

上海市律师协会 主办



SHANGHAI
LAWYER

卷首语 实施“依法治国”方略离不开律师制度的发展 / 高小玫

法律咖吧 养成、伦理、心理与技能——漫谈申请律师执业人员培训课程建设

/ 章志伟 刘逸星 丁伟晓 王嵘

聚 焦 · 思 辨 · 感 悟 · 互 动

2012
总第698期

8



律师实务 尽快建立未成年人
轻罪记录消除制度的必要性探析 / 林子云

聚 焦

**把好入门关，
建立科学严谨的
实习人员考核机制**

/ 市律协宣传部、会员部

7月7日,市律协接待了德国联邦议院预算委员会代表团一行,德国驻沪总领事陪同来访。双方就律师在社会中的作用、律师的业务领域、法律对经济社会发展的保障促进作用等方面进行了友好交流。



7月11日,市律协邀请多家律所的主任和合伙人参加律师培训课程建设座谈会,就律师培训课程设置听取意见。



8月10日,市律协召开各区县律工委秘书会。各区县结合本区域特点,将律工委开展的各项工作及在工作中遇到的难点、热点问题作了交流发言。



8月10日,市律协通讯员培训班(2012年第一期)邀请市司法局办公室副主任张丽艳为70余名通讯员主讲“政务信息写作技巧”。



7月3日,市律协女律师联谊会邀请知名作家林华女士参加女律师自我提升系列沙龙第四季活动——“寻找幸福密码之绽放的快乐”课程。

实施“依法治国”方略 离不开律师制度的发展

上海市政协副主席、民革上海市委主委 高小玫

中国律师,已不是一个陌生的社会角色。律师作为法律人已走入我们的公共生活,随社会而脉动。律师通过其执业活动和法律服务维护当事人的合法权益,减少着经济运行中的法律风险。众多律师愿意为社会提供法律援助,如上海3年来有3500余名律师参与了调解历史遗留问题。律师在媒体上、互联网上发出的声音渐响,民众对律师作用的认同在上升,律师的境遇也引来越来越多大众的关注。在政治生活中,不但各级人大代表、政协委员中有律师的身影,如上海政协中的律师委员是司法问题的履职主力、“委员在线”法律咨询的创始者和踊跃的志愿者,律师的代表还被总理请进中南海听取国是意见。今天中国律师对社会有贡献、受关注并享有相当的政治地位,正在成为一种重要的社会力量。

律师是推进国家法制建设,实现法治目标的重要力量。实施“依法治国”方略,一定离不开律师制度的发展。《律师法》规定律师职业有专业性、服务性和受委托性。当法律问题出现时,普通人需要律师提供专职、专业的法律服务维护其合法权益。律师受私权委托的职业特征,决定了其作为独立第三方的社会地位。在制定和实施法律政令等公共决策时,律师的理性思维也具有着“渗透性”,律师介入公共生活为国家民主法治进程提供了推动力。律师执业本质的要求是法条解析、法治理念的实践过程,这在社会转型期对民众甚至政府都具有法治意识的启蒙和引领作用。中国经济的高速发展及构建社会主义和谐社会的要求都为律师制度的发展提供了广阔的



舞台和机遇。经济、社会、政治及人民生活领域的法律需求在快速增加,按人口比例估计,未来对律师的需求还会有一个大的增长。向现代法治国家的迈进中,中国的律师应该承担更多的社会责任,被寄予厚望。

今年是上海律师公会成立100周年,上海也是中国最早有律师活动的地方。在动荡的政治环境中律师是曾经的正义先锋。抗战前夕因救国会而引发的著名的“七君子事件”,7人中有4位是律师,强大的辩护团更是囊括了当时的律师精英。“五卅惨案”中,上海律师的成功辩护,终使爱国学生全部获释。崇尚法律、追求正义,先辈们做出了很好的示范。新中国恢复律师制度30多年来法治大踏步地前进,律师行业在成长,律师的群体素质已整体提升。受正规法学教育的律师比例快速增长,具有国外从业经历的律师在增多,律师队伍整体的现代法治意识、职业水平都大大提高。今天的

律师,应当充分认识和估计到国家法治推进的必然,抱持守护正义的信念,不因我们法律制度的基础相对较弱而形成的种种法律“困境”而丧失信心。通过律师具体的个案,让更多的人看到律师的作用、树立对法治的信仰;通过律师参与法律修改、协助政府依法行政,弘扬法治;通过律师参与基层矛盾纠纷调解,维护社会和谐;通过律师代表、委员积极地参政议政,在国家政治舞台发挥作用。在提供法律服务之外,律师要自觉做法治进步的实践者、法治意识的布道者和法治建设的推动者。同时,律师行业也需要自我提升,要恪守律师伦理、依法规范执业,更要适应经济发展的要求,向内提升自身的专业能力,培养我国的复合型高端律师人才。

社会需要更加重视律师的作用。只有当律师的作用和职能完全发挥,社会主义法治化方可实现。律师作为一种现代法治力量,其使命的实现需要良好的法治环境,有赖于社会文明的发展。律师在法治中的角色还需要社会予以正确地认识,律师作用的发挥需要社会各层面的合力,律师作为法律服务的职业需要得到更多的信任和尊重。律师的工作必须依赖完善的司法保障,要不断改善律师的执业环境,要提供依法保障律师执业的各项权力,并真正有效地保护其执业权利。律师的成长需要社会的关怀,要培植律师走向国际市场和国际舞台,要支持律师社团的活动,并开展职业道德建设。我相信,在我们推进国家的法治进程中,律师行业将不负众望,大有作为。



《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 钱翔樑
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:许 倩

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

(内部资料 免费交流)

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

网上投稿系统: <http://info.lawyers.org.cn>

上海市律师协会网址(东方律师网)

www.lawyers.org.cn

上海市连续性内部资料准印证(K第272号)

上海律师 2012 8

总第 698 期

目录

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

卷首语

- 1 实施“依法治国”方略离不开律师制度的发展 / 高小玫

本刊关注

聚 焦

- 5 把好入门关,建立科学严谨的实习人员考核机制
/ 市律协宣传部、会员部

- 7 关注区县律师工作建设 情系行业特殊群体发展
——市律协监事会 2012 年上半年调研工作纪实
/ 市律协监事会

区县特写

- 9 在加强和创新社会管理中律师要勇于作为、敢于担当
/ 松江区司法局

共筑和谐

- 13 法律援助进大墙 大爱无疆筑和谐
——记上海市万隆众信律师事务所“送法进大墙”活动
/ 上海市万隆众信律师事务所

- 15 通过律师的专业服务

为构建和谐社会而不懈努力 / 刘雨修

人物·优秀律师

- 17 正直善良为人 专业理性从业

——记“上海市优秀律师”范仲兴 / 严姗姗



《荷听雨声》摄影:陈英芳 律师



7月11日,市律协召开九届八次理事会。会议传达了有关文件精神,并讨论通过了追加上海市律师协会二代会员卡及制作律师纪念印章的预算方案、实习人员面试考核改革试行方案及第一届上海律师学术大赛的初步实施方案。

人物·优秀青年律师

20 执着追梦 用心做事

——一个青年律师的执业思考 / 徐培龙

法律咖吧

22 养成、伦理、心理与技能

——漫谈申请律师执业人员培训课程建设

/ 章志伟 刘逸星 丁伟晓 王 嵘

上海“全国优秀律所”巡礼之三

26 通力律师事务所——打造“百年老店”的发展

之路 / 上海市通力律师事务所

警 示 台

30 为躲债律师无暇顾案 因缺席原告被裁撤诉

/ 市律协纪律委员会

43 对我国食品餐饮业外资并购经营者集中审查的探讨 / 李小霞

45 从联合利华案看我国反价格垄断执法的思路 / 李 洁

47 解读《关于促进股权投资企业规范发展的通知》

——对基本概念及“打通监管”的解析
/ 秦茂宪 李 锐

51 论知识产权纠纷诉前人民调解的适用性及完善 / 廖若昕

55 如何申请检察院抗诉? / 魏海波

法眼法语

视 角

31 论瑕疵证据补正与合理解释 / 王俊民

时 评

35 对公司律师开展企业普法的思考 / 李 擘

律师公会百年专题报道

36 律师的足迹 城市的记忆(下)

——写在上海律师公会成立100周年之际
/ 周 武

律师实务

41 尽快建立未成年人轻罪记录消除制度的必要性探析 / 林子云

人文万象

他山之石

57 从罗伯茨到克劳福德

——评美国传闻证据规则的流变 / 王晓华

随 笔

60 我在美国律所的实习见闻 / 周姣璐

62 非法非非法

——写在法律维度的边上 / 王 琦

微·Talk

63 鹅卵石与回音壁

乐·Life

64 台北乐活记 / 钟 颖

新法速递

封三 《律师业务资料》目录 2012年第7期

本刊关注



光荣伴随你

2012 年夏季即将宣誓入职的律师们,你们好!

从今天开始你们将与众不同,你们将庄严地宣誓,光荣地成为中华人民共和国执业律师。

伴随这份光荣的将是许多沉甸甸的责任——你们应该坚定而勇敢地捍卫法律,同时恪守职业操守;你们应该勤勉而谨慎地服务客户,每一次出庭和每一份法律意见,都将倾注你们的心血;你们应该冷静而客观,从而赋予职业生涯持久的生命力,尽管为此你们不得不时常冷却自己年轻的热血。你们选择了这份光荣,你们也就选择了这份责任!

伴随这份光荣的还将是你们实现梦想的舞台。舞台的大门已向你们敞开,你们可以尽情地展现自己!从民事到刑事,从诉讼到非讼,从中小企业到跨国公司,从传统阵地到新兴业务,天生我才必有用,立足上海,服务全国,放眼世界,这个舞台无限宽广。你们可以桃园结义,奉献一出团队的大戏;你们也可以只身独舞,赢得一片热烈的喝彩!这份自由可以享受,更应珍惜,它和责任一起,为你们的梦想插上两支腾飞的翅膀!

作为上海市律师协会的领誓代表,作为一名受之有愧的“东方大律师”,我想告诉你们,无论怎样,你们都不会孤独,那些与你们有着同样信念和梦想,肩负着同样责任的上海 14000 名律师,欢迎你们,拥抱你们,支持你们!

愿这份光荣永远伴随你们! ●

(本文系 6 月 27 日胡光律师作为“东方大律师”的代表,在本市第九期新执业律师入行仪式上作的领誓发言。)



聚焦

●文/市律协宣传部、会员部

把好入门关,建立科学严谨的实习人员考核机制



为规范申请律师执业人员（以下简称实习人员）的实习活动，完善律师执业准入制度，确保为律师队伍培养、输送合格人才，中华全国律师协会于2010年6月下发《申请律师执业人员实习管理规则》，并于2010年8月1日起正式实行。该文件对实习人员从实习登记、集中培训、实务训练、实习考核等多方面进行了指导性规定。上海市律师协会认真学习、积极贯彻文件精神，近两年，在上级领导的支持与关心下，市律协在提高律师入门关上陆续推出多项举措，从而进一步加强对实习人员实习活动的管理，确保实习人员的实习质量。

一、建章立制，实习人员管理工作更趋规范化

2010年10月23日，经八届十三次理事会讨论通过，市律协设立了“申请律师执业人员实习管理考核委员会”（以下简称考核委），由考核委全面负责实习人员的管理工作，对实习人员的考核进行综合审查。

2011年2月18日，市律协下发了《上海市律师协会关于对申请律师执业人员进行考核的通知》，文件规定：“市律协从2011年1月1日起，对实习期满，申请律师执业的实习人员进行面试考核。实习人员考核合格，方可申请律师执业证。”至此，实习人员在一年实习期内，除完成市律协规定的培训之外，又增加了面试考核这一关。

2012年1月19日，经九届五次理事会讨论通过，市律协正式下发了《上海市律师协会预备会员规则》（以下简称《规则》）。《规则》规定：“根据《上海市律师协会章程》第六条第二款的规定：通过律师协会团体会员申请律师执业的实习人员，为律师协会的预备会

员，接受律师协会的管理。”《规则》从实习人员实习登记、培训、考核、监督等方面都做了详细规定，市律协将以此为办事依据，实习人员的管理工作也更趋于制度化、程序化和规范化。

二、推陈出新，考核方法更为科学化

实习人员面试，是考核工作的重要环节。为做好面试考核工作，完善面试考核规则，考核委专门制定了《实习人员考核办理流程》和《实习人员面试考核评分标准》，这样既方便实习人员了解与掌握办事规则，又让面试官在工作中有的放矢、行之有据。

当然，在面试考核方式与流程上，市律协也在不断总结经验、推陈出新。比如面试考核的评分标准，市律协最初定为政治素质、职业道德素质、业务素质与律师实务、遵守实习纪律四项。但在实际操作中，上述四项评分标准尤其是政治素质，考官普遍反映较难把握。为此，考核委在听取考官意见的基础上，将评分标准修改为语言表达和仪表仪态、职业道德和职业素养、律师实务、沟通协调和应变能力四项，并对这四项评分标准作了进一步的细化，旨在能更好地考察实习人员举止、涵养、语言叙述能力、对律师专业知识的掌握理解和运用以及对实际事务操作能力和沟通协调能力等方面，考核评分标准至此更具有针对性、操作性和可行性。

三、完善队伍，面试考官人员组成逐步健全

面试考官队伍建设是考核工作能够顺利举行的一支重要力量，考官人员的组成与面试考核工作息息相关。考虑到实习人员面试考核的工作量之大，市律协目



前已专门设立了面试考官库,在人员上尽可能选择执业年限较长、具有一定社会知名度的律师担任,并在征得其本人的同意后,成为考官队伍中的一员。

四、提高入门门槛,考核内容逐步加大难度

2012年7月17日,市律协正式发布《关于申请律师执业人员面试考核申请的补充通知》,其对实习人员考核要求、考核流程、考核方式与内容都作了较大幅度地修改。

面试考核工作由考核委指定的考核小组负责,三人一组,设主考官一名。考核采取材料审查与素质测评相结合的方法,以考核律师职业道德及执业纪律为核心,以考核实习人员是否熟练掌握律师业务基本技能,是否初步具备独立执业能力为重点,全面核实实习人员是否规范执行有关的实习管理规定和完成实习任务的情况。

实习人员面试考核方式上将分为固定动作与自选动作。

所谓固定动作,即实习人员必须要具备的。固定动作一:2013年1月1日起,市律协将正式启用面试题库,面试题出题范围主要为《律师和律师事务所违反行为处罚办法》、《律师执业行为规范》、《会员违规行为处分规则》、《上海市律师服务收费管理实施办法》、《上海市律师服务收费政府指导价标准》等行业规范,面试题将由会员部统一保管、严格保密;固定动作二:2012年8月1日起,市律协正式开通网上《实习周记》填写模版,实习人员在一年实习期内,必须填写实习周记,实习期满后,实习人员自行装订成册。《实习周记》

能较为全面、客观地反映实习人员的实务训练情况,是作为考核小组考核实习人员的重要依据之一。

所谓自选动作,即面试考官根据实习人员的当场表现等综合性素质进行评分,属于加分性栏目,这也体现了面试考核的人性化操作。

同时,实习人员在递交实习证申请及办理实习鉴定申请材料时,均提高了要求。除之前要求提供的相关材料之外,从今年2月起,市律协要求每位实习人员在办理有关手续时,必须递交与事务所签订的劳动合同以及由事务所为实习人员缴纳的社保证明。

五、信息公开,考核结果公平、公正

本着“公开、公平、公正”的原则,市律协针对实习人员面试考核工作均在“东方律师”网上予以公布,不管是发布面试通知,还是考核结果公示,所有信息均接受社会监督。面试考核不合格者,可以在规定的时间内向市律协申请律师执业人员考核复查委员会申请复查,以复查结果为最终结果,这也体现了市律协对每一位面试考核者都将努力做到公平与公正。

实习人员是律师界的新生力量、后备力量,是律师业长远发展的关键因素。市律协针对实习人员不断出台多项举措,在面试考核机制上也在不断规范考核标准,简化考核流程,优化考核内容。今后,市律协将继续严把律师的入门关,进一步加强考核工作的科学性、增强考核内容的实用性、营造考核氛围的民主性,为推动上海律师业的健康发展而努力。●

聚焦 ● 文 / 市律协监事会

关注区县律师工作建设 情系行业特殊群体发展

——市律协监事会 2012 年上半年调研工作纪实



市律协监事会一直以来秉持“没有调查研究就没有发言权”的理念，于 2012 年上半年度，坚持走进会员、贴近会员，急会员之忧、解会员之困，汇聚会员智慧，广纳会员良策，积极向理事会提出监督意见，推进市律协工作的有序开展。

监事会调研工作呈现三大特点：一是常规化。坚持“每月一调”，将调研工作纳入监事会的常项性工作，田波、杨波、沈伟明、陈进龙、林东品、金缨等全体监事与秘书处公共关系部工作人员，在监事长厉明的带领下齐齐出动，潜心倾听会员诉求；二是创新性。调研中，监事会不仅注重收集会员的意见和建议，更积极发掘典型性的好事例，掌握并推广各区县律工委探索创新运作模式的有益信息；三是重拓展。监事会在原先继续走访区县律工委的基础上，努力拓展监督渠道，举办了针对女律师、青年律师和老律师等特殊群体的专题座谈会。

因地制宜的“最大”与“最小”律工委

积极探索优质高效工作模式的浦东新区律工委。2 月份，监事会赴浦东新区律工委进行了走访调研。浦东新区律工委主任尹燕德、副主任丁伟晓和委员王小咪、高照宇以及鲍培伦、韩炯、周祎等律师代表与监事会调研组进行了交流座谈。浦东新区律工委探索组建了 7 个工作委员会，建立了全部律师代表和各律所主任参与的工作新机制，为律师的新业务拓展、律师培训、规范律所管理、加强律师执业纪律与维权和开展文体福利活动创造了更多的契机。目前，由浦东新区律工委主导的“陆家嘴法治论坛”已经成为初具国际知名度的上海律师新名片。

善于取长补短、利用资源的崇明县律工委。3 月份，监事会赴崇明县律工委进行了走访调研。崇明县司法局副局长钱爱新接待了监事会一行。崇明县律工委主任张

白云，副主任沈汉荣、黄亚忠等与监事会调研组就市律协章程修改、会费减免等问题进行了交流座谈。之后，崇明县的律师介绍了县律工委的概况以及存在的问题：崇明县由于经济后发展、交通不便利等原因导致律师业发展出现瓶颈，40 多名律师普遍业务创收增长缓慢、知识结构老化、业务门类传统单一、新型业务开拓能力匮乏、青年人才流失严重等。崇明县律师正攻坚克难，努力寻求一条适合自身发展的道路。

监事会认为，浦东新区和崇明县作为上海最大的区和唯一的县，其律工委在发展路径上有所不同，但均善于利用现有环境优势，扬长避短、整合资源，为上海律师业的发展起到积极作用。浦东新区律工委这种“专人组织、专事负责、广泛参与、全面覆盖”的工作模式契合当地特点，实际效果明显，并合理利用其“地大物博”的优势，在律师人才储备、推进区内律师均衡发展等方面作出了贡献；崇明县虽然地处偏远，在发展上有许多不利因素，但该县律工委正视困难，积极谋划取得县委、县政府对律师业的支持，力争走出一条上海唯一以农业为主业地区的律师业发展的新路。

紧抓转型发展机遇的中心城区律工委

融合多项优势、大胆创新的黄浦区律工委。4 月份，监事会赴黄浦区律工委进行了走访调研。黄浦区司法局党委书记翟世祺接待了监事会一行。黄浦区司法局局长潘鹰芳、副局长张婷婷、律公科科长陈磊，市律协前任监事长朱洪超以及监事钱丽萍，黄浦区律工委主任王嵘、常务副主任杜爱武，副主任顾跃进、马永健、曾鑑清、沈琴等与监事会调研组进行了交流座谈。黄浦区律工委积极加强新执业律师在执业纪律、职业道德方面的建设；对青年律师在提高办案能力方面起纽带作用；多角度开展活动，扩大青年律师的视野，增强青年律师的信心；通



过“双结对”模式,让律师深入社区服务群众、贴近民生,增长社会阅历及工作经验;发挥本区地理资源优势,积极组织好上海律师公会成立 100 周年纪念活动和外滩金融法律论坛等活动。与会律师还讨论了建立电子归档体系、更新律师检索系统等软件设施、无边界办公(信息化共享)和律师行风建设等。

服务转型发展、思路活跃的长宁区律工委。5 月份,监事会赴长宁区律工委进行了走访调研。长宁区司法局局长张谢定接待了监事会一行。长宁区司法局党委书记王军、律公科科长杨莉苹,市律协前任会长刘正东,长宁区律工委主任刘习赞以及顾靖、徐珊珊、翁德红、崔鸿祥、颜学海、何湘渝等律师代表与监事会调研组进行了交流座谈。长宁区律工委组织律师为上海“四个中心”和“大虹桥”建设提供高效优质的法律服务;多方面搭建平台,充分利用东虹桥法律服务园区平台,与区校共同开展合作项目;加强与法律职业共同体的交流,努力营造良好的律师执业氛围;不断完善服务质量,落实“分类指导、网格化管理”思路等。

监事会认为,黄浦区以及长宁区律工委不断创新工作机制,努力打造中心城区的城市标志;“撤二建一”后的黄浦区律工委可谓是“优势叠加”,其在开展工作方面大胆创新、有思路,对黄浦区律师业发展颇有裨益;长宁区律工委抓住大虹桥国际贸易区建设发展的机遇,不断拓展长宁律师法律服务领域,并以建设东虹桥法律服务园区为平台,加大区校合作的深度与内涵,更好地服务长宁律师。

特别的关爱给特殊的群体

监事会一直关注行业的凝聚力工作,重点关切会员的民生问题,尤其关注行业中女律师、青年律师和老律师等特殊群体的执业和生活状况,积极推进所有会员在本行业的执业中收获更多幸福、赢得更多尊严。在 6 月份,监事会集中举行了系列专题座谈会,分别悉心听取了女律师、青年律师和老律师代表对市律协工作的意见和建议。

谭芳、岳雪飞、袁惠芳、沈岱青、李萍、桂芳芳等这些教育背景迥异、执业年限不同的女律师代表参加了女律师调研座谈。她们分别从各自不同的角度畅谈了女律师面临的执业困惑,除了律师行业共同面临的培训、考核、案源等问题外,女律师代表特别提出,目前上海律师队伍中女律师的比例已超过 30%,行业应更加关注女律师群体的特殊困难,包括大龄女律师的婚恋问题,女律师

怀孕、分娩、哺乳等三期保护问题,执业中的人格尊严和人身安全保障问题以及外地来沪女律师的生存发展问题等。

青年律师座谈会由青年律师工作委员会主任胡光以及张婷、顾琰、朱金海、沈昀、程方、吴晞炜等来自不同经营模式律师事务所的青年律师代表参加。与会青年律师有担任律师助理取固定工资的,也有独立办案拿提成的;有执业七、八年的“老”律师,也有入行才一年多的新晋律师。工作生存环境的差异,导致了青年律师面临不同的困境。青年律师代表提出的问题,涉及案源开拓困难、系统培训机制欠缺、健康保障及婚恋以及留学归国青年律师获取行业就业信息渠道不畅等。青年律师是上海律师行业的未来和希望所在,关怀青年律师群体的成长是上海律师行业得以健康发展的关键所在。

监事会还专程走访了金茂所、傅玄杰所和浦栋所,看望了吴伯庆、傅玄杰、毛柏根等老律师。令监事们感动的是,老律师们都非常认真,并且为会面进行了细致的准备,他们将发言提要事先都密密麻麻地记在了笔记本上。监事会向老律师们介绍了监事会的工作情况,认真听取了他们对市律协工作的意见和建议。老律师们一致提出,市律协应建立相应为老律师服务的平台,开展适合老律师身心特点的活动;及时收集整理沪上知名老律师的执业经历、经验感悟等资料,促进上海律师业的传承与发展;关心老律师的晚年生活,着力解决老律师面临的实际困难,使老律师老有所养、老有所依,始终能沐浴到市律协的关怀,增进行业的向心力。

监事长厉明全程参加了上述调研工作,仔细记录并逐一回应了每一位律师代表反映的问题。他表示:监事会将会认真分类整理这些有益、中肯的建议和意见,并积极向理事会建言献策,力争满足律师们的诉求,进一步推动行业的和谐发展。

监事会一直致力于不断创新监督模式、改进监督方法,着力推进解决广大律师最为关切的实际问题,加强广大律师对行业自律管理的监督权与参与权,发挥民主监督的力量,使监事会的监督职能作用得到更为充分地发挥,促进律师行业自律机制得到进一步完善。

通过系列走访调研工作,监事会更加坚定信心、振奋精神、凝心聚力,注重以人为本,义不容辞地做好工作。监事会将会切实发挥好桥梁纽带的作用,认真履行行业监督自律职责,以健全完善行业规范和完善行业约束为己任,强化服务意识,倾听律师呼声,反映律师愿望,维护律师的合法权益。●

(撰稿人:市律协公共关系部 陶丽萍 仲 峰)

区县特写 ●文 / 松江区司法局

在加强和创新社会管理中 律师要勇于作为、敢于担当



近年来,松江区律师行业积极贯彻落实《松江区关于进一步发挥律师在法治政府、法治社会建设中重要作用的实施意见》,认真组织开展“创新驱动、转型发展”主题实践活动,深入挖掘行业潜能,充分发挥律师作用,不断探索创新途径,积极搭建工作平台,完善工作机制,全力推动律师参与社会管理,为维护社会和谐稳定提供了坚实有力的法律服务保障。

一、扎根服务窗口,全心服务百姓

自2009年以来,上海磊天律师事务所、上海诚致信律师事务所和上海焦伟云律师事务所先后派遣青年律师团队入驻区市民服务中心坐堂接待,免费为群众提供法律咨询服务。青年律师们以极大的热情投入到市民服务中心的接待咨询工作中,为来访群众免费解答法律疑惑。而随着至市民服务中心办理工伤认定、劳动仲裁的外来务工人员不断增多,律师们的工作量持续增加,到2011年下半年,平均每个律师每天接待20多个来访人员,按每人20分钟计算,至少需要6.6个小时,工作节奏之快和强度之大不难想象,而这样超强度的工作却是纯义务的。2011年底,区社区办、区司法局和区市民服务中心认真总结2年多的实践探索,反复研究工作方案,决定采用招投标政府购买服务的方式巩固、深化这一好的工作机制。在律所自愿报名的基础上,筛选了丰兆、全程、保诚3家律师事务所的12名律师组成志愿服务团队,按照每所半年轮换的要求,将律师法律咨询服务纳入中心叫号系统;志愿团保证每天值班律师不少于2名,周一至周五在市民服务中心全天候接待法律咨询。优质的法律服务不仅惠及市民,也有效遏制了公民违规

代理的现象,成为政府办事窗口的一大亮点。

二、开展法律援助,竭诚扶助贫弱

2009年,松江区组建法律援助骨干律师志愿团,专门为弱势群体提供高质量的法律服务。经过多年的补充调整,目前的志愿团由16家律师事务所的30多名青年律师组成,常年驻扎在区法律援助中心接待来访群众,为需要法律援助的困难群众提供免费咨询、代写法律文书、代理非诉讼调解和刑事、民事、刑事附带民事案件的诉讼代理等服务项目。志愿团成立以来,共办理法律援助案件3000多件,接答咨询电话3万多人次。志愿团律师竭诚服务弱势群体,依法维护受援人的合法权益,谱写了许多感人的生动事例,受到了社会弱势群体的一致好评。如:来沪工作的湖北大学生在松江区学驾车的过程中因交通事故死亡,大学生父母难以承受中年丧独子之痛,其母突发精神疾病,其父和湖北老家亲戚数人来松江讨要说法。法律援助骨干律师接受指派后,先联系驾校,说服他们先垫资解决大学生父亲和亲戚在松江的吃住问题,办理大学生的丧葬事宜。同时,以最快的速度展开调查取证,替大学生父母拟定起诉状,向人民法院提起诉讼,要求保险公司和驾校共同支付大学生的交通事故死亡赔偿金。经过律师不懈地努力,大学生学驾车死亡一案终于由法院终审判决结案,大学生父母获得赔偿80余万元。又如:松江城区某失业妇女,其丈夫因交通事故死亡,遗下一对刚上初中的双胞胎儿子。突遭变故,使该妇女精神一度崩溃,援助律师不仅帮她理清了法律关系,书写了起诉状向人民法院提起其丈夫的交通事故死亡赔偿诉讼,还耐心对妇女进行开导劝解,使她摆脱了心理阴影,重新鼓起了生活的勇气。同时,律师通

过法律援助中心联系当地街道、民政、妇联等部门,帮助妇女尽快找到合适的工作岗位,定期给她的家庭经济补助,使他们尽快地走出了困境。

三、进驻交警窗口,有效化解纠纷

随着松江区交通事故案件的日益增多,当事人对法律服务的需求也越来越多。2012年1月,在广泛调研的基础上,区司法局和区交警支队经反复酝酿,组建了由10家律师事务所的11名律师组成交通法律咨询志愿团,免费为群众提供交通事故方面的法律服务。周一至周五每天由2名律师在交警支队事故处理办事大厅和调解窗口全天候值班接待,方便交通事故当事人咨询法律问题,及时化解许多因交通事故引发的人民内部矛盾,避免和减少了诉讼,节约了政府和交通事故当事人的经济成本。

律师进驻交警支队化解交通事故矛盾纠纷工作在全市属首创,也是松江律师在创新社会管理中勇于创新、敢于作为的实际行动。工作开展5个月来,接待咨询已累计500余人次,其中外来人员占68%,咨询类型95%以上是交通事故责任认定及赔偿纠纷。律师在解答咨询时对来访人员的纠纷即刻作了分流:一是对双方因工作繁忙、无时间和精力处理赔偿事宜,愿意接受调解的交通事故当事人,律师接待后将他们引入诉前调解通道;二是对仅造成轻微伤的简易交通事故,双方当事人往往表面上要鉴定、起诉,实则为了争口气,对此类当事人律师则进行耐心劝解、宣传法制,积极促成当事人选择调解途径解决纠纷;三是对已经做好伤残鉴定的当事人,律师以第三方的身份,帮助他们正确计算出赔偿金额,竭力使他们当场达成和解协议;四是对造成人身伤亡的重大交通事故,律师一方面安抚双方当事人的情绪,引导他们先想办法垫资解决伤亡人员的医疗、丧葬费用。另一方面帮助他们理清法律关系,制定合理的理赔方案,确需聘请律师代理诉讼的,由所在律师事务所与当事人履行相关手续。

律师进驻交警支队后,大大增加了以调解方式化解交通事故矛盾纠纷的数量,目前进入诉前调解的交通事故纠纷结案率已占交通事故结案总量的70%,为交警部门、人民调解工作站分担了大量的解答咨询工作,也为提高处理交通事故纠纷化解的工作效率、减少诉讼和方便当事人做出了积极的贡献。

四、参与信访接待处置,优质服务信访工作

松江律师驻区信访办法律服务志愿团组建10余年

来,一批年富力强、作风扎实严谨、经验丰富的律师长期无偿参与每周四区领导的信访办接待日工作,参与信访终结程序及涉法、涉诉信访件的处置工作,引导信访人通过正当合法的途径表达诉求、依法维权。志愿团的律师妥善处置了大量涉法、涉诉信访案件,及时化解了人民内部矛盾,累计信访接待3万余人次、群访处置3000余人次。特别是在2007年的重大突发事件“7.26”重大火灾事故;2009年区领导下访交办的余山朱国岐医疗事故信访案件;2010年新桥外来人员独生子意外溺水死亡群访案件和2011年拾荒老人误捡废炮弹私自拆卸造成爆燃事故引发的信访事件等信访件的处置中,律师们以大局为重,以高度的责任感、强烈的使命感和无私的奉献精神,选派律师团队,精心组织谋划,紧密配合相关部门,对信访人进行心理疏导、讲解法律规定,在矛盾双方之间展开调解,为处置工作出具法律意见。当事人被律师的真心、诚心和热心所感动,理性得以回归,激化的矛盾得以缓和。律师运用娴熟的法律技巧,化解了一个个处置难点,使这些重大疑难、久拖不决的案件得到了圆满地解决。作为律师事务所的带头人,许多律所的主任、党支部书记具有很强的政治敏锐性,要求律师对服务过程中发现的不稳定、不和谐动向及时报告、疏解和控制事态,决不能不负责任地推向社会。去年5月,上海诚致信律师事务所在法律咨询服务中得知松江一中某教师扬言采用人体炸弹方式报复该校老师的情况,主动跟进,密切关注,在该教师被确诊患有偏执型精神疾病而家属对其治疗不予配合时,一方面建议学校立即采取措施送该教师住院治疗,另一方面向区司法局报告,使事态得到了有效地控制。

2012年,在总结10余年律师参与信访工作经验的基础上,区司法局、区信访办和区财政局就进一步深化律师参与信访接待处置、政府购买法律服务工作进行了深入调研,调整法律服务志愿团,制定了《松江区律师参与信访工作暂行办法》,确定由常年参与信访工作的8名资深律师于2月起正式在区信访办上岗。志愿团的律师严格按照《松江区律师参与信访工作暂行办法》的相关要求,为信访工作提供周到细致的法律服务保障,区政府也将对律师的服务给予必要的经费支持。

五、深化“双结对”,公益送法进村居

松江区“双结对”工作开展以来,结对律师共接待来访群众1.9万多人次,解答法律咨询2.3万多人次,开展法制宣传和讲座50余次,参与纠纷调处200余件,指导调解协议制作100多份。广大律师用实际行动践行了法治理想,将社会责任融入到为政府分忧、为群众解难



的实事中,既为基层组织、群众解决了实际的法律问题,又普及了法律常识,得到了基层政府和社区居民的普遍认可。

上海全程律师事务所为方便社区居民解决法律问题,提出“四个一”的工作目标,即“每周一次法律咨询值班”、“每月一次法律下乡巡回”、“每半年一次法律公众普法”、“每年一次法律知识讲座”。“四个一”工作开展以来,针对农村地区发生较多的动拆迁、婚姻、劳动关系等问题,定期举办专题讲座,参与社区法律咨询、矛盾纠纷调处和法制宣传,体现了律师的社会价值;上海志致远律师事务所与中山街道司法所结对后,该所主任杨雪明律师带头深入社区,为居民之间的邻里纠纷化解矛盾,并在动迁现场设立免费法律咨询服务点,义务为动迁群众解答咨询、排忧解难。该律所的女律师张艳玲待人亲切和气,工作空闲时还和阿姨、妈妈们聊聊家长里短,在社区里有良好的口碑。上海志致远律师事务所的结对律师们,用志愿者的爱心、诚心、耐心的奉献精神 and 卓有成效的工作赢得了社区群众贴心人的赞誉;上海龙元律师事务所与小昆山司法所结对后一起挨个走访村(居)委会,了解社情民意和基层民众的需求,向村(居)民发放律师联系卡,承诺“有纠纷找龙元”;上海一凡律师事务所主任刘廷祥律师,因原来的工作单位在永丰街道,他主动请缨为永丰街道服务。结对后,60多岁的刘律师坚持每周三上午去街道调解中心接待;上海小城律师事务所与洞泾司法所结对后,至今已与司法所配合成功调解了数十起民间纠纷。如,洞泾镇某公司几名职工之间因历史遗留的企业福利房转让问题发生纠纷,因该所律师的及时介入得以化干戈为玉帛;上海申松律师事务所与岳阳街道司法所结对后,在街道平安中心每周一次接待来访群众,律师还参与居委会召开的每月一

次社情民意集中讨论会;上海磊天律师事务所与泗泾司法所结对后,该所律师每周到司法所参与人民群众内部矛盾的调解工作。

2011年,区司法局总结多年来“双结对”的工作经验,组织律所、司法所进行双向选择,完善并开展新一轮“双结对”工作。全区16家律师事务所与15个司法所、151名律师与252个村(居)调委会结对共建,实现了法律服务在全区范围的全覆盖。结对律师走进村居,调解矛盾纠纷,举行法制宣传、开展公益法律服务,同时也为司法所的调解工作提供了更为专业的法律知识和可行的调解方案以及有法可依、合情合理的民事调解书,大大提高了调解工作的效率和质量,使纠纷当事人心服口服,社区矛盾化于无形,避免了纠纷的升级和激化。

松江律师参与社会管理、社会矛盾化解具有积极的实践意义:律师专业的服务令当事人信服,成为有效的社会管理主体;律师通过努力促成调解,实现和谐,达到了良好的社会管理效果,并在实践中推动了党的方针、政策的落实;律师特别是青年律师通过在基层一线的磨砺,既增长了对社会民生多样、复杂性的认识,又锻炼了业务能力,提升了其政治素质和社会责任感,也提高了民众对律师的知晓率,律师业务工作得到了进一步的升华。同时,律师运用自身的专业特长,为基层人民政府处理了许多久拖不决的疑难杂症,减少了信访压力。通过引导上访人运用法律手段解决问题,并适时开展法制宣传教育,对整个社会和谐法治文化的形成也起到潜移默化的作用。实践中,区司法局感到推动此项工作只有依托律师队伍建设、党建、行风建设和律师管理等基础性工作,才能焕发勃勃生机、持久深入。

一是在教育引导上聚力,为律师参与社会管理提供思想保障。成立松江区律师党委和律师行业党建专项工

作办公室,建立律师党建工作联席会议制度,形成区司法局党委统一领导、律师党委牵头协调、律师行业党建专项工作办公室具体负责,各有关部门共同参与、相互配合、各司其职、齐心协力抓党建的工作格局。抓住律师渴望获得归属感的内在需求,引导优秀青年律师不断提高政治思想境界,积极向党组织靠拢。注重多渠道、多途径教育培养,把党员律师培养成业务骨干,把业务骨干培养成党员;把善管理的律师推选为党支部书记,把优秀的党支部书记选入律所的管理层,从而在机制上保证了党组织作用的发挥。完善律师互助制度和员工保障制度,做好后勤保障和福利工作。政治上关心爱护、工作上扶持帮助、生活上关怀相助,组织的关怀给与律师们一种情感上的支持,也使他们有了很强的归属感,单位的凝聚力也增强了。举办征文比赛,开办《松江律师》刊物,律师们以真诚务实的创作风格、丰富多样的文体形式,开展思想交锋、理念碰撞,展现在廉政文化建设和诚信执业活动中的所思所得;组织开展摄影爱好者之旅、卡拉OK比赛、知识竞赛、演讲、辩论赛等沙龙活动,搭建律所、律师的交流平台,丰富律师的文化生活,增进行业内外业务及文化交流,增强队伍的凝聚力,形成了健康向上的行业风气。

二是在教育管理上跟进,为律师参与社会管理提供组织保障。完善事务所内部的运行机制,引导各律师事务所将规范律师职业道德、严格执业纪律作为修订律师事务所章程的重要内容,并依据有关律师工作法规,认真制定和实施有关律师收费、工作流程和律师职业道德、纪律守则。为确保司法公正,与区人民法院共同制定了“规范法官与律师相互关系”的4条规定;加强与看守所的配合协作,严格杜绝律师违规会见犯罪嫌疑人的现象。狠抓行风建设,向社会公开承诺,努力提高服务质量和群众满意度,组织开展法律服务行业“百日无投诉”活动,进一步提高全体律师的规范执业意识,减少和避免了各类投诉的发生。开展律师事务所和律师的诚信等级评定活动,从严要求、细化考核,切实提高服务质量和水平。开展优秀青年律师的评选活动,大力弘扬恪尽职守、诚实守信和规范执业的职业精神,努力塑造松江律师的新形象,形成了良好的行业风气,松江区法律服务行业连续5年在全市法律服务行业及区服务行业行风测评中排名靠前。每年度走访区公、检、法、信访、市民服务中心等与律师执业相关的部门,听取意见和建议,并汇总年度律师行业行风评议意见及走访反馈意见,下发各律所,要求认真对照整改。组织举办规避执业风险控制系列讲座,专题解读《律师事务所、律师违法行为处罚办法》,收集整理律师执业方面的重点禁止性规范和易发生的执业风险,形成了《律师执业风险提

示二十问》,并印发每位执业律师给予警示。以现场办公的形式与投诉问题相对集中的律师事务所共同分析研究跟进管理、防范风险的措施手段,加强联络督导,有效促进了律所的管理和律师的自律。在投诉查处工作中,加强对重大投诉事项处理的跟踪督办和信息掌控,对违规违纪行为进行严肃处理。多年来,松江区律师行业连续保持信访投诉的低位运行,近3年来投诉率明显下降。

三是在提升素质、增强技能上下功夫,为律师参与社会管理提供质量保障。围绕“亮身份、比技能、做贡献”的主题开展创先争优活动,举办青年律师与青年检察官辩论赛,强化基本功训练,将法律功底和语言能力更加娴熟地运用到工作实践中,展现新时代律师的良好形象;加强律师的职业道德建设,使其树立起崇高的职业荣誉感和责任感,自觉践行“忠诚、为民、公正、廉洁”的政法干警核心价值观。充分整合松江大学城的高校资源,律所聘请华政经济法学院资深教师担任顾问,进行类案研析、疑案探讨;律所对连续在该所实习、实践,表现良好并有意从事律师工作的毕业生优先考虑进所就业;在学院设立帮困助学金、奖学金,解决学生的经济困难,鼓励学生勤奋学习;律所与华政经济法学院开展课题合作,定期选派教师、律师为执业律师、学生开办理论、实务讲座。松江律师行业与高校的共建合作,提高了松江律师的服务质量和水平,也提升了律师队伍的专业素养。

律师参与社会管理创新、社会矛盾化解,是对新形势下律师工作的有益探索。随着社会主义法治理念、建设有中国特色社会主义法治文化的提出,发挥好律师的作用,深入推进此项工作的开展,将是当前和今后一个时期松江律师工作的重中之重。区司法局将在现有工作的基础上,大力推动律师文化建设,培育律师正确的价值观、义利观,培养更多具有坚定理想信念、科学执业方式、良好职业道德和健康生活情趣的律师。重视人才的引进和培养,充分利用华东政法大学的法律资源,形成“专家型”律师+“专业化”律师的律师团队,推出一批先进典型,包括为党委、政府的大局服务,长期面向基层,为基层群众服务、为弱势群体服务和人民满意的典型,树立律师队伍的良好社会形象,使社会各界和广大人民群众更加了解和支持律师工作。进一步提高律师对松江经济社会发展的参与度,积极推动律师工作向经济建设的各个领域、市场经济的各个环节、社会事业的各个方面拓展,为松江律师切实担当起经济发展的促进者、民主政治的推进者、“法治文化”的催生者和矛盾冲突的协调者的重要角色而努力! ●

共筑和谐

●文/上海市万隆众信律师事务所

法律援助进大墙 大爱无疆筑和谐

——记上海市万隆众信律师事务所“送法进大墙”活动



为切实响应上海市委、市政府及司法行政机关对进一步推进社会主义法治理念教育的要求,深入落实以人为本、多种形式的法律援助工作的开展,加大法律服务于构建和谐社会层面的多效力度,强化律师事务所与律师的社会责任理念,上海市万隆众信律师事务所(以下简称万隆众信所)在上海市司法局、黄浦区司法局的精心组织、积极引导下,自2007年始,与提篮桥监狱共建“送法进大墙”法律援助项目,为此特开设“监狱服刑人员法律咨询站”,向监狱服刑人员提供多方面法律咨询服务,向特殊社会群体开展法制宣传、聆听其诉求,以维稳化解社会矛盾。万隆众信所开展“送法进大墙”活动,旨在秉持“以己之力,供彼之需”的原则,将律师事务所与律师的社会责任辐射至社会各层面,于提高律师本身职业素养的同时,充分发挥加强和创新社会管理的社会角色作用,推进社会主义和谐机制的完善,成为建设法治社会、和谐社会的一支重要社会力量。

一、化解维稳,聆听诉求

万隆众信所自2004年始,即于上海市第四劳教所开展法律援助咨询服务,协助办理相关行政复议、申诉案件,至2007年,与上海市检察院二分院在特殊社会群体帮教形式上达成统一意识后,即协同市检察院二分院监所检察处,向提篮桥监狱服刑人员开展“送法进大墙”活动,提供多方面、多领域的法律援助服务。4年来,万隆众信所始终坚持活动的开展,并组建了一支业务水准颇高的律师团队投入法律援助服务工作。“送法进大墙”活动平均每月举办一次,由万隆众信所的律师到提篮桥监狱,与服刑人员进行面对面的交流,聆听其诉求,继而从法律角度解决服刑人员提出的关于婚姻、劳动关系、债权债务、财产继承、商务处理、住房动拆迁、子女就学入籍等各类社会问题,并协助其维护自身应有的合法权益。活动开展至今,万隆众信所始终保持每年350人

次左右的法律援助咨询规模,基本解答服刑人员提出的各类监内、监外法律问题。同时,为服刑人员进行心理上的疏导、法制意识的灌输及社会责任的教育,使“送法进大墙”活动的化解维稳作用发挥至最大化。

2010年11月,市检察院二分院与万隆众信所就如何深化监狱服刑人员帮教工作,提升法律援助服务成效等方面召开专题会议,针对法律援助服务的形式、内容、规模等问题进行协商讨论,进一步完善监狱服刑人员帮教机制。同时,自2012年6月份始,万隆众信所在市检察院监所检察处的配合下,每月或每季度向提篮桥监狱管理人员及服刑人员分别开设法律课堂,专题专讲,切实落实法治社会建设的号召,提升特殊环境下的个体法律素养。

2011年6月,提篮桥监狱向万隆众信所赠送锦旗,高度赞扬该所于“送法进大墙”活动中所体现的恪尽职守、勤勉负责的律师执业精神,并以“法律援助进大墙,解疑释惑指迷津”的赠言对万隆众信所给予了高度评价。

二、建立特殊群体法律援助服务体系,推动监狱帮教工作

“送法进大墙”活动开创了向监狱服刑人员这一特殊社会群体提供法律援助服务的先河,与司法监狱系统共建,协助推动帮教工作改制改革,实为重大创举。同时,“送法进大墙”活动以其长期、固定、多样之特性区别于普通的社区、学校、机构单日、单次的法律咨询服务,能有效、完整、切实解决监狱服刑人员所提出的各类法律问题,使法律援助的价值落到实处。万隆众信所坚持法律援助服务的贯彻始终,深入、细致地了解服刑人员所遇到的法律问题,保证该法律问题最终得到妥善解决。该所曾多次接待同一服刑人员,就其提出的法律问题不断深入、细化,尽心提供法律帮助,维护服刑人员的合法权益。

法律援助服务因人而异、因事而异,针对不同当事

人、不同案件设计不同的解决思路,即无法以固定化、模式化的套路框定所有法律问题。而对于正处于服刑期间的人员,法律援助服务在解决其基本法律问题的同时,须另行顾及服刑人员的特殊身份、特殊心理状态以及所处的特殊时期,避免常规式的法律咨询模式。万隆众信所从积淀多年的法律援助服务经验中提取、研究出若干要点,用以掌握与服刑人员面对面交流的节奏、方式,营造良好的沟通环境,避免因服刑人员情绪不稳定而引起的矛盾激化,同时也解决在交流过程中因服刑人员一定程度的社会脱节所导致的沟通不善等问题。

(一) 设立“监狱服刑人员法律咨询站”,营造良好的沟通环境

2008年8月,提篮桥监狱、市检察院分院驻监狱检察组以及万隆众信所三方共同就“监狱服刑人员法律咨询站”的设立举行了签约、揭牌仪式。设立咨询站的目的在于从法律角度向服刑人员阐释其违法行为对社会所造成的危害,更是为了给予服刑人员一个释疑解惑、解决法律问题的平台。咨询站的设立具有相对的独立性、封闭性和稳定性,即律所本身完全独立于监狱、检察院等司法机构,以无管理监督职权的第三方身份介入服刑人员的帮教工作,消除服刑人员的对立、畏惧、抵触情绪,使其更为顺畅、全面地表述自身诉求。咨询站有其专属的法律咨询室,律师与服刑人员可在咨询室中进行不受干扰的交流。同时,律师亦遵守其职业道德,就与服刑人员所交流之内容予以保密,以有效减轻服刑人员于交流过程中的拘束、不安之感。自本所开展“送法进大墙”活动以来,坚持以咨询站作为平台开展一系列法律援助服务,咨询站的稳定设立及运作,给予服刑人员极大的安全感、归属感,使法律援助服务得以更为有效、顺利地展开、延续。黄浦区司法局副局长周解业称“监狱服刑人员法律咨询站”的设立实属创新之举。

(二) 设计不同的思路,应对特殊社会群体的法律问题

鉴于服刑人员较之于普通社会成员在心理上更为敏感、复杂,如何把握其在法律咨询过程中的心态变化,引导其接受律师所作出的法律分析与劝说,系整个法律援助工作得以顺利、有效进展之关键。

自“送法进大墙”活动开展以来,经万隆众信所律师接待的服刑人员中,有10%的人员就已判罪名、量刑、财产罚没执行情况等方面存有异议而向律师提出咨询,5%至7%的人员就监外个人公司业务法律问题提出咨询,并要求委托该所律师进行代理,1%至2%的人员就知识产权方面要求万隆众信所律师提供法律保护渠道,以维护自身利益,其余人员分别就婚姻、继承、住房动拆迁、子女就学入籍以及服刑期满后的就业等问题向万隆

众信所的律师进行咨询。该所律师根据不同的咨询内容,运用丰富的专业知识及实际操作经验,向服刑人员予以耐心、细致地解答。

对于具有极端的自悔、矛盾心理,希望凭借自身努力,重新恢复正常社会成员身份的服刑人员,万隆众信所的律师在解答其所提出的法律问题的同时,根据其心理状态及自省程度,结合其服刑期限,予以适当地宽慰、鼓励,促使其尽快调整自我,通过自身努力减少刑期。对于具有报复心态、情绪极其暴躁的服刑人员,该所律师在特别关注其情绪变化的同时,一针见血地指出其观念的悖论之处,并以事实相辅佐,告知其法律的宽严政策,说服其打消社会报复心态,促使其重新审视自身的违法行为。

“送法进大墙”活动不仅维护了监狱服刑人员在监内、监外应有的合法权益,保证其不受外界干扰、影响其服刑过程,同时亦有效预防服刑人员产生报复社会、滋生极端恶性心态的现象,有助于监狱管理及教育,净化社会不良因素,对构建社会主义和谐机制发挥了重要作用。

三、肩负律师社会责任,巩固和谐社会建设

上海市律师协会在《上海律师社会责任报告》中指出:律师的社会责任是律师作为“法律人”的人格责任,是法律责任亦是政治责任,律师的社会责任感将造就中国律师成为构建和谐社会的特殊社会力量,将造就中国律师成为积极参政议政、建设民主政治的重要骨干力量。上海律师业不仅是为经济社会,更是为法治社会、和谐社会提供法律服务的现代服务业。

监狱作为和谐社会构筑过程中的一个特殊环境,较之于其他社会层面,拥有更多不稳定的复杂因素,致其存在众多潜在危险。监狱服刑人员或因亲友、邻里、同事、其他社会成员的不理解、歧视,或因与社会存在一定程度的脱节、甚至或因无法得到良好的心理疏导而进一步产生偏激、报复心理,引发暴力恶性事件,甚至群体性事件,这将对和谐社会的构建埋下极大的隐患。万隆众信所与提篮桥监狱进行共建,开展“送法进大墙”活动,正是针对这一社会隐患采取的法律服务措施。该所律师充分运用其专业知识,结合心理疏导,向服刑人员提供解决自身纠纷、矛盾的渠道,抑制特殊环境下不良现象的滋生,有效缓解社会压力。经过4年多的法律服务,万隆众信所不仅与提篮桥监狱建立起长期、友好、互助的共建关系,该所律师更是成为监狱服刑人员释疑解惑、重新审视自身的良师益友,万隆众信所的法律援助服务也得到本市各级司法机构及社会各界的极大好评。●

共筑和谐 ●文/刘雨修

通过律师的专业服务 为构建和谐社会而不懈努力

上海市伟聚律师事务所(简称伟聚所)成立于2010年,成立时间不长,规模也不大。在建所之初,伟聚所就要求全所律师积极为科学发展服务、为解决民生问题服务、为推进民主法治建设服务、为维护社会公平正义服务、为维护社会和谐稳定服务,成为新的历史时期称职的服务型律师。

一、发挥专业优势,努力维护社会稳定

对于现今矛盾冲突尖锐的因土地征用、房屋征收等引发的纠纷,律师的介入在一定程度上能够缓解冲突,促使当事人通过合法途径实现自己的权益,可以有效地杜绝或减少强烈不和谐因素的出现。

不管是通过诉讼还是调解、和解,律师基于所掌握的法律知识,寻求妥善的解决方案,这既有利于最大限度地维护当事人的权益,也是对法治理念的积极倡导,同时也是化解社会矛盾的有效方式。现代社会的发展趋向是法律部门日益细密,法律关系日益复杂,从而诉讼法律专业技术性愈强。作为在土地、房屋征收领域法律专业研究、事务操作能力较强的律师事务所,这部分的工作始终是伟聚所积极参与的重点。伟聚所从成立之初到现在,每天都接待大量的动拆迁方面的法律咨询,总共代理被拆迁人参与各类拆迁诉讼案件100余起,其中行政诉讼10余起,民事诉讼30余起,非讼调解案60余起,群体性案件5起,为老百姓常年提供免费拆迁法律咨询。

在参与的动拆迁案件中,没有通过诉讼就达成和解签订补偿安置协议的占到案件总数的五成以上、在诉讼过程中达成和解签订补偿安置协议的占到案件总数的四成左右、在强拆以后达成补偿安置协议的占到案件总数的5%。经伟聚所律师参与的动拆迁案件,最终和解结案的占到95%以上,当事人的满意度100%,无一起对伟聚所投诉的案件发生,取得了很好的社会效果。

二、突出重点方向,帮助特定困难群体

农民工是我们城市建设的底层英雄,为城市的发展

和进步作出了重要贡献。但在他们自身权益遭受侵害时,往往因经济或知识原因根本没有能力维护自身的合法权益,结果只能是忍气吞声或不知如何依法维权。特别是在拖欠劳动报酬、超时加班、不按规定签订劳动合同、违法解除劳动合同及不能依法享受工伤待遇等方面,农民工权益受损害的情况时有发生。对于这部分特定困难群体,一直是党和政府帮助的重点,本市相关的法律援助机构每年70%左右的援助案件是为农民工提供相应的法律援助。

伟聚所自成立以后一直致力于以自己的力量为农民工维权提供法律援助,让农民工兄弟在依法维权时不用花钱也能请得起律师、请得起专业律师,让他们的合法权益能够得到充分的保护,在他们最需要法律帮助时为他们雪中送炭。截至目前,伟聚所已经为农民工免费援助代理仲裁、诉讼案件等40余件,提供法律援助200余人次,义务电话解答、上门法律咨询近千次,为农民工维权做了自己力所能及的工作。

三、尽心尽力尽职,服务社会大众百姓

伟聚所长期以来一直以极大的热情、高度的责任感和专业的法律服务为需要帮助的当事人提供法律服务。如本市“11·15”火灾发生后,伟聚所在第一时间派出多名经验丰富的律师进驻火灾工作现场,在两个多月的现场值班接待中免费解答大量群众的法律咨询,后又参与刑事案件部分的诉讼工作,为此类突发社会事件的处理贡献了自己的力量。

同时,伟聚所还承接了本市“12348”法律咨询专线夜间值班工作。对此项工作该所高度重视,组织了经验丰富的专业律师承担值班工作,并配备专门的通讯工具,配合有关技术部门及时开通值班电话。

在全所的努力下,“12348”法律咨询专线夜间值班工作目前进行顺利,累计已完成夜间值班近1.5万小时,共有效解答各类法律咨询1万余人次。●

(作者单位:上海市伟聚律师事务所)



范仲兴

2004 年荣立上海市司法行政系统三等功

2006 年荣获宝山区“十佳律师”

2008 年荣获第三届全国法律援助先进个人称号

2009 年荣立司法行政系统三等功,被评为上海市化解社会矛盾先进个人和宝山区第六批专业技术拔尖人才

2011 年获评“2008—2010 年度上海市优秀律师”

宝山区人大常委会内司委委员、区人大代表

人物·优秀律师

●文/严珊珊

正直善良为人 专业理性从业

——记“上海市优秀律师”范仲兴



服务东方明珠、金茂大厦等重大工程,他是专注于钢结构建筑法务问题的专家律师;处置涉外突发伤亡事件、化解涉及 500 余名职工的劳资纠纷,他是维护社会和谐的正直律师。他就是沪上律师中首位个人出资捐建西部希望学校的善良律师、乐于为民请命的人大代表、“2008—2010 年度上海市优秀律师”范仲兴。

从业 27 年来,范仲兴把“正直善良、理性专业”这 8 个字当成自己的人生坐标和奋斗目标,以自己精湛的专业知识和热诚的赤子之心服务客户、服务社会。

自学成才,“没进过大学”的律师

“可以说,我是个‘没进过大学’的律师。”谈起自己的人生经历,范仲兴打趣地说。与许多科班出身、从大学法律系毕业入行的律师不同,1955 年出生的范仲兴经历十分坎坷。

1966 年,不满 11 岁的他因为文革被迫中断了学业,直到 1972 年参加工作都没有继续接受教育。1977 年恢复高考时,单位不同意其辞职报考,范仲兴只好选择放弃。

1979 年,在高考无望之下,范仲兴走上了艰苦的自学之路。高小、初中和高中的全部课程都是通过自购书籍自学完成的。“当时所有的休息天自己都是在新华书店或图书馆度过的。家里住房条件不好,无法开灯看书,就靠近窗口,掀开窗帘一角借助窗外月光和路灯灯光看书。那年冬天特别冷,至今我还记得身披棉被,双脚穿在‘坦克’棉袄袖管里借窗口微光夜读的情景。”范仲兴回忆说。就是在那样的条件下,他靠业余时间取得了初中毕业和高中毕业文凭。1983 年,他开始了高等教育的自学考试。

1985 年 5 月的一天,30 岁的范仲兴终于走进了复旦大学的校门。“那天,我是第一次走进大学的校门,但我却是来领毕业文凭的,毕业文凭上盖着‘复旦大学’鲜红的印章。”范仲兴毫不掩饰地回忆起自己当初获得自考大专学历文凭时的兴奋。

1986 年,范仲兴进入当时的吴淞区律师事务所实习。期间,他有幸参与了沪上第一起民告官的行政案件,协助当时的老师为吴淞区人民政府打赢了一场非常有影响的行政诉讼案件。为此,他被调到了当时的吴淞区司法局,安排在律师事务所工作。

1988 年,毫无法律科班背景的范仲兴选择律考,与法律本科生、研究生、甚至法学老师同场竞争。最终,他脱颖而出,不但通过考试,更取得了全区第一名的好成绩。

从 1992 年到 1995 年,范仲兴参加了华东政法学院的法学专业函授教育,通过努力终于拿到了法学本科文凭。2002 年至 2005 年,他又参加了上海行政管理学院和澳门科技大学联办的“市场学专业”研究生阶段的学习,整整 3 年后,50 岁的范仲兴取得了硕士学位。

理性专业,为重大工程保驾护航

坎坷的经历被范仲兴看成是一笔财富,更为他的执业打下了坚实的基础。“我可能是上海律师里专业最细分的律师。”范仲兴介绍说,由于年轻时曾有数年机修工段长的经历,对金属性能及其构件加工有一定的实践经验。20 多年来,他形成了为钢结构加工、制作、安装和施工企业或工程项目提供专业法律服务的特长。

几乎所有的重大工程项目都离不开钢结构建筑,范仲兴善于从法律与技术结合的特点为上海金属结构行业协会及众多大型钢结构企业和重点工程项目贡献自己的才华,先后为中央电视台新楼、上海金茂大厦、东方明珠、新上海博览中心等重大工程的钢结构施工部分提供过专业法律服务。

说起自己印象最深刻的案子,范仲兴提起了位于浦东的某著名建筑。该建筑的主体结构是钢结构,当年的建造工艺是将 570 余根数米长的高强度巨大螺栓预埋于混凝土基础中,然后将已在工厂制作完的构件与之连接。

2001 年 5 月 31 日,在吊装连接时,其中三根突然发生断裂。当时情况紧急,若是螺栓质量出现问题,那么整座大厦日后的风险不堪设想,更意味着将 500 多根巨大螺栓从已完工的混凝土基础中返工,这是极大的工作



量。怎么办?有关领导到达现场后心急如焚。范仲兴仔细观察后,在最短的时间内提出建议:螺栓外层是经热浸镀锌处理的,如在断裂面发现镀锌膜则可断定在镀锌前已有裂口,是外在质量问题;如没有则反映螺栓的材质和强度有瑕疵,并建议立即做材质检测,而其他法律关系方面的调整则在固定证据后处理。这一建议为工程方面的决策提供了参考,事后的处理也证实了范仲兴的判断是正确的。

而在另一起受理后长达4年半时间才做出裁决的案件,也令范仲兴记忆犹新,那就是洋山深水港指挥部大楼仲裁案。

上海市洋山深水港陆域基地在建设时需建造两幢宿舍、两幢办公楼及一幢多功能厅及餐厅等,均为轻钢结构简易房,由H公司发包给M公司,工程已在2004年5月底完工,但双方对工程过程中迟延付款、延误运输、变更设计、延误确认材料、维修保养、工期延误及其法律后果的认识差异而发生争议,故提交仲裁。

申请人H公司诉请M公司赔偿851万余元,而M公司则反诉H公司赔偿近573万元。双方及仲裁庭共有9名本市律师参与其中,争议焦点集中在轻钢结构简易房的材料供应及安装的合同性质及效力。

范仲兴律师作为被申请人的代理人参加了仲裁活动。他结合案情认为,轻钢结构简易房是一种全新的模式,目前尚无法律、法规对其作为一个行业进行定性,即不能适用建设工程项目的法律法规,市场也没有准入规定,因此对于材料供应和安装而言就是民法上的有效合同。

各方律师也均在案件仲裁过程中贡献了自己专业的智慧和努力,使范仲兴庆幸能够在同一个案件中向如此多的同行学习,实属机会难得。

最终,经过多方多次交换意见,由三位律师组成的仲裁庭裁定,双方诉请相互抵消后,申请人H公司反而要支付被申请人M公司212万余元。

化解危机,处置涉外突发伤亡事件

在成为一名成功的专业律师,为众多重大工程提供优质服务的同时,范仲兴始终把服务社会、维护社会公平正义作为自己的职业使命。他办理的各类案件达到上千件,其中参与化解、调解各类社会重特大矛盾纠纷、突发事件20余次。他20多年如一日,定期为居民提供义务法律咨询,努力为化解社区矛盾和平安建设作贡献。作为宝山区政府律师志愿团的成员之一,每当有社会突发事件时,范仲兴都是“叫得动”、“过得硬”的化解突发危机的能手。

2007年5月,本市某高校附近的休闲广场上发生两

名韩国学生意外死亡事件。作为事件善后处理工作小组的律师,范仲兴在第一时间驱车赶到10公里外的事故处理小组,深入现场观察,且在笔记本上记下了每一个观察到的细节,对事发现场做了精准地描述。为了更好地研究案发情况,范仲兴自己绘制了简单的现场示意图,回到家后,又伏案记下了整个调查经过,完成了一份涵盖“水池现场情况描述”、“法律关系判断”、“对致死原因认定的建议”、“对解决方案的预测”等几方面内容的《关于某广场意外事件的工作汇报和初步分析》。凭借丰富的办案经验,他仔细分析事件后,建议作一个现场勘查或者水池(含设施)完好情况的鉴定,以得出一个有无危害性的结论。

由于该事件是一起涉外突发伤亡事件,受害者家属多人来沪,外国记者云集,韩国领事发照会,还惊动了外交部,情况特殊又紧迫。范仲兴在这个时候从容不迫,妥善处理,以自己扎实的法律功底指出了事件的性质、法律关系、义务主体、适用法律及建议方案,为本案逐步理清了至关重要的脉络,为此事的圆满解决提供了不可或缺的帮助。

正直善良,人情温暖受伤当事人

如何妥善处理群体性事件或突发危机,既保障社会和谐又让当事人解开心结?范仲兴的回答是:“人情味”。

2007年5月6日,外环高架道路吴淞段发生了一起集装箱高架坠落事故,事故造成在高架下进行绿化养护的工人及高架道路下一快餐店员共三死五伤。事故发生后,与吴淞街道结对服务的上海市范仲兴律师事务所迅速介入。

事故的发生,源于一辆套牌集卡的不规范操作,范仲兴与所内律师一起对事故善后处理的法律服务介入方向、可能出现的不利因素作了分析,在与区司法局、街道有关领导就事故的善后处理有关法律问题作了汇报、沟通后,范仲兴及时上门为受害人家属提供法律援助。

面对突如其来的灾祸,受害人家属情绪激烈,向政府提出了巨额赔偿要求,但当范仲兴赶到死者家中,在死者遗像前鞠躬默哀,向他们详细分析解释事故责任、赔偿主体、各方努力等情况后,死者家属的情绪逐渐平静了下来,表示会理性配合做好工作。在范仲兴等律师的努力及有关单位的配合下,死者的赔偿工作很快完成。

在处理这一事件中另一位受伤者的工作中,范仲兴多次去病房看望该受害人并提供法律服务,当获悉其女儿学费困难时,还立即个人赠送其人民币1万元。

奉献社会, 乐当“农夫律师”

作为民进上海市委委员、宝山区人大代表, 范仲兴每年都会提交 3、4 份书面意见。6 年前, 他提出的《关于扶持现代服务业发展的若干建议》被宝山区人大常委会在年度工作中专门点名提及, 并成为宝山区政府的官方文件。范仲兴还时刻将民生问题挂在心头, 2011 年底, 他又最早提出“超过 50 年房龄老公房定期检修”的书面意见。

与此同时, 作为上海市律师协会宝山区工作委员会的第一、二届主任, 范仲兴把引领好队伍, 发挥好律师作用作为自身的重要工作。都说世界上最难的事情就是给同行上课, 不过, 作为宝山区律工委的主任, 范仲兴每年都会为区内的青年律师亲自授课, 并且讲的不是专业课, 而是将如何当一个好律师的心得体会归纳提炼, 毫无保留地与同行分享, 受到普遍认同。“范仲兴或许不是最好的律师, 却可能是最好律师的老师。”听了他的课后, 有同行由衷地说。

“年轻人要做农夫律师, 不做猎人律师。农夫辛勤劳动、等待收获, 猎人每枪追求必中, 不管生态平衡; 猎律师只管捕获猎物, 不管职业荣誉和行业整体形象, 这样的急功近利要不得。”谈起自己的执业心得, 范仲兴坦言道: “律师要有大局意识、社会责任意识, 要懂得奉献。”

除了授课, 范仲兴还身体力行, 以区律工委为平台, 及时、有效地组织律师开展矛盾纠纷的化解工作。

2009 年 5 月中旬, 某公司职工因劳资纠纷自行组织 100 多人, 到区人民政府集体上访, 职工情绪激烈、言语过激, 要求快速解决他们的问题。

事件发生后, 区律工委迅速组织了以与企业所在镇结对的两家律师事务所为主体的法律援助 17 人工作小组, 分别在企业所在地司法所及区法律援助中心接待已停业的企业职工, 引导他们走法律途径解决纠纷。

在整个工作过程中, 范仲兴不仅多次到现场慰问接待律师, 还多次组织召开工作研讨会。区律工委还专门撰写了《关于某集装箱公司职工劳动仲裁诉求的研判报告》, 将职工对劳动仲裁后仲裁结果的反响进行研判。在法律援助的介入下, 该起涉及共计 500 余名职工的重大纠纷得到了妥善解决。

热心公益, 首位捐建西部希望学校的律师

范仲兴还热心于公益事业, 是上海律师界首位出资以个人名义单独援建西部希望学校的律师。

玉门关外、鸣沙山下, 敦煌市杨家桥乡始建于上世纪 70 年代的学校经过 30 多年的风雨侵蚀, 早已年久失修。孩子们在四面透风的教室里艰苦求学, 课桌板凳破旧不堪, 灰不溜秋的黑板上, 老师的字迹都难以辨认; 寒冬时节, 冷风直往教室内灌, 孩子们必须戴着手套才能写字; 若是碰上下雨, 墙壁上黄水流淌, 师生的衣服鞋帽都会淋湿。

如此艰苦的学习条件让范仲兴十分揪心。经宝山区司法局和甘肃省酒泉市司法局牵线, 2007 年下半年, 他个人出资 20 万元, 捐资重建这所九年制希望学校。2007 年 11 月, 敦煌市杨家桥范仲兴学校建成, 并顺利投入教学。敦煌市杨家桥乡人民政府还在校区门口树立一块石碑, 纪念和感谢范仲兴的善举。如今, 宽敞明亮的教室里, 600 多名孩子正襟危坐、书声琅琅。

“记得小学的一年级, 我也是在农村念的, 当时一年级坐北半个教室, 二年级坐南半个教室, 老师上完一年级再教二年级, 而隔壁就是老师的家, 两个年级做课时, 她就为大家烧午饭。可以说, 这段深刻的求学经历让我和这些西部的孩子特别有共鸣。”范仲兴感慨道。说起捐建学校的初衷, 范仲兴说, “有人往长江和东海里放养中华鲟, 中华鲟会长大和繁殖, 使自然生态平衡, 但与放养人是永远没有直接关系的, 甚至直到他去世。但我希望在 3000 公里外这 600 多个孩子心里播下爱的种子, 等他们长大了, 再把这些种子播种出去, 这样, 社会的生态会更加平衡, 与播洒者虽然没有直接关系, 但价值观念实现的快乐是任何物质也买不到的。”为此, 他每年都会抽空回学校看望孩子们, 给他们上课, 跟他们谈心, 为他们捐奖学金。

“春天, 范叔叔的心是蚕, 吐出缕缕的丝; 夏天, 范叔叔的心是泉, 喷出清凉的水; 秋天, 范叔叔的心是霞, 撒出七彩的光; 冬天, 范叔叔的心是火, 送出炽热的情。”每年, 孩子们的信像雪片般地飞来上海, 信里充满对“范叔叔”、“范爸爸”的感激。而无论工作多忙, 范仲兴总是坚持一一亲笔回复这些来信。

如今, 范仲兴的办公室里静静地躺着几十包孩子们的来信, 每当看到孩子们稚嫩的笔划写出的爱, 他仿佛又回到敦煌, 看到那一双双渴望知识的眼睛里闪现的神采, 那一张张天真的面庞上洋溢着灿烂的笑容……

范仲兴说, 做律师分三个层次: 第一个层次把它当作一个职业, 养家糊口的职业; 第二个层次是一个专业, 不仅仅是指需要法律的专业知识, 还要有专业的方法, 专业的程序去做; 第三个层次它是一个事业, 做律师的同时也在实现自己的人生理想。如今, 范仲兴在利用自己的专业践行社会责任的过程中, 正在实现着自己的人生理想。●

人物简介

徐培龙:上海市朝华律师事务所党支部书记、合伙人、副主任。现担任上海市律师协会青工委委员和公司法研究委委员,获2011年上海市第四届优秀青年律师称号。

人物·优秀青年律师 ●文/徐培龙

执着追梦 用心做事

——一个青年律师的执业思考



已经记不起什么时候,甚至无法讲出确切的原因,成为一名律师的梦想早已在我的脑海里深深扎下了根,让我的择业、从业之路走的如此自然而顺畅。

1998年高考,也算的上是千军万马过独木桥,我从安徽考上了第一志愿:华东政法学院,迈出了实现我律师梦的第一步。那一年,我幸运地成为安徽省理科当年被华东政法学院录取的8人中的一员。从小拿过全国数学奥林匹克一等奖、全国数学联赛三等奖和多个省、市、校级奖项的“数学获奖专业户”的我,却早早坚定了报考政法类大学的志向,不为别的,只为那懵懂的律师梦。

在大学里,象牙塔中的安逸,从未打磨掉我对梦想的执着。无论是对各类理论课程,还是对各种案例和法规,习惯于“按照自己理解”的我从来不死记定义、也从来不肯法条,即便是在考试的时候,我也是用自己的理解作答。毕业实习的时候,我毅然决然选择了去律师事务所实习,不为别的,只为那执着的律师梦。

在择业的道路上,我是幸运的。我是大学寝室里唯一一个没有找过工作的人,因为在实习的时候,我已早早和所在的上海朝华律师事务所进行了双向选择,而这样在所里一待就是10年。2001年进入上海朝华律师事务所实习,2002年毕业后留所任助理,2004年取得执业证书,2009年成为事务所合伙人、党支部书记,2010年被推选为事务所副主任律师。10年服务于同一家事务所的简单

经历,源于一份执着,因为我有一个执着的律师梦,并且为这个梦想的实现付出了执着的努力。

在从业之路上,我也是幸运的。在上海朝华律师事务所,我遇到了影响我职业生涯的恩师周朝华律师,是他使我与朝华所结下了不解之缘,也是他开启了我的律师执业之路。他认真、正直、严谨的办案风格和处事态度无时无刻不影响着我,让我真正认识到从业之路必有专业、勤勉相伴。

专业是律师执业永恒的话题,是青年律师成才的唯一门径。执业初始,也许还不容我们去思考专业的问题,作为青年律师,当务之急需要解决的是“温饱问题”。但是,如果没有专业的规划,也许我们将永远都停留在“温饱问题”上。律师的专业化分工,是必然的趋势。这就要求律师尤其是青年律师必须去思考如何自我调整,如何让自己顺应这一趋势。首先,我们需要有一个明确的定位,这个定位可以在执业前根据自己的专业知识来确定,也可以是在执业过程中根据自己的业务方向来确定。其次,我们要通过不断地学习来充实自己,让自己在专业方面的知识更加扎实,没有专业知识支撑的“专业”只能是无根之木。再次,我们要有所侧重。要做专业律师,就必须根据自己的业务发展规划在执业方面有所侧重。

我是在执业过程中结合自己的执业实践来逐步确定专业方向的。执业伊始,我接触了数个外资并购的案件。在与当事人会面前,我做了大量的准备工作,从茫然到整个程序脉络的清晰。在草拟文书前,我通过互联网查询了各种各样的案例和文本,对并购程序和文书格式有了更清晰的认识。在具体操办过程中,我通过向经办部门咨询和实际操作办理,再结合自己所掌握的理论知识,整个并购框架和程序文件可谓烂熟于心。在随后的执业过程中,我不断加强自己在股权并购等方面的知识积累,逐步形成公司法律服务的专业定位。我的体会是:要成才,就必须专业,就必须在某一个领域里成为“行家里手”。

勤勉对于律师来说,是一种必备的品质。不懂付出,无以回报。不肯付出,怎能有收获。执业中,我时常提醒自己,办案质量的好坏,跟自己的付出是成正比的。如果没有足够的时间投入、足够的精力投入,是没有办法把案件办好的。我们要最大限度地维护当事人的合法权益,这就要求我们“最大限度地投入”。

我曾代理过一起涉嫌职务侵占罪的刑事案件,当事人对公诉机关指控的犯罪事实予以完全否认。案发初始,当事人曾找到过我,并且委托我介入过侦查阶段的代理工作,但随后因当事人不再联系而“不了了之”。原本以为已经结案的我,却在半年后接到了当事人家属的电话,称“已经判了”。当我在接受二审辩护委托后,第

一时间赶往看守所会见当事人的时候,她看见我的第一句话就是“我知道会是你来的”。那一刻,在她的眼里,我看到的只有期许和信任。但是,面对的是已经作出的有罪一审判决,我跟当事人及其家属客观地分析了所面临的困难,我也坦言“没有把握”。但是,当事人及其家属却在此时给了我无比的信任,他们说“请你跟我们一起争取!”在随后四个月的时间里,我先后数十次会见当事人,用数个不眠之夜来翻阅卷宗。终于,功夫不负有心人,我在数次绝望之后迎来了曙光。我注意到,当事人涉嫌的犯罪事实共有三笔,金额 2.5 万余元,其中一笔金额较大的近 2 万元。在阅卷过程中我发现,本案有一细节特征:由于单位报案只是很笼统的称“发现现金缺少”,最初公安部门在侦查过程中很难核实具体情况,于是委托司法审计。但是在审计后,由于种种原因,最终厚厚的审计报告并未被作为主要证据采用,公诉机关的指控也是针对三笔具体的资金去向展开的。我在阅卷过程中,也正是注意到了这一细节,发现审计报告始终未被有关部门和当事人以及一审辩护人所重视,于是对审计报告予以高度重视,希望从中找到蛛丝马迹。而我惊喜地发现,恰恰是在这数百页的审计报告中,最终公诉机关指控的三笔资金的去向均有相应记载。于是,在二审辩护的过程中,我几乎无需再费口舌,只是向法庭展示了在卷宗里的审计报告中的这几页关键性证据,就足以提出最有力度的辩护。二审法院最终将此案撤销原判,发回重审。我在收到裁定书的第一时间,向一审法院递交了《取保候审申请书》,这一申请也“理所当然”的获得了批准。随后,此案由原公诉机关撤回起诉,并在公安部门补充侦查后,由人民检察院依法作出不起诉决定书。当事人终于洗脱罪名,全家人欣喜若狂,他们来事务所感谢我,去司法局送锦旗。我也像他们一样欣喜,有种无尚的使命感和荣誉感。但我清楚地知道如果当初没有耐心伏在如山的卷宗中,如果当初没有用去那数个不眠之夜查找证据,这是根本不可能办到的。

做这一行切忌浮躁。我自己最爱的一句话是:“有时候,成功往往属于那些耐得住寂寞的人。”只是在这个浮躁的年代,并不是所有人都能够做到“心平气和,纯净洒脱”。在如今的纷纷扰扰、五彩斑斓之中,冷静客观地思考尤显弥足珍贵。这一点,对于我们年轻律师而言,尤为重要。

俄罗斯作家克雷洛夫说过:“现实是此岸,理想是彼岸,中间流淌着湍急的河流,行动则是那座到达理想彼岸的桥梁。”我的理解是:梦想,如果只停留在想上,将永远是个梦。梦想的实现需要我们付出超乎常人的积淀,坚定的信念和不辍的脚步是每一位优秀律师的必备要素。●

法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

养成、伦理、心理与技能

——漫谈申请律师执业人员培训课程建设

本期主持:章志伟 上海律师学院副院长

嘉宾:刘逸星 北京大成律师事务所上海分所主任

丁伟晓 上海欧申律师事务所主任

王 嵘 上海汉商律师事务所主任

文字整理:薛 侃



章志伟:三位律师下午好,今天我们“法律咖吧”活动谈论的话题是“申请律师执业人员培训课程建设”。各位都知道,在律师学院所举办的培训中,一个主要的培训工作就是对“申请律师执业人员”的培训,这既是法定任务,也是律师学院向本市律师事务所提供的重要服务。为进一步提高申请律师执业人员的科学性、系统性和针对性,使此项培训跟进本市律师行业发展趋向,贴近本市律师行业执业要求,成为申请律师执业人员步入律师职业的绿色通道。今天,律师学院邀请在座各位就“申请律师执业人员培训课程建设”发表各自高见。

一、关于课程设置的指导思想

章志伟:课程是培训的灵魂,所谓培训课程,就是指参训人员在培训期间所应学习的学科总和及其进程与安排。狭义上讲,就是我们通常说的某一门学科;广义上讲,就是培训中的各门学科以及有目的、有计划的教学活动。如何科学、合理地设置申请律师执业人员的培训课程,律师学院很想听听在座各位的建设性意见。

刘逸星:谈及申请律师执业人员培训课程的设置,首先应考虑到我国律师职业或法学教育的特殊背景。当下,在世界上大多数的国家,尤其是法制发达的国家,法学教育专业已经是一门应用学科,而我国目前的法学专业教育,却依然停留在理论传播或知识灌输的层面。在此教育背景下,造成我们法学专业毕业的学生,即便通过了司法考试,但仍然无法掌握科学的方法来应用法律,无法顺利地驾驭执业技能。这就给我们律师学院培训工作留下了一块很大的空间,即现行法学教育的知识

型、理论型与律师职业的实践型的差距,为填补这个差距,律师学院就有必要对有志于从事法律职业的人进行职业技能、方法、应用的科学指导。

丁伟晓:刚刚从法学院毕业出来的学生,即使通过了司法考试,踏进律师事务所工作,并不懂得如何制作各种法律文书,作为律师助理,也不懂得如何做庭前准备。如何在一个比较短的时间内给那些新进律师行业的法学院毕业生一个新的职业能力、技能的学习和训练框架,我想这应该是律师学院对申请律师执业人员课程建设的一个方向性问题。我个人认为,就总体培训内容而言,律师学院的各类培训课程都应该是实践性和实务的课程。短暂的培训课程可以在学员从理论走向实践的最初,为他们打开一扇窗。

王 嵘:当我们在考虑申请律师执业人员培训的课程设置时,律师学院应该有一个自我评判的标准,不能以学员叫好作为课程取舍、优劣的依据,因为大多数刚从学校毕业的申请律师执业人员,习惯于授课式的学习方式,大量的听课兴趣点可能还停留在听故事、听笑话、听段子,听一些像火花一样的语言上。有时候受学员欢迎的老师不一定说明课程本身就是好的,有可能是老师个人的特点,诸如口才好、讲课有感染力等。应该看到,律师学院培养的目标不是让学员去做听众,而是受训后要登上律师职业舞台能够独立演戏的演员。因此,课程设置要看培训效果,而培训效果应该听取受训者所在律师事务所对受训者受训后的评价,即看受训者在受训后,他们的精神面貌有没有改变,工作素质有没有提升?律师学院进行课程设置的时候,不要单听掌声,而要更多地关注学员的能力和行为变化,不要仅以学员的现场反映来评价课的优劣、决定课的取舍。坦率地讲,律师执



本期主持:章志伟



嘉宾:刘逸星



嘉宾:丁伟晓



嘉宾:王 嵘

业技能的不少课目是及其枯燥的,就像现在的奥运选手的训练课,没有一门是不艰苦的,最艰苦的锻炼才能成才。培训意味着你要改变自己以往的旧习惯,必须按照职业要求养成好的习惯,这样的培训对学生固有的习惯是一种消减。我们在律师学院课程的设置上一定要避免快乐教育的原则。

二、关于课程架构

章志伟:律师学院对申请律师执业人员的培训应当体现出“法学理论与法律职业实践的对接”,使培训成为律师行业新人由“学员”成为“演员”的成材通道。如何使培训课程更加体现实用型、实务性和实在性,合乎律师职业发展的内在规律以及体现其科学性,并符合本市律师事务所对律师人力资源开发的需求呢?

刘逸星:申请律师实习人员的培训课程设置要有一个合理的比例,基础课与专业课要比例适当,在安排专业课时要参照上海律师产业发展的特性与方向。基础课是全国通用的;专业课设置要参照上海律师的业务结构或上海“四个中心”建设给律师业务带来的特点。

王 嵘:申请律师实习人员的培训课程的设置不求全。要精选重点内容组织培训,以法律文书而言,法律文书五花八门,从中精选一种,如会议纪要。我认为对申请律师执业人员的培训可以分为大课和小课。像职业礼仪、职业道德、执业纪律、执业技能等通用知识以及那些听、说、读、写的技能可以用大课。小课部分有菜单的功能,像选修课一样。设计一个征询意见表,让参训学员报出自己的特长和弱项。然后我们在课程设计中安排几个模块,对拥有某些特长或弱点的人指定配置其必须参训某些小课,在此基础上再配一些纯粹的自选课。要帮助每个申请律师执业人员在全市一万多名律师中找到自

己的位置,要帮助学员了解上海律师发展历史轨迹和现状。对申请律师执业人员进行职业伦理和职业价值观的教育,这也是很重要的。

丁伟晓:在课程设计上最重要的是通用课程,包括法律文书制作(各类诉讼文本和非讼文书)格式和写作要求,在大学里虽然也有法律文书这门课,但离实际工作尚有很大的距离。另外,一个通用能力就是自我管理能力,律师职业被称之为自由职业,“自由”也“孤独”。一个新执业的律师往往不知道一天应当如何安排?是去会见客户呢?还是制作文本呢?是为诉讼律师作庭前的准备呢?还是为事务所作推广资料呢?如何做出有序、系统的安排就显得尤为重要。此外,还有像谈判技巧、讼辩技巧,这类课程是有些共性可以总结并讲授的。申请律师执业人员培训课程应该包括:律师礼仪,这个礼仪不仅仅是衣着、举止等外在的东西,还应包含一些诸如对律师事务所制度的遵守、与带教老师及所内同行的相处。律师礼仪不仅包括彰显职业特征的仪表举止,而且包括应当遵守的职业规范。此外,还有一个职业心理也很重要。一方面做一个“小小的”律师确实有必要建设强大的内心;另一方面也体现整个行业对新律师的人文关怀。

三、关于培训方式

章志伟:成功的入职培训应该在帮助学员获取职业基本能力,掌握职业基本知识,培养职业基本素养的同时,能够帮助学员了解职业发展轨迹,知晓职业发展现状,获取职业发展前景,从而帮助学员找到自己的职业方位,确立职业愿景。作为职前培训,我们不仅要有好的培训内容,更需要好的培训方式,请各位能否就改进律师学院对申请律师执业人员培训的教学方式提建设

性建议。

王 嵘:搞好培训,要有好的师资,师资最好从有实战经验的法律人员中去选择,可以选择一些名牌律师事务所、品牌律师给申请律师执业人员授课。为活跃教学气氛,扩大教学收益面,有些培训科目可以采用助教制,一个科目,有几个老师共同讲授,一个老师任导师,主讲课程内容,其余老师配合担任助教,负责对导师的讲授内容进行示范、指导和督导。培训过程中,对于讲课内容,可能的话要及时练习,对学员的练习要进行指导,对学员的作业要进行点评。为了便于教学互动,同时也是便于教学受益面,对于实践性、操作性很强的小课,课堂规模最好不要超过 50 人。

丁伟晓:培训要取得好的效果,应当有一点作业。作业可以是课前的,也可以在授课过程中进行,还可以是课后的。对于学员的作业,最好要有反馈,进行点评、指导。点评作业的老师不一定是授课老师,也可以由其他老师来做。根据成人教育的特点和实务教学的特性,在教学过程中增加学员之间、授课者与受训者之间的互动很重要。为了增加互动,建议在培训过程中设小组作业,七、八个人一组,集体讨论一个问题、完成一项设计、形成一份报告或发表一次讲演等等,一来培养学员团队合作精神和沟通能力,二来可以扩展教学收益面。另外,好的培训内容往往需要通过适当的培训形式来体现,规范、严肃的入职前培训,付之于一定的仪式是很有必要的。通过仪式,让每个学员留下深刻的记忆,通过仪式让学员有一种庄严感、神圣感,因此我建议培训起始要有适当的仪式。

刘逸星:培训班的教学方式可以搞得灵活一点,不

一定局限在课堂里进行,可以进行现场教学,有些实务性、操作性很强的课程可以到律师事务所现场去进行,让学生真实感受不同类型律师事务所的职场氛围。现场教学规模控制在 20 到 30 人左右,为了便于教学互动,人数最好不要超过 30 人。

四、职前教育要实,技能训练要严

章志伟:刚才大家都提及了对申请律师执业人员培训掺入必要的“痛苦”,是否能请几位具体谈谈该如何操作。

刘逸星:评判一个职业培训课程是否科学的标准之一一是课程能否引导学生动脑动手。也许培训过程是很痛苦,要求学员动脑和动手,但通过培训学员学会了一种思考方式,也学会了动手方式,那么你的课程就是合理的。如果你让学员像听众一样享受音乐会那样享受培训过程,那你的培训永远训练不出音乐家。我们要把“痛苦”体验融入到课程,例如培养京剧家、歌唱家,抑或是体操运动员,其过程一定是痛苦的。经过这样的流程培训出来以后,学员的演讲能力、文书能力以及电脑能力都要达到一定的标准,要有相应的考试检测。

丁伟晓:作为学生的经验告诉我们,学习没有一点痛苦和压力,就感受不到学习所带来的喜悦和成就感。所以入职培训也要给学员一定的紧张感,时间的安排上不能松松垮垮,好像只是履行一种过程。现在有一些刚入职的律师通过律师资格考试,又是硕士学位,往往抱着一种不那么珍惜的心态来参加培训,因此,对学员要给予一点压力,使学员以后对培训的回忆有点厚重感。

信 息

市司法局律管处和市律师协会 再获中国法律援助志愿者行动先进称号

日前,司法部律公司、司法部法律援助司、司法部法律援助中心和中国法律援助基金会联合在北京召开大会。原全国人大常委会副委员长顾秀莲、司法部部长吴爱英等中央领导同志出席会议并作重要讲话。

“1+1”中国法律援助志愿者行动,自 2009 年 7 月开展以来,在司法部、团中央领导的高度重视和亲切关怀下,在各级律师管理部门和法律援助机构的大力支持下,取得了良好的社会效果。参与志愿者活动的广大律师在西部基层

磨练意志、增强才干、服务群众、奉献社会,充分展现了律师作为社会主义法律工作者的精神风貌。

上海市司法局律师工作管理处和市律师协会在市司法局领导的高度重视和指导下,积极主动开展工作,自该项工作从 2009 年开展以来,已连获 2009 年、2010 年先进集体光荣称号,这次再获 2011 年度先进集体的称号,实现了“三连冠”。上海开展“1+1”法律援助志愿者行动的一些工作思路和具体工作方法,也多次受到司法部有关领导的表扬。



王 嵘：培训意味着要求你要改变自己以往旧的习惯，必须按照职业要求养成新的习惯，这样的培训对学生固有的习惯是一种消减。把律师学院的入职培训当作一件快乐的事，这在价值取向上是有问题的，当然在教学过程中并不是不考虑调节学生的情绪，如果你每门课都板起脸，都让学员难受这恐怕不行。刚才丁伟晓律师提起的申请律师执业人员的演讲能力问题，如果一堂课让每个学员进行上台三分钟演讲，尽管对每个学员来讲可能是一种煎熬，但像这样的课却很重要。

五、教学要开放、创新，要搞活

章志伟：刚才几位律师都谈到，在增强申请律师执业人员培训力度的同时，也要唤起青年人职业激情和培训热情。那么如何使我们的培训工作能够进一步调动学员的参学积极性，请大家谈谈自己的看法。

王 嵘：要提高培训质量，就必须增强培训的教学直观性，在申请律师执业人员的培训中，可以引进庭审录像视频。上海法院多年来都有庭审现场录像，我们能否有选择地向法院调取一些庭审实况录像，选择一些公开开庭审理的案件录像，尤其是征集那些成功的刑事辩护和民商事代理的庭审实况录像，如果涉及一些不宜播放的场景视频，可以通过剪辑；还可以向律师事务所调取一些成功的内部讨论案例的真实视频，提高学员的培训质量。

刘逸星：律师学院能否借鉴和引进一些欧美律师学院的培训课程。上海的律师要国际化，这是趋势，我们律

师培训也要面向国际化。法律服务业有很多共性，发达国家的律师培训课程是经过百年的积淀，一定有很多合理因素和科学成果，我们可以“拿来主义”地引进，包括延聘欧美、港台资深律师讲授课程。

丁伟晓：欧美反映律师职业的影片及著名案例纪实也可以用作教学，在职业伦理方面的反映也具有共通性，如电影《造雨人》，又如 BBC 的《SLIK》等等。我们在培训班中可以组织学员观看这些电影的全部或部分剪接，而后组织学员讨论，从中得出结论，获取教益。

章志伟：刚才大家对申请律师执业人员的培训课程建设提出了不少真知灼见，使本人受益匪浅，归纳大家的建议，我感到律师学院今后对申请律师执业人员的培训中，要更加关注以下问题：一是在课程设置上，应当更加注重新于良好的律师职业养成、健康的律师职业心理构建、规范的律师职业伦理植入和通用的律师职业基础技能的训练；二是在培训过程中，要不断改进教学方式，拓宽教学渠道，增强教学直观，强化教学互动。教学互动包括现场互动、作业互动和网际互动；三是要不断挖掘教学资源，以现代传媒技术为依托，增加视频课件在教学中的应用，可以引进国外的成功教学课件，也可以从影视作品中截取视频课件，还可以通过与本市法院联系，获取庭审实况视频记录。上述这些宝贵的建议，对律师学院以后对申请律师执业人员的培训，乃至其他各类培训都有重要的指导意义和参考价值。对此，律师学院对大家从百忙之中抽空前来此参加“法律咖吧”的活动表示衷心地感谢。●

（本文内容根据录音整理，为嘉宾个人观点）

上海“全国优秀律所”巡礼之三

●文 / 上海市通力律师事务所

栏目组稿人:贾明军 iamingjun@iamlawyer.com

通力律师事务所—— 打造“百年老店”的发展之路



1998年,一支以涉外非诉讼业务为特点的律师事务所——上海市通力律师事务所(简称通力)诞生在中国的金融中心上海;2003年,通力的第一家分所在北京成立。14年的时间,通力和中国律师行业共同见证了风雨也经历了彩虹。尽管通力不是中国规模最大的律师事务所,但其创新能力、专业水准、国际化视野及竭诚奉献的服务态度使该所独树一帜。

通过以下近3年的数字,就能看到通力一路上的高歌猛进:2009年,通力的业务收入为5500万元;2010年,业务收入达到7500万元;2011年,业务收入创造了1.1亿元的历史最高水平。人员方面:2009年,员工为80人左右;2010年,员工达到90人以上;2011年,员工数已过百人。业务领域方面:2009年,通力的业务领域包括了银行金融、资本市场、收购兼并、公司及商业、资产管理、房地产、VC/PE;2010年,业务领域增加了税务及专业纠纷,今后会向更多的业务领域进行扩展。

14年,从一个呱呱坠地的婴儿,到蹒跚学步的童年,再到如今意气风发的少年,创业及发展之路并非一帆风顺。谈及这不寻常的14年,创始及管理合伙人韩炯律师说:“千言万语不知从何说起,我想是‘痛并快乐着’这5个字可以很好地反映出自己的心态,不仅仅是律师执业,包括通力从组建到发展,都遇到过各种各样的问题与挑战,每个环节都曾让自己有过退缩的想法,但每一次都最终坚持了下来。过程确实是痛苦的,但是每经历过一次痛苦都会让自己有心灵上的满足感与成就感。因此,痛苦的过程也会带来快乐,我相信这是通力发展14年来自己心路历程的总结,未来的日子也仍然会是这样一个过程。”

正如韩炯律师所言,通力14年的发展之路,有欢笑更有泪水。通力的发展壮大是有目共睹的,这里面有合伙人、业务律师及其行政人员辛勤的付出,更有着追求精神理念的执着。

人才是最有价值的财富

从建所伊始的寥寥数人,到成为今天在银行金融、资本市场、公司并购等领域的知名律所,通力的快速发展正是因为培养和拥有了一批年轻有为的、愿为中国律师业发展做出贡献的优秀人才。通力的创始及管理合伙人韩炯律师感叹:“人才是我们最有价值的财富。”

律师事务所的竞争即是人才的竞争。为此,通力四管齐下,十分注重从人才的储备、引入、培养和激励等4个方面进行人才梯队的建设。

通力实习生校园招聘,是通力校园人才储备的大手笔。每年的四、五月间,通力负责人事招聘的合伙人会分工合作,到全国著名的法学院进行宣讲,并与学生们进行面对面的交流。目前,通力已与复旦大学、华东政法大学、上海交通大学、上海外贸学院、厦门大学等著名高校的法学院建立了长期实习合作关系。通过集体笔试、集体面试及案例讨论等方式,考试通过的学生将在事务所进行一年的实习。在此期间,通力还会不断地补充人才,校园人才库是通力最充实的保证。

通力对人才的引入,目的是要让不同层次的人才发挥出最大的潜能。不管是合伙人、顾问、业务律师、实习人员乃至秘书、行政人员,都是根据其岗位制定不同的选拔机制。通过制度化的职业培训、专业化的团队规划和晋升路径,使通力的员工们有一个清晰的职业规划。

对于通力的新入职员工,入职第一年有导师带教,同时定期进行事务所业务及行政制度的培训。通力自成立至今,一直坚持每周的律师业务培训,由外部专家或本所的合伙人、资深律师进行业务培训或案件交流。上海及北京两地的律师,还根据业务经常进行异地交流,鼓励上海、北京两地办公室的律师进行跨区域学习交流。

在人才上的投入,使通力拥有了一大批在同龄人中表现突出的专业人才,也因此连续多年被《亚洲法律杂

志》等国际媒体评选为“最佳雇主”的称号。如何让各类专业人才更好地发挥作用?通力建立起了一套比较完整的人才激励机制,通力专门成立了人事薪酬考评委员会,定期对员工进行考核评比。

对表现突出的律师,通力给予丰厚的物质与精神奖励,并建立年金制度、免息房贷制度等长效激励制度。为鼓励律师走快速但有序的职业发展道路,通力为律师量身订制了专业职级,让大家清楚地知道自己的现时定位和未来的发展方向。

坚持具有国际化视野的高度专业化律师事务所

通力的合伙人和许多业务律师,大都具有在境外(美国、英国、法国、日本、香港、澳大利亚、韩国)的从业、执业或接受教育和职业培训的经历。这些背景使得他们对于法律服务具有国际性的眼光,并对跨国商业活动拥有更多、更深的理解。

创业之初,通力植根于上海和北京。但随着在全国范围内业务的增加,以及处理重大项目能力的增强,通力清楚地意识到他们的未来植根于每一个客户、植根于需要他们提供法律服务的每一片土地。

尽管通力的每一位律师都具备相当的经验、技能和知识,但通力深知,客户所希望的是在每一个案件中都能体现出该所最强的综合实力。因此,通力实行真正的团队工作模式,为每一项业务配备以合伙人负责、若干专业律师组成的专门工作小组,以确保及时高效地为客户提供法律服务。通力的专业团队不仅拥有法律精英,更拥有熟识会计、税务、金融知识并掌握英语、法语、日语等多门外语的复合型人才。

在执业过程中,通力始终追求精益求精,为众多境内外大型公司及金融机构提供富有创造性的法律解决方案,以专业的眼光帮助客户在中国复杂的法律环境下实现其商业目标。通力坚信:惟有专业化发展才能最大程度地确保自己的服务质量,进而最大程度地维护客户和合作伙伴的利益。

公司化管理体制,一体化执业模式

公司化管理体制及一体化的执业模式,是通力自成立以来的定位及办所理念。1998年,韩炯律师与其他几位创始合伙人建立通力时,就确立了“差异化市场竞争”的定位。在韩炯律师看来,律师是一个长线行业,始终要以质量为“立身之本”,以质量为“取胜之道”。

为了实现“差异化市场竞争”,通力制定了相关的

策略。14年来,虽然通力的业绩在不断提升、业务领域在不断扩大,却始终坚持着当初制定的中等规模的定位,始终保持着10至50位合伙人、50至200位律师的人员配备目标。通力走专业化的发展道路,主攻高端法律服务市场的策略一直没有改变。通力根据这样的定位,进一步制定了自己的服务理念。作为一家商务律师事务所,帮助客户实现商业目标、进行法律风险与商业利益冲突的平衡是通力的职责所在。为了做好这方面的服务,通力始终要求自己的律师掌握最即时的法律变革和最前沿的信息知识,而这最能体现出法律变迁时代中国律师的价值。除此之外,“国际化视野、本土化服务”是让通力人引以为豪的,通力将国际性与本土性很好地结合起来,为国内外客户提供优质的法律服务。

通力还配备了一套相对完善的律师管理体系,包括职级管理、部门管理、导师管理、全口径工作时间和后台管理等。在此基础上,通力实现了完整的公司化的组织架构。从作为最高权力机构的合伙人会议,到作为执行机构的管理委员会及其下属的人事薪酬考评委员会、业务管理委员会,再到前台业务部门与后台支持部门。每一个部门的律师以及工作人员都各司其职,保证工作的顺利有序进行。通力的成长依赖于全体合伙人、业务律师和辅助人员的倾力奉献和真诚合作。怀着这样的信念,通力坚定不移地走事务所一体化的道路,为客户提供一体化的服务。

文化建设与党建工作相结合,将创先争优的理念融会贯通

近年来,通力党支部将党建的一些活动与事务所文化活动相结合,以事务所业务平台为基础,结合律师的日常工作而进行。在将党支部活动覆盖到每一名党员的同时,积极影响非党员员工。自2002起建立了通力俱乐部、推广“通力家园”活动以来,对于党内文件,党支部及时组织党员学习讨论,及时理解党的方针政策;对于一些社会问题,党支部及时组织全所员工进行讨论,在了解党员律师思想的同时帮助大家提高认识、统一思想,树立正确的价值观。由于律师工作的特殊性,他们在工作非常繁忙时如再兼顾工作、学习和社会活动,就会心有余而力不足。通力党支部在这方面有一个统一的指导思想,即通力是个大家庭,个人不能统筹安排的事情,就由党支部来合理安排。学习方面,在网络日益发达的今天,可以利用网络展开新的学习安排;在社会活动方面,轮流安排社会实践活动,把党员的作用发挥到最大。近两年来,在浦东新区司法局律师党委的正确领导下,通力开展了深入学习实践科学发展观、创先争优等活动。活动中,通力党



支部认真学习上级有关文件,严格按照中央、市委、浦东新区区委和市司法局党委的要求,紧密结合通力的实际,始终围绕“解放思想、更新观念、提升修养、促进发展”的主题开展活动,增强党支部的组织建设,同时将这些活动的影响力扩大到非党员,在日常工作及生活的点点滴滴中,温暖着通力的每一名员工。

充满活力的事务所文化

人才是通力最有价值的财富。通力律师的特点在于高学历、年纪轻、朝气蓬勃、热爱律师职业并富有理想。通力致力于建设培育精英、彰显才华、团队合作和忠诚守信的事务所文化。“本土化资源、国际化视野”成为“通力人”自豪的宣言。

“有序发展、中国一流”是通力的目标;“通力合作、共同发展”是通力的理念;“相互帮助、和谐家园”是通力的理想。建所至今,通力深知员工对于企业的重要性,并已形成了具有通力特色的企业文化。通力俱乐部成立9年来,经常组织员工开展形式多样的文化娱乐活动。俱乐部有专门的活动经费,并征求大家的意见组织活动。俱乐部在春、秋两季组织员工旅游,并在周末的时候组织员工开展足球、羽毛球、滑雪等集体活动。在中秋节等传统节日,通力对外地员工会送上一份事务所的祝福;春节之前,通力会组织年会让大家一展才艺等等。这些活动时刻都让大家感受到通力是一个大家庭,而每个人都是这个大家庭的一员,因此当有“家人”遇到困难时,更多的“家人”会毫不犹豫地伸出援助之手。平时的积累在“玉树地震”、“世博会”等关键时刻得到了充分地体现:玉树地震发生之时,很多员工不需要通知就主动迅速捐款;在世博服务和社区法律合作项目中,不少员工默默地做着平凡而又有意义的奉献。这些点点滴滴、这些微小细节,在帮助员工提高个人素质的同时,又为企业的凝聚力和企业文化的建设添加了浓重的一笔。

积极参与公益事业,肩负社会责任

通力积极参与公益事业,鼓励员工担负更多的社会责任。2010年上海世博会期间,通力响应市司法局在律师界的各项倡导,为世博会保驾护航。在“迎世博、讲文明、树新风”的活动中,通力员工踊跃报名争当世博志愿者参加地铁值勤工作,前后有10余名员工多次参加了地铁的值勤工作。有些律师为了保证志愿者的活动而克服了自身的困难,如通力一名律师由于业务需要,前晚加班至第二天早上6点,但为了参加7点半的地铁值勤

工作,在单位完成工作后未做任何休息即赶往预定的地铁站进行值勤。此项活动在世博会结束后,仍作为通力与陆家嘴社区的共建项目而予以保留。

在“当好东道主、文明迎世博”的活动中,通力号召全体员工在牢固树立东道主意识的同时,更要展示作为上海律师的实力、活力及魅力。通力合伙人韩炯律师亲自担任浦东新区迎世博法律志愿顾问组成员,通力的多名律师担任志愿者,积极投身世博会。同时,结合通力的业务特点提供法律服务,为世博保驾护航。在“法律进社区”活动中,通力的律师们走进基层社区为基层市民和社区提供多项专业法律服务。在服务中,通力律师除接听了大量咨询电话外,还组织专场法律讲座,如为农民工举办普法等专项法律讲座,为青少年举办未成年人法律保护专题讲座等,深受好评。

通力每年组织一次义务献血活动,献血通知一经发出,大家就争先恐后地积极报名,其中还有部分员工身体一直较弱,但为了尽一份自己的力量,都没有考虑到个人的得失。更有员工主动提出将献血量由200ml增加到400ml,从而为社会公益事业多尽一份贡献。

汶川及玉树地震发生之时,通力员工积极捐款,更有律师志愿者远赴灾区慰问灾民。通力党支部曾资助一名贫困学生6年,如今该学生已完成了大学本科学业。2010年10月,通力党支部又与江西省吉安市吉安三中高一的一位学生结对,资助其完成学业。

以人为本的培养理念

通力在14年的发展过程中,认真遵守国家法律法规,处处以律师执业纪律及职业道德严格要求,自建所以来经过多年摸索,已形成了一套有通力特色的规范管理制度。通力对于每一名新进事务所的员工,除了日常的入职培训以培养其正确的事业观和职业观外,还通过部门负责人负责安排有经验的员工作为他们的“入职导师”,不仅帮助他们适应事务所的工作氛围、提高其工作技能,而且还关心他们的思想和生活问题,做到全方位的“传、帮、带”,使新员工能够感受到事务所的关心,从而促进通力各方面的平稳发展。除此之外,通力的领导还时常组织各类座谈会,从对事务所建设的一些看法到生活上的琐事等都会有所涉及,并在第一时间掌握员工们的思想动态,真正做到想员工所想、忧员工所忧。

为了提高员工队伍的业务素质和能力,通力在人员培训方面投入了巨大的人力、物力,实行内部业务交流制度和培训制度。每周五下午,是所内的培训和交流的固定时间,由合伙人、业务律师轮流主持。近期,通力还



聘请外单位一些法律专项领域的专家、学者作为培训主讲人进行授课。培训内容涵盖工作的方方面面,如新出台的法律法规、承办案件过程中发现的问题或总结的经验交流、日常翻译工作中的常见病分析、律师的执业风险和业务质量管理等等。所有这些培训和交流都会进行现场录像,最后刻录制成光盘,连同培训或交流时的讲义,作为通力的培训资料留存,而且所有的通力人都可自由借阅这些培训资料,随时进行业务学习。对于新进员工,培训更是一项不可或缺的内容,通力会有多位合伙人及资深律师主持培训,对事务所的制度、管理及业务进行全方位的介绍,从而让新人们上好进所的第一堂课。建所至今,通力一直坚持内部培训制度,并从中受益匪浅,不仅培养了事务所的中坚力量,而且所内人员的业务水平也在这一系列的业务培训和交流中不断提高,在有效保证业务质量的同时,又进行了风险控制。

除此之外,通力还注重行政人员的培训,因为强有力的行政支持力是保证业务质量的一个重要方面。鉴于律师事务所特殊的工作性质,通力的行政工作全部围绕业务和律师而展开。除了内部定期对全体秘书进行技能培训和考核外,通力还邀请专业人士来所进行技能培训。秘书之间经常交流工作经验和办事心得,还经常听取工作在第一线的业务律师的意见,并结合秘书在日常工作中总结出的经验和发现的问题,及时做出调整和改善。稳定的行政支持给业务律师提供了更多的时间来钻研业务,以保持并不断提高通力的业务质量。与此同时,不断提高的业务质量又对行政支持提出了更高的要求,使得秘书们在重任之下不断进步、不断提高。

融合步伐,迈向百年基业

经过 14 年的不懈努力,现在的通力是一家在公司及并购、银行及金融服务、资本市场以及商事诉讼仲裁领域处于领先地位的中国律师事务所。自成立以来,通力就始终走在金融法律及公司法律发展的最前沿,致力于为客户提供高质量的专业法律服务,并迅速成为银行金融、资本市场以及公司并购等法律服务领域内的佼佼者。通力一直坚持一体化的执业模式,根据不同客户的不同需求,随时组成规模恰当、专业对口的工作团队,为

客户提供最优质的法律服务。

通力把“创新”当作企业文化的重要一环,致力于将其打造为“百年老店”的金字招牌,这就需要着眼于未来的发展和前景,将中国法律服务市场作为根基,寻求在中国市场拓展的特有途径,那必然是一条以专业领先为导向、以团队融合为基础、以“一体化合伙”、“公司化运营”为发展纲领的循序渐进之路。同时,世界将是通力更大的舞台,通力人通过加强和优化在国际律师界的合作网络,在有优势的业务领域中逐步走出国门。

14 岁的通力,正如意气风发的少年。通力人会努力探索,静下心来寻找自己的方向,在已经取得的成绩及荣誉面前,不断地鞭策自己,勇做波涛中横渡的壮士。打造“百年老店”的第一步已经稳稳地迈出,通力人有信心也有能力,开创通力更加美好的明天。●



视角 ●文 / 王俊民

论瑕疵证据补正与合理解释



重实体、轻程序的诉讼文化、传统意识在我国根深蒂固。《两个证据规定》在确立非法证据排除规则的同时，又提出了瑕疵证据补正与合理解释规则，令人担心非法证据排除规则在司法实践中形同虚设，有些瑕疵证据补正与合理解释规则可能成为非法证据的掩饰。龙宗智教授指出：在我国刑事诉讼法与证据法本身不完善，而法律执行机制相对薄弱的情况下，准予司法机关对瑕疵证据补正与合理解释，会使本来就难以执行的证据规范的执行效力被进一步消解，一些重要的瑕疵被补正与合理解释，可能使侦查、检察机关为掩盖非法取证的错误而强词夺理，弄虚作假。

笔者以为，《两个证据规定》确定的证据裁判原则、非法证据排除规则、程序法定原则，对推动我国司法制度朝向科学、公正、民主、法治发展的积极作用不容置疑，实施一年来，无论理论研究还是司法实践所获成就常见报端，令人瞩目。《两个证据规定》确立非法证据排除规则，意味着司法机关是否依刑法刑事诉讼，司法人员是否违法取证，不仅被关注，还将产生已有诉讼行为及所获证据被排除的后果。律师与司法机关诉讼“对抗性”徒增，律师揭出侦查、公诉方的违法取证行为，在有些地方难免会引起不必要的麻烦。辩护律师如果询问当事人有没有被刑讯逼供，口供是不是被逼出来的，很容易陷入教唆翻供、指使伪证。

因此，非法证据排除规则的确立与推行，将激活或加剧中国律师界与司法界的某种“对抗”，担忧瑕疵证据补正与合理解释，可能会导致司法人员弄虚作假，却并非空穴来风。如何化解“对抗”预期，排除担忧，除了期待中国法律界乃至全社会的法律意识、司法观念进一步形成共识之外，目前学界及律师界更应关注如何准确界定瑕疵证据、准确适用补正与合理解释规则，讲究质疑瑕疵证据的程序性思维和表达方式，有效避免瑕疵证据质疑错误，提高质证瑕疵证据的成功率，在期待观念转型过程中，即不依不饶推行非法证据排除规则，进一步推进我国的法治，又尽可能降低或化解因贯彻非法证据排除规则而导致的律师界与司法界的“对抗”。

一、瑕疵证据的界定与基本特征

证据作为在刑事诉讼活动中证明案件情况的客观事实，必须具备三个基本属性：客观性、关联性、合法性。《两个证据规定》所指的瑕疵证据，是指相关司法工作人员违反法律规定的权限、程序或用其他一切违法的方法收集、提供的，含有违法特征和残缺因素的证据，属于狭义的瑕疵证据。广义的瑕疵证据是指事实本身在客观性、关联性、合法性三方面中的某些方面存在瑕疵缺陷，或在证据客观真实内容或在表现形式上存在的

缺陷，或在收集、使用程序等方面存在的违法情形。狭义的瑕疵证据是指具备客观性、关联性，但在合法性方面存在瑕疵的证据。瑕疵证据的基本特征：

（一）客观性。瑕疵证据的证据载体及证明的事实是客观真实的，主观想象、怀疑推测、道听途说等不具有客观真实性的东西，不属于狭义的瑕疵证据范畴。我国《刑事诉讼法》第42条规定：证据是“证明案件真实情况的一切事实。”《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第二条规定：“认定案件事实，必须以证据为依据。”瑕疵证据作为证据的一种分类，具有证据最一般的属性，瑕疵证据亦是客观存在的事实。诉讼中的事实分为案件事实与证据事实。证据事实与案件事实虽都为事实，但存在明显区别：

首先，诉讼价值不同。案件事实是待证明的事实，证据事实是能证明案件事实的事实。证据事实是适用法律的依据，而案件事实不能成为适用法律的根据。法律只有通过证据，才能看到事实、认定事实。在法庭上什么是案件事实似乎并不重要，而能被法庭认可的“证据事实”才是最重要的。

其次，存在的方式不同。案件事实的存在方式是多样的，不受限制的，是永恒的，无法被消灭的，但却有赖于证据的证明。证据意义上的事实虽然也应当是客观的，却要受到存在和表现方式的约束与限制，还可能被消灭，如留在茶杯上的

指纹被擦掉,指纹痕迹没有了,该茶杯被人接触过的物证事实随之被消灭了。

再次,主客观一致性不同。证据事实还具有主客观相统一的特征。案件事实是客观的,无论人们是否承认、是否发现,都不影响事实的存在,案件事实独立于收集、认知主体的思维。证据事实即是客观的,又是主观的,是指事实内容和表现形式的已知性,只有已知的事实才能作为诉讼证据。

(二) 关联性。瑕疵证据事实与案件事实有着实质性的联系,是对案件事实有证明作用的客观事实。证据的瑕疵在于司法机关为了查清案件事实,在调查取证时,违反法定程序及形式要求,证据的瑕疵不在客观性与关联性,而在于取证的方法手段。取证手段的不合法性并不能改变证据事实与案件事实的关联性。瑕疵证据与案件事实之间的联系是在案件发生过程中自然形成的,由于客观事物的复杂性,瑕疵证据与案件事实之间联系的表现形式是复杂多样的。有的是同案件事实之间存在因果联系,有的是同案件事实之间存在条件联系。无论它们之间是何种联系,都不能脱离案件事实。与案件没有任何联系的事实,不能作为瑕疵证据。《两个证据规定》提出瑕疵证据经补正与合理解释,可采性有待于转化,瑕疵证据的关联性不存在经补正与合理解释有待转化的问题。

(三) 违法性。在证据收集、使用过程中违反法定程序或使用其他非正常手段,导致证据瑕疵,是瑕疵证据区别于合法证据及非法证据的最基本内容,也是瑕疵证据最根本特征。

首先,取证程序违法,证据在收集程序、方式上不符合法律的规定,以利诱、欺诈等不正当方式收集的犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解、被害人陈述、证人证言等言词证据,以及以违反法定程序的方式(如违反法定程序进行搜索、扣

押、勘验等)收集的实物证据。

其次,瑕疵证据在本质上属于非法证据,两者都是在取证行为包括程序、方法和手段上存在着不合法因素,但两者的违法程度和表现形式不尽相同。

一是侵犯的客体不同。非法证据以刑讯逼供、胁迫为主要表现形式,侵犯了公民的宪法性权利。瑕疵证据侵犯的是公民一般实体性权利和程序性权利,伤害程度轻微,与非法证据相比属瑕疵。

二是实际后果及可转化性不同。非法取证手段带来的后果是不可逆转的,侵犯公民宪法性权利,通过刑讯逼供等手段得来的证据必须排除。瑕疵证据违法程度轻微,局限于证据形式要求,这是瑕疵证据与非法证据的最主要区别。违法程度严重、侵犯公民的宪法性权利取得的证据是非法证据,应该完全加以排除,不存在经补正与合理解释证据资格后可待转化的问题。

三是社会容忍程度和心理预期不同。刑讯逼供超出了社会公众和一般百姓的容忍度,这类证据是非法证据,是要绝对予以排除的。在我国崇尚实体真实诉讼文化的背景下,公众对瑕疵证据的容忍程度和心理预期决定瑕疵证据可以通过事后的补救,转化为合法证据。

四是瑕疵证据与非法证据的划分不是绝对的,有的瑕疵证据可被认为非法证据而予排除,有的瑕疵证据则通过补正与合理解释转化为合法证据后,具备证据资格,对案件事实起到证据作用。

(四) 效力待定性。因瑕疵证据具有取证或使用程序不合法因素,未经补正或合理解释,不具有可采信,应予排除。对于经过补正合理解释的证据,并不当然具有可采信证据资格。法庭通过审查补正或合理解释的有效性,如果确认原有的“程序瑕疵”得到补正,就可以拒绝排除非法证据的申请,否则仍可适用非法证据排除规则;如经过补正,法官仍然

认为该证据的证明力在很大程度上受到取证方式的影响,法官仍可做出排除的决定;如经过解释,无法使法官相信侦查人员是无意造成程序瑕疵,法官仍然怀疑非法取证行为系侦查人员的有意行为,或者存在明显的伪造、变造证据的行为,法官仍然可以做出排除决定。“可补正的排除”不应被理解为“经过补正后的不排除”,在瑕疵证据是否应当排除的问题上,法官只是将补正与合理解释作为考量的因素,依法裁量是否排除。

二、瑕疵证据的补正与途径

瑕疵证据的补正是指对证据的瑕疵部分重新制作或完善,使其成为符合证据属性的证据,如欠缺法定要件的瑕疵实物证据,通过事后补充,使欠缺得到完善,使证据的法定要件得到完备。如应当调取、扣押原件的,在具备条件时,调取、扣押原件、原物;作为证据使用的实物未移送或移送的实物与物品清单不相符的,举证方应当在三日内补送,等等。根据《两个证据规定》,瑕疵证据补正基本途径:一是重新进行调查取证行为,二是对那些无法重新收集的证据作出合理的解释或说明。前者是指重新收集证据,如重新讯问被告人,重新询问证人、被害人或鉴定人,重新进行勘验、检查、扣押、提取、辨认等行为。通过重新调查取证,将有关证据在此以合法的方式收集起来,并重新提交法庭,要求法庭将其作为定案的根据。对于时过境迁而无法重新收集的证据,举证方应作出合理解释,说明在证据收集过程中存在的程序瑕疵并不是有意造成的,属于方法失误,或者程序瑕疵并不构成伪造证据,也没有造成证据虚假的后果。通过补正或解释,使法官相信该证据客观性、关联性,没有因为取证方式上的程序瑕疵而导致实体的真实受损。

(一) 重新取证。由于这些证据虽然

具有客观性和关联性,通过重新取证,可以弥补程序上的瑕疵。在重新取证的过程中,避免侵犯公民的程序性权利,避免疏忽大意。有的时候,虽然取证行为已经结束,但是证据的载体依然存在。比如:证人依然可以找到,并且愿意就先前事实再次作证;勘验检查的现场并未遭到破坏,还具有重新取证的可能性;检察人员在对瑕疵证据和轻微违法证据进行审查后,发现其中的瑕疵和违法之处,应当将这些内容向侦查机关进行通报。取证人员在重新取证过程中,应当避免出现重复侵犯公民程序性权利、避免疏忽大意和轻微违法的情形出现。在必要的时候,检察机关可以自行取证,这属于刑事诉讼法规定的补充侦查,因为重新取证获得的证据,并未侵犯公民的程序性权利,也不存在违法之处,因而重新取得的证据可以作为认定案件事实的依据。

(二) 替代取证。有些情形下,证据是可以替代的。例如:多名证人目睹了同一事实,但是侦查取证人员仅对个别证人进行了询问,形成证人证言。不仅是证人证言可以进行替代取证,其他证据形式也存在替代取证的可能性。就案件事实而言,同一事实并不一定仅有一个证据可以证明,有可能存在有多个证据可以证明该事实。一旦其中一个证据出现瑕疵,可以提取其他证据来证明该事实。检察机关在发现取证过程中存在瑕疵或轻微违法后,应当出具一份书面说明,向侦查机关明确提出存在瑕疵之处和违法之处,使得侦查取证人员进行替代取证时能够避免这些瑕疵,避免发生违法行为。

(三) 完善证据。有些瑕疵证据的出现,仅仅是因为记录的内容不完整或者是有遗漏。比如:没有填写询问人、记录人、法定代理人的姓名或者询问的起止时间、地点的;收集调取的物证、书证,在勘验、检查笔录,搜查笔录,提取笔录,扣押清单上没有侦查人员、物品持有人、见

证人签名或者物品特征、数量、质量、名称等注明不详的。这类瑕疵证据的补正,可以对于其中的错误或者是遗漏之处进行补填或修改。但是修改的过程应当遵守法律的规定,必须保证其修改的内容客观真实。否则,修改后的证据属于虚假证据,不具有证据的资格。

三、瑕疵证据的质疑与合理解释

瑕疵证据的合理解释一般是指举证方对证据收集程序或证据形式瑕疵,据实依法作出说明,使证据符合法定要件,具备证据资格。司法实践中,瑕疵证据的合理解释往往发生在庭审诉辩双方举证与质证过程中。辩护人以程序违法为由,“以证质证”,质疑控诉证据的证据资格,进而意图否定证据的证明力;公诉人则以确实、充分程序合法事实及法律规定为据,“以证质证”,反驳证据瑕疵质疑。在发生庭审瑕疵证据质疑后,诉辩各方能否取得良好的庭审效果,对辩护人而言,关键在于能否准确明了,有理、有力、有节指出证据瑕疵,找准质疑瑕疵的程序性辩护切入点;对公诉人而言,关键在于能否准确、迅速捕捉住辩护人瑕疵证据质疑本身存在的程序性瑕疵,观点鲜明、有理、有据地以“程序”应对“程序”,合理解释。以往公诉人当庭指斥辩护人质疑瑕疵证据为“胡搅蛮缠”的说法与做法应当被杜绝,如辩护人在庭审中胡搅蛮缠证据瑕疵,公诉人应当将其视为据实依法揭露“胡搅蛮缠”,以正视听的机会,简单、粗暴的指斥,不仅无益于向法庭举证指控事实,还有损于国家的司法形象。笔者源于诉讼实践及以往研究的成果,从辩护人的角度归纳应当注意避免证据瑕疵质疑的六大误区:

一是立法宗旨理解不到位,望文生义确定程序违法。准确理解与适用程序

立法本意,才能避免望文生义确定程序违法。由于程序性辩护本身存在瑕疵,导致辩护质证不能成立。对程序立法作出准确理解,是进行瑕疵证据质疑的第一要义。程序立法规定作为操作性、方法性的行为规范,具有列举明确、便于操作的特征。但是有的规定在理解及运用时,必须全面、准确地理解立法宗旨及本意,不然容易出现望文生义认为存在程序违法错误。

二是不当放大程序瑕疵,过度进行证据质疑。瑕疵证据如果不存在客观真实性问题,当属瑕不掩瑜,不应放大程序瑕疵,导致质证失误,而要准确理解、把握瑕疵证据质疑的目的和诉讼价值。从现阶段我国司法实践所能认同的诉讼价值目标来看,提出证据是否存在程序瑕疵,目的在于确定是否因此导致证据失真或缺乏证明力,并不是为证明有程序瑕疵而提出程序瑕疵质证。提出程序瑕疵是为否定证据的客观性、证明力或至少降低证明力的诉讼目的服务的。无法达到如此目的、或无法取得如此庭审效果的程序违法质证,“提”不如“不提”,因为面对交叉质证的控方反驳,辩方没有层层递进、精彩迭出、或预计以对方差错为铺垫的应对之策,不当放大的程序违法证据瑕疵,不仅无助于庭审辩护,还可能损辩护人的形象。

三是证据瑕疵质疑顾此失彼,缺乏连贯性和完整性。把握程序规定的连贯性、完整性,避免顾此失彼提出质证,是庭审中质疑证据瑕疵极需要注意的问题。程序是办事的方法、步骤。程序的特点在于将事情的进程分为阶段性,各阶段虽不能替代,但却各为前提,并依次延续发展。因此,在提出程序性问题的质证内容时,应充分注意程序规定的连贯性、完整性,如没有形成程序性辩护第二步骤的成熟考虑,有必要对前一步骤的必要性或提出的方式再作充分考量。

四是证据瑕疵质疑目标不清,不能准确界定证明对象。任何一种证明均应有证明对象,瑕疵证据质证也是一种证明,通过质证证明举证方的证明不能成立,或者证明质证方的主张可以成立。清晰的证明对象,是判断举证质证目的是否能够达到的关键。如果证据瑕疵质疑虽然有根有据,但是质证目标确定不当,仍会导致质证失败。

五是忽视程序违法程度差异,质疑证据瑕疵缺乏“硬道理”。不能采用刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据是我国刑事诉讼法确定的原则,但是揭露证实犯罪是一项十分艰巨的工作,一般情况下很难轻而易举地获得犯罪嫌疑人的认罪供述。对于没有确切证据证明司法人员刑讯逼供并形成一定后果的“硬性瑕疵”,仅以超出日常生活范畴现象作为质证依据,会使质证理由显得疲软无力,而非非法证据或瑕疵证据的质证应当抓住

足以影响实体公正或者重大的程序错误,质“硬”不质“软”。

六是没有以证质证,证据形式定位不当。诉讼证明应以“证(据)”求“证”,瑕疵证据质证也不例外。质证虽然是通过揭示举证方提出的证据中存在程序性违法方面的瑕疵,否定或降低举证方的证据效力,但在特定的情况下也要提出相应的反证为质证佐证。如佐证不当,则会直接导致质证失败。

结 语

如何提高瑕疵证据质疑诉辩的能力,关键在于加强对程序法理学习、诉辩技术研究及训练。从某种角度上讲,一个具体案件所涉及的实体法问题是有限的,在庭审前经过“临阵磨刀”,一般可以穷尽;但庭审中可能会出现程序性问题则无法“磨刀不误砍柴功”,因为不知诉辩对方会如何出招。

《两个证据规定》确定非法证据排除规则,瑕疵证据补正与合理解释,是切合我国目前社会及司法现状的,一旦实施,真正的问题不在该些规则的司法价值能否得到准确认知,而是缺乏大批扎实把握基本原理,具备娴熟、理性技艺的诉讼人才。我国高等法学教育中,还很少开设与之相适应的理论与实践类课程,不要说刚毕业的法学院科班硕士、学士无从应对,就是执业有相当年限的老资格律师和检察官,亦很难适应举证质证交叉询问的临庭需要。“冰冻三尺非一日之寒”,程序性法理及诉辩技术的把握,得靠持之以恒的磨练和积累。非法证据排除规则、瑕疵证据补正与合理解释规则的确立与推行,即是提升我国法治水准的阶梯,又是我国法治提速发展的标志! ●

(作者为华东政法大学教授、华东政法大学律师事务研究所所长)

信 息

徐汇区司法局建立三项制度 加强对律师和律所的执业监督工作

徐汇区司法局日前建立三项制度加强律师和律师事务所的执业监督工作。

一是定期检查制度。每年定期对律师事务所履行法定职能、落实内部管理制度、遵守律师执业规范等方面的情况进行现场检查和指导。检查采取分片检查、专项检查与重点督查相结合,听汇报、看台账、查制度与随机抽查执业档案、抽样随访委托人相结合等方法进行,并建立定期检查档案,记录检查结果。

二是律师和律师事务所执业诚信档案制度。一旦发现存在违反法律法规、执业纪律、职业道德和社会公德等情

况,将建立专门档案进行客观记载。律师和律师事务所被司法机关追究刑事责任的、受到司法机关行政处罚的、被司法机关提出违法违规等书面建议的、受到律师协会行业处分的、经查实的有责投诉等,都将记入执业诚信档案,同时向市律师协会、区律师工作委员会通报,并作为各类评比和年度考核的依据。

三是警示谈话提醒和问责制度。对律师事务所应当注意的重要事项以及律师执业行为不规范等问题,将对律师事务所负责人或律师进行预防性、诫勉性谈话。谈话提醒记录 and 问责情况存档备查。



为了应对加入 WTO 后我国企业界和律师业面临的严峻挑战,提高企业和律师的国际竞争力,完善我国企业法律制度和律师制度,司法部于 2002 年底开始在全国范围内开展公司律师的试点工作。公司律师制度是一项极具创新性的工作,在近 10 年中上海市司法局在开展这项试点工作中走在了全国前列,积累了很多宝贵的经验。据统计,目前全市共有 200 余名公司律师,这支公司律师队伍活跃在各大中型企业中,为企业的法人治理和规范运作贡献着自己的力量。

在司法部《关于开展公司律师试点工作的意见》中对于公司律师的工作职

工作依然还是无法积极有效地组织和开展,而这正是制约企业开展普法工作的瓶颈。

而与之相对应的是,由于不懂法、不知法、不守法而致使企业蒙受巨大经济损失的案例却层出不穷、不胜枚举。如:因业务人员缺乏《合同法》的常识而造成违约赔偿的,因不熟悉《税法》造成多交税或漏税的,因不熟悉《劳动法》造成违法违规的……这些负面案例的发生,必然会影响到公司的发展,甚至让企业造成不可挽回的巨额经济损失或商誉损失,届时企业往往就悔之晚矣了。越来越多的经验教训让企业意识到开展内部普法工作,提高干部、员工法制意识的重要

境,需要开拓视野、转变思路,改变原有的较为单一的普法形式,从过去主要依靠线下组织培训、讲座的模式,转变为线上、线下相结合,以线上普法为主的新模式,灵活地开展普法工作,将普法工作常态化。在现代信息化社会中,具备一定规模的企业大都建立了自己的内网办公自动化平台,公司律师完全可以充分利用这一信息平台来进行潜移默化、润物无声的普法教育。如在集团内网的“OA 系统”主页上开设“普法课堂”的主题栏目,让员工们可以灵活地利用各种时间阅读、学习,而不会占用过多的工作或休息时间;又如建立企业内网 E-learning 电子学习平台上的法律知识模块,可以

时 评 ●文/李 肇

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

对公司律师开展企业普法的思考

责和业务领域进行了描述,特别指出“公司律师应在企业内部开展法制宣传教育工作”,可见企业内部普法工作的重要性。随着“六五”法制宣传教育规划的启动及实施,中国国内各类企业的普法工作越来越受到重视,如何适应社会创新发展、灵活多样地开展企业内部法制宣传工作、使企业干部员工队伍成为符合时代要求的“知法、懂法、守法、护法”的新型社会人,既是中国企业面临的一个重要课题,也是摆在在企业内部法律事务第一线的广大公司律师面前的一个挑战。

纵观改革开放 30 年,中国企业经历了一次又一次的飞速发展,但是也落入了“单纯追求经营业绩”的认识怪圈。在这一认识怪圈的影响下,出现了企业普法工作中遇到的认识难统一、时间难安排和人员难集中等困难。因此,很多企业即便认识到了普法工作的重要意义,但是因为上述困难的存在,因此对于普法

性和必要性,很多企业因此都建立了公司律师或法律顾问队伍,将企业内部的普法工作交给这些法律专业人员去完成。于是,一个现实的难题就摆在了公司律师们的面前:那就是如何克服上面提到的这些困难、有效地开展企业内部普法工作?

传统的企业内部普法工作主要都是通过组织培训、讲座的形式来进行的,特点是“集中授课”。培训、讲座这种形式的优点固然非常明显,但是缺点也十分突出,那就是在人员精简、业务繁忙、时间紧俏的现代企业里,单一依靠这种传统的“集中授课”方式来开展全员性的普法工作是行不通的,不仅会在组织实施时遇到较大的阻力和困难,也会让普法工作蜻蜓点水、流于形式,难以取得实际的效果。

对于企业的高速成长带来内部普法工作的迫切需求和繁忙的业务工作致使无法有效组织集中普法培训的两难困

让广大员工尤其是分散在全国各地的分公司(子)公司及店铺终端的员工足不出户也能在电脑上轻松查询、学习到相关法律知识,实现线上的远程普法教育。

目前,许多企业年轻员工占绝大多数,他们对于普法教育也提出了更高的要求:希望把“枯燥”变成“趣味”,把“生涩”变成“通俗”,把“理论”变成“实际”,把看似高高在上不可靠近的法律知识转化得贴近民生民意,并且让人密切关注、喜闻乐见……因此,在企业内部的普法工作中,如果说公司律师团队是“销售法律知识产品”的“销售人员”,那么企业内广大员工就是其顾客,只有通过灵活务实而又经济高效的方式将该“产品”提供给顾客,才能使法律知识犹如久旱后的甘霖,滋润许多员工“缺法”的心田,这也是公司律师需要不断加以改进的课题。

(作者系上海美特斯邦威服饰股份有限公司法律事务部总经理、公司律师)



律师公会百年专题报道

●文/周武

律师的足迹 城市的记忆(下)

——写在上海律师公会成立 100 周年之际



收回会审公廨运动 中的上海律师公会

会审公堂,俗称“会审公廨”或“混合法庭”,是由上海道代表与外国领事联合组成,负责审理租界内华人或华洋之间民事诉讼的专门审判机构。这是租界时期形成的一种特殊的审判机构

租界会审公廨形成有一个历史过程。

英租界开始时的司法权由官府掌管,租界内华人仍受中国司法机构的管辖。

1853 年小刀会起义后,租界内华人的民事、刑事案陡升,在官府无力应对这些案件的状况下,英国领事多次提出在租界内全权审处华籍犯人。

1864 年,最初的租界会审法庭在公共租界成立,也就是理事衙门。理事衙门形成了官府理事主审、外籍陪审官会审的中外会审制。

1867 年,为在租界这个特殊司法管辖区形成正式“法章”,上海道台应宝时提出《会审公廨章程草案》10 款,与驻沪英国领事温彻斯特会商,经两江总督曾国藩转总理各国事务衙门与各国驻京公使团,历时 2 年,几经反复,至 1868 年,由总理衙门最后核定,正式形成《洋泾浜设官会审章程》。

1869 年 4 月,依据章程,原理事衙门正式改组为会审公廨,形成独特的租借司法方式,即华人之间诉讼由道台委派的臬员审理,涉外案件采用听审或会审的方式,均有领事或领事代表出席听

讼或会审。随后,在司法实践中,也开始适用西方的辩护律师制度。这年,在南京路购地依中国传统衙署形式建造的公共租界会审公廨建筑落成,正式开庭。同月,法租界会审公廨经总领事与上海道协议成立,开庭审理华洋案件。

收回法权运动是从民国建立后开始的,它反映了中国民众在建立近代民主国家的过程中,因多年失去司法独立而提出的一种维护司法主权的诉求。而在上海,这一运动主要通过收回会审公廨(在租界设立的中国法庭,但由外国领事参与会审)来展开。

辛亥革命后,各国驻沪领事藉口维护“租界和平”,强行夺取会审公廨,致使租界司法权完全被帝国主义侵夺。上海律师公会积极投入到收回会审公廨、废除外国在华司法特权的斗争。先是 1924 年 5、6 月间上海总商会和上海律师公会派代表前往北京请愿,敦促北京政府加快解决这一问题。随后又以董康、陈霆锐等律师为代表,通电江苏省政府,提出收回公廨事务并改由江苏政府主持的建议,并于 4 月 24 日前往南京磋商此事,得到了江苏省政府的同意。经过与驻沪领事团的多次协商,于 1926 年 8 月签署了《收回上海公共租界会审公廨暂行章程》。通过这一章程,将会审公廨改为临时法院,并使上海地方收回了不少已失去的诸多司法主权。但临时法院仍存在外国领事观审制度,其司法警察仍由租界工部局所派。为了进一步收回法权,上海律师公会在 1929 年 3 月发布的《关于收回法权运动之宣言》中明确指

出:法院组织应完全按照本国法律建构,取消观审制度。1929 年 12 月,由上海律师公会执监会议推定的代表董康委员前往南京,向司法、外交当局提出改组临时法院的要求,并为此与相关部门进行商讨。随后,中国政府就上海公共租界司法机关设置办法与英国、美国、荷兰等国公使展开正式讨论,并于 1930 年 2 月签订了《关于上海公共租界内中国法院之协定》。依据该协定,彻底废除了领事官员出庭观审制度。设立新的特区地方法院,公共租界会审公廨所遗留的法权问题至此得以基本解决。

与此同时,改组公共租界临时法院及收回法权的呼声,也给法租界当局带来了很大的压力。因此,法国驻上海总领事也于 1930 年 1 月下令改组法租界会审公廨。同年 7 月,中国政府最终和法国方面签订了《关于法租界内设置中国法院之协定》。根据以上协定,在法租界也设立了新的特区地方法院,法租界会审公廨就此结束,上海各界民众收回公廨的愿望终于实现。经过社会各界的积极推动,中国先后于 1927 年和 1930 年收回了上海公共租界与法租界会审公廨的司法权。在整个收回会审公廨的过程中,上海律师公会所起的促进作用是非常积极的,也是有效的。

中国律师在“五卅”惨案中 为学生作无罪辩护

1925 年 5 月 30 日,3000 多名学生和工人在公共租界举行反帝讲演、示威,



邓小平和史良亲切握手

英国巡捕竟向手无寸铁的群众开枪,致使 13 人被杀害、数 10 人重伤。公共租界巡捕镇压爱国学生的“五卅”惨案不仅震惊了中外,同时也让上海的律师界感到无比愤怒。

上海律师公会会长张一鹏发表公开讲话,从法律角度谈论自己的看法。陈霆锐、伍澄宇等律师则分别担任被捕学生的法律顾问,出面与工部局巡捕房进行交涉。6 月 9 日,公共租界会审公廨因老闸巡捕房起诉被捕学生而开庭审理此案。两位中国律师何飞、梅华铨为学生辩护,维护了民族尊严。

原告是公共租界工部局所属的老闸捕房,被告是一些学生,他们因 5 月 30 日上街揭露日本纱厂杀害中国工人顾正红事件而被捕。原告英籍律师将这一事件指控为“暴动”,认为“实际上纯为过激主义”,并将其看作是受共产主义的影响所致。对此,中国律师针锋相对——全副武装的巡捕面对的是手无寸铁的学生,说学生暴动完全是无稽之谈;原告也没有充分证据说明被捕学生是“中华布(尔什维克)党”党员;学生走上街头是

要将中国工人被杀事件告知民众,并无暴力行动;如果不是巡捕过度处置,“事即易了”。

庭审中,何飞律师代表被告中 5 人,梅华铨律师代表其余被告人。他们分别在辩护中驳斥了原告的污蔑之词。

何飞律师指出本案被告人有两种:“一类为青年爱国学生,欲出外晓谕公众以枪杀华工之事。此种演讲,为各国所常有,非但中国为然。关于彼等所用方法,无论如何并非暴烈。彼等所用者,惟言词与文字而已。”另一类“则为曾经受伤而由医院送捕房者”;“无论所控者何,必须有相当证明,对于彼等并无证明之可举。不徒彼等未犯何罪,且巡捕亦当负伤害之责。”

梅华铨律师则强调,被告人的行为出于中国人民的独立、平等精神,而非暴徒。他指出:“中国有多数之特权为外国人所享有而为中国人所不与者。”对此,中国人民“不愿安然忍受”,“并有其民族与世界上其他民族所当同具之要求”;而“正义之要求固中国人民之特征。要求正义之时,彼等未尝攻击巡捕官

吏或此类事件。彼所求者,惟正义耳”;“彼等并非排外亦非布党,彼所欲者为平等与正义。”

在审讯过程中,原告律师要求将被告逐出租界,由于中国律师的有力辩护,法庭并未采信,而是裁决“缺席者罚处拘禁,余人须将来恪守秩序。”案件就此了结。

中国律师在法庭上维护了民族的尊严。

上海律师公会在抗日救亡中大义凛然

1932 年“一·二八”淞沪抗战爆发,上海律师公会通告全体会员捐款、捐物支援前线将士,并致函各地律师公会,请求援助在淞沪抗战的十九路军将士。同年 11 月,上海律师公会又发起“月捐”,以救济东北义勇军。从 1931 年 11 月至 1932 年 11 月,上海律师公会共向抗日将士捐款 34800 多元。

1938 年 1 月 27 日,上海律师公会与地方协会、全国商会联合会、国际商会中



1925年6月1日起,上海各大、中学校4万余名学生开始总罢课,图为工部局公学学生上街游行抗议英国巡捕镇压爱国学生



救国会“七君子”给陈起云题词的扇面



1915年法租界会审公廨(建国中路20号,原卢湾区人民法院)外景

国分会等联名致重庆国民参政会全体参政员,要求坚持抗战、巩固统一战线、加强外交对日制裁的函。

函件针对日本在军事上对我尽其最后力量,并对我国内部挑拨离间及在国际上散布“调停”空气的局势,要求国民参政会“宜作消灭中途妥协危机,巩固御侮救亡大计。”表示“敝会等远处孤岛,对国策方针信守不渝”,并提出坚持抗战,反对任何“调停”;巩固统一战线,清除妥协分子;加强对美、苏、法、英之外交活动,促进对日制裁;彻底改善全国民运机构;加强对沦陷区域之工作活动等各项意见。

震惊全国的“七君子”事件

“九·一八”事变后,随着日本侵华步伐的加快,民众的抗日救亡运动不断高涨。在中国共产党建立抗日民族统一战线政治主张的感召下,1936年5月,全国各界救国联合会(简称救国会)在上海成立,并推举出由30多人组成执行委员会。在这些委员中,上海代表占了多名,而属于上海律师公会会员的就有沈钧儒、史良、沙千里、王造时4人。他们都是上海律师界的重要成员,其中沈钧儒则是当时全国律师协会的新任会长。

救国会在发布的成立宣言中明确提出,各党各派立刻停止军事冲突,释放政

治犯,并通过谈判建立一个统一的抗敌团体。在随后的数月中,全国各界救国联合会一再呼吁“团结御侮”,要求当局停止内战,进行抗日。由于联合

会的一系列活动使国民党政府面临着巨大的社会压力,同时他们又不愿放弃剿灭政敌的军事手段。因此,1936年11月23日深夜,国民党当局在上海将救国会领导人沈钧儒、邹韬奋、李公朴、史良、沙千里、章乃器、王造时共七人逮捕入狱,并于12月4日将他们转往苏州法院看守所羁押。

这一震惊全国的事件被称作“七君子”事件。

在“七君子”中,沈钧儒、史良、沙千里、王造时4位上海律师公会会员为发起成立和领导救国会、推动全国抗日救亡运动作出了重要贡献。国民党当局在经过了一番准备后,翌年4月,以危害民国罪对沈钧儒等7人提起公诉,而当时的律师界也为此组成了由21人参加的辩护律师集体,颇有声势。他们是张耀曾、秦联奎、李肇甫、江庸、李国珍、刘世



“七君子”出狱(左起:王造时、史良、章乃器、沈钧儒、沙千里、李公朴、邹韬奋)

芳、陆鸿仪、吴曾善、张志让、刘崇佑、陈霆锐、孙祖基、汪有龄、鄂森、陈志皋、江一平、徐佐良、汪保楫、俞钟骆、俞承修和刘祖望,这些人大都是当年上海律师界的重要人物。沙千里在后来记述此事件时说:“请这样多的律师,而且多是知名人士辩护,这在司法界的历史上是有仅有的。”

中共中央也发表宣言,要求国民党当局放弃错误政策,释放政治犯,并积极策划营救方案。

但国民党仍然一意孤行,1937年4月3日,江苏高等法院为“七君子”罗织了“十大罪状”,对7人提起公诉。面对国民党的无端指控,“七君子”写了长达2万多字的答辩状,针对起诉书罗列的“十大罪状”一一加以批驳。6月11日和25日,江苏高等法院两次开庭审理,“七君子”在法庭上大义凛然,据理驳

斥,申辩救国无罪,使审判方理亏词穷。与此同时,全国各界爱国人士掀起了更大规模的营救运动,要求国民党当局立即无罪释放“七君子”。

6月25日,宋庆龄、何香凝等16人发起“救人入狱运动”,联名具状递送江苏高等法院,要求收押,请与沈钧儒等并案办理。7月7日,日本帝国主义发动全面侵华战争,国内政治形势随之发生很大变化,国民党当局对于“七君子”事件的审理工作难以继续下去,在全民抗战呼声日益高涨的巨大压力冲击下,国民党政府只好于7月31日释放了沈钧儒等7人。就这样,被非法拘押了251天的“七君子”,在震耳欲聋的鞭炮声和300余人的欢呼声中走出了监狱。

仗义执言敢对法院判决说“不”

1935年5月,《新生》周刊发表艾寒松用“易水”笔名写的《闲话皇帝》一文因涉及日本天皇,遭日驻沪总领事抗议。国民党当局屈从日本的无理要求,勒令《新生》周刊停刊。同年7月9日,《新生》周刊主编杜重远被国民党法院判刑一年零两个月。杜重远当庭大呼“爱国何罪!”上海律师公会积极开展法律营救。

《新生》周刊杜重远案判决后,沈钧儒、章士钊、江一平等律师当即致函上海

律师公会,请迅速召集临时执监联合会对判决中的问题予以讨论。函中指出,该判决与立法意旨不符,事关审级,不厌求详,因此请律师公会召集临时执监联合会加以切实讨论。

1935年7月22日,上海律师公会致函司法院,要求纠正江苏高等法院第二分院对于杜重远案的违法判决。

函中分析了案件判决的经过,指出江苏省高等法院第二分院判决杜重远诽谤罪一案,“曲解法律,藐视人权,莫此为甚”。本会“既以维护法律、保障人权为职志”,不得不提出该判决中“违法受理”、“剥夺被告法律所赋予之上诉权”等问题,要求司法院“明令该法院予以纠正并通令各级法院一律遵照,以维法律而保人权”。

函中同时指出该案系迫于日本驻沪总领事的压力违法受理。审讯中无理剥夺了法律赋予被告人之上诉权,而且判决时公然宣布受环境支配不得交保,有损国体,要求惩戒承办法官郁曼陀。

上海律师公会退出历史舞台

1949年5月,上海解放。同年11月,为了适应废除旧法制、建立新中国法制的需要,在市军管会的领导下,上海律师公会由中国新法学会上海分会筹备会所接管。

中国新法学会上海分会对解放

以后上海律师公会的善后问题的意见中指出:1、原有公会名义的房产,应归之于社会公有,由人民政府接管;2、旧律师中具有改造思想的热忱者不乏其人,人民政府亦切盼大多数旧司法工作者都能转变观念,从事新法学的研究,但对旧律师公会的组成分子不能全数寄予希望;3、在新民主主义的司法体系中是否有新的律师制度或类似的制度,人民政府当然不能不加以考虑,但对旧律师制度不应且不可能恢复。同时,提出了对于律师公会产业的具体接收办法的建议,即“由人民政府指定适当人员组织保管委员会暂予保管,于保管期间继续借予本会使用”;除去必要费用外,“所有收入悉充本会收入”;“至于将来应指归何种社会团体使用或管业,悉听当局更为适宜处理”。

至此,上海律师公会退出了历史舞台。

30年后,中国律师制度恢复。

又过了30年,上海市黄浦区文物管理委员会(原卢湾区文物管理委员会)将上海律师公会旧址(复兴中路301号)列为“不可移动文物”加以保护。

今天,中国律师业已步入了全新的时代,律师队伍蓬勃发展,律师业务渗透到了社会生活的各个领域,律师制度已成为中国法律制度不可或缺的一部分。●

信 息

青浦区司法局组织律师学习贯彻《市司法局关于对律师事务所和律师私设办公地等违法违规行为开展专项检查的通知》

日前,青浦区司法局组织召开了本区律所主任、书记会议,会上,传达了《市司法局关于对律师事务所和律师私设办公地等违法违规行为开展专项检查的通知》文件精神,要求各律师事务所及时将有关内容向全体执业律师进行传达,并组织全体律师认真学习《律师法》、《律师事务所管理办法》、《律师执业管理办法》、《律师和律师事务所违法行为处罚办法》、《律师执业行为规范》、《律师协会会员违规

行为处分规则(试行)》等法律、规章以及规范性文件,教育和引导广大律师端正态度、提高认识。

青浦区司法局副局长章栩焯要求:各律师事务所要根据有关通知精神,积极开展自查自究,并在自查结束后向区司法局提交书面自查报告。同时,对下阶段在全区律师队伍中开展社会实践活动教育及青年律师演讲比赛的相关事宜进行了动员部署。



编者按:去年7月,更新改版后的《上海律师》杂志推出了几个全新的板块。“专题研究”就是其中之一。这一栏目旨在依托各个业务研究委员会,每期聚焦一个当前律师实务中较新且被广泛关注的法律问题,引领广大律师展开重点、深入地讨论。自栏目开辟以来,共刊登专业文章135余篇,分别围绕海事海商、信托、信息网络、知识产权等12个专题展开探讨,引起了广大律师和其他法律工作者的共鸣。

在栏目组稿的过程中,我们发现,律师撰写文章的热情非常高。这些律师实务研究的文章,有对办过案件的再梳理再回味,有对新法新规的学习体会,有对热点问题的剖析探究,论法理、谈实务,体现了律师对以司法实践为出发点的学术研究的热衷。同时,我们也发现,律师研究的业务范畴不断扩大,专业化程度不断提升,有时非专题所能涵盖。

为此,自本期开始,“专题研究”栏目将适时突破一期一个法律专题的局限,不定期地推出“律师实务”专栏,给广大律师“百家争鸣、百花齐放”的释放平台。再次欢迎广大律师踊跃投稿。

律师实务

●文/林子云

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

尽快建立未成年人 轻罪记录消除制度的 必要性探析



林子云: 上海市震旦律师事务所律师



《刑法修正案(八)》第19条有条件地免除了未成年人的前科报告义务,是对现行《刑法》第100条“前科报告制度”的修正和完善,也是对多年来未成年人轻罪记录消除制度改革的试点经验的法律确认。未成年人轻罪前科报告义务的免除,严格限制未成年人犯罪记录的对外公开,弱化社会公众通过犯罪记录公开而对未成年人进行非规范性的消极评价,这一系列措施均在消除犯罪标签效应的同时,有利于实现未成年人的再社会化,对于我国未成年人犯罪的治理具有深远的意义。相比国外的一些少年司法制度的成熟与完善,在我国建立、健全未成年人轻罪记录消除制度已经是一项摆上议事日程的重要工作。

一、尽快建立未成年人轻罪记录消除制度的意义

《刑法》第100条规定:“依法受过刑事处罚的人,在入伍、就业的时候,应当如实向有关单位报告自己曾受过刑事处罚,不得隐瞒。”这一强制性的前科报告制度,加之我国户籍及人事档案管理施行的终身制,也意味着公民一旦触犯法律,即会留下相关记录且终身携带。

从刑罚目的和刑事政策等角度来考量,由于保留前科会导致有犯罪记录的人的某些权益丧失、资格限制(如从业、入伍或者升学)甚至名誉的损害,因而前科制度自身所存在的威慑效应及预防犯罪功效的正面价值不容否定,这正是包括我国在内的诸多国家规定前科制度的原因所在。但是,无条件地终身保留前科的做法无异等于将有前科之人“编入另册”,从而无情地将他们拒之于社会大门之外。这不仅严重挫败了有前科者重新做人的信心,延缓他们复归社会的进程,而且还可能因此激

发社会矛盾,影响社会的安定和民生的安宁。

未成年人轻罪记录消除制度,是指轻微犯罪的未成年人在刑罚或非刑罚措施执行完毕,且相关民事赔偿责任终结后,司法机关经审查认定其真诚悔罪,造成的社会危害已得到弥补,罪错行为已得到有效矫正,再犯可能性微小,决定对其曾经受到刑事追诉的相关记录予以封存,未经批准不得对外公开的法律制度。

法国思想家、社会活动家罗曼·罗兰认为:“对于真诚悔过的人是不能拒绝的,否则,他将数十次百次地疯狂犯罪,来报复社会。”

刑罚的价值在于预防犯罪,而并非是让犯罪记录成为涉罪人的终身枷锁。未成年人犯罪有其主、客观原因:一方面由于未成年人心智尚不成熟,缺乏正确判断是非的能力;另一方面,当代社会纷繁复杂,外界不良诱因太多,难以抵御,使一些未成年人走上犯罪道路。误入犯罪歧途的未成年人,既是他人受害的施害者,更多的也是不良环境的受害者。大量未成年人犯罪案例均表明,未成年人犯罪在主观上多具有动机单纯、随意性强、主观恶性不大等特点。这些特点充分说明,未成年人犯罪相对来说社会危害性较小,所以其不应承担与成年犯罪人等同的刑事责任。另外,未成年人心智尚未成熟,在行为方式上随意性强,只要社会能给其恰当而又有效的教育、挽救措施,未成年犯罪人是能够较容易地改邪归正,做一个健全的社会人。

未成年人承载着国家的未来,人生尚处于起步阶段,在犯罪后更需要来自社会各方面的关爱和宽容。鉴于此,笔者认为,在我国尽快建立未成年人轻罪记录有条件消除制度,在一定范围内消除未成年人的犯罪记录,是《刑法》乃至刑罚本身价值之使然,也是当前世界各国的普遍性做法。

二、我国现阶段关于未成年人轻罪记录消除制度的现状

事实上,我国在未成年人轻罪记录有条件消灭制度方面已通过各种形式在部分地区、区域内开始了不同的有效尝试。

2003年12月,河北省石家庄市长安区人民法院出台《“未成年人前科消灭”实施办法》,由此拉开了我国未成年人犯罪记录消灭实践探索的序幕。2007年5月,四川省彭县也创设了针对未成年人犯罪的“前科消灭”制度。2010年6月1日开始起施行的《浙江省未成年人保护条例》明确提出“未成年人轻罪记录消灭制度”。随后,上海、四川彭州、山东青岛和德州、江苏徐州、福建三明、贵州瓮安等地相继推出举措,分别采取“犯罪记录封存”、“犯罪记录归零”或者“污点不入档”等模式或做法,致力于未成年人犯罪记录消灭的实践探索,以消除未成年人的前科。实践证明,这些当初曾填补我国司法空白的大胆尝试和先进实践,对于保障未成年人日后能够正常就业、升学、入伍,恢复他们重新做人的信心,进而引导他们顺利回归社会等方面发挥了非常重要而又积极的作用。各地区针对未成年人轻罪消除制定的实施细则、实施意见及小规模个案适用,也为未成年人轻罪记录有条件消灭制度的正式建立起到了积极的推动作用。

通过对我国各地司法试点探索情况的比较分析,在总结未成年人轻罪记录消灭实践的成功经验及存在问题的基础上,2008年11月28日,中共中央政治局通过了《中央关于新一轮司法体制和工作机制改革若干意见》,该《意见》明确提出:“有条件地建立未成年人轻罪犯罪记录消灭制度”。最高人民法院也在2009年3月颁布的《人民法院第三个五年改革纲要》中提出:“要配合有关部门有条件地建立未成年人轻罪犯罪记录消灭制度,明确其条件、期限、程序和法律后果……”。这是司法界为在我国构建前科消灭制度打开的一扇大门。这说明,未成年人犯罪记录消灭制度作为今后司法改革的内容之一,已经被提上日程。

2011年2月,全国人大常委会通过了《刑法修正案(八)》,更是就未成年犯的前科报告义务免除作了明确的法律规定。其第十九条规定:“在刑法第一百条中增加一款作为第二款,犯罪的时候不满十八周岁,被判处五年有期徒刑以下刑罚的,免除前款规定的前科报告义务。”

我国在制度、司法的层面上建立前科消灭制度,既体现了宽严相济的刑事政策,也从尊重人权、体现人文精神的层面保护了未成年人的权益,这是我国建立前科消灭制度的巨大推力。

三、尽快建立和完善未成年人轻罪消除制度的必要性

尽管有了法律、政策、文件的规定,但是,因为我国的未成年人轻罪消除记录制度还处于探索、起步阶段,各地的做法也不尽相同,并且不尽完善,未成年人前科消灭制度并没有得到完全的推广,没有一个全国统一的以法律、政策形式确定的制度,因此也无法保障未成年人前科消灭制度实施标准的统一性和可操作性。所以,立足现实,尽建立和完善未成年人轻罪消除记录制度,对深化司法制度改革、保护未成年人合法权益具有非常重要的现实意义。

尽管《刑法修正案(八)》对于消除未成年人的前科记录做出了法律规定,但这仅仅标志着我国在前科消灭制度的立法上刚刚起步,其具体可操作性尚需细化、完善。有必要对于未成年人轻罪记录消除的“适用对象范围”、“适用刑罚条件”、“考察制度明晰”、“效果评估”等方面作出明确、统一的规定,便于全国的司法部门落实和执行。

作为尚处于起步阶段的我国未成年人轻罪记录消除制度,应借鉴国外未成年人轻罪记录消灭制度的成熟经验,结合我国实践的现状,通过完善法律、建立专门机构、建立联动执法机制、确立反歧视司法救济制度以及倡导转变社会观念等方式,进一步建立和完善未成年人轻罪记录消灭制度。笔者认为,构建和完善我国未成年人轻罪记录消灭制度的基本内容,主要涉及以下三个方面:

(一) 建立、健全未成年人轻罪记录消除实施程序

尽管《刑法修正案(八)》规定了免除未成年人轻罪报告义务,但前科报告义务免除适用的范围仍具有较大的局限性,并且在前科消灭的立法上,仅仅涉及前科报告义务的免除,体系性的前科消灭制度仍未建立。另外,对于未成年人的前科报告义务的免除未附加任何限制条件,未能体现刑罚差别化的原则,而且对于未成年犯的前科报告义务的免除的实施程序也未予以明确。这些都有待于相关部门尽快出台相关的细则,以确保未成年人轻罪记录消除制度的落实和执行。

(二) 建立未成年人犯罪档案专门管理制度

未成年犯罪人经过司法机关宣判后,曾经有过的有罪宣告、有罪判决、不起诉决定书等犯罪记录不再进入该未成年人的人事档案,可通过由司法机关组建专门档案管理部门将整个犯罪记录消灭过程记入专门档案并予以保密保存,未达法定条件不得向任何人泄露。在此封存的基础上,更进一步研究设置该未成年人的犯罪记录可最终实现消灭的法定条件。以制度的形式阻断未成年

人轻罪前科记录可能被随意检索的途径,确保其已消灭的前科不被他人知晓,最大限度地保护当事人的隐私权利,以促其顺利回归社会、融入社会。

(三) 设置专门对未成年犯的考察教育机构

建立健全与未成年人轻罪消除制度相关联的档案与户籍制度、认知与安置帮教计划、罪后表现评估及程序运行过程中的监督等配套措施,实现从“申请”——“审理”——“核查”——“督导”等具体操作的程序设计。另外,还应对未成年人的前科消灭的考验期作相应的特别规定,以便贯彻对未成年人的挽救、感化、教育的方针和“教育为主、惩罚为辅”的原则,并更好地发挥前科消灭制度对未成年前科者的激励作用。

(四) 做好相关后续工作,完善有助于有轻罪前科的未成年人重返社会的保障机制

未成年人轻罪消除只是一个形式上的措施,其制度的目的及意义是旨在帮助未成年人在自身轻罪记录消灭后,更好地适应社会、改变人生,有效地规避阻碍未成年犯罪人重返社会的障碍,使得未成年犯罪人获得与其他人尽可能一致的机会,也能够因此减少未成年犯罪人再犯罪的可能性。撕掉“罪犯”标签,尽力消除社会对有过犯罪记录者的身份歧视,为其重新融入社会提供帮助。在社会的帮助下,让那些曾一时犯错的未成年人完全可以通过努力改过自新,重新做人。这样就可以有效地维护和谐的家庭,化解社会矛盾,从而维护社会的稳定与和谐发展。

或许,“一日行窃,终身为贼”的传统刑法意识依然在中国有着较为根深蒂固的影响,并且科学的、系统性的未成年人轻罪前科消灭制度的确立可能还需要一个相当的过程。但我们深信,随着司法制度改革的深入,人权保障观念的深入人心和社会文明的日益进步,未成年人的轻罪前科消灭制度终将确立和完善,并在实现法律正义、保障人权以及化解社会矛盾、促进和谐社会的构建等方面发挥着巨大的推动作用。●

●文/李小霞

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

对我国食品餐饮业 外资并购经营者集中 审查的探讨



近期我国食品餐饮业发展迅速,多家在国内市场拥有一定份额和知名度的食品餐饮企业成为外资并购的目标。企业的发展确实需要大量资金、先进技术和管理经验的支持,但外资并购交易若达到一定规模,也会涉及由于经营者集中形成新的市场垄断的问题。

目前我国外资并购的经营者集中审查制度的法律主要是《中华人民共和国反垄断法》、《国务院关于经营者集中申报标准的规定》、《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》、《经营者集中审查办法》等一系列法律法规。商务部负责外资并购中的经营者集中案件的受理和审查工作。无论并购交易方是否在中国注册成立或是否在中国上市,只要经营者提供产品或服务的买方所在地在中国境内,符合经营者集中审查的法定申报标准的,就应当事先向国务院反垄断执法机构申报,未申报的不得实施集中。

在正式申报前,参与集中的经营者可以就集中申报的相关问题向商务部申请商谈。申请应当以书面方式提出,通过合并方式实施的经营者集中,由参与合并的各方经营者申报;其他方式的经营者集中,由取得控制权或能够施加决定性影响的经营者申报,其他经营者予以配合。申报义务人未进行集中申报的,其他参与集中的经营者可以提出申报。我国外资并购的经营者集中审查申报制度,对于申报人资格的规定采用了较为



李小霞:上海市金马律师事务所律师

宽松的态度,从法律上保证了审查程序的启动,避免并购交易各方恶意逃避反垄断审查,从法律制度上保障了外资并购中的国家安全。允许申报人分别申报在实践中有利于不同申报人彼此之间商业秘密的保护。为避免申报后审查有可能不被批准通过带来的后果,外资并购的经营者集中审查申报应当在并购方对外公布方案之前提出。

申报书应该集中对相关市场竞争状况影响的说明。具体包括:集中交易概况,相关市场界定,参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力,主要竞争者及其市场份额,市场集中度,市场进入,行业发展现状,集中对市场竞争结构、行业发展、技术进步、国民经济发展、消费者以及其他经营者的影响以及集中对相关市场竞争影响的效果评估及依据。

正由商务部进行经营者集中审查的、颇受外界关注的外资并购案主要有

两起,一个是雀巢拟以约 110 亿元人民币收购徐福记 60% 的股份案,另一个是百胜集团拟以约 45 亿港元收购内蒙古小肥羊餐饮连锁有限公司(简称小肥羊)93% 的股份案。雀巢和徐福记这两家企业体量巨大,在我国的糖果市场,雀巢的份额约占 2%,在所有厂商中排列第五位,而被收购方徐福记在国内糖果市场的占有率超过 7%,排名第二。徐福记是新加坡上市公司,据徐福记最新公布的财报显示,2010 年其全年的营业收入和净利润分别为 43.1 亿元和 6.022 亿元。雀巢作为全球最大的食品制造商,目前总市值约 2000 亿美元,2010 年的营业额达到了 8407 亿美元。根据雀巢和徐福记拟定的协议,雀巢将收购徐福记 60% 的股份,收购总价约为 110 亿元人民币,徐氏家族将持有剩余的 40%。若此次收购成功,将成为外企在华的最大收购。

百胜集团今年 5 月宣布将以现金溢价约 30% 收购小肥羊。收购完成后,百胜集团预计持有小肥羊已发行股本约 93.2% 的小肥羊将从香港联交所退市,百胜集团在美国纽约证券交易所挂牌上市。2010 年度中国餐饮百强名单中,百胜餐饮集团中国事业部位居第一,小肥羊位居第二。百胜集团在中国的餐厅数量有 3000 多家,2010 年营业额达到 336 亿元人民币。被收购方小肥羊是中式连锁火锅第一品牌,小肥羊于 2007 年 12 月在开曼群岛注册成立,2008 年在香港联交所主板上市。截至 2010 年底,小肥羊在内地自营的餐厅数量是 179 家,特许经营的餐厅是 274 家,2010 年在中国的销售额将近 18 亿元人民币。

雀巢收购徐福记,百胜集团收购小肥羊是否重蹈可口可乐收购汇源失败案的覆辙? 商务部发言人姚坚表示,商务部已经收到了雀巢收购徐福记材料的申报,这个材料已经交到了商务部的反垄断局,反垄断局正在按照有关规定,对于申报材料的完整性进行审核。百胜集团中国公司掌门人苏敬轼也表示,目前已向商务部提交了收购小肥羊的申请和备案,该收购有待于中国商务部和相关监管机构的批准。

并购审查时限通常为三十个工作日,可延长至九十个工作日。相关市场界定是并购控制审查的重点和难点。市场界定包括相关产品市场和相关地理市场。相关市场的准确界定的重要性体现为:如果相关市场定义的较为狭窄则导致交易双方在相关市场的市场份额较大,从而会引起审查机关较高的反垄断关注。《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》对于相关市场的含义及相关市场界定的基本依据作出了规定,但同时也指出界定相关市场的方法不是唯一的。反垄断执法机构鼓励经营者根据案件具体情况运用客观、真实的数据,借助经济学分析方法来界定相关市场。

无论采用何种方法界定相关市场,都要始终把握商品满足消费者需求的基本属性,并以此作为对相关市场界定中出现明显偏差时进行校正的依据。相关市场界定还需要考虑需求者群体和特定地域的情况。在申报材料中,有一点要特别关注的是,并购当事方说明相关市场状况的时候应了解市场进入与竞争之间的关系。就理论层面而言,如果其他企业进入相关市场非常容易,则一项合并交易即使会导致非常高的市场份额,也不会引起实质性的竞争问题。大量竞争对手的涌入将对并购企业产生实质性的竞争约束,并购企业降低产量提高价格而获取垄断利益的可能性小。但是如果相关市场存在大量市场壁垒,其他企业进入相关市场非常困难,则相关市场内企业并购则会引起审查机关较高的反垄断关注。

对于雀巢收购徐福记一案,主管审查部门将会从食品安全、市场控制力、是否有利产业处于健康的发展态势这三个方面综合考量。从目前的情况来看,外资公司在华如此大规模的收购尚无成功先例,2009 年可口可乐斥资 24 亿美元全盘收购中国软饮料生产商汇源果汁的申请被商务部驳回,这是我国第一起,也是《反垄断法》实施以来的唯一一起禁止经营者集中的案件。在当年可口可乐收购汇源案中,商务部依法对此项集中进行了全面评估,由于二者在中高端果汁领域市场占有率超过 50%,收购会影响或限制竞争,不利于中国果汁行业的健康发展。该项裁决并没有在外资并购境内企业过程中保护民族工业的立场,而是从保护市场有效竞争的立场作出决定禁止此项集中。

由于雀巢与徐福记双方在中国糖果业的市场占有率很高,若收购成功,将对中国糖果行业格局造成巨大的影响。由于牵涉经营者集中的反垄断审查,加上涉及的资金规模较大,此次收购通过审批的难度较大。

据中国烹饪协会最新发布的 2010 中国餐饮百强榜,百胜集团和小肥羊排在前列,小肥羊紧随百胜集团之后,是位列总榜单第二位的中餐第一品牌。占据头两把交椅的巨头一旦有风吹草动,立即会引起业界的轩然大波,从而导致若百胜集团收购小肥羊成功,可能使其处于餐饮霸主地位,而引发随着外资对中国餐饮市场渗透力度的加大,中国餐饮市场最终为外资垄断,从而将影响国内中小餐饮业生存和发展的问题的担忧。

在审查过程中,为消除或减少经营者集中具有或者可能具有的排除、限制竞争的效果,参与集中的经营者可以提出对集中交易方案进行调整的限制性条件。任何因素在界定相关商品市场时的作用都不是绝对的,可以根据案件的不同情况有所侧重。审查并购交易中的经营者集中问题,主要是确定并购交易是否会造成市场过度集中、妨害正当竞争和损害消费者的利益。●

●文/李洁

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

从联合利华案看 我国反价格垄断执法的思路



在市场经济条件下,“垄断”被定义为一个企业对一种大众化的商品或服务绝对性的供应能力。垄断的危害在于限制市场自由竞争,最终导致市场竞争秩序失衡,消费者利益受损。

2011年3月下旬,有市场消息传出,3月底到4月初,宝洁、联合利华、立白、纳爱斯四大日化品牌将对洗涤类日化用品全线涨价。对此,国家发展与改革委员会(简称发改委)高度重视,责成上海市物价局对联合利华(中国)有限公司的行为依法开展检查。5月6日,上海市物价局以“散布涨价信息,扰乱市场价格秩序”为由对联合利华作出200万元罚款的行政处罚。5月24日,联合利华旗下部分产品仍在涨价,幅度在10%左右。一时间,日化企业集体涨价是否构成垄断协议、滥用市场支配地位等垄断行为众说纷纭。

一、垄断协议

市场主体在市场经济中具有包括自主定价权在内的经营自主权,商品价格提高或降低本是无可厚非的事情,但是如果具有竞争关系的经营者在同一时期内有相同或近似的市场举动,反垄断法执法机构就必然会关注这些竞争者之间是否有共谋的行为,而共谋行为的目的是否是限制或消除价格竞争。

上海市物价局调查发现,“联合利华(中国)有限公司2011年3月向各大超市发出调价函,通知联合利华品牌部分日化产品4月1日起涨价。该公司有关负责人自同年3月21日开始,多次接受《新闻晚报》、《上海商报》、第一财经电视台、每日经济新闻、新华社‘中国网事’、《新京报》、《新民晚报》、《广州日报》等新闻媒体的采访,发表‘日化行业进入涨价周期’、‘不排除第二次涨价的可能性’等言论。”这些行为导致日化产品涨价的信息广泛传播,增强了消费者的涨价预期,引发部分城市发生日化产品抢购,个别超市联合利华的产品日销售额超过正常时期的几倍甚至十几倍,严重扰乱了市

场秩序。发改委认为,上述行为触犯了《价格法》第14条和《价格违法行为行政处罚规定》第6条第(一)项的规定,属于“散布涨价信息,扰乱市场价格秩序”的价格违法行为。



李洁:上海德载中怡律师事务所律师

尽管此次处罚决定没有直接引用《反垄断法》及近期出台的一系列反价格垄断的规定,但是反垄断执法部门正在为适用这些规定做铺垫。根据上海市物价局的行政处罚决定,“经营者调整价格的行为应当严格遵守《价格法》、《反垄断法》、《价格违法行为行政处罚规定》等法律法规的规定,不得相互串通操纵价格……不得捏造散布涨价信息扰乱市场秩序,不得恶意发布涨价信息试探市场反应,与竞争对手默契串通协同涨价。”从这段论述中,我们可以看出执法部门执法的依据是《反垄断法》、《价格违法行为行政处罚规定》等法律法规,规制的行为是“相互串通操纵价格、捏造散布涨价信息扰乱市场秩序、恶意发布涨价信息试探市场反应以及及与竞争对手默契串通协同涨价”等。如果企业希望采用价格调整策略来达到市场竞争的目的,则应适时关注发改委此次执法背后的思路和逻辑,以避免踩到《反垄断法》规制的高压线。

我国从2008年开始实施的《反垄断法》对“垄断协议”进行了规制,根据《反垄断法》第13条的规定,禁止具有竞争关系的经营者达成“固定或者变更商品价格”等形式的垄断协议。作为《反垄断法》的配套法规,自2011年2月1日起施行的《反价格垄断规定》第5条对“价格垄断协议”给出了定义,“价格垄断协议”是指在

价格方面排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。接下来第6条对认定其他协同行为的因素进行了界定：一是经营者的价格行为具有一致性；二是经营者进行过意思联络。此外，认定协同行为还应考虑市场结构和市场变化等情况。

那么，联合利华、宝洁、立白、纳爱斯共同释放的涨价消息是否反映出这些具有竞争关系的经营者之间达成了“同谋固定或者变更商品价格”的垄断协议呢？

发改委关于此次处罚在答记者问中解释到：“联合利华采取提前高调发布涨价信息等手段，通过媒体集中报道以试探市场反应，并希望竞争对手跟进涨价，给了行业竞争者之间一段相互协调价格策略的时间，进而达成价格协同行为，在保持市场份额不变的基础上实现行业集体涨价。”并且，“事实上，联合利华公司确定4月1日调价，立白、纳爱斯等其他日化企业也确定4月1日和4月6日调价。后由于多种原因，这些企业又纷纷暂缓或取消调价计划，日化行业涨价风潮才得以平息。”发改委认为：“联合利华公司散布涨价信息的行为如不制止，将推动日化产品价格过高、过快上涨，故而‘先下手为强’，给予遏制。”

然而，笔者认为，意图说明联合利华“在保持市场份额不变的基础上实现行业集体涨价”，恐怕执法部门还必须举出更加有说服力的证据。

首先，从客观行为上，日化企业可以抗辩“价格协同”的原因在于原材料价格上涨，日化企业经营的产品有大致相同的成本和价格构成，而这些成本或价格构成发生变化就会影响到产品销售价格的变化。即使竞争者没有任何的合作，当成本或价格构成的重要组成部分涨价时，竞争者就会不由自主地作出同样的市场反应。

其次，从主观动机上，执法部门完全回避了日化企业之间是否有“意思联络”的问题，联合利华可以辩护，如果市场上出现价格同步提高的行为，是其他经营者自主决策的结果，而不是“共谋”或“协同”的结果。

再次，从事价格同步提高行为的经营者即便从事了协同一致的行为，并不必然就属于《反垄断法》禁止的固定价格行为。《反垄断法》第15条就明确规定：“经营者能够证明所达成的协议属于下列情形之一的，不适用垄断协议的规定，如‘为改进技术、研究开发新产品的’，‘为提高产品质量、降低成本、增进效率，统一产品规格、标准或者实行专业化分工的’等，经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争，并且能够使消费者分享由此产生的利益。”因此，联合利华还可以从价格同步提高行为的目的和后果的角度进行抗辩。日化企业的涨价行为不大可能涉及价格协议垄断，原因在于日化行业竞争很充分，很难形成价格同盟，一方面大家是

竞争对手，另一方面消费者用脚投票，可选择范围很大。对此，执法部门仅是下结论道：“联合利华公司提前散布涨价信息，如不及时制止，很可能导致行业内企业纷纷调价，推动日化产品价格大幅上涨。”这样的说法过于单薄，而且没有证据支撑，难免有“自说自话”之嫌。

当然，无论价格同步提高行为是否存在充足的抗辩理由，只要市场中某一领域出现了价格同步提高行为，都会引起执法部门的高度重视，因为这种行为极有可能是固定价格行为。从论证的严密性考虑，执法部门应该进一步深入调查，完善处罚的论据分析。有业内人士分析，就联合利华等日化品巨头来说，原材料的成本占总成本的比例并不高，主要还是市场的营销运作费用，如广告费和市场推广费用等。对于成本的压力，联合利华等大型日化品企业，完全可以通过增长销售额以及优化管理等方式去分摊，可见这些日化品企业只是想通过涨价保证利润的快速增长。

对于“意思联络”的证明，实际上垄断协议中限制竞争的合意是对外严格保密的，执法机构无法对该合意举证，也难以直接获得同盟企业间的协议作为证据，除非垄断协议的内部营垒举报。因此，实践中采用推定的方式来认定垄断协议的存在，一旦能够认定相应行为的存在并且排除了协调企业间行动以外的目的，举证责任就转由企业承担，如果企业举证不力，可以推定垄断协议成立。此外，如果垄断协议的某一方同盟“叛变”且牵出其他同盟方，则“叛变者”可以得到一定程度的宽大处理而其他拒不与反垄断调查机关合作的同盟者则会遭受重罚。有意思的是，在欧洲，联合利华被欧盟委员会罚款1.04亿欧元，原因是与宝洁、汉高结成价格联盟在欧盟8个国家操纵洗衣粉价格，联合利华在欧洲承认参与了价格联盟，并换取欧盟减免了10%的罚款。

最后，由于缺乏对联合利华相关产品成本及利润的调查，执法部门就联合利华涨价对市场竞争的负面影响没有令人信服的数据和说理。据业内报道，本次联合利华未选择此前曾吹风涨价的洗衣粉等洗涤类产品，而选择洗发水和沐浴露。据分析，这几类产品的涨价主要原因还是因为成本压力，因为力士和夏士莲都是中低端产品，在目前促销、广告、制造成本都提升的情况下，必须通过提升单品的价格从而给这些产品更多的市场推广费用。

二、滥用市场支配地位

通常认为，充分竞争可以促进生产商提高效率、降低售价，还可以优胜劣汰、优化市场，从而有利于市场经济的发展。而具有市场支配地位的公司，很可能利用这

种地位排除其他公司的竞争,减少产量,提高价格,牟取暴利。所以滥用市场支配地位可能削弱市场竞争,对经济造成危害。分析滥用市场支配地位的违法行为要遵循具体步骤:第一步,确定产品的相关市场;第二步,认定一个公司是否存在相关市场形成了支配地位;第三步,确认这家公司是否存在损害竞争的商业行为;第四步,全面衡量这种商业行为,看是否有免责理由。

对于联合利华涨价是否是滥用市场支配地位的争议,从发改委的答记者问看,“2010年联合利华洗发类、洗肤类、衣物洗涤类产品分别占到12%、12.6%、15.2%的市场份额。”但是,这只能说明联合利华对市场价格有较大的影响力,并不足以认定其有市场支配地位。然而,若4家日化企业联合涨价且这些企业在某些产品的相关市场的份额合计达到《反垄断法》规定的比例,则很有可能构成反垄断执法机构调查的切入点之一。当然,最终认定是否滥用市场支配地位,还需要经过上述第三步和第四步的论证。

三、结论

企业在激烈的竞争当中,会采取各种各样的手段,有时候合法的行为与达成垄断协议、滥用支配市场地位并没有泾渭分明的界限。因而,在反垄断机构执法实践当中,要非常谨慎。本案也是我国反垄断执法逐步走向台前的表现,目前反垄断执法部门在执法时,仍旧是依赖《价格法》而非已经出台3年的《反垄断法》及其配套规定,这使得认定垄断行为的论证缺乏法律支撑。另外,《反垄断法》对违法行为的震慑力远超过《价格法》的规定。《反垄断法》明确规定,经营者达成并实施垄断协议或滥用市场支配地位的,经查处,反垄断执法机构有权处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款。在可以预见到的将来,《反垄断法》必将逐步走向台前,真正发挥出其作为市场经济宪法的作用。●

●文/秦茂宪 李锐

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

解读《关于促进股权投资企业规范发展的通知》



对基本概念及“打通监管”的解析



国家发展和改革委员会于2011年11月23日发布的《关于促进股权投资企业规范发展的通知》(简称《通知》),分别在股权投资企业的募投管理、风险控制、信息披露、备案管理等方面做出了明确规定,成为第一个全国性的规制股权投资企业的规范性文件,引发业内广泛关注和讨论。

《通知》第一条第(四)项对投资者人数限制及合格投资者审查作出了规定:“股权投资企业的投资者人数应当符合《中华人民共和国公司法》和《中华人民共和国合伙企业法》的规定。投资者为集合资金信托、合伙企业等法人机构的,应打通核查最终的自然人和法人机构是否为合格投资者,并打通计算投资者总数,但投资者为股权投资母基金的除外。”上述条款监管意图明确,但规定较为原则,在缺少上位法的规定且配套指引文件未出台之前,“打通”之相关表述容易产生理解上的困扰,其适用在实务中存在不确定性。在讨论打通监管有关问题之前,应首先明确何为股权投资企业,以及何为股权投资企业的

投资者这两个基本概念。前者直接影响到《通知》的适用范围,后者直接影响到新规的监管措施的适用对象及程度。

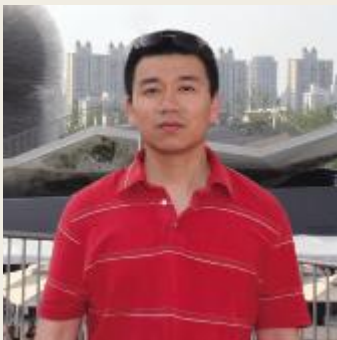
一、“股权投资企业”、“股权投资企业的投资者”——两个基本概念的厘清

(一)何为“股权投资企业”?《通知》是否适用于全部存在股权投资业务的企业——股权投资企业概念的内涵及外延的界定,直接关系到《通知》的适用对象范围

“股权投资企业”是《通知》中出现频率最高的关键词,全文中共94处(包括名称)出现“股权投资企业”或包含“股权投资企业”的词组。《通知》开篇即规定了其规制对象是“在中华人民共和国境内设立的从事非公开交易企业股权投资业务的股权投资企业(含以股权投资企业为投资对象的股权投资母基金)”,但《通知》并未对“股权投资企业”以及“非公开交易企业股权投资业务”等概念进行界定。从上述条款行文



秦茂宪: 德恒上海律师事务所律师



李锐: 德恒上海律师事务所律师

的逻辑关系看,对于不符合“从事非公开交易企业股权投资业务”的股权投资企业以及非股权投资类企业而言,并不属于《通知》的适用范围,认为《通知》适用于全部存在股权投资业务的企业,在监管操作中缺乏明确的依据。

国家发改委于2011年1月31日发布的《关于进一步规范试点地区股权投资企业发展和备案管理工作的通知》(简称《试点通知》)中,也使用了“股权投资企业”的表述,但未对“股权投资企业”进行定义。国家发改委有关负责人在《试点通知》的答记者问中曾提到股权投资基金、股权投资企业与一般性投资公司的区别,并强调了《试点通知》只规范具有“集合投资”性质的股权投资企业。股权投资企业,并非一个严格的法律概念,可以从企业名称、经营范围和实际募投方式等方面进行界定。

国家发改委尚未公开就《通知》中的“股权投资企业”的内涵及外延进行进一步的解释和说明。因此,目前仍不明确以下类型的企业是否直接适用《通知》的规定:

1、以资产管理中心、投资公司、集团控股公司等命名的(即企业名称中不含有“股权投资”的字样)持有集团下属企业的股权但实际不从事交易股权投资业务的企业,如以持有项目公司或矿山企业股权的方式间接持有土地使用权、采矿权的资产管理型企业,且企业名称中不含有“股权投资”字样的企业。

2、以资产管理中心、投资公司等命名的(即企业名称中不含有“股权投资”的字样),实际从事股权投资类业务的企业。

3、实际不从事或不主要从事股权投资业务但企业名称中使用了“股权投资”字样的企业。

4、不具有“集合投资”性质,由单一投资主体或实际控制人为单一主体的多个投资人出资设立的,实际进行股权投资的投资公司或企业名称中使用“股权投资”字样的企业。

(二) 何为“股权投资企业的投资者”?——对《通知》使用的“投资者”概念的理解,直接影响到“打通”监管执行的程度和范围

“投资者”是《通知》中出现频率最高的关键词之一,全文中22处出现“投资者”或包含“投资者”的词组。在第一条第(四)项中即出现了6次,其中“投资者人数”2次,“投资者”2次,“投资者总数”1次,“合格投资者”1次。但《通知》并未对“投资者”及相关概念进行界定。

不同部门法下的投资者的概念的使用情况不尽相同:2005年修订前的《公司法》中,同时出现了出资者(出资者强调的是向公司完成初始出资的主体,与投资者概念上还不完全一致)、股东、发起人等概念,但未直接使用投资者的概念。2005年《公司法》修订后,仍未采用投资者的概念,但不再沿用出资者的概念,只出现股东、发起人的表述。2007年修订后的《合伙企业法》全文未出现投资者的表述,而是直接使用合伙人的表述。《证券法》以及《上市公司收购管理办法》等证券金融法规多处出现了“投资者”的表述,但并未直接对投资者进行定义。《证券法》中出现“投资者”表述的共28处,《证券法》投资者的内涵大于股东的概念,其外延不仅包括名下登记有股份的股东,还包括股份虽未登记在其名下但可以实际支配与该股份对应的表决权的其他人,以及虽然不具有股东身份但有意取得上市公司股份的潜在收购人。具体可以参见《证券法》第八十五条、第八十六条等有关上市公司收购的条款规定。此外,证监会《上市公司收购管理办法》第十二条规定:“投资者在一个上市公司中拥有的权益,包括登记在其名下的股份和虽未登记在其名下但该投资者可以实际支配表决权的股份。投资者及其一致行动人在一个上市公司中拥有的权益应当合并计算。”

具体到对《通知》中出现的“(股权投资企业)投资者”的理解,也可能存在以下两种理解:

狭义的理解,投资者是指股权投资企业的权益持有人;公司制股权投资企业的股权(股份)持有人;股东或发起人;合伙制股权投资企业的财产份额的持有人:有限合伙人、普通合伙人。

广义的理解,除了狭义的投资者外,投资者还应当包括未直接持有股权投资企业的股权(股份)、财产份额或其他权益,但通过协议或其他方式持有股权投资企业权益的人,以及有可能通过交易获得股权投资企业权益的人。

《通知》规定“股权投资企业的投资者人数应当符合《中华人民共和国公司法》和《中华人民共和国合伙企业法》的规定”,将《公司法》和《合伙企业法》作为

对股权投资企业的投资者人数限制的上位法依据。但如上所述,《公司法》、《合伙企业法》全文均未出现“投资者”之表述,《公司法》、《合伙企业法》只是分别规定了对股东(发起人)、合伙人的人数限制。

那么,可否认为《通知》的上述规定中“股权投资企业的投资者人数”等同于“股权投资企业的股东(发起人)、合伙人人数”,并进而认为《通知》第一条第(四)项之规定等同于股权投资企业的股东(发起人)、合伙人人数应当符合《中华人民共和国公司法》和《中华人民共和国合伙企业法》的规定,股东(发起人)、合伙人为集合资金信托、合伙企业等非法人机构的,应打通核查最终的自然人和法人机构是否为合格投资者,并打通计算股东(发起人)、合伙人总数,但股东(发起人)、合伙人为股权投资母基金的除外?如按狭义理解,投资者实际上仅为股东、发起人、合伙人的统称,上述替换表述可以成立。

信托PE实践中,集合信托计划参与股权投资企业,并不直接以集合信托计划的名义投资,而是以信托公司作为LP,实际并未出现集合资金信托的非法人机构,如果狭义将投资者理解为名义上的合伙人,鉴于信托公司是法人机构,并不符合投资者为“非法人机构”的打通前提,监管目的就无法实现。另外,实践中,存在非法人机构、自然人、法人机构共同作为出资实体,或法人机构和非法人机构相互嵌套的股权投资企业。如果按上述狭义理解来认定投资者,合伙企业等非法人机构只需调整嵌套投资的顺序,避免股权投资企业的合伙人由非法人机构出资或担任,“打通”监管的目的也可能落空。笔者认为,《通知》中的“投资者”并非作为“股东、发起人、合伙人”的统称,广义的理解可能更符合《通知》的监管初衷。如采用狭义理解,可能得出与采用广义理解不同的结论。

二、“打通核查”、“打通计算”——“打通监管”具体适用问题的解析

《通知》的第一条第(四)项之规定在表述上并不确切,“打通”之相关表述意味深长但容易产生理解上的困扰。不妨将《通知》第一条第(四)项所规定的“打通核查”和“打通计算”问题分解为以下四个方面进行分析:

一是何为“打通”、“打通核查”和“打通计算”;二是“打通”监管适用的前提条件;三是打通监管的审查“深度”:“打通核查”和“打通计算”应进行到哪一层机构或主体为止;四是“打通”监管的除外情况。

(一)“打通核查”与“打通计算”概念之辨

“打通”、“打通核查”、“打通计算”均不是法律概

念,“打通”词语原意上含有除去阻隔、阻碍使相贯通之意。从词语结构上看“打通核查”、“打通计算”中“打通”均作为审查、计算的限定语、描述语,在“打通核查”和“打通计算”中,“打通”一词词义是否相同?

依循常理,“打通核查”和“打通计算”作为监管审查手段,都需要依循确定标准、采集数据、对照标准、审核判别,最终得出结论的审核顺序和方式。

1、“打通核查”实质是合格投资者标准混同适用的“分别核查”

“打通核查”的目的是审核投资者是否符合合格投资者标准。核查除了要对股权投资企业的投资者(股权投资企业投资者的内涵和外延需要进一步分析讨论,详见笔者《解读发改委〈通知〉——两个基本概念厘清》一文),在投资者为非法人机构时,还要核查投资者的上层投资者。“打通核查”和《通知》颁布前对合格投资者核查的区别主要并不在于被核查的对象,而在于核查的标准不同。

实践中,大量存在自然人、非法人机构、法人机构共同作为投资者,或法人机构和非法人机构相互嵌套作为投资者的股权投资企业。核查可能针对不同类型的投资者并渗透到多个出资层面进行,问题在于针对不同类型(不同出资层面)的投资者是否适用相同的合格投资者标准,或者说在不同类型的投资者的合格投资者标准存在差异的情况下,是分别适用各自不同的标准还是统一适用较严格的合格投资者标准。例如,对集合资金信托的投资者和股权投资企业的投资者,是否统一适用股权投资企业的合格投资者标准。在《通知》颁布之前,业界一般认为,对PE信托核查适用合格投资者标准时,集合资金信托和股权投资企业的投资者分别适用各自的合格投资者标准,但目前尚未出台全国范围的股权投资企业合格投资者的标准。

通过上述分析,“打通核查”具有“分别核查”之意,但从《通知》的监管目的考虑,“分别核查”不是分别适用不同标准进行审查,而很有可能统一适用即将出台的股权投资企业的合格投资者标准。因此,“打通核查”实际上是合格投资者标准混同适用的“分别核查”。

2、“打通计算”实质是人数限制依据混同适用的“累加计算”

“打通计算”的目的是审核投资者人数(总数)是否符合法定的人数限制。“打通计算”和《通知》颁布前的投资者人数计算的区别在于是否累加计算,以及适用的有关人数限制的法规依据不同。“打通计算”除了统计股权投资企业层面的投资者人数,在投资者为非法人机构时,还可能汇总计算投资者的上层投资者人数。可见,“打通计算”具有累加计算之意。

累加计算适用什么依据来判别是否符合人数限制的要求?

在《通知》颁布之前,业界一般认为,在投资者和股权投资企业层面分别适用各自的依据:在股权投资企业层面以股权投资企业所采用的企业形式的组织法(《公司法》或《合伙企业法》)的相关规定作为依据,而股权投资企业的投资者层面以其他相关规定(如《信托公司集合资金信托计划管理办法》)作为依据,而不直接适用企业组织法的相关规定。以PE信托为例,在计算有限合伙制PE信托的合伙人人数时,一个信托计划(以信托公司名义登记)整体上仅计为一个合伙人,实践中此类有限合伙办理工商登记时,也仅将信托公司记载为一个有限合伙人,而不会去讨论和审查信托计划的投资人人数是否符合《公司法》或《合伙企业法》对股东、发起人、合伙人的人数限制。但从《通知》的监管目的考虑,“打通计算”(累加计算)后无法直接适用原有依据进行人数限制的核查,而很有可能统一适用对人数限制更为严格的规制股权投资企业层面的《公司法》或《合伙企业法》对股东、合伙人的人数限制。因此,“打通计算”实质上是人数限制依据混同适用的累加计算。

实际上,即便暂不考虑累加计算的影响,只是人数限制依据混同适用这一项改变,就会对原有的“信托+有限合伙”或有限合伙嵌套的模式带来巨大的影响。“择其严(高)者适用”产生的标准和依据混同,有“张冠李戴”之嫌,如何在《通知》之外的规范层面找到合理依据,应当是监管部门亟待解决的问题。

(二)“打通”监管适用的前提条件是股权投资企业的“投资者为集合资金信托、合伙企业等非法人机构”——投资者为法人机构的,是否无须打通核查和计算

《通知》第一条第(四)项明确规定了须“打通”核查和计算的适用对象是“非法人机构”,并特别列明了“集合资金信托”或“合伙企业”两种“非法人机构”形式。按文义理解,只有股权投资企业的投资者为“集合资金信托”或“合伙企业”等“非法人机构”时,才应进行“打通”计算投资者总数,核查最终的“自然人”和“法人机构”是否为合格投资者。换言之,如果股权投资企业投资者不是非法人机构,如股权投资企业的投资者为自然人或公司制等法人机构,就无须进行“打通”核查和计算。当然,得出这个结论的尚需分析“投资者”概念的内涵和外延。

对PE信托模式,如果股权投资企业采用公司制的组织形式,即由信托公司等投资者作为股东共同设立一个有限责任公司,再由该公司作为LP,与GP共同设立有限合伙形式的股权投资企业,鉴于该股权投资企业的投资者中不含有“集合资金信托、合伙企业等非法人机

构”,就无须对投资者总数进行“打通计算”,也无须“打通”核查公司股东出资是否达到合格投资者的要求(即不核查投资门槛要求)。如果上述分析成立,中小投资者通过信托计划参与私募股权投资的通道仍然存在。采用上述公司制的模式,需要对各方承担的税收义务进行进一步的分析。

(三)“打通核查”和“打通计算”是否同样应进行至最终自然人或法人机构为止

“打通核查”和“打通计算”只针对“非法人机构”进行,不再对最终自然人或法人机构进行“打通”监管。如上面所分析,“打通”监管的适用条件是股权投资企业的“投资者为集合资金信托、合伙企业等非法人机构”,最终自然人应仅指非法人机构中的自然人投资者,不包括法人机构的自然人投资者和股权投资企业的自然人投资者。法人机构再投资设立法人机构作为股权投资机构的名义投资者,也不进行“打通核查”和“打通计算”,体现出监管部门对采取公司制组织形式的投资者的不同态度。

也有观点认为,《通知》仅规定了“打通核查”至最终自然人或法人机构,并没有明确规定“打通计算”至最终自然人或法人机构,目前还无法确定“打通计算”的审查“深度”。此外,“打通核查”和“打通计算”的审查“深度”还取决于对“投资者”概念的理解。

(四)对股权投资母基金(FOF)的除外适用,不进行“打通核查”和“打通计算”

《通知》规定了“打通核查”和“打通计算”的除外事项,即“投资者为股权投资母基金的除外”。也就是说,股权投资企业的投资者为股权投资母基金(FOF)时,视为单个投资者,FOF的投资者人数不再累加计入投资者总数的计算,也不“打通核查”最终的自然人和法人机构是否为合格投资者。鉴于《通知》仅规定了对于FOF的特殊监管处理,但并未明确规定“股权投资母基金”的设立及认定标准,给实务界留下了业务创新的空间。为了在PE信托中引入股权投资母基金,可以把有限合伙和信托的结合从传统的PE层面上移到FOF层面:即由VC/PE机构发起设立有限合伙制母基金,并嵌套信托计划,设计为FOF信托计划,投资者以认购信托计划的形式完成对该FOF的投资,或由信托公司直接发起FOF并完成投资者募资,再以FOF母基金名义向PE/VC基金注资。相比前述公司制PE模式,由FOF作为LP可以充分利用合伙制基金不征企业所得税的穿透优势,节省FOF投资者的税负成本。但FOF信托模式直接受FOF设立认定标准的影响,设立门槛可能较高。据悉,国家发改委正在研究制定关于FOF的设立和认定的配套解释。●

●文 / 廖若昕

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

论知识产权纠纷诉前人民调解的适用性及完善



在全球愈来愈关注技术的传播、知识产权保护的信息时代,专利、商标、著作权在现实生活中从抽象的概念变得日益清晰。近年来,知识产权纠纷案件数量以井喷式的速度增加:2008年至2010年,全国新收知识产权民事一审案件的数量分别为24405件、30626件和42931件,平均增长率为32.63%。随着知识产权纠纷案件爆炸式的增长,如何从制度上有效、全面地处理知识产权纠纷案件,成为法律研究的新热点,而对这一课题的研究充满了现实意义。

在《人民调解法》于2011年1月1日开始正式施行的背景下,诉前调解作为解决民事纠纷的常用手段的重要性便可窥一斑。2009年7月24日,最高人民法院出台了《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》,提出“完善诉讼与仲裁、行政调解、人民调解、商事调解、行业调解以及其他非诉讼纠纷解决方式之间的衔接机制,推动各种纠纷解决机制的组织 and 程序制度建设。”该意见为以非诉讼方式解决知识产权纠纷的诉前调解制度,尤其为便捷、灵活、高效的诉前人民调解方式处理知识产权纠纷提供了司法保障。

一、诉前人民调解的发展及特征

(一) 诉前调解制度的发展

1998年美国为解决“诉讼爆炸”的局面,颁布了

《ADR法》(《Alternative Dispute Resolution Law》),建立ADR“替代性纠纷解决机制”,即通过诉讼以外的其他方式解决纠纷,将涉诉纠纷解决在开庭前的“诉前调解机制”。自此,各国

司法界纷纷研究相应措施解决裁判资源的有限性和纠纷案件无限增长的矛盾。

以“诉前调解”处理民事纠纷的形式主要分为两类:一为法官调解——在立案庭专设调解法官,负责主持诉前调解工作;二为人民调解——由调解法官在征得当事人同意的前提下,委托相关基层调解组织依法调解,即“人民调解”,又称“委托调解”。

2002年9月16日,我国最高人民法院通过了《关于审理涉及人民调解协议民事案件的若干规定》,正式承认“经人民调解委员会调解达成的、有民事权利义务内容,并由双方当事人签字或者盖章的调解协议,具有民事合同性质。”以司法解释的形式明确了人民调解协议的性质和效力。2003年,上海市高院在《关于进一步加强人民调解工作的会议纪要》中提出“探索在法官主导下诉讼调解工作适度社会化的新模式”,并指定长宁、普陀和黄浦区作为试点,开展民事案件“委托调解”工作——在进入诉讼程序之前,经双方当事人同意后,法院将纠纷委托给人民调解组织调处。2006年2月,上海市高院、市司法局共同发布《关于规范民事纠纷委托人民调解的若干意见》(简称《若干意见》),规范民事纠纷受理前、受理后以及开庭审理前的委托调解工作。2009年《最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》的出台,扩大了赋予合同效力的调解协议范围,并开创性地规定了司法确认程序,搭建了多元化纠纷解决机制之间良性互动的桥梁。2010年6月7日,最高人民法院印发了《关于进一步贯彻“调解优先、调判结合”工作原则的若干意见》。

诉前调解,尤其是人民调解,最大限度地提高了解决纠纷的效率,降低了当事人的诉讼成本,同时也减轻了法院的负担。

(二) 诉前人民调解的法律特征

我国诉前人民调解有着如下法律特征:

1、诉前人民调解具有准司法性的特征

根据《关于审理涉及人民调解协议民事案件的若干规定》及《最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼



廖若昕:德恒上海律师事务所实习人员

相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》，调解协议一经达成，即具有民事合同性质，当事人应当按照约定履行义务，不得擅自变更或者解除调解协议。对于达成协议后又反悔，起诉到法院的民事案件，经法院确认调解协议有效后，在一方不同意履行的情况下，另一方当事人可以请求法院予以强制执行。因此，诉前人民调解系在法院的支持和监督下的调解，具有准司法性的特征。

2、诉前人民调解具有平等性、自愿性

诉前人民调解需要经过双方当事人同意，且调解过程中双方当事人、调解人之间的关系相互平等。由于纠纷并未进入诉讼程序，调解人并不具有司法权，调解按照纠纷当事人的意志进行，有效避免了诉讼中调解的以判压调和强制调解的发生。更为重要的是，诉前人民调解能够从双方当事人的心理考虑，不仅起到控制冲突的作用，而且使调解双方感情上易于接受。

3、诉前人民调解具有灵活性

根据最高人民法院《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》，诉前人民调解的时间系在法院收到起诉状或者口头起诉之后、正式立案之前进行。调解与审判完全脱离，无论实体上或程序上，均不必严格拘泥于法律规定。在法律的基本原则框架内，当事人可以选择其他社会规范或行业惯例作为纠纷解决的依据，有更大的让渡和交易空间，更容易达成调解协议，提高纠纷解决的效率。

二、诉前人民调解知识产权纠纷的普遍适用性

根据最高人民法院 2008 年、2009 年、2010 年发布的《知识产权案件年度报告》中的数据分析显示，近三年来，涉及生物、化工、医药等高新技术领域的案件明显增多，争夺市场的专利、技术秘密和商标案件尤为突出。随着科学技术的飞速发展和商业化竞争的日益激烈，知识产权纠纷也逐渐以“经济价值”为核心，这正与诉前人民调解的优势相契合：

（一）知识产权纠纷本质的利益之争使诉前人民调解具有实施的可能性

随着现代社会财产属性日益突出，知识产权日益成为商业领域的竞争工具和盈利工具。知识产权纠纷，本质即为知识产权所蕴含的利益之争。而知识产权客体又有着可共享性的特征——可同时在不同空间被不特定的多数主体利用，且每个主体所利用的客体均是独立完整的。因此，对双方当事人而言，解决知识产权纠纷的目的并非单纯的维权，而在于排除市场竞争障碍，实现市场利益。

知识产权纠纷的本质特征和知识产权客体智力成果的可共享性为双方当事人提供了诉前调解的可能性——通过在诉诸法院之前，将“侵权使用”转变为“合法使用”，共同利用知识产权客体，实现双方预期的经济价值，不仅能够解决纠纷，更为双方合作创造条件。数码相机生产商柯达与索尼，在线零售商亚马逊与 IBM 均曾通过交叉许可协议的方式了结双方知识产权的争端。2006 年 10 月，IBM 向德克萨斯州联邦法院提出了二级诉讼，指控在线零售商亚马逊侵犯了它在 80 和 90 年代获得的专利技术，其中包括网络服务的一些基本方面，如使用电子目录，向客户推荐产品和展示广告的专利方法。2007 年，两公司最后通过签订交叉许可协议结束了知识产权纠纷。

（二）知识产权纠纷双方当事人的风险共同点使诉前人民调解具有一定必要性

技术的日新月异和市场商机的稍纵即逝，使知识产权具有很强的时效性。同时，基于专利和商标审查制度的影响，特定的知识产权并不总是稳定、可靠——知识产权的权利证书仅从形式上证明权利的有效性，进入诉讼程序后，一旦被诉侵权人提出权利实质无效或其他反制程序（如商标评审或专利无效程序），原告甚至存在彻底丧失权利的风险。典型案例如美国 *zatarains, Inc. v. Oak Grove Smokehouse, Inc.* 原告起诉被告未经其许可使用其注册商标 Fish-Fri 和 Chick-Fri，然而在诉讼程序中被告发起了对 Fish-Fri 和 Chick-Fri 商标评审请求，最终原告的 Chick-Fri 注册商标由于是描述性术语且缺少第二含义而被法院撤销。对被告而言，法院的诉前停止侵权临时措施和诉前财产保全也使被诉侵权人存在承担重大损失风险。因此，知识产权纠纷的双方当事人往往存在风险共同点，使诉前调解成为必要的处理手段。

从 2003 年开始，河南好想你枣业股份有限公司和郑州帅龙红枣食品有限公司之间马拉松式的商标纠纷，在历经 8 年，几乎穷尽中国现有商标法律框架内的所有行政和司法程序后，最终于 2010 年以调解的方式化解纠纷。可见，相比诉讼程序的规范性，调解制度的灵活性更贴合双方当事人的需求，避免双方进入诉讼程序后的共同风险。

（三）诉前人民调解弥补知识产权纠纷的复杂性与法律规定滞后性的矛盾

法律的稳定性和滞后性与科学技术的复杂性、多变性总是处于矛盾状态，而在知识产权中，相关地带的立法空白和司法实践不统一现象尤其明显：著作权侵权案件中作品在网络中如何保护、避风港原则的适用标准；商标侵权案件中商标混淆、商标淡化理论的适用以及对贴牌加工行为的定性；专利侵权纠纷中平行进口等问

题,在理论界尚且处于“无定论”状态,在司法实践中,各地法院更是做法不一。而诉前人民调解却能够绕开立法空白的弊端,在进入诉讼程序前根据双方当事人的真实目的,结合实际情况妥善处理,弥补法律规定的滞后与不足。更为完善知识产权法律体系提供实践经验。

(四) 知识产权诉讼的高成本让当事人愿意以诉前调解为处理纠纷的首要选择

知识产权案件较长的诉讼程序是此类案件高成本的重要原因,在专利和商标纠纷中尤为明显——行政前置程序(如商标评审或专利复审),或行政程序(如专利无效程序)的嵌入,使知识产权诉讼案件动辄五、六年的诉讼周期远远超过普通民事案件一年左右的诉讼时间。不仅增加当事人在案件诉讼过程中的资金投入,也大大加深了知识产权时效性对知识产权利用的影响。同时,其他因素也导致知识产权诉讼的高成本:1、取证难度大,费用高;2、诉讼中专业鉴定人和专家证人出庭费用高;3、法院禁令造成的损失等。

而运用诉前调解知识产权纠纷的审限一般较短,如上海光胤健康咨询有限公司与上海苏利雅健康信息咨询有限公司之间关于商标仿冒纠纷的调解只用了7天便达成了调解协议。据目前所有浦东调解委调解成功的案例分析,普通知识产权纠纷调解一般都能在3至5个月内顺利结束,而且成功调解的案件可即时履行。与其像在“真的好想你”案件中,郑州的帅龙公司和好想你公司关于“真的好想你”商标归属的争议经过河南省高院8年38次调解才最终达成和解,还不如一开始便选择诉前调解来解决双方的商标争议,更迅速有效的解决双方的知识产权纠纷。

(五) 知识产权纠纷当事人更为理性,为诉前调解的进行创造有利条件

知识产权纠纷案件的当事人知识水平一般较高,与其他普通民事纠纷当事人相比更为理性,更适合诉前人民调解工作的开展。当事人本身理性博弈的能力,能够适应更为灵活的调解方式,也更容易寻找双方的利益共同点,权衡利弊,达成调解协议。

三、知识产权诉前调解的具体运用

以诉前调解作为知识产权纠纷的处理方式,早在6年前上海地区便有先例:2006年,浦东新区人民法院率先尝试民事纠纷诉前调解制度,将社会调解和法院调解相结合,使法院调解社会化,社会调节司法化,取得了不错的成绩。2007年12月20日,在浦东新区司法局的大力支持下及浦东新区知识产权保护协会的具体负责下,成立了浦东新区知识产权人民调解委员会。根据浦东新

区知识产权中心调解委员会2008年至2010年的统计数据,三年来成功诉前调解的案件合计51起。

诉前人民调解工作一般可以分为四个阶段:

(一) 纠纷受理和调解准备阶段

根据最高人民法院《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》,调解委可以接受来自法院、行政机关及纠纷当事人的委托请求。法院和行政机关通过委托函将纠纷委托给调解委调解,纠纷双方当事人则通过填写《调解请求书》,请求调解委进行调解。调解准备的工作则主要包括确定调解员、落实调解场所、调解前期告知。

(二) 查明事实阶段

查明事实既包括了解知识产权纠纷的基本事实,也包括了解当事人之间争议的核心以及双方当事人的最终目的。一般来说,知识产权纠纷的争议核心集中在以下三个方面:一为“市场”,即试图取得或维持其独占的市场支配地位,对未经授权使用其所拥有的知识产权的客体的行为予以制止。起诉人的主要目的是制止侵权,赔偿损失只是附带要求。二为“赔偿”,即要求非法使用者承担赔偿责任或保证未来的付费使用,同时达到震慑作用以告知其他使用者或潜在使用者向其取得许可并支付许可费。三为“使用权”,即取得一方同意,获得某项知识产权的交叉许可。不同的情况、不同的目的,对调解员进行双方调解时所采用的技巧会产生不同的影响。调解员分析权利人相关知识产权的现状及其利益诉求,是最终达成调解的基础条件。

因此,调解员应当分别向当事人询问纠纷事由和主要情节,了解双方的诉求及理由。并以自身对法律和专业知识的掌握情况,根据需求和可能,对相关事实进行核证。

(三) 纠纷调解阶段

在了解纠纷事由的基础上,根据纠纷性质、发展变化、当事人特点和调解难易程度等情况,采取灵活多样的方法,引导、协调当事人的对价期望值逐步趋近,最终达成解决纠纷的调解协议书。实践中,妥善调解知识产权纠纷不仅需要专业的法律知识和与争议相关的技术知识,在诉前人民调解的实际运用中掌握相应调解技巧也十分重要,主要体现在:

一是把握时机,掌握当事人的心理。调解员不仅应当清楚双方当事人纠纷争议的焦点,更需要掌握双方当事人的心理特点。在调解过程中,当事人的心理常常是不断波动变化的,调解员应当密切观察其心理状况,把握当事人表现调解意愿的瞬间,有的放矢地进行调解,解决矛盾、化解纠纷。

二是顾全大局,兼顾双方利益。双方当事人的利益

之争往往是纠纷的焦点。调解员作为中立的一方,应当在保证公共利益的情况下,尽量平衡当事人的利益。

三是不断提高自身素质。正如前文所说,知识产权纠纷的当事人通常都具有一定的社会经验和法律意识,这也对调解员的综合素质和职业能力提出了更高的要求。如韩军与上海世博局的专利纠纷中,涉及大量的专业名词,需要调解员具备一定的经验和专业知识。

(四) 调解终结,总结归纳阶段

对诉前人民调解成功的案件进行分类、研究,总结合适的调解规律,对提高调解水平,为未来相应案件提供借鉴经验有很大的现实意义。

浦东新区人民调解委员会成立以来,在浦东新区知识产权局、新区科协的关心支持下,在新区人民法院、新区司法局及新区人民调解协会的指导下,以浦东新区知识产权保护协会为依托,依靠知识产权专家资源的力量,3年来共计受理 100 多件案例,成功调解 51 件。其中,接受法院委托案件数量为 98 件,成功调解 31 件;调解委自行调解成功案件数量为 20 件。

浦东新区人民调解委员会近年来调解成功最多的纠纷是著作权纠纷,商标、专利和不正当竞争纠纷数量持平。与著作权相比,商标、专利和不正当竞争纠纷的涉案标的一般较大,当事人之间往往处于市场竞争关系,因此可初步判断调解的难度和争议的核心主要集中在“市场”。

2010 年,浦东新区人民调解委员会正是按照上述步骤,成功调解了韩军与上海世博局喷雾降温专利纠纷。调解委在接受当事人双方调解的申请后,在调查取证阶段听取当事人陈述,了解案件的基本事实;在查明事实的基础上着手进行具体的调解工作。坚持“把握重点、循序渐进、多管齐下”的调解方法,让双方通过沟通,相互了解对方的意图,理解对方的立场,在归纳各自的观点后,求同存异。浦东新区人民调解委员会不仅请专业的律师团队从法律专业角度对纠纷做原则性判断,同时对韩军晓之以理、动之以情、明期之以法,使其意识到在世博期间,应当考虑国家利益,维护国家形象。在调解过程中,调解委也以中间人的角色对上海世博局建言献策,请其对韩军给予精神奖励和适当物质奖励,化解纠纷。

四、知识产权纠纷诉前人民调解的缺陷及完善

由于知识产权诉前人民调解运用时间较短,缺乏可供借鉴的成功经验,因此知识产权诉前人民调解工作的开展存在一定难度,主要体现在以下方面:

(一) 委托鉴定机构出具鉴定意见,增强诉前调解

过程的权威性和专业性

虽然诉前人民调解并不需要也不可能查清全部事实、分清责任,但因知识产权的专业属性,在调解过程中增强专业鉴定,有利于调解员把握纠纷中所涉技术疑难问题,增强诉前调解过程的权威性和专业性。同时,一旦调解不成功,专业机构的鉴定意见可作为诉讼中的参考依据。尤其对于笔迹鉴定、印文鉴定、光盘生产源鉴定和光盘内容的音源同一性等,必须借助相关设备或技术手段才能得出鉴定结论的情况,委托专业的鉴定机构出具鉴定意见对确保程序和实体的公正具有积极作用。

(二) 坚持保密原则,在调解期间保障当事人权利的实践中,诉前人民调解的期限、证据的保全、调解主体回避等程序性问题难以固化、统一

知识产权又有着财产权和人身权的双重属性,知识产权的经济价值难以估量,权利关系相对复杂。而知识产权纠纷调解中,当事人谈判、协商的过程中,也往往涉及当事人不愿对外公开的商业秘密、专利技术及企业其他经营信息。因此,创造和谐的调解氛围,消除当事人的敌意、疑虑十分重要。

因此,在知识产权纠纷诉前人民调解中,建议建立诚信、保密的基础环境。在双方当事人申请调解时,即签署《保密承诺》,对于未来在调解过程中各自主张、妥协的示意、调解的底线以及与调解相关的任何信息均要求双方履行保密义务,承担保密责任。以此满足当事人的行为心理需求,保护其长远的商业利益。

(三) 完善调解员的选择方式,改善调解的结果受调解员水平、经验和精力局限的缺陷

知识产权诉前人民调解工作的调解员或调解组成员一般为律师、相关技术专家或离退休法官,往往身兼数职,精力有限,仅凭借其威望和社会经验来进行调解,恐怕当事人对调解结果不会有太深的认同感。而随着新科技、新问题、新矛盾的不断涌现,不仅要求调解员对社会发展和转型具备深刻的洞察力,更要求对新的科技和法规有深入的理解。由于调解的结果往往与调解员的水平、经验和精力相关,因此调解员队伍的素质高低往往与调解最终能否顺利完成挂钩。

针对此现象,建议根据具体情况,在知识产权纠纷诉前人民调解工作中设立法律类指定调解员和专家类特邀调解员,其中法律类调解员可以由法院指定,用以引导和主持调解工作的顺利开展。这样,拥有法律经验的指定调解员可以把握调解流程,维持程序上的公平正义;特邀调解员则运用其专业知识和社会经验,对案件的实体争议进行调解。发挥调解员各自的调解优势,知人善用,从程序和实体上维护诉前调解的公平正义,可增强当事人对诉前调解的认同感,提高调解协议的执行力度。●

●文/魏海波

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

如何申请检察院抗诉?



魏海波:京衡律师集团上海事务所律师



面对已经发生效力的民事判决,如果当事人不服法院判决,应当走什么样的救济途径?很多律师首先想到的途径便是向法院提出申诉,启动民事再审程序,但这种再审的后果如何?我以为经历过的律师同行比我更清楚。另一条途径则是向检察院提出申诉,申请检察院依照职权发挥审判监督职能,向法院抗诉,启动民事再审程序,在此过程中有许多是我们非常值得深究的地方。以下我将结合曾经办理过的案例,解析民事申诉案件的操作程序以及要点。

案例介绍:2009年4月21日,A公司与B公司签订《房屋租赁合同》,双方约定B公司向A公司承租位于上海市杨浦区某处的一套房屋,用以办公办学。然而2009年8月7日,B公司以A公司未履行工商登记协助义务为借口,向A公司发函要求退租并返还押金,并起诉到本市某区法院。法院判决A公司返还B公司押金人民币14万元,违约金人民币21万元。A公司对一审判决不服提出上诉,但是由于一审代理律师的失误,导致上诉期已过,A公司丧失了上诉权。在该案被执行一年之后,我们和A公司老板闲聊中得知此案,路见不平,遂拔刀相助,代A公司向检察院提出民事申诉请求。

一、检察院受理民事申诉的条件

根据《人民检察院民事行政抗诉案件办案规则》的规定,对于已经生效的案件符合下列条件的,当事人可以申诉:(一)有新的证据,足以推翻原判决、裁定的;(二)原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的;(三)原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的;(四)原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的;(五)对审理案件需要的证据,当事人因客观原因不能自行收集,书面申请人民法院调查收集,人民法院未调查收集的;(六)原判决、裁定适用法律确有错误的;(七)违反法律规定,管辖错误的;(八)审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的;(九)无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者

应当参加诉讼的当事人,因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由,未参加诉讼的;(十)违反法律规定,剥夺当事人辩论权利的;(十一)未经传票传唤,缺席判决的;(十二)原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的;(十三)据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的。对违反法定程序可能影响案件正确判决、裁定的情形,或者审判人员在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的,人民法院应当再审。

二、民事申诉的理由

因为申诉的对象是法院已经发生法律效力了的民事判决、裁定,这要求律师应当具有扎实的民法学基础和丰富的实践经验,这样才能发现法院所做判决、裁定的错误之处。因此,在民事申诉请求中,应当针对法院做出的生效判决提出具有针对性的、具体的、充分的理由,这样才有可能说服检察院向法院提出抗诉,启动审判监督程序。

《民事诉讼法》以及《人民检察院民事行政抗诉案件办案规则》规定,检察院应当提出抗诉的理由为以下情况之一:1、原判决、裁定认定事实的主要证据可能不足的;2、原判决、裁定适用法律可能错误的;3、原审人民法院违反法定程序,可能影响案件正确判决、裁定的;4、有证据证明审判人员在审理案件时有贪污受贿、徇私舞弊或者枉法裁判行为的。因此,律师在提交给检察院的申诉状及申诉材料中也应当围绕这几个关键点。

在案例中,本人针对一审判决基本事实缺乏证据证明,适用法律确有错,共提出四点理由:

一是该案系房屋租赁合同纠纷,提供租赁房屋、支付租金显然是双方当事人所分别应当承担的主要合同义务。虽然双方在合同约定,A公司保证涉案房屋可用于B公司企业注册和工商事宜的办理,并承诺在B公司办理企业工商登记等事宜时,予以配合。但该义务正如合同约定仅是配合义务,且该义务的具体履行方式并未约定明确。

二是 A 公司在收到 B 公司关于提交工商材料的催告函后,不仅提供了部分材料,且以函件形式明确表示, B 公司不应以企业开办注册事宜作为延迟支付房租的借口,并承诺 B 公司可以在材料准备齐全后,交由其免费为 B 公司办理开办注册。可见 A 公司已履行了相应配合的义务。

三是 B 公司在此后不仅未及时支付相应租金,也未就注册事宜与 A 公司进一步协商,即发函要求解除涉案租赁合同,毁约意图明显,有悖于基本的商业诚信。

四是原判决反而逕行认定 B 公司依法享有合同解释权,进而判令 A 公司支付相应违约金,显失公正。

三、提出民事申诉的程序

我国《人民检察院民事行政抗诉案件办案规则》规定,如当事人不服人民法院已生效的民事判决、裁定,可向检察机关提出申诉。《民事诉讼法》第一百八十五条规定:“当事人不服人民法院已生效的民事判决、裁定,可以向人民检察院提出申诉。”这项申诉权利没有诉讼时效的限制,因此可以说是当事人保障自身利益的最后一道屏障。

(一) 检察院受理

当事人决定申诉后,应向检察院提交申诉材料,检察院会在收到申诉状后做出是否受理的决定并送达是否受理告知书。如果做出受理决定,检察院应在受理之日起 7 日内分情况作出如下处理:

1、不服同级或者下一级人民法院生效民事判决、裁定的,移送本院民事行政检察部门审查处理;2、上级人民检察院有抗诉权的,转下级人民检察院审查处理;3、依法属于人民法院或者其他机关主管范围的,移送人民法院或者其他机关处理。

(二) 检察院立案

检察院自受理之日起 30 日内应做出是否立案的决定书。如果检察院决定立案的,则会通知申诉人和其他当事人。其他当事人可以在收到《立案通知书》之日起 15 日内提出书面意见。检察院应当在立案后调(借)阅法院审判案卷,并在调(借)阅审判案卷后三个月内审查终结。如果检察院决定不立案的案件,应当通知申诉人。

(三) 检察院审查

检察院立案以后,会对法院的民事审判活动进行审查。对于审查终结的案件,检察院应当分情况作出是否提起抗诉的决定。立案审查期一般为自调(借)阅法院审判案卷之日起的三个月内,复杂疑难的案件为六个月内。

案例中,某区检察院立案后,向 A 公司送达了《民

事行政申诉案件立案审查告知书》。并在该阶段,通过书面审查以及询问的方式要求 A 公司向其提供了相关的证据材料,配合检察院查明案件。

(四) 检察院提请抗诉

对于同级法院已经发生法律效力的判决、裁定,经检察院审查认为符合抗诉条件的,会提请上一级检察院抗诉。如果检察院认为不符合抗诉条件的,将做出不提请抗诉决定,并在作出该决定之日起 5 日内送达《不提请抗诉决定书》。对于检察院做出不提请抗诉或不抗诉决定的申诉案件,当事人再行申诉的,检察院不再受理。

案例中,某区检察院立案后,便提请上海市检察院某分院向上海市某中院提出抗诉。区检察院在抗诉书中明确指出:A 公司根据合同约定已经将租赁房屋交付 B 公司 4 个月。原审判决亦认为 B 公司使用了租赁房屋,B 公司应当依约支付相应租金。在此情况下,原审判决却认定已经发生的租金系 B 公司的损失,显然缺乏相应的法律依据。原审判决结果直接导致 B 公司作为房屋出租方在履行了交付房屋的合同主要义务后,不仅没有相应的收益,还需支付 B 公司数万元,而 B 公司作为承租方在未履行支付租金的合同主要义务后,还有所收益。原审判决显然导致双方当事人利益失衡。

(五) 再审开庭

法院开庭审理抗诉案件,检察院应当派员出席再审法庭。受理抗诉的法院指令下级法院再审的,提出抗诉的检察院可以指令再审法院的同级检察院派员出席再审法庭。

上海市某中院开庭审理了此案,在经过法庭审理调查后认为,原审法院认定的基本事实缺乏证据证明且适用法律确有错误,致判决有误。裁定本案指令某区法院再审。再审的结果不仅终止了原判决的执行,让 B 公司退回原执行的 35 万元,而且判决 B 公司依约支付相应的租金,最大程度地维护了当事人的利益。

综上所述,一个完整的民事申诉过程,包括律师向检察院申诉程序、检察院立案审查程序、检察院抗诉程序、法院再审程序。由于这个过程的耗时长、周期长、程序复杂,往往被当事人及律师所忽视。同时,由于在这个过程中需要不断的与检察院、法院打交道,提交充分的案件材料,还要积极配合检察院的审查工作,因此这个繁复的过程也让许多律师望而怯步。因此,许多律师抱着“检察院大门难进”、“申诉案件基本不可能受理”的想法,从不代理此类案件。虽然检察院在审查申诉材料以及受理申诉案件的过程中非常严格,但是如果能够利用好这最后一道屏障,案件的进展却很可能会达到“起死回生”的效果,为当事人争取到最大的利益。●

他山之石

●文 / 王晓华

栏目组稿人: 洪亮 hongliang1224@hotmail.com

从罗伯茨到克劳福德

——评美国传闻证据规则的流变



传闻证据规则是被告人质证权的产物, 未经被告人质证的证言不具有可采性是传闻证据规则的基本精神。近百年来美国联邦最高法院在如何判断传闻证据可采性的问题上做出了很多的努力, 先后形成了罗伯茨规则和克劳福德规则, 将宪法赋予公民的质证权真正落到了实处。

一、什么是传闻规则

传闻证据排除是美国证据法上的一项基本原则, 是证据排除规则中的重要组成部分。什么是传闻证据? 简单来说, 凡是不是由亲历者当庭亲口陈述的内容都属于传闻证据。传闻证据即可以是书面的, 比如证人庭外陈述笔录、新闻报道、家族传记等等; 也可以是口头的, 比如证人当庭陈述说“我听说……”、“某某告诉我说……”。对于证明“听说”后面的内容而言, 该证人的证词就属于传闻证据。传闻证据还可以分为证言性的和非证言性的。所谓证言性的传闻证据是指证人或被告人在法庭外的陈述记录, 这种记录可以是笔录的形式, 也可以是录音或录像形式; 非证言性的传闻证据一般是通常所说的书证。美国《联邦证据法》和各州的证据法对于传闻的例外都有明确的规定。在美国的司法实践中, 证言性的传闻证据是被关注的重点, 除了因为非证言性传闻证据一般具有相当的可信性, 不需要交叉询问以外, 更因为被告人与证人面对面对质的权利受到



美国宪法的保护, 使得证言性传闻能否使用成为了关乎基本人权的重大问题, 侵害被告人质证权可以成为推翻判决的法定理由。百年来, 美国联邦最高法院有关传闻证据的判例几乎都集中于证人(包括被告人)庭前陈述能否使用的问题, 由此形成了一系列的判断标准, 创制了更多的传闻证据例外规则。2004 年以前, 真实性理论对传闻证据规则影响很大, 但在 2004 年克劳福德诉华盛顿州案 (Crawford v. Washington) 后, 最高法院对真实性理论提出了质疑, 提出了一种新的判断标准。

二、罗伯茨规则与真实性理论的发展

19 世纪起, 真实性理论始终在传闻证据规则的问题上占据主流的地位, 联邦最高法院在马托克斯诉美利坚合众国案 (Mattox v. United States) 中首次确立了这一理论。被告人马托克斯被判犯有谋杀罪。通过上诉, 他获得了重审的机会, 然而, 由于诉讼周期过长, 一部分证

人在重审时已经去世。经过重审, 马托克斯再次被陪审团定罪, 其中对定罪产生至关重要作用的是两份已故证人的二审笔录。马托克斯不服, 向最高法院提出上诉, 认为控方在重审中使用了不出庭证人的笔录侵犯了其宪法赋予的质证权。而最高法院认为, 由于这两名证人在初审中出庭作证并接受了控辩双方的交叉询问, 被告人的质证权已经得到了保障, 重审中使用其初审笔录并未损害被告人的质证权。最高法院强调, 质证权的主要目的是通过使用交叉询问这种发现真实的利器以避免使用纠问制手段来发现事实, 不能狭隘地为保障被告人这一宪法权利而损害整个公共利益, 质证权条款存在一定的例外, 而符合这些例外的陈述必须具有“可信性标记”, 由此是否能够实现质证权发现真实的目标成为审查传闻证据的主要标准, 初步奠定了真实性理论对传闻证据审查的影响。

1965 年, 最高法院在波伊特尔诉德克萨斯州一案 (Pointer v. Texas) 中援引了正当程序条款 (宪法修正案第 14 条), 将上述理论推广到各州的刑事诉



讼程序中。在之后的加利福尼亚州诉格林案 (California v. Green) 中,最高法院进一步指出,禁止传闻证据旨在实现以下几个目的:1、利用证人宣誓形成的伪证罪后果保证证人如实陈述;2、强制证人接受交叉询问;3、使陪审团有机会通过观察证人作证时的举止保障陪审团裁决的可靠性。只要法官在庭审中给予被告人质证证人的机会,便没有违反质证权的要求。

格林被指控犯有贩卖毒品罪,一个16岁的男孩在案件准备程序中作证指证被告人格林就是向他出售毒品的人。然而在庭审中,这个男孩却声称由于受到了摇头丸的影响,无法确定格林是不是卖毒品的人。控方对男孩的翻证甚为吃惊,在结束主询问后,便宣读了该男孩在准备程序中的证言。当听完自己的陈述笔录后,男孩宣称他回忆起来了,并继续作了证。加利福尼亚高等法院认为此举侵犯了格林的质证权,而这一裁决被最高法院所推翻。最高法院认为,本案中被告人的辩护人尽管没有在准备程序中对证人进行质证,但已经获得了这样的机会,实质上实现了质证权所要求的目标,因此在男孩记忆丧失时使用其庭前陈述并没有侵犯被告人的质证权。

经过上述一系列判例的发展,最高法院在俄亥俄州诉罗伯茨案 (Ohio v. Roberts) 对传闻证据规则的理论进行了历史性的总结,形成了著名的罗伯茨规则。在这起案件中,被告人罗伯茨被指控伪造支票以及盗用两名被害人伯纳德和艾米的信用卡。在庭前准备程序中,辩护律师传召了艾米的女儿安妮塔,希望她能够证明被告人是在经过艾米同意的情况下才使用她的信用卡的。然而安妮塔却否认了这一点,辩护律师对此大失所望,便没有进一步进行询问,也没有申请

将安妮塔转化为控方证人。庭审时,法庭根据之前的地址无法找到安妮塔,控方便以“证人无法传唤”为由并提交了安妮塔在准备程序中的笔录。辩护人认为控方并没有竭尽全力寻找证人,宣读庭前笔录的行为侵犯了罗伯茨的质证权。最高法院则重申了马托克斯案的观点,认为被告人的质证权不能被狭隘地理解为一种绝对的权利,必须考虑其与社会利益保护的平衡。最高法院进一步总结为,使用传闻证据必须符合两个条件:第一,控方必须证明证人是无法传唤的;第二,庭前证言必须存在充分的可靠性标记,要么符合“根深蒂固的”传闻例外,要么有“特殊的可靠性保障”的存在。然而,最高法院并没有对什么是“特殊的可靠性保障”作出明确的定义,这种不确定性经常招致学者、初审法院甚至是最高法院内部的批评声音。批评者认为,基于“可靠性标记”的真实性理论将给予法官过大的自由裁量权,对于保障被告人的质证权不利。克劳福德案的出现正是这种声音的体现。

三、克劳福德规则的产生与传闻证据规则的流变

克劳福德案发生在2004年,案件本身并没有太多复杂的地方,被告人克劳福德被指控涉嫌攻击和谋杀李未遂,被告人则声称自己是正当防卫。案发后,克劳福德和他的妻子西尔维娅被带到了警察局。在警察对他俩的第一次讯问中,克劳福德和西尔维娅做出的大体一致的陈述:当日,两人去李家做客,克劳福德因故中途离开了房间。就在这个期间,李试图对西尔维娅进行性骚扰,西尔维娅誓死不从,大声呼喊丈夫求救。克劳福德在听到妻子的呼喊声后立刻跑进房间与李

扭打起来,克劳福德拔出尖刀将李刺伤,在争斗的过程中,克劳福德的手也被割伤。然而当警察第二次讯问的时候,克劳福德和西尔维娅却出人意料地同时推翻了第一次讯问中所作的陈述。他们承认事发当日,李并未对西尔维娅进行性侵害,只是在案发的几周前,李曾经试图强奸西尔维娅,当天西尔维娅是准备带着克劳福德去找李“讨说法”。找到李以后,克劳福德情绪激动,与之理论,两人相持不下发生了打斗。故事讲到这里,克劳福德和西尔维娅的陈述大体上还保持一致,而对于之后的情形,两人的陈述则发生了分歧,本案的争议也就因这一分歧而出现。按照克劳福德的说法,在打斗的时候,李手上也握有武器,为了防止被李伤害,他才刺伤对方,其目的完全是出于防卫。然而西尔维娅却说当时并没有看见李手中握有武器,直到李被刺伤后,她才看见李手中握着一样什么东西。这一事实十分关键,如果在打斗过程中,李是赤手空拳的,那么克劳福德的攻击与谋杀未遂罪名都有可能被认定;如果李同样是持械打斗,那么克劳福德的正当防卫的辩解就有可能成立。庭审中,克劳福德援引配偶作证特权排除了其妻子出庭作证。控方于是将西尔维娅的两次讯问录音提交法庭。控方提出,西尔维娅的第一次录音内容并不可信,但是可以作为弹劾证据以证明克劳福德在第一次讯问中撒了谎。而西尔维娅的第二次陈述录音符合传闻证据的可采性条件,因为西尔维娅承认是她带着其丈夫去找李算账,因此在本案中,西尔维娅与克劳福德存在实质上的共犯关系,西尔维娅在第二次讯问中的陈述属于不利于其利益的陈述,根据华盛顿州传闻证据规则的规定,该陈述可以作为实体证据使用,法官同意了控方的这一动议,陪审团据此判



决克劳福德有罪。克劳福德以一审法院侵犯其质证权为由向华盛顿上诉法庭提出了上诉。上诉法庭经过审理后认为,西尔维娅的第二次陈述不具备“可信性标记”,不属于根深蒂固的传闻例外,采纳该陈述侵犯了克劳福德的质证权,因而推翻了一审判决。然而,华盛顿高等法院却认为西尔维娅和克劳福德的第二次陈述相互可以印证,认为西尔维娅的第二次陈述虽然不属于根深蒂固的传闻例外,但是具备可信性标记,采纳该陈述并不侵犯克劳福德的质证权。华盛顿高等法院因此恢复了对克劳福德的有罪判决,克劳福德于是向联邦最高法院提出了上诉。

华盛顿州的上诉法院和高等法院在西尔维娅的第二次陈述是否具备“可信性标记”问题上的认识存在如此大的差别,正是真实性理论最大弊病的体现。联邦最高法院似乎也意识到了这个问题,便准备利用这一案件对宪法中质证权条款以及传闻证据进行了重新的解读。判决的多数意见通过对质证权条款的发展历史梳理后认为,质证权的产生是为了防止纠问制审讯方式对发现真实的损害,《权利法案》的制定者希望能通过对证言进行严格的交叉询问来评估证言的可信性。因此,可信性是交叉询问程序的产物。然而之前的传闻证据规则在这个问题上弹性过大,以至于无法为被告人的质证权提供有意义的保护。由此,最高法院推翻了罗伯茨案所形成的使用了20多年的传闻证据判断标准。法院多数意见认为,除非被告人在庭前已经拥有与证人交叉询问的机会,并且存在该证人确实无法传唤到庭的情况,否则使用该证人的庭前“证言性”传闻证据侵犯了被告人的质证权。罗伯茨案所形成的“证人无法出庭+证言具有可信性标

记”的规则由“证人无法出庭+被告人享有质证机会”所取代。然而,最高法院在修补了一个漏洞的同时,却无意间制造出了另一个漏洞,他们并没有对证人的“证言性”证据与“非证言性”证据做出明确的区分,这又为实务界和学术界制造了争吵的原料。

为了弥补这个漏洞,最高法院相继在戴维斯诉华盛顿州案(Davis v. Washington)和梅伦德斯·迪亚兹诉马塞诸塞州案(Melendez Diaz v. Massachusetts)中进行了进一步的解释。在戴维斯案中,最高法院认为所谓“证言性”的传闻证据是指那些“以重构与刑事指控有关的事实为主要目的的陈述”,例如证人在警察调查时所作的陈述。而非证言性的陈述则包括警察以保护现场、决定是否需要医疗鉴定等目的进行询问所获得的证言。因此,对于证人自愿提供给政府官员的陈述,只有当其目的在于证明与本案有关的过去发生的事件,该证言才属于“证言性”的陈述,如果仅仅是向政府官员报告紧急事件,比如拨打“911”报警电话、拨打火警等,则属于“非证言性”陈述,不受质证权条款的约束。相对于种类浩瀚的庭外陈述,这样的指导性解释显然是过于抽象的,对于解决实践中标准如何掌握的问题是远远不够的。

在2009年的梅伦德斯·迪亚兹案中,最高法院认定由实验室作出的毒品检验报告构成克劳福德案中所谓的“证言性”传闻证据。毒品检验报告的鉴定人必须经过被告人的交叉询问方能作为证据提交法庭。交叉询问可以在庭审中进行也可以在庭前的某一个程序中进行,如果没有给被告人提供这样的机会,则侵害了被告人的质证权。梅伦德斯·迪亚兹案对实务的影响是显而易见的,首当其冲的影响便是诉讼效率方面的问

题。如果毒品鉴定官都要出庭作证,不仅会对现有的毒品鉴定工作造成拖延,法庭也会因为需要等待在全国各个法庭来回奔波的鉴定官而不得不延长诉讼周期。此外,梅伦德斯·迪亚兹案仅仅是对毒物法医鉴定的要求,至于DNA、血型鉴定以及其他身体检查结论是否同样需要鉴定人接受被告人的交叉询问,最高法院仍然没有给出答案。

从罗伯茨案到克劳福德案,美国联邦最高法院一直试图建立一套客观的、具备可操作性的传闻证据可采性规则。然而诉讼事实纷繁复杂,每一起案件、每一个证言多多少少都存在一定的个性,想要建立一个完美的规则来衡量每一个传闻证言的可采性几乎是不可能的事情。然而,最高法院的历任大法官们却始终没有放弃这样的努力,无论是罗伯茨规则的真实性理论还是克劳福德规则的质证机会理论,都体现着大法官们对宪法精神的实践、包含了他们对基本人权的尊重,小小的传闻证据规则反映出的是人性的光辉,这种精神在我们这样一个证人不露面、笔录满天飞、传闻证据畅行无阻的国家是难以理解的,美国法律人对于质证权锱铢必较的态度也是我国法律工作者所难以企及的。

传闻证据的滥用最直接的后果是造成被告人的质证困难,无法与证人直接面对面对质,难以揭露证言中的虚假和错误,也使法官失去了直接观察证人作证的机会,即不利于发现真实也不利于保障被告人的质证权。质证权不是诉讼中一项可有可无的程序性权利,而是保障每一个人不受冤狱、获得公正的底线武器。●

(作者系西南政法大学刑事诉讼法学博士)



随 笔

●文/周姣璐

栏目组稿人:计时俊 jilawyer@sina.com

我在美国律所的 实习见闻



2010年7月,我参加了上海律协—芝加哥肯特法学院的项目,远渡重洋到美国芝加哥开始了精彩纷呈的留学生涯。幸运的是,在我留学期间,北京大成律师事务所上海分所和俄亥俄州最大的律所之一 Ulmer & Berne LLP 建立起合作关系,经国际部主任、高级合伙人尚浩东律师推荐,我成为两所交流项目的第一期受益人。自2011年8月底至11月底被派往 Ulmer & Berne LLP 的克里夫兰总所实习。所以,当我的同学们在7月考BAR过后奔忙着投简历、寻找实习机会的时候,我已经欢快地从黄石公园7日游归来,从容地打包行李,赶往俄亥俄州第二大城市克里夫兰,准备开始我在美国律所的实习生活。

Orientation—Rookie 的第一天

来到美国后,我常常提醒自己,不要把在中国的惯性和思维方式带来美国,可惜我一次又一次地忘记。本以为进律所的过程会简洁、明了,就像在上海时的那样:律师带着新来的实习生,在办公室里挨个转一圈,就算是拜了山头。然后,行政人员帮你找到办公桌,一堆文件上来,打开包就开始干活儿,中午也许会有一个欢迎聚餐。自此以后,你就独自在律所大环境中学习、成长,律所部门怎样设置,会计室在哪儿,就连大老板是哪个,

如果其他律师不介绍,你还得花上一、二个星期察言观色地琢磨。

而这一次,我在美国律所的 Orientation 持续待了整整一天。帮我做 Orientation 的,是克里夫兰总部的行政大总管 Rosemary,一个打扮入时的漂亮老奶奶。她曾告诉过每一个人,她已经在这个律所工作了60年,所以,她熟悉这里的每一张凳子、桌子,办公室的每一个边边角角。

她先带我到我的办公室(Yes! Rookie 也有自己的办公室),请我坐下并询问我,这个凳子坐得舒服吗,不舒服可以换。她依次指着办公室里的家具对我解释,这是你的电脑和你的电话,下午会有IT部门的人给你做电脑和电话的使用培训;你的桌子、你的柜子……然后她打开厚厚一叠材料,一份一份,边解释边展现在我面前。这是保密协议;这是律所各部门和各委员会的结构图;这是不许在办公室歧视的协议;这是紧急联络卡;这是办公室地图,你在11楼,你是靠窗的办公室,所以编号为110,你团队的成员办公室在12楼的这里;这是衣着穿戴规定……在我用了将近2个小时阅读并签署完上面这些文件后,Rosemary 就领着我参观克里夫兰办公楼的整个3层办公区域,并把我介绍给每个律师。她说,我不希望有人向我投诉,说看见一个陌生人在办公区域内闲逛。

在 Ulmer & Berne LLP,除了秘书之外,每一个律师和律师助理都有自己的

办公室。所以,我们的参观就好像在春节到每户亲戚家拜年一样,敲门,微笑,握手……办公室的12层是非诉讼部,每个办公室看上去都像被飓风刮过一样零乱,资料堆得满满当当的。10层是诉讼部,打电话,打印材料,讨论案件,热闹非凡啊。非诉讼部的律师常常嘲笑诉讼部的律师说,10层就像个超级市场。

我办公室所在的11层,主要是前台和会议室,还有一些合伙人的办公室。Ulmer & Berne 有一个可容纳百人的超大会议室,专门用来举办公开论坛和讲座。

第一天下午的 Orientation 主要是IT部门的培训,软件系统、电话、打印机和传真机的使用,以及去图书馆参观。图书馆管理员还特地写了邮件跟我说,请我在下午4点之前到图书馆,因为那个时候有 LexisNexis(法律搜索引擎)的代表在那里,可以帮我做一个法律搜索软件的培训。

整个 Orientation 的过程让我觉得新奇又好玩,当然我是很严肃对待的,且不停地在感叹美国律所的周到和细致。而让我印象最深的地方,就是在办公室参观时,管理合伙人边握手边对我说,我不知道你的英文水平怎么样,但是我希望你是 productive(多产)的。真是好直接啊!

棒球和茶叶

众所周知,棒球是美国人民最喜好

的运动,从爷爷、奶奶到才能拿起球棒的娃娃。所里为了让我更好的了解美国人民的生活,送了两张棒球票给我。同一层楼的一个秘书,有一天特地叫住我问,听说这个周末你要去看棒球?我点头。她接着问,你懂棒球吗。我笑着摇头。她说,不懂没关系,但你要知道你的票子是可以领取免费食物的。记住,千万要记得吃那个热狗……

我一直觉得美国人民把普及棒球知识和让其他国家的人民喜欢上棒球作为自己毕生的人生目标。他们很高兴和你一起享受观看棒球、疯狂叫喊的过程,他们更高兴的是你和他们谈论起棒球。我后来才关注到,秘书的桌子上,有一个小男孩儿带着棒球帽,手拿棒球棍,神气万分的照片。想必是家里的活宝让秘书妈妈对棒球的热爱更上一层楼了。而她把这种热爱融化在了对我这个非棒球国国人的友好上,希望能给我些小提示,让我这个球盲也能 enjoy 棒球国的国粹。

后来过了不多久,我也干了一件促进中美友谊的事情,我教会了秘书怎么喝茶,他们称之为 leaf 的东西。Ulmer & Berne 办公条件很不错,Rosemary 尽她所能地给大家营造一个舒适的工作环境,所以当 Rosemary 打开休息厅里的橱柜,我看到里边有十几种袋泡茶的时候,一点都不惊讶,且也不感冒。因为我在美国继续喝着从中国带来的绿茶茶叶。那天去倒水的时候,秘书瞅了我杯子很久,问我那叶子是什么。我说是绿茶。她说,每次看我倒热水,还以为我喝热白开呢,因为总也不见有袋泡茶的标签露在外边。我问她,你要不要尝尝?她果断地摇头。她不解地问,你为什么 not 喝袋泡茶呢。我笑着回答,因为在中国,大家都认为茶叶公司不会把好的茶叶放在袋子里出售。她将信将疑。我又问,你试试?她点点头。我告诉她,这个茶叶喝法和袋泡茶一样。她满怀新奇地从袋子里取出一些茶叶,

倒了满满一杯水,小心翼翼地端回自己的座位。末了,还朝我使劲点头笑笑。

我闻着自己杯子里飘出的茶叶香味,顿觉自豪感。要不是生在中国,差点就享受不到这个好东西了。而棒球和茶叶,2个不同国家的文化精髓,都被该国人民用来表示友好,更让人欣然的是,双方都开始慢慢学会互相赏析。

免费午餐

我还记得第一天到律所的时候,有一个合伙人兴致勃勃地跟我讲,只要你做方法得当,每天都会有免费午餐。我开始有些惊讶,没过几天,当我收到行政部发来的各部门会议日程和邀请邮件的时候,终于明白过来免费午餐的意思。

Ulmer & Berne 有 2 个大的部门,所有的执业律师要么属于诉讼部,要么属于非讼部。分工非常明确,很少有跨部门的案子发生。当然,这也与他们的案件分配制度有关。而诉讼部和非讼部下面又分为各专业部门,公司并购、破产法、劳动法和税法等等。除了专业部门的分配,律所还成立了妇女权益委员会、不歧视委员会等等一系列关心员工权益的委员会。所以这样算来,如果每个部门或者委员会都按时举行月例会,免费午餐的机会当然不在少数。

我去参加过一次诉讼部的月例会。40 多个在所的诉讼律师,浩浩荡荡地在会议室门外的自助餐品台上取了食物后,在长桌边依次坐下,边吃边开会。要发言的律师坐在会议室最前面,然后 IT 打开设备,克利夫兰总所、芝加哥分所、辛辛那提分所和哥伦布分所同时进行会议连线。

诉讼部领头的合伙人先介绍发言律师的名字和发言内容。发言内容五花八门:第一个律师讲的是如何防范文本带来的诉讼风险。他说现在很多律师都习

惯给不同的合同版本编号,有的时候连发给对方律师的文本都有这些编号。他提示,这样会有一个很大的风险,万一双方发生诉讼,对方律师很有可能根据所编的号码,要求我们出示其他几个版本的合同作为证据。我当时听到这个内容相当带劲,因为我曾在上海也有过诉讼的经验,但没有想到的是,这里的律师连那么细小的环节也会互相交流;第二个律师给大家介绍他的服务团队和新开发的业务,以及近来完成的一些案件的交流。当然,在我听起来,这更像是在做市场;第三个发言人不是律师,而是市场部的人员,她给大家介绍了一些律师与客户接触的技巧问题。她说有很多律师没有用心在与客户接触后的跟进上,但其实在初次见面以后,律师应该与潜在客户保持联系等等。

整个例会大概持续了 1 个小时左右。我问一个律师,是不是每次诉讼部例会,她都会按时参加。她回答说一般都会,这是认识其他团队律师很好的一个机会,因为诉讼律师平时奔忙于法院和客户之间,每个人又都有自己的办公室,很少能够见面。而且,这样的会议,并不屈就于流程,而是注重实质,多听别的律师讲经验,总会有提高。对于我来说呢,除了免费午餐,这样的会议也让我了解到美国律师在专业上的交流方式,之后回到上海,也可用以学习和借鉴。

后记

在写这篇文章的时候,我的目的是将美国当地律所的管理方式和我所能感受到的中美文化差异呈现出来。希望有一天,Ulmer & Berne LLP 的律师也能到我们大成上海分所实习访问,增进中美两国律师的交流和互动。●

(作者单位:北京大成律师事务所上海分所)

随笔

●文/王琦

栏目组稿人:计时俊 jilawyer@sina.com

非法非非法

——写在法律维度的边上



初涉书法，并非因为这门艺术本身的高雅，而实属偶然。我的字从小就写得不好，如上海人口中的“蟹爬”。为此，一路被爸爸烦到初二！我至今依然能清晰地记得，“老爷子”每每看着我的作业本，都会无一例外地如风扇般地摇着头，伴着嘴里的碎碎念道：“你小子的字如果能写得有某某人的一半好，那我也就知足了……”让人始料未及的是，这一老爸多年来的怨念，竟也成全了我和中国汉字之美的不解之缘！

2008年末，全家游西子湖畔，参观中国印学博物馆时，有清人吴让之的闲印一枚引起我的注意。该印刻有“非法非非法”5字，见此印文，立刻引起了我的水平思考。法者，在《辞海》里有着多达11种解释。工作中的我，成天与法打着交道，对我来讲，此“法”定然作“规范性法律文件”之解。如是释“法”之下，若以此印钤于法律文书中，世人见之，必将唾弃，并把我归入“讼棍”一类无疑！业余生活里，对畅游在传世书法中的我来说，此“法”若作“法度”解则更宜。

众所周知，书法之美，除了个体感官体验外，更有对整个汉字发展史中各阶段的书写法度进行了解和学习的必要。从理性来看，窃以为，我国书法发展自古

到今的规律，都离不开艺术大家们先对前人所创之法度的深刻领悟，再行结合自己的感悟，超越前人的束缚，以达“非法”升华的境界。但妙的是，在这些大家们看似“非法”的创新中，我们却又几乎无一例外地发现，他们事实上对前人法度已然充分承继的影子。

诚如黄宾虹先生所言，书画当无法，无法便无法。依我看，一部千年中国书法史，无不是反反复复演绎着这“非法非非法”5个字而已。试举宋人书风一例，以证之。

唐末经五代入宋，至“宋四家”（苏轼、黄庭坚、米芾和蔡襄）的出现，一开宋书颜面。与世人对唐诗及宋诗的特点，认为唐诗重格律，宋诗尚意，品评颇为类似的是唐人书重法，而宋人尚意。以唐代楷书为例，姑且不论“初唐四家”（褚遂良、欧阳询、虞世南和薛稷），仅颜、柳二人，便已将中国楷书法度推向极致。后世除元人赵孟頫外，仅探楷法，无出唐人右。笔者认为，即便是赵孟頫将“以行代楷”发挥至极，并独创“赵体”，但就法度而言，仍然难言完全跳出唐人的架构。再论行草，有颜鲁公《述张长史笔法十二意》一篇论著，或亦已可窥“唐人之书偏重法度”一斑了。

“宋四家”里，后世除了评价蔡襄之书尚余唐风之外，苏轼、黄山谷和米芾三家，均被认为是尚意书风的杰出代表。有意思的是，苏、黄二家对唐法的“非法”，招来了同代大思想家朱熹的“批评”。朱文公竟认为，他们俩把毛笔字写坏了！不过，朱熹的理由概括起来，不外乎是认为苏、黄二人本身书法功力过

于深厚，所以写字时全然“非法”为之。而后人不知深浅，学其皮毛，当然难以体悟两位大家之书内有的“非非法”境界。由此，学书者恐有“误入歧途”之虞。

除了引起我对书法法度的思考外，“非法非非法”的奥义，还似有种“放诸四海而皆准”的味道。生活中，我既不喜侦探小说，也不爱悬疑推理。对此，常有友人疑惑不解。而我每欲释之，似又缺乏中的一语。今天想来，爱好赏析历代书法作品，尽管看似与我的律师工作毫无关联，但友人不知的是，在品读每幅书法的背后，都有着慢慢琢磨、细细品味，犹有梳理诉讼证据，还原案件事实般的快感，实乃“非法非非法”矣！

《金刚经》第八品有载，“所谓佛法者，即非佛法”。对此，南怀瑾先生认为，此乃佛法之大智慧使然。但他以外，也有来自清朝大儒顾炎武的反对，顾亭林在其著作《日知录》上讲，佛法只是在一个空水桶和一个装满水的水桶间，倒来倒去而已，实则不过一桶水耳！于我而言，对“非法非非法”尚不及于佛学的思量。但如前文所述，我作此别开生面的解读，乃全仗着中国汉字美学的固有魅力，和历代书法作品中那耐得住让我品评每个细节之美的惊人力量。我坚信，或许仅此一好，才得以让我用“非法（律）”的眼光，去行“非非法”的研究方法吧！

两周前，有位好友邀我参加其婚礼。我拿着手写的贺卡问老爸：“你看，这几个字和我小时候写的比，如何？”

老爸瞥了一眼，说：“总算这几年没白唠叨，还算凑合吧！”

我不爽，回曰：“难道我写字进步和你这唠叨，还有莫大的关联性了？！”

“小子，你不认为，这是我有别于人的教育方法奏的效吗？”

语罢，我恍然大悟。天哪！原来我老爸这些年，也狠狠地“非法非非法”了一把呀！●

（作者单位：上海市浦栋律师事务所）



微·Talk

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

鹅卵石与回音壁

(本栏目言论仅代表言论者本人观点)

上海建领域达律师事务所 周吉高律师

春江水暖鸭先知,企业冷暖律师先知。目前民营经济、实体经济已陷入严重困境,高利贷吞噬企业利润、人力成本上涨似房价、职业经理人缺乏诚信、政策出台没有可预见性。政府已经注意到了危机,但关键是措施落实。没有了实体经济、民营经济,后果会怎样?

上海德尚律师事务所 赫少华律师

不同的人须用不同的话题和方式去沟通,有的是面谈,有的是微博,有的是博客,有的是案件,有的是美食,有的是文史,或许换个话题和方式,便少了份美感与契合。

上海嘉华律师事务所 谭芳律师

有人很纠结,问我一个问题:当你接过队友传递的火炬往前奔跑,超越了一个个对手,一边享受着胜利的喜悦,一边准备继续传递给下一个队友,突然后方有人传话过来,撤吧,我们不参加接力赛了。这个时候,你是继续奔跑,还是放弃?我说,继续。因为,你已经在赛场上了。

上海申达律师事务所 周知明律师

在小区楼下纳凉吹风,突然想起张国荣的《月亮》,真是超级喜欢这首歌,只是走遍所有卡拉OK,都不曾找到。还有张国荣在电影《鼓手》中的两首插曲:《我要逆风去》和《人生的鼓手》。遗憾!将来自己搞个乐队,把喜欢的歌都做成伴奏,想唱就唱。

上海联合律师事务所 曹志龙律师

禅:1、四感:感恩,感谢,感化,感动。2、四静:静心,静气,静神,静悟。3、四要:需要,想要,能要,该要。4、四安:安心,安身,安家,安业。5、四福:知福,惜福,培福,种福。6、四它:面对它,接受它,处理它,放下它。7、四善:交善人,读善书,听善言,从善行。8、四寡:寡言养气,寡事

养神,寡思养精,寡念养性。

上海新华律师事务所 傅平律师

美国职业律师誓词:一、我将牢记法律执业首先是我的职业,并谨将法律执业的谋生意义置于职业意义之下;二、我将在自己的言行中充分尊重法律和我国法制体系;三、我将牢记我的服务职责,如同法院人员和个人权利保护者一样;四、我将把时间和精力贡献给公共服务、公共教育和慈善事业,并向所在区域提供公共法律服务;五、我将同法制体系中的其他参与者一道工作,包括法官、对方律师和其他与本人执业角色不同的人员,以促进我国法制体系更加完善和高效;六、我将迅捷而精干地处理法律事务;七、我将尽可能地通过调解解决纠纷;八、我将在作出影响委托人的决定时确保他们知悉;九、我将在执业中追求和维持业务精通;十、我将谦恭对待在工作过程中所接触到的人们;十一、我将尊崇规范本人权限的职业行为可适规则或守则的精神、意向和要求,并带动其他人同样尊崇。(《法制周末》栏目刊登的“美国律师协会下发的职业誓词”)

上海协力律师事务所 游闽键律师

禅茶文化的核心是感恩、包容、分享、结缘。用感恩的心喝茶,知天地万物和谐相处、相互成就;用包容的心喝茶,将人间恩怨化为醍醐甘露,举杯间云淡风轻;用分享的心喝茶,培养推己及人的仁爱胸怀,少一点冷漠,多一份关爱;用结缘的心喝茶,以茶汤至味,结茶缘,结善缘,结法缘,结佛缘。

上海海华永泰律师事务所 丁海滨律师

这是英雄的时代!随着陶菲克和盖德的离去,剩下的林丹、李宗伟巅峰之战将成绝响,无论谁胜谁败,都是空前绝后的经典!多年以后,你能记得的不是谁赢球后的狂欢,而是他们隔网而立英雄相惜的目光。

乐·Life

●文/钟颖

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

台北乐活记



旅行,从一个熟悉的地方向一个陌生的地方进发。而把旅行的目的地定在台北,是因为在台北,陈升已经连续开了近 20 年的跨年演唱会,此行的理由就是演唱会之旅。2011 年的最后一天,来自各个行业的 6 位姐妹结伴飞赴台北,短短的 5 天时间,我们在台北、宜兰游览、购物、观光、看音乐会、泡温泉、会朋友,好不惬意!

到了台北,没有陌生感,正值 2012 年元旦,节日气氛浓郁,就觉得是中国的某一个城市。走在忠孝中路上,想起了童安格的歌,以前听着歌想象着台湾的街景,与实际走过的感觉截然不同,少了激动,多了一份闲适。

台北的小吃品种繁多,姐妹们虽然都是窈窕淑女,但在美食面前,个个成了大胃王,瘦身理念已经无法阻挡女士们大快朵颐的豪情了。在去台湾之前,大家做了些功课,确定鼎王火锅、牛轧糖、凤梨酥及夜市小吃是我们此行必须要品尝的。

鼎王麻辣锅,在台湾有五家店,台北只有一家,位于光复路上。和出租车司机一说去鼎王,无需告诉地址,司机会熟门熟路地把你带到。这家火锅店天天爆满,无法预定,只能到那里领好号牌等待大约一个半小时。最牛的是这家火锅店用餐还有时间限制,90 分钟。时间一到,服务员会来帮你打包。鼎王的特色是麻辣锅、牛肉以及汤料里的血(不知道是鸡血、鸭血还是猪血),服务员个个训练有素,补充好汤料,都会用手兜住盛器防止滴到台子上或客人身上,然后向客人做九十度的鞠躬才离开。这家店铺的经营理念确实不同凡响。

记得大家拿到号牌后,看看还有一



个半小时的时间,索性就在光复路上闲逛,利用这有限的时间,又品尝了杏仁豆腐和晴光意面。杏仁豆腐里面可以随意配红豆、绿豆、水果等,味道细腻、鲜香、甜蜜,令人赞不绝口。更令人开心的是,这家杏仁茶店可以上免费的 WIFI;而晴光意面,据说已经有近百年的历史了,面倒没有什么值得称道的,但这家的猪肝倒是非常的好吃,很嫩、很鲜、很香,至今也不知是如何做得那么好吃的,问老板,也只是说是蒸出来的,至于秘诀,守口如瓶。

台北的小吃都集中在夜市里,有名的如士林夜市和饶河街观光夜市。听当地人讲士林夜市在修整,我们到饶河街夜市逛了一圈,里面小吃琳琅满目,珍珠奶茶、冬瓜茶、水果茶、烧仙草、水果冰沙、咖啡冰沙、柠檬茶等品种繁多,各种卤煮、鱼丸、鱼蛋、烧烤等等,数不胜数。小吃很多,胃口有限,有些只能看看,已经没有余地消化了。但是,穿梭在琳琅满目的摊位前,闻闻香、尝尝鲜,和摊贩们热烈地交流互动,感觉随意又轻松。

去台湾,糖村的花生牛轧糖一定要买些带回来,我很喜欢太妃味道的,很香甜。经台湾朋友推荐,我们品尝了绿豆

黄、凤梨酥、牛舌饼等特色食品,确实与众不同,口感非常好。

宜兰县离台北驱车只有一个多小时的距离,在宜兰县礁溪镇,温泉旅店星罗棋布,很多住在台北的人喜欢到这里泡泡温泉,洗去风尘和疲劳,然后再驱车回去,非常方便。我们此行,得到台湾朋友的盛情款待。他是在上海做生意的台湾人,老家就是宜兰的,他在礁溪镇有幢温泉别墅,里面有 6 个房间,每个房间都配有一个温泉池,只要向政府申请,温泉的管道就会直通你家。我们 6 位姐妹享受了一次家庭式的温泉体验,每人一个房间,舒展身心,泡好温泉在舒适的床上小憩,惬意呀!

在台北吃大餐和上海比价格也不贵,在 101 中心 66 层的欣叶餐厅,是名人明星比较青睐的餐厅,事先要预定。幸运地是我们在 1 月 1 日居然订到了位子,到了那里,服务员告诉我们大 S 全家头一天刚刚在这里用过餐,而我坐的位子居然是汪家公子昨天坐的位子。不管这些了,先品尝几道特色菜,猪肝烧的非常地道,里面很多菜做的都很独特。

台湾之行虽然时间紧张,但让我们看到了台湾人的彬彬有礼和良好的民风,走在街上,你只要打个招呼,人们就会停下脚步认真倾听你的问话,如果你提出想让其帮忙拍照,绝不会有人拒绝,而且始终面带笑容,无论老幼都是有礼和热情。让我很是感慨!

虽然从台湾回来已经快半年了,但台湾之行的点点滴滴还是让我历历在目,若是有机会,我还想再去。●

(作者单位:上海钟颖律师事务所)



中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会

China International Economic and Trade Arbitration Commission Shanghai Sub-Commission

中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会于 1988 年经上海市人民政府批准设立,以仲裁方式,独立、公正地处理平等主体的自然人、法人和其他组织之间的国际、涉外及国内(包括港澳台地区)的合同争议和其他财产权益争议。

仲裁示范条款:

“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,均应提交中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会,按照申请仲裁时该会现行有效的仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的,对双方均有约束力。”

MODEL ARBITRATION CLAUSE

"Any dispute arising from or in connection with this Contract shall be submitted to China International Economic and Trade Arbitration Commission Shanghai Sub-Commission for arbitration which shall be conducted in accordance with the Commission's arbitration rules in effect at the time of applying for arbitration. The arbitral award is final and binding upon both parties"

地址:中国上海市金陵西路 28 号金陵大厦七层
邮编:200021
电话:86 21 6387 5588 传真:86 21 6387 7070
网址:www.cietac-sh.org

Address:7th floor, Jinling Mansion, No.28 Jinling Road, Shanghai, China
Zip Code:200021
Tel:86 21 6387 5588 Fax:86 21 6387 7070
Website:www.cietac-sh.org

新法速递《律师业务资料》目录 2012 年第 7 期

上海篇

- 1.上海市人民政府:上海市并联审批办法
- 2.上海市人民政府:上海市行政审批告知承诺办法
- 3.上海市人民政府办公厅:关于转发市民政局等六部门制订的《上海市城乡居民最低生活保障申请家庭经济状况认定标准(试行)》的通知
- 4.上海市人民政府办公厅:转发市民政局关于本市 2012 年居(村)民委员会换届选举实施意见的通知
- 5.上海市公安局:关于印发新修订的《上海市建筑消防设施管理规定实施细则》的通知
- 6.上海市公安局:关于重新发布《上海市车辆加油(气)站安全防范管理暂行规定》等 10 件行政规范性文件的通知
- 7.上海市公安局:关于进一步规范行政规范性文件有效期限制度的通知
- 8.上海市住房保障和房屋管理局:关于贯彻执行《上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则》若干具体问题的意见
- 9.上海市住房保障和房屋管理局:上海市廉租住房租金配租管理实施细则(试行)
- 10.上海市住房保障和房屋管理局:关于房屋征收范围内房地产登记有关事项的通知
- 11.上海市财政局:上海市政府采购供应商登记及诚信管理办法
- 12.上海市财政局等:上海市政府采购集中采购机构监督管理办法
- 13.上海市地方税务局:关于本市物流企业大宗商品仓储设施用地减征城镇土地使用税备案事项的通知
- 14.上海市地方税务局:关于本市单位纳税人申请办理城镇土地使用税困难减免有关操作事项的通知
- 15.上海市交通和港口管理局:上海市出租汽车客运服务规范
- 16.上海市民政局:上海市城乡居民最低生活保障申请家庭经济状况核对实施细则(试行)
- 17.中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会:仲裁规则

全国篇

【诉讼法】

- 1.最高人民法院、最高人民检察院:关于办理内幕交易、泄

露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释

- 2.最高人民法院:关于在裁判文书中如何表述修正前后刑法条文的批复
- 3.最高人民法院:关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定
- 4.最高人民法院:《关于死刑缓期执行限制减刑案件审理程序若干问题的规定》的理解与适用
- 5.最高人民法院:《关于人民法院办理海峡两岸送达文书和调查取证司法互助案件的规定》和《人民法院办理海峡两岸司法互助案件文书样式(试行)》的理解与适用

【证券】

证券监督管理委员会:关于修改《证券发行与承销管理办法》的决定

【财税】

- 1.财政部、国家税务总局:关于证券行业准备金支出企业所得税税前扣除有关政策问题的通知
- 2.财政部、国家税务总局:关于保险公司农业巨灾风险准备金企业所得税税前扣除政策的通知
- 3.财政部、国家税务总局:关于中小企业信用担保机构有关准备金企业所得税税前扣除政策的通知
- 4.财政部等:关于节约能源使用新能源车船车船税政策的通知
- 5.财政部:金融企业准备金计提管理办法
- 6.财政部:关于进一步做好将预算外资金纳入预算管理工作的通知

【交通运输】

交通运输部:关于修改《道路货物运输及站场管理规定》的决定

【文教卫生】

- 1.教育部:关于修改《国家教育考试违规处理办法》的决定
- 2.卫生部:抗菌药物临床应用管理办法

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/>。



《西域生灵》 摄影：江 宪 律师