

上海市律师协会主办



SHANGHAI
LAWYER

海 律师

卷首语 转型与发展/盛雷鸣

法律咖吧 如何看待律师营销
及业外对律师的评选种种
/孙彬彬 黄绮 光韬 刘逸星

2011
总第685期

聚 焦 · 思 辨 · 感 悟 · 互 动

聚焦

加强律师党建 服务转型发展

上海市律师协会
SHANGHAI BAR ASSOCIATION

勤奋敬业 锐意进取
为共建和谐社区出力

专题研究 民生保障的立法
——《社会保险法》实施专题研讨会综述

第八届女律师联谊会拜访上海市妇联，受到了市妇联主席张丽丽、副主席赵英等领导的热情接待，并进行了亲切的交流和座谈。



7月11日，司法部在北京召开总结表彰大会，授予上海市律师管理处、律师协会等单位为“中国法律援助志愿者行动先进单位”。2010年参与“1+1”中国法律援助志愿者活动的上海泰瑞洋律师事务所律师陈莉、上海得勤律师事务所律师袁明华荣获优秀律师志愿者称号。律协副秘书长刘小禾等与两位获奖律师共同赴京参加颁奖仪式。



7月7日，上海市律师协会联合上海市法学会、上海海事大学在国际会议中心举办“2011·上海航运法治论坛”。论坛以“航运金融的法治促进”为主题，就“航运金融创新与法制环境”、“航运融资与保险的法律问题”等深入研讨。市司法局副局长刘忠定、市律协会长盛雷鸣、监事长厉明出席会议。



市律协九届业务研究委员会召开第一次全体正副主任会议，会长盛雷鸣就研究会开展活动的方式方法以及研究会活动制度性的规定提出了要求。



日前，首届“全国公诉人与律师电视辩论大赛”之上海辩论队选拔赛在市律协报告厅举行。



转型与发展

上海市律师协会会长 盛雷鸣



新一届律协已经成立将近四个月了,记得在九届一次律师代表大会上,当我被宣布当选为九届律协会长的那一刻,面对三百多名律师代表,我说,律师行业和律协工作在过去几年里取得了长足的进步,但我们仍将改进和提高。前半句话是广大律师有目共睹的,后半句话是我当时作为一名律师代表和当选会长的直观感受,想表达的意思是律协的工作和律师行业的发展不能“止于至善”。

上任伊始,面对律协千头万绪的事情,真有无从下手之感。于是,我们着手整理代表大会上律师代表们的提案,这些提案中,有些是对律师行业未来发展寄予的殷切期盼,有些则是对律协工作“毫不留情”的批评。无论何种,都让我们找到了律协工作和律师行业的发展不能“止于至善”的依据。以这些依据为出发点,我们商定了九届理事会2011年的十项重点工作。这十项工作中,无论是建立青年律师“送出去”的培养模式、推进律师行业缴纳社保金规范化,还是探索律师业务档案管理社会化等等,都是现实存在的、属于行业本身的,却又亟需依靠行业协会的力量去解决或改进的问题。这一现象反映了律师代表日益提高的“参政议政”的意识和水平,大家不仅思考“如何促进法治建设”的崇高命题,也越来越关注“如何促进行业进步”的现实问题。我们认为,要解决好这些问题,需要律协的工作在继承过去成绩的基础上有所创新,要求我们转换一下固有的视角,将律师协会的工作进一步向“行业本位”转向,要求我们不仅要把握好律师行业发展的宏观方向,也要关注行业发展中的微观问题。“主义”必须坚持,“问题”也亟需解决。

事实上,我们已经朝着“行业本位”的方向开始作了一些改变。大家手上的这本《上海律师》已经是从“专业本位”向“行业本位”转向的印证了。“行业本位”让我们意识到,构成律师行业的主体是一个个活生生的“人”,而不

仅仅是冷冰冰的“专业”。“专业”是律师的职业属性,是构成我们这个行业和其他行业区别的依据。但从行业内部而言,“专业”的外延不可能涵盖一个律师的全部,不能用“专业”去遮蔽现实生活中律师丰富的内心。律师们的喜怒哀乐、一言一行,以及他们不断变化着的现实需求都应该是我们本职工作关注的焦点。所以,“行业本位”本质上就是这样一种律师行业的人性本位,要求我们真正关注起广大

律师的现实需要,并以这些现实需要作为我们工作不断改进的出发点和方向。在此,我们看到了律师行业与律师个人不可割裂的紧密联系。我们一直以“律协是律师之家”来比喻律协和律师的关系。这种比喻体现了律师个人对于律师行业的归属感,是律师与律师行业一种固定的、静态的联系。除此以外,律师个人和律师行业还有一种发展的、动态的联系,是律师个人和律师行业的未来“互为因果”的联系,意味着律师行业的进步关系到律师个人的前途,律师个人的努力也关系到律师行业的未来,律师行业的未来发展需要我们全体律师的共同努力和奋斗。可喜的是,我们看到了越来越多的律师愿意思考一些行业整体面临的问题,并提出解决之道。我们目前还无法准确估量这些现象的全部意义和前景,但有一点是明确的,这些对行业发展的关心都是发自律师内心的,他们的热诚和智慧将成为行业进步的强大动力。

憧憬未来,道阻且长。我们每一个人都是前进道路上的主角,因为律师行业的未来与我们每个人休戚相关,个人的力量虽不足以推动历史,但他们汇集起来,却可以改变和创造未来。我们或许不会一直行于坦途之上,但我们并不是踽踽独行。行业的力量在我们需要的时候,会成为遮风的一把雨伞、逆旅的一秉烛光,在风雨之中给我们温暖,在黑夜之中给我们光亮,让我们快步前行……●



上海律师 2011 7

总第685期 目录

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

卷首语

1 转型与发展 / 盛雷鸣

本刊关注

聚焦

4 加强律师党建 服务转型发展

——上海律师行业党建工作的创新发展 / 周柏伊

党旗飘飘

10 明确党建定位 完善组织架构 提升工作内涵

——本市首家律师事务所党委在浦东新区成立 / 肖希

12 努力推进律师事务所规模化发展

/ 北京大成律师事务所上海分所党委

法律咖吧

14 如何看待律师营销及业外对律师的评选种种

/ 孙彬彬 黄绮 光韬 刘逸星

区县特写

19 法治城区建设中的徐汇律师群英谱 / 徐汇律工委

人物

24 勤奋敬业 锐意进取

——记“东方大律师”刘习赞 / 彭念元

《上海律师》杂志(月刊)

主办:上海市律师协会

编辑:《上海律师》编辑部

编辑委员会主任:盛雷鸣

副主任:陈乃蔚 邵曙范 黄绮 钱翎樑
周天平 管建军 厉明 万恩标

委员:(排名不分先后)

朱剑华 刘小禾 光韬 李海歌
张方 岳雪飞 洪亮 贾明军
黄荣楠 谭芳 葛珊南 孙彬彬
计时俊 吕琰 张毅 陈凯
顾跃进

主编:黄绮

副主编:刘小禾 庄燕

责任编辑:杨培君

摄影记者:曹申星

美术编辑:大愚

编务:薛侃

本刊特约撰稿人:

王俊民 汤啸天 陈默

李颂联 王凤梅 彭念元

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)



霞浦揽胜 摄影:上海市南光律师事务所缪贯中律师



“勇于创新·服务转型——青年法律人纪念建党 90 周年主题演讲比赛”活动合影

共筑和谐

27 为共建和谐社区出力

——杨浦律师事务所联盟为定海社区提供义务法律服务侧记 / 陈迎瑞

44 以“强力”手段破解征缴难题

——兼评《社会保险法》第五十七条、第六十三条 / 李磊

46 企业年金法律问题研究 / 庞春云

50 浅议毕业实习与就业协议书的法律性质

/ 黄绮

52 论外国人在华缴纳社会保险

/ 唐毅 刘佳欣

法眼法语

执业心语

28 律师要有大视野 / 丁晓文

视角

30 民情汹涌下的刑法扩张危险 / 薛进展

我的败诉

32 下判理由殊难自圆 救济途径似有实无

/ 时军莉

律海拾珍

34 他为“星期日工程师”辩冤屈 / 周武

时评

36 律师更要有堵“挡风的墙” / 汤啸天

新法速递

37 《律师业务资料》目录 2011 年第 6 期

人文万象

他山之石

55 为了“得到”，须有“付出”

——从马普案看我国《两个证据规定》的贯彻落实 / 王诗诣

岁月回眸

58 大爱无疆

——追忆师从恩师郑传本的那些岁月 / 曹海燕

微·Talk

62 三言两语

乐·Life

63 夏令季节慢性病病人的防护 / 周端

随笔

64 怀旧的七月 / 吴海

专题研究

38 民生保障的立法

——《社会保险法》实施专题研讨会综述 / 上海市律师协会劳动法业务研究委员会

41 《社会保险法》对企业员工关系管理的影响

/ 陆敬波



聚焦 ●文 / 周柏伊

加强律师党建 服务转型发展

随着上海“四个中心”和现代化国际大都市建设以及我国法治化进程的稳步推进,上海律师业取得了可喜的进步与较快的发展。2008年11月,上海市律师协会党委成立。三年来,市律协党委始终坚持围绕中心、服务大局,动员和组织以党员律师为主体的律师队伍积极投身于服务转型建设、化解社会矛盾、构建社会和谐等中心工作,为经济社会发展、保障人民合法权益、促进社会和谐稳定作出应有的贡献。



【个案】入行新丁纷纷靠拢党组织

《吕世春秋·求人》云：身定国安天下治，必贤人。

《盛世危言》曰：国之兴衰，系乎人才。

人才是我国经济社会发展的第一资源，未来十几年，是我国人才事业发展的重要战略机遇期。在各行各业抢夺优秀人才的同时，各党派也在抢夺优秀人才。律师群体作为知识精英、潜在政治精英阶层，一直处于人才抢夺战的中心位置。在这样的时代背景下，市律协党委做了大量的工作，吸引着优秀的年轻人向党组织靠拢。

24岁的仇迎春出生于上海的一个普通工人家庭，一手将她带大的爷爷是一名优秀的共产党员，爷爷对于党的尊敬和热爱之情，爷爷的一言一行，仇迎春从小看在眼里，影响着她，也教育着她，加入中国共产党成为她儿时的梦想。

大学毕业后，仇迎春成为了上海源律师事务所的一名年轻律师。怀揣着入党的梦想，她踏上了工作岗位，经历了一些人和事，思想慢慢成熟起来。在日常工作中，她看到身边有很多优秀的党员律师，因为有党组织的指引，比一般律师更努力工作，更积极钻研，更主动自觉地规范自己的行为，不仅认真完成工作，在平时也关心同事，帮助同事，他们大多数都体现了党员应有的素质。

这些党员律师成为了仇迎春心中的楷模，让她意识到，入党的光荣，与奉献、责任密不可分。这份认识让她在工作中也积极以党员的标准严格要求自己，在自己的岗位上尽全力做到最好。去年7月，刚刚拿到律师执业证的她，积极加入了闵行区“青年律师志愿团”，定期在法律援助中心值班，为老百姓提供免费法律咨询，并作为志愿团的成员，办理了多个法律援助案件，工作也得到了受援人的肯定。

可喜的是，经过考验，不久前，仇迎春正式加入了中国共产党，成为了一名预备党员。

与仇迎春一样，正沉浸在入党喜悦中的还有上海方正律师事务所的年轻律师诸雪芳。作为一名上海市“老年维权十大标兵律师”，诸雪芳大学毕业后一直积极致力于为老年人提供法律服务，用自己的实际行动向党组织靠拢。

还记得一个酷热的夏日清晨，满脸愁容的李老伯走进了诸雪芳的办公室，还未开口，就先流泪。原来，李老伯的儿子在未征得父亲同意的情况下，私自将李老伯的房子租赁给了第三人，并在签订租约的同时将租赁费占为己有。外出晨练的李老伯回家时被陌生的租客赶了出来，一时无家可归。

诸雪芳在了解了这一情况后，当天就给李老伯的儿子发去了律师函，告知老伯的儿子这种行为直接侵犯了父亲对此房屋的居住权、使用权、收益权、处分权，要求其收函后立即将房屋使用权归还给李老伯，并同时归还所有租金。一星期后，李老伯再次来到律所，喜笑颜开地告诉诸雪芳，其儿子已经将房屋和收取的全部租金归还给自己。

看似平常的一封律师函，就这样化解了父子之间的矛盾，让诸雪芳在深感欣慰的同时，也不断叮嘱自己要为老人维权的道路上坚定地走下去。做好自己业务的同时，诸雪芳也积极向党组织靠拢，定期汇报思想。

诸雪芳的努力，律所党支部的成员们都看在眼里，经过一段时间的考察和接触，不久前吸收她成为了党支部最年轻的党员。

近年来，不断有律师加入到党组织中，但党组织在律师队伍中的吸引力仍旧不甚明显。增强党组织在律师群体中的影响和作用，增加党组织对优秀分子的吸引力，成为市律协党委的工作重点。

【工作】上海律协创新党建形式增强凝聚力

律师事务所作为一个比较独特的“两新”组织，其党建工作的核心在于如何保证党对律师行业的领导，指引和领导包括律师党员在内的全体律师都能成为“三至上”、“三拥护”、“三维护”的执行人。主要的问题是党组织如何与律师职业特点相适应，如何符合律师业发展的规律，基层党组织和律师党员如何真正体现实际作用的有效性，党建工作如何促进律师行业科学发展。

在上级党委特别是市委组织部和市司法局党委的领导、重视与支持下，上海市律师协会党委坚持政治引领，立足行业特点，狠抓组织建设，加强机制探索，全面推进上海律师行业党建工作，取得了一定成效。

完善党建体系 推动律师工作

目前，全市共有律师党员3753人，在律师事务所聘用的辅助人员中，党员数量也达到了407人。律师协会党委成立后，坚持以党建带队伍建设，坚持律师工作重大事项请示报告制度，此后，律师协会党委对律师协会重要工作发挥了把关定向的作用，确保了律师工作正确的政治方向。

律协党委在市司法局党委领导下，坚持“支部建在律所上”原则，通过“建、联、挂、派”等方式，优化律师事务所党支部设置，实现了上海律师行业党的组织和党的工作全覆盖。在市级层面建立了市司法局党委统一领

导,律师行业党建工作办公室具体负责统筹协调的党建工作机制。在区县层面建立区县律师党委或党总支,在区委领导下开展工作。在律师事务所层面,全面建立党的基层组织。将党建工作列为创先争优和考核、评选先进律师事务所的重要条件,以改革创新精神加强和改进基层党建工作。

组织体系完善后,律协党委将律师党员的教育培训纳入律师学院每年的全市律师培训计划中,通过建立一套长效培训机制,努力实现对律师党员教育培训的全覆盖,不断提升律师党员的政治素质,增强党组织的凝聚力和战斗力。

创新党建形式 服务转型建设

市律协党委充分发挥律师作用,履行参与调解化解信访突出矛盾的社会责任。市律协成立了“上海律师参与市领导调研信访突出矛盾工作指导小组”,设立了“动拆迁(不动产征收)法律研究委员会”,制定了《操作指引》以及相关的《律师意见书》,经过69名律师两个多月的辛苦工作,核查了675件信访积案,出具了661份律师意见书,参与化解了17件信访积案;市律协提出了建立律师参与信访工作长效机制、进一步规范动拆迁相关制度的具体建议。

市律协党委动员和组织广大律师服务“平安世博”。60多家律师事务所的数百名律师活跃在世博会的筹办、建设的全过程中,在世博会园区动迁安置、土地储备、基础设施、场馆建设、票务管理、特许经营管理、知识产权保护、项目融资与保险乃至高级赞助商及合作伙伴的招募等方面,发挥了重要作用。

市律协党委动员和组织广大律师全方位参与构建和谐社区。通过参与信访接待,开展法制宣传,积极参政议政,开展法律援助等系列举措,有力推动了上海经济社会发展和民主法制建设。

与此同时,市律协党委还努力提升律师服务能力,为“四个中心”建设提供优质高效专业法律服务。市律协党委积极开展金融和航运法律服务课题调研,多次组织期货、保险、信托、证券、银行、基金以及并购重组等业务研究座谈会,讨论当前上海金融法律服务市场状况、业务状况、人才状况及改善措施,推进上海金融法律服务的制度创新。

【典型】党员律师为社会发展保驾护航

市律协党委指导各区县律师工作委员会积极协助本区县司法行政机关党组织,做好律师事务所基层党组织建设工作,充分发挥党员律师的先锋作用,为维护当

事人合法权益,促进社会稳定做了大量的努力和有效的工作。

做老百姓身边的法律顾问

“章阿姨,等了好些时候了吧。”七月的第一个周五下午,伴随着灿烂的阳光,浦东亲和源老年公寓里的老人们,翘首等来了融孚律师事务所党总支的几名青年律师,大家手拉手坐下,闲话家常。这是浦东新区律师党建工作的一个镜头。

去年11月26日,融孚所党总支与亲和源老年公寓党总支签约共建,此后,在每个月第一个周五的下午,融孚所会准时派出几名青年党员律师,到亲和源为老年人提供法律咨询,与老年人谈谈心事,唱歌下棋。

作为去年五月刚刚合并重组而成立的大型综合性律师事务所,融孚所筹备之初就同步设立党总支,推出了“支部建在业务团队上”的党建新模式。“我们律所所有多个律师团队,大家平时在业务上的合作机会并不是很多,通过党建工作大家可以有更多机会交流,也给青年律师带来归属感。”浦东新区律师第一联合党总支书记、融孚所高级合伙人吕琰说。

目前,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,为融孚律师事务所迎来了合并之后的“春天”。

今年6月,在市委组织部、市社会党工委、市“两新”组织创先争优活动指导小组的党建表彰中,融孚律师事务所党总支与君合分所党支部、北京君泰、宝山区律师党组织共同被评为“两新”组织五好党组织。

市律协党委致力于推动律师深入社区开展法律服务,参与和谐社区建设。全市200多家律师事务所与90多个街道以及30多个镇签约,定期定点为社区居民提供动拆迁纠纷、债务纠纷、遗嘱见证、房屋继承、赡养老人、劳动就业、工伤事故等方面的法律咨询和服务,律师被誉为“老百姓身边的法律顾问”。

做不在编的信访干部

“我是一名‘不务正业’的律师。”放着律师业务不做,而常常将大量时间和精力花费在协助政府部门处理职工闹访事件,维护社会稳定上,有着十几年党龄的党员律师朱广平时常这样介绍着自己的身份。

作为天华律师事务所主任,闵行区职工维权律师志愿团团长,多年来,他在带领律师志愿团为区内职工依法维权方面做了大量卓有成效的工作,成为维护职工权益和社会稳定的一支重要力量。在上海世博会期间,他成功化解了一起上海某商业公司下岗职工待遇纠纷。

该商业公司系区供销社系统的一家改制企业。上世

纪九十年代初,供销社改制的时候,曾提议由职工出资购买股权成为股东,但响应者寥寥。改制后,只有20几人成为了股东,其余几百名职工闲散在家,另谋出路。

时间一晃近20年过去了,因为动迁,改制后的商业公司获得了一笔高达近6000万元的动迁补偿。对于如何享用这笔动迁款,退休职工、内退职工与企业股东发生了严重对立。

接到调解此矛盾的指令后,朱广平立即在全所布置动员全体人员放下手中的正常业务,组成工作小组负责接待和安抚,争取将矛盾引到律所来解决。朱广平律师先从职工的立场出发,慢慢将其情绪稳定下来,再深入研究其诉求的法律依据,发现当年的改制确实存在着问题,于是提出了调解方案。

在不断磋商中,职工也冷静下来,积极理智地参与谈判,最终这些职工与商业公司也就动迁款享用方案达成了一致意见。2010年9月,中共上海市委授予朱广平律师“创先争优世博先锋五带头共产党员”荣誉称号。

自2001年,一百余名律师即参加市政府的信访接待,共接待信访市民近三万多人次,参与化解百人、千人以上群体性社会矛盾、缠访缠诉案达70余起。律师们在重大事件的处理过程中,以第三方的身份全程介入,为调处市和区的重大工程引发的纠纷、拆违工作引发的纠纷、重大劳资纠纷案件、群体性和突发性事件以及刑事案件引起的民事赔偿诉讼等,贡献了巨大的力量。

做职工维权专家

作为一名执业逾二十年的党员律师,上海浩信律师事务所主任欧阳润还有着另外一个头衔:“职工维权专家”。随着其名声日益远播,经常有外地的职工、农民工慕名而来,希望能得到他的帮助,他总是来者不拒、乐此不疲。

来自江苏连云港外轮公司的朱氏夫妇慕名找到欧阳润律师,希望欧阳律师为他代理自己与工作单位的人身损害赔偿纠纷案。欧阳律师在听取了朱氏夫妇的叙述后,感觉他们经济困难,境遇可怜,于是以法律援助的形式着手代理。

原来,丈夫朱文来于2005年年底,以劳务派遣的形式与上海某航运公司签订了为期十个月的《船员聘用合同》,此后,他被派往外轮公司所属的某外轮上工作。在一次对船舶进行保养维修的过程中朱文来发生了意外,后被鉴定为伤残九级。照理说,外轮公司应该对朱文来作出一定的补偿,但其表示,员工的保险均由一家外资保险公司负责,必须走国外的程序。此后,涉案的多方面一再相互推诿扯皮,导致朱文来的工伤补偿款延时三年都没有落实。



上海女律师在妇联值班并接受现场咨询。

工作不能继续,手又残疾了,作为家庭顶梁柱的朱文来陷入了深深的苦闷中,这个家庭的经济也受到了极大的冲击。为了给自己讨回一个公道,朱文来夫妇多方打听后找到了欧阳润律师。

欧阳润律师了解案情后,立即为朱文来起草了诉状。复杂的用工方式牵涉三方,加之上海海事法院将案件安排由下辖的连云港法庭审理,使欧阳润律师多付出了成倍的工作量。

他三赴连云港,四处奔波,耗时十余天参与庭审、调解与执行。为避免到了执行阶段被告又推诿,欧阳润律师凭借自己多年的办案经验与谈判技巧为原告选择了庭外和解的解决途径,由被告向原告一次性支付补偿金人民币10万元。

做妇女儿童的庇护港湾

市妇女法律援助中心于2000年8月11日挂牌成立,由上海女律师轮流值班。2009年3月,第七届女律师联谊会会在律师自愿报名的基础上,根据律师的法律专长、执业时间、律师身体状况及是否热心公益事业等方面,择优选出118名女律师组成巾帼律师志愿团。

有着18年党龄的时军莉律师,提起自己今年在巾帼律师志愿团里接到的第一个任务时,总是难掩感慨。

那天很冷,时律师刚到妇联巾帼律师志愿团值班,一位满脸愁苦的女子坐在了她的面前。女子怀里抱着一名小孩,孩子只有一根手指的右手触目惊心。在女子断断续续的抽咽中,时律师听到了一个悲惨的故事。

女子叫杨慧,多年前跟老公张骏一起从安徽老家来沪打工,杨慧在宝山的一家食品厂做工人,而张骏则代

理了食品厂一些产品的销售。他们在工厂附近租了一间小屋居住,儿子放学后常常到工厂里玩耍。一天傍晚,儿子又到厂里玩耍,不小心打开了一台没有拔掉电源的机器,飞速旋转的齿轮一下子将孩子的右手带了进去,四根手指瞬间被斩断。惊愕的母亲抱着儿子飞奔至医院,无奈断指无法再接合,孩子从此四级伤残。

夫妻俩不断跟工厂交涉,希望获得一些赔偿,以便孩子的治疗,但两年过去了,工厂没有任何回应。2010年年底,张骏打了个电话给工厂的负责人,称自己手中有三万余元的货款,如果工厂再不解决孩子的赔偿问题,这笔钱款他将自行扣押。

工厂接到电话之后,就报了警。2010年元旦刚过,张骏就被警察从老家带回了上海。张骏及其家人东拼西凑,还了五万余元给工厂,然而,案件很快进入法院,张骏被一审判处有期徒刑五年。

孩子残疾了,丈夫要进监狱,杨慧几乎要崩溃了。她抱着孩子四处求救,听说有女律师志愿团免费咨询,她走进了妇联的大门。听到杨慧的叙述,时律师深感同情,她同时也觉得案件有值得商榷的一面。她一边安抚着杨慧的情绪,一边迅速向妇联领导汇报情况,妇联当即与二审法院取得联系,请求法官审理时慎重。在多方努力下,二审改判为有期徒刑两年,缓刑三年执行,并当庭释放。走出法院,一家人抱头痛哭。

“如果没有妇联的帮助,可能张骏真的要坐牢,这个家庭可能就毁了,成了仇视社会的一分子,而五年后,出狱的张骏会走上怎样的路,谁也不知道。”时律师说。

作为一个免费服务窗口,通过对来访者的耐心开导、热心帮助,女律师们化解了诸多社会矛盾,也树立了良好的社会形象。上海市女律师联谊会也被中华全国妇女联合会授予“全国维护妇女儿童权益先进集体”。

律师协会还与有关方面合作组成“上海市总工会法律顾问团”、“上海市老年维权志愿团”、“上海市消费维权律师志愿团”等,为弱势群体及时提供法律帮助。

伸出法律援助之手

小邢是来沪务工人员,和同乡小静恋爱,但两人的爱情遭到了小静母亲的反对,经不住母亲的苦苦相逼,小静最终决定乘车去汕头。可当小邢送她到长途汽车站却发现误了车。两人只得返回小邢宿舍。路上,他俩买了一瓶白酒和一些菜肴带回家,一瓶白酒下肚后双双入睡。

次日凌晨,小邢再次恳请小静留下,却遭到了拒绝。他想到自己为小静放弃了汕头较好的工作,辗转到深圳后又耗尽了全部积蓄,最后到了上海,可如今却要人财两空,越想越郁闷。他大吼一声“我不想活了”,便摸出藏在床下的刀在小静脖子上割了一刀,此后又用力掐她脖子,直到小静不再动弹才松手,随即向警方自首。所幸,小静未被杀死,经医院救治后脱险。

捷华所两名党员律师曾琪和陈琳接受法律援助任务,担任了小邢的辩护人。在庭上,曾琪、陈琳律师据实对本案提出了辩护意见,着重指出本案中被告人对于其自身行为谋求的是杀人还是伤害后果,并不存在确定的目的,从法律角度看属于一种放任的没有明确的间接故



上海市律师协会第九届法律援助与社区服务研究委员会会议

意,因此本案应当根据最终形成的伤势认定为故意伤害罪从轻或者减轻而非故意杀人罪。

“明明深爱小静也愿意为之奋斗的年轻人,却受到重重阻挠,小邢走上犯罪道路也确实存在着一定的客观因素。”曾琪律师说,他指出被告人具有自首的法定量刑情节,且被害人小静主观上也对小邢的犯罪行为表现出一定的谅解,因此,提出对于小邢应予以从轻或减轻处罚。

因控辩双方的不同见解,法庭争论异常激烈,审、控、辩均表现了较高的法律素质。最后,法院部分采纳了辩护人的意见,对被告人予以从轻处罚。

“对于这样一个本质并不坏的年轻人,给他一个改过自新的机会,是一种更好的挽救方式。”曾琪律师说。

多年来,市律协着力构建维权机制、畅通维权渠道,通过法律援助提供法律服务,为维护低收入人群的合法权益、推动社会和谐稳定作出了积极的贡献。近三年来,参与法律援助工作的律师达3万多人次,承办法律援助案件2万多件,党员律师在其中发挥了不可小觑的作用。援助对象基本涵盖了未成年人、残疾人、老年人、农民工、城市低保户等社会特殊群体、低收入及弱势群体。

情系西部携手彩虹

党员律师立足上海之余,更是将爱和希望的种子播洒在更辽阔的土地上。云南省西畴县是国家级山区贫困县,由于教育经费不足,该县的办学条件非常艰难:全县学校校舍总建筑面积近六成为危房;贫困学生35000人,占学生总人数的80%;教师起点较低,绝大多数为民办代课教师转正,教师工作负担重,工资报酬低,部分教师的月工资仅有二、三百元。

2009年,虹口律师在得悉云南西畴县的教育现状之后,萌生了要以己之力帮助当地教育事业的想法。区律师工作委员会在和区司法局律师党委商量之后,逐步形成了成熟的方案,同时为了这个公益事业能够得到切实有效的落实,他们还发挥律师的专业特长,组织有关律师起草制定了“帮扶助教金”相关的法律文本,保证在

未来的5年内该项工作将得到持续性开展。

2010年8月,由区司法局党工委组织,区律师党委、律师工作委员会、政府法律顾问团成员一行18人组成虹口区律师帮扶志愿团赴云南省文山州西畴县开展帮扶工作。在重点对当地教育事业进行全面考察的基础上,与当地教育部门磋商设立“虹口律师——西畴县助教资金”事宜,并制定了针对性帮扶方案。

截至去年年底,虹口区律师事务所和律师共募捐40余万元,在上海市虹口区教育基金会设立了“上海市虹口区律师帮扶云南省西畴县希望助教金”。助教金专用于在云南省西畴县贫困山区教育教学工作中作出突出贡献的教师、教育工作者、品学兼优的贫困在校学生及有利于促进教育事业发展的项目。

今年6月中旬,十余名虹口律师携带着第一批助教、助学金前往西畴县发放。6月15日,在西畴县县委小礼堂,第一批8名优秀教师和10名贫困优秀学生接受了这笔不菲的助教、助学金。

服务大局,共建和谐,市律协党委一直积极承担着社会责任。面对2009年大学生就业难的社会问题,市律协推出了由“就业有补贴、见习抵实习、工作加培训”三方面内容构成的“蓄才计划”和“促进行动”,拨款240万元向175家律所招聘的368名应届大学毕业生发放就业补贴。

在汶川地震发生后,市律协党委动员和组织全市各律师事务所和律师捐款840余万元送达灾区,又出资200余万元援建都江堰市律师楼,为都江堰律师业的恢复和重建奠定了坚实的基础。在玉树地震发生后,市律协动员和组织上海律师界向玉树灾区捐款逾百万元,再次展示了上海律师高度的社会责任心。

为贯彻落实党中央西部大开发战略部署,上海律协2000年率先与新疆、甘肃、青海三地律协签订了合作协议,“送课上门”,奔赴新、青、甘、陕、豫、赣等中西部地区,举办各种业务讲座。中华全国律师协会因此两次授予上海市律师协会“援助西部律师业发展先进律师协会”荣誉称号和“援助西部律师行业发展贡献奖”。

【结语】

律师队伍是我国社会主义民主法制建设的一支重要力量,律师行业党的建设工作是新社会组织党的建设的重要组成部分;加强党对律师业的领导,是律师事业健康发展的重要保障。

在今后的工作中,市律师协会党委将在上级党委的领导下,积极探索和推进在新形势下律师行业

党的建设的观念创新、工作创新、方法创新,以高度的责任感和求真务实的作风,扎扎实实地推进律师行业党建工作的新发展,充分发挥律师行业党组织的战斗堡垒作用,努力建设一支“坚持信念、精通法律、维护正义、恪守诚信”的上海律师队伍,团结和带领广大律师在实施“十二五”规划和全面建设小康社会的伟大事业中建功立业。●



党旗飘飘 ●文 / 肖 希

栏目组稿人:顾跃进、吕琰、洪亮

明确党建定位 完善组织架构 提升工作内涵

——本市首家律师事务所党委在浦东新区成立



6月17日,在上海市司法局的指导下,经浦东新区区委组织部和社会工作党委批准,北京大成律师事务所上海分所举行了隆重的党委成立仪式。大成上海分所成为本市第一家成立党委的律师事务所,对于上海律师行业党建工作的创新发展具有重要意义。

北京大成律师事务所上海分所成立于2001年,目前拥有员工总数为260人,其中执业律师205人,规模在上海市同行业中排名第二。超过80%的律师拥有国内外知名法律院校的硕士及以上学历,60多人具有海外留学或执业经历。在公司与并购、资本市场等八个专业部门中,75%的部门主任是党员。作为一家以国际化、规模化、专业化为特色,能提供全方位、综合性法律服务的大型律师事务所,十年磨一剑,业已成为上海律师界的排头兵,被评为



编者话语

经过3个多月的努力,在领导、各工作部门以及广大律师的支持配合下,更新版式后的《上海律师》终于和大家见面了。此次改版,编辑部紧紧围绕和贯彻“多行业,精专业”的办刊宗旨,力求在内容、版式和表现形式上更加及时、深入与集中地反映行业工作,体现上海律师积极向上的精神风貌,显示思辨、互动、人文、时尚与群策群力的办刊思路与风格,以期达到既定的效果。

改版后的《上海律师》主要内容由“本刊关注”、“法眼法语”、“专题研究”及“人文万象”四大板块组成。“本刊关注”是集中反映协会各层面工作、律师党建、律所建设、优秀律师人物等的重要内容部分。其中设置了一些全新的栏目,如“聚焦”栏目,是用以反映律师行业重要活动、重要事件、重要举措以及对法律前瞻性问题的思辨与思考;又如“区县特写”,主要反映各区县律工委最具特色、最具代表性、最有成效的工作业绩,将它称之为“区县聚焦”也不为过;再如“法律咖吧”,是在原有“律政三人谈”栏目的基础上打破了谈话人数的局限,力图用一种更加宽松和活泼的形式去表现律师们关心和有兴趣的话题;律师进社区、进企业、进学校……以自己强烈的社会责任感去构建和谐的工作情况则反映在该板块的“共筑和谐”栏目中。“专题研究”是一个全新的律师实务研究板块,它改变了

以往简单的论文来稿选登做法,每期都集中策划一个业务专题,反映律师实务中最新且被广泛关注的法律问题,而且此中每期专题的策划都紧紧依靠协会31个专业业务研究委员会,充分展示了业务研究委的研究成果,发挥了业务研究委对律师业务的引领作用。“法眼法语”定位于表达新老律师的执业感受、体会及交流执业经验,评析社会热点及表达观点等,其中的“律海拾珍”新栏目意图通过重述经典案例来反映资深律师的办案风采,以期给后进者有所启迪;“人文万象”的侧重是律师办案之余的人文情感与情怀,以显示律师行业的文化内涵和文化底蕴,其中新增的“微·TALK”栏目既体现了杂志贴近时尚的风格,同时也会成为广大律师与东方律师网及本杂志的互动窗口。此外,杂志每期还会刊登最新《律师业务资料》目录,此举将方便广大律师浏览和了解最新法律法规的资讯,也是对停发纸质《律师业务资料》后的弥补。

对这本刊物的栏目,编辑部不免有些敝帚自珍,但深知,这离广大律师的要求还有很大距离。我们不敢说所有律师都喜欢这本刊物,但我们殷切希望大家去关心它、关注它,给我们编辑部提出好的意见和建议。同时,我们非常希望广大律师积极通过东方律师网及投稿邮箱等渠道向杂志踊跃投稿,你们的参与,将是我们办刊成功的信心,也会是我们最大的冀慰。



“上海市文明单位”、“上海市司法行政系统先进集体”。此外,大成上海分所还与台湾中华工商企业家联合会合作建立了“两岸法律服务中心”,成为首个由两岸民间机构共同组建的法律服务平台,为两岸台商及大陆赴台投资的企业提供全方位、高质量的法律服务。

在律所快速发展的过程中,大成所牢牢把握新形势下党建工作的规律和要求,积极完善组织架构、提升工

作内涵,实现了党建工作与律所发展的双赢。2011年6月,大成上海分所进一步调整和优化党建组织架构,经新区社会工作党委和新区组织部批准,正式成立北京大成律师事务所上海分所党委。这是上海市首家单个律师事务所实现党委建制,下辖9个党支部。陈峰同志任党委书记、吴晨尧同志任常务副书记、王汉齐、刘蓉蓉、黄夏敏同志为副书记。原徐汇区司法局局长和党委书记严新力同志,担任党委顾问。这是浦东律师党建工作的又一项重要探索,是党组织体制建设方面的重要突破,为律师行业党建拓展了思路,提供了经验,具有重要而又深远的

意义。

在大成上海分所隆重举行的党委成立仪式上,开通了事务所网站“党建园地”。同时,对事务所设立的“大成律师事务所上海分所公益基金”进行揭牌。上海市司法局副局长、市律协党委书记刘忠定,浦东新区司法局局长李泽龙出席并讲话。北京大成律师事务所主任彭雪峰、管委会主任王忠德、党委书记肖金泉出席仪式。●



编者按：北京大成律师事务所上海分所成立党组织以来，始终注意选配好班子成员，其中政治素质好、政策水平高、组织能力强、律师业务精是四项必备要求。积极明确党组织成员内部分工，形成各司其职的工作局面。建立党组织与事务所内党员和群众的全方位沟通，使党组织成为连结各种关系的桥梁。

党旗飘飘 ●文 / 北京大成律师事务所上海分所党委

栏目组稿人：顾跃进、吕琰、洪亮

明确党建定位 完善组织架构 提升工作内涵

努力推进律师事务所规模化发展



北京大成律师事务所上海分所成立以来，以规模化发展为战略思路，着眼于长远，努力做大、做强，打造法律服务业优秀品牌，为经济社会发展提供服务，目前拥有员工 260 余人，其中党员 96 名。在推动律师事务所规模化发展过程中，大成所始终坚持“以党建促律所发展，以律所发展凝聚党员”的工作理念，准确把握党建定位，积极完善组织架构，不断提升工作内涵，得到了合伙人、党员、律师广泛认可，实现了党建工作与律所发展的双赢。

一、把握党建规律，明确组织定位，强化“引领、凝聚、服务、保障”职能

大成上海分所位于浦东陆家嘴金融贸易区，拥有超过 2000 平方米的办公场所。200 多人的服务团队中，70% 以上律师拥有国内外知名法律院校硕士以上学位，2010 年业务创收超过 1.4 亿元。如何准确定位党组织在规模大所中的角色，是律师党建工作取得实效的首要环节。

一是充分认识律所规模化发展特点，建立健全党建意识导向机制。遵循改革创新思路，大成所实现了跨越式发展，建立了先进的管理体制、科学的制度体系和以专业化团队为主体的作业模式，奠定了全面有效控制业务质量的基础。对此，党委从建立健全党建意识导向机制入手，通过加强“双向沟通”，让合伙人有责任感；注重党委自身建设，让党务人员有使命感；宣传“业务创先，岗位争优”，让党员有荣誉感；推行党务和所务公开，

让非律师有认同感，使党建工作成为凝聚律所发展的核心力量。

二是主动把握律所规模发展的实际需求，明确党组织定位与职能。在大成上海分所发展的过程中，“走联合之路、求专业分工、上规模效益”成为普遍共识。对律所实行高效、科学、规范的管理，充分发挥律所的整体效能，实现利益、资源、管理和目标的统一，而不是个人只想个人的事情。对此，党委把握律所在发展中的实际需求，借鉴了北京总所“五个找准”的党建工作经验，明确了组织定位：“引领、凝聚、服务、保障”，党委要成为正确价值观的引领者，先进文化建设的组织者、和谐生产关系的协调者。

二、完善组织架构，培育先锋团队，打造律所管理和发展的顶梁柱

构筑一个合理完善的党组织体系和运行机制是做好律所党建各项工作的前提和基础。为此，我们牢牢抓住党委和党支部建设这个重点，紧密团结优秀骨干党员律师，形成推动律所发展的中坚力量。

一是加强党委班子建设，建立 360 度沟通模式，延伸党建工作触角。选配好党委和各支部班子成员，强调政治素质好、政策水平高、组织能力强、律师业务精。明确支部成员内部分工，形成各司其职的组织架构。倡导“群众看党员，党员看支部”，党委和各支部成员，身体力行，带头抓好政治理论学习，并在律所中采用律师们熟悉的法庭对抗辩论的方式，开展党史知识、政策理论

的模拟论述。同时,建立 360 度沟通模式,即外部沟通和内部沟通,包括党支部与所内外党员、群众,以及相关组织的全方位沟通,使党支部成为连结各种关系的桥梁。探索把“支部建在网上”,建立“信息共享、业务共商”的机制,加强党员律师之间的交流与合作。此外,坚持“党建促业务,相融共发展”的理念,积极争取各业务主管部门的支持,使其成为党建工作的参与者和推动者。

二是激励主体意识,发挥模范作用,党员“先锋队”、“岗位明星”成为律所中坚力量。无论是在传统法律领域,还是在新兴的矿业能源、知识产权、海事海商、投资并购、私人股权投资、破产重组、证券与资本市场、基础设施建设与项目融资、金融衍生产品、电信传媒、城乡统筹、农村合作社等业务领域,大成一直处于业界的前沿和领先地位。在大成所合伙人中,党员 20 人,占全体合伙人 27.8%;高级合伙人中,党员比例为 30.6%;在事务所管理层中,常委会 11 人中有 5 位党员,占 45.4%。同时,事务所八大专业部门的带头人近 90%是党员,在最新当选的上海市律协第九届律师代表的 4 名律师中,有 3 名律师是党员。党员律师通过自己的努力,在事务所的领导班子、合伙人的身份、品牌律师的地位上充分发挥着先锋模范作用,成为事务所发展的骨干力量,律师党员的职业地位逐步上升。

三、立足“三个转变”,提升工作内涵,推动律师事务所发展效能升级

以促进律所发展为目标,党建工作由组织自身建设为主,转变为与业务工作相融的双向互动;工作手段由

刚性管理转变为柔性化的协调整合;工作内容由单纯组织活动转变为各方联动,扩大党组织的利益代表功能。

一是转变重心,围绕发展大局,彰显党组织的重要价值。为促进律所整体发展,党建工作由组织自身建设为主,转变为与业务工作相融的双向互动。党委牵头将党员律师与非党律师以及实习律师根据政治素质、专业方向、个性性格、实践经验等条件组合到一起,对工作中出现的热点、难点问题,快速介入,深入研究,成功地代理、完成了许多重大案件和项目。比如党员律师王汉齐,长期担任党组织活动召集人,他带领一批党员和律师发扬能吃苦、能战斗、能钻研、能创新的精神,在资本市场领域成功承办了多个 IPO 项目。

二是转变方式,推进先进文化建设,营造高尚的精神家园。工作手段由刚性管理转变为柔性化的协调整合,深化“志存高远,海纳百川,跬步千里,共铸大成”的治所理念,用高尚的律所文化营造良好的政治生态,在潜移默化中影响着每一位员工的思想心灵,时刻提醒党员和律师始终保持忠于党、忠于国家、忠于人民、忠于法律的政治本色。此外,党委积极协调所内利益关系,化解矛盾纠纷,开展思想疏导,为业务发展提供保障。

三是转变活动内容,建立党群共振机制,拓展党建工作路径。采用组织联建、队伍联抓、活动联办、工作联动等方式,开展各类活动,拓展党建工作路径。如举办法律咨询活动,针对特殊群体,开展专项公益性法律服务。同时关注和帮助党员、律师提高自身素质,开展业务知识、人际交往、心理健康、休闲运动、旅行参观等活动,对党员的身心发展予以组织关怀。●



法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

如何看待律师营销 及业外对律师的评选种种

本期主持:孙彬彬 天册(上海)律师事务所

嘉宾:黄 绮 上海市尚伟律师事务所

光 韬 上海汉商律师事务所

刘逸星 北京市大成律师事务所上海分所

文字整理:薛 侃



孙彬彬:今天讨论的题目是与我们律师行业非常有关系的话题。律师行业给人的感觉往往是专业性非常强,律师也常给人非常严肃的职业形象,而商业营销让人联想到的一般是广告、电话销售、促销等营销手段。近几年来有些律师事务所开始建立专门的营销团队,并且在律师业务的推广过程中开始运用商业营销的渠道和手段,这样就产生了一个话题,那就是:律师行业是否应该采用商业营销的手段?这一话题在行业内引起了不小的争议。

律师行业是否应该采用商业营销的手段

孙彬彬:今天我们请来三位律师就这个话题进行讨论,对于律师行业、律师是否应该进行商业营销?让我们听听三位律师的观点。首先有请光韬律师谈谈自己的观点。

光韬:我认为首先应该给商业营销做个界定。从我们今天这个话题本身来说,“该不该做营销”与“能不能做营销”是两个不同的问题。“能不能做”要看现有的法律规定。《广告法》《律师法》或者司法部的《职业规定》都没有做禁止性的规定,也就是说现在有律师或者律师事务所进行商业营销,是不被禁止的;律师行业或者个别律师“该不该”进行商业营销,还要先对“营销”做出一个界定。只要是面向社会进行有偿服务的行业都很难避免营销这个行为,哪怕是公益性的组织也避免不了向社会推广自己。但是商业营销和一般的营销是有区别的。商业营销可能有一个广义的概念,比如广告就是商业营销的一种形式。还有一些是客观的介绍,诸如:对律师事务所的简单介绍、递给他人的名片、给当事人的案例介绍等这些都属于营销的范围,这两种形式要区分开来。

非常商业化的部分应该尽量避免或者有严格的限制,而客观介绍的部分是很难避免的,因此这部分只要规范就可以了。其次,律师行业还可以做个细分,部分领域可以实

行商业营销,另一部分领域尽量不要有商业营销的行为。直观来说,非诉是可以有商业营销的行为,而诉讼相对来说就要谨慎、规范甚至避免商业营销。

孙彬彬:光韬律师认为,律师行业应谨慎进行营销,纯粹商业化的营销是不可以进行的,一些类似介绍的营销是可以进行但必须予以规范的。让我们再来听听刘律师的观点是什么样的。

刘逸星:我认为任何一个行业的发展都需要营销,任何一个行业都在不知不觉中进行着营销。关于是否要鼓励那些积极、主动的商业性营销这个问题,我的观点是:

第一、在当下社会,律师业要发展就应当积极、主动地鼓励律师业进行商业性营销。律师行业的发展从自身而言,“专业化”是个亘古不变的话题,既然要“专业化”,那么就做好市场定位才有可能“专业化”。在市场定位的过程中必须明白市场需求,而市场需求、市场定位和“专业化”都和营销密切相关。如果没有科学的营销行为就难以找到市场定位;如果不知道市场需求就很难引导整个律师行业走向“专业化”。

第二、我们当下所处的时代是一个高速发展的时代,是信息不对称的时代。律师行业作为一个服务业应当具有社会责任,告诉社会大众自身行业包含了什么,只有通过营销行为才可以把行业信息披露给社会大众,使需求者、消费者或者当事人得到相对对称的信息而不至于误导消费者、当事人。从这两个方面来看,我认为当下律师行业应该积极、主动并鼓励进行营销。

孙彬彬:刘律师的观点很鲜明:律师行业要将行业信息披露给社会大众,就要进行商业营销,并且应该鼓励商业营销。这和光韬律师的观点有些冲突。我们再听听既作为律师又作为行业领导——律师协会副会长的黄绮律师来谈谈这个问题。

黄绮:我觉得光韬律师的观点有道理,刘律师的观点也有一定的道理,但是刘律师的观点偏重于律师行业因其



本期主持:孙彬彬



嘉宾:黄 绮



嘉宾:光 韬



嘉宾:刘逸星

“专业化”而难免商业化,而商业化就必须进行营销,这就把律师行业和其他一般的商业行业有所等同。在这个观点上我有不一致的看法:律师行业毕竟是一个专业性的服务业,确实是提供有偿服务,但它不能和一般的商业服务业等同,因为其有自身的行业特征。它的行业特征包含了更加高的社会责任,由于律师行业是司法共同体的一部分,因此它扮演着维护法律的角色,所以我们不太推崇它的商业性。

不过,我也同意一点,作为律师行业这样一个专业的有偿服务业,它应该进行宣传,但这应该是“推广”而不是“营销”。“推广”是必须的也是允许的。其实我们的律师行业从律协章程到相关规定以及律师的职业规范来说,对律师的推广和广告宣传等是有一些基本规定的。如今,律师业发展迅速,如何区分律师的优劣,如何将优秀的律师推到社会大众的面前,这除了靠行业评选推优之外,难免还需要律师或者律师事务所自己去进行推广。那么在这个过程中就得有个界定,而我们有些规定并没有对这些界定有明确的规定。比如《律师执业行为规范(试行)》第一百三十四条规定:“律师和律师事务所不得自己进行或授意、允许他人以宣传的形式发布律师广告。”这条规定我认为很难执行,因为广告本身就是宣传行为,又何来“不得以宣传的形式发布律师广告”?还有第一百二十七条规定:“律师个人广告的内容应当限于律师的姓名、肖像、年龄、性别、出生地、学历、学位、律师执业登记日期、所属律师事务所名称、在所属律师事务所的工作时间、收费标准、联系方式,以及依法能够向社会提供的法律服务业务范围。”从这个角度来说律师可以做广告,但内容仅限于此。如果超越这个范围就属于宣传性的,是禁止的。

在宣传过程中律师存在职业推广,这是允许的,但职业推广的形式仅包括通过学术论文、案例分析、专题解答、授课以及普及法律来宣传自己的专业领域。上述规定都比较难以界定,所以我的理解是:律师可以为了推广自己做

广告,但是推广的形式,广告的内容和方式是否符合规定应加以考虑。

孙彬彬:刚才黄律师给我们分析了相关的规定,并认为律师行业应该进行符合规定的“推广”而不是“营销”。今天三位嘉宾都认为,一些介绍或者比较基础的推广行为是可以进行的,但是对于一些营销类,尤其是商业营销的行为,三位律师有不同的看法。刚才刘律师提出,商业营销是应该进行的,黄律师和光韬律师的观点则较为保守一些。刘律师如何看待这两位律师的观点?

刘逸星:目前在整个律师行业中确实存在着行业使命意识模糊的情况,作为律师行业要推崇社会责任、要推崇道德修养,但追求道德责任与追求商业利益可以是并行不悖的,不能因为律师行业有商业化的行为就否定了这些客观存在的社会责任和正义。国际上所有的仲裁委员会都做广告、都做推广、都做营销,然而不会因为仲裁委员会的营销行为而影响其公正的权威。

营销需要合理、细致、规范、执行力强的规定制约

孙彬彬:那么超出规定允许的介绍性质的营销是否可行?让我们来听听各位的看法。

刘逸星:今天我们要探讨的不是已有的规定是否要遵守的问题,而是评判这些规定是否合理的问题。如果规定是不合理的,我们就应该批评它、修改它。我认为,现有的规定略显死板,可能会限制律师业的发展,因为社会发展的过程中营销的作用很大。据了解,欧美律师创收的60%来自营销行为。当下,很多律师、律师事务所营销的内容和形式超越了规定的范围,那么是否规则滞后了?如果是就应当修改。

光韬:第一、纯粹的商业营销在行业内应该有一个规

则来规范。我们律师行业有它的专业性,律师提供法律专业服务,服务的购买人、消费者对律师存在高度的专业依赖,所有商业性质的广告或推广从传播学的角度来讲一定带有诱导性。

第二、我们现在所处的是一个“重商主义”的时代,任何有可能对客户、对购买法律服务的人产生诱导性的宣传,都应该谨慎地选择。只有当购买律师服务的消费者有很强的鉴别能力的时候,律师、律师事务所甚至整个行业才可以进行商业性的推广。而我们的现状是,对于现有的规定执行得并不理想,也没有专业的监督机构,无论是市司法局、市律师协会还是有关的职能部门都缺乏足够的人力物力。

第三、我们应该关注实际的状况,法律服务市场是一个刚性需求,并不是加大宣传力度市场增长率就高了,减少就低了,总量上不会因为进行商业推广而产生量变。只不过在资源的配置上,在行业内部有些调整。所以我们完全可以通过其他方式谨慎地让购买法律服务的消费者找到适合的专业服务。我觉得这可能比纯商业性的推广更有利于保护全行业的形象。

孙彬彬:光韬律师刚才提到行业区分,我有一个疑问:站在受众的角度,当一个人要选择律师事务所时,他仅仅是看到一堆写着律师联系方式的小广告,实际上他还是没有办法从中找到好的律师。

光韬:这个问题涉及到消费者的知情权和选择权,我

觉得我们现在的规定太笼统、太宽泛,还有一些规定则是没有执行好。比如,我接到过许多律师的名片,其中很多是律师事务所主任的名片,他们的名片上印的大多是“主任律师”这一称呼,但是我查阅所有的规范性文件,并未找到“主任律师”这样的称呼,我们知道有“主任医师”,但是其实是没有“主任律师”这一专业名词,这样的称呼一定会对部分购买法律服务的受众产生误导。

孙彬彬:可能会让受众以为这是“主治”律师。

光韬:其他还有一些网站对律师的介绍不够规范,诸如在介绍的最后写上“著名律师”、“知名律师”,如何认定?这既不是行业协会的认定也不是主管部门的认定,甚至不是业内的共识,这就存在诱导性,因为老百姓的专业认定能力是很低的。我觉得那些对老百姓诱导性低的领域可以放开,在更多的其他领域则应该把规则制定得更细一点。其他法律事务发达的国家的规则制定得都非常细,对于商业性的广告他们并没有做禁止性的规定,但是在使用的时候有非常多的限制,对于客观陈述的推广也有一些界定和限制。

孙彬彬:光韬律师认为普通老百姓的专业鉴别能力较弱,但是往往是这些普通老百姓更需要好的律师来帮助他们。从业务领域来区分并限制营销,三位律师觉得这从行业内部能把控吗?

黄绮:我在查规定的时候就觉得这些规定执行力很差,不仅仅是律师或律师事务所在广告宣传上有问题,其



规定本身也很难遵守,这就是导致执行力差的原因。如果九届理事会需要讨论一个相应规定的话,我们从什么角度去做出相应规定确实是个值得思考的问题。刚才刘律师和光韬律师都提到,要看广告的受众是谁,这才是我们潜在的客户。光韬律师也是从这个角度考虑哪些是可以宣传而哪些又是不宜宣传的。对于夸张不实的宣传我们应该更多地去严格规范。

但是回过头来,从管理的层面上来说有时很难鉴别。对于目前的规定我认为有很多值得商榷的地方。《律师职业行为规范(试行)》第一百四十六条第二款对“不正当竞争手段”有界定,即:在司法机关内及附近200米范围内设立律师广告牌和其他宣传媒介。这条规定不可谓不具体。但现实当中我们常常会看到很多律师事务所的所谓律师工作室就设在法院周围200米以内的地方,它们尽管没有竖立广告牌,但是确实在门口橱窗玻璃中介绍了律师业务以及一些宣传性内容,这又该如何界定其行为性质?我觉得相应的规定首先应从受众的角度来作出规定,推广与宣传不能误导公众,这样可能比较切合实际。

对于不规范的广告要制定一些限制和规范

孙彬彬:几位律师都认为正确的推广是必要的,只是在推广的程度以及如何限制的问题上有所分歧。那么大家从各自的经历来谈谈对那些过于商业化、有诱导性的广告

应该如何制定一些限制或规范比较好?

刘逸星:要从源头上制止不规范的广告,首先要在司法程序上有前瞻性。如果法院出现一个判例,根据律师和当事人的律师服务合同,当事人的起诉理由是认为律师进行了不规范的广告,有虚假宣传的成分,所以要退律师费,并且法院判决律师要赔偿一倍的律师费的话,只要这样的判决一出现,就能从某种程度上杜绝不规范的广告行为。司法是设置规则的,只有司法设置了这些惩罚性的规则,就会最有效地杜绝不规范行为。

黄绮:要对不规范的广告制定一些限制和规范,首先涉及到依据的问题。律师、律师事务所肯定无法接受没有依据的规范和限制。包括刘律师刚才举例的判决,这个判决也要有依据。笼统的规范我们现在也有,《律师执业行为规范(试行)》第一百三十一条:律师和律师事务所不能以有悖于律师使命、有失律师形象的方式制作广告,不能采取一般商业广告的艺术夸张手段制作广告。这里我们就要检讨什么是“律师的使命”?一般的企业广告规定不会涉及企业的使命。另外,笼统的一句“不能采取一般商业广告的艺术夸张手段制作广告”,那么,“艺术夸张手法”怎么界定?所以我们还是需要制定一个更明确的依据。

光韬:对于限制或规范商业营销,我分两个层面:第一个层面,我们在条件成熟的情况下,可以参照一些发达国家的经验。我发现美国、英国、日本、香港都有相类似的规定。可以在条件成熟的时候由行业协会制定相应的规则,我认为自律比立法可能更好一点。

第二个层面,从监管的角度来说,首先监管需要很高的成本,无论是行政管理部门还是行业协会,这个监管成本是承担不起的。这是由于商业宣传的面很广,媒体渠道太多所造成的。但是我个人也不担心,我相信市场会把那些不正当的做法慢慢淘汰掉。

业外评选多“忽悠”,业内评选需科学

孙彬彬:三位律师都提到了一些好的建议,今天由于时间有限,最后我们再谈一个最近比较突出的问题,那就是:就业外对我们律师行业的评选活动,有关行政主管部门、律师协会应该如何进行必要的规范?

光韬:对于这个问题我的意见就两句话,第一句话是:所有其他行业对律师行业进行的评选、排名都很“扯”。第二句话是:作为行业协会应该毫不犹豫地站出来告诉社会这种评选是没有任何依据和权威性的。

刘逸星:社会的进步需要评选,无论哪个时代我们都需要评选。举个例子,如果大学没有排行榜,那么大学的学者就没有荣誉感,学生就不知道报选哪个学校。社会的进



步,人类的文明需要这种荣誉感,需要这种评选的积极性。目前的问题就如光韬律师所讲的“扯”,评选一定要有一套科学的数据和依据,例如《泰晤士报》对大学的排行榜,它有一系列的调查和一系列的数据,如果没有采信一套科学的方式来进行评选,那对社会是祸害,对我们行业的负面影响也是毁灭性的。

黄绮:首先我认为我们现在讨论的问题和刚刚讨论的问题有联系。因为评选的本身也是一种宣传,是对律师和律师行业的宣传。而且从协会的角度来说,它的职责之一就是奖惩,奖励优秀的,惩罚有过错的,所以律师协会必须要开展评选活动,它具备对优秀律师进行推广和对行业自身进行宣传的功能和职能。这件事情本身是不“扯”的,刚才两位律师否定的都是没有客观的、科学的标准以及没有“公开、公平、公正”的程序的所谓评选。如果没有客观和“公开、公平、公正”的程序,那么这个所谓的评选就带有“忽悠”的成分,是应该否定的。

反观业内的评选,我们业内的评选是有相关的规则规

定的。上海市律师协会每次评优首先都有一个资格与条件的公布;其次在评选的过程中确实有各种符合要求的参评材料;最后我们的评选有一个“公开、公平、公正”的程序。然而业外那些非专业的评选缺乏这些过程,容易误导社会大众,我认为对此应该持否定态度。业外对律师的正面宣传我们是欢迎的,但是我们不欢迎以这种方式来宣传律师。可是要禁止业外的评选却很困难,因为没有依据,即使是通过诉讼的手段也要相当谨慎。因此我们要完善我们业内的评选机制,做到更客观、更“公开、公平、公正”以及规则上的更完善。并且,在评选之后还应该加强宣传,宣传律师业的标兵人物及其先进事迹,让老百姓得到正确的资讯和引导。

孙彬彬:对于如何进一步规范与律师有关的各种类型的评选和规范律师行业本身的宣传及营销的问题还有待于更多的律师向我们贡献计策。今天的“法律咖吧”就谈到这里,希望大家集思广益,给我们律师行业带来更多智慧的成果。谢谢大家。●

法规链接

《律师和律师事务所违法行为处罚办法》(司法部 中华人民共和国司法部令 第122号)

第六条:有下列情形之一的,属于《律师法》第四十七条第二项规定的律师“以不正当手段承揽业务的”违法行为:

(一)以误导、利诱、威胁或者作虚假承诺等方式承揽业务的;

(二)以支付介绍费、给予回扣、许诺提供利益等方式承揽业务的;

(三)以对本人及所在律师事务所进行不真实、不当宣传或者诋毁其他律师、律师事务所声誉等方式承揽业务的;

(四)在律师事务所以外设立办公室、接待室承揽业务的。

《律师执业行为规范(试行)》(2004年3月20日五届全国律协第九次常务理事会通过)

第一百一十四条:律师和律师事务所推广律师业务,应当遵守平等、诚信原则,遵守律师执业道德和执业纪律,遵守法律服务市场及律师行业公认的行业准则,公平竞争,禁止行业不正当竞争行为。

第一百一十八条:律师可以发表学术论文、案例分析、专题解答、授课等,以普及法律并宣传自己的专业领域。

第一百一十九条:律师可以举办或者参加各种形式的专题、专业研讨会,以推荐自己的专业特长。

第一百二十三条:律师广告应当遵守国家法律法规和本规范。坚持真实、严谨、适度原则。

第一百二十七条:律师个人广告内容应当限于律师的姓名、肖像、年龄、性别、出生地、学历、学位、律师执业登记日期、所属律师事务所名称、在所属律师事务所的工作时间、收费标准、联系方法,以及依法能够向社会提供的法律服务业务范围。

第一百二十八条:律师事务所广告的内容应当限于律师事务所名称、办公地址、电话号码、传真号码、邮政编码、电子邮箱、网址、所属律师协会、所辖执业律师及依法能够向社会提供的法律服务业务范围简介。

第一百三十一条:律师和律师事务所不能以有悖于律师使命、有损律师形象的方式制作广告,不能采用一般商业广告的艺术夸张手段制作广告。

第一百三十四条:律师和律师事务所不得自己进行或者授意、允许他人以宣传的形式发布律师广告。

第一百四十六条:律师和律师事务所在与司法机关及司法人员接触中,不得采用下列不正当手段与同行进行业务竞争:

(一)利用律师兼有的其他身份影响所承办业务正常处理和审理;

(二)在司法机关内及附近200米范围内设立律师广告牌和其他宣传媒介;

(三)向司法机关和司法人员散发附带律师广告内容的物品。



区县特写 ●文 / 徐汇律工委

法治城区建设中的 徐汇律师群英谱

“经局党委研究决定：授予上海市大公、汇盛、徐晓青、周天平、东联、希良成……等 13 家律师事务所‘2010 年度徐汇区司法行政系统先进集体’称号；授予李家麟、欧阳润、徐申民、章忠敏、谭芳、袁国华、谈培初……等 17 位律师‘2010 年度徐汇区司法行政系统先进个人’称号……”2011 年 2 月的一天，在徐汇区政府那间宽敞明亮典雅、很有历史感的礼堂内，区司法局党委书记、局长徐文泉在一片热烈掌声中宣读着手中厚厚的光荣册。

徐汇律师，它并不仅仅是 1530 名个体的简单相加，更是一支建设徐汇法治城区的重要力量。在区司法局组织、引导下，律师们凭借自觉的社会责任感，主动参与地区维稳化解工作，踊跃参加法律援助，认真进行法制宣传，全面推动“法律进社区、小区”，积极投身参政议政

及社会公益事业。

政府决策的“智囊团”

“清仓甩卖”，“跳楼价”等巨幅招牌林立市场，有的商铺货架早已空空落落，这是 2006 年 6 月 30 日下午上海某服饰礼品市场内一番“别样”的场景。几个小时后，这个在上海滩运营 6 年之久、已成为和外滩、新天地、陆家嘴有着同等知名度的“平民时尚地标”将退出历史舞台。

随着上海城市建设的推进和知识产权保护意识的增强，该市场撤销关闭工作被提上日程，因项目涉及影响较大，市政府、徐汇区政府及相应主管部门多次召开会议论证，希望能够实现市场撤销关闭的平稳过渡。



徐汇区政府法律顾问团徐晓青、武延年、欧阳润、杨波等 30 多位律师专家集思广益，就市场关闭方案提供了 20 余条法律意见，为当时的关闭和后续的平稳过渡打下了良好基础。

治国者必先受治于法。

自 2006 年徐汇区建立四级政府法律顾问制度以来，区政府法律顾问团的 40 名律师以及各委办局的法律顾问充分运用专业特长，为区政府及其各部门、各街道（镇）提供法律意见 2000 余条，陪同区党政领导接待上访群众 690 批 2730 人次，为促进政府依法行政发挥了重要的、专业的作用。与此同时，全区 13 个街道（镇）、304 个居（村）委聘请 58 家律所的 304 名律师为法律顾问，实现了法律顾问在全区各居（村）委的全覆盖。

2011 年杨波、王庆珍、唐文华、李家麟、欧阳润、廖明涛律师分别应区委领导要求，对《田东佳苑公租房申请审核办法》及徐汇区政府与民航华东管理局就龙华机场合作项目的出资协议进行法律审核，确保了行政决策的合法性。

王庆珍律师作为区监察委特约监察员，对各街道（镇）对准予许可的材料及“不予许可”的项目设置提出专业意见，无论许可不许可，均准备充足的依据和材料，让申请人信服，避免矛盾和纠纷的发生，得到区监察委的高度肯定和采纳。而徐家汇、斜土、枫林等街道的法律顾问们参与了行政决策的评议流程和各类合同审核环节，保障了街道行政和民事行为的合法性。

社会稳定的“减压阀”

2006 年 9 月 18 日，巨大的火舌从漕河泾街道某小区的一户居民家中喷薄而出，顿时浓烟滚滚，呼喊声、救命声、警笛声此起彼伏。虽然火势很快得到控制，但三死一重伤且整栋居民楼毁损严重的场景令人惨不忍睹。

“叮铃铃……”急促的电话铃声打断了他的思路，“周律师，这里出事了，要麻烦您了……”电话刚接起就听到街道领导急切的声音。周天平律师了解情况后，当

即率领所内律师第一时间赶赴火灾现场，深入了解这起小区居民因家庭矛盾激化引发的特大杀人、纵火案件的情况。

不久，受害者的远亲和火灾殃及的受害人纷涌至街道讨说法、要赔偿。周天平率领律师们根据案件事实理清了复杂的法律关系，提出了化解矛盾的处理办法和操作流程，并书面出具十条法律意见。

周天平所的律师们还积极跟踪后续发展，先后三次无偿为该案中的受害居民代理民事赔偿诉讼并帮助受害人申请强制执行程序，历时一年半，直至案结事了，维护了小区居民的合法权益和社会的安宁和谐。

为促进矛盾化解工作的系统化、合法化、制度化，自 2005 年徐汇区司法局建立了律师陪同区领导周四信访接待制度，共接待上访群众 967 批 4583 人次，在解决群众信访和群体性纠纷、维护社会秩序稳定方面发挥了重要作用。

2010 年，汇业、龙华、周天平、鼎城等 12 家律师事务所 30 位律师，参与了动拆迁信访疑难案件的处理工作，共提交 22 份动迁专项法律分析意见书，为政府依法解决动迁纠纷提供了法律依据。

至今，包括龙华迎宾馆群体信访、东方曼哈顿小区车库进水、漕开发群体信访、东安路 338 弄群体纠纷、谢代鹏“见死不救”、中山医院大楼采光权、博库书城意外死亡、美美百货公司劳资纠纷、世博场馆劳资纠纷、金马房地产采光权和施工污染、轨道交通 9 号线动迁补偿、兴国路 91 号矛盾化解、日精企业重大劳资纠纷、金色港湾保姆跳楼、江南新村群租房漏电致人死亡事件等重大、复杂疑难案在内，徐汇律师参与各类疑难复杂、群体性纠纷等化解调处已达 614 件。

弱势群体的“守护者”

2011 年 1 月，农历兔年春节将至，人们都忙着置备年货，喜迎新春。但“和记小菜”龙华店门前的那些高举“无良老板、还我们血汗钱”巨大横幅的人群却显得格外“扎眼”。

由于轨道交通 11 号线的开工建设，2010 年 12 月该店停业拆迁。离职员工要求公司依法支付拖欠工资，双休日及节假日加班费，终止劳动合同的经济补偿金等。

但公司负责人却拒不露面，且没有给出任何的解释和答复，由此引发了 50 多名员工与公司的劳资纠纷。因春节临近，多名未拿到薪酬而又急迫返乡的员工情绪激动，扬言到市政府群体上访。若不及时解决纠纷，将对春节前夕的道路交通和区域和谐稳定造成极为负面的影



响。

华夏律师事务所律师叶竹影、许德学接到区法律援助中心的通知后,第一时间介入。他们一方面积极代理员工通过法律途径追讨薪酬,另一方面全力安抚员工的情绪,防止矛盾激化,并积极说服公司尽快调解,争取春节前妥善化解纠纷。

但事与愿违。公司代表坚决要求按仲裁途径解决,没有丝毫调解意向。1月24日,劳动仲裁如期开庭,庭审中两位律师配合仲裁员一一陈述出示50多名员工的申诉请求,并为他们据理力争。

长达50多个小时的庭审,充分表现了律师的法律功底与办案能力。面对清晰的事实和确凿的证据,公司方最终表示愿意调解,并同意春节前一次性支付50名员工40万元人民币。

为保证返乡员工的财产安全,两位律师又自发帮助每位员工办理了一张银行卡,督促公司将薪资和补偿金直接划入员工个人账户。

飞骋律师事务所主任朱宁律师在接手一起劳资纠纷案件后,不仅当天赶赴纠纷现场,还迅速与赖小俊、方洁、毛俊伟、卞波律师成立了五人法律援助小组,不辞辛苦地为徐晖等18人成功追讨企业拖欠的薪资。

四川籍农民工郭定东来沪务工发生工伤后,被弃于医院18天无人问津。申汇律师事务所徐宏律师为其提供法律援助。他不断往返于当事人与企业单位之间进行协调,在不激化矛盾的情况下,运用调解手段,快速解决问题,为双方当事人和平解决纠纷搭建了一个重要的桥梁。

华夏律师事务所卜音英律师、鼎城律师事务所李志国律师等还多次积极配合区法律援助中心义务参加徐汇交警支队交通事故调处,代理涉诉案件受害人妥善解决交通事故赔付事宜。

2005年以来,徐汇律师在各街道、居(村)委的317个法律援助联络点和老干部局、劳动局的21个法律援助联络点以及徐汇交警支队的法律援助联络点,为区内涉讼的困难群众提供了1856起法律援助,为外来务工人员追回欠薪131.76万元,受害人获得各类赔偿46.01万元。为1000余名交通事故当事人提供了义务法律咨询,义务参与交通事故调处100余起。先后有多家律师事务所、多位律师荣获“法律援助先进单位、



先进个人称号”。

法制宣传的“急先锋”

建设法治社会,离不开法治宣传,作为法律人的律师肩负着宣传法律从而让人们知晓法律、遵纪守法的责任。

杨波律师每个月定期为区劳协会员单位的人事干部进行劳动合同法讲座,义务培训了基层人事干部600余人次。身为区老干部局法律顾问团成员的他,还定期为老干部工作者举行义务讲座。他的讲座总是人满为患。这份自信与气场来源于他深厚、扎实的法律功底以及其不求回报、甘于奉献的社会责任心。

以君成、汇锦、君合、华夏、美达、申汇、汇业、鼎城、远业、润言等律师事务所为强大班底的法律巡回宣讲团,通过协办春运法制宣传、组织迎世博农民工素质教育培训,使万余名农民工接受了法制教育。他们还依托社区学校、外来务工人员流动学校及建立在建筑工地、来沪人员集居地的普法窗口等开展法制宣传教育工作,几年来共为800余名农民工进行合同维权。

在区司法局的引导下,依托“法律进社区、进小区”这一平台,徐汇律师以街道常设的窗口服务、小区的双休日定时服务、“夜门诊”形式的定点服务、不定时巡回服务、社区群众普遍关心的“老人维权”、“婚姻法”、“继承法”、“劳动法”等热点服务方式,拓展法制宣传教育的深度与广度,平均每年为社区百姓义务咨询11100余人次。

参政议政的“好帮手”

徐汇律师中现有市、区人大代表、政协委员 12 名。人大代表几年来先后提出《关于以科学发展观为指导，依法进行理性投资的建议》《依法处理动迁矛盾，推进新一轮建设》《关于修订上海市环境保护条例》《关于严格执行〈律师法〉中涉及会见、阅卷规定的意见和建议》等 36 件议案，大都被立案落实。

市政协委员胡光律师在上海两会期间提交了《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》提案，获得 30 余名委员的签名支持。

区政协委员周天平、袁国华、黄荣楠、李家麟、徐申民、王凡、严义明律师几年来先后提交《关于完善区信访接待工作》《关于利用世博机遇，大力发展徐汇创意产业》《关于促进大学生就业的几点建议》《关于为徐汇区律师事务所在区域内办公提供扶持，大力发展律师等现代服务业的建议》等提案和建议 78 件，大都被采纳落实。

徐汇律师中现有各党政部门的监察员、监督员 6 名，几年来先后提出建议和监察意见 200 余条，也都被采纳落实。

世博建设的“志愿军”

2010 年，在上海世博会期间，徐汇律师组织成立了由 32 家律师事务所、50 名律师参加的“徐汇区迎世博法律服务志愿团”，并成为徐汇区《上海平安志愿者》的组成部分。

2010 年 4 月 22 日下午，根据制定的《徐汇区律师世博志愿团处置突发事件应急预案》，志愿团成员设立了律师 A、B 组，欧阳润、叶竹影、郭君、朱宁、刘巍嵩、王庆珍等律师紧急待命。在模拟演练中，与司法所干部协同处置，配合默契，进一步提升突发事件应急处置能力，确保上海世博会期间应急保障万无一失。

徐汇区的华诚、徐伟奇、周天平等律师事务所积极参与世博场馆建设、市场开发、招商引资、购买服务等多项筹备工作中的法律事务，提升了徐汇律师的执业形象。谭艾珺律师作为世博志愿者，被选聘为上海世博会筹办工作小组志愿者法律顾问。他出色的志愿服务工作



获得好评。上海世博会宣传及媒体服务指挥部志愿者部给徐汇区司法局发去感谢信,感谢其为上海世博会志愿者筹备工作的顺利推进作出的重要贡献。

扶贫救弱的“热心肠”

作为改革开放的受益者,律师业的大部分人在自己经济状况良好的同时不忘“扶贫救弱”。据粗略统计,徐汇律师自2005年以来,为各类赈灾救助活动捐款计80万余元,捐物近2000件。缴纳特殊党费5.9万余元;为灾区、边区学生助学47人。

2008年5月12日,四川汶川发生大地震后。徐汇律师秉承了“一方有难、八方支援”的传统美德,积极开展抗震救灾募捐活动,共上缴捐款60万余元、“特殊党费”5.9万余元。其中,君合上海分所除了捐款15万余元外,还筹集了4.3万余元资金购置绷带、棉签、口罩等急救用品送往灾区。上海艾帝尔律师事务所通过开展“筹善款、援汶川”义务法律服务活动,义务为向灾区捐款的企业提供总计1000小时的专业法律服务。●



刘习赞

上海市律师协会长宁区工作委员会主任

上海市长宁区政协委员

上海市律师调解化解社会矛盾先进个人

市委市政府信访接待志愿团律师

第二届“东方大律师”

曾被授予“司法行政个人三等功”

人物·东方大律师 ●文 / 彭念元

勤奋敬业 锐意进取

——记“东方大律师”刘习赞



上海市君悦律师事务所副主任刘习赞律师,是一位勤奋敬业、锐意进取的高级合伙人。特别是近几年来,在事务所主任刘正东担任市律协会长期间,刘习赞律师承担了事务所的主要管理工作,取得了良好成效。君悦律师事务所已发展成为以房地产、公司投资、金融保险等业务为主的大型综合性律师事务所,以“人心齐、风气正、素质强、管理严、发展后劲足”的特色,连续四届被评为“上海市文明单位”,2008年被评为“全国优秀律师事务所”。而刘习赞则在2011年被评为第二届“东方大律师”。

一、勤奋敬业,服务经济发展

刘习赞律师自1994年开始执业至今已有17年之久。他以扎实的法学功底和丰富的实务经验,活跃在公司法、房地产、外商投资和保险法等领域,成功办理了数百起诉讼和非诉讼案件;为上海电气、中国人保、上海老凤祥、仲量联行、tesco 乐购等近三十余家国内大型企业、外商投资企业担任常年法律顾问和提供法律服务,以诚信执业、勤奋敬业的精神获得当事人的好评。

2006年,刘习赞律师接受顾问单位上海电气集团资产经营有限公司委托,担任该单位诉上海精信模具制造有限公司等六被告搬迁纠纷案的代理人。该案的被告均是由国有企业转制的民营企业,不仅历史背景复杂,而且涉及员工近千人。面对错综复杂的历史背景、现实利益的纠葛、法律规定与实际操作的距离,刘习赞律师勤勉尽责,兢兢业业,不仅在法庭上引经据典、据理力争;还在法庭外多方协调,化解危机,既保护了原告的合法权益,也照顾了被告的实际困难,最终使案件历经一审、二审胜诉,为国有企业挽回损失达1500万元之巨。原告胜利之后,作为原告的诉讼代理人,刘习赞律师不敢有丝毫的懈怠,他认为:如果说诉讼是对律师法律功力的检验,那么如何执行法院的判决则是对律师协调能力的考量。刘习赞在原告和被告之间进行游说和劝导,动之以情,晓之以理,促使双方当事人化解心中的怨气,自觉履行法院判决确定的义务,实现案结事了,从而使双方当事人握手言和,六被告获得应得的补偿,近千名员工全部顺利平稳迁出,取得了经济效益和社会效益的完美统一。

2009年,施工中的世博项目“变电站进线工程”12号工作间发生一起吊装事故:起吊机在吊起一卷重达34吨的500kv高压电缆时,一根主钢丝绳突然断裂,致使该电缆跌落至平板车上,造成部分电缆护层变形,表面有不同程度的凹痕。中国人保财险公司作为这批电缆产品的承保单位,接到了被保险人的索赔请求。刘习赞接

受委托为人保财险公司提供专业法律服务,立即率领保险法律师专业团队对案情进行调查。他们了解到,此项变电站进线工程是缓解市中心供电压力、提高世博园等重点区域供电可靠性的重要工程,也是全中国第一条500kv长距离电缆输电线路,500kv高压电缆是特地向日本VISCAS公司特别定制的,目前世界上尚无此型号的电缆成品库存;工期紧张,预定生产更需时间,且标的额较大,涉及电力公司世博项目组、人保公司、吊装方、拖运方等众多单位,该案的处理迫在眉睫。刘习赞和他的律师团队对案件材料做了大量的反复研究,分析事故原因,确定法律责任,及时向当事人分析并明确提示各方当事人可能面对的法律责任和风险;并就货损的处理和定损向各方提出新的方案,获得各方的认可,将最终的赔款金额缩减了50%,实现了“保证工期”、“保证质量”、“保证利益(减少社会资源损耗和当事人的赔付利益)”的既定目标,确保此项世博工程得以按期竣工。

二、化解矛盾,维护社会稳定

2009年7月,为贯彻市政府依法行政、顾全大局、化解矛盾的大政方针,君悦所毅然接受了市委、市府信访办公室的委托和市律协的指派,参与“律师参与市领导调研信访突出矛盾案件”相关工作。刘习赞律师领衔带领所内专业律师与市信访办、市律协、静安区信访办以及相关动迁责任单位、动迁基地展开沟通、协调工作,并主动请缨,对信访矛盾极为突出的“东八块”基地内11名信访在册人员进行整体性审查。

曾经闹得满城风雨的静安区“东八块”拆迁案件,缘自于房地产开发企业在资本运作中“饮鸩止渴”所引发的资金危机以及“官商勾结”所造成的老百姓对政府某些部门的信赖危机,虽然得到了公正的审判,少数害群之马也得到了应有的惩治,但因历史因素所遗留下来的基地拆迁矛盾却久拖未决,无法善了。面对“东八块”基地的复杂性和敏感性,刘习赞展开了深入的背景调查和理论研究,并在此基础上拟定了周密的审查、会见计划。他针对相关案件的实际情况和“东八块”案件的特殊需求,专门建立了“会见计划沟通制度”、“信访人健康状况征询制度”、“访谈结果反馈制度”,制订了《开展信访人访谈工作的程序、要点以及相关注意事项》,并转发市律协与全市律师共享,促进了信访调研工作的有序开展,也获得了沈红光等市领导以及市信访办、市律协、区信访办以及相关律所的一致好评。在刘习赞律师的带领下,全所13名律师组成团队,全心全意地投入到市领导调研信访工作当中,与市、区信访办、区房地局及相关责任单位召开协调会议近十次,在对信访人员的访

谈、会见工作中,耐心地倾听信访人的意见,适时地释法明理,极大的缓解了信访人员的猜疑、抵触情绪;在近一个月的材料审核工作中,刘习赉组织律师们积极参战,加班加点达1600个小时,实际核查信访矛盾31件,约见信访人15户,审阅材料1163份,出具法律意见书17份共计28万余字,并成功化解了一户信访案件,确保包括“东八块”在内的17起信访案件核查如期圆满结案,受到了静安区信访办等部门的高度认同和评价。刘习赉律师被评为2009年度“上海市化解调解社会矛盾先进个人”,并荣立“上海市司法行政系统个人三等功”,受到了市委书记俞正声、市长韩正等领导的亲切接见。

2010年,刘习赉律师领衔完成了静安区15件、长宁区60件信访案件核查工作,并化解了长宁区3件信访矛盾;2011年,又接受了静安区28件、长宁区60件信访案件,目前正在审核中。刘习赉积极履行社会主义法律工作者的神圣职责,以“我为化解社会矛盾出份力”、争当化解社会矛盾的“减压阀”为工作内在动力,以“为党分忧,为民解愁”的实际行动为维护社会稳定作出了应有的贡献。

三、参政议政,履行社会责任

刘习赉律师是民盟上海市第十三届法制委员会委员,担任着长宁区政协委员、长宁区律师工作委员会副主任等社会职务,他积极履行参政议政、民主监督职能,认真参加调查研究,围绕社会主义“三个文明”建设献计献策,被评为2008年度“区政协活动积极分子”。

在日常工作与生活中,他关注民生,体察民情,在区政协所提的提案与建议都具有较高的质量。他提出的《关于进一步加大对我区律师业的扶持,促进我区现代服务业集聚发展的建议》,被评为2008年度优秀提案;他提出的《关于缓解天山路600弄近芙蓉江路交通拥挤状况的建议》《关于加强在民事诉讼审判中的安全保障措施的建议》和《关于完善和创新信访矛盾化解机制的建议》,均得到了市、区领导的好评,并被有关部门采纳,进行了相应整改。

他全力支持事务所的党建工作,为党支部的各项活动提供充足的时间、场地和资金的保证;党支部组织党员学习、发展党员或召开民主生活会,只要支部发出邀请,他都会挤出时间参加,而且积极发言,并结合每一位党员的自身特点,给他们提意见,对党建工作提出自己的见解和建议,党员同志们都称他为“党建之友”。

他扶贫帮困,乐于奉献,具有高度的社会责任感。四川汶川大地震、青海玉树地震发生后,他积极组织事务所员工向灾区捐款,奉献爱心,他个人还向上海市红十字会捐款6000元;他资助2名贫困学生完成学业;出资数万元资助1名青年律师到国外深造;资助老教师著书育人;支持长宁沪剧团出国演出弘扬中华文化;积极参加家乡的建设,在革命老区金寨县捐资修路。

刘习赉律师虽然自身业务繁忙并承担了事务所大量的管理工作,但是,在担任长宁区律师工作委员会副主任和长宁区律师代表团副团长工作期间,他仍统筹兼顾,努力做好律工委的每一项工作,对首届长宁区优秀青年律师的评选活动、长宁律师年会、四区青年律师辩论赛等大型活动提出各种建议,并主动参与具体的组织实施工作。在今年6月市律协召开的区县律师工作委员会主任会议上,新当选长宁区律工委主任的刘习赉总结并介绍了长宁区律工委的工作经验,引起与会者的极大兴趣。他们的自身定位和工作目标是:把律工委建设成团结律师的凝聚平台,拓展业务的服务平台,律师素质的提升平台,依法治区的保障平台;他们的班子建设和制度建设是:一方面建立既考虑律师的业务水平和管理能力又要有服务律师的积极性的班子成员选拔机制,另一方面陆续制定了律工委《会议制度》《专职秘书职责制度》《经费使用规则》,使律工委工作增强透明度,走向规范化、制度化,保障律工委活动的有序开展;他们求真务实的工作安排是:将今年的36项具体工作“表格化”,明确分工、责任、时间节点,做到项目到人、责任到人,体现了很强的操作性和创新意识,受到与会者的高度赞赏! ●





共筑和谐 ●文/陈迎瑞

栏目组稿人:顾跃进、吕琰、洪亮

为共建和谐社区出力

——杨浦律师事务所联盟为定海社区提供义务法律服务侧记



作为社会主义法律工作者的律师，在普法教育活动、创新社会管理模式、创建平安和谐社区、义务提供百姓法律咨询等方面，都有义不容辞的社会责任。杨浦律师事务所联盟从今年成立起，就努力通过为社会提供公益法律活动，认真践行人民律师的社会责任。

杨浦律师事务所联盟是由上海陈迎瑞律师事务所、上海知信律师事务所、上海顾剑栋律师事务所、上海周荣明律师事务所四家个人律师事务所组成。四位主任律师都是执业年限在10年以上，具有丰富的司法办案实践经验的资深律师，他们在繁忙的律师职业工作之余，贡献宝贵时间，主动自觉向社会提供公益法律服务。

杨浦律师事务所联盟先后三次参加了定海街道党委、政法委、信访科、司法所等领导出席的联席会议。通过对定海街道社区社情的具体研究分析，制定了共建和谐社区，提供社区居民公益法律服务的合作方式和内容，并以双方共建协议形式，明确了律师开展法律服务事项的职责和义务，以此作为诚信承诺和社会监督的依据。

一是共同建立联席会议制度，每季度召开司法局律公科科长、街道司法所所长和杨浦律师事务所联盟四位主任律师参加的联系会议，加强联系沟通，研究分析工作中出现的新情况和新问题，制定新的工作思路和合作方案。

二是律师参加与定海街道领导处理疑难、复杂社会问题或重大信访事项的活动，提供法律意见和处理方案。

三是律师参与处理定海街道辖区内司法所重大复杂疑难信访事宜或法律事务的调解工作，并且对司法所的重大调解案件提供法律咨询意见。

四是律师在定海街道所属各居委建立杨浦律师事务所联盟法律服务联系卡和开通律师法律咨询热线电话，为街道辖区内居民提供免费法律咨询。

五是举办为期一年的定海街道辖区内人民调解员和治保主任的法律培训，提高他们依法调解社会矛盾的水平。

杨浦区司法局领导对杨浦律师事务所联盟工作给

予了有力支持和指导，要求成立联盟的目的不能仅仅停留在节约成本上，更应该注重发挥出联盟“1+1>2”的作用。定海街道领导对共建工作也非常重视，认为杨浦律师事务所联盟主动为定海社区提供免费法律服务，这体现了律师高度的政治意识和社会责任感。

杨浦律师事务所联盟为定海街道提供义务法律服务切入点，首先是从培训人民调解员和治保主任开始的。因为他们处在社会管理和地区维稳工作的第一线，提高其调解各类社区纠纷的法律专业知识和实际工作水准，有助于使各类民间纠纷和不和谐因素有效消除在初露萌芽状态。为此，根据定海街道领导的要求，首先启动了为定海街道所属19个居委人民调解员和治保主任的法制培训工作。

6月15日，陈迎瑞主任开讲了法律培训第一课。整个讲座对人民调解工作性质和工作范围以及五大类内容（婚姻家庭，相邻妨碍和邻里纠纷，小区物业管理纠纷，一般民事和劳动争议纠纷，轻微刑事案件调解及监护人指定）分别作了法律宣讲和调解方式提示，并结合案例作了具体分析和讲解。

在培训活动期间，杨浦律师事务所联盟的四个主任律师分别联系了5个居委，定点参加第一线调解工作，予以实际指导，以巩固法制培训讲座效果。他们还分发了律师联系服务卡，开通了律师义务法律咨询热线，落实了义务法律服务的具体事项。

进入7月份，酷暑难耐，骄阳似火。杨浦律师事务所联盟的四位主任律师不辞辛劳奔走在各自负责的居委内，认真解答和处理居民的各类法律问题，主持第一线调解工作，为社区居民解疑释惑，解决了不少积压的法律难点问题。目前杨浦律师事务所联盟已分别为社区提供各类法律服务达百次之多，面向19个居委会，义务法律热线电话服务已开通，天天有社区居民来电或上门咨询，方便了社区居民高效快速得到法律帮助。

一诺千金，贵在坚持。为社会提供义务法律服务也必须诚信为本。杨浦律师事务所联盟已形成制度，每月召开一次联盟会议，对社区法律服务遇到的问题进行交流和总结，不断完善法律服务方式，继续为创建和谐社会贡献新力量。●

法目良法去语

执业心语

●文/丁晓文

栏目组稿人:刘小禾 liuxh@lawyers.org.cn

律师要有大视野



在一次工作晚餐上,我提起最近看的一本很有意思的书,内容是“邱会作和儿子谈文化大革命”,坐在我边上的一位三十多岁的官员问我“邱会作是谁?”我反问他“黄、吴、叶、李、邱知道吗?”回答是不知道,同样表示不知道的还有我同桌的几位青年律师。我感到很吃惊,在我眼里他们都是很优秀的年轻人,但是离开他们的本职专业,他们一些基本的历史知识却很差,这名共和国重大审判活动中著名的“被告人”及其置身的重大历史事件,竟然未能引起青年律师的关注,令我很感慨。我总觉得一个律师,如果是仅懂一点专业法律条文,知识面太窄,看问题就不容易深刻,也就不会有人常说的大气。《上海律师》约我谈些执业感悟,我就结合我的执业经历谈谈律师的执业视野吧。

专业服务沾了非专业的光

1986年2月,我参加了上海市自行组织的唯一一次律师资格考试并获通过(1988年我又参加全国考试也获通过),记得当年大概有108个幸运儿,如朱树英律师当年就和我“同科进士”,由于我不满足仅做一名兼职律师,两年后我就向单位提出辞职,到上海市第六律师事务所担任专职律师。但单位却告知,如果我一意孤行将对我除名,幸好事务所主任张国飞律师是我单位的常年法律顾问,经过谈判,单位人事科告诉我,虽不允许我“辞职”,但给我一条“生路”,由单位对我进行“辞退”。同时非常滑稽地是告诉我,辞退决定书具体文字由我撰写。现在的人可能根本搞不懂为什么还要做这一番文字游戏?因为那个时代个人是不能随便炒单位鱿鱼的,

这就是当年我们那一代人的择业环境。既然单位已给了我“自由身”,我对当年的企业领导就一点儿也没有怨言了。我感到我作为一个老三届的个体已是非常幸运了,我最终选择了我非常喜爱的律师工作,这个职业使我过去近四十年的人生经历变得更加有意义,没有浪费。我的一些生活经验帮助我更好地理解当事人,更好地理解生活中的许多矛盾,使我能有一种境界去办理那些普通的民刑案子。记忆中我当时办案充满了激情,因此我也写了一些文章。最难忘的是1990年10月,我在《解放日报》的“人民广场”版面开了《律师手记》专栏,记得“人民广场”两年多里登载的六十多篇《律师手记》中一半都是我撰写的,后来我和责任编辑徐蓓也成了朋友,她对我说:“你的文章多了一些法律之外的人文关怀,有较强的可读性”。

社会活动使你站得高看得远

我注意到许多大师级的专家除了知识面比较宽广外,还都具有很强的社会责任感,很关注政治和民生。我在一些会议上听到他们那些很有创意的意见时,每每能深切体会到这一点。因此,我觉得律师的专业领军人物同样也应有较强的社会责任感,要关心政治,积极参加各项社会活动,以此来开阔视野,提高境界,这样的律师发表的专业意见就会有高度,就会有独到之处,因此我很反对一些年轻律师只关注一些专业法律问题,不愿意分神关注社会问题,这样的律师可以成为专业律师,但难以成为领军人物。

我在执业中很珍惜一些能参加社会活动的机会,如区人大代表的经历,让我更了解社情民意,发表意见时就会有更



丁晓文,上海中建中汇律师事务所首席合伙人,高级律师,复旦大学法学硕士。黄浦区第二、三届人大代表、常委会委员,中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员,上海市城市发展信息研究中心特约研究员。曾任第六、七届上海市律师协会理事。获得过“上海市优秀非诉讼律师”称号。

准确的立意。2004年我还被邀请作为中国浦东干部学院首届市长提高班的授课嘉宾,这些经历极大地开拓了我处理专业法律课题的视野,比如市长提高班给我的授课课题为“城市规划建设中市民权益的保护”,我在和市长们讲课互动中,进一步理解了这些父母官们的苦衷,了解到现阶段城市建设中许许多多的现实问题,对一些专业问题有了更深入的思考。那个时期我借助备课写了一些文章,其中一篇题目为“寻求定位点”,副题是“试论城市规划建设中市民知情权的保护”的文章登在了《法治研究》杂志上。

事实上,律师都有一些社会活动的机会,通过这些活动能获得更多的信息

资源,发表专业意见时,社会效果就比较好,在业内也容易得到认可,为此我连续两届担任了律协的一个专业委员会的主任。坦白地说,从事社会活动必然会与具体法律服务的时间产生冲突,甚至可能在个案的业务创收上有所损失,这就有个取舍问题。我非常不欣赏那种一点公益活动都不肯参加的律师,我认为我们当代律师应有一些使命感,我在为纪念律师制度恢复 25 周年举办的“律师本质属性”大讨论时写了一篇短文《我的律师职业使命观》,其实就是我平时的一些思考。我在文中提到,“从我国法律建设的阶段性重点看,在未来较长的一个历史时期内,公权力和私权利碰撞的问题应当得到律师行业的特别关注,为了社会的平衡和稳定,律师必须发挥更具建设性的作用。因此,作为一个职业群体,律师应当有更积极的参政意识。这不仅是为了行业地位的提升,也是为了全社会的利益。多一些更理性、更具综合判断力的律师,在政府的决策活动中发挥更为重要的作用,这对整个社会都是福音。因此,就整体而言,我们这个行业需要有更多一些的律师去关心公共利益,这些律师可以经常发出一些反映民意的呼声,而其中具有牺牲精神、热心为国为民分忧的一些律师则应当成为我们行业的旗帜。”想不到我这篇剑走偏锋的文章得到了律师们的认可,被评为唯一的一等奖,这对我是很大的鼓舞。

精彩在于有广阔的视野

执业 20 多年来,我当然也办了许多多多自我感觉还可以的案子,但常常回想起的却不是那些帮助当事人准确运用法律的案子,记得最清楚的往往是那些对相关课题有认知高度、办案思路有创意的案子。多年来我觉得有一个永恒的课题在拷问我,律师办案时总会遇到情、

理、法的冲突,法律规定与社会效果的冲突,这不是什么学者们讲的“恶法非法”之类的理论问题,而是一个实际问题,这常是我法律服务重点思考的问题。我认为好的法律服务就应该有好的法律效果,不管结局后果,仅关注法律适用的对应性的法律服务、法律裁决,那不是法律的本意。我在许多场合都曾提及,20 年前,我作为上海无线电二厂的诉讼代理人,参与处理该厂与当时的万国证券公司的一起借款纠纷案件,当时上无二厂资金短缺经营非常困难,向万国证券公司借贷的一笔款项到期不能偿还,被万国证券诉至法院并被查封了账户,我全面了解了上无二厂的经营情况和我国企业整顿、破产具体法律制度的粗糙、缺失后,清楚地明白作为在职员工有四千余人的国有一级企业,被司法查封的银行账户的钱款是企业生存的“种子粮”和“口粮”,因此此案不宜简单地审理判决。我的代理词的第一句话是“此案不能简单依法解决”,这样讲当然是故作惊人之语以求得演讲效果,法院非常重视我的代理意见,此案最终调解解决。根据包括这个案子在内的普遍情况,后来上海市经委和法院还联合出台了一系列保护国有大中型企业有序破产的政策,如规定企业维持生存的基本账户不能查封等,同时上海市加快了完善破产企业职工保障机制的建设。

回顾办这个案子的思路,对我以后办案有很大的启示。我的专业定位是破解城市建设中的法律难题,2000 年后由于看到全国范围内房地产开发过程中“烂尾楼”现象已经成为严重的社会公害,我在许多报刊杂志上连续发表文章提出治理建议,我还积极主动向市政府法制办递交了一份治理停缓建工程的立法建议,我在分析许多烂尾楼的成因时注意到:许多烂尾楼的形成有着银行的“依法”不负责任,政府的“依法”一推

了之,法院的“依法”机械执行留下的消极作用等客观背景。我当时写的一些文章是很有针对性的,我 2002 年在《文汇报》上发表的题目为《“烂尾工程”命系银行》一文中,分析了许多银行的消极做法并提出积极建议。题目为《“烂尾工程”面对的法律课题》一文提出:“政府的最佳立场是尽量地积极参与和积极推动,最终仍应借助市场自身的力量和司法强制力去处理‘烂尾工程’。”在题目为《“烂尾楼”拍卖:如何打开续建之门?》一文中,我指出:许多“烂尾工程”若通过拍卖等执行程序,最终仍无法使许多工程续建,从某种意义上讲,这就是司法程序上的“烂尾工程”。我感到至少从实际效果而言,失当的拍卖浪费了“救活”停缓建工程的司法契机。我一直提醒自己应保持对专业问题思考的视野和高度,实际就是保持专业服务的优势,最终也更能得到当事人的认可。我因此有很多机会为政府处理公共危机出谋划策,同时在专业服务的过程中,我也和许多专业机构和专业人员建立了互信关系。当然我也绝非一个个体律师,我庆幸我参与创建了一个专业律师事务所,并身处在这个专业团队中,借助这样的平台我可以为一些在社会上有很大影响的事件提供法律意见,如轨道四号线塌陷、莲花河畔景苑倒楼事件、外滩“港四大楼”倾斜事件,我都直接提供了专业意见。

总之,我觉得在专业法律服务普遍同质化的情况下(不一定是坏事,也反映专业法律服务水平普遍提高),保持专业法律服务的高度,就一定要有开阔的视野。我的经历告诉我,这种视野的提高、开拓,一是要有更加多元的知识结构;二是要多参加社会活动,提高自己的社会责任心,这样你在执业时就会有更加成熟的大局观,你的专业意见一定会更加切中要害。●

视角

●文/薛进展

民情汹涌下的刑法扩张危险



薛进展，华东政法大学教授，上海博和律师事务所兼职律师。从事刑法学教学研究 20 余年，在全国核心期刊发表学术论文数十篇，被聘任为上海市多家法院、检察院专家组成员。执业 20 余年，办理重大刑事案件数百起。曾被上海市律师协会授予“上海市优秀刑事辩护律师”荣誉称号。



5 月 1 日以来，能够在全国民众中对刑法产生强烈感知的莫过于醉酒驾驶的入罪，也正是从这一天开始，全国各地的公安机关大张旗鼓地将醉酒驾驶行为入罪抓捕到案，醉酒定罪判刑遍地开花。特别是随着知名度极高的“中国达人秀”评委之一的高晓松因醉酒驾驶被刑事拘留和被快速定罪判刑，醉酒驾驶构成犯罪的深度影响将在相当长的时间内在全国民众中产生作用。可以毫不夸张地说，在醉酒驾驶入罪的过程中，民情酿造了醉酒驾驶入罪的刑法，刑法完成了一次从专家刑法到民众刑法的蜕变，民众更是从醉酒驾驶的入罪中进一步认识了刑法在社会生活中不可替代的作用。

毋庸置疑，醉酒驾驶行为的入罪，从客观角度看，将使人们的出行减少了来自醉酒驾驶的不安全感。虽然从 5 月 1 日醉酒驾驶入罪刑法规定生效以来，全国各地抓获了大量的醉酒驾驶犯罪的人，仅从 5 月 1 日至 15 日半个月的时间内，就查处醉驾 2038 起，其数量之多，堪称同为同一时间段内案件爆发最为集中的犯罪类型。但是仅就该数据而言，已较去年同期下降 35%，全国因醉酒驾驶发生交通事故死亡人数和受伤人数同比分别下降 37.8% 和 11.1%。而且可以相信，随着醉酒驾驶不断被以犯罪查处，醉酒驾驶的数量将呈明显的递减趋势。由于醉酒驾驶行为本身具有对公众出行安全

的可能危险，而因醉酒驾驶的逐渐减少，社会公众的出行增加了稍许安全（因为只是减少了来自于醉酒驾驶的危险）。

从主观角度看，醉酒驾驶的入罪，一定程度上满足了人们难以平衡的无限扩张的仇富心理。当今社会，贫富差距不断拉大，有车的多少也能表明一定的经济实力，有名牌车辆的则更表明其不同于普通人的身价。因此社会在贫富差距不断拉大的过程中，也催生了不少人的仇富心态。于是乎，只要与富有、官员、情妇等字眼结合，通过网络的无限传播，任何事件都可以迅即成为全国热点。与此相伴的恶意毁车事件也在不断充斥眼球。某个小区数十辆小车一夜之间被人恶意刻划的事件时有报道，小区停放的车辆被人从楼上恶意扔下的杂物砸坏的报道也不断出现。尽管醉酒驾驶的大多是普通型号的车辆，但名牌车辆的醉酒驾驶似乎成了醉酒驾驶的统一名称。人们对名牌车辆醉驾的不满心理已经积聚许久，当身着名牌，驾驶名车的人因为醉酒驾驶而犯罪被关押入狱，人们不平的心理至少也得到了某种程度的满足。和谐社会是人们追求的目标，和谐的基础或者在于物质享有的均衡或者是心理的满足，在物质方面难以保障均衡的前提下，通过心理的满足不失为一种和谐的有效途径。因此醉酒驾驶的入罪，更深层的意义可能就是通过心理满足而实现的社会和谐。

与以往的刑法修改所不同的是,醉酒驾驶入罪的立法,不是专家学者的智慧,而是民情汹涌的成果。也正是上述这些主客观的原因,在醉酒驾驶是否入罪的问题上,醉酒驾驶应当入罪的民意呼声极为强烈。而一些刑法学的专家们却在刑法的谦抑原则的指引之下,反对用刑法代替行政处罚,反对扩大犯罪的范围。在两种声音的争论之中,微弱的刑法学专家的声音无法盖过强大的民众声音,博弈的输赢也在声音的高低上决出胜负。

当醉酒驾驶入罪已成定论,醉酒驾驶行为已经实际被依法追究的时候,我们也应看到刑法的扩张趋势正在形成。

用刑法手段直接取代行政处罚手段,这可能是醉酒驾驶入罪最为引人注目之处,也是刑法扩张的集中表现。今年2月25日全国人大常委会通过了刑法修正案(八),首次创设了包含醉酒驾驶在内的危险驾驶罪。为了与2011年5月1日起实施的这一刑法规定相衔接,4月22日全国人大常委会又对中华人民共和国道路交通安全法进行了相应的修改,新的道路交通安全法删去了对醉酒驾驶机动车违法行为人拘留的规定。同时,将暂扣机动车驾驶证的处罚改为吊销机动车驾驶证,且5年内不得重新取得机动车驾驶证。刑法的增设和道路交通安全法的删除,实际上是把原属道路交通安全法处罚的行为直接提升转变为刑事犯罪行为,用刑罚来处罚。行政违法行为直接转变为刑事犯罪行为,刑罚处罚直接替代行政处罚,这是刑法前所未有的立法创举。

应该看到,这种立法创举与刑法所固有的量变到质变的立法模式冲突。我国刑法对犯罪的设置,既强调犯罪的性质即罪质,也强调犯罪行为危害程度即罪量,即所谓定性加定量的立法模式。此种立法模式通过罪量的控制将某类刑

事犯罪的数量缩小在有限的范围内。如盗窃行为通过数额较大的入罪要求将绝大部分数额未达较大之数的盗窃行为排除在刑事犯罪的范围之外。但是在醉酒驾驶犯罪行为法律设置中却改变了我国刑法所固有的立法定性加定量的犯罪设置模式,将任何情况下的醉酒驾驶行为,不论其实际情况有何差别,也不论程度有何不同,一概纳入刑事犯罪的范围。由此在空旷无人的道路醉酒驾驶,醉酒驾驶仅行驶几十米远的路程,或者酒量甚好仅喝少量白酒的醉酒驾驶也都通归入醉酒驾驶犯罪之中。

行政违法行为直接转变为刑事犯罪行为的直接结果就是凭空增加刑事犯罪的数量,扩大刑事犯罪的范围。如果以上述5月1日至5月15日半个月之内就查获2038件案件数为据,那么保守的估计全国每月将有约3000件醉酒驾驶案件的查获,那也就意味着全年就此新增30000余件刑事犯罪案件。如此数量的犯罪,在全部刑事犯罪中也将是为数甚多的案件类型。如此数量的犯罪,不是因为社会中存在危害较大行为而被以犯罪查处,完全是因为立法将行政违法行为转变为刑事犯罪行为,凭空产生的结果。也许这一数量在有13亿人口的国家中显得微不足道,但是这30000余案件将牵涉到30000个家庭,牵涉到与此相关人的就业,牵涉到国家为查办犯罪启动刑事程序,执行刑罚而将要付出的巨额代价。也正是这样的原因,最高法院有关人员提出醉酒驾驶入罪要慎重,不是所有醉酒驾驶行为都应入罪的看法,不是没有道理。

如果说醉酒驾驶的入罪导致刑事犯罪数量急剧增加还不足以担忧的话,那么更值得担忧的是,醉酒驾驶的入罪所带来的更深远的影响可能就是今后的交通管理和其他社会管理将更依赖于刑法。可以相信,醉酒驾驶的入罪,必然会

使醉酒驾驶的人减少,人们出行的安全感一定程度上会得到提高。这种可见的效果,所引发的是全社会对刑法的过度依赖。可能的未来,醉酒驾驶入罪所产生的这种可见效果将作为一种成功的范例,成为人们呼吁将其他相关行为或者其他种类的行政违法行为纳入刑事犯罪的范围,用刑事手段来加强管理社会的充分依据,例如将超速驾驶入罪、超载驾驶入罪、车辆安全保障设施不全的驾驶入罪、无证驾驶入罪等等。如此发展,可能有一天车辆或者行人乱闯红灯行为也将入罪。因为没有理由说这些行为比醉酒驾驶行为的危害小,刑事犯罪的范围由此也将进一步不断得到扩张。一个社会会有各种各样的调控方法,比如民事方法、经济方法、行政方法和刑事方法,正是因为有着程度不同的调控手段和种类不同的调控方法,才能使社会的管理呈现为井然有序,层次分明的管理体系。刑法是社会各种调控方法的最后手段,只有在其他调控方法无法产生效果的情况下才能采用刑事手段。当一个社会刑事犯罪的范围极度扩张,允许刑事手段介入社会的方方面面,让刑事处罚无限延展,那么这个社会的恐怖性也就不言而喻了。

民意造就了醉酒驾驶的入罪,但醉酒驾驶入罪只能使公众出行减少了来自于醉酒驾驶带来的危险,而并不能排除所有出行安全的危险。除非把道路交通安全法中的所有违法行为都按照醉酒驾驶入罪模式全部照搬移植到刑法之中,公众的出行才能够得到安全保障。倘如真是如此,那么公众的出行将不是在交通法规的规制之下,而是在刑法的规制之下。当每个人的出行都在刑法的管控之下,那将是多么可怕的景象。因此醉酒驾驶入罪只能成为刑法立法的特例,不应成为刑法扩张的范例和标杆。●

我的败诉

●文/时军莉

栏目组稿人:葛珊珊 qsn888@vip.163.com

下判理由殊难自圆 救济途径似有实无



时军莉,上海君莅律师事务所主任,由法官转行律师业。上海市女律师联谊会第七届副秘书长、第八届理事,普陀区女律联会长。上海市委市政府、普陀区政府信访接待律师,上海市巾帼律师志愿团成员,市律协公司法业务研究委员会委员,上海市第四届优秀女律师。

一、案情介绍



原告是一家承揽膜结构工程的施工企业,2003年12月和2004年6月,与第二被告分别签订了两份销售合同,从第二被告处先后购买了两批膜材(1202/8106S膜材和1002/1709膜材)。第一被告法国某公司(以下简称法国公司)在签订两份销售合同前,派人对原告公司进行了资质认定和实地考察,认为无问题后向原告出具了合同项下膜材的《原产地证明》《建筑织

物12年保证》和《技术参数标准》。第二被告系法国公司的国内销售商,两者是销售者与生产者关系。

原告依合同向第二被告付清货款后,于2004年1月、7月将两批膜材用于南昌和温州两处膜结构工程上。令人难以置信的是,第一批膜材在南昌工程竣工当月就发生破裂现象,随着时间推移,破裂不断增加。第二批膜材于温州工程竣工后不久,亦发生质量问题。两批膜材在原告两处工程竣工一年内先后全部损坏,原告被迫另行购买德国同类产品更换。嗣后,原告将两个批号的剩余膜材送至国家权威检测机构A纺织品质检站进行质量检测,检测结果与第一被告法国公司向原告出具的《技术参数标准》不符(未达标)。原告遂以违约之诉诉至法院,请求解除两份销售合同、退还膜材款并赔偿损失,理由是被告生产、销售的膜材存在严重质量问题,被告至今未向原告提供销售合同约定的膜材进口及产品合格的相关单证,故被告未向原告提供销售合同约定的进口合格膜材,明显存在合同欺诈行为,导致销售合同目的不能实现,构成根本违约。

诉讼中因被告方对A纺织品质检站的检测鉴定结果提出异议,法院遂委托了某地方性的检测机构B公司进行鉴定检测。B公司检测结论为:讼争膜材在抗拉强度方面未达到法国公司企业质量标准,在抗撕裂强度方面则高于质量标准。

一审法院拒绝采纳A纺织品质检站的检测结果,而坚持采纳B公司的检测结果,并依据B公司的检测结果推定:

鉴于两项参数系判定膜材质量的两个方面,必须结合考虑,现仅抗拉强度未达到企业标准,而且差距的数值与抗撕裂强度高于标准的数值相比,明显小于后者。一审法院还认为,法国公司提交的该公司其他客户对其膜材质量的反馈意见表明该公司的产品是合格品,虽然该膜材与讼争膜材非同一批次生产,但同样系法国公司生产,质量参数不应有很大差异,该反馈意见具有证明力。同时,膜材破裂现象的发生除膜材的抗拉强度和抗撕裂强度因素,还应当考虑安装、环境等因素。本案膜材破裂现象不必然系膜材抗拉强度未达到质量标准所导致。综合考虑原、被告举证情况,原审法院认为难以认定讼争膜材质量不合格,原告公司要求被告赔偿损失的诉讼请求无事实和法律依据,不予支持。其中,原审法院对法国公司在庭审中提交的一份《建筑织物12年保证》未予质证,甚至未作为证据入卷。

我从二审时接受原告委托开始介入此案,庭审中向法院陈述的理由是:

1、一审法院采信B公司的检测报告,而未采纳A纺织品质检站出具的检验报告,对证据的认定有失偏颇。A纺织品质检站是经中国国家认证认可监督管理委员会和市质量技术监督局认证和审查认可的授权机构,是中国实验室国家认可委员会认可的实验室,其资质等级和权威性高于B公司。A纺织品质检站与B公司仅存在测试方法的不同,不会导致两次检测结果大相径庭。一审判决在此关键证据上的认定存在重大偏差。A纺织品质检站与B公司的检测结果存在

巨大差异,只能说明第一被告法国某公司的产品存在重大缺陷,或曰其质量严重不稳定。

2、一审法院的推理存在重大错误,将膜材的抗撕裂强度和抗拉强度混为一谈,以此来否认原告所强调的讼争膜材在抗拉强度方面未达到法国公司的企业标准这一客观事实。此推理的错误,首先在于其虚拟了一个大前提,即抗拉强度数值无关紧要。而涉案两处工程膜材出现的主要问题恰恰在于膜材纬向发生的拉伸性断裂。一审判决关于法国某公司提交的其他客户对膜材质量的反馈意见具有一定证明效力的认定,其归纳并不周延。一审判决认为膜材破裂的发生除膜材的抗拉强度和抗撕裂强度外,还应考虑安装、环境等因素,但被告在一审并未提出此等抗辩,也未就工程存在安装不妥、环境不利进行举证。

3、一审判决对法国公司提供的膜材存在的质量缺陷导致了原告两处工程出现问题未作任何考虑、从而未判令被告承担责任是错误的。本案正是因为法国公司的产品存在缺陷,该缺陷与原告损失间存在因果关系,应属产品质量不合格而导致的损害赔偿纠纷。

二审法院主审法官充分注意到了我的代理意见,庭后通过原审法官多次做双方当事人的工作,试图调解结案。由于一方当事人在国外,因调解需要,二审法院特意申请延长了审限。但令人匪夷所思的是,法国公司在事实和证据面前依然态度强硬,拒绝接受调解。二审法院最后作出了维持原判的终审判决。所幸的是,二审判决认为法国公司出具的《建筑织物 12 年保证》是其对产品的承诺,与本案的销售合同属于不同的法律关系,故对该份保证不进行审理,原告可依据《建筑织物 12 年保证》另行向法国公司主张权利。为原告另辟维权之路开启了一扇门!

此案二审败诉后,原告公司仍不服,又向上一级法院提起再审申请,结果又被驳回。

目前,我又接受原告公司委托,依据二审判决为其“开启的那扇门”代理其再次向法院提起了诉讼,此案现已立案,正在审理中。

二、我的两点思考

1、关于决定本案输赢的鉴定结论问题。

从程序上说,原告诉前委托鉴定机构的鉴定结论不被法院认可,法院只认可自行委托的司法鉴定机构的鉴定结论,无可非议。但法院在委托鉴定机构时“就低不就高”那就另当别论了。本案中,原告自行在诉前委托的鉴定机构无论在资质等级和权威性上都优于法院委托的司法鉴定机构。特别是当两家鉴定机构的鉴定结论存在重大差异,而此结论又是原告诉请能否获得法院支持的关键证据时,法院轻易地只认可其委托的鉴定机构的鉴定结论,是否过于轻率?这难道是程序公正的应有之义?本案的鉴定还涉及质量标准问题,无论是原告自行委托鉴定时,还是一审法院委托鉴定机构进行司法鉴定时,诉争膜材料国内尚无生产,全部依赖进口,国内的鉴定机构是否能够依据国际标准进行科学客观的鉴定,是存有疑问的。因此,在两家鉴定机构的检测报告存在重大不一致的情况下,一审法院只采信一家而不采信另一家,更加理由不充分,令人难以信服。加之一审法院对鉴定结论以及结合其他证据不合逻辑甚至违背常识的推理,导致我方败诉,确实难以接受。

2、原审法院对鉴定结论的推理的确令人费解,却历经一审、二审和再审无法得到纠正,原因何在?令人困惑不解,但个中原因,“众所周知”,每位诉讼律

师同仁都应当理解。这种二审形同虚设的司法现状实在应该引起司法机关的注意和深思!

三、败诉引发的新问题

此案现依据二审判决的指引另行提起诉讼,但有几个问题难以解决,使得救济途径似有若无。立案时已与法院多次探讨,颇费周折,后虽勉强立案,但对下一步的开庭审理留下了难解之题。

其一,原案提起的是违约之诉,二审、再审败诉后,现另行提起侵权之诉,依据《合同法》第 122 条有关违约之诉与侵权之诉责任竞合的规定,我方只能选择其一,已经提起了违约之诉,败诉后再提起侵权之诉,会被法院驳回起诉吗?《合同法》第 122 条有关违约之诉与侵权之诉责任竞合的规定如何适用,笔者的理解是,该条规定是说当事人不能同时选择违约之诉与侵权之诉,只能选择其中之一。当选择了违约之诉败诉后,依据其他证据如本案中《建筑织物 12 年保证》,再选择侵权之诉,应当是允许的。如果不允许,那么二审法院判决中“另行主张权利”,指的是何种权利,如何主张呢?话说回来,如果诉讼权利都无法主张,当事人还能主张什么权利呢?

其二,本案在原告另行起诉时还涉及一个审级问题。本案在一审时,按照规定,涉外案件一审由中院管辖,因此,本案按照一审中院、二审高院、再审最高法院走下来。然而,当原告依据二审判决书另行起诉时,级别管辖出了新规定,本案改由基层法院管辖。这样问题就来了,本案原审的最低级别是中院,最高级别是最高法院,现另行起诉的受案法院是基层法院,那么基层法院能够公正审理甚至做出新的判决否定上级法院的原审判决吗? ●

(何永东律师对本文亦有贡献)

律海拾珍

●文/周武

栏目组稿人:黄荣楠 huangrn@junhe.com

他为“星期日工程师”辩冤屈



“星期日工程师”事件发生在 20 世纪 80 年代初,曾在 全国闹得沸沸扬扬。最终,事件却以近似完美的形式解决,无疑极大地促进了全国知识分子政策的贯彻和落实,推动了我国科技和文化教育等事业的长足发展。

这一事件中,我们不应该忘记一名律师,他就是郑学诚。

韩琨对国家集体都有贡献

“星期日工程师”名为韩琨,当时是上海市橡胶制品研究所的助理工程师。1979 年 8 月上旬的一天,韩琨妻子陈红哲的外甥女婿朱福君带了奉贤县钱桥公社办橡塑厂(以下简称“钱桥厂”)的支部书记马才章、采购员张雪祥到韩琨家。马才章说,他们厂原来的业务锐减,准备转产橡胶产品,请求韩琨今后在技术方面多加指导。8 月中旬,韩琨应马才章邀请到钱桥厂参观。正巧,钱桥公社九大队橡胶厂的采购员拿了一只国外生产的橡胶微型轴承密封圈样品来找马才章,说上海微型轴承厂要加工密封圈,产值有 40 万元,但难度很高,队办厂无法生产,看社办厂能否接下这笔业务。马才章当即问韩琨,对试制橡胶密封圈有无把握。韩琨看了样品后,答应可以试制。这样,上海微型轴承厂和钱桥厂就签订了一份新产品试制协议书。

韩琨有着中国传统知识分子“士为知己者死”的性格特征。从 1979 年 10 月接受钱桥厂的技术顾问聘书开始,韩琨就把为钱桥厂生产密封圈当成了自己的事。每逢星期天,他早上 5 时许离家,到晚上近 9 时回到家里,因为来回路程需要六七个小时。韩琨主要为钱桥厂筹建设备,计划工艺流程,平时也利用业余

时间为生产构思设计,经常工作到深夜。

钱桥厂接受了韩琨的建议,同意投资添置设备,并出面聘请 11 位韩琨推荐的有技术的退休工人到钱桥厂做临时工,每人的月收入连工资加补贴为 60 至 70 元。韩琨的妻子陈红哲也被钱桥厂聘为临时工。陈红哲怕韩琨密封圈试制不成,临时工做不长,所以,只在 12 月随同老工人到钱桥厂去了一次,以后没有去工作。于是,马才章派陈红哲长驻上海担任外勤工作,让她随便做点什么,工资加补贴每月共 88 元。

从 1980 年 1 月开始,在韩琨的指导、退休工人的操作下,钱桥厂安装了新机器,更换了蒸汽锅炉,新造了厂房,到 10 月全部竣工。

在此期间,韩琨于 1980 年 5 月在橡胶研究所利用所内原料 600 克第一次配料,并用所内的机械设备试验模型,但试压结果不理想。一个月后,韩琨又打料 1 000 克,试压效果仍然不好。到 11 月模具制成,韩琨第三次配料 2 000 克,他先在所内试压,定为 180018 型的微型轴承密封圈,试制成功了。韩琨又到钱桥厂用钱桥厂的原料、设备试制了 2 000 片。密封圈经上海微型轴承厂验核,达到了要求。12 月,上海微型轴承厂要求试制 4 万片,并付试制费 1.5 万元,双方签订了协议书。

1981 年 3 月,上海微型轴承厂与钱桥厂签订了一个生产 10 万片密封圈的合同,钱桥厂开始大批量生产密封圈。钱桥厂于 1980 年 12 月底收到试制费 1.5 万元,经公社工业公司及公社党委同意,发给上海师傅 3 300 元作为科技成果奖,由韩琨于 1981 年 2 月签名领取。其中韩琨个人得到 1 200 元。

韩琨成了“大锅饭”下的罪犯



人物档案

郑学诚 1933 年生,高级律师。

1954 年华东政法学院毕业后历任上海军法处法官,上海市公安局江宁、静安分局预审员,上海市江宁区人民法院审判员。1980 年起先后任上海第一律师事务所副主任,学诚律师事务所主任等职。

1988 年被评为“上海市十佳法律顾问”。曾任上海市虹口区第十届人大代表、虹口区人大常委会财委会委员等职。

2004 年退休。

1981 年 3 月,钱桥厂有人揭发韩琨领取奖金和以陈红哲的名义在钱桥厂领取挂名工资。橡胶研究所纪律检查委员会对此事进行了调查,结论是确有其事,并认为韩琨背着组织利用研究所的名义在外私订合同,利用职权以所内的技术资料、原料、设备私下进行科研试验,在工作时间内私接任务,非法牟取私利,问题性质严重。

4 月,所纪委与韩琨见面,摊开了事实,而韩琨没有承认错误。7 月,韩琨写了一份材料给研究所党总支,为自己试制密封圈的动机进行辩护。所领导与韩

琨谈话后，韩琨每星期天仍然到钱桥厂去指导生产，仍然领取陈红哲名下的工资，直到8月底为止。

1981年9月9日，上海橡胶研究所将韩琨的行为具文向长宁区人民检察院提出控告。检察院于9月11日立案侦查，虽然对韩琨没有拘留、逮捕，但11月25日将案卷移送到长宁区人民法院，指控被告人韩琨受贿3400余元。其中，包括韩琨从钱桥橡塑厂向上海微型轴承厂索取的1.5万元试制费用中获利为1200元，韩琨以妻子陈红哲的名义在钱桥厂领取挂名工资1848元(21个月)，巧立名目报销领取现金370元。

用现在的眼光去看“星期日工程师”，显然根本没有人会将其和犯罪联系起来，因为韩琨完完全全是响应党的号召为国家创造财富。但是，韩琨事件是发生在党的十一届三中全会召开之后不久，有关按劳分配的理念还仅仅表现在政策、文件里的字眼层面上，科研院所的思想还停留在攻关奖金要均分的“大锅饭”上。因此，当时在全国打击经济领域违法犯罪活动全面展开后，韩琨就成了“从严从速打击”的“大老虎”。

郑学诚接受了一起棘手的案子

1981年底的一天，长宁区人民法院的审判员杜经奉给郑学诚打来电话说，有一个经济案子要指定律师辩护。就这样，郑学诚接受了韩琨的聘请，担任了他的辩护人。那时，郑学诚在上海第一法律顾问处(后改为“第一律师事务所”)担任组长，分管长宁区、卢湾区的律师事务。

郑学诚对杜经奉比较了解，知道他办案向来非常笃实严谨。因此，郑学诚马上就意识到杜经奉感到棘手的案子，一定是根难啃的骨头。杜经奉开门见山地说，能否正确处理韩琨案件，不仅仅是关系到韩琨一个人的问题，而且关系到

对在四个现代化建设中做出贡献的人究竟是鼓励还是打击的问题，自然更加触动了郑学诚勇于挑战的兴奋点。

郑学诚调查发现，韩琨从事橡胶密封专业研究当时已近30年，具有比较丰富的专业知识和实践经验，取得了多项经济效益和显著的科研成果。他是上海橡胶制品研究所参加1978年全国科学大会一个项目的获奖者之一；1980年由于成绩突出荣获化工部嘉奖；此后，又相继试制成功了纺织机上的橡胶皮辊、皮结，银源法照相机中的橡胶滚筒等项目。韩琨给钱桥厂做“星期日工程师”，不仅利用业余时间使一个濒临倒闭的小厂绝处逢生，而且为国家填补了一项技术空白。韩琨从钱桥厂获得的收入，根本不是“赃款”，完完全全是工厂发给他的劳动报酬。于是，郑学诚坚定地认为，无论从哪个角度看，韩琨不仅不是罪人，而且是有功劳有贡献的知识分子。

虽然当时并没有非常合适的法律条款，但韩琨到底是有罪还是有功却是一清二楚的。郑学诚认为：韩琨应钱桥厂领导和亲戚所请为钱桥厂筹划生产，其目的是帮助社办企业顺利转产橡胶产品，作为其动机来说，完全没有犯罪的故意。即使当时韩琨有追求个人名利的思想，希望借此机会解决自己的某些困难，也应该以批评教育的方法使他提高认识，纠正错误，不能以刑罚予以打击。然而，长宁区检察院等部门坚持认为韩琨有罪，即使撤回对韩琨的起诉，也是因为韩琨“能够交代罪行，积极退赔”。

阻力再大也难挡郑学诚为当事人作无罪辩护的决心

在被起诉前后，韩琨被单位隔离审查，下放车间劳动，停发奖金，取消晋升工程师的资格。倍感冤屈的韩琨，曾几次想跳进黄浦江或倒在车轮下以换回清

白。不该受到制裁的韩琨饱受打击，为韩琨进行无罪辩护的郑学诚也被当成了包庇犯罪分子的人。坚信韩琨无罪的郑学诚想到了一个聪明的办法，将整个事件提交给媒体，让社会公开来评判韩琨到底是有罪还是有功。

1982年12月23日，《光明日报》头版头条以《救活工厂有功接受报酬无罪》的醒目标题报道了韩琨事件。韩琨事件在《光明日报》刊载后，立即引起全国的强烈反响。各界人士纷纷发表见解，不仅要求正确划清是非功罪的界限，而且痛陈正是改革不到位才冤枉了好人。1983年1月4日，《光明日报》第一版以头条位置刊登了郑学诚的文章《法律应保护有贡献的知识分子》。在文章中，郑学诚大声疾呼：“我们的法律应该推进四化建设，保护有贡献的知识分子。”

这场持续4个月的全国性大讨论，引起了有关领导同志的关注。时任国家劳动人事部部长的赵守一就科技人员兼职和业余科技劳动问题公开发表了意见，当时的上海市委书记陈国栋做出了对韩琨不定罪的批示意见，时任中央政法委书记的陈丕显还将此事提交中央书记处讨论，做出了韩琨无罪的结论。但是，郑学诚惟一不满意的是，本来是韩琨应该合法合理领取的“挂名工资”，最终并没有物归原主。

“韩琨事件作为一个事件虽然结束了，可是这一事件产生的影响却远远超出了事件本身。特别是《光明日报》发起的全国性大讨论，更使一件个案发挥了推动全局工作的特殊作用。”郑学诚回忆起二十多年前的往事时，仍旧能感觉得到他当时承受的那份沉重压力。“由于法制的健全不完善，韩琨事件最后还是靠中央和市委领导因素一锤定音。当然，定音的依据，就是尊重和强调社会主义法制。”●



写下这一题目,似乎要把话说给别人听,其实不然。我想请每一位律师扪心自问:今天您为自己、为他人构筑“挡风的墙”出力了吗?

所谓“挡风的墙”,是指每个人都必不可少且陪伴终身的社会保障体系。生老病死对任何人而言都是客观现实,特定职业的执业风险各不相同,政府必须为社会全体成员共建共享保障体系提供科学的制度设计和公平高效的运行机制,社会的全体成员也负有参建的义务和共享的权利。无疑,每一位律师都需要“挡风的墙”,而“挡风的墙”不可能自然生成,政府、社会以及每一个从业人员都有建设的义务。概括地说,为律师建设“挡风的墙”的力量来自政府、社会、个人三个方面,并应当各负其责。在社会保障体系建设中,政府所承担的是公民共享的基本生活保障、基本医疗保障的体制、机制、制度建设责任,可以称之为“公力建设”;与此对应的“私力建设”,主要是缴纳“五险一金”(养老保险、医疗保险、失业保险、工伤保险、生育保险和住房公积金)和律协倡导的医疗互助金、律师事务所或者个人购买的商业保险。

在不同的国家和地区,由于经济发展水平不同,社会保障有不同的模式。世界各国的社会保障体系的共同特征和内容可以分为社会救助、社会保险、社会福利三个方面。社会救助是社会保障的最低目标,主要是救急性质的救济,仅仅是保障社会成员最低的生存需要;社会保险是社会保障的基本目标,主要是化解意外风险,保障社会成员的基本生活需要;社会福利是社会保障的最高目标,旨在改善和提高社会成员的生活质量。根据我国的国情,我国的社会保障建设坚持广覆盖、保基本、多层次、可持续的原则,推动形成政府主导下的资金来源多渠道,保障水平多层次、管理服务社会化的格局。目前我国政府只能对社会公众提供基本的“生活底线”保证,企业和正在从业期间的个人也应当为不同层次的社会保障建设承担相应的责任,通过市场的力量引导除纯公共产品以外的保障项目健康发展。“风物长宜放眼量”,律师作为高风险的职业,理应具有比一般公众更高的社会保障水平;同时,律师本人和律师事务所也应当承担比一般民众、一般企业更高的社会保障建设责任。

上海市律协各届领导一直高度重视律师界的社会保障建设。上海律协医疗互助金制度从1998年诞生至今,已有上万人次的执业律师、退休老律师及事务所工作人员在患病时

候通过这项制度得到帮助。这项制度不仅给他们带来经济上的帮助,更让他们体会到了来自同行的关爱,得到了行业的慰藉。律协医疗互助金制度具有缴费低廉、获益率高的特点,与运用大数定理计算的其他商业保险不同,律协医疗互助金制度不以营利为目的,参加费用的标准仅以维持此项制度能够平稳运行为限。运行以来,尽管市场物价指数一直居高不下,但医疗互助金参加费用从最初的每人每年780元降为700元,后来又降为600元。为了体现律师业“健康第一,自助互助”的精神,律协医疗互助金报销比例高达90%(指医保范围自付段及共付段自付部分),在解除参加者后顾之忧方面是十分给力的。最近,因参加旅游活动在浙江省东天目山走失身亡的上海律师张全才,获得了由市律协为全市律师统一投保的人身意外险,费用为35万元。遗憾的是,由于张全才律师所在的事务所未参加市律协医疗互助金,因此在医疗互助金上他没有拿到任何钱。

为了资助在执业过程中遭受意外伤害或因遭遇突发事件而发生经济困难的律师,市律协于2007年专项设立了救助金。仅今年上半年,市律协已受理6起救助金申请,发放金额从0.5万元到2万元不等。近期,有一位年仅29岁的律师被查出患有癌症且已经发生转移,因为其没有参加律协医疗互助金,市律协只能以“特批”形式给予救助金2万元(救助金最高上限为2万元)。尽管该年轻律师得到了来自各方面的捐赠,但由于未参加医疗互助金,实际得到的资助数额明显“缺了一只角”。

“月有阴晴圆缺,人有旦夕祸福”,更何况律师行业具有高风险、高压、强竞争、强对抗的特点。广大律师在工作中承担着非常大的工作和精神压力,“亚健康”对律师而言已经不是“别人的事情”。当律师活跃在社会上仗义执言追求公平正义的时候,其自身的需求也应当更加现实和理性。当前,上海律师群体的社会需求特点是:基本生存需求已经得到满足,基本生存需求的标准正在逐步提高,不同年龄层之间和代际之间需求差异较大;与之同时出现的是,律师的发展需求越来越强烈,权利需求越来越强烈,社会安全需求越来越强烈。在这种情形下,每一位律师都要有前瞻和环顾四周的眼光,经常为自己、为他人(包括同仁、家庭、后人及社会弱势群体)的今后想一想,以燕子衔泥的精神,为自己也为他人筑一道“挡风的墙”。●

(作者系上海市法学会副秘书长,上海政法学院编审)

时 评 ●文/汤啸天

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

律师更要有堵“挡风的墙”

新法速递《 律师业务资料》目录 2011 年第 6 期

上海篇

- 1、上海市人民政府令：上海国际旅游度假区管理办法
- 2、上海市人民政府：关于外来从业人员参加本市城镇职工基本养老保险有关问题的通知
- 3、上海市人民政府：关于外来从业人员参加本市城镇职工基本医疗保险若干问题的通知
- 4、上海市人民政府：关于外来从业人员参加本市工伤保险若干问题的通知
- 5、上海市人民政府：关于本市郊区用人单位及其从业人员参加城镇职工社会保险若干问题的通知
- 6、上海市人力资源和社会保障局：关于贯彻《上海市人民政府关于外来从业人员参加本市工伤保险若干问题的通知》的实施意见
- 7、上海市人力资源和社会保障局：关于实施《上海市人民政府关于本市郊区用人单位及其从业人员参加城镇职工社会保险若干问题的通知》若干问题处理意见的通知
- 8、上海市人力资源和社会保障局、上海市医保办：关于下发《〈关于外来从业人员参加本市城镇职工基本医疗保险若干问题的通知〉的实施细则》的通知
- 9、上海市住房保障和房屋管理局：关于实施《上海市住宅物业管理规定》的若干意见
- 10、上海市建设交通委、上海市住房保障房屋管理局：关于开展本市郊区城镇棚户简屋改造的试行意见
- 11、上海市高级人民法院：关于廉租住房管理行政案件被告资格有关问题的解答

12、上海市高级人民法院：合同法（总则）涉自由裁量权要件指引

13、上海市高级人民法院：关于知识产权侵权纠纷中适用法定赔偿方法确定赔偿数额的若干意见（试行）

14、上海市高级人民法院：关于知识产权民事纠纷案件诉讼费用交纳若干问题的解答

全国篇

一、综合

- 1、国务院令：个体工商户条例
- 2、国务院令：关于修改《出版管理条例》的决定

二、诉讼法及相关文件

- 1、最高人民法院：关于适用《中华人民共和国国家赔偿法》若干问题的解释（一）
- 2、最高人民法院：关于人民法院赔偿委员会审理国家赔偿案件程序的规定
- 3、最高人民法院、最高人民检察院：关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释
- 4、最高人民法院：关于人民调解协议司法确认程序的若干规定

三、财税

- 1、国家税务总局：税收违法行为检举管理办法
- 2、国家税务总局：中华人民共和国发票管理办法实施细则

四、劳动

人力资源和社会保障部等：企业年金基金管理办法



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。

仲裁示范条款：

“凡因本合同引起的或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





劳动法业务研究委员会会议

●文 / 上海市律师协会劳动法业务研究委员会
组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

民生保障的立法

——《社会保险法》实施专题研讨会综述

专题研究



今年7月1日《中华人民共和国社会保险法》正式实施,《实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》、《在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法》以及《社会保险基金先行支付暂行办法》也已完成意见征求,不久即将出台。针对《社会保险法》实施将存在的诸多问题,6月27日下午,市律师协会劳动法业务研究委员会特邀市人力资源和社会保障局国际合作处、市社保中心和市劳动和社会保障学会劳动保障研究青年学者委员会有关专家于上海律协与各位委员律师就上述社会热点问题共同展开研讨。

一、关于外国人适用《社会保险法》

(一)用人单位要聘用外国人,首先要到劳动保障部门申请办理就业许可证,凭就业许可证申请签证通知函(外经贸委,浦东新区外办),取得之后将上述两项材料寄给拟聘外国人处,由其本人在我驻外使领馆办理Z签证。之后凭签证入境,和单位订立劳动合同。单位凭劳动合同、就业许可证、护照办理就业证,前往出入境部门办理居留证。

(二)相关法规在最低工资、工作时间、劳动保护等方面也做了外国人就业的明确规定。1998年市劳动局沪劳外发25号文件中规定了本市工作三个月以上的外国人应该办理就业许可证,就业岗位是必须的,国内缺失的人才岗位。对外国人的身体健康、明确的工作单位,专业技能、学历、2年工作经历等5条与1996年国家规定相符。此外上海25号文件对年龄做了规定,基本和国内一致:男性18周岁以上,60周岁以下;女性18周岁以上,55周岁以下。

(三)社保(养老、医疗、工伤、失业、生育),2009年上海劳保局发了沪人社养发38号文件,规定了外籍人员参加养老、医疗、工伤保险。外国人实行就业许可制度,企业聘用外国人先申办就业许可,就业许可和居留证的期限与劳动合同相一致。

(四)根据市社保中心的统计数据,从2009年10月颁发38号文件至今年4月底,实际办理就业许可、参加社保手续的外籍人员不到100人。造成这一现象的第一个原因,是由于外国人工作的性质,有两种:一种是上海的企业和其他事业单位民非组织直接雇佣的外国人,另一种是与境外的雇主签约由其直接派遣到上海分支机构来工作。多数在沪的外籍工作人员属于第二种。第二个原因,38号文件非强制,企业从用工成本考虑没有直接缴纳的积极性。第三个原因,相对于外籍从业人员本国的保障水平而言,中国的保障待遇一般;外国人流动性强,医疗保险大多由本人与公司通过商业保险进行

解决。

(五)《社会保险法》第97条规定:外国人在中国境内就业应当参照本法规定参加社会保险。按照《社会保险法》的适用范围,除了外交机构,所有外籍工作人员都适用社会保险法的规定。1999年出的社会保险费征缴的暂行条例,明确规定外商投资企业及其员工应当缴纳基本养老保险、基本医疗保险和失业保险费,外商投资企业雇佣的外国人应当参加社会保险。国际间有双边协定或多边协定的,就按国际间的协定执行。

(六)境外雇主派遣到中国工作的,外国就业人员被两个国家的社会保险制度覆盖,客观上增加了用人单位的成本。国际公约建议各个国家通过双边协议或者多边协议的方式来解决外国人参保的问题。

(七)2001年中德社保协议规定了对五类人员免除法定养老保险,失业保险费。2003年和韩国签订了中韩互免养老保险缴费临时协议措施。

(八)2010年10月28日人社部表示《劳动合同法》第97条有关我国就业外国人参保的规定是国际上一个普遍的原则。2011年5月30日,人力资源和社会保障部在北京召开说明会通报了《社会保险法》出台的社会意义以及国内的贯彻实施的工作部署。澳大利亚、日本、法国等48个驻华署、国际劳工组织、联合国开发计划署等国际机构大概100多名代表出席。人社部在发布说明会表示外国人在华参保有两条基本原则:1. 强制参保 2. 国民待遇。前提是合法就业的外国人。



(九)人社部来上海、广东、江苏等地调研,起草了外国人参保暂行办法。今年6月起草的外国人参保暂行办法在网上公开征询意见,一共有12个条目,适用范围、参加险种、社会保险待遇等做了相对细致的规定。适用范围:1.合法的外国人 2.派遣的外国人。参加的险种:职工类社会保险(养老、医疗、工伤、失业、生育)。境外居住生存认证:根据在境外居住并且享受我国社保待遇的人员,需要定期提供生存证明。

二、关于修订后的《工伤保险条例》

(一)《社会保险法》是2010年11月28日颁布的,新的《工伤保险条例》是在2010年的12月20日颁布,正式实施是2011年的1月1日。从时间来看,新的《工伤保险条例》实际上是《工伤保险法》颁布以后首个配套修订的一个相关法规。《社会保险法》中涉及到工伤保险就有11条,包括工伤的范围以及工伤保险资金的来源,工伤保险缴费的税率,还有工伤待遇的领取条件,以及工伤保险基金的资助范围和用人单位支付的范围。

(二)国家的《工伤保险条例》自2004年1月1日起施行,2010年《工伤保险条例》又进行了修订,原因体现在三个方面:

第一是对原先适用的相关的法律法规进行了相应的调整。比如说,原先条例规定违反《治安管理处罚条例》造成伤亡的不能认定为工伤,《治安管理处罚条例》后来被《治安处罚法》代替,这是一方面修改调整的原因。

第二就是解决一些时间问题的需要。《工伤保险条例》在实践运行的工程中,当时的制度也存在覆盖范围不够广,原先条例规定所有的企业以及有雇工的个体工商户是纳入工伤保险的适用范围的,还有很多类型的用人单位没有被纳入这个工伤保险的使用范围,所以这个工伤保险覆盖范围不够广。另外,还存在待遇偏低,工伤认定时间比较长,程序也比较复杂,对用人单位的参保力度的强制力度也不够高,对被保障人的保护力度也较弱等问题。

第三是完善工伤保险制度的一个需要。原先的条例主要是对工伤补偿做一个规定,也就是说,这个人一旦被认定为工伤以后怎样给他享受相应的待遇,这种补偿主要体现在事后。现在条例修订后,第一是明确了工伤预防费用的提取和使用,另外是对工伤康复做了进一步的明确和规范,这样就形成了工伤预防、工伤补偿和工伤康复三位一体相当完整的一个工伤保险框架性制度。另外一个很重要的原因就是《社会保险法》今年7月1

号正式实施,那么《工伤保险条例》也必须要跟其保持一致,也必须根据《社会保险法》的有关规定来对这个相应的内容做修订和调整。

(三)《工伤保险条例》修订的内容,主要有六个方面:

一是扩大了工伤保险的适用范围。原先条例的适用范围是各类企业以及有雇工的个体工商户。这次新修订的条例将非参工的事业单位以及社会团体、基金会、律师事务所、民办非企业、会计事务所这些类型的单位统统纳入了工伤保险的适用范围。

二是调整扩大了工伤认定的一个适用范围。上下班途中的机动车事故修改调整为上下班途中的非本人主要责任的交通事故。

三是简化认定程序。原先对工伤认定的是采取先行复议再行行政诉讼,现改为两者可选择;原先认定工伤期限是60天,现改为若事实清楚,15天之内作出工伤认定的结论。

四是提高了工伤保险的待遇。工亡人员的一次性补助金,按照工亡时的上年度的全国城镇居民可支配收入的20倍。另一个是关于一次性的伤残补助金,工伤保险基金支付一次性的伤残补助金,工伤一级到十级待遇都提高了三个月两个月不等。

五是增加了基金支付。具体的方法还需要相关政策予以明确。由工伤保险基金支付住院费,就是原先公司支付的住院费、一次性的伤残补助费现在都由工伤保险基金支付,体现了保障了工伤人员的权利。

六是加大了强制力度。

(四)本市落实政策配套的相关情况。

一是适用范围。本市2004年已经实现了全覆盖,市级统筹。二是工伤认定范围。今年1月1日以后用新的,期限一般30天,最长60天。三是认定时效。规定工伤人员的亲属可在工伤事故后一年内向所属部门提出工伤认定的申请。去年1月1日发生,一年后才提出的,也适用新的。认定的时候以“从新兼从高”的原则处理。四是工伤待遇。一次性工亡补助金本市已调整到位。五是工伤保险先行支付。医疗保险的先行支付只针对第三方原因造成的医疗费用,医疗保险基金可以先行支付。工伤保险基金先行支付分为两大块:首先是由第三人造成的工伤,但第三人不肯支付或不能确定第三人的情况下,工伤保险基金先行支付医疗费用;其次是用人单位没有按规定参保,用人单位按国家的保险规定向职工支付工伤待遇,如不支付,工伤保险基金先行支付,之后有权向单位进行追偿。第三人造成工伤后保险基金先行支付了相应的医疗费用,第三人拒不偿还的,保险基金有权向人民法院提起诉讼。●



编者按:《社会保险法》是指国家通过立法设立社会保险基金,使劳动者在暂时或永久丧失劳动能力以及失业时获得物质帮助和补偿的一种社会保障制度。经过四次审议之后,全国人大常委会于2010年10月28日下午高票通过了《社会保险法》。这是我国第一部有关社会保险制度的综合性法律,也是国家最高立法机关首次就社保制度进行立法。该法于今年7月1日实施。

●文/陆敬波

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

《社会保险法》 对企业员工关系 管理的影响



《社会保险法》作为劳动法领域的支架性法律,谈及对其的理解和适用,首先需要了解本次立法的主要变化和特点,并结合当前影响劳资关系的其他诸多因素综合考量,才能正确认识本法对企业员工关系管理的影响。本文将从以上三个方面深入展开对《社会保险法》的解读,帮助企业正确应对《社会保险法》对员工管理带来的挑战,并探寻行之有效的解决之道。

一、《社会保险法》的主要变化和特点

2010年10月28日,《社会保险法》经中华人民共和国主席令第35号发布,并于7月1日实施。在此之前,我国关于社保缴纳及享受的相关规范级别较低,且较为零散,未能形成完整的法律体系。此外,由于国家层面立法的缺失,各地在社保问题上各施其政,这是整个劳动法领域中绝无仅有的。《社会保险法》正是在此背景获得通过,也将在很大程度上解决我国现行关于社保方面立法的缺失和不统一问题。

(一) 提高了立法层次

此前我国在社保领域的规范文件多是行政法规和部门规章的效力级别,而《社会保险法》经第十一届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过,其效力级别为“法律”。这是中国第一次以法律的形式来对社会保

险的问题进行规范,也反映出国家对此问题的重视程度。

《社会保险法》在我国法制体系中属于基本法律,与《劳动法》《劳动合同法》等法律具有同等效力。同时《社会保险法》属于我国劳动法体系的支架性法律,是社保法体系的纲领性法律。作为法律的《社会保险法》具有权威性、统一性和稳定性的特征。

(二) 统一了社保种类

原有国家层面关于社保种类的规范并不明确,造成各地的社保种类存在很大差异,俗称的“五险”在其具体的种类上存在不尽相同之处。为解决此问题,《社会保险法》明确了我国社保体系包括了基本养老保险、基本医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险等,其中基本养老保险包括职工基本养老保险、新型农村社会养老保险、城镇居民社会养老保险,基本医疗保险包括职工基本医疗保险、新型农村合作医疗、城镇居民基本医疗保险。

(三) 扩大了社保范围

《社会保险法》进一步扩大了社保的覆盖范围,要求同时涵盖职工和居民,前者包括城镇职工、农村职工和外籍职工,后者包括城镇居民和农村居民。《社会保险法》关于社保范围的规定体现了“就业形态优先、户籍其次”的特点,即在确定社保缴纳类别和数额时,首先依据的是参保人的就业形态(职工或是居民),而不再根据户籍的差异规定不同的社保待遇,如上海现行的城镇



陆敬波, 市律
协劳动法业务研究
委员会副主任

职工社会保险、小城镇社会保险、农村社会保险和外来从业人员综合社会保险。概言之,《社会保险法》对社保范围的规定体现了“广覆盖、无歧视”的价值取向。

(四) 增加了社保待遇

《社会保险法》增加社保待遇主要体现在三个方面:1、拓宽了待遇享受条件,如缴费不满15年的养老待遇问题、未参保的工伤待遇问题等;2、提高了待遇计发标准,如一次性工伤伤残补助金、一次性工亡补助金等;3、扩大了基金承担比重,如工伤待遇中的住院伙食补助费、异地就医交通食宿费、一次性工伤医疗补助金等。

(五) 奠定了联通基础

目前我国的社会保险体系基本上是处于各自为政的状态,仅养老基金实现了初步的省级统筹,其他基金则多为市级统筹,这对于员工流动和扩大就业十分不利,也影响到一些大型企业尤其是集团型企业的员工管理。对此,《社会保险法》做出了专门规定,奠定了社保联通的基础,这种规定体现在四个方面。1、统筹层次:养老基金逐步全国统筹,其他基金逐步省级统筹;2、跨区转移:个人跨统筹地区就业的,社保关系(养老、医疗、失业)随本人转移,缴费年限累计计算。个人达到法定退休年龄时,基本养老金分段计算、统一支付;3、社保号码:建立全国统一的个人社会保障号码,个人社会保障号码为公民身份证号码;4、信息系统:全国社会保险信息系统按照国家统一规划,由县级以上人民政府按照分级负责的原则共同建设。

(六) 严格了法律措施

《社会保险法》从三个层面规定了更为严格的法律措施。其一,构建了立体监管体系:对基金征缴、运营、经办进行立法、行政、社会和专门机构的监督、管理;其二,

增设了部分强制措施:征缴机构的强制查询权、县级以上行政部门的强制划拨权、人民法院的强制扣押、查封、拍卖权;其三,加重了违法责任:如欠缴社保费的责任、骗保的责任及违法征缴、运营、经办基金的责任等。

二 《社会保险法》与当前其他因素的交互叠加

《社会保险法》是基于当前中国贫富差距悬殊、社会矛盾突出、劳资纠纷频发的现状制订、实施的,其文本明确了“使公民共享发展成果,促进社会和谐稳定”的立法目的。《社会保险法》的这种价值取向是当前中国政治经济环境的产物,也必将与当前社会环境的其他因素交互叠加,共同推进劳资关系的变化。

(一) 《劳动合同法》的实施

2008年《劳动合同法》的实施生效曾经给企业带来了很大的震动,一般认为《劳动合同法》对企业的影响主要在“权”的方面,即通过书面合同、无固定期限劳动合同、经济补偿金等手段限制企业的用工自主权。与此对应的是,本次《社会保险法》的出台,对企业的影响则主要作用在“利”的方面,即通过提高社保征缴范围和比例、提高违法成本等方面进一步压缩企业的利润空间。如此,“权”与“利”的双重规制,必将对企业产生深远影响。

(二) 工资的增长

《社会保险法》确定应以“本单位职工工资总额”为基础进行社保缴纳,与之相关的是职工工资的不断增长。其一,最低工资:人社保表示将确保十二五期间最低工资年增13%以上;其二,社评工资:以上海为例,2010年度全市职工平均工资为46757元,月平均工资为3896元,较上年增长9.3%;其三,工资增长指导线:以上海为例,2011年企业工资增长均线13%,上线18%,下线6%;其四,工资集体协商制度的推进将员工“从一把稻草拧成一股绳”,增强了员工和企业谈判的力量,将进一步加速职工工资的增长。

(三) 工会和职工代表大会的建立

工会和职工代表大会(简称“两会”)是职工维权和行权的机构,有利于职工参与企业民主管理,实现劳动权利。当前形势下,“两会”的建立是大势所趋,企业应该积极做好相关准备工作,同时发挥“两会”调动劳动者积极性、预防劳资矛盾的作用,实现企业长远发展。

(四) 其他经济社会因素

以上三个方面主要是在劳动法领域,此外当前中国的经济社会环境也将对《社会保险法》的实施产生影响,这些因素主要包括通货膨胀、信贷紧缩、能源短缺、

汇率升值、矛盾凸显等。

三 《社会保险法》对员工关系管理的影响

结合以上分析,可以看出《社会保险法》对企业的影响首当其冲的是用工成本的增加和利润空间的压缩,并将由此引发一系列连锁反应,如人员配置、用工方式、转型迁移、劳动争议以及日常管理等。下面将对这些问题分别进行分析。

(一) 用工成本增加

《社会保险法》对员工关系管理带来的最为直接的影响即表现为用工成本的增加,这种成本增加体现在两个方面,其一为社保应缴费额的增加,其二是实缴费额的增加。前者主要是因为《社会保险法》在保险种和保险范围上与以往相比有较大的变化,尤其是外来从业人员社保种类变化以及将外籍及港澳台员工纳入社保的征缴范围,将在很大程度上增加企业的应缴费额。后者则主要是因为《社会保险法》规定了严格的法律措施,这将使得以前企业社保缴纳中的涉嫌违规的操作难以为继,同时也使得地方政府原来给予企业的社保优惠无法延续,严格征缴的环境,加之“折将不折”的现状,使得企业的实缴费额也将大幅提升。

(二) 人员配置精简

《社会保险法》实时生效后,企业用工成本将随之显著提升,可以预见的是,为保证整体利润不受过大的影响,企业的人员配置将随之有进一步的调整。同时,应该注意到的是,企业在精简人员配置后,对员工劳动效率和劳动强度的要求必然较之前会有加强,企业对由此产生的法律风险须有足够的准备。

(三) 用工方式调整

由于劳动合同用工产生的社保成本迅速上升,各种灵活、低成本的用工方式将进一步受到企业的青睐,目前常见的主要有如下几种。1、服务外包。其标的是“服务”,权利义务关系受民法调整。2、劳务派遣。与服务外包不同的是,其标的是“劳动力”,并受劳动法的调整。今年年初社会对劳务派遣的关注比较多,但从目前的规范力度看,上海市《关于规范本市劳务派遣用工的指导意见》中也并未出现严格限制劳务派遣的条文。3、劳务用工,常见的如退休返聘等。上海以前将内退协保人员与退休人员一起作为“特殊劳动关系”主体对待,随着最高院司法解释三的出台,内退人员已明确作为劳动合同关系的主体。4、实习生。目前企业实习生的使用较为普遍,但对于实习生的认定却缺乏应有的重视。严格意义上的“实习生”应当指“在校学生”,企业错把其他群体当作实习生对待可能面对较大的法律风险。5、非全日

制用工,即俗称的“小时工”。非全日制用工在合同形式、经济补偿金以及社保缴纳方面都具有很大的优势,企业在使用时需要注意对非全日制的甄别,笔者建议可从计酬方式、工作时间、结酬周期、双方合意四个方面予以界定。6、特殊工时制。目前中国法律确定的特殊工时制包括不定时工作制和综合计算工时工作制两种,并有严格的审批条件和流程,需要的企业应该按照规定予以申请。

(四) 转型迁移增速

随着企业用工成本的增加,原有的生产经营模式已经无法创造足够多的利润,为保证企业的正常发展,寻求应变之道是必然选择。一般而言,企业应对挑战有两种思路:其一为转型发展,即转变既有生产模式甚至生产领域,谋求高价值高回报的产业投资;其二为地域上的迁移,即通过改变生产地点,降低劳动力等其他生产成本,以此保证企业的利润空间。

(五) 争议风险提高

正如《劳动合同法》实时生效之后,以“劳动合同”为核心的劳动争议呈现井喷趋势,《社会保险法》出台后,相关争议的风险将明显提高,企业应注意“防消结合,以防为主”。结合上文的分析,笔者认为《社会保险法》生效后可能集中的劳动争议类型主要有如下几种。1、社会保险争议,包括社保缴费争议、社保待遇争议等,其原因既有新法的调整以及新旧法的交替,也有社保问题的宣传和关注推动员工社保意识的高涨。2、劳动合同争议,包括劳动合同的变更、履行、解除、终止、裁员、安置等争议,其原因在于企业为适应《社会保险法》而产生的人员配置精简、用工方式调整、转型迁移增速等。3、工时加班争议,主要是特殊工时争议、加班争议等,这是《社会保险法》生效后企业用工追求“精简高效”可能带来的法律风险。4、薪酬福利争议,主要为薪资调整、福利降低(如商业保险取消等),不难想像企业社保成本上升后,员工薪资福利可能面临的调整,由此产生劳动争议也随之增加。

(六) 管理难度加大

员工关系管理的“效率”和“合规”两大要求同时提高,要满足这种提高,同时又要保持两者平衡,对相关管理者而言,是一个不小的挑战。笔者建议在新的政治经济背景下,企业需要从内外两方面做好相关工作:从自身的角度,与时俱进,积极跟进国家法律以及相关政策的走向;从外力的角度,善假于物,充分利用好劳动法领域的其他相关制度,如特殊工时制度等。内外兼修,如此才能破解企业管理的难题,有效解决《社会保险法》对员工关系管理带来的冲击。●

编者按《社会保险法》第五十七条、第六十三条属于该法第七章“社会保险费征缴”的范畴,主要内容为用人单位必须办理社会保险登记,并按时足额缴纳社会保险费的强制性规定。社会保险费是指在社会保险基金的筹集过程当中,雇员和雇主按照规定的数额和期限向社会保险管理机构缴纳的费用,它是社会保险基金的最主要来源,也可以认为是社会保险的保险人(国家)为了承担法定的社会保险责任,而向被保险人(雇员和雇主)收缴的费用。按时足额缴纳社会保险费既是用人单位的经济责任,也是其法律责任,更是其社会和政治责任。

●文/李磊

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

以“强力”手段破解征缴难题

——兼评《社会保险法》第五十七条、第六十三条



社会保险是由国家法律规定,全体劳动者和用人单位必须参加的保险。这一本质属性决定了社会保险兼具强制性和保险性于一身。这里的强制性一方面要求劳动者和用人单位必须按规定参加社会保险,还要求劳动者和用人单位必须按照法定的缴费基数和费率缴费。

我国对于社会保险费的征缴一直非常重视。早在1999年就以国务院行政法规的形式颁布了《社会保险费征缴暂行条例》。这个文件较为详细的规定了社会保险参保登记、缴费等一系列问题的基本原则和操作规程,并且明确了违反该规定的法律责任。2003年,为了进一步规范用人单位和个人的参保和缴费,原劳动和社会保障部又颁布了《社会保险费稽核办法》。该办法

进一步明确了将“稽核”作为对用人单位和个人是否依法参保缴费的调查处理方式,同时赋予了社会保险经办机构进行稽核的权力。这两部法律文件为我国社会保险创设时期社会保险基金的筹集、规范用人单位和个人的参保缴费行为、保障劳动者合法权益奠定了制度基础,做出了应有的贡献。

随着我国社会保险事业的进一步发展,社会保险覆盖面越来越大,参保人数也越来越多。随之而来的是各种争议和纠纷也不断增多,其中有关用人单位违规不参保,不缴社保费、少缴社保费引发的争议占了较大的比重。这些问题归结起来,其实都源自于社会保险费的征缴问题。这些问题一方面严重损害了劳动者的合法权益,另一方面威胁基金的安全。这些问题的产生和蔓延,从立法层面看有以下两点原因:

第一,缺乏发现机制。上述两个文件主要从正面规定了用人单位应当及时参保,按规定缴费等义务,但是却缺乏对于用人单位不参保,不按规定缴费的发现机制。因为社保经办机构人手有限,根本无力主动发现用人单位的违规现象。而《社会保险费稽核办法》虽然规定了“举报”这一手段,但实践下来效果不甚理想。究其原因,一方面举报信息来源少,毕竟很多人不敢得罪单位,缺乏举报的勇气;另一方面很多举报信息也不够准确,往往要耗费大量人力物力去求证信息的准确性。因此,社会保险费的征缴工作亟需全面、权威的信息来源,从而建立起强大的对违法违规现象的发现机制。

第二,缺乏强有力的征收手段。如果没有强有力的征收手段,即使有发现机制,也无法确保将应缴而未缴



李磊,市律协基金业务研究委员会委员

的资金足额征收入库。上述的两个文件虽然都是关于征收的,但是对于具体的征收手段却没有规定。这一方面由于立法经验不足,另一方面也由于立法权限的问题。由于社会保险费征缴涉及对公民财产的征收,因为根据我国立法法的规定,这一问题必须由全国人大及其常委会立法。因而国务院的行政法规和原劳动保障部的规章都在立法时有所顾忌。由于缺乏强力的征缴手段,欠费单位可以以各种理由拖欠,拒不支付欠费。

此次《社会保险法》的制定过程中,充分吸取了过去立法的不足,充分考虑到了上述两点,充分利用法律的效力层级,对社会保险费的征收增加了两个强力的手段。

第一,建立信息共享机制,拓宽了发现渠道。《社会保险法》第七章第五十七条除了重申《社会保险费征缴暂行条例》中有关“用人单位应当自成立之日起三十日内凭营业执照、登记证书或者单位印章,向当地社会保险经办机构申请办理社会保险登记”的规定,还增加了一项新的措施,用以发现未按规定参保缴费的企业和个人的信息——各行政部门信息共享机制。

众所周知,我国在政府组织形式上是一个统一有序的整体,但由于历史等原因,各部门之间往往缺乏沟通,无法实现信息共享。这里面主要的原因在于每个部门往往将自己搜集并储存的信息作为自己部门的“私有财产”加以看待,而不愿意与其他部门共享。社会保险的征缴工作,要求所有的用人单位必须在成立之日起三十日内凭营业执照、登记证书或者单位印章,向当地社会保险经办机构申请办理社会保险登记,但现实中确有不少单位未按照此规定参保登记。而此次社会保险法的规定则将信息共享上升为法定的义务,要求“工商行政管理部门、民政部门和机构编制管理机关应当及时向社会保险经办机构通报用人单位的成立、终止情况,公安机关应当及时向社会保险经办机构通报个人的出生、死亡以及户口登记、迁移、注销等情况。”其中用人单位成立、终止的信息可以使社会保险经办机构及时跟进,促使用人单位及时按规定参保缴费或者及时注销参保账户。个人出生、死亡以及户口登记迁移的信息则可使社保经办机构及时掌握领取养老金的人的生存情况,从而保证养老金不被冒领。可以预见,这一共享机制的建立,必然大大提高社会保险基金征缴的效率,降低不缴、少缴的比例。

第二,扩大了执行权限,强化征收手段。社会保险费征缴的对象是货币,但是正是因为这个原因,也导致了很多人单位以没有现金为由拖延付款或拒不付款。《社会保险法》实施前,社会保险经办机构的解决手段较为单一,一般采取将拒不付款或延期付款的单

位信息转移给社会保障行政部门(人力资源和社会保障局),再由行政部门开具劳动保障行政处理决定书,要求用人单位限期支付。如果该单位仍然拖延或拒绝,则需要由行政机关将案件移送人民法院强制执行。由此一来,周期相对较长,程序较为繁琐,如果中间遇到用人单位要求听证等程序,则周期更长,不利于基金的安全和劳动者权益的保护。而根据《社会保险法》第六十三条的规定,“用人单位逾期仍未缴纳或者补足社会保险费的,社会保险费征收机构可以向银行和其他金融机构查询其存款账户;并可以申请县级以上有关行政部门作出划拨社会保险费的决定,书面通知其开户银行或者其他金融机构划拨社会保险费。用人单位账户余额少于应当缴纳的社会保险费的,社会保险费征收机构可以要求该用人单位提供担保,签订延期缴费协议。”根据该条规定,有关行政部门获得了直接的强制执行权。从而免去了向人民法院申请强制执行的程序。这样一来,既节省了人力物力成本,又缩短了周期。而且更为重要的是,根据该条第三款规定“用人单位未足额缴纳社会保险费且未提供担保的,社会保险费征收机构可以申请人民法院扣押、查封、拍卖其价值相当于应当缴纳社会保险费的财产,以拍卖所得抵缴社会保险费。”也就是赋予了社会保险经办机构以实物征缴后变现的申请权。这样大大丰富了征缴手段,使得很多以账户上没有现金为理由的拖欠单位无法继续拖欠下去。而且,此举作用还在于对那些违规拖欠社保费的用人单位的震慑作用,使其明白无法再以“缺钱”为理由拖延付款。这样就大大强化了社会保险费的征收力度。真正使社会保险费的征收上升到了与税务征收同样的层次。

可以说,《社会保险法》第五十七、第六十三条的规定,为社会保险费的征收起到了保驾护航的作用。但是在具体落实的时候,社会保险经办机构以及行政管理部门仍应当注意其中的一些法律问题,确保依法行政。尤其在落实第六十三条规定的征缴行为时,要注意具体的程序,特别是有关行政机关在行使强制执行权时,由于缺少了法院非诉审查的环节,其合法性如何保证,执行机关应当特别关注。社会保险费征收机构在申请人民法院“扣押、查封、拍卖其价值相当于应当缴纳社会保险费的财产,以拍卖所得抵缴社会保险费”时,应当注意其前置条件“用人单位未足额缴纳社会保险费且未提供担保”。也就是说,这种申请权力并非无限制的。另外还要注意“还款协议书”的制定以及使用等问题。只有完整的理解了这两条的规定,并严格按照规定执行,才能使法律赋予的权力真正起到作用,也真正实现了依法征缴,依法行政。●



编者按:有些人认为,企业年金是企业的一种福利。其实,企业年金与企业福利有本质上的不同。福利是当期消费,企业年金是未来消费,企业年金的消费权利发生在退休之后;福利体现公平,企业年金体现效率;企业的福利项目一般与生活需求等物质条件直接相关,与人的地位、级别没有关系,福利标准对事不对人,企业年金则不同,重点体现效率,企业经济效益好坏、个人贡献大小等,都可以导致企业年金水平不同;福利属于再分配范畴,企业年金仍然属于一次分配范畴。所以说企业年金是一种更好的福利计划,它在提高员工福利的同时,为企业解决福利中的难题提供了有效的管理工具,真正起到了增加企业凝聚力、吸引力的作用。



●文 / 庞春云

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

企业年金法律问题的研究



《社会保险法》从 2007 年底就提请全国人大常委会进行审议,历时三年,历经四次审议,最终艰难降生,中国的社会保障迎来跨越性的历史时刻。《社会保险法》作为新中国成立以来第一部关于社会保障的法律文件,填补了我国在社会保障领域立法的空白。

但是,遗憾的是,这部作为社会保险重要里程碑、我国首部社会保险的“基本大法”,却没有企业年金的任何内容。在《社会保险法》草案的公开征求意见中,就有很大的意见是要求对企业年金做出基本的法律规定,企业年金作为养老保险制度的第二大支柱,是完善养

老保险制度必不可少的内容,企业年金应纳入《社会保险法》体系,以为日后制定《企业年金条例》指明方向。

一、企业年金

企业年金,即企业补充养老保险,是指企业及其雇员在依法参加基本养老保险的基础上,依据国家政策和本企业经济状况建立的、旨在提高雇员退休后生活水平、对国家基本养老保险进行重要补充的一种养老保险形式,是对国家基本养老保险的重要补充。

企业年金源自于自由市场经济比较发达的国家,是一种属于企业雇主自愿建立的员工福利计划。企业年金,即由企业退休金计划提供的养老金。其实质是以延期支付方式存在的职工劳动报酬的一部分或者是职工分享企业利润的一部分。其主要特征:一是由企业发起建立;二是经办方式多样化;三是国家给予一定的税收优惠政策;四是企业年金基金实行市场化投资运营;五是政府在年金的建立和管理中不承担直接责任等。

根据法律规范的程度来划分,企业年金可分为两类。一是自愿性企业年金。以美国、日本为代表,国家通过立法,制定基本规则和基本政策,企业自愿参加;企业一旦决定实行补充保险,必须按照既定的规则运作;具体实施方案、待遇水平、基金模式由企业制定或选择;雇员可以缴费,也可以不缴费;二是强制性企业年金。以澳



庞春云,市律协劳动法业务研究委员会委员

大利亚、法国为代表,国家立法,强制实施,所有雇主都必须为其雇员投保;待遇水平、基金模式、筹资方法等完全由国家规定。

根据资金筹集和运作模式来划分,企业年金也可分为两类。一是缴费确定型企业年金(DC计划)。通过建立个人账户的方式,由企业和职工定期按一定比例缴纳保险费(其中职工个人少缴或不缴费),职工退休时的企业年金水平取决于资金积累规模及其投资收益。我国现在实行的就是DC计划;二是待遇确定型企业年金(DB计划),也称养老金确定计划。指缴费并不确定,无论缴费多少,雇员退休时的待遇是确定的。雇员退休时,按照在该企业工作年限的长短,从经办机构领取相当于其在业期间工资收入一定比例的养老金。

二、目前现状

企业年金是发达国家应对老龄化、构建多层次养老保险体系的重要支柱。我国在老龄化加速,“未富先老”的人口条件下,建立多元化养老体系是必然选择。我国企业年金发展面临的最大问题是便是法律层面规定的缺乏,导致企业年金的发展方向不明确。

(一)企业年金发展缓慢。2004年起,我国开始建立企业年金制度,直至今天,发展依然缓慢,尤其是中小企业的年金发展存在重大障碍。

(二)国际金融危机对企业年金的启示。

启示一:发展企业年金,提高退休收入替代率。

2008年底,国际金融危机席卷全球,内需不旺始终是制约经济增长方式转变的一个主要障碍。对于退休人员来说,养老金替代率持续下降是导致其消费不足的重要原因之一。

大力发展企业年金,为完善社保制度、扩大内需和转变生产方式做贡献。当然,目前企业年金对提高退休收入替代率的贡献非常小,但是我国企业年金的发展空间却十分广阔。如果按个人和单位各缴费4%计算,积累40年后我国企业年金的个人替代率可平均达到23%;如按规定的两个8.33%缴费,40年后将高达48%。要是再加上基本养老保险,替代率合计将会达到100%。这将对有效提振消费信心和扩大内需起到一个质的飞跃。

启示二:企业年金制度应由法律固定。

从这次国际金融危机冲击影响来看,由于收益确定型(DB型)契约制企业年金的资产不是独立的,难以逃脱金融危机的影响。缴费确定型(DC型)企业年金损失甚微。

由此可见,2004年两个部令确定的DC型信托制,是完全符合我国现阶段企业生命周期较短的现状,企业

关闭之后也不会受到重大影响。从去年以来长三角和珠三角地区大批外向型企业关闭破产情况分析,只有信托型、资产型和DC型的企业年金制度,才符合中国的实际和抵御外部危机和内部波动导致的风险。

三、期待法律的明确规范

(一)企业年金目前可适用的规定

企业年金,有缴纳、管理、投资等各环节,故涉及的法律领域也较广,《劳动法》《信托法》《合同法》、《证券投资基金法》等法律均有涉及,而单就企业年金制度,亦出台了一些直接的规定进行规范。

在企业年金制度的相关法律法规中,《企业年金试行办法》《企业年金基金管理机构资格认定暂行办法》以及《企业年金基金管理办法》(现为《企业年金基金管理办法》)共同搭建起我国企业年金制度的基本框架。《企业年金试行办法》《企业年金基金管理办法》合称为2004年企业年金两大部令。

1、《企业年金试行办法》

2004年1月6日,劳动和社会保障部第20号令发布了《企业年金试行办法》,自2004年5月1日起实施。该部试行办法,是我国目前企业年金制度的基础性规定,界定了企业年金的概念,规定了设立企业年金的条件、缴费、领取及管理。

2、《企业年金基金管理机构资格认定暂行办法》

2004年12月31日,中华人民共和国劳动和社会保障部第24号令公布了《企业年金基金管理机构资格认定暂行办法》,自2005年3月1日起施行。该办法所称企业年金基金管理机构,是指从事企业年金基金管理业务的法人受托机构、账户管理人、托管人和投资管理人等补充养老保险经办机构。明确规定了从事企业年金基金管理业务的机构,必须根据本办法规定的程序,取得相应的企业年金基金管理资格。劳动保障部负责企业年金基金管理机构资格认定。

3、《企业年金基金管理办法》

2004年2月23日,劳动和社会保障部、中国银行业监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、中国保险监督管理委员会发布的《企业年金基金管理办法》,该试行办法于2011年2月12日被四部委发布《企业年金基金管理办法》所替代。该办法所称企业年金基金,是指根据依法制定的企业年金计划筹集的资金及其投资运营收益形成的企业补充养老保险基金。该办法系为维护企业年金各方当事人的合法权益,规范企业年金基金管理,根据《劳动法》、《信托法》、《合同法》、《证券投资基金法》等法律和国务院有关规定而制定。

（二）年金规定存在的问题

综上所述可以看出,对于企业年金这一重要的制度,是依靠《企业年金试行办法》、《企业年金基金管理机构资格认定暂行办法》以及《企业年金基金管理办法》三大办法搭建起的,而这三大办法法律地位低,难以承托起养老保险的第二大支柱企业年金;更何况企业年金又是一个相对复杂的课题,涉及五大当事人;企业年金市场又涉及商业保险、银行、证券、信托等多个领域,因此亟待有明确的法律法规体系来进一步完善。

（三）期待法律的明确规范

虽说 2004 年颁布的《企业年金试行办法》与《企业年金基金管理办法》,对企业年金制度中的主要问题进行了规范,但由于这两大部令“层级较低”、权威性较差,致使各部门之间难以配合,博弈激烈,政出多门,且规定较粗,不能解决实际问题。两大部令自 2004 年颁布以来已有七个年头,企业年金的运作依然困难重重。因此,期待以立法的形式将我国企业年金的法律组织形式及主要问题确定下来,以确保企业年金资产的安全性和独立性。

1、立法应明确规定企业年金税优比例

多年的实践证明,目前制约企业年金发展的最大障碍之一是税优政策不明确和不落实。法律如能克服阻力,对职业年金税优比例做出明确规定,必将有利于促进企业年金的发展。

法律应对企业年金的税优比例做出明确规定,以防止部门博弈。自 2004 年企业年金两个部令中规定个人和单位两个 8.33% 的税优比例后,国资委于 2005 年 8 月下发的《关于中央企业试行企业年金制度指导意见》只确认了 4%。2007 年 9 月,国资委下发的《关于中央企业试行企业年金制度有关问题的通知》又将企业缴费比例扩大到两个部令的两个 8.33%。但是,2008 年 2 月财政部下发的 34 号文《关于企业新旧财务制度衔接有关问题的通知》又将其限定在企业缴费 4%,个人缴费没有优惠。

业内普遍认为,这个税优比例太低,不仅不能满足社会需求,而且还与 2004 年企业年金两大部令严重冲突。税优政策的变化无常和混乱,不能满足企业的预期,也致使金融机构无所适从,在一定程度上又损害了规章与政策的公信力。完善全国统一的税收优惠政策一直被业内视为加速企业年金市场发展的关键之一。

为应对金融危机对我国实体经济的冲击,国务院于 2008 年 12 月发布的“金融 30 条”中提到了商业养老保险给予延迟纳税等税收优惠问题,但税收问题还是缺少具体的法律规定,故建议,以立法的形式将税优比例明确固定下来,彻底解决补充保险(包括医疗)在部委之

间、中央与地方之间、国有企业和民营企业之间税优政策不一致的混乱状态。国家应尽快建立统一完整的税收体系,从企业年金的缴费、投资到领取环节都加以明确,建立适合我国国情的企业年金财税政策。

2、立法应解决内部受托模式的两大难题

法律应通过明确的规定来解决内部受托模式的两个难题,鼓励大中型国有企业的积极性。毋庸讳言,目前中国主要是大中型国有企业建立了企业年金制度,在建立企业年金制度的这些大中型企业中,主导模式是内部受托的理事会模式。但是,理事会连带责任的限定和无偿受托这两个法律难题困扰着“内部受托”模式的发展。而这些问题都牵涉到《信托法》的规定,企业年金的部令的法律位阶显然大大低于《信托法》的法律位阶,故为能彻底解决内部受托这两个难题,为大中型国有企业建立补充保险铺平道路,需要有《信托法》同样位阶的法律规定。

立法应解决以下两大难题:

第一,解决理事会连带责任的界定与限定问题。

根据《企业年金基金管理办法》的规定,企业年金理事会是依年金计划存在、为年金计划而发起建立的内设机构,属“非法人团体”,是由企业代表和职工代表等人员组成一个特定的自然人的集合,他们成为年金基金的共同受托人。

这种联合受托的法律形式目前还存在这样一个问题,根据《信托法》第三十二条的规定,共同受托人具有的连带清偿责任有两层含义:一是共同受托人因处理信托事务对第三人所负债务,应当承担连带清偿责任;二是共同受托人之一违反信托目的处分信托财产或者因违背管理职责、处理信托事务不当致使信托财产受到损失的,其他受托人应当承担连带赔偿责任。但是《信托法》并没有对连带责任的概念进行限定,第三十条只是规定,理事会在“一致行动”之后,一旦出现问题,理事之间必然承担连带责任,而不因其善意决策而免责。与英美等国相比,《信托法》的上述规定对共同受托人的责任要求显得过于苛刻,没有考虑其他共同受托人的免责情形。

《企业年金基金管理办法》亦规定了赔偿责任,但未明确是连带赔偿责任还是按份赔偿责任。《企业年金基金管理办法》第二十一条规定:“理事应当对企业年金理事会的决议承担责任。理事会的决议违反法律、行政法规、本办法规定或者理事会章程,致使企业年金基金财产遭受损失的,理事应当承担赔偿责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的,该理事可以免除责任。”

《信托法》与《企业年金基金管理办法》对于理事

会责任及免责规定不同,期待法律作出明确界定与限定。

第二,解决理事会无偿受托问题。

《企业年金基金管理办法》第十九条规定:“企业年金理事会依法独立管理本企业的企业年金基金事务,不受企业方的干预,不得从事任何形式的营业性活动,不得从企业年金基金财产中提取管理费用。”企业年金理事会的受托是无偿受托。

同时,《企业年金基金管理办法》第二十一条规定:“理事应当对企业年金理事会的决议承担责任。理事会的决议违反法律、行政法规、本办法规定或者理事会章程,致使企业年金基金财产遭受损失的,理事应当承担赔偿责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的,该理事可以免除责任。”

在该办法中,一方面是无偿受托,另一方面是理事会成员的赔偿责任十分沉重,明显权利与义务不对等。

由于理事个人的财产数量相对有限,与规模庞大的年金基金形成了巨大反差,与外部法人受托机构的赔偿能力相差甚远,一旦发生损害赔偿,没有抵债的能力,将难以承担起巨额的赔偿责任。而且,在理事成员承担的责任与义务之间显示出此种极大的不对等,在其承担的风险与回报之间显示出严重的不对称,理事会成员担负的责任巨大,但却没有相应的激励机制,这种无偿受托的情况对理事会成员来讲,有失公平。

故建议立法应协调《信托法》与《企业年金基金管理办法》相关条款的修订,有必要对共同信托的责任与义务进一步予以明确,即在加强对受益人、委托人利益保护的同时,应加强对受托人合法权益的保护。

第三,立法应解决外部受托模式两个难题,以降低中小企业和民营企业进入的门槛。

2004年企业年金两大部令颁布以来,我国的企业年金制度之所以会步履蹒跚,就外部受托模式来说,主要存在着以下两个亟待解决的重要法律问题:

一是解决企业年金管理机构的资格分散问题。2004年企业年金两大部令颁布以来,国家已经认定了两批金融机构,作为企业年金的受托人、账户管理人、托管人及投资管理人。

企业年金的复杂性表现之一,就是在整个企业年金计划中,涉及到多方当事人。《企业年金基金管理办法》共规定了五方当事人,即委托人、受托人、账户管理人(亦简称账管人)、托管人及投资管理人(亦简称投管人)。除委托人之外,其余四方又合称为企业年金管理机构。

2005年,劳动和社会保障部公布了首批企业年金基金管理机构资格认定结果;2008年,劳动和社会保障

部公布了第二批企业年金基金管理机构资格认定结构,如果把这两批认定结果放在一起做比较就会发现:在两批认定的41家机构中,同时具有两个资格以上的机构有15个,单一资格的机构有26个,即具有单一资格的26个机构占41个机构的63%。即大部分被认定为企业年金基金管理机构资格的管理机构拥有单一资格,即资格相对分散。

二是解决养老金管理公司的法律地位问题。企业年金受托人,是指受托管理企业年金基金的符合国家规定的养老金管理公司等法人受托机构(以下简称法人受托机构)或者企业年金理事会。也就是说,企业年金受托人有两类人,或是养老金管理公司,或是企业年金理事会。

关于企业年金理事会,《企业年金基金管理办法》对于其组成、相关权利及责任均进行了明确规定。而对于养老金管理公司,除了“符合国家规定”之外,就没有进一步明确的规定。而从劳动和社会保障部的两批认定来看,受托人的数量远远小于投资管理人和账户管理人,相对更为集中了。而从受托人的认定名单来看,事实上,这些机构还不是专业化的养老金管理公司,只是在现有制度基础上相关机构“优化”结果而已。

海外的实践证明,建立捆绑式、一站购齐的专业化养老金管理公司是大势所趋,更适合现阶段企业年金市场的需要。法律应为建立养老金管理公司厘清部门关系,确定改革原则,规划改革思路。

在借鉴海外先进经验的基础上,法律应因势利导,为养老金管理公司的定位制定一个法律框架,理顺养老金管理公司的审批与监管之间的关系,对行政主管部门的审批登记和资格认定的职能予以整合。应在法律层面上明确企业年金五大当事人的权利义务,以引导企业年金制度的良性发展。

3、明确规定鼓励中小企业建立企业年金制度

企业年金发展缓慢主要表现在中小企业上,要加快中小企业年金的发展,长期任务是改善中小企业生存发展的经济环境,近期工作是通过出台税收优惠政策、降低中小企业建立年金的门槛等措施,有效推进企业年金的较快发展。据了解,为鼓励中小企业建立企业年金,劳动保障部正在研究集合企业年金计划相关办法。业内人士建议,集合计划可以采取由受托人发起的前端集合模式。在明确责任主体是受托人后,只要能够形成一定规模,建立统一标准就可以发起成立。此外,不少企业年金管理机构建议,现有投资规定不能完全满足客户需要,投资品种的范围有待扩大,固定收益类投资比例上限有待提高。应在法律层面出台明确规定,以鼓励中小企业建立企业年金制度。●

●文 / 黄 绮

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

浅议毕业实习与就业协议书的法律性质



黄 绮,市律协劳动法业务研究委员会分管副会长



引言:一年一度的大学毕业生就业季已经来临,在校园里度过十余年读书生涯的大学生们,走出校园迈向社会的时候总有些让他们琢磨不透的疑惑:毕业实习能不能算正式工作了,应不应该有工资报酬?市教育局要求毕业生与用人单位签订的“就业协议书”能否替代劳动合同,具有何种功能与作用?在此,本文希望通过对毕业实习及就业协议书的法律研讨帮助莘莘学子更顺利地踏上就业征途。

一、毕业实习与劳动就业的法律界定

毕业实习是我国高等教育制度中设置的必经环节,目的是让学生经历了解社会、适应社会并且学以致用的实践过程。随着我国从计划经济时期对大学生的毕业分配制度,演化到如今市场经济年代大学生自谋就业单位,这种改变让大学生越来越看重毕业实习,很多学生都在自己意图进入的就业单位寻找毕业实习机会;更多的单位也把毕业实习当作对大学生录用前的考察期,往往把实习学生放到了某个具体的岗位上去观察其能力和考察是否适合被正式录用等。所以毕业实习往往成了单位与毕业学生双方的磨合期,毕业实习的时间也越来越长,从二个月到半年甚至跨度到了整整一年时间。这种类似试工期的做法让人产生如下的疑问:

疑问一:毕业实习期间实习生是否与所在实习单位建立了劳动关系?

大学毕业生(本文仅指全日制高等院校毕业生)毕业实习期内是否和所在实习单位建立了劳动关系,这个问题需要从两个层面来谈:

第一,是否建立了劳动就业关系?

劳动就业是一项法律制度,从其法律特征分析劳动就业主体中的劳动者必须符合法定的就业年龄、具有劳动行为能力、必须出自公民的自愿、能够创造财富或有益于社会的劳动以及使劳动者获得一定的劳动报酬或经营收入。从这些特征分析,似乎大学毕业生在毕业实习中,为实习单位提供的工作符合劳动就业关系中作为劳动者的要件,但是,我国《劳动法》第3条明确:“劳动者应当完成劳动任务,提高职业技能,执行劳动安全卫生规程,遵守劳动纪律和职业道德。”该条规定明确了劳动者必须承担的各项义务,而尚未毕业离校的大学生其身份是学生,主要任务是完成学业,他们只能利用课余时间去单位实习,不可能遵守实习单位的包括考勤在内的规章制度的。另外,实习单位也不可能象对待一个正式员工那样给实习学生分配工作任务的,所以从权利义务一致的原则来看,毕业实习生和实习单位之间不属于劳动就业关系。

第二,是否建立了劳务合同关系?

大部分大学毕业生在实习单位仅仅是一些见习活动,没有正式的岗位和正式的工作,一般也不创造社会财富。但是,也不排除实习生在实习期间确实通过自己的智力活动为实习单位提供了创造财富的劳动成果,比如学外语的大学生为单位做了翻译类的工作,中文系的学生为出版社做了出版校对工作等等,这种情况下,应该认为实习生其实已经与单位间产生了劳务合同关系,也即实习生为单位提供了劳务,实习单位获得了学生劳动力的付出,所以应该向学生给付劳务报酬。但需要明确的是,劳务关系不用于劳动关系,劳动关系是指双方建立了劳动合同关系,也即可以由《劳动合同法》来调整的劳动法律关系;劳务关系并非典型意义上的劳动关系,是由民法所调整的民事法律关系。劳务关系将不能

享受社保金待遇以及劳动关系终止时的法定补偿金等。

疑问二:毕业实习期间实习生是否享受最低工资待遇?

最低工资待遇是指我国《劳动法》第49条规定的用人单位给付劳动者劳动报酬时的最低标准,具体数额由国家有关部门每年公布,用人单位低于最低工资标准给付工资将被视作违反法律规定,必须承担相应法律责任的。但最低工作标准的给付前提是双方具有劳动关系,如上述分析可见实习生与实习单位并非劳动就业关系,所以也不存在单位必须给付最低工资待遇的法律要求。一般情况下,实习期间不少单位会视情给予实习生一些交通费、餐费补贴或其他津贴等,但这不属于工资类劳动报酬。即使实习生给实习单位提供了劳务,单位应给予劳务报酬的,但具体标准也将视情形而定,不存在根据最低工资标准支付劳务报酬的规定。那么如何对学生所付出的劳务有个合理的报酬呢,笔者建议实习生可以和实习单位就劳务报酬事先进行协商约定,有效约定是受法律保护的,对于约定的报酬单位就产生了法定的给付义务。

二、就业协议书与劳动合同的法律性质确定

“就业协议书”是各省市教育局制作的一份由毕业生与用人单位间签订的录用协议,有人称其为“三方协议书”,因为除了用人单位与毕业生之外,大学也需要在上面盖章,但其实,就业协议书上大学仅作为“鉴证登记方”加盖公章,就业协议书中的权利义务完全不涉及大学,所以就业协议书只能成为“双方协议书”而非“三方协议书”。下面从法律的角度阐述一下这份协议书:

(一)就业协议书的功能与作用

“就业协议书”是在毕业生与用人单位面谈后双方都有录用和被录用意向时签订的协议书,待学生毕业之后取得就业身份了,双方即可转而签订劳动合同,随着劳动合同的签订就业协议书也就履行完毕了。就业协议书签订之后,学校作为“鉴证登记方”将确认该学生系本校应届毕业生,同时也应该为学生确认该用人单位系在“就业事务中心”(市教委下设的处理大学毕业生就业相关事务的单位)登记过的符合资质的用人单位。但学校的鉴证仅起到证明作用,就业协议书的生效则应以单位与毕业生盖章签字之日为准,换言之,即使没有学校的鉴证,就业协议书也是具有法律效力的。

就业协议书共有四联,签约双方各执一联,学校备案一联,最后一联是留给毕业生办理户籍等相关手续所用的。目前情况下,如果没有就业协议书的第四联,毕业生将无法办理上海户籍。这一附加在就业协议书上的功能,让就业协议书产生了不可替代的作用。

现实中,就业协议还起着统计学生就业率的作用,对学校来说就业协议书的签订就意味着学生就业了,可以被统计到就业率中去了。所以也出现了不少学校为了追求高就业率,要求学生签了就业协议书才能拿到毕业证书,导致许多学生为了拿到毕业证书而各显神通寻找并非真正的录用单位签订就业协议,一些学校的这种“被就业”的现象影响了“就业率”统计的真实性,是不可取的。

二、就业协议书与劳动合同的关系

笔者认为就业协议只是单位与毕业生同意建立劳动关系的事先约定,是签订劳动合同的意向书,不属于劳动合同。

首先,单位与毕业生签订就业协议书,学生尚未从学校毕业,不具有劳动者身份,不符合签订劳动合同的主体地位;其次,就业协议书的内容中一般涉及劳动合同内容的仅有聘用期限、月工资标准以及社会保险金缴纳等条款,并非概括了劳动合同的方方面面,以此作为劳动合同是非常不完整的;第三,就业协议的有效期是短暂的,生效于双方盖章签字之后,但随着双方正式办理录用手续后就业协议书就失去效力了,所以不可能作为劳动合同使用。

就业协议不是劳动合同,但却与劳动合同有密切联系。就业协议是签订劳动合同的意向书,是对劳动合同中聘用期限、工资标准等最主要内容的事先明确。就业协议中约定的聘用期限和工资标准,在签订劳动合同时是否有约束力?笔者认为,就业协议中的相关约定内容应该被转移约定到劳动合同中去,如果任何一方欲变更约定,应征得另一方同意,否则应被视为违约,应按就业协议中违约金的约定承担责任。当然,也有不少人质疑就业协议中违约金条款的法律效力,因为根据我国《劳动合同法》第22条及第23条的规定,单位与劳动者在劳动合同中仅有两种情况是可以约定违约金的,一是劳动者违反服务期,二是劳动者违反竞业限制期规定,除此之外的违约金约定都是无效的。但笔者认为就业协议中的违约金约定不同于劳动合同中的违约金,就业协议作为一种民事协议可以约定协议一方在不适当履行时向对方支付违约金的内容,但具体执行时需要根据情况区别对待:如果就业协议签订后,一方反悔不同意办理劳动合同手续的,则可视作违约而应支付违约金;反之,就业协议签订后,双方后续签订劳动合同过程中,如果仅因为就业协议中未明确约定的内容导致双方不能协商一致签订劳动合同的,则不可视为违约,双方皆不应向对方支付违约金。但总体上来说,就业协议书作为民事协议是具备法律效力的,其违约金的约定对签约双方都有同样的约束力。●



编者按:《中华人民共和国社会保险法》对外国人参加我国社会保险作出明确规定,应当参加职工类社会保险,即职工基本养老保险、职工基本医疗保险、工伤保险、失业保险和生育保险。人力资源和社会保障部为了贯彻《中华人民共和国社会保险法》,于6月10日就《社会保险个人权益记录管理办法(征求意见稿)》和《在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法(征求意见稿)》公开征求意见。这也意味着,60万在华工作的外籍员工将在中国缴纳医保、养老金、工伤、失业和生育保险等社保费用。

●文/唐毅 刘佳欣

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

论外国人在华缴纳社会保险



随着2011年7月1日生效的《中华人民共和国社会保险法》清晰的在附则中规定:“外国人在中国境内就业的,参照本法规定参加社会保险”以及最近国家人力资源和社会保障部关于公开征求《在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法(征求意见稿)》的意见,外国人在华就业是否缴纳以及如何缴纳社会保险再度成为社会热议的焦点,尤其是在北上广等拥有众多外商投资企业及驻中国的办事处、相应的拥有大量的境外就业人员的一线沿海大中城市。

外国人在华缴纳社会保险法律历史沿革

从国家法律层面来看,《劳动法》第七十二条规定:“社会保险基金按照保险类型确定资金来源,逐步实行社会统筹。用人单位和劳动者必须依法参加社会保险,缴纳社会保险费。”

国务院《社会保险费征缴暂行条例》第三条规定,“用人单位和职工应当依照有关法律、行政法规和国务院的有关规定缴纳基本养老保险、基本医疗保险和失业保险。”

随着九十年代中期大量境外人员来华工作,对境外人员实行就业许可制度,办理了就业证的境外人员与用人单位建立合法的劳动关系,也可以参照我国的劳动法律法规进行权利义务的约定,同时发生劳动争议,也适用我国的劳动争议案件处理程序、即劳动争议仲裁或诉讼。

我们国家的法律法规多通过属地标准确立其适用范围,《民法通则》第八条规定:在中华人民共和国领域内的民事活动,适用中华人民共和国法律,法律另有规

定的除外。本法关于公民的规定,适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人,法律另有规定的除外。《社会保险法》第一条明文规定:为了规范社会保险关系,维护公民参加社会保险和享受社会保险待遇的合法权益……因此既然外籍员工与用人单位建立了合法为我国所承认的劳动关系,法律又未特别规定外籍员工无需缴纳社会保险,按照通常理解,对于外籍员工,用人单位也应为其缴纳社会保险。

2001年7月,中德两国政府签署了《中华人民共和国与德意志联邦共和国社会保险协定》,2002年4月4日,中德社会保险协定正式生效。根据中德社会保险协定,为避免双重缴纳社会保险费,对于符合条件的用人单位和员工,两国互免缴纳养老保险和失业保险的义务。

2003年,中国政府与大韩民国政府签署了《互免养老保险缴费临时措施协议》等相关文件,据此,为避免双重征收养老保险费,免除一国国民根据另一国立法所应承担的法定养老保险缴费义务。

2003年8月18日,劳动和社会保障部办公厅发布《关于执行中德协定和中韩协议有关问题的通知》(下称《通知》)。《通知》规定,凡不符合中德协定和中韩协定免交社会保险义务的员工,在华就业的德籍人员应参加养老保险和失业保险,在华就业的韩籍人员应参加养老保险。

以上双边协定,北京等地方均全文转发并执行。

2001年9月10日,劳动和社会保障部办公厅在给北京市劳动和社会保障局的复函(劳社厅函[2001]198号)中明确答复,对于取得国外永久性居民身份的人员回国工作,凡同国内企业建立劳动关系的,应按规定参





唐毅,市律协
劳动法业务研究委
员会副主任



刘佳欣,市律
协劳动法业务研究
委员会委员

加企业所在地的社会保险,缴纳社会保险费,并享受相应待遇。

在内地就业的台湾香港澳门居民缴纳社会保险的问题,劳动和社会保障部《台湾香港澳门居民在内地就业管理规定》(劳动和社会保障部令第26号)第十一条规定:“用人单位与雇佣的台、港、澳人员应当签订劳动合同,并按照《社会保险费征缴暂行条例》的规定缴纳社会保险费。”

综合以上的法律和规定来看,我国立法的出发点都是合法就业的外国人应当缴纳社会保险,除非通过国际间的双边协议互相免除部分缴纳义务的。

外国人在华缴纳社会保险的法律规定现状

法律未明确规定外国人如何缴纳社会保险,没有执行的细则,也没有规定不缴纳社会保险的后果,司法实践中也鲜有外国人就社会保险缴纳与否及相关待遇提出仲裁或诉讼,于是社会上和用人单位甚至外国人的多数理解是外国人无需在华缴纳社会保险。

随着境外来华人员日益增多,对外贸易日趋频繁,尤其是我国加入WTO以后,各国使领馆、国际经济组织呼吁给予在华外国人国民待遇,这类特殊人员的保险问题就凸显出来了。

有这样一个案例,一境外人员来沪工作已经11年了,在用人单位通知其合同到期终止后,该人士提起要求补缴11年社保的仲裁申请。关于补缴社保,其本人就言之凿凿,称自己在境外工作年限较短,无法享受养老待遇,听闻国内保险缴纳满15年后,即可在退休年龄后享受养老金,既然本人有就业证属于合法就业,用人单位就应当为本人缴纳社会保险,其本人要求单位缴纳11年后再自行补缴,即可在中国养老。先不说此案的背景,如一外国人在中国工作了十几年,为中国经济建设做出了努力,按时缴纳个税和社保,那么要求在中国享受养

老待遇是合理的要求。根据上海的政策,缴纳保险需要协商一致并以书面形式记载,因此境外人员缴纳保险的诉请如未有协商一直到今年7月1日前并不能获得支持,考虑该境外人士工作多年,经过仲裁主持,最后双方达成调解,境外人员放弃缴纳保险,单位支付一定金额的经济补偿。这个事件也反映出,外国人也开始逐步关心关注甚至是诉求在中国缴纳社保并享受相关待遇。

在法律无细则规定的情形下,各类大中城市,便按照法律确立的原则,颁布适用于当地的外国人保险缴纳政策。如2005年苏州市劳动和社会保障局《关于外国人、华侨和台港澳人员参加社会保险有关问题的通知》明确规定,“除具有与我国互签实施社会保险协定国家国籍、提供已在本国参保证明的人员外,凡与国内企业建立劳动关系的外国人、华侨和台港澳人员,可按规定参加企业所在地的养老保险、医疗保险和工伤保险,缴纳相应的社会保险费,并享受相应待遇。”2005年深圳市劳动和社会保障局《关于台港澳人员在深就业参加社会保险有关问题的通知》规定:“与本市企业建立劳动关系的台港澳人员,可根据本市现行的社会保险法规、规章,按照非深圳户籍员工参保的有关规定,参加本市养老保险、医疗保险及工伤保险,按规定缴纳社会保险费和享受社会保险待遇。在本市就业的外籍人员的社会保险参照本通知执行。外籍人员所在国与我国签订有社会保险互免协定的,按协定规定办理。”2009年上海市劳动和社会保障局发布《关于在沪工作的外籍人员、获得境外永久(长期)居留权人员和台湾香港澳门居民参加城镇职工社会保险若干问题的通知》中规定:“与属于参加本市城镇基本养老保险范围的用人单位建立劳动(聘用)关系,并按规定分别办理了《外国专家证》、《上海市居住证》B证、《外国人就业证》、《台港澳人员就业证》、《定居国外人员在沪就业核准证》等证件的外籍、获得境外永久(长期)居留权、台、港、澳来沪工作人员,可以按照相关规定同时参加本市城镇职工基本养老

保险、基本医疗保险和工伤保险,并在劳动(聘用)合同中予以约定。”上海将《劳动合同》中明确以明文载明双方自愿缴纳社会保险作为外国人在华保险缴纳手续办理的前提条件。

综上,以上地方性的法规政策在语言表述上不尽相同,但是可以看出,均体现了外国人可以当地缴纳社会保险,但并未强制缴纳。

外国人在华缴纳社会保险和享受待遇情况

公众的普遍认知是外国人缴纳保险并不强制,因此目前大中城市的各用人单位为外国人缴纳保险的策略也是五花八门的。

以上海为例,本所为沪上多家知名外资企业提供法律顾问服务,就本所了解的情况来看。外商投资企业多为全员包括境外人员购买意外伤害或医疗的商业保险,鉴于已经购买商业保险,多数外资企业倾向于不再为外国人缴纳社会保险。在具体做法有些单位是“一刀切”不购买也不向外国人解释社会保险,有些单位是与外国人协商确定是否缴纳社会保险,如外国人确定缴纳社会保险再行协商确定是否额外购买商业保险。

诚然,有越来越多的单位反映,本单位的外国人随着社会保险法的出台和我国在劳动法律法规宣传和劳动权益保障上的力度加大,越来越多的外国人会主动询问其在华享受哪些法定福利待遇包括社会保险,而不再是过去单纯的单位确定、本人认可的做法。

那么境外人员在华工作期间如果碰到医疗或意外事故是如何处理的呢?

一名外国客户说,他们有句话叫“急病上海治,大病回国养”,鉴于经济发达的国家是全民建保,医疗待遇也比较好,所以外国来沪就业的人士,急病在上海的私立医院看(鉴于没有社保,也无所谓是否公立,除非投保的商业险有特殊要求;私立医院大多环境好、私密性好、服务好、就诊人数少,甚至相当一部分就是境外人士参与开办的),上海的医院一旦确诊,如有需要,就返回境外继续治疗。至于意外事故也多通过商业保险来理赔,如需治疗也会返回当地。至于养老待遇,目前还比较少碰到。

总而言之,以过往情况来看,对于用人单位来说不为外国人购买保险,用工风险太大;缴纳社会保险会增加用工成本;而购买商业保险费用略低又无需本人缴费,还可以根据协商和需要灵活确定需要购买的险种,因而受到欢迎。对于外国人来说社会保险能够享受的待遇并不多,但多一种保险多一重保障,缴纳与否在两可之间。

外国人在华缴纳保险征求意见稿出台后的反响

显然,外国人在华缴纳社会保险可以与劳务派遣、职工代表大会条例并称为沪上“外资企业最为关注的三大热点”。

很多外商投资企业聊到对此问题看法,有些认为是国家层面的统一保险缴纳,,可以理解;有些则认为,从过往来看比如医疗,外国人几乎不在中国就医;再比如失业,失业就回国;加之养老也不确定是否在中国,这样的缴纳增加企业和个人的成本,而意义和作用并不十分明显;有些则折中认为可以设定一定的过渡期。

根据一个2010年的调查,目前有60万外籍员工在华,其中231700人有工作许可,并且逐年以10%左右的速度递增,这显然是一个已经不能不被重视的群体。新政策意味着外籍员工每个月到手的收入会“减少”,因为收入的一部分将被用于支付保险费用的个人缴纳部分,用人单位也需要支付一部分,所以企业用人成本势必增加。可以想见的是雇佣人数众多外国人的外商投资企业将重新调整福利待遇的分配,重新预估外国人的就业成本,甚至有可能重新与外国人协商工资待遇。

然而,对于外国人在华缴纳保险的认识并不能仅仅停留在短期可能增大的用工成本上。我们对此问题和所产生的意义应当有深度和广度的理解。

国家一贯重视民生保障和在华工作的外国人权益、重视各国提出给予在境内工作的境外人士的“国民待遇”,在对内管理上逐步与国际接轨、逐年减小中国经济发展的不平衡以及地区间政策的差异化。近期相继出台的《劳动合同法》、修订的《工伤保险条例》和《社会保险法》等法律已经显示了国家和政府在此方面的坚定的决心和信心。从这个意义上来说,不忽视每个群体,在国家层面上保证所有人员在境内都能享受到最基本的法定待遇,使得每个人都能得到保险的保障,这是一个负责的政府和一个尊重人权的国家所必须要做到的,而目前经济发展的速度和人民的诉求也正是现在必须这样做的原因。从长远来讲,当国家不断将其经济建设的成果与人民分享,从制度和管理上保障民生民权,这是安定团结的立国之本。就小的方面而言,不仅是外国人在华缴纳社保还包括其他适用于特定历史条件下产生的不同劳动群体的待遇的逐步明确和统一,而且还能有效地降低现在存在用工管理中对不同群体适用不同待遇的争议。一个稳定的社会环境和全国统一的稳定的劳动保障体系,才能愈加吸引更多国外的优秀人才,才能更加促进外国在华企业投资的积极性和热情。●



他山之石

●文 / 王诗诣

栏目组稿人:洪亮 hongliang1224@hotmail.com

为了“得到”，须有“付出”

——从马普案看我国《两个证据规定》的贯彻落实



2010年5月30日，最高人民法院等五部委联合发布了《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》（以下简称《两个证据规定》）。《两个证据规定》细化了原有的法律规定，进一步表明我国现阶段对非法证据排除立法的价值取向。

然而，立法的进步并不能让人满意。1979年我国首部《刑事诉讼法》规定“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。”但在长达30余年司法实践中，一方面，严禁非法取证的立法和司法解释从未停止；另一方面，由于非法取证产生的聂树斌、余祥林、赵作海等冤案层出不穷。有学者评论我国刑事诉讼在非法证据排除问题上出现立法不断进步，实践裹足不前的怪象，更由此看淡《两个证据规定》的实践价值与发展前景。

其实，考察美国刑事司法的发展历程，其非法证据排除制度也并非“朝发夕至”，一气呵成，而是经历了相当一段有法不依，以及为了得到，付出更多的时期。

美国的非法证据排除立法最早见于1789年的宪法第四修正案——“人民之人身、住宅、文件和财产，不受无理搜查、扣押，未经授权，不得侵犯，且除非依据由宣誓或代替宣誓证明之正当理由，并列明搜查的地点与所扣押之人或物品，则不得颁发拘捕扣押令状。”

然而在普通法国家，证据的相关性是证据的首要属性，也是审查判断证据的核心，正如英国Crompton J.大法官所言：“不管你如何取得证据，哪怕是偷来的，都与证据的可采性无关。”由于美国建国之初在司法层面全面继承普通法观点，因此该条一直未受到美国刑事司法的重视，直到将近200年后的马普诉俄亥俄州案（Mapp v. Ohio），联邦最高法院的大法官们才终于一锤定音，正式将证据排除规则推行全国。

无令状搜查——州司法层面的广泛运用

1957年5月23日，俄亥俄州克利夫兰市郊的警察局接到线报称一起爆炸案的嫌犯以及一些非法赌博工具可能藏匿于马普（Dollree Mapp）家中。三名警察前往马普家中试图进行搜查，但是马普拒绝他们在没有搜查令的情况下进入住宅。随后两名警察返回警局并带了另几名警察前来支援。他们手中挥舞着一张所谓的“搜查令”并强行闯入马普家中。马普要求查看“搜查令”并乘机将其从警察手中夺过来藏进自己衣服里。随即，警察与马普发生肢体冲突并以“好斗”为由拘捕了马普。

在搜查中，警方既没有发现所谓的犯罪嫌疑人也未发现赌博工具，但是他们却出乎意料地在马普床底的手提箱中发现了

一些淫秽书刊。随后,马普因持有淫秽物品被逮捕并以此罪名起诉至地区法院。在庭审中,马普辩称她曾将这个手提箱租给一个寄宿的人,箱子里的东西并不属于她,但法庭依然采信警方所提交的证据。当马普的律师就搜查证问题质疑警方时,警方拒绝对其作出回应。最终马普被认定有罪,并被送往妇女管教所服刑。

同样的案情 不同的判决

一、俄亥俄州最高法院的判决

马普被定罪之后,由于不服判决,她向俄亥俄州最高法院上诉。她的辩护律师再一次向最高法院阐述其观点:根据宪法修正案第四条,马普根本就不应作为本案被告,因为该案所有针对马普的实质性证据都来自不合法的搜查程序,这些证据理应被排除在法庭之外。

出乎意料的是俄亥俄州最高法院虽然采纳了辩护人的抗辩理由,却驳回了其诉讼请求。州最高法院认为该案中警方搜集证据所使用的手段确有“侵害公正”之嫌。但法院认为,从该案的取证过程来看,警方是通过平和的手段从某个场所获得相关证据的,在取证过程中警方并没有通过暴力手段从任何人身上搜出证据,因此这些证据虽然在取证过程中存在瑕疵,但仍应当认定那些材料的证据能力,并藉此驳回了马普的上诉,维持原判。

二、联邦最高法院的判决

马普再次向美国联邦最高法院上诉。1960年,联邦最高法院(以下简称“最高法院”)受理马普一案。最高法院审查的核心是:1、宪法第十四修正案是否保证了宪法第四修正案在州司法层面加以运用?2、第四修正案所禁止的以不合理手段搜查的规定是否及于州司法?

经过审理,最高法院最终以6比3

的投票结果推翻了俄亥俄州最高法院的判决,作出有利于马普的判决。法庭认为,非法证据排除规定也应当适用于州层面,这意味着州法院不能依据通过非法手段获得的证据对某人定罪,这一判决也推翻了先前确立的沃尔夫规则(Wolf Rules)。

该案由克拉克大法官代表最高法院撰写审判意见。在说理部分克拉克大法官主要陈述了以下几点理由:

从维护宪法及国家法律体系稳定的角度看,他认为“摧毁一个国家法律体系最好的方式就是有法不行。如果信件和私人文件能够被非法扣押,并用作有罪证据,那么第四修正案中所谓保护人民反对不合理搜查和扣押的权利就没有价值,宪法也就无法得以实行。审理法院和其司法人员将罪犯绳之以法的努力固然值得称道,但是不能以牺牲经过多年的努力和痛苦所确立的、包含在宪法中的基本原则为代价来支持他们的努力。”

从各修正案条款间的关系看,正如Elkins案中最高法院审判意见所述:完善联邦体制的核心在于如何解决联邦法院间不必要的冲突。克拉克法官认为:宪法第十四修正案中的“正当程序条款”(Bill of Rights)赋予了第四修正案中“隐私权保护”(Protection of Right)以约束州司法的效力,这已经得到先例确认;因此,同样第四条中规定的“排除规定”也应当有约束州司法的效力。而州司法允许非法证据的使用实际上违背了他们本应遵守的联邦宪法。

从常理来看,克拉克法官认为“排除规定”是第四和第十四修正案中不可或缺的一部分,这不仅仅是根据先例推论而得的,更符合修正案本身的逻辑。如果不将“排除规定”适用于州层面,那么将造成荒谬的情况:在同一修正案的规范下,联邦检察官不可以使用通过非法

手段取得的证据,但一墙之隔的州检察官却可以堂而皇之地使用。

从司法实践来看,将“排除规定”适用于州层面更有利于杜绝“银盘理论”。所谓“银盘理论(silver platter doctrine)”是指在西方国家,服务人员向被服务者传递钱物和账单时常用银盘托着,在证据法中则暗喻州警察向联邦警察传递非法证据。(该理论的具体内容见下文详述)

克拉克法官认为:如果违宪搜查的证据同时被州法院和联邦法院认定无效,那么上述的情况也很快会被消除。

州与联邦的博弈

州最高法院和联邦最高法院的判决结果迥异,其原因并非本案表面所显示那么简单。其实在马普案之前,证据排除规则就已经在联邦层面确立并运行了近半个世纪。在1914年威克思诉合众国案(Weeks v. United States)中,戴大法官(Justices Day)指出:宪法第四修正案就像卫兵守卫城堡那样,保护着人民的住所免受政府的入侵,我们建立“排除规则”就是要让那些非法证据不能被用来指控被告人。由于美国是一个联邦制国家,联邦和州各有独立的司法体系。非法证据排除规则由联邦最高法院确立,也自然只在联邦层面有效。同时,美国宪法第四修正案的立法目的是通过约束联邦政府的权力达到保护各州和人民的个人权利的目的。因此,正如威克思案判决中所述那样,“宪法第四修正案不是针对这些(州)警察的不适当行为而制定的”,因此,州警察也毋需受其约束。

在其后的发展中,一些州采纳了联邦的意见确立排除规则,另一些则认为该规则影响警方办案而拒绝采纳,由此带来了州与联邦的立法不统一,甚至给联邦警察规避证据排除规则带来便利。

正如上文所述的“银盘理论”，政府在办理联邦案件时往往与州警察合作：先由州警察采取无令状搜查等手段搜集证据，再将证据移送给联邦警员，借此涤除这些证据在联邦司法体系中的污点。

这一做法在美国的司法实践中长期盛行，直到1960年埃尔金斯诉合众国案（*Elkins v. United States*），最高法院才首次根据宪法修正案第十四条对州层面的非法证据排除制度给出意见。而马普案则是最高法院首次确认州刑事司法程序也应当受到宪法的监督以确保公民的宪法权利得到保障。

并不完美的规则

经历了两个世纪发展的“排除规定”终于由马普案所确立，但几乎在最高法院法官落下法槌的同时，批评的声音就不绝于耳——因为警方的微小错误就将真实证据排除于法庭之外并不利于发现案件事实，并且让公众承担放纵罪犯的后果，不但影响警方乃至政府的公共形象更威胁到社会安全。正如沃伦法庭（*Warren Court*）所质疑的那样“排除规定在干扰警方工作方面也许‘走得太远’”。在1961年之后的司法实践中，最高法院也屡次通过案例对“排除规定”内涵外延做了各种修正。

一、善意之例外（*Good Faith Exception*）

善意之例外确立于1984年合众国诉里昂案（*U.S. v. Leon*）中。该案中，警方搜查所使用的令状存在瑕疵，并在庭审中被确认，但是警察在执行搜查任务时并不知道该令状有瑕疵。控辩双方由此引发争议：在搜查时搜查人员善意相信其所持之搜查令状有效，其搜查行为是否构成对宪法第四修正案之侵犯？

最高法院审理认为：即使后来证明

令状有瑕疵，但警察当时是在相信搜查令状有效的心态下实施的搜查。因此可以认定，警察是在主观善意并有合理根据的情况下进行取证，排除规则并没有起到阻止非法行为的作用。宪法第四修正案所确立的非法证据排除规则不应一味排除该类证据。最后，最高法院肯定了检察官的主张，做出了有利于检方的裁定。

此后，善意之例外还进一步发展，延伸到了依据之后被认定违宪的法律所为之搜查取证行为。

二、必然发现之例外（*inevitable discovery rule*）

必然发现之例外确立于1984年尼克斯诉威廉姆斯案（*Nix v. Williams*）中。在该案的侦查中，警方已经将某关键物证的搜索范围确定并已经展开搜索，此时本案被告威廉姆斯向警方提供了该关键物证的具体位置，省去了警方劳师动众的搜查工作。在庭审中，辩方认为威廉姆斯做此供述是由于受到警方诱导，违背了米兰达规则，因此该证据应当被排除。

最高法院审查后认为：“证据排除规则”之目的在于通过排除证据进入法庭的手段，阻吓警察侵犯公民的宪法权利。在保障公民权利与放纵罪犯的风险的利弊权衡中，立法者选择了更高位阶的价值进行保护。但是，如果某证据即使不采用非法手段也必然要被发现，那又应另当别论——法庭即使采纳了上述证据，也不会使控方处于更有利地位。相反，如果直接排除这些证据，将不利于在“阻吓警察非法行为”与“使陪审团获得尽可能多的犯罪证据”这两种价值间找到平衡。

此外，“必然发现”之例外并不要求警方之善意。一方面，当警方使用非法手段获取证据时，他们不可能预知要寻

找的证据是否必然会被发现；另一方面，假设警方知道证据必然被发现，他们也不会进行任何有风险的取证活动，因为在此情况下，通过任何可疑的“捷径”来获得证据都将得不偿失。此外，法律也已经确立了一系列针对非法取证的制裁措施，如内部惩戒和民事责任等，这些措施也对警方取证进行心理约束，使“必然发现”例外不致成为鼓励警方不当行为的保护伞。在这种情况下，如果我们仍坚持适用非法证据排除规则，由此所付出的社会成本将远远超过以善意条件所产生的阻吓效益。

“排除规定”与我国刑事诉讼

美国的非法证据排除规定可谓百年磨一剑，直至今日，该制度仍在不断细化和完善。而考察其创立与发展，可以借石攻玉，为准确评价与健全完善我国非法证据排除制度提供思考空间。

我们固然应当认识到不容乐观的现状：我国的刑事诉讼的首要目标仍在从惩治犯罪向保障人权过度，法官对实质正义的追求仍远远高于对程序正义的尊重，刑讯逼供是众人皆知的秘密，长期奉行的口供中心主义如影随形，似乎我国的刑事诉讼经过三十年的建设仍然千疮百孔不堪一击。但笔者认为，所有这些，都不应成为对我国当前刑事司法失望的原因。正如《两个证据规定》中规定的：证据裁判原则、程序法定原则、非法言词证据绝对排除与非法实物证据相对排除原则等，这些原则都是首次出现在我国立法中，这很好地诠释了我国刑事司法在推进非法证据排除制度时的信心和决心。在实践中规范取证手段，保障人权这一刑事司法的终极目标，需要几代法律人持之以恒的努力，因此我们在指责的同时，更应当保有信心。



岁月回眸 ●文 / 曹海燕

栏目组稿人:李海歌 lihaige@lawyers.org.cn

大爱无疆

——追忆师从恩师郑传本的那些岁月



岁月如歌,往事却难成云烟……

自1983年被分配到上海市第二法律顾问处成为一名职业律师后,屈指数来从业已近三十个年头。三十年来,律师界发生了翻天覆地的变化,不仅上海市第二法律顾问处的字号已成为历史,当年的办公民宅也已不复存在,而且我敬爱的恩师郑传本也驾鹤西去。真是物非人非!回首自己走过的历程,从一个对律师业懵懂的青年,到如今成为多次获得上海市十佳青年律师、上海市优秀律师、全国优秀律师等殊荣的资深律师,一路走来,都是在恩师郑传本的关爱下成长的,是恩师的博大之爱引领着自己走到了今天……

爱徒如子的慈父

1983年8月,我从华东政法学院毕业后,被分配到上海市第二法律顾问处就职,经组织安排师从郑传本大律师。那时,恩师是民事组的组长,因此,他所经办的民事案件都是极富挑战性的疑难大案,而由于他曾担任过法院的刑庭庭长,所以,一些重大的刑事案件的当事人也会慕名请他担任辩护人。又由于他是上海卷烟厂等大型国企的法律顾问,因而,

他还会承接一些经济纠纷的案件。他的业务范围几乎能涵盖到当时律师业的所有领域。能师从这样的大律师,是当时年轻律师梦寐以求的。跟着他办案,每天都觉得新鲜、充实、兴奋。

毕业之初,正逢全国开展严厉打击刑事犯罪运动。为配合运动,恩师也接了一起刑事案件。那是一件不起眼的小案,以现在年轻律师的眼光来看甚至不算案件。检察院起诉被告人和三名女性有不正当的两性关系。因此指控被告构成了流氓罪(按当时的司法解释以玩弄女性为目的,和三名女性发生不正当关系就构成犯罪)。而被告在我们会见时只承认他与两个女性有关系,且都是两情相悦的。发生关系时,她们都还有主动配合的细节。他过去虽然也曾交代过和三位女性有关系,但那是屈打成招的。会见被告后,恩师将所有的卷宗材料又仔细地看了一遍。对各个证据逐一进行了甄别,最后他感到被告的辩解有其合理性,于是决定为他作无罪辩护。

连日来,我一直期待着一睹恩师为被告作无罪辩护的风采。可惜的是,到了开庭那天,我却因病无法出庭。

就在开庭前的深夜,脚背不知被什么毒虫叮咬了一口,梦中醒来,觉得奇痒无比,辗转反侧,久久难以入眠。于是我

起身,取来一瓶止痒药水涂在脚背上。很快痒被止住了,随即也进入梦乡。可是,奇怪的是,早晨醒来,整个脚却肿胀得难以着地。早餐后,我只得一瘸一拐地到公用电话间打电话向恩师请假,并表示了由衷的遗憾。没想到恩师在电话中对工作之事只字不提,而是一再地追问我是被什么毒虫咬的?要不要紧?并一再嘱咐我赶紧去看病,最好抽一下血验一下……放下电话,我的心中顿时涌上了一股暖流。

令我万万没有想到的是,傍晚时分,我在家躺在竹榻上纳凉、看书。突然,听见了敲门声。打开门,我一下子惊呆了。恩师拎着水果,汗流浹背地出现在我的眼前。我一时激动得无语,示意恩师进屋坐。恩师看到我一瘸一拐难以行走,赶紧扶我躺下。我想起身给他倒杯茶,拿毛巾给他擦汗,他却说什么也不让。恩师看着我红肿的脚背,打开手中的扇子,一边给我脚扇着扇子一边关切地问道,“验血了吗?医生查明原因了吗?”。那天下午,脚背一直感到阵阵灼热,但是,见到恩师的探望,并感受到了他的关爱,刹那间,有着妙手回春之感。我便说,“医生说没什么大碍,可能是我涂的止痒药水感染了皮肤,打了消炎针就会好的。现在已经好多了,也许明天就能正常走路去

上班了。”“不不不，千万别急着上班，”没想到恩师听了我的话，更加关切地说道，“海燕啊，你千万不要大意了，肿消了后还是要到医院复诊一下。如果落下病根，将来得了流火那就麻烦啦，听老师的话，好好休息，过两天再去医院复查一遍……”

听着恩师亲切、关爱的话语，仰视着他那慈眉善目的脸庞，我的眼睛湿润了。脑海中情不自禁地浮现出两个大字——慈父！

恩师爱徒如子的动人故事不胜枚举，限于篇幅，实难一一讲述。很是遗憾！

具有战略思想的导师

1984年春节前夕，恩师带我去烟台办理一起经济纠纷案件。案件很简单，但无论是当时还是现在，我都认为那是一起绝对败诉的案件。

1983年下半年，烟台的一家农贸公司向上海“二军大”属下的一家三产公司供应了十几万元的苹果。“二军大”的公司又将那批苹果转卖给了个体户。个体户收到苹果后，却迟迟不付货款。几个月后，个体户居然失去了踪影。因而，“二军大”的公司也一直拖欠着烟台农贸公司的货款。烟台农贸公司的苹果是从广大农民那里收来的，农民们还等着卖苹果的钱过年呐。于是，烟台农贸公司请了当地的牟律师和农民代表一起到“二军大”催款。没料到，“二军大”公司的负责人坚持要找到那位个体户，并等个体户付款后，才能付款，且态度极其蛮横。于是，牟律师回到烟台后给“二军大”的公司发了一封《律师函》，函中限“二军大”的公司一星期内付款，否则将诉至法院。同时，又将《律师函》抄送给了“二军大”的领导。“二军大”的领导在收到《律师函》后，心急如焚，恳请恩师前往烟台帮助处理此事，并希望以几

万元了结此案。我暗想，法律关系那么简单、清楚，“二军大”的公司若要以个体户没有付款为由少付烟台农贸公司货款，无论如何是不能成立的。恩师啊，你究竟有什么办法调解成此案呢？

我们到烟台时，那里正下着鹅毛大雪。我们在临山傍海的部队招待所安顿后，恩师旋即马不停蹄地带着我直奔牟律师所在的律师事务所。

和牟律师见面并礼节性地寒暄了几句后，恩师直奔主题。他首先对牟律师的敬业精神大大地夸奖了一番，接着说道，“二军大的领导收到《律师函》对此非常重视，也希望能在《律师函》规定的期限内了结此案。我们坐了一夜的火车，顾不上休息前来协商，就是为了表达这份诚意。”听了恩师的开场白，牟律师顿时笑容满面，他在上海受到的怨气似乎也慢慢地消散了。他当即表示只要“二军大”有诚意，他同意不打官司。这使得双方的谈判有一个很好的氛围。恩师顺势向牟律师提出了调解方案：“二军大”先付几万元让农民度春节，还有十万元等回上海向个体户追到款后再付。若无法向个体户追到款，就在以后的贸易中多让利给农民。

令我始料不及的是，坐在牟律师身旁的农民代表听了恩师的调解方案后，竟向我们大发起了牢骚。他说，“想不到上海人做生意这么不讲信誉。我们上门讨账，公司的人还向我们要横，太不讲道理了！解放军吃了苹果是不是不想给钱了，早知道现在的解放军是这样，我们当年就不去支前了。”恩师听完他的牢骚后，耐心地给他作了解释工作，并告诉他这次来之前“二军大”的领导已对那位负责人进行了严厉的批评，离沪前领导一再关照我们，要向农民兄弟表达他的歉意。气氛缓和后，恩师又道，“从客观情况看，我们军民双方都是受害者，我们决不能让个体户破坏了军民关系啊！我

们这次来时，领导也想多垫付些钱，可是将来坏账了怎么办？这毕竟是国家的钱啊……”

经过了整整一天的艰难谈判，最后，恩师用军爱民的故事打动了对方，他们最终同意了恩师的调解方案。

第二天早晨，恩师让我草拟一份《协议书》。由于我在大学里没有学过这样的课程，所以很是犯难。恩师看出了我的难处，对我说，“你就按你的理解和想象起草一份，我也写一份，写完后你帮着抄一遍。然后，好好地体会和琢磨。”

我绞尽脑汁写了半天还没有写满一张纸。恩师见我实在写不下去了，于是便将他写好的《协议书》让我认真地抄了一遍。我抄完不久，牟律师如期来到了招待所。恩师将我抄好的《协议书》递给牟律师。牟律师看完后，对《协议书》大加赞赏。他问恩师，“这是谁写的？写得太好了，我没有修改的意见。”恩师道，“这是我的学生小曹写的。”我听后一愣，由于天性诚实，不想贪功，于是我脱口而出，“这是郑老师写的。”恩师在一旁机敏地补充道，“主要是我学生起草，我略作了修改。”听罢恩师的话，我在一旁纳闷，老师为什么要撒谎呢？

《协议书》经牟律师事务所打印后，双方在午宴上正式签字生效。

午宴后，恩师邀我陪他去海边散步。

我们一边踏着积雪一边欣赏起户外的风景。招待所大院内，挺拔的松树上覆盖着厚厚的白雪，远处层层的山峦上白雪皑皑，千里大地冰雪一片。绿色的大海在北风吹拂下溅起朵朵的浪花和满天飞舞的雪花融合在一起，宛如一幅壮丽的油画。这时，恩师忽然诗兴大发，吟诵起毛主席的诗词：“北国风光，千里冰封，万里雪飘。望长城内外，惟余莽莽；大河上下，顿失滔滔……俱往矣，数风流人物，还看今朝。”

随后,恩师驻足在海堤旁,对我说,“毛主席的这首词写得多有气派,特别是最后一句‘数风流人物,还看今朝,’你们年轻人要胸怀大志,要早日挑起法治事业的大梁啊!

我突然顿悟,早晨他并不是故意要向牟律师说谎,而是真心希望我们年轻的律师迅速成长啊!

懂生活爱生活的良师

这次和恩师去烟台出差,让我受益良多。他不仅让我懂得了要成功,必先励大志的道理,同时,他还教会了我如何爱生活,爱家人。

就在我们要离开烟台前夕,恩师要我陪他去逛一下食品商店。我惊讶地看着他,诧异地问:“老师,您怎么会想起逛食品商店?”(那时在我心中,大律师除了工作就应该是学习,去逛书店才是顺理成章之事。)

“海燕,你不懂,山东出产一种叫阿胶的滋补品,它对妇女的健康特别有益,我想给你师母买点。你作为儿子也应该买些给你母亲。今后,你若成家了,出差时一定要想着家人,一定要买些特产回去,它会给你的家庭生活增添幸福感的。”

听了恩师的话,我给母亲买了两盒阿胶,作为过年孝敬她的礼物。当母亲收下阿胶后,脸上顿时洋溢出了幸福的笑容,父亲在一旁直夸我有孝心。

出差要给家人带礼物,这只是我对恩师热爱生活的初步印象。而就在这年我第一次给恩师拜年时,恩师热爱生活、懂得生活的形象,又一次深深地打动了

我。大年初一的早晨,我前往恩师家给恩师和师母拜年。刚坐定,师母便忙着给我沏茶,并端上了糖果、瓜子、花生等年货给我品尝。恩师在一旁对我说,“海



燕,你先尝尝瓜果,一会儿让师母给你下碗宁波猪油汤圆。”

“老师,不用客气,我早上在家已经吃过汤团了,还是和师母一起聊聊天常吧。”我还真的不是客气,一则我真的是吃过早饭了,二来我平时也不喜欢吃甜点。

“海燕,即使你早饭吃过了,可我家的‘郑氏宁波猪油汤圆’,你也一定得尝尝。那可是我花了几天的时间精心制做的,它比店里买的可要好吃多了。你今天吃了,明年你来时,一定还想着吃。”

“既然老师说得这么好,那我就尝尝吧。”我出于礼貌地应道。

“海燕,你老师说的是实话,他可不是王婆卖瓜自卖自夸哦。”师母见我还是没有表现出特别的兴趣,于是向我介绍起恩师自制汤圆的流程。“这猪油是你老师亲自去菜场精心挑选的,它油肥筋少,拿回家后还要仔细地清洗,直到将筋叶全部剔除。随后将清理好的猪油和他自己舂好的黑芝麻、再加上绵白糖用手慢慢地拌匀。随后再搓成一个一个像弹子一样的汤圆陷备用。汤圆的糯米粉也是你老师亲自用石磨磨的水磨粉。”师母一边向我介绍一边将我拉近了厨房参观。只见厨房内的两只长方形的盘子内,一只整整齐齐地摆放着几排像弹子大小的汤圆陷,另一只放着包好的汤圆。汤圆的大小如同一个模具里刻出来的,很是

精致。这时,师母又指着放在凳子上的石磨对我介绍说,“这就是磨水磨粉的磨子。你老师在磨槽内放进糯米,一边慢慢地磨米,一边向槽内加水。这水还要加得恰到好处。水少了则粉不够细滑,水多了则粉可能不够糯。然后将磨好的粉浆放入布袋里将水慢慢滤干……”

“真没想到老师做的宁波猪油汤圆这么考究,这么精致。”我连连赞叹。

“究竟是不是好吃呢,师母给你下一碗尝尝你就知道了。”说完师母给我下了一碗,让我坐回恩师身边品尝。

我刚尝了一只,就觉得老师特制的汤圆真的特别好吃。汤圆的皮特别滑爽,而馅子吃上去又香又甜,且甜而不腻。我一口气将一碗汤圆全部吃完了。

“哈哈,‘郑氏宁波汤圆’名不虚传吧。”恩师看到我吃得很香,开怀笑道。

“老师,你怎么会在操持这些家务上花那么多时间,又怎么会这么有兴致呢?”我非常好奇地问。

“你问得很好,这正是老师想对你说的。你想想,我们努力工作是为了什么?往大的说就是要让人民的生活过得越来越有幸福感;朝小的说,就是要让家人过得快乐幸福。这汤圆你可以到市场上去买,可对家人来说,一是市场上没有我做的好吃;二来则是,你从市场上买给家人吃,和自己亲手做的给他们吃,他们的感觉绝对是不一样的。我们中国人过

年,最核心的含义就是,家人团聚在一起分享一年下来的劳动果实,一起享受劳动的快乐和生活的幸福……”

回家的路上,我一边回味着恩师特别可口的宁波猪油汤圆,一边回想着他的话语。我突发奇想,恩师在办案时常能以细节取胜,这和他如此懂得生活,如此热爱生活是否有关联呢?!

博爱铸成了传奇的大律师

曾经有青年律师问我,“郑传本大律师成功的秘笈是什么?他的什么优秀品质对你成长的影响最大?”我对他们说,“郑传本老师能从一个只有小学文化程度的报童,成为一名上海最知名的大律师,铸成这一传奇的因素也许很多,但最主要的是爱,是博大的爱。”

对于恩师来说,他工作的终极价值,并非只为了提升律师的形象,更不是为了个人出人头地。他始终把律师工作看成是执法共同体的一部分,他希望通过律师的工作,促进公、检、法、司整体的执法水平能够不断地得以提高,让每个人都能生活在公平、正义的社会环境里。这一价值观,在我和他一起承办的沪上最知名的大案——蒋佩玲包庇案中,得到了充分的体现。

就在蒋佩玲包庇一案开庭的前两天,恩师让我先准备一下辩护词。于是,我又一次打开卷宗,一边认真地审卷,一边思考着辩护意见。这时,我突然发现,检察院起诉的罪名有问题。因为,包庇罪的犯罪要件之一是向司法机关作伪证,而整个卷宗材料证实,蒋佩玲没有任何作伪证的行为,她只是在于双戈想逃离上海时,表示愿意生死和他在一起,并凑了点钱准备和他一起逃跑。这一行为应该认定为窝藏罪才符合法理。于是,我将这一辩护意思,连同其它一些从轻辩护理由一并向恩师作了汇报。没想到,恩师

对我提出的这一辩护意见特别重视。他将当时负责刑事辩护的副主任石钟祥请到办公室,一起讨论。最后他们一致认为,我的这一辩护意见确实是能够成立的。

可令我大惑不解的是,案件讨论完后,恩师竟非常着急地向此案的公诉人打起了电话。在电话中他向公诉人通报了我的辩护观点,同时,还告诉了他自己准备如何辩护的一些想法。比如,蒋佩玲案发后,有自首的意向,应当对她从轻处罚并建议法庭对她处以缓刑等等。

恩师打完电话,望着我疑惑神情笑道:“海燕,你是不是对老师的行为很不理解?”

“是啊,我们的辩护观点为什么要事先告诉公诉人呢?”

“你以为,律师的辩护工作就是为了在法庭上战胜公诉人吗?如果你是这样想的那样就太狭隘了。说到底,律师工作的最终目标和公检法是一致的,都是党领导下的法治事业。这起案件在社会上的影响很大,而这位公诉人很年轻,经验不足,一旦庭审表现不佳,老百姓一定会对检察机关产生偏见的。”

恩师的胸怀真是太大了。我心中惊叹!

接着,恩师让我认真准备一份书面的《辩护词》。随后,他告诉我,他要去蒋佩玲和于双戈逃跑的现场勘查,以求证蒋佩玲在案发后是否有自首的意向或自首的情节。

恩师又在注重办案细节了!目送着恩师离去的背影,对恩师的钦佩之情,又一次油然而生。

蒋佩玲包庇案审理的部分片段经电视台播出后,在申城引起了巨大的反响,它使中国老百姓第一次认识到了中国律师辩护的价值。广大老百姓纷纷写信给恩师,对他敢于为被告人辩护的精神给予高度的赞扬,对他亲临案发现场勘查

的严谨的工作作风表示了由衷的钦佩,并对他在辩护中不仅讲法律、法理,还讲情理的辩护风格给予了极大的赞赏。(恩师在法庭上的一句“蒋佩玲不是十恶的罪犯,她只是一位年轻多情的弱女子”的辩护词,打动了电视机前许许多多的观众。)人们纷纷赞誉恩师是“人民的大律师!”

每当回想起办理此案的经历,听到老百姓亲切地称恩师为“人民的大律师”时,对于自己取得的一些荣誉,深感逊色,他促使我不断地去努力,去奋进!

恩师成为沪上家喻户晓的名律师后,并没有因此而沾沾自喜。他的心仍系着整个法治事业。在他心中,要做到“不枉不纵”才是执法者的最高境界。只有“不枉不纵”才能为社会的公平与正义作出贡献。于是,在那些岁月里,他经常会去公安、检察院给年轻公安干警、检察官上课,教他们如何收集证据、如何指控犯罪、如何甄别证据、如何防止冤假错案。

正因为恩师心中有着博大的爱,他才会七十多岁高龄时还仍然坚持为贫困而冤屈的当事人免费出庭辩护;才会无偿地为他认为的冤案,坚持申诉十多年,直到临终前都不愿放弃,并拜托他所尊敬的王文正会长在他身后一定要将该案的申诉进行到底!

恩师的博爱铸成了律师界的传奇,正如他墓碑上篆刻的碑文所示。他留下的:一个传奇——全国一级律师唯一没有学历的人;一个标签——被社会公众媒体评为“创新上海30年风云人物”;一句格言“教师不会教书,会误人子弟,律师不认真办案,会误人终生”;一座丰碑——刚正执着的职业风范与精神演绎一个律师的时代。

恩师啊,如果有来世,我愿再做您的学生! ●

微·Talk

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

三言两语

微博转载:

中国,请停下你飞奔的脚步,等一等你的人民,等一等你的灵魂,等一等你的道德,等一等你的良知!不要让列车脱轨,不要让桥梁坍塌,不要让道路成为陷阱,不要让房屋成为废墟。慢点走,让每一个生命都享有自由和尊严。每一个个体,都不应该被这个时代抛弃。谨以此为“7·23”动车遇难者致哀!

游闽键律师:

舍得是一种人生哲学,舍得,舍得,先舍后得;舍在前,得在后。舍得,舍得,小舍有小得,大舍有大得,不舍则不得。有舍必有得,有得必有舍。很多的痛苦都是由于“不舍”与“幻得”。其实舍与得是一种自然的过程,不可迷于已得,过分执着于未得。这样的心态,才会幸福。

谭芳律师:

在离婚案件中,我常常会说这样一句话,你们的离异将会给孩子造成一次伤害,因为父母的爱将不会在同一空间同时存在。如在离异后还成为一对怨偶,那对孩子来说,将会是一次更大的伤害,因为他(她)将来无处传递所感受到的母爱或着父爱。这才是最大的伤害。

王嵘律师:

一、中国象棋:一切为了干掉对方的帅。二、麻将:聪明人未必就赢。三、京剧:高度程式化,但依然丰富多彩。四、围棋:空间有限,变化无穷。五、军棋:司令既怕活炸弹,也怕死地雷。还有,最小的工兵也可能灭了你。

孙彬彬律师:

沟通越多误解越少,在了解更多信息前尽量要学习不主观臆断,而更高级别的是,学习更为宽容地对待所有的人和事,宽容无止境。

钱晔文律师:

电视里在重播今天凌晨的欧冠决赛,巴萨对比赛的把控无与伦比。如果说当年阿贾克斯大开大阖全攻全守式的打法令人大呼过瘾,那么巴萨在功利主义打法盛行,防

守战技术日趋完善的今天仍能踢出进攻丝丝入扣连绵不绝,闲庭信步间一剑封喉的比赛则更是不易。巴萨可以毫不谦虚地说:哥玩的不是足球,是境界。

韩璐律师

有时候很伤心。你付出真诚,往往以受伤为结局;你寻找朋友,往往遭遇背叛;你沉默用心地做事,却没有哗众取宠的人能得到支持。坚持是很难的,于是大家都变了,变化是一种可悲的自卫。可我想,人生原本很难了,我们这些有缘遇见的人不该为难彼此,我们都是对方生命里的风景,珍惜别人,就是珍惜自己。

张移律师

罗素说,道德分为三种:1、只有圣徒才能做到的;2、不能公开反对的;3、普遍被遵守的。我以为,当我们说一个时代道德沦丧,是说其第三种道德已经少的可怜了,至于第二种和第一种道德越在此时却反会被提及的越多。老子说,大道废有仁义,智慧出有大伪,六亲不和有慈孝,国家昏乱有忠臣。

李敏律师

听故事有感:误入歧途多半受身边朋友影响;自以为收放自如,拿捏得当,却不知道有山外山,天外天;积累和循序渐进是必须的,自己经历远比道听途说的真实深刻;所谓经历—总结—实践—验证!每个人的机遇和境况不同。不知道人生追求什么,仍不停地作出选择,未知才是精彩。

参加女律师联谊会“越压越有力”沙龙活动有感:

李颖律师

感觉不错,多些女律师之间的交流会更好。收获比较多,以后会更关注自己的健康,调整好状态。

陆艳律师:

用理论武装自己,未来会走得更好,会把今天的学习心得分享给周边的朋友们。

夏令季节慢性病病人的防护



夏天暑热湿盛,气血趋向体表,阳气在外,阴气内伏,是老年人或许多慢性病人容易发病的季节。由于环境等各种因素,慢性支气管炎、高血压、冠心病、心力衰竭、中风等疾病引发或症状加重。注意慢性病人夏令季节的养生保健是一个十分重要的问题。

一、夏令季节为何多发疾病

1、耗气伤津

一年四季中,夏季是阳气最盛的季节。阳光直射,烈日炎炎,人体局部皮肤毛细血管扩张充血,新陈代谢加快,人们容易较长时间处于亢奋状态,消耗较大,体内的产热与散热会失去平衡。

由于汗出过多,津液亏耗,以至血液浓缩,血粘度增高,容易产生缺血性心脑血管疾病,如脑梗、脑血栓形成、心绞痛、心肌梗塞等时有发生。大量的出汗还可导致机体内环境紊乱,消化、泌尿等系统失衡,免疫反应发生变化,导致感冒、中暑、疝夏、胃肠炎等疾病的发生。

2、情绪难控

由于天气炎热、闷湿,人们容易产生情绪不稳,激动或烦躁不安。交感神经处于亢进状态,使血液中的儿茶酚胺类神经介质,尤其是去甲肾上腺素释放过多,周围血管收缩,诱发多种心血管疾病。此外,不良情绪易使胃肠功能紊乱,加重胃炎、胃溃疡等症状,不良情绪还可诱发哮喘。

3、休息不足

休息不佳,尤其是夜间睡眠不足,可加重心血管病人的症状。高血压患者由于休息不足导致气机逆乱、阴阳失衡、肝阳上亢,使血压进一步升高;心绞痛患者由于夜间休息不好致交感神经紊乱而频繁发病。

4、气压常低

天气炎热,常兼夹暑湿闷热天气,

气压很低,对一般人来说,会感到胸闷不适,而对于心血管疾病人群来说则带来了很大的麻烦。这种天气无疑加重了心脏负担,增加心肌耗氧,容易使冠心病、心力衰竭等疾病加重症状。

5、不当使用空调

夏日应用空调较为普遍,如果使用不当,或注意不够,频繁出入于空调和非空调场所,温差大而不能调节,血管时而收缩时而扩张,加大心脏负担。而对于体质较差正气不足者,容易罹患感冒,使原有基础疾病雪上加霜。刚应用空调时,可由于清洗不够而造成细菌、病毒的扩散,引起相关疾病。

二、夏令季节慢性病病人的防护要点

1、调节好气温与室温的差异

避免频繁出入于空调房间,以防引发感冒,加重慢性支气管炎、高血压、冠心病心绞痛、心衰等。一般室温控制在24—27℃。

2、调节好房间气压与湿度

气压低,湿度高,再加上天气炎热,易引发中暑。同时气压降低,心脏负担加重,也易引发心绞痛等心血管疾病。所以应经常给房间通风,不要潮湿,必要时采用一些祛湿措施以保持房间干燥。

3、防止汗出过多,适当饮水,补钾

饮水是人体补充水分的重要途径,可以避免津液过耗,大便干结,也不使电解质失去平衡。饮水还可维持人体充足血容量、降低血黏度、排泄毒物、减轻心脏负担,从而防止心脑血管疾病等加重。热天防止缺钾,最有效的方法就是多吃富钾食品。例如蔬菜中的菠菜、土豆、芹菜、莴苣等,水果中的香蕉、橘子等。

4、严格控制摄盐

一般由于出汗、排盐较多,容易造成低钠。夏天口味偏重,胃纳不好,许多人经常靠盐来增加食欲。盐摄入过多,有诸多危害,能导致血压升高;刺激胃肠,致慢性胃炎、胃癌;诱发哮喘;影响儿童生长发育等。盐的摄入以4—5克/天为宜。

5、调节好情绪

调整自己的心态,去除生活、工作中的烦恼,避免由于炎热、闷湿带来的烦躁情绪,从而使气机顺畅,气血调和,提高机体抵抗力。只有抵抗力增强了,才能不使慢支、心血管等诸多疾病发生或加重。

6、保证足够的休息时间

夜间睡眠要有质有量,充足的睡眠能够使机体免疫功能增强,防止暑湿环境引起的各种疾病。一般以6—7个小时的睡眠较好。

7、注意运动

夏令须因地制宜,适度锻炼。运动不宜太大,要根据自己的特点选择一定的运动,慢慢增加运动量。不宜在阳光下活动,出汗不要太多,宜进行快走、慢跑、打太极拳、游泳、打乒乓球、羽毛球等运动,坚持锻炼可以调节身心、增强体质、防止暑湿引起的疾病。

8、合理饮食

饮食应坚持全面、均衡、适量。饮食清淡,少食油腻、辛辣、油炸、腌腊之品。多吃冬瓜、萝卜、蕃茄、紫菜、海带等化湿通利蔬菜,多食淡水鱼虾,少吃肉食。太腻的食物会使湿浊之气进一步阻遏,影响消化功能。芝麻、木耳、香菇、橄榄油等食品,大麦茶、苦丁茶、玫瑰花茶等比较适合夏季饮用。

9、正确合理用药

在专科医师指导下,有些药可以适当减少或不用,但不要自己随意停药、换药。不要随便打乱原来的治疗计划,以免在夏令季节使原来的疾病复发。●

随笔

●文/吴海

栏目组稿人: 计俊 jilawyer@sina.com

怀旧的七月



随着2011年7月的到来,嘴里哼唱最多的是两句歌词,一句是“大刀向鬼子们的头上砍去”,还有一句是“变形金刚随时变形状”。

前一句歌词的历史已有整整70年了。1937年当国民革命军第二十九军的大刀和日本人的飞机大炮抗衡的时候,音乐家麦新创作了这首激动人心的歌曲。第一次听这首歌,是外公唱的。外公一生从事教育,年轻时的照片看起来是一个典型的文弱书生,曾进过国民党的集中营,挨过共产党的批斗。但书生自有书生的风骨,《大刀进行曲》从经历过抗战的外公嘴里唱出来,很是激动人心。外公给姨妈和舅舅取名一为“芦华”,一为“福南”。前者纪念卢沟桥事变,后者则希望能够福泽被日本人弄成人间地狱的南京。所以在我的心里,这首歌和早已过世的外公紧紧联在一起。

不经意间关注了一下流传的两种版本的《大刀进行曲》歌词,看出点名堂来,现将两种歌词记录如下:

第一种是解放前的版本:大刀向鬼子们的头上砍去,二十九军的弟兄们,抗战的一天来到了,抗战的一天来到了!前面有东北的义勇军,后面有全国的老百姓,咱们二十九军不是孤军。看准那敌人,把它消灭!把它消灭!冲啊!大刀向鬼子们的头上砍去,杀!

第二种是解放后的版本:大刀向鬼子们的头上砍去,全国武装的弟兄们,抗战的一天来到了,抗战的一天来到了!前面有东北的义勇军,后面有全国的老百姓,中国军队勇敢前进。看准那敌人,把它消灭!把它消灭!冲啊!大刀向鬼子们的头上砍去,杀!

由于众所周知的原因,解放后将之前流行的歌词中的第二、第七句“二十九军的弟兄们”、“咱们二十九军不是孤军”,改为“全国武装的弟兄们”、“中国军队勇敢前进”,并且拿掉了“献给二十九军大刀队”的副标题。值得庆幸的是这首《大刀进行曲》总算保留下来了。

为了忘却的纪念,在卢沟桥事变70周年之际,我们应该知道打响全面抗战第一枪的中国军队是国民革命军第二十九军,不能因为他们不是中国工农红军或八路军而忘却他们。抗日战争是中国人抗击外来侵略的战争,是国战而非党战、派战,这是当时连军阀都知道的道理。我不主张无节制地反日,但历史是应该尊重铭记的,不是为了别人,却是为了自己,为了中华民族能够自强不息,能够“永做自由人”(这也是老歌《救国军歌》的歌词)。

说完了沉重的七月七,我们再说说轻松的七月。这是电影《变形金刚3》上映的日子。可能只有我们这个年纪的男生才会如此兴奋,因为这勾起了我们儿时的记忆。

那时我还在上小学,当时的电视节目还远谈不上丰富,每周2集(周六、周日各一集)的《变形金刚》便成了视觉的盛宴。其实故事并不复杂,无外乎善良的地球人受到了邪恶机器人(霸天虎,也称狂派)的侵略,正义机器人(汽车人,也称博派)进行救援,双方大打出手。每次的结局都是类似的,好人赶跑了坏人,但双方似乎都是只有受伤而没有阵亡。至于后来擎天柱、救护车、大黄蜂等是怎么去了太空墓地,似乎没有展示给我们看,也许有一些段落没有播放吧。那时没有网络,街边也没有包罗万象的

碟片,只好凭着同学们的猜测和口耳相传来获得些许片段。

吸引孩子们的是充满创意的变形机器人。用周星驰的话说就是:“看起来是个录音机,实际上是个机器人”。变形的过程以及“酷-酷-酷-酷”的变形声音怎么看怎么激动人心。跟着动画片的播放,孩之宝的玩具随之上市,拥有的变形金刚的数量和质量也成了男孩子地位的象征。下课之后,大家会把各自的变形金刚聚拢一处,搞个组合、战斗什么的。

承蒙爸、妈关爱,我得到了一个钢索(机器恐龙)和一个百丈跳(又名弹簧,是三段变形士),也是两个重量级的人物,和伙伴们玩时也着实风光。但遗憾的是没有买擎天柱,记得当时要99元,实在不好意思向父母再开口了。上周随着电影的即将上市,圆了一下儿时的梦。

电影《变形金刚1》上映时,我给自己买了个怀旧版的擎天柱,小小地圆了一下儿时的梦。随着儿子的日渐长大,变形金刚是少不了给他买的了,如此有趣又有想象力的玩具,兼具了力与美,正是适合男孩子的。至于属于他的变形金刚是狂派还是博派,是飞机还是汽车,是单个还是组合,就要通过家里小小的民主协商机制来定夺了。希望这些玩具也能成为他童年美好的记忆。也许若干年后,他也会纠结于给他的儿子买一个怎样的变形金刚。那时候还不知道是些什么物事会突然变身站在你的面前呢。

其实,买哪一类的玩具、喜爱玩具中的哪些角色,都是次要的,重要的是感觉,激动、心跳的感觉。不知去看电影时会不会有。●

(作者单位:上海市光大律师事务所)



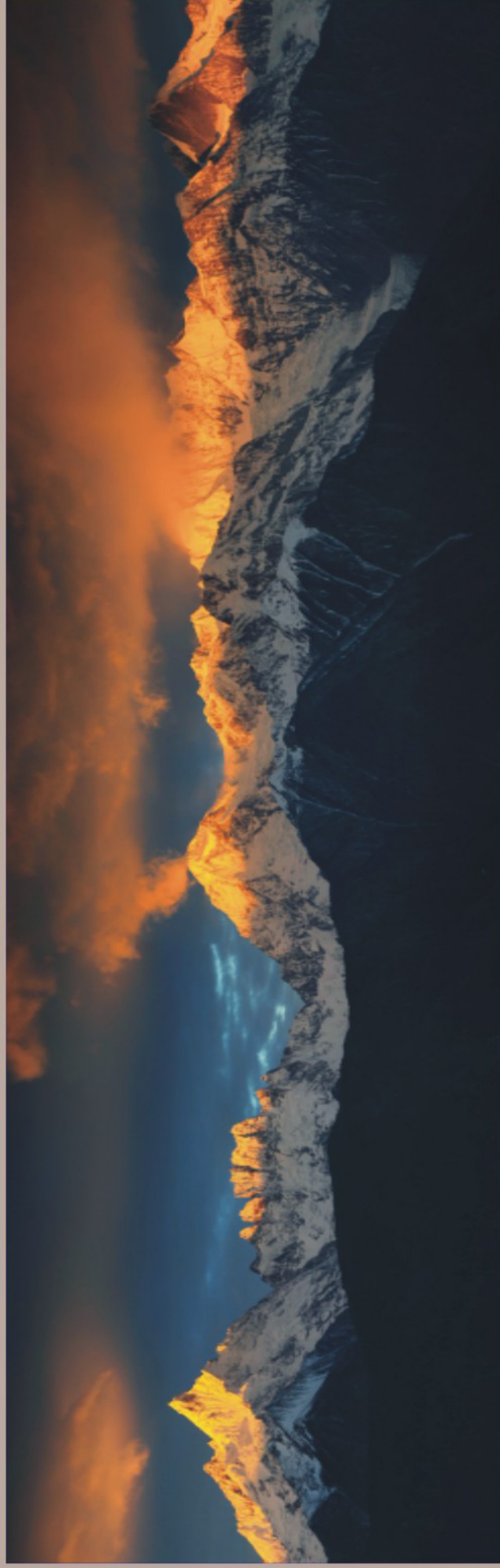
■ 作品欣赏 唐逸敏 益昌律师事务所律师

水墨性情

为培养女儿的艺术兴趣,在她七、八岁时,我每周日陪她学习国画。约两年后,又让她拜师一位青年画家。然而其始终提不起兴趣,终作罢。

期间,我也曾偶尔涉足。阴差阳错的是,在律协举办的一次书画比赛中,从未正式学画的我临摹的几幅国画,竟然获得三等奖,自此信心大增。此后,习字作画竟成了我办案之余修身养心的一种方式。真可谓:无心插柳成荫。





梅里雪山 摄影：江宪 律师