

上海市律师协会 主办



SHANGHAI
LAWYER

卷首语 仲裁事业的发展需要律师
更多地参与/徐 强

法律咖吧 新《民事诉讼法》关于医疗
鉴定人出庭制度研讨
/卢意光 李伊红 刘也华等

2013
总第706期

4

聚 焦 · 思 辨 · 感 悟 · 互 动

聚 焦

律师要为上海建设成为 全国法治环境最好的行政区之一作出贡献

——郑善和同志在上海市第九届律师代表大会第三次会议上的讲话



聚 焦

贯彻落实十八大精神 推进律师业转型发展

——上海市第九届律师代表大会第三次会议胜利召开/吕 轩

3月12日,市律协与市检察机关座谈贯彻新《民事诉讼法》及民事行政检察工作,双方对加强和改进检察机关民行检察工作交换了意见。



3月15日,上海市法学会与市律协联合主办了民事证据制度研讨会,就新实施的《民事诉讼法》中有关民事诉讼证据的“举证时限”、“电子数据证据”等问题进行了探讨与交流。



3月15日,市律协法律援助与社区服务研究委员会与浦东新区消费者权益保护委员会围绕“消费与服务”的宣传主题联合开展了“消费与服务”专场宣传、咨询活动。



3月23日,市委统战部知联会、市律协联合举办传达全国“两会”精神专题讲座。全国人大代表、市知联会副会长樊芸和全国政协委员、徐汇区副区长朱成钢从不同的方面向参会人员通报了2013年全国“两会”的新亮点、新特点。



3月28日,市律协特邀会员工作委员会2013年第一次全体工作会议在市律协举行。会议根据委员会2013年工作计划,针对公职律师、公司律师、外资所驻沪代表处及代表等会员分别作出了系列活动安排。

仲裁事业的发展需要律师更多地参与

上海仲裁委员会主任 徐 强

▶ 仲裁法律制度,是一个国家法律体系的重要组成部分。中国的仲裁法律制度起步较早,发展却较晚。民国初年即有萌芽,但是直到1995年9月1日《中华人民共和国仲裁法》实施后,仲裁在我国才得到了真正的发展。十几年来,我国的仲裁事业实现了较快发展,为公正、及时地解决当事人之间的民商事争议,维护市场经济秩序和社会的公平正义,推动经济和社会的和谐发展发挥了重要作用。

上海仲裁委员会一直致力于发扬仲裁法律制度的优势,根据市场经济主体的需求,不断开拓创新,力求为当事人提供一个公正、廉洁和高效的争议处理机制。

作为专业的法律服务提供者,律师在民商事仲裁活动中所发挥的作用非常重要,主要体现在以下三个方面:

一、律师在宣传、推荐和选择以仲裁方式解决民商事争议方面发挥了重要作用

向仲裁机构提请仲裁与到法院提起诉讼,在受理问题上有着本质的区别:到法院诉讼不必得到另一方当事人的同意,只要有一方当事人向有管辖权的法院提起诉讼,法院就可以受理争议案件。仲裁则是以当事人意思自治为首要原则,以仲裁协议的存在为前提条件,是一种“协议管辖”。

仲裁作为“协议管辖”,双方当事人必须是在事前或者事后达成仲裁协议,仲裁机构才能依法受理。现实生活中,多数民商事行为在达成交易时签有合同或者协议,这些合同或者协议一般由担任法律顾问的律师起草或者把关。而在合同或者协议中关于争议解决方式的选择和确定上,律师常常起着重要的、甚至是决定性的作用,即合同或者协议中的仲裁条款往往由律师拟订,并同时选择特定的仲裁机构。



二、律师作为当事人的代理人,在参与仲裁案件审理的过程中发挥了重要作用

仲裁案件审理过程中,多数是由律师作为当事人的代理人,出庭参加仲裁案件的庭审过程。由于律师具有较高的法律素养,逻辑思维比较严密,语言表达能力强,陈述意见时条理清晰,能够及时、准确地抓住争议的关键要点,对于庭审的顺利进行具有重要意义。同时,由于仲裁相对于诉讼而言更为尊重当事人的意思自治,因此对双方当事人举证、质证和抗辩性的要求在某种意义上比诉讼更强。仲裁法律制度的这一核心内涵给予了律师充分发挥自己能力和水平的空间及余地。所以说,律师的参加能满足仲裁案件中当事人主动收集、制作证据材料,抗辩性强的要求,从而起到影响仲裁庭对案件事实的判断和案件审理走向的作用。

三、律师担任仲裁员,为及时和公平、公正地审理仲裁案件发挥了重要作用

在法院提起诉讼不能选择法官,而

申请仲裁,当事人则可以在《仲裁员名册》中选择自己认为合适及可信任的仲裁员组成仲裁庭。在《仲裁员名册》中,律师占据了相当重要的数量和地位。可以说,每一位出色的律师都有可能成为仲裁机构的仲裁员,参加仲裁案件的审理。而律师担任仲裁员,对律师各方面素质和能力的提高也有很大的帮助。如对案件要点的综合分析和归纳能力,对庭审过程的驾驭、掌控能力,以及对双方当事人以及仲裁庭本身的协调能力等,都提出了很高的要求。有一个比较形象的比喻是这样说的:一个担任代理人的律师可以只有平面思维,但一个担任仲裁员的律师则必须要有平面思维与纵向思维相结合而构成的立体思维,只有这样,才能客观地了解和分析案件情况,公平、公正地裁决案件是非。所以,律师担任仲裁员也有利于其自身能力和水平的提升。

综上所述,无论是合同文本中仲裁条款的订立,还是在仲裁案件中代理当事人参与仲裁庭审,以及担任仲裁员审理仲裁案件,律师在仲裁法律制度的几乎每一个重要方面都发挥着非常重要的作用。

上海仲裁委员会历来重视发挥律师在仲裁工作中的作用。在目前的仲裁员队伍中,律师所占的比例已达到23.7%。我们相信,随着时间的推移,这一比例在不远的将来会有较大幅度的提升。

上海仲裁委员会在宣传和推介仲裁法律制度,及时而公平、公正地处理仲裁案件的同时,期待着与上海律师协会进行全方位的合作,逐步建立严格有效的仲裁员选聘、考核和管理制度,以保障仲裁的公正和效率。我们也期待着有更多出色的律师加入上海仲裁委员会的仲裁队伍,为仲裁事业的发展做出贡献。●



上海律师2013 4

总第706期

目录

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

卷首语

- 1 仲裁事业的发展需要律师更多地参与 / 徐 强

本刊关注

聚 焦

- 5 贯彻落实十八大精神 推进律师业转型发展

——上海市第九届律师代表大会第三次会议胜利召开 / 吕 轩

- 6 律师要为上海建设成为全国法治环境最好的行政区之一作出贡献

——郑善和同志在上海市第九届律师代表大会第三次会议上的讲话

- 11 改革创新 实干兴业 推进上海律师业科学发展

——上海市律师协会第九届理事会工作报告 / 盛雷鸣

- 16 上海市律师协会第九届监事会工作报告 / 厉 明

局长视窗

- 19 明确定位 提高地位 提升品位 宝山助力律师服务业健康发展 / 金 成

区县传真

- 22 转型——杨浦律师业的发展之道

——杨浦区律工委副主任王桂喜访谈录 / 王 珏

《上海律师》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)



《春意》摄影:施 辰 律师

上海市女律师联谊会工作年会暨春蕾助学拍卖活动

2013年3月29日



3月29日,市律协女律师联谊会会员大会暨“春蕾助学”慈善拍卖活动取得圆满成功。

法律咖吧 25 新《民事诉讼法》关于医疗鉴定人出庭制度研讨

/ 卢意光 李伊红 刘也华 谢文哲 刘庆伟

陆夏岩 徐刚

人物·优秀女律师

29 以法之名证我心 / 罗文嫔

警示台 32 未转所先宣传起波澜 化干戈为玉帛和为贵

/ 市律协纪律委员会

45 略论退市公司重整中的出资人权益调整

/ 陈明夏 李建涛

49 论外商投资企业自行清算中的相关问题

/ 李成浩

51 从实务角度看中国破产法下的董事责任

/ 顾洁 郝朝晖

54 组织债权人会议二三事 / 吴俊

法眼法语

香港大律师之窗

33 浅析香港法院“非便利公堂”原则 / 石永泰

视角 34 辩护人庭审发问系列文章之四

论庭审发问的问题设计与排列 / 王俊民

37 浅析企业IPO过程中关于无形资产出资的相

关法律问题 / 赵玉刚 张燕珺

案例精析 40 离婚后夫妻财产分割中涉及的股权转让无效

纠纷评析 / 贾明军 公维亮

新锐手记 41 梦想与坚持

——一个青年律师的信念 / 陆宇艇

专题研究

43 公司濒临破产阶段董事职责初探

/ 季诺 李凯

人文万象

随笔 57 不可思议的印度 / 彭乔

他山之石 58 我们该把律师全都杀死吗?

——法律职业面面观(上) / 艾米·布莱克
斯坦利·罗斯曼著(美) 译 / 周卓华

微·Talk 62 鹅卵石与回音壁

乐·Life 63 我的DIY婚礼

——不奢华未必不浪漫 / 严嫣

新法速读 64 最高人民法院发布《关于审理侵害信息网络

传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》等2则

新法速递 封三 《律师业务资料》目录 2013年第3期



本刊关注

以习近平为总书记的党中央吹响了实现中国梦的号角,春风拂面,气象万千。3月24日,上海市律师协会在青松城召开第九届律师代表大会第三次会议,三百多名律师代表、特邀代表认真履行行业管理职责,审议第九届理事会2012年工作报告、第九届监事会2012年工作报告、2012年度会费预算执行情况及2013年度会费预算报告;29名“两公一外”律师特邀团体会员和特邀个人会员代表列席会议。



聚焦

●文/吕轩

贯彻落实十八大精神 推进律师业转型发展

——上海市第九届律师代表大会第三次会议胜利召开

3月24日，上海市第九届律师代表大会第三次会议在青松城大酒店召开，市司法局党委书记郑善和，副局长、市律协党委书记刘忠定和局政治部主任刘卫萍等出席会议。

市律协副会长陈乃蔚主持了上午的会议。

市律协会长盛雷鸣首先向大会作了题为《改革创新、实干兴业，推进上海律师业科学发展》的九届理事会2012年工作报告。报告从开展创先争优活动、推进为民服务，弘扬法治精神、提升律师形象，推行制度创新、提升业务水平，维护律师权益、惩戒违纪行为，履行社会责任、推进法律服务，推进体制创新、深化行业管理，关注行业“民生”、办好几件实事，履行各项职责、全面开展八个方面对2012年度工作进行了回顾总结。据统计，截至2012年12月底，全市共有律师事务所1161家，较2011年增加48家；执业律师达14887人，较2011年增加1226人；2012年，全市律师办理诉讼案件9.8万件，办理非诉讼案件3.6万件；承办法律援助案件1.4万件。

市律协监事长厉明作九届监事会工作报告。报告指出，2012年度，监事会坚持“全面关注、重点监督”的八字工作方针，认真履行监督职责，建章立制落实“监督者也要受监督”的工作理念，自觉接受监督，不断加强自身建设。提及对理事会和秘书处工作的评价，监事会认为：理事会认真完成了上一次代表大会确定的六大方面30余项工作，工作富有成效，成绩有目共睹；秘书处较好地完成了理事会、监事会以及各专门委员会、业务研究委员会交办的文秘、会务、组织、服务等工作。

市律协副会长钱翊樑作了《2012年会费预算执行情况》及《2013年度会费预算说明》；副会长黄綺宣读了关于表彰荣获上海市律师行业2012年度贡献奖的集体和

个人的决定、关于表彰2012年度上海律师业好新闻获奖作品作者的决定。与会领导为获奖人员颁奖。

大会还首次向在2012年度对上海律师业发展给予大力支持和帮助的4个单位和个人颁发感谢状。

市司法局党委书记郑善和代表市司法局党委向大会的召开表示热烈祝贺。他说，法治兴，则律师兴。随着法治建设进程的加快，律师业务必将迎来更加繁荣昌盛的发展时期。他同时还强调，律师的本质属性是中国特色社会主义法律工作者，无论是对律师来说，还是对律师工作管理者来说，深刻理解这个本质属性，都是做好工作的根本。广大律师在经济社会发展、民主法治建设上发挥的作用，正是律师本质属性的体现。

下午，在市律协副会长邵曙范的主持下，律师代表进行了分组审议，11位小组代表先后作大会发言交流。盛雷鸣会长结合交流发言中提出的主要问题，从“律师之家”建设、青年律师培养、优化执业环境和完善律师工作委员会工作机制等几个方面作了详细回答。

之后，大会对九届理事会2012年工作报告、九届监事会2012年工作报告、2012年度会费预算执行情况报告和2013年度会费预算报告逐一表决。上述表决事项全部通过。

会上，市司法局副局长、市律协党委书记刘忠定从对律师工作、律师管理工作、律师业未来发展三个方面谈了几点认识。他表示，随着城市发展的不断推进，上海律师业正朝着“规模化、品牌化、国际化、多元化”的方向发展，律师在未来将发挥更加重要的作用。他寄希望于代表们能带领好全市律师，为上海“四个中心”建设以及上海法治环境优化继续做出贡献。

最后，盛雷鸣会长致闭幕辞，上海市九届律师代表大会第三次会议圆满落幕。●

聚 焦

律师要为上海建设成为 全国法治环境最好的 行政区之一作出贡献

——郑善和同志在上海市第九届律师代表大会第三次会议上的讲话



各位律师,同志们:

这次会议是全市律师行业一年一度的重要会议。刚才,雷鸣会长、厉明监事长、翊樑副会长分别作了工作报告,黄绮副会长宣读了表彰决定,大会对2012年度律师行业的贡献奖和好新闻奖获得者进行了表彰。在此,我代表市司法局党委,向此次大会的胜利召开和各位获奖者表示热烈的祝贺!

我到市司法局工作不久,今天借这个机会,就律师业的发展形势和律师的本质属性谈一些粗浅的认识,与大家共同探讨。

一、关于上海律师业的发展形势

正确认识形势是正确决策的前提。我们要谋划好下一步的律师工作,首先要对当前上海律师业发展的形势

有一个比较全面正确的分析。

第一,上海律师业发展处在历史的最好时期。到去年,上海律师走过了一百年的发展历程,我们隆重举办了上海律师公会成立一百周年的纪念活动。这一百年,大致可以分为四个阶段。第一阶段是北洋政府时期,那是上海律师业的初创阶段,到1926年,上海律师总共不过200余人,还没有我们现在一家规模大所的律师多。第二阶段是南京国民政府时期,那是上海律师业第一次大的发展时期,到了1949年,是律师最多的一年,也只有1347名律师,不到我们目前律师总数的1/10。第三阶段是新中国前30年,那是律师业遭受巨大波折的时期,基本上是刚刚诞生就遭到夭折。第四阶段是改革开放的新时期,也就是当前这个历史阶段。截至2012年,全市共有律师事务所1161家,执业律师14887名,业务收入总额达到75.2亿元,占上海GDP比重的0.37%,这每个数字在历史上都是属于最高的。这个统计还不包括542名公职律师和307名公司律师,也不包括境外律师事务所驻上海代表处代表,他们都是上海律师队伍的重要组成部分。

如果说律所、律师的数量和业务收入都是单向比较,不能说明问题,我们还可以再比较一下律师业收入占上海GDP的比重,2000年是0.24%,去年是0.37%,比重提高了50%还多。这个对比说明,这十几年来,上海经济一直是高速发展的状态,但是上海律师业比上海总体经济发展速度还要快。还有一个数据可以说明我们发展的速度,那就是上海律师的总数在2009年度突破了1万大关,用了将近30年时间。“十一五”时期,全市平均每年增加律师1019人,按照这个发展趋势,上海律师总数估计将在2016年左右突破2万大关,这个时间段预计将不超过8年。也就是说,我们用30年的时间达到1万,用8年的时间超出2万。所以说,我们目前正处于

历史上最好的发展时期,也是发展势头最迅猛的时期。

第二,上海律师业发展的环境越来越好。前面讲的是律师业自身的发展状况,但是律师业的发展还有赖于外部的环境,而且依赖度还比较大,主要是经济环境和法治环境。

从经济环境来看,过去五年,上海积极应对国际金融危机的严重冲击和自身发展转型的严峻考验,保持了经济持续平稳的健康发展,全市GDP年均增长8.8%,2012年突破2万亿元;经济发展方式的转变迈出了实质性步伐,第三产业增加值占GDP的比重提高到60%,战略性新兴产业的规模突破1万亿元,消费对经济增长的贡献率上升了70%，“四个中心”建设取得重大进展。今后一段时间,尽管上海还要经历国际金融危机深层次影响持续显现的考验,以及转型期阵痛的考验,但新一轮的深化改革和城镇化战略的“红利”必将给经济持续健康发展带来新动力,上海推进“四个率先”、建设“四个中心”的目标不会改变,推进创新驱动、转型发展的决心不会改变,上海在全国经济发展格局中的地位、功能不会改变。我们相信,作为现代服务业重要组成部分的法律服务业,必将在上海的创新转型中获得更多的发展机会。

从法治环境来看,随着中国特色社会主义法律体系的形成,在我国“无法可依”的时代一去不复返,“有法可依”的问题从总体上得到基本解决。更重要的是,党的十八大以来,中央对法治建设的重视程度可以说是前所未有的,我国进入全面推进依法治国的新阶段。从党的十八大报告到首都各界纪念现行宪法公布施行30周年大会,从全国政法工作会议到中央政治局第四次集体学习,党中央特别是习近平总书记对法治建设有许多新阐述、新观点,比如“法治是治国理政的基本方式”,“提高领导干部运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定能力”,“宪法的生命在于实施,宪法的权威也在于实施”,“坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进,坚持法治国家、法治政府、法治社会的一体化建设”,特别是三次强调要“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”。短短四个多月的时间,党中央如此密集地强调法治的重要性,不能不让我们深刻地感受到中央厉行法治的决心。全国政法工作会议明确提出劳动教养制度的改革、涉法涉诉信访工作的改革、司法权力运行机制的改革和户籍制度的改革,这四项改革作为重点推进的改革任务,每一项都是“硬骨头”,这不能不让我们深刻地感受到中央厉行法治的魄力。

近期,市委书记韩正在不同场合强调,“有了法律,不代表实现了法治”,要“让法治成为上海建设城

市的基本内容和治理城市的基本方式”,要“加快把上海建设成为全国法治环境最好的行政区之一”,明确要求“各级领导干部要自觉学法尊法守法用法、带头依法,最重要一条就是不能干涉法院、检察院依法独立公正行使审判权、检察权。”律师是对法治环境最敏感的群体,律师业普遍反映,上海是我们国家法治环境最好的地区之一,我相信大家都有这样的感受。到2012年,上海法院司法公正指数已经连续五年位列全国法院的第一。据前不久中国社会科学院法学研究所发布的《法治蓝皮书(2013)》披露,上海高院法治透明度位列全国第一。

在新修订的《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》颁布之后,市委政法委为贯彻实施“两法”开了许多座谈会和协调会,市律协也专门召开座谈会听取广大律师的意见,并将意见汇总向市委政法委报告,市司法局和市律协还共同参与了相关贯彻落实文件的制定。随着新修订“两法”的贯彻实施,律师的执业环境将进一步改善。当然,这不是说上海的法治环境就完美了,还有许多需要改进的地方。说这些,是为了让大家充分地理解党委、政府对法治建设的高度重视,从而坚定对法治进步的信心。法治兴,则律师兴。我相信,随着法治建设进程的加快,律师业必将迎来更加繁荣昌盛的发展时期。

第三,上海律师业处在转型发展的关键时期。分析形势要看全局,看主流,否则就会一叶障目。从前面的分析中我们可以看到,无论是上海律师业自身的发展势头,还是律师业发展的宏观环境,都表明上海律师业的前景非常光明,我们没有理由不充满信心。但是,看到主流不能掩饰问题,成绩不讲依然在,问题不讲忧患多,我们在充满信心的同时必须保持清醒头脑,增强忧患意识。韩正同志说,“没有忧患意识是最大的忧患”。就上海律师业面临的问题来说,既有外部的,也有内部的。外部的问题突出的表现在三个方面:

一是我国经济不可能再像过去那样长期保持两位数的高速增长,而是进入到一个中速增长的时期,经济活跃度可能相对降低,律师业对经济活跃度是比较敏感的。

二是法治建设绝非一朝一夕之功,律师执业环境的改善也有一个渐进的过程。

三是全社会对律师的认识也有一个逐步提高的过程,只有全社会真正形成“信法不信访”、“找关系不如找律师”的共识,律师的社会功能才能进一步发挥出来。

当然,对我们来说,最重要的是认识到自身存在的问题,也就是内因。这段时间,我们在工作中,也收到人大、政协反映的一些社情民意、一些反馈的意见,集中起

来反映在这几个方面,如适应“四个中心”建设需求的复合型高素质律师人才严重不足的问题;律师行业投诉量居高不下,律师职业道德水平有待进一步提高的问题;还有律师事务所管理松懈的现象,整体竞争实力不强等等。从全局上看,上海律师业发展面临的最突出问题是专业化、规模化、国际化水平不高。从专业化来看,有明显专业特长的律师和律所为数不多,“全科律师”、“全科律所”依然是上海律师业的主体,与社会对律师的服务品牌、服务品质要求越来越高的需求不相适应。从规模化来看,目前,全市拥有百名以上律师和年业务总量亿元以上的律所分别为7家和9家,只占0.6%和0.78%,65%的律所律师人数在10人以下,78%的律所年业务收入低于500万元,而北京百人以上和年业务收入亿元以上的律所分别达到31家和25家。从国际化来看,涉外业务收入在整体创收格局中所占的份额非常小,本地所在境外设立分支机构只有11家,不到全球最大律所境外分支机构的六分之一,而北京已在境外设立分支机构34家,是我们的3倍多。

比较就能发现问题,看清差距。再延续过去粗放式的发展老路是行不通的,上海律师业已经处在转型发展的关键时期。近年来,我们已经在这方面作出很大努力,而且颇有成效,比如去年就有10多家律所开展了合并、兼并和重组,一年里在外地设立的分所增加了13个。但这还远远不够,必须继续努力,切实增强上海律师业的整体竞争力,使之与上海“四个中心”和现代化国际大都市的地位相匹配。

二、关于律师的本质属性

在我国,律师的本质属性是中国特色社会主义法律工作者。这绝不是一个口号,无论是对律师来说,还是对律师工作管理者来说,深刻理解这个本质属性,都是做好工作的根本。

一般认为,律师具有双重的属性:一个是社会属性,一个是经济属性。我认为,严格来说,在我国,律师具有三重属性:

一是社会属性,律师是为社会提供法律服务的法律工作者,承担着维护当事人合法权益、维护法律正确实施、维护社会公平和正义的职业使命。

二是政治属性,法律是上层建筑的重要组成部分,具有明显的政治属性,在我国,律师是中国特色社会主义的法律工作者,我们所为之奋斗的事业是中国特色社会主义的律师事业,是中国特色社会主义事业的重要组成部分。

三是经济属性,律师作为法律工作者与同样是法律工作者的法官、检察官、公安干警等有所不同,律师是通

过接受当事人委托、为当事人提供法律服务来开展工作的,律师的法律服务活动具有经营性质,律所作为中介组织是市场经济的主体,律师服务业作为现代服务业的重要组成部分是经济建设的重要方面。

从律师制度诞生之日起,其使命就是促进民主法治建设。律师的社会属性、政治属性和经济属性共同构成了律师的本质属性,正是律师这一本质属性,决定了律师在经济社会发展和民主政治建设当中的重要社会功能。

第一,律师在参政议政上发挥重要作用。我们的律师队伍具有鲜明的特点,比如整体文化层次高、法律专业知识丰富、社会联系面比较广、介入社会程度比较深,并且,绝大部分律师具有坚定的中国特色社会主义理想信念,这些都决定了律师在参政议政上将发挥重要作用。当前,上海律师参政议政主要在两个方面的作用发挥得比较突出。

一是担任人大代表、政协委员。目前,上海有152名律师被选为人大代表或政协委员,其中市人大代表10名,市政协委员12名,这个比例在全国是居于前列的。一直以来,上海的律师代表、委员因提交议案、提案的数量和质量出众而被誉为“金牌代表”、“金牌委员”。在2013年1月召开的全市“两会”上,22名律师代表、委员共提出议案、提案等69件,内容涉及经济社会的诸多方面。律师参政议政的积极作用得到了社会各界的充分肯定,原市人大常委会主任刘云耕曾经专门撰文指出“参政议政,律师大有可为”。

二是参与政府法律顾问团。目前,全市有15个区县建立了政府法律顾问团,另外2个区也将在年内成立。目前,全市区县府法律顾问团成员共有322人,基本由执业律师组成。也有不少市级政府部门聘请律师担任法律顾问。实践中,政府法律顾问在提高依法行政水平、维护社会和谐稳定、促进经济发展上发挥了重要作用。黄浦区政府法律顾问团每年都为政府的有关部门、街道和区属的国有企业开设法律讲座,提供法律咨询等法律服务数百件次,对于提高公务员的法律素养和法治意识、完善行政程序、规范行政行为都发挥了积极的作用。在金山区,区政府和有关企业的战略合作、项目建设协议,政府法律顾问团都参与研究和起草,有效地防范了法律风险,促进了区域经济的健康发展。

随着法治作为治国理政基本方式的进一步落实,我们相信,律师在参政议政上发挥作用的将更加广阔。《司法部关于进一步加强和改进律师工作的意见》(中办发〔2010〕30号)对优秀律师人才的使用专门作了规定,包括推荐、选拔优秀律师担任法官、检察官,进入党政机关等。市委常委、政法委书记丁薛祥在考察律

师工作时指出,律师是特殊人才,是中国社会走向文明、走向法治的非常重要的人才库。党委、政府要采取有效的方法和手段,包括采取让优秀律师进入党政机关任职等激励措施,让优秀人才能够脱颖而出。我们将积极地协调推进,争取取得突破,为上海律师参政议政从政创造更大的空间。

第二,律师在促进法治建设上发挥重要作用。前面我们说过,法治兴,则律师兴。反过来,律师兴,则法治兴,同样成立。一个国家,律师的社会地位如何,律师的作用发挥如何,是一个国家法治化程度的重要标志之一。突出表现在:

一是参与立法。仅去年一年,上海地方性立法征询律师行业意见的就达到 38 件,全国性立法如《劳动合同法修正案(草案)》等也专门来征求上海律师的意见和建议。市人大常委会法工委明确,要通过在律师协会召开座谈会或者函请市律协提供书面意见这两种方式,认真听取律师对上海地方立法、修法的意见,这足以反映人大对我们律师是非常重视的。市政府法制办则与市律协签署了《关于本市政府立法过程中听取市律师协会意见工作备忘录》,这就为上海律师参与地方性立法提供了制度化渠道。

二是参与司法。律师制度是司法制度的重要组成部分,律师是重要的诉讼参与主体。最近,最高法院研究室主任胡云腾发表了一篇《刑法新新意》的文章提出,传统的公、检、法“三机关”办案观念应该转变为公、检、法加上律师的“四主体”办案,“四主体”共同发挥职能作用,维护法律的正确实施,保障司法公正。多年来,上海律师办理了大量的诉讼案件,仅去年就办理各类诉讼案件达到 9.8 万件,为促进司法公正发挥了极为重要的作用。

三是参与法制宣传教育。近年来,市律协与市人大常委会联合举办“市民与法”——市人大代表说法系列法治讲座,与相关部门联合举办“东方讲坛·律师谈”系列法治讲座,与上海图书馆联合举办“东方大律师讲坛”等等,为律师开展法制宣传教育提供了平台。2008 年,上海有 6 名律师作为首批京外律师被选进中央电视台《法律讲堂》栏目,去年,央视再次来沪选拔律师,已经有 10 名律师进入了第二轮选拔。

第三,律师在加强和创新社会管理中发挥重要作用。律师参与社会管理,在可参与的层面和领域上具有全方位性,在地位上具有中立性,在能力上具有专业性,这三大优势决定了律师在加强和创新社会管理中能够发挥独特的重要作用。一直以来,市委、市政府对此高度重视。时任市委书记俞正声同志多次专门作出批示,要求组织力量深入研究,为充分发挥律师的积极作用提供

政策支持。市司法局积极贯彻批示精神,加强政策研究和汇报沟通,最终在市领导的直接关心下,2010 年以市委办公厅、市政府办公厅的名义,联合发布了《关于进一步发挥律师在法治政府、法治社会建设中重要作用的若干意见》,对促进上海律师作用的充分发挥产生了非常积极意义。主要反映在以下几个方面:

一是参与信访接待。目前,上海律师参与市委、市政府的信访接待已经坚持十余年,全市 17 个区县全部建立了律师参与每周一次的领导信访接待制度,律师参与街镇领导信访接待和窗口信访接待也已非常普遍。现任市律协副会长邵曙范律师,十几年来每年都要为信访工作无偿奉献四、五十个工作日,市委专门邀请他在中心组学习会议上作关于疑难信访矛盾化解的专题报告,获得市委、市政府和广大群众的一致好评。

二是参与信访积案核查。2009 年 6 月,在市委主要领导的亲自安排下,上海开展了大规模的“引入律师参与市领导调研信访突出矛盾工作”,全市 15 家律所的 69 名律师全程参与,实际核查 675 个信访积案,核查信访材料 6 万余份,出具律师意见书 661 件,社会反响非常积极。在这之后,律师参与信访积案的核查成为常态,近三年来,全市 3500 多名律师参与了市、区县两级政府的信访核查工作,共化解了历史遗留疑难信访积案 5000 余件。这个数量非常大,作用也非常显著。

三是参与“双结对”活动。上海共有 200 多个街镇和 5000 多个居(村)委,街镇司法所与律所结对、居(村)委调委会与律师结对的“双结对”活动已经全覆盖,有效提高了基层依法治理的水平。

四是参与基层人民调解。通过组织律师担任兼职人民调解员,委派律师培训人民调解员,委派律师与司法所组建联合调解工作室,组织律师审核人民调解协议书,在人民调解委员会实施派驻律师制度等方式,上海 4000 余名律师投身于大调解体系建设,顺应了新形势下人民调解工作对专业法律知识的需求,提高了人民调解的成功率和权威性。

五是参与重大事项社会稳定风险分析和评估。市委办公厅专门下发文件,要求重大决策之前必须把律师的审查评价和法律意见作为审批或核准的重要依据,在风险评估和风险分析的各个环节,多渠道听取律师建议。在全国闻名的襄阳路市场撤销关闭的工作中,徐汇区政府事前专门听取了专业律师的风险分析和评估意见,律师提出的 20 余条法律意见全部被采纳,为关闭工作顺利开展作出了重要贡献。

六是参与突发事件善后工作。上海“11·15”特大火灾发生后,司法行政机关迅速动员组织了 113 名律师参

与了善后处理工作。这些律师按照火灾善后处理工作组进行配备,在司法行政机关的组织下,全面参与了安置接待、法律援助、理赔谈判、诉讼代理和政策研究等各项善后工作,受到市委、市政府和社会各界的高度评价。其他比如在闵行区的“倒楼事件”、“倒钩”执法事件等社会非常关注的热点事件中,律师都发挥了很好的建设性作用。

我们从以上三个方面简要的分析中可以看出,广大律师在经济社会发展、民主法治建设上发挥的作用是非常显著的,对此党委、政府是高度肯定的,群众也是非常认可的。这些作用的发挥,正是律师本质属性的体现,是广大律师政治热情和社会责任感的体现。

从另外一个角度来看,当前律师管理工作中和律师执业活动中存在的一些问题,正是与偏离了律师的本质属性有关。

一方面,从律师执业活动来看,还有小部分律师存在违法违规行为。近些年来,市司法局、市律协和区县收到的投诉平均每年在 600 件以上,2009 年以来,共实施行政处罚 11 件,行业处分 31 件。总体来看,律师行业投诉量居高不下,虽然有一部分是重复投诉,有的是多头投诉,还有一部分是无责投诉,比如打官司打输了来投诉。但是我们特别关注的是有责投诉,哪怕极少数违法违规行爲,对整个律师队伍形象的影响都是不可忽视的。从我们接到的投诉来看,有的利用受托人的便利条件侵占当事人的合法权益,有的私自收案收费,有的为了经济利益双方代理,有的接受委托后怠于履行职责,甚至有律师什么事也没干,最后伪造一份判决书给当事人,还有律师竟然将接受委托的案子忘记了,导致败诉,引起当事人的不满。这些都是背离律师本质属性的行为。如果一名律师怠于履行职责,甚至为了经济利益置职业道德和执业纪律于不顾,那么,这名律师就不仅不是群众合法权益、法律正确实施、社会公平正义的维护力量,反而是破坏力量。希望全市律师都要自觉加强职业道德修养,严格遵守执业纪律,努力提高业务素质,充分发挥建设平安中国、法治中国的“正能量”。律所是律师管理的最直接主体,对律师负有教育监管职责,要认真担责,尽心尽责。

另一方面,从律师管理工作来说,还存在着重发展轻规范、重服务轻监管的问题。律师的本质属性决定了,律师首先是法律工作者而不是经济工作者,检验律师管理工作成效的标准首先是社会效益而不是经济效益。如果仅算业务收入的账,律师行业创造的经济价值远低于其他行业,实际上是降低了律师的地位。因此,各级律师管理部门,包括行政管理部门和行业管理部门,都不能把吸引了多少家律所和多少名律师入驻、为地方政府创

造了多少 GDP 和税收,作为衡量律师工作好坏的标准,而应该把律师为维护经济秩序、推进法治建设、参与社会治理、促进社会和谐稳定发挥多大作用,作为衡量律师工作好坏的标准。当然,这并不是说不要发展,发展一定数量的律所和律师,推进律师业的专业化、规模化和国际化,都是为了更好地发挥律师的职能作用,但不能本末倒置。

律师管理工作,除了做好行政许可等日常管理工作外,我认为,要重点把握以下几点:

一是要服从服务于大局。要从服从服务于全市工作大局出发,从服务上海推进“四个率先”、建设“四个中心”出发,从服务上海创新驱动、转型发展战略出发,来谋划好律师工作。

二是要实现工作重心的转移。把工作重点放在引导律师充分发挥职能的作用上,深入实际加强调查研究,既要搞好政策引导,又要监督指导律师依法履行职责,让律师的价值充分体现出来。

三是要在优化律师执业环境上多下功夫。对律师执业权利的保障、律师税收的政策、律师服务市场的规范等问题,司法行政部门和行业协会都要加强与有关部门的沟通和协调,尽最大的能力来促进律师执业环境的进一步改善,这是律师职能作用发挥的必要条件。

四是要加大对违法违规行为的惩戒力度。最近这些年来,我们加大了这方面的力度,但还存在“失之于宽、失之于软”的情况,有些该行政处罚的仅给了行业处分,有些应该给予处分的,通过调解化解了。当前,我国法治建设的关键在于有法必依、执法必严、违法必究,作为政法部门,理应在严格依法执法上做出表率,切实维护律师行业的纯洁性。

五是要加强律师行业党建工作和律师队伍建设。必须进一步加强律师的思想政治工作,要把认真学习贯彻党的十八大精神作为今后的首要政治任务,注意创新思想教育的方式方法,注重教育的效果,切实增强广大律师坚定走中国特色社会主义的道路自信、理论自信和制度自信,做到政治认同、理论认同、感情认同。同时,要加强和改善党对律师工作的领导,通过充分发挥律师行业党组织的战斗堡垒作用和律师党员的先锋模范作用,确保律师业的中国特色社会主义方向。

各位律师、同志们,让我们高举中国特色社会主义伟大旗帜,牢记中国特色社会主义法律工作者的神圣使命,胸怀理想,坚定信念,为全面建成小康社会和全面推进依法治国,为把上海建设成为全国法治环境最好的行政区之一,作出自己应有的贡献! ●

(本文根据录音整理,标题为编者另加)

聚焦

●文/上海市律师协会会长 盛雷鸣

改革创新 实干兴业 推进上海律师业 科学发展

——上海市律师协会第九届理事会工作报告



各位代表：

我受上海市律师协会第九届理事会委托，向大会作年度工作报告，请各位代表审议，也请参加会议的各位领导和列席代表提出宝贵意见。

第一部分：2012 年工作回顾

在市司法局党委领导和市司法局指导监督下，第九届理事会充分履行职责，较好地完成了 2012 年各项工作任务，促进了律师队伍建设，进一步推动了上海律师业的科学发展。

截至 2012 年 12 月底，全市有律所 1161 家，较 2011 年增加 48 家；执业律师 14887 人，较 2011 年增加 1226 人。2012 年，全市律师办理诉讼案件 9.8 万件，其中，刑事诉讼辩护及代理 1.4 万件，占诉讼业务总数的 14.3%；民事诉讼 8.3 万件，占诉讼业务总数的 84.7%；行政诉讼 1 万件，占诉讼业务总数的 1%。办理非诉讼案件 3.6 万件；承办法律援助案件 1.4 万件；全年业务创收逾 75 亿元，较 2011 年增长 4 亿多元，创税逾 11 亿元。

（一）开展创先争优活动，推进为民服务

市律协党委按照市司法局党委、全国律协关于开展“创先争优”活动、“党员律师为民服务”等活动的指示精神，提出贯彻执行的具体要求，通过各区县律工委深入动员和具体部署，充分发挥党员律师在服务保障和改善民生中的模范带头作用，成效显著。

各区县律工委根据本区县的特点，组织开展义务法律咨询、“律师服务社区行”、义务法律援助、义务“法律体检”等活动，为社区百姓、弱势群体、小微企业等提供法律帮助，促进了区县经济发展、社会和谐和法治进步。

（二）弘扬法治精神，提升律师形象

1、1912 年 12 月 8 日，中国近代史上人数最多、影响

最大的律师同业组织——上海律师公会宣告成立。为了弘扬法治精神，明确时代赋予律师的责任，市律协以“回顾历史，展望未来”为主旋律，以“法治·爱国·责任”为主题，开展纪念上海律师公会成立 100 周年系列活动，弘扬法治精神，提升律师社会形象。

6 月 1 日，市律协与市社会科学界联合会联合主办律师公会百年纪念座谈会，冯国勤等市政协、市高院、市检察院、市司法局主要领导，以及 70 余名史学专家、学者与律师参加会议，共同回顾上海律师的百年风雨历程，探讨新时期律师的社会责任和精神文化。

12 月 8 日，隆重举行上海律师公会成立 100 周年纪念大会。市委常委、政法委书记丁薛祥等市委市府、市法学会、全国律协、市司法局以及公、检、法、司系统主要领导、法学法律界专家学者、市律协老领导、上海律师界 300 多位律师代表和律师家属出席纪念大会。市律协授予王文正等 5 位律师并追授韩学章等 6 位律师“上海律师行业杰出贡献奖”。

编纂《百年积淀——纪念上海律师公会成立 100 周年》纪念画册，以 214 张照片、64 份文件和近两万字的篇幅回顾上海律师业恢复与发展三个阶段的风雨历程，展现了上海律师行业筚路蓝缕、改革创新、开拓进取的历史画卷，成为国家民主法治建设的一个缩影。

组织主题征文活动，出版共 36 篇文章、18 万余字的《纪念上海律师公会成立 100 周年征文集》，其中有律师们的感悟与情感抒发，也有行政管理者的思考与寄语。

市律协还与《新闻晚报》合作开设百年纪念专栏；与上海电视台纪实频道合作录制《海上大律师》电视专题访谈片，向观众展现了上海律师前辈的光辉事迹。

向全市 2012 年注册律师颁发“百年纪念律师印章”，携手全市律师共同铭记这一重要的历史时刻。

12 月 19 日，举行上海律师大型史诗音乐会，追忆上

海律师业百年来波澜壮阔的发展历程。

2、在举行百年纪念活动的同时,积极推动律师参政议政,以实际行动推动法治建设,弘扬法治精神。

本届市、区(县)两级律师人大代表 44 人,政协委员 108 人,共 152 人,比上届 118 人增长近 29%。

2012 年“两会”期间,市、区(县)两级律师人大代表和政协委员分别提出 78 件和 50 件议案、提案。2013 年“两会”期间,10 名律师市人大代表提出 45 件议案,12 名律师市政协委员提出了 24 件提案,内容涉及社会信用管理、公共危机预防、儿童福利等方方面面,凸显了上海律师在法治建设和依法行政中的重要作用。

组织律师为“两会”代表提供现场法律咨询,受到市政协等单位的表扬。

组织律师对 38 件上海地方性及多部全国性法律法规提出修改意见和建议。

继续组织开展“市民与法”讲座活动,遴选律师人大代表组成讲师团,并拨出专门经费制作讲座课件。2012 年共组织 50 次讲座,覆盖面广,社会影响大。

3、加强宣传工作,提升行业影响力。办好“一刊一网”,在《上海律师》上开辟专题,集中报道宣传“2008—2010 年度全国优秀律师事务所”中的上海律所和百年纪念系列活动等。“东方律师网”对市律协重大活动进行视频同步直播,去年上传信息 5045 条,年访问量逾 1000 万人次,成为服务律师和宣传律师的重要阵地。

评选 2011 年度好新闻,共收到中央与本地媒体在内的 17 家新闻媒体 30 件参评作品,选出 12 篇获奖作品;2012 年各类媒体发表关于上海律师业发展状况和律师业绩的文章近 200 篇。

(三) 推行制度创新,提升业务水平

以三大新举措推进业务研究制度化创新。一是出台《业务研究委员会活动计分规则》;二是开发“业务研究网络管理系统”;三是经费使用改平均分配为按活动质量、成果分配。这些措施的效果十分明显,促使研究委员会真正发挥引领行业专业研究、专业技能交流以及提升业务能力的作用。2012 年,31 个业务研究委员会的活动从 2011 年的 288 次增加到 363 次,活动类型多、内容实、层次高。

积极开展三项大型活动:第十届华东律师论坛、中国律师 2012 年海商法国际研讨会和第一届上海律师学术大赛,目前上海律师学术大赛正在如火如荼进行中。通过这些活动,我们期望进一步形成上海律师界人人刻苦钻研专业的氛围,进一步提升上海律师的整体业务水平。

律师学院转变办学理念,推进课程改革,注重“实务”培训,选聘良师提升授课质量;改善培训管理,加强

培训班班委组织建设,增加申请执业人员集中培训中基础技能课程的比重。全年除举办实务专题培训班、青年律师培训班、星期五讲座、大型讲座、星期五课堂、申请执业人员培训班等,还开设网络直播教学,参加在线学习的律师达 34804 人次。

(四) 维护律师权益,惩戒违纪行为

全年受理 24 件维权申请,涉及立案难、与法官冲突等问题,市律协根据案情性质一一处理。其中某律所被外地法院一审判决名誉侵权案,经市律协等单位的一起努力,二审法院撤销了一审判决。

制度维权方面取得可喜成绩:一是与市公安局监管总队就规范律师会见行为、保障律师会见权及网上预约会见系统合作等问题签订协议;二是与上海市检察官协会签署《上海检察官协会与上海市律师协会建立沟通协作机制的若干意见》,保障律师执业权利;三是和法院系统合作开发律师一卡通,开发二代会员卡,集成电子认证 CA 功能,方便律师执业行为。

加强纪律工作。全年登记投诉 168 件;约谈律师 118 人次;对 12 起违纪专案分别作出取消会员资格、训诫、通报批评的处分决定;对 2012 年 20 起投诉立案调查,已办结 3 件,已完成调查 9 件,正在调查 8 件。

受理执业纠纷调解申请 9 件,有 3 件纠纷申请双方自行达成和解,2 件经调解达成和解。

(五) 履行社会责任,推进法律服务

积极参与“1+1”中国法律援助志愿者行动,市律协捐赠 4 万元帮扶资金,上海 6 家全国优秀律师事务所共捐赠 24 万元帮扶资金,市律协荣获“2011 年度‘1+1’中国法律援助志愿者行动先进单位”称号。陈莉、曾民育两位上海律师荣获“中国法律援助志愿者行动先进个人”称号。

与市法律援助中心建立联席会议制度,协同起草、修改法律援助的有关规则;与市法律援助中心联合拟定死刑法律援助案件辩护人名单;参与法律援助便民服务活动,开设“12348”专线,在多个区县看守所设立法律援助值班律师工作室。

各区县组建和充实政府律师顾问团,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、文书的审核起草等工作。

开展法律服务进街道社区、进商务楼宇、进大专院校活动,与司法所结对,共同推进法律咨询、司法调解和贴近市民群众的法律服务工作。

继续与市二中院共同编撰出版 3 本《社区常见法律纠纷调处手册》。2007 年迄今已编撰出版 20 本,赠送各区县司法局、人民调解员和街道社区。

积极参与“3·15”消费者日活动,通过开通热线咨询

电话,东方法治网“嘉宾聊天室”节目等方式与市民进行交流并答疑。

配合市总工会成立第三届法律顾问团,积极参加上海工会法律援助维权服务志愿团。成立上海市老年基金会法律服务志愿团,选派优秀律师为老年人提供法律服务。

(六)推进体制创新,深化行业管理

注重建章立制,完善律师行业自律规则体系。制订和修订12部规则、9部业务操作指引,进一步完善了上海律师行业的规则体系。

率先启动特邀会员工作,开全国律师行业组织创新管理之先河。截至2012年底,已有11家公司、18家外资所驻沪代表处成为市律协特邀团体会员;120名公职律师、94名公司律师、26名外资所驻沪代表处代表成为市律协特邀个人会员。通过举办研讨会、座谈会和文体等活动,实现资源整合、信息共享和精诚合作,开启了社会律师与“两公一外”律师之间互相学习、取长补短、增强实力、共创共赢的局面。

加强和深化区县律工委工作,为区县律师提供更多、更好、更近的服务,在维护社会稳定、创新服务平台、探索事务所发展新模式、推进政府购买法律服务以及完善自身制度等方面发挥了更大作用。各个区县的工作各有特色,工作成果丰硕。

(七)关注行业“民生”,办好几件实事

1、改善律师执业环境。开发并制作二代会员卡,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;与市公安局监管总队建立协作机制,签署了规范律师会见行为、保障律师会见权以及网上预约会见系统的合作协议。

2、实施三项“民生工程”。通过前几届理事会的努力,上海律师的福利措施已经相对比较健全,拓展的空间有限,但九届理事会仍然积极思考、勇于开拓,去年新增了三项福利举措,分别为:健康体检业务、高端医疗保险、白金信用卡业务,进一步丰富了上海律师的福利措施。

3、积极应对营业税改增值税对律师业的不利影响,市委、市政府、市司法局主要领导高度重视市律协反映的问题。市财税部门主要领导到市律协调研,较好解决了“营改增”后对全行业税收影响的问题,实现了有减无增的目的。

4、撰写并出版发行《律师事务所管理手册》,进一步加强与完善律师事务所及律师业务规范管理。

5、解决困扰律所的业务档案保管问题。与专门的档案保管公司签订《框架性协议》,以优惠条件鼓励律所业务档案管理社会化,实现了低成本高效率管理业务档案的目的。

(八)履行各项职责,全面开展工作

积极开展对外交流。一是组织3个律师考察团外事出访,并与西班牙巴塞罗那律师协会签署交流合作协议;接待9个批次境外律师代表团;举办6次涉外讲座。二是积极实施青年律师“走出去”培养计划,已有多名律师分别赴美国和德国实习。三是沪港两地律师交流与合作向深层次发展,与香港大律师公会签署合作备忘录,这是目前内地第一家也是唯一一家律师协会与香港大律师公会签署合作文件,今年我们将与香港大律师开展业务研讨、对口培训等系列活动。

开展青年律师工作和女律师工作。青年律师工作委员会全年共举办36次各种活动,近2000人次参加。女律师工作委员会共举办各种活动40余次,女律师联谊会的活动层次高、内容丰富且新颖,影响广泛,为增强整个上海律师业的影响力与凝聚力、促进整个行业的健康发展起到了积极作用。

开展上海律师辩论大赛。来自全市17个区的23支辩论队展开了历时9个月24场的激烈交锋,现场观摩者达3500余人次。上海电视台等众多媒体转播和报道了大赛实况。

参与《上海法治蓝皮书》、《中国律师年鉴—上海篇》、《上海年鉴—律师篇》的编写工作;参与“上海依法治市2012年优秀案例评选”,市律协选送的案例被评为优秀案例;承接中华全国律师协会课题,编辑《中国合伙制律师事务所管理指引》。

发挥行政主管联谊会作用,组织各律所行政主管举办活动,加强经验交流,提升律所管理水平。

完成2011年律师执业年度考核工作。严把实习人员行业入门关。2012年办理实习证申请1520人,举办实习人员面试21期,考核合格1274人,不合格47人。举行新律师入行仪式5期,546人参加。

加强律师文体与福利工作,市律协现有13个文体活动项目和6个福利项目。继续开展医疗互助金和救助金工作,提升行业互助精神。6122人参加律师行业年金保险,比2011年增加527人。续保《律师执业责任险》与《团体人身意外伤害险》,受理1起执业险,7起意外险。继续组织老律师外出旅游与重阳佳节敬老活动,举办健康养生讲座。

接待京、津、陕等七省市律协来访,进行了广泛而务实的交流。

主动接受监事会监督,诚恳听取监事会建议,共同规范行业自律管理。

加强秘书处建设,着力增强秘书处人员的工作责任感,认真执行律师代表大会、理事会、监事会的各项决议和各项具体服务工作。

第二部分:几点感悟与存在的问题

(一) 几点感悟

1、律师是社会主义法律工作者,要理直气壮地维护宪法权威

十八大报告明确提出:“全面推进依法治国,法治是治国理政的基本方式。要推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法;坚持法律面前人人平等,保证有法必依、执法必严、违法必究。”习近平总书记在纪念现行宪法公布施行 30 周年大会讲话中强调:依法治国,首先是依宪治国;依法执政,关键是依宪执政。长期以来,上海律师以各种不同方式践行法治,倡导法治,推进法治,在法治化进程中发挥着越来越重要的作用。上海律师一定要发扬光荣传统,履行神圣使命,坚持护国护法,理直气壮地捍卫宪法和法律的尊严,为建设社会主义法治强国而不懈奋斗!

2、律师协会是“律师之家”,服务广大律师是协会一切工作的出发点和落脚点

九届理事会成立以来,坚持将管理融入服务之中,扎扎实实办了几件实事。初步建立了公安看守所网上预约会见、检察院网上预约阅卷和法院网上立案专用通道,维护律师合法权益和优化律师执业环境;努力消除税收制度改革对律师业的不利影响,鼓励业务档案社会化管理;在坚持为全市律师投保执业险、团体人身意外伤害险、设立行业年金保险、开展医疗互助金工作和救助金工作的基础上,推出三项新的福利措施,力求使广大律师有更好的受惠、受益。如此等等。这方面的工作,我们一定要继续下大力气去拓展和深入。

3、市律协必须坚持改革创新,不断增强行业管理活力

和整个中国及上海的发展一样,上海律师业没有创新就没有发展。市律协近年来创新行业管理,推动区县律工委建设,开展特邀会员工作,开创了贴近律师服务、实现资源整合的新局面;改革业务研究委员会工作模式,改进职业培训方式,促进法律共同体建设以加强制度维权;进一步完善律师协会奖励办法等等。行业管理必须坚持改革,不断创新,坚决破除一切妨碍科学发展的体制机制弊端和瓶颈,我们的事业才能天宽地阔,充满无限生机与活力。

4、每一位律师必须高度重视专业能力与水平的提升

专业,是律师生存和发展的根本和源泉。只有时刻保持专业的进步和技能的提升,才能推动自身和行业的发展壮大。市律协近年来一直着力于培育行业内业务学习和技能练兵的良好氛围,无论是已经举办的辩论大赛、正在举办的学术大赛,还是即将举办的模拟法庭大赛,包括

改进业务研究委员会的工作机制等,都是为了营造上海律师注重专业提升的良好氛围,同时也在一定程度上锻炼和提升了上海律师的专业水平,这些努力也取得了各界的一致好评。

(二) 存在的问题

2012 年,第九届理事会认真尽职履责,坚持改革创新,在推动行业发展和完善行业管理方面取得了一定的成绩和进步。但是,我们也清醒地看到上海律师业发展和上海律协自律管理中存在的一些问题:

1、就律师而言,一方面,专业化程度不高。大部分律所仍处于“全科律所”状态,多数律师仍然是“全科律师”,专业特色不明显,不足以满足上海“四个中心”建设对法律专业服务的需求。另一方面,律师的执业纪律有待加强。收费“打白条”、会见不规范、虚假允诺、利益冲突、庭上恶意诋毁对方、实习人员以公民或员工身份参与诉讼活动等仍是投诉高发问题,严重影响了上海律师的声誉与发展。

2、就律所而言,一方面,规模化程度不高。2012 年,全市拥有 100 名律师以上和年业务收入超过 1 亿元的律所分别是 7 家和 9 家,占全市律师和律所总数的比例仅 0.61% 和 0.79%;30 名律师以上和年创收 1000 万元以上的律所在全市占比也仅有 6.72% 和 10.99%。另一方面,国际化水平差距较大。涉外业务收入在行业整体业务收入中所占份额很小;以涉外业务作为主营业务的律所数量极少;有境外分支机构的律所全市总共只有 11 家,不到全球最大律所境外分支机构的 1/6。

3、就律师业而言,上海律师业的发展不平衡。主要表现为区域发展不平衡和不同律师群体间的业务发展不平衡。

4、就律师协会而言,一方面,要以更高标准和要求进一步转变工作作风,改善工作职能,提高工作效率。另一方面,要加强对行业发展的长远规划和整体布局,突出平台构筑、制度建设和规范指引的作用。

解决以上问题是一个长期的、艰巨的过程,但是我相信,我们有能力认识问题,有勇气面对问题,也有信心解决问题,只要我们齐心协力、锲而不舍,这些问题一定会在不久的将来有重大改观。

第三部分:2013 年工作任务

2013 年,是国家全面贯彻落实十八大精神的开局之年,是实施“十二五”规划承前启后的关键一年,也是上海律师业努力开拓进取、推进科学发展的重要一年。2013 年市律协的工作将主要从以下六个方面进行谋划:

(一) 加强政治建设,贯彻落实十八大精神

学习贯彻十八大精神,是当前和今后一个时期律师

工作的首要政治任务。我们必须深刻领会十八大提出的一系列新思想、新观点、新论断,全力推动上海律师业的科学发展,为实现全面建成小康社会的宏伟目标作出新的更大的贡献。

(二) 抓住改革机遇,进一步推进上海律师业转型发展

1、实施人才优化工程,实现律师队伍转型发展。要加强律师培训工作,加强律师学院网站、校本教材、师资队伍等三项“基础工程”建设以及制度建设;围绕新修改的《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》开展集中培训;开展商标代理业务培训,组织律所做好集中备案工作。引导律师走专业化道路,建立与“四个中心”建设相适应的人才高地。积极拓展选送青年律师“走出去”培训的途径。吸引各专业、各类型优秀人才加盟上海律师队伍;深入开展特邀会员工作,形成以社会律师和“两公一外”律师互补共赢的法律服务市场格局,提升上海律师队伍的综合素质和国际竞争力。

2、总结推广先进经验,推进律所转型发展。充分发挥《律师事务所管理手册》的作用;总结推广律所的先进管理经验,大力推进律所的规范化、专业化、规模化建设。

3、积极拓展服务领域,推进律师业务转型发展。要变以诉讼为主为诉讼与非讼并重,抓住时机推进律所全面从事商标代理业务,并不断加大涉外业务的比重,大力拓展国际金融、国际航运、国际贸易等业务领域,推进上海律师业的国际化发展和竞争力建设。

(三) 强化业务研究,进一步提升律师专业化水平

1、继续加强业务研究委员会的建设,努力提高业务研究质量,拓宽研究成果资源共享渠道,使业务研究委员会进一步发挥行业专业引领作用。

2、依托业务研究委员会平台,充分发挥业务研究委员会的专业优势,加强行业间的交流与联系,提升上海律师业的社会渗透力和影响力。

3、继续组织好首届上海律师学术大赛,进一步提高上海律师学术理论素养和法律实践能力。延长报名时间,扩大评选范围,加大奖励比重。争取把大赛的作用发挥到极致。

4、举办首届“模拟法庭”大奖赛。为了适应新《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》的要求,并为与香港大律师公会合作举办模拟法庭比赛作准备,提高律师的专业技能。

5、加强与全国律协专业委员会的联系、沟通与合作,创造条件为上海律师搭建提升专业化水平和扩大影响的大平台。

(四) 发挥律师作用,进一步推动依法行政

1、加大贯彻落实中共中央办公厅 30 号文件和上海

市委、市政府“两办”16 号文件的力度。和社科院课题组一起对文件落实情况进行调研,并制定行动计划,推动律师为法治政府、法治社会建设发挥重要作用。

2、继续推动律师参政议政。要积极推动律师广泛参与立法活动,建言献策,推动上海的法治建设。

3、积极推动将律师纳入重大事项、重大项目社会稳定风险评估机构,进一步拓展律师的“法定业务”。

4、继续组织广大律师履行社会职责,积极参与信访工作和突发事件善后工作,努力调解和化解各种社会矛盾。

5、继续努力推动各级政府购买法律服务,改变各区县政府落实力度不平衡的状态,使购买律师法律服务纳入各级政府部门预算,进一步加大对律师行业的扶持保障力度。

(五) 改善律师“民生”,进一步优化律师执业环境

1、借助新《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》颁布实施的契机,加强与有关部门沟通、协调与合作,争取出台一些具体规定,进一步维护律师执业权利,改善律师执业环境。

2、积极落实三项新福利措施,将健康体检、高端医疗保险、银行信用卡落到实处,使更广大的律师受益。

3、加大对中小所的扶持力度。要在积极引导事务所规模化、专业化建设的同时,更加关注占 80% 以上的中小所的生存和发展;进一步修订和完善《律师事务所管理手册》,探索中小所的规范管理和运营模式;发挥区县律工委的平台作用,引导中小所的整合与互助,推动专业化、品牌化、规模化发展。

4、加大对青年律师的扶持力度。进一步落实市律协关于《加强青年律师工作的若干意见》规定,严格监管事务所“进人关”、督促事务所加强对青年律师的带教,在生活保障、维权保障和培养业务能力方面给予积极支持,加强对青年律师价值观和职业道德的教育,引导他们树立扎实工作、积极向上的职业精神。

5、关注郊区律师的困难和发展。设置针对郊区律师的培训课程,使培训内容更有针对性、指导性;推进市区律所与郊区律所“结对”活动,努力提高上海律师的整体业务水平。

(六) 深化行业管理,进一步提升行业管理水平

1、强化服务理念,进一步改进工作作风。进一步重心下移,贴近服务,拓宽与区县律工委的联系渠道,深入基层和律所,了解广大律师的所思、所想、所求、所需,将服务律师的工作落到实处,不断提高管理水平。进一步加强秘书处建设,不断改进工作作风,努力提高执行力和服务水平。

2、进一步完善区县律工委机制,加强组织建设和制

度建设,积极总结各个区县律工委的先进做法。比如:徐汇的“律师之家”、杨浦的“中小所联盟”、普陀的建章立制、浦东和黄浦的高端法律论坛、长宁的各类基地建设、静安的完善服务平台、虹口的关注律师公益服务、闸北的提升政府顾问作用、松江等郊县的组建律师志愿团占领劳动纠纷和交通事故法律服务市场、嘉定的争取政府政策支持、闵行的组织律师参与突发事件和历史遗留案件处置等经验,都值得我们总结推广。

3、加强律师行业的自律和监管。严格依法惩处违法违纪行为,提高整个律师行业的社会公信力。

4、加强特邀会员工作。积极推动特邀会员与所在区域区县律工委的交流以及与业务研究会合作,开展相关专业法律问题的研究和探讨。

5、加强律师宣传工作。广泛而深入宣传上海律师服务大局、服务经济、服务社会、服务法治建设及“四个中心”建设的业绩,以正确的舆论导向传递正能量,让政府和社会进一步了解和认识律师工作的重要性。

6、逐步建立律师诚信档案信息系统,公布相关信息,接受社会监督,进一步完善行业协会的职能。

7、大兴调查研究之风。要静下心来,开展一些事关行业持续健康发展的课题研究 and 探索实践,着眼于长远,要敢为人先,敢于突破现有的条条框框,通过不断地摸索和尝试,探求并完善切实可行的解决之道,以推动上海律师业的持续发展。

各位代表:

机遇与挑战并存,责任和使命重大。在新的一年里,让我们进一步解放思想,凝聚力量,奋力推进上海律师事业的科学发展,为建设社会主义法治强国和实现中华民族伟大复兴的“中国梦”,作出新的更大的贡献!

谢谢各位! ●

聚焦

●文/上海市律师协会监事长 厉明

上海市律师协会 第九届监事会工作报告



各位代表:

我受上海市律师协会监事会的委托,向代表大会作 2012 年度工作报告,请代表审议,并请各位领导和列席代表提出意见。

一、2012 年度监事会工作总结

2012 年度,监事会在市司法局的关心和指导下,在律师代表和广大律师的热情支持、积极参与下,坚持“全面关注、重点监督”的八字工作方针,认真履行监督职责。本年度,监事会建章立制探索落实“监督者也要受监督”的工作理念,首次向代表大会公示监事履职情况,自觉接受广大律师的监督。

(一)着眼大局——全面关注市律协各项工作

2012 年度,监事会全面关注协会的各项工 作,全体监事分工协作,列席了市律协 15 个专门委员会的所有工作会议,还开展了各类活动 15 项。监事会走访了四个区县律工委,会见了上百人次的律师代表,倾听广大律师对市律协工作的

意见和建议。

全覆盖列席理事会专委会等召开的会议。

列席会议是监事会工作的重要方式之一,通过列席会议,监事会能及时掌握理事会的工作动态,实时进行监督。针对青年律师工作,监事会建议应加强青工委与区县律工委的联系;针对外事工作,监事会建议应输送更多优秀的青年律师赴境外培训;针对宣传工作,监事会建议应扩大更多的宣传工作覆盖面;在特邀会员工作方面,监事会建议应对行业不同群体的不同诉求开展有针对性的特色活动;在律工委方面,监事会建议提供更多加强各区县律工委互动交流的机会。

每天专人查收“监事长信箱”,畅通联系渠道。

本届监事会自成立以来,每天有专人查收“监事长信箱”,目前收到的基本都是涉违纪投诉邮件,监事会第一时间将这些投诉邮件转交市律协纪律部,同时跟踪案件的办理情况。

重视与兄弟省市律协监事会的横向交流。

监事会本年度先后接待了到访的北京、无锡、广州三地的律协监事会,就各自的经验、体会和面临的问题进行了坦诚的交流,希望通过共同努力使监事会制度在全国范围内得以推广和完善。

(二) 常抓不懈——监督会费收缴和使用情况

监督会费的收缴和使用始终是监事会工作的重中之重。监事会委派监事列席市律协财务委员会会议,对预、决算等提出及时监督建议。在本次代表大会召开前,监事会聘请会计师事务所对上一年度市律协的会费收支情况进行了全面审计。继去年开始的新尝试后,监事会今年依旧在审计工作完毕后约谈审计人员,认真听取他们对市律协年度会费收支审计情况的意见和改进建议。监事会根据审计情况和审计人员的意见和建议,第一时间以《监督建议书》的形式向理事会提出了改进意见,监事会建议理事会应当进一步改进和完善现有的财务制度,积极探索建立适合非营利性、行业自律性社团组织特点的财务制度。加强和重视财务工作,保证财务人员配备力量。理事会应继续重视经费管理以及经费使用效益,适时建立项目、课题等经费使用效益和研究成果质量的后评估制度。

(三) 重者恒重——重点推进提案监督工作

监事会认为,提案办理工作是理事会完善工作、履行职责、服务律师的重要途径。九届二次代表大会后,监事会即展开了对提案办理工作的监督。监事会仔细梳理了上次代表大会中收到的37份提案以及理事会对提案的答复情况,已采纳的提案占30%;留作参考的提案占62%;暂不采纳的提案占8%。这些提案内容包括:会费结构调整、业务研究委员会建设;行业建设;老律师与青年律师工作;代表大会制度完善;会员福利,等等。

监事会认为理事会2012年提案办理工作呈现以下三大特点:一是数量增加。九届一次律师代表大会上共收到50余人次提出的9份提案;二次代表大会上收到近百人次提出的37份提案。二是难度提升。代表提出的提案内容涉及律师行业的方方面面,如“建立律师的诚信体系”、“与政府有关部门制度性协调、拓宽律师业务领域”等。三是成效提高。理事会准确把握提案建议初衷,及时采纳了不少具有长远性、可操作性的提案。为更好地了解提案代表的真实想法,监事会分别从“已采纳”、“留作参考”、“暂不采纳”三种提案类型中选取了部分提案,邀请提案领衔代表参加专题座谈会。座谈中,律师代表们建议律师代表大会的提案工作应当制度化、规范化和程序化。同时,监事会还就律师代表意见较为集中的提案,专门与会长、秘书长进行了会商,直接转达了律师代表们的意见,督促理事会重视提案办理。该项工作得到了盛雷鸣会长、万恩标秘书长的大力支持和积

极回应。

监事会进一步对理事会办理提案工作提出了三方面建议:一是建议理事会完善提案办理制度,规范提案办理内部运行机制,抓好重点提案办理工作。二是建议理事会在今后的提案办理过程中更加注重与律师代表的沟通,尤其是针对部分前瞻性、系统性、一时办理难度较大的提案,既要继续跟踪研究,也要实事求是地做好释明工作,畅通双向沟通交流的渠道。三是增强办理工作的效能,切实采纳落实提案中的合理建议。上述意见得到了理事会的高度重视,有些原本留作参考的提案,几经努力,已实际得到了圆满解决。

(四) 走近会员——坚持调查研究广聚智慧谏良策

2012年度,监事会调研工作呈现四大特点:

一是常态化。坚持将调研工作纳入监事会的常规性工作,定计划、定地点、定课题、定人员,监事与秘书处公关部人员全体出动,大家工作热情高涨。

二是创新性。监事会不仅注重收集会员的意见和建议,更主动收集各区县律工委创新工作的有益信息并予以推广:黄浦区律工委积极组织好上海律师公会成立100周年纪念活动和外滩金融法律论坛;长宁区律工委充分利用东虹桥法律服务园区平台,构建区校合作项目;嘉定区律工委助推区政府购买法律服务,扶持新执业律师参与法律援助;虹口区律工委帮助律师深入参与旧区改造,举办区律师党校专题培训。

三是求拓展。监事会不断拓展新的监督渠道,2012年度,监事会举行了针对行业特殊群体专题座谈会。女律师较为关切:大龄女律师的婚恋问题、女律师三期保护问题;青年律师格外关心:案源开拓困难、系统培训机制欠缺、健康保障及婚恋问题;老律师更加关注:建立为老律师服务平台,及时收集传承沪上知名老律师资料问题。监事会监督工作始终聚焦在会员的民生问题上,监事会监督工作始终致力于推进所有会员在执业中收获更多幸福、赢得更多尊严。

四是重实效。监事会坚持把调研过程中发现的突出问题,及时向理事会反馈并督促解决。如律师反映较集中的会费结构性调整、科学编制预算的问题;加强对行业特殊群体老律师、女律师、青年律师以及患病律师的扶持和关爱的问题。

各位代表:

我们清醒地意识到,与广大律师的要求和监事会肩负的使命相比,我们的工作还存在不少亟待加强和改进的地方。主要是:律师代表提案工作的督办力度还需加大,收集反映广大律师民情民意的渠道仍需拓宽,监事会自身监督能力还需强化,监事会工作规则尚需完善。对上述问题,监事会将认真对待,深入研究,切实改进。

二、对理事会、秘书处工作的评价和建议

监事会认为：理事会认真完成了上一次代表大会确定的六大方面 30 余项工作，工作富有成效，成绩有目共睹，尤其是：深入推进了律师行业党建工作，掀起律师行业创先争优活动的新高潮；以纪念上海律师公会成立 100 周年为契机，进一步弘扬了法治精神，提升了律师形象；注重制度维权，推出多项民生工程，减轻营业税改增值税对律师业的影响；在全国范围内率先启动特邀会员工作；律师学院推进课程改革；创新业务研究委员会活动计分规则；青年律师工作独特新颖；女律师工作丰富多彩。

监事会认为：秘书处较好地完成了理事会、监事会以及各专门委员会、业务研究委员会交办的服务工作，克服了任务繁重、人手紧缺等困难，是令人满意、合格高效的秘书处。尤其需要指出的是，上海律师人数近年来不断增加，市律协工作日益繁重，秘书处全体成员团结一致，任劳任怨，务实推进协会各项工作，发挥了不可或缺的作用。

三、2013 年度监事会工作思路

2013 年，监事会仍将以律师代表大会赋予的职责，紧紧围绕市律协新一年的工作要点开展监督工作，一如既往地重视会费收缴和使用情况的监督；一如既往地重点聚焦律师业民生和执业环境的改善。

（一）学习党的十八大精神，提升监督工作的能力和实效

党的十八大对律师工作提出了新的更高的要求，为律师事业的发展提供了新机遇。全体监事将认真学习深刻领会十八大报告中提出的一系列新思想、新观点、新论断，努力提高监督能力。

（二）创新工作机制，不断探索完善工作的方式方法

新的一年中，监事会将走访调研对象从律工委扩展至律所和律师；每两个月依托东方律师网、《上海律师》杂志等平台，汇报监事会工作动态，自觉接受广大律师的监督。

适时启动监事会工作规则的修订工作。2008 年起施行的《监事会工作规则》部分条款已不适用，监事会将听取各方意见的情况下，审慎修订。

（三）探索建立督办提案工作的常态机制

新的一年中，监事会将继续关注提案的办理工作，使律师代表所反映的合理诉求得到及时答复和落实解决。

各位代表：

2013 年是贯彻党的十八大精神的开局之年，监事会始终将广大律师的期待作为努力开展工作的动力。全体监事深感监事会工作责任重大，监事会将始终以维护广大律师的根本利益和上海律师的工作大局作为监督工作的着力点、落脚点和出发点，不断创新监督模式、改进监督方法，努力推进广大律师最为关切的实际问题的解决，使监事会的监督职能作用得到充分发挥，共同为促进上海律师行业自律机制的进一步完善作出我们应有的贡献。

谢谢大家！●





局长视窗 ● 文 / 金 成

明确定位 提高地位 提升品位 宝山助力律师服务业健康发展



金 成：上海市宝山区司法局党委副书记、局长

近年来，宝山区司法局围绕创造和谐稳定社会环境这一目标，以规范律师队伍建设明确律师定位、提高律师地位、提升律师品位为抓手，不断创新律师行业管理方式，优化律师行业发展环境，助力律师行业健康、快速发展，为滨江新区建设提供优质、高效的法律服务。

一、在规范管理中明确律师定位

建设法治社会、维护社会公平正义，是广大群众和社会各界普遍关心、关注的重要问题。党的十八大报告将“全面推进依法治国，坚持维护社会公平正义”作为重要内容予以强调。律师队伍是推进依法治国进程的重要践行者，作为司法行政部门，近年来我们加强律师队伍建设，体现为“三个更加”。

更加规范律师队伍管理。按照市司法局、市律协的工作要求，去年对全区27家律师事务所和192名执业律师进行年度检查考核，加强对其制度管理。此外，依托区律工委平台，坚持每月工作例会制度，交流总结近阶段律师工作情况，

研究部署下阶段工作安排。同时，借助律师短信平台，及时发布各类信息，积极引导全区律师了解当前区内司法工作的发展动向等情况，帮助他们更好发展。重视对信访投诉案件的处理，对被投诉的律师事务所、律师依法进行处理，对律师行业中存在的极个别缺乏职业道德、违纪违规问题依规严肃处理，以维护律师队伍的纯洁性、公正性。

更加明确律师队伍发展定位。律师事务所发展前景如何取决于其自身定位。作为司法行政部门，我们主动跨前一步，结合区内发展需求及律师事务所自身的资源、优势，主动与律师事务所沟通，共同制定发展目标及方向。同时，对新引进的律师事务所严把准入关，提前介入指导，为其健康有序发展提供良好的外部环境。

更加配合依法治区工作需求。随着近年来宝山区加快法治政府建设的进程、营造社会和谐稳定法治氛围的要求，区司法局注重发挥律师专业优势，推进依法治区工作。坚持做好每周四律师陪同区领导信访接待工作，形成了律师参与依法处理信访事项、化解社会矛盾纠

纷的长效机制。组织律师积极参与区广播电台、《宝山报》的“与法同行”栏目和“百名律师进社区”、“平安宝山·法治先行”等活动,为群众提供免费义务法律咨询、答疑解惑,推进普法宣传教育工作。

二、在区域转型发展中提高律师地位

近年来,随着宝山区转型发展的加速,区内各律师事务所非诉业务量也呈现上升趋势。在这一过程中,区司法局积极借势借力,有效引导律师事务所、律师参与区域法治建设、和谐社区建设和法律援助工作,进一步发挥律师的专业优势,为推进本地区经济社会发展和社会和谐稳定积极出力。同时,各律师事务所、律师的地位也在服务经济社会发展中得到了提高。

积极发挥律师的专业优势,为区重大项目建设提供法律服务。在区工作重点之一南大地地区综合整治开发中,为确保提供优质、高效的法律服务,成立了南大地地区法律服务工作协调小组,以大场司法所为平台,整合结对律师现有资源,加强和充实法律服务的力量,为南大地地区综合整治提供法律支撑。尤其是2012年以来,银星律师事务所律师参与处置南大地地区综合整治范围内的租赁纠纷12起。

积极为区内新兴行业的经济发展提供法律服务保障。银星律师事务所顾玉红律师自去年担任上海国际邮轮港有限公司法律顾问以来,坚持每周二上午到该公司提供法律服务,至今已审核各类合同近60份,涉及金额千万元,为区政府大力支持和鼓励的邮轮经济提供了强有力的法律支撑。又如,昊坤律师事务所邹甫文律师及其团队全身心投入到了本区一家中外合资企业转型发展中,为企业员工遣散安置以及并购重组提供法律服务。他们搜集大量信息及资料,加班加点审查起草各项合同,出具了详尽的法律风险评估报告,制定了切实可行的安置方案,为企业及政府的决策提供了法律依据。经过几个月的努力,收购的签约仪式已经在区政府领导的参加下初步完成,员工的安置问题也得以圆满解决。

积极参与区突出信访矛盾案件化解及突发事件善后处置工作。根据区司法局领导的要求,与区律工委协调,对区联席办去年交办的7件信访核查积案化解工作,组织落实律师积极参与,最终出具律师意见书5份,配合化解1件,暂缓核查1件。

2012年,组织律师参与处置区领导交办的其他突出信访核查和群体性纠纷、突发事件23起。如,去年7月发生的绅德世健身会所突然停业引发的群访事件,及时组织律师到现场值班接待,为会员免费提供法律咨询、免费代理民事诉讼,安抚会员情绪等等。还在健身会所门口张贴律师名单及联系方式,方便会员联系,随时答

疑解惑。经过一个多月的紧急处置,目前大部分会员的情绪得到了缓和,一起可能激化的群体性事件得到了及时的缓解。

积极引导参与社会公益服务。积极组织律师参与社会公益活动,履行社会责任。2012年,全区律师参加各结对街镇召开的“法律进社区”座谈会;参加“创先争优学雷锋”活动;参加“三八”妇女节维权咨询活动;2012年消费与安全年“3.15”活动、举办本区残疾人法制讲座和参加民主党派组织的法律服务进社区活动等,以及参加法律援助的咨询和承办案件,履行了律师的社会责任,得到了相关单位和群众的好评。去年以来,提供刑事诉讼、民事诉讼、民是非诉讼等各类案件的法律援助服务1140件(次),大厅接待来访法律咨询3321批次,电话法律咨询3448个。此外,以“双结对”活动为抓手,继续深化律师服务进社区工作,推进和谐社区建设。结合各街镇的实际情况,去年在原《宝山区法律服务结对表》的基础上,及时做好调整结对工作。2012年,全区律师事务所组织律师深入社区,参与法律咨询活动,为居民答疑解惑,共提供义务法律咨询477次/1800人次,举办法制课程62次/2200人次,参与区、镇、街道信访接待572次。去年,共收到了2封感谢信、11面锦旗,当事人表达了对办案律师的感激之情。

三、在创新服务中提升律师品位

在当好行业管理者、引导者的同时,我们也关注为区内律师事务所及律师长远发展提供优质的服务,着力当好服务者。通过搭建业务交流平台、开展各类讲座、完善青年律师培养机制等,逐步提升律师政治品位与文化品位。

提升律师政治品位。引导律师积极参政议政,发挥律师的独特作用。区司法局党委对律师队伍建设非常重视,积极推荐优秀律师参政议政,提高党的依法执政能力和政府的依法行政能力。目前,宝山律师中有市、区人大代表各1人,区政协委员4人,区党代表1人。律师代表、委员们积极履行职责、献言献策,在创新社会管理、政府依法行政、与民生密切相关的诸多方面发挥着独特的作用。其中,钱翊樾律师担任市人大代表五年以来,每年都要挤出不少于100个工作日用于人大工作,在市人代会上共提出了15件议案与86件书面意见,多项议案被列为大会正式议案。

提升律师文化品位。加强律师文化建设,增强律师对中国特色社会主义的政治认同、理论认同和感情认同。在本区律师队伍中相继开展了“忠诚、为民、公正、廉洁”律师核心价值观教育实践活动和社会实践教育活动,参与市司法行政系统政法干警核心价值观书法、绘



宝山区召开 2012 年度律师工作会议



宝山区律师开展“3·15”消费者权益宣传活动



宝山区举办民行检察工作律师座谈会



宝山区律师在解决群体纠纷事件的现场值班

画、摄影作品展评等各项活动。举办了律师行业践行律师核心价值观大讨论活动的专题讲座和组织全区律师参加听取《转型期的政法干警核心价值观》报告。为探索适合律师文化建设的途径,撰写调研文章《中国律师文化建设的理论和实践探索》。此外,还组织律师参加区司法行政系统开展的羽毛球比赛等文体活动,丰富律师的业余文化生活,引导律师积极向上的精神风貌。

整合资源、创造条件、搭建平台,提高律师队伍的凝聚力和归属感。为完善大调解工作支撑体系建设,加大对青年律师的培养力度,区司法局创新工作模式,依托区联合人民调解委员会各专业调解工作室,成立了“宝山区青年(骨干)律师锻炼实践点”,由青年律师担任兼职人民调解员直接参与人民调解工作,2012年先后开展了2批培训,取得了一定的成效。此外,成立了律师之家,并向全区律师下发活动需求调查问卷,以便让组织活动更加贴近实际,使其真正成为律师自己的家。

加强业务研讨,提升业务素质和服务能力。区律工委各专业研究委员会纷纷开展各项业务研讨活动,相继举办了金融证券、动拆迁、《公司法》及建设工程业务等专题讲座,进一步提升了宝山律师的专业素质,提升了

服务社会的能力和水平。

近年来,宝山区律师业不断取得发展成效。今后,我们将把学习贯彻党的十八大精神作为当前首要的政治任务。在本区律师队伍中掀起新的学习高潮,进一步端正律师的执业理念和态度,提升律师的服务能力和水平。同时,继续推动本区律师行业转型发展,适应新形势下社会改革发展的需求,更好助力宝山滨江新区建设和法治政府建设。●

区县传真 ●文/王珏

转型——杨浦律师业的发展之道

——杨浦区律工委副主任王桂喜访谈录



➡ 律师队伍是我国社会主义法制建设的一支重要力量,律师行业的今日很大程度上决定了司法大环境的明天。面对日益加强和日趋激烈的行业竞争,杨浦区律师叫停固有发展模式,大胆提出“转型”,要从制度到观念的革新,来实现从滞后到领先的反超。为此,本刊记者对杨浦区律工委副主任、上海四维乐马律师事务所执行合伙人王桂喜律师进行了一次访谈,以便使大家对杨浦律师业的发展有个更好的了解。

一、辉煌的历史,严峻的现实

本刊记者:王律师,杨浦区是老上海人口中的“大杨浦”,是新上海人眼中的城市副中心所在地,作为一个杨浦律师,您眼中的杨浦区是怎样的?

王桂喜:老上海人把杨浦区叫做“大杨浦”。一个“大”字,携带着大工业时代的辉煌,也隐隐包含着当时大而无当的落寞。

以前,杨浦曾在工业化道路上开辟的全国“第一”和“之最”不胜枚举。杨浦区曾经有企业近千家,职工近十万人,

工业总产值在上海乃至全国闻名。至20世纪90年代,杨浦区又成为上海市最大的住宅区。然而,随着1990年以来浦东的开发和开放,在上海新一轮产业结构调整升级中,由于传统工业日渐衰退、科技创新能力不足,杨浦承受了巨大的落差之痛,面临着被边缘化的尴尬处境。在艰难困境中,整个杨浦开始了义无反顾的“转型”,从大力发展第三产业,启动、推进、持续发展房地产开发业,到遵循科技创新发展思路推动知识服务业的兴起,杨浦正在崛起。一个典型的成功例子便是五角场地区,这个曾被上海市民谑称为“下只角”的地方,今日已成为上海四大城市副中心之一。

本刊记者:王律师,如您所述,杨浦区的发展经历了兴衰浮沉,那么,它对杨浦律师业的发展带来了怎样的影响?这三十年来的杨浦律师业发展之路是否走得顺畅?

王桂喜:过去三十年,杨浦律师业的发展还算一帆风顺。在杨浦区域发展的大背景下,杨浦律师业走过了一条从无到有、从有到好的发展之路。目前杨浦区已从1982年时的一家律师事务所发展到今天的70几家,执业律师人数从最初的11名发展到今天的690多名,业务创收也已从1982年时的1千多万元,达到2012年的2.3亿元。三十年来,杨浦律师的规模增加了60多倍,业务收入翻了20多倍。除了规模和创收成倍增长,杨浦律师还创造了许多令人自豪的行业第一,为上海乃至中国律师业的发展做出了贡献。

本刊记者:能否具体介绍一下杨浦律师以往对律师业的贡献和成绩?

王桂喜:好的。例如,在业务方面,上世纪90年代初,杨浦律师率先在全市开创了律师业务提成制度的试点,取得了

巨大成功,律师业务领域不断拓展,业务创收连年递增。这项由杨浦律师创立的制度一直沿用至今,成为中国律师事务所普遍采用的主流分配制度。此外,杨浦律师中的海事海商法律服务业务,开展早、发展强,始终在上海乃至全国独树一帜,全国律师协会、上海市律师协会中的海事海商业务研究委员会的主任、执委和委员,来自杨浦的海事律师历来占据相当高的比例。再如,在拓展国际法律服务领域,杨浦四维乐马律师事务所成为第一家经司法部批准在欧洲设立分支机构的中国律师事务所。

在承担社会责任方面,杨浦律师业也有诸多创新。例如,杨浦律师早在上世纪90年代初即开始义务法律援助工作,并率先在全区所有的律师事务所创建了“法律援助志愿团”,市人大制定的地方法规《上海市法律援助办法》也是由杨浦律师人大代表提出议案后制定的。再如,2003年设立的杨浦区人民政府法律顾问团为全市最早设立的“政府法律顾问团”之一,等等。

本刊记者:王律师,谈到杨浦律师业过去三十年的发展,您的自豪之情溢于言表。据我们了解,整个律师行业对杨浦在诸多方面做出的创新和贡献也确实十分认可,那么,究竟杨浦律师业的“原型”问题何在?“转型”之说又从何而来呢?

王桂喜:三十年过去了,“而立之年”的杨浦律师面对全市、全国乃至外国律师的强力竞争,有点显得实力欠缺、准备不足的尴尬。杨浦的律师事务所普遍规模偏小、律师年龄偏大、知识结构老化。有一位杨浦律师曾说,不是我们不想去做高端业务,只是因为我们的渔船吨位太小,经不起大风大浪,我们只能在近海捕捞作业,外海优质渔场让我们望洋



举办“转型——杨浦律师的发展之道”论坛



杨浦区律师开展义务法律咨询活动



杨浦区举行保护律师人身权利工作机制签约仪式



杨浦区律师参与房屋征收工作研讨会

兴叹。

上海大型国有企业、上市公司、重大项目在招标律师服务团队时,参与竞标杨浦律师为数不多,胜出概率更是极低;上海现代法律服务市场上,杨浦律师所占的份额微乎其微;反映法律服务某个领域领先水平和知名程度的上海市律师协会 31 个业务研究委员会中,杨浦律师担任委员的凤毛麟角。再给你说一个数字比较,去年我们全区律师的人均年创收为 33 万元,而有的兄弟区可以达到 80 多万元。其中差距可想而知。因此,“转型”已是我们的不二选择。

二、转型中的探索和挑战

本刊记者:王律师,如果把杨浦律师的“转型发展”称为“课题”的说法,我们想要了解杨浦律工委对这一课题是否已经着手进行研究,目前进行到了哪一阶段?

王桂喜:杨浦律师的“转型”绝非空喊口号,如何“转型”也绝非拍脑袋而来。区律工委认为,没有人比杨浦律师更了解杨浦律师业的发展和需求。因此,杨浦区司法局和区律工委在 2012 年联合举办了一场“转型——杨浦区律师业发展之道”的论坛,组织全区律师代表进行讨论,在总结过去 30 年发展的基础上对行业的未来发展做出展望,达成“转型”共识,明确“转型”目标,制定“转型”指导精神。可以说,论坛的举办就像是一篇论文开题报告的制定,把“做什么”和“怎么做”都想好了。接下来,就是根据已经构建的整体框架按部就班地落实和展开。

本刊记者:我们很有兴趣了解一下你们具体是怎么转型的,或者说转型有什么具体的目标?

王桂喜:关于杨浦律师怎么转型,是我们区律工委在实践中探索和研究的问题。但在转型论坛中市司法局副局长刘忠定对转型目标做了高度精炼的概括:“律师业要从诉讼业务为主向诉讼与非诉并重,并逐步提高非诉业务转型;律所要从个人承接业务向团队承接业务转型,业务要从全部国内业务向涉外业务占一定比例转型,从规模化大所发展愿望向规模大所与专业强所、精品小所

有机结合转型,从业务与行政管理一把抓向业务与行政管理分离转型;律师要从个人特长全能化向强化专业分工并具有专业特长转型,从法律服务从业人员向参政、议政、从政方面转型。”我想刘忠定副局长的这些话,给我们杨浦律师的转型提供了一个努力的方向。

本刊记者:如果说,刘忠定副局长的话给杨浦律师的转型作了一个引导,那么杨浦律工委对杨浦律师的转型还有什么安排和设想?

王桂喜:我们认为,杨浦律师业转型面临的挑战主要在于四个方面:落后的思想观念、保守的服务方式、欠缺的业务能力、削弱的社会责任。所以区律工委针对转型的工作也是围绕这四方面进行的。

本刊记者:对这四方面的挑战,杨浦区律工委具体又是怎样开展工作的?

王桂喜:针对落后的思想观念、欠缺的业务能力,区律工委和区司法局开办了一系列的讲座和研讨会。其中有“杨浦区律师参与房屋征收工作研讨会”、“国际物流业务讲座”等,杨浦律师联盟还根据自身特点召开了“涉外专业学习交流汇报会”。主要是想扬长避短,发挥我们杨浦律师的特长和优点,提升杨浦律师的整体素质和业务能力。

如:2012 年 8 月,我们召开的杨浦区律师参与房屋征收工作研讨会就是一次有益的尝试。会上,出席会议的领导与参会律师们积极地对《征收共有产权房屋操作指引》、《杨浦区律师参与社会矛盾化解操作指引(适用司法强迁类)》、《关于设立杨浦区公信房屋征收法律服务中心的报告》、《杨浦区旧区改造指挥部与杨浦区司法局关于指导律师参与房屋征收与补偿法律服务的工作协议》进行了讨论并形成相关文件,这对我们律师在房屋征收过程中的法律服务提供了很好的帮助。

三、宣传“律师联盟”,推进杨浦律师向规模化、精品化转型

本刊记者:刚才通过与您的交谈,我们已经了解了杨浦律师转型的来龙去脉,下面我想听听你们杨浦律师对

规模化、精品化律所的探索。

王桂喜:杨浦区律师事务所的特点是“多、弱、少”,小所多,竞争力弱,创收少。杨浦区七十余家律师事务所中,将近二分之一为个人所,这些个人所在服务观念、服务方式、业务能力、办公环境均有一定的局限性。对此弊端,我们杨浦区“律师联盟”便是应运而生的一种转型中的积极探索,是杨浦律师向规模化、精品化转型的一个尝试。

本刊记者:王律师,关于杨浦区的“律师联盟”,我之前也已有所耳闻,到目前为止,这在全市可能是第一个或者是唯一的一种律所的合作形式,据说市律协对此也很感兴趣,可能的话,还想做一个研究和推广,能否说说?

王桂喜:杨浦区的“律师联盟”成立于2011年,现由杨浦区的七所个人律师所组成,采用“合署办公、成本均摊、资源共享、统一管理”的模式运行,这在当时乃至全国律师界都是首创之举。

相比原先孤立、单一、规模小、实力弱的个人小所,“律师联盟”的优势是明显的:其一,合署办公降低成本,他们租借了五A级商务楼,大为改善了中小个人所的办公条件和职业形象。增强自我包装与营销意识是转变服务思维和服务模式的关键。其二,联盟整体对外是一个团队,共同开发业务,按照专业特色分工负责,联盟公共资源可以共享,发挥出联盟一加一大于二的作用。

本刊记者:那么说“律师联盟”成立到今天已有两年了,通过两年的实践,他们内部又是如何管理的,实际效果如何?

王桂喜:我认为,联盟式的中小型律所组成的松散型团队与大型律所的单个实体相比,本质上产生的专业能力可以等量齐观,而前者的优势不仅在于节省各类管理成本,把有限的人力和物质资源都集中到专业办案中,提高业务质量、创造最大绩效,更在于在拓展规模的同时保持了个人所的专业特色。

杨浦“律师联盟”内部实行的“六项管理制度”和“一项特别表决制度”让整个机制慢慢走上了良性、可持续运转的轨道,联盟整体的业务总量成上升趋势,其中有的所相比联盟组建前同期的业务量已经翻倍。两年来,区律工委也对联盟进行了大力的推广和扶植,将相关经验多次在全市会议中介绍和推广。前不久,联盟中有多位律师被评为杨浦区十佳律师提名奖。

四、集业务发展和社会责任于一身开展法律服务

本刊记者:谈到房屋征收,可以说是杨浦区律师服务的招牌,我们也多次作过报道,杨浦律师在这方面可以说是成绩斐然,杨浦区阳光动迁的政策可谓是闻名遐迩,为

上海各区所仿效,能不能借此机会与我们谈谈这方面的经验心得。

王桂喜:当然了,我们的转型工作一定是要扬长避短,对我们已有的房屋征收的经验,我们是不放弃的,并且我们同时注意在房屋征收工作中转变思想观念和提高社会责任,使得我们杨浦律师不但在征收法律的业务方面得到发展,又在征收法律服务中体现社会责任,得到了各方面的好评。

我本人通过总结各方面的经验信息,可以将我们杨浦律师在参与旧改过程中的经验总结为“三招”和“四式”的工作方法。

所谓“三招”,是指三种动态机制:入门招数——提供法律咨询;进阶招数——上门拜访“走出去”;大绝招——律师函。通过上述三招,律师方能作为第三方力量在整个征收推进的过程中起到积极的作用。

所谓“四式”,是指四种静态机制:第一式,通过杨浦区律师参与房屋征收工作研讨会,制定建立杨浦区律师参与拆迁工作长效机制的规范文件;第二式——“两次征询制”,这是杨浦区作为本市试点率先在区内试行的制度;第三式——“四位一体”征收矛盾调解平台;第四式——成立上海公义房屋征收法律服务中心,这是本市首家专业从事房屋征收法律服务的公益性社会组织。

本刊记者:王律师,相信您总结的“三招、四式”确实是杨浦律师的独门秘笈,并且会广为流传。请问,你们又是怎样将社会责任与律师的法律服务相结合的。

王桂喜:其实,任何制度转型都是与观念转型相配套的,创新的服务制度离不开先进的服务观念。而再先进的服务观念,也离不开社会责任这一点。

杨浦区司法局、区律师党委、区律工委等组织在工作中注意促进杨浦律师业行业文化建设、杨浦律师精神文明建设,对加强律师社会责任方面起到了积极地作用。

如,为庆祝杨浦恢复律师执业30周年,我们并没有举行盛大的庆祝会,而是于2012年5、6月间,在杨浦区殷行街道、定海街道、江浦公园、鞍山假日百货、杨浦公园等地举办了5场义务法律咨询活动,现场解答法律问题,居民普遍反响热烈,取得了很好的社会反响。

区律工委对各类募捐,总是第一时间响应并保证募集钱物按时到位。此外,对鼓励和支持各律师事务所、律师个人参加各种公益活动和公益捐赠,并及时予以表彰和发扬。在我们的发动下,有多家律所和律师与贫困地区的学生建立了长期的联系,定期向他们提供钱款和物品。目的是让我们的律师牢记社会责任,只有这样才能使我们杨浦律师的转型在健康的轨道上顺利向前发展,我也相信杨浦律师业的明天一定会更加美好。●

法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

新《民事诉讼法》 关于医疗鉴定人出庭制度研讨

本期主持: 卢意光 市律协医疗卫生业务研究委员会主任
嘉 宾: 李伊红 上海第二中级人民法院资深法官
刘也华 黄浦区医学会医疗事故技术鉴定办公室主任
谢文哲 华东政法大学副教授
刘庆伟 市律协医疗卫生业务研究委员会委员
陆夏岩 市律协医疗卫生业务研究委员会委员
徐 刚 市律协医疗卫生业务研究委员会委员
文字整理: 沈 昀



卢意光:2012年8月31日,我国《民事诉讼法》修改并于2013年1月1日施行,修改后的《民事诉讼法》第78条规定:“当事人对鉴定意见有异议,或者人民法院认为鉴定人有必要出庭,鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知,鉴定人拒不出庭作证的,鉴定意见不得作为认定事实的根据,支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用。”首先,该条款设立鉴定人出庭制度与之前鉴定机构可以书面答复当事人异议有明显的不同,对还原鉴定意见的证据属性,提高司法公信力有非常重要的意义;其次,该条款在实践中至今难以落实,遇到了很多困难;第三,如何贯彻落实鉴定人出庭制度,保证法律的正确实施。

为此,市律协医疗卫生业务研究委员会组织开展了第一次研讨,首先邀请华东政法大学副教授谢文哲老师,向我们讲一讲新法中有关鉴定意见规定的理解适用及评价。

谢文哲:2013年1月1日,修改后的《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》同时施行,而涉及到这两部法律中关于鉴定意见的规定都有不少,怎么理解和使用呢?

一、这次立法调整秉持了2005年《全国人大常委会关于司法鉴定管理若干问题的决定》,秉承上述规定所坚持的应该把鉴定结论称为鉴定意见,强调鉴定人及其意见是一种证据方法。

二、就鉴定人出庭作证,我们说从现行法解读来看,鉴定人是可以出庭,在有些情况也可以不出庭。也就是说,他是否出庭作证是有条件的。这个条件在刑事诉讼中,当事人对鉴定意见有异议,并且法院认定鉴定人有必要,在民事诉讼中是并列存在。或者当事人对鉴定意

见提出异议,或者法院认为鉴定人有必要。从这两个角度都可以作为鉴定人出庭作证的一个条件。

三、作证方式。鉴定人意见既然是证据方法,你要到法庭去作证。作证具体来说是一个什么方式?或者什么内容呢?大约是四个方面的事。

一是保证人证的真实性。很多国家都从加强人证自身的内在约束这个角度来进行设置,如宣誓。我们没有宗教信仰,我们也没有写保证书的,但是法院要告知他,你要如实说明鉴定意见。

二是要宣读、解释鉴定意见。到庭的时候必须宣读解释,不能到庭说所有的意见都在书上写着呢,看就行了,没有不认识的汉字。不是的,因为诉讼设立中要贯彻言词审理原则,所以必须去宣读。不仅仅要宣读,还必须适时给予解释,能够让法官、当事人以及其他诉讼参与人都理解。

三是接受当事人、律师以及专门聘请专家的发问。发问他要回答,质疑辩驳他要回答。法官根据审理查明的需要,也可以向鉴定人提出询问,通过这种方式来发现鉴定意见的程序、内容是不是具有真实性、合法性。

四是拒不出庭的后果。鉴定意见不得作为认定事实的根据,在强调鉴定意见作为证据方法的时候,仅有书面的鉴定意见,而没有到庭经过质证,补充鉴定意见,就不能形成一份完整的鉴定意见。基于它的可替代性,鉴定意见就不得作为认定事实的根据。这个并不意味着涉及到专门技术问题的时候缺证据,可以重新去启动鉴定程序。在民事诉讼中还加了一点,当事人可以要求返还鉴定费用。

四、鉴定人的属性。第一种观点,强调鉴定人及意见是一个证据方法,与物证、书证和任何一种证据种类没



有差别,也必须经过法定的调查程序,经由法院做出评估之后决定是否采用,审判权在法院,而不在鉴定人;另一种观点,法国、德国一致认为鉴定人从机构设立到鉴定人本身职能而言是作为法官的助手,对于其出具的意见在采信的程度上的与其他的证据方法有所差别。

当然还有另外一种理解,鉴定人主要是成为法院的知识来源。我们知道法官是懂法之人,不过社会分化的结果,出现了各行各业专门的科学技术领域,这些领域谁都不敢说我全知道。这样的话鉴定人提供的意见,不仅为法官同时也为当事人传授知识,因为知识是认识事物规律性的一种总结,可以有助于发现事实,有助于接受案件的诉讼结果。

卢意光: 谢老师是华东政法大学的程序法专家,他为我们就鉴定人出庭制度作了很好的阐述。下面听一下刘庆伟律师的观点。

刘庆伟: 2013年1月1日正式施行的新《民事诉讼法》,修改条文逾一百多处。其中对原《民事诉讼法》第六章证据制度作了重大修改和完善。作为关注和经常代理医疗纠纷案件的执业律师,深感此次新修订的《民事诉讼法》相关证据篇第63条、第77条、第78条等新规定对于解决目前司法裁判中饱受诟病的医疗损害鉴定意见书和司法鉴定的适用和采信问题,具有极其重大的影响和作用,对于该类诉讼当事人及代理人 and 审判人员而言,既是机遇也是挑战。

首先,由于此次新《民事诉讼法》第63条将当事人的陈述和鉴定意见增加为新的证据种类,也就是说鉴定意见和当事人的陈述一样,仅是证据种类的一种,没有高低优劣之分,都必须经法庭查证属实后,才能作为认定事实的根据。

其次,鉴于新《民事诉讼法》第77条明确规定,当事人只要对鉴定有异议,就有权申请鉴定人出庭作证,接受诉讼参与人和法庭的质询。由于新法刚实施,对先前已形成的医疗损害鉴定意见书,但尚未质证的案件如何确定鉴定人,是鉴定人代表还是签字鉴定人出庭作证?都有待审判机构加以明确,并责成相关鉴定机构做好衔接和准备工作。

最后,根据刚才所述,由于法律规定将各类鉴定均作为一般证据看待。那么,对初鉴为非医疗事故的鉴定

意见是否允许当事人继续复鉴?可否做医疗过错司法鉴定或重复鉴定?建议审判机关制定相应规则,否则易造成混乱且难以掌控。另外,由于医疗纠纷涉及诸多医学专业知识和事实的认定,且确立专家辅助人可出庭支持一方诉讼,此类纠纷案的博弈性进一步加剧,为了公正处理这类案件,建议审判机关在审理此类案件时,聘请相关专业的专家作为陪审员,协助主审法官确认有关证据的效力,使法院审判结论更趋合理性和正确。

卢意光: 接下来请上海第二中级人民法院的李伊红法官发言,李法官以前做过医生,对这个问题非常内行。

李伊红: 新《民事诉讼法》第78条其实作为我们法官来说,是很欢迎的。我同意刚才谢教授和刘律师的理解,它主要是强调鉴定人出庭作证的义务和违反这个义务相应的法律后果。现在鉴定人相当于普通证人,不像原来2001年《民事诉讼法》的定位,那时鉴定人要高于证人。新《民事诉讼法》第78条规定鉴定人就是一般的证人,鉴定意见就是一般的意见,还要符合鉴定的三性:合法性、关联性、客观性,然后才能作为证据采纳。

其实我们法官和律师一样,希望鉴定人出庭,因为有很多问题我们也不懂。我做过这么多年医生,妇产科我还熟一点。医疗这个东西,专业分得太细了,而且每一个专业里面都是很复杂,你这个科的医生对那个科的事情都不了解。

我们作为法官,具体引导程序审理案件。现在高院在对这个问题进行调研,在听取各方的意见,这条法规影响最大的就是鉴定人和鉴定机构,听他们有哪些顾虑,有哪些要做的事情,还在调研,还没有一个很规范性的意见出台,具体怎么做还没说。而且我们二中院这边还没有这种案子。

但是网上有保险这方面的案例,在中国法院网。报道了交通事故商业险方面请鉴定人出庭,收到了良好的效果。具体案子我们也不太清楚,是民六庭负责审理的。

在审理实践中,我们觉得尤其是医疗纠纷,几乎当事人对于鉴定结论都有异议,接近100%。对于异议,以前就是一个书面答复,出庭很费劲,几乎没有。

鉴定意见虽然有一个结论,但鉴定过程中几位专家的意见也可能不是都一致的,我们特别希望他们能够写出来每个专家当时有哪些意见,最后下的结论是什么,

依据什么。因为我过去在医院也知道,对同样一个病,医生做病例讨论的时候,哪怕做一个手术方案,大家也有不同的方案,或者少数服从多数,或者最高级的主任定下来就这么做。

我们在审理案子当中,当事人拿到鉴定结论的时候他们会到各个医院咨询,然后挑出对他有利的意见。有的病这个手术可以做,也可以不做,医院给他做了,后来怎么怎么着了,然后他就说哪个专家说,这个本不应该做手术,他就抓住这一点。所以我们希望鉴定人出庭的时候就各种情况,当时有哪些争论,最后怎么下的这个结论,这个过程说一下,可能当事人也好理解,法官也好理解,对这个证据,对这个鉴定意见的科学性、合法性、客观性有一个大家都认同的观点。我们特别希望有律师帮忙,如果没有律师代理,仅是当事人自己打官司,鉴定人到场也不一定能说明白。

另外,拒不出庭怎么认定?法律规定证人出庭也有几种例外的情况,鉴定人以后是不是也适用于那几种例外的情况。鉴定结论不作为证据的话,接下去是重新鉴定、补充鉴定,要重新鉴定成本肯定是高的,而且就仅仅因为鉴定人没有出庭而不予采纳,这个是挺难办的。重新鉴定出来的结果也许还是这样。中国证人出庭不像国外,中国人对这个义务认识还没到那个程度。证人出庭过程中还遇到很多问题,刚才两位老师也讲到了,出庭的费用怎么算?是算在鉴定费里面还是另外出,由谁出?诉讼成本、诉讼时间都会增加很多。

我们在证人出庭这个问题上与你们律师的想法是一样的,希望出庭把案子鉴定意见解释好,然后双方当事人都接受,法官也理解,最后采纳,案子就好结了。这个工作刚开始,还要慢慢来,对不断出现的新问题,要不断解决,逐步实施。

卢意光:接下来听一下陆夏岩律师关于医损案件中鉴定人出庭作证的建议。

陆夏岩:关于新《民事诉讼法》第76条的修改,主要是完善了鉴定程序的启动和鉴定人的选任问题。关于鉴定程序的启动,增加规定了当事人申请鉴定的内容,这样就避免了不少人误认为鉴定是人民法院的司法行为,是人民法院主动调查证据的行为。关于鉴定人的确定,本条规定了两种方式:协商和指定。

我认为新《民事诉讼法》关于鉴定有两个亮点:一是将原法中的“鉴定结论”修改为“鉴定意见”;二是明确了鉴定人出庭作证的义务。当事人以及诉讼代理人对鉴定人出庭作证的申请,人民法院是进行实体审查,还是仅从形式上审查,我认为人民法院是仅从形式上进行审核的。因此,从新《民事诉讼法》的立法宗旨来看,鉴定人出庭作证是鉴定人的法定义务。同样,在医疗损害赔偿案件中,鉴定人出庭作证是必须的。

那么,为何没有鉴定人出庭作证?在最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第59条中规定,鉴定人应当出庭接受当事人的质询。鉴定人确因特殊原因无法出庭的,经人民法院准许,可以书面答复当事人的质询。因此,在目前医疗损害案件审理中,考虑到鉴定专家工作比较繁忙,考虑到医患矛盾比较激烈等“特殊原因”,几乎没有鉴定人出庭接受当事人质询的,仅有鉴定人出具的书面质询答复。

我建议:1、对于申请方,无论是医方还是患方,申请出庭作证需要考虑到,如就鉴定中不明确的问题需要鉴定人进一步说明的,最好事先准备书面材料,没有必要搞突然袭击;2、有谁出庭作证?由于医损案件鉴定专家组成比较复杂,大多案件均有两个以上学科专家组成,有的案件鉴定时有9名专家出席,涉及到的专业性的问题会交错重叠,需根据具体案件的情况决定;3、关于鉴定人就医学专门性问题作出的解答,如存在事实不清的,最好由法院处理。有些涉及到具体诊疗规范的,也需要提供材料。

人民法院应有相应的制度和措施保护出庭人员的人身安全,消除其后顾之忧。鉴定人也可以要求其出庭作证的相应费用。

目前,医患矛盾还是比较突出的,通过人民法院审理解决医患纠纷这一途径还是应该值得推崇的。通过一个客观、公正的鉴定,能否吹散笼罩在医患纠纷上的阴霾,我们拭目以待。



卢意光



李伊红



刘也华



谢文哲



刘庆伟



陆夏岩

卢意光:刘也华主任从事医疗事故技术鉴定工作有很长时间了,我们接下来听一下刘主任从鉴定机构的角度怎么看待鉴定人出庭的问题。

刘也华:刚才陆律师介绍了一下医患矛盾的情况。说句实在话我们作为鉴定机构对这个情况也很有感触,因为我们也遇到过一些具体的情况。医学上的问题太复杂,有些事情很难简单用某一个因素,甚至两三个因素就能够说明一个问题。我不能代表鉴定机构,我只能代表我个人。说句实在话,我看了新《民事诉讼法》第78条以后,根据我多年的工作经验,这里面存在很多问题,我就讲三个“有待于”。

第一个是整个医学会医疗鉴定体制和我们司法鉴定人的制度有待于进行衔接和统一。上海的规定很明确,鉴定体制应该说基本上都是通过医学会来进行鉴定。虽然法律条文规定医患双方协商一致可以指定某个鉴定机构来鉴定,协商不成的话法院委托医学会来鉴定。说句实在话,这个结果本身说明医学会承担鉴定的几率很大。关于证据的问题过去法律法规条文也有很多,这次《民事诉讼法》新修改以后,在证据方面我看基本也都采用原来证据规则的内容,增加了一点,即证人出庭的制度。这个是作为证人失效制度在我们国家首次出现。就像刚才李法官讲到的很实际的问题,这条法条出台以后,鉴定人、鉴定机构肯定要受到一些影响,我们今后怎么来做这件事情,值得研究。

第二个是操作细则有待于明确和完善。在《医疗事故处理条例》施行后,上海高院出台了一个21条,它规定在法院审理的医疗诉讼案件交由医学会鉴定;《侵权责任法》生效后又出台一个28条。其实21条、28条核心内容没有什么太大变化。对于新《民事诉讼法》第78条,现在高院在调研,因为这个证人出庭不仅仅针对医疗案件,它针对的是全社会,这个怎么操作?谁出庭?怎么出?成本谁来负责?还有一个就是刚才说到的证人保护制度,目前来说在我们国家人们的整个法律法规意识还有很多需要提高的。

第三个是实施效果有待观察。我们国家法官实行的是独立判断证据制度。证据拿出来以后,法官要作判断,比如说有好几个鉴定意见,法官到底采纳哪一个?法官办案第一是职业操守;第二是逻辑推理;第三是社会经验;第四是自由心证。只有这几样协调好了,才能够达到客观真实和法律真实高度盖然性的统一。

卢意光:谢谢刘主任。接下来听一下徐刚律师关于鉴定人出庭方面的观点。

徐刚:关于鉴定人出庭的规定,我认为它有效地完善了司法鉴定质证认证制度。

一是鉴定人出庭有助于司法公正和社会和谐。鉴定

人出庭难的问题一直没有有效的解决,这一问题引起了各界法律人的关注,目前新《民事诉讼法》已经生效,我们可以清楚的看到司法鉴定在作为证据上由“鉴定结论”变为了“鉴定意见”;提出当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的,鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知,鉴定人拒不出庭作证的,鉴定意见不得作为认定事实的根据;支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用。当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭,就鉴定人作出的鉴定意见或专门问题提出意见。这一法律制度通过强化鉴定人出庭的规定,有助于通过质询解决当事人的疑惑,弥补法庭对专业知识的了解,帮助司法公正,提升审判的权威。

二是应当采取有效的手段保障法律的实施。首先,法院和司法鉴定机构应当尊重法律的规范。法院应当在接到当事人申请后及时依法通知鉴定人出庭;其次,明确出庭人员。我们曾经发现有医学会工作人员代替鉴定人出庭的情况,此现象既不合法也不合理,因为新《民事诉讼法》规定出庭的应当是鉴定人,但是工作人员并非鉴定人,工作人员的出庭从形式上就违反了法律的规定。另外,鉴定人应当为鉴定书负责,而非工作人员的出庭对鉴定意见的质证不存在价值。而且工作人员并非专业人员,并不具备专业的知识,他的出庭只能回答鉴定人及鉴定结构的资质问题,而这一点法庭自身就可以查明,对于最重要的鉴定意见的质询,他却不能从专业的角度进行解释。

三是改变部分鉴定人和鉴定机构的抵触心理。对于鉴定人出庭,部分人员会有无法保障鉴定人安全、专家工作繁忙无法出庭等问题,抵触出庭。对此我个人认为:关于安全问题,虽然不能完全排除个别人可能会有情绪过激的行为,但是对于大多数数人,尤其是发生事件后选择相信法律,通过司法途径解决问题的普通人,不能提前就给予其带上了可能会伤害鉴定人的这一嫌疑帽子。

四是对于拒不出庭的鉴定人应当有相应的措施。新《民事诉讼法》虽然规定:鉴定人拒不出庭将会导致鉴定意见无法被采信。但是毕竟不能排除个别鉴定人存在我只做鉴定,就不出庭,法庭采信与否都于我无关的心态。而这可能会对案件带来历经多次鉴定而无人出庭导致反复鉴定、延长审限的问题,不仅造成了当事人的诉累,也会极大地浪费诉讼资源。因此,我们也希望法院能尽快地出台就这部分鉴定人的制约措施。

卢意光:最后,感谢大家参与本次“法律咖吧”。对于新《民事诉讼法》中关于医疗鉴定人出庭制度的研讨,今后我们还将对该问题进行进一步的探讨,希望各位嘉宾能继续参加。●

(以上内容根据录音整理,未经本人审阅)

人物简介

罗文嫔：上海市理诚律师事务所高级合伙人、党支部书记。曾荣获：上海市优秀女律师、上海市司法行政系统先进个人、黄浦区“三八”红旗手、静安区“三八”红旗手、静安区优秀共产党员等光荣称号。2013年荣获上海市“三八”红旗手称号。



人物 优秀女律师 ●文/罗文嫔

以法之名证我心

二十年前,我第一次站上法庭,作为一名职业律师,以法律和证据为武器,以理服人,让追求司法公正成为自己神圣的使命和职责。二十年后,我已经是一名成熟而富有成就的资深律师。二十年来,律师工作于我而言已不仅仅是一份职业,更寄托着我毕生的理想、责任、热爱和专注。青春岁月倾注在厚厚的卷宗和一方代理人席位上,我所付出,得到了精神上的丰厚回报;我所付出,让理想向现实迈进。

栉风沐雨 一个信念

法律是公正的,一杆公平的天秤拨云见日,为陷入争端中的人求取一个最公正的结果,为浪潮奔涌的社会铺平前进的道路。在从事律师工作之前,我在基层企业担任党务政工干部,我向往以己之力为社会做出应有的贡献,也向往凭借自己的能力让公平公正得到应有的诠释,怀揣着一份虔诚和期盼,我走上了职业律师的道路。

急人所急,细致入微地处理问题,让事情得到最好的解决办法,这是我所追求。律师用法律的武器维护社会稳定,保护遇到困难的民众,支持推进政府的决策,为此我奋战在处理纷争的第一线。

一个顾问单位因场地对外出租形成了经营多年的建材市场,由于当地政府调整业态需取消该建材市场,引起了数十户摊主连续数夜闹事的群体纠纷事件,摊主扬言今日再达不成补偿协议将举旗游行,情况紧急、牵涉人员众多,如不迅速平息,将造成恶劣的社会影响和破坏稳定和谐的局势。每当这样的时刻,沉甸甸的责任感总能赋予我最大的工作激情。按区、街道、业主和租户代表磋商的紧急会议确定的补偿口径,我立即起草制作了四种不同情况的补偿协议,并代表业主单位与近四十户摊主连夜签订了搬迁补偿协议。我从当天上午一直工作到次日凌晨五点,而上午十点还要开庭。当我来不及打一个盹,急匆匆准备离开时,部分尚未签约的摊主竟躺在我的车前不让我走。他们的焦急之情溢于言表,我深深理解他们的焦虑,我动之以情、晓之以理,耐心说服大家,并把自己的手机号码留给

了他们,保证将此事负责到底,使他们的情绪得到安抚,最后我终于平安离开现场。而对摊主们的承诺时时刻刻都像沉重的石块一样压在我心里,这对于我是工作的责任,对于他们却攸关重大,如果不能处理完善,也将为社会稳定带来不利的影响。开完庭,我立刻为前来联系的摊主协商签约,在单位、街道、警署等各方的努力下,这一事件最终顺利解决。

律师的责任,不仅仅在于追求案件的经济效益,更在于注重办案所能取得的社会效益。化解矛盾,维护社会稳定,为整个社会争取最大的利益,这是我一直在努力的方向。

2009年,在世博动迁的一块基地上,进行搬迁所引发的补偿纠纷涉及到了几百家商户,我作为产权方的常年法律顾问处理此案。对于承租商户提出的种种不合理的补偿要求,有采取比较强硬的诉讼方式和采取适当宽松的化解方式两种办法。如主张诉讼,我可以收到很可观的律师代理费,但受诉讼程序的制约,基地搬迁的时间和进度也无法保证;如不诉讼,我作为常年律师,为此事做一些工作属于义务不会再行收费。

从事法律工作多年,我明白社会稳定远高于个人利益,况且,长远而可持续的合作方式也能让双方获得更大的收益。我选择了后者,不厌其烦的配合顾问单位多次发函与商户联系,协同顾问单位及政府部门相关人员和商户进行协商沟通,以疏导为第一要务。最后在没有进行任何诉讼的情况下,在政府六部门的一致行动下,按期完成了该基地的搬迁。

清晰的原则让事情变得简单,也使我的工作方向明确并充满动力,无论哪家顾问单位发生群体或恶性纠纷,我告诉自己,处理的原则都是把社会利益放在首位,与单位、地区、警署等领导一起积极疏导,化解事端。每一次成功、每一个事端的化解,都使我感到无比喜悦。

学以致用 开拓发展

学习让人不断地进步,不断地发现生活与事业的真谛,这是长期坚持学习进修让我得到的体会。我已年过半百,人生逐渐步入黄昏,但从学习之中,我还是能感受到无穷的活力。

我的学习之路,是从参加华东政法学院自学考试开始,当时的助学机构是中华全国律师函授中心,每门课都是全国统考,我如饥似渴的勤奋学习,成为全国的优秀学员,函授通讯多次介绍了我的学习情况。得益于自学考试的扎实基础,1992年我顺利通过了律师资格的考试。在步入律师岗位后,我在紧张工作的同时,又完成了同济大学房地产第二大专的学习和华东政法学院的法律本科以及华东师范大学研究生课程的学习。这些学习

的过程就像一股清新的活水,学、问、用,如同车轮一样不断地转动,带给我新鲜的人生体验。已学过的,可以不断领会出更深的含义;未接触过的,则让我的视野更为开阔。

刻苦修学、不倦钻研,这已经成为我的一种习惯。在工作之中,我也随时注意发现事物规律,找到更便捷的解决问题方式。对顾问单位或案件中碰到的法律问题,不找到切实可靠的依据我总是不甘心。通宵达旦地回复一个个法律问题,一丝不苟地完成一个个合同或文件的修改,这是工作,也是对职业知识的再一次推敲和巩固。

在90年代末期的一个房地产开发项目中,因涉及到参建联建方、接盘方、股权多次转让、楼盘的查封等一系列复杂的法律关系,十余年来疑案丛生。处理案件的过程中,我与沪上数十名律师对庭。我深知每一份证据、每一个细节都可能是案件进展的重大突破。我走访了数十家政府主管部门和有关拍卖、审计、评估公司,进行政策咨询,寻找相关证据,同时查阅了大量的相关资料,写了十几万字的《工作报告》、《代理意见》和《情况说明》,在我和顾问单位的共同努力下,与对方的较量多次反败为胜,避免了巨额国有资产的损失。

在多年的努力中,我获得了不错的口碑,赢得了顾问单位和当事人的好评。由于时常在凌晨一、两点发出修改件,顾问单位的领导总是劝我不要太辛苦,他们信任并依赖我,总是说:“罗律师同意就可以了”、“这件事由罗律师决定”。常有顾问单位领导对外介绍我时,骄傲地说:“罗律师从来没有为我们打输过官司”。我感谢这样的信任和依赖,这是肯定,更是激励。

工作的锤炼、岁月的积累宛如大浪淘沙、风霜侵蚀,滤去杂质,留下最初的理想和志愿。在工作中学习,在学习中升华,不息思索,努力实践,这是多年来我的成长轨迹,也是我未来的努力方向。

立足本职 奉献社会

依法治国需要律师精通法律知识,与此同时,民众法律意识的宣传、社会法律基础的完善也需要众人拾柴,共同助力。为此,我参加了各类社会法律咨询活动,运用我的法律知识,奉献自己的一点力量。许多次,我上广播电台参与“东方大律师”节目,到基层为商贸商会会员单位上课、到高科技园区为科技孵化企业上课,义务解答各类法律咨询,并为政府解决突发事件出谋划策。

静安区万春街火灾事件发生后,静安区司法局领导牵头组成了律师顾问团,我便是其中一员。参加法律研讨之外,我负担了起草该事件几个主要法律文本的任务,运用债权债务转让的法律技巧,解决了死亡人员的

身故补偿和烧伤人员的医疗救助资金。突发事件的处理和解决时常需要有全新的思路和方法,寻求更好的解答,既是我的一种职业习惯,也是对于社会的责任和义务。

在我的顾问单位中,有一家单位承接上海市许多重大公众物业的经营管理业务,如世博会的中国馆、F1国际赛车场、旗忠网球中心、上海科技馆、上海城市规划展示馆等。这些场馆代表着上海的形象,标志着上海这些年来各方面的高速发展,可谓重中之重。遇有重大国际国内活动,突发事件的处理需要法律支持,为此我愿意放弃休息时间,不计报酬,作为志愿者参加现场活动,与工作人员一起为了一方的平安而努力,身为其中的一份子,我感到无比骄傲。

作为律师事务所的高级合伙人,我又兼任了党支部书记职务,在做好律师工作的本职之外,我还积极参加

和组织党内各项活动,在培养年轻律师上发挥了一定的作用。2011年党支部培养发展了两名80后的年轻律师加入了党组织,并培育了新的积极分子队伍。2012年我所在的党支部被评为虹口区“两新”组织争先创优先进基层党组织。

奉献的快乐不在于成果多么炫目,而在于付出的汗水和劳作的充实。这些年来,我获得过许多荣誉,这只能让我对自己的职业生涯和人生道路更加充满感恩和自信。

勤奋敬业,诚实守信,追求公平,积极奉献,这是我对自己的要求,也是实现人生价值的必须。在脚踏实地的辛勤耕耘后,以往的经历成为我人生宝贵的财富,我将为实现社会的公平正义与和谐而继续努力,以法之名证我心。●

图片新闻

“普陀法律人之家”正式启用

日前,“普陀法律人之家”正式启用仪式举行。市司法局公管处副处长徐青,普陀区司法局党委书记、局长夏宝元,区司法局副局长王敏及律师、公证员代表20余人参加了仪式。

“普陀法律人之家”是在区司法局的支持下,由普陀公证处、区律工委发起建立,以公证处三楼多功能会议室作为硬件配备,面积为60平方米,可容纳近40人。“普陀法律人之家”以低碳环保为设计理念,装潢温馨雅致,设施齐全,成为区律工委组织活动的主要场所。

“普陀法律人之家”的建立是积极应对该区律师、公证业快速发展的需要,为普陀律师、公证员搭建的对外展示、合作交流、学术研讨、沟通联谊的资源共享平台。“法律人”的含义是指高度信仰法治思想,持有深刻的法治理念,运用法律处理社会关系,实现社会公平与正义,追求人类社会和谐发展的法律职业从业者,是法之精神薪火传承的“人”。“普陀法律人之家”的建成只是一个开始,今后,该区律工委将积极结合律师的实际需求,探索服务管理的新模式,创新活动形式,营造浓厚氛围。



法月良法語

香港大律師之窗 ●文/石永泰

浅析香港法院 “非便利公堂”原则



石永泰：资深大律师、香港大律师公会主席

写法律文章，很多时候都不免要引经据典，如“依据什么什么法第多少条”、“根据这个或那个案例”。但本文旨在跟内地同行分享和简介一个普通法下特有的概念，重点是讲述大原则，所以我并不打算在文中引述一条法例或一个案例。这样行文不会累赘，大家读起来也可能更为流畅。

要解释“非便利公堂”（源自拉丁语 *forum non conveniens*），必定要先从法院的司法管辖权说起。

所有地方的法院都有一套法律，规定法院在什么情况下对案件有司法管辖权。根据传统普通法的原则，民事诉讼由起诉文件启动（不同性质的纠纷有不同的起诉文件，在此不作详述）。用一个最简单的例子，最常见的起诉文件叫“传讯

令状”。一个原告人只须到法院缴纳一笔数目相对不高的手续费便可获法院发出的一份传讯令状。法院在发出传讯令状的过程中，并没有任何筛选的功能，也不会代原告把传讯令状送达被告。送达传讯令状是原告（或其律师）的责任。

香港法院对一宗诉讼的司法管辖权，首要是建基于案件的起诉文件能否在香港境内送达被告人手中。只要被告人身在香港（有限公司在法律上究竟被视作身在何方，普通法有一套原则决定，在此不作详述），而原告人又能把传讯令状送达被告，法院就有权审理该宗案件。如果被告不呈交答辩文件或出庭抗辩，法庭有权判其败诉。这种司法管辖权我们叫作“当然司法管辖权”（*jurisdiction as of right*）。

另一种司法管辖权是“酌情性司法管辖权”（*jurisdiction as a matter of discretion*），应用于在香港境外的被告。这类被告，传讯令状不能在境内送达，原告人必须先获得法院的行使酌情权，准许原告人在境外将传讯令状送达被告（关于传讯令状如何在香港境外合法有效地送达被告，这涉及国际司法合作程序，在此不作详述）。

“当然司法管辖权”和“酌情性司法管辖权”的分别在于：“当然司法管辖权”只须被告人在传讯令状送达抵的一刻身处境内便可确立；相反，“酌情性司法管辖权”必须经过法院一个“过滤”的程序，才可行使。原告需要证明案件跟香

港有一定程度的关连。例如（法例其实详细列出了所有认可的“关连”，下述只是些比较容易理解的例子）案件涉及一份受香港法律管辖的合约，或者涉及在香港作出的侵权行为，或者涉及在香港境内的财产或土地，又或者涉及一份在香港订立的合约等。

两种司法管辖权区分的理论基础是，从前认为一个人身处一个地方就代表他愿受当地法院管辖，所以法院可以理所当然地对他行使司法管辖权。相反，一个境外的人可能和香港毫无关系，所以法律要求诉讼本身要跟香港有一定程度的关连法院才可行使“酌情司法管辖权”。

但是“当然司法管辖权”存在一个问题，无论案件与香港的关系多么薄弱，被告人只需在香港作极短暂的停留，原告人已可把传讯令状送到被告手中。法律课本中一个较极端的例子，就是即使被告只是在机场候机室等候过境或转机，无意在香港经商或生活，原告也可把传讯令状送达被告。如是这一宗与香港毫无关连的案件（例如两个外国人围绕一份外国法律管辖的合约的争议），可以单凭原告单方面的行为，呈上香港法院审理。

为解决这种问题，普通法制度下的很多法院（英国、美国一些州、香港等）都发展出一套“非便利公堂”的原则。一言以蔽之，即使法院拥有“当然司法管辖权”，被告一方也可向法院申请把官司搁置（*Stay*）。原因是香港之外的另一个司法管辖区的法院比香港法院更适合审理该纠纷。如果申请受理，香港法院即使有司法管辖权（甚至是“当然”的）也不会行使。

“非便利公堂”概念包括以下要点：
一、由于前提是“当然司法管辖权”已被确立，所以举证责任在被告一方，即

说服法院不去行使它的司法管辖权。

二、关键的概念是“最适合”。所以“非便利公堂”内的“便利”其实不太准确,但拉丁文流传下来,约定俗成。

三、“适合”的意思是说在审讯过程中取证和考虑适用法律上,究竟哪一个法院可以最有效率最符合公义原则地审判案件。比方说,事实的证人多数来自何方,纠纷适用何种法律、证人、文件和法院的语言等。法院的焦点是有争议的事实和法律,所以被告人在申请时一定要清楚解释自己打算用什么理由申辩(道理很简单,如果连辩护理由都说不出个所以然,则搁置官司只会供被告拖延、浪费时间)。如果是事实争议,证人居住何地、说什么语言、来港是否容易,即使居于海外,可否用视频会议作供。如果是法律争议,争议点是什么、是否涉及外国法律、外国法律和香港法律有何异同,以及是否特别难以理解等。

四、该法院必须“清楚明确”是最适合的法院。假如该法院和香港法院相比,分别并不明显,或只是稍稍较适合,那申请便会被驳回,因为香港毕竟有“当然司法管辖权”。

五、香港法院不会比较另一法院的司法质素和程序优劣。但如果原告一方能以强有力的证据证明该另一司法管辖区的法院由于贪污、保护主义、法官素质、司法效率等因素以致根本不能进行公平审讯,香港法院有权拒绝被告的申请。

远在十九世纪,甚至到二十世纪中叶,英国法院很多时候都不太愿意以“非便利公堂”为由把案件搁置。但到二十世纪后期,随着国际商贸频繁,法院也理解到司法管辖权固然是国家主权重要的一部分,但不行使司法管辖权也不是一件“丧权辱国”的事,反而是大方和尊重国际和谐关系(international comity)的表现,所以较以前愿意把案件搁置,让案件在最合适的“公堂”审理。●

视角

●文/王俊民

辩护人庭审发问系列文章之四

论庭审发问的问题设计与排列

最佳的问题设计,在于被问对象无法拒绝回答问题;最佳的发问逻辑,在于下一个问题的内容最好来自于前一个问题的回答;最佳的问题排列,在于将前一个问题的回答巧妙地利用来提出下一个问题。

有问并不等于有答,问得精巧,才能收获预想中的回答;简单、明确的问题,才可能获得直截了当的回答;精致、讲究的问题排列顺序,有可能决定庭审发问的成败。

庭审问题设计应体现六个统一:事实与法律的统一、问与答的统一、文才与口才的统一、儒雅与执着的统一、仪表与风度的统一、规范与发挥的统一。

一、问题的结构

发问就得有问题。问题的存在是构成庭审发问的基本要素。辩护人通过发问,引出回答,从而向法庭阐明事实真相及有利于被告人的事实。被发问人回答问题的正确与完整程度,很大程度上取决于辩护律师问题的质量。问题设置得正确,才有可能获得较理想的答问效果,否则很难从被发问人的回答中得到有价值的证言。

所谓问题,是指“一种形式,在这种形式下,既强调对事物是了解的,又强调对它的某些方面或者与其他事物的联系是不了解的。”任何一个具体问题都是由已知和未知两部分内容结合而成。未

知部分是发问者希望了解、弄清的事物情况,在表示问题的语句中有较明显的问语形式;而已知的部分是指发问者已掌握了的事物情况,它在表示问题的语句中一般不太明显,常以隐含的方式存在。比如,发问人向证人问道:“你当时看见李××拿了一些什么样的刀?”在语义上,作为询问性质的问话,这个问句由两部分结构组成:

1、发问人知道证人看见李××拿出一把刀。这是问题提出的依据,称为“预设”。

2、发问人要求弄清、印证该人究竟拿出一把什么样的刀。这是发问人想索要的信息,称为“求证”。

问题的第一部分含有隐约的暗示性句意判断,是问题的基础,是问题的论据部分(有据才可以这样问);第二部分是询问部分,即印证判断部分。所以,问题的第一部分本身含有信息传导,第二部分则旨在向被发问人索取信息。

每个问题就其构成而言都暗含某种预设,关键在于问题的预设是否真实,即有无根据。如果预设为真,那么问题就是真的,发问才是合理的。如问句“你不想交待你的犯罪事实?”这对一个确有犯罪行为的人来说,这样提问的前提是真实的,因而这种提问是合理的,有价值的。如果对一个尚无确凿事实断定其已经犯罪的人,提出“你不想交待自己的犯罪事实?”这样的问题,就是不合理

的,也是无价值的。因为这个问题中暗含的预设仅仅是一种假定,不一定具有真实性。这种以假定的事实为前提的提问,实际上给对方设置了一个陷阱,其客观效果很可能导致诱供这种非法情况的出现。因为,如果被问人未能觉察到隐含在其中的这个主观假定的前提,那么无论他回答“想”,还是“不想”,都意味着对这一假定事实的承认,依此所得到的证言就很难说是真实的或有价值的。

二、问题的结构类型

按照问题逻辑理论,问题有两种:一是抉择问题;二是填空题。

抉择问题要求被发问人在两个互相矛盾的答案中选择一个,一般以“二元是否问题”形式出现的最多。如“你是否犯罪?”这种问题,要求被发问人在肯定与否定之间作出选择。

填空题则不要求肯定所提出的答案,也不要求排除其他答案,而是要求以适当的方式填充空位。如“你为什么盗窃?”去掉疑问词“为什么”后,问题里就形成了空位。这个空位就是需要被发问人去填充的,也是发问人所追求的“求证”。

任何问题都含有预设。如“你为什么盗窃?”这一填空题就预设了“你是盗窃犯”。问题的预设实际上是问题中暗含能用陈述句表达的某种思想。问题的预设可能与事实相符合,也可能与事实不相符合。以虚假预设为前提的问题,称为虚假预设问题。

抉择问题的主要类型为“是——否”类。“是——否”类型问题的预设是该问题的预设及否定的析取。假定以A表示预设,则“是——否”型问题预设应为“A或者非A”,也即是一个选言判断。填空题的预设,是由原问题去掉问式并在疑问词的空位上填入与其疑问词

对应的词所形成的语句。如“你为什么杀人?”,其预设为“你因某种原因杀人”。

抉择问题和填空题并不存在优劣之分。庭审中,辩护人可以根据实际需要灵活地使用抉择问题或填空题。原则上讲,当填空题所预设的直言判断已经证实为真,并且需要了解被问人对某一具体问题的多种可能回答中的正确答案时,就宜提出填空题。当还不能对某个直言判断作出真假断定时,就应该使用抉择问题。如“案发前你是否去过现场?你跟被害人是否有经济往来?”等,都是使用抉择问题的具体例子。

虽然抉择问题预设是一个选言判断,但应当注意抉择问题有时也带有示意性。例如,假定以填空题先问被告人:“你为什么要伤害××?”如果被告人一时没有作出回答,辩护人又问:“你跟××是否有仇?”显然,这一问题具有明显的示意性。被告人可能根据示意回答:“是的,我跟××有仇。”

三、问题的设计

辩护人庭审发问既要为查明案情服务,也要突出为实现辩护人职责服务;问题的设计既要明确发问总体目的,也要考虑每次发问所要解决的中心内容。

(一) 发问目标的设计

1、明确每次发问所需解决的中心问题。如从辩护角度对辩方证人发问的目标在于引导证人向法庭陈述清楚有利于辩方的案件事实;向控方证人质证发问所要解决的是根本内容或揭示证言的虚假不实,或是指出该证言证明力并不充分。

2、对可能得到的回答要有所预测,并准备相应的对策,以便围绕中心内容继续发问。对没有明确目的或相应把握及对策的内容,应当考虑少发问或不发问。

3、对于已陈述清楚且由其他证据相印证的,或依据其他理由失去意义的内容不应再进行举证或质证发问,不应提出与案件事实没有关联的发问内容,也不要再在显而易见的问题上过多进行“发问”。

(二) 问答对流的设计

1、尊重被发问者人格。证人和被告人两者的法律地位不同,对证人的举证质证发问,无论是问话的态度,还是问话的方式,都应客观、耐心、细致,以征询的方式,得体的语言,保持问答渠道畅通,从而获取积极回答。

2、调动被问人回答问题的积极性。选择被问人容易回答或感兴趣的内容先询问,创造良好的问答气氛。在被问人不耐烦、不愿回答发问时,也不应急躁,更不能讽刺、挖苦、讥笑甚至辱骂,应表现出既严肃又文明的态度,尽量消除对立情绪。

3、耐心听取被问人的回答。认真观察被问人接受询问时的面部表情、体态动作,根据被问人答问时的言行、举动,随时调整发问方法,保持问答顺利进行。

(三) 发问策略的设计

1、加强发问活动的计划性。为保证获得预期发问效果,达到发问目的,必须设计周密的发问提纲,对所需解决的问题,所需发问的对象、内容进行预期和临场的有机归纳排列,明确先问什么、再问什么,确定选用何种语气、用语,如何把握问题与问题之间的衔接过渡等。

2、区分不同发问对象,运用不同发问用语。确定不同发问的对象,不同问题的发问方法。

3、不论何种发问对象,问话必须简明扼要,准确具体,明晰得当,切忌问话词不达意,或选用容易发生歧义的词汇提问。

4、注意问题间的系统性,应当注重利用前一个问题的回答巧妙地提出下一

个问题;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,尤其是在了解案情的发问中,一般应当避免从一个问题跳到另一个问题,相互间缺乏衔接过渡。

四、问题的排列

任何一个案件必然是由多种事实因素(人与人、人与物、物与物)综合作用的结果。辩护人要通过庭审发问向法庭描绘案件事实,必然通过多个问题以及对这些问题回答的组合才能形成。

问题的多少应视案件事实的复杂程度而定。如果案件事实复杂,所提的问题就会多一些,反之少一些;如果免证事实多一点,所提的问题要少一些,反之,所提的问题就要多一些。无论问题多少,都必须有事实作根据。

辩护人在确定庭审发问总体目标后,应确定所提问题间的内在联系,弄清问题与问题间的关系以及各个具体问题在整个庭审发问中的作用地位,在周密

思考的基础上,组合形成合乎逻辑的问题系列,使整个庭审发问有条不紊,步步深入,最终达到查清案情事实的预期目的。单个的、零散的问题,即使其设置有根据,被发问人作答完美(这种情况并不多见),充其量也只能了解到有关案件的个别的、零散的事实。而按一定逻辑联系将多个问题有序排列到一起所形成的问题组合,能较有效地实现向法庭揭示整个案件事实真相的预期目的。

辩护人庭审发问的问题排列顺序因案而异,不可能完全一致,但是根据各个问题在发问中的地位和作用,可以把问题区分为三种不同类型并大致对发问的顺序进行排列。

第一发问的问题:基础性问题

基础性问题是关于被问人基本情况方面的问题。提出这一类问题,从表面上看,有时或似乎与查明案件事实关系不大,但须知其作用不可忽视:

1、能从答问中弄清答问人的身份,明确是否系被发问的人,防止问错对象。

2、消除被问人的紧张对立情绪,营造出一种较为自由宽松的氛围,使下一步的发问得以顺利进行。

3、有利于了解被问人的性格,根据被问人的言行表现,选择下一步发问的内容及发问的方式。

第二发问的问题:一般性问题

一般性问题是指那些与案件虽然有些关联,但这种联系又不甚直接,并不是要害问题。同基础性问题相比,这类问题与案件的联系要明显一些:

1、一般性问题容量很大,没有特定的要求,可以是仅指出回答问题的轮廓,如:“关于×事件你听说过吗?”“你与××是怎样相识的?”;也可以仅要求简单地回答“是”或“否”,如:“你是否承认犯有被指控的罪行?”

2、在提出基础性问题之后,或庭审发问处于僵持的状态时,提出这种含义较笼统,倾向性不甚明显的问题,能使被问人较自由地陈述自己所知道的,或者愿意说出的情况。

第三发问的问题:针对性问题

针对性问题是指就案件的某个具体情节或事实而提出的问题。其特点是:

1、内容具体、目标明确。例如:“×年×日晚上你在什么地方?”“这件事你真的不知道吗?”等等。

2、针对性问题是一些点的结合,缺乏面的贯穿。因而必须在经过一般性问题的发问后,再进行发问,防止法官理解困难。

3、辩护人在发问过程中,应该注意通过具体的发问去揭示或证实具体的情节或问题,这样就可以聚少成多,由点到面,逐步把整个案件事实的真相展现在法庭上面。

关注问题结构、设计、排列,可以收到事半功倍的效果。●



视角

●文 / 赵玉刚 张燕珺

浅析企业 IPO 过程中 关于无形资产出资的 相关法律问题



赵玉刚:上海市广发律师事务所律师



张燕珺:上海市广发律师事务所律师

随着知识经济时代的到来,企业的核心竞争力除了有形资产及金融资产以外,无形资产在为企业创造价值的过程中正发挥着越来越重要的作用。科学技术是第一生产力,无形资产作为新型生产力的要素之一,除了作为资产可以进行交易以外,也可以作为资本进行投资。因此,IPO 申报企业在历史过程中以无形资产出资的现象也是屡见不鲜,所产生的法律问题也需要重点关注。本文将就无形资产出资所涉及的法律问题及解决办法进行分析。

一、关于无形资产出资的概述

(一) 关于无形资产出资的法律规定

根据我国《企业会计准则》关于无形资产的定义,无形资产是指企业为生产商品、提供劳务、出租给他人,或为管理目的而持有的、没有实物形态的非货币性长期资产。无形资产可分为可辨认无形资产和不可辨认无形资产。可辨认无形资产包括专利权、非专利技术、商标权、著作权、土地使用权、特许权等;不可辨认无形资产是指商誉。

根据《公司法》第二十七条第一款“股东可以用货币出资,也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价

出资;但是,法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外”的规定,股东可以无形资产对公司出资。根据《公司法》第二十七条第三款“全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的 30%”的规定,股东以无形资产出资应当符合法定比例。根据《公司登记管理条例》第十四条“股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资”的规定,股东无形资产出资的范围得到了进一步的规范。

综上所述,无形资产可用于出资,但并不是所有的无形资产都可以用于出资,判断无形资产是否可以用于出资的关键要素在于该无形资产是否可以价值衡量。

(二) 关于无形资产的出资程序

股东用于出资的无形资产应当有利于公司生产经营、为公司产生收益,同时须履行相应的出资程序,具体包括评估、所有权转移、验资等。

1、无形资产评估

股东以无形资产出资的,必须经第三方评估机构进行价值评估。我国法律法规所规定的无形资产评估方法主要有现行市价法、重置成本法和收益现值法,而收益现值法系评估无形资产出资价值的较为常用的方法。

收益现值法是指通过估算被评估资产的未来预期收益并折算成现值,借

以确定被评估资产价值的一种资产评估方法,常用指标有收益额、收益期限和折现率。收益额是指由无形资产直接带来的未来的超额收益。收益期限是指无形资产具有的实现超额收益能力的时间。无形资产以该等方法评估的价值主要以未来的收益价值为基础,但由于未来收益的不确定性,无形资产评估价值还须参照在评估收益期限内实现收益价值的情况。

2、所有权转移

根据《公司法》的规定,股东以无形资产出资还应办理无形资产的所有权转移手续,将无形资产的所有权属由出资股东变更至公司名下。有权属登记的,应变更权属登记证书上的所有权人;无权属登记的,应将出资技术的相关资料移交给公司,由公司入账。涉及非专利技术出资的,还需要以法定方式向公司交付该技术并保证公司在使用该技术不存在障碍;涉及到以专利权和计算机软件著作权出资的,还应关注其剩余保护年限及是否许可第三人使用的情况,以避免对公司的正常生产经营造成不利影响。

3、验资

根据我国目前法律法规的规定,股东出资设立公司或增加公司注册资本都必须经由具有资质的会计师事务所进行验资。股东以无形资产出资的,应当由会计师验资并出具验资报告后计入公司的实收资本科目,履行相关工商登记手续后,才视为出资程序履行完毕。

二、无形资产出资的常见问题

IPO 申报企业在历史沿革中由于对法律法规的理解不深刻以及有关部门的监管力度不够,经常存在被中介机构发现其股东以无形资产出资不合规的

情况,具体表现形式为:

(一) 无形资产出资比例超标

根据 2004 年 8 月 28 日颁布的《公司法》(以下简称旧《公司法》)第二十四条第二款“以工业产权、非专利技术作价出资的金额不得超过公司注册资本的 20%,国家对采用高新技术成果有特别规定的除外”的规定,非货币出资的比例不得超过 20%。根据 2005 年 10 月 27 日颁布的《公司法》(以下简称新《公司法》)第二十七条第三款“全体股东的货币出资金额不得低于公司注册资本的 30%”的规定,非货币性资产(含无形资产)的出资比例最高可以达到 70%。新《公司法》对无形资产出资比例作出重大调整。但在实务操作中,2006 年之前设立的公司,经常存在股东以非货币性资产(主要是无形资产)出资比例超过 20%的情况,特别是科技园区内的企业。

(二) 无形资产出资不实

股东以非货币资产出资,虽然经过了评估程序,但实践中还是会造成出资不实的情况。如果股东用于出资的无形资产权属存在问题,或者用于出资的无形资产价值被高估,均可能造成无形资产出资不实。具体表现形式为:

第一,将公司拥有的技术评估后,用于股东对公司的增资,实际上是公司资产的重估入账,在法律和会计上都存在明显错误;第二,公司大股东就公司拥有的非专利技术,以与其相似的技术成功申请专利后,再以该专利评估后对公司增资;第三,股东用于出资的专利或非专利技术系来源于原任职单位。

无形资产价值被高估的表现形式通常为:一是用于出资的无形资产对公司根本没有价值;二是用于出资的无形资产评估价值明显过高,以收益现值法评估的,无形资产对公司的价值贡献达不到预期收益。

三、证监会关于无形资产出资的特殊规定或审核要求

笔者主要通过整理并分析证监会对 IPO 申报企业涉及的无形资产出资问题提出的反馈意见,认为证监会主要关注无形资产出资的下列法律问题。

(一) 关于无形资产占比的要求

根据新《公司法》的相关规定,公司设立时,货币出资金额不得低于注册资本的 30%,以及《首次公开发行股票并上市管理办法》第三十三条的规定:“发行人应符合的条件规定:最近一期末无形资产(扣除土地使用权、水面养殖权和采矿权等后)占净资产的比例不高于 20%。”发行人股东以无形资产出资时,必须满足货币资金不少于注册资本 30%的要求。如果发行人拟在主板或中小板上市时,还需确保最近一期末无形资产占净资产的比例不得高于 20%。

(二) 关于无形资产出资不实的关注事项

对于企业历史上的出资资产质量差、评估价值较高的情况,属于会计问题,应合理计提减值。如要对评估增值过高的出资进行现金补足,不需要对出资资产的会计处理进行追溯调整,补足的现金直接计入资本公积。

如历史上确实存在出资问题,如出资不实、虚假出资、资产高估、抽逃出资等,应有相应的补救措施,补救后不会对现在造成不利影响,补救完后应运行一段时间。

证监会一般会关注无形资产的形成过程、权属情况,以及是否符合当时出资比例的要求;特别关注无形资产的形成,看是否是职务成果,权属上有无纠纷,无形资产对发行人目前和当时的业务与技术上有无实质作用。

综上所述,无形资产出资的审核重

点主要还是集中在本文第二部分提出的常见问题。

四、无形资产出资问题的解决办法

无形资产的出资问题主要集中于出资不足,在这种情况下,企业只要在上市申报前解决并符合证监会审核要求的期限后,便不会对企业IPO构成实质性障碍。关于无形资产出资的解决方法主要如下:

(一) 无形资产出资比例超标的解决办法

旧《公司法》规定:“以工业产权、非专利技术作价出资的金额不得超过公司注册资本的20%,国家对采用高新技术成果有特别规定的除外。”上述“除外”的情况是指1999年3月国务院办公厅批转的《关于促进科技成果转化若干规定》的规定。根据该规定,“以高新技术成果向有限公司或非公司制企业出资入股的,高新技术成果的作价金额可达到公司或企业注册资本的35%,另有约定的除外。”

根据国家科学技术委员会和国家工商行政管理局于1997年7月联合颁布的《关于以高新技术成果出资入股若干问题的规定》(2006年5月被废止)的规定,以高新技术成果出资入股,作价总金额可以超过公司注册资本的20%,但不得超过35%;出资入股的高新技术成果作价金额超过公司注册资本20%的,需报省级以上科技管理部门认定;公司股东持省级以上科技管理部门出具的有关高新技术成果出资入股的审查认定文件和其他文件,到工商行政管理机关办理公司设立登记或变更登记。

根据国家科学技术委员会和国家工商行政管理局于1998年5月联合颁布的《〈关于以高新技术成果出资入股

若干问题的规定〉实施办法》(2006年5月被废止)的规定,以高新技术成果出资入股,作价金额超过有限责任公司或科技开发型企业注册资本20%的,由技术出资方或企业出资各方共同委托的代表,向科技管理部门提出高新技术成果审查认定申请。科学技术部负责审查认定在国家工商行政管理局登记注册的企业;省、自治区、直辖市和计划单列市科技管理部门负责审查认定在本辖区工商行政管理机关登记注册的企业。

根据《中关村科技园区企业登记注册管理办法》第三章第十三条的规定,以高新技术成果出资设立公司和股份合作企业的,对其高新技术成果出资所占注册资本(金)和股权的比例不作限制,由出资人在企业章程中约定。企业注册资本(金)中以高新技术成果出资的,对高新技术成果应当经法定评估机构评估。

从上述规定可以看出:旧《公司法》对于无形资产出资比例的规定有例外规定,例外规定的制定权限一般可以理解为国务院。无论国务院办公厅转批的文、国家科学技术委员会和国家工商行政管理局联合颁发的文是否具有法律效力,新《公司法》实施之前无形资产出资比例如果超过20%需要满足三个条件:第一,用于出资的必须是高新技术成果;第二,出资比例超过20%但是不能超过35%;第三,出资必须有省级以上科技部门的审查认定,并且审查认定文件作为工商登记的必备文件。

事实上,IPO申报企业的股东以无形资产出资比例超标的情况很少同时符合上述条件的,但从已上市的企业来看,也有相当一部分存在无形资产出资比例超标的问题。在发行审核过程中,原则上只要能够解释清楚该等问题形成的过程,并保证该问题没有对公司的

生产经营产生影响,便不会对公司首发上市产生障碍。中介机构在解释无形资产出资比例超标的问题时,应重点关注以下几点:第一,在申报文件中如实披露,承认无形资产出资比例不规范或存在瑕疵;第二,在申报文件中说明不存在出资不实的情况,对企业实收资本的形成没有影响,不影响其他股东的利益;第三,投入公司的无形资产入账后,每年都会进行摊销,如果申报期该等无形资产的净值已经低于原值的20%,那么无形资产出资比例超标则属于历史问题,一般不会引起过多关注。

(二) 无形资产出资不实的解决办法

1、无形资产的产权权属存在问题

如果用于出资的无形资产在产权上存在问题,将可能直接导致虚假出资。中介机构解释不清的,则在企业过会时可能会存在较大难度。这种情况下,一般采用现金补足出资并运行一段时间的方法。

2、无形资产价值被高估

如果不存在产权问题,且价值评估手续完备的,则需要结合具体情况做具体分析,有时并不一定被认为出资不实。一般来说,在处理价值高估问题时,应在相关的董事会、股东大会或交易文本中进行类似“发现技术未能发挥原来估计的作用,作价偏高,经重新评估,股东协商调低作价或者原股东补足作价偏高的部分”的说明。如果用于出资的无形资产对公司没有价值或不适用于公司经营,则由出资股东将账面余额用等值货币或其他资产回购,对不实摊销的部分以等值货币或其他资产补足;如果用于出资的无形资产对公司经营非常必要,则先将无形资产全部做减值处理,并视情况对不实摊销的部分再以等值货币或其他资产补足,并计入公司资本公积。●

案例精析 ●文 / 贾明军 公维亮

离婚后夫妻财产分割中涉及的股权转让无效纠纷评析

一、案情简介

李林(男)与刘芳(女)系再婚,于1988年3月登记结婚。双方在打离婚官司时,其所生的一子一女均已成年。与刘芳再婚前,李林与前妻生育一子李小林。

婚初两人关系非常融洽,但最终没能白头偕老。2006年与2008年李林先后两次向徐汇法院提起离婚诉讼,最终法院判决准予双方离婚,但对离婚过程中最大的争议焦点莫过于夫妻共同财产分割了。

双方婚后除购置了大量的房产外,李林还于2002年注册成立了上海新伦服装贸易有限公司(以下简称新伦公司),经营服装贸易。对于房子、存款这些很好计算价值的共同财产,双方还好处理;但对于公司股权及收益,双方分歧较大,难以协商处理。

徐汇法院一审审理后认为,李林、刘芳夫妻感情确已破裂,法院准许其离婚。关于夫妻财产分割,由于新伦公司涉及其他案外人的利益,不予处理。该判决经二审审理生效后,刘芳便向浦东新区法院提起了离婚后财产纠纷。在离婚后财产纠纷审理期间,李林私自与其前妻之子李小林签订《股权转让协议》,将其名下新伦公司65%的股权作价700万元转让给李小林,并经工商部门核准办理了变更登记手续。

李林将其名下股权转让给儿子李小林的行为,不仅给法院正在审理的离婚后财产纠纷制造了障碍,还是恶意转移夫妻共同财产的行为,严重侵害了刘芳的合法权益。为了维护自己的合法权益,

刘芳又以李林和李小林为被告向浦东新区人民法院提起了股权转让纠纷案。

二、法律争议焦点

浦东新区法院审理后认为,该案的争议焦点:一是被告李林持有的新伦公司的股权是否属于其和原告刘芳的夫妻共同财产;二是被告李林在未征得原告同意的情况下将新伦公司的股权转让给被告李小林的《股权转让协议》是否有效。

原告认为,原告刘芳与被告李林于1988年3月结婚,2008年离婚,被告李林于2002年注册成立,该公司股权为原告刘芳与被告李林的夫妻共同财产。被告李林在原告不知情的情况下将本属于夫妻共同财产的新伦公司股权转让给李小林,存在明显的恶意,并且损害了原告的合法权益,应当是无效的。

被告李林辩称,根据《公司法》及相关工商部门的规定,公司在工商部门登记的股东为唯一股东,李林作为新伦公司的股东,有权处分自己的股权,也没有损害任何人的利益。被告李小林所持观点与被告李林一致。

三、律师评析

本案被告李林持有股权的新伦公司是李林于婚后注册成立的,因原告与被告夫妻感情破裂,双方于2008年经上海市第一中级人民法院调解离婚时,被告名下的新伦公司的股权未作分割。无论根据《婚姻法》的规定还是相关司法解释,被告李林名下的新伦公司股权是与原告刘芳婚姻关系存续期间取得的,属于原告刘芳与被告李林的夫妻共同财产。

评析该份“股权转让协议”是否有

效,应该主要从三个方面进行考量:首先,股权转让人即本案被告李林是否有权处分涉案股权;其次,股权转让是否等价有偿;再次,股权受让人受让股权是否存在恶意。

本案中,李林将属于与刘芳夫妻共同财产的新伦公司股权转让给李小林,属于无权处分行为;被告李林在与原告“离婚后财产纠纷案件”审理期间将股权转让给李小林,存在明显的恶意,股权受让人李小林是李林与前妻之子,其有理由知道李林与原告分割夫妻共同财产的事实,其依然受让涉案股权,缺乏必要的善意;李小林以700万元的价格受让涉案股权,缺乏必要的支付能力,并且没有证据证明其已经支付了对价。所以涉案股权的转让应该是无效的,本案也是典型的夫妻一方转移夫妻共同财产的案例。

四、结论

法院审理后认为,被告李林于与原告刘芳婚姻关系存续期间投资设立新伦公司,被告李林无证据证明其投资款为个人所有的情况下,其投资新伦公司的资产应为和原告的夫妻共同财产。尽管我国《公司法》未规定有限公司股东转让股权须经配偶同意,但我国《物权法》规定,处分共有的不动产或动产应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意,但共有人之间另有约定的除外。而在本案中,两被告转让涉案股权的行为存在明显的恶意。综上,法院判决李林与李小林签署的《股权转让协议》无效。法院判决后,原被告双方均未上诉,判决已生效。●

(作者单位:上海沪家律师事务所)

新锐手记 ●文 / 陆宇艇

栏目组稿人: 谭芳 lawyer66@vip.163.com

梦想与坚持

——一个青年律师的信念



陆宇艇: 上海市中茂律师事务所律师

曾经不止一个人问过我,为什么要做律师? 我的回答总是一样的:“小时候香港电视剧看多了”。之所以会有这种似是而非的答案,是因为对我而言,这个问题实在难以回答。每个时间段,心中的答案可能还不太一样,说不上对错,但就是不一样。

学生时代,也许,是因为梦想

10年前,刚踏进大学校园的时候,周围有很多同学和我一样,都怀揣着律师的梦想,可能真的是受到了香港电视剧的影响,也可能是出于内心深处对公平和正义的向往,大家真的会去看王泽鉴,会去读哈耶特,会无比认真地去争论小羊归谁或者牛黄归谁,去辨析什么是孳息,怎样才算不当得利。虽然也忍住不会去想象自己在法庭上意气风发的样子,甚至刻意地说着法言法语从而能让身边的亲戚朋友知道自己是一个法律人,但那个时候的我们,一切都是那么纯粹,因为梦想,所以纯粹。

毕业后,也许,是因为倔强

因为种种原因,刚毕业时,我进了企业工作,直到司法考试通过后,才进了律师事务所。律师在起步阶段收入确实十分有限,在上海这样一座城市里,生活成本之高不问可知,我们每天西装革履,挤着公车,穿梭于上海的各个角落乃至全国各个地方之间,为琐事奔忙。我们每个月都要为生计犯愁,还要忍受着各种人的调侃与奚落等等。个中滋味,如人饮水,冷暖自知。我们的境遇和经济状况颠覆了亲友对于律师所有美好的印象,也摧毁了我们年少时对律师行业所有不恰当的期待。相较于之前在企业里稳定的工作状态和较好的福利待遇,不止是亲戚朋友,就连我,也忍不住会问自己这是在图什么? 心中充满困惑,我不禁质疑自己是否适合做律师? 质问自己做律师有前途吗? 回过头想想,通过司法考试后又义无反顾地离开企业,投身律师业当时似乎真的没有想太多,甚至都没有太多时间去憧憬未来。所为的,可能不过是记忆中那曾经的梦想,和那一份坚持到底的倔强。

执业三年后,也许,是因为未来

经历了从业初期的忙乱,3年后,案源和收入都逐渐稳定了下来,但当初并肩作战的兄弟们却已先后离去,他们的经济状况也有了立竿见影的改善。企业的工作经验和两年的律师从业经历,的确可以让我找到一份收入、福利都过得去的稳定工作,不用加班,不用出差,朝九晚五,可以更好地照顾家人。但我相信,一方面,律师行业能为人提供一个更广阔的发展平台,在这个平台上,个人可

以凭借自身的努力和天赋不断提升,相较于其他行业而言,非技术的限制更少。另一方面,律师行业充满着挑战 and 不确定,这些因素正是律师业的魅力所在。于是,我仍然选择留下,因为相信,相信未来,相信律师行业的未来和我的未来。

至今,依然坚持,是因为信念

从学习法律至今,10年过去了,环顾周围,和我一样依然坚守着自己所谓梦想的人已然屈指可数。太多曾经一起做梦的朋友,因为这样那样的原因,离开了律师行业,每当身边的人决定转行,我内心中不禁会有几分唏嘘,我在衷心地祝福他们的同时也在不断地坚定自己继续坚持下去的信念。

坦白地说,我一点都不认为,留下来的人一定比选择离开的人更明智。事实证明,有相当一部分律师事业上并不成功。在律师这条道路上,能够留下的人比选择离开的人更勇于坚持,而其中有所成就的比一无所成的更善于坚持,仅此而已。

是的,我们坚持下来了,从踏入律师行业的第一刻起,我们就一直坚持着,中途或许想过离开,想过放弃,但时至今日,我们依然站在这里,所凭借的,也许不过是内心深处那份在旁人看来微不足道的倔强和勇气,不过是踏进大学校园时那一份并不成熟的梦想。

为什么要如此坚持,是对美好未来的期许,还是对公平与正义的追求? 也许两者兼而有之。在我看来,同样是活着,我只是希望,能以自己最喜欢的方式活下去,仅此而已,这便是我的梦想。而时至今日,我已经坚信律师业能够让我实现梦想。

眼下的我们,或许勇于坚持,但并不善于坚持;也许坚持不了太久,最终还会放弃。但我希望有一天能毫无愧疚地说,为了梦想,自己曾经坚持过,战斗过……●

专题研究

●文/季诺李凯

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

公司濒临破产阶段 董事职责初探



《企业破产法》的基本宗旨是维护债权人的利益,然而依笔者的实践观察,自《企业破产法》自2007年实施至今,这一宗旨并未得到彰显,现实的情况是大量破产清算案件最终清偿率极为低下,实在难言债权人利益得到维护。诚然,现状的形成有着各种各样的原因,但在目前处理的很多破产清算案件中,公司董事早已置身事外,仿佛破产公司与其全无关系,其中破产清算实践对于公司董事的过度“宽容”也是重要的因素之一。笔者认为,当公司濒临破产时,公司董事所担负之勤勉及忠实义务更应凸显。

一、公司濒临破产阶段董事对债权人承担受信义务的法理基础

受信义务(fiduciary duties),是“委托——代理”模型下代理人对委托人承担的管理责任,长期以来一直被作为公司董事对股东承担职责之理论基础。《公司法》项下董事的受信义务包括了勤勉义务和忠实义务,前者是指董事应当施以适当的注意义务管理公司以使公司的利益免受损害,又被称为“注意的技能和义务”或者“善良管理人的注意义务”;而后者是指董事应将公司的利益置于自己的利益之上,又被称为“信任义务”或者“信托义务”。

一般来说,董事直接对公司承担受信义务,由于公司是股东的投资工具,因此其对公司的受信义务最终也就是对股东作为一个整体的受信义务。但是,当公司濒临破产时,公司债权人也应当成为董事受信义务的委托人,简言之,是因为在公司资不抵债行将破产之情形下,如果公司资产因为管理不善而进一步恶化,最终损害的只能是债权人的利益,而不是股东的利益。

考察国外的立法例,关于董事对债权人承担受信义务的法理基础,不同国家的法律体系有着相似的理解。美国《公司法》上董事对债权人承担义务的法理基础的通说为“信托基金理论”:董事在特定情形下应对债权人承担义务,所谓特定情形就是公司“濒临”破产。依该理论,股东在此时对公司资产已无利害关系,而公司“濒临破产的财产”则被视为债权人的“信托基金”,因此董事应

为债权人利益妥善保管该等“信托基金”。英联邦国家或地区的学理和判例确认,当公司处于破产状态时,则董事对公司债权人所承担的合同性义务将转变为受信义务。英国和澳大利亚的法官在若干判例中认为,在特定情形下公司的董事“通过公司”而对公司债权人承担受信义务。这里所说的“特定情形”也即指公司破产或面临破产之虞的情形。

上述做法的另一理论依据是企业的相机治理理论,其主要体现了债权人和股东之间对于企业控制权的让渡关系,即企业控制权随着企业状况的变化而发生转移。股东控制区和债权人控制区的边界就是破产。进入破产程序之后,所有的企业事务都应该由债权人控制。这就是债权人自治的相机治理的一个基本内涵。

尽管我国法律没有明确规定,基于以上分析,笔者认为,在公司濒临破产阶段,董事对债权人理应具有受信义务,这应当成为进入破产程序以后,追究董事违背其职责的基础。

二、公司濒临破产阶段董事的基本职责

我国《公司法》对受信义务之规定侧重于忠实义务,而对注意义务,除了第148条的共通性规定外,几乎没有涉及具体的内容。这不能简单地认为是立法规定不完善,因为董事作为受信义务项下的代理人,管理公司经营,商事活动本身的风险性和投机性决定了其所作决策之好坏本身很难在事后进行判断,因此只能做原则性规定,其在法律适用上更多地依赖于司法判例。

但是,公司进入濒临破产阶段以后,尽管相关法律并没有规定董事有申请公司破产清算的义务,但董事理应关注债权人的利益,承担对债权人的受信义务。笔者理解,在这一特殊阶段,董事的基本职责主要包括:

(一)妥善保管其占有和管理的公司财产、印章和账簿、文书等资料

破产程序中公司经营管理人员的留守及配合责任发生在公司进入破产程序后,其中很重要的一项责任就是妥善保管其占有和管理的财产、印章和账簿、文书等



李 诺：市律协公司解散与破产清算业务研究委员会委员



李 凯：市律协公司解散与破产清算业务研究委员会副主任

资料,并向管理人移交财产、印章和账簿、文书等资料,而相关的责任人员包括公司的法定代表人及公司的财务管理人员和其他经营管理人员,这也是破产清算工作顺利开展的基础。因此,董事有责任配合完成或者监督公司管理层完成上述工作。

(二)不得实施《企业破产法》所规定的涉及公司财产的撤销或无效行为

《企业破产法》第31条及第32条对涉及债务人财产管理人可撤销的行为做了规定,而第33条则对涉及债务人财产的无效行为做了规定。此类行为都将极大地损害债权人的利益,《企业破产法》也明确规定,一旦该等行为对债权人利益造成损害,相关人员应当承担赔偿责任。

与公司濒临破产阶段董事基本职责相关的一个问题是,在这一特殊阶段,董事是否可以辞职。公司在公司濒临破产的时候往往会发生董事辞职另觅出路的情况,从而导致公司管理混乱,公司财产流失严重。因此,公司董事的辞职也是影响破产财产的接收和处理的一大因素。

在美国,法律并不禁止董事在破产时辞职,但是与此同时,某些法院也认为如果董事辞职会损害到公司或者债权人的利益,则该等辞职应予以制止。和美国《破产法》一样,中国的《破产法》也强调对破产财产的妥善保管、移交和对债权人利益的保护。因此,基于濒临破产阶段对于债权人之受信义务,董事能否辞职应当主要以是否会损害公司利益以及债权人利益为最根本的判断依据。至于何为不损害债权人利益,则需要在实践中结合个案进行分析。

三、对于濒临破产阶段董事失信责任的追究机制

我国法律法规目前尚未有对董事违反受信义务责任追究的系统性规定。笔者认为,该等责任追究可以从以下几方面进行完善:

(一)失信责任的构成要件

笔者认为,濒临破产阶段,如果董事违背其基本职责所应承担的责任为失信责任,失信责任实际上是侵权责任在《公司法》上的具体体现和运用。因此,董事失信责任的构成要件可以在传统侵权理论的违法行为、主观过错、损害存在以及因果关系的框架内,结合受信义务之特殊性进行规定。

1. 失信行为

破产程序一方面是为处于困境的企业提供出路,但是更为重要的方面则是强制性地为债权人提供一个公平受偿的机会。因此,公司正常经营情况下董事的受信义务进入到濒临破产阶段,应当如前文所述,以债权人利益为中心如下展开:(1)董事管理公司财产必须善意,在内心对其行为尽到适当的注意义务,如果明知错误行为的发生而不加以阻止或者自己亲自参与该错误行为,如违法处理公司财产等,则为恶意;(2)董事应当承担与其公司性质、在公司中的地位以及自身的职业技能相当的“善良管理人的注意义务”;(3)董事在对公司财产进行任何处理时均进行了必要的了解和调查,并且有理由相信该等处理符合公司以及债权人的利益。董事行为违背了上述义务并且对债权人的利益造成了损害,则可以认为该等行为失信。

2. 主观过错

主观过错的判断主要涉及两个问题:采用主观标准还是客观标准;采用一般过失原则还是重大过失原则。普通法系起初采取的是主观标准,要求董事在处理公司事务上避免存在重大过失。主观主义标准由于难以在司法实践中界定而逐步被客观推定所取代,即,在对待注意义务时,采用的是理性人的注意标准;在对待忠实义务时采用的是违法行为标准,即法律预先设定了义务,只要行为人违反了这种法定义务,就构成过失。后来出现的“商业判断规则”,再次强调了要以程序化的手段、充分考虑董事管理义务履行时的实际情况并以重大过失标准来判断董事的主观过错,这实际上是客观判断标准的发展。

3. 损害存在

濒临破产阶段董事如果因为没有履行或者适当履行该等职责而导致了企业财产损失,则应承担相应的责任。这里的财产损失,既包括了数量上的绝对减少,也包括了应当增加而未增加,比如自身的失职导致本来由他人保管的企业财产无法收回等。同时,该等损失既包括直接的实际的损失,也包括公司因董事的行为而丧失的可得利益。

4. 因果关系

笔者亦认为在认定董事失信责任时应采用“相当因果关系”认定因果关系存在与否:首先,如果董事没有违反受信义务则公司不会遭受损失,那么可以认为董事违反义务与公司损失之间存在因果关系,董事可能因此承担法律责任;然后,在此基础上,再以因果关系的相当性

判断董事应在多大范围内承担责任。

（二）责任追究主体

有学者提出,《破产法》上的高管人员民事责任追究制度应当以管理人诉讼为核心,以债权人诉讼、债务人诉讼和债务人股东诉讼为辅助展开。笔者认为,过多的责任追究主体看似全面,实则很有可能导致法律关系适用上的混乱。对于濒临破产阶段董事失信责任追究主体,笔者认为应由管理人担当。

作为破产程序中独立执行破产清算事务的临时性专门机构,管理人的重要职责之一就是最大限度地恢复债务人的财产,使债权人获得最大限度的分配。管理人实际上就成为了破产公司的代表。如果董事怠于履行其职责而导致了公司的财产损失,则其当然有权利代表公司提起诉讼予以追究,这也是国际司法实践中的通行做法。

如果管理人怠于追究或者不恰当追究董事的该等责任,给债权人造成损失的,债权人可以依法要求其承担赔偿责任;债权人也可以请求法院更换管理人。

（三）责任承担形式

1、民事责任

基于侵害公司财产权之基本属性,失信责任承担形式在民事上不外乎停止侵害、损害赔偿和没收所得等。受信义务主体的行为如果给公司造成损害,自然应当向公司承担赔偿责任。如《公司法》第150条规定:“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。”

2、资格限制

《企业破产法》第125条第2款规定了董事、监事或者高级管理人员经营管理不善导致企业破产的,自破产程序终结之日起三年内不得担任任何企业的董事、监事、高级管理人员。笔者认为,在濒临破产阶段董事失信案件过程中,立法应当赋予法官根据董事失信情节之轻重而决定是否施以任职资格限制之自由裁量权。●



●文/陈明夏 李建涛

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

略论退市公司重整中的出资人权益调整



随着深圳证券交易所及上海证券交易所分别修订其股票上市规则,我国上市公司退市制度基本成型,而随着资本市场中三板市场的逐步建立,从两家证券交易所退市的公司中进入破产重整程序的案例很可能将逐渐增多。退市公司重整的实施,既要遵守《中华人民共和国企业破产法》(以下简称《破产法》)的相应规定,也应遵守有关退市公司的监管要求。本文拟就可能成为退市公司重整主要途径的出资人权益调整的相关法律问题初步探讨。

一、退市公司的重整价值

退市并不是一个严格的法律概念。一般认为,退市又称终止上市,是指上市公司股票因不再符合上市交易的有关规则而依法在证券交易市场摘牌并停止证券交易的过程。

我国目前正致力于建设多层次的资本市场体系。多层次的资本市场主要包括主板市场(服务于大型、成熟企业的融资和转让)、二板市场(创业板市场,服务于中小企业及高科技企业的融资和转让)以及三板市场(包括柜台市场和场外交易市场)。根据《深圳证券交易所股票上市规则(2012年修订)》及《上海证券交易所股票上市规则》及其相关规定,上市公司退市后应当进入全国性的场外交易市场或者符合条件的区域性场外交易市场即三板市场进行转让。我国目前较为成熟的三板市场主要为全国中小企业股份转让系统。

上市公司重整中,因上市公司有着在证券交易市场公开交易的资格,即壳资源,这在我国目前的上市核准制的环境下显得尤为宝贵。许多重组方和战略投资者也正是看到了上市公司重整背后的这一价值,而非常热衷于“借壳上市”或“买壳上市”。而退市公司因被摘牌,“壳”的价值显然被降低,但这并不代表退市公司的“壳”不再具有任何价值。

（一）退市公司在满足一定的条件下可以申请重新上市

《深圳证券交易所股票上市规则(2012年修订)》及《上海证券交易所股票上市规则》均规定了上市公司的股票被终止上市后,达到一定条件的,可以向所在证券交易所申请重新上市。以退市公司申请在上海证券交易所重新上市为例,重新上市的条件主要包括:1、公司股本总额不少于人民币5000万元,且股份构成符合股票上市规则的要求;2、公司最近两个会计年度经审计净利润均为正值且累计超过人民币2000万元,最近一个会计年度经审计的期末净资产为正值,且最近两个会计年度的财务会计报告被会计师事务所出具标准无保留意见的审计报告;3、公司最近三年无重大违法行为,财务会计报告无虚假记载;4、保荐机构发表关于公司持续经营能力、公司治理结构、动作规范、无重大内控缺陷等事项的明确意见;5、如果申请人在申请前进行重大资产重组且实际控制人发生变更的,还需要符合证监会关于借壳上市的相关条件,如不构成“重大资产重组且实际控制人发生变更”的,则退市公司的重新上市不需由中国证监会审核,由所在证券交易所上市委员会审核即可。由此可以看到,退市公司申请重新上市的门槛明显低于首次公开发行。退市公司如能借助于重整而达到重新上市的条件,便可重新变身为上市公司。

(二)退市公司作为非上市公众公司,其仍具有融资的功能

根据《全国中小企业股份转让系统两网公司及退市公司股票转让暂行办法》的规定,退市公司股票可以在全国股份转让系统进行转让。此外,《非上市公众公司监督管理办法》(以下简称《公众公司监管办法》)规定:非上市公众公司在满足一定条件时,可以进行股票定向发行或向社会公开转让。随着全国中小企业股份转让系统的日渐完善,退市公司作为非上市公众公司的融资渠道将日渐通畅,其所具备的融资功能也逐渐为投资者所重视。

二、退市公司重整中出资人权益调整的主要方式

如果以上市公司重整的实例为参照,可以预计,出资人权益调整将成为退市公司重整的主要途径。退市公司重整中的出资人权益调整,是指在退市公司实施重整的过程中,有权机构通过对退市公司的现有股份结构(包括注册资本、股东及其股份份额、持股比例等)进行相应调整,旨在使退市公司恢复营运能力,实现重整中各方利益的最大化。而重整中出资人权益调整的常用方式如增资扩股、缩股及股份让渡也必定会在退市公司重整中被广泛运用。

(一)增资扩股

在重整中,无论是上市公司还是退市公司,甚至是

非公众公司,增资扩股都是债务人接纳有价值资产、吸收营运资本、恢复营运能力的重要手段之一。退市公司的增资扩股,可以由债务人或者管理人寻找有实力的战略投资者,由退市公司以定向增发的方式向战略投资者发行新股,战略投资者注入有价值的资产,或以货币认购公司增发的股份。《公众公司监管办法》第十五条、第三十六条对战略投资者和定向发行对象作了相应规定:“进行公众公司收购,收购人或者其实际控制人应当具有健全的公司治理机制和良好的诚信记录。收购人不得以任何形式从被收购公司获得财务资助,不得利用收购活动损害被收购公司及其股东的合法权益。”“在公众公司收购中,收购人持有的被收购公司的股份,在收购完成后12个月内不得转让。”定向发行的对象应当为以下人员:“(一)公司股东;(二)公司的董事、监事、高级管理人员、核心员工;(三)符合投资者适当性管理规定的自然人投资者、法人投资者及其他经济组织。”而且,第(二)项及第(三)项规定的投资者合计不得超过35名。

(二)缩股

缩股,又称减资,是指公司由于资本过剩或亏损严重等原因,根据经营的实际需要,按照法定的条件和程序减少公司的资本总额。缩股这一方法,早已在理论界及实务界得到重视。华源股份重整案中即采用了缩股的方法进行出资人权益调整,“缩股与股权让渡:全体股东同比例减股本25%。母公司华源集团让渡其所持有股票的87%,其他股东分别让渡持有股票的24%,共计让渡约8541.1万股”。

退市公司应该进行缩股的原因在于,退市公司往往可能因严重亏损,导致净资产远少于股权所代表的出资额,公司资本额与实有资产出现较大的差额。根据现行《中华人民共和国公司法》的规定,在未弥补亏损之前,公司不得向股东分发红利。在此情况下,公司通过减资消除资本总额与实有资产之间的巨大差额变得十分必要。原因在于:首先,如放任这部分巨大差额的存在,将会影响战略投资者或公司债权人作为退市公司新股东分配红利的权利;其次,如果作为债务人的退市公司不减资,原有老股东所持股份份额过大,新股东如若想取得债务人的控制权是比较困难的。因此,如果债务人能够减资并改变原有的资本不充足现状,这将恢复债务人分配红利的能力,减少老股东持有的股份份额,增加债权人作为新股东的积极性。

退市公司的重整中如实施缩股,笔者认为以下两点是必要的:1、重整中的缩股应当是全体股东同比例缩股。如前所述,实施缩股的目的在于消除资本总额与实有资产之间的巨大差额,并非为了在债务人原股东之间



陈明夏:市律协公司解散与破产清算业务研究委员会主任



李建涛:市律协公司解散与破产清算业务研究委员会委员

进行权益重新分配。如原全体股东不是同比例缩股,缩股后股东持有的债务人的股权比例将发生变化,而这种变化对于重整而言是没有任何意义的。同时,全体股东如非按同比例缩股,也将与现行《公司法》制度下同股同权的原则相悖;2、缩股后的股份总额应当与经评估的资产总额相适应。为了便于引进新的战略投资者,恢复债务人的资本充足性,以经评估的资产总额为基础,设置一个较为合理的股份总额,是十分必要的。

(三) 股份让渡

股份让渡是重整中极为常用的方法。如丹东化纤重整案中,“资本公积金转增股份和丹化集团让渡的股份共计 108386578 股,全部用于按照本重整计划的规定清偿相关债权”,“全部转增和让渡的股份进行变现,变现资金将用于清偿担保债权、重整费用、共益债务、职工债权、税务债权以及普通债权”,“变现价格按照丹东化纤停牌日收盘价格 3.64 元/股计算”。创智信息重整案中,“第一大股东四川大地实业集团有限公司和与其关联的第三、第四大股东合计让渡 2133 万股;其他持股数量超过 1 万股的股东让渡超过 1 万股部分的 20%;持股 1 万股以下的股东让渡所持股权的 15%。按照上述原则,出资人让渡股份共计 7392 万股”。由此我们可以看到,股份让渡实质上是债务人全部或部分股东将其所持债务人全部或部分股份捐赠给债务人充实破产财产,以解决破产财产不足的过程。

但在实践操作中,如何实施股份让渡,并没有一个统一的做法。如“以股权类型和股份数额为分类标准”,股份让渡可分为三种方法:“对全部股东的权益进行调整,但根据股东持有股份数额的不同而调整幅度不同”、“对持股一定比例以上的股东的权益进行调整”及“对非流通股股东的权益进行调整”。事实上,对控股股东及其关联股东进行强制股份让渡,是上市公司重整中更为常见的做法。相反,如对包括中小投资者在内的全部股东的权益进行调整,因为往往得不到大部分股东的支持而变得不甚稳妥。如创智信息重整案中,管理人第一次提出的股东权益方案中,因中小股东的股份让渡比例过高,而遭到了股东大会的否决。

股份让渡意味着债务人股东放弃所持有的债务人股份,且股东有权对该等股份放弃进行表决,如若股东未受到关于放弃股份的鼓励或者压力,或者这种鼓励或者压力不足以说服或强迫股东自愿放弃部分股份,这些

股东无疑会对这种股份让渡方案投反对票。股东受到的关于放弃股份的鼓励,一般来源于控股股东或者重组方对股市复牌或者恢复上市后的股价承诺,如创智信息重整案中,重组方四川大地集团即承诺 ST 创智复牌后 20 日均价若低于 12 元则动用不少于 2 亿元现金增持股票。股东受到的关于放弃股份的压力,则可能来源于重整过程中的各个方面,既可能来源于债权人方面,也有可能来源于政府方面,也有可能来源于中小投资者。一般来说,这种放弃股份的压力通常更多地针对控股股东及其关联股东。因此,债务人的控股股东及其关联股东即便是未受到任何关于股份放弃的鼓励,也非常有可能迫于压力而放弃全部或部分股份,充实破产财产,以提升债务人偿还债务的能力,或者作为重组方注入新的有价值资产的代价,换取债务人的重生机会。

《公众公司监管办法》及其配套办法目前虽尚未对退市公司的股份让渡做出规定,但亦无禁止性规定,从可操作性来看,退市公司重整中股份让渡应当也是出资人权益调整的可选方式之一。

三、退市公司重整中进行出资人权益调整的实施程序

退市公司的重整作为企业重整的形式之一,其出资人权益的调整应当遵守《破产法》中有关重整程序的规定。但另一方面,因新近出台的有关非上市公众公司的一系列法规或规则如《公众公司监管办法》、《全国中小企业股份转让系统两网公司及退市公司股票转让暂行办法》等,对非上市公众公司的股票转让或者定向发行等可能与出资人权益调整相关的事项也作出了相应的规定,在此情形下,在退市公司重整中实施出资人权益调整时,《破产法》的专门规定与非上市公众公司的相应规则是应当进行选择适用,还是应当协调或兼顾?

笔者认为,首先,《破产法》有关重整的专门规定是对企业在重整的特殊状态下的特别法律制度,在包括退市公司在内的任何企业进行重整时都应优先予以适用;其次,由于退市公司受非上市公众公司监管体系的规制,退市公司重整中的出资人权益调整也应满足非上市公众公司的特别制度要求。

但近期出台的有关非上市公众公司的系列规制文件似乎还没有考虑到退市公司重整这个“冷门问题”。《全国中小企业股份转让系统两网公司及退市公司股票

转让暂行办法》第三十九条规定：“出现下列情形之一的，公司或推荐公司股票挂牌的主办券商应当公告并终止股票转让，按照中国结算的规定办理退出登记：（一）公司获准上市、重新上市或被收购；（二）公司解散、依法被撤销、破产；（三）全国股份转让系统公司规定的其他情形。”因目前并无进一步释义，如果该条规定的“终止股票转让”、“退出登记”被理解为非上市公司公众公司失去在三板系统中的“江湖资格”，则显然该规则的拟订者简单地将企业破产与企业解散、被依法撤销混同为同属企业人格消失的状态，而忽略了企业破产制度中企业重整所特有的让企业再生的独特法律属性，如此，退市企业重整走的就是一条死胡同，根本无再生的可能。另一方面，从公司“被收购”也被列入上述条款来推论，是否“终止股票转让”、“退出登记”也可被理解为只是终止原有资质，但并不妨碍公司在被收购之后更新登记、再战江湖？如此困惑，只有等主管部门进一步廓清解疑了。

笔者认为，如果暂且搁置有关上文所述规定的争议，在实施退市公司重整时，有关非上市公司公众公司的其他一些规则的规定，则应当与《破产法》有关重整的基本规定结合适用。以下分几种情形概要作初步探讨：

（一）如果退市公司拟以增资扩股方式进行出资人权益调整，而且通过《公众公司监管办法》所述的定向发行模式进行，即退市公司增资扩股、向战略投资者定向发行股票，且因此导致股东累计超过 200 人，或者退市公司原有股东人数就已经超过 200 人的，则根据《破产法》第八章的规定，参照《公众公司监管办法》第三十六条、第三十八条、第三十九条、第四十条等规定，以及该管理办法附件的规则，并参照《全国中小企业股份转让系统业务规则（试行）》等规定，主要程序为：1、管理人（或退市公司）编制重整计划草案；2、管理人（或退市公司）按照中国证监会有关规定制定定向发行的申请文件，包括但不限于：定向发行说明书、律师事务所出具的法律意见书，具有证券期货相关业务资格的会计师事务所出具的审计报告，证券公司出具的推荐文件；3、在债权人会议根据《破产法》第八章第二节表决通过重整计划草案后，管理人（或退市公司）向人民法院申请批准重整计划草案；4、人民法院在收到管理人（或退市公司）的申请后，将重整计划草案及管理人（或退市公司）准备好的申请文件经上级人民法院转中国证监会征询意见；5、在取得中国证监会的核准文件后，人民法院作出批准重整计划的裁定；6、管理人（或退市公司）与战略投资者持人民法院裁定及经批准的重整计划，向中国证券登记结算公司、工商行政管理部门办理变更登记手续。

（二）根据《公众公司监管办法》第四十二条的规定，如果退市公司向战略投资者发行股票后股东累计不超过 200 人的，或者退市公司在 12 个月内发行股票累计融资额低于公司净资产的 20% 的，则除上述第 1 种情形之 2、4 所述编制申请文件、由人民法院向中国证监会征询核准意见的程序可予豁免外，第 1 种情形所述其他程序可予适用，且管理人（或退市公司）应在发行后将发行情况报中国证监会备案。

（三）如果退市公司采取缩股或股份让渡的方式调整出资人权益的，因《公众公司监管办法》及其附件、全国中小企业股份转让系统的系统规则对此均未作具体规定。笔者认为，除上述第 1 种情形之 2、4 所述编制申请文件、由人民法院向中国证监会征询核准意见的程序可予豁免外，第 1 种情形所述其他程序可予适用，且管理人（或退市公司）应在发行后将发行情况报中国证监会备案。

在退市公司重整程序中，还应特别注意对涉及出资人权益调整的重整计划草案表决问题的处理：1、决定出资人权益调整的表决机构是债权人会议而非股东大会。根据《公众公司监管办法》第三十八条规定，如果出资人权益调整方式属于该管理办法规定的“定向发行”，则退市公司董事会应当依法就本次股票发行的具体方案作出决议，并提请股东大会批准，股东大会决议必须经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。但在退市公司重整情况下，根据《破产法》的理念，退市公司的董事会、股东会议都处于权力“丧失”或权利受限状态，掌管退市公司主要事务决定权的是债权人会议，因此，上述第三十八条在退市公司重整的情况下应不适用；2、对出资人权益调整时应充分保护中小投资者的表决权。《破产法》第八十五条规定：“重整计划草案涉及出资人权益调整事项的，应当设出资人组，对该事项进行表决。”而退市公司作为公众公司，股东中往往包括为数较多的中小投资者，而在表决出资人权益调整时，并无法律规定要求可能被调整的大股东回避表决，因此可能会出现如果将中小投资者与控股股东等混合在一个表决组中，中小投资者的意见和主张可能被轻易地置之不理、甚至中小投资者的权益被不公平地予以调整的情况，对此，可以考虑将出资人组划分为一般出资人组和中小投资者组，以合理保护中小投资者能够对出资人权益调整事项进行平等地表决。

随着我国上市公司退市制度的健全和成熟，退市公司重整将成为破产法律实践中的一个新课题，笔者建议业界应加强对诸如退市公司出资人权益调整的途径和规则等退市制度法律问题的深入探讨，以期构建一个规范有效的资本市场退出及准入机制。●



李成浩:市律协公司解散与破产
清算业务研究委员会委员

●文/李成浩

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

论外商投资企业自行清算中的相关问题

公司清算是指公司解散后,负有法定清算义务的人或机构依照法定程序,对公司财产进行清理、处分和分配,终结公司所有法律关系,从而消灭公司法人资格的法律行为,是公司退出市场,法人资格消亡的必经程序。根据目前的立法现状,自行清算、强制清算、破产清算构成了三类公司清算的方式。其中,自行清算,是指公司解散事由出现后公司自行选任清算人,按照法律规定或者公司章程规定的一般清算程序进行的清算,通常情况下,法院和公司债权人直接干预公司清算事务。

关于外商投资企业自行清算的法律适用问题,《公司法》第二百一十八条规定:“外商投资的有限责任公司和股份有限公司适用本法;有关外商投资的法律另有规定的,适用其规定。”故此类企业自行清算时,除《公司法》外,《外资企业法》、《外资企业法实施细则》等法律法规对清算程序另有规定的,尚需优先适用其规定。

一、外商投资企业的自行终止

《外资企业法》及其实施细则规定:“外资企业终止,应当及时公告,按照法定程序进行清算。”“外资企业依照本实施细则第七十二条第(一)、(二)、(三)、(六)项的规定终止的,应当在终止之日起15天内对外公告并通知债权人,并在终止公告发出之日起15天内,提出清算程序、原则和清算委员会人选,报审批机关审核后,进行清算。”依据《公司法》及《外资企业法》有关规定,外资企业或其投资者可以自主决定终止企业经营,例如因经营不善严重亏损的原因而终止,依据公司章程,股东有权决定公司解散,通过股东会作出解散公司的书面决议而终止企业经营。

商务部办公厅《关于依法做好外商投资企业解散和清算工作的指导意见》中规定:因经营不善,严重亏损,而由外国投资者决定解散;因自然灾害、战争等不可抗力而

无法继续经营;或者外资企业章程规定的其他解散事由出现,而导致外商投资企业终止的,须预先向审批机关报送提前解散申请书、企业权力机构关于提前解散企业的决议以及企业的批准证书和营业执照等文件。对此,上海市商委作出具体规定,提交审批机关的材料包括:企业权力机构组成及公司章程、与企业资本有关的验资及财务审计文件,以及后续清算时清算委员会的组成和企业员工遣散、安置,外商独资企业需要依照该具体规定向审批机关提交有关材料。审批机关收到解散申请书和相关材料后,将于10个工作日内做出批准企业解散的批件,并在全国家外商投资企业审批管理系统中增加批准企业解散的信息。在企业提交的提前终止申请材料中,审批机关对员工劳动关系状况的说明、相关财务报告将做重点审查。

经审批机关审查批准的外商投资企业,应自批准解散之日起15日内成立清算委员会,制定清算的程序和原则,依法开始清算。

二、清算委员会的组成及运行机制

外商投资企业清算委员会的构成不同于普通的有限责任公司与股份有限公司的清算组(有限责任公司的清算组由股东组成,股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成),依据《外资企业法实施细则》第七十四条之规定,清算委员会应当由外商投资企业的法定代表人、债权人代表以及有关主管部门的代表组成,并聘请中国的注册会计师、律师等参加。外商投资企业应当自清算委员会成立之日起10日内将清算委员会成员、负责人的名单向公司登记机关备案。

关于债权人代表,普通的有限责任公司与股份有限公司清算组中均无需债权人代表参加清算组,因为理论上,自行清算程序中债权人的权益可以得到充分保障,若出现资不抵债的情形,清算组有义务向人民法院申请破产清算,而至破产清算程序,债权人将组成债权人会

议及债权人委员会,以保障债权人的合法权益。《外资企业法实施细则》作为规范外商投资企业运行的特别规定,要求清算委员会吸收债权人代表参加,但对该代表如何产生、债权人代表的债权金额等无详细规定,实践中缺乏操作指导。

理论上,外商投资企业自行清算中的债权人也可获得全额清偿,清算中不影响其利益,故即便其作为成员参加清算委员会应无碍清算正常进行。实践中,审批机关对清算委员会组成人员的审查相对宽松,主管机关(根据《国家工商行政管理局关于公司被吊销营业执照后其清算工作组织实施问题的通知》(工商企字[1997]第183号),清算组织中的主管机关不包括公司登记机关)一般不派员参加清算委员会。也有案例表明,未吸收债权人代表、主管机关代表的清算委员会组成可获得审批机关同意。故外商投资企业在将清算委员会报请审批机关审核时,可以优先筹建未吸收上述两类人员代表的清算委员会报请审批机关,但同时确定相关代表的人选,以备前述清算委员会组成未获通过时以及时修正。

由于《外商投资企业清算办法》于2008年已被废止,因此,在外商投资企业的清算中,许多清算的具体问题在实际操作中缺乏明确的规定。现阶段,对外商投资企业筹建清算委员会的时间,也无明确的限制规定。外商投资企业可以根据公司章程,在投资者做出解散公司决定后即行筹备清算委员会,并在提交审批机关的终止申请材料中随附经投资者确认的清算委员会成员名单。

同样的,关于清算委员会的成员人数,现行法律法规中未作限制性规定。由于清算委员会将在短期内处理大量清算事务,工作中有较多决策性内容,从快速、高效地推进清算工作的角度出发,清算委员会的人数不宜过多,成员人选应当具有相对充裕的时间、高度的责任心与务实的工作作风。根据惯例,清算委员会成员人数应为单数,以便于各类事项表决。由于在清算工作进行中,有许多法律上的债权债务及公司财务上的资产负债问题需要处理,清算委员会需要聘请会计师、律师参加清算工作。关于清算委员会中聘请的会计师、律师,可以优先从处理清算事务具有丰富经验的持破产管理人资质的会计师事务所、律师事务所中遴选。

在清算过程中,清算委员会需要作出许多有效的决策,然而,清算委员会的议事机制,现行法律法规中亦无明确规定。考虑到清算中有诸多具体决策,为提高清算效率,减少清算过程中不必要的矛盾冲突,清算委员会普遍采用少数服从多数为议事规则。但清算完毕后,清算委员会申请注销企业工商登记时通常需按工商部门的要求,递交全体清算委员会成员签字同意的《清算报告》,以表明清算委员会对清算结果的一致认可。因此,

虽然在清算过程中,普遍适用少数服从多数的议事机制,但对于最终体现清算结果的《清算报告》,仍需要采取全体清算委员会成员一致同意的议事原则。

三、清算委员会的工作职责

依据《外资企业法实施细则》第七十五条及《公司法》第一百八十五条的规定,清算委员会行使下列职权:1、接管并清理企业财产,提出财产作价和计算依据,编制资产负债表和财产清单;2、通知、公告债权人,召集债权人会议;3、处理与清算有关的公司未了结的业务;4、清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款;5、清理债权、债务;6、制定清算方案,分配公司清偿债务后的剩余财产;7、代表公司参与民事诉讼活动。

清算程序开始后,清算委员会应全面接管并清理企业的全部财产,包括企业全部资产、公司印章、企业法人相关证照、财务资料、财产凭证、诉讼卷宗、营业资料、各类档案文书及企业拥有的清算所需的其他重要资料。在清算工作进行中,清算委员会应聘请专业财务人员编制资产负债表,制作详细的财产目录,以供清算委员会在清算过程中查阅及履行清算职务。

对于应当变现的财产,清算委员会应及时制作财产的变价或处理方案,提供详实的计算依据,该方案需要报投资者确认方得执行。清算期间,企业不得开展与清算无关的经营活动。企业财产在未依照规定清偿前,不得分配给股东。对于企业享有的应收账款,主要包括预付账款、应收账款和其他应收款,以及股东应缴而未缴的款项,清算委员会有权代表企业开展债权催收工作,可通过信函、协商谈判、诉讼等方式进行。同时,清算期间,若企业有正在进行的诉讼或者执行程序,清算委员会有权代表企业参与各项法律程序。

外商投资企业在审批机关核准解散之日起15日内对外发布公告并通知全体已知债权人(含税款债权人)申报债权。企业可以根据公司规模和营业地域范围在全国或者公司注册登记地省级有影响的报纸上进行债权申报公告。债权人收到通知后应当在规定期限内向清算委员会申报债权,债权申报期届满后,清算委员会负责审核申报债权的真实性。债权人若对清算委员会核定的债权持有异议,可以要求重新核定。清算委员会不予重新核定,或者债权人对重新核定的债权仍有异议,债权人可以企业为被告向人民法院提起债权确认诉讼。债权核定完毕后,清算委员会应制作债权表,并在清算方案中,依债权表对各债权人的债权清偿作出分配。

清算委员会在清理财产、编制资产负债表和财产清单后,应当制定清算方案。清算方案中包括企业可用于清偿的财产状况,清算费用明细,企业的负债状况及债

务分类,偿债顺序与金额,划款时间等具体内容。清算方案中对各类债务应当全额清偿,一旦出现无法全部清偿的情况,清算委员会依法有义务及时向法院申请宣告破产。经投资者确认清算方案后,清算委员会执行清算方案,对各类债权、税款等实施清偿。企业财产在分配支付清算费用、职工工资、社会保险费用和法定补偿金,缴纳所欠税款,清偿企业债务后的剩余财产,依法归投资者所有。

商务部办公厅《关于依法做好外商投资企业解散和清算工作的指导意见》中规定,清算组应在清算期内缴清企业各项税款。清算结束后,清算委员会制作《清算报告》,《清算报告》经全体清算委员会成员一致同意后,交由企业权力机构确认。经表决同意并确认的《清算报告》由清算委员会报送审批机关,同时向审批机关缴销批准证书。审批机关收到《清算报告》和批准证书后,在全国外商投资企业审批管理系统中完成企业终止相关信息的录入和操作,并有系统自动生成回执,企业凭回执向税务、海关、外汇等部门办理注销手续,并向公司登记机关申请注销登记。

四、清算委员会的法律责任

清算委员会的主要任务是尽快了结现存事务,在必要时可以代表企业实施新的交易行为,但必须是为了清算工作的完结。清算委员会依法履行清算义务,并按照协商原则处理有关清算的事务。清算委员会成员应当忠于职守,不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入,不得侵占公司财产。若因故意或者重大过失给公司或者债权人造成损失的,清算委员会成员应当承担赔偿责任。清算委员会成员从事清算事务时,若违反法律、行政法规或者公司章程给公司或者债权人造成损失,公司或者债权人主张其承担赔偿责任的,人民法院将依法予以支持。同时,投资者可依据《公司法》第一百九十条、第二百零七条的规定,以清算组成员有前述所列行为为由向法院提起诉讼。●

●文/顾洁 郝朝晖

组稿邮箱:touqiao@lawyers.org.cn

从实务角度看 中国破产法下的 董事责任

自2007年6月1日新《中华人民共和国企业破产法》(以下简称《破产法》)实施以来,我国破产法律实务进入了一个全新的发展阶段。伴随着发展的深入,破产业务中一些热点和难点问题也逐渐浮出水面,其中就包括了破产企业中董事责任的追究问题。本文将从实践角度分析我国及其他国家对董事责任的法律规定,并从业务角度出发提出关于完善追究董事责任的一些看法,供大家参考。

一、我国现行《破产法》对董事责任的规定

我国《破产法》对已破产或拟破产企业中董事责任部分的规定较为笼统,仅有第一百二十五条及第一百二十八条进行了相关规定。

《破产法》第一百二十五条规定:“企业董事、监事或者高级管理人员违反忠实义务、勤勉义务,致使所在企业破产的,依法承担民事责任。有前款规定情形的人员,自破产程序终结之日起三年内不得担任任何企业的董事、监事、高级管理人员。”

《破产法》第一百二十八条规定:“债务人有本法第三十一条、第三十二条、第三十三条规定的行为,损害债权人利益的,债务人的法定代表人和其他直接责任人员依法承担赔偿责任。(《破产

法》第三十一条规定:“人民法院受理破产申请前一年内,涉及债务人财产的下列行为,管理人有权请求人民法院予以撤销:(一)无偿转让财产的;(二)以明显不合理的价格进行交易的;(三)对没有财产担保的债务提供财产担保的;(四)对未到期的债务提前清偿的;(五)放弃债权的。”《破产法》第三十二条规定:“人民法院受理破产申请前6个月内,债务人有本法第2条第1款规定的情形,仍对个别债权人进行清偿的,管理人有权请求人民法院予以撤销。但是,个别清偿使债务人财产受益的除外。”《破产法》第三十三条规定:“涉及债务人财产的下列行为无效:(一)为逃避债务而隐匿、转移财产的;(二)虚构债务或者承认不真实的债务的。”)

《破产法》第一百二十五条直接规定了董事、监事或者高级管理人员的法律责任,是整部《破产法》中唯一直接规定其法律责任的法条。虽然《破产法》第一百二十八条也规定了在损害债权人利益的情况下,企业的法定代表人、其他直接责任人员的民事赔偿责任,但该条款并未明确上述责任由企业的董事、监事或高级管理人员承担。

二、实践中董事承担《破产法》下责任的情况

我国目前尚缺乏债权人或管理人依



顾洁：北京市金杜律师事务所
上海分所律师



郝朝晖：市律协公司解散与破产
清算业务研究委员会委员

据《破产法》第一百二十五条向企业董事、监事或者高级管理人员提起诉讼并要求赔偿的代表性案例。在实践中,由于上述条款的概要性和笼统性,很少有债权人或管理人提起这样的诉讼。因为企业破产原因较为复杂,或是社会经济环境所致,或是行业自身发展进入瓶颈期,并非均由于董事、监事或者高级管理人员违反忠实义务、勤勉义务所致。但即使存在董事、监事或者高级管理人员因未尽忠实义务、勤勉义务致使企业破产,也难以其承担民事责任的案例。究其原因,还是因为我国法律并未明确违反忠实义务和勤勉义务的董事、监事或者高级管理人员承担何种民事责任,以及如何证明董事、监事或者高级管理人员违反忠实义务、勤勉义务与企业发生破产之间的因果关系。

从债权人的角度而言,其主要的利益诉求在于能在更大程度上清偿债权。如果法律能够明确规定,当企业的董事、监事或高级管理人员违反忠诚义务与勤勉义务,并导致企业破产的,企业的董事、监事或者高级管理人员与企业共同承担部分或全部债务,那么债权人就能更有动力向企业的董事、监事或者高级管理人员起诉,并追究其民事责任。

从管理人的角度而言,其主要的工作职责在于接管破产企业并能在各方利益诉求中寻求平衡点,从而平稳推进工作。而现在,管理人接管破产企业后,其仍需要企业的公司、董事及高级管理人员协助开展工作并提供相关材料。所以,在没有追责机制的情况下,一旦管理人与企业原有董事、监事及高级管理人员产生巨大矛盾,管理人将很难顺利开展日常工作,如通知债权人申报债权、催缴应收账款、追查财产线索等。因此,管理人在一般情况下,没有强大的动力来向企业的董事、监事或者高级管理人员提起诉讼。

同时,我国目前也尚缺乏债权人或管理人依据《破产法》第一百二十八条向企业董事、监事或者高级管理人员提起诉讼并要求赔偿的代表性案例。在实践中,确实存在破产企业在破产申请一年内向债务人个别清偿或为没有担保的债权提供担保等的情况。但管理人通常仅向该行为的受益方,如受到个别清偿的债务人或者新增的抵押权人提起诉讼,要求撤销清偿行为或抵押行为。但管理人在该行为被撤销之后,很少再向破产企业法定代表人或者当时做出决策的直接负责人员提起诉

讼,要求其赔偿。究其原因,还是在于《破产法》第三十一条、第三十二条和第三十三条的立法本意主要在于“恢复原状”。管理人根据上述条款行使撤销权完毕后,其在主观上认为已经完成了“恢复原状”的目的。除非企业法定代表人或其他管理人员存在严重违法行为,在仍需要他们协助的情况下,管理人一般不会主动提起针对他们的诉讼。

三、其他国家在企业《破产法》中关于董事法律责任的规定

在英美法及其他欧洲国家,破产企业的董事责任的规定更多也更严格。

英国判例法下,破产企业的管理人可以通过直接向犯有违法行为的董事起诉,要求其以个人财产清偿破产企业的债务。如破产公司的董事在公司破产前挪用公司财产,法院可以签发包括冻结令、拘禁令在内的一系列命令,要求披露自己全部的个人财产、提供有关文件等。在一定情况下,如果董事不能满足命令中的内容,法官甚至能够禁止董事为自己辩护。法院可以通过执行个人财产的方式来清偿破产企业对债权人所负的债务。

同时,在公司董事涉嫌欺诈公司财产的情况下,实际参与公司经营的人员,即使并非董事会成员,只要知晓或应当知晓欺诈的发生,并且没有证据能够证明其在欺诈情况发生时采取了必要行动阻止欺诈的发生,那么他需要和犯有欺诈罪的董事一起,以个人财产清偿破产企业对债务人所负的债务。另一方面,如果公司的董事怠于行使董事权利,将公司事务委托其他董事管理,只要这种懈怠行为与董事发生欺诈行为间有因果关系,即如果董事行使其权利后,能够发现欺诈行为,那么他们也需要承担法律责任。

英国法律还规定,如果公司董事明知公司资不抵债但仍签订负有付款义务的合同,则债权人可以向公司董事提起诉讼。法官认为,签署合同时,公司是否能够支付钱款至关重要。当董事明知公司无力支付钱款,但仍与他人签订合同,那么这样的行为同样构成欺诈。法官认为,对公司前景抱有愚蠢的乐观与不诚实之间没有矛盾。在这种情况下,债权人可以对前述公司所不能履行合同的董事提起诉讼。

西班牙法律同样对董事责任进行了较为严格的规

定。西班牙《公司法》规定,如果董事在公司应当申请破产时未能及时申请,那么董事对破产原因发生之后的公司债务承担清偿责任。如果董事在此过程中存在欺诈行为,那么他们可能需要承担破产企业的所有债务。西班牙《破产法》的规定更为严格,如果法官认为董事在申请破产时未能尽到勤勉尽职的义务,那么董事需要全部或部分承担公司的债务。在上述情况下,法院可以依管理人或债权人的请求或依职权下令查封自破产申请两年内在职的董事的财产,上述措施不需要管理人提供反担保。

在西班牙《破产法》下,董事未履行勤勉尽职义务的行为主要包括两方面:过失管理和商业欺诈。具体行为可以体现为未编制清算账目、会计舞弊、在破产申请前三年内不编制或提供账目、未按要求出具审计报告、隐匿资产、以欺诈方式转移公司资产、对破产财产进行虚假陈述等。法官在判决董事是否存在上述违法行为时采取有罪推定的原则,董事需自证清白。

西班牙法律与英国法律相似之处还在于,两国法律都对董事这一概念进行了扩大化解释。西班牙法中的需要承担法律责任的董事不仅包括破产申请任职的公司董事,还包括了破产申请前两年内任职的公司董事,其也可能需要承担这样的责任。更重要的是,如果破产公司的总公司或集团内的关联公司人员是破产公司的实际决策者,他们也可能需要承担法律责任。

四、从我国现行破产业务角度出发看董事责任严格化的必要性

从目前破产业务的实务角度看,笔者认为对董事责任立法的严格化是非常有必要的,因为它能从一定程度上打破目前破产业务量少,业务开展困难的局面。

(一) 董事责任立法严格化有利于促进经济正常循环,并在更大程度上保护债权人

我国目前破产业务量并不饱和。从破产案件的数量来看,法院受理破产案件的数量相对于经营中的失败企业数量,可以说是比较少的。以上海为例,据统计,每年被上海工商行政管理部门吊销营业执照的企业均超过10000家,而能够主动申请破产或者被债权人申请破产的企业少之又少。破产案件数量与经济形势并不匹配。

上述现象的存在除了司法资源的原因外,还因为企业的管理者本身对申请破产并无动力,公司股东或破产公司的母公司可慢慢转移公司资产,让其成为空壳后任由工商行政管理部门吊销其营业执照。另外,由于部分企业经营不规范,担心进入破产程序后不规范被发现并被追究责任,故也不愿意提出破产申请。上述局面使大量债务梗阻,不利于社会经济的正常循环,更不利于保

护债权人利益、维护社会繁荣稳定。

所以,笔者认为我国《破产法》中应设立相应机制,约束公司的股东和其他管理人员,让他们能够在公司资不抵债的情况下向法院申请破产。如《破产法》中可否增加相应条款,规定公司已经资不抵债的,必须进入破产清算程序;如果公司董事怠于履行申请义务,则公司董事与公司一起承担自企业应当破产后所产生的债务。上述手段能够在较大程度上敦促董事及时履行申请义务,促进经济正常循环,并在更大程度上保护债权人的利益。

(二) 董事责任立法严格化有利于加速案件进程、保护债权人利益

管理人接管破产公司后,需要对破产企业进行一系列调查,如对公司财务状况、资产状况、债务状况等。上述信息主要通过查看公司书面文件如财务账册、往来合同、股东会及董事会决议等来获得。但有时,公司董事或管理人员不愿全部提交上述文件,管理人也无法通过有效手段获取以上文件。如果《破产法》中能够对董事的该项义务进行明确,那么这对管理人查明公司状况、及时追回公司资产、维护债权人利益并加快结案有极大的帮助。另外,管理人接管公司后,有时候书面材料并不能完全反应公司的实际问题,许多情况需要通过与公司董事及管理人员访谈的形式获知。在这种情况下,公司的董事是否能如实反映情况,并协助开展工作对案件的进展非常重要。但有时公司的董事及管理人员出于对自身利益的考虑,对管理人隐瞒公司资产状况,比如隐匿公司资产去向、对有些应收账款催收的可能性提供虚假信息等等,使可用于分配的破产财产受到减损。

在应收账款这一问题上,董事是否在经营过程中及企业破产过程中履行勤勉尽职的义务对案件结果影响极大。在破产企业中,往往存在应收账款账面数额较为可观,但实际却难以追回的情况。这主要有以下几方面原因:

1、关联公司间交易不规范,有时破产企业与其关联公司间并无真实的交易,仅以领导批示为划款依据,并且划款可能不在账面上体现;2、有些债权仅有企业单方面财务记录。原始合同及交易凭证缺失;3、应收账款问题无人负责,导致账龄过长,超过诉讼时效。

上述三种情况与公司董事是否履行了勤勉尽职义务关系密切。如果我国《破产法》能颁布追究董事责任的细则,那么董事将无法随意处理公司应收账款,这对追回破产企业财产,维护各方利益起着重要作用。

综上所述,董事未能履行忠实义务和勤勉尽职义务给法院和管理人工作设定了很大的障碍。但如果《破产法》能对实施上述行为的公司董事及管理人员设定法律责任,那么这将大大缓解管理人与法院工作的难度。●



吴俊：市律协公司解散与破产清算业务研究委员会委员

●文/吴俊

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

组织债权人会议二三事

根据《企业破产法》第七章的规定和一般破产业务实践,管理人需要组织债权人会议。在准备债权人会议的过程中,对于许多《企业破产法》没有给予明确规定的事项,各管理人操作的方式也不尽一致。

在此,笔者将自己的部分实践介绍给大家,希望能够抛砖引玉,请各位同行予以指教。

一、会议的准备

(一) 会议通知

《企业破产法》第六十三条明确规定了管理人义务在债权人会议召开十五日以前通知已知债权人,但并未规定管理人应当以书面方式还是口头方式通知已知债权人,也没有说明通知应包括何等内容以及通知是应逐个通知还是统一发布公告。

但考虑到根据《企业破产法》第一百三十条,管理人有勤勉尽责,忠实执行职务的义务,故从保护管理人自身角度,在有费用的情况下,笔者建议管理人采取书面逐个通知的方式通知已知债权人,并同时辅助以电话口头通知和公告通知。如果破产经费严重不足,管理人可以仅采取电话口头通知或短信通知的方式,但应当注意做好记录。

对有法定义务或惯例上应参加或列席债权人会议的其他人员,例如债务人的法定代表人和其他人员、职工或工会代表、审计师、评估师、拍卖师等,管理人也应当及时予以通知。

书面通知的方式可以是挂号信函、快递、传真或电子邮件。但如果采用传真或电子邮件方式通知,最好事先在债权人前来申报债权时要求他们确认传真号和电子邮件地址,并将相关记录妥善保存,以备日后核查。

通知的内容一般应当包括该次债权人会议的召集原因、会议的时间、举行会议的具体地点和会议的主要议题。管理人还可以根据实际情况,增加诸如前往会场的交通方式、日程安排、食宿安排、债权人应随身携带的文件资料和授权文件等内容。

(二) 会场选择和布置

就债权人会议会场的布置问题,就笔者的经验来看,可以根据会议地点的不同采取不同的方式。

1. 在法院举行的债权人会议

目前最为常见的债权人会议场所,是受理破产案件的人民法院的法庭,特别是对于由人民法院召集的第一次债权人会议而言,法庭通常是唯一的选择。

在这种情况下,由于法庭本身固有的庄严性和严肃性,以及法院对法庭使用时间的限制,会场布置可以利用的时间通常比较短,可以布置的内容也比较少。故在此情形下,笔者建议一般不要设置横幅或大幅的招贴,但可以设置一些必要的导向标识,引导债权人顺利抵达会场,并事先和法院做好沟通,安排适当的场地进行会议的签到和身份核实工作,同时还需提前熟悉法庭内的音响设备和灯光设备。

2. 在债务人经营场所举行的债权人会议

除在人民法院召开债权人会议外,在债务人的经营场所召开债权人会议也是一种常见的安排。

管理人如果希望在债务人的经营场所召开债权人会议,有几个问题需要事先慎重予以考虑:一是债务人的经营场所是否有适合全体债权人举行会议的场地;二是在债务人的经营场所开会,会不会对债务人的财产造成不必要的损害,特别是那些在破产前已经发生过债权人包围债务人经营场所或哄抢债务人财产的案件尤其要关注此点;三是债务人的经营场所是否交通方便,是否会造成债权人抵达会场的不便等。

在前述问题考虑成熟以后,管理人可以对会议场所根据具体情况进行适当地布置。如果债权人人数较少,会场就没有必要设置横幅或大幅的招贴,也不必事先安排和调试音响灯光和视频设备。但如果债权人人数较多,设置横幅、招贴,安排调试音响灯光和视频设备通常都是必须的。

但需要注意的是,会场的布置需整洁,但切勿豪华;准备的物品应满足基本的需求,但不必过于周到,以免部

分债权人借题发挥,给债权人会议带来不必要的困扰。因此,笔者通常都使用债务人原有的旧座椅(型号、尺寸、新旧不一致更好)布置会场,但会事先安排人员将座椅擦拭干净;提供每人一小瓶普通饮用水,不提供茶水、小食、点心或水果;提供会议资料,但不提供笔记本、铅笔等;尽量安排冷暖空调,但不确保会场的温度舒适宜人。

同时,管理人还需要在经营场所内从门口起就设置好前往会场的导向标识,并在会议当天安排人员带路。会场门口也应当如同其他场地一样设置签到台。

3、在第三方场地举行的债权人会议

在人民法院和债务人经营场所以外的第三方场地举行债权人会议的情况也不少见。这种情况多见于债权人人数较多的情形。

在这种情况下,管理人一方面要挑选一个能容纳全体债权人的场地,并考虑其交通是否方便,以便利债权人抵达;另一方面也需要注意会场本身的租金不能太贵,以免债权人借题发挥。因此,在很多情况下,在选择和安排会场的问题上请求债务人的股东提供一些帮助会起到事半功倍的效果。

在第三方场地开会的布置工作,在其他方面基本与在债务人经营场所开会相同,不再赘述。

(三) 坐席安排

债权人会议到场人员坐席安排问题,也是需要管理人予以充分关注的问题。笔者的经验是一般需要将坐席分割成主席台、发言席、工作区、有表决权债权人坐席区、无表决权债权人坐席区、旁听席、列席会议人员区域等几块,并在各区域间作出明确的划分。

原则上,应当将主席台正面对债权人的区域作为坐席区和旁听坐席,以便主席台掌控全局。发言席一般应45度面对债权人,这样不仅有利于债权人听到并看到发言的状况,也有利于债权人对发言人提问。同时,主席台也能观察到发言人的状况,并适时予以干预。工作区则宜安排在主席台和债权人坐席区的侧

面,以便工作人员能同时观察到债权人和主席台上的活动。从笔者的经验来看,以45度至60度面对债权人坐席区比完全在侧面要更合适一些。这样的布局通常比较接近法庭的布置方式,但主要的区别是法庭原来的布局中,原告席和被告席与主席台成90度角,且相互面对,只有侧面对着债权人。因此在法庭布置坐席时通常需要调整原告席和被告席的朝向,以便利会议的召开。

在会场的正面,通常会将第一排设置为列席会议人员区域,这样有利于他们前来回答问题或发问。随后的第二排则通常设置为第一顺序和第二顺序普通债权人代表的坐席。第二排之后一般按申报债权的顺序排列第三顺序普通债权人。会场的最远端则专门设置旁听席。

各席位区之间的分隔通常是采取设置座位间隔的方法,比较直观。但如条件许可,也可以用绳子或者标牌做划分。

(四) 台卡和号牌

为便于会议的发言和表决,通常会在债权人会议上给每位出席者制作台卡。台卡本身很容易买到,也有专业机构可以提供制作服务,价格一般是5角钱一个。对债权人而言,台卡上通常不仅写有债权人的名字,同时还伴有一个数字,这对后面谈到的会议计票工作有很大的帮助。

同样,为便利计票工作,还会制作号牌。号牌仅有当事人的编号,但数字比较醒目,以便于进行统计和核对。债权人对决议事项进行表决时,仅需要举起自己的号牌即可。

(五) 签到

根据《企业破产法》第六十四条之规定,债权人会议的决议,由出席会议的有表决权的债权人过半数通过,并且其所代表的债权额占无财产担保债权总额的二分之一以上。因此,管理人应当在每次债权人会议开始前统计到场的债权人的人数和他们所代表的无担保债权情况,故会议前的签到程序是必不可少的。

在签到时,通常会安排一人专门核对出席会议的债权人代表的身份;一人安

排身份已经核实过的债权人代表在签到表上签字,以证明该债权人确实到场参加会议,并同时确认其已经领取过会议文件;最后,安排一名工作人员给完成前两道手续的债权人代表发给号牌,以防止冒用冒领。

(六) 其他注意事项

由于参加债权人会议的人员通常较多,且大部分人互不相识,且对会议场所比较陌生,因此管理人还应当注意消防和安全生产工作。

通常,管理人应事先检查会议场所的灭火器配备是否齐备,如果会议场所配有喷淋系统,应请求物业单位进行检查。但更为重要的是要准备好疏散人员的路线图和工作人员职责的分配,以便在出现任何紧急情况时可以做到有人负责快速疏散人员。

同时,鉴于出现过债权人会议上债权人代表因过于激动而致昏厥的情况,如有条件,管理人可以在会场准备一点急救药品。

此外,被很多管理人忽略掉的一个准备工作是由于债权人会议会集聚较多人员,除在法院召开会议的情况以外,管理人负有义务在会议召开前,提前数天通知会场所在地的警署,告知他们会议召开的大致情况,并请他们做好准备工作,并尽量争取警署派出警员在会场附近待命。

二、表决权

(一) 担保债权的债权人

对于担保债权的债权人在债权人会议上有无表决权问题,实务中的做法不尽一致。但《企业破产法》第五十九条第三款的规定非常清楚,即,担保债权的债权人,未放弃优先受偿权利的,对和解协议和破产财产的分配方案无表决权。那么,根据法解释的原理,该条款可以解释为:担保债权的债权人对除前述和解协议和破产财产分配方案以外的所有事项均有表决权。即,在计算决议事项是否通过时,到场的担保债权的债权人应计入参与表决的人数。除非该债权人同时拥有无担保第三顺序普通债权,其代表的债权额不纳

人计算。换言之,对享有担保的债权人而言,在进行和解协议和分配方案以外的决议事项表决时,其表决意见应当计数,但其代表的债权额以其实际申报并通过核查的无担保第三顺序债权额计算。如果没有,则按零计算。

(二) 全部或部分债权金额待确认的债权人

在召开债权人会议前,因为各种原因,例如债权产生的原因尚未能查明或正在进行诉讼等,会存在全部或部分债权待确认的债权人。而根据《企业破产法》第五十九条第二款的规定,这种情况需要由人民法院决定是否允许该等债权人行使表决权而临时确定债权额。

就该事项,实务中的做法也不尽一致。通常采取的方式是事先以书面方式向法院请示,并将法院的反馈意见直接做到债权表或者债权审核报告中,并予以注明,在会议召开的时候仅做简要的介绍。这种做法的好处是既能清楚地反映相关的情况,也可以避免就该债权人的债权额问题在会议上临时做决定,拖延会议的进程并给会议其他事项的表决带来障碍。但如果该事项系重大事项,例如待确认的临时债权额超过申报债权总额的10%,则建议将该债权人临时债权额问题作为整个会议的第一项议程,先由法院决定是否给予该债权人待确认的债权额是否有表决权,然后再进行后面的程序。

(三) 申报的债权全部或部分未通过管理人审查的债权人

根据《企业破产法》第五十七条的规定,管理人在收到债权申报材料后,应当登记造册,对申报的债权进行审查,并编制债权表。因此,部分前来申报债权未通过管理人的审查就是常见的现象,最常见的原因包括超过诉讼时效、孳息债权起讫时间计算错误、适用利率水平错误等。

对于所申报的债权全部或部分未通过管理人审查的债权人的情况,一般的做法是将管理人做好的债权表提交全体债权人核查。如果该债权人自己、其他债权人或债务人没有对管理人制作的债权表上的记载提出异议,则在后续议程中应按

管理人审查确认后的债权额由该债权人行使表决权。

但如果有人提出异议,应当如何处理,《企业破产法》没有做明确的规定。不过从《企业破产法》第五十八条第二款的规定来看,法律给予当事人的异议权的最终体现是诉讼的权利。因此,通常的做法是允许债权人或债务人提出异议,并就该被质疑的债权人的债权由全体债权人暂按债权表上记载的金额进行一次表决。如果有双过半的债权人不同意管理人的审查结果,则管理人应当立即请求人民法院决定是否确认临时债权额。如果人民法院确认,则按临时债权额由该债权人行使表决权。如果人民法院不同意给予临时债权额,则该债权人应当退出本次债权人会议的表决。如果没有双过半的债权人反对管理人的审查结果,则在本次会议上继续按债权表的记载由各债权人行使表决权。有异议的债权人可在会议结束后十五日内起诉。

(四) 其他不享有表决权的债权人

根据《企业破产法》第六十四条,作为债权人会议决议双过半条件之一的债权金额过半的真实含义,是超过一半的无财产担保债权持有人同意该项决议。那么无财产担保债权总额应当如何计算,笔者已知的实践,是和法律条文的规定略有出入。

根据《企业破产法》第四十九条的规定,债权人申报债权时,应当书面说明债权的数额和有无财产担保。因此,单纯按此条文和六十四条之文义,只要是没有财产担保的债权都是无担保债权,即职工债权和税款债权也应当计入无担保债权总额。但事实上,根据已经废止的《中华人民共和国企业破产法(试行)》第三十七条的规定,职工债权和税款就不是我国立法原意上的破产债权。且根据2007年《企业破产法》第四十八条第二款的规定,职工债权也无需经过申报和债权人会议审核程序。因此,《企业破产法》第六十四条之规定在文字处理上应有可改进之处,即第六十四条应当明确债权人会议的决议,应由出席会议的有表决权的债权人过半

数通过,并且其所代表的债权额占无担保第三顺序普通债权总额的二分之一以上。

(五) 表决的计数方式选择

如前所述,根据《企业破产法》第六十四条之规定,债权人会议的决议必须以双过半方式通过。

因此,在实务中如何对表决结果进行统计,也是一个做法千差万别的过程。但一般来讲,最流行的操作不是统计赞成票,而是反过来统计反对票,并计算其代表的人数和所代表的无担保普通债权比例是否过半。这种做法在反对票较少的时候应该说还是能提高计票效率的。而且由于只统计了反对票,所以事实上将弃权票也默示地归入了赞成票中,有利于提高决议的通过率。

但如果反对票票数较多或代表的无担保普通债权额比例较高时,以前述方式进行统计就会因弃权票的实际存在而导致统计结果不能真实地反映多数债权人的真实意思,容易在会后被债权人提出质疑。事实上,笔者就面对过统计赞成票和反对票都不能通过或否决同一事项的特殊情形。

但从理论上讲,解决前述僵局其实不难。一种是仅进行单向统计,即只统计一次赞成票或者是反对票,但绝对不重复统计相反方向的票数,默示地将弃权票归入没有统计的票数内。这种做法的好处是会场上统计起来比较简单,结果也很直观,但缺点是在争议比较大时容易招致债权人的质疑。另一种做法是事先制定一份债权人会议的议事规则,明确债权人会议分别统计赞成票和反对票的数量,然后根据人数相对优先的原则将弃权票所代表的票数和债权额归入持多数意见的债权人一方,彻底消除弃权票的影响。例如在一个有5个持同等债权额的债权人会议中,如果对某项决议债权人A、B赞同,债权人C反对,债权人D、E弃权,则根据前述规则,统计的结果应当是债权人A、B、D和E投赞成票,C投反对票,该项决议通过。

以上是笔者对债权人会议组织工作的一些浅见,望各位同行指正。●

人文万象

随 笔

●文/彭 乔

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

不可思议的印度

2012年12月份,有着六个月身孕的我与丈夫一起飞往德里开始了为期一周的印度之旅。临行前被同事告知,这一次就是去体会印度的脏和乱。虽然已有了初步心理准备,但当我游历在印度五个主要的旅游城市时还是不由地感慨:这确实是一个不可思议的印度!

印度的素食文化

飞机抵达德里的当晚,我们入住朋友在德里的公寓。朋友当晚不在,但告知我们已经安排了女佣准备好了晚餐。坐了七个小时飞机早已饥肠辘辘的我们,一打开冰箱,看到所谓的晚餐就是一盘由薄薄一层黄瓜和西红柿片做的沙拉和一碗清炒苦瓜!我们两个当时相视无语的脸估计和苦瓜差不多。只能把旅行包里带的所有零食全消灭了。

第二天,朋友告诉我们,印度有50%的人吃素,鸡蛋算荤菜,大部分的素食餐厅连面包都是无蛋制作的。朋友在德里的八个多月的日子里,一周只在外用餐馆吃一两顿肉,平时都由女佣用这样简单的蔬菜做三餐。由于牛在印度属于holy animal(圣物),非素食餐厅也只是供应鸡肉和羊肉。

既然吃素,为什么很多印度人还那么胖?尤其是身着传统印度服饰的妇女,裸露在外的肚皮上的“游泳圈”实在让我生畏。原来印席人很爱吃油炸食品,主食囊或者米饭大多都是放了油的;蔬菜也放在咖喱的油里泡着,而且他们超级爱吃甜食,有就奶茶享用下午茶的习惯,这些都是巨大的热量来源。



印度物价出奇的便宜

中国人来印度旅游一定都觉得自己超有钱。

新德里公寓里的女佣一个月(每天工作10个小时)的工资折合人民币500元。大部分的名胜景区,印度人的门票只有10卢比(1元多人民币),外国人250卢比(40元人民币左右)。即使在高档、干净的餐馆就餐,平均每顿饭每个人30元人民币不到,最贵的一顿饭加小费两个人才吃了不到200元人民币。从安格拉(Agra)到德里五个小时左右的路程,大巴车票不到24元人民币,火车票8元人民币左右,类似于出租车的一种火三轮(tutu)约20卢比(2元人民币)就可以跑10分钟的路程。

让人感动落泪的泰姬陵

无可否认,耗费了22万劳力用了22年时间精雕细琢出的泰姬陵不愧是世界文化遗产,太美了!

在安格拉(Agra)一早六点起床去欣赏清晨薄雾朦胧中的泰姬陵。隔着河,先只能看见她美丽沉睡的轮廓,清晨的浓雾将她紧紧包裹,让你只能沉醉在她的神秘、梦幻和朦胧中。我们站在河的这边,河的那边只有她孑然一人,孤傲地与左右两边的穆斯林清真寺相伴。从见到

她的一开始我就深深爱上了她的圣洁、端庄和她诉说不完的美与忧伤。

太阳缓缓升起,却无法照散浓雾,只能依稀揣测出她美丽的样子。我们立即赶去她的正面。太阳升高了许多,粉红色的霞光叩醒她洁白的容貌,薄雾缭绕中刚刚苏醒的她是那么动人、那么柔美,让人感动落泪。

我和老公手牵手一步步走近她,她在阳光的沐浴下慢慢洗净晨雾,将她最圣洁无暇、端庄美丽的一面向我们呈现。

屏住呼吸,细细品味她的每一个细节。

白色的台阶、地面大理石的花纹、墙壁上立体花纹的设计、在阳光下透散着光亮的彩石、棺材四周精雕细琢的大理石屏风……

从泰姬陵出来,前往Agra Fort。再一次从当时国王晚年被囚禁的地方远眺她的轮廓,觉得国王儿子对父亲并非故事里说的那么残忍,因为国王还可以从那么多不同视角远远注视着想念着他的爱人。

瓦纳那西的故事

来印度旅游必须到瓦纳那西(Varanasi),这里的恒河,是神光照耀的地方。恒河表面看是一条土黄色的普通河流,印度人对于恒河的信仰与感情只有

当你走在恒河边才会真正被触动。我们看到了人们在恒河边沐浴、祭祀、祈祷、洗衣、晒衣、游泳、泛舟、婚礼、火葬；看到了恒河边垃圾成堆、各种粪便随处可见；看到了河岸上的牛羊、鸡鸭、猴子、土狗大摇大摆游走在人群之中。每晚在恒河边都会有隆重的仪式为存活的当地人祈福，游客们坐在小船上欣赏和感受这宗教仪式。

我们选了临河边的家庭旅馆，次日天气不好，没有日出，我们就直接步行去了最大的焚尸台——Manikarnika Burning Ghat。立刻有个“野导游”凑近，向我们讲解印度文化。印度人有严格的等级制度，能火葬的有四种等级的人。更低等级的人不能被焚烧。这四类人死了后，有钱来到瓦纳那西的人就在这里被焚烧。四类人分等级在高低不同的台阶上被焚烧。尸体用锦衣整体包裹，先用恒河水净浴，然后由家里的一位最亲近的人用白色的布围绕头和上身做仪式。仪式很简单，付钱后，用所谓的圣草（其实就是所谓的圣火旁边地上堆放的干草）取圣火，然后用火把在尸体上方绕五圈，代表金水木土火，最后把尸体连同担架放置在木堆上，点火焚烧。这所谓的圣火其实就是在焚尸台最高处的一个火堆，据说这里的工人维护着圣火不熄已经 3500 年了。印度人相信人死后会转变成另一个人或者动物来到世界，不停轮回，直到最终去天堂（Virvana）。如果被焚烧，就不用再轮回而可以直接去天堂了。

最后的行走者语

印度的 12 月到处开满油菜花。天气非常宜人，不冷不热，适合旅行。

如果自由行，准备些可以充饥的零食，很有必要。

我走过的几个城市里，除了泰姬陵和瓦纳那西，个人觉得德里的帮马姬陵（Humayun tomb）最漂亮。●

（作者单位：北京君合律师事务所上海分所）

他山之石

●文/艾米·布莱克 斯坦利·罗斯曼著（美）译/周卓华

栏目组稿人：洪亮 hongliang1224@hotmail.com

我们该把律师全都杀死吗？

——法律职业面面观（上）



一、引言

本文的题目来自于莎士比亚名剧《亨利六世》第二场中的一个平民革命者——屠夫狄克的一段台词。起义领袖杰克·凯迪对此表示赞同。

狄克：我们所要做的第一件事就是把律师杀光。

凯迪：不仅如此，我还要……

没有任何证据表明莎士比亚本人仇恨律师。事实上，律师在英国广受尊敬，而自美国建国以来，英国法律文化的这一特色随着其普通法体系一起被美国所继承。托克维尔在其美国之旅中发现律师受到更高的崇敬，故称他们是美国的贵族。托克维尔的解释是，律师所固有的保守主义确保其对简单多数主义原则的警惕，从而保护了民主体制架构下一个自由国家最基本的要素。

然而，自托克维尔生活的那个时代以来发生的许多变革改变了美国社会和

法律职业。种种迹象表明法律职业看待自身和周围世界的角度都不同了，外界对法律职业的看法也变了。法律执业者人口统计数据和他们心态的不断变化为这些社会变迁提供了最有力的证明。

本文将从内外两个角度揭示人们对法律职业态度的一些变化。第二章介绍了分析问题所使用的主要数据材料，然后就是本文的第一段分析，即“美国的律师和法官都是什么人？”（第三章），该章对比历年来律师精英和联邦法官的人口统计资料。第四章提出问题：“政治立场如何？”并考察律师和法官们的政治行为和他们对各种社会问题的态度。第五章中，我们通过分析对全美成年人的抽样调查来判断“美国人是如何看待律师和法官的？”第六章“他们如何看待自己？”考察了我们最近的法律精英调查中律师和法官对一些问题的回答。第七章总结上文的分析论证，得出一些简短的结论。

二、数据资料

在分析美国人对于律师和法律职业的看法之前,我们先来看看美国法律精英的人口统计学特征及其政治倾向。所有数据来自于对律师和联邦法官的调查样本,它们提供了法律执业者态度和信仰等大量信息。

(一) 对领导层特征的考察

1995年,我们设计并发起了一项覆盖全国的由电脑辅助的电话调查,名为“领导层特征的考察”。我们调查了将近2000名社会精英,代表七个不同的领域,诸如商界巨子、媒体精英以及高级官员。针对本文的写作主旨,我们将焦点集中于七个领导者阶层中的两个:美国主要律师事务所的合伙人和联邦法官。此外,为了便于分析,我们将就律师和法官们以及其他领域精英的看法作一比较。

被调查的法律精英包括随机抽取的234位律所合伙人,他(她)们来自于美国律师杂志评选出的最具声望的100个律师事务所。联邦法官构成了本文所要讨论的另一主要调查对象。法官的抽样调查包括了对210位法官的访谈,他们是于1995年3月间从联邦地方法院、联邦上诉法院和联邦最高法院中随机抽取的。

除了传统的人口调查问题外,我们25分钟的调查还问了一系列的问题,涉及到他们对重大政治和社会问题的意见,他们对政治活动的参与程度,他们对种族和性别问题的态度。调查者对所有被访者都问了这些一般的问题,而法律精英还被特别问到关于法律职业的三个附加问题。

(二) 全国性的民意调查

作为对我们这次美国精英调查的补充,本文还参考了其他几个全国民意调查的数据,它们关注的是公众对律

师、法官和其他职业成员的看法。这些调查是由 Louis Harris and Associates、the Gallup Poll 以及其他知名调查机构所主持的,它们提供了来自于全美成年人中随机调查获得的数据。

三、美国的律师和法官都是什么人?

在这一部分,我们通过分析“领导层特征调查”所获数据以建立律师精英和联邦法官的人口调查档案。该调查提供了这一最具声望法律职业群体的深度信息资料,包括这个群体的社会经济地位、宗教信仰、种族以及性别组成等。

比较一些基本人口数据可以发现被调查的法官和律师之间的差别很有意思。首先,数据表明美国的公司律师通常比较富有。1995年调查显示超过85%的律师家庭年收入在20万美元以上。在七个领导阶层的调查中,只有商界领导者收入较之稍高,达到88%的比例。尽管联邦法官的平均收入颇低于这个水平,但他们依然富有。只有3%的被访法官家庭年收入少于12.5万美元,而有27%的法官家庭年收入高于20万美元。

律师精英们也表现出受过相当良好的教育。如以父辈文化程度作为衡量其家庭社会地位的标准(必须承认这是不完整的),则大多数被调查律师有着相对优越的家庭背景。大部分公司法律师(56%)的父亲受过大学以上教育,略

之下,只有35%的商人父亲受过完整的大学教育;29%的宗教领导人的父亲受过大学教育。

大量法官来自于社会底层。只有近41%的被访法官父亲受过大学教育——比律师低了近15个百分点。更惊人的是,较之律师父辈,法官父辈中高中以下文化程度的人数是前者的三倍以上。类似地,与法官相比,有更多律师受过精英教育。约33%的顶尖律师毕业于常青藤联盟法学院,而只有18%的法官是常青藤联盟毕业生。

律师和法官也表现出成长于不同的地区。近40%律师的童年在大城市郊区度过,而法官的比率只有12%。相反的,32%的法官在大城市长大,而律师是24%。此外,在乡下长大的律师人数是法官的三倍。

在1995年,律师精英中男性(88%)和白人(97%)占绝对多数(见表一)。然而,这与我们1980年所作的类似研究相比,妇女和少数族裔所占比例均呈上升趋势。律师样本中亚裔和非洲裔美国人所占比例从1980年的空白上升到1995年的略高于1%。在此15年间,女律师的比例增加了6倍,从1980年的2%到现在的12%。我们预计这种势头将继续下去,因为年轻律师们(其中包括更多的妇女和少数族裔)将陆续达到合伙人年龄。

表一: 被调查律师和法官的人口特征

	% 妇女	平均 年龄	宗教信仰				
			%新教徒	%天主教	%犹太教	%无信仰	%其他
法官	11%	64岁	55.5%	20.1%	10.0%	9.1%	5.3%
律师	12%	47岁	38.1%	23.8%	21.6%	14.7%	1.7%

高于30%的律师父亲仅有高中以下文化。律师精英与媒体精英二者父辈们的教育背景极为相似:他们父辈的文化程度明显高于其他被访精英的父辈。相比

在1995年,法官中也是男性(89%)和白人(92%)占据压倒性多数,但是少数族裔在法官中所占比例显然要比在顶尖律所合伙人中所占比例高。因

为我们抽样调查中的法官要比公司律师老一些,前者的平均年龄是 64 岁,而后者是 47 岁,所以相较于律师合伙人,高级法官职位的妇女和少数族裔候选人就更少了。而且这两个群体仅自 70 年代起才开始从若干主要法学院中招收成员,所以联邦法官中的少数族裔代表就显得尤其突出了。该数据表明联邦法官的任命多少要受到平衡人口种群比的影响。

有关宗教背景的数据也显示出这些年来法律职业成员的有趣变迁。60 年代晚期,一流律师事务所中几乎没有犹太人。今天,尽管犹太人在总人口中所占比例仅略高于 2%,但 22% 的主流律所合伙人是犹太人。38% 的律所合伙人把自己归为新教徒,24% 的合伙人是天主教徒。如按严格的宗教教规衡量,则大多数的被调查律师并不虔诚:尽管 84% 的律师认为自己是天主教徒、新教徒或是犹太教徒,但 57% 的律师几乎从不参加宗教仪式。尽管如此,仍有 26% 的律师每月参加一至两次宗教仪式,还有 17% 的律师每周都参加宗教仪式。

在宗教信仰和参加宗教活动这一方面,法官和律师之间同样有着或多或少的差别。大部分(56%)联邦法官认为自己是新教徒,20% 的法官是天主教徒,10% 的法官信仰犹太教。与我们所调查的律师精英相比,法官更可能是新教徒,然后可能是天主教徒,可能性最低的是犹太教徒,也许以上假设最主要的理由是联邦法官的任命多少要考虑到平衡人口种群比例。此外,很少有法官认为自己无宗教信仰(法官:9% vs. 律师:15%),法官也比律师更少或可能从不参加宗教仪式(法官:19% vs. 律师:29%),但每周参加宗教仪式的法官几乎是律师的 2 倍(法官:33% vs. 律师:17%)。

这两个法律职业群体对两个附加问题的回答则反映出他们在个人品质方面有趣的共同点。律师和法官几乎一

致认为绝大多数的人是可信任的(81% vs. 84%)——比记者的回答高了 10 多个百分点。然而,当他们被问及是否对自己的生活满意时,法官的满足感显然高于律师(78% vs. 51%)。

是共和党,近三分之一(32%)的法官是民主党,还有 14% 的法官认为自己是中立派。

表二:1988 年和 1992 年大选的投票情况

	1988 年		1992 年		
	民主党	共和党	民主党	共和党	独立候选人
法官	31.8%	68.2%	42.1%	56.7%	1.2%
律师	40.9%	50.6%	58.6%	39.2%	2.3%

四、政治立场如何?

在比较了律师和法官的各种人口和背景资料特征后,让我们来看看这两个群体的政治表现和政治态度。本章将首先比较律师和法官的选举行为和党派性,然后分析他们对于各种政治和社会问题的看法。

(一) 选举和党派

我们在调查中政治方面的数据显示法官和律师在不少方面有所差异。作为一个群体,法官通常比律师更倾向于保守,但此种结果的原因可能是很多法官乃里根和布什总统所任命的。

有关党派和选举的数据显示律师更可能是民主党人,但是经常在总统选举时发生变化(见表二)。多数律师精英(42%)是民主党,三分之一(33%)的律师声称自己是共和党,约有四分之一(24%)的律师是中立派。

1988 年和 1992 年的选举数据显示,有的律师会跨越党派界限去为他们偏爱的总统候选人投上一票。乔治·布什在 1988 年大选中赢得了稍过半数的律师选票(51%),当时迈克尔·杜卡吉斯拿到了 41% 的律师选票。比照一下,1992 年大选时布什只拿到了 39% 的律师选票,59% 的被访律师选择了克林顿。

总的来说,法官明显比律师表现得更为保守。被访联邦法官的多数(52%)

最近两次大选的投票情况显示,被访联邦法官倾向于共和党候选人。1988 年超过三分之二(68%)的法官选择布什,而在 1992 年布什连选失败的选举中仍然有半数(57%)法官继续支持他。

比照领导层特征研究中的其他精英群体的相关数据,则有关律师投票和党派的数据显示律师是一个相当中庸的群体。尽管律师精英比法官、商界领导、宗教领袖要更自由化一些,但他们比记者、高级官员和电视电影制作人要保守些。有意思的是,法官属于调查中最保守的群体之一,只有商业领袖始终如一的更为右倾。不过,法官的父母亲似乎更不可能投民主党的票,并且只有 18% 的法官认为自己是保守派。

(二) 律师、法官看问题

领导层特征调查设计了近 40 个问题来判断精英们对于各种公共政策问题的态度。大体上,公司律师对大部分问题的看法中庸。当他们被问及对一系列表述的同意或反对程度时,绝大多数律师的回答不是“有点同意”就是“有点反对”,并且他们对于绝大多数问题的回答相当平均地分布于同意和反对之间。被访法官群体对于各种表述更多的回答是强烈同意或强烈反对,他们的政策见解也更倾向于保守。

当然,律师们并不是对所有问题都持中间立场。比如对于投资收入的减税

问题,律师甚至比法官更为保守。约有79%的被访律师支持减税,而只有74%的法官持此观点。相似比例的法官和律师精英(分别是71%和72%)赞同“政府减少对于经济活动的规制对国家是有利的”。

尽管法律精英们对于社会问题的意见不一,但是大多数人倾向于更为“自由”的社会政策。例如对于堕胎问题,大部分律师和法官持强烈赞成态度。本调查中83%的律师和79%的法官同意妇女有选择堕胎的权利,超过60%的律师和过半律师表示强烈同意。类似的,有81%的律师和75%的法官支持为堕胎提供公共医疗补助(Medicaid)。律师和略少一些的法官同样强烈赞成允许同性恋者公开在军队中服役;72%的律师精英和61%的联邦法官同意此政策。

律师和法官都反对多数性别成见。近72%的律师和82%的法官不同意以下表述:“女性对待工作大多不如男性尽责”,还有93%的律师和85%的法官赞成丈夫在妻子工作时照顾家庭和孩子。

律师和法官对于其他几个社会问题的赞同程度反映了他们之间既有分歧也有共识。有84%的律师认为婚前同居是可接受的,而只有56%的法官持此观点。此外,对于以下表述“同性恋和异性恋

一样,是一种可以接受的生活方式”,51%的律师表示同意,而只有34%的联邦法官持相同意见。另一方面,87%的律师和法官都认为通奸行为是不道德的。

被访律师和法官都对政府提出尖锐批评。近79%的律师和62%的联邦法官认为“华盛顿的当选官员总是很快脱离广大群众”。约79%的律师和58%的法官还说他们不相信政府能把事情做对。此外,80%的律师精英和67%的法官赞同“我们的社会制度导致很多人产生疏离感”。

对于刑事政策,律师和法官也表达了相似或相反的观点。71%的联邦法官和62%的律师反对大麻合法化。然而,对于三次犯罪的重罪犯判处无期徒刑问题,67%的法官反对“三振出局”(three strikes and you're out)规则,但是有58%的律师表示赞同。

(三)要素分析法

通过使用名为“要素分析”的统计技术,我们能够总结律师和法官之间根本的相似和不同之处。要素分析有助于衡量各组答案以连贯的方式聚集在一起的程度,并解释各个变量之间的相互关系。例如,就“领导层特征研究”中四十多个问题进行因素分析可得出两大要素,即两组具体问题表现出共有一个根

本要素。我们称这两个要素为“自由集体主义”(liberal collectivism)和“彰显的个人主义”(expressive individualism),这两个说法分别借用自约翰·杜威(John Dewey)的理论创造和罗伯特·贝拉(Robert Bellah)所创概念。

第一个要素是绝对个人主义,源于美国的加尔文教派传统,这个统一体的另一端是集体自由主义。Louis Hartz, Seymour Martin Lipset 和马克斯·韦伯都观察到美国的独特性源于其宗教文化精神。根据这些理论,新教伦理促使了难以估量的个人自主和自我约束来实现自我。新教伦理也鼓励自我心理调节和自我控制,这成为现代美国自由主义和资本主义的支柱。

集体(或称福利国家)自由主义的信条是中央政府应该改善资本主义体系中的经济不平等,该思想主要产生于经济大萧条时代(the Depression Era)。这通常被视为当代美国自由主义的根基,它站在了传统的严格个人主义的对立面上。涉及政府干预财富再分配和保障就业的问题主要取决于此因素。(未完待续) ●

(原文刊载于《哈佛法律和公共政策杂志》1998年6月)

(译者单位:上海市司法局)



微 Talk

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

鹅卵石与回音壁

(本栏目言论仅代表言论者本人观点)

上海市海燕律师事务所 拜守华律师

人生就是一段旅途,何时上车?乘何种车?您不能决定。何时下车?如何下车?您亦不能决定。如此说来,我们能够掌握的是,在旅途中,快快乐乐的欣赏风景,开开心心的享乐人生,而不是急急忙忙赶往终点。李白云:人生得意须尽欢,莫使金樽空对月。正是此意,吾今信之!

上海德美律师事务所 刘建坤律师

平凡如我者常常看到的风景是:一个人总是羡慕着别人的幸福,一回头,却发现自己正被羡慕着。其实,每个人都有自己的幸福。但是,我们只善于发现别人的幸福。

上海申浩律师事务所 姚立民律师

幸福是一种能力。中国律师,需要更多的善于运用正能量即善缘性服务的能力,这样会让更多的律师幸福感增多。解决问题要靠自然的智慧,智慧是善缘性的,拥有了智慧,问题解决得轻松快乐,成就感、幸福感就会多了,反之则少。智慧会让复杂的东西变得简单,也就少了些猜测的烦恼。

北京盈科(上海)律师事务所 王欣桐律师

每年至少看 30 本书,至少全程跟进 25 个案子,到 25 岁,我已经是执业四年半的专业律师,而多少人才刚刚毕业。不放弃跳级、不复读、不上研、不考公务员、不混企业、不留学等等所有别人期待我去做而我放弃的事情。到时,我会证明,我的选择是多么的明智。所以,若要嘲笑我作为律师年龄太小,请一定要趁早。

上海协力律师事务所 游润键律师

今年“两会”期间,再次提出了残疾人免费乘坐公共交通的提案,会议期间很多残疾人朋友打电话到我办公室表示支持和感谢,还有一些残疾人朋友给我发来了私信,有个聋人公益组织还给我发来了一段视频。我很感动,也感受到肩上的压力与责任,我将继续关注此问题,

直至解决。

上海宏翰律师事务所 蒋宏律师

有时常想,律师职业相对开放,会结识很多人,有大部分归入君子之交,只有极少部分机缘修行,可以成为好朋友,但几乎不可能成为举止随性的莫逆。究其原因,我们都回不到儿时那样,有大把的时间可以挥霍,有无邪的笑容可以绽放。现在的我们,有多大的责任,就要穿上多厚的外衣,自己温暖了就好。

上海博和律师事务所 林东品律师

市检察院的律师预约平台已正式开通,赢得律师的一片叫好。在新《刑事诉讼法》实施之际,公诉、侦检等职能处室主动与律协沟通,就诉讼程序转换进行告知和听取意见,对羁押非必要性审查、非法证据排除等开展了多次讨论。其实,《律师法》出台后,上海的检察机关就会见、阅卷等已经走在了全国的前列。

北京中银律师事务所上海分所 钱志良律师

真正优秀的刑辩律师,心中追求的不是个案中可能有罪的人被判无罪这种结果的出现,他追求的是心中的梦——职业最高理念——程序公正的实现。

国浩(上海)律师事务所 许晨艳律师

人生一世,草木一秋,皆是过程。美与可爱,有心皆懂。

上海协力律师事务所 周兰萍律师

建筑企业生存环境恶劣,做施工很辛苦,要转型也不易。律师应积极提升服务价值更好地帮助企业防范风险,服务方式上应从企业总部转向项目,服务内容上应由点(咨询)转线(项目全过程服务)及面(从企业经营管理角度策划及提供服务)。

乐 Life

●文/严 嫣

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

我的 DIY 婚礼

——不奢华未必不浪漫



做律师这几年,离婚案子办的挺多的,听着当事人痛彻心扉地倾述:夫妻间感情的淡漠或背叛;婆媳间的争斗及爆发;更有甚者,仅仅因为一场婚礼,就分道扬镳,各奔东西……曾憧憬的美好婚姻殿堂,常常会被现实撞击的支离破碎。

太现实的社会。关于结婚,不是谈房子、车子和工资;就是婚礼的奢华和排场,这些成了展示新人双方经济实力、相爱程度的筹码……

婚礼,谁不想浪漫,独特,难忘。但奢华不是唯一标准,简约,用心用意,或许也会很有趣、很浪漫。

那年,我与老公是网友相恋,感情进展挺快的,也老大不小了,结婚就提上了日程。可这婚该怎么结,我俩也纠结过。

我是独生女、父母的骄傲,他们自然希望婚事大办。而他家的条件普通,父母年迈,能支援的力量有限。纠结。我们的网恋,婚礼是个考验!心理学讲,婚姻不仅是两个人的事,至少关系到六个人,即新人和双方的父母。这是两个完全不同背景、不同经历,甚至是不同价值观家庭的相聚和碰撞。婚礼的举办,是双方家庭首次共同操办的大事,它关乎双方的付出和认同、关乎双方的意愿与感受……如果找不到这些平衡点,那迟早会要出问题。

虽然父母有诸多的想法和不放心,但我仍然坚持自己操办这次婚礼。我的婚礼我做主!我们承诺会认真对待,决不失礼仪,让父母满意。主动权有了,马上确定婚期。在网上预约了090909登记的日子,在五星级的新锦江饭店预约了宴会大厅。我们要DIY出来一个特别的婚礼!

既然是网恋,我们决定靠网络、找网友,成本要小,动静要大。

这个想法得到网友们的全力支持——有网友建议,礼服寻样加工,就去南外滩的轻纺市场;有网友建议,婚礼当日配置五对伴郎伴娘,应对酒水大军;更有网友毛遂自荐担任摄影、音响及化妆……

登记那天一大早,民政局里就呼啦啦地赶来了一帮网友,全程拍摄并见证了婚姻缔结的神圣时刻。

结婚了!大家欢呼着,驱车去了滨江森林公园。找景的、化妆的、造型的、摄影的、拎包的,还有负责讲笑话逗乐的。虽然没有哪个是专业的,但连玩带干活,一下午拍了几千张照片,有太多满意的瞬间,结婚照搞定了!

不说众人见证、开怀欢笑的回忆价值,单就结婚照的成本来说,公园门票+两顿聚餐+扩印费用,未超2000元。

选择心仪照片,在淘宝网上DIY了喜帖、席卡、婚庆水牌、喜糖小卡、签到名册。新颖独特,处处有我们的心声和倩影,未超1000元。

选独立包装的巧克力,用城隍庙买的金丝带,网友们一起扎喜糖。600多份,4000元不到。

宴席的订制,也用了心——没订婚宴,按照普通宴会规格,每一道菜都是单点的,最终菜单交由双方家长认可。与酒店拉锯战一般的谈判后,终于可以自带白酒……忙忙碌碌,终于到了婚礼那一天!花市订购的鲜花送进了酒店,网友们分头布置,气氛美极了!

南外滩轻纺市场的裁缝,手艺不俗。真丝绣花旗袍、真丝礼服;西装、中山装各一套;真丝衬衫、领带等等若干,未超

过3000元。

在网友们群策群力下,服装、化妆、音响、伴郎、伴娘分工配合,我的婚礼开始了!所有的亲朋好友、前辈和老师、客户同事都赶来了,济济一堂、热闹不凡……我拉着老公走上了舞台,告诉大家,今天的婚礼不设司仪,我自己主持。

全场掌声雷动,服务员都惊叹,没看到有新娘自己主持婚礼的!

是因为我有太多对家人、老师、前辈、朋友的感激,让我一个闯荡上海的小律师,有幸得到大家的疼爱与呵护、支持和鼓励。我要用最真诚、最质朴的方式,和大家分享我的快乐!

老公很含蓄,等我长篇大论地讲完后,他深深地鞠躬“谢谢大家”!

宴会中,有我父亲从家乡带来的河南烟、杜康酒,再有我和老公带领五对亮眼的伴郎伴娘,真诚地祝酒和感激,将现场气氛推向高潮……结果是父亲带来的十几箱“杜康”一扫而空!

加上烟酒、鲜花布置,婚宴均费为2800元,总计62000元。宴后欢聚好乐迪K歌,未超过5000元。

从登记到婚礼,总支出不足8万元,当然这是2009年的数据。新人自力承担。

这就是我当时DIY的婚礼。虽然我也才三年多的婚龄,虽然婚姻的路上仍有磕绊,但我庆幸当年简单快乐的婚礼——让父母省心又满意,也让彼此更多地去在乎对方的感受,淡薄物质的追求……或者这些理念,可为即将走入婚姻殿堂的新人们,作些借鉴或参考吧。●

(作者单位:上海市海华永泰律师事务所)



上海仲裁委员会

Shanghai Arbitration Commission

上海仲裁委员会是根据《中华人民共和国仲裁法》的规定,由上海市人民政府依法组建的常设仲裁机构。上海仲裁委员会以仲裁方式,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涉外及国内的合同争议和其他财产权益争议。

根据法律的规定,当事人选择以仲裁方式解决争议,应当达成仲裁协议。如果您考虑选择由上海仲裁委员会作为解决争议的仲裁机构,请在订立合同时采用如下仲裁协议条款:

“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,均应提交上海仲裁委员会按照该会仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的,对双方当事人均有约束力。”

MODEL ARBITRATION CLAUSE

“Any dispute arising from or in connection with this Contract shall be submitted to Shanghai Arbitration Commission for arbitration which shall be conducted in accordance with the Commission's arbitration rules. The arbitral award is final and binding upon both parties.”

地 址:上海市威海路 755 号文新大厦 23 楼
电 话:(8621)52920022 传 真:(8621)22313993
邮政编码:200041
网 址: www.accsh.org

Address: 23/F No.755 Weihai Road Shanghai P.R.C.
Tel: 86 21 52920022 Fax: 86 21 22313993
Zipcode: 200041
Website: www.accsh.org

新法速读

最高人民法院发布《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》

12月26日,最高人民法院全文公布了《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《信息网络传播权司法解释》),并已于2013年1月1日起开始实施,这也是最高人民法院继国务院2006年颁行《信息网络传播权保护条例》后,第一次专门针对信息网络传播权民事纠纷问题颁行的司法解释。

此次出台的《信息网络传播权司法解释》共有16条,相比国务院2006年颁行的《信息网络传播权保护条例》,有如下四个方面的新内容值得关注:

1、信息网络传播权的适用范围由《著作权法》以及《信息网络传播权保护条例》主要针对计算机网络拓展到还适用广播电视网、固定通信网和移动通信等信息网络。

2、扩展了“作品上传行为”的具体情形,明确规定构成信息网络传播权的

上传行为具体包括将作品上传到网络服务器、设置共享文件或者利用文件分享软件等方式。

3、明确将信息网络传播行为区分为作品提供行为和网络服务提供行为,其中网络服务提供行为具体包括提供自动接入、自动传输、信息存储空间、搜索、链接、文件分享技术等网络服务。

4、明确了信息网络服务以及信息存储空间服务提供者的主观过错认定标准,分别列举了6种具体情形和3种具体情形。

此外《信息网络传播权司法解释》还明确了案件管辖法院选择问题,并特别强调了司法审判要注重著作权人、网络服务提供者及社会公众三者利益之间的平衡。

(供稿:信息网络与高新技术法律信息网络与高新技术业务研究委员会)

商务部和国台办联合发布 《台湾投资者经第三地转投资认定暂行办法》

2013年2月20日,商务部和国

院台湾事务办公室联合发布《台湾投资者经第三地转投资认定暂行办法》(2013年第12号公告,以下简称《暂行办法》)。

《暂行办法》明确规定,台湾投资者以其直接或间接所有或控制的第三地公司、企业或其他经济组织作为投资者在大陆投资设立企业,可提出申请,将该第三地投资者认定为视同台湾投资者。

于2012年8月9日签署,2013年2月1日起正式生效的《海峡两岸投资保护和促进协议》中,对台湾投资者在大陆投资,以及大陆投资者赴台投资的投资待遇、投资保护、争议解决等问题作出了灵活处理和安排。

多年来,许多台商投资大陆采取是经第三地转投资的方式。《暂行办法》发布后,台湾投资者可以根据《暂行办法》申请认定,以便获得《海峡两岸投资保护和促进协议》的保护。

(供稿:国际投资与反垄断业务研究委员会)



上海国际经济贸易仲裁委员会(上海国际仲裁中心)

Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission (Shanghai International Arbitration Center)

中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会经上海市人民政府批准,现已更名为“上海国际经济贸易仲裁委员会”,同时启用“上海国际仲裁中心”的名称。受理当事人约定由上海国际经济贸易仲裁委员会或上海国际仲裁中心仲裁的案件,并依法继续受理按照当事人的约定应当由中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会仲裁的案件。

示范仲裁条款

“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,均应提交上海国际经济贸易仲裁委员会仲裁。”

“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,均应提交上海国际仲裁中心仲裁。”

Model Arbitration Clause

Any dispute arising from or in connection with this Contract shall be submitted to Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission for arbitration.

Any dispute arising from or in connection with this Contract shall be submitted to Shanghai International Arbitration Center for arbitration.

地址:中国上海市金陵西路 28 号金陵大厦 7 层

电话:86 21 6387 5588

电子信箱:info@shiac.org

传真:86 21 6387 7070

网址:www.shiac.org

Address: 7/F, JIN LING MANSION, 28 JIN LING ROAD(W),
SHANGHAI 200021, P.R.CHINA

Phone: 86 21 6387 5588 Fax: 86 21 6387 7070

E-mail: info@shiac.org

Website: www.shiac.org

新法速递

《 律师业务资料 》 目录 2013 年第 3 期

上海篇

- 1、上海市人民政府令:关于修改《上海市科学技术奖励规定》的决定
- 2、上海市人民政府令:关于修改《上海市餐厨垃圾处理管理办法》的决定
- 3、上海市人民政府令:上海市临港地区管理办法
- 4、上海市人民政府:上海市公共机构节能管理办法
- 5、上海市人民政府:关于印发修订后的《上海市服务业发展引导资金使用和管理办法》的通知
- 6、上海市人民政府:市政府关于贯彻实施《女职工劳动保护特别规定》调整本市女职工生育保险待遇有关规定的通知
- 7、上海市人民政府办公厅:转发市交通港口局等关于进一步强化本市道路危险货物运输安全管理若干意见的通知
- 8、上海市人民政府办公厅:转发市发展改革委等四部门《关于规范本市商务楼宇信息基础设施建设和运营若干行为意见》的通知
- 9、上海市财政局等:上海市社会保险基金预算管理试行办法
- 10、上海市财政局等:上海市专利资助资金管理办法
- 11、上海市财政局等:上海市高效节能工业产品推广中央财政补贴资金拨付办法
- 12、上海市财政局等:转发财政部等《关于交通运输业和部分现代服务业营改增试点应税服务范围若干税收政策》的补充通知

全国篇

【诉讼法】

- 1、最高人民法院、最高人民检察院:关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释(一)
- 2、最高人民法院:关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释(一)
- 3、最高人民法院:关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释
- 4、最高人民法院:关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释
- 5、最高人民法院:关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)
- 6、最高人民法院:关于开展行政案件相对集中管辖试点工作的通知

7、最高人民法院、最高人民检察院:关于废止 1980 年 1 月 1 日至 1997 年 6 月 30 日期间制发的部分司法解释和司法解释性质文件的决定

8、最高人民法院:关于废止 1980 年 1 月 1 日至 1997 年 6 月 30 日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件(第九批)的决定

9、最高人民检察院:关于行贿犯罪档案查询工作的规定

【民商】

全国人民代表大会常务委员会:关于加强网络信息保护的決定

【证券】

- 1、国务院令:征信业管理条例
- 2、证券监督管理委员会:全国中小企业股份转让系统有限责任公司管理暂行办法

【工商、质监、邮政】

- 1、国家工商行政管理总局:拍卖监督管理办法
- 2、国家质量监督检验检疫总局:家用汽车产品修理、更换、退货责任规定
- 3、交通运输部:快递市场管理办法

【文教】

文化部:娱乐场所管理办法

【知识产权】

- 1、国务院令:关于修改《计算机软件保护条例》的决定
- 2、国务院令:关于修改《中华人民共和国著作权法实施条例》的决定
- 3、国务院令:关于修改《信息网络传播权保护条例》的决定
- 4、国务院令:关于修改《中华人民共和国植物新品种保护条例》的决定

【劳动】

国有资产监督管理委员会:中央企业负责人经营业绩考核暂行办法

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



《色彩斑斓》 摄影：林隆熙 律师