

上海市律师协会主办



SHANGHAI  
LAWYER

# 海 律 师

2011  
总第690期

12

卷首语 律师是我永远的梦想  
/柴俊勇

法律咖吧 慈善公益·律师·社会责任  
/计时俊 叶金荣 陈乐

聚焦·思辨·感悟·互动

## 第三届陆家嘴法治论坛 THE THIRD LUJIAZUI LAW FORUM

人物·东方大律师 中国金融信托法律领域的拓疆者  
——专访第二届“东方大律师”李宪明/王凤梅 周柏伊

专题研究 现代物流律师的挑战和机遇 /周艳军

- 建设国  
- Building Inte

中国·上海  
Shanghai·China  
2011年10月27日  
October 27th, 2011

主办单位  
Organized By

中国海事仲裁委员会上海分会  
CMAC China Maritime Arbitration Commission  
Shanghai Subcommission

上海市律师协会  
Shanghai Bar Association

浦东新区司法局  
Pudong Justice Bureau

承办单位  
Hosted By

浦东法律服务行业协会  
Shanghai Association of Legal Services

单位  
By

聚焦

# 共创国际航运法律服务的明天

——第三届陆家嘴法治论坛综述/浦东新区司法局、新区律工委



11月2日,市司法局党委书记、局长吴军营,副局长刘忠定,办公室主任王兴和,副主任赵春元,律管处处长马屹,律师党建专项办主任张鲁滨等一行到市律协调研。



10月30日,世界最大的律师组织——国际律师协会2011年年会在阿拉伯联合酋长国迪拜隆重召开。全国律师协会会长于宁参加本次年会。市律协常务理事刘大力、金茂凯德律师事务所合伙人李志强等多位上海律师与会。



11月3日,市律协九届监事会调研组一行在监事长厉明的带领下,赴徐汇区律师之家进行调研。



11月19日,上海律师辩论大赛复赛(12进6)在上海律师协会35楼报告厅举行。



11月8日,市律协女律师联谊会获得“关注妇女民生、保障妇女权益、促进社会和谐”上海市维护妇女权益研讨会优秀组织奖。

# 律师是我永远的梦想

柴俊勇



律师是神圣、崇高、自由的职业。记得20世纪八十年代中期,我在共青团上海市委担任宣传部部长,当时刚开始“一五”普法活动,激起了我对学习法律的追求,并应邀到市法学会所属的第七律师事务所实习过,我立志当一名律师。当时要想拿到律师职称是相当容易的,只要律师事务所填表上报,经市司法局批准就可以了。可我没有这个意识,虽然办了些什么案件,但是没有及时去办证,后调到中共上海市委政法委工作,想要办这个证,却必须经过律师资格考试。由于我不是学法律的科班出生,功底欠缺,未能考上。从此,当律师就成了我永远的梦想。

我在市人民政府工作期间,同时兼任中共上海市委政法委委员,又分管信访工作。一遇到难以化解的信访事项或群体性矛盾,自然而然地想到了律师。律师作为第三方、中间协调者的角色优势和法律专业优势十分明显。上海市律师协会副会长邵曙范是我委托交办事务较多的律师之一。他们具有强烈的社会责任感,不计较薪酬多少,基本上做到随叫随到,尽心尽责,对于信访人回归理性、化解信访矛盾起到极为重要的作用。上海能够长期保持社会的稳定,凝聚着律师们的智慧和辛劳。

建设有中国特色的法治社会,除了完备的法律体系外,更为重要的工作是要培育出信仰法律的精神或理念来。法律信仰不仅是文明社会和民主社会的重要标志,还是法治国家的精神意蕴和心理基础。只有每一个公民都将《宪法》和法律作为准绳,在法的规范所确定的轨道上来解决社会矛盾,才能确保国家的列车安全而又高速地疾驶。

当前,我们国家既处于发展的重要

机遇期,又处于社会矛盾的凸显期,社会管理领域还存在不少问题。今年以来,党中央多次研究和部署加强和创新社会管理问题。近代英国思想家斯图亚特·密尔曾对政治决策的要义作过精辟论述,认为任何政治决策,如果能够克服或者说有效解决两个方面的问题,都会是非常成功的。这两个问题,第一是自利,第二是无知。就是说,无论是制度与政策供给者的自利倾向,还是其知识的缺乏,都会导致制度和政策供给的失败。因此,一方面要避免给供给者自由倾向,需要主体的提升与完善;另一方面要解决提供者知识有限问题,建立健全完善的研究、咨询和参谋体系,加强对于制度和政策供给行为的研究,充分借助外脑的作用。

现代社会衡量一个人成熟的标志,就看他是否学法用法。在现代法治社会中,法律是一种具有社会公约性质的、表达社会共同信念的共同规则,国家的治理者与受治者均须受到法律的约束。如果法律制订出来,没有人去遵守、信奉,那么法律就形同虚设,就没有存在的意义和价值。当今中国,尽管已有了完备的法律体系,尽管综合国力增强了,但是法律信仰的缺失已经成为影响我国法治发

展的最大阻力与障碍。法律从外在的强制转化为民众内在的心理认同,从“他律”走向“自律”,还有很多需要跨越的步伐与距离,还有很多必须承受的失落与苦痛。

我离开政法工作多年,对律师工作现状了解不多,但在市政协大家庭中,吕红兵、江宪、黄绮、林莉华等不少著名律师都是我的好朋友。律师,与改革开放和民主法制建设息息相关,是构建社会管理组织网络不可或缺的组成部分。

要充分发挥律师的作用,组织律师参与政府信访接待,反映信访诉求,提出意见和建议,促成信访事项妥善解决。组织律师对地方立法、政府法规草案提出修改意见和建议,使立法工作更加规范有效;组织律师参与突发事件善后协调工作,将律师作为提高社会管理科学化水平可依靠及动员的力量。最大限度激发社会活力,最大限度增加和谐因素,最大限度减少不和谐因素。这对于推进社会协同,强化和引导律师业加强自身建设,增强服务能力,积极参与社会管理和公共服务,具有极其重要的意义,是创新社会管理重要的实践。

社会各界尤其是司法机关,要依法为律师营造良好的从业环境,尊重律师的主体地位,要将司法行政组织与律师内在的积极性、律师职业目标与履行社会责任、便民利民的法律服务与社区依法自治有效结合起来。这不仅有助于树立律师良好的职业形象,更能促进专业化法律服务市场的形成,共同维护法律的尊严,坚守我们对于公平、正义的追求。

(作者系市政协委员,原市府副秘书长)



# 上海律师 201112

总第 690 期

## 目录

SHANGHAI LAWYER

### 《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](http://www.lawyers.org.cn)

上海市连续性内部资料准印证(K第272号)

### 卷首语

1 律师是我永远的梦想 / 柴俊勇

### 本刊关注

聚 焦 4 精致优雅 全力以赴 再创辉煌

——上海律师辩论队教练、顾问和辩手凯旋归来谈感受

5 十年一辩 / 黄荣楠

6 十年传承 再创佳绩 / 光 韬

7 论辩赛回忆点滴 / 周知明

8 刑事辩护是青年律师实现价值和施展才华的舞台

——参与“首届全国公诉人与律师电视论辩大赛”顾问组成员工作感言 / 林东品

9 上海律师辩论队夺冠胜在整体

——关于上海律师代表队在首届“全国公诉人与律师电视论辩大赛”中获得团体冠军的感言 / 王 嵘

10 众志成城是我们勇往直前的动力源泉 / 刘 一

10 最后的陈词 / 周乐多

11 历史的押韵 / 孙潇喆

12 团结,是一种情感,是一种力量 / 余家恺

13 上海离伦敦还有多远

——第三届陆家嘴法治论坛综述  
/ 浦东新区司法局、新区律工委



秋之天 摄影:汤啸天 教授

闸北主会场

二〇一一年十月二十九日



10月29日，民盟上海市委员会和上海市律师协会联合举办全市百名律师义务法律咨询活动。

16 唇枪舌战展辩才 妙语连珠论热点

——2011上海律师辩论大赛初赛侧记

/ 吕 轩

党旗飘飘

18 发挥律师专业优势 服务和谐社会建设

——在维护社会稳定中加强党组织和党员队伍建设 / 上海胡贤德律师事务所联合党支部

19 党旗在律师事务所飘扬 / 上海市慧众律师事务所党支部

人物·东方大律师

20 中国金融信托法律领域的拓疆者

——专访第二届“东方大律师”、上海市锦天城律师事务所高级合伙人李宪明 / 王凤梅 周柏伊

人物·优秀青年律师

24 做一个“有作为、有爱、有希望”的青年律师

/ 韩 璐

法律咖吧

27 慈善公益·律师·社会责任

/ 计时俊 叶金荣 陈 乐

警 示 台

31 500万债务被“一笔勾销”

——S 律师帮助伪造证据案评析 / 季 间

法眼法语

执业心语

32 我从崎岖小路走来 / 李志强

新税手记

34 今有律师初长成 / 沈 静

新法速递

35 《律师业务资料》目录 2011年第11期

专题研究

36 现代物流律师的挑战和机遇 / 周艳军

39 法规、行政与潜规则

——小议外资在投资物流行业中受到的约束 / 冯坚坚

42 关于我国国标《国际货运代理通用交易条件》的思考 / 张嘉生

46 第三方物流服务企业的法律风险及其规避 / 蒋 宏

48 未保价货物发生灭失应如何赔偿 / 刘跃坤

陆家嘴法治论坛论文选登

50 托运人请求签发单证权利的探析

——以 FOB 贸易术语为视角

/ 陈 亮 李晨曦

53 船舶建造合同中的交船期问题研究

/ 杨伟东

人文万象

微·Talk

57 鹅卵石与回音壁

乐·Life

58 蟋蟀盆收藏杂谈 / 汪智豪

60 2011 年度总目录



9月17日,由最高人民检察院、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总决赛在中央电视台演播大厅举行。本次大赛共有六省市的12支队伍参赛,分别是6支检察院公诉人队伍和6支律师辩论队。上海律师辩论队在黄荣楠、光韬、周知明、王嵘和林东品5位教练、顾问的精心培训、言传身教下,刘一、周乐多、孙潇喆、余家恺4名辩手团结合作、全力以赴,经过几轮过关斩将,在最后的决赛中获得团体冠军,这也是继10年前上海律师辩论队在首届全国律师辩论赛夺冠后,第二次在全国赛事中折桂。同时,上海律师辩论队的刘一律师获得最佳辩手奖,周乐多律师获得最佳风采奖。在欣闻此喜讯后,本刊特约请了上海律师辩论队的这5位教练、顾问和4位辩手,撰写了他们的获奖感受,以飨读者。



# 精致优雅 全力以赴 再创辉煌

——上海律师辩论队教练、顾问和辩手凯旋归来谈感受



# 本刊关注



聚焦 ●文 / 黄荣楠

## 十年一辩



十年前,当我作为队员捧起“全国首届律师电视辩论大赛”冠军奖杯的时候,不会想到,十年后又一次见证了上海律师辩论队在央视的舞台上将历史重演。但这一次,我不再站在台上,而是坐在台下。作为教练,我感受到十年间这两场中国律师的顶尖辩论,演绎了上海律师队伍“精致优雅、全力以赴”的风采。

我清楚地记得,那是7月10日,律协召开教练组成立会议。当时王嵘律师主动让贤,光韬律师极力推荐,周知明律师全力支持,在盛雷鸣会长和万恩标秘书长的真诚邀请下,我加入了教练组。

离大赛只有不到40天的时间,摆在教练组面前的是三座大山:一、是要让三位房产专业律师成为刑法专家;二、是完成律师到辩手的“微笑曲线”;三、是剖析完成四道辩题的立论、辩词及战场。

翻过第一座山,靠的是勤奋。集训第一天,我们就给每个选手发了一本厚厚的刑法专著。规定一周后,每人拿出不少于1.5万字的读书笔记。然后交叉阅读其他队员的笔记。这样保证两周之后,每人肚中至少被填入了四、五本书。随后是密集的刑法教授授课、刑辩律师破题。这些队员每天苦读至半夜,从最初不知“刑法谦抑性”为何物,到后来潇洒谈论起“间接正犯”的法律特性。

跨过第二座山,要的是坚韧。“微笑曲线”,这是一个比方,描述的是选手从自信到自我否定再回归自信的动态过程。教练组轮流做恶人,魔鬼训练,毒舌点评,打破选手的优越感,让他们在最快的时间内重塑辩论风格并形成内化的辩论技巧。

迈过第三座山,凭的是团队。40天中,把短短100多字的案例题,演化成几万字的事实与法律分析。然后,再从几万字的分析,浓缩成两分钟的陈词及4分钟的自由辩论。王教练一条条理论分析,周教练一个个字句推敲,我和光韬帮队员们一秒钟一秒钟的掐表。

9月12日,我们踏上了去北京的高铁。第一天比赛轮空,教练们分为两组,一组由我带着队员们继续训练,另一组由光韬和周知明到现场观看其他队的比赛,分析其他队的风格及队员的特点,做到知己知彼、百战不殆。

9月15日,最紧张的时刻终于到了。下午第一场,上海律师队首战对阵全国公诉系统辩论赛亚军——广东公诉队。我们的选手以流畅的陈词、默契的配合,精确的掌

控,可以说初试啼声但一鸣惊人。相反,广东队更多偏重于事理的阐述,直接导致他们自由辩论的时间很快耗完,进入了近一分半钟“缺席审判”的时间。可能是对方过早的放弃抵抗,因此导致我们单方的表现缺乏对抗性,所以初赛评分并不高,我们排在第三名。

初赛结束的当晚,光韬负责去抽决赛签。如队员所愿,光韬抽到了全国公诉系统辩论赛冠军——北京公诉队,但同时却不如所愿地抽到了一道最难的辩题。因为这道题在之前任何一个刑法专家教授看来,是一道控方占尽法理和情理优势,而辩方可辩的空间非常小。顶着这样的压力,队员们在短暂的低迷之后,很快调整好状态,立即就在原有准备的基础上重新完善辩词和整理战场。当天训练到很迟才休息,我告诉队员们:上海律师永远是挑最强的辩手、抽最难的辩题。

9月17日下午,最高检、司法部、全国律协领导、专家教授以及评委都到了现场,央视演播室里的气氛隆重而热烈。决赛共有三场,我们是最后一场。上场之前,我告诉队员需要他们稳定而精彩的发挥,不光是为了上海律师,更多的是为中国律师争得荣誉。从他们的目光当中,我看到了信心。

但是,谁也没想到,比赛时发生一个小小的意外。央视播出的案情VCR和我们拿到手的辩题立场,有不小的差异。平均年龄比我们大8岁的北京公诉队非常老到,镇定地按照原来的辩题做了一辩陈词。看得出我们的一辩有些犹豫,但最终还是冷静沉着地按原来的辩词陈述完毕。我觉得这对于80后律师非常不易。在自由辩论环节,北京公诉队从法理角度发动攻击,这正是他们在这个案件中的优势,而我们的选手在不利的情况下努力抵抗住了对方的首轮进攻。从第二轮开始逐渐发挥了上海律师的特点,站在情理法的角度,把辩题的逻辑以及其外展的社会效应发挥到了最好。在辩论的后半场,上海队开始慢慢占优。特别是当北京公诉队用完了自由辩论的4分钟时间,我们还有40秒。此时二辩作为队长坚决地执行了教练的预案,运用超时战术,特别是最后以君子之态主动放弃了剩余时间,打出了一场漂亮的“君子之辩”,赢得了全场的赞许。在总结陈词环节,三辩稳扎稳打,创新性地用一句英语语法表达了在刑事案件中应对于个人权利的尊重,这一“奇招”获得了满场的掌声,也为上海队的此次比赛画上了圆满的句号。●

(作者单位:君合律师事务所上海分所)



聚焦 ●文 / 光 韬

## 十年传承 再创佳绩



上海律师辩论队捧起了“首届全国公诉人和律师电视论辩大赛”团队一等奖的奖杯。那一刻我在看台上注视着他们，和十年前上海律师辩论队捧起首届全国律师辩论赛冠军奖杯时的情形惊人的相似。

本次大赛是律师和公诉人之间的辩论，拿最高检某位领导的话说，既然是够得上公诉的案例基本上都是能定罪的，客观地说辩题对律师明显不利。如果问我上海律师辩论队夺冠什么因素起的作用最大，我认为首先是组织方法。“集全行业之力，用全社会资源”，以开放的胸襟去整合有利资源，这是市司法局和上海律协组织律师辩论队训练及参赛的重要特色，我注意到无论是市司法局还是市律协的领导，他们特别注重从全局上统筹，于细节上协调，对具体工作限制少，对专家教授尊重多，讲究领导艺术和科学方法。

前期工作，选拔辩手是关键。遴选队员采取了组织推荐和个人报名相结合及点将和选拔相结合的方法，最终选出了4名参赛队员。值得一提的是很多没能入选的年轻律师辩才出众，让我们看到了当下的上海律师界人才兴盛。

我还记得黄荣楠5月20日曾给宣传委的同仁发电子邮件表示“要参加上海市检察院的选手选拔及培训工作。可能不便直接参与上海律师队的培训。”很多委员和我抱有一样的想法，希望他回来。计时俊律师给大家群发邮件：“同意光韬的提议，强烈要求荣楠担任上海律师队的总教练，不为别的，只为他首先是上海律师。”

荣楠是顾全大局的，最终在盛雷鸣会长和万恩标秘书长的说服下出任主教练。说来惭愧，就训练工作而言，王嵘长于破题立论，荣楠长于战场训练，知明长于陈词辅导，他们为本次辩论赛都付出了很多精力和智慧，而我更像个为队员们加油鼓劲的欣赏者，跟随着大家再一次享受了征战快乐。

我的邮箱中还有封8月6日孙潇喆代表全体队员发给教练组的邮件：

各位教练：我谨代表全体队员，表明我们准备全力以赴的决心。我们不敢承诺最终的结果，但我们敢承诺，我们的投入将是120%的。希望能在各位教练的关怀和领导下，继续创造辉煌，不负全体上海律师的期望！

这些都表明集体荣誉感体现在每个人身上，贯穿了组织工作的始终，这也是上海律师辩论队的优良传统。在这

里我还不得不提到律协的陶丽萍主任，她带领仲峥和小孟所做的工作大多是幕后支持、协调和保障，敢说比十年前做得更好，她承担的这份任务应该当之无愧。

辩论风格的传承非常值得一说，这也直接涉及训练方法。10年前，首届全国律师辩论赛组委会期望律师辩论有专业特色，避免大学生辩论赛公式化、表演化的倾向及空洞、矫饰的毛病，使之具备更切实的行业示范效应和更具建设职能。这需要探索一个有律师特色的辩论风格，当时的教练陶武平、王嵘，首席顾问复旦大学的张蔼珠教授以及所有队员在后来的训练中将很大一部分注意力都放在这上面。

后来，我把各方的建议归纳成了8个字“精致优雅、全力以赴”，所谓“精致”是指破题、立论和攻防预案的细致、精到；“优雅”则是指风度仪态及听德辩德的大方有度。“全力以赴”是一种全身心投入的精神状态，两者合起来体现当代律师的风采。这8个字作为队训当年贴在辩论队每个成员的房门上，它鼓舞着团队朝着创新的风格努力。最终的事实证明上海队的风格几乎就是中国律师辩论风格的典型代表。

本次大赛所选案例几乎都是近年来刑事司法领域的疑难杂症，理论上存在争议，实践中需要斟酌。这种案例破题立论一定要“深入”，全体成员要成为这道辩题的专家，也可以说它是种精英文化；但是辩论赛最终呈现在央视的荧屏上，电视是大众传播，怎么让普通百姓也听得明白，这需要“浅出”，精英文化和大众传播是一对矛盾，电视论辩就是要求律师在精英文化和大众传播之间架起一座桥梁，也就是用最精练、最简单的语言在规定的时间内把艰深的案例剖析、正确的法律理解、先进的法治理念传达给大众，这正是现在的电视辩论赛的设计初衷，也正是律师这个行业应该承担的社会义务。

正因为经历了训练中的“深入浅出”这个很艰苦的蜕变过程，上海律师辩论队靓丽的刘一、沉稳的孙潇喆、激昂的周乐多、阳光的余家恺4位队员才能在央视的演播厅里将“精致优雅、全力以赴、再创辉煌”的参赛口号兑现成现实。在他们的背后是张弛、何萍、蒋昌建、陈浩然、顾骏、阎立、陶建平专家教授；是陶武平、翟建、鲍培伦、林东品等上海名律师；是马赛、孙彬彬、金文玮、张穆、张承彪、王峰、毕玥、闫艳等年轻的一代。

上海律师辩论队应该衷心地感谢他们！●

（作者单位：上海汉商律师事务所）



聚焦 ●文 / 周知明

## 论辩赛回忆点滴



最初的记忆始于流火的七月。

接到市律协通知参加教练组的电话时,我正在医院看病,咽喉不适已经持续了大半年。挂掉电话我心里有了几个担忧,这是很耗精神的一份工作,如果全情投入,必然在时间上与客户服务、照顾家庭之间产生冲突。更重要的是,这是第二次全国性的律师辩论赛,10年前的第一次上海队摘取桂冠,这一次冠军还会属于上海吗,我实在是怀疑。然而,我终究还是热爱辩论的,更何况,老同学、老战友黄荣楠担任主教练,老同事、老朋友王嵘、光韬也参加了教练组,加之盛雷鸣会长、万恩标秘书长的盛情邀请,我也就没什么选择的余地了。一个字,上。

首要的工作是挑选队员。为公平选拔的考虑,协会采取了公开报名,一对一初选,四对四复选的方式进行选拔。在连续听了几十场辩论后,教练组确定了进入封闭集训的七人名单。他们分别是女选手刘一、孙彬彬,男选手张承彪、孙潇喆、金文伟、周乐多、余家恺。在第一周的集训结束后,教练组最终确定了上场的四名队员。应该说,没有上场的几位律师也都是非常优秀的辩手,所谓的选择只是基于位置重叠、风格偏好等原因而已。在之后的训练中,这些优秀律师作为参谋也做出了很大贡献,除了上述几位,还有王锋、毕玥、张移、闫艳、马赛等律师,在此一并对他们的付出表示深深的感谢。

在教练组中,我主要负责的部分是选手的语言和辩词。说说我对四位选手的评价吧。

对刘一的最初印象来自我旁听的一场上海市女律师辩论赛,当时刘一是冠军队的最佳辩手。她是一个很有气质和气场的女性,不是上海人,举手投足之间却很有上海人所讲的那种“腔调”,语言表达也很流畅、工整。但在我看来,她语言中“演”的味道还是重了一点,训练的目的就是让她的表达更加自然而能打动人心。这其实是个很高的要求。对水平较低的选手,我会要求你能演得出,而对于水平高的选手,我的要求就是复归自然。是演而不像演,让所有人觉得你是在发自内心的自然表达,这是我对于刘一始终的要求。刘一很聪慧也很有悟性。在短短几个星期之内,在我看来,她的表达能力上了一个很大的台阶,足堪一流。

孙潇喆是我复旦的师弟。复旦历来有辩论传统,而

首届全国律师辩论赛上海队除余雪萍来自中政大,我和荣楠是复旦92法律系的同班同学。我们的这个师弟秉承了复旦的光荣传统,在演讲与口才学会担任会长。事实也证明,他的思辨能力非常强,自身积累与知识储备也足够充沛。在辩论队中,他是当仁不让的核心与队长。当然,潇喆也有一些不足。他的声音感染力不够,对于语流与声调的掌控也欠火候。对于这些问题,我尝试了一些调整方式和技巧。我曾听潇喆对我说,在集训之前他不认为语言文字可以说到优美,语文老师也没有这样教过,但现在他能够体会其中真味了。我很欣慰,因为不管比赛最终结果如何,有提高和收获对选手才更重要。

周乐多是我在申达所曾经的同事,也是好兄弟王嵘律师的徒弟。很多人说年轻时的乐多和我有点像,其实他也不过才三十多岁。乐多是老辩手了,2001年我和荣楠参加全国辩论赛时,他还是华政的一名大学生,就已经作为陪练队员与我相识。在之后的十年中,我在多个场合看过他精彩的表现。在队伍中,乐多年级最大,中气最足,稳得了,镇得住。就我看来,乐多有一些表达习惯可以商榷,但瑕不掩瑜。在集训时,我经常听其他队员称乐多是“高僧”,我虽好奇但一直没有认真问过为什么,想必重点是“高”而非“僧”吧。

最后说说余家恺这名超级替补。作为国浩所的一名新律师,家恺年纪最小,但他的才能很全面,应该说,他做替补是最令教练组放心的,因为无论场上任何一个位置出了问题,他都可以补上,都可以胜任。教练组把家恺确定为替补除了上述这个原因外,还有一个考量是因为他年轻,以他的能力,将来有的是广阔天地,这次不上没关系,因为是金子总会闪光的。

在封闭集训的一个月里,协会公关部陶丽萍主任始终驻扎在集训地,为辩论队做了大量艰苦细致的工作,给予队员、教练的关心可以说是无微不至。而与队员们一起剖析辩题,打磨辩词,训练攻守也是艰苦而愉快的体验。好几次我的车离开野马浜的时候已近深夜。夜晚余山脚下的路已不复白日喧嚣,静且美,十年前我和荣楠、雪萍也曾一次次地走过。当经过岁月流逝,再次嗅到月朗星稀时的田野芬芳,不免思绪万千。●

(作者单位:上海市申达律师事务所)

聚焦 ●文 / 林东品

## 刑事辩护是青年律师

# 实现价值和施展才华的舞台

——参与“首届全国公诉人与律师电视论辩大赛”顾问组成员工作感言



“这是一次法理的雄辩，一次公平的较量，一次才华的展示，一次智慧的碰撞”。上海律师代表队在本次全国公诉人与律师电视论辩大赛中闯关夺将、突出重围、勇摘桂冠，实乃上海律师界值得庆祝与骄傲的幸事。上海律师优秀的专业素养、良好的精神面貌、朝气的风采魅力在本次大赛中得以充分的展现，这与参赛选手们团结一心、勇于付出，各位专家教练倾心尽力、无私奉献是密不可分的。在此，我再次向参与赛事台前幕后的工作人员和各位选手们表达由衷的祝贺！

回顾本次赛事，从筹备选拔到紧张备战，处处体现了选手们从容不迫、坚韧不拔、攻克难关的大将风采。面临着高强度、高密度、高难度的论辩赛题，选手们毫不畏缩积极备战。结合命题特点，从分析敌我各自的优势可以看出，以刑事案例的形式设计论辩题目，无疑是常年致力于公诉业务第一线的公诉人队伍之强项；反观我方律师代表队，经过层层选拔出的优秀年轻律师仅是具有丰富的辩论实战技巧和经验。

由于此次论辩大赛的辩题都是涉及刑事方面的案例，对于从事非刑事领域甚至非诉讼业务的年轻辩手而言，这就需要他们在短时间内学习并加强所涉及的相关法律专业理论知识。面对公诉人队伍扎实、全面的理论功底和新颖的论辩思路，我们的参赛选手必须付出更多的精力和努力来完成基础准备工作。面对敌强我弱的现实情况，为了攻克难关在论辩中更胜一筹，市律协组委会邀请了多位顾问组专家成员和指导教练。作为刑事业务领域的资深律师，我同各位知名律师、专家教授共同参与了本次赛事的备战准备工作。

自7月份开始，论辩赛备战工作从破题拆题到集中培训如火如荼展开。在此期间，我组织相关法学教授和律师对论辩题目涉及的案例进行深刻剖析，从正反两方面进行架构论证，并前往旗忠村集训中心，为选手们细致讲解答疑专业问题。为了更好地加强选手们的临战状态和经验，刑委会根据律协要求派遣青年律师闫艳、朱薛峰、马朗和王思维积极加入到陪练队伍中。在这一过

程中我看到了年轻律师们的热忱与朝气、认真与勤勉，感到无比欣慰。在整个专家教练组的共同努力下，最终为选手们从破题、架构、反证、润色、成稿、台风等各方面形成了愈加完善的论辩方案。

电视论辩大赛已经落下了帷幕，选手们敏捷的思维、出色的口才和良好的风范给我们留下了深刻的印象。联系实际，我想结合论辩比赛与法庭辩论各自的特点谈些个人感想。论辩赛上要求选手们具有清晰的逻辑、精准的法律语言、缜密的论证方式，这些要素均是法庭辩论过程中需要具备的基本素养。同时，论辩比赛固有的对抗性、观赏性要求选手们引经据典、诙谐幽默、唇枪舌战，而法庭辩论的内在本质则要求律师以事实为依据、以法律为准绳，需要以严密的论证、充分的证据为当事人的权利呐喊。法庭辩论的效果更多地体现在律师的专业素养上，只有具备了夯实的理论功底、严密的辩护思路、负责勤勉的庭前准备，才不失法庭辩论的本质，也只有这样才能使所谓技巧性的运用起到锦上添花的作用。

分析目前刑事辩护领域，我们看到，公诉人队伍呈现出更加年轻化、专业化、高学历的趋势，这就要求我们的刑辩律师队伍也要不断的吸收新鲜血液，需要刑辩律师沉下心来练内功。参与论辩大赛的过程中，我看到很多年轻律师发挥出了难能可贵的刑辩律师潜质，这让我惊喜不已，因此呼吁有志于此的年轻人积极参与刑事业务，加入我们刑辩律师的队伍！

尽管刑事辩护领域还存在这样或那样的问题，但从长远来看，前途光明。所有的困难甚至危情不但不能阻碍和扼杀我们前进的步伐与智慧，更应成为我们不断加强自身素养、推进民主法治进程的动力。年轻律师致力于刑辩领域注定是挑战与机遇并存。刑辩律师的动力，更多的体现为价值感、挑战性。刑事辩护律师要独善其身，贵在坚持；年轻律师选择了这个领域更要增加自信，贵在坚持。我和我们这一代人愿做一个铺路石。我想年轻人可以看到更多的希望，所以对于律师界，特别是刑辩律师来说，是年轻人的天下，我祝福他们很快地成长和发展。●

（作者单位：上海博和律师事务所）

聚焦 ●文/王 嵘

# 上海律师辩论队夺冠胜在整体

——关于上海律师代表队在首届“全国公诉人与律师电视论辩大赛”中获得团体冠军的感言



上海队在这次高规格比赛中夺冠，非常振奋人心。应该说，这个胜利是辩手和教练们两个多月同甘共苦换来的，也凝聚着业内外许许多多支持者的心血。十年前的2001年，司法部、全国律协和央视共同举办“首届全国律师电视辩论大赛”，上海律师代表队夺得过金奖和总冠军。盛名之下压力重，此次六省市的检察官和律师精英齐聚北京，无不厉兵秣马，将上海律师队列为最主要的对手。我们能再造辉煌、摘取桂冠吗？说实在的，连我这个当年的教练也有些心不定，就不用说刘一、孙潇喆、周乐多、余家恺他们几位年轻的律师辩手了。

赛前，我看到有的律师发出了忧心忡忡的微博，认为我们有的辩手执业资历尚浅，缺乏办刑案的经验，在与精通刑事法律实务的检察官的较量中明显处于下风。客观地讲，这样的担忧不无道理，但我们的辩手用最佳的战绩，用冠军的奖杯证明了一切。

这是一支富有激情、充满斗志的辩论队，他们在顾问组和特聘专家的培训、帮助下，迅速完成了对辩题的破解分析工作，明确了每个辩论案例的关键所在；在教练的指导下，拟定了攻守兼备的辩论方案，并通过与律师、检察官组成的模拟对手多次开展实战演练，积累临场应变经验，提升语言感染力。在最终的比赛中，他们脱

颖而出，用精致优雅的场上表现，为上海律师界再次赢得冠军荣誉。

当然，胜利来之不易，奖杯闪耀的是汗水的光芒。为使上海队能够获胜，市律协提供了充分、高效的后勤保障，陶丽萍主任全程陪伴，对辩手们的关心照顾可谓无微不至。主教练黄荣楠、周知明、顾问光韬等牺牲了大量宝贵的时间和精力，对辩手们进行有计划的训练和指导。市检察院的公诉人辩论队也多次为律师队充当模拟对手，贡献他们对辩题的思考成果。从旗忠村的检察官培训中心到野马浜的律师学院，几位辩手度过了几十个枯燥的日夜，也结下了深厚的情谊。我相信，参赛的经历会让他们成为终生的朋友。

如果说出征之前的备战是一个系统工程的话，那么，我觉得上海队之所以能够夺魁，不仅因为每一个子系统都发挥了最大的功效，而且子系统与子系统之间达到了高水平的协同。上海律师辩论队的胜利，胜在整体！

作为顾问，我有幸参与了辩手选拔和辩题破解的工作，也间或与辩手们作过几次商讨和辅导。我为上海律师界能培养出如此能言善辩的青年才俊而深感骄傲，我也由衷地祝愿他们能够迅速崛起，在实践中磨练成长，成为行业的栋梁！●

（作者单位：上海汉商律师事务所）



聚焦 ●文 / 刘 一

# 众志成城是我们 勇往直前的动力源泉



人生有很多第一次。每一个第一次都让人铭刻于心。参加全国性的律师辩论赛,这也是我的第一次。而这一次是继10年前上海律师队夺冠后的第二次全国赛事,虽然已相隔十年之久,但当年那支王者之师震撼登场的景象至今仍让央视导演念念不忘,前辈的荣耀激励着我们将“精致优雅、全力以赴”的海派风格薪火相传。2011年9月19日,那一天,当历史的荣光再一次照耀到我们几个年轻律师的身上,那一刻,我们从未有过地感到无比亲切又满怀感谢,因为闪光灯下的鲜花和掌声给的是我们,然而更多的人却只是默默地在台前幕后为我们不辞辛劳。

如果要问上海队获胜的法宝是什么?毫无疑问,答案就是:我们上海队有一个超级“智囊团”,称之为“八仙过海、各显神通”丝毫不为过。这次辩论赛有三个关键词“公诉人”、“电视”、“辩论”,所以整个培训就围绕刑事案件辩护、电视语言、辩论技巧这三方面,组建了史上最强大的培训团,使我们有幸近距离得到多个偶像级大师的专业指点。

复旦大学蒋昌建教授,一针见血地说“你防守太多,缺少攻击性”,所以我的侧重点是锻炼自由辩论时的主动进攻和发问能力;华东政法大学刑法学教授何萍老师,一拿到辩题就说“辩方能有什么好辩的呢?!”一盆冷水把我们从头浇到脚,但她仍然耐心又详细地帮我们寻找各个细微的突破口;在上海律师界享有盛名的鲍培伦、陶

武平、翟建大律师,热情洋溢地和我们探讨辩题,印象特别深刻的是陶律师常常快乐地大呼一声“好,我又找到一根稻草了”;东方卫视新闻评论员、主持人骆新传授了他的“三六九”原则,让我们在30秒内、用60岁的人听懂的语言、不超过90个字地清楚表达观点;上海大学社会学教授顾骏老师,从社会学视角另辟蹊径,“过去黑人女奴和白人主人生子,必须等到奴隶血缘下降到1/64以下,才能脱离奴隶身份,那么一个成年人教唆未成年人犯罪是不是也有递减效应呢?一次性教唆传递到第几个人时,教唆的人才能免责呢?”曾经是顶尖辩手又有着丰富指导经验的三位教练,也都将他们的看家本领倾情传授:王嵘教练是优秀的刑辩律师,负责案件剖析和立论,特别是在最不利的张晓林受贿案中,是王教练第一个抓住“同意拿年薪但拒绝拿车”这个最关键的点;周知明教练是一等一的演讲高手,负责语言表达和陈词,可以说是一句一句地教我们读诗读报读辩词;黄荣楠教练是全国赛冠军队最佳辩手,负责统筹协调和自由辩论,就在最紧张的决赛前一天,他花了短短一个下午制定出攻防战场和延时策略,使决赛的自由辩论实现了预设的“君子之辩”。还有很多老师,都为我们贡献了他们的智慧、经验和时间。●

(作者单位:君合律师事务所上海分所)

聚焦 ●文 / 周乐多

# 最后的陈词

从小喜欢辩论的我,一直在担当总结陈词的角色,因为我欣赏那些在法庭上作最后陈述时滔滔雄辩的大律师,因为我喜欢在整场辩论胶着之时作总结陈词以期能一决胜负。所以,当入选了上海律师辩论队后,我毫不犹豫地选择了三辩的位置,也挑起了总结陈词的任务。

可是,现实却给了我一记重拳。在数次热身比赛上,我的总结陈词总是没能达到理想的效果,要么是整体的语言太过平实没有感染力,要么是最后的价值升华不能打动人心,为此被主教练黄荣楠律师批评了好几回,我不禁开始迷茫,如何才能写出一篇能达到全国大赛水准的辩论稿呢?

关键时刻,教练和队友们的集体智慧发挥了作用,教练首先明确了几点要求:一是总结陈词的结构必须清晰,先指出对方辩论中的主要问题,再重申我方观点,最



后作价值升华；二是语言要求简练，富有节奏感，最好是对仗的语句，让听者有共鸣；三是每个段落都要有一个标题，用简短的语句归纳整段内容，让评委能马上抓住我方的主要观点。而队友

们也给予我极大的帮助，在大家的集体头脑风暴中，一个个段落标题，一段段名言警句，就不断地喷涌而出。

但是，在提炼最后价值升华的部分上，我却遇到了难题。我们辩论的是一个受贿罪的案例，被告张晓林作为掌握国家权力的公务员，他背叛家庭，与年轻女性发生婚外关系；他履职不当，轻易帮违法者求情开脱。面对着这样一个在道德上受到谴责的人，如何才能找到这个案件中价值升华的论点呢？

在大家苦思冥想中时，我的队友余家恺突然说出一句法律谚语：“在法律的眼中，每一个人即是整个社

会！”大家顿时有了感悟。我们便归纳为：“即使被告张晓林虽然犯了错，但作为社会一员，他仍应享有其正当权利，因为社会是由每一个个人所组成，在法律的眼中，每一个人即是整个社会！”我们认为这样总结能恰当的体现每一个犯罪嫌疑人都应当享有正当的诉讼权利，这也是新的《刑事诉讼法》修正案所体现的精神。

然而，主教练黄荣楠还是认为这样的总结不够精彩，他随即查找出了这句法律谚语的英语原文，并且坚决要求我把这句法律谚语的英文原文加入最后一段中。当时我们所有人都有一种莫名惊诧的感觉，因为从来没有人在中文辩论赛中用英文来做总结陈词的结尾，这是不是太冒险了？但是，当我把这句话加入辩论稿，并且反复读给所有教练和队友听后，我们都觉得这样的总结确实非常新颖，而且一定能打动评委和观众。

最终，在全国大赛的舞台上，当我作为决赛场上最后一个发言的选手，这一篇凝聚着全体教练和队友智慧的总结陈词也获得了成功，得到了全场的热烈掌声，也让主持人撒贝宁禁不住感叹海派律师所特有的文化底蕴和语言魅力。●

（作者单位：上海汉商律师事务所）

聚焦 ●文/孙潇喆

# 历史的押韵

2011年的中秋节，上海律师辩论队一行十多人，陆陆续续赶抵北京，参加首届全国公诉人与律师电视论辩大赛。我作为这届辩论队的队长，责任颇为重大，心情亦极为复杂。10年前的首届全国律师电视辩论赛，上海队是冠军。我们，能重复历史、延续辉煌吗？耳边总是回响着总教练黄荣楠在野马浜集训基地的最后一次训话，他说：“今天，你们踏出这扇门，一定会创造一段历史，这段历史或者在10年后仍为人所津津乐道，就如10年前的我们一样，又或者成为别人的笑柄。我希望，你们能为协会的历史再创辉煌。”这句话真的是掷地有声，因为在那样的场合，那样的语言，会让沉睡在身体里的血性复苏。血性男儿，应当有所担当！当我们的双脚结结实实地踏在北京的土地上时，所有队员的心情就都已经变得平静、坚韧。我们，准备好了。

随后的工作就是迎宾会、赛前磨练、走场，一切皆有

有条不紊，为随后那个重要的时刻作着铺垫——那是能绽放我们最大光芒的时刻。协会不惜在官方安排的宾馆之外又租借了其他宾馆的房间，方便我们赛前作最后的磨练。就如同之前整整两个月的集训期中的每个清晨一样，我们4个队员都会在约定的时间统一起床，统一吃饭，统一散步，统一训练，就如同是一个人。是的，就如同拳击比赛，拳手在出拳之前，必须先屈指成拳，并收拢拳头，这样，出拳才能有力，才能制胜。

9月14日，初赛第一天。我们的比赛被安排在第二天的第一场。因此，这天我们集体去观摩了比赛。看着不同省市的选手们，或昂扬，或激烈，或温和，或幽默。有人兴高采烈，有人黯然神伤。但我们，更坚定了。



9月15日,在总教练的房间,我们完成了最后一次的赛前磨练。出场时的手势,统一了;微笑时的表情,自然了;说话时的心情,兴奋了;攻防时的节奏,井然有序。出征!

比赛的进程几乎完全在我们事先的预料之中。控方提出的每一个问题,我们都模拟过无数遍,能迅速地找到最合适的回复角度,然后用简洁的语言加以回答。防守反攻,我一针见血地提出问题,开辟战场,总结战场,转移战场;三辩和一辩则默契地紧跟开辟或转移战场,

适时地抛出“炸弹”,引爆“地雷”,引发阵阵掌声。保持节奏的同时,我们又运用各种技巧打乱控方的节奏,虚耗控方的时间。当控方自由辩论的时间早早地结束时,我们就知道,没有悬念了。数轮的缺席审判,完整地超时攻击。事实再次证明,充分的准备,严格的纪律,临场的灵动,是赢得辩论比赛的关键。

是的,历史不会重复,但会押韵,而韵脚是一批又一批上海的年轻法律人。●

(作者单位:上海中建中汇律师事务所)

聚焦 ●文/余家恺

# 团结,是一种情感, 是一种力量



我们4位参赛选手都有一个响亮的诨号,刘一叫“贵妃”,孙潇喆是“老大”,周乐多称“高僧”,我是“小恺”。算起来,我们一起封闭集训了整整50天。教练给我们定的是军事化训练的规矩,从早到晚,训练内容精确到每半小时,由队长负责执行监督。我们同吃同住,除了各自回房睡觉之外一直在一起,挨骂在一起,开心在一起,难过在一起,偷偷跑出去玩也在一起,可谓同甘共苦,就差生死与共了。人生有多少个50天,可以忘乎所以一心一意地和志同道合的伙伴们为了一个共同的目标而浴血奋斗,人生又有多少个机会能在风雨过后沐浴阳光,留下一个美丽的感叹号,一段皆大欢喜的回忆。这是人生长河中可遇而不可求的一段插曲,终将给我们的生活添上浓墨重彩的一笔。也正是这样的感情,让我们在面对任何一支强队的时候,都面无惧色,镇定自若,因为大家都明白:我不是一个人在战斗!

还记得当初第一次看到初赛对手,也就是去年公诉人辩论赛第二名的广东公诉人队的录像时,我们都为其辩手强大的个人实力所折服,在看完了对手录像之后的几天里面大家都提不起精神,像蔫了的菜叶一样无精打采。但当我们慢慢的熟悉,配合逐渐自如,队员中也开始摩擦出火花的时候,我们开始觉得,对手已经不如当时想象的那么可怕了。最后在会上,我们果然凭借均衡的团队实力,以压倒性的优势获得评委认可,完胜对手。也正是有这样的一种感情,才让我们在抽到

不利辩题并且遇到对手是去年公诉人辩论赛第一

名的北京公诉人队的时候,顽强反击,在有限的空间内不畏强敌,迎难而上,给北京公诉人制造了巨大的压力。一个人是可以被打倒的,但一个团结的队伍是不可战胜的。场上我们也会有失误,有各种各样的意外因素,但在场上的任何一人,甚至是在场下的我,都知道队友一定能补上这个漏洞,克服这个困难,解决这个意外因素带来的问题,依靠这样的信念,我们一路过关斩将,屡战屡胜。我想,这就是我们4个人之间的化学变化吧,这就是我们的力量源泉,是我们在50天的集训中获得的最大的精神力量。

团结,不只在场上,也在场下。俗话说,打仗亲兄弟,上阵父子兵,在辩论赛场上,靠的是智勇双全,讲究的是团队配合。上场的虽然只有三个人,但背后支撑的是整个团队,所谓场上一分钟,场下十年功,每一句话都要经过精雕细琢,百般演练,从正反两个方面,社会、人生、价值各个角度推敲,设想对方的各种回答并埋伏下相应的“地雷”之后才能正式被确定为场上可以使用的“炮弹”。所以,在会上即便是再漫不经心的一句调侃,都是场下汇集了教练、专家、辩手们集体智慧的结晶。●

(作者单位:国浩律师(上海)事务所)



聚焦 ●文 / 浦东新区司法局、新区律工委

# 上海离伦敦还有多远

——第三届陆家嘴法治论坛综述



10月27日，第三届陆家嘴法治论坛在上海国际会议中心顺利召开。本届论坛由浦东新区司法局联合中国海事仲裁委员会上海分会、上海律师协会共同主办，多家在航运法律服务领域有丰富经验的浦东律师事务所协办。

论坛以“建设国际航运中心法律实践”为主题，以中国标准造船合同和海事仲裁为内容，吸引了政府部门、法律机构、律师事务所、造船企业、船东公司、船舶经纪协会的从业人员及专业学者共计200余人参加。来自伦敦、香港、北京、上海等不同国家、地区的领导和嘉宾在此共聚一堂，共同探讨国际航运中心的法律实践热点问题，推动共识。

本次论坛采取主旨发言、主题发言和分组主题论坛的形式进行，现对论坛嘉宾主要观点作一阐述。

## 努力打破造船合同的垄断格局

与会专家一致认为：成熟发达的航运法治环境，是能否建成国际航运中心的重要因素。而在众多繁杂关联的体系要素中，相关海商海事法律文本的建构是航运中心法治建设体系的第一步。

然而，长期以来，世界造船大国中国一直沿用西方国家通用造船合同，船厂和船东之间的利益未能平衡，对于中国造船业、航运业发展极为不利。在此形势下，中国海事仲裁委员会组织来自国内船厂、船东、船级社、船舶设计单位、保险单位、银行以及法院、仲裁机构、科研院所等机构近200位专家，历时三年半，10次修改完成了《中国海事仲裁委员会标准新造船合同（上海格式）》（以下简称“上海格式”）。此次论坛，中国海事仲裁委员会向参与大会的各方各界大力推出“上海格式”，希望以此打破长期以来欧、美、日垄断造船合同的局面，以“上海格式”作为提高航运中心话语权的务实抓手，向世界发出中国的“声音”。

中国贸易促进会副会长董松根高度评价“上海格式”，认为“上海格式”不仅仅是一份行业的格式合同，更体现了

中国在国际造船领域应有的参与权和话语权。其推广将启动航运格式合同国际化的进一步合作,对上海国际航运中心软环境的建设起到积极作用。中国海事仲裁委员会副主任于健龙认为,“上海格式”的推出是上海加快国际航运中心建设、落实航运软实力发展的一个有力信号。中国海运(集团)总公司总法律顾问沈满堂则从船东的角度,指出“上海格式”在真正意义上平衡了各方利益,更希望“上海格式”逐步完善,加大推广,真正打破欧、美、日航运大国的合同垄断。

### 文化背景和语言差异是软肋

目前,伦敦作为世界公认的国际海事仲裁中心,其垄断地位依旧保持不变,世界上约90%的海事仲裁案件集中在伦敦。伦敦海事仲裁委员会资深委员 Clive Aston 介绍:2010年,伦敦海事仲裁委员会大约接受了3500个案件,被指定仲裁员次数达3346次,做出裁决书508份,比全球其他海事仲裁机构处理的业务总量还多。

相比之下,中国海事仲裁委员会上海分会每年两位数的仲裁案件数显得确实较少。中国海事仲裁委员会上海分会秘书长蔡鸿达提到:中国有一流的仲裁专家,中国海事仲裁制度有独立公正、尊重当事人意愿、快捷便利的优点。然而,因为中国仲裁制度在一些规定上尚未与国际接轨及突破局限,加上英美国家造船格式合同在全球普及,使得中国航运企业只能去伦敦仲裁。

伦敦海事仲裁员协会 Clive Aston 关于“伦敦仲裁不考虑道德因素,只关心并遵循合同规则”的观点,引起了与会嘉宾的共鸣。杨良宜先生结合自己在伦敦担任仲裁员的经验对 Clive Aston 的观点做了回应。他指出:中国在伦敦有95%的海事仲裁案件败诉。许多中国航运企业由于文化背景的差异,对国际海事仲裁相关规则缺乏了解,不该输掉的官司输掉,败诉金额动辄上千万美元甚至过亿美元。杨良宜先生还列举了诸多案例:受文化背景影响,中国企业在选择仲裁员时,误以为职务越高越好;在提供证据时,大量提供很难被采用的口头证据;该主张权利时不主张,讲究“以和为贵”,不伤感情,能拿几千万美元赔偿的只要几十万美元,缺少契约精神。著名海商海事专家、来自浦东的融孚律师事务所合伙人黄顺刚律师赞同 Clive Aston “伦敦仲裁不考虑道德因素”的忠告。他指出:中国企业在无奈选择伦敦仲裁的情况下,就千万不要带着中国的文化和道德观去参加伦敦仲裁。黄顺刚结合自己在伦敦担任仲裁员和律师的实践经验,点评了伦敦仲裁制度。他从文化差异、语言障碍和中国当事人对伦敦仲裁各种不适应做了比较性论述。指出中国企业在支付了高额的仲裁费和律师费后,却往往

以败诉离场,从而提出了“中国何必去伦敦仲裁”的命题,得到与会者的强烈共鸣。

针对“何时会在世界范围内推荐中国海事仲裁委员会上海分会仲裁”的提问,波罗的海国际航运公会副秘书长 Soren Larsen 表示:波罗的海国际航运公会暂时还未收到来自上海的申请,随着亚洲航运实力的增强,希望上海早日在波罗的海国际航运公会的网站上“网上有名”。Soren Larsen 表示:波罗的海国际航运公会对中国市场高度重视,当天刚与中国海事仲裁委员会签订协议,这是波罗的海国际航运公会首次与中国内地机构的合作,也是第一次在其系列格式合同中采用中国海事仲裁条款。

### 航运法律服务市场优秀律师不可或缺

无论是在合同签订阶段,还是海事仲裁阶段,每一个环节都少不了律师的身影。上海市司法局副局长刘忠定指出:律师的法律服务对航运法制环境建设具有多重意义。一是涵盖立法、司法、执法和守法等各个环节,是航运健康运营的重要基础;二是化解纠纷的重要手段,具有预防纠纷、防范风险的重要功能,还能够对航运产品创新上发挥重要作用;三是既维护航运服务提供者的合法权益,也维护航运消费者的合法权益,这是上海航运竞争力的重要方面。

目前,中国国际海事仲裁市场被外国律师瓜分颇多。黄顺刚律师提到:在伦敦海事仲裁案件中,律师的选择非常重要。目前伦敦海事仲裁中,中国企业聘请代理律师类型比较多见的是中国律师、英国普通律师加上英国大律师的组合,有些企业甚至是完全交给外国在华事务所的大律师。中国律师应该争取这块市场。

杨良宜先生认为:律师水平的不同,会直接导致同一争议的结果不同。来自 Mayer Brown JSM 的资深律师 Roy Chan, Ince & Co. 上海代表处合伙人 Paul Ho 和上海泰瑞洋律师事务所合伙人杨伟东律师认为:优秀的律师在合同实务处理时,有很好的风险防范意识,能够为企业起到保驾护航的作用。来自浦东的瀛泰锦达律师事务所合伙人陈袖牧律师认为:英语能力是律师的必备技能,律师在为中国的企业提供服务中要同时具有英美合同法和中国合同法的基础;对船舶的类型、主要技术参数情况等有基本了解,还必须了解基本金融、航运、保险知识以及造船市场;有合同争议解决的经验,能从商业视角帮助企业判断风险大小。

### 浦东需要一流的航运法律服务人才

伦敦之所以能在港口功能退化后依旧保持航运中



心的地位，除了英国法在航运法律上的完整和发达，英国法律人才齐整甚至供大于求的状态也是伦敦演进为国际航运的高端服务中心关键因素之一。

国际上，船运法律的专业人才都是在经历了几轮周期后伴随经验的积累，有着丰富的理论和实践操作经验。伦敦在人才培养方面对我们具有相当的借鉴意义。黄顺刚律师对伦敦海事仲裁委员会的37名全职仲裁员的年龄和资历进行分析，发现仲裁员从业经历少则几年，多则几十年甚至40余年。Clive Aston介绍：伦敦海事仲裁委员会的仲裁员来自航运界的各个领域，由经纪人、船东、租船人、理赔和抗辩协会成员、船长、轮机长、造船工程师、验船师、律师、法官等组成，其中有律师、法官经历的22名。

浦东需要一流的航运法律服务人才。浦东现拥有215家律师事务所，3200名律师，其中锦天成所、大成上海分所、融孚所、瀛泰锦达所、泰瑞洋所等在航运法律服务领域知名的律所都集聚在陆家嘴地区，一大批从事金融、航运法律服务的知名律师也集聚在此。但不得不承认，懂技术、懂经济、懂法律，还精通外语的复合型航运法律服务律师，数量非常稀缺。对此，浦东新区副区长陆鸣表示：浦东将加快包括律师行业在内的航运专业配套服务机构的发展，目前正在研究相关政策，鼓励律师事务所，特别是为航运活动提供良好法律服务的律师事务所的加快发展。

### 共创国际航运法律服务的新未来

上海能在未来10年一步步缩短同伦敦国际航运中心的差距，成为真正意义上的世界航运中心吗？

硬实力上，上海港已跻身于世界大港的行列，但是在软实力，尤其在航运服务业上，上海大都停留在较为低端的船代、货代上。而在高端航运服务业，上海则处于起步阶段，相应的服务体系还没有完全建立，需要良好的法律制度等软环境来提供支撑。

与会嘉宾一致认为：上海国际航运中心的法制建设是一种非常复杂的法治构成，需要结合中国的立法现状与立法特点，不断进行探索，不断进行突破。第一，要共同营造良好的法治环境。走出低端，提供高端的航运市场法律服务需要政府部门的大力支持，法律机构、律师事务所、协会、中介机构以及相关企业要不断完善发展航运法治体系建设，突破现行法律条款中的制约因素，与国际习惯接轨，不断提高在航运法律服务市场中的话语权；第二，要积极借鉴香港等国际航运法治环境发展经验。香港地域相邻、语言文化背景较为接近，有着较为完善的法治及司法制度，保持着亚洲主要仲裁中心的地位，其模式经验值得上海学习借鉴。要加强沪港交流，学习其先进的法治服务经验，挖掘探索两地合作模式；第三，要有充裕的航运法律服务人才。一方面，相关法律事务单位，包括律师事务所、律师要进一步提高国际业务水平，让企业更多地了解相关规则，在服务中让企业感到满意，让企业能够接受本土律师的服务行为。另一方面，政府要鼓励和支持律师事务所开拓海商海事等法律服务领域，提高律师事务所的国际竞争力，加强航运法律服务人才的培训。

浦东是上海国际航运中心建设的主战场，浦东更要突破人才“瓶颈”，建设与“国际航运中心”相适应的法律服务业人才高地。一要加快航运法律服务优秀人才的培养。通过选拔优秀青年律师赴境外学习培训、设立航运法律服务中青年律师专项扶持基金等政策，加快培养本土高级紧缺航运法律人才，提升高端航运法律服务水平；二是扶持有航运法律服务专业特色的律所发展。从税收、财政优惠政策上予以扶持，初步形成具有竞争力的航运法律服务律师事务所群体，建设在国内外具有一定知名度的专业性律所，吸引更多的法律服务人才；三是搭建平台。通过如陆家嘴法治论坛等平台形式的举办，加强交流合作，发现人才，推出人才，提高浦东律师航运法律服务市场的竞争力。●



聚焦 ●文/吕 轩

# 唇枪舌战展辩才 妙语连珠论热点

——2011 上海律师辩论大赛初赛侧记



律师是能言善辩者的代表。对他们而言,辩论不光是语言和智慧的游戏,扎实的辩论技巧更是律师业务的基本功。扎实基本功,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,是上海律协举全行业之力,举办本次辩论大赛的初衷。10月22日,备受关注的2011上海律师辩论大赛初赛在市律协35楼报告厅击鼓开锣。22支队伍,11场比赛,逾百名律师辩手,短兵相接,交锋激烈,我们看到了法理的雄辩,才华的展示,智慧的碰撞,默契的配合,亦如期待中的精彩,更有超乎期待的惊喜……

## 唇枪舌剑 硝烟弥漫

在为期两天的初赛中,“《婚姻法》解释三是否有助于实现男女平等”、“受胁迫罪数额标准是否应当提升”、“婚前住房配偶加名征税于法是否有据”、“法律是否有情”这4个为民众津津乐道的话题成为本轮比赛的辩题。辩论赛吸引了数百名律师同行及亲友团“观战”,市律协报告厅内座无虚席。参加辩论的律师无论是陈词、自由辩论还是总结,个个妙语连珠、舌灿莲花,他们思辨敏捷、旁征博引,语言犀利又不失幽默,势均力敌的攻辩对辩频频出现,比赛现场高潮迭起,引爆场内掌声不断,喝彩阵阵,让在场观众在大饱耳福、眼福之余亦受益匪浅。

——最“惨烈”的一场(黄浦知言队 VS 浦东一队)

初赛第一场由黄浦知言队对阵浦东一队。双方辩手大多曾在高校期间就参加过辩论比赛,“作战”经验丰富,正方黄浦知言队连替补选手都曾是复旦大学辩论与口才协会会长,实力可见一斑。比赛围绕“《婚姻法》解释三是否有助于实现男女平等”展开辩论。比赛伊始,黄浦知言队一辩一出招就给对手来了个下马威:“让我们欣喜的是,《婚姻法》解释三今天‘买二送一’,不仅做到了上述两点(男女平等不等于平均主义和应当区别对待两性差异),而且对时下那些‘干得好不如嫁得好’、‘我拿婚姻赌明天’的错误观念也产生了重大冲击,以唤醒那些‘宁愿坐在宝马车里哭泣’的马诺们回归现实,通过自我实现来追求幸福生活,是实现男女平等

的助推器!”比赛立刻进入了激烈对决,之后双方你来我往,相互攻防,毫不相让。最后,黄浦知言队四辩的总结陈词可谓是一剑封喉:“我方认为男女平等就是制度上一视同仁、自然差异上区别对待,使他们都能不依附于他人而实现其权利义务。亚当和夏娃是两个要穿越高山大河的旅伴,追求着他们各自和共同的理想,只有协力同心才能到达幸福的彼岸!在旅途中有一个恶魔叫社会歧视,手下有3只戴着面具的狡猾狐狸想将他们引向歧途。大狐狸叫离间!他说只有你们俩儿平分了行李才能平等。它的面具叫做实质平等;二狐狸叫欺骗!他说夏娃身体弱让亚当背吧,走着走着,夏娃的双脚再也不能落地了。它的面具叫做男强女弱;三狐狸叫诱惑!他说夏娃已经不能走路了,你让亚当把他的行李给你,让他自己走吧!它的面具叫做倾斜保护。听从了任何一条谎言,他们的旅途就到了尽头。或许分得了对方的行李,却失去了平等。而要识破恶魔的诡计有一件法宝,就是《婚姻法》解释三,它有两大神力:第一是一视同仁,它鼓励夏娃和亚当要共同承担家庭的责任,齐心协力共渡难关;第二是对自然差异区别对待,它给夏娃穿上一件外套能够和亚当一起面对风吹雨打,艰难险阻。靠着《婚姻法》解释三的指引,亚当和夏娃实现了平等、找到了幸福,而大狐狸吓得没了影,二狐狸吓得丢了魂,三狐狸吓得没了命。综上所述,我方认为《婚姻法》解释三有助于实现男女平等。”

赛后,获胜的黄浦知言队教练兼队员金文玮大呼过瘾:“没有浦东一队这么优秀的对手,我们也打不出这种水平。”棋逢对手,酣畅淋漓,互有收获,这也许是辩论的一种较高境界。

——最“惊喜”的一场(徐汇智汇队 VS 青浦倾城队)

“青浦全区执业律师仅为120多位,人数为全市倒数第四。要在这120多位律师中选拔出优秀的辩手其难度可想而知。只要获胜进入复赛就是创造了历史……”。

这是青浦倾城队领队在对阵劲敌徐汇智汇队前的自我介绍。正当观众们为这个郊区队捏一把汗的时候,场上却出现转机。

这场比赛围绕“受胁迫罪数额标准是否应当提升”而展开。青浦倾城队在自由辩论中即牢牢坚守本方阵地:“受胁迫



罪数额标准不应当提升”。强调“坚守反腐底线像坚守国家领土决不可退让。法律具有指引作用,提高定罪标准是向官员发出一个讯号:小恶可以为之,小贪法律不惩,这无疑是将被贪婪的乌贼放入权钱交易的深渊中。”与此同时,青浦倾城队强攻对手“阵地”,向对手打出“经济不是决定受贿罪定罪数额的唯一标准”这枚“炮弹”。纵然青浦倾城队领队自我介绍其“底子薄、基础差”,但是通过艰辛的训练、充分的准备以及良好的发挥,依然使他们“以理服人,以辩倾城”跃然而出,实现“零”的突破。由此可见,辩论赛比的是赛前准备、辩论技巧和临场发挥,三者相辅相成,缺一不可。

——最“惊艳”的一场(普陀全明星队 VS 浦东二队)

当普陀全明星队和浦东二队的8位辩手鱼贯而出,镇定入座,观众不尽眼前一亮。正方4位律师,“武当加峨眉”,端庄儒雅,人如队名;反方4位律师,清一色的“少林”,气势如虹。双方围绕“婚前住房配偶加名征税于法是否有据”这一热门话题展开激烈辩论。双方一辩开门见山,抛出各自立论,战火旋即点燃。婚前住房配偶加名,到底属于何种法律行为?正方认为是赠与,并需办理新的产权登记手续,并从法律、法理两方面全面阐述,咄咄逼人;反方辩驳正方“错把无法当有据”,牢牢抓住《婚姻法》是《物权法》有关不动产权变动以登记生效为原则规定的除外情形,旗帜鲜明地指出:此时,物权根本没有发生变动效力,仅是公示行为,并以“南京征税风波”实例予以反击。

场上8位辩手,儒辩、雄辩、雅辩,辩风各异;立论,观点鲜明,掷地有声;攻辩,诙谐机智,扣人心弦;陈词,篇篇锦绣,字字珠玑,可谓精彩迭出。值得一提的是,反方三辩和四辩字正腔圆的陈词和极具现场感染力的表达更是将比赛推向了高潮。主持人周乐多律师表示:“本场比赛是迄今为止,掌声和笑声最多的一场”。

张慧卿律师,本场的点评嘉宾,12年前曾参加上海律师辩论赛,他在点评时不尽感慨:“今日的律师更具风采!”辩论是借用语言工具感染听众,能拨动听众灵魂深处琴弦的辩论无疑是精彩的,他表示本场比赛有好几个回合,辩手的表现“拨动了他的心弦”。

11场比赛,亮点不胜枚举,笔者不再一一赘述。无论胜出还是惜败,于那些为大赛辛勤付出的辩手们而言,收获的都是成长和进步,“都是曾经属于你们的闪亮日子”。

### “名嘴”云集 坐镇点评

此次辩论大赛聘请了市律协多位理事,各区律工委正、副

主任等资深律师担当评委,并邀请了律师界的众多“名嘴”坐镇观赛,点评战况。这里既是互争高低的赛场,也是互相切磋的课堂,高手们的指点,成为赛场上—道靓丽的风景线。

第二届东方大律师吴坚,评价比赛中争锋相对的女辩手们是“小鹿在角斗”,男辩手们是“狮虎在争斗”,幽默风趣的语言引来在场观众的掌声阵阵;律师界公认的“名嘴”陶武平、鲍培伦两位律师,则从辩论技巧方面对参赛辩手们做出了专业点评,强调优秀的辩手不仅会接“炮弹”,还会发“炮弹”,即在回答好对方问题的同时抛出自己的问题;贾明军和谭芳这两位婚姻法专家,围绕“《婚姻法》解释三是否有助于实现男女平等”和“婚前住房配偶加名征税于法是否有据”两个辩题分别展开分析,其精彩到位的剖析,令青年律师们信服不已。

### 发扬传统 精彩继续

辩论大赛高潮迭起,呈现了一场精彩的法律思辨盛宴,市律协民委主任谭芳律师在作剖题分析时谈到:“作为律师、作为法律人,在遵守并运用法律的同时,也有义务解释和宣传法律。所谓‘法越辩越清,理越辩越明’,律师辩论赛意义重大。”

笔者认为,辩论赛的意义远不止于此。正如黄绮副会长在开赛致辞中讲到的:“在辩论赛的筹备阶段,我们已经看到了律师积极向上、朝气蓬勃的精神状态,团队合作、相互配合的协作观念以及以老带新、辅助提携的传承传统。”在比赛中,我们更是深刻地感受到上海律师界深厚的辩论文化底蕴和老、中、青的传承传统。评委中,鲍培伦、陶武平等,场上是剖题嘉宾,场下是辩论队教练,悉心传授辩论技巧和经验;领队中,丁伟晓、马赛、吴海等,多年前曾是各区辩论队的主力,战绩显赫,如今他们在辩台上指点江山,激励新人;辩手中,最年轻的仅24岁,是刚踏入律师行业的新生力量,最年长的则为53岁,与年轻律师同场竞技,毫不逊色……

经过两天的切磋论辩,黄浦知言队、宝山青联队、杨浦睿扬队、卢湾队、青浦倾城队、普陀明辩队、闸北群英队、浦东二队、闸北盈天队、松江队、闵行弘闵队成功突围,加上之前按照抽签规则轮空的徐汇长缨队,共有12支辩论队晋级复赛。

“羽扇纶巾,谈笑间檣櫓灰飞烟灭”。初赛的华丽篇章已经翻过,律师辩论的热潮已然掀起。硝烟散尽,余音绕梁,意犹未尽,期待11月19日的复赛,精彩仍在继续,好戏还在后头! ●



党旗飘飘

●文/上海胡贤德律师事务所联合党支部

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

# 发挥律师专业优势 服务和谐社会建设

——在维护社会稳定中加强党组织和党员队伍建设



上海胡贤德律师事务所联合党支部(以下简称联合党支部)现有党员9人。面对当前社会利益格局深刻调整,社会维护稳定形势日趋严峻的形势,联合党支部连续三年组织党员律师参加突出信访矛盾的化解工作,成功调解了一批疑难案件,为维护社会稳定作出了积极贡献,并从中不断探索做好新形势下群众工作的方式方法,进一步加强了党组织和党员队伍建设。

由于突出信访矛盾多为历史遗留问题,案情关系较为复杂,当事人情绪较为激动,敏感度高,处理难度非常大。联合党支部针对这一特点,要求党员律师发挥第三方中立性、专业性的优势,以维护社会稳定为己任,以替民排忧解难为职责,积极发挥律师在化解社会矛盾中的作用,有力促进了社会的和谐稳定。

在处理具体突出信访矛盾纠纷时,以“快、深、真、忧”为宗旨,充分发挥律师丰富的法律知识、办案经验以及对案件公正剖析的专业特长,为信访突出矛盾化解提供公正的法律依据。

**一、实现“快”——快速行动,全情投入。**接到任务后,联合党支部高度重视,快速行动,第一时间成立专题小组,选派政治素质过硬、业务工作出色、熟悉相关法律政策且具有一定群众工作经验的党员律师参加。由于任务要求高、时间紧,办案律师放下其他工作,利用一切可以利用的时间,全身心地投入,主动放弃双休日、节假日等休息时间,加班加点,确保按时、按质、按量完成任务。

**二、力求“深”——深入核查,找准症结。**在核查案情过程中,详细了解当事人涉及标的的信息、诉求变化、生活情况等资料,做到心中有数。对案卷中应有而缺少的材料逐一列出“补充材料清单”,请有关责任单位及时补充提供,必要时寻求上级部门予以协调落实。对收集的证据材料逐一进行认真核查,深入分析讨论,从法律角度进行评估,找准矛盾症结,分别提出处理意见。

**三、做到“真”——真诚沟通,寻求突破。**一些矛盾

久拖不决,当事人比较激动,律师作为第三方介入后,通过电话、短信、家访、面谈等多种方式与当事人取得联系,主动与他们交谈,相互交流思想,积极解释相关政策,从情、理、法等不同角度进行分析,努力消除其疑虑,既让他们感受到我们的诚意,又让他们体会到我们作为第三方的客观公正,从而为化解矛盾打下良好基础。

**四、保证“优”——优化方案,严格把关。**在深入了解当事人的真实想法后,针对不同诉求和目前的实际情况,在现有政策规定范围内,制定多个化解方案,并反复研究,不断优化,使当事人能够接受。对所有涉及材料都逐一审核,严格把关,不留后遗症。

联合党支部通过参与突出信访矛盾核查、评估、化解等工作,取得了以下成效:

一是党组织和党员队伍建设得到加强。在办理疑难案件、参与维护社会稳定工作中,面对时间紧、任务重,党员律师以大局为重、以群众为先,不计个人得失,全身心地投入办案工作,展现了党组织的战斗堡垒作用和党员的先锋模范作用,较好地提升了党员的战斗力和凝聚力。

二是探索律师作为第三方参与信访工作的机制。律师在维护社会稳定中的作用得到加强,一方面,律师可以从法律专业角度,公开、公正地调查、核实案情,对责任单位和信访人的行为分别进行核查,分清各自责任,找准矛盾症结;另一方面,相比责任单位和有关部门,律师和信访人之间不存在对立情绪,比较容易赢得信访人的信任,而赢得信任是化解矛盾的关键。

三是对做好新形势下群众工作有了进一步的认识。突出信访矛盾纠纷中涉及到的案件多为长期得不到解决的历史遗留问题,这对当事人的心理产生较大影响,少数人行为逐渐变得不够理性,诉求越来越高。但在办案中也发现,他们仍然坚信共产党的执政能力,相信党和政府会解决好他们的问题,所以,只要真诚地与他们沟通,耐心倾听他们的诉说,了解他们的真实想法,加强思想疏导,疑难信访案件还是可以得到妥善化解的。●

党旗飘飘 ●文 / 上海市慧众律师事务所党支部

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

# 党旗在律师事务所飘扬



上海市慧众律师事务所成立于2000年世纪之交,在事务所成立的那一刻,党支部也孕育而生。在黄浦区司法局的关怀和领导下,事务所从最初时的3名党员,经过10年的建设到现在已发展到10名党员和2名入党积极分子。而事务所的创收随着党支部、党员律师队伍的不断壮大,也在逐渐递增。

## 一、保持党员律师先进性,以党建带动律师队伍的建设

事务所党支部成立之初,党支部书记就在事务所的每一名党员律师的桌上插上了一面国旗,让他们感到自身的责任和重担。针对律师事务所的特点,党支部还积极开展各项活动,保持党员的先进性,鼓励党员发挥模范作用,带动事务所全体同仁共同发展。

一是组织了“春天的希望”活动,在游园踏青的同时,探讨了青年律师未来发展的方向,事务所的每个成员都写下自己对今后一年的希望。通过这次活动,从心理上减少了青年律师的顾虑,帮助青年律师开拓思路。同时,也增强了事务所律师的凝聚力,调动了青年律师开拓业务的积极性。

二是组织全体党员、入党积极分子和青年律师参加桂林公园绿色环保之行。在活动中进一步增进了党员和青年律师之间的了解和团结,推进了入党积极分子在思想上进一步向党靠拢;老党员还向新执业律师赠送了纪念品,要求青年律师不断进取,并希望他们早日加入到组织中来,在实践中接受考验。

三是在建党90周年之际举办“我在党旗下成长”座谈会。会上,每个党员律师都谈到自己对党的认识,坦言正是党组织给予了他们温暖和鼓励,并指引着他们克服困难、勇往直前,也进一步明确了自己应有的操守和职业道德。

## 二、党支部组织党员律师参与公益活动,提高党性修养

事务所以慧众为名,创办之初的信念就是用自己的智慧帮助更多的人。因此,公益事业一直是事务所工作

的重心之一,也是党支部宣传的主要方面。党支部通过支部生活、党员会议等方式,鼓励青年党员律师向老党员学习,热情投身于公益事业之中。青年律师积极响应党支部的号召,奉献着自己的力量。

一是对事务所内部成员开展互帮互助。事务所某青年律师的父亲身患重病,事务所的共产党员们纷纷献出爱心,为他筹措医疗费。

二是事务所指派青年律师积极参与法律援助,为弱势群体提供法律帮助。通过参与法律援助,青年律师在服务社会的同时,也真正做到了经济效益与社会效益的统一。

三是党支部与半淞园路街道居委会签约,开展“法律进社区”活动。在指定时间为居民提供法律咨询活动,解决市民生活中遭遇的各类纠纷。同时,事务所还指派律师参与街道老年维权团队的活动,解答老年人在生活中遇到的各类法律问题。

四是积极参加社区矫正工作。在党支部书记的带领下,党员青年律师及实习律师中的入党积极分子为老西门街道监外执行人员举办法制讲座,对与会的监外执行人员进行法制宣讲,在普及法律意识的过程当中,帮助并鼓励他们再次融入社会。

## 三、领导的重视对于事务所党支部建设有着很大的推动作用

事务所党支部能够取得优异的成绩与上级领导的关心是分不开的。两年前,黄浦区副书记、政法委书记蔡志荣在区司法局领导的陪同下,到该所与全体党员一同参与了支部生活——“向党诉心声”座谈会。通过这次活动,事务所的党员们都感受到了新的动力,更加踏实积极开展工作。党支部也更加注重发展积极分子,鼓励新加入的实习律师、青年律师递交入党申请,向党组织积极靠拢。

在过去的10年中,事务所党支部与时俱进,摸索出一条有利于事务所发展、有利于党支部建设、有利于培养党员律师的道路。在党支部的带领下,事务所全体同仁兢兢业业地工作在各自的岗位上,事务所也随之逐步发展壮大,自2007年起就被黄浦区评为文明单位。●

李宪明

上海市锦天城律师事务所合伙人；  
中国信托业协会专家理事；  
上海市律师协会信托业务研究委员会主任。

第二届“东方大律师”；  
“2008-2010年度上海市优秀律师”；  
“2009年度浦东新区司法行政系统先进个人”；  
第二届“浦东新区十大杰出青年律师”；  
“浦东新区新长征突击手”。

人物·东方大律师 ●文 / 王凤梅 周柏伊

# 中国金融信托 法律领域的拓疆者

——专访第二届“东方大律师”、上海市锦天城律师事务所高级合伙人李宪明





拓疆，似乎是42岁的李宪明与生俱来的使命。从辽宁农村荒原中，以读书改变命运，到大学深造为法学博士，又到上海来成为中国金融信托领域的首位法律规则制定律师，他享受设计人生的乐趣，更享受着做一名设计师型律师的乐趣。

作为国内财富管理市场的先行者，上海市锦天城律师事务所高级合伙人李宪明在10年的专职律师执业生涯中拥有了数个“第一”的光环，他带领的团队开辟了中国金融信托法律服务市场，为我国金融信托业务规范发展和法制建设作出了积极贡献。今年3月，他被评为上海市第二届“东方大律师”，成为业内外公认的明星律师。

### 拓疆生存空间 刻苦读书跃龙门

1969年，赤峰市一个普通的农民家庭里，一名男婴呱呱落地，围在小摇篮边的是他五个个子参差不齐的兄长，他们中最大的已经十多岁，最小的只有2岁。看着红嫩柔弱的弟弟，哥哥们欣喜不已。虽然家庭条件清贫而艰苦，可作为家中最小的儿子，李宪明在父母兄长的殷殷关爱中渐渐成长。

父亲早年被打成右派，到农村务农，生活艰辛。李宪明6岁的时候，全家人为了填饱肚子，从辽宁迁移了黑龙江。在旧中国曾受过高等教育的父亲，面朝黄土背朝天，但面对恶劣的天气和劳动环境，其艰辛的劳作仍常使一家人难以温饱。坐在田埂上望着无际的荒原，父亲每每凝神叹气时，总是告诫身旁的儿子们，唯一的出路就是读书。

在父亲的鞭策下，兄弟们从小便嗜书如命。1977年恢复高考，他们也藉此全部鲤鱼跳龙门，相继走入了司法行业，成为上海滩司法界著名的李氏五兄弟。

李宪明最早学习的是行政管理，随后于中国人民大学法学院深造，并最终获得了博士学位。“最早的时候，曾经是想走学术的道路。”回忆起学生时代，李宪明仍旧掩不住一脸的神往，“但后来感觉实务比学术更有挑战性，也更适合自己。”

1999年，对李氏五兄弟来说是一个终生难忘的年

代。在二哥李宪普的说服和召唤下，李氏几兄弟离开不同岗位，从各地汇聚到了上海。

也是在这一年，博士毕业的李宪明离开北京，来到上海，进入了金融法律创新领域。具有博士头衔的他在以实务为主的律师队伍中，一开始显得有些格格不入。做学术与做实务的思维有很大差距。做学术，思维的跳跃性很大，而律师更像是一名工匠，工作比较具体，也比较琐碎。

“我原来也觉得书读多了，动手能力可能会差一些，后来发现不是。”多年后回过头来，李宪明庆幸自己曾经潜心学习，正是因为当初积累的高度，让他在从事法律实务的过程中从容不迫。

### 拓疆金融信托 开创数个第一

金融法律服务领域的创业之路既漫长且长。

2000年时，国内的财富管理领域还处于原始荒原阶段，基本法律制度匮乏，尚在建立之中，而李宪明敏锐地抓住了这一机遇，利用十余年法学教育积淀的法学基础，结合金融信托法律服务的实践需要，深入研究信托制度。

2001年，《信托法》正式颁布，意味着国内的市场逐步确立。虽然财富管理市场开始有法可依，但法律还并不完善，处于一边开展经济活动，一边制定行为规则的过程中。

《信托法》是从英美法系移植而来，其特有的物权、债权、受益权、所有权理念与我们大陆法系的存量规范、理论的冲突是无法消除的。实务运用过程中，需要我国法律人对信托制度进行艰苦的解释、说明、设计、改制，使这种制度文明能够以可承受的成本，为我国政府、企业、个人所用。

凭借深厚的法律理论功底和突出的创新能力，李宪明律师及其团队承担起了为中国金融信托业铺路造桥、保驾护航的时代重任。他执笔或主持撰写了数十篇有关理解和运用《信托法》的论文，发表在《金融时报》、《中国证券报》、《上海金融报》、《银行家》、《中国金融》等报刊杂志上，起到了普及《信托法》，推动信托制度的实

务应用的作用。

李宪明在金融信托产品结构、法律文件起草与修改等方面的开拓性法律服务工作,得到了信托业界的普遍认可。目前,广泛流传在中国金融信托界的基本法律文件的条款安排和语言表述都体现着李宪明及其团队的风格和思路,他所承办项目的交易结构和法律文本已经成为10年来我国金融信托业和金融机构同类资产管理业务的基本模板。

这些金融产品设计中法律技术的创造性运用已通过我国金融信托机构的产品渗透到国家金融生活的四面八方。

作为上海市锦天城律师事务所的合伙人,李宪明承办了国内多个“第一”的金融信托项目。他与信托公司合作,在金融信托业务模式、金融产品的设计、金融体系的功能衔接、金融信托机构的内部控制、风险防范与金融监管等方面进行了开创性的探索和实践。

比如,上海外环线隧道信托投资项目。这个项目是我国《信托法》实施后第一个真正意义的集合资金信托项目。该信托项目的启动标志着我国资金信托业务已经走向规范化发展,被信托业界誉为中国信托业得以奠基的碑石。

又如,北京商务中心区(CBD)土地开发信托融资项目。该项目是国内第一个土地开发和基础设施建设信托融资项目,也是北京市在《信托法》实施后的第一个信托产品。

再如,上海磁悬浮项目公司股权信托受益权投资项目。这是国内首个股权信托受益权投资产品。该项目运用信托制度,在我国首次将信托受益权划分为优先信托受益权和劣后信托受益权,并通过优先信托受益权转让,实现融资目的。这种结构设计开辟了我国运用优先/劣后的结构进行信托投融资安排的先河,奠定了我国财产权分层交易、内部信用增级等资产证券化基本交易结构的基础,在后来的我国资产证券化业务实践中得到广泛应用。

在金融信托业务创新之路上,李宪明也颇有斩获。作为上海国际信托投资公司的常年法律顾问,李宪明自2004年以来与公司业务部门共同开发设计了“蓝宝石”系列结构化证券投资信托产品。该产品以其规范化、标准化和系列化被誉为国内首个信托行业的创新型信托产品。“蓝宝石”系列产品的推出引导了国内金融信托产品的发展,得到中国银监会的高度重视,经总结经验,在上海发布了《上海市信托投资公司结构化证券投资信托业务自律守则》,成为结构化证券投资信托业务风险管理的纲领性文件。

2006年,李宪明主办了中海信托-兴业银行“上海

世博土地储备信托贷款项目”。该项目是国内第一个银行理财产品与信托对接合作的业务,开辟了国内银信合作的新模式。

在我国资本市场迅速发展的背景下,2005年以来李宪明与中海信托有限公司、上海国际信托投资公司等机构合作,根据战略配售、首次公开发行和定向增发过程中,由于限售期的规定而不能在证券市场流通的股票的流动性需求,开发设计了限售流通股收益权投资信托产品。该类信托业务模式经多家信托公司采用,已经成为证券市场限售流通股相关交易中引人注目的新型投融资模式。

### 拓疆信托立法 做法律设计师

谦逊,是李宪明给人的第一印象。在与李宪明对话的过程中,他一直用平稳低调的语言简单勾勒自己的生涯。他觉得自己成长轨迹很简单,平时生活也很简单,每天脑子里想的都是工作,赚钱到后来也只是一个数字的变化,只有在谈到信托立法时,他眼睛倏地亮起来,脸上浮现出快乐的笑容。

李宪明认为,当代中国需要的不仅仅是掌握法律技术的法律工匠,更需要有思想深度、理论高度和社会战略视野的设计师型律师。为了充分发挥律师的职业功能,律师群体应当走出现行法律的疆界,在专业理论上提升自己,积极参与具有前瞻性的立法工作和政策制定与论证工作。

“做律师的最高境界是参与立法。我很荣幸,做了规则的制定者和解释者。”李宪明认为,这是一些创造性的经典工程,值得花功夫琢磨推敲,这些工作虽然从经济角度回报不高,但对一个律师来说,是至高无上的享受和快乐。

在承办律师业务的同时,李宪明积极应邀参加全国人民代表大会法律工作委员会、财经委员会、国务院法制局及中国证监会、中国银监会等机构的金融立法工作。

李宪明主要参与了《中华人民共和国证券法》、《信托投资公司管理办法》、《信托投资公司资金信托管理暂行办法》、《信托机构管理条例》、《中华人民共和国物权法》及中国资产证券化立法与相关法律法规的论证、修改工作。

李宪明律师参与或主持了下列法规的起草工作:1、《信托投资公司关联交易行为指引》;2、《信托业税收管理办法》;3、《信托投资公司信托业务品种管理暂行办法》;4、《信贷资产证券化试点管理办法》;5、《信贷资产证券化试点受托机构业务规程指引》;6、《信托投资

公司创新试点办法》;7、《上海市信托登记试行办法》等法律文件。

目前,李宪明作为上海信托登记中心常年法律顾问,为其提供法律服务。上海信托登记中心,是根据《中国银监会监督管理委员会办公厅关于在上海浦东新区试点设立信托登记中心的意见》的规定,于2006年设立的事业法人单位,是国内第一家专业信托登记机构。李宪明作为主办律师为上海信托登记中心的设立提供了全程法律服务,负责设立方案的论证、文件的起草及各项规章制度起草修订工作。

作为中国信托业协会专家理事,李宪明正专注于中国银监会、中国信托业协会的《信托法》立法后评估课题研究工作,以及中国银监会和全国金融标准化技术委员会的《信托产品合同文本标准》和《信托业务分类标准》的制定工作。立法后评估工作将有利于提高信托立法质量,推动信托配套制度的出台,解决阻碍金融信托业发展的根本性障碍;而标准化工作是金融信托业规范发展的必然要求。这两项工作对于中国信托业的战略转型和可持续发展具有重要意义。

### 拓疆队伍建设 掘金万亿市场

李宪明从不追逐荣誉,甚至不太会应酬,他大多数时间都用在专业会议与艰深的法律研究中,但是荣誉却接踵而至。

执业十余年,李宪明获得多项殊荣,除第二届“东方大律师”外,还曾荣获“2008-2010年度上海市优秀律师”、“2009年度浦东新区司法行政系统先进个人”、“2008年度浦东新区司法行政系统先进个人”、第二届“浦东新区十大杰出青年律师”、“浦东新区新长征突击手”、上海市第三届优秀青年律师提名奖等荣誉称号。

谦逊的他对待这些荣誉,总是以“受之有愧”来形容。他感慨自己一路走来都是比较顺利的,这要感谢他的哥哥们,还有他的团队们。

“律师要有前瞻性和预见性”,这是李宪明时常挂在嘴边的一句话。回首执业的最初,李宪明并没有太多的业务,在闲暇之余,他喜欢多看书和研究政策,属于典型的“学院派”。内功修炼好之后,业务量和行业影响也逐年上升。“市场是公平的,业务做好了,必然会‘名利兼收’。”李宪

明笑言。他时时告诫自己,要以一颗平常心来对待业界给予的一切荣誉。心静了,业务才能不断精深。

李宪明给自己接下来的工作定下了三个方向:

首先是管理好团队。目前他的团队里有30余人,注重团队精神,培养新一代律师,这是李宪明一贯的律师事务所管理理念。他深知,现代律师业务依托于律师事务所的整体实力,需要各方面专业律师的协同合作,充分调动和发挥团队的整体优势,才能保证律师服务的高质量,也使团队的整体实力得到发展。

其次是做大信托市场。李宪明介绍说,中国的信托市场规模在《信托法》出台后不断壮大。据不完全统计,2003年,市场规模有1600多亿,到2006年增加到3000多亿,而到了今年,已经变为3.7万亿。但是这些数字,仅仅是冰山一角。目前,信托行业还只局限于融资、投资等金融领域,而实际上,财富管理和民事信托更具有庞大的潜力市场,这需要更加多的金融创新人才的参与,需要更多的法律界人士参与,培育信托文化、完善信托法律制度。

第三是规范金融信托行业发展。我国信托业曾一度因为缺乏相应的制度保障而步入畸形发展的怪圈,主业不明、资产虚增是整个信托业的顽疾。为了正本清源,经历五次清理整顿工作,通过制定和颁布“一法两规”,从而确立了我国信托活动的基本法律框架,结束了信托业20多年来徘徊错位的局面,也为信托业的稳健经营与创新提供了强有力的法律保证。然而,信托的应用与人的想象力一样没有限制,创新与违法往往只在一念之间。“如何保证创新的合法性,如何摸着石头安全而高效地过河,是我们不断探索的问题。”李宪明如是说。●



## 人物简介

韩璐:80后律师,上海市第九届律师代表,执业于上海市乔文律师事务所。现任上海市律协青工委委员、上海市女律师联谊会副秘书长、浦东新区律师青年联合会秘书长、上海市工业经济联合会法律顾问室法律顾问。

人物·优秀青年律师 ●文/韩璐

# 做一个“有作为、有爱、有希望”的青年律师



我是一个80后的律师,在经验和阅历显得尤为重要的律师界里,80后至今依旧显得稚嫩和青涩。但80后也已经开始纷纷进入而立之年,在这样一个重要的时刻,我总在想自己究竟应该怎样做,才能真正算是在人生的路上“立”起来。幸运的是,参选和当选上海市第四届优秀青年律师的过程,给了我一个面对自己、仔细思考的契机,也给了我一股相信自己、坚持前行的动力。

有作为——一个人有丰厚的收入,让人羡慕的生活,也许可以算作是一种成功,但不是有作为,有作为是自我价值和社会需求、社会价值高度融合的体现。做律师需要对成功的渴望,更需要对有作为的追求。

年轻律师要选择自己喜欢而擅长的专业,不断钻研,形成特色。大学里,我读过一本讲如何做律师的书。一开篇,就让你拿一杯酸奶等在各级法院门口观察,拿一张身份证去各级法院旁听。那个时候我想,去最高院的律师一定很牛,便把这当做自己的一个目标。执业6年间,向着目标,我参与办理各种经济纠纷诉讼和仲裁,在成与败之间,在实践中寻找自己的诉讼感觉、庭审风格和办案方式。没有经验上的优势,我就通过坚持庭前内部演习、庭后书面通报、结案后整理评析等程序来提升专业能力和服务质量。案件标的从万到亿,案件类型从传统到新



颖,诉讼官司从基层法院到中院、高院再到最高院。

这样一路走来才觉得,每一次达成某个目标,就是另一个开始,年轻律师就是在这样一次次追逐目标的循环中变得扎实而强大。

年轻律师就是不停地面对挑战,然后在与挑战交手的过程中发现自己的潜能。作为年轻律师,经常会出现这样的情景,谈案子或者谈项目,开庭或者开会,参与者中就我最小,接触的都是各行业里的“专家”、“大师”,年轻律师要获得他们的认可不容易。我第一次作为上海市汽车行业协会专家组的法律专家出席会议,周围的人百分之九十是“叔叔”“伯伯”年龄的上一辈,而且个个是业内专家。在这样的氛围里,既要表现自己的法律专业素养,又要保持虚心谨慎的心态,更要拿捏分寸、掌握平衡,这对年轻律师既是一种压力,但却也是成长的良机。我曾有一次给上海烟草集团做行政执法方面的培训,这个讲座从上午9点开始,一直到下午5点半才结束。整整近8个小时的时间,由我一个人完成,光准备的讲座讲义近300页。为了分析案例和提高培训效果,我踩着高跟鞋站在会议室前讲课,课程结束的时候,就觉得嗓子冒烟、两腿僵硬。经过那一次我发现,以前讲半天课的时候,不知道自己可以讲一天,但现在,我觉得如果我适当控制声音,硬件条件再好一些,也许我可以讲更长的时间。

所以你不做,永远都不知道自己可以。

年轻律师要有“在苟日新,日日新,又日新”的创新精神。中国经济的崛起,美国经济的部分衰退,全球经济市场的大规模调整,为中国市场和中国企业带来了机遇,对于律所和律师同样是一次二次创业的机会。“不进则退”,我选择在坚持诉讼业务特色的同时,不断进行非诉业务创新。从国有企业改制大背景下的企业产权结构调整,到上海建设金融中心目标下为金融投资公司的法律服务;从参与企业把外资“请进来”,到鼓励企业带中

资“走出去”,并提出将律师“挽回经济损失”的功能改变为“预警”、“防范”的功能,要求发挥律师在合理“筹资”、“融资”中的作用,倡导律所要改变“后期介入”的传统,培养和扶持企业,与企业一同成长。我想“创新”应该是年轻律师的优势和担当。

古人都要日日新,新了再新,何况是现在这样以创新为生命的时代,何况是始终站在时代前端的律师,更何况是充满活力的年轻律师。

年轻律师要立志成为时代进步的推动者。年轻律师的成长是摸索再摸索的过程,一开始更关注自己是否能在这充满激烈竞争、残酷淘汰的环境中生存下去,然后开始思考如何提升业务能力、形成专业特色、扩大社会影响,再然后要考虑的是除了自己生活和工作的成功,律师这个职业究竟能为社会创造怎样的价值,能为社会的进步作出怎样的贡献,那会是对自己的价值和人生一种崭新的认识,我深有体会。作为上海最大的经济联合体——上海市经济团体联合会的法律顾问,我在给行业协会和国有企业提供经济法律服务的过程中,找到了专业法律服务和社会责任的结合点,并体会到作为一个律师,可以有机会更有作为,可以用法律保护国有资产在市场经济运作中的安全,用法律保障中国企业在国际经济合作中的权益。

当有些追求超过个人利益的时候,有些动力也就摆脱了一个人的局限,有些能量便有机会发挥到无限。

有爱——去爱一些陌生人是我们的对待生活的一种选择,得到那些陌生人给予的爱是生活回赠我们的惊喜,我们可以多做一些这样的选择,多得到一些这样的惊喜。

2009年,作为上海10名律师之一,我成为央视法制频道《法律讲堂》主讲律师,也成为当时《法律讲堂》里最年轻的主讲人。也就是从那时起,我开始了通过大众传媒进行普法宣传的道路。后来,我参加上海市女律师

联谊会巾帼律师志愿团和上海律师世博志愿团,参加上海市委政法委网络资讯活动、陆家嘴街道社区法律咨询、消防战士法律讲座等法律公益活动,直到现在,我仍把近三分之一的的时间花在行业建设和公益活动里。在所有这些活动中我收获了许多在“给”与“得”之间的感动和领悟。

2011 兔年大年三十的时候,我接到一个来自江西的拜年电话。电话那头是一个农村人,姓徐,他 13 年前捡了个脑瘫孩子,把他当亲生孩子抚养,为其倾注了大量的精力和财力,同时还要面对妻子和亲生孩子的不理解。老徐为了能够继续养育这个孩子,又不至于影响自己的家庭,专程到上海的东方直播室来做节目寻求帮助,我正是那一期节目的嘉宾。在节目现场,我为他出谋划策,同时捐出了那一期的录制费,后来我又参加了为老徐寻找资助者的过程。现在那个脑瘫的 15 岁孩子在好心人的资助下,受到中国初级卫生保健基金会的“定向捐赠”,已经有钱继续治疗和康复,而老徐的家庭也渐渐开始和谐起来。

老徐打电话来感谢上海的律师,给我拜年。他操着一口家乡话,除了“新年好”几个字,我甚至听不太清他在说什么。但这个电话是我接到过的最感人的拜年电话,因为我做的并不多,他却全记着。电话那头质朴善良的老徐深深打动了。我想,作为一名律师,我真的可以用专业知识和通俗易懂的方式,让老百姓意识到,法律并不遥远,就在自己的身边,真的可以保护每一个人。作为一名女律师,我也真的可以用柔软而坚强的心给弱势女性带去独立自主的精神、快乐平静的心态、坚强的处世方式和理智解决纠纷的方法。我们再忙也不要忘记关注自己的内心,再急于赶路也不能漠视沿途的风景。给予他人关爱和帮助,收获的是内心的喜悦与强大,是前

行的无尽动力。

有希望——我们都是律师行业延续、律师精神传承中的小小一棒,是每一次接力让整个行业充满希望。

只有拥有更多优秀的律师个体,律师行业才能长足发展;只有律师行业发展了,才能本质上推动律师个体的发展;也只有行业的提升,才能更限度地发挥出律师的社会功能,这是一个良性循环。作为个体,我们每一个人都是这个循环里承上启下的一分子。我总觉得自己很幸运,接到许多来自前辈手中智慧和勇气的接力棒,作为回报,我能做的是延续这种接力。我乐于走进校园和大学生面对面分享执业经历,乐于和新律师交流办案技巧和心得及业务拓展体会,乐于和同龄的青年律师展开执业感悟的探讨,乐于在这些活动中分享和收获。2010 年我和浦东青年律师联合会的同伴们一起,策划了浦东新区青年律师创业发展扶持计划,取名“彩虹行动”,行动内容包括资金扶持、发展导师和交流研讨。我们给“彩虹行动”设计了行动标志——一弯彩虹的终点连着一颗闪烁的星星。我们想表达:“不经历风雨,怎么见彩虹”,只有经过坚韧和坚持的过程,每一个青年律师才会成为律师行业的希望和新星。而我们作为有过相同经历的先行者,将陪伴大家一同走过风雨,并愿意为了这份希望和大家一同努力。

最后,我想和所有正在努力前行的青年律师分享这样两句话。有一位前辈曾对我说,“做律师是一场马拉松,我不在乎你起跑有多快,第一程跑得有多靠前,我在乎的是你能不能跑到终点”。还有一位前辈对我说过,“心有多大,世界就有多大”。这两句话让我清醒地知道今后的路该怎样去走。我就是这样一个刚刚起跑,但却心怀梦想,决心要跑到最后的人——敢于做梦,踏实前行,让大大的梦想实现于我跨出的小小的每一步。●



法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

# 慈善公益·律师·社会责任

本期主持:计时俊 上海华夏汇鸿律师事务所

嘉宾:叶金荣 上海市荣业律师事务所

陈乐 上海市通力律师事务所

文字整理:薛侃



**计时俊:**慈善与公益,是现在的社会热点。而将律师这个社会的热门职业和慈善、公益相结合的话题,相信也会引起很多人的关注。今天我们主要谈律师的社会责任,对律师如何参与慈善捐助、公益事业以及如何进一步促进律师参与慈善捐助、公益事业等问题进行探讨。

## 对慈善捐助、公益事业的认识

**计时俊:**众所周知,1979年我国律师制度恢复以来,律师行业日新月异,蒸蒸日上。我们很多律师都意识到自己的社会责任,将更多的精力和时间投入到社会公益和慈善事业中去。据统计,自2007年以来,全国共建立法律援助机构3250多家,总共做了法律援助案件42万余件,这组数据表明每年至少有10万人次的律师投入到公益法律服务的事业中去。社会上的公益诉讼也越来越多,而公益诉讼的提起者也大多是律师,有效地维护了社会正义,律师也因此获得了更多的尊重。今天的两位嘉宾律师都是慈善公益事业的热心人,让我们来听听两位嘉宾的心得。

**叶金荣:**我是在1999年一个偶然的会中,与慈善公益事业结下了不解之缘。那时我看到报纸上刊登启事,说只要拨打一次报纸上的电话,就有一位贫困儿童将获得捐助。那时我女儿刚刚出生,心中对儿童充满了慈爱之心,就连拨打了十几通。结果过了一段时间,红十字会的同志就联系我,对我进行了一次采访。在采访中我们谈了当时的慈善、公益事业的现状。我一下子就对这类事情很感兴趣。之后,我不仅每年都捐献一笔款项给红十字会,而且对于红十字会遇到的一些法律上的事情我也会参与进去。虽然当时我也没把这种慈善的行为当成一项事业来做,但是现在回过头来看,从中我感受到了快乐,也说明律师和慈善、公益有着紧密的关系。我看过一些资料,在国外,对慈善、公益规范得非常严密。我国的慈善事业也并非当下才有,早在唐朝就有了,诸如大家耳熟能详的“施粥”。此外,还有铺路、造桥等公益行为。我认为:对于个人来说,慈善、公益是一种行为,但是从社会层面来说这便是一种事业。

每一个捐献的人都是在为慈善、公益事业添柴加火,在这个过程中必定要用法律将它规范化。

**陈乐:**我和叶律师的情况有些类似,也是因为一次非常偶然的会答应一个在公益组织工作的朋友审核一个合同,参与了一次公益之旅。自从那次深入参与该项目后,我的角色也逐渐从单纯地免费提供法律服务的律师转换成了帮助实现各类项目的志愿者。从此我开始涉足公益事业领域,至今已有七、八年了。

一开始对于像我这样学法律、做律师的人而言,心里多少存在一些英雄主义的动机,内心有一种对社会正义的期盼,希望自己能够为公益付出一些努力并做成一些事情,也为社会正义的推进做出自己的贡献。时间长了接触一些慈善、公益的组织,接触了很多项目,更接触了各种各样的政府机构之后,我开始慢慢对中国的慈善、公益的概念有了些许自己的见解。在英文表述中,“公益”和“慈善”没有很明显的区别,都是“charity”。在国外,存在于“慈善”和“公益”的根本概念是根深蒂固了的,不需要这样去区别解释。在中国可能是因为经济发展的过程原因,早先社会上比较多的是对于遇到的灾难、贫困或者重病者的救助,所以更多需要的是从扶贫救助出发的慈善的捐赠,这种类型的帮助特别关注金钱的捐赠。然后,随着社会的发展,我慢慢地开始关注公益行为。公益的着重点更多在于行为本身,并不一定要以捐钱、捐物为前提,表现的是一种生活的态度,甚至是一种生活方式。我个人认为公益和慈善最大的差异是:公益相对而言更强调平等,与社会阶层无关,与收入和是否捐钱没有直接关系,关注的是个体的参与与行为的付出;而慈善更多地体现出由上而下的一种帮助,由于基本上都要涉及捐款、捐物,因此有时会被社会大众和舆论导向的认知认定是某些有钱有权的人应该更有能力或者应该更多付出的事宜。另外,由于慈善偏重于关注弱势群体,特别是在灾难或者某种绝症或疾病而进行的整个社会的一个救助行为。但公益涉及的范围更广一点,它可能是对于大自然每个物种的保护,也可能是你在电梯里看到一个纸屑后把它捡起来的“举手之劳”。我给公益做个归纳,那就是:做对你自身,对你周围的人、环境、



本期主持:计时俊



嘉宾:叶金荣



嘉宾:陈乐

社会有意义的事情。它不一定都能归纳到慈善中,但很多公益的项目和慈善行为又紧密结合。因为不管你的付出是以什么途径或者方式进行,最后一定有人会从中受益。

### 律师参与慈善捐助、公益活动如何从被动转为主动

计时俊:刚才听了两位的经历,都有一个共同点,那就是他们最先都是一种偶然性的介入,然后才去思考什么是公益?什么是慈善?并通过思考再推动自己参与到公益及慈善的行为中去。从另一角度看,十几年前的社会还没有形成一种热衷公益、慈善的风气。在经过这些年的宣传和提倡后,我们希望将来每个人从一开始就是一种主动的介入,是对慈善和公益有了深刻的了解,体会到自己的社会责任后的主动介入和奉献爱心。

陈乐:借2010年上海世博会契机,这一年我们整个社会的志愿者服务体系,包括整个志愿者队伍都在逐步建立。我认为在未来,律师有两个方面事情值得推动。第一个是,现在介入慈善、公益还是比较被动的。世博会是一个很难得的机会,有一个神圣的任务和系统公开的途径让大家可以报名,可以参与其中。但更多的情况是有心做志愿者的人并没有具体的项目和途径参与进去,这种连接是缺失的,虽然现在也有很多的慈善和公益组织,但是整体的公信力都还很欠缺,机制还不够透明。如果这个制度不去完善,有再多想要做好事的组织和个人都很难生存。第二个是,律师要促成公益体系的建立,并要设法将公益服务所付出的努力形成有价值的评价,从而使更多的公益行

为能成为一种有益的社会公共资源。这样,公益行为才会更广泛地出现。

叶金荣:如今的现状比起十几年前要好得多。过去我们都是很被动、很偶然性地参与了慈善、公益活动,但现在确实感觉到从事慈善、公益的人越来越多,这其中还是有历史传承的,就如刚才所讲的从唐朝、两宋、元明清的时候就存在并已发展到了一定的程度。但由于之后的一些原因,特别是新中国成立之初的较长的一个阶段,关于慈善、公益这块就有所停滞。

计时俊:我们一直在提倡社会主义物质文明和精神文明并举的一种文明观,社会主义精神文明的核心仍然是我们中华民族的传统文化——“老吾老以及人之老,幼吾幼以及人之幼”,其实这也是一种慈善、公益行为。

叶金荣:我倒是觉得这是从改革开放以后,人们才逐渐有了这方面的意识。一方面是人性的复苏;另一方面是解决了温饱问题,才有可能让更多的人参与到献爱心的队伍中去。

### 捐钱、捐物固然需要,但更关键的是在于每个人的向善行为

计时俊:对于现在一般群众认为慈善就是捐钱、捐物,自己没有多少钱,觉得慈善、公益跟自己的关系不大的情况,两位律师怎么看待这个问题。

陈乐:我个人不太赞成社会上的这种风气,也觉得这样的舆论导向非常有问题,整个社会大众对捐款人,对企业家、慈善家的评判就只用捐出多少金钱来衡量。要知道

捐款作为一种善举并不是一种强制性的行为,更不是慈善家或者企业家的义务。刚才主持人提到说,普通老百姓觉得慈善是有钱人的事,和自己没关系,自己现在还没有很多钱,还需要别人的帮助,参与慈善、公益与自己离得很远。也有人觉得自己捐的钱数目太小,与那些有钱人捐出来的数目对比可能没有多大实际效果。我认为这已经变成了很多人不参与慈善、公益的一种借口。社会大众远离公益的结果就是另一个恶性循环,社会价值的衡量标准只有金钱,人与人之间的距离越来越远,越来越冷漠,而我们提倡的公益是每个人从自己身边做起,从力所能及的小事做起,让爱流动起来,传播开来,这才是一个良性的循环。

**计时俊:**陈律师讲的是我们小时候读书的时候一直讲的“从我做起,从小做起”。古人云:“勿以善小而不为,勿以恶小而为之”。古人尚知如此,然而我们这些年在发展经济的过程当中,在提高物质文明的过程当中,忽略了这方面的东西。其实一些举手之劳的行为(比如捡起地上的废纸屑、不在公众场合抽烟等)也可以被理解成一种慈善、公益行为,只是我们对这些行为的性质误解了,觉得这个行为太微不足道了,再加上社会大众简单地把善心多少用金钱来衡量,忘记了爱心是无价、爱心无国界的道理。这是现今社会慈善事业发展上的一个矛盾点。

### 有目的的慈善、公益行为是否值得提倡

**计时俊:**我看到前些年关于“爱心银行”的报道,所谓“爱心银行”就是某个人对指定的某位老人提供了一定时间的看护,居委会会把这些内容登记在册,等这个提供看护的人老的时候就会有别的义工来对其进行等时间的看护。对这样的一种行为两位觉得是否提倡?

**陈乐:**我觉得这个出发点是好的,但是否能单纯地依靠居委会来完成这个统计并实现这种兑换应该会在

很多问题的,并且推广的力度和复制的难度也比较大,我认为还是要通过整个社会服务体系建立一套完整的机制。像许多国家都已经将“劳教”的概念与整个社会服务体系挂钩了,相关的惩罚机制可以通过完成多少小时的公益时间来兑换的,这个体系的存在内容是已经将公益服务的效果转换成可评估的社会价值了。

**计时俊:**那谁来监督这个过程?

**陈乐:**因为已经和服务体系挂钩,它所谓的监督就不是派专人监督是否完成了某个事情,而是接受该项服务的机构会去评估是否达成预计的效果,也就是说相应的社会价值是否被创造出来。

### 我国慈善捐款、公益事业亟需法律制度保驾护航

**计时俊:**前段时间发生了“郭美美”这件事情。据报道,经历了这出闹剧之后,对红十字会造成了很大的负面影响。两位认为律师在这方面能够做些什么?

**叶金荣:**我认为“郭美美”事件不仅是对红十字会的一种损害,对于中国慈善事业的损害也是不可估量的,这件事给广大老百姓心里蒙上了一层阴影。以前我们只管献爱心,也不去管接受捐款的组织之后做什么、怎么做。这件事情让我想了很多。第一,我们是献爱心了,但是我们如何去监督爱心捐款的用处以及它整个的流向。这个问题解决了对整个慈善事业的不断完善是有促进作用的。这点国外做得比较成功,比如比尔·盖茨的基金会等。这主要有三个因素:第一、国外某些国家慈善事业历史长久;第二、这方面的法制相对完善些;第三、操作规范。尽管我们国家进行慈善、公益事业的时间也不短,但新中国成立后这些慈善、公益事业基本都变成国家包办的了。现在的红十字会、慈善总会也还是半行政化的,其人员编制方面的资金还是国家给的。



陈乐:其实这还是个制度上的问题。法律规定公募基金会一定要有上一级政府部门的主管机关,然而一旦由主管部门管理之后,它就会出现很多问题。但是在目前制度尚不健全的情况下,私募基金会也很难发挥其更大的作用,所以在公众的视线里被曝光更多的都是那些运作机制不健全的公募基金会。

计时俊:听说陈律师正协助成立一个志愿者服务公益基金会。

陈乐:是的。随着去年世博会志愿者队伍的不断壮大以及社会、公众希望更多参与各类公益项目的热情,大家都希望通过一些方式能让社会对公益事业回复到理性的状态,也更希望有更多的人、更多的公益组织能健康发展。在市委宣传部及精神文明办的支持下,我们正在筹备成立上海志愿服务公益基金会。基金会成立后会致力于志愿者服务平台的建立、志愿者的培训、公益服务机制的完善以及各类专业公益组织的扶持等等。

### 慈善、公益要监督,政府包管要不得

计时俊:慈善、公益事业的监督和管理,以及人们要求对自己的捐款运作透明度的掌握,是现在社会上争议最大的热点话题。请问两位律师是如何看待的呢?

陈乐:我说个现状:现在有很多人资助贫困大学生,资助他们读完了大学。但也有些捐助人发现有些学生依然因为各种原因而辍学,目前对于这些捐赠人与受益人之间的权利义务的讨论也是异常激烈的。如果把这个资助行为认为是一种单纯的合同关系我认为是不妥当的,因为不管是慈善还是公益行为,捐赠人的行为都是对他人和社会有益的付出,这种付出可能应该被放在更大的一个流动体系中去被评价,我们更应该倡导的是接受过慈善捐赠的那些受益人应该更多地公益的活动当中付出他的公益时间作为一种优先的、值得推崇的对价,而不是要求他们在辍学后去支付违约金之类的作为一种普遍的社会评价。

叶金荣:所谓慈善也好,公益也罢,都是向社会提供一种服务,献出一份爱心。提供服务的人不仅是让受让者个人,也是让整个社会能够有一个良性互动,爱的流动。希望大家都能去做一些对别人、对社会有意义的事情。我想补充一下,现在还没有一部完整的慈善法规,这就留给我们律师很大的空间,我们律师可以积极推进甚至是出谋划策,为立法提供思路。

陈乐:我们已经着手在写一些提案。今年全国青联开会时,我们也和民政部部长、司法部部长一起开会讨论应当如何尽快加大这个方面的推动。慈善、公益组织不应该更多地存在于半官方的状态,应该在制度健全的前提下鼓励更多的基金会用商业的操作模式去运作公益项目,用社

会和大众的监督 and 市场的评判去划分基金会的优劣,而不仅仅是用行政手段去干预。

叶金荣:这是一个复杂的问题,牵涉到慈善机构的商业运作、商业模式,还牵涉到慈善机构和其商业机构的关系,而这又涉及到慈善捐款、公益事业的规范问题。

陈乐:其实现在的法律是允许基金会的法人对外投资的,但是如果它的运营机制以及其雇员不专业,或决策机制有问题,那必然导致可能出现更多失败的投资。基金会的运作需要非常专业的团队和系统,是一个非常复杂的商业活动,并非由官方或者半官方的操作就可以完成的。如果在政策和法规上不能够鼓励更多的专业人士进入这个领域,在目前慈善、公益组织不正规的情况下,会导致失去更多真正愿意去做公益的人。

### 律师对于慈善、公益事业要起到指导、促进的积极社会效果

计时俊:我们回到律师和慈善、公益这个问题上来。律师对于慈善和公益也确实做出了一些贡献,取得了一定的社会评价和社会效果,从某种角度说是广大律师维护了社会正义,促进了社会的进步和公平。有人说:律师兴,法制兴,国家才兴。两位认为律师参与慈善公益会带来怎样的社会效果?这种社会效果是否会提高对律师行业的社会评价?

叶金荣:我认为从事慈善、公益事业对于提高律师行业的社会评价是肯定的。目前我们律师在社会上还是有一些不好的评价,这其中有许多因素。因此,律师对于树立正面形象是很重要的。从捐款的角度看,律师的捐款可以直接捐给红十字会或者慈善总会,还可以从律协这个通道出去,这样操作比较正规。而对于担任义工方面,我们希望律协能够和公益基金会进行联系,通过其对律师进行培训,指导律师利用自己的专业知识提供服务。

陈乐:我觉得律师参与慈善、公益事业还有一个功能,那就是除了律师自身可以去做志愿者之外,还会逐步形成一个志愿者的培训体系,让更多有志于从事志愿者工作的人更专业、更好地参与到公益项目中去。

叶金荣:任何事情都存在两个方面,慈善捐款、公益事业也不例外。但是我们只要把法律健全了,把制度完善了,就一定能够做成并且做好。慈善是一种不求回报的心里快乐,从我国的现状来说,从事慈善捐款、公益事业对于我们律师也是一种提升。

计时俊:慈善、公益的前提是“分享”快乐,做慈善、公益事业是对一个人精神层面的提升。“人人都献出一份爱,世界会变得更加美好”!感谢两位嘉宾的到来,希望今天我们所谈论的话题会给我们大家带来更多的思考! ●

(本文内容根据录音整理,为嘉宾个人观点)

# 法目良法语

执业心语 ●文/李志强

栏目组稿人:刘小禾 liuxh@lawyers.org.cn

## 我从崎岖小路走来



弹指一挥间,律师制度恢复已有 30 年。回想 1990 年我走入律师之门至今的 21 个年头,回想 1986 年高考选择志愿投身法门,回想 10 年前自己成为沪上第一位“十大杰出青年”中的专职律师,回想 7 年前当选国际最大律师组织的理事,回想执业以来的成功和挫折,艰辛和磨难,岁月蹉跎,岁月难忘,回忆往事,展望未来,不禁浮想联翩。

我少年时代的一个梦想,是做一名“铁肩担道义”的“无冕之王”——记者,但一次极偶然的机会——“卓长仁劫机案”却改变了我的想法,使我对神圣的法律产生了浓厚的兴趣。1986 年我有幸结识著名法学家李昌道教授,一位指引我人生前行方向和影响我一生的良师益友,李教授一句“学法律是很有劲的”话让我义无反顾地走进了法律之门。1990 年,作为该年度上海市高校优秀毕业生,我放弃了直升硕士研究生和在国务院侨办等单位谋职的机会,当上了一名执业律师。我难忘史焕章院长的鼓励:脚踏实地,一步一步地向前走,去攀登事业的高峰。我铭记国际法系领导曹建明老师的勉励:假如一个人对自己所从事的事业有执著的追求,那么成功的路就已经在自己的脚下。我更不会忘记系领导陈治东老师一番鞭策的话语:“你选择了一条崎岖的小路,而攀登小路的勇士往往比别人更早登上峰顶。”

有人说,在上海律师界里,我是一名学者型律师,我曾说,如果没有选择律师,我会成为一个学者。不过选择了律师不等于放弃了研究和著书,相反对于我来说,后者是促使我成为一名好律师的

一个必要条件。事实上,自幼喜爱写作的我,中学阶段曾连续三次获得过上海和全国的中学生哲学和政治经济学小论文的奖项。在大学阶段,我担任过校报记者,采访过曹建明等多名成功人士,作品获得过上海高校好新闻奖。当律师后,工作较忙,不过我仍然坚持笔耕,记得老前辈王文正会长曾说过,律师应该能说会写。著名学者江平教授在 2000 年中国律师年会上将律师分成四类:政治家型的律师、学者型律师、商人型律师和讼棍型律师。其中前三种律师都是值得推崇的律师。而我人生目标是成为一名学者型律师。我觉得律师写点东西收益最大的是自己,所以我从不刻意追求自己的著作能够令人“惊艳”、能够“流传不朽”,只是想在工作之余将自己的办案心得和实践体会融会成文字,写成文章或著作。对我来说,著述写作不仅仅推动了我的律师工作,甚至成为自己律师工作不可缺少的润滑剂。在我主编的《成才的思索——新世纪青年律师启示录》里,我写下了这样一段自己对于著书写作的感悟:“青年律师成才之路并不平坦,恒心和毅力是前进中的双翼。著书立说也是如此,由于律师工作与法学教授等的工作侧重点不同,实务性强,律师的著书立说离不开实践的指引;由于律师的工作时间离不开客户的导航,节奏快和压力强是律师工作的两大特点,这就决定了律师的著书立说不可能用大块时间来做,只能见缝插针,忙中偷闲,点滴挥就,积少成多。这期间需要律师百折不挠的恒心和持之以恒的毅力。有时候要把别人喝咖啡的时间都用上,在飞机的旅行途中,在出国访问的间歇,都可以有感而



李志强:上海金茂凯德律师事务所创始合伙人,上海市律师协会理事,黄浦区人民政府法律顾问,曾被评为上海市优秀律师、荣立司法部个人二等功。

发,都可以构思而作。”

就这样,21 年来,我在《中国法律》、《法学》、《中国律师》、《中国司法》、《亚太论坛》、《中国证券报》、《上海证券报》、《证券时报》等中英文国内专业报刊上发表论文近百篇,其中《合资股份公司的法律分析》一文还入选国际律师协会举行的国际研讨会上的论文;《境外个人购房抵押贷款的律师实务》一文在全国律师协会非诉讼业务研讨会上宣读;《银团贷款协议与 B 股承销协议的区别与比较》入选华东六省一市律师实务研讨会论文。而我的专著《律师的舞台——李志强执业手记》获得上海市律师协会律师专著评选一等奖;《中国律师在跨国并购中的律师实务》获得 2008 年“黄浦律师论坛”优秀论文一等奖。我的政协提案还获得过优秀提案奖。

除了这些论文专著之外,我还编著

法律方面的专著。1992年,当时年仅25岁的我就已担任《涉外经济法通论》一书的副主编,这本由中国大百科全书出版社上海分社出版的专业书籍,后来成为华东政法大学等高校的教学用书。21年来,我担任主编、副主编或个人专著的著作有《走进律师之门》、《律师的舞台》、《国际经贸中的律师》、《跨国并购法律实务》、《资本市场律师实务》、《上市公司发展指南》、《项目融资法律实务》、《涉外经济法通论》、《涉外经济法》、《中日公司法比较研究》、《证券律师从业指南》和《企业国有资产法解读》等10多部,还在《香港法律实用全书》、《经济法通论》、《资产重组风云录》、《中国股市早年岁月》等著作中担任编委。参与写作或被收入论文的著作有《上海涉外会计、法律理论与实务》、《对外经济贸易新规范》、《房地产入门》、《律师涉外业务探讨》、《律师手记》、《回眸中国股市》等共20多部。而2003年初出版的我与另两位行家合著的《外企改制、外资购并上市指引》一书的台湾版《投资中国完全指南》,更是受到了海内外专业界很高的评价——“第一本完整呈现中国最新官方资料的商务宝典”;“第一次由中国产官学菁英联手执笔的教战手册。”如今,当我看到书橱里自己的作品一排排、一列列地展现在

自己的眼前,就仿佛看到了那个曾经在台灯下苦啃案子的自己,那个在办公室里与同事们共同奋战的自己,那个在谈判现场滔滔不绝、意气风发的自己……不管怎样,“一种难以名状的滋味油然而生,往事如烟云,看到这些作品,我发现自己正在进入一个新的境界”。

律师这个行当,说白了,是靠委托人生存的。没有名气,没有资历,没有经验,就没有人愿意把案子委托给你。这个圈子里,对那种到处找案子的律师,称作“跑街先生”。1990年7月,23岁的我,开始了“跑街先生”的生涯。我跑出了一个又一个上海第一和中国第一的法律服务项目,在上海宝钢、鞍钢、上海世博会和迪斯尼等国家重大项目上留下了我的足迹。

21年来,通过耳闻目睹、通过亲身参与,我深切体会到,随着中国经济的腾飞,市场规则与国际接轨的步伐正日趋加快,法律与人们日常生活和企业经济活动的联系正日益密切。同时,我们律师的服务领域也在不断拓展与深化,中国律师业的发展步入了黄金时代。是中国的快速发展,使我有参与众多涉外经济和金融证券项目的机会;是对外开放,使我能够到境外大型跨国律师事务所研修深造;是中国国际地位的不断提升,世界渴望了解中国,使我有机会受邀赴数

十个国家和地区,向当地的商会和市民宣讲中国的法律,介绍中国的投资环境和律师业发展,使我有幸受到二十多位外国国家元首和政要的接见;是中国加入世界贸易组织、融入经济全球化的众望所归,使我有缘在联合国国际贸易法委员会与数十名国际法专家讨论拟定一些国际公约,等等。

我由衷地感谢改革开放的好时代,让有梦想的年轻人有了努力的方向;我由衷地感谢我的“衣食父母”——海内外一批高素质的客户和企业家给予我的信任和支持;我由衷地感谢国家、上海市和黄浦区司法行政机关和行业协会的领导和专家以及一批前辈律师和法学家给予我热情的关爱和指导;我由衷地感谢长期以来对我学业、事业和家业无私帮助和照料的父母、妻儿、岳父母和亲友以及所有关心和支持我的领导和朋友。无论顺境和逆境,无论成功和挫折,他们都向我伸出温暖的有力臂膀,没有上述这些人们的帮助,我不可能走到现在。

律师之门,神圣之门,又是正义之门,更是希望之门,我愿一生与她相伴,一生与她共患难,一生与她共呼吸,为了这一切,为了这一生,我无怨无悔,直到永远! ●

## 2012年 《中国律师》杂志 开始征订

2012年度《中国律师》杂志征订工作已经开始,欢迎广大律师、律师事务所订阅。有关信息如下:

《中国律师》的邮发代号:82-548

邮购地址:北京市东城区东四十条24号青蓝大厦503室

邮编:100007

户名:中国律师杂志社

开户行:工商银行北京东城支行营业室

账户:0200080709024901225

联系人:赵喜武 江广涛

电话:010-64060211

传真:010-84043205

新锐手记 ●文/沈 静

栏目组稿人:谭 芳 lawyer66@vip.163.com

# 今有律师初长成



## 入门

一转眼,从事律师工作已有6年时间长了。回想毕业前夕,同窗学友为了考公务员还是找工作犹豫不决时,我就下决心要做律师。之所以如此,并非冲着它的光鲜外表而去,更多是因为被一种独立、自由的精神深深吸引着。但初入职场的我却立刻在一系列琐事中遭受了巨大挫折。每天都有无数卷宗整理、复印、打印和传真任务要完成,这些繁杂琐碎的工作使得我几乎是在疲于奔命中度过了最初的日子。我寻思这就是我日夜憧憬的律师生涯吗?此时,带教我的洪律师察觉到了我显露出来的消沉。他淡淡地笑着对我说:小事关系案件成败,耐心和细致是每个律师的基本素质。当时而言,我对这样的话不怎么在意。但随着案件增多、介入程度加深,我越来越体会到“细节决定成败”这句话的真正意义。现在来看,整理卷宗实际上是从理论知识过度到实践演练的极好方式,它帮助一名新人律师了解法律是如何适用于真实案例的。复印和材料准备,看似简单,但责任心不强导致缺页或者模糊不清,那么提交给法院之后,将致使自己陷入被动局面。那段时间,为了给自己鼓劲,我养成了习惯,准备一个小本子,把每天学习到的新知识和收获记录下来,告诉自己,我每天都在成长,没有虚度光阴。就这样,调整好心态,虔诚吸取各类法律实践知识,我充实度过了最初两年,完成了从学生到职场人的转变。

## 成长

2008年是我在律师道路上快速成长的重要阶段,事务所一名高级合伙人

需要赴美访问、学习半年,临走之前,他将所有重要客户及案件全部移交给我,面对老师大胆“托孤”,我既感到万分欣慰,又感到压力巨大。我暗下决心,既然如此如此信任我,死活也得把这个担子扛下来。我此前尽管已独立处理过不少案件,但一下要面对那么多重点客户以及关键案件,确实有点措手不及。顾问单位每天都会大量问题和文本要审查、答复,很多诉讼案件要进行庭前、庭后准备,非诉讼案件也需要准备各类文本。我像一只八爪鱼一样运用所有的器官和能量高速运转着,再没有了任何朝九晚五,准点下班的渴望,只希望更好地工作,得到客户肯定。我时刻提醒自己,我正扮演着高级合伙人的角色。我以此姿态面对客户和案件,支撑自己一次次的跨过畏惧、无助和犹豫。半年后,该合伙人归国,我的工作得到了其客户们的充分肯定,也算是“完璧归赵”。这段经历奠定了我独立执业的实践基础,也成为我迈出独立执业步伐的信心来源。或许我是特别幸运的人,能得到这样飞速积累的机会,但从另一方面讲,以“真诚、感恩”的态度与带教前辈建立良好的互动关系,对于青年律师的成长而言是尤为重要的。

## 拓展

2009年,我做出了赴新加坡攻读法学硕士的决定。留学期间,我收获颇丰,与来自十多个国家的同学建立了深厚友谊,组织过多次中外文化交流活动。这些同学中,大部分是有一定执业经验的外国律师,因此他们对未来发展都有很多构想。尽管在新加坡的时间不长,但我与新加坡当地律师建立了良好的沟通关系,我的执业经验帮助他们解决了不少涉及中国内地的案件。学习之余,我应



沈 静:上海市光大律师事务所律师、新加坡国立大学法学硕士、新加坡国立大学国际商法专业上海校友会理事长、上海律师协会国际投资及反垄断研究委员会委员。

邀参与编译了新加坡国立大学许顺光教授撰写的《中英公司法比较》一书的部分章节,该书2010年由Sweet & Maxwell公司出版。留学项目接近尾声时,利用外国律师网络,我代表事务所与多国律师事务所签订了合作备忘录,并且与多家新加坡知名律师事务所建立了良好的合作关系。这些网络和资源为我回国后的涉外业务拓展奠定了基础。2010年,我组织了“上海航运法律服务国际研讨会”,邀请新加坡国立大学海商法专家以及知名事务所合伙人参加。整个活动由虹口区司法局承办,获得了良好的社会反响。当年7月,受新加坡法学会邀请,我作为嘉宾以中国律师身份参加了国际青年律师交流活动,与新加坡青年律师及法学院同学进行座谈。目前,我涉外业务已占到整个业务量的80%以上,充分发挥了留学经历的优势。

我以为,一名律政新人要在不断探索中找到适合自己的发展模式。“不积跬步,无以至千里”,成长道路上,要对一切法律事务,无论大小,都怀有一颗“敬畏之心”,每个决策都需慎之又慎。此外,对于提携过自己的前辈资深律师应当怀有“感恩之心”。●



# 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11期

### 上海篇

- 1、上海市发展和改革委员会：上海市国家高技术产业发展项目验收管理办法
- 2、上海市公安局：本市道路禁止通行、限制通行规定
- 3、上海市人力资源和社会保障局：关于2011年按照本市小城镇社会保险办法计发养老金有关问题的补充通知
- 4、上海市人力资源和社会保障局：关于2011年按照本市城镇企业办法计发基本养老金有关问题的补充通知
- 5、上海市水务局：上海市小型农田水利工程项目和资金管理暂行办法
- 6、上海市水务局：上海市滩涂促淤固围项目和资金管理暂行办法
- 7、上海市水务局：上海市河道整治工程项目和资金管理暂行办法
- 8、上海市水务局：上海市农村生活污水处理工程项目和资金管理暂行办法
- 9、上海市高级人民法院：专利权纠纷中若干法律问题解答（三）
- 10、上海市高级人民法院：关于知识产权案件中涉及计算机等数字化设备的现场勘查与电子证据保全若干问题的解答（四）：固定证据

### 全国篇

#### 一、综合

- 1、国务院令：太湖流域管理条例
- 2、国务院令：关于修改《中华人民共和国资源税暂行条例》的决定
- 3、国务院令：关于修改《中华人民共和国对外合作开采陆上石油资源条例》的决定
- 4、国务院令：关于修改《中华人民共和国对外合作开采海洋石油资源条例》的决定

#### 二、诉讼法及相关文件

- 1、最高人民法院：关于审理涉及农村集体土地行政案件若干问题的规定
- 2、最高人民法院：关于人民法院委托评估、拍卖工作的若干规定
- 3、最高人民法院：关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定（一）
- 4、最高人民检察院：关于适用修改后《中华人民共和国国家赔偿法》若干问题的意见
- 5、最高人民法院：关于修改《民事案件案由规定》的决定
- 6、最高人民法院：《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》的理解与适用
- 7、最高人民法院：《关于人民法院赔偿委员会审理国家赔偿案件程序的规定》的理解与适用

律师会员登录“东方律师网”下载中心，下载律师之家2.0（内含《律师业务资料》电子版），下载地址：<http://family.lawyers.org.cn/cn/>。

# 专题研究

●文 / 周艳军

投稿邮箱: [tougao@lawyers.org.cn](mailto:tougao@lawyers.org.cn)

## 现代物流律师的挑战和机遇



随着我国经济和社会的发展,物流行业在社会经济生活中扮演着越来越重要的角色,物流行业中存在的法律问题也越来越突出,物流行业的蓬勃发展和物流法律问题越来越多地呈现,既给律师的业务带来了挑战,也带来了机遇。如何在物流行业的蓬勃发展中体现律师的社会价值、发挥律师的社会作用是值得我们思考和面对的问题。



## 一、认识现代物流律师面临的挑战

### (一) 现代物流概念和业务范畴模糊带来的挑战

不少人很容易从“物流”的字面意义理解，“物流就是物品的流动”，从而认为物流行业就是物品的运输、仓储、配送等活动的组合。但事实上，现代物流和传统物流业务具有很大的区别。我国国家标准《物流术语》的定义中指出：“物流是物品从供应地到接收地的实体流动过程，根据实际需要，将运输、储存、装卸、搬运、包装、流通加工、配送、信息处理等基本功能实施有机的结合。”而随着物流理论和物流业务的不断发展，当今更为流行的概念是供应链，即指围绕核心企业，通过对信息流、物流、资金流的控制，从采购原材料开始，制成中间产品以及最终产品，最后由销售网络把产品送到消费者手中的将供应商、制造商、分销商、零售商，直到最终用户连成一个整体的功能网链结构。

虽然从理论和实务的角度看，当前对物流或者供应链的概念争议已经不大，但物流业务的范畴仍存在不少争议。同时，由于现代物流的发展历史不长，从法律的角度来看，物流或与物流业务有关的一些术语和业务范畴仍然无法明确界定其法律意义，无论是法官、律师还是物流业务当事人，对物流术语的理解和物流业务的认知都比较模糊。

### (二) 现实物流业务操作带来的挑战

现代物流业务的综合性、系统性、复杂性特点导致一单物流业务可能会涉及不同的主体、内容和客体。从主体的角度看，一单物流业务可能会涉及采购商、运输商、仓储商、配送商、信息提供商等多个主体，而且就在每一个主体下还可能涉及多个业务分包主体。如此多的主体涉及物流业务，一旦发生纠纷责任往往对权利主体和义务主体都难以认定。从业务内容的角度看，现代物流活动往往涉及多个环节，不容否认有的物流经营人在物流操作的各个环节上，操作规范、流程正确，风险防范措施完善，但也有很多的物流经营人在或多或少的环节上还存在不少缺位或漏洞，风险一旦发生，难以确定责任发生的原因、时间、地点和过程。从业务客体的角度看，有普通货物也有危险货物、冷藏货物，涉及的运输工具有船也有汽车、火车、飞机等，这些货物和工具涉及的法律制度各不相同，责任限制也有区别，一旦发生纠纷也难以划分责任的大小和责任限制制度的适用。



周艳军：市律协现代物流业务研究委员会副主任。

### (三) 物流法律法规的缺失和不协调带来的挑战

物流产业是一种复合型产业，物流业务既分散在制造业、农业、流通业等多个领域，又涉及采购、运输、仓储、装卸、包装、流通加工、配送、信息传递、资金流转等多个环节，而运输又包括铁路、公路、水运、海运、航空和管道等。因此现代物流是一个涉及范围极其广泛的产业，其业务所包含的领域和环节很多，而每一个领域和环节背后的法律背景都是不同的。也正因为如此，目前国际、国内尚没有关于物流的统一性立法。我国至今也尚未有一部现行有效的法律对物流术语和物流业务流程作出一种统一和综合性的阐释或规定。我国国家标准《物流术语》也只是推荐性的行业标准，而且其所下的术语定义尚存在不少争议，更枉论其法律效力。目前，只有一些政策性的指导，主要是鼓励发展物流产业发展的，并没有涉及到物流业务当事人的具体权利与义务。这些导致现行物流纠纷的处理往往是涉及哪一方面的纠纷就适用哪一方面的法律法规、国际公约或惯例，没有统一的法律适用，具体到一个案子也往往需要用不同的法律法规解决不同环节的纠纷。同时，由于我国的公、铁、海、航等各种运输方式，以及仓储、配送、加工和包装等领域长期实行条块分割、部门分割，尽管相关法律法规已颁布实施多年，但相应地多集中在运输、代理方面，且规章出台时间、内容差异也较大，缺乏协调性和统一性，远不能适应物流业务整合性、综合性的需求。此外，当前出台的直接具有操作性的某一领域的物流规章多集中在部委、地方制定的法规和规章上，层次较低，法律

效力不大,在具体的法律实务中缺乏可操作性。

#### (四) 案例实务经验缺失带来的挑战

物流业务的不断发展,物流操作技术、工具、手段和方法的不断改进,也使新颖的物流纠纷不断涌现,法官或律师都往往对物流业务的流程、操作不甚了解,对处理物流纠纷的法律法规也无从寻找,即缺乏解决物流相关纠纷的经验,同时又很难找到充足的案例作为参考,也增加了物流争议处理结果的不确定性。

## 二、寻找进入现代物流律师业务的机遇

考察一下国内物流业的经营状况可知,物流企业不仅要面对直接来自托运人、收货人的物损风险、延迟风险、错发错运风险,也要面对从业人员的盗窃、侵占等风险,还要面对来自上下游合作伙伴之间的传递性风险和道德诈骗风险,更要面对来自政府和公众的诸如违规处罚风险、交通肇事风险和危险品泄漏爆炸风险等。当前物流业正处于一方面行业迅速腾飞的辉煌时期,另一方面法律法规尚未健全、各种纠纷频频发生的时期,物流企业从事现代物流业务都需要“摸着石头过河”,而专业物流律师的法律服务,正好给物流企业提供了顺利过河的“石头”。如此,律师业的发展绝不能忽略物流业这个大市场。

目前,业内大多将与运输市场、配送市场有关的传统律师业务看作是物流律师业务,而认为物流律师就是做运输、仓储、货损货差的律师,这种观点肯定是和当前新型物流业务的发展不相符合的。从现代物流的发展和律师业务的开拓来看,笔者认为当前物流律师业务可分为传统物流律师业务和非传统物流律师业务。

传统的物流律师业务主要包括以下五个方面:

一是与运输相关业务。这部分应该是最传统也是发展最为完善的传统物流律师业务,它包括公路运输、铁路运输、水路运输、海上运输、航空运输和多式联运等;二是与仓储相关业务;三是与采购相关业务。如招投标采购和政府采购,商业采购(即常见的买卖合同);四是与配送相关业务;五是与货运代理相关业务。

以上五个方面大致构成了传统物流律师的业务范畴。之所以说是传统物流律师,因为这些业务范畴一方面发展的比较成熟,法律法规和相关案例比较常见;另一方面主要大都属于审资质、订合同、审合同、违约责任追究等常规的律师业务。通常理解的现代物流律师业务虽然大部分是以上述传统物流业务为基础,但与以上这些业务有较大的区别。笔者认为,只有那些与物流项目工程相配套(或者与供应链项目运作方案相符合)的律师业务,才算是真正的现代物流律师业务。与物流项目

工程相配套的律师业务既要考虑物流项目运作上物的特性,更要注意物流流程环节的系统性和整合性特点,也要考虑物流和相关行业交叉性的特征。

目前,律师开始介入的物流项目工程概念下的物流业务有以下几类:物流系统设计与规划业务;物流项目运作业务;危险品物流业务;食品物流业务;保税物流业务和物流金融业务。

## 三、准备现代物流律师的技与能

(一) 精通法律的律师。不管作为个体的律师侧重于哪方面业务,毫无疑问,必须是一个法律专家,律师应该对我国的现行法律有一个全面深刻的、融会贯通的理解。作为一名物流律师,还需熟悉采购、运输、储存、装卸、搬运、包装、流通加工、配送、信息处理等方面的法律法规和政策。既要能对《合同法》、《民法通则》等基础法律熟练应用,也要对散见的各种运输方式、采购、加工、包装等物流环节所涉及的法律、法规、规章能熟悉和应用。

(二) 熟悉现代物流的律师。律师要专业化,“万金油式”的律师必将为市场所淘汰,这已成为共识。现代物流专业律师是一个与很多专业知识以及很多市场信息都会发生交集的职业,而对一个现代物流律师的物流学知识的要求,并不亚于对其法学背景的要求。虽然不能要求每一个物流律师都是物流专家,但至少是物流行家,应熟悉国家的物流经济政策,了解物流改革与发展的走势,对具体的物流业务运作(包括采购、运输、仓储、配送、资金流转、物流方案设计、物流项目运作等)要有一定程度的熟知。发达地区的物流律师,还应当掌握必要的国际物流业务知识。通过各种方式系统地学习现代物流的理论和熟知现代物流的业务运作状况,对有志于从事物流法律业务的律师来说,是非常必要的。

(三) 培养开拓物流法律服务市场的能力。律师对物流企业提供法律服务,首先应从传统物流业务入手,只有将传统物流业务的环节和流程都熟悉了,才能进入物流项目工程的服务市场。同时,物流律师应从事后参与物流纠纷诉讼转移到事先参与项目论证、提供防范于未然的法律意见上来。当然,要做到这一点并非易事,一方面需要律师实现观念上的转变,变被动为主动,变消极为积极;另一方面还需要现代物流企业改变对律师不懂物流流程的片面认识。

虽然现代物流在中国的发展尚处于初级阶段,但高端的供应链物流已经成为事实,作为有志于成为现代物流专业的律师,一方面要认真学习,另一方面千万不要将之简单化或者神秘化。路就在前方。●

●文 /冯坚坚

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 法规、行政与潜规则

——小议外资在投资物流行业中受到的约束



## 前言

“飞机在天上飞,供应链来支配,这就是物流;流水线、各部件,准点到、守时间,这就是物流;把成本来控制,好利润天天增,这就是物流;碳足迹要缩减,树环保新观念,这就是物流;将业务来拓展,让世界心相连,这就是物流;该去哪就去哪,高科技来实现,这就是物流;门铃响,响叮当~响叮当~响叮当……这就是物流……”

不管你是否对 UPS 这首无处不在的广告歌曲感到厌烦,但不能否认的是,歌词的确相当形象而准确地传递了“物流”这一概念。与世界上其他任何经历了高速发展的现代国家一样,随着“金钱换时间”、“金钱换空间”的需求大量产生,物流行业在中国已经发展成为了一个庞大的产业,这个产业中亦不可避免地出现了引进外资与保护民族产业(包括国有垄断企业和民营企业)的矛盾。

在多年的惨烈竞争中,不少国有和民营物流企业或倒在了 UPS、DHL、TNT、马士基等巨头的枪下,关门歇业,隐退于“江湖”;或重组转型、加速成长。根据由国家发改委和商务部 2006 年下达的课题《外资进入中国物流业的现状和对策研究》,中国物流与采购联合会在当时的调研报告中指出,在物流业的三个领域中,外资已经占据了短期内难以打破的垄断地位。这三个领域分别是:国际快递;航运物流;进入中国的国外制造企业、餐饮企业带来的物流业务,如汽车物流等。

表面上看,外资有着资金、技术、管理和人才的多重优势,地方政府出于 GDP 和招商引资的考虑,对外资也是倍加欢迎。难道外资在中国物流业的发展就会因此不断由胜利走向新的胜利吗?我们都知道,一个国家的行业市场类似于一个生态系统,在遇到“外敌”入侵时,这个生态系统也会产生抵御机制。法规、行政和潜规则,正是这种抵御机制的三种表现;也正是这种抵御机制的存在,约束着外资在中国物流业的发展,同时客观上也平衡着中国物流业中引进外资与保护民族产业这一对矛盾。



冯坚坚:市律协现代物流业务研究委员会委员。

## 法规

此处的法规指的是《立法法》第 2 条中提到的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、国务院部门规章和地方政府规章。

在笔者看来,目前法规层面上对外资在物流行业中的行为约束大致可以分为以下几种情形:

### (一) 通过针对外资的专项法规进行约束

商务部 2006 年发布的《关于进一步做好物流领域吸引外资工作的通知》中,对外商投资物流类企业进行了列举,包括外商投资道路运输企业、外商投资水路运输企业、外商投资航空运输企业、外商投资货运代理企业、外商投资商业企业、外商投资第三方物流企业等。与此相对应的专项法规有:《外商投资道路运输业管理规定》及其补充规定、《外商投资国际海运业管理规定》、《外商独资船务公司审批管理暂行办法》、《外商投资民用航空业规定》及其补充规定、《外商投资铁路货物运输审批与管理暂行办法》、《外商投资国际货物运输代理企业管理办法》和《外商投资商业领域管理办法》及

其补充规定等。

在这些专项法规中,不同程度地在注册资本、投资方资质、股权比例、审批程序、经营范围等各方面对外资做出了较内资企业更为严格的规定和限制,具体差异本文不一一赘述。

#### (二) 通过规范市场竞争秩序的法规进行约束

该类法规以《反垄断法》、《反不正当竞争法》为代表,主要以有利于市场公平竞争的客观标准而非国籍标准来对外资在物流行业内的活动进行约束。从理想的市场环境和公平竞争的角度来看,该类法规对外资的约束意义应当是非常重要的。

然而从现实情况来看,《反垄断法》虽已于2007年颁布,但配套规定和指引仍在陆续完善中,商务部、工商总局、发改委三个部门之间的权责博弈客观上也影响了《反垄断法》的具体实施。而现行的《反不正当竞争法》更是1993年出台的“老古董”,修订多年仍未修成正果,陈旧的规定无法对物流行业内的各种新型不正当竞争行为形成实质性的制约。

#### (三) 通过维护国家安全或国家经济安全的法规进行约束

该类法规以《关于外国投资者并购境内企业的规定》中的相关条款,以及今年8月底最新出台的《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》为代表。但由于国家安全和国家经济安全的标准无法在法规中明言,这有可能导致外资在物流行业大型并购行为的具体前景处于不确定的状态。

实际上从2007年开始,由于国内民营物流企业华宇、佳宇和大田分别被TNT、耶路全球(YRC Worldwide)和FedEx陆续收购,当这些被视为“行业脊梁”的企业集体在外资大军面前倒戈时,行业内已经有人发出了“收购行为已危害国家经济安全”的声音。但是仅从营业数据角度上看,2007年前后中国公路运输市场的总市场容量达到每年10000亿元人民币,而华宇、佳宇、大田三家企业当时的年销售额加起来还不到20亿元人民币。以不到千分之一的市场份额,是否能够构成对国家经济安全的影响,从现实的国情和舆论环境来看,这类问题的不确定性将长期客观存在。

#### (四) 其他形式的约束

在笔者的记忆中,由于新法规出台引起外资巨大反弹的事例在快递行业内就至少发生过两次。

第一次是2002年2月由国家邮政局出台的64号文《关于贯彻信息产业部等部门有关进出境信件寄递委托管理文件的通知》。由于当时国际上“炭疽邮包”事件频发,国家邮政局以此为契机推出了该通知,在要求从事国际快递的国际货代企业必须限期到当地邮政行业

管理部门办理委托手续的同时,捆绑推出了“三不准规定”,即:不准做涉及县级及县级以上党、政、军机关的文件、信件业务;不准做写有公民个人名址的业务;不准做500克以下且资费低于邮政特快专递(即EMS)资费标准的业务。“三不准规定”被当时的外资巨头们普遍视为国家邮政局对其自营EMS的垄断保护且违反了世贸精神,而64号文也遭到了行业内几乎所有内外资企业的共同抵制,外资巨头们更是将此上升到外交高度与中国政府进行交涉。多方博弈之下,最终信息产业部、对外贸易经济合作部、国家邮政局于当年9月出台了472号文,即64号文的补充通知,472号文中只保留了“三不准规定”的前两项,争议最大的第三项被删除。

第二次则是2009年新《邮政法》的修订实施。新《邮政法》第51条明确规定了“外商不得投资经营信件的国内快递业务。”该表述将包括中外合资企业在内的所有外商投资企业以及外商投资企业境内再投资企业排除在外,而以公函文件为主的信件快递业务又是国内快递业务的主要利润来源。为了应对这一变化,原本性质为香港独资企业的顺丰速运于2010年将自己保持了17年的外商投资企业身份变更为了一家内资企业。同时,新《邮政法》的实施也导致一些跨国公司原本希望通过收购部分民营快递企业股权以全面参与国内快递业务的商业计划落空。典型的案例便是DHL通过其合资公司中外运敦豪于2009年收购了全一快递、中外运速递、金果三家内资快递公司,而到了2011年7月,中外运敦豪又因亏损过大出售了这三家公司的全部股权。在对外宣布出售消息时,DHL使用的其中一个理由便是“因受新《邮政法》第51条的影响,导致国内快递业务发展受限”。

## 行政

此处的行政指的是政府部门对法规的具体解释和执行情况以及法无明文规定时的操作办法。

鉴于中国的立法特色和政治体制,决定了主管政府部门在行政过程中有着很大的自由裁量空间,尤其体现在对法规的解释适用、执行尺度的把握以及在法律空白地带如何操作等方面上。行政行为的多样性使得归纳和总结变得十分困难,因此笔者将例举一个外商投资道路运输企业的实际案例来体现行政对外资在物流行业中活动的现实影响。

A公司是一家注册在北京市的外商投资道路运输企业,为了扩大长三角地区的业务规模,希望在上海市成立一家分公司。律师接受委托就分公司的全部设立流程进行了调查,发现目前在法规层面上对该流程没有任

何明确规定(仅广东省交通厅对该省外商投资道路运输企业设立分公司的程序做出了原则性的规定,但该规定不属于法规层面)。为此律师向京沪两地的相关政府主管部门进行了调查确认,得到的流程如下:

- 1、到上海市所在地工商局进行分公司名称预先核准。
- 2、到北京市交通主管部门进行申请,取得北京市交通主管部门向上海市交通主管部门征询意见的函。
- 3、持前述征询意见函到上海市交通主管部门进行申请,取得其同意设立分公司的回函。
- 4、持前述回函到北京市交通主管部门进行正式申请。
- 5、北京市交通主管部门审批结束后上报至交通部进行申请审批。
- 6、取得交通部的正式批复后,到上海市交通主管部门换发相应许可。
- 7、凭前述相应许可到上海市所在地工商局办理分公司营业执照。

从最后该流程的实际操作来看,企业在每个申请环节基本需要去相关政府部门两到四次(由于申请不可能当场获批,一次申请材料现场提交和一次批准材料现场领取是必需的。同时,申请提交后还可能被政府部门要求补充或修改申请材料,如果申请材料的清单无法通过电话和网络事先确认或者需要提前领取空白格式文书,则还需提前进行一次现场调查确认和材料领取),因此截至分公司营业执照颁发为止(不包括后续的税务登记等程序),申请手续的实际办理人员前往京沪两地相关政府主管部门的累计次数达到了惊人的16次(其中部分需要在京沪之间往返),总计耗时8个月。另据实际办理人员反映,相关政府主管部门的办事效率并不拖沓,基本都能按照事先承诺的期限进行审批。

在流程调查中律师还了解到,这个看似比较复杂的流程其实已经由于总公司和分公司所在地都是直辖市而得到了极大的简化。因为交通主管部门对外商投资道路运输业务的审批通常实行市级交通主管部门、省级交通主管部门和国务院交通主管部门的三级审批制,而上海和北京由于是相当于省级的直辖市,均可直接由企业向省级交通主管部门进行申请(即被实际简化为两级审批制),因此该流程至少被节省了三分之一的步骤和时间。

通过该案例的分析,我们可以发现政府主管部门针对外资在物流行业的活动做出具体行政行为时,并未刻意对外资进行打压和限制。但是,由于长期以来政府部门在外资物流业审批和管理中以管控每个环节和追求最大稳妥为指导思想,导致其形成了低效且无法自我简化的行政习惯。也正是这样的行政习惯,在政府部门并无主观意愿的前提下,客观上对外资在中国物流行业内

的快速扩张进行了隐蔽的制约。

## 潜规则

此处的潜规则指的是企业习惯和企业生存环境条件等影响企业发展的不成文规则,并不是指“不正当的交易”。

在讨论内外资企业的区别时,我们对很多潜规则都比较熟悉,比如外资企业通常有行业内高标准的薪酬体系和完善的用工制度,而不少内资企业会在社保缴纳、加班工资等诸多细节上进行成本的不合法控制,这客观上导致外资企业需要承担更大的用工成本和用工风险,也使得内外资企业在成本上无法实现公平竞争。而外资在中国物流业中所受到的潜规则约束,其实与其他行业中的外资相比没有太大区别,归纳成一句话,就是“外资由于其自身对合法合规性有更为审慎的要求,或者由于其更容易引起政府部门和民众舆论的关注,而需要承受更高的成本支出(包括机会成本)”。

以“挂靠”为例,不少民营或国有物流企业都会吸纳个人挂靠车辆以收取管理费。这实际是一种将准入门槛较高的牌照向小物流业主进行出租的行为,虽然没有任何法律依据,但政府部门对这种挂靠行为实际持默认态度,最高人民法院在《最高人民法院(2001)民一他字第23号批复》中对挂靠的责任界定也可以视为司法实践中对挂靠行为的背书。然而外资物流企业仍然极少有接受个人挂靠车辆的情况出现(“假外资”除外),除了担心挂靠行为带来风险和影响企业整体形象外,外资物流企业“法无明文规定则不为”的审慎心态也决定了其行为模式。

不能否认的是,随着外资物流企业本土化的不断加深,潜规则对于外资的影响也在逐渐降低,出于竞争压力,越来越多的外资物流企业开始采用与内资企业相似或异曲同工的手段来适应潜规则。但是,对于外资而言,当潜规则的破坏性风险爆发并曝光于媒体公众时,其面临的压力和危机仍然可能大于内资企业。

## 结语

笔者既不是在鼓吹“外资应当获得平等国民待遇”的论调,也不信奉“高举民族工业大旗”之类的豪言壮语,只是希望通过本文反映外资在中国物流业发展中面临的客观处境。法规、行政和潜规则,无论其合理与否,其实是任何国籍的资本进入异国后必然面临的防御机制,而熟悉这套防御机制的运行规律和发展趋势,将有助于律师为客户提供更有价值的服务。●

●文 / 张嘉生

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 关于我国国标《国际货运代理通用交易条件》的思考



中华人民共和国国家质量监督检验检疫总局和中国国家标准化管理委员会在 2008 年 7 月 2 日联合发布了序列号为 GB/T22152 等名称的《国际货运代理通用交易条件》以及相关质量、要求和标准的五个国家标准。然而,我们从法律层面并且结合我国的司法实践和整个国际货运代理的现状来审视这个《国际货运代理通用交易条件》,不得不对这个应该具有广泛意义的国家标准的现实意义及作用、法律效力和存在的问题进行一些探讨。

## 一《国际货运代理通用交易条件》出台的 现实意义

(一) 规范性。“国际货运代理业”这个在当前世界经济运行中已经是一个不可或缺的行业,但是我国到目前为止对这个行业并没有比较完整的、法律层面的规范体系。国际货运代理实务纷繁复杂且又琐碎,极易引起纠纷,而在司法实践中由于没有具体的法律规定,各地又有自己的做法,故存在相当大的差异。因而,我们非常希望针对这个行业国家标准的出台,能够对我国的国际货运代理行业规范、提升行业的整体素质和健康发展产生积极推进的意义。

(二) 代表性。《国际货运代理通用交易条件》的起草系由商务部提出并归口。起草单位包括:中国国际货运代理协会、中国对外贸易运输(集团)总公司、中国海运(集团)总公司、中国中钢集团公司、锦程物流(集团)公司、浙江双马国际货运有限公司、北京交通大学、中钢国际货运公司、新景程国际物流有限公司、深圳市联合纵横国际货运代理公司、福建金航国际货运代理有限公司和上海宝霖国际危险品物流有限公司。起草人还包括 12 位专家。从国家对起草国标的单位人员的规定以及实际参与起草的单位人员来看,不可谓不是一些大型的国企和近几年崛起的几个民营企业,在国际货运代理业中也可谓是排在前列的,以他们牵头起草的该交易条件对整个国际货运代理行业的引领作用将是很大的。

(三) 便利性。《国际货运代理通用交易条件》的制



张嘉生:市律协现代物流业务研究委员会主任。

订为企业加快标准合同的制订、修订工作提供了方便,为合同当事人提供了合同的框架和基准,省去了当事人逐条谈判磋商的繁琐过程。由于标准采用格式化、当事人自愿使用的形式以及可通过书面协议约定选择或部分选择使用,降低了合同双方交易谈判成本。

从这个国标的发布日至今已经两年有余。假设,如果这些参与起草的企业都能够以这个通用交易条件作为蓝本去与其客户订立合同,那么这个国标的作用就会慢慢显现,但是在实际上,我们并未看到这些企业对外签订合同都以此为蓝本。换个角度说,如果参与起草的企业自己都不以此为标准去推广,那么,这个国标什么时候能够得到推行呢?更重要的是,我国现在的国际货运代理企业中极大部分是中小企业,在实际业务中,为了能够揽到货,他们往往要屈从客户的要求甚至是不合理的要求。另外,在市场经济激烈的竞争中,客户本来就是皇帝,有自由选择权,他们的自我保护意识也在不断加强,因而目前这些货代企业根本不可能拿出这个国家标准来让客户同意签署,也就达不到该国标诞生后应有的效果。

这个国家标准中的开篇表示:“本标准确立了国际货

运代理企业和客户的合约地位,规定了有关责任保证、免责范围、责任限制、费用、时效。”但是我们从法律的层面去审视这个标准,其中“客户保证”、“公司有权”等字眼比较多,大部分条款似乎过于偏向于货运代理企业一方,有单方面免除一方法律责任的痕迹。一些条款甚至突破现行法律的框架,有造法的嫌疑。更关键的是在当前的司法实践中,某些条款不可能被司法机关所接受。如果一些企业为了一时的利益而同意采用该条款,事后很可能依据现行的法律法规向法院提起诉讼,而此合同或者这些条款很可能将被认为显失公平而被宣告无效。依此,目前这个国标对于我国绝大多数国际货运代理企业而言,并没有实际作用,也缺乏司法机关的有效保护,也就没有现实意义可言。

## 二《国际货运代理通用交易条件》的法律效力

国家标准的概念,根据我国法律规定是指“由国家标准化管理机构批准发布,对全国经济、技术发展有重大意义,且在全国范围内统一的标准。国家标准是在全国范围内统一的技术要求,由国务院标准化行政主管部门编制计划,协调项目分工,组织制定(含修订),统一审批、编号、发布。法律对国家标准的制定另有规定的,依照法律的规定执行。”

根据《中华人民共和国标准化法》的规定,我国标准可分为国家标准、行业标准、地方标准(DB)、企业标准(QB)。此外,按法律效力不同,国家标准分为两类:1、强制性国标,代号GB,主要适用于人身、财产安全及需要通过法律及行政法规强制执行的国家标准;2、推荐性国家标准,代号GB/T,系指“生产、交换、使用等方面,通过经济手段或市场调节而自愿采用的国家标准”。

按以上分类可以看出,目前颁布的《国际货运代理通用交易条件》的国家标准系属于行业间推荐性国家标准,并不具有强制性法律效果。而且仅仅是一种推荐性的“技术要求”,不是行政部门规定,不属于部门规章,也不具有部门强制力效果。同时,起草者们也将该交易条件定位为格式合同,因此在实际使用过程中,要受到法律对于格式合同的制约性和限制性。

从当事人的角度看,这个国标作为一种推荐性国家标准,接受不接受该标准条款需经当事人双方的选择适用。而只有经过协议双方当事人共同选择适用才可能产生对双方的法律约束力。如果一方当事人要求,另一方当事人不同意,那就没有任何实际的法律意义。换个角度说,该标准不是一个必须执行的标准,没有普遍性,不具有必然的法律效力。而且,据称出台该国标是想通过市场和经济的的手段来规范当事人,但事实上,还处于发展期的我国国际货运代理行

业中绝大部分是中小企业,他们是在货主和实际承运人的夹缝之中求生存,在涉及权利义务的问题上,他们往往毫无发言权,很多时候只能是委曲求全,而屈指可数的几个大企业都有各种各样的背景,不用为生计发愁。

此外,从执法机关的角度看,该国标中某些条款与现行的法律法规和司法实践做法并不相吻合,甚至超前。一些条款在现实中不具有可操作性,重要的是该国标又不具有法律的强制性,各地法院在审理国际货运代理合同纠纷的案件时不必也不会去考虑这个标准。而且我国幅员辽阔,各地发展并不均衡,由于体制和机制问题,各地执法的差异也很大,该国标从而也就失去了在司法实践中的指导意义。如此,这个国标对我们当前国际货运代理业急需规范的要求就相去甚远,达不到我们的期盼。

## 三《国际货运代理通用交易条件》与现行法律法规、司法实践以及业务实践的矛盾和问题

我们讨论这个标准对实务的指导意义,就不得不考虑这个标准在现实中是否具有可操作性。实际上,目前这个标准与现行国际货运代理实务、法律法规以及司法实践有着多处的矛盾。

(一)有关合同的相对性。该国家标准4.1条表述:“与公司订立任何交易或业务的客户,应确认其作为货主或货主的代理人,完全接受或代表货主完全接受本标准。当客户为货主的代理人时,客户与货主对公司承担连带责任,即公司有权对货主和客户共同或分别行使公司权利。”该条款突破了合同相对性的原则。

首先,合同相对性原则是合同自由原则延伸的必然,指合同仅于缔约人之间发生法律效力,对合同外第三人不发生效力:合同缔约人不得以合同约定涉及第三人利益的事项,任何一方缔约人不与第三人发生权利义务关系,否则合同无效。即使现行法律有不少地方对于合同相对性原则实现了突破,但也是有着严格的诸如主体、内容、责任等方面的限制。而且根据我国《民法通则》、《合同法》有关代理的规定,无论是显名代理或隐名代理,代理人的行为都在被代理人与相对人之间直接产生法律效力,而非随意让代理人和被代理人对于第三人承担连带责任。即使代理合同中合同双方当事人有约定,该约定对第三人也无法律约束力;如果需要在合同中列明此条款,则该客户必须有货主的授权才具有可行性。

其次,国际货代业务的特殊性,决定在这个行业中转委托的问题普遍存在,其特点在于转委托并不必须由委托人授权或确认后才可以进行。所以在当前情况下,只能用合同相对性来约束,才能对一些国际货代企业起到规范作用。

再次,在现行司法实践中,在没有强制性法律规定的前提下,绝大部分法院不会去突破合同相对性这个民事法律的基本原则,审理案件的法官们不会人为地增加审理案件的复杂性和工作量。而更有可能的是依据《合同法》第400条的规定认为,受托人将货运代理事务全部或部分转委托第三人处理,经委托人同意的,委托人和第三人之间直接成立货运代理合同关系。转委托未经同意的,委托人与受托人、受托人与第三人之间成立各自独立的法律关系。所以,在本标准中约定客户与货主对公司承担连带责任似有违法之嫌,而对当事人双方合同外的第三人如货主等,是否存有法律效力,也无先例可循,可见该条款并不具有可操作性。

(二)关于合同的变更、解除。该国家标准4.9条表述:“在公司将货物交付给收货人之前,除非客户退还公司已签发的全套运输单证及承诺负责赔偿由于要求修改运输合同而给公司造成的一切损失,客户不可要求中止运输、返还货物、变更到达地或将货物交付给其他收货人或解除合同。”

当国际货代与客户建立海上货物运输法律关系时,系由国际货代依法作为无船承运人依据我国《海商法》承担承运人责任,由于提单具有物权凭证、可以转让的性质,托运人的权利义务等全部内容一并转移到了提单持有人。所以在提单运输中,在货物已经起运后,托运人如果已经转让了提单,托运人就没有权利单方变更或者解除合同。但是在这种情况下,提单持有者可以单方变更或者解除合同。而在国际货代与客户间只是国际货运代理关系的情况下或者国际货代与客户之间系基于航空货物运输委托的关系下,依据我国《合同法》的相关规定,委托人在货物交付收货人之前享有合同变更或解除权,当然这种权利也并不是绝对的。根据《合同法》第308条规定:“在承运人将货物交付收货人之前,托运人可以要求承运人中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人,但应当赔偿承运人因此受到的损失。”本条款实际上是赋予托运人对在运货物尚未交付的前提下,可单方面提出变更或解除的权利,而退运请求正是基于此权利而产生。在一般运输合同履行过程中,对托运人的退运请求,承运人通常无理予以拒绝,也无权过问对方退运的原因,只要托运人提出退运要求是合理可行的,承运人必须按照要求执行,否则将承担法律责任。而在该标准中增加“退还公司已签发的全套运输单证及承诺负责赔偿”作为变更、解除约定的条件似于法律规定有所不同,没有区分实务中国际货代在不同法律关系下的不同权利义务,在实务中不具有可操作性。在司法实践的大量案例中,也不认为客户必须先履行该条件才能变更或解除合同。所以该条件的效力似乎值得商榷。

(三)关于委托关系的权利义务。该国家标准4.10.2表述:“尽管某种作为或不作为背离或偏离客户的指示、当公司合理地认为该种作为或不作为符合客户的利益,公司有权选择进行,但不会因此而给公司增加额外地责任。”

我国《合同法》第399条规定:“受托人应当按照委托人的指示处理委托事务。需要变更委托人指示的,应当经委托人同意;因情况紧急,难以和委托人取得联系的,受托人应当妥善处理委托事务,但事后应当将该情况及时报告委托人。”

首先,公司与客户之间是建立在委托关系之上,而基于委托关系的性质,从双方的权利义务上看,受托人的基本义务就是应当遵循委托人的指示、维护委托人的利益,完成委托人交付的事项。如果受托人认为委托人的委托事项中存在受托人无法完成的项目,受托人首先在订立合同初始就不应该承诺。

其次,如在履行合同中发生该情况,受托人也应将该实际突发情况及时告知委托人,取得委托人的理解和确认。当受托人单方面在履行委托事务的过程中擅自行事或因故意或过失造成委托人的损失,需要就此对委托人进行赔偿。

第三,该条中表述的“合理地认为”、“客户利益”的评判标准是什么?很模糊且容易造成争议。所以,标准中该条款约定此种情况下对公司的任意背离、偏离客户指示的行为选择权,有违法律的基本原则,似与法律有不符之处。

(四)关于合同的终止。该国家标准4.10.4表述:“无论何时,如果公司认为其履行义务受到或可能遭受妨碍、风险、迟延或不利等,而且公司无法以合理的方式避免,则公司可以向客户发出书面通知,终止履行义务。……客户应当根据要求,支付公司为货物运输、交付、储存到上述地点的额外支出和相关费用。”

基于国际货运代理的业务实践,若公司与客户之间建立的是海上货物运输法律关系,则根据法律规定在货物运输过程种遇有不可抗力的情况下,公司可以中止或终止其义务的履行,而双方各自按约定或者法律规定承担风险。在其他运输方式(航空、铁路、陆路)的条件下,法律法规也有类似规定。换个角度讲,合同的变更、中止或终止,除法律法规规定的条件出现外,当事人也可以约定在特定的条件下可以行使该项权利,但绝不可能允许单方规定的、可以随意解释的条件。而在该标准条款中扩大了不可抗力的范围,将之描述为其无法以合理方式避免的风险等,并以遇有不利、风险等理由而终止委托的履行,具有任意性,且客户根本无法确认这些情况。另外,要求客户支付货物运至指定地点时的额外费用,却不区分造成此种情况的原因,视客户的损失而不见,明显缺乏公平性,大部分客户不

可能接受此类条款,这也与法律的规定有所不符。

(五)关于留置权。该国家标准 6.6 表述:“客户未付清公司应收费用的情况下,公司或其代理人有权对收到的货物和单证行使留置权。”

按照我国现行有效的法律法规,留置权是由法律规定才能享有的权利。在理论上,作为国际货运代理企业,能否享有留置权,可以留置什么,都存有很大争议。从司法实践上看,留置单证在司法实践中往往不能得到支持。各地法院已经有大量的案例证明,在委托关系下,交付单证和支付费用是两个问题,他们之间不存在对价关系。况且在事实上,客户的提单、核销单等等单证,其所有的价值一般是国际货代业务费用不可比拟的。而在所谓的留置行为下,往往还会造成双方尤其是客户的更大的损失。该条款没有法律的支撑,没有司法实践的支持,也就失去了推而广之,使其成为行业规范的条件。

(六)关于保险索赔的诉权。该国家标准 8.4 表述:“倘若有关承保人基于任何原因对其责任产生争议,则投保人只可向承保人提出保险赔偿。”

根据我国《保险法》及其他法律中关于保险的相关规定以及有关保险的基本理论,在财产保险范围里,运输途中保险标的遭受损坏,投保人可以选择不同的诉因,为了自己的保险利益有选择向承保人或责任人索赔的权利。该标准条款中对投保人索赔权利的限制有违法律的基本原理,在已有的司法实践中这样的条款并不具有法律效力。

(七)关于时效。该国家标准 8.6 表述:“……收货人有权视为货物已灭失之日起 9 个月,免除所有责任。”

司法救济的时效问题是由一个国家的法律规定的。根据我国《民法通则》和《海商法》及其他法律的相关规定,一般的货物运输法律关系包括货运代理法律关系的普通诉讼时效为 2 年,由海上货物运输关系产生的海上货物运输法律关系时效为 1 年。所有这些时效规定为强制性法律规定,并不可由当事人自由约定。在司法实践中,已有当事人自己约定时效而不被法院认可的案例。所以,该国家标准条款中所约定的 9 个月时效应该不具有法律效力,反而很可能误导了客户,侵犯了客户的合法权利。

#### 四《国际货运代理通用交易条件》的改进建议

我们期望有一个指导国际货运代理全行业的规范标准,这个标准能够得到国家法律的有效支持,有国家机器作为强力的支撑,这对我国国际货运代理行业的健康发展有着举足轻重的作用。而上海正在为到 2020 年成为国际航运中心而努力,要成为国际航运中心,一个规范的、诚信的国际货运代理业必不可少。

笔者从事现代物流、国际货运代理的法律服务工作已二十余年。在改革开放三十余年后的今天,我国的国力在快速增长,国际货运代理企业也在风风雨雨中不断壮大,但是由于在快速发展之时,没有相应的法律法规支撑,各自为政,乱象丛生,企业的诚信度以及社会的公信度并没有随之发展,反而让人有跌落之忧。依据多年的实践经验,笔者认为,尽管我国目前已经建立了具有中国特色的法律体系,但是在一些部门法上,尤其是从我国要转换发展模式、创新发展体制方面看,作为现代物流业务中心地位的国际货运代理业,离法制化、规范化的要求还相距甚远,仍然是任重道远。

从国家层面制定有示范作用的通用交易条件,对广大国际货运代理企业而言应该是一件好事,无论从哪个角度去分析,都是有利的:规范市场经营行为,提高企业诚信度,有法可依。但是,关键在于这种规范文件应该是在现行法律框架下能够推广的。更重要的是市场经济主体在履约过程中产生纠纷时,司法机构在现行法律框架下能够确认合同以及相关条款的合法性、有效性,从而也就使其真正起到了宣传、提高、教育、规范、普及的作用。

首先,从国家政府制定政策层面,在现行法律的框架下,考虑到国际货运代理业对于国家发展的重要性,应制定具有可操作性的,具有一定的前瞻性,有一定强制力的法规或者部门规章,使国际货运代理企业真正做到有法可依、违法必究。应该对现在的这个国家标准进行修改,在修改时,从社会各个层面广泛地征求意见,不但要征求广大国际货运代理业内的意见,还应该征求执法部门、司法部门、从事这方面法律业务的人员的建议,以更好的贴近实践,真正起到对国际货运代理行业指引、规范的意义。

其次,国家的法律救济部门、执法机构,应该统一执法口径,用同一把尺衡量。充分体现法律的公平性、严肃性,真正起到保障法律正确实施的作用。在现有法律比较粗放的情况下,可以制定一些比较细的司法解释,用以适应形势发展,指导各级司法机构,既维护了社会主义市场经济的秩序,惩治了违法行为,同时也起到了宣传、教育这个行业遵守法律、严守职业道德和规范经营的作用。

再次,现在有着众多的社会团体、协会都号称与国际货运代理企业有关联,国家行政部门也授权一些协会履行某些监管职能。建议国家政府将涉及到国际货运代理企业管理、监督、指导的各个社会团体进行归类整合。基于我国的国情,既然无法改变其半官方的性质,那么就on应该使其真正能起到协助监管、宣传引导的作用,真正协助政府正确实施国家政策、法律法规,维护企业的合法权益,帮助企业规范经营,协助国际货运代理企业在发展的道路上健康成长。●

●文/蒋宏

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 第三方物流服务企业的 法律风险及其规避



我国国家标准《物流术语》对第三方物流所下的定义是:“由供方与需方以外的物流企业提供物流服务的业务模式”。基于商品生产企业对生产活动的分工日益精细,对传统的物流服务提出了更加多样、更加细致的要求,第三方物流服务应运而生。随着第三方物流服务企业参与国际进出口贸易的参与日趋频繁、合同标的的不断扩大,法律风险的规避也不可忽视。

## 一、第三方物流服务的概述

第三方物流(Third-Party Logistics,简称 3PL)是指物流需求企业为集中精力搞好主业,把原来属于自己处理的物流活动,以合同方式委托给专业物流服务企业,同时通过信息系统与物流服务企业保持密切联系,以达到对物流全程的管理和控制的一种物流运作与管理方式。从该定义可以看出第三方物流的以下三个基本特征:首先,是独立于货物供方与需方的物流企业。第三方物流服务企业在向客户提供专业与多样的物流服务时始终是独立于供方与需方;其次,是从事的现代物流服务,区别于传统意义简单的运输、仓储业务。第三方物流业不仅涉及传统物流业的运输与仓储,更包括对存货管理、加贴商标、订单实现、属地交货和包装等服务,并按照客户的经营战略去谋划物流;最后,第三方物流企业的“服务”是整个物流活动的核心。第三方物流又称作“契约物流”,物流需求方向物流企业购买的是其专业的服务,而第三方物流企业又是处于整个活动的中心,按照合约要求将货物从第一方运送到第二方。

## 二、第三方物流服务企业的法律风险来源

分析第三方物流服务企业的法律风险来源,即是分析其在怎样的状态下将承担法律责任,而这样的概率又有多大。因第三方物流服务企业提供服务的多样性,其法律关系也相对复杂,面临着更大的法律风险。

(一) 物流合同的法律风险,即第三方物流服务商

(总物流服务商)同服务需求方之间的物流主合约风险。物流服务主合约是由物流服务供给方与需求方(一般是用户方)之间订立的合约,第三方物流服务的需求方与供给方,就“物流服务”的购买,签订合同,在合约中约定具体的权利义务关系。而第三方物流服务企业,在履行合约的过程中,货物一直处于其实际控制下,只要货物发生问题,物流服务企业都有被面临要求承担责任的风险。实务中,一种情况是第三方物流服务企业往往为了留住客户,被迫接受一些苛刻的条款,这也在无形当中增加了其法律风险。另一种情况是,物流服务合同中的格式条款,物流服务企业作为提供方需承担对其作出不利解释的后果。如长沙某物流服务纠纷一案,物流商对托运人出具的货物受理委托凭证中载明托运人已付“保险费”100元,在凭证背后的注意事项中载明:委托的货物应办理保价运输;货物没有委托办理保价运输,本公司只承担货物运费的2至10倍赔偿责任。后货物损毁,托运人起诉物流商要求其承担赔偿责任。双方争论的焦点在于本案属于保价运输还是保险运输。法院根据《合同法》第四十一条的规定,认定该注意事项属于格式条款,而当格式条款有两种不同的解释时,应当作出不利于提供方即物流商的解释,故裁判托运人缴纳的100元属保价费,物流商依照保价运输承担赔偿责任。

(二) 违约责任,即是合同风险的结果。根据物流过程的主要环节,第三方物流经营人的风险主要来自于运输环节、仓储环节、装卸搬运环节和加工、包装、配送环节以及信息服务。第三方物流服务违约责任最为常见的,是包括对物流过程中货物的损毁,不能按时送达,以及对错误送达的赔偿责任。基于我国传统的民事法律责任的两大分类:侵权责任和违约责任,第三方物流服务企业的违约责任,是合同风险的重要体现。在实务中,物流服务合同双方当事人会将例如运输过程中货物的损毁以及关于延迟送达、错误送达等问题,依照《合同法》的规定,进行责任的分配。当物流服务企业未能按照合同约定完全履行的时候,客户便依照合同追究其违约责任。依照《合同法》第三百一十一条规定,承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担损害赔偿责任,但承运

人证明货物的毁损、灭失是因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的,不承担损害赔偿责任。可以看出,物流商承担违约责任是一般情况,而免责是特例,仅仅局限于该法条中规定的情形,并且物流商需对其可以免责的相关情形进行充分的举证。此外,第三方物流企业也存在侵权的风险,当其在提供物流服务时,进行了加害的给付,便形成了违约责任与侵权责任的竞合,此时,客户会二者择其一进行追诉。这种竞合的情况,虽然在实务中时有发生,但毕竟加害的给付,也是要有第三方物流合同的存在才可能发生,因此风险研究的重点仍然放在违约责任上。

(三) 第三方物流服务企业就其物流分包行为对客户负责。第三方物流服务企业另一重大法律风险的来源则是其就物流分包行为对客户负责。在实务中,物流服务的需求方,一般只是与物流服务企业签订合同,而现代物流往往涉及航空、铁路、公路等多种货运形式,物流服务企业的分包行为也很普遍。但是,物流客户是不与物流分包企业直接打交道的,物流服务企业与客户签订物流合同,并就其分包行为对客户负责。因此,物流分包也给物流服务企业带来了很大的风险,收益与否很大程度上受物流分包企业的业绩影响。如果在物流服务中出现了问题,不论是物流服务企业还是分包企业的责任,一般都先由物流服务企业进行赔偿,并保留对分包企业追偿的权利。委托方、物流商、分包商这三者的关系在深圳某货物运输合同纠纷案中体现得比较明显。委托方委托物流商运输货物,物流商将其交于分包商承运,后货物损毁。保险公司对委托方进行赔付后取得代位求偿权。物流商基于其与委托方的物流合同向保险公司履行了赔偿义务,随即起诉分包商。法院认为即使物流商购买了保险,仍然可以直接向分包商主张赔偿,这是基于双方的货物运输合同,遂判决分包商承担赔偿责任。根据“合同相对性”的理论,物流商就其分包行为对委托方负责,而分包商就其承运活动对物流商负责。

### 三、律师在物流服务企业法律风险防范中的作用

对第三方物流服务企业而言,法律风险的面临在所难免。但法律风险最后有多少转变为法律责任却可以防控,律师在法律风险规避中的作用不可小觑。

(一) 律师在权衡第三方物流企业中各方利益冲突中的作用。就物流服务企业而言,律师对其的法律风险规避,需要平衡其与整个物流过程中的当事人的利益冲突。现阶段第三方物流服务的需求方处于强势地位,会迫使服务商接受一些不平等的条款,而物流服务商为了



蒋宏:市律协现代物流业务研究委员会委员。

留住客户而盲目的接受这些条款。物流企业与物流分包企业之间也存在着利益的冲突,物流企业希望以最低的成本购买到最好的服务,但物流分包企业的服务质量又决定着物流企业能否履行其与客户的物流合约。这时,物流服务企业面临盈利与承担法律风险的艰难选择,律师的作用体现在通过多方的协商,权衡各方利益,寻求平衡点,已达到物流服务企业利益最大化的目的。

(二) 律师通过设置具体的合同条款以降低物流企业的风险。中国的物流法律法规主要是从法律、行政法规、各部委颁布的规章三个效力层次上颁布的,没有形成一部独立的完整的物流法律体系,亟待完善。在这样的法律环境下,律师更要善于运用设置具体的合同条款以降低物流企业的风险。例如,航空、海运企业往往凭借其垄断优势,强迫物流企业接受其标准格式合同,此时律师的作用体现在其从当事人的利益出发,据理力争,通过对格式条款的更改、删减以及增加新条款,来降低物流企业的法律风险。作为物流服务企业的律师,斟酌合同的出发点则是,争取扩大分包企业责任条款,而类似条款的增加即意味着自身的法律风险的成功防控。

(三) 律师介入物流合同履行过程中的法律监督。第三方物流合同签订时的法律风险防控固然重要,但合同履行过程中的风险防控也不可小视,而在履行过程中的风险防范集中体现在律师介入物流过程的书面框架文件的监督上。其中,对物流分包企业的监督尤为重要,律师的介入能够避免因书面文件证据不齐全导致的在货物的损毁以及延迟交货等情况下,物流商向分包商追偿难的困境。这些看似物流过程中的技术操作层面上的问题,往往能够最终决定整单物流的盈利与否。在物流合同的履行中,增加律师介入监督,这样的投入看似是增加了成本,但换个角度,如果将可能规避掉的法律风险看作经济收益,这样的投入则显得十分必要。●



刘跃坤：  
市律协现代物  
流业务研究委  
员会委员。

●文 /刘跃坤

组稿邮箱: [touqao@lawyers.org.cn](mailto:touqao@lawyers.org.cn)

## 未保价货物发生灭失 应如何赔偿



上海 A 公司于 2009 年 2 月 15 日委托 B 公司托运一批货物至新疆乌鲁木齐的丹璐时尚广场(简称丹璐广场)4 楼 ECACA 专柜。A 公司在托运单上填写托运货物的名称为服装, 件数 15 箱, 其他有关货物重量、尺寸、体积、价值等栏目均未填写。托运单正面印有委托须知, 其中第三条写明: “委托人必须按货物的实际价值投保, 如不投保出现问题, 托运方一律概不负责, 如果运输途中货物丢失, 最高赔率为货物的实际运费的 5 至 10 倍, 保险费率为千分之七”。A 公司未选择投保, 与 B 公司约定每箱运费为人民币 100 元, 共计 1500 元。同日, B 公司又与 C 公司签订委托合同, 约定由 C 公司负责运输该批货物。2009 年 2 月 17 日, C 公司又与李某签订运输合同, 约定由李某将该批货物运抵目的地。2009 年 2 月 19 日, 李某驾驶的运输车辆运输过程中发生火灾, 导致货物全部烧毁。事故发生后, 当地交警部门出具的事由认定书以及消防部门出具的火灾事故证明均无法认定火灾原因。之后, A 公司要求 B 公司按照市场价 223.5570 万元赔偿, 但 B 公司抗辩认为 A 公司未办理保价, 只同意按照运费的 10 倍(即 1.5 万元)赔偿, 因双方无法就赔偿问题达成一致意见, A 公司遂诉至法院。

### 法院判决

一审法院: B 公司擅自将运输义务转由 C 公司及运输个体户李某实施运输, 对最后的实际承运人的资质、运输能力等也没有进行审核, 没有适当履行对货物的运输义务和管控责任, 故 B 公司存在重大过失, 不能援引保价条款免责。关于损失的赔偿, 由于排除了保价条款的适用, B 公司应按货物的实际损失进行赔偿。关于具体赔偿额, 一审法院认为, 当货损发生时, 托运人对其请求承运人赔偿的实际损失的范围负有完全的举证责任。因本案 A 公司对货物的实际损失未能提供充分的证据予以证明, 故法院综合考虑涉案货物的数量、品牌等因素酌情确定货物的实际价值。遂判决 B 公司赔偿 A 公司损失 35 万元。

二审法院: 在整个货物运输中, 货物完全脱离托运人的监管, 而一直处于承运人的控制之下。本案中系争货物在负责最终实际出运的李某的卡车上发生火灾致使全部烧毁。但是, 根据事故发生地交警部门出具的事由认定书以及当地消防部门出具的火灾事故证明均无法认定火灾原因, 因此承运人除非能举证证明其已经尽到谨慎的保护、注意、审查等义务仍不能避免货物的灭失, 否则, 即应当推定其存在重大过失, 对货物委托单上的限赔条款予以排除适用。关于赔偿金额, 法院认为系争服装运往新疆以 5 折左右促销, 扣除服装行业中进入商场的费用、给商场的销售提成并结合服装评估专业人士对涉案服装成本价的看法等综合因素之考察, 认为系争服装的成本价以销售价的 1.5 折左右, 即 33.5335 万元较妥。因一审法院判决 B 公司赔偿 A 公司 35 万元尚属合理, 故二审维持原判。

### 案例分析

本案属于公路货物运输合同纠纷中的典型案例, 当事人争论核心是未保价货物灭失后应如何赔付。这类案件通常存在以下三个争议焦点:

#### (一) 保价条款的性质及法律效力

保价条款是指运输合同中根据托运人是否选择保价来确定运输货物在损毁或灭失后承运人按照何种标准进行赔偿的合同条款。本案货物托运单委托须知第三条就是保价条款的内容, 告知托运人保价费率为千分之七, 若不保价, 则货物丢失最多按照货物实际运费的 5 至 10 倍赔付。该条款约定的赔偿额明显低于货物的实际价值, 是 B 公司单方拟制并印制在托运单上供反复使用, 且事先未与 A 公司商量, 因此, 该条款在法律性质上属于限制责任的格式条款。

判断保价条款能否发生法律效力需从两个方面考量: 第一、条款提供方是否尽到合理提示义务; 第二、条款是否存在无效的情形。《合同法》第 39 条规定, 对于限制责任的条款, 提供格式条款的一方“应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务, 并采取合理的方式

提请对方注意免除或者限制其责任的条款,按照对方的要求,对该条款予以说明”。这就是格式条款提供方的合理提示义务,违反该义务会面临被法院撤销该条款的后果。本案保价条款印刷在托运单正面并以不同字号并加粗显示,可以被认定已经履行合理提示义务,不存在被撤销问题。

关于格式条款的无效问题,我国《合同法》第40条有明确规定,其中包括违反公平原则导致的条款无效和第53条因故意或重大过失造成对方财产损失的免责(包括限制责任)条款无效。对于限责条款的公平性问题,二审法院认为:“限赔条款不仅符合运输行业的特点和操作惯例,而且完全符合合同权利义务相一致的原则,故不存在承运人单方面免除自身责任,加重托运人义务之情况”。这种认识符合国内物流市场的实际情况,体现法律的公平正义原则。关于重大过失导致限责条款无效,本案一、二审法院均认定本案运输货物灭失系由B公司重大过失行为所致。根据《合同法》第53条的规定,本案所涉运输保价条款中载明的“运输途中货物丢失,最高赔率为货物的实际运费的5至10倍”应当属于无效。

### (二) 货损是否为承运人的重大过失行为导致

重大过失是民法中一个极其重要的概念,一般认为“违反普通人的注意义务为重大过失,亦称重过失。如果行为人仅用一般人的注意义务即可预见之,而竟怠于注意,不为相当之准备,就存在重大过失。”司法实践中,最高人民法院对重大过失的定义是指:铁路运输企业或其受雇人、代理人对承运的货物、包裹、行李明知可能造成损失而轻率地作为或者不作为。本案中一、二审法院均认定B公司存在重大过失行为,但理由是不同的。一审法院认为B公司对最后的实际承运人的资质、运输能力等没有进行审核,也没有适当履行对货物的运输义务和管控责任,故B公司存在重大过失;二审法院认为火灾原因不明,除非承运人能举证证明其已经尽到谨慎的保护、注意、审查等义务仍不能避免货物的灭失,否则,即应当推定其存在重大过失。

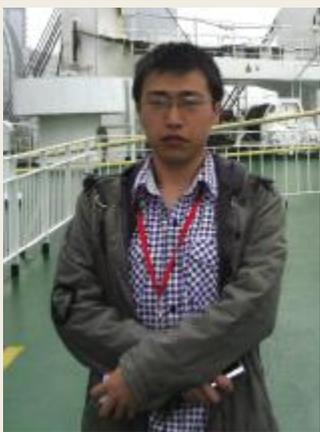
本案所涉运输货物是服装,属于普通货物,对于运输工具和承运人的资质均无特别要求。B公司在转委托时只要审核是否有营运证和驾驶人员是否有驾驶证即可,应当视为已经尽到谨慎审核义务。在这种情况下,对于一个普通人来说,不会认为B公司将货物交由C公司运输将会产生更大的危险。一审法院以此认定B公司存在重大过失欠妥。二审法院在火灾原因不明的情况下,推定B公司存在重大过失,同样值得商榷。首先,证明B公司存在重大过失本应是A公司的举证责任,现在推定B公司存在重大过失,实质是将举证责任倒置,没有法律依据。其次,导致车辆发生火灾的原因很多,有车辆本

身、环境气候、驾驶操作、车载货物等,对于并未超期使用的有基本保养的正常运营车辆,显然不是一般人能够判断车辆是否会发生火灾,何时发生火灾。若因此而推定承运人存在重大过失,显然过于苛刻。

### (三) 如何确定货物的价值和赔偿标准

一是关于货物价值如何确定。由于本案A公司作为托运人,在填写托运单时仅写明货物名称是服装,件数15箱,其他栏目均未填写,因此若要索赔,必须要证明这15箱服装究竟有多少件,每件衣服的价值,进而证明全部货物的价值。A公司能够提供的证据:1、A公司给丹璐广场的上货申请,载明由A公司配置15箱约1500至2000件ECACA品牌的服装至丹璐广场;2、A公司的商店配货单,共计发货1565件。这两份文件都是A公司制作。法院基于这两份证据材料可以相互印证,最后确认系争服装的品名及1565件的数量。关于服装价格,由于A公司的商店配货单在形式上有编号、日期及配送商店,内容包含商品代码、商品名称、尺码、数量、单价等,共计1565件,金额为223.5570万元,故法院认为商店配货单无论从形式还是内容上较为完整,已经形成了一个完整证据链售价,最终对货物价值223.5570万元予以确认。应当说,本案中法院仅依据A公司单方制作的文件对货物价值给予确认值得商榷,不宜被广泛使用。否则,任何一起火灾引发货物灭失的纠纷案件,托运人都可以独自制作证明文件来获取高额索赔,这对承运人是极不公正的。

二是关于赔偿标准如何确定。在限责条款无法适用的情况下,根据《合同法》第312条的规定,应依照货物应当交付或者应当交付时货物到达地的市场价计算。对于服装来说存在三种价格,即出厂价、批发价和零售价,那么市场价究竟是指哪种价格呢?这是首先必须解决的问题。结合本案的具体情况,该批服装系A公司直接在商场专柜销售使用,因此,市场价按零售价计算较为合理。本案A公司正是基于该规定要求B公司按照服装的市场价223.5570万元进行赔偿。不过需要说明的是,该批货物是促销商品,并未按零售价的原件销售,因此,零售价应按促销价计算,即原价的5至7折,相对应的货物价值为111.7785万元至156.4899万元。法院认定的货物价值是基于商店配货单上载明的单价而计算出来的,这是商品的原价。但是,A公司托运该批服装是促销使用,拟按照原价的5至7折进行销售。因此,本案中“货物交付或者应当交付时货物到达地的市场价”应为原价的5至7折,即111.7785万元至156.4899万元。但本案二审法院并未按照5至7折销售价确定赔偿额,而是按照货物的成本价(综合各种因素按照1.5折确定涉案服装成本价)来确定赔偿额,这是值得商榷的。●



陈亮:北京市中伦律师事务所上海分所工作人员。



李晨飏:北京市中伦律师事务所上海分所律师。

陆家嘴法治论坛论文选登 ●文/陈亮 李晨飏

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 托运人请求签发 单证权利的探析

——以 FOB 贸易术语为视角



## 一、托运人概念辨析

(一)《中华人民共和国海商法》关于托运人的概念

根据我国《海商法》之规定,托运人是指:1、本人或者委托他人以本人名义或者委托他人为本人与承运人订立海上货物运输合同的人;2、本人或者委托他人以本人名义或者委托他人为本人将货物交给与海上货物运输合同有关的承运人的人。

从我国《海商法》的规定中,是将契约托运人和发货人并列皆作为托运人来规定的,且二者应当是并列关系。《海商法》中各个相关托运人的规定,原则上对二者都应适用。但是,需要明确的是,这样的规定,会带来混淆与不清。因为,《海商法》规定的有些托运人的义务是作为发货人不应当也不可能承担的;而有些权利,若赋予二者,在二者不重合且同时行使时,会带来操作中的问题。

(二)《海牙规则》关于托运人的概念

在《海牙规则》及《海牙维斯比议定书》中,都未出现针对于托运人概念的规定。但是需要注意的是,我国并未加入该规则,且即便我国加入该规则,由于其没有相关规定,在我国法域地区,针对托运人概念的基本认定,仍应按照我国相关法律法规。

(三)《汉堡规则》关于托运人的概念

根据《汉堡规则》1.3条之规定,托运人是指:本人或以其名义或代其与承运人订立海上运输合同的任何人,或指其本人或以其名义或代其将货物实际交付给海上货物运输合同有关的承运人的任何人。

从《汉堡规则》的规定来看,则是将托运人“分”成了契约托运人和发货人,但二者之间用的关联词是“or”,即二者是“或”的关系,不同于我国《海商法》中“和”的并列关系。从该意义上看,我国《海商法》中的托运人有两个,而《汉堡规则》中托运人只是一个,要么是契约托运人要么是发货人。遗憾的是,《汉堡规则》在其后的关于托运人权利义务责任中,并没有明确厘清二者

的界限。但有一点可以从中隐约看出,我国《海商法》中容易发生的某些情况,在这里可以得到一定的凸显。

典型的诸如 FOB 贸易术语下,实际交付货物的,即发货人(亦 FOB 下的卖家)和订立海上货物运输合同的,即契约托运人(亦 FOB 下的买家),二者同时要求承运人签发提单的情况,因为在我国《海商法》下,二者皆是托运人,此时承运人将难以操作。而在《汉堡规则》中,二者不可能都是托运人,但二者谁才是确实的托运人呢?《汉堡规则》没有讲清。

(四)《中华人民共和国合同法》关于托运人的概念

虽然我国《合同法》没有具体明白规定托运人的定义,但是,在没有具体规定的情况下,我们可以从《合同法》其他规定和基本法理中推断出托运人的概念。我国《合同法》所调整的是合同法律关系,所涉当事人乃合同当事人,在某些情况会调整第三人,而当调整第三人时,必然是《合同法》明文规定才能涉及,诸如代位权、撤销权的规定。那么,关于托运人的规定,《合同法》中没有特别的、具体的定义规定,此时,托运人应当是与承运人订立合同(在本章涉及的即海上货物运输合同)的当事人,即先前所说的契约托运人。

而就《合同法》与《海商法》的适用问题上来看,这是一般法与特别法的问题。即当《海商法》有规定的时候,根据《海商法》的规定;当《海商法》没有规定的时候,根据《合同法》的规定。但需要注意的是,此时仅仅只能涉及到契约托运人,即发货人不在《合同法》所涉。

(五)《鹿特丹规则》关于托运人的概念

根据《鹿特丹规则》之规定,托运人是指:与承运人订立运输合同的人。而其另外还创设了单证托运人制度,即是指托运人以外的,同意在运输单证或电子运输记录中记名为托运人的人。

近期通过的《鹿特丹规则》中,对托运人有了比较新的规定,其规定了托运人与单证托运人两类当事人。第一类托运人即契约托运人,而第二类单证托运人即自己记录于单证中名为托运人的人,可能包含但不限于之前所

说的发货人。

需要指出的是,在这样的情况下,发货人并不一定会成为单证托运人,这会带来相当程度的风险,即 FOB 贸易术语下,发货人一旦交付货物,只有从承运人处获得收据的权利,其他托运人权利一律丧失,包括控制权和诉权。而针对单证托运人,只要当事人允诺,成为单证中载明的托运人就自然享有了《鹿特丹规则》中相关托运人的权利、义务和责任,这本身也是无可厚非的,既然当事人允诺了,又有何不可。总之,《鹿特丹规则》关于托运人的规定,总体而言比较新颖,突破了原先关于契约托运人与托运人之争,以单证托运人制度将其纳入契约托运人的调整范畴。

## 二、托运人权利的性质

不论托运人权利如何,究其本质,应为民事权利。而所谓民事权利,通常是指:“法律为了保障民事主体的特定利益而提供法律之力的保护,是法律之力和特定利益的结合,是类型化了的利益,是利益和力量的结合。”即:“权利是一种享受。”而在海上货物运输中,作为托运人,基于海上货物运输合同,原则上必定会享有的权利有两项:1、要求承运人按照海上货物运输合同的约定,将货物安全、及时地运至卸货港或者目的地并交付给收货人;2、在承运人违约并造成货物灭失、损坏或者迟延交付的情况下,或者使托运人遭受其他经济损失的情况下,有权依照合同的约定或者法律的规定,向承运人和/或实际承运人要求损害赔偿。

以上所说的两项权利,基本是基于合同而产生的,当然也要根据各个不同的合同具体而言。但基本可以肯定的是,若该海上货物运输合同没有赋予托运人这样的权利或者剥夺了托运人这样的权利,则这样的合同是有争议的。第一,根据英美法来说,如果合同中没有这样的内容,则该合同就如同不存在对价一般,这样的合同就是不成立的;而如果合同中用其他的措辞将托运人这样的权利完全排除的话,根据英美法合约的解释原则,如整体解释和合同目的解释,认为这样的排除条款与合同基本内容相悖,则会认定这样的排除措辞是无效的。第二,即使根据我国相关法律,如果合同中没有这样的内容,那么该合同就应是不成立的,因为这等于缺乏了合同的标的,而标的的确定恰恰是合同的主要内容之一,一旦缺失将会使得合同产生不成立的后果;而当合同中以其他措辞排除这样的权利,根据关于格式条款的规定,可以以“排除对方主要权利”为由,认定这样的措辞是无效的。

综上,托运人权利的本质是基于合同约定而产生的一种利益保护力。而当托运人置于公共运输的状况,则强

制适用我国《海商法》第四章之规定,此刻,托运人权利便是法定权利。那么,托运人请求签发单证的权利是“约定权利”还是“法定权利”?个人以为,其原则上应当属于“法定权利”,只有在《海商法》第四章不强制适用的情形下,才成为“约定权利”。正因为托运人请求签发单证权利的属性,才有必要对法律之规定进行阐释。

## 三、托运人请求签发单证之权利

根据我国《海商法》的规定来看,其赋予了托运人两项主要权利:其一为要求签发提单的权利;其二为解除合同的权利。本文主要阐述托运人请求签发单证的权利,但在此之前,需要厘清的是,由于我国《海商法》下关于托运人包含了契约托运人和发货人两种,二者是否都具备上述的两项权利,需要分类讨论。

针对签发单证的权利,这里的单证不应仅仅局限于提单,应扩张至其他海运付运单证,诸如海运单、电子凭证等等。当然,其他单证的签发则是基于双方当事人的约定,而非法定。

但在 FOB 贸易术语下,会产生契约托运人(买家)与发货人(卖家)两者分离的情况。而契约托运人和发货人单纯根据我国法律,似乎都有权利要求承运人签发单证。理由是:作为契约托运人,是合同的当事人,自然有权利基于海上货物运输合同要求承运人签发单证;而作为发货人,也有权利要求签发单证,理由是:其交付货物有权要求承运人签发收据,恰恰提单的重要功能之一便是接收货物的收据,况且在 FOB 贸易术语的情况下,如若排除发货人(卖家)这项权利,岂不是契约承运人(买家)可以直接要求承运人签发提单,那么其在货物价款都未付之前,就可以拿到提单并凭此提货,这岂不是咄咄怪事。

而问题恰恰就出在这种 FOB 贸易术语的情况下,此时此刻,发货人与契约托运人是分离的,即贸易合同的卖家作为运输关系中的发货人,贸易合同中的买家作为运输关系的契约托运人,而这两种当事人根据我国《海商法》都有权利要求承运人签发单证,如果产生二者同时要求签发单证的情况,究竟应当如何处理?这就是相关领域著名的“托运人识别的问题”。在此,学界有各种不同的观点。

### (一)应当向缔约托运人签发单证

支持向缔约托运人签发单证的理由主要分为4类:1、根据合同相对性原理,应该签发给订立运输合同的当事人,且根据我国台湾地区法令,以及相关学者梁宇贤的观点,也是如此;2、根据吴焕宁老师的观点,托运人是运输合同的另一方当事人,必须在提单上列明;3、根据代理

法的原理,发货人不论是以缔约托运人的名义还是以自己的名义交运货物,都是一种代理关系,最后结果都是由本人(缔约托运人)来承担;4、承运人在和缔约托运人订立合同时,原则上已经规定了提单应该向谁签发,如果约定向发货人签发,自然可以,但如果只约定向缔约托运人签发的话,且法律还强制要求承运人必须签发给发货人,这会令承运人进退维谷。而且需要明确的是,贸易归贸易,运输归运输,贸易中的问题,不能以运输的变形作为代价,这点在制定《鹿特丹规则》的过程中,许多外国学者也提出这样的观点。

以上的4种观点,不能说全无道理,但是有些也的确值得探讨。

其一,托运人是否必须在提单上列明?个人持不同看法。首先,我国《海商法》对于托运人有明确的定义,即所谓的法定主义。也就是说,不论单证上是否已经列明,如果托运人具备了我国《海商法》下对于其定义的描述,在当事人没有相反意思表示的情况下,自然也就具备了托运人的身份,单证上列明与否不是其必要构成的要件,即不是不要式的。其次,单证上列明的托运人是否具备托运人身份,根据尹东年老师的看法,如果一方当事人不符合法律的规定条件,仅仅在提单上被记载为托运人,并不能使其成为真正的托运人,且这种不实记载如果给他人遭受损失,应该按照过失来规责当事人。这样的逻辑看似成立,但有一个疑问,在单证上列明的托运人是否能够看成一种当事人的约定?虽然这种约定不足以使其成为契约托运人,毕竟提单仅仅是合同的初步证明,但是却足以使其介入运输合同,故而我们看出在《鹿特丹规则》中就创设了一种新的制度,名曰:单证托运人。如果从这个角度来看,尹东年老师的这个观点恰好与公约相悖,但单纯从其不具备法定要件来排除当事人之间的约定,个人以为并不符合关于商事领域的规则,而更倾向于认为,我国《海商法》中关于托运人的定义,仅仅只是说:“本法中的托运人是这样的定义”,而不能排除操作中当事人的意思自治。

可以引用司玉琢老师的看法:“发货人是否被记载于提单托运人栏目内,不是判断其是否具有托运人资格的条件,未记载在托运人栏目内,可能影响发货人的其他权利,但对获取提单的权利不受影响。”

其二,发货人是否就真是缔约托运人的代理人?个人持反对意见。理由是,这不符合UCP600的操作,如果发货人(卖家)作为契约托运人(买家)的代理人,那么其接受承运人签发单证也是作为买家的代理人,其结果当然由本人(契约托运人、买家)承担,那么买家又何须开设信用证呢?直接可以基于代理关系取得这样的单证,这显然是不切实际的。

(二)应当向发货人签发提单,不论发货人是否被记载于单证之中

支持向发货人签发单证的理由同样主要包括4类:1、在FOB贸易术语的条件下,如果承运人签发提单给买方(契约托运人),那么买家就可能完全丧失除贸易合同中诉权以外的一切救济权利,相反,买家无需支付价款就可以取得货物,这无疑合法地为买方提供任意违约的机会,显然这样的情况应当加以规避;2、根据韩文浩先生的观点,有一种利益第三人合同的理论,认为在FOB贸易术语下,买方和承运人订立的运输合同实际上是利益卖方的合同,卖方应该享有该合同下接受提单的权利,本人虽然对其不置可否,但这毕竟也是一家之说;3、在FOB贸易术语下,卖方(发货人)的对外效力是根据其实际交付货物的事实或行为而由法律直接创设的,是法定的权利,此时发货人应当成为一种法定托运人,当法定托运人与约定托运人产生冲突时,法定托运人应当享有优先地位;4、虽然依据严格的合同相对性理论,卖方并不是运输合同的当事人。但是,卖方交付货物时要依据运输合同行事,没有合同就没有必要交运货物,且交运货物时没有合同为依据承运人也不会接受,而没有运输合同,承运人为何要听卖方的指示接受托运人的货物?因此,可以认为法律在此创设出一个默示合同条款,交货人依据法律的默示规定取得托运人的地位,此乃事实契约的一种。

(三)不论向发货人还是契约托运人签发单证都应该是合法的

理由其实很简单,承运人在签单对象上并无刚性义务,不论向哪种托运人签发,都是基于我国《海商法》的规定,但注意的是,只能签发一套正本提单。毕竟我国《海商法》是从规定承运人的签单义务为角度措辞的,没有明确确定签单对象,那么我们可以推断得出,只要承运人尽到了合理谨慎的责任,其签单行为即是合法的。

(四)个人观点

由此可见,仅仅针对托运人一项签发单证的义务就有了多种不同的看法,当然,焦点主要还是集中在“FOB贸易术语下谁才有权要求承运人签发提单”这一问题。因为,在我国《海商法》中,不论契约托运人还是发货人都具有托运人这一法律地位。面对各种不同的学术观点,个人比较倾向于第二种观点,即FOB贸易术语下,当发货人与契约托运人同时要求签发提单的情况下,应当向发货人签发单证。理由如上,不再赘述。

值得一提的是,联合国《运输法草案》中,针对这一问题的探讨,规定了发货人有权获取提单的条件,包括:1、实际交付货物;2、发货人的名字反映在装载提单托运人栏目中;3、托运人指示承运人将提单签发给发货人。如果联系到贸易合同的话,在此种规定成行的情形下,卖方

须在贸易合同中明确要求卖方（契约托运人/托运人）指示承运人签发提单给自己，否则利益就不能很好地得到保护，这样的观点同样也体现在《鹿特丹规则》的单证托运人制度中，后文会有再述，暂此不表。

#### 四、单证托运人制度下，签发单证的归属

根据《鹿特丹规则》，其将托运人分成了两类：其一为与承运人订立运输合同的人，即传统意义上的契约托运人；其二指托运人以外的，同意在运输单证或电子运输记录中记名为托运人的人，即此处所谓单证托运人。

根据该规定，如果托运人同意将第三人在运输记录中记名为托运人，则其当然享有了托运人应有之权利，即包括了获得单证之权利。此时，在 FOB 贸易术语下，其卖家（发货人），若要获得单证，其必须成为单证托运人，即得到契约托运人的同意。这样的观点，类似于吴焕宁老师关于“托运人应记载在提单上”的观点。这样的观点，虽然明显不符合我国《海商法》之规定，但单就《鹿特丹规则》而言，其间接的从托运人概念中剔除了发货人，并创设性的以“意思自治”使得发货人可以成为单证托运人，从而重新获得托运人之权利。

该规则是否能达到消弭争议的效果尚不可知，但单从理论上讲，其或许能够达到这样的效果。因为，FOB 贸易术语下，如果根据《鹿特丹规则》，则买卖双方必定须在贸易术语中约定将卖家（发货人）列为单证托运人；而当买家（契约托运人）与承运人订立运输合同后，其可以通过“草本单证”明示单证托运人之身份；随后，发货人（卖家）便可交付货物，并获得其作为单证托运人的单证。但留有疑问的是，如果这样的“草本单证”与“最后的单证”有所出入，则发货人（卖家）的处境将岌岌可危。所以，总体上，本人对“单证托运人制度”持审慎态度。●

## 陆家嘴法治论坛论文选登

●文/杨伟东

组稿邮箱: [tougao@lawyers.org.cn](mailto:tougao@lawyers.org.cn)

# 船舶建造

# 合同中的交船期问题研究



杨伟东：上海泰瑞洋律师事务所律师。



2010年，我国造船完工量、新接订单量和手持订单量三大指标全面超过韩国，跃居世界第一。其中，造船产量达6560万载重吨，是2005年的5.4倍，世界市场份额从2005年的17%提高到44%。在取得骄人数据之时，是中国造船业的巨大付出，随着2008年全球金融危机的爆发，中国船厂产生了大量船舶建造合同纠纷，给中国造船业造成了重大打击，很多案件延续到今天还没有尘埃落定。其中主要原因在于中国造船业造船周期控制松散，交船拖期，在船价和运价急剧下跌时，给船舶买家弃船带来了可乘之机。造船周期控制为什么如此之难，本文将结合笔者的经验，重点探讨船舶建造周期的法律控制。

## 一、船舶建造合同的介绍

我们一般所说的船舶建造合同是指合同主体，而不包括合同附件。实际上，船舶建造合同包括合同主体和多个附件。这些附件一般有：1、船舶建造规格书。船舶建造规格书中详细描述了船舶的用途、主尺度、航速、载重能力、船舶航行区域、设备的配置及规格、技术安排和建造工艺以及船舶设计、建造、运营需要满足的规范、规则等；2、全船总布置图。全船总图反映了全船的主要参数，大致布置；3、横剖面图。横剖面图描述了船舶货舱区域主要结构设计的基本形式以及结构节点的要求；4、厂商表。厂商表是主要设备供应商的范围，凡是在厂商表中提及的设备，都必须在所列的设备供应商中选择；5、卖方的保证银行提供的退款保函。保证在卖方的违约导致合同解除时，买方能从担保银行回收预付的价款；6、买方的保证银行提供的付款保函。保证卖方在不同阶段能按照造船合同收到买方的预付款。

船舶建造合同和附件的内容大致确定了整个船舶建造的船舶规格、建造过程和交易架构。无论船厂商务人员或者律师都过于关注船舶建造合同的主文，而忽略了船舶建造技术规格书存在的巨大风险，从而导致合同主文和附件的脱节，导致设想的风险防范形同虚设。

船舶建造合同内容复杂，条款繁多，所以船舶建造合同的谈判和缔结一般会在一些国际标准合同上进行谈判和修改。这些标准合同中比较有影响的是西欧造船厂协会的标准造船合同（AWES Form）和日本船东协会的标准合同（SAJ Form）。

美国海运部航运管理委员会制定了一个标准合同（MARD Form）。中国船舶工业总公司下属子公司中国船舶工业贸易公司在SAJ Form的基础上，结合AWES Form制定了一个船舶建造标准合同（CSTC Form）。CSTC Form英文版和韩国的造

船合同大部分照抄 SAJ Form, 是 SAJ Form 的演变形式。所以,SAJ Form 中固有的合同缺陷也就带入了 CSTC Form 中,渗入中国所有造船厂的船舶建造合同中。

因为中国、韩国、日本已成为世界造船的中心,导致目前在全球应用最广的是 SAJ Form 或者 SAJ Form 的演变形式,而中国大部分船厂选用或者同意选用 CSTC Form。本文的讨论将主要基于 CSTC Form 展开。

## 二、关于交船期的几个重要定义

### (一) 交船日期的定义

CSTC Form 第 VII 条第 1 款规定,船舶根据合同规定完成试航(或可能的重新试航)并为买方接受后,按技术规格书要求,船舶将在某年某月某日或之前在安全系泊状态下由卖方在卖方船厂连同所有入级证书和法定证书交给买方,如果船舶建造或合同的履行因合同许可的原因延迟交船,上述日期可予以顺延,上述日期或按合同条款延迟的交船日期称之为“交船日期”。

可见,交船日期不是一个固定时间,是一个固定的时间节点(某年某月某日);加上,因合同许可的原因延迟交船的顺延。

这种顺延系指“本船建造或本合同的履行因本合同许可的原因延迟交船”。但到底包括哪些顺延,正是合同双方都想知道的,也是每个船舶建造仲裁中反复讨论的。此处也可看出该合同版本的缺陷——没有直接和集中地告诉合同双方,哪些原因的顺延是合同许可的顺延。

### (二) 推迟的定义

CSTC Form 第 VIII 条第 4 款界定了“允许的推迟”的定义:由本条第 1 款所述的原因导致的推迟,但不包括本合同所允许的任何其他交船日期的延长应理解为(并在此称为)允许的推迟,并区别于按本合同第 III 条规定需调整船价的“非允许的推迟”。

这一定义反映出合同存在三类交船的延迟:“允许的推迟”、“非允许的推迟”、“本合同所允许的任何其他交船日期的延长”。

其中“允许的推迟”系指合同第 VIII 条第 1 款约定的不可抗力;“非允许的推迟”系指第 III 条约定的,需要调整船价的推迟。

在此定义不明的是“本合同所允许的任何其他交船日期的延长”。

### (三) 非允许推迟的范围

CSTC Form 第 III 条第 1 款第 d 项规定:如果交船日期如第 V、VI、XI、XII 和 XIII 条所述而被延迟,则不应被视为延误交船,合同价格也不应降低,如果交船日由于第 VIII 条所述的允许推迟原因而延迟,则价格不作调整或

减少。

CSTC Form 没有界定“非允许的推迟”应涵盖的范围,但是反向排除了合同中的部分延迟,结合第 VIII 条第 4 款和第 III 条第 1 款第 d 项可见:

1、“允许的推迟”限指第 VIII 条第 1 款规定的情形。

2、“非允许的推迟”是个开口条款,发生交船延迟时,在排除“允许的推迟”和“本合同所允许的任何其他交船日期的延长”后剩余的都是“非允许的推迟”。

3、“本合同所允许的任何其他交船日期的延长”系指第 V、VI、XI、XII 和 XIII 条所述的延迟。

## 三、三类交船期延迟的分析

### (一) 允许的延迟

“允许的延迟”是在船舶建造过程中,造船厂或其分包商发生了不可抗力事件,推迟了船舶建造的进程,造船厂不承担责任的交船延迟。

CSTC Form 第 VIII 条第 1 款规定了可允许交船延迟发生的原因或者情形,即各类不可抗力。

1、“允许的延迟”发生的情形包括:

(1) 政治原因:战争、封锁、革命、暴动、战争动员、国内骚乱、暴乱、罢工、破坏、工厂停工以及其他情形。

(2) 天灾:当地气温超过 35℃、天灾、公害、瘟疫或其他流行病、地震、潮汐、台风、飓风、风暴、火灾、洪水、不能试航的恶劣天气以及其他类似情形。

(3) 其他不可抗力:其他非造船厂或其分包商所能控制的原因,例如外部电源长期中断、海运封港,设备和/或材料供应厂商破产。

2. 遭受不可抗力事件的主体为卖方或者卖方的分包商。但是哪些是分包商,在现在复杂的造船体系中是非常难认定的。例如早期燃油模块是船厂购买各类设备,船厂自己组装成一套模块,然后吊装到船上,而现在是一家公司按照船厂的要求购买和组装,然后交付给船厂,这家公司是设备供应商还是分包商,比较难区分。

3. 获得“允许的延迟”的限制性条件:

CSTC Form 第 VIII 条第 2 款规定,在卖方认为有权按本合同宣布推迟交船时,卖方应在推迟发生之日起七日内以电传并以书面确认的方式通知买方推迟的日期和原因。同样,此类推迟结束后七日内,卖方应以书面或书面确认的电传通知买方推迟的终止时间,并确定由于此项延迟原因引起的本船交付的最大推迟日期。买方在收到该通知后三十日内未能对卖方推迟交船的要求作出反应,则被视为买方放弃反对推迟的权利。

此款实质规定了“允许的延迟”的取得条件:造船厂应当在事件发生后七日内以电传并以书面确认的方式通

知买方推迟的日期和原因,事件结束后七日内,卖方应以书面或书面确认的电传通知买方推迟的结束时间,并确定由于此项延迟原因引起的本船交付的最大推迟日期。否则,造船厂将可能失去推迟交船的权利。

#### 4、“允许的延迟”的限制——压倒一切弃船:

CSTC Form 第 VIII 条第 3 款规定:如果所有允许推迟和非允许推迟的累计时间达到或超过一定天数(一般为 210 天),但不包括第 XIII 条所述的由于仲裁或买方违约或买方供应品延付引起的推迟,也不包括第 V、VI、XI 和 XII 条中允许的延长或推迟交船的日期,在这种情况下,买方可根据本条款并按照本合同第十条的规定,以电传方式通知卖方取消本合同,该取消通知需经书面确认。卖方可在上述累计推迟时间之后的任何时候书面要求买方作出选择,这时买方在收到该要求后三十天内通知卖方其取消意图,或同意将交船日期延长至双方同意的日期。

本条实质确定了最后的交船时间,当超过这个时间后,买方可以解除造船合同,无论这种延迟是可允许推迟还是不可允许推迟,从而限制了不可抗力推迟交船时限。此处同时可以看出第 V、VI、XI、XII 和 XIII 条规定的“本合同所允许的任何其他交船日期的延长”是不包括在上述时间内的。

#### (二) 本合同所允许的任何其他交船日期的延长

分析 CSTC Form,我们发现:“本合同所允许的任何其他交船日期的延长”存在于合同第 V、VI、XI、XII 和 XIII 条,进一步分析可知:

1、CSTC Form 第 V 条下有三处提及了交船日的延长或者推迟:

(1) 买方要求的修改。CSTC Form 第 V 条第 1 款规定,买方可以要求卖方修改技术规格或图纸,从而发生建造变更,这些修改或者变更将会产生一份协议,此份协议应包括如下内容:合同价格增加或减少(如果有),交船时间推迟或提前,向卖方提供卖方满意的附加保证,合同的其他更改。如果双方因无论何种原因未就调整合同价格、或延长交船时间、或提供卖方附加保证、或修改合同条款达成协议,则卖方没有义务接受买方的任何修改要求。

(2) 规范、规则等的改变。CSTC Form 第 V 条第 2 款规定,在合同签订后,如果船级社及其他经授权的法定机构修改或更改本合同和规格书中规定的规范规则时,双方应当就合同价格调整,交船期的延长,保证航速和载重量的增减,向卖方提供附加保证,或本合同条款的任何修改(如有)达成协议。否则,卖方有权根据合同及规格书的有关条款继续建造本船,买方也应继续遵守未作任何修改的合同及规格书的条款。

(3) 买方供应品延迟。CSTC Form 第 V 条第 4 款规定,买方应在卖方指定时间内,将规格书中规定的由买方

自费提供的供应品提交给卖方船厂。如果买方未能在规定时间内将该供应品提供给卖方,且将影响交船,则本船的提交按所延迟的日期相应推迟。

2、CSTC Form 第 VI 条下有两处提及了交船日的延长或者推迟:

(1) 买方代表延迟参加试航。CSTC Form 第 VI 条第 1 款中规定,买方代表和/或监造师应在船上见证该试航,并在试航期间检查本船的性能。若买方和监造师收到通知后,买方代表无法参加船舶试航,船舶的交船日期将因此根据买方代表迟到的天数做相应的延长。

(2) 试航天气恶劣。CSTC Form 第 VI 条第 1 款规定,如果因气候恶劣而推迟试航,该延迟应视为合同第八条中的允许延迟。本项应属于“允许的延迟”。

3、CSTC Form 第 XI 条下有一处提及了交船日的延长或者推迟:若买方出现未及时付款,或未及时接船的违约情况,可根据卖方选择,将交船日按买方违约持续时间推迟。

4、CSTC Form 第 XII 条下有一处提及了交船日的延长或者推迟。若发生事故,船舶被认定为实际全损或推定全损,如果双方同意继续建造,船舶保险所得保险赔偿应用于重新建造和/或修理本船损坏部分和/或重新配备买方供应品,而不向买方加账。但是合同双方须首先书面同意因重建工作实际需要,交船日期合理顺延及包括合同价格在内的合同其他条款的调整。

5、CSTC Form 第 XIII 条下有一处提及了交船日的延长或者推迟。若就交船的争议问题提请仲裁时,卖方无权延长第七条规定的交船日期,买方也无权在规定的交船日期或卖方新定交船日期推迟接收本船。如果出于仲裁而影响本船建造,卖方可以延长第七条所定的交船日期,仲裁裁决应包括允许推迟交船日期的期限。

综上,“本合同所允许的任何其他交船日期的延长”包括如下三类:

#### 1、买方违约造成的延误,包括:

(1) CSTC Form 第 V 条第 4 款规定的买方供应品延迟违约。

(2) CSTC Form 第 VI 条第 1 款规定买方代表延迟参加试航。

(3) CSTC Form 第 XI 条规定的买方付款或接船违约。

2、船舶建造合同协议变更产生的新的交船期(合同变更),包括:

(1) CSTC Form 第 V 条第 1 款规定的买方要求的合同变更产生的新交船日。

(2) CSTC Form 第 V 条第 2 款规定规范、规则等的改变产生的新交船日。

(3) CSTC Form 第 XII 条规定,发生事故,船舶发生

全损,如果需要继续建造时,双方另行商定的新交船日。

### 3、仲裁庭或者其他裁定的新交船日。

此处,后两类不需详细讨论,因为双方协议变更或者仲裁裁定变更交船日是没有太多争议的。而船东违约方面,除了上述三种情况以外,如果还有其他情况的违约是否可以导致交船期的顺延是有争议的,也是船舶建造仲裁中争论最激烈的问题之一。

### (三)非允许的推迟

非允许的延迟系指交船时间超过了合同约定的交船日,在扣除“可允许的推迟”和“本合同所允许的任何其他交船日期的延长”后,卖方没有任何理由免除其交船延期责任的交船延迟。

在这轮船舶建造合同纠纷的高峰中,经过分析,我们发现中国船厂发生的“非允许的延迟”,主要是如下几类原因:

#### 1、签订合同时,对于技术评估不足。

目前爆发的很多纠纷集中体现在船厂承接订单时,没有吃透船舶技术规格书中的内容,甚至同意了很多超出船厂现有生产条件的工艺要求,或者不同于船厂多年的工艺习惯,没有根据本厂实际生产能力正确评估合同建造周期,使船厂正常生产能力根本无法满足合同建造周期的要求,需要学习适应新的建造工艺,或者增加新的生产设施来满足船舶建造技术规格书的要求,从而导致延期交船。

#### 2、船舶建造中,买方不配合,船厂缺乏行之有效的针对性措施。

在每次航运市场急剧下跌之时,买方都会寻找各种理由推三阻四,拖延船舶建造的进程。但是船厂缺乏行之有效的针对性措施,及时改进这种状况,从而导致了船舶建造进度迟缓。

#### 3、处理不当,错失“可允许的推迟”和“本合同所允许的任何其他交船日期的延长”的权利,导致成为“非允许的延迟”。

很多时候,船厂发生不可抗力事件,例如错峰停电、台风、高温、雨季,延误了船舶建造,但船厂没有及时通知买方,从而丧失了主张“可允许的推迟”的权利。

另外,中国的银行缺乏对船舶建造合同的理解,又不能听取船厂(银行的客户)的意见,晚开或者不开还款保函,导致买方付款始终不处在违约状态,从而让船厂丧失了延长交船期的机会。

## 四、CSTC Form 在交船期问题上的不足

经过上述的分析,可以发现,CSTC Form,乃至 SAJ Form 存在很多问题,导致了交船期的问题非常复杂。

### (一)交船日定义不确定

CSTC Form 对交船期的约定是一个固定日期加上一个顺延构成的,但是这个顺延到底是包括哪几种情形,合同是约定不明的。

但从合同整体理解,“顺延”包括“船东违约”导致的顺延、合同变更后的新交船期、仲裁庭决定的新交船期。但是,合同变更后的新交船期、仲裁庭决定的新交船期,从逻辑上显然不应当进入交船期定义,因为这些内容是对原合同的变更。

到底包括不包括不可抗力导致的“允许的推迟”更是不明确的。笔者认为,交船期定义中的顺延不包括不可抗力导致的“允许的推迟”,因为根据合同第 VIII 条第 3 款,“允许的推迟”和“不允许的推迟”总计不超过一定的天数(一般是 210 天),否则买方有权宣布合同取消。超过或者不超过 210 天,显然是指实际交船时间超过或者不超过合同约定的交船期。如果合同的交船期中的顺延部分涵盖“允许的延迟”,那么显然会导致计算产生混乱。

但是,由此也凸显该合同版本让人费解,非常容易产生误解。

### (二)文字表述的问题

CSTC Form 第 VII 条第 1 款和 CSTC Form 第 VIII 条第 4 款使用这些表达方式:delay of delivery, postponement of the Delivery Date, delays in the construction of the Vessel, extension of the time for delivery。最关键的是,这些使用是有意区分还是实质意义一样,我们都不得而知。

笔者认为,根据 CSTC Form 第 III 条第 1 款第 d 项,交船日期的延长是由于船东违约、合同变更、仲裁庭另行指定交船日的,不视为延误。可以推断,延误系指“可允许的推迟”和“非允许的推迟”。这一款规定也与合同第 VII 条第 1 款、合同第 VIII 条第 4 款遥相呼应,似乎交船日期的延长是指船东违约、合同变更、仲裁庭另行指定交船日产生的。

### (三)延误通知的问题

合同第 VIII 条第 2 款约定所有的延误都需要通知买方,否则卖方将失去主张交船期延长的权利。此处的延误是该条第 1 款提到的不可抗力导致的延误还是包括买方违约导致的延误,也是不明的。

尽管上述分析,可能认为延长和延误分别指代不同,但是这一款同时提到了延误和交船期延长,真让人一筹莫展。

可见,合同的约定不明也是导致交船期成为一个问题的原因,这也提醒我们,作为律师,在使用合同版本时,需要剔出其中的缺陷,不能让版本中固有缺陷带入实际交易中。●

# 人文万象

微·Talk

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

## 鹅卵石与回音壁

(本栏目言论仅代表言论者本人观点)

上海中伦律师事务所 乔文骏律师

对人的评判方式:一个朋友是否值得深交,就看他(她)与其亲戚是否保持良久关系;一个敌人是否值得宽恕,要看他(她)与你是否曾提及过师长的恩泽;一个恋人是否值得倾心,就看他(她)对其朋友是否仗义宽容;一个爱人是否值得终身相许,则要看他(她)对其父辈祖辈是否还常惦念。

上海协力律师事务所 周月萍律师

人们生活在快速发展的社会,每个人要求都很高,压力都很大。时间久了,或许真的会出现心理问题。我们或许应该放慢点脚步,放低点要求,听听自己心灵的声音,陪伴自己家人,在放松的家庭生活中释放压力,而不是越积越多。

上海九州丰泽律师事务所 屠磊律师

鲨鱼被割下鱼鳍后不多久便会死亡,所以,割鱼鳍其实就等于杀害鲨鱼。为何要这么做?鱼翅营养价值高?事实上,一碗鱼翅和一碗鸡蛋羹相比,鱼翅在蛋白质等多种营养成分含量上还不如鸡蛋!此外,鲨鱼一旦灭绝,地球生态将会遭受严重破坏,最终人类也将受害。所以,何必害鱼害己?

上海浦栋律师事务所 孙志祥律师

今天收到一个《婚姻法》专刊,上面有几条感言,写得很感人。特此引用几条和大家分享:世界上最美妙的一件事是,当你拥抱一个你爱的人,他(她)竟然把你抱得更紧;微笑是两个人之间最短的距离;要找到一个说爱你的人并不难,难的是找到一个真正把爱付诸行动的人;爱是生命的和弦,而不是独奏。

上海汉商律师事务所 马赛律师

新《水浒》还是采用了民间杂剧的路子:武松单臂擒方腊,但这样一来就使得鲁智深“遇腊而执”的宿命无处着落。梁山一百零八将,虽以兄弟相称,但其中派别林立,实则多为利益伙伴、主从关系,而非兄弟。真朋友者,唯鲁智深与林教头两人罢,惺惺相惜,生死之交,鲁林二人是一

百零八人中少有的真好汉。

上海天一律师事务所 陆艳律师

需要感谢的人很多,当然最需要感谢和鼓励的是自己,边工作边读些书,考些证真的不那么容易,时间都靠自己挤出来,又一个“师”顺利过关,给自己个微笑,后续还需要经历很多很多……在别人荒废的时间里,你在做什么呢?

大成律师事务所上海分所 刘逸星律师

披星晨起、戴月入席,即便每天只有4、5个小时的睡眠。但简单而有短期目标地以书为伴的生活总是让你如此轻松和惬意。觥筹笙歌里,总让你感叹垂垂老去;书香校园里,不经意间撞着别样青春。

上海钟颖律师事务所 钟颖律师

学会低头,是成熟的标志;学会道歉,是心胸宽广的人。死不认错、百般抵赖,不仅丢了人品,更会丢了友谊甚至爱情。

天册(上海)律师事务所 吴蒙律师

如果你足够勤劳,温饱没问题;如果你足够勤劳,又很聪明,小康没有问题;如果你还想大富大贵,胆识和运气就很重要。

微博转载:

【搞清九个先后顺序,做事不费力!】1、职场:先升值,再升职;2、沟通:先求同,再求异;3、执行:先完成,再完美;4、学习:先记录,再记忆;5、投诉:先解决心情,再解决事情;6、人际:先交流,再交心;7、先成长,再成功;8、先站住,再站高;9、先仿造,再创造。

【麻将与程序法】麻将是中国的“国粹”之一,历史悠久,消遣益智。麻将的迷人之处在于它的程序法价值:1、民主性。玩法和游戏规则是商议决定的。2、公开性。摸牌、出牌、和牌都须让游戏者看得见。3、平等性。每一张牌在游戏中作用和重要性完全一样。4、稳定性。根据既定规则游戏的结局不可更改。

乐·Life

●文/汪智豪

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

# 蟋蟀盆收藏杂谈



每到夏末秋初,不少人喜欢玩虫,或买一只“叫哥哥”挂于堂上,虽居闹市,却仿佛身在瓜棚豆架之下;或置“唧铃子”于枕下,鸣声如乐,催人入梦;更多的人还是喜欢养蟋蟀,斗蟋蟀。蟋蟀,又叫“蚰蚰”、“促织”,江南一带则叫“财积”。蟋蟀相斗,时间虽很短,但激烈,刺激,犹如人之拳击。因此不论老幼,皆大喜欢。“工欲善其事,必先利其器”,玩家养蟋蟀,除了讲究蟋蟀本身的品种,蟋蟀盆也是非常考究的。蟋蟀盆,北方称为“蚰蚰罐儿”。其制作分为南北两派,北盆制作较为粗糙,形状单一,盆壁厚,花纹少;南盆则形状繁复,花纹精美。最早的蟋蟀盆都是由帝王指定的官窑烧制,作为贡品专供皇室使用,极少传至民间。官窑烧制的蟋蟀盆精致无比,种类纷繁。明宣德皇帝喜斗蟋蟀,苏州陆墓镇御窑村制作的蟋蟀盆也就成了当时的贡品。那里制作的蟋蟀盆,做工极为精致。远看形好,近看泥好,细看图好,翻开款好,内窥底好,敲之声好。至今故宫博物院、上海博物馆等都收藏了当时的珍品。

我受家中长辈影响,从小喜欢捕捉、养斗蟋蟀。养蟋蟀和养鱼、养鸟一样,是中国民间一种独特的传统文化,往小里说,是闲情逸致,往大里讲,也蕴涵了许多中国的传统哲学与文人理想。因为自己喜欢玩蟋蟀,就买了很多新制的蟋蟀盆,包括到苏州陆墓定制了许多名家盆,可是听到一些老玩家讲,要想把蟋蟀养好,光用新盆还不行,新盆有“火气”,用有些年份的“老盆”最好。由于地处上海,老南盆是上佳之选。

南式蟋蟀盆最早制作在南宋,高大深圆而厚,亦有方形,盖有平盖、坐盖、飞边盖等,底有平底、凹底。那时盆还有足,



有三足、四足至六足。传至明代,盆式盆形更为精巧雅致,上面有花卉、百兽、山水、人物,盆底都有年号款和制作人印鉴。传世至今的老南盆基本都是明清两朝工匠所制作的。南盆的质地多样,有陶、瓷、玉、石、竹、木、漆雕器、钹金等等。每种材质的蟋蟀器具都有各自不同制式。有些流传有序,有些带有当地窑口风格,有些则是好事者随手而做。就目前存世的南式蟋蟀盆来说,陶土和瓷器的制式是联系最紧密的。而其他一些材质所流传下来的蟋蟀盆的造形可以说多种多样,并无一定的制式规格。从流传的物件来看陶土类和瓷器类的蟋蟀盆制式可以说是极其类似,特别是形状上,内无釉,盖式,底圈的做法都与泥盆类似。现存大部分为陶土类物件,瓷件极少见。玉质类的蟋蟀老盆极少但应为赏玩之物,而非实用,订置者应是玩斗蟋蟀的主。紫砂材质的蟋蟀用具,从流传下来的物件来看,规格复杂多样,方圆高矮都有。可见制作者多不按严格陶土类蟋蟀用具作为范本,也未只局限在宜兴本地窑口。我曾在安徽东源收到过带“宜兴紫砂”款的民国直同蟋蟀盆,只是感觉相对陶土类此物高度稍矮些,总体制式于常见的南式泥质蟋蟀盆还是很类似的。另苏博馆藏紫砂浮雕蟋蟀盆,此物制式特别,盖上多孔,有别于陶土类,可见制作者非识虫道者。石类、竹质、漆雕器、钹金蟋蟀盆,存世少,未见统一制式,多为好事者随手所

做。明清两朝制盆高手为我们后人留下众多佳作。上海由于开阜较晚,所以上海本地先人留下的均为晚清民国的作品,苏州原产地因经历明清两朝更迭、太平天国战争等原因导致大量精美的蟋蟀盆毁于战火。再加上解放后破四旧等一系列原因,老蟋蟀盆的存世数量急剧减少,而安徽黄山市原为古徽州,旧时斗虫成风,素有男斗蟋蟀,女玩雀牌的传统。古徽州在明清两朝是全国经济、文化发达的地区,士大夫和巨贾并出的福地。百姓们安居乐业衣食无忧,当地斗蟋蟀的传统一直保持到上世纪四十年代才逐渐淡去,那里留下了一大批好盆,所以皖南地区成为玩盆之人必去寻宝的地方。听老辈人讲上海七十年代末就有人跑徽州贩盆到上海赚取差价,集中在人民大道一带贩卖,而老南市区的文庙花鸟市场是徽州老盆到上海交易的主要市场。我去徽州收盆始于2004年,那时在好友的带领下,第一次到皖南的古村落走街串户收蟋蟀盆。当我看到当地农户从阁楼上、墙角边把一个个古老的蟋蟀盆搬到面前时,眼前仿佛又浮现出百年前白墙黑瓦的大宅院中徽州人品茶斗虫的那番闲情逸致。从那时起便一发不可收拾,每年总要到徽州去上四五次,并与当地一大批做古董生意的贩子建立了良好的关系,每当他们下乡“跑地皮”看到有好的蟋蟀盆都会及时电话联系我,帮我收下后等我有空的时候去取。这些年跑徽州收

盆用一句话概括就是“累并快乐着”。

2009年的秋天,接到休宁古董贩子老詹的电话,说是山里有个农户家里有一个无款的鼓型盆,皮壳包浆一流,户家开价8000元已有当地好几个贩子看过都没谈成,问我是否有兴趣。我听完他的描述心中一动,无款的鼓型盆不就是典型的明代蟋蟀盆吗,真是有缘啊。适逢周末,我风尘仆仆驱车赶到休宁,一顿丰盛的午餐后老詹带着我开车往山里赶,一路景色怡人,但我的心早已系在那个明代盆上面,再好的景色对我来说就是浮云了。经过一个多小时的山路颠簸我们终于到了那个小村,老詹敲门入户后户主老先生一听我们是为了那个盆的事情来的,抬手就要请我们走,说来了几拨人都谈不好价钱那个盆不卖了。我一听立马就急了,那时老詹赶紧掏出烟来用当地话和他商量起来,一番交流后老者终于不赶我们了,但坐下后他闭口不谈盆的事情。我仔细一打量他的家,就户主老先生在家,他的老爱人和儿子、媳妇都不在,从我几年跑徽州的经验来看有戏。于是我也开始和老人唠起家常,最后我把身份证掏出来给他看,说我从上海赶了六个

多小时来看这个盆,并告诉他之前来看盆的所有贩子都是帮我收益的,我是最终买家,价钱肯定是出得最好的。经过我的耐心劝说,老人终于答应给我看一眼盆,那是厅堂的时钟已经指向3点半。当老人小心翼翼从阁楼上把那个盆捧下来放在桌上的一刹那,我就断定那就是一个标准的明代蟋蟀盆。我强行压制住心中的那份激动,捧起盆仔细地看起来,那盆周身一层浓厚的包浆,盆身挺拔工艺一流,历经400多年仍保存完好,实乃盆中精品。深吸一口气后开始和老人谈价,老人说是祖父留下来的,就剩这一个盆了,要的话就实价7000元。我一听就想立马掏钱,但是多年的收益经验告诉我一定要还价,否则盆主会觉得你付钱太

爽快怀疑漏价导致反悔不卖了。于是我就找了种种理由还了一个5000元,老詹也在边上帮着我还价,经过一番交流老人终于同意5000卖给我,当我掏出钱给他并准备拿盆时意外出现了,老人说怕收到假钱,坚持要到银行去交易,那时已经4点过了,农村的信用社都是4点半关门的。我当即给老詹使了个眼色,老詹就捧好那个盆起身到门口,等老人拿好存折慢慢带上门,我们提着的心终于放下了一半。等我们来到信用社已经4点20了,等我把钱存到老人的存折上,我看到存折上打印的5000元存款满意地走出信用社时正好信用社也关门了。老人热情地邀请我们再回他家喝茶并留我们吃晚饭,老詹拽着我的衣服一边感谢一边往车子边上靠,拿着盆就直接上了车,我也只得和老人告别后上车走人。车



子一走,老詹就说赶紧开,我问为什么,他说千万不能再去他家,4点半多了,他的老伴、儿子、媳妇都要回家了,一旦知道老人把东西卖给了我,肯定会横生枝节,说不定就把盆要回去了,所以一刻都不能停赶紧走。果然开到村口老詹就看到他的儿子在往家里走。回想起来真是好悬啊,一是来的时间巧,家中正好没人就老先生一人在家;二是交易的时间巧,再晚一会儿银行就关门了,交易也就无法完成;三是走的时间巧,没遇上家人反悔。晚上回到宾馆捧着温润如玉的明代古盆,心中的那份激动久久难以平抑。类似于这样的故事,每年我都会遇上好幾次,家中每个精美的蟋蟀盆背后都有一个个鲜为人知的故事,这样的淘宝经历

使我乐此不疲。

当然,我在收益过程中也留有很多遗憾。江苏南通也是各种精品蟋蟀盆辈出的福地。2008年我在网上无意中看到一批老蟋蟀盆的照片,我立刻就和盆主老王联系要去看盆,匆匆赶到南通,在南通老王家看到实物后我难抑心中的激动,当即就向他提出要收购,可是老王告诉我这是他父亲留下的东西暂时不想转让,看到我一片诚心,他便送了一个蟋蟀盆内的配件过笼给我。见老王如此,我也不便强求。当我准备告辞时,我看到他家博古架上摆放了许多紫砂的器件,我便与他攀谈起了紫砂,他倒是紫砂的大藏家,讲起紫砂如数家珍,谈到后来就讲到要是有个紫砂的蟋蟀盆就好了。真可谓言者无意听者有心,我暗暗记在了心里。到了上海之后我多方寻觅终于在一老玩

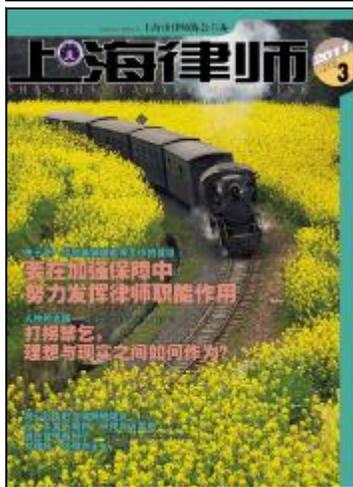
家手里高价收购到一个民国的紫砂蟋蟀盆,我再次联系了老王带上那个紫砂蟋蟀盆二赴南通,老王看到那个紫砂盆也是爱不释手,于是我便提出了与他换一个盆的想法,老王见我一片诚心便松了口,我就在他那些盆中挑了一个与紫砂盆价值相当的泥盆,再三道谢后回了上海。之后为了老王那些盆,我多次

往返于南通与上海之间,虽然这一大批盆还在老王家中,使我留下了一份遗憾,但也由于这些盆与老王成为了好朋友,每次看到家中那个他换给我的盆我就会想起,在南通还有我的好友老王。

多年的收藏经历,其中的无限乐趣使我与蟋蟀盆结下了不解之缘,最令人记忆深刻的更是那些寻盆的过程,每个盆后面那段故事更是我人生的一个个精彩片段,令人回味无穷。寻找蟋蟀盆的道路我将继续走下去,既是为了心中那份喜爱,更是为了人生那点执着。愿能有更多的收藏同好能与我交流收藏心得,品茗玩物共享美好人生。●

(作者单位:上海市联合律师事务所)

# 2011 年度总目录



## 2011 年第一期

### 卷首语

1. 参政议政, 律师大有可为 / 刘云耕

### 本刊关注

#### 焦点

4. 从法律角度多给力

——上海律师“两会”代表、委员建言献策侧记 / 黄辛

#### 专稿

8. 做大做强浦东律师业 为“两个中心”建设提供优质法律服务 / 浦东新区司法局

#### 律政三人谈

12. 律师的自我保护 / 贾明军 鲍培伦 赵国雄

#### 暮鼓晨钟

16. 律师协会接到投诉的数据性分析 / 维宣

#### 庭外话语

##### 代理(辩护)词赏析

18. 一份针对要害一语中的的代理词

/ 点评: 蒋信伟 案例: 贾明军

#### 我的败诉

21. 败诉后的思考 / 卢意光

#### 律政新人

23. 伴随“梁祝”案成长 / 钟楠

#### 老律师寄语

25. 要珍惜这份职业

——访一级律师叶抗生 / 采访人: 崔贵承

#### 执业心语

26. 道德上升为法规将削弱法律的权威 / 葛珊珊

#### 法苑人文

##### 穿越时空

29. 为理想奋斗的上海律师公会(一) / 劳阳

#### 随笔

31. 言论自由札记(之二) / 陈默

33. 英伦观感 / 张方

#### 时评

35. 制度永远比“口号”与“承诺”来得可靠 / 游伟

36. 钱会云案的启示 / 乔新生

#### 法律实务

##### 陆家嘴法治论坛文集选登

37. 多层次资本市场建设的制度完善 / 吕球

39. 公司治理结构对经济发展的影响 / 孙志祥

41. 企业年金基金投资限制需适当放宽 / 马妍妍

43. 有限合伙人参与私募基金投资决策所存在的法律风险 / 俞卫锋 冯凯恒

#### 前沿

44. 腾讯公开信事件的法理评析 / 王思维

47. 股权出资及其在公司上市中的实际应用

/ 陈凯 胡退龄

#### 专论

50. 试析法院对合同违约金的调整权 / 毛惠刚

51. 公司律师呼唤的外聘律师 / 钟磊

53. 委托合同一方行使任意解除权后的赔偿责任

——对一判例的评析 / 程青松

55. QFII 的信息披露义务与短线交易规制

——从南宁糖业诉马丁公司一案说起 / 梁丽金

#### 管理

57. 查账征收模式下律师事务所的纳税管理 / 王录春

59. 从实例看委托人明确代理权限的重要性

/ 郑炜 杨艳

61. 律师事务所文化建设之初探 / 朱元亚

#### 趣读

63. 我在伦敦打官司 / 王春华(刘章森口述)

## 2011 年第二期

### 卷首语

1. 用创先争优迎接新的一年 / 刘忠定

### 本刊关注

#### “两会”优秀提(议)案选登

4. 推进建立从优秀律师中选拔法官的机制建设

/ 吕红兵

5. 政府重大决策前听取律师意见要成为依法治市的制度

——把政府决策过程中发挥律师作用的要求真正落到实处的建议 / 朱树英

8. 律师全程跟踪 确保依法运作

——政府投资基础设施工程由律师全程提供法律服务的建议 / 朱树英

10. 增强高层商业楼宇工作人员消防意识 提高防范自救能力 / 游闽健

#### 焦点

11. 上海律协服务世博主要工作总结 / 刘正东

12. 上海市律师协会关于表彰“服务世博先进律师”、“服务世博先进律师事务所”和“服务世博先进律师工作委员会”的决定

13. 服务世博先进律师

#### 律政三人谈

14. 给房产税的法律建议

/ 潘跃新 严锡忠 朱黎庭 贺宽男

#### 庭外话语

##### 代理(辩护)词赏析

18. 一份融立论与驳论为一体的仲裁代理词

/ 点评: 蒋信伟 案例: 周天平

#### 短讯

21. 七位律师获评高级职称

——2010 年度律师高级职称资格评审落定

#### 执业心语

22. 让公民远离“被精神病”的恐惧 / 胡光

#### 我的败诉

24. 无奈的淡定 / 鲍培伦

#### 法苑人文

##### 穿越时空

26. 为理想奋斗的上海律师公会(二) / 劳阳

#### 老律师寄语

28. 法治兴则律师兴 / 余向栋

#### 律政新人

29. 成长的思考 / 温陈静

#### 法律实务

##### 涉外婚姻法研讨专辑

31. 全国涉外婚姻律师实务及疑难法律问题研讨综述 / 贾明军

34. 推开涉外婚姻家庭法律服务之门 / 赵宁宁

36. 浅析涉外婚姻案件证据的收集与应用 / 陆珊珊

40. 涉外婚姻诉讼难点问题解析 / 孙楠

43. 中国承认及认可涉外婚姻家庭类民事判决中存在的问题 / 杨晓林

46. 中国内地与香港离婚制度比较研究 / 李秀华

48. 涉港婚姻的法院管辖及法律适用 / 谭芳 赵予慈

#### 实务

53. 侵权责任法视野下的现行医疗事故技术鉴定体制的法律思考 / 练育梅

56. 专家证人是律师的好帮手 / 王冠卿

58. 证券内幕交易防控制度的优化建议 / 闫艳

60. 浅议信用卡恶意透支 / 何莹

61. 金融借款合同办理债权文书公证之利弊 / 许建添

#### 业内动态

64. 市委组织部部长沈红光调研上海律师行业党建工作  
上海市第四届优秀青年律师评选活动(终评)公告  
市律协召开医疗互助金小组会议

### 2011年第三期

#### 卷首语

1. 上海律师,明天会更好 / 刘正东

#### 本刊关注

##### 焦点

4. 要在加强保障中努力发挥律师职能作用  
——上海市律师工作会议综述 / 尚律
  7. 充分发挥律师专业优势,积极服务经济社会转型发展  
/ 浦东新区司法局局长李泽龙
  8. 不断创新管理模式,努力打造一支高素质律师队伍  
/ 徐汇区司法局局长徐文泉
  9. 充分发挥律师职能作用,积极参与社会管理创新  
/ 闵行区司法局局长张国荣
  10. 规范运行,当好参谋,拓展功能,充分发挥政府法律  
顾问团职能作用 / 闸北区司法局局长米振荣
- “两会”优秀提(议)案选登
12. 关于改进本市生活垃圾分类、运输和处置现有做法  
的议案 / 厉明
  14. 关于进一步完善城镇医保工作的建议 / 朱洪超
  16. 关于制定《关于切实加强高温期间防暑降温工作的  
若干规定》的议案 / 钱翎樾
  17. 关于制定《上海市道路管线综合管沟管理办法》的  
议案 / 钱翎樾

#### 巾帼风采

20. “我爱我家”  
——访市律师协会副会长、女律师联谊会会长李慈玲  
/ 侯劲松

22. 自信缘于专业加专注

——参与 CIETEC 公开选聘仲裁员有感 / 袁索

24. 我心目中的女律师联谊会 / 韩璐

#### 律政三人谈

26. 女律师谈女律师志愿团 / 黄绮 王育文 吴东辉  
简讯

29. 新律师颁证仪式在律师公会旧址举行 / 吕轩  
我的败诉

30. 从“类案不同判”审视败诉案例 / 蒋宏  
律政新人

32. 现在我准备好了  
——青年律师成才的思考 / 徐珊珊

#### 老律师寄语

34. “仗义执言”:我做律师的座右铭 / 高树声

#### 法苑人文

##### 随笔

36. 女律师,优雅亦正义  
——谈女律师应该具备的独特气质 / 孙志祥

37. 传统中国何以没有律师存在? / 陈默

##### 穿越时空

38. 为理想奋斗的上海律师公会(三) / 劳阳

#### 法律实务

##### 专题

41. 流浪儿童问题法律研讨会综述 / 李雯
42. 打拐禁乞,理想与现实之间如何作为? / 傅平
44. 微博打拐所未成年人保护法律问题初探 / 沈飞  
实务
46. 上海市房产税细则解读 / 游炯
49. 人性的光辉  
——简析刑法修正案(八) / 洪流
51. 律师代理费是否应当获得保险赔偿? / 杨哲炜
53. 网络环境下侵犯商业秘密案件地域管辖问题刍议  
/ 薛良权
55. 浅谈私募基金的增值服务 / 吕毅 施明莉
58. 外商投资企业股东出资责任的司法新动向 / 刘炯

59. 初探外国企业常驻代表机构之法律地位  
/ 洪亮 沈静

62. 关于推动现代物流业增值服务发展的法律建议  
/ 周蔚

### 2011年第四期

#### 卷首语

1. 上海律师不会辜负时代赋予的使命 / 吴军营

#### 本刊关注

##### 焦点

4. 服务转型发展 提升行业影响 关注业内民生  
——市律协九届会长盛雷鸣畅谈理事会工作思路  
/ 吕轩
6. 履职承诺书
7. 第九届律协副会长们和监事长的工作思路
12. 群英聚会谋发展 同心协力开新局  
——上海市第九届律师代表大会第一次会议侧记
16. 倡民主 顾民生 引领上海律师业又好又快发展  
——八届理事会工作报告(节选) / 刘正东
19. 监而谏之 完善律师行业民主自律  
——八届监事会工作报告(节选) / 朱洪超
20. 市司法局、市律师协会表彰第二届“东方大律师”和  
2008—2010年度“上海市优秀律师”
21. 第二届“东方大律师”名单
21. 2008—2010年度“上海市优秀律师”名单

##### 通讯

22. 打造具有国际影响的中国律师形象  
——记第二届东方大律师乔文骏 / 彭悠
24. 联谊 联业 联智 执业 展业 拓业  
——上海市第八届女律师联谊会第一次会员大会侧  
记 / 毛健

#### 庭外话语

##### 律政三人谈

27. 用法律保障食品安全 / 岳雪飞 周庆韩 韩璐
- 律政新人
30. 成长的思考:青年律师的生存和发展之路 / 洪亮  
我的败诉
32. 本案承诺函是否属于保证合同? / 许建添 陈远军
- 老律师寄语
33. 青春献给律师事业 / 陶运旭

#### 法苑人文

##### 随笔

35. 复杂的馒头和搞笑的馒头监管 / 陈默
- 法律评论
37. 合理不合法  
——评锦湖公司召回锦湖轮胎 / 吴冬

##### 穿越时空

39. 坎坷之路 / 劳阳

#### 法律实务

##### 实务

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



63.新规介绍

卷首语

1.继承与革新  
——写在《上海律师》改版之际 / 刘忠定

本刊关注

焦点

4.自律 律师业发展的基石 / 季 问  
6.快速 便捷 低廉的审判方式——  
“小额速裁”初显身影 / 贾明军  
8.表彰上海市第四届优秀青年律师暨第四届优秀  
女律师 / 龚 瑛

党旗飘扬

11.完善资源支撑体系 健全律师党建长效机制  
/ 浦东新区律师党委  
16.打造民族特色制度创新的律师事务所  
/ 同一源(上海)律师事务所党支部

律政三人谈

18.提高门槛 细化规则 严把入门  
/ 吴 坚 张嘉生 商建刚

东方大律师人物特写

22.参与信访接待的模范 维护社会稳定的精英  
——记“东方大律师”邵曙范 / 彭念元

区县之声

24.求创新 助转型 谋发展 / 长宁区律工委

庭外话语

执业心语

26.真诚与技巧的融合  
——律师沟通艺术随想 / 叶金荣

视角

28.奢侈税离我们还有多远 / 严锡忠

我的败诉

30.无妄之灾怎么消  
——两例败诉案的纠结 / 严锡祥

32.一起“假药”行政处罚案 / 吴 海

律政新人

35.成才的思考 / 王 展

36.力量在风中回荡 / 高 译

法苑人文

随笔

38.上海律师的“腔调”  
——上海市律师协会京剧社小记 / 朱小苏

域外

40.血证如山未必铁证如山(上)  
——辛普森杀妻案回顾 / 杨 晟

穿越时空

42.历史的审判 特别的辩护” / 劳 阳

法律实务

专题

45.2010年中国法院知识产权司法保护十大案件  
评析 / 曾 文

48.被控海量侵权 百度该担何责  
——互联网时代的版权保护研讨会  
/ 上海律协信息网络与高新技术业务研究委员会

52.企业上市应注意的知识产权问题  
/ 商建刚 林丹蔚

55.碰撞的火花

——“信息网络及高新技术与劳动法的碰撞  
交流会”综述 / 上海律协劳动法业务研究委员会  
、信息网络与高新技术业务研究委员会

57.2010年十大网络法律事件评析 / 毕 铭

实务

59.“360”腾讯之争研讨会综述  
/ 上海律协信息网络与高新技术业务研究委员会

60.盛大文学诉百度著作权侵权案的办案体会 / 游闽键

业内动态

62.提案答复 要案点击 协会信息

2011年第六期

卷首语

1.中国辩护律师怎么才算“有权” / 叶 青

本刊关注

焦点

4.做好律师们的良师益友  
——九届律协业务研究委员会主任竞聘侧记  
/ 刘易阳

6.工欲善其事 必先利其器  
——盛雷鸣会长访谈录 / 思 源

7.总结工作经验 创新管理机制  
——市律协召开区县律师工作委员会主任会议  
/ 卞 飞

8.业内外相互支撑 给力“未保委” / 黄 绮

9.三年任职 四大心得 / 贾明军

10.心系行业 提高技能 / 陈瑛明

11.注重实务 积极探索 / 傅强国

11.专业委员会主任六大忌讳 / 商建刚

党旗飘扬

12.支部建在业务团队上 以党建促发展践行“融  
孚” / 上海融孚律师事务所党总支

律政三人谈

15.关注民生 惠及律师  
——上海律师行业年金保险一席谈  
/ 周天平 厉 明 尹燕德 陈 东

信息

18.上海律师行业年金保险问答 / 市律协秘书处  
19.上海律师行业年金保险办理操作程序  
/ 市律协秘书处

励志

20.做人志存高远 行事脚踏实地  
——市律协举办“2011年感恩励志红五月”主  
题活动 / 市律协青工委

区县特写

22.推进社会管理创新 律师服务大有可为  
/ 卢湾区律工委

东方大律师人物特写

26.归国学子创业 服务社会发展  
——记“东方大律师”胡光 / 彭念元

庭外话语

言论

29.君子之争  
——谈律师与法官的摩擦 / 季 问

我的败诉

30.示范文本缺位 合同争议失据  
——析国家应尽快施行工程总承包合同示范文本  
/ 朱树英

律政新人

33.舍医从法追逐律师梦 / 卢意光

时评

35.深圳“清危”事件之我见 / 叶金荣

法苑人文

穿越时空

36.特别辩护 / 口述:苏惠渔 口述整理:马传荣

域外

39.血证如山未必铁证如山  
——辛普森杀妻案回顾(下) / 杨 晟

随笔

浅谈收藏 / 赵国雄

法律实务

43.“醉驾入刑”后八大典型案例评析  
/ 市律协刑事业务研究指导委员会

47.醉酒犯罪人罪标准的理性解读 / 闵银龙 王思维

50.对醉驾入罪、入刑的思考 / 潘书鸿

52.醉酒驾驶机动车实体处遇问题的理性思考  
/ 林东品

55.醉酒驾驶机动车案件程序规范的优化适用  
/ 闫 艳

58.酒后代驾服务 亟待法规护航  
——酒后代驾法律分析 / 傅建平 浦添添

业内动态

61.提案答复 协会信息

2011年第七期

卷首语

1.转型与发展 / 盛雷鸣

本刊关注

聚焦

4.加强律师党建 服务转型发展  
——上海律师行业党建工作的创新发展 / 周柏伊

党旗飘扬

10.明确党建定位 完善组织架构 提升工作内涵  
——本市首家律师事务所党委在浦东新区成立  
/ 肖 希

12.努力推进律师事务所规模化发展  
/ 北京大成律师事务所上海分所党委

法律咖啡

14.如何看待律师营销及业外对律师的评选种种  
/ 孙彬彬 黄 绮 光 幅 刘逸星

区县特写

19.法治城区建设中的徐汇律师群英谱  
/ 徐汇区律工委

人物

24.勤奋敬业 锐意进取  
——记“东方大律师”刘习赞 / 彭念元

共筑和谐

27.为共建和谐社区出力  
——杨浦律师事务所联盟为定海社区提供义  
务法律服务侧记 / 陈迎瑞

法眼法语

执业心语

28.律师要有大视野 / 丁晓文

视角

30.民情汹涌下的刑法扩张危险 / 薛进展

我的败诉

32.下判理由殊难自圆 救济途径似有实无 / 时军莉

律海拾珍

34.他为“星期日工程师”辩冤屈 / 周 武

时评

36.律师更要有堵“挡风的墙” / 汤啸天

新法速递

37.《律师业务资料》目录 2011年第6期

专题研究

38.民生保障的立法  
——《社会保险法》实施专题研讨会综述  
/ 上海市律协劳动法业务研究委员会

41.《社会保险法》对企业员工关系管理的影响  
/ 陆敬波

44.以“强力”手段破解征缴难题  
——兼评《社会保险法》第五十七条、第六十三条  
/ 李 磊

46.企业年金法律问题研究 / 庞春云

50.浅议毕业实习与就业协议书的法律性质  
/ 黄 绮

52.论外国人在华缴纳社会保险 / 唐 毅 刘佳欣

人文万象

他山之石

55.为了“得到”,须有“付出”

——从马普案看我国《两个证据规定》的贯彻  
落实 / 王诗诣

#### 岁月回眸

58. 大爱无疆

——追忆师从恩师郑传本的那些岁月 / 曹海燕

#### 微·Talk

62. 三言两语

#### 乐·Life

63. 夏令季节慢性病人的防护 / 周 端

#### 随笔

64. 怀旧的七月 / 吴 海

### 2011 年第八期

#### 卷首语

1. 律师党建引领律师社会责任的担当 / 邵曙范

#### 本刊关注

##### 聚焦

4. 巾帼担责任 柔情化纠纷 党员作表率

——记上海市巾帼律师志愿团 / 王 册

7. 勇于创新 服务转型

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

##### 党旗飘飘

8. 以律所党建促进律所发展 让律所发展体现律所党建

——律师事务所党建与发展论坛剪影

/ 普陀区律师党委

##### 共筑和谐

11. 创新机制参与法律服务 搭建平台共建和谐社会

——记浦东青年律师积极开展社会公益法律服务 / 易 铭

##### 法律咖吧

13. 漫谈公民代理 / 马 赛 徐蔚青 唐小燕

##### 人物·东方大律师

18. 拓展高端服务 驰骋国际舞台

——记“东方大律师”吴坚 / 彭念元

##### 人物·优秀青年律师

21. 经历是一种财富 / 陈 凯

##### 区县特写

24. 阳光动迁中的杨浦律师

——杨浦律师全程参与杨浦区动迁工作纪实 / 杨浦区律工委

##### 律所建设

28. “锦天城”发展模式鉴考 / 上海锦天城律师事务所

##### 警示台

31. 项目原受聘甲方 仲裁却代理乙方

——T 律师利益冲突案 / 季 闯

##### 法眼法语

##### 我的败诉

33. 此案败在何处? / 缪林凤

##### 执业心语

34. 敬业·勤业·专业·乐业 / 吴金兰

##### 视角

36. 让法律的阳光照进“疯人院”

——精神卫生立法应当解决“被精神病” / 卢意光

##### 律海拾珍

38. 正义的审判 / 周 武

##### 时评

40. “和谐”并非“和事”“定分”方能“止争”

——“拿钱赎罪”的司法理念不可取 / 王 展

##### 新法速递

41. 《律师业务资料》目录 2011 年第 7 期

##### 专题研究

42. 一次高水平的税法学术盛会

——本市房地产涉税法律问题国际高峰论坛综述 / 王辉宇

45. 个税改革应当兼顾各方利益

——新《个人所得税法》修正案简评 / 卢国阳 严锡忠

48. 浅谈境外企业向境内企业转让股权的税法风险 / 王国利

50. 论中国大陆企业的税务风险管理 / 肖 波

54. 有限合伙企业应如何纳税? / 杨 微 万亮亮

56. 增值税替代营业税是税制改革的趋势 / 葛弋慧

##### 人文万象

##### 他山之石

58. 从洛杉矶骚乱看新闻自由与媒体责任 / 王诗诣

##### 微·Talk

61. 鹅卵石与回音壁

##### 乐·Life

62. 乐, 在其中 / 徐培龙

##### 随笔

63. 鸟人旅行记 / 马建军

### 2011 年第九期

#### 卷首语

1. 海派律师的“三重门” / 陈乃蔚

#### 本刊关注

##### 聚焦

4. 法律与政策的解读 思想与理论的碰撞

——外滩金融法律论坛圆满落幕 / 黄浦区律工委

8. 搭建交流平台 促进健康发展

——上海市律师协会特邀会员工作委员会工作纪实 / 刘文超

11. 付出很多 收获更大 / 袁明华

12. 我参与 我奉献 我快乐 / 陈 莉

##### 党旗飘飘

14. 建立律师党校 培养合格党员

/ 虹口区司法局律师党委

##### 人物·东方大律师

16. 追求金牌服务 践行社会责任

——记第二届“东方大律师”俞卫锋 / 木 子

##### 人物·优秀青年律师

20. 有追求的人生不会苦

——一个优秀青年律师的不完全成长经历 / 孙彬彬

##### 法律咖吧

23. 洋品牌的诚信危机 / 洪 亮 王凤梅 贾明军

##### 区县特写

27. 从单兵作战到协同作战

——宝山区律师站在维稳第一线确保社会平安 / 宝山区律工委

##### 律所建设

30. 有益的尝试

——“国浩”集团化发展模式探索 / 上海国浩律师事务所

##### 警示台

32. 立据筹款通关系 牵线押车纷争起

——Y 律师违规收费、违反执业道德案评析 / 市律协纪律委员会

##### 法眼法语

##### 视角

33. 政府购买法律服务中律师第三人身份探究

/ 王俊民 张婷婷 胡冬云

##### 执业心语

36. 开心地快乐地做个好律师 / 孙志祥

##### 时评

38. “歉意”应当如何来表达 / 殷啸虎

##### 新法速递

39. 《律师业务资料》目录 2011 年第 8 期

##### 专题研究

40. 渤海蓬莱 19-3 油田漏油事故公益诉讼的探讨

/ 张 军 成彦亮

44. 海域溢油污染事件中的环境责任险 / 薛 梅 吴荣良



48. 浅议海域溢油环境污染的法律赔偿责任  
/ 李 斌 傅其昌
51. 从中海油污染事件看我国现行信息公开制度的弊端 / 李 晨
- 人文万象**
- 岁月回眸**
55. 我坐在辩护席上 / 叶杭生
- 穿越时空**
57. 找寻湮没的历史  
——关于上海律师公会旧址陈列馆建立始末的对话 / 梁仁劬
- 微·Talk**
61. 鹅卵石与回音壁
- 乐·Life**
62. 平衡之道  
——让心慢下来的乐 庭之道 / 静 水
- 随笔**
63. 井冈竹翠杜鹃红  
——五月红色之旅随想 / 黄大伟

**2011 年第十期**

**第九届华东律师论坛论文集**

2. 加强区域合作 加快创新发展  
——第九届华东律师论坛在南昌召开 / 吕 贤
3. 浅析房地产新政与房地产法律的整合  
——兼论保障性住房的法律保障 / 李 诺 陈 周
8. 国资委对央企境外投资的新规范 / 洪 亮
11. 离婚时公司股权分割的若干问题探讨  
——从一则案例看公司大家和婚姻小家的博弈 / 谭 芳 赵予慈
16. 论我国刑事非法言词证据的范围和效力 / 刘英明
22. 房地产合作开发过程中的模式选择及权益保障  
——限购令等环境下资金紧张房企的又一选择 / 周月萍 王秀明
29. 劳动合同解除若干问题探讨 / 朱 慧 陈慧颖
32. 为政府工程签订合同过程中解决中标单位投标瑕疵的建议 / 曹 珊
37. 有限合伙型房地产私募基金在我国的发展及相关法律实务 / 姜斐弘 李剑伟
41. 参与社会管理 走入政治生活 / 张鹏峰
44. 行政合同的特点与纠纷处理的法律适用  
/ 郑绍平 江 辉
51. 立足实践重构我国的劳动普通共同诉讼制度  
/ 徐吉平 左亚洛
55. “微博”的兴起对传统民事诉讼制度的启示  
/ 刘培灼
58. 被告人“认罪”案件若干问题研究  
——以刑法法的修改为视角 / 马 朗
61. 利益平衡视角下的公司减资 / 刘大力 周 辉

**新法速递**

封三.《律师业务资料》目录 2011 年第 9 期

**2011 年第十一期**

**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 瑄
10. 律师大练兵 好戏已开场  
——2011 上海律师论辩大赛拉开帷幕

- / 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
- 法律咖吧**
21. 刑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

**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
45. 非金融机构支付业务的监管体系及原则探讨  
/ 欧阳军 祁 潇 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

**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. 裴索,做慈善,只因我也是母亲 / 严姗隽
- 他山之石**
60. 权利高于上帝?  
——美国联邦最高法院在恩格尔诉伊塔尔案  
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 究

**2011 年第十二期**

**卷首语**

1. 律师是我永远的梦想 / 柴俊勇

**本刊关注**

**聚焦**

4. 精致优雅 全力以赴 再创辉煌  
——上海律师辩论队教练、顾问和辩手凯旋  
归来谈感受
5. 十年一辩 / 黄荣楠
6. 十年传承 再创佳绩 / 光 韬

7. 辩论赛回忆点滴 / 周知明
8. 刑事辩护是青年律师实现价值和施展才华的舞台  
——参与“首届全国公诉人与律师电视论辩  
大赛”顾问组成员工作感言 / 林东品
9. 上海律师辩论队夺冠胜在整体  
——关于上海律师代表队在首届“全国公  
诉人与律师电视论辩大赛”中获得团体冠军的  
感言 / 王 嵘
10. 众志成城是我们勇往直前的动力源泉 / 刘 一
10. 最后的陈词 / 周乐多
11. 历史的押韵 / 孙满喆
12. 团结,是一种情感,是一种力量 / 余家恺
13. 上海离伦敦还有多远  
——第三届陆家嘴法治论坛综述  
/ 浦东新区司法局、新区律工委
16. 唇枪舌战展辩才妙语连珠论热点  
——2011 上海律师论辩大赛初赛圆满落幕  
/ 吕 軒

**党旗飘飘**

18. 发挥律师专业优势服务和谐社会建设  
——在维护社会稳定中加强党组织和党员队伍  
建设 / 上海胡贤德律师事务所联合党支部
19. 党旗在律师事务所飘扬 / 上海市慧众律  
师事务所党支部

**人物·东方大律师**

20. 中国金融信托法律领域的拓疆者  
——专访第二届“东方大律师”、上海市锦天城  
律师事务所高级合伙人李宪明 / 王凤梅 周柏伊
- 人物·优秀青年律师**
24. 做一个“有作为、有爱、有希望”的青年律师  
/ 韩 璐

**法律咖吧**

27. 慈善公益·律师·社会责任  
/ 计时俊 叶金荣 陈 乐

**警示台**

31. 500 万债务被“一笔勾销”  
——S 律师帮助伪造证据案评析 / 季 闯

**法眼法语**

**执业心语**

32. 我从崎岖小路走来 / 李志强

**新锐手记**

34. 今有律师初长成 / 沈 静

**新法速递**

35.《律师业务资料》目录 2011 年第 11 期

**专题研究**

36. 现代物流律师的挑战和机遇 / 周艳军
39. 法规、行政与潜规则  
——小议外资在投资物流行业中受到的约束  
/ 冯坚坚
42. 关于我国国际《国际货运代理通用交易条  
件》的思考 / 张嘉生
46. 第三方物流服务企业的法律风险及其规避  
/ 蒋 宏
48. 未保价货物发生灭失应如何赔偿 / 刘跃坤
- 陆家嘴论坛论文集选登**
50. 托运人请求签发单证权利的探析  
——以 FOB 贸易术语为视角  
/ 陈 亮 李晨颀
53. 船舶建造合同中的交船期问题研究  
/ 杨伟东

**人文万象**

**微·Talk**

57. 鹅卵石与回音壁
- 乐·Life**
58. 蟋蟀盆收藏杂谈 / 汪智豪
60. 2011 年度总目录



## 羽球翻飞

2011年(第四届)“联合·体彩”杯上海市律师羽毛球邀请赛在卢湾体育馆举行。选手们积极响应全民健身的口号在赛场上尽情挥洒汗水。



## 龙舟竞技

10月下旬,由长宁、浦东、静安、黄浦、闵行、徐汇、虹口、杨浦区律工委联合举办的“律动·风采”运动嘉年华龙舟赛在东方绿舟举行,最终杨浦区参赛队勇夺冠军。



## 琴韵悠扬 皮黄唱响

上海市政协副主席张丽带领市政协京剧沙龙来到上海市律师协会,与律协京剧社交流联谊。



泰晤士河边的英国议会大厦 摄影：陈乃蔚 律师