

上海市律师协会主办



SHANGHAI
LAWYER

卷首语 为维护公平正义而
共同奋斗/郑惠强

法律咖吧 刑诉法修改之际谈刑诉改革
/孙剑明 林东品 秦新承

2011
总第687期



聚 焦 · 思 辨 · 感 悟 · 互 动

人物·东方大律师 播撒法律阳光的使者——记“东方大律师”黄绮/彭念元

专题研究 当前银行金融业务的热点问题/刘大力 周 辉



聚 焦

十年又铸剑 一朝再辉煌

——首届全国公诉人与律师电视论辩大赛上海律师代表队夺冠侧记/市律协公共关系部

9月26日,“人民调解理论与实践暨专业建设”学术研讨会在上海政法学院召开。本次研讨会由上海市司法局、上海政法学院主办。上海市律师协会与上海市法学会等5家单位协办。上海市司法局局长吴军营同志主持研讨会开幕式,中共上海市委政法委书记吴志明与会并讲话。



10月11日,市律协会长盛雷鸣接待了以澳门律师公会主席华年达为团长的澳门律师公会代表团一行。参加接待的还有市律协外事委员会副主任吴坚,委员刘爱军,市律协港澳台业务研究委员会委员姚海嵩、袁克强、张翊及元玉晶等律师。



9月14日,上海市女律师联谊会举办了一次题为“5060对7080 头脑风暴”的关于婚姻法司法解释三的专题研讨会。会议特邀了华东政法大学婚姻法专家郝素洁教授出席。



但得夕阳无限好,何须惆怅近黄昏。9月29日,市律协在青松城隆重举行了重阳节敬老活动。市律协会长盛雷鸣、副会长陈乃蔚、周天平、管建军,监事长厉明,上海市司法局律管处处长马屹,市律协秘书长万恩标,律协老会长王文正与近百位老律师们共度佳节,齐聚一堂。

9月24日,“大成杯”第十三届上海律师足球联赛在静安区工人体育场开幕,此次比赛由北京市大成律师事务所分所全程赞助。来自全市200余名律师16支球队报名参加了此次比赛。市律协副会长周天平和大成所主任刘逸星主任共同为此次比赛开球。



为维护公平正义而共同奋斗

民盟中央副主席、上海市人大常委会副主任、民盟上海市委主委 郑惠强

《上海律师》杂志邀请我写一篇卷首语,我欣然应允,因为民盟与律师界渊源颇深、密不可分。上海市律师协会评选出的第一、第二届“东方大律师”中,厉明、黄绮和刘习赟律师都是民盟的优秀盟员,黄绮与厉明还分别荣任本届律师协会的副会长与监事长。他们不仅业务过硬,也注重结合专长服务社会。身为上海市政协常委的黄绮和市人大常委会的厉明、薄海豹等律师,在参政议政工作中表现可圈可点,赢得了社会赞誉。

除了这几位出色的盟员律师,上海民盟的舞台上还活跃着众多优秀律师。据初步统计,民盟上海各级组织中共有盟员律师220多名。他们立足本职岗位、积极服务社会,为法律精神的贯彻和法制普及做了大量工作,为维护社会和谐与公平正义发挥了积极作用。

民盟在律师界有着光荣的历史传统。1936年11月,沈钧儒等七名“全国各界救国联合会”成员因呼吁停止内战、一致抗日而遭到国民党政府逮捕,被誉为“救国会七君子”。其中沈钧儒、王造时、沙千里、史良四位均是律师,上海是他们的主要职业地。而沈钧儒、章乃器、李公朴、史良、沙千里都是民盟的旗帜性人物。当时,他们的入狱激起社会各界的强烈抗议和谴责。经过各种合法斗争和营救,“七君子”最终被交保释放,光荣出狱。新中国成立后,“七君子”中的这四位律师都走上了重要的工作岗位,其中沈钧儒、史良曾任民盟中央主席,还分别担任第一任最高人民法院院长和第一任司法部长,都为国家的司法进步殚精竭虑,也为盟盟工作鞠躬尽瘁。前辈们尽心尽力为民族独立、国家富强和社会公平正义而奋斗的精神,不仅永载史册,也激励着后来者奋勇向前。

上世纪八十年代,上海盟员韩学章、李树棠都曾担任过上海市律协会



长、副会长,盟员李国机则是新中国第一个以个人名义开办律师事务所的著名律师。这些上海律师界的杰出代表,是上海盟员的荣誉骄傲。

民盟是中国共产党领导的爱国统一战线的重要组成部分,是与中国共产党通力合作的参政党。中国共产党的十七大报告明确提出,“实现社会公平正义是中国共产党人的一贯主张,是发展中国特色社会主义的重大任务。”中国共产党的性质和宗旨决定了它自成立之日起就把实现社会公平正义作为革命、改革和建设的价值取向。作为接受中国共产党领导的民主党派,民盟也始终以实现和维护社会公平正义为自己的奋斗目标之一。

实现和维护社会公平正义则更是律师的天职。联合国《关于律师作用的基本原则》中指出,律师有一个重要的作用就是“向一切需要他们的人提供法律服务以及和政府和其他机构合作进一步推进正义和公共利益的目标”。这很好地诠释了律师执业的理想目标与现实作用。

实现和维护社会公平正义,作为参政党的民盟是通过“参政议政”的方式

实现的,而律师则是通过具体的执业行为实现的。《律师法》规定了律师“三个维护”的职责,即“律师应当维护当事人的合法权益,维护法律正确实施,维护社会公平和正义。”我理解其含义是,律师通过其执业行为,通过代理具体个案,将“纸上的法”转为“现实的法”,进而实现全社会的共同的公平和正义。正如德国著名法学家耶林所说,“为权利而奋斗就是为法律而奋斗。”而“为法律而奋斗”,其实就是为了法的最高价值和精神——公平正义而奋斗。

事实上,越来越多的优秀律师在做好本职工作的同时,也越来越多地通过参政议政来推动社会公平正义。对于社会的变迁,律师出于职业的敏锐往往最能感受。他们深入接触各个阶层,广泛倾听人民群众诉求,深刻了解各种变化,在解决矛盾纠纷、维护社会公平方面有着独到的专业思考和判断,起到了无法取代的协调平衡作用。

近年来,上海民盟愈发注重发挥律师得天独厚的职业优势。民盟市委司法委员会、青年律师联谊会等载体成为盟员律师展现才华的舞台和沟通交流的桥梁,为他们投身参政议政提供了重要平台,而其法律专长使民盟的建言献策更具专业性和可行性。盟员律师们以饱满的政治热情撰写社情民意、参加课题调研、提供义务咨询,为民盟参政议政做出了成绩、赢得了声誉。

当前,中国特色社会主义法律体系已经形成,这是我国民主法制建设进程中的又一座丰碑,也标志着我国全面实施依法治国基本方略进入了一个新阶段。无论是民盟还是律协,都将在更广阔的天地里大有作为。让我们在中国共产党的领导下,结合中国的国情实际,发挥自身特长、勇于承担责任,为进一步推动我国政治文明和司法民主建设,为进一步维护社会公平正义而作出自己的贡献。



上海律师

2011 11

总第 689 期

目录

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

卷首语

1 为维护公平正义而共同奋斗 / 郑惠强

本刊关注

聚焦 4 十年又铸剑 一朝再辉煌

——首届全国公诉人与律师电视论辩大赛上海律师代表队夺冠侧记 / 市律协公共关系部

9 精彩仍在继续

——写在上海律师全国论辩赛夺冠之际 / 龚 琯

10 律师大练兵 好戏已开场

——2011 上海律师辩论大赛拉开帷幕 / 王凤梅 周柏伊

党旗飘飘 12 党建引领树品牌 创新文化促发展

/ 上海段和段律师事务所党支部

人物·东方大律师

14 播撒法律阳光的使者

——记“东方大律师”黄绮 / 彭念元

人物·优秀青年律师

17 一辈子追求的,就是找到自己 / 商建刚

《上海律师》杂志(月刊)

主 办:上海市律师协会
编 辑:《上海律师》编辑部

编辑委员会主任:盛雷鸣

副 主 任:陈乃蔚 邵曙范 黄 绮 钱翎樑
周天平 管建军 厉 明 万恩标

委 员:(排名不分先后)

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

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

本刊特约撰稿人:

王俊民 汤啸天 陈 默
李颂联 王凤梅 彭念元
游 伟

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)



孤岛不孤 摄影:周健 律师



9月28日,市政协副主席,民革市委主委高小玫,市政协副秘书长张丽,民革上海市委副主委、秘书长李世耀等一行二十余人来到市律协进行专题调研。

法律咖吧

21 刑诉法修改之际谈刑诉改革

/ 孙剑明 林东品 秦新承

区县特写

26 构筑大平台服务区域经济和社会发展

/ 长宁区律工委

律所建设

30 用专业和品牌树劳动法律服务之标杆

——上海蓝白律师事务所的专业发展之路
/ 上海蓝白律师事务所

警示台

33 律师函言词不当 事务所赔礼道歉 / 季 闯

45 非金融机构支付业务的监管体系及原则

探讨 / 欧阳军 祁满 张武勇

48 从债权安全的角度看房地产在建工程追加抵押登记相关问题及建议 / 朱 蕾 季 伟

52 外资银行结构性存款质押的法律问题研究 / 谢向阳 郑霄潇

55 关于以保税货物担保融资的法律分析

/ 赵韩华

法眼法语

我的败诉

34 从一起败诉案件谈法官的“自由心证”

/ 连晏杰

执业心语

36 国税局在退税事务中不同的法律地位 / 姚重华

时 评

38 福利与负担

——为月饼缴税的思考 / 叶金荣

新法速递

39 《律师业务资料》目录 2011 年第 10 期

专题研究

40 当前银行金融业务的热点问题

/ 刘大力 周 辉

人文万象

乐 · Life

57 吃在中国

——中国八大菜系略说 / 陆 臻

爱心奉献

58 裘索:做慈善,只因我也是母亲 / 严姗姗

他山之石

60 权利高于上帝?

——美国联邦最高法院在恩格尔诉瓦伊塔尔案中的艰难选择 / 许建添 张长越

微 · Talk

62 鹅卵石与回音壁

随 笔

63 我的珠峰情缘 / 江 宪



聚焦 ● 文 / 市律协公共关系部

十年又铸剑 一朝再辉煌

——首届全国公诉人与律师电视论辩大赛
上海律师代表队夺冠侧记

本刊关注



历史的意义,常常在回味与对照中更为深刻地显现。

十年之前,2001年,上海律师代表队赴京参加首届全国律师电视辩论大赛即获冠军殊荣,载誉而归。

十年之后,2011年,在刚刚落下帷幕的首届全国公訴人与律师电视辩论大赛上,新一代的上海律师代表队又将冠军奖杯囊入怀中。

十年间,在两项中央电视台播出的全国法律界极具影响力的专业辩论大赛上,两代上海律师传承着海派律师精致优雅的精神理念,全力以赴,不辱使命,不负众望,紧紧围绕上海司法行政工作和上海律师工作走在全国前列的总体目标,取得了与上海律师业发展地位相映衬的好成绩。

这里,不再展开描述比赛时的情景,读者尽可通过中央电视台的录像去领略上海律师队的风采。

作为上海律师队工作组的成员,笔者将向您悉数新一代上海律师代表队再创辉煌夺冠征途中鲜为人知的幕后故事。

历史不会简单地重复,但总有惊人的相似,因为精神可以传承。

一、组队:海纳百川 薪火相传

在短时间内训练一支高水平的辩论队,组队至关重要。获悉我市成为电视辩论大赛12支参赛队伍之一后,在市司法局领导的关心指导下,市律协由盛雷鸣会长、万恩标秘书长亲自出马,在短短的不到1个月期间,紧锣密鼓地召集了四次筹备会议,抽丝剥茧,层层推进参赛工作,确立了教练顾问组、参赛队员组以及后勤保障组三位一体的封闭式训练组队模式,由管建军副会长全程督导本项工作,万恩标秘书长担任领队,刘小禾副秘书长以及秘书处公共关系部负责具体组织、统筹协调所

有队务工作。

(一)招贤点将——冠军团队华丽转身育新秀
谁能执掌这支新一代上海律师辩论队?

理想的人选需具备三个条件:首先是法律专家,其次要有丰富的办案经验,再次要懂得辩论。

市律协会会长会议会商的结果,眼光一致瞄准了2001年夺魁的上海律师辩论队——那支王者之师的成员,以当年冠军团队为班底,组建新一届上海律师辩论队的教练顾问工作组,这何尝不是一种薪火相传,经验传承的最佳选择?

王嵘、光韬律师,当年上海律师辩论队的“智囊双杰”;黄荣楠、周知明律师,当年大赛涌现的威力不凡、魅力无穷的“绝代双雄”,如今都是上海律师界响当当的人物,他们愿意甘冒风险,承载压力,再次出山吗?

盛雷鸣会长、万恩标秘书长求贤若渴,坦诚相待,与四位律师逐一恳谈,耐心听取意见。

诚然,投入辩论赛指导训练工作会占用大量的时间与精力,影响日常的律师办理业务及收入那是必然的。而且,王嵘与光韬律师现均为上海汉商律师事务所合伙人,两人共同参与本次辩论大赛教练指导工作,律所的管理怎么办?黄荣楠、周知明律师的子女尚小,全身心扑到辩论赛,家庭责任怎么办?

面对种种的困难,四位律师毅然决然地选择了十年之后再次聚首,肩负起全新的辩论赛教练顾问工作的重担,肩负起上海律师乃至整个中国律师界的形象和声誉,他们选择暂时“放下”一些东西,而这种“放下”恰恰是需要胸怀的。正如《韩非子》所言:“顾小利则大利之残”。抓住重点,才能突破难点;舍次保主,方可事成功奏。

市司法局以及市律协领导慧眼识珠,招贤点将,聘请黄荣楠律师任上海律师辩论队总教练;王嵘、光韬、周知明律师任顾问兼教练。同时辅佐以上海辩论界权威之一复旦大学蒋昌建教授任首席顾问,又鉴于本次大赛是

刑事案例的辩论赛,故聘市律协刑事法律研究委员会主任林东品律师任顾问。

(二) 海选纳才——小荷才露尖尖角展新颜

谁能入选这支新一代上海律师辩论队?

理想的人选需具备六大条件:第一、法学功底深厚;第二、知识面广博;第三、表达能力强;第四、富有团队协作精神;第五、形象气质俱佳;第六、具有一定的辩论赛经验以及可以参加长时间封闭式集训的自我协调能力。

为选派最佳阵容参赛,市律协通过东方律师网、各区县律师工作委员会等多渠道广撒英雄帖,诚招思辩之才,在全体上海律师中间开展了一场公开的,开放式的选拔活动。

市律协在半个月时间之内开展了三轮不同形式的选拔工作,筹备工作时间之紧、难度之巨、要求之高也是可以想见的:

第一轮——“一对一”攻辩对抗赛,通过报名律师两两之间的PK,选拔出12名律师进入第二轮比赛。

第二轮——团队对抗赛,第一轮入选的12名律师分为4组,每组由3名律师组成,进行两场团队比赛,选拔出7名律师进入封闭式集训,参加第三轮比赛。

第三轮——模拟对抗赛,入选的7名律师在2周的封闭式集训之后,与上海公诉人辩论队进行了2场模拟对抗赛,最终教练顾问组根据队伍的整体风格,权衡、斟酌,再权衡,又斟酌,期间不可避免地有忍痛割爱,最终艰难地确定了代表上海律师辩论队参赛队员名单:君合律师事务所上海分所的刘一律师、上海中建中汇律师事务所的孙潇洁律师、上海汉商律师事务所周乐多律师以及国浩律师集团(上海)律师事务所余家恺律师。他们中,年龄最大者为32岁,年纪最轻者为27岁,平均年龄不到30岁;他们的履历表上无一例外都有曾经参加过各类辩论比赛的骄人战绩。

二、训练:居安思危 众志成城

(一) 他们不仅仅准备了8分钟

翻船大都在“平流无石处”,新组建的上海律师辩论队工作组深谙此道理。因此,绝不沉浸在曾经的辉煌中,而是始终抱着居安思危,如履薄冰的心态,兢兢业业地对待每天的训练工作。

有道是:台上一分钟,台下十年功。本次辩论大赛,每个队的辩词总共只有8分钟的时间。为了这8分钟,上海4位选手不仅仅是进行了一个半月的封闭式训练,而是将多年累积的知识储备全面迸发。套用训练中一位队员的口头禅:“燃烧吧,我的小宇宙!”

封闭式训练每天都遵循严格的作息制度,从早上8点到晚上10时止,都作了程序式的安排,其中包括专家讲课、技巧训练、剖析辩题、模拟比赛、赛后分析等等。还有天天坚持的餐后散步,因为辩论赛实在是一场脑力与体力并举的竞技大赛。

封闭式训练每周均有明确的训练目标:在七周时间内,需消化与四道辩题案例有关的一摞专业知识材料,完成不低于万字的书摘笔记;认真听取专家讲课;根据讲课笔记,队员均需开动脑筋剖题,拟出相应预案,教练顾问组将剖题的观点进行分析、整合,再分析、又整合,明确逻辑和理论底线,组成辩词,由辩词构建起一个个攻防战场和与之匹配的炮弹素材。

最终,一纸辩题变成了三张薄薄的卡片,早已内化在4位选手的脑海里,因为期间浸透了太多他们的心血和汗水,默契配合的团队精神也融入到骨子里。

(二) 他们不仅仅是4个人在战斗

是领导 更亲如长辈

市司法局副局长、市律协党委书记刘忠定代表市司法局吴军营局长在内的主要领导,多次赴培训基地亲切慰问队员,关心队员的衣食起居。市律协会长盛雷鸣、副会长管建军、秘书长万恩标、副秘书长刘小禾等多次看望队员,着力解决集训中遇到的实际困难。市律协会长会议还就本次大赛举行专题会议,明确要求:保障资金投入,提供物力支撑;广请专家外脑,提供智力支持。参赛选手所在律师事务所、区司法局均给予了全力地支持和配合。

正是这些领导的高度重视和大力支持,为辩论队鼓舞了斗志、打消了顾虑,为队伍赢得佳绩提供了重要的保证。

是专家 更宛若师长

受邀请赴培训基地的顾问专家不下20人次:首席顾问乃是复旦大学蒋昌建,他的严谨与思辨,提供了队员们参与专业辩论赛所必须具备的清晰头脑。此外,还



有华东政法大学教授张弛、何萍,复旦大学教授陈浩然,上海大学教授顾骏,上海政法学院教授阎立,上海市人民检察院研究室主任陶建平,东方卫视知名主持人骆新,首届东方大律师翟建、陶武平、鲍培伦律师等等。这些名家大师从不同的视角,不同的专业领域,各显神通,竭尽所能,全身心地给选手们讲课、破题、出谋划策。

正是这些专家的鼎力支撑,各展所长,为辩论队选手们拓展了知识的眼界,丰富了才华的底蕴,不仅梳理了众多关键的知识点,增加了有说服力的依据,更使队员们获得了良好的心理支持。

是教练 更胜似兄长

黄荣楠律师作为总教练,负责辩论赛的整体策略、战场组织以及具体训练计划的制定。他是一个严格但又不乏温情的教练;训练过程中,他雷厉风行,对每个训练细节都极尽苛求之能事,对每个队员的不足之处均毫不留情地严厉批评;训练结束后,他更像队员们的大哥,对每个生活细节都体察入微,和颜悦色有魅力,最是那雄辩与谦和的交融。

周知明律师负责一辩、三辩辩词的确定以及讲演技巧的训练。他是一个从容淡定又不乏风趣幽默的教练;训练中,他传递给队员们的理念是讲演的最高境界在于自然,他浑然天成的嗓音加之动情的朗诵,常常使队员们由衷地感受到中国语言文化的魅力,不断激发起自觉练习的积极性;生活中,他的歌声、他的笑话、他精彩的模仿常常使人觉得“辩论队的天是晴朗的天”。

王嵘律师与林东品律师负责设定辩论赛辩题的刑法具体理论、刑法立场。光韬律师负责专家名单库的确认以及媒体外联工作。他们不仅为队员们输送着专业的知识,更传递着一种信心和精神支撑。

正是这支教练团队所采取的科学管理方法——训练中注重精力和体力的调节,注重情绪的疏导和信心的提升;正是这支教练团队的无私奉献精神,无缝衔接的合作理念,磨砺出新一代的冠军之师。

是对手 更密如战友

得益于市司法局和市检察院领导的大力支持,本次上海律师队的封闭式集训有近一个月的时间是与共同赴京参赛的上海公诉人辩论队一起驻扎在旗忠村上海检察官培训中心,学习、生活、辩论演练。两队的队员从相识、相知、到相互鼓励,齐头并进,通过律师与检察官不同职业思维的交流碰撞,进一步厘清法理、破解案例,提高辩论的应变与实战能力,同时也进一步深化推进了律检良性互动机制的发展。

关注台上四位辩手的精彩表现时,我们也不该忘记陪练队员的辛苦以及所在事务所对律协工作的大力支持。在一个半月的备战中,他们牺牲了大量的时间及精力,远赴偏远的培训中心,经常为一道辩题不厌其烦,反复陪练,帮



助辩论队及时发现问题,完善方案。让我们记住并由衷地向他们致意:孙彬彬(汉商所)、金文珏(金茂所)、张承飏(欧申所)、马赛(汉商所)、毕玥(秋实所)、王峰(翟建所)、张穆(新文汇所)、阎艳(博和所)。

正是这些真性情的对手朋友,责尽心安,不计功利地付出,才造就了又一支强大的上海律师辩论队。

三、参赛:注重细节 续写荣光

(一) 灰西装与黄衬衫

选手赴京比赛穿什么颜色服装,教练顾问组费尽思量。在常人眼里,深色西服配白衬衫,是律师出庭或社交场合的最佳通行装。而光韬教练却别出心裁地建议选择浅绿色与嫩黄色两款衬衫配以藏青色西服,灯光照射的舞台效果一定相当出彩。

然而就在服装颜色确认后的第二天,我们收到了中央电视台节目组发给每个参赛队的录制现场舞美图的邮件,律师参赛队所处位置的灯光背景板颜色恰为蓝色。那天是个大雨滂沱的星期六,黄荣楠总教练按惯例在律协辅导队员,听闻此消息后,他担心蓝色背景板会降低藏青色西服的视觉效果,于是他立刻调整训练计划,安排队员与陪练队进行模拟对抗赛。他本人立即将负责本次服装的设计师招至律协,比对着电脑邮件的背景板色彩,重新挑选服装颜色以及面料;黄律师甚至动用了他在上海媒体界的好人缘,逐一打电话将他的好朋友在周末的早上唤醒咨询;还架起了与远在外地出差的光韬律师之间的照片邮件联系以及热线电话;同时,我们上网搜索,研究了中央电视台类似背景板下节目主持人的服装颜色。最终,确定了浅灰色面料西服搭配浅绿色与嫩黄色两款衬

衫。这个纠结的过程历时近3个小时。

半决赛上,上海律师参赛队身着的浅灰色与浅绿色的服装搭配已让各队耳目一新,评委眼前一亮,精致优雅的风格展现得淋漓尽致;决赛上,队员们着嫩黄色衬衫配浅灰色西装闪亮登场,舞台灯光映照下,已王者气十足;更为耀眼的是他们精彩、流畅的辩词表现,自信、默契的攻守配合。我们是冠军。

(二) 花好月圆与美梦成真

出征北京的日子是中秋节,无暇与家人团聚,虽然知道已亏欠他们太多;无暇享受难得的小长假,虽然已经累得疲惫不知倦。但是无论是队员、教练还是身为工作人员的我们,内心都是满盈盈的,因为我们是在为上海律师的荣耀而战,肩负着上海司法行政工作和上海律师工作走在全国前列的重任。

上场的战鼓终于擂响了,半决赛的对手是广东公诉人队、决赛的对阵方是北京公诉人队,这两支队伍是去年底刚刚落下帷幕的首届全国检察机关优秀公诉人电视论辩大赛冠、亚军队伍,上海律师队一路过关斩将,最终以团体总分第一名的好成绩,为上海律师赢得了荣誉。我们是冠军!

我们深知:夺冠的那一刻已经永远定格在2011年9月17日的夜晚,成功只是上海律师业发展的一小步,我们要保持的是上海律师辩论队代代相传的那么一股劲,那么一股披荆斩棘、一往无前的拼劲;那么一股不屈不挠、愈挫愈勇的韧劲;那么一股居安思危、续写荣光的心劲。这股劲,将沉淀为所有上海律师的精神底色,珍藏在上海律师业发展的精神记忆中,不断推动上海律师业又好又快发展。●

(撰稿 陶丽萍 仲峥 实习生孟红霞)



聚焦

●文 / 龚 瑄

精彩仍在继续

——写在上海律师全国论辩赛夺冠之际



首届全国公诉人与律师电视论辩大赛已硝烟散尽,然这篇侧记又让我们回味了赛场内外的精彩幕后故事,体会到了夺冠背后的艰辛和不易。

我们不得不用两个词多说几句,第一个关键词是“不遗余力”,形容参与本次上海律师辩论队后勤保障工作的秘书处公共关系部工作人员——这些幕后默默无闻的人。这种“不遗余力”背后折射出的是一种态度,更是一种责任。她们的工作可能微不足道,但具体、繁琐又实在。

筹备阶段:面向全市范围的大规模海选工作,三轮不同形式的组织面试,四次筹备会议的会务工作,需要在短短一个月时间内完成,从会议议程、活动内容筹划到各种文件的起草、会议材料的准备;从会场布置、设施配套、文件印发到会场标识、席卡制作摆放等等,都要结合辩论赛的特点和要求,边学习,边研究,作精心的安排和部署,保证时间节点和服务到位。其中多次筹备会议,由于讨论激烈胶着,会议结束时间都已至凌晨。

备战阶段:为了达到良好的训练效果,本次封闭式集训分为三个阶段,前期与后期驻扎在青浦上海政法培训中心,中间阶段在闵行的上海检察官培训中心。这就对后勤保障工作提出了更高的要求,凡更换一个训练基地,后勤人员不仅做到早计划、早安排、早准备,赴偏远的培训基地,事先落实好房间、教室以及一日三餐等,注意的细节包括:房间是否有网线、写字台;教室是否可以播放影像资料、是否有黑板、是否可以保证晚上的训练时间;饮食是否能保证营养均衡;是否有锻炼的场地等等,确保队员的入住以及训练,且需加班加点,全程陪同集训队员,不仅要在生活上照顾衣食起居,急队员所急,想队员所想,帮队员所需,为队员提供贴心细致的服务,同时要观察队员的情绪波动,助队员有效地缓解压力,而且要协助教练完成训练计划,联络协调专家讲课,及时听取专家关于训练情况的反馈意见。每天队员晚上22时训练结束后,后勤人员的工作才刚刚开始:整理每天训练情况,专家讲课笔记、撰写当天训练的新闻花絮等,所有材料信息需在第一时间发送邮件给教练组;第二天,又要一早开始督战新的一天的训练计划,周而复始,这一坚持就是一个半月。

参赛阶段:后勤工作人员9月12日中秋节一早就坐

上了奔赴北京的火车,为队员与教练组打前站。在北京整整七天的日日夜夜,倒茶送水、为深夜训练准备夜宵、赴中央电视台为彩排的队员送饭、为身体不适的队员买药等等都是常项性工作。参赛期间的训练,不仅要做好常规的计时工作,还要从观众的角度,有理有节地为队员的表现“找茬”,既要有效地指出问题,又不能影响队员的信心。半决赛、决赛期间,还要及时记录所有参赛队的分数,掌握信息动态,提前赴央视会场,寻找有利位置为队员加油鼓劲,增斗志。

第二个关键词是“不谋而合”,形容本次参赛与举办2011上海律师辩论大赛的机缘巧合背后的深思熟虑。

今年年初,新一届理事会成立后,就将举办2011上海律师辩论赛作为十项重点工作之一,7月初,市律协又收到了最高人民检察院、司法部、中央电视台主办,中华全国律师协会和中国检察官协会协办的首届全国公诉人与律师电视论辩大赛的组织参赛通知。这种“不谋而合”背后,折射出的是市律协常抓不懈、不断提升上海律师执业水平和职业素养,尤其是辩论技能的远见和智慧。

恰如上海律协盛雷鸣会长所言:“辩论大赛不仅能提升律师群体的业务水准,而且还能在全行业形成专业技能大比武、大练兵的良好氛围,引导广大律师更专注于对自身业务技能和专业水平的培养与提高。这也正是上海律协举行‘2011上海律师辩论大赛’的目的和初衷。”

2011年9月15日,上海律师辩论队出战全国赛半决赛,如愿晋级。

2011年9月15日,上海律师辩论大赛启动仪式在上海律协举行。

来自全市17个区的23个辩论队的领队进行了抽签,启动仪式上同时以抽签方式确定了参赛场次和论辩对手,市律协副会长黄绮主持抽签仪式。上海百名律师摩拳擦掌,积极备战。

2011年9月17日,上海律师辩论队在全国论辩赛决赛上喜获团体冠军,同时上海组队的辩手中,刘一律师获得最佳辩手奖,周乐多律师获最佳风采奖,孙潇喆律师获优秀风采奖。

2011年10月22日——23日,上海律师辩论赛初赛拉开帷幕,上海律师界又将涌现出一批风流人物。

精彩仍在继续……●

聚焦

●文/王凤梅 周柏伊

2011 上海律师辩论大赛拉开帷幕

律师大练兵 好戏已开场



人们常说,律师都是能言善辩的,这是执业需求,也是职业特点。因此,2011 年上海律师辩论大赛格外引人关注。2011 上海律师辩论大赛经过紧张的筹备,于 9 月 15 日正式启动。一批 80 后为主的新锐律师闪亮登场,他们用法律人的睿智来论辩当代社会热点问题,向业内外呈现一场精彩的法律思辨盛宴。

君且看,各方英杰如何飒爽英姿,侃侃而谈;如何口吐莲花,笑傲江湖!

锣鼓已经鸣响,好戏就此开场!

各区县司法局鼎力支持

本次大赛以区县对抗方式进行,来自全市 17 个区的 23 个辩论队,百名律师辩手将赴赛切磋论辩。比赛设初赛、两场复赛、半决赛、决赛 5 轮,共 24 场比赛,历时半年。初赛已于 10 月 22 日开锣。

如此规模宏大的比赛,必须需要各方的合力。此次活动得到了市司法局领导的关心指导,得到了全市各区县司法局的鼎力支持和区县律工委的积极配合。

黄浦区辩论队的领队,上海顾跃进律师事务所主任顾跃进律师介绍说,辩论赛召集令一出,黄浦区司法局和律工委都非常重视,第一时间达成共识:通过此次辩论赛,展现律师尤其是青年律师的风采,并通过这一展示,将律师行业的良好形象带给全社会。

为了更好地应战辩论赛,黄浦区司法局和律工委做了充分的准备,首先形成专门的工作小组,通过邮件形式将通知发到各个律所,鼓励律师报名,再有针对性地选择有竞争力的律师进行选拔。律工委工作小组专设秘书全程提供服务,司法局和律工委提供后勤保障。通过选拔,目前有八名队员脱颖而出,组成了一个辩论团队小队,这个小团队今后也将可能代表区里参与其他与辩论有关的活动。

跟其他区聘请资深律师作为教练不同的是,黄浦区辩论队安排了一名年轻队员金文玮作为教练。三十岁刚出头的金文玮是上海金茂律师事务所的律师,他很有辩

论经验,在大学里参加过多次辩论比赛,而且,他还是首届全国公诉人与律师电视辩论大赛的集训种子队员,虽然在最后选拔时未能晋级,但是经历过这种高强度的训练后,他显然已经拥有了更加丰富的经验。这次他与其他七名队员年龄相当,互动性非常强。担负起“教练员”的重任后,经司法局和律工委领导批准,他可以“全方位自主决定”培训计划,每次做好一个计划他就会发邮件给领队予以确认。在训练过程中,大家也不分年龄,不分角色,相互提醒。在严肃轻松的过程中一同成长。

黄浦区各律所对辩论赛也相当支持,中建中汇律师事务所无偿提供自己的办公室作为固定的训练场所,更有律所主任亲自陪同队员律师参与训练,并表示全力支持。

徐汇区司法局上上下下对此赛事也是相当重视。7 月 22 日徐汇区司法局就开了筹备会议,4 天后举行了选拔赛启动仪式,徐汇区司法局局长徐文泉也亲自参加。此后,每周五下午定期在“律师之家”举行活动,每次活动律工委领导均到场,并请教练指导,请专家进行点评。周天平、葛珊珊、黄荣楠等都参加过活动。徐汇区司法局和区律工委“两方重视、双重给力”,目前徐汇区已经组建有两个队,每个队都是四个辩手加一名候补,他们在每个岗位轮换训练,届时再根据辩手状态最终定岗。

徐汇区律工委副主任杨波律师作为徐汇区青年律师此次参赛的领队,带领队员培训非常投入,因为有局领导的支持和奖励措施,他把队员们的积极性调动得很高。辩论队需要定期训练和开会,对于忙碌的律师来说,个人业务可能都要受到一些影响。杨波说,徐汇的领导都非常重视,也不断给队员打气,此次参加辩论赛,不仅是个人能力的锻炼,更是徐汇形象的积极展示,还体现出一名律师能不能以大局为重的素质和情怀。因此,辩论赛也给了参赛律师很强的使命感。

浦东青年律师占全上海青年律师的三分之一,一直以来都有着“善辩”的优良传统,多名青年律师都曾经是各种辩论赛的优秀辩手,因此浦东律师在辩论方面可谓人才济济。辩论赛的召集令下了之后,浦东新区司法局律工委第一时间召开了相关会议,通过青年律师自愿报名和推荐的方式,选拔青年律师参与辩论赛。参加抽

签的浦东队的副领队、瀛泰锦达律师事务所主任周波说,筹备应战辩论赛后,除了每周两到三次的日常训练,浦东的三支队伍还将分别在赛前安排一周的集中培训并已经准备了系统的培训方案和计划。

经过一段时间训练和磨合,目前浦东的三支队伍逐渐稳定下来,也慢慢找到了辩论的感觉和思路。浦东为备战此次辩论赛,配备的教练均是知名的律师,分别是曹海燕、鲍培伦、陶武平,他们均有丰富的辩论教练经验。领队也是组织经验丰富的律师。辩论队成员以80后青年律师为主,很多是浦东的十大杰出青年律师和上海市的优秀青年律师。从队伍结构来看,可以说是精兵良将,经验丰富。

“通过这次辩论赛,希望让青年律师感受到,浦东律师是一个紧密的团体,有归属感,有这么多知名的,有丰富经验的律师来指导培训,对青年律师自身也有提高,给他们将来的职业道路增加一些信心。也希望浦东的青年律师通过参加此次辩论赛,充分展现浦东青年律师的风采”。浦东新区司法局领导的殷殷期望,让浦东青年律师尤其是辩论队成员倍受鼓舞。

“名嘴”手把手传帮带

上海乔文律师事务所副主任韩璐律师知道自己要担任浦东队的四辩时,不由地觉得肩膀一沉。这副担子不轻,而且她的指导教练是大名鼎鼎的陶武平律师,陶律师给她提出了很多高要求,这让她既觉得有压力,也觉得很幸运,能够得到“名嘴”的指点,对很多年轻律师来说也是一次难得的学习机会。

虽然律师经常出现在法庭上,但法庭上的辩论与单纯的辩论赛还是差别颇大。法庭上的发言需要运用法理,在最短的时间内,用最简洁的语言,把观点表达清楚,可能牵涉到一些法条适用、案情结合,相对比较枯燥,发挥余地不大。如果对方律师不接茬,几乎很难辩起来。同时,法庭也不支持使用一些文学性或有激情的语言做描述,律师必须相对保持克制、冷静,为解决问题进行实用性的辩论。而辩论赛则带有一定的艺术性和表演性,节奏快、语句短。对律师基本素质的考验可能比法庭更高。时间紧张,对发言形式、理论修养、文学功底都有很高要求,需要旁征博引,不同于法庭辩论。

辩论,是语言和智慧的游戏,对律师来讲,更是考验和训练思辨基本功的机会。思辨能力是律师业务的基石,无论是训练或是比赛,对逻辑思维的要求都很高,在训练中锻炼出来的归纳性、反应速度和灵敏性,在今后业务的开展中也很有用。很多在辩论赛中脱颖而出的辩论高手,在业务发展中,也取得了不俗的成绩。大家都已

经知晓的如陶武平、周知明、黄荣楠等律师,都曾在辩论赛中展露峥嵘。

2001,由上海市律师协会副会长朱宝麒为领队的上海律师辩论赛代表队参加中国首届全国律师电视辩论大赛大获全胜。出席辩论赛的上海律师代表队的成员是:副领队:光韬,教练员:陶武平,副教练员:王嵘。队员:余雪萍、黄荣楠、周知明、吴文青。周知明获优秀辩手奖,黄荣楠律师参加“首届全国律师电视辩论赛”,也被评为“最佳辩手”。如今他们都已上海律师界的成功典范。

从那场辩论赛受益的律师很多,至今徐汇区的领队杨波律师还是感恩那次比赛带给自己的益处至今受用不尽。当年代表河南队参赛并获得优秀辩手称号的他1982年大学毕业就从事“嘴力劳动”,一开始做老师,后来做律师,一直“耍嘴皮子”,曾自认为口才不错,参加律师辩论赛以后,发觉律师的敏捷思维与教师的理性思维存在差异,而敏捷思维的训练能够产生智慧的火花。这种思维方法一旦掌握,在律师执业过程中常常会自然流露,使他受益匪浅。

“辩论赛是一次教人重新学说话的机会。”杨波说,在辩论赛中,如何站,如何说,都是很有讲究的。站得直,气势就强;说得有韵律,人家就愿意听;至于说什么内容,那就更有讲究了。旁征博引的背后是深厚的知识积累和敏捷的逻辑思维。通过辩论训练,可以帮助人提升说话的艺术。

杨波给自己的队员制定了几个训练点。

一是“学啃苹果”。啃苹果的时候嘴巴要张大,上颚会自然提升,使口腔形成共鸣。

二是“学狗喘气”。狗喘气就是腹式呼吸,通过腹式呼吸,使发出的声音有气息支持,声音更有质感,语言更有力度。

三是“学会三到”。三到即眼到、脑到、嘴到,这也是敏捷思维训练。在辩论赛中,三到可有助于观点阐述。在快的基础上加注感情,注意抑扬顿挫,有了节奏才有力量,有了力量才有美。

组织上海律师辩论大赛的初衷是,辩论的要义在道,不在输赢。本次比赛共准备了17个辩题,紧扣社会热点问题,对于这些问题的看法可谓“仁者见仁智者见智”,要通过论辩,批驳假的、恶的、丑的,维护真的、善的、美的东西。大赛组委会希望各辩论队了解辩论的内涵,体会辩论的快乐。

毫无疑问,本次辩论赛将是上海律师届的一场文化盛会,也是加强各区县律师间交流的好时机。组委会希望律师辩手们通过比赛切磋技艺,增进友谊,加强交流,共同提升,向业内外呈现一场精彩的法律思辨盛宴。

让我们继续拭目以待! ●

党旗飘飘 ●文 / 上海段和段律师事务所党支部

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

党建引领树品牌 创新文化促发展



段和段律师事务所成立于1992年底,获得了司法部和国家教委等部门的特批,是中国留学生回国投资创办的一家律所,现在中国上海、北京和香港、美国西雅图设有办事机构。事务所发展至今拥有律师及助理、行政人员70余人,不少律师具有欧美留学背景。创始合伙人段祺华律师是上海律师界唯一的全国政协委员,上海市首届“东方大律师”。段和段所在发展过程中始终贯穿党建工作的引领作用,坚持“两手抓”:一手抓业务、一手抓党建;实现“两促进”:以党建促所建、以所建强党建;注重“创品牌”:创段和段优秀律所品牌。

一、注重“三个结合”,在工作理念上把党建工作与律所业务发展品牌建设统一

(一)把党建同律师事业发展结合起来。党的建设与律所整体和律师个人发展是统一的,本所党支部在开展党建工作的同时积极寻求党建与律师事业发展的契合点。一方面,发挥党组织的政治监督作用和凝聚力,创造积极向上的发展氛围,激活全所的工作活力,以党建促所建;另一方面,发挥党员律师的先锋模范作用,树立党员律师的形象。党支部着重对党员律师的政治思想、职业道德、执业纪律等的教育,以提供优质服务,促进队伍、业务健康发展为己任。并积极发展培养青年党员律师,做到管理靠制度、监督靠机制、律师靠自律,保证党建与所建的“两促进”。

(二)把党建同律师文化建设结合起来。本所律师汇集海内外精英,不同的生活和文化背景下汇聚着多元化的思想和文化,党支部在开展活动的同时注重多种文化的碰撞和交流,从加强律所文化建设入手,倡导先进文化,强化治所准则。本所网站上专门设立“律师论坛”栏目,供律师们交流学习;定期组织经验交流会,由资深律师为年轻律师教授办案经验、分享办案心得,创造良好的团队氛围;开展多种形式的文化、娱乐、体育活动,

陶冶律师情操,培育积极向上的律师团队精神。

(三)把抓党建工作与服务律师和党员结合起来。律师事务所本身就是服务性行业,律所的党支部也坚持“服务”宗旨,在抓党建工作的同时不忘服务律师和党员。聆听政策传达,学习重要文件是每个党员乃至所内每个同志的基本功课,许多重大的讲话、文件、通知会以不同的形式出现在各种媒体上,支部委员进行有序收集整理,放于阅览室供大家浏览,或作为传阅件供大家学习,最后以专门形式进行归档,便于今后的查阅。为便于律师和党员了解时事动向,本所党支部还在支部书记的带动下,每月将近期有关时事政治的相关信息分类整理并形成书面材料,供律师和党员参阅。

二、深化“三个着眼”,注重工作实效,推动律所党建上新台阶

(一)着眼于落实主体地位,壮大党员力量,大力加强基本队伍建设。通过开展党建工作加强律师队伍建设,发挥律师行业党建的优势,特别是党员律师的素质优势、律师工作的政治优势、律师行业的社会优势。段和段目前有党员16名,正在发展的积极分子有2名,不少党员律师是合伙人,作为整个律所业务发展的骨干力量,带动全所的整体发展。重点吸收优秀党员律师加入到本所团队中来是本所一贯坚持的长期人才储备战略。

(二)着眼于开展工作有场所、发挥作用有平台,大力加强基本阵地建设。本所党建工作得到主任及其他合伙人的大力支持。所内设立专门的党员活动室,并配备必要设施,如多媒体等,供党支部定期和不定期开展学习、讨论活动,极大地调动了广大党员律师参与党组织活动的积极性,也使党支部得以充分发挥组织引导作用。

党员活动阵地建好后,管好用好是关键。本所党支部不断加强党员活动阵地管理工作,并制定切合实际、行之有效的管理制度,明确专人管理,实行制度上墙。用严格的制度、严格的纪律和符合律师工作特性的方法保证党支部的组织制度、生活制度、监督制度和工作制度得到落实。定期开展“每月一评”,把接受党员和律师的评议作为检验支部工作成效的重要途径,形成律师事务所党的建设的长效机制,使党支部的工作走上规范化、系统化、制度化的轨道。

(三)着眼于广大党员能够经常接受教育、发挥应有作用,大力加强基本活动建设。定期组织党员进行政治学习,有针对性地开展理想、操守教育,教育党员律师



努力发挥先锋模范作用,牢固树立敬业为民、诚实守信、热心公益、奉献社会的良好形象,始终保持共产党员的先进性和纯洁性。在过去的一年中,段和段律师事务所的党员们系统学习和开展了“深入学习实践科学发展观活动”以及“创先争优”活动等,获得了显著的成效。

在接受教育的同时,充分发挥党员律师作为社会法律工作者的作用。在公益活动方面,本所党员同志始终以发扬先锋模范作用为己任,在四川汶川和青海玉树地震的捐助活动、与井冈山革命老区贫困学生结对子以及为虹桥街道患病儿童献爱心活动中,充分体现了共产党员的表率作用,不仅积极主动奉献爱心,更是发动本所其他律师和行政人员捐款捐物,凝聚了事务所的战斗力。

三、探索“三个创新”,在新一轮发展中发挥党支部的引领作用

坚持可持续发展,寻找新的发展契机,段和段所正酝酿新一轮的发展,在发挥涉外优势的基础上走规模化、专业化、品牌化的发展道路。在此过程中需要不断创新,切实发挥党支部的核心价值引领作用。

(一)创新工作理念,求同存异,以社会主义核心价值观体系引领和整合多元社会意识。坚持以社会主义核心价值观体系引领思潮,牢牢把握正确的舆论导向,推进和谐律所建设,使社会主义核心价值观体系为广大律师党员所感知、所认同、所接受;践行“社会主义法治理念”,用无形的推手,统一律师的价值取向。把核心价值理念与日常工作深度融合,并用马克思主义指导思想引领和整合多元社会意识,形成马克思主义一元指导下多元社会思想求同存异、相互包容、共同发展的生动格局,最大限度地形成社会思想共识和价值认同。

(二)创新工作机制,使党建工作与律所业务发展的机制体制、目标任务等相衔接、相协调。把党的建设融入律所发展的全过程和各环节。坚持以党的理论创新成果武装党员律师的头脑,以党的理想信念、宗旨使命、目标任务凝聚党员和律师,充分发挥党的思想政治工作和组织动员能力优势,充分发挥党组织的战斗堡垒作用和党员的先锋模范作用;优化组织设置,完善体制机制,改进方式方法,使党建工作与律所业务发展的机制体制、目标任务等相衔接、相协调,不断提高律所党建工作的质量、水平和效率,促进律所各个方面的协调可持续发展。形成党建工作深入、律师个人进步与律所稳步发展的良性运行机制。

(三)创新工作形式,全方位、多渠道,以党建促业务发展。律师事务所工作的特性决定了律所党建不同于一般基层组织党建,针对律师工作繁忙、参与组织生活时间不固定的特点,本所党支部创新工作形式。一是把党建活动与业务活动相结合。在每个月全所会议结束之后召开支部会议,这样一方面保证了出席会议的人数,另一方面又节省了律师们宝贵的时间;二是考虑到律师工作的特性与繁忙,很多学习资料不能在组织生活上一一阅读、讨论,支部就采取轮流传阅和发送电子邮件的方法,使全体党员既不影响日常工作,又能及时了解和阅读到最新的学习内容,并且人人都能参与到讨论中来;三是充分发挥互联网作用,建立网上支部平台,将信息交流,组织生活、党务公开、开展活动等整合起来,实现党员与党员之间的沟通联络,党员与支部之间互动交流。在新的工作形式下,既保证了党员的思想先进性,又增强了党组织以及全所的凝聚力,增强了工作活力,带动了业务发展。●



黄 绮

上海市第二届“东方大律师”

上海市“优秀女律师”、获“韩学章奖章”

市律师协会副会长

市女律师联谊会会长

上海市政协常委、社法委副主任

市民盟第一司法系统委员会主委、市民盟法制委副主任

上海市尚伟律师事务所主任

上海市总工会法律顾问

上海法治报法律顾问

上海市杨浦区政府法律顾问

人物·东方大律师 ●文/彭念元

播撒法律阳光的使者

——记“东方大律师”黄绮





见过黄绮律师的人，都发现她有许多的“与众不同”。慈眉善目中，蕴含着亲切与友善；温文尔雅里，充盈着智慧和执着。作为上海市尚伟律师事务所主任，她兢兢业业地对待每一个当事人和每一件案子，积极为弱势群体提供法律援助，朴实的办案风格赢得了良好的公信度，以“德艺双馨”的社会声誉被上海市杨浦区政府、上海市总工会及《上海法治报》聘为法律顾问；作为法学院兼职教授，她坚持在三尺讲坛上向莘莘学子释法明理，传道授业，并致力于律师实务和法学理论的研究，出版专业书籍，著有《知识产权法实例说》、《反不正当竞争法实例说》及《未成年人权益保障百问百答》等专著；作为市政协常委，她时时刻刻关注民生和法制建设，每年都在“两会”上提出多项有关民生立法及解决民生问题的提案，向政府建言献策。

在二十余年的执业生涯中，黄绮律师始终坚持把社会责任心、律师公益心放在第一位；她曾荣获上海市优秀律师、上海市优秀女律师、上海律协“韩学章基金奖”、“著书立说二等奖”等荣誉，2011年被评为“东方大律师”。黄绮用社会实践和竭诚服务践行着她的誓言：“作为一个社会法律工作者，我愿成为播撒法律阳光的使者！”

向无助的孤儿伸出援手

2004年，一起“父子争房”案件，通过电视媒体的传播引起社会对未成年人权益保护的广泛关注。继上海电视台“社会方圆”栏目追踪报道之后，中央电视台经济频道“经济与法”栏目组也制作了专题节目播出，报道了黄绮律师连续三次提供无偿法律援助，为一个孤儿拿回住房的故事。

十三岁的少年小云饱经磨难，生活让他过早地品尝到了人世间的酸甜苦辣。年仅二岁时，父亲去世，与母亲相依为命地居住在生父生前单位分配的“福利房”里。五年后，母亲再婚；九岁时，灾难再次降临，母亲患癌症离他而去。就在母亲去世的第二天，继父就将自己的户口迁入这个16平方米的租赁小屋，并将户主变更到了自己的名下。其后，继父又有了女朋友，小云的处境每况

愈下。面对孙子的憔悴面庞和泪眼婆娑，祖父祖母焦急万分，在交涉未果之后，向法院提起变更监护权的诉讼。庭审中，继父提出将小云户口迁出小屋的条件，爷爷奶奶百般无奈之下只有委曲求全，违心地与继父达成了书面协议：小云的户口迁入祖父母处，不再享有该房屋的居住权利。法院作出了变更小云监护人为其祖父母的民事调解书。就这样，小云的房屋居住权被无情剥夺！终于获得监护权的祖父母，紧紧呵护着孙子蜗居于自己的一室户内，欣慰之余又觉愧对孩子，为小云将来的住房问题忧心忡忡。

黄绮律师获知这个情况后，毅然向无助孤儿伸出援手，为其提供法律援助。她从那份导致小云丧失居住权的“协议书”入手，作为小云的代理人向其继父提起诉讼。法庭上，黄绮引经据典，义正词严，她说，小云的继父在“协议书”中达到了放弃义务（监护主要体现为义务）而获益（得到住房）的目的，所以协议书是对原告的侵权！我国《民法通则》第18条规定：“监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产”；请求法院确认协议书中关于小云不再享有房子居住权的条款无效。通过一审、二审的激烈抗争，法院判定：该协议条款应属违反了法律强制性的规定，应宣告无效。这个十三岁的孩子终于从继父手中重新拿回他赖以生存的住房。

此后，黄绮律师更为关注青少年权益保护。她担任市律协“未成年人权益保障研究会”主任，通过到东方电台“东方大律师”栏目做节目、给市和区青保干部及教师开讲座、编写《未成年人权益保障百问百答》书籍等方式，普及未成年人权益保护法律知识；她向市政协提出“关于建立健全‘失爱青少年’福利救助体系的提案”、“关于进一步修订完善青少年保护法律法规体系的提案”、“关于开展家庭教育相关知识普及的提案”，表达增强对青少年人文关怀的意愿，力图通过完善立法为青少年的健康成长提供保障。

为手术伤残者追回应有的公正

陆先生是一个国际海员，在远洋轮上担任政委。本

来,多年在海上漂泊的他尚有两年即可退休与家人安享幸福晚年了;但因饱受多年前患带状疱疹而遗留的病痛折磨,导致他轻率地听信医生的游说,去到一家民营医院施行脊髓根部神经损毁的手术,意图通过损毁感觉神经达到不再疼痛的目的。然而,让人意想不到的,一个被医生告知仅仅用两个小时就可以完成的门诊小手术,却让他术后变成了左下肢瘫痪的四级伤残者;自行步入手术室的陆先生,术后却站不起来了!

黄绮作为陆先生的代理律师,首先谋求与医院协商赔偿事宜,努力未果后便代理提起民事诉讼。诉讼过程中,法院委托上海医学会进行医疗事故鉴定,但令人不可思议的是,鉴定结果却认为手术构成医疗事故,而医院仅承担次要责任。面对这样一个无法理解和难以接受的鉴定结果,黄绮律师开始了推翻该医学鉴定结论的努力。但是,作为医学外行的患者与医学专家的抗衡,注定了患者永远是弱者,鉴定专家拒绝出庭质证,一审法院还是以鉴定结论为依据,判决医院仅承担次要责任。作为当事人的陆先生怎么也无法接受,作为代理人的黄绮律师更是认为不应让陆先生承受这不公平的结果。于是,她坚决地代理陆先生提起上诉。二审中,黄绮律师向法院力陈医院治疗过程中病历记载不祥、手术结果告知不明以及手术仪器的使用瑕疵等等过错行为,要求重新鉴定;终于,二审法院同意向中华医学会提起重新鉴定的申请。幸运的是,中华医学会审查后决定重新鉴定,而再次鉴定的结果认定:手术构成三级医疗事故,医院承

担主要责任。二审法院据此判决医院承担 80% 的费用,因为这个手术而残疾的陆先生终于找回了些许安慰。在这个案子中,黄绮律师陪伴陆先生坚持了整整四年,不放弃,不退缩,运用法律为陆先生找回了应有的公平和正义,让不幸的陆先生感受到了社会的正义和人与人之间相互支撑的力量。

替劳务派遣工讨还公道

近年来,劳务派遣用工形式发展迅速,而由此引发的劳动纠纷则呈上升趋势,劳动者的合法权益屡屡受损。

2008 年,窦女士被派至美国一家公司担任人事经理,劳动合同和派遣协议上的服务时间均为 3 年。然而,干了不到一年,美国公司突然以“门卫记录显示一百多天没来上班”为由将她开除。为挽回名誉,窦女士持一百多天中公派出差、病假休假等证据找到派遣单位和相关部门,并试图通过仲裁、上诉等方式维权,但最后都以失败告终。一个偶然的机会,她在网上看到了政协委员黄绮律师的维权资料,就试着给黄绮写了封电子邮件,讲述自己的遭遇;令她没想到的是,当晚十一点钟就收到了回信!黄绮在信中详细分析了案情和劳务派遣的法律漏洞,并明确表示,劳务派遣中出现的问题确实对劳动者合法权益造成了损害,她已在上海“两会”上提出了相关提案,建议尽快完善劳务派遣相关法律法规,有效



维护劳务派遣工的权益。窦女士在投给市政协《联合时报》的感谢信中说：“一年多的四处奔波，相关部门的处处推诿，曾令我对社会的正义深表怀疑。黄绮委员的此番举动使我倍感温暖，也让我看到了维权的希望。”

作为市总工会法律顾问，黄绮律师常年关注劳务派遣工作。她通过大量的调查研究，连续在市政协十一届三次及四次会议上提出了关于劳务派遣的提案，她在“关于完善劳务派遣用工方式中用工单位违法退工应承担法律责任的相关规定的建议”中指出，由于劳动者只是与劳务派遣单位建立了劳动法律关系，与实际用工单位并不签订劳动合同，导致实际用工单位常常随意退回劳动者，而不用承担解除劳动合同的法律责任。“如此，劳务派遣用工方式已经成了许多用工单位作为规避法律责任的避风港，严重地损害了劳动者的合法权益。”她呼吁，应尽快研究制定劳务派遣的地方法规或规章，明确企业劳务派遣工的“三性”问题，即《劳动合同法》规定的“劳务派遣一般在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施”，使企业找不到滥用劳务派遣的借口；通过完善立法，约束用工单位违法退工行为，为劳动者提供法律保障。

黄绮律师的建议，受到市委领导的高度重视和充分肯定，参加市政协会议的市委书记俞正声在讲话中指出：上海应该率先制定并落实好规范劳务派遣用工行为的措施。

为国际大都会保留绿地

在上海徐汇区的中心地块上有一片生存了 82 年的市中心“古老”的园林苗圃，郁郁葱葱、生机勃勃的苗圃此时却正遭受着大型铲车的无情摧毁。目睹此情此景的黄绮律师深感痛心和震惊！“必须制止毁绿行为，要想办法把苗圃保存下来！”黄绮律师立即投入大量精力开展调查研究。据史料记载，该苗圃原名哥伦比亚种植园，建于 1924 年，面积达 1.5 万平方米，由当时的公共租界工部局辟建，园内花房设施齐全，是早年中外文化交流的产物，承载着上海 270 年的绿化园林历史；黄绮经过实地踏访和多方了解后发现，这是一块不能再生的园林历史区域。她查阅《上海市历史文化风貌区和优秀历史建筑保护条例》、《上海市城市规划条例》等一系列法规，地方法规对保持或者恢复其历史文化风貌以及妥善保护公共绿地、专用绿地，均有明确规定。更何况，该苗圃地处市中心西区，同附近的百年名校上海交大、历史文化风貌街新华路构成一个和谐的历史风貌区。

对苗圃历史的了解越深，黄绮保林护绿的决心越大。2007 年初，黄绮委员写成一份近五千字的提案——



《保护历史文化风貌，整体开发苗圃，反对毁绿建造商品房》，并配上现场绿地被毁前后的照片，提交市政协提案委员会。“一石激起千层浪”，《新民晚报》对该提案内容进行了整版报道，引起广泛的社会共鸣；在“两会”专题会议上，黄绮面向市委政法委刘云耕书记恳切地坦陈：“请阻止毁绿造房，救救生存了 82 年的苗圃吧！”市领导亲自过问此事，市规划局和徐汇区规划局将原该地块的建设规划进行了优化调整，决定减少建筑面积，保留 8000 平米的绿地作为公共绿地。同时明确答复该绿化部分规划性质为公共开放绿地，建成后永久无偿对公众开放；8000 平方米公共开放绿地建设后移交区绿化管理部门，从而确保绿化在使用中真正做到永久无偿对公众开放。人民政府的庄重承诺和有力措施，驱散了黄绮律师心头的阴云，恢复和重建中的集中绿地将会成为大上海市中心一块生机盎然的绿肺，成为上海市民的休憩乐园。

黄绮，播撒法律阳光的使者！她以勤勉敬业的精神服务社会公众，以“法治天下”为使命参政议政，以女性特有的温柔细腻和坚定执着关注着社会进步与发展，奉献着法律人的智慧和爱心！●



人物简介

商建刚:北京市大成律师事务所上海分所高级合伙人,上海律师协会信息网络与高新技术业务委员会主任。对信息网络、高新技术、电子商务、文化创意、信息安全产业具有深入的研究和长期的实践经验。



我经常在想,一辈子追求什么?功名利禄是过程,找到自己是目的。知道自己是不能的、是有限的,为自己的一点点进步而快乐,为自己的获得为满足,为自己的幸运而感恩。总结我自1999年起做律师的十二年,这是一个寻找自己,回归到宁静心灵空间的过程。

我曾经获得全国初中数学奥林匹克竞赛一等奖、全国高中数学竞赛一等奖。1994年,从湖北省黄冈高中保送到复旦数学系就读,不出意外的话,我自信未来可以凭借我的数学能力立足社会。在我读初中和高中时期,老师鼓吹的还是“学好数理化、走遍天下都不怕”。但是,一次车祸彻底撞醒了我,1994年我刚来上海,对交通状况和交通规则不熟悉,一辆出租车将我撞成左腿胫骨和腓骨粉碎性骨折,交警认定我是主责,对方出于人道赔付了医疗费了事。

“伤筋动骨一百天”,当我再次站起来的时候,我认为这是命运给我第二次生命的机会,我唯一的想法是做律师,我觉得社会对律师的需求远远大于对数学家的需求。还记得数学系挽留我时,提出资助我参加美国友邦-复旦精算师培训和考试。我说,我宁可做最蹩脚的律师,也不愿意做一名出色的数学家。那时,我

人物·优秀青年律师

●文/商建刚

一辈子追求的,就是找到自己

已经感觉到了法律对社会的重要意义,当今中国需要律师,需要律师完善制度。

这是我第一次从内心希望把自己和广阔的社会连接在一起,宁愿放下已有的成绩。

1999年到2004年,我在上海市中建律师事务所执业,跟随丁晓文律师从事建筑与房地产业务整整5年。我享受作为一个专业人员的乐趣,我学习听、说、读、写的基本功,追求将“最简单的做到极致”。

如果我们的法律文书让当事人哪怕修改了1个字,我们都会自责很久。还记得有一次我和老师打赌,我可以在30分钟内完成一份起诉状,包括整理证据和起草起诉状的时间。我们对文字的表述追求“信、达、雅”,法律文书必须一气呵成。5年的工作很快乐,就像练功夫,老师带到一个知识点,我要深挖一个洞,探究法律的原理。

有一天我突然感悟,法律是比较简单的数学逻辑。解一道数学题是利用已知条件,套用公式,获得最终的结果。从律师的角度看案件,法律渊源就是公式,当事人提供的证据和案件背景事实是已知条件,当事人所追求的目的就是我们要寻找的答案,是律师的工作方向。为了达到当事人所追求的目的,只要找到我们所需要的法律规定和支持我们观点的证据就行了。

然而法律和数学还有不同,数学题可以有不同的解法,但是最终答案是相同的。法律案件用不同的法律规定、引用不同的证据,其结果往往是不同的。律师如果熟稔法律规定和案例,就可以做到把输的官司打赢。

至今还记得,我们自己在评估“93定额”和“2000定额”的区别与联系,从而为选择哪个定额作为估价标准提出参考。我们为上海银行大厦办公项目、明日星城商品房项目提供全过程法律服务,主要是解决合资开发房地产的商业模式、施工企业带垫资的合法性等问题。

不断地反省自身,能更清楚地看到优点和缺点。当我把数学和法律联系起来时,我的人生从此顺畅起来。

虽然事务所的主营业务是建筑与房地产,然而我的兴趣爱好是网络法。我相信互联网将会改变我们的生活、我们的国家、我们现有的业态。而且,我的数学基础让我对互联网倍感亲切。

2001年,一个和我有着相似的网络业余写手身份的

网友请我作为他的代理律师,状告某网站在没有知会当事人的情况下随意转载了他的4篇文章帖。案件最终胜诉,法院肯定了作者享有网络著作权,我也赢得了自己执业以来第一个有较大社会影响力的案件。

在当时相关网络法律、法规尚不健全完备的实情下,这个案件更重大的意义在于:通过这次裁决,进一步确立了网络著作权侵权的法定赔偿标准为一万元,打破了我国互联网界无版权的现状。此案也因其对于网络法空白领域的重要填补作用,被《文汇报》评为上海首例个人状告网站网络著作权纠纷案。

此后,我采取蓝海战术,为网络公司提供法律服务,较有代表性的网络法律服务的重大项目有代理全国首例网络游戏私服侵犯著作权刑事案件,上海首例个人状告网站网络著作权纠纷案,全国首例个人与企业的域名纠纷案,上海首例网络图片著作权侵权纠纷案,中外企业驰名商标纠纷案,上海永乐股份有限公司反不正当竞争案等。至今,我们代理了超过50例的域名争议案件,应该是国内代理域名争议案件最多的法律服务团队。2001年8月,我注册了网络法域名 www.wangluofa.com,通过网络来宣传网络法律规则。2001年,针对“网络无版权”的观念,与人发起成立了“网络反盗稿沙龙”,宣传网络版权理念。

我的专著《网络法》于2005年出版,主要内容是记录我从1994年开始上网到2005年间,我对于中国互联网的思考以及我对于国外互联网管理的学习心得。其中内容自1999年起,在Donews、Chinabyte、中青在线、正义网的专栏中发表。

我的律师生涯的关注点逐渐从传统的房地产等行业转向了新型的网络等高科技行业,这是我有意识地分析外部环境和自己的优缺点后所做出的选择,这一选择是在判断外部发展和自身优势的基础上作出来的。

2006年到2010年,我与其他两位合伙人一起创办了上海得勤律师事务所,思考如何采取公司化运作的方法来解决法律服务。我提出“用法律来规范经营、用经营的眼光来运用法律”,从思路上解决了法律与经营之间的关系。

如果一名律师仅仅告知客户法律风险在哪里,这是

不够的。律师必须告诉客户,怎么操作是合法的。我是一个从来不说“NO”的律师,律师需要为客户“创造价值”,我“不仅追求客户对我们法律服务过程的满意,更追求客户对法律服务结果的得意”。以客户为中心的服务方式让得勤律师事务所每年保持着40%以上的业务增长率。

我们确立了立足上海、面向世界提供综合性法律服务的发展目标。我提出法律服务六要素“品牌、需求、技术标、商务标、法律服务平台和客户服务”。年轻的得勤律师事务所“得之于勤”,创业者的激情在年轻的同仁身上淋漓尽致得到体现。以专业团队为基础,以市场开拓为动力,以社会责任为己任,得勤律师事务所获得了良好的社会声誉。2007年5月18日,得勤所荣获上海市静安区2005—2006年度“文明单位”称号。2007年5月25日,上海市静安区司法局授予得勤律师事务所“2005—2006年度十佳律师事务所”称号。

2007年7月,得勤律师事务所通过参与竞标,中标成为2010上海世博会法律服务供应商之一。2007年10月,成立得勤知识产权事务所,并加大网络知识产权的维权工作。

2008年到2011年,我通过竞选就任上海律师协会信息网络与高新技术业务委员会主任。3年期间,我平均每月举办一次活动,通过法律讲座、法律培训、法律宣传来扩大同行的队伍。独木不成林,网络行业的迅猛发展对于法律服务的需求是异常旺盛的,更多律师从业人员参与到网络法律服务行业中来,有助于网络行业的规范和发展。

我理解法律服务的规律是,“今日的前沿问题就是明日的现实问题”,现在各个地方的知识产权法庭,网络知识产权纠纷案件占领50%以上,而在2001年,我办理的网络著作权纠纷案件竟然还是首例。

为了帮助同行尽快进入网络法律服务行业,我们起

草了《律师办理域名纠纷案件指引》和《律师办理网络犯罪案件指引》,在同行中引起了良好反响。2011年,我再次通过竞选连任高新委主任。非常开心的是,这一届的高新委报名委员是上一届的2倍多。法律服务群体的增多使得网络法律服务行业面临更多的机会和竞争。

把社会责任放到我人生发展的重要目标中,这是我对自已新的要求。我经常在想,人一辈子追求什么。功名利禄是过程,寻找自己是目的。知道自己是不能的、是有限的,为自己的一点点进步而快乐,为自己的获得而满足,为自己的幸运而感恩。每一个人,在找到自己的时候,都应该把自己和外在世界联系起来,只有充实了“大我”,小我才会真正满足和幸福。

2010年8月,得勤律师事务所整体并入北京市大成律师事务所上海分所,我因此成为大成所的高级合伙人。事实证明,我们加入大成是非常正确的。

大成律师事务所提出“大学制”的运作模式,上海分所分成八个部门,正如大学的院系。同时,大成的合伙人会议、常委会、监委会就像一个公司的股东会、董事会和监事会,民主地进行自治管理。大成律师事务所也是一个网络,符合“对等网”的特性,即人人是主人、决策需投票。我们沿着综合性律师事务所的发展道路,依靠各个专家律师的人力资源,大力发挥我们对于中国社会的律师作用。

我发现,在综合性的律师事务所里,唯一的生存之道就是做一名专业律师。一个没有专业特长的律师在综合性的律师事务所里将会感到非常寂寞,业务冲突也非常严重。而专业律师将在综合性律师事务所寻找到更多的合作机会、更大的展示平台。

现在,我数字化管理着自己的法律服务团队,同时为事务所的专业化发展做点微薄的工作。2010年会上,我荣获大成“热心所务突出贡献奖”。

生活的乐趣源于生活,工作的目的就是工作本身。●

信任和期望

——黄浦区多名律师当选为区人大代表、政协委员

上海市黄浦区第一届人民代表大会第一次会议及中国人民政治协商会议上海市黄浦区第一届委员会第一次会议于10月8日至11日期间举行。合并后的新黄浦区在全市率先举行区县人大代表、政协委员的换届选举工作,为“两区融合、一体发展”拉开了序幕。

律师朱平、许又村、李小华、黄震尧4人当选为黄浦区第一届人民代表大会代表,朱平律师被选为

常委会委员;律师李志强、陈红春、岳雪飞、计时俊、樊云、朱黎庭、邱晓明7人成为第一届区政协委员,李志强律师被选为常务委员。

这反映了人民群众对黄浦区法律工作者的信任和期望,将对推进黄浦区依法治区工作有积极的意义。当选的代表和委员纷纷表示,他们将牢记使命、认真履职,充分利用专业优势,为促进新的黄浦区经济社会可持续发展建诤言、献良策、立新功。

法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

刑诉法修改之际谈刑诉改革

本期主持:孙剑明 华东政法大学刑事訴訟法教研室副主任、副教授

嘉 宾:林东品 上海博和律师事务所律师

秦新承 上海市人民检察院研究室助理检察员

文字整理:陈佳良



《刑事诉讼法》修改背景



孙剑明:我国《刑事诉讼法》于1996年3月修改后,自1997年1月1日正式颁布实行。实施至今,司法实务部门、法学理论界对刑事诉讼法进一步修改的呼声较高,主要有三方面原因。其一,是我国社会发展进程的客观需要。现行《刑事诉讼法》自1997年实行以来,我国的社会已经有了很大的发展,但同时社会发展不平衡的矛盾也较为突出,由此造成的刑事犯罪现象也日趋复杂化,急需有针对性的措施和手段跟进。其次,是我国法制建设的客观需要,即国内法律体系的完善需要和国际刑事法律体系的接轨需要。比如《刑事诉讼法》与《律师法》的协调和衔接问题,就在考验我们的智慧。我们必须尽快通过修改《刑事诉讼法》来解决彼此间所存在的矛盾和问题。最后,是总结多年刑事司法经验,将相关改革成果转化为法律制度的需要。多年来,我们已经有一些比较成熟的司法改革的经验,从规范刑事诉讼活动的角度,我们需要将这些改革经验转化为规范性的法律文件,如附条件不起诉制度、人民监督员制度、普通程序简化审制度、证据制度等等。总之,《刑事诉讼法》的修改任务十分迫切。

《刑事诉讼法》与《律师法》

孙剑明:作为一位资深刑事辩护律师,林律师对我国当前《刑事诉讼法》与《律师法》的协调与衔接有何建议?

林东品:《刑事诉讼法》是一部程序法,但本质是一部人权保障法。通过法律制度的设置,对刑事诉讼程序做出规定,由此充分保障犯罪嫌疑人、被告的权利。《律师法》颁布



本期主持:孙剑明



嘉宾:秦新承



嘉宾:林东品

已有一段时间,但与现行的《刑事诉讼法》仍有较大的冲突。如何在修订过程中把现有的《律师法》的规定通过《刑事诉讼法》的形式明确下来,这是关于协调的问题。目前的《律师法》,关于被告人权利的保障、律师辩护权的规定,仍然有部分需要修改,应该将呼声比较高、理论界比较成熟的观点、意见通过法律形式制定。

这有可能涉及到两个方面,首先,是协调和配合的问题。《律师法》规定在前,是正在实施的法律,《刑事诉讼法》尚未修改,两法有冲突、有矛盾。从被告人、辩护人的权利角度来看,我认为最重要的表现在“三难”,即会见难、阅卷难、调查取证难。《律师法》做了一些相应规定,应该将这三大权利详细规定在修订后的《刑事诉讼法》中间。第一,会见权没有相应的保障。《律师法》规定,除了涉及到国家安全的案件,律师只要提供三证,无需批准,就可会见,不受监听,侦查机关不得派人到场。在实践中,实务部门对此抵触很多。例如北海案件,对律师进行安检、搜身,这些都妨碍了律师的会见权。会见权得不到保障,律师的辩护权很难得到充分的行使。此类问题急需解决。第二个问题,是阅卷难。在代理案件的过程中,特别是外地的法院,开庭之前看不到诉讼材料及卷宗材料,开庭以后甚至也看不到卷宗材料。由于无法在开庭前进行阅卷,不了解公诉机关指控被告人的相应依据,法庭的辩论很可能沦为形式。按照《律师法》的规定,所有的材料都应在庭审前向法院提供,律师可以复制、查阅,这些都需要在修订后的《刑事诉讼法》中进一步规定、细化。第三,调查取证受到非常大的限制。《律师法》的规定在自行调查取证上并无相应的保障措施,

导致刑事律师不进行相应的调查。律师的调查冒着很大的危险,所以在新的《刑事诉讼法》中间应有详细的规定,这是关于衔接的问题。

另外,《律师法》没有规定的,《刑事诉讼法》也应做一些突破性的新规定。例如律师到场权的问题,从目前的实践看,外地已经有地方进行试点,但全面铺开仍有困难。能否考虑把律师到场权的监督扩展为对整个侦查过程进行录音、录像,通过这样的方式避免刑讯逼供,也可以保障犯罪嫌疑人的权利。还有律师介入死刑复核程序的问题,目前法律也没有相关规定。既然有了这样的程序,律师作为辩护人,应当保障这样的权利。其他的规定,只要实践证明是行之有效的,都应在此次立法中予以肯定。

刑事强制措施

孙剑明:实际上刑事诉讼活动说到底就是权利主体与权力主体之间的权利义务调整的规定,是一种对抗程序。而在我国,从两者关系上来说,并非是对抗性的,如果强调权利主体对抗权力主体,不符合我国《刑事诉讼法》制订的框架结构。但是,权力主体很容易侵犯权利主体的权利,主要表现在刑事诉讼的强制性。区别于民事诉讼和行政诉讼,刑事诉讼显性的法律特征就是其强制性,主要表现在其强制措施上。但刑事强制措施在保障刑事诉讼活动顺利进行的同时,其强制性若适用不当又容易造成侵权的后果。在《刑事诉讼法》再次修改之际,两位对刑事强制措施的修改有什么好的意见和建议?

秦新承:刑事强制措施是手段性的、临时性的,对于具体案件而言,有些措施也可以是不必要的。但由于部分司法者认识上的误区或者仅从有利于办案等功利角度考虑,导致强制措施尤其是逮捕措施的过度使用,具体表现在两个方面。一是将逮捕的适用与是否可能判处徒刑挂钩。即除非明确规定不得使用或不符合刚性条件,比如未成年人初犯、偶犯,且情节轻微,一般情况下,只要可能判处徒刑以上的都提请逮捕或批准逮捕,对于刑法规定的“社会危险性”以及“逮捕必要”两个条件较少考虑甚至根本不予考虑,这就直接导致了逮捕这一最严厉的强制措施在司法实践中的过度使用,背离了立法初衷。另一种现象是逮捕羁押时间与刑期挂钩。对于有的案件,被告人本来可被判拘役4个月,但由于已经被羁押了5个月,法院很可能判处其有期徒刑6个月甚至更长,以避免羁押期限与判决刑期的倒挂带来的问题。显然,这是一种因逮捕措施的不合理适用、羁押期限的不适当延长所产生的不正常现象。据了解,此次刑法修改可能会对逮捕措施的适用条件作出明确的规定,主要是对何谓“社会危险性”和“逮捕必要”进行细化,通过列举的方式将司法实践中比较成熟的做法确定下来,比如有串供等干扰诉讼进行的现实可能,使这些规定可以明确的被人把握。为了应对特殊情况,可能会同时规定“其他需要逮捕的情形”的兜底条款,这就涉及到程序控制,我们建议《刑事诉讼法》在修改时明确兜底条款的适用程序,从实体和程序两方面严格控制逮捕措施的适用,保障逮捕质量。

关于非羁押性的强制措施,最重要的是取保候审、监视居住、拘传的问题。在1996年的刑法修改中,对

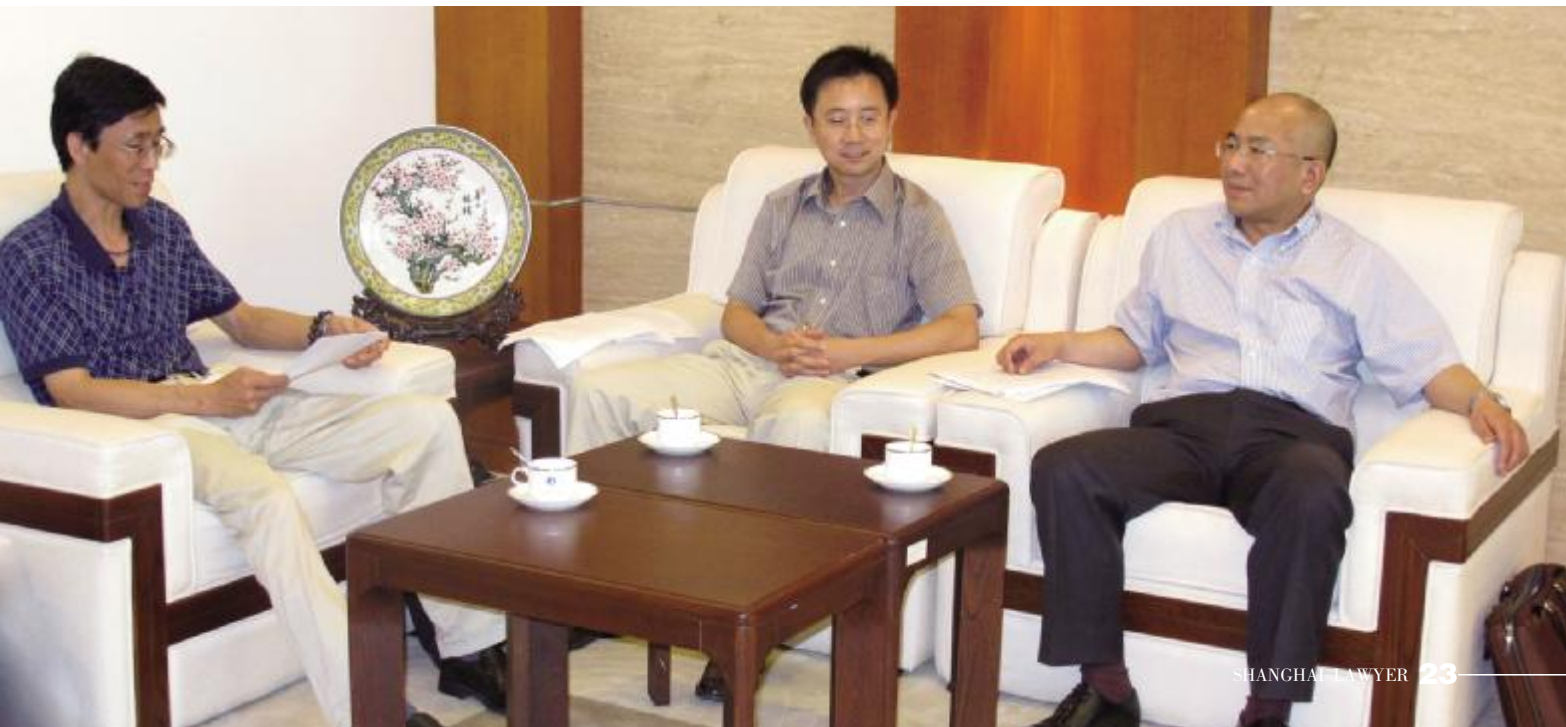
于取保候审和监视居住可能存在的问题估计不足。那时候市场经济不够发达,人口流动性不大,居委会、村委会能很好地发挥监督作用,这对被告是很有效的监督和约束。现在由于人员流动性大,取保候审、监视居住都很难执行。

林东品:监视居住基本已是名存实亡了。而取保候审目前还通用。

秦新承:取保候审和监视居住目前规定在一个条款之中,其适用的前提条件是一样的,但分别应遵守的规定不一样。由于这次修改将对逮捕措施的适用设置比较明确的实体条件和比较严格的程序条件,先前适用逮捕措施的案件可能转而适用非羁押措施,相应地,取保候审或监视居住的适用率会有所提高。此次修改中,一个呼声比较高的建议就是将取保候审和监视居住分开规定,并明确各自的适用条件,同时借助技术手段监督嫌疑人遵守相关规定。另外,本次修改可能将监视居住的监督主体一分为二,即检察院和公安各司其职,分别对各自办理案件中的监督对象履行监督权。

林东品:国外使用了电子镣铐,至今只能在局部范围内使用。这样的电子镣铐以后我们是否有条件引入。

秦新承:据说此次会将电子监控的内容纳入修正案。一种可能是借助手机进行监控,通过定期或不定期了解、掌握被监督者的情况达到监督目的,这种办法简单易行、成本较低。另一种是在体内植入芯片或者带上卫星定位系统的手镯。但我国各地发展情况不同,全国统一采用芯片或电子手镯监督的条件还不成熟。所以,电子监控可能会写入新的《刑事诉讼法》,但考虑到地区差异,可能不会写得很具体明确。另外,在监视居住



的执行上,这次修改可能尝试对特定案件的犯罪嫌疑人限定一个活动范围,比如一个固定的社区。通过这种方式,既给予嫌疑人一定自由,也避免了变相羁押。

对于拘传,1996年刑事诉讼法规定了12个小时,当时是想在人权保障方面做得更好,但由于对办案的客观需要估计不足,12小时的拘传时间不符合办案的基本需求,实践中通过连续拘传变相羁押的做法屡见不鲜,这种现象既损害了法律尊严,也不利于保障人权。因此,需要对拘传时间作适当延长。目前有几类观点,如延长至24小时、48小时等。个人认为24小时比较合适,同时应当明文规定给予必要的休息、用餐等时间,防止通过疲劳作战变相刑讯逼供。

林东品:我特别关心非监禁强制措施,主要还是取保候审的问题。取保候审在实践过程中,很多案件都符合条件,但最终都没得到取保候审。这些现象主观、客观原因都有。对于一些没有必要采取逮捕措施的案件,采用取保候审等非监禁强制措施,更有利于节约司法资源,有利于社会的和谐稳定。当然,在规定的中,我看不出有妨碍刑事诉讼的可能。但为什么在实践层面上使用的面比较窄,不外乎两个原因。一是观念。我们将强制措施看做是保证刑事诉讼正常进行的手段,这种观念是否准确,需要我们深思。强制措施是限制人身自由的,实际上是带有惩罚性的。第二,是功利性很强,为了省事使用这些强制性手段。这两点在本次修改中应该关注。

刑事侦查措施

孙剑明: 确实在《刑事诉讼法》的改革过程中,有效惩罚犯罪、打击犯罪和保障人权之间是存在一定的矛盾,这问题不只表现在刑事强制措施上,社会上也有很多大家耳熟能详的冤假错案,像余祥林、赵卓海等案件,问题很大程度上出现在侦查阶段。去年颁布施行的两个证据规定,使得侦查阶段中侦查措施的运用更加谨慎。如何既提高刑事侦查的破案效率,又充分规制具有非公开性的刑事侦查措施,这个问题一直困扰着刑事实务界。两位对于这个问题有何想法?

秦新承:我国正处于刑事犯罪高发时期,而破案率又相对较低。如果不采取有效措施提高破案率,及时侦破、解决这些案件,问题可能会积累得更多,治安、腐败等问题势必会越发严重。在实践过程中,有些地方已经探索、使用了一些特殊的侦查措施以满足侦查需要,提高刑事案件破案率。

孙剑明:在原先的《刑事诉讼法》中,并没有关于特殊侦查措施的相关规定。您认为在新的《刑事诉讼法》是否应该对特殊侦查措施进行规制?

秦新承:我认为有必要将特殊侦查措施纳入《刑事诉讼法》的规定,赋予侦查机关必要的技侦和秘侦手段。应当注意的是,技术侦查、秘密侦查措施的不当使用会严重侵害个人隐私、影响个人工作生活,因此,在立法赋予侦查机关侦查便利措施的同时,应该同时规定严格的内部控制和外部监督措施,比如检察机关对公安机关使用特殊侦查手段的审查、控制。

孙剑明:如果这些措施一旦使用,对于保护当事人权益方面,应该如何平衡?

林东品:这也是我担忧的问题。国外对一些重大犯罪采用特殊的秘密侦查手段,比如走私、贩卖人口、贩毒等重大案件。不是所有案件无法侦破、并在当地有一定社会影响,就可使用特殊的侦查手段,而是应该严格限制范围。我国司法机关在侦查过程中都是体制内的监督,如何在采用特殊手段的时候防止这些手段被扩大、不当使用,成为矛盾和相互斗争的手段,也是一个难题。我认为应该有一个独立的部门进行监督、批准。如果这些人权问题处理不当的话,会引起一些问题。

检察机关法律监督职能

孙剑明:在刑事活动中,检察机关扮演者非常重要的角色,是我国宪法确定的专门的法律监督机关。但在现行的《刑事诉讼法》中,检察机关的法律监督职能只是一个概念,并无具体条款。检察机关没有刚性、强有力的措施来履行其法律监督职能。作为在检查一线工作的秦检察官,您对在《刑事诉讼法》修订中,检察机关应如何强化其法律监督职能,尤其是对侦查阶段的监督职能有何好的立法建议?

秦新承:1996年修订的《刑事诉讼法》规定检察机关依法对刑事诉讼实行法律监督,但在具体条文中赋予检察机关的刚性监督手段非常有限。比如,在立案监督方面,当时的立法者较为注重打击犯罪,因此规定检察机关可以对应当立案而不立案的情形进行监督。但随着社会的发展,公安机关利用职权违规介入民事矛盾、经济纠纷的情况越来越多,有些甚至将这些矛盾作为刑事案件立案处理。这种现象严重侵害了公民权益、影响了政府公信、破坏了社会法治,但由于刑法没有明确规定检察机关可以对这种情形进行监督,以致很长一段时期里,检察机关难以有效发挥监督作用。2010年7月26日,高检、公安部制订了《关于刑事立案监督有关问题的规定》,明确将不应当立案而立案的情形纳入监督范围,此次刑法修改有望吸收这一成果,赋予检察机关完整的立案监督权。

除了立案以外,还有侦查活动。目前有种说法,检察

机关有可能对公安机关实行选择性的同步监督,包括指定范围的重大案件,比如命案、危害国家安全等案件以及检察机关认为有必要介入的案件。事实上这是司法改革成果的转化。有些地方在探索司法改革措施,对于一些重大的刑事案件,检察机关提前介入,有利于提高刑事诉讼的效果和效率。同时,同步监督也可以减少或避免一些不规范的行为。另外,检察机关也需要刚性的监督手段,例如案件办理中发现有迹象或者有证据显示某承办人不适合办理该案的,赋予检察机关建议更换承办人的权力,通过这种方式加强侦查监督。

孙剑明:社会上有种说法,检察机关作为法律监督机关,在监督公安机关和法院。但哪个部门来监督检察机关呢?也就是谁来监督监督者?

秦新承:作为专门的法律监督者,检察机关首先需要强化自身建设,加强自身监督,以提升监督水平和监督公信力。同时,检察机关也非常重视借助外部力量对执法关键环节进行监督,针对外界争论较多的检察机关办理自侦案件由谁监督的问题,高检决定试行人民监督员制度,即人民监督员有权对检察机关办理自侦案件进行外部监督,并独立发表意见和建议。这一制度于2003年10月开始试行,后来在全国部分省市推广试点,2010年最高检决定在全国全面实行人民监督员制度。基于人民监督员制度的实践运作已较为成熟且确有效果,此次《刑事诉讼法》修订很有可能将这一制度吸收进去。加强自身监督的另外一个做法是自侦案件审查批捕上提一级制度,它能有效避免或减少办案地的干扰,实践中取得了较好效果。此次有可能作为司法改革成果纳入刑事诉讼法。但也存在一些问题,比如有些省或自治区地域辽阔、交通不便,上级部门提审犯罪嫌疑人时仅路上就要花数天时间,这样,原来规定的十天逮捕审批期限就比较紧张,能否根据不同地方适当延长决定逮捕的时间,也是立法者需要面对和解决的实际问题。

审判程序

孙剑明:审判程序是我国刑事诉讼的核心程序。这项程序改革的探索也始终在进行。只是为了保证审判活动公正、有序进行,我国审判程序的改革似乎更为谨慎。当前刑事审判改革工作的重点同样也是围绕着如何提高审判效能而展开的。具体而言,即如何在充分保障审判的实体公正的同时,也充分体现审判的程序公正,同时提高审判的工作效率。当前,我国刑事审判实务部门已经做了一些有益的探索,如制定有关量刑规范化的指导意见,以避免同案不同判的现象发生;同时,提高审判效能的探索也从未停止,如创设了普通程序简化审,以

解决一些被告人认罪案件的快速审理问题;此外,关于死刑复核制度,审判长负责制等等,都是在上述前提下进行的改革探索。两位对于我国刑事审判程序的改革有些什么好的意见和建议呢?

林东品:我认为公正和效率要注意。在我看来,公正的问题更重要。我们如今有好的尝试,比如普通程序简化审,促进了案子的快速审理。但是在具体办案中,简易程序很难保证被告人得到公正的审理。有的被告人认罪,是在对于法律不完全了解的情况下,对事实的认定、情节的确认以及法律后果的承担没有较为科学、准确的把握。简易程序应该做到两点,其一是被告人要依法得到辩护,律师的参与很重要。其二是审理过程中法官要具有主动性,要依法公正地处理案件。我碰到过有的法官在审理简易程序的案件时,连续几个案子头都没有抬起来,过分地强调效率。

孙剑明:据我所知,现在有一种改革的建议,今后简易程序的审判时检察机关应当派员出庭。今后简易程序的适用范围可能扩大,原本属于普通程序简化审的范围也吸收到简易程序。所有基层法院审理的案件都可能作为简易程序来审理,这就需要检察机关加强监督。

秦新承:现在有些地方的简易庭开庭后,公诉人宣读完起诉书就离开了。我认为这种做法有损庭审的严肃性,也不利于保障被告人权益。如果能将普通程序简化审纳入简易程序,那将大大减轻法院和检察机关的办案压力,在此基础上,个人认为,可以立法要求检察机关全程参与简易庭庭审,以切实维护被告人各种权益,保障庭审的完整性和严肃性。

林东品:这样的情况下就需要律师的参与。实践中,很多看守所的人员、承办人员会对嫌疑人说,只要认罪,就可从轻处理,不需要请律师。在简易程序中大多数案件是不请律师的,多数情况不是被告人不要请律师,而是相应的很多机关为了快速结案,过度追求的效率,而忽略了公正。

秦新承:这种效率是信息不对称的产物,它影响了司法公正。庭审时,被告人会发现庭审情况与在侦查机关、审查起诉机关预想的大相径庭,最终结果可能侵害自己的实体权益。为了避免类似情况发生,应当为被告人设置一个救济手段,赋予被告人在庭审开始以后、某一阶段结束之前反悔的权利,在此期间不愿意接受简易程序的,可以返回到普通程序,最大化地实现公正与效率之间的平衡。

孙剑明:关于《刑事诉讼法》改革方面的问题还有很多,由于时间关系,今天就谈到这里。谢谢两位嘉宾。●

(本文内容根据录音整理,为嘉宾个人观点)

近年来,长宁区律工委围绕律师业发展、参与区域经济社会建设、维护社会稳定、区校合作等方面构筑“有广度、有深度、有力度”的平台为工作宗旨,在长宁区创新社会管理、创建全国文明城区和虹桥国际贸易承载区建设中,积极发挥律师建言献策、促进经济发展、维护社会稳定等作用,以专业和睿智为区域经济社会发展作出贡献。

区县特写 ●文/长宁区律工委

构筑大平台

服务区域经济社会和社会发展



一、“催化剂”和“助推剂”

长宁律师业坚持规范与拓展并举,努力发挥专业优势,牢牢把握上海“四个中心”建设和虹桥国际商务新一轮发展机遇,以市场化、专业化、品牌化、规模化和产业化为导向,为地区经济建设提供了多种形式的专业法律服务,起到了“催化剂”和“助推剂”的作用。

把握机遇,服务经济建设基础领域。区律工委和市律协、区司法局共同举办“虹桥法律服务论坛”,就虹桥国际贸易承载区建设和现代法律服务业如何对接上海经济发展进行研讨。长宁律师把握区域经济发展和转型的大好时机,不断提高自身专业素质,延伸拓展服务领域。以提供法律顾问、非诉讼调查、出具法律意见书等服务,介入到公司、企业经济决策环节,起到事先预防作用;以诉讼、仲裁和调解等形式参与到经济纠纷的善后环节,起到事后化解作用。三年来,共办理诉讼案件两万余起,非诉讼案件一万余起,服务法律顾问单位一万余家。

依托载体,服务经济建设支柱领域。在举世瞩目的2010年上海世博会举办期间,君悦所、方本所作为世博会法律服务供应单位,为世博场馆建设、世博局合同审核提供了法律服务,金杜上海分所作为比利时馆及捷克馆的法律服务供应单位,为两国展览场馆的建设及项目管理单位、布展及项目管理单位、人力资源服务提供商和进出口代理公司、网上世博会设计单位、境外赞助商的境内经销单位等服务供应商之间各种类型的法律问题进行了全程服务。在上海“四个中心”建设中,新华、海华永泰、前和、君悦、方本等律师事务所所在地铁隧道、张江有轨电车、洋山深水港、跨海隧桥工程、虹桥交通枢纽等重大市政工程项目中都提供了优质法律服务。同

时,为推动长宁区域内临空、虹桥、中山三大经济组团发展,加强虹桥开发区和中山公园商圈等重点经济区域的法律服务能力,积极参与区服务外包基地城市示范区建设,金杜上海分所担任区金融办常年法律顾问,重点对涉及区域经济、金融发展和管理项目的法律问题进行分析、论证,为政府决策及具体行政行为提供法律意见建议。

开拓创新,服务经济建设新兴领域。长宁律师的服务领域已从传统业务为主拓展到知识产权、海事海商、信息产业、规划设计、工程建设、环境保护、生物技术、破产管理等新型业务领域为主。目前,君悦所在破产管理领域,金杜上海分所在知识产权、信息产业及反倾销领域,九州丰泽所在医疗器械服务、电子商务领域,海华永泰所在生物技术领域、私募及企业投融资领域,耀良所在信息产业、船舶航运等高端领域,均具有较强的竞争实力,并代理了多起境内外知名企业的诉讼或非诉讼项目,以新型业务领域为主的非诉讼法律服务已占长宁律师业全部业务收入的三分之二,涉外业务已占二分之一之多。

目前,以20名在业内具有一定影响力、大局观强、专业业务精湛的律师组成的区政府法律顾问团的成立标志着长宁律师将以更积极的姿态,围绕区域经济建设重点目标,积极参与创新社会管理,为重大工程决策、重大项目落实、重大民生工作出谋划策,从而降低和减少行政决策的风险,提高依法行政的能力和水平,为经济建设保驾护航。

二、“减压阀”和“缓冲器”

长宁区是一个以涉外经贸与商务为主导的现代化城区。虹桥涉外贸易中心、中山公园商业中心和虹桥临

空经济园区已成为新的区域经济增长点。按照区委关于“进一步完善大党建大联动工作机制,服务区域社会发展”的部署和要求,区律工委积极推进“六个便利联盟”中的“法律维权便利”服务联动工作,切实为区内园区、商务楼宇白领提供便捷、优质、高效的法律服务,推动法律维权便利联动工作经常化、制度化、规范化发展。

做白领“老娘舅”,人民调解进楼宇。“张律师,谢谢你的建议,我会冷静处理家里矛盾,维护好小家的团结。”经过律师的专业分析和循循善诱,一位身着职业装、面容憔悴的女青年满意而归。这是发生在长宁区司法局和长宁区律工委共同举办的“六个便利联盟”法律维权便利服务进楼宇咨询活动现场中的真实一幕。2011年3月,“开心家园”进楼宇机制又作为“法律维权便利”的重要项目开始运行,区律工委联手区妇联围绕新经济组织中女性的热点、难点问题,积极整合各方资源,通过法律维权及心理辅导项目,解决企业女性的婚姻家庭、亲子、家庭教育等方面的问题,效果良好。

当普法“宣传员”,法律常识进楼宇。“情系白领、法治先行”法律咨询、维权活动义务咨询和赠送、发放宣传资料等法律服务形式,既为楼宇白领排忧解难,又普及了法律知识。携手区工商联举办的“民营企业法律讲坛”面向企业管理人员开展税法、劳动法等企业较为关注的法律讲座;与区总工会共同举办《上海市职工代表大会条例》辅导报告会向来自各集团、公司、街镇、园区和企事业单位的约300人进行了专题辅导。通过在大型楼宇、广场提供法律咨询、法制讲座、送法进楼宇、社区定期法律咨询、电话咨询等形式,宣传普及法律常识,为楼宇白领送法上门。

树法律维权“新品牌”,守法观念进楼宇。通过“和谐、长安杯”商务楼宇从业人员法治宣传系列活动,“学法共创文明、守法共建和谐”白领法制书、画、摄影作品征集活动,以文艺汇演,开设“法律书架”等形式,和区总工会、区人社局共同依靠总工会职工援助中心、区劳动争议仲裁院接待窗口以及区工商认定事项办理窗口等工作平台,在解决楼宇白领维权难困惑的同时,宣传正确的学法、守法观念。

作为长宁区特有的为商务楼宇白领提供各类法律服务的长期活动,“法律维权便利”活动开展两年来,初步搭建了园区、商务楼宇及企业间的沟通平台;营造了良好的“党建连线、条块联手、社区联动、企业联动”工作氛围;园区、商务楼宇的企业和员工的法律维权需求基本得到了满足;律师在解惑答疑和排忧解难中更是注意分析法律问题的内在成因和当事人的心理状态,息讼止争,平息家庭矛盾、缓解公司劳资纠纷,进一步增强了律师服务经济、服务社会的大服务意识。

如何引导律师成为化解社会矛盾的“缓冲器”、社区稳定的“减压阀”,是区律工委成立以来致力于开展的重要工作。多年来,依托“六个便利联盟”“法律维权联动”、“双结对”、“区政府信访接待”、“民营企业法律讲坛”等平台载体,区律工委积极引导律师参与突发事件和社会矛盾化解工作,切实发挥其在法治政府、法治社会建设中的重要作用,取得了不错的成效。三年来,律师有162人次参与周四政府信访接待,咨询解答当事人392人次;228人参与司法所、调委会“双结对”活动,接待咨询近1400人次,解答法律问题

区律师工作年会
《律师法》论坛



长宁区人民政府
法律顾问团成立
大会



区校企合作签约仪式



区司法局和区检
察院签署搭建平
台纪要



区司法局和区法院
举办“关于规范法
官和律师相互关
系”会签仪式



纪念中国共产党
成立九十周年长
宁区党外律师座
谈会



海华永泰律师服
务中国环保上市
项目



近 2000 件。君悦、集天成、瑞富 3 家律师事务所共承接了市区两级政府、市律协交办的社会突出矛盾案件 100 余起,撰写专业法律文书 200 余万字。有 33 家律师事务所和街道、镇结对并签署协议,同时积极参与“法进楼宇”活动,活动开展以来共接待咨询 258 人次,处理纠纷矛盾 30 余件,成为白领身边叫得响、呼得应的“法律顾问”。

君悦所刘习赞律师以其提出的“要建立律师参与信访及社会矛盾处置长效机制”及其在调处突出信访矛盾中的优异表现,得到市委主要领导肯定,并获得了“上海律师调解化解社会矛盾先进个人”、“司法行政系统个人三等功”荣誉称号。集天成所的崔鸿翔律师凭借其在参与社会突出矛盾化解中的出色工作获得了市级政法部门的通报表扬。

三、走进“象牙塔”,区校获“双赢”

充分发挥华东政法大学高校资源作用,为长宁法律服务业的发展提供学术和教育支撑,是区律工委一直思索开展的工作。2010 年 12 月 1 日,长宁区政府与华东政法大学区校合作共建的华东政法大学东虹桥法律服务中心正式运作,双方将共同推动在法学研讨、实训基地、法律培训等方面的探索与合作,实现学校科研优势与行业实务经验的有机结合,并在凝聚力工程学会这一平台上同创共建区域大党建。

建立责任明确的实习带教制度。“华东政法大学大学生社会法律援助中心”是华政学生定期向社会开展义务法律援助的机构,学生们懂法律、有热情,但缺乏和群众打交道、宣讲法律的经验。区律工委选派多名法律援助经验丰富的律师定期和学子们一起向群众提供咨询,言传身教,让学子们通过实践得到锻炼,既学以致用,又了解民情疾苦,引导他们树立正确的职业观和道德观。围绕华政学生的就业及实习问题,区律工委选择合适的律师事务所作为华政学生的实习基地,为学子修读实践类课程提供支持指导,并选派业务能力强、有实践经验的业务骨干律师作为学生的带教老师,通过“传、帮、带”,为长宁法律人才的储备、长宁律师业的可持续发展提供积累,为华政学生提供就业指导 and 帮助。

确立定位清晰的律师授课制度。今年 9 月份起,区律工委安排在各业务领域具有丰富实务经验的律师为华政本科生开授《律师执业技能》课程,期望以此推动学校科研优势与法律行业实务经验的有机结合,共同促进高校教研教学工作和区法律服务业的发展。为此,区律工委制定了授课律师规则,要求律师授课既要结合前沿实务,又要适应本科生现有的法律知识及思维能

力,对于授课律师的课题、讲义,区律工委都进行了仔细的研讨和审核。

探索因人而异的企业培训机制。为深入推进区校合作项目发展,区律工委正在研究建立包括各专业领域律师在内的授课律师库及其授课课题、提纲,并根据不同需要选用;建立定期法律培训机制,满足区内企事业单位管理人员熟悉掌握法律法规及应用的需求;加强和区其他产业园区沟通交流,推动律师进园区、普及法律进园区。

第三产业的发展是衡量城区文明的重要标志之一,以法律服务、司法鉴定为主的法律专业公共服务平台,以课程研究、远程教育和面授相结合的法律培训平台,以培育扶持为主的投资孵化平台作为区校合作项目的三大支撑,将打造长宁和华政的“双赢”局面。“区校合作”在融合多方资源,以合作带动华政及区法律服务业发展中大有可为!

四、“尊重”和“理解”

律师工作离不开公安部门、检察院和法院的关心支持,在改善律师执业环境,加强与法律共同体的沟通交流方面,区律工委做了很多有益的工作。

规范相互关系,建立沟通会商协调机制。通过与长宁法院建立《长宁区人民法院、长宁区司法局关于规范法官和律师相互关系加强沟通会商协调的工作机制》确立了律师和法官的定期会商协调机制,为律师和法官正常的工作交流交往搭建了平台;与区检察院签署《长宁区人民检察院、长宁区司法局关于共同推进化解社会矛盾的框架协议》,确立了双方加强民事检察监督沟通协商,共同维护社会稳定的工作机制。

加强理解沟通,构筑业务交流平台。在“长宁区政法系统实施修订后的《律师法》研讨座谈会”上,律师代表与区政法系统各部门齐聚一堂,就《律师法》与《刑事诉讼法》相关的衔接、侦查阶段的会见、律师的提前介入以及调查取证权和阅卷权保障、律师执业人身安全保障、证据开示制度以及审批监督、律师执业豁免权及合理制约等问题进行广泛深入地探讨,达成诸多共识,提高了律师自身执业素质;区律工委联手区检察院对全区律师开展民事检察专题培训;还选派优秀律师作为特邀评查员,配合公安分局、检察院和法院做好涉法涉诉信访积案和案件评查工作。在“虹桥法律服务论坛”上,邀请市高院副院长盛勇强、市检察院副检察长李培龙,共议法律职业共同体良性互动,“交流、交心、不交易,说理、说法、不说情”在我区法官、检察官、公安人员和律师中形成了共识。

规范机制制度,加强合法权益保障。“法官在审判活

动中应当遵循尊重、理解、友善的原则”、“律师在职业活动中应当遵循相互尊重的原则”，这分别是《长宁区人民法院尊重律师的十条意见》和《长宁区律工委向全区律师发出尊重法官倡议书》（以下简称“双十条”）的第一句话。律师和法官虽然分工不同，但都以维护当事人合法权益、维护法律正确实施、维护社会公平正义为职业目标。长宁法院和区律工委一呼一应，对改善律师执业环境，处理好彼此之间的关系起到了很好的指导作用。“双十条”实施后，长宁法院的良好开庭氛围得到进一步优化改善，法官和律师间也增强了良性互动。

正如庞德所言：“法律职业团体对社会整体化以及法制观念和司法方式的培养，始终扮演着举足轻重的角色。”法律共同体是法律职业健康发展的先决条件，是法治建设的重要前提。互相“尊重”和“理解”是推进各项交流、沟通工作顺利开展的前提，法律职业共同体，不仅仅是一个口号，而是一个架构，一个平台，是法律人为了共同价值目标走到一起平等交流的平台，以各种形式的沟通交流机制作为有力推手，长宁律师和法官、检察官、公安人员等法律职业共同体间平等、自由的畅所欲言，对推进法治环境、律师执业环境、社会公平正义大有裨益。

五、“凝聚力”和“人才摇篮”

我区律师事务所现有中共党员 329 名，2008 年 12 月，选举产生了首届区律师党委，下属党总支 1 个，独立党支部 19 个，联合党支部 2 个。多年来，以“党建促发展”作为律师党建工作的着力点，不断加强党组织对律师队伍的领导，不断健全完善律师党建工作机制，不少党支部形成了自己的党建特色。基层党组织的创造力、凝聚力和战斗力不断增强，也涌现出一大批优秀人才和团队。创先争优活动开展以来，通过建设示范点、联系点，开展“五个一活动”，设立“党员先锋岗”，“一个党员一面旗帜”的理念进一步加强，“一个党员引领一班人”的先进事迹举不胜举。在党员和党组织带领下，我区律师事务所及律师个人屡获殊荣，君悦所获得“全国优秀律师事务所”荣誉，颜学海律师获得“上海市十大杰出青年”荣誉，刘习赞律师、颜学海律师获得“东方大律师”荣誉，还有 18 家律师事务所及 20 名律师荣获市区各级荣誉。

结语：长宁区律工委作为团结律师的凝聚平台、发展律师业的服务平台、律师个人提升的发展平台、依法治区的保障平台，将继续带领全区律师，推进长宁律师业的发展，继续为长宁经济社会建设做出贡献。●



青联律师联合会成立仪式



首届长宁区优秀青年律师评选颁奖仪式



虹桥法律服务论坛



蓝天下的至爱义务法律咨询活动

这是一群对劳动法有理想的青年律师,他们希望把“专业”和“公信”作为秉承信条,希望通过“专业”的劳动法律服务,为和谐的劳动关系提供具有“公信”的保障。从建立之初,蓝白律师事务所就将“专业化”和“品牌化”作为目标,努力打造中国劳动法律服务领域的“专业强所、品牌名所”。

律所建设 ●文/上海蓝白律师事务所

栏目组稿人:贾明军 iamingjun@iamlawyer.com

用专业和品牌 树劳动法律服务之标杆

——上海蓝白律师事务所的
专业发展之路



一、业精于勤,更精于专

作为国内最早的专业劳动法律律师事务所之一,2007年7月,上海蓝白律师事务所(以下简称为“蓝白”)应运而生。极具历史性巧合的是,就在蓝白成立之前的几天,2007年6月29日,全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过了《中华人民共和国劳动合同法》,国家主席胡锦涛签发了第六十五号主席令。这似乎注定了从蓝白诞生的那一刻起,便已经与中国的劳动法律服务紧密相连,与劳动者的利益密切相关,与用人单位的需求切切相连。

敢于做行业的先行者,做他人未曾做过的事,这是蓝白的风格。然而,作为专业提供劳动法律服务的律师事务所,同时也是上海唯一定位于企业劳动关系管理服务的律师事务所,蓝白坚持劳动法律服务的专

业道路却是非常孤独的。

律所成立伊始,蓝白就面临巨大的挑战:在当时的历史条件下,用人单位对于劳动法律观念淡薄,大多数企业还没有形成聘请律师事务所提供劳动法律服务或者是担任常年劳动法律顾问的习惯,直到《劳动合同法》实施后,重视劳动法律服务的理念才逐渐被客户所接受;并且,上海法律服务领域还鲜有专门的劳动法律律师事务所,很少有律师团队能够依靠劳动法律服务来支撑律所的发展。因此,蓝白的起步是非常艰难的,依靠诉讼和咨询开始对中国的劳动法律服务领域投石问路,但是,蓝白的律师是一群对中国劳动法有理想、有目标、有追求的青年律师,他们始终坚持劳动法律服务,持之以恒的向客户传递专业劳动法律服务的理念。

应该说,作为一部全新的完善调整劳动关系的法律法规,《劳动合同法》的出台带来了劳动法律服务

市场新一轮快速的发展,而蓝白以其专业化的定位和多年的积累,很好地迎接了发展机遇。蓝白的业务迅速地打开了局面,很多客户逐渐接受了蓝白的专业劳动法律常年顾问服务。

蓝白专业劳动法律服务的一个特点就是从事纠纷代理中向企业管理延伸,为企业提供与管理相结合的劳动关系风险管理。例如,蓝白主任律师陆胤是著名的劳动关系和劳动法专家,能够帮助企业进行HR与企业管理方面的劳动关系和劳动法咨询,无论是战略组织架构的建立,还是员工管理的疑难问题,他都具有深入的研究和丰富的实战经验。

其次,蓝白不断提升服务的水准和服务质量,努力向国际同行看齐。随着专业知名度的提升,蓝白的客户和合作伙伴也越来越多,这对蓝白律师事务所的服务也提出了越来越高的要求。蓝白深知服务质量是事务所的生命,从事务所成立之初,合伙人就在这一问题上统一了认识,并逐渐形成内部严格的业务规范和职业操守。蓝白从成立之初就参加了上海市律协的执业责任保险;还通过与国际知名的外资所、管理公司合作,提升自己的服务质量。三年多来,蓝白没有发生一起客户服务质量投诉,法律服务的合同履行率也达到100%,蓝白以其高质量的法律服务得到了许多知名跨国公司客户的肯定。“业精于勤,更精于专!”国际著名的跨国消费品公司玛氏食品中国副总裁对蓝白的服务这样评价道。

作为本土的律师事务所,蓝白更注重团队和业务的国际化。蓝白认为:中国的劳动关系发展吸引了全球的注意力,中国的劳动法律服务也需要世界性的眼光,这不仅是因为越来越多的国际投资者需要更多地了解中国的劳动关系法律和政策,也是更多的中国劳动者在融入全球化的过程中需要更好的权利维护。为了更好地实现蓝白的发展抱负,蓝白引入了美国和日本等国的外籍专家担任法律顾问;从另一方面,学习国际劳动法律服务的发展经验,也为蓝白在自身发展过程当中提供了需要汲取的营养成份。

二、搭建劳资双方桥梁

一端连着用人单位,一端连着劳动者,作为一家劳动法律服务机构,蓝白始终扮演着劳资双方沟通的“桥梁”。“蓝白律师事务所”的名称来自英文“labor”。蕴含了蓝领与白领劳动者的两大群体。“蓝白”的标志由英文“labor”而来,代表了劳动关系相互依存的双方“劳方”与“资方”;代表了劳资相互依存和利益的互补;更是代表了劳动关系的和谐基础。

在《劳动合同法》推出之前,中国的劳动法律体系历经十年发展而未有大的变化,而随着《劳动合同法》、《就业促进法》、《劳动争议调解仲裁法》、《劳动合同法实施条例》等四部劳动法律法规的相继出台实施,在中国经济社会发展过程中,一个全新的劳动法律框架体系正在形成。

在社会经济和生活中,任何规则的改变都可能增大矛盾纠纷产生的几率,就我国劳动关系领域而言,劳动争议的形势不容乐观,用人单位侵权现象严重,劳动者也提高了劳动保护意识,劳动争议因此频频发生,而劳动关系的稳定是社会和谐的基础与前提。作为专业的劳动法律律师事务所,在成立之初,蓝白就把“专业”和“公信”作为事务所秉承的信条,希望通过“专业”的劳动法律服务,为和谐的劳动关系提供具有“公信”的保障。

2008年以来,由于受到金融危机的影响,许多用人单位特别是外资企业纷纷进行重组裁员。劳资矛盾空前紧张,蓝白积极发挥律师事务所在调解阶段参与劳动争议的作用,蓝白律师在经办劳动争议案件时,都比较注重调解的做法,在仲裁或诉讼前,一般会多次与双方当事人沟通,化解劳资双方的分歧、差距,在法律规定的范畴内尽最大限度地促成调解结案,充分保障双方当事人的合法权益,成效积极而明显。

“一群富有朝气的年轻律师,为企业出谋划策,化解矛盾,共同创造一个和谐的社会。”这是全球顶尖的战略管理咨询公司罗兰·贝格国际管理咨询(上海)有限公司对蓝白这家年轻的律师事务所的客观评价。

某跨国公司中国区总部设有一研发中心,聘用工程师100多人,2008年底,由于公司美国总部宣布破产保护,根据重整方案要求,公司需要将研发中心调整。尽管公司已经制定了几套方案,并愿意与员工进行协商,但是员工抵制情绪强烈,集体聘请律师要求谈判,并提出高额的补偿要求。蓝白接受公司委托后,迅速组成工作组进驻公司,了解员工情况。

蓝白律师代表用工单位与员工代表及代理律师面对面地开展了坦诚的交流和谈判,通过律师的专业分析和解答,员工代表明显消除了很多对方案的质疑,也对自己所提过高的要求有了清醒的认识。当晚,在劳动部门的参与下,律师继续与员工新宣布更换的代表进行了彻夜的沟通,让方案在员工中获得了绝大多数的认同,也彻底消除了影响员工做出不理智行为的错误信息。两天后的方案实施取得了非常好的效果,没有一个员工为此提起仲裁诉讼,也没有一起投诉、上访事件。

2009年初,蓝白担任工会法律顾问的某跨国制药企业HR部门接到女员工的投诉,反映主管谢某对她们的性骚扰,要求公司严惩谢某,将其开除。接到投诉后,公司的HR部门非常重视,进行了逐一的调查访谈,也向谢某了解了情况。谢某不承认有行为不端,双方相互指责,发展到剑拔弩张的境地。经过调查,HR部门提出立即解雇谢某,并就此征求工会意见。工会接到通知后,立即将情况与蓝白律师事务所进行了沟通。蓝白律师查看了公司提供的全部调查材料,并结合公司相关人员的陈述,认为就此认定谢某存在职场性骚扰行为的证据不充分,但同时也没有证据证明三位女工是捏造事实。因此,从最谨慎的立场出发,蓝白律师建议公司不做严重违纪的解除行为,而是进行内部职位调整,以从工作场所中避免性骚扰的可能,也缓解双方的激烈对立和冲突。

工会方根据蓝白的法律建议,向公司方提出了反对解雇的意见,并且提出了建设性的管理措施,通过工会方和行政方与员工的沟通,双方都接受了调岗的处理,也成功地消除了公司内部的一次矛盾,蓝白用自己的专业服务赢得了外方管理层的赞赏。这也印证了律师是中国特色社会主义的法律工作者、经济又好又快发展的服务者、当事人合法权益的维护者、社会公平正义的保障者、社会和谐稳定的促进者。

三、践行公益 反哺社会

蓝白重视“专业”和“公信”的这一背景特点,不管过去、现在、将来,始终将社会责任置于经济效益之上。蓝白希望从不同纬度对中国的劳动法律进行深入研究,通过群策群力,贡献智慧,对推动中国法制社会的健康发展贡献自己应有的力量。

首先,随着专业律师队伍的逐步壮大以及业务水平的不断提高,律师作为独立的社会第三方开始在政府立法过程中发挥更加积极的作用。蓝白律师事务所积极参与政府的立法活动与行业法律法规的制定工作,为配合政府规范劳动关系,促进劳动关系和谐贡献自己的智力服务。

2007年初,陆胤律师就与上海人才服务行业协会领导前往国家人事部参与《劳动合同法》的论证,就劳务派遣等相关法律法规提出了有益的修改建议,也向立法机关传递了蓝白的独立见解;从2007年开始,陆胤律师就受上海市职业开发中心的委托,组织专家开发《劳动关系协调员》的职业标准和题库等,这也是国内第一个协调劳动关系的专业人员职业管理的标准。作为上海人才服务行业协会法务专业小组的负

责人,从2008年到2010年,陆胤律师参与了《人力资源派遣服务规范》起草,作为国内首个派遣行业的地方标准,服务规范关系到近300万派遣员工的切身利益。

此外,蓝白律师还先后参与了《个体工商户条例》、《工伤保险条例》、《上海市集体合同条例》、《劳务派遣规定》、《劳动争议调解仲裁法》等国家和上海市的诸多立法调研;主持或者参与起草了“人力资源管理师”法律题库、“人力资源管理师”教材法律编、人力资源服务术语(草案)法律部分等多部法律法规。

蓝白高度重视劳动法律及社会保障等问题,积极组织 and 参与各种学术研讨,将实践问题与理论研究相结合。近年来,蓝白通过与上海市律师协会、上海市企联、上海市外商协会、上海市人才服务行业协会以及上海市法学会、上海市劳动学会等协会、学会组织的平台合作,在劳动法律领域动作频频,不断有“大手笔”的活动推出。

2007年8月,《劳动合同法》刚刚颁布之际,蓝白就和上海人才中介行业协会共同举办了“《劳动合同法》专家解读暨企业应对研讨会”,研讨会在社会上引起了广泛反响,上海人才中介行业协会负责人表示:要帮助企业及时做好《劳动合同法》实施前的应对工作。2009年是中国企业劳动关系多变动荡的一年,蓝白及时在2010年1月推出了“促和谐、赢竞争——中国式劳动关系管理高级研讨会暨蓝白高峰论坛”,五位资深律师共同主持活动,帮助企业人士总结探讨劳动关系管理,展望新年发展。2010年4月,针对劳务派遣领域出现的新问题,蓝白承办了《劳务派遣用工法律制度研讨会》,社会各方面专家、资深从业人员、劳资双方代表参加,从审判、实务、理论等方面着手,就《劳务派遣规定》制度性的发展方向进行讨论。这些对学术研讨活动无不得到了社会各方的积极肯定。

作为律师事务所,蓝白还热心公益事业,为社会创造更多的价值。从2007年起,蓝白就在华东政法大学法律援助中心设立“蓝白奖学金”,以法律援助的方式为在校学生提供劳动法的培训和实训机会,并为优秀学生提供求学的资助,帮助大学生树立正确的人生观和用自己的专业技能回报社会的理念。蓝白也经常参与义务法律咨询,并在相关的协会中为中小企业提供义务咨询,帮助他们规范用工,保护劳动者的合法权益。这些都见证了蓝白践行社会责任的诺言,折射出了蓝白“践行公益 反哺社会”的强烈责任感。●

法目良法语

我的败诉 ●文 / 连晏杰

栏目组稿人:葛珊南 gsn888@vip.163.com

从一起败诉案件 谈法官的“自由心证”



案情介绍

杨某于2010年5月因交通意外突然死亡。杨某的妻女在万分悲痛地为杨某办完丧事后获悉,杨某生前还曾借有一笔债务。杨某生前好友白总告诉杨某妻女,杨某在出事前一年曾向白总的企业借款人民币50万元,当时其借款的理由是给女儿购房之用并说好在2009年10月底前归还。由于平时和杨某关系不错,了解杨某的经济能力和为人品行,更何况有双方共同的好朋友马先生在旁见证,白总遂同意向杨某借款。白总根据杨某的要求,开具了一张收款人为某房产公司,金额为50万元的支票给杨某。杨某在签收支票的同时,自行起草了一份借条,借条约定了借款50万元,利息按银行利息执行,2009年10月底前归还。该份借条是杨某手写,并用复写纸一式两份,写完并由杨某和白总共同签字后,杨某取走了该协议的上面一联。白总称,其在2009年10月曾催讨过该笔借款,当初杨某向其出示了一份外地房产的房产证,说自己投资了一套外地的房子正在挂牌出售,等房子卖掉了就归还欠款。白总考虑和杨某关系不错,而杨某平时也确实言而有信的人,故未再继续催讨借款,而是等杨某出售房屋后主动还款。

由于杨某意外死亡。白总不得不请了当初的见证人马先生一起找到了杨某的妻女,并出示了全部证据。出于平时对白总和马先生的了解,杨某妻女完全相信她们说的是事实,但她们却并不知道该笔款项的去向,也不知道杨某买房需要资金一

事,更不知道杨某在外地某处投资有房地产。此时,马先生告知杨某妻女,据其了解,杨某生前可能和一个郭姓女子有亲密的男女关系。杨某妻女翻看了杨某的遗物,找到了一份外地房产的房产证,房屋所有权人真是该女子郭某。但在杨某的遗物中,并未找到被杨某拿走的借条。而白总也向房产公司了解到其公司所开支票所购房屋的地址,而根据房地产信息登记资料显示,该房屋的所有权人同样是郭某。据马先生称,郭某之前在娱乐场所工作,与杨某在娱乐场所结识,认识杨某以后生活应该是由杨某供养,不再继续到娱乐场所工作。对于这样的结果,杨某妻女显然无法接受,遂决定委托律师向郭某讨回这50万元。

办案手记

接手这个案件以后,我们在选择基础法律关系方面颇费了一番脑筋。首先是主体的选择,鉴于白总公司开具了支票给郭某用以购房,我们可以请求白总公司直接起诉郭某,要求返还不当得利。但我考虑到白总和郭某素不相识,很难合理解释支票为何会开具给郭某购房的房产公司,而白总和杨某签署的借条在遗物中并未找到,有可能就留存在郭某处。如果郭某届时出示该份证据证明该笔款项的支付是基于白总公司和杨某的借款合同关系,公司起诉所依据不当得利的基础法律关系便很难被认定了。因此,我们还是决定杨某妻女以杨某继承人的名义起诉郭某。此时,我们便又面临着第二个选择,究竟是以何种基础法律关系起诉?比较常见的观



连晏杰:上海市新华律师事务所律师。上海市律师协会首批青年律师人才库成员。2008年被评为首届长宁区十大优秀青年律师。

点包括不当得利、借款关系以及基于擅自处分夫妻共同财产并侵害女方利益。最终,我们选择了借款关系作为请求权基础。

庭审过程中,被告方律师确认了我方所主张的借款合同关系。但被告主张其已经向杨某归还了借款,证明其已经还款的证据就是杨某书写的借条上联的原件。对此,被告的解释是,被告知晓杨某借给她的50万元是向某公司所借,因此被告向杨某还款后,要求杨某立即向该公司偿还该笔借款。杨某此后告知其已经归还了该50万元,并将公司的借条原件交付给她。同时,郭某在借款时曾写过借条给杨某,但还款给杨某以后郭某收回了所写借条并销毁。至此,本案让我们较为担心的基础法律关系已经不再存有争议,并且基于借款法律关系的借款交付也没有任何疑问。案件的争议焦点集中到了一点,就是被告是否已经充分举证证明其已经向杨某归还了借款。对于这一问题,我方认为被告方显然举证不足。首先,我们认为被告出示的唯一一份证据是一份间接证据,并且在证明内容上不具有排他性。杨某完

全可能是由于该笔借款是为郭某所借,因此就直接将该份借条第一联(并且从证据原件的背面来看,可以很容易地发现该份借条还有一份复写件)转交给了被告。因此,在存有其他合理解释的情况下,该份证据显然是不足以证明被告郭某的还款事实。其次,根据上海高院的相关民事法律问答,大额借款的资金交付,不能仅凭借条,甚至不能仅凭接受钱款一方的自认,需要同时审查资金的来源和走向。本案所涉还款金额为50万元,被告显然需要提供资金来源以及资金走向的证据。第三,退一步讲,鉴于本案两个借款关系的独立性,即使法院认为借条第一联原件能够证明杨某已经向公司归还了借款,并不能由此推得被告已经将钱款还给了杨某。针对本案的争议焦点,原告方还向法院提出两点请求。第一,希望法庭能够调查郭某所购房屋首付款中除50万元以外其他款项的支付来源,因为被告的预售合同显示,其首付款除50万元支票外还应支付10余万元,原告推测该10余万元很可能是杨某的拉卡消费(由于原告并不掌握该部分证据,且律师持调查令调查被房产公司拒绝)。第二,我们希望被告能够提供其还款资金的来源。因为被告系20多岁的外来务工人员,居住证登记的工作为菜市场营业员,50万元于她而言并非一笔小数目。针对原告的第一个请求,法院以和案件没有关联予以拒绝。针对第二个请求,被告方则提供了两份手写的借条,证明其还款资金来源于向他人的借款。对此,原告认为出具该两份借条的借款人应当作为证人出庭。在证人出庭的基础上,原告希望征询出借人的出借资金来源,其与被告关系以及借款动机等一系列问题。遗憾的是,证人并未能出庭。且在整个庭审过程中,被告郭某本人也从未出庭。

最终,法院判决原告败诉,判决认为被告郭某持有杨某手写借条符合一般借贷和还款的惯例,并且郭某对持有该借条

书写件解释为是杨某交给她作为欠款了结的凭证,该解释符合一般常理。甚至被告作为证明其资金来源的借条都未在判决书及判决理由中涉及。

一审判决后,原告提出了上诉。并且原告在上诉期间,在杨某的电脑中找到了和被告共同去海南旅游所拍摄的照片并在二审中作为新的证据提供,原告认为基于原被告的特殊关系,原告不要求被告书写借条,并且原告将写给公司的借条第一联存放在被告处都存有较大可能性。同时,原告书面向法院申请被告本人出庭以便于查明事实。遗憾的是,我们的二审法院秉承着我们并不陌生的,凡是没有重大相反证据证明即“将错就错”的办案作风,驳回了原告的上诉。更让人觉得不可思议的是,二审法院就一审都不敢认定的两份借条(无证人到庭,无资金来源,甚至借款人是否客观存在都无法确定)予以认可,并据此作为认定被告资金来源的唯一证据。

案后感悟

自由心证(free evaluation of evidence through inner conviction)源于“罗马法”,是指一切诉讼证据的取舍和证明力的大小,法律预先不作规定,而由法官、陪审官根据内心确信进行自由判断。法官通过对证据的审查判断所形成的内心确信,称为心证。心证如果达到深信不疑的程度,即谓之“确信”,从这个意义上讲,自由心证又称“内心确信”。法官审判案件只根据他自己的心证来认定案件事实。

自由心证制度要求法官依据“良心”和“理性”,利用自己的法律知识和审判经验,合理判断证据的证明价值。自由心证制度已成为大多数国家采取的普遍的证据原则。在我国,尽管在《民事诉讼法》及其司法解释中并未明确规定自由心证制度,但在司法实践中确实客观存在和普

遍适用的。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第64条也规定:“审判人员应当依照法定程序,全面客观地审核证据,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和日常生活经验,对证据有无证明力和证明力的大小进行判断,并公开判断的理由和结果。”其实是对关于法官自由心证的一种确认。

在本案中,被告对于还款一节事实进行了一定的但又不完全充分的举证。这其实就依赖于法官通过“自由心证”来衡量证据对待证据事实的证明力。结合本案的情况,我们很想用一系列的问题去问被告和证人,来帮助法官形成正确的内心确信,可惜我们并不是以律师为庭审主导的英美法国家。我们相信,具有社会普遍认知水准和社会经验的人们应该能够判断清楚本案的真实事实,可惜我们并没有陪审团制度。在这样的情况下,我们的法官就更应该去查明一些“周边事实”来形成他们的“内心确信”。比如,被告剩余房款的支付情况,被告的真实经济状况,借钱给被告的“债主”钱从何来为何又愿意借给被告,甚至是被告与杨某的关系等等。这些问题的调查结果可能甚至是对被告有利的,但这些问题的核实至少能够让我们理解法官形成“心证”、“内心确信”的“心路历程”。“自由心证”赋予法官至高的权力,法官应当无比慎重并真正忠于内心地去使用“它”,“自由心证”其实并不“自由”。

我以为,在制度建设方面,我们需要更多一点对“自由心证”的约束,尤其是二审法院,不要一旦原审判决所依据的是法官的“自由心证”和“自由裁量”,二审便一味地予以维持。在法官素养方面,当需要面对“自由心证”的时刻,请更多一份慎重和真正的忠于内心。这样才能实现对当事人的公平正义。●

执业心语 ●文 / 姚重华

栏目组稿人:刘小禾 liuxh@lawyers.org.cn

国税局在退税事务中不同的法律地位



12年前,我代理了一起在日本东京地方裁判所审理的诉前财产保全案件,通过分析、厘清日本国税局在这起案件中的法律地位,或许能引起大家对我国国税局在履行自己职责和义务时具有的相应的法律地位的一点思索。

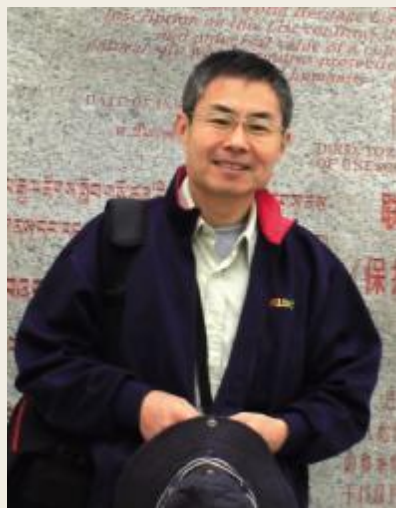
该案是一起发生在1999年(日本年号为平成11年)1月的诉前财产保全案件。主因是借贷合同的借款方到期没有归还借款,贷款方要求借款方立即归还,而借款方称因被第三方所骗,造成资金损失,暂时无法归还。此后,贷款方经调查发现借款方每月仍有四五个以上的集装箱在出口,为此,判断借款人故意拖延归还贷款。

这里先简单介绍一下日本的出口退税制度。日本不采用中国的依行业不同而分别征收增值税或营业税的分税制,而实行全行业统一的消费税制度,其税率为5%(其中4%为国家消费税、1%为地方消费税)。该税种的最终承担方为在日本的消费者。类似于中国的增值税以及营业税的纳税主体均为日本消费税的纳税主体。但日本的消费税与属于奢侈税的中国消费税是不同的。由于日本消费税的最终承担方为在日本的消费者,所以其商品一旦出口至国外,出口人就可以依法退还5%的消费税(这与我国的增值税依不同时期的国家产业政策而灵活运用

退税税率的退税制度也是不同的)。当日本的各地国税局在接到当事人的退税申报后,在规定的时间内须完成形式审查后实施退税。

在这样的情况下,我与大阪事务所的平井律师以及曾担任过大阪地方裁判所保全官的事务员商量是否可以考虑保全借款方的出口货物相关的出口退税款。大家商讨后的结论是:出口方在完成出口并依法(日本的消费税法)向所属地的国税局提起了退税申请后,国税局就负有在规定的期限内完成形式审查,如果申请退税的文书资料在形式上没有问题的话,则国税局必须代表国家履行退税义务。那么,在此情况下,出口退税申请人在收到退税款前就成为债权人,而国家在履行完退税义务前是债务人,所在地的国税局局长就是代表国家履行退税义务的执行人。

基于上述对退税中各方法律关系以及地位这样的判断,我考虑保全借款方的出口退税款。但是曾为法院保全官的事务员说从来没有经办或者听说过保全退税款的案件,查阅了所有的保全书籍也没有任何范本,所以,在日本律师的协助下完成了《债权保全扣押令申请书》制作。由于借款方依据法律享有出口退税的权利,成为国家的债权人,而国家则成为债务人。于是,在本案借贷债权债务关系中,国家



姚重华:中国律师、日本外国法律事务律师(日本律师联合会注册号:G373)。执业于上海市协力律师事务所和日本的日中协力律师事务所,并担任日本商事仲裁协会仲裁员、大阪商工会议所和大阪国际经济振兴中心的中国法律咨询律师。

就会成为第三债务人,即借款方的债务人。

日本的诉前财产保全程序中,保全申请人除要向被申请保全的财产所在地法院提交财产保全申请书外,还要附上相关证据资料以及向法务局交付一定金额的保证金。1999年1月12日,我从大阪赶到东京,向东京地方裁判所(相当于国内的中级法院,但日本的法院体系中没有再下一级的基层法院,只有地方裁判所的支部)负责保全事务的民事第九部提交了保全申请书以及相关资料,等候法官面谈。大约一小时后,承办的仓地法官向我了解了借贷纠纷的基本情况以及保全理由后,先让我修改了一下保全申请书中的几个字,就按申请保全标的额约500万日元的25%比例计算出保全保证金额,计100万日元,通知我向东京法务局信托部提交。当时,我确实感到很幸

运,在日本还能让我这个中国律师第一次办妥对出口退税款实施保全的措施。所以,立即赶到东京法务局办理了交纳保全保证金的信托手续。当天又将保证金交付完毕的凭证交给了东京地方裁判所。

1999年1月14日,东京地方裁判所民事第九部作出了以国家为第三债务人、以国税资金支付命令官即东京荒川税务局长为代表人的《保全扣压决定》。

1999年1月22日,东京荒川税务局长向东京地方裁判所民事第九部提交了《陈述书》,明确了存在可供保全的财产以及对保全标的金额实施扣压的答复。至此,诉前财产保全全部顺利完成。此后,由大阪事务所的平井律师代理了本案一审和二审。按照日本民事诉讼法的管辖规定,该类案件可由债权人所在地法院管辖。在向大阪地方裁判所提起诉讼并获得胜诉判决后,被告向大阪高等裁判所提起了上诉,但二审维持了原判。判决生效后,由于财产保全措施到位,最后被告也依判决将借款本金和利息作了全额支付。

这里,我想谈谈本案所引起的一些思考。

首先,在出口退税事务处理流程中存在国税局的行政行为与国家退税以及国税局代表国家实施交付退税款之民事行为两个部分。国税局在形式审查申请退税人的退税文书时,是依照其行政职权履行形式审查的行政行为,当行政审查通过后,国家就依照消费税法负有了进行退税款这一民事上的义务。那么,联想到我国的出口退税实施过程,税务局在接到出口退税申请人的退税申请资料后,对这些资料要进行实质性审查,即使审查通过后,也有因财政方面的退税资金到位情况不同而无法确定实施交付退税款的具体日期的情况。目前,在我国普遍没有把国家实施退税行为视为一个民事行为,而是作为一个行政行为来看待。这样在官本位意识严重的情况下,依法享有出口退税权利的出口退税人往往只能看行政机关处理情况来确定结果。我本人也曾遇到过这样的情况。几年前,陪同一家当事人公司的董事长就退税款交付事宜向国内某国税局询问过退税款何时可以

交付的问题。那时,该国税局的经办人员告诉我们,现在的退税款拨下来慢,目前只能优先满足退税大户……

其次,因为在日本明确了国家的退税行为是一种民事行为,那么在本诉讼保全案中国家才会成为第三债务人,裁判所才有可能向第三债务人的国家发出财产保全令。当然,作为这一国家民事行为的实施者就是国税资金支付命令官的相关国税局长。历史上,官本位现象在日本也很普遍,但是战后日本法律制度的变化以及通过日本律师代理的大量以国家或行政机关以及地方政府机关为被告的民事诉讼,国家作为民事行为主体应承担的义务被社会广泛注意,这样官本位的意识也就逐渐下降了。同时,通过律师代理的各类以国家等官方为被告的民事诉讼,既使民间当事人解决了问题,也避免了更大范围的民间与官方的利害冲突,客观上维护了日本社会的稳定,即民间当事人可以通过诉讼等法律上的救济手段来解决问题。目前,我国相当多的司法行政机关和作为律师自律组织的律师协会担心律师代理一些与政府机关等的纠纷案件时,会因处理不好引起社会动荡,破坏国家安稳,所以持一种消极态度。但我个人认为如果我国律师能代理或介入更多的民间当事人与官方的纠纷案件,通过诉讼等法定程序来解决当事人与官方纠纷问题,相信一定会有利于解决民间当事人的问题以及维护中国的稳定局面,促进我国的社会主义法制建设。

再有,律师的执业定位决定了其与立法者和司法者的不同,律师通过他的执业实践,在维护当事人合法权益的同时来促进法律制度的建设与完善。我们从事涉外律师业务的律师更可以将国外的一些法律制度介绍到国内,供同行和司法机关参考。●





一年一度的中秋佳节,最“热”的莫过于月饼。但今年,围绕着月饼又引发了一场热议。最近,一些媒体陆续报道,单位向职工发放的月饼均需要按照其价值计入工资总额缴纳个人所得税,不少民众对此表现出有异议的态度,显然,“月饼税”的征收严重伤害到了公众的情感。

不管公众反应如何,职业的思维方式让我首先想到的是合法性问题。事实上,“月饼税”并不是一个新的税种,但为何今年大家才会有如此反应,这源于今年某地税务部门对某些企业向职工发

找到法律依据的,是属于合法的。

但是合法的事情为什么引起公众这么多的异议,这值得我们深思一下。

首先是公众的知晓度上面。税收政策和法律直接关乎民众的经济利益,应该在实施前就做出充分解释,让民众充分知晓和理解其含义,知道适用的范围。而不应是实施多年后税务部门凭主观的需要随意出来做个说明解释就可以的,这种突然的知晓让民众有一种在满心喜悦的时候被当头一棒的感觉。从这一角度来看,税务部门认为完全合法且已实施多年的“为月饼缴税”而民众却有如

定具体实施适用中的合理性问题对于有关部门来说也是迫切而必要的。

再次从注重民意上来说。月饼在中国人心中代表一个非常重要的传统节日,具有其特殊意义,有感情的因素在里面。企业为此发放月饼给员工,应该是让员工感到温暖的事情,如果这部分要计入收入额并可能增加员工的税负,那无疑可能伤害到人们的情感。对实物形式的福利进行征税是有法可依的,而且应该多数人都认为这也是必要的,因为这样可以避免某些企业通过发放实物形式进行避税,可以避免国家税收的流失。

时 评

●文/叶金荣

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

福利与负担

——为月饼缴税的思考

放月饼需计入工资总额扣缴个人所得税作出了明确的要求,被媒体报道出来,使公众突然注意到了这个问题。我国1994年1月28日发布的,经2005年、2008年两次修订的《个人所得税法实施条例》规定了“工资、薪金所得,是指个人因任职或者受雇而取得的工资、薪金、奖金、年终加薪、劳动分红、津贴、补贴以及与任职或者受雇有关的其他所得”;“个人所得的形式,包括现金、实物、有价证券和其他形式的经济利益。所得为实物的应当按照取得的凭证上所注明的价格计算应纳税所得额;无凭证的实物或者凭证上所注明的价格明显偏低的,参照市场价格核定应纳税所得额。”也就是说,法律已经明确规定了个人所得包括各类补贴,形式上包括了实物、有价证券等,那么企业发放的“月饼”就可以对号入座了,这就意味着发放的月饼的价值需计入工资总额并缴纳个人所得税是可以

此大的反应就不足为奇了。如果民众对此税收政策法规早已充分理解的话,就能够自主选择是否接受实物福利或者向单位提出以何种形式发放福利的建议,能及时行使自主权来决定自己的经济利益,那么如今质疑之声一片的局面就有可能不会发生。

其次是合理性问题。根据个人所得税法实施条例的规定,实物所得按凭证上注明的价格或按市场价格来确定其所得额,但事实上众所周知就月饼的价格来说是有很大“水份”的,是属于“华而不实”的东西,如果按它的标注价格计入收入总额进行征税的话,实难让人不提出质疑和反对。更何况,月饼的价格中还包含了生产者销售者转嫁到价格中的增值税营业税等,这些一并计入收入的话,等于员工还要为已承担的税款交税,这难免让人感觉税负是否过重了。虽然规定是刚性的,但是从为民的角度来想,敢于考虑规

但是象征传统节日的月饼等是具有特定意义的东西,是否一定要和普通的实物一样把它归入员工应纳税收入内,这是值得商榷的。

虽然对于发放月饼要计入收入缴税确实不合情理,有悖民意,但要对现有的规定作出特别解释或进行改革也并不是民众期望的那样简单,不仅仅是只要把节日发放的月饼等都作为免征个人所得税的收入就可以了,还应涉及到比如在金额上进行限定等等多方面需要考虑的问题,否则可能会导致个人所得税征管上出现漏洞,被某些人有机可乘,造成应收税收的流失。“月饼税”的争议是个特定的事件,但反映出来的是民众对整个个税制度存在不解和异议。在目前仍然存在着诸多隐性收入没有纳税的情况下,“月饼税”反映出来的问题,再一次提醒我们,个税制度需要尽快地综合完善。●

(作者单位 上海荣业律师事务所)



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10期

上海篇

- 1、上海市人民政府令:上海市集中空调通风系统卫生管理办法
- 2、上海市住房保障和房屋管理局:上海市经济适用住房申请户摇号排序工作规则
- 3、上海市住房保障和房屋管理局:上海市经济适用住房申请户选房工作规则
- 4、上海市住房保障和房屋管理局、上海市规划和国土资源管理局:上海市公共租赁住房房地产登记技术规定(试行)
- 5、上海市住房保障和房屋管理局、上海市规划和国土资源管理局:关于加强经济适用住房房源管理和房地产登记的若干规定
- 6、上海市食品药品监督管理局:上海市餐饮服务许可管理办法
- 7、上海市人力资源和社会保障局:关于申办《上海市居住证》有关问题的通知
- 8、上海市人力资源和社会保障局:关于上海市引进人才申办本市常住户口有关问题的通知
- 9、上海市高级人民法院:关于建立行政案件立案会商机制的若干意见(试行)
- 10、上海市高级人民法院:关于涉民生案件执行的若干意见(试行)

全国篇

一、综合

国务院令:公安机关督察条例

二、诉讼法及相关文件

- 1、最高人民法院、最高人民检察院:关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释
- 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》的理解与适用
- 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)》的理解与适用
- 4、最高人民法院《关于委托执行若干问题的规定》的理解与适用

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/>。

专题研究



●文 / 刘大力 周 辉
组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

当前银行金融业务 的热点问题



刘大力：市律协
银行业务研究委员会
主任



周辉：君合律师事
务所上海分所律师



自金融危机结束之后，在全球银行市场中，尤其是那些与中国内资或外资企业有业务往来的银行随着中国经济的快速发展以及法律法规的不断完善在许多方面发展迅速，以下几个方面在目前的市场中尤其突出：

一、房地产融资

（一）境内房地产融资

自 2010 年以来，中国政府针对房地产市场颁布了一系列旨在控制房价上涨的宏观调控政策，其中控制房地产开发企业的资金来源成为一项重要的宏观调控政策。为此，中国人民银行（“央行”）和中华人民共和国银行业监督管理委员会（“银监会”）根据 2011 年 1 月 7 日《国务院办公厅关于促进房地产市场平稳健康发展的通知》的精神，对于境内金融机构（尤其是境内银行）向房地产开发企业提供房地产开发贷款进行了严格的规范。

目前，境内的房地产开发企业已经很难从境内银行取得贷款，市场中只有几家管理稍微宽松的外资银行还可以向一些资信比较好的房地产开发企业发放贷款。除了资信的要求外，在这些贷款安排中，银行一般还要求有上市公司作为保证人为借款人的贷款承担连带保证责任，因此境内房地产融资基本已经停止。

（二）境外房地产融资

鉴于央行和银监会对于境内金融机构房地产信贷的严格要求，为满足房地产开发资金的需求，一些外商投资房地产开发企业开始向境外融资以解决资金缺口问题。其中主要有两种方式，一种是向境外借取外债（无论是股东贷款还是境外金融机构的贷款），另外一种方式就是通过境外母公司向境外银行融资后向境内企业增加注册资本金。

针对第一种方式，根据国家外汇管理局综合司于 2007 年 7 月 10 日颁布的《关于下发第一批通过商务部备案的外商投资房地产项目名单的通知》的规定，对 2007 年 6 月 1 日以后取得商务主管部门批准证书且通过商务部备案的外商投资房地产企业（包括新设和增资），不予办理外债登记和外债结汇核准手续。这就意味

着，可以借取外债的外商投资房地产企业仅限于那些在 2007 年 6 月 1 日之前设立且通过商务部备案的企业。因此，对于大多数外商投资房地产企业而言，其无法通过借取外债的方式获得境外资金，只剩下通过境外母公司增资的方式取得房地产开发资金。

在这种情况下，境外母公司向境外银行进行房地产项目融资的需求就大量增加。通常，在这种境外房地产融资项目中，银行会要求境外母公司提供相应的担保，而境外母公司对于境内企业的唯一直接权益就是拥有境内企业的股权，因此，外商投资企业股权质押一般是这类境外房地产融资的必备条件之一。根据对外贸易经济合作部、国家工商行政管理局于 1997 年 5 月 28 日颁布的《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》，外商投资企业股权质押需要经过商务部门的批准，并需在工商局登记备案。但是，需要注意的是，由于各个地方政府部门的理解和要求各有不同，实践中在审批这类股权质押时存在一定的不确定性。

除了境外母公司向境外银行提供的股权质押担保外，在这类房地产融资交易中，最有价值的部分即是外商投资企业所拥有的境内房地产资产。但是鉴于我国对外担保法律法规的限制，境内企业只能向其直接或间接投资的境外企业提供担保，而不能向境外股东或其他非相关的企业提供担保，因此，在境外房地产融资中银行无法直接获得境内资产的抵押担保。但是，银行为了减少融资风险，通常会安排其境内银行向境内企业发放一笔小额贷款以取得境内企业的房地产抵押担保，并在融资文件中要求对境内公司所作的一切重大资产处置取得控制权，以尽量减少境内企业处置其房地产资产而使股权质押担保变得不存在实质意义的风险。

二、收购融资

由于国内公司间并购活动还不活跃，相应的国内银行市场中收购融资也并不多见。另外，鉴于银监会于 2008 年才发布《商业银行并购贷款风险管理指引》且其对并购贷款的银行资格条件和审查规定要求都较高，国内商业银行的并购贷款业务发展速度一直相对缓慢，而外资银行允许涉足国内并购贷款则更晚，其并购贷款业

务发展还不够纯熟。上述种种原因导致目前国内的收购融资活动并不活跃。

相反,在国际市场上,银行向一些跨国企业或上市公司或非上市公司提供收购融资服务则显得活跃得多。其中比较典型的是为跨国企业在全球范围内的并购重组提供收购资金以及为国内民营企业在国外的上市公司提供资金用于扩大境内资产规模。在这类收购融资中,收购方可以提供给银行作为担保的除了其自身的资产或持有的股权外,一般被收购方也需要以其资产或股权为融资提供担保。但是,如果被收购方是中国的上市公司,根据中国证券监督管理委员会(“证监会”)的规定,上市公司不可以为收购方提供财务资助或担保,因此这类融资交易通常无法取得被收购方的担保。而对于那些非上市公司,虽然中国法律法规没有明确规定其不可以为收购方提供财务资助或担保,但是鉴于我国对外担保的限制以及国内被收购方比较谨慎的态度,其一般也不愿意在收购完成之前为收购方的融资提供财务资助或担保。因此,在这类收购融资中,一般被收购方提供融资担保作为一项后续条件。

在涉及国内企业的收购融资活动中,除了在被收购方提供担保方面可能出现的问题外,还需要关注收购方并购国内企业可能遇到的一些其他问题:

第一,是否涉及到返程关联并购。根据商务部等六部委于2006年8月8日颁布,2006年9月8日实施的《外国投资者并购境内企业暂行规定》(“10号文”),境内公司、企业或自然人以其在境外合法设立或控制的公司名义并购与其有关联关系的境内的公司,应报商务部审批。在2008年12月18日商务部外资司下发的《外商投资准入管理指引手册》中,商务部明确前述“境内的公司”指的是非外商投资企业,即纯内资企业。目前,根据市场实践,商务部尚未批准过这类返程关联并购。因此,如果收购方是由境内公司、企业或自然人设立或控制的,银行在提供收购融资贷款时,尤其需要关注收购是否涉及到返程关联并购。

第二,是否涉及到反垄断。收购活动中涉及到反垄断问题是自2008年《反垄断法》颁布之后逐渐凸显的。因为在这种大型的跨国收购融资中,往往并购行为所带来的经营者集中问题会成为反垄断审查的重点。商务部自2009年以来颁布了一系列规定,包括2010年1月1日实施的《经营者集中申报办法》和《经营者集中审查办法》以及最近刚刚实施的《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》(2011年9月5日实施),这些规定对于企业在收购过程涉及到的反垄断申报标准和审查办法及评估竞争影响都做了细致的规定。“经营者集中”这一定义涉及的范围很广,包括合并、通过取得股

权/资产方式取得对其他企业的控制权以及通过合同方式取得其他企业的控制权或者能够施加决定性影响。如果这类集中达到申报标准,则不可避免地需要进行反垄断申报,会大大延长交易的时间以及增加更多的不确定性。在收购融资中,如果收购方本身的市场份额已经足够大,则银行在向其提供收购融资贷款时尤其需要注意反垄断审查可能带来的问题。

第三,是否涉及到国家安全审查。在2011年2月3日国务院办公厅发布《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》(“通知”)后,国家安全审查正式成为跨国收购中不可忽视的关键问题之一。根据该《通知》,如果存在外国投资者并购境内军工及其配套企业,重点、敏感军事设施周边企业,关系国防安全的其他单位,关系国家安全的重要农产品、重要能源和资源、重要基础设施、重要运输服务、关键技术、重大装备制造等企业,且实际控制权可能被外国投资者取得的情形,则必须履行国家安全审查。商务部于2011年8月25日针对该《通知》颁布了实施细则《实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》,进一步加强了该通知在实践中的执行性。因此,如果在跨国收购活动中涉及到中国敏感行业且可能取得实际控制权的时候,银行在向企业提供收购贷款时需要重点考虑国家安全审查可能带来的不利后果。

三、上市前融资

上市前融资的投资工具多种多样,目前市场中比较常用的有高收益债券融资、可转换债融资以及直接入股为企业上市前提供资金。对于前两种方式,一般银行为提高收益,通常还会要求企业以较低的价格向其提供认股权证,以便在上市后以较高的价格卖出从而获取较高的收益。这两种方式银行采用的频率较多。而对于后一种方式,由于直接入股的方式带来的风险较大,如果一旦企业无法完成上市,其基于股权关系也无法要求企业返还其投资资金,尤其对于国内银行而言,由于银监会一直未放开其股权投资的限制,银行也无法以股东的身份直接参与企业的上市前融资,因此,这一方式在实践中使用的频率相对较小。

由于国内银行囿于重重监管的要求,国内上市前融资银行参与的很少,大多数都是由一些私募基金以股权融资的方式介入,而且在国内证券交易所上市的难度通常也较大,因此,这一领域的上市前融资活动并不活跃。相反,由于在海外获取银行融资的机会较多,难度也较小,监管限制也少,上市门槛也较低,因此,有很多民营企业会选择以红筹模式在海外实现上市计划。在这一红

筹上市过程中,国内企业或个人在国外设立的公司为了整合国内的资产为海外上市作准备,通常伴有大量的上市前融资计划。银行在为这类企业提供上市前融资贷款中,除了要注意上述收购融资中遇到的一些典型问题,还需要注意红筹架构的搭建,以及将来国内资产整合的问题。

在红筹架构中,除了上文提到的有关10号文返程关联并购的问题,根据国家外汇管理局(“外管局”)于2005年11月1日实施的《关于境内居民通过境外特殊目的公司融资及返程投资外汇管理有关问题的通知》(“75号文”)的规定,为了将来境内企业的收益能够向境外分配和转移,还需要向外管局申请办理境外投资外汇登记证或境内居民个人境外投资外汇登记证。

由于银行向境外设立的特殊目的公司提供上市前融资贷款后,这类资金通过增资的方式进入国内后主要用于国内资产整合,可能会涉及到大量的并购重组活动。在这一方面,则需要注意外管局关于外汇资本金结汇的限制。根据外管局于2008年8月29日颁布的《关于完善外商投资企业外汇资本金支付结汇管理有关业务操作问题的通知》(“142号文”)的规定,外汇资本金结汇所得人民币资金不得用于境内股权投资。通常为了解决这一问题,在外汇资本金进入境内之后,企业通常会采取与关联公司交易的方式将这部分资本金结汇用于支付一些贸易款项或者收购关联公司的应收账款等,以使结汇所得人民币资金可以在境内由其关联公司自由使用。

四、人民币国际化

(一)人民币跨境流动

在人民币国际化的过程中,银行会涉及到越来越多的人民币跨境往来业务,在这方面国家自2009年以来出台了一系列规定,旨在扩大人民币国际化的进程以及明确银行在这类业务中的操作问题。人民币跨境流动包括流出和流入两方面。

1.人民币跨境流出

人民币跨境流出主要是通过贸易方式,自2009年4月8日国务院试点跨境贸易人民币结算以来,央行联合其他部委颁布了包括《跨境贸易人民币结算试点管理办法》(“管理办法”)、《跨境贸易人民币结算试点管理办法实施细则》、《关于扩大跨境贸易人民币结算试点有关问题的通知》、《关于明确跨境人民币业务相关问题的通知》、《关于扩大跨境贸易人民币结算地区的通知》等一系列规定,将跨境贸易人民币结算试点扩展至全国范围。

银行在这类贸易结算业务中主要涉及的就是清算安排。根据《管理办法》的规定,试点企业可以通过试点地区内的商业银行与境外企业进行人民币资金的结算和清算,而境外企业则可以通过港澳地区的人民币业务清算行或者境外商业银行(需通过境内商业银行代理进行人民币的收付)进行人民币资金的结算和清算。为使境外商业银行也能参加跨境贸易人民币结算服务,央行允许境内商业银行与其签订代理结算协议,为其开立同业往来账户。这些规定为银行办理相关业务提供了依据。

除了跨境贸易人民币结算以外,央行于2011年1月6日颁布了《境外直接投资人民币结算试点管理办法》,明确跨境贸易人民币结算试点地区内的非金融企业获得境外直接投资主管部门的核准,并向企业所在地的外汇局进行境外直接投资登记手续后可以直接使用人民币进行境外直接投资,而且银行可以向境内机构所投资企业或项目直接发放人民币贷款。

2.人民币跨境流入

对于人民币的跨境流入,央行与国家发展和改革委员会(“发改委”)于2007年6月8日颁布了《境内金融机构赴香港特别行政区发行人民币债券管理暂行办法》,允许境内的政策性银行和商业银行可以在香港发行以人民币计价的1年期以上的债券,并将所筹集的资金在外管局登记后可以通过香港人民币业务清算行调回境内使用。此外,2010年8月16日,央行还发布了《关于境外人民币清算行等三类机构运用人民币投资银行间债券市场试点有关事宜的通知》,明确境外中央银行或货币当局、港澳地区人民币业务清算行、跨境贸易人民币结算境外参加行,利用其开展央行货币合作、跨境贸易和投资人民币业务所获得的人民币投资境内银行间债券市场。这一规定丰富了银行在海外所得资金可以进行投资的渠道。

在2011年6月3日,央行颁布了《关于明确跨境人民币业务相关问题的通知》,对于外商直接投资人民币结算开展试点工作,目前该类业务暂不对国家限制类和重点调控类的项目开放。外国投资者欲以人民币进行直接投资需要首先取得央行总行的试点批准意见,并由投资所在地央行支行向境内清算银行出具跨境投融资业务备案书而办理外商投资人民币账户的开立和结算业务。目前,商务部已经在其网站上公布了《关于跨境人民币直接投资有关问题的通知》(征求意见稿),可以预见这一规定的实施将进一步深化外商直接投资人民币业务并使其更具有实践性,对银行在办理外商投资企业人民币结算业务时也更具有指导意义。

(二)离岸人民币账户质押贷款

银行这一贷款业务的兴起与人民币国际化的进程密不可分。根据央行于2010年10月1日实施的《境外机构人民币银行结算账户管理办法》，境外机构可以在境内银行开设离岸人民币账户。对于人民币升值有预期的借款人，通常会愿意保留该账户内的人民币资金，而通过账户质押的方式向银行借取贷款。一般这类交易会涉及到三方主体，境外银行、境外机构和境内银行。一般情况下是由这三方共同签署协议，由境外机构将境内离岸人民币账户质押给境外银行，而境内银行则作为离岸人民币账户的开户行对该账户进行监管和控制。如果境外机构的贷款出现问题，境内银行会直接划付该离岸人民币账户内的资金以保障还款安全。

在这一交易结构中，可能会遇到的问题就是境内银行直接划付质押账户内资金的性质和资格问题。因为境内银行与境外机构的关系首先是银行和储户的关系，在这种关系中，储户对于账户内的资金拥有绝对的支配权，因此，如果订立上述的三方协议，境内银行监管质押账户的权利来源则是由于境外机构的授权，而根据合同法的规定，授权委托人有权单方面解除委托，因此该质押账户将来会面临境外机构撤销委托而不受控制的可能性。为解决该问题，通常需要在前述三方协议中明确，由境外机构作为担保方将该质押账户根据物权法指示交付的规定转移为作为被担保方的境外银行占有，而境内银行则作为境外银行的受托人对该质押账户行使监管和控制。

五、金融衍生产品

为推动金融产品创新，促进市场健康快速发展，由银行间各市场的参与者于2007年9月3日成立了中国银行间市场交易商协会（“NAFMII”），该协会由央行作为业务主管部门。NAFMII自成立以来一直是我国金融创新的主要机构，在其促进下我国金融衍生产品发展迅速，包括人民币外汇远期、人民币外汇掉期、人民币外汇货币掉期、人民币债券远期、人民币利率互换和远期利率协议等相继问世。为规范上述金融衍生产品的交易风险以及统一散乱的金融衍生产品交易市场习惯，NAFMII于2007年10月12日经央行授权发布了《中国银行间市场金融衍生产品交易主协议》（“NAFMII主协议”），结束了我国金融衍生品交易没有标准文本的时代。

NAFMII主协议主要是借鉴国际互换与衍生工具协会（“ISDA”）的一系列标准化协议范本而起草和制定的，引入的制度包括“单一协议”、“终止净额”、“转让式履约保障安排”等。由于ISDA制定其标准化协议时依据的是英美法，而我国在起草NAFMII主协议时虽然借

鉴的是ISDA的标准化协议，但NAFMII主协议仍然是在中国法下制定完成并运作的，因此，其引入的国际衍生产品交易制度在中国法下还不甚明确，这就要求律师在为银行审查此类主协议文本时慎重考虑。

目前，NAFMII主协议所引入的金融衍生产品交易制度在我国《企业破产法》上的适用最不明确，也最容易引起纠纷。

（一）单一协议制度

根据《企业破产法》第十八条的规定，人民法院受理破产申请后，管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行，并通知对方当事人。这一规定赋予了破产管理人挑拣履约的权利。但是，在金融衍生品交易中，双方之间的交易并不仅仅只有一单，而可能有数笔交易在同时进行。在这数笔交易中，有的交易在一方破产时可能有利于破产方，而其他交易则可能有利于另一方。而根据《企业破产法》的规定，破产管理人完全有权利选择那些对其有利的交易继续履行，而对其不利的交易选择解除，从而极大地损害了交易对方的利益。为此，NAFMII主协议引入了单一协议制度，即交易双方为其所进行的所有交易而订立的协议构成一个单一的协议，只存在一个债权债务关系，从而避免了在交易一方破产时，破产管理人挑拣履约行为可能给对方造成的损失。但是，这一制度在司法实践中能否为法院所认可目前尚存在不确定性。

（二）终止净额制度

终止净额是指在出现交易提前终止的情况下，交易当事人对他们之间的头寸进行的合意冲抵，即各方之间的债权债务关系进行一次性终止清算，最终确立一个净额由一方向另一方支付，无需双方之间动用大量自有资金互相往来支付其债务。这一制度不同于民法上所规定的抵销制度，因为抵销是由我国法律所明确规定赋予债权人的一项法定权利，而终止净额则只是交易双方根据合同法意思自治原则的一种合意行为，是一种合同权利。因此，虽然我国《企业破产法》第四十条规定了破产抵销原则，终止净额制度也不能相应的比照适用。

除此之外，终止净额制度要求交易当事方在交易提前终止的情况下进行债务清算和偿付，而根据《企业破产法》第三十一条的，人民法院受理破产申请前一年，债务人对未到期的债务提前清偿的，第三十二条，人民法院受理破产案件前六个月内，债务人仍对个别债权人进行清偿的，破产管理人有权请求人民法院予以撤销。因此，如一方是因为破产而导致交易提前终止而适用终止净额制度进行债务清偿，另一方可能面临所获清偿被破产管理人要求撤销的法律风险。●



●文/欧阳军 祁潇 张武勇

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

非金融机构支付业务的 监管体系及原则探讨



非金融机构支付业务近年来得到迅猛的发展。据统计,2008年中国电子支付的市场规模为2743亿元,2009年为5766亿元,2010年达到10858亿元,环比增长96%。且根据艾瑞咨询最新发布的数据,2011年一季度中国第三方网上支付市场交易规模达到3650亿元,环比上涨3.2%,同比涨幅达到102.6%。预计到2012年,中国电子支付行业交易规模将超2万亿元。

由于非金融机构支付业务的巨大规模和高速发展,对非金融机构支付业务进行系统、全面的监管就成为政府监管部门的重要课题。作为政府监管体系建设的里程碑式事件,中国人民银行颁布的《非金融机构支付服务管理办法》(“《办法》”)已于2010年9月1日起开始施行。《办法》初步搭建了人民银行对非金融机构支付业务的监管框架。

本文主要对非金融机构支付业务的监管体系及监管原则进行分析,为非金融机构支付服务市场的健康、有序发展提出一些有益的建议。

一、非金融机构支付业务的监管主体

非金融机构支付业务,是指一些和产品所在国家以及国外各大银行签约、并具备一定实力和信誉保障的第三方独立机构提供的交易支持平台。支付宝、财付通等即为公众所熟悉的第三方支付平台。

从上述定义中可以看出,第三方支付涉及三方主体,即银行、交易双方、支付机构,涉及两类法律关系:支付法律关系和商品交易法律关系。

由于非金融机构支付业务主要涉及支付、结算行为,因此,执行中国货币与结算监管任务的中国人民银行应当是对非金融机构支付业务的主要监管机构。

同时,非金融机构支付业务又不是单纯的支付业务,实际上与非金融机构搭建的商品交易平台和商品交易又是密切相关的。因此,与商品交易有关的工商部门也应当为非金融机构支付业务的监管主体之一。特别是在支付服务协议监管方面,工商部门可以发挥监督公平交易行



欧阳军：市律协银行业务研究委员会副主任



祁潇：上海市锦天城律师事务所律师



张武勇：上海市锦天城律师事务所实习生

为的职能。

二、市场准入监管

市场准入制度是从源头上对非金融机构支付业务进行监督和管理。《非金融机构支付服务管理办法》第3条规定：“非金融机构提供支付服务，应当依据本办法规定取得《支付业务许可证》，成为支付机构。支付机构依法接受中国人民银行的监督管理。未经中国人民银行批准，任何非金融机构和个人不得从事或变相从事支付业务。”

《办法》第8条规定了《支付业务许可证》的申请人应当具备的条件：

- (一)在中华人民共和国境内依法设立的有限责任公司或股份有限公司，且为非金融机构法人；
- (二)有符合《办法》规定的注册资本最低限额；
- (三)有符合《办法》规定的出资人；
- (四)有5名以上熟悉支付业务的高级管理人员；
- (五)有符合要求的反洗钱措施；
- (六)有符合要求的支付业务设施；
- (七)有健全的组织机构、内部控制制度和风险管理措施；
- (八)有符合要求的营业场所和安全保障措施；
- (九)申请人及其高级管理人员最近3年内未因利用支付业务实施违法犯罪活动或为违法犯罪活动办理支付业务等受过处罚。

根据《办法》第13条规定：“中国人民银行分支机构依法受理符合要求的各项申请，并将初审意见和申请材料报送中国人民银行。中国人民银行审查批准的，依法颁发《支付业务许可证》，并予以公告。《支付业务许可证》自颁发之日起，有效期5年。支付机构拟于《支付业务许可证》期满后继续从事支付业务的，应当在期满前6个月内向所在地中国人民银行分支机构提出续展

申请。中国人民银行准予续展的，每次续展的有效期为5年。”

《办法》这些条文明确了非金融支付机构的市场准入的实质要求与程序要件。

三、反洗钱监管

由于非金融机构支付业务涉及巨额数量的资金往来，且第三方支付机构通常不能完全控制有关交易的合法性与真实性，因此，非金融机构支付体系非常容易成为不法分子进行洗钱的工具。因此，对非金融机构支付业务进行反洗钱监管势在必行。在反洗钱监管中，应当体现以下原则：

(一)原则性与过渡性相结合

反洗钱是一个系统工程。因为，非法资金宛若流水，总是流往监管水平最低的地方。反洗钱体系任何部分的监管失控，就会导致整个反洗钱体系的失灵。因此，反洗钱体系的系统性要求金融监管机关对金融机构和非金融机构在反洗钱方面奉行同样的标准。此外，从公平竞争的角度来看，非金融机构和金融机构也应当承担同样的反洗钱责任。因此，从长期来看，非金融机构应当执行与金融机构相同或相似的反洗钱标准。

同时，我们也应当看到，非金融机构支付业务是一个新生事物，它本身是市场和金融创新的产物。因此，应当适度给与其创新与发展空间。同时，非金融支付机构在反洗钱方面的经验非常缺乏，也需要逐步适应的过程。因此，我们建议反洗钱监管部门应当给予非金融支付机构一个过渡期，在过渡期内对非金融机构的反洗钱要求适当降低，但过渡期结束后必须适用严格的反洗钱标准和要求。

(二)一般性和具体性相结合

有效的反洗钱措施既有其一般普遍适用的规则，又必须针对不同业务领域有不同的特殊规定。在制定非金

融机构支付业务反洗钱监管措施时,监管机关既应当把普遍适用的反洗钱措施运用于非金融支付机构,又必须考虑到非金融机构支付业务的特殊性,制定切合行业特点的反洗钱监管措施。

四、技术监管

非金融机构支付涉及到网络支付、手机支付等技术领域,并与银行支付结算体系相联接,与传统的业务相比,其技术风险比较大,影响面广。因此,监管部门应当统筹考虑对非金融支付机构进行统一的技术风险监控。在技术监管方面,监管机关应当制定与金融机构相同的统一技术标准,明确技术操作规范,要求非金融机构建设符合要求的技术安全基础设施。

五、消费者权益保护

与非金融支付机构发生业务联系的消费者主要在以下方面需要政府监管部门的保护:

(一)客户备付金安全

客户备付金主要存在以下风险:

- 1.被非金融机构挪用风险。
- 2.客户备付金被视为非金融机构的财产,被第三方查封、冻结、执行的风险。

中国人民银行的《办法》规定,客户备付金独立于非金融支付机构财产,客户备付金应当独立保管在商业银行的单独账户中。通过商业银行的独立保管行为,有效地防范了非金融支付机构挪用客户备付金的风险和被第三方查封和执行的风险。我们建议,中国人民银行应当强制规定,在非金融机构与商业银行签订的备付金存管协议中,明确规定商业银行对客户备付金使用的监督职责,严禁备付金挪用。此外,在客户与非金融支付机构签署的支付服务协议中,应当明确客户授权非金融支付机构代表其签署备付金存管协议,并向客户共示备付金存管协议的内容。原因是,备付金是客户的财产,支付机构只有得到财产所有人的授权方可进行财产的处置。

《办法》还规定,支付机构的实缴货币资本与客户备付金日均余额的比例,不得低于10%。这些措施有力地保证了客户备付金的安全。

美中不足的是,《办法》仅是一个部门规章,其效力层次较法律、行政法规为低。我们建议在法律上明确客户备付金独立于非金融支付机构财产的规则。

(二)备付金利息的归属问题

备付金沉淀资金是指停留在第三方支付机构账户中的、用于买卖双方待结算交易货款的总和,利息来源于沉淀的备付资金。目前,作为行业中通行的惯例,备付金的利息归属于支付机构。但是,除非在客户与支付机构的支付服务协议中明确规定利息归支付机构所有,否则,备付金的利息应当归属于备付金的主人——客户所有。

若客户与支付机构的协议中规定备付金利息归属支付机构,则支付机构应当与备付金存管银行约定,逐日将每日产生的利息划出备付金账户,否则,容易产生客户资金与支付机构自有财产的混淆。这些应当在备付金存管协议中予以明确。

(三)客户信息安全问题

非金融支付机构在支付服务过程中掌握了大量的客户信息。我们建议监管机构应当以银行保护客户信息的要求支付机构保护其客户信息。

(四)支付服务协议的监管

非金融支付机构的支付服务协议属于合同法上的格式条款。监管机构应当对各非金融支付机构的支付服务协议的公平性进行适当的审核,并在时机成熟的时候,出台适用于各类支付活动的支付服务协议制定指引。

六、结论

综上,非金融机构的支付业务有着广阔的发展前景。目前,我国已经初步建立了非金融机构支付业务的监管体系框架,但还需要不断完善具体监管措施,最终建立一个既可以为支付行业的发展提供规范和保障,又能为行业的发展留足创新和发展空间的监管体。●



●文/朱 蕾 季 伟

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

从债权安全的角度 看房地产在建工程

追加抵押登记相关问题及建议



在房地产开发贷款项目中,作为银行提供开发贷款的先决条件之一,借款人作为项目公司,均需承诺将项目的所有房地产(包括项目地块的土地使用权、地块上的在建工程及未来建成的所有现房)抵押给贷款银行作为担保。而在此类房地产开发贷款项目中,根据项目的实际开发进度,在获得四证后,借款人一般首先只能以其取得的土地使用权抵押给贷款人以取得部分贷款资金,在项目开发到符合办理在建工程抵押登记的条件后,借款人会进一步将在项目地块上建成的在建工程抵押给贷款人,以构成该笔开发贷款项下完整的房地产抵押担保。

根据《上海市房地产抵押办法》第十条的规定,抵押物所担保的债权不得超出该房地产的价值;其中,出让土地使用权抵押所担保的债权不得超出国有土地使用权出让金的款额,房屋建设工程期权抵押所担保的债权不得超出该建设工程总承包合同或者建设工程施工总承包合同约定的建设工程造价。因此,在上海的房地产交易登记中心办理房地产开发项目下的房地产抵押登记的,均按该“办法”的规定执行,即对于土地使用权的价值及房屋建设工程期权的价值的认定不能按照当时的市场评估价值或债权债务双方认可的其他价值,而必须统一执行“办法”规定的标准。鉴于此,笔者在承办的多笔房地产开发贷款的项目中,在办理房地产抵押登记手续的过程中遇到各类问题,特别是在办理了土地使用权的抵押登记之后,需要进一步办理在建工程抵押登记时,由于“办法”的规定以及上海各区县的办理房地产抵押登记的房地产交易中心对于在建工程的抵押追加登记手续的办理存在的不同操作模式,导致了房地产抵押登记的多种登记模式,而不同的登记模式可能会对债权人所享有的抵押权产生不同的后果。

本文将从贷款人债权安全的角度对于上海市各房地产交易中心目前现有的办理房地产在建工程抵押追加登记的不同操作模式进行分析,并在此基础上对在建工程的追加抵押登记事宜提出一些简要建议。

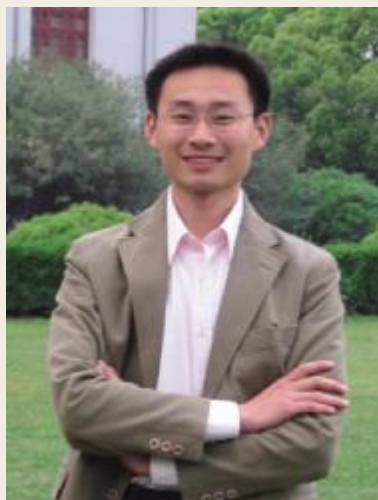
一、两类现有的登记模式

案例一:笔者于2009年办理了某房地产开发贷款,在贷款协议及房地产抵押登记协议(合并简称“贷款文件”)签署时,借款人的在建工程尚未满足可以办理抵押登记的条件,因此,在贷款文件签署后,借款人与贷款人仅办理了建设地块的土地使用权抵押登记手续。此后,随着借款人建设工程进度的推进,在建工程满足了办理抵押的条件,根据贷款文件的约定,借款人应将该在建工程进一步抵押予贷款人以与地块的土地使用权共同作为抵押物为贷款文件下借款人应偿还的债务提供担保。为此,就在建工程的追加抵押事宜,借款人与贷款人至地块所在地的房地产交易中心进行了咨询并办理。根据房地产交易中心的要求,借款人与贷款人签署了房地产抵押协议的补充协议,并首先撤销了原先在地块的土地使用权上已经设置的抵押权,再重新将地块的土地使用权及其上的在建工程办理了抵押登记,实现了项目的土地使用权及其上的在建工程的抵押担保的安排。在完成抵押登记手续后,担保物的价值为借款人取得地块土地使用权支付的土地费用及在建工程总承包合同金额的总和,该金额超过了贷款合同约定的贷款总金额。

案例二:笔者于2010年办理了另一笔房地产开发贷款,与案例一的情况类似,在贷款文件签署时,借款人的在建工程亦未满足可以办理抵押登记的条件,因此,在贷款文件签署后,借款人与贷款人仅办理了建设地块



朱蕾：市律协
银行业务研究委员会副主任



季伟：国浩律师
(上海)事务所律师

的土地使用权抵押。在在建工程满足可以办理抵押的条件后,借款人与贷款人至地块所在地的房地产交易中心办理在建工程追加抵押。本次办理在建工程抵押时,该房地产交易中心的要求与案例一中的要求存在不同,根据其要求,抵押人及抵押权人另行签署了一份关于在建工程的抵押的房地产抵押协议,并就在建工程抵押单独办理了抵押登记手续,而原先办理的土地使用权抵押登记手续并未撤销。在建工程抵押登记手续办理完成后,贷款人领取了分别以土地使用权及在建工程为抵押物的共计两张房地产他项权利证书,并且,地块土地使用权抵押担保所能担保的最高债权金额为借款人取得该土地使用权所支付的土地费用,在建工程抵押担保所能担保的最高债权金额为借款人与承包人签署的总包合同的金额。尽管两张他证合计担保的债权金额高于了贷款合同约定的贷款总额,但是,两者分别担保的债权金额均未达到该笔贷款的贷款总额,即将贷款合同下的该笔贷款分拆了两笔债权并分别由两个担保物提供了担保。

根据上述案例,目前办理房地产开发贷款项目的在建工程追加抵押登记的方式主要存在两种办理模式:

(一) 分步办理,合并办证

在该模式下,抵押权人及抵押人将按照下列步骤办理抵押登记并领取他项权利证书:

第一步,签署房地产抵押协议,办理地块的土地使用权抵押并由抵押权人领取他项权利证书,该抵押担保的债权金额为抵押人取得地块土地使用权所支付的土地费用;

第二步,当在建工程满足办理抵押登记的条件后,撤销土地使用权上设置的抵押权;

第三步,签署房地产抵押补充协议,在撤销土地使用权抵押登记的同时,将在建工程及土地使用权共同抵押予抵押权人并由抵押权人领取他项权利证书,该抵押担保的担保范围为贷款合同下的全部贷款本金、利息、

实现债权的费用等。

在全部抵押登记办理完成之后,抵押权人将仅持有一张以项目地块土地使用权及地块上的在建工程作为抵押物的他项权利证书。

(二) 分步办理,分别办证

在该模式下,抵押权人及抵押人将按照下列步骤办理抵押登记并领取他项权利证书:

第一步,签署关于土地使用权的房地产抵押协议,办理地块的土地使用权抵押并由抵押权人领取关于土地使用权抵押的他项权利证书,该抵押担保的债权金额不得高于借款人取得地块土地使用权所支付的土地费用;

第二步,当在建工程满足抵押登记的条件后,借款人与贷款人签署关于在建工程的房地产抵押协议,并办理在建工程的抵押登记,由抵押权人领取关于在建工程及其对应土地使用权抵押的他项权利证书。该抵押物所担保的债权金额不得高于建设工程总承包合同或者建设工程施工总承包合同约定的建设工程造价。

在全部抵押登记办理完成之后,抵押权人将持有两张他项权利证书,即分别以地块的土地使用权及地块上的在建工程作为抵押物且共同为贷款合同下的债权提供担保。

二、现有模式存在的问题及其解决方式

根据以上对于目前登记模式的分析,虽然其都可以实现将地块土地使用权和在建工程全部办理抵押登记并担保贷款合同下的所有债权,但是,就对于贷款人的债权保护而言,其又均存在不同程度的问题。

(一) 分步办理,合并办证的模式存在的问题及解决方式

就这种办理模式而言,其存在的问题相对比较简单,主要是在撤销原有的地块土地使用权抵押登记的时

间与办理完成土地使用权及在建工程抵押登记的时间之间可能存在时间差,即无担保的“真空期”,在该真空期内,如果不存在其他形式的担保或由借款人提供过渡性担保,则贷款人的债权将处于无担保的状态。如果在该期间内,出现相应地块的土地使用权及或地块上的在建工程被处置或被查封等情形,由于以贷款人为抵押权人的地块土地使用权的抵押登记已经被撤销,对于地块土地使用权及或在建工程处置所得款项,贷款人将不享有优先受偿权,从而对贷款人的债权安全造成了重大不利的影响。

针对上述问题,由于抵押权人是地对块的土地使用权及在建工程的整体享有抵押权且对应于贷款合同下的所有债权,因此其对土地使用权及在建工程处置所得的全部款项享有优先受偿权。对于在办理追加抵押登记时出现的“真空期”的风险,建议应要求债务人在撤销原土地使用权上设置的抵押权时起至土地使用权及在建工程的抵押权办理完成时止的期间内由债务人向贷款人提供阶段性的担保,阶段性担保的形式可以为贷款人接受的抵押、质押或保证等形式且应当足以覆盖债权。当然,在办理手续的操作上尽量缩短该“真空期”,以更有效地避免该期间的风险。

(二)分步办理,分别办证的模式存在的问题及解决方式

较之于分步办理,合并办证模式,分步办理,分别办证的模式下存在的问题则相对复杂。在该模式下,抵押权人所领取的两张他项权利证书分别对应了土地使用权和在建工程,即将完整的抵押物拆分了两个抵押物并分别对应了其所担保的两笔被担保的债权金额。当然,两张他证所担保的债权金额之总和必定会超过贷款合同下的贷款金额,但是,每张他证所担保的债权金额,因受限于“办法”的规定,未必可以覆盖贷款合同下的贷款金额。在此情况下,如果借款人到期未能足额偿还债务导致贷款人对抵押物进行处置,则有可能出现贷款人不能就处置抵押物所得的全部款项享有优先受偿权的情况。为说明方便之目的,以下举例说明:

假设贷款合同约定的贷款人对借款人的债权总金额为18亿元人民币,借款人为取得地块的土地使用权支付了共计为人民币10亿元的土地费用,并且,为建造房屋,总包合同下的总价款为人民币8亿元。在办理完成两次抵押登记后,抵押权人取得了两张他项权利证书,土地使用权抵押他项权利证书记载的债权金额为人民币10亿元,在建工程他项权利证书记载的债权金额为人民币8亿元。从表面上看,贷款合同下的债权人对债务人享有的债权金额已经得到了足额的抵押担保,并且就项目的土地及在建工程均已经抵押给了债权人。但

在这种情况下,其实质是拆分了贷款合同下的一笔债权为两笔债权并分别由两个抵押物提供了担保。

在合同的履行过程中,借款人因经营不善导致到期未能足额偿还款项,并且其资产亦被其他债权人采取了查封等保全措施。如果贷款人决定行使抵押权对抵押物进行处置,最终对应于土地使用权处置所得款项为人民币12亿元,对应于在建工程处置所得款项为人民币6亿元。仅从金额累加的角度而言,土地使用权及在建工程处置所得款项足以清偿贷款人对借款人存在的贷款本金。但是,因为贷款人获得他项权利证书中记载的土地使用权担保的债权金额为人民币10亿元,在建工程担保的债权金额为人民币8亿元,所以,从理论上而言,存在了贷款人仅对于处置土地使用权所得的人民币12亿元中的10亿元享有优先受偿权,并对处置在建工程所得的人民币6亿元享有优先受偿权,合计对于处置土地使用权及在建工程所得的人民币18亿元款项中的人民币16亿元享有优先受偿权,而不享有对于剩余的人民币2亿元的优先受偿权。

从上述举例中可以看出,在分步办理,分别办证的模式下,虽然土地使用权与在建工程的担保的总债权金额满足了债权人债权金额的要求,但是,在实际处理抵押物的情况下,仍然出现了债权人享有的优先受偿权不能满足偿还其债权的要求。

针对这种模式,由于贷款人对土地使用权及在建工程享有的抵押权被分别记载于两张他项权利证书中,贷款人对土地使用权及在建工程享有的抵押权并非一个整体,因此,在该模式下需要解决的问题就是需要确保贷款人对土地使用权及在建工程处置所得的全部款项享有优先受偿权。因此,笔者根据以往办理类似项目的经验,在分别办理抵押登记时,如根据“办法”的规定,其抵押物的价值可以覆盖贷款合同下的债权金额,则建议在每份抵押合同下所约定的担保债权的金额即为贷款合同下的贷款金额,在这种情况下,对于土地使用权或者在建工程而言,无论其处置的价格如何,债权人的债权均享有优先受偿权。当然,如果根据项目的实际情况,无法做到土地使用权及在建工程所分别担保的被担保债权的金额可以超过贷款合同下的贷款金额,则建议在办理在建工程抵押登记的时候,要求房地产交易中心在办理在建工程抵押登记时在他项权利证明上写明其抵押物为在建工程及其对应的土地使用权。倘若对于上述建议的方案在实际办理过程中均无法做到,则建议贷款人与借款人以双方约定的形式,确认土地使用权的抵押与在建工程的抵押构成一个整体,共同对全部的债务提供担保,如果贷款人行使抵押权处置抵押物,则贷款人对土地使用权处置所得款项及在建工程处置所得款

项的全部享有优先受偿权。该等处理虽然不具有对抗第三人的效力,但至少在贷款人与借款人之间就全部款项的处理作出了明确安排。

三、关于房地产抵押登记办理的其他建议

上述关于在建工程追加抵押登记过程中存在的问题及其解决方式并未能从根本上解决房地产开发贷款中土地使用权抵押与在建工程追加抵押的衔接问题,笔者认为可以通过如下方式进行解决:

(一) 理顺追加登记的程序

由于现行有效的《上海市房地产抵押办法》并未对在土地使用权已经抵押之后在办理地块上的在建工程追加抵押的程序做出明确约定,正因如此,各区县的房地产交易中心在办理在建工程追加抵押登记时才会出现上文所述不同的操作模式。有鉴于此,笔者建议有关部门可以对该等程序的办理进行明确规定,例如,在已办理土地使用权抵押登记的情况下,如果地块上的在建工程需要进一步抵押,则无需撤销土地使用权上已经设置的抵押权,而采用直接变更登记或补充登记的方式,以重新换发的关于土地使用权及在建工程的他项权利证书替换现有的土地使用权的他项权利证书,或者在已经核发的土地使用权他项权利证书的附记中补充载入在建工程的相关信息,在实现将土地使用权和在建工程作为整体抵押的同时,亦不会出现因办理抵押登记的原因产生的无担保的“真空期”风险。

(二) 改变抵押物价值确定方式

现行有效的《上海市房地产抵押办法》第九条规定,设定抵押权时,抵押物的价值由抵押人和抵押权人

协商议定。抵押人和抵押权人协商议定不成的,可以经双方当事人协商委托房地产评估机构确定。法律、法规另有规定的除外。但是,该办法第十条又对土地使用权及在建工程的价值确定作出了特别规定,即出让土地使用权抵押所担保的债权不得超出国有土地使用权出让金的款额,房屋建设工程期权抵押所担保的债权不得超出该建设工程总承包合同或者建设工程施工总承包合同约定的建设工程造价。

笔者认为,从实质上而言,对于抵押物的价值的确定,完全可以采用抵押人和抵押权人协商确定的方式或者评估机构评估确定的方式,因为土地使用权及或在建工程与已经建成的房屋并不存在本质上的差别,其价值均有可能随着市场情况的变化而出现升值或贬值的可能性,其现有的成本价值对于将来处置土地使用权及或在建工程并不具有实质性的指导意义。贷款人作为理性及成熟的商业机构,必定会从合理的角度认定抵押物的价值,为维护自身利益,其亦并不会同意借款人或接受评估机构对土地使用权或在建工程的价值进行畸高或畸低的确定。

由于笔者近年来承办了多起房地产开发贷款项目,在办理房地产开发贷款抵押登记的过程中遇到了关于追加办理在建工程抵押的不同操作方式及登记方式。但笔者认为,不同的房地产抵押登记的办理方式可能导致不同的法律后果,各个办理机构不统一的办理方式亦不利于债权人了解及控制担保风险,对于债权人及其债权的安全角度而言,也会产生不同的影响。因此,为维护债权的安全,有必要对当前的办理在建工程追加抵押登记程序进行统一,并从法律角度确保债权人的债权安全及未来行使抵押权时可以实现其办理抵押登记的目的。●



●文/谢向阳 郑霄潇

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

外资银行结构性存款 质押的法律问题研究



结构性存款,又称收益增值产品,它是通过某种约定,将普通存款与金融衍生工具相结合,通过与利率、汇率、指数等的波动挂钩或者与某个实体信用情况挂钩,使得选择权与固定收益产品相结合的一种复合金融产品。对于商业银行来说,可以通过发行与利率反向挂钩的产品对冲浮动利率,在一定程度上实现风险对冲;对于投资者来说,结构性存款产品风险相对较小而收益又高于普通定期存款,显然更具有吸引力,因此,结构性存款一经推出就深受投资者的青睐和追捧。

外资银行因为在全球市场运作,对于海外投资市场的经验更加丰富,因此,在结构性存款方面比中资银行更具优势,许多投资者也更倾向于投资外资银行推出的结构性存款产品。部分投资者同时也与外资银行建立了存贷款业务关系,在向银行提供贷款担保的时候,部分投资者提出“对结构性存款进行质押”的担保方式。

日前,笔者的客户某外资银行即向笔者提出了上述法律问题:结构性存款是否可以质押,是否有相关的法律依据?应该如何操作?对此,笔者认为,应该从如下几个方面进行分析:

一、结构性存款的法律规定

(一)2007年10月1日起正式颁布实施的《中华人民共和国物权法》综合了我国《担保法》《担保法若干问题的解释》以及《物权法》征求意见稿等多方意见。《物权法》第223条明确规定了债务人或者第三人可以进行出质的权利(权利质押):

- (1) 汇票、支票、本票
- (2) 债券、存款单
- (3) 仓单、提单
- (4) 可以转让的基金份额、股权

(5) 可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权

(6) 应收账款

(7) 法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利

根据“物权法定主义”原则,物权的种类与内容只能由法律来规定,非经法律规定不得自由创设物权。《物权法》通过列举的方式明确规定了可以进行出质的权利,第(7)条也明确规定了“法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利”才可以进行出质,也就是说,法律对于可以出质的权利是有明确约定和限制的,是不可以凭空创造的,其目的也是为了促进物尽其用,确保交易的安全与便捷。法律、行政法规并没有规定结构性存款可以办理出质业务,因此,根据《物权法》的规定,结构性存款不属于“法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利”,也就是说,对结构性存款进行质押,在现阶段没有任何法律依据,但是这是否意味着结构性存款就不能办理质押业务,下文将继续论述。

(二)银监会2008年内部《关于下发外资银行开办结构性存款质押业务答复口径的通知》中有这样的描述:我国现行《物权法》、《担保法》及相关司法解释、行政法规均未有关于结构性存款或理财产品可以做质押物的明确规定……难以获得司法保护……我会将就结构性存款或理财产品担保价值问题进行认真研究,并适时与有关法制部门和司法部门积极沟通,反映有关意见……此后,银监会一直没有就外资银行是否可以开办结构性存款质押业务出具任何正式的意见。

上述《通知》可以反映出银监会对于外资银行能否办理结构性存款质押业务的态度:质押作为法定担保方式之一,其创设和存在都必须有法律明确约定,否则很可能面临着难以获得司法保护的局面。银监会认为结构性存款质押的法律依据不足,因此其法律效力具有不确定性。但是,是否就因此完全禁止外资银行



谢向阳：市律协
银行业务研究委员会
副主任



郑霄满：北京市
高朋律师事务所上海
分所律师

办理结构性存款质押业务呢？银监会在《通知》里刻意回避了这个问题。

目前看来，从相关的法律、法规中难以找到结构性存款可以办理质押业务直接的法律依据。笔者认为，我们不妨回归结构性存款本身，从它的特性入手进行分析：

二、结构性存款的性质

结构性存款是商业银行自行设计并发行的，目的是将募集到的资金根据产品合同的约定投入到相关金融市场及购买金融产品，获取投资收益后，根据合同约定分配给投资人的一类理财产品。但是结构性存款的“存款”两字又如何理解？《商业银行个人理财业务管理暂行办法》（《暂行办法》）（银监会令 2005 年第 2 号）第 22 条规定：商业银行销售的理财计划中包括结构性存款产品的，其结构性存款产品应将基础资产与衍生交易部分相分离，基础资产应按照储蓄存款业务管理，衍生交易部分应按照金融衍生产品业务管理……

根据《暂行办法》的规定，结构性存款产品分为两个部分：基础资产部分和衍生交易部分，其中，基础资产应按照储蓄存款业务管理，衍生交易部分应按照金融衍生产品业务管理。

（1）“金融衍生产品”的性质

根据《金融机构衍生产品交易业务管理暂行办法》第 3 条的规定：衍生产品是一种金融合约，其价值取决于一种或多种基础资产或指数，合约的基本种类包括远期、期货、掉期（互换）和期权。衍生产品还包括具有远期、期货、掉期（互换）和期权中一种或多种特征的结构化金融工具。金融衍生产品具有高风险性，部分投资者忽视其高杠杆性、价格波动性等特点，为了追

逐高额利润而套利投机、过度投机，结果造成了重大的损失。著名的中航油新加坡亏损 5.5 亿美元事件就是典型的例子。不过不是所有投资者都像中航油新加坡一样幸运，在经历了巨额亏损之后仍然可以得到资金注入，从而“涅槃重生”的。因此，银监会发布一系列通知，要求银行向客户充分披露金融衍生产品与交易相关的风险。

从上述分析中我们可以得出一般衍生产品的性质：高风险性、高收益性。其特点决定了多数金融衍生产品无法确定“保本”（principle protected），甚至可能面临着巨额的亏损，因此，它是一种高风险性与高利润性并存的金融产品，也要求投资者正确认识衍生产品的性质，具有成熟的投资心理。

（2）“基础资产”的性质

《中华人民共和国担保法若干问题的解释》第 85 条规定：债务人或者第三人将其金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后，移交债权人占有作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人可以以该金钱优先受偿。也就是说，经“特定化”的金钱是可以用来质押的，例如，《物权法》中明示的汇票、支票、本票、债券、存款单等。因此，“基础资产”是否“特定化”是基础资产能否办理质押业务的关键。

一般来说，与衍生产品不同的是，结构性存款中的基础资产一般都以“保本”的性质体现出来，例如，存单。借款人如果在银行存了一定数额的款项后，银行会开具到期还本付息的债券凭证。基础资产如果以定期存单的特定形式存在，则银行可以对“定期存单”作权利质押。根据《单位定期存单质押贷款管理规定》《个人定期存单质押贷款管理规定》，定期存单必须交给银行保管，质押期内，任何人不得擅自用质押款项。

就结构性存款产品本身而言，投资者一般会与银行签署一份协议，协议中会明确约定到期日银行将支

付“100%的本金额+利息额”,就“100%本金额的部分”,银行会明确约定到期日支付的本金额与投资者购买的本金额是同一种货币单位,以应对人民币升值可能给投资者带来的潜在风险,确保投资者在到期日可以100%拿回“本金额”。

综合上述分析,对结构性存款而言,笔者认为,其应该作为一种预期权利而存在,其最终权利的内容具有不确定性。其中,基础资产部分因为被“特定化”,因此,具有“保本”的性质;衍生产品的收益部分则具有不确定性。结构性存款作为基础资产(存款本金)与衍生产品的结合,可以被认为是一种“特殊化的存款”。

三、笔者意见

《物权法》明确规定了存款单可以用作质押,《单位定期存单质押贷款管理规定》《个人定期存单质押贷款管理规定》又进一步明确了定期存单办理质押的相关规定。从定期存单的性质上看,存款的本金是固定的,也就是通过存单的形式“特定化”了,因此,对于银行来说,定期存单能够确定其金额是否可以覆盖借款额度。另一方面,存款的期限也是固定的,避免了借款人不时取款造成的存款金额在存款期间的变化,不利于银行的监控。对于银行来说,担保功能的实现(质押权),必须依赖于所担保的财产或者权利,而定期存单质押的风险是可控的。

笔者认为,虽然法律法规没有明确约定结构性存款是否可以办理质押业务,但是从结构性存款业务的特性来看,只要其“基础资产”部分能够以“定期存单”等形式“特定化”,只要可以确定其“保本”的性质,则对于结构性存款中的“基础资产”部分是可以办理质押业务的;至于衍生产品部分,作为投资所得,则应该按照金融衍生产品性质进行处理。

四、实践操作

一般来说,银行办理定期存单质押业务的时候,会与借款人签署定期存单质押协议并开具定期存款单,定期存款单是最通行的质押凭证,银行一般都会受理本行或者他行的未到期的有效的存款,该存款单在贷款期间内应该质押给银行,从而限制出质人对存单的利用、处分和收益的权利。也就是说,存单质押虽然在法律上属于权利质押,但是仍然要适用动产质押的“占有”规则,存单必须实际交付,否则无论签订何种质押合同或设定何种质押条款,质押合同均无法成立。

回到本文开头提出的问题:与外资银行建立了存

贷款业务关系的客户,在向银行提供贷款担保的时候,提出“对结构性存款进行质押”的担保方式,这种担保方式应该如何操作?外资银行在办理结构性存款质押业务的时候,需要注意如下几个问题:(1)结构性存款产品种类较多,对于不具有可操作性且本金额无法固定的产品,不予接受;(2)银行要取得对“权利凭证”的占有;(3)投资者有以结构性存款作担保的明确意思表示;(4)结构性存款的到期日应当先于或者等于贷款届满期限,因为质权的行使一般是以债权已届清偿期而未受清偿为条件。上述问题确认后,外资银行再与投资者签署结构性存款交易主协议及办理结构性存款理财产品的协议,在此基础上,应注意将基础资产与衍生交易部分分别处理。基础资产部分按照定期存单质押业务的办理流程,至于衍生产品部分,作为投资所得,则应该按照金融衍生产品性质进行业务管理。这里需要强调的是,外资银行一般接受的是银行自己发行的结构性存款产品,因为这样的产品风险可控,除冻结质押物外,无须执行其他审批手续。

五、结束语

结构性存款办理质押业务,在现有的法律框架下,最大的障碍在于缺乏法律依据,虽然我国现行法律法规没有明确界定结构性存款的法律性质,但是参照相关规定和上述分析,可以将结构性存款视为基础资产与衍生交易部分的结合,因此,可以将其理解为一种“特殊化的存款”。

但是,外资银行也必须意识到,结构性存款质押业务的办理,因为缺乏明确的法律依据,因此存在着难以获得司法保护的情形,如果司法机关认为从实质内容上看,结构性存款中不能够剥离出来一个单独的定期存单,那么则意味着该项质押业务自始就是不存在的,则基于同一债务基础上产生的债权,外资银行将不具有优先受偿权——对此,外资银行要有充分的风险意识并且认可这样的风险。

结构性存款作为一种可以转让的财产权,应该可以成为质押的标的,现实生活中也有这样的需求,因此,笔者呼吁相关立法机构通过修改《物权法》或者通过制定其他相关法律、法规来明确结构性存款产品的质押权以及司法救济措施等。不过,笔者认为,《物权法》应当将权利质权的列举性规定改为概括性规定,因为,随着现代社会的发展,权利质权的标的将呈现越来越多的形式,而穷尽列举设立质权是徒劳的,这样的立法也必将远远滞后于现实需要的。●



赵韩华：上海市锦天城律师事务所律师

●文 / 赵韩华

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

关于以保税货物担保融资的法律分析



根据《海关法》的解释,保税货物,是指经海关批准未办理纳税手续进境,在境内储存、加工、装配后复运出境的货物。保税货物是海关依法监管的货物。笔者在执业中经常碰到银行等金融机构咨询能否以保税货物担保提供融资的问题,现就该问题简要分析如下:

一、现有法律框架下是否可以保税货物设立担保物权

(一) 法律规定

《海关法》第三十七条规定:“海关监管货物,未经海关许可,不得开拆、提取、交付、发运、调换、改装、抵押、质押、留置、转让、更换标记、移作他用或者进行其他处置。”海关总署第105号令即《保税仓库及所存货物的管理规定》第二十二条规定:“保税仓储货物,未经海关批准,不得擅自出售、转让、抵押、质押、留置、移作他用或者进行其他处置。”《加工贸易货物监管办法》第七条规定:“加工贸易货物不得抵押、质押、留置。”

因与货物相关的银行融资多适用抵押和质押两种形式,本部分仅就抵押、质押两种担保方式展开讨论。《物权法》第一百八十四条规定:“依法被查封、扣押、监管的财产不得抵押。”《担保法》亦有此规定。据此,海关监管的货物应属不可抵押之列。《海关法》未规定海关监管货物任何情况下均不得抵押,但其要求海关监管货物在抵押之前,必须经过海关的许可。因《物权法》和《担保法》是一般法,而《海关法》是特别法,按照特别法优于一般法的原则,如《海关法》对以海关监管货物设定担保物权有特殊规定的,应适用《海关法》的特殊规定。因此,笔者认为,可以以保税货物设定抵押,但应事先取得海关的许可。

《物权法》第二百零九条规定:“法律、行政法规禁止转让的动产不得出质。”《海关法》未明确规定海关监管货物禁止转让,因此,海关监管货物的质押在《物权法》框架下应是没有法律障碍的。但《海关法》虽未禁止海关监管货物的转让和质押,却进行了限制,为其转让和质押设置了前置条件。因此,以保税货物设定质押的,也应事先取得

海关的许可。

(二) 未取得海关许可以保税货物设定担保物权的法律风险

通过上述分析可知,除加工贸易货物明确不得抵押、质押和留置外,其他保税货物必须经海关许可,才可在其上设立抵押、质押等担保物权。那么如果没有经过海关许可而在保税货物上设立抵押、质押会有何种法律风险呢?

没有经过海关许可而在保税货物上设立抵押,因保税货物是海关监管货物,其被归入《物权法》第一百八十四条禁止抵押的财产之列。因此,其直接的法律后果是由于抵押标的的违法而造成抵押无效。

没有经过海关许可而在保税货物上设立质押,虽未因直接违反《物权法》或《担保法》而无效,但因其质押违反《海关法》的相关规定,也给担保物权的效力带来不确定性。

综上可知,海关许可是以保税货物设定担保物权的前置行政程序,没有海关许可,即使满足设立担保物权的其他必要条件,也可导致担保物权不生效或效力不确定,而且可能受到海关的处罚。

二、现实的需求和海关的不许可

在融资行为非常普遍的今天,很少有企业能够不通过融资而单纯依靠自有资金进行大规模的交易往来,保税区内企业也不例外。而银行等金融机构在提供融资的时候,相比所谓的“人保”,即公司或个人提供的保证,其更看重资产抵押、质押等的“物保”。因此,以保税货物设立担保物权有着现实的需求。另一方面,如保税区内企业有大量的保税货物,其在有融资需求的时候如能以保税货物设立抵押、质押等担保融资也是对保税货物的一种非常有效的价值利用。

笔者曾接受银行的委托,处理拟以保税货物设立担保物权的融资项目,在跟各地海关沟通后,得知目前海关并不办理以保税货物设立担保物权的批准手续。究其原因,笔者认为,保税货物尚未办结海关手续,其货物进口人未完全履行与货物进口相关的各项义务,必须接受海关的监管。如海关批准以保税货物设立担保物权,则一旦债权人

行使担保物权,将导致保税货物的流转,进而影响海关对保税货物的监管。

三、另辟蹊径——仓单质押

(一) 设立仓单质押的法律依据

如何合法有效地利用保税货物获得融资,是很多企业迫切希望知道的答案。经过对本文第一部分所提到的法律和规章的研究,笔者认为,可以考虑在保税货物的仓单上设立权利质押来实现该目的。

所谓权利质押,是指以所有权之外的财产权作为担保物权的标的物的物权担保方式。仓单,是仓库保管人在收到仓储物时存存货人的请求而出具,以给付一定货物为内容的物权证券,其既是收到货物的证明,也是凭以提货的证明。

(二) 设立仓单质押可从一定程度上规避海关批准风险

直接在货物上设立质押会在货物的所有权之外创设担保物权,并且会改变货物的性质,即由货物变成质押物,另外还需要改变货物的占有,从而影响海关的监管,因此必须取得海关的事先批准。而以保税货物的仓单出质,即设定仓单权利质权,则仅对仓单进行了处置,而对仓单项下保税货物的性质、所有权和占有均不造成影响,也并不必然导致对仓单项下保税货物的处置。当然,以仓单出质只是在质押创设之时不涉及仓单项下保税货物的处置,在质押合法有效创设后仍可能导致对仓单项下保税货物的处置。如债务人未能履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形,质权人可以依法行使质权,对仓单项下记载的货物进行处置。但是,这种处置实现质权时才发生,此时质权已合法有效设立。笔者认为,海关之所以未将仓单纳入限制质押之列,正是因为仓单质权设立时并不会影响海关监管货物的性质、所有权属性和占有状况,在质权实现时因必然涉及货物的所有权权属变更,而已被纳入海关的监管之列。

《物权法》和《担保法》均规定可以在仓单上设立权利质押,《海关法》也未禁止或限制以保税货物的仓单设定担保物权。根据物权法定原则,在保税货物的仓单上设立权利质押应是合法有效的。

因此,需在保税货物上设立担保物权而未能获得海关许可时,可考虑以保税货物的仓单出质,设立权利质押。

(三) 如何有效实现仓单质权

仓单的质权人实现质权时具有以下几项权利:仓储物提取权;仓储物变现权或仓储物折价权;优先受偿权。在仓单的质权人实现这几项权利的时候必然导致仓储物所有权权属的变更,如仓储物为保税货物,其所有权权属变更时必然涉及海关许可的问题。根据笔者与海关的沟通,得

知海关对于海关监管货物所有权权属监管的规则是:如转让人和受让人同为保税区区内企业,转让须向海关备案;如受让人为保税区分外企业,转让须经海关批准。因此,仓单质权人在实现质权时须面临海关是否备案和批准的风险。

通过诉讼方式实现质权可以避免上述风险。《海关法》第三十七条第三款规定:“人民法院判决、裁定或者有关执法部门处理海关监管货物的,应当责令当事人办结海关手续。”根据本条规定,可知:根据人民法院的判决、裁定处理海关监管货物或者有关执法部门处理海关监管货物时并不需要海关的批准;在按照相关司法程序处理海关监管货物前应先办结海关手续。因此,以诉讼方式实现仓单质权可以有效规避海关批准的程序性风险,惟在实现质权时应首先办结缴纳关税等海关手续。

(四) 设立保税货物仓单质押需要注意的事项

在办理以保税货物为仓储物的仓单质押时,与以一般货物为仓储物的仓单质押相比,银行等质权人需特别注意以下几个方面:

1. 审查仓单项下的保税货物是否属贸易管制的货物。如保税货物属于国家禁止进口或者限制进口的货物,则因其实现质权时会受到限制,银行应慎重考虑是否接受该仓单作为质押标的。

2. 了解仓单项下保税货物的关税情况。在接受仓单为质押标的而提供相关融资之前,银行应充分了解仓单项下保税货物的关税税率,考虑质权实现时借款人未能支付关税的风险,结合货物的市场价值,给予借款人合理的融资比例。

3. 是否有产生留置权的可能。《物权法》第二百三十条规定:“债务人不履行到期债务,债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产,并有权就该动产优先受偿。”据此,如存货人未能履行债务(仓储合同下,主要是交付仓储费),仓库保管人有留置货物的权利。因留置权是法定的担保物权,其将优先于质押、抵押等约定的担保物权优先受偿。因此,银行应充分调查仓储费情况,避免产生留置权对银行行使质权产生影响。

四、结论

综上所述,我们可以得出结论如下:

(一) 如直接以保税货物设立担保物权,则须报经海关许可;在未能获得海关许可的情况下以保税货物设立担保物权可导致担保物权无效或效力不确定。

(二) 以保税货物的仓单出质的,在担保物权设立之时并不需要报经海关许可,惟在实现质权时需报海关备案或批准,而通过诉讼方式实现质权可以在很大程度上避免海关不予批准的风险。●

人文万象

乐·Life

●文/陆臻

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

吃在中国

——中国八大菜系略说



“悦目之画,悦耳之声,皆为美术,而悦口之味,何独不然?是烹调者,亦美术之一道也。”这是“国父”孙中山先生对于我国烹饪技术做出的一番高度评价,他明确指出中国烹饪是宝贵的文化艺术,历来冠于世界各国。

中国菜历经了几千年的发展历史,由历代的宫廷菜、官府菜及各个地方菜系组成,在饮食烹调和菜肴品类方面,形成了不同的地方风味。菜系,也称“帮菜”,是指在选料、切配、烹饪等技艺方面,经长期演变而自成体系,具有鲜明的地方风味特色,并为社会所公认的中国的菜肴流派。我国的菜系,是指在一定区域内,由于气候、地理、历史、物产及饮食风俗的不同,经过漫长历史演变而形成的一整套自成体系的烹饪技艺和风味,并被全国各地所承认的地方菜肴。菜肴在烹饪中有许多流派。鲁、川、苏、粤四大菜系形成历史较早,后来,浙、闽、湘、徽等地方菜也逐渐出名,于是形成了我国的“八大菜系”,它们是:鲁菜、川菜、闽菜、粤菜、苏菜、浙菜、湘菜和徽菜。

山东菜简称“鲁菜”,是公认的八大菜系之首,是黄河流域烹饪文化的代表。山东菜可分为济南风味菜、胶东风味菜、孔府菜和其他地区风味菜,并以济南菜为典型,有煎炒烹炸、烧烩蒸扒、煮汆熏拌、溜炆酱腌等50多种烹饪方法。其代表菜有:“红扒熊掌”、“飞龙汤”等。

四川菜简称“川菜”,讲究色、香、味、形,尤在“味”字上下功夫,以味的多、广、厚著称。川菜口味的组成,主要有“麻、辣、咸、甜、酸、苦、香”7种味道,巧妙搭配,灵活多变,创制出麻辣、酸辣、红油、白油等几十种各具特色的复合味,味别之多,调制之妙,堪称“中外菜肴之

首”,从而赢得了“一菜一格,百菜百味”的称誉。其代表菜有:“宫保鸡丁”、“麻婆豆腐”等。

福建菜简称“闽菜”,素以制作精巧、色调美观、调味清鲜著称。福建菜以海鲜类为主,口味方面则咸、甜、酸、辣具备。福建菜对清汤的调制特别讲究,一般都以油鸡、火腿、蹄膀为用料。方法是先用小火将油鸡、火腿、蹄膀等熬出汤汁,并过滤;另将生鸡骨斩碎,加水 and 盐调和,放入汤内,继续用小火边烧边搅匀(又称吊汤),然后再过滤一次,便成为莹洁鲜美的清汤,用来调制菜肴,对色、香、味均有帮助。福建菜中最具特色的是糟,有扛糟、炆糟、爆糟、炸糟等种类之分。其代表菜有:“佛跳墙”、“鸡茸金丝笋”等。

广东菜简称“粤菜”,由广州、潮州、东江客家菜三种地方菜构成。广州菜是粤菜的主要组成部分,以味美色鲜、菜式丰盛而赢得“食在广州”的美誉。广州菜有三大特点:一是鸟兽虫鱼均为原料,烹调成形态各异的野味佳肴;二是即开刀、即烹和即席烹制,独具一格,吃起来新鲜火热;三是夏秋清淡、冬春香浓,深受大众的喜爱。其代表菜有:“三蛇龙虎会”、“脆皮乳猪”等。

江苏菜简称“苏菜”,以淮安、扬州和苏州菜为代表,有如下几个特点:一是选料严谨,制作精细,因材施教,按时治肴;二是擅长炖、焖、煨、焙、蒸、烧、炒等烹饪方法,且精于泥煨、叉烤;三是口味清鲜,咸甜得宜,浓而不腻,淡而不薄;四是注重调汤,保持原汁。其代表菜有:“扬州狮子头”、“叫花鸡”等。

浙江菜简称“浙菜”,是浙江地方风味菜系。浙菜发展到现代,已是精品迭出,日臻完善,自成一统,有“有佳肴美



点三千种”之盛誉。浙菜有如下几大特征:一是用料广博,配伍严谨;二是刀工精细,形状别致;三是火候调味,最重适度;四是清鲜嫩爽,滋味兼得;五是浙菜四支,风韵各具。其代表菜有:“西湖醋鱼”、“东坡肉”等。

湖南菜简称“湘菜”,以腴滑肥润为主,多将辣椒当主菜食用,不仅有北方的咸,也有南方的甜,更有本地特色之辣与酸。湖南菜特别讲究原料的入味,技法多样,有烧、炒、蒸、熏等方法,最为精湛的是煨,原汁原味,且刀功精妙,形味兼美,菜肴千姿百态,变化无穷。湖南菜以辛辣著称,湖南人对辣椒“宠爱有加”,几乎什么都放辣椒,湖南的辣椒也特别辣。其代表菜有:“东安子鸡”、“腊味合蒸”等。

“徽菜”是徽州菜的简称,不等于安徽菜,徽菜主要流行于徽州地区和浙江西部。徽州风味主要特点是:擅长烧、炖,讲究火功,善于保持原汁原味,不少菜肴都是用木炭火单炖、单火靠,原锅上桌,不仅体现了徽菜古朴典雅的风格,而且香气四溢,诱人食欲。其代表菜有:“清炖马蹄鳖”、“腌鲜鳊鱼”等。

“昔日中西未通市以前,西人只知道烹调一道,法国为世界之冠,及尝中国之味,莫不以中国为冠矣”。如今,中国烹饪在世界上独树一帜,它的发展不仅体现了精湛的传统技艺,更是社会文明进步的一种表现。●



她是 60 后，日本历史上第一位可以以律师身份执业的中国女律师，上海市优秀律师，世博职业女性形象大使；

她是热爱园艺、懂插花、会茶道、写得一手好书法的快乐主妇，也是从小教会儿子承担社会责任的好妈妈；

她乐善好施，看到贫困地区孩子们清澈无助的眼神便再也 hold 不住，总是一次次慷慨捐助，只为让所有的孩子都有受教育的机会；

今年 9 月，她在云南边陲贫困山区捐建的纳卡希望小学落成开学。典礼过后，她总是想着，再为那里的孩子做些什么；

她，就是上海锦天城律师事务所高级合伙人律师——裘索博士。

爱心奉献

●文/严珊珊

栏目组稿人：孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

上海女律师云南捐建“纳卡希望小学”

裘索：做慈善，只因我也是母亲



希望小学：亲力亲为，
一年建成

这是一段长达 3 天旅程。9 月 1 日清晨，从上海坐飞机到昆明，5 小时后抵达蒙自住下。次日上午驱车，下午 4 点到达绿春。9 月 3 日清晨驱车一个半小时，抵达云南边陲少数民族聚居的贫困山区纳卡。

这是一段艰险的旅程。一眼望去只有层峦叠嶂的大山，长时间坐车，在盘山公路上穿行，甚至不敢把车头伸向窗外，外面便是悬崖峭壁。

这是一段充满期待的旅程。在那里，近 300 名师生正准备好用最隆重的仪式，欢迎那位一年前答应让他们有新学校、新教室，如今兑现承诺的“上海妈妈”。

今年 9 月 3 日早上，当上海女律师裘索带着 12 岁的儿子在跋涉 3 天之后终于来到纳卡村，踏上通往纳卡希望小学的这条土路时，两边的学生穿着少数民族的服装，唱起歌跳起舞，把所有的感激全部融入这歌舞之中，前方不远处，就是新教学大楼。

三层的大楼粉刷一新、窗明几净，兴奋的孩子们跑到三楼的天台，一边玩耍一边嬉笑，纯净的眼神里洋溢着真实的快乐。

看着这些高兴的孩子，裘索觉得这一年来的奔波忙碌都那么值得。去年 8

月，上海锦天城律师事务所高级合伙人律师裘索与几位朋友一起捐资修建了云南纳卡比希望小学。在捐助仪式后，裘索向当地有关部门的工作人员表示，希望帮助那些最难被阳光照到的孩子们，自己愿意出资，在云南更加贫困，交通更加不便，教育资源更加缺失的地方捐建一座希望小学。

几经辗转，纳卡进入了裘索的视线。纳卡村位于云南红河州绿春县牛孔乡，是云南交通最不便的山区，这里少数民族聚居，四周都是山区，十分贫穷。“去年 11 月份，我第一次来的时候，这里校舍拥挤破旧的程度真是让人揪心。”裘索说，孩子们要走好几个小时的山路才能来上学，平日只能住校。宿舍就是一个破旧的没有任何设施的房间，30 平方米不到的屋子里摆满了上下铺的床位，挤了 24 个学生，一张窄窄的铁床上要睡两个孩子。孩子们全都很瘦很瘦，身上穿着各地捐助来的二手衣服……

于是，裘索决定出资捐建纳卡希望小学。飞回上海之后，裘索在繁重的工作中抽出时间看预算、审阅各种报告材料，“真像做个案子一样，甚至更辛苦，因为我希望把每一分钱都落实到那里的小朋友身上。”

终于，今年 9 月，大楼落成，裘索如约再次来到纳卡。“参加开学典礼的时候，我感到无比幸福，精神状态得到了深度净

化。那里淳朴的民风和学生纯净的双眸以及当地山民发自内心的热情感染了我们母子。甚至有那么一刻，我真想暂时放下上海的工作，在这里住上一段日子，亲自教这些孩子们。”裘索感慨地说。

慈善：母子之间，责任传承

谈起纳卡希望小学，裘索脸上总是挂着母亲看孩子般怜惜关爱的微笑，她并不把这看成“壮举”，从八九年前第一次参加慈善拍卖开始，裘索一直尽己所能，帮助贫困地区的孩子。

2008 年，裘索将在日本出版《中国公司法》一书获得的 100 万日元稿酬捐出，在她当选人大代表的浦东新区陆家嘴地区，设立“助学帮困基金”，用于资助选区内学优家贫的小朋友。

去年世博会期间，裘索邀请甘肃杜家沟村小学的学生代表来上海参观世博会，孩子们吃住在她家，临走时她还替孩子们买了很多学习用品带回学校。

去年 8 月，裘索和朋友们一起捐资修建云南纳卡比希望小学，并资助一名失学孤儿重返课堂。

去年 9 月 18 日，在全国工商联、中华红丝带基金会等单位举办的“世博紫壶锦慈善晚会”上，当裘索得知全部拍卖所得将用于捐助四川凉山地区艾滋病致孤



裘索(左三)在筹备纳卡希望小学时和该校教职员工在一起。

的孤儿和舟车的孤残儿童后,以 150 万元的拍卖总额拔得头筹。

今年日本 3·11 地震后,裘索又第一时间通过日本驻沪领事馆捐助了 100 万日元善款。

“也许因为我自己也是个母亲,只要一看到那些孩子清澈的眼神,心顿时软了。我不希望有孩子因为几百元钱就失去受教育的机会。”说起自己这些慈善捐助,裘索笑着说,一半是因为自己为人母亲的天性使然,一半也是为了教育儿子,“我要让儿子知道,真正的男子汉应该是社会责任的担当者。”

早在几年前,上海女律师联谊会捐助甘肃母亲水窖时,身为副会长的裘索就带着儿子一同前往。临行前,儿子买了很多文具和书,并在当时就读的上海美国学校里发起“捐书运动”,号召同学们把不需要的书捐给山区的孩子。

这次入滇,虽然路程艰险,裘索百般思量还是带着 12 岁的儿子同行,为的是让生活条件优渥的儿子看看身处贫困地区同龄人的生存状况,“整个过程中我们一直在沟通,在开学典礼上,他跟当地的同学介绍了自己在波士顿念书的情况,也分享了此行的感受,并对他们说,‘只要同学们足够优秀,一定可以拥有更多的教育资源’,这让我很感动。”儿子的表现让母亲很满意,因为这份社会责任心和爱心,已经由妈妈言传身教,深深扎进了儿子的心里。

工作:执业 21 年,通达中日

谈起慈善的裘索是个“慈母”,而谈到工作,裘索立即成了气场强大的“女王”。其实,她能如此持续地投入慈善事

业,恰恰源于事业上的成功。“上海市优秀律师”、“服务世博先进律师”、“世博职业女性形象大使”、上海市司法行政系统先进个人、市三八红旗手、“上海市优秀女律师”等荣誉不仅是一张张证书、一个个头衔,更是一个女律师执业 21 年来专注敬业的写照。

裘索毕业于上海复旦大学法律系,曾在日本早稻田大学攻读法学硕士,后在华东政法大学取得法学博士学位。她是日本国历史上第一位可以以律师身份执业的中国女律师。

在日本执业时,裘索在中日司法界高层穿针引线,上个世纪末,她积极参与筹备并组建了在日中国律师联合会,并被无记名投票选举为首任副会长。

在日本学习工作近 10 年后,1999 年,裘索毅然将工作重心由东京逐渐转向上海,执业于上海最大规模的律师事务所——锦天城律师事务所。由于裘索谙熟中日两国的法律和语言,又有美国哥伦比亚大学的研修生活经历,因此专事中日公司间的法律服务,受到中日律师界和法学界广泛认可和赞誉。

同时,裘索从上个世纪末开始先后撰写了《日本国律师制度》、《日本国检察制度》、《日本国违宪审查制度》等专著,还将中国的法律制度传播到海外,用日文撰写的《中国公司法》在日本权威杂志《法学家》连载半年后,由日本的一流出版社中央经济社出版面市。这是上海女律师在国外出版的首部外文法律实务专著。

由于裘索在中日企业法务专业领域的杰出贡献,2010 年 5 月,日本著名的《法学家》杂志把她评选为封面人物。2011 年,裘索被聘选为中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员(CIETAC)仲裁员。

只要一谈到律师工作,裘索的脸上总是充满自信,她说,这种自信是内气质的外在流露,“内在充实饱满,自信才会在举手投足间不经意地自然显现。”

生活:热爱园艺,钟情‘三道’

当然,回到家脱下职业装,走进花园漫步其间,裘索的气场又变了,这一刻,她是个享受生活的快乐主妇。

因为在东京生活十多年的关系,裘索热爱园艺,家里的花园由她主持设计、侍弄,潺潺流水,竹林亭台,春赏樱花秋赏红枫,茶花杜鹃紫藤不一而足又错落有致,偶尔可见小松鼠在树木间花草旁追逐嬉戏。

除此之外,裘索还有“三道”:花道、茶道、书道。插花时的神闲气定能让心灵充分放松,在世博职业女性形象大使的评选中,她的插花作品让评委眼前一亮,拔得头筹。日本的茶道充满仪式感,裘索烹茶、饮茶之中,逐渐体会着日本文化的细节,讲究细节和过程的精髓和日本的企业文化、法律文化一脉相承。她从小练书法,在研墨、舔笔、运气、书写时,感受禅意和气场。

对于已过不惑之年的裘索来说,生活不仅仅是忙碌的工作,而是身心的愉悦和自我价值的提升,有时间陪家人,有能力帮助需要帮助的人。

“纳卡希望小学这个‘案子’并没有结束。修建教学楼只是第一步,接下来,我还计划翻修学生宿舍,通过设立基金、奖学金之类的方式,做好后续的工作。”裘索说,9 月 3 日的开学典礼对她来说,不是一次慈善捐助的结束,而是一个新的开始。●

他山之石

●文 / 许建添 张长越

栏目组稿人: 洪亮 hongliang1224@hotmail.com

权利高于上帝?

——美国联邦最高法院在恩格尔诉瓦伊塔尔案中的艰难选择



宗教自由的种子

在美国的日常生活中,宗教是很重要的。而宗教信仰自由的权利是美国人民最珍惜的权利之一。于1791年批准的《美利坚合众国宪法》第一条修正案便创立了政教分离和宗教自由的宪政原则:“国会不得制定有关确立国教或禁止信教自由的法律”,使每一个人和宗教团体都可以享受充分的信教自由,不仅不受政府的约束,也不受其他教派的压力。1802年,美国第三任总统杰弗逊写下了一句传颂至今的名言:“我以崇高的敬意注意到,美国人民宣布他们的立法机构‘不得制定确立宗教或禁止宗教活动自由的法律’,因而在政教之间立起了一道分离之墙”(A wall of separation between church and State)。杰弗逊的这段话,后来便成了“政教分离”宪政原则的同义词。

而无论是第一修正案还是杰弗逊的名言,均不等于在1791年或1802年的美国社会就已经有了今天这样的宗教自由。因为宗教自由不是一件成品,通往宗教自由的理想境界也不曾一帆风顺。但它的种子从此生根发芽,并且在20世纪开花吐艳。其中,美国联邦最高法院于1962年在恩格尔诉瓦伊塔尔(Engel v. Vitale)案的判决中,在权利与上帝之间作出了艰难的选择,使该案成为追求宗教信仰自由之路上的—朵奇葩。

一场因祈祷文而引发的诉讼

作为美国历史文化的一部分,公立学校以某种例行的特定仪式开始学校的一天已为大多数美国人所接受。公立学校的

老师带领学生作效忠宣誓、朗诵简短的祷文、唱“美国”之歌或读几段《圣经》,只是因各州的法律、习俗、校长和老师的个人习惯不同,仪式的形式和内容也不尽相同。但到了二十世纪五六十年代,这一仪式却遭到前所未有的挑战,并且因一段祈祷文而引发了一场受到举国关注的诉讼。

1951年,纽约州主管公立学校的州教育委员会向各地方教育委员会发行《关于学校道德与精神训练的声明》,建议公立学校规定每天上课前,每个班的学生在老师在场的情况下大声诵读一段祈祷文。祈祷文的内容如下:“万能的上帝,我们承认我们信靠您,并祈求您赐福给我们的父母、我们的老师和我们的国家。”州法授权学区(School District)采纳了这一建议,并在全县公立中小学校中推行。在州法授权学区采纳建议之后不久,部分学生的家长对规定做祷告的做法提出质疑。其中,以史蒂文·恩格尔(Steven Engel)为首的家长们于1959年把教育委员会主任小威廉·J·瓦伊塔尔告上了纽约州地方法院。他们认为,这种校园祷告是政府试图向所有学生强制灌输基督教教义,从而违背了他们和他们孩子的信仰,宗教和宗教习惯,分割了非基督教家庭孩子们的信仰自由权,混淆了他们的思想,破坏了他们的信仰。他们还对州法授权学区允许在公立学校作祷告和学区规定背诵特定祈祷文的行为的合宪性提出质疑。他们认为,校园祷告不仅危害了学童的身心健康,而且严重违反了《权利法案》所确立的“政教分离”原则,是明目张胆的违宪行为,应予以取缔。而纽约州地区法院认

为学校并未强迫学生参加祷告,故否决控诉,上诉法院也支持了地区法院的判决。恩格尔等人毫不气馁,又将该案上诉到美国联邦最高法院。

联邦最高法院的艰难选择:权利高于上帝

联邦最高法院的大法官们对于是否应当受理本案,意见却并不统一。1961年12月4日,联邦最高法院举行了诉讼调审会议。查尔斯·惠特克(Charles E. Whittaker, 1957—1962年任职)和波特·斯图尔特(Potter Stewart, 1958—1981年任职)两位保守派大法官极力反对受理。他们认为,校园祈祷的目的只是对学生进行道德教化,并无强制让有其他信仰的学生接受和信仰基督教之意,因此要求朗诵祈祷词并不违反政教分离原则。甚至,连一向被认为是保护公民权利的司法先锋首席大法官厄尔·沃伦(Earl Warren, 1953年—1969年任职)也认为地方教委值得同情。但是,在多数大法官的坚持下,联邦最高法院最终接受了本案并进行审理。

1962年,联邦最高法院以六对一的票数判决,祈祷词的背诵确实是州发起的宗教活动,已涉及建立官定宗教,故判决该政策违宪。1962年6月25日,星期一,雨果·布莱克(Hugo L. Black, 1937—1971年任职)大法官代表联邦最高法院宣读

了他执笔撰写的多数意见。布莱克大法官认为,州政府规定要求作祈祷,无论祷文在宗教上多么中立,都不符合“禁止设立宗教”条款的规定。祈祷在任何意义上都构成宗教行为,而《第一条修正案》的含义至少是,政府为任何美国人编写官方朗诵祷文,把它作为由政府主持的宗教活动的一部分,全然不属于政府职能。他指出,判定一个行为是否违反“政教分离”,并不依赖于显示任何政府的直接强迫(direct governmental compulsion),只要政府以其权势、威望和财力支持了某一宗教或教派,显而易见的是,这必然对宗教少数派(religious minorities)形成要向官方认可的主流宗教(prevaling officially approved religion)就范的压力而使宗教少数派在宗教事务中处于劣势地位。布莱克认为,祷告的内容、具体文字,或者被称为“无教派色彩”(non-denominational)的祷文能做到宗教中立等等说法,都与案子的实质无关。州政府鼓励做祷告,就是在扶植一种它所确定和支持的宗教活动。虽然没有证据显示有强迫祷告的现象,也没有看到祷告促进了任何一个教派的利益,但是政府在公立学校推广宗教性行为本身,违背“禁止设立宗教”条款的规定。据此,布莱克在判决中支持恩格尔等学生家长的上诉请求,要求纽约州法院必须按照联邦最高法院的判决精神重审该案,禁止在公立中小学中继续推行课前宗教祈祷。

联邦最高法院的判决挑战的是美国传统的道德和宗教观念,触动的是为绝大多数美国人所认可的对《圣经》和上帝的信仰。对此,想必大法官们是心知肚明。但大法官们还是通过判决在恩格尔案中作出了一个艰难的选择:权利高于上帝。

联邦最高法院的本意:保障宗教自由

就像联邦最高法院以往对重大案件

作出判决后美国社会的反应一样,恩格尔案的判决引起了美国社会各界对联邦最高法院的猛烈抨击。

在许多人眼里,联邦最高法院打击了一个有重要社会作用的传统习惯,即使这个传统习惯偶尔构成对少数不随主流的或怪异人的不公。某报纸的标题疾呼:“法院判上帝非法”;天主教周刊《亚美利加》把联邦最高法院的判决称为“黑色星期一判决”,是对上帝彻头彻尾的不敬;新教福音派传教士比利·格雷厄姆怒喝道:“上帝怜悯我们的国家吧,我们不能再向上帝求助了”;纽约红衣主教弗朗西斯·斯佩尔曼指责法院的判决打击了“长久以来抚育美国儿童的神圣传统的核心”。同时抨击恩格尔案判决的,不仅有媒体,还有许多议员。阿拉巴马州的联邦众议员乔治·W·安德鲁斯抨击大法官们“将上帝抛到了九霄云外”;西弗吉尼亚州的联邦参议员罗伯特·C·伯德则攻击最高法院是在“摧残美国人的灵魂”;而另一位国会议员威廉姆斯更是耸人听闻地认为,最高法院通过审理该案,实际上是在“刻意和谨小慎微地阴谋以唯物主义替代美国人的思想价值观念”,其目的是要使美国“共产化”。

当然,联邦最高法院的判决也有支持者。特别是许多宗教团体认为,这个裁决是使宗教摆脱毫无意义的公共仪式和保护真诚信教的重要步骤。全国基督教协进会是一个自由派和正统派教派的联合体,它称赞对恩格尔案的判决保护了少数派的权利。约翰·肯尼迪总统曾在1960年竞选时成为恶毒的宗教偏见的靶子,他敦促人们支持联邦最高法院就恩格尔案所作出的判决,并在一个新闻发布会上说:“我们在这方面有一个很简单的解决办法。那就是:我们自己祷告。而且我认为,这会令每一个美国家庭高兴地看到,我们在家里可以祷告得更多,我们去教堂时可以怀有更大的忠诚,我们可以使祷告的真实意义在

我们所有孩子的生活中占有更重要的位置。”总统的一番情理之言表达了联邦最高法院对恩格尔案的本意。

其实,最高法院的判决在权利与上帝之间选择了权利,并不是要反对人民自由地信仰宗教,恰恰相反,是为了使宗教自由的权利更具有宪法的保障。它所倡导维护的只是“政教分离”的宪政原则,它所担心的也只是一旦容忍政府干预宗教事务,宗教迫害就可能接踵而至。用布莱克大法官的话说,一旦有政府的权力和威望为某一宗教或信仰撑腰,那么“必然对宗教少数派形成要就范于官方认可的主流宗教的压力。”因此,为了保护制宪者在《权利法案》中创立的个人宗教自由,政府不得强加任何类型的宗教规定,即使是号称“无教派色彩”的祷文。唯如此,要求在现实生活中实现宗教自由的公民,才能真正享有宗教自由的权利。

结语

在美国的今天,关于宗教信仰自由问题的争论仍然没有停止,但没有人会怀疑或否认宗教信仰自由的权利之重要性。而在我国却很少产生像恩格尔案一样的关于宗教信仰自由的争论。这也许和历史文化、司法体制有关,或者可以乐观地认为是宗教信仰自由在我国已经充分实现。笔者并非宗教人士,但笔者真诚地希望,我国宪法规定的宗教信仰自由能够真正得以落实,就像在美国一样,宗教信仰自由不但为宪法所确立,还能获得联邦最高法院的判决支持与维护。唯如此,任何公民方有权选择不信仰或信仰宗教以及信仰什么教派,也有权选择不朗诵或朗诵祷文以及朗诵什么祷文,还有权选择不唱或者唱圣歌以及唱什么圣歌。●

(作者单位 上海申骏律师事务所)

微·Talk

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

鹅卵石与回音壁

(本栏目言论仅代表言论者本人观点)

大成律师事务所上海分所 陶鑫良律师

人们旅游三种状态——一观光:走马观花急行军,每一景点一“咔嚓”,立此存照,早年还有到处涂鸦“某某到此一游”的;二度假:往往驻扎一宾馆,扫荡周边诸景点,下马观花,仍以景为本;三休闲:借景怡情,修身养性,以至“菩提本非树,明镜亦非台”,物我两忘,其最高境界就是发呆。

追求人生心态三境界——第一旅游者心态:其一“难得来一次,争取多看几个景点”。其二“遇大麻烦就转进,不过少看此景点”;第二医护者心态:其一“我是医生护士,我与病人争个啥?”其二“我是乡下一郎中,谁如信我我医谁”;第三感恩者心态:其一“漂母一饭当图报”。其二“多记得馒头,少记得拳头”。

上海秋实律师事务所 毕玥律师

范冰冰说:“我经得住多大的赞美,就挨得住多深的诋毁。”她说:“我的所有努力都只是为了让自己掌握主动。”她说:“万箭穿心,习惯就好”——一个小小女人要活得精彩,要有颗大大的心。

上海金茂律师事务所 金文玮律师

谷歌收购摩托,微软联手诺基亚,都是给苹果闹的。苹果就好比足球界的巴萨,其他球队东收买球员西收买球员的拼凑最强阵容,没有几年功夫整合,依然还是干不过巴萨,毕竟人家坚持自己风格已经那么多年了。

上海大邦律师事务所 陈东华律师

楼上某家,不知何故突然养了两只公鸡,每日5点左右,天刚发白,即喔喔打鸣,如在山村。今日看早报上写《黄帝内经》说,“早卧早起,与鸡俱兴”,中医认为,夜里11点到早上5点,这6个小时是睡觉的黄金时间,依次是胆肝肺经当令。清晨听鸡叫,原来是幸事。

上海汉商律师事务所 吴向东律师

最近老看到有人在微博上写一些吟风弄月的文字。

哎,其实七宝楼台,拆碎了啥都不是。俺也闭着眼睛示范一下:“紫藤花架下微风轻拂的月夜里,你遥想千里之外大漠中的风沙。随山移水转,脚下的尘土,慢慢凝固成如陶一样温暖的记忆。而我,正沿着记忆中菱叶指引的水道,缓舟而来。”啥玩意嘛!

上海宏瀚律师事务所 蒋宏律师

总有人问我皮肤如何保养?其实很简单,60%感谢父母基因,20%归功于每天N次清水洗脸,20%归功于早睡早起。洗面奶一周一次足矣,护肤品和儿子通用。当然,上妆的MM不适用。我除了婚照,基本都是素颜,皆因上妆费时费力费钱,卸妆同样费时费力费钱,偶耗不起啊!其实素颜无关乎勇气,习惯即可。

上海朝华律师事务所 徐培龙律师

上小学的时候就学生一个身份,所以只要学习好一切OK;随着年龄的增长,身份越来越多,律师、合伙人、支部书记、丈夫、父亲、儿子……随之而来的是越来越多的责任和承担。所以说,身份带来的只能是责任和承担,而不可能是什么地位和特权!局长、市长、部长们,你们说呢?

上海翟建律师事务所 张培鸿律师

时间不可逆转,任何社会都会有查不清的案子。这时,是打出一个所谓的“真相”,还是遵循正当程序,切实保障人权,是检验一个国家司法文明的重要标尺。两百多年前,意大利刑法学家贝卡利亚这样论述“疑罪从无”的原则:将有罪的人释放,不过是判处他们(心理和精神意义上的)终身流放而已,倘若对无辜者用刑,则是实实在在的大错。

遵义市司法局 吴世禄局长

《上海律师》编辑部:已收到并认真拜读了两期《上海律师》。图文并茂生动、内容丰富厚重,突出了律师专业特点、上海区位优势和国家时事热点。着实养眼,受益匪浅。谢谢了。并希望收到每一期的“东方律师之音”!

随笔 ● 文/江宪

栏目组稿人:计时俊 jilawyer@sina.com

我的珠峰情缘



我一天最惬意最轻松的时候便是下班前办公室窗前的伫立。

合上卷宗,揉揉双眼,让思绪离开繁杂的工作,点上一支烟,静立窗前远眺:正是日落时分,上海的高度——环球金融中心大厦就耸立在眼前,夕阳映红它如山的巍峨,霞光万丈,让人神往;而它脚下的黄浦江则是波光粼粼,柔情婉约,仿佛在诉说千年的故事;陆家嘴林立的高楼,和高楼错落间的车水马龙,总让我体会到有高山峡谷的味道,也总让我联想万里以外的青藏高原,我的珠穆拉玛峰……

珠峰和上海很有缘。珠峰地属西藏自治区的日喀则,该地区为上海的援藏点,上海许多干部在这里洒过汗水,为汉藏民族的友谊做过贡献,这是“人缘”。

珠峰脚下有一条横亘东西的 318 国道,全长 5476 公里。起点是上海的人民广场,终点是西藏境内的樟木口岸。珠峰就坐落在该国道 5100 多公里处的南侧,一条国道把上海与珠峰连在了一起,这是“地缘”。

而我和珠峰却是情缘,是命中注定的相遇。

有人问英国登山家乔治马洛里为什么总是要不断攀登,他说:“Because the mountain is there”。有人问我为什么要五上珠峰,我的回答也是:“因为珠峰在那里”!我不是登山探险家,珠峰的巍峨不是我追求的目标。但我是摄影发烧友,亲手拍摄珠峰传说中的美丽风光,在海拔 5000 米以上的雪景中观赏珠峰的“日照金山”是吸引我一次又一次踏上青藏高原的动力所在。

从上海到拉萨,坐飞机就是 1 天,从拉萨到珠峰,还有 500 多公里,坐车得十几个小时,需在日喀则或者定日过夜,第二天才能去珠峰。所以即便是专程从上海直接到珠峰脚下也要 3 天的

时间。珠峰一直在我的心中,但我总是对它有着揣揣然的不安和敬仰,总觉得自己还是没有准备好迎接瞻仰女神的心态,所以我是在第三次进藏时才去的珠峰。

第一次进藏是随《阿姐鼓》MTV 摄制组在拉萨拍片,西藏天高天蓝苍茫无边的自然风光让我惊叹不已,但传说中的高原反应使我对珠峰望而却步。第二次进藏是 20 世纪的最后一年,我沿尼洋河走到了雅鲁藏布江的拐角处,折回拉萨后搭顺风车走完了青藏公路,途中纳木错的苍茫原始让我泪流满面,而这次又由于时间太紧,我和珠峰再次失之交臂。

珠峰就在那里,在我心中,望着它的方向,心中充满了渴望,但到了西藏而未去珠峰,望而却步和失之交臂,让我的心中遗憾不已。

2001 年是我第三次进藏。这次进藏是我牵头组织了几位律师从上海出发自驾车去的,当然,去圆我的珠峰梦是主要的目的之一。那时,去珠峰的山路还没有修通,一路沟沟坎坎,好似在波浪上行驶,人的全身骨头都要散架了。从定日到珠峰 100 公里,车走了 8 个多小时,颠颠簸簸的到了,抬眼望去,云遮雾绕下根本不知道珠峰在哪里,是什么模样?当时观珠峰者甚众,等了一个多小时,忽闻一阵欢呼,“出来了,出来了”!于是我也跟着喊,“出来了,出来了,看到珠峰了”。其实看到什么至今自己不知道,同去的律师也不知道。只见隐隐约约的云雾中有个模模糊糊的山峰在飘忽不定,心里认定云后面的就是珠峰。

珠峰是世界第一高峰,有多少人能实实在在的站在 5200 米的高度,真真切切的看到 8840 米的世界第一高峰?这次,我与同行的律师站到了 5200 米的高度,眼睛没有真真切切的看到珠峰,只能说心里看到了,才抚平了心中些许的遗憾。





这就是珠峰,不是想看就能看的,有多少人千辛万苦的到了,就是见不到,能隐隐约约的见到还是幸运的。要看到真实的珠峰,体会它带来的震撼,欣赏它“唯我独尊”的豪气万千,是需要缘分的。

直到第五次去珠峰,我才弄清楚观珠峰的最佳时间:清晨,太阳从珠峰左上角慢慢升起,雾气散尽,真容始露,世界最高峰会完完整整的出现在你面前,似真似幻。观赏珠峰的最佳时间是清晨,因为这个时间段看见珠峰的几率最大。到了中午时分,又会风起云涌,珠峰又隐藏在云雾之中。那时什么都看不见,白茫茫的一片。

上午是能够看到珠峰的最佳时刻,但不是看到最美的珠峰的时间。珠峰位于我国与尼泊尔交界的喜马拉雅山之上,在我国一侧,面北坐南,太阳从它左后面升起,早晨是逆光。到了下午,太阳转到它的右前方,那时,如果晴空万里,太阳平射在珠峰顶上,开始呈现出金色,继而红色,最后以玫瑰色落幕,那是珠峰最美的时候,这也就是我要的“日照金山”的美景。

2009年9月29日,那天风和日丽,我上了珠峰一号大本营,下午3点多,途经加错拉山口,远眺珠峰还是云遮雾绕,但从4点开始,云雾渐渐消散,珠峰向每

一位朝拜者露出了真容,此时能见度一下好到6000多米的绒布冰川也清晰可见,山腰上白云缠绕,是拍摄的极佳时机,我从绒布寺一路拍到大本营,从山体的白色、金色、一直到太阳的最后一束光芒直射在珠峰山顶,山顶散发出让人心旷神怡的红色和玫瑰色……我不愿停下脚步,我希望时间能够停顿,让我在这神秘的美景中多陶醉哪怕一分一秒……太阳落山后,便是一轮圆月高挂珠峰,余辉反射,山体透着粉色,如此景象,是抓拍的最好时机。就在这时,我却不用自己的机器拍摄,匪夷所思的要另外摄友的脚步架,那摄友看到我的相机在架子上,没有与我争辩,把脚架给我,等我装好,余辉已散,山体暗黑,已过最好的拍摄时机。望着明月,我一脸的怅然失望,我知道我刚才换机拍摄的决定是缺氧惹的祸,是瞬间的意识丧失!有的人在珠峰大本营突然失踪,就是缺氧导致的瞬间意识丧失误认方向所致,在海拔5000米以上,从理论上讲干什么都是危险的。好在我的这次意识丧失没有带来严重的后果,但缺少了夜幕下的珠峰的沉寂,那种黑暗中涵盖着爆发的力度的照片,不能不说还是一种遗憾的。

有人问我,拍珠峰印象最深的是什么?其实问者是想知道拍珠峰苦不苦,累不累。我的回答是“拍珠峰可以说又苦

又累”!珠峰大本营海拔5200米,空气稀薄,含氧量极低,大致只有我们上海含氧量的50%,也就是说在缺氧一半的条件下,站着不动心跳也会加速,人一直处于气喘吁吁的状态,反应大的还头疼欲裂,更何况还拿着十几公斤的器材上上下下的跑来跑去,晚上又必须在如此缺氧的环境下入眠,大部分人都无法入睡,心有跳出来的感觉。很苦,很累。

但上珠峰的苦和累在珠峰的美丽前面又是那么的不值一提:这么湛蓝的天空,这么纯洁的白云,这么灿烂的光芒,这么圣洁的冰川雪峰,如诗如歌如泣如梦般的美景,不到珠峰大本营这样的海拔,是看不到的。看到了,你会有流泪的冲动,因为这可能是人的一生中唯一的一次体验,沉醉珠峰的拥抱中,感受静默的力量,在苍茫中体会人的渺小,思考人生的意义,再苦再累也是快乐无边了。

珠峰,它就在那里,在千万里不断行走之后,在城市的水泥森林中,在落日、大厦、江水交相辉映的静思中我突然感悟到:能让男人动心的似乎只有沉寂千古的喜马拉雅山,能冲破男人蒙尘结壳的心的也只有浩瀚接地的珠峰了,珠峰的昂立是我们精神的脊梁,珠峰的沉默是支持我们前行的力量。

我和珠峰是情缘,是命中注定的心缘。●

■ 作品欣赏 姚慧明 上海市律师协会

西域归来

路遥辛劳未足夸，
西域归来思无涯。
镜头尽录沿途景，
新疆风光美如画。



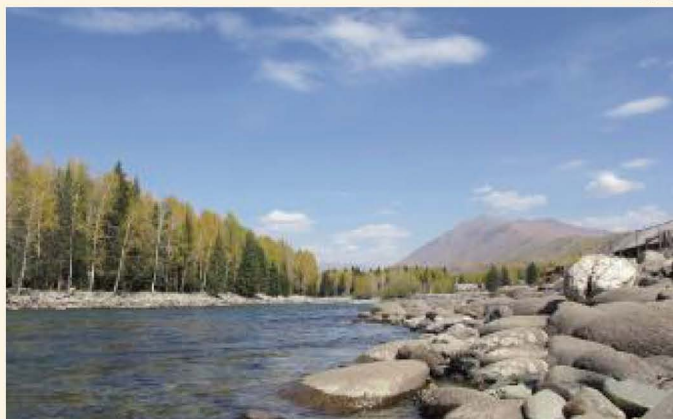
吐谷沟



三马涉水



喀纳斯月亮湾



喀纳斯禾木风景



乌鲁木齐魔鬼城



喀纳斯五彩滩风景。



库姆塔格沙漠



交河故城



趟过冰河的马群 摄影：顾 冶律师