

上海市律师协会 主办



SHANGHAI  
LAWYER

2012  
总第702期

12

卷首语 几点感悟/刘 华

法律咖吧 虚假诉讼的分析与应对  
/徐翠萍 周赞华 崔剑平等

聚 焦 · 思 辨 · 感 悟 · 互 动

# 上海律师公会成立一百周年 纪念大会



## 纪念上海律师公会成立100周年

——上海市律协授予及追授11位律师“上海律师行业杰出贡献奖”



11月30日,市律协与市第一中级人民法院、上海市法学会、中国证监会上海证监局联合召开证券法律问题研讨会,对《证券法》实施6周年来的成就与完善进行总结,并就《证券法》修订的理论与实务问题进行交流 and 探讨。



11月15日,市律协特邀会员工作委员会举办主题为“并购与重组业务的现状和趋势”的沙龙活动,就并购案件中律师事务所与破产管理人的联系、私募基金和风险投资在并购交易中的角色进行了互动讨论。



11月20日,市律协与全美律师协会国际法分部联合举办了主题为“尽职调查和仲裁合同条款的注意事项”的讲座,就执业律师和公司法律顾问在尽职调查中可能涉及的注意事项等进行了阐述和讨论。



11月29日,市律协召开九届九次理事会会议,对上海律师公会成立一百周年纪念大会各项筹备工作进行了通报,并对2012年年终总结工作及走访各区县律工委事宜作了部署。



12月4日,市监管总队副总队长江志带队,指导科、建设科相关部门负责人一行到市律协,就看守所网上预约系统听取律师的意见。

# 几点感悟

上海市政府法制办主任 刘 华

从事政府法制工作，参与法治政府建设的过程，见证依法行政工作的进步，于我是荣幸，也是历练。于工作的得失成败和酸甜苦辣中，感悟良多，今借《上海律师》杂志，与法律同仁分享。

## 一、见小与见大

见小与见大反映的是人的着眼点和观察力，见小是看眼前看细节，见大是看大局看趋势。作为政府法制工作者，既要有见大的远见，也要有见小的卓识。

见大，要求我们有开阔的视野和多样的视角，能够看到全局，看到趋势。对于我们来说，推动政府以更开放的姿态和更透明的方法从事公共管理和公共服务是大局和大势。我们应当站在这个高度，围绕市委、市政府的中心任务，认真做好政府法制工作。

见小，要求我们关注实践中的具体法律问题，并且能够提出可操作的解决办法。是否提得出问题、讲得清细节，见心态，更见功力。如果有没有问题或者有什么问题只能有一个“毛估估”的感觉，对要解决什么问题或者怎样解决问题也只能提出“大约莫”的设想，不仅说明其人心态浮躁，而且说明其人学养肤浅。

## 二、保守与开放

保守与开放反映的是两种思想观念和工作作风。保守有积极的一面，比如稳重稳妥，但保守也有消极的一面，譬如无视新的需求、新的变化，因循守旧、循规蹈矩。开放则是一种积极心态，是关注变化，研究变化，适应变化，甚至引领变化。

检讨我们，感觉是保守有余，开放不足。长期机关生活，造成我们按部就班的工作方式，不敢越雷池一步的小心心态，由于这种心态和工作方式，我们不会出什么事，但同时我们也不可能成什么事。因为以不变应万变的保守心态是不符合政府管理开放透明发展趋势的，是不适应信



息社会发展需求的。

## 三、务虚与务实

务虚与务实是着重于思维对象不同的两种思维方式。务虚考虑的是思想观念层面的内容，务实考虑的是操作运行层面的问题。如果说务虚解决的是有想法的问题，务实解决的就是有办法的问题。

务虚需要思考目标和方向问题，也就是说需要一种宏观的、系统的思维能力。我们往往习惯就事论事，不习惯从具体事务中总结提炼一些规律性的东西。有时我们会因为过于固执，纠结于具体的问题而钻进死胡同；有时我们会以偏概全，认为以往成功的经验永远是经验。务虚思维要求我们跳出对具体问题的思考局限，站在外面思考。当我们对于解决某个问题苦思冥想而找不出办法时，我们就要放下这个问题，思考一下是不是方向错了或者目标设定存在问题，或者我们应当把这个问题放入一个大系统内考虑，有没有更多的资源可以配置，更多的办法可以设计。

务实需要解决路径和方法问题。光有想法没有办法，是不能解决实际问题的。“迟、悬、浮”是一种机关病。迟，就是反应迟，动作慢。问题的症结是对经济社会发展变化的形势缺乏敏感度，对人民群众合法权益诉求缺乏敏感度。悬，就是思考肤浅，不切实际。如果不注意更新专业知识，

又缺乏调查研究意识，提出的想法往往空泛空洞，不着边际，提出的办法也是脱离实际，不可操作。浮，就是心态浮躁，作风漂浮。政府法制工作需要踏踏实实、兢兢业业，以我们忠诚的态度、敬业的精神、专业的水准和良好的合作，推动法治政府建设的进程。

## 四、坚持与妥协

坚持与妥协是两种品格，坚持是不让步，妥协是让步。坚持和妥协不是问题，问题在于知道哪些事情应当坚持，哪些事情可以妥协。应当坚持的是原则的东西、底线的东西，这些不容让步。可以妥协的往往是方式、方法、步骤、进度，也包括一些非原则性的内容。而且妥协往往是为了前进的暂时后退，这时妥协就是一门艺术。

坚持是一种需要勇气的法律品格。法律的精神不能违背，法律的原则不能突破，这是底线。坚持原则会得罪人，我们不要怕得罪人，但是我们可以以善意的态度，主动地沟通，尽量少得罪人。

妥协则是一种需要智慧的法律品格。在坚持原则的条件下，选择适当的角度和适当的尺度妥协是一种法律艺术。我们的学历和经历往往影响我们偏好坚持和坚守，这是法律人可贵的品格；但是，守经有余，权变不足，也是法律人共同的缺陷。其实懂妥协、会妥协十分重要。我们知道，法律的精髓是公平，我们不知道，法律的真谛是妥协，作为最大多数人认可和接受的法律一定是各种利益博弈和妥协的结果。无论制度的设计还是法律问题的处理，必须考虑时间、地点、条件，必须考虑有没有资源支持，如果限于现实条件，只能前进一步，我们就要在次要问题或者非原则上适度让步，将目标调整到现实条件下可实现的程度，不要一味坚持前进两步或者三步。

如上杂感，不揣粗疏，谨与各位律师朋友分享、共勉。●





## 《上海律师》杂志（月刊）

主 管：上海市司法局  
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 钱翊樑  
周天平 管建军 厉 明 万恩标

委 员：（排名不分先后）

朱剑华 王 琮 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](mailto: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](http://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 12

总第 702 期 目录

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

### 卷首语

1 几点感悟 / 刘 华

### 本刊关注

聚 焦

5 传承法治精神 谱写时代华章

——在上海律师公会成立一百周年纪念大会上的讲话要点  
/ 丁薛祥

6 弘扬法律执业精神 推动国家法治进步

——在上海律师公会成立一百周年纪念大会上的致辞  
/ 王俊峰

7 承前启后创新业 继往开来谱新篇

——律师制度恢复以来上海律师业主要成就回顾（要点）  
/ 盛雷鸣

9 上海市律师协会关于授予王文正等 5 位律师和追授韩学章  
等 6 位律师“上海律师行业杰出贡献奖”的决定

10 播火传薪 继往开来

——上海律协召开上海律师公会成立一百周年纪念大会  
/ 彭念元 沈 绚



《金色》摄影：张 玲 律师





12月8日,上海律师公会成立一百周年纪念大会在上海科学会堂国际会议厅隆重召开。

- 12 向着亚太知识产权中心的目标奋进  
——第四届陆家嘴法治论坛观点综述 / 俞卫锋
- 14 隆重纪念上海律师公会成立一百周年——  
上海律协举办大型史诗音乐会 / 吕 轩
- 15 授予及追授 11 位律师 “上海律师行业杰出贡  
献奖” 颁奖辞 / 陆 萍

共筑和谐

- 17 凸显专业优势 服务旧区改造 / 杨浦区司法局

区县特写

- 20 宝山律师:构筑平安滨江新区的践行者  
/ 宝山区律工委

人物·优秀女律师

- 23 写在龙年  
——兼忆职业生涯 / 时军莉

法律咖吧

- 26 虚假诉讼的分析与应对 / 徐翠萍 周赞华 崔剑平等

警 示 台

- 30 假托贺年施小惠 办案岂能走邪道  
/ 市律协纪律委员会

法眼法语

视 角

- 31 对于律师界政协委员参政议政的思考 / 叶金荣
- 32 医患纠纷第三方调解机制可逐步引入仲裁  
机制 / 黄宜辰

我的败诉

- 34 一审败诉后的反思 / 朱志仁

律师公会百年专题报道

- 36 办好三件实事 推进三项改革  
——市人大法制委主任张凌访谈录  
/ 王 璐 彭念元
- 39 历史的回忆 / 倪彬彬

专题研究

- 43 两岸关于背信行为之法律认定初探 / 孙志祥
- 46 试析香港与大陆土地出让法律制度 / 蔡 岚
- 48 大陆企业赴台上市的律师实务 / 李志强
- 51 后 ECFA 时代台商投资大陆的税法问题研究  
/ 范嬛菁
- 56 关于海峡两岸移管被判刑人制度之我见  
/ 洪 猛
- 59 香港借贷行为的法律思考 / 顾跃进

人文万象

他山之石

- 61 “试验性使用”豁免原则的利益平衡:  
审视美国司法裁判和立法规则的变迁路径  
(上) / 姚颖靖 彭 辉

随 笔

- 64 寒窗忆旧 / 曹伟明

新法速递

- 封三 《律师业务资料》目录 2012 年第 11 期





1912年12月8日,中国近代史上人数最多、影响最大的律师同业组织——上海律师公会宣告成立。前辈律师们以“匡扶正义、建立法治”为宗旨,推动了中国的民主法治进程。100年后的今天,2012年12月8日,上海市律师协会在上海科学会堂隆重举行纪念上海律师公会成立100周年大会。缅怀百年来中国律师行业的发展史,回顾33年来中国律师制度经历了恢复、重建、改革、发展的曲折而又壮阔的历程。今天,上海律师业将在新的历史起点上、新的征程上奋勇前行,为实现党的十八大提出的2020年全面建成小康社会的宏伟目标而努力奋斗!

# 本刊关注

聚焦

# 传承法治精神 谱写时代华章

——在上海律师公会成立一百周年纪念大会上的讲话要点

上海市委常委、市委政法委书记 丁薛祥



今天，我们在这里隆重召开上海律师公会成立一百周年纪念大会。首先，我代表市委、市政府，向大会的召开表示热烈的祝贺，向为上海法治建设作出突出贡献的广大律师表示亲切的问候和诚挚的敬意！

1912年12月8日，中国近代史上人数最多、影响最大的律师同业组织——上海律师公会宣告成立。回首上海律师公会百年发展史，以沈钧儒、章士钊、张志让、史良、吴凯声、沙千里、王造时、韩学章等为代表的杰出律师以其法律人的理性睿智，秉承“匡扶正义、建立法治”的理想，谨记使命与责任，为推动中国社会的发展和进步留下了弥足珍贵的史页。上海律师公会呼吁彻底废除外国在华领事裁判权，收回公审公廨，维护国家司法主权；震惊中外的五卅惨案发生后，上海律师勇敢为被捕学生辩护，维护民族尊严；“九一八”事变后，上海律师公会发起“月捐”，救济东北义勇军将士；抗日战争时期，上海律师公会发起成立“救国会”，并为被捕的“七君子”辩护；解放战争时期，上海律师为被国民党逮捕的共产党人陈延年、廖承志和陈赓进行辩护，维护社会正义。上海律师以精湛的专业知识、高尚的人格素

养，见证参与并身体力行切实推动了中国民主法制的进程，为祖国和人民做出了值得大家永远铭记的伟大贡献，也激励我们在上海律师业发展的新征程上奋勇前行。

近年来，全市律师行业为服务经济社会发展、推进民主法治建设、保障人民合法权益、维护社会公平正义、促进社会和谐稳定作出了重要贡献，取得了显著成就。这些成绩的取

得，体现了我们上海律师业的发展水平、整体实力，是全市广大律师的共同努力的结果。党的十八大明确要求将法治作为治国理政的基本方式，市第十次党代会也提出要把上海建成法治完善的社会主义现代化国际大都市。学习贯彻党的十八大精神，在新的历史起点上推动上海律师业的新发展，是我们共同的使命与责任。借此机会，我讲四点意见，与大家共勉。

**一、要大力弘扬社会主义法治精神，履行好社会主义法律工作者的职责使命。**无论是一个人还是一个行业的发展，都是与国家、社会 and 民族的发展紧密联系在一起，律师和律师业当然也不例外。我国律师制度是中国特色社会主义司法制度的重要组成部分，律师是中国特色社会主义法律工作者，是落实依法治国方略、建设社会主义法治国家的重要力量。在实现中华民族伟大复兴的征程中，律师和律师业的发展前途无可限量，关键是要准确定位，不仅要遵循经济、社会的发展规律，更要服务于中国特色社会主义的法治建设，服从于中国特色社会主义司法制度的总体目标和基本价值取向。因此，广大律师特别是党员律师要认真贯彻落实党的十八大精神，牢固树立法治精神，坚持社会

主义法治理念，切实维护宪法和法律尊严、维护当事人合法权益、维护法律正确实施，维护社会公平正义，把实现个人价值与推动实现中华民族的伟大复兴紧密联系在一起，坚定不移地做中国特色社会主义法律工作者，为建设社会主义法治国家尽心尽职。

**二、要积极投身经济社会发展大局，推动上海律师业的新发展。**未来五年是上海创新驱动、转型发展，推进“四个率先”、建设“四个中心”的关键时期，也是建设法治完善的社会主义现代化国际大都市的关键时期，这也为上海律师业创新发展提供了重大机遇期。希望全市律师行业把握住经济社会加快转型发展的大局，在促进转型中实现律师业的转型，在服务发展中推动律师业的发展。要从提高律师业的专业化水平入手，下大力气加强律师的职业培训，强化律师严格依法、恪守诚信、勤勉尽责、维护正义的职业操守，提高律师熟悉国情、了解社会、精通法律、拓展业务的基本能力，培养高素质的法律职业人才。要积极发展适应“四个中心”建设需求的法律服务市场，大力推进律师事务所的规范化、规模化、品牌建设，不断提升上海律师业的服务品质、法治价值和整体形象，形成一批在业内叫得响的大所、名所和优秀律师代表，展现与上海城市地位相称的律师业整体实力和国际影响力。

**三、要加强律师行业党的建设，发挥党组织的政治引领作用和律师党员的先锋模范作用。**中国共产党领导人民发展社会主义民主政治，建设社会主义法治国家。律师事业的发展作为社会主义民主政治建设的重要组成部分，必须旗帜鲜明地加强党的领导。全市律师行业各级党组织要认真学习贯彻党的十八大精神，进一步做好律师行业党的建设。要在律师行



业党的基层组织和广大律师党员中深入开展创先争优活动,发挥好律师事务所党组织在执业活动中的政治引领作用,发挥好律师党员的先锋模范作用,带领广大律师共同进步。要进一步增强党组织为广大律师服务的能力,及时向党和政府反映律师的意见和建议,推动解决律师行业发展现实问题,进一步增强党组织的创造力、凝聚力、战斗力。要健全律师党员的培养使用制度,进一步做好发展党员工作,发展壮大党员律师队伍。要以党建引领路、行政管理、行业自律为抓手,进一步健全完善执业监督和制约机制,依法加强对律师的管理和考核,规范执业行为,严格执业惩戒,建设一支遵守宪法和法律、恪守职业道德和执业纪律的律师队伍,积极适应经济社会发展需求和人民群众对高品质法律服务的新要求新期待。

**四、要加大支持保障力度,优化律师工作的发展环境。**各级党委、政府要把律师工作摆上重要议事日程,在事关律师工作发展方向、发展规划、队伍建设等重要问题上给予更多关心支持,及时研究解决律师工作改革发展中遇到的困难和问题,加强律师队伍的思想政治建设、职业道德建设、业务素质建设,努力造就一支政治坚定、法律精通、维护正义、恪守诚信的律师队伍。政法各部门特别是司法行政部门以及律师协会,要结合实施新修订的《刑事诉讼法》《民事诉讼法》,推动完善律师执业权益和人身权益保障协调会商机制,进一步优化律师执业环境。要积极营造有利于加快律师业发展的政策环境,推动加大政府购买法律服务的力度,争取在税收、服务业发展基金及人才引进等方面改进服务,落实促进现代服务业发展的相关优惠政策。要关心优秀律师人才的成长,组织开展好“东方大律师”评选宣传等活动,搭建有利于优秀律师人才脱颖而出的社会平台。

同志们,律师工作使命神圣、责任重大。让我们在新的历史起点上推动上海律师业的新发展,为上海加快推进“四个率先”、加快建设“四个中心”和法治完善的社会主义现代化国际大都市做出新的更大贡献! ●

## 聚焦

# 弘扬法律执业精神 推动国家法治进步

——在上海律师公会成立一百周年纪念大会上的致辞

中华全国律师协会会长 王俊峰



今天,我们怀着十分喜悦和激动的心情聚集在这里,隆重纪念上海律师公会成立一百周年,在此我仅代表中华全国律师协会向一万四千名上海律师表示崇高的敬意。

从上海律师公会 1912 年成立到今天上海律师走过了风雨兼程的一百年,实际上也是中国律师行业的一百年。上海律师从无到有,从有到优,从优到精,经历着每一次的蜕变都与国家前进脉搏息息相通。上海律师业的每一个历史阶段都有行业独特的发展印记,并成为国家民族法治建设的时代缩影。今年夏天,我带领中华全国律师协会的考察团在上海调研期间来到了上海律师公馆参观,缅怀众多法律职业的前辈先烈走过的足迹,感慨万千,在这里我要感谢上海市的各级领导,感谢上海司法局,感谢我们上海律师协会和上海律师们为全国律师做了一件好事,让我们找回了一百年来我们行业的前辈们发展的

足迹,让我们在这里有了寄托,对此我再一次代表全国律师行业向上海律师表示由衷的敬意。

今日的中国早已旧貌换新颜,今天的中国律师在不断探索中前进,已站在了全新的高度,中国律师制度恢复重建三十多年来,律师事业全面发展,律师制度不断完善,影响力不断提升,队伍不断壮大,已经成为我们国家

建设社会主义法治国家的重要力量。随着科技进步与全球化浪潮,国际化与法治进步已成为当代人类社会进程中的本质特征,可以说在今天推动法治建设的力量就是社会进步的力量,律师作为一个以维护法律正确实施为使命的特殊的职业群体,他们在促进社会和谐、健康与稳定的发展具有独特的优势,他们对国家司法、行政公信力的监督与建设,对社会公平正义的追求与信念,使其成为社会中最具公益担当和责任意识的精英集成。律师以宪法法律至上,以公平正义至上,积极进取,变革求新的职业精神,也必然使他们成为社会进步中的重要力量和道德楷模。

今天,我们在这里纪念缅怀百年来中国律师行业的发展史,我想最重要的我们要学习、继承他们的法律执业的精神,继往开来,锐意进取,推动我们国家的全面进步,让我们紧密团结在以习近平同志为总书记的党中央周围,为推动国家的法治进步做出更大的贡献。●

聚 焦

# 承前启后创新业 继往开来谱新篇

——律师制度恢复以来上海律师业主要成就回顾(要点)

上海市律师协会会长 盛雷鸣



今天,我们在这里隆重举行上海律师公会成立一百周年纪念大会。在此,我谨代表上海市律师协会,向始终不渝地关心、重视和支持上海律师事业发展的市委、市政府、市司法局、全国律协和政法各单位的领导以及社会各界的朋友们,向筚路蓝缕、披荆斩棘,为中国律师事业奠定坚实基础的开拓者、先驱者们,向辛勤工作、锐意进取,为上海律师事业的健康、有序、持续发展作出积极贡献的全体上海律师和律师家属们表示最崇高的敬意和最诚挚的谢意!

一百年前的今天,中国近代史上人数最多、影响最大的律师同业组织——上海律师公会宣告成立。律师先辈们秉承“匡扶正义、建立法治”的理想,以精湛的专业知识、高尚的人格素养,投身于弘扬法治、维护正义的律师事业,以法律人的良知护国护法,创造了彪炳史册的光辉业绩,谱写了弘扬法治、忠心爱国、履行责任的不朽篇章。

百年沧桑律师路,三十三载风雨

行。1978年,在党的十一届三中全会的阳光照耀下,上海律师迎来了生机盎然的春天,中国律师制度经历了恢复、重建、改革、发展的曲折而又壮阔的历程。广大上海律师继承律师前辈的光荣传统,胸怀“法治天下”的理想,为宣传法制奔走呼号,为

平民百姓释疑解惑,为实现司法公正而唇枪舌剑,为改革开放和经济发展提供全方位的法律服务而殚精竭虑;上海律师业在33年的风雨兼程中,有过迷茫,有过徘徊,也有曲折,但更多的是改革开放后的突飞猛进。

**三十三年持续发展,上海律师队伍茁壮成长。**斗转星移,翻天覆地,今天,上海律师业已从1979年恢复初期的16名从业人员,发展到1150多家律师事务所和近15000名执业律师。近四年来,全市律师共办理诉讼与非诉讼案件52万余件,承办法律援助3万多件,向国家纳税30多亿元。这样的发展规模和速度,显示了上海律师队伍奋发向上、积极进取的开拓精神,展示了上海法治化进程的丰硕成果,也体现了中国特色社会主义律师制度的强大生命力!

**三十三年积极探索,上海律师业不断深化行业民主自律管理。**市律师协会遵照《律师法》赋予的职责,重点开展了“五大体系”建设。一是组织体系建设。确立了“议、审、决、监、行”的治理

结构,理事会、秘书处、专门委员会、专业委员会,各司其职,各尽其责。实行代表常任制,每年召开一次律师代表大会;设立监事会、区县律师工作委员会,努力实现决策民主,运转有序,不断提升管理和服务功能。市律师协会开全国律师行业组织创新管理之先河,率先启动特邀会员工作,在“两公一外”律师和社会律师之间搭建起畅通有效的沟通平台,切磋律师业务,交流管理经验,举办各种热点法律问题的研讨和业务培训,促进上海律师队伍的整体融合和优势互补,提升国际竞争力。二是教育培训体系建设。在全国率先建立上海律师学院,通过举办各种类型的培训班、业务讲座、网络“在线培训”等形式,对律师进行全覆盖的职业道德教育和业务培训。业务研究活动更是长盛不衰,设立刑事、民事、银行金融、海事海商、知识产权、建筑房地产等31个业务研究委员会,不断提升律师的理论水平和实务能力,提高上海律师的整体素质。三是行业规范体系建设。陆续制定了70多项以组织规则体系、行为规则体系、业务指引体系为主要内容的自律规则体系,逐步使律协的行业管理有章可循,律师的执业活动规范有序。四是维权与奖惩体系建设。通过建立自我维权、组织维权、制度维权和社会维权等机制,维护律师的执业权利;加强与各级法院、检察院、公安机关间的沟通、协调工作,并建立互动交流的长效机制,建立网上立案、网上预约机制;通过坚持不懈的努力,在相关部门的支持下,在不同程度上解决了律师收费以及会



见难、阅卷难、调查取证难等长期困扰和制约上海律师业发展的“瓶颈”问题,不断优化上海律师的执业环境。同时,加大奖惩力度,推动队伍建设,一方面,树立先进典型,每届理事会评选一次先进律师事务所、“东方大律师”、优秀律师、优秀青年律师以及优秀女律师,激励广大律师爱岗敬业,执业为民;另一方面,设立纪律委员会,受理来访来信投诉,严肃查处律师违纪违规行为。五是服务体系的建设。从1981年以来,编辑并向全市律师免费发放《上海律师》月刊和《律师业务资料》,编发《上海律协简报》;建立了全国第一个律师界的综合性门户网站——“东方律师网”,推进了数字化、科学化的行业管理。关注律师“民生”,为广大律师排忧解难,建立了律师医疗互助金;为全市律所和律师投保执业责任险;开展救助金工作;实施律师行业年金保险;投保律师人身意外伤害险。目前正在实施健康体检、高端医疗保险以及特别信用额度的银行信用卡服务等三项“民生工程”。市律协注重将管理融入服务之中,增强律师协会的亲和力和凝聚力,不断推动“律师之家”的建设。

**三十三年辛勤奉献,忠实履行律师的社会责任。**一是关注民生,服务社区建设。市律协积极开展“法律进社区”活动,组织律师事务所与全市街道、乡镇签约,定期定点为社区居民提供法律咨询和服务,为提高街道、居委会干部调解民事纠纷能力提供培训和指导,化解矛盾纠纷,共建精神文明,律师被誉为“老百姓身边的法律顾问”。二是依法维权,维护社会稳定。在动拆迁矛盾相当突出的时候,市律协成立了“为被拆迁人提供法律服务律师志愿团”,解答法律咨询数万次,代理动拆迁案件百余件;有关领导称赞律师志愿者的行动是“为党分忧,为民解愁”。组织律师参与各级党委和政府的接待群众来访工作,积极协助化解信访积案,参与社会矛盾大调解;自2001年组织一百余名律师参加市政府的信访接待以来,共接

待市民近三万人次,并建立了律师调解员队伍,以区、镇、街道为基地,参与化解百人、千人以上群体性社会矛盾、缠访缠诉案达70余起,妥善处理了大量群体性上访案件和群体性纠纷案件。市律协还建立了“上海市总工会法律顾问团”,为各级工会和广大职工提供专业法律服务;成立“国企改革上海律师法律服务团”,参与国有企业改制、产权交易、资产重组以及职工权益保护等国有资产改革;参加“上海市老年维权示范岗”,为社会养老机构提供法律服务;成立“上海市消费维权律师志愿团”,积极维护消费者的合法权益;组织中帼法律服务团,常驻妇女法律援助中心提供法律服务;组织律师积极参与慈善事业和社会公益活动的法律服务活动等等。三是宣传法制,践行“依法治国”方略。举办“东方讲坛·律师谈”、“与市民谈话”、“市人大代表说法”等系列法治讲座;组织律师参与《东方法治网》、《东方大律师》节目,为社会公众释疑解惑,提供法律咨询。市律协被司法部授予“四五”普法先进单位,是全国唯一获此殊荣的律师协会。四是参政议政,推进依法治市。上海律师阔步走上政治舞台,目前有152名律师担任市、区两级人大代表和政协委员,近年来提出了数百件关乎国计民生及上海经济社会发展、民主法制建设的提案和议案,受到市委和市政府领导的高度评价,律师人大代表和政协委员被誉为“金牌代表”、“金牌委员”;组织广大律师积极参与立法研究与论证工作,推进上海法治化进程;组织律师在各区、县担任法律顾问,为完善政府重大经济社会问题的科学化、民主化、规范化决策程序作出贡献。五是开展法律援助工作,扶持弱势群体,上海律师每年承办法律援助案件9000件左右。六是服务大局,共建和谐社会。2000年率先与新疆、甘肃、青海三地律协签订了合作协议,开服务西部之先河;十多年来累计举办了11期西部律师培训班和实务研修班,340多名西部律师到上海参加了业务培训、网

络培训和实务研修,并组织70多名上海律师送课上门,远赴中西部地区举办各种业务讲座。中华全国律师协会两次授予上海市律师协会“援助西部律师业发展先进律师协会”荣誉称号和“援助西部律师行业发展贡献奖”。上海律师发扬济困扶危的精神,向上海市爱心工程基金会捐款40多万元;在抗击非典的斗争中,全市律师捐款一百余万元;近几年来,上海律协先后向安徽、江西、福建以及西部地区援建了十多所希望小学;向汶川大地震灾区捐款840余万元,又斥资240多万元援建律师办公楼,为灾区律师业的恢复和重建提供重要支持。

**三十三年开拓进取,引领广大律师为改革开放和“四个中心”建设服务。**一是适应改革开放新形势和建设国际大都会新要求,不断加强与境外律师的交流与合作,共同举办各类专题研讨会和讲座;成功地举办了“第三届全球主要城市律师会会长年会”;选送近百名青年律师到英国、澳大利亚攻读法学硕士学位;选派了68名律师赴香港、澳门实习和培训;并积极探索青年律师“走出去”培养的新模式,已有多名律师分别赴美国、德国等地实习。努力构建国际金融、国际航运、国际贸易等高端法律服务人才高地。二是为律师开拓业务新领域搭建平台、创造机会。建立“国企改革上海律师法律服务团”,为国企改革、重组、兼并提供服务;加强与金融证券、国资管理、知识产权、世博会等主管部门的联系与合作,组织广大律师为世博会的筹备和成功举办作出了重要贡献;参加上海金融法治环境建设联席会议,积极推进律师行业参与金融政策制定、金融创新及金融执法活动;举办“陆家嘴法治论坛”、“上海航运法治论坛”、“虹桥论坛”、“外滩金融法律论坛”等具有重大影响的业务交流平台,积极推动金融、航运律师队伍的建设。三是加入服务“两个中心”建设的专业机构,作为上海金融业联合会、上海国际航运研究中心的理事单位,努力为律



## 上海市律师协会关于 授予王文正等 5 位律师 和追授韩学章等 6 位律师 “上海律师行业杰出贡献奖”的决定

2012 年恰逢上海律师公会成立 100 周年，上海市律师协会隆重开展了以“法治、爱国、责任”为主题的系列纪念活动。上海是中国律师的发源地之一，一百年风雨兼程，先辈律师们秉承“匡扶正义、建立法治”的理想，投身于弘扬法治、维护正义的律师事业，以法律人的良知护国护法，创造了彪炳史册的光辉业绩，成为中国律师事业的先驱和开拓者。

法治精神一脉相承，绵延不绝。改革开放带来了律师事业发展的新春天，1979 年律师制度恢复，上海市律师协会恢复建制。三十三年筚路蓝缕，上海律师历经艰难曲折，不懈奋斗，锐意进取，踏上了律师业发展新征程；三十三年探索前进，上海律师攻克重重难关，转变思想，开拓创新，打开了律师业发展新局面。三十三年来，上海律师队伍不断发展壮大，中国律师制度日益健全完善。积基树本，饮水思源，没有前辈律师的身

体力行和无私奉献，就没有上海律师的今天。

值此上海律师公会成立 100 周年之际，为向一批在上海律师业恢复与重建过程中作出杰出贡献的老一辈律师表达敬意，同时引导上海律师传承老一辈律师的优秀品质和崇高精神，上海市律师协会决定：授予王文正、徐达权、陈泽政、傅玄杰、倪彬彬（女）5 位律师“上海律师行业杰出贡献奖”；追授韩学章（女）、李树棠、张中、陈瑞谟、李国机、郑传本 6 位律师“上海律师行业杰出贡献奖”。

希望广大律师学习前辈，传承精神，牢记“法治、爱国、责任”的主题，增强推进国家法治建设的责任感和使命感，自觉地将律师执业活动融入到民主与法治的建设中，为推动上海经济发展、社会进步作出更大贡献，为实现党的十八大提出的全面建成小康社会的宏伟目标而努力奋斗！

师参与相关研究创造条件，进一步推介律师服务。四是服务大局，服务国家和上海的重大项目建设。上海律师与时俱进，业务水平和服务能力不断提高，通过合同起草、谈判与签订，制作法律文本，乃至全过程参与，为上海世博会、上海虹桥枢纽站工程、国家会展中心、上海地铁工程、上海迪士尼乐园、“上海中心”大厦等涉及国计民生的重大项目提供全方位的专业性的法律服务，为上海“四个中心”建设保驾护航。

回顾三十年的风雨历程，上海律师业从恢复重建中崛起，在改革开放中壮大，有先行者的创业和奠基，也有后来人的耕耘与开拓，更有各级领导和各界朋友的大力支持和悉心关照。在这里，我要代表上海市律师协会再一次向各级领导、各界朋友和全体上海律师、律师家属们致以最崇高的敬意！

承前启后创新业，继往开来谱华章。今天，中国律师业已步入一个全新时代，律师队伍蓬勃发展，律师事业欣欣向荣，前

进中的上海律师已成为当事人合法权益的维护者、经济社会发展的服务者、社会公平正义的保障者，在服务法治政府、法治社会建设中发挥着越来越重要的作用。我们要继承先辈的光荣传统，坚定信念，弘扬法治，自强不息，激流勇进，建设一支政治坚定、业务精湛、服务诚信、社会赞许的上海律师队伍，用优质高效的法律服务谱写上海律师业科学发展的华彩篇章，为实现党的十八大提出的到 2020 年全面建成小康社会的宏伟目标而努力奋斗！ ●



聚焦 ●文/彭念元 沈 绚

## 播火传薪 继往开来

——上海律协召开上海律师公会成立一百周年纪念大会



初冬时节，寒风凛冽，地处南昌路的上海科学会堂里却是暖意融融。2012年12月8日，上海律师公会成立一百周年纪念大会正在这里隆重举行。百年纪念，嘉宾云集。中共上海市委常委、市委政法委书记丁薛祥，副市长、市公安局局长张学兵，市法学会会长吴光裕，中华全国律师协会会长王俊峰，市高院副院长沈志先，市检察院副检察长陈轺宽，市司法局局长吴军营、市司法局党委书记郑善和、市司法局副局长刘忠定等领导，法律界专家学者，市律师协会老领导、老同志以及300多位律师代表、律师家属欢聚一堂，缅怀律师前辈“匡扶正义、建立法治”的丰功伟业，畅叙上海律师业恢复、重建、改革、发展的壮阔历程。

市司法局局长吴军营主持纪念大会。黄浦区司法局党委书记、上海律师公会旧址陈列馆负责人翟世祺首先在会上介绍了上海律师公会及陈列馆建馆情况。

1912年12月8日，中国近代史上人数最多、影响最大的律师同业组织——上海律师公会宣告成立。在鼎盛时期，会员人数达1300多人，他们以精湛的法律知识和高尚的人格素养，投身于弘扬法治、维护正义的律师事业，涌现出一批致力于护国护法的杰出律师代表，推动了中国的民主法治进程。他们开展收回会审公廨的斗争，奋力维护中国的司法主权；他们担任“五卅惨案”被捕爱国学生的法律顾问，怒斥英籍律师的“暴动”指控，维护民族尊严；在中华民族最危险的时候，他们

积极推动抗日救国运动，挽救民族危亡，不畏强权，不惧邪恶，即使身陷囹圄也要奋力抗争，在法庭上慷慨陈词，为救国会“七君子”作义正词严的辩护，向抗日将士捐款捐物，以高尚的爱国情怀和崇高的法治精神救亡图存，与全国人民一道夺取了抗日战争的伟大胜利。当新中国如东升的旭日照耀中华大地之时，律师公会的先辈们又义无反顾地投身于建立法治、建设祖国的宏图伟业，沈钧儒、张志让、史良、沙千里等著名律师都曾在最高人民法院、全国人大常委会、全国政协、司法部等政府部门担任要职。真可谓，律师精英勤参政，群星璀璨耀中华。这段历史，奠定了律师公会前辈们作为中国律师事业先驱和开拓者的历史地位，也见证了上海本土律师的起源和发展。

百年沧桑律师路，三十三载风雨行。上海市律师协会党委副书记、会长盛雷鸣作了题为《承前启后创新业，继往开来谱华章》的主旨发言，回顾和总结了律师制度恢复重建以来上海律师队伍的成长壮大和改革开放后上海律师业的突飞猛进。1978年，在党的十一届三中全会的阳光照耀下，上海律师迎来了生机盎然的春天。在那筚路蓝缕、披荆斩棘的创业初始阶段，又涌现出一批胸怀“法治天下”理想、开创律师事业新局的代表人物，有站上特别法庭担任辩护人的韩学章会长，有负责召回“散落民间”律师的李树棠及王文正会长，有无怨无悔地重返律师岗位的李国机、郑传本等著名律师。他们是律师界的开路先锋，也是上海律师业由磨难、挫折到恢复、发展的

历史见证人。经过三十三年艰苦奋斗和持续发展，上海律师业已从1979年恢复初期的16名从业人员，发展到如今的1150多家律师事务所和近15000名执业律师。近四年来，全市律师共办理诉讼与非诉讼案件52万余件，承办法律援助案件3万多件，业务创收累计达223亿元，向国家纳税30多亿元。广大律师继承律师前辈的光荣传统，胸怀“法治天下”的理想，忠实履行律师的社会责任，关注民生，服务社区建设；依法维权，维护社会稳定；宣传法制，践行“依法治国”方略；参政议政，推进依法治市；开展法律援助，扶持弱势群体；面向全国，服务中西部发展；服务大局，为国家 and 上海的重大项目提供全方位法律服务，为上海“四个中心”建设保驾护航。与此同时，上海律协通过坚持不懈的积极探索，开展了“五大体系”建设，不断深化行业民主自律管理。

“上海律师队伍的发展规模和发展速度，展示了上海法治化进程的丰硕成果，体现了中国特色社会主义律师制度的强大生命力。”盛雷鸣说道。他表示，回顾三十年的风雨历程，上海律师业从恢复重建中崛起，在改革开放中壮大，有先行者的创业和奠基，也有后来人的耕耘与开拓，更有各级领导和各界朋友的大力支持和悉心关照。他代表上海市律师协会和全市律师向各级领导、社会各界、律师前辈致以衷心感谢和崇高敬意！

当吴军营同志介绍上海律协历届会长、秘书长时，引起全场热烈反响。韩学



章、王文正、张凌、朱洪超、吕红兵、刘正东、盛雷鸣、李树棠、黄延庆、闻国良、李海歌、万恩标，是他们担当起中国律师制度恢复以来上海律师行业建设的重任。一捧捧鲜花送上去，表达了全市律师的怀念和感激之情。

王俊峰会长发表了热情洋溢的致辞。他说，上海律师走过了风雨兼程的一百年，从无到有，从有到优，从优到精，经历的每一次蜕变都与国家前进脉搏息息相通，是国家法治建设的时代缩影。希望全国律师学习、继承律师前辈的执业精神，继往开来，锐意进取，为推动国家的法治进步作出更大的贡献。

82岁的傅玄杰律师在大会上回顾了自己与法律和法治交织纠缠的一生。早在1947年，年轻的傅玄杰在一次偶然机会上见到了“七君子”之一的史良律师，后者在当初那种艰难环境下，奋不顾身地保护和拯救爱国志士的大义凛然精神，深深地感染了这名年轻人，也从而影响了她的一生。现在早已过了耄耋之年的傅玄杰，每个月总有一两天依旧会亲自驾车，去往沪上某一家法院开庭。如今，上海律师在当今的社会现实生活中已经成为社会法治不可或缺的一支重要力量，傅玄杰感慨地说：“法治建设依旧任重而道远，先辈们的精神必将继续传承和发扬下去。”

“法律人的梦想就是法治天下，这个梦想与国家的命运紧密相连。”上海市律师协会第六届会长、上海市联合律师事务所主任朱洪超律师在发言中深情地说，“前辈律师们的法治之梦、民族复兴之梦，将在这一代实现。律师的传统，就这样经由每一名律师继承和发扬，代代流传”。

首届全国律师电视辩论大赛“最佳辩手”、君合律师事务所上海分所黄荣楠律师代表全市青年律师上台发言。他从“为什么会做律师”、“怎么做律师”、“想做怎样的律师”三个角度，阐释了青

年律师对法律职业的理解。“百年律师公会让我们找到了根。”黄荣楠说，“中国的律师行业还很年轻，但是有了法治精神的百年积淀，前行就有了动力之源。这是一个多元的时代，我们可以把律师作为一种职业，也可以把律师当成一种事业。但100年前律师公会提出的‘匡扶正义、建立法治’的誓言，依然回荡在每一位律师的心间，因为这是一百年来绵绵不绝的律师精神。”

傅玄杰、朱洪超、黄荣楠三位律师的发言，表达了上海老、中、青律师的心声：传承先辈匡扶正义、无私奉献的光荣传统，践行“法治天下”理想，为实现民族复兴和强国之梦而奋斗！

上海律协副会长黄绮宣布了市律师协会的表彰决定：授予王文正、徐达权、陈泽政、傅玄杰、倪彬彬5位律师“上海律师行业杰出贡献奖”；追授韩学章、李树棠、张中、陈瑞谟、李国机、郑传本6位已故律师“上海律师行业杰出贡献奖”。当王文正等几位满头银发、精神矍铄的老律师登台接受丁薛祥、张学兵、吴光裕、王俊峰等领导的颁奖时，全场掌声雷动，欢声如潮，向律师界前辈们致以最崇高的敬意！

在热烈而祥和的气氛中，丁薛祥同志发表了重要讲话。他代表市委、市政府向大会的召开表示热烈的祝贺，向为上海法治建设作出突出贡献的广大律师表示亲切的问候和诚挚的敬意！他说，历史给人深刻的启示，许多杰出的律师为祖国和人民特别是为新中国的法治事业做出了值得大家永远铭记的伟大贡献，也激励我们在上海律师业发展的新征程上奋勇前行。全市律师行业为服务经济发展，服务民生改善，推进民主法治建设，保障人民合法权益，维护社会公平正义，促进社会和谐稳定作出了重要贡献，取得了显著的成就。

丁薛祥书记强调，律师行业要始终坚持社会主义法治理念，大力弘扬法治



精神，切实履行社会主义法律工作者的职责；要不断加强律师行业队伍党的建设，坚定正确的政治方向，加强对律师人才的培养选用；要加大对律师依法履职的保障力度，努力改善律师的从业环境，切实维护律师执业权益。

为纪念上海律师公会成立百年，上海律协已相继举办了主题征文，主旨座谈会，编撰《百年积淀》纪念画册等系列活动，旨在回顾上海律师业发展基础上，引导广大律师铭记历史，常怀感恩之心，以前辈精英律师为榜样，传承优良作风，提高律师执业认知感，加强法律职业共同体认同感，扩大社会各界对律师的信任感。上海律师公会百年纪念大会将此次活动推向了高潮。新百年，新起点，上海律师业将在新的历史起点上，客观分析律师业发展现状及面临的机遇和挑战，团结带领全体上海律师真正成为中国法治建设的倡导者、推动者和维护者，推动上海律师业健康有序地向前发展。用优质高效的法律服务，为实现党的十八大提出的2020年全面建成小康社会的宏伟目标而努力奋斗！●



聚焦 ●文/俞卫锋

## 向着亚太知识产权中心的目标奋进

——第四届陆家嘴法治论坛观点综述



11月9日,第四届陆家嘴法治论坛在上海国际会议中心召开。此次论坛由国家知识产权局和上海市人民政府共同主办,由上海市知识产权局、上海市司法局、上海市律师协会、浦东新区司法局协作主办。上海市政协副主席周汉民、国家知识产权局专利管理司司长马维野、上海市知识产权局局长吕国强、上海市司法局副局长刘忠定、浦东新区人民政府副区长陆鸣、上海市律师协会会长盛雷鸣等领导出席了本次论坛。

论坛以“知识产权与资本化运营”为主题,国家知识产权局专利管理司司长马维野和上海市知识产权局副局长洪涌清分别以“知识产权资本化与商业化若干问答”和“积极发展上海知识产权服务业”为主题,进行了论坛主旨演讲。来自加拿大新布伦瑞克大学法学院的 Noman Siebrasse 教授和 Gray Mattery 有限责任公司创始人 Lorin Brennan,则分别以“全球知识产权资本化和商业化的投融资现状与适用政策”和“全球知识产权资本与商业运营概览”进行了主题演讲。会议的后半程,采用主题论坛分组讨论的形式,分别围绕“企业在华技术融资与交易实务”和“品牌运营与保护实务”进行研讨和互动。会议自九点开始一直持续到下午五点,与会嘉宾就上述议题进行了

热烈而又深入地讨论。

### 一、知识产权发展迈入新阶段

与会专家一致认为,当今世界知识产权的重要性一直备受全球关注,知识产权作为重要的财富和生产要素已经成为国家和企业加快发展速度,提升发展质量,并获取市场竞争优势的战略性资源。在我国加快转变经济发展方式,建设创新型国家的关键时期,各级政府和全社会对知识产权的重要性认识日益深入,不仅认识到知识产权为经济主体提供可观的经济价值与巨大的商业竞争价值,也认识到知识产权是一个城市发展核心竞争力的坚强后盾与智力支持,不仅要高度关注知识产权保护,也开始关注自主知识产权的创造、运用以及追求知识产权的质量和市场需求。

国家知识产权局专利管理司司长马维野指出,国家知识产权事业“十二五”发展规划确定的重点任务之一,就是要促进知识产权的创造和运用,而2012年国家知识产权战略实施推进计划又明确了促进知识产权运用的目标,包括要以知识产权为纽带,完善产权科学研创新成果运用机制,出台促进知识产权转化运用政策,推动知识产权产品化、商业化和产业化。

### 二、商业化运营当前面临的主要问题

知识产权资本与商业运营这个议题切中了知识产权运营、运用与管理的核心,以资本的视角来定位知识产权,以商业的思维来运用知识产权,这正是从创造知识产权到用好知识产权思路的重大转变。当前,知识产权的发展存在两大问题:

一是目前我们大多数人关注的是知识产权的总量,没有关注到知识产权的有效量。上海市政协副主席周汉民提到,2012年中国在财富500强榜单上如果论国籍已经是73个了,仅次于美国的132个。但在世界500大品牌的榜单上,中国的地位就令人堪忧了。尽管以知识产权专利的申请量和商标的注册量排名,我们早就已经名列前茅。在世界500强的榜单上,美国独占鳌头,立半壁江山,在500大品牌里面占了239个,第二名是法国43个,我们以21个世界品牌名列第六,和我们并列第六名是人口仅200万的小国瑞士。

二是我们对知识产权的经济价值认识不够。国家知识产权局专利管理司司长马维野指出,通过一个最简单的例子我们可以发现差距,苹果公司的产品近年大受追捧,价格昂贵。但是很多人不



知道,无论是 iPhone 手机还是 iPad,都是在中国大陆生产的,中国人出大力、流大汗,污染着我们自己的环境,但是我们获得的利润却是最少,仅有 1.8%,而苹果公司拿走了利润的 58.5%。如果把苹果公司的资产分为 GDP,当成一个国家在全球排名的话,那么苹果公司排在全球第 21 位,它的资产超过了沙特阿拉伯,称得上是富可敌国,这就是知识产权缔造的传奇。影响知识产权的价值主要有三个因素:第一,就是知识产权自身的质量。知识产权的质量主要是指它的法律质量、技术质量和经济质量;第二,是知识产权的保护强度。知识产权的经济价值与它所受到的保护强度是呈现出正相关的关系,保护强度越强,它的经济价值就越大;第三,是知识产权服务能力。主要包括代理服务、法律服务能力、信息服务能力、咨询服务能力、商用化服务能力和培训服务能力。我们在这三个方面都存在很多欠缺。

### 三、法律服务是重要保障

知识产权是人们可以就其创造的结果依法享有的专有权利,知识产权对法律的依赖程度较其他有形资产的权利要更高,无论知识产权保护还是知识产权资本与商业化运营都需要良好的法治环境、法律服务作保障。上海市司法局副局长刘忠定指出,我们国家的知识产权制度主要以《专利法》、《商标法》和《著作权法》三部法律的出台为标志。三十多年来随着法治建设的不断深入,我国已经建立了既符合国情又与国际规则接轨的完整知识产权保护体系,建立了行政执法和司法保护相衔接的知识产权执法体系,在知识产权的立法和执法上取得了举世瞩目的成就。

律师在中国知识产权事业中发挥了不可替代的作用,知识产权的立法、司法、执法和守法环节中都有律师参与其中。具体到知识产权资本与商业化运营这个环节上,律师提供的法律服务更是关键所在。刘峰律师指出,律师在这个环节中,一方面充当“保镖”的身份,知识产权也需要律师开展尽职调查,专利证书的期限、出资方式都存在很多的诉讼风险,直接关系到知识产权资本运营的成败;另一方面,律师充当“顾问”的身份。整个运行过程当中,帮助企业进行文本的修改、撰写、审核,包括技术转让以后提出管理经营的建议,以及协助客户做日常的保护等等。知识产权专业律师的专业素质和服务理念,是知识产权保护和发展水平提高的必要条件。

目前,政府鼓励我们的企业走出去,走出去后发生了很多知识产权的诉讼事件,许多企业主要还是靠国外的一些律师事务所帮助打官司,国内的事务所在这方面的能力还有所欠缺,所以必须提高。

### 四、新的展望——十年后的亚太知识产权中心

目前是上海加快实现四个率先,加快建设四个中心,建设创新型城市 and 社会主义现代化国际大都市的重要时期。作为经济、文化和对外贸易国际交往实力最强的城市之一,实施知识产权战略是上海大力发展现代服务业、先进制造业和高新技术产业的迫切需求。上海市知识产权局局长吕国强指出,今年上海有两件大事情:第一件,我们在今年 7 月份由上海市人民政府正式颁布了上海市 2011 年到 2020 年知识产权的纲要,这个纲要要管十年,而且这个纲要是由市委常委会和市政府的常务会议分别审

议,充分证明我们市委、市政府对知识产权工作的高度重视;第二件,今年 8 月份上海市人民政府与国家知识产权局围绕着上海十年纲要,签订了新一轮合作,我们叫做 2.0 版的合作协议,我想未来上海知识产权的前景是非常美好的。这份战略纲要是要力争把上海建设成为创新要素集聚、保护制度完备、服务体系健全、高端人才汇聚的亚洲太平洋地区知识产权中心,这是一个宏伟的目标。

围绕这个目标,管理部门将大力集聚国际和国家的知识产权资源,向国家知识产权局、国家版权局以及国家工商局争取把国家的一些重大项目落户到上海。同时,推动知识产权体制和机制方面的创新,加速推进知识产权资本和商业运作。第一,在知识产权融资方面,尝试通过知识产权去融资质押,上海具备优良的投资环境,也应该走在全国的前面;第二,在金融产品创新方面,积极尝试开展知识产权的拍卖、知识产权的证券化和知识产权的保险等业务,加强与金融业的合作;第三,推动现代知识产权服务业的发展,包括知识产权的诉讼、代理、仲裁,包括评估等等这些方面。以上这些知识产权重点工作都离不开律师的参与和支持。同时,这是一块大的蛋糕,为律师事业将来的发展提供了很大的空间,也对知识产权的律师法律服务提出了更高的要求。因此,这一次的论坛对于上海律师业来说也具有重要的意义。上海正处于“创新驱动、转型发展”的关键时期,上海的四个中心建设能否顺利实现,很大程度上取决于我们的创新意识和创新能力,通过知识产权制度的建立健全来保护和促进我们的创新意识和能力,对于上海律师业来说也同样是一个重要的挑战,也是一个重大的机遇。●





聚焦 ●文/吕 轩

隆重纪念上海律师公会成立一百周年——

## 上海律协举办大型史诗音乐会

12月19日，上海市律师协会在东方艺术中心举行上海律师大型史诗音乐会。市委政法委及公、检、法、司系统的领导与千余名律师欢聚一堂，兴致勃勃地参与这场隆重纪念上海律师公会成立一百周年的音乐盛会。

“百年的光阴，漫长而厚重，百年的磨砺，深沉而隽永。今天，历史记下了这隆重的一笔：中国律师一百岁了！”悠扬而凝重的诗朗诵，将人们带到了百年前那风雨如磐的峥嵘岁月；上海爱乐乐团以一曲酣畅淋漓的贝多芬《命运交响曲》拉开音乐会的序幕，将这首“点燃自由火炬，朝着欢乐和幸福的目标胜利前进”的英雄乐章献给律师前辈，歌颂律师先驱者如火如荼的热情，以强大的感染力激起全场的热烈反响。

接着，在气势磅礴的钢琴协奏曲《黄河》的引领下，上海歌剧院合唱团、上海律师合唱团串唱《黄河大合唱》，歌颂律师前辈们为民主法治呐喊、为公平正义呼号、为救亡图存斗争的英雄业绩；律师前辈们积极投身到建国治国的大业中，沈钧儒大律师担任第一任最高人民法院院长，史良大律师担任第一任

司法部部长，14名律师委员在第一届全国政协会议上参政议政，音乐会以《律师之歌》、《你是这样的人》等声情并茂的独唱，向律师前辈致以崇高的敬意；脍炙人口的《春天的故事》和耳熟能详的《走进新时代》，展现了律师在改革开放中的突飞猛进；上海歌剧院合唱团、上海法官合唱团、上海检察官合唱团、上海公安艺术团合唱团、上海监狱管理局警官合唱团、华东政法大学合唱团、上海政法学院合唱团以及上海律师大成合唱团、大成律师事务所合唱团同台演唱《在灿烂阳光下》和《走向复兴》，表达了上海政法界贯彻党的十八大精神、推进依法治国方略、实现中华民族伟大复兴的远大志向和坚强决心。

上海是中国律师的发源地之一。1912年12月，中国近代史上人数最多、影响最大的律师同业组织——上海律师公会宣告成立。中国律师前辈们以法律人的良知护国护法，谱写了弘扬法治、衷心爱国、履行责任的不朽篇章。新中国成立后，中国律师积极投身到建国治国的大业中。1978年12月，党的十一届三中全会召开，改革开放为中国律师带来盎然生机，中国律师业迅猛发展，上

海律师业从1979年恢复初期的16名从业人员，发展到如今的1150多家律师事务所和近15000名执业律师。前进中的上海律师已成为当事人合法权益的维护者、经济社会发展的服务者、社会公平正义的保障者，在服务法治政府、法治社会建设中发挥着越来越重要的作用。

2012年恰逢上海律师公会成立100周年，上海市律师协会隆重开展了以“法治、爱国、责任”为主题的系列纪念活动，号召广大上海律师继承律师前辈光荣传统，坚定信念，弘扬法治，用优质高效的法律服务谱写上海律师业科学发展的新篇章。

为弘扬律师文化，近年来上海市律师协会每年举办新春音乐会。今年，为庆祝上海律师公会成立百年，改为举办上海律师大型史诗音乐会，以诗歌朗诵结合独唱、合唱等方式，展现上海律师业发展历程，显示上海律师队伍奋发向上、积极进取的开拓精神，展示上海法治化进程的丰硕成果。

随着上海律师大型史诗音乐会缓缓落下帷幕，上海律协纪念上海律师公会成立一百周年系列活动圆满结束。●

聚焦 ●文/陆萍

# 授予及追授 11位律师 “上海律师行业杰出 贡献奖”授奖辞



王文正

致王文正——

您从炮火纷飞的战场上走来  
身上还留着那个时代的伤残  
作为将帅,您明白肩头的责任是何其沉重  
您运筹,您谋划,您组建,您发展

“为辩护律师辩护”

这条执业之路,从来就不是阳光灿烂  
您奔走呼吁创办“律师之家”  
为匡扶正义,抱团取暖



徐达权

您温文儒雅,甚至还轻声细语  
却一言九鼎,威震河山  
您是律师之心、律师之魂  
彰显社会主义法治的蓝天

致徐达权——

国际经济的舞台上瞬息万变  
您站在中国的土地上注视、判断  
不管棘手的回合,有多少险恶  
您合同上的条文,会严守把关



陈泽政



傅玄杰



倪彬彬



韩学章

您说,法律有时就是“预见”  
这精辟论断,在您论文中逐一展现  
律师命运迎来百年辉煌  
改革开放让您别开生面

您旷达潇洒,自信机敏  
您洞察幽微,机智果断  
中国律师的智慧可以达到这样的高度  
您让历史庆幸,也让世界喝彩

致陈泽政——

您的赫赫战功,不是出自庄严的法庭  
而是与外商谈判,和世界舞蹈  
在那中外合同的字行里,找得玄机  
在那经济法律的大海中,穷尽奥妙

您通晓法律,沉着冷静  
您引经据典,平衡考量  
您侃侃而谈的言语如智慧的糖浆  
不动声色,却绕过险滩,避开暗礁

“大众”、“通用”,在上海落地生根  
多少个“一号工程”,在您的谈判桌前扬帆启锚  
当一份份中外合资经营的合同呱呱坠地  
您让插上翅膀的祖国腾云九霄

致傅玄杰——

您不凡的人生,充满传奇色彩  
国家的兴衰,如同您生命长卷  
您不惧灾难,赢得辉煌  
灾难和辉煌,已经将您千锤百炼

被四人帮余党关押又为四人帮余党辩护  
您说,法律不讲个人的恩怨



为了在华车祸死伤案,您与日谈判艰难万分  
您纵横捭阖,柳暗花明,峰回路转

您才智过人,又淡泊声名  
您豁达大度,又睿智深湛  
您以百年律师的风流与高贵  
为共和国的法律,赢得了尊严

#### 致倪彬彬——

您是律师制度进程生动的缩影  
您与祖国共赴灾难,同当祸福

日本侵华战争,罪恶滔天  
内心的煎熬,让您心情无法平复  
然而,您看着法庭上方庄严的国徽  
还是开始了为日本战犯的辩护  
不是屈辱,是人性人道的最高境界  
是法治梦想,在现实世界里的直播  
您懂得一个中国律师肩负的使命  
冒着历史的风雨,继续走您选定的路

您才情横溢,机敏沉着,气度优雅  
您让中国法庭的辩护席为世界注目

#### 致韩学章——

您忧国忧民,正气凛然  
在抗日浪潮中挺身而出  
您维护正义,捍卫人权  
历史的册页里有您光辉的纪录

您为革命的功臣出庭  
也为历史的罪人辩护  
共和国见证了一个大律师的风采  
法制与民主,就这样,进了一步又一步

您的教诲,铭记在我们心头  
您风范长存,精神永驻  
您是上海百年春秋的骄傲  
您是神州大地 20 万律师的楷模

#### 致李树棠——

您是德高望重的律界元老  
五六十年的风风雨雨,您参与、您见证  
从“公设辩护人”到“公设律师”再到  
“律师”  
新中国律师史上,有您的第一个脚印

您曾在国民党的监狱里绝食抗议  
您曾在改革开放的都城身负重任  
您的真知灼见,成为海派智囊  
您的赤胆忠心,铸就执业精神  
百年律师发展的道路崎岖坎坷  
您在磨难、挫折、恢复和发展中前进  
而今,我们追随着您铿锵的脚步  
在跨越百年之后,继往开来,开拓创新

#### 致张中——

您是一个世纪律师的才俊  
您是改革开放时代的英雄

您像一块富饶的黑土地默默负重  
源源不断将活力和青春向外输送  
您知道律师的断层缺口何其紧急  
您培养、培训,将后续人才的泥土夯松

您着手个案的细节辩护  
您着眼大局的法律操控  
您在全国破天荒当了企业法律顾问  
把法治建设与经济建设第一次接通

您一世,远见卓识桃李天下  
您一生,名垂青史大德大功

#### 致陈瑞谟——

一个个宏大的涉外经济项目上马  
您功不可没,让上海经济腾飞  
一件件寻常的小民百姓冤情洗雪  
您花费心血,让社会生活和美

饱读中外法律大典

您知己知彼,从容应对  
时时牵挂国计民生  
您克尽职守,无怨无悔

您呕心沥血,百坚不摧  
您精到独特,功绩累累  
您用一生书写了律师的重要意义  
今天打开史册,又看见您静静的光辉

#### 致李国机——

您一身刚正不阿的风骨  
您满怀法制天下的理想  
敢为人先,仗义人间  
是律师的天职,铸就您生命的大纲

祖国的命运,就是您的命运  
重重磨难,终究涅槃为您另一种辉煌  
如果说中国律师制度发展是一部大书  
您就是里面浓墨重彩的一章

您的胆略、气魄、追求、担当  
已是后辈学人追随的偶像  
今天在上海律师公会成立百年的庆典  
一个时代,追授您杰出贡献大奖

#### 致郑传本——

您铁骨铮铮担道义,为百姓呐喊  
您豪气巍巍求真理,与邪恶抗争  
当权与法的碰撞,混淆了视听  
当罪与非罪的较量,一发千钧  
您这颗举足轻重的砝码跳将上台  
让法庭偶然倾斜的天平保持平衡

您敢辩善辩,精彩绝伦  
您壮怀激烈,满腔赤诚

大街小巷的老百姓有口皆碑  
三十年律师生涯您抵达生命的顶峰  
今天,我们在这里打开您一世的功名  
看到您留给世界的一种伟大,一种精神



李树棠



张中



陈瑞谟



李国机



郑传本

共筑和谐 ●文 /杨浦区司法局

# 凸显专业优势 服务旧区改造



“忠诚、为民、公正、廉洁”，这八个字是党和人民对政法队伍的基本要求，也是我们必须自觉坚持的共同价值取向。杨浦区作为上海的老工业区，随着推进“传统工业杨浦”向“知识创新杨浦”历史转型的不断深化，在城区面貌焕然一新的同时不可避免地出现了拆迁矛盾复杂多发的情况，由此也对社会稳定造成了一定的威胁。面对号称“天下第一难”的拆迁工作，区司法局紧紧围绕改善民生、服务转型的中心思想，围绕践行核心价值观的总体要求，围绕培育和造就“心系群众、认真办案、诚信执业”的律师队伍的目标任务，进一步拓展律师服务领域，增强服务转型、跨越发展的能力，大力推进法律服务进旧改基地，引导和鼓励律师积极服务旧改工作，充分发挥律师的法律专业特长和第三方优势，充分发挥律师预防化解社会矛盾纠纷的社会作用，实现律师队伍服务群众有新气象、业务工作有新跨越、精神面貌有新变化，促进了杨浦区的转型发展。

## 一、三项措施，提前介入，保障旧改工作顺利开展

动迁前期工作至关重要，怎么样防范相关风险确保在动迁实施阶段动迁居民顺利签约是动迁前期工作的头等大

事。特别是在探索动迁新方法时，动迁前期工作的作用就显得更为突出。

一是事前审查文本，强化源头防范。在建设项目的立项、土地取得的阶段，律师即提前介入，对相关文本进行审定，确保旧改工作从源头上就体现出阳光政策的公平、公正和公开。

二是实行“两次征询”，推动机制创新。杨浦区是全市率先推进“两次征询”制度的，第一次主要征询居民改造意愿，第二次主要征询基地拆迁方案。通过两次征询，充分践行“政府主导，居民参与，依法规范”的理念，提高基地的签约率。

三是参与方案确定，确保“阳光动迁”。组织律师积极参与基地拆迁补偿安置方案的制定、告居民书、政策前后一致承诺书、居民选购房源流程和中介服务协议等多份法律文件的审查，为确保“阳光动迁”政策的具体落实提供专业的法律支撑。

## 二、五种方法，全程参与，促进旧改工作推进进程

一是义务咨询解疑惑。动迁实施阶段中，面对动迁居民时常会产生关于动迁政策及法律的问题，为更好地开展基地的法律服务工作，让居民能更便捷地获得法律帮助，驻地律师在多个基地开设了“法律咨询接待窗口”，定时定点

向被拆迁的居民提供义务法律咨询服

务。“法律咨询接待窗口”设立至今，共接受居民咨询 6000 余人次，咨询内容涉及范围广泛，包括继承、析产等法律问题。通过对解答居民有关政策疑惑、分析居民与切身利益紧密相关的问题发挥了积极的引导作用，解决了许多动迁居民的困难，让很多动迁居民打消了怕“吃亏”的思想顾虑，有效地促进了拆迁签约的进程。

二是会诊分析化难题。通过组织律师参加区旧改指挥部定期组织的内部业务会议等方式，对行政裁决书等相关文本的送达方式等提出法律建议，同时对拆迁工作中发生的疑难复杂情况进行分析、解释，并制定相应的化解方案。

三是搭建平台缓矛盾。“四位一体”的拆迁矛盾调解平台是由旧区改造指挥部、街道（居委）及调委会、拆迁公司和律师共同组成的，是杨浦区在动迁工作中化解各类动迁矛盾纠纷的举措。该平台运行以来，4 方各司其职，互相协作，在矛盾化解方面成效显著。特别是杨浦律师，他们至今已参与搭建平台千余次，利用政府与群众之外第三方的定位，充分发挥专业优势，积极参与预防和化解矛盾，解决了诸多共有产权家庭的财产纷争及违章面积认定争议等疑难矛盾，维护了地区的稳定。在定海基地就有这样一个案例，有一户张姓人家，房屋共



有4层,产权人已过世,留有子女6人,其中4人居住其中。上世纪90年代初,由于家庭矛盾,在居委的调解下,家庭内部对房屋如何分割达成了家庭协议:4层楼由居住其中的四兄妹各占1层,家庭协议上还盖有居委会的公章。在这次动迁中,拆迁方依法认定该房屋为1产4户,有效面积为3层,4楼属违章建筑。而根据原来的家庭协议,4楼归老二兄弟所有,而老二曾做过换肾手术,其他住在老屋内的3兄妹家境也不宽裕。4兄妹对拆迁方依法作出的认定,感到非常不满,强烈要求按照4产来安置,否则决不配合拆迁,其中的老三还天天到基地来闹,严重影响了推进工作的秩序。对此,定海街道干部及时组织召集了一次调解平台。调解会一开始,在外的大哥、大姐以及住在老屋内的4兄妹就言辞激烈,很不冷静。在调解会上,四维乐马律师事务所律师谢东指出:“房屋征收方与被征收居民并不是一对矛盾,而是应该共同站在法律和政策的基础上,联起手来去克服在房屋征收补偿过程中遇到的种种困难与障碍。房屋征收是要拆除破旧的房子,但更要拆除我们心中的那一堵墙。根据我的经验,居民只要尊重政策、积极沟通,没有一家是走不了的。在阳光政策面前,我们居民应该尽快做出正确的决定,我们一定要尊严地离开前辈所搭建的这座旧屋。”之后,律师又对《物权法》、《上海市房地产登记条例》中的相关条款作了说明,向居民解释房屋被认定为1产而非4产的法律依据。其后,街道干部、拆迁公司经办人员当场分头对几个兄弟姐妹做了思想工作。调解会结束时,几个兄弟姐妹表示愿意与拆迁房屋征收方保持积极沟通,并当场填写了《签约委托书》。后来,在定海街道领导、桥盛拆迁公司的大力支持下,律师与居委干部多次上门,分别与在住的4个兄弟姐妹进行了充分沟通,了解了他们签约搬迁存

在的具体困难,并引导他们根据政策来作出合理的安置诉求。随后,针对这个大家庭的特殊情况,律师起草了一份《意见书》,并和社区法官、居委干部共同签名后递交给定海街道领导,经定海街道领导依照政策仔细分析与果断定夺之后,张姓家庭得以顺利签约和搬迁。居民刘大伯家也是“四位一体”矛盾调解平台效果的受益者。刘大伯家的情况很复杂,父母早年去世,现在同父异母兄弟姐妹有10人,3人居住在此,7人居住在他处,大家经济条件都不好,都等着拆迁安置款贴补生活,谁也不肯放弃眼看到手的钱。可是,如果居住在他处的7人分走了砖头钱,实际居住在此的3人就难以购房。兄弟几人在基地吵得一次比一次厉害,居住在他处的人说:“我只拿我应得的砖头钱,有什么不对?”居住在此的人则说:“不拆迁我还有房子住,一拆迁连房子都没有了,我们不走了!就‘钉’在这了!”眼看矛盾越来越激烈,经办人忙找到驻地律师,请他帮忙化解矛盾。律师在分析情况后,首先找到居住在他处的几兄妹,告知他们虽然居民的合法物权受法律保护,但在征收补偿这一特定背景下,如果全体共有人无法达成一致,那么物权仍将继续以共有产权的形式延续下去,对大家都没有好处。随后,律师又找到了实际居住在内的几兄弟,告知他们在外共有人的谦让是情分,绝不能漫天要价,而应在合理范围内选择适合自己的房源。经过律师多次上门做工作,及建立“四位一体”矛盾调解平台进行调解,10兄妹终于达成一致。最后,刘大伯还感激地握着律师的手说:“谢谢你,不但帮我拿到了房子,还让我们兄弟解开了多年的心结!”

四是公信评议促阳光。为了更好地体现公平、公开、公正的“阳光拆迁”原则,全面接受动迁居民和社会各界对拆迁安置情况的监督,组建了公信评议组



织机构,并积极选派市、区人大的律师代表担任公信评议组织的公信人员,根据群众举报、投诉和查询要求开展调查核实工作,客观、公正、如实反映实施监督的情况,提出改进意见和建议,切实维护居民的合法权益,真正做到“阳光、公正、依法、规范、平安、和谐”。

五是律师信函助签约。律师函是律师业务中的一把独门利剑,是一种低成本、快捷、和谐解决纠纷的途径,而这种律师独有的方式也被引入到杨浦区的旧改工作中。针对拆迁双方协商不下,拆迁人拟申请行政裁决的被拆迁人,律师在深入调查了解的基础上,针对每户居民的实际情况,创造性地采用出具包含“基本事实”、“本所分析”、“法律后果”、“律师意见”等4部分内容的个性化《律师函》,通过对未签约居民户的房屋面积、人口、诉求、拆迁补偿安置方案等,运用法律逐一分析,针对拆迁双方的矛盾焦点,有侧重、有针对性地系统分析,讲明利害关系,帮助被动迁居民从专业法律角度了解自己的权利与义务,理解法律政策,促使其理性对待自己的诉求和不同意见,理性地思考和处理拆迁事宜,化解居民家庭内部矛盾,最大程度地维护了居民的合法权益,促使拆迁工作取得了较好的成效。

### 三、四个坚持,完善机制,探索律师服务旧改长效发展

一是坚持政府购买服务的原则。律



师具有较强的市场属性,本身面临着巨大的市场竞争和生存压力,面对工作难度大的拆迁矛盾化解等工作,要求律师长期提供义务法律服务,难以保证服务质量。只有通过政府购买服务的方式,坚持“合同管理,总结评估,付费补偿”的工作要求,探索建立责、权、利相统一的律师参与旧改工作的可持续发展之路。

二是坚持发挥律师的第三方优势。律师具有法律专业特长,能够提供一个更加全面、客观和公正的平台与视角,能让“使被拆迁居民能够得到妥善合理的安置,使他们的合法权利能够得到充分保护”这一政策得到真正地贯彻,是构建“和谐动迁”的桥梁。

三是坚持发挥律师参与调解的积极作用。律师在参与拆迁矛盾的预防和化解时,注重贯彻“调解优先”的原则,通过培育一批化解拆迁矛盾纠纷的专业律师队伍,对构建以“政府满意、企业满意、居民满意”为目标的“和谐动迁”起到了重要的推动作用。

四是坚持履行司法行政机关的组织协调职能。区司法局组织协调律师参与拆迁工作,坚持做到“三个到位”,即建立律师参与拆迁工作长效机制到位;制定律师参与拆迁工作可行措施到位;对律师参与拆迁工作的督查、评估和总结到位。

#### 四、三项工作,持续推进,落实律师服务旧改工作常态化

2011年底,本市颁布实施了《上海

市国有土地上房屋征收与补偿实施细则》,新政的颁布,意味着政府将取代开发商,成为房屋征收的主体;而要不要改建,要怎样的补偿方案,则将充分听取居民的意见。征收新政有效地提升了征收活动的公开透明度和公众参与度,有利于最大程度地保障被征收人的合法权益。针对新政的颁布,区司法局积极应对,完善机制,从而为新政下的房屋征收工作提供了法律保障。

一是召开研讨会,起草规范性文件。今年8月,区司法局召开了杨浦区律师参与房屋征收工作研讨会,有区房管局、旧改指挥部、各参与征收的律师事务所和区律工委参加,会议讨论了《征收共有产权房屋操作指引》、《杨浦区律师参与社会矛盾化解操作指引(适用司法强迁类)》、《杨浦区旧区改造指挥部与杨浦区司法局关于指导律师参与房屋征收与补偿法律服务的工作协议》,这些文件是杨浦律师参与征收几年来经验的结晶。针对旧改工作专门制订操作指引,将有利于化解征收过程中最集中、最突出的矛盾,提高签约率,有利于律师参与工作的规范化,既便于考核量化律师工作,也便于领导监督,进而推动旧城区改建的稳步、顺利进行。

二是设立杨浦区公益房屋征收法律服务中心。目前,律师参与房屋征收工作基本上是以基地、项目为单位开展,工作范围限于街道、社区范畴,提供服务的律师也以基地项目为单位组织起来的,相对分散。从全区范围来看,房屋征收工作

还缺少统一的平台,缺少统一的管理制度,缺少经费的保障机制,整体运行机制还不够顺畅,设立公益房屋征收法律服务中心,有利于法律服务旧改工作的进一步推进。公益房屋征收法律服务中心的服务内容,一方面是开办房屋征收市民法律学校,通过开展定期或不定期法律讲座,编撰普法教材、宣传册和宣传画,设立固定的法律咨询窗口,帮助被征收居民了解房屋征收补偿的相关法律法规及政策,充分理解房屋征收补偿方案,明确在房屋征收补偿过程中的权利义务;另一方面是搭建并完善纠纷化解的平台,通过完善“四位一体”调解工作平台、设立调解委员会和代理信访、诉讼,化解拆迁矛盾,保证房屋征收补偿工作的顺利实施。

三是参与新基地的法律服务工作。2012年,区司法局继续大力推进法律服务进旧改基地工作,已有定海152街坊C块、152街坊B快、大桥街道101街坊、96街坊、平凉街道13街坊等多个基地启动征收工作,汇创、四维乐马、金仕维等律师事务所的律师在区司法局的指派下入驻基地,提供法律服务,已接待动迁居民咨询200余人次,参与搭建平台17次,调解矛盾12起,构建起了“和谐拆迁”的桥梁,有效推进了旧改工作的开展,从而进一步保障了城市建设项目的顺利推进,维护了社会的和谐与稳定。●



区县特写 ●文 /宝山区律工委

# 宝山律师： 构筑平安滨江新区的践行者



宝山区律师在“3·15”活动现场



宝山区位于上海北翼,是上海通往全国的北大门。近年来,宝山区围绕“创新驱动、转型发展”和“十二五”规划,提出了“经济发展好、民生保障好、社会管理好、文化建设好、生态改善好”的总体要求,及努力实现“建设全市加快经济发展方式转变的示范区、推动城市转型发展的最佳实践区,率先基本实现城乡一体化”的总目标。实现“五个好”的总体要求和“两区一体化”的总目标,贯穿其中的是依法行政、依法治区的理念。律师,作为促进依法行政,维护社会公平与正义的重要力量,在宝山区的发展中正担当起愈发重要的角色,成为构筑平安宝山、服务稳定大局的践行者。

敢担当、能担当、有作为。近两年来,宝山律师界捷报频传。钱翔樑律师当选市律师协会副会长;范仲兴律师、邹甫文律师分别荣获“上海市优秀律师”、“上海市第四届优秀女律师”称号;诚建成律师事务所先后获评长三角地区工程法律服务突出贡献律师事务所、市优秀律师事务所;沪港律师事务所党支部和银星律师事务所顾玉红律师分别被推荐参评全国律师行业创先争优先进集体和先进个人……地位提升和荣誉获得的背后,是宝山律师在服务宝山滨江新区建设,构筑平安宝山、法治宝山发展中日趋凸显的作用。

## 服务发展当先锋

随着改革的深入推进和经济社会的快速发展,政府管理职能发生了重大转变,运用法律手段加强和改进社会管理的重要性日益突出。宝山区当前正面临着“转方式、调结构”的艰巨任务,面临维护社会和谐稳定、协调各种利益关系的重大考验。律师以其专业法律工作者及第三方身份在参与宝山区域发展建设中,巧妙地搭建起了政府与公众之间的桥梁。用法律知识为政府实施公共治理、促进公民有序解决争议提供了有益帮助。

宝山蓄势待发。滨江地区、吴淞地区、南大地区、大型居住社区、老镇旧区等“五大”地区的改造、建设成为近年来宝山区经济社会发展的重点区域。在通往未来蓝图的各个环节中,宝山律师的身影闪现其中。以南大地区综合整治为例。在综合整治过程中,违法建筑、土地租赁等历史遗留问题成为阻碍南大地区整治工作顺利推进的棘手问题。一大批承租人、次承租人在租赁合同到期、土地被征用后拒绝交还租赁物,长期无偿占有租赁物,以期获取高额赔偿。此时,担任南大地区5个村委会法律顾问的银星律师事务所律师,反复与村委会及租赁户沟通、协商,将大批租赁户通过协商的

方式终止租赁关系,收回租赁物。对于要价过高,无法协商的租赁户,通过诉讼的方式将租赁物收回。今年,银星律师事务所律师参与南大地区综合整治范围内的租赁纠纷12起,及时、妥善地介入化解,为有序推进南大地区综合整治提供了有效的法律服务。邮轮经济近年来在区政府的大力支持和鼓励下,呈现出蓬勃发展态势。伴随着这一新兴行业美好前景而来的是发展初期的诸多瓶颈难题。为顺利破解这些瓶颈,完善法律规范,顾玉红律师受聘担任上海国际邮轮港有限公司法律顾问,为宝山邮轮发展提供法律支持。每周二上午,顾玉红律师定期到邮轮公司提供法律服务,解答公司有关部门咨询,会签相关法律文件,共同探讨邮轮经济发展中存在的法律问题。至今,顾玉红律师已为该公司审核对外签订的各类合同近60份,涉及金额千万元。

为了适应市场发展的需要,落实上海市政府产业结构调整的政策。昊坤律师事务所邹甫文律师及其团队全身心投入到了本区一家中外合资企业转型发展中,为企业员工遣散安置以及并购重组提供法律服务。为了确保企业并购重组的顺利进行,邹甫文律师及其团队搜集了大量的信息及资料,加班加点审查起草各项合同,最终出具了详尽的法律风险评估报告,为企业及政府的决策提供了法律依据。为了安置员工并给他们提



宝山区律工委举行 2012 年半年工作总结会



律师参与法律咨询活动



律师在现场为维权会员答疑解惑

供再就业的机会,邹甫文律师及其团队专门设立了律师办公室,并走访了企业的高管和人力资源部门,制定了切实可行的安置方案。通过连续几天和员工进行情感的沟通以及宣传政策及法律,取得了员工的理解和支持。经过几个月的努力,收购的签约仪式已经在区政府领导的参加下初步完成,员工的安置问题也得以圆满解决。

在宝山区司法局的支持、鼓励下,有的律师事务所还大胆尝试,创新服务产品,将法律服务延伸至中小企业的融资发展中。中小企业融资存在对信贷资金吸引力不足、抗风险能力弱和融资担保难等问题,尤其在应对融资专业性程序方面往往力不从心。为此,北京长安(上海)律师事务所积极为中小企业在集合票据等金融业务融资过程中提供专业法律服务,大大降低了中小企业融资的难度,提高了融资的效率。去年以来该所就为本区多家中小企业成功实现融资达 3 亿元,拟发行的中小企业集合票据募集金额不低于 4.8 亿元。

宝山缘法而行。2011 年 8 月,宝山区委、区政府印发了《〈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〉的通知》,其中明确提出,要进一步发挥律师在完善政府管理运行机制、提升行政效能和依法行政水平中的重要作用,不断创新社会管理,妥善化解社会矛盾,维护社会和谐稳定。根据《通知》的要求,宝山区将建立律师参与重大行政决策合法性审查和社会稳定风险分析评估制度;组织律师参与政府法律顾问工作;深化律师参与突出社会矛盾化解和突发事件善后工作机制;探索建立律师参与动拆迁法律服务工作机制。这一系列规范、机制

的相继建立、健全,也将为宝山律师服务区域发展提供更大、更广阔的舞台。

### 法律援助暖人心

随着宝山区经济社会的发展和构建平安宝山力度的加大,越来越多的律师事务所、律师纷纷入驻宝山发展。到目前为止,全区共有 28 家律师事务所,执业律师 211 名、公职律师 5 名。服务范围从原先单一传统的民事案件代理、刑事案件辩护,扩大到提供知识产权、金融融资、参与审核对外签订合同等多领域的全方位法律服务。专业、优质的服务赢得了客户的肯定。

法律有如钢铁般坚不可摧,律师心中亦有水般柔情。在承接法律服务业务的同时,宝山律师们每年都会抽出一定的时间参与义务法律援助服务,为弱势群体提供帮助。

“维护法律扬正气,无私援助为弱者”。日前,受援对象老袁将一面锦旗送到宝山区法律援助中心以感谢承办律师。原来老袁从原单位退休后,为了维持生计,50 多岁的他再次应聘到一家包装设备科技公司从事机械装配工作,在给机械钻孔时,老袁右手不慎卷入钻孔机,送到医院抢救后被截肢,后经鉴定为三级伤残。这次意外工伤,让老袁先后两次住院,两万余元医药费给原本拮据的家庭带来更重的负担,而住院期间厂方停发工资的决定更让老袁一家雪上加霜。政明律师事务所的印文欣律师接到区法律援助中心的指派后,积极多方调查取证、协调、开庭,半年后,老袁拿到了 10 万元的经济补偿金,此外每个月还能拿到一笔固定的工伤津贴。事后,老袁激动地说:“我一个退休残疾人,没花一分钱

就打赢了官司,这是党和政府对我的最大关怀。”

曾在社会上震惊一时的 116 路公交车女司机被毆案发生后,瑞和律师事务所主任杨振荣律师作为被告人沈某的辩护人,高度重视,认真履职,尽力帮助受援人维护合法权益。杨振荣律师多次前往看守所会见受援对象,详尽了解案件情况,制作谈话笔录,仔细查阅相关资料,并收集了充分的证据材料,同时对沈某进行了法制教育,促使其认识到自己的错误,使沈某对自己的所作所为有了彻底的醒悟和反悔。在律师的介入下,被告人沈某得到了应有的法律制裁,也维护了法律赋予他的应有权利。

据统计,今年以来全区律师参与刑事诉讼、民事诉讼、民事非诉讼等各类案件的法律援助服务 970 件(次),大厅接待来访法律咨询 3098 批(次),电话法律咨询 2981 个。法律援助的数量和成效实现了双提升。

### 化解矛盾护平安

千里之堤毁于蚁穴。有时一个小小的社会事件,如果处理不当,将会带来恶劣的社会影响。在构建平安宝山的进程中,宝山律师作为法律的践行者,主动积极地参与区内突出信访矛盾案件核查化解和突出群体性事件善后处置工作,成为维护宝山一方平安不可或缺的重要力量。

今年 3 月,月浦镇一企业十多名员工因不满安置补偿引发一起群体性纠纷。作为该企业法律顾问的沪北律师事务所的沈波律师了解情况后,积极配合当地政府相关部门做好该企业、涉案员工的沟通协调工作。期间,有 1 名员工趁



大家不备,跑到储油罐顶部,以自杀相威胁,最终该事件在多方努力下得以圆满解决,防止了矛盾的进一步激化。7月上旬,位于宝山区中心城区的绅德世健身会所突然宣布停业,引发大量会员聚集,之后又发生多次群访事件。事发后,区司法局根据区里的要求,及时指派律师到现场值班接受会员免费法律咨询、免费代理民事诉讼,安抚情绪激动的会员。为便于会员咨询,律师在健身会所门口张贴了律师名单及联系方式,随时答疑解惑。经过一个多月的紧急处置,目前大部分会员情绪得到了平息,相关案件进入了诉讼程序,部分会员经过协商收到了退款。一起可能引发的群体性事件,及时得到了化解。

沪港律师事务所是本区一家企业的法律顾问单位。该企业与区内另一企业因办公用房使用权曾发生纠纷。在双方多次协商未果时,对方员工擅自将该企业的办公设施强行从楼内清除,致使双方矛盾激化,还欲组织员工上访。驻扎该企业的法律顾问得知情况后,立即与企业领导电话沟通,建议对方从大局出发、冷静处理。随后又赶赴现场,为双方提供法律服务。经过努力,化干戈为玉帛,这起一触即发的集体上访事件得到了及时的解决。律师们的积极介入、妥善化解,为构建社区和谐、地区稳定起到了积极的促进作用。

### 参政议政尽职责

除了提供法律服务外,近年来,市、区人大代表和政协委员中宝山律师的身影也在逐渐增多,他们以法律人、社会人的视角结合市情、区情提出的意见和建议都得到了政府的重视。正是通过人大、政协的平台,律师们参政议政为法治宝山、平安社会的建设提出真知灼见。钱翊樑律师自 2003 年当选为区人大代表和

市人大代表以来,共提出 116 件议案与代表意见,其中针对近年来部分市郊农村集体资产管理混乱、集体资产流失严重的现象提出的《关于制定〈上海市农村集体资产管理条例〉》以及《尽快建立食品安全生产与销售的监管体系》等 5 件议案,分别被市人代会和区人代会列为正式议案。

会见难、阅卷难、调查取证难是律师在办理刑事辩护案件中经常遇到的“三难”问题。新《律师法》对律师的会见权、阅卷权、调查取证权有了完善和规定,但在实施过程中仍存在落实不到位的现象。为此,钱翊樑律师提出建议应制定《关于律师会见在押犯罪嫌疑人、被告人的若干规定》。意见提出后得到了市公安局的支持,并就有效保障律师依法会见犯罪嫌疑人下发了通知,要求市公安局所属各有关部门在公安机关侦查阶段,对于不涉及国家秘密的案件,在律师提交了相关证件与法律文书后,应当开具《安排律师会见非涉密案件在押犯罪嫌疑人证明书》。《证明书》可一次开具、多次使用,律师需要再次会见该犯罪嫌疑人的,可凭该证明书直接与看守所联系,不再由办案单位安排。意见的提出和落实,维护了律师的会见权。而他针对医患纠纷突出问题而提出的《建议建立“上海市医患纠纷调解中心”》的书面意见,得到了市有关部门的采纳,并将医患纠纷纳入到社会大调解中,取得了良好的社会效果。

### 加强党建聚人心

一个支部一个堡垒,一名党员一面旗帜。宝山区未成立党支部的律所建立联合党支部,无党员的律所建立联络员,做到律所党支部应建尽建,无遗漏、无差错。目前,宝山区有律师党总支 1 个、律所党支部 11 个、党员律师 71 名,占全区

执业律师总数的 34%。律师党员以先锋模范作用为表率,进一步促进了全区律师队伍的健康发展。

全区律师深入开展“创先争优”活动;党员律师定期走上街头开展“为民服务月”活动;“忠诚、为民、公正、廉洁”律师核心价值观教育实践活动和社会实践教育活动的相继开展,进一步增强了律师的政治责任感和社会使命感。

以“双结对”活动为抓手,深化律师服务进社区工作。宝山律师跨前一步送法上门,提高居民的法律意识,提升基层组织化解社会矛盾及纠纷的能力,将矛盾萌芽化解在社区。每个月律师会定期与不定期走进司法所、村(居)委调解委员会与居民面对面,提供法律咨询、法制宣传、矛盾化解等法律服务,特别是对可能引发群体性矛盾的不稳定因素进行分析,并及时采取预防措施,化解矛盾。今年以来,范仲兴律师事务所、吴坤律师事务所、政明律师事务所、银星律师事务所、亚冠律师事务所和沪港律师事务所等组织律师深入社区,参与法律咨询活动,为居民答疑解惑。据不完全统计,至今宝山律师共开展义务法律咨询 477 次/1800 人次,举办法制课程 62 次/2200 人次,参与镇、街道信访接待 480 次。

此外,宝山区还积极组织律师参与社会公益活动,履行社会责任。今年以来,全区律师参与各结对街镇召开的“法律进社区”座谈会,参加“创先争优学雷锋”、“三八”妇女节维权咨询和“3·15”消费与安全年活动等,并积极参加法律援助的咨询和案件的承办,履行了律师的社会责任,得到了相关单位和群众的好评。

乘风破浪会有时,直挂云帆济沧海。宝山律师行业规模并不大,但随着宝山区经济社会的蓬勃发展,法治宝山建设正在阔步前进。律师,必将在其中发挥出越来越重要的作用。●

人物·优秀女律师 ●文/时军莉

## 写在龙年

——兼忆职业生涯



### 人物简介

时军莉

上海君莅律师事务所主任

上海市女律师联谊会第七届副秘书长、第八届理事

上海市“三八”红旗手协会秘书长,普陀区女律师联谊会会长

上海市律协公司法业务研究委员会委员、动拆迁与土地征收法律研究委员会委员

上海市巾帼律师志愿团成员,上海市第四届优秀女律师



在时光荏苒中,迎来了我的又一个本命年,也跨入了我律师行业的第10个年头,连同之前在法院任职的时间,算来我从事法律工作已有26年了。

浦江两岸华灯初上之时,坐在自己一手创办的上海君莅律师事务所的办公室中,望着落地窗外车水马龙,各种情味涌上心头。说是坎坷,何止坎坷,论及在从业道路上遇到的一桩桩案件,挫折中,眼中或有泪,心中却燃烧着一团烈火;火苗或灭了,灰烬中依然火星灼灼;沉吟欲说蹉跎,待出口时,却是豪情欢歌。我想,正是这样正义的豪情、法律的星火陪伴着每个法律从业者一路走来,每在胜券在握之时、失意彷徨之刻都能坚守内心的信念。同样,这股信念也陪伴我走过了26年的法律岁月,更将陪伴我在今后的法律职业之路上走得更高、更远……

### 从法官到律师

我在新疆从事审判工作时还是“头顶国徽,肩扛天平”的制式服装时期。一方面作为法官,要公正的处理案件,公平对待控辩双方;另一方面作为司法工作人员,也要考虑国家利益、社会稳定。一些案件,由于当事人的证据瑕疵、程序不当,未能胜诉;也有一些案件,因为当



事人诉讼方案设计的失误，导致败诉。凡此种种，常常让我陷入矛盾，从个人的情感角度，对一些在案件中陷于不利的当事人充满了同情；但从职业角度出发，我必须理性、客观地依法审判。我时常在想，用什么样的方式能将我在审理案件中积累的知识和经验主动地传递给真正有需要的人，切实的用自己的能力帮助一些人，扭转那种爱莫能助、无能为力的尴尬。

直到 2002 年，我脱下了法官制服，转而成为了一名律师。当时不是没有过犹豫，从天山绿洲到东方明珠，安静闲适的生活将被繁华都市的嘈杂匆忙所取代，激烈的竞争环境和快节奏的生活对我也许是一场艰难的挑战。然而，所学的专业将有可能发挥更大的价值，能接触更加丰富的案件类型和不同阶层的当事人，可以有更多学习和体验的机会，更重要的是，能用自己 16 年来积累的法律知识和庭审经验，去帮助真正有需要的人。在信念的驱使下，我为自己人生的交叉路口作出了重要的抉择。

从抽象的“为人民服务”到具体的“为当事人服务”，一个个当事人在我的帮助和努力之下权益得到了维护，在合理合法的范围内，我能够尽自己最大的努力争取当事人利益的最大化，案件办结，了无遗憾。

有云“居庙堂之高则忧其民，处江湖之远则忧其君”，在我成为律师之前，多年体制内所受到的教育和熏陶，让我在成为律师之后仍然对于社会事务、公益事业多了一份责任心。2008 年 3 月，我接受了市女律师联谊会的倡议，为“大地之爱·母亲水窖”捐款，并随市女律师联谊会亲赴援建水窖地的甘肃平凉访问，为当地小学图书馆捐献图书；2009 年 7 月，受上海市委、市信访办的委托，我参与市领导调研突出信访矛盾工作；同月，积极响应中国法律援助基

金会号召，为“1+1”中国法律援助志愿者行动捐款，并作为上海律师的代表被邀请进京参加了该行动启动仪式的新闻发布会；2010 年 4 月，经普陀区司法局推荐并经核准接受该区处理信访突出问题 and 群体性事件联席会议办公室的委托，办理区领导调研、推进信访突出矛盾案件核查、化解工作，解决矛盾对立方的对抗纠纷，促进了和谐社会的建设。在维护弱势妇女群体的合法权益方面，我得到了普陀区妇联及区司法局的支持和帮助，组织区女律师联谊会的律师在社区建立了义务法律咨询站，为提高社区居民的法律意识做了积极努力；2012 年 1 月，为积极响应市妇联的倡议，我发动同行女律师为新疆喀什困难妇女癌症筛查项目及帮助上海贫困家庭欢度春节捐款献爱心；2012 年 5 月，在市妇联组织“援助千名女大学生春蕾计划”时，我主动报名请求资助一名新疆喀什女大学生在校 4 年的生活费用补助，并在启动仪式上捐款。

法庭内外，我在力所能及的范围内帮助每一位需要帮助的人，为社会稳定和繁荣发展尽一个法律人应有的社会责任，诠释一个法律人对社会应有的价值。

#### 从自由职业者到经营管理者

初到上海，价值观、理念上的地域差异，使得事业的开展困难重重。在沪无任何根基的我，重新创业，谈何容易？事业真空期时，是家人的理解给了我宝贵的支持与鼓励。放下思想包袱，以北方民族带给我的富有包容力的胸怀面对一切质疑与挑战；以积极、肯干的行动拓展业务圈；以真诚、重诺的形象赢得客户的信任；以认真、负责的态度办好每一桩案件，予每一份信任一个交待。相对具有地缘优势的本土律师，我能做的唯有发挥苦干、实干精神，用心学习，把握机会，不

断努力。

真正迎来曙光的是在 2004 年 10 月我为政府提供法律服务，得到了各相关部门领导和工作人员的一致好评后，为自己在全新的地域从事律师职业树立了信心、为打开上海事业的新局面鼓足了勇气。自此，我更加坚信上海必有我立足之地。随着业务的拓展以及对于上海文化、上海人和上海企业了解的不加加深，渐渐地，我爱上了这座城市、这片土地。

2009 年，随着律师事业的蒸蒸日上，我注册了以我名字谐音命名的上海君莅律师事务所，完成了从普通律师到事务所合伙人，再到个人事务所主任的转变，也完成了从自由职业者到经营管理者转型。事务所筹备期间，从选址到订购办公家具，从事务所 LOGO 的设计到办公室装饰画的布置，大到经营发展方略、品牌效应、宣传方式的思考，小到运营经费、资源利用、成本核算等等无不倾注了我的心血。如今，在大家的共同努力下，事务所的运行已经走上正轨，业务和客户的拓展也颇具规模，但我的压力却并未减轻。看着事务所年轻律师朝气蓬勃，新入行的后辈有着昂扬的斗志却因前途未明而彷徨，作为一个所的主任，我又多了一份责任。对于他们，我扮演着领导、老师、大姐和朋友的多重角色，事务所的成败不仅仅关系着我个人的得失，更关系到这些如我当年一样对法律职业充满期待和憧憬的年轻律师的未来。此时此刻，肩头不觉又沉甸甸的了。

#### 女性法律从业者的苦涩甘甜

在诸多行业招聘中存在的对于女性的性别歧视，在律师行业却并不十分突出，然而，就上海目前执业律师所做的统计来看，这个行业却仍然天然地、压倒性地倾向于男性。有过从业经历的人不难得出这种状况形成的原因：工作压力大，



强度高,相对不稳定,专业技能、案源、人脉缺一不可,甚至需要有一定的“攻击性”和“侵略性”……正因为如此,执业律师中男性占了绝大多数。我,有幸成为少数中的一员,坚守这个职业,更多的是基于对法律的信仰和对律师职业的热爱。与很多刚毅的男性律师相比,我扬长避短,发挥女性细腻、耐心、坚韧与不放弃的特点,争取属于女律师的业务空间。同时,积极融入团体之中,发挥集体优势,为市女律师联谊会献计献策、贡献力量。团体壮大了,女律师个人便不再显得力量单薄。

辛勤的付出,让我收获了很多。然而,当事人优先、工作优先的原则让家人受到了不少冷落。但凡有空,时间允许,我总是愿意亲自下厨,给爱人做几个家乡菜,儿子游学海外,夜深人静的时候便格外挂念。

为人女、为人妻、为人母、为人友,女性的角色赋予我们特别的责任和义务,而职业女性要在家庭角色之外追求更多的成就感,必然要付出更多的努力和艰辛。家人的理解、包容与支持,是我不断向前的动力。

最后,我想以一首诗作为结尾,总结一路走来的从业感悟:

每个人,  
都有天真烂漫的童年。  
每个童年,  
都充满美丽多彩的梦幻。  
曾经,做白衣天使、无冕之王,  
去大洋探底、九天揽月……  
无限的憧憬神往,  
织就了我奇异的童年梦。

当理想随梦而去,  
现实却更令我欣喜。  
在庄严肃穆的法庭,  
面对你来我往的唇枪舌战。  
头顶的国徽肩上的天平,  
是秉公无私的警策。  
神圣职责的使命,  
是公平正义的裁判。

那一年,  
第一场雪比往年来得更晚。  
带着对法庭深深的眷恋,  
和故乡难舍的情缘。

我从遥远辽阔的天山绿洲,  
来到波涛奔涌的黄浦江畔。  
几多寻觅几番抉择,  
“律政佳人”成为我新职首选。

有一天,  
我又走进庄严的法庭。  
为“秋菊”讨说法,  
替“窦娥”诉深冤。  
多少个不眠之夜挑灯伏案,  
换来慷慨激昂的陈词雄辩。  
多少次风霜雨雪的取证艰难,  
赢得了委托客户的由衷赞叹。

当是非不再颠倒,  
当真理战胜谎言。  
为维护了天平的公正而自豪,  
为增添了国徽的灿烂而欣然。  
法庭,是我展业的舞台,  
律师,是我人生价值的再现。  
庄严而神圣的职场,  
永远演绎我生命的主旋律!



法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

# 虚假诉讼的分析与应对

本期主持: 徐翠萍 上海市徐汇区人民法院副院长  
嘉 宾: 周赞华 上海市第一中级人民法院副院长  
崔剑平 上海市徐汇区人民法院副院长  
王嘉骏 上海市徐汇区人民法院民二庭副庭长  
孟祥沛 上海市社科院法学所副研究员  
乔君英 上海市徐汇区检察院民检科科长  
谭 芳 上海市律师协会民事业务研究委员会主任  
王 莉 上海市徐汇区人民法院诉调对接中心主任助理  
张玉标 上海市徐汇区人民法院执行庭执行长  
罗 兴 上海市嘉华律师事务所律师  
文字整理: 张克伟



本期主持:徐翠萍



嘉宾:周赞华



嘉宾:崔剑平



嘉宾:王嘉骏



嘉宾:孟祥沛



嘉宾:乔君英



徐翠萍:大家下午好!审判实践中,虚假诉讼的隐蔽性较强,识别难度较大,再加上低风险和高回报形成的鲜明对比,造成了近年来虚假诉讼的频发。今天,我们通过徐汇法院庭外沙龙这个平台,与市律协以“虚假诉讼分析与应对”为议题,就虚假诉讼的概念、成因、甄别和防范等问题开展交流座谈。

## 一、虚假诉讼的概念

徐翠萍:首先,请大家谈一谈“虚假诉讼”这个概念本身是否已经明确?

崔剑平:在我国,虚假诉讼尚非一个具有确定内涵的法律概念,一般指诉讼参加人恶意串通,虚构民事法律关系或法律事实,经由符合程序的诉讼形式,使法院作出错误裁判,从而侵害他人合法权益的违法行为。

罗 兴:从律师执业的角度看,虚假诉讼是当事人以串通的方式,通过虚构事实、伪造证据,利用法院的裁判权和执行权,来达到非法占有某种利益的目的。虚假诉讼挑战的是国家和司法制度,浪费了司法资源,还侵害了第三人的利益。从更高的层面上来讲,虚假诉讼不仅让老百姓对法律失去



了信心,同时也让这个正在走向法治化的国家丧失了民心,对于这样的虚假诉讼一定要严以打击。

周赞华:“虚假诉讼”这四个字从字眼上来看,虚假相对真实,诉是请求权,讼又是什么?讼——无讼不带官,诉讼相结合必带“法官”。这样说,虚假诉讼就是虚假的生效的案件,是当事人与法官共同创造虚假案件,因此这个概念是有问题的。但是现在从中央到地方都叫“虚假诉讼”,我们也习惯了这么称呼。实质应该是虚假之诉。虚假之诉中,法官并不是与当事人串通的,而是被恶意当事人所蒙蔽,法官只是在判断证据时有所错误。

## 二、虚假诉讼的成因

徐翠萍:虚假诉讼的频发,直接动因是满足当事人的一己私利,那么在虚假诉讼现象的背后,有没有制度层面的原因?

崔剑平:首先,民事诉讼制度中的辩论原则、处分原则等对于防范法院滥用权力有效,但对于虚假诉讼防范是不利的。而且,我国民法意见的第 75 条第 4 款规定,前述判决认定的事实直接适用于案外人,把这就把判决的证据效力和既判力混为一谈,造成了判决一出,此后所有与这个判决相关的事情都会

变得很被动。其次,诉讼目的是发现客观事实,但这在实际操作中难以充分做到,我们只能发现法律事实。将两个事实统一,就只能把法律事实强行认定为客观事实,这样一来就难以以后对先前认定的事实进行推翻。最后,在强调案结事了的情况下,法官更多关注的是化解纠纷,而非发现事实。把调解与案结事了划等号,而抛却了诉讼本身的目的和法官自身的职责。以上原因都综合导致了虚假诉讼的发生。

孟祥沛:目前造成虚假诉讼高发的最根本的原因是违法成本太低。由于我们遵行的是严格的罪刑法定主义,在这样的情况下,把虚假诉讼划归为诈骗罪



嘉宾:谭芳

嘉宾:王莉

嘉宾:张玉标

嘉宾:罗兴



或伪证罪,都缺少法定理由。法官又无法扩大解释、类推解释,于是许多案件就没法定罪,即便要处罚也只能主要通过罚款等非常轻的惩戒手段。

### 三、虚假诉讼的甄别

**徐翠萍:** 虚假诉讼的本质是当事人滥用诉权,以合法的形式绑架审判权来谋取不当利益,在司法实践中应当如何甄别是否可能涉嫌虚假诉讼呢?

**周赞华:** 这次修改《民事诉讼法》新增加了第 112 条、第 113 条,就是针对虚假诉讼。在 96 年审判方式改革后,法官一般不再主动调查证据,虽然可以用调查令,但是现在案多人少,法官亲自核查证据的情况越来越少,法官核查证据只依靠当事人当庭质证,难以确保证据真实合法。虽然《民事诉讼法》当中规定,当事人的陈述、同意对方观点可以作为认定依据,但法官不能忽视对基础事实进行判断和认定。面对虚假之诉,我们法官要进一步提升核实证据的意识,在证据规则的使用上要更加细致,必须严格证据判断规则。

**崔剑平:** 防范虚假诉讼,首先就是要完善辨识机制。例如,为了回避对方的质询和法官的询问,相当一些当事人选择本人不出庭的方式,由代理人模糊其词,以阻挠案件真实的发现。法官要训练询问当事人的能力,积累辨识虚假诉讼的经验。此外,还要善于辨识不合常理的诉讼理由、当事人隐瞒事实随意自认、没有实质性对抗等,注意防范提交不符合要件、捏造的证据、实施无权处分行为等,避免判决损害第三人的权利(财产、名誉等),免除当事人义务、设定第三人义务的情形。

**罗兴:** 律师在执业中,收案是甄别虚假诉讼的重要环节,这就要求律师要养成良好的职业习惯;1. 收案前要核查

双方当事人的信息、身份,确保委托手续是正式的;2. 要进行完善的收案笔录,在笔录中明确案件的基本实情,并要当事人承诺承担虚假诉讼法律责任,对于到底需要承担怎样的责任,律师应当从专业角度解释给当事人,如伪证罪、训诫罚款的条款等。3. 在公司案件的办理过程当中,对自己的客户也有必要进行工商档案的调查。4. 对于律师费的收缴,对于当事人声称可能和解、不复杂的案子,要求降低律师费或者承诺过高律师费的,都要警醒是否存在虚假诉讼。

**张玉标:** 审判中更多是从证据查明角度来甄别虚假诉讼,执行阶段则要将重点放在财产查明方面。发现过程中法官的直觉非常重要,在与当事人谈话中,从其谈吐以及沟通的畅通程度中予以关注,看是否有关联案件,是否利害关系人提出异议等。一旦发现涉嫌虚假诉讼,则立刻停止执行,全面调查案情,并保持与原来审判部门的沟通。

### 四、虚假诉讼的防范

**徐翠萍:** 徐汇法院在防范虚假诉讼中积累了一定的经验,并形成了防范虚假诉讼的五项机制,请徐汇法院诉调中心主任助理王莉法官介绍一下这五项机制的内容。

**王莉:** 一是虚假诉讼辨识机制。徐汇法院制订了《防范虚假诉讼工作守则》,作为辨识和防范虚假诉讼的首道关口。守则着重归纳了虚假诉讼常发、多发案件的类型并提出了审查要求;二是虚假诉讼警示机制。一方面,要求当事人签署《承诺书》,就调解的真实性和合法性作出承诺,另一方面,对参与虚假诉讼的律师及时通报相关部门;三是案外人通报机制。案外人认为对诉讼标的有独立请求权或与案件处理结果有利害关系的,可以以“第三人”身份

申请参加诉讼或另行起诉,法院也可依职权主动追加第三人参加诉讼;四是信息化技术核查机制。一方面,畅通法院内部各业务庭之间以及各法院之间的案件审理信息,另一方面,通过法院间协查机制及时查询核实存疑案件当事人在外地法院的诉讼情况,防止当事人通过异地诉讼来规避法院的核查;五是司法机关协作配合机制。法院与行政机关、公安、检察机关等部门协作核实佐证存疑案件信息,与其他司法机关逐步建立虚假诉讼当事人信息互通制度,并依靠司法行政部门的强制力对涉嫌虚假诉讼的当事人及其律师给予必要的行政处罚。

**徐翠萍:** 有效防范虚假诉讼,仅靠法院一家的力量恐怕还不够,需要整个司法界甚至全社会的共同努力,请大家结合徐汇法院的五项机制,从自身职业角度进一步谈一谈如何防范虚假诉讼吧。

**崔剑平:** 一方面,要依法制裁故意提供伪证的行为。民事诉讼法对当事人妨碍诉讼的行为,规定根据情节轻重予以罚款、拘留,构成犯罪的,依法追究刑事责任;另一方面,法院也要完善绩效考核制度。对执行民事诉讼法和本院有关规定的情况,要有奖有惩。我们应当立足现行法律规范,可以适用证据规则,作出不利于不到庭当事人的认定;严格落实民事诉讼法对当事人妨碍诉讼行为制裁的措施;有些可以向律协和兄弟法院通报律师违反职业道德职责要求以及黑律师等情况。

**乔君英:** 从检察官的角度来说,检察院作为事后监督部门,在虚假诉讼防范方面,应该发挥其法律监督作用。2013 年 1 月 1 日,新《民事诉讼法》即将实行,赋予了检察院许多权限,其中有一个调查权,这是从未给予过的权力,需要在实践中用好这样一种权力,发挥它的法律价值和虚假诉讼防范功能。

**孟祥沛:** 由于我们遵行的是严格的

罪刑法定主义,在这样的情况下,把虚假诉讼划归为诈骗罪或伪证罪,都缺少法定理由。法官又无法扩大解释、类推解释,于是许多案件就没法定罪,即便要处罚也只能主要通过罚款等非常轻的惩戒手段。我想呼吁国家在立法方面,或者直接增设虚假诉讼罪,或者扩大伪证罪的适用范围。但从另一个角度来说,比起防范,救济途径似乎更重要,我们有必要为虚假诉讼的受害人、第三人更宽广的救济渠道。

**王嘉骏:**法律工作者要有伸张正义的精神,要敢于揭露、对抗虚假诉讼的黑暗势力。法官不能因为案件压力大,就过多追求效率而放弃对于公正性的考察。对于律师,价值衡量以及经济效率问题,也要有个取舍。从制度层面,应加强律协与司法局的沟通,设置“黑名单”和扣分措施,对于律师制作的证据无法得到法院的认定要承担一定的责任。

**谭芳:**据我所知,上海律协在职业道德教育方面还是做得比较好的。面对当事人提出要求进行虚假诉讼的诱惑,关键还是在于律师的自律问题。大部分律师对自己的职业是有要求的,有法律信仰的人是会参与的。但现在有一些所谓的“黑律师”,特指社会上专门从事公民代理并且收费的人,故意挑唆制造虚假诉讼,我本人就遇到过。法院系统是否可以建立一些识别系统或警示系统,将这些不正常的代理行为,尤其是那些已经被认定了是虚假诉讼的,严加防范,予以打击。因为这恰恰是最损害我们律师的威信和形象的,而这样的一批人,又往往不是律协可以对其做出惩罚的。

**徐翠萍:**非常感谢各位嘉宾在百忙之中作客“法律咖吧”,对“虚假诉讼的分析与应对”进行讨论,让我们对该法律问题有了更深的了解。谢谢大家! ●

(本文内容根据录音整理,为嘉宾个人观点)

## 信 息

# 市司法局召开党员律师、公证员代表学习贯彻党的十八大精神座谈会

市司法局日前召开党员律师、公证员代表学习贯彻党的十八大精神座谈会,市司法局党委副书记刘江江出席座谈会并作重要讲话,市司法局政治部主任刘卫萍主持座谈会。本市律师、公证行业部分先进基层党组织代表、优秀党员律师和公证员代表以及市司法局有关处室负责人参加座谈会。

座谈会上,党员律师、公证员踊跃发言,纷纷表达了学习十八大的体会。大家认为,十八大提出了全面推进依法治国,完善中国特色社会主义法律体系,更加注重发挥法治在国家治理和社会管理中的重要作用,为律师行业健康科学发展,为律师充分发挥才能提供了更为宽广的舞台和有力保障。大家表示,坚持以十八大精神为指导,进一步增强服务意识、拓宽服务领域,创新服务手段,为上海“创新驱动转型发展”和“四个中心”建设提供更加优质高效的法律服务。

刘江江副书记指出,学习贯彻十八大精神是我们今后一段时期要做好的头等大事。学习十八大报告,我们应当认识到“三个离不开”:一是创新社会管理离不开法律服务;二是维护社会公平正义离不开法律服务;三是维护社会和谐稳定离不开法律服务。

刘江江副书记要求,法律服务行业要始终做到三个自觉:一是自觉将法律服务纳入围绕中心服务大局、维护公平正义中;二是自觉将法律服务纳入全力维护社会和谐稳定中;三是自觉将法律服务纳入创新驱动转型发展中。要坚持三个始终:一是要始终抓住党的先进性纯洁性建设这条主线;二是要始终加强基层党组织建设,巩固提升基层党组织建设年的成效;三是要始终加强支部班子建设,充分发挥党组织的政治核心作用。

刘江江在会上对法律服务工作者提出了三点要求:一是要把学习贯彻党的十八大精神作为当前的重点任务,认真学习领悟贯彻好;二是要着眼于打造法律服务的文化软实力,树立文化品牌;三是要学习法律知识及相关知识,不断提升自身专业素养,提高为人民服务能力。

## 坚持专业服务 不断开拓创新

日前,由黄浦区司法局、上海建纬律师事务所主办的“律师专业法律服务可持续发展研讨会”召开。此次研讨会以“持之以恒的法律专业精神”为主题,围绕法律专业服务的可持续发展问题展开沟通、交流和探讨,以期提升中国律师行业法律服务和水平,推动律师行业专业化发展。

上海市政协副主席周太彤、上海市黄浦区副区长吕南停出席会议并致开幕词。

上海市司法局副局长刘忠定、上海市律协会长盛雷鸣分别作了《高度关注中国律师专业法律服务的进展和成功经验》、《上海律师的专业法律服务应为法治社会和法制建设做贡献》的研讨发言,建纬所主任朱树英则以建纬所20年来的经验,阐述了专业化和规模化的心得和经验。

来自中国房地产协会、上海市住房保障和房屋管理局等相关部门的领导也分别作了研讨发言。出席会议的嘉宾近300余人,黄浦区司法局局长潘鹰芳主持会议。



# 法眼法语

视角 ●文 / 叶金荣

## 对于律师界政协委员参政议政的思考



叶金荣：上海市静安区政协委员、上海市荣业律师事务所主任



参政议政是政治协商和民主监督的拓展和延伸。参政议政的内容和形式除政治协商和民主监督以外，还包括选择人民群众关心、党政部门重视、政协有条件做的课题，组织调查和研究，积极主动地向党政领导机关提出建设性的意见；通过多种形式，广开言路，广进才路，充分发挥委员专长和作用，为改革开放和社会主义现代化建设献计献策等。而律师界的政协委员，与其他界别的政协委员在参政议政的过程中，有一种独到的优势，因为他们在从事自己的本职工作中，无论是民事代理、刑事辩护、担任企业法律顾问或参与信访接待，化解矛盾纠纷，接触到的社情民意、了解到的基层状况相对来说广泛一些，能够在其位谋其政，积极履职尽责、不辱使命。在完善法制建设、建立法治国家的今天，律师界政协委员不仅有一种荣誉感，更有一份沉甸甸

的社会责任感。

实事求是地讲，参政议政也是一门学问。自己作为一名执业二十余年的律师界政协委员，要真正起到参政议政的作用，我认为必须做到以下几点。

首先，要认真开展调研，这是做好参政议政工作的基础。参政议政工作必须以调查研究为基础。参政议政要深入实际调研，收集全面准确的客观材料，并使反映的情况符合实际，要调查听取人民群众、专家学者和有关部门的意见，才能对情况的了解更全面，对问题的分析更正确。从获取信息的渠道来说，律师界政协委员可以充分发挥工作中接触的人多、各类事多、会碰到的实际问题多等优势。在每年的“两会”期间，律师界人大代表、政协委员建言献策是比较多的，我想这应该也源于律师的职业特点，因为办理案件，能够有更多的机会和途径听到不同社会群体的呼声，这些呼声大多都反映老百姓的利益和诉求。

其次，要选好课题。在选题中，不仅要与本行业的工作相结合，与社会上热点、难点问题相结合，更应与本地区的中心工作相结合，想政府所想，围绕政府的工作中心，选择带有全局性、倾向性和普遍性以及群众关心、政府亟待解决的问题，与律师界政协委员自身的优势相结合，真正做到选题既事关大政方针，又涉及社情民意，才能有针对性地提出可行的建议，才能真实反映人民的需求。

再次，要提交高质量的提案、建议。律师界政协委员可以利用自己职业的特长，多从立法的完善、法律法规的修

改等方面为某些社会问题的妥善解决提出有效可行的提案。作为法律工作者，法律是跟我们天天相伴的，是我们工作的工具，因此我们练就了某种职业的敏感，对于涉及法律类的问题往往能凭借这种敏感，更快更准确地发现问题的根源。这其中包括我们会发现有些合法权益最终却得不到有效保护的原因，是在立法上有缺失或漏洞。这种情况，我们的职业专长就可以充分利用了，参与立法，从立法层面提交有效的提案、建议，这是律师界政协委员参政议政的重要职责。除此之外，我们还可以对一些社会影响广泛的案件的解决，提出建议。对于这类案件的处理，律师能凭借专业特长发挥积极作用，利用专业知识对此类案件提出的分析和建议是有较大价值的，对促进法律政策的修改和完善具有积极的意义。

最后，要加强学习，提高自身的素质。要履行好参政议政的职责，必须与时俱进，努力提高律师界政协委员的自身素质和参政议政水平。学习必须结合个人实际，加快知识更新，不断拓展知识领域。要发挥理论联系实际的学风。把学习理论、总结经验、参政议政紧密结合起来，紧密联系政协工作的新形势、新任务，紧密联系新形势下的重大理论和工作研究，紧密联系现代化建设中的现实问题。通过认真学习，使认识逐步深化，水平不断提高，从而把学习的效果落实到与时俱进、开拓创新和提高参政议政的能力上来。

参政议政为律师界政协委员参与国事、发挥专长提供了便利条件和更多的机会。政协委员肩负着社会各界的重托，是社会各界群众利益的代言人，只有不断提高参政议政的水平和能力，履职尽责、责无旁贷，才能充分、准确、客观、公正、合法地表达社会各界群众的利益诉求，使他们的利益在公共决策中得到应有的体现。●



视角 ●文 / 黄宜辰

# 医患纠纷第三方 调解机制可逐步引入仲裁机制



黄宜辰：上海市康昕律师事务所主任



近年来，医患纠纷呈上升趋势，已成为主要的社会矛盾之一。为了有效地化解医患纠纷，保护患者和医疗机构的合法权益，上海市人民政府于2011年6月14日正式颁布了《上海市人民政府关于开展医患纠纷人民调解工作的若干意见》（沪府发[2011]30号）和《关于发布〈上海市医患纠纷人民调解工作的实施办法〉的通知》（沪司规[2011]2号）这两个重要的文件。文件的发表，确保了上海市医患纠纷人民调解工作的稳步、有序进行。根据文件精神，各区县也相应成立了医患纠纷人民调解委员会（以下简称医调委），也就是通常所称的第三方调解。

此前，纵横全国处理医患纠纷的模式，虽然有很多，但归结下来，无非是四种，即分为：医患双方自行和解、卫生行政部门调解、以及人民法院的司法调解和人民法院的司法裁决。而医调委的成立，标志着一种新的模式应运而生，这种模式相比于自行调解、卫生行政部门调解以及司法调解而言，第三方调解显

得更加客观、公正、便捷，其优势明显可见。由于第三方既不代表医方利益，也不代表患者利益，其调解结果更容易被医患双方所接受。

为了更好地发挥第三方调解的优势，笔者建议在继续发扬第三方调解的长处，克服存在的部分不足，并逐步引入仲裁机制，这才能使第三方调解更加完美无臻。

为此，笔者从以下三个方面来全面分析第三方调解的长处及不足，并分析引入仲裁机制的好处。

## 一、医患纠纷人民调解（第三方调解）的长处分析

医患纠纷人民调解是指在医调委的主持下，以国家法律、法规、规章制度以及相关政策和社会公德为依据，对医患纠纷当事人进行说服教育规劝疏导，促使纠纷双方互谅互让，在平等协商的基础上自愿进行协议，从而最终达到消除纷争目的的一种群众性的司法活动。其优势和长处是显而易见的。



（一）医调委的性质。医调委是既不代表医方利益,也不代表患方利益的中立性的民间组织机构。

（二）人民调解员的组成。目前,各区医调委的人民调解员分别来自退休法官、退休检察官、退休公务员、退休居委会干部,还有部分退休的医师、教师以及部分现职的律师和专职调解员组成。这些人过去在原单位大多从事管理工作,积累了处理各类民事纠纷的丰富经验,有些人业务精良、技术精湛,在处理医患纠纷过程中轻车熟路得心应手,确实发挥了必要的技术指导作用。

（三）人民调解的前提条件和优势。人民调解的前提条件是当医患双方不能自行解决纠纷,又不愿借助行政和法律手段解决,而希望有第三方介入时,“第三方调解”就成为了一种最佳的选择方式。人民调解的法律地位和人民调解协议的法律效力,给人民调解解决医患纠纷提供了强有力的法律保障。医患纠纷在第三方人民调解员的主持下,可以保证双方调解资源、地位平等,依法合理地进行调解。人民调解员作为与医患双方均没有利害关系的第三方,能比较中立和公允地调解医患纠纷,保障了双方的合法权益,成为解决医患纠纷最佳的选择方式。

（四）第三方调解的主要优点。

1、免收费用。由于人民调解委员会是社会公益性的组织,其调解不以盈利为目的,因此,医调委组织的调解,在一定程度上减轻了医患双方的经济负担。

2、调解方式简便、速度快捷、效果显著。相比其他几种医患纠纷处理模式,第三方调解可明显看出其程序简便、调解期短暂、调解效果良好的优势特点。由于各区县的医调委均设在医院所属的区域范围内,医患双方均可就近调解,加上医调委的成员大多熟悉当地的情况,能很快介入纠纷事件中,调解

期限一般不超过一个月,必要时才延长一个月。如调解得当,不但能减轻医院的压力,也可减少患者极其家属的痛苦和奔波。

3、医调委的人民调解员熟悉业务,专业性强,对快速调解医患纠纷、化解社会矛盾起到了不可替代的作用。由于医调委的人民调解员大多来自退休法官、检察官、退休公务员、还有部分退休的医务人员和教师,以及部分现职的律师和专职调解员,所以他们即热爱调解工作,又非常熟悉调解业务,他们善于对双方进行疏导规劝,谆谆诱导,容易与双方进行沟通,所以,在他们的主持下,调解的效果一般都是十分明显的。

4、建立专家咨询制度。为了促使本市医患纠纷人民调解工作,第三方调解还专门成立了医患纠纷人民调解专家咨询委员会,聘请了由医疗、法律及心理的相关学科的专家组成。这是医患纠纷处理模式中一种独有的形式,专家的类型是多方面的,既有医疗,又有法律、心理上的专家,专家咨询委员会的成立,以及专家咨询制度的建立,为医调委在调解过程中遇到的种种难题迅速及时地提供了咨询,为解决纠纷起到了十分重要的作用。

5、调解协议的法律地位。一旦调解成功,人民调解员就会制作人民调解协议书,调解协议书对医患双方当事人都具有法律约束力,双方当事人都应自觉地履行,医调委也应督促双方履行生效的调解协议。双方当事人认为有必要的,可自调解协议生效之日起三十日内向人民法院申请司法确认。第三方调解协议书是合法有效的,是得到法律保障的,是具有较高的法律地位,应予充分肯定。第三方调解的长处和优点是显而易见的,限于篇幅笔者不在此一一列举。

二、医患纠纷人民调解（第三方调解）的不足及分析

尽管第三方调解的优势是十分明显的,但由于种种条件的限制,它必然会有一些不足之处,其主要有:

（一）它只能解决一些案情比较简单,标的较小,况且纠纷的责任明确,双方争议不大,又愿意通过非诉方式解决医患纠纷。但对于那些案情较复杂,双方争议较大,标的要求较高的案子就很难解决,调解成功率也不高。

（二）尽管最高人民法院出台了一系列相关规定,赋予人民调解协议具有民事合同效力,如一方不履行另一方可申请强制执行,但前提是协议必须申请人民法院司法确认。

（三）医调委中绝大多数人民调解员是退休或兼职的,尽管他们对这项工作很敬业,但难以保证他们有足够的精力和时间去摸清社情民意,排查矛盾及纠纷的要点,及时有效地,并且有针对性地去做好解纷工作。

（四）有些地区无法在短期内改变调解场地狭窄、办公条件简陋和经费缺少的客观事实,该局面难以满足日益上升的新时期的医患纠纷的形式、主体,以及内容多样性、复杂性的需要。

（五）人民调解员在整个调解过程中,只能对双方进行耐心的规劝疏导,但对双方均无制约力,调解员并不具有法律所赋予他们的裁决力。尽管调解的成功率日益提高,但占整个纠纷的比例还是很低的,这对及时解决化解矛盾的要求还是远远不够的。

三、第三方调解可逐步引入仲裁机制的分析

（一）医患纠纷人民调解引入仲裁

机制的可行性

根据《仲裁法》第2条：“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。”的规定，医疗服务在医患之间属于一种合同关系，履行合同中发生的纠纷，应当可以通过仲裁处理。

又根据《仲裁法》第3条规定，明文禁止仲裁事项只限于婚姻、收养、监护、抚养、继承纠纷和依法应当由行政机关处理的行政争议，医患纠纷并未列入其中，依据“法无禁止即自由”的原则，医患纠纷当然具有可仲裁性。

仲裁，自古以来就是解决各类纠纷的一种方式，医患纠纷是纠纷中的一种，理所应当可以通过仲裁来解决。当今世界上很多发达的国家，均建立了通过仲裁方式来处理医患纠纷的模式，既然外国可以，我国又何尝不可以呢？笔者认为，无论从哪个角度来看，建立仲裁制度对及时有效地解决医疗纠纷、化解社会矛盾起到了十分重要与无可替代的作用。

#### （二）建立医患纠纷仲裁庭的模式

笔者认为可在现有的第三方调解的模式基础上，逐步引入仲裁机制，建立医患纠纷仲裁庭。仲裁员可以选拔一批既懂医学又懂法律的人才。仲裁结束，可出具《裁决书》，《裁决书》应与人民法院制作的《裁决书》、《调解书》具有同等的法律效力。

#### （三）仲裁的顺序

仲裁可以在第三方调解不成的情况下，由医患双方其中一方提出申请。仲裁的顺序均应根据《仲裁法》的规定执行。

综上所述，在第三方调解的基础上，逐步引入仲裁机制是一种必然的趋势，在时机成熟时，可择时而设立。●

## 我的败诉 ●文 / 朱志仁

栏目组稿人：葛珊南 gsn888@vip.163.com

# 一审败诉后的反思



这是一件二手房房屋买卖合同纠纷案，我是原告（买房人）彭女士委托的诉讼代理人，已经好多年过去了，可是这个案子一直纠结在心间，让我无法释怀。

据委托人讲，在诉前有好几个看过这份房屋买卖协议的律师都说，协议合法有效，卖房人违约，这官司必胜无疑。但是一审结果让人大跌眼镜，出人意外没有得到法院的支持，又由于委托人的种种原因，放弃了上诉权利，这让我深感遗憾，同时在感情上对委托人的信任多了一份愧疚。几年来这个案子经常在我脑子里盘绕着难以理喻，为什么有理的官司输掉了？法官片面地参照最高人民法院有关审理商品房的司法解释精神判案是否合法？一审如果用调解的方式是否会比这个判决具有更好的社会效果？……

### 案情简况

原告彭女士经中介房产公司介绍看中了本市长宁区某处一套二手房，于2008年11月19日与被告（卖房人）双方自愿签订售房协议，被告以人民币35万元的价格将该房卖给原告。为表示诚意双方同意在买卖协议中不设定金，被告在协议期内不得以任何理由转售、涨价和停售。双方同时补充约定：被告将屋内淋浴设施、空调、冰箱、洗衣机送给原告，原告必须在2008年11月26日前首付15万元，余款等交易完付清。但是11月20日晚上原告被告知，被告不再愿意出售系争房

屋。

原告认为通过中介双方自愿签订的协议，具备房屋买卖合同的基本条款和有效条件，系双方真实意思表示，应为合法有效。被告违反诚实守信原则，不接受原告在约定期限内支付的首付款，损害了原告的合法权益，故要求被告继续履行房屋买卖协议。

被告辩称：与原告签订的是意向书，原告也没有支付定金，不同意原告的诉讼请求。

法院一审认为：原被告签订的售房协议系双方当事人真实意思表示，且不违反法律、行政法规的强制性规定，应为有效。同时又认为协议虽然约定了房价、装饰设备的处理、付款时间，但尚有许多内容双方协商后方能确定，如交房时间，办理产权转移登记的相关事宜等。并且参照相关司法解释的精神，该协议缺乏买卖合同必备的内容，被告也未按照约定收取购房款，实质上是份预约合同，因此原告认为该协议就是买卖合同，要求被告继续履行无法律依据。

### 三点思考

（一）依法成立的房屋买卖协议是双方真实意思的表示，既然有效，为什么法庭不支持呢？按照一审判决书的说法，该协议尚有许多内容还得进一步协商才能确定，但是要求被告继续履行不是没有法律依据的，《合同法》第61条就明确规定：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬履行



地点等内容，没有约定或者约定不明确的，可以协议补充，不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。”原被告签订的房屋买卖协议基本条款非常明确，怎么能以个别未涉及的事项，全盘否定这份有效协议，这样的推断才应该说是没有法律依据的。

（二）一审判决书不支持原告诉讼请求引用了《合同法》第3条的规定：合同当事人的法律地位平等，一方不得将自己的意志强加给另一方。这种本末倒置，自相矛盾的思路让人看了莫明其妙。一审已经确认原被告双方平等自愿依法签订的协议有效，怎么谈得上一方将意志强加给另一方呢？这个案件的关键是是非要分清，是被告违背诚信违约，一审如果没有搞错的话，应当引用《合同法》第6条、第8条，强调当事人行使权利、履行义务，应当遵循诚实信用的原则。依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。

（三）一审认定事实有误，适用法律不当。本案是原被告二手房的转让买卖，对此《合同法》第8条、第12条、第61条、第62条和第107条，对买卖的变更、转让、履行都有具体规定。但是一审判决另辟蹊径却参照最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第5条的精神，认为商品房的认购、订购、预订等协议要具备《商品房销售管理办法》第16条的规定，本案原被告协议不符合该规定，作出驳回原告诉讼请求的判决。可是，众所周知司法解释指的商品房是具有特定范畴的，不能滥用到所有房屋的买卖。本案是公民之间的二手房买卖，首先，与商品房的适用主体不同，商品房出卖人

是专指房地产开发企业；其次，与本案的客体不同，司法解释审理的是尚未建成或者已竣工的商品房；第三，国家对商品房的销售有特定的管理办法，按照约定收取购房款是买卖合同成立的必备内容，这条严格的界定显然不适用二手房的买卖。在民事审理中作为基层法院怎么可以随意“参照”某个司法解释的精神来判案，况且与法律效力更高的《合同法》相比，牵强附会地套用司法解释，怎么能够解释清楚呢？

两点联想

（一）法院判案旨在公平公正。在司法实践上合理不合法或者合法不合理的事情都是存在的。因此，在民事纠纷审理中判决不是唯一的好办法，本案原告就说，诚实有理者输，弃信违约者胜，这算什么官司呀？对法律的信仰与权威颇有微词。且说在实践中也确实存在判决不公或判决有误，进一步讲就是合法的判决，效果也不一定完美，其中上诉、申诉的不胜枚举，所以有人比喻审判是门艺术，不仅要看法律效果，更要看重社会效果，通过案件审理倡导扬善惩恶，弘扬诚实守信的社会风尚。纵观本案在审理过程中，我们一再提请法庭注意，已有证据证明被告毁约的真实原因是要以38万元更高的售价转让给案外人，并且多次申请证人中介公司出庭作证，但是法官置之不理，甚至闭庭前也不征求双方有否调解的愿望。根据以上的事实和被告的动机，如果法庭坚持调解，成功的可能性很大的，效果与反响肯定要比判决好得多。调解真正做到案结事了，有些判决虽然定纷但不止争。我们至今也不明白一审为什么不愿意用调解了结此案。

（二）在司法实践中当事人一方甚至双方对案件的审理过程或者法院判决、裁定不服可以依法上诉和申诉。但是有些疑难的或者争议激烈、社会影响较大的案件往往通过专家学者的评论，也有借助媒体或者网民之言来阐明不同观点，引发社会民众的高度关注。虽然，法院是依法独立办案不受外界左右，但是人言可畏，只要社会舆论言之有理，民心所向，法院本着知错必改的精神，也有作了改判的，迟到的公正总比不公正要好，公民还是欢迎的。然而，民事纠纷审理大量的是一般类似本案的普通案件，难以引起社会的重视和媒体的兴趣。此外，在办案中有时遇到法官不守法，诸如接受当事人递交的有些材料不开收据、不留姓名，甚至报假姓名，但是原材料退回来了却非让当事人签收不可；开庭日期变更了，事先不通知当事人，让人白跑一趟，既不表示歉意还不说什么原因；已经正式立案了，开庭前让原告自己去找被告出庭……有的法官缺失职业道德，蛮横霸道，仗势欺人。去投诉吧，这点“小事”找庭长没空，找院长见不上，让人怒不可遏又无可奈何。为此，建议市律协成立专门的工作委员会，广而告之接受律师回“娘家”诉求，也可主动深入律所征求案例，包括那些对败诉不服，的确需要申诉的案件，进行汇总、分析、归纳形成若干专题，与市高级人民法院建立定期对话的平台，进一步完善司法救济机制，有利于构建法官与律师既有互相制约又有平等合作的正常工作关系，共同依法维护当事人的正当权益。这对于遏制司法腐败，保障公平公正，健全民主与法制，促进社会和谐文明也有着重要作用和现实意义。●

（作者单位：上海市格联律师事务所）

## 律师公会百年专题报道

●文/王 璐 彭念元

栏目组稿人:黄荣楠 huangrn@junhe.com

# 办好三件实事 推进三项改革

——市人大法制委主任张凌访谈录



2012年,上海律师公会成立百年。这一年,我们重新回首来时的路,那些传奇式的名字、事件在历史的时间轴上闪耀。在那风雨如磐的峥嵘岁月里,中国律师的先驱者们坚守信念,为律师业打下第一桩;前辈后生筚路蓝缕,用雄才大略和真才实学为构筑现代律师业的摩天大厦不断添砖加瓦。

说起律师业今天的发展,不得不提起一个人。在他任职市律协长期期间独具慧眼,为上海律师业办成了三件具有影响力的大实事,完成了三项至今还发挥着重要作用的改革,推出的几项重大举措在全国律师界开了先河。他,就是原上海市司法局党委副书记、副局长,现任上海市人大法制委主任张凌。百年纪念系列活动让我们有机会走进他在人民大道200号的办公室,与他面对面交流。

**笔者:**张主任,1998年您出任上海市律师协会会长,在会长任期内做的几件实事有口皆碑,其中,“新世纪导航工程、律师医疗互助金、律师服务西部大开发”在全国律师业开了先河,产生了深远的影响。请谈谈这三件实事好吗?

**张凌:**1998年我被选为市律协会长,通过在协会工作中的交往、学习,对律师工作的认识和体会也逐渐加深,开始将自己的一些想法用于律师协会工作的实践中。在三年会长任期内,与王文正老会长及第五届理事会的同仁一道,全力办好了三件实事,应当说是把握住了时代发展的良好机遇。

第一,实施“新世纪导航工程”。当

时,国家信息化建设刚刚起步,信息化的浪潮来势汹汹地波及到社会生活的方方面面,并不可抗拒地改变了生产方式、生活方式乃至思维方式。也正是在这样的趋势下,我萌生了一个想法,就是顺应时代发展,运用信息化创新协会科学管理模式,推动信息网络在律师行业内的应用,为律师业插上信息化翅膀,迎接新的世纪。为此,市律协五届理事会早在1998年就将加强信息化、网络化建设列为实现上海律师跨世纪发展的重大课题和刻不容缓的任务,开始实施“新世纪导航工程”。1999年,上海律协率先建立了全国第一个律师行业网站——“东方律师网”,经过六次整体改版,实现了频道和功能设置优化,通过“业内信息”、“律师黄页”、“律师培训”等9个频道,披露国内外律师发展动态以及最新立法和法制建设方面的信息,宣传报道上海律师的工作业绩、管理经验以及各种活动,方便社会公众在网上聘请律师和法律顾问,为广大市民解答咨询并提供法律服务。全国律协以及京、沪、新、甘、青等地近千家律师事务所纷纷加盟;境外律师界也对“东方律师网”表现了极大的兴趣和关注,法、日及香港等律师协会也来与市律协商讨通过网络推动国际法律交流与合作的事宜;司法部、全国律协、兄弟省市律协及市司法局领导经常到网站视察、参观和指导。当然,同任何新生事物一样,“东方律师网”的筹建和运作过程也经历了一番波折,少数律师与同行的不解和质疑始终伴随左右,转变工作方式、创新管理思路总是会遇到各种

挑战。但是,正是理事会和秘书处同事们在改革初期给予的帮助、支持和不懈努力,使“东方律师网”成为“公众知晓法律的窗口,律师走向世界的桥梁”,成为上海律师新世纪发展的重要支点。与此同时,我们开展了大规模的网络信息技术培训,以提高广大律师的计算机技术水平,在一年多的时间里,举办了76期初、中、高级网络信息技术培训班,举办了4期新疆、甘肃、青海律师信息网络培训班,并培训了全国律协选派的各省市律协工作人员,免费培训律师及工作人员达5000多人次,在上海律师界基本扫除了“计算机网络盲”。同时,还免费为一大批律师事务所建立了网站并开发了律师管理软件,为今后的发展奠定了坚实的基础。上海律协秘书处完全实现了无纸化、网络化、自动化管理:一是建立了律协内部网络办公系统,提高了办公自动化的效率和水平;二是建立了覆盖全业务的信息网络管理系统,为全市律所和律师的执业、实习人员管理、业务研究活动提供快捷、便利的信息化服务;三是建立了覆盖全行业的信息采集发布管理系统,使协会动态、论文报送、研究成果等及时向网站发布,保证信息采集的新鲜度。加强信息化建设的工作思路在以后的几届理事会工作中得到持续贯彻并且在实践中不断深化创新,对此我感到十分欣慰。

第二,建立律师医疗互助金。我们通过一系列的走访和调研,抓住了一个广大律师迫切希望解决的后顾之忧,于1998年设立了律师医疗互助金,为律师及事务



所工作人员报销社会医疗保险之外的门诊急诊看病费用,提供住院补贴,并对重病和死亡的律师给予补助。此举在律师界引起热烈反响:一是发挥了律师医疗互助金对社会医疗保险的拾遗补缺作用,在一定程度上解除了律师看病就医的后顾之忧;二是建立医疗互助金管理委员会,制定了医疗互助金管理办法,保证了医疗互助金的正常运转;三是广大律师积极参加医疗互助活动,发扬互相扶助、团结友爱的精神,促进了律师队伍建设。当时已有 372 家律所、5743 人参加医疗互助金,并且每年呈递增趋势;历届理事会又继续拓展服务律师工作,为全市律师投保执业险,办理团体人身意外险、意外事故保险,开展救助金工作,推出了一系列保障律师健康和福利的实事。

第三,开展服务西部大开发活动。在我的三年会长任期内,恰逢国家实施西部大开发战略。2000 年,我们率先与新疆、甘肃、青海三地律协签订合作协议,举办了 11 期西部律师培训班和实务研修班,先后有 340 多名新疆、甘肃、青海律师到上海参加了业务培训。十多年来,上海律协组织 60 多名资深律师奔赴新、青、甘、陕、豫等中西部地区,举办各种业务讲座,使得先进的法律理念和管理经验得以润泽边疆,为提高中西部律师的业务水平、推动中国律师业的持续发展,做出了应有的贡献。中华全国律师协会因此两次授予上海律协“援助西部律师业发展先进律师协会”荣誉称号和“援助西部律师行业发展贡献奖”。

尽管我已经离开上海市律师协会会长岗位十一年了,可是每每回想起那些年与理事会、秘书处同事们的精诚合作,在工作中结识到那么多才华横溢的律师朋友,那些人、那些事带来的思考和感慨,时至今日仍记忆犹新、回味无穷。

笔者:听说您在任会长期间,还开展了几项意义深远的改革,特别是“律师培

训、业务研究、会费收缴”这三项带有基础性、长远性的改革,至今仍在继续发挥着作用,能不能谈谈这三项改革的情况?

张凌:好。首先谈谈改革律师培训。此前,通过上海律师学院组织律师培训工作,采取“无差别原则”,每个律师每年都要参加一周集中培训,以完成司法部规定的 40 学时培训指标,对于提高律师政治、业务素质发挥了重要作用。但是,这样的培训模式也存在很大弊端,律师主修专业不同,其执业水平和层次也良莠不齐;这种培训方法既不能满足个人发展需求,也不利于律师素质的整体提升。我和理事会、秘书处通过调研和探讨,决定对律师培训进行改革,将以往的 5 天集中培训分解为两个阶段:在律师学院进行两天集中培训,开展政治思想教育和职业道德、执业纪律教育;另外三天则在市区举办大型业务讲座,聘请知名法律专家和资深律师上专业课,并制作大型法律讲座的录像和光盘,供边远区县律师学习。这种“2+3”的培训模式更具灵活性、针对性和开放性,既丰富了课程设置,提高了课程质量,又有利于律师处理好工作与培训的关系,有利于调动广大律师学习、“充电”的积极性,还可以满足不同层次的律师对业务培训的需求,受到广大律师的欢迎。同时,我们还与市司法局一起,选送了近百名青年律师到英国、澳大利亚攻读法学硕士学位,系统学习英美法系法律课程。

其次,谈谈律师业务研究的改革。第五届理事会对业务研究的机构设置、工作机制、活动方式等进行了积极的探索和创新,努力在开放性、参与性、实效性方面下功夫,在形式多样和内容丰富多彩上做文章。一是增设了反倾销、信息网络、电子商务、国际投融资、银行与保险、企业改制与资产重组、项目建设与项目融资等研究会,将原先的 10 个业务研究会拓展至 24 个,涉及律师业务和律师发展的不同领域;二是研究会成员从不到 200 人扩大到

1000 多人,聚集了各业务领域的领军人物和一批年富力强、业绩显著的中青年律师,可谓“一网打尽天下英雄”;三是在活动方式和内容方面进行重大改进,改封闭式研讨会为开放式活动,任何律师皆可报名参加,仅 2000 年参加各研究会研讨活动的律师就达 6800 多人次。在研讨内容方面,既有法律讲座、专题研讨会,又注重案例研究及专家与律师对话;既重视执业技巧与律师实务研究,又着重解决律师业务中的热点和难点问题。

第三,进行律师协会会费改革。以前会费的收缴额度是每个律师事务所按该所总收入的 2% 缴纳,造成事务所业务规模越大,业务做得越好,缴纳会费也越多,有些事务所为了少缴会费,采取暂不记账、瞒报、少报业务收入等做法。而且,不同的律师事务所上缴不同金额的会费,而得到的服务却是相同的,这相对来说也是不公平的。1999 年,在广泛听取律师意见的基础上,我决定推进这项改革,经理事会讨论决定,每个律师事务所每年缴团体费一万元,每个律师每年缴纳个人会费一千元,并对一些确有困难的事务所实行减免政策,经律师代表大会审议通过。这样做,简单易行、操作方便又相对公平,大大减轻了律师事务所的负担。会费改革后,每年的会费总额比过去减少了 40% 左右,但通过加强管理,开源节流,保证了各项工作的正常运转。

值得欣慰的是,这“三项改革”的基本原则至今还在发挥作用,并不断深化和完善。

笔者:2010 年,沪委办发 16 号文件《关于进一步发挥律师在法治政府、法治社会建设中重要作用的若干意见》中,明确了律师要监督政府依法行政,投入到服务法治政府、法治社会建设中去。您如何看待律师的重要作用呢?

张凌:中共中央办公厅 30 号文件和上海市委、市政府“两办”16 号文件,体

现了党和政府对律师工作的高度关心和重视,为今后律师工作和律协工作指明了方向。

经历三十多年的改革和发展,随着依法行政、建设法治社会和服务型政府的推进,律师为政府提供法律服务已逐步成为常态。我认为,律师在监督政府依法行政,当好政府法律顾问;参与各级政府信访接待工作;参与立法活动,为政府科学化决策提供保障等方面大有可为。市律协在组织律师服务法治政府、法治社会建设方面,具有得天独厚的优势:律协各业务研究委员会集中了各个法律领域的优秀律师,这是宝贵的人才资源;律师作为法治建设的实践者,拥有专业知识和执业经验,应该发挥律师职业的专业性、社会性和公益性作用,主动参与立法活动,加强对公共政策的研究,为推进建设法治社会作出贡献;全市广大律师也应围绕维护社会稳定的大局,免费为群众提供法律咨询,做好法律解释和教育疏导,既维护上访群众的合法权益,也维护了社会稳定。

近年来,越来越多的律师人大代表、律师政协委员成为参政议政的优秀代表,他们在推动社会主义民主法制建设方面发挥着独特的优势和作用。在每年的“两会”上,152名市、区两级律师人大代表和政协委员积极参政议政,建言献策;近四年来,律师市人大代表和政协委员共提出400多件议案、提案、书面意见及社情民意,有30余件律师人大代表的议案被市人大列为正式议案,有若干件律师政协委员的提案获市政协“优秀提案特别奖”,市律师人大代表和政协委员被誉为“金牌代表”、“金牌委员”。律师积极参与立法活动,对许多重要法规和地方性政府规章草案提出了很多专业性意见和建议,为法制建设做出了重要贡献。近几年来,市人大代表工作委员会和市律协共同举办了60多次“市民与法——律师人大代表说法系列”讲座,从中心城区扩大到

郊县、街道、社区、企业和学校,律师人大代表解读法律法规、传播法律知识、开展法制教育,增强了公民的法治观念和维权意识。

**笔者:**今年是上海律师公会成立百周年纪念,一百年前的律师先辈们以“匡扶正义、建立法治”的理想信念,为推动中国社会的发展和进步书写下了弥足珍贵的史页。那么,您对上海律师与律师工作有什么要求和期待?

**张凌:**纪念律师公会成立百年,就是要追寻先辈足迹,传承法治精神。上海律师协会以“回顾历史,展望未来”为主旋律,以“法治、爱国、责任”为主题核心,隆重开展上海律师公会100周年系列纪念活动,具有重要的现实意义。

第一,发扬前辈优良传统,忠实履行社会责任。二十多年来,上海律师业取得了长足的发展和进步,律师事务所已达1100多家,执业律师14000多人。广大律师活跃在社会生活的各个层面,法律服务已渗透到社会生活的方方面面。我们看到,上海律师已在国际舞台上崭露头角,为“走出去”战略提供优质法律服务,为“四个中心”建设重大项目保驾护航,更看到法律服务已走进社区,广大律师为普通百姓、弱势群体答疑解惑、排忧解难,被誉为“老百姓身边的法律顾问”。律师是拥有法律知识和专业技能的社会主义法律工作者,要践行“法治天下”的理念,传承律师前辈“不畏权势、刚正不阿”的精神,坚持对法律负责,对社会负责,对当事人负责,坚持法律效果和社会效果的统一,促进司法公正,维护社会公平正义,这是时代赋予律师的神圣使命。

第二,加强律师队伍建设,拓展新兴业务领域。加快“四个中心”建设,需要大量从事国际经贸、国际金融、国际航运、国际投融资、反倾销等高端服务业务的律师,但目前上海律师在这些领域的整体实力与“四个中心”建设的要求仍有较大差

距,高端业务律师供不应求的状况亟待改善。一方面要锐意进取,积极主动地开拓新兴业务领域,扩大市场占有份额,以“敢为天下先”的精神参与国际竞争。另一方面要大力加强律师队伍建设,着力加强人才培养,优化人才结构,重视引进、选拔和培养既懂政治经济;又懂法律;既精通国内法,又熟悉国际贸易规则;既掌握法学前沿理论,又能继承和发扬优秀司法传统的复合型法律人才,为上海“创新驱动、转型发展”提供优质的法律服务。现在,第九届理事会又推出了“走出去”实习培训的办法,希望继续探索更多的海外培训渠道,选送更多的律师走出国门,学习发达国家先进的执业经验,进一步提升上海律师队伍的整体实力,为上海“四个中心”建设储备优秀的人才资源。上海律师在上海建设国际经济、金融、贸易、航运中心的过程中将大有作为。

第三,推进律师行业管理,创造良好执业环境。在三年会长任期中,我和第五届理事会的理事们一道,制定并执行了“服务为先、多办实事、加强管理、规范运作”的方针,应该说,这一直都是我坚持的工作原则。我也欣慰地看到,以后的几届理事会继续贯彻这一方针,始终坚持为广大律师服务。对于协会今后的工作,我有很多期待。我认为:一是要更紧密地团结和组织广大律师参与协会活动,消除律师对律协“精英俱乐部”的误解,将管理融入服务之中,建立更加广泛的群众基础,为更多的律师服务;二是要进一步加强规范化、品牌化、规模化、国际化建设,全力打造一支“政治坚定、法律精通、恪守诚信、维护正义”的法律之师、正义之师;三是要坚持改革创新,更好地履行行业管理职责,关心、爱护律师,切实维护律师执业权利,努力解决律师工作和生活方面的后顾之忧,不断优化律师的执业环境,使市律师协会真正成为业内公认的“律师之家”。●





## 律师公会百年专题报道

●文 /倪彬彬

栏目组稿人:黄荣楠 huangrn@junhe.com

# 历史的回忆

我的个性是多面性的,能动又能静,在学校里是比较活跃的,从中学到大学都是校篮球队队员。就因为我运动不当,在沪江大学读了一年以后,因肺病复发辍学一年多。

当我复学时,沪江大学正在进行院系调整,而自己则被分到了华东政法学院,从此我的人生有了根本的转折。

1955年,我在大学毕业分配时,发生了一个小的波折。事情是这样的,当时分配名单公布,我是被分配到北京的。可第二天政治部领导找我谈话说:“有一位女调干生,年龄比我们班上的同学都要大,这次分配在上海,但她与另一个班的一位男调干生肯定了恋爱关系,而这位男调干生分配在北京,所以想让你与她调换一下。”

当时听了这番话,感到难以接受,年轻人血气方刚,想到北京创一番事业。可转而又想,我在上海虽然缺少家庭温暖,但毕竟还有一个家,那位调干生在上海没有家,孤身一人,现在她恋爱了,成全他人是应该的,我就一口答应与她调,留在了上海。

1955年10月,与我同时到上海市司法局报到的共有五人,都被分配到公设律师室从事律师工作。那时由李树棠老师负责带领我们观摩开庭、分析案情、指点辩论要害。

经过几天的教导、培训,自己好像已经掌握了律师出庭的一切程序,哪知道当我第一次出庭辩护,在审判长宣布辩论开始时,我的心好似要跳出嘴巴外了。

当我站起来发表辩护词时,竟把辩论论点忘了两点。正在对自己的疏漏懊

恼时,只听见旁边的李树棠老师轻轻地说:不要紧,不要慌,还可以第二次发言作补充。这才使我渐渐地平静了下来。

### 我为日本战犯辩护

刀剑只有经过磨练才能锋利,每个成功者都经历过无数次的失败,如遇难而退,那只能一事无成。

1956年初,市司法局领导给了我一个任务,要我到北京报到,参加一个重要的审判工作,具体什么工作没有明说。当时,与我同行的有华东政法学院的两位教师及我的同学梁振寰。

我们到达北京后,才知道是审判日本战犯。难得的机遇摆在我面前,我应怎样对待呢?

我感到自己可能难以胜任。不出我所料,分配给我的被告人富永顺太郎是一个长期对中国进行间谍活动的日本特务骨干分子,自1933年起他就依靠东北和华北的日伪铁路机构,参与、策划、组织和领导对中国人民进行警察特务统治和间谍活动,是一个战犯。卷宗资料有十余箱,把它叠起来,比我的身高还要高。

我那时颇为踌躇,进还是退?

进的话,必须严格要求自己,比常人花去更多的时间仔细、认真阅卷,核对事实,做好开庭前的一切准备工作。退了话,很简单,我可以要求领导调换被告人。最后,出于好强性格,我接受了这一特殊的、难忘的任务。

我花了数月时间,做好阅卷分析工作。



我于1932年9月6日出生于上海,今年整80岁。1955年我从华东政法学院本科毕业,曾先后在上海市司法局公设律师室、上海市第三法律顾问处工作,是新中国的第一代律师。曾担任过上海市女律师联谊会会长,现任名誉会长。2000年本人被上海市律师协会授予“优秀女律师”称号。

### 命运安排我当了一名律师

我从小生长在一个带有浓厚封建意识的大家庭中。父母在我三岁时先后过世,自己一无兄弟,二无姐妹,孤身一人与祖父母、叔叔、婶婶、姑母一起生活。

我父亲在世时,是家庭中具有一定威信的儿子,所以我虽然是孤儿,在物质上却是不用担忧的,唯一缺少的就是抚爱,一切事情都由我自己做主张。

在这样一个家庭中生活,处处得小心谨慎,善于观察分析,遇见不公之事,敢怒而不敢言。因此,在我进大学时选择了有关政治方面的学科,认为这样就可以自我保护了。

进入到会见被告人阶段,我向领导我们工作的司法部律师司王司长汇报了我的想法,我担忧像我这样年轻的女律师去会见一个老奸巨猾、从事了将近20年间谍活动的日本特务能行吗?

王司长斩钉截铁地说,行!怎么不行。你掌握了他的材料还怕什么?何况与你一起去会见的还有一位律师(河北省政协主席)及翻译,你一定要有新中国女律师不卑不亢的风度。

听了王司长的一番话,我茅塞顿开。想想真可笑,是他犯罪,我为他辩护还怕什么!

1956年6月11日,在太原军事法庭,对战争罪犯、特务间谍富永顺太郎审理结束后,我一人连夜赶往东北沈阳,参加对前日本陆军中将师团长为首的12名陆军部队的战犯的审判活动。沈阳的法庭里旁听者较多,有全国各地的代表及新闻记者。

为此案作证的又是前伪满时期“财政大臣”、“内务大臣”等人,证明在他们执政时期,一切事务都由日本方面的人作指示。

还有受害者亲自在法庭上作证,受害者是在潘家戴庄集体屠杀中从埋人坑里逃出来的。他详细叙述了1942年10月20日早晨,铃木部队在潘家戴庄进行了集体屠杀的情况。

他扒开衣衫给大家看,在场的人们可以看到他胸前、背后、肩膀等多处的刀疤。这些疤痕足以证明当时日本侵略部队屠杀我国百姓的滔天罪行。

在旁听席上的代表个个都泣不成声,而坐在辩护席上的我,却要为此些绝无人性的战犯辩护,想到这里,我坐似针毡,浑身发热,汗水湿透衣服,真想有个地洞钻下去。可又想到我国这次依法制裁战犯,完全是符合我国人民的长远利益,有利于巩固远东和世界的持久和平,缓和国际紧张局势,一想到这些,

我的心情渐渐平静了下来。

法庭还对被告人木神原秀夫的犯罪事实进行了调查。1942年11月,被告人违反国际公约和人道主义原则,亲自率领部下在中国黑龙江培养细菌和指导细菌武器,从事准备细菌战的活动,在用活人实验细菌效能时,杀害平民……

在铁的事实面前,被告人木神原秀夫跪在地上说:“我的罪行是已经写在历史上的事实,对这罪行我负全部责任,请法庭给我应得的惩处。”他又忏悔地说:“我制造细菌武器准备进行细菌战的罪行,公然践踏了世界人民神圣的公约,违反了人道主义原则,我愿意接受法庭的严重处罚。”

在法庭上这些战犯个个都跪在地上痛哭流涕,忏悔自己的罪行。我的被告人筑谷章造在审理后不久回国,还通过司法部转交了我的感谢信,信里写道:“我的罪行是严重的,但中国政府还依法为我指定辩护人,感谢你为我辩护,我在悔罪的过程中,已经认识到战争的可怕,只要我的生命存在一天,我就向着反对战争、争取和平的道路前进。”

### 我为“四人帮”骨干分子辩护

在我的律师生涯中办大案的机遇不少,1982年审判“四人帮”余孽时,上海组织律师辩护团,为“四人帮”骨干分子进行辩护,我被上级领导委派参加了辩护团。

这次参加辩护与上世纪50年代为日本战犯作辩护的心情有所不同。敌伪时期的我年轻,不太懂事,心里上还能接受,而“四人帮”犯下的滔天罪行,对我而言都是历历在目的。我亲眼目睹了造反派拿着铁棒作武器去武斗,被批斗的所谓“牛鬼蛇神”在寒冷的冬天穿着单薄的衣衫,光着头,颈上挂着大牌子

在马路上游街,被打被骂。我本人也因家庭成分不好,丈夫是摘帽右派而受牵连,被陪斗过,当时每天上班都提心吊胆,唯恐被抓去批斗。

为他们辩护,我的感情难以接受。但我清楚,作为一名律师,其职责是维护被告人的合法权益,维护法律的正确实施,绝不允许用感情办案。

我与王一鸣律师被指定为“文革”时期上海写作组组长朱永嘉辩护。朱永嘉是个反动文人,1976年10月6日“四人帮”被粉碎后,被告人朱永嘉在党的政策感召下,坦白交代了策动武装叛乱的罪行,并检举揭发同伙,能认罪伏法。我们去见他时,正逢他心脏病发作,害怕自己死在监狱内。我们向审判组汇报了这一情况,为确保顺利开庭,建议让其住院。同时,我们又拟定了会见提纲,研究了长问短答的询问方案。再次会见时,我们还有针对性地做其思想工作,稳定他的情绪。我们先后会见他6次。开庭时,他在法庭上较详实地陈述了犯罪事实,表示认罪,愿意接受惩罚。在最后的陈述时,他留下了忏悔的眼泪。

### “文革”期间,我在环卫系统当教师

由于历史的原因,律师工作被夭折了将近20年。在这期间,我也被迫离开了从事这么多年的律师工作,当了一名教师。这份教师工作在我一生之中可不轻松,因为学员都是成年的清洁工。刚开始时,我按正规学校规定的那样,上课不准讲话,不准打瞌睡。谁知这些起码的要求学员竟然也无法做到,有的学员甚至还带着小孩来上课。

我那时不能理解,直到教导主任与我谈话后,我才恍然大悟。清洁工学员是早上二、三点钟起床,经过几个小时的



重体力劳动,下午来校学习文化,肯定会影响精力的。有的家里无人帮助照看小孩,为了要学习文化,只能带孩子来上学。作为一名教师应该了解这种特殊性,多表扬、少指责才是。

经过这次谈话,我懂得了要教好书,必须接近他们、关心他们,从感情上取得他们对我的信任,渐渐淡化教师与学员之间的隔阂,消除他们对我“高不可攀、难以接近”的误解。

### 律师制度恢复,归队再当律师

1979年,司法部律师司的王司长来上海指导恢复律师工作,我去宾馆看望她。时隔20多年,见她老了不少,身体也衰弱了许多。她很关心我,问我这20多年来的情况。临走时我问了一句:“像我这样的是否可以归队?”她马上说:“什么可以不可以,这次恢复律师制度就是要你们这些50年代的律师回来发展。”于是,我在1979年夏天,继李国机律师之后第二个到市高级法院报到,重又回到了司法队伍中。

时隔20年重操旧业,心里有说不出的高兴,然而遗憾的是夕阳无限好,只是近黄昏,自己的年龄已接近半百。但我珍惜这份工作,我自信还可以再干上20年。

归队后,案件一件接一件,别的同志没空,我就主动去顶,干劲不减当年。有一位我带教的实习女生,跟了我两天就发烧请假。办公室的同志都笑着说:“看她长得比你高,年纪比你轻,怎么身体这么不行。看来以后干我们这一行,她是无法胜任了。”说实话,我当律师全仗着我丈夫的理解和支持,家里的活全由他包揽,我才能一心扑在工作上。

50年代我办的刑事案件比较多,1957年,我也曾尝试担任企业法律顾问。律师制度恢复以后,我曾有一段时

间进行民事、刑事、经济的分类办案,以后又什么类型的案件都办。从我经手的案子来看,门类比较多,其中最繁琐的要算民事案件,不论邻里、家庭、婚姻、财产,都要耐心地做大量的思想工作。

一次,妇联介绍了一位姓王的女当事人,希望我能接收她的离婚案件。

她向我诉说道:“在我接到丈夫要求与我离婚的诉状时,真要昏过去了。真想不到我丈夫是这种人,在我前几年出国支外时,他非要我与他办理结婚登记,这样他单位可以分配结婚住房,至于婚礼可以在两年后我回国时再补办。在他的纠缠下,我与他办理了结婚登记。回国时,我还带了四大件家用电器,我们举办了婚礼。婚后,他待我还可以,但等我生下儿子后,他就对我很冷淡,不好好照顾我,嫌儿子太烦,我只得回娘家,由母亲帮忙照顾。他乘我在娘家坐月子时,把家里的电器都搬走了。我问他是怎么一回事?他不作回答。我也没同他吵闹,我总想夫妻吵闹会影响感情的,还是好好地同他谈,希望用感情来转化他。谁知他非但不听劝,反而越来越不像样,每天很晚回家,甚至夜不归宿。现在儿子长大可以进托儿所了,他就向法院提出要与我离婚。儿子有先天性心脏病,治疗、营养费用又大,我一个人抚养真是筋疲力尽。”她边说边哭,“我就这样带了一个患有大病的儿子被他休了,我真想一死了事。”说到最后,她问我应该怎么办?

我先问她与丈夫是否还有感情?她回答说:“他曾对我承认有外遇,而且这人就是在他认识我之前的女友。我对他是没有感情了。”

我听了她的话后感到,她的丈夫是在利用她,为了他轻而易举地获得了单位分房并添置了四大件家用电器(在八十年代大件家用电器是很吸引人的),同时又玩弄了她的感情。

当我把以上情况调查核实后,我劝王某说:“你不要忘了,你还有一个患先天性心脏病的儿子,他需要关怀,他不能同时失去了父爱又失去母爱,他是无辜的。这次你丈夫提出离婚,不是因为你有什么过错,恰恰相反,由于他道德败坏,玩弄了你的感情而造成现在的局面。”

在我的耐心劝解下,她渐渐地平静下来,意识到还有抚养儿子的责任,为道德败坏的人轻生是不值得的。

最后,她鼓足勇气回答我同意离婚。

开庭审理时,我列举了大量事例,提出男方蓄意利用女方,为他创造了拥有当时令人羡慕的四大件家用电器,又分配到婚房,玩弄了王某的感情,是过错方,所以要求男方归还女方四大件家用电器。另外,儿子归女方抚养,因患病需要住院治疗,抚养费比一般小孩要高许多,医药费用应由男方承担。法庭支持了女方的合理要求,使她和孩子的生活得到了法律保障,她也吐出了心中的怨气,心理得到了平衡,离婚案件圆满结束。

有一天晚上,王某拿了几样礼物来到我家向我表示谢意,被我婉言谢绝。哪料她突然要跪下,执意说是其母亲嘱咐她一定要上门磕头行大礼表示感激,我慌忙一把拦住了她。

从此,每逢过年,她总要寄上一张贺卡,讲述她的近况,并祝贺我一番。我呢,礼而不往非礼也,每年也回寄一张贺卡向她表示祝贺。

律师,在涉讼当事人心目中是生命攸关的支撑,也是生活中难忘的益友。

这样的评价,对一名律师来说是多么的欣慰。在我一生中就依仗着这种欣慰,努力学习,向着漫长的律师道路前进。●



# 专题研究





●文 / 孙志祥

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 两岸关于背信行为之法律认定初探



孙志祥: 市律协港澳台业务研究委员会主任



曾经有台湾的律师与我讨论,在台湾构成背信罪的行为在大陆司法实践中是否同样可以立案并最终获得法院的判定?当时,该台湾律师代理的一个案件已经在台湾成功以侵占、欺诈以及背信之罪名予以立案,与该案件相关之财产和公司则分布在大陆各个大中城市,且有关被告都在大陆的公司中兼任重要的管理职位。该台湾律师成功地在台湾立案所涉及的很多证据是基于大陆公司股权异常变动和资产异常转移之行为。而如果想要在大陆依照同样的事实,指控那些涉案当事人犯有同样的背信罪,似乎尚无法可依。本文将简要分析台湾地区 and 大陆关于背信行为的法律规定,并结合一些相关的案例,对背信行为的法律认定作初步探讨。

所谓背信行为,是指处理他人事务或管理、处分他人财产或财产性利益的行为人,故意滥用权限或违背信托义务,损害该人财产利益的行为。背信行为的本质在于行为人违背了基于他人的委托而产生的信任关系和诚实处理他人事务的义务,他人可基于委托、委任的基础法律关系而追究行为人的法律责任。而背信行为是否构成犯罪,行为人是否需要承担刑事责任,则取决于各国或各地区不同立法。

背信罪属于财产犯罪,是一种破坏诚实信任关系的犯罪。1928年的中华民国《刑法》及1935年国民党政府颁行的刑法都规定了背信罪,台湾地区目前的《刑法》仍然延续了当时法律对于背信罪的规定。大陆《刑法》由于受前苏联《刑法》的影响,未能规定普通背信罪,但规定了特殊类型的背信犯罪。

台湾地区《刑法》第342条第1项规定了背信罪,即“为他人处理事务,意图为自己或第三人不法之利益,或损害本人之利益,而为违背其任务之行为,致生损害于本人之财产或其他利益者,处五年以下有期徒刑、拘役或科或并科1000元以下罚金。前项之未遂犯罚之。”

根据该条规定,就客观方面,行为人必须有“为他人处理事务”的义务,须以为他人处理事务为前提。所谓“为

他人”,系指受他人委任而为其处理事务。也就是说,行为人与本人间需有特定的关系,例如委任关系。主观上,行为人需要“意图为自己或第三人不法之利益,或为损害本人之利益。”所谓不法利益,须与本人之财产或其他利益所受之损害为间接关系,方可构成本罪。如将持有他人之所有物直接加以处分,应属侵占罪,而非背信罪。也就是说行为人需要有故意为此犯罪的行为,方可构成本罪。因此,背信罪不处罚过失犯。若有过失为上述行为者,则应依照民法上就其当事人间之法律关系(例如委任关系)处理。此外,行为人须有“违背其任务之行为”,行为结果为“致生损害于本人之财产或其他利益”,也就是说,行为人以有取得不法利益或损害本人利益之意图为必要,若无此意图,则缺乏意思要件,即使有违背任务之行为,并致损害于本人之财产或其他利益,也难以构成背信罪。换句话说,背信罪必须违背任务之行为,具有为图取不法利益,或图加不法损害之意思,为构成要件。若本人利益之受损害,基于正当原因,并非出于不法行为,则因缺乏犯罪意思要件之故,也难以构成本罪。

台湾有个购买彩票的案例,比较好地说明了背信罪的构成以及相应的刑事处罚:

高雄市一张姓夫妇原经营乐透彩投注站,涂姓台商因每次返台都向他们投注而与他们相识。之后,涂姓台商在大陆经商时,就电话委托张姓夫妇代为下注。2009年5月间,涂姓台商赴大陆前,给了张2000元新台币,并说“投注的号码,会用短信传回来”。事后,张姓夫妇依涂姓台商发回的号码买了5期都没中。2009年7月2日,涂姓台商又请张姓夫妇以先前短信里的两组号码再买3期,结果中了“威力彩”头奖,奖金9.2亿元新台币。中奖后,张姓夫妇于7月8日到中信银行台北总行领奖,并将税后7亿多彩金存入张太太账户。而在涂姓台商回台后,张姓夫妇却避而不见。涂姓商人指控张姓夫妇受托代购彩券,中奖后私吞彩金。最终,高雄地方法院以背信罪分别判处张姓夫妇两人2年有期徒刑。

关于背信罪与侵占罪,台湾地区法院曾经在其判决中加以释明:刑法上之背信罪,系指为他人处理事务之人,以侵占以外的方法违背任务而损害本人利益之行为而言;至于侵占罪,则系以侵占自己持有他人之物为其特质,故行为人对因处理他人事务而持有之物,以不法所有之意思据为己有之行为,属侵占罪,而非背信罪。背信罪,为一般的违背任务之犯罪;而侵占罪,则专指持有他人所有物以不法之意思,变更持有为所有的侵占人自己而言。故违背任务行为,虽然系其持有之他人所有物,意图不法据为己有,应以侵占罪处罚,不能援用背信罪处断。因此,若行为人之行为已该当侵占罪之构成要件时,即无背信罪之适用。

对于行为人不履行合同,是否构成背信罪,台湾地区法院也曾经在判决中释明,背信罪之主体限于为他人处理事务之人,如为自己之工作行为,无论图利之情形是否正当,与该条犯罪之要件不符。委托人向行为人定制证章,限时完成,银货两交,属于民法上的承揽契约。行为人为人于订约后为委托人制作证章,属于自己之工作行为,并非为他人处理事务,即使其工作瑕疵由于故意或过失所致,委托人除依法请求修补或解除契约或请求减少报酬,并请求损害赔偿外,不能绳以《刑法》上之背信罪;行为人为人未履行出卖人之义务,而将买卖标的物再出卖于他人,与为他人处理事务有区别,与背信罪以为他人处理事务为前提之构成要件不符;耕作地之出租人,依法应将耕作地交与承租人使用收益,但其交地行为,并非为承租人处理事务,则其不能交付,不问其原因如何,均与《刑法》上之背信罪无关。因此,行为人在签署合同后,拒不履行合同,因行为人为人属于“自己之工作”,而非“为他人处理事务”,亦不能以背信罪论处。

对于行为人为人处理他人事务或管理、处分他人财产或财产性利益的行为,大陆《民法通则》规定了代理制度,大陆《合同法》则具体规定了委托合同,并从民事角度规范了代理、委托制度。另外,在一些特别法中,如大陆《公司法》对公司董事、监事、高级管理人员的“忠实义务和勤勉义务”作出了具体规定。大陆《信托法》原则性地规定了“受托人应当遵守信托文件的规定,为受益人的最大利益处理信托事务。受托人管理信托财产,必须恪尽职守,履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务”。

大陆现行《刑法》未规定普通背信罪,但规定了多种特殊的背信犯罪,如非法经营同类营业罪,为亲友非法牟利罪,徇私舞弊造成破产、亏损罪,徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪,挪用资金罪,擅自运用客户资金罪,违法发放贷款罪,侵占罪,职务侵占罪和挪用公款罪等。这些犯罪都具备了背信罪的构成要件,只不过在犯罪主体、侵害对象或者行为方式等方面有一定的特殊性,因而是特

殊类型的背信犯罪。

对于滥用权限或违背信托义务,损害委托人财产利益的行为,除非行为人具备特殊身份,或侵害对象特殊,委托人方可追究行为人的刑事责任,大部分情形下,委托人只能通过民事诉讼的方式来追究行为的违约责任。要正确区分背信的罪与非罪,必须明确背信与违约的界限。首先,它们产生的前提条件不一样,违约的前提条件是约定(即订有合同),这种约定可以是民事合同也可以是经济合同,背信的前提是委任;其次,其行为的内容不一样,违约是违反约定中的义务,而背信则含有滥用权利与违背义务两种情形;最后,违约与背信的结果要求也不同,违约不一定造成他人财产上的损失,而背信罪的成立必须造成他人财产上的损失。

本律师就职的律师事务所曾经处理过这样的一个案件:一家著名的餐饮连锁企业,其下属餐厅遍布大陆各地。丁某为该公司的区域开发经理,负责公司下属餐厅的选址、与房屋占有人洽谈、签订租赁协议等事宜。2006年10月,公司发现下属餐厅经营场地的租赁情况极不正常,于是展开调查。后发现自2003年4月至2006年2月,在丁某任公司开发部经理期间,在公司可以与大房东直接签订租赁合同,取得低廉租金且不需要支付电增容补偿费的情况下,丁某伙同他人另行设立公司作为二房东,以公司代理的名义,按照低廉的租金价格与大房东签订租赁合同,然后再以非常高的租金价格外加虚假的电增容补偿费将该等房屋转租给公司,从中赚取巨额差价。

本所律师协助该公司进行了各方面的调查,据此掌握了大量的事实和详细的证据,并向公安机关报案,举报丁某涉嫌商业贿赂、职务侵占、伪造公司印章、侵犯商业秘密等多项犯罪行为。最终,法院根据公安机关查获的证据,判处丁某构成公司人员受贿罪。

同样的案例还有一个:张某于2008年5月至2009年9月,在大陆某公司先后担任公司总裁秘书、销售总监助理等职务,负有保管上司英文私章、为上司填写报销单等职责。2008年11月至2009年8月,张某利用职务便利,虚构公务开支,将私人消费的发票及空白发票自行填写之后,擅自加盖自己保管或私刻的上司私章向公司报销,金额共计人民币175783.01元。同时,陈某某于2007年8月起担任该公司会计,负有初审公司人员报销事宜等职责。陈某某明知张某系虚假报销,仍于2009年2月下旬至8月,多次审核通过张某虚假报销的有关材料,张某因此得以报销金额共计人民币113985元。期间,陈某某还帮助填写空白发票用于张某向公司报销,陪同张某私刻上司私章并替张某藏匿私章。上述虚报的钱款全部转入被告人张某的银行账户,后张某通过银行转账给予陈某某人民币7200元,其余款项除少部分被二人吃用花销



外,均由张某占有、使用。法院经审理认定,张某、陈某某在担任公司工作人员期间,利用职务便利,将本单位资金非法占为己有,金额巨大,其行为已构成职务侵占罪。

上述两案例中,行为人作为公司的业务经理或总监助理,“为他人处理事务”,属于背信罪的主体,其行为方式及行为后果皆符合背信罪的构成要件,但因大陆《刑法》没有明文规定普通背信罪,法院最终以特殊背信罪判处。

2006年6月29日通过的《中华人民共和国刑法修正案(六)》首次明确规定了“背信”犯罪,即,第9条规定的“背信损害上市公司利益罪”和第12条第1款规定的“背信运用受托财产罪”。

《中华人民共和国刑法修正案(六)》第9条规定,上市公司的董事、监事、高级管理人员违背对公司的忠实义务,利用职务便利,操纵上市公司从事下列行为之一,致使上市公司利益遭受重大损失的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;致使上市公司利益遭受特别重大损失的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金:“(一)无偿向其他单位或者个人提供资金、商品、服务或者其他资产的;(二)以明显不公平的条件,提供或者接受资金、商品、服务或者其他资产的;(三)向明显不具有清偿能力的单位或者个人提供资金、商品、服务或者其他资产的;(四)为明显不具有清偿能力的单位或者个人提供担保,或者无正当理由为其他单位或者个人提供担保的;(五)无正当理由放弃债权、承担债务的;(六)采用其他方式损害上市公司利益的。”

《中华人民共和国刑法修正案(六)》第12条第1款规定:“商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他金融机构,违背受托义务,擅自运用客户资金或者其他委托、信托的财产,情节严重的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处三万元以上三十万元以下罚金;情节特别严重的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金。”

从以上规定可以看出,虽然首次明确了“背信”犯罪,但大陆《刑法》仍然严格限制了背信犯罪的主体、行为对象及行为形式。首先,背信损害上市公司利益罪的犯罪主体是特殊主体,只有上市公司的董事、监事、控股股东或实际控制人能够构成本罪;其次,本罪侵犯的客体是公司董事、监事等高级管理职务的廉洁性和上市公司的经济利益。行为人违背对公司的忠实义务是构成本罪的本质特征;第三,背信罪的客观方面表现为行为人利用职务便利,实施了操纵上市公司进行不正当关联交易,侵害上市公司利益的行为,而这些行为由《刑法》通过列举的方式列明;第四,背信罪须有损害后果的实际发生才构

成。而关于背信运用受托财产罪,犯罪主体只能是金融机构,个人不能成为本罪主体。《中华人民共和国刑法修正案(六)》第12条第1款中所指的“擅自”是指没有经过客户或委托人的同意,即使经过上级同意但没有经过客户或委托人的同意,仍属于“擅自”。而“受托义务”一般来源于委托合同和信托合同,而不问其采用口头形式还是书面形式(除法律有规定必须采用书面合同的以外)。所以,一般而言“违背受托义务”就是违反合同义务,应负违约责任。但由于行为人实施了擅自运用客户等行为并达到了情节严重的程度,故行为人要负刑事责任。

无独有偶,在大陆河南省,也发生过一起与本文开头提及的第一个案例相同的案例:

程先生长期在钟某某经营的投注站购买彩票。因程先生经常在外地工作,所以委托钟某某按其确定的号码代买彩票,并事先将购买彩票的资金交给钟某某。2006年8月24日,程先生投注的一组号码中了双色球二等奖,奖金为482798元。当时程先生远在内蒙古,未能及时了解中奖情况。2006年8月26日,钟某某到河南省福利彩票发行中心将税后奖金386238.4元领出。程先生返回后向他索要奖金时,钟某某却拒不返还,程先生无奈将其告上法庭。法院经审理认为,程先生与钟某某之间形成了委托合同关系。钟某某的行为属于不当得利,应将此笔奖金给付程先生。2009年,河南省新乡市中级人民法院作出终审判决,判决钟某某返还程先生双色球第2006099期二等奖奖金386238.4元。

同样的案件,在台湾地区会被认定为构成刑事犯罪,而在大陆则仅是普通的民事案件,这完全取决于不同的刑事立法和刑事政策。但我们不妨考虑一个问题:依照大陆《刑法》,钟某某的行为是否构成刑事侵占罪?但侵占罪是以“持有他人之物”为前提。钟某某受托为程先生购买彩票,未持有程先生的任何财产,因此也不符合侵占罪的构成要件。

回到本文开头台湾律师提到的案件,即高级管理人员通过隐晦的操作,将大陆公司的股权和资产进行有目的的转移和掏空的行为。依照大陆《民法通则》及《公司法》等,大陆公司仅有权对该等高级管理人员或董事提起民事诉讼,要求其赔偿由此给公司造成的损失。大陆《公司法》对于股东针对董事、高管人员的违法行为而提起诉讼则作了一定的限制:如果董事、高级管理人员的行为造成公司损失的,则必须经过监事提起诉讼的前置程序;只有在特定情形下,公司股东才可以自己的名义直接向法院提起诉讼。同时,只有当董事、高级管理人员的行为造成股东损失的,股东方可向法院提起诉讼。而要通过刑事犯罪的途径控告那些高管,则目前大陆似乎还没有很强有力的法律支持和司法实践来证明。●

●文/蔡 岚

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

# 试析香港与大陆 土地出让法律制度



蔡 岚: 市律协港澳台业务研究  
委员会委员



## 一、引言

香港自古以来就是中国的领土,1840 年鸦片战争以后被英国占领。1984 年 12 月 19 日,中英两国政府签署了关于香港问题的联合声明,确认中华人民共和国政府于 1997 年 7 月 1 日恢复对香港行使主权,从而实现了长期以来中国人民收回香港的共同愿望。为了维护国家的统一和领土完整,保持香港的繁荣和稳定,并考虑到香港的历史和现实情况,国家决定,在对香港恢复行使主权时,根据《中华人民共和国宪法》第三十一条的规定,设立香港特别行政区,并按照“一个国家,两种制度”的方针,不在香港实行社会主义的制度和政策。

土地制度作为一个国家最为基本的法律制度之一,是国家社会经济体系中的基石。本文将从“一国两制”的角度,通过对土地出让制度异同的比较分析,简单介绍大陆与香港两地的土地出让法律制度及各自特点,以期对土地资源的合理开发利用及未来发展方向进行探讨。

## 二、大陆地区土地出让制度

《中华人民共和国土地管理法》规定,大陆实行土地的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制。全民所有,即国家所有土地的所有权由国务院代表国家行使,亦称国有。城市市区的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于农民集体所有;宅基地和自留地、自留山,属于农民集体所有。

按照《中华人民共和国城市房地产管理法》的规定,大陆对国有土地的使用采取两种方式,即土地划拨和土地出让。

土地使用权划拨,是指县级以上人民政府依法批准,在土地使用者缴纳补偿、安置等费用后将该幅土地交付其使用,或者将土地使用权无偿交付给土地使用者使用

的行为。除法律、行政法规另有规定外,划拨用地一般没有使用期限的限制。划拨用地主要针对国家机关用地、军事用地、城市基础设施用地和公益事业用地、国家重点扶持的能源、交通、水利等项目用地等等。

土地使用权出让,是指国家将国有土地使用权(以下简称“土地使用权”)在一定年限内出让给土地使用者,由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。城市规划区内的集体所有的土地,经依法征用转为国有土地后,该幅国有土地的使用权方可有偿出让。

大陆地区的土地使用权出让可以采取招标、拍卖、协议方式,土地使用权出让最高年限按不同用途确定在 40 至 70 年范围。土地出让金须按照出让合同约定期限付清,通常为一次性付清,支付期限一般不超过 60 日,土地出让金必须全部付清后,方可申办相应的土地使用权证。

## 三、香港地区土地出让制度

《中华人民共和国香港特别行政区基本法》规定,香港特别行政区境内的土地和自然资源属于国家所有,由香港特别行政区政府负责管理、使用、开发、出租或批给个人、法人或团体使用或开发,其收入全归香港特别行政区政府支配。

自 1842 年香港成为英国殖民地后,香港就开始实行土地批租制度,即土地所有权归英国皇室所有,由港英政府代为掌管并向土地开发商或土地使用者批租土地,开发商或使用者通过承租取得规定期限内的土地使用权,并向港英政府一次性交纳规定期限内的土地使用权出让金。1997 年香港回归后,依照“中英联合声明”、《中华人民共和国香港特别行政区基本法》和香港特别行政区立法机关通过的有关法律,港英时期的土地批租制度得到延续,香港特区政府出让土地使用权的制度继续实行,其收入全部归特区政府支配。

香港政府通过土地契约将不同期限的土地使用权批租给受让人。土地契约是土地出让方和受让方之间达成



的协议,在协议中出让方允诺在一定期限内将土地使用权出让给受让方,受让方支付土地出让金后在规定期限内拥有土地使用权,并在期限届满后归还土地。土地契约明确规定了土地的地理位置、面积、租约的期限、土地用途(如住宅用途、工商业用途或其他用途)和对土地使用的限制条件(如建筑物的高度、式样等),土地契约的各项条款非经双方同意不得更改。如果受让人有改变土地用途的要求,在不违反城市规划的前提下,政府允许改变契约中的有关条款,但必须事先提出申请,获得同意并补交相应的地价后方可更改用途。

香港土地批租的期限比较复杂,分为英国殖民统治期间与香港回归中国后两个阶段。其中英国统治香港的一百多年时间内,香港土地的租赁期也曾有多次变化。例如,就香港港岛及九龙界线街以南的土地而言,曾经经历四个阶段:1、1841年港府第一次批租土地,当时租期未做明确规定;2、1844年以后租期确定为75年,并不可续约;3、1848年,港英政府把租期从75年延长至999年,而且不补交任何地价。在随后的50年中,除大部分九龙半岛内地块以及海边地块外,香港港岛及九龙界线街以南批租的土地,租约都是999年租;4、1898年,考虑到租期过长导致的规划失控及土地升值损失,港英政府在新批土地时取消了999年租期的租约,取而代之以75年租约另加75年续约(特别地块不可续约),同时政府要求承租人在75年租期期满后支付按新标准制定的土地租金,此后,75年租期成为标准租期,直至1997年香港回归。

香港回归前,为了保持香港在过渡期内政治和经济的稳定,1984年“中英联合声明”规定,港英时期的土地批租制度将继续实行下去。1997年7月1日以前期满的土地契约可以续约;1997年7月1日到期的土地契约可以自动延长至2047年;租赁期限超过1997年7月1日的土地契约依然有效。目前,港府仍以拍卖、招标或协议的方式批租土地,但新租约的期限最长只能到2047年。

#### 四、两地土地出让制度比较及借鉴

大陆土地使用制度改革和土地市场建设主要得益于香港的成功经验。1986年前后深圳借鉴香港土地所有权和使用权分离的理念,建议实行以公开拍卖、招标为主要出让方式的土地使用制度。1987年12月,深圳市首次公开拍卖出让土地,敲响了新中国历史上惊天动地的“第一槌”,拉开了中国土地使用制度改革的序幕,并且最终促成《中华人民共和国宪法》的修改。在20多年的改革实践中,土地出让制度为中国计划经济向市场经济的转型起到了非常关键的促进作用,这一点香港对大陆的指导与借鉴功不可没。

大陆地区目前实行的土地出让是批租制,即政府一次性出让若干年的土地使用权,并一次性收取全部出让金。自从1990年国务院颁布实施《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》以来,我国开始在城镇实行以土地所有权和使用权分离为基础,以土地使用权有偿出让为特征的土地批租制度。这一做法的优势在于政府可以在出让初期一次性收齐全部出让金。20多年来,土地批租制度为地方政府加快城镇建设,促进城镇发展发挥了重要作用,但是其弊端在实行过程中也逐渐显露出来,首先是土地批租实现的财政收入是不可持续的,因为城市土地资源是有限的,以当前市场价格批租土地虽然一次性收取了土地使用权期限内的全部租金,却无法获得未来土地升值的收益,致使土地批租的收益在短期与长期分配上存在结构性失衡;其次是土地出让金的确定是采用对未来的估算与拍卖竞价方式,并非实际土地价值。土地出让金无法与真实土地价值画上等号,这将导致地价与出让金的背离,造成土地市场的大幅价格波动,背离的程度取决于对未来土地供求信息掌握的不完全程度以及土地市场的投机程度,背离的结果必然导致土地市场价格的扭曲。如何改进完善大陆地区的土地出让制度,配合政府有能力控制房价的合理走势,已成为立法部门必须讨论研究的非常迫切的重要课题。

从历史发展看,香港地区土地出让制度的实施远早于大陆,也经历了多个历史发展阶段。香港土地的稀缺性特点导致这一地区不断探索性地改革其土地利用制度。香港目前实行的土地出让制度并非单一批租制,在体会及领悟单一批租制之局限性后,香港已实际推行批租制和年租制的混合体制。目前香港在土地使用权出让时,使用权人需要首先支付一笔固定费用,亦称地价,包括征地费、拆迁费,其他土地前期开发费和出让期限内各个年度的一部分租金;在土地出让期内,使用者每年向政府支付另外一部分的实际年租金,亦称年租。该部分租金按年缴付,土地价值以每年土地市场评估数值为准,按照租率计算,导致该部分租金可能每年的金额不同,从而直接体现土地真实的价值变化。香港实行的混合体制仍然是土地政府所有制前提下的土地出让制度,采取固定与浮动相结合的方式,解决了批租制度的局限性。混合体制不仅使得土地价格的定价更具合理性,土地价格不再是预测定价,而且使得地方财政收入更为稳定,更符合社会的长远利益。

土地出让制度中另外一个引发关注热议的问题就是出让期限届满后的土地使用权收回制度。目前香港及大陆对这个问题的法律规定存在不同。

香港政府对于土地出让期限届满后的土地处理,按照租约类型的不同而采取不同的处理规定。一种情况为可更新租约,即使用权人可以选择延长租约而不需要支

付地价,但是需要按年支付新的年租。另一种情况为不可更新租约,即使用权人可以在租约届满前 20 年提出延长租约的申请。而为何提前 20 年主要是考虑避免使用权人在租约即将到期时忽略对建筑物的维护管理。在使用权人提出申请后,政府会根据该地块的规划用途作出决定,倘若该地块将规划用于公共用途,则政府不接受延长租约申请,但会对地块上投入的基础设施费用等进行评估及补偿。香港的此类补偿法律规定相当复杂,但迄今为止没有关于租约到期无偿收回土地的规定。

中国大陆《中华人民共和国城市房地产管理法》规定:“土地使用权出让合同约定的使用年限届满,土地使用者需要继续使用土地的,应当至迟于届满前一年申请续期,除根据社会公共利益需要收回该幅土地的,应当予以批准。经批准准予续期的,应当重新签订土地使用权出让合同,依照规定支付土地使用权出让金。土地使用权出让合同约定的使用年限届满,土地使用者未申请续期或者虽申请续期但依照前款规定未获批准的,土地使用权由国家无偿收回。”《中华人民共和国物权法》规定:“住宅建设用地使用权期间届满的,自动续期。非住宅建设用地使用权期间届满后的续期,依照法律规定办理。该土地上的房屋及其他不动产的归属,有约定的,按照约定;没有约定或者约定不明确的,依照法律、行政法规的规定办理。”由此可见,大陆对于土地使用期限到期的规定,按照土地类型的不同而不同。对于住宅用地使用期限届满的最新规定是自动续期,但是续期多久?是否需要支付出让金?尚无明文规定;对于非住宅用地,仍需提前一年申请续期,若未获政府批准,土地使用权由国家无偿收回。目前大陆地区对于土地使用权到期的法律制度尚处初步阶段,随着时间流逝,这一空白亟待填补,我们期待国家早日出台完整、公正、具体可实际操作的土地使用权回转法律制度。这也将是考评我国土地出让制度是否完整、是否可持续发展的重大标志。●

●文/李志强

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

# 大陆企业赴台上市的 律师实务



## 一、台湾存托凭证概述

### (一) 台湾存托凭证的含义

存托凭证,也称预托凭证(Depositary Receipts,简称“DR”),是指在一国证券市场上流通的代表外国(境外)公司 有价证券的可转让凭证。1927 年 J.P. 摩根为了方便美国人投资英国零售商 Selfridge 的股票,首创了美国存托凭证(ADR),其后相继出现了全球存托凭证(GDR)、国际存托凭证(IDR)等。

台湾存托凭证(Taiwan Depositary Receipts,简称“TDR”),即在台湾地区发行的代表台湾地区以外的一定数量的公司 有价证券。台湾存托凭证以新台币计价买卖,其交易单位、价格、交易时间、价格升降等均与台湾地区的股票规定相同。

近年来,存托凭证在世界范围内取得了较大发展,对全球的资本市场具有一定的吸引力。对于发行人而言,在特定的外国(地区)发行存托凭证,一则可以拓宽融资渠道,加强筹资能力,分散公司的流动性风险;二则可以增强公司在该国(地区)的曝光度,加强与该国(地区)投资者的联系,有助于在该国(地区)拓展业务、实施并购战略、对该国(地区)雇员实施员工持股激励计划等;三则由于避免了对直接在该国(地区)发行有价证券的法律要求和发行公司所在国对于本国企业海外上市的限制,上市审查的内容相对比较简单,发行的成

本也比较低。对于投资者而言,可以方便其投资境外公司股票,直接成为该境外公司的股东或者利用存托凭证与该境外公司股票之间的价差进行套利。

### (二) 台湾存托凭证的监管体系

台湾地区的金融监管法律体系经过了多次调整,上世纪 90 年代岛内的金融业的严峻局势推动了台湾地区以金融体系整合为核心的新一轮的金融改革。其中十分重要的一项即设立单一的金融监管机构“金融监督管理委员会”(以下简称“金管会”)。2004 年 7 月 1 日,“金管会”正式挂牌成立,合并监管银行、证券、期货和保险业务。自此,台湾证券市场的重要申请案均需通过“金管会”的批准,在“金管会”中,“证券期货局”是直接负责证券市场的部门。

## 二、大陆企业发行台湾存托凭证的背景和现状

### (一) 陆企发行台湾存托凭证的背景

大陆企业去台湾地区发行存托凭证不是一蹴而就的,而是基于两岸关系改善、台湾经济发展需要和台湾当局逐步对大陆资本开放的大背景。

2008 年 6 月 26 日,台湾当局通过“调整两岸证券投资方案”,开放相关交易所挂牌企业赴台二次上市及发行台湾存托凭证,但该方案不包括在大陆注册登记、或大陆资本持股超过 20%、或大陆资本有主要影响力的香港上市



企业。2008年7月31日,台湾当局通过“海外企业来台上市松绑及适度开放陆资投资国内股市方案”,开放含陆资任意比例的外资企业赴台二次上市,但因为涉及修改《两岸关系条例》,所以尚未确定具体实施时间。

2009年4月30日,台湾当局通过了《大陆地区投资人赴台从事证券投资及期货交易管理办法》,在符合一定的前提条件下允许大陆投资人赴台投资证券期货。上述方案、办法体现了台湾资本市场逐步对大陆资本开放的措施和态度,为陆企赴台发行台湾存托凭证创造了法律基础。

2009年11月16日,两岸金融监理合作备忘录(Memorandum of Understanding,简称“MOU”)签署;2010年6月29日《海峡两岸经济合作框架协议》(Economic Cooperation Framework Agreement,简称“ECFA”)签署并于8月17日由台湾立法机构表决通过。这两份协议的签署从原则上、措施上促进了两岸今后加强经济金融合作的趋势,扩大了两岸三地金融市场互动的空间。

#### (二) 陆企发行台湾存托凭证的现状

虽然近几年来两岸上层的互动表明了陆企全面进入台湾资本市场的美好前景,但陆企最终赴台上市仍有较长的路要走。此前,在台湾发行台湾存托凭证无疑是更加现实、更具操作性的选择。

根据当前台湾“金管会证券期货局”的有关要求,大陆的红筹股公司可以发行台湾存托凭证,但该红筹股公司必须满足大陆资本在30%以下、并在核定的16个交易所上市。所以目前大陆A股公司尚不能发行台湾存托凭证,但在香港交易所、新加坡交易所或纽约交易所上市的大陆企业,在满足条件下则可以发行存托凭证。

从已经发行了台湾存托凭证的香港上市企业来看,有12家是具有台湾背景的企业,如中国旺旺、巨腾国际、康师傅等具有一定规模和行业影响力的台企相继回台湾二次上市。一些在新加坡和香港两地上市的企业也都对发行台湾存托凭证跃跃欲试。这些已经在台湾发行台湾存托凭证的企业都是港资或台资背景的企业。

大陆企业赴台上市已经破题。上海金茂凯德律师事务所所有幸成为首批赴台上市的大陆企业首选的中国律师事务所,笔者有幸作为大陆律师为之法律服务的沪安电力控股有限公司,先已于2010年8月9日提交发行台湾存托凭证申请,成为ECFA协议签署后首批申请发行台湾存托凭证的大陆企业。2011年该公司又申请在台湾资本市场再融资。该案例开启了大陆律师参与大陆企业赴台上市法律服务的先河,为大陆律师积极创新发展增添了又一成功范例。

### 三、大陆企业发行台湾存托凭证中的律师实务

首先,核查并出具大陆法律意见书。

在陆企发行台湾存托凭证的过程中,大陆律师需对大陆子公司进

行核查并出具大陆法律意见书,法律意见书成为大陆律师参与大陆企业赴台上市法律服务的重要内容,法律意见书的内容来源于律师的核查。一般来说,大陆律师需要核查并出具法律意见的事项主要涉及以下五个部分。

在进行具体探讨前,说明以下两点:其一,因为台湾地区主管机构要求核查的年度为申报上一完整年度和本年度至申报日为止,所以作者所述情况如无特别说明,均指该期间(核查期);其二,因为目前可以发行台湾存托凭证的陆企都是红筹企业,所以下文所述公司均指海外上市公司的大陆子公司。

#### (一) 公司基本面

公司基本面主要是指公司的基本情况、业务情况、资产状况、管理结构和财务情况。

1、基本情况。一般包括大陆子公司是否依法设立、有效存续、历次变更是否合法有效等。

2、业务情况。公司的业务情况方面,关注点一般集中在大陆子公司的总体概况、营业模式、业务发展前景和在核查期内的收购、兼并情况。大陆律师需对公司业务的存续情况和业务模式进行核查,即要关注公司业务是否存在让与或受让营业、是否存在委托经营、与他人联合经营的情况。如有,则需深入核查该等让与、受让、委托、联合行为是否有合法的合同、符合法定的形式;如果存在重要备忘录、策略联盟或其他业务合作计划等可能改变公司原有的业务经营或开拓新的业务领域的,则要对其现状和变更情况进行核查;核查收购兼并情况,需对其收购兼并是否履行内部决议及外部审批手续、支付对价的定价方式、是否对大陆子公司存在不利影响等进行核查。

3、资产状况。律师这部分的工作集中在对房地产、知识产权的核查上。房地产方面,如果是自有的房地产,必须具备合法的房地产权证已表明公司对房地产的所有权,并核查是否存在抵押;如果是租赁的房地产,则必须租赁有合法出租权的房地产、签订房地产租赁合同并最好进行登记备案。知识产权方面,则必须对公司的专利权、商标专用权、著作权及其他知识产权的权属状况



李志强:市律协港澳台业务研究委员会副主任

进行核查,是否存在权利到期或被他人抢先登记的情形,是否存在允许他人使用的情形等,并对这些情况可能对公司造成的影响进行核查。

4、管理结构。管理结构主要需列明公司目前的董事、监事、总经理、实质负责人和持股比例达10%以上的股东的情况,并核查公司董事长、总经理、法人董监事或代表三分之一以上董事在核查期内是否发生变动。由于按照中国现行法律,不存在法人董监事,所以不存在对其进行核查的问题,但如果自然人董监事更换过多、过于频繁,则明显不利于公司的管理结构。

5、财务情况。律师对财务情况的核查比较简单,集中在对公司基本财务情况的核查。

#### (二) 重大合同

重大合同是指对公司的运营和今后的发展构成重大影响的合同,大陆和台湾地区的法律均没有明确的规定,一般由律师进行判断,主要包括了银行贷款合同、金额在一定数额以上的业务合同、重要管理人员和技术人员的保密合同等。值得注意的是,由于对重大合同的理解存在个人的主观判断,所以一般应结合公司的资产总额、净资产情况进行综合分析,并与券商进行沟通。

另外,还要对公司是否有重大非常规交易进行核查。所谓重大非常规交易,是指进货或销售的目的、价格、条件或处理程序,与一般正常交易明显不相当或明显欠合理。

#### (三) 关联交易

按照中国有关法律规定的企业会计制度对关联交易的定义,包括了一方有能力直接或间接控制、共同控制另一方或对另一方施加重大影响、或两方或多方受同一方的控制,这些主体之间存在的买卖、接受或提供劳务、租赁、担保、赠与等的资源或权利义务的转移就是关联交易。具体到企业,即上市公司与子公司之间、子公司之间、子公司与外部第三方关系人之间、子公司与其高级管理人员之间的交易。

对于关联交易,律师一方面要做到信息披露,另一方面要核查关联交易之间是否存在交易必要性、决策过程是否合法、价格与款项的收付情形是否合理等。由于按照中国法律法规规定,母公司可以对母公司及其子公司之间的关联交易的程序作出规定,而母公司由于是境外上市公司,遵守境外上市地的法律规定,所以还需确定母公司上市地的法律是否对此类关联交易的程序有特别规定。

值得注意的是,由于母公司与大陆境内子公司之间的关联交易通常会由母公司的财务报表反映,而母公司发行地的财务会计制度可能在会计科目、文字表述、金额计算上与大陆有所不同,所以律师在核查披露过程中

应当做好与会计师、券商的信息沟通和共享。

#### (四) 劳工和环保

台湾地区对劳工权利和环境保护比较重视,所以对这方面的审查也比较严格。就劳工方面,需对公司的劳动合同范本和劳工的工作现场进行查验,对公司是否按期足额缴纳社会保险、住房公积金进行核查,以确认没有违反中国劳动法律制度,并要核查公司不存在劳资纠纷、员工罢工的情形;就环境保护方面,公司如有经营活动,需经有关主管机构的项目环保审批、取得相应资质(如排污许可证)并且证件在有效期内,并没有因为发生环保问题而受到行政处罚的情况。为了使出具的法律意见更具有公信力,一般应当要求上级政府主管部门对公司没有违反相关劳动和社会保障、环境保护法律法规出具证明,而且一般证明以不早于公司申报台湾存托凭证当月的上一个月为宜。对于新设立不到一个月的子公司,也可以不要求上述政府的证明。

#### (五) 违法状况

律师应当对公司在核查期内是否存在重大违章欠税、租税行政救济(租税行政救济,即指公司因课税而与主管机关之间产生的争议或争讼,例如超额征缴、课税项目错误或金额错误、或应有优惠而未给予优惠等)、诉讼、非讼、行政处分、行政争讼、保全程序、强制执行事件、仲裁案件,对公司董事、监事、总经理、实质负责人、持股比例达10%以上股东及从属公司的诉讼、非讼和行政争讼事件进行核查并发表意见。如果存在上述状况,则应当结合争议金额、进展、预期发展等进行综合判断并发表独立意见。

此外,与台湾律师配合,海峡两岸律师共同为发行人出谋划策。

由于上市地在台湾,大陆企业除委任大陆律师提供赴台上市的法律服务外,还须聘请台湾当地专业律师机构。海峡两岸律师的关系是互相配合,谁也离不开谁,共同为发行人出谋划策,共同办理相关法律事务,合作才能共赢。如台湾存托凭证发行规模超过一亿元单位以上的大陆企业,需要在台湾当地设立一家子公司,设立文件和设立手续可由两岸律师携手完成。

总之,大陆企业赴台上市的律师实务与其他资本市场融资上市业务既有共同点,又有所侧重和不同,有待在实践中不断深入总结。海峡两岸经济合作大幕已经拉开,大陆企业未来赴台上市的前景十分广阔,只要我们积极探索、大胆实践、勇于创新,相信大陆律师在共同推动两岸关系和平发展、共同分享两岸关系发展成果、共同成就中华民族的盛世伟业中必将大有可为,也必将大有作为。●



●文 / 范蠡菁

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

# 后 ECFA 时代 台商投资大陆的 税法问题研究



## 一、ECFA 概述

### (一) ECFA 协议的主要内容

2010 年 6 月 29 日, 海峡两岸交流协会与财团法人海峡交流基金会在重庆签订《海峡两岸经济合作框架协议》(ECFA), 同年 9 月 12 日, 协议正式生效。这标志着两岸在贸易、投资、经济合作等领域的发展进入了制度性安排的新阶段。

ECFA 包括序言、5 章, 共 16 条, 以及 5 个附件; 正文主要有 6 方面内容: 货物贸易、服务贸易、投资、知识产权保护与合作、早期收获和争端解决。

#### 1、货物贸易、服务贸易及其早期收获计划

为兼顾长远性和现实性, ECFA 一方面规定, 在不迟于协议生效后 6 个月内分别就货物贸易协议和服务贸易协议展开磋商, 并尽速完成; 另一方面, 制订了货物贸易和服务贸易的早期收获计划。前者于“协议生效后 6 个月内实施”, 并在不超过 2 年内最多分 3 次实现零关税, 后者于“协议生效后尽速实施”。所谓早期收获, 通常指在区域经贸协定中, 为全面实施经济合作框架协议, 使各方尽早享受一体化的好处, 对部分产品和服务有步骤地先行实施降税和开放等措施。ECFA 早期收获包括货物贸易和服务贸易。货物贸易方面, 大陆将对台湾的 6 类 539 项产品实施降税, 包括农产品 (18 项)、石化产品 (88 项)、机械产品 (107 项)、纺织产品 (136 项)、运输工具 (50 项) 和其他产品 (140 项); 台湾将对大陆的 5 类 267 项产品实施降税, 包括石化产品 (42 项)、机械产品 (69 项)、纺织产品 (22 项)、运输工具 (17 项) 和其他产品 (117 项)。具体降税安排为: 大陆方面, 2009 年税率在 5% 及以下的, 计划实施第一年降为 0; 2009 年税率在 5% 以上 15% 及以下的, 后 2 年分别降

为 5%、0; 2009 年税率在 15% 以上的, 后 3 年分别降为 10%、5%、0。台湾方面, 2009 年税率在 2.5% 及以下的, 计划实施第一年降为 0; 2009 年税率在 2.5% 以上 7.5% 及以下的, 后 2 年分别降为 2.5%、0; 2009 年税率在 7.5% 以上的, 后 3 年分别降为 5%、2.5%、0。

服务贸易方面, 大陆将在 11 个领域对台湾扩大开放, 包括银行、证券期货、保险 3 项金融业以及会计审计簿记、电脑、自然科学与工程学研发、会议、专业设计、取消台湾华语电影进口配额限制、医院和飞机维修保养等 8 项非金融业。台湾将在 9 个领域对大陆扩大开放, 包括研发、会议、展览、特制品设计、大陆华语与合拍电影片、经纪商、运动休闲、空运电脑订位系统以及银行业。

#### 2、计划达成专门的投资协议

作为一项重要安排, ECFA 明确规定双方要在协议生效 6 个月后达成投资协议, 且投资协议至少包括四方面内容: 建立投资保障机制、提高投资相关规定的透明度、逐步减少双方相互投资的限制、促进投资便利化。上述四方面内容涉及投资准入、投资待遇等当前国际投资领域最主要、最核心的内容。因此, 如果两岸达成投资协议, 不仅将为两岸直接投资奠定制度性基础, 也将使 ECFA 的体系更加全面和完整。

#### 3、加强知识产权保护与合作

作为 ECFA 经济合作领域的一项重要内容, ECFA 不仅明确要“加强知识产权保护与合作”, 还同时专门签订了《海峡两岸知识产权保护合作协议》。根据《合作协议》, 两岸将加强专利、商标、著作权及植物新品种等知识产权保护方面的交流与合作, 协议还明确了专利、商标及植物新品种权的优先权利, 著作权认证合作机制, 知识产权执法合作机制等重要方面, 涵盖了知识产权保护的主要方面。

#### 4、建立争端解决机制



范红君：市律协港澳台业务研究委员会委员

ECFA 规定海峡两岸应不迟于《海峡两岸经济合作框架协议》实施后六个月内就建立适当的争端解决程序展开磋商,并尽速达成协议,以解决任何关于《海峡两岸经济合作框架协议》解释、实施和适用的争端。在争端解决协议实施前,任何关于《海峡两岸经济合作框架协议

》解释、实施和适用的争端,应由海峡两岸通过协商解决或由根据《海峡两岸经济合作框架协议》设立的海峡两岸经济合作委员会以适当方式加以解决。

#### (二) ECFA 对台湾地区的经济利益影响

台湾地区中华经济研究院以 GTAP 模型研究两岸签署 ECFA 对台湾地区经济之影响, 研究结果显示, 签署后台湾地区 GDP、进出口、贸易条件、社会福利均呈现正成长, 整体经济成长率将增加 1.65% 至 1.72%、总就业人数将增加 25.7 万至 26.3 万人, 对总体经济有明显的正面效益, 全民皆可分享此经济成长的果实。

签署后对台湾地区的利益还包括: 取得领先竞争对手进入大陆市场之优势; 吸引外人来台投资, 有利台湾地区经济结构转型; 成为外商进入大陆市场之优先合作伙伴及门户; 有助于产业供应链根留台湾地区; 有助于大陆台商增加对台采购及产业竞争力; 有助于加速台湾地区发展成为产业运筹中心。

#### (三) ECFA 对台商投资大陆的影响

##### 1、ECFA 再促台商投资大陆的新热潮

受国际金融危机的冲击与大陆经济环境变化的影响, 尤其是 ECFA 的签署给海峡两岸的经济合作创造了新的契机, 促成新一波台商对大陆的投资热。

2010 年, 不论是台商投资项目, 还是投资金额, 均出现显著增长。依台湾“经济部”统计, 2010 年, 批准台商对大陆投资金额突破 100 亿美元, 达 133 亿美元, 增长 1 倍以上, 创历史新高。上市(柜)公司对大陆投资创新高。据台湾“金管会”统计, 2010 年 1 月至 9 月, 台湾上市(柜)公司对大陆投资金额累计达到 1.88 万亿元新台币, 较 2009 年底增加了 1563 亿元。依大陆商务部统计, 同年 1 至 10 月, 大陆批准台商投资项目 2366 个, 同比增长 19.9%; 实际利用台资金额 19.9 亿美元, 同比增长 39.3%, 历年累计实际利用台资首次突破 500 亿美元大关, 达到 515.3 亿美元。

##### 2、后 ECFA 时代台商投资大陆的新变化

这一波台商对大陆投资热与过去有所不同的是, 台资企业的增资扩大生产规模成为主流。2010 年, 台商新增对大陆投资金额约占四成, 扩产增资金额约占六成, 扩大再生产的增资型投资成为新主流。

台商投资区域布局出现重大变化与调整, 台资企业加速内迁, 西部成渝、中部豫鄂湘与广西北部湾等成为新的投资热点地区, 同时投资产业与投领域也出现新的发展趋势。以电子零组件、LED、半导体、面板等为主的高科技产业仍然是台商投资的重点。尤其是台湾当局对高科技产业投资大陆政策放宽后, 台湾两大核心高科技产业半导体与面板产业台商登陆步伐加快。水泥、玻璃、石化、汽车等传统产业投资持续增加。2010 年成为台商大举进入大陆房地产市场最为快速的一年。尽管大陆不断出台政策遏制房价快速上涨, 但在台湾当局投资政策放宽后, 台湾房地产公司纷纷进军大陆房地产市场, 远雄、乡林建设与国泰建设等 3 家知名上市企业一年内申请投资金额达 4 亿美元。两岸签署金融合作协议与 ECFA 后, 金融业投资成为台商大陆投资的又一新领域。台湾金融机构纷纷加快布局大陆, 金融业投资迅速增加。

## 二、后 ECFA 时代台商投资大陆的税收法律环境

#### (一) 我国现行的税收法律制度

改革开放 30 年来, 经过几次较大的改革, 我国税收制度日臻完善。改革开放初期的税制改革是以适应对外开放需要, 建立涉外税收制度为突破口的。后来, 又先后分两步实施国营企业“利改税”改革, 把国家与企业的分配关系以税收的形式固定下来。1994 年, 国家实施了新中国成立以来, 规模最大、范围最广、成效最显著、影响最深远的一次税制改革。这次改革围绕建立社会主义市场经济体制的目标, 积极构建适应社会主义市场经济体制要求的税制体系。2003 年以来, 按照科学发展观的要求和十六届三中全会的部署, 围绕完善社会主义市场经济体制和全面建设小康社会的目标, 分步实施了税制改革和出口退税机制改革。几经变革, 目前共有增值税、消费税、营业税、企业所得税、个人所得税、资源税、城镇土地使用税、房产税、城市维护建设税、耕地占用税、土地增值税、车辆购置税、车船税、印花税、契税、烟叶税、关税、船舶吨税、固定资产投资方向调节税等税种, 其中 16 个税种由税务部门负责征收。固定资产投资方向调节税国务院决定从 2000 年起暂停征收。关税和船舶吨税由海关部门征收。另外, 进口货物的增值税、消费税由海关部门代征。

#### (二) 我国现行税制中台商应当缴纳的税种



台商及其投资兴办的企业的纳税事宜,参照外籍人员、外商投资企业办理。我国现行税制中适用于台商的税种具体如下:

1、增值税。对在大陆境内销售货物或者提供加工、修理修配劳务以及进口货物的单位和个人征收的一种税。增值税纳税人分为一般纳税人和小规模纳税人。对一般纳税人,就其销售(或进口)货物或者提供加工、修理修配劳务的增加值征税,基本税率为17%,低税率为13%,出口货物为0%(国务院另有规定的除外);对小规模纳税人,实行简易办法计算应纳税额,征收率一般为3%。增值税的纳税期限分别为1日、3日、5日、10日、15日、1个月或者1个季度。纳税人的具体纳税期限,由主管税务机关根据纳税人应纳税额的大小分别核定;不能按照固定期限纳税的,可以按次纳税。纳税人以1个月或者1个季度为1个纳税期的,自期满之日起15日内申报纳税;以1日、3日、5日、10日或15日为1个纳税期的,自期满之日起5日内预缴税款,于次月1日起15日内申报纳税并结清上月应纳税款。

2011年10月26日国务院常务会议决定,为进一步解决货物和劳务税制中的重复征税问题,完善税收制度,支持现代服务业发展,从2012年1月1日起,在部分地区和行业开展深化增值税制度改革试点,逐步将目前征收营业税的行业改为征收增值税,同时在现行增值税17%标准税率和13%低税率的基础上,新增11%和6%两档低税率。此次改革将率先在上海市交通运输业和部分现代服务业等开展试点,条件成熟时可选择部分行业在全国范围进行试点。试点期间原归属试点地区的营业税收入,改征增值税后收入仍归属试点地区。试点行业原营业税优惠政策可以延续,并根据增值税的特点调整。纳入改革试点的纳税人缴纳的增值税可按规定抵扣。

2、消费税。对在大陆境内生产、委托加工和进口应税消费品的单位和个人征收的一种税。征税范围包括烟、酒和酒精、化妆品、贵重首饰和珠宝玉石等14个税目。消费税根据税法确定的税目,按照应税消费品的销售额、销售数量分别实行从价定率、从量定额或者从价定率和从量定额复合计税的办法计算应纳税额。消费税的纳税期限与增值税的纳税期限相同。

3、营业税。对有偿提供应税劳务、转让无形资产和销售不动产的单位和个人征收的一种税。应税劳务包括交通运输业、建筑业、金融保险业等9个税目。营业税按照应税劳务或应税行为的营业额或转让额、销售额依法定的税率计算缴纳。除了娱乐业实行20%(其中台球、保龄球适用5%)的税率外,其他税目的税率为3%或5%。营业税的纳税期限与增值税、消费税基本相同。

4、企业所得税。对大陆境内的一切企业和其他取得

收入的组织(不包括个人独资企业、合伙企业),就其来源于大陆境内外的生产经营所得和其他所得征收的一种税。企业所得税以企业每一纳税年度的收入总额,减除不征税收入、免税收入、各项扣除以及允许弥补以前年度亏损后的余额,为应纳税所得额。企业所得税的税率为25%。企业所得税按纳税年度计算,纳税年度自公历1月1日起至12月31日止。企业所得税实行按月或按季预缴、年终汇算清缴、多退少补的征收办法。即企业应当自月份或者季度终了之日起15日内,向税务机关报送预缴企业所得税纳税申报表,预缴税款。企业应当自年度终了之日起5个月内,向税务机关报送年度企业所得税纳税申报表,并汇算清缴,结清应缴应退税款。

5、个人所得税。以个人取得的各项应税所得(包括个人取得的工资、薪金所得,个体工商户的生产、经营所得等11个应税项目)为对象征收的一种税。其中,工资、薪金所得适用3%至45%的七级超额累进税率,个体工商户(注:个人独资企业和合伙企业投资者比照执行)的生产、经营所得和对企事业单位的承包经营、承租经营所得适用5%至35%的五级超额累进税率。纳税期限是:扣缴义务人每月所扣和自行申报纳税人每月应纳的税款,在次月7日内缴入国库;个体工商户的生产、经营所得应纳的税款,按年计算,分月预缴,年度终了后3个月内汇算清缴,多退少补;对企事业单位的承包经营、承租经营所得应纳的税款,按年计算,年度终了后30日内缴入国库;从中国境外取得所得的,在年度终了后30日内,将应纳的税款缴入国库。年所得12万元以上的纳税人,在年度终了后3个月内自行向税务机关进行纳税申报。

6、资源税。对各种应税自然资源征收的一种税。征税范围包括原油、天然气、煤炭、其他非金属矿原矿、黑色金属矿原矿、有色金属矿原矿、盐等7大类。资源税的应纳税额,按照从价定率或者从量定额的办法,分别以应税产品的销售额乘以纳税人具体适用的比例税率或者以应税产品的销售数量乘以纳税人具体适用的定额税率计算。

7、城镇土地使用税。以在城市、县城、建制镇和工矿区范围内的土地为征税对象,以实际占用的土地面积为计税依据,按规定税额对使用土地的单位和个人征收的一种税。其税额标准按大城市、中等城市、小城市 and 县城、建制镇、工矿区分别确定,在每平方米0.6元至30元之间。土地使用税按年计算、分期缴纳。

8、房产税。以城市、县城、建制镇和工矿区范围内的房屋为征税对象,按房产余值或租金收入为计税依据,向产权所有人征收的一种税。自2009年1月1日起,我国废止《城市房地产税暂行条例》,外商投资企业、外国企业和组织以及外籍个人(包括港澳台资企业和组织以

及华侨、港澳台同胞)依照《房产税暂行条例》(国发[1986]90号)缴纳房产税。其税率分为两类:按照房产余值计算应纳税额的,适用税率为1.2%;按照房产租金收入计算应纳税额的,适用税率为12%,但个人按市场价格出租的居民住房,减按4%的税率征收。房产税按年征收、分期缴纳。

为进一步完善房产税制度,合理调节居民收入分配,正确引导住房消费,有效配置房地产资源,根据国务院第136次常务会议有关精神,上海市和重庆市于2011年1月28日起对个人住房试点征收房产税。上海征收对象为本市居民家庭在本市新购且属于该居民家庭第二套及以上的住房(包括新购的二手存量住房和新建商品住房)和非本市居民家庭在本市新购的住房,税率暂定为0.6%,应税住房每平方米市场交易价格低于本市上年度新建商品住房平均销售价格2倍(含2倍)的,税率暂减为0.4%。重庆征收对象是个人拥有的独栋商品住宅,个人新购的高档住房,在重庆市同时无户籍、无企业、无工作的个人新购的第二套(含)以上的普通住房,税率为0.5%至1.2%。除此之外的个人所有非营业用的房产继续享受房产税免税优惠政策。

9、城市维护建设税。对缴纳增值税、消费税、营业税的单位和個人征收的一种税。它以纳税人实际缴纳的增值税、消费税、营业税为计税依据,区别纳税人所在地的不同,分别按7%(在市区)、5%(在县城、镇)和1%(不在市区、县城或镇)三档税率计算缴纳。城市维护建设税分别与增值税、消费税、营业税同时缴纳。对外商投资企业、外国企业及外籍个人(包括港澳台资企业和组织以及华侨、港澳台同胞)2010年12月1日(含)之后发生纳税义务的增值税、消费税、营业税(以下简称“三税”)征收城市维护建设税和教育费附加;对外资企业2010年12月1日之前发生纳税义务的“三税”,不征收城市维护建设税和教育费附加。

10、耕地占用税。对占用耕地建房或者从事其他非农业建设的单位和个人,依其占用耕地的面积征收的一种税。其税额标准在每平方米5元至50元之间。纳税人必须在经土地管理部门批准占用耕地之日起30日内缴纳耕地占用税。

11、土地增值税。以纳税人转让国有土地使用权、地上建筑物及其附着物所取得的增值额为征税对象,依照规定的税率征收的一种税。它实行4级超率累进税率,税率分别为30%、40%、50%、60%。纳税人应当自转让房地产合同签订之日起7日内向房地产所在地主管税务机关办理纳税申报,并在税务机关核定的期限内缴纳土地增值税。由于涉及成本确定或其他原因,而无法据以计算土地增值税的,可以预征土地增值税,待项目全部

竣工、办理结算后再进行清算,多退少补。

12、车辆购置税。对购置汽车、摩托车、电车、挂车、农用运输车等应税车辆的单位和个人征收的一种税。车辆购置税实行从价定率的方法计算应纳税额,税率为10%。计税价格为纳税人购置应税车辆而支付给销售者的全部价款和价外费用(不包括增值税);国家税务总局参照应税车辆市场平均交易价格,规定不同类型应税车辆的最低计税价格。纳税人购置应税车辆的,应当自购置之日起60日内申报纳税并一次缴清税款。

13、车船税。以在大陆境内依法应当到车船管理部门登记的车辆、船舶为征税对象,向车辆、船舶的所有人或管理人征收的一种税。分为载客汽车、载货汽车等五大税目。各税目的年税额标准在每辆24元至660元,或自重(净吨位)每吨3元至120元之间。车船税按年申报缴纳。自2012年1月1日起开始执行《中华人民共和国车船税法》,车船税的税目税额将发生重大变化,新的税目税额表确定车船具体适用税额时,乘用车应当依排气量从小到大分档递增税额,客车应当依照大型、中型分别确定适用税额,机动船舶应当按照自重(净吨位)分别确定适用税额,游艇应当按照艇身长度分别确定适用税额等。

14、印花税。对经济活动和经济交往中书立、领受税法规定的应税凭证征收的一种税。印花税根据应税凭证的性质,分别按合同金额依比例税率或者按件定额计算应纳税额。比例税率有1‰、0.5‰、0.3‰和0.05‰四档,比如购销合同按购销金额的0.3‰贴花,加工承揽合同按加工或承揽收入的0.5‰贴花,财产租赁合同按租赁金额的1‰贴花,借款合同按借款金额的0.05‰贴花等;权利、许可证等按件贴花5元。印花税实行由纳税人根据规定自行计算应纳税额,购买并一次贴足印花税票的缴纳办法。

15、契税。以出让、转让、买卖、赠与、交换发生权属转移的土地、房屋为征税对象征收的一种税,承受的单位和个人为纳税人。出让、转让、买卖土地、房屋的税基为成交价格,赠与土地、房屋的税基由征收机关核定,交换土地、房屋的税基为交换价格的差额。税率为3%至5%。纳税人应当自纳税义务发生之日起10日内办理纳税申报,并在契税征收机关核定的期限内缴纳税款。

以上是中国现有税种的大致介绍。需要说明的是,尽管中国税法规定有诸多税种,但并不是每个纳税人都要缴纳所有的税种。纳税人只有发生了税法规定的应税行为,才需要缴纳相应的税收,如果没有发生这些应税行为,就不需要缴纳相应的税收。从实际情况来看,规模比较大、经营范围比较广的企业涉及的税种一般在10个左右,而大多数企业缴纳的税种在6至8个。



### （三）海峡两岸税收关系协调制度的初步探索实践

受历史、政治、文化和制度环境的影响，海峡两岸税收关系特殊复杂，双重课税和逃避纳税义务的问题较为突出。目前，大陆与台湾之间尚没有像大陆与香港之间签署的《内地和香港特别行政区关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的安排》之类的文件，海峡两岸对经贸交流所带来的税收关系问题主要通过双方自行公布的政策来处理。进入 21 世纪以来，海峡两岸进行了积极有效的政治对话和理论研讨，为包括双重征税在内的阻碍海峡两岸经贸发展的诸多问题进行了初步的、局部性的探索。

2006 年 9 月 18 日，中共中央台办与中国国民党台商服务联系中心在第二次保护台商合法权益工作会谈中达成十项共同意见，其中第三项就是“关于台商税赋问题。大陆有关部门将继续推进依法治税，贯彻落实鼓励台商投资的各项税收优惠政策，加强对台商进行税收政策及法规的宣传。双方促进避免对已依法纳税的企业和个人所得在两岸重复征税，对台商个人所得税的核算方式进行深入研究。”从而开始了两岸税收协调的第一步。2007 年 7 月 25 日，双方在第三次保护台商合法权益工作会谈中又达成十项共同意见，其中第七项提出了“适时做好税制调整等工作”的主张。2008 年 11 月 4 日，海协会与海基会在台北正式签署了《海峡两岸海运协议》。该协议第六条规定：“双方同意对航运公司因参与两岸船舶运输而在对方取得的运输收入，互相免征营业税和所得税。”这在两岸税收协调上具有划时代的意义。2009 年 4 月 26 日，海协会与海基会在南京签署的《海峡两岸空运补充协议》。该补充协议第七条规定：“双方同意在互惠的基础上，磋商对两岸航空公司与经营活动有关的设备和物品，相互免征关税、检验费和其他类似税费，具体免税费项目及商品范围由双方共同商定，并对两岸航空公司参与两岸航空运输在对方取得之运输收入，相互免征营业税及所得税。”2010 年 9 月 6 日，财政部、国家税务总局发布《关于海峡两岸空中直航营业税和企业所得税政策的通知》（财税[2010]63 号），明确了海峡两岸空中直航业务的相关税收政策。2010 年 6 月 29 日，海协会与海基会在重庆签订 ECFA，其中的早期收获计划明确了对部分产品和服务有步骤地先行实施降税和开放等措施。

### 三、后 ECFA 时代台商投资大陆中的财税制度约束问题

虽然海峡两岸在税收关系协调方面已经做出了初步有益的探索和实践，ECFA 协议的签订也推进了两岸经贸关系的制度化发展，尤其是早期收获计划中关于关

税减免的规定，开启了两岸关税壁垒消除的新篇章。但由于中国大陆与中国台湾地区的税制不同，以及在税收管辖权领域存在的冲突，给两岸企业的投资与经营造成了财税制度上的约束，亟待解决。

#### （一）双重征税和不正当避税问题

海峡两岸税收管辖权交叉重合、所得认定标准不一，税务部门之间缺乏税收情报交流机制，从而导致两岸跨境所得重复征税和不正当避税问题突显。大陆对所得征税实行地域税收管辖权和居民税收管辖权；台湾地区对营利事业所得也同时行使两种税收管辖权，对个人综合所得只采用地域税收管辖权，但对两岸所得却兼行地域和居民两种税收管辖权。税收管辖权的重叠使重复征税成为必然，违背了税收公平和税收中性原则，制约了两岸经济合作的发展。目前，虽然大陆的《企业所得税法》、《个人所得税法》和台湾地区实行的《台湾地区与大陆地区人民关系条例》（2009）、《所得税法》（2010）中都分别有税收抵免的规定，但是税收抵免的真正实施有赖于两岸税务部门对纳税人在对岸所获取的所得及其税务资料的清楚掌握。然而，在两岸税务信息交换并不畅通的当下，两岸税务部门难以清楚、准确地了解纳税人来源于对岸的所得及其纳税情况，从而很难有效地进行税收抵免工作，很难避免重复征税。同时，税务部门无法获得互通关联企业及独立成交价等方面的调查资料，这使得企业不正当避税较难规避。

不仅如此，由于海峡两岸尚未就避免双重征税和防止偷漏税等问题达成过一致的安排或措施，新《企业所得税法》实施后，台商在大陆投资所得的股息、红利等需要按照 10% 的税率交纳预提所得税。但按照《内地与香港特别行政区关于所得税避免双重征税和防止偷漏税的安排》的规定，香港公司从其拥有 25% 以上股份的内地公司取得的股息，可以减按 5% 的税率缴纳预提税。相比港商而言，台商的税负较重，这造成了某种程度上的不公平，不利于台商在大陆的投资。为适应新《企业所得税法》，有些台商也在积极地进行股权变更，通过将大陆的股权转让给香港的控股公司，使台商在大陆的独资企业转变成港资企业，从而可以享受按照 5% 的税率交纳预提所得税的税收优惠。

#### （二）税收优惠与税收饶让问题

税收饶让亦称“虚拟抵免”和“饶让抵免”，指居住国政府对其居民在国外得到减免税优惠的那一部分，视同已经缴纳，同样给予税收抵免待遇不再按居住国税法规定的税率予以补征。税收饶让是在对国际重复征税采用抵免法给予免除的条件下产生的，但它所免除的不是国际重复征税，而是并未向非居住国缴纳过的税收，它实际上是对跨国纳税人的一种税收优惠。税收饶让这种

特殊的抵免，主要用于发达国家对发展中国家。发展中国家以税收优惠政策来吸引外资和先进技术，为保证其税收优惠真正落实到跨国纳税人身上，要求发达国家实行税收饶让给予配合，这通常需要通过签订双边税收协定的方式予以确定。由于海峡两岸没有税收饶让的安排或措施，使得台商将从大陆得到的税收优惠返回台湾时得不到相应的抵免，结果只是将税收利益从大陆转移到台湾，税收优惠对于纳税人而言没有实际意义。

#### 四、建议与思考

(一) 签订有关避免双重征税、偷漏税和税收饶让的协议

目前由于海峡两岸税制的差异、缺乏类似于《内地与香港特别行政区关于所得税避免双重征税和防止偷漏税的安排》的税收协调文件，以及税收情报交换机制等原因，两岸跨境所得重复征税和不正当避税问题无法得到理性地解决。ECFA 的签署使得两岸经济进入制度化合作的新时代，两岸经济进入了双向、直接投资的新阶段，双方税法中都存在减免税收的优惠政策，但由于海峡两岸间缺乏税收饶让的安排或措施，纳税人无法真正享受税收优惠的利益。为保护台商以及大陆投资者的利益，可以考虑先通过民间组织协商签订关于避免双重征税、防止偷漏税和税收饶让的协议，通过两岸间税收协议的方式来解决两岸经济合作中的财税制度的障碍和问题。

(二) 加强税务合作交流

海峡两岸缺乏税务合作交流也是导致两岸跨境所得重复征税和不正当避税问题的重要原因之一。海峡两岸税收协议只是解决两岸税收问题的依据，而问题的真正解决还需要落实到实施阶段，这就需要海峡两岸加强税务合作交流。通过税务信息交流，建立健全税务情报交换运作机制和执行机构，为做好税收抵免，避免重复征税和不正当避税工作提供重要的税务资料。●

●文 / 洪 猛

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

## 关于海峡两岸移管被判刑人制度之我见



### 一、目前台胞申请移管案例的介绍

2010 年 12 月 9 日，台胞李某来信称其弟于 2007 年 2 月 7 日被上海市第一中级人民法院以诈骗罪判处有期徒刑 12 年（即自 2005 年 3 月 1 日起至 2017 年 2 月 28 日止），并处罚金 100 万元人民币。目前其弟在上海市提篮桥监狱服刑，已服刑近 6 年。现依据两岸间签订的《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》（以下简称《司法互助协议》）第十一条关于移管被判刑人的条款，希望上海相关部门能把她的弟弟移管回台湾服刑。

据了解，本案案发后，社会影响特别巨大，上海市公安局也召开新闻发布会予以特别说明。另据当时台湾媒体报道，当时的“陆委会”副主委邱太三表示将争取遣返回台审判，不过因为犯罪地点在上海，将尊重对方司法管辖权。当时办理此案的律师也向上海市检察院第一分院申请遣返此批台湾罪犯回台接受审判，检方认为上海有审判权，因犯罪行为地在上海，并且拒绝遣返申请回台审判。

据申请人家属提供资料，其姐姐李某已经于 2009 年 11 月 16 日向台湾“法务部”申请，申请让其弟回台湾服刑。据台湾“法务部”回函称，其已经向大陆地区司法部协议联络人提出请求，但至今没有进一步的进展。

### 二、本案移管中可能出现的难点

针对本案分析，因 2009 年 4 月 26 日签订的司法互助协议条款太粗，不具有可操作性。因为这里有一个根本性的问题没有解决，即两岸的区际刑法冲突问题没有解决，因刑法的量刑不同而带来的冲突如何解决。本案的申请人触犯的是大陆《刑法》里的诈骗罪，我们来比较一下两岸关于诈骗罪量刑的规定。大陆《刑法》第二百六十六条规定：“诈骗公私财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。本法另有规定的，依照规定。”诈骗罪规定于台湾地区现行《刑法》分则第 32 章之中，称诈欺取财罪，根据台湾地区现行《刑法》第 339 条第 1 项的规定：犯本罪者，处 5 年以下有期徒刑、拘役或科或并科 1000 元以下罚金。常业诈欺罪，是指行为人以犯诈欺罪（包括诈欺取财罪和诈欺得利罪）为常业的情形。本罪为一般犯与实害犯，是诈欺罪的加重犯。根据台湾地区现行《刑法》分则第 340 条的规定，犯本罪者，处 1 年以上 7 年以下有期徒刑，得并科 5000 元以下罚金。



比较下来,两岸关于诈骗罪在量刑上有很大区别,台湾诈欺罪量刑最高是7年,大陆最高是无期徒刑,那移管中碰到的第一个问题就是量刑的冲突问题,当然还有其他一些问题在移管中都会发生或碰到。

### 三、关于移管被判刑人条款的背景介绍

2009年4月26日,海协会与海基会在南京签订了《司法互助协议》,该协议的签订在两岸司法互助方面开创了历史先河,让两岸司法界在个案合作方面有章可循,为创造和谐稳定的两岸经贸文化交流提供了制度上的保障。

该《司法互助协议》第十一条规定:两岸间基于人道及互惠原则,在请求方、受请求方及被判刑人均同意移交的情形下,移管被判刑人。此条款的约定既具有人道主义的关怀,同时也为被判刑人服刑后重新回归社会做了充分的考虑。但是关于移管被判刑人在本协议中只有一个原则性条款,不具有操作性,这为在司法实践中如何落实该条款带来了一定的困难。

“人民网”《人民日报·海外版》2011年3月29日报道,目前在大陆服刑的台湾籍罪犯有上千名,在台湾服刑的大陆籍罪犯有39名。台湾检察官张熙怀在论文《两岸经贸启交流,司法互助奠基石》中提及,截至2010年4月22日,台湾的“法务部”已经收到141件在大陆服刑的台湾籍罪犯及其家属请求移管回台湾服刑的案例。随着时间的移转,相信会有越来越多的申请者,所以目前两岸建立一套行之有效的移管被判刑人制度,属当务之急,相关职能部门展开对此问题的研究也很有必要。上海是台胞相对比较集中的地区之一,据了解,上海提篮桥监狱就有近50名台湾籍罪犯在服刑。

自从两岸间签订协议后,已有依据该移管条款,成功地从大陆移管回台湾的案例。根据国台办2010年9月15日召开的新闻发布会介绍,被判刑人移管实现了突破,两岸主管部门人员经协商,将身患重病的台湾罪犯冯某移送回台执行。这是目前成功移管的第一例,也是唯一的一例。不过据了解此案例的研究价值不高,因为此罪犯身患重病,即使不移管也属保外就医的范畴,与本文研究的移管制度有很大的区别。

### 四、国际上及港澳间移管制度的借鉴

被判刑人移管问题在国际上早就不是新鲜课题,联合国大会在第四十五次会议上通过了《有条件判刑或有条件释放罪犯转移监督示范条约》(联大45/119号决议)。联大该决议请那些尚未与其他国家就此事项建立条约关系的成员国或想修订现存此类条约的成员国考虑这部示范条约。该示范条约的重要突破是为各国提供了一个非

常灵活的框架,允许通过转移监管责任的方式,将被判缓刑、假释或被判刑罚暂停执行的外籍罪犯移交给其国籍国或其他国家。联合国预防和控制犯罪委员会第八次会议审议了移交外籍囚犯模式协定的草案和关于外籍囚犯待遇的建议,并决定将该模式协定提交给

第七届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会审议和通过。在第七届联大会议上,这样的模式协定的制订获得了普遍的认同,但令人感兴趣的是一些代表团对协定中的部分内容,尤其是关于移管应获得囚犯同意这一要求表示关注。目前中国已经与6个国家签订了移管被判刑人条约,分别是乌克兰、俄罗斯、西班牙、葡萄牙、澳大利亚、韩国等。根据该条约的内容,在移管的问题上已经有相当成熟的操作经验可以供两岸间分享。当然在研究这个课题的同时,一定要明确台湾与大陆是一个国家,双方是在一个中国的前提下商讨移管问题的。

我们除了借鉴国际经验,还可以借鉴目前香港与澳门之间签订的移管协议。2005年5月20日,香港特别行政区政府代表与澳门特别行政区政府代表在香港签订了港澳两个特区之间的《关于移交被判刑人的安排》,该《安排》于同年12月26日生效。总体上看,该《安排》是中国范围内不同法域在一国两制框架和政治原则下所签订的第一个区际刑事司法协助协定,这一协定将国际公约、条约以及港澳特区与其他国家签订被判刑人移管方面协定的经验成功地引入到区际刑事司法协助活动中,为大陆与台湾将来签订详细的区际被判刑人移管协议提供了重要的示范。

### 五、针对此移管问题,笔者提供一些解决原则供参考

一是有利于被判刑人原则。被判刑人移管的目的是为了更有助于实现对被判刑人的教育和改造,使他在服刑期间能继续保持与其家庭和外界环境的适当联系和接触,以利于出狱后重新适应社会生活。两岸主管部门首先应当考虑的是:移管是否能给被判刑人(即他的服刑生活和刑满后的生活)带来直接的利益。

二是不加重刑罚原则。从一定意义上讲,这一原则可以被视为有利于被判刑人原则的延伸。被判刑人移管中的不加重刑罚原则是指执行方在适用本地区法规对被判刑人执行刑罚时不得加重原判刑罚。如果判刑方所科处



的刑种因在执行方不存在而需转换成执行方相应的刑种,转换的刑罚必须在性质上尽量与原刑罚相近并且不得超过执行方法律为该种刑罚规定的最高限度或者重于判刑方原先判处的刑罚。为了防止被判刑人实际受关押时间的延长,被判刑人在判刑方已被羁押的时间应当予以折抵。

三是一罪不再罚原则。这一原则体现了合作双方对各方判决效力和行刑效力的承认和尊重。在被判刑人的移管中,一罪不再罚原则对于判刑方和执行方都具有约束力。对于前者来说,一旦执行方对被移管人执行了由判刑方科处的刑罚,判刑方就应当承认该执行与在自己法域内的执行具有同等效力,不得以任何借口重新对其执行刑罚。对于执行方来说,一罪不再罚原则要求它不得因同一罪行对被移管的人再次进行审判、关押或处罚。

四是相互尊重管辖权原则。在被判刑人移管问题上该原则应得到特别强调,因为在这种司法协助活动中有关双方的合作进入了较深的层次,在权利的转让和接受中有时可能会出现“权利交叉”的情况。比如说,在有些情况下双方都具有对被判刑人的赦免权;双方都可以对缓刑犯提出自己的要求;执行方有权依据本地区的法律对判刑方科处的刑罚做出相应的转换或变更等。在这种情况下,相互尊重管辖权的问题就变得尤为突出。

五是被判刑人是执行方的居民。这一条件是由被判刑人移管制度的宗旨所决定的,被移管人必须是各自的居民。我们要特别关注既具有台湾户籍又持有国外护照的人如何处理,鉴于台湾地区和大陆在对待“双重国籍”的问题上政策不同,对于既具有台湾户籍又具有其他国家国籍的人是否使用本移管条款,这一点需要特别研究。

六是被移管人所犯之罪在执行方也构成犯罪。即被移管人的行为不论根据大陆的《刑法》规定还是根据台湾的《刑法》规定,都属于犯罪行为,这也是国际上关于移管的通行惯例。关于对犯有“政治性罪行”的被判刑人是否可以实行移管,这一点也需要特别予以研究。

七是被判刑人仍须服一定期限的刑罚。被判刑人须服满一定期限的刑罚后才能被移管,这一条件是对被判刑人移管适用范围的限制,避免不加区别地对某些只被判处轻刑的人进行得不偿失的移管。两岸间签订司法协助没有明确的约定。香港和澳门之间移管的《安排》中约定是6个月。多数国际条约把这一期限确定为6个月,《欧洲被判刑人移管公约》以及联合国《关于外国囚犯移管的示范协定》都规定,在移交时,作为一般规则,被判刑人仍须至少服满6个月的刑期。

八是在判刑地不存在尚未完结的上诉或申诉程序。这一条件包含两个方面的含义:一方面它要求法律为被判刑人规定的上诉期限已经届满,也就是说,通过移管执行的判决必须是生效判决;另一方面它还要求即使是生

效判决,也不存在对其效力提出异议的申诉活动,比如对已生效判决提起审判监督程序。

九是必须获得被判刑人的同意。这一点在两岸签订的协议中有明确的约定,此举也是国际上通行的做法。为了从程序上保障这一原则的实现,一些有关国际条约规定,判刑方有义务告知被判刑人移管的可能性以及移管的法律后果。如果被判刑人因身体或精神状况不能自由决定或正常表达其意愿,也可以要求由被判刑人的法律代理人表示上述意愿(如《欧洲被判刑人移管公约》)。对于少年犯来说,移管必须得到其法定代理人的同意。

十是移管执行中的法律适用问题。对判刑人实行移管后,执行方接过了对被判刑人的监管权,它在监管过程中需要依据本地区的法律确定和处理一些问题。同时,判刑方虽然已转让了自己的监管权,但它仍然保留着依据本地区法律决定某些问题的权利;执行方在处理一些问题时也需要考虑判刑方已作出的决定。由此产生了执行中的法律适用问题。

当前遇到的一个问题是刑罚的转换。如果判刑方科处的刑罚与执行方法律规定的刑罚有所不同,执行方应当依据本地区的法律将前者的刑罚转换成自己的刑罚,这种转换应当依据执行方的法律实行。《关于刑事判决的国际效力的欧洲公约》和《欧洲被判刑人移管公约》都规定,在上述情况下执行方可以通过法院或行政命令将原刑罚改为其本地区法律对于类似犯罪所规定的刑罚或处分;新转换的刑罚或处分在性质上应尽可能与原判刑罚相一致,但其性质或期限不得重于原判刑罚。执行方在转换刑罚时还应当遵守下列要求:1、尊重判刑方对被判刑人犯罪事实的认定;2、不得将剥夺自由刑转换为财产刑;3、应减去被判刑人已服过的剥夺自由刑的刑期包括预先羁押的时间;4、不受本地区法律对该罪行规定的最低刑罚限度的约束。另外,有的条约还规定,除定罪所可能会有并且本身已造成的权利丧失外,罪犯移管不应导致接收方法律所规定的附加剥夺权利。在刑罚转换之后,执行方将完全依照本地区行刑法规(监狱法)执行对被判刑人的刑罚。对于那些不需要实行转换的刑罚,执行方无疑也应依照本地区的法律制度加以执行。

在两岸关系如此热火朝天的时候,我们也不要忘记还有一批人也是台胞,他们就是在大陆监狱里服刑的台湾籍罪犯,对他们的人道主义待遇也需要予以考虑。这些罪犯将来服刑完毕以后还是要回归社会,但他们可能要回归的是台湾地区的社会而非大陆地区的社会,其在服刑与改造过程中也需要家属的关怀与支持,而且移管回台湾服刑可能会对他们的改造起到积极的作用。另外,从司法合作与互助的角度考虑,此问题的解决也有利于落实两岸间签订司法协助协议,因而希望本文能引起相关司法单位的关注。●



●文 / 顾跃进

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

# 香港借贷行为的法律思考



关于借贷,香港和大陆两地的法律有很大的区别,其核心和原由在于法律意识的差别。

## 一、香港法律对贷款人(放债人)主体作宽泛性的规范

香港法律不仅规定了具有经营贷款业务合法贷款人的权利义务,也规定了其他没有经营贷款业务资格的主体之权利义务。香港法律几乎穷尽了所有从事借贷行为的主体,还赋予了银行、金融企业之外的法人、机构、自然人可以从事贷款业,香港法律同时还规定了豁免之主体。这使法律的适用性更广泛,使用价值更高,同时让借贷关系人、法庭更容易遵守和判别。

香港规范借贷行为的法律是《放债人条例》,该条例第二条第(1)项规定:“放债人”指任何经营放债业务或登广告声明或宣称或以任何方式表明系从事该等业务之人士(否认其是否兼营其他业务亦然),但不包括第一附表第一部所指之人士(第一附表第一部所指之人士为豁免管制之人士)。而大陆关于贷款人(放债人)的主体,法律规定没有这么宽泛,其适用性较窄。

## 二、香港法律对经营借贷业务的公司实行严格的监管,同时对政府机关及其公务员的要求非常明确

《放债人条例》第八条第(4)项规定:注册处处长须依照规定方法,就根据本条提出之每项申请发出公告,俾众周知。第九条第(1)项规定:如属根据第八条提出之申请,申请人须在同一时间将申请书副本乙份寄交警务处处长,而警务处处长得着人对该项申请进行调查,俾能决定就第十一条之规定而言是否有反对该项申请之理由;第(2)项规定:为执行本条之规定而进行调查时,警务处处长得以书面要求申请人出示账簿、记录或文件以供审阅,或提供其所指明与该项申请或申请人所经营或拟经营业务有关之资料;第(4)项规定:注册处处长或警务处处长如欲根据第十一条之规定反对任何领牌之申请,均须于有关日期后七天内通知申请人彼拟反对其申请并提出反对理由;如该通知系由警务处处长发出,则须将副本乙份寄交注册处处长;第(5)项

规定:如属根据第八条提出之申请,注册处处长在有关日期后七天期届满时,须将该项申请向通常在申请人用作或拟用作经营放债业务之主要营业地点或就近地区开庭审讯案件之裁判司办事处提出,提出时并须连同任何根据第(4)项送达申请人之通知书副本乙份;第(6)项规定:注册处处长须就任何根据第(5)项将提出申请一事向警务处处长作出通知。

这些规定不仅使经营贷款主体的业务质量得到了保障,其合法的经营权也得到了保障。同时,政府部门的监管也在法律的轨道上运行,在阳光下操作。

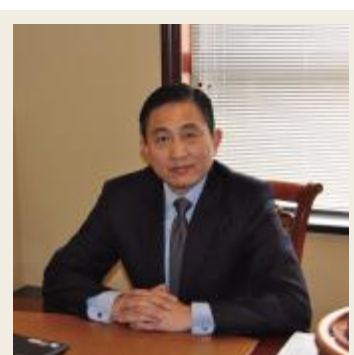
## 三、香港法律规定个人(自然人)可以申领经营贷款业务牌照,并确定经营权可以在自然人之间有限度地转让,同时对经营贷款行为采用法定的社会监督机制

《放债人条例》第十五条规定:(1)除本条另有规定外,每一牌照均不得转让;(2)如领有牌照之放债人去世,其遗下之配偶或年龄满二十一岁或以上之某一家庭成员,或代表遗属之任何人士,均可向发牌之牌照法庭申请加签其名字于牌照上。这条规定不仅为民间资本提供了投资渠道,也为大陆开发民间借贷提供了样板。

《放债人条例》第十六条规定:任何人士如对牌照法庭根据第十一、第十三、第十四或第十五条所作之决定感到不满,可向最高法院原讼法庭提出上诉,而最高法院原讼法庭之决定乃为最终决定。这条规定从法律和法律程序上确立了社会监督功能,使借贷行为更趋规范。

## 四、香港法律对借款合同的形式要件和程序要求非常严格,并对借款人的权利从法律程序上给予充分保障

《放债人条例》第十八条规定:(1)所有向放债人



顾跃进:市律协港澳台业务研究委员会副主任

偿还贷款或缴付贷款利息之借约，以及由于任何此等借约或贷款而给予放债人之抵押，除非符合下列情况，否则不得予以执行：(a) 于借约订立后七日内，根据第(2)款之规定造具有关借约之借据或备忘录，并由借款人亲自签署，且在签署时，放债人将借据或备忘录副本乙份交予借款人；(b) 该副本必须包括或夹附一份有关本部及第四部内容之摘要，摘要须以规定形式作出，倘经证实，借款人于取得贷款前或给予抵押前并无在借据或备忘录上签署，则不论借约或抵押均不得予以执行。

第十九条规定：(1) 任何有关偿还放债人贷款之借约，不论在本条例实施之前或之后订立，在借约有效期内，如借款人用书面提出要求并交付十元费用后，放债人必须向借款人或借款人在书面要求上所指定之任何人士，提供一份由放债人或其代理人签署之陈述书列明：(a) 贷款日期、贷款本金总额及贷款之年息百分率；(b) 放债人已收之还款数额及还款日期；(c) 到期未还之每一款额与应还款之日期，及其应付而未付之利息；(d) 尚未到期清还之每期欠款及其还款日期。(2) 放债人必须在借款人用书面提出要求时向借款人提供有关贷款或其任何抵押之任何文件之副本乙份；或如借款人认为有需要，则于其交付十元予放债人后，放债人即须将有关文件副本提供予借款人之书面要求内所指定之人士。

### 五、香港法律对无牌照经营借贷业务采取绝对禁止原则，并对过高利息采取严格的不予执行之措施

《放债人条例》第二十三条规定：放债人不得在任何法庭追讨由其贷出之任何金钱或与该等贷款有关之任何利息，或执行任何借约之规定，或行使其对任何贷款抵押之所有权利，除非其能出示牌照而令法庭满意，或向法庭证实在贷款之日或订立借约之日或取得抵押之日（何者视乎情形而定）彼系持有牌照者。这条规定既否定了无照借贷的利息收益，同时还否定了本金返还的权利。这是与大陆法律有差别的。

《放债人条例》第二十四条规定：(1) 任何人士（不论放债人与否）贷款或提供贷款，其实际利率如超过年息六分，即属违法；(2) 如实际利率超过第(1)款所规定之利率者，则有关偿还贷款或支付贷款利息之借约，与任何就该借约或贷款而给予之抵押，均不得予以执行。

上述内容充分证明了香港法律与大陆法律的差别，香港法律在借贷领域的规定更具体、更合理、更有效、更有执行力，体现出很高的立法水平和法律意识。

随着改革开放和经济发展，香港和大陆经济往来日

益频繁，其中直接或间接涉及借贷的事务也普遍发生。

一是重视“法律冲突”，选择有利于自己的法律适用。通过如上分析，我们已经非常清楚，香港法律和大陆法律是有诸多不同的。当遇到涉及两地法律适用的借贷事务时，就必须首先考虑“法律冲突”的问题。通过对“法律冲突”的分析，寻找或选择有利于本方的法律适用。

二是诉讼管辖的选择。当发生法律纷争的时候，选择哪个法院审判案件是一件极其重要的事情。其中至少有两个问题需要考虑：哪个法院更容易适用有利于本方的法律？哪个法院诉讼成本更低？当然，首要的是选择有利于本方的法律适用，这是关乎本方的诉讼目标是否可以实现的核心问题。同时，我们也必须兼顾诉讼成本，毕竟诉讼的主要内容一般来讲都是为了经济利益。

三是认识香港和大陆借贷法律的主要差异，指导借贷行为的建立、借贷纠纷的处理。涉及香港和大陆的借贷行为或借贷纠纷，我们必须了解和认识涉及两地的法律，这样才有助于我们准确的把握借贷行为的有效性，提高我们在借贷纠纷中的胜诉机会。

#### (一) 贷款人(放债人)主体差异的实际应用

香港法律规定凡经注册领取放贷牌照的都可以成为贷款人(放债人)。而大陆法律只容许银行和金融企业成为贷款人(放债人)，个人不能申领提供贷款的经营牌照。不过这种法律上的差异并不影响在大陆个人实际上从事提供贷款的行为，并获得合适的利息，甚至高于银行和金融企业的利润。最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》的有关规定：“民间借贷的利率可以适当高于银行的利率，但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍。”在大陆不仅自然人之间的借贷受法律的保护，自然人与企业之间的借贷也受法律保护。作为合法的债权债务关系，同时可以被设定担保而提升债权的保护力度。

#### (二) 借款合同的形式要件上的差异

香港法律对借款合同的形式要件和程序要求非常严格，并对借款人的权利从法律程序上给予充分保障。其形式要件的不合规可以直接导致提供贷款人的败诉。而大陆法律更多的是“重实体”、“轻形式和程序”。对这个差异的认识，有助于我们选择借款行为的履行地，以及对相关法律文件的把握程度。从而提高借贷行为的法律有效性，并避免和降低风险。

#### (三) 对无照经营处理上的差异

香港法律对无牌照经营借贷业务采取绝对禁止原则。不仅禁止利息收入，同时不支持本金主张，并在执行程序上采取拒绝的态度。而大陆尽管在法律上禁止无照借贷，但在诉讼实践中对本金的诉求一概支持，并付诸强制执行。●



# 人文万象

他山之石

●文/姚頔靖 彭辉

栏目组稿人:洪亮 hongliang1224@hotmail.com

“试验性使用”豁免原则的利益平衡:

## 审视美国司法裁判和立法规则的变迁路径(上)



### 一、问题的提出

“试验性使用”豁免原则的适用是一柄双刃剑。其存在的根本目的在于通过对专利垄断权的限制,鼓励和促进新技术的研究和开发,达到社会科学技术的整体发展。国内外同仁论述“试验性使用”豁免原则的文章不在少数,其中部分学者结合实务经验所进行的论述极为详尽。国家知识产权局在对“试验性使用”豁免原则进行了进一步的说明的同时,也将其视为不侵犯专利权的特殊情况引入《专利法》第三次修改草案。对此,学界同仁大多予以支持,并提出深刻的见解。同时,也有不少学者持不同意见。对此,笔者试图从历史发展的角度,结合美国不同历史发展时期的经济特点,对“试验性使用”豁免原则在美国司法、立法层面的嬗变过程进行详细的梳理,以期对“试验性使用”豁免原则在中国立法、司法上的合理应用有所裨益。

### 二、“试验性使用”豁免原则在美国司法实践中的演进

“试验性使用”豁免原则在美国司法领域的适用经历了从严格解释—宽松解释—再严格解释的三个发展阶段。

(一)初创阶段(19世纪):严格解释

1、时代背景素描:从自由资本主义向垄断资本主义过渡

按照法经济学的观点,国家如何利用司法工具进行社会资源的配置与经济发展状况有密切的联系。19世纪的美国主要经历了英美战争、南北战争等历史事件,完成了从农业国到近代工业国家的演变,并向垄断资本主义开始过渡。这是美国经济发展史上的狂飙时期。与此同时,自由资本主义发展为典型的现代化企业组织、托拉斯国家,出现了普尔、托拉斯、控股公司等现代化组织,进入了现代资本主义即垄断资本主义的发展阶段。这一时期的经济发展趋势决定了美国国家经济政策天平逐步倾向于垄断资本主义企业,也就是掌握大量专利的大型商业企业,而对社会整体经济技术发展重视程度有所减轻。

2、判决要件的型塑:“试验性使用”豁免原则的确立

早在1813年,美国法院就在Whittemore诉Cutter一案中首次确立“试验性使用”豁免原则。判决书中,Story法官将“试验性使用”定义为“仅为试验,或检验机械的实际效能能否产生预期的效果,而对专利发明进行的试验”,认为“行为人不能因上述行为就需要承担法律的惩罚”,据此判决被告因“获利目的”而制造原告专利机械的行为不适用“试验性使用”豁免原则。随后,在Sawin诉Guide一案中,Story法官再次重申其在Whittemore诉Cutter一案中的立场:“如果仅仅为了获利目的,而无哲学试验的目的,或无为检测产品的效能和精确性的目的,那么制造专利机械的行为

是侵犯专利权的行为。”同时进一步强调,“制造专利机械的行为必须具备侵犯专利权的意图,并剥夺了专利权人合法的利益”。在随后的案件中,“试验性使用”豁免原则的适用界线被不断明确,不断充实。在Byam诉Bullard一案中,法官认定“若未在专利侵权中获利的,那么就假定此行为未造成损害”。在Poppenhusen诉Falke一案中明确认定,仅仅为满足试验爱好,或好奇心,或乐趣,而使用专利技术的行为适用“试验性使用”豁免原则。在Akro Agate Co.诉Master Marble Co.一案中,法院认定,“被告仅仅为了检验专利器械的有用性,而使用专利器械进行试验的行为不构成侵权。”

从这一阶段的大量案例可以发现,法院明确确立了适用“试验性使用”豁免原则的要件。“试验性使用”豁免原则从诞生之日起就将行为的“目的性”和“结果性”作为判断是否能够获得专利侵权豁免的两个标准。只有在同时满足以下两个目的性要件中的一个(即试验没有主观“获利”目的——“获利目的”标准;或为检验、确认专利发明的真实性及精确性)以及一个结果性要件(即专利侵权行为不得给专利权人的利益造成损害——即“实际损害”标准)的条件下,才可以适用“试验性使用”豁免原则得到专利侵权豁免。

除此以外,部分案例还进一步采用“行为社会性质”标准作为检验行为是否有“获利目的”的依据。司法判决认

为,只要是商业公司就具有一定的获利性,所以不适用“试验性使用”豁免原则。相反,非赢利机构(如学校、政府机构)的试验行为可以适用“试验性使用”豁免原则。

但“试验性使用”豁免原则在适用中仍存在一定解释界线的模糊,例如:何谓“赢利目的”?行为人的社会性质是否可以成为判断其行为性质的唯一标准?判断标准是否比较单一?

(二)发展阶段(19世纪末—20世纪中叶):宽松的解释

1、经济背景分析:自由经济时期的复兴

19世纪末至20世纪中叶,在美国内战结束后的60年间,美国经济现代化和工业化构成人类历史上空前壮阔的画面,被认为是美国经济和社会历史发展中最光辉的60年,经济的快速发展成为其主要特征。19世纪后半期的美国经济,被认为是最接近“完全竞争”市场模式的体制。在这种经济中,市场作为主要的协调机制起作用,经济决策权分散在数量甚多的当事人手中。此时“自由竞争”政策决定了法院更注重社会的整体科学进步,国家运用较宽松的司法工具约束市场经济人的行为,通过对专利权人保护力度的降低,鼓励其他市场竞争者参与竞争,达到市场整体资源合理的配置。

2、判决标准的改良:“试验性使用”豁免原则的转型

与初创阶段相比,自20世纪中叶开始,适用“试验性使用”豁免原则的判断要件开始松动。在Dugan诉Lear Avia一案和Chesterfield诉United States一案中,法院认定,“只要没有证据证明其直接从出售专利发明中获利,那么商业性机构进行试验的行为也可以适用‘试验性使用’豁免原则”,“如果行为人没有制造或销售任何专利产品,那么

行为人使用专利产品的行为就带有试验性使用性质”。据此,可以看出,尽管商业性机构进行使用他人专利产品进行试验的领域与其自身经营的领域相同,只要未直接从他人的专利中直接获利,即使商业公司为了提高利润而对他人享有专利权的专利发明进行的试验也可以认定适用“试验性使用”豁免原则。

与初创阶段的“试验性使用”豁免原则相比,此时司法判决标准发生了一些变化:首先,改变严格的“行为人社会性质”判断标准。“行为人社会性质”判断标准不再“一刀切”,商业性机构非获利目的行为也可以适用“试验性使用”豁免原则。当然,商业性机构获利目的行为绝对不可以适用“试验性使用”豁免原则。其次,单纯的使用专利器械的行为不侵犯专利权人的合法权益。最后,宽松适用“获利目的”标准。只要没有直接获利,仍可适用“试验性使用”豁免原则。当然,仍有部分法院判决认为,如果使用他人专利产品试验的结果使商业性机构生产出可以获利的其他产品,那么就可以认定商业性机构的行为带有“获利目的”,即间接获利性为不适用“试验性使用”豁免原则。可以看出,在此阶段,司法实践中适用“试验性使用”豁免原则的要件相对比较宽松。

但作为以营利为宗旨的商业性机构,其经营行为不可避免都带有一定的“获利目的”。强行区分商业性机构的“获利目的”行为和“非获利目的”行为的方法过于理想化,在司法实践中的操作几乎是不可能的。

(三)成熟阶段(20世纪中叶—至今):再严格解释

1、时代背景轮廓:后工业社会和信息社会的出现

结束二战的美国,作为战胜国登上

了资本主义世界的高峰。由于以原子能技术、宇航技术、电子计算机技术发展为标志的新科学技术革命的兴起,推动了美国经济高度现代化的发展。加上美国现代企业组织的新发展,国家和国际垄断组织的大量涌现以及跨国公司的迅速崛起,美国成为高度现代化的超级大国,并开始向后工业社会和信息社会转型。随着世界第一经济强国地位的确立,美国的专利政策也悄悄向主要社会经济支柱——跨国企业、垄断企业倾斜。

2、判决标准的异位:“试验性使用”豁免原则的轮回

自从20世纪中叶开始,司法判决开始严格解释“试验性使用”豁免原则的适用要件。在Pitcairn诉United States一案中,法院认为“即使是非商业性机构使用专利产品的行为也可以看作是侵犯了专利权人的潜在利益”,“为试验、评估、证明或试验目的,被告美国政府制造和使用原告Pitcairn享有专利的直升飞机的行为应当在传统的‘实验性使用’豁免原则下予以理解”,即“根据专利产品使用机构的合法性质,为试验目的,生产、制造他人的专利产品的行为不适用‘试验性使用’豁免原则”。即使行为人没有获得物质利益,只要未经专利权人授权,其制造、使用专利产品的行为都侵害了专利权人物质利益。

对“获利目的”的理解不但不再仅限于商业性机构的获利行为,哪怕是而非商业性机构为履行“合法的职责”,只要未经专利权人许可,而制造、使用专利产品的行为也被认为是带有“获利目的”,不适用“试验性使用”豁免原则。较之初创时期,此阶段的“行为人社会性质”标准更为严格。“行为人社会性质”标准作为判断行为是否具有“获利目的”的依据,还进一步将非商业性机构的部分试验性使用认定为带



有“获利目的”的行为。换句话说,只要行为人的获利领域与专利产品的所属领域相同,那么就认定行为人的试验性使用行为与行为人的利益之间存在一定的关联,因此不再适用“试验性使用”豁免原则。

在 Roche Product. Inc. 诉 Bolar Pharmaceutical Co.一案中,法院认定被告的行为——满足相关行政法律规定而对专利药品进行试验的行为,带有明显的主观“获利目的”,不适用“试验性使用”豁免原则,即使客观上是为了满足相关行政法规的上市申请条件而进行的试验。

在 Madey 诉 Duck University 一案中,法院认定“无论一个特定的机构是否有物质上获利目的,只要其行为是为了促进其合法业务(包括教育和启蒙学生,提升学校的声誉,吸引专家学者等),而非仅仅是由于乐趣,满足好奇心或科学的要求,那么其行为就不适用‘试验性使用’豁免原则。而且,行为人是否为商业机构或非商业机构并不是决定性因素。”

通过对这一时期案例的梳理,其具有以下特点:

(1)对“获利目的”标准中“获利”的解释更加宽泛,不仅包括物质利益,还包括非物质利益;不仅包括直接利益,还包括间接利益。

(2)增加不适用“试验性使用”豁免原则的种类。强调行为人试验性行为与其自有业务、职责的关联性,只要两者有重合点,就认定其行为带有“获利目的”。

(3)可以适用“试验性使用”豁免原则的行为人范围进一步缩小。科研机构、政府部门的部分试验行为不适用“试验性使用”豁免原则。

这一时期问题的集中表现就是较枉过正,过度的限制“试验性使用”豁



免原则的适用阻碍了科学研究机构(高校、研究所)和商业性机构(公司、企业)研究和开发的积极性,而科学研究机构(高校、研究所)和商业性机构(公司、企业)恰恰又是社会科技进步的主力军。严格适用“试验性使用”豁免原则固然会在短时间内保护专利权人的利益,长远来看,却给此后的科学研究者(包括改良专利申请人)的科研行为设置了几乎不可逾越的障碍,产生压制新专利、新技术的涌现,鼓励专利权人科研惰性的结果。从长远来看,对社会整体的经济发展是不利的。与此截然不同的,较宽松地适用“试验性使用”豁免原则不仅可以鼓励后来的科研人员改良现有技术,还可以激励专利权人不断创新,达到有利于社会发展进步的最终目的。专利权的法律设置有两个目的:保护专利权人的合法权益;利用专利权促进社会进步和经济进步。这两个目的没有孰轻孰重,必须要两者同时兼顾才可以使得社会利益最大化、社会资源配置最合理。(未完待续)●

(作者系同济大学经济与管理学院博士研究生)

随 笔

●文 / 曹伟明

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

## 寒窗忆旧



1983年作者(后排左一)与部分同学毕业合影



每年,事务所都会增加不少刚出校门的新人。每每看到他们朝气蓬勃、英姿飒爽的样子,总会在羡慕之余引发一些感慨。是啊,我们都曾年轻,只是于我已是30年前了。

1979年离现在已很遥远了,然回忆起来有些情形却又恍如昨日。那年夏天,我高中毕业,两个月后怀着欣喜揣着茫然步入了华东政法学院(现为华东政法大学)。说来可笑,填报志愿时确实将华政作为首选,却真的不清楚为何要选华政,也不知道法为何物、将来要干什么。这实在是因为我理科太差而文科学校少之又少的缘故。且不说我当时只是十八、九岁的高中毕业生,即使是成年人也不见得有多少人明白法律是什么、有何用。要知道这是文革“砸烂公、检、法”后华政复校的首次招生,而当时人们的视野、资讯又是如此狭窄和闭塞。

我长这么大,除了一次学农外还从没离开过家、离开过父母。报到那天姐姐和哥哥陪我同去,姐姐的任务当然是帮我铺床叠被挂蚊帐,哥哥则是帮我提行李。到宿舍门口映入眼帘的首先是一张贴在门上的学生名单,放眼望去,第一个名字便是曹建明。未及往下看便自忖,学校怎么这么不细心,名字都给搞错了。再往下看时才发现错的是我,名单下方我的名字赫然在列。当时就不禁感慨怎么会这么巧,仅一字之差,真像兄弟俩同居

一室。推门入室,房中仅一人在拖地板,互相询问后方知他就是我的“兄弟”曹建明,他显然也觉得诧异,我们相视而笑。就此我认识了大学的第一个同学,他的成熟、稳重、大方和善于交流给我留下了深刻印象。因为是历届生,他大我六岁,又因为他早已工作且已担任多年基层党支部书记,故我在他面前更显稚嫩。巧的是我又跟他同桌,相对和交流的机会自然又多了许多。此后他担任了学生会副主席,成了三好学生,成了为数不多的全优生。毕业前他考取了硕士研究生,然后留校任教,从系主任到院长再到如今的最高检察院检察长。毕业后我们各自在自己的岗位工作,早年也曾相互通信,也经常相聚,渐渐各自也都成家立业,见面相聚的日子越来越少。然每次的聚会虽觉时光匆匆,但每每都会说起同窗四年中的点点往事,说起他每天早晨四点起床读外语,说起我们一起打排球、一起洗冷水澡直至寒假……总是那么开心,总是那么过瘾,总是会让快乐占据面容、让幸福漾满身心。我一直坚信,他成功是必然的,就因为他的刻苦,他的坚毅,他的乐观和他的全面。

李崇芝是我的上铺,山东汉子但个头不算高大。他是我们宿舍报到最晚的。因为火车晚点的原因,他进宿舍时已是深夜,我们都被他从睡梦中惊醒。可能他觉得影响了别人休息不好意思,一进门就从军绿色挎包里掏出苹果每人分了一

个,一口胶东话听得我们似懂非懂,但无论如何,真诚、纯朴和善良是可以用心读的。冬天时,上海同学还是会用些“雪花膏”涂涂脸,这在当时已是高级化妆品了。李同学许是看不惯这些“少爷作派”或是资产阶级生活方式,总是强力抵制并说“臭”味难闻。说实话“雪花膏”还真的比现在大多数护肤品都要香。鼻子都没病,意识形态不同而已。有意思的是,不出俩月他比谁抹得都多、抹得都香。可见人的思想真的会变,而且很快。让同学们印象更为深刻的是他的眼珠呈黄褐色,鼻梁又较高挺,让人觉得有几分异域之感,加上他乡音浓重,读起英语来英美人听不懂,中国人也很难懂,我们便总笑称他为“山东美国人”。今天想来,同窗时代的回忆,一切都是那么美好的。

我真为我的同学骄傲,现如今担任各级法院院长、检察长的已不计其数,单单我们宿舍就出了一位最高检察官和一位高级法官,其余有六位大学教授(大多兼博导),郑伟、沈亮、史建三、王虎华、杨心明等等,皆为法学界知名学者专家,其中不少还兼任过各法学院院长。当然我更感谢我的母校为我们的国家培养了这么多的专门人才。

明年是我们毕业30周年,想来又会迎来同学大聚会了,我期待着。●

(作者单位:上海市捷华律师事务所)





# 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](http://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](http://www.cietac-sh.org)

## 新法速递《律师业务资料》目录 2012 年第 11 期

### 上海篇

- 1.上海市人民代表大会常务委员会:关于规范性文件备案审查的规定
- 2.上海市人民代表大会常务委员会:上海市城市管理行政执法条例
- 3.上海市人民代表大会常务委员会:上海市产品质量条例
- 4.上海市人民代表大会常务委员会:上海市市民体育健身条例
- 5.上海市人民代表大会常务委员会:上海市募捐条例
- 6.上海市人民代表大会常务委员会:上海市人民代表大会关于代表书面意见的规定
- 7.上海市人民代表大会常务委员会:上海市实施《中华人民共和国邮政法》办法
- 8.上海市人民代表大会常务委员会:上海市审计条例
- 9.上海市人民代表大会常务委员会:关于修改《上海市人民代表大会常务委会员任免国家机关工作人员条例》的决定
- 10.上海市人民政府:上海市停车场(库)管理办法
- 11.上海市人民政府:上海市实有人口服务和管理若干规定
- 12.上海市人民政府:上海市非营业性客车额度拍卖管理规定
- 13.上海市人民政府办公厅:上海市校车安全管理规定
- 14.上海市住房保障和房屋管理局:上海市房屋征收事务所及其房屋征收工作人员管理办法
- 15.上海市住房保障和房屋管理局:《上海市房屋征收工作证》管理办法
- 16.上海市住房保障房屋管理局等:关于在公有住宅售后维修资金中列支水箱清洗费、绿化养护费等收费标准的通知
- 17.上海市财政局等:关于固定业户总分支机构增值税汇总纳税有关政策的通知

- 18.上海市财政局等:跨省市总分机构企业所得税分配及预算管理办法

### 全国篇

#### 【综合】

- 1.国务院:教育督导条例
- 2.国务院:气象设施和气象探测环境保护条例

#### 【诉讼法】

- 1.最高人民法院:关于军事法院管辖民事案件若干问题的规定
- 2.最高人民法院、最高人民检察院:关于废止 1979 年底以前制发的部分司法解释和司法解释性质文件的决定
- 3.最高人民法院:关于废止 1979 年底以前发布的部分司法解释和司法解释性质文件(第八批)的决定
- 4.最高人民检察院:关于废止 1979 年底以前制发的部分司法解释性质文件的决定

#### 【公安】

- 1.公安部:关于修改《消防监督检查规定》的决定
- 2.公安部:关于修改《建设工程消防监督管理规定》的决定
- 3.公安部:机动车驾驶证申领和使用规定
- 4.公安部:关于修改《机动车登记规定》的决定

#### 【证券】

中国证券监督管理委员会:基金管理公司特定客户资产管理业务试点办法

#### 【劳动】

人力资源和社会保障部等:事业单位工作人员处分暂行规定

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/>。



上海律协举办纪念上海律师公会成立一百周年大型史诗音乐会 摄影：曹中星