信访积案核查工作。2009年,根据市委、市府的部署,上海律师作为第三方参与市领导调研信访突出矛盾工作,对涉及11个区782户动拆迁信访积案进行全面核查、分析及评估。律协根据市委市府信访办、市司法局、市律协联合发布的《关于引进律师参与市领导调研信访突出矛盾的工作方案》精神,配套制定了《〈关于引进律师参与市领导调研信访突出矛盾的工作方案〉的实施意见》,成立了“上海律师参与市领导调研信访突出矛盾工作指导小组”,设立了“动拆迁(不动产征收)业务研究委员会”,制定了《参与市领导调研信访突出矛盾工作核查、分析、评估及出具律师意见书操作指引》以及相关的《律师意见书》、《律师核查、分析、评估表》三份参考文书,并推荐15家律师事务所69名律师参加此项工作,核查了675件信访积案,出具661份律师意见书,参与化解了17件信访积案。在此基础上,市律协提交了《上海律师参与市领导调研信访突出矛盾工作总结报告》,提出建立律师参与信访工作长效机制、进一步规范动拆迁相关制度的具体建议。2009年11月3日,俞正声书记、韩正

市长等市委市府领导亲切会见荣获“上海律师调解化解社会矛盾先进个人”荣誉称号并荣记司法行政系统个人三等功的10位律师,对全市广大律师为落实依法治国基本方略、维护社会公平正义、促进社会和谐稳定、服务经济社会发展所作出的积极贡献,给予高度肯定和赞扬。

发挥律师在法治政府、法治社会建设中的重要作用。2010年4月,中共上海市委办公厅、上海市人民政府办公厅联合发布《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》,要求各级党委、政府加强组织领导、落实购买服务、强化队伍建设、加强宣传表彰,为发挥律师重要作用提供强有力的保障和支持。

参与缓解大学生就业难的社会行动。面对2009年大学生就业难的社会问题,律协推出了由“就业有补贴、见习抵实习、工作加培训”三方面内容构成的“蓄才计划”和“促进行动”。积极参与社会公益活动并认真履行行业互助责任。在汶川地震发生后,动员和组织全市各律师事务所和律师捐款840余万元,又根据全国律协关于对口援助的要求,经律师代表大会通过,出资200余万元援建都江堰市律师楼,为都江堰律师业的恢复和重建奠定了坚实的基础。

(四)切实践行为律师服务的宗旨,积极探索区县律师工作委员会模式

在新《律师法》规定行政管理权限向区县下放的情况下,第八届理事会鉴于本市律师日益增多且律师、律师事务所均由区县司法局管辖的状况,根据新《律师法》精神,在市司法局的大力支持下,基于以往律师代表团的工作经验,大胆创新,在全市18个区县探索成立区县律师工作委员会,为广大律师提供更近、更多、更好的行业自律服务。

八届二次常务理事会议作出在各区县设立律师工作委员会决议后,律协理事会及时制定并完善了《区县律师工作

委员会工作规则(试行)》、修改了《区县律师代表团工作规则》,明确了律工委的定位、职责、组成人员以及秘书制度等,并在去年将区县律师工作委员会制度正式纳入修改后的《上海市律师协会章程》行业管理架构之中,确保了各区县律师工作委员会的规范运作。

三年的实践证明,通过自律管理模式的创新,实现了律协行业管理工作的延伸,推动了律协更有成效地为律师服务。

(五)坚决维护律师合法权益,不断优化律师执业环境

三年来,共受理律师及律师事务所维权申请102件,其中人身权方面40件、代理权方面11件、会见权方面13件、调查取证权方面7件、事务所权利方面6件、其他权利方面25件。2008年受理31件,2009年受理41件,2010年受理30件。

坚决维护律师在执业过程中的人身权利不受侵犯。面对律师人身权类案件占维权申请40%的严峻形势,律协竭尽全力开展维权活动,接到律师事务所或律师报案后,及时制定维权方案;立即与相关部门联系、沟通,提出维权要求;并在第一时间上门慰问受害律师32人次,进行心理抚慰,送上律师协会的关怀和温暖。

坚持与法院、检察院间“组织上多交流”。三年来,律协与市检察院、市高院及一中院、二中院建立了高层定期互访、听取意见的双向交流工作机制。最近,围绕构建法律适用统一机制问题,律协与高院正在开展频繁的交流合作,力图借此机会将上海律师在该方面的意见、建议向高院予以充分反映。“组织上多交流,私下里慎交往”,既规范了律师与法官、检察官的关系,又促进了法律共同体的建设,有力地改善了律师在诉讼中的执业环境。

大力宣传贯彻新《律师法》,在维护律师会见权方面取得突破性进展。通过律师市人大代表向市人大提交了关

于开展新律师法执法检查的书面意见,被市人大内司委列入 2009 年度重点调研工作,市人大内司委提出的“新《律师法》实施中可以先行解决的问题”意见中,就设立专门接待律师的窗口、会见人数、隔离设施、阅卷窗口和设备、调查取证加盖公章等问题对有关方面提出了明确的要求。通过律师市人大代表提出落实律师权利议案,从而推动市公安局制定并下发了《关于简化律师会见非涉密案件在押犯罪嫌疑人工作程序的通知》。2010 年 10 月,市公安局、市司法局联合下发《关于提讯、会见看守所押犯罪嫌疑人、被告人、罪犯的若干规定》,规定持有《申请律师执业人员实习证》的实习人员可随同律师会见、取消律师会见时的人数要求(可以 1 至 2 人)、规定律师会见不被监听等等。

推动完善律师业务收费管理办法和收费标准。在市发改委和市司法局的关心、支持下,经过市司法局和律协的共同努力,广大律师高度关注的上海市律师服务收费管理办法及政府指导价标准终于在 2009 年得以修改、完善,新的《上海市律师服务收费管理实施办法》以及《上海市律师服务收费政府指导价标准》不仅规范了律师事务所的收费行为,得到上海律师的广泛认同,而且对上海律师克服金融危机的不利影响发挥了积极作用。至此,长期困扰和制约上海律师业发展的收费问题获得圆满解决。

此外,税负问题也将纳入上海发展现代服务业税收改革调研;律师服务外包已被纳入政府扶持范畴;购买律师服务已纳入政府采购目录并付诸实践。

(六)充分展示律师行业形象,隆重纪念上海律协恢复 30 周年

《略》

(七)大力开展律师业务培训,形成“四位一体”的上海律师职业培训教育体系《略》

(八)积极鼓励律师参政议政,推进本市法治化进程

2008 年“两会”换届选举后,上海律师当选为各级人大代表和政协委员人数达到 118 人,其中各级人大代表 36 人(市级人大代表 11 人),政协委员 82 人(全国政协委员 1 人,市级政协委员 11 人,市政协常委 2 人)。律师担任人大代表和政协委员的人数、市律师人大代表和市律师政协委员的数量及律师当选为全国政协委员等方面,都取得了历史性的突破,体现了上海律师社会和政治地位的快速提升。

支持律师人大代表、政协委员建言献策。三年来,律师市人大代表和市政协委员共提出 412 件议案、提案、书面意见及社情民意,涉及金融、房地产、城市建设、教育、生态保护、交通运输、青少年权益维护、世博会法律服务、老年人权益保护等方面。有 28 件律师人大代表的议案被市人大列为正式议案;有 1 件律师政协委员的提案获市政协“优秀提案特别奖”。市律师人大代表和政协委员被誉为“金牌代表”、“金牌委员”。为扩大本市律师参政议政的社会影响,自 2009 年起,市律协在每年市“两会”前专门召开“上海律师参政议政新闻发布会”,把律师人大代表和政协委员拟提交的议案、书面意见和提案、社情民意集体向社会公布,取得了良好的新闻和社会效应。2009 年,还组织代表、委员在“两会”召开前一周的时间里,每天在市律协值班接待,听取广大律师对上海“一府两院”工作的建议和意见,并反映到“两会”。2010 年,市律协将“律师人大代表与政协委员联络委员会”更名为“律师参政议政促进委员会”,旨在对律师人大代表和政协委员给予更有力的支持,不断提高参政议政的质量和水平。

组织律师人大代表走进社区。三年来,市律协和市人大代表工作委员会组织的“市民与法——律师人大代表说法系列”讲座,从中心城区逐步扩大到郊县、街道、社区、企业和学校,总计举办了 60 余讲,市、区两级人大代表参与

讲课达 50 多人次;并将系列讲座中的讲课内容制作成视频资料,在上海政法综治网予以播放。市律协被司法部授予“四五”普法先进单位,也是全国唯一获此殊荣的律师协会。

拓宽律师参政议政的渠道。自 2008 年起,市人大法制委、市政府法制办在涉及民生的地方立法听证会中,经常邀请律师作为专家参加;2010 年,市政府法制办和市律协签署《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》,确定每年从地方性法规以及政府规章年度立法计划中,选择若干件涉及人民群众切身利益、社会关注度高、影响面大的立法项目,听取市律协意见。三年来,律协共组织律师对市人大、市政府的 76 件法律法规征求意见进行了研究,并提出修改建议。

(九)不断完善行业自律机制,努力提高行业管理水平《略》

(十)不断强化行业服务功能,全面履行各项协会职责《略》

经过反复调查研究,提请律师代表大会审议通过了《上海律师行业年金保险(补充养老保险)方案》,借鉴律师业发达国家和地区的经验,在实现会费结余保值增值的过程中通过三个组合计划提升律师退休后的养老水平,以行业互助的形式减轻广大律师退休养老的后顾之忧。根据广大律师的呼声,实施会费调整方案,将个人会员会费收取标准从每人 2000 元/年下调为每人 1500 元/年。鉴于医疗互助金的实施情况,改进医疗互助金制度,将参加费用从每人每年 700 元降低为 600 元,报销比例(一般门诊)从 80%提高到 90%,住院补贴从 40 元/天提高到 50 元/天。继续为全市律师投保执业责任险、人身意外险,并为遭遇重大变故的律师及其家庭提供救助。

第八届理事会三年的任期已届满,第九届理事会即将产生,上海律师业将迎来新的战略发展机遇期,上海律师又意气风发地踏上了新的征程。■



焦点 ●文 / 朱洪超

监而谏之 完善律师行业 民主自律

——八届监事会工作报告(节选)

八届律协监事会以科学发展观为指导,以广大律师代表对监事会的期望为动力,以推动上海律师业的发展为目标,在市司法局的正确指导下,在广大律师的大力支持下,在市律协理事会的理解配合下,在市律协秘书处的积极工作下,依据协会章程等相关规定,认真、积极地履行职责,有效开展了以下工作:

一、以科学发展观为理论指导,加强监事会制度理论探讨,全覆盖研究、学习监事会工作的各类课题,在传承和创新的探索中加强监事会的自身建设。

(一)以党和国家法治建设的大政方针、社会大局的需要、上海律师群体的根本利益和协会章程以及监事会工作规则作为监事会行使职能的依据。

(二)监事会是律协监督机构,理事会是律协决策机构、秘书处是律协执行机构,三者分工不同、各司其职、良性互动,互相辅翼、互相配合、互相支持,致力于构建“合法”、“合规”、“高效”、“和谐”的律协工作团队机制。

(三)监事会工作要到位不缺位、到位不越位、到位不错位。“到位”是第一性的问题,先要敢于、善于解决第一性的问题,才有机会科学解决“缺位”、“错位”以及可能发生的“错位”问题。

(四)监事会要遵循责任感、分寸感、原则性、灵活性的工作方针,尊重理事会工作,积极保障和督促理事会为广大律师的根本利益服务。

(五)监事个人作为律师代表,可以在研究和破解一系列问题时,畅所欲言,各抒己见;但在代表监事会发表意见时,应以监事会集体讨论的意见为准。

八届律协监事会重视理论研究取得了一定的成就,在监事会工作依据、工作方式、工作定位、工作方针、工作方法上的创设,已在全国监事会论坛和交流中被称之为“上海模式”而被其他兄弟省市律协监事会所借鉴、学习,发挥上海律协监事会“先行者”的作用。

二、以协会章程的规定和监事会工作规则为依据,围绕市律协的各项工作,严格履行监事会职责,全过程参与市律协“议、审、决、行”的各个工作环节。

(一)监事会共委派监事长和监事列席会长会议、常务理事会会议、理事会会议以及各专门委员会等会议多达220余人次,提出了100余项监事会的建议和意见。

(二)进行监事会工作方法和理念创新,创造性地采用《监督建议书》或者《监督意见书》方式,对事关上海律师根本利益之专项性工作监督,内容包括经费预算的编制、律工委经费的核拨、远离中心城区的律师培训问题等。

三、以广大律师的根本利益为工作的核心,全覆盖走访各区县律工委,深入调研了解广大律师的心声。

监事会先后赴全市18个区县律工

委进行了走访调研,汲取广大律师的智慧,认真总结提炼带有规律性的经验和带有倾向性的问题,积极向理事会建言献策,建议内容包括:

(一)五大结构性调整问题:即会费收支的结构性调整、市律协和区县律工委工作职能的完善性调整、市律协行业规范的健全性调整、律师培训在内容与方法上的专业性调整以及秘书处培训、激励机制的常态化调整。

(二)律协工作三大属性问题:即律协工作应具有政治性、社会性、行业性三大属性,动员、组织律师为社会矛盾化解、社会管理创新、公正廉洁执法服务。

(三)涉及律师业发展的重要问题:

1、关注“两大民生”问题:既要关注业外百姓之民生,也要关注业内会员的民生,其中尤其要关注税负、社保金问题及老年、青年律师的执业生态等。

2、深化“两大结合”问题:既要进一步深入研究司法行政机关与市律协之间的两结合管理模式,也要认真研究市律协和区县律工委工作层面的两结合管理模式。

3、探索“两大拓展”问题:既要全面拓展上海律师法律服务市场,积极打造为我国“四个建设”特别是上海“两个中心”建设服务的律师队伍;也要拓展律师在法治社会、法治政府建设中的专业支撑作用。

八届律协监事会的工作在大家的关心和支持下,致力于与理事会、秘书处共同构建和谐高效的工作团队,我们期待也坚信下一届的市律协监事会工作将做得更好! ■

焦点

市司法局、市律师协会

表彰第二届“东方大律师”和 2008-2010 年度“上海市优秀律师”

2010 年 8 月至 2011 年 3 月,市司法局、市律师协会按照严格的评选程序和评选标准组织开展了第二届“东方大律师”及 2008-2010 年度“上海市优秀律师”的评选活动,最终产生了 10 名“东方大律师”和 10 名“上海市优秀律师”。

为树立典范、弘扬先进,进一步推动上海律师队伍建设和律师业务全面发展,在律师行业形成创先争优、学习先进、崇尚先进的良好风气,市司法局、市律师协会决定:授予乔文骏等 10 名律师第二届“东方大律师”称号,授予叶杭生等 10 名律师 2008-2010 年度“上海市优秀律师”称号。

市司法局和市律协号召全市律师要以先进为榜样,坚定不移地做中国特色社会主义法律工作者,始终坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上,努力做到党在心中、人民在心中、法律在心中、正义在心中,进一步增强大局意识、责任意识、使命意识,以良好的专业素养、踏实的工作作风、奉献进取的执业精神和追求社会公平正义的价值取向,围绕中心、服务大局,以人为本、执业为民,把创新驱动、转型发展贯穿落实到律师工作改革与发展的各个方面,为推动经济社会和谐发展和民主法治建设,为上海加快实现“四个率先”,建设“四个中心”,实现上海“十二五”规划发展目标做出新的更大的贡献!



第二届“东方大律师”名单



乔文骏



邵曙范



胡光



盛雷鸣



刘习赞



吴坚



黄绮



俞卫锋



李宪明



颜学海

2008—2010 年度“上海市优秀律师”名单



叶杭生



丁伟晓



唐勇



沈国权



范仲兴



王嶸



裘索



胡贤德



张鹏峰



周天平

编者按：日前，上海市第二届“东方大律师”的评选结果在律协九届一次会议上揭晓。本期开始，将陆续介绍这批优秀律师。

人物 ●文/彭悠

打造具有国际影响的中国律师形象

——记第二届东方大律师乔文骏



乔文骏律师 10 年前牵头创立北京中伦律师事务所上海分所，之后又身兼数职，分别担任上海市律师协会副会长、浦东新区法律服务业协会会长、浦东新区青年律师联合会主席，他先后也获得了“亚洲杰出律师”、上海市优秀青年律师、优秀非诉讼律师等荣誉称号。2010 年 9 月《亚洲法律商务》(ASIA LAW BUSINESS) 更是将其推选为“中国二十五位热门律师”，并给予他“法治推动者”的极高评价。

追求卓越无止境

2001 年，乔律师从美国留学回国后加盟中伦律师事务所，担任中伦第一家分所——上海分所的主任，用 10 年时间即将该所从几位员工的小所建设成从业人员达 170 人，年创收约 1.8 亿元的大型律所。

自 2006 年起，中伦上海分所因其卓越的经营管理水平、强烈的社会责任感及良好的行业风范而连续被评为“上海市文明单位”。2010 年 3 月起，乔律师主动让贤，将中伦上海分所主任一职交予同样留学归国的优秀律师赵靖，但因其卓越的事务所管理能力及协调领导能力，又被 130 位合伙人民主选举为中伦总所两位联席管理合伙人之一，负责经营管理这家总部位于北京、在全国设有六个境内分所和两个境外分所、总计有近 800 位员工的中国大型综合律所。

乔文骏在房地产、基础设施建设、公司融资、外资并购、银行金融等领域具有丰富的实务经验，尤其在外资房地产并购及融资方面，被中外业界誉为“真正富有创造性及解决方案的交易策划者”。由其承办的外商投资、房地产、并购和融资大型项目所涉及的项目总金额累计已超过人民币二十亿元，其中不乏具有广泛国际影响力的，或属国家或地方重大建设工程的大型项目，如于 2010 年 11 月 4 日顺利签约的迄今中国最大合资项目“上海迪斯尼主题公园”（乔律师带领的中伦律师团队作为该项目独家中国法律顾问服务至今已逾五年）、英国石油公司（BP）和中海油合资的中国第一个液化天然气项目的 50 亿美元和人民币混合银团贷款，新鸿基地产 200 多亿元投资开发的陆家嘴上海国际金融中心（IFC）项目、摩根斯坦利亚洲基金单笔 10 亿美元投资雅居乐控股公司开发的海南三亚清水湾超大型房地产项目，以及上海市迄今为止六大外商投资纠纷案之一的“上海林克司项目”案件等。

2005 年，乔文骏被国际权威的《亚洲法律商业》(ALB) 评选为“中国最具影响力的三十位红圈律师”之一。2004-2010 年间连续被全球 16000

余家跨国公司客户和专家投票推荐，入选国际权威《亚洲法律》(ASIALAW) 于“收购兼并”、“公司商务”和“银行金融”等多个领域的“亚洲杰出律师”。

当好群众的‘领头雁’

中伦上海分所设立第二年便建立了党支部，2001-2009 年，乔律师一直兼任党支部书记，长期坚持带领所内党员开展丰富多样的党员活动和组织生活，在青年员工中发展培养了一批党员，如今党员总人数已达 90 位，超过整个中伦上海分所总人数的一半。乔律师不仅自己多次被评为“优秀党员”，事务所也多次被组织上评为优秀党支部。2009 年，在司法局党委的支持和指导下，中伦上海分所还成立了上海律师行业第二家党总支。自该年起，乔律师为让更多更年轻的合伙人走上事务所的管理及领导前沿，也主动将党总支书记的工作交班给与其共事合作已达十五年的徒弟、优秀合伙人张华律师。

在过去的十年里,针对所内律师“三多”的特点(即留学归国人员多、年轻人多、高学历多),以及律师从事法律服务工作的职业特点,乔文骏提出,以创建文明单位为重点,围绕“拓展和规范法律服务”这一中心,不断提高所内律师员工的政治素质、专业能力和文化素养。一是做好党员发展和引进工作;近年来发展多名一线一流年轻律师加入中国共产党。二是引导党员律师发挥表率作用;所内党员努力工作,业绩突出,赢得国际律师界和法律界同行的广泛赞誉。三是开展主题实践活动,组织党员和入党积极分子到老区接受革命传统教育,与东昌街道社区开展共建活动,为社区和部队提供法律服务,向贫困地区、灾区捐款捐物,亲自奔赴云南旱灾地区向贫困学生赠送饮用水,在事务所内部参与组建“中伦公益基金”。

乔律师带领广大党员积极营造健康向上的事务所文化。一是积极参与社会公益事业。参加和组织党员踊跃报名参加无偿献血。开展捐资助学,扶贫帮困、捐助灾区等献爱心活动。二是开展文体活动。组织员工每周定期开展乒乓球、篮球、排球、游泳和网球友谊赛,举行全所范围的拓展训练,既锻炼身体,又促进交流。三是办好所刊。如《中伦简报》、《中伦视界》,进行法律业务探讨、政治思想学习、通报党建动态等。

乔律师还积极参与社会公益性活动,先后担任上海律协的青年律师成才委员会副主任和浦东新区青年联合会主席,热衷于为青年律师的成长和发展献计献策;他还积极为政府决策及行政管理提供法律服务,长期受聘担任浦东新区政府、上海归国华侨联合会、中国人民银行上海地区总部等政府及社会机构的常年法律顾问,并先后担任中国通讯设备制造业最大上市公司中兴通讯、爱建证券、及上海金桥出口加工区股份公司等多家企业

的独立董事,为公众公司及金融机构提供专家型的公司治理法律咨询,致力于维护中小股东的投资权益;乔律师还热衷于慈善公益活动,自2000年起已在上海慈善基金会长期出资领养六位家境贫困的孩子,一直供其从初中开始直到大学毕业,如今已先后有两批学生大学毕业后走上工作岗位。因其在社会及公益事务上的突出表现,2003年被上海市律师协会授予第二届“上海市优秀青年律师”和“上海市优秀非诉讼律师”(2004年),2005年被评选为浦东新区第十二届“十大杰出青年”,并多次被评选为“上海市司法行政系统先进工作者”等荣誉称号。

完成不可能完成的任务

浦东林克司高级行政人员社区和高尔夫球场项目纠纷案曾被上海市委市政府列为迄今为止“上海六大外商投资纠纷案”之一。这一案件极其复杂、牵涉面极为广泛、社会影响十分巨大。

乔文骏律师于2003年3月被浦东新区人民政府特聘为关于这一重大外资企业项目协调处理的专项法律顾问,带领中伦律师团队开始协助新区政府领导和政府的项目协调小组就项目的上百起国内和国际纠纷诉讼及仲裁案件及项目背景进行全面的法律调查,走访了几乎所有涉案的政府部门(如房地局、规划局、外资委、外管局、工商、公安、建委等)、银行、建筑承包商、设备供应商、会员卡购买人、土地出让方、及海外投资人等,详细和深入地了解项目背景、案情事实,厘清纠纷缘由,分析案情真相,并向相关政府及领导出具了数千页的调查分析和咨询报告,提供切实可行的协调处置法律咨询方案。

同时,在中资企业决定全资收购该纠纷项目时,他还先后受聘担任陆家嘴集团、中房置业股份公司和浦发集团的专项法律顾问,与包括德意志

银行、汉鼎亚太等著名国际金融和投资机构进行长达近三年的谈判,期间还协助政府房地产、规划、外经贸、工商管理、税务、公安等相关部门及各级人民法院梳理和逐步解决此项目在近十年建设期间所产生的纷繁复杂又相互交错纠缠的矛盾和问题,并组织律师团对项目的整体进行细致深入的债权债务和资产等尽职调查,代表政府和收购方分别与近十家银行和数十家其他债权人涉及上亿美元的债权债务处理的谈判和磋商,这直接关系到中国政府在国际上保护外国投资者合法权益等方面的形象和声誉。

乔文骏当然深知此中的利害关系,通过他所领导的律师团队的卓越服务,不仅最终顺利结束了涉及中国政府、上海市政府和诸多境内外企业的具有广泛国际影响、涉案标的巨大的跨国性诉讼和仲裁纠纷案(涉及该项目及其股东和投资者的诉讼案从上海的法院一直打到法国巴黎高等法院、伦敦高等法院、斯德哥尔摩国际仲裁院、乃至布鲁塞尔人权法庭),妥善解决了对上海和浦东招商引资十分重要的“上海美国学校”的土地和房屋权属问题,保障了项目实际投资人的合法经济利益,更为重要的是,增添了跨国企业及外国商人对中国政府依法行政和完善法制环境的信心,从这些方面来说,乔文骏代理这个案件并且最终促成中外双方于2005年6月30日坐到一起,顺利地签署了中资企业全资收购交易协议文件,并在此后的一个多月时间里协助客户迅速办妥中资整体收购该重大外资项目的各项审批和交割手续。用该项目的最终收购方浦发集团一位老总的讲话讲,“中外双方成功地签署框架协议无疑是林克司项目历史上具有里程碑意义的一步,而经过三年的努力最终成功实现中资收购,则是我们在中伦律师的鼎立合作下“完成了一项不可能完成的任务”。■

通讯

●文/毛 健

联谊 联业 联智 执业 展业 拓业

——上海市第八届女律师联谊会第一次会员大会侧记

“草树知春不久归，百般红紫斗芳菲。”在这个特别青睐于女性的美好时节里，4月28日，上海女律师迎来了第八届女律师联谊会第一次会员大会。

上海市妇联主席张丽丽，上海市司法局副局长、市律师协会党委书记刘忠定，上海市律师协会会长盛雷鸣，上海市女法官协会会长、市第二中级人民法院副院长陈亚娟，上海市女检察官协会副会长曹苏明，上海市第八届律师协会会长刘正东，上海市司法局律管处处长马屹，上海市律师协会秘书长万恩标，上海市律师协会副会长黄绮应邀参加了大会。会议在上海市第七届女律师联谊会会长李慈玲的主持下召开。

上海市律师协会会长盛雷鸣首先致词。他说，近几年来，上海的女律师得到了迅速的发展，根据统计，截止到4月26日，女律师人数已经达到3979名，超过上海律师总人数的三分之一，上海女律师在整体素质、影响、业绩等方面则早已超出了这个比例，已经支撑起了上海律师业的半边天。第七届女律师联谊会理事会以“联谊、联业、联智”为宗旨，团结、带

领广大女律师参与调节各类矛盾，参加公益爱心活动。她们秉承了法治天下的理想，以兢兢业业的敬业精神，以优质高效的服务质量，在服务大局、服务经济、服务社会、服务民众的实践活动中，建功立业，为上海律师的队伍建设增添了光彩。

他要求认真总结相关经验，推进女律师的工作再上一个新台阶，并且希望第八届女律师联谊会理事会再接再厉，再创佳绩，成为广大女律师沟通、交流、增进友谊的温暖家园。

最后，盛会长祝愿全市女律师自强不息，奋发向上，以“巾帼不让须眉”的豪迈精神，积极投身于实施“十二五”规划和上海两个中心建设的伟大实践，为全面建设我们国家的小康社会，做出新的更大的贡献。

上海市司法局副局长、市律师协会党委书记刘忠定在讲话中对第七届女律师联谊会卓有成效的工作予以充分肯定。他说，第七届女律师联谊会，在会长李慈玲的带领下，在各位副会长、理事的共同努力下，引导女律师为经济社会发展作贡献，特别是由118名女律师组成的“巾帼律师志愿团”为维护妇女儿童合法权益作出了积极贡献，受到了全国妇联、市妇联、市精神文明委等部门的充分肯定，已经成为上海律师服务社会的一个品牌项目。女律师通过参加律师“春晚”表演，开展“难忘案例演讲赛”，“迎世博主题辩论赛”，编辑优秀女律师剪影画册，评选优秀女律师，向社会展示



计票现场

上海市第八届女律师联谊会 第一次会员大会

主办单位：
上海市女律师联谊会
上海市律师协会女律师工作委员会
2011年4月28日



大会主席台

了女律师的良好形象。搭建了女律师的交流平台，加强了女律师之间的交流和沟通。加强了与香港、澳门和外省市女律师之间的交流合作。通过与妇联、女企业家协会、女法官协会、女检察官协会等团体联合开展交流活动，架起了律师界与机关团体、企事业单位之间联系的桥梁。联谊会还传递了对女律师的温馨关怀，通过开展、组织体检，邮寄生日贺卡，慰问退休女律师等活动，让广大女律师感受到组织的温情关怀。

他代表市司法局向三年来认真履职，为上海女律师事业的发展作出重要贡献的第七届女律师联谊会全体理事和委员表示衷心的感谢，也借此机会向全市广大女律师表示亲切的慰问。

刘忠定指出，当前，上海律师业的发展正处于一个难得的历史机遇期。上海四个中心的建设，特别是国际金融中心、国际航运中心的建设步伐的加快，上海律师发展环境的不断改善以及两结合律师管理体制的逐步完善，必将对上海律师的新发展产生积极的推动作用。希望广大女律师抓住上海发展的大好机遇，积极参与创新

驱动、转型发展，提供优质高效的法律服务。

他最后勉励女律师发扬传统，坚定信念，严守纪律，坚持中国特色社会主义法律工作者的政治定位，增进业务知识，提升业务能力；增强服务意识，提升服务水平，为上海建设四个中心再作贡献。特别要发扬女律师特有的专业优势和心理优势，在维护妇女儿童合法权益，调解化解家庭矛盾、社会矛盾方面，发挥积极的作用，为促进社会和谐稳定再作新贡献。并且期望新一届女律师联谊会继承和发扬优良传统，紧跟时代步伐，创新工作思路，努力加强自身建设，切实履行联谊会职责，将联谊会打造成女律师与社会各界女性交流合作的平台，女律师展示良好形象的平台，女律师服务社会的平台，为女律师真情服务的平台。各位联谊会委员不辜负广大女律师的信任和重托，依法行使委员权力，认真履行委员义务，倾听女律师呼声，反映女律师愿望，做热心服务社会的表率。

上海市妇联主席张丽丽也发表了热情洋溢的讲话。她说，女律师联谊会围绕着提升女律师素质，服务会员需求，促进协会发展等方面作出了许多

有益的探索和很大的贡献，提升了女律师的知名度和社会影响。她希望新一届的理事会热心服务会员，积极发展年轻优秀的女律师加入到联谊会中来，凝聚更多的力量，开展丰富的活动，积极服务社会，不断开拓创新。

市律师协会会长盛雷鸣在会上宣读了市律协及女律师联谊会关于表彰上海市第四届优秀女律师的决定。他介绍了这次评选活动的经过，宣读了评选出来的20位上海市优秀女律师和10位获得提名奖的女律师的名单。

第七届女律师联谊会会长李慈玲在会上作了本届联谊会的工作报告。她借助投影仪，用几十幅幻灯片生动形象地介绍了联谊会三年来所组织的符合职业女性特质的各项活动；保持巾帼律师志愿团品牌服务；举办辩论、演讲比赛活动，展现女律师执业风采；热心公益事业，奉献真挚爱心；举办各类讲座，丰富女律师知识；开展内外交流，搭建联谊平台，加强互助合作；分片活动，开展执业、展业、拓业研讨；温馨传情活动；编辑出版《女律师剪影》，宣传、提升女律师职业形象这九个方面的工作历程、成效和经验。她说，第七届联谊会圆满完成了三年的

工作任务,取得了较为可喜的成绩,在今年初召开的全国律协女律师工作会议上,也受到了全国律协的高度评价。

大会以鼓掌的方式通过了她作的工作报告。大会还通过了女律师联谊会章程修正案。

接着,368位联谊会会员通过投票,选出了第八届女律师联谊会25位理事。

随即召开的第八届女律师联谊会理事会第一次会议选举黄绮为第八届女律师联谊会会长。她即席发表讲话说,今天产生了新一届的理事班子,我们相信第八届理事班子和秘书班子一定会秉承七届理事会的工作精神,任劳任怨的精神,继续弘扬我们女律师美丽的形象。并且会一如既往地关心我们的老律师,培养我们的青年律师,发挥女律师中骨干律师的作用,继续为大家服务好,工作好。今天,上海近四千名女律师选出了大家信任的工作班子,我们相信,女律师们也完全能期待我们新的工作班子为她们作出新的贡献和更加好的服务。

“有信心为大家提供最好的服

务!”在黄绮的提议下,新产生的理事和秘书班子人员面对在座的联谊会会员,满腔热情异口同声地说出了心里话。

上海市第八届女律师联谊会理事名单(共25名)

(按姓氏笔画排序)

丁伟晓、丁美红、王萍、王丹凤、安翊青、吴金兰、张秀华、时军莉、杨群群、沈岱青、邹甫文、周菊妹、林莉华、罗

洁、金缨、徐菁、徐珊珊、袁惠芳、黄绮、葛珊南、董月英、蒋宏、蒋海芳、楼凌宇、裘索

会长:黄绮

副会长:丁伟晓、裘索、罗洁、金缨、葛珊南

秘书长:谭芳

副秘书长:孙彬彬、韩璐、岳雪飞、林丽娟、张艳



新老会长交接



上海市优秀女律师上台领奖

律政 三人谈

用法律保障食品安全

●本期主持：岳雪飞 北京市岳成律师事务所上海分所

嘉 宾：周 庆 上海德载中怡律师事务所

韩 璐 上海市乔文律师事务所

文字整理：崔贵承

岳雪飞：本期三人谈的主题是关于食品安全问题，请来的嘉宾是上海德载中怡律师事务所的周庆律师和上海市乔文律师事务所的韩璐律师，我是来自北京市岳成律师事务所上海分所的岳雪飞。我记得小时候生活条件差，逢年过节才能吃点好吃的。现在生活水平提高了，但每当看到桌子上的菜，我就在想会不会添加了什么。比如猪肉的瘦肉精，还有前一阵子的染色馒头事件，所以食品安全的问题已经到了让人没法忍受的地步了，就像温总理说的“这些恶性的食品安全事件足以表明，诚信的缺失，道德的滑坡已经到了何种严重的程度！”我甚至在想要不要自己去种地，自己学着蒸馒头。俗话说，活到老学到老，我们现在是吃到什么学到什么，所以说中国人的化学知识是空前普及，什么三聚氰胺、瘦肉精、苏丹红，以前都没听过，现在都知道了。我个人觉得这个食品安全问题为什么这么严重，罪魁祸首还是企业。企业追求利润最大化，能赚一百绝不赚九十九，这是企业的本性。可以和企业讲道德，讲诚信，但在利润面前，他们肯定会选择利润。所以，我个人认为应该和企业谈法律问题，谈惩戒力度，我不知道两位有什么不同意见。

周庆：我觉得刚才岳律师讲得很对。关于监管这块，对于政府部门要做的就是合理调整商业流通秩序和利润空间，从这两点我来谈一下自己的看法。从政府监管这一块，目前我们有一

个类似的案子，我们大家都知道新的《食品卫生安全法》出台后，根据这个法把目前的食品安全环节分为三块：第一块是生产环节，由质检部门管理；第二块是流通环节，由工商部门管理；第三块是餐饮环节，由食品药品监督管理局管理。卫生部门负责整体协调和制定标准，国务院有一个食品安全监督管理委员会，但它没有明确地方是设在哪个部门。我们这案子是在四川的，我们的客户购进了一批食品后发现没有生产日期，也没有经过消毒程序。食品药品监督管理局有个协调管理处，我们向协调管理处咨询一下，他们说这东西是在生产环节，应该找质检。而质检认为这东西最后是要销售的，应该去找工商部门。根据这个案例我认为质检、工商、食品药品监督管理局这三个部门的衔接需要细化，我们现在看到的唯一一个实施细则是卫生部制定的，它更多的是侧重于标准。比如一个产品既有生产又有销售，如何去理解？搞联合执法还是协调切分，这还有待政府进一步细化。

岳雪飞：周律师认为食品安全和监管有很大关系，我们国家的监管衔接还有一些问题，造成了每个部门管一段，那么可能会有一段谁也不管的情况发生。那韩律师你有什么看法？

韩璐：我觉得其实一个企业的诚信和它的社会道德的底线是很重要的。但是现在我们面临很多问题让我们没办法和企业谈道德。比如现在出现的食品安全并不是像周律师所说的没有生产日期的问题，而是把会有毒的、会致癌的物质放进了食品里，在这种情况下去和这些黑心企业讲道德似乎太无力了。又比如，我们现在的食品行业太细太多，有些企业规模很小，甚至是一些小作坊，去跟他们说要学会关注企业的长期发展，也不现实。再加上我国现在的贫富差距也比较大，一些商人急功近利、利益至上，要用道德去约束他们是非常困难的。所以我比较赞同岳律师的看法，要用法律的方式来对待这个问题。我觉得最大的问题是违法成本太小，惩罚力度不够。现在非法生产和销售食品的企业是这样一种情况，我做这件事，没被发现，发一大笔；被发现了，赔一小笔，那当然就选择做了。所以对于这



些危害食品安全的行为我们要加大惩罚的力度。一是出现了违法行为或者事件就应当严惩,包括生产者的责任和销售者的责任,也包括刑事责任、行政责任、民事责任等等。比如毒奶粉、染色馒头等等,让违法者为自己的恶劣的行为付出代价,而不是让消费者去为违法者的行为付出代价。同时,有了明确的惩罚原则和先例,法律就会起到教育作用和预警作用,让其他人不敢这么做,毕竟我们的最终目的不是惩罚,而是保护公民健康。我们现在食品安全真的很令人担心,我甚至觉得吃什么东西都不放心。比如我们喝的桶装水等有没有问题,怎么确定其卫生和安全,我们作为消费者都不是很清楚,可是水总是要喝的吧。

岳雪飞:现在一些食品当中什么都添,有的商家把食品添加剂标出来,你有时候看了就不想吃,但还有的商家不把添加剂贴出来,这样你根本都不知道自己吃了什么。

周庆:我以前在德国呆过,坦率的讲,我国的食物商品并不比德国便宜,但质量却堪忧。后来我想了一下,这可能和我们经济生活中的合理利润分配有关。我现在主要服务一些连锁企业,他们主要讲的是一种共赢关系,产品进入零售渠道,成本会非常高,看得见的是超市的上柜费、促销费,看不见的是某些灰色费用,这样导致的结果是有些生产商会没有利润。但是有些生产商明知如此还是要这么做,主要是为了打造品牌。对于零售商,他们认为钱都被商业地产商赚走,然而商业地产商认为开发过程中税费的支出也不少。所以我国更多考虑的应该是把商业流通环节的关系理顺,现在商务部也在考虑这种共赢关系,让每个环节都有钱可赚。

岳雪飞:也就是说一个环节不能压榨下一个环节,如果一个环节有了超额的利润,那么下一个肯定会受到影响,这不是个单纯的监管问题。现在

的零售商大超市很强势,特别霸道。

周庆:现在基本上在中国大部分超市入场要交上柜费,你进去后要和超市进行利润分成,并且超市的回款账期也会比较长,定期还会进行一些促销,然后费用也摊进生产商。这些因素加起来,导致部分生产商利润过低,甚至通过一些违法途径去降低成本。

韩璐:前段时间的染色馒头事件,超市把馒头给退回生产商,为何不就地销毁。退回去后风险就转移到生产商上了,而超市不承担损失,可以说是只赚不赔。超市明明知道退回去后会反复利用,但还是往回退,这也是一个问题。

周庆:我也意识到商业流通环节过多、成本过高,但超市也有苦衷,他们有业绩指标要求,向商业地产商支付的租金也不低。国家对馒头生产收17%的增值税,能不能考虑在税收上让点利出来,使得生产商多一点利润空间。

岳雪飞：馒头属于最便宜的普通食品之一，对于这种普通食品我们总得吃。国家是否能考虑在一些基本生活品如大米、油上让点利润出来，给生产企业更多的利润空间。现在是最基本的食品上出问题，比如小孩的奶粉，最主要的是牛奶含量不够，生产商主要还是为了降低成本。

周庆：其实我国的增值税是有一个13%的低税率和一个17%的普通税率，但是我在想关系到一般的食品是否也可以放到13%的低税率中，因为现在的低税率主要还是针对一些农产品、食用植物油和鲜奶，不含其它普通食品。

岳雪飞：你刚才说过以前在德国呆过，那你认为德国的食品安全怎么样呢？

周庆：坦率的讲，没有任何一个国家敢说自己的食品安全是没有任何问题的，但德国的食品安全我认为至少是可以让人放心的。2004年时德国一个很大的连锁超市销售过了保质期的肉类，在德国这是个很大的事件，检察机关也介入了调查，并追究了刑事责任。通常情况下，在保质期到期前这些食品的价格会下降，过期后会下架，然后销毁。像这样类似食品安全事件，我在德国三年期间也只听说过这一起。在德国，零售商也非常重视对食品质量的管理。有些大超市，只要供应商的产品有问题，超市就再也不进他们的货。

岳雪飞：《食品安全法》中指出在销售环节必须是明知不符合食品安全标准还销售的才承担10倍赔偿责任，一个正规厂家送过来的东西销售商怎么会知道不符合食品安全标准？他们只管销售。

周庆：现在刑法修订后对食品安全量刑幅度也不低，如果掺入有毒有害物质，比照销售假药处理，最高可判到死刑；如果是生产不安全食品，最高可判到无期，关键是发生十起案子

能抓到几起。2009年德国新出了一个《食品及饲料安全法》(LFGB)，把饲料也包括了进去，这点体现了对动物的关怀，同时保护范围的扩大也体现了德国在这方面的高标准。

韩璐：我觉得违法生产和销售食品，危害消费者健康的，普通情况下，尚不到追究法律责任的，就应当在经济上严罚，罚到他们再也不敢这么做。

岳雪飞：刚才我们提到了监管问题，如果每一次事件都是事后查处，对我们来说没有任何意义。我们的监管衔接问题和法律执行上是否存在什么问题？执法部门是怎么监管的？我听说，对生产企业开业抽查合格后，后来就是进行送检。

韩璐：我认为送检本身就是有问题的。应该使用定期检查，现在肯定是不够规范。但是现在相关部门压力也很大，毕竟有这么多企业。比如现在的牛肉膏，它本身是一个合格的添加剂，把它放在牛肉汤里可以，但是放在猪肉里让猪肉变牛肉或放在腐败变质的肉里来遮味道，这就要出问题了。它本身是一个合格的添加剂，但如果用在不合适地方，对监管部门来说还是很有难度的。

周庆：我们法条规定必须食品销售者明知才行，这必须是一个直接故意，这点消费者举证责任是挺高的。其实就是说，第一，我国没有明确的群体诉讼制度，消费者维权成本过高。第二，现在食品销售者在明知的情况下销售不合格食品，消费者可以主张十倍赔偿，但是无法证明销售者不明知的话怎么办，举证责任方面是否可以考虑调整一下，这个还有待界定，而且消费者也很难找到生产商。

岳雪飞：也就是说，由超市来承担消费责任，超市再向生产商追偿。从而可以约束生产商的行为。

韩璐：我有这种感觉。染色馒头吃下去有害身体健康，但要退货必须要收银条才能退，这就使超市对消费者

承担的责任更小，完全就是维权成本高、违法成本低的情况。

岳雪飞：超市进货记录正常情况下要保存两年，既然消费者索要十倍赔偿举证非常困难，那我认为可以责成超市把不符合安全标准的产品的售价乘以10倍，相当于把要给消费者的赔偿拿出来投入到食品安全防范建设领域去，比如是否可以设立一个基金，用来对食品安全受害者进行赔偿。

周庆：现在企业有问题有一个主要负责人五年不能从事相应行业的规定。

岳雪飞：我认为法律可以规定对于食品安全这方面出问题的负责人永远都不能从事食品行业的工作。要对食品安全高度重视，要与其他产业区分开来。另外，对我们社会大众来说，也要转变一些观念，比如有些人买东西的时候喜欢买又红又亮的苹果，又红又大的草莓，其实那些是打过蜡或用过激素的，而大多数人都不知道长在树上的苹果正常是什么样子的，是否有必要在消费者中普及这方面的知识？

周庆：让消费者都变成这方面的专家不太可能。

岳雪飞：比如超市卖的水果都得拍张水果的原本样子的照片，让大家知道水果未经粉饰长什么样。

韩璐：这倒是可以鼓励一下消费者协会或者建立一个网站来普及消费者的知识。这样也可让路边摊变少，以后人们只放心去一些确实信得过的超市购物。

岳雪飞：将心比心。食品生产者要诚信、有良心地生产产品，希望他们生产产品的时候可以考虑到如果是自己的孩子吃了这些产品会怎样？己所不欲，勿施于人。单纯依靠生产企业的道德和良心是不现实的，只有法律不断完善，让法律具有威慑力，让法律来保障食品生产企业有道德，有良心，我们的食品安全才有保障！■



律政新人 ●文/洪亮

成长的思考： 青年律师的 生存和发展之路

光阴荏苒,在不知不觉中,我的律师生涯走到了第十个年头。犹记当年自己作为华政的优秀毕业生,又曾任职于上海市政府,初为律师时自然踌躇满志,自以为律所里当助理的我会很抢手。岂料半年下来,却是屈身角落,无人问津。后所幸得某前辈律师“同情”,言传身教,一年下来,方略有小得;案件虽少,我却始终不忘“偷学武功”;每天第一个到岗,完成带教老师布置的任务后,主动研读案卷,分析每个案子的代理思路、裁判观点;工作之余,则密切关注法院的开庭信息,凡是有“大律师”出庭的案件,我都尽可能前往聆听。时间一久,对大律师们的庭审技巧甚至发言时的语速语调、坐姿朝向等等,都有所领悟。几年的内功修炼,终于让我能积少成多,最终赢得了越来越多的客户。如今,每每被问及当年自己成长的经验教训,或是青年律师的成长之路,我最为深刻的体会

就是:机遇总是有的,但只属于那些真正准备好了的人。对于青年律师来说,无论是在学习成长的过程中,还是在承办案件、开拓案源的过程中,都离不开“认真”二字——对工作认真,对客户认真,也对自己的事业认真。

2001年12月,上海很冷,临近岁末的一个周五清晨,江苏盐城来了一位不速之客,带来了一箱案卷材料和一股寒气,那位客户谈起了案情:

由于央行整治全国非银行金融机构,作为当地一家信托公司清算组组长的他,在清理该公司的债权债务过程中,发现一个近2000万元标的的案件新近刚败诉,公司需要承担该2000万元债务的连带担保责任,其正准备向上海市高级人民法院上诉。由于案情复杂、标的的大,对整个清算工作的进行至关重要,当地政府非常关注这个案件的进行和结果。考虑到上诉期的临近,我提出需要3天时间进行消化,

第四天将给出一份初步的案件分析及对策报告给他。经过仔细地阅读相关协议、材料及其他法律文件后,在带教律师的指导下,我按期提交了报告,并且前往盐城当面向清算组做了法律分析,发表了对下一步应采取诉讼策略的意见。离上诉期还有三天的时候,那位组长带来了委托书。闲谈中我了解到,他第一次给我看案卷材料的同时,他们清算组的其他同事分别在北京、南京以及上海的另几家律所做着同样的工作。而且,他本人是盐城市中级人民法院派驻该公司清算组的代表,从事经济审判工作25年。经过对比后,这位组长说,最终决定选择我们事务所的原因是我们的分析非常细致,提出的上诉方案具有可行性和说服力。案件的结果是上海高院最终以我所提交的证据材料和代理意见对原审进行了部分改判,撤销对我方当事人的连带担保责任。拿到判决书的组长,再一次来到上海,提出:由于之前这个案件处理得漂亮,当地市委、市政府希望我们事务所能够参与他们公司的整个清算工作,提供全程的法律服务。当接过项目的聘书后,我脑海中鲜明显现的是“认真”二字。

对于现在的青年律师,在生存与发展的道路上,必须面临与思考的另一个问题,就是综合性与专业化的问题,这个问题在律师行业被广泛地谈及和讨论。

随着社会逐渐走向法治化,律师队伍的发展成为衡量社会进步的重要标志之一。作为我国经济、贸易、航运、金融中心的上海,离不开一批精通法律、高度专业而又知识全面的高素质律师。青年律师作为律师队伍的未来,必须顺应时代的需求,勇敢承担起更具挑战的社会职能及社会责任。然而,近年来的调查显示,青年律师的发展状况不容乐观。根据调查,上海青年律师群体目前普遍存在以下问题:一、收入偏低,生活压力大;二、缺乏经验,执

业能力有限;三、社会环境复杂,案源开拓困难。

毋庸置疑,目前青年律师队伍的发展面临着巨大的障碍和困难。正如经典的“二八定律”所描述的那样:在律师界,20%的律师拥有着80%的业务资源,而80%的律师争夺着剩余20%的业务资源。如何能够成为那些比较成功的“20%”里面的律师呢?我认为,无疑要依靠律师执业技能的高度专业化;“万金油”式的法律服务方式或许尚存在于老一辈的律师中(这是历史造成的),但对青年律师来说,专业化已成为不可回避的发展趋势。市场经济的发展必然导致分工的细化,对于律师行业来说也不例外。随着上海经济的持续增长以及上海“四个中心”的建设,各类新型的法律服务市场不断涌现,需要大量熟悉金融、财务以及外语等知识的专业法律人才,去从事融资上市、金融期货、航运海商、外商投资、大型项目并购、知识产权、国际贸易等诸多领域的法律服务。如果现在的青年律师还是固守在基本的传统业务领域,而不能做到不断加强学习、自我提升以拓宽法律服务领域范围,必然面临激烈甚至恶性的竞争。事实上,中国的法律服务市场还远远没有饱和,中国的律师数量还远远不够。全力去争抢现有的传统业务固然可以让青年律师养活自己,但须知在传统业务领域青年律师较之于资深律师,往往因为经验的限制而有所不如;反而是在新兴的专业领域,才是青年律师得以发挥才干、体现优势的竞技场。

当然,必须承认,要成为一名专业的律师,必须首先是一名全面的律师。对各类传统案件的承办,可以帮助青年律师迅速提高法律思维能力,为进一步走向专业化营造一个良好的知识背景,打下扎实的业务基础。而且,对于很多青年律师来说,执业初期对于案件并无太多的选择余地,只能来者

不拒地接受,因为此时的他们首先面临的是要解决温饱问题,即生存需要。可惜的是,很多青年律师未能处理好“综合性”与“专业化”的问题,在不加选择地承办各类案件的过程中,虽然逐渐改善了自己的生活条件,却也渐渐怠于探索专业化的发展方向,遗忘了走向专业化的必然性与重要性,最终在业务发展到一

定阶段后遭遇事业的瓶颈。因此,青年律师一定要在执业初期就树立起走专业化道路的意识,在承办业务的同时,加强对自已感兴趣的专业领域的理论及实践的学习,为走向专业化做准备。

在上海市律师协会做的有关调查中,非常欣慰地看到了这样一项调查结果:在受访的1804名青年律师中,有72%的人认为做律师能够实现的目标是“维护社会正义”。这一选项的选择人数远远高于认为从事律师职业可以“成为高收入群体”以及从事律师执业可以“受人尊敬”,高居青年律师选择的首位。这体现了上海青年律师的社会责任感。无论走专业化的道路,还是固守在传统的业务领域,在律师执业生涯中,每一个律师都应当担当起自身的社会责任与历史使命。青年律师在执业初期虽然物质生活艰苦,但越是艰苦,面对这个物欲横流的社会时,作为青年律师越应该坚守自己的理想与原则。“中国总得有人站出来说话”,每一个青年律师在踏上律师之路、开启律师生涯的那一刻起,就



作者近照

注定要背负起我们这个民族民主与法治的梦想,注定要站出来为被侵害和被损害的弱者说话,注定要为法律与正义立言立威。在现实生活中,青年律师在坚守道德与法律的原则、维护当事人合法权益的同时,还应通过各种渠道积极参政议政,为人大、政府等部门的立法建言献策,发挥律师的社会价值。

律师,我想从来不仅仅是中介服务者的代名词,而更应是社会的精英,是法治进步的重要推动者,是我们这个民族正义与良知的代言人。神圣的使命,需要秉持崇高的人格、胸怀天下而心忧万民的人去完成。古人云:“位卑未敢忘忧国”,青年律师虽然尚在事业的探索期,但只有树立至高至远的理想,铭记历史赋予的使命,才能最终成为优秀的律师,为社会的发展贡献自己的力量。■

(作者单位:上海市光大律师事务所)

我的败诉

●文 / 许建添 陈远军

本案承诺函是否属于保证合同？

一、案件基本情况

2009年1月5日,A公司与银行签订贷款合同一份,约定由银行向A公司提供融资。同日,A公司的股东B向银行出具承诺函,承诺:“一旦中国法律法规允许本人提供保证,本人将在收到贵行书面通知后,为A公司的债务承担保证责任。若贵行要求本人签订标准格式的就A公司在贷款合同项下的债务承担保证责任之保证合同,本人应予配合。”贷款合同签订并且银行收到B出具的承诺函后,银行依约发放了贷款。2010年1月,A公司还款出现逾期,银行立即书面通知B,要求B履行承诺函之承诺,为A公司的债务承担保证责任。后A公司与B均未向银行还款,银行遂以A公司及B为被告向某基层人民法院提起诉讼,请求判令A公司立即还款,并判令B对A公司的债务承担连带保证责任。

笔者接受银行委托,代理了该起案件。通常情况下,银行对于贷款的审核发放较为严格,不太可能接受类似本案中承诺函的情形,而是直接与保证人签订格式文本的保证合同。因此,笔者对于银行接受B出具的承诺函也感到意外,但笔者认为该承诺函内容具有明确的附条件承担保证责任之意思表示,是附条件的保证书,B在银行通知之后应当承担保证责任。然而,一审法院却驳回了银行要求B承担保证责任之诉讼请求。由于一审判决作出后,A公司的重组方代A公司清偿了全部贷款,银行与A公司、B均未就一

审判决提起上诉,本案的判决便在上诉期满后生效。笔者对一审法院驳回银行要求B承担保证责任之诉讼请求的判决存有异议,却未有上诉至二审的机会,因此,有意就本案向诸位求教,本案承诺函是否属于保证合同?

二、案件争议焦点

本案经过法庭调查,各方对欠款事实、承诺函的真实性均无异议。被告B亦承认收到银行的书面通知,但被告B认为不应当承担保证责任。因此审判长归纳案件争议焦点为:一是银行是否有权依据承诺函要求被告B对A公司的债务承担保证责任;二是若应当承担保证责任,是连带保证责任还是一般保证责任。

对于第一个争议焦点,被告B的代理人提出,无论是从承诺函的内容还是形式看,承诺函都未表明被告B有承担担保责任的意思表示,“若贵行要求本人签订标准格式的就A公司在贷款合同项下的债务承担保证责任之保证合同,本人应予配合”说明B与银行之间并未签订保证合同,按照《担保法》第十三条“保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同”之规定,承诺函不属于保证合同,B不应承担保证责任。

三、笔者的代理意见

针对被告B的代理人所述意见,笔者在庭审中就被告B是否应当承担保证责任阐述如下意见,并于庭后整

理成代理词递交给承办法官:

首先,承诺函具有明确的承担保证责任之意思表示。被告B出具给银行的承诺函明确“一旦中国法律法规允许本人提供保证,本人将在收到贵行书面通知后,为A公司的债务承担保证责任”。因此,被告B在函中具有明确的承担保证责任之意思表示。

其次,被告B承担保证责任附有条件,且所附条件均已具备。被告B承诺承担保证责任的两个条件,一是中国法律法规允许其出具保证给银行,二是收到银行的书面通知。本案中这两个条件均已具备,被告B不具有法律禁止提供保证之情形,而银行亦已书面通知被告B承担保证责任。所以被告B应当承担保证责任。

再次,承诺函虽名称为承诺函,但从内容上看实质为担保书。担保法规定“保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同”,同时《担保法》解释规定“第三人单方以书面形式向债权人出具担保书,债权人接受且未提出异议的,保证合同成立”。因此,被告B向银行出具了具有承担保证责任意思表示之担保书,说明保证合同成立。

最后,承诺函的确不是银行通常使用的标准格式的保证合同文本,但并非只有签订标准格式的合同文本才能成立保证合同,承诺函的内容中已有明确的承担保证责任之意思表示,保证合同成立。“若贵行要求本人签订标准格式的就A公司在贷款合同项下的债务承担保证责任之保证合同,本人

老律师寄语 ●文/陶运旭

青春献给 律师事业



我受《上海律师》编辑部之托,做客老律师栏目。谈谈我是怎样走上律师之路的?谈谈我执业律师事业 32 年来心声和感悟。

一、我是这样走上律师路的

我认为人生的价值,在于开拓、在于创造、在于奋斗、在于对事业的无悔追求。回想我 1963 年上海高中毕业,响应党“建设边疆,保卫边疆”的号召,报名到新疆兵团。经过两年新疆兵团政治干部学校学习,1965 年毕业,即分配到兵团石河子公安局任秘书、侦查员,一干就是 14 年。

我于 1979 年 11 月底,由一名公安战线的侦查员,转岗为司法行政战线的一名律师。我走上律师这条路,可以说是人生的一种机遇、一种缘分!当时,我正 30 几岁,正是而立之时,这种抉择,我十分珍惜!

二、我干律师这一行的经历

(一)、踏入律师行业的前十年,是接受锻炼和考验的十年,是组织上对自己培养哺育的十年,也是自己努力为律师事业初步作出贡献的十年。

1979 年底,和同仁们创建起新疆自治区第一家律师事务所(当时称法律顾问处)——即石河子市法律顾问处。1980 年 3 月 30 日的《新疆日报》第一版刊载我被新疆自治区司法厅考核批准的新疆首批十三名正式律师之一。当年 5 月至 8 月就荣幸的由组织上选送我到新疆自治区政法管理学院参加新疆首届律师培训班学习,主要学习律师业务,为自己从事律师工作奠定了入门的基础;第二年 3 月,组织上又选派我到北京中央政法干校第 19 期全国法律师资班进修半年,为我今后做好律师事业夯实了的基础。

应予配合”之承诺,是出于银行业务管理的需要,在有必要的情况下,银行可能要求被告 B 签订格式文本的保证合同,以就保证人的权利义务进行更加明确约定。但该承诺的内容也只能说明被告 B 愿意配合银行工作,而不能说明保证合同未成立。特别是承诺函中“若贵行要求……”的表述,进一步说明是否签订格式文本的保证合同是银行的权利,而非成立保证合同的必要条件。

由于承诺函未明确是一般保证责任还是连带保证责任,那么根据法律规定,被告 B 应当对 A 公司的债务应当按照连带责任保证承担保证责任。

四、法院驳回银行诉讼请求的理由

一审法院驳回了银行的诉讼请求,但判决书中驳回的理由却只有几行字“本院认为,从承诺函的名称与内容看,承诺函并非保证合同。在保证合同未订立的情况下,原告无权向被告 B 主张保证责任。原告该项诉讼请求,本院难以支持。”除这几个字以外,判决书其他地方也看不到更详细的判决理由。对于一个双方当事人争议的主要焦点,法院判决书的理由却只有寥寥数字,可谓惜字如金。但从判决书中还是可以看出,法院驳回银行诉讼请求的直接理由是银行与被告 B 未订立保证合同,即“从承诺函的名称与内容看,承诺函并非保证合同”,至于详细理由为何,判决书并未明说,给当事人留下无尽的猜想。

五、未决的疑问

笔者认为,一般情况下,安慰函、承诺函缺乏明确的承担保证责任之意思表示,安慰函、承诺函不是保证书,出具安慰函、承诺函亦不具有保证担保之法律效力。但特殊情况下,如在本案中,安慰函或承诺函的内容中具有明确的代为还款或承担保证责任的意思表示的,也构成保证合同。而法院在本案中并未解释“为 A 公司的债务承担保证责任”为何不属于明确承担保证责任之意思表示,从而未对承诺函的性质进行充分论证。

我国现有法律并未禁止保证责任是否可以附条件,按照一般的法理,合同可以附条件,保证合同当然也可以附条件。本案中的承诺函已经具有明确承担保证责任的意思表示,同时对承担保证责任附了两个条件。据此,笔者认为本案中的承诺函应当构成保证合同,在条件成就的情况下被告 B 应当承担保证责任。然而,笔者的意见并未被法院所采纳,判决书也并未阐释详细理由。虽然已经结案,笔者对本案的法律问题所产生的疑问却并未随案件结束而得到解答。因此,笔者有意就此疑问向诸位求教! ■

(作者单位:上海申骏律师事务所)

随着国家改革开放大潮的掀起,涉外律师业务和知识产权业务向律师挑战,为了适应新形势的需要,1985年3月1日组织上又派我去杭州浙江大学,参加司法部主办的全国涉外法律培训班学习结业,1988年9月又选派我到北京参加国家版权局和联合国教科文组织主办的全国版权培训班学习,填补了我对涉外和知识产权方面的知识空白。

1985年组织上调我到兵团筹建兵团司法局和全兵团的律师机构工作。从1985年至1987年三年时间,我分别在南北疆,组织了四次律师培训班,培养出兵团十四个师的律师人员,组建了全兵团的律师队伍,订立了律师的各项规章制度。

积极办理和开拓律师业务,这是我十年中的一个亮点。

有一起值得铭记的案子——即贺捷杀人案被法院宣判死刑,经我二审辩护无罪释放。

1975年,贺捷在八一中学高中毕业后,与同学杨某(高干的儿子)等同学一起下乡接受再教育。1977年10月二人在护秋值夜班时,杨某不幸被人枪击身亡。贺捷作为嫌凶被捕入狱,一关就是十年。1985年底,此案在没有证据证实贺捷犯罪的情况下,由某位领导批示给塔城中级人民法院判处贺捷死刑。我接此案后,不顾权势,顶住各种压力,依法办案,为被告向自治区高院上诉,向高院刑庭重点发表两点辩护意见:

第一,指出本案在诉讼程序上严重违法。本案系重大刑案,没有检察机关依法公诉,而由公安机关提起公诉。原审法院不依法开庭审理,并剥夺了被告人辩护权和请律师辩护的权利。第二,原审判决的事实不清,也没有确凿证据证明贺捷杀人的事实,纯系枉法裁判。二审法院经合议完全采纳了律师的辩护意见,于1986年7月16日下判:撤销原判,将贺捷无罪释放。

十年中,我曾任兵团司法局律师管

理处的副处长,又兼任律师事务所主任,曾任自治区律师协会的理事、常务理事、副会长、中华全国律师协会的理事。1989年底自治区司法厅、律师协会召开了全自治区十年律师工作表彰大会,给我颁发了两份奖;一是对自治区律师事业有贡献的优秀律师荣誉证书;二是模范遵守律师职业道德,成绩突出的优秀律师荣誉证书和奖章。我深感自豪、光荣!

(二)1980年至2005年这个十五年的律师生涯中,我办了大量的民事、经济和刑事案件,据不完全统计约有1500件以上。例如,我于1990年办理的一起国际贸易仲裁案子,外方状告我新疆农垦进出口公司因1200吨聚乙烯购销合同中违约,要求索赔88000美元的违约金,并承担本案的仲裁费和律师的代理费。

我当时任该公司的常年法律顾问,该公司委托我办理此案。我在案前准备工作做到认真、严谨、扎实。在北京国际仲裁庭开庭时,做到发表代理意见有条不紊,出示证据一一稳妥,答辩发问有针对性,指出本案要害:本案申诉人(香港英展公司)非法将合同主体改变、我方当事人只与香港英惠公司订立了购销合同,本案申诉人英展公司与被申诉人新疆农垦进出口公司无法律关系。我的代理意见,结果被国际仲裁庭全部采纳,赢得了这起国际仲裁案的圆满胜诉。

由于此案办理扎实、案例典型,办案效果好,影响大,开创了新疆办理国际仲裁案件的先河,故此案由新疆自治区司法厅推荐上报国家司法部后,被评选为全国38名之一的优秀案例,我也被评选为全国38名优秀律师,受到司法部全国通报表彰并予以奖励。这起案例后又被司法部编辑出版在《全国律师优秀案例精选》一书中。

1999年和2005年我被新疆自治区司法厅、律师协会评为有突出贡献的优秀律师。

三、我对律师职业的人生感悟

我的律师生涯,是与我国1979年恢复和重建我国律师制度是同步的,回想起来,我有如下心得。

首先,我热爱律师工作,热爱律师事业。32年多姿多彩的律师生活,锻炼了我,造就了我,使我成为一名人民的律师。我的心声概括四个字:择业无悔!

第二,我深深地体会到,律师办每一个案件的过程都是一个学习过程,均显示着一个律师仗义执言,维护当事人合法权益及国家法律的执业品质、执业水平和人格魅力!作为一名人民律师,必须具备下列条件:扎实的法律功底、熟练的业务技能、诚信的职业道德和高度的负责精神。

第三,要想当好律师,必须正确认识中国的律师制度和律师工作的特点。我国律师工作在改革中发展,在发展中完善。律师队伍已成为维护法律正确实施和社会稳定,促进民主法制建设的重要力量;已成为依法治国的重要力量;已成为促进精神文明建设和社会文明进步的重要力量。正确认识中国律师制度和律师工作,这对做好律师、做好律师工作和办理好律师业务具有重大的意义。

第四,要想当好律师还必须树立好的社会形象,必须具有良好的职业道德。律师行业和每位律师能否受到社会的尊重,关键是在我们每个律师所和每位律师要有一个好的社会形象,全心全意地为当事人提供优质服务。

律师的职业形象是由执业群体的一言一行形成的。这个形象要靠我们每一个律师自身的作为和表率来给社会答案。

第五,要想当好律师,还要求我们的律师在执业中要有较高的专业素质。在业务素质上要做到四个字——博大精深。所谓“博大”是指掌握的知识面要宽、要广、要丰富;所谓“精深”,是指在专业的法律知识上,要学习和掌握得精和深。■

随笔

●文/陈默

复杂的馒头和搞笑的馒头监管



馒头原本是工艺简单的食品。在我们国家还没有“现代化”的时候,老辈的家庭主妇们大都传承着自做馒头的习惯和手艺,一如自家包饺子,这当然都是农业社会的遗传。“现代化”之后,社会讲究的是“分工”,主妇们的主要工作,也不再是在家弄吃的,馒头也改成了从超市买,简单的馒头,就开始变得复杂起来,它从一个工艺简单的食品变成了商品。

可未曾料到的是,到了已经梦想成为“金融之都”的上海刚请来迪斯尼的米老鼠忙着打造“娱乐都市”的今年4月,早已成为商品的馒头会再度“复杂”起来,它被弄成了又一起事关食品安全的公共事件,这就是4月11日晚,被央视《消费主张》曝光的粗粮馒头染色事件。据说,央视曝光后,上海市的质监局、工商局、宝山区政府连夜调查“问题馒头”。市长韩正12日即批示,立即成立联合调查组,彻查此案,依法严惩,严肃问责。由此,超市货架上1万6千只问题馒头下架,质监部门吊销了问题厂家的许可证,包括问题厂家法人代表在内的5名犯罪嫌疑人被刑事拘留。而被拘的嫌疑人交代,在1.6万只问题馒头下架前,自今年1月起,已有33万余只染色的粗粮馒头流入市场。也就是说,除了因为央视的曝光,被有关部门“连夜调查”后“查封”、“下架”的

外,那30多万只染色馒头,早被吃进了上海市民的肚子里,欲吐不能。(最新的消息是,不特是上海,邻近的浙江温州,也“曝”出了染色馒头。小小的问题馒头,甚至震动了泱泱大国的总理,新华社的电文说,温家宝在与国务院参事和中央文史馆员座谈时,“痛斥”馒头事件所暴露的“诚信缺失”和“道德滑坡”。)

一只简单的馒头,居然复杂到成为一个危及众人食品安全的大事件和大问题,它所激起的社会关注度,一时间自然盖过了前些天刚开工的迪斯尼。而生活在未来的“娱乐之都”里的市民们,在餐桌上的安全都不能确保的情形下,恐怕很难娱乐得起来。娱乐原本是生命在安全怡然状态下欢悦之情的自然生发,不同于形形色色的强迫征候下的刻意寻欢,一如幽默不同于滑稽和搞笑。

当然,简单的馒头变得复杂,一点都无关搞笑;而简单的馒头被复杂到了“染色”,则不仅无关“搞笑”,纯粹就是在“搞恶”。因此,就有关“馒头”的埠外媒体的观察家们建议,“罚他个倾家荡产”,让“搞恶”的厂家不敢再“恶搞”;一直关心公益事务的一位上海律师在接受外埠记者采访时,也建议,不妨学学美国,在那里,“出现食品安全问题的代价实在太惨重,厂家不敢越这个雷池”。这些当然都是不错的建议,但我担心,既然简单的馒头都变得如此复杂,要解决已经复杂起来的馒头的问题,恐怕也不会如此简单。

馒头原本是供人食用的食品,因为可以供人放心食用,它才成为人们放心交易的商品,那些专事制造和销售供人放心食用的馒头的人,则成了商人,而供人买卖可以放心食用的馒头的场所和一整套机制,就成了市场。但是,如果一只馒头的价值和功能被蜕变为纯粹赌钱的工具,卖馒头的商人蜕变成只关心输赢的赌徒,交易馒头的市场被弄成了疯狂的赌场——那么,你想,成为赌徒的商人还会关心馒头——事实上早已经不是馒头而是赌钱的筹

码——是否可以安全食用吗？成为赌场的市场，还会有作为商品交易的市场所应有的安全和信用吗？你再想，“倾家荡产”的“惨重代价”，什么时候又真正吓阻过一个疯狂的赌徒奔向赌场的脚步？因此，问题的复杂性在于，先要把馒头还原为一只本来意义上的馒头，而不是赌具；把做馒头和卖馒头的商家还原为本来意义上的商人，而不是赌徒；把市场还原为本来意义上的市场，而不是赌场；如此，“倾家荡产”的警示才有效，而“学学美国”的建议才有意义。

馒头的问题，其实就是市场的问题。市场要正本清源，不容劣币驱逐良币，不容赌徒恣意“搞恶”，就要有规范，有监管。但扯到馒头的监管，纯粹“搞恶”的馒头事件，就会显露出不少“搞笑”的成分来。譬如：有外埠的媒体分析说，回顾近些年发生的食品安

全事件，从劣质奶粉、瘦肉精，到现在的染色馒头，几乎都是被消费者或媒体先曝光出来，本应负起安全监管责任的相关部门，总是事后才“迅速”地采取措施。而在“事”前，央视曝光的镜头中，一只只问题馒头无不醒目地贴着食品安全的标签，食品安全的监管部门一直在为不安全的食品做着安全的担保；制造问题馒头的问题企业，“粉尘和污水随处可见”的环境虽然令见多识广的新华社记者都“震惊”，却一直“两证齐全”，还拥有“重质量守信誉争创百家质量信誉双保障优秀企业”的奖牌。到了“事”后，一位区质监部门的官员对着央视采访镜头说，“我们”掌握了区里有生产馒头企业200多家，打算用一周时间彻底清查，无证的坚决取缔，云云。“搞笑”的是，既然已经掌握、能够掌握、也应该掌握“职掌”范围内的企业有多少家，

既然“一周”的时间就能够“彻底清查，坚决取缔”，那在之前的3、4个月里，何以就管不管不查不取缔？原上海市食品生产监督所所长、食品安全专家方有宗说，一些不法企业在食品生产中违法使用人工色素，“这早已不是什么秘密了”。但“搞笑”的是，专事食品安全监管的部门，却浑然无知？！搞笑的还有，譬如媒体批评的“多头分段管理”体制，各部门间权责不清，有时——有利时抢着管，有时——无利时让着管，重复监管和无人监管并存。出了问题，“多头分段”成为推诿扯皮的

最佳借口。由此，我们虽然拥有世界上数量最多的衙门、官员和公车，可到了馒头之类的出了问题，却是“编制不足”，“人手不够”，以至“七八个部门管不了一头猪，十几个部门管不了一桌菜”。

行文至此，我想起了两句话。一句出自老母亲之口。老太太喜吃面食，吃了不少粗粮馒头，馒头染色后，我提醒她别再去买，老太太很淡然，说，“不吃馒头了，能吃的是啥？”另一句是人大常委倪岳峰所言，早在2008年4月，全国人大常委会办公厅向社会全文公布《食品安全法》草案，倪岳峰说：“现行监管体制不改，食品的安全状况很难有大的改观。”

一只小小的馒头，以及对一只小小的馒头的监管，都涉及到了“体制”的问题，你说，中国的问题——哪怕是一只小小的馒头的问题，是不是有些“复杂”，很有些“搞笑”，很有些无奈？只是，面对如此的“搞笑”，以食为天的老百姓，实在笑不出来，哭笑不得，无奈之下，只能“淡然”。

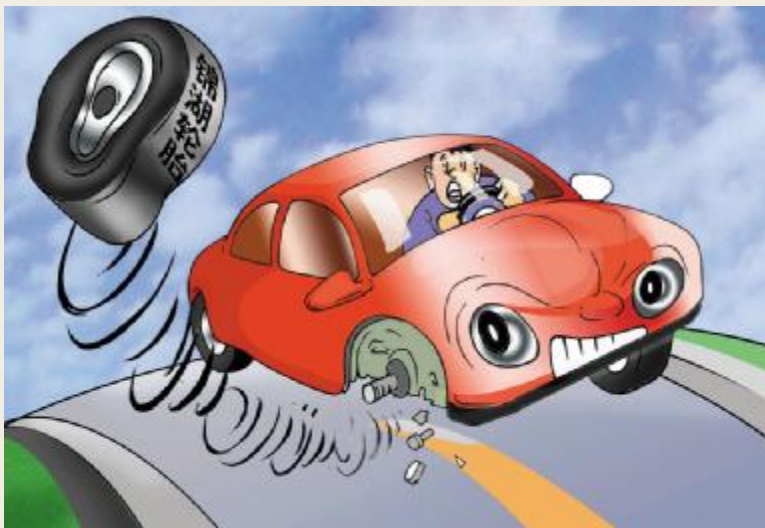
看来，要彻底解决馒头的问题，并不乐观，至少，远非如质监局的官员们所曾想所曾做的那么简单。要拯救馒头，必要拯救市场；要拯救市场，先要拯救人心——包括做馒头的工人，运馒头的司机，卖馒头商人，管馒头的官员。馒头和市场原本都是人造之物，人心若没有了基本的“敬畏”（康德指的是“头上的星空”——那是指自然的法则，和“心中的道德”——那是指人间的法则），则人无异于同类相残的野兽，人类文明所造化的市场，也无异于野蛮血腥的掠食场。馒头的问题，是市场的问题，根本就是人和社会的问题。这也是温家宝总理“痛斥”之所“痛”：“诚信的缺失、道德的滑坡已经到了何等严重的地步”，而如果没有了“道德的力量”，一个国家，“绝不可能成为……一个受人尊敬的国家。”■



法律评论 ● 文/吴冬

合理不合法

——评锦湖公司召回锦湖轮胎



锦湖轮胎事件还在持续升温。在社会各界的关注和压力之下,4月2日锦湖公司开始了首轮召回,质检总局在其官网和官方新闻中都明确了此次召回的责任主体是锦湖轮胎(中国)公司,因为是其向国家质检总局递交了召回报告,同日国家质检总局也责成天津市质量技术监督局对锦湖轮胎天津工业有限公司召回活动加强监督。4月11日,质检总局的官网上又公布了第二轮的锦湖轮胎的召回公告,不过本轮召回的责任主体却变成了北京现代、东风悦达起亚、长城汽车三家整车厂家。这里给广大车主和消费者带来了一个困惑,就是履行召回义务的主体到底应该是整车厂家还是轮胎件供应厂家?国家质检总局在这个问题上一直是语焉不详躲躲闪闪的。由谁负责召回也的确是一个法律争议的问题,我的观点是:由锦湖公司来召回问题轮胎是合理但不合法。

产品质量法、消费者权益保护法和合同法,都规定了一般情况下最终成品的制造商和销售商与购买人、物主建立法律关系,无论是买卖合同关系还是产品质量关系。现代社会的一大标志就是高度的分工化和专业化,标的物的零部件制造商如果也和购买者产生法律关系的话,那么我们的法律关系将会变得异常庞大和纷繁复杂,法庭的被告席得再增设几十个席位不成。因此2004年国家质检总局制定的规章《缺陷汽车产品召回管

理规定》也秉承了这种法律原则,在该法的第三条第五条都明文规定了:履行缺陷汽车召回义务的责任主体是汽车制造商(如果是进口汽车则是进口商),因此,由零部件厂商锦湖公司而非整车厂家负责召回是和我国现有法律相违背的。但是,在问题轮胎的召回问题上,整车厂家也真有话要说,像这种纯轮胎的内在质量问题整车厂家确实是没有什么大的过错,有错的话也无非是挑选轮胎供应商时过分以价格作为参考指标而导致看走眼选错供应商了,而且高度专业化在汽车行业显得尤为明显,导致在问题轮胎的检测、复查、维修和更换上整车厂家都没有足够的工程师技师和专业的仪器设施,水平技能估计也是轮胎厂家更胜一筹,更不要谈库存备件的供应和物流,从召回的实际效果来看轮胎厂家更适合负责召回工作。另外,从国际惯例上来看,汽车零部件产生的质量问题一般是整车厂家负责召回,但因轮胎设计制造或工艺导致的内在质量问题一般是由轮胎厂家负责召回,让轮胎厂家召回的另一个原因就是有一些旧车车主因车辆行使里程过长轮胎磨损后已自行用其他品牌轮胎替换整车厂家出厂时配置的原装轮胎。如史上后果最严重的轮胎质量事件当属2000年的福特探险者SUV,据报道因使用普利司通的轮胎导致车祸丧生的就有271人,受伤者高达三千多,美国国会进行了专门的调查和听证,最后产生了史上最大规模的轮胎召回案。不过,那次650万只轮胎的召回是由普利司通公司来实施完成的。

当然不是说因为美国允许轮胎厂家进行召回,所以整车厂家就可以袖手旁观对召回不承担任何责任了。美国在1966年制定了联邦法律《全国交通和汽车安全法》(National Traffic and Motor Vehicle Safety Act),该法的立法宗旨就是要减少道路交通事故死亡伤率,为了实现该宗旨整部法律就是围绕着对汽车整车和零部件的安全标准及行政部门和汽车厂



商有关各方的职责划分而展开的。美国的国会立法和法院判例都确认了在对因零部件质量导致的整车质量和召回问题上，整车厂家和零部件厂商是承担共同和个别的责任（joint and several liability），这和连带责任非常近似，不过对于整车和零部件厂家来说是没有责任主次之分的。总而言之，一旦出事，要让车主可以找到责任方，除非你们两家或一家负责解决或赔偿了事；如果你们两家互相推诿踢皮球，那么你们两家就得承担共同责任，谁也跑不了，只有其中一家承担责任了，才能让另一家解除责任，也可比喻为美国式连坐。如当年东航在包头的坠机案，死者家属 2005 年在美国以飞行事故和飞机发动机设计有缺陷起诉承运人东航和飞机制造商加拿大庞巴迪航天公司和飞机发动机制造商美国通用电气公司。2006 年，三被告同意共同赔偿 32 位原告 1175 万美元，平均每位死者的赔偿约合人民币 300 万元，也签署了和解协议，只是后来因东航反悔而没有履行。

我们不得不承认，有时我们的立法也会像问题轮胎一样有瑕疵乃至缺陷，所以美国的汽车安全法还规定了美国交通部部长必须在每年向总统和国会作年度报告，该年度报告需要包含事项之一就是立法修改建议以加强提升全国的交通安全的保护水准。我国从去年开始起草《缺陷汽车产品召回监督管理条例》，该条例属于国务

院的行政法规，一旦立法通过将取代现有的国家质检总局制定的召回规定，从已公布的条例草案来看，依然将召回的责任主体设定为整车厂家。显然我们的有关立法部门应当从此次锦湖轮胎事件中吃一堑长一智，如果认为锦湖负责轮胎的召回是合理的，那我们就应该修订不合理的法律，完全有必要借鉴国外的立法，将召回的责任主体设定为两家，也就是整车厂家和零部件厂家应当是共同和个别的责任，这种连坐制已被证明对保护汽车消费者有积极作用，如果我们不修正召回责任承担主体的话，只会令本已脆弱的法律继续蒙羞，因为明明白白的法律条文都可以不被遵守且政府主管部门也理直气壮极为荒唐地为整车厂家的不承担召回责任背书，法律不就成了连花瓶都不如的纸老虎了吗？4 月 11 日启动的第二轮由整车厂家负责的召回是国家质检总局尊重现有法律的一个体现，具体实施却是由整车厂家和锦湖轮胎共同实施的，从这我们不难看出整车厂家和零部件厂商是不自觉地在承担共同和个别的责任（joint and several liability）。

除了行政部门和立法部门要从锦湖轮胎事件中吸取教训，我们的执法和司法部门也完全有必要对涉及使用了锦湖轮胎而导致的交通事故案进行重新复查，尤其是那些涉及人员伤亡的案件及肇事司机被追究刑事责任的案件，仔细地认真地分析排查这些事故

和轮胎的因果关系或轮胎在造成事故的多种因素中的责任比例，以让无辜者和受害者能讨回公道或让肇事者承担其相应比例的责任。这里举个去年在美国丰田门事件中引出的旧案。Koua Fong Lee, 李柯方，一名老挝难民，2006 年因驾驶一辆 1996 年造的丰田凯美瑞汽车在美国明尼苏达遇一路口红灯时失控发生追尾车祸，导致前车三人死亡，检察官检控李在汽车等红灯时，他的脚踩上了加速器而导致车以每小时 70 至 90 英里的速度前行相撞，陪审团在 2007 年认定他过失杀人罪成立，法官判他入狱八年。他入狱后，因丰田事件在全美愈演愈烈，连受害者的家属也加入到了营救他出狱的队伍，因为他们当时就曾怀疑是丰田的刹车导致了本起车祸。不过，直到去年的四月两位汽车机械专家重新检查该车时还坚持认为刹车没有问题。在他服了两年半刑后的去年七月，正义终于姗姗来临，经过四天的重新开庭及证人作证（有驾丰田车发生类似暴冲的许多司机作证），虽然 1996 年造的丰田凯美瑞并不在召回的车型系列中，法院却注意到了当时他的车内还有他怀孕的妻子和其他亲人，李一再声称当时他已经用力踩了刹车但却无法制动的陈述终被法院认可了，法官表示这些证据足以证明了他的清白，他被无罪释放。

就在今年的 4 月 8 日，一辆使用了锦湖轮胎的警车在三亚的高速公路上爆胎失控，导致车内警察一死四伤，最终的事故调查结论还没作出。我们希望锦湖轮胎没有导致过任何严重事故，如果有的话则应迅速和全面地召回所有有问题的锦湖轮胎，避免再发生三亚警察这样的死难悲剧；我们也希望没有出现类似李柯方这样的司法悲剧，但如果悲剧不可避免，我们希望冤屈能得以昭雪。■

（作者单位：上海汇业律师事务所）

编者按:穿越时空,是为了使人们了解过去,我们开设这样一个栏目,为的是让年轻律师知道先辈们的足迹,让广大读者了解中国律师的奋斗历程,以利传承和弘扬中国的律师文化。欢迎大家赐稿。

穿越时空 ●文/劳阳

坎坷之路

一

新中国成立以后,在废除国民党政府的伪法统的基础上,律师制度也开始逐渐建立。

1950年7月中央人民政府政务院公布的《人民法庭通则》规定,人民法庭应保障被告有辩护和请人辩护的权利。

1954年7月,中央人民政府司法部发出了《关于试验法院组织制度中几个问题的通知》,决定在北京、上海、天津等大城市试行开展律师工作。

1954年9月颁布的《中华人民共和国宪法》规定:“被告人有权获得辩护”,《法院组织法》亦规定:“被告人除自己行使辩护权外,还可以委托律师为他辩护,可以由人民团体介绍的或经人民法院许可的公民为他辩护,可以由被告人的近亲属、监护人为他辩护”。

1956年国务院正式批准了司法部《关于建立律师工作的请示报告》。

尽管在这个时期,律师的作用主要限于担任辩护人,维护被告人的合法权利,但在维护法律的实施及保障权利方面,仍发挥了一定的作用。所以在1980年8月出版的《辞海》中,对“律师”辞条表述为“接受当事人委托或经法院指定,依法协助当事人进行诉讼及处理有关法律事务的专业人员。”这比较符合当时条件下人们对律师的一般认识。

二

根据中央的部署,上海积极开展律师的建设工作。

1956年5月,时任闸北区法院院长的王文正被调入上海市律师协会筹备会任副秘书长兼第一法律顾问处主任。在此期间,一批专业人员纷纷从法院、机关等部门调入律师行业,如以后名闻遐迩的李国机就是从虹口区法院法官岗位上调入上海第四法律顾问处的,同时,后来成为律协领导和著名律师的李树堂、张中、陈瑞谟、倪彬彬、姚增荣等人也都走上了律师岗位。

至1957年,全国已有19个省、市、自治区成立了律师协会,并有专业律师2572人,兼职律师350人。

然而,1957年反右斗争的扩大化使第一代新中国的律师蒙受了深重的灾难。大多数律师仅仅因为曾担任被告人的辩护人而以“丧失阶级立场”、“为坏人说话”为由而被错划为右派。

其中,李国机的遭遇颇具代表性。他声名鹊起于当年轰动上海滩的“四明堂”一案,也蒙冤遭罪于“四名堂”一案。

此案说起来并不复杂。

四明堂是个药酒店。公私合营后的公方代表蒋某是私方陈某的徒弟,因而公、私之间一直有矛盾。陈某一直想寻衅殴打公方代表。1957年3月11日上午,事发那一天,公方代表蒋

某被打了一个耳光,眼镜被打落在地,陈某仍不罢休。在万般无奈的情况下,蒋某把早已为防卫准备好的水果刀拿出来警告陈,让他不要再打。陈某不听,仍然冲上来殴打蒋某。两人抱在一起扭打,结果陈某的手臂被水果刀划破表皮。后黄浦区公安分局民警将两人交由四明堂上级区店处理了事。

此时,正值整风运动大鸣大放时期,想不到在一次召开的工商界会议上有人提出:“你们共产党讲在法律面前人人平等,如果我们私方拿刀子刺公方代表,肯定会说是犯罪,但上海四明堂案件中公方代表拿刀子刺了私方代表,居然会没事。这难道是在法律面前人人平等吗?”与会的上海市委某负责人听了这番话后,马上下令严肃处理。于是,事隔两个月之后,1957年5月22日,蒋某被逮捕。

听到公方代表被抓,社会舆论哗然,引起了国内各阶层的关注。江苏、浙江及上海市有357个单位以及个人来信来访,对公方的被捕表示反对。四明堂药店的24名职工也联名写信给政府要求释放公方代表。然而,当时的上海市委某负责人坚持将公方代表提起诉讼。李国机就在这种情况下接受了蒋某家属的委托,担任辩护律师。

李国机后经过调查,搜集到大量的证据,再细心研究发现,私方的伤痕是在两人争执时撞在刀口上划的,法医检验伤口认定,是从下到上,属

划伤,不是刺伤。最后经集体讨论,认为公方代表系正当防卫。

1957年6月3日,法院开庭审理此案。经过李国机的无罪辩护,黄浦法院宣告蒋某无罪,当庭释放。这本是正常的辩护,是律师依法履行自己的职责。不料,在稍后1957年6月18日,李国机被划为律师界首位“大右派”,离开了法律界,踏上了曲折不平之路,历尽了一段人生的坎坷生涯。

与李国机相比,担任上海县法律顾问处主任的姚增荣,由于他忠于法律,先后把两个国家干部,内中还有一位县监委书记送上重婚的耻辱柱,在这场政治漩涡中受到被撤销党内外一切职务,行政降三级,没收住房,下放农村劳动改造的处理。

而1956年审理日本战犯时,曾担任过日本战犯富永顺太郎和筑谷章造辩护律师的倪彬彬则被发配到南市清洁管理站当老师,扫马路。

坚持原则、仗义执言的王文正也在整风反右运动中受到严厉批判,说他严重右倾,积极宣扬“无罪推定”和“有利被告”论,受到党内严重警告处分(后来改为免于处分)。1959年他被调出上海,辗转在安徽、江苏、山东煤炭系统工作。这一去就是23年。

……

从此时开始,新中国的律师制度实际上已名存实亡。至文化大革命时期,公、检、法均被彻底砸烂,律师制度更是荡然无存。

三

党的十一届三中全会以后,中国民主法制开始真正进入一个创建时期。为了保障人民民主,必须加强法制,必须使民主制度化、法律化。

口将言而噤,足将进而趑趄的时代将一去不复返。

1979年《刑法》《刑事诉讼法》等七个重要法律问世,为我国律师制度的重建提供了法律根据。其中《刑事诉讼法》对辩护列出专章规定,肯定了律师在刑事诉讼中的基本作用,从而恢复了被告人的辩护人和律师制度。

1979年4月,上海市委组织部发文批复,同意恢复建立上海律师协会。1980年3月,上海市律师协会经上海市委同意和司法部批准,正式恢复建立,启用印章,对外办公。

1980年,五届人大常委会第十五次会议通过了《律师暂行条例》,为规范我国律师的迅速发展起到了重要作用。

然而,经过整风反右和“文化大

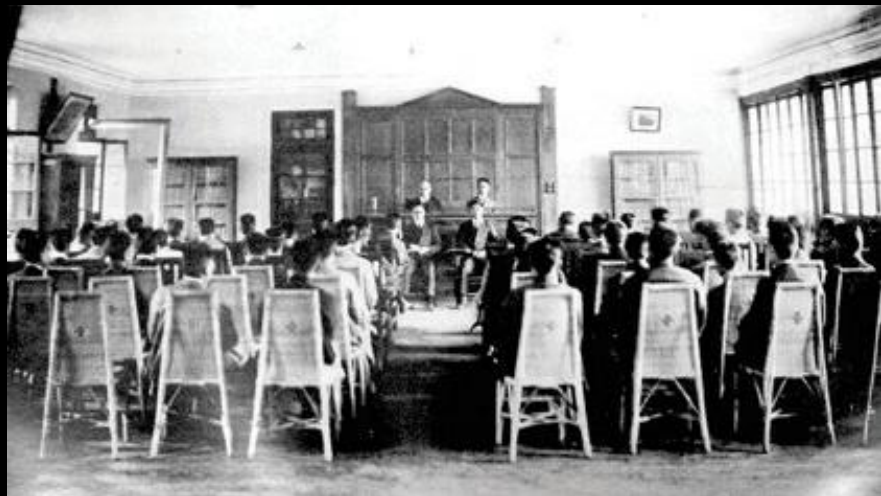
革命,前后20多年,律师竟然消失的无影无踪。1979年恢复律师制度,当时的律师队伍七零八落,真可称得上惨不忍睹。尽管李国机、倪彬彬等人归队,郑传本等人也从法院调入,但人员仍严重不足。1981年初,市属的法律顾问处只有40多个工作人员,区县所属的19个法律顾问处所有工作人员加起来也只有80多个人。也就是说,全上海的律师加起来满打满算总共不过120人。

迅速建立一支适应形势需要的律师队伍就成了当务之急。

故而,此时已回到上海,并担任律师协会秘书长的王文正第一件事就是带领一个六人小组到各个单位寻找律师,当过律师的,学过法律的,都是寻找对象。这支“离队”的队伍共有600人。

3个月跑下来,调回来当律师的只有20个人,仅占百分之三。有的人心有余悸、有的人知识早已还给老师、有时人年过半百……尽管如此,20个人也是成绩,占当时全部律师的百分之十六了。这已是一笔不小的财富了。

此后,上海律师协会一直把发展律师队伍当作一项重要工作来抓。直到法学教育恢复之后,上海律师的来源才源源不断。■



实务 ●文/万倩伊

国美控制权之争 看公司治理机构



中国最大的家电零售连锁企业——国美电器控股有限公司,因其董事会与大股东的一场内部控制权之争而成为众人瞩目的关注热点。

陈晓退出,张大中入局,国美进入了暂时的平静期,长达近一年的国美控制权之争终于画上了句号。3月14日,国美发表声明,表示经过董事会人员调整后,公司发展已回归正轨,运营良好。

回顾全过程我们不难发现,这场纠纷中陈晓行使的是董事会权力,而黄光裕行使的是股东权力,从而牵连出公司治理结构中股东大会与董事会该如何分权的问题。笔者在此从公司治理的角度入手,在已有的研究基础上,对公司治理结构从“股东会中心主义”向“董事会中心主义”变迁的深层原因做一个分析和探讨,并通过分析国美之争背后所反映出的制度背景差异,结合我国公司立法以及上市公司的国情,试图论证公司权力重心从股东会向董事会的转移也是我国公司发展的必然趋势,促进我国公司立法作出相应调整。

传统公司治理机构——股东会中心主义

一般而言,公司财产来源于股东的投资,因此股东普遍被认为是公司的所有者,公司的一切权力属于股东,股东

权是公司权力配置的基础。“不可否认,在法理上公司机关的权力主要来自作为投资者的股东,正是股东大量财产的聚合,形成了一个最重要、极明显的权力源。因此,公司机关的权力主要是按股东预期效果的功能意义产生的。”

“在这种模式下,“股东本位”的思想强烈,政治民主的观念演变为“股份民主”、“股东民主”;公司章程被类推为国家宪法的地位而尊奉为公司内部的宪章;将执政者应受选民监督的政治理念引申为公司的经营者应受股东大会监督的经济理念。公司立法则普遍注意规定公司中股东的权限,特别是体现股东意志的股东会的权力”。在这种理念的支配下,形成了公司法学说上所称的股东会中心主义,即在公司权力机构中,股东大会享有法律上和事实上对公司经营的直接控制状态,是公司的“最高权力机关”。

因此,一直到20世纪初,世界各国的公司法均体现了股东会至高无上,董事会完全依附于股东会的精神。公司立法普遍注意规定公司中股东的权限,特别是体现股东意志的股东会的权利,而董事会成了股东大会决议的消极的、机械的执行人。

我国法律属于大陆法系,且“现行公司法从其诞生之日起就肩负着为国

企改革服务的历史使命,国家作为国企的当然股东毫无疑问的也是不可避免的会从制度层面为实现自己利益最大化而竭尽全力。于是在所有权至上理念下制定出的公司法方面极力强调股东的权利”。

我国公司法赋予了股东会较大的职权,有权选举和更换非由职工代表担任的董事、监事,有权修改公司章程,有权决定公司的经营方针和投资计划,有权审议批准董事会、监事会或者监事的报告,有权审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案,有权审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案,有权对公司增加或者减少注册资本作出决议,有权对发行公司债券作出决议,有权对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议等。而董事会的地位相当于公司的业务执行机关,负责公司的经营决策,其职权包括:召集股东会会议,并向股东会报告工作;决定公司的经营计划和投资方案;制订公司的年度财务预算方案、决算方案;制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案;制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案;制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案;决定公司内部管理机构的设置等。

可见,在我国大陆区域内施行的公

司法律制度下,公司是股东的公司,董事会只是其委托管理公司的执行机构,实际并无独立的权力。在公司法所奉行的股东会中心主义的长期影响下,大陆公众对股东会的职权与地位深信不疑,因此在解读国美之争时多评价陈晓“反仆为主”、是董事会“夺权”。

效率化与专业化的选择——董事会中心主义

进入 20 世纪 30 年代后,由于科学技术的进步,生产力水平的迅速提高,公司规模日益扩大,经营活动高度专门化和专业化,股权结构逐渐分散,传统的以股东会为中心的公司治理结构逐渐不能适应现实的需求,暴露出的缺陷越来越明显:

首先,股东缺乏参与公司管理的激励且退出途径通畅。投资者由于其较小的持股份额和投机心理,“只是将公司股票视为追求利润的一种工具,对公司的关注往往集中在股价的波动上,通过低买高卖赚取差价的方式获取回报,但对于以股东身份监督管理层这一使命明显缺乏兴趣。即使某些股东愿意站出来履行监督和控制的职责,但由于其所持股份在公司资本中所占比例微乎其微,他们也会面临对公司影响力有限的尴尬。”因此,股东作为公司所有者往往缺少监督的动力,参与公司管理的激励大为降低。此时当出现管理层不称职的情况时,投资者们更乐意通过自己的“脚”来投票,抛售表现糟糕的公司的股票。相比之下,董事在公司经营不佳时,可能面临失去工作的风险,并且不像股东可以享受畅通的退出途径和有限责任的保护,所以在一般情况下可能比大多数公司股东更有动力去关注公司的经营状况。

第二、股东持股分散,导致股东会决策效率。“由于公开发行股票的公司股东数量巨大、持股分散,而且随着证券交易市场的发展这些股份还处在不断流动之中,因此要让这类公司的股东

会承担起及时做出决策、根据市场变化调整公司经营策略的职能显然是成本巨大且不可行的。”

第三,专业化与效率化的要求。随着社会分工的精细化与市场竞争的复杂化,对于管理者的经营经验和管理技能要求越来越高,普通股东往往缺乏这种经营管理的专业知识。因此将公司经营管理的大部分事务交由具备专业知识的董事来进行,才能够及时有效地作出决策方能保证公司的生存与发展,更有利于公司的专业化管理。

在综上所述的各方面因素推动下,最终导致了在现代大型企业中经营权从股东会转移到管理层手中,从而使得公司的股权结构被稀释,单个股东所持有的股权对整个公司决策机制的影响力不可避免地下降,董事会逐渐在公司权力结构中处于核心地位,凡公司业务之决定及执行之权限均归属于会议形式之董事会,即董事会中心主义。国美电器控股有限公司的注册地在百慕大群岛,上市地点在香港,这两地均属于英美法系,而英美法系奉行董事会中心主义。根据香港交易所《综合主板上市规则》中的附录十四《企业管治常规守则》第 A.3 条,“董事会应确保其组成人员的变动不会带来不适当的干扰。董事会中执行董事与非执行董事(包括独立非执行董事)的组合应保证均衡,以使董事会有强大的独立元素,能够有效地作出独立判断。”第 A.4 条规定,“董事会应制订正式、经审慎考虑并具有透明度的新董事委任程序,并应设定有秩序的董事接任计划。所有董事均应每隔若干时距即重新选举,发行人必须就任何董事辞任或遭罢免解释原因。所有为填补临时空缺而被委任的董事应在接受委任后的首次股东大会上接受股东选举。每名董事(包括有指定任期的董事)应轮流退任,至少每三年一次。”

由此可见,在董事意志上,香港交易所强调公司的董事应独立于股东并

作出独立判断;在董事任职上,不仅没有规定任期,而且在轮流退任过程中原则上应当由董事会重新推荐为董事候选人;更进一步地,在董事缺额的情况下,董事会可以直接委任董事。

在国美的实践运作中也体现了董事会中心主义。在国美电器年度股东大会已投票形成决议的情况下,大权在握的董事会以“投票结果并没有真正反映大部分股东的意愿”为由,否决了股东大会的相关决议,并将被股东大会否决的三人任命为公司非执行董事。此番做法实际上是根据英美法系“未明确禁止即合规”的原则,符合香港法律的法定程序,却引起了大陆公众对“董事会否决股东会”的惊叹,这正是不理解董事会中心主义的表现。

综上所述,两大法系价值取向的差异决定了大陆公司法律和香港公司法律规范的内容的不同,由于身处不同的法律环境,香港公司法对董事会中心主义的追求和中华人民共和国公司对股东会中心主义的规定均有其合理性,我们也就不难理解为什么社会公众会对国美之争众说纷纭了。

我国公司法的导向:加强董事会职权

随着公司专业化经营与管理层权力的持续扩大,现代公司法发展的一个突出趋势就是股东会与董事会的权责划分日趋鲜明,且越来越向着保护董事经营权、防止股东对其不当干涉的方向倾斜。公司的所有权与财产权相分离,是基于资产所有者不一定擅长经营,而经营者不一定具有资本这个事实而形成的分工,希望两者优势互补。”在现实中,股东会往往由于缺乏专业知识和市场信息而无法承担公司法赋予的职权,但我国公司法过度强调股东会的地位和职权,董事会的权力很大程度上受制于股东大会,缺乏应有的独立性,这明显有外行指导内行之嫌。此外,我国公司法赋予了经理较大的职权,包括主

持公司的生产经营管理工作,组织实施董事会决议,组织实施公司年度经营计划和投资方案等。相比较而言,西方国家视公司经理为基于委任关系而产生的公司代理人,只是隶属于董事会的高级职员,其权力来自公司章程和董事会的授权。而我国将董事会的经营管理权一分为二,决策权划归董事会,执行权划归经理。其结果使经理由公司代理人变成公司本身常设的专门执行机关。公司法对董事会与经理权力的这种划分,为实践中经理实际控制公司提供了可能性,从而削弱了董事会对经营层的控制,无法发挥对公司治理的核心作用。

其次,现实中我国上市公司普遍存在关键人控制现象。“由于中国多数上市公司是由原国有企业进行股份制改造而来的,这一特殊背景使上市公司存在大量不流通的国有股和法人股,并最终导致中国现行公司治理主要表现为关键人控制模式。”在这种情况下,大股东和国有股东的代表凭借其绝对控股的优势,在公司治理结构中表现出“超强控制”,可以左右股东大会决议,操纵董事会,实际控制上市公司,在公司治理结构中表现出“超强控制”,使得公司治理结构中的内部制衡机制失灵,董事会运作流于形式,从而导致决策缓慢、经营成本过高,致使公司无法迎合商事活动的客观需要,实施灵活机动的运营战略。

在国美案中,我们也能看到控制股东滥用控制权的问题。2004年和2006年,国美电器65%股权和35%股权两次借壳上市之后,黄光裕家族一度持有超过75%的国美股份,黄光裕身兼董事长、董事、总裁三职。正是在这一时期,凭借其“绝对控股”地位,方便自己以后股份被摊薄稀释之后仍然能够闪转腾挪,黄光裕多次修改公司章程,使得公司董事会完全凌驾于股东大会之上,企图把国美变成一个人的国美。

在中国整体公司治理机制不断完善的前提下,董事会运作的有效性和独

立性与中国整体公司治理机制的完善这两个进程是交织在一起的,任一进程的进展都将为另一进程开辟新的机会。

综上所述,结合我国公司法与上市公司的现实国情,我提出以下几方面建议:

(一) 适当界定职权

首先,我认为股东会中心主义和董事会中心主义都只是相对的说法,强调的是股东会和董事会在公司治理结构中的地位和作用的对比状况,任何一种提法都没有否认另一方在公司治理结构中的地位和作用的意思。“公司法理论研究和规则设计的目标应当是寻求一个董事会经营自主权与股东利益保护之间的平衡。”

因此,我所倡导的董事会中心主义只是推动公司权力重心向董事会转移,并不否认股东会对公司重大事项保留的最终决策权。例如公司经营方针和投资计划的决定权、公司增资减资的决定权、发行公司债的决议权、制订公司的年度财务预算方案、制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案等董事会职权,应当交由具备专业知识的董事来进行,更有利于公司的专业化管理,至于对公司章程变更、组织机构变化等涉及到股东切身利益和公司的根本性问题重大事项,则由股东会保留最终决策权。

(二) 健全与完善董事会制度

第一,增强董事会成员的代表性和独立性。从股东选举董事制度入手,防止大股东或关键人控制董事会。在这方面,我国公司法引入了国外公司法中的累积投票制,有利于中小股东的代言人被选进董事会,确保董事会的决策能真正体现包括中小股东的所有股东的意愿,从而防止控股股东通过被其控制的董事会操纵独立董事的任免,是值得发扬与完善的;另外,还可通过增加流通股股东提名的代表在董事会中的席位、降低少数股东的行权条件,规定持有公司普通股份1%的股东有董事提名和董事解任请求权等,”扩大董事会的代表

性。

第二,规范董事会机制与程序。首先,应适当限制董事长的决策权,如在董事会的组织、议题选择、决议表决等环节推动民主决策,保证董事会集体决策机制的有效发挥;其次,监管机构与部门应加强对上市公司董事会议事规则的制定及遵守的监督,确保上市公司制定切实可行、内容合理的董事会议事规则并遵守,可以对董事会会议的董事出席率等指标进行考核;最后,严格规范董事会会议的表决程序,如董事会表决应更多地采用记名投票制度,以提高董事会决议表决的严肃性;切实执行关联董事回避关联交易表决制度,保证董事会议事机制的独立性。

第三,强化董事义务与责任制度,建立有效的董事激励约束机制。首先,应将董事的注意义务与忠实义务法定化、明确化,“我国可以借鉴美国《标准商事公司法》的规定,在公司章程中规定公司董事的如下义务:“董事必须遵守法律、法规及公司章程。董事对公司及全体股东负有忠实义务,不应当置自身的利益与承担的义务可能发生冲突的处境。当前述冲突无法避免时,应当以公司和股东的最大利益为行为准则。董事在履行职责时,有责任以一个合理的谨慎的人在相似情况下所应表现的谨慎、勤勉和技能为其所应有的行为。”其次,强化董事所承担的民事责任,规定更为科学、合理的董事责任追究的民事实体要件和程序保障,要求在滥用职权或有违义务时,董事对第三人产生的损害与公司一同承担赔偿责任;第三,加大对董事的刑事处罚力度,严格处罚董事和高层管理人员滥用公司财产、转移股东财富等行为。

(三) 赋权与限权同时并存

董事会中心主义的转变,虽然在一定程度上适应了现代发达经济的发展,但是这种权力配置模式也因所有权与控制权的分离产生了严重的潜在代理问题。公司所有权与控制权的分离,意

实务 ●文 / 刘秀丽

出资瑕疵股东 对公司债权人承担 法律责任分析

——以未足额出资为例

意味着决策结构并不承担其决策所导致的与风险。“股东与经营者之间利益向背为公司高层管理人员侵吞股东的权益提供了可能,管理者权力增加有损害资本所有者利益的风险,可能会导致管理者对公司进行掠夺。”

限权和赋权附随出现,这是良好治理的一条亘古不变的法则。因此,在董事会中心主义的前提下如何制衡董事会的权力,才能使董事会既保持高的运作效率,又兼顾公司股东利益最大化是我们必须重视的现实问题。

首先,应完善监事会制度。监事会享有董事任免权、董事报酬决定权、监督权与重大决策权,能够对董事会的运作与决策起到一定监督作用。因此,监事会必须扩充监督职权,强化监督手段。比如在立法上直接规定职工监事的比例,通过鼓励更多的职员参与监事会,对董事会形成实际有效的监督。其次,明确规定董事会的禁止性义务。我国公司法可以举例的方式对董事的职权作出某些具体的限制性规定,如董事不得使公司超越营业执照规定的业务范围经营;不得超越其职责范围行使权利;不得以个人名义代表公司或者董事会行事,但经公司章程规定或董事会授权的除外;不得在未事先声明其立场和身份的情况下以个人名义行事,但第三方不会合理地认为其代表公司或董事会时除外;不得在任职期限内离职,但经公司章程规定或股东会同意的除外等等。

结语

国美内部争斗是公司治理问题的集中体现,随着市场化的推进与公司制度的完善,今后中国类似的控制权之争可能还会上演。国美控制权之争对中国其他类型企业、中国的公司治理改革提供了鲜活教材,尤其是对于中国企业公司治理中如何处理董事会与股东会的权力边界有深远影响。■

(作者单位:华东政法大学)

公司是具有独立法律主体地位的法人,应当以自身财产独立承担经营过程中产生的法律责任,公司股东对此不承担责任,这是法人制度基本精神的内核。但是,我国新《公司法》第3条规定,公司股东应当在认缴出资范围内对公司承担责任。本文试以笔者处理的真实案例为例,从未足额出资的角度分析出资瑕疵股东对公司债权人应当承担的责任,谨供公司股东和债权人参考。

实践中出资瑕疵主要表现形式有:未足额出资、出资评估价值不实、虚假出资(股东出资不足)等。什么是未足额出资?根据《公司法》第26条第1款规定,“有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的百分之二十,也不得低于法定的注册资本最低限额,其余部分由股东自公司成立之日起两年内缴足;其中,投资公司可以在五年内缴足。”实践中,公司股东首次出资额不足20%,或两年内没有缴纳剩余的80%,就构成股东未足额出资。

一、案例

2008年A公司拖欠B公司货款共计41万元,逾期不还,2010年3月12日B公司遂提起诉讼要求A公司偿还货款,同时列A公司三名股东为

共同被告并要求承担连带责任,理由是A公司三个股东在公司成立两年后未足额缴纳出资额。经查:A公司成立于2007年10月8日,注册资本100万,三名股东投资比例分别为50%、40%、10%,第一期出资额分别为10万、8万、2万共计20万,事实上直至本案开庭之日A公司三名股东仍未足额缴纳其认缴的出资额,A公司实收资本仍为20万。终审判决为A公司支付B公司货款41万,A公司三名股东在其出资不足范围内承担连带责任。

二、法理基础

在法律上,公司的财产是指注册资本金总额,而非实收资本额。通常情况下,公司债权人无从知晓法人内部的财产状况,只能通过企业营业执照上公示的注册资本金判断企业的经营规模和承力。因此公司注册资本成为公司对外承担债务的担保财产,是公司获得独立法人资格的必要法律要件。股东按照公司章程和法律的规定向公司足额投入并保持足额资本,是其享受有限责任保护的必要条件。本案纠纷发生时,A公司的实收资本仍旧为20万元,在公司现有财产尚不足以清偿B公司债务的情况下,A公司三名股东应及时履行补足出资义务以充实公司注册资本、保证公司保持足额资本对外承担债务。现三名股东

至今未履行补足出资的义务，客观上使基于信赖公司的实际资本符合公司所公示的内容而与公司发生业务往来的债权人的利益受损。当债权人向公司请求实现债权时，如发现公司财产不能抵偿债务，而原因在于股东并未足额出资的情况下，债权人便可以受到误导或者欺诈为由，直接要求依约履行出资义务的股东，在其出资不足的范围内对公司债务承担连带责任。据此，本案三名股东存在未足额出资行为，应在实缴资本与应缴资本的差额范围内向债权人承担清偿责任。其法理精神也可根据《公司法》第31条推出，“有限责任公司成立后，发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的股东补足其差额；公司设立时的其他股东承担连带责任。”这一点也被《最高人民法院执行工作办公室关于股东因公司设立后的增资瑕疵应否对公司债权人承担责任问题的复函》和《上海市高级人民

法院关于审理涉及公司诉讼案件若干问题的处理意见(一)》所肯定。

三、未足额出资股东与公司债权人之间的法律关系

一般情况下，依据债的相对性原理，公司债权人不能依据其与公司之间的法律关系向股东主张权利是显而易见的。但在本案中公司债权人何以要求未足额出资股东承担责任呢？因为债权人和股东之间存在侵权关系，满足构成侵权的四个法定要件，即行为人违法，主观过错，债权人的实际损失以及行为人违法行为与债权人损失之间的直接因果关系。第一，不实出资股东不实出资行为属于违法行为；其次，公司承担责任的基础完全建立在公司股东出资财产之上，是公司获得独立法人资格的必要法律要件，股东未按照公司章程和法律的规定向公司足额投入并保持足额资本，继而侵害公司债权人利益成立，其主观过错成立；再次，公司债权人发生了实际的损

失；最后，公司的认缴注册资本客观上使该公司债权人对公司的履行能力增强了信赖，如果该公司对外无法履行债务且公司财产不能抵偿债务，而原因在于股东存在滥用公司人格的失信行为即未足额出资，也就是说公司不能清偿全部或部分债务可能给债权人造成的损失，与股东未足额出资存在必然的因果关系。由此，公司未足额出资股东应对其未足额出资部分直接对公司债权人承担民事责任。

综上，出资瑕疵股东对公司债权人承担有限连带责任，即在其瑕疵出资范围内对公司承担连带责任，有充分的法律依据和案例予以支持。这不仅有利于公司法人制度的建立，而且也提醒公司债权人不要因为负有债务的公司没有可供执行的财产而放弃诉权，完全可以通过追究出资瑕疵股东的连带责任来维护自身的合法权益。

（作者单位：上海劲达律师事务所）



实务

●文/李肇

签订公务机购买合同时 应注意的若干法律问题



公务机,又称为商务机或行政专机,英文名称为 Business Jet 或 Business Aircraft,是特指用于企业和政府要员运输的航空工具。近年来,随着中国经济崛起、财富集聚,国内对于原先遥不可及的公务机的需求日益增加,在未来几年中,中国很可能将取代欧美成为全球增长最快的公务机消费市场。

据不完全统计,截止到 2009 年 12 月 31 日,中国国内买家购买的公务机数量已经超过了 35 架,其中包括了全球主要公务机厂商庞巴迪(Bombardier)、湾流(Gulfstream)、达索(Dassault)、豪客比奇(Hawk-Beech)、空客(Airbus)等的主流机型。国内买家中除了航空公司外,其他买家主要是一些经营业绩良好的民营企业主,其中就不乏一些我们熟悉的公众人物。

笔者之前曾参与了与全球两大著名公务机厂商磋商公务机购机合同条款的工作,有幸触及到了这一较为冷僻的法律业务领域,整理和总结了一些处理此类合同时应注意的问题点,可以供广大同行在处理同类法律事务时参考、借鉴。当然,本文受篇幅所限,不能一一展开阐述,仅选取其中一些笔者认为较为重要的问题点来谈谈自己的想法。

一、关于购机前的准备工作

飞机不同于普通消费品,它的选择、购买和引进,都必须事先作出详细周密的规划,充分考虑到用途、注册、融资、运营等相关事宜,选择适宜的机型,

评估测算相应的成本,最终形成完整的可行性方案,再着手进行购买和引进,切不可操之过急。

购买和引进飞机的费用主要包括以下三部分:

①飞机购买费用;

②税费、注册费及购买过程中的杂项开支;

③运营费用。

由于目前市场上的主流公务机都是欧美厂商制造出品的,因此如果由境内客户直接向国外厂商购买公务机并将之进口到中国大陆来注册登记的话,将会增加引进成本,目前国际上流行的引进方式是采用由一间设立在境外的公司(如香港公司或离岸公司)作为购机主体来购买标的飞机,将标的飞机注册登记在境外,然后通过租赁(Lease)、托管(Mgt)、包机(Charter)等方式来提供给境内客户使用。当然,还有一些境内客户会采用融资租赁的方式来引进标的飞机,但是笔者认为此种方式仅能起到减少初期资金投入的问题,而并不能实际减少引进成本(如税费等)和后期运营成本,因此如果购机企业能够通过其他渠道获得融资的话,则还是建议自筹资金来购买公务机。

除了评估测算外,购机前还有一项非常重要的准备工作,就是选择合适的公务机管理公司。境内客户(除了航空公司外)购买公务机后,绝大多数情况下是不会自己组建一个航空部、招聘机组来管理和运营飞机的,而是会把飞机

委托给专业的公务机管理公司来管理、运营。目前在国内经营公务机业务的企业有约 10 家,各有特点,但是无论选择哪家,他们所提供的服务中都有作为咨询顾问来帮助客户处理购买公务机的相关事宜这一项目,因此从某种意义上来说,对于首次购机的客户,选择一家合适的公务机管理公司显得尤为重要。

综上,购机客户需要综合、细致地评估、比较各种机型及引进方案的成本、利弊,然后再作出选择,确定购买的机型和购机主体。

二、关于 VTC、CCAR135 和高空适航性问题

公务机是一种民用航空器,而任何民用航空器要在中国境内投入使用的,都必须获得民航总局颁发的适航证(AIRWORTHINESS CERTIFICATE),而申请适航证前必须要先取得民航总局认可的该机型的 VTQ(型号认可证)。随着科技发展和产品竞争,世界各大飞机制造厂商生产的公务机总是在不断推陈出新,因此客户在选择标的飞机时,要了解清楚该标的飞机的机型是否已经取得了 VTC,如果没有取得的话,则暂时无法申领适航证,最终需要大幅推迟该标的飞机可以投入境内使用的时间。如果客户选择购买的是一种尚未取得 VTC 的新机型的话,则必须注意在“等待期”内标的飞机所发生的一切停机、维保、管理等费用的承担以及标的飞机的风险问题。通常情况下,我建议该等费

用客户应当在购机合同中注明由卖方承担,而在“等待期”内标的飞机发生的毁损、灭失等风险也概由卖方承担。

任何一架公务机产品都是由标配飞机+选装设备(“选配”、“个性化定制”)构成的,而在“标配”中,默认购机客户购买的飞机是用于私人使用的,因此标的飞机的技术要求和设备只需要符合CCAR91(俗称“91部”)的要求即可,91部就是民航总局制订的航空器的《一般飞行和运行规则》。但是如果客户在购买飞机时有计划未来将飞机用于商业运输用途或者未来能在二级市场获得一个较高的转让价格(即保值)的话,则必须要求卖方将标的飞机的技术设备升级成符合CCAR 135的要求(俗称“135部”)。135部的全称是《小型航空器商业运输运营人运行合格审定规则》,是民航总局对小型航空器制订的商业运输的运行规范。标的飞机的选装设备从91部升级为135部,仅以Gulfstream G550机型为例,需要增加约20万美元的费用(不同厂商的不同机型会有所不同)。因此,客户与厂商洽谈购机价格时,应该一并考虑135部的因素,在购机合同中注明标的飞机的“整装价格(Fully-Outfitted Price)”应包含135部的要求,而无需额外加价。

中国地域广大,地貌特征复杂,个别地区的机场位于极端地理环境中,对于航空器的适航性有着特殊要求。譬如飞机如果需要在西藏拉萨机场起降,必须符合高空适航性标准,而这需要飞机具备符合在高海拔地区安全起降的技术要求和相应设备。譬如起落架轮胎,适宜在拉萨起降的飞机所装备的轮胎的厚度、规格、特性等都与标准轮胎不同。因此,客户应在与厂商洽谈标的飞机的特性和选装设备时,明确提出飞机应当符合高空适航性标准,而无需额外加价,并在购机合同中注明。

三、关于PDO List和主要部件维保责任问题

飞机是一架非常精密、复杂的大型机器,因此客户在飞机交付、检验时,很可能会发现一些不符合之前约定或存在问题的地方,而这些就需要写入PDO List(Post Delivery Obligations form,交付前义务清单)中,由厂商在“交付日”后的一段时间内进行整改。客户必须在购机合同中注意PDO List和整改期条款,并且必须对整改期主张一个符合自己利益的合理时间段,因为公务机是一种昂贵的商品,付款后越早投入使用越能发挥价值。

公务机的主要部件包括飞机机身、侧翼、尾翼、发动机、电子设备等,这些主要部件的维保期厂商一般会定为10年,但是客户完全可以通过谈判在不额外加价的前提下争取将主要部件的维保期延长至15年甚至20年。另外,湾流(Gulfstream)、达索(Dassault)等全球几大著名飞机厂商都会提供主要零部件额外的保险保障计划供客户购买。我建议客户在条件许可的情况下可以选择购买这类计划,因为在二级市场上,附带有这类原厂保险保障计划的飞机的价值相对于没有的要高(保值);另一个有利之处在于,购买了这类计划后,厂商将保障客户未来如有需要将可以以一个相对固定的价格购买到此机型的主要零部件的备件,而不会受到当时零部件供应紧张和价格上涨等因素的影响。

四、关于除外责任中的次承包商原因免责问题

在购机合同中通常会包含一个“除外责任(EXCUSABLE EVENTS)”条款(亦称为“可原谅事件”),相当于是一个“不可抗力条款”。欧美厂商习惯于在除外责任条款中加上“因次承包商原因造成卖方交机延误或其他违约则卖方免责”的表述,如“Such Excusable Events include, but are not limited to, …… ,inability to procure materials from subcontractors after due and timely diligence, ……”显而易见,这一条对于客

户而言是不合理的。在购机交易中,客户只与卖方发生关系,即便卖方的违约是因为次承包商或上游供应商的违约而造成,但是卖方亦不能以此为由不对买方承担违约责任,卖方应在向买方承担违约责任后再循与次承包商之间的合同而自行向次承包商追究违约责任。作为客户,我们完全可以向卖方主张删除这一条,而在笔者之前参与的合同谈判中,卖方最终也接受了我们的意见删除了这一条款。

五、关于延迟交机违约责任设定中应考虑融资成本的问题

买、卖双方各自的违约责任条款(DEFAULT),也是购机合同中非常重要的部分。通常来说,在购机合同项下买方的主要义务就是“支付价款”,违约与否非常容易认定;而卖方的主要义务是“按期交付符合约定的标的飞机”,在认定违约行为时就复杂得多。因此,客户对于卖方的违约责任条款必须要非常严格地加以约定,尤其是延迟交机的违约责任问题。

因为公务机的价值较高,因此境内客户在购买公务机时通常会向金融机构融资,而融资必然会产生融资成本(利息支出)。因此,卖方因延迟交机而应支付给买方的违约金或赔偿金不应低于买方因交机延期而多支出的融资成本(利息支出),客户应充分注意到这一点,并在购机合同的违约条款中注明。若买方忽略这一点的话,则一旦发生卖方原因延迟交机、而违约金标准又低于融资成本的话,则买方的融资成本损失将无法得到充分救济。

六、关于文本语言、适用法律和仲裁地点问题

目前全球航空工业主要都集中在欧美地区,几大最主要的公务机厂商不是美国公司就是法国公司,而他们所提供的标准销售合同文本的官方语言都是英语,适用法律是厂商所在国法律

实务

●文/汪 灏

农村土地
流转市场简论

(主要是美国、法国等欧美国家法律),仲裁地点也是定在厂商所在国。以上这些条款看似与购机交易没有关系,但是绝对不能忽视。

首先,作为一个境内买方,而且是购买如此高价值的产品,完全有权利要求卖方提供一个购机合同的官方中文译本,这样一是体现出对等性,二是为了符合中国人的阅读习惯,便于本方对照中文译本理解英文版本的涵义和寻求更多国内专家的咨询意见。当然,买方可以自己来翻译合同或者直接去阅读理解英文版本,但是对于专业技术名词如此之多的飞机销售合同而言,买方自己翻译、阅读的质量可能远不及厂商提供的官方译本,反而会增加很多理解和判断上的困难。而在实践中,笔者在参与磋商购机合同时也都曾要求厂商提供官方中文译本,而经过交涉和争取厂商也都提供了官方中文译本。

其次,很多国内企业在与外方磋商争议仲裁的适用法律和仲裁地点时,往往会走向两个极端,要么一股脑儿地要求将适用法律改为中国法律、将仲裁地点改为中国某一城市,而这在实践中,尤其是在与欧美厂商的合同谈判中是不切实际和很难实现的,外方基本上很难同意,而此时本方又会不再坚持修改这些条款,因为毕竟这些条款是与交易标的关系不大的程序性条款。笔者认为,这些程序性条款不是不能主张修改的,而是要采取一种灵活务实的方法去修改,譬如我们可以提出适用一方法律而在另一方仲裁,如:适用美国纽约州法律、在中国上海仲裁。又譬如我们可以提出由第三地香港仲裁,适用法律选择买、卖双方所在国以外的第三国法律。经过笔者观察,在实践中经过努力是完全可以促成外方接受上述修改的,而这样的修改对于境内企业而言肯定是优于“适用卖方所在国法律、在卖方所在国仲裁”的原合同条款的。■

(作者系上海美特斯邦威服饰股份有限公司法律事务部总经理、公司律师)

农村土地流转是土地管理制度的一大创新,是来自农村的一大创举,被公认为是新一轮的土地革命。从法学角度分析,农村集体所有的土地流转包含两个层面:一是土地所有权的流转,二是土地使用权的流转。根据现行宪法和相关土地管理法律法规之规定,只有在国家对农村集体所有土地进行征收时,才会发生农村集体所有土地的所有权流转,此时土地所有权主体由农村集体变更为国家,这类具有明显行政性和羁束性的流转,不具有市场化运作空间。而一般意义上指称的农村土地流转是在不同主体之间进行的土地使用权流转,这类流转实质上是农村土地使用权的市场化。

一、农村土地流转的合法性评价

根据国家有关法律规定,土地分为农用地、建设用地和未利用地。农村集体所有的土地主要分为农用地和集体建设用地。因此,农村土地流转市场包含农用地流转和集体建设用地流转两个客体要素。由于两类土地性质上有所不同,两类流转行为的合法性评价自然有所区别。

首先是对农用地流转的合法性评价

党的十一届三中全会全面推进了农村的各项改革,其中家庭联产承包责任制成为农村土地改革奏响的最强音。单从法制建设的维度看,1986年颁布的《民法通则》以民事基本法的形式正式确立了农民的土地承包经营权;1988年的《宪法修正案》进一步做出了允许包括集体使用权在内的各种土地使用权依

法进行转让的规定,第一次从国家根本法的角度肯定了承包经营权的可流转性,开始了土地承包经营权的市场化改革;2002年颁布的《农村土地承包法》从法律层面上基本实现了土地承包经营权的物权化,同时明确赋予农民可以采用转包、出租、互换、转让或者其他方式对土地承包经营权进行流转的权利;2008年颁布的《物权法》第128条规定,土地承包经营权人依照农村土地承包法的规定,有权将土地承包经营权采取转包、互换、转让等方式流转。所以,在当下的法律制度体系中,农村土地承包经营权的流转不仅具有合宪性,而且具有合法性。

其次对集体建设用地流转的合法性评价

《宪法》第十条规定:“城市的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于集体所有;……土地使用权可以依照法律的规定转让。”笔者认为,《宪法》既然规定了农村集体对除国家所有之外的土地享有所有权,是农村集体土地的所有人,同时依据法律的规定可以转让土地使用权,这就意味着集体土地所有人可以在《宪法》禁止性规定之外流转集体土地。此时,需要审查宪法指引的相关法律是否允许集体建设用地使用权的流转。从1998年修订的《土地管理法》来分析,其第43条规定:“任何单位和个人进行建设需要使用土地的,都必须依法申请使用国有土地。但本集体经济组织成员使用本集体经济组织的土地办企业或建住房除外。”该法第63条规定:“集体土地使

用权不得出让、转让或出租用于非农建设。但是符合土地利用总体规划并依法取得建设用地的企业,因破产、兼并等情形致使土地使用权发生转移的除外。”从中看出,集体建设用地使用权是严格限制使用人和用途的法定的自用物权。这也意味着,如果向除《土地管理法》“但书”中规定的、本集体经济组织之外的组织和个人进行集体建设用地流转,该行为即为违宪又为违法。

二、农村土地流转市场建构的合理性考察

评价某个事物的存在是否具有合理性,需要从多个视角客观和综合的分析。建构农村土地流转市场是否具有合理性,笔者认为至少应从其核心功能、经济价值、社会效应等维度考察。

首先,农村土地流转市场的核心功能:盘活农村土地资源

土地是重要的生产要素,在市场经济运行中发挥着举足轻重的作用。长期以来,我国存在着土地国有和集体所有的二元制结构,国有建设用地可以自由流转与集体建设用地流转则违宪违法或至少缺乏法律依据之间形成鲜明的对比,可喜的是,自1999年以来建设用地使用权流转在江苏省、浙江省、河南省、广东省等地区逐步展开试点面,甚至有些试点省份和市县还相继出台地方性规章以规范流转行为。比如自2005年10月1日起施行的《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》,2004年9月29日起施行的《南京市集体建设用地使用权流转管理办法(试行)》等,都明确集体建设用地可以流转。再者,农村土地承包经营权流转近来更是获得国家基本法律的明确许可。农村土地资源效用的发挥途经正在逐步趋向法制化,农村土地流转的市场化时期正在逐步到来。建构符合农村土地流转特质的新型土地市场,以市场之手充分调控土地资源的流转,使得土地资源化,并且直接参与市场要素的利益分配。所

以,农村土地流转市场能够盘活土地,给老百姓带来一定的收益。

其次,农村土地流转市场的经济价值:激活农村发展潜力

三农问题一直是党和政府关心的首要问题。要使农民增收、农村致富,每项工作的开展都离不开农村土地的流转,每项土地的流转都离不开市场机制的运用。透过全国各地“农地入市”的试点情况来看,农村土地流转已经形成了一个无形的潜在市场,特别是单就建设用地来看,全国有1700万公顷集体建设用地,相当于全部城市建设用地700万公顷的2.5倍,市场潜力巨大,迫切需要一个能够提供专业性服务的显在的土地流转市场来运作,从而使得土地流转实现阳光化、规范化和合法化。这样,不仅可以减轻政府解决三农问题的巨大压力,而且可以立足村民自治来挖掘农村潜在的市场因素,促进农民早日致富。

再次,农村土地流转市场的社会效应:整合农村剩余劳力

健全土地与劳动、资本、技术、管理等生产要素按贡献参与分配的制度,创造条件让广大农民拥有更多的财产性收入,对于当下中国数亿农民能够从农耕状态中解放出来,将土地资源化和剩余劳动力商品化,具有重要的社会意义甚至是政治影响。凭借农村土地流转市场这个平台,及时、合理、有序和公平的流转土地承包经营权和集体建设用地使用权,使得种田能手和种粮大户可以承包更多的农地进行现代化农业生产,意味着很多潜在的撂荒土地重新获得丰收,很多零碎农地整合成大片粮田,特色农耕经济发展空间获得极大拓展,大量的农村剩余劳动力释放到非农建设中来。同时,农村土地流转市场的建构,促使各类企业将目光瞄准农村这片广阔的市场,一方面通过流转平台获得建设用地使用权,不用担心只能挂靠农村集体经济组织进行生产经营所带来的后顾之忧;另一方面,立足县域经济或区域经济的特点,结合企业发展的规

划,充分吸纳农村剩余劳动力,壮大企业发展规模,培育众多农业龙头企业,大力发展工商特色企业,从而形成企业、农户和地方政府多方共赢的局面。

三、农村土地流转市场的法制构建

农村土地流转市场的建构虽然具有合理性且有一定的法律依据,但从建立科学的、合规的大市场的角度看,更需要围绕市场运作的环节或方面建立全面的、有效的法律机制。

首先,土地流转的主体确认机制

根据物权理论,拥有所有权的主体可以自由处分使用权,拥有使用权的主体在不妨碍所有权权能的前提下可以处分使用权。土地流转的是承包经营权和建设用地使用权,土地的集体所有权保留在集体经济组织。因此,土地流转主体的一方为农户或集体经济组织,另一方的主体范围需要通过确认机制进行框定。这个确认机制就是:当农户将家庭拥有的土地承包经营权以适当方式流转给其他组织或个人经营使用时,这个“其他组织或个人”的主体资格范围需要突破现有法律之规定,让本集体经济组织以外的、具有“农耕行家里手”水平的组织或个人也平等的参与到土地流转中来;当集体经济组织根据村民自治制度进行集体建设用地流转时,在土地流转市场机制下所选择的建设用地使用权的相对方,同样需要突破现有法律之规定,对于“资信良好、遵循绿色经济发展规划”的组织或个人方可参与流转。确认机制设置门槛,目的在于规避因流转不当造成的土地再次撂荒、耕地低产或者建设用地遭受掠夺性开发的不利后果。

其次,土地流转的价格形成机制

土地流转价格机制是土地市场的核心机制。根据当下经济发展规律,采用随行就市的价格议定机制,即根据流入土地的企业经营效益和粮食价格的变化情况而决定的土地流转价格,能够保障农户和集体经济组织更加长远的土地收益,同时,不排除在一定时期以一

次性商定的固定流转价格来简化操作的可行性。参与价格形成的主体不仅包括流转的双方当事人,而且政府设置的土地流转市场服务机构也有义务参与协调,保障土地流转价格形成机制中的信息透明性、调整及时性和定价公平性。例如,上海市金山区根据目前水稻市场价格变动情况,将土地承包经营权流转价格以每亩每年 500 市斤的稻谷为基价,粮价上涨流转费也随之上涨。浙江森禾种业有限公司在余杭区径山镇进行土地流转的过程中,流出土地的绿景村和求是村的经济联合社与该公司签订了具有规避粮食价格波动等风险的保障性土地流转合同。合同规定,农户获得的土地流转租金包括固定租金和浮动租金两部分。固定租金为 350 元/年/亩,并且今后每 5 年固定递增 10%;浮动租金是指当年的粮食价格超过基准价格水稻粳谷为 55 元公斤的那部分差价。当然,价格形成机制还需要因地制宜,不断创新。

第三、土地流转的方式创新机制

现行土地管理法律法规需要根据土地流转的现实需要及时修订,明确许可集体建设用地可以按照土地所有权人的意思表示自由流转。在遵循合理利用土地,保护基本农田,有利生产、方便生活和保护生态的土地使用原则下;在符合土地利用总体规划、土地利用年度计划以及城市、镇、村建设规划的前提下,无论是农用地还是集体建设用地,流转的方式都需要遵循民事法律的相关规定,因此民事权利的流转方式自然适用于土地使用权的流转。根据《农村土地承包法》的规定,土地承包经营权流转的形式主要有以下几种:一是物权性质的流转,如转让、互换;二是债权性质的流转,如转包、出租;三是股权性质的流转,如入股、联营等。根据土地流转当事人对于土地流转的收益预期,进行单一方式或者复合方式的流转,以最大限度的发挥土地资源的综合效用。

第四、土地流转的市场分类机制

在土地流转市场的运作类型上,一般把流转市场分为首次流转和再次流转。首次流转是农村集体土地所有者即农村集体经济组织或者农户将农村集体建设用地使用权或者土地承包经营权从土地所有权中分离出来,在一定年限内,通过一定的流转方式流转给其他组织或者个人使用,由土地使用者向土地所有者或土地承包经营权人支付农村土地有偿使用费、租金、股利或收益等;再次流转是依法有偿取得农村土地使用权的土地使用者,在土地使用年限内,将土地使用权再行流转,并且依法获得收益的二次流转。两次流转都必须在农村土地流转市场专门服务机构的主持下进行,私下进行。通过划分土地流转是首次还是再次,来逐步加大流转的成本,在于既保证流转的顺畅性和流动性,使得流转行为符合土地流转当事人的初衷;同时也要保证流转的安全性和效益性,以杜绝空手套白狼式的恶性空头流转。

第五、土地流转的市场程序机制

农用地和建设用地的流转程序存有差异。对于农用地,土地承包经营权流转的,流转双方应在合法自愿的基础上签订协议,同时双方将协议书报村集体经济组织进行一般形式上的审查和确认,在双方主体资格适格并且标的明确无误的情况下,再将协议书报土地流转市场服务机构备案即可。对于流转产生的收益原则上归土地承包经营权人所有,流转双方须向村集体经济组织和土地流转市场服务机构交纳流转收益的一定比例的服务费或管理费。缴费标准需要有村集体经济组织、土地流转市场服务机构以及政府土地管理部门协同制定,并且经过听证程序,确保公正、合理和透明。

集体建设用地使用权的流转需要村集体经济组织与接收土地流转人的事先协商,再将协商方案公布于民,经过村民自治程序协商议定,并在土地流转市场服务机构的主持下签订最终的土地流转协议,遂将该协议备案于土地

流转市场服务机构。流转双方须向土地流转市场服务机构交纳流转收益的一定比例作为服务费或管理费。同时,国家和地方税收部门可以参照房地产税收征缴规定,因地制宜的征收适当比例的土地流转税,待时机成熟时尽快制定专项税法。

第六、土地流转的市场服务机制

主要是建立乡镇一级的农村土地流转市场服务机构,对农村土地流转进行适时管控和全方位指导,特别是提供法律、政策、信息、咨询、代理服务。而农业的规模化经营,农村建设用地的商业化运作,自然是服务机构的核心工作。需要服务机构作出先导性工作,及时抓住土地流转的动向,给予及时的指导;充分挖掘和培育当地符合县域经济特点的经济增长点,推动广大村集体经济组织将土地资源化和商品化,为建设社会主义新农村作出积极工作。在管理体制上,农村土地流转市场服务机构归口于县级土地行政管理部门,同时接受乡镇一级政府部门的指导。有学者建议设立乡镇、区县和地市三级土地服务机构,笔者认为没有这个必要。在服务机构工作地位和规程法定的前提下,在具体的服务操作上主要强调因地制宜,以切实高效的服务来推动当地的经济发展。

第七、土地流转的市场监管机制

在监管方面,应由国家土地行政主管部门负责对土地流转进行管理和监督检查。并且在已经作出调整修订的土地管理法律法规框架内,对于假借土地流转而擅自改变农村土地用途性质或者所有权权属的违法行为,以及明显不当进行超期限,超额收费的土地流转行为进行行政处罚。

在社会监督方面,充分发挥舆论监督的强大功能,借助各种媒体的曝光和广大村民的检举揭发,遏制土地流转过程中出现的违法违规行为,切实保障土地流转秩序。■

(作者单位:上海市群成律师事务所)

实务

●文/廖荣华

我国公益捐赠税收法律制度的几个问题

最近几年,公益事业在中国呈现前所未有的良好发展势头,公益事业在调节收入分配、缓解社会矛盾和促进社会公平等方面的作用日渐获得中国社会各界的共识。中国政府温家宝总理在各种场合发表的言论也特别提到要大力发展社会事业。业内人士预言,中国公益事业发展的黄金时期即将来临。

然而,中国公益事业法律制度、特别是与公益捐赠密切相关的税收法律制度相对滞后,在一定程度上阻碍了中国公益事业的发展。本文拟从中国公益捐赠相关税收法律制度的现状入手,着重分析公益捐赠参与主体(捐赠方、公益组织和受赠方)税收法律地位和税负方面存在的问题,并就促进公益捐赠发展提出立法和监管方面的意见和建议。

一、捐赠方有关税收法律问题

中国公益事业相对落后的表现之一一是全社会公益捐赠金额远未达到与GDP总额相适应的水平,而其中一个重要原因便是中国鼓励和促进社会各界进行捐赠的税收法律制度尚有待进一步完善,主要涉及所得税、增值税、营业税和遗产税等方面的制度。

(一) 所得税

根据中国法律,无论是个人还是企业,其对教育事业和其它公益事业捐赠的部分,在申报个人所得税或企业所得税时可以从应纳税所得额中扣除。但是,个人或者企业允许税前扣除的部分,仅限于其通过中国境内的社会团体、国家机关向教育和其它社会公益事业以及遭受严重自然灾害地区、贫困地区的捐赠,通过其它

性质的公益组织或者自行进行对外捐赠的,则不允许进行税前抵扣。中国法律同时还规定,个人在应纳税所得额中扣除的捐赠额以未超过纳税义务人申报的应纳税所得额30%为限,企业税前扣除则以其年度利润总额的12%为限,同时捐赠额超过上述限度的部分不允许结转至下一年度。在特殊情况下,个人或者企业捐赠额可以在其应纳税所得额中全额扣除,这些特殊情况一般是由国务院或者财税部门发布特别通知进行规定的。

在实际操作层面,企业或者个人依法在税前扣除捐赠额的,接受捐赠的公益组织必须获得民政部门、财政部门和税务部门联合认定的公益性捐赠税前扣除资格,从而能够向捐赠人提供公益性捐赠票据以便捐赠人实现税前扣除。中国关于公益性捐赠税前扣除资格的规定不但将可以获得公益性捐赠税前扣除资格的申请人限定于基金会和公益性社会团体(包括公益性群众团体),而且规定了严格的申请条件以及违规处罚措施。这些规定对于基金会和公益性社会团体的公信力建设、引导社会捐赠流向基金会和公益性社会团体具有十分重要的作用。但是,由于基金会和公益性社会团体的设立条件非常严格,使得中国绝大部分的公益组织均以其它形式注册(例如:民办非企业单位、合伙企业、有限公司等),这些组织本身的处境困难,在缺乏政策支持以获得社会捐赠的情况下,其生存和发展面临更大挑战。

笔者认为,为了促进所有公益组织公平发展,应当建立针对所有公益组织的评价机制,根据评价结果赋予其一定

限额的公益性捐赠税前扣除资格,允许其在限额范围内向特定或者非特定的捐赠人提供公益型捐赠票据,为公益组织创造公平的竞争环境。

(二) 增值税

个人捐赠一般不涉及增值税问题,增值税主要与企业进行实物捐赠有关。中国法律规定,境内企业无偿赠送货物应视同销售货物依法缴纳增值税。但是,在特定情况下,国务院或者财税部门亦可以发布特别通知对实物捐赠所涉增值税进行减免。同时,中国法律规定,境外捐赠人向中国有关政府部门和全国性社会团体捐赠的用于扶贫和慈善事业的特定物资,可以依据有关规定和程序免征进口关税和进口环节的增值税。

目前中国实物捐赠的增值税减免政策存在诸多不足。首先,境内企业进行实物捐赠的增值税减免还缺乏制度性安排,境外捐赠则可以在一定条件下享有免征增值税的待遇,这种差别税收待遇不但导致税收法律地位上的不平等,而且阻碍了境内企业捐赠实物的意愿。其次,目前境外实物捐赠免征增值税的受赠人范围仅限于省级以上政府部门和特定的几个全国性社会团体,在灾难发生时往往对救灾物资管理秩序和效率带来一定的挑战。

(三) 营业税

中国法律规定,单位或者个人将不动产或者土地使用权无偿赠送其它单位或者个人的行为应当依法缴纳营业税。目前中国法律上尚未规定对于捐赠行为所涉营业税减免的法律规定。从鼓励个人和企业对外捐赠的角度而言,中国应

当尽快建立相应的营业税减免政策,以充分调动社会资源促进公益事业发展。

(四) 遗产税

国外经验表明,遗产税对于促进社会财富重新分配和流向公益事业的作用是非常显著的。中国遗产税的开征目前还处于讨论阶段,虽然社会各界对于开征遗产税的呼声很高,但也存在诸多现实的障碍:例如传统财产继承观念、遗产税导致富人阶层财产向境外转移的担忧、税收征管条件和技术尚不具备等等。笔者认为,在一定条件成熟的情况下,中国应当出台适当的遗产税和相关配套政策,鼓励利用遗产进行社会捐赠的行为。

二、公益组织相关税收法律问题

由于中国目前尚缺乏统一的公益组织立法,公益组织的法律形式具有多样性,主要包括基金会、民办非企业单位和社会团体。但是,在上述法律形式下,数量众多的民办非企业单位和社会团体在实质上并不具备公益组织的性质和特点,其中大部分民办非企业单位主要从事营利性活动,甚至成为上市公司的业务运营实体,而多数社会团体也仅仅是联谊性质的组织,不开展任何公益活动。同时,受限于法律规定的资格条件,不少公益组织只能选择其它形式注册(例如有限公司、合伙企业、个体工商户等)。因此,以法律形式为基础制定的公益组织税收优惠政策往往导致实质上从事赢利性活动的组织亦享受本应赋予公益组织的税收优惠政策,明显违反税收公平的原则。同时,公益组织在法律形式上的上述特点和税收公平性考虑也在一定程度上阻碍有关主管部门出台对于公益组织的税收优惠政策。

目前与公益组织关系最密切的税收主要为企业所得税和营业税:

(一) 企业所得税

中国法律规定,符合条件的“非营利性组织”的收入为免税收入,可以免征企业所得税,而“非营利性组织”必须符合一定条件并且依法经过财税部门的认定

后才能获得免税资格。但是,并非获得非营利性组织免税资格认定的公益组织的所有收入均可以免征企业所得税。纳入免税范围的收入一般包括财政拨款、政府资助、社会各界的捐赠收入等,其他营利性活动取得的收入,例如购买股票、债券(国库券除外)等有偿证券所取得的收入、向政府提供服务取得的收入和其它收入,均须依法缴纳企业所得税。

中国关于非营利组织所得税减免的政策大大促进了公益组织的注册和发展,但也存在不少问题值得我们研究。

首先,中国规定的非营利性组织申请免税资格的条件存在不合理之处。例如:其中一个条件是“工作人员平均工资薪金水平不得超过上年度税务登记所在地人均工资水平的两倍”。该条规定的立法意图可能是强调公益组织的“公益性”,防止工作人员变相私分公益组织财产,但在主观上可能影响公益从业人士的积极性。中国公益事业的发展经验和现状表明,公益事业的大发展不但需要工作人员的公益精神,还急需专业人士和精英阶层的深度参与,并鼓励精英阶层将其作为事业进行发展。因此,通过法律规定限制公益组织从业人员的薪资水平,可能起到适得其反的作用。监管部门应当完善公益组织的信息披露制度,要求公益组织公开披露其工作人员薪资待遇等各方面信息,并通过公益组织评价机制,引入公益组织的竞争淘汰机制,从而促使公益组织将其工作人员的薪资水平控制在适当的水平。

其次,中国目前尚未出台针对公益组织的经营性收入用于捐赠时的税前扣除的政策。中国公益组织普遍面临募款难的问题,在法律强行规定基金会每年用于公益捐赠的金额必须达到一定的比例的情形下,基金会特别是非公募基金会的财产面临保值增值的压力,不得不进行一定的投资活动。但是,在目前的税收法律规定下,为了保值增值进行投资活动取得的收入均被视为营利性收入,应当缴纳企业所得税;在将营利性收入

对外捐赠的,亦不得进行税前抵扣。比照企业对外捐赠可以按照一定年度利润比例进行税前扣除的规定,允许基金会享有类似的税收优惠政策似乎在情理之中。当然,允许公益组织将其营利性收入在捐赠时进行税前扣除必须在一定前提下进行,否则可能会对公益事业发展起到误导的效果。为此,监管部门应对公益组织财产的具体投资活动的范围、投资品种、投资比例、委托专业资产管理机构等进行规定,以限制其投机性活动,保证公益组织资产安全。

(二) 营业税

依据《中华人民共和国营业税暂行条例》规定,公益组织也是营业税的纳税义务人。公益组织应当缴纳营业税的主要包括其对外提供咨询、培训取得的收入,或者利用自有房产出租取得收入。这些收入对于某些公益组织而言,可能还占其收入的主要部分。中国税法目前没有针对公益组织的营业税减免有任何规定。从减轻公益组织税收负担的角度而言,建议立法规定对于公益组织的营业税在一定条件下予以免征。

三、受赠方有关税收法律问题

在公益捐赠行为中,除公益组织本身以外,受赠方主要包括个人和企业。根据目前的税法实务,个人接受捐赠的,该所得应当属于《中华人民共和国所得税法》第二条规定的应纳个人所得税项目中的第十一项规定的“经国务院财政部门确定征收的其它所得”,应当依法缴纳个人所得税,并在一般情况下由捐赠方对外支付时代扣代缴。企业(主要是指工商注册的公益组织)接受捐赠的,按照企业所得税法规定,应当依法缴纳企业所得税。

从鼓励社会捐赠的角度而言,国家对个人受赠方接受捐赠应该规定免税政策。受赠方本身属于弱势和需要社会救助的群体,其取得的社会捐助却要向国家缴纳个人所得税,一方面有违公平原则,另一方面也不利于鼓励社会捐赠行

实务 ●文/石先广

《工伤保险条例》
修订十大变化

四、立法和监管建议

综合本文以上讨论的中国有关公益捐赠的税收法律制度的现状和问题,为鼓励和促进中国公益事业的发展,笔者建议从以下方面完善公益捐赠税收优惠政策:

(一) 建立统一的公益组织法,将基金会、公益性社会团体、公益性民办非企业单位等形态统一在公益组织法中予以规定,从而为建立统一的公益组织税收法律制度奠定基础,也便于为公益组织出台特别税收优惠政策。

(二) 建立适用于所有公益组织的评价机制,并在评价结果上赋予公益组织在相应限额范围内向捐赠人提供税前抵扣票据的资格,从而为公益组织平等接受社会捐赠提供制度保障。

(三) 立法规定企业实物捐赠的增值税减免政策;根据公益组织的评价结果,赋予其接受境内外实物捐赠并且提供增值税减免票据的资格;同时建立全国性的实物捐赠信息系统,监督捐赠物资流向,促进境内外捐赠者境内实物捐赠行为。

(四) 废除目前非营利性组织申请免税资格申请条件中不合理的规定,允许公益组织一定条件下的营利性收入对外捐赠时可以税前扣除,为公益组织的生存和发展提供便利条件。

(五) 规定公益组织某些收入免征营业税,并且建立企业对外捐赠的营业税减免政策,从而鼓励企业的捐赠行为。

(六) 立法规定个人接受公益组织捐赠的个人所得税减免政策,以体现社会公平,鼓励和刺激社会捐赠行为。

(七) 在条件成熟的情况下,立法开征遗产税,促进社会财富重新分配,促使其流向公益事业。■

(作者系上海汇衡律师事务所律师)

2010年12月8日国务院第136次常务会议通过了《国务院关于修改〈工伤保险条例〉的决定》,新修订的《工伤保险条例》自2011年1月1日起施行。《工伤保险条例》的修订主要体现在以下几点:

一、扩大了工伤保险的适用范围

2004年实施的《工伤保险条例》第2条规定,中华人民共和国境内的各类企业、有雇工的个体工商户(以下称用人单位)应当依照本条例规定参加工伤保险,为本单位全部职工或者雇工(以下称职工)缴纳工伤保险费。而对事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织职工的工伤事宜未作规定,而是授权国务院有关部门制定具体办法。2005年,原劳动保障部、原人事部、民政部和财政部联合发布《关于事业单位、民间非营利组织工作人员工伤有关问题的通知》,对参照公务员法管理和不属于财政拨款的两类事业单位、社会团体、民办非企业单位等组织的工作人员的工作人员的工伤待遇作了明确规定,对这两类之外的其他事业单位、社会团体、民办非企业单位以及基金会、律师事务所、会计师事务所等组织的工作人员的工伤待遇问题未作规定,交由省级地方政府规定。目前多数地方未作规定,已出台的规定也不统一。为了解决这部分职工的工伤政策不明确、不统一的问题,修订后的《工伤保险条例》第2条规定:“中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、

会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户(以下称用人单位)应当依照本条例规定参加工伤保险,为本单位全部职工或者雇工(以下称职工)缴纳工伤保险费。”这样在2011年1月1日新条例施行后,企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户都需参加工伤保险。

附:工伤保险覆盖范围对比表

	修订前	修订后
覆盖范围	企业和个体工商户	企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户

二、调整了工伤认定范围

1、关于上下班途中交通事故的工伤范围

对于上下班途中受到机动车事故伤害的工伤认定问题,1996年劳动部颁布的《企业职工工伤保险试行办法》对这种情况工伤认定的要求是:“在上下班的规定时间和必经路线上,发生无本人责任或者非本人主要责任的道路交通事故”2004年实施的《工伤保险条例》则取消了原“规定时间和必经路线”的限制,而且不论事故的责任在谁,只要职工是上下班途中遭受机动车事故伤害的,不论其是主要责任、次要责任或无责任,均可认定为工伤。《国务院关于修改〈工伤保险条例〉的决定》,将“关于在上下班途中受到机动车事故

伤害认定为工伤的情形”,修订为“在上下班途中,受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的。”这一修订主要体现在以下几个方面的变化:

一是上下班途中交通事故工伤的情形扩大了,即将原来的“机动车交通事故”,扩大至“机动车”、“非机动

车”、“轨道交通”、“客运轮渡”、“火车”事故伤害。

二是增加了工伤认定的责任考量因素。修订后的《工伤保险条例》虽然扩大了上下班途中交通事故的工伤情形,但也新增加了责任考量因素,即员工受到非本人主要责任的交通事故才能被认定为工伤。

虽然这一修订增加了工伤认定的责任考量因素,但由于其扩大了交通事故的范围,无疑会增加用人单位的用工风险,值得用人单位重视和注意。

附:上下班途中交通事故工伤认定条件对比表

	《试行办法》1996年	修订前 2004年	修订后 2011年
车辆因素	机动车	机动车	机动车、非机动车、轨道交通、客运轮渡、火车
通行因素	道路交通	无规定	道路交通、轨道交通、水路交通等
责任因素	无本人责任或者非本人主要责任	无规定(不考虑责任)	非本人主要责任
时间因素	规定时间	无规定	无规定
路线因素	必经路线	无规定	无规定
备注:虽然《工伤保险条例》不在强调时间因素和路线因素,但实践中要求应在合理的时间和合理路线。			

2、关于不属于工伤的范围

之前,《工伤保险条例》第16条规定的不得认定为工伤或者视同工伤的情形为:“(一)因犯罪或者违反治安管理伤亡的;(二)醉酒导致伤亡的;(三)自残或者自杀的。”现在《工伤保险条例》将上述三种情况修订为“(一)故意犯罪的;(二)醉酒或者吸毒的;(三)自残或者自杀的。”可见修订变化主要体现在“一减一增”两点:

所谓“一减”,即将原来“因犯罪或者违反治安管理伤亡的”不得认定工伤范围的减少至“故意犯罪”。换言之,如果是“过失犯罪”或“违反治安管理伤亡”导致伤害的,如果符合工伤或视同工伤的情形,则可以被认定为工伤。因此,修订后的《工伤保险条例》大大缩减了不得认定工伤的情形,等于扩大了属于工伤的情形。这一点修订对用人单位的影响甚大,尤其是对生产制造型企业、物业管理、保安等行业的影响比较大,诸如员工之间因工作原因打架斗殴的,即便被公安机关处罚甚至构成过失犯罪,仍不影响工伤的定性。

所谓“一增”,即将原来“醉酒导致伤亡的”不属于工伤的修订为“醉酒或吸毒的”,增加了“吸毒”导致伤亡的不属于工伤。

附:不得认定为工伤的情形对比

	修订前	修订后
不得认定为工伤的情形	犯罪或违反治安管理伤亡的	故意犯罪
	醉酒导致伤亡的	醉酒或者吸毒
	自残或自杀的	自残或者自杀

三、提高了工伤赔付标准

修订后的《工伤保险条例》提高了工伤赔付标准,具体主要体现在增加了一次性伤残补助金的标准和统一了一次性工亡补助金的标准。

1、关于一次性工亡补助金标准

原规定的一次性工亡补助金标准为48个月至60个月工伤保险统筹地区上年度职工月平均工资。由于工伤保险基本上是县级统筹,各地经济发展差异大,使得平均工资差距巨大,由此带

来工亡补助金的差距。此次修改将一次性工亡补助金标准调整为上一年度全国城镇居民可支配收入的20倍。这样,工亡一次性补助金将消除各地差距,实现全国“同命同价”。

附:一次性工亡补助金标准对比表

	修订前	修订后
工亡补助金标准	48个月至60个月工伤保险统筹地区上年度职工月平均工资	上一年度全国城镇居民可支配收入的20倍

2、关于一次性伤残补助金的标准

修订后的《工伤保险条例》规定,一级至四级伤残职工增加3个月的本人工资,五级至六级伤残职工增加2个

月的本人工资,七级至十级伤残职工增加1个月的本人工资。

附:一次性伤残补助金的标准对比表

级别	修订前	修订后
1级	24个月本人工资	27个月本人工资
2级	22个月本人工资	25个月本人工资
3级	20个月本人工资	23个月本人工资
4级	18个月本人工资	21个月本人工资
5级	16个月本人工资	18个月本人工资
6级	14个月本人工资	16个月本人工资
7级	12个月本人工资	13个月本人工资
8级	10个月本人工资	11个月本人工资
9级	8个月本人工资	9个月本人工资
10级	6个月本人工资	7个月本人工资

四、简化了工伤处理程序

针对原来《工伤保险条例》所规定的工伤认定、鉴定和争议处理程序复杂、时间过长等问题,修订后的《工伤保险条例》简化了工伤处理程序。这一修

订主要体现在以下三点:

一是增加了工伤认定简易程序。修订之前的《工伤保险条例》规定了工伤认定的时限为60日。修订后的《工伤保险条例》在维持这一期限不变的基础上,有增加规定了对事实清楚、权利义务明确的工伤认定申请,应当在15日内作出工伤认定决定。

二是明确了再次鉴定和复查鉴定的时限。按照规定,当事人对劳动能力鉴定不服的,可以申请再次鉴定;自劳动能力鉴定结论作出之日起1年后,工伤职工或者其近亲属、所在单位或者经办机构认为伤残情况发生变化的,可以申请劳动能力复查

鉴定。但是再次鉴定和复查鉴定的期限,之前的法规并没有规定。这次修订的《工伤保险条例》则明确规定了再次鉴定和复查鉴定结论按照初次鉴定的时限执行,即一般为60日,必要时可以延长30日。

三是取消了行政复议前置程序。修订之前的《工伤保险条例》规定,对于设计行政部门的工伤保险争议,行政复议是前置程序,当事人只有先申请行政复议,才能进行行政诉讼。修订后的《工伤保险条例》则取消了行政复议前置程序,发生涉及行政部门工伤争议的,有关单位或者个人可以依法申请行政复议,也可以直接依法向人民法院提起行政诉讼。

附:工伤处理程序对比

	修订前	修订后
工伤认定时限	一般为60日	一般为60日事实清楚、权利义务明确的15日
再次鉴定复查鉴定	无规定	按初次鉴定时限(一般为60日,特殊可延长30日)
行政复议	前置程序	不再是前置程序

五、减轻了用人单位的赔付负担

修订后的《工伤保险条例》将原来由用人单位支付的一次性工伤医

疗补助金、住院伙食补助费和到统筹地区以外就医所需的交通、食宿费,改由工伤保险基金支付。这三项费用的调整,减轻了用人单位在工伤赔付上的负

担,在一定程度可以鼓励用人单位参加工伤保险。

附:工伤赔付项目支付主体对比表

序号	赔付项目	修订前	修订后
1	医药费与康复费	工伤保险基金支付	
2	住院伙食补助费	用人单位支付	工伤保险基金支付
3	转外地治疗的交通费、食宿费	用人单位支付	工伤保险基金支付
4	伤残辅助器具安装配置费	工伤保险基金支付	
5	停工留薪期工资及护理费	用人单位支付	
6	经劳动能力鉴定确认的生活护理费	工伤保险基金支付	
7	一次性伤残补助金	工伤保险基金支付	
8	1-4级伤残职工按月领取的伤残津贴	工伤保险基金支付	
9	5-6级伤残职工按月领取的伤残津贴	用人单位支付	
10	5-10级的一次性工伤医疗补助金	用人单位支付	工伤保险基金支付
11	5-10级的一次性伤残就业补助金	用人单位支付	
12	工亡补助金、丧葬补助金、亲属抚恤金	工伤保险基金支付	
13	因工失踪前3个月工资	用人单位支付	

其次,对于骗保的责任。修订之前的条例规定“用人单位、工伤职工或者其直系亲属骗取工伤保险待遇,医疗机

构、辅助器具配置机构骗取工伤保险基金支出的,由劳动保障行政部门责令退还,并处骗取金额1倍以上3倍以下的

六、加重了用人单位违法的责任

这次修订的《工伤保险条例》涉及加重用人单位违法的法律责任主要有以下三点:

首先,对于用人单位未缴纳工伤保险的责任。修订之前的条例仅规定“用人单位依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加的,由劳动保障行政部门责令改正”,修订之后的条例规定“用人单位依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加的,由社会保险行政部门责令限期参加,补缴应当缴纳的工伤保险费,并自欠缴之日起,按日加收万分之五的滞纳金;逾期仍不缴纳的,处欠缴数额1倍以上3倍以下的罚款。”“罚款”,修订之后的条例将骗保的处罚标准规定为“处骗取金额2倍以上5倍以下的罚款”。

第三,增加了不协助调查的责任。条例第19条规定,社会保险行政部门受理工伤认定申请后,根据审核需要可以对事故伤害进行调查核实,用人单位、职工、工会组织、医疗机构以及有关

部门应当予以协助。但之前的条例未规定用人单位不予以协助调查的责任。修订后的条例增加了一条,即第63条规定:“用人单位违反本条例第十九条的规定,拒不协助社会保险行政部门对事

故进行调查核实的,由社会保险行政部门责令改正,处2000元以上2万元以下的罚款。”

附:用人单位工伤保险违法的法律责任

违法情形	修订前	修订后
拒不缴纳工伤保险	责令改正	责令改正 每日万分之五滞纳金欠缴额1倍以上3倍以下罚款
骗保责任	1倍以上3倍以下的罚款	2倍以上5倍以下的罚款
拒不协助调查	无责任	责令改正 2000元以上2万元以下罚款

七、增添了“亡羊补牢”规则

修订前的《工伤保险条例》规定,对于未参保企业的职工发生工伤的,由企业完全承担工伤保险责任。修订后的

条例规定:“用人单位参加工伤保险并补缴欠缴的工伤保险费、滞纳金及罚款后,由工伤保险基金和用人单位按照规定支付新发生的费用。”这就增添了一项“亡羊补牢”的规则,即用人单位在发

生工伤事故前即便未参加工伤保险的,在补缴了工伤保险、滞纳金及罚款后,工伤保险基金可承担新发生的费用。

附:未缴纳工伤保险的单位发生工伤时的费用承担对比

	修订前(第60条)	修订后(第62条)
未缴纳工伤保险的单位发生工伤时的费用承担	由单位按照条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。	由单位按照条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。单位参加工伤保险并补缴应当缴纳的工伤保险费、滞纳金后,由工伤保险基金和用人单位依照本条例的规定支付新发生的费用。

八、停止享受工伤保险待遇的情形更具有人性化

修订前的《工伤保险条例》规定的

职工停止享受工伤保险待遇的情形有四种,即丧失享受待遇条件的、拒不接受劳动能力鉴定的、拒绝治疗的、被判刑收监执行的。而修订后的《工伤保险

条例》则取消了“被判刑收监执行的”作为停止享受工伤保险待遇的条件,

附:停止享受工伤保险待遇情形对比

	修订前(第40条)	修订后(第42条)
停止享受工伤保险待遇的情形	丧失享受待遇条件的	丧失享受待遇条件的
	拒不接受劳动能力鉴定的	拒不接受劳动能力鉴定的
	拒绝治疗的	拒绝治疗的
	被判刑收监执行的	

九、工伤保险费率独家决定

我国工伤保险实行的是有差别的浮动费率制度。用人单位的工伤保险费率的确定与用人单位所属行业和工伤发生率等情况挂钩。实行“行业差别费率”和

“行业内费率档次”确定工伤保险费率的初衷,主要是利用费率杠杆促使用人单位的工伤预防与安全生产。之前《工伤保险条例》规定,行业差别费率及行业内费率档次由国务院劳动保障行政部门会同国务院财政部门、卫生行政部门、

安全生产监督管理部门制定,报国务院批准后公布施行。修订后的《工伤保险条例》则规定行业差别费率及行业内费率档次由国务院社会保险行政部门制定,报国务院批准后公布施行。

附:工伤保险费率确定对比表

	修订前(第8条)	修订后(第8条)
费率确定	国务院劳动保障行政部门会同国务院财政部门、卫生行政部门、安全生产监督管理部门制定	国务院社会保险行政部门制定

十、提高工伤保险基金统筹层次

之前,我国工伤保险基金的统筹层次比较低,一般为县级统筹。为贯彻《社

会保险法》的精神,修订后的《工伤保险条例》规定“工伤保险基金逐步实行省级统筹”。提高工伤保险基金的统筹层次,有利于整合各地的工伤保险基

金,发挥整体优势,降低运营成本。

附:工伤保险基金统筹层次对比表

	修订前(第11条)	修订后(第11条)
统筹层次	在直辖市和设区的市实行全市统筹,其他地区的统筹层次由省、自治区人民政府确定	逐步实行省级统筹

(作者系上海市同建律师事务所律师)

实务 ●文 / 施天佑

谈谈交通事故案件中 保险公司对诉讼费的承担



一、问题的提出

最近,本人代理了一起交通事故案件,该案件事实是,2009年4月26日12时35分,原告徐某某驾驶自己所有的牌号为浙FA4W02二轮摩托车沿本市某某公路(下称“该公路”)由北向南行驶至某某学院门口,适遇王某某(受雇于车主)驾驶的被告何某某所有的牌号为闽F43726小型普通客车沿该公路由南向北行驶至此,致使两车发生碰撞,造成原告受伤和两车损坏的交通事故。后交警部门作出事故责任认定,原告负主要责任,王某某负次要责任。经查,被告为肇事车辆向某某财产保险股份有限公司上海分公司不仅投了交强险,还投了30万元的第三者责任商业险。法院判决保险公司在交强险范围内承担责任,被告何某某承担律师费和鉴定费合计的30%,案件受理费由原告徐某某和被告何某某分别按比例承担,被告保险公司不承担案件受理费。

因对诉讼费的承担存疑,本人在中国法院网及有关书籍研究了交通事故人身损害赔偿纠纷案件许多判例,结果发现大多数法院在判决书中判决保险公司不承担诉讼费,只有少数案例判决保险公司承担诉讼费(纪春雷主编,《道路交通事故赔偿计算标准》,P220),由此引发本人思考,保险公司在交通事故人身损害赔偿纠纷案件中究竟应不应当承担诉讼费。

二、诉讼费的性质及其负担原则

(一)什么是诉讼费?

所谓诉讼费,不同国家法律对诉讼费有不同的规定(廖永安《论民事讼费用的性质与征收依据》)。我国的诉讼费通常是指当事人根据国家法律规定,向人民法院提起诉讼时按国家规定的收费项目和标准向人民法院交纳的案件受理费、申请费和其他诉讼费用(财政部、最高人民法院《人民法院诉讼费用暂行管理办法》,1996),国务院于2006年颁布2007年4月1日施行的《诉讼费用交纳办法》(下称“《办法》”)第六条规定,诉讼费包括案件受理费、申请费、证人、鉴定人、翻译人员、理算人员在人民法院指定日期出庭发生的交通费、住宿费、生活费和误工补贴。

为了便于说明问题,如无特别指明,本文仅讨论“案件受理费”,其它诉讼费可以同理类推。

(二)诉讼费的性质是什么?

诉讼费究竟是一种什么性质的收费?诉讼费的性质是税收、行政性收费、事业性收费还是社会服务性收费(如律师收费、社会鉴定机构收费)?

本文同意刘晓原在《国务院是否有权制定〈诉讼费用交纳办法〉?》一文中关于诉讼费性质的观点,认为上述都不是。诉讼费不是税收,因为它根本不具备税收的一系列特性,限于篇幅关系,本文恕不展开讨论。诉讼费也不是

行政性收费,因为法院根本不是行政机关。诉讼费更不是事业性收费、社会服务性收费,其理由一目了然恕不赘言。

那么,诉讼费究竟是什么性质的收费呢?本文赞同刘晓原的观点,诉讼费属于司法收费。诉讼费是民事案件当事人在没有其他更好途径之下请求人民法院动用司法资源运用司法程序以解决自己的纠纷、达到自己的目的、实现自己的利益,而向法院交纳的费用。

(三)诉讼费的交纳和负担原则

那么诉讼费应当由谁交纳呢?谁提起诉讼、谁动用、享受司法资源谁就应当交纳诉讼费,这不仅体现谁获利谁支付成本的一般公平原则,更使当事人慎重提起诉讼,不要贸然为之,这就是《办法》第二十条规定“案件受理费由原告、有独立请求权的第三人、上诉人预交”精神之所在。

但是,诉讼费交纳者不一定是实际负担者,因为当事人的诉求经审理,法院如果认为完全是合法合理的,理应得到法院的支持,特别是有些当事人的合法权益受到非法侵害,法院完全有理由主持公道依法支持他,此时再由提起诉讼者承担诉讼费就没有理由了,就应当让败诉方来负担,这就是《办法》第二十九条规定“诉讼费用由败诉方负担,胜诉方自愿承担的除外。”精髓所在。

三、保险公司可能的抗辩理由

在交通事故案件中,保险公司认为

自己不应当承担诉讼费,其可能的抗辩理由有:

第一,自己与受害人之间既非侵权关系,又无合同关系,自己仅与肇事方有合同关系,或者交强险或者第三者责任商业险或者两者兼而有之。

不可否认,从交通事故致人伤亡财产损失案件的原始形态来看,保险公司确实不是侵权人,案件从表面上看好像与其无关。但是,正是向其投保交强险的被保险肇事车辆侵害受害人的权利,使表面上与其无关的保险公司成为被告。交强险是什么?交强险是法律强制规定的无过错赔偿责任的保险,本文认为,交强险其实质就是一种“事故基金”,由投保人交由保险公司暂时保管,当没有发生交通事故时成为保险公司的利润,一旦发生事故,即由保险公司无过错赔偿。这就是交强险的性质,正是由于交强险,使保险公司成为交通事故案件的诉讼主体。

第二,不属于保险范围

保险公司可能会抗辩说,诉讼费不属于保险范围。本文没有认为诉讼费属于保险范围,本文认为保险公司应当承担诉讼费是因为保险公司应当承担案件败诉方应当承担的责任,其详细理由见下文。

第三,保险合同约定

保险公司可能又会抗辩,保险合同约定不承担诉讼费。本文认为,保险合同约定的是交强险的免责范围,不是案件败诉方的免责范围。

四、本文观点

笔者认为,保险公司应当依照《办法》第二十九条规定“诉讼费用由败诉方负担,胜诉方自愿承担的除外。”精神承担诉讼费,根据其败诉程度承担相应的诉讼费,完全败诉的完全承担,部分败诉的部分承担。理由如下:

第一,根据《办法》第二十九条之规定,保险公司没有享受法外豁免的依据。尽管有人质疑国务院是否有权力制

定《办法》(刘晓原《国务院是否有权制定〈诉讼费用交纳办法〉?》;周荣,《我国民事诉讼费用制度研究》),文暂不讨论国务院有无权力制定《办法》。本文认为《办法》正在施行,各级法院正是依照《办法》的规定收取诉讼费,在《办法》被废除或修订之前,就要依照《办法》规定执行,保险公司亦不例外。

2009年修订的《中华人民共和国保险法》(下称“《保险法》”)第六十六条规定“责任保险的被保险人因给第三者造成损害的保险事故而被提起仲裁或者诉讼的,被保险人支付的仲裁或者诉讼费用以及其他必要的、合理的费用,除合同另有约定外,由保险人承担”《保险法》规定合同可以约定,而且约定优先。但是《办法》第二十九条仅作“诉讼费用由败诉方负担,胜诉方自愿承担的除外。”的一般规定,无“当事人约定除外”的规定。尽管《保险法》是法律,《办法》是行政法规,在法律层级上,《保险法》高于《办法》,但是《办法》是关于诉讼费计算、交纳和负担的特殊法,对于诉讼费的承担而言,不同法律法规有不同规定时,《办法》作为特殊法理应优先适用。

第二,《中华人民共和国道路交通安全法》第七十六条第一款规定“机动车发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的,由保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿;不足的部分,按照下列规定承担赔偿责任”,这就表明,保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内的赔偿是法定无过错责任,正是由于该规定,使保险公司在交通事故案件中成为法定的被告。

第三,《保险法》第六十六条规定“责任保险的被保险人因给第三者造成损害的保险事故而被提起仲裁或者诉讼的,被保险人支付的仲裁或者诉讼费用以及其他必要的、合理的费用,除合同另有约定外,由保险人承担。”可

见,保险法规定诉讼费由保险公司承担为一般原则,合同约定为例外,当然合同约定优先。

根据《机动车交通事故责任强制保险条例》第六条规定,“机动车交通事故责任强制保险实行统一的保险条款和基础保险费率”,中保协制定的《机动车交通事故责任强制保险条款》(中保协条款[2006]1号)第十条约定,“下列损失和费用,交强险不负责赔偿和垫付:……(四)因交通事故产生的仲裁或者诉讼费用以及其他相关费用”,的确,在交强险合同条款里,诉讼费不属于赔偿范围。但是,本文所说的保险公司应当承担诉讼费不是指交强险的赔偿范围,而是指保险公司既然是交通事故案件的诉讼主体,而且保险公司败诉了,就要依据法律规定承担败诉者的责任。

笔者所要强调的是,保险公司应当承担诉讼费不是因为交强险的赔偿责任,而是因为保险公司作为诉讼主体承担败诉者的责任。诉讼费与交强险赔偿范围的医疗费、误工费、残疾赔偿金、死亡赔偿金等是不同性质的费用,交强险赔偿范围的医疗费、误工费、残疾赔偿金、死亡赔偿金等即使不通过诉讼保险公司也要赔偿,而诉讼费只有在通过诉讼时才发生。如果没有诉讼就没有诉讼费,交通事故纠纷不是非通过诉讼解决不可,可以通过当事人之间和解或者通过交警主持调解解决。但现实案件中,保险公司往往要求当事人诉讼,有的甚至对私下和解达成的赔偿协议不予承认,这就逼着当事人进行诉讼;而诉讼以后保险公司又以诉讼费不属于保险范围为借口拒绝赔偿,保险公司既享受程序公正的利益又不承担程序公正的费用,那就有点“只拿好处不承担本”的嫌疑了。

法院如果仅仅因为交强险的条款中含有对“因交通事故产生的仲裁或者诉讼费用以及其他相关费用”免责条款而判决保险公司不承担诉讼费,这

实务 ●文/季克华

正当防卫 在房屋租赁关系 撤销和解除时的运用

在诉讼费承担原则的理解上有失全面。

再者《保险法》第六十五条第一款规定“保险人对责任保险的被保险人给第三者造成的损害,可以依照法律的规定或者合同的约定,直接向该第三者赔偿保险金。”第二款规定“责任保险的被保险人给第三者造成损害,被保险人对第三者应负的赔偿责任确定的,根据被保险人的请求,保险人应当直接向该第三者赔偿保险金。被保险人怠于请求的,第三者有权就其应获赔偿部分直接向保险人请求赔偿保险金。”,该两款规定包含了保险公司除交强险以外的第三者责任商业险的赔偿义务,但现实案件中,大部分法院对第三者责任商业险的赔偿义务不在被害人起诉的案件中判决,认为这是商业险,是肇事人与保险公司之间的合同关系。笔者认为,这种认识其实是对《保险法》的片面理解。

第四,如果把交通事故案件拆分为两个案件,即,如果受害人仅仅起诉肇事人而未起诉保险公司,肇事人依判决赔偿后再起诉保险公司,难道保险公司还不承担诉讼费吗?现在两个案件合并为一个案件,保险公司就可以不承担诉讼费了?

第五,从现实看,保险公司的实力远远强于肇事人,当受害人既受到侵害,又胜了诉讼,结果由于肇事人各种原因连诉讼费都赔不了,那受害人不是更走投无路了?更加怨恨了?而承担诉讼费对保险公司而言仅仅是增加成本、减少利润而已。

五、小结

本文认为,在交通事故案件中,保险公司既然是法定诉讼主体,法院既判决保险公司在交强险范围内承担赔偿责任,又判决保险公司不承担诉讼费,于法无据,于理亦不通。■

(作者单位:上海市海华永泰律师事务所)

租赁关系撤销、解除或者终止后,原承租人继续恶意占有房屋拒不返还给出租人之纠纷时有发生。善意的出租人经常因此感到困惑:本来极简单的返还交接,在承租人恶意拒不返还之情形下,是否有同样简便之方式能使房屋回复占有?诉讼的方式不应当是首选。因为,出租人若为此提起诉讼,则难免有耗时费力、旷日持久之担忧。即使赢得诉讼,更有执行效力不彰之虞。与房屋出租所获得的租金收入相比,出租人若诉讼而损失者,有律师费、诉讼费、房屋一时不能正常用益的损失等,成本、代价,可谓不小。

笔者拙见,於租赁关系撤销、解除或者终止后,原承租人继续恶意占有房屋拒不返还给出租人之情形出现时,出租人不通过诉讼,而直接对房屋的不当占有人行使正当防卫权,乃是最便捷、直接、有效且合乎法律规定的使房屋回复为出租人占有的方式。

一、从正当防卫的要件谈起。

正当防卫,又称自我防卫,亦称自卫,乃是“对于现实不法之侵害,为防卫自己或他人之权力所为之行为”。正当防卫是法律上为数不多的自力救济方式之一。

1、侵害之现实性

所谓“现实不法之侵害”是指正在进行的、持续的不法侵害,区别与过去的、已经完成的侵害和将来的,尚未

进行的侵害。於租赁关系撤销、解除或者终止后,原承租人出于主观恶意而拒不返还房屋的行为,系对出租人的“现实不法之侵害”,符合正当防卫的第一个要件。此种“现实不法之侵害”始於租赁关系撤销、解除或者终止之时,终於房屋回复出租人占有之时。在此期间,不法侵害始终处于持续姿态,出租人得随时行使正当防卫之权。

2、侵害之不法性

正当防卫应当对不法侵害实施,此亦为正当防卫的要件之一。租赁关系撤销、解除或者终止后,原承租人出于主观恶意而拒不返还房屋的行为的不法性表现,一为侵权,二为犯罪。所谓侵权已如前述,即原承租人失去了继续占有房屋的依据,继续占有构成对出租人权利的侵害。所谓犯罪,依照《中华人民共和国刑法》第245条之规定,更是一种非法非法侵入他人住宅的犯罪行为。此时的原承租人的一个不法行为,却有两个不同的法律后果,为民事不法(侵权)行为与刑事不法(犯罪)行为在法律上的竞合。

3、财产权受侵害亦得进行正当防卫

所谓“为防卫自己或他人之权力”,系指公民一切的民事权利,包括人身权和财产权。此乃正当防卫的另一个要件。习惯上,人们总是将正当防卫与人身权受侵害联系在一起,特别是生命、健康、自由权受到不法侵害时。这乃是一种错觉。在财产权受到正在进

行的(亦即现实的)不法侵害时,法律未禁止得对之实施正当防卫。在租赁关系撤销、解除或者终止后,原承租人出于主观恶意而拒不返还房屋的行为所侵害的,乃是出租人对房屋的占有、使用权能,即出租人对房屋的所有权。这种权利,乃是财产权的一种。

二、实施正当防卫不能过当

《中华人民共和国侵权责任法》第30条规定:“因正当防卫造成损害的,不承担责任。正当防卫超过必要的限度,造成不应有的损害的,正当防卫人应当承担适当的责任”。

依照该条之规定,在正当防卫之情形下,正当防卫人即使造成对方损害,亦不承担责任。只有“超过必要的限度,造成不应有的损害的”才承担适当的责任。在租赁关系撤销、解除或者终止后,原承租人出于主观恶意而拒不返还房屋者,出租人得进行的“不超过必要限度”的正当防卫行为无非直接对人或者对物。

1、对人的限度

直接对人者,当指得直接将原承

租人驱逐出房屋。出于驱逐的目的,而实施的驱逐行为,只要不超过驱逐的限度,驱逐人(出租人)即使因原承租人不允而发生肢体冲突,甚至造成原承租人损伤者,出租人原则上不应当承担责任。但若出租人在冲突中不注意掌握限度而实施对原承租人的损害则属例外。

2、对物的限度

直接对物者,应当包括对出租人自己之物及对原承租人的物。

对出租人自己之物,在法律上,有完全的占有、使用与处置权。对正当防卫有意义者,如出租人直接更换房门之钥匙或者门锁,以阻止原承租人继续占有、使用房屋等,在法律上并无不当。

对原承租人置于原出租屋内之物,首先,出租人若故意毁坏,仍然要负赔偿责任。但是,出租人对之并无保管之责,即出租人对之的灭失、短少并无法律上之责任。其次,上述物品置放於原出租房屋内,构成对出租人所有权的侵害,出租人得对之采取适当的措施。究竟何种措施为适当,笔者认为以出租人出于对房屋正常的占有使用而排除妨碍为必要。例如,得将物品放置

於室外。复次,依照《中华人民共和国合同法》第167条第2款规定之规定,在租赁关系解除后,承租人仍然使用出租人房屋的,应当支付出租人使用费。原承租人将其物置於出租人房屋内,可以视为系原承租人一种对房屋的特殊使用。原承租人应当支付使用费用。在原承租人拒不支付此项费用之情形下,出租人得依照《中华人民共和国物权法》的相关规定行使留置权。

三、注意程序上的特别规定

依照《中华人民共和国合同法》第236条“租赁期间届满,承租人继续使用租赁物,出租人没有提出异议的,原租赁合同继续有效,但租赁期限为不定期”规定,租赁关系到期,并不当然终止。只有在出租人提出异议之情形,原租赁合同方终止。基于此项规定,出租人若在租赁关系到期,承租人拒不撤离者,还应当先通知者终止,然后才有实施上述正当防卫之可能,而不可冒然行事。■

(作者单位:上海市东海律师事务所)

更正启事

编辑同志:

你好!

今年第二期《上海律师》刊登了我的《推进建立从优秀律师中选拔法官的机制建设》的提案文章。由于登的这一稿不是最后完成稿,故文章有表述错误之处。

即原文第四段:“再次,从优秀律师中选拔法官目前还有制度上的障碍。其一,公务员考试的限制。根据目前我国人事管理制度,法院招录人员必须通过公务员考试。其二,关于选任人员是否需要通过司法考试的问题。根据《法官法》第十二条的规定,初任法官必须通过国家统一司法考试。在2002年之前,我国一直实施的是律师资格考试制度,2002年后,国家统一司法考试才开始进行。律师资格考试能不能代替国家统一司法考试,这在实践中还存有争议。”应改为“再次,从优秀律师中选拔法官目前似乎还有制度上的障碍,但总体上问题不大。其一,公务员考试的限制问题。从目前我国人事管理制度来看,法院招录人员必须通过公务员考试。但《公务员法》在第45条第3款又有规定,‘确定初任法官、初任检察官的任职人选,可以面向社会,从通过国家统一司法考试取得资格

的人员中公开选拔’。从这一条规定看,并不能得出担任法官必须通过公务员考试的结论;但这一条规定却又是列在《公务员法》第七章‘职务升降’而非第四章‘录用’中,故在实践中存有争议。不过全国人大常委会法工委的意见还是明确的,其在2005年《公务员法》专题新闻发布会上表示:‘通过国家司法考试取得资格的这些人担任法官、检察官不需要再参加公务员的录用考试’。其二,司法考试的限制问题。根据《法官法》第12条的规定,初任法官必须通过国家统一司法考试。在2002年之前,我国一直实施的是律师资格考试制度,2002年后,国家统一司法考试才开始进行。律师资格考试能不能代替国家统一司法考试,在实践中还存有争议。不过2009年9月,最高人民法院、最高人民检察院已发文明确了这一问題,即‘已通过律师考试取得律师资格的执业律师’,‘可以视为已通过国家统一司法考试’,‘不必再通过国家统一司法考试。’”

麻烦在适当的时候更正一次,以对读者负责!

多谢!

祝好!

吕红兵



关于主题教育 实践活动的实施意见

各区(县)律师工作委员会:

根据市司法局党委关于在本市律师行业开展以“创新发展求突破,执业为民促和谐”为主题的创先争优活动的实施方案和关于开展“发扬传统、坚定信念、严守纪律、执业为民”主题教育实践活动的实施方案等文件的精神和要求,现对在本市律师行业开展创先争优活动和主题教育实践活动提出如下实施意见。

一、认真领会创先争优活动和主题教育实践活动的深刻背景和重要意义

各律师事务所要组织全体律师认真学习中央和市委有关文件精神,充分认识律师行业深入开展创先争优活动和主题教育实践活动的深刻背景和重要意义,切实把思想和行动统一到中央和市委的决策和部署上来。认真按照市司法局党委的有关实施方案开展创先争优活动和主题教育实践活动,进一步加强律师行业党的建设和律师党员队伍建设,充分发挥律师行业党组织的政治核心作用和律师党员先锋模范作用。进一步教育引导广大律师坚定中国特色社会主义信念,履行中国特色社会主义法律工作者职责使

命。进一步教育引导广大律师严格遵守执业纪律和职业道德,真正做到依法执业、服务为民。要结合“三项重点工作”,围绕上海改革发展稳定的中心任务,坚持把“创新驱动、转型发展”的要求贯穿在活动的各个方面和各个环节,为加快推进上海“四个率先”,建设“四个中心”和实现“十二五”规划提供更加优质的法律服务。

二、准确把握创先争优活动和主题教育实践活动的主要内容和活动载体

各律师事务所要根据市司法局党委有关实施方案的要求和区县司法局党委(党工委、党组)的具体部署,把握好创先争优活动和主题教育实践活动的主要内容和活动载体,在市司法局党委和区县司法局党委(党工委、党组)的领导下,在市律师协会党委的指导下,结合律师行业和各律师事务所的实际情况,抓好部署和动员,通过组织专题学习、召开党支部会议,并结合建党90周年纪念活动等形式,引导广大律师充分认识创先争优活动和主题教育实践活动的重要意义,激发广大律师的参与热情。要精心设计特色鲜明、务实管用的具体主题和活动载体,努力形成具体措施切实可行、各项工作富有实效的良好局面。要注意将创先争优活动与主题教育实践活动相结合,与服务“创新驱动、转型发展”主题实践活动相结合,同步推进,同步落实,同步取得成效。

三、扎实推进创先争优活动和主题教育实践活动取得实效

各律师事务所要按照区县司法局党委(党工委、党组)的具体部署和安排,组建相应机构,结合法律服务的具体工作,积极推进各项具体活动全面落实。要注意把握好创先争优活动的阶段步骤和时间节点,严格遵守,狠抓落实。

市律师协会党委现提出如下具体要求:

(一)各律师事务所要结合实际制定创先争优活动和主题教育实践活动的具体办法,组织党员召开专题学习会,传达学习活动有关文件和会议精神,对活动进行具体部署和动员,促使广大律师特别是全体党员律师统一思想认识,积极投入到创先争优活动和主题教育实践活动中来。

(二)各律师事务所要按照市委、市司法局党委和区县司法局党委(党工委、党组)的总体要求,对照“五个好”、“五带头”的目标要求,要求每一名党员都要在本支部范围内,根据自身的能力和特长,在履职尽责、服务群众、为民办实事好事等方面作出承诺,并采取适当方式向群众公开,接受群众监督。

(三)各律师事务所要设立党员律师示范岗,党员律师要带头签订目标责任书,在理论学习、业务培训、义务提供法律援助等方面设立具体指标,如学习完成心得体会的数量、参加业务培训的数量、承办法律援助案件的数量等。做到人人有任务,个个作示范,形成创先争优的良好氛围。

(四)各律师事务所要设置“创

先争优活动和主题教育实践活动公示栏”。搭建活动平台,设置公开承诺事项、党员目标责任书内容、评比标准、每月民主测评结果等栏目,对活动的进展情况和目标任务完成情况等进行公示。

(五)各律师事务所要以创先争优活动和主题教育实践活动为契机,着力加强组织建设,主动查找律师事务所管理中存在的问题,并提出行之有效的解决方案,力争以活动带动律师事务所发展,激励广大律师更加爱岗敬业、勤勉服务,进一步提高服务意识与服务能力。

(六)各律师事务所要以创先争优活动和主题教育实践活动为依托,开展“依法诚信执业、恪守职业准则”为主题的系列培训活动,加强以“依法执业、恪守诚信、勤勉尽责、维护正义”为核心内容的律师执业道德建设,进一步树立依法诚信执业的良好形象。

(七)各律师事务所的党员律师要将自我评价和群众评议有机结合起来,以召开专题组织生活会的形式进行讲评,每名党员对参加活动的情况进行自评,对落实承诺情况进行认真自查,实事求是地总结思想、工作、作风、纪律等方面的情况,进行自我评价。党支部书记对本

支部开展活动情况进行小结,由党员律师和非党员律师对本支部的活动开展情况进行评议。

(八)各律师事务所要自觉接受上级党组织和司法行政机关的指导和监督,接受基层群众的监督,虚心听取社会各方面的意见,切实按照广大基层群众的要求不断改进工作。

各律师事务所要注意发现、宣传创先争优活动和主题教育实践活动中涌现出来的先进典型,总结好做法、好经验,发挥典型示范作用,促进在全行业形成学习先进、崇尚先进、争当先进的良好风气。要注意加强与区县司法局党委(党工委、党组)和市律师协会党委的沟通和联系,对活动的进展情况,以及在活动中涌现出来的先进典型及经验,及时整理汇报。市律师协会将把各律师事务所开展创先争优活动和主题教育实践活动的情况纳入律师年度考核的内容中,同时将在东方律师网和《上海律师》杂志上设立专门栏目,全面宣传本市律师事务所和律师在创先争优活动和主题教育实践活动中的典型事迹和先进做法,推进律师事业发展再上新台阶,以优异成绩迎接建党90周年。■

(上海市律师协会党委)



新规介绍

根据市律协八届十六次理事会讨论决定,市律协自2011年3月份起,停止向律师会员发放纸质版《律师业务资料》,《上海律师》每期将刊登当月业务资料目录。

市律协此项举措基于以下情况综合考虑:

一、随着市律协信息化建设工作的不断加强,已经研发了《律师业务资料》电子版,可以在东方律师网上完整下载并打印,内容与纸质版《律师业务资料》完全相同。而且,与纸质版相比,电子版的业务资料在查询法律法规上,比纸质版更为便捷。

二、目前,市律协根据全市律师人数统一发放纸质版《律师业务资料》。2010年实际支出费用为51万元。随着律师人数及印发成本的不断增加,此项费用也将相应增加。不再统一发放纸质版《律师业务资料》,可以节省一部分费用,用于其他更需要的地方,提高会费的使用效率。

三、推行电子版,符合低碳、环保的发展理念。

四、近几年的律师代表大会提案中,均有代表提议不再统一发放纸质版《律师业务资料》。

为此,经八届理事会慎重考虑并经表决,决定停止发放纸质版《律师业务资料》。律师会员登陆东方律师网——下载中心,下载新版《律师业务资料》电子版,也可直接访问:<http://family.lawyers.org.cn/cn/>。该新版业务资料电子版是上海市律师协会为广大会员打造的系列信息化服务应用软件中的一个应用,集成在“律师之家2.0”平台中。“律师之家”平台继1.0的律所版之后,此次推出的2.0版本面向所有会员,目前功能包括:律协通知、法规库(含业务资料电子版)、业务研讨视频直播/回看等功能,更多实用功能也将陆续推出。

第三期目录

上海篇

上海市人大常委会:上海市住宅物业管理规定
上海市人大常委会:上海市职工代表大会条例
上海市人民政府令:上海市城市基础设施特许经营管理办法
上海市人民政府令:上海市建筑垃圾和工程渣土处置管理规定
上海市人民政府:转发国务院关于加强法治政府建设意见的通知
上海市高级人民法院:关于执行行为异议审查的意见
上海市高级人民法院:关于执行案件裁决审查若干问题的解答

全国篇

【诉讼法及相关文件】

最高人民法院:关于对被监禁的或被劳动教养的人提起的民事诉讼如何确定案件管辖问题的批复
最高人民法院:关于开展行政诉讼简易程序试点工作的通知
最高人民检察院:人民检察院国家赔偿工作规定
最高人民法院、最高人民检察院等:关于加强协调配合积极推进量刑规范化改革的通知
最高人民法院、最高人民检察院:关于废止部分司法解释和规范性文件的决定

【劳动】

国务院:关于修改《工伤保险条例》的决定
国务院:工伤保险条例

【卫生、环保】

全国人民代表大会:中华人民共和国水土保持法
卫生部:食品安全国家标准管理办法

【工商、价格】

国务院:关于修改《价格违法行为行政处罚规定》的决定

国务院:价格违法行为行政处罚规定

【案例】

上海全能科贸有限公司诉上海市知识产权局专利侵权纠纷处理决定案

【办案实务研究】

宽严相济刑事司法政策在交通肇事罪中的适用探索

第四期目录

上海篇

上海市人大常委会:上海市终身教育促进条例

上海市人大常委会:上海市养犬管理条例

上海市人民政府办公厅:印发经济适用住房申请家庭成员死亡后相关事宜处理意见

上海市人民政府令:上海市农村公路管理办法

上海市人民政府令:上海市非居住房屋改建临时宿舍和施工工地临时宿舍安全适用管理规定

上海市人力资源社会保障局:关于调整失业保险金支付标准的通知

上海市民政局等:关于调整本市城乡居民最低生活保障标准的通知

上海市人力资源社会保障局:关于调整本市工伤人员伤残津贴和生活护理费标准的通知

上海市人力资源社会保障局:关于调整本市因工死亡人员供养亲属抚恤金标准的通知

上海市人力资源社会保障局:关于调整本市最低工资标准的通知

上海市人民政府令:关于修改《上海市农机事故处理暂行规定》等 148 件市政府规章的决定

上海市高级人民法院:关于下发《公司强制清算案件立案受理的若干规定》的通知

上海市高级人民法院:民事法律适用问答

上海市高级人民法院:关于商事案件所涉相关犯罪事实已进入刑事司法程序时应慎重处理的注意事项

上海市高级人民法院:关于开展著作权纠纷委托调解工作的意见(试行)

全国篇

【诉讼法及相关文件】

最高人民法院:关于审理涉台民商事案件法律适用问题的规定

最高人民法院:关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释

最高人民法院:关于对因资不抵债无法继续办学被终止的民办学校如何组织清算问题的批复

最高人民检察院:关于对涉嫌盗窃的不满 16 周岁未成年人采取刑事拘留强制措施是否违法问题的批复

最高人民检察院:关于废止部分司法解释和司法解释性文件的决定

【公安、刑事、司法行政】

全国人大常委会:中华人民共和国刑法修正案(八)

公安部:公安机关办理行政案件程序规定修正案

公安部:《群众性文化体育活动治安管理办法》废止令

司法部:关于公布现行有效司法行政规章目录的公告

【劳动、社会保障】

人力资源和社会保障部:关于废止和修改部分人力资源和社会保障规章的决定

【典型案例】

最高人民法院:发布六起侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品典型案例

最高人民法院:公布四起毒品犯罪典型案例



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（以下简称贸仲）上海分会成立于1990年3月15日，为中国国际经济贸易仲裁委员会的组成部分之一。贸仲上海分会经过近20年的开拓和发展，取得了长足进步。近年来，贸仲上海分会的受案数量逐年稳步攀升，截至2009年已累计共受理近3,000件国际和国内商事仲裁案件，案件当事人分别来自40多个国家和地区。

贸仲上海分会地处中国经济的前沿重镇上海，其功能有效辐射长三角及华东地区。贸仲上海分会将着力依靠地处上海的信息资源优势，积极参与国际仲裁事务，保持与国际同步和互动发展，坚持仲裁的独立性、公正性和民间性，运用仲裁灵活高效的专业特点，及时有效地解决国内外当事人之间的商事纠纷，努力营造友善的仲裁氛围，为长三角区域、全国乃至世界范围的经济发展创造良好有序的法律环境作出贡献。

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

