

内部资料·免费交流 上海市律师协会主办



上海律师

SHANGHAI LAWYER MAGAZINE

2011
2011年第6期
(总第684期)
6

中国辩护律师怎么才算“有权”/叶 青

工欲善其事 必先利其器——盛雷鸣会长访谈录/思 源



关注民生 惠及律师

——上海律师行业年金保险一席谈/周天平 厉 明 尹燕德 陈 东

做好律师们的良师益友

——九届律协业务研究委员会主任竞聘侧记/刘易阳

推进社会管理创新 律师服务大有可为/卢湾律工委

特别辩护/口述：苏惠渔 口述整理：马传荣

“醉驾入刑”后八大典型案例评析/市律协刑事业务研究指导委员会



6月1日,市纪委书记董君舒到天一律师事务所和杨浦区“天一市民诉求调解中心”视察。



6月8日,市律协会会长盛雷鸣调研黄浦律师工作。



6月1日,市司法局副局长刘忠定调研普陀律师工作。



日前市律协召开九届五次会长会议,讨论通过了业务研究委员会正、副主任名单及区县律工委经费等事项。



6月10日,女律师联谊会之“巾帼律师志愿团”召开2011年上半年经验总结交流会。

中国辩护律师 怎么才算“有权”？

上海社科院法学研究所所长、教授、博士生导师 叶青

中国辩护律师怎么才算“有权”？

何谓权利？它是法律赋予人实现其利益的一种力量。与义务相对应，是法学的基本范畴之一。拿刑事诉讼来讲，赋予被指控人辩护权，建立刑事辩护制度，旨在为政府提出和赢得起诉设置障碍。根据这种理论，真实发现或者公平裁判或者二者均是刑事诉讼的价值目标。然而，刑事诉讼还有一个附加的政治性目标，即确保起诉方的权力不被作为一种一般性的权力加以使用，因此，赋予被指控人权利可防止政府权力滥用从而保护所有公民不受非法侵害。被指控人的辩护权，可以由犯罪嫌疑人、被告人自己行使，也可以由他们委托的或者被法院指定的承担法律援助义务的律师依法行使。在不同的国家，辩护人的诉讼权利大小不尽相同。通常，辩护人都有权与犯罪嫌疑人或者被告人会见、交谈、查阅法院卷宗，抄录必要的资料，提供证据，提出申请，参加法庭审理等诉讼活动。在中国，律师是依法取得律师执业证书，接受委托或者指定，为当事人提供法律服务的执业人员。辩护人若由律师担任的，其自犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，受委托的律师凭律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函，有权在不被监听的情况下单独会见犯罪嫌疑人、被告人并了解有关案件情况。受委托的律师自案件审查起诉之日起，有权查阅、摘抄和复制与案件有关的诉讼文书及案卷材料；自案件被法院受理之日起，还有权查阅、摘



抄和复制与案件有关的所有材料，并出庭发表辩护意见、参与举证质证、代表被告人上诉等。受委托的律师根据案情的需要，可以申请检察院、法院收集、调取证据或者申请法院通知证人出庭作证，也可以凭律师执业证书和律师事务所证明自行向有关单位或者个人调查与承办案件有关的情况。如此看来，中国辩护律师不是很有权吗！刑事司法实践告诉我们公众，特别是当事人，那是《律师法》规定的，《律师法》是律师自己的法，只管律师自己的事，管不了警察、检察官、法官！人家不执行《律师法》，只认《刑事诉讼法》！然而，现行的1996年的《刑事诉讼法》与2007年的《律师法》在有关审前程序中的辩护律师权利规定大相径庭，依据《刑事诉讼法》的规定辩护律师的会见权、阅卷权和调查取证权既不充分，又受制于公安司法机关，致使辩护律师的辩论或者辩护权利受不到法律保护。一个不受确定法律保护的权力，即不是权利！在我们允许国家剥夺任何人的生命、自由、或财产（即使仅如国家对被告强制执行民事判决时所做的那样）之前，我们要求充分

遵循某些法律所确定的程序，而不管这些程序对发现真相会有怎样的不利影响，因为这些法定程序保障着对个人尊严的尊重。因为无论权利是否为检验控诉方的指控服务，被指控人一方都应当享有它们。加之，中国特定的法律文化传统，司法人员与律师之间存在着公职人员和非公职人员不同身份的巨大鸿沟，律师作为诉讼民主力量的定位远未被司法人员所

认可，相反“律师是诉讼异己力量”却根植于不少司法人员意识之中，这也是中国目前法律职业共同体之间身份不能很好转换、法律人文精神无法最终形成统一，控辩诉讼地位与权力（权利）不能平等配置的原因所在。但律师的存在又天然地与司法公正紧密相连，《刑法》第306条款、律师或者法官一方退出机制等即为明证。

那么，中国的辩护律师究竟怎么才算“有权”？依笔者之见，一要尽快去掉悬在律师头上的达摩克利斯之剑——《刑法》第306条款；二要通过本次《刑事诉讼法》再修改之机，将其中的律师会见权、阅卷权、调查取证权和执业保障权之规定与《律师法》相衔接，以结束有法无依的状况；三要承认律师为权利主体，侵犯律师辩护权依法应当招致一定的法律后果，如已进行完毕的诉讼行为归于无效，国家司法机关相应承担保障律师行使辩护权的法定义务。

为了使社会公众信任国家司法制度，促进社会稳定和谐，法律必须给力中国辩护律师！■

SHANGHAI LAWYER

2011 6 目录

2011 年第 6 期 总第 684 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:(按姓氏笔画排列)

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

主 编:黄 绮

副 主 编:刘小禾 庄 燕

责任编辑:杨培君

摄影记者:曹申星

美术编辑:大 愚

编 务:薛 侃

撰 稿 人:王旭峰 陈 东 庄 燕 陶丽萍
曹 频 李 旻 黄 嘉 贾明辉
朱箭飞 彭念元 潘 瑜

本刊特约撰稿人:

王俊民 汤啸天 陈 默 李颂联
王凤梅 彭念元

编辑部地址:

上海市肇嘉浜路 789 号均瑶国际广场 33 楼

电 话:021-64030000

传 真:021-64185837

投稿邮箱:E-mail:tougao@lawyers.org.cn

上海市律师协会网址(东方律师网)

www.lawyers.org.cn

上海市连续性内部资料准印证(K 第 272 号)

卷首语

1 中国辩护律师怎么才算“有权” / 叶 青

本刊关注

焦 点 4 做好律师们的良师益友

——九届律协业务研究委员会主任竞聘侧记
/ 刘易阳

6 工欲善其事 必先利其器

——盛雷鸣会长访谈录 / 思 源

7 总结工作经验 创新管理机制

——市律协召开区县律师工作委员会主任会议 / 卞飞

8 业内外相互支撑 给力“未保委” / 黄 绮

9 三年任职 四大心得 / 贾明军

9 心系行业 提高技能 / 陈瑛明

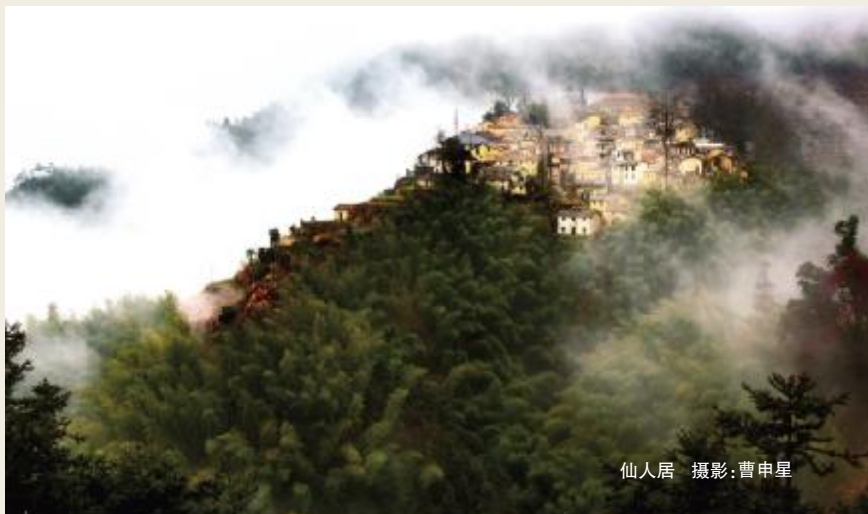
10 执行计划 多方合作 / 阮露鲁

11 注重实务 积极探索 / 傅强国

11 专业委员会主任六大忌讳 / 商建刚

党旗飘扬 12 支部建在业务团队上以党建促发展践行“融孚”

/ 上海融孚律师事务所党总支



仙人居 摄影:曹申星

热烈庆祝上海市律师协会京剧社成立十周年

京剧汇报演出



律政三人谈

15 关注民生 惠及律师

——上海律师行业年金保险一席谈

/ 周天平 厉明 尹燕德 陈东

信息

18 上海律师行业年金保险问答

/ 市律协秘书处

19 上海律师行业年金保险办理操作程序

/ 市律协秘书处

励志

20 做人志存高远 行事脚踏实地

——市律协举办“2011年感恩励志红五月主题活动”/ 市律协青工委

区县特写

22 推进社会管理创新 律师服务大有可为

/ 卢湾律工委

东方大律师人物特写

26 归国学子创业 服务社会发展

——记“东方大律师”胡光 / 彭念元

庭外话语

言论

29 君子之争 ——谈律师与法官的摩擦 / 季 闯

我的败诉

30 示范文本缺位 合同争议失据

——析国家应尽快施行工程总承包合同示范文本 / 朱树英

律政新人

33 舍医从法追逐律师梦 / 卢意光

时评

35 深圳“清危”事件之我见 / 叶金荣

法苑人文

穿越时空

36 特别辩护 / 口述:苏惠渔 口述整理:马传荣

域外

39 血证如山未必铁证如山

——辛普森杀妻案回顾(下) / 杨 晟

随笔

42 浅谈收藏 / 赵国雄

法律实务

43 “醉驾入刑”后八大典型案例评析

/ 市律协刑事业务研究指导委员会

47 醉驾犯罪入罪标准的理性解读

/ 闵银龙 王思维

50 对醉驾入罪、入刑的思考 / 潘书鸿

52 醉酒驾驶犯罪实体处遇问题的理性思考

/ 林东品

55 醉酒驾驶犯罪案件程序规范的优化适用

/ 闫 艳

58 酒后代驾服务 亟待法规护航

——酒后代驾法律分析 / 傅建平 浦添添

业内动态

61 提案答复 协会信息

编者按:竞争上岗对促进干部队伍建设具有十分重要的意义,市律协各业务研究委员会主任通过竞聘就职,对提高业委会研究水平和活动质量,同样具有举足轻重的作用。

它打破了过去由少数人选少数人,在少数人中选人的状况,给每一位有志于此的律师以平等的机会,尤其是对一些资历浅、平时不善于表现而又自认有能力、有抱负的律师提供了绝好的自我展示“推销”的舞台。

焦点

●文/刘易阳

做律师们的良师益友

——九届律协业务研究委员会主任竞聘侧记

1986年,上海市律师协会首次设立了业务研究委员会,这是一个根据律师业务的不同专业和领域设立的开放性律师业务与法律研究组织,受业务研究与职业培训专门委员会指导和监督,负责各专业领域内的法律知识学习、律师业务研究、执业技能交流及一定的业务培训工作。25年来,业务研究委员会已经从最初的6个扩展到了31个,参与律师达1000多人。

在九届律协此次业务研究委员会改选中,共收到了1715份报名表,最终确定委员有1207名,占全市律师总数的10%以上。

“业务研究委员会应该成为促进律师们提高能力的平台,应该成为协助广大律师办理疑难案件的智囊团……”6月2日下午,在律协35楼的会议室内,4名候选律师正围绕着刑事业务研究委员会正副主任的竞聘展开激烈的“拼杀”。在自己的竞聘演讲中,4人分别就当选后的业务开展设想作了陈述。

在律协的31个业务研究委员会中,刑事业务研究委员会一向是报名和参与人数最多的委员会之一。本次改选,刑委会共收到报名表101份,经审查后最终确定了61名委员。按照律协的规定,一般业务研究委员会委员

数量不超过50人。由此,刑委会也成为了九届律协所有业务研究委员会中人数最多的委员会。

这次参与竞选的四名候选人,分别是广庭律师事务所的叶杭生律师、博和律师事务所的林东品律师、金石律师事务所的唐勇律师以及恒建律师事务所的潘书鸿律师。他们都是执业年限超过20年的资深律师,也分别在自己的领域做出过一定的成绩。

业务研究会要成为律师们的“娘家”

首个上台演讲的是叶杭生律师,曾参与过20多年刑委会工作的他,担任过三届研究委员会的副主任。甫上台,他便开门见山地讲出了自己当选后的工作思路。在他看来,既是业务研究委员会,其宗旨必须要围绕提高律师业务做文章。从组织律师学习最新的刑事法律、健全案例研讨制度,再到参与制定修改地方立法和刑事政策,他的想法不时得到下面委员们的赞同与回应。

第二个上台的是林东品律师,他同样是刑委会的一名老委员,担任过七届和八届刑委会的副主任。为做好这次的竞聘演讲,他还专门制作了一份PPT演示文稿,以便让委员们更清

晰地了解他的想法。他在演讲中谈了自己对未来业委会的四个展望,其主旨是希望业委会能成为律师的“娘家”,帮助律师提高业务水平、协助律师办理疑难案件、保障律师合法权益。

从事专职律师25年的唐勇律师第三个上台演讲,与前两位候选人相同,他在演讲中也认为业委会应加强对律师业务的指导和培训。不过,他的一点新设想让台下的律师们议论纷纷,他提出业委会应推动律师刑事案件收费制度的改变。这个设想一出,便得到了不少律师的附议,但也有些律师表示了质疑。

最后一个上台演讲的是潘书鸿律师,他在演讲中首先提出了提高律师的自我保护意识的概念。他认为,业委会在组织律师进行业务探讨的同时,也应加大律师自我保护意识的培养。他表示,如果自己当选,将会组织更多的刑事业务研讨活动,让更多的律师有机会在业委会这个平台提高自己。

4个人的演讲各有各精彩,让旁听的笔者也一时间难以抉择。不过,从他们的演讲中都清晰地透露出一个共同的观点——业务研究委员会要成为律师们的“娘家”,为律师打气、为律师撑腰。

尽全力做好业务研究会的工作

四名候选人的演讲结束,进入了互动环节。此时,法庭上言语犀利的律师委员们恢复了以往的“本色”,纷纷抛出自己的问题开始“难为”候选人。一名委员提出,由于业委会的工作大多为兼职,几位候选人将拿出多少时间做好业委会的工作?

尖锐的问题,对同为律师的候选人来说并不是太大的问题。林东品律师回答道,他将努力分配好自己的工作,对业委会的工作他会“保证帮助大家做好”。叶杭生律师的回答则显得更为圆滑,他认为要量化这个“拿出来的时间”很难,主要还得看工作量的多少,不过他表示自己会尽全力,做好业委会的工作。

在之前的竞聘演讲中,林东品律师首次提出了在业委会内设立“秘书处”的概念。对于他的这一设想,委员们也颇感兴趣。一位律师委员提问:“秘书处怎么设?如何运作?”对此,林东品律师解释说,由于刑委会有61名委员,人数众多,设立秘书处可以让今后的工作开展有个依托,秘书处的工作主要是负责与律师、专家进行联络。而对于秘书处如何运作,他认为目前还需进一步进行商讨。

改变当前的刑事辩护律师收费模式,是唐勇律师在竞聘中抛出的新观点,同样也吸引了不少律师的提问。对于自己这个设想,他解释为改变目前的收费模式为按时间收费。他也提出,收费方式涉及到所有刑事辩护律师的切身利益,作为业委会必须为律师着想,必须为律师鼓与呼。

短短的20分钟互动时间很快就过去了,但台下的委员们似乎仍有不少疑问期待台上的候选人们给出解答。接下来,在最后的投票环节,准备充分的林东品律师赢得了大多数委员的认同,最终当选为九届律协刑事业务研究委员会的主任,其余三位候选



人当选为副主任。

新一届主任林东品律师当选后,接受了笔者的采访。他表示,自己很感谢各位律师委员的信任,他将在今后的工作中不负众望,让刑事业务研究委员会真正成为律师们的良师益友。

全程监督确保公平公正公开

业务研究委员会作为提升上海律师行业整体执业水平的机构,其丰富多彩的活动一直是上海律协工作的亮点之一。从今年4月起,律协换届后,九届律协研究会的工作随即启动。九届律协研究会机构设置仍延续八届的31个,委员报名面向全市律师。

根据《业务研究委员会工作规则》,研究会主任由符合条件的委员自荐,并经推选或竞选方式产生,报会长会议审议批准。九届四次会长会议决定充分尊重民主:一、对11个仅1名律师自荐主任的研究会,审核认为符合条件的,直接任命为主任;二、另20个有多名律师自荐主任的研究会,确定每个研究会不超过4名候选人,召集委员民主投票,得票多者当选为主任。

5月26日至6月2日,20个研究会先后在分管会长召集下,组织委员以无记名投票方式选举产生了各自的主任。此次委员报名和主任自荐均较为踊跃。有13个研究会报名人数超过

50人,其中人数最多的研究会报名人数达到140人。但根据《业务研究委员会工作规则》,委员规模在20-50人左右。

会长会议经研究,为兼顾律师报名积极性和便于工作开展,在筛选名单时,除参看专业特长材料,基本遵循以下原则:一、原则上只能担任一个研究会委员;二、10%的原则。(即同一家所在一个研究会担任委员人数不得超过委员总数10%);三、考虑各区县平衡、老中青委员结合;四、对报名人数较少以及有关公益性质的研究会,条件适当放宽;五、对报名人数特别多的研究会,人数适当增加。

5月23日,九届四次会长会议审议并确定31个研究会的委员人数是1207人。6月8日,九届五次会长会议审议并确定31个研究会正副主任共计110人。此次研究会一千多名委员、主任的全部更替选任,涉及面广量大,为此,九届监事会成立以来的第一项工作即为监督律协各研究会的组建工作。从委员产生,到主任选举,监事会均全程予以重点监督。期间,应监事会要求,秘书处业务部还就工作进展向监事会作专题汇报,以确保程序规范,安排合理,产生一批政治坚定、业务精湛、热心服务的业务骨干来领导好新一任的研究会工作。■

焦点

●文/思源(▲)

工欲善其事 必先利其器

——盛雷鸣会长访谈录



6月17日,市律协召开业务研究委员会正副主任第一次工作会议。会后,就业务研究会的性质和定位、工作范围等问题,笔者就此采访了盛雷鸣(●)会长。

▲:31个业务研究会的调整和组织历时一个多月,引起业内的广泛注意和热烈反响,请问有何特点?

●:各业务研究委员会的调整和组建过程,充分体现了律师协会面向广大律师、行业自律管理的特性。首先是委员报名,采取在东方律师网上发通知和向全体律师发送短信的方式充分告知,广泛动员广大律师自愿报名,在两周多的时间里,收到报名材料1715份。其次是主任竞选,研究会主任由符合条件的委员自荐,共收到自荐材料77份,对于只有一名律师自荐的11个研究会主任,由会长会议研究确定;而其他20个研究会的63位主任自荐者,则由分管会长分别组织各研究会委员根据竞选规则进行选举,自荐者发表竞职演说,并同与会者互动,接受委员们坦诚而尖锐的诘问,然后通过无记名投票选举产生,报会长会议批准。其反响之热烈和竞争之激烈可想而知。

▲:这种组建方式意义何在?

●:业务研究委员会这种自愿报名、竞争上岗的组建方式,将开展律师业务研究活动植根于业务拓展需求和提升素质意愿之中,并将选拔专业带头人从“要你做”变为“我要做”,充分调动了广大律师参与这项活动的积

极性,具有坚实的群众基础和发展潜力,是上海律协业务研究活动长盛不衰的源泉。

▲:召开这次工作会议的任务和目的是什么?

●:就是明确定位,规范职责。研究会的定位是“专业型委员,开放式活动”;目标是将业务研究会打造成上海律师间、上海律师与兄弟省市律师及国外律师间、与其他法律执业共同体成员间业务交流和研讨的平台。

研究会在活动方式和活动内容方面要体现“三性”要求。活动方式的“三性”:1、“公开性”——除研究会委员工作会议外,业务研究活动尽量向全体律师公开(在“东方律师网”上专门开辟“业务研究”栏目,刊登研究会的活动通知、活动信息及研究成果);2、“及时性”——及时对律师及社会关注的热点、焦点、实务问题以及疑难案例开展研讨;3、合作性——鼓励研究会之间以及研究会与律师学院、与法学会等专业团体之间的交流与合作,取长补短,最大限度的实现资源共享。活动内容的“三性”:1、专业性——对专项法律业务和广大律师感兴趣的专业问题进行研讨;2、规范性——对专业领域的执业规范通过研讨形成操作指引;3、开拓性——对律师的新兴业务领域开展研究,为开拓律师业务和占领新兴法律服务市场服务。

▲:对研究会主任及委员有何

要求?

●:《上海市律师协会业务研究委员会工作规则》对此有明确的规定。市律协“业务研究指导委员会”将严格按照相关规则对各业务研究会的工作进行考核。要求各研究会每年的研讨活动不得少于4次;研究会委员如果一年内累计2次无故不参加研究会全体委员活动或累计3次请假,则取消委员资格;如果研究会的正副主任没有履行好职责,经会长会议或经研究会委员提议并报会长会议审议后,可更换正副主任。各研究会应尽可能以各种方式将研究会的成果以及编撰的法讯等资料提供给全市律师共享。

▲:您对今后的业务研究工作有什么展望?

●:市律协“业务研究指导委员会”将设立有权威有代表性的专家顾问委员会,发挥智囊团的作用,加强对职业培训和业务研究的指导,多出成果;本届理事会拟每年评选一次优秀业务研究会,通过表彰先进,推动业务研究活动的深入发展。孔子云:“工欲善其事,必先利其器。”前进中的上海律师肩负社会主义法律工作者的崇高使命,通过扎扎实实的业务研究活动,不断提高法律水平,增强实务能力,必将在服务法治政府、法治社会建设中发挥更大的作用。■

焦点

●文/卞飞

总结工作经验 创新管理机制

——市律协召开区县律师工作委员会主任会议



6月17日至18日,上海市律师协会召开区县律师工作委员会主任会议。全市18个区(县)律工委负责人和部分区县司法局律公科负责人与会。

市司法局副局长、市律协党委书记刘忠定及律管处处长马屹出席会议,刘忠定副局长作了重要讲话。

上届理事会根据新《律师法》精神,探索性地在全市18个区(县)成立了“律师工作委员会”,并纳入修改后的《上海市律师协会章程》行业管理架构之中,以确保各区县律师行业自律管理的有效运作,为广大律师提供更多、更好、更近的行业自律服务。

三年多来,各区县律工委在组织本区县律师实施市律师代表大会决议、积极完成市律协和司法行政部门下达的任务的同时,承担起本区县律师维权、开展专业培训和业务研究等律师行业管理工作;大力推进律师参与世博法律服务;建立“金融法律服务团”、“维稳法律服务团”等;在“莲花河畔景苑”倒楼事件、“11·15”特大火灾发生后,组织律师参与突发事件善后处理工作;大力推进政府购买法律服务和法律服务进社区及律师参与调解化解社会矛盾积极搭建律师与政府部门及社会团体之间联系沟通的平台。充分发挥了律工委在深化律师自律管理,强化市、区“两级”管理以及司法行政管理与行业管理相结合的“两结合”管理方面的独特作用。

会上,浦东、长宁、静安、闸北、宝山

等区律工委作了主题交流发言;其他区县律工委汇报了近期工作和今年的工作计划。

市律协会长盛雷鸣对各区县律工委的工作给予充分肯定。他认为,三年多的实践证明,通过管理模式创新,区县律工委以大量卓有成效的工作,实现了律师协会行业管理工作的延伸,推动了行业管理更有成效地为律师服务,使广大律师切实感受到“律协离我们越来越近了”,区县律工委不可或缺;上海区县律工委模式是好的,是成功的,是值得肯定的,充分体现了“两结合”管理在区县一级的强大生命力。

盛雷鸣提出了律工委未来工作中需要重视并思考的几个问题:一是如何把握历史机遇?上海律师面临加快“四个中心”建设的大好机遇,应鼓励律师事务所积极投入到“四个中心”建设的各类配套工作中,增加法律服务的种类,扩展法律服务的覆盖面,提前介入法律事务,延伸法律服务的供应链。贯彻落实市委市政府16号文是九届理事会的一项重点工作。二是如何凸显区县特色?律工委应结合本区县的实际情况和区域经济特色开展活动,为事务所参与区域经济建设牵线搭桥,使律师行业的发展与区域经济的发展紧密结合。三是如何抓好行业自身发展?律工委应配合区县司法机关对事务所进行规范化检查与指导,强化事务所的内部管理,为事务所的良性发展奠定基础。四是如何组织本区县律师履行好社会责

任?各区县律工委应着力推动本区县律师参与化解矛盾、改善民生、促进和谐,进一步发挥律师在法治政府、法治社会建设中的积极作用。

盛雷鸣希望:第一,要进一步自觉接受区县司法行政机关的监督和指导,要倍加珍惜区县司法行政机关的支持,维护好区县律工委和区县司法局的良好关系。第二,进一步做好上传下达的工作,及时将区县律师的需求和工作成果汇报给市律协;并将市律协的工作安排和要求及时传达给区县律师,进一步“拉近律协与律师之间距离”,使上情下达、下情上传的渠道更加畅通。他表示,市律协将全力支持和协调区县律工委工作;努力帮助解决区县工作的难点问题;大力宣传工作突出的区县律工委和律工委负责人的先进事迹与经验,并适时予以评选表彰。

与会人员就相关问题展开了热烈讨论

刘忠定副局长作了重要讲话。他指出,一定要准确把握律工委的定位:区县律工委是市律协的工作机构、派出机构;是联系区县律师的桥梁和纽带;是市律协开展各项基础性工作的办事机构;是“两结合”管理的延伸和完善。他要求,要深入进行律工委运行机制的研究和探索,不断完善规范运作的模式,进一步发挥律工委的作用,推动行业管理机制的创新,促进上海律师业又好又快的发展。■

编者按:上海律协 31 个业务研究委员会结合行业发展的特点及现状,通过创新活动方式,搭建多层次、多渠道的沟通、研讨交流的平台,扩大了专业委员会在行业内的影响和提高律师参与的兴趣,提升了业务研究委员会活动的质量与层次。

各业务研究委员会还努力多做有益探索,加强与其他各机构的横向交流与合作,进一步做好业务成果的系统转化工作,力求将各种会议、研讨会后的专业成果成效最大化,在工作成效上进行提高和突破,充分体现出业务研究委员会在全行业的引领与指导作用。

这里采撷的是上一届几个业务研究委员会主任在开展工作中的体会心得和感悟展望。

焦点

业内外相互支撑
给力“未保委”

●文/黄 绮



当了首届“未成年人权益保障委员会”(下称“未保委”)主任之后,感想颇多。未保委是律协 31 个业务研究委员会中比较特殊的一个,因为它不是针对一种法律专业的研究方向而设置的,是为研究一个特殊年龄人群法律权益的保障而设立的。在上海这个大城市里,不但生活着本地的未成年人,还活跃着众多外地来沪的孩子,让未成年人权益的保护成为了一个相当复杂与综合的问题,中华全国未成年人保护委员会主任佟丽华盛赞“上海‘未保委’的成立,对全国未保法律研究来说具有划时代的意义。”

“未保委”应该如何开展工作?成了我们思考的问题。委员会最终确定的工作定位是:以律师的专业研究能力及借助未保工作机构的支持,研究未保法律问题,同时宣传与普及未保法律、法规;确定的研究方式是:要与各从事未保工作的主要单位及部

门对接沟通,开门研究。于是,“未保委”开始与团市委的“青少年公共服务平台”对接,收集他们在接听“12355”电话热线时遇到的难题,研究解决的方法。“未保委”又与市教委的“青少年保护委员会”对接,让“未保委”的 30 名委员分布到市区各青保办,在调研素材的同时又为他们解决法律问题,同时还多次为他们开设普及青保法律的讲座。“未保委”还与上海电台“东方大律师”栏目组合作,参与编制和录播“暑期小公民学法律”节目,以评析案例的有趣方式向学生及家长普法。在进行研究工作的过程中,我们意识到如果能够编写一本比较系统的未保书籍,将对未保法律的贯彻实施会有很大的帮助,于是我们着手编写《未成年人权益保障百问百答》。考虑到书籍编写的最终目的是被需要的人群使用,所以我们决定和市青保委合作编写,该提议被市青保委领导充分肯定并

愿意承担全部出版费用,编写中又联系市高院为我们提供了案例库中的相关案例,最终经过整整十个月的努力,一部 20 万字的书籍由上海人民出版社出版了,首次即印刷了 14000 册,发给了全市所有的小学,但每校还只发到了 2 本,近期该书还将再次印刷。这本书的编委会名誉主任是分管教育的沈晓明副市长,主任是市教委主任薛明扬,这反映了领导对该书的充分肯定。该书是律协业务委员会成立以来首次由委员律师集体编写的专业书籍,也是公开出版发行给业外受众人群最多的一本书籍,得到了全市青保工作者的充分肯定。

参与三年“未保委”工作得出体会:专业研究委员会的法律研究不能脱离实际,需要向社会需求人群及管理部门借力,要得到相关部门的支持,研究才有方向,研究的成果才有价值及意义。■



三年任职 四大心得

●文/贾明军

一、尊重“前辈”及长者,工作中多听取委员意见

八届律协业务研究会首开了主任演说竞选模式,我侥幸竞选成功。但当选的喜悦还没有享受片刻,就面临主任分工的问题。当时民委会确定的三位副主任都是“长辈”级的著名律师,而我是一个30出头的“毛头小伙儿”,要“领导”前辈,我是一点儿都没有信心;另外,当时民委会很多委员都是资深律师,并且有些都是连任了几届的“老”前辈,如何服众、开展工作是最大的问题。在处理这个问题上,我确立了“虚心求教、热情服务”的理念,尊敬前辈与长者,团结平辈,树立“服务”而不是“职务”理念,做决定的时候多听取各位副主任及委员的意见,以促进民委会工作的开展。“以诚相待”的结果还不错,几位前辈级的副主任也都很“够意

思”,工作也很积极。“孤木难成林”,没有副主任的积极配合以及广大委员的积极参与,研究会的活动基本是开展不起来的。

二、光有“热情”与“责任心”还不够,工作还要讲究方式与方法

热情与责任心是担当业务研究会主任的前提,但更重要的是在工作中讲究技巧与方法,甚至很多细节都要注意到。比如,有些律师在成为委员后很少参加研究会的活动,对这种现象作为主任不能一味埋怨人家缺席,更多的是多点儿反省,即为什么人家不愿意来活动、是不是自己在选题上有什么问题。另外,即使要批评委员不尽责,最好也是私下探讨式的方式,而不宜在民委会会议上隐指或数落。另外,研究会还经常会收到全市律师的疑难案例研讨请求。有的申请纯粹是业务研究交流,也有个别希望以“律师协会”的名义影响案件。作为研究会主任,在处理类似问题时既不能打击律所、律师的积极性,也不能一概承揽,曲解律协服务的性质。

三、业务研讨要有重点、有主线,不能“眉毛胡子一把抓”

刚刚担任主任时,心情也兴奋、工

作很积极,组织了大量的活动。在年底工作总结时领导虽然肯定了工作热情,但也指示要围绕主线。刚听到领导的“批评”心里很委屈,但梳理活动主题时却发现开展的大量活动主题都很分散,没有多少有影响、有成果的活动。因此,在第二年的工作开展中,自己就致力于活动主线的把握以及大型、有影响的论坛与研讨的组织,并且及时归纳总结研究报告或会议综述,使研究会的工作显得清晰和有脉络。

四、正视岗位性质,适当调整心态

研究会主任是一个服务律师的头衔,不能把自己当成“干部”、以“领导”自居,在委员和广大律师面前指手画脚。不然,不仅引起众人反感,而且还会使自己陷入“孤家寡人”的境地。另外,在开展活动时,一定要了解和遵循律协的各类办事流程和条件,不能擅自做主,否则会有“做事不讨好”的感觉,从而引发消极怠工心态。比如,活动开展、经费额度与审批都要严格遵照流程,有时候不能讲“人情”和“面子”。在受到“委屈”时,要多反省自己哪里出了问题,改进自己的工作方式和方法,而不能怨天尤人,意志消沉。■



心系行业 提高技能

●文/陈瑛明

长期以来,律协证券委积极参与中国证监会及其派出机构、上海市人民政府金融办公室、上海市司法局等主管部门组织的交流、考察、调研活动,及时向各级主管部门汇报本市证券律师的业务情况,以及执业过程中发现的有利于完善证券市场法治建设

的意见、建议,起到了沟通执业律师与各级主管部门的桥梁作用。

律协证券委基本每年都会举办三至四次公开讲座,每次讲座均邀请证券业内的专家人士,譬如证券监管审核部门的领导、保荐机构的高管、知名会计师事务所的合伙人、财经界名人

等作为演讲嘉宾,针对资本市场的热点、难点问题,给委员及参加讲座的其他律师作精彩的演讲。由于制定证券市场相关法律法规、部门规章、监管政策、判断标准的监管部门在北京,现对于北京律师来讲,上海律师在相关信息的获得方面没有优势,所以,律协证券委每次都努力邀请中国证监会的相关业务主管领导来上海,提供第一手的资讯,以弥补上海律师在信息获得渠道上的不足。因此,每次演讲都是座无虚席,满堂喝彩。嘉宾的发言无不对在座律师以启发和帮助。作为上海市律协对会员职业教育的一项有益补充,律协证券委的专题讲座形式上较为自由,被邀请的嘉宾

既具有权威性,也更加贴切于证券法律专业。

证券法律业务的开展往往需要团队合作,证券法律业务的提升也需要律师之间的交流、切磋,因此律协证券委不定期地对疑难案例开展讨论活动,有时与其他相关联的业务研究委员会进行此类合作。每次召开案例讨论活动,从讨论案例的选题到材料的准备,再到研讨嘉宾的邀请,律协证券委力争在每个细节上把案例讨论活动变成一场精彩的头脑风暴,力图在给每位参会者一种酣畅淋漓的思辨体验外,促进每位参会者对专业法律问题的更深入的思考和研究。通过案例研讨,非诉讼律师原本在人们心目中

温良恭俭让的形象被彻底颠覆,原来证券律师也可以像诉讼律师那样慷慨激昂、舌战群儒。

上海市律协证券业委会除开展各项别具特色的活动外,还十分注重与社会其他组织尤其是行业协会之间的横向联系。律协证券委是一个人才济济的团体,囊括了数位在业内较有影响力的资深律师,通过他们的牵线搭桥、对外宣传,本市律师的形象获得了较好的评价。从一个侧面来看,律协证券委已成为社会了解律师尤其是证券业律师的一个窗口。提升律师行业的整体形象,始终是律协证券委时刻注意的一项重要职责。■



广泛合作 联手研讨

●文/阮露鲁

行政法业务研究委员会在2008/2010年研究会换届时就制定了三年活动计划和年度活动计划。委员会三年活动计划主要目标是开展律师行政程序实务研究活动,拓展律师的行政程序业务活动空间,并且争取出版相关书面成果;年度计划也是具体分阶段执行三年总计划。为此,我们在律师与行政程序实务研讨、行政复议专题座谈会、行政立法和决策等领域,积极开展多种形式的业务研究活动,研究会注重活动数量、形式和质量,共

举办活动87次,尽力完成三年工作计划,主要包括完成《上海市社会体育保障条例》立法调研项目《律师办理行政复议案件操作指引》、《律师参与行政听证程序操作指引》和《律师办理行政诉讼案件操作指引》(修改),以及和复旦大学体育法研究中心合作专著《上海体育法治研究》。协助编辑研究综述5期:2008年12月《体育协会行政法律问题》、2009年4月《回顾与展望:纪念行政诉讼法颁布二十周年》、2009年7月《上海实施依法行政状况白皮书制度研究》、2010年5月《“中央与地方30余万亿建设工程”政府信息公开行政法律问题》和2010年12月《司法部2010年121号文行政法律问题》。

为扩大律师在行政程序中的执业影响,我们积极与政府法制机构、高校等部门合作,其中主要与市政府法制办公室合作,包括与上海市行政法制

研究所合作举办“律师与行政程序实务”研讨会,研究会定期邀请行政法制专家开展行政法专题讲座与律师行政复议专题座谈会,上海市政府法制办公室邀请律师参与涉外行政法专题研讨会,律师参与行政复议案例研讨、行政决策征询意见;与复旦大学体育法研究中心合作承担上海市体育局《上海市社会体育保障条例》立法调研课题;与上海司法研究所召开行政诉讼法颁布20周年纪念座谈会、上海法治建设理论和实践座谈会等;与浙江省律师协会行政法业务研究委员会合作召开政府信息公开法律问题研讨会;与市律师协会房屋动拆迁、公司法、民法、税法和刑法等业务研究委员会就城市房屋动拆迁、三鹿奶粉事件、盐城水污染事件、国家赔偿、税务法律、官员财产公开问题等合作开展研讨活动。■



注重实务 积极探索

●文 / 傅强国

院关于知识产权侵权案件中适用法定赔偿方法确定赔偿数额的若干问题的意见（征求意见稿）》提交了意见，组织、参与与上海相关法院的交流活动。

同时，知产委循着“走出去、请进来”的思路，积极塑造提升上海知识产权律师形象，与国内外各兄弟委员会、行业协会以及官方机构进行交流，先后组织、参与了与纽约律师协会代表团、芬兰律师代表团、昆山律师协会等专业团体的交流活动。2009年副主任委员刘峰律师代表上海律协知产委参加了在南京召开的中华律师协会知识产权研究年会，并主持了知识产权实务论坛。年会闭幕式上，刘峰律师受上海律协知产委委派与苏浙两地兄弟委员会签署了《长三角知识产权法律服务合作协议》。

三年间，知产委注重青年律师的培养以及对新型法律、业务的研究，积极和律师学院以及相关业务委员会如电子商务委员会、世博与会展委员会

开展合作，先后主办、协办、参与了逾15次实务研讨会。知产委努力将自身设置为一个“重视实务”的委员会，先后邀请了逾20名演讲人或发言人，其中包括教授、法官、行政人员、代理律师甚至风口浪尖上的企业代表“就事论法”，对热点事件从知识产权法律法规的角度进行深入分析。正是因为这样的理念才使得很多演讲人放下心中顾虑或偏见，对于法律问题畅所欲言。

知产委三年以来所做的工作以及获得的业绩，均离不开律师协会的引导、兄弟委员会的大力支持以及各位委员、律师的积极参与。业务委员会的工作是一个长期的、繁琐的工作，需要律师协会以及所有委员、律师的关注与支持。为沪上相关业务领域的专业律师打造一个可以探索、提高、学习、交流的平台，为沪上律师提升整体形象，提升整体竞争力，同时将品牌打造和实务提高有机地融合深化，是知产委一直以来追求的目标。■

第八届上海市律师协会知识产权业务研究委员会的工作已经结束了。在前人经验的基础上，集合委员力量，秉承“希望能让一名律师拿起操作指引就可以初步了解知识产权法律业务如何规范操作”的初衷，对专利法、商标法、著作权法以及商业秘密四部律师操作指引进行了重新制定和修订。

此外，知产委积极承担律师社会责任，为国家、本市的法制建设谏言，先后通过律协对《专利法》《专利实施条例》《商标法》《上海市高级人民法



专业委员会主任六大忌讳

●文 / 商建刚

我自2002年起作为委员参加信息网络专业委员会，2008年通过竞选方式首任信息网络与电子商务专业委员会主任，2011年竞选连任。我简单谈一下作为主任的若干忌讳。

一、切忌“不搞活动”

专业委员会是以搞活动的方式来开展工作的，如果不搞活动，则专业

委员会的内部凝聚力丧失，外部影响力无法产生。原则上，专业委员会每月举行一次活动，形式包括研讨会、讲座、论坛、交流、访问、座谈会、培训、论证会、起草业务指引等。

二、切忌“一言堂”

专业委员会的委员是执业3年以上，在律师主动报名的基础上经过严

党旗飘扬

●文 / 上海融孚律师事务所党总支

以党建促发展 践行“融孚”



2010年融孚所党总支“七一”活动合影

格程序挑选出来的专业律师。作为主任,要学会尊重委员。如果主任在主持活动中,一直把持着“话筒”不放,一直以最权威专家自居,会伤害同行的自尊,将导致委员的流失,导致委员不支持主任的工作。

三、切忌“开拓市场”

专业委员会是面对律师工作的场所,是对外整体推广律师协会的平台,不是用来开拓客户的工具。如果将自己的客户请来给律师上课,需要特别谨慎。曾经有主任请鉴定机构的专家来上课,上课内容主要是该公司的市场推广介绍,与会的委员和律师非常反感。专业委员会的“非营利性”一定要常记心中。

四、切忌“不学习”

作为专业委员会的主任,平均每月要搞一次活动,如果不去跟踪最新的法律法规、最新的行业动态、最新的与专业有关的重大事件,是难以成就有质量、有吸引力的活动的。作为专业委员会主任,一定要以该专业作为自己的业务方向。

五、切忌“不守时”

委员会的活动是对全体律师开放的,如果活动质量不高、活动开始不准时、结束拖拖拉拉,会在律师中形成非常坏的印象。因此,对外公布的活动流程,一定要具体。每次会议开始时,一定要强调会议纪律,控制会议时间,将每一次的会议办得有效率,将会议吸引一批忠实的律师会员“粉丝”。

六、切忌“不投入”

作为律师协会的专业委员会主任,带着交接朋友的心态参与律师协会工作,抱着一颗学习之心举办每一次活动,本着谦卑的心态对待副主任、委员、律师的积极或者不积极参与,热情或者冷漠的态度,自己支持或者反对的观点,积极服务专业委员会的“群体”,最终应该可以收获“群体”反馈的好评。■

“水乳交融、深孚众望”。融孚律师事务所是由上海清华、东欣、华利、国联等律师事务所与北京王玉梅所上海分所吕琰团队合并重组而成立的大型综合性律师事务所,系浦东律师界积极响应国家发展现代服务业要求实施的首次大规模合并重组,旨在为上海国际金融、国际航运两个中心建设提供高端法律服务。自2010年5月建所之始,融孚所就围绕着不断提升综合实力、做大做强律师业务的发展目标,同步设立党总支,并将管理重心下移,积极创新党组织设置方式,推出了“支部建在业务团队上”的党建新模式,实现了党建工作“组织全覆盖、工作全覆盖”的要求,为事务所和谐发展提供了坚实的组织保障。

一、发挥战斗堡垒作用,以党建促进新所整合实现融合

在合并整合过程中,融孚所根据律师党委的要求,及时将党的建设与新所建办同步开展,依靠党的组织和

党的作用夯实事务所建设的根基。

(一)确立党建促融合,党建和业务同发展、共促进的理念。融孚所成立伊始,4位参与筹建的合伙人(2名党员,2名非党人士)针对涉及合并单位多、运转模式和理念不一、人员复杂等诸多困难,加强沟通,提出了把加强党的建设作为合并整合工作杠杆的思路,达成了党建发展与事务所行政整合两手同时抓、以创先争优谋发展的共识,通过党建工作促进良性整合,消除负面冲撞,形成党群和谐、积极共进的工作氛围。这一思路得到了上海市司法局吴军局局长的充分肯定和浦东新区律师党委的大力支持。

(二)建立党总支支部打造凝聚内核。融孚所对合并前原有的几家党支部进行了梳理、调整,成立了以专业团队为单位划分的4家党支部,并在此基础上成立了党总支委员会,由张金成同志任总支书记,各支部书记分任组织、纪律、宣传、青年委员。同时,明确党总支的基本目标,即将党建工作贯穿

于事务所整合的始终,提高事务所凝聚力,战斗力,实现真正的融合。之后一年来,融孚所党总支围绕“创先争优”、“达标创优”的主旨,将党建工作贯穿于事务所发展的始终,确保了在一年内完成了一次“五合一”的强强融合。

(三)打造活动平台夯实党建工作基础。一是坚持每月一次的党总支定期活动制度,传达上级党委精神,集体学习先进事例,开展思想交流。二是组织主题学习活动。2010年7月1日,党总支组织开展了《颜色革命警示录》主题观影学习活动,组织全体党员围绕“颜色革命”总结其原因与教训,撰写观后感并展开讨论。三是建立党员活动室。活动室设在所内办公场所的中心区域,内置书柜、党旗、会议桌等设施,方便党总支及各支部组织党员学习、过组织生活,成为了党员活动的“家园”。四是开辟“党员交流天地”实体宣传栏。以每个支部定期交两篇以上学习心得、思想体会并张贴交流的方式,促进各支部间交流、互补。除此之外,党总支还计划在事务所门户网站中开辟党员交流BBS,为党员之间、党员与群众之间交流提供便利,促进所内党群关系和谐发展。

二、支部建在业务团队上,发挥党在团队运作中的政治核心作用

近年来,随着律师业的快速发展,以共同研究方向和服务专攻凝聚在一起的律师服务团队正逐渐成为基本运作单元,使传统的支部党建工作受到了冲击。对此,融孚所党总支深入研究党组织在基层律师团队发挥作用的机制,推出了“支部建在业务团队上”的党建新模式,组建了4个专业团队党支部,真正将党员的标杆作用树立在律师身边,使全体律师学有榜样、比有标准、赶有目标。

“支部建到业务团队上”,既为律师界首创,更为融孚所的整合与发展注入了鲜活的动力。一是延续和发展了党的基层组织形式。革命战争年代,毛泽东同志创造了“支部建在连上”的组织形式,从组织上保证了党对军队的领导,保证了部队的凝聚力和战斗力,从而使革命取得了胜利。“支部建到业务团队上”是律师党建主动适应律师业改革与发展新形势的客观要求,是在继承党的革命优良传统基础上的发展创新,是新时期实现律师党建工作全覆盖要求的积极探索。二是搭建了共同交流的平台。“支部建到业务团队上”这一新颖的支部建设方式,使得日常的支部生活不再单一局限于组织工作的探讨与交流,而把业务范围内的问题与趋势探索引进来,在加强思想交流的同时,以团队为单位经常研讨律师专业领域内的一些工作,在形式上更灵活、在时间上更便利,不仅有利于提高律师业务水



2010年融孚所党总支与亲和源老年公寓党总支共建签约仪式



融孚所党总支与亲和源老年公寓党总支共同开展党建活动



2011年融孚所党总支参加浦东新区律师行业党建论坛



2010年10月融孚所党总支与江西律所党支部和贫困学生结对帮困助学

平,不断提高政治觉悟,更能在这种相辅相成的氛围之下逐步提升所内律师的职业道德,培养律师的社会责任感。四是推动了团队发展上层次上水平。由于业务上的共同性,团队成员之间联系紧密,在活动的目标、方式、内容上容易达成共识,且支部工作能直接找准工作的难点和重点。另外,还有利于对要求入党的积极分子进行教育和培养,做好党员发展、教育工作,吸收更多的优秀律师入党。

三、党建与管理“刚柔并济”,党建、所建融合效果日益凸显

融孚所合并之时就确定采用公司化、制度化的管理模式,这种模式强调的是“刚性”管理,而党总支实行的是党建工作跟着中心走、贴着中心做的“柔性”管理。“支部建到业务团队上”这一支部建设和团队管理相结合的创新模式,在律所管理过程中发挥了重要的协调作用,形成了党建工作与事务所建设双管齐下、“刚柔并济”的管理新局面。创新的党建模式打造出来的精英律师队伍不断带领新所实现业务增长,其作为一家规模较大的、主要服务领域涵盖金融证券、海事海商等方面的综合性大所,正在积极发挥规模、专业两大效应,为上海乃至浦东的“两个中心”建设搭建优质的法律服务平台。

一是构建了相当规模的人才高地。目前,融孚所共有高级合伙人6位,合伙人16位,律师47人。其中许多是各自服务领域的优秀团队、资深专业人才和领军人物。同时,融孚所力邀业界前辈及精英加盟,华东政法大学苏惠渔教授受邀担任事务所主任,华东政法大学博士生导师吴弘教授担任高级法律顾问及事务所金融法研究中心首席研究员。同时注重内部培训机制的完善,使律师的专业素质和综合素质步上新的台阶,使每位律师都有晋

升的机会和未来的发展方向。2010年,融孚所高级合伙人吕琰律师被提名中华全国总工会、司法部组织的第三届“全国维护职工权益杰出律师”候选人(全国仅有54名候选人);高级合伙人黄顺刚律师被司法部荣记二等功;高级合伙人尹燕德律师荣获“浦东新区非公有制经济和新社会组织优秀党建之友”称号,并荣立2009、2010年度的上海市司法行政三等功;党总支书记张金成荣获“浦东新区非公有制经济组织和新社会组织优秀党建工作者”称号。同时,融孚律师事务所已参评2010年度浦东新区文明单位。此外,融孚所以对党员律师的重点培养也为激发所内新生力量提供了广阔的平台。党总支不仅选拔年轻的党员律师作为总支及四个支部的骨干力量,不断发展优秀员工入党,更将新所的发展放眼到了源头的人才引进,已发展1名青年骨干律师为党员,引进党员1名。

二是推进了律师服务更优质。一是服务领域不断扩大。融孚所自成立伊始即奠定了在金融证券、海事海商、涉外投资、公司、税务、房地产等多个法律服务领域的领先地位。合并后的融孚律师事务所发展的战略重点是通过优势互补,提升事务所综合实力和竞争力,为客户提供更高效、更优质的服务。目前,融孚律师事务所的代表客户有中国平安集团、太平洋保险、联想控股、柯达公司、固安捷中国、仁恒地产、国际船东理赔协会以及国内外诸多航运企业和船舶修造厂等等。二是律师服务社会意识不断增强。在“支部建到业务团队上”这一新颖模式推动下,融孚所从事金融证券、海事海商等高端业务的青年党员律师纷纷走进社区、走入群众,为基层百姓贡献自己的一份力量。

2010年11月26日,融孚所党总支与上海亲和源老年公寓党支部、亲和源股份有限公司党支部在亲和源养老社区举行了共建“和谐社会”的签

约仪式。此后,融孚所的党员律师每个月都要走进亲和源,与老人聊聊法律、谈谈心事,深受群众好评。此外,融孚所吕琰律师团队还免费为全市几百家养老机构提供免费法律咨询。世博期间,海事海商团队的党员律师作为上海世博会法律服务志愿者,来到陆家嘴街道为市民提供义务法律咨询等等。三是事务所凝聚力不断增强。伴随着合并后的成长,党建工作对事务所融合的作用愈加明显,律师们在融孚所找到了家的感觉,一种新型而和谐的合作关系逐渐建立。2010年,党总支书记尹燕德和团队支部书记吕琰上门探访了在提供法律援助途中受伤的律师党员,令所内律师深有“归属感”。而各业务团队在党总支的关心下,开展了丰富多彩的支部生活,催化党员思想上的融合,如讨论会、网络文件学习、户外拓展、文体赛事……多姿多彩的支部生活深受好评,于无形之中凝聚了各团队律师的心。在融孚所的律师中,多位合伙人和高级合伙人系民建、农工等民主党派人士和党外的党建之友,党总支和各支部骨干经常就党建工作听取他们的建议。党建工作所起到的重要作用,不仅仅表现在党总支在所内思想政治领域上起到的导向作用,更体现在党员们身体力行的榜样效应和同事之间互帮互助的良好氛围中。

过硬队伍要靠过硬班子带,以党建促融合,正是这一正确的党建方针为融孚律师事务所迎来了合并之后的“春天”,焕发出了资源有效整合所带来的强大生命力。融孚所在近一年的时间里能稳步前行,得益于上级党组织的关心指导,得益于律师执业的良好环境,也得益于所里每一名律师都是一粒“金子”,在岗位上绽放光芒,其中党员律师更是起到了模范带头作用。而融孚所的党建工作不仅凝聚了队伍,更实现了融孚所工作和业务的全面提升。■

律政三人谈

关注民生 惠及律师

——上海律师行业年金保险一席谈

●本期主持：周天平 上海周天平律师事务所
嘉 宾：厉 明 上海四维乐马律师事务所
尹燕德 上海融孚律师事务所
陈 东 市律协副秘书长
文字整理：薛 侃

编者按：“关注民生”——上海律协以积极的实务精神推出的律师行业年金保险今年开始实施。它采用会员“个人自愿投保、律协酌情补贴”的投保原则，为参保律师提供一份人生福利，受到广大律师的热情关注。

周天平：上海律师行业年金作为律师协会重要的福利、服务品种，在上一届的律师代表大会上已经高票通过，这是惠及上海全体律师的一项福利政策。本局就面临着如何落实、推广的问题。现在许多律师打电话来问，什么时候开始？怎么样做？所以我们今天请这项工作的发起人和组织者一起来讨论一下如何把这件事情做好。这项福利工作实际上也是每个律师的一个百年大计，是要长久做下去的好事情。从这个角度讲这是一帖良药，没有副作用的良药。怎么操作？我们请上一届的副会长、这一届的监事长厉明，财务委副主任尹燕德来具体谈谈。

律师行业年金是惠及上海全体律师的一项福利政策，是要长久做下去的好事

厉明：这件事情的意义主要是上届（八届）理事会成立以后，整个理事会把这件事情看作重要事项对待。理事会委托财务委员会调研，解决我们律师养老问题——退休后养老金过低，试图找出一个好的办法。具体是尹燕德律师操作，待会儿请他具体谈谈，

我对整个过程都了解，一开始我们想学习企业年金制度，但是我们在询问了几家专门办理企业年金的公司后，发现企业年金对我们整个行业不是很适合，后续我们还结合了会费减免的调研，实际上，年金的调研我们一直没有间断过。这3年来年金这块作为非常主要的一项工作一直在不间断地进行中，直到上届最后一年的时候总算找到一种相对于我们整个行业律师养老保险比较贴近的补充养老保险加行业年金的模式，我们和人寿保险公司上海分公司谈得还是不错的，最终的方案也得到了广大律师的赞同。那么行业年金作为一个涉及面非常广、惠及面非常大的项目，最终在代表大会上高票通过，我们这些具体操作的人感到非常欣慰。刚才天平也提到了，这个项目是一帖没有副作用的良药，我也非常赞同这个观点。应该说上一届的律协从减轻律师会费的负担方面已经做了大量的工作，会费也给予了一定的减免，但是又有很多律师提出，把每年交的会费集中起来，做一些事情，这对这个行业也是有好处的。所以在是否继续减免会费这个问题上，大家最终还是选择拿出一部分会费购买补充养老保险，这样对我们广大律师是有好处的。现在参加的每个人补贴500元，自己可以出500元，也可以出1000元，甚至2000元、上万元都可以，那么这样相应就能得到一个更好的费率。

尹燕德：补充养老金保险在未来操作上有几个步骤构成，第一、是基础性文件，是用于确定操作依



左起:厉明、周天平、尹燕德、陈东

据的;第二是保单;第三是网上确认。这个网上确认,实现个人支付和单位支付的快捷性。这是在确定方案后我们考虑的一个具体操作方式,此其一;其二、考虑到我们整个行业人多面广,人员流动性比较大,这笔钱如何管理好?我们选择了人寿保险公司。人寿保险公司以往的业绩和以往的经验对于我们这个福利提供了相当可靠的保证;其三、为了进一步确保此保险利益,就人寿公司的格式条款进行了调整,补充了一些附加条件,这些条件由财务委员会、保险业务委员会和税法业务委员会的律师共同研究确定。同时我们对于整个标准是否可以转换以及保险责任确定的时间,比如我们确定款项到账次日生效也予以明确。这些附加条款是人寿保险公司给我们这个行业保险的一些特殊优惠,而这种优惠既体现了团购的意义,同时也确保了我们能够长期地、不定额地获得这一具有一定优惠的福利尤其是我们这次也充分考虑到了人员变化过程中的离职或者身故等等情况,细化了相关内容,确保律师的权益。

周天平:通过两位的介绍,我的理解就是,第一、这样一个年金保险,它事实上解决了怎么把协会会费的历

年结余进行增值运作,用合法合理合理的方法来回报我们每一个会员。第二、通过这种方法实施的年金保险还解决了一个律师退休金过少可以有一定补贴的问题。第三、它事实上对每一个参加的律师来说也是一个做加法的过程,它的收益是做加法的过程。具体操作过程刚才尹律师已经谈过,技术上的问题就是由保险公司和我们秘书处的对接来解决关于资金流和信息流的结合,这样技术问题就已经解决了。现在的问题就是如何让所有的律师了解这么一个好的项目,如何积极享受这项年金保险。下面请协会的副秘书长陈东来介绍一下。

律师行业年金的建立,将使上海律师的民生进一步得到改善,秘书处为此提供了有力的技术支撑

陈东:律师行业年金的建立,对上海律师行业的健康发展会产生深远的影响,上海律师的民生将进一步得到改善,年轻律师对未来稳定的生活保障将充满憧憬,老年律师退休后的生活将会有补充保障。这项工作对律协秘书处来说不仅是一项全新的工作,而且也是一种全新的挑战。为了能更

好地开展这项工作,服务于广大律师,律协秘书处首先与电脑公司共同研发了“上海律师行业年金”软件,通过这个软件,各律师事务所可以在东方律师网上便捷地完成律师的报名工作及相关的查询业务。其次,我们将通过多种渠道,如:下发纸质文件《上海律师》、东方律师网、发送短信等方式,向每一位律师进行宣传。同时律协秘书处还将开设热线电话,配备专门的人员接受律师的咨询,尽可能地做到让每位律师都能了解这个产品,让更多的律师能够参与进来。

周天平:这让我想起,律师代表大会上,我听说有的代表在投同意票的时候是这样理解的:个人付500元,协会要补贴我500元,那就等于我当年交的会费还给我500元,从这点讲,他同意;也有代表说,个人的500元不交,补贴的500元就拿不到,我不能放弃这个机会,所以我也投同意票;有的律师说,没什么可以担心的,交了3年、5年、10年,哪天不做律师了,到其他行业发展了,也可以随时来拿。当然3年以内领取,要交一笔管理费,3年以后一分管理费也不用交。从这个角度,好多代表都看到了这是一个只有好处、没有限制、没有风险的项目。另

外的律师也看了这些说明和文件之后感到还有机会,即若干年后,年金的收益到了一定的比例后,甚至可以将自负的500元都免掉,这是后话。但就当前来讲,这也是一件只做加法,不做减法,没有副作用的事情。

尹燕德:如刚才陈东副秘书长所说的这次和保险公司在谈方案运作主体时确定律协秘书处为律师整体代表,考虑到我们是一个行业投保,在业内操作为宜,和人寿以往所做的所有的保险不同。这样就增加了我们秘书处的工作,需要秘书处创新他们的工作方式,为全体律师会员服务。因此在操作过程中,无论是保单的下发,还是款项的收付,我们都通过网络和秘书处的一些人力资源的安排来确保大家能够在最短的时间内实现自己投保的利益。中国人寿网点多、保险利益兑现方法比较先进,能够确保大家最终利益。

周天平:这个我有所了解,秘书处的电脑的管理技术支持很强。他们已经和保险公司的有关资金对账、有关资金的管理以及有关资金支出的相应信息管理体系对接好了,那么我们在操作上就剩下让每一个律师了解这件事情,然后在律师申报参加以后有一个资金流方面的落账,有一个信息流的输入,然后就进入一个让你可以随时浏览账户的一个信息平台。

律师行业年金的运作实际上是一种“团购”行为,这种运作方式能产生较好的心益

厉明:在这个期间,律师协会接待外国律师代表团的时候,我们也介绍了我们行业年金补充养老保险的做法,包括我们在若干年前对全市律师买的执业保险的做法,外国律师非常羡慕我们上海律师协会所做的这些工作。因为在国外,律师买执业保险、买年金补充养老保险都是以律师事务所或者律师个人的方式去购买,往往费

率就比较高,所以我们上海律师协会这几届在采取“团购方式”为上海律师购买保险方面做得是相当好的。尤其是当年我们购买律师责任保险,以协会的形式统一购买,既取得了比较好的费率,同时在保险费的承担上、在理赔上往往比律师、律所个体去买保险来的效果好,这次补充养老保险也是一样的。在和保险公司讨论的时候,我们财务委员会有些成员也表示个人曾经买过类似保险,但是那个费率比我们“团购”费率远远高出许多,而得到的服务又比我们得到的有段距离。所以从这个层面上来说,我们上海律师协会的13000多名会员,如果以这样一种集体的形式,“团购”能够取得更好的效果,花小钱办大事。所以这块无论从什么角度来说都是非常有利的,而且还有这样一个作用:我们协会这些年来结余的会费如何保持增值的问题也比较棘手,以前考虑协会每年有点经营,但是经营有风险,这是难以接受的。到我们决定买保险之前,协会结余会费已近三千万元。这三千万元不能去投资股票,也不能去作其他投资,只能放银行。这笔钱放银行里的利息收益实际上赶不上CPI的涨幅,所以这笔钱都在贬值。这次交予保险公司这样运作能够产生比较好的收益。同时,未来可以把这些收益考虑补贴律师个人支出的份额。将来追求的目标是行业年金通过会费收益产生,律师个人都不用付钱。

周天平:但是律师不用付钱之后,只要你是一直参加的,协会每年500元补贴还是会继续进行。另外,因为尹律师是浦东律工委的主任,所以之前我知道他已经把如何让每一个律师享受这个服务品种进行了推广宣传,并将此作为今年律工委的重要工作。浦东律工委的老大哥是这么做的,我知道其他区县的律工委也都把这个列入了今年律工委工作的重点。

律师行业年金能够极大地维护律师们的利益,对这项福利的宣传应成为律协和区县律工委的工作重点之一

尹燕德:我同意厉明监事长诠释的“团购”定义,我们在工作当中和律师要说明这是一个“团购”意义的养老保险,所以它的保险凭证、收付条以及个人付款的账号,和以往一般的投保是有差别的。此差别不代表你的利益会受损,而恰恰是极大地保护了你的利益。因为组织永远是存在的,所以款项的支付,保险利益最终的实现,尤其是你的利益凭证,将来在上海市律师协会的平台上都能够显现。当然,这项福利宣传也是我们律协浦东工委今年工作重点之一。

周天平:另外了解到,每个人都有各自的特点,多交多得,少交少得,这些个人交费的差异带来的收益变化,保险公司通过给每个人设立个人账户的方式,使参加的人员能随时了解、查询账户的情况。如果在具体的操作过程中有不清楚的,律协秘书处设立了热线电话(64180529)和网上专门的栏目,可以随时解答各种问题。

厉明:我们秘书处增加的这些工作,实际上也是我们以“团购”的形式购买保险的好处。保险买了以后,有一个管理运营的问题,我们每个人或多或少买过一些保险,保险的管理其实是非常累的一件事情:何时交保费、怎样理赔等问题都要人去操作。现在这块工作秘书处统一都做掉了,所以秘书处这块是存在大量的工作,而且以后每一届律师协会的财务委员会和文体福利委员会在这上面也会增加工作量,我们的广大律师由衷地感谢这些律师和秘书处同志们为整个行业所付出的努力和汗水。

周天平:秘书处现在为大家参加和享受这项服务做“管家”,并且这“管家”的工作做得很勤勉,很称职,很好。■

信 息

●文 / 市律协秘书处

上海律师行业年金保险问答

问：什么是上海律师行业年金保险？

答：上海律师行业年金保险是上海市律师协会设立的，以与中国人寿保险股份有限公司上海市分公司达成的保险协议为基础的，起到补充养老保险作用的行业福利制度。

问：设立律师行业年金保险的意义？

答：直接意义在于提高律师退休后的收入水平。目前，律师退休后领取的养老金数额与企业单位退休人员相当，与事业单位、政府机关离退休人员的养老金标准存在较大差距。设立律师行业年金保险，可以一定程度上解决这一问题。

问：律师行业年金保险方案的主要内容？

答：方案的主要内容三个计划构成。

第一部分为律师行业年金增值收益计划：保险公司对律协以会费结余设立的律师行业年金进行增值运作，使基金在确保每年 2.5% 保证收益的基础上，分享分红盈余带来的增值收益。该保证收益和增值收益由市律协另行制定方案分配或补贴给会员。

第二部分为会员个人补充养老保险计划：市律协的个人会员自愿选择是否参加，愿意参加的，交费不少于 500 元/年，市律协补贴且只补贴 500 元/年，个人会员不愿意参加的，市律协不予补贴。

第三部分为律师事务所人才激励保险计划：律师事务所为建立人才激励机制，可根据自身情况自愿加入，享受市律协与保险公司约定的相关保险条件。

问：律师行业年金保险方案的优

势？

答：与个人参加类似的补充养老保险相比，存在以下优势：

第一，享有“团购”的费用及红利分配优惠。个人参加类似保险的市场平均管理费为 3%，市律协争取到的管理费为 1%。市场上类似保险产品的红利分配比例一般为 70%（保险公司分取 30%），市律协争取到的分配比例为 85%。

第二，享有市律协对参保会员的补贴。市律协目前对参加年金保险的个人会员每年补贴 500 元，该补贴连同个人缴纳的部分，一并计入个人账户。随着年金保险规模的不断积累扩大，存在进一步提高补贴的可能性。

第三，享有“团体效应”的政策优势。市律协与保险公司达成的协议，规定保险公司在为个人会员办理相关业务时，要提供“一对一”的专人服务。若个人会员与保险公司发生争议，也可借助市律协的整体力量予以解决。

问：律师行业年金保险参加的范围？

答：正常执业的律师及律师事务所的其他从业人员均可参加，且无年龄限制。正常执业（通过当年考核）的律师参加的，协会给予补贴。其他从业人员（包括未通过当年考核的律师）参加的，协会不予补贴。

问：如何报名及缴费？

答：律师行业年金报名及续费工作每年度集中开展一次，由律师事务所统一操作。请在东方律师网（www.lawyers.org.cn）首页左上角输入律师事务所用户名及密码登入会员中心，点击“2011 年度行业年金报名”（详见操作流程）。

问：被保险是否可以办理退保

手续？

答：可以。但被保险人一旦退保，不得再次投保。被保险人如离职，可以选择退保，不收取退保手续费，也可以选择将资金转入留存帐户。被保险人在职期间退保的，需收取合同终止费用，自投保开始后的第四年起不再收取，起算时间自保险协议生效之日起计算。

各保单年度合同终止费用比例如下：

保单年度	第一年	第二年	第三年	第四及以后各年
合同终止费用	4.5%	3.0%	1.5%	0%

问：如何指定或变更受益人？

答：被保险人可指定身故保险金受益人，须由被保险人携带相关材料至上海市律师协会会员部办理手续。（相关材料详见操作流程）。

问 如何领取年金？

答：被保险人最早可以领取年金的年龄为达到国家法律规定的退休年龄（女 50 岁，男 60 岁），也可以推迟至法定退休年龄后领取。

在保险公司各营业网点办理年金领取手续，并提供相关材料（详见操作流程）。

问：被保险人身故的话如何领取保险金？

答：被保险人身故，可由受益人申请领取身故保险金，须携带如下材料至上海市律师协会会员部办理申请手续（相关材料详见操作流程）。

问：如何查询年金余额？

答：可在东方律师网（www.lawyers.org.cn）首页左上角输入律师事务所用户名及密码登入会员中心，点击查询年金余额。■

信 息

●文 / 市律协秘书处

上海律师行业 年金保险办理操作流程

一、报名及缴费

律师行业年金保险报名及续费工作每年度集中开展一次,由律师事务所以统一操作。具体流程:

1. 请在东方律师网(www.lawyers.org.cn)首页左上角输入律师事务所用户名及密码登入会员中心,点击“2011年度行业年金报名”;

2. 点击导入律师列表,系统自动从会员系统中导入本所所有律师名单,对不参加行业年金的律师请选中后删除;

3. 点击导入行政人员列表,系统自动从会员系统中导入本所所有行政人员名单,对不参加行业年金的行政人员请选中后删除(未在列表出现的行政人员请到行政人员管理功能中增加好后再点击导入);

4. 默认最低个人缴费金额为500元,如果超出此数额,请选中要修改的人员名单,按编辑修改个人缴费金额(个人缴费金额必须为500的整数倍);

5. 操作完成后请先点击“提交报名”,再点击“打印报名表”;

6. 报名表打印后,首次参加行业年金的人员需在相应签字栏中由被保险人本人签字(是否首次参加,系统会自动判断);律师事务所加盖公章后交市律协会员部;

7. 请将个人缴费款项统一由律所转账给上海市律师协会。

上海市律师协会银行帐号:

上海市律师协会

上海银行黄河支行

316117-00003013550

二、退保

退保操作需提供如下材料,并由被保险人至上海市律师协会会员部办理退保申请手续:

1. 《被保险人变更申请清单(年金类)》,需在“被保险人签名”处签名,表明被保险人知晓退保事宜

2. 《团体年金保险个人凭证》原件

3. 经办人有效身份证复印件

4. 被保险人有效身份证复印件

5. 被保险人银行帐户复印件

6. 被保险人离职证明(如果被保险人因离职退保,需提供离职证明。“离职证明”要求必须是投保单位加盖人力资源部章的退工单(注:退工单由上海市劳动局印制))

三、指定或变更受益人

被保险人可指定身故保险金受益人,须由被保险人提供如下材料至上海市律师协会会员部办理手续:

1. 《被保险人变更申请清单(年金类)》,需在“被保险人签名”处签名,表明被保险人认可

2. 被保险人有效身份证复印件

3. 受益人有效身份证复印件(受益人为未成年人时提供户口簿复印件)

4. 经办人有效身份证复印件

四、年金领取

被保险人达到国家法律规定的退休年龄(女50岁,男60岁),可以在保险公司各营业网点办理年金领取手续,需提供如下材料:

1. 《个人保险合同变更申请书(付费类)》(个人申请使用)

2. 《团体年金保险个人凭证》原件

3. 被保险人和受托人有效身份证明原件

4. 被保险人银行帐户复印件

五、被保险人身故保险金的申请

被保险人身故,可由受益人申请领取身故保险金,需提供如下材料至保险公司各营业网点办理申请手续:

1. 《理赔申请书》

2. 《团体年金保险个人凭证》原件

3. 申请人有效身份证件(复印件,如提供的身份证为二代身份证,必须复印正反两面。)

4. 受益人与被保险人的关系证明

5. 区(县)级以上医疗机构出具的《居民死亡医学证明书》、《居民死亡推断书》或公安机关出具的《居民死亡确认书》

6. 经公安机关注销的被保险人的户籍证明

7. 病历(如果是疾病死亡,需要提供死亡小结)

8. 意外事故死亡,还应同时提供相关的警方的证明文件,如《交通事故责任认定书》和《赔偿调解书》,工伤事故的应提供工伤事故报告、剪报等

9. 受益人或继承人银行帐户复印件■

励 志 ●文/市律协青工委

做人志存高远 行事脚踏实地



——市律协举办“2011年感恩励志红五月主题活动”

一

为纪念“五四”青年节,庆祝市律协新一届青年律师工作委员会成立,5月15日,市律协举办了“那个人·那道坎·那本书——2011年感恩励志红五月主题活动”。这次活动,也是新一届青工委工作团队与青年律师的首次见面会。

管建军副会长首先向与会青年律师介绍了九届律协青年律师工作委员会工作的整体思路,青工委主任胡光简要介绍了初步的工作设想。活动现场发放了征求意见表,积极收集青年律师对市律协青年律师工作的要求以及建议,还与青年律师进行了面对面的交流,认真倾听青年律师对青工委工作的期待和建言。

活动的主题发言和交流互动,把关注的目光实实在在地投向了青年律师,聚焦于他们可能面临的执业发展过程中的瓶颈,期望通过这次主题论坛,能够更好地鼓励青年律师把业务能力的提高和思想品德的修养结合起来,把创新的思维和执业实践结合起来,把全面发展和突出个性结合起来。

市律协青年律师工作委员会分管管建军副会长、胡光主任等人紧扣议题,与近百名青年律师进行了面对面的交流。几位嘉宾律师从执业磨练的角度,结合自身经历,坦诚地谈了对自

己有重要影响的一个人给予了哪些宝贵的帮助,曾经遭遇的一道坎让自己经受了怎样的历练,而那令人掩卷沉思的一本书又给自己带来了什么启迪。大家敞开心扉,畅所欲言,交流自身成长过程中遇到的问题、解决的方式、思索和成长的感悟。

二

嘉宾律师的发言,让人感受到他们那敢于担当,为追求法治理念和社会公平,勤于思辨,以匡扶正义、扶危济弱为己任的可贵精神。

青年律师要树立科学发展观

曹志龙律师作为第一个作专题发言的嘉宾简要地介绍了他的执业经历:从教师到律师,从“万金油”律师到专业律师,从专业律师到青年合伙人,从青年合伙人到律师工作的参与者。

他说,当他在执业过程中遇到专业化发展与创新矛盾、案件败诉时客户的不满意、客户的开拓过程中遭遇的困难等方面问题时,得到了资深律师如联合所的朱洪超、江宪律师的帮助,这对自己执业理念的树立、执业能力的提高有很大的影响;另一方面,他自身也在面对困惑、解脱羁绊的过程中体会到“我思故我在”的道理。行动的独立从思想的独立开始,青年律师

的发展应从青年律师科学发展观的树立开始。

曹律师郑重地给青年律师推荐了《中国法学向何处去》这本书。他认为该书对于青年律师最大的启发是“青年律师必须不断思考自身的科学发展观,不能仅仅作为被思考的客体,而是还应当成为思考的主体”。青年律师树立自己的科学发展观,面临的首要问题是应当认清自身发展前进的方向,既要最大化地维护当事人的合法利益,更要考虑各方合法利益的平衡。青年律师的发展应当是全面、协调、可持续发展的,就是要求青年律师把自身的发展与律师业的发展和法治建设结合起来。青年律师发展的基本方法是要统筹兼顾,既要在专业上有所建树,又必须具有良好的政治素养和道德品质;既要维护当事人的利益,又要维护社会的公平、法律的尊严;既要注重个人发展,又要致力于协同合作。

在归纳发言要点时,他告诫青年律师做事先做人,成功先成才。青年律师应当着力打造过硬的专业能力、研究能力、社会实践能力,应当把自己的发展与社会的发展、我国法治的发展、律师业的发展紧紧联系在一起,顺势而为。这对于业务的开拓与创新也具有重要的指导意义。因为社会的需要

是律师业务发展的方向,律师业整体发展了,才能为个人的大展宏图提供肥沃的土壤。

应重视法学理论研究工作

季诺律师从法律是人类财富的结晶、法律是需要长期积累的一个过程等方面和与会律师分享了他对于法律精神的理解,希望青年律师要保持对法律的热爱,同时又要怀有平和的心态。

他向与会律师讲述了对他影响深刻的人——他的恩师李昌道教授。季律师在李昌道教授的身上感悟到了重视法学理论研究的重要性以及积极面对人生的态度:老一辈学者勤奋的工作与生活;几十年如一日的搜集与整理资料,建立专业的资料体系;一生孜孜不倦地做理论研究,努力追求深度与广度、政治性与专业性的统一;在不同的人生阶段进行不同的转换,与时俱进。

季律师向大家推荐的那本书叫《司法过程的性质》,书中作者的法律观对中国青年律师有很大的启示:法学发展的真正源泉,法律真知的真正来源,必定是法律的实践和社会现实,面对现实,充分运用思维能力,便可以获得有价值和有生命力的思想。

责任心是成功的必要保证

张鹏峰律师介绍了他的成长经历:年轻气盛时充满理想,辞去公务员职务,以宁夏第一名的成绩考取了律师资格。1995年,合伙创办了一家律师事务所。经过五年的苦心磨练,不到三十岁时,业务创收和综合排名已经位列宁夏青年律师的前列,因为当时盛传“找名所,去北京;找名律师,到上海”这句话,便舍弃了已经在宁夏开创的一片天地,于2000年初来沪创业。初来上海的第一年,便旗开得胜,但随后就碰到了“那道坎”,于是沉下心来努力钻研业务。张律师笑称:到这两年“老荷才露尖尖角”。

他坦言,对他执业影响最大的人,

就是他的第一个带教老师。在为带教老师整理卷宗时,他注意到老师的每个卷宗都比其他律师的卷宗厚得多,便领悟到了受当事人信任的真正秘密——责任心。从业以来张律师一直把“责任心”这三个字作为他的执业信条,凭着“受人之托,忠人之事”的执业理念办理了上千件案子,案件卷宗比带教老师当年的还要厚,甚至在阑尾炎发作时拔下正在输液的针头,去为当事人搜集第二天开庭的有利证据。

“律师这个职业,真是个实践性很强的行业,厚积薄发是这个行业的客观规律”,张律师语重心长如是说。

参与社会公益活动的重要性

吕琰律师结合自己的执业经历,提出了“青年律师发展要积极参与社会公益活动”的观点。通过参加社会公益活动可以深入地接触社会,了解社会的发展,把握时代的脉搏;通过参与社会公益活动能够提升自我,展现社会责任感,锻炼服务技能,巩固正确规范的执业观;通过参与社会公益活动回报社会,积极帮助弱势群体,努力化解矛盾,展现律师行业的社会公益形象,更好地推动律师行业的发展。

吕律师认为,律师是实现和谐社会要求的民主法治、公平正义价值追求的重要参与者,在协调各方利益,维护社会公平正义等方面都发挥着重要的作用。律师职业是一个实践性很强的职业,接触社会的各个阶层,参与各种社会活动,是各类社会矛盾解决的参与者、协调者、预防者。因此,无论从社会责任,自身利益,还是职业特点来看,都要求律师应在构建社会主义和谐社会和维护社会和谐稳定中有所作为,这是社会发展对律师的要求,也是对律师的挑战。

吕律师也提议青年律师能够找到有助于自己成功的方法,提出“坚持乃成功之父”的观点。他根据自己在成长过程中的切身体验,对青年律师

提出一些建议:青年律师要有决心、有热情,要主动。由于从事律师职业需要一定的积累,可能在前期需要更多的投入,开始时这会使许多人产生怀疑和徘徊,但必须坚持。只有这种坚持下去的决心才能激发无限热情,而且这种热情在一定程度上是超过功利的,是一种坚持自己事业的热情,是一种坚持自己人生信念的热情。

三

胡光主任对各位嘉宾的感言作了点评。他说,青年律师首先要确定自己热爱律师行业,热爱帮助他人,如果仅仅是追求财富,那律师行业并不适合。另外,要充分了解律师行业是需要长期积累的实践型行业,再聪明的人也不要期望一蹴而就,年轻律师需要吃苦耐劳,坚持奋斗才能够获得成功,这是行业规律。最后,他借“五四”青年节之际,重温大师胡适的名言——年轻人要“大胆假设,小心求证”,用在今天就是希望年轻律师要勇于创新,善于创新,紧跟现代社会行业细分的潮流,去开拓那些法律服务新的细分领域。

管建军副会长指出,律师职业是一份辛苦的工作,在执业过程中会遇到高峰也会碰到低谷,在遇到挫折的时候,不要放弃,要有恒心,有超越之心,并且有珍惜之心。对于青年律师而言,无论是成功的经验或是失败的教训,都是值得学习的内容,正如量的积累达到一定程度会产生质的飞跃,不断的学习是为了更好的超越。

在互动环节,嘉宾们耐心细致地解答了与会律师提出的各类问题,并赠送了推荐的励志图书。

青工委表示,将继续以创新和追求品质的工作思维、尽责尽力全心全意的服务理念,为广大青年律师的成长、成才发挥积极的作用,努力使委员会成为青年律师之家。



区县特写 ●文 / 卢湾律工委

推进社会管理创新 律师服务大有可为

近年来,卢湾区律师作为法律服务的专业力量,一直活跃在推动法治政府、法治社会建设的舞台上,为卢湾经济社会发展贡献了积极的力量,也由此带动了律师业健康有序的发展。

当好参谋助手 推进法治政府建设

卢湾区法治政府建设的进程中,卢湾律师留下了不可磨灭的印迹……

1999年,在卢湾区政府的邀请下,卢湾律师在全市率先组建了区法律顾问团。律师充分发挥在企业清算改制、建筑房地产、行政诉讼代理等方面的专业特长,通过参加区委、区政府各种专题会议、区政府全会以及区长咨询会等活动,为领导积极建言献策,促进政府提高依法行政的水平。如律师参加了“化解动拆迁矛盾专题法律咨询会”、“如何预防袭警事件专题研讨会”等专题研讨会,及时提出法律意见并多次被采纳。此外,每周四,都有一名资深律师出现在卢湾区领导信访接待工作的现场,陪同领导接待来访群众,切实维护好政府和来访人的合法权益,取得了良好的社会效果。多年来,18位律师共陪同区领导接待来访群众376批,1010人次,其中集访42批,446人次。

2006年,政府法律顾问团律师走入卢湾区政府常务会议,为领导干部

开设法制讲座。几年来,朱树英、黄仲兰、邹荣等律师都曾出现在卢湾区领导干部法制讲座的讲坛上,他们围绕依法行政、重大项目工程建设中的法律问题、政府招商引资中的法律问题等一系列重点、热点、难点问题进行分析,有效提高了政府领导干部的法治意识和运用法律管理、服务经济和社会事务的能力。

2007年,为进一步深化卢湾区法律顾问团职能,在卢湾区政府的统一部署下,卢湾律师“化整为零”,深入到区政府各职能部门和各街道担任部门和街道的法律顾问,将“依法行政”的理念和实践从区一级的层面延伸至各个部门和街道层面。法律顾问通过参与决策、审核文件、专项建议等方式,帮助政府部门防范法律风险,依法进行决策。在企业改制、淮海路商业结构调整等重大事项决策中,律师要求政府对决定进行法律论证,为政府提供法律意见,完善政府决策机制;在世博会展馆建设、动迁补偿、土地收购补偿等重大工程项目中,律师介入进行法律评估,为重大工程提供法律保障;在政府制定规范性文件过程中,律师严格审查,规范政府部门具体行政行为;在政府日常管理中,律师提供法律咨询,为行政管理活动提供专业意见。仅2008年到2010年两年间,法律顾问就为政府部门提供法律咨询

635件(次),审查合同、书函、规章制度等95件,草拟法律事务文书41件,提出法律意见书19件,对重大项目等处理进行法律评估7件,开展法制讲座和法制培训22次,听众达900余人次,代理诉讼和仲裁120件,处理其他法律事务56件。如今,卢湾区大多数政府部门都具备了政府购买法律服务的理念,聘请律师担任法律顾问,其中具有行政执法职能的部门聘请率达100%。因为他们深信,律师能为依法行政保驾护航,提高行政管理能力和执法效率,律师是依法行政必不可少的“法律智囊团”。

2010年,“11·15”火灾发生后,在卢湾区司法局的牵头下,卢湾区律师组建了突发事件善后工作律师专家库。今后,一旦发生突发事件,律师就可会同其他领域的专业人员共同参与突发事件的善后处理和群体性事件的预防处置,从法律层面剖析其发生原因、预测发展趋向,协助制定、改进善后方案,妥善、高效地解决处置突发事件引发的矛盾纠纷。

2011年,在新形势要求下,卢湾律师将政府法律服务延伸至更广泛的范围和更深的层次,他们的具体举措是:

一、为区政府实事项目提供法律风险评估。为加强区政府实事项目管理,规范实事项目实施流程,明确各方责任,完善长效机制,卢湾区政府决定聘

请律师参与政府实事项目实施,希望律师提前介入为政府实事项目提供法律风险评估。在得知这一消息后,卢湾许多律师主动请缨,其中既有曾获“东方大律师”称号的江宪律师,也有刚获“上海市优秀女律师”称号的金缨律师。最终,一批在行政法、民商事法、经济法、房地产法等领域经验丰富、具有专长且了解社情民意的优秀律师组成了专家团队,为区政府实事项目提供高效优质的法律服务。律师通过事前、事中、事后的介入,全程参与政府实事项目的推进。排摸立项阶段,律师对项目的合法性以及潜在风险等进行初步评估。在组织实施阶段,律师就项目具体实施过程中可能涉及的法律、程序、现实风险等问题进行深入分析,并就规范程序、防范风险等问题出具法律风险评估意见书。在后续管理阶段,律师见证各方签署相关法律文书,明确各方在日常使用、维护过程中的责任,确保项目完成后的长效管理能顺利进行。

二、全面介入信访结案终结工作。根据新形势下维稳和信访工作的要求,卢湾律师在司法行政部门的指导下加大参与信访矛盾化解、终结的工作力度,扩大参与信访积案化解工作范围,协助推动信访事项的终结。28名优秀骨干律师,作为中立第三方,全面介入区领导联系的重点信访对象的矛盾化解工作。其中20名律师作为矛盾化解工作小组成员,为领导出谋划策,做好法律帮手;3名律师对信访案件开展核查工作,采取集中时间、集中地点、集中力量的方法,对列入核查终结目标的矛盾,逐件进行信访人谈话、材料审核,并提出律师核查法律意见书,推动矛盾的化解和终结;5名律师作为社会公信人士,与人大代表、政协委员一起参与信访终结听证,增强信访工作的公开度、透明度,提高核查终结的公正性。自专项工作开展以来,参与律师凭借自身过硬的业务素质和准确的个案研判,切实为领导出谋划策,做好法律帮手,有力推动了信访积案的有效化解。

三、参与重大突发事件处理。在区重大突发事件中,律师及时介入实施法律评估,切实从源头上预防、减少和消除影响社会稳定的隐患。如卢湾区工人文化宫邮币卡市场在新大楼改建过程中,由于摊位供需不足,500多户经营户与文化宫就摊位租赁安置问题发生纠纷,成为全区重点矛盾隐患。华夏汇鸿律师事务所作为该项目的法律顾问,积极介入参与

双方调解工作。律师充分听取了经营户意见,提出切实可行的法律执行方案。经努力,有274户经营户进入新大楼摊位,安置率达100%;138户经营户进入新大楼包房,安置率达到60%,其余经营户待老大楼改建后再进行安置。这起经营户与卢宫邮币市历时几年严重的矛盾纠纷,通过律师的努力得到了圆满解决。

独立的第三方 协助打造和谐社区

近几年,卢湾区通过律师事务所与司法所、律师与居委会的双结对机制,将卢湾律师的社区法律服务覆盖到了全区。经统计,70%的卢湾律师参与过社区公益法律服务。在卢湾区的社区里,卢湾律师扮演着三个不同的角色。

化解社区矛盾的“老娘舅”。2010年,卢湾区某街道发生了一起涉及高龄老人的家庭房产纠纷,老人在走投无路的情况下无奈地准备通过诉讼途径解决纷争。社区律师得知这一情况后,主动介入纠纷进行调解,律师在依法调解的同时,做了大量理顺情绪、平衡心理的工作,注重人文关怀和心理疏导。在律师介入10天后,老人的家庭矛盾调解成功,老人专程向律师送去锦旗,称赞律师“热心为民,排忧解难”。类似律师参与邻里纠纷、家庭纠纷、租赁纠纷并成功化解的例子不胜枚举,卢湾律师在深入社区的过程中,充分发挥律师独立于政府的“第三方力量”作用,主动探索和实践社区矛盾纠纷多元化解机制,通过参与调解使大量社区矛盾纠纷得到有效预防和化解,将大量矛盾化解在基层、化解在萌芽,而律师通过调解的方式化解矛盾纠纷,也大大降低了居民的维权成本,得到了社区居民的肯定和欢迎。从2007年至今,律师参与社区矛盾纠纷调解近百次。

同时,卢湾律师还积极参与到大



调解格局的构建中,不断探索化解社会矛盾纠纷的新模式。一些经验丰富的律师被聘为社区人民调解组织的法律顾问,在一些专业性较强的纠纷领域如医患、物业、劳动、交通事故等纠纷的化解中发挥了积极的作用。有相应业务特长的律师还直接参与街道调解工作室、专业调委会以及各类群众团体、社会组织、行业协会、区域性调委会的工作,以独立第三方介入的形式,协调处理各类民间纠纷,倡导依法维权的理念,从源头上预防和化解社会矛盾,有力地维护了社区稳定。

弱势群体的“法律援助员”。社区律师借助担任街道、居委会法律援助联络员的优势,积极为符合法律援助条件的弱势群体申请法律援助,并提供相应的法律帮助。今年在辞旧迎新之际,农民工陈某为社区法律援助律师送来了写有“捍卫正义,维护公平”的锦旗,感谢律师不辞辛苦,在较短的时间内帮助他拿到工伤赔偿款,让他们全家能过一个安稳的春节。原来,去年年底,来沪打工的陈某在卢湾区某工地施工时不慎从高处跌落,致左外踝骨骨折。陈某及其家属就工伤赔偿事宜与工程公司协商多次,但工程公司负责人百般推诿,陈某无钱继续医治,急需法律援助。社区律师得知这一情况后,及时帮助陈某申请法律援助,并代理这一法律援助案例。为了让受援人能回乡安心过春节,援助律师急人所急,在2011年元旦放假期间也继续与其所在公司进行谈判。功夫不负有心人,这起工伤赔偿纠纷终于在新春佳节来临之际得到妥善解决。

为进一步深化法律援助便民服务工作,社区律师在法律援助部门的指导下因地制宜开展多种社区便民服务活动,加大法律援助的宣传力度,提高居民法制意识,积极为社会弱势群体提供优质高效的法律服务。如在“三八”妇女节期间,社区律师为困难单身母亲家庭举办一次法律咨询会,宣传

法律援助知识,为这些家庭提供法律帮助。近年来,由律师代申请的法律援助案件比率呈显著上升趋势,由律师担任法律援助的案件质量不断提升,在社区居民中得到了良好的反响。2007年至今,律师代理社区居民申请法律援助案件100余件。值得一提的是,最近,一大批高学历、高素质的年轻律师又主动报名加入社区律师后备库,确保了社区律师服务在全覆盖的基础上能进一步提高质量。

乐此不疲的法制宣传志愿者。从2004年卢湾律师特别是年青律师走进社区后,他们就始终肩负着一项使命——开展法制宣传,提高居民法律素养。律师在社区设立“法律服务箱”或“律师信箱”,并定期开启,方便社区居民及时与律师联系,求得法律服务或帮助;发放法律服务联系单(卡)并在上面作出承诺,社区居民凭联系卡可随时到指定的律师事务所进行免费法律咨询和得到费用减免的法律服务;紧扣社区居民的需求,通过法律咨询、法制讲座等形式,把抽象枯燥的法律规定变为具体生动的实例,如举办婚姻法、动迁法规等专题讲座;将常见法律纠纷案例编写成法制小品,让居民有直观的感受;帮助社区居民建立“法律兴趣小组”,培养居民法制宣传骨干……2009年迎世博期间,卢湾社区律师为社区居民举办了“迎世博百场社区法制讲座”活动,有效地提高了居民的法律素质和文明素养。从2007年至今,律师走访联系结对社区4600余次,解答社区居民和居委干部各类法律咨询3000余次,举办法律讲座超过400场(次),举行法律研讨会等其他类似活动100余次。

发挥专业特长 做依法治校护航员

2004年,卢湾区在全市率先开展律师进学校工作,为全区50余家公办学校聘请律师担任法律顾问,有效地

促进了教育机构依法管理水平的提高,有力地维护了师生合法权益,为学校的改革、发展、稳定创造了良好的法治环境。近三年来,律师为区所辖各教育机构提供法律咨询635次,草拟、审核、修改学校规章制度、合同等各类法律文书412件,举办法制讲座和法制培训57场,组织、协助学校调处各类矛盾纠纷65件,承办诉讼等特定法律事务12件,教育机构的满意率从2008年的96%上升到2010年的100%。律师进学校,使学校发生了如下几个显著的变化:

管理者法治意识提高了。卢湾律师有的放矢地在学校管理者中开展法制教育,通过为校长开展法制系列培训,用身边的案例通过以案释法等手段,使学校管理者“依法管理”、“依法办事”的法律意识不断增强。经过几年的实践,现在卢湾区的校长们在对重大事项作出决定时,都能主动地听取学校法律顾问的意见,法治意识明显增强。卢湾区学校管理者的管理意识从“事事找上级”悄然转变为“遇事找律师”,管理从单纯的依行政治校的传统管理模式,逐步转变到依靠法律手段保障行政手段依法治校的管理模式。

学校和学生的权益有保障了。律师担任教育机构法律顾问后,不仅成为学校在处理法律事务方面的得力助手,也使学校、学生的合法权益得到切实保障。律师一方面通过审核教育机构对外合同、书函,代拟法律事务文书,提供法律建议等,帮助教育机构有效规避法律风险;另外,律师还主动参与涉法事务处理,保障教育机构的合法权益得以实现。如某体育公司在教育机构不知情的情况下擅自将其作为教学点,并在网站上刊登教学信息和相关照片,律师及时介入该侵权事件处理,促使其停止侵权行为,删除网站相关内容,并致电道歉。在服务学校的同时,律师也关注对学生权益的保护。

卢湾区某小学一学生因报不上户口面临失去监护人和读书权益的困境,母亲欲把孩子推给学校,自己撒手不管,律师得知此事后,多次找到其母亲进行劝说教育,并与学校、户籍机关协商,解决了学生就学、户口问题,使母亲最终放弃了抛弃女儿的想法。

校园伤害事故减少了。校园伤害事故的处理是困扰学校的难题。而卢湾律师给这个老大难病症注入了一剂良药。律师一方面通过介入调解、代理诉讼等方式帮助学校妥善处理各类校园伤害事故,另一方面律师更注重引导教育机构探索建立事前防范机制,如律师在学校、教师、家长中大力开展强化事故防范教育,做好校园日常安全防范工作,力求将伤害事故的发生率降到最低限度;举办各类法制讲座,组织中小学校长和教师到法院旁听校园伤害事故的庭审,开展事故防范教育;对学校教学设施、生活设施的保养、维护以及正确操作、规范使用出具《法律意见书》或提出建议,加强校方对防范工作的重视,消除安全隐患;在新学期低、幼学生的家长会上,为家长讲解校园安全防范、事故处置等法律知识,明确校方、家长各自应尽的责任等。

青少年法制教育有活力了。卢湾律师根据学校不同年龄学生的生理心理特点和理解能力,改变以往学校单向、空洞、抽象的法制教育灌输模式,积极探索课内课外、校内校外法制宣传教育的有效形式,增强法制教育内容的多样性、互动性、趣味性。在幼教系统,律师更多的考虑如何用通俗的形式让孩子们知晓法律,与学校一起拓展了传统法制讲座的课堂式模式,共同设计“小小公民学法律”的课程,通过儿歌、故事、情景剧等儿童喜闻乐见的形式,帮助幼儿在行为习惯的养成期建立起公民意识、交通规则意识、防火意识以及自我保护意识,迈出了“法制教育从娃娃抓起”的第一步。在

小学,针对小朋友的年龄特点,律师组织开展“小学生法治征文活动”、“超级辩辩辩——小学生辩论赛”,筹建“红领巾法律俱乐部”等活动,为小学生系统学习法律搭建了平台,为开展形式多样的法制实践活动提供了场所,让小学生在学习中问,问中学,使其对法律的作用、公民的概念等一些浅显的法律观念有所认识,帮助他们树立初步的法律意识、权利意识和自我保护意识,使小学生的口头表达能力和法制观念得到同步提高。在初中、高中,律师根据青少年法制教育指导纲要,开设易于让学生接受的专题法制讲座,将法制课带进中学课堂,帮助学生成立“法学社”、开展法律沙龙活动,同时还积极帮助学生开展法制文艺汇

演,设计模拟法庭、主题班会,制作法制动漫等,尤其是协助学校精心组织好卢湾区多年来的传统宪法主题活动——18岁成人仪式,使初、高中学生对公民的权利与义务、个人自由与社会秩序等公民意识有了更深的理解,形成理性的法律意识和法治观念。律师深入校园,走近学生,以润物细无声的方式,将法治意识潜移默化地播撒到在校学生的内心深处,营造青少年法制教育的良好氛围,大力培养和启迪青少年法律意识尤其是公民意识的形成,提高学生的人文素养。

2008年6月,市推进教育现代化督导组调研组对卢湾区推进教育现代化的工作进行督导调研时,对“律师进学



校”工作予以高度肯定。

政府的法治意识、律师的公益精神和社会责任感,是卢湾区律师得以全面参与区域经济社会建设,充分发挥专业服务优势,在经济发展、社会管理、和谐稳定方面作出杰出贡献的前提。而区司法局在日常管理、引导中,注重推动司法行政工作自身发展与调动社会志愿活力的结合、注重实现律师职业目标与履行社会责任的结合、注重法律服务与社会工作的有机融合,制定适当的工作制度、坚持长期不懈地推动并不断完善,则是保证律师服务社会工作得以长效开展、并确保质量、建立品牌的基础。■

东方大律师人物特写 ●文/彭念元

归国学子创业 服务社会发展

——记“东方大律师”胡光



近几年来，上海律师界风云际会，人才辈出，上海市胡光律师事务所主任胡光就是脱颖而出的一位杰出律师。

四十出头的胡光风华正茂，才华横溢。1990年毕业于武汉大学法学院国际法系；1991年以优异成绩赴美留学深造，1993年取得美国商法税法法学硕士学位，并以名列前茅的成绩考取美国俄亥俄州执业律师执照，在该州舒士克曼律师事务所执业。然而，“苟利国家生死已，岂因祸福避趋之。”出国前他的恩师武汉大学国际法专家韩德培先生亲笔录赠的林则徐诗句一直萦绕在胡光心头，鞭策着他传承法学界前辈献身国家建设的精，以实际行动报效祖国。胡光于1996年6月归国落户上海，在飞利浦电子中国集团任法律顾问。1999年1月，胡光毅然放弃了飞利浦的高薪工作，抱着建立扎根中国、走向世界的一流律师事务所的理想，作为创始合伙人之一创建了上海市邦信阳律师事务所，2003年6月起任该所主任、高级合伙人。2008年，为进一步打造“公司制、一体化”运作机制，创立了胡光律师事务所，担任首席合伙人，坚定不移地继续着律师创业之路。

十多年的律师执业生涯，锤炼了胡光缜密的思维，儒雅的风采；也造就了胡光在外商投资、公司法、重大涉外收购兼并等法律服务领域的斐然业绩；更为胡光赢得了“上海市司法行政系统先进个人”、“上海市杰出律师奖”、“第三届上海市优秀青年律师”、“上海市优秀律师”等众多的荣誉，2011年他又被评为第二届“东方大律师”。

投身经济建设 服务“四个中心”

作为上海律师涉外法律服务领域公认的领军人物之一，胡光为众多的世界500强企业和跨国公司来华投资提供优质法律服务，推动并主办多家知名企业将地区总部和研发中心落户上海；主持多个在上海乃至全国皆有重大影响的外商投资并购案，为上海市招商引资和吸引国际先进技术作出了较大贡献。

胡光主办美国捷智半导体入股华虹NEC，是招商引资的大手笔。美国捷智半导体公司在0.25-0.18微米数字、模拟和射频(RF)CMOS工艺技术方面独步全球，意欲在蓬勃发展的中国市场上寻求长期合作伙伴，并依靠中国有竞争力的芯片代工，增强

其在全球特别是在美国市场的竞争力；而上海华虹NEC电子有限公司在引入日本NEC之后，也有意与捷智公司开展合作，以迅速提升芯片生产线能级，增强其在中国半导体代工领域中的竞争力，进一步巩固和发展其在行业中的领军地位。双方商定的合作方式主要是捷智公司收购上海华虹NEC电子有限公司部分股权、技术出口与许可使用、芯片代工等。胡光律师及其团队作为捷智公司的中国法律顾问，为此项合作提供全程法律服务，包括起草和修改法律文件、参与谈判、协助与相关中国和美国政府机关的沟通与协商等等。他们运用自己的经验和智慧，成功应对复杂的四方谈判、超高的工作强度和时间要求、美国高科技出口管制等一系列项目挑战，实现了美国对华敏感高科技技术出口和双方的代加工合作。

2003年7月，胡光律师及其团队介入该项目，对双方签署的谅解备忘录进行抽丝剥茧，明确客户的期望和要求，细化项目法律架构、交易条件、必需的法律文件、可能的法律障碍、项目进程等，经过与客户的反复讨论和协商，最终确定采用增资入股的方式入股，并通过现金和技术许可方式投资近9000万美元。在进入项

目谈判阶段后,他们创造性地解决各种项目难题:一是技术估值的问题。胡光律师团队与捷智公司的技术专家反复探讨,精确厘定体现所涉技术价值的技术文件和载体,并与上海资产评估专家多次研讨,在中国有关资产评估的法律框架内确定了可行的估值操作方案,合作双方最终接受了拟议的技术出资及其价值;二是美国对华技术出口管制问题。胡光与各方面专家紧密磋商,创造性地提出了双方一起在美国特拉华州设立一家合资公司,以该合资公司名义进行技术许可安排的方案,通过中美两国公司捆绑式安排,打消了美国政府技术出口监管的疑虑,成功获得技术出口许可;三是美国技术出口核查问题。胡光及其团队依据美国对已获出口许可的项目的严格监管要求,为合作双方起草和拟定了敏感技术使用和保护的程序和操作规范,顺利通过了美国国务院和能源部的实地核查。在最后冲刺阶段,工作量大,时间紧迫,胡光律师发挥了优秀的项目领导和组织才能,组建了包括项目谈判、法律文件准备、翻译、法律问题研究支持在内的全方位服务团队,分工合作,互相支持,保障了整齐划一的服务质量,确保该项目如期成功签约。这个项目涉及美国领先半导体企业捷智半导体、上海华虹 NEC 电子有限公司和日本 NEC 公司三家企业,横跨中美日三国,并历经了中国商务部、美国国务院和美国能源部的审批和监管。胡光及其团队的全程法律服务,成功实现美国受控尖端半导体技术向中国的出口,华虹 NEC 构筑起了具有国际竞争力的代工工艺平台,全面提升了企业的制造能力和市场地位,从此迈开了向中国和世界高端通讯市场进军的步伐。

胡光还为我国第一所中外合作大学——宁波诺丁汉大学提供了全程法律服务。诺丁汉大学是著名的英

国高等学府,中英两国于 21 世纪初达成了促进和扩大教育的双边协议;胡光作为诺丁汉大学的中国法律顾问,与同事组成顾问团队,紧紧依托国务院发布的《中外合作办学条例》,创造性地开展项目工作,为此项目提供了包括前期尽职调查、合作方访谈和实地考察、参与谈判、起草法律文件、协助办理中外合作办学审批与必要登记的全程法律服务,使整个项目的操作符合《中外合作办学条例》所体现的办学精神而成功报批。在宁波诺丁汉大学获得教育部批准后,胡光律师团队还继续为英国诺丁汉大学在人员派遣至中国、教育投入出资涉及的外汇管理、学费收费、学位授予等方面提供法律意见,帮助宁波诺丁汉大学一步步走上大学教育的正轨。现在,宁波诺丁汉大学已成为中国引进国外优质教育资源的榜样,是中国第一家具有独立法人资格和独立校区的中外合作大学。

法国达能收购妙士乳业,是胡光主办的又一个兼并项目。早在上世纪九十年代初,法国达能集团就以合作生产等方式进入中国乳业市场,为中国消费者提供优质乳制品。2007 年初,达能与中国第一家专业生产餐饮奶的妙士乳业开始就收购其在北京和上海的乳制品业务及其生产工厂开始了谈判。胡光律师团队作为法国达能集团的中国法律顾问,为此项收购提供了全程法律服务,包括设计收购方案、参与谈判、起草法律文件、办理收购项目审批与必要登记、协助与诸多政府部门沟通与协商、协助财务顾问进行财务和税务安排等。他充分运用专业法律知识和执业技巧,通过协调沟通,化解各种难题,以资产收购的方式,收购妙士乳业的土地、厂房、生产设备等重要资产,促使双方相继签订了收购项目的框架协议、资产收购协议以及与收购相关的其他法律文件,并最终获得政府批准,取

得了必需的生产许可和卫生许可。为并购项目提供一揽子法律服务的胡光律师团队,仍继续追踪不断变化的中国乳业法律和政策,及时向客户反馈法律、政策的新规定、新要求,提出法律意见和切实可行的方案,从而充分保障了客户的交易安全并为客户提供更完善的法律服务。该项目为中国乳业行业引进国际先进技术、管理经验和质量控制做出了积极贡献。

胡光带领全所律师还积极参与服务精彩世博的工作,为世博园区成功引进世界风味快餐上海发瀛餐饮公司,并成为世博餐饮供应商优利塔公司的常年法律顾问,为其提供优质的法律服务;代理了本市首起涉外世博合同诈骗案,为维护世博秩序作出了贡献;先后荣获“世博服务风采奖”、徐汇区“上海世博会先进个人”以及“服务世博先进律师”称号。

积极参政议政 服务法治社会

作为上海市政协委员,胡光律师积极参政议政,直接参与立法活动,努力推动法治进步。胡光认为,政协委员在我国的政治决策、群众民意和精英智慧三者之间发挥着重要的桥梁作用,身为律师政协委员,在日常工作中广泛接触社会各个阶层,不仅要关心民生、社会、法治问题,更多地反映群众呼声和公众利益,还要学习、调查、研究、思考,才能更好地参政议政,传达社情民意,贡献思想智慧。

胡光关注公众利益。履职之初,他的第一个提案就是针对民生问题提出的《关于切实落实“公交换乘优惠政策”并加强对公交刷卡机管理的建议》。上海市自 2007 年 10 月开始实行轨道交通与地面公交之间的换乘优惠政策,但在实施中却遇到了刷卡机与交通卡不兼容、刷卡机记录

的时间与实际时间相差很大的问题,导致市民换乘时间超过规定时限而无法享受优惠等问题。胡光的提案建议:加强对公交刷卡机的管理,增加刷卡机的时间显示功能,尽快全面取消个人承包公交线路的状况。上海市城市交通管理局迅速采纳了这个建议,并实施了更大范围和更长时间的公交换乘优惠政策。胡光看到自己一个小小的提案竟能使成千上万市民受惠,心中有说不出的喜悦和欣慰!

教育领域比较集中地反映了公众利益和民生问题。胡光几乎每年都倾注大量的时间进行关注和研究,并提出相关的提案和建议,希望在全社会的共同努力下,早日破解那个让全民族疼痛的“钱学森之问”——“为什么我们的学校总是培养不出杰出人才?”2009年,胡光提出了《关于通过加大学前教育和中、小学教育的财政投入从而为上海市培养人才、拉动内需、促进就业的建议》,该提案对上海、香港、纽约、伦敦、新加坡等城市的学校与人口比例、教师与学生比例等教育投入指标进行了量化的比较分析,无一例外地显示境外这些发达城市在教育产业上投入了大量资金,其充沛的教育资源为自身的持续繁荣奠定了坚实的基础;相比之下,上海教育资源的人均占有处于显而易见的劣势,与其他分析对象之间呈现出显著的差异。他在提案中呼吁加大教育财政投入,并关注外来人口学龄儿童的入学问题。2010年,胡光提出了《关于加强上海市中小学教育精细化管理的建议》,涉及保障学生中午就餐时间和膳食营养、减轻学生课业负担提高素质教育、设立家长委员会促进平等均衡教育等问题。2011年,胡光提出了在我市中小学和各级院校推广“学生强制保险制度”、“家长委员会制度”、“民间校董制度”的提案。这些提案得到了教育主管部门的积极响应。

胡光关注法治建设。他认为,推动法治的政府可先从建设服务型政府做起,就是让人民能够切实享受到政府应该提供的各种公共产品,而其中政府咨询热线起着政务公开、人民知情、便民利民的特殊作用。上海市政府部门的咨询热线已多达几十个,为人民群众的生活带来了极大的便利;但是,在实际运行过程中也存在着电话长时间占线或无人接听、回答问题态度差甚至答案严重错误等诸多问题。胡光提出了《关于加快政府咨询热线发展,推动服务型政府建设的建议》,并得到了市监察局的积极响应和采纳,有关部门还认真制订了整改措施。看到自己的建议收到实效,为广大市民和许多经常向政府咨询的律师们提供了便利,他无比欣慰,感慨万千:服务型政府的一小步,可以逐渐累积成法治型政府的一大步啊!2010年8月,胡光应邀参加韩正市长座谈会,作了以“建立公平法治的市场经济”为主旨的发言,特别提出了关于公平与效率的问题,倡导重视社会公平,从法律专业角度为上海市经济和社会的和谐发展积极建言献策。

胡光关注国家战略。2010年,胡光作为提案起草人和第一提案人提出“部分上海高校自主招生不考‘语文’做法与法律相抵触,呼吁重视语文教育,纠正短视行为”的提案,得到三十位政协委员的联署《人民日报》、新华社以及中央电视台“新闻1+1”等诸多媒体都做了详细报道并组织讨论,引起了很大的社会反响。胡光认为,我国宪法、通用语言文字法、教育法都要求和促进语文教育;任意取消语文考试,不仅违反法律法规的精神,而且将严重误导中小学的教育方向,直至动摇中华民族文化传承的根基。大学自主招生不考语文(但考英语)向社会传达了错误的信号,对“重英文轻中文”现象推波助

澜,任其发展将会犯下巨大的战略错误。作为重视语文教育和汉语文化传承的提案,还受到了国务院和教育部的重视与关注,推动了相关语言文字立法的调研和筹备工作。

政协委员胡光律师认真履职,近几年来提出近20项提案,大部分被采纳并受到好评,积极推动和促成了上海市在教育、交通、住房、法治政府建设和法治社会建设等方面的相关立法和政策制订。他还积极参与立法活动,被上海市政协聘为“上海科技成果转化促进会专家”,为上海市高科技企业投融资、成果转化和创新发展进行立法调研和政策制订;他作为市律协公司法研究会主任,组织讨论了《中华人民共和国保险法(修订草案)》,主持开展《最高人民法院关于适用公司法若干问题的规定(三)征求意见稿》《上海市促进中小企业发展规定(草案)》的立法调研活动,并撰写书面意见递交相关部门,积极为人大立法建言献策。胡光思想活跃,精通英语,不仅熟悉美国和欧洲事务,在欧美律师界和商界也具有较好的资源和影响力,而且具有法律、财税、经济和政治等多学科的综合研究能力,其中英文著作常在海内外发表;作为国际权威法律杂志《商法》编委会委员,在该杂志上发表过《外商投资企业迁址问题(一):方式及选择》《外商投资企业迁址问题(二):审批与程序》《从禁脔到盛宴——外资的中国前景仍然看好》等多篇文章。

在胡光律师的办公室正面墙上,挂着一幅范仲淹的《岳阳楼记》楷书条幅,他常常吟诵这首千古绝唱,以“先天下之忧而忧”的不朽名句自勉,践行“法治天下”的理想,秉承“执业为民”的理念,用归国学子的聪明才智和优质高效的法律服务,为中华民族的伟大复兴作出应有的贡献。■

言论 ●文/季 间

君子之争

——谈律师与法官的摩擦

君子无所争，必也射乎！揖让而升，下而饮。其争也君子。

新一届维权委成立后，处理了万起律师与法官之间的摩擦。律师觉得受了委屈，觉得孤立无援，视协会为“娘家”。法律职业共同体内相互之间的关系，其重要性不言而喻，故维权委格外重视，主任邵曙范、副主任鲍培伦、陶武平直接参与了案件的处理，与相关法院进行了面对面的沟通。希望通过协会的工作能消除或者缓和个案中的矛盾。然而更重要的可能不是个案处理的结果，不是当事律师对最终结果是否满意，而是就其中反映出的问题能在行业中，甚而在职业共同体内部引起反思，在更普遍的层面上维护广大律师的权益，维护职业共同体共同的权益。过去的都会过去，个案本身都是“小事”，不作展开。过去的都不会过去，就此谈一些体会，供同行批评指正。

律师与法官有摩擦是正常的。理论上，诉讼结构决定了法官居中裁判，似乎只有双方律师之间、律师与检察官之间才会有对抗、有摩擦。但实践中，律师与法官之间的摩擦还是常见的。撇去别的因素不谈，法官有法官的审判思路，因此在财产保全、程序的引导、问题的示明、证据的采信等等方面，可能会与律师意见相左。律师则受人之托，忠人之事，自然应竭尽所能地在程序上、实体上争取权利。因为双方都是独立的，才会有摩擦，而这种独立性是法治成熟的标志。我们不提倡一团和气，不提倡律师唯唯诺诺。律师与法官关系的和谐，是和而不同的和谐。当然，有些问题上，双方需要相互理

解。比如，法院的审判资源有限，开庭时间也自然受到限制，律师可能无法充分发表意见，就需要律师对法院理解，庭上简明扼要，庭后通过书面形式完整地发表意见。律师有时在庭上发表一些意见，法官可能觉得与案件审理关系不是很密切，实际上不是我们的律师水平差，而是律师按照委托人的意愿作适当的表述，这时也需要法官对律师的理解。

多一些君子之争，少一些小人之争。对于不同的摩擦，还是要作区分的。因为角度不同，观点不同，双方利用各自的法律知识、执业技巧在程序内的争论，无论多激烈，都是理性之争，君子之争。庭上可能面红耳赤，庭下也可能英雄相惜。而超出了这个边界，就变成了在情绪左右下的意气之争，法官变成怒而不威，律师胡搅蛮缠，互相伤害。暮然回首之时，不论是非，至少觉得不值得，这就是小人之争。同是法律职业共同体一员，就具体的摩擦来看，孰是君子之争，孰是小人之争，应一目了然。

律师与法官的相互尊重是有条件的，但双方对法治的尊重是无条件的。因为法官带个“官”字，就要求律师无条件的去尊重法官，可能难以接受。尊重，毕竟都是出自内心的。遇到一身正气，精通法理，驾驭庭审环节轻车熟路，处理法律关系如庖丁解牛，风度翩翩又威而不怒的法官，律师自然心生敬意。而遇到不卑不亢，有礼有节，思路清晰，善于用智慧与技巧去合理维护当事人权益的律师，法官也会予以尊重。但有一个前提不容置疑，就是双方对法治的尊重是无条件的。具体而

言，对律师来讲，就是对法庭的尊重，遵守庭审秩序是无条件的。律师可以对法官的作风有意见，可以对法官的审判有意见，这些都应当通过正常的渠道去反映意见，去争取权利。但是，只要还怀有对法治的信仰，只要还重视个人修养，无论事出何因，扰乱法庭秩序都是一种低劣的行为。律师要坦然面对一些冲突，要勇于反思自身。你可以提出一百个理由去指责对方，但是可能什么都没有改变。而改变自身只要一个理由。是不是精通法律能化解？是不是讲究执业技巧能避免？是不是提高个人修养能宠辱不惊？对于据理力争之后，一时仍不能解决的问题，要善于画句号。人身就是由一个一个阶段组成的，要相信自己还有更重要的职业使命去完成。

法律职业共同体不是虚幻的。由于我们国家律师与法官两个职业之间流动性较低，不少人对法律职业共同体产生了怀疑，认为这只是概念上的东西，虚幻的东西。现实中律师是律师，法官是法官。但事实上，两者无时无刻不在相互影响着。离开了律师，法官也不成其为法官；而离开了法官，律师也不成其为律师。优秀的律师群体造就了高素质的法官群体，而高素质的法官群体又催生了优秀的律师群体。这个共同体是确实存在的，法治、善治的基础就是要有优秀的法律职业共同体。律师与法官，分工不同，目标却是一致的。维护法律职业共同体的形象，维护法律职业共同体的声誉，就是最大的维权。

律师与法官应无所争，必也案乎！其争也君子也。■

我的败诉 ●文/朱树英

示范文本缺位 合同争议失据

——析国家应尽快施行工程总承包合同示范文本

一、案情简介

天津某生产企业(下称“业主”)将新建厂房项目(包括厂房及办公楼,下称“工程项目”)以工程总承包(即设计、采购、施工总承包)方式发包给一设计单位(下称“工程总承包单位”),2005年4月18日,工程总承包单位将其承包工程范围中除桩基、主体结构以外的土建、安装工程的施工任务分包给某建筑企业(下称“分包施工单位”)承建,桩基、钢结构由工程总承包单位另行发包。为此,工程总承包单位与分包施工单位采用国家推荐的1999版建设工程施工合同示范文本签订了分包工程施工合同。合同约定的开工日期为2005年3月29日,竣工日期为2005年11月20日,此竣工时间与总承包单位与建设单位的工程总承包合同约定的竣工期间一致;并约定除尾项工程外,工程竣工验收合格后,施工单位可向工程总承包单位提交结算文件进行结算。

施工合同签订后,分包施工单位按约进场施工。2005年10月8日业主启用联合厂房进行生产设备安装;2005年11月28日启用办公室办公使用;于2006年1月18日至20日开始试生产;2006年3月15日,现场门卫正式由业主接管;2006年4月4日业主对整个工程进行接收,但直至2006年7月2日分包施工单位提起仲裁时,整个工程项目仍未进行竣工验收。

在施工合同履行过程中,工程总承包单位与分包施工单位因竣工时间及

工程价款结算发生争议。2006年3月26日,分包施工单位向工程总承包单位递交了结算文件,工程总承包单位在收到结算文件后未在合同约定的50天内给予分包施工单位任何答复。6月28日,分包施工单位依约向工程总承包单位发出终止合同通知书。7月2日,按照分包施工合同约定的仲裁条款,分包施工单位向天津仲裁委员会提起仲裁,要求终止施工合同,并要求工程总承包单位支付拖欠的分包工程款600多万元及拖欠工程款利息。工程总承包单位则以整个工程未经竣工验收,分包施工单位应与工程总承包单位一起向业主承担整个工程逾期竣工的连带责任为由,认为分包施工单位无权要求结算,并提起反请求,要求施工单位承担逾期完工的责任。由于案情复杂,分包施工单位在已委托了一个天津律师的情况下,又增加我作为代理律师参与仲裁。

申请人与被申请人之间的主要争议焦点在于:1、分包施工单位能否提出本案的仲裁请求?2、施工合同中约定的“工程竣工验收合格后,施工单位应向工程总承包单位提交结算文件进行结算”中的“工程竣工验收合格”是指整个工程总承包项目的竣工验收合格,还是分包施工单位承包范围内工程竣工验收合格?3、工程项目未经正式验收程序,业主提前使用,如何确定具体竣工时间?

本案争议双方使用的合同本身有缺陷,工程总承包单位与分包施工单位未使用工程总承包合同前提下的分包



朱树英:上海市建纬律师事务所主任、合伙人。主要从事有关建筑、房地产领域的案件。任上海市第十、十一届政协常务委员,中华全国律师协会民事业务委员会主任,中国房地产业协会常务理事。曾获上海市劳动模范、上海市首届“东方大律师”以及全国优秀律师称号。

合同,而是套用了目前国家推荐的建设单位与施工单位的施工总承包合同,而后者只能适应承发包关系而不能适应总分包关系。尽管本人选择了有利于分包单位的代理思路,要求对名实不符合合同应以实际履行的合同为准,并要求仲裁庭按工程总承包单位与分包施工单位实际履行的分包合同确认双方权利义务关系,分包单位不应也无法对工程总承包合同的工期承担责任。但由于双方的合同文本使用确有瑕疵,又由于双方各执一词,争执不下,调解不成,最终天津仲裁委员会以举证不能为由,裁决驳回申请人的仲裁请求。

我方当事人败诉,而且是惨败。

二、工程总承包是不同于施工总承包的另一种总承包方式

本案的败诉使分包施工单位对被拖欠的分包工程款的追索遭遇到根本

性的法律障碍,导致分包施工单位陷入非常被动的困境。根据“一案不得两诉”的原则,当事人在仲裁败诉后难以重新通过其它司法途径依法寻求合法权益的保护。这个值得深入分析讨论的败诉,不仅值得当事人从中吸取教训,而且引发了一系列的立法和司法问题,尤其是引发了国家建设主管部门的合同示范文本制度的完善和加强合同管理的重大课题。

(一) 我国法律鼓励实施工程总承包以及工程总承包的法律特征。

所谓工程总承包即设计、采购、施工总承包(EPC, Engineering, Procurement and Construction),也称交钥匙工程(Turn-key)总承包,是指从事工程总承包的企业受建设单位即业主委托,按照合同约定对工程项目的勘察、设计、采购、施工、试运行(竣工验收)等实行全过程或若干阶段的承包,并对承包工程的质量、安全、工期、造价全面负责,最终是向业主提交一个满足使用功能、具备使用条件的工程项目。

工程总承包模式是国际通用的工程承包模式。为适应工程总承包/交钥匙模式的发展,FIDIC(国际咨询工程师联合会)1995年出版了国际通用的《设计——建造总承包与交钥匙工程合同条件》。1999年9月,FIDIC在总结以往合同条件的基础上,又修改出版了《EPC交钥匙项目合同条件》。依据FIDIC示范文本的相关条款,交钥匙承包模式适用于加工或动力设备、工厂或类似设施、基础设施项目或其他类型的开发项目,由总承包商负责一个完整工程(包括土木、机械、电气等专业)的设计、施工、设备采购、物资供应、安装、调试、保修等全部工作,最终向业主提供整套设施所需的大部分或全部装置、配件与设备,使该设施在转动“钥匙”时就可以随时启动运营。

我国法律对工程总承包有相应的规定。我国《建筑法》第24条规定:“提倡对建筑工程实行总承包,禁止将

建筑工程肢解发包。建筑工程的发包单位可以将建筑工程的勘察、设计、施工、设备采购一并发包给一个工程总承包单位,也可以将建筑工程勘察、设计、施工、设备采购的一项或者多项发包给一个工程总承包单位;但是,不得将应当由一个承包单位完成的建筑工程肢解成若干部分发包给几个承包单位。”我国《合同法》第272条规定:“发包人可以与总承包人订立建设工程合同,也可以分别与勘察人、设计人、施工人订立勘察、设计、施工承包合同。发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程肢解成若干部分发包给几个承包人。总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意,可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。”

据此。工程总承包的基本特征主要是:

1、工程总承包企业按照合同约定对工程项目的质量、工期、造价等向业主负责。

2、工程总承包企业可依法将所承包工程中的部分工作发包给具有相应资质的分包企业;分包企业按照分包合同的约定对总承包企业负责。

3、工程总承包企业可以将建筑工程的勘察、设计、施工、设备采购一并发包给一个工程总承包单位,也可以将建筑工程勘察、设计、施工、设备采购的一项或者多项发包给一个工程总承包单位。

4、不得将应当由一个承包单位完成的建筑工程肢解成若干部分发包给几个承包单位。

(二) 工程总承包与分包施工合同的“工程竣工验收合格”的涵义和承包范围都不同。

本案中工程总承包单位以工程总承包方式承包了业主新厂建设工程的设计采购及施工任务,是该工程的工程

总承包单位。工程总承包单位将部分土建、安装工程分包给施工单位承建,施工单位仅是总承包单位选定的土建、安装工程的分包施工单位之一。本案中工程总承包单位与分包施工单位之间的关系完全符合我国《建筑法》第24的规定,即工程总承包单位与施工单位之间为总分包关系,工程总承包单位就整个工程向业主承担责任,分包施工单位仅应就分包范围内的工程向工程总承包单位承担责任。可以明确的是,分包施工单位无论是向工程总承包单位还是向业主,均仅就其分包范围内的工程承担连带责任。

系争工程项目在由设计单位作为工程总承包单位的情况下,工程总承包单位本身并不承担具体的施工任务,而是把工程施工任务分包给一个或几个施工单位承建。在工程总承包单位将施工分包给几个施工单位承建的情况下,由于整个工程竣工验收是由业主与工程总承包单位来进行,而通常工程总承包单位、业主、分包单位不会针对分包工程进行专门的竣工验收,如果工程总承包单位急于向业主提请竣工验收,则分包工程的实际竣工时间往往难以确定。

由于本案的分包合同错误适用,即使工程总承包单位在整个工程竣工后及时通过工程竣工验收,也只能将工程竣工的时间视同分包工程的竣工时间,这与分包单位仅应就承包范围内的分包工程承担责任的原则不符。如果一方面分包单位仅应就承包范围内的分包工程承担责任;一方面又以整个工程竣工时间作为分包工程的竣工时间,对于分包施工单位来说显属不公。

因此,虽然本案工程总承包单位与分包施工单位签订的分包施工合同未明确分包单位应承担整个工程竣工验收合格的责任,但是,按照分包施工单位仅应就承包范围内的工程承担责任的基本原则,本案中工程总承包单位与施工单位签订的施工合同中约定的

“工程竣工验收合格”，应理解为施工单位承包范围内分包工程竣工验收合格，而非整个工程的竣工验收合格。

本案败诉的教训是：在工程总承包或施工总承包模式中，如果分包合同要以工程竣工验收合格作为提交结算文件的前提条件，合同应明确约定是整个工程竣工验收合格，还是分包工程竣工验收合格？只有合同明确约定了工程竣工验收的具体范围，才能避免产生不必要的争议。因此，除分包合同明确约定分包工程的竣工时间以整个工程的竣工时间为竣工时间外，为了避免以整个工程竣工时间作为分包工程竣工时间而对分包单位不公的情况，在分包合同中应对分包工程的竣工时间以及分包工程的验收进行专门的约定，即约定在分包工程完工后，由业主、工程总承包单位、监理单位对分包工程进行专门的竣工验收程序，才能避免本案因约定不明使分包施工单位处于的被动。

（三）工程未经竣工验收提前使用，应以使用时间为实际竣工日期。

本案的基本事实是整个工程未经竣工验收，业主已提前使用。在此情形下，如何认定工程的实际竣工日期也是本案的一个关键问题。按照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（下称“司法解释”）第14条的规定：“当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，按照以下情形分别处理：……（三）建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期。”本案应以业主实际使用时为竣工日期。“司法解释”适用的范围为建设工程施工合同，本案中工程总承包单位与分包施工单位之间的法律关系属建设工程施工合同关系，理应适用“司法解释”。

“司法解释”中的“擅自使用”是在工程未经竣工验收或竣工验收不合格的情况下，业主对工程进行使用的行为。所谓“使用”，就是利用该工程的使

用功能的行为。对于厂房来说，就是用厂房来安装设备、组织生产；对于办公楼，就是用作办公场所开展办公活动；对于住宅，就是搬入住房进行生活起居。因此，业主在车间内进行设备安装活动就是对厂房的使用行为，搬入办公楼办公，就是对办公楼的使用行为。本案中，2005年10月8日业主启用联合厂房进行生产设备安装，2005年11月28日启用办公室办公使用，2006年3月15日现场门卫正式由业主接管并由各方成立验收小组着手准备对工程正式验收。2006年4月4日业主全面对整个工程进行接收。因此，申请人有理由认为：分包施工单位承包范围内的分包工程于2005年11月28日已经竣工，整个工程于2006年4月4日也已经竣工。

三、建议国家尽快出台我国有关工程总承包合同的示范文本

尽管本案仲裁庭做出现在这样的裁决，使分包施工单位陷入万劫不复、死路一条的境地。但是，平心而论，从法律上说，本案的仲裁裁决总体上并没明显不当。国家法律、法规对工程总承包只有原则性规定，针对本案的情形并无有针对性的法律、法规和司法解释；因当事人适用合同文本的失误，导致合同相关约定不明。本案工程总承包单位与分包施工单位签订的施工合同中“除尾项工程外，工程竣工验收合格”的有关约定，仲裁庭可以理解为整个工程竣工验收合格；也可以理解为分包工程竣工验收合格。现仲裁庭以申请人不能提供相应证据即工程总承包前提下的分包合同为由，认为申请人举证不能而驳回申请人的请求，也在仲裁庭的自由裁量范围内。因此，本案申请人虽然败诉，企业能够吸取教训的，只能是今后遇到类似情况，一定要事先找律师认真研究，认真把好合同关。

而本案针对规范我国建筑市场和

加强示范合同文本管理而言，提出的却是一个主管部门不得不高度重视的根本性的大问题。如前所述，国际上早在1995年已出台了工程总承包即交钥匙的通用合同文本，并且逐渐成为一种为当事人普遍采用的工程发承包的合同模式。近年来，随着我国逐步与国际接轨，我国工程建设领域采用工程总承包模式越来越频繁，市场已迫切需要有我国自己的工程总承包合同及其配套的分包合同的示范文本，然而，目前国内并无相应的示范文本。据悉，国家建设主管部门早从2007年起，已在调研、起草我国的工程总承包合同示范文本，也已有基本成熟的送审稿，但由于有关领导认识不一，继续修订工作进程缓慢，以至我国的工程总承包合同的示范文本至今迟迟不能出台。

为此建议：

1、行政主管部门领导应高度重视市场需求，建议尽快出台我国有关工程总承包合同的示范文本。

我国《建设工程施工合同（示范文本）》是由国家工商局和建设部共同颁布施行的。因此，国家主管部门负有制订、施行行业通常使用的合同示范文本的责任。本案由于国家没有规范的工程总承包合同的示范文本，当事人误用其它文本导致当事人的利益受到重大损失的教训，值得引起有关主管部门的高度重视。尽快施行工程总承包合同示范文本，已是规范我国建筑市场的当务之急。

2、有关主管部门应从市场需求出发，认识到工程总承包合同示范文本有比没有重要得多。建议合同文本基本成熟就尽快出台，可以在使用过程中不断完善。

有关建设工程合同的示范文本不断修改、完善是一个国际惯例，国际通用的FIDIC合同文本就是根据市场变化不断完善的，该文本于1956年推出第一版之后，1962年推出第二版，1977年推出第三版，1986年推出第四版，

律政新人 ●文/卢意光

舍医从法追逐律师梦



卢意光：上海市康昕律师事务所律师，主要在医疗卫生法律服务领域工作。现为上海市律师协会医疗纠纷业务研究委员会主任，上海市律协青年律师工作委员会委员，上海市法学会卫生法研究会会员，上海市第九届律师代表大会代表。2011 年被评选为上海市第四届优秀青年律师。

1999 年推出第五版。我国的《建设工程施工合同（示范文本）》于 1991 年施行了第一版，1999 年施行了第二版，目前正在修订第三版。因此，目前的市场急需有我国的工程总承包合同和配套的分包合同的示范文本，有比没有要好得多，即便不够成熟，完全可以在使用后逐步完善。

3、主管部门应充分了解市场的实际需求，工程总承包前提下的分包合同要同步配套出台。

本案的重要教训是，双方当事人要设定的是工程总承包合同前提下的分包施工合同关系，而实际设定的却是承发包合同。由于我国没有与工程总承包合同配套的分包合同示范文本，当事人误用目前我国的《建设工程施工合同（示范文本）》签约，而该合同文本设定的同样是工程施工的承发包关系，并不能确定总分包法律关系。因此，市场的客观要求是：在有工程总承包合同示范文本的同时，还要有与之配套的分包合同的示范文本。目前我国在制订工程总承包合同示范文本时，并未同时制订相应的分包合同示范文本。这应引起主管部门的高度重视，及时把制订相应的分包合同文本同步提到议事日程。

4、当事人应吸取本案合同文本误用的教训，在难以把握时应委托律师设定准确的法律关系。

在我国目前尚无相应的工程总承包合同以及配套的分包合同文本的情况下，当事人应根据自己的主体地位和双方权利义务关系，按无名合同要求认真研究、确定法律关系并制作相应的合同文本。在不能确定或无经验自行设定合同文本时，千万不能乱用、套用、误用其它合同文本，而应委托律师提供相应的法律服务。同样地，律师也应从本案吸取教训，在为当事人制作无名合同时，要准确把握法律关系，根据当事人的主体地位和具体的权利义务关系，为委托人提供有效的、符合当事人要求的非诉讼法律服务。■

我做律师看起来有点偶然。2003 年前，我是三级甲等医院的一名外科医生，生活忙碌、充实，也充满对未来的憧憬。可是，2001 年的一场医疗纠纷风波，改变了我对医患关系的看法，也促成了我从医生到律师的职业转变。

“鱼刺杀人”

事情是这样的。一天晚上，我们隔壁耳鼻喉科接诊了一名三十几岁的男子。该男子不慎被鱼刺卡住，到医院来就诊。可是，医生检查了好几遍，也没有发现鱼刺，于是就让该男子回家了。几天以后，该男子因病情加重再次来院就诊，医院安排入院治疗，入院第 3 天，该男子突然大出血死亡。事情发生后，患者家属指责医院严重不负责任，理由是：一根鱼刺怎么可能导致一个三十几岁的健康男子死亡？于是，该男子遗体被一直留在医院，几十个家属每天呆在医院与耳鼻喉科医生理论，并不时发生冲突，“110”多次出警也无济于事。我们科室由于临近耳鼻喉科，所以受到很大影响，大家上班都不敢穿白大褂。三个月以后，在市卫生局的协调下，医院将耳鼻喉科的主任免职，并给予家属

30 万元的赔偿，此事才得以平息。

这个事件让我清楚地看到，我们国家的医患矛盾处在一个非常尖锐的状态，医生和病人不断地通过各种途径相互地妖魔化，病人指责医生职业道德严重滑坡，唯利是图；而医生指责病人有纠纷不走正常途径，无理取闹。医疗纠纷的处理也非常地混乱，最后的解决常常不分是非，而是以病人家属的吵闹程度来决定赔偿的数额。

这种不分是非的处理模式，导致几个后果：一是在培养病人家属私力救济的风气，二是打击医务人员的工作积极性，三是真正的受害患者可能无法得到应有的赔偿。而要建立一种让大家信服的处理模式，则要加强独立第三方即司法的力量。可当时的司法状态是，从事医疗纠纷处理的法律工作者对医学一无所知。于是，我认为，处理医疗纠纷，涉及医学和法律，一定需要有熟悉两个专业的人员，才有可能逐步建立有公信力的医疗纠纷处理机制。

舍医从法

从这个时候开始，我决定投身法律职业，并开始系统地学习法律。功夫

不负有心人,2003年,我参加并通过司法考试,于是,成了一名执业律师。

执业几年来,代理的医疗纠纷案件,有一般的医疗损害赔偿纠纷,也有一些特殊类型的案件,比如非法行医、医疗欺诈、器官移植、试管婴儿、临床试验、输血感染、伪劣医疗器械致人损害等赔偿纠纷案件。代理每一起案件,都需要重新学习,因为案件除了涉及浩如烟海的医学问题,还涉及卫生体制和法律问题,如何判断分析?如何调查取证?如何参加鉴定会?又如何将这些晦涩的专业问题通俗的讲述给法官及当事人听?都是不容易的事情。在办理个案的过程中,我深刻地体会到,在我国目前现阶段,作为个体的患者是多么的软弱,要维护自身的权益非常艰难,除了存在先天性的专业壁垒外,更重要的是,我们目前的立法及司法制度对生命健康权益还没有足够的重视。比如,我们的《宪法》还没有规定要保护公民的生命健康权,《公民权利和政治权利国际公约》也还没有得到批准,所以,在该领域工作,会遇到更大的阻力,更多的挑战和更深的迷茫。

办案之余,将办理案件时涉及的法律问题进行归纳总结,并提出自己的主张,形成专业论文或著作,也是律师走向成熟和专业化的必由之路。2009年,我国《侵权责任法》的出台呼之欲出,该部法律对医疗损害赔偿案件可谓具有“颠覆性”的影响。于是,我耗费近一年的时间,在2010年7月完成了《医疗赔偿诉讼操作指南》一书,由中国法制出版社发行,由于正值《侵权责任法》生效之际,医疗赔偿案件的实务问题备受关注,所以,该书收到良好的反响。

慎重相处

在代理案件过程中,律师与当事人之间有时候也会由于各种原因出现

误解。我曾代理辽宁省的一起医疗损害赔偿纠纷案件,根据最高院的司法解释,医疗机构应当就医疗行为是否存在过错以及与损害后果之间是否存在因果关系承担举证责任。于是,在举证期间,我为当事人申请了伤残鉴定以明确损害后果,而被告医院始终没有申请医疗过错或医疗事故鉴定。在开庭时,审判长也明确说明,被告医院应当对自己的医疗行为是否存在过错以及与损害后果之间是否存在因果关系进行举证。庭审结束后,我认为胜诉在望,可判决结果完全出乎我的意料。判决书认为由于原告没有申请医疗过错或医疗事故鉴定以证明被告医疗行为存在过错,所以判决原告败诉。在拿到判决书的时候,审判长说,其实他也认为你应当胜诉,但审委会不同意他的意见。我只能跟当事人解释,我国的司法制度设计仍然需要进一步完善,可是,这种解释怎么让当事人接受呢?

我国目前制度框架下的律师,特别是诉讼律师,要非常慎重地处理与法官及与当事人的关系。律师与法官之间,虽说同为法律执业人员,但我国法律制度建立时间不长,很多地方仍然有待完善,如何规范(包括保护和监督)法官的裁判行为以及律师的代理行为仍然值得进一步探讨。所以,两种职业之间的沟通及对话难以避免出现障碍、误解甚至相互排斥,诉讼律师应当不断的思考、总结,汲取经验教训。律师与当事人之间,虽在签订合同之时,当事人对律师一般都充满信任,但在代理过程中,由于受到各种因素的影响,特别是在裁判结果不利的情情况下,当事人很容易将不利结果归咎于律师的代理行为,所以,能够妥善处理与当事人的关系,也是一名律师成熟的标志。

前途荣光

我也常常会去思考,我们的制度

设计是否存在不合理的状况?如何推动我们的制度朝更加保护人权的方向进步?如果能有一点点成就,我想,也一定会是我毕生的荣耀。2005年,我参加了在四川举办的“第二届全国高等医学院校法学专业论文交流研讨会”,并有幸遇到梁慧星等著名教授。这时我才知道,很多医学院校正在筹办法学专业,试图将医学与法学结合授课,以培养卫生法学专业人。这让我觉得很受鼓舞,因为专业人员越多,推动制度的改革就越有希望。

我始终认为,个人的力量是渺小的,作为律师,如果希望有所作为,应当参加到组织中去。

现在,我担任上海市律师协会某研究委员会副主任,我也非常乐意参加和组织委员会的活动。不久前,我们邀请上海市高级法院和中级法院的法官代表到律协与律师代表座谈,就医疗损害赔偿纠纷案件中涉及到的疑难问题进行交流探讨,以期通过这种方式的沟通,达成一定的共识。从效果上来看,这种通过组织进行沟通比承办个案时单独与法官进行沟通更加平和,也更有效率和深度。同时,我们还就《律师办理医疗损害赔偿纠纷案件操作指引》征求法院意见,一旦达成共识,律师办理医疗损害赔偿纠纷案件的效率会明显提高。

在办理个案过程中,律师常常单独分析、处理案件,所以,很容易给人感觉是孤军奋战。但是,如果把案件比喻为珍珠,那么,把珍珠连接起来的项链,就是我们整个社会对法治的信仰和追求,从这个意义上讲,律师的后盾是广大的民众,律师是这支信仰和追求法治队伍的先锋。所以,我认为,我们律师并不孤单,我也坚定地相信,选择律师这个职业,道路虽然坎坷,但一定充满荣光。■

时评 ●文/叶金荣

深圳“清危”事件之我见



据媒体报道,深圳警方日前召开新闻发布会,称为了大运会安保,在过去的100天里,共有8万余名“治安高危人员”被清出深圳。深圳警方对“治安高危人群”的界定包括“有前科、长期滞留深圳、又没有正当职业”的;“在应当就业的年龄无正当职业、昼伏夜出、群众举报有现实危险的”;“肇事、肇祸的精神病人员,对他人有危害的”;“对群众安居乐业有现在或潜在危险的”等等。报道一出,各界对深圳警方的举措质疑声不断。

时隔仅1个多月,紧邻深圳的兄弟城市——东莞就正面表示“感受到了某种治安压力”。东莞市公安局局长公开坦言“深圳高调行动使得大批治安高危人群离开,东莞社会治安因此感到很大的压力”;东莞市公安局治安巡警支队相关负责人在微博上也正面回应称“深圳清查各类违法犯罪人员,的确会将一部分高危人群‘赶’至东莞”。据悉,东莞警方突然公开、密集地表达对深圳清危行动的“微词”,有其隐情,即东莞4、5月份以来刑事恶性案件数量突然明显上升。

从上述媒体报道的内容中,我们可以感觉到,深圳警方把所谓的“治安高危人员”的存在认定为是治安问题的根源,把这些人清除出去就意味着万事大吉了;而东莞警方把近期东莞治安情况的变化很自然地归结为是深圳的“清危”行动造成的。且不说深圳此次行动本身的正确性、合法

性,及东莞的归责是否有确凿依据,但很显然,在深圳警方采取行动之前对治安问题产生原因的认识,以及东莞警方在治安状况突然发生变化后对其发生原因的认识都是不充分的,做出的判断是简单而武断的。《孟子·寡人之于国也》中梁惠王曰:“寡人之于国也,尽心焉耳矣,河内凶,则移其民于河东,移其粟于河内,河东凶亦然。察邻国之政,无如寡人之用心者,邻国之民不加少,寡人之民不加多,何也?”。或许,若干时间后,大家就会发现,这些城市原来的治安问题还是存在,刑事案件数量还是会上升,正如古语中所隐含的意思那样,不寻找问题内因,只根据表象采取措施,是无法从根本上解决问题、维持长效的。

深圳“清危”行动本身存在的诸多问题。

首先,深圳警方首次提出了“治安高危人群”这一概念,然而,对这类人群如何界定,因为现行法律法规中无相关规定,故深圳警方便自行条条框框地列出了几条标准。暂不说制定这几条规定的权限和程序是否合法,且看公布的这些标准,是否真与“高危”必然相关?就如“有前科、长期滞留深圳、又没有正当职业”,这类人有多种情况,未必都会危害社会安定,如果一刀切,将这类人都清出深圳,可能带来的是更多的负面效应,更易导致潜在的危险现实爆发;再如“在应当就业的年龄无正当职业、昼伏夜出、群众举报有现实危险的”,能满足这两个条件的人应该也不少,他们是否

就属高危就凭群众举报,举报的都是事实吗?当然不是,这就给操作带来很大的随意性,这样做的后期负面影响值得我们深思。

从更深一层来说,深圳此次“清危”行动是与服务大局的理念相违背的,深圳在把自定义为具有“不安定因素”的人清出深圳的时候是否考虑到了其他城市?很显然没有。他们只是考虑了深圳一方的平安,“不安定因素”并没有消灭,而只是转移了。甚至对于整个国家而言,或许因为深圳的“清危”激发了某些矛盾,又会产生许多“不安定因素”出来。东莞警方对深圳警方的行动的公开表态至少已表露出他们无形中也认可了深圳对一些人员的定性,很明显能让人感受到其中透露出来的歧视的态度,不得不让我们担忧后续会产生怎样的影响。

再单纯地从法律层面来说,深圳此次“清危”行动的法律依据何在?包括其制定“界定治安高危人群的标准”的依据及将所谓的被认定为“治安高危人群”的那些人清理出深圳的依据,我们在现有的法律法规中无法找到。而让我们可以看到的却是法律赋予公民的基本权利,如合法的居住权、自由迁徙的权利、自由选择生活方式的权利等等,虽然这些权利不是毫无限制,但纵然有限制,这些限制也要有法律法规的明确规定,如果可以随意限制,那将导致公权的滥用,最终也将有损法律的尊严。■

(作者单位 上海荣业律师事务所)



人物档案

苏惠渔:1934年10月生,江苏苏州人,华东政法大学功勋教授,中国法学会刑法学研究会顾问、上海市刑法学研究会名誉会长。1993年起开始享受国务院政府特殊津贴。

苏惠渔曾参加我国第一部刑法——1979年《刑法》的制定,以及1997年《刑法》的修订工作。主要学术研究领域为刑法学理论,著述丰厚,现兼任上海融孚律师事务所主任。

“老马嘶风,英心未退。”一向低调、稳重、朴质、豁达与睿智的苏惠渔,其实不愿多谈“特别辩护”这段历史。因为与苏老相识10余年,在作者的再三相约之下,苏老接受了作者的访谈。下面是苏惠渔的口述摘登:

辩护律师准时赴京报到

历史不会忘记,1980年1月1日,我国刑法正式实施以后不久,我国政治生活中的一件大事,就是对林彪江青反

穿越时空

●文/口述:苏惠渔 口述整理:马传荣

特别辩护

革命集团案的审判。当时,我作为10名出庭律师之一,也是当下唯一一位活着的上海出庭律师,亲历了这场“特别辩护”。

十年动乱中,国家的政治经济情况处于极其不正常的状态之下,有这么一批人,掌握着国家大权,身居高位,却要篡党夺权,分裂国家。对这批人,十年动乱结束后,人民要求审判他们。全国人大也做出了决定,对这批人要进行公开审理。

最高人民法院当时成立了特别法庭,最高人民检察院成立特别检察厅,专门负责审理这个案件。

从1980年开始审理,到1981年宣判。这个案件,在我们中国的历史上,可以说是空前的。当然,我们希望也是绝后的,因为这些人对国家的破坏实在无法用语言来表达。

按照当时刚刚颁布的我国刑法规定,哪些人成为这个案件主犯?当时定了10个人。还有一些人,如林彪、叶群、林立果、周宇驰、谢富治,都是当时这个案件的主犯,但是由于这些人已经死亡,按照法律规定不再审理。

在受审的10个人里面,除了南京部队空军政委江腾蛟之外,其余全部是中央政治局委员,还有中共中央的副主席和常委,所以对这起案件进行公开审理可谓举世瞩目。负责审理此案的检察员、审判员,也是由全国人民代表大会在建立特别检察厅、特别法庭之

时专门任命的。

这案件,涉及到国家的机密等,要不要律师出庭辩护?说实话,当时也有不同意见。嗣后,我国的刑事诉讼法和刑法正式公布,而且已经适用。又适逢我国第一部律师法——《中华人民共和国律师暂行条例》颁布实施。据此,司法部经批准成立“律师小组”,由司法部公证律师司在全国范围内多方物色、遴选,最终确定了18位律师,专门为这批人出庭辩护。参加办案的律师于1980年10月11日以前全部到北京国务院第二招待所报到。

“采得百花成蜜后,不知辛苦为谁甜。”我当时是华东政法学院刑法教研室副主任。那时学院刚恢复不久,我正在紧张备课之时,忽然接到命令,称林彪江青反革命集团案要审判,要选一批人参加案件的辩护工作。当时,副院长曹漫之找我谈话,让我参加这项工作。说实在的,不仅是我,当时凡是去参加这次辩护的律师都不愿意。最后领导做工作,说这个工作多么重要,所以硬着头皮去了。

当时,我们华东政法学院的师生都在私下议论:“苏惠渔消失了。”因为当时没有对外公布我到哪里去,实际上我就是去干这件事了。

我是最年轻的出庭辩护律师

金秋十月,北京凉风习习、枫叶通红。我们到达首都后,才知道要为这帮主犯做辩护人。

当初全国招了18个人,其中有6个是专职律师,12个都是政法院校或科研单位从事教学科研工作的。我们上海去了5个人,其中一个是社会科学院的



肖开权研究员,他已经去世了;一个是我们政法学院的朱华荣教授,还有一个就是我。其他院校有北大的,当时为首的是北大的系主任陈守一教授,时年 77 岁;还有北大的甘雨霈教授,时年 73 岁;武汉大学的马克昌教授,当时 54 岁;人民大学的周亨元,搞刑事诉讼法的。

最终出庭的有 10 个律师中,我是年纪最轻的,年纪最大的是北大的甘雨霈教授,当时已经 73 岁。我们上海出庭的律师有 3 个人,除我之外,还有韩学章,上海市律师协会的会长,另外一个还是上海的资深律师张中。

出庭的 10 个律师当中,眼下已经有 6 个归天了。其中,上海参加出庭辩护的韩学章、张中已先后去世。

五个主犯缘何不要律师

“一时强弱在于力,千秋胜负在于理。”在 10 个被告人中,我是给李作鹏辩护的。一个被告人有两个辩护人,在 10 个主犯中,有 5 个没有辩护人。

我们 10 月份开始准备,真正下达起诉书给 10 个被告人,是在 1980 年的 11 月 10 日。

收到起诉书以后,有 5 个被告人要了律师,但 5 个被告人当中,情况又不一样。姚文元表示要态度好,问他要不要律师,他说由特别法庭来决定。他生怕说“要律师,就变成不认罪”。既然由特别法庭来决定,按照我国刑诉法的规定,就为他指定了辩护律师,那就是上海的韩学章律师和张中律师。

其他 4 个人都是委托的,问要不要律师,他们说要。但是他们谁都不认识,请谁呢?然后,就把我们这些人推荐给他们。

在另几个被告人当中,张春桥,从下达起诉书直到审判结束,确实没讲过一句话。当时问他要不要律师,他也不表态。所以,在这种情况下,他没要律师,就没有给他配备。黄永胜,他不要律师。邱会作,自己写了认罪书,表示要态度好,不要律师。王洪文,也表示态度要好,不要律师。

这些人当时认为要律师就对自己的罪行进行辩解,属于态度不好。你怎

么跟他解释,他都不要。黄永胜后来在法庭调查当中看到吴法宪、江腾蛟、李作鹏有律师,还问了一些问题。他一看,他们都有律师,我怎么不要呢?有点后悔了,那是后话。

至于江青,则是胡搅蛮缠,最后也没有要律师。

李作鹏与律师签了委托书

我们担任李作鹏的律师以后,会见了三次。

11 月 16 日那天,张思之和我爱指派前往李作鹏的看押地。本来他关在北京秦城监狱,因为有病,所以在北京医院边治疗边接受审查,我们就到医院会见了。

第一次会见,我们告诉他,你要律师,我们接受委派,担任你的律师。他接受了。然后,我们签了委托书,手续都是正规的。我们谈了谈情况,据我们事先了解,9·13 事件以后,也就是林彪驾机出逃、在蒙古上空失事,摔死在温都尔汗的沙漠里,林彪手下的几员大将:黄永胜、吴法宪、李作鹏、邱会作之后就被关押审查。这些年里,他们自己也写了许多交代材料,审查和预审工作一直在进行。

我们听说李作鹏态度很坏,脾气很暴躁,很不好合作。我们了解这个情况后,去跟他见面时候告诉他,我们是律师,是为维护你的合法权益而来。

李作鹏倒是蛮客气地说:“我是搞军事的,不懂法律。”

然而,李作鹏毕竟是军人出身,所以,有的时候还会说:我请你们来,也不要你们帮我说什么话,我的罪我承担,我肩膀还是很硬的。只要有证据,怎么判我,我都承担。

当然,我们还是根据法律的规定,把我们要做的事情都告诉了李作鹏。我们也希望起诉书下达后,李作鹏有什么想法和意见都可以提出来。

因为第一次会见律师,李作鹏还比较冷静。他说:“到开庭的时候,你们看,能帮我说什么,就说两句,如果你们不方便说,也不要紧。因为案情很复杂,涉及到上层的许多问题。我的不同看

法,我已经都写了,他们都了解。法庭上呢,我也不想多争论,因为我身体不大好,脾气又急,如果犯病死在法庭上很难看,影响不好。”

就这么个人,还说怕影响不好。当然,在革命战争年代,应该说李作鹏也是立过功的,但是后来上了贼船,犯了罪,那是另外一事情。但从他的情况来说,这个人确实很聪明。长征的时候,他是作战参谋,具体干的是破译敌人密码的工作,可见他的脑袋有多好使。对部队里面的人,他最服气当年的首长、特别法庭第二庭的庭长伍修权。伍修权当年就是他的上级。预审他的时候,只要碰到伍修权,他会马上老实地说:“首长好。”

李作鹏在最后陈述时念起辩护词

第二次会见李作鹏,是法庭调查已经结束,在准备法庭辩论的当口,我们再度会见他。

李作鹏说:“我写了一个辩护词。”

我们问他:“能不能把辩护词给我们看一看。”

李作鹏说:“在我的棉袄里,谁也拿不走。”

后来他给我们看了,共有 26 页,大概有五六千字,写得很长。我们想,这个辩护词他肯定会在法庭辩论的时候,把这些一条一条地讲出来。但到了法庭辩论的时候,他说了几句后就不辩了。于是就由我们来辩。

我们辩好以后,按照程序,法庭让李作鹏做最后陈述。一般来说,最后陈述就是表个态。结果这个时候,李作鹏在棉袄口袋里拿出了那份稿子,一字不差地念了起来。

李作鹏的这个举动出人意料。因为在辩论阶段中,自己辩护以后,公诉方可以反驳。李作鹏知道,他讲得再多,公诉方也会把他驳倒,所以干脆不讲。最后陈述,公诉方只能听他的,他讲完以后,法庭该怎么判就怎么判,至少在法庭上不会有人再跟他辩驳。所以,李作鹏把这份稿子放在最后陈述的时候



来讲。

最后,法庭做出判决,李作鹏被判有期徒刑 17 年。

李作鹏称律师辩护是在“敲边鼓”

判决结束以后,我们第三次去会见李作鹏,听他对这次判决有什么想法。他说:你们已经尽职了,我还是谢谢你们。但是你们就像是敲小鼓,敲在鼓的边上,没有敲在鼓的中心,敲敲边鼓。案情复杂,我理解。试想一下,李作鹏说这话刁不刁?

我们问他,你能不能说得更具体一点?他不正面回答,笑笑说:“我给你们律师写了一首诗。”

我们说:好啊,能不能给我们看一看?

他说:现在不行,20 年以后给你们看。

当时,跟我一起去的是张思之。张思之说:好,我们等你 20 年。

“岁月不居,时节如流。”20 年后,即 2004 年 5 月 16 日,李作鹏已经刑满释放,在北京的儿子家里养老。

张思之找到了李作鹏,说:“我 20 年后特来如约,来看看你的那首诗。”

李作鹏还真把那首诗拿了出来。诗的题目就叫《评律师》,写了八句话,一句是:“尊敬公证人,天知无偏心”,还有一句是“明哲又保身”,另一句是“和尚照念经”,最后是“边鼓敲两下,有声胜无声”。

李作鹏最后这句话的意思是什么呢?其实李作鹏是称律师说两句,边鼓

敲两下,有声音总比没有声音要好。

这些话,乍一听,好像很刻薄,再仔细一想啊,这就是李作鹏。因为人们很难用正常的眼光来看待他怎么评判律师。

当年的辩护并非无所作为

“千淘万漉虽辛苦,吹尽狂沙始到金。”这几年中,有好多问我,你们参加“特别辩护”,到底是真辩还是假辩?有好多怀疑我们是假辩,是奉命而为,无所作为。

那么,当时我们是不是真的在辩护?应该说是真的辩护。但是,我们当下考虑问题的角度,不能脱离当时的情况。为什么说是真的辩护?细心的人可以去看一看,起诉书上对被告人的指控,到判决书上法院对这些指控的认定,是不是完全一样?其实不完全一样,有的控罪甚至没有了。

法院在判决书上对一些指控没有认定,而这些没有认定的指控恰恰是律师的辩护内容,这就说明律师的辩护还是有作用的。

我举个例子讲,在指控李作鹏的罪状当中,有这么一条重要罪状:告密。李作鹏作为副总参谋长,陪同朝鲜的军事代表团到武汉去访问。当时,武汉军区政委刘丰告诉李作鹏:毛主席在南巡讲话中提到了林彪,讲到了“庐山会议”还没有结束,这就说明毛主席对林彪有看法,并且一直在关注着林彪的发展。

他们这些人很敏感,觉得毛主席要对林彪采取措施了。所以,李作鹏在从武汉回到北京的当天晚上,在举行宴会的时候,便把这些情况告诉了黄永胜和邱会作。因为黄永胜是总参谋长,他是海军政委兼副总参谋长。黄永胜马上打电话到北戴河告诉叶群,叶群告诉林彪。这个时候,林彪就想在毛主席南巡

回到北京的路上把他炸死,密谋了好几个方案。所以说,就因为他的告密,使得林彪下决心马上谋害毛主席,这条罪状叫做“告密”。

在法庭调查当中,公诉人指控以后,法官就问:律师有什么话?当时我就向他提了一个问题:李作鹏,你当时从武汉回到北京,把刘丰告诉你的情况告诉黄永胜,你的目的是什么?实际上你告诉黄永胜的目的是不是要黄永胜马上告诉林彪,然后去谋害毛主席?

李作鹏回答:黄永胜是总参谋长,是我的头。我听到这个情况,当然要向汇报一下,合情合理啊。

所以,我们在辩护的过程中,就提了一个观点:没有证据可以证明他告诉黄永胜的目的,就是要黄永胜告诉林彪,然后马上谋害毛主席。林彪要谋害毛主席,和李作鹏告诉这个情况,没有必然的因果联系。

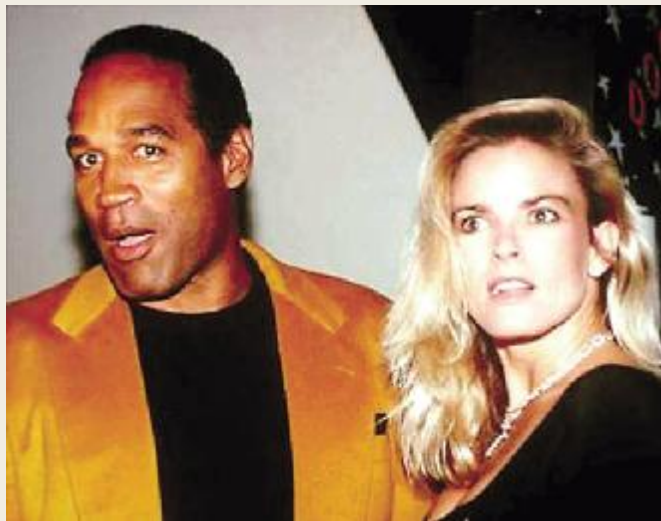
应该说,这个辩护,在当时也是蛮大胆的。后来,判决书对于告密这一条没有认定,说明我们的辩护还是真的,不是假的。“见微以知萌,见端以知末。”我想强调的是:说是假辩,我不承认,但是如果我们要按照现在的水平去辩,也不符合当时的实际情况。为什么?因为那时的律师制度刚刚恢复,要按照我们现在的水平,用现在的法制发展情况去衡量当年的做法,要求律师当年就像现在一样,不大可能。”

古人云:“不积跬步,无以至千里。不积小流,无以成江河。”律师出庭为林彪、江青反革命集团案的主犯辩护,可谓是我国律师业发展的里程碑。它向全世界宣告,我国律师制度开始恢复。因为我国律师制度于 1954 年初创。而后,随着 1957 年反右斗争严重扩大化,律师制度“无疾而终”。直至林彪、江青反革命集团案的主犯审判之前,我国律师制度一直无声无息。律师参与该案的审判活动,实则上既是我国律师首次向全世界公开亮相,又向国人宣告,我国律师制度开始恢复。通过这次“特别辩护”,我国律师工作受到了全国、全世界的瞩目。■

域 外 ●文/杨 宸

血证如山 未必铁证如山 下

——辛普森杀妻案回顾



前期回顾:辛普森杀妻案轰动一时,警方在案发后掌握了大量的证据,检方罗列了诸多的“血证”试图证明辛普森杀妻证据确凿。辛普森因为家财万贯,他聘请了豪华的律师团队为自己辩护。

或许国人无法想象,但是辛普森在美国的知名度之高几乎难以想象——在美国,人们不怎么关注那种为国家拿许多金牌的运动员,相反像辛普森这种职业联赛球场上的超级明星拥有更高的人气,加上那段几乎全美皆知的高速公路绝命追车,使得本次的案件备受重视。

罪名争议

检方对提起的是辛普森对于被害人妮可和戈德曼人的“一级谋杀罪”。一旦罪名成立辛普森面临刑罚可能非常严重,比如死刑。“一级谋杀罪”由于刑罚的严厉,对于检方的证明要求非常高,他们要做的不是证明嫌疑人有罪或无罪,而是证明“一级谋杀罪”成立或不成立。证明有罪或无罪与证明罪名成立或不成立听起来似乎是相同概念,其实不然。要证明“一级谋杀罪”成立,检方必须要证明两点:1.辛普森杀了人;2.辛普森有杀人预谋。如果这两点有任何一点

被辩方驳倒,或自身证明不利,陪审团就会宣布“罪名不成立”。这也就是为何后人评价该案时说,如果当时检方以“二级谋杀罪”起诉的话,很可能辛普森就会被判有罪的原因了。因为“二级谋杀罪”检方要让罪名成立的难度下降很多,他们只要证明辛普森杀人是“一时兴起”而不需要证明辛普森杀人是“早有预谋”。但是相应的,二级谋杀罪的刑罚要轻很多,即使罪名成立,还可以申请假释。因此迫于该案的影响力和压力,检方最后还是选择了“一级谋杀罪”起诉辛普森。

检方认为辛普森杀人是预谋的,他准备了手套、深色大衣、携带了凶器、还开了汽车作为逃脱工具,同时辛普森一直希望与前妻妮可破镜重圆但多次遭拒绝,因为争论曾殴打妮可,警察为此事曾多次介入,这些都有记录可查,而另一位被害人戈德曼根据调查发现和妮可来往颇深,这次的杀人很可能是因妒成恨而实施的。但是辩方的理由也不无道理,辩方认为检方所谓的辛普森对两人的“一级谋杀罪”不成立。首先是被害人戈德曼,他出现在现场完全是偶然因素。戈德曼是一个服务生,妮可晚上正是在他工作的餐厅就餐,由于忘记了随身携带的东西,戈德曼在下班

后为妮可送去失物。检方要通过证明辛普森对于戈德曼是“预谋杀杀人”来说服陪审团是十分困难的。其次妮可是被割喉致死,这种杀人手段并不多见。辛普森不是职业杀手,对于第一次杀人的人来说,这种手段显得难度略高,一般来讲使用枪支更为常见。割喉的杀人手法在黑帮中较为多见,妮可有吸毒史,曾欠了黑帮的债。此次杀人手段更像是黑帮所为。关于这一点,辩方仅为猜测,无法提供相关证据,但是不可否认对陪审团造成了影响。而且同样的,本案中最关键的证物——凶器,控方始终也没有找到。既然是预谋杀杀人,对于证据的处理当然也应该事先有所安排,但是警方在进入辛普森家中后,却能发现一地的血衣血袜,惟独凶器没有找到,这和“早有预谋”也是相背的。

时间争议

另外,本案的作案时间是另一个争论焦点。本案之所以双方会争执不清,微妙的时间是一大因素。根据尸检报告确定杀人时间在10点以后,辛普森在自己家里应答前来接他去机场的司机是10点45左右,据辛普森自己称晚饭和人分手后是9点半之后,在家中睡觉因此没有证人,这期间大约有1个多小时的空白时间。

这段时间的微妙之处就在于说长不长,说短也不短。假如时间完全不够,那么辛普森当然没有嫌疑,如果很充裕,那么他的嫌疑就非常大,然而,根据试验,假如辛普森在一人后立即赶往犯罪现场并犯下罪行,然后再驱车赶回家中处理凶器、血衣等物,正好处于来得及与来不及之间,如果和时间捏算得非常准确且中途不出现过大的差错,那么他就有作案时间,反之,就没有。辩方认为,没有一个人傻到明明知道11点会有出租车来自自己家门口还会选择这种非常尴尬的时间段去杀人,出租车的预订电话等于封死了自己的后路,一旦来不及赶回岂不是不打自招,这和常理违背。另外根据理想状态,辛普森必须到了犯罪现场立即犯下罪行后迅速赶回自己家中,但是这是建立在被害人不抵抗或几乎不抵抗的基础上的。妮可是一介弱女子还好说,但是戈德曼身高体壮,他身中30多刀,明显是经过了一番搏斗的,这样一来,原本微妙的时间就变得更加难以确定——要是行凶顺利点,时间还是够的,但是到底顺利不顺利,已经无法证明,这也使得检方对于“一级谋杀罪”的罪名成立难度大大地加大了。

上述两个争论点存在诸多的不确定因素,而且控辩双方许多观点纯属推测,陪审团和法官很较大的自由心证空间。但是法庭上,证据就是一切,双方最激烈的争论就是证据的争论——证人和实物证据。本案的证据数量非常庞大,几乎每一件证据都是经过激烈质证才得出结果的。由于篇幅所限,本文仅介绍其中几个关键证据。

证物争议

首先是实物证据,也就是媒体所谓的血证。在上期提到过,“血手套”是本案中相当关键的证据。其中一只在现场发现,而另一只出现在辛普森

家并被警员找到。但是,在法庭上当辛普森试戴这副手套时,却发现怎么也戴不进去,最后虽然费了九牛二虎之力才戴好手套,但是辩方马上指出这副手套与辛普森本人手的大小不一,不应是本人的。检方认为这是由于手套在血水里浸泡过以至于有些缩小。最后通过相同品牌的手套试验后发现,这款手套非常高级,不会因为沾水而缩小。因此辛普森艰难地将手套进手套这一幕对陪审团的影响是非常大的,这也使得检方非常地尴尬。另外根据警方称,案发后第二天辛普森到警局来接受询问时,警方发现他左手手指受伤。控方认为这是在案发时搏斗所造成的,但是这副手套外部没有任何损坏,手套内部也没有血迹,辩方认为检方的立论不成立。这副手套不是辛普森的,辛普森也没有在案发现场与被害人搏斗而伤了手。

而另一只在辛普森家发现的沾血袜子,同样疑点重重。袜子上的血迹左右的形状居然是一样的。按照一般常识,穿着袜子时,假设左边首先沾到血迹,血迹会慢慢扩散直到影响到右侧,这时血迹所形成的形状应该是截然不同的。专家指出会形成左右形状相同的血迹在普通情况下是完全不可能的,但是有一种例外,就是对一只现成的袜子上滴上血迹,此时血迹会直接渗透过布料形成左右对称的形状,换句话说,是警方栽赃。与之相对应的证据有两点,第一、案发后辛普森为了配合调查曾被警方抽过血样,试管中经常用EDTA(警方常用的保存血液的防腐剂)来保存血液。而根据记录,辛普森被抽走了6毫升血样,但是最后警方出示的试管血样只有4.5毫升,这少掉的1.5毫升警方无法解释。第二、现场拍摄照片的时间存在矛盾。最早的照片中,现场没有找到这个袜子,但是大约20分钟的现场照片中,又出现了这只袜

子。对于拍摄时间的矛盾,法庭上警方的回答无法自圆其说,完全理不出一个头绪。另外,袜子上的血迹被检验出含有浓度很高的EDTA,同时在案发现场后门,最初的报告中没有出现,在辛普森被抽血样的第二天,警方称后门附近发现了干净的未污染的血迹,经检验是辛普森的。但是最后同样,这滴血迹中也检测出了EDTA。警方称辛普森称在案发前买过一个汉堡,这种汉堡中就含有EDTA,但是最后证明,吃下汉堡的血液中不会残留EDTA。辩方由此指出,血迹是警方的栽赃。

证人争议

本案的关键证人有两位。他们同样在法庭上收到了猛烈的“炮轰”。一位是最先进入辛普森家中,并发现大量证据的警员福尔曼。辩护方认为,一位警员在如此短的时间内可以在一个漆黑的、陌生的环境下发现如此大量的证据,甚至连汽车、客厅里微小的血迹都没有放过,这要么说明他是一个活生生的“福尔摩斯”,要么就是这些血证早就已经准备好栽赃的。根据在辛普森家的房客证言,曾听到客厅里有一声巨响,但是时间记不太清了。调查发现这声巨响为客厅中的空调倒下所致。辩护方指出,如果是辛普森在藏匿证据,他熟悉自己家中客厅的布置,不太可能碰到空调如此大件的物品。而如果是一个不熟悉客厅布置的人在其中有所作为,碰倒空调的概率更高。另外,辩护方律师团队打出了“种族牌”,希望通过证明福尔曼是一个种族歧视者从而使陪审团对他的证词产生质疑。一开始,福尔曼警员的回答非常从容,面对辩方质疑他带有明显歧视黑人的倾向,福尔曼在法庭回答得也很“滑头”,他说在他的记忆中没有说过歧视黑人的话。但是在辩护方律师咄咄逼人的询问下,福尔曼最后不得

不作出“我从来没有对黑人称黑鬼或类似的污蔑性的言语”这样肯定的回答。福尔曼可能万万没想到,之后律师找到了一盒以前一名记者对他的采访录音。录音里,福尔曼多次的用“黑鬼”来称呼黑人,还肆无忌惮地说,如果他想要逮捕一个黑鬼,完全可以捏造一些证据出来而不被识破。这无疑足致命一击,在美国,法庭上证人的品格和品质是非常重要的,这一证据使得由 11 个黑人组成的陪审团一下子对证人的品格产生了怀疑——因为他在法庭上说了谎,法庭对他的证言,包括他找出的证据,都产生了疑问。最后,倒霉的福尔曼警员还因为认定做伪证而被判刑。

另一位至关重要的证人就是采集化验血样的技术人员。他是一位华裔警官,本来用科学依据说话的证据没有太大的争议,所以检方对于这位证人非常有信心。事实上,在一开始回答这位警员也显得十分从容,在法庭上的发言大意是他们的采集化验流程是符合规范的,根据 DNA 等实验表明这些血迹确实是辛普森本人的。但是不得不说的是,检方忽视了律师团队的细致程度,或许一般的律师面对这些证据会败下阵来,但是这支豪华的律师团队可不是省油的灯,他们对于这些证据进行了细致入微的研究,从而发现了许多问题。由于律师细致的工作,他们抓住了警方在办案中的漏洞,这使得警方也“帮了很大一个忙”来让辛普森无罪释放。

辛普森案件的血液采集和化验极度不规范,以至于律师在法庭上甚至毫不忌讳地称警方的实验场所就如同一个肮脏的“粪坑”。比如根据现场录像,工作人员甚至都没有带橡胶手套进行采集,某些证据的采集是一些技术级别和职称不够的人完成的。这些都和真人说的操作符合程序相左。更为愚蠢的是,因为被害人妮可的死状很惨,警方用现场的床单盖

住了她。由于辛普森和妮可离婚后仍然藕断丝连,数周前他还曾睡在这张床上,就导致现场,甚至尸体上出现辛普森的毛发是可以自圆其说的。像“床单”可以说是低级错误,但是本案重要的一管血样在收集后没有妥善保存到警察局,检验官将试管在闷热的汽车后备箱中放置了长达数 10 个小时,辩护方在法庭上犀利地指出这种做法明显不符合操作的规范流程,高温加上过长时间导致 DNA 检验的真实性完全不准确。这位警官确实小看了律师对于证据细节性的把握能力,面对这些细节上的提问,本来十分从容的他开始显得招架不住,含糊其辞,说自己许多地方都记不清了。于是律师马上指出,许多细节甚至关系重大,但是却都和证人之前所谓的“符合程序”相左,而且并非一处两处,而是这么多细节存在疑问,不是用一句记不清就可以敷衍过去的,而是这位警员有意隐瞒、或者捏造了某些证据试图栽赃陷害才无法自圆其说。这样做的目的和之前对待福尔曼的手法如出一辙,就是使得陪审团对证人的品格产生怀疑,进而使他提供的证言以及与证言相关的证据证明力变得脆弱不堪。

本案虽然案发时闹得全美皆知,法庭辩论的过程也是激烈无比,但是收场却显得略微惨淡,宣判前,行家们早已预料到了判决结果。最后,虽然控方进行了慷慨激昂的陈词,但是因为警方在案件中的多次不规范操作、大量存在矛盾以及难以自圆其说的血证、甚至证人福尔曼因为伪证反落得自己身陷囹圄的下场,如山的血证无法转换为铁证,法院最终宣布辛普森无罪。世纪审判到此也告一段落。顺带一提的是,虽然辛普森在刑



事上无罪,但是却并不意味着民事上不用赔偿。美国刑事案件讲究疑罪从无,没有绝对的证据,宁可放过一百,绝不冤枉一个。但是民事上没有这么严格的证据制度,民事证据讲究的是“盖然性”。民事法院最后认为证据已足以认定辛普森对前妻的死负有责任,必须进行民事赔偿。

程序正义解决争议

实际上,辛普森案最后的判决结果已是无关紧要,该案所表现出来的,是美国刑事司法对于程序的重视程度。虽然当时听到辛普森的无罪判决,被害人家属在法庭上抱头痛哭的场景确实令人心酸。但是抛开一般的感情,仅从法律上说,美国司法对于程序的重视程度几乎到了一种偏执的地步。“疑罪从无”、“无罪推定”、“程序公正是司法公正、实体公正是个案公正”这些特点在本案中被表现得淋漓尽致。而本案的民事判决,则紧守民事证据规则。大多数美国人,尤其是法律界人士表示由于坚持程序公正而做出的判决结果是可以接受的。可以说,这种严谨的法律态度,是值得任何一个法制国家学习的。■

随 笔 ●文 / 赵国雄

浅谈收藏



本人 1990 年从事律师工作,在做律师前在企业单位工作 10 年,而作为业余爱好,从事收藏已近 30 年。现在叫古玩,以前叫“旧货”,所收藏的东西很杂,就象做的本行律师一样,杂而不专。但在外奔忙一天回家后手捧自己喜爱的东西,沉浸其中,仿佛回到那遥远的年代,与千百年前的古人在交流……

我收藏的藏品中(详见封三)有曾入选 2010 年国际博物馆协会第 22 届大会精品展览的北宋桃形笔洗,此洗曾被彭适凡(江西省考古研究所所长、江西省博物馆馆长)、谢志杰(考古专家、宜春市博物馆馆长)、梁惠民(考古专家、某博物馆馆长)等专家认定“此洗胎薄为纸,手感极轻,全器仅重 94 克,釉色白中带黄,釉质肥润,釉面有长短不一的牛毛纹,局部有土沁痕迹,造型生动,做工精湛,器物底部有三个细小支钉痕,此洗是北宋官窑烧造,巧夺天工,品位极高,是宋瓷中的珍品,有极高的艺术价值与收藏价值”。也有引以为豪的“豆青大瓶”、“青花大罐”及一些完整的古籍善本,字画中也有郑板桥、吴青霞、程十发、



郑板桥书法

邵洛羊等作品……

但在这儿我却想重点介绍另外几样东西。

首先,介绍少为人知的砗磲佛珠。它是古代造山运动所产生的海螺化石。在距今三千五百万年前,由于印度板块与欧亚板块发生碰撞形成喜马拉雅山脉,砗磲就是在大约五千米高的山上被发现的,且只取海螺尾端较厚部位切磨成珠,仅可切磨成一颗砗磲。由于年深日久和高人盘抚,使每颗珠纹路、裂纹变成条条“金线”,俗称“金丝砗磲”。古人认为砗磲可消灾解厄,避邪镇煞。砗磲在佛经中被称为“牟尼洛揭拉婆”,是佛教的镇教之宝,位列驱邪避凶之首位。《法华经》《阿弥陀经》《金刚经》等都将其列为佛家七宝。《金刚顶瑜伽念珠经》中记载:用砗磲念佛可得数信功德。道家的《元始天尊得道了身经》中“……肾炼就砗磲……永为真神仙矣”。李时珍的《本草纲目》中记载砗磲:大寒、无毒。入肾经,主安神,解诸毒药及虫螫。汉朝伏胜所著《尚书大典》便记载一则:周文王被商纣王囚于羑里的地方,散宜生用此敬献纣王赎回文王。魏文帝曹丕《砗磲·赋序》中“砗磲,玉属也,多纹理辱文,生于西国,其俗宝也”。《大清会典》“六品……吉服冠用砗磲顶”,清朝二品官朝珠也由砗磲制成,西藏高僧也以手持砗磲佛珠为尊。

其次,介绍“剔红”,又名雕红漆式红雕漆,就是在器物的胎型上涂上几十层朱色大漆,待七分干时再雕刻

出浮雕的纹样。此技法始于汉唐,发源于四川、云南一带,成熟于宋元,盛于明清。明曹昭《格古要论·剔红》中记载“剔红器,无新旧,但看朱厚色鲜红润,坚重者为好”。清李斗《扬州画舫录·工段营造录》中“漆器有剔红,填漆两种”。元代雕漆在唐宋基础上取得世人瞩目的辉煌成就,形成名家辈出的局面。元朝张成、杨茂、张敏德,明代张德刚、黄成,清代封岐、封镐兄弟、施天章、屠魁胜等均为技艺高超的制漆巨匠。浙江嘉兴成为雕漆的制作中心。历史上明成祖朱棣和清朝的雍正、乾隆都酷爱剔红,故宫收藏的剔红中百分之三十都有乾隆的年号。日本收藏有我国宋代剔红,甘肃也出土过元代剔红。但剔红属于杂项,多年来一直不被国内收藏界看重,直到 2001 年香港佳士得拍卖出 1287 万元明永乐牡丹纹剔红盒及 2004 年香港苏富比拍出 1194 万元明云龙纹剔红盒后,剔红开始走红,受到市场追捧。

最后,谈一下“民国瓷”。民国瓷相对来讲真品多,价位合适,风险相对较小。我先从粉彩小盏底款“江西瓷业公司”谈起。据《景德镇市志略》记载,光绪二十九年江西巡抚柯逢时向清廷上奏开办江西瓷业公司,建议“官方筹银 10 万两,余由该道自行集股”。宣统元年核准,宣统二年正式成立,并把御窑厂划归公司。但 2002 年的考古发现,江西瓷业公司早在光绪二十八年就成立,更为可喜的是,公司曾聘请雇用一大批原御窑厂名匠高手,直接以画入瓷。程门、王少维、金品卿等浅绛大师和“珠山八友”等绘瓷名家均有落款“江西瓷业公司”的作品。而我这款粉彩小盏作画者子明氏系光绪年间御窑厂文人。江西瓷业公司产品也被誉为“民国官窑”,直到 1949 年,江西瓷业公司才被景德镇市人民政府作为官僚资产予以没收……■

(作者单位:上海国雄律师事务所)

编者按:醉驾入刑,一石激起千层浪,在社会舆论几乎一面倒的同时,作为法律人的律师该如何来看待这种现象?本刊邀请律师协刑事业务研究委员会撰写了一组稿件。作者从专业的视角、理性的思维来审视舆论及司法实践对醉驾行为的态度。并且从实体、程序等诸方面如何处置醉驾问题,提出了理性的思考。

专题

●文/市律协刑事业务研究委员会

“醉驾入刑”后八大典型案例评析

刑法修正案(八)自5月1日开始正式实施。一个多月来,随着各地醉驾入刑“第一人”的纷纷涌现,醉驾入刑的威慑力与公信力正逐步显现。这些典型案例,或因其属当地首例而成为焦点,或因其“名人效应”而引发热议,或因其后果严重而备受关注,犹如一堂生动而有力的法制宣传课,为全社会敲响了警钟。在此,我们整理出其中的八大典型案例并作出评析,希望能引起公众的重视与思考。

一、酒驾刑拘第一人:李俊杰醉驾案

2011年5月1日零点44分,北京市公安交警局东城交通支队夜查小分队在朝阳门桥执行夜查酒驾任务,对一辆外地牌照的奔驰车司机李俊杰进行检查时发现,其呼出气体中,酒精含量达到了每百毫升血液酒精含量为80毫克的醉酒驾车标准。后经司法鉴定,李俊杰每百毫升血液中酒精含量高达159.6毫克,超过醉驾标准近一倍。北京警方随即依法将其逮捕,并于当天上午将其送往看守所羁押,李俊杰也成为刑法修正案(八)正式实施后因醉驾被刑事拘留的第一人。

2011年5月17日下午2点,北京市东城区人民法院对李俊杰进行了公开审理。庭审中,李俊杰对其醉酒驾车行为供认不讳并表示认罪。法院认为案件事实清楚,证据确实充分,其行

为已构成危险驾驶罪,但可从轻处罚,遂当场公开宣判:被告人李俊杰犯危险驾驶罪,依法判处其拘役2个月,并处罚金1000元。

评析:作为酒驾刑拘第一案,该案无疑具有标尺性意义。被告人李俊杰作为一名外地入京司机,在“酒驾入刑”刚刚生效还不到一个小时,就以身试法,成为“危险驾驶罪”被刑拘的第一人,多少反映了其对新刑法的漠视与无知。而法院对他的判决无疑是对其漠视法律、不尊重他人,也不尊重自己生命的最好惩罚。其在被询问时表示对“醉驾入刑”规定不清楚以及酒后心存的侥幸心理,既说明相应的法律宣传普及工作还需加强,也表明对这些违法醉驾者依法处理,本身就是很好的普法宣传。依照法律规定,违法事实和情节,让这些以身试法者付出应有的代价,受到相应的惩罚,其意义不仅仅是以儆效尤,给全社会以警示与教育,更是如同商鞅在变法之初“徙木立信”一样,树立“醉驾入刑”的威信,进而在全社会营造抵制醉驾的共识与氛围。

二、深圳酒驾第一人:朱某醉驾案

5月1日凌晨,罗湖区深南向西路路口,20多名民警将深南路四条车道封闭侧三条对车辆进行逐一排查。零时46分,一辆从西路正准备驶入深

南路的黑色福特轿车被交警拦下。交警现场对司机朱某进行了呼气检测,检出其酒精含量为114mg/100ml,已经属于酒驾。后经深圳市物证检验鉴定中心鉴定:朱某血液中检出乙醇,含量为89.2mg/100ml,确属醉酒驾驶。交警侦查大队遂对其作出刑事立案的决定,经侦查终结朱某被罗湖区人民检察院以危险驾驶罪提起公诉。朱某是深圳交警部门在5月1日刑法修正案(八)正式施行以来查获的第一宗醉驾,也是深圳法院系统审理的首宗醉驾案。

5月12日,罗湖区法院开庭审理了此案。庭审中,朱某的辩护律师援引最高人民法院副院长张军在5月10日召开的全国法院刑事审判工作座谈会上指出的“对于醉酒驾驶,各地法院具体追究刑事责任应当慎重,不应仅从文义理解刑法修正案(八)的规定,认为只要达到醉酒标准驾驶机动车的,就一律构成刑事犯罪”这一观点,认为朱某的行为虽然构成危险驾驶罪,但属“情节显著轻微”,本着教育和惩罚相结合的原则,建议法庭免于刑事处罚。而公诉人则认为,最高法院领导的观点不能作为断案的依据,并且,刑法修正案(八)关于“醉驾入刑”的规定非常清楚,并不以“情节是否严重”作为定罪的依据,因此请求法院依法以危险驾驶罪追究被告人朱某刑事责任。该案没有当庭宣判,罗湖

区法院称将择日宣判。

评析:辩护人与公诉人就“入刑”与否进行的辩论表明,“醉驾入刑”尚有系列法律问题需要明确与探讨。事实上,自5月1日醉驾正式入刑后,关于醉驾视情节可否不入刑的争论就没有间断过。最高人民法院副院长张军在5月10日召开的全国法院刑事审判工作座谈会上指出的“对于醉酒驾驶,各地法院具体追究刑事责任应当慎重,不应仅从文义理解刑法修正案(八)的规定,认为只要达到醉酒标准驾驶机动车的,就一律构成刑事犯罪”这一言论的本意无非是想提醒广大执法者对待醉驾案件要慎重、不能采取一刀切的态度,但这一声音随即被解读为“醉驾未必入刑”,引发了公众对于“若赋予司法自由裁量权将导致司法寻租、司法不公”的强烈担忧。我们认为,要解决公众的疑虑,需要的是司法的透明和公开,需要通过司法解释对“情节显著轻微”进一步细化,拿出一个可遵循的标准或一些指导性案例,让公众明白和逐渐接受醉驾并非官员和权势的特权,进而维护法律的公信力。

三、广州酒驾入刑第一人:周某醉驾案

5月1日凌晨,广东交警开始在市多个路段设置查车点,对过往车辆进行检查。凌晨1时45分,犯罪嫌疑人周某在广州环市路因醉酒驾驶机动车和未随身携带机动车驾驶证等违法行为被公安交警部门查获。后经检测,其血液中酒精含量高达129.8mg/100ml,达到了危险驾驶罪的入罪标准,周某随即被警方拘留。除了被警方依法予以刑事拘留、移送检察机关起诉外,交警部门于5月17日依照修改后的《道路交通安全法》第九十一条有关“醉酒驾驶机动车的,由公安机关交通管理部门约束至酒醒,吊销机动车驾驶证,依法追究刑事责任;五年

内不得重新取得机动车驾驶证”的规定对周某处以吊销机动车驾驶证且五年内不得重新取得机动车驾驶证的处罚。另外,周某未随身携带机动车驾驶证的违法行为被交警部门依法处以罚款100元。对于行政处罚结果,周某表示接受交警部门作出的处罚决定,不准备申请行政复议及行政诉讼。

2011年6月7日,广州市越秀区人民法院依法对此案开庭进行了审理。庭审中,被告人周某并没有聘请律师,而是选择自行辩护。公诉机关在宣读了案件事实并出示了证据后建议法庭对其处于1—4个月的拘役并处罚金。对于公诉机关的公诉意见,被告人周某表示认罪并接受法院的判决。庭审结束后,法院没有当庭宣判。

评析:醉酒驾车行为不仅违反了道路交通安全法,在刑法修正案(八)正式施行之后,在血液酒精含量达到80mg/100ml标准的情况下更是被确定为犯罪行为,因此,醉驾行为一般都要接受双重惩罚,即不仅要依照《道路交通安全法》的有关规定对行为人处于行政处罚,还要依照刑法的规定对被告人依照刑事诉讼程序进行逮捕、起诉、审判。对此,有不少声音质疑这属对同一行为进行双重评价,实则不然。的确,刑法作为“最后法”,理当

让非刑事处罚方法先行发挥作用;只有在非刑罚方法干预失效的情况下,刑法(罚)才作为最后保障出手干预,这是由刑法(罚)的本质所决定的。而本案中被告人人体内酒精含量已然达到入罪标准,因此即便依照《道路交通安全法》已对其进行了行政处罚,仍然要追究其刑事责任。因此,在醉驾入罪的刑法规定与严惩醉驾的道路交通安全法同时出台的情况下,我们要妥善处理行政处罚与刑事处罚的衔接,既要防止刑法的过度干预和刑罚的滥用,也要保证让已经触犯刑法的行为得到应有的刑罚处罚。

四、名人酒驾第一人:高晓松醉驾案

2011年5月9日晚22时许,高晓松醉酒后驾驶一辆英菲尼迪越野车,行驶至东直门外大街十字坡附近时发生交通事故,致4车追尾、3人受伤。他人报警后,被告人高晓松在案发现场等候处理,后民警赶至案发现场将其查获。经交警检测,被告人高晓松每百毫升血液中酒精含量为243.04毫克,超过醉酒驾车入罪标准达两倍之多。公诉机关认为,高晓松醉酒后在道路上驾驶机动车,其行为已触犯我国刑法,遂以危险驾驶罪对其提起了



公诉,要求法院依法追究其刑事责任。

5月17日,北京市东城区人民法院公开开庭审理了此案。庭审中,面对公诉机关的指控,高晓松毫无异议,称全部认罪并愿意赔偿被害人损失,悔罪诚意明显,其更是在律师为其辩护时礼貌性地将其打断,表示接受法院的判决结果。鉴于高晓松的悔罪表现,公诉人也请求法院从轻量刑。法院经审理认为,被告人高晓松违反法律规定,在道路上醉酒驾驶机动车,致4车追尾,3人受伤,其行为危害了公共安全,已构成危险驾驶罪,依法应予以刑罚处罚,遂当庭作出判决:依法判处其拘役6个月,并处罚金4000元。

评析:高晓松醉驾案因其“名人效应”引发了社会各界的广泛关注与热烈讨论。名人在触犯法律时,法律能否对其一视同仁,定罪量刑能否保证公平公正反映了法律的公信力与执行力。公平方能彰显公信,“醉驾入刑”一旦入法施行,就有了普遍的约束力。法律面前人人平等,执法没有例外。“高晓松案”因其后果严重,即便被告人高晓松认罪态度良好,法院依然给予其危险驾驶罪的最高刑罚,充分表明了人民法院依照刑法规定惩处危险驾驶犯罪的态度和决心,也彰显了刑法修正案(八)的立法本意,极大地维护了法律的威慑力与执行力。与此同时,借助高晓松名人效应的关注度,此类案件的审理和判决将对民众产生相当的警示作用,具有典型意义。

五、外国人酒驾第一人:巴基斯坦籍男子醉驾案

5月14日零时37分许,巴基斯坦籍男子Jawaid Kamil酒后驾驶粤B牌照小车在罗湖区深南大道人民南路口时被民警现场查获。经血液检测,检出其血液内乙醇含量为125.2mg/100ml。之后,Jawaid Kamil被刑事拘留,深圳市公安局交通警察局侦查终结后,以被告人Jawaid Kamil涉嫌危

险驾驶罪,于5月15日向深圳市人民检察院移送审查起诉。深圳市人民检察院于5月16日以涉嫌危险驾驶罪对Jawaid Kamil提起了公诉。这是刑法修正案(八)生效以来首例外国人醉驾案。

2011年5月30日,深圳市中院依法开庭审理了此案。Jawaid Kamil当庭表示认罪,但他同时辩称自己对中国的法律不了解,希望法院能从轻处罚。公诉人则表示,Jawaid Kamil的行为无疑已构成危险驾驶罪,醉驾在任何国家都是违法的,在刑法修正案(八)生效以前,我们已经对醉驾入刑进行了广泛的宣传,Jawaid Kamil声称的“不懂中国法律”不能成为其逃避处罚的理由。庭审后,法庭并没有当庭宣判,称将择日宣判。

评析:作为首例外国人醉驾案,被告人所称的“对中国法律不了解”俨然不能成为其出罪的理由,等待着他的将是严厉的法律制裁与惩罚。作为刑法修正案(八)新增法律规定中最受人瞩目的一条,“危险驾驶罪”是近年来各界努力推动的结果,反映了广大民众的呼声,是我国法治建设以人为本的一个具体体现和可喜进步。在有法可依的前提下,执法必严决定了法律的威慑力。法网恢恢,不疏更不漏,只有执法力度不断加大,才会起到应有的威慑和惩戒作用,打消一些人的侥幸心理。该案还未宣判,不管该案的判决结果怎样,经过了从逮捕到出庭这一道道严苛的司法程序,醉驾者本人不论是在心理上还是生理上都已然历经洗礼,这不仅会对醉驾被告人起到有力的惩戒与教育作用,也会使这位巴基斯坦籍男子感受到了中国法律的执行力与惩戒力,树立中国刑法的公信与权威,进而对更多的社会公众起到积极的法制宣传和警示作用。

六、酒驾致人死亡第一人:周壮成醉驾案

5月2日凌晨3时20分许,周壮成超速驾驶湘AA7972号轿车沿株洲市区红旗北路由南向北行驶至翠竹路路段时,遇受害人周正骑自行车在其前方同向同车道行驶,周壮成的轿车正面撞击其自行车尾部,周正当场从自行车上被撞飞,人被重重地抛在周壮成驾驶的汽车挡风玻璃上,造成周正当场死亡、两车受损的交通事故。随后,坐在车里的周壮成的朋友急忙拨打了120及110电话。医务人员赶到现场后,受害人周正已当场死亡。5月2日,株洲市交警部门对事故现场进行勘测检验后,认定周壮成负本次交通事故的全部责任,受害人周正不负事故责任,周壮成同日被刑事拘留。5月3日,经公安部门委托,由株洲市疾病预防控制中心对周壮成现场抽取的血液样本进行鉴定,每100ml血液中酒精含量达到105mg,认定属于醉酒驾驶。由此,周壮成成为今年5月1日“醉驾入刑”实施以来,全国首例醉驾致人死亡的肇事司机。

5月11日,石峰区人民检察院以“交通肇事罪”对周壮成提起公诉,对于起诉罪名,公诉机关解释道:危险驾驶罪是行为犯,醉酒驾车无论情节严重与否均可构成本罪,所以醉酒驾驶不以情节论,只要具有这种行为就应当受到刑罚处罚,而我国刑法第一百三十三条中规定的“交通肇事罪”,必须是肇事人造成严重过失的后果才给予刑事处罚。同时,《中华人民共和国刑法修正案(八)》第二十二第二款规定:“有前款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”从该款规定可以看出,如果由于危险驾驶行为造成了交通事故等后果,涉嫌构成其他罪的,应依法以处罚较重的罪名定罪处罚,因此,本案应以“交通肇事罪”提起公诉。目前,该案正在审理当中。

评析:本案周壮成醉酒驾车致人死亡,其行为涉嫌构成危险驾驶罪和

交通肇事罪,一个醉驾行为牵连两个罪名,但交通肇事罪的处刑较重,根据《中华人民共和国刑法修正案(八)》第二十二条第二款规定,本案周壮成可能将以交通肇事罪被定罪处刑,其面临的将是法律的严厉制裁。周壮成醉驾造成的后果令人心痛,其因一时糊涂而将遭受严厉的法律制裁同样给人以警醒,它再一次告诫人们,应该爱惜自己和别人的生命财产,遵守交通规则,遵守法律法规。

七、河北客车司机酒驾第一人:韩某醉驾案

2011年5月24日下午3时,秦皇岛市公安局交警支队二大队二中队民警王超在海港区建设大街处理一起大客车与一辆小轿车刮碰事故中,发现大客车司机韩某有饮酒嫌疑,立即对其进行了吹气式酒精检测,发现其酒精含量高达185mg/100ml,属醉酒驾驶。二大队大队长杨晓东立即通知事故中队,对韩某进行了抽血保存和检测。5月27日,物证检验报告确认,该驾驶人韩某当时血液内的酒精含量为168.6mg/100ml。据此,交警部门于当日下午决定对韩某处以7天刑事拘留,并依据程序向检察机关报捕。目前,该案正在审查当中。运营客车司机醉酒驾车被刑拘,这在河北属首例。

评析:运营客车关系着众多人的生命、财产安全,一旦司机醉酒驾车,不仅对整个交通秩序是巨大的威胁,对车内众多的人身、财产安全也是巨大的威胁。因此相较于私家车主而言,公共客车司机酒后驾车其潜在的社会危险性要更大,更需通过严厉的刑罚予以遏制与防范。力度体现着严肃,不论是公安部下发通知要求,对违法犯罪行为不查处、不立案的,要严肃追究办案人责任;还是各地警方正在掀起的气势如虹的执法浪潮,都表明了公安交警部门严格执法的决心。具体到该案,醉驾司机韩某不仅将面临着拘

役、罚金等刑事处罚,按照相关行政法规的规定,其还要面临终身禁驾的制裁。“一日酒驾、终生追悔”,因为一时的酒兴,就要付出如此巨大的成本,这次教训对他来说无疑是深刻的,也将对全社会起到极大的威震与惩戒作用,树立法律的权威与公信。

八、英菲尼迪车主酒后肇事逃逸:陈家醉驾案

据公诉机关指控,2010年5月9日凌晨5点35分,被告人陈家饮酒后超速驾驶英菲尼迪牌小轿车,在由北向南行驶到长安街建国门外大街永安里路口时,违反交通信号灯,车辆前部撞上前方等候交通信号灯放行的菲亚特牌小轿车,后又撞在正常行驶左转弯的639路公交车左前侧。之后,陈家弃车逃逸。事故造成菲亚特车主陈伟宁和他6岁女儿死亡,陈伟宁的妻子重伤。当天下午三点多钟陈家被查获,经公安交管部门认定,陈家承担此次事故全部责任。随后,公诉机关以以危险方法危害公共安全罪将其起诉。

2011年5月17日,北京市第二中级人民法院公开审理了此案。庭审中,公诉机关认为,陈家明知酒后不能驾驶机动车,却违反交通法规驾车超速行驶,致两人死亡,一人重伤,严重危害了社会公共安全,其行为构成以危险方法危害公共安全罪。而陈家的辩护律师则认为,陈家的行为是过失而非故意,其在主观上曾试图避免事故的发生,只是没有能够采取合理的处置方式,同时陈家在驾驶过程中也并不存在追逐、飙车等危险行为,因此其行为符合交通肇事罪的构成要件,而不是以危险方法危害公共安全罪。法庭没有当庭作出判决。

评析:该案发生在刑法修正案(八)生效之前,因其后果特别严重,且在审理时刑法修正案(八)刚刚生效,因而备受关注。如果仅从醉驾行为来看,仅有醉酒驾驶机动车的行为,构

成危险驾驶罪,可判处拘役、并处罚金,其处刑较轻;如果既有醉驾行为,又有醉驾肇事的既成事实和严重后果,则一行为牵连两个以上的刑法罪名,法律上则适用重罪吸收轻罪的处刑原则,应以交通肇事罪或以危险方法危害公共安全罪等其他罪名定罪量刑,处刑相对较重。但是,不管是以危险方法危害公共安全罪,还是辩护人辩称的交通肇事罪,两者在主观故意上存在着明显的不同,以危险方法危害公共安全罪主观上必须为故意,而交通肇事罪主观上则为过失,行为入酒后驾驶车辆,其主观到底为故意还是过失,不能仅依据当事人的陈述,要根据一定的客观现实进行综合判断,这是一个非常重要的问题,因为它直接关系到案件的定性,同时这也是司法机关在处理“醉酒驾车”行为时不得不面临的一道难题,值得我们思考与探讨。

在豪饮风兴盛、酒桌文化顽固环境的熏陶下,要将酒后驾车行为进行有效地控制与治理,任重而道远。反观之前,酒后驾车行为之所以屡禁不止,发案率居高不下,一个重要的原因就是执法不严,“前紧后松”的运动式执法、“看菜下碟”的选择性执法等现象大量存在,极大地损害了法律和执法部门的公信力。因此,“醉酒入刑”新规的应运而生,一个重要意义正在于从原来的突击式检查、选择性执法,转为依靠法律为后盾的常态化控制与管理,实现打击与治理酒驾行为的长期化、制度化。面对一个个典型而生动的真实案例,人们更应当有所警示,更应当学会自控。随着“酒驾入刑”观念的更进一步深入以及执法力和公信力的进一步加大,人们不仅会关注“第一人”,关注高晓松,更会关注“每一个”。只有治理坚持不懈,力度持续不减,才能真正有效控制与遏制醉酒驾车行为,维护社会公共交通安全有序,维护百姓的安宁与和谐。■

专 题

●文 / 闵银龙 王思维

醉驾犯罪入罪标准的理性解读

一、问题的提出——醉驾行为处置的“泛刑罚化”

2011年5月1日,《中华人民共和国刑法修正案(八)》(以下简称“修正案(八)”)正式生效,该修正案规定:“在道路上驾驶机动车追逐竞驶,情节恶劣的,或者在道路上醉酒驾驶机动车的,处拘役,并处罚金。”修正案(八)的这一修改,将单纯的醉酒驾

驶而未造成损害后果的行为纳入刑法调整范畴。修正案一经出台,便引起了社会各界的广泛反响,有人将这一条文规定解读为“醉酒驾驶行为一律入罪”。与此相应,从司法实践的现实来看,修正案(八)正式实施后全国各地出现的大量醉酒驾驶案件,也均以刑事手段进行处置。

面对这一情况,学界和实务界都表示出了不同程度的担忧。2011年5月10日,最高人民法院副院长张军在全国法院刑事审判工作座谈会上表示,虽然修正案(八)规定醉驾要追究刑事责任,却没有明确规定情节严重或情节恶劣的前提条件。但根据刑法总则第13条规定的原则,行为情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。对在道路上醉酒驾驶机动车的行为需要追究刑事责任,要注意与行政处罚的衔接,防止本可依据道路交通安全法处罚的行为,直接诉至法院追究刑事责任。张军院长的这番话,在社会舆论中引起了轩然大波,其所表达的意思迅速被简化为“醉驾不一定入刑”并在网络等媒体上广泛传播,张院长本人也迅速被贴上“为某些个人说话”的标签,而招致许多攻击甚至辱骂。从这些现象看,人们不难看出,对醉酒驾驶行为处以刑罚甚至处以重刑,迎合了我国社会普通公众的心理需求,醉驾入罪的法律规定和实践操作都具有广泛的民意基础。

但是,笔者认为,民意虽然一定程度上代表了社会大众的利益诉求,但却具有非理性、盲从性等弊端。因此,专业人士对某一社会事件或社会现象的解读,只能参考民意,而不应当依附

甚至屈服于民意。如果从专业的视角,以理性的思维审视舆论及司法实践对醉驾行为的态度,则不难看出当前在处置醉驾行为时存在着明显的“泛刑罚化”趋势,体现在司法实践中,就是产生了当前盛行的“醉驾一律入罪”的实践做法。而这种趋势与做法与现代刑法理念显得格格不入。

第一,醉驾一律入罪的观点与现代刑法关于犯罪本质的认识不符。刑法理论关于犯罪本质的认识包含两个层面:其一,形式层面,犯罪是由刑法规定为违法并应当受刑罚处罚的行为;其二,实质层面,犯罪是最严重的危害社会的行为。只有在这两个层面上均符合犯罪的本质特征,该行为才能被认定为犯罪行为。相对于醉驾行为而言,经过修正案(八)的修订,该行为在刑事违法性特征上已经不存在障碍,判断该行为是否应当一律入罪的关键问题就在于判断是否所有醉驾行为的社会危害性均足以达到刑法所规定的“严重危害社会”的程度。很显然,即便是最为严重的醉驾犯罪行为(仅指未造成实害结果的醉驾犯罪),其社会危害性相对于刑法规定的大多数犯罪而言也是较轻的。并且,刑法很少将一类行为全部规定为犯罪,而通常加以数额、结果、情节等构成要件要素的限制。例如,盗窃行为要构成犯罪,必须达到刑法规定的数额;侮辱行为要构成犯罪,也必须达到刑法规定的情节严重的程度等等。即便是不以数额、情节、结果等作为构成要件要素的行为犯,刑法理论也认为危害行为必须实施到一定的程度,否则也不构成犯罪。笔者认为,并非所有醉驾行为



闵银龙:教授、主任法医师。现任华东政法大学司法鉴定中心主任、上海市犯罪学会副会长。



王思维:上海博合律师事务所律师,华东政法大学刑法学硕士。

均能达到严重危害社会的程度,因此,关于醉驾一律入罪的观点,不符合现代刑法理论对犯罪本质的认识。

第二,醉驾一律入罪的观点与现代刑罚的目的性不符。刑罚作为一种古老的社会存在,已经有数千年的历史,但人类对适用刑罚的目的却经历过一个巨大的转折。传统社会的刑罚被称为“报复刑”,适用刑法的主要目的是对犯罪人施加惩戒,以实现社会对犯罪人危害社会行为的报复。对刑罚目的的这种认识,源自人类本性中的复仇观念,是人类原始性格特征的一种体现。随着社会的进步,人类对刑罚的认识也发生了变化,由“报复刑”转向“教育刑”。教育刑与报复刑的显著区别在于,在教育刑理念下的刑法,不再是对犯罪人单纯的惩戒,而是期望利用刑罚消除行为人的的人身危险性,使其重新回归社会。因此,以教育为目的的刑罚的用刑标准是:刑罚足以完成对犯罪人的教育改造,足以消除犯罪人的人身危险性即可。显然,教育刑观念对刑罚目的的认识,更符合现代社会人道主义的精神,因此更值得提倡。联系醉驾行为,按照教育刑观念,判断醉驾行为是否需要启动刑罚,最重要的标准就是判断醉驾行为人的的人身危险性是否达到了必须运用刑法才能消除的程度。通俗地说,如果对该行为人不判处刑罚,而代以行政处罚措施,该行为也不会再次实施犯罪行为,便没有必要启动刑罚措施对其处罚。由此,醉驾一律入罪的观点,是不区分行为人的具体危险性而盲目地对其施加惩罚,这显然不符合现代刑罚的教育目的。

由此,笔者可以得出以下结论:当前社会对醉驾行为的处置存在着泛刑罚化的现象,体现在司法实践中就是对醉驾行为一律定罪处罚。笔者认为,这种做法并不可取,作为法律人应当在社会舆论面前保持必要的冷静,应当对醉驾行为的入罪标准进行理性的诠释,从而区分醉酒驾驶违法行为和醉酒驾驶犯罪行为,从而实现修正案(八)设立危险驾驶罪的本意。

二、醉酒驾驶的法定标准及评析

1.我国醉驾的标准

构成醉驾犯罪的前提,是行为人处于醉酒状态。根据2004年国家质检总局发布的《车辆驾驶人员血液、呼气酒精含量阈值与检验》的规定,我国认定醉驾的标准是,车辆驾驶人员血液中的酒精含量大于或者等于20mg/100ml,小于80mg/100ml属于饮酒后驾车;车辆驾驶人员血液中的酒精含量大于或者等于80mg/100ml的属于醉酒驾驶。同时,该规定还明确了呼气酒精含量和血液酒精含量的换算标准,即呼气酒精浓度大于或等于0.0909mg/L时为饮酒驾驶,大于或等于0.3636mg/L时为醉酒驾驶。由于立法的明确规定,对于醉酒状态的判断在实践中并不存在障碍。但值得思考的问题是,我国对驾驶员喝酒驾车分为酒后驾车和醉酒驾车两类,对其的处罚形式也不同,那么对于酒后与醉酒状态的评判标准又是如何得出的,将在下文进行论述。

2.其他地区的醉驾标准

从世界范围看,对醉酒的判断存在着不同的标准。日本和我国香港地区对酒后的评判标准是车辆驾驶人员血液中的酒精含量大于或者等于20mg/100ml;对醉酒的评判标准分别是驾驶人员血液中的酒精含量大于或者等于30mg/100ml和50mg/100ml。美国、英国和德国对醉驾的评判标准是车辆驾驶人员血液中的酒精含量大于或者等于80mg/100ml,其他如法国的标准是50mg/100ml。在瑞典,对醉驾的标准分为两种,对一般普通车辆驾驶人员醉驾的标准是血液中的酒精含量大于或者等于80mg/100ml,对年轻实习驾驶员醉驾的标准是血液中的酒精含量大于或者等于20mg/100ml。

3.法医学对乙醇中毒的评价标准

乙醇(即酒精C₂H₅OH)遍布我国每一角落。各种酒均含有不同浓度的酒精。各种大曲、烧酒类烈酒,含酒精约50%~60%,黄酒类含15%~20%,葡萄酒、果酒10%~40%,啤酒3%~5%。酒精广泛用于医药卫生、科研、试剂、化学工业。酒后开车肇事、醉酒后

违法犯罪情况亦很严重,在有的国家已成为社会问题。血中酒精浓度达0.45%~0.5%可死亡。各人对乙醇的耐受性差异很大。耐受性差的人喝几口酒就醉,甚至呈中度中毒,有的人喝上一斤烈性酒也无明显醉态。耐受性与酒精进入肌体的速度也有很大关系,慢慢喝酒或胃充盈时喝酒,吸收较慢,空腹喝酒吸收快,60%的酒精在一小时内吸收入血。酒后1小时血中酒精浓度达到高峰。2小时内基本全吸收。其后以一定的速度下降,血中酒精经氧化分解,浓度下降速度p值平均为0.15mg/mlh。

其症状一般可分三期:第一期,兴奋期。大脑处兴奋状态,轻度中毒。一般服乙醇20~40ml即可产生此期中毒。主要表现为神志清,情绪高,精神足,欣快感,心直口快,倾吐真言,高谈阔论,滔滔不绝,好争论,好胜心强,好说大话、粗话,动作增加,手舞足蹈。周身发热(皮肤血管扩张,散热增加),心跳加快。肌力倍增,爆发力强,胆大,肯冒险,平时搬不动的重物这时可搬动,平时不敢跳的深沟此时敢跳。上述行动,在中毒消除后难以复述。此期中后时段大脑高级活动中枢已受抑制,低级功能中枢高度兴奋。也有的中毒者情绪反常,喜怒无常,或情绪低落,沉默不语,或大哭大闹,或放声大笑。判断的敏感性下降,反应较迟钝,四肢动作不灵活,如果是司机,驾驶机动车工具易出事故。

第二期,共济失调期。出现运动障碍,中度中毒。一般服乙醇50~100ml即可发生。这是生理性酒精中毒的特点,即运动系统的障碍先于意识障碍。因大脑低级功能中枢及小脑亦受抑制。主要表现为动作迟缓不协调,脚步不稳,摇摇晃晃,目光呆滞,舌硬口吃,头痛头晕,脉块。有的剧烈呕吐(反酒),随后昏昏入睡。

第三期,昏睡期。前期中毒的进一步发展即为重度中毒。大脑深度抑制,知觉丧失,脸色苍白,皮肤湿冷,口唇、指甲青紫,脉块,呼吸慢,有鼾声,体温比正常低。详见下表:

血中乙醇浓度与症状关系表

血中乙醇浓度	症状
0.02%	头胀,欣快,健谈,全身热感。
0.04%	头胀,头晕,精神振作,言语流畅,手微颤。
0.6%~0.08%	运动障碍,行动迟钝,话多,情绪变化大,好争吵。
0.1%	上述症状严重,情感冲动,反应迟钝,自言自语,自制能力减退,手舞足蹈。
0.2%	上述症状明显,动作明显失调整,乏力,倦睡,呕吐,舌硬口吃。
0.3%	进入昏迷,呼吸有鼾声,皮肤湿冷,面色苍白。
0.4%~0.5%	深度麻痹,可死亡。

血中乙醇浓度及估计服酒量(以70°烈酒计)

血中乙醇浓度 mg/100ml)	最小服入量(ml)
50	70
100	140
200	280
300	420
400	560
500	700

4. 我国醉驾标准确定为 80mg/100ml 的依据

进一步论述,我国法律确立 80mg/100ml 的酒精含量标准,也并非凭空想象,而是在经过大量的调查和科学实验之后得出的这一数据。在法医学上,醉酒是乙醇中毒的一种表现,而根据医学实验,人类血液酒精浓度达到 0.1% 时,便可能出现中毒(醉态),酒精浓度达到 0.45%—0.5% 时,便可能出现死亡。2007—2008 年,司法部司法鉴定科学技术研究所曾经组织科研课题,在全国东北、华北、华东、西北、西南五个大区进行抽样调查,经过缜密的科学分析,得出我国国民对酒精的耐受度大体是:0.21% 达到酒后状态,0.85% 达到醉酒状态。这一科学数据与我国法律所规定的 0.2% 为酒后,0.8% 为醉酒的规定基本吻合,因此,我国法律对醉酒的判断标准具有科学依据。

不仅如此,0.8% 的醉酒标准,也是世界各国的法医学研究所认可,当今世界上大多数国家均采用这一标准。

三、醉驾入罪的刑法标准

认定某一特定性为是否构成犯罪,最重要的方法就是判断该行为是

否具备了刑法规定的某一罪名的所有构成要件。厘清修正案(八)所规定的危险驾驶罪的构成要件,是判断某一醉驾行为是否能够入罪的最有效路径。

根据修正案(八)对醉酒驾驶行为的罪状表述,醉酒驾驶犯罪是指在道路上醉酒驾驶机动车的行为。从该规定的文意分析,该罪名的犯罪主体要件为一般主体,主观方面为故意,这些问题当无疑问。需要讨论的是该罪名客观方面构成要件的认定。

1. 情节要素

从修正案(八)对醉驾犯罪的罪状描述来看,醉驾犯罪系典型的行为犯,即只要行为达到了刑法规定的程度,便构成犯罪。也就是说,“情节恶劣”、“情节严重”等因素并不是醉酒驾驶犯罪的构成要件要素。因此,有人认为本罪的认定无需考虑犯罪情节,只要行为人实施了醉酒状态下在道路驾驶机动车的行为,便一律入罪。笔者对这一观点并不赞同。

诚然,本罪与侮辱罪、诬告陷害罪等罪名不同,确实未将情节恶劣、情节严重等因素作为构成要件要素。这是行为犯与情节犯、结果犯的根本不同。然而,行为犯对情节恶劣、情节严

重的无要求,并不意味着行为犯构成不需要考察犯罪情节。任何行为都有情节的轻重,情节的轻重则反映了行为的社会危害性大小。联系醉驾行为,即便同是醉酒后驾驶机动车辆的行为,也可以区分出明显的情节轻重。例如,有的人饮酒后导致神情恍惚,有的人虽然达到了醉驾的标准但辨认和控制能力毫无障碍;有的人醉酒后驾驶机动车辆行驶于闹市,有的人则自知醉酒而有意避开繁忙道路行驶;有的人在醉驾被查获后抗拒执法,有的人在醉驾被发现后积极悔改。因此,同是醉驾行为,依然可以区分出情节的轻重。

而正如上文所说,情节的轻重反映出行为社会危害性的大小。所谓犯罪,是最严重的危害社会的行为,其与一般违法行为的根本区别就在于行为的社会危害性。我国《刑法》第13条也规定,情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。任何行为,都不可能一律构成犯罪,都应当区分其情节是否达到了刑法所要求的最低限度。否则就会将一般违法行为与犯罪行为混为一谈,也与我国刑法的规定不符。

2. 场所要素

修正案(八)规定的醉驾犯罪发生的场所是“道路”。我国《道路交通安全法》第一百一十九条规定:“道路是指公路、城市道路和虽在单位管辖范围但允许社会机动车通行的地方,包括广场、公共停车场等用于公众通行的场所。”该立法采用了概括并列举的模式对道路的概念进行了界定。从这一立法规定可以看出,我国法律对道路的界定是从公共性和目的性两个角度进行的。所谓公共性,就是指该场所向社会上不特定多数的车辆开放,而非仅对限定范围的车辆开放。所谓目的性,只是该场所系供车辆进行通行之用。应当说,在判断某一场所是否符合构成醉酒驾驶犯罪所要求的道路,其认定依据就是以上两个标准。如果行为发生的场所不符合上述公共性和目的性两个标准,即便驾驶人员确系酒后驾驶,也不构成危险驾驶罪。例

专题 ● 文 / 潘书鸿

对醉驾入罪、入刑的思考

如,机场内的引导车驾驶人员醉酒驾驶,虽然其行为符合日常生活中所说的醉酒驾驶的概念,但由于该行为发生的场所——机场道路,并非向公众车辆开放,也并非为公众车辆通行之用,不符合刑法上的道路概念的要求,因此不能构成醉酒驾驶犯罪。

3. 工具要素

机动车是醉酒犯罪的犯罪工具。我国道路交通安全法第一百一十九条规定:“机动车,是指以动力装置驱动或者牵引,上道路行驶的供人员乘用或者用于运送物品以及进行工程专项作业的轮式车辆。”从这一立法看,我国法律对机动车的界定主要注重其功能性和目的性。所谓功能性,是指机动车必须以动力装置驱动或牵引;所谓目的性,是指其必须用于人员乘用、运送物品以及工程专项作业。符合以上条件,才能认定为法律意义上的机动车。因此,较为常见的电动自行车,并不能认定为机动车。若电动自行车驾驶人员醉酒驾驶,并不构成刑法上的危险驾驶罪。

四、结语:司法公正排斥司法绝对化

司法公正的基本目标要求司法人员在适用法律的过程中避免绝对化,赋予司法人员一定的自由裁量权,并不会破坏司法标准的统一,反而有助于在安检处置中贯彻“轻者当轻、重者当重、罪刑相当、罚当其罪”的刑罚适用原则。类似“醉驾一律入刑”的论断,其实是司法绝对化的典型体现。正如上文论述,司法人员在处理醉驾案件时,应当充分考量刑法规定的该罪的构成要件,尤其是要准确判断行为人的行为是否达到了《刑法》第十三条要求的“严重危害社会”的程度,对于构成要件不齐备,或者虽然醉酒驾驶但情节显著轻微的行为人,应当敢于不予入罪。这符合我国刑法设立危险驾驶罪的本意,符合刑法第十三条的规定,也符合司法公正的基本要求。■



潘书鸿:第九届上海市律协刑事业务研究委员会副主任。

自5月1日起,备受公众关注的刑法修正案(八)和修改后的道路交通安全法正式施行。随着近期全国各地醉驾入罪判刑案件的不断宣判,作为一名律师,在参与案件办理和司法实践过程中对一个案件的评判应当比常人理性,处理醉驾案件时更应该注意刑事政策与法律问题。

一、醉驾不应一概而论统统一入罪判刑

5月10日,最高人民法院副院长张军在全国法院刑事审判工作座谈会上表示,虽然刑法修正案(八)规定,醉驾要追究刑事责任,却没有明确规定情节严重或情节恶劣的前提条件,而根据刑法总则第13条规定的原则,危害

社会行为情节显著轻微危害不大的,可以不认为是犯罪。对在道路上醉酒驾驶机动车的行为需要追究刑事责任的,要注意与行政处罚的衔接,防止本可依据道路交通安全法处罚的行为,直接诉至法院追究刑事责任。

张军副院长的这番讲话本无可指责,但被媒体简化为“醉驾不一定入刑”之后,却一石激起千层浪,立即招致了铺天盖地的批评。

在这里笔者不想对社会舆论的是非作任何评论,而值得思考的是,社会舆论在评判醉驾统统入罪判刑的问题上是否理性?是否专业?考虑问题是否有简单化导致失真?作为一名执业律师,我们的责任是应当理性地告诉社会,告诉媒体,还事物以本来面目。在评判醉驾统统入罪判刑的热点时期,应该理性地考虑到立法有一个基本的逻辑思考。

司法的逻辑是将抽象的法律条文适用于一个个活生生的千差万别的案件。由此,立法的抽象与司法的具体、差异性之间,立即就形成了鲜明的反差,而这种反差对于期待立法的覆盖性、精准化和体现人人平等理想的人而言,无疑是一桶凉水!因为醉驾入罪表达的是一种立法理念,或者说是一种理想,一种对于醉驾行为的价值否定。

醉驾不一定入刑,表明司法在具体运用过程中的实然状态,也恰恰体现了司法与立法之间存在的差别。专业地说,是说明了罪与刑之间的不对称。立法将醉驾行为纳入犯罪,但司法

上不是所有的醉驾行为都一概而论的机械地被认为是犯罪而处刑;即便醉驾是罪,也不一定都入刑评价;即便入刑评价,刑罚也有情节轻重等综合因素的考量。可以说,醉驾入罪是立法理想,而醉驾不一定入刑则是司法常态。法律的修改需要考虑民众的“呼声”,但更需要理性、科学的论证和与时俱进,需要认真对待行政处罚与司法定罪的关系,需要考虑刑法介入之后的司法成本与遏制效果,同样也需要对各类“醉酒驾驶”的情节与恶性进行区分,更有针对性地进行分类处置,以实现罚当其责、罪刑相当。

二、醉驾入罪处刑应当体现宽严相济的刑事司法政策

宽严相济刑事政策,是我国的基本刑事政策,贯穿于刑事立法、刑事司法和刑罚执行的全过程。贯彻宽严相济刑事政策,要根据犯罪的具体情况,实行区别对待,做到该宽则宽,当严则严,宽严相济,罚当其罪。

按照公安部的指示精神,醉驾案件各地公安机关要一律立案,立案仅仅表明刑事办案流程地开始,而绝非终结。理论上说,公安机关完全可以按照宽严相济刑事政策的要求,在自己的法定权限范围内对部分案件作从宽处理,或者按照公安机关办理刑事案件的规则予以撤案。即便所有案件都侦查终结而且要移送起诉的,检察机关在审查起诉的过程中,如果认为犯罪嫌疑人的犯罪行为情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚时,可以依据刑事诉讼法第一百四十二条第二款的规定,作出相对不起诉的决定,从而终结刑事程序。法律的根本作用不在于惩罚,而在于惩戒。酒驾入罪,最终目的不纯粹是为了对酒驾者的制裁、入罪处刑,而是在于对驾车者能够起到惩戒作用,使之不敢酒驾,减少酒驾,把酒驾及其社会危害减到最低。酒驾入罪,保护的不仅仅是受害者,从根本上看,对肇事

者也是一种保护。

三、刑事处罚与行政处罚应当相得益彰的衔接,降低司法成本

针对饮酒驾车或醉驾,我国修订的道路交通安全法规定了暂扣机动车驾驶证并处罚款、由公安机关交通管理部门约束至酒醒、吊销机动车驾驶证、五年内不得重新取得机动车驾驶证等行政强制和处罚措施;对于饮酒后或者醉酒驾驶营运机动车的,行政处罚措施也更为严厉;特别是对于饮酒后或者醉酒驾驶机动车发生重大交通事故构成犯罪的,除依法追究刑事责任外,将终身禁驾。刑事处罚与行政处罚、行政处分、民事制裁等相结合是我国应对违法犯罪现象,综合治理的一大特色。刑罚作为整个法律框架的最后一道“屏障”,理当让非刑事处罚方法先行发挥作用;只有在非刑罚方法达不到遏制的情况下,刑法才可作为最后保障的手段而依法实施,这是刑法的本质所决定的。

目前,酒驾、醉驾的行为在我国数量很大,依照法律的一般程序,交警查获醉驾后,要交给刑警立案侦查,正式进入司法程序,侦查终结以后要交给检察院,检察院要提起公诉,法院要一审,部分案件可能还会产生二审,醉驾入刑6个月拘役刑的设置,将导致国家投入了大量的司法成本。而另一方面,醉驾者大多有正当的职业,如果因醉驾入罪并处罚后,一般对醉驾处刑者来说工作也就没了,变成无业人员,这样对其家庭、生活、情绪等各个方面带来影响,增加社会成本。因此,在运用法律评价上,刑法的制定和修改应遵循“谦抑原则”以及“最后处理手段原则”,也就是当运用行政法、民法可以解决问题的前提下不一定采用一刀切的方法直接启动刑罚的手段。因此,在醉驾入罪的刑法规定与严惩醉驾的行政法同时出台的情况下,仍然

要秉持刑法最后法的原则,妥善处理好行政处罚与刑事处罚的衔接,防止刑法的过度干预和刑罚的滥用。

四、对醉驾入罪、处刑应当建立统一标准从而达到科学化、精细化

判定醉驾的标准,对于醉驾案件的认定和处理是至关重要的。目前认定醉驾犯罪的标准沿用以往的行政标准,这是值得商榷的。认定危险驾驶罪中的醉驾标准应该更加科学、细致,判定醉驾的标准应坚持以血液中酒精含量为主,辅以体现个体差异的“人体平衡试验”。这样既体现了统一性,又照顾到差异性。

司法精细化自然排斥司法的绝对化、简单化。在办理醉驾案件的司法过程中,醉驾一律入罪、处刑的观念是不可取的。如果对某些醉驾者运用行政处罚就足以达到使其悔过自新的目的,那就没有必要对酒驾、醉驾一刀切的给予刑罚处罚。

我们已经从无法可依走到了有法可依,正逐步向良法善治迈进。所谓善治,我的理解包括两点:一则追求的目的是善,二则追求善的手段也应该尽可能良善。善治对于我们的法治建设意义重大,其要求就是法律效果与社会效果的统一,就是要追求司法的精细化。司法意在惩恶,但终极目的在扬善。司法机关在案件的办理过程中,要防止一窝蜂的运动式执法。如果符合法定条件,综合宽严相济的刑事政策,同样可以对醉驾者变更强制措施、实行取保候审、判处缓刑。对于醉驾案件,人民法院同样应该在积累案例的基础上,推行量刑规范化改革和案例指导制度,要尽可能地体现人道、文明、进步,使罪刑相当,处罚与犯罪人的个人情况相适应,体现主客观的统一,实现惩罚、教育、挽救和预防的统一,更好地体现法律效果与社会效果的统一。■

专题 ●文/林东品

醉酒驾驶犯罪 实体处遇问题的理性思考

办理醉酒驾驶犯罪案件, 不仅应当重视定罪问题, 更应当高度重视刑罚裁量、非刑罚处罚、刑事程序之外的其他处理等与犯罪者权利忧戚相关的实体处遇问题。对醉酒驾驶犯罪者理性适用缓刑、非刑罚处罚措施以及刑事制裁体系外的附带性处遇, 有利于在公正与高效办理危险驾驶犯罪案件的同时, 实现教育醉酒驾驶罪犯、实现社会回归与和谐、预防严重交通犯罪, 达到公众理性看待刑罚甚至实现刑罚分阶的心理准备和实践预演的目标价值。

一、对醉酒驾驶犯罪人适用缓刑的合法性、必要性及可行性分析

醉酒驾驶犯罪行为以及犯罪人的特点决定了此类案件的刑罚裁量应当高度重视缓刑的适用。醉酒驾驶犯罪的最高法定刑为拘役6个月。同时, 根据《刑法修正案(八)》对第七十二条、七十六条的最新规定, 对于判处拘役的犯罪人, 符合犯罪情节较轻、有悔罪表现、没有再犯危险、对社会无重大不良影响等条件, 可以宣告缓刑并依法实行社区矫正。因此, 对于没有特别恶劣情节的醉酒驾驶罪犯而言, 具有充分的判处缓刑的现实条件。司法机关对于醉酒驾驶者判处拘役刑, 实际上已经能够充分地给予否定性评价, 而通过缓刑暂时不对醉酒驾驶罪犯进

行关押, 凭借社区矫正措施促使罪犯自觉地进行社会化而非羁押性改造, 充分发挥社会以及社区对罪犯的监督、教育、帮助作用, 实际上更有利于刑罚目的的实现。

首先, 有必要重视拘役实刑对醉酒驾驶犯罪人的不良后果。构成危险驾驶罪的被告人应当被判处拘役并处罚金, 而拘役作为一种短期自由刑, 基于其固有缺陷, 明显不利于危险驾驶类罪犯的教育改造。其主要体现在: (1) 执行拘役会造成犯罪交叉感染。拘役刑基本上在看守所内执行, 看守所内羁押的未决刑事犯罪案件嫌疑人、被告人构成极为复杂, 不乏涉案罪行重大者以及人身危险性较高的累犯。因醉酒驾驶或飙车入罪的拘役犯构成类型相对单一化, 罪行较轻、主观恶性一般较小。将危险驾驶拘役犯与其他犯罪分子关押于同一场所, 难免发生交叉感染, 造成一部分危险驾驶拘役犯受到人身危险性较高羁押人员的交叉传染。(2) 拘役刑对于危险驾驶罪犯无法实施有针对性的矫正工作。危险驾驶罪犯的教育改造要求集中表现为强化行为人对道路交通安全法治的尊重与遵从意识。看守所的物质条件、监管理念、人员配置等难以实现危险驾驶罪犯的实际改造要求。(3) 危险驾驶罪犯因接受拘役刑的短期自由剥夺而面对失业、失学、家庭关系破裂等严重的社会发展问题, 就学、

就业等方面受到的严重阻碍势必明显提升其回归社会的成本。

其次, 应当积极考察能够反映出醉驾行为危害性一般、醉驾者主观恶性较轻、人身危险性较小的信息, 为主张适用缓刑奠定基础。醉酒驾驶犯罪行为的具体情形千差万别, 在刑法已经将醉酒驾驶犯罪规定为抽象危险犯的情况下, 固然应当在定罪层面实现“一视同仁”, 但在量刑阶段必须细致分析犯罪行为的具体差别、犯罪人的主观认罪悔过态度以及非监禁式矫正的可行性。放弃缓刑以及社区矫正正在教育挽救犯罪人方面的优势, 并不符合宽严相济的刑事政策。实践中, 有的醉驾者一贯表现良好, 甚至没有交通违章记录; 有的醉驾者醉酒后主动寻找代驾但因故未找到; 有的醉驾者则是在深夜车流稀少地段醉驾; 有的行为人为人没有酗酒等不良嗜好等等。此类证据材料均是适用缓刑的有力依据。

第三, 在充分考量对危险驾驶罪犯适用缓刑各种因素的同时, 积极地思考通过多元化的社区矫正措施、心理矫正等替代拘役刑实际处罚的科学方案。实践中, 可以在缓刑考验期内的社区矫正过程中, 命令犯罪人协助交通管理、参与交通安全宣传、根据其特长提供无报酬的社会服务性劳动等。合理的多元化社区矫正措施, 不仅能够维持危险驾驶罪犯的正常社会环境、工作机会、家庭关系等, 最大限度

地减少罪犯的环境变化压力,更重要的是,具有针对性的社区矫正措施可以在有效改变危险驾驶犯罪人对交通安全规范的态度、参与交通运行的行为模式的同时,促进犯罪人对社区发挥积极作用。同时,在当事人同意的基础上,辩护律师可以发挥积极作用,向法庭提供醉驾驾驶者心理矫正方案,充分发挥心理矫治的作用,不断提高罪犯矫正质量。上述科学合理的社区矫正、心理矫正方案完全能够成为司法机关认可适用缓刑具有合法性与合理性的基础。

二、合理适用免于刑事处罚实现醉驾刑事法与行政法衔接

根据我国刑法第三十七条的规定,对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚,但是可以根据案件的不同情况,予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失,或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。因此,对于醉酒驾驶情节轻微的,司法机关可以不予判处刑罚,转而通过其他非刑罚的行政处罚方式对犯罪人进行矫正,充分实现刑事法与行政法的衔接。

刑事处罚、行政处罚、行政处分、民事制裁等综合性的社会控制手段是我国法律应对违法犯罪行为的管理特色。基于刑法的谦抑性与最后手段性,免于刑事处罚的非刑罚处罚方法先行发挥矫正犯罪的作用是必然的要求。只有在非刑罚方法干预失效的情况下,刑罚才作为最后保障出手干预。

对情节轻微的醉酒犯罪人适用免于刑事处罚,能够拓展非刑罚处罚在醉酒驾驶犯罪案件刑事司法过程中充分发挥对犯罪的遏制与监管作用。办理醉酒驾驶犯罪不仅应当重视社会公众的反应,而且应当重视对指控犯罪以及犯罪人的法律效果与社会效果。对醉酒驾驶犯罪案件定罪适用刑罚后



林东品：第九届上海市律协刑事业务研究委员会主任。

容易对犯罪人引发一系列问题。如果司法机关能够积极考虑利用非刑罚处罚这一缓冲机制,能够有效解决醉酒驾驶犯罪行为责任问题与刑事司法成本控制问题。相对于起诉醉酒犯罪予以拘役并直接判处刑罚而言,免于刑罚处罚肯定是一种相对轻缓的非刑罚处罚遇程序。然而,程序的公正性并不必然取决于震慑力度的强弱,而在于程序本身运行的透明性、平等性及合理性。司法机关应当制定较为统一的醉酒驾驶犯罪非刑罚处罚实体条件与程序规范,确保醉酒驾驶犯罪案件非刑罚程序适用的公正性。

对于醉酒驾驶犯罪人免于刑事处罚,转而通过训诫、责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失以及行政处罚的方式进行教育改造,其效果完全可能优于刑罚处罚。例如,训诫作为一种非刑罚处罚方法,适用于情节轻微不需要判刑的醉酒驾驶犯罪人,可以产生感化、教育效应,进而实现预防和减少犯罪的目的。对醉酒驾驶者犯罪事实、社会危害进行明确的情况下,提出改正犯罪行为避免再犯的方向,或者具体弥补犯罪损害结果的方法,使得接受训诫的犯罪人当场表态接受训诫内容,真正实现谴责与教育的双重任务。

同时,可以在适用免于刑罚之前要求醉酒驾驶犯罪人写好悔罪书,将具结悔过作为免于刑罚的前提条件。对于醉酒驾驶犯罪案件进行宽大处理是基于宽严相济刑事政策的考量,在不要犯罪人具结悔过的前提下就适用免于刑罚,可能导致犯罪嫌疑人、被告人无法充分认识到自己所犯罪行的具体性质。将具结悔过作为免于刑罚的前提有利于充分发挥宽严相济刑事政策的社会效果,同时保证司法机关从宽处理犯罪的司法权威。对于醉酒犯罪情节显著轻微的初犯偶犯,司法机关要求犯罪人撰写保证书等,责令其保证在今后的社会生活中认真踏实地工作学习,践行不再犯罪的书面承诺,这对于预防醉酒驾驶犯罪具有较大的示范意义,能够充分实现非刑罚处罚的预防犯罪功能。

总之,在醉驾入罪的刑法规定与严惩醉驾的行政法同时发挥酒驾行为法律控制作用的背景下,通过免于刑事处罚以及非刑罚处罚,在秉持刑法最后手段性的基础上,妥善处理行政处罚与刑事处罚的衔接,不仅能够防止刑法的过度干预和刑罚的滥用,而且可以充分实现刑法预防犯罪的作用。

三、完善醉酒驾驶构成犯罪后的附带性处遇机制

醉酒驾驶、飙车构成危险驾驶罪不仅涉及启动刑事追诉程序、留下犯罪记录、接受拘役罚金处罚等刑事领域问题,而且会对危险驾驶罪犯的社会生活带来极大的负面影响。

根据《劳动法》《行政机关公务员处分条例》《中国共产党党员纪律处分条例》《普通高等学校学生管理规定》等一系列法律法规的规定,危险驾驶罪犯将会面对如下严重后果:劳动者被依法追究刑事责任的,用人单位可以解除劳动合同;公务员依法被判处刑罚的,给予开除处分;共产党员因故意犯罪被判处《刑法》规定的主刑的,应当给予开除党籍处分;普通高等学校学生触犯国家法律构成刑事犯罪的,学校可以给予开除学籍处分。由于社会管理领域的法律、法规、规章等规范性法律文件对于故意刑事犯罪通常设置了开除的处分措施,《刑法修正案(八)》将危险驾驶这一原本属于违法的行为犯罪化之后,危险驾驶罪犯将直接面对失业失学等后果。

笔者认为,我国有必要合理借鉴国外相关危险驾驶犯罪的配置机制,在刑法中设立犯罪分阶制度,将危险驾驶罪等列为轻微刑事犯罪,仅将醉酒驾驶等犯罪记录记入司法系统档案而不在个人经历档案中予以体现。除了对驾驶记录有特定要求的学习或者岗位之外,各类就业入学条件不能排斥曾经构成危险驾驶犯罪的行为人。同时,对于危险驾驶罪犯刑事制裁之外的犯罪后派生性处遇后果,有必要实行区别化的处理机制。

司法机关在办理危险驾驶犯罪案件过程中,应当充分关注用人单位、学校等对于一般劳动者、学生涉嫌危险驾驶刑事犯罪后可能做出的处分决定,通过司法建议等形式为有关部门做出合理的处理决定提供全面的分析

意见,创新司法机关参与社会管理的方式。醉酒驾驶犯罪案件的辩护律师同样有必要充分关注当事人在刑事诉讼程序之外的处遇问题,合法合理地全面维护当事人在刑事诉讼程序之外的权益。

完善醉酒驾驶犯罪案件刑事诉讼程序之外的附带性处遇机制,首先应当对刑法规定以及现有的与犯罪人就业就学有关的法律法规进行完善。我国刑法没有设置犯罪分阶制度,对于各类犯罪行为应当遭受的社会不利评价及其程度没有进行细化区分。这对于社会危害性明显较小的犯罪行为与人身危险性明显较轻微的犯罪人而言,显然是不公平的。而这种不公平本质上源于立法上没有采用犯罪分类技术。对于危险驾驶犯罪而言,从其刑罚为拘役并处罚金就可看出,醉驾、飙车犯罪行为属于轻微犯罪,此类犯罪者的人身危险性具有单一性,没有暴力倾向或者顽固的经济犯罪倾向。

因此,刑法典中有必要明确规定犯罪分类问题,将危险驾驶等犯罪明确规定为轻微犯罪;轻微犯罪的行为人在回归社会之后,其基本的就业就学权利不应当区别于社会中其他的公民。同时,相关行政法律法规等亦应当进行充分衔接,对于刑法规定的轻微犯罪,不能设置妨碍犯罪者接受刑罚后参与正当社会经济生活的权利。

其次,对于公职人员而言,其触犯危险驾驶犯罪的刑法规定,对其今后继续从事公职岗位进行一定的限制,应当是合理的。各级党务机关、行政机关以及司法机关等工作人员,作为国家公职人员,理应担当社会生活中的楷模,公务部门在其构成危险驾驶罪之后处以辞退、开除等处分措施无可厚非。在醉酒驾驶行为犯罪化之前,酒后驾驶的违法行为实际上已经成为各类公务单位直接辞退行为人的情形。因此,在危险驾驶罪实施之后,各级公务单位更应当严格执行处

分规定。对构成危险驾驶罪的公职人员实行严格的刑事制裁体系外的处遇措施符合各类公职人员管理性法律法规的规范要求。

再次,对于一般劳动者、学生偶发性或无特别恶劣情节的危险驾驶犯罪,则应当审慎适用辞退、开除等处分措施。由于我国各类就业就学条件均将刑事犯罪者排斥在外,劳动者、学生因为构成危险驾驶罪后被处以辞退或开除处分,不仅直接导致失业、失学后果,实际上意味着其今后也难以再就业、再入学。危险驾驶罪犯一时糊涂极有可能导致一生难以融入正常的社会交往关系,从而引发本可以避免的再次犯罪行为,这与刑法预防犯罪以及社会管理的基本功能与目标严重抵触。危险驾驶机动车的犯罪行为如果能够归属于轻微犯罪项下,虽然作为犯罪记录留存于个人档案,但用人单位、学校等公开或者相关机构不能基于该类犯罪记录排斥就业就学,就不会影响危险驾驶罪犯的社会化进程。同时,律师在办理一般的劳动者、学生危险驾驶犯罪案件过程中,也应在判决之后充分与危险驾驶罪犯的用人单位、学校等机构进行沟通,深度挖掘行为人为人实施危险驾驶犯罪的根源与分析成功矫正的可行性,尽量避免用人单位与学校直接根据有罪判决辞退或者开除危险驾驶罪犯。

对于一贯表现良好仅是偶发性地醉酒驾驶、飙车的劳动者或在校学生,有必要建议用人单位、学校等保留其继续工作或学习的机会。尤其是对于在校学生实施的危险驾驶犯罪案件,律师理应积极承担社会责任,创新律师参与社会管理的方式,在与学校积极沟通避免开除醉驾学生方案的同时,积极为案发学校提供义务的交通安全法制教育服务,加强在校学生交通安全法律意识,而非简单开除个案中的危险驾驶犯罪学生。■

实务

●文/闫艳

醉酒驾驶犯罪案件 程序规范的优化适用

《刑法修正案(八)》将醉酒驾驶行为犯罪化之后,基于刑罚制裁手段的严厉性,可以预期的是,醉酒驾驶行为发生率将显著降低,但由于危险驾驶从违法转化为犯罪,司法机关无法回避危险驾驶进入刑事诉讼环节所造成的案件数量涌现实质性增长。司法机关在办理危险驾驶犯罪案件过程中,除了要根据此类案件及犯罪人的特点注重刑事法律规范体系外的社会效果,更应当尽早配置标准化办案程序,在严格规范证据标准的同时,优化简易程序运作机制,实现危险驾驶刑事案件的公正与高效处理。

一、严格规范醉酒驾驶犯罪案件的取证标准

办理醉酒驾驶犯罪案件首先应当强调取证标准化。根据最高人民法院、最高人民检察院、司法部等《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》第十四条的规定,物证、书证的取得明显违反法律规定,可能影响公正审判的,应当予以补正或者作出合理解释,否则,该物证、书证不能作为定案的根据。根据《刑事诉讼法》以及相关司法解释的规定,鉴定结论只能由具有特定资格和有鉴定权的人员,按照法定的鉴定程序,出具符合法定要求的鉴定书才可以被采纳为证据。同时,送检鉴定的案件检材是否真实、合法、有效,取

材、密封、保存的方法是否得当,检验时间是否符合规范,物证提取人是否具有资格,关系到该案的事实是否清楚,证据是否真实、可靠;检材的取得与检验不符合程序规定的,鉴定书无法律效力。

对于醉酒驾驶犯罪案件而言,犯罪嫌疑人的血液提取以及血液酒精含量是醉酒驾驶刑事案件定罪的基础证据。但是,由于抽血取证、证据固定可能基于案件情形与执法条件的不同而出现瑕疵证据甚至违法证据。例如,侦查机关在抽血取证过程中使用酒精消毒,由于没有全程不间断录像而造成控方难以证明取证行为的合法性;犯罪嫌疑人由于不配合抽血取证,侦查机关在使用约束带或者警绳等约束性警械手段过程中,对犯罪嫌疑人身体造成不同程度损伤,可能存在暴力取证进而可能影响抽血证据合法性;犯罪嫌疑人及其辩护人对血液检测鉴定结论提出异议并申请重新鉴定,但由于没有进行血液备份而导致客观上无法重新鉴定等等。上述程序性环节可能存在



闫艳:上海博和律师事务所律师,法学硕士。

证据违法与证据瑕疵问题,在实践中应当予以高度重视。

因此,对于醉酒驾驶犯罪案件中的证据问题,应当设置严格的标准化流程,详细规定呼气初测、抽血取证、血液备份、血液送检、检测结论发布、重新鉴定以及全程同步录音录像等程序性操作规范。具体的细化内容包括:(1)初步检查。交通警察在道路执勤执法中发现机动车驾驶人酒后驾驶嫌疑的,应当对其进行呼气酒精测试。呼气酒精测试应当打印书面测试结果,由当事人签名、交通警察签名或者盖章。当事人对测试结果有异议或者拒绝签名的,交通警察应当在书面测试结果上注明。(2)血液检查。当事人涉嫌酒后驾驶机动车,具有以下情形之一的,应当抽取血样,检验体内酒



精含量：呼气酒精测试结果达到或者超过醉酒驾驶标准的；对呼气酒精测试结果有异议的；拒绝配合呼气酒精测试等方法测试的；发生交通事故的。（3）抽血程序。抽取血样应当按照下列程序实施：由不少于两名交通警察将当事人带到医疗机构或者具备资格的检验鉴定机构或者由上述机构派出人员抽血，并对抽血过程全程监督。抽取血样应由专业人员按要求进行，交通警察应告知抽血人员抽取两份血样，且不应采用醇类药品对皮肤进行消毒。抽取的血样使用洁净、干燥的容器封装，并注明被抽血人姓名、抽血时间，分别装入纸质口袋密封，一份备案，一份送检。密封袋应注明被抽血人姓名、抽取时间、血样用途，由被抽血人签名、交通警察和抽血人员签名或者盖章。被抽血人或抽血人员拒绝签名、盖章的，交通警察应当注明。填写《抽取当事人血样登记表》，写明抽血原因、抽血时间、抽血地点、被抽血人姓名等情况，并由交通警察签名或者盖章。抽取的血样应及时送检。（4）特殊情况的处理。当事人在醉酒状态下，对本人有危险或者对他人的人身、财产或者公共安全有威胁的，可以对其采取保

护性措施约束至酒醒。对行为举止失控的醉酒当事人，可以使用约束带或警绳，但是不得使用手铐、脚镣等警械。约束过程中，对当事人应当注意监护。确认醉酒当事人酒醒后，应当立即解除约束，并进行询问查证。约束时间不计算在询问查证时间内。使用约束或者警械等应当进行全过程不间断的录音录像，当事人及其辩护律师有权申请查看该全程录音录像。（5）血液酒精含量鉴定。抽取的血样应当及时送至公安机关刑事技术部门或者其他具备资格的检验鉴定机构进行检验鉴定。上述机构应当及时指派、聘请具有鉴定资格的人员进行检验鉴定。检验鉴定机构对血样检验后应当在二十四小时内出具血液酒精含量检验鉴定意见，并及时出具检验鉴定文书。检验鉴定文书应当由两名以上具有鉴定资格的鉴定人签名或者盖章，并加盖鉴定机构印章。（6）重新鉴定。具有下列情形之一，当事人及其代理人提出重新检验鉴定申请：鉴定机构、鉴定人不具备鉴定资格，或者超出登记范围鉴定，可能导致鉴定意见不准确的；鉴定程序违法，可能影响鉴定意见正确性的；鉴定的血样检材被严重污染或者是虚假

的；鉴定意见明显依据不足的；鉴定人故意作虚假鉴定的；鉴定意见不准确的；鉴定意见与其他证据明显矛盾的；鉴定人应当回避而没有回避的。办案部门认为检验鉴定结论不正确或者有错误，经县级以上公安机关负责人批准，可以补充鉴定或者重新鉴定。

对于鉴定问题还应当注意的是，根据《刑事诉讼法》以及相关司法解释关于司法鉴定的规定，从事血液鉴定的机构应该公布相关单位的资质，鉴定工作人员也应当具有相关资质才能上岗。但实际上验血并不是很复杂的鉴定程序，非省级医院或者指定的医院也能够从事血液酒精含量检测。从提高醉酒驾驶机动车案件办理效率的角度分析，在程序上可以考虑将血液鉴定工作委托给社会机构或者医院，减少执法过程中的繁杂程序。

二、优化醉酒驾驶犯罪案件的程序运作

醉酒驾驶机动车案件的整体运行程序对于正义的实现具有重要意义——不仅应当及时对涉嫌醉酒驾驶者进行刑事处理，而且应当在高效的程序运作过程中保证案件质量，实现程序公正。

醉酒驾驶机动车属于轻微刑事案件，在犯罪嫌疑人承认犯罪、案件事实简单清楚等情况下，还应当重视在简易程序的框架下快速办理案件实现流程提速。公安、检察、法院等部门有必要针对危险驾驶犯罪案件的特点，联合制定标准化快速办案机制，全面实现危险驾驶刑事案件在侦查、批捕、起诉、审判各个环节依法快速办理。对涉嫌危险驾驶的犯罪嫌疑人原则上不适用逮捕强制措施，一般不得延长刑事拘留期限；公安机关一般应在三至五日内完成取证与案件移送；检察机

关内部有必要实现危险驾驶犯罪案件的分类型审理,由专门办案人员在三日之内完成审查起诉,并通过“绿色通道”移送法院审理;人民法院在三日之内完成审判,一般应进行当庭宣判。对于犯罪嫌疑人对危险驾驶事实予以否认、辩护人提出无罪意见、案件证据存在瑕疵或违法可能、涉案行为不构成犯罪等不宜适用快速办案机制的,应当及时转入普通程序。基于绝大多数醉酒驾驶犯罪案件事实清楚且简单,有必要在司法机关与辩护律师之间设置通畅的沟通渠道,保证案件的及时办理,不仅在实体上保障当事人权利,而且使犯罪嫌疑人能够在尽可能短的时间内接受刑事处理。

三、醉酒驾驶应依法适用取保候审

为了实现《刑法修正案(八)》将醉酒驾驶行为犯罪化之后的行政执法与刑事司法衔接,《道路交通安全法》修改了醉酒驾驶的有关规定。修改后的《道路交通安全法》第九十一条规定,醉酒驾驶机动车的,由公安机关交通管理部门约束至酒醒,吊销机动车驾驶证,依法追究刑事责任;五年内不得重新取得机动车驾驶证。醉酒驾驶营运机动车的,由公安机关交通管理部门约束至酒醒,吊销机动车驾驶证,依法追究刑事责任;十年内不得重新取得机动车驾驶证,重新取得机动车驾驶证后,不得驾驶营运机动车。可见,醉酒驾驶机动车的,不再进行行政拘留,而是直接予以刑事拘留,进行刑事诉讼追究程序。

醉酒驾驶犯罪刑罚较轻,在没有造成交通肇事等后果的情况下,构成危险驾驶罪并非属于可能判处有期徒刑以上的犯罪,不能适用逮捕措施。因此,公安机关在刑事拘留七天之内应当将案件移送检察机关。对于

案情简单、血液酒精含量检测结论快速到位的案件,检察机关直接起诉且法院快速判决并不存在问题。但是,在实践中,公安机关现场查获犯罪嫌疑人涉嫌醉酒驾驶、等待血液检测结果、检察机关审查起诉、法院公告与审理、审理阶段发现新证据等,这些具体环节在七天的办案期限内完成有较高难度。同时,在今后案件数量不断上升的情况下,七天刑事拘留期限对于办理醉酒驾驶犯罪案件而言显得极为紧张。在这种情况下,依法对醉酒驾驶犯罪案件的犯罪嫌疑人适用取保候审具有重要的现实意义与实践价值。

醉酒驾驶犯罪本质上属于轻微犯罪,犯罪嫌疑人继续实施其他犯罪行为的意图与可能性不大;醉酒驾驶犯罪的重要证据表现为血液酒精含量检测,在固定相关血液证据的情况下,醉酒驾驶犯罪嫌疑人也没有妨碍诉讼的可能性。因此,对醉酒驾驶犯罪嫌疑人适用取保候审,不仅可以节省司法成本,而且有利于解决司法机关办案期限不足的问题。同时,按照刑事诉讼法的无罪推定原则,未经法院判决不得认定为有罪,因此审判之前解除羁押是保护被告人的权益的一种做法。对犯有轻罪的被告人,允许其在审判前提出保证人或交纳保证金,在保证不逃避侦查、随传随到的情况下,解除羁押回家等候审判,是对人权的充分保障。醉酒驾驶犯罪就属于典型的轻微犯罪,故对于醉酒驾驶犯罪嫌疑人适用取保候审,不仅是对刑事诉讼资源的节省,更是对犯罪嫌疑人人权的保障。

最高人民法院也在最近下发的通知中要求每个法院报送该院所收的头两起可能被追究刑事责任的醉驾案件,由最高人民法院以指导案例的形式,发布供各院参考,对于醉驾案件已经采取强制措施,法院可视具体案情依法变更强制措施。可见,

对于符合取保候审要求的醉酒驾驶犯罪嫌疑人,应当依法视具体情况采取取保候审。醉驾可视案情变更强制措施虽然获得了绝大多数法律专业人士的认可,但社会公众普遍担心这是给官员醉驾和特权醉驾留下口子,抓了的人还能放,可能存在选择性执法等问题。社会公众的态度主张不必对法律做过多司法解释,不应当给醉酒驾驶犯罪留下取保候审等后门。醉驾既然上升到刑法的高度,就不应有大的漏洞,执法的弹性不宜过大,否则容易产生腐败。更有观点直指取保候审违背社会公正,存在以钱交换自由的问题。当然,社会公众的上述忧虑有其合理的社会和实践基础,但是,我们认为在强制措施问题上还是应当在法律框架内依法分别运用。

实际上,取保候审是保证刑事诉讼正当进行的强制措施,犯罪嫌疑人的具体刑事责任问题仍然应当依法进行审判。同时,取保候审应严格按照法定程序办理,根据最高人民法院等《关于取保候审若干问题的规定》的规定,对犯罪嫌疑人、被告人决定取保候审的,应当责令其提出保证人或者交纳保证金。采取保证金形式取保候审的,保证金的起点数额为一千元。决定机关应当以保证被取保候审人不逃避、不妨碍刑事诉讼活动为原则,综合考虑犯罪嫌疑人、被告人的社会危险性,案件的情节、性质,可能判处刑罚的轻重,犯罪嫌疑人、被告人经济状况,当地的经济水平等情况,确定收取保证金的数额。依法适用取保候审,并不存在违背社会公平、选择性执法的问题。其实,社会公众对醉酒驾驶取保候审的质疑,本质上是对司法信任的缺失。因此,在醉驾适用取保候审过程中,更应当强调司法透明与公开,使程序正义真正能够以让社会公众看得见的方式实现。■

实务

●文 / 傅建平 浦添添

酒后代驾服务 亟待法规护航

——酒后代驾法律分析

一、酒后代驾行业产生和发展的背景

2004年5月1日起,新《道路交通安全法》提高了酒后驾驶的最高惩罚标准,酒后代驾服务应运而生。

2011年5月1日,醉酒后驾驶正式入刑。新规定的生效一方面大大提高了酒驾的违法成本,另一方面,在酒文化长盛不衰的情况下,酒后代驾行业的兴起已成为将来的必然发展趋势。



傅建平:律师,华东政法大学法学硕士。



浦添添:上海博合律师事务所律师。

然而,酒后代驾行业至今仍靠各种公司或者个人“自觉”发展,既未被政府部门“正名”,也缺乏行业协会组织规范引导。作为一个新兴行业,酒后代驾行业目前尚处于无序发展状态,市场准入门槛低、缺乏规范和监管。

二、我国目前酒后代驾行业现状及存在的主要问题

(一) 酒后代驾行业缺乏专门的监管部门,没有明确的行业规范

酒后代驾作为一种新兴行业,目前并没有确立一个明确的监管部门,相关的法律法规还没有出台,因为无据可依,物价、工商、交管等部门对其的管理尚处于空白状态。

(二) 市场准入门槛低,经营者资质良莠不齐、服务收费标准混乱

目前从事酒后代驾服务的主体主要有:1、经工商登记注册的专业代驾公司提供的酒后代驾服务;2、汽车租赁公司提供的附属性代驾服务;3、酒店、餐厅或娱乐场所等提供的延伸性代驾服务;4、私人酒后代驾服务。上述主体中,有合法经营资质的,有超出经营范围的,也有没有获得相应经营资质的收费标准也较为混乱。

(三)、安全问题难以得到有效保障

所谓酒后代驾,是指非车主本人驾驶机动车所有人或机动车临时使用人的车辆,将饮酒后的车主或临时使用人连人带车送达目的地的法律行为。然而,由于规范缺失,市场无序、法律关系不明等原因,不但消费者的安全难以保障,代驾者的安全也

可能无法得到有效地保障。

三、酒后代驾相关法律关系分析及事故责任承担

笔者根据不同的驾驶方式,根据现有法律规定,对代驾者与消费者之间的法律关系及责任承担进行分析:

(一) 专业代驾公司提供酒后代驾服务的法律关系及责任承担

1、法律关系分析。专业代驾公司是经合法注册的、专门为委托人提供专业代驾服务的企业。笔者认为,在该种代驾方式过程中,存在两种法律关系:一是消费者与代驾公司之间的委托服务合同关系,对消费者而言,依据双方约定的代驾协议,消费者为委托人,委托受托人即代驾公司,将其连人带车安全送达目的地,并由消费者支付相关费用。二是代驾公司与代驾者之间是雇主与雇员的关系。代驾公司通过与代驾者签订劳动合同或劳务合同的方式,一旦有代驾业务,通过代驾公司为消费者指派最合适的代驾者提供代驾服务,代驾者的行为应当视同于职务行为。在该种驾驶方式中,代驾者与消费者之间并不存在直接的法律关系。

2、代驾过程中发生事故应由谁承担责任?

其一,就代驾公司和消费者之间而言,应根据《合同法》第406条、第407条的规定,即应适用过错责任原则,谁有过错,则应承担相应的赔偿责任。具体而言,应区别如下几种情况:

第一种情况,在代驾过程中因代驾者的过错发生事故造成消费者或其他人身伤害、财物损失、车辆刮伤等,

应由代驾公司承担违约责任及侵权责任,对消费者或他人承担最终赔偿责任,当然,代驾公司与消费者之间的协议约定不能对抗第三人对消费者追究车主责任。

第二种情况,在代驾过程中由于消费者的行为干扰代驾者正常行驶、车辆本身的安全故障等原因导致事故发生,从而造成代驾者、消费者本人、第三人身体损害、财物损失、车辆刮伤等损失时,应由消费者承担相应的赔偿责任,同时对代驾公司承担相应的违约责任。

第三种情况,事故的发生是由于代驾车及消费者混合过错造成事故发生,从而产生损失的,应由代驾公司与消费者根据过错责任的大小共同承担赔偿责任,并根据过错责任大小,相互承担违约责任。

第四种情况,事故原因系由第三人造成的,代驾者与消费者均无过错的,相关损失应由第三人承担,代驾公司和消费者互不承担违约责任。

第五种情况,第三人与消费者及代驾者均有过错或第三人与消费者或代驾者存在过错的,相关损失的承担应根据交通事故责任认定书确认的过错比例承担相应的赔偿责任。

其二,代驾公司与代驾者之间的责任如何承担?笔者认为,应区分对外责任和内部责任。

对外责任而言,如因代驾者的过错造成消费者人身或财产损失的,代驾司机的行为应当视同于职务行为,适用《中华人民共和国侵权责任法》第三十四条规定的雇主原则,由代驾公司对外承担责任。需要特别注意的是,2004年5月1日起施行的《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)第9条第1款的规定,雇员因故意或者重大过失致人损害的,应当与雇主承担连带赔偿责任。根据新法优于旧法的原则,雇员无论过

错责任的大小,均由雇主对外承担赔偿责任。因此,由于雇员本身并不与消费者发生直接法律关系。所以如出现事故纠纷,顾客应直接要求代驾公司承担相应的责任,赔偿损失。

从内部责任而言《解释》第11条第1款规定:“雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害,雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的,赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任,也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后,可以向第三人追偿。”该规定主要反映了雇主的无过错责任和不真正连带责任。此外,根据雇主原则的相关规定,代驾司机本身有过错的,可依据其与所在代驾公司的劳务合同或劳动合同约定,向代驾公司承担相应责任。

(二)汽车租赁公司提供的附属性酒后代驾服务

一般而言,汽车租赁公司与专业代驾公司之间的主要区别在于服务内容不同。汽车租赁公司对服务对象可以是仅提供租赁汽车,而不提供代驾服务,也可以是既提供租赁汽车同时又提供代驾服务。而严格意义上的代驾公司则是仅提供代驾服务,而驾驶车辆则由消费者提供。从实际生活中的状况看,汽车租赁公司提供“酒后代驾”服务,该服务非公司主业,且不对外宣传,服务对象都是公司的长期客户,收费一般参照专业代驾公司的收费标准,且一般不会签订书面合同。笔者认为,此种情况可视为汽车租赁公司与消费者之间存在事实委托关系,消费者为委托方,公司为受托方,相关法律关系与事故责任承担与专业代驾公司基本一致。

(三)酒店、餐厅或娱乐场所等提供的延伸性酒后代驾服务

消费者驾车到酒店、娱乐场所来消费,某些酒店、娱乐场所可以为饮酒后的消费者指定保安、专门人员或者委托代驾司机提供代驾服务。笔者认

为,应根据不同情况区别对待:

1、酒店、餐厅或娱乐场里的顾客,只要在上述场所消费,酒后均可以无偿享受代驾服务。

笔者认为,首先,从双方法律关系而言,上述场所虽不提供代驾服务收费,但费用已隐形地包含在了酒店的其它消费中。对酒店、娱乐场所等而言,推出酒后代驾服务,其实质是向消费者增加了一项服务内容,目的是使其多一项增值服务,促进餐饮业的发展,双方仍旧是消费者与经营者的关系。无论该项服务是酒店、娱乐场所等自行提供还是其与代驾公司合作提供,依据《消费者权益保护法》第18条以及《合同法》第101条,酒店、娱乐场所对消费者均负有提供安全代驾的义务。

其次,从事故责任的承担来看,鉴于酒后顾客与酒店系消费者与经营者的关系,一旦发生事故,酒店、娱乐场所对接受代驾的消费者本人或其他相关人造成损害的,理应承担相应责任。此外,若该事故中,消费者的行为存在过错,其过错行为与损害事实之间存在因果关系,理应按照过错原则就其过错承担相应责任。酒店、娱乐场所等若与代驾公司有合作协议的,可先于对消费者承担责任后,可依双方约定,向代驾公司追偿。

2、酒店、餐厅或娱乐场所对部分消费者提供的酒后有偿代驾服务。笔者认为,在该种情况下,实际上酒店、餐厅或娱乐场所与消费者之间重新确立了一种委托合同关系,两者之间的法律关系与相关责任承担可参照专业代驾公司进行认定和确认。

3、酒店、餐厅或娱乐场所的经营者,出于与个别消费者之间友好的私人关系,委派酒店工作人员对个别消费者提供无偿酒后代驾服务。对于该种情况,笔者认为,对消费者而言,酒店等场所实际上提供的一种基于私人关系之间的无偿性代驾服务,是一种

无偿合同, 无偿合同与有偿合同相比, 给予一方实施的是利他行为, 给予的一方只需要尽一般的注意义务即可, 与有偿合同相比, 注意义务大幅度下降。只有证明给予一方在事故中有重大过错行为, 其才需要承担责任。

4、酒店、餐厅或娱乐场所应消费者的要求, 为其介绍代驾人员提供酒后代驾服务, 消费者直接向代驾公司或代驾者支付报酬。笔者认为, 在这种情况下, 酒店、餐厅或娱乐场所仅仅起了一个介绍人的作用, 且不向消费者收取任何费用, 在代驾服务中并消费者之间并不存在法律关系, 而是消费者直接与代驾公司或代驾者形成的委托服务关系, 一旦发生事故, 酒店、餐厅或娱乐场所无需承担任何责任。

(四) 私人代驾提供的酒后代驾服务。

私人代驾行为可以分为有偿私人服务与无偿私人服务。

1、有偿私人代驾服务。主要是指一些个体司机在宾馆、酒楼或者娱乐场所外等候, 应饮酒后消费者要求即时商定一个口头协议为其提供代驾的行为。收费没有一定的标准, 由双方共同协商。双方因发生酒后代驾而形成劳务关系, 该口头协议可视为劳务合同, 个体司机为提供劳务一方, 消费者为接受劳务一方, 双方以个体司机为消费者提供代驾服务、消费者支付劳务费为合同内容。笔者认为, 鉴于代驾者提供的一种有偿服务, 根据权利义务相一致的原则, 如因代驾者的过错导致事故发生, 消费者向第三方承担责任后, 可向代驾者追偿。

2、无偿性私人代驾服务, 常见为亲友代驾, 是指亲戚朋友提供的无偿代驾服务。亲戚朋友提供的代驾服务是一种无偿合同, 无偿合同与有偿合同相比, 在无偿合同中, 给予一方实施的是利他行为, 因此现行法律给利

他行为以优待, 所以给予的一方只需要尽一般的注意义务即可, 与有偿合同相比, 注意义务大幅度下降。只有能证明给予一方在事故中有重大过错行为, 才需要承担责任。

四、我们的建议

鉴于目前我国酒后代驾行为的现状, 笔者认为, 我们应未雨绸缪, 对目前混乱的代驾市场予以整顿和规范:

(一) 明确代驾行业的监管机构, 出台相应管理条例

事实证明, 任何行业如果缺乏有效的规制, 必然陷入无序和混乱状态, 从而影响行业的健康有序地发展。由于酒后代驾属于新兴行业, 目前我国并设立专门的代驾管理机构。笔者认为, 首先, 当务之急在于尽快明确代驾行业的监管机构, 由监管机构对目前混乱的代驾机构和代驾者进行有效地监督和管理, 规范合法的代驾公司, 清除非法的代驾公司。其次, 监管机构根据目前代驾市场上存在的问题, 可以参照全国各地的《出租汽车管理条例》制定行业条例及发展规划, 审批代驾公司经营资格; 监督检查代驾公司以及代驾司机的经营活动和服务质量; 组织协调代驾公司规范营业; 组织代驾司机的教育培训; 为代驾行业提供法律宣传等。

(二) 严格市场准入制度, 整合代驾市场主体

严格代驾公司市场准入制度, 除工商管理部门对其形式审查时提高设立资金要求外, 由代驾管理机构对其实体资格进行审查, 落实到公司代驾司机招聘, 使用以及代驾协议的合法性等具体问题上。

1、严格市场准入制度, 严格控制代驾主体, 实行严格的市场准入制度显得非常必要。笔者认为, 应当主要从以下几个方面予以入手:

首先, 应加强对代驾单位和驾驶

员的资质审核, 对驾驶员驾照类别、驾驶年限、身体状况、从事职业等都要进行审查, 并登记备案, 对申办代驾服务单位的资质也要进行审查。

其次, 应统一酒后代驾收费标准, 汽车代驾作为一项服务行业, 需要一个合理的收费标准, 在收费标准中, 要细化按照距离收费的标准和按照时间收费的标准, 两者不能相互矛盾。

2、整合现有代驾市场经营主体。笔者认为, 从专业分工有序的思路, 同时也为了保障代驾公司健康有序地发展, 我们应对现有代驾市场进行整合, 明确专业代驾公司为唯一提供酒后代驾服务的企业, 以便更好地维护消费者的利益, 禁止私人有偿代驾。至于目前存在的餐饮、酒店, 汽车租赁公司等非主营代驾的企业, 酒后代驾服务也应在经营范围中予以明确, 否则也不得开展酒后代驾服务, 如获得相应资质, 应尽量与专业代驾公司合作, 谨慎推出“酒后代驾”增值服务。

(三) 明确行业规范, 保障代驾安全

首先, 立法部门应尽快研究和完善有关酒后代驾的法律体系, 针对代驾过程中可能遇到的各种问题, 明确各项政策法规, 加大对代驾者和驾驶员合法权益的保护。

其次, 针对行业收费标准较为混乱的局面, 可由主管部门制定统一格式的《酒后代驾服务合同协议》和《代驾承诺书》, 细化酒后代驾的操作过程, 明确代驾双方的权利义务, 代驾前要检查车辆的状况, 并写在代驾合同里面, 以避免不必要的麻烦。

最后, 明确代驾过程中双方的权利义务和责任承担, 统一补偿标准。

总而言之, 酒后代驾作为一种新兴行业, 为我们的生活提供了新的选择, 但我们在选择这种新的服务, 希望带来享受和便利的同时, 更重要的是要保证实惠和安全, 这必然需要法律法规的保驾护航。■

提案答复

上海市第九届律师代表大会第一次会议 提案 005 号 2011 年 3 月 26 日

案由:对低价竞争行为进行整顿。

提案者:岳雪飞等

内容:现在在网上团购中,有几家律师事务所开展了“团购律师服务”业务,有的一年私人律师收费包括签订两份合同、咨询等,竟然只收到人民币 99 元。提案人认为这是一种低价竞争行为,会给律师业发展带来极其不好的影响,希望律师协会对此种行为进行整顿。

005 号提案答复

岳雪飞等代表:

您在上海市第九届律师代表大会第一次会议上提出的“对低价行为进行整顿”的提案收悉,经认真研究,市律协将您的建议留作参考,现答复如下:

一、行业处分欠缺依据。目前的行业处罚规则中与此相关的是中华全国律师协会会员违规行为处分规则(试行)第十一条第九项规定“私自接受委托,私自向委托人收取费用,或者收取规定、约定之外的费用或财物的;违反律师服务收费管理规定或者收费协议约定,擅自提高收费的”。从文义分析,该规范仅针对“私自收费、收取额外财物、超标收费”三种情况,未涉及提案所指的“低价竞争”行为。因此,目前情况下依靠行业处分制约这类现象缺乏规则支持。

二、市律协将关注这一现象。我们认为,这种低价竞争行为是否能被公众所认可、是否能够有“生命力”,需要时间来作出检验。从理论上说,提案所指的这种“超低价”的团购,律师投入的精力、热情都是有限的,无法提供高质量的法律服务,是没有持久的生命力的。

三、市律协应该正面予以引导。这种低价竞争行为是律师服务价值的一种挑战,我们需要重视这一问题。虽然处分尚无依据,但是应当对律师低价竞争予以引导,引导广大律师按照现有的收费标准合理的收取律师费,在公众与行业之间取得平衡。

最后,我们衷心感谢您对协会工作的关注与支持!希望您一如既往地对我们的工作提出意见和建议,谢谢。

上海市第九届律师代表大会第一次会议 提案 006 号 2011 年 3 月 26 日

案由:关于制定“上海市动拆迁信访突出矛盾化解工作规则指引”的提案。

提案者:马永健等

内容:动拆迁矛盾已成为全国性的多发矛盾、突出矛盾,全国各地不断涌现因动拆迁引发的恶性冲突事件。近年来上海因动拆迁信访的人数、人次均有增加,动拆迁信访案件化解难度大,各区县化解标准不一,动拆迁信访案件尤其是信访积案有越访越烈、信访诉求逐年水涨船高之势,给政府工作造成较大困扰,也影响社会和谐稳定。为破解这一难题,防止动拆迁信访突出矛盾化解工作的随意性,规范各区县化解工作,建议组织动拆迁专业律师和有信访化解工作经验的律师对动拆迁信访突出化解工作进行调研,并制定《上海市动拆迁信访突出矛盾化解工作规则》。

006 号提案答复

马永健等代表:

您在上海市第九届律师代表大会第一次会议上提出的“关于制定《上海市动拆迁信访突出矛盾化解工作规则指引》”的提案收悉,经认真研究,市律协采纳您的建议,现答复如下:

市律协已于 2009 年成立了动拆迁(不动产征收)业务研究委员会(下简称“研究会”),归口业务研究与职业培训委员会,作为上海律师交流动拆迁法律业务的平台。起草业务指引也是研究会的一项重要工作。本届各研究会组建工作即将完成,待完成后,将由业务研究与职业培训委员会责成动拆迁(不动产征收)研究会联合信访矛盾调解化解研究会,对动拆迁信访突出矛盾进行专题调研,并起草《上海市动拆迁信访突出矛盾化解工作规则指引(暂定名)》,以提高上海律师在处理有关领域疑难问题的业务能力,进一步拓展上海地区动拆迁(不动产与土地征收)领域的法律服务。

最后,我们衷心感谢您对协会工作的关注与支持!希望您一如既往地对我们的工作提出意见和建议,谢谢。

上海市第九届律师代表大会第一次会议 提案 007 号 2011 年 3 月 26 日

案由:专职会长。

提案者:徐瑶棋等

内容:再次请求专职律师担任会长期间不做律师业务,由律协给予补助,如年薪四十~五十万,这样有利于管理;有利于会长安心;更有利于律师协会工作。为了行业广大律师的利益,请郑重考虑本提案。

007 号提案答复

徐瑶棋等代表:

您在上海市第九届律师代表大会第一次会议上提出的“会长专职,由律师协会给予补贴”的提案收悉,经认真研究,市律协将您的建议留作参考,现答复如下:

目前,全国各省市的律协中仅有的个别省市正在试点专职会长的制度。我们经过研究认为,在现有条件下,兼职会长或者专职会长制度各有利弊,哪种制度更加适合律师协会的发展,目前还有待进一步探索。您的建议,我们在适当的时候将列入调研计划,进行调研,以找出更加符合上海律协发展的会长制度。

最后,我们衷心感谢您对协会工作的关注与支持!希望您一如既往地对我们的工作提出意见和建议,谢谢。

上海市第九届律师代表大会第一次会议 提案 008 号 2011 年 3 月 26 日

案由:关于恢复组织基层律师分期疗养的建议。

提案者:范仲兴

内容:以往市律协每年组织数批律师赴外地旅游疗养,在进行疗养的同时,给广大律师(尤其是参与律协活动机会较少的律师)以相互学习、交流业务、工作的机会,现建议恢复。其费用一部分(或大部分)列入预算,其余可由个人、所或律工委费用中承担。此举也有利律协领导、秘书处人员听取最真实的基层意见,更好为会员服务。

008 号提案答复

范仲兴代表:

您在上海市第九届律师代表大会第一次会议上提出的“恢复组织基层律师分期疗养”的书面意见收悉,经认真研究,市律协不采纳您的建议,现答复如下:

经研究认为,目前上海市律师人数已经超过一万两千人,律师协会的精力、财力都不足以承担这类活动,特别是目前各区县律师工作委员会预算和律师年金预算已经占到协会全部预算的三分之一的情况下,您的建议不具备可操作性。况且这类旅游疗养,每个人的个性需求都不尽相同,由市律协统一组织并不能满足个人的需求,因此类似旅游或者疗养活动一般由各律师事务所或工会组织较为适宜。

最后,我们衷心感谢您对协会工作的关注与支持!希望您一如既往地对我们的工作提出意见和建议,谢谢。

上海市第九届律师代表大会第一次会议 提案 009 号 2011 年 3 月 26 日

案由:坚决要求恢复纸质版《律师业务资料》。

提案者:徐瑶棋等

内容:

1、纸质版《律师业务资料》(以下简称《资料》),是律师学习和研究法律法规和开展律师业务的重要工具,而电子版一般只能解决“浅阅读”;“深阅读”的载体通常都是纸质。不仅老年律师有这样的需求,而且广大青年律师也有这样的需求。

2、法律法规是律师出庭及从事业务需要随身携带的必备文件,纸质版《资料》携带方便,不受机器设备等限制;而电子版必需借助于电脑,且需网络畅通和服务器畅通,因这些原因时常会出现急用时无法查阅的情况,严重妨碍律师业务。如都从网上下载,则加重了律师和律师事务所的负担,不如律师协会一次印刷经济又省力。

3、纸质版《资料》因经过律师协会的广泛收集及精心编写,已成为广大律师了解法律法规的范本,系从正规渠道而来。其已编撰长达 25 年,仅出电子版实为可惜。

4、广大律师缴纳高额会费,所得到的主要就是业务培训和每月拿到一份对业务开展极为重要的纸质版《资

料》，现停止纸质版资料，广大律师觉得作为会员的一项重要权益被剥夺了。

009 号提案答复

徐瑶棋等代表：

您在上海市第九届律师代表大会第一次会议上提出的“关于要求恢复纸质《律师业务资料》”的提案收悉，经认真研究，市律协不采纳您的建议，现答复如下：

鉴于以往几次代表大会上，律师代表提案以及代表小组讨论中，常有律师代表提议不再统一发放纸质版《律师业务资料》，2010年3月5日，律协八届十六次理事会基于综合考虑，经充分讨论并表决通过了取消统一发放纸质《律师业务资料》的决议。

当然，律师会员的需求存在多样性，为尽量满足广大律师的实际需求，律协已经从以下几方面进行完善：

一、不断加强信息化建设，已经研发了《律师业务资料》电子版，律师会员可登陆东方律师网点击“下载中心”或直接访问：<http://family.lawyers.org.cn/cn/> 完整下载并打印。电子版《律师业务资料》还设有查询、编辑功能，方便律师操作。

二、考虑到取消纸质版《律师业务资料》可能对部分律师尤其是老律师带来一定不便，律协决定在每期《上海律师》上刊登《律师业务资料》目录，方便广大律师查询并配合电子版《律师业务资料》使用。

三、依托各业务研究委员会，做好法律、法规等规范性文件的收集工作，及时召开多种形式的业务活动，引导广大律师学习、掌握最新法律。

四、目前律师协会每年用大量会费为每个个人会员订购了北大法宝法律法规查询系统，该系统目前是国内最为先进的法律法规查询系统之一，已经能基本满足律师的需求，因此在此情况下，再花费大量会费印刷纸质《律师业务资料》，就显得重复和浪费，同时也不符合节能环保的社会大趋势。

总之，法律法规收集和查询对律师开展业务极为重要，律协将继续关注和推动此项工作。

最后，我们再次感谢你们对律协工作的关注与支持！希望一如既往地对我们的工作提出意见和建议，谢谢。

协会信息

1、2010 年度律师执业年度考核工作已基本结束

根据《中华人民共和国律师法》和全国律协《律师执业年度考核规则》等有关文件的规定，2011年4月—5月，上海市律师协会对全市律师进行执业年度考核，截至2011年5月31日，共有12155名律师参加考核，757人还未参加考核，2010年度律师执业年度考核工作现已基本结束。市律协将于7月1日对已参加年度考核的律师向社会进行正式公告。

2、亲切慰问 真情祝福——市律协领导看望生病住院律师

6月8日，上海市律师协会副会长、文体与福利委员会主任周天平与上海市律师协会理事、青年工作委员会主任胡光在市律协会员部与公关部有关人员的陪同下亲切看望了身患白血病的谢律师。谢律师所在的事务所参加了市律协医疗互助金，在市律协医疗互助金与救助金有关政策的帮助下，使其在医疗费用上得到了较大地缓解。

3、上海律协羽毛球队“诚信杯”再创佳绩

5月28日，以“诚信”冠名的上海司法系统羽毛球友谊赛再度举行，来自上海市高级人民法院、上海市人民检察院、上海市律师协会、上海市公证协会的各路健儿齐聚东方绿舟训练基地一展身手。本届“诚信杯”赛事吸引了来自本市司法系统的近200名队员。律协羽毛球队继混合团体赛成功卫冕后，又在男子双打及混合双打单项赛中分获第一名。

区县律工委信息

中共虹口区委党校律师分校成立

6月2日上午，中共虹口区委党校律师分校举行成立仪式。市司法局副局长刘忠定，区委副书记、区委党校校长颜建平为区委党校律师分校揭牌。

新规介绍

律师业务资料第五期目录

上海篇

上海市人民政府令:关于修改《上海市旅馆业治安管理实施细则》的决定
 上海市物价局、上海市财政局:关于调整犬类管理费收费标准等事项的通知
 上海市国家税务局、上海市地方税务局:关于进一步完善“非正常户”管理工作的通知
 上海市食品药品监督管理局等:关于加强本市食品生产经营企业食品安全工作的若干意见
 上海市人力资源社会保障局等:关于调整非因工死亡职工遗属困难补助费标准的通知
 上海市高级人民法院等:关于对本市未成年人刑事案件指定管辖的规定
 上海市高级人民法院:上海法院在线服务平台工作规则(试行)
 上海市高级人民法院:关于加强和规范上海法院决定暂予监外执行工作的意见
 上海市高级人民法院:上海法院关于委托医疗损害司法鉴定若干问题的暂行规定
 上海市高级人民法院:劳动争议案件若干问题的解答

全国篇

【综合】

国务院令:国家赔偿费用管理条例
 国务院令:国有土地上房屋征收与补偿条例

【诉讼法及相关文件】

最高人民法院:关于审理期货纠纷案件若干问题的规定(二)
 最高人民法院:关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的规定(三)
 最高人民法院:关于判决生效后当事人将判决确认的债权转让债权受让人对该判决不服提出再审申请人民法院是否受理问题的批复
 最高人民法院:关于处理自首和立功若干问题具体问题的意见
 最高人民法院:印发《关于个人违法建房出售行为如何适用法律问题的答复》的通知
 最高人民检察院:关于办理当事人达成和解的轻微刑事案件的若干意见
 最高人民检察院:关于印发第一批指导性案例的通知
 最高人民法院等:关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见

【交通】

全国人民代表大会常务委员会:修改《中华人民共和国道路交通安全法》的决定

【知识产权】

国家知识产权局:关于修改和废止部分规章和规范性文件的决定

【财税】

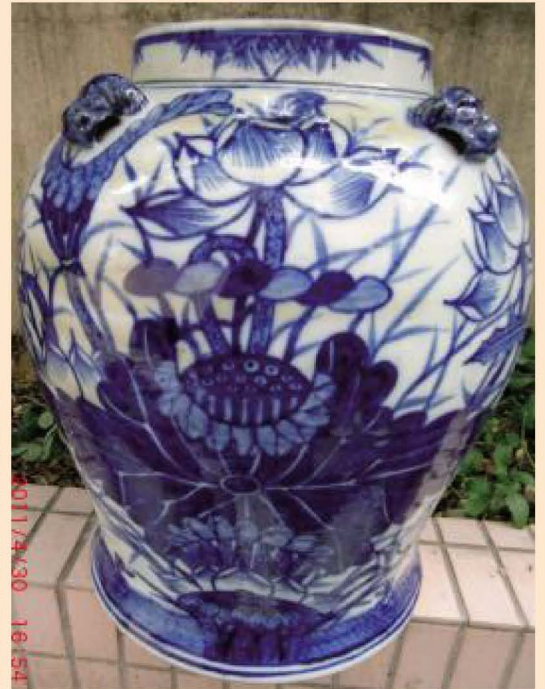
国家税务局:税务部门现行有效、失效、废止规章目录
 全国人大常委会:中华人民共和国车船税法

律师会员登录东方律师网—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/>。

■收藏作品 赵国雄 国雄律师事务所律师

藏品欣赏

幼秉家训，潜移默化，而与收藏结下不解之缘；
及长成人，稍有积蓄，遂行四方寻觅八方探求。
二十余载，探本穷源，不敢谓沥血却也曾呕心；
其中苦辛，身感自知，然则甘甜快慰更愿共享。
一柱清香，几盏香茗，偕众同好仔细把玩品味；
不求闻达，亦非炫耀，只为求怡性赏心悦目耳。



青花大罐



民国瓷



剔红



碎碟佛珠



豆青大瓶



桃形笔洗



明海平，全统书局印行《大学衍义》（一套） 康熙年，曹寅林高仲《古文辞类纂》（一套）



清乾隆，杨恩叶叶氏藏《说文解字》（一套） 康熙乾隆《春秋》（一套）



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

