

上海市律师协会 主办



SHANGHAI
LAWYER

上海 律师

聚焦·思辨·感悟·互动

卷首语 律师要做宪法的实施者和捍卫者/张凌

法律咖吧 奥巴马和CFIUS是否违宪——“三一重工关联企业诉美国政府行政决定违法案”法律问题研讨会综述/阮露鲁 朱淑娣 钱焰青等

2013
总第703期

1



王光贤 朱成钢

盛雷鸣

高小玫

董波

专题研究

城市房屋征收中的行政强制执行制度研究 / 陆艳

聚焦

提升理论素养 增强实务能力

——举办首届上海律师学术大赛之问答 / 吕轩

2012年12月19日，中华全国律师协会秘书长、司法部律师公证工作指导司副司长周院生一行到市律协视察，并就如何推动律师业发展、推动行业管理等调研课题进行了交流探讨。



2012年12月12日，市律协参政议政促进委员会邀请市政协提案办副主任朱钢和市政协办公厅综合信息处副处长胡纓分别以如何提出高质量的提案和高质量的社情民意为主题，为与会律师人大代表和政协委员进行履职培训。同时受邀前来的还有市政协社法委主任缪晓宝。



2012年12月20日，深圳市律师协会副会长简晓青等一行16人到市律协考察交流。双方就律师惩戒、执业纠纷调处、实习人员考核等工作进行了座谈交流。



1月17日，市女律师联谊会“我志愿我幸福——女律师迎新暨志愿团表彰会”举行。会议表彰了2012年上海市女律师巾帼律师志愿团优秀志愿者，迎新会上律师们还表演了精彩的节目。



1月18日，市律协召开2013年上海律师参政议政新闻发布会。当前，市区(县)两级律师人大代表和政协委员总数由上一届的118人增至152人，同比增长将近29%。

律师要做宪法的实施者和捍卫者

上海市第十三届人大法制委主任委员 张凌



爆竹声中一岁除,在新的一年到来之际,律协秘书处要我写点新年寄语。我想,律师是法律工作者,就写下这篇律师要做宪法的实施者和捍卫者。

众所周知,宪法是我国的根本大法,是治国安邦的总章程,具有最高的法律地位、法律权威、法律效力。宪法确认了我国的根本制度和根本任务,确定了我国的国体和政体。坚持了人民主体地位,切实保障人民享有权利和履行义务。公民的基本权利和义务是宪法的核心内容,宪法保障公民的人身权、财产权、基本政治权利等各项权利不受侵犯。律师作为法律的实践者,首要的是要实施宪法。律师要通过自己的法律实践,努力维护最广大人民的根本利益,保障人民群众对美好生活的向往和追求。律师要通过自己的司法实践,努力让人民群众感受到法律是保障人民的基本权利的,感受到法律的公平正义。依法治国,首先是依宪治国;依法执政,关键是依宪执政。习近平同志指出:当前“关系人民群众切身利益的执法司法问题还比较突出,一些公职人员滥用职权,失职渎职,执法犯法甚至徇私枉法,严重损害法制权威”。如重庆发生的薄、王事件就是一个十分典型的事例。他们肆意践踏宪法,藐视法制已经到了触目惊心的地步,这充分说明了依法治国的道路任重而道远。律师要做宪法的捍卫者,通过自己的法律实践,维护宪法的权威;通过法律手段,追究违反宪法和法律的行为;通过法律实践,捍卫宪法的最高权威。

“为天地立心,为生民立命,为往圣继绝学,为万世开太平”。这是中国数千年来无数志士仁人胸怀的抱负和坚持的信念。在当今,这个“心”就是宪法,这个“命”就是宪法,万世太平之根本保障还是宪法。希望广大律师做宪法的忠实实践者,勇敢的捍卫者,在新的一年里,为依法治国做出自己的贡献。●





上海律师 2013 1

总第 703 期

目录

SHANGHAI LAWYER

《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 钱翎樑
周天平 管建军 厉 明 万恩标

委 员:(排名不分先后)

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

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

本刊特约撰稿人:

王俊民 汤啸天 陈 默
李颂联 王凤梅 彭念元
游 伟

(内部资料 免费交流)

编辑部地址:

上海市肇嘉浜路 789 号均瑶国际广场 33 楼

电 话:021-64030000

传 真:021-64185837

投稿邮箱: E-mail: tougao@lawyers.org.cn

网上投稿系统: <http://info.lawyers.org.cn>

上海市律师协会网址(东方律师网)

www.lawyers.org.cn

上海市连续性内部资料准印证(K第272号)

卷首语

1 律师要做宪法的实施者和捍卫者 / 张凌

本刊关注

聚 焦

5 新年寄语 / 盛雷鸣

6 提升理论素养 增强实务能力

——举办首届上海律师学术大赛之问答 / 吕 轩

9 共同规范 全力保障

——市律协与市监管总队签署合作协议侧记 / 季 间

局长视窗

10 优化管理模式 提升服务效能

努力推进普陀现代化律师服务业发展 / 夏宝元

区县传真

13 积极探索勤实践 拓展服务新天地

——静安区律工委主任唐勇访谈录 / 付 锐

16 整合资源 开拓创新

打造青年律师人才培养新高地 / 徐汇区司法局

法律咖吧

18 奥巴马和CFIUS是否违宪

——“三一重工关联企业诉美国政府行政决定违法案”法律问题研讨会综述 / 阮露鲁 朱淑娣 钱焰青 韩 正 许江晖 赵 平



《黄龙初雪》摄影:孙根福 律师

纪念上海律师公会成立一百周年 京剧演唱会



2012年12月9日,为纪念上海律师公会成立一百周年,市律协京剧社假座上海兰心大戏院,演出了一台熠熠生辉的京剧演唱会。

人物·优秀女律师

14 偶然以后的执著 / 金 纓

警 示 台

25 情绪失控闹法庭 忽视修养酿恶果 / 市律协纪律委员会

法眼法语

时 评

26 “潜规则”不除,司法难有真进步 / 游 伟

视 角

27 辩护人庭审查问系列文章之一
论辩护人庭审查问及诉讼价值 / 王俊民

我的败诉

30 违法送达之殇
——记一起商标侵权行政处罚案件始末 / 朱晶晶

专题研究

33 城市房屋征收中的行政强制执行制度研究 / 陆 艳

38 律师代理行政复议案件刍议 / 徐 炯

42 行政复议与政府信息公开监督

——兼议行政复议程序完善与律师业务发展 / 阮露鲁

45 论我国行政指导的司法救济

/ 戚建国 潘成林

50 行政选择性执法初探 / 郑绍平

52 试论行政调解的效力 / 王昊东

人文万象

他山之石

56 “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
(下) / 姚颖靖 彭 辉

微·Talk

59 鹅卵石与回音壁

60 《上海律师》2012年度总目录

新法速递

封三 《律师业务资料》目录 2012年第12期

金蛇吐信送吉祥，蛇舞春回百事顺。
万家举杯共畅饮，吉星高照伴蛇年。
蛇年到，愿您合家欢快，如意美满；
健康常在心安乐，事业更上一层楼！



本刊关注

聚焦

●文 / 上海市律师协会会长 盛雷鸣

新年寄语

律回岁晚冰霜少,春到人间草木知。送走忙碌而又充实的一年,我们又迎来充满希望的新的一年。回首过往一年,每个人都经历着各不相同的境遇,体会着不同的人生感悟。但从律师——我们这个共同的身份出发,还是有着一些共同的事情值得我们回味,从中汲取力量、得到启迪。

过去一年,律协作为律师之家,着力改进工作作风,坚持创新服务方式,努力让协会的服务更加贴近基层,让全体律师实实在在体会到家的温暖。

我们开展了纪念上海律师公会成立100周年系列活动,围绕“法治、爱国、责任”的主题,通过召开上海律师公会成立百周年纪念大会、上海律师大型史诗音乐会、编纂《百年积淀》纪念画册,颁发“上海律师行业杰出贡献奖”等活动,加强律师的行业归属感和职业荣誉感,提升律师的社会形象和影响力。

我们引导律师更加注重职业技能的锻炼,圆满完成了上海律师辩论大赛工作,并启动了一项以论文论著、案例分析、文本制作等方式开展专业研究与技能实务的比赛活动——首届上海律师学术大赛,此外,专门制订《业务研究委员会活动计分规则》,在规范业务交流活动同时,调动活动积极性,充分利用研究会“专业型的委员开放式的活动”平台,带动全市律师不断提升执业技能和职业素养。引导广大律师特别是青年律师把更多精力花在钻研业务上,继续为广大律师搭建展示能力、崭露头角的舞台。

我们努力改善律师执业环境。先后与市公安局监管总队、上海市检察官协会建立沟通协作机制并签署合作协议,

为进一步保障律师依法执业的权利进行磋商;与市高院、市检察院合作开发、制作二代会员卡,用于上海检察院网上预约阅卷、上海法院律师专用通道和网上立案系统的身份验证。

我们开全国律师行业组织创新管理之先河,在全国率先启动特邀会员工作。在特邀会员和社会律师之间搭建起畅通有效的沟通平台,开启了一个互相学习、取长补短、增强实力、共创双赢的新时代。有助于促进上海律师队伍的整体融合和优势互补,提升上海律师队伍的综合素质和国际竞争力。

我们关注青年律师发展,制订《加强和推进本市青年律师工作的若干意见》,以期关注并解决本市青年律师在发展中遇到的一些瓶颈问题,建立保障青年律师发展的体制和机制,保障青年律师生存和发展,切实维护青年律师合法权益。

我们完善律协奖励制度。一改以往的奖项只注重律师个人发展、突出个人成绩的做法,增设“律师行业贡献奖”,把奖励对象拓宽到行业内外的律师、律所和非律师个人或单位,以此作为一个风向标引导更多人士来关注、关心、推动上海律师行业的发展与进步。

我们更加重视行业民生工作,实施三项“民生工程”,一是服务于全体律师的健康体检项目,为广大律师参加体检提供好的渠道;二是设立高端医疗保险,为有需求的律师提供“一对一”的高品质医疗服务;三是与中国银行签定银行信用卡服务协议,对符合条件的律师提供5万元到40万元的信用额度,并专享年费优惠服务。

过去一年,对于律师行业是不平凡的一年。新的一年,作为律师之家,律协

要继续与全体律师同舟共济,为全体律师倾情服务,为律师行业尽心尽责。

我们要坚持进一步改善律师执业环境。要借助修订的刑事诉讼法、民事诉讼法颁布实施的契机,加强与公检法等政法部门的沟通协调,争取出台一些具有可操作性的相关规定,进一步落实律师执业权利,改善律师执业环境。

我们在适度关注规模大所发展的同时,要正视行业现状,积极回应占行业80%至90%的中小规模的事务所的需求,为这些事务所的运作和管理提供指引,在规范化基础上,为这些事务所的发展提供更多帮助。

我们要继续坚持工作重心下移,完善区县律工委这一特有机制,花大气力研究广大律师最迫切需要的服务,在执业保险、人身意外保险、医疗互助金、行业年金保险等既有行业福利制度的基础上,研究进一步增加福利措施的可行性,进一步解除广大律师的后顾之忧。

新的一年,不仅带给我们希望与梦想,也给了我们鞭策与催促,认清和改进过去一年工作中的不足,我们整装待发,攀登新的高峰。

莫道君行早,更有早行人。随着这新年的第一声洪钟敲响,在这一片充满希望的热土上,只要我们精心播种、辛勤耕耘,留下我们的汗水与心血,定能收获新的果实,再创律师行业新的辉煌。

在此,谨向一直关心、指导和支持上海律师事业的各级领导和社会各界,向忠实履行社会主义法律工作者神圣职责的广大律师,致以衷心的感谢和崇高的敬意!

诚祝全体上海律师——蛇年大吉,事业进步,阖家安康! ●

聚 焦 ●文/吕 轩

提升理论素养 增强实务能力

——举办首届上海律师学术大赛之问答

首届上海律师学术大赛自 2012 年 5 月筹备之时起便引来多方关注。近半年来,大赛办公室陆续收到多篇申报作品。近日,本刊记者获悉,大赛组委会就如何让更多的律师参与大赛,如何令大赛设置更为科学召开专题会议。会后,我们采访了大赛组委会主任盛雷鸣会长。对律师们所关心的大赛相关问题,盛雷鸣会长代表组委会一一作了解答。

Q: 本刊记者

A: 盛雷鸣

Q: 和法学家不同,律师职业更注重实践,属于应用型法律人才。上海律协首次试水举办律师学术大赛的用意为何? 这对律师执业有帮助吗?

A: 法学家和律师同属法律职业共同体,法学家和律师作为法律专业人士,却往往被以“学者型”和“工匠型”为方向而区分。其实,扎实的法学理论功底和丰富的法律实践经验,是成为一名优秀律师不可或缺的两个条件。上海律协决定举办上海律师学术大赛,既是对上海律师理论素养的考察,又是一次对实践经验的总结,更是为上海律师向社会展现自身执业素养和品位提供崭新的舞台。

我们必须看到,现在律师行业存在着重实务轻理论的现象。律师并非单纯的法律实务工作者,法律实践工作离不开深厚的理论支持,而扎根司法实践土壤的学术研究对法律实践同样有着积极的推动作用。随着上海经济社会的不断深入,司法环境的日趋优化,社会对上海律师的需求和要求也在提高。如何增强上海律师核心竞争力,如何为当事人提供更为优质的法律服务,一直是行业关注、追求的目标。我们希望通过举办学术大赛,引导上海律师执业观念和方式由传统向现代的转型,鼓励执业律师在紧张、繁杂的工作之余多总结、多思

考,不断提升自己的理论和实践水平,在业内营造一股浓厚的学术氛围,成为社会期待的法律职业者。

Q: 学术大赛从筹备至今已有半年之久,现在的征集情况如何? 近期大赛组委会对报名时间和作品发表时间都放宽了,又是作何考虑?

A: 截至 12 月 12 日,共收到申报的著作 12 部、论文 17 篇、代理词 5 篇、辩护词 3 篇、法律意见书 2 篇、调研课题报告 1 篇。这些数量远远低于我们的预期,至少,据我们所知,上海律师中精于著书立说的大有人在。我们分析了一下,觉得产生这种情况的原因在于,大赛给予律师申报作品的准备时间稍短,难以确保提供高质量作品。且报名范围限定在“2009 年 1 月 1 日 - 2012 年 12 月 31 日”具有一定的局限性。

组委会在近一步调研和充分听取意见后决定,将报名截止日期延长半年,从原先的 2012 年 12 月 31 日延长至 2013 年 6 月 30 日。进一步拓宽报名范围,由原先要求“执业期间近 4 年内(2009 年 1 月 1 日 - 2012 年 12 月 31 日)发表的作品”放宽至“2008 年 1 月 1 日至今”。

Q: 本次学术大赛征集作品类型除了著作和论文之外,还有哪些项目? 会不会因为偏重学术而少了实务层面的指引?

A: 大赛征集作品类别除了论文、著作以外,还有体现律师实务的法律文书。一共是三类别八个单项。特别设立辩护词(刑事诉讼类)、代理词(民事诉讼类)、律师工作报告、法律意见书、尽职调查报告、调研课题报告六个具有本行业特色的项目。从设计上而言,可谓精心打造、量身定做。从创意上来说,也是别出心裁、全国首创。

所谓实践出真知,本次大赛也充分考虑到这一点,为了体现行业特点和自身优势,在要求注重理论基础和专业知识的同时,更偏重于律师的业务能力和实战经验积累。

Q:作为一项面对全体上海律师的公开赛事,本次学术大赛有哪些奖励措施?

A:上海律协将在评选结束后举行表彰仪式,对获奖作者及优秀的组织单位进行表彰。对组织工作出色的区县律师工作委员会、律师事务所颁发优秀组织奖,并将在相关评选活动时作重要参考。此外,获奖作品将汇编成册,用于行业内交流和展示。最吸引广大优秀律师参与大赛的一项措施应该是学术大赛的评选结果将成为业内“评优”的重要考量标准。获奖作者及所在律师事务所在参评优秀律师、优秀律师事务所、优秀女律师、优秀青年律师时,将增加学术所占分值的权重。

Q:2011年上海律协组织的律师辩论大赛非常成功,此次推出的上海律师学术大赛不仅在上海是首届,在全国也是首创。市律协在对这一赛事的筹备、组织、协调上又做了哪些工作?

A:无论是2011年的辩论大赛还是2012年的学术大赛,都是行业协会倡导提升律师专业职业技能和职业

素养的风向标,因为专业功底才是律师执业之本。我非常希望我们历届理事会能定期举办这类大赛,持之以恒,形成我们律师行业的固有品牌活动,以此推动广大律师不断扎实法律功底。

上海律协此次首次主办“上海律师学术大赛”,比赛设置是否周全,大赛参与度能否如预期等问题都是我们组委会特别关注的问题。首次办这样的赛事,具体的筹备、协调和组织工作也是不小的挑战。

自2012年5月首届“上海律师学术大赛”开始筹备到正式启动,上海市司法局给予了上海律协最大的支持与指导,协会为本次大赛专门成立上海律师学术大赛组委会、评委会,并设立赛事办公室,具体负责本次评选活动的组织实施工作。赛事办公室历经数月精心筹备,确立评选标准、多次召开组委会会议研究、讨论具体方案和实施计划。我们希望为广大律师搭建好这个舞台,让我们的律师百家争鸣,各显神通。

Q:我们期待这场律界的“达人秀”尽快上演,也预祝上海律协能通过此次大赛以学促术,在发现和培养更多律师人才的同时,继续营造扎实业务功底的良好行业氛围。

A:谢谢! ●

信 息

提高研究成果质量 引领专业技能交流

日前,上海市律师协会业务研究指导委员会2012年度年终工作总结会议召开。市律协会会长盛雷鸣,副会长邵曙范、黄绮、管建军、监事长厉明,副秘书长王旭峰、陈东,律师学院副院长章志伟以及委员会委员等共40余人参加会议。

会议讨论并通过《上海市律师协会业务研究指导委员会2012年工作总结及2013年工作设想》、《律师学院2012年工作总结》、《2013年业务研究指导委员会经费预算》以及拟进行修订的《上海市律师协会业务研究委员会工作规则》、《上海市律师协会业务研究委员会活动计分规则》。

会议重点讨论了研究委员会发展中存在的问题,明确研究委员会每年基本活动数量,进一步对研究委

员会委员的职责进行规范。对首届上海律师学术大赛作动员,提出与宣传委加强合作的具体要求;确定了2013年与律师学院联合办班的初步安排。

委员会将在明年继续完善业务研究委员会的制度化、规范化建设,通过一些举措引导和发挥委员在业务研究委员会的作用,进一步提高业务研究委员会的研究成果质量,使业务研究委员会真正起到引领行业专业研究、拓展业务、专业技能交流的作用。通过首届上海律师学术大赛、东方律师网、律师之家等渠道,拓宽律师研究成果资源共享渠道,借助业务研究委员会平台,加强行业间的交流与联系,充分发挥研究会专业优势,以提升上海律师业的社会影响力。



聚焦 ●文/季 间

共同规范 全力保障

——市律协与市监管总队签署合作协议侧记

去年 12 月末的申城略带寒意，上海市律师协会的会议室中洋溢着暖流。在新《刑事诉讼法》即将实施之际，上海市公安局监所管理总队与上海市律师协会举行《共同规范律师执业 保障律师执业权利合作协议》签约仪式。市公安局法制办主任邢培毅、市监管总队总队长王琦、政委丁雄锋等主要领导，市律协会会长盛雷鸣、副会长邵曙范等主要领导出席了签约仪式。市律协纪律委主任蒋信伟主持了签约仪式。此外，来自本市松江、青浦等五个区县的看守所所长及律工委负责人共同参加签约仪式。

来之不易的合作协议

通常所理解的监管工作因其特殊性，似乎是保守、封闭、刻板的。上海市律师协会作为行业协会，能够与监管机关建立日常沟通机制，能够以平等身份签约，难度可想而知。监管总队王琦总队长在签约仪式上表示，监管总队决定与市律协签署《合作协议》也是有一定压力的。

这种难度在监管机关转变理念，在新《刑事诉讼法》加强律师执业权利的背景下，冰消雪融。通过去年一系列频繁接触，双方最终签署了《合作协议》，为全年的工作划上了一个圆满的句号，为今后的合作开启了新的空间。

在整个过程中，如盛雷鸣会长在签约仪式致辞中反复所表达的，监管总队的主动赢得参与这项工作的律师们的感动。这种主动，推进、主导了双方的合作：主动邀请市律协座谈交流、主动上门深化合作协商、主动起草了《合作协议》、主动推进了保障律师会见权的一系列工作等等，使得最终的签约水到渠成。

市律协各级领导对这项工作予以高度重视，将与监管总队建立长效协作机制作为改善本市律师执业环境的重要历史机遇。今后，市律协将继续把握住工作契机，积极配合监管总队逐步将协议内容落实到工作中，转化

成广大律师能看得到，能感受到，能认可的成果。

保障律师会见举措频出

上海市公安局监所管理总队除了对直属看守所的直接管理，还负责对全市看守所监管业务的指导。我们了解到，本市的监管工作在硬件上不是一流的，主要问题是土地资源稀缺，但是在科技强警、精细化管理上确是一流的。最典型的体现就是不断创新。而去年的一系列创新则围绕着新法实施后保障律师的会见权。

王琦总队长的介绍使广大律师全面了解了总队所付出的努力：会见室从原来的 109 间增加到 190 间，增加了八成。为了达到这个目标，监管总队和各看守所动足了脑筋，有的看守所将现有的会见室一分为二，有的看守所利用极其有限的土地新建会见室，有的看守所调剂出房间改建为会见室等等。

空闲提讯室作为会见室调剂使用。这是一项全新的举措，在全国也属首创。在双方第一次沟通中，市律协的领导代表一些律师提出了这个想法，在交流中得知监管总队已经在考虑这项工作。出乎意料的是，在当年年底这项工作就得到了落实。监管总队起草了《关于律师使用看守所提讯（审）室进行会见告知书》并征求了市律协意见。今后只要律师接受告知内容就可以在提讯室空闲时会见在押人员。这不仅仅解决了会见室的紧张，也使广大律师感到作为法律工作者和侦查机关工作人员是平等的。

建成并试点律师网上预约平台。这项工作监管总队一系列保障律师会见权的重要举措之一，投入了大量的人力物力。起先不少律师误解为这是限制律师会见的前置程序。在这个问题上，总队的出发点和落脚点就是“为了方便律师”。在网上预约平台试点之前，监管总队专程到市律师协会进行演示，并听取广大律师意见。与会律师对这个新事物也非常认同，提了一系列的建议。黄志副总队长当场表态在这项工作中，程序的设计和制

度的安排将以律师们的需求为主。目前,本市的长宁、普陀、嘉定三个区已经开始了网上预约的试运行。

违规会见频频发生,尚需“共同”努力

市律协和市监管总队在组织层面积极沟通签订协议,积极优化律师的执业环境,市监管总队也实质性地推出一系列举措。另一方面,本市律师违规会见依然频发。

前年市律协发了专项通报,严肃处理了一批违规会见案件。去年,市律协又收到了十几起违规会见的纠正违法通知书。有借手机给在押人员使用的、有将香烟打火机交给在押人员夹带的、有私自传递纸条的、甚至还有提供饮料和零食的。

这些违规会见,影响的不仅仅是个人,对整个行业的形象,对整个行业争取更宽松的执业环境都造成了极其负面的影响。面对这一情况,市律协认识到要规范律师的会见,仅仅靠自身的工作效果是有限的,要从根本上减少甚至杜绝律师违规会见,还要落实到《合作协议》中的“共同”两个字上。

惩戒,虽然对其他律师能够起到警示作用,但其本身并不是我们希望的结果。有效预防基础上的惩戒才更有意义。市监管总队领导表示,保障监管人员的安全是第一位的,而违规会见中传递物品是一个很大的隐患。

合作,就应当相互理解、相互支持。在签约仪式后的座谈会上,监管总队明确表示监控全覆盖是监管工作的基本要求。新建的看守所监视设备都是明显的,有些老的看守所监视设备是隐蔽的。律师会见不被监听,但是每间会见室都有监视。

律师会见应当“慎独”,决不能抱侥幸心理去满足家属的一些要求。在争取自身执业权利的同时,首先要做到自律。自律,才能赢得信任。今年,双方将继续在共同预防违规会见方面开展深入合作。

律师配合看守所工作预留空间

这次参与签约仪式的还有来自松江、青浦五个区县的看守所所长及律工委负责人。他们带着特殊的使命参与了签约仪式。《合作协议》除了建立联络员日常联系沟通制度、建立工作例会制度、双方互相聘请监督员之外,一大亮点就是对律师配合看守所相关工作作出了安排。

“通过深入合作,市律师协会有组织地选派律师到看守所开展普法宣传,为在押人员家属提供义务法律咨询等工作。同时,通过对民警开展法律讲座等方式,积极协助、配合看守所开展相关工作。”上述的五个区县就是第一批试点的单位。

这项工作的出发点之一,是让律师群体和监管干警通过组织平台消除隔阂,增进了解,促进理解。这条约定,充分体现了市监管总队对市律师协会的信任,对广大律师的信任。在座谈会上,这项合作内容得到了试点单位领导的支持和认同,双方就合作前景进行了展望。

签约伊始落实到具体工作

签约后的第二天,市监管总队和市律师协会向各看守所、各区县律工委联合下发了《关于进一步保障辩护律师会见权的通知》。这份通知对之前的成果予以了固定,又推出了一系列实质性的改进。

统一全市看守所的接待时间。避免了因工作时间不统一而让律师白跑,而且上下午在工作时间段外还各预留了半小时作为机动。这一小小的改动可能在律师看来不以为奇,但是各看守所为了达到统一工作时间却要作出一系列的安排和协调。

又如要求窗口岗位接待律师时“要做到规范用语,耐心解释说明,争取理解和支持”、“在律师会见区设立《律师会见建议登记簿》积极收集律师的意见和建议”,这些都体现出了很强的服务意识。

虽然是初步满足,虽然新法实施后还会遇到这样那样的问题,但是监管战线的领导和干警所付出的努力是看得到的,是值得尊重的。有了尊重和认同,才能共同面对困难。

合作的基础是相互理解、相互认同

“我们对这部法是认同的,我们对法律规定是遵守的,我们是有诚意的”,市公安局法制办邢培毅主任的讲话道出了双方的心声。

市律协与市监管总队成功签约,在组织层面建立起了沟通渠道和合作平台。然而今后双方合作达到何种深度和广度,广大律师和监管干警的支持和认同是至关重要的。支持和认同首先是理解,理解来自换位思考。

既要看到法律本身的进步,又要看到客观条件的局限性。特别是在变革期间,要面对现实,权利的争取要适度,对新法的实施有一定的宽容,要看到发展的趋势,认识到发展的阶段性。很多事情因为条件所限必然无法一蹴而就,要留有一定的时间和余地。当然,律师的工作也需要监管部门进一步的理解。沟通顺畅点,误解少一点,问题解决点,变化大一点,进步才能快一点。

无论方案多么周密、智慧多么高超,创新总会引起一些非议。定势思维的人会误解一些新举措,追求完美的人会以乌托邦思维苛求。对于合作的双方,认真听取不同意见,又不为流言所动,既需要智慧和审慎,更要有勇气与担当。●

局长视窗 ●文/夏宝元

优化管理模式 提升服务效能

努力推进普陀 现代化律师服务业发展



普陀区律师参加“华亭杯”龙舟邀请赛



人物档案

夏宝元：普陀区司法局党委书记、局长，普陀区司法局律师党委书记，曾挂职云南省思茅市市长助理，获司法部颁布2006—2010年全国法制宣传教育先进个人、全国司法行政系统奥运安保工作先进个人等荣誉。

近年来，普陀区司法局不断改变行业管理思维，加大行业扶持力度，优化行业发展环境，通过当好“三个角色”、突出“三项重点”、提升“三种能力”等举措，实现了普陀区律师服务业从小到大、从弱到强的跨越式发展。

一、树立管理新思维，当好“三个角色”

(一) 当好“管理者”，确保行业健康有序。作为司法行政部门，始终将律师行业主管部门的本职身份放在第一位，加强对律师事务所内部管理的规范指导，修订编印了《律师事务所规章制度汇编》和《律师事务所管理手册》等材料，指导律师事务所以决策程序、人员管理、风险控制、质量控制、受益分配等为重点，不断细化完善内部管理制度。加强对律师执业活动的监督检查，认真开展日常监管和年度考核工作，进一步加大监管执法力度；建立健全对律师事务所负责人的谈话提醒和问责等机制，指导律师事务所在办公场所主动公示服务规范、收费标准、投诉处理流程等事项，统一制作并发放投诉引导牌和诚信服务承诺卡，不断促进法律行业信用体系建设。去年6月至8月，根据市司法局有关文件要求，我局对全区范围内的律师事务所开展私设办公场地等违法违规行为专

项检查，在整改拆除违规标识标牌的同时，对相关律师和律师事务所加强教育引导，坚决杜绝违反职业道德和执业纪律，影响律师队伍的形象的执业行为。

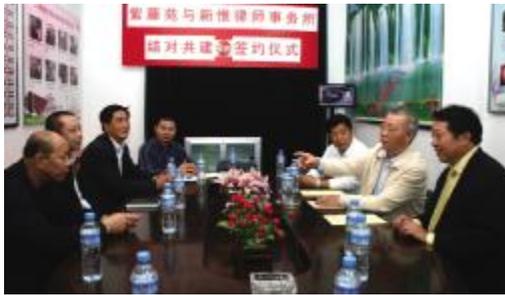
(二) 当好“服务者”，创造良好外部环境。以发展的眼光看待司法行政机关与律师行业的关系，树立“管理与服务并重”的理念，更加关注律师事务所和律师的内在需求，努力营造“三个环境”。一是透明稳定的政策环境。主动争取区主要领导、分管领导、区人大的调研和支持，先后制定了《普陀区关于进一步推进律师服务业发展的实施意见》、《普陀区律师业第十二个五年规划纲要》、《关于进一步发挥律师在法治政府和法治社会建设中重要作用的实施意见》等文件，明确了律师服务业在区位发展中的重要地位及发展方向。二是宽松有序的市场环境。围绕普陀区“一河五区”的发展规划，以区内长寿商业商务区、中环商贸区、长风生态商务区等重点地区建设为契机，鼓励律师事务所根据法律服务市场的现状和特点，实行市场细分和专业服务，有效地为各类市场主体提供法律服务，不断拓展法律服务的空间和层次。三是和谐温暖的人文环境。建立政治联络员制度和领导干部联系点制度，对新引进或新开业的律师事务所提供跟踪服务，为在职业发展中遇到困难律师事务所和律师出谋划策，



成立普世律师事务所驻新渡口旧改基地党员志愿者工作室



长风生态商务区法律服务研讨会



上海新惟律师事务所与紫藤苑小区共建签约仪式



组织青年律师开展辩论赛

为遭遇病痛、意外等不幸的律师送上关心慰问,增强律师对普陀的归属感。去年8月,我局开展了主题为“暖人心、促转型、保增长”的服务月活动,由局主要领导、分管领导以及区律工委主任为领队,走访了区内半数以上律师事务所,深入了解律师行业需求,帮助律师事务所解决实际困难和突出问题,指导律师事务所转型发展。

(三)当好“指导者”,激发律师发展活力。理顺司法行政机关与律工委之间的工作关系和分工,在保证律师行业沿着正确的政治方向和执业方向发展的基础上,给予律工委充分、合理的自治管理,不断健全和完善律师行业“两结合”的管理体制。通过组织律师工作委员会编写行业自律制度,配备律工委专职秘书,建立律工委委员定期走访制度等方式,指导律工委进一步加强自身建设。通过创设律师主任“午茶会”、女律师联谊会和“青年律师沙龙”等项目,有效增强律工委的活力,引导其主动参与到行业管理中来。为更好地管理不断壮大的律师党员队伍,我局于2009年9月建立律师党委,去年还为律师党委秘书处配备了专职人员,负责党建日常工作,努力实现以党的建设带动行业管理。

二、服务发展新举措,突出“三项重点”

(一)以大力引进优秀人才资源为重点,加快发展动力。随着普陀区经济等各项事业的迅速发展和法治进程的推进,法律服务的需求也日益增长,一支高素质的专业法律人才队伍对今后普陀律师行业又好又快发展具有基础性作用。为此,我局采取了“两步走”方式。一是做好“招商引所”,不断壮大律师队伍。加强与区发改委、财政局、投促中心、税务局以及相关街镇的沟通协作,努力在项目介入、楼宇优惠、人才引进等方面寻求扶持,积极改善律师服务业的“软环境”。目前,全区共有律

师事务所76家、执业律师840人,行业规模明显扩大、经济效益显著增长、竞争实力不断提升,为服务普陀经济社会发展聚集了一定资源和能量。二是做好“引大扶强”,不断优化律师结构。注重优质所、品质所的引进和培养,力求以最小的管理成本实现最大的效益回报,以专业高效的法律服务匹配区域经济社会发展的需要。按照“接受静安辐射、利用华政资源、接轨长宁发展”的工作方针,我局主动联系并争取到两家以高校法律教师为主、专业程度高、现代化管理的律师事务所注册我区,引入知名律师樊颀加盟的新惟律师事务所,成功促成普世所与胡贤德所合并享受优惠政策入驻长风生态商务区金融港等,极大地提升了普陀律师行业的整体实力。

(二)以积极培育律师执业素养为重点,提高服务水平。我局非常注重对律师队伍的培育,以求律师、律师事务所与普陀的区域经济社会发展共同成长进步。一是提高政治素养。大力倡导“忠诚、为民、公正、廉洁”的政法干警核心价值观,和“责任、创新、坚持、落实”的普陀司法行政核心价值理念,通过开展组织生活、建设律师党建论坛、创新“微型党课”等途径,强化律师职业道德和执业纪律教育,教育引导律师坚定不移地做中国特色社会主义法律体系的建设者、实践者、捍卫者。去年,上海博和律师事务所获全国律师行业创先争优活动先进集体,李向农、应建设两位律师获先进个人称号;时君莉律师的《展巾帼志愿之风采》被评为市司法行政系统学雷锋十佳好人好事。二是培养专业素养。针对青年律师缺乏实践经验的情况,组织开展拜师学艺“传帮带”活动,帮助他们尽快熟悉律师实务,提高执业能力和水平;针对新颁法律、重要理论以及律所管理中的共性问题等,依托新建成的普陀区司法行政服务中心,不定期地开展业务研究和政策培训;针对信访矛盾、旧城改造等当前社会的热点难点问题,先后组织专家学者、资深律

师对“非正常公民代理”、“共有产权分割”,以及其他涉及全区经济和社会发展的重大问题,进行专题调研。去年我局撰写的《保障律师执业权利促进司法公正》一文,获上海市民法治建设课题实务研究类入围成果奖。三是丰富文化素养。出版发行行业刊物《普陀律师》杂志,组织青年联谊会、法律辩论赛、摄影书画展、拓展训练等活动,有效地丰富了律师队伍的业余文化生活。

(三)以不断拓展法律服务空间为重点,增强工作实效。在加强“引”和“育”的基础上,我局还特别注重“用”和“护”,积极搭建各类平台,切实为优秀的律师人才提供一展抱负和所长的舞台。如与区妇联合作开展的“巾帼律苑”妇儿维权法律服务、与团区委合作开办的“阳光律舟”青年律师志愿服务项目,积极促成建立侨联法律顾问团、工商联法律顾问团、新阶层人士法律顾问团等。成功推荐11名律师当选区党代表、人大代表和政协委员,进一步畅通了律师参政议政的渠道。

三、争创行业新高度,提升“三种能力”

(一)提升律师服务助推经济发展的能力。紧扣上海实现“四个率先”、建设“四个中心”的大局以及普陀区加快经济转型发展的有利机遇,把律师服务业摆到现代服务业重要组成部分的高度去认识、去研究、去推动。为此,我局坚持“规模办所、专业兴所、品牌强所”的指导思想,着力提升普陀律师的专业化、规模化、国际化和品牌化的“四化”水平,鼓励律师事务所通过吸收合并、重组联盟等方式,实现规模化发展;引导律师事务所加强对本区域形势发展和法律需求的研究,充分发挥专业特长,开发更具竞争力的法律服务新产品;帮助律师事务所发掘市场机会,搭建合作平台,积极投身普陀的经济发展建设,律师服务业占全区经济的比重逐年上涨。2011年,法律服务业作为现代服务业的重要组成部分被列入区8项重点支持目录和区政府采购目录。以此为契机,我局牵头组织区内8家在金融证券、股权投资、文化创意、国际贸易方面具有专长的律师事务所与长风生态商务区开展结对。上海律所行业实行“营改增”以来,我局多次走访沟通财政、税务等部门,认真做好政策解读和试点工作对律师服务业影响的分析,通过扶持激励机制引导律师事务所做强做大,并将影响不断扩展至长三角地区。目前,我区已有律师事务所在江苏省设立分所,实现“走出去”发展。

(二)提升律师服务创新社会管理的能力。充分发挥律师的法律服务保障职能作用,指挥运用好这支司法行政“编外”力量。一方面,发挥其在服务社会稳定上的“治标”作用,坚持做好每周四陪同区领导信访接待,在重要节点重点领域的“大接访”期间,确保每天全天候

陪同接待。认真做好市、区突出信访矛盾核查、评估和化解工作。自2009年起,连续三年组织30家律师事务所、约100名律师参与此项工作,累计参与案件270余次,出具法律意见书170余件,协助化解纠纷90余件。积极介入矛盾的预防和化解工作,组织博和律师事务所为长寿大自鸣钟项目开展区内首例商业建设项目社会稳定风险评估工作,立足律师专业优势和第三方中立性,参与曹新村征地纠纷、建民村、锦绣里、棉纺新村等动迁重点地区的矛盾化解。另一方面,发挥其在服务依法治理上的“治本”作用,在原有的“双结对”工作基础上,深入开展法律服务“进社区、进楼组、进家庭”活动,推荐区内规模较大、管理较规范的新惟律师事务所与桃浦紫藤苑社区开展共建,并以此为试点,在全区各街镇推广深化依法治理工作。结合机关公务员和领导干部的学法用法工作,邀请专家律师、教授律师为区政府常务会议成员和全区处级干部举办法制讲座。去年6月,调整充实新一届区政府法律顾问团,按照顾问律师的专业优势,细化为经济发展、依法行政、社会事业、安全稳定四个工作组,制定完善《区政府法律顾问团工作制度》、《区政府法律顾问列席区政府工作会议的实施意见》两项配套性文件,有效规范顾问团工作,进一步推进政府依法决策、依法行政。

(三)提升律师服务保障民生的能力。牢牢把握律师的政治定位,指导广大律师围绕以人为本、执业为民,努力在服务保障民生和维护公平正义中有所作为。推行法律援助“5+1”工作模式,除工作日安排2名以上专职律师值班以外,每周六安排“12348”法律专线接答咨询,并由区政府法律顾问团成员坐班接待;实施援助案件质量评审制度,通过同行审查评估和案件质量评估会,不断提升服务质量;就贯彻落实新修订的《刑事诉讼法》中扩大刑事法律援助工作的要求,组织法律援助骨干律师进行专题研究,努力做到应援尽援。去年8月,上海普世律师事务所建立驻新渡口基地律师党员志愿者工作室,由11名党员律师组成的3个接待小组,每周二、四、六在动迁基地轮流值班,向居民提供法律咨询和政策法规宣传等服务。

回顾过去的几年,普陀区律师业发展取得了一些进展和成效,成绩来之不易。今后,我们将围绕普陀经济、政治、文化和社会发展的需求,按照规范有序、布局合理、统筹发展的原则,进一步优化法律服务市场环境,提高律师专业素质和法律服务产品质量,完善行业监管体制,增强我区律师的综合竞争力,使我区律师业在数量规模、服务理念、管理模式、专业素质等方面,取得更快的发展。●

区县传真 ● 文/付锐

积极探索勤实践 拓展服务新天地

——静安区律工委主任唐勇访谈录



这些年来,静安区律师工作委员会在制度建设、服务基层、参与社会管理创新、培养人才、关心律师等方面充分履行职能,积极探索实践,成效显著。本刊记者日前对静安区律师工作委员会主任、上海市金石律师事务所高级合伙人唐勇进行了一次专访,请他就上述几方面的工作和取得的进展谈谈自己的感想和体会,以期让更多的人分享与学习静安区律工委的成功经验。

一、加强制度建设,形成工作机制

本刊记者:唐主任,静安区律工委在制度和组织机构建设方面走在全市前列,请您谈一谈这方面工作感想。

唐勇:静安区律工委是在市律协和区司法局的双重领导下,行使区内律师行业管理和 Service 职能。律工委作为市律协八届理事会的一项创新,其没有可供参考的管理制度和组织模式。为保证这项创新工作能有效、规范、深入地开展,我们把制度和组织机构建设放在了首位。为此,我们制订了《上海市律师协会静安区工作委员会运作规则》《静安区律师工作委员会主任办公会议规则》《静安区律师工作委员会经费使用办法》等规章制度。为将律工委工作落到实处,我们将静安区内三十多名市律师代表大会的代表全部聘为律工委委员,并由每五个委员组成一个工作部,目前我们设立了六个工作部,其中包括律师维权和执业纠纷调解部、律师事务所规范和发展部、律师业务培训和指导部、律师宣传和联络部、青年律师和女律师工作部、综合部(文体、论坛、接待、公关等)。这些工作部每年按工作计划,有条不紊、切

实有效地完成律协布置的各项工作及自行开展的多项活动。

本刊记者:唐主任,能和我们谈谈这些工作部门的主要职责和开展的工作吗?

唐勇:好的。我综合介绍一下我委各部所开展的一些有特色的工作和活动。如律师宣传部为了使宣传静安律师的工作常态化,我们率先编制了《静安律师》杂志,并在每个律所设立联络员,及时了解各律所的重要活动和业务成果。我们还组织了五十名律师与“东方大律师”、“心灵花园”《解放日报》等媒体进行互动,组织开展“静安律师风采展示月”活动,上海人民广播电台“东方大律师”栏目专门用一个月时间全部安排我委选送的律师担任节目嘉宾。我们和区司法局一起组织开展了两届“静安区十佳律师事务所”、“静安区优秀律师”的评选。律师事务所规范和发展部为帮助律所开拓新的法律服务市场,我们组织了二十多家律师事务所的主任去昆山台商协会进行考察互动,并建立长期合作关系。律师业务培训和指导部还多次组织高端研讨会和论坛,如“国际金融危机对律师业以及其他产业的影响和对策”、“中国中小企业创业板上市研讨”、“静安律师如何登陆大洋彼岸——在北美开展业务所面临的挑战”、“劳动争议的解决”、“刑法修订后的业务研究和指导”等大型活动。

为丰富律师的业余生活,律师综合部每周定点定时为律师免费提供篮球、羽毛球等活动场所,还组织了乒乓球、篮球、羽毛球、龙舟等比赛,组织了高尔夫球培训班,常设了羽毛球队,组织了咖啡和红酒品鉴活动等系列活动。还组织静安区 65 岁以上的近百名老律师进行

“重阳节尊老活动”。

为将律师的维权工作落到实处，我们还特邀了公、检、法、人大等机构的部分领导担任“维权顾问”。

二、积极参与“11·15”静安特大火灾突发事件善后处理工作

本刊记者：我们知道在“11·15”静安特大火灾事故善后处理中，静安区律工委组织律师参与协调工作反应迅速，参与应急处理工作勤勉到位，您能与大家分享一下这个事件善后工作当中的心得吗？

唐勇：“11·15”静安特大火灾发生的当天晚上，区司法局领导打电话给我，要求组织律师在第二天一早召开紧急会议。第二天早上7点钟，区司法局与律工委组织了100名资深律师召开紧急会议，并安排这些律师参与到政府成立的所有的协调小组，参与他们的工作，提供法律意见和建议。我作为律工委主任，带领部分律师在事发的次日，从上午八点直到晚上十点一直在接待大厅接受受害者家属的法律咨询。在区司法局的领导下，律工委及时动员部署广大律师全面参与整个善后处理工作，帮助、指导他们从三个方面积极介入：一是作为向结对安置接待工作提供第三方法律支持的律师志愿者；二是作为向受灾群众提供法律救济的援助律师；三是作为向政府开展救灾帮扶工作和依法决策提供专项、专业服务的政府律师顾问团。在整个工作安排中，我们成立专项小组，各司其职，紧密协调配合，形成工作合力，为政府成立的安置组，配备专门律师提供法律服务。静安区政府还通过律工委，以购买服务的方式，专门成立了能够提供全过程、全方位、全天候服务的政府律师顾问团。考虑到善后处理工作的复杂性，我们组织律师志愿者成立了两个备用专业研讨小组，作为后备支撑。另外，考虑到善后处理工作的逐步推进，工作量的不断增加，我们还组织了一支由27名律师志愿者组成的后备队伍，根据需要随时准备开展工作。我区原本所、捷华所、金石所、通浩所、泽衡所、志良所等许多律所的律师都在第一时间主动请缨，并以自己的专业法律知识为救灾和社会稳定工作出力。

本刊记者：静安区律工委积极组织律师参与重大事项的社会稳定风险分析和评估，对于拓宽律师业务，完善律师服务职能进行了很好的创新探索，请您谈谈这方面的工作。

唐勇：我委组织律师积极参与“建设项目社会风险评估专项小组”，以社会民众普遍可能会关注和考虑的问题为视角，根据相关法律、法规和规定，并结合近期本区律师参与处理信访矛盾所积累的经验，对静安区105地块街坊就近安置配套房建设项目从规划设计、建造施

工、竣工后出售等各阶段可能涉及政府决策、周边物业和居民利益、社会公平和维稳要求的各类社会风险进行合法性、合理性评估，在此基础上形成《关于静安区105地块街坊就近安置配套房建设项目社会风险法律评估报告》，并为后续工作开展提供工作建议。同时，在2010年，区局和我委共同撰写了《将律师纳入重大事项社会稳定风险处理机制的分析》论文。

三、组织律师服务基层，搭建为民服务平台

本刊记者：为积极响应“三项重点工作”部署，静安区律工委一直致力于号召律师服务基层，推进法律服务进社区，在化解社会矛盾纠纷和服务困难群众方面成果显著，请您谈一下心得。

唐勇：本着“服务社会促和谐，放眼未来谋发展”原则，静安区律工委进一步完善静安律师行业为民服务的措施，搭建律师服务困难群众的平台，不断增强广大律师为民服务的意识，发挥党员律师在弘扬律师行业核心价值观中的引领作用，在维护人民群众权益中创先进、争优秀，切实为基层、为社区、为人民提供优质高效的法律服务。组织律师服务基层，是为律师行业的未来发展夺取新的战略制高点。我们要把法律服务辐射覆盖基层，把提供优质实用的基层法律服务作为为民服务的出发点和落脚点，积极引导和号召律师深入基层，深入社区，接触社会，增强对社情、区情的了解，提高业务水平和服务群众意识。为此，我委组织各律所开展法律服务活动，参与社区法制宣传，定期下社区提供法律咨询，我们还每月到社区举办法律知识讲座、协助调解民间纠纷、提供法律援助、担任法律顾问等。

本刊记者：静安区律工委在组织律师服务基层过程中，开展了哪些特色活动？

唐勇：静安区律工委积极拓宽服务基层渠道，丰富创新社区法律服务形式。目前，具有静安特色的，律所与司法所，律师与居委会开展的“双结对”服务模式已形成长效机制，效果良好。我们组织结对律师进社区，开讲座，运用专业的法律知识为社区服务，使静安律师在市民中树立了良好形象。同时，静安区律工委积极开展了组团式法律服务进社区工作，5名党员律师接受江宁路社区综合党委颁发的聘书。他们作为首批参与“驿家服务进楼宇”活动的法律服务志愿者，分别与江宁路街道、创展大厦等五幢商务楼宇结对，通过定期坐班服务、举办普法讲座、开展法律咨询等方式，向社区楼宇提供专业、便捷的法律服务。另外，为深入推进南京西路街道法律服务工作，巩固和拓展律师派驻制度优势，南京西路街道高度重视，专门召开法律服务进社区工作推进会，聘请五家律师事务所为南京西路街道“法律服务进社



2012年重阳节慰问老律师



2012年9区羽毛球赛



2010年知识产权论坛

区”结对共建律所。静安寺司法所组织举行了“法律服务进社区”互动协议书签约仪式，申浩、沪中、金石、通浩、君志等5家签约律所代表参加。与此同时，在区委、区政府领导下，律工委成立“静安律师志愿者工作站”，由我担任站长，积极地让法律帮教服务活动走进高墙，为各位服刑人员提供法律咨询，咨询内容涉及了婚姻、房产、债权债务、损害与赔偿等多方面。律师们专业的解答与耐心的心理安抚让服刑人员充分感受到了来自社会的关爱，让服刑人员切身地感受到了党和政府及社会带来的温暖和关怀，增强其改造的信心与决心。另外，静安区律工委积极响应政府就业政策，组织律师走进高校，帮助学子提升创业理念、提高创业技能，营造区域和大学校园的创新创业氛围，引导大学生更好的就业创业。

四、响应社会管理创新，组织律师参与政府法律顾问、信访和人民调解工作

本刊记者：近年来，律师积极参与政府法律顾问工作，帮助政府部门规范行政行为、解决法律难题。请您谈谈静安区律工委组织律师参与政府法律顾问方面的工作成果。

唐勇：我委除了推荐十余名资深律师担任静安区政府法律顾问外，还向区各委办局积极推荐14名优秀律师担任法律顾问，推荐广大律师积极参与市、区重大项目、重点工程的决策和服务，为区政府的相关决策和重大法律事务提供优质、高效的法律服务。在2012年4月份，为推动依法治区工作的部署，我委配合区局律公科完成了领导律师顾问需求调研工作，推荐区内13名优秀律师组建“静安区领导律师顾问团”。同时，为加强对顾问团的管理，充分发挥顾问团推动我区法治决策的正面作用，律工委草拟了《静安区领导律师顾问团工作细则（草案）》。律师顾问团是依据区政府法律事务需要，提供专业化法律意见及重大事项社会风险法律评估的高级律师团体。律师顾问团将为区委、区政府、区人大、区政协领导提供优质、高效、准确的法律咨询服务；参与突发公共事件的应急处置；参与或负责有关规范性文件或法律文书起草、审查、修改；代理区领导参与重大、疑难案件的诉讼、仲裁等等，全面提升静安区依法治区工

作水平。至今为止我区有十余名律师担任了区总工会的法律顾问。

本刊记者：静安区律工委积极组织律师参与涉法涉诉信访纠纷化解和人民大调解工作，为保社会稳定尽心尽职，请您谈一谈这方面的创新之处。

唐勇：我委定期召开信访调解会，接待来访群众，解决多项矛盾事项。我委在组织律师参与矛盾纠纷化解方面有一些探索创新之处，我们首创了委托律师参与劳动争议纠纷化解的工作机制。在全市首创劳动争议纠纷委托人民调解的新模式。为有效解决劳动争议，构建和谐劳动关系，我委精心推选了8名专业律师担任区劳动仲裁委员会仲裁员和区劳动局劳动纠纷调解员。同时，首创了律师参与商务楼宇人民调解模式。针对静安区商务楼宇集中、白领集聚的区情，在全市率先成立了楼宇人民调解组织，作为提高人民调解在构建和谐静安中的基础性作用的一项新的举措。根据商务楼宇矛盾纠纷的特点，我委积极引导公司法、劳动合同、物业管理等方面的资深法律专家为商务楼宇人民调解员开展调解技巧培训，从而提高他们的工作能力和水平，并定期免费为业主提供专业的居间调解和法律咨询。与此同时，引导律师发挥优势，积极参加双语调解。居住在静安区的外籍人士约16000名，外籍人士在生活中一旦发生矛盾，也需要法律服务。我委派遣了有较高外语水平的律师加入到江宁路街道景苑社区、石门二路街道国际丽都城及张家宅社区建立的双语调解志愿者队伍中去，受到广大外籍居民的欢迎。●

区县传真 ●文 / 徐汇区司法局

整合资源 开拓创新

打造青年律师 人才培养新高地



徐汇区司法局按照《司法部 2006-2010 年司法行政系统干部教育培训规划》、《上海市实施人才强市战略行动纲要》和区委的相关要求,于 2006 年 7 月成立了“上海市徐汇区律师人才培养基地”,至今已成功举办六期培训班,共有 200 余名青年律师顺利结业。通过培训,在青年律师专业能力建设、政治责任感和社会主义法治理念培养等方面取得了初步成效——

一、提升理念、形成合力,成为徐汇律师后备人才的“蓄水池”

随着《徐汇区国民经济和社会发展第十一个五年规划纲要》明确提出要大力发展现代服务业,徐汇区司法局局党委将法律服务业的发展纳入党和政府的工作大局,努力打造徐汇律师人才高地,培养律师后备人才。

(一)发挥人才工作协调小组的核心领导作用。局人才工作协调小组运用战略眼光和创新思维,组织专门力量就律师人才培养基地的组建深入调查研究,并结合区律师业发展实际和人才工作的特点,制定了《律师人才培养基地管理办法》《律师人才培养基地学员守则》等,从培训基地的筹备、挂牌到运作的全过程,都发挥了领导核心作用。

(二)发挥律师代表团的自我管理作用。将律师代表团正副团长吸收进人才工作协调小组,作为整个基地建设一支不可或缺的力量。他们在讲师团的推荐、课程的设置、形式的创新等方面,提出了大量有价值的意见和建议,并在经费上给予了一定的支持。通过律师“自我管理、自我教育、自我培训、自我提高”,探索建立了适应新时期律师事业发展需要的充满生机和活力的人才培养工作的新机制。

(三)发挥高素质人才的引领示范作用。培训基地组建了一支由区领军人才、拔尖人才、学科带头人,区政府顾问团以及部分知名、资深律师组成的律师人才讲师团,对学员在职业生涯引航,在执业操守上引导、

在专业技能上引路。讲师团中有全国优秀律师徐晓青,上海律师界的元老、一级律师傅玄杰等,他们将法学理论与司法实践相结合,毫无保留地传授了他们执业至今所积累的办案经验和技巧。

(四)发挥律师事务所的协同配合作用。培训基地的学员从注册在本区律师事务所的执业律师中选拔,除了区律师代表团或局律师公证工作科推荐外,各律所根据本所具体情况,将年龄在 35 岁以下,具有本科以上学历,德才表现突出的青年律师分批向局党委推荐。如汇锦所的主任郭君亲自带领所内骨干参加第二期培训班,又推荐了几位优秀的青年律师参加第三期培训,实现了局党委和律所共同对人才进行梯次化培养的良好局面。

二、精心组织、周密安排,成为徐汇青年律师成长的“助推器”

基地成立至今,徐汇区司法局始终本着“第一资源”为“第一要务”服务的理念,精心组织、周密安排,使基地的各项工作有序开展,力求使基地成为徐汇青年律师成长的摇篮。

(一)运作有机构。依托位于徐家汇的上海市嘉华律师事务所作为培训基地的主要培训场所,并成立了培训基地管理办公室,由局党委副书记任主任,区学科带头人、嘉华律师事务所合伙人王联华任常务副主任,嘉华所的行政主管担任教务长。基地管理办公室负责相关规定、培训计划的制定和落实,并做好培训基地的教学、管理和考核工作。

(二)培训有计划。每期培训班的培训时间为一年,一般安排在双休日。按照青年律师的执业需求,精心编撰《培训班专题辅导计划》,在每期培训班的开学典礼上和学员手册一并下发。遇到讲师外出办案或开会等特殊情况下,及时启动预备方案,保证授课的顺利进行。为确保学员的参训率,职能部门提前一周采用电话、邮件和短信的方式予以提醒。另外,局党委每年把

律师人才培养经费列入财政预算,设立专门经费,确保经费专款专用。

(三)形式有创新。在传统讲座式培训形式的基础上,不断有所创新。引入“法律诊所”教育模式,为执业时间较短的学员提供承办法律援助案件的机会,并由资深律师加以辅导和指引,使其在积累实践经验的同时,为维护弱势群体的权益贡献力量。再如,举办部分学员和讲师团成员参加的专题研讨活动,对青年律师的成长指明了方向。

(四)期期有改进。每期结束后,人才协调小组专门听取基地管理办公室、讲师团、学员的意见,并在下一期中予以完善。如采纳讲师团建议,在第二期中增加了外出学习考察的内容,使学员和讲师之间增进了解。根据第二期学员的建议,从第三期起新增了社会学、国际国内形势、参观外资所和规模所等教学内容。基地的培训秉承“结业不终结”的宗旨,每次讲座前坚持将授课时间内容通知前几期的学员,吸引了不少老学员参加。

三、全面培养、综合施教,成为青年律师提升能力的“发电机”

以青年律师的综合能力建设为着眼点,以培养律师“五懂”人才为重点,力争使青年律师通过培训和岗位实践,道德素养明显提升、专业能力明显增强、业绩明显提高,成为所在单位的业务骨干。

(一)注重思想政治教育。关注政治并坚持政治学习,有助于培养青年律师的正义感和使命感。因此,每期培训班都安排了一定量的政治理论课程,如局党委书记徐文泉亲自为学员做社会主义法治理念专题辅导报告。培训班还成立了临时党支部,较好地发挥了战斗堡垒的作用,不仅增强了青年律师党员的主体意识,对于其他学员也起到了凝聚、引领的作用。有不少学员在培训期间和结束后以实际行动积极向党组织靠拢,如海一所徐雪静等4位学员被选为其所在律所的党支部书记,徐晓青所的周松等7位学员光荣地加入了中国共产党,德尚所常敬泉等4位学员被确定为入党积极分子。

(二)注重职业道德的培养。培训基地将青年律师的职业道德教育贯穿始终,引导他们依法执业、诚信执业、尽责执业。通过教育,学员们充分领会了职业道德的内涵,涌现出一批爱岗敬业、忠于职守、热心公益的青年律师。如第一期的班长刘巍嵩,被评为区新长征突击手、区政法系统规范执法行为先进个人,还因积极参与“法律进社区”成为唯一一名被社会群众推荐入围首届“东方大律师”初选名单的青年律师。学员周雪爽被评为区优秀志愿者,谭芳被评为区三八红旗手,张琳、张真、卜



音英、曹正平等被评为区法援先进个人等等。

(三)注重理论功底的夯实。为适应青年律师学历较高、思维活跃的特点,培训基地将理论和实践有机结合起来,做到理论学习不枯燥、不空泛。如区学科带头人王庆珍律师曾是法学院的副教授,她在授课时将法学理论知识和实际案情融会贯通,增强了学员运用基础理论分析解决复杂问题的能力。同时,培训基地每期举办青年律师学术论文评比,学员围绕“社会主义法治理念与和谐社会”、“科学发展与法治建设”、“社会主义核心价值观体系之我见”等中心议题撰写了一批高质量论文,法学理论功底和文字水平得到进一步的提升。

(四)注重执业技能的提高。基地的课程涉及刑事、民事、知识产权、公司、证券等方面,对相关的基本技能做了总结和介绍。学员们通过培训,执业技能得到了一定程度的锻炼。如汇锦所的谭芳在培训期间,出版了专著《婚姻三重门——律师以案支招》,并应邀为中央电视台《法律讲堂》录制婚姻法案例讲座。全区共有8名青年律师于2008年2月成功入选市律协首批青年律师人才库,其中3名是前两期的学员。张正松等6名学员成为市律协民事、知识产权等业务研究委员会的委员。

徐汇区律师人才培训基地的实践,一方面为发掘和培养青年律师人才提供良好的平台,另一方面也为本区律师精英发挥传、帮、带作用提供了平台。今后,徐汇区司法局将进一步探索管理规律,完善培训计划,不断增强教育培训工作的生机与活力,努力把培训基地建设成为徐汇区青年律师向往之地、人才辈出之地,为大力发展现代法律服务业,建设法治化城区,促进经济社会全面协调可持续发展培养一大批政治过硬,业务精湛的律师人才。●



法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

奥巴马和 CFIUS 是否违宪

——“三一重工关联企业诉美国政府行政决定违法案”法律问题研讨会综述

本期主持: 阮露鲁 上海市律师协会行政法业务研究委员会主任

嘉宾: 朱淑娣 复旦大学法学院教授

钱焰青 上海市人民政府法制办公室经济立法处副处长

韩正 上海金茂律师事务所合伙人

许江晖 上海胡光律师事务所律师

赵平 上海市律师协会国际贸易与反倾销业务研究委员会主任

文字整理: 赵平

2012年12月21日下午,行政法业务研究委员会、国际贸易与反倾销业务研究委员会在市律协第一会议室联合举办“三一重工关联企业诉美国政府行政决定违法案”法律问题研讨会。行政法业务研究委员会主任阮露鲁律师主持研讨会,研讨会邀请复旦大学法学院朱淑娣教授、上海市人民政府法制办公室经济立法处钱焰青副处长、上海金茂律师事务所合伙人韩正律师和上海胡光律师事务所律师许江晖律师等专家和律师作主题演讲,共有70余位律师参与研讨。

在研讨会专家发言阶段,与会专家就“三一重工关联企业诉美国政府行政决定违法案”中行政程序合法性、司法救济形式选择和司法救济主体问题、危害国家安全标准认定以及海外投资事前法律风险评估重要性(律师尽职调查)和该案对中国行政程序法完善借鉴等问题,分别作了深入研讨。在研讨会提问回答阶段,与会专家和律师就收购方在权利受到侵害时救济途径选择进行了研讨,气氛热烈。现在把嘉宾发言的主要观点发表如下。

复旦大学法学院教授朱淑娣——

一、案件回顾

2012年3月 Ralls 公司从希腊企业处收购了

Butter Creek 风电项目,并在美国取得了所有许可。5月为了配合美国海军训练,将风电场南移1.5英里,6月美国外国投资委员会(CFIUS)对该项目表示关注,并于7月25日以该项目威胁美国国家安全为由对该项目发出禁令。9月12日,Ralls公司对CFIUS提起诉讼,9月28日,总统奥巴马签发总统令,终止该风电项目,10月1日Ralls公司将奥巴马和CFIUS列为共同被告。

二、起诉理由

(一)CFIUS就Butter Creek项目针对Ralls公司下达的两项命令超越其权力,违犯了美国行政程序法702,704,706等相关条款。

(二)CFIUS就Butter Creek项目针对Ralls公司下达的两项命令在没有提供任何事实证据,给出任何理由的前提下做出该项目威胁美国国家安全的结论,采取极为严厉的强制性停工,三一设备禁用等措施,违反了美国行政法规50 U.S.C. app§2170(b)(1)(A)(ii),(f)。

(三)奥巴马总统和CFIUS就Butter Creek项目针对Ralls下达的各项命令,超越了宪法和相关法规赋予的权限,属于违法行为。如:CFIUS的审查范围本来只针对外国人的并购,而不是外国产品在美国的销售,这次命令Ralls不得把相关三一产品卖给别人,超出法律授权。CFIUS笼统地给了个“国家安全”的理由,不做任何进一步的解释,因此被斥为“武断”(滥用自由裁量权)。

(四)奥巴马总统和CFIUS就Butter Creek项目针对Ralls的命令,未经合法程序剥夺了Ralls的私有财产权,违反了美国宪法第五修正案。

(五)奥巴马总统和CFIUS就Butter Creek项目针对Ralls的各项命令,突出三一集团的中国属性,及三一子公司Ralls控制人为三一高管,中国公民,而对Ralls拥有Butter Creek项目做出选择性执法,侵犯了Ralls享有的平等保护的宪法权利

三、涉案法条。

(一)美国《宪法》中对财产权的保护,宪法修正案第四条:人民保护其人身、住房、文件和财物不受无理搜查扣押的权利不得侵犯;除非有合理的根据认为有罪,以宣誓或郑重声明保证,并详细开列应予搜查的地点、应予扣押的人或物,不得颁发搜查和扣押证。

(二)美国《宪法》中对平等权的保护。第十四条修正案第一款规定:“凡在美国出生或归化美国的人,均为合众国的和他们居住州的公民。任何一州,都不得制定或实施限制合众国公民的特权或豁免权的任何法律;……对于在其管辖范围内的任何人,不得拒绝给予法律的平等保护”。

(三)对正当法律程序的规定。宪法修正案第五条:……未经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由和财产;非有恰当补偿,不得将私有财产充作公用。

Ralls公司认为美国总统仅仅以国家安全为理由,也没有论述国家安全可能受到侵犯的细节,并未经正当程序就下令Ralls必须出售其财产并清除其设备和建筑,侵犯了宪法赋予Ralls的财产权,违反了正当法律程序规定。

(四)美国《联邦行政程序法》第702条规定:“因行政行为而致使其法定权利受到不法侵害的人,或受到有关法律规定之行政行为的不利影响或损害,均有权诉诸司法审查”。

(五)根据美国《联邦行政程序法》第704条的规定,法院不仅审查法律规定的可审查的行政行为,而且审查在法院没有其他充分救济的行政机关的最终行为。第551条第13项规定,这里的行为是指包括机关规章、命令、许可、制裁、救济以及相应的拒绝和不作为等各种行为的一部分和全部。

四、案件分析

(一)关于司法审查judicial review。定义:(1)法院审查其他政府部门行为的权力,尤其是法庭宣布立法或行政行为由于违宪而没有法律效力的权力;(2)法院对下级法院或行政机构事实裁决或法律裁决的审查。

(二)关于CFIUS。在以往的历史上,CFIUS对相关项目的审核和调查过程完全不透明,的确受到很多批

评,但是根据规定,CFIUS作出判断不需要给出具体理由,其有权以涉密为由拒绝告知被审查方具体的理由。在美国《国防生产法案》的相关条款中,“国家安全”是一个模糊的定义,给了CFIUS较大的操作空间。

(三)关于美国总统特权。美国总统的特权属于美国政府官员特权的一种。在美国,政府官员的特权可以分为两种:绝对特权和相对特权。享有绝对特权的人只须证明他有某种地位,而该行为在该地位的范围之内,就享有特权,诉讼即告终止。享有有限特权的人,除证明上述两项因素之外,还必须证明其没有特定的意图,或者不知道可能会产生危害,诉讼才不继续。法院在审理原告的诉讼请求时,必须首先确定被告主张的特权是否存在,一旦确认被告享有特权,就不再审理案件的实质诉求。

在本案中,总统基于国家安全的理由所作出的行政决定,是否可以对抗宪法中平等保护的权力,以及对宪法上规定的财产权的保护,也是需要本案进行解释的关键。即本案的判决,将会形成一项重要的宪法判例,从而对将来的外国人在美投资有着重要的影响。

(四)案件胜负关键。CFIUS的建议既涉及美国国家安全,又涉及总统权力。在这两个领域,美国法院在司法审查中传统上尽可能避免推翻行政部门的决定。外国投资者通常在获知CFIUS可能的不利建议后就自愿撤回投资申请,很少等到总统公开作出禁止投资的决定。因此,如果仅仅是CFIUS作出的建议,那么三一集团还可能通过行政诉讼法要求联邦法院对CFIUS的决定作合理性的审查。但在奥巴马总统下达禁止令后,三一集团胜诉的希望就非常渺茫。因为,不同于一般的行政决定,总统的决定不受美国行政程序法的制约,而且CFIUS的授权法案中特别规定了总统的决定不受联邦法院的司法审查。如果三一集团希望通过诉讼推翻奥巴马的决定,那么首先要说服法官认定国会会通过CFIUS的授权法案时已经违宪,即不能通过授权法案的规定剥夺法院对总统决定的司法审查权。不仅如此,三一集团还需要证明没有任何合理的理由支持奥巴马总统的决定,其荒谬无理达到了违反宪法的程度。

上海市人民政府法制办公室经济立法处钱焰青副处长——

一、三种起诉美国总统的方法

(一)由总统的官方行为引起的民事诉讼。1968年,美国一个著名的成本管理专家曾经在国会面前作证,说美国的某一个军用飞机项目严重低效,并且开支

巨大,结果被尼克松总统下行政命令开除。在尼克松总统在接受媒体采访时,承认自己对这个人被解雇负有责任。原告向法院提起诉讼并且要求赔偿,初级法院审理是判决原告胜诉的,但是总统向最高法院提起了申诉,最高法院最终作出驳回原告上诉的裁定。主要的理由是总统对因行政行为导致的金钱债务享有豁免权。法院给出的理论是如果总统持续地面临这样的法律诉讼,并投身处理,可能会导致总统的分心,无法有效集中精力管理国家,所以必须给予这种特权。

(二)刑事案件和超出总统行政职权范围的争端,国内称为滥用职权。1994年,美国阿肯色州的政府前雇员宝拉琼斯以性骚扰控告当时的总统比尔克林顿,她声称克林顿在当州长的时候对她有不轨的行为。克林顿引用尼克松这个案例,声明他在任职总统期间可以不受民事诉讼的惩罚,但是最高法院认为,总统的这一豁免权不能适用于行政职责之外,或其任职前的行为。克林顿为避免对簿公堂,给予原告85万美元封口费。

(三)总统发布的政令被认为超出了法定权限。1952年朝鲜战争期间,因为美国国内发生了大规模的工人罢工,总统杜鲁门于是签署了命令,由政府接管部分钢铁厂。政府的考虑是为了在战争期间保证钢铁产量,保障国家安全。这些钢铁公司都纷纷上诉,最高法院的终审判决认为总统杜鲁门作出的行政命令超越权限,也就是越权行政。这和三一重工的案子有点类似,但是不同之处在于三一重工在法律事实上似乎不够充分,造成的损失也不是特别巨大,所以要总统撤销行政命令的可能性微乎其微。

二、两点启示

(一)对于中国企业而言:(1)中国企业要有自信。十八大报告里提出了三个自信,鼓励我们要增强道路自信、制度自信和理论自信。这里的制度自信,包括法律制度、社会主义法治体系的自信。我们中国企业也要有自信,三一重工敢于去当原告反映了中国企业的一种自信。中国企业觉得自己有话语权了,可以走到国际上,向国际的公司、组织甚至政权,依据他们的法律,提出挑战。(2)企业要有风险评估的意识,尤其是政治风险评估。中国企业若要更好地走出国门,就要进行风险评估,尤其是政治风险评估。近几年中国企业才开始逐渐走出去,我们要及早树立风险评估的意识,这也是律师提供法律服务的很重要的市场,涉外律师在这方面是大有可为的。

(二)对于中国政府而言,政府要厘清自己的职责和义务。(1)指导的义务。政府掌握的信息、渠道、可以调动的资源比一般企业多得多,所以中国企业、公民在去海外投资的时候,对于投资什么方向,什么区域,什么项目,政府应该提供足够的指导。(2)支持的义务。现在

贸易保护主义的形式和手段层出不穷,政府应当履行一定的支持义务。三一重工案件中,商务部表态关注,要继续跟踪这件事情。这种关注一方面是为企业打气,另外一个外交技巧,表示中国关注国外的贸易保护的手段、方式、制度。(3)保护的义务。政府应当依据企业的请求、双方签订的投资保护协定、或者国际公约,与有关的国家展开协调或者交涉,保护中国企业或者中国在海外投资设立的企业在所在国的合法权利。中美签署有投资保护协定,在这个案子中中国也可以启动这个程序来保护企业利益。

三、两点反思

(一)三一重工面对纠纷,在国内外采取不同的方式,值得法律人,尤其是政府工作者反思。在国内,三一重工和另一家竞争对手发生冲突时,采取的方法是将总部迁到北京。而在国外,则采取直面挑战的方式。在国内的妥协和在国外的抗争形成对比,给我们很大警醒。在三个自信之外,中国还应有环境的自信,形成法治环境。

(二)我们的政府要重视国家安全影响评估。外国政府经常以中国企业影响国际安全为由,取消中国企业的投资项目,给企业造成巨大损失。某些地方政府为了出政绩,为了招商引资,为了GDP,可能会因为急于拉拢外国投资的大项目,而没有采取相应的国家安全风险评估。所以我国政府应当重视国家安全影响的评估。三一重工这个案子提醒我们对国家安全的评估,只能强化,不宜弱化。

上海金茂律师事务所合伙人韩正律师——

一、从CFIUS的角度考虑

CFIUS这样的审查形式出现,最早就是由于朝鲜战争时期工人罢工,于是就导致了1950年《国防生产法案》的出台,为了控制当时的人员工资和产品的质量、产量、价格。在1975年福特总统的行政命令之下建立了CFIUS。1988年,一个修正案修正了《国防生产法案》以及相关的外国投资国家安全的审查内容。主要因为上世纪80年代美国经济滑落,和日本大打贸易战,通过了修改后的《国防生产法案》,也是现在CFIUS的法律依据。2006年,迪拜试图购买美国的若干重要港口,当时的CFIUS审查并未发现证据证明会对国家安全造成任何威胁,但最终仍然没能通过。2007年,美国国会通过了《外国投资与国家安全法案2007》,增加了一些条款。第一,外国政府控制的,是必然审查项目;第二,涉及关键基础设施的,是必然审查项目;第三,涉及国际贸易

的项目,是必然审查项目。

这个演变构成始终围绕着美国的战略核心利益,第一是国内安全,第二是保持国家对高技术行业的严格控制 and 防止信息外泄,第三是对于任何试图介入的力量赋予干预权。

案件的起诉书,有以下几个要点:

(一) 缺乏证据。到目前为止没有任何证据被披露出来。

(二) 越权。三一重工的代表律师提出,首先,CFIUS 没有决定权,但其在将建议发给总统时,已经发出了两到三个行政命令,这是没有法律依据的。其次,美国总统越权,法律规定的总统权力分为两部分,一个是法案规定总统可以发表声明,但在声明中不能有执行性的命令;第二是执行问题,在发现问题时,美国总统“可以”命令总检察长寻找合适途径,在法律的框架内解决问题,但奥巴马发布的命令中,直接下达了命令,对 Ralls 的财产权利作出了很多直接的限制,已经超出了法律给予他的权利。

(三) 平等保护。(1) 风电场的建设已经经过当地空管和国土安全部门的审核,确定没有威胁军事安全。(2) 在同样地点有上百个风电场和发电涡轮,有的比 Ralls 造得更近,而且有的是德国公司有的是印度公司,为何 Ralls 不可?

(四) 程序公正。美国总统和 CFIUS 从未解释 Ralls 的项目如何危害国家安全、未公布任何证据,也没有提供方法让中国企业收回损失,就直接作出了决定,有违程序公正。

中国的华为、中兴、中海油在遇到这些问题时都在审查过程中撤回了起诉,是因为中国企业在面对不透明的程序只能选择退出吗?这一点值得考虑。

二、从与贸易有关的投资考虑

如果美国国内的救济穷尽了,我们还可以适用 WTO 磋商与争议解决机制,也可以在双方自愿接受仲裁的前提下适用《华盛顿公约》,解决个人与国家之间的投资争议。不论结果如何,选择什么程序,我认为都是一大进步。

上海胡光律师事务所许江晖律师——

一、尽职调查

企业在做并购时应该相信律师,进行完整的尽职调查、安全审查。

二、国家安全审查

我国的国家安全审查始于 2011 年 3 月 3 日国务院

办公厅的一个通知,审查范围包括与国家安全有关的行业、设备、能源、农业以及其他有关事项。商务部于 3 月 5 日公布《商务部关于实施对外资并购进行国家安全审查的规定》,提供了程序性的规定。商务部内部关注了一些敏感的行业,但并不对外公开,当并购项目涉及这些行业时,商务部就会进行国家安全审查。

可见在行政立法方面还大有可为,一方面是体现国家对国家安全审查的重视程度,另一方面是能够完善国家立法和其实用性,从而做到有法可依,给外国个人和企业投资中国提供一些指导意见。

三、司法审查

涉及国家安全的事项不宜进行司法审查,因为如果公布司法审查的内容本身就会涉及国家安全。

上海市律师协会国际贸易与反倾销业务研究委员会主任赵平律师——

我国企业在走出去的时候,第一,要重视尽职调查,在国际投资和国际贸易中,不仅要调查被投资主体的财务、资产,还要调查法律环境、进行安全审查。包括法律、案例、行政部门的相关处理方式。在本案中,三一重工没有重视与美国外国投资委员会的沟通,这就提醒国内企业在投资、贸易前应当进行哪些法律的尽职调查和哪些行政程序的履行。第二,三一重工选择了一种很好的方式,就是通过法律程序对行政决定作出挑战。在三权分立的美国,没有哪项权力可以凌驾于其他权力之上。起诉总统是正常的行为,政府还是会依法应诉,不论输赢都能够坦然接受。第三,这个案件只是一个美国公司告美国政府的案件,不要上升到民族、中美关系的高度。媒体宣传着重于中美之间,这是片面的,美国外国投资委员会的审查对其他国家也是存在的,美国和日本之间同样也有这样的国家安全调查。我国企业要淡化自己的政治色彩。

在投资时,要争取当地政府和企业的支持。我国的反倾销案件在美国胜诉,一部分是中国政府的原因,一部分也有当地经销商和消费者的支持。美国联邦政府十分重视国家安全,但州政府更重视招商引资,很多美国的州、市在上海都有代表处,中国企业在投资美国前可以和当地市政府、州政府联系和沟通。

上海律师和要去美国投资的企业将来也可以与美国政府和律师,例如美国商务部上海代表处、美国专利商标局上海代表处、美国各州政府在上海的代表处进行交流,减少和避免法律风险,上海律师也可以更好地为企业提供法律服务。

(以上内容根据录音整理,未经本人审阅)

人物简介

金纓：

金源方程律师事务所主任；

上海市第十三届人大代表；

市律师协会监事、市女律师联谊会副会长、民建上海市委委员、民建黄浦区副主委、黄浦区妇联常委、黄浦区人民政府法律顾问团成员；

曾荣获“上海市三八红旗手”、“卢湾区三八红旗手”、“卢湾区优秀律师”等多项荣誉称号。



人物 优秀女律师 ●文/金 纓

偶然以后的 执著

成为一名执业律师，对我来说并不是最初的梦想。人的命运的改变有些时候可能就是源于偶然，那么命运给予我的偶然，就是让我有机会扮演不同的角色，体味人生的真谛，更让我渐渐地为成为一名称职而又敬业的律师而不断努力着。

从小到大有的人的理想从未改变，而有的人的理想则随着年龄增长，随着知识的变化而变化，我的梦想也是在不断地变化，从人民教师到军医……高考那年填写职员的时候突然发现，要成为一名军医必须念理科，而我偏偏理科“缺门”，于是念念不忘的军装变成了制服，因为报考法律专业今后可以穿制服（司法部门有很帅气的制服，呵呵，想象中的……）。实习那年是在市检察院——穿制服的部门，但是批捕程式化的工作让我觉得不太“好玩”，而且那时检察院的薪资也不太高，就像每个对自己未来有憧憬的毕业生一样，希望有个待遇尽量好一点，工作轻松一点，离家近一点的工作。最后，我选择了法院。

也许命运注定我的事业运不是太顺，不仅这个简简单单的头就开得很是曲折，而且接二连三的波折让那时的我非常地焦急。

法院通知学校方面并没有最后录用我，不客气地说就是我被法院“踢”出来了。原因到现在我都理不出个头绪，反正听到了N个版本，但真正为了什么也许和女生有关，也许和个性有关，也许和命有关……反正我最终没有到法院报到，而是冒着7月的大雨，无奈而又幸运地踏进了人

人羡慕的司法局的大门,因为进了司法局意味着可以当律师。可当时的我,根本没准备进司法局,更没有想过要当律师,只是为了学生处老师问我是否愿意接受重新分配,我义无反顾又带着赌气地回答:“给我3天时间,我自己解决。”(说这句话的时候只是为了那份尊严,但真的不知道路在哪里)。我是幸运的,命运偶然眷顾了我。倾盆大雨后一道彩虹划向天边,从此开始我精彩而又曲折的人生,让我扮演不同的社会角色,领悟做人的真谛……

二

公务员在20年前可能不像现今这样炙手可热,但稳定和安心也许让每个安分的父母觉得是份十分不错的职业,尽管钱不是太多,但没有太多的压力,只要安安稳稳地办事,就能做到拿退休金,而且还能享受公费医疗。当时的司法局只有两个业务部门:调解科和法宣科,我被分配到了调解科。在和8名街道司法助理员的接触中,在深入社区了解基层调解工作的过程中,我慢慢适应了新的工作环境,渐渐进入了角色。正当全力准备百例调解案例的收集时,局长却将我这个新人借调到市政府法制办公室。

贯彻和实施颁布不久的《行政诉讼法》是当时法制办的主要工作事项,组织全区的学习培训、清理各行政机关可诉行政行为所依据的法律法规、整理政府颁布的规范性文件、组建和联络各单位的法制联络员等等,在领导们的组织安排下,我几乎参与了所有的工作,让我这个新手一开始就站在了巨人的肩膀上,不仅拓展了视野,更能在一个广阔的平台上施展手脚,一个较高的起点给我今后的历程奠定了基础。

任何一个念法律的学生都会将通过律师资格考试当成人生的一个目标,无论将来是否成为一名律师,律师资格考试是证明你是一个真正法律人的标识,所以我也无可避免地落入“俗套”,但我却没有要去当律师的念头,因为公务员的稳定和比上不足比下有余的薪水,以及没有尔虞我诈的外界环境,让本来就没什么野心的我很安于现状,考试也没有任何压力,纯粹是种“玩”的心情。命运也许真的很眷顾我,尽管考试成绩没有达到合格线,但符合了当时内部特批的分数线。

面对这种令人举棋不定的局面,该如何决断?就像3年前那个雨天,我又一次“义无反顾”,又一次的“坚决”了。在向局里提出到事务所去后,时任分管律师工作的潘局长语重心长地找我谈话:“小姑娘,考虑清爽了吗,到事务所去是要自己养活自己的,你行吗?”看着领导关切的眼神,我不知道哪里来的勇气和胆量答道:“人家能够养活自己,我想我也能!”其实说这句话的时候,

我真还不知道律师到底是怎么回事,也不知道我的业务到底在哪里,更不知道我下海后的生存环境将会是怎样的……

三

带着他人的羡慕(当时因为律所进人的条件很高,同龄人中尤其是法律专业的同学对律师行业都是充满了崇敬和期盼),带着父母的担忧(抛开金饭碗,不知道下一顿在哪里),也带着自己的盲目(没有对自身的评估,更不用说对行业的规划),我跌跌撞撞,一头扎进了律师行业,而且执着了15年。“这是命运之手在推着我走”,我对自己这么说。

1994年2月获得律师执业证,在国办所开始了我的律师执业生涯,虽说还一脚在岸上,虽然没有人发我一分钱工资,但我心里觉得自己还是人民政府的人:事务所大小也算是个事业单位,自己大小是个副主任也算个记录在案的副科级干部,每当机关事业单位调整工资时,也能在档案中记上一笔,也许某天还能回归上岸。2001命运再一次把我向前狠狠地推了一把——合伙建所,开始了真正的创业。

随着城市的不断发展,城市管理和拆迁矛盾日益突出。由于我曾经在法制办工作3年,较为熟悉行政机关行政行为规则,现又直接接触民众,深知以民为本乃政府第一职责,因此,敏感地发现了很多问题,如政府在其中担任怎样的角色,行政裁决在拆迁过程中应该怎样合法裁决,如何规范拆迁实施单位和工作人员的行为,如何合法、合理、合情地保护百姓的利益等等,我开始把人人视为无利可图、麻烦多事的拆迁法律事务作为自己的业务领域之一,同时也是因为我曾经是公务员,那份情结似乎一直未曾割舍,最初且最早涉足的行政诉讼也时时让我“牵挂”,所以当房地局在面对大量拆迁诉讼复议案子需要聘请律师代理时,自信和充分的备战准备以及作为年轻的曾经的法制办“初创元老”的可信口碑,让我获得了机会,再加上尽心尽责的敬业精神和拆迁领域的专业水准让我在这个领域驰骋了十几年,并在政府机关确立了良好的人脉基础,为进一步给政府机关提供法律服务奠定了基石,现在我已经是在区内城建系统多个机关和企业的法律顾问,全方位地为区内城市建设和管理提供法律帮助,也为日后的参政议政储备了大量的第一手信息和材料,更为区域规范拆迁基地的拆迁行为以及处理突发事件积累了经验。

或许刚刚步入工作岗位时与司法调解结下的不解之缘,让我对基层法律服务有种不同的感情,或者说有种使命感。20世纪90年代中,我就在淮海街道司法科的

帮助下,在社区建立了法律服务窗口,将法律送到最基层,送到普通百姓的面前,让百姓不再为与律师无缘而“望法兴叹”,使“金律师信箱”、“金律师讲台”、“金钥匙工作室”等等法律服务形式在基层一线展开;因为同为女性,深知女性容易被伤害,且被伤害后会感到无助,这让我们在姐妹们的权益保护方面总有种义不容辞的责任感。在了解到姐妹们有权益需要维护的时候,我总会竭尽全力为受伤害的姐妹提供法律帮助,一次次帮助她们从困境中走出,为妇联帮助姐妹们维权过程中所遇到的疑难杂症出谋划策,排解难题。为了更好地提供法律服务,2004年我参与组建女律师联谊会,将区内女律师组成团队落地到基层第一线为区域内贫困妇女儿童提供法律援助,还接受法律援助中心的指派,为未成年犯罪嫌疑人辩护,关注挽救和帮教他们。2003年我被评为“上海市三八红旗手”。

四

当心不再浮躁,安心并快乐地从事着律师工作;当专业能力不断提高,如愿通过中级职称的评定;当一切步入正轨后,我突然觉得仅仅以律师作为职业好像已经不够。曾经法制办的老领导,时任统战部副部长的谷峰同志在这个关键的时刻为我指引了道路,让我开始对中国民主建国会这个民主党派有了初步认识,1998年12月我光荣地成为民建中的一员,也翻开了我政治生命新的一页。

作为一名律师,作为工作在社会最前沿的卒子,我利用敏锐的职业触角,将专业之长为党派工作提供社情民意,积极参政议政,因为我的热心,因为我的爱心,更因为我的专业和敬业,渐渐成为党派工作的积极分子,我被委任为支部书记,输送到了区青联。在青联的日子里是我最最快乐的时光,作为副主席,给了我一个施展才能的舞台,不仅结交了来自各个领域的杰出青年,更让我们在联情联谊之中成为互相帮助的朋友。在青联组织的各类活动中,我不仅把法律知识和行业中的信息带进青联,更把律师中的优秀人才介绍给需要相应法律服务的青联委员和他们的企业;不仅建起了友谊的桥梁,更兴建了互相帮助互相扶持的互助平台,让更多的人了解律师,了解律师行业。

2003年初,我非常荣幸地被青联推荐进入政协,并作为青联界别的召集人担任委员。政协常委,在我的记忆中应该是德高望重,在某个领域应该是卓有成绩的人士才可以担任的,而我年纪轻轻,何德何能呢?面对这一殊荣,我真的非常诚惶诚恐!从作为青联代表第一次登上大会主席台作大会发言的那刻起,我真正感到自己已经不仅仅是一名律师,而是作为一个群体的代表步入了

政治舞台。

政协委员的工作辛劳而又充实:视察、暗访、调研、提案、协商,向前辈委员学习作为一个政协委员的基本素养和职责,向同行委员学习怎样用专业来参政议政,向其他界别的委员学习如何更深更真地反应社情民意。在繁忙的律师业务中我会合理安排时间,尽可能参加政协活动,无论是普通委员活动,还是专委会专题活动,常委会会议,我都会珍惜这些来之不易的参政议政机会,真正履行一个政协委员的职责,不辜负界别的委派和政协的厚望。在换届时,我由于出色的工作,继续作为青联界别的负责人续任常委,并担任了社会与法制委员会主任。

正当我在卢湾区这个舞台施展自己所能之际,另一扇更大的门为我敞开,我当选了上海市十三届人大代表!尽管当选的原因更多是因为民主党派,因为我是女性,但我相信更是因为我是一名律师。

由原国有企业改制设立的股份合作制企业在改制初期,鉴于政策法规的局限性,企业资产归属界定不明确性、企业股东缺乏自主性、设定企业议事规则不规范性、决策方式和股权结构不相适应性等原因,导致近年来内部争斗、职工上访、法律诉讼在该类企业改制时时有发生,有的已经成为顽症、难题。我在执业过程中办理了数起股份合作制企业内部股东纠纷案件后,发现股份合作制作为一种企业模式生存至今,它不仅仅是过渡品,而且具有存在一定时期的价值,而政府有关部门作为始作俑者——相应法律法规的制定者和企业改制的推手,应该看到企业走到现在所产生的问题,与当初政策的制定以及政府参与指导有着很大的关联性。于是,我开始收集相关资料,分析顽症成因,综合各方诉求,并根据国家法律法规和上海市实际情况,针对多数企业并未在章程中明确股东的权利义务以及相应议事规则等,撰写了《合理界定改制前资产归属指导股份合作制企业深化改革》的书面意见,建议政府有关部门应该对原有政策规定予以相应修订补充,并对股份合作制企业的改革发展进行调研、指导、服务、协调、监督,积极解决股份合作制企业运行中遇到的问题,促使其健康发展。该书面意见引起有关部门重视,表示将会同各个相关部门就股份合作制企业所面临的政策法律问题进行专题研究。

我们在人生中扮演着各种角色,这些角色有的是代表一个阶段,有的将是终身伴随,我想当初选择律师可能有着些许偶尔,有着些许任性,但成熟着一路走来,尤其是依托律师的职业优势慢慢走上政途,对于律师的这份执著也随之加深,也不惑于这份执著! ●

法日良法去语

近几个月来,我国诉讼法学界围绕新刑诉法的实施,举行了不少研讨活动,会议主题非常集中,就是研究2013年1月1日起开始施行的修改后的我国刑事诉讼法的实施问题。

从时间节点上看,新刑诉法正式生效,现在理应不是去讨论法律还存在哪些不足的问题,应当更加强调如何切实落实法律精神、保障法律的实施。不过,徒法不能自行,人们现在最为关心的依然是:我们的司法机关,在司法观念转变、工作机制转换和传统执法方式改变

社会团体等,不受它们的影响和干涉,而且,还应当是上下级法院在案件裁判时,必须保持相对的独立自主和依法裁判的权力。上下级法院之间,不是领导与被领导的行政隶属关系,上级法院对所辖区域内的下级法院是一种业务指导和案件质量的监督关系,它必须通过对一审案件上诉审或者对已经生效的判决、裁定提起再审的方式去实现。唯有如此,才能体现各级法院审判活动的自主性、独立性,真正发挥上级法院二审或者再审的指导、监督作用。对此,2010年12月最高人民法院下发了《关于规范上下级法

又比如,人们注意到,为了解决统一释法和保持执法的统一性,最高人民法院曾就下级法院的“案件请示”做出过较为严格的规范,要求其范围仅限于“法律适用”问题(不包括案件事实认定、证据运用和刑罚的具体裁量等),并且还特别强调必须采取书面的方式进行,以备归档查考。但在目前的司法实践中,不规范的判前请示、案件协调、意见沟通和个案协调等,却依然十分常见,“先定后审”等严重违反刑事诉讼法原则的现象并没有受到应有的重视与及时纠正。

时评 ●文/游伟

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

“潜规则”不除,司法难有真进步

等方面,是否取得了实质性进展,是否为新法实施真正“准备好”了?

从前期刑法学界和司法界的工作情况看,笔者发现,其重点主要侧重于新法的介绍、解读、宣讲、学习和编撰各类普及性读物。同时,在中央有关部门的统筹协调下,各司法机关分别研究、起草执行新法的司法解释,也在一定范围内征询了专家学者的意见,并正式颁布实施。

人们注意到,在诸多研讨会上,一些知名学者除了十分关注和探讨相关司法解释内容的制定及其科学性外,更把目光集中到了目前依然存在并已长期影响我国刑事法治发展的某些司法“潜规则”上。

比如,“人民法院依法独立行使审判权”是我国宪法确立的重要司法原则。而这种法律意义上的“审判独立”,不仅是指作为审判机关的各级人民法院,在案件审理中必须独立于行政机关、

法院审判业务关系的若干意见》,其实也做出了十分明确的规定。

不过,从现实情况看,如今,我国地方上下级法院间的行政化倾向日益严重,下级法院对案件审判的独立性、自主性、积极性都受到了不同程度的影响,它们之间的关系也出现了一些异化。一些高中级法院对下级法院审判工作的监督,并没有依法进行,确实存在着以“强化审判管理”、“加强案件质量”为名,直接对下级法院尚未审结的案件“提前介入”作指示、下指令的问题。某些上级法院甚至在法律之外自我授权、扩权,通过内部“规范性文件”的形式,明文规定对某几类案件实行审前上报“内审制”,限制下级法院依法独立行使裁判权。这些司法内部“潜规则”和“习惯做法”,都严重背离了上下级法院的审级独立原则,与刑事诉讼法的基本精神形成了冲突。

无论是从法治基础理论还是国家法律的规定上讲,“先定后审”等法外司法操作的“潜规则”、“习惯做法”,都构成了对我国基本诉讼制度的破坏。同时,它们也严重侵害了诉讼当事人尤其是刑事诉讼被告人的合法权利,造成对他们的公开审判、上诉、申诉等一系列良好的制度设计均形同虚设,不能起到纠错、救济和维护司法公正的目标,更不可能体现出“尊重与保障人权”的价值。

因此,为保证新刑诉法正确、有效的实施,我们除了必须重视并抓紧落实司法解释的规定,进行司法工作机制的改革外,同样需要高度关注和研究存在于司法实践之中,并且可能是积习已久的各种法外“潜规则”,下决心坚决予以清理和革除,防止它们成为影响我国刑事司法不断进步、发展的障碍。●

编者按:2013年1月1日,经修改的刑事诉讼法正式实施.在我国诉讼法制日益完善大背景下,执业律师练好内功,扎实提升执业能力,刻不容缓。《辩护人庭审发问原理与方法》一书系上海人民出版社出版的华东政法大学律师事务研究所所长、上海中茂律师事务所兼职律师王俊民教授的专著。

该书在比较庭审发问域外立法与司法基础上,研究我国刑事辩护庭审发问的类型与特点、发问原则、问题的设计与排列、发问用语、策略、应变与避忌,以及分别提出对各类当事人、诉讼参与人庭审发问原理与方法。寓理论研究于律师辩护实务,以辩护实务凸显理论研究成果,具有较强的实务性、针对性和操作性。

经本刊邀约,作者采硕该书部分章节内容,单独成文,由本刊陆续刊发,为繁荣我国的诉讼法学及律师制度理论与实务研究,抛砖引玉。

视角

●文 / 王俊民

辩护人庭审发问系列文章之一

论辩护人庭审发问及诉讼价值



王俊民:华东政法大学律师事务研究所所长、教授

刑事辩护往往被人们认为就是据实依法提出有利于被告人的意见,所谓辩护就是在法庭辩论阶段滔滔不绝的“说”,没有意识到或不重视刑事辩护的精髓更在于庭审调查阶段的“问”。

一、庭审发问、询问与讯问

根据我国刑事诉讼法规定,庭审中辩护人向被告人提问称为“发问”,公诉人、审判人员向被告人提问则称为“讯问”;辩护人、公诉人向证人提问均称为“发问”,而审判人员向证人、鉴定人提问则称为“询问”。

我国刑事诉讼法第186条规定:“公诉人在法庭上宣读起诉书后,被告人、被害人可以就起诉书指控的犯罪进行陈述,公诉人可以讯问被告人。被害人、附带民事诉讼原告人和辩护人、诉讼代理人,经审判长许可,可以向被告人发问。审判人员可以讯问被告人。”刑事诉讼法第189条还规定:“证人作证,审判人员应当告知他要如实地提供证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律后果。公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人经审判长许可,可以对证人、鉴定人发问。审判长认为发问的内容与案件无关的时候,应当制止。审判人员可以询问证人、鉴定人。”

讯问是刑事诉讼中侦查机关和侦查人员为查明案件事实,收集证据,取得犯罪嫌疑人供述的一种侦查行为。庭审中的讯问有别于侦查、批捕、审查起诉阶段的讯问,讯问的目的从突破案情、补充、完善、固定、核实证据为主,转为以揭露、指控犯罪为主。庭审中的讯问具有公开性、直接性、法律性、冲突性等特征。所谓公开性,是指庭审讯问对象是已经被提出起诉指控的被告人,在法庭指挥、辩护人参与、众目睽睽下进行。所谓直接性,是指司法人员在辩护人参与下,向被讯问人提出证明指控的内容,被讯问人的回答与其他证据能相互印证的,将直接作为证据。所谓法律性,是指讯问的人员、场合、内容、方式等受到法律的约束与限制,违反法定程序的讯问所得内容,不能作为合法有效的证据。所谓冲突性,即讯问的指控性与被讯问人抗拒指控及关注自身利益心态存在明显反差,审时度势地教育、引导被讯问人放弃对抗,如实供述,争取从宽处理是讯问的重要内容。

庭审发问不同于讯问和询问:

(一)从时间上看,辩护人发问一般是在审判人员、公诉人讯问之后进行,只有因辩护人提出辩方证人或鉴定人并经法庭准许到庭作证,才由辩护人首先发问。司法实践中辩护人申请控方

证人出庭作证,法庭准许后,也会安排辩护人首先发问。

(二)从目的来看,辩护人举证质证的发问是为了审查认定案件事实或印证被发问者的陈述是否属实,有无证明力。辩护人的职责决定发问目的在弄清案情的同时,必须通过问答内容的整体结合,逐步地、鲜明地向审判人员展示出有利于被告人的案情,或有利于被告人获得从轻处罚的具体情节。

(三)从主体来看,根据我国刑事诉讼法第116条、第118条、第120条、第186条、第189条等规定,辩护人在庭审举证质证时向被告者提问称“发问”,而司法人员提问的称谓因对象不同而不同,公诉人或审判人员向被告者提问称讯问,公诉人向证人提问称为发问,审判人员向证人提问则称为询问。

(四)从利益冲突来看,辩护人发问因举证或质证的对象及内容不同而不同,举证发问,应当是有利于被告人的,与被发问对象因利益一体化而不存在发问冲突;而质证发问,则往往与被发问对象具有明显的利益冲突。

二、庭审查问与辩护

庭审查问中辩护人的任务可以概括为“以证举证、以证质证”,即通过举证质证,证明指控方的证明或部分证明不能成立;证明被告人无罪、罪轻,或可以从轻、减轻、免于刑事处罚。

辩护人在庭审查问阶段不是听审者,而是参审者。辩护人在庭审辩论阶段完成辩护任务的方法是发表有关辩护或辩论意见的“讲话”,而在庭审查问阶段完成辩护任务的基本方法则是“发问”。

辩护人完成庭审查问阶段任务的途径是举证与质证,方式方法主要是提出问题。辩护人发问,既是辩护人在庭审查问阶段的诉讼权利,又是辩护人核

查各类证据,出示有利于被告人事实证据的方法手段,亦是辩护人在庭审查问阶段履行职责,完成辩护任务的基本途径。

(一)辩护人发问目的

1.通过发问,揭示指控证据不客观真实或缺乏证明力。

2.通过发问,查清存在疑点而公诉人又没有问清楚的案件事实。

3.通过发问,有意识地强调有利于被告人的案件事实,给审判人员留下深刻印象,为法庭辩论阶段的辩护作好铺垫。

(二)辩护人发问的基本要求

1.所提出的问题必须是具体的,不应是一般、抽象的,只有具体的问题,才有可能获得具体的回答。如果一个问题中包含许多个别问题,应当将它们分解成几个问题,根据内容的需要,按顺序逐个提出。

2.发问用语简明扼要,准确清晰,使对方听得明白。切忌发问用语词不达意,或选用容易发生歧义的词汇,应多选用精炼的短句子组织问题。

3.区分不同发问对象,运用不同的发问用语。案件情况千差万别,被问者的情况也各不相同,要使辩护律师的“问”和“答”进展顺利,不同对象选用不同的发问用语至关重要。被问者的情况一般包括:职业,身份,文化程度,个性,特点,以及在诉讼活动中所处的地位,与案件的关系,对辩护律师发问的态度,辩护律师对所问内容已掌握的证据程度等。

4.注意系列发问中问题与问题相互之间的系统性和逻辑性。利用问题与问题间的相互关系将问题合理组合,一般意义上,下一个问题的内容最好是从前一个问题的回答中有机产生出来的,对前一个问题的回答最好能巧妙地利用来提出下一个问题,应当避免从一个

问题跳到另一个问题,互相间缺乏衔接过渡的零乱做法。

5.在没有听完对前一个问题的完全回答时,不应急忙提出下一个问题。问得明白,目的在于使被问者答得明白,清楚。在被问者没有答明白前,急于提出下一个问题,等于没有问明白。

(三)辩护人庭审查问的意义

庭审查问既是辩护人在庭审过程中开口为被告人辩护的第一次亮相,又是贯穿庭审查问始终举证质证的基本方法,是辩护律师发现问题、分析问题、表述问题、质证问题、解决问题的辩护能力的综合展示。庭审查问是辩护人在刑事诉讼中行使辩护权的重要方式。

1.庭审查问是辩护律师庭审查问阶段的基本工作方法

辩护人对被告人及其他诉讼参与人发问,目的是为了查清被告人是否有起诉书指控的犯罪事实,如果有犯罪事实,查清哪些情节对被告人有利;如果无罪,查清被告人所辩解的事实和理由。

辩护人首次庭审查问是在公诉人宣读起诉书和审判人员听取被告人对起诉书指控的犯罪事实有无异议之后的程序性诉讼活动。在辩护人对被告人发问之前,公诉人还要对被告人就指控的犯罪事实进行讯问。公诉人主要是从印证指控的犯罪事实角度进行讯问。

经过公诉人宣读起诉书和讯问被告人,案件事实应当能得到基本展示。虽然在公诉人宣读起诉书后,被告人有权对起诉书指控的犯罪事实提出异议,但该程序一般比较简单。如果对起诉书指控的犯罪事实没有异议,被告人回答没有异议就行了;如果有异议,被告人一般只是简单指出对哪些事实有异议、有什么异议,审判人员一般不会让被告人详细阐述证明异议的案件事实,即使审判人员让被告人充分表述,受主客观

条件限制,被告人一般很难层次清晰、系统完整、重点突出而简明扼要地表述清楚有利于自己的案件事实。

一般情况下,在辩护人首次庭审查问前,对被告人有利的案件事实可能还没有充分地向法庭展示,需要通过辩护人对被告人系统、全面的发问,既引导被告人将有利于他的案件事实展示给法庭,同时又将被告人对案件事实的认识和态度展示给法庭。

辩护人主要是从罪轻、从轻或无罪的等有利于被告人的事实角度进行发问。在辩护人发问结束后,审判人员认为被告人对某些案件事实没有表述清楚的,还可以进行讯问。

2. 庭审查问是辩护人向法庭提出有利于被告人案件事实的重要机会

被告人的供述和辩解是据以查清、认定案件事实的法定证据,具有其他证据不可替代的重要作用。如果被告人实施了犯罪,在实施犯罪的过程中,哪些情节是对他有利的,被告人自己最清楚,对被告人的发问是查清案件事实特别是查清对被告人有利的案件事实的重要手段。

庭审前,被告人在接受侦查人员、审查起诉人员的讯问中,也会多次供述和辩解,但这种供述和辩解毕竟是准备追究犯罪嫌疑人、被告人刑事责任的侦查、控诉人员单方面作出的,没有律师在场,不能保证被告人的供述完全真实,更不能保证被告人有机会充分辩解。

庭审中,在审判人员主持下,在控辩双方都在场的情况下,无论是公诉人、审判人员的讯问,还是辩护律师的发问,都能够更充分地保障被告人真实地供述或辩解,更有利于查清案件事实。特别是被告人在庭审前的辩解得不到有效保障的情况下,辩护律师对被告人的发问,对于查清有利于被告人的案

件事实更有意义和价值。

3. 辩护人的庭审查问,从形式上看,是由发问人和受问人之间通过一问一答,查核、澄清案件事实的诉讼活动,但从履行辩护人职责来看,辩护人的辩护任务、辩护论点,则是从庭审查问开始着手表达、阐明的。有利于被告人的对案件事实的看法、结论,并不是由辩护人通过滔滔不绝的演讲展现给法庭,而是从辩护人和被问人之间一问一答的有机结合中,由听者自己得出的一种看法和感觉。

如果辩护人在庭审调查阶段,通过庭审查问,营造出有利于认定辩护事实的庭审效果,那么,在法庭辩论阶段提出的辩护论点及意见,则是水到渠成、瓜熟蒂落之物,无需再费力争辩。

三、庭审查问现状与问题

(一)从立法角度来看,强制证人、鉴定人出庭作证将成为刑事诉讼庭审常态。2010年7月1日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部颁布实施《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(以下简称《死刑案件证据规定》)第4条规定:“经当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实的证据,才能作为定罪量刑的依据。”第15条规定:“经人民法院依法通知不出庭作证的证人的书面证言经质证无法确认的,不能作为定案的根据。”第24条规定:“对鉴定意见有疑问时,人民法院应当依法通知鉴定人出庭作证。”在我国刑事诉讼中进一步明确了证人、鉴定人必须出庭作证的证据采信规则。2012年3月14日第十一届全国人民代表大会第五次会议通过的《刑事诉讼法修正案》将于2013年1月1日起施行,对现行刑事诉讼法修改达111条,涉及证据制度的有16条(第12-24条和第67-69条),其中直接涉

及证人、鉴定人出庭作证的规定有6条(第22-24条和第67-69条),就证人、鉴定人出庭作证范围,强制证人、鉴定人出庭作证,不出庭作证法律后果等作出系列规定。

(二)从司法实践现状来看,我国目前的刑事诉讼体制与机制虽然还没有为辩护律师庭审查问搭建足够空间,在法律职业群体中尚没有形成有共识和权威的辩护人庭审举证质证发问规则;不少辩护律师在庭审调查阶段不知道“问”什么,如何“问”,基本不注重通过举证质证发问进行辩护。2013年1月1日起《刑事诉讼法修正案》强制证人、鉴定人出庭作证等规定将正式实施,辩护人不掌握庭审查问原理与方法,庭审辩护质量很难得到保证。善用庭审举证质证发问,不仅有助于协助法庭查明事实,还可以为发表辩护词,进行法庭辩论铺垫事实基础。辩护人在庭审调查中既要敢于发问,又要善于发问,已成为能否有力、有利、有节完成庭审辩护任务的关键。研究并掌握辩护人庭审举证质证发问原理和方法,提高辩护律师的庭审诉讼能力,有助于推进我国刑事司法改革,有助于保证司法质量。

(三)从提高辩护律师的执业能力来看,庭审查问是所有律师执业能力的精髓。律师执业离不开事实,发现事实、固定事实、分析事实固然重要,但目的还在于提出事实以及质证事实。成功的庭审查问,不仅需要广泛系统的知识储备、严密无瑕的逻辑思维,还需要犀利出众的口才表达,以及敢辩善辩的顽强意志。精湛的庭审查问技艺仅凭书本与课堂教学,难以掌握,更难以驾驭,只有通过长期训练与经验积累才能够领悟;虽然惟有通过训练与实战才能精于庭审查问之道,却不意味着书本与课堂培训没有价值,庭审查问理论研究与实务培训有待提高与完善。●

我的败诉 ●文 / 朱晶晶

栏目组稿人:葛珊南 gsn888@vip.163.com

违法送达之殇

——记一起商标侵权行政处罚案件始末



朱晶晶: 上海市嘉华律师事务所律师

行政处罚裁定书 突如其来

2009年12月底,我接到一个咨询电话,一位在上海经商的施姓温州女商人,焦急地问我能否为其处理一个棘手的案子。通过她发来的初步资料和电话中的简述,我大致了解到案情背景如下:

施女士开设了一家田园进出口贸易公司,在上海经营电器元件的进出口贸易,主要将其家乡温州乐清生产加工的产品出口销往海外。2007年8月22日,田园公司为一家英国厂商贴牌加工生产的一批价值数十万元的电器元件在发往宁波北仑港准备出口的途中,被温州乐清市工商行政管理局查扣。当时查扣的理由是称货物停靠地屋主“无照经营”。施女士得知该情况后,急忙要求在乐清当地负责生产监督的公司另一股东王女士立即前往查扣现场说明情况,并连夜从上海赶往乐清处理。然而,乐清工商局却无视施女

士提供的公司营业执照、外方客户的委托加工授权书以及完整的进出口手续,执意继续扣押该批货物。

无奈之下,田园公司就乐清工商局以“无照经营”为由查扣货物的行政强制措施向乐清市人民法院提起了行政诉讼,要求撤销该强制措施。在该次诉讼中,乐清工商局自行撤销了涉诉的以“无照经营”为由所作出的行政强制措施,但称其已对同一批货物重新进行了扣押,理由为该批货物所贴之品牌侵犯了乐清当地一家厂商的商标权,并将新的扣押通知书作为证据提交给了法院。最终,该“无照经营”行政扣押被法院判决违法,但由于乐清工商局重新进行了扣押,田园公司仍无法取回被查扣的货物。

施女士委托律师继续和乐清工商局进行交涉,在乐清工商局迟迟不向田园公司返还被查扣物品、亦不对所谓的“商标侵权”的案件作出处理结果的情形下,在2008年12月(距货物被扣一年多后),田园公司就乐清工商局的“商标侵权”行政扣押行为向乐清法院提起行政诉讼,然乐清法院却以超过起诉期限为由驳回了田园公司的诉讼。

田园公司就上述乐清法院的驳回裁定提起了上诉。在等待该案二审开庭审理的过程中,施女士又于2009年10月下旬收到了另一份对其权益影响极其重大的法律文书:乐清法院关于准予执行乐清工商局对田园公司作出的商标侵权行政处罚决定书的裁定书,该裁定书要求田园公司向乐清工商局缴纳罚款人民币40万元。通过该份“准予执行裁定书”,施女士方知乐清工商局已经就所谓的田园公司之“商标侵权”行为作出了行政处罚决定且已申请乐清法院强制执行。由于乐清法

院“准予执行裁定书”并未附《行政处罚决定书》原文,施女士又委托律师自乐清法院调阅了案卷。法院案卷显示,乐清工商局已于2008年10月就田园公司的“商标侵权”行为作出了行政处罚决定,并以田园公司“下落不明”为由通过公告方式于2009年2月对田园“送达”了该份《行政处罚决定书》,之后乐清工商局又向乐清法院申请了非诉行政执行,乐清法院经对该《行政处罚决定书》进行“合法性审查”后,作出了前述的“准予执行”裁定,并通过邮政EMS快递的方式送达给了施女士。

施女士百思不得其解,为何明明打赢了官司却拿不回货?原来的“无照经营”案怎么摇身一变成了“商标侵权”案?田园公司和乐清工商局之间一直在进行交涉和诉讼,怎么就突然变成“下落不明”了?所谓的《行政处罚决定书》素未谋面,法院为何要她支付40万元的罚款?

面对如此离奇的案情和一筹莫展的施女士,我决定接下此案。

工商局无视程序罔顾事实作裁定

根据施女士介绍的情况,我从以下几个方面开始入手此案:

第一,以《行政处罚决定书》未依法送田园公司为由,向乐清法院提出执行异议,后又直接就乐清法院作出的准予执行行政处罚决定的行政裁定书向温州中院申请了再审;

第二,对《行政处罚决定书》提起行政复议。由于我国商标法规定,商标侵权案件当事人提起行政诉讼的期限为15日,而施女士找到我时,距其自律师处获得法院调档记录从而得知行政处罚之事已有近两个月的时间(60日的行政复议期限亦即将届满),已明显超过前述15日的起诉期限,故只能选择立即申请行政复议来启动对该“行政处罚决定”的审查程序。

第三,参与撤销行政强制措施的案

件,配合施女士在乐清聘请的律师进行案件二审的工作。

上述第一个阶段的工作所取得的一个有利效果,是乐清法院事实上暂时中止了行政处罚决定书的执行,这为进一步的调查并采取措施赢得了宝贵的时间。在多次赴温州及乐清进行阅卷、调查后,我发现乐清工商局所作出的行政处罚存在诸多问题,主要为:

第一,重复扣押。乐清工商局于2007年8月22日对田园公司的物品以“无照经营”为由进行了查扣,2007年9月21日,在前述“无照经营”扣押未撤销的情况下,对同一批物品进行了“商标侵权”扣押。况且,除了在“无照经营”案的诉讼过程中向法庭提交扣押通知书(复印件)外,乐清工商局未就“商标侵权”扣押对田园公司送达过任何法律文书,亦未告知过田园公司任何权利救济途径。

第二,送达。乐清工商局称,因田园公司办公地址搬迁,导致其邮寄出的听证告知和行政处罚决定书均被退回,故其在对田园公司送达听证告知和行政处罚决定书时,均采取了公告送达的方式。

《工商行政管理机关行政处罚程序规定》关于公告送达做了如下规定:

(一)直接送达当事人的,由当事人在送达回证上注明收到日期,并签名或者盖章,当事人在送达回证上注明的签收日期为送达日期;

(二)无法直接送达的,可以委托当地工商行政管理机关代为送达,也可以挂号邮寄送达,邮寄送达的,以回执上注明的收件日期为送达日期;

(三)采取上述方式无法送达的,公告送达。公告送达,可以在全国性报纸或者办案机关所在地的省一级报纸上予以公告,也可以在工商行政管理机关公告栏张贴公告,并可以同时由工商行政管理机关网站上公告。自公告发布之日起经过六十日,即视为送达。公告送达,应当在案卷中记明原因和经过。”

根据上述法律法规规定,公告送达听

证告知和行政处罚决定书的前提是必须穷尽直接送达、委托当地工商行政机关代为送达、挂号邮寄送达的方式后均无法送达的,才适用公告送达。

在本案中,乐清工商局根本无法证明其在采取公告送达前已穷尽上述法律法规所规定的送达方式。首先,其提供的所谓邮寄送达证明,没有邮局的邮件查询证明,不能证明该邮件已经发出过;即使田园公司搬迁了办公地址,田园公司自2007年8月22日货物被乐清工商局扣押后一直与该局保持联系,提出不服申辩,且田园公司提起的关于撤销“商标侵权”案扣押货物行为的行政诉讼尚在进行过程中。此外,在乐清工商局的多次调查笔录中,均可见田园公司的代理律师缪云飞、法定代表人施女士、股东王女士(常驻乐清)的联系地址、电话,田园公司根本不存在所谓“下落不明”一说(特别是田园公司留下了法定代表人施女士的个人联系地址,实际上乐清工商局只要向该地址送达即可发生送达田园公司的法律效力);而且,田园公司一直处于合法正常经营状态,正常按期向相关工商行政部门、税务部门等机关进行申报、联系,如乐清工商局采取了委托田园公司所在当地的工商行政机关代为送达的,就不可能送达不到田园公司。

而最具有讽刺意味的是,乐清工商局对前述对田园公司利益产生重大影响的《行政处罚决定书》、《听证告知书》均进行公告送达,而准予执行行政处罚决定书的行政裁定却十分快捷、准确无误地送达至田园公司的手中。让人无法不怀疑所谓“下落不明”的真实性!

故乐清工商局采取公告的方式送达本案所涉行政处罚决定也已违反了法律规定,依法不能发生送达效力。更有意思的是,乐清工商局在计算公告期时,竟然不知期限须从起始日的次日起算,因而所有的公告期均不足法定期限。

第三,无处罚决定内容。从乐清工商局向法院提供的其所谓通过网络公告的

行政处罚决定书来看,该处罚决定书名为《行政处罚决定书》,但并无处罚决定内容,只有三条“处罚建议”。一份没有处罚决定内容的“处罚决定书”,很显然是不可能“合法并且生效”的,也是无法执行的。

第四,事实上不构成商标侵权。事实上,所谓的商标权利人精图公司原为外方的供应商,其在外方不知情的情况下,在中国抢注X商标。本案发生后,外方找到精图公司协商处理商标事宜,双方最后于2008年初(行政处罚决定书作出十一个多月之前)即与外方公司达成协议,由精图公司将X商标转让给外方公司。2008年3月,外方公司向国家商标局提交了商标转让申请,以及精图公司的同意转让证明。精图公司确认,在商标转让完成前的任何时候,外方公司均有权在中国境内使用或授权他人使用X商标,有权自行加工、生产、销售或委托他人加工、生产、销售标有该等X标识的产品。

经多方联系,我们终于取得精图公司的《承诺说明》以及外方公司的说明各一份,证明上述情形。

由此可见,X商标注册权人精图公司本身已确认,申请人接受外方公司授权加工、生产标有X标识的产品根本不构成对其注册商标专用权的侵犯!

审判不讲理法形同虚设 难服人

以上几点中,任选一点均能说明本案所涉之行政处罚决定的合法性存在巨大缺陷。本案当事人施女士是一位非常坚毅的女性,为了讨个说法,她与我在维权路上并肩奋战4年有余。然而,遗憾的是,在这4年中,本案系列案件的复议机关、一审法院、二审法院、再审法院均对乐清工商局违法采用公告方式送达行政处罚决定书的事实视而不见,一概以超过诉讼/复议期限为由,驳回了田园公司的所有诉求。一纸违法的公告封堵了当事人所有维权之门,实乃司法之殇。●

专题研究





陆艳：市律协行政
法业务研究委员会委员

●文/陆艳

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

城市房屋征收中的 行政强制执行制度研究

随着社会发展,城市市政建设和旧城区改造步伐的加快,城市房屋拆迁矛盾也日益突出,成为最易引发社会问题的一个敏感领域。城市房屋拆迁是我国一项独特的制度,其产生的根源缘于我国土地所有权与房屋所有权的分离以及土地所有权和土地使用权的分离。提及城市房屋拆迁就必须谈到房屋强制执行制度。无论从程序上还是实体上,但凡是成年中国公民都能说出不下三条理由,凤凰卫视评论:中国式拆迁,一半是暴力,一半是暴利。基于此,本文拟对城市房屋征收中的强制执行制度进行研究。

一、几个典型案例

2003年下半年以来,湖南省嘉禾县政府在珠泉商贸城项目建设中,打出了这样的标语:“谁影响嘉禾一阵子,我就影响他一辈子”。以行政命令搞强制拆迁,并要求县里的公职人员负责各自亲属的拆迁工作,否则将被暂停工作、停发工资,当地一些群众对此反响强烈。

2009年11月13日早晨,在成都市金牛区女老板唐福珍所在的天回镇金华村发生一起恶性“拆迁”事件,女主人以死相争最终未能阻止政府组织的破拆队伍,最后“自焚”于楼顶天台,烧得面目全非。

2010年宜黄事件。官员撰文说,没有拆迁就没有新中国。“从某种程度上说,没有强拆就没有中国的城市化,没有城市化就没有一个个‘崭新的中国’,是不是因此可以说没有强拆就没有‘新中国’?”

没有拆迁,你们知识分子吃什么?中国社会科学院农村发展所研究员于建嵘在江西万载县讲课,号召大家不要去拆老百姓房子。该县县委书记就拆迁问题与其发生观念之争。于建嵘:“假如拆的是你家的房子,你怎么办?”万载县委书记陈晓平:“发展就要强拆,不然你们

吃什么?”

种种上述的例子不胜枚举,可以说目前城市房屋拆迁已上升为尖锐的社会敏感问题。究其原因,强制拆迁制度是被多方诟病的问题症结。强制拆迁制度是我国城市房屋拆迁中的一项重要制度,但是近几年来,强制拆迁过程中出现了一些恶性事件,由强拆迁引发的一系列血案也比比皆是,越来越受到社会的关注。

二、城市房屋征收强制执行的概念与性质

行政强制执行是现代法治的产物,我们所讨论的行政强制执行以公权力、私权利的分立为前提。严格区分公权力、私权利的分立,为保障公民基本权利,须从制度上限制公权力行使的空间与范围、程序,赋予行政相对人陈述、申辩、救济权力。

纵观拆迁所引发的各类血案,强制执行环节所暴露出来的问题最为严重。强制执行,分为强制执行民事义务、刑事义务以及行政法上的义务诸类。而城市房屋征收补偿决定的强制执行,属于行政强制执行范畴。《国有土地上房屋征收与补偿条例》征求意见以及公布实施期间,媒体概而以“司法强拆”取代“行政强拆”称谓。

《征收条例》没有授权政府强制执行,因此,在公权力尚未得到有效限制,司法公正性尚待强化之际,我们需要做的是严格强制执行制度,力图将强制执行制度纳入法制化渠道。

《国有土地上房屋征收与补偿条例》公布实施以前,有关强制拆迁的立法,基本散见于《城市房屋拆迁管理条例》、建设部城市房屋拆迁裁决工作规程以及各省、地、市、县区的规定。而这些关于房屋强制执行的规定都趋于原则性,对于强制执行的程序、条件等都规定得不完备,或者实际操作大相径庭。例如,对于强制拆迁而言,理论上必须安置到位即必须提供周转房,但现实中

大量的强制拆迁并无周转房。

在法理上,行政强制措施是行政强制框架的重要组成部分。笔者把城市房屋征收中的强制执行的性质定为先予执行行为,这种行为以行政基础行为(拆迁行政裁决)做出之后但又未最终发生法律效力(因此时被拆迁人有3个月的可申请复议或起诉的法律救济期限并且还可能已申请复议或起诉,尚无生效裁决)便实行行政强制执行行为特征。

新出台实施的《行政强制法》对于人民法院依法受理行政机关强制执行申请、作出裁定和强制执行等规定,是一大进步。但是在强制执行过程中似乎也碰到了一系列的问题,笔者在后续的阐述中重点谈论相关的法律缺陷。

三、我国城市房屋征收中强制执行制度的法律缺陷

(一)程序问题

城市房屋征收中正当程序的失范,给城市房屋征收的顺利进行蒙上了厚重的阴影,带来了许多负面效应。既弱化了财产权,又增加了征收的社会成本。

正当程序起源于英国普通法中的“自然正义”原则。在现代国家,正当程序是对行政权进行制约的必不可少的要素,特别在行政权限制财产权的领域,正当的行政程序来保证行政权的正当行使。正当程序要求政府保持中立,接受程序法律结果的法律主体对法律程序具有平等的参与权,包括知情权和辩护权。程序具有自治性和人道性,程序的公开、透明性。

我们知道强迁之前,行政裁决是必经程序,而由于我国实际的行政裁决其实际操作和有关立法意图都发生了偏差,失去了作为裁判员的公正性,致使目前的强迁前的第一条战线行政裁决就陷入了被多方诟病的恶性环节,成为拆迁当事人攻击的靶子。

房屋拆迁管理作为地方政府的组成部门之一,其人、财、物等各项关系均掌握在当地党委、政府领导的手中。而一旦有权力的干预,尤其是部分政府首长在经营城市,一把手在搞拆迁,那么房屋拆迁管理部门就难以依法管理。笔者作为本市的一名土地征收和动拆迁领域的专业律师,有过很多类似的经历、例子。很多时候是政府的强力推动使得强制拆迁往往仅是走程序,绝大多数强制拆迁的发生,依赖于政府的公权力,而多年来有些地方为达到迅速拆迁的目的,强力推动强制拆迁,使得本来就很少的强拆规定,没有得到有效执行。

(二)公证问题

1993年12月1日司法部发布的《房屋拆迁证据保全公证细则》,对特殊房屋在拆迁前的现状公证作了严

格的程序规定。

在强制拆迁过程中,应该对拆迁房屋进行证据保全公证。房屋拆迁证据保全公证是指在房屋拆迁之前,公证机关对房屋及附属物的现状依法采取勘测、拍照或摄像等保全措施,以确保其真实性和证明力的活动。《房屋拆迁证据保全公证细则》第3条规定:“房屋拆迁证据保全公证适用于拆除依法代管的房屋,代管人是房屋主管部门的;拆除有产权纠纷的房屋,在房屋拆迁主管部门公布的规定期限内纠纷未解决的;拆除设有抵押权的房屋实行产权调换,抵押权人和抵押人在房屋拆迁主管部门公布的规定期限内达不成抵押协议的。”

原先在强制拆迁时,一般是组织街道办事处,被拆迁人单位代表到现场作为强制拆迁证明人,并由公证部门对被拆迁房屋及房屋内物品进行公证。在行政强制拆迁中,政府机关往往把公证处当成政府所属的一个职能部门,这种做法是错误的。诚然,公证处作为国家的法定证明机关,应支持政府工作,相互配合,搞好强制拆迁工作,有义务向群众宣传拆迁方面的法律政策,运用法律知识协助做好被拆迁人及其家属的思想工作,尽可能动员被拆迁人配合拆迁,调和被拆迁人与政府之间的对立情绪,沟通、融洽百姓与政府之间的关系,化解矛盾,使被拆迁人了解党和政府对城市建设的重视,对人民群众的关心和维护当事人合法权益的法律依据。但公证机关介入城市房屋行政强制拆迁的本职工作是如何搞好被拆迁房屋的保全证据公正,有着一整套严格的操作程序,应坚持其独立性原则。由于房屋拆除后,房屋及房屋内的财产状况都无法确定,如果发生争议、诉讼等将无据可查,依据条例之规定,对被拆迁房屋的有关事项进行证据保全公证,在房屋被拆迁前,依法采取测绘、拍照或摄像、登记造册等保全措施,对即将被拆迁的房屋、附属物、房屋内存财物及现场状况进行全面、客观的记录,确保其真实性、证明力,行使其监督权,搞好保全公证工作,真正起到预防纠纷的作用。但笔者在处理相关动迁矛盾诉讼和信访化解的过程中,看到了很多公证文书令人啼笑皆非。有时候即在政府下达行政强制拆迁决定书前,被拆迁房屋的证据保全公证就办好了。笔者近期办理的一个案件是2007年强迁,但是公证文书却是2006年已经办理完毕了,这种情况完全脱离了实际。没有取得行政强制拆迁决定书前,在被拆迁人的强烈抵触情绪之下,诸如房屋的测绘,屋内财物的清点等工作无法操作,可在实践中,为了强迁而进行的走过场的公证举不胜举。

(三)公正问题

政府虽是人民利益的代表,但它毕竟是一个由人集合而成的机关,也具有“经济人”的行为特征,有自己的

利益。政府是人民的代表,如果少数基层政府与民争利,极易引发尖锐的社会矛盾,影响社会的稳定。

由于我国现行拆迁矛盾都必须先经行政主管部门裁决,而有关部门从某种意义上讲,与开发商有着密不可分的关系,由于政府对于房地产作为地方支柱产业的指导思想,负责处理拆迁争议的部门更是商业开发项目的主管部门,拆迁管理部门及相关政府职能部门很难做到公正处理双方争议。

同时,土地征用和房屋征收的前提问题,即征与不征、拆与不拆的问题。根据我国的《土地管理法》、《城市房屋拆迁管理条例》,相关的行政机关是该问题的决定主体,被征收人不仅没有决定权,而且参与权和知情权也很弱,因此单单由公权单方面决定介入私权(财产权),国家公权与私权没有理顺,公权成为制度下侵犯私权的元凶,公权与私权界限分不明是问题的主要根源。

在社会主义市场经济社会,实行财政分灶吃饭的国家机关、公益事业单位、公用企业都有各自的公法上的利益和私法上的利益,而且这两种利益又日益交融渗透。这些单位按照要求应该各司其职、各负其责,既分工明确又互相制约。但是如果有些部门越俎代庖,“热心”过度的行为使强制部门难免受到不相关因素的干扰。兼有运动员、裁判员双重身份的各级土地行政主管部门、各级人民政府成了自己案件的法官,这就难以保证各级土地行政主管部门、各级人民政府能平等、客观、公正地对待被征收的弱势群体。

(四)司法救济问题

处理被强迁人的抗争,如果说假话,则可以说人民法院为城市建设保驾护航;如果说真话,笔者的观点是目前多数人民法院没有履行其最后一道防线守护者的职责,天平已经不再公正。由于法院地位独立无保障,法院在审理案件过程中容易受到各种力量的干预,所以法院不愿意插手房屋征收的事情,立案难、人为压低行政诉讼审级,侵害行政相对人的诉讼权益,审判活动或者裁判活动缺乏公正性,诸如此类事例不胜枚举。同时又因为法院的消极处理缺乏有效的外部制约和监督,这就进一步限制了法院介入城市房屋征收纠纷的处理,并进而影响司法诉讼的积极性和有效性。

发生冲突后,强制拆迁中居民利益受损后,不是选择司法救济,而是大规模上访,甚至发生自焚等极端手段。司法是社会矛盾的最后一道防线,为什么居民直接越过这道防线,寻求不达目的誓不罢休的上访呢?这不得不令我们反思:司法救济问题出在哪里?笔者作为土地征收和动拆迁领域的职业律师,看到了很多类似通过法律诉讼一审、二审后,或者根本就没有采取法律途径,而是直接选择上访,并且是越级上访,目前这一趋势也

引起了相关部门的重视。笔者认为,一方面拆迁成为政府行为后,民事纠纷转化为行政纠纷,如果居民不满拆迁补偿安置寻求司法救济,就要告政府,而法院又受制于政府,难以体现公平。另一方面目前我国行政诉讼法也决定了居民不可能从法院得到他想要的结果。公民起诉的目的是得到合理的补偿,然而法院审理行政案件只能审查具体行政行为的合法性,而对具体行政行为适当性则不予审查,即使法院认为拆迁行政裁决或行政强制不合法也只作出撤销判决,补偿安置争议仍需回到作出裁决的原行政机关处理,公民即使胜诉也难以得到理想的结果。只能说多年来,司法救济的渠道不畅通。

(五)法律缺陷问题

随着市场经济的不断发展,拆迁也成为了城市发展的一道风景线。然而我们时常可以看到手拿《宪法》和《物权法》的被征收人常常抵不过手持《国有土地上房屋征收与补偿条例》的征收队伍。从法理上讲,上位法应该优于下位法,它的适用规则应当能够解决《征收条例》与《宪法》、《物权法》之间的冲突才是,但我们经常看到的是法律运作在这里的缺失。这种缺失有它深层的原因,而制度构建的不当与缺陷则是最根本的问题。

部分地方政府的征收引发的纠纷系地方政府无视法律规范或者无法律依据进行,依仗行政强权蛮干导致。有些地方无视法律,或者是立法滞后导致无法可依或者现行法律不能完全适应社会发展而没有及时进行调整所致。当然没有法律可依,自然不行;而有“恶法”可依更加不行,效力等级较高的“恶法”更是祸患无穷,即便是进入司法救济程序中也能够自圆其说,“有理有据”。

在征收主体上的模糊。很多地方征收时,既成立了由政府主要领导担任总指挥、各职能部门参加的征收指挥部,又成立了由原拆迁公司人员包装后的“征收事务所”,到底谁是征收的主体?政府到底扮演什么角色?有的地方的征收办公室,看上去是一个行使政府权力的机构,摇身一变马上又变成为直接的征收人,一套班子,两



块牌子。主体的不确定,使得征收性质变得模糊,征收行为是基于公共利益的政府征收还是商业用途征地也定性不清,这是导致征收矛盾的潜在根源。

2004年以后,本来应该是政府主导下维护群众利益的问题没有解决好。很多地方用土地储备的方式,拆了老百姓的房子,然后用“招拍挂”方式卖给开发商,有的甚至卖给开发商了仍然由政府组织强拆。而在《国有土地上房屋征收与补偿条例》、《行政强制法》公布实施以前,有关强迁的立法基本空白或者说存在缺失,令人遗憾。

(六)民众参与缺失问题

2011年前,在城市土地征收、旧城改造的制定、实施的整个过程,缺乏社会公众尤其是被征收人的参与机制。居民知悉自己居住的地域被纳入旧城区范围,往往是在政府已经着手实施拆迁的《告居民书》上,虽然现在相关《城乡规划法》、《行政许可法》等均规定了应当听证、公示,或者以各种其他方式征求利益相关人的意见。但是这种所谓的民众参与基本是走过场。当然上海在2005年之后,提出了《阳光动迁》的口号,这两年开始实行旧城更新改造前征询制度,开展两轮征询,全面、及时、动态的公开各种拆迁补偿安置信息,增加了部分被征收居民的参与权和知情权。

四、建立和完善我国城市房屋征收中强制执行制度的建议

西方制度经济学理论认为,只有当预期的净收益超过预期的成本时,一个社会才能改变现有制度和产权结构的企图,一项制度安排才会被创新;制度变迁,无论是诱致性的,还是强制性的,其发生的根本原因都在于制度变迁的主体(个人、群体或者国家、政府)可以从新的制度安排中获得更大的效用。关于建立和完善我国城市房屋征收中强制执行制度,笔者有如下的浅见。

(一)加大构建专门立法模式力度

因中国相关立法滞后,致使当土地征收出现新问题时,法律无法发挥其应有的社会功能。土地征收强制执行成为中国社会难以处理的热点问题,笔者认为应该加快立法进程,对现有土地征收强制执行法规,特别是《行政强制法》进行补充和完善。建议可参照国外的土地征收强制执行法规,结合中国的实际情况,将可以被中国借鉴和使用的规定引入国内的征地强制执行政策中,严格规范土地征收强制执行行为,保障被征收人的合法权益。立法中必须规范土地征收强制执行程序,建立征收强制执行方案听证、审批制度,征收程序民主决策制度,征收强制执行争议司法救济制度等程序制度。关键是要赋予被征收人参与权、知情权和监督权,以便使公民的

合法权益得到更加充分的保护。

新出台的《征收条例》第二十八条规定:被征收人在法定期限内不申请行政复议或者不提起行政诉讼,在补偿决定规定的期限内又不搬迁的,由作出房屋征收决定的市、县级人民政府依法申请人民法院强制执行。在过去,我们往往看到的是行政机关委托相关企业来搬迁。企业为了实现经济利益,过程很不规范,进而导致强制搬迁过程中不断出现恶性事件。该条例实施后,行政机关只能到法院申请强制执行,制度设计者希望通过司法程序的设置来保障群众合法权益,把风险降到最低。

通过法院来强制执行是个进步,但是,在征收过程中,当被征收人的最后救济途径只剩下行政诉讼之时,当他把最终期望都寄托在程序上时,如何排除政府对司法的不当影响,保证司法独立,将直接影响征收补偿的公正结果。因此,保证司法独立和公正,是决定该项制度实施效果的关键因素。鉴于此,笔者认为,如果能在其他立法上配套地对此类行政诉讼的管辖层级进行特别规定,并且在此类行政诉讼中引入第三方作为审判决策因素来制衡审判,则可以更好地防止政府一手遮天的现象。

笔者认为现在的时机是迫在眉睫了,我们必须加强土地征收制度的立法工作。首先,进一步完善房屋征收强制执行的法律体系,对一些矛盾及有漏洞的地方及时进行修订。其次,改变多部门各自立法的模式,建立统一的中性立法机构,避免职能部门立法时的自我利益倾向,最大限度地体现法律的内外协调性、严谨性、全局性、公正性和公开性。最后,更新立法理念,贯彻私权保护原则。将公权的行使严格限定在法定范围之内,防止其任意扩张侵犯私权领域。

(二)加大被征收人知情和参与权利

正当法律程序是公民权利的保障,甚至是公民权利本身。因为“公共利益”和“公正补偿”都是不确定用语,谁来判定和怎样判定“公共利益”和“公正补偿”,可能比如何界定“公共利益”和“公正补偿”更重要、更有意义。《拆迁条例》之所以导致无数滥用权、侵权事件,很重要的原因就是没有确定公众,特别是被拆迁人对拆迁决定和补偿决定的参与程序,以及拆迁决策、过程、结果的公开程序,甚至赋予开发商以拆迁主体的地位,赋予政府主管部门以决定、裁决和裁决执行的三重主体地位。现在,《征收条例》规定了征收人规划、规划应广泛征求社会公众意见、征收补偿应公布,旧城区改建如为多数被征收人异议要举行听证会等程序,这些规定无疑体现了对公民实体权利和程序权利的双重尊重。

根据上海市高级人民法院关于《国有土地上房屋征收与补偿条例》施行前已取得房屋拆迁许可证项目所涉案件有关审判、执行工作的若干意见第十五条：“受理法院在审查中，应与被申请人进行谈话，询问其被拆迁房屋居住情况、对所涉拆迁行政裁决有无异议等，必要时可组织听证。”

《征收条例》明确了被征收人多数决定、召开听证会、被征收人选定房地产评估机构、被征收人对补偿决定不服可以申请行政复议也可以提起行政诉讼等，赋予被征收人参与权、表决权 and 复议诉讼的权利，这是一个很明显的进步。

《征收条例》规定，房屋征收和补偿应当遵循决策民主、程序正当、结果公开的原则。同时还规定，指定国民经济和社会发展规划、土地利用总体规划、城乡规划和专项规划，应当广泛征求社会公众意见，经过科学论证。政府促进公众参与是公众保护自我权益的需要。政府基于公共利益的需要，可以强制实行拆迁，是一种合法地侵犯个人利益的行为。拆迁范围内的公众作为城市房屋征收的牺牲者，有权知道自己让渡权利的对象，并作出是否让渡的决定及请求救济的权利。政府促进公众参与是监理服务型政府的需要。建立服务型政府转变为职能型政府的方向，重要的一项内容就是政府的施政目标必须征得服务对象及公众的同意。政府的行政职权毕竟来源于公众权利的让与，政府促进公众参与与向公众提供信息服务，并组织相关听证为主要方式。拆迁听证作为政府在作出直接涉及公众或公民利益的征收决策时，听取利害关系人、社会各方及有关专家的意见，以实现良好治理的一种必要的规范性程序设计。政府通过举行征收听证促进公众参与，一来保证公众的知情权、陈述权及申辩权得以实现，二来协调解决征收中的纠纷，三来保证征收行为的公平、公正和公开，减少腐败现象的发生，使城市房屋征收切实体现以人为本，符合广大人民群众切身利益，符合公共利益的需要。

（三）加大对于征收的监督和救济

笔者所提出的监督包含了政府内部监督和外界对政府的监督两部分。政府内部监督即设立城市房屋征收强制执行决策终身问责机制，以增强强制执行决策者的责任意识，从根本上保证强制执行制度的可持续发展，真正体现诚信为本、取信于民的人本执政理念。可喜的是这点在新实施的《行政强制法》中有一定的体现。建立城市房屋征收强制执行管理工作目标责任制和征收强制执行责任追究制度，各级政府机关的监察部门要加强协调与合作，加大对滥用职权强制拆迁来侵害群众利益案件的查处力度。外界对政府的监督即指对城市房屋征收强制执行制度的监督除了政府内

部的制约制剂外，还包括党委、人大、社会舆论等多种形式的监督。

（四）加大居民共享旧城改造收益

世界上最牛的“钉子户”或许在日本。因为居民不肯搬迁，日本东京成田国际机场1号跑道拖延十几年才完成，2号跑道无法修到规定长度因而屡发起降险情，3号跑道至今还在图纸上不能动工。成田机场是无法提供夜间起降服务的，因为根据和机场内几户居民的协议，夜间禁止起降，以免影响到这几个“钉子户”的休息。

或许举日本的例子并不那么恰当，但是笔者想要表达的是旧城往往处于城市中心，土地升值剧烈。居民是城市生活的主体，对地区文化的养成、区位土地升值具有最为重大的贡献。在整体性搬迁的模式中，应该充分考虑“与居民共享旧城改造收益”的政策，通过适当途径将土地出让金收益返还给被拆迁居民，使他们分享城市发展的成果。这样宗旨的落实也会很大程度上降低城市房屋征收中强制执行的数量。

（五）加大强制执行的程序和问责制度

《征收条例》废除行政强制执行在拆迁中的适用，更加规范拆迁行政主管机关在行政强制中的各种行为，对加大和明确行政强制的法律责任、追究机制均具有重大进步意义。

监察部、国土资源部、住房部、国务院纠风办前段时间通报了6起强制拆迁致人伤亡案件调查处理情况，即2011年9月9日最高人民法院在其官方网站发布《最高人民法院关于坚决防止土地征收、房屋拆迁强制执行引发恶性事件的紧急通知》，通知指出，必须慎用强制手段，凡在执行过程中遇到当事人以自杀相威胁等极端行为、可能造成人身伤害等恶性事件的，一般应当停止执行或者首先要确保当事人及相关人员的人身安全。并要求明确责任，严肃追究违法失职行为。凡是因工作失误、执法不规范或者滥用强制手段、随意动用法院警力实施强制执行导致矛盾激化，造成人员伤亡或财产严重损失等恶性后果以及引发大规模群体性事件，或者对重大信息隐瞒不报、歪曲事实，造成影响社会稳定等负面效果持续扩大的，要严肃追究有关法院领导和直接责任人员的责任，并予以曝光通报。

违法违规强制拆迁是任何时候、任何情况下都不能触碰的红线，要求对违法强拆典型案件进行通报和公开曝光。对连续发生违法违规强制拆迁案件的地区，将追究上一级地方政府主要领导的责任。或许在恶性事件发生后，血的教训发生后，相关部门才能静下心来考虑某一个制度上的缺陷，但是生命是无法重来的，血的教训背后是多少无奈和悲痛，值得人们深思……●



徐 炯：市律协行政法
业务研究委员会委员

●文/徐 炯

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

律师代理行政复议 案件刍议

1990年12月24日国务院发布《行政复议条例》，在我国建立了统一的行政复议制度。1999年4月29日九届全国人大常委会第九次会议审议通过行政复议法，接着在2006年国务院办公厅“关于预防和化解行政争议健全行政争议解决机制的意见”，对加强和改进行政复议工作提出了明确要求。一系列法律法规实施以来，对于构建社会主义和谐社会的目标，强调化解社会矛盾，增加社会和谐因素，将行政复议作为预防和化解行政争议的重要法律渠道，集中了诉求表达机制，利益协调机制，矛盾调处机制，权益保障机制诸多方面的内容，纳入制度化、规范化、法律化的轨道，也有助于将行政争议和矛盾化解在基层，化解在初发阶段，化解在行政系统内部。从法律层面上讲，行政复议是保护老百姓合法权益，监督和保障行政机关依法行政的重要制度，与行政诉讼、信访相比，具有便民高效方式灵活，不收费等优势。因此，是广大老百姓普遍采用的救济方式。

行政复议是行政救济的重要制度，是公民、法人或者其他组织维护其合法权益的重要途径。我们国家1999年制定《行政复议法》及2007年制定《行政复议实施条例》，在立法上给予保证。实施中，由于立法滞后，制度上某些缺陷，行政机关强势地位凸显，公民、法人或者其他组织维权之路十分艰难，作为他们一方的代理律师亦难有作为。办理刑事案件的律师多抱怨“三难”“四难”，但在律师法颁布实施后，引起相关部门重视此“难”，虽未满意解决，但有关部门为此提供一些方便，“三难”“四难”有所改观，这是不争的事实。但在实践中，律师代理行政复议之难，一言难尽。之所以

没有引起有关部门的足够重视，不是问题不严重，而是律师参与行政案件很少（有好多律师不愿意代理民告官案件，参与行政复议就更少）。由于参与此类案件代理少，影响小，呼声就弱，肯定不被有关部门重视，因此行政复议救济的重要制度，立法者的良好愿望在实施中不能很好体现。

律师代理行政机关相对人申请复议，对于当事人来说，与其说是维权的需要，还不如说是出于无奈。因为当事人深感过于强势的国家行政机关不仅拥有垄断信息资源，拥有一批训练有素的专业人员，对于没有多少法律专业知识的当事人来说，只能聘请律师代理。其二，有许多案件作了复议前置规定，即诉讼必须先复议，复议是一个程序，作为律师代理行政复议也是一个过场而已。笔者在代理行政复议案件中深感主要有“四难”，即“受理难”、“胜诉难”、“取证难”、“会见难”。

第一难：行政复议受理难

一、符合法定条件的行政复议案件，有关方面相互推诿、敷衍、失职，是常事。致使相当一部分行政争议的处理游离于法定渠道之外，使大量行政复议案件流向信访，行政复议功能没有真正发挥出来。如租赁合同，承租人一方配偶死亡，同住人要求变更租赁户名，向物业申请，要求按市房局规定执行，同住人协商不成指定承租人的变更，当事人依民事起诉被驳回。依法行政复议，称不符合主体资格，不予受理。当事人目前只能走信访之路。又如某犯罪嫌疑人，因破坏法律实施罪被刑事拘留，公安机关抄家将其家中电脑疑是作案工具暂扣，该犯被劳动教养，其电脑确认不是犯罪工具，但公安机关既不没收，也不发还家属，申请复议，称不是具

体行政行为为不受理,当事人只能走信访之路。再如政府信息公开,向政府申请要求公开公务员人均年收入情况,统计局开始推诿给市政府,后称此信息对于申请人未侵犯其权益不予受理。又如前几年出现在闵行、浦东非法运营的“倒钩”事件,现有人要求有关部门公开每年罚没情况和举报奖励情况,执法局、交教委罚没办都相互推诿。又如汽车牌照拍卖所得,要求公开每年所得几亿元人民币的用途,公安部门推诿给政府预算单位,迟迟不予答复。以上海市统计,1999年至2008年十年中本市收到行政复议申请有23296件,其中受理15742件,有32.4%未受理。2010年后,政府机关对复议案件有所重视,案件受理率有所提高,2010年申请复议案件3512件,受理3091件(受理率88%);2011年申请复议案件3052件,受理2387件(受理率78.2%);2012年上半年申请1583件,受理1263件(受理率79.8%)。特别是2008年5月1日起实施的《政府信息公开条例》,申请人认为侵犯其知情权,要求信息公开,申请行政复议大量出现,但或认为未侵犯其权益,或因不属于信息公开条例,或无信息可公开,或申请被推诿等等,许多申请难以受理。

二、抽象行政行为受理问题。由于实施抽象行政行为的主体广、层次多,上至国务院各部委,下至乡镇政府都有权制定各类效力不一的“红头文件”,因此,在实际生活中它们具有重要影响,是很多行政机关的执法依据。与此同时,由于行政机关实施抽象行政行为的程序少、监督弱,也带来了一系列群众反映强烈的问题,一些行政机关利用抽象行政行为乱收费、乱罚款、不仅严重破坏了法制统一,也损害了国家和公民个人的利益,成为人们深恶痛绝的“三乱”之源。然而,长久以来,我国对此类文件监督却十分薄弱,现行的备案审查制度远远起不到有效的监督作用。相应地,因此类文件遭受损害取得救济也十分有限。这一现象严重影响了我国依法行政进程,破坏了法制的统一。尽管《行政复议法》第七条的规定直接赋予相对人对抽象行政行为要求审查的申请权,但是现行行政复议法并没有明确规定将抽象行政行为纳入复议范围,而是规定在对具体行政行为申请复议时,可以一并向行政复议机关提出对具体行政行为所依据的规定的审查申请,因此在实践中,没有任何一个复议机关会去审查抽象行政行为的合法性和合理性。

第二难:行政复议胜诉难

不可否认,多数国家行政机关在行政复议法颁布之后,自身法制意识、法制能力提高,依法行政,执法为民的能力都有加强。全市复议每年2000多件左右大多

维持原裁决,以市政府复议案件纠错率为例,2010年受理740件,纠错52件(纠错率8%);2011年受理744件,纠错40件(纠错率15%);2012年上半年427件,纠错14件(纠错率3.28%)。但作为行政机关相对人,认为行政之诉的具体行政行为侵犯其合法权益,依法向法定的行政复议机关提出复议,其中大多裁定驳回,不乏也有其他的原因。

第一,行政机关在制定行政法规和规章时,为维护本部门,本单位的利益,在立法过程中进行一些“平衡”,作为有规章制定权的行政机关,依照法定程序和法定方式对外公布具有普遍约束力的规范性文件。第二,司法独立才有司法公正,复议作为“准司法”制度,它的复议机构设置是具有行政行为实施的上下级隶属关系,不可避免地是一种“近亲”复议,甚至复议机构与行政权力机关是两块牌子,一套班子。它的复议结果会公正吗?如劳教处罚作出具体行政行为的劳教委,实质上是市公安局,复议机构是人民政府,实质上也是市公安局。复议机构均是市公安局的法制办,同一行政机关作出的具体行政行为,换了一副面具后,成了复议机构的裁决,岂不是咄咄怪事。因此在机构设置上有弊端,实体上就不可能公正。这与提倡“以人为本,复议为民”的宗旨,化解社会矛盾,促进社会和谐的立法目的背道而驰。第三,大量复议申请,均是书面审查,暗箱操作,不能容许申请人申辩、解释,也无法有纠错的机会,申请复议书递上去后,叩首等待。作为强势的国家行政机关,有一批训练有素的专业人员,拥有垄断信息资源,这些秀才们,通过和复议机关“关起门来商量案情”,可以在复议裁定书上化险为夷,避险获胜,将你的复议申请驳回,即便是裁定被申请人重新作出具体行政行为,这样其最终结局也未必对申请人会有所好转。

第三难:行政复议取证难

律师调查取证难,在三大诉讼中涉及到。在行政案件中,律师调查取证涉及到的相对人还有行政机关,所以律师调查取证权是公民权的延伸,作为行政复议的代理人,要通过调查取证才能有效地进行申请复议等一系列活动。由于信息不对称性,行政机关有合法调查权,强大的优势,但律师取证就显得相当困难,相对人不配合,对他们,代理人奈何不得。在行政复议中代理律师更是难上加难,行政机关将代理律师拒之门外是常事。“门难进脸难看”“未尝开言被拒之”,行政机关还会以“证据涉及国家秘密,商业秘密,个人隐私”等的理由予以拒绝。

如本市某派出所调解一起双方打架轻微伤害案(对于轻微伤害案,公安机关有权主持双方调解,但规



定必须有当事人参加,自愿调解,一方不同意调解,应该终止调解)中,派出所将肇事者关在一个小间,整个调解在派出所大厅进行,双方家属参加,受害方家属提出30万元巨额索赔,肇事人及家属均不同意,然后派出所民警称不同意调解,就会判二缓二,通宵达旦,软硬兼施。最后家属在赔偿17万元的调解书上签字,翌晨父母将肇事人领回家中,中午他就投河自尽了。而后得知,当时派出所大厅有监控录像,因调解的整个过程都在大厅进行,该录像证据对于派出所违法行政是直接证据,在复议时家属要求公开上述时段的监控录像,但被申请人认为此录像是内部资料,涉及秘密和隐私,不愿意提供。

又如各行政机关,对律师查阅复议材料,规定只准查阅摘抄,不准复印。在实际操作中,律师阅卷事先预约(约到也有困难),阅卷时,行政机关人员陪同着(视同监督),而对一大摞卷宗,要在短时间里看完,只能一目十行,草草浏览,显得十分尴尬,代理律师查阅复议材料的条件环境均不甚理想。

第四难:行政复议会见难

律师作为行政复议的代理人,去看守所会见申请人成了难题。这多见于申请人被采取强制措施,如被公安机关部门行政拘留或刑事拘留。这种会见须找承办警官,但往往十分困难,安排会见亦是推三阻四。如当时被刑事拘留,按照刑事诉讼法相关规定,律师会见犯罪嫌疑人,一般没什么大问题,但一旦对该犯罪嫌疑人未走刑事诉讼的途径而作出某种行政处罚,如劳动教养的处罚决定,申请人(犯罪嫌疑人)仍羁押在看守所

(作出劳教处罚后往往转押至拘留所),长达数月未送劳教所是经常发生的事。这时代理复议律师要求会见,困难就大了,眼巴巴看到复议期限已到,但公安部门说劳教处罚后我们不管了,不出批准书。拘留所说,没有任何批准书不能会见。笔者就碰到一起刑拘后作出劳动教养处罚,不能会见,无法申请复议的案件,眼看复议期限只差几天,最后无奈找到公安局长批示,才优惠给予会见一次。如被处罚劳教的当事人对复议裁决不服,要求提起行政诉讼,律师要求会见怎么办,再得找公安局长,相信此类事情别的律师也肯定碰到过,近万起的劳动教养,此类复议会见难,肯定不是仅本人碰到。因此刑拘后变成劳教,行政处罚律师会见如何衔接,有关部门应给予重视。上述谈到刑拘后被劳教的申请复议律师会见难,还有一种行政拘留的当事人会见更不被重视。据拘留所反映,行拘的几乎没有安排律师会见的。笔者认为,不是行拘的当事人不需要法律帮助法律咨询,而是被行拘后无法行使自己权利,无法与外界律师沟通;再则,会见手续、安排会见都相当繁杂,当事人想申请复议,眨眼间行拘几天结束,自拘留以后再有冤屈也是不了了之,最多的也是向信访部门反映。律师建议行政拘留听证。律师会见行政拘留对象只需拘留证、律师事务所公函、律师执业证以及家属委托书即能会见,无须公安部门批准。律师法已对刑事案件律师会见制度作出这样规定,笔者认为行政拘留的律师会见更应宽松些。

问题产生的根源

一是认识不到位。有的地方和部门的领导对新形势下依法及时解决行政争议是政府的一项基本职能认识不到位,并且对通过行政复议法律制度解决行政争议缺乏必要的了解,不善于运用行政复议手段解决矛盾和问题,特别对于律师代理行政案件认识存在偏差,甚至认为律师代理是为当事人来“找茬”。

二是行政复议渠道不畅通。有的地方部门不积极受理,对于审查符合法定条件的行政复议案件,相互推诿,敷衍了事,致使相当一部分行政争议案件,游离于法定渠道之外。

三是行政复议力量薄弱,能力不强。行政复议机构不健全,编制不到位,队伍不稳定,有的甚至两块牌子,一套班子,行政监督检查与行政复议同属一个机构,既当裁判员,又当运动员。公正性的缺失,导致大量行政复议案件流向信访,行政复议功能没有真正发挥出来。

四是行政复议质量不高。个别地方和部门行政复议程序的公开透明度差,申请人提交复议申请后,就只能坐等裁决书下来,极少有听证声辩的程序。裁决书的

裁决依据往往避重就轻, 裁决理由也就几句概括性的话, 对申请人来说, 无法充分理解, 缺乏说服力。

解决之道在哪里

第一, 修改复议法, 首先可以考虑将部分抽象行政行为纳入行政复议的范围。

由于立法排除了对抽象行政行为的复议监督, 其他监督机制又跟不上, 致使抽象行政行为违法问题日趋严重。如果复议机关不能受理对违法抽象行政行为提出的复议申请并予以撤销, 那么就有可能导致违法不当的抽象行政行为造成的侵害在一定范围内连续发生, 使更多的相对人蒙受损失。从这个意义上说, 抽象行政行为比具体行政行为更具有危险性和破坏力, 因此更有理由将抽象行政行为纳入行政复议范围。我国宪法和立法法已有国家权力机关或人民政府对下级机关制定的不合法的法规、规章予以监督的规定, 因此, 上级监督审查下级机关的抽象行政行为也是具有法律依据的。行政复议机关完全可以依据宪法、立法法的规定复议审查下级机关和所属部门作出的抽象行政行为。

第二, 可以扩大行政复议受案范围, 拓展人民群众行政救济渠道。

众所周知, 当前老百姓对行政纠纷采取的普遍救济途径是“信访”, 导致如此情形的原因主要有三: 一、人们不知道有行政复议这个程序, 只听说可以“上访”讨回公道。二、虽然知道可以复议, 但行政复议是行政机关内部上下级层级关系, 行政监督体制的不健全, 这也是广大群众“信访不信法”的一个潜在制度原因。三、知道有行政复议的救济途径, 但行政复议机关对群众的复议申请以种种理由推脱不受理。笔者认为, 当今一直在倡导依法治国, 依法行政, 行政复议是典型的法律程序, 而“上访、信访”是带有政治概念的申诉程序, 既然如此, 国家是否应考虑修改行政复议法, 明确规定只要公民、法人和其他组织认为自己的合法权益受到行政主体行使公权力的侵犯, 无论作为还是不作为, 无论是抽象行为(法律、法规、规章和国务院的规定除外)还是具体行为, 都应当纳入行政复议受案范围。应将一些代表公共利益、行使公共权力的事业单位、社会团体、行业协会等组织明确地纳入到行政主体中来, 以便确立其行政复议的被申请人资格, 扩大受案范围。

第三, 成立行政复议委员会或行政法院。

制度和机构对复议公正性是至关重要的, 建议行政权力机构与复议机构脱钩, 可参照韩国设立“行政复议委员会”体制, 或大陆法系行政法院模式, 市区一级政府设立复议委员会或行政法院, 按条线设立、块行政机构一级撤消复议机构, 防止“近亲”复议。行政法院

模式是对现行行政复议制度最为彻底的改革, 它需要合并行政复议制度与行政诉讼制度, 废止普通法院的司法审查权, 以政府法制机构为基础建立独立的行政法院。独立的行政法院实际上是将争议解决的行政程序与司法程序合二为一, 既可以保证行政审判的专业性, 又可以实现公正司法。

第四, 完善复议程序, 提高复议人员法律素质。

首先改书面复议为公开复议, 大多数复议案件要进行听证。公开是公正的前提, 如材料可以自由查阅、复制、摘抄, 过程要公开, 防止暗箱操作。

目前, 行政复议人员质量与行政复议工作不相适应。建议: 一是落实县区政府建立行政复议人员的准入制度, 明确从取得法律职业资格的人员中录用, 确保行政复议工作人员的专业素质, 建立行政复议人员的年度培训制度。这是做好政府行政复议工作的前提和基础。

第五, 解决行政复议裁决的过错问责、枉法裁决中的“过罚不当”问题, 增强行政复议工作责任感。

尽管《行政复议法》规定了行政复议机关以及行政复议机构在行政复议过程中违法、失职的法律责任, 但这种责任是一种内部责任, 对于如何促使行政复议机关依法履行复议职责, 真正发挥行政复议制度防止和纠正违法或者不当的具体行政行为的功能。根据《行政诉讼法》的规定, 复议机关作出维持决定或者不作决定的, 起诉时以最初作出具体行政行为的行政机关为被告, 复议机关改变原行为的, 以复议机关为被告。根据《国家赔偿法》的规定, 经复议的案件, 由最初造成侵权行为的行政机关为赔偿义务机关, 复议决定加重损害的, 复议机关对加重的部分履行赔偿义务。立法上的这种责任分配极易导致复议机关为了避免自身成为行政诉讼的被告或者国家赔偿的义务机关, 对于其受理的复议案件, 明知具体行政行为违法或者不当, 却仍然作出维持决定或者不作决定。如果在立法中规定, 经复议的案件, 在行政诉讼中, 起诉时一律以复议机关为被告; 在国家赔偿中, 一律以复议机关为赔偿义务机关, 复议机关在履行赔偿义务后, 可以向最初造成侵权行为的行政机关追偿。如此, 必将促使复议机关依法履行复议职责, 真正发挥行政复议制度的功能。

第六, 提高代理律师业务能力水平。

作为代理复议的律师, 要具备精湛的业务能力和专业知识, 只懂得复议法是不够的。因为当事人的救济范围涉及到公安、工商、税务、房管拆迁、土地、海关等几十个行政机关的专业知识, 充分了解专业领域的知识, 了解各行业的行政程序及相关政策文件, 对办理对应的行政复议案件是至关重要的。●



阮露鲁：市律协行政法
业务研究委员会主任

●文 / 阮露鲁

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

行政复议与政府信息公开监督

——兼议行政复议程序完善与律师业务发展



本文通过介绍分析上海市行政复议中政府信息公开案件审理数据信息,定位行政复议程序在政府依法行政中的功能作用,行政复议尤其对保护公民知情权和解决行政争议具有重要作用;根据统计数据和分析,提出完善信息公开案件的行政复议程序和发展行政复议程序律师业务的建议。

本文介绍了上海市行政复议中政府信息公开案件审理统计数据,包括政府信息公开受理案件数量和占总数量比例、信息公开案件的纠错数量和占总纠错案件数量比例、信息公开案件行政复议和行政诉讼救济途径比较等;总结分析了行政复议中信息公开案件的数据信息,正确定位政府信息公开案件行政复议的功能作用;提出了完善政府信息公开案件的行政复议程序和发展行政复议程序律师业务的建议。

一、上海市行政复议中政府信息公开案件审理有关数据

2004年1月20日上海市人民政府颁布《上海市政府信息公开规定》(以下简称《规定》),这是国内第一部关于政府信息公开的省级政府规章;2007年4月5日国务院颁布《政府信息公开条例》(以下简称《条例》)。在政府信息公开行政复议案件审理方面,上海无疑也在全国前列,归纳分析2004年-2011年有关上海行政复议中的信息公开案件审理情况,我们可以得出如下数据信息。

(一)政府信息公开受理案件数量和占总数量的比例

行政复议审理案件中,从政府信息公开受理案件数量和占总数量的比例信息,大致可以反映行政复议申请

人通过行政复议救济渠道解决政府信息公开纠纷的信任程度。

上海市政府信息公开受理案件数量情况。2004年-2011年,上海市政府受理的关于政府信息公开行政复议案件与行政复议案件总量分别是,2004年24件和266件、2005年63件和413件、2006年124件和466件、2007年237件和661件、2008年365件和744件、2009年545件和913件、2010年904件和3512件(全市)、2011年622件和3052件。

上海市政府信息公开受理案件占总案件数量的比例。2004年-2009年受理案件数量和占总案件数量的比例分别是,2004年是9.0%、2005年是15.3%、2006年是26.6%、2007年是35.9%、2008年是49.1%、2009年是59.7%、2010年是25.7%(全市)、2011年是20.4%。

(二)信息公开案件的纠错数量和占总纠错案件比例

信息公开案件的纠错数量和占总纠错案件比例信息情况,大致可以反映复议机关对于被申请人政府信息公开的监督力度。

上海市政府信息公开案件的纠错数量。2004-2009年,信息公开案件的纠错数量分别是,2004年是6件,2005年是16件,2006年是19件和88件(全市)、2007年是26件,2008年是26件,2009年是49件,2011年是29件。

上海市信息公开纠错案件占被纠错案件总数比例,2005年是53.3%、2006年是79.2%、2007年是65%、2008年是65%、2009年是94.2%。

上海市信息公开纠错案件平均纠错率相比行政复议案件总体纠错率。2004年纠错率是38.1%,比总体纠错率高出一倍;2005年纠错率是38.3%,比总体纠错率高出

20%;2006年纠错率是19.8%,比总体纠错率高出4.4%;2007年纠错率是11.0%,比总体纠错率高出4.9%。

(三)救济途径选择比较数据:行政复议与行政诉讼

有关上海市行政复议案件数量与上海全市法院统计的行政诉讼案件数量比较信息,大致可以反映行政相对人对行政复议和行政诉讼权利救济渠道的选择倾向。

上海全市法院2004年-2007年受理的信息公开行政诉讼案件数量。其中2004年是6件,2005年是29件,2006年35件,2007年是30件,2009年是199件,2011年是406件。

对行政复议决定不服而提起行政诉讼的案件情况。2004年是5件,2005年是18件。

2004-2007年上海行政诉讼与行政复议案件数量比例比较。2004年是25:100,2005年是46:100,2006年是28.2:100,2007年是12.7:100。

另外参照有关资料,在全国范围内比较行政复议案件数量和行政诉讼案件数量,每年我国行政复议案件数量略少于行政诉讼数量,同时未经行政复议程序直接进入行政诉讼程序案件的比例是70%,公民对通过行政复议程序进行权利救济的社会公信力打出低分。相比全国,上海有关政府信息公开案件行政复议和行政诉讼数据,2004年-2005年上海政府信息公开案件未经行政复议程序直接进入行政诉讼比例分别是17%和37.9%,2004年-2007年上海关于政府信息公开的行政复议案件数分别是行政诉讼案件数量的4倍、2.2倍、3.5倍和7.9倍。

(四)政府信息公开规章和条例实施效果评价数据

根据有关调查数据,在政府信息公开指标和权利实现指标方面,政府主动公开信息量,2004年是106730条,2005年是157011条,2006年是205835条,2007年是258405条;政府机关依申请公开政府信息量,2004年是8799件,已答复8722件,其中“同意公开”的6913件,占79.3%，“同意部分公开”的479件,占5.5%,未能提供相关信息的1330件,占15.2%;2005年是12465件,已答复的11700件,按规定下年度答复的765件,在已答复量中,“同意公开”的8771件,占75.0%，“同意部分公开”的365件,占3.1%;未能提供相关信息的2564件,占21.9%;2006年是7533件,已答复的6852件,按规定下年度答复的681件,在已答复量中,“同意公开”的5143件,占75.0%，“同意部分公开”的306件,占4.5%;未能提供相关政府信息的1403件,占20.5%;2007年是6485件,已答复的5893件,按规定下年度答复的592件。在已答复量中,“同意公开”的3984

件,占67.6%，“同意部分公开”的299件,占5.0%，“否决公开”的1610件,占总数的27.4%。另外,为更好实施《规定》和《条例》,上海在人力、资金和设施等方面也进行了大的投资。

2009年《上海政府信息公开制度实施的社会评估》调研小组调查结果显示,在回答“您觉得政府信息公开信息是否及时”问题时,所有人都对政府更新信息表示肯定,有66%回答“一般”,有28%回答“十分及时”,有6%回答“很不及时”;在回答“您觉得您获取政府信息的方式便捷吗?”问题时,有69.1%回答一般,有23.7%回答十分便捷,有6.2%人回答很不方便,有1%回答太麻烦。对政府机关政务信息公开情况总体评价的调查显示,比较满意和一般满意的各占45.4%和40.2%,无不满意和很不满意的情况;有62.9%回答实行政府信息公开制度之后,到政府机构办事方便程度比以前改善。

二、行政复议程序功能:政府信息公开案件审理数据分析

综合分析以上第一部分关于上海行政信息公开的行政复议案件监督数据,我们初步可以得出以下结论:

(一)行政复议成为公民知情权救济和解决行政争议的重要渠道

相比其他地方规章,《规定》实施后的良性社会效果比较明显。与《规定》实施前比较,公民知情权得到更有力保障;从政府信息公开的内容方面,大部分政府信息都通过不同的渠道予以公开,政府信息公开总体及时;根据第一部分有关数据统计分析,2004年-2007年政府主动信息公开量每年增长情况是,2005年是47.1%,2006年是31.1%,2007年是25.5%。在依申请政府信息公开件数方面,2004年-2007年政府信息公开按照规定及时答复的件数与总件数比例,2004年是99.1%,2005年是93.9%,2006年是91.0%,2007年是90.9%;同意公开部分和部分同意公开的件数占总申请件数比例,2004年是84.8%,2005年是78.1%,2006年是79.5%,2007年是72.6%,回答政府信息公开及时性问题上,回答一般和十分及时的达94%。公众对政府信息公开工作基本表示满意,在调查中,回答比较满意和一般满意的各占85.6%。

通过行政复议程序监督政府机关依法公开政府信息是《规定》实施效果的有效保障。根据本文第一部分数据统计分析,2004年-2010年政府信息公开受理案件数量和政府信息公开受理案件占总案件数量比例增长很快,以及2004年-2007年上海涉及政府信息公开的行政诉讼案件数量情况,上海政府信息公开的行政复议案件数量远高于政府信息公开的行政诉讼案件数量,说明政府信息公开的

行政相对人选择行政复议渠道解决信息公开行政争议的意愿增强;2004年-2007年上海行政诉讼与行政复议案件数量比例下降,说明行政复议申请人对通过行政复议途径解决信息公开行政争议的信任度增强,市民认为选择行政复议的救济方式更有利于解决行政争议和保护公民知情权。从全国范围来看,行政复议也是信息公开申请过程中较为有效的救济途径,2012年上半年北京义派律师事务所向全国范围60家环保厅(局)申请环境信息公开80份,提出行政复议35件,获得63份答复,而通过行政复议途径获得的答复占全部答复的40%(《法制日报》2012年7月1日第2版)。

(二) 行政复议有利于监督行政机关依法行政

行政复议信息公开案件的纠错数量和纠错率是复议机关监督依法行政的重要表现指标,上海通过行政复议纠错的力度,倒逼行政机关贯彻执行《规定》和《条例》,监督政府机关依法公开政府信息。2004-2009年上海信息公开案件的纠错数量平均每年以20%以上比例增长,2005-2009年上海信息公开纠错案件占被纠错案件总数比例每年达到50%以上,其中2006年、2009年分别达到79.2%、94.2%,2004-2005年上海行政复议案件平均纠错率相比总体纠错率平均每年达到38%以上,2006-2007年行政复议案件平均纠错率比总体纠错率平均每年高出4%以上,以上数据说明上海行政复议制度对于政府信息公开的监督力度相对加大,对于政府信息公开违反法规和规章规定的行为进行纠错,监督行政机关依法公开政府信息。社会对本市开展政府信息公开工作给予了积极回应和评价,近年的政风行风测评结果显示,“政务(事务)公开”测评平均分均高于其他测评内容。

对照比较的是,复议机关对行政处罚案件的行政复议并没有显示足够监督力度。2011年6月-7月在上海市人大常委会关于《行政处罚法》的执法检查中,抽查行政诉讼败诉和相对人撤诉案件合计30件,其中法院判决行政机关败诉的11件行政处罚案件中,经过行政复议维持原行政机关决定的竟达9件。行政复议程序对于行政处罚案件监督相对较弱,可能也是政府行政处罚案件存在较多合法性问题的原因。

三、完善政府信息公开案件行政复议程序的建议:兼议发展行政复议程序律师业务

行政复议程序的定位和重要性质,决定了行政复议程序是律师业务的重要领域,目前行政复议程序中存在的行政复议主体中立性专业性不足、行政复议程序公开性缺乏和申请人行政复议程序权利保障不力等因素,这些因素不仅制约了行政复议程序的功能发挥,也不利于

发展行政复议程序律师业务。

对于行政复议程序完善有关法律问题,笔者建议如下:

(一) 建立独立的行政复议委员会相对集中行使行政复议权

建立独立、专业的行政复议委员会审理行政复议案件是程序正义的要求。行政复议委员会独立行使职权,行政复议决定才能够尽量不受行政干预,并独立作出行政复议决定。目前申请人对行政复议信心不足的重要原因是复议机关和被申请人官官相护;相对集中行使行政复议权,并设立行政复议委员会,行政复议案件集中受理、集中专家和集中审理,有利于降低行政复议交易费用,提高行政复议的公正、专业和效率。

(二) 增强行政复议程序的公开性和完善行政复议证据规则

行政复议审理公开程度不足,行政复议程序证据规则极不完善。根据《行政复议法》第二十二条规定和第二十四条规定,行政复议原则上采取书面审查的办法,行政复议证据规则方面,仅规定在行政复议过程中,被申请人不得自行向申请人和其他有关组织或者个人收集证据。

增强行政复议程序公开性和完善证据规则非常重要。一是有利于查清事实,通过申请人和被申请人公开审理过程中的举证、质证和复议机关的认证,更大限度地根据证据查清事实;书面审查主要弊端是,一般不利于全面查清案件事实,行政机关作出行政处理决定,其收集的证据一般难以做到全面客观,如难以主动收集有利于行政相对人的证据,行政相对人因专业等因素无法收集有利于行政相对人的证据并提供行政机关和复议机关,另外在书面审查中相对人也难以质证行政机关收集证据的合法性、关联性、真实性和证据证明效力,尤其是证人证言,在公开审理中接受申请人和被申请人的质证和交叉询问,才能够作为定案的证据。二是有利于申请人和被申请人陈述行政决定和申请行政复议的理由,通过充分说理,明辨是非;目前行政复议一般不公开审理案件,行政复议机关主要根据被申请人提供的书面材料作出行政复议决定,不利于查清事实,使申请人息诉服判。

现阶段,在行政复议案件审理公开性方面,当通过立法尽快制定行政复议案件公开审理案件范围基准,如案件事实比较复杂、案件标的较大或者申请人数较多的案件,扩大行政复议案件公开审理的范围;在行政复议证据规则方面,当初步规定申请人和被申请人举证、质证和复议机关认证的规则,以及行政复议证据的提交、调取、保全和交换制度。

(三) 保障行政复议申请人及其代理人的程序权利



威建国:市律协行政法业务研究委员会委员



潘成林:大沧海律师事务所律师

●文/威建国 潘成林
组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

论我国行政指导的司法救济

在行政复议程序中,保障行政申请人的程序权利也就是保障程序正义,其中包括保障行政复议申请人的阅卷权(摘录、复制等)、证据交换、程序信息知情权(如被申请人代理人姓名)等,这些均是具可操作性的措施。

(四)复议机关不当成为行政诉讼被告

根据《行政诉讼法》第二十五条第二款、最高法院《关于执行中华人民共和国行政诉讼法若干问题的解释》第三十三条第二款规定,复议机关改变原具体行政行为、复议机关不受理复议申请或者在法定期限内未作出复议决定,复议机关可以成为被告,该规定不合理。理由如下,一是行政复议是行政争议解决制度,具准司法性质,二是根据现有规定,复议机关选择维持原具体行政行为更有利于维护自身利益,客观上不利于复议机关公平审理案件;三是复议机关维持或者改变原具体行政行为,均属于原具体行政行为作出机关法定职责权限范围。

(五)行政复议设置为所有行政争议必经的前置程序

建议行政复议设置为所有行政争议必经前置程序(可规定另外情形)。理由如下,一是有利于专业、有效解决行政争议,复议机关解决行政争议具有专业性优势,行政复议程序更灵活,对维护当事人权利更及时有效;二是行政复议可对行政行为适当性审查,保持行政决定的统一性和连贯性;三是司法权的有限性和最终保障性,法治发达国家(如美国),司法审查程序上贯彻穷尽原则,行政争议当事人只有在穷尽可能的行政程序救济以后,才能取得司法救济。

以上五点完善建议,有利于行政复议公平解决行政争议,也有利于进一步拓展行政复议程序律师业务,只有初步解决以上存在的问题,行政相对人才有信心通过行政复议渠道进行权利救济,才能够保障行政复议程序中律师的执业环境,增强行政复议程序中律师的参与度,发挥行政复议程序中律师的应有作用。●

行政指导作为二战后一种崭新的管理模式,凭借其独特的魅力,逐渐成为现代国家的重要管理手段。伴随着行政指导手段的广泛应用,社会生活中由于行政指导而引发的案件也日益增多,客观上给一些行政相对人造成了很大损害,导致政府和一些群众之间关系紧张。

然而,由于我国目前关于行政指导的研究还不是很成熟,法学界在是否应当对行政指导进行司法救济以及如何对行政指导进行司法救济的问题上分歧很大,许多受到损害的行政相对人苦于找不到相应的司法救济途径。

本文围绕我国行政指导的司法救济展开研究,就我国对行政指导实施司法救济的必要性、需要实施司法救济的行政指导类型及行政指导实施司法救济的途径进行了探讨,希望对我国行政指导救济制度的完善及政府和人民群众新型和谐关系的构建有所启示。

中国人民大学莫于川教授给行政指导下的定义是:行政指导是指行政机关在其职能、职责或管辖范围内,为适应复杂多样化的经济和社会管理需要,基于国家的法律精神、原则、规范或政策,适时灵活地采取指导、劝告、建议等方式谋求行政相对人同意或协力,以有效地实

现一定行政目的之行为。中国行政法研究会会长、国家行政学院法学部主任应松年教授认为,建设服务型政府,政府行政管理就不能停留在监督、管理等职能上,不能总是习惯于使用以行政强制力为后盾的执法方式,行政指导作为一种柔性管理手段,是建设服务型政府的重要切入点。因此,作为一种新型行政行为,行政指导在行政管理领域正得到越来越广泛的运用。

但随之带来的是行政指导给相对人造成损害及导致政府和一些群众关系紧张的现象也在不断增多。对此,我们曾经有过惨痛的经历,例如临安县农业局“好心”从杭州市有关部门争取到一个农业开发资助项目,动用专项资金从浙江一家个体户手中购买了2万株当时十分紧俏的“小叶猪肝梅”和“大花梅”种苗,以政府扶助的形式发放给了60多户农民,结果10年过去了,结果实的梅树很少,跟漫山遍野的“野梅子”没什么两样,这不仅造成国家的扶贫资金打了水漂,而且直接导致60多农户十年的投入血本无归,遭受了巨大经济损失,农户被迫把农业局告上法庭。所以,行政指导的司法救济在当今行政指导制度的建设中显得尤为尖锐和紧迫,本文围绕行政指导的司法救济问题展开研究,希望对我国行政指导救济制度的完善及政府和人

民群众新型和谐关系的构建有所启示。

一、我国对行政指导实施司法救济的必要性

在是否需要行政指导实施司法救济问题上，我国存在着两种不同的观点：

（一）传统观点反对对行政指导实施司法救济

由于行政指导制度与以往的行政制度存在着众多的不同，有些法律界人士认为不应将行政指导纳入司法救济的范围。反对的主要理由有：

1、行政指导是一种非职权行为，对行政相对人没有强制力。这使它成为立法上反对司法救济的有力盾牌，最强有力的观点是行政相对人接受行政指导的自愿性消解了其寻求司法救济的权利。

2、对行政指导实施司法救济有司法权侵犯行政权之嫌。

3、行政指导立法存在困难。通过行政立法对行政指导进行救济难以让众人信服，而人大立法又存在非亲自接触而认识不足的情况。

4、我国的法律已经明确将对行政指导实施司法救济排除在外，行政指导不属于人民法院行政诉讼的受案范围。

（二）笔者赞成将行政指导纳入我国司法救济的范围

理由如下：

1、将行政指导纳入司法救济的范围符合行政法治的本义。行政法治不允许法律对政府有无限制的授权，行政指导若不进行可诉化，政府权力便可以在这方面大做文章，使得理应生机勃勃的行政指导实践混乱不堪，变了味，走了调，成为行政机关滥用职权、规避法律的避风港，在这种情况下如果不给予行政相对人司法救济权不仅有失公允，而且行政指导必会发展成为行政机关规避法律、侵犯公民合法权益的自留地。因此，有无独立的司法机构对行政行为的合法性进行审查，是国际行政法治的重要标志，通过赋予行政指导相对人寻求司法救济的权利不仅可以促使行政机关在行政指导过程中养成责任意识，而且也有利于鼓舞行政相对人对行政指导的信心。在现代法治国家，任何与行使公权力有关的行为都必须受到监督和制约，行政指导也不例外。

2、行政指导立法的困难不应成为对行政指导进行司法救济的障碍。按照“有损害必有救济”的法治原则，当相对人的权益受到违法或不当行政的侵害时，该相对人有权得到救济。笔者认为，只要立法部门在立法过程中广泛听取政府部门和行政指导相对人意见，由此既避免了人大制定的法律脱离实际的现象的发生，又能让制定的法律为行政相对人所信服。

3、现有行政诉讼受案范围对行政指导司法救济的限制并非不能突破。虽然我国《行政诉讼法》及有关司法解释都明文规定了抽象行政行为 and 行政指导的不可诉性，但笔者认为，从人权保障、权力监督和依法行政的角度出发，行政机关的所有行政行为都应该是可诉的；当前各国由于其宪政发展的局限以及政治文化传统的制约，对行政诉讼的受案范围都作出一定的限制性规定，但是，“在社会发展到一定时机，当某种行政行为不纳入司法审查不足以保护公民的合法权益，不利于维护和监督行政机关依法行政时，就应将其纳入司法审查的受审范围。”对于行政指导的司法救济，可以借用合同法上的要约与承诺理论，将行政指导的提出视为一种要约，将相对人的履行视为对要约的承诺，当相对人接受了某一行政指导后，该行政指导法律关系即宣告成立，双方当事人就必须履行相应的义务。对相对人合法权益的保护是不应有限制的，对行政主体的错误行政行为也应该是错必纠的。当前的这种规定，只能说明我国法制的完善，随着我国法制进程的加快，将抽象行政行为，不具有法律强制力的行政指导行为纳入人民法院的受案范围是必然的方向。

4、行政指导具有事实上的强制性。行政指导行为事实上的强制性来源于行政主体的行政权力，行政主体行使其行政权力未必都要产生直接的法律后果，其可以通过行政权的威慑而达到间接的法律效果。我国传统的命令—服从的行政管理模式思维在社会生活中根深蒂固，就拥有广泛职权、习惯于强制管理的行政机关来说，在行政指导过程中对相对人进行说服、建议不能奏效的情况下，显性的隐性的强制措施便接踵而来，行政指导事实上变为另一种行政命令；而对行政相对人来说，行政机关拥有广泛职权、掌握着公共资源的分配、对行政相对人有管理惩罚的权力，对其作出的行政指导行政相对人岂敢不“自愿”接受。

5、行政指导中存在着诱导利益。诱导利益，顾名思义就是一种利用利益诱导对方服从自己的指导方式。行政指导是以设置利益诱导为存在前提的，诱导利益既是行政指导的必要构成要件，也使行政指导具有事实上的诱导性动因。如果行政主体只是单纯的表达其行政意愿，并无利益诱导，一则此非现实意义上的行政指导；二则因无利可图，行政相对人也不会主动、自愿接受行政指导。一般来说，在行政指导中，行政相对人对行政主体在心理上存在一种天然的、难以抗拒的信赖，这种信赖是出于对政府力量的尊重以及对行政机关拥有的强大的经济力、科技力、资源力的信赖。在现实生活中，这种信赖常常使行政相对人面对政府的诱导利益时失去应有的理智而一味接受，而这种接受本就是政府所希望看到的。

总之,笔者认为,将行政制导入司法救济的范围是大势所趋,是行政指导制度得到广泛的推广和应用并进一步发展的前提,我国应尽快将行政指导纳入司法救济的范围。

二、我国需要实施司法救济的行政指导类型

要对行政指导行为实施救济,我们首先需要搞明白行政指导哪些情况下需要救济。当前而言,应该加以救济的行政指导主要存在以下几种情况:

(一)行政机关因信息或情报有误给被指导者造成损失的。当前农村中普遍存在农民接受本地政府机关行政指导的情形,如菜农接受了当地农业部门的指导,种植了大面积的大白菜,但结果由于大量新品蔬菜的上市,再加上外地价廉物美大白菜大量涌入本地市场,致使该地菜农的大片大白菜烂于田中,损失惨重。

(二)行政指导内容违法造成损失的。当行政指导作出后,受指导者的确出于自愿而接受了该指导,结果由于该行政指导的内容本身违法而使受指导者遭受损失。如国家明令禁止侵犯知识产权的造假制假行为,但有些地方从地方局部利益出发,如出于税收和劳动力就业考虑等,指导有关企业和人员从事此方面的生产和经营活动,使受指导者最终因此遭受到法律惩处和经济损失的。

(三)强制指导。行政指导是一种事实上的强制性指导,行政指导方以不利益处置为背景,给相对方形成一定的心理压力而迫使其服从,或者融合其它手段(处分或者奖励)促使当事人接受指导并遭受损失。例如,对不接受指导的当事人给予不利益处分、公布不服从者的姓名,使其产生心理压力,给接受指导者以本不该有的额外奖励,融合其它手段促使当事人接受指导。

(四)其他行政指导。笔者认为,其他需要实施司法救济的行政指导至少包括如下情形:在行政相对人接受了行政指导后,如果行政机关不履行其在作出该指导时应允的优惠条件;行政相对人听从、配合行政指导后,由于行政机关随意改变或否认该行政指导行为,致使行政相对人或利害关系人的合法利益受到损害的;行政机关由于故意或重大过失而作出错误的行政指导,致使行政相对人或利害关系人的合法利益受到损害的。这一类行政指导在政府招商引资、重大项目建设、企业技术革新、重大政府许可项目等方面尤为突出。

三、国内外相关行政指导诉讼案例介绍

(一)日本

行政指导对违法行为的默认案例。日本一个叫做“战争资料偏向纠正会”的右翼团体向大阪国际和平中

心提出申请,要求在该中心举行旨在彻底否定南京大屠杀历史事实的集会,该中心就应否同意其申请的问题征询大阪市政府的意见;大阪市政府教委社教部以“日本尚无禁止此类集会和言论的法律规定”为由不作正面回答,但作出了一个行政指导行为,即把过去发生的一个类似情况的诉讼判例提供给该中心参考,提示该中心“如不同意该使用申请就可能被申请者起诉”。此指导措施对该中心显然产生了作用,该右翼集会于2000年1月23日如期在该中心举行,造成了极坏的影响,更严重伤害了中国人民的感情。像此种巧妙采用行政指导来既达到某种政治目的又躲避行政法律责任的问题在现实生活中大量存在,它涉及到政治、行政、法治之间的关系,需要认真研究和妥善处理。

(二)美国

1. 行政机关的行政指导行为应否成为复审对象?

新闻稿纠纷案。基本案情:美国州际商业委员会在20世纪60年代曾发布一个新闻稿,认为铁路货物的收件人在卸货后有义务把不能再用的货车门(一般是用纸糊成的)拆除掉。该新闻稿所提出的州际商委会的主张当然对铁路公司有利,而对运输货主不利,因为此前一直是由铁路公司自己花钱雇人拆除此类无用的简易货车门。于是铁路公司与运输货主之间发生了利益冲突,争执的焦点是州际商委会以新闻稿形式提出的主张是何性质、有无效力以及可否复审。尽管州际商委会辩称这不是正式发布的有拘束力的裁决令,只是仅供参考的指导行为,接受司法复审的条件尚不成熟,但法院认为这个新闻稿在一定程度上改变了现行的铁路收费办法,对某些相对人产生了实际的不利影响,实际上起到了政府规章(属于抽象行为)的作用,故须接受司法复审。

2. 行政机关的公开宣传行为是否构成侵权?

基本案情:20世纪80年代中期,美国联邦环境保护署的官员认为,工业安全设备协会某成员企业的一种产品存在一些问题,于是在环保署的机关小册子里,把该产品与其他企业生产的合格产品进行了对比说明。由于机关小册子是面向社会的,所以生产该产品的厂家认为这是对其不利的公开宣传,故由工业安全设备协会代为提起诉讼,状告环保署的公开宣传行为侵犯其合法权益,要求被告公开认错,并承担赔偿责任。该案原告在一审败诉后不服裁判结果,上诉于哥伦比亚特区巡回法庭。该法庭于1988年作出裁决认为,环保署在机关小册子里对产品质量的优劣加以比较说明,这是一种非正式的行政手法,旨在为消费者作出正确的行为选择提供一些仅供参考的专业指导,对消费者和生产者均无拘束力和强制性,这种警告性的行政指导措施尚属不可复审的行为。此案以工业安全设备协会的诉讼请求被驳回而终结。

关于这个案件的讨论还在继续。为积极履行行政职责,达到某个行政目的(如满足公众的上述安全需求),行政机关也经常利用大众传媒来告诫消费者注意警惕某些危险产品或某种虚假销售做法。这种出于公益目的的行政指导手法,并不是行政规则或正式裁决行为,这从一定角度来说该类行政指导行为不受司法复审是可以理解的。但是,从实际效果看,行政机关和行政官员关于发表新闻稿、举行新闻发布会、接受采访或向传媒“透露”消息等行为,尽管通常都系非正式作出的,却像正式的规则和裁决那样具有一定的影响力,有的甚至带有某种事实上的强制性(如社会舆论、公众评价的压力,而且还有可采取的行政处分措施作为后盾),对企业会非常不利,有可能带来极大的破坏性后果,使其最终被淘汰出市场竞争。这种以非正式行为方式作出的否定评价性的公开宣传,政府往往不必承担损害赔偿赔偿责任,其消极影响即便行政机关公开认错致歉也难以挽回。因此,该判决显然也存在某些可商榷之处。而且,像这种通过传媒为公众提供行政指导信息也即作出对有关相对人不利之公开宣传的做法,在当今美国社会被行政机关广泛采用并引出不少官司。

(三) 我国的相关案例

1. 听从政府指导受损害案。陈先生打算到某地某经济开发区去投资开办一个电子企业,前往咨询有关政策时,开发区管委会办公室的工作人员劝说陈先生放弃此打算,建议他投资开办机械加工企业,称该开发区鼓励发展机械加工企业且有许多优惠政策。于是陈先生听从了该项建议,但陈先生接受建议开办机械加工企业后,不仅未能享受到优惠政策照顾,且因当地由于电力短缺出台了限制机械加工企业(用电大户)发展的政策措施,导致该企业生产经营困难。当陈先生前往交涉时,开发区管委会却否认作过上述劝说和建议(无书面意见),认为这是陈先生应该自行承担的经营风险。这个案例说明,行政相对人信赖政府机关而听从其意见从事某种活动获得或理应获得的利益,却因政府机关的指导失误遭受损害,同时因行政指导者出尔反尔遭致重大的心理伤害。对于行政相对人的这种双重损害,同时也损害了政府的信誉,其全部责任理应由指导方承担,这是信赖利益保护原则的要求。

2. 是否为行政指导行为的司法审查案。2000年发生在江苏省的孙福利诉如皋市公安局道路交通事故责任重新认定案,上诉人如皋市公安局在上诉状中就以自己的重新认定决定属于行政指导行为,并不直接确定当事人之间的权利义务,不属于行政诉讼受案范围作为主要抗辩理由。二审法院对上诉人的抗辩理由经过审理未予采纳,上诉人在二审败诉。尽管此案不是直接以“行政指导行为”作为争议对象起诉和受理的,但二审曾将其作为

抗辩理由并进行了一定程度的司法审查,使得这一行政诉讼案件具有了不可忽视的制度创新意义。

四、我国行政指导司法救济途径的构建

由于行政指导有抽象性与具体性之分,笔者认为,对此两种形式的行政指导的司法救济,在构建救济途径时应该给予区别对待。

(一) 对抽象行政指导的救济,适宜公益诉讼方式。

抽象的行政指导,是指行政机关为了实现特定的目标而在其职权范围内针对不特定的相对方作出的政策性指导。由于相对方的不特定性,使在救济时出现困难,对此,笔者认为适度引入西方的公益诉讼制度也不失为一种有效的解决办法。在抽象性行政指导导致一个地区的不特定的相对人的权益受到损失时,当地同作出行政指导的行政机关同级别的人民检察院可针对具体情况独立调查,依法向同级人民法院提起对政府的行政诉讼,以保护不特定多数相对人的合法权益,为其争得适度的补偿。这样的公益诉讼完全是为了公众的利益而产生的,也避免了个人同行政机关诉讼中举证不利的弊端,同时也避免了集团诉讼、重复诉讼对司法资源的浪费,是一项较为完善、便于实施的救济制度。

(二) 具体行政指导司法救济途径的构建

对于针对特定行政相对人的行政指导,由于行政指导在实践中的灵活性、复杂性,笔者认为应以最终保护行政相对人的合法权益为目的,从各方面给予具体分析,采取相应的司法救济途径:

1. 通过行政赔偿制度加以救济。行政赔偿制度是最实在、最本质、最直接的救济途径之一。行政赔偿是行政机关在其违法公务行为侵害行政相对人合法权益造成损害后予以赔偿的法律制度,赔偿范围包括侵犯人身权的行为和侵害财产权的违法行为所造成的损害。因此,在行政相对人因违法的行政指导行为造成权益损害而谋求获得赔偿时,理应能够通过行政赔偿诉讼、行政诉讼附带赔偿请求的渠道获得救济。

对于我国而言,需要通过法制创新来建立健全这方面的赔偿救济机制。具体来说就是要根据行政赔偿制度实践的客观要求,对现行的国家赔偿法进行系统而有重点的修改,将行政指导行为的损害赔偿纳入其中。笔者认为,至少在出现下列情形之一时,行政机关应当予以赔偿:第一,行政机关采取或变相采取了强制措施迫使当事人听从、配合行政指导,致使当事人或利害关系人的合法利益受到损害的;第二,行政指导作出后,受指导者出于自愿而接受了该指导,结果由于行政指导内容本身的违法而使受指导者遭受损失;第三,当事人听从、配合行政指导后,由于行政机关随意改变或否认该行政指导行为,致

使当事人或利害关系人的合法权益受到损害的;第四,行政机关由于故意或重大过失而作出错误的行政指导,致使当事人或利害关系人的合法权益受到损害的。

2、通过行政补偿制度加以救济。行政补偿制度肇始于法国,以后英、美、日等许多国家纷纷效法,现在已成为一种通行的救济制度,并普遍通过立法加以规范。行政补偿制度又称为行政损失补偿,它是指行政机关的某些合法行为造成行政相对人合法权益损失后由前者负责予以适当弥补。其主要法律特征有三:一是从形式上看行政机关的行为合法;二是该相对人受到特别损失;三是存在损害后果且与该合法行为有关。

就行政指导而言,笔者认为,至少在出现下列情形之一时,行政机关应当予以补偿:第一,行政机关因自身的信息或情报有误而作出了不当的行政指导,在相对方服从了错误或有瑕疵的行政指导,并造成了损失且无其他救济手段的情况下,指导者应考虑到因行政机关在占有信息情报方面的全面性、权威性而负有一定的补偿责任。如果行政机关与行政相对人不能就行政补偿争议达成一致,应当允许行政相对人提起相应的行政补偿诉讼。第二,行政机关作出的行政指导本身无任何瑕疵,但是接受指导者因其它的原因遭受了损失。此时,行政机关与接受行政相对人的损失并无直接的因果关系,但是,根据责任行政和信赖利益保护的法则,实施行政指导的行政机关应当承担一定的补偿责任。

笔者认为,建立健全相应的行政补偿制度,对于行政指导的法治化具有重要意义。在行政指导制度和行政补偿制度都远不完善的我国,完善行政补偿制度对于行政指导法治化的现实意义是不言而喻的,2004年修宪已

将私产和土地征收征用补偿明文载入宪法,我们就应就大力完善我国行政补偿法制,包括通过修改国家赔偿法更明确地规定行政补偿制度,或专门制定出我国统一的国家补偿法。

3、通过责令行政主体作为的方式进行救济。在行政相对人接受了行政指导后,如果行政机关不履行其在作出该指导时应允的优惠条件,行政相对人可以行政机关不履行职责为由,提起行政诉讼,要求司法救济。此种情况下,如果责令行政主体履行承诺还为时不晚,不会给行政相对人造成损失时,或者可以对行政相对人面临的经济损失加以补救的话,就应责令其履行职责,兑现当初承诺的优惠政策。

结语

当前,在政府管理领域,由于传统行政指令思维的影响,导致地方各级政府及其主管部门重视程度不够,尚没有形成一整套的行政指导制度体系和操作规范,行政指导实践中出现了一些不当、错误及甚至违法行为,不仅给行政相对人造成了巨大损失,而且直接导致政府和群众关系紧张以及社会不和谐因素。而面对党和政府提出的“构建社会主义和谐社会”这个科学命题,民主法治是构建和谐社会的最基本的特征和最重要的保证,面对“构建社会主义和谐社会”的新命题,我们有必要转变观念,将行政指导纳入司法救济的范围,并通过制度构建的方法为受到政府行政指导损害的相对方提供相应的救济途径。我们相信,这样不仅会更好地规范我国的行政指导法律制度,而且对政府和人民群众新型和谐关系的构建及社会主义和谐社会的建设大有益处。●





郑绍平:市律协行政执法
业务研究委员会委员

●文 / 郑绍平

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

行政选择性执法初探



一、行政选择性执法的界定

让我们先看一个并不陌生的行政执法现象。某日,一位交通警察巡逻至某一路段,发现路边有一长排违章停放的小型客车,遂随意选择了其中两辆进行了行政处罚。然后,交通警察驾驶摩托车离开,去他处进行类似的执法。

从这现象我们可以直观地理解什么叫行政选择性执法,当然,这一现象并不足以概括行政选择性执法。

执法,是指国家机关执行、适用法律法规,使法律法规在实际生活中实施的活动。

行政执法是行政机关执行法律法规的行为。具体地说,行政执法是指行政机关和法律、法规授权的组织在行政管理活动中行使行政职权,依照法定职权和法定程序,将法律、法规和规章直接应用于个人或组织,使国家行政管理职能得以实现的活动。

行政选择性执法是行政执法的一种具体的执法方式。那么,由行政执法可以推导得到行政选择性执法的概念:行政选择性执法是指行政机关和法律、法规授权的组织在行政管理活动中行使行政职权,选择性地依照法定职权和法定程序,将法律、法规和规章直接应用于个人或组织的行为。

有了这样的概括,我们就能比较全面地理解行政选择性执法的内涵和外延,以把握和区分各种行政执法是否属于行政选择性执法,包括抽象执法和具体执法、羁束性执法和自由裁量性执法、依职权的执法和依申请的执法、强制性执法和非强制性执法。同时,也划清了行政选择性执法与行政执法以外的选择性执法的界线。

行政执法是行政管理的一项工作,涉及到社会管理的方方面面和社会公众利益,选择性地开展行政执法是否允许?这是社会公众,尤其是法律人,不得不面对和关注的问题。

二、行政选择性执法的存在

我们都说法律面前人人平等。我们都知道我国的法治原则是有法必依、执法必严、违法必纠。行政选择性执法好像明显地违反了法律的公平原则和我国的社会主义法治原则。然而,社会事务具有复杂性。毛泽东在《矛盾论》中重申了列宁的思想:“马克思主义的最本质的东西,马克思主义的活的灵魂,就在于具体地分析具体的情况。”

具体分析一下,行政选择性执法具有合理的存在一面。目前行政管理工作面广、线长、量大,在行政管理资源不足的状况下,行政执法有选择地严格依法办事,杀一儆百,能够起到提高执法效率的作用。纳税人欢迎行政管理机关尽力而为地工作,不希望行政管理机关独善其身而行政不作为。行政管理机关不努力工作积极执法,对纳税人来说也是不公平。

同时,我们还应该看到,即使行政管理机关有足够的管理资源,执法工作也不可能穷尽,不可能在时间和空间上全覆盖,不可能做到绝对的有法必依、执法必严、违法必纠。就像金无足赤、人无完人,行政执法工作也不可能纯正无比、毫无偏颇。

还拿以上的交通警察处罚违章停车来说。如果这位交通警察对这一长排十多辆违章停放的小型客车逐一行政处罚,相对于其他路段而言,这一路段被行政选择性执法了。如果调集警力,对这一区域的全部道路的全部违章停放的小型客车逐一行政处罚,相对于其他

区域而言,这一区域被行政选择性执法了。如果在全国对全部违章停放的小型客车逐一行政处罚,如何做到时间上同时,行政处罚幅度、程序同一等都会发生问题。而且,相对于其他交通违法而言,小型客车违章停车这一类违法被行政选择性执法了。行政执法是一个庞大的体系,如此推导,由此及彼,总而言之,求全责备易,面面俱到难,那怕是行政管理机关资源充沛。有法必依、执法必严、违法必纠的法治原则是行政执法的行为准则和追求目标,在具体实践中有一个实现度的问题。

应该看到,在行政管理机关资源不足的情况下,行政选择性执法存在是一种必然。从这个角度看,行政选择性执法的消除尚无时间表。

另外,执法的选择是立法选择延伸和细化。立法就是在平衡公平和效率中选择,立法的过程就是一个优化选择过程,法律只是选择的结果,行政立法莫能例外。既然行政立法已经选择确定,为什么行政执法时还需要选择?这是因为立法是对具体社会现象的概括,是一个抽象化过程。执法是将抽象的法律规定在现实社会落实,是一个具体化过程。一方面,立法的主观抽象过程中存在的问题会暴露出来;另一方面,社会的现实情况复杂多变,而法律的条文需要相对地固定跟不上情况的发展。立法在这两方面存在的不足,都需要执法有原则的灵活。所以,执法人员和部门在具体执法过程中,还需要在法律规定的框架内就具体的法律法规适用进行平衡公平和效率的选择。于是,行政选择性执法的存在有了理性的依据。当然,行政选择性执法只是行政执法的部分现象,与其同时存在的是大量不可选择的行政执法。

三、行政选择性执法的缺陷

行政选择性执法作为一种客观存在,我们不能仅仅看到其存在的合理性,不能忽视其明显的弊病。只有对行政选择性执法有一个比较全面的认识,才能兴其利除其弊。

行政选择性执法,不是一种公平的执法。它执行同样的法律规定,面对同样的法律事实,由于选择性地适用法律法规,而形成不同的法律后果。

行政选择性执法不是一种严格的执法。它不是全覆盖的执法,不是严格地依法办事,没有做到有法必依、执法必严、违法必纠。针对这种不严格依法办事的具体行政选择性执法行为,如果行政相对人、具体行政行为的利害关系人提起行政诉讼,行政机关会处于不利的诉讼地位。

行政选择性执法会搞乱人们对法律的认识。法律条

文规定得明明白白,什么是可以做的,什么是不可以做的,哪些行为是合法的,哪些行为是非法的,违法者将要受到怎样的制裁等。然而,立法和普法工作树立起来的社会法治观念,遭遇行政选择性执法,使人们产生疑惑。一面是纸上的条文,一面是明摆的事实,法律的预告作用、教育作用、规范社会公众行为作用、预防以及矫治违法行为作用,均受到了强烈的冲击。

行政选择性执法会搞乱法律制度规定的秩序。因为行政选择性执法,有人会进行法律投机,钻行政选择性执法留出来的法律空子。在一定的时空,法治被人治取代。因为行政执法可以选择,就会出现许多令人担忧的问题。例如,不能排除个别行政执法人员利用手中的权力贪赃枉法、徇私舞弊的可能,以及打着行政执法的幌子假公济私、报复异己的可能。

四、行政选择性执法的分析

既然行政选择性执法合理存在,其缺陷又如此明显,那么,我们就要认真面对,仔细地研究分析行政选择性执法。

选择,是在多个备选项中挑选个别、部分或者全部。选择有自然和人为。人为选择是人的有意识行为。选择依意识状态,可分为有意选择、无意选择或随意选择。人的意愿多种多样,所以,有意选择的选择意图和标准五花八门,但还是可以将有意选择分为善意选择、恶意选择。例如,行政选择性执法的目的为了维护社会正常秩序和公共利益属于善意,为了维护部门、小团体或者个人的利益属于恶意。人的意愿可以是个体的,也可以是集体的,因此,选择可以分为个体选择和集体选择。集体选择有时候有一定程序,所以,选择又可以分为有程序选择和无程序选择。选择还可以分为:一次性选择和分步选择;预先选择和临时选择;公开选择和秘密选择;公平的选择和不公平的选择;表面的选择和实际的选择等等。

在分析行政选择性执法时,还有以下选择应予注意。一是明确法律事实的选择和不明确法律事实的选择。明确法律事实的选择,是指行政选择性执法时,待选对象是否违法的事实皆已明确,如上述十多辆小型客车违法停放的事实。这时候就存在明知存在违法,行政执法不作为的问题。不明确法律事实的选择,是指行政选择性执法的待选对象是否存在违法事实不清,如对是否存在违法停车不能确定的道路巡逻检查。二是执法资源充沛条件下的选择和执法资源不充沛的选择。执法资源充沛的选择,如三位交通警察面对两辆非机动车闯红灯,而选择其中一辆处罚。执法资源不充沛的选择,如一位交通警察同时面对5辆非机动车闯红灯,力所能及地

选择其中一辆处罚。

五、行政选择性执法的规范

行政选择性执法作为一种客观的社会存在,如何使其能兼顾效率和公平,不能光靠行政执法部门及其人员在执法中展现职业素养和积累工作经验,还需要加以统一规范。

然而,这方面的规范几乎空白。

为了填补这一空白,本文根据以上的关于行政选择性执法的利弊分析,以及关于行政选择性执法的选择类型分析,以兴其利除其弊为目的,尝试性地构想出行政选择性执法的统一的规范大致框架。

1、行政选择性执法的选择主体。规范应明确谁有权力进行选择。一般来说,选择的主体应归于行政机构,而不宜赋予个别的执法人员选择主体资格。

2、行政选择性执法的选择原则。例如行政公平原则、行政诚信原则、依法行政原则等。规范应当规定选择必须善意,以及相关的禁止选择情形。如禁止行政执法不作为的选择;禁止行政执法所公开的理由与实际的执法目的不一致的选择等等。

3、行政选择性执法的选择程序。如在选择时间上,限制临时选择,以保持行政行为的连贯和稳定;在选择决策上,限制个人说了算,以防止以权谋私;在选择形式上,尽量公开选择;在选择对象上,宜随机选择,限制人为因素和重复选择,以防止执法不平衡等等。

4、行政选择性执法的选择监督。包括内部监督、外部监督,形成体系和机制。

5、行政选择性执法的选择错误的纠正。

6、恶意行政选择性执法的惩治。

如何让行政选择性执法的规范公正,让行政执法部门及其人员的执法的选择有依据,让行政执法对象感到公平,让行政执法工作提高效率?法律人既任重道远,又大有可为。●



王昊东: 市律协行政法
业务研究委员会副主任

●文/王昊东

组稿邮箱: touqiao@lawyers.org.cn

试论行政调解的效力

我国目前的三大调解中,行政调解的重要性最易被忽视,其本身的性质、效力及具体程序等诸多方面也亟待完善。以行政调解的效力为例,与司法调解和人民调解相比,差距便是极为明显。我国法律对法院调解协议及人民调解协议,均赋予其明确的法律效力,经人民法院主持达成的调解协议一旦生效,若一方不履行,另一方可持调解书向人民法院申请强制执行;经人民调解达成的调解协议具有法律约束力,当事人双方还可向法院申请司法确认,经司法确认为有效的调解协议具有司法强制执行力。但是,对于行政调解的效力却无法律上的明确规定,这将在很大程度上影响其在整个调解制度中的重要地位,阻碍其发挥化解矛盾、促进社会稳定的重要作用。本文试就行政调解的效力这一命题提出以下一些粗略的议论和建议。

一、行政调解的现状和问题

(一) 行政调解的现行依据

我国目前尚未制定专门用来规范行政调解的法律或行政法规。有关行政调解的规定大致包括三个方面:(1)在少数行政管理领域内,法律法规将相关民事纠纷作为行政调解的对象,比如资源权属纠纷、电信纠纷、消费纠纷、医疗纠纷、离婚纠纷、因民间纠纷引起的轻微人身损害或财物损毁纠纷、专利及著作权

等知识产权纠纷、道路交通事故纠纷等。

(2)一些地方政府对包括行政调解在内的行政程序,或者单独就行政调解所制定的政府规章或者规范性文件,比如2008年4月9日湖南省人民政府第4次常务会议通过的《湖南省行政程序规定》(湖南省人民政府令第222号),2009年8月28日四川省人民政府办公厅《关于加强行政调解工作的意见》,2011年5月12日北京市人民政府办公厅《关于进一步加强本市行政调解工作的意见》等。(3)国务院为全面实施依法行政、加强法治政府建设而颁布的规定,比如国务院《全面推进依法行政实施纲要》(国发〔2004〕10号),《国务院关于加强法治政府建设的意见》(国发〔2010〕33号)。

以上规定中的行政调解都是由行政主体针对民事争议所进行的行政调解。此外,自2007年8月1日起施行的《中华人民共和国行政复议法实施条例》针对部分行政争议规定了调解。

纵观上述有关行政调解的规定,对行政调解的效力,分别有以下几种模式。

1、仅在原则上规定可以进行调解。比如《中华人民共和国著作权法》规定,著作权纠纷可以调解。此类规定并未涉及行政调解的效力,不是本文讨论的重点。

2、对调解不成的,规定为可以向人民法院提起民事诉讼。比如《中华人民

共和国专利法》规定,专利工作的管理部门可以就侵犯专利权的赔偿数额进行调解,调解不成的,当事人可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》向人民法院起诉。这种规定符合通理,亦是较为常见的。由于在调解不成的情况下也未真正涉及到行政调解的效力问题,故此类情形也不作为本文议论的重点。

3、对达成调解协议后出现的相关情形的规定,直接关系到行政调解的效力。对此,相关规定出现了几种体现行政调解效力有所差异的不同表述:

(1)明确规定达成调解协议后不履行的,当事人可向人民法院提起民事诉讼。比如《中华人民共和国治安管理处罚法》规定,对于因民间纠纷引起的轻微人身损害或财物损毁等情节较轻的违反治安管理行为,经调解未达成协议或者达成协议后不履行的,公安机关在依法进行行政处罚的同时,告知当事人可以就民事争议向人民法院提起民事诉讼。《中华人民共和国道路交通安全法》规定,对交通事故损害赔偿的争议,经公安机关交通管理部门调解,当事人未达成协议或者调解书生效后不履行的,当事人可以向人民法院提起民事诉讼。这类规定,使行政调解的效力处于最低层次。

(2)只规定调解不成可以提起民事诉讼,而未规定达成调解协议后不履行的可以提起民事诉讼。比如《中华人民共和国专利法》第五十七条规定,进行处理的管理专利工作的部门应当事人的请求,可以就侵犯专利权的赔偿数额进行调解;调解不成的,当事人可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》向人民法院起诉。国务院《全面推进依法行政实施纲要》规定,对民事纠纷,经行政机关调解达成协议的,行政机关应当制作调解书;调解不能达成协议的,行政机关应当及时告知当事人救济权利和渠道。这类规定,回避了对行政调解效力的态度。

(3)明确规定达成调解协议后应当履行。比如《湖南省行政程序规定》规定:调解达成协议的,根据民事纠纷双方的要求或者需要,可以制作调解协议书;调解协议书应当有民事纠纷双方和调解人员的签名,并加盖行政机关印章;民事纠纷双方当事人应当履行调解协议;调解没有达成协议的,民事纠纷双方可依法提起民事诉讼。其立法精神是从明确要求当事人履行调解协议的角度,来突出调解协议的法律约束力,其对行政调解效力的确认力度是较大的。这类规定虽较为少见,但是,在国家层面尚未就行政程序统一立法的情况下,作为一部具有开创意义的、全面规范行政程序的地方政府规章中的这一立法精神是值得关注的。

(二)行政调解的现行状态

1、依据法律法规开展的行政调解。

正如国务院《全面推进依法行政实施纲要》所规定



的,对依法应当由行政机关调处的民事纠纷,行政机关要依照法定权限和程序,遵循公开、公平、公正的原则及时予以处理。这类行政调解,可以视为行政机关履行法定的职责,其调解的主体、范围、程序、时限等有法律法规为依据。

2、依政府管理职能进行的社会矛盾调解。

按照《国务院关于加强法治政府建设的意见》的规定,从健全社会矛盾纠纷调解机制出发,地方各级人民政府和有关部门要把行政调解作为其重要职责,建立由地方各级人民政府负总责、政府法制机构牵头、各职能部门为主体的行政调解工作体制,充分发挥行政机关在化解行政争议和民事纠纷中的作用。

3、强调衔接配套、整体联动的“大调解”工作机制。

以上海为例,各区县在保持各自特色的同时,形成了一些基本相似的做法,(1)纵向分层次建立调解网络。按照矛盾纠纷的社会影响和疑难复杂程度,分别建立区级层面的联合调解组织,街镇社会矛盾纠纷调解中心或街镇人民调解委员会,居委会、村(社区)人民调解委员会。(2)横向实现调解机制相互衔接。以司法信访综合服务窗口为平台,实现人民调解与行政调解的衔接配合,区司法局与区法院建立诉调对接工作机制,实现人民调解与司法调解的衔接。(3)建立若干个专业化调解平台。搭建起民事商事、轻伤害、治安、交通事故、消费争议、劳动争议、医患纠纷、房地产业、信访代理、基层大调解等专业化调解平台。(4)落实调解力量的队伍建设。包括以人民调解委员会和人民调解员队伍为主体的基础力量,以各相关领域的行政机构、司法机构和准司法机构为主体的专业力量,以志愿者队伍、律师和调解类民非组织等为主体的社会力量。

从上述实践来看,各区基本形成的“大调解”格局,

是以人民调解为平台和基础而建立的人民调解与司法调解、行政调解相互衔接配合的工作机制。有的地区为强化人民调解基础地位,调整充实大调解工作成员单位,将劳动争议、医疗纠纷、交通事故及部分治安案件、情节轻微的人身伤害和财产损害案件,逐步纳入人民调解受理范围。从社会管理创新的角度而言,以人民调解为基础的大调解值得予以肯定。但是,反观行政调解,也不无应予反思之处。实践中形成人民调解“强”与行政调解“弱”的反差,其原因主要在于两个方面,一是在法理上对行政调解的认识停滞不前,二是缺乏必要的立法。而在这两个方面中,行政调解的效力是一个非常值得研究的重要问题,因为这直接关系到行政调解制度的价值和生命力。

二、行政调解的法理探索

(一) 行政调解的涵义及其性质

到目前为止,法学界对行政调解的认知不尽相同。有的认为行政调解的对象,既包括民事争议,也包括行政争议,而大多数认为行政调解只针对民事争议,不包括行政争议。对行政调解的性质,有行政行为、行政管理行为、行政处理行为以及与行政相关的行为等各种认识。对行政调解的地位,有的将其作为一种限定性制度看待,认为行政调解依附于人民调解或某种行政法律制度,有的学者认为行政调解是独立于人民调解和法院调解之间的一种调解制度。总体来说,法学界多数学者认为,行政调解一般是指由国家行政机关出面主持的,以国家法律和政策为依据,以自愿为原则,通过说服教育等方法,促使双方当事人平等协商、互让互谅、达成协议,从而解决争议的诉讼外活动。同时,湖南省人民政府的地方政府规章《湖南省行政程序规定》,则从法律规范角度,将行政调解定义为是指行政机关为化解社会矛盾、维护社会稳定,依照法律、法规、规章和有关规定,居间协调处理公民、法人或者其他组织相互之间民事纠纷的活动。

(二) 行政权介入私人关系原则对行政调解的影响

在传统行政法学的观念上,对于行政权介入私人事务是极为排斥的,此即所谓行政不介入原则,又被称为“不干涉民事上法律关系之原则”。其产生的主要原因,一是按照分权学说,司法权与行政权分立成为现代法治国家的重要原则,对民事纠纷的处理归属司法权,行政权不得代而为之;二是在行政法的产生与发展过程中,由于担心政府权力所特有的扩张性,防止行政权被滥用,往往秉持对行政权加以控制或限制的理念,主张政府不应过多干预私人事务。但是,由于社会不断发展带来的各种社会矛盾和社会问题的出现,基于行政不介入

原则的自由放任的思想越来越不适应时代的需要。西方发达国家继实行强制性社会保险制度后,政府开始广泛地介入贸易、金融、交通、环保等过去被认为不属于行政事务范畴的领域,对于平等主体之间基于民事法律关系发生的利益纠纷,行政机关也开始逐步以中间人、调停者的身份介入。

我国在行政权与私人关系的问题上也有自身变化与反思的过程。在计划经济体制下,人们希望并习惯接受的是一个全能的政府,政府无所不包,乃至对私人事务无所不管。而在改革开放之后,尤其是探索社会主义市场经济体制之后,始终面临着如何准确科学地定位政府职能的问题,人们对法治政府的理解偏向于如何对行政权加以控制和监督,防止行政权的滥用,于是行政权力开始逐渐退出了许多私人领域,私人自治的理念广受认同,行政权介入私人关系甚至被简单地指责为与法治精神相违背,尤其是近些年来在提倡“依法维权”的口号下,到法院讨“说法”被过分地加以强调,并被作为衡量法治进步的重要标准。受此影响,行政调解的立法因“不合时宜”而停滞不前,使行政调解的范围、程序、效力等缺乏相应的法律规范,同时,许多行政机关及其工作人员或以行政调解缺乏法律依据为由,或担心一旦实施调解将身处矛盾纠纷的漩涡而难以脱身,因而对行政权力介入民事纠纷的调解活动往往持反对或消极的态度,最终导致作为解决民事纠纷的途径之一的行政调解被淡化。

(三) 行政调解的效力

行政调解的效力主要是指依行政调解而达成的调解协议的效力,包括是否具有法律上的约束力以及是否具有司法强制执行力。

《中华人民共和国人民调解法》明确规定,经人民调解委员会调解达成的调解协议,具有法律约束力,当事人应当按照约定履行。人们通常认为行政调解和人民调解一样,均是在自愿的基础上所进行的调解活动,当事人对所达成的调解协议,都应当依法自觉全面地履行,因此,行政调解所达成的协议,与人民调解所达成的协议一样,对当事人具有法律上的约束力。当然,这是比较乐观的理解,毕竟目前尚无法律对行政调解协议的法律约束力做如此明确的规定。在现实中,行政调解所达成的调解协议与纠纷当事人之间就解决纠纷另行签订的民事合同并无多大区别,当事人如果反悔或者拒不履行调解协议的,只能将纠纷再次经由仲裁或者诉讼程序予以解决。

此外,按照行政调解协议是否具有司法强制执行力,在理论上可分为有司法强制执行力的行政调解和无司法强制执行力的行政调解。前者是指行政调解协议生

效后即具有司法强制执行力,如果当事方不依协议履行,另一方可以依据法律直接向法院申请强制执行该行政调解协议,目前各国对此类行政调解鲜有规定;后者是指调解协议生效后,如果一方不依协议自觉履行,另一方不得凭该行政调解协议直接向法院申请强制执行,即该行政调解协议不具有司法强制执行力,此种行政调解仅依赖当事人自觉履行而实现。目前,无司法强制执行力的行政调解是各国最为普遍的。

三、对完善行政调解效力的建议

行政调解效力的不明确及其局限性,势必影响当事人申请调解以及行政机关主持调解的积极性和信心,并将导致行政调解机制的进一步萎缩。行政调解的效力,不可能由行政机关自己创设,必须通过立法加以明确,而在立法过程中则需要考虑相关方面的因素,对不同情形的行政调解赋予其相应的效力。

(一) 赋予行政调解效力时需要考虑的因素

在行政调解中,行政主体虽然是以调解的方式解决民事纠纷,但不能因此认为这种调解活动与行政权力和行政管理不无关系。行政调解效力的一个重要问题,就是要分别以行政权和司法权为基础明确行政调解与司法调解之间的边界,从这个意义上说,行政调解的效力应当和该调解活动与行政权关系的密切程度成正比。鉴于这一认识,建议在赋予行政调解的效力时,考虑以下相关因素。

1、行政主体在行政调解活动中的功能

由于行政管理的领域及各行政主体的职责不同,在行政调解活动中,行政主体发挥的功能按由弱至强的顺序,可表现为协助、协调、处理或裁判等不同的形式,其功能的强度折射出行政色彩的浓度,在相反的另一面,也体现了当事人意思自治的程度。

2、所调解的纠纷与行政管理或行政执法职能的密切程度

行政调解的纠纷一般是民事主体之间的利益对立,但有的行政调解活动是以行政管理职能为基础,甚至与行政执法相关联,比如在对专利侵权纠纷的处理过程中,专利管理部门可以根据双方当事人的意愿先进行调解,调解达成协议的,专利管理部门制作调解书,若当事人不愿调解或调解不成的,专利管理部门将就专利侵权行为是否成立依法作出认定和处理。

3、行政调解的对象和范围是否涉及公益

行政调解的启动一般是依当事人的申请,但对于一些特定公益领域内的纠纷和矛盾,相关行政机关也有责任主动介入,积极进行调解。比如《国务院关于加强法治政府建设的意见》中所强调的,对资源开发、环

境污染、公共安全事故等方面的民事纠纷,以及涉及人数较多、影响较大、可能影响社会稳定的纠纷,要主动进行调解。

(二) 按照不同情形赋予行政调解相应的效力

上述相关因素,反映了行政调解活动与行政权之间的关系密切程度,两者关系越密切,其行政效能也应更突出,具体到行政调解上,衡量其行政效能的重点就是行政调解的效力如何。因此,建议按照上述相关因素所反映的不同情形,通过立法赋予行政调解下述相应的效力。

1、司法强制执行力。包括两种途径:

(1) 法律直接赋予

对于特定领域内由行政机关在依法查明事实、分清责任的前提下所作的行政调解,在确保相关行政调解机构独立、专业以及调解程序规范、公正的基础上,直接明确该行政调解协议等同于法院民事调解的效力,赋予其具有司法强制执行的效力。

(2) 当事人自愿接受

参考我国的《公证法》,在调解协议中载明义务人愿意接受强制执行的承诺,当事人一旦自愿签署调解协议,则不得反悔,否则,对方当事人可以向人民法院申请强制执行。

2、调解协议经司法审查后赋予其强制执行力。包括两种途径:

(1) 行政机关主动提交司法审查

参考我国台湾地区的做法,在当事人签署行政调解协议后,有关行政机关主动将该调解协议送交有管辖权的法院,由法院依专门程序进行审查,经法院审查并予以确认的,则赋予其等同于法院调解的强制执行效力。

(2) 当事人同意提交司法审查

参考我国的《人民调解法》,经行政机关主持达成的行政调解协议,经双方当事人同意后可以向法院申请司法确认,如果法院审查认为该调解协议无效的,可以责令行政调解机构重新做出调解,法院审查确认该调解协议有效的,该调解协议即可被赋予司法强制执行力,在一方当事人拒不履行时,对方当事人可以申请法院强制执行。

3、具有一般民事合同的效力

这是行政调解所达成的协议所应当具备的基本效力。即行政调解协议在未经法定程序被依法撤销、变更或宣告无效之前,对调解协议的双方当事人而言,具有有效民事合同的法律约束力,双方当事人均应按调解协议履行,一方当事人拒不履行的,对方当事人可以向法院提起诉讼,申请法院强制执行。●

人文万象

他山之石

●文/姚颖靖 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(下)

前期回顾:专利权具有天然的扩张性,专利法因此构建了复杂而系统的权利限制制度,而“试验性使用”豁免原则是这一制度设计的一个重要环节。对“试验性使用”豁免原则在美国司法实践变迁路径和立法博弈的历史脉络进行了详细而深入的剖析,以司法判决标准的演进为主线,对“试验性使用”豁免原则展开了探讨。

三、“试验性使用”豁免原则在美国立法实践中的演进

作为判例法国家,“试验性使用”豁免原则在美国司法领域的确立要早于立法实践。美国知识产权的构架、实施细则以及知识产权政策的调整,首先基于美国社会的政治、经济和法律制度,并不断与经济、社会、科技发展进程相适应。但是“试验性使用”豁免原则在美国司法领域的演变与其在立法领域的演变并不同步。可以说,在“试验性使用”豁免原则的使用上,美国司法领域与立法领域的实践并不一致。

(一)《实用发明专利法》:保守主义浮动的历史图景

虽然 Story 法官对“试验性使用”豁免原则的论述被大批司法判决所引述,但其观点却并未被当时的立法者所采纳。1890 年出台的《实用发明专利法》(又称“Robinson 专利合约”)首次引入“试验性使用”豁免原则。但却着重保护“专利权人的物质利益”,而对

“为确定专利产品效能和精确性而进行的试验”能否适用“试验性使用”豁免原则而未加阐述,也就是说忽略了“试验性使用”豁免原则所应该发挥的鼓励社会科技进步的作用。《实用发明专利法》注重保护“专利权人物质利益”,对侵犯“专利权人物质利益”的行为不适用“试验性使用”豁免原则的理念贯穿了整个 20 世纪。

(二)《药品价格竞争与专利期限恢复法案》:立法理念的华丽转身

随着“Bayh-Dole 法案”的颁布,美国仿制药制造商的游说,以及美国公众对低价仿制药的强烈需求,国会于 1984 年通过《药品价格竞争与专利期限恢复法案》(又称“Hatch-Waxman 法案”)。该法案的目的在于弥补品牌药品在申请上市销售时损失的时间,减轻仿制药获得上市销售许可的负担。法案允许品牌药获得 5 年的专利延长期。同时,还允许仿制药生产商在专利有效期内使用专利药品用于实验室研究,并向行政部门提交上市销售申请,但只有在专利有效期过后,才可以上市销售。一方面,该法案通过延长专利药品的保护期,确保其在专利有效期内的市场垄断权,另一方面,豁免仿制药生产商在专利有效期内为“最终的商业目的”使用专利药品进行实验。美国药品专利制度开始从绝对保护向相对保护演变。

同时,该法案规定了仿制药的简化新药上市申请程序。简化新药上市申请程序使得仿制药生产商可以参照在先

专利药权利人的试验结果,用以证明仿制药与专利药具有相同的活性成分(active ingredient)和生物等同性即可,免去了非临床试验和临床试验的过程。但是,证明仿制药与专利药具有相同的活性成分生物等同性的过程必然会涉及对在先专利药品试验性行为,如制造、使用等。Hatch-Waxman 法案对以往的“试验性使用”豁免原则进行了颠覆性的修改。虽然仿制药生产商与专利药生产商属于同一生产领域,虽然仿制药生产商的试验行为带有明显的“获利目的”,虽然仿制药生产商的试验行为未经专利药品生产商许可,但其制造、使用、许诺使用或销售的行为并不侵犯专利权,只要是以为向美国食品药品监督管理局(FDA)提交相关数据信息为目的即可。与历史上的“试验性使用”豁免原则的不同解释相比,Hatch-Waxman 法案中的适用“试验性使用”豁免原则



的要件是极度宽松的。“按照专利法相关规定的字面理解,‘试验性使用’类型的活动的确是专利侵权行为”,但国会出于政策考虑,将这种“试验性使用”活动排除在专利侵权的范围之外。

可以看出,立法者的注意力已经从传统的“试验性使用”豁免原则的适用对象,即一切专利产品,逐渐转移到专利医药产品上。实际上,“试验性使用”豁免原则的适用范围已经缩小到医药研发领域。对法律条文的解释也从最开始对“试验性使用”豁免原则的适用标准,如“获利目的”标准和“行为结果”标准,转移到对“patented invention”,“solely”,“reasonably related”,“development and submission”和“under a Federal law”等用词的讨论。

(三)“Bolar 条款”:一次大胆而有实效的谨慎创新

根据 Hatch-Waxman 法案,美国国会修改了《专利法》§271(e)(1),规定“仅仅为满足联邦法律对研发和提交数据的规定而进行的相关行为,如在美国本土制造、使用、许诺销售或销售,或进口至美国本土专利发明(不包括主要利用重组 DNA、重组 RNA、杂交技术,或其他涉及特殊的基因控制技术生产的新颖动物药品或兽用生物产品)(具体术语参见 1913 年 3 月 4 日颁布的联邦食品、药品和化妆品法案)不认为是专利侵权行为”。这是专利法第一次,而且是唯一的一次规定特殊的“试验性使

用”豁免原则。因为此条款的制定来源于 Roche Product. Inc. 诉 Bolar Pharmaceutical Co. 一案中被告 Bolar 公司的抗辩理由,所以又称“Bolar”条款。正如 Nies 法官在 Eli Lilly 诉 Medtronic 一案中所称:“专利法§271(e)(1)的修改彻底否定了法院在 Roche Product. Inc. 诉 Bolar Pharmaceutical Co. 一案中的判决”。法律同意被告 Bolar Pharmaceutical Co. 的抗辩,即“如果仿制药生产商要等到专利药品保护期结束后才可以申请上市许可,那么法律就在客观上延长了专利产品的保护期”。该条款的创新表现为:

1、适用对象

在 Eli Lilly 诉 Medtronic 一案中,联邦最高法院对“专利发明”作了较宽泛的解释,认定“专利法§271(e)(1)所指的专利发明(patented invention)不仅包括药品专利,还包括其他任何类型的专利”。在进一步的论证中,法院通过参见 Hatch-Waxman 法案中对“专利发明”的相关解释,从而确定了“专利发明”的外延,即“只有那些根据专利法§156 延长了专利保护期的专利发明才适用§271(e)(1)的豁免”。但在随后的案例中,美国联邦上诉法院认定,“专利法§271(e)(1)对专利发明的性质没有限制,‘相关解释’的要求只具有参照意义,而不具有强制意义”。美国联邦上诉法院的这一观点,为许多法院所采纳。故此,可以发现,专利法§271(e)

(1) 适用于所有的专利发明,而 Hatch-Waxman 法案适用于包括专利药品在内的所有药品发明专利。

2、试验工具是否适用专利法§271(e)(1)?

在大量的案件中,许多原告诉称,“如果行为人在试验中使用他人享有专利的试验工具也能够适用‘试验性使用’豁免原则,那么专利法§271(e)(1)的扩张解释将会吞噬专利法为一些生物技术发明设定的全部利益”。对此,美国联邦上诉法院 Newman 法官认为,“在试验中使用现有的工具与研究工具本身是截然不同的”。根据 Newman 法官的观点,只有在那些将专利发明作为研究对象(the subject of the research)的试验才能适用“试验性使用”豁免原则。换句话说,如果将专利发明作为研究工具(the tool of the research)的实验不能适用“试验性使用”豁免原则。

3、“合理相关性”(reasonably related)的范围?

在 Merck 诉 Integra 一案判决以前,美国高等法院与其他法院一样,认为“法定的专利侵权抗辩是指‘临床试验豁免’”,强调“试验性使用”豁免原则只适用于“临床试验”。但在 Merck 诉 Integra 一案中,高等法院面临这样一个问题,即是否“临床试验”也可以适用专利法§271(e)(1)? 而原告 Merck 诉称,“专利法§271(e)(1)保护所有为向 FDA 提交相关信息而进行的试验。如



果议会仅仅将专利法§271(e)(1)的适用范围限制在与提交新药申请相关的试验,那么就不会在专利法§271(e)(1)中使用‘合理相关性’的词语”。被告 Integra 诉称,“原告 Merck 所进行的试验与为向 FDA 提交申请之间没有必然的联系,原告所进行的非临床试验只是为了检验药品成分的有效性,而不是安全性。而为安全性所作的试验才适用专利法§271(e)(1)”。联邦上诉法院认为,“专利法§271(e)(1)仅适用于为向 FDA 提交新药申请文件而进行的临床试验,不包括非临床试验。非临床试验适用专利法§271(e)(1)的前提有两个,即只有试验药品是最终提交给 FDA 的上市药品;试验结果最终提交给 FDA”。对此,最高法院通过以下三个标准,确定“临床试验”是否可以适用专利法§271(e)(1)。

A. “法律基础”标准

在适用此标准时,最高法院否定被告所称的“FDA 只关心药品在非临床试验中的安全性问题”,指出,“根据 FDA 的指导原则,针对非临床试验的非安全性结果也应提交给 FDA”,“非临床试验的非安全性,例如药理学试验和毒物学试验,都与 FDA 做出‘风险-利益’评估有关。”简而言之,只要被告能够提供一些 FDA 审查原则和规范,用以证明其正在进行的试验类型应该包含在向 FDA 提交的申请书中就可以了。

B. “主观意图”标准

最高法院认为,“试验行为背后的主观意图是非常重要的”,对于那些希望适用“试验性使用”豁免原则的被告,其主观目的必须是“为研发一种特定的药品”。在一般性的案件中,“为研发一种特定的药品”的主观目的一般不能够作为抗辩理由。因为被告意图研发药品是原告诉讼的主要原因。然而,这一标准只有对那些真正“为研发一种特定的药物”而进行试验的被告才适用“试验性使用”豁免原则。当然,“主观意图”标准并不意味着,如果试验数据结果没有最终提交给 FDA,那么试验就

不适用豁免,还需要在具体情况下予以分析。

C. “合理性基础”标准

此标准的目的在于确定是否专利法§271(e)(1)应该保护被告专利侵权行为。这一标准要求被告“为研发一种特定药品”的主观意图是建立在“合理地相信混合物能够引起被告期望的一系列生理上的效果”。这一标准直接决定了“合理相关性”的确定范围。“如果被告有理由相信,通过一定的生物过程,混合物能够发生作用并产生一种特定的生理效果”,那么被告的行为就符合这一标准。对大量的药品进行筛选,或为发现现存药品的新用途的行为都不适用专利法§271(e)(1)。

最高法院首先认定,“普通法(判例法)保护研究专利材料,或寻找改进专利材料的行为,但对商业行为或带有‘商业目的’的行为并不适用豁免”。其次,“如果试验行为是为了向 FDA 提交相关数据报告,那么专利法§271(e)(1)从法律上豁免了这样的商业试验行为或带有‘商业目的’的试验行为”。“当(普通法)的‘试验性使用’豁免原则不能发挥作用时,那么制定法[专利法§271(e)(1)]开始发生作用。”尽管 Newman 法官明确拒绝确定普通法中“试验性使用”和制定法中§271(e)(1)具体的衔接点,但非常确定的是,她已经“用普通法和制定法中的这两种豁免涵盖了从试验室试验到向 FDA 提交数据的全部过程”。当制定法[专利法§271(e)(1)]也无法保护这种试验行为时,那么这种行为就只能承担侵犯药品专利权的责任。最高法院支持普通法中“试验性使用”豁免原则和制定法中§271(e)(1)的连续适用。

四、小结:利益平衡的求取

透过司法机关和立法机关在不同历史时期针对“试验性使用”豁免原则的不同适用标准,我们可以看到专利权人,后来研发者和社会公众代表的三种不同利益的博弈。立法实践和司法实践

中的不同取舍,体现了不同时期对不同利益的倾向。

在 Merck 诉 Integra 一案之前,美国司法领域中“试验性使用”豁免原则与立法领域中“试验性使用”豁免原则的适用范围是截然不同的。司法领域中“试验性使用”豁免原则严格遵守传统意义上的“试验性使用”豁免原则,“获利目的”作为判断能否适用“试验性使用”豁免原则的主要标准,目的在于保护专利权人经济利益。而立法领域的“试验性使用”豁免原则则将重点放在鼓励科学研究,促进社会整体进步。在 Merck 诉 Integra 一案之后,法院开始改变原来的严格适用风格,尝试着在司法上放松对“试验性使用”豁免原则的适用条件。

尽管如此,我们也不能简单的得出以下结论,即较之美国司法机关(法院),立法机构(国会)更加注重公共利益(降低药品价格)。正如 Rader 法官所说,“Hatch-Waxman 法案是为仿制药生产商、以研究为基础的制药公司而制定的”尽管美国政府希望通过“Bolar 条款”的适用达到降低药价的目的,根据美国联邦法院的观点,“国会只是试图在两个利益集团之间寻求平衡:(1)引导新药的开发和研制;(2)使竞争者能够降低药价,迅速将仿制药推向市场。”很明显,在美国立法站在利益第一序列的是“专利权人”和“仿制药生产商”,公共利益的因素只被认为是“附加考虑的因素”。

针对立法机构和司法机关不断扩大“试验性使用”豁免原则的适用范围,部分学者提出了不同意见,认为“宽泛的‘试验性使用’豁免原则不仅侵蚀了专利法的立法本意,而且忽视了公司将专利对他人进行许可的动力。宽泛的解释对激励创新活动只会起到相反的作用。只有在很少的情况下,专利权人可以垄断特殊技术的使用权,并压制其它发明人的创新动力”。(完)●

(作者系同济大学经济与管理学院博士研究生)

微 Talk

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

鹅卵石与回音壁

(本栏目言论仅代表言论者本人观点)

国浩律师集团 李淳律师

似乎有一种预感,抑或有一种期盼,2013年的春天,或许是律师业的第三个春天。前两个春天应该是1981年和1993年。真的希望在自己退休之前,能第三次分享到这样的春天,毕竟等了二十年。人生能有几个二十年啊?!

上海建领城达律师事务所 周吉高律师

小餐馆吃饭,点了两只阳澄湖蟹,告知老板,在周边办公,味道好的话,请朋友共同前来品尝,蒸煮中递老板一支烟以示友好,结果吃在嘴里感觉很涩,68元一只的大闸蟹远不如菜场13元一只美味,无语,结账买单走人。启示:1、客户上当只有一次,你将永远失去该客户;2、你对别人友好,别人未必对你友好。

上海金茂律师事务所 金文炜律师

最近发现三星,特别是Galaxy系列的用户越来越多,大有赶超苹果的势头。我觉得,安卓过于繁多的版本制约了应用软件的开发,从而导致手机配置高,但是用户体验不佳。三星应该借着现在这个势头,尽量统一他旗下的安卓版本,凝聚一批专门为其开发应用的,进一步提升用户体验——这样才可能真正的去挑战苹果。

上海汉商律师事务所 孙彬彬律师

有趣的是,有些人看着很不亲近,有时你觉得她/他有些傲慢甚至为此还心生不快,结果她/他其实是因为害羞……有些人看着象话让人不快,结果其实她/他是害怕冷场。这样的不快产生得多没价值?所以,多观察、多从善意的角度想,才比较对自己有意义。

上海市圣信律师事务所 孟雪律师

法律菜鸟成长记——

一、记得《心术》里说:“作为一个医生,首先你要有仁心,其次才是仁术。”其实感觉医生和律师有好多相通的地方,很明显,光有一颗心是不够的。二、请培养自己对待法律文件起草和审查的认真认真再认真直到产生认真强迫症的态度为止。三、请从内而外职业化,内在修心,外在着装。这是需要。四、感受:第一次见面就迟到,体现对客户的不重视,不要说堵车什么可控的突发状况,如果你有足够的诚意就多打出应对突发状况发生的提前量;后续过程一会加这个材料一会加那个材料,专业点做好充分的准备再告知客户。见贤思齐,见不贤而内自省。一不要迟到,二做足准备。三用心用心用心。

岳成律师事务所上海分所 岳雪飞律师

曾经以为遵守庭审纪律对律师而言是深入骨髓无须提醒的,但实际上真有从业好几年的律师,比当事人还激动,不断打断对方代理人发言,三番五次大力拍桌子表示不满,当法庭制止时和法官辩论。律师应理性,冷静表达意见,如此过激行为真有失律师风范。

上海沪佳律师事务所 贾明军律师

难得上海早晨的谧静 嗅闻小路黄叶的飘零 阳光爬过树丫的隙缝 像马贪婪肥草的轻松 这是另一面的上海 另面上海与平日完全不同 这是生活美好的状态 难得卸下行囊稍止行色的匆匆 小屋窗边菊花绽放 黄色紫色白色和姹紫的嫣红 淡腻的空间注入新鲜的生命 生活因一角的改变而更美好 让一切沉重转而无言的轻松。

2012 年度总目录

第一期

1. 发挥律师优势推进民主政治建设 / 冯国勤
2. 新春寄语 / 盛雷鸣
3. 立足当前 志存高远
——市司法局局长吴军营到协会调研 / 彭念元
4. 黎明之舟扬帆起航
——上海律协为律师服务“两个中心”建设搭建平台 / 市律协业务部
5. 招募“特邀会员” 催生“协同效应” / 市律协对外交流部
6. 青年律师送出去 先进经验带进来 / 市律协对外交流部
7. 律师辩论大赛 掀起练兵热潮 / 市律协宣传部
8. 努力加强律师行业文化建设 / 市律协会员部
9. 创新律师人身权保障协作机制 / 市律协纪律部
10. 迎难而上遏制非正常公民代理 / 市律协纪律部
11. 为律师立案度身定做的专属通道
——推动上海法院在线服务“律师平台”上线运行 / 市律协业务部
12. 建章立制提升律所管理水平 / 市律协调研部
13. 尽快实现业务档案社会化管理 / 市律协调研部
14. 推进律师行业缴纳社保金规范化工作 / 市律协资产管理与财务委员会
15. 过关斩将突重围 各路豪杰展雄才
——2011 上海律师辩论大赛复赛首轮纪实 / 吕 轩
16. 新一届全国律协理事会产生
——吕红兵、盛雷鸣当选副会长 / 吕 轩
17. 践行社会责任 促进人际和谐
——沪上百名民盟律师开展义务法律咨询活动 / 毕 铭
18. 金杜模式
——对中国特色律师事务所发展模式的有益探索 / 北京市金杜律师事务所上海分所
19. 专业为本 创新至上
——访第二届“东方大律师”颜学海 / 王凤梅 周柏伊
20. 追求 超越 转型 / 曹志龙
21. 婚姻中的爱与平等
——有关《婚姻法司法解释(三)》的讨论 / 谭 芳 吴 冬 许 莉 杨 蕾
22. C 律师“买空卖空”严重违纪 / 市律协纪律委员会
23. 被告缺席审理下我的败诉 / 承 当
24. 由“临时工”到“无固定期限”
——兼谈律师的社会地位 / 孙加锋
25. 朝圣之始 / 陈志超
26. 《律师业务资料》目录 2011 年第 12 期
27. 基于资源位理论的国际航运中心合作竞争模型 / 郭敏辉 蔡存强
28. 中国法下海事赔偿责任限制基金功能之审视 / 张运鑫
29. 重复保险认定标准辨析 / 陈会平
30. 物流企业如何选择保险 / 周 波
31. 素“美”平生 / 屠 磊

32. 鹅卵石与回音壁
33. 年俗趣谈 / 王联华
34. 2011 年度《律师业务资料》总目录

第二期

1. 迈向第二个 10 年：“入世”中的律师责任 / 周汉民
2. 建言切中肯綮 各方欣然采纳
——2011 年律师代表委员议案提案纪实 / 王凤梅 周柏伊
3. 狭路相逢勇者当胜 斗智斗法三强出炉
——2011 上海律师辩论赛复赛(6 进 3)纪实 / 吕 轩
4. 监事会深入各区律工委走访调研 力求监督工作拓宽广度挖掘深度 / 龚 瑄
5. 从民事诉讼法修改看民事诉讼制度改良 / 张 移 麦欣 竺建平
6. 恪守职业精神 彰显律师本色
——记“上海市优秀律师”唐勇 / 沈轶伦
7. 只有舍得放弃 才能收获明天
——一名劳动律师的专业探索之路 / 陆 胤
8. 老年维权更需撑起法律援助的“保护伞” / 董 方
9. 创新发展下的静安律师 / 静安区律工委
10. 而立之年忆征程 务实争优求发展
——写在华亭律师事务所建所 30 周年之际
11. Z 所管理混乱“何所长”违规办案 / 市律协纪律委员会
12. 千里之行 始于足下
——兼谈青年律师成长的体会 / 赵 平
13. 建立多元化多渠道的纠纷解决机制
——论律师参与劳动争议 ADR 的可行性与制度构想 / 李华平
14. 怀揣大律师的梦想 践行小律师的精致
——参加青年律师宣誓仪式有感 / 闫 艳
15. 绝不能拿“个案”当“典型” / 王 展 朱作洋
16. 《律师业务资料》目录 2012 年第 1 期
17. 关于制定《中华人民共和国信托法》司法解释若干问题的探讨 / 李宪明
18. 试论我国法律框架下的信托公示 / 孙 瑜
19. 和信托业一起长大 / 冯加庆
20. 交流借鉴 深化合作
——上海市律师协会代表团赴西班牙意大利考察报告 / 张克江
21. 鹅卵石与回音壁
22. 爱上古典音乐 / 邢 路
23. 同事老岳 / 半岛斋主

第三期

1. 女性的骄傲
——我心目中的上海女律师 / 张丽丽
2. 上海律师社会责任报告(节选) / 上海市律师协会
3. 人在会场内 心怀民生情
——上海律师代表、委员参加 2012 年本市“两会”侧记 / 宋宁华 包 蹇

4. 团结一心谋创新发展 大爱无疆塑上海品牌
——上海巾帼律师风采实录 / 王凤梅 周柏伊
 5. 针锋相对善思维 明辨是非定取舍
——2011 上海律师辩论大赛半决赛纪实 / 吕 轩
 6. 为属于律师的“光环”而执着
——记“上海市优秀律师”丁伟晓 / 严姗姗
 7. 为了理想而努力 充满了幸福和满足 / 戎 朝
 8. 热心公益事业 爱心塑造形象
——虹口区律师工作委员会扶贫帮困工作掠影 / 田 波
 9. 指导性案例制度面面观 / 牟笛 赵越 杨力 崔剑平
 10. 平台 凝聚 发展
——记普陀这片律师发展的沃土 / 普陀区律工委
 11. “协力”改制:新的组织形式促进新发展 / 上海市协力律师事务所
 12. 转所期间违规按案 张冠李戴引发投诉 / 市律协纪律委员会
 13. 败诉,引导我写了一本书 / 周月萍
 14. 明确专业方向 提升执业层次 / 陆敬波
 15. 戏曲艺术版权认定和保护
——一桩京剧脸谱版权纠纷的联想 / 朱小苏
 16. 《精神卫生法(草案)》:对“被精神病”说“不” / 卢意光
 17. 设立分居制度 保护妇女权益
——浅谈我国婚姻立法中设立分居制度的意义与构想 / 葛珊南
 18. 离婚纠纷中女性股东权益保护研究 / 贾明军 蓝 艳
 19. 浅析离婚时未成年子女最佳利益保障 / 卢湾区女律师联谊会
 20. 上海区域女职工劳动权益保障问题探讨 / 王彩萍
 21. 涉外婚姻中的女性权益保障问题及对策 / 陆珊菁 韩 璐
 22. 乐读 / 郑 志
 23. 商业贿赂的达摩克利斯之剑:反海外腐败法(上) / 许建添 管敏正
 24. 鹅卵石与回音壁
 25. 我与“法律讲堂” / 杨 波
- 《律师业务资料》目录 2012 年第 2 期

第四期

1. 加快提升上海律师的“四化”水平 / 刘忠定
2. 抓住机遇 立足当前 志存高远
3. 努力推进上海律师工作继续走在全国前列
——吴军营同志在上海市第九届律师代表大会第二次会议上的讲话
4. 把握机遇 继往开来 续写上海律师业科学发展新篇章
——上海市律师协会第九届理事会工作报告(节选) / 盛雷鸣
5. 市律协监事会工作报告(摘要) / 厉 明
6. 申城舌战巅峰对决“八仙过海”各显神通
——2011 上海律师辩论大赛决赛纪实 / 吕 轩
7. 这只是开始
——黄浦卢湾辩论队纪实 / 黄浦区律工委
8. 既然选择了远方 便只顾风雨兼程
——记闵行弘闵队参加上海律师辩论大赛 / 闵行区律工委
9. 是向下沉沦 还是向上提升
——“2011 上海律师辩论大赛”复活选手联队侧记 / 杨 波
10. 我眼里的浦东“二”队 / 丁伟晓
11. 坚守法治理念 感受法律脉搏
——2011 上海律师辩论大赛十佳辩手谈感悟
12. 中日企业法务专业领域的杰出代表

- 记“上海市优秀律师”裘索 / 严姗姗
13. 我的路 我的悟 / 屠 磊
14. 海华永泰模式
——规模增长和专业分工的协调发展 / 冯加庆
15. 和而不同:寻觅执业发展进程的同道中人
——律师事务所凝聚力建设心得交流 / 金文玮 金 纓 王小咪 朱黎庭
16. 法律服务无大小 律师见证须慎重 / 市律协纪律委员会
17. 律师在参与信访矛盾化解中必须有所担当 / 邵曙范
18. 双方代理律师沟通协作才能使案件有一个完美的结局 / 楼德贤
19. 美国的“公证遗嘱”是否应当进行实质性审查? / 顾 靖
20. 《侵权责任法》对医疗器械产品责任影响之探讨 / 卢意光
21. 鉴定程序公正 专家责权分明 才能确保鉴定的公信力 / 梁晓丽 徐刚
22. 浅析如何收集和应用医疗纠纷案件的证据 / 曾鑑清 刘响文
23. 如何确保医疗损害鉴定的公平、公正 / 张 滨 沈 昀
24. 医疗鉴定模式的探讨 / 沈 涛
25. 重视医疗损害鉴定前的证据认定 / 陆夏岩 孙乐民
26. 商业贿赂的达摩克利斯之剑:反海外腐败法(中) / 许建添 管敏正
27. 鹅卵石与回音壁
28. 从打高尔夫球联想到律师这个职业 / 乔文骏
29. 《律师业务资料》目录 2012 年第 3 期

第五期

1. 发挥律师专业优势 构建和谐劳动关系 / 钟燕群
2. 谋开拓创新之策 走科学发展之路
——盛雷鸣会长就 2012 年律协工作答记者问 / 本刊记者 吕轩
3. 好一道瑰丽的风景线 / 思 源
4. 台前幕后 精彩纷呈
——“2012 上海律师法治作品表演赛”花絮
5. 2011 上海律师辩论大赛背后的故事 / 陶丽萍 仲 坤
6. 大道通天宽又阔 成者志须存高远
——大成律师事务所上海分所巡礼 / 北京市大成律师事务所上海分所
7. 和谐社会建设中的虹口律师 / 虹口区律工委
8. 筚路蓝缕勤拓展 尽职尽责谱新篇
——记全国优秀律师叶杭生 / 彭念元
9. 以执着追求梦想 用爱心回报社会 / 韩明志
10. 刑案代理收受财物 偷梁换柱规避行规 / 市律协纪律委员会
11. 团旗映发展 青春筑和谐
——浦东律师团委深入开展律师团建工作 / 共青团浦东新区律师委员会
12. 律师给力“扶老者” / 沈 栖
13. 行走于律师路 / 赫少华
14. 诉前调解制度的现状与前景 / 童珏雯 王 珏
15. 这笔年金归谁更合理?
——葛某诉单位养老金纠纷一案败诉始末 / 温陈静
16. 公司司法解散程序中的股东异议权研究 / 王军旗 吕玉娥
17. 破产清算程序转入重整程序的适用条件 / 周有安
18. 浅析非房地产开发企业破产清算时土地增值税缴纳相关问题 / 何志法 张建云
19. 强制清算与破产清算程序转换若干问题探讨 / 季 诺 李 凯

20. 三无公司强制清算的若干问题 / 赵敏 吴俊
 21. 重整中债权转股权若干问题浅析
 ——兼评《公司债权转股权登记管理办法》/ 陈明夏 李建涛
 22. 商业贿赂的达摩克利斯之剑: 反海外腐败法(下) / 许建添 管敏正
 23. 2011 上海律师辩论大赛妙语集锦
 24. 生活的感悟 / 牟炼
 25. 初识肯尼亚
 ——肯尼亚记游 / 倪正茂
 26. 《律师业务资料》目录 2012 年第 4 期

第六期

1. 携手合作, 共促青少年健康成长发展 / 潘敏
 2. 律师要为上海推进依法治市, 提高各项工作法治化水平作出应有贡献 / 冯国勤
 3. 律师应成为社会主义文化大发展、大繁荣的有力推动者之一 / 郑善和
 4. 追寻先辈足迹 传承法治精神
 ——本市隆重召开纪念上海律师公会成立 100 周年座谈会 / 思源
 5. 参与法律监督 律师有所担当
 ——市检察院到市律协座谈听取关于加强法律监督工作的建议 / 季闾
 6. 维护社会稳定 促进经济发展
 ——闸北大发展、大变革幕后的“第三方力量” / 闸北区律工委
 7. 律师是我奋斗终生的职业
 ——记“上海市优秀律师”周天平 / 沈轶伦
 8. 坚定地努力做一名诉讼律师 / 蒋宏
 9. 人民检察院如何进一步加强民事、行政法律监督工作 / 谭芳 邱燕 潘瑾 季诺
 10. 锦天城——打造汇聚精英的平台 / 上海市锦天城律师事务所
 11. 托付信任换失望 滥用委托牟私利 / 市律协纪律委员会
 12. 建立多元品种的中国期货市场
 ——我国原油期货产品的开发与探索 / 张永丰
 13. 我的执业之路 / 周兰萍
 14. 寻根之旅
 ——“上海律师公会旧址陈列馆”成立始末 / 翟世祺
 15. 培育知识产权文化 促进社会创新发展
 ——本市企业知识产权资本运营实务研讨会综述 / 市律协知识产权业务研究委员会
 16. 以本市创建创新型城市的视角
 ——浅谈知识产权司法保护的趋势 / 汤源源
 17. 从一起商标案件看如何完善知识产权制度
 ——由“iPad”商标引发系列案件讨论会综述 / 市律协知识产权业务研究委员会
 18. 网络服务商对涉讼用户负有注意义务
 ——庄则栋、佐佐木敦子和上海隐志网络科技有限公司侵害信息网络传播权纠纷案 / 宋学东 刘军华 唐震
 19. 品牌特许经营的若干法律问题初探 / 徐申民 吴月琴
 20. 从一起商标争议行政纠纷案看行政程序与诉讼程序证据衔接之问题 / 刘峰 阮思坤
 21. 2011 年中国法院知识产权司法保护十大案件简介 / 市律协知识产权业务研究委员会整理
 22. 开阔眼界 增进交流 加强合作
 ——2011 上海律协考察团对德国、英国律师协会与律所进行考

- 察 / 黄绮
 23. 上海律师辩论大赛及法治作品表演赛妙语集萃新型旅游攻略 / 吴刚
 24. 《律师业务资料》目录 2012 年第 5 期

第七期

1. 加强法律共同体建设 共筑社会主义法治大厦 / 陈旭
 2. 上海律协三大新举措引领业务研究委员会制度化创新 / 市律协业务部
 3. 社会责任重于山 律师执业为人民
 ——上海“万名党员律师为民服务”活动集锦 / 彭念元
 4. 转变 沟通 合作
 ——市律协与市监管总队建立良性互动长效机制 / 市律协纪律部
 5. 开律师行业创新管理之先河
 ——上海律协举行特邀会员入会仪式 / 思源
 6. 理念先行 追求卓越
 ——记“上海市优秀律师”沈国权 / 严姗姗
 7. 无依无傍我自强 / 刘巍嵩
 8. 闪亮的“金石”
 ——记全国优秀律师事务所“上海市金石律师事务所” / 上海市金石律师事务所
 9. 畅议青年律师最低工资保障 / 李旻 胡光 尹燕德 桂芳芳
 10. 把握区域特色 创新开拓发展
 ——记奋进中的闵行律师 / 闵行区律工委
 11. 提高政治敏锐性 凸显维稳责任感
 ——黄浦律师以创新精神为社会提供优质法律服务 / 潘鹰芳
 12. 违规会见频发 行业自律要强化 / 市律协纪律委员会
 13. 书证物证人证充分确凿 一审判决败诉二审调解 / 唐逸敏
 14. 电子商务物流保理大有可为 / 陈会平
 15. 律师的足迹 城市的记忆(上)
 ——写在上海律师公会成立 100 周年之际 / 周武
 16. “春晚”等综艺类电视节目的著作权归属探析 / 柏立团
 17. 从诉讼法修改看电子数据鉴定发展 / 商建刚
 18. 追究视听网站刑事责任问题研究 / 马远超
 19. 游戏虚拟道具交易平台设计及其法律规制“空想” / 韩正
 20. 网络服务平台责任边界的再思考 / 高俊
 21. 第三方支付沉淀资金法律定性难题 / 刘春泉
 22. 智慧城市建设中网络信息安全的法律保障问题 / 矫健
 23. 尊重知识产权 促进域名应用
 ——2011 上海域名论坛综述 / 市律协信息网络与高新技术业务研究委员会
 24. 日本律师推动公益诉讼对我国律师界的启示 / 丁兴锋
 25. 2011 上海律师辩论赛决赛妙语精选
 26. 《律师业务资料》目录 2012 年第 6 期

第八期

1. 实施“依法治国”方略离不开律师制度的发展 / 高小玫
 2. 把好入门关, 建立科学严谨的实习人员考核机制 / 市律协宣传部、会员部
 3. 关注区县律师工作建设 情系行业特殊群体发展
 ——市律协监事会 2012 年上半年调研工作纪实 / 市律协监事会
 4. 在加强和创新社会管理中律师要勇于作为、敢于担当 / 松江区委司法局

- 5.法律援助进大墙 大爱无疆筑和谐
——记上海市万隆众信律师事务所“送法进大墙”活动 / 上海市万隆众信律师事务所
- 6.通过律师的专业服务为构建和谐社会而不懈努力 / 刘雨修
- 7.正直善良为人 专业理性从业
——记“上海市优秀律师”范仲兴 / 严姍隽
- 8.执着追梦 用心做事
——一个青年律师的执业思考 / 徐培龙
- 9.养成、伦理、心理与技能
——漫谈申请律师执业人员培训课程建设 / 章志伟 刘逸星 丁伟晓 王嵘
- 10.通力律师事务所
——打造“百年老店”的发展之路 / 上海市通力律师事务所
- 11.为躲债律师无暇顾案 因缺席原告被裁撤诉 / 市律协纪律委员会
- 12.论瑕疵证据补正与合理解释 / 王俊民
- 13.对公司律师开展企业普法的思考 / 李 肇
- 14.律师的足迹 城市的记忆(下)
——写在上海律师公会成立 100 周年之际 / 周 武
- 15.尽快建立未成年人轻罪记录消除制度的必要性探析 / 林子云
- 16.对我国食品餐饮业外资并购经营者集中审查的探讨 / 李小霞
- 17.从联合利华案看我国反价格垄断执法的思路 / 李 洁
- 18.解读《关于促进股权投资企业规范发展的通知》
——对基本概念及“打通监管”的解析 / 秦茂宪 李 锐
- 19.论知识产权纠纷诉前人民调解的适用性及完善 / 廖若昕
- 20.如何申请检察院抗诉? / 魏海波
- 21.从罗伯茨到克劳福德
——评美国传闻证据规则的流变 / 王晓华
- 22.我在美国律所的实习见闻 / 周姣璐
- 23.非法非非法
——写在法律维度的边上 / 王 琦
- 24.鹅卵石与回音壁
- 25.台北乐活记 / 钟 颖
- 26.《律师业务资料》目录 2012 年第 7 期

第九期

- 1.站高望远 引领发展 / 王俊峰
- 2.律法精英四度聚首 龙腾碧水奋勇争先 / 孙小尘
- 3.团结带领上海市律师深入开展创先争优活动 / 上海市律师协会
- 4.智慧激扬百年律师制度 青春绽放不朽法治文化
——青年律师纪念上海律师公会成立 100 周年知识竞赛系列活动举行 / 市律协公共关系部
- 5.向前辈律师致敬
——青年律师纪念上海律师公会成立 100 周年知识竞赛参赛感悟 / 雷富阳
- 6.社会突发事件的化解能手
——记“上海市优秀律师”张鹏峰 / 严姍隽
- 7.律师执业过程中的几点感悟 / 王军旗
- 8.发挥法律顾问团作用 助推区政府依法行政 / 金山区司法局 金山区政府法制办
- 9.集全所之力,提供最佳法律解决之道 / 上海虹桥正瀚律师事务所
- 10.关注《民事诉讼法》的新亮点 / 施莉珏 徐澜波 侯荣康 罗兴

- 11.律师事务所要积极发挥在法治建设中的重要作用 / 易 明
- 12.老所混乱埋祸根 新所初创担责任 / 市律协纪律委员会
- 13.不动产盗窃行为无法入罪 致民刑法律冲突效果负面 / 陈浩榕
- 14.重视传统与现实冲突的婚姻特点 正确处理好客观合法的婚前财产 / 王敬友
- 15.为辩护人辩护 / 易 栖
- 16.制定“司法解释”宜公开征求各界意见 / 游 伟
- 17.我国现行注册商标转让制度评析 / 阮 超
- 18.关于《进一步深化新股发行体制改革的指导意见征求意见稿》的一些建议 / 岳云 周峰
- 19.浅议法人分支机构的诉讼法律地位 / 李学科
- 20.中医特点的医疗纠纷现状纲要 / 吕 刚 孙乐民
- 21.公平与公正待遇标准
——是否应根据东道国发展水平、政府能力和资源条件的不同而区别适用 / 金立宇
- 22.公司利用法人独立地位损害股东债权人利益法律研究
——浅谈公司法人人格否认制度 / 张海燕 王桂学
- 23.律师如何为我国战略性新兴产业提供法律服务 / 曹志龙
- 24.自助游法律问题研究 / 李国栋
- 25.从《多一弗法案》下的“滥用”看金融消费者权益保护 / 徐珊珊
- 26.鹅卵石与回音壁
- 27.《律师业务资料》目录 2012 年第 8 期

第十期

- 1.保持良性互动 维护司法公正 / 应 勇
- 2.金风送爽上海滩 转型发展正当时
——对上海律师业转型发展的若干思考 / 盛雷鸣
- 3.以“学”促“术”寻找律界“达人”
——首届上海律师学术大赛启动 / 吕 轩
- 4.精心组织 积极履职 普法为民
——2012 年“市民与法”讲座半年来的情况回顾与总结 / 市律协调研部
- 5.为进一步规范和促进本市律师事务所发展
——市律协制订《律师事务所管理指导手册》 / 市律协调研部
- 6.抚今追昔 忆当年执业路 不畏坎坷 律政佳人青春永驻
——本市女律师纪念上海律师公会成立 100 周年座谈会掠影 / 吕 轩
- 7.充分发挥律师职能作用 谱写和谐社会新的篇章 / 青浦区司法局
- 8.二十年风雨铸就成功路
——记“上海市优秀律师”王嵘 / 黄 文
- 9.用感恩之心努力做一名服务大众的平民律师 / 林丽娟
- 10.让每个人都能享受到阳光下的公平正义
——记上海炜衡法律援助中心 / 上海炜衡律师事务所
- 11.带薪年休假制度 想说爱你不容易 / 陆敬波 张淑华 温陈静
- 12.重大项目显身手 服务大局铸辉煌
——记前进中的上海市中茂律师事务所 / 彭念元
- 13.劳动仲裁同所代理 利益冲突构成违规 / 市律协纪律委员会
- 14.宪法有效实施的前提在于宪法的“落地” / 殷啸虎
- 15.律师与学术 / 季 诺
- 16.爱得深,才能走得远 / 戈 慧
- 17.谈判桌上的较量 / 萧鲁羊

18. 法治 爱国责任

——1912年至1937年间上海律师协会的政治参与 / 张丽艳

19. 我国最低工资若干法律问题研究 / 林峰

20. 对扩大法律援助覆盖面及创新法律援助形式的浅探 / 林子云

21. 农民工法律援助的问题及对策 / 张晶仁

22. 未成年人保护理念之初探

——兼谈儿童最大利益原则 / 曾鑑清

23. 论进一步健全残疾人法律援助保障制度 / 郑祺

24. 规范涉老民事诉讼程序之我见 / 孙云康 张何心

25. 谋杀与创造接踵而来 / 马赛

26. 说谎的“自由” / 孙轶

27. 鹅卵石与回音壁

28. 美食爱好者的天堂——大溪地 / 黄绮

29. 《律师业务资料》目录 2012年第9期

第十一期

1. 历史使命 责无旁贷 / 钱翎樾

2. 华东律师聚申城 交流合作谱新篇 / 彭念元

3. 共担职责 同守正义

——上海市高级人民法院院长应勇在第十届华东律师论坛上的致词

4. 拓展法律服务领域 提升法律服务层次

——全国律协会长王俊峰在第十届华东律师论坛上作重要讲话

5. 忠诚履行使命 勤勉服务大局

——吴军营局长在第十届华东律师论坛上作重要讲话

6. 互动中共享经验 交流间同迎挑战

——盛雷鸣会长在第十届华东律师论坛上致开幕词

7. 新黄浦凸显区位优势 新金融拓展融资空间

——第二届“外滩金融法律论坛”成功举行 / 黄宣

8. 监督提案办理 服务发展大局

——监事会2012年监督提案办理工作纪实 / 市律协监事会

9. 法律服务全球化过程中的机遇与挑战

——上海市律师协会特邀会员沙龙侧记 / 市律协特邀会员工作委员会

10. 人情法理温暖人心 妙手化解信访矛盾

——记“上海市优秀律师”胡贤德 / 严姍隼

11. 选我所爱 爱我所选 / 张艳

12. 整合资源 拓宽渠道

——宝山区司法局积极探索青年律师培养新路 / 程晓堃

13. “虐童案”相关法律问题探讨 / 傅平 徐建 何萍 姚建龙 麻国安 汤啸天 杨永明 丛洲 孙抱弘 李江英 杨峻

14. 律所违规应自省 迁咎他人实不该 / 市律协纪律委员会

15. 律师参与地方立法的实践与路径 / 殷啸虎

16. 感今怀昔话前辈 / 王海波

17. 律所管理转型和升级之道 / 邱兴亮

18. 论鄱阳湖生态经济区地方环境法规体系的完善 / 徐忠麟

19. 律师事务所在证券法律业务中的风险控制和全面质量管理 / 陈瑛明 陆毅 肖颖

20. 集合票据融资中的法律风险缓释保障机制

——兼论金融改革语境下中小企业的新生态融资 / 赵寻

21. 建设工程施工合同违法分包人承担连带责任问题之辨析 / 张利军

22. 论企业法律风险管理的价值观

——兼论律师在企业法律风险管理中的价值导向 / 李刚 张晓健

23. 发挥职业优势 服务社会管理创新 / 扈荣华

24. 浅谈德国律师制度 / 洪亮

25. 最多的生活 / 邓哲

26. 鹅卵石与回音壁

27. 茶心 / 朱静雯

28. 《律师业务资料》目录 2012年第10期

第十二期

1. 几点感悟 / 刘华

2. 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

3. 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

4. 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

5. 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

6. 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

7. 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

8. 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

9. 授予及追授11位律师“上海律师行业杰出贡献奖”授奖辞 / 陆萍

10. 凸显专业优势 服务旧区改造 / 杨浦区司法局

11. 宝山律师:构筑平安滨江新区的践行者 / 宝山区律工委

12. 写在龙年

——兼忆职业生涯 / 时军莉

13. 虚假诉讼的分析与应对 / 徐翠萍 周赞华 崔剑平等

14. 假托贺年施小惠 办案岂能走邪道 / 市律协纪律委员会

15. 对于律师界政协委员参政议政的思考 / 叶金荣

16. 医患纠纷第三方调解机制可逐步引入仲裁机制 / 黄宜辰

17. 一审败诉后的反思 / 朱志仁

18. 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

19. 历史的回忆 / 倪彬彬

20. 两岸关于背信行为之法律认定初探 / 孙志祥

21. 试析香港与大陆土地出让法律制度 / 蔡岚

22. 大陆企业赴台上市的律师实务 / 李志强

23. 后 ECFA 时代台商投资大陆的税法问题研究 / 范嫒菁

24. 关于海峡两岸移管被判刑人制度之我见 / 洪猛

25. 香港借贷行为的法律思考 / 顾跃进

26. “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) / 姚頔靖 彭辉

27. 寒窗忆旧 / 曹伟明

28. 《律师业务资料》目录 2012年第11期



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 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 Commission for arbitration which shall be conducted in accordance with the arbitration rules of this Commission in effect at the time of applying for arbitration. The arbitral award is final and binding upon either party.”

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 Email:info@cietac-sh.org

Address: 7/F, Jinling Mansion, 28 Jinling West Road,
Shanghai 200021, P.R. China
Zip Code: 200021
TEL: 86-21-6387 5588 FAX: 86-21-6387 7070
Website: www.cietac-sh.org Email: info@cietac-sh.org

新法速递 《 律师业务资料 》 目录 2012 年第 12 期

上海篇

1. 上海市人民政府:上海市城镇居民基本医疗保险试行办法
2. 上海市人民政府:上海市再生资源回收管理办法
3. 上海市人民政府:上海市行政执法证管理办法
4. 上海市工商行政管理局:上海市著名商标认定和保护办法实施细则
5. 上海市住房保障和房屋管理局:关于废止一批局规范性文件的通知

全国篇

【 综合 】

1. 全国人民代表大会常务委员会:关于修改《中华人民共和国未成年人保护法》的决定
2. 全国人民代表大会常务委员会:关于修改《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》的决定
3. 全国人民代表大会常务委员会:关于修改《中华人民共和国国家赔偿法》的决定
4. 全国人民代表大会常务委员会:关于修改《中华人民共和国邮政法》的决定

【 诉讼法 】

1. 最高人民法院:关于国有土地开荒后用于农耕的土地使用权转让合同纠纷案件如何适用法律问题的批复
2. 最高人民法院:《关于办理申请人民法院强制执行国有土地上的房屋征收补偿决定案件若干问题的规定》的理解与适用

3. 最高人民法院:《关于审理海上货运代理纠纷案件若干问题的规定》的理解与适用

4. 最高人民检察院:《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(三)》的理解与适用

【 公安、司法行政 】

1. 全国人民代表大会常务委员会:关于修改《中华人民共和国监狱法》的决定
 2. 全国人民代表大会常务委员会:关于修改《中华人民共和国律师法》的决定
 3. 全国人民代表大会常务委员会:关于修改《中华人民共和国治安管理处罚法》的决定
 4. 全国人民代表大会常务委员会:关于修改《中华人民共和国人民警察法》的决定
- 公安部:公安机关执法公开规定

【 财税 】

财政部令:财政票据管理办法

【 安全生产 】

国务院令:缺陷汽车产品召回管理条例

【 交通运输 】

国务院令:国内水路运输管理条例

【 卫生 】

全国人民代表大会常务委员会:中华人民共和国精神卫生法

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



《金秋红叶》 摄影：郑以君 律师