

上海市律师协会主办



SHANGHAI
LAWYER

卷首语

律师党建引领律师
社会责任的担当/邵曙范

法律咖吧

漫谈公民代理
/马赛 徐蔚青 唐小燕

2011

总第686期

8

聚焦·思辨·感悟·互动



聚焦

巾帼担责任 柔情化纠纷 党员作表率

人物·东方大律师

拓展高端服务 驰骋国际舞台
——记“东方大律师”吴坚

专题研究

一次高水平的税法学术盛会

——本市房地产涉税法律问题国际高峰论坛综述

8月15日,市高院召开“上海法院在线服务栏目运行一周年暨律师平台开通”新闻发布会。发布会由市高院副院长陈立斌主持。市司法局副局长蔡永健、律管处处长马屹,市律协会长盛雷鸣受邀出席。今后,获得“身份认证”的律师事务所对其代理的案件可直接在线申请立案、联系法官、递交材料等。



8月8日,市一中院院长孙建国、副院长周赞华、宋学东、汤黎明等一行前来市律协访问。市司法局副局长刘忠定,市律协会长盛雷鸣,副会长陈乃蔚、邵曙范、黄绮、钱翎樑,秘书长万恩标等接待了市一中院领导一行。



7月20日,应中国法学会邀请,马来西亚联邦法院大法官、“中国-东盟法律合作与发展高层论坛”组委会主席冯正仁先生、马来西亚律师公会主席林志伟先生率马来西亚代表团一行14人到访市律协。市律协副会长管建军接待了代表团一行。



7月15日,市律协会长盛雷鸣、副会长陈乃蔚、黄绮、钱翎樑、周天平、管建军,监事长厉明,秘书长万恩标、副秘书长王旭峰等应邀拜访了江苏省律师协会及南京市律师协会,双方就律师行业党建、律师行业税收社保及实习人员考核等问题开展了交流。

7月24日,上海市律师协会第九届对外宣传与联络委员会第三次工作会议召开。会议围绕《上海律师》杂志约稿方式、编印流程、版式设计的调整以及东方律师网的改版进展情况进行了讨论。



律师党建引领 律师社会责任的担当

上海市律师协会副会长 邵曙范

党的领导是律师事业健康发展的根本保证。在市司法局党委的领导下,坚持“支部建在律所上”,据统计,上海律师事务所建立党委、党总支、独立支部和联合支部共计已达四百多个,共有党员四千余名,约占全市律师总数的三分之一。对于无党员的三百多家律所,司法行政机关选派近170名政治指导员(联络员),开展党建工作和思想政治工作,在新的起点上巩固和保持了党的组织和党的工作全覆盖。

律师行业开展党建工作,归根到底是因为律师行业离不开党的领导。律师是中国特色社会主义法律工作者,我国的律师制度和律师的本质属性,决定了中国律师的政治取向,必须拥护党的领导、拥护社会主义制度,必须履行维护宪法与法律的尊严和法律的正确实施、维护社会公平正义、维护当事人合法权益;也决定了律师工作的方向,必须坚持高举中国特色社会主义伟大旗帜,必须坚持党对律师工作的领导,建设一支政治坚定、法律精通、维护正义、恪守诚信的律师队伍。

近年来,本市律师党建工作卓有成效地开展,去年市司法局下发了《关于在上海市律师行业党的基层组织 and 律师党员中深入开展创先争优活动的实施意见》,号召市律师行业党的基层组织和律师党员深入开展创先争优活动,并提出创建律师事务所“五好党支部”、争当“优秀律师党员”的要求,在全市的律师事务所和广大律师党员中间取得了热烈的反响,涌现了许多先进基层党组织和优秀党员律师。

律师党建引领了律师社会责任的担当,广大党员律师更是冲在第一线



的尖兵。律师作为中国特色的社会主义法律工作者,是不同于政府部门的相对独立第三方,既享有较高的社会地位又兼具较高的群众信任度,这就要求律师承担起更多的社会责任。不但在平时的业务中尽职尽责地服务好客户或当事人,在当前社会矛盾凸显期,更要成为政府与群众沟通的桥梁与润滑剂,积极预防和化解社会矛盾与纠纷,为社会的和谐稳定贡献力量。2009年,根据市委、市政府信访办、市司法局、市律协联合发布的《关于引进律师参与市领导调研信访突出矛盾的工作方案》,市律协配套制定了相关的《实施意见》,成立了“上海律师参与市领导调研信访突出矛盾工作指导小组”,并推荐了十多家律所、近百名律师共同参与此项工作,核查信访积案六百多件,出具律师意见书六百多份,参与化解了数十件信访积案,获得了市委、市政府的称赞和褒奖。在此基础上,市律协提交了《上海律师参与市领导调研信访突出矛盾工作总结报告》,并提出了多项具体建议。2009年11月3日,俞正声书记、韩正市长等市委、市

政府领导亲切会见了荣获“上海律师调解化解社会矛盾先进个人”荣誉称号并荣记司法行政系统三等功的10位律师,对全市广大律师承担社会责任给予了高度肯定。2010年3月26日,市委办公厅、市政府办公厅联合发布《关于进一步发挥律师在法治政府、法治社会建设中重要作用的若干意见》,提出要在七个方面发挥律师的重要作用,充分体现了市委、市政府对律师工作的高度重视,同时也是对我们广大律师的高度肯定和充分信任。

律师尤其是党员律师参与法制建设、承担社会责任体现在各个不同层面,在去年上海召开世博会期间,市律协成立了“上海律师服务世博推进小组”,组建了由295名志愿律师组成的律师志愿团,提供法律咨询、纠纷调处和应急处理等公益性法律服务;静安“11·15”特大火灾发生后,有我们的律师义务提供法律咨询的身影。不仅如此,各区县的法律援助中心有律师们的随时待命、市二中院有律师们的答疑解惑,更有许多优秀的律师常年奔走于全市各个社区、福利机构,倾听普通百姓的心声,为他们提供最真挚的帮助。

创新驱动、转型发展是上海在“十二五”期间乃至更长历史时期内必须遵循的发展主线。“路漫漫其修远兮”,律师服务社会、承担社会责任的模式仍有待于继续探索,这需要广大律师们的共同努力,我们每一个党员律师尤其责无旁贷。有着我们党和政府的坚强领导,有着全社会的关注与支持,我们律师投入民生、奉献社会一定大有作为。●



上海律师 2011 8

总第 686 期

目录

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

卷首语

- 1 律师党建引领律师社会责任的担当 / 邵曙范

本刊关注

- 聚 焦 4 巾幗担责任 柔情化纠纷 党员作表率

——记上海市巾幗律师志愿团 / 王 册

- 7 勇于创新 服务转型

——市律师协会与市公证协会联合举办青年法律人纪念建党 90 周年主题演讲比赛 / 曹志龙

- 党旗飘飘 8 以律所党建促进律所发展 让律所发展体现律所党建

——律师事务所党建与发展论坛剪影 / 普陀区律师党委

- 共筑和谐 11 创新机制参与法律服务 搭建平台共建和谐社会

——记浦东青年律师积极开展社会公益法律服务 / 易 铭

- 法律咖吧 13 漫谈公民代理 / 马 赛 徐蔚青 唐小燕

人物·东方大律师

- 18 拓展高端服务 驰骋国际舞台

——记“东方大律师”吴坚 / 彭念元

人物·优秀青年律师

- 21 经历是一种财富 / 陈 凯

《上海律师》杂志(月刊)

主 办:上海市律师协会
编 辑:《上海律师》编辑部

编辑委员会主任:盛雷鸣

副 主 任:陈乃蔚 邵曙范 黄 绮 钱翎樑
周天平 管建军 厉 明 万恩标

委 员:(排名不分先后)

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

主 编:黄 绮
副 主 编:刘小禾 庄 燕
责任编辑:杨培君
摄影记者:曹申星
美术编辑:大 愚
编 务:薛 侃

本刊特约撰稿人:

王俊民 汤啸天 陈 默
李颂联 王凤梅 彭念元

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)

小镇的风车 - OIA, SANTORINI 摄影:韩春燕



外滩金融法律

THE BUND FINANCIAL LAW

主办单位：上海市司法局

上海市律师协会

黄浦区人民政府

承办单位：上海市黄浦区

上海市黄浦区金

上海中建中汇



8月4日,由上海市司法局、上海市律师协会以及黄浦区人民政府主办的“外滩金融法律论坛”在上海半岛酒店举行。市司法局局长吴军营在论坛上致开幕辞。黄浦区区长周伟、市司法局副局长刘忠定、市律师协会会长盛雷鸣等领导出席了本次论坛。

区县特写

24 阳光动迁中的杨浦律师

——杨浦律师全程参与杨浦区动迁工作纪实
/ 杨浦区律工委

律所建设

28 “锦天城”发展模式鉴考

/ 上海锦天城律师事务所

警示台

31 项目原受聘甲方 仲裁却代理乙方

——T 律师利益冲突案 / 季 闯

专题研究

42 一次高水平的税法学术盛会

——本市房地产涉税法律问题国际高峰论坛综述 / 王桦宇

45 个税改革应当兼顾各方利益

——新《个人所得税法》修正案简评
/ 卢国阳 严锡忠

48 浅谈境外企业向境内企业转让股权的税法风险 / 王国利

50 论中国大陆企业的税务风险管理 / 肖 波

54 有限合伙企业应如何纳税? / 杨 微 万亮亮

56 增值税替代营业税是税制改革的趋势 / 葛弋慧

法眼法语

我的败诉

33 此案败在何处? / 缪林凤

执业心语

34 敬业·勤业·专业·乐业 / 吴金兰

视 角

36 让法律的阳光照进“疯人院”

——精神卫生立法应当解决“被精神病”
/ 卢意光

律海拾珍

38 正义的审判 / 周 武

时 评

40 “和谐”并非“和事”“定分”方能“止争”

——“拿钱赎罪”的司法理念不可取 / 王 展

新法速递

41 《律师业务资料》目录 2011 年第 7 期

人文万象

他山之石

58 从洛杉矶骚乱看新闻自由与媒体责任 / 王诗诣

微·Talk

61 鹅卵石与回音壁

乐·Life

62 乐,在其中 / 徐培龙

随 笔

63 鸟人旅行记 / 马建军



巾帼担责任 柔情化纠纷 党员作表率

——记上海市巾帼律师志愿团

聚 焦

●文/王 册



“巾帼律师志愿团给了我一种大家庭的温暖，我是一家个人所的律师，平时单打独斗，志愿团的工作让我感受到了集体的力量，我的内心不再孤独。”

“参加巾帼律师志愿团后，我感到律师生活中有一种比赚钱更重要的内容——社会责任。而让来访的咨询者得到帮助，就是我们律师社会责任的体现。”

“为了共同的心愿，带着优雅与平和，在志愿团这个平台上，我们履行着女律师光荣职责，感受着来自妇联的关怀、来自志愿团这个大家庭的温暖。女律师之间，女律师和来访者之间，妇联领导与志愿团成员之间，共同营造着难得的真情与关爱”。

6月10日上午，在市律师协会35楼报告厅举行的庆祝建党90周年巾帼律师志愿团经验交流会上，女律师志愿者们十分感慨地如是说。

一、值班律师百分之百的出席率，彰显了巾帼律师志愿团人员高度的社会责任感和奉献精神

女律师联谊会的巾帼律师志愿团成立于2009年3月。第七届女律师联谊会根据女律师的业务专长、执业时间、律师的身体状况以及是否热心公益等标准，择优选出118位女律师组成巾帼律师志愿团。

志愿团每周一至周五有两名女律师到上海市妇联的“妇女法律援助中心”免费值班，接待来自全市各方面的有法律困惑的来访者。自成立至今已接待4000余人次。今年1至5月，志愿者们共接待咨询500余人次，还向市妇联等社会团体、行政部门交办跟踪服务12起，大部分得到落实，保持了良好的窗口形象。

志愿者值班的接待出席率一直保持100%。大多数志愿者把值班日期早早地记入自己的工作手册，有的志愿者律师遇到开庭、出差，主动落实其他律师顶替，或与联谊会联系调整值班时间。

志愿团中有党员律师41名，团员1名，占36.1%。无论是否党员，志愿者的工作都很尽心尽责，

受到市妇联领导和广大来访者的好评。

二、每个志愿者都认真付出,真诚待人,其中的党员律师更是勤勉尽职,将社会矛盾化解在萌芽状态,也使巾帼律师志愿团之花绽放得更加绚丽

尽管来咨询的人都来自社会底层,来咨询的事都很琐碎,但每一个值班律师都把此事看成是自己尽到一个法律人的社会责任的一部分,很认真地解开来访者的心结,将社会矛盾化解在萌芽状态。

改判案子挽救一个家

那天很冷,上海君莅律师事务所主任时军莉律师刚到市妇联值班,一位满脸愁苦的女子就坐到了她的面前。女子怀里抱着的孩子那只有一根手指的右手触目惊心。在女子断断续续的抽泣诉说中,时律师听到了一个悲惨的故事。

女子叫杨慧,多年前与丈夫张骏从老家来沪打工,在宝山一家食品厂工作,杨慧是生产线工人,张骏从事食品产品销售。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玩耍。一天傍晚,好动的孩子不小心打开了一台没有拔掉电源的机器,飞转的齿轮一下子将孩子的右手卷了进去,四根手指瞬间断裂。惊愕的母亲抱着儿子飞奔至医院,无奈断指无法再接,孩子从此四级伤残。

夫妻俩无法接受这残酷的事实,不断跟工厂交涉,希望获得赔偿,以便孩子治疗,但工厂两年多没有回应。2010年年底,张骏电告工厂负责人,自己手中有三万余元货款,如果工厂再不给付解决孩子赔偿款,这笔钱款他将扣押。

工厂马上报警,2010年元旦刚过,张骏就被警察从老家带回了上海。张骏家人东拼西凑,还了五万余元给工厂。然而,案件很快移交法院,张骏被一审判处有期徒刑五年。

孩子残疾了,丈夫进了监狱,杨慧要崩溃了。她抱着孩子四处求教,听说有女律师志愿团免费咨询,她走入了妇联的大门。听得杨慧的叙述,身为党员的时律师深感同情,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。最终,二审改判张骏有期徒刑两年,缓刑三年,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了,这个家庭可能就毁了,成了仇视社会的一分子。”有着 18

年党龄的时律师说。

为单身母亲解开心结

大多数到妇联来向巾帼律师志愿团律师咨询的是法律问题,但也有一些人,叙述的是困惑的生活琐事,是心结在作怪。碰到这样的情况,女律师们就要帮助她们走出误区。

有着近 30 年党龄的上海申汇律师事务所律师葛珊南接待过这样一位单身母亲。几年前,她女儿的男友带着父母,郑重其事地上门提亲,她同意了。女儿便随男友到上海闯荡。

今年初,女儿告诉她,两人分手了。她从湖北追到上海,要为女儿讨个公道。在女儿房间里她找到了医院就诊化验单。单据上显示女儿患了妇科病,这位母亲坚定地认为,是女儿的前男友导致女儿生病,又狠心地抛弃了女儿。

这位纠结的母亲别无他法,最终找到了妇联,要为女儿维权。葛律师深入浅出地帮她分析了这个问题。首先,“分手”并不等于“抛弃”,年轻人谈恋爱,都有选择的自由;其次,如果到男方单位去闹,势必也会影响到女儿的声誉;第三,最重要的是要让女儿去大医院治病,只有身心健康,才能开始新生活。葛律师还把好几家大医院的地址写给这位母亲。终于,这位母亲打开了心结。

志愿团的律师们把志愿团工作看成份内事,是为自己为和谐社会尽责任的机会,不轻易请假,认真履职。

王彩萍律师入党 26 年,哥哥身患重病成植物人状态,她几乎天天在医院陪护,可轮到妇联值班时,她主动联系其他亲属陪护,自己准时到岗。

身为律所党支部书记的董颖律师,已有 20 多年党龄,有段时间身体不好,但她不吭声,坚持值班。

入党 39 年的杜美娟律师是最给力的顶班人,其他志愿者有事,她义不容辞相助。最让人感动的是,她主动请缨在春节放假前最后一个工作日值班,让其他志愿者放心回家过年。

张美丽律师十几年如一日在黄浦区法律援助中心、北新泾街道、古美街道的妇女维权夜门诊以及巾帼律师志愿团值班,身患甲状腺癌手术后依然坚持不懈,被闵行区评为世博先进。

张骁铭律师身患乳腺癌,在化疗后脸色苍白带着假发仍坚持值班,市妇联领导看了都十分感动。

张蕾蕾律师以前是精神科医生,她运用医学知识,对来访者进行心理疏导,使当事人满意而归。

宋朝晖律师今年初通过妇联与社区联系,帮助一位符合低保条件的来访者获准享受低保,解决了她的实际困难。



周素珍律师父亲病危,她主动与其他志愿者调换值班,料理完父亲后事,她又有求必应,多次顶替值班。

最值得一提的是头发雪白的陈东风律师,在市妇联法律援助中心免费接待咨询已有十年以上。她常年骑着自行车往来于律协、事务所与市妇联。她还像个救火队员,一旦咨询者太多、哪位值班律师迟到,她立马出现在咨询现场。她虽不是党员,却是一头勤勤恳恳的“老黄牛”。

三、巾帼志愿团律师走上社会免费为百姓提供咨询服务,使接触到她们的人对律师有了新评价,也使年轻女律师从中获得成长

在今年6月10日的志愿团经验交流会上,远业律师事务所的年轻律师温陈静谈了参加巾帼律师志愿团工作的体会:“律师平时工作中比较理性,而在巾帼律师志愿团接待时必须面对当事人的絮絮叨叨,此时需要律师感性地疏导、耐心地沟通。通过志愿团的接待工作自己见识了形形色色的人物,增加了很多人生感悟,心灵成长不少。”

青年律师王育文说,自己平时一个人办案,心中有些许寂寞,参加志愿团三年来,这个大家庭使自己感受到了温暖。在帮助他人答疑解惑的同时,发现自己变得宽容了、勇敢了、成长了。律师工作不创造物质财富,但创造很大的精神财富。自己很热爱志愿团工作,要一直做下去。

悦祥律师事务所律师吴东辉总结了巾帼律师志愿团接待的体会:对真正权利受侵害的人,律师应当站在

公正、平等的法律立场上予以指导;对于那些思维陷入误区的来访者,要耐心地为老百姓的生存苦恼进行疏导,尽力帮助;对于那些有法外诉求的人,要在双方公平的角度进行劝解,使其走出误区。律师的接待咨询应当让咨询者出去时比进来时更快乐、对律师的印象更好。

伟创律师事务所律师何义莲近几年热心志愿团工作,还致力于婚姻家庭案件的办理和研究。她坦言,妇女维权之路相当艰辛。比如家庭暴力,一般报警后公安部门不重视,以致施暴者有恃无恐,还导致妇女因证据不足而离婚很难、请求损害赔偿受阻。再比如,离婚中的子女抚养、男方财产转移取证等都在存在问题。

2009年,巾帼律师志愿团被上海市妇联授予“一會一品”的荣誉。项目评审专家的评价是:“具有长效机制、不可替代、可持续发展”。

拥有巾帼律师志愿团的女律师联谊会,在2010年被中华全国妇女联合会、全国维护妇女儿童权益暨平安家庭创建协调组授予“全国维护妇女儿童权益先进集体”;2010年下半年,荣获上海市精神文明建设委员会、上海市迎世博600天行动指挥部等联合评选的“上海市迎世博志愿服务贡献奖”。

在今后的岁月里,巾帼志愿团的女律师们将扬长补短,以柔情化解纠纷,以女性特有的细心、耐心,解开更多人的心结,让更多的百姓在阳光下绽放笑脸,在和谐社会的建设中担起自己的社会责任,以自己的实际行动构筑起中国法治社会的高楼大厦。●

(葛珊南律师对此稿亦有贡献)



聚焦 ●文/曹志龙

勇于创新 服务转型

——市律师协会与市公证协会联合举办青年法律人纪念建党 90 周年主题演讲比赛



为纪念建党 90 周年,积极响应市司法局深入开展“创新驱动、转型发展”提供优质高效法律服务主题实践活动的要求,根据青年法律人的特点,市律师协会与市公证协会共同于 6 月下旬至 7 月上旬举办了“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”系列活动。

本次活动由市律协青年律师工作委员会、市公协青年公证人沙龙承办,市律协原卢湾区律师工作委员会协办。活动得到了各区县司法局、律工委以及公证处的大力支持,共有 60 余名经各区县选拔、推荐以及自荐的青年律师和公证员参与了比赛。

6 月 28 日全天,“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”初赛在市律协会议室举行。市律协副会长管建军、市公协理事花赅出席活动并致辞。出席初赛的嘉宾有中国公证协会会员部副主任张凯方,中国公证协会常务理事、青年公证员工作委员会主任李勇,市公证协会副秘书长陈继军,市律师协会副秘书长刘小禾等。

初赛阶段律师选手与公证员选手分别进行了选拔赛。

6 月 28 日上午进行了公证员选手选拔赛。公证员选手们围绕纪念建党 90 周年、围绕“勇于创新、服务转型”的主题,结合目前急需改革公证服务模式,公证需要根据实际进行公证理念创新、公证方法创新、服务方式创新、依法创新等内容,进行了精彩的演讲。根据规则,选拔出 11 名公证员选手晋级。

6 月 28 日下午进行了律师选手选拔赛。律师选手则结合创新与转型是当下律师必须选择的发展道路,以及根据自身实际情况与业务特点开展具体的创新与转型方式等内容,展现了青年律师善于思考、能演善辩的精神风貌。根据规则,选拔出 10 名律师选手晋级决赛。

初赛阶段的每位选手都结合自身实践以及感悟,围绕“勇于

创新、服务转型”的主题进行了精心的准备,发表了精彩的演讲。朱洪超、胡光、郑建军三位嘉宾兼评委的精彩发问与点评使得每位选手都受益匪浅,获益良多。

7 月 5 日下午,市律协青年律师工作委员会、市公协青年公证人沙龙举办了演讲比赛特别活动之“演讲与口才能力提高互动交流沙龙”。活动邀请了市律协副会长周天平、青年律师工作委员会主任胡光、副主任曹志龙以及原卢湾律工委主任王嵘等,他们从切身经验、评选中的体会出发,与参赛选手进行面对面的交流,为年轻的律师、公证员演讲水平的提高进行指导与帮助。

7 月 9 日下午,“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”决赛在上海律师公会旧址举行。市司法局副局长刘忠定、副巡视员邵建平、律师管理处处长马屹,市律协会长盛雷鸣、副会长邵曙范、黄绮、钱翊樑、管建军、监事长厉明、副秘书长刘小禾以及市公协会长黄群、原卢湾区司法局局长瞿世祺等领导出席了决赛。刘忠定为本次决赛致辞。

决赛阶段由来自律师、公证行业和卢湾区司法行政机关的领导担任评委和点评嘉宾。决赛阶段的选手们演讲的内容都在初赛的基础上作了进一步的完善。公证员选手的演讲内容主要包括:“公证在于心与新”、“遗嘱信托的可行性”、“我相信我自己”、“我们的力量”、“‘11·15’事件的启示”、“公证员的义与利”等等;律师选手的演讲内容主要包括:“小律师的亮剑精神”、“建党·创新·青年”、“青年律师发展‘分析报告’”、“老年人的法律服务创新”、“‘西畴精神’对于律师创新的启示”、“律师的历史使命”等等。

经过激烈的角逐,来自公证行业的郑依彤力挫群雄荣获一等奖,牟笛、周乐多、毕玥律师荣获二等奖,邵筱、杨毅琼、陆宇艇、陈志超、吴蒙、戈慧、陈欢律师荣获三等奖。

本次演讲比赛结合了青年法律人的共同特点和不同的工作性质,锻炼了青年法律人的语言表达能力、逻辑思辨能力、现场应变能力,强化了青年法律人的开拓意识、创新意识,在为建党 90 周年献礼的同时,也进一步加深了市律协和市公协青年法律人之间的友谊和凝聚力,在展现了当下青年法律人风采的同时,又吹响了青年法律人应敢于创新、善于创新的号角。●

党旗飘飘

●文 / 普陀区司法局律师党委

栏目组稿人: 顾跃进、吕琰、洪亮 hongliang@everbrightlaw.com

以律所党建促进律所发展 让律所发展体现律所党建

——律师事务所党建与发展论坛剪影



为了更好地弘扬与宣传党建工作在律所发展过程中的核心作用,探讨新形势下律所党建工作的新问题与新方法,促进党建工作与律所发展的有机结合,推动律所建设向新的台阶迈进,由中共普陀区司法局律师委员会主办,上海博和律师事务所党支部承办的“信念、责任、创新、发展——律所党建与发展论坛”于建党90周年前夕在华东政法大学交谊楼隆重召开。华东政法大学、上海社会科学院法学研究所、中国浦东干部学院、市司法局律师党建专项办公室、市律师协会、普陀区委组织部、普陀区司法局领

导以及著名法学家苏惠渔、本市多家律师事务所党支部书记出席了本次论坛。

上海博和律师事务所党支部书记林东品主持了论坛,普陀区司法局党委书记夏宝元致欢迎辞,中国浦东干部学院机关党委专职副书记刘靖北教授作了“基层党组织建设”的专题报告,普陀区司法局律师党委、市司法局律师党建专项办公室和4家律师事务所党支部在论坛上作了主题发言,普陀区委组织部、市律师协会等领导对律所党建工作提出了新的要求与任务,上海社会科学院法学研究所所长叶青教授对论坛进行了点评与总结。

加强党的领导 为建设一支政治坚定、法律精通、维护正义、恪守诚信的 律师队伍而努力

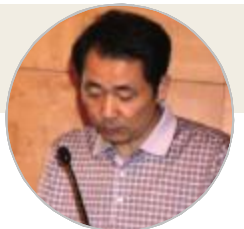
上海市司法局律师党建专项办公室主任 张鲁滨

创新驱动,转型发展,是上海在“十二五”期间乃至更长历史时期内必须遵循的发展主线,律师事业的发展也是如此。律师既要向当事人提供法律服务,又是中国特色社会主义法律工作者。律师事务所既是完全市场化的新经济组织,又是承担“三维护”职业使命的新社会组织。所以,律师事务所及其律师,一方面追求效率,一方面也以追求社会公平正义为价值取向。这就决定了律师事业的发展不仅面临着调整结构、壮大规模、增强实力的问题,也面临着政治方向、服务秩序、理想信念、队伍建设等问题。今天的论坛,是普陀区律师行业党建工作创新发展

的新成果,也是一个新起点,必将对律所党建工作起到积极作用,产生深远影响。

第一、律所党组织要在确保律师工作的社会主义方向上发挥更为积极的作用。作为党的基层组织,坚持贯彻党的路线方针政策,确保律师工作的社会主义方向,是律所党组织的首要任务,是发挥政治核心作用的根本体现。

第二、律所党组织要在增强队伍凝聚力上发挥更为积极的作用。近几年,各律所党支部都在“党建促所建,





所建固党建”上下了功夫,促进了业务管理、行政管理、队伍管理,增强了整体竞争力,希望能够进一步形成党建新格局,深入开展创先争优活动,不断增强党组织的向心力,凝聚力。

第三、律所党组织要在创新党建工

作方式上多做探索。现在,上海律师行业党的建设领导体制相对健全,党的组织和工作在律师行业实现了全覆盖。接下来,如何使基层党组织真正成为律师所的政治核心,起到保证方向、凝聚人心、服务律师、促进发展的重要作用,是需要

不断研究、探索和实践的重大课题。希望普陀的律所党组织在以往经验的基础上,大胆探索,勇于创新,搭建党的建设、事务所建设和业务发展三位一体的平台,为上海律师行业党建工作创造经验,作出更大贡献。

注重“四个紧紧围绕”,引领律师党组织和律师党员创先争优

普陀区司法局律师党委副书记、政治处主任 方维吾

2011年,普陀区司法局律师党委深入开展“推动发展做贡献,执法为民促和谐”为主题的创先争优活动,并坚持做到“四个紧紧围绕”:

一是紧紧围绕服务区域经济发展,彰显创先争优活动的成效。律师事务所党组织应当带领律师事务所在调结构、促转型中不断促进律师业自身发展,为上海经济社会发展作出贡献。

二是紧紧围绕促进社会和谐,打造创先争优活动的品牌。律所党组织应当引领律师事务所关注社会热点、化解信访矛盾、参与重大项目风险评估、发挥律师在法治政府、法治社会建设中的作用。

三是紧紧围绕服务人民群众,激活创先争优活动的载体。律师党组织应当带领律师事务所在推进民主法治、维护公平正义、化解社会矛盾、引导群众维

权等方面积极作为。

四是紧紧围绕加强党的基层组织建设,丰富创先争优活动的内容。坚持党组织的政治核心作用,是保证律师事业健康、稳定、快速发展的基础。



凝聚力量 塑造形象 开创博和党建新局面

上海博和律师事务所党支部书记 朱宇晖

一、党建作用

上海博和律师事务所开展律所党建工作能够起到以下三方面的作用:一是凝聚力量。通过党建工作能够很有效地把广大律师团结起来,增强律师队伍的向心力与凝聚力;二是塑造形象。律师职业受人尊敬之处,就在于其兼具政治使命、法律技能、文化品位与商业运作于一身,而非仅仅是一个商业化的个体。我们的党建工作就是超越单纯的功利,非常注重精神追求,因此通过党建工作也能帮助律师实现人生价值、塑造职业形象;三是促进发展。通过凝聚力量、塑造形象,党建工作也必然能促进律所的建设和发展。

二、工作特色

在建所之初,上海博和律师事务所就树立了“党建兴所”的理念,并结合律师行业特点和自身特色,具体开展了以下几方面的工作:

一是党支部组织生活的长期化。博和所从成立至今,始终如一的每月固定进行党组织生活,汇报个人的思想、工作情况,为律所发展建言献策;二是兼职律师双重组织生活的制度化。兼职律师多是我们律所的一个特点,我们的很多华政老师本身也是党员,不少还是院系的党委书记,我们经常邀请他们参与我们的党支部活动,提高了党支部的凝聚力;三是“双结对”工作长效化。与长寿路街道结对共建是我所党建工作的一大特色与亮点。在双结对

过程中,我们全体党员律师组建了专业、精良的律师团队,得到了街道领导和社区居民的肯定与认可。

三、未来展望

从2008年到2011年,我们律所通过开展党建工作,确实取得长足的进步与发展,未来我们必将进一步加强党建,更好地凝聚力量、塑造形象、追求发展:一是发展好新党员,扩大党员律师在律所中的比例;二是加强支部制度建设,不断理顺律师党建工作管理体制;三是继续创新组织生活形式,增进博和党组织的动力与活力。



支部建在业务团队上

上海融孚律师事务所第一党支部书记 戴明康

自2010年5月建所之始,上海融孚律师事务所就围绕着不断提升综合实力、做大做强律师业务的发展目标,同步设立党总支,并将管理重心下移,积极创

新党组织设置方式,推出了“支部建在业务团队上”的党建新模式,实现了党建工作“组织全覆盖、工作全覆盖”的要求,为事务所和谐健康发展提供了坚实

的组织保障。

一、发挥好战斗堡垒作用,以党建促进新





所整合实现融合

为了尽快实现强强融合,融孚所一方面确立党建促进融合、党建促发展的理念,同时通过建立党总支打造律所凝聚内核,并定期组织支部活动,夯实党建工作基础,终于在一年内实现了“五合一”的强强联合。

二、支部建在业务团队上,发挥党组织在团队工作中的政治核心作用

“支部建到业务团队上”,为融孚所

的整合与发展注入了鲜活的动力。这一举措一方面延续和发展了党的基层组织形式,另一方面也搭建了团队共同交流的平台,有利于推动团队发展上层次上水平,更有利于对要求入党的积极分子进行教育和培养,做好党员发展、教育工作。

三、党建与管理“刚柔并济”,党建、所建融合效果日益凸显

融孚所的公司化管理模式强调“刚

性”管理,而党总支实行的是党建工作跟着中心走的“柔性”管理,形成了“刚柔并济”的管理新局面。一是构建了相当规模的人才高地;二是推进了律师服务更优质,奠定了多个法律服务领域的领先地位;三是事务所凝聚力不断增强。党建工作对事务所融合的作用愈加明显,新型而和谐的合作关系逐渐建立。

紧扣脉搏 创新求变

上海中信正义律师事务所党支部书记 赵琳

上海中信正义律师事务所党支部成立于1984年,在过去十几年里配备了专职党支部书记,制度建设非常规范。2000年后,律师事务所脱钩改制,党支部书记由专职律师兼任,由于律师行业的自身特点,生存和发展成为事务所和律师的第一需要。我们开始探索新形势下律所党建工作的必要性。实践证明,党建聚人心,党建促发展,通过党建推进事务所文化建设,保证了事务所的发展方向。

中信正义律师事务所始终坚持党建工作是律所实现长足发展的根本的政治保证。一是党建工作在所内与业务建设相结合,提高了合作意识,加强了团队精神。坚持党支部以“引导、凝聚、服务、保障”的基本定位,实现党组织政治核心和合伙人业务决策的统一;二是党建工作与高校联动,优势互补。加强教育培训,增加文明意识,造就高素质的精神文明建设队伍。结合本所背靠华东政法大

学的优势,积极开展“法律进校园”活动,与学校实行“校所联动、资源共享、优势互补”;三是用法律服务化解矛盾,平息纠纷,构建和谐,维护老百姓的合法权益。事务所党支部坚持服务基层、服务群众,维护群众的合法权益。在强调律师专业优质服务的同时,注重律师行业社会形象的提升。



增强党组织对青年律师的吸引力和感召力

上海朝华律师事务所律师党支部书记 徐培龙

党组织必须增强对青年律师的吸引力和感召力,展开“青年攻势”,要经常不断地把那些积极要求入党、符合党员条件的优秀青年律师吸收到党内来,壮大党的力量,保持党的生机和活力。

首先,一个政党能否吸引民众加入其组织,主要看两条:一是看这个政党是否具有先进性,二是看这个政党是否具有良好的工作机制。我党的先进性是毋庸置疑的,问题在于:如何让青年律师体会到这种先进性。我认为,党员先进性教育不失为一个良好的措施。通过树立先进典型,让青年律师们感受到党员和群

众就是不一样,从而使青年律师确信成为党员便能更大程度地发挥作用,做出更大贡献。

其次,我们有必要对新形势下青年律师的思想进行认真的剖析。和老一辈党员相比,青年律师个体意识更强烈,理想更现实,思想更解放。但是,青年律师也存在着不容忽视的问题,如在理想信念的震荡、价值取向的倾斜和职业道德的滑坡。因此,在价值多元化的今天,党要减少刻板的理论教条,以生动的实践和鲜活的思想来吸引和凝聚更多的青年人将之作为信仰。

正所谓“润物细无声”,我们要让党务工作的效果在无形之中深入人心,深入青年律师的心。我们有必要创新活动载体,要更多地把党务工作与社会活动有机结合,让青年律师在活动中切身感受到党的先进性。同时,要不断创新活动形式,给党员律师施展才华提供更高的平台、更广阔的空间和更多的机会,帮助他们成就事业,给党外优秀青年律师带来吸引力。



编后语:上海市博和律师事务所党支部承办的“信念、责任、创新、发展——律所党建与发展论坛”

系沪上一次针对律所党建工作为内容的大型专题会议。希望通过论坛的讨论,能够真正实现以律所党建促进律所发展,让律所发展体现律所党建,将二者有机统一于律师对社会的法律服务中,从而发挥党员律师的先锋模范作用,让党建工作成为推动律所健康发展的政治保证。●

共筑和谐 ●文/易铭

栏目组稿人:顾跃进、吕琰、洪亮 hongliang@everbrightlaw.com

创新机制参与法律服务 搭建平台共建和谐社会

——记浦东青年律师积极开展社会公益法律服务



浦东律师业伴随着浦东的开发开放和综合配套改革试点取得快速健康的发展。在社会转型的大背景下,浦东新区司法局、律师党委根据律师事务所的规模结构、业务特点,对全区律师业的资源进行有效整合,创新服务机制,搭建服务平台,引导青年律师积极投身社会公益法律服务,探索建立浦东律师服务社区的长效机制,取得了积极的效果。

一、以“世博先锋行动”为载体,组织引导浦东青年律师积极投入世博会各项法律服务

浦东新区司法局按照“服务世博、促进和谐,为世博会顺利举办,提供优质、高效的法律服务和保障”的工作宗旨和要求,于2009年5月15日成立由近300名律师组成的“浦东新区迎世博法律志愿团”,其中青年律师的比例达80%,志愿团在一年多的时间里,组织开展了一系列法律服务工作,为世博会的成功举办做出了积极的贡献。

(一)积极开展迎世博法制宣传,弘扬法治精神,营造良好的法治氛围。

广大青年律师举行普法宣传13场次、为市民提供各类法制培训14场次、为百姓提供免费法律咨询2500多人次,参与矛盾纠纷调解工作60余件,为困难群众提供法律援助案件50余件。2009年6月26日,志愿团联合浦东青少年彩虹中心的来自四川省都江堰市地震灾区的中学生前往位于浦东成山路的申东颐养院,与敬老院的80余名老人开展联谊活动。志愿团向老人们赠送法律图书资料并解答老人们的法律问题。2009年12月2日,志愿团在陆家嘴街道设立“陆家嘴社区律师志愿者工作室”,定期值班接待群众的法律咨询。许多青年律师立足所在的社区,通过“双结对”、参与基层大调解格局和农民工法律援助工作站等形式,开展系列迎世博普

法宣传活动,送法进社区、进农村、进军营,取得了积极的社会效果。

(二)参与信访接待和诉前调解等工作,积极预防和有效化解社会矛盾纠纷,努力维护社会和谐稳定。

2010年4月8日,浦东新区司法局成立“世博核心区域社会矛盾调解工作室”,6名浦东青年律师定期前往工作室值班,在世博期间接待世博核心区域社区居民法律咨询,受理调解世博核心区域各类矛盾纠纷。在世博会举办期间,韩明志所、宏伦宇君所、元照所的律师积极参与新区200余件信访矛盾的评估、核查和参与化解工作,有效预防和化解了社会矛盾。

(三)围绕世博会法律事务,依法做好权益保障工作,防范和化解法律风险。

宏伦宇君所的律师参与了中国国家馆和主题馆两馆展示工程项目的法律服务,得到高度认可。南光所的律师为世博会票务项目担任法律顾问,其高效、专业的服务水平都令主办方十分满意。锦天城所的律师为世博会“公众参与馆”提供免费法律服务,审核世博会“公众参与馆”对外交往过程中涉及的法律文书,列席参与“公众参与馆”筹建和运作过程中的相关会议等非诉讼性事务。协力所的律师为“上海世博网上世博会”提供全方位法律服务,对从现实场景的展馆到互联网的虚拟世界,诸如建筑物、艺术作品的表现形式等涉及知识产权方面的法律问题进行审查、规范、提醒、防范,严诞生所的律师为上海市中学生“迎世博英语大奖赛总决赛暨颁奖仪式”提供志愿服务,得到组委会的高度评价。志愿团的律师还为“世博小使者评选活动”提供志愿服务,得到了活动组委会的一致好评。浦东广大青年律师通过志愿服务,无私奉献,展示了浦东青年律师服务世博的良好形象,浦东新区迎世博法律志愿团因此荣获2010年浦东新区精神文明建设创新项目三等奖。



二、积极创新服务模式，为浦东律师搭建法律服务平台

世博会顺利结束后，如何延续迎世博法律志愿团的志愿服务精神，引导浦东青年律师开展公益法律服务就成了必须面临的问题。在浦东新区司法局、律师党工委的领导下，在浦东律工委、浦东法律服务业协会、女律师联谊会等兄弟团体的支持下，浦东律师青年联合会主席吕琰及各位常委对此进行了积极的探索。一方面，进一步深化律师参与制度，组建浦东青年律师志愿服务队，实现区域网格化社区管理，更有效地参与社区结对、法律培训、法制宣传、法律援助、值班接待和社会矛盾化解工作；另一方面，浦东律师青年联合会通过召开浦东青年律师纪念建党90周年座谈会，向浦东全体律师发出服务社会的倡议，通过开展浦东青年律师党团员“五四”义务法律咨询等活动，强化青年律师的服务理念和参与意识，在服务的过程中不断积累经验，增强自身业务水平。同时，不断创新服务机制，努力为律师创建参与社会服务平台，为律师更好进入社区提供帮助和服务。

（一）与陆家嘴街道建立法律服务结对共建关系，组织青年律师参与后世博法律服务工作。

2010年11月16日，在浦东新区司法局的指导下，浦东律师青年联合会与陆家嘴街道共同签署《法律服务结对共建协议书》，浦东青年律师联合会将接替浦东迎世博法律志愿团，承担为陆家嘴街道提供法律服务的重任，组织青年律师继续参与陆家嘴律师志愿者工作的值班接待，继续开展与陆家嘴街道各社区居委会、社会团体、办公楼宇的结对服务，参与陆家嘴地区的普法宣传、纠纷调解和法律援助工作。这标志着浦东律师在世博会期间参与社区法律服务的良好合作模式在世博后将更好、更有效地继续运行，市民日益上升的法律需求将会不断得到满足。

（二）与浦东新区法律援助中心签订法律援助合作共建协议，组织青年律师参与浦东的法律援助工作。

为更好地依托律师自律组织，进一步提升法律援助工作的质量，2010年10月16日，浦东律师青年联合会

与新区法律援助中心签署《法律援助工作结对共建协议书》，浦东律师青年联合会将组织青年律师会员利用自身专业特长，通过安排青年律师定期前往新区法律援助中心值班、为困难群众提供法律援助等形式，为新区法律援助中心和市民提供各种法律服务。双方通过定期联组学习、专题研究、座谈讨论和走访调查等形式开展共建活动。

（三）与浦东公安分局交警支队建立法律服务结对共建关系，参与浦东道路交通事故的法律服务工作。

2011年7月5日，浦东交警支队与浦东律师青年联合会共同举办了“法律服务结对共建签约暨服务点挂牌仪式”。浦东新区司法局副局长金更良、律公处处长赵开银，浦东交警支队支队长苏国铭、副支队长李振全，浦东律师青年联合会主席吕琰和浦东交警支队事故科等相关科室代表以及浦东律师青年联合会相关律师代表等参加了会议。

在双方签署《法律服务结对共建协议》后，金更良与苏国铭共同为“浦东新区律师青年联合会法律服务点交警支队工作站”揭牌。首批4个授牌站点为金桥、张江、东明和惠南4个街镇，下一步将拓展至整个浦东新区。

根据《法律服务结对共建协议》，浦东律师青年联合会将在浦东新区司法局的指导下，组织区内精通交通事故业务、热心公益、甘于奉献的优秀青年律师尤其是党团员律师，成立志愿者服务队，参与在浦东新区的各交通事故受理点的法律服务工作，每周一至周五的全天前往浦东交警支队的各交通事故受理点值班接待，为交通事故当事人提供义务法律咨询，协助办案交警调解交通事故纠纷。在需要提供代理服务时，为其中符合条件的困难群众提供法律援助申请的咨询指导，并及时为当事人的诉讼程序提供专业优质的代理服务。浦东交警支队将为律师参与法律咨询、法制宣传和纠纷调解等相关活动搭建平台，提供必要的活动场地和法律服务条件。双方将定期召开联席会议，总结共建工作中的经验和问题，进一步提高结对服务的质量和效果。●



法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuesuefei@vip.sina.com

漫谈公民代理

本期主持:马 赛

嘉 宾:徐蔚青

唐小燕

文字整理:陈佳良

上海汉商律师事务所

上海市青浦区人民法院

北京市岳成律师事务所上海分所



马 赛:公民代理,是指在我国司法实践中,非法律职业的普通公民担任诉讼当事人的代理人或者辩护人,参与诉讼的一种活动。公民代理诉讼的法律依据来源于我国三大诉讼法。我们今天讨论的公民代理人,主要不是指偶尔接受自己亲友的委托,临时作为诉讼代理人参与案件办理的人;而是指那些俗称的“职业公民代理人”,即那些没有获得律师执业证,却以公民身份代理,从而赚取代理费的职业群体。

公民代理制度设计的初衷及法条的变化

徐蔚青:民事案件中确实存在大量公民代理的情况。从法律制度上来讲,在制定诉讼法之时有关法律的规定还不是很详细,法律观念也比较简单,还有律师服务行业也不是很发达,存在一定的空白和需求,另外也涉及到传统的历史沿革。我国的律师制度其实建立得很晚,古代有讼师、刀笔吏,这些都是公民代理的传统形式。我国法制机构根据我们的历史传统,同时沿革苏联社会主义法治的人民司法的内在要求,也为了满足现实的需求,设立了对律师代理制度补充的公民代理制度。确实,公民代理制度在我国案件审理中起到了一定的

作用。

马 赛:关于公民代理的规定,除了三部诉讼法以外,在《律师法》上也有相关的规定,请唐律师谈谈《律师法》条文在修订前后关于这方面的变化。

唐小燕:2008年实施的新《律师法》在第十三条中规定,没有取得执业证书的人员不能以律师的名义从事法律服务业务。除法律另有规定外,不得从事诉讼代理或者辩护业务。原来的《律师法》强调的是没有取得执业证书的人员不能牟取经济利益,所以《律师法》修改后看起来已经没有法律来限制公民代理收费了。《律师法》修改的初衷是实行律师强制代理制度。但现在,由于三大诉讼法并未因为新的《律师法》出台而进行修改,还是允许公民进行代理,甚至出现了职业的公民代理人,对于律师、对于司法大环境危害是很大的。简单地举例说,我现在做律师的话要给律协交会费,律所还有管理费,自己也要交税费,但如果我去做一个职业的公民代理人,就不需要去交这些费用,而且也没有组织来约束和管理。

马 赛:徐法官,您觉得《律师法》的这次修改到底改变了什么?

徐蔚青:对于修改可能有不同的理解,有的可能认为是放开了公民代理牟利的限制,另外一种观点是严格



本期主持:马 赛



嘉宾:徐蔚青



嘉宾:唐小燕

了不管公民代理是牟利还是非牟利,都不得从事辩护业务的规定。问题是相关的做法没有调整,而且从《律师法》的法律效力地位上来讲,是属于刑诉法的下位法,而且也没有相应的细化和处罚的措施,所以说这条法律规定在试图杜绝和防范公民代理方面的作用不是很明显。

我国公民代理的现状与危害

马 赛:我同意徐法官的观点,《律师法》修改的本意,我认为还是禁止职业公民代理行为。刚才唐律师也说到,在这种情况下,职业公民代理人对于部分律师会有一些影响和冲击。就这个问题,两位觉得律师和公民代理人之间是否真的存在争夺客户、争夺案源或者在利益上有冲突的现象?我认为公民代理人并不能真正挤占律师市场,或者说触动律师的利益,诉讼还是一个专业活动。

徐蔚青:我不大同意不冲击律师市场的观点。律师市场也分层次,有高端也有低端。为什么现在公民代理现象如此严重,主要是因为存在着低级的市场,律师不肯干,所以有这个需求。比较多的情况发生在交通事故和劳动争议案件中,这两个领域公民代理的情况非常明显。原因是案件标的小,繁琐,专业化程度不高,律师不大愿意干。但是确实有需求,如果让当事人自己诉讼要求太高,必须要有代理人,这样就给了公民代理一个市场。现在的问题是律师越来越多,竞争越来越激烈,不可能所有的律师都往高端市场发展。若公民代理盛行,一大部分初级律师的市场业务就很有可能被挤占掉了。

唐小燕:我执业刚满三年,从新律师走过来的过程来看,上海有很大一部分新律师刚开始执业时的生存状况是很艰难的。《律师法》的修改,会不会导致这样一种情况,很多人考过司法考试之后,不进入执业律师的队伍。因为律师可以收费,公民代理人也可以收费,但是作为新执业的律师,还要交会费、规费、管理费等,并且要受约束,受管理,这些都是成本。但是作为公民代理人的话,收费要比正常的律师收费低,那可能更有竞争优势。我本人在网上也看到,有人就堂而皇之地在自己的博客里,以自己通过了司法考试去对外营销自己,招揽生意,做职业公民代理。在这样的情况下,公民代理人取得了从业资格,但是不执业,向当事人介绍时,就是没有一个律师的执业证,但是有律师的专业水平,可以去代理这个案子,但是收费却比正常的律师低很多,如果这种竞争真的发生,会很可怕,对整个律师制度的发展和律师队伍的建设有很大的冲击。

马 赛:徐法官,您在多年的审判工作中,碰到公民代理的数量和案件类型多不多?

徐蔚青:我在民一庭和民四庭工作期间,审理的多数是民事案件。按照我的统计,在我们区的交通事故和劳动争议案件中,百分之九十的案件需要有代理人的,在这些案件中有百分之六十的案件是由公民代理人来代理的。这个比例非常高,在这个领域内,律师的占有范围已经小于了公民代理。但实际上,这两块市场的价值还是不小的。我之前了解到,我们区一个知名的职业公民代理人,他一年代理交通事故案件的收入有可能也达到了上百万元,是非常可观的。因为他们长期以来垄断

了各行各线各个资源,所以我们区新执业的律师根本进不了这个市场,或者不得不与这些职业代理人合作。合作这种形式其实也是对律师形象的一种损害。

马 赛:唐律师,您在执业的过程中,有没有碰到过对方的代理人是职业公民代理人,或者说在其他的工作中与职业公民代理人打过交道?

唐小燕:执业过程中,我在代理诉讼案件中没有碰到过职业公民代理人,但是我做过一些交通事故人身损害赔偿的非诉案件,在这当中有过接触。职业公民代理人在这类案件中介入得是比较多的。职业公民代理人多数会号称和某些机构有关系,尤其是能够搞定交通事故人身损害赔偿案件的伤残鉴定。交通事故人身损害赔偿案件的伤残鉴定结论对于当事人来说至关重要,伤残等级鉴定结论高一个级别或者低一个级别,赔偿数额的差距是非常大的。以今年的赔偿数额来说,城镇居民鉴定结论相差一级,伤残赔偿金就差了 63676 元,农村居民也要差到 27000 元左右,这个数额是很可观的。对于当事人来说,他看到的是实实在在的利益的,所以他愿意选择让职业公民代理人去代理。在这种情况下,职业公民代理人的案源会越来越多,挤占律师市场的现象会越来越严重的。

公民代理的特点及在实践中出现的问题

马 赛:请徐法官分析一下您接触到的、看到的公民代理通常有哪些特点?和律师的代理有哪些不同的地方?

徐蔚青:最主要的不同是这些公民代理是不受律师纪律制约的,也没有管理机构,所以说得严重一点,他们就是为所欲为。在诉讼过程中,为了谋取他们的个人利益,不惜损害当事人利益,不惜作伪证,不惜哄闹法庭,上访、信访、污蔑法院等各式各样的行为都会发生,影响当事人利益,损害法院形象,损害律师利益。缺乏一个机构的管理是最主要的问题。

业务水平能够达到律师水平的公民代理人凤毛麟角,大多数人都是一知半解。代理人主要分为三种类型。有些人因为帮助老乡等打过一些官司,时间一长,在圈子里就成为了知名的代理人,但是对法律的理解一知半解,没有机会进行系统的学习;还有一种就是一些资讯机构,他们一般从事资讯服务,但是碰到诉讼代理,有可能也会参与。这部分代理人相对于那些“土律师”、“黑律师”,自我约束要好一些,因为毕竟有工商局的监管和工商管理的处罚;另外也有一部分是律师助理,还没拿到执照,以各种身份来代理案件,他们与执业律师的水



平相差不大。

马 赛:刚才徐法官讲到,在有些案件中,公民代理人很固执己见,甚至哄闹法庭,会做出一些比较出格的事情,这种行为会对法庭正常审理案件带来哪些不利的影响?

徐蔚青:首先是法院的调解工作很难做。这些“黑代理”虚高诉讼请求,本来1万元赔偿的案件,他可以提高到10万元,提高了当事人的心理预期值。如果法庭进行调解的话,当事人会觉得不公。因此,有时尽管提出的是理性的建议,但是通过公民代理之后,就很难进行调解。第二个是干扰法庭的正常审理工作,如作伪证之类。还有信访对于法院的工作压力也很大,公民代理试图通过信访、上访给法院制造压力,这也增加了法院的工作量。

马 赛:这确实是一个比较大的问题,我做律师十年了,碰见过几次公民代理人,在诉讼中代理对方当事人。我发现一旦案件法律关系较为复杂,公民代理人的判断能力就显得不足,法官再三对他进行释明,他还是不能理解,好像认为法官在偏帮另一方,他的情绪会比较激动,这种情绪也同样影响他的委托人。唐律师,您认为对当事人来说,公民代理有哪些负面效果?

唐小燕:公民代理人可能对法律关系判断不准,可能在出庭的时候抓不住重点,比如说,有的离婚案件,主要处理的是财产争议,结果公民代理人在开庭的时候重点不是讲如何分割财产,而是把两个人从一开始认识到结婚的鸡毛琐碎的所有事都搬出来。他没办法说到重点的问题,诉讼效果、庭审效率就会很差。

最重要的一方面是,公民代理人会把当事人期望值提得非常高。我曾经办理过一个交通事故人身损害赔偿的案件,一开始公民代理人对当事人说可以帮他要到60多万元的赔偿,但是到庭审的时候,各项赔偿加起来实际只有30万元出头。法官做了很多调解工作,但是当事人还是不能理解,因为心理落差太大。这个案件休庭之后也没调解成功,当事人又找到我们律师事务所求助,我把所有项目核对下来,确实只有30万元出头。像交通事故人身损害赔偿的案件相对还比较简单,如果再复杂一点的法律关系,比如说侵权和违约,不同的案由可能导致不同的结果。这个需要给当事人做详细的解释,有的当事人理解能力本来就差,如果公民代理人再给他一个错误的预判,那就更难解释了。

徐蔚青:这是公民代理人的惯用伎俩,他们的专业水平不高,但通过煽情,诋毁他人表明自己的专业水平不低,打感情牌,取得当事人的情感认同,让当事人觉得代理人敢于和法官和律师抗争,但实际上是为了掩盖他专业水平不高的弱点。

马 赛:徐法官,您觉得为什么会有那么多的当事人委托公民代理?

徐蔚青:首先,这块市场律师不大愿意介入,但事实上有很大的需求。有需求,就应该有相应的服务。所以公民代理出现了,收费上就比律师要灵活,在服务上有可能比律师要周到,他们上门服务,手续简单;其次,他们有可能通过老乡关系及其他关系取得一定联系;还有他们有包干制,有些外来劳动者经不起诉讼长时间的消耗,想尽快拿到钱。有可能公民代理人先会掏出一部分钱,然后包干,胜诉后其余的钱就归自己了。他们有可能就是通过这样的方式取得了当事人的委托。

马 赛:徐法官提到的原因我很认同。刚才徐法官还讲到,有一些案件律师不大愿意介入,唐律师您怎么看这个问题?

唐小燕:可能从法院的角度来看,觉得很多律师不愿意介入。但是,从我个人的感觉来看,新律师是很想进入这个市场,但是又很难攻入这个市场。他们没有更多的竞争优势,没有正常的渠道去介入。与职业公民代理人相比,律师有更多的约束,不可能像公民代理人一样大包大揽的,跟当事人承诺包胜诉、肯定帮你拿到多少钱或者帮你搞定所有的关系。目前来看,职业公民代理人介入比较多的是劳动争议和交通事故的案件,这些案件大多数当事人的文化水平比较低,法律知识欠缺,对于他们而言,更多的是只看到眼前的利益,所以比较愿意选择公民代理。新执业的律师,大多都是刚从学校毕业,考到执业证后就出来执业了,很多人没有自我营销的能力和拓展案源的方法,执业状况不容乐观。

徐蔚青:这两年律师队伍发展得很迅速。但是公民代理并不只是这两年发展起来的,是一个长期积累的过程,几年前其实已经初露端倪,市场正在被他们一点点地挤占。前几年,律师介入这块领域还很少,这两年,上海成立了很多劳动争议的专业所,正在积极介入这一块,他们已经重视这一领域。

马 赛:公民代理的特点,总结来说,第一是业务水平较低;第二是缺乏职业素养;第三是导致诉讼质效降低、影响审判;第四是乱收费,在收费方面没有相关制约。从我们律师的角度看,公民代理最终是在损害当事人的利益,造成民众对法律本身以及法律职业共同体的负面认识。但是我们的诉讼法没有修改,公民代理就还有它存在的依据,现实中也不可能消灭公民代理现象。徐法官,您对于目前公民代理的现状有何建议?

针对公民代理的建议及对策

徐蔚青:平时法院和司法局会出台一些文件,规范

公民代理行为。在具体操作层面上,我们要求当事人本人来立案,到立案庭签文书,告知当事人公民代理是不能收费的,对方要收费的话是可以不付钱的,并把公民代理人的危害告诉当事人,让他自己选择。在执行阶段,钱款的发放,先打入当事人个人账户,不打入公民代理人的账户。现在仅仅局限于微观的操作来尽量减少公民代理对当事人的损害,但是从制度框架上目前还没有很有力的措施。

马 赛:我看了相关材料,好像上海高院和江苏高院都对公民代理制订过一些文件进行规范。上海高院当时是对于职业公民代理人通过代理案件牟利这一点作出了规定,那么现在法院是否还会将“牟利”作为考查的标准?

徐蔚青:法院的规定是在2003年就制订的,在《律师法》修订之前。之后,没有相应、相反的规定。从法院角度来说,如果牟利的话,公民代理对法庭损害会比较大。我们的态度比较坚决,果断取缔其代理资格。

马 赛:在民事诉讼法中,对于公民代理人的规定为,律师、当事人的近亲属、有关社会团体或所在单位推荐的人、经法院许可的其他公民,都可以被委托为诉讼代理人。其中,“其他公民”需要经法院“许可”,从法条本意上分析,对于公民代理人,就应当由法院或者其他有权机构设置准入的限制。

徐蔚青:按照法律规定,除了律师、当事人的近亲属,其他公民代理人都必须经过法院的许可,但是这方面在实际操作上有一定难度,因为代理人过来,一般都是作为当事人亲友的身份,审查起来有难度。而且我们审理这些案子的话,由于当事人诉讼能力差,如果没有代理人,诉讼有可能就无法进行下去。所以对一些专业水平较高的公民代理,我们也觉得并非一定要取缔他,因为他对于案件审理还是有一定帮助的。

马 赛:我非常赞同刚才徐法官讲的,即便是《律师法》的修订将“牟利”这一条去除了,但是法院在审查中,还是将“牟利”与否作为考量条件,法律赋予了法院这种权力,应当以此去规范职业公民代理。那么唐律师,您觉得从我们律师的角度看,怎么样让更多的当事人去选择律师而不是公民代理人,这方面您有何建议?

唐小燕:我认为,首先是在制度上应该有所修改。现在一般来说,律师费都是谁委托,谁承担。如果能改革律师收费的模式,改成败诉方来承担,当事人的利益能更好地得到保护。对于当事人来说,看到的更多的是经济利益的支出,如果律师费明确由败诉方来承担,律师会对当事人很有吸引力,公民代理收费低的优势就会减低很多。

其次是新律师如何介入到案源中。我认为,充分利用我国的法律援助制度,可能也会是个不错的途径。现在,

上海各个区都建立了法律援助中心,但是法律援助条例规定的援助对象范围、援助案件范围都比较窄,对援助对象还有经济困难标准的要求。这样使得很多人被排除在法律援助范围之外。我们接触比较多的,比如劳动争议的案件,大多数上海的外来务工者在权利受到侵害后,第一反应都是去法律援助中心寻求帮助,但他们绝大多数并不符合法律援助的条件,得不到法律援助中心的帮助,那他们可能会去选择一个成本较低的方式,职业公民代理人介入的可能性就很大。

法律援助中心现在起到的作用相对于其设置初衷来说,我觉得,作用还是比较有限的。法律援助中心目前接待咨询的人员,并不是一些专业的律师,大多是援助中心的工作人员、志愿者、退休的老法官等。但是可以看到,2008年《劳动合同法》颁布后,大家对于维权越来越重视。劳动争议问题非常多,数量非常庞大,律师也在不断地学习过程之中。我认为,对于新律师来说,掌握劳动争议的相关知识是基本的素质要求,现在不管是做顾问也好,做公司服务也好,都会涉及到用工问题,人力资源服务是个很大的市场。如果法律援助中心能够提供平台,和一些新的律师合作,由新律师负责接待,那么当事人即使没有得到法律援助,至少也可以先了解专业的法律分析意见,那他们就有可能会去选择律师。这对于新律师来说,可能是个比较不错的拓展案源的途径,对于当事人来说,接受专业的法律咨询,对于他们维权来说,也会更有帮助。

徐蔚青:我们现在法律援助的范围正在扩大,很多案子都是通过法律援助的形式来进行律师代理,导致有些“黑代理”已经没有了市场,这个效果很不错。另外,比如说劳动争议案件,劳动者最先找的可能是工会,有可能是基层的调解庭,如果在这些组织里面设置公职律师或者定点律师的话,那就可能建立劳动者和律师交流的渠道了。

马 赛:在其他的国家,有没有什么制度可以学习或参考的?

徐蔚青:其他国家对于公民代理人都限制为主,基本都没有允许的。像美国,实行的就是特许制度,除了律师,其他公民代理都不允许。大陆法系国家,如日本、德国等,简单的小额的案件允许公民代理,但也不允许收费。在日本,如果收费,还有可能构成刑事犯罪,制裁得很严厉。

马 赛:可见,各个国家对于公民代理人的判断、价值取向是趋于一致的,限制公民代理,既使得律师能有序执业,更是对当事人负责,并且对司法环境也是一种净化。最后,感谢两位在百忙之中参与这次探讨。●

(本文内容根据录音整理,为嘉宾个人观点)



吴 坚

上海市律师协会理事；
上海市国资委外部董事；
上海市政法委专家顾问；
上海法治报法律顾问团成员。

第二届“东方大律师”；
上海市新长征突击手；
“韩学章基金”获得者；
上海市“两新”组织优秀共产党员；
上海市司法系统先进个人，兼记司法部三等功。

人物·东方大律师 ●文 / 彭念元

拓展高端服务 驰骋国际舞台

——记“东方大律师”吴坚



上海段和段律师事务所党支部书记、资深合伙人吴坚律师,以扎实的法律功底、丰富的实务经验以及娴熟的英语谈判和文本制作能力,活跃在企业兼并与收购、能源、期货、知识产权、金融证券、国际投资等新兴法律服务领域,办理了一系列重大涉外项目和案件,直接参与了许多国内外著名的项目谈判,涉及标的累计近万亿元人民币,在新能源战略国际合作中大显身手,出色地完成了多项国家级重点能源资源国际合作项目,为事关经济安全乃至国家安全的中国新能源战略作出了重要贡献。

跨国并购显身手

2006年,世界五百强企业美国通用电器旗下的通用电气医疗集团与全球过滤产品巨擎英国 Whatman 公司展开了紧张的全球合并谈判,项目总标的额近八亿美元。作为强强合并成功的关键环节和条件,Whatman 公司力图通过并购杭州新华纸业公司来促成与“通用”的交易,并增加其谈判的筹码。

为确保整个并购项目按时完成交易,Whatman 公司在中国市场上遍寻中国法律顾问,公司高管专程造访了吴坚律师。吴坚为其分析了该项目的法律特点,简构了该项目的施行方案,公司深为满意,毅然决定聘请段和段律师事务所为该项目提供全程法律服务,包括施行方案的架构、前期策划、尽职调查、中期谈判,以及起草、修改和完成一整套的中英文法律文本。

吴坚立即组织了由十几位律师参加的专业法律团队,为整个项目提供最为专业的法律服务。在完成了有关尽职调查和法律研究后,双方的谈判在伦敦、上海和杭州三个城市之间交替展开。由于新华纸业在中国造纸业中也是屈指可数的龙头企业,一开始谈判就短兵相接,互不相让,如不及时调整谈判策略和方法,很可能整个并购项目会失败。吴坚律师凭借其多年涉外商务谈判的经验,说服中外双方采取“先次后主”、“先解决枝蔓后解决主干”、“先谈小协议后谈合作协议”的方针策略,结果效率提高了,氛围也融洽了,谈判走上了良性运行的轨道。面对该项目巨大的工作量和仅一年时间的紧迫“工期”,吴坚团队在最后冲刺的几个月中,几乎每天仅能睡三四个小时,废寝忘食地忘我工作。在2007年平安夜的钟声敲响之前,双方律师经过彻夜不眠的拉锯谈判后,终于达成一致。吴坚和团队的律师们不顾通宵谈判的疲劳,连夜将合作协议及其10多个小协议的中英文版本作最后的修订并打印成稿,双方都满意地签署了合作协议,取得了

圆满的结果。2008年2月,通用电气医疗集团完成了与 Whatman 公司的合并,Whatman 公司与杭州新华纸业公司也成功地实现了并购。这是中国改革开放引进外资的一个成功案例,印证了中国律师已步入国际法律服务的舞台,能为客户提供最为专业的跨境法律服务,具备了与境外律所相抗衡的综合实力。

石化工程建奇功

地处祖国西北边陲的独山子,是中国石化行业的一颗明珠。2005年,国家决定实施“独山子千万吨炼油百万吨乙烯工程项目”,总投资达400亿元。这是中国石化史上迄今为止最大的石油化工设施,也是国家西部大开发的又一标志性项目,更是实现中国石油炼化一体化、提高国际竞争力的一项国家工程。对此工程项目,胡锦涛主席作了特别指示,并亲自访问哈萨克斯坦落实该项目;当时的国家副主席曾庆红也前往新疆主持项目工程奠基仪式,独山子光华灿烂,众所瞩目。

经过严格的招投标,段和段律师事务所获得中国石油天然气股份有限公司的聘请,为其承办的从哈萨克斯坦通过输油管道进口原油并在独山子加工、炼油以及化工配套设施的工程项目提供法律服务。吴坚率领法律服务团队帮助客户与近10家石油炼化技术领域的世界巨头进行了一系列高强度的谈判。

那是多么难忘的日日夜夜啊!在半年时间中尤其是决战的最后两个月的里,在与那些国际级的庞然大物的车轮大战中,吴坚律师轮番到各个谈判小组协助“解决”法律问题,常常是通宵达旦、日以继夜。在石油炼化技术转让的知识产权谈判中,外方将相关技术知识产权延伸到以后中方的升级和创新范围内,双方针锋相对,僵持不下。吴坚律师来到复谈现场,坚定地对待谈判对手表示:“站在我方的立场,不能同意这样的条件;站在贵方角度,亦不应提出如此苛刻的条款。请你们同贵公司律师再次商量。我可以断定,你们律师同我的意见将相差不大。”众目睽睽之下,双方律师用电脑交谈,大型显示屏上,出现的法律条款文字竟然一致!外方商务谈判代表瞠目结舌,我方商务谈判代表欢欣鼓舞。僵持三天三夜的艰难谈判,被吴坚律师三个小时解决了!吴坚律师的团队充分利用在油气等能源领域内的专业法律知识和国际经验,协助客户圆满地完成了该项目各种中英文合同的起草、谈判、修改和审阅等工作。“中石油”客户的喜悦之情溢于言表,他们对吴坚律师说:最高领导给中石油定下了签约日期,为完成这一重大而紧迫的任务,我们紧急把你从上海“骗”来,连夜投入这场马拉松式的谈判工作,终于按时完成了各项任务,保证了独山

子工程的工期;上海律师勤奋的敬业精神,细腻谈判风格,令人信服的法律意见,让人敬佩,你们为这项国家工程立了功!

2007年,该项目已从哈萨克斯坦进口原油约六百万吨,自此以后,该项目一直在为实现千万吨炼油和百万吨乙烯设计能力而稳步发展。

海外投资奏凯歌

2010年3月24日,中国海洋石油总公司(“中海油”)在北京与英国天然气集团签署了液化天然气购销及澳大利亚柯蒂斯液化天然气项目的有关协议:“中海油”将每年从英国天然气集团采购360万吨液化天然气,为期20年;“中海油”将获得煤层气资源储量权益的5%和第一条生产线10%的权益,此外,还包括煤层气开发、天然气液化处理、造船、运输等方面的交易。这是一项涉及液化天然气整个产业链的全方位合作,RBS Morgans 对此合同估值为700亿美元,其交易金额刷新了中国公司国际合作的投资记录。

澳洲的LNG项目技术复杂、专业性强、投资巨大,“中海油”亟需聘请一个在LNG法律服务领域拥有丰富实践经验的中国律师事务所作坚强后盾。于是,吴坚律师带领的能源团队凭着多年来在“中海油”的广东、浙江、上海等地新兴能源项目中的卓越表现,在这次澳洲LNG项目招投标中再次脱颖而出,一举夺魁,为这个迄今为止中国直接参与的最大一起对外投资项目提供专项法律服务。

能源项目最大的特点之一就是需要将项目的各项运作和建设划分为各个里程碑点,即规定时间节点。为

了按时完成各种法律文件,吴坚律师及其团队经常连续几个星期每天工作十几个小时,甚至二十个小时以上;团队成员往往轮流睡觉,以确保“质”和“量”在限定的时间内同时兼顾。在谈判完成后,“中海油”对吴坚团队的专业素质和敬业精神大加赞赏!

他们面临的另一个难点是,由于我国法律体制尚处于完善阶段,不可避免地出现中国目前的相关法律法规无法合理地适用于LNG项目实际操作的不佳局面,巨大的合同金额意味着,中国公司如果在法律上有疏漏,将遭遇到难以承受的风险。吴坚深知,为这个关系国计民生的能源项目提供法律服务,万一法律关系处理不当,就有可能给国家造成无法估量的损失。面对严峻考验,吴坚更加兢兢业业,一丝不苟,投入全部精力对相关的法律法规进行了深入而仔细的研究,并很快制订了对合同相关方的权利、义务、责任重新划分的解决方案,这不仅符合中国法律的要求,而且使中方在项目各个环节的风险降到最低限度,保证了“中海油”海外投资项目的成功完成,创新了中澳双方的能源合作方式,拓宽了合作领域。吴坚律师带领能源法律团队参与了一系列合同的高强度谈判和法律文本的制作工作,他们娴熟的英语、精湛的谈判技巧和令人折服的团队精神不仅受到客户的信赖和好评,同样也赢得了外国合作伙伴的一致称赞。

从2010年底至今,吴坚团队又完成了十几家电厂、管道燃气公司和加油站等项目的尽职调查工作,并协助中海油进行了相关的项目谈判。他们在各类项目上提供的成功的全方位法律服务,使得“中海油”毫不犹豫地将更多的下属公司或合资公司的法律顾问服务交给吴坚律师,并策划对整个“中海油”系统的员工进行法律培训,以增强职工队伍防范和抵御风险的意识与能力。由吴坚律师能源团队起草或修订的LNG项目整套法律文件已成为“中海油”等能源企业实施LNG项目的通用范本,使得国际上在能源领域广泛使用的法律条款和术语运用到了中国本土企业的法律文件中,实现了中国法律服务在能源项目领域内的新突破,为中国的国际能源战略奠定了扎实的法律基础。吴坚律师统帅下的能源团队为中国企业实施能源资源国际配置保驾护航,为LNG项目在中国的发展、中国LNG业务的国际化、中国能源企业的国际化做出了不可磨灭的贡献。

“沧海横流,方显英雄本色。”吴坚律师说得好:“新时期的上海律师,国际视野更应予以拓宽,地域局限更应予以突破,服务全国、走向世界的意识更应予以强化。”吴坚和他的战友们正在上海律师国际化之路上昂首阔步,拓展高端服务,驰骋五洲四海! ●



人物简介

1999年毕业于华东政法大学,同年取得律师资格。2000年开始律师执业,2002年毕业于英国曼彻斯特大学,获法学硕士学位。现为万商天勤(上海)律师事务所合伙人、主任。主要从事收购兼并、证券、房地产开发、境内外投融资等领域的法律服务。

人物·优秀青年律师

●文/陈凯

经历是一种财富



作为一名执业10年的青年律师,我在成长的过程中经历过成功,也遭遇过失败。经历就是财富,我愿意把从自己的经历中总结的经验教训和得出的思考与大家共享,特别希望能对正在成长中的广大上海青年律师有所参考和启迪。

坚持,坚持,再坚持

我坚信,坚持是所有青年律师从业所特别需要的品质,在律师行业中心无旁骛地坚持三五年,必有所成。

刚刚开始从事律师工作的青年律师,绝大部分人确实十分艰苦。这种艰苦的境遇既包括因为收入微薄和业务机会缺乏导致的不安全感,也包括因为没有足够实务经验而遭遇的不信任感,甚至还有必须长期坚持才可能看到光明前景的渺茫感。

但是,从事律师行业,只有坚持才可能获得成功,不能坚持则肯定无法成功。青年律师应当在坚持中调整心态,在坚持中砥砺前行,在坚持中积累经验,在坚持中明确专业方向。经验证明:在成为一名执业律师后,最多坚持三五年以上,初期的迷茫、痛苦和困惑就都将成为过去,生存不再是问题,属于自己的舞台也会

基本成形,发展的前途直伸远方。其实无论在哪一行哪一业,只要有耐心沉淀三五年,都会有所收获,律师这个行业更是如此。

需要特别说明的是,坚持绝不仅仅是被动的等待机会,而要在清贫甚至困难的情况下不断学习、做好迎接机会的准备,机会只会给有准备的头脑。那些指望在取得律师执业资格后几年内一定会成功的想法,多半是不可能实现的,要做出成绩,必须经过艰苦努力。

专业立身,信誉为本

一、专业立身是正道,其他方式和途径(社会关系、广告宣传等)只能对发展有所帮助,不能作为依靠和基础。

作为一名律师,第一应该具备足够的专业能力,律师一定程度上与法学学者有共同之处,那就是都应当具备相当的理论功底。第二,律师行业是一个实践性很强的行业,律师也必须具备很好的执业能力。律师提供法律服务的法律依据总体有限,因为律师不可能创制什么规定,但法律法规的发展变化没有止境,律师提供法律服务的具体方法及其组合创新也可以是无限制的。因此,律师对其专业的钻研和深究没有最深最精,只有更深更精。

事实上,随着社会大众文化素质的不断提高和法制观念的不断加强,客观上也要求律师必须掌握更深化、更精细的专业知识和技能。停留在就法条谈法条的初级层面,很可能完成不了律师的工作,因为你的客户也能很轻易地理解这一层面的法律知识。在当前的法律服务市场环境下,如果还以律师行业初创阶段那样的专业深度和水平去从事律师工作,早已远远不能满足专业性的要求了。

要做一个专业性够强的律师,绝不能满足于充当一个法律解释者的角色,一方面要尽量把法律规定与具体情况相结合,提出有建设性的、可操作的解决途径,为客户设计最佳解决方案;另一方面要深入掌握专业领域内的最新、最细的法律动态;第三方面要把法律法规的抽象内容与各社会行业具体情况相结合,说内行话,做内行动作,不能泛泛而谈。

二、执业声誉是律师的生命,像爱护自己的眼睛一样爱护自己的执业声誉,用最高的执业标准要求自己。

律师的声誉来自律师的品格、学识水平、敬业精神和态度的综合。律师的职业信誉风险无时无刻不存在于每个律师的身边,而且可以说将伴随一个律师的终身。

所以,律师爱护自己的执业声誉至关重要。

如果律师在执业中都能认真履行“诚信”二字,那律师避免执业风险的能力将大大加强。在实际执业过程中,有的律师为了追求经济利益,为了人情面子,为了胜诉等原因,违反职业道德和执业纪律、执业规范;或者由于疏于业务,未注意情形变化,未及时调整工作策略,作出错误的判断和决策等等,都将对当事人造成损失,也会导致执业声誉的损失。

因此,为了最大限度地降低风险的产生,律师要时刻注重业务、理论学习,提高专业素质,尽力为当事人提供最好的服务。自始至终以善意方式行使权利、履行义务,不欺骗当事人,不损害国家、社会、第三人的利益。同时,建立一整套律师诚信行为规范,用制度来保证守信者得益、失信者受损,树立“诚信为本、操守为重”的观念,让诚信作为律师安身立命之本。

三、善于自我保护是注重专业定位和执业信誉的必然要求和重要组成部分。

很多律师,特别是青年律师只注重维护当事人的权益,却缺乏自我保护意识,这将留下发生执业风险的隐患。我认为每一位律师从入行第一天开始起就要注重并学习自我保护。

注重自我保护应当做到:第一、无论是在做诉讼还是非诉案件,都要将工作做细做全,能留复印件的尽量留复印件,该签收的一定要签收好;第二、服务合同的代理权限、代理范围、收费数额、付款方式等必须正规约定并尽量详细写明内容;第三、收取律师费用,无论客户是否索要发票,律师一定要主动开具正规发票,特别是代客户收取或支付的款项,一定要写好授权委托书,开好正规的收据,这样做对律师来说既规范又保险;第四、律师业务不分类型、高端低端,都需要严格的自我保护意识。而且往往越是高端的业务内容越复杂,需要注意的环节越多。

特别需要注意的是,律师建立良好的执业声誉可能是一辈子才能做到的事,毁掉执业声誉却可以发生在一夕之间。而且,执业声誉的损毁对一个律师而言往往是无可挽回的,青年律师对此不能不予以高度重视。

律师的“笔杆子、嘴巴子、鞋底子”

律师是一个对个人素质要求高且全面的职业,至少需要具备“笔杆子、嘴巴子、鞋底子”三方面的素质和能力。

一、笔杆子:书面研究和表达能力。



加强法治政府建设 发挥律师专业优势 推动经济转型发展 ——长宁区成立政府法律顾问团

为了提高依法决策水平,推进法治政府建设,推动律师参与社会管理创新,促进区域经济社会和谐发展,8月11日,长宁区人民政府法律顾问团组建成立。中共长宁区委副书记、区长李耀新,市司法局副局长刘忠定,副区长陆继业等领导出席成立大会。

成立大会上,李耀新向受聘担任政府法律顾问的20名律师颁发了聘书并讲话。他指出,成立区政府法律顾问团是认真贯彻依法治国基本方略的重要内容,也是贯彻落实中央和市文件精神的重要决定,更是推进社会管理创新试点的重大举措,要从立足长宁“十二五”发展、建设法治政府的高度认识成立政府法律顾问团的重要性和必要性。他希

望,顾问团成员要发挥专业支撑的优势,积极为政府依法行政提供法律服务;要发挥行业辐射的优势,积极为区域经济建设和转型发展做出贡献;要发挥第三方参与的优势,引导当事人通过法律途径解决问题,全力维护社会稳定。同时,他还要求政府各职能部门要高度重视和坚持法律顾问在重大工程决策、重大项目安排、重大民生工作的合法性和可行性论证中的作用,积极听取法律顾问的意见建议,降低和减少行政决策的风险,提高依法行政的能力和水平。区法制办、区司法局要发挥桥梁纽带作用,协调处理好顾问团成员与政府及职能部门间的关系,切实将政府法律顾问团这一平台资源优势用足用好。(常吕)

律师工作涉及社会生活的方方面面,无论是诉讼业务,还是非诉讼业务,都需要具备良好的书面研究和表达能力。对于青年律师来说,虽然执业经验不足,但是勤能补拙。在日常的工作中,如看到新的法条、法规、司法解释,一定要积极学习掌握,在自己后续的业务中灵活应用、融会贯通。对自己工作中涉及的或者感兴趣的法律主题,特别是碰到新的法律业务,要能够多方研究讨论,既增强自身的知识水平、研究表达能力,也有利于团队合作精神培养。

律师的专业能力和素质主要载体之一就是律师制作的文件。没有一支好的笔杆子,文件做不好,就不是一个好律师。要做好律师文件,最低要求是格式、行文规范,不出文字错误。不要以为这一点不值一提,事实上律师做文件格式错乱,错别字一堆的现象并不少见。做好律师文件,更高层次的要求是逻辑严密,言辞准确,滴水不漏。

二、嘴巴子:口头表述和组织能力。

律师的工作要跟众多的人打交道,跟不同的人交流与沟通,这就需要有良好的口头表述能力,无论在何种场合,都能够清楚明白地表达自己的观点。如对客户提出的问题,对案件的分析,说一遍听者就能明白其中的

意思,在无形中缩短了人与人的距离,短时间内就会得到委托人的认可与信任。在法庭上,拥有良好的语言表达能力,可以说服法官接受自己的观点,有理有据的辩驳可以征服对手、感动法官,收到意想不到的效果,听众也会留下难忘的印象。反之,如果说话吞吞吐吐、词不达意,无法让人明白你要表达的意思,又怎么让人接受你的观点?

要拥有良好的口头表达能力,必须依靠充分的准备工作和长期锻炼形成的良好的逻辑思辨、组织能力。

青年律师应当首先做到“敢讲”,然后才能“会讲”。破除胆怯心理,争取一切可能的机会进行这方面的锻炼,就是“敢讲”。锻炼到一定程度,想讲的问题能够随心所欲的表达清楚,还能照顾到不同场合与不同听众的需求与效果,就达到“会讲”的境界了。

三、鞋底子:勤勉努力的职业精神。

每个青年律师的成长都相当不易,需要经过种种困难的磨砺,在这样的过程中,要坚持到底,必须具备勤勉努力的精神。要珍惜和把握在律师事务所中的每一次工作机会,不怕苦不怕累,不过分计较个人眼前得失,放远眼光,放开胸怀,把个人和所在团队的前途结合起来,才能共生共荣,共同发展。●

编者按：杨浦区的律师们秉持着关注民生、服务百姓、回报社会和客观公正的态度，奋战在动拆迁工作的第一线，为百姓释疑解惑，为政府减负分忧。同时，他们坚守着自己应有的社会责任感，成为构建“和谐拆迁”的桥梁。

自从杨浦律师全程参与动迁工作以来，杨浦区的动拆迁工作取得了优异的成绩。杨浦律师们共接受动迁居民咨询 6000 余次，出具各类法律文书 400 余份，搭建调解平台 900 余次，99% 的居民们高兴满意和谐地顺利动迁。阳光动迁下的杨浦律师，立志于将阳光倾撒到每一位动拆迁居民的心灵！

区县特写

●文 / 杨浦区律工委

阳光动迁中的杨浦律师

——杨浦律师全程参与杨浦区动迁工作纪实



“动迁”，素有“天下第一难”之称。面对这“天下第一难”，法律服务如何在其中发挥积极作用，在杨浦区司法局、杨浦区律工委的组织下，杨浦区的律师们积极介入，全程参与，对律师参与动迁工作进行了有益的探索，取得了较好的成效。

全程参与建机制

今年 1 月的一天，室外天寒地冻，室内讨论热烈。这是杨浦区旧区改造指挥部与区司法局、区律工委联合召开的工作例会。厉明、黄绮、谢东、唐一平、储兴厚等律师在会上汇报了前阶段各自为动迁基地的服务情况，对下一阶段工作提出了建议，并重点讨论通过了《杨浦区律师事务服务房屋拆迁操作规程》、杨浦区《关于发挥律师事务所在房屋拆迁工作中作用的实施意见》、《杨浦区旧区改造指挥部与杨浦区司法局关于指导律师参与旧区改造法律服务的工作协议》等一系列律师参与拆迁工作长效机制的规范性文件。

这些规范性文件是律师们在以往各次例会上，经过多次讨论审议并修改完善后而产生的。它对律师动迁前期准备、拆迁组织实施、矛盾化解等各个阶段参与动迁工作的方式与内容等方面进行了详细的规定，不仅确保了杨浦区律师参与拆迁工作机制的建立，也支持了杨浦区律师参与拆迁工作机制建成后的实施。而一批具有大量动迁实务经验的杨浦律师全程参与上述规范性文件的制定出台，使杨浦区律师参与动迁工作长效机制的体系更加完善，从而更能充分发挥其自身法律专业优势和

第三方优势，有效地预防减少了动拆迁工作中的矛盾，真正做到为政府排忧、为百姓解难。

前期介入防风险

动迁前期工作至关重要，怎样防范相关风险确保在动迁实施阶段动迁居民顺利签约是动迁前期工作的头等大事。特别是在探索动迁新方法时，动迁前期工作的作用就显得更为突出。2008 年，杨浦区作为本市试点，率先在区内试行“两次征询制”。为充分践行“政府主导、居民参与、依法规范”的理念，杨浦律师在动迁前期阶段即介入到动迁工作中。他们不仅对房屋拆迁告居民书文本和对房屋拆迁意愿征询书文本等相关文件进行修改审定，还亲自上门针对“两次征询制”为动迁居民细心讲解政策，运用自身的法律知识确保动迁工作从源头上就体现出阳光政策的公平、公正、公开。

2008 年 8 月的一天下午，家住杨浦区飞虹路 720 弄张阿姨的家中迎来了一批特殊的客人。他们是基地拆迁工作人员和上海汇创律师事务所主任唐一平律师，此行的目的是要把《房屋拆迁告居民书》和《房屋拆迁意愿征询意见书》交到张阿姨手中。

张阿姨家所在的飞虹路 720 弄动迁项目被列入上海市首批进行“两次征询制”的两家试点单位之一，唐一平律师全程参与了该项试点工作。由于是首批试点基地，张阿姨在接到的《房屋拆迁告居民书》和《房屋拆迁意愿征询意见书》时对“两次征询制”这样的新政尚不清楚并心存一丝疑虑。参加了该项目两个文本修改工作

的唐一平律师立即耐心、仔细地向张阿姨详细地介绍了两次征询的含义与详细的操作方式,经过近3小时的细心讲解后张阿姨完全了解了“两次征询制”的内容,并表达了自己的拆迁愿望。

正是在唐一平这样的杨浦律师的努力下,许多像张阿姨一样的居民都踊跃地表达了被拆迁的意愿,使“两次征询制”中第一次征询居民改造意愿,同意改造比例远高于规定比例。

然而在第二次征询基地拆迁方案时,虽然大部分居民认可拆迁方案,但安置协议的签约数却迟迟达不到方案生效的规定比例。唐一平等杨浦律师从法律专业的角度进行分析和修改,使征询方案更体现了合情、合理、合法三者兼顾,得到了有关领导和相关部门的普遍肯定。

义务咨询解疑惑

今年3月,家住江浦路一户动迁居民在居委会干部的带领下来到双辽支路动迁基地的法律咨询接待窗口,当时在窗口值班的正是上海金仕维律师事务所主任储兴厚律师。

经了解,该户为共有产,家里4个兄弟共同共有该房屋的产权,根据政策每一产权房屋只能安置一套本区配套商品房,而兄弟几个均想安置本区房源;为了争夺仅有的这一套本区房源,兄弟几个产生了矛盾,你争我夺谁都不愿意让步,所以迟迟未能签约。

储兴厚律师在详细分析了该户情况后,向他们解读了相关的政策法律,经过律师近2小时的解答、分析,使该户动迁居民终于达成了一致的意见,最终与动迁公司签约。

在动迁实施阶段中,面对动迁居民时常会产生关于动拆迁政策及法律的问题,杨浦律师在多个动迁基地设立“法律咨询接待窗口”为动迁居民提供义务的法律咨询服务。许多杨浦律师都工作在动拆迁法律咨询的第一线,储兴厚律师只是其中的一个缩影。他们中的典型还有很多,其中就有一位时刻将“责任”二字刻在心里,多年如一日为动迁居民答疑解惑的女律师,她就是上海市律协副会长、上海尚伟律师事务所主任黄绮律师。

从2009年6月开始,在杨浦区平凉西块16、17街坊,居民们都知道在每天下午2点到晚上9点,由上海尚伟律师事务所主任黄绮、党支部书记许宏伟率领的律师团队,会按时出现在街坊办公室中并耐心地解答居民们所遇到的问题。

但凡动迁居民们去询问的,都会得到律师的耐心解答。整个过程从动迁的“酝酿期”、“一奖期”、“二奖期”从未间断。尚伟所的律师为百姓释疑解惑涉及范围

广泛,包括继承、析产等法律问题。他们还针对实际情况,分为若干小组,对个别居民进行持续性的跟踪协商。通过艰苦而卓有成效的工作,获得了广大居民的信任,最终为成功顺利地完

有人不解的问值班的律师:“律师赚钱的业务多的是,你为什么要做这么辛苦的动迁工作?”律师笑着只回答了两个字:“责任。”

杨浦律师利用自身专业优势,义务咨询解决了许多动迁居民的困难,让很多动迁居民打消了怕“吃亏”的思想顾虑。特别是在分析回答动迁居民关于共有产权分割、保障托底人口认定、被拆迁房屋市场评估单价、建筑面积认定以及补偿安置等与动迁居民切身利益紧密相关的问题时,更是发挥了法律专业人士积极引导的作用,有效地促进了拆迁签约进程。

同时,为了更好体现公平、公开、公正的“阳光拆迁”原则,全面接受动迁居民和社会各界对拆迁安置情况的监督,杨浦区组建了公信评议组织机构,由人大代表、政协委员、法律工作者、居委会干部和居民代表等担任公信人员。区司法局、区律师工作委员会积极选派市、区人大代表厉明,张勤等知名律师担任公信评议组织的公信人员,积极认真开展工作,根据群众举报、投诉、查询要求开展调查核实工作,客观、公正、如实反映实施监督的情况,提出改进意见和建议,切实维护居民的合法权益,真正做到“阳光、公正、依法、规范、平安、和谐”。

搭建平台解民忧

今年4月,杨浦区定海街道153街坊一户动迁居民满怀感激之情将一面锦旗送到了上海四维乐马律师事务所谢东律师手中,他们激动地说道:“没有谢律师我们不可能顺利签约,真是太感谢您了。”事情还要从2010年说起……

杨浦区定海街道153街坊2010年12月展开了动迁工作,该基地有一户张姓动迁居民,房屋共有四层,产权人已过世,留有子女六人,其中四人居住其中。上世纪90年代初,由于家庭矛盾,在居委的调解下,他们家庭内部对该房屋如何分割达成了一份《家庭协议》,约定四层楼由居住其中的四兄妹各占一层。

在这次153街坊动迁中,拆迁方依法认定该房屋为一产四户,有效面积为三层,四楼属违章建筑。但根据原来的家庭协议,四楼归兄弟老二所有,而老二曾做过换肾手术,其他住在老屋内的三兄妹家境也不宽裕。

由于《家庭协议》的存在,四兄妹对拆迁方依法作出的一产四户认定感到非常不满,强烈要求按照四产来安置,否则决不配合拆迁。对此,定海街道干部及时组织



召集了一次由旧区改造指挥部、街道（居委）及调委会、拆迁公司和律师共同组成的“四位一体”拆迁矛盾调解平台来调解该户矛盾。调解会一开始，在外居住的张家大哥、大姐，以及住在该动迁房屋内的四兄妹言辞激烈，很不冷静，后经街道干部的耐心引导才平息下来。

在调解平台上，作为一方主体参与到“四位一体”拆迁矛盾调解平台的上海四维乐马律师事务所谢东律师表示，拆迁方与被拆迁居民并不是一对矛盾，而是应该共同站在法律和政策的基础上，联起手来去克服在拆迁过程中遇到的种种困难与障碍。

“拆迁是要拆除破旧的房子，但更要拆除百姓心中的那一堵墙。根据我的经验，居民只要尊重政策、积极沟通，没有一家是走不了的。”谢东说道，“在阳光政策面前，居民应该尽快做出正确的决定，一定要有尊严地离开前辈所搭建的这座旧屋。”

随后，谢东律师对《物权法》、《上海市房地产登记条例》中的相关条款作了说明，并向居民告知房屋被认定为“一产而非四产”的法律依据。街道干部、拆迁公司经办人员也当场分头对几个兄弟姐妹做了思想工作。调解平台结束时，几个兄弟姐妹表示愿意与拆迁方保持积极沟通，并当场填写了《签约委托书》。

后来，在定海街道领导、动拆迁公司的大力支持下，谢东律师与居委干部多次上门，分别与在住的四个兄弟姐妹进行了充分沟通，了解了他们签约搬迁存在的具体困难，并引导他们根据政策来作出合理的安置诉求。针对这个大家庭的特殊情况，谢东律师又起草了一份《意见书》递交给定海街道领导，经定海街道领导依照政策仔细分析与果断定夺之后，张姓家庭得以顺利签约和搬迁。

这个一波三折的实例中，我们可以清晰地看到正是

在当事人、指挥部、街道人员和谢东律师之间搭建的一个调解平台，让一切沟通都变的顺利和人性。而谢东律师从一个法律专业人士的角度耐心并有针对性的点明了其存在的法律问题，并给予其相应的解决方案。正是这情与法的相互结合，才使问题得以充分的解决。

由旧区改造指挥部、街道（居委）及调委会、拆迁公司和律师共同组成的“四位一体”拆迁矛盾调解平台是杨浦区在动迁工作中化解各类动迁矛盾纠纷的新举措，特别是杨浦律师的参与更使大量的动迁疑难矛盾得到化解。

律师信函助签约

律师函，是律师业务中的一把独门利剑。它以律师事务所和承办律师的名义，向特定对象发出的旨在协商解决特定社会矛盾或纠纷的函件，虽然没有国家强制力做后盾，但其内容讲的是事实、证据、法律，追求的是公平、正义、合情、合理，考虑问题通常是站在相对人的角度，再加上律师函解决问题的形式还是友好协商的方式，所以律师函常常能起到事半功倍的效果，是一种低成本、快捷、和谐解决纠纷的途径。而这种律师独有的方式也被引入到杨浦区动拆迁工作中。

杨浦律师针对每户居民的实际情况创造性地采用出具包含“基本事实”、“本所分析”、“法律后果”、“律师意见”等四部分内容的《律师函》，通过对未签约居民户的房屋面积、人口、诉求、拆迁补偿安置方案等，运用法律逐一分析，帮助被动迁居民从专业法律角度了解自己的权利与义务，理性地思考和处理拆迁事宜，取得了显著的效果。

杨浦区河间路有一户动迁居民，在拆迁正式开始前街道举办的拆迁居民咨询会上，已咨询了解相关动拆迁政策。但拆迁正式开始后，该户居民一直以其本人已离婚为由，不顾货币补偿款的数额多少，坚持要求拆迁人安置其两套配套商品房，其中一套为本区房屋。事实上，该户居民可获得的货币补偿款总额购买一套本区配套



商品房尚且不够,更不用说两套房。在基地经办人员、居委干部等多次上门做工作,甚至拆迁单位老总与其约谈后,该户居民依然坚持其要求,拆迁实施单位无奈之下已准备报请行政裁决。

唐一平律师在了解情况后,亲自上门,针对其提出的要求进行了详细而有针对性法律分析,指出:按照《上海市城市房屋拆迁管理实施细则》第二十条规定,该户的全部两个应安置人口应作为一户(即一个租赁户整体)进行补偿安置;同时,根据基地的购房办法,该户应安置人口在3人以下,只能选购1套配套商品房或商品房;而且,国务院新公布的《国有土地上房屋征收与补偿条例》第35条规定“本条例实施前已依法取得房屋拆迁许可证的项目,继续沿用原有的规定办理”,一旦依“原有的规定”形成行政裁决,该户不仅丧失选择房源、取得奖励的机会,还将丧失保障托底补贴,只得按裁决所确定的安置房源搬迁。

而在商谈后,该户动迁居民对唐律师的说法存在明显的抵触甚至敌对情绪。唐一平律师并没有放弃对该户居民的劝导,决定采用较为正式的律师函形式发表意见,再度对该户居民进行提醒或提示。律师函有三点独到之处:一是深入展开调查,全面掌握了解基本情况;二是分析充分,有所侧重,针对拆迁双方的矛盾焦点,详细阐明利害关系;三是掌握好发函的时机。收到律师函之初,该户居民还扬言要与基地律师好好理论一番,但其经过一番冷静理性的思考及权衡其中的利害关系后,该户居民于一奖期结束当晚来到基地,选择了纯货币安置方式,并与拆迁人达成了拆迁补偿安置协议。

真情服务溶“钢钉”

在每个动拆迁基地的动迁后期阶段,总会有少数所谓的“钉子户”,很多情况下都是“钉子户”的要求与实际动迁方案有不小的距离。杨浦律师怀着尽心尽责绝不放弃一户动迁居民的责任

感,运用其自身的法律专业水平和业务能力,耐心细致地做好当事人的思想工作,帮助很多“钉子户”在最后时刻签约。

2009年11月,市重大工程轨道交通12号线在杨浦区域内的三个大型拆迁基地就剩下最后一户,户主公开声明准备当“钉子户”。

这家户主是一个年纪50岁的姓胡的单身母亲,丈夫不久之前刚病故,户主对拆迁很抵触,情绪也非常激动。区政府依照法定程序,将于第二天清晨对其实施行政强制措施。

全程参与该基地动拆迁的上海四维乐马律师事务所谢东律师了解了这一情况后,马上与平凉街道的两位工作人员商量:“我坚信拆迁政策是阳光的,是为旧区居民造福的,我们今晚是否义务加个班,尽一下最后的努力。”谢东律师的提议得到了积极响应。

谢东律师等三位同志从晚上六点钟开始在坚守政策不变的基础上,晓之以理、动之以情地做胡女士的思想工作,甚至为了安置好胡女士丈夫的骨灰盒,他们凌晨陪着胡女士赶到浦东。期间几次反复,最终于第二天凌晨两点,胡女士被这三位同志坚持不懈的工作精神所感动,同意签约搬迁了。谢东律师事后笑着说,三个人谈了八小时,抽了八包烟,这份辛苦值得。

正是怀着这样一份执着和为百姓服务的热心,杨浦律师用自己的汗水播撒幸福的露珠,以自己的真情感动着每一位动迁居民。动迁居民们不会忘记他们那一张张可爱的脸庞,黄绮、谢东、唐一平、储兴厚、王桂喜、钱中年、许宏伟、张勤等等……一位又一位敬业的杨浦律师,他们不畏炎炎夏日,不顾瑟瑟寒风,始终坚持在动拆迁第一线的岗位上,用自己的热情传递幸福的温暖,在百姓内心播种下关爱。●





编者按:1998年,我国加入世贸组织的谈判紧锣密鼓,步伐越来越快,加入WTO指日可待。当时,世界排名前50强的律师事务所,律师平均人数超过800人。其中前10位的平均人数超过1300人,最多的已达2700人。而我国当时共有律师九万多名,却分布在九千多家律师事务所中,每个所平均10人左右。面对这一形势,一批律师在探讨如何把事务所做大做强,能在入世后在激烈的竞争中争得一席之地。这就要打破“小富即安”的状况,敢冒风险,且能做出一定利益的牺牲。时任锦联、天和、长城三家律师事务所的合伙人是一批先行者。他们表达了想把事务所做大做强的共同意愿,经过商讨,决定三所合并,成立锦天城律师事务所,不仅统一名称,而且统一账号、统一办公场所,从而走上了联合之路。

律所建设

●文/上海锦天城律师事务所

栏目组稿人:贾明军 iamingjun@iamlawyer.com

“锦天城”发展模式鉴考



一、“锦天城”的理念

十年来,“锦天城”始终秉持自己的理念,这些理念吸引专业不同、经历不同、文化背景不同的优秀律师走到了一起。

(一) 走规模化之路。

把事务所“做大做强”是“锦天城”三位发起合伙人最先考虑的一点。从律师业务领域来说,该所几乎涵盖了绝大部分法律服务领域,其中不乏其非常专业和优秀的领域,在全面覆盖业务领域的同时突出自己的优势,形成规模化效应。

(二) 民主治所。

“锦天城”采取弱化主任的地位和作用的民主治所机制,合伙人会议是事务所的最高权力机关,主任是法定代表人,对外代表事务所,对内他是合伙人中平等的一员,对所内事务没有最后决定权。这对发挥全体合伙人的积极性是十分重要的。

(三) 产权清晰。

“锦天城”强调合伙人之间的财产关系要明确清晰,成本的分担、利润的分配都应该明晰,合伙人不赚合伙人的钱,大家一致对外,向市场去要效益。

(四) 制度优先。

“锦天城”已先后制订了一百多个规章制度。除了章程、协议等基本制度外,大体上是按需制定。在培训新进人员时,让新人熟悉事务所的各项制度、规定,是培训

的一项重要内容。

(五) 精神合伙。

“锦天城”认为,真正要使财产上的合伙成功,首先要在精神上要合伙,不可“貌合神离”。合伙人之间相互沟通,相互理解支持,在遇到矛盾时,学会妥协,寻找可以共同接受的解决办法,寻求思想上的统一、精神上的合伙。

二、“锦天城”管理的三阶段

在如何管理好事务所方面,“锦天城”经历了非常重要的三个阶段:

(一) 第一阶段:轮值主席制。

“锦天城”的主席由全体合伙人会议选举产生,一年改选一轮。轮值主席负责召开合伙人会议,接待来访,处理所内日常事务等等。但运作二、三年后,暴露出了一些问题:一是轮值主席是兼职的,一边要做业务,一边进行管理,时间上、精力上都有矛盾,而且一个人决定一些问题也不妥当。二是重大问题都有合伙人会议讨论决定。由于对重大问题没做界定,实际上是事无巨细都在合伙人会议上讨论,结果造成合伙人会议频繁召开。一两个星期就要开一次,而且会议讨论的时间也越来越长。体现了民主但忽视了效率。

(二) 第二阶段:成立管理委员会和监事会。

这是把现代企业管理模式引用到事务所管理中来



的尝试。管委会、监事会成员由全体合伙人无记名投票产生,代替原来的轮值主席,任期两年。管委会成员分头承担了原来五个委员会的工作。这样合伙人会议大大减少,工作效益提高了。

(三) 第三阶段:增设管理总部。

随着各地分所的成立,总所与分所,分所与分所之间如何沟通,如何及时交流信息,如何业务合作,优势互补等问题出现了,于是在2007年成立了管理总部,从总所和分所合伙人中推选产生九名成员组成。每季度召开一次会议,商讨全所有关事项。之后,事务所又引进了专职管理合伙人制度,把专职与兼职管理结合起来,探索出一种新的模式。

三、完善合伙人制度

(一) 合伙人进退机制。

合伙人退伙与加盟一样,是再平常不过的一件事。关键要做到,合伙人退伙应该对事务所不产生实质性的影响。到目前为止十年时间的统计,“锦天城”合伙人中,因退休、调整服务定位等而自愿离所等等而退伙的已不下十余人。甚至一个团队的集体离所,都没有对事务所发展带来太大的影响。当然,与此同时加盟进来的合伙人和内部提升的合伙人就更多了。

(二) 律师、合伙人升迁机制。

人才流失对事务所发展十分不利。而人才流失的主

要原因可能在于优秀的年轻律师在事务所看不到自己的发展空间。2006年“锦天城”制定了提升内部优秀的年轻律师的制度。至今在上海地区已提升了47名年轻律师为合伙人,其中包括重新回所的年轻律师。这项制度的出台,不但使现有的合伙人队伍年轻化,而且稳定了队伍。

(三) 分级机制。

为了平衡资深合伙人与新进合伙人之间的关系,“锦天城”建立了分级机制,新提升的合伙人为二级合伙人,原有的为一级合伙人或称高级合伙人,并建立起了晋升机制。

(四) 风险规避机制。

“提成律师”对于律师事务所而言可能是一把双刃剑,事务所成立之初,一批资深律师,没有提升为合伙人,但又不同于以后新吸收的年轻律师,就作为“提成律师”对待。但其中有个别律师职业素质和执业能力达不到勤勉尽责的要求,受到客户投诉,给事务所带来极大的负面效应。经过“锦天城”合伙人多次反复的研究后,决定从事务所层面取消“提成律师”。要求现有的“提成律师”均作为合伙人管理的聘用律师。至于他们的分配形式自行商量决定。凡是对外发出的法律文书,一律由合伙人审查签字、负责。这样把责任和风险分担到各位合伙人,便于沟通和管理。

(五) 连带责任机制。

“锦天城”对于合伙人引进、推荐的新进人员,建立

了连带责任机制。如果有律师因为一些原因给事务所造成了一定的损失,按规定,凡接受引进律师的合伙人按责任大小分担经济损失。

四、律所品牌文化建设

十一年来,事务所在不断完善“全球视野、诚信为本、客户第一、精益求精、团队合作、包容奉献”的文化内涵,围绕增加凝聚力、责任感、使命感开展事务所文化建设。

“锦天城”的民主治所、精神合伙、务虚会议制度等理念可以视作“锦天城”文化的表现。经常召开的生日派对、一年一度的辞旧迎新联欢晚会、不定期举行的业务沙龙、英语沙龙也可视作“锦天城”文化的组成部分。

参加各类文体活动,当然也是企业文化的一个方面。“锦天城”曾积极资助市律协举办“锦天城”杯围棋赛、市局级干部围棋交流活动,多次参加陆家嘴地区高尔夫球赛。“锦天城”还是市律协组织的乒乓球、象棋比赛的多次获奖者,参加过足球赛、金茂大厦登楼比赛等等。

事务所不但要讲经济效益,而且要讲社会效益。事务所业务发展了,要懂得回报社会,积极参加社会公益活动。合伙人把它作为“锦天城”文化的一个方面。如为政府部门无偿提供法律服务,十多次参与国家法律、法规的立法研究、论证、起草和修改;无数次接受电台、电视台、报刊杂志的采访,就社会关心的法律热点问题,阐述专业意见;在社区举办大型法律业务咨询活动;为部队官兵提供法律咨询;积极完成司法局交办的法律援助案件;在华东政法大学设立“锦天城奖学金”;与上海实验中学、建平中学结对资助贫困学生;积极参与市律协和浦东新区组织的助学、助残、抗灾、救灾募捐活动;如为东南亚海啸捐款,特别是2008年汶川大地震和2010年玉树大地震,全所员工募捐百万元多。2009年又向国家法律援助基金做了捐献等等。

五、律所发展战略

(一) 坚持“规模化、专业化、品牌化、国际化”的发展战略。

在未来五年内,正式设立重庆、成都等分所和境外分所,境外分所的设立将在国际化道路上迈出实质性的步伐;大力拓展专业服务产品,使事务所能够持续地更有效地向社会、客户提供专业服务产品。未来五年,除巩固现有的专业服务领域外,在拓展环境与资源、国际国内税法、反垄断、航空、文化等专业服务产品,以提升事

务所专业化水平和综合竞争力;积极吸引优秀专业人才,打造高端客户资源基础,多元化的专业服务领域,国际标准的服务水准,成熟的公民和社会责任等方面培育“锦天城”品牌,使其真正成为国内一流、国际知名的律师事务所。为上海“四个中心”建设,为国家的市场经济体系与构建和谐社会做出积极的贡献。

(二) 坚持专业整合和多元化发展战略。

(三) 坚持专业服务创新和拓展服务市场战略。

(四) 围绕事务所的发展战略,实现事务所发展战略的总体思路。

1. 积极稳妥地扩大事务所规模。今后五年中,合伙人规模每年的递增水平应保持在8%左右为宜,依此增长水平,2015年事务所合伙人大约将达到180名左右。执业律师的递增水平在10%左右为宜,2015年事务所执业律师规模达到600名左右。事务所分所的设立重点应围绕中西部地区的区域经济中心,2015年,分所的数量达到8个。在拓展事务所规模方面,着眼于发展的需求,着眼于风险的控制,要保持一定的节奏,避免盲目性。

2. 循序渐进地改革、完善事务所管理体制和运行机制。未来五年内,事务所在不打破现有体制的格局下,首先把无限责任合伙制改制为特殊普通合伙律师事务所,修订完善特殊普通合伙律师事务所的章程和各项相关制度,真正做到依靠制度协调所内外关系,依靠制度拓展业务,依靠制度化解事务所发展进程中的各类矛盾,真正提高民主治理事务所能力。进一步完善管理总部的运作机制,发挥管理总部在市场拓展、人才引进、规则标准、品牌建设、对外交流等方面的积极作用,引领事务所朝国际化方面健康、顺利发展。

3. 坚持走专业化、综合化的业务发展思路。“锦天城”十一年的快速发展,证明了专业化团队运作的发展思路符合事务所的发展规律,在强调专业化的同时,全面拓展诉讼和非诉讼业务,有利于增强事务所的综合优势。未来五年,会继续坚持专业化、综合化的发展思路。在非诉讼领域,在做大做强优势专业领域的同时,以市场需求为导向,拓展与国际化经济发展密切相关的专业领域的法律服务,使事务所专业化和综合比较优势得到新的提升。

4. 进一步完善事务所人才知识、市场宣传、风险内控和信息化四个管理体系的建设,全面提升事务所管理能力。

5. 加强事务所的党建工作,积极探索党组织在事务所建设中发挥战斗堡垒作用的途径和方式,探索党员律师在参与事务所管理、执业、承担社会责任等方面发挥模范作用的途径和方式,使党组织在促进“锦天城”持续稳定发展中真正发挥导向和保障作用。●

我的败诉

●文/缪林凤

栏目组稿人:葛珊南 gsn888@vip.163.com

此案败在何处?



缪林凤:上海华夏律师事务所律师,曾任上海市律师协会副会长、市律协女律师联谊会会长。



“胜败乃兵家常事”,律师处理法律事务,也不可能是常胜将军。当然,出现败诉的情况有很多因素,但有些败诉却匪夷所思,让人耿耿于怀。

我曾经处理过一起著作权纠纷案,案情简述如下:原告为美国某公司(以下简称美国公司)在中国境内设立的某合资公司(以下简称中国公司),该美国公司高级副总裁出具《确认授权书》一份,声明对授权书附件中所列品牌的所有图像享有展示、销售和许可他人使用的权利,并将上述权利授予中国公司在中国境内使用并可转让使用,同时确认中国公司在中国境内有权以自己的名义就任何第三方侵犯美国公司知识产权的行为采取任何形式上的法律行为。该《确认授权书》经美国华盛顿州公证,并经中国驻美国地区总领事馆认证。

中国公司发现某出版社在出版图书

时采用了美国公司出具《确认授权书》附件中的几幅图片,因此就将这些图片作了证据保全公证后向北方沿海某城市的法院提起诉讼,我做了被告的诉讼代理律师。经了解,某出版社出版的图书,其中有几幅图片与原告授权的图片是相似的,且是从网上下载的。这种案子粗略一看,很容易使人感觉到某出版社侵犯了中国公司的作品使用权及美国公司的作品所有权,其实不然。

我查阅了原告所提供的所有证据材料,发现此案虽然是涉外案件,相关的证据材料经美国当地政府的公证和我使领馆认证,但这些证据材料均不是涉及著作权纠纷案的关键性证据。一、关于所谓美国公司高级副总裁出具的《确认授权书》一份,先不管其授权内容,而是该份材料无法证明此人是美国公司的高级副总裁,材料内没有反映公司法人的意思,而仅仅是一份个人的所谓授权;二、原告拿不出美国公司拥有这些图片著作权的证据材料,即这些图片的出处没有。开庭时,原告没有到庭,其代理律师出庭,我向原告代理律师发问上述问题,原告的代理律师无法回答,我向法庭提出鉴于原告方对涉及著作权纠纷案中这两个基本问题都无法回答,也没有相应证据佐证,没有美国公司的授权,原告的主体资格不适格,美国公司也不拥有这些图片的著作权,因此中国公司也就不存在合法使用权。

案件处理到这里,应该说胜败已很分明了,但是出人意料的是法官将其为难之处告知与我:类似此类的案件该法院处理过几起,每次审理,作为被告方或者被告方的代理人均认为自己侵权了,没有提到过我们发现的问题,法院也从来没有查过这些问题,所以这些案件均

以原告胜诉被告败诉而结束,我现在代理的案子如果原告败诉,那么在这之前的案件就属于错案了,因此此案只能如以前处理过的案件一样判决。法官最后的话更使我瞠目:待拿到判决书后可以不执行。我当时不可能将此话录音下来,当然事后这位法官也不会承认自己曾说过这样的话。

尽管我已经知道此案的结果,除了在法庭上据理力争,我仍认真地将代理词以书面形式发给法院,以此表明我的态度,其中还特别提到两点:一、我国实行的是成文法,而非判例法,因此无论在这之前任何法院判决过类似的案件,都不能作为判例,每个案件均应考虑原告起诉的基本事实、被告的抗辩内容、双方的相关证据以及我国法律的具体规定而定;二、在当前美国一直指责我国著作权方面的立法、法律实施存在问题的情况下,司法机关处理这样的案件要慎之又慎,切勿通过法院不公正的判决大涨他人志气而灭国人威风,特别是在原告举证不能的情况下,如判决原告胜诉,更让外人看出我国执法者的无能,当然也在一定程度上削弱了我国司法在国际司法中的地位。但是遗憾的是,这位承办人员在乎的是自己办错案会被追究责任,而不管法律的公平及我国的司法形象,可见利益驱动的暗流如果在司法领域泛滥的话,后果是严重的。此案的判决已成定局,我方败诉!判决结果的赔偿数额是不多的,但原告方自知证据不足,理由不充分,因此一审判决虽然胜诉,但在案后却主动要求调解,赔偿数额又减少许多。

此案虽已过去,但仍使我无法释怀,这当然不是我的小心眼,我实在是为我国司法领域中一些司法人员在能够有法可依、有法必依的情况下,仍然不依法办事的现状感觉不舒服,有些甚至是对一些法律常识性的规定都置若罔闻,这就是本文题目所要回答的问题。●

执业心语 ●文/吴金兰

栏目组稿人:刘小禾 liuxh@lawyers.org.cn

敬业·勤业·专业·乐业



十年前,四十七岁的我,勇敢地跨入了律师队伍,因为“老兵新传”,内心总有些忐忑不安。做律师的日子像箭一般飞驰。如今,虽然仍是老兵,但已不是新传了。回顾自己十年来的执业经历,我感到要成为一名受当事人尊重,受同行认可的律师,敬业、勤业、专业、乐业十分重要,这始终是我在执业过程中的座右铭,也是我继续前行的路标。

敬业——为维护客户最大利益

记得辛普森的辩护律师德肖维茨曾说过“虽然当事人不是你的主人,但一旦做了他的代理人,你必须仅为他服务”。我认为一切为客户着想,最大限度地维护客户的合法权益是律师执业最根本的出发点,即便当我们将对客户所负担的职业义务与自身的利益发生冲突时,也应始终将客户的利益放在首位。

1、比胜诉更可贵的是当事人之间的和解

这句话是我代理著名生物科学家谈家桢先生名誉侵权案最深刻的体会,也是我此后执业的一直追求的目标。该案情况是这样的,侵权方为扩大销售,擅自将谈老的题词用于产品的宣传及包装上,使谈老蒙受了名誉损害。接受委托后,调查发现侵权人并非恶意侵权,且该企业经营困难,如果诉讼,对我而言,不仅可以获得代理人案的机会,也会得到更多的代理费。但对方企业可能会由此陷入更为困难的境地,且诉讼过程可能使谈老经历更多心理伤害。思索再三,我确定了解为先的方案,并形成了有利双方的解决思路。首先,指出侵权人的行为对谈老造成了伤害,应承担法律责



吴金兰:上海先策律师事务所主任,上海市优秀女律师,上海市律协八届房地产专业委员会委员。

任;其次,要求侵权人立即停止侵权,撤下全部商品与包装;同时我也向谈老介绍该企业的认错态度及困难状况,使谈老逐步了解理解了该企业,最终谅解了其行为。在我的努力下,未经诉讼,双方最终达成了和解协议,由侵权人向谈老赔礼道歉,并承诺企业经营改善时向谈家桢基金会捐款。谈老对该案的处理结果和我的工作方式均非常满意,双方还合影留念。

比胜诉更可贵的是当事人之间的和解。律师在实现最大限度的维护客户利益这一执业目标时,需要做的不仅是实现客户的经济诉求,也要根据不同案件的特点、当事人的不同情况,通过最恰当的途径尽力消除诉讼可能对其心理造成的不利影响。

2、在不可能中为客户寻求可能

不轻言放弃,竭尽全力,在不可能中寻找可能。

2010年在一起知识产权诉讼案中我代理被告。原告江苏某磁性元件有限公司与被告签订了一份《合作协议》,约定合作进行技术开发,由被告试制、研发出样机给原告。双方在《关于新能源项目推进洽谈备忘录》中对该样机是否试制、研发成功的认定标准做出了约定。后原告以“被告承诺的样机的所能达到的认定标准违背科学原理,故被告的新能源一说是骗局”为由,要求与被告终止《合作协议》,并要求被告退还已获得的报酬并赔偿损失。

被告找到我谈委托事宜时,我的助理和其他律师都认为上述样机试制成功所要达到的标准是违背牛顿定律的。被告有欺骗行为,必输无疑,建议我不要承接此案。但是对从不轻言放弃的我来说,在不可能中为客户寻求可能一直是我努力的目标,并且我认为在原告已经起诉的情况下,被告有权获得法律上的帮助。

接案后,我反复研究案件材料,终于找到了突破口。首先我发现,双方合作的缘起为原告得知被告正在从事新能源研发工作后,多次考察被告正在研发的项目后主动要求与被告合作,被告考虑到原告的合作诚意、提供的研发条件后才同意与原告签订合作协议。因此被告骗局一说难以成立;其次,我认为科学家应当尝试打破已有科学规律进行探索,发明与骗局之间不能轻易画等号。因为人类的认识是不断深化的,科学的发展就是建立在对现有知识的超越、对已有规律的质疑之上;再次,该案中的合作协议既约定了双方合作进行技术开发的权利义务,却又约定了技术开发成功后有关成果产业化过程中双方的权利义务。可本案合作的基本事实决定了它是技术开发合同而非技术转化合同。既然是技术

开发合同，那技术成果的产业化只是当事人积极追求的结果，并不是被告的法定义务。

庭审中，我据理力争，影响了主审法官原先的观点，并审时度势地在诉讼中权衡我客户的利弊得失，灵活调整诉讼策略，最终使原告同意调解。我在别人认为的不可能中为客户找到了可能，最终充分维护了客户的利益。

律师面对表明存有不利因素的案件不能轻易说不，要在不可能中为客户寻求可能。对律师而言只要客户委托的事项于法不悖，就不能以自己的先入之见，武断拒绝客户的委托。很多事情我们最初预测的结果与经过我们努力后实现的结果会因过程中许多我们无法预见的因素而变得大相径庭，而在这些因素中最为重要的往往是律师的坚持和执着。

勤业——为追求客户最佳结果

业精于勤，荒于嬉。勤勉努力，全力以赴。十年来，我认真对待每一个案件不畏辛劳，只求为客户获得最佳的审判结果。

1、五入克拉玛依使被告人重获自由

执业之初，我曾代理了一起在新疆克拉玛依中院二审上诉的强奸案，反复仔细研究案件材料后，我发现了疑点。我和同事不怕路途遥远，从盛夏酷暑到冰天雪地，先后去新疆克拉玛依五次，二审以事实不清、证据不足发回重审。但一审重审后却维持了原一审判决。我们又提起上诉，二审又发回重审，在本次一审中，法院审委会两次讨论，并引起当地政法委的关注。路途遥远，为了节约时间，我往往从上海到当地后当晚就投入工作到凌晨四点，从新疆回到上海又不顾疲倦，当晚立即书写辩护词。我的严谨细致和坚定顽强感动了公诉人，他发言时很感慨：“我很佩服辩护律师的敬业精神”。最终检察院撤回起诉，“被告人”重获自由。

2、往来于苏、赣、琼二十余次，解决了一起历史老案

几年前，我为中国长城资产管理公司南昌办事处顺利解决一个 5700 多万元债权的执行案，更使我体会到律师勤勉努力，全力以赴之重要。该案 1997 年判决后一直执行不了，债务人的法定代表人因刑事犯罪被判罪入狱，债务人在南京一中外合资房地产公司有股份。江西高院曾下达过债转股裁定，但未办理工商变更登记，债务人在江西高院和海南中院有两个待执行案，互不相让，如不能达成和解，只能再启动一场股权纠纷代位诉讼及清算程序，至少要 2-3 年，劳民伤财。在我之前，已有二任律师代理过，与执行法官、当事人去南京二十余次，花费一百多万元，分文未追回。委托人吸取以往的教训，对我的律师费采取全风险代理，并一再交代我不能打退堂鼓。我先后去南昌、南京、海南二十多次，尝尽了甜酸苦辣，绞尽了脑汁，在理清案情及法律关系的基础上，经过一年多坚韧不拔的努力，终使各方债权人和合资公司另一股东的投资公司共同达成执行和解协议，非常圆满地解决了历史老案，追回了债权，又合理妥善地处理了各债权人之间的分配分歧。不仅各方当事人一致满意，还获得了江西高院和海南中院执行法官的高度赞扬。

专业——只为提供最优的服务

多年的执业使我深深体会到律师职业是一项责任性强、业务知识、综合能力要求很高的工作。我们提供给客户的任何法律服务最后都要面临考验。对于诉讼而言，提出的诉请是否恰当，诉讼策略是否正确，证据是否严密充分，法院的判决会对此进行检验；对非诉讼而言，合同起草、审查中客户的风险能否予以规避？客户的交易方案能否通过我们的法律设

计得以实现？争议出现时客户的利益能否通过我们审阅的合同条款予以保护？这是最大的考验。

为了更好地提升自己的执业能力和专业水平，近十年来，我投入了比别人更多的时间和精力刻苦学习和钻研。我每年都购买大量业务书籍，参加各种业务培训班，努力提高自己的综合业务水平。

2008 年我参加了交大金融工程师课程班学习，取得了金融工程师证书；2009 年至 2011 年参加了交大房地产金融 CEO 班，并于 2010 年赴美国考察学习房地产融资业务的先进模式和金融经验，最近又报名参加了交大私募股权投融资班学习。通过不断地学习和考察，我在 2010 年通过投标，与锦天城律师事务所、君悦律师事务所的两名律师一起成为平安银行上海分行的服务律师。近期在严峻的房地产调控形势下，针对房地产企业日益凸显的融资困难，我努力开拓房地产信托法律业务，前不久受新华信托有限公司委托，率领团队成功为该公司承办了一起房地产股权融资项目的法律服务。

乐业——源于客户最真诚的认可

每每看到自己为一个又一个客户解决了纠纷，化解了风险，伸张了正义，维护了权益时；每每听到客户在我的服务结束时一声声的道谢和问候，我的内心十分快乐。使我更加珍惜和热爱这份职业。

这是一个使人永远对其充满热情的职业，每一个艰难曲折的案件顺利完成后愉悦和满足会涌上心头。这由衷的热情，将不断激励我的斗志，激扬我的人生。

十年的执业之路虽然有崎岖有坦途，有辛劳有欣慰，但是敬业、勤业、专业、乐业是我不变的追求。在不断前行的律师之路上，在为客户提供法律服务的过程中，我深深地体会到我的个人价值在不断提升，我的人生意义在不断升华。●

视角 ●文/卢意光

让法律的阳光照进“疯人院”

——精神卫生立法应当解决“被精神病”



2011年6月10日,国务院法制办公室公布《精神卫生法(草案)》,并公开征集意见。

这部耗时二十几年,十次修改的法案,一经公布,立刻引来社会的广泛关注,“强制收治”即为关注的焦点之一。

前不久,武钢第二职工医院精神科的一名精神病患者徐武在该院强制收治4年多后,从精神病院逃走并来到广州,试图证明自己没有病,但在广州被武汉警方强行带走。由于徐武被强制收治的背景是与单位领导存在严重纠纷,多次举报及上访,所以,公众质疑徐武受到单位领导报复而“被精神病”;再者,徐武从精神病院出来以后,武汉警方千里迢迢赴广州抓捕,涉嫌程序违法,于是,公众广泛质疑警方滥用公权力制造“被精神病”。

当然,在立法过程中,我们也听到有专家提出,“被精神病”只是个案,不足

以成为精神卫生法关注的重点。笔者认为,这种观点不仅错误,而且危险。一是该专家还没有意识到“被精神病”所带来的恶劣社会影响,以及对“被精神病”对象的严重伤害后果;二是我们从来没有统计过“被精神病”的数量以及严重程度,大家所了解的都是通过记者怀揣社会良知、舍弃个人安危、极其艰难取得线索和证据,并公之于众的报道。到底有多少“被精神病”没有被发现、没有被关注,谁也不知道,在这样的情形下,贸然认为“被精神病”仅仅是个案,不应成为立法关注的重点的言论难免让人感到怀疑,感到忧虑。

“被精神病”本质上是社会矛盾扭曲发展的结果,弱势一方斗争失败以后,被强势一方冠以“精神病”的帽子,关进与外界隔绝的精神病院,失去人身自由,既是惩罚,也有利于维护强势一方的胜利果实。如我们熟知的武汉徐武、南通朱金红、广州何锦荣、昆明段嘉禾、深圳邹宜均等等,都是“被精神病”的典型案例。当然,有人在犯罪以后,利用“被精神病”不被追究刑事责任的法律制度,想方设法成为精神病,从而实现逃脱法律制裁的目的,这是另外一个话题,本文不作论述。

科技发展到今天,人类对自然的认识有了很大的成就,但是对自身的认识还非常有限,对大脑精神活动的认识就更显捉襟见肘了。依据目前的医学水平,精神疾病有近400种,发病机理很复杂,目前发现的有3000多种原因,现有医学诊断仪器和方法还无法客观评估和准确判断精神病的患病程度,大多数指标依

赖于人为的观察和与患者的交流询问来完成。所以,诊断或鉴定为精神病更多依赖的是医务人员或鉴定人员的职业经验和个人良知。在这种情况下,如果医务人员或鉴定人员受到外界压力或利益诱惑,“被精神病”的诊断风险就大大提高了。所以,如何解决“被精神病”这个严肃的命题,仅仅依赖于医学科技水平的提高不具有现实意义,因为我们不可能在短期内解决精神病诊断的客观诊断标准问题。

笔者认为,既然“被精神病”都是有原因的,“被精神病”的目的是让“患者”进入一个封闭、与外界隔绝的精神病院(俗称“疯人院”),由此,如果能够将精神病院变成一个开放的场所,让法律的阳光照进“疯人院”,从制度设计方面对“被精神病”进行预防、救济和惩戒,那么,“被精神病”问题也就不难解决,在《精神卫生法(草案)》中,对这些问题均有涉及。下面,我们逐一分析:

第一、“被精神病”的预防。

防止正常人“被精神病”,重点在精神病的诊断程序上。《精神卫生法(草案)》(以下简称“草案”)第二十九条规定:“当事人或者其监护人对非自愿住院医疗结论有异议的,可以选择所在地省、自治区、直辖市行政区域内其他具有合法资质的医疗机构进行复诊。承担复诊的医疗机构应当在接到复诊要求后指派2名精神科执业医师进行复诊,并在5日内作出书面复诊结论。”“对复诊结论有异议、要求鉴定的,当事人或者其监护人应当自主委托依法取得资质的精神障碍司法鉴定机构进行鉴定;医疗机

构应当为当事人提供司法鉴定机构的名单和联系方式,并提供技术手段。精神障碍司法鉴定机构应当接受委托,并在7日内完成鉴定。”

不难看出,“草案”对于初诊为精神病的患者,规定如有异议,可以申请复诊和鉴定,应该说考虑还是非常周到。

“草案”第四十一条第二款还规定:“医疗机构应当组织精神科执业医师定期对非自愿住院患者进行检查评估。评估结果表明患者不需要继续住院治疗的,医疗机构应当立即通知患者本人及其监护人;属于强制医疗的精神障碍患者的,还应当将评估结果向有关公安机关报告。除强制医疗的患者外,患者本人或者其监护人可以在获知不需继续住院治疗的评估结果后立即办理出院手续。”这是治疗期间,对患者定期复查的规定。

可以看出,治疗期间,患者是否可以出院由收治医疗机构确定,如果对该医疗机构的诊断有异议,是否也可以申请复诊或鉴定呢?“草案”没有规定。

笔者估计,“草案”没有规定的原因可能是考虑节约医疗资源,避免因患者或监护人的异议反复复诊或鉴定,这不能说没有道理。但是,是否可以建立异议审查制度,就是对于入院前存在社会矛盾的患者,也就是存在“被精神病”可能的患者,允许在治疗期间对于医疗机构定期复查的结果申请复诊、鉴定呢?毕竟,保护患者的人权利益当然比其他利益为高。

第二、“被精神病”患者的救济。

如前所述,“被精神病”大多情况下是有原因的,一旦被诊断为精神病,患者之前的纠葛很容易不了了之,这也是“被精神病”之所以发生的重要原因。

目前的“草案”中,对于精神障碍患者的权益保护,见于第四条:“精神障碍患者的人格尊严、人身安全等宪法规定

的公民基本权利不受侵犯,享有的受教育、劳动、医疗、隐私、从国家和社会获得物质帮助等合法权益受法律保护。”以及第六十七条要求医疗机构保护精神障碍患者的通讯、会见探访者等权利。这些规定虽然不够具体,但已经表明,“草案”试图建立“被精神病”患者相应的救济途径。

笔者认为,非自愿住院的精神障碍患者,除监护人代为行使相应的权利,如起诉、仲裁、申诉等以外,在治疗期间,法律应当对保护精神障碍患者基本人权做更具体的规定。如允许患者会见包括监护人在内的所有的亲朋好友,允许患者用电话、邮件等各种途径与外界沟通,开放互联网,允许申请司法救助或律师帮助等。另外,如果司法机关或其他机关认为确有必要,应当对精神障碍患者进行独立调查。

在治疗模式上,逐步改变目前封闭式的环境,变封闭式为半开放式、社区式的医疗环境,这不仅有利于一般精神障碍患者的康复,更可以避免将精神病院作为限制人身自由场所的行为,让“被精神病”失去生存的基础。

第三、“被精神病”责任人的惩罚。

对于故意将非精神障碍患者作为精神障碍患者送入医疗机构的行为,“草案”第六十七条对医疗机构及直接负责的主管人员和其他直接责任人员因故意或者疏忽将非精神障碍患者诊断为精神障碍患者的,规定了民事、行政及刑事责任;第六十四条还规定:“有下列情形之一的,依法承担民事责任;构成犯罪的,依法承担刑事责任;……(二)故意将非精神障碍患者作为精神障碍患者送入医疗机构的”。

也就是说,对于“被精神病”责任人,包括强制送来住院的利益冲突方以及错误诊断为精神病的医务人员及医疗机构,“草案”都主张予以严厉惩罚。

但是,遗憾的是“草案”对于“被精神病”责任人的惩罚难以具体落实。首先,如何认定故意?精神障碍的诊断须由医疗机构做出,其他人完全可以用不懂专业知识为由推脱责任,司法实践中很难认定其主观状态是属于故意还是过失,即便是医务人员,由于诊断标准难以统一,所以也很难认定其故意误诊;其次,承担民事责任的法律依据是什么?依据目前的法律规定,利益冲突人制造“被精神病”,侵犯了对方什么权利?人身权抑或财产权?如何赔偿?赔偿什么项目?如何计算?这些都是难解的谜题;再次,承担刑事责任的罪名是什么?这些问题都难以找到答案,所以,要杜绝“被精神病”,对于责任人的惩罚仍需法律进一步的规定。

笔者建议,鉴于目前“被精神病”多见的原因是利益争夺、滥用公权力等,并与医疗机构沆瀣一气,共同损害“被精神病”人的合法权益,所以,应当有针对性地制订惩罚性条款,特别是涉及滥用公权力的情况。只有建立有足够威慑力的惩罚制度,使得利益冲突方在制造“被精神病”后得到严厉的处罚,“被精神病”才可能不被滥用,精神病院才能真正成为精神障碍患者的治疗康复乐园。

行文至此,笔者仍然要强调的是,无论是什么原因“被精神病”,都是对社会公序良俗的侵犯,对法律权威的挑衅,必须杜绝这类病态事件的发生。而且,如果“被精神病”这种恶性事件不被追究,我们每一个人就都暴露在成为“被精神病”的危险境地,这也是精神卫生立法应当解决“被精神病”的呼声如此之高的原因所在。●

(作者单位:上海康昕律师事务所)

继 1981 年最高人民法院审判林彪江青反革命集团案之后,1982 年 6 月底和 7 月初,上海市人民检察院、市人民检察分院对“四人帮”在上海的余党徐景贤、王秀珍、陈阿大、马振龙、叶昌明、黄金海、戴立清、朱永嘉分别向市高级人民法院、市中级人民法院提起公诉。市高院、市中院依法组成合议庭,于 1982 年 7 月至 8 月对案件进行了审理。

律海拾珍 ●文/周 武

栏目组稿人:黄荣楠 huangrn@junhe.com

正义的审判



1982 年 8 月底,市高院确认徐景贤、王秀珍以推翻人

民民主专政的政权为目的,积极参加江青反革命集团妄图颠覆人民政府的阴谋,是江青反革命集团在上海从事反革命活动的组织者、策划者,罪行十分严重。根据《中华人民共和国刑法》第九条适用法律的规定,以犯有积极参加反革命集团罪、阴谋颠覆政府罪、策动武装叛乱罪、反革命宣传煽动罪和诬告陷害罪,判处徐景贤有期徒刑十八年、剥夺政治权利四年;判处王秀珍有期徒刑十七年,剥夺政治权利四年。

1982 年 8 月底,市中院确认陈阿大等人是江青反革命集团在上海的骨干,判处陈阿大有期徒刑 16 年,剥夺政治权利 3 年;判处马振龙有期徒刑 16 年,剥夺政治权利 3 年;判处叶昌明有期徒刑 15 年,剥夺政治权利 3 年;判处黄金海有期徒刑 15 年,剥夺政治权利 3 年;判处戴立清有期徒刑 15 年,剥夺政治权利 3 年;判处朱永嘉有期徒刑 14 年,剥夺政治权利 3 年。

审判期间,上述被告除马振龙外均请律师或由法院指定律师为其辩护。

为彰显社会主义法制,上海市律师协会组成了以韩学章为团长的律师辩护团。其中李树堂、庄胤森律师为徐景贤辩护;赵珪、杨勇律师为王秀珍辩护;李国机、戈仪律师为黄金海辩护。本文记述的是李国机为“四人帮”骨干黄金海辩护的经过。

一

“文革”期间,李国机受“四人帮”迫害,所遭遇的侮辱和欺压罄竹难书。他的妻子、儿女也跟着受牵连。他个人的遭遇使其对“四人帮”极其痛恨。可没想到的是,审判“四人帮”在上海的余党时,上级却要他为“四人帮”骨干分子辩护。

“四人帮”及其余党犯下滔天罪行,从人民的角度看,怎么判都不算重。因此,在感情上李国机并不愿意为他们辩护。但李国机认为,作为司法工作者,律师的职责是保护被告人的合法权益。想来想去,李国机接受了上级的委派——为“四人帮”骨干分子辩护,使被告接受人民的审判,认罪服罪,心服口服。

辩护的过程并非一帆风顺,其中也曾有过波折。据李国机后来说,有人怕他在法庭上动感情,给审判工作增加难度,于是向上海市委政法委领导反映,提出不要他参加律师辩护团。时任律师辩护

团团长的韩学章,专为此事向上海市委政法委领导汇报,谈了她个人的看法,时间达几小时之久。她认为李国机是受“四人帮”迫害很深的受害者,为人立场坚定、是非分明、水平高、顾大局,又是一个富有经验的老律师,完全有能力做好辩护人的工作。经她的仗义执言,李国机才被同意成为辩护团成员之一。

二

在具体分派辩护任务时,李国机原被指定为“四人帮”在上海的某骨干分子的辩护人。他为此做了大量的准备工作,并写好了辩护词。可是当向原管辖上海市九个局的市财办主任黄金海送达起诉书,并问他是否要律师为他辩护时,他反问道:是否可以由本人专门委托辩护律师?回答自然是肯定的。结果黄金海在监所向管理干部提出要李国机担任他的辩护律师。

韩学章团长把黄金海的要求向李国机转达,令其颇为踌躇。若同意更换,一则他为第一个被指定的“四人帮”骨干分子所做的准备工作势必前功尽弃;二则听说黄金海此人很顽固,作好了对抗到底的准备。因为正式逮捕他时,他已写好了 77 页的反驳书,说自己不是“四人帮”的骨干,所做的一切都是执行毛主席的革命路线。接到检察院的起诉书后,他又写了 33 页所谓有根据的事实,为自己开脱罪责。担任黄金海的辩护人,无疑难度很大。

韩学章看出了李国机左右为难的心思,对他说:“作为一个律师,是不能拒绝被告人提出为其辩护要求的。相信你



最高人民法院特别法庭审判张春桥时徐景贤出庭作证。



人物档案

李国机（1925—2004），四川资阳市人，中共党员。1950年复旦大学法律系毕业后在虹口区人民法院任法官。1956年调入上海市第四法律顾问处，成为新中国第一代律师。

1957年在“反右”运动中被错误打成“右派”下放农村劳动。1963年起在上海天章造纸厂当造纸工人达17年之久。

1978年党的十一届三中全会后被平反。1979年重新开始律师工作。曾先后担任上海市第一律师事务所、第二律师事务所、第五律师事务所主任。1988年开创了国内首家以个人名字命名的律师事务所——李国机律师事务所。

李国机曾先后担任了3M公司、三菱公司、松下电工等四百余家中外企业常年法律顾问及刘海粟、朱屺瞻、程十发等社会知名人士的个人法律顾问，还担任复旦大学历届校董事会董事，参与办理了“游本昌名誉权侵权案”、“薛尚礼受贿案”等多起社会关注的案件，出版专著《李国机案例选集》。

听候消息。对此，上海市委领导同志说：“审判‘四人帮’在上海的骨干，征服了黄金海，李国机立了一大功。”

上海律师辩护团为“四人帮”在上海的重要案犯徐景贤等八名被告进行了依法辩护，这是继全国性审判之后，地方上又一依法办案的例子，标志着社会主义法治的进一步完善。

李国机在历史的审判中体现出一个律师的正义形象，他始终坚信“在法律面前人人平等，唯有客观事实才是最高权威”，为后继者树立了榜样。

李国机从蜀中走来，他迎着半个世纪的风云，裹挟着人世沧桑的印记，踏遍一路坎坷，抖落一路霜花。办案无数，仗义执业，铮铮铁骨，堪称共和国一代律师的典范。●

一定能胜任。”话说到这份上，李国机不再推托，接受了黄金海的委托，当他的辩护律师。他选择了曾在上海市第五律师事务所律师任副主任的戈仪律师当助手。两人加班加点地阅卷、调查，做好开庭前的一切准备工作。

三

据李国机回忆，第一次在看守所与黄金海见面时，黄金海神色紧张不安，容貌也很憔悴。整整一天，李国机、戈仪律师两位一言不发地听黄金海滔滔不绝地讲所谓的种种事实。他要么把问题拉到毛主席革命路线上，认为他的造反是为了忠于毛主席；要么竭力狡辩，什么事都是奉上面的命令行事。总之，他对自己的罪责毫无认识。

第二天，谈到在上海搞武装叛乱这一问题时，黄金海知道这一罪责证据确凿，无法抵赖，于是他想出花招，要求李国机替他出谋献策。

面对这个对法律毫不知晓的“四人帮”亲信，李国机感到很可悲。他打量着这位表面上看起来很顽固，实质内心潜藏着难以掩饰的惶恐和不安的特殊当事人。他有求生的欲望，出于对律师的信任，希望李国机能帮他免于一死。针对黄金海的这一矛盾心理，李国机乘机抓住话题对他说：“律师的辩护是以事实为根据，以法律为准绳。真正有罪的不能说成无罪，不是你的罪也不会强加在你的头上。你只有老老实实毫无保留地坦白交待，才有出路。识时务者为俊杰。只有真诚地认罪，才能得到宽大处理。”听了李国机的这一番话，黄金海开始感到自己罪行的严重性。他摇摇头说：“我知道抗拒从严，但坦白也不一定会从宽。”李国机立即反驳道：“在不按法律办事的‘文革’期间确有‘坦白从宽，牢底坐穿’的说法。但如今是实行法治的时代，是依法

办事的时代，所以才有律师来辩护。”

看到黄金海的情绪有所稳定，态度也有所转变后，李国机便以他的家庭、妻子、孩子为话题，同他拉起家常，让他认识到因为受“四人帮”的迫害，全国有多少冤魂、有多少家庭被搞得妻离子散；有多少为解放全中国出生入死的老干部，他们没有倒在敌人的枪林弹雨下，却被“四人帮”迫害致死。“四人帮”罪孽深重，人人痛恨，现在正是清算他们罪行的时候。你应该主动坦白交待，争取得到人民的谅解和政府的宽大处理，这才是唯一的出路。

经过李国机义正词严的驳斥和动之以情、晓之以理的说服，黄金海逐渐有了认识和悔改，决定收回充满对抗情绪的“表白书”。

四

开庭时，黄金海坦白交待了自己的罪行，表示认罪服罪。在他所交待的罪行中，有些事与实情有出入，李国机便根据实事求是的精神为他进行了辩护。如青浦武斗一案，黄金海没有参加。辩护中李国机就为其否定；他所犯的罪行，有些已有认罪表现，李国机则提请法庭予以认定，作为量刑宽大的依据。整个开庭，李国机为黄金海作了两轮辩护。

黄金海在最后的陈述中沉痛地表示，“四人帮”之所以能横行十年之久，是因为有他们这些骨干分子作为帮凶，推波助澜。想到许多老干部被“四人帮”及其帮凶迫害致死，他感到有切肤之痛，说着说着竟还流下了悔恨的眼泪。最后法庭认可了黄金海有认罪和悔改的表现，对他作了宽大处理，判处有期徒刑15年。

审判“四人帮”上海余党这一仗胜利结束，使李国机深深地吁了一口气。他在回忆录中写道：因为这一审判，党中央非常关注，有关领导整日守在电话机旁



近日,江门市一男子因交通肇事后有自首情节,加上一次性赔偿死者家属人民币46万元,获得受害者家属谅解,江海区人民检察院对其作出了不起诉的决定。有人质疑:拿钱难道可以买刑?

对此,本人的观点是:检察院的做法有“和事”之嫌,断不足取。理由是——

一、赔偿属于民事责任,决不能代替“刑罚”

赔偿是民事责任的承担方式,赔偿的对象是死者的家属,也就是因交通事故造成受害者死亡后受害者家属遭受的

肇事后必须履行的义务,且《刑法》已将交通肇事后逃逸的行为规定为加重处罚情节,所以交通肇事后报警并在现场等候处理的行为,不能认定为自首。而对于交通事故肇事后向有关机关投案,并如实供述犯罪事实的,可以认定自首,依法在三年以上七年以下有期徒刑的幅度内从轻处罚,一般不予减轻处罚。所以,交通肇事后报警及保护现场,这属于肇事者本该做的。公诉机关将其作为“不起诉”的理由纯属“荒唐”。公诉机关公诉的权力是人民赋予的,依法公诉也是公诉机关的法定职责,对于剥夺人民生命的犯罪行为,公诉机关有何权力轻易“放弃”公诉。

差异,这不公平,也不可能“和谐”。

四、依法治国“治”的首先是执法者

我国早就确定了依法治国的方略,但随后各地出现了“依法治市”、“依法治路”等口号。其实,这都是荒谬的解读。所谓依法治国,“治”的首先是执法者,也就是规范、约束权力本身。而如何依“法”?所谓的“法”不应是多变的政策,应当是全国人大及各级立法机构根据《立法法》制定的法律法规。然而,在我国除了立法机构制定的法律法规外,还有很多政策、司法解释、会议纪要等文

时 评

●文/王 展

栏目组稿人:光 韬

guangtao@hansen-partners.com

“和谐”并非“和事” “定分”方能“止争”

——“拿钱赎罪”的司法理念不可取

精神损害及财产损失。所以,肇事者对死者家属的赔偿,并不包括对死者“生命”剥夺的赔偿。如果对于死者家属的赔偿,可以免于刑事处罚,对于那些没有家属的人而言,他们的生命被剥夺后,肇事者又该如何承担责任?生命是自己的,对于生命的保护应该是平等的。如果死者有家属,对死者家属的赔偿是肇事者的法定义务,更何况肇事者承担的只是赔偿的垫付责任,将来赔偿款是可以向保险公司理赔的;如果死者没有家属,肇事者无需赔偿,但是对于生命的保护岂可因此而有任何区别!所以,无论是否有民事赔偿,都不能代替应有的“刑罚”!

二、交通事故后“报警”不属于“自首”,岂能“不起诉”

交通事故后报警并保护事故现场,是《道路交通安全法》规定的肇事者交通

三、一味“和事”危及社会公平

“拿钱赎罪”是古代统治者“敛财”的一种方式,也是等级社会不平等的集中体现。今天我们要建立和谐社会没有错,但和谐社会的前提是有人普遍遵从的“社会规则”。如今社会纠纷矛盾突出的根源是社会“行为规则”的丧失或混乱,人们无所适从!特别重要的是有了纠纷到了司法机关,司法机关全贯以“息事宁人”的“调解”方式解决,结果事情是“了”了,但最后人们还是不知道自己的行为是对还是错,于是同样的矛盾纠纷还是会产生。我不反对调解,但只有“定分”才能“止争”!如果“拿钱可以赎罪”,那么富人在开车肇事时就会多了一丝“底气”,大不了赔钱。而富人在交通事故中死亡的,其家属肯定不接受赔钱,肇事者就得丧失自由享受牢狱之灾。在自由和生命同样平等的今天,贫富如此

件,并且实践中这些文件往往比法律法规更有效。比方说,本案中检察院决定不起诉的主要理由是最高人民检察院“宽严相济”的司法政策,按他们的理解似乎不起诉更加符合人性化。如果说人性化,我觉得这只不过是对“有钱人”的人性化,对于穷人可能就很难称之为人性化了!这些文件的产生,我姑且善意的理解为是因为法律本身错误或滞后,暂时还没法修改,所以司法机关只好先用这些文件替代执行。

但是,我们又有谁听说过“司法机关”向“立法机关”提出修改立法的建议?当然,作为法律人,我相信,如果司法机关少一些制定政策的权力,法律的权威、司法的权威就能多一份树立,“法治”社会就会早一天实现! ●

(作者单位:上海联业律师事务所)



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



新法速递

《律师业务资料》目录

2011年第7期

上海篇

- 1、上海市人民政府：关于贯彻实施《社会保险法》调整本市现行有关生育保险政策的通知
- 2、上海市人民政府：关于贯彻实施《社会保险法》调整本市现行有关养老保险政策的通知
- 3、上海市人民政府：关于贯彻实施《社会保险法》调整本市现行有关医疗保险政策的通知
- 4、上海市人民政府：关于贯彻实施《社会保险法》调整本市现行有关失业保险政策的通知
- 5、上海市人民政府：关于贯彻实施《社会保险法》调整本市现行有关工伤保险政策的通知
- 6、上海市财政局：上海市中小企业融资担保专项资金管理暂行办法
- 7、上海市国税局等：关于支持和促进就业有关税收优惠政策具体实施问题的公告
- 8、上海市物价局：办理价格举报工作规则（试行）
- 9、上海市高级人民法院：城镇房屋租赁合同纠纷办案要件指南

全国篇

一、综合

- 1、国务院令：危险化学品安全管理条例
- 2、国务院令：土地复垦条例
- 3、全国人大常委会：中华人民共和国行政强制法
- 4、全国人大常委会：关于修改《中华人民共和国个人所得税法》的决定

二、诉讼法及相关文件

- 1、最高人民法院：关于死刑缓期执行限制减刑案件审理程序若干问题的规定
- 2、最高人民法院：关于《中华人民共和国刑法修正案（八）》时间效力问题的解释
- 3、最高人民法院、最高人民检察院：关于执行《中华人民共和国刑法》确定罪名的补充规定（五）
- 4、最高人民法院：关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见
- 5、最高人民法院等：关于对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子适用禁令有关问题的规定（试行）
- 6、最高人民检察院《关于办理当事人达成和解的轻微刑事案件的若干意见》的理解与适用
- 7、最高人民法院《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》的理解与适用
- 8、最高人民法院：关于规范上下级人民法院审判业务关系的若干意见

三、劳动

- 1、人力资源和社会保障部：工伤认定办法
- 2、人力资源和社会保障部：非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法
- 3、人力资源和社会保障部：部分行业企业工伤保险费缴纳办法

律师会员登录东方律师网—下载中心，下载新版《律师业务资料》电子版，也可直接访问：<http://family.lawyers.org.cn/cn/>。

●文 / 王桦宇

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

一次高水平的税法学术盛会

——本市房地产涉税法律问题国际高峰论坛综述



专题研究



2011年6月4日至5日,房地产涉税法律问题国际高峰论坛在华东政法大学长宁校区召开。来自中国、美国、韩国、以色列、台湾等国家和地区共100余位专家、学者及实务界人士参加了本次论坛。本次论坛由华东政法大学经济法律研究院、大成律师事务所上海分所主办,上海市法学会财税法研究会、华东政法大学经济法学院、华东政法大学财税法研究中心承办。

在主题发言阶段,国家税务总局税科所所长、中国法学会财税法学研究会副会长刘佐研究员,美国加州大学洛杉矶分校法学院教授、副院长 Kirk J. Stark 教授,台湾中正大学财经法律系教授、财经法律研究中心主任黄俊杰教授分别作了“中国房地产税收法律制度”、“美国地方房产税概述—兼论其四个显著特点”、“台湾房地产税制最新动态”的主题发言。

刘佐研究员回顾了新中国60年来房地产税收制度发展的情况,指出我国现行的房地产税收中所存在的房地产税立法权集中,税制陈旧,税基、税负、税率不合理等主要问题。Kirk J. Stark 教授对美国房地产税收进行了简要概述,同时对我国正在进行的房产税改革提供了一些基本性的建议。黄俊杰教授通过对台湾2011年5月4日公布的《奢侈税条例》来探讨台湾的规定与实质宪政国家要求的相符性。汤贡亮教授在最后的点评中,建议尽快修订国务院暂行条例,制定地方实施细则,同时推进税收基本法的立法工作,合并房产税和城镇土地使用税。上述专家的发言,指出了我国房产税中很多现实问题,得到了与会其他专家、学者的响应。

现场互动 良性碰撞

此后,开始第一阶段的专题发言与讨论。华东政法大学教授、经济法学院院长吴弘主持了第一阶段专题发言。辽宁税务专科学校教授、中国法学会财税法学研究会常务理事涂龙力,大成律师事务所上海分所公司与并购部主任王光明,中央财经大学法学院副教授郑琳分别进行了主题为“房产税制改革试点与立法若干问题研究—从渝沪两市试点方案合法性质疑谈起”、“房产税应该流淌什么样的血液—房产税出台的迷思与反思”、“房产税法正效应的制度环境分析”的专题发言。

涂龙力教授就渝沪两地的房产税提出了关于税收改革和税收立法的两点思考,并就安庆峰教授提出的怎样解决渝沪两地房产税实行中可能出现的对物税和累进税率间冲突等问题进行了回应。王光明主任从法律实证角度考察房产税,认为渝沪两地开征房产税的法律依据是不足的,房产税的开征破坏了政府的公信力和法律



王桦宇:北京盈科(上海)律师事务所律师

的严肃性。郑琳副教授介绍了房产税的正效应,在总结了其他国家房产税执行过程中存在的问题,经过辩证分析,对房产税正效应产生需要的制度环境进行了阐述。

渝沪两地试行的房产税的纳税人区分、税率冲突等问题,引起了与会者的广泛讨论与思考。此阶段的讨论中,各专家、学者纷纷就试行的房产税的合法性及发展方向等问题提出了自己的观点,各种思想产生了很好的碰撞,现场互动交流的气氛十分热烈。

多个角度 实践探讨

第二阶段的专题发言与讨论由中国税务出版社研究员、中国法学会财税法学研究会副会长贾绍华主持,北京市华税律师事务所高级合伙人刘天永、大成律师事务所上海分所建筑房地产部主任吴晨尧及大成律师事务所上海分所高级合伙人莫非分别就房地产项目公司、房地产转让、大宗商业不动产交易等实务中的热点问题发言。上海左券律师事务所高级合伙人严锡忠及上海新望闻达律师事务所高级合伙人宋一欣进行评议。

刘天永律师从实务角度出发,介绍了房地产开发行业中普遍采用设立项目公司做法的原因,设立的房地产项目公司的法律性质、税务问题及对房地产项目公司的监管方式。在股权转让模式普遍使用的背景下,吴晨尧律师讲述了房地产公司项目股权转让过程中税收风险防范的几个具体问题,同时指出财务、法律、房地产行业三者联动才能更好地解决房地产税收风险问题。莫非律师的“大宗商业不动产交易税负规划分析”主题发言,介绍了大宗商业不动产交易中涉及的税收、风险及主要的避税方法。在评论环节,严锡忠律师分别就上述三位律师的发言进行了回应,并就此提出了在理论上深层研



究节税和避税界限的建议。宋一欣律师在总结了前面的几段讨论后,指出现在房产税的问题不仅仅是在交易环节,很大程度上是在建设开发环节,其认为可以通过减税的办法去解决房地产开发过程中的法律问题,并最终解决房产税的问题。此阶段的发言人均均为税法方面的资深律师,他们将税法理论知识应用到实务中去,从实务不同方面对房地产涉税问题进行探讨,有很强的实践性,获得了论坛参加者的一致认同。

融洽交流 成果丰硕

第三阶段的专题发言分两场举行。先由浙江财经大学教授、经济与社会发展研究院院长韩灵丽担任主持人,日本青山大学法学院教授中村芳昭,韩国梨花女子大学法学院教授、韩国国际租税协会理事长、韩国税法学会副会长玉武锡及中国政法大学民商经济法学院教授、财税金融法研究所所长施正文,华东政法大学经济法学院讲师杨勤法分别就韩国、日本、中国的房地产涉税问题进行了交流发言。

中村芳昭教授从房地产的取得、持有和转让三个方面梳理了日本的房地产税体系框架,后就日本的房地产涉税的具体制度建设和存在的问题与其他专家、学者进行了探讨。玉武锡教授和他的助手就韩国的税制和税收政策进行了详细的阐述,包括获取不动产中的获取税、额外附加税,转让中的房产转让税及包括综合房地产税在内的持有税等主要内容。在两位国外学者的发言后,施正文教授和杨勤法博士从中国房产税角度予以了回应。施正文教授对比了试行的房产税的立法过程与个税的立法过程,指出了房产税改革中应该注意的四个问题,并就房产税改革的意义进行了论述。杨勤法博士就今年“国八条”规定的解决1000万套保障房和增加保障房面积土地供应量至70%这两项措施提出了自己独到的见解,强调加税不是解决房价问题的最终手段。

作为韩日税制的借鉴,郭维真博士指出了我国房产税中存在的缺乏自治性、公共服务不到位等问题,并就

房产税出台的目的和计征提出了质疑。余敏副教授在总结国内外的房产税制后,提出中国可以借鉴发达国家的经验在房产中实行流转税制。此阶段的探讨中,国内外专家学者对自己国家的房产税情况、特点作了介绍,一方面让参加者对世界各国的房产税有更好的认识,另一方面也为中国房产税制度的构建提供了一定借鉴的新思路。

后一场的发言由天津财经大学经济学院教授、中国法学会财税法学研究会常务理事李炜光主持,美国佛罗里达州李县财产估值官 Kenneth M. Wilkinson,大成律师事务所上海分所高级合伙人 Amit Ben-Yehoshua 及山东财政学院教授、财税与公共管理学院书记潘明星分别发言。

Mr. Kenneth M. Wilkinson 从物业税中的财产估值、定价、减免等方面就佛罗里达州的物业税系统进行了全面的介绍,其中很多的制度规定值得中国在未来的房地产税收构建中学习,其强调中国只有在公正的估值工作基础上才能建立成熟的房产税体系。Amit 律师在以视频的方式介绍了以色列的基本状况后,就以以色列的物业税制和外商投资涉税问题进行了详细的说明。潘明星教授从税收学的角度说明试行的房产税已经脱离了财产税的本质,没有发挥房产税的实质功能,并对房产税的改革方向提出两点思路,还原财产税或改为消费税。许多奇副教授在最后的评议中就这一阶段的发言作了总结,认为美国和以色列税制中很多设计上非常先进,但基于中国国情,这些制度在我国的税制中将不能得到实现。这一场的发言讨论中三个不同国家、不同职业的专家从不同的角度对房产涉税问题进行阐述,不同国籍、不同职业间思想间融洽的交流互动,给论坛的发言阶段画上了圆满的句号。

此次论坛促进了国内外财税法学者的交流,也促进了理论界和实务界的交流。两天的时间里各专家、学者就房产税进行了充分的探讨。论坛在热烈地讨论中获得了圆满的成功,取得了丰硕的成果。●

●文 / 卢国阳 严锡忠
组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

个税改革应当兼顾各方利益

——新《个人所得税法》
修正案简评



《个人所得税法》自 1993 年经过第一次较大修改后,又分别于 1999 年、2005 年、2007 年 6 月及 2007 年 12 月经历了四次修改。但从来没有像这一次个税改革引起如此广泛的关注和争论。无论是普通老百姓,还是经济学者、财税法律专家,抑或其他独立人士,都对这一次个税改革赋予了极大热情和希望。这次“改革”之所以能够引起如此大的反响和民众空前火热的参与度,一者依赖于网络的高度发达,二者依赖于网络的群体中,存在着与“个人工薪所得税”相关切身利益的工薪阶层。但是,直观地回顾一下最近四次个税改革,以及审阅本次个税修正案,我们会惊奇地发现,所谓的“个税改革”,除了工资、薪金的减除费用标准从 800 元上调至 1600 元,并继续上调至 2000 元,以及本次上调至 3500 元之外,历次个税修改几乎没有其他任何内容。在纷扰的个税改革背后,我们强烈感受到了税法对工薪阶层的利益考量;也同样强烈地感受到了工薪阶层对自身利益的诉求。然而,《个人所得税法》的修改,显然不能也不应仅仅停留于对工薪阶层利益诉求的满足,兼顾个人所得税各类型纳税人的利益及其各类型所得之税负的平衡,当为个人所得税改革的应有之义。

一、个税各项所得类型中除“工资薪金所得”之外的其他所得类型,同样应予以充分的关注和同等程度的重视与考量

我国现行个人所得税制实行分类征收。所谓分类征

收,通俗地说,就是将个人所取得的所得,按照其性质分成十一个不同的项目,包括工资薪金所得、劳务报酬所得、个体工商户的生产经营所得、财产转让所得等项目,并分别适用不同的税率、费用扣除标准及计税办法进行个人所得税的征收。因此,个人实际缴纳的个人所得税,除了工资薪金所得税之外,还存在着其他十项所得产生的个人所得税。这是与个人收入形式多样化的现实相适应的。比如当今存在着大量不受雇于任何单位,而通过撰稿获取版税收入的群体;或者通过提供独立劳务活动,比如中介服务、技术服务、授课服务等活动而赚取劳务报酬的群体;还有通过设立个体工商户或者个人独资企业、个人合伙企业从事小规模经营活动的群体。这些群体取得的所得,均应当归入前述除工资薪金所得之外的其他十项所得中的某一项所得,予以缴纳个人所得税。

根据财政部税政司对我国 2010 年度税收收入增长情况所做统计分析可知,“2010 年个人所得税快速增长,实现收入 4837.17 亿元,同比增长 22.5%……分项目看,除储蓄利息所得税收入同比下降 76.9%以外,其他项目的个人所得税收入都保持了快速增长。其中,工资薪金所得税收入同比增长 26.8%,个体工商户生产经营所得税收入同比增长 24.7%,劳务报酬所得税收入同比增长 22.6%”。可见,个人所得税税收的构成及其增长,除了工资薪金所得税之外,其他类型项目的个人所得税,包括劳务报酬所得税、个体工商户的生产经营所得税等,同工资薪金所得税一样,均保持了大幅度的增长。尽管统计数据显示,个人所得税



卢国阳：市律协税法业务研究委员会主任



严锡忠：市律协税法业务研究委员会委员

收入主要来源于工资薪金所得税，但这并不意味着可以忽视或者漠视对于并不依靠或者没有工资薪金收入来源之群体所涉个人所得税问题。

笔者认为，如果个人所得税改革的基本原则是减税，那么，其减税的效应及其惠及目标，应当涵盖个人所得税的所有纳税主体，而不应仅仅关注某一特定群体，无论该特定群体多么庞大，或者其创造的税收收入多么巨大。对于另一部分人数较少的群体或者其创造税收收入较低的群体，个税改革同样应当予以顾及，并切实减轻其税收负担。但笔者注意到，无论是最近四次个人所得税的改革，还是本次个税改革，均仅倾向于对工薪所得税的改革，以至于有评论将“个税改革”戏称为“个人工薪所得税改革”。这一改革实质上将除工薪阶层之外的其他个人纳税人的利益排除在外，难以体现税收的公平和中性原则。因此，笔者认为，在本次个税改革中，对除“工资薪金所得”之外的其他所得类型的个人所得税，未给以充分的关注和同等程度的重视，致使个税改革的减税效应未能惠及各类型的个人纳税人，难免有所偏颇。

二、工薪所得减除费用标准仍然实行全国一刀切式的统一标准，缺乏灵活性，也难以保证《个人所得税法》的稳定性

如前所述，自1999年以来，《个人所得税法》历经四次修正，其核心内容，即为2005年将工薪所得减除费用标准从800元提高至1600元；以及2007年12月进一步提高至2000元。期间间隔大约为两年时间；而本次个税改革的核心内容，仍然为工薪所得减除费用标准的提高，即从2000元提高至3500元，离上一次标准调整间隔约为3年。在并不算长的时间内，频繁地通过修改法律的形式，对减除费用标准作出调整，并且一刀切地在全国范围内实行统一的标准，包括本次修正案将减除费用标准限定为“3500元”。笔者认

为，既不利于平衡地区之间基本生活费用的差异，不利于因应基本生活费用的变动，也不利于节约立法资源。

尽管根据党的十七届五中全会精神和《国民经济和社会发展第十二个五年规划纲要》的要求，应当积极创造条件，推进综合和分类相结合的个人所得税改革，即我国的《个人所得税法》应从分类制向“综合与分类相结合的制度”甚至完全的综合制逐步过渡。但本次修正案仍然只是简单地提升工薪所得的减除费用标准，尚未能体现个人所得税改革所要求的“综合与分类相结合”的精神。并且，是否在可预见的未来几年内，或者在“十二五”规划内能够完成个人所得税向“综合与分类相结合”的转化，目前存在较大的不确定性。而根据最近四次个税改革，尤其是最近两次调整减除费用标准之个税改革的经验，以及社会经济发展和物价上涨的客观现实状况，只要“综合与分类相结合”的个人所得税制没有建立，则减除费用标准在短期内再次提升是完全可以预期的。《个人所得税法》势必进行又一轮的修改，民众将再一次投入到减除费用标准究竟应当定4000元，还是应当定5000元的单一问题争论之中。因此，全国统一的扣除标准难以适应各地区基本生活费用的经常性变动；同时，为因应该等变动而不得不频繁地对《个人所得税法》就此单一问题作出修改和调整，当然不利于节约立法资源。

另一方面，改革开放以来，我国地区与地区之间的发展极不平衡，东部发达地区与西部欠发达地区，尤其是与偏远地区的经济发展差别巨大；除了经济发展差异带来各地区工薪人员工资收入的巨大差异之外，各地区的基本生活费用和生活成本也是存在巨大差别的。据统计，2009年度城镇居民人均消费性支出，其中上海市为20992元、北京市为17893元、广东省为16857元（其中深圳为19779元）、浙江省为16686元；但同期河南省仅为9567元、海南省仅为9408元、甘肃省仅为8890元，西藏更低至8324元。人均年度消费性支出最高的上海，与最低的西藏相比，两者相差达

2.5 倍。在上海与西藏基本生活费用标准相差如此巨大的情况下,两地在工薪所得减除费用标准的扣除上适用统一的 3500 元标准,显然没有充分平衡各地区之间的差异。

因此,笔者认为,在“综合与分类相结合”的个人所得税制改革完成之前,《个人所得税法》不应就减除费用标准作出具体规定,而应以扣除“基本生活费用”作为原则予以明确,但具体基本生活费用的标准,可授权国务院按地区定期发布;或者也可考虑由省级人民政府提出其所在地的“基本生活费用”标准,报国务院审批后予以执行。如果授权国务院(或者通过省级人民政府)适时定期按区域发布减除费用标准,则有利于解决长期以来围绕个人所得税法修改所产生的争论与矛盾,也有利于立法部门积累“减除费用”的立法经验,为进一步推进“综合与分类相结合”个人所得税制,无疑迈出了改革的一步。然而,本次个税改革关于工薪所得减除费用标准仍然采用全国统一标准的方式作出明文规定,这既与我国经济发展的实际状况,以及不同地区民众的收入状况和生活成本状况不相匹配,缺乏灵活性;也为不远的将来再次就减除费用标准的调整作出修订埋下伏笔,无疑将导致立法资源的无谓耗费。

三、个体工商户生产经营所得税税率,没有因企业所得税税率的降低而相应作出调整,对个体工商户难言公平

根据现行《个人所得税法》,现行生产经营所得纳税人不仅涵盖个体工商户和承包、承租经营者,还包括个人独资企业和个人合伙制企业。由于承包、承租经营者人群较少,而大部分个体工商户又采用定额或定率征收,因此该类别税率主要适用人群已事实上为个人独资企业和合伙制企业(律师事务所、会计师事务所、税务师事务所、有限合伙企业等)所取代,该类企业属于第三产业的现代服务业,是知识经济的代表,是结构转型的主力军,其经营规模在年所得 6 万元甚至 10 万元以下的属于极少数,因此,5 级税率中的低档税率所具有的收入调节分配的功能,对这类生产经营所得纳税人几乎不具有实际的意义,也不能体现对现代服务业的鼓励与支持。

而且,自 2008 年 1 月 1 日起,企业所得税率由原 33% 下调为 25%,相应地其投资人个人所得实际税负率由原来的 46.4% 降低为 40%,降低幅度达 13.8%。但个人独资和合伙制企业却自 2008 年 1 月 1 日以来,一直维持原有税率不变,与法人制企业相比,不仅要

承担无限连带责任的高额经营和法律风险,同时亦不具有单一税种企业应具有的税收优惠(40% 的税负率与合伙制 35% 的税率已十分接近,同时,法人制企业还存在通过控制分红、再投资等途径递延税款)。为体现税收中性原则,使投资者不因税收原因而差别选择企业结构形式(大多数个人独资企业和合伙企业是因为法定原因产生的),应当平衡法人制企业与个人独资企业、合伙制企业间的税负率,至少也应恢复到税制改革前的差异水平。如果保持税制改革前的差异水平,即法人制企业投资人个人因企业所得税率下调致其个人实际税负降低 13.8% 的,则个人独资企业和合伙企业投资人的实际税负也相应降低 13.8%。那么,当现行《企业所得税法》之下的税率为 25% 时,《个人所得税法》之下的生产经营所得最高税率也应限制为 30% 为宜。

然而令人遗憾的是,尽管企业所得税税率自 2008 年 1 月 1 日起即从 33% 下降为 25%,并且针对不同类型的纳税人存在着 15% 低税率甚至减免税的优惠。因此,就法人制企业的自然人投资者而言,其投资于法人制企业所取得的红利分配实际承担的税负,早已从原来的 46.4% 下降至 40%;若综合考量企业所得税低税率甚至减免税优惠政策的影响,则自然人投资者的实际税负则更低。但是,对于个人独资企业和合伙企业等按照个体工商户征收个人所得税的投资者而言,自 1994 年以来其整体税负仍然高达近 35%,未发生任何变化。如果说 2007 年之前关于个人所得税的四次修改,因企业所得税税率没有发生变化,从而法人制企业的自然人投资者的整体税负也未变化,故而对个体工商户税率不作出调整,尚有其合理性和正当性的话,那么,如前所述,在自然人投资者的个人整体税负已大大降低的情况下,而随后进行的本次个税改革却仍然未据此对个体工商户的税率作出下调,这对个体工商户的确难言公平。

当然,笔者认为,相比于最近四次个税改革,本次个税改革确也存在很大的亮点和进步,比如将工薪所得税率结构由现行 9 级超额累进税率修改为 7 级,体现了简化税制原则;在草案征求意见的基础上,充分吸收民意,将减除费用标准从草案的 3000 元提高至修正案的 3500 元,并将第一档税率下调至 3%,体现了税收立法的公众参与原则;而将生产经营所得税率表第一级级距由年应纳税所得额 5000 元调整为 15000 元,以及其他各档的级距也相应作了调整,平衡了个体工商户生产经营所得纳税人和承包、承租经营所得纳税人与工薪所得纳税人的税负水平,体现了税制公平原则。这都应当予以充分肯定和支持。●



编者按:2009年中国曾经发文规定,凡是没有合理目的者,直接或间接转让中国居民企业股权,要课征资本利得税。而非居民企业取得的股权转让所得实行源泉扣缴制度,以支付人为扣缴义务人,如扣缴义务人未依法扣缴或者无法履行扣缴义务的,由纳税人在所得发生地缴纳;纳税人未依法缴纳的,税务机关可以从该纳税人在中国境内其他收入项目的支付人应付的款项中,追缴该纳税人的应纳税款。

●文/王国利

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

浅谈境外企业向境内企业转让股权的税法风险



自从大陆实行对外开放政策以来,合资企业在大陆地区发展迅速。台商通过兴办企业,不仅给大陆地区带来了资金、技术设备、先进的管理经验,还向大陆地区贡献了可观的税收收入。但是由于大陆地区的税法还存在不少漏洞,加上企业追求利润最大化的本性,部分台商逃税、避税的现象还是比较普遍的,主要手法就是通过与其境外关联企业之间在资金、经营、购销、股权等方面存在直接或间接的拥有或控制关系,或者直接或间接地同为第三者所拥有或控制,以及其他在利益上相关联的关系,利用转让定价和其他方式,将企业的税前利润转移到境外,从而实现关联企业整体的利润最大化。这种现象也引起了大陆税务主管部门的重视,因此这两年陆续出台了相关的规

定,这些规定对台商的影响是非常深远,必须引起台商的高度重视,以免避税不成,反被追究相关的法律责任。

2009年,重庆市国税局公布了一个境外企业向境内企业转让股权而被征收预提所得税的案例,应引起在中国有投资业务的境外企业包括台商的注意。

基本案情:2008年5月,渝中区国税局两路口税务所通过合同登记备案发现重庆A公司与境外B公司签署了一份股权转让协议,境外B公司将其在境外设立的全资控股公司C公司100%的股权转让给重庆A公司,转让价格为人民币6338万元,股权转让收益900多万元。从表面上看,该项股权转让交易的目标公司C公司为境外企业,股权转让收益并非来源于中国境内,我国没有征税权。但出于维护国家税收权益的高度责任感和敏锐性,渝中区国税局没有就此止步,在继续开展调查分析的同时,及时向市局汇报了相关情况。通过进一步调查核实,目标公司C公司实收资本仅为100境外元,该公司持有重庆D公司31.6%的股权,除此之外没有从事其他任何经营活动。

那么,境外B公司获得的转让股权所得是否影响中国政府缴纳企业所得税?

一、通常情况下,境外企业转让其在境外的股权所得不需要向中国政府缴纳企业所得税

要理解上述案例,首先要看一下我国《企业所得税法》中关于居民企业 and 非居民企业纳税义务的判断。我国《企业所得税法》规定:在中华人民共和国境内,企业和其他取得收入的组织为企业所得税的纳税人,其中企



王国利:市律协税法业务研究委员会委员

业分为居民企业和非居民企业。居民企业应当就其来源于中国境内、境外的所得缴纳企业所得税;非居民企业在中国境内设立机构、场所的,应当就其所设机构、场所取得的来源于中国境内的所得,以及发生在中国境外但与其所设机构、场所有实际联系的所得,缴纳企业所得税;非居民企业在中国境内未设立机构、场所的,或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的,应当就其来源于中国境内的所得缴纳企业所得税。

《企业所得税法实施条例》第七条规定:权益性投资资产转让所得按照被投资企业所在地确定来源于中国境内、境外的所得;股息、红利等权益性投资所得按照分配所得的企业所在地来确定来源于中国境内、境外的所得。

因此,非居民企业转让其在中国境内企业的股权取得收入属于来源于中国境内的所得,应在中国境内纳税。而转让其在中国境外企业股权取得的收入,可以不在中国纳税。

也就是说,正常情况下境外B公司将境外C公司的股权转让给重庆A公司,不需要在中国缴纳企业所得税。

二、税务机关发现的疑点

税务机关在上述案例中,发现存在以下疑点:

- 1、境外B公司实际上取得的股权转让所得来源于中国;
- 2、境外C公司除了持有重庆D公司的股权外,没有任何经营业务,可以有合理的理由怀疑其存在的目的即为了持有D公司的股份;
- 3、境外B公司的一系列交易行为并非出于交易的商业目的,而可能是为了规避中国税收。

上述行为发生在2008年《企业所得税法》实施以前,重庆的税务机关如果对上述行为以逃避中国税收进行查处的话,并没有非常明确、具体的法律规定。但是,税法中有一个非常重要的原则即“实质重于形式”,重庆税务机关正是利用该原则对上述案件进行了处理:

重庆税务机关经请示总局认定,境外B公司转让C公司股权的实质是转让重庆D公司31.6%的股权。境外B公司取得的股权转让收益实质上为来源于中国境内的所得,根据有关规定以及《中华人民共和国政府和境外共和国政府关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的协定》第十三条第五款的规定,我国有征税权。2008年10月,渝中区国税局对境外B公司取得的股权转让收益征收了预提所得税98万元,税款已全部入库。

三、新《企业所得税法》《特别纳税调整实施办法(试行)》和国税总局698号文已经对上述行为有了明确的规定

新《企业所得税法》中引入了一般反避税的规定,依据新《企业所得税法》第47条规定,任何不具有合理商业目的的安排而使纳税人的应纳税收入或者所得减少,中国税务机关有权按照适当方法对该安排作出税务上的调整。《企业所得税法实施条例》第120条进一步明确了“不具有合理商业目的”的安排是指以减少、免除、或者推迟缴纳税款为主要目的的安排。

在公报了这个案例以后,国税总局在2009年1月8日通过国税发[2009]2号文颁布了《特别纳税调整实施办法(试行)》(以下简称《实施办法》),该办法规定在下列情况下将可以启动一般反避税调查:滥用税收优惠、滥用税收协定、滥用公司组织形式、利用避税港避税、其他不具有合理商业目的的安排等。

《实施办法》采取了实质重于形式的原则,若一家没有商业实质的企业,特别是那些建立在避税港国家的企业,被安插在一个投资结构中,中国税务机关可以在税收上否定该企业的存在。从而取消企业从这一“避税”安排获得的中国税收利益。

2009年12月15日发布的国税函〔2009〕698号文(下称“698号文”),针对非居民企业股权转让所得的企业所得税管理做出了进一步的规定:根据“698号文”的规定,境外投资方间接转让中国居民企业股权,如境外投资方通过滥用组织形式等安排间接转让中国居民企业股权,且不具有合理的商业目的,规避企业所得税纳税义务的,主管税务机关层报税务总局审核后可以按照经济实质对该股权转让交易重新定性,否定被用作税收安排的境外控股公司的存在。而如果境外控股公司被否定存在,境外股权转让将可能视作境外投资方直接转让中国居民企业股权,境外投资方的股权转让所得将被视为来源于中国境内的所得,进而需要向中国税务机关缴纳企业所得税。

但与《实施办法》不同,“698号文”特别规定了境外投资方事先主动提供相关资料的义务。根据《实施办法》的规定,在税务机关启动反避税调查程序并向企业送达《税务检查通知书》后,企业方有义务向税务机关提供资料以证明其安排具有合理的商业目的。而“698号文”则要求只要境外股权转让符合一定条件,其境外投资方均须主动向税务机关提供相关资料。●



编者按:企业战略管理、财务管理、人力资源管理等,已为大多数企业所接受。但是,企业法律风险管理(包括税务风险管理)仍是企业管理领域的处女地。企业能否将法律风险管理纳入管理视野,提升企业法律风险管理能力,对于企业的经营安全和可持续发展具有不可替代的作用。其中,企业税务风险管理是最具挑战性的。

●文/肖波

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

论中国大陆企业的税务风险管理



一、企业税务风险管理的概述

市场经济是法制经济,一切经济活动必须在法律的框架下运行。每一个理性的企业都应在法律的框架内,最大限度地避免法律风险,寻求企业自身利益的长久化、最大化。经济全球化的发展最终会导致市场竞争达到一种均衡状态,通过涉足暴利行业而获取高额利润将不再具有普遍意义。因此,对大多数企业而言,应当考虑的是如何在现有的法律环境中加强管理、如何避免各种风险(即如何进行法律风险管理),以获得合理的平均利润。

(一) 税务风险

企业所可能面临的法律风险包括税收法律风险,然而,避免税收法律风险专业性很强,相较于避免非税收法律风险更具复杂性,因此,并非每一个经营者都能够掌握的。所以,了解企业面临的税务风险并运用税务风险管理方法予以防控,是企业决胜商场的有力武器。

什么是税务风险呢?目前,尚无统一的定义。笔者认

为,税务风险就是实际税务结果不同于预期的可能性,即出现并非预期的税务结果的可能性。这种可能性产生的原因有多种,比如,税收法律的变化、税收法律解释的不确定性、税务检查频繁度等。

(二) 税务的七大风险领域

税务风险通常存在于如下七大风险领域,企业应从这七大风险领域有效控制税务风险。

第一,交易风险。这种税务风险是指将税收法律、规章和税收决定运用于企业的某一具体交易而产生的风险。企业应确保每一具体交易符合相关的税法规定。

第二,合规风险。这种税务风险与企业税务遵从义务相关。例如纳税申报义务、税源扣缴义务等。

第三,运营风险。这种税务风险与将税收法律、规章和税收决定运用于企业的日常经营相关。当企业没有税务意识、企业交易文件的缺失、财务和税务报告系统的控制不足时,税务风险随之产生。

第四,财务会计风险(如财务会计系统和政策的变化)。

第五,管理风险(如人员的变化)。

第六,组合风险(指各种风险的组合)。

第七,名誉风险(如税务机关的调查、不利的媒体报道或市场反应、股东或投资者的不信任、税务机关之外的国家行政机关负面看法、法律诉讼)。

(三) 税务风险管理的作用

税务风险管理是用来帮助企业制定针对税务风险识别和管理的管理框架,这种管理框架将有如下作用:

第一,有助于识别企业现有的和潜在的税务风险。

第二,有助于企业根据影响及可能性,对税务风险进行优先次序的排列,把适当的关注度和资源倾注到最关键的税务风险领域。

第三,对重大税务风险,采取相应的应对策略。

第四,及时向关键利益相关方(包括企业高管层、审计委员会和董事会)通报税务风险管理流程。



肖波:市律协税法业务研究委员会委员

第五,根据企业的风险的耐受水平,建立评估未来税务筹划机会的程序。

本质上而言,税务风险管理有助于理解税务风险何时产生并对税务风险作出应对决定。

二、内部控制的最新发展及其对税务风险管理的影响

税务风险与企业内部控制的三大目标(运营的有效性、效率、财务报告的可靠性、法律遵从度)密切相关。

许多国家都以立法方式要求企业提高财务披露和股东利益保护的程序,要求提高企业税务事项的透明度。企业被要求向政府和股东提供的信息越来越多,这种趋势的代表性事件包括:

第一,2002年通过的美国萨班斯法案。该法案要求企业关注的风险管理包括与财务报告相关的税务风险管理。为此,企业必须制定相应的税务风险管理政策和控制,以便管理税务风险和报告税务风险。

第二,中国于2008年通过的《企业内部控制规范》。2008年6月,财政部、证监会、审计署、银监会、保监会联合发布了《企业内部控制基本规范》,其中,规定了上市公司应披露年度自我评价报告。《企业内部控制基本规范》确立了我国企业建立和实施内部控制的基础框架,标志着企业内部控制规范体系建设取得重大突破。

第三,《企业内部控制具体规范》正在起草中,不久之后将在上市公司实施;2008年6月财政部会同国务院有关部门草拟了《企业内部控制评价指引》(征求意见稿)。

第四,2009年5月国家税务总局印发的《大企业税务风险管理指引(试行)》中,明确提出:税务风险管理由企业董事会负责督导并参与决策,董事会和管理层应将防范和控制税务风险作为企业经营的一项重要内容。

因此,在法定报告和法定披露不断强化的环境下,公司必须实施针对税务遵从、透明度、公司治理的流程,并且,公司董事会和董事不仅要了解上述流程,而且要监督上述流程的执行以有效降低税务风险。

三、税收体制现状对税务风险管理的影响

(一)我国税收体制的漏洞及其所带来的税务风险

对企业税务风险状态构成影响因素是多种多样的,这些因素包括:企业会计簿记的质量、会计系统的局限、企业文化、企业声誉、税务遵从意识、企业内部交流流

程、企业与税务机关的关系、风险偏好程度、税务遵从流程、跨境遵从流程、立法变化、政府税收政策、立法宗旨、国家间税收安排或协定、国际经合组织税务指南等。

在中国,税收体制仍处在发展阶段,税收监管环境是一个重要的税务风险因素。企业应特别关注如下因素:

第一,中国税法的体系不够完整。中国改革开放以来,中国处于经济快速发展阶段,中国企业不断尝试运用国外企业的各种运营方式,但中国税法却没有与此类国外运营方式相对应的规定。这种情形下,立法机关不得不使用概括式规定的立法技术,以便日后根据经济发展的具体情况,授权国务院财政、税务主管部门对概括式规定进行细化。由于税法规定会对经济活动产生相当大的影响,这样的做法是可以理解的,但如此一来,中国的法律(包括税收法律)难以避免地存在滞后性。并且,中国税法中存在或多或少的税法漏洞,对于利用这些税法漏洞的纳税人来说,日后税务机关可能会裁决这些纳税人的行为违反了税法的基本原则,因此税务风险是很大的。

第二,中国税法的体制不够透明。税务机关常常会制定一些旨在补充国家税法的行政规定,而这些规定往往并不向社会公布,因而成为一些“内部规定”。这无疑会增加纳税人的税务风险。

第三,中国税法的解释不够统一。由于中国税法仍处在不断发展阶段,包含很多概括式规定,税法中的很多术语没有统一的解释。在税法实施过程中,更多地依赖于地方税务机关的解释(“地方解释”),对同一税法术语各地给出不同的地方解释是难以避免的,这就造成纳税人的税法遵从困难。更糟糕的是,地方解释可能被上级税务机关推翻,这无疑增加了纳税人的税务风险。

第四,中国税法的实施不够统一。在中国,存在这样的情况:出于宏观经济控制的需要,对已经公布的税法并未加以严格执行。例如,为抑制炒卖地皮,中国于1993年出台了土地增值税条例;然而,或许由于后来的房地产市场发展的需要,在相当长的时间里,中国并没有严格征收土地增值税。中国还存在另外一种情况:对于国家统一规定的某些税种,各地的地方税务机关执行力度不一,有的地方税务机关甚至根本不执行。但是,纳税人并没有收到免缴或缓缴的书面通知。这成了高悬在很多纳税人头上的达摩克利斯之剑。

第五,缺乏税务裁决制度。在西方经济发达国家,通常有这样一种税务裁决制度:即当纳税人就某个纳税事项向税务机关提出书面询问时,税务机关有义务作出具有法律约束力的书面答复。如果税务机关的书面答复仅仅对提出书面询问的纳税人产生法律效力,则这种税务

裁决被称为“个别税务裁决”(Private letter rulings);如果税务机关的书面答复对所有纳税人产生法律效力,则这种税务裁决被称为“一般税务裁决”(Public letter rulings)。有了这样的书面裁决制度,纳税人就可以避免事后被税务追查的风险。中国税法处在不断发展阶段,包含很多概括式规定,中国更需要这样的税务裁决制度。

第六,实践中,缺少针对税法的司法审查。尽管中国法律明确规定,在与税务机关就纳税事宜发生争议时,纳税人有权提起行政诉讼。但是,现实中,很少有纳税人胆敢起诉税务机关。究其原因,大致有两大主要方面:其一,精通税法的中国法官实属罕见,如果纳税人起诉税务机关,最终仍是由税务机关向法院作出解释,这显然对纳税人不利;其二,如果真有某些纳税人胆敢起诉税务机关,即使纳税人赢得纳税争议的诉讼,则其后,税务机关会对该纳税人成立以来的全部经营活动进行全面的税务检查,最终凭借高悬在很多纳税人头上的达摩克利斯之剑,迫使这些纳税人屈服。

随着中国税收法治的进展,纳税人的上述税务风险将逐步降低,但是,在中国最终达到税收法治前,中国的纳税人仍应重点防范上述税务风险。

(二) 税务机关的关注点

从宏观方面来说,企业的税务遵从决定和行为是由相互关联的诸多因素共同影响的结果。因此,各国税务机关往往会用所谓的“BISEPS”体系(“BISEPS” system)来理解企业的商业行为(包括税务遵从行为)。

该体系具体包括:“(B)业务”、“(I)行业”、“(S)社会”、“(E)经济”、“(P)心理”和“(S)企业内部遵从体系”。具体而言,“(B)业务”包括企业集团业务活动和交易的范围和性质、企业或集团的结构、财务业绩和财务指标等。“(I)行业”包括财务业绩和财务指标方面的行业常态、行业利润率和成本构成、影响行业的因素(如地区、规模和市场主体)。“(S)社会”包括企业及其管理层的风险态度(即风险厌恶还是风险追求)、企业或集团如何对待纳税和财务安排等。“(E)经济”包括国内国际环境和贸易情况、政府政策(利率、通货膨胀、税制和经济税制改革)等。“(P)心理”包括风险管理方法及风险策略驱动因素、态度和与税务机关的关系、管理目标等。“(S)企业内部遵从体系”包括税务遵从历史、交易的税务分析、质量保证标准及公司治理流程、决策体系流程及组织结构、信息取得的范围和难易程度等。

从微观方面来说,税务机关通常会高度关注企业是否存在下列情况及企业能否合理地解释这些情况。

一是财务状况或税务状况显著低于行业平均水平;二是与以往业绩、相关经济指标和行业业绩相比,税款缴付金额及税款缴付模式发生重大变化;三是对经济业绩、生产率和税务业绩之间的差异,缺少合理解释;四是持续的或无法解释的亏损,很低的税负率,整个集团或集团部分成员仅缴付极低的税

款;五是公司、集团、董事、高管人员或其聘请的税务咨询人员曾进行过过于激进的税务筹划;六是存在重大跨境交易或避税港交易;七是税务遵从方面的结构、流程和方法存在漏洞;八是税务结果与税法的政策意图不一致。

四、企业如何建立风险管理体制

(一) 税务风险管理是董事会的重要职责之一

董事会的主要目标是取得较好的企业财务状况,而税收成本是企业的一个非常重要的成本要素,降低税负就意味着增加利润。另一方面,社会公众对企业社会责任(corporate social responsibility)越来越关注,依法缴税是企业应承担的社会责任的一个重要组成部分。企业社会责任已经成为联合国及经合组织(OECD)的重要课题。企业如不依法纳税,则会招致名誉损失甚至法律诉讼,这些也是企业必须认真考虑的成本因素。

理论上而言,税务风险管理是公司治理体系的组成部分,董事会应对包括税务风险管理在内的公司治理体系负责。

(二) 企业内部的税务风险管理组织

企业可结合其生产经营特点和内部税务风险管理的要求设立税务管理机构和岗位,明确岗位的职责和权限。如集团型企业,可在地区性总部、产品事业部或下属企业内部分别设立税务部门或者税务管理岗位。企业应建立科学有效的职责分工和制衡机制,确保税务管理的不相容岗位相互分离、制约和监督。

值得关注的是,企业首席税务官(chief tax officer)到底应向谁报告呢?内部审计师、财务总监、首席法律官、审计委员会或董事会?这要根据企业的内部机构设置来判断。笔者认为,尽管会计簿记、财务会计和税务部门的职能相互交叉重叠,公司首席税务官应向董事会报告,使得公司税务部门更具独立性,更能体现董事会对税务风险管理的关注程度。

另一方面,对外部税务律师的聘请应由董事会作出最终决定,并且,董事会应规定,外部税务律师的收费不得与节税多少相挂钩。

美国证券交易委员会(Securities and Exchange Commission)规定:如果外部审计机构提供法律服务或专业服务,则该审计机构不具有独立性。尽管此处未明确针对税务咨询服务,但是,大多数美国企业的审计委员会都制定政策规定:不得由公司的外部审计机构提供避税咨询服务。

(三) 董事会应如何对待税务建议

董事会应对税务风险管理承担督导责任,并非要求董事成为税务专家,而仅要求董事会应识别和管理好企业的主要税务风险。

针对每一个由内部税务部门或外部税务咨询机构提出的税务建议,董事会应在外部税务律师的帮助之下,提出如下问

题,并根据所得到的回答审慎识别相关的税务风险:

第一,该税务建议在多大程度上可以合理地论证?

第二,税务机关不同意该税务建议的可能性有多大?

第三,如果该税务建议被推翻,对公司的负面影响(包括税款、罚款或利息、刑事责任)有多大?

第四,如果因该税务建议而与税务机关产生争议,那么,就该争议与税务机关达成妥协的可能性有多大?妥协的条件是什么?

第五,税务机关发现因该税务建议引发的税务事宜的可能性有多大?在多大程度上,会因此而引发公司整体税务风险上升和全面税务检查?

第六,考虑到可能引发的税务风险,是否主动联系税务机关以寻求主管税务机关(直至最高税务行政机关)事先指导?如果税务机关给出否定意见,是否值得冒险?

第七,如果已经根据税务建议而完成了交易,那么,是否考虑在税务申报前直接与税务机关商谈,以期建设性地处理与税务机关的可能发生的分歧并降低税务处罚?

第八,税务建议是基于某项实际交易还是基于如何实施某项交易?如果是基于如何实施某项交易,那么,最终交易实施过程中的任何变化可能会影响最初税务建议的合法有效性。

(四)内部税务部门的报告体系

内部税务部门不可能再独立于企业的其他职能部门。董事会应当清楚内部税务部门的工作及其对企业整体风险的影响。

第一,董事会应对如下问题作出具体规定:

- 1、内部税务部门向董事会的具体报告程序;
- 2、适当的税务风险政策和适当的税务风险承受界限;税务风险管理政策需适时地加以修改;
- 3、须经董事会事先指示或事先授权的具体情形;
- 4、如前文所述的税务风险管理框架。

第二,在制定内部税务部门向董事会的具体报告的程序时,应考虑如下因素:

- 1、内部税务部门向董事会提交的税务报告(“内部税务报告”)的性质和形式;
- 2、税务风险承受界限;
- 3、必须向董事会报告的内容所应达到的重要性程度。

第三,“内部税务报告”的内容:

- 1、企业是否存在税务风险。如果存在,已采取哪些流程或控制措施用以降低税务风险、已制定哪些策略以减少未来风险、已受到或将受到哪些税务处罚?



2、企业是否收到税务检查通知或正在接受税务检查。如此,税务检查的范围如何?已采取或将采取哪些流程来配合税务检查?已被要求或将被要求作哪些披露?可能的税务处罚(包括利息)在何种范围内?

3、企业是否与税务机关存在税务争议及争议解决的可能性、是否有合理论证的税务立场、是否有缴税和罚款的可能性?

4、正在进行的税务诉讼的进程?

5、是否有重大的税制改革?

6、企业是否签署或准备签署重大交易合同及与之相关的税务风险水平如何,是否收到或即将收到与此重大交易相关的合适的税务建议,该税务建议的实施策略及其在多大程度上提高整体风险水平?

7、企业是否产生损失?如产生损失,是否有令税务机关满意的解释?

8、企业的财务业绩或税务业绩是否较之以往有重大变化?如是,产生这些重大变化的原因为何?

总之,公司治理越来越受到各界关注,企业税务风险管理是成为每个企业不得不高度关注的领域。在经济全球化加速的今天,《大企业税务风险管理指引(试行)》的实施就是一个标志:中国企业也必须高度重视税务风险管理。企业税务风险管理由企业董事会负责督导并参与决策,董事会应在外部税务律师的帮助下,制定税务风险管理体系,应就企业内部税务部门的税务报告流程作出严格规定,并监督税务风险管理体系的实施,以降低企业税务风险,从而真正做到对股东负责。●



编者按：有限合伙是指一名以上普通合伙人与一名以上有限合伙人所组成的合伙。虽然在表面上及一些具体程序与做法上，它是介于合伙与有限责任公司之间的一种企业形式，但必须强调的是，在本质上它是合伙的特殊形式之一，而不是公司。有限合伙人执行合伙事务，不对外代表组织，只按合伙协议比例享受利润分配，以其出资额为限对合伙的债务承担清偿责任。不同于普通合伙人的需要承担无限连带责任。其对企业承担着主要的投资任务，不得以劳务或信用出资。

●文 / 杨 微 万亮亮

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

有限合伙企业应如何纳税？



自 2007 年 6 月 1 日《合伙企业法》开始施行后，有限合伙这种全新的合伙形式，因其灵活的投资方式受到越来越多的国内外投资者的青睐。因此，研究有限合伙企业的纳税问题显然具有重要的现实意义。

一、有限合伙企业纳税问题的一般规定

根据《财政部、国家税务总局关于合伙企业合伙人所得税问题的通知》规定，合伙企业施行“先分后税”原则，对合伙企业本身不征税，只对投资人征税。投资人是自然人的，缴纳个人所得税；投资人是法人和其他组织的，缴纳企业所得税。

有限合伙企业作为合伙企业的一种特殊形态，同样适用上述规定。因此，对于自然人投资者，《财政部、国家税务总局关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定》指出，应比照“个体工商户的生产经营所得”，适用 5%~35% 的超额累进税率，计算征收个人所得税；而对于法人和其它组织，根据《企业所得税法》的规定，适用 25% 的企业所得税率。

二、合伙企业投资有限合伙企业的涉税问题

（一）合伙企业能否作为有限合伙企业的投资人？

根据《合伙企业法》第二条“本法所称合伙企业，是指自然人、法人和其他组织依照本法在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业；……有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任”和第三条“国有独资公

司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人”之规定，有限合伙企业的投资人由普通合伙人和有限合伙人组成，其中有限合伙人可以是自然人、法人和其他组织；普通合伙人可以是自然人、法人（国有独资公司、国有企业、上市公司除外）和其他组织（公益性的事业单位、社会团体除外）。

虽然《合伙企业法》并未明确合伙企业属于“其他组织”，但是根据《民事诉讼法》第四十九条和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第四十条，“公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人”，其中“民事诉讼法第四十九条规定的其他组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织，包括：依法登记领取营业执照的私营独资企业、合伙组织；……”由此可见，合伙企业作为“其他组织”可以成为有限合伙企业的投资人。实践中，工商行政部门作为合伙企业的登记机关，亦认可合伙企业作为有限合伙企业合伙人的组织架构。

（二）合伙企业投资有限合伙企业如何纳税？

根据现行税法及国家税务总局相关文件，包括《关于合伙企业合伙人所得税问题的通知》第二条“合伙企业合伙人是自然人的，缴纳个人所得税；合伙人是法人和其他组织的，缴纳企业所得税”之规定，涉及有限合伙企业税收问题的，其文件仅明确了“合伙人为自然人”，以及“合伙人为法人和其他组织（该其他组织显然应为法人制的，否则无须缴纳企业所得税）”之情形，对于合伙人本身也为“合伙企业”的情况，律师尚未发现有专门的税法文件予以明确。但从合伙企业本身不作为其生产、经营所得的纳税义务人，而是采取“先分后税”并由其各合伙人分别纳税的操作原则和实践看，合伙企业从其所投资之有限合伙企业分配取得的所得，同样需采取



杨薇:上海左券律师事务所律师



万亮亮:上海左券律师事务所实习律师

“先分后税”的原则进行处理,其中合伙人为自然人的,缴纳个人所得税;而合伙人为法人的,则缴纳企业所得税。

关于合伙人为自然人时的个人所得税税率,是否能按照《国家税务总局关于〈关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定〉执行口径的通知》第二条“个人独资企业和合伙企业对外投资分回的利息或者股息、红利,不并入企业的收入,而应单独作为投资者个人取得的利息、股息、红利所得,按‘利息、股息、红利所得’应税项目计算缴纳个人所得税”之规定适用20%的税率缴纳个人所得税?关键在于判断合伙企业从其所投资之有限合伙企业分配取得的所得是否属于《个人所得税法实施条例》第八条“个人拥有债权、股权而取得的利息、股息、红利所得”的规定。笔者认为,虽然《合伙企业法》仅明确合伙人从其所投资之合伙企业分配取得的所得是基于合伙人在合伙企业的财产份额获得,但根据上海市《关于本市股权投资企业工商登记等事项的通知》第五条的规定,本市实际上已经将合伙人对合伙企业的财产份额视为“股权投资”,并对以有限合伙企业形式设立的股权投资企业和股权投资管理企业中自然人的税收采取了与天津、北京不同的甄别办法,即仅从判断属于“执行有限合伙企业合伙事务的自然人普通合伙人”还是“不执行有限合伙企业合伙事务的自然人有限合伙人”来区别不同的税率,并不考虑合伙企业本身所得的性质划分。

三、非居民企业投资有限合伙企业的涉税问题

(一) 适用税种

自2010年3月1日起,国务院发布的《外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业管理办法》开始施行,

外国企业或个人可以在中国境内设立合伙企业。根据国家工商行政管理总局《外商投资合伙企业登记管理规定》的规定,非居民企业既可以是普通合伙人,也可以是有限合伙人。根据以上分析可知,非居民企业作为有限合伙人取得的投资所得,同样适用企业所得税。

(二) 适用税率

根据《合伙企业法》第六十七条、第六十八条的规定,有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务。有限合伙人不执行合伙事务,不得对外代表有限合伙企业。因此,非居民企业作为有限合伙人,不存在委派代表或派出雇员执行合伙事务的可能。根据《中新税收协定解释》之解释,只有从事劳务活动的行为(包括执行合伙事务)才视为“常设机构”。因此,非居民企业作为有限合伙人,既不存在视为“常设机构”的可能,也无设立机构、场所的必要。

根据《企业所得税法》及其《实施条例》的规定,非居民企业在中国境内未设立机构、场所的,其来源于中国境内的所得减按10%的税率征收企业所得税。

所以,非居民企业作为有限合伙人取得的所得,应当按照10%的税率缴纳企业所得税。

通过以上分析,我们可以发现一个有趣的图景:中国自然人投资于合伙企业,作为普通合伙人,按5%至35%的税率征税,作为有限合伙人,按20%的税率征税;中国法人企业投资于合伙企业,按25%的企业所得税率征税;而非居民企业投资于合伙企业,若作为非执行事务的合伙人(包括有限合伙人),仅需按10%的预提所得税率征收企业所得税,若作为执行事务的合伙人,则需按25%的税率征收企业所得税;外籍个人投资于合伙企业,若作为有限合伙人,则其投资所得。笔者认为仍应适用免税规定;若作为执行事务的合伙人,则按5%至35%的税率缴纳个人所得税。●



编者按:增值税是对销售货物或者提供加工、修理修配劳务以及进口货物的单位和个人就其实现的增值额征收的一个税种。中国自 1979 年开始试行增值税,现行的增值税制度是以 1993 年 12 月 13 日国务院颁布的国务院令 134 号《增值税暂行条例》为基础的。增值税已经成为中国最主要的税种之一,其收入占中国全部税收的 60% 以上,是最大的税种。而营业税是对在我国境内提供应税劳务、转让无形资产或销售不动产的单位和个人,就其所取得的营业额征收的一种税。增值税和营业税均属于流转税。

●文 / 葛弋慧

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

增值税替代营业税 是税制改革的趋势



A 公司租了一层商铺做生意,因为效益不好停业了,但是租赁合同未到期,A 就留了一间房作为办公室,其余均转租(在大房东的租赁合同中,对转租是允许的)给 B 公司做生意,A 又和 B 签订了租赁合同,A 在原房租费 10 万元基础上增加了 10% 租金。每月,大房东开 10 万元租赁费发票给 A,A 再开 11 万元租赁费发票给承租人 B。

这样,就出现了一个问题,这层商铺被开了两次发票,这也就意味着转租房被征了两次营业税。A 是否可以按照减除 10 万元后的 1 万元交纳营业税呢?即 A 是否可以像增值税一般纳税人抵扣交纳营业税?

根据目前营业税的相关规定,可以从营业额中减除代付费用的情形不包括转租。如果由大房东直接开 10 万元发票给 B,另外 1 万元发票由 A 公司开给 B,营业税

没有重复缴纳,但造成 B 公司有两个房东,这和 B 公司所签订租赁合同的出租方是不符的。

上面的例子反映了营业税重复征税现象在很多行业越来越普遍,也越来越制约服务业的发展,这个现象已经被政府和学者们关注。

据悉,《物流产业振兴规划细则》已于去年 10 月上报国务院,预计不久将公布。在税收方面,将着力解决物流业营业税几个环节税率不一致和重复征税的问题。

目前如果一单货物要通过几家公司,甚至一家企业的几个子公司周转完成,就会出现重复计税,多一次周转就多征一次税收。物流企业称仅是这种税收成本就能占到总成本的 20%~30%。

“十二五”规划纲要将物流业纳入增值税扩围改革,专家认为“这应该能够解决重复纳税问题”。物流业纳入增值税范围是营业税将被增值税全面代替的先兆吗?

一、增值税和营业税的征税范围和税率

(一) 增值税一般纳税人税率是 17% 或 13%。应交增值税是根据销售商品或劳务的销售额,按规定的税率计算出销项税额,然后扣除取得或生产该商品或劳务时所支付的增值税款,也就是进项税额,其差额就是增值部分应交的税额,这种计算方法体现了按增值因素计税的原则。

小规模纳税人征收率是 3%,按照销售额全额征税,不允许抵扣。小规模纳税人不能抵扣,名为增值税,实际和营业税差不多,小规模纳税人在增值税纳税人中所占比例为 70% 左右。



葛弋慧: 市律协税法业务研究委员会委员

(二)营业税按行业设计税目、税率。建筑业、文化体育业、交通运输业、邮电通信业为3%;金融保险业、服务业、转让无形资产、销售不动产为5%;娱乐业:歌厅、舞厅、卡拉OK歌舞厅、音乐茶座、高尔夫球、壁球、网球等为5%至20%。

营业额除了根据财税[2003]16号规定的可以从营业额中减除的代付费用外,其余情形营业额为纳税人提供应税劳务、转让无形资产或者销售不动产向对方收取的全部价款和价外费用。

二、增值税和营业税的关系

增值税和营业税是相互并行的关系,并不交叉,从税负来看:

(一)增值税小规模纳税人3%的税率和建筑业、交通运输业等的营业税税率一致。但因为交通运输公司和建筑公司除了征收营业税,实际承担了外购固定资产和材料价款中不能抵扣的增值税进项税额,税负相对较重。实际上,交通运输业和建筑业大部分企业符合增值税纳税人条件,它们购进服务,产生增值,应该缴纳增值税。

(二)增值税一般纳税人按照销项税减去进项税的差额缴税,营业税只有在规定情形下可以按照减除支付给第三方的费用后的余额计算营业税。现实中,服务业中间流转环节较多,金融、保险、信托理财、物流,每一道环节都征营业税,分工越细,税负就越重。

自2009年1月1日起,增值税从生产型增值税向消费型增值税改革,缴纳增值税的企业所购买的机器设备自此可以抵扣进项税额,这就大大减轻了增值税纳税人的税负。相比之下,占比更大的厂房建筑却不能抵扣,营业税纳税人税负堪重。营业税重复征税的现象更表明了营业税的弊端。专家表示,增值税替代营业税是今后税制改革的趋势。

我国现行增值税的征税范围确立于1994年的分税制改革,将第一产业和第三产业的大部分行业排除在外,符合当时经济发展水平较低、第一产业天然“体弱”和第三产业尚不发达的现实国情。而中国眼下正在努力促进第三产业的繁荣发展,这样的税制不利于促进服务业的发展,而且破坏了增值税的抵扣链条。

理想的增值税征收范围,应该包括所有创造和实现增值额的领域。从横向上看,增值税制应覆盖农林牧业、采矿业、制造业、建筑业、能源交通运输业、商业和劳务等各行各业;从纵向上看,应涵盖原材料、制造、批发和零售等全部环节。只有这样,才能保证税负公平,并且易于核查。

目前,国际上很多国家已经实现了从农业到服务业全部征收增值税,替代了过去的营业税,形成了完整的增值税抵扣链条,降低了企业的负担。

三、增值税替代营业税的益处及需要解决的问题

增值税替代营业税的益处,一是能保证税负公平,并且易于核查;二是有利于产业结构升级和服务业发展;三是割裂的增值税链条有望被真正修复,增值税的主要优点和特征将真正实现。

增值税替代营业税需要解决如下的问题:

(一)营业税除了铁道部、各银行总行、各保险总公司集中缴纳的部分归中央政府外,其余部分归地方政府。如果被增值税替代,根据现行规定,将有75%的增值税由中央享有,这样势必会影响地方税收收入。而且营业税是地税部门负责征管的税种,而增值税则由国税部门征收。增值税取代营业税后,税务部门的职责分配也是一个很难解决的问题。

(二)用增值税代替营业税存在制度设计和运行上的种种困难。如果物流业增值税税率定17%的话,物流业就被收垮了。如果区别定制几种增值税税率,就破坏了增值税的中性特征。

(三)由于增值税的税负可以转嫁,其最终负税人是消费者个人,大范围地引进增值税,扩大增值税征收范围会增加直接税尤其是个人所得税纳税人的负担。

(四)中国的高铁、民用航空、远洋运输,都处在高速发展期,每年新购置的高速列车、飞机、海轮数量较多,加上新建造的场、站、码头等基础设施陆续投入使用,如果改征增值税,这些新增的价值较高的固定资产,其进项税额数额较大,可能会大大抵消销项税额,甚至导致无税可征。

(五)在税收征管过程中,以增值税发票为准,销项减进项进行计税。一些行业比如餐饮等很难做到收支全部反映到增值税发票上,在增值税扩围过程中也只能首先从可以严格使用增值税专用发票的领域开始。

为了解决上述问题,有关部门考虑绕过困难、部分“扩围”。而最先实施增值税代替营业税的领域则可能是交通运输业。因为交通运输业与生产、流通各行业关系密切,而且交通运输业开具的发票已经纳入增值税管理范围,增值税一般纳税人可以对支出的运输费按照扣除率7%列为进项税额抵扣。

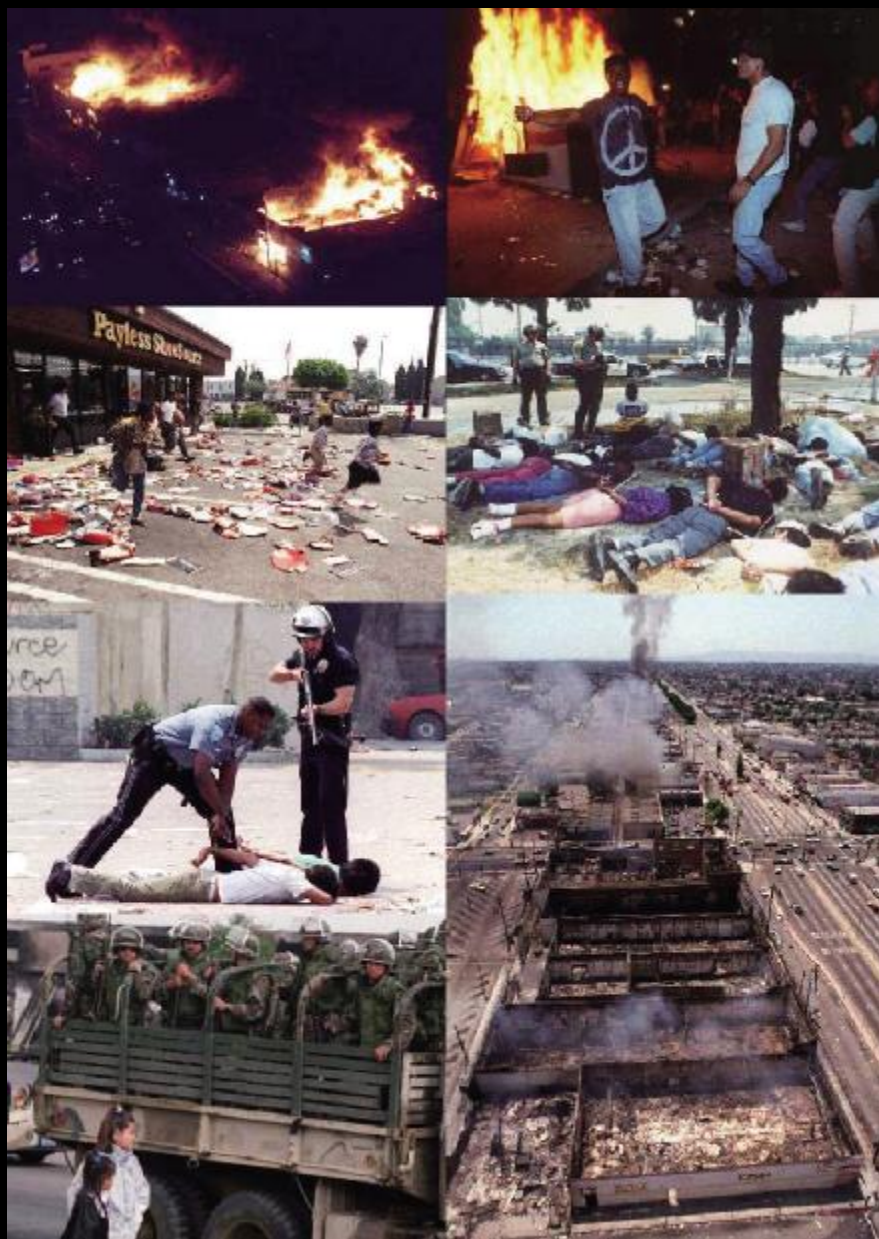
总之,增值税替代营业税是税制改革和发展的趋势,是国民经济发展规律的客观要求和现实体现。●

他山之石

●文/王诗诣

栏目组稿人:洪亮 hongliang1224@hotmail.com

从洛杉矶骚乱看 新闻自由与媒体责任



在西方国家，言论自由向来被视为公民的核心权利。美国宪法修正案第一条规定国会不得制定关于剥夺言论自由或出版自由的法律。英国著名哲学家约翰密尔指出：“迫使一个意见不能发表的特殊罪恶乃在它是对整个人类的掠夺。”卡多佐法官进一步将言论自由提升到“万权之源”的地位，他认为：“言论自由是其他权利产生的摇篮，几乎为其他每种权利不可缺少的前提。”但是，在美国历史上，新闻的高度自由曾为社会稳定带来灾难性的影响。

震惊世界的洛杉矶骚乱

1992年4月29日，洛杉矶城的黑人们纷纷走上街头示威游行，途经之处一片狼藉——商店被洗劫一空，建筑、汽车被焚烧，汽车司机则被殴打。整个骚乱持续5天，参与人数一度达到数万人，直到5月4日，在4500名国民警卫队和海军的干预下洛杉矶才恢复了相对平静。骚乱造成的危害相当惊人：50多人遇难，4000多人受伤，1000多栋建筑被焚毁，全部损失超过10亿美元。整个洛杉矶可谓满目疮痍。这一悲剧的导火索是州地方法院的一纸判决。美国的司法系统向来以廉洁著称，其诉讼制度也一直以程序公正闻名于世，该判决也同样符合这些特点。但为何一纸合法的判决会引起公众如此强烈的不满？这还要归咎

于高度自由的商业化模式下,媒体为吸引眼球而做的选择性报道误导了民众。

凶悍的美版“欺实马” ——罗德尼·金

罗德尼·金生于1965年,身高188厘米,体重113.5公斤,体格强壮且脾气暴躁。1989年,金因抢劫罪被判入狱2年,并于1990年底假释出狱。1991年3月2日,金与朋友聚会至深夜,聚会结束后,早已醉熏熏的金驾驶其妻的车送他的两个朋友回家。由于醉酒,金在加州210号公路上超速行驶,其实际车速后在法庭审理中被认定为惊人的185公里。公路巡警辛格警官对其进行了追逐与警告,但也许由于酒精的作用和对被重新收监的恐惧,金不但对刺耳的警笛置之不理,反倒与警方玩起了飙车游戏。金的疯狂行径引来了20辆警车,1驾警用直升机,1辆封路大卡车共同围追堵截,其中就包括涉案的四名白人警察——警长孔恩(Stacey C. Koon)、警员鲍威尔(Laurence Powell)、温蒂(Timothy Wind)和布里斯诺(Theodore Briseno)。经过13公里的“生死时速”后,金终于在一个儿童乐园门前被拦截。

经历了如此惊心动魄的追逐,警方不敢怠慢,他们立即要求车内所有人下车,并按照重罪犯的归案程序要求金和他的伙伴们趴在地上,两脚分开,双手放在背后。但金拒绝照办,按照警方的办案流程,如果犯罪嫌疑人拒绝服从警方指令,警方当然有权实施强制。鲍威尔等五名警察便一拥而上企图将金摁倒在地上,孰料五大三粗的金轻挥双臂,两名警官顿时被弹开。随后,警方又使用了5万伏的电警棍试图击晕金,但金结实的身躯让所有人大惊失色,他未被击倒,反被惹恼后向鲍威尔警官冲去,出于自卫和缉拿金,4名警察一拥而上,对金进行了

“群殴”。而金冲向警方和随后“群殴”的场景被30米外一栋居民楼里一位名叫霍利德(George Holliday)的居民用摄像机记录下来。金最终被警方制服,但霍利德手中的录像带为警方蒙羞埋下了伏笔。

倾向性报道点燃民愤

次日,霍利德将该录像送到了当地KTLA电视台,KTLA电视台为突出重点对录像带进行了剪辑,删去了金攻击警方的片段,唯独留下68秒四名白人警察围殴金的画面。随后,KTLA电视台又将经过处理的68秒视频提供给ABC、NBC、CBS三大电视网和CNN,这些媒体大佬们在两周内将该视频播放了数百次,同时,为了适合各时段的新闻时间限制,这68秒视频又被进一步剪辑,“重点”更加突出,倾向性更加明确。而直到该视频播出三周后,CNN才发现KTLA提供的视频并非“原装”,他们立即要求将被删减部分恢复后才继续播放,但一来CNN并非美国国内最普及的电视频道,而受众最广的三大电视网络并未意识到倾向性报道可能带来的恶果,继续播放经过删减的视频。二来舆论导向已经形成,短短几秒的内容差别已经无力平息公众的怒火。

就这样,一个因假释罪犯超速拘捕引发的警察执法过当的事件,由于新闻媒体的倾向性报道,被炒作成白人警察因种族歧视殴打手无寸铁黑人的恶性事件。本该逮捕金的四名白人警察反倒舆论重压下被逮捕,并送上被告席。

司法傲慢与媒体审判

长期以来,司法独立的守护者们一直致力于研究如何使司法审判不受外界舆论的干扰。1966年最高法院克拉克法

官(Tom C. Clark)在谢泼德诉马克思威尔案(Sheppard v. Maxwell)中将媒体干扰作为判决被撤销的依据。同样,本案中法官也将审理与舆论严格地隔绝开来。本案对司法独立的保护主要体现在三方面:

第一,初审法院的开庭地点被指定在温杜纳县(Wentura County)。该县为警员聚居区,较少的游行示威使法院周边比较“太平”。

第二,陪审员在案件审理的整个过程中与媒体隔绝,这也使得本案的陪审员们对已经黑云压城的民愤浑然不知。

第三,庭审中,法官发布禁令限制控辩双方将法庭的审理情况透露给新闻媒体,以确保庭审免受舆论干预,诉讼程序顺利进行。

在审理过程中,法庭对相关证据进行了细致缜密的调查。辩方律师提出几项辩护观点:第一,四名警察是在被激怒的金冲向他们时被迫动用警棍的。第二,通过慢镜头播放可以发现,整个“群殴”过程中打向金的警棍共56记,其中23记并没有落到金身上。第三,殴打的时间长达一分钟是由于在殴打过程中金拒绝服从警方的指令,不断试图站起。陪审团结合相关的证人证言和视频资料采纳了辩护律师的意见,判决四名白人警察无罪。

如此判决使普通民众觉得匪夷所思,无法接受,就在判决后两小时,愤怒的民众走上街头,洛杉矶城沦为一片火海。实际上,该案的审理出现了法院和媒体的双重审判——法庭上,陪审团根据控辩双方提交的证据及陈述调查案件。法庭外,民众根据媒体公布的录像判断是非。而由于法官对司法独立的特别保护使“公众陪审团”始终处于片面证据的误导中,结果却将司法与人民割裂开来,变司法独立为司法傲慢。

总统出手后司法“维稳”

古往今来,先贤们提倡法治的声音不绝于耳,但法律始终是维护统治阶级利益的工具,当统治者的利益遭到威胁时,司法抑或摆在一边,抑或当被当成“维稳”工具。

洛杉矶骚乱爆发后,迫于国际舆论以及国内局势的双重压力,时任美国总统的老布什不得不插手司法事务,发表电视讲话宣称联邦政府将以触犯联邦民权法的刑事罪名重新起诉四名白人警察。总统的表态虽然安抚了愤怒的民众,却给司法的独立与公正蒙上阴影。

首先,依据美国宪法修正案第五条,任何人不得受“双重危险”,即案件经由法庭判决后,对被告人量刑、定刑的程序即告终结,美国国内任何法院都不得以任何理由对同一事实再次审理。这一原则在“世纪审判”辛普森杀妻案中也曾得以体现。老布什这一宣称显然与宪法相背,可见当联邦政府面临如此严重的统治危机时也免不了“非常时期,非常手段”。

其次,总统的表态也使再审查官倍

感压力。其结果是一些被告人的程序性权利被限制,例如案件审理前的陪审员遴选程序被限制,法官明确禁止辩护人向陪审团候选人提出诸如“你是否有勇气坚持与绝大多数人意见相左的立场”之类的问题。

在舆论的狂轰滥炸和总统干预下,法院的判决偏离了事实和法律,做出了有利于稳定时局的判决。联邦地区法院判决四名白人警察中的两名罪行成立,处以有期徒刑两年半。但是,依据联邦量刑指南,对于触犯联邦民权法的起刑点应当是六年,因此民众对此并不满意,纷纷要求再次“再审”,此时的司法部和联邦法院可谓颜面尽失,只得向第九巡回法院上诉,而第九巡回法院也不得不“顺应民意”,否定了地区法院轻判的依据,撤销原判,重新量刑。

媒体的社会责任

连续三次因同一行为受到追诉,且判决结果一次重于一次,能享受如此“待遇”在美国历史上屈指可数,两名被告警察最终还是闹上最高法院。1996

年,最高法院作出判决:上诉法院审查地区法院判决所依据的标准是错误的,并且忽视了受害人的行为与其所受到伤害间的必然联系,因此撤销第九巡回法院的判决,发回重审。

罗德尼·金案引发的暴乱和一系列诉讼终于尘埃落定,但新闻媒体在司法审判中应扮演何种角色却引发人们深思。言论自由权被认为是与“三权”并立的“第四权”,只不过一者为“权力”一者为“权利”,这一权利不像司法权,追求明辨是非、不偏不倚,它只需“接近事实”,因为客观上媒体没有责任也没有能力调查真相,其只需将事实的一部分展现给公众。这也与商业化的媒体竞争规律暗合——媒体可以选择新闻,制造热点,以达到吸引眼球,提高收视率的效果。

但是,笔者认为,新闻自由应当有其边界,并且这边界应当由其社会责任划定。媒体当然可以站在社会弱势一方摇旗呐喊,但“旗”不应是领导骚乱的令旗,“喊”不该变成激化社会矛盾的诅咒。媒体的社会责任在于正确引导舆论,引起社会关注、当局重视,使整个社会更加和谐美好。也许在前进的道路上,冲突在所难免,但那仅是手段,而非利用闭路电视传播仇恨。

随着我国网络开放程度不断提高,公众的意见得到了前所未有的自由表达和传播。我们欣喜地看到被滥用的权力在舆论重压下向民众低头认错,也欣喜地看到舆论监督的一些重大案件得以公正审理。但同时,我们不得不担忧,一些媒体在新闻报道中动辄披露当事人家庭背景,以期通过“富二代”、“官二代”等关键词来吸引眼球。对这个正处转型期,贫富差距巨大的社会来说,这些报道无异于雪上加霜,使更多人变得绝望或仇恨,通过“拼爹”的报道,达到“坑爹”的效果。●

(作者单位:香港大学)



微·Talk

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

鹅卵石与回音壁

(本栏目言论仅代表言论者本人观点)

《上海律师》改版意见反馈:

A、厉明监事长:《上海律师》的改版版式很新颖,内容贴近律协工作和律师需求。建议将律师业务资料目录每期都固定放在封三,并且版面设计成让律师可以单独收集装订的样式,便于律师单独收集保留;

B、周天平副会长:《上海律师》的改版很成功!成为广大律师关注和了解市律协及区律工委工作的窗口。建议在版式上注重增加清新现代的设计元素,让杂志更美观更艺术。相信在《上海律师》编辑部的努力下,这本律师自己的杂志会越办越好,跃上新的台阶。

手机短信转载:

人生贵三看:1、看远。看远才能揽物于胸。只看眼前美景,难见山外之山;困于蝇头小利,难睹天外之天。2、看透。天下熙熙,皆为名来,世间攘攘,皆为利往。阅透人间知纸厚,踏穿世路觉山平。3、看淡。看淡不是不求进取,不是无所作为,更不是没有追求,而是平和与宁静,坦然和安详。不以物喜,不以己悲,离尘嚣远一点,离自然近一点,淡泊自在其中。在人的一生中,青年时要看远,中年时要看透,老年时要看淡。

微博转载:

未来八种人将被社会淘汰:第一种,知识陈旧的人。第二种,技能单一的人。第三种,情商低下的人。第四种,心理脆弱的人。第五种,目光短浅的人。第六种,反应迟钝的人。第七种,单打独斗的人。第八种,不善学习的人。

很多东西就掌握在我们手中:比如快乐,你不快乐,谁会同情你的悲伤;比如坚强,你不坚强,谁会怜悯你的懦弱;比如努力,你不努力,谁会陪你原地停留;比如珍惜,你不珍惜,谁会和你挥霍青春;比如执着,你不执着,谁会与你共进退……只有把命运掌握在自己手中,我们才能寻找到生命的闪光。

上海嘉华律师事务所 朱晶晶律师

《股市天天向上》之类的节目里,捧出一些所谓的草

根股市明星,他们像打了鸡血一样亢奋的介绍自己的成功史,培养了电视机前一批使用自己毕生积蓄和养老金投入股市的狂热中老年拥趸。我无意怀疑这些草根明星的成功,但是,电视前那些被淹没在上山下乡以及国企关并下岗的历史潮流中的生活并不如意的观众们,在这狂热的鼓动下放弃了一辈子信守的谨慎节俭,投入血本放手做人生最后一搏。面对这样一个脆弱的人群,我们的媒体是否应当在赚取收视率的同时,再放入一些真诚和良心?是否给到了足够的、理性的风险提示?

上海君悦律师事务所 李成浩律师

挽救食品安全,短期在于治行为,严刑峻法,乱世用重典,执法司法均下重拳;中期在于治法律,修订相关法律,堵漏补缺,明确职责,并增加违法犯罪成本;长期在于治人心,转变经济发展方式,改变一切向钱看,不以经济指标论英雄。

北京岳成律师事务所上海分所 岳雪飞律师

有则改之,无则加勉:在办公室让人皱眉的事——长时间的或者大声地接打私人电话;打听同事的家长里短或者说自己的家长里短;任何人说话都想插一嘴;浏览和工作无关的网站并且还把内容读给大家听。

上海蓝白律师事务所 陆胤律师

其实我们的很多所谓环保措施都是“朝三暮四”的做法,如洗手后不用纸擦而用烘干机,事实上就是用电力来换纸张;熄灯一小时用蜡烛,这个行动有价值吗?不如国家多些节能灯的补贴!

上海汉商律师事务所 光韬律师

英雄不问出处,只说了半句,下半句是“狗熊还得要生在一个好人家”。已经是英雄或者注定了要成为英雄的人当然可以不问出处,但大部分人不是英雄而且终其一生无论如何努力也成不了英雄,不要被这话误导,啥学历都有成功的没错,啥学历都能成功就胡扯了。

乐·Life

●文/徐培龙

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

乐,在其中



星座学说“射手座的男人天生酷爱自由”，这是我为自己热爱行走找到的最好理由。一个背包，一双登山鞋，还有一份好心情，随时可以开启我的自由之旅。

不敢妄称“徒步族”，因为我没有征服高度和天险的气魄和胆识。只是热爱四处游走，自乐于游走时的悠然之心。慢慢走，慢慢体会，这俨然已成为我不可或缺的生活的一部分。

喜欢丽江的悠然。2005 年去丽江，租住在古城中客栈一周。迄今为止，丽江仍是我最为推崇的旅游之地，原因很简单，这里居然能把旅游和生活结合得那么自然，那么的天衣无缝。这里水傍街、街依水，整条街道都是由规整的五花条石铺成。走在大研古城的石板路上，随处可见各色皮肤的游客，也随处可见沐浴在圣洁阳光里的纳西老奶奶。

古城的魅力，不仅在于她的惊艳与古朴，更在于她悠闲的节奏。上午 10 点起床，去茶馆里与店主闲聊；下午 3 点，向纳西老人学习东巴文；傍晚时分去不同的咖啡屋，喝咖啡看书；夜里 12 点仍混迹于斑斓的酒吧内……不是小资，却足足贪婪了一周时光的悠闲生活。在这里，没有都市的喧嚣和人为制造的繁华，没有庸人自扰的忙碌纷扰和压力。在这里，心情如水般平静，所有的尘世凡俗都离自己远去。在这里，有的只是古老而神秘的纳西古乐、美丽而奇特的东巴文字。在这里，有的只是自在而悠然的生活。

喜欢西藏的虔诚。青藏铁路通车前去的西藏，走了拉萨、日喀则，翻越海拔 5190 米的那根拉山口，去了纳木错。途中的一景一物一人，无不透露着震撼人心的虔诚。

雄壮威严的寺庙，寄托信仰的圣洁白塔，随风飘扬的五彩经幡，随处可见的

玛尼石堆。布达拉宫前，虔诚的朝圣者不知疲倦地磕着长头；大昭寺外，五体投地的信徒把身下一块块石板磨得平滑光亮；八角街上，身边随时走过的藏民，手持转经筒，口念六字真言。

不得不说的还有布达拉宫里的震撼，这是一座无与伦比的神圣殿堂。在佛的面前，信徒们没了烦恼和欲望，对信仰的虔诚，让所有一切都变得超然脱俗。还有大昭寺外信徒的虔诚，尤其是磕长头，双手合十，口中念着六字真言，双膝跪下，磕头，起身，依次重复。在这一连贯的动作面前，我的震惊和心灵的震撼是难以用文字描述的，信仰有着无尽的力量！每每写到此，我甚至不敢轻易落笔，怕亵渎了神灵，又怕玷污了他们的虔诚。

傍晚时分，独自漫步于小昭寺外，亲手转动金色转经轮。望着寺庙外把易拉罐当作足球踢的小喇嘛，在物欲横流的今天，这样一个小小游戏，忽然显得是那么的弥足珍贵。简单的快乐，能感受到他们的纯朴，感受到他们的宁静，感受到他们的虔诚。在这里，信仰已经是生活的一部分。

喜欢青海的清静。2010 年端午结伴去甘肃敦煌，然后走北线经大柴旦、茶卡盐湖进入青海。此行最意外的惊喜，就出现在最后一站——同仁。在这里，我发现了青海的清静之美。

同仁，位于青海东南部，藏语称为“热贡”，是饮誉中外的热贡艺术之乡，是青海省唯一的一座国家级历史文化名城。热贡艺术是我国藏传佛教艺术的重要流派，主要包括唐卡、堆绣、雕塑、建筑彩画、图案、酥油花等多种艺术形式。

还记得初入同仁，蓝天、绿水，满目翠绿，这让人仿佛置身于江南的美丽，真的很难和印象中的西部联系起来。行走在青山绿水之间，对比前日戈壁雪山，真



让人赞叹造物之神工。一路上，岩壁上的菩萨、神秘的崖画，天地之间就仿佛是一座硕大而独特的美术学院，宁静的艺术氛围，精美绝伦的藏画艺术，空气中处处弥漫着艺术的气息。

同仁地区寺院众多，而这些寺庙大多就建在当地村子里。每个村子所有人都有男人在寺中当喇嘛，少则一人，多则几人。各寺院几乎成了培养当地藏族子弟绘画、雕塑的艺术学校。各家的男孩从很小便进入寺院，一边学习藏文、藏经，一边练习绘画和雕塑技术。久而久之，五屯等几个村子便成为“人人会作画雕塑，家家以艺术为业”的名副其实的画乡。

因为女儿的降生，我的博卡拉 TREKKING 被搁置了，至今我仍保留着当时预订的机票，那是一份遗憾，也同样是一份收获的见证。每次心情不好时，我都会特别地憧憬甘南之行，在那里能看到毫无杂质的纯洁和虔诚。时常也会在上海的林荫道下，恍然如置身于国度之外，此刻最能体会“身未动，心已远”的境界。

其实，我们每天都在不停地忙碌，忙着工作，忙着学习，忙着陪伴家人。人生，就像一场旅行，不在乎旅途的终点，在乎的是沿途的风景和看风景的心情。●

(作者单位：上海朝华律师事务所)



随笔

●文/马建军

栏目组稿人:计时俊 jllawyer@sina.com

鸟人旅行记



一早就被鸟叫吵醒。起床走到院子里，只见天上成群成群的鸚鵡在飞来飞去，景象颇为壮观。

昨天，我骑着摩托车一口气开了 830 多公里，傍晚在 Elliott 唯一的一家汽车旅馆住宿。从这里到达尔文只有 300 多公里，离胜利只有一步之遥了。但我今天的计划是先从 Pine Creek 绕道去卡卡杜国家公园，在那里逛它个三天。

国家公园内穿行——我竟成了小鸟“杀手”

喝完咖啡便开车上路。Elliott 似乎是一条地理分界线，从这里开始，路边不再是半荒漠地貌，而代之以越来越茂盛的丛林。空气清新如水，一如我的心情。

北领地境内的斯图尔特公路上车辆稀少，往往开两三个小时都不见人烟，因此我在开车时常常容易陷入遐想。忽然一群鸟直直地朝我飞来，其中一只撞在我的左腿上。我急忙看反光镜，但在路面上没有看到它的尸体，我松了一口气。过了没多久，又听到“蓬”的一声，一只鸟撞上了我车把上的 GPS 支架，然后又不见了。这次我看清了，

这是一只鸽子大小的鸟，胸口是绯色的，但翅膀和尾翼都是黑色的。我还没有定下神来，忽然肚子上又被重重地撞了一下，低头一看，一只灰白色的小鸟从我身上翻滚下来，恰好掉在了我的两腿中间，蜷缩在那里一动不动，我不知道那只鸟是否还活着，尽管当时我的时速是 120 公里，但我希望我的衣服能减轻撞击的力量。我将车慢慢地靠边停下来，然后小心翼翼地捧起小鸟，它已经死了。

重新上路，心情已经大不如之前。自 5 月 1 日从墨尔本出发以来，我每天都看到许多动物被车撞死，小到袋鼠，大到野骆驼。可见，人类活动造成了动物的不安全环境，同时人类为了自己的安全宁愿牺牲动物的安全，澳大利亚的这种现象令我一路上深感困扰，但如今我也变成了杀手，这真让我无言以对。

公路列车驶过身旁——我上演了公路“飞车”

大约 9 点多，我看到前面公路上有车的影子，接近后，看清那是两辆卡车在前面和我同方向行驶，其中后面那辆是一辆公路列车。两车的时速大约在 110 公里左右。于是我就降低速度跟在它们后面。澳大利亚内陆的公路列车是这个国家的独特景观，它由一个巨大马力的车头拖着三到四节油罐或

集装箱挂车组成，长度可以达到 50 余米。我跟在它后面时，它

的长长的紊流强烈地扰动我的车身，使我不得不努力控制着把手，和那些看不见的气浪抗争，因此我设法尽快超越这些巨无霸。

跟了大约 5 分钟后，前面出现了直道，对面没有来车，又过了一会儿，前方的公路列车看上去行驶正常，于是我就打开右跳灯开始加速，当我的车速提高到 120 多公里时，我的车已经超越了公路列车的三分之一，正在这时，情况突然发生变化，公路列车开始超前面那辆卡车了。它没有打开右跳灯，但车头却忽然向右，转到了我的超车道上，接着它的挂车也随之向右甩来，使我的车道迅速变窄，我急忙刹车，但公路列车的挂车太长，我眼看着巨大的车身如同一堵墙倒下来一样向我压来，电光石火之间，我向右一拐，将车驶下了公路。路边是灌木和草丛，我的车把一阵剧烈摇晃，紧接着人车一起向前飞去。我只记得我在草地上不停地翻滚，摩托车则在天上不停翻滚，我就像在看我自己的电影一样，一段好长好长的慢镜头。

一切平息后，周围一片寂静，鸟也不叫了，空气好像也凝固了。奇怪的是，我的心情出奇地平静。我爬在地上，首先想到的是脖子，还不错，脖子能转。接着慢慢站起来，好像身体的其它部分也还可以。我走到公路上，那辆公路列车和卡车早就无影无踪了。我忽然觉得天很热，想脱外套，但伸手去拉拉链时才发现，左手一点力气都没有，我想去抬摩托车，但就像蚍蜉撼树一样，纹丝不动，我只好找了一个地方坐下来，同时脑子里像看电视录像一样，不停地回放刚才的经过，这时候，我的左脚和左胸像针扎一样开始疼起来了。许久，我听到有车的声音，接着，一辆房车开过来，我有气无力地举起右手，车立即停



下来,一对老夫妻向我急切地跑来。

公路“飞车”续集——我感受到澳洲人的热情

在澳大利亚内陆旅行,有一点绝对可以确定。当你遇到困难时,一定会有人来帮助你。那个老头问我人怎么样。我说没问题,他问我需要什么帮助。我说我的摩托车正在漏机油,你能否帮我把它扶起来。他立即上前将摩托车抬起来推到公路上,然后和我一起检查车况。哇塞,真是惨不忍睹,半个小时以前这车还是我的爱座,现在能掉的都掉了,能碎的都碎了。我当初在网上订车时,租车公司向我推荐 Yamaha XT660R 或者 Suzuki DL650 Vstrom,但我坚持要更昂贵的 BMW650GS,搞的那个租车公司不得不从外地海运了一辆车到墨尔本,现在让我怎么还给他们?我伸手启动,嗯,居然打着了,再试着挂挡,也挂得上。好兆头。

这时候又来了两三辆车,大家纷纷下车过来询问事故经过,还有人要帮我叫救护车,我连声感谢,但坚持说我没问题,车也能开,我会开到前面的小镇再说。最早帮我的老头表示赞同,并说让我开的慢点,他会跟在我后面以防万一。我赶紧装出一副没事的样子,忍痛爬上那辆破破烂烂的车子,歪歪扭扭地开走了。

我的车到处都在叮叮咣咣地响,两个把手都扭了,变成一前一后,一高一低,但不影响驾驶,反光镜断了,方向灯掉了,几个仪表都不再工作了,但发动机的声音似乎还算正常。脚刹和手刹都有反应。于是我慢慢地加速,车子越来越快。我的左腕、左脚踝和左肋都在剧烈地疼痛,但与此同时,我的信心也在逐渐增加,十分钟后,我就将后面跟着保驾的车子给甩掉了。中午时分,一口气行驶了两百多公里后,我到达了北领地小镇凯瑟琳,并直接去了当地医院。

凯瑟琳医院奇遇——“你真的 是被鸟撞伤的吗?”

凯瑟琳医院是一家公立医院,不大,但很干净,急诊室里看病的人不多,主要都是一些土著人。挂号台的值班护士是一个女孩子,一看见我就甜甜地笑,让我觉得像大暑天吃冰激凌似的舒坦。她让我填了一大堆表,然后问我看什么?我说我觉得自己手、脚和肋骨都断了,想拍 X 光检查一下。她问我怎么会造成的,我说开摩托车的时候被鸟撞翻了,她睁大两只美丽的眼睛惊叫道,“哇,好酷啊!”我哭笑不得,同时心里对那只无辜的鸟深感歉疚。

我在候诊室一直从中午等到下午近三点,一位严肃的女医生将我召唤到她的房间,严肃地检查了不到十分钟,然后给了我两片止痛片说:“你可以走了”。我问她能否给我拍 X 光,她严肃地说:“不需要”。她的挂号费是 245 澳元。

我全身疼痛,满腔沮丧,一瘸一拐地走出急诊室,到停车场掏出钥匙发动摩托车,谁知没有任何反应,电没了,这真是雪上加霜。我不得不打电话给租车公司,让那里的人给我找凯瑟琳的修车行。不知折腾了多久,最后租车公司的经理告诉我,你还是在凯瑟琳找个旅馆住下来吧,今天太晚了,修车的师傅不肯出来。我大怒,让他把修车行的电话给我,然后直接打给他们,说我愿意付钱让他们过来加班帮我修。谁知接电话的人淡淡地回道,给钱也不干,明天早上九点他自会到凯瑟琳医院的停车场和我见面。我只好找了一家旅馆先住下,然后喝酒抚伤,直到深夜。

一夜辗转难眠,第二天起来,整个身体像被一帮恶徒仔仔细细地暴打了一顿似的,无处不疼。最严重的问题是左手,好像连拳头都握不起来,于是我犹豫,是不是到此结束算了?尽管还差 300 公里就到

终点了,但如果左手连离合器都没办法握紧,怎么换挡开车呀?好歹我也已经开了 5000 多公里了,算了吧。思来想去,最后决定还是先修车再说。

九点正,我终于见到了昨天和我打电话的那个牛人,那是一个挺精神的小伙子,上来后三下五除二,摩托车就可以启动了。然后我跟在他的车后面,慢慢地将车开到了修车行。这个车行里就师徒两人,他们检查得很仔细,然后告诉我,没问题,中午 12 点以前保证可以修好。我看着他们熟练地将我的车大卸八块,便深信这家修车行确实足够专业,于是就放心去逛了。12 点,果然,一辆焕然一新的摩托车又重新展现在我的面前。那师傅将钥匙交给我,我启动,加油门,雷鸣般的排气声顿时响彻小小的工棚,仿佛有一只狮子在傲然咆哮。我立刻和两位点石成金的小镇师徒双手握别,然后翻身上车,向着北方疾驶而去。

四天后我进入了达尔文,五天后我回到了上海。七天后医院的 X 光片显示,我的左脚有两处骨折、左腕骨裂,左胸第五根肋骨骨折,第四根肋骨扭曲,疑似骨折。

后记:

我自 5 月 1 日至 5 月 23 日骑摩托车由南至北纵穿澳大利亚,总里程为 6092 公里。在 23 天时间里,我的实际行驶天数为 17 天,平均每天的行驶里程约为 358 公里。在这段时间里,我一直觉得自己是一只快乐的鸟,在辽阔的澳洲上空飞翔。我飞过了著名的大洋路、巴罗萨谷、弗林德斯岭、艾尔湖、艾尔斯岩、国王峡谷、麦克唐纳山脉、阿纳姆地。飞过了数不清的海岸、山谷、河流、湖泊、沙漠、森林。尽管伤筋动骨,但这次旅行是如此的奇妙,以致于此此刻我的魂魄仍然还留在那片美丽的大地上四处翱翔,不愿和我一起回来。●

(作者单位:上海君合律师事务所)

■ 作品欣赏 马建军 上海君合律师事务所

旅途掠影



夕阳下小憩片刻



蓝天白云让人留恋忘返



行驶途中，我戴着的头盔被迎面撞来的飞虫弄得面目全非



修车行里的师傅将我的车大卸八块



我心里对这只被撞死的小鸟深感歉疚

沙漠遇知音——一位和我一样的鸟人



阿尔卑斯山下，青草、白云和依稀可见的积雪

摄影：孔庆德 律师