

上海市律师协会 主办



SHANGHAI  
LAWYER

**卷首语** 发挥律师专业优势  
促进劳动关系和谐/洪浩

**法律咖吧** “黄浦江上游水域漂浮死猪事件”相关法律问题探讨  
/李晨 吴荣良 李缤 崔巍等

2013  
总第707期

5

聚 焦 · 思 辨 · 感 悟 · 互 动



**律师实务** 《劳动合同法》修改若干问题探讨 /朱 慧 陈慧颖

**聚 焦**

## 贴近律师服务 深化行业管理

/彭念元

4月25日，市法学会、市企业联合会、市律协共同主办上海企业法治论坛。论坛以“企业发展与收入分配法律问题”为主题，针对企业发展与收入分配的法律问题，与会代表从企业界、学术界、法律界的不同角度切入，交流意见。



4月9日，以罗杰·艾斯坦（Mr. Roger Epstein）为团长的美国夏威夷律师协会一行来访市律协。双方就如何落实有关协议的内容，让更多的上海律师受益进行了深入交流。



4月16日至4月17日，上海市第十四次妇女代表大会隆重召开，全市800名妇女代表中，9名女律师作为市妇女代表参加了第十四次妇代会。



4月16日，美国迈阿密市长外事联络人马伟先生（Mr. Mark Weiner）作为佛罗里达州律师协会代表来访市律协。双方均表示愿意积极探索未来交流合作的机会。



4月18日至4月20日，市律协律师学院认真贯彻全国律协《关于进一步加强青年律师培养工作的指导意见》，举办了2013年第一期青年律师拓展培训班。本市127名青年律师参加了培训。



# 发挥律师专业优势 促进劳动关系和谐

上海市人大常委会副主任、市总工会主席 洪浩

进入红五月,我们迎来了属于劳动者的光辉节日——“五一”国际劳动节。从其起源看,这是一个倡导劳动价值、维护劳动权益的重要节日。在这个特殊而有意义的日子里,我们要对广大律师朋友们长期以来给予工会工作的支持帮助、给予职工群众的法律援助表示衷心的感谢!

维护职工合法权益、促进劳动关系和谐是工会组织的主要任务。恩格斯指出:“资本和劳动的关系,是我们全部现代社会体系所围绕旋转的轴心。”劳动关系作为现代社会最基础最重要的社会关系,其是否和谐稳定,对于经济社会的协调发展、社会的长治久安具有极其重要的影响。没有劳动关系和谐,就没有企业和谐,社会和谐也就缺乏坚实的基础。近年来,随着劳动法律法规体系的健全完善,本市劳动关系总体和谐稳定,职工各项权益得到有力保障和全面发展。同时,我们也要看到,当前经济下行压力仍然较大,企业发展困难较多,职工的就业、收入、保障等受到一定影响,职工合法权益受到侵害的现象也时有发生,劳动争议多发易发群发问题仍较突出。保障职工权益、加强劳动关系协调,是促进社会和谐稳定长期而重要的工作。

在社会主义市场经济条件下,协调好劳动关系,必须充分运用法治思维、法治方式。市场经济是法治经济,劳动关系作为市场经济中主要的契约关系,其建立、运行、监督、调处的全过程都应纳入法治化轨道,只有这样,和谐劳动关系建设才能拥有坚实的基础和充分的保障。在这方面,律师作为拥有丰富法律知识、专业技能与司法实践经验的社会主义法律工作者,在依法维护职工合法权益、促进劳动关系和谐中有着不可替代的职业



优势,承担着重要的使命,发挥着关键的作用。

长期以来,市律协及广大律师怀着强烈的社会责任感,热心社会公益,积极投入困难职工权益保障、法治宣传、维护稳定等工作,取得很大成绩,得到广大职工与社会的赞誉。同时,热情支持工会增强法律专业力量,共同组建了“上海工会职工法律援助维权服务志愿团”和“市总工会法律顾问团”,为工会法律工作提供了强有力的支撑;以“直接服务职工群众”为出发点,广大律师义务参与职工法律援助中心、法律咨询窗口接待工作,为职工提供便捷、专业、有效的法律援助服务,也为工会建设完善12351援助服务网、12351援助服务热线、援助服务接待大厅和劳动争议调解室相结合的“一网、一线、一厅、一室”工作模式提供了许多专业支持;在劳动关系协调机制建设上,广大律师积极参与源头立法工作,为完善劳动关系立法建言献策、积极呼吁,使协调、构建和谐劳动关系的法律保障更加完备。

当前,我们正以筹备召开上海市工会第十三次代表大会为契机,进一步推

动健全党政主导的维护职工群众权益机制,团结凝聚广大职工共促发展、共建和谐。我们诚恳期待广大律师充分发挥专业优势,继续关注、支持工会工作。一是大力支持工资集体协商立法。工资是当前影响劳动关系和谐的核心问题。市总工会正在积极推进工资集体协商立法,促进形成工资共决机制和正常增长机制,推动建立更加公平合理的收入分配制度。希望广大律师朋友们充分理解这项立法工作的社会意义,正向引导社会舆论,为立法工作提供专业支持。二是主动推进《劳动合同法(修正案)》贯彻落实。《劳动合同法(修正案)》将于今年7月1日正式施行。希望律师朋友们加大普法宣传力度,帮助企业依法规范劳务派遣用工形式,充分保障劳务派遣工的同工同酬权利。三是热情参与职工法律援助维权服务。律师是工会为职工提供法律维权服务的重要依托力量。今年,我们将进一步推动各级职工法律援助机构以签约律师事务所方式购买社会服务,希望广大律师朋友们积极加入到工会维权队伍中来。四是积极介入群体性劳动争议调处。在经济结构调整的大背景下,群体性劳动争议事件处在多发、易发阶段。希望各级律师组织积极履行社会责任,共同参与调处群体性争议,妥善化解矛盾,维护社会和谐稳定。

党的十八大对全面推进依法治国、加快建设社会主义法治国家、构建和谐社会提出了明确要求。广大律师是加强民主法治建设的重要力量,也是协调劳动关系、促进社会和谐的重要力量,让我们携起手来,在上海创新驱动、转型发展的攻坚阶段,共建和谐发展环境,共促社会公平正义,为加快建设社会主义现代化国际大都市作出更大贡献。●



## 《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)

# 上海律师 2013 5

总第 707 期

## 目录

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

### 卷首语

1 发挥律师专业优势 促进劳动关系和谐 / 洪 浩

### 本刊关注

聚 焦 5 春风化雨 上海女律师情牵边疆贫困女生

——上海女律师联谊会工作年会暨春蕾助学拍卖活动现场  
印象 / 张 兰

7 贴近律师服务 深化行业管理 / 彭念元

局长视窗 10 加强教育引导 延伸服务功能

——松江律师在社会管理创新中发挥积极作用 / 张惠军

区县传真 14 立足本区特色 助推律所建设

——闵行区律工委主任许强访谈录 / 傅 锐

法律咖吧 18 “黄浦江上游水域漂浮死猪事件”相关法律问题探讨

/ 李 晨 吴荣良 李 镔 崔 巍 皮岗升



《海豹》摄影:周 伟 律师





4月22日,上海市高院与市律协共同举办的“实施知识产权战略、支撑创新驱动发展”知识产权司法实践研讨会暨2013年知识产权宣传周活动在市律协成功举行。

## 人物·优秀女律师

- 22 回望·前行  
——有感于执业十二年 / 张晓璐

- 警示台 25 违规会见沉痾泛滥 惩戒预防警钟再鸣  
/ 市律协纪律委员会

## 法眼法语

### 香港大律师之窗

- 26 以南开越洋与汉王科技国际仲裁案论“已判  
争议点禁止反言”原则 / 苏国良 林乐夫

- 时评 29 儿童福利制度需要顶层设计 / 张文娟  
视角 31 略论侵犯商标权刑事犯罪罪量认定之思路  
/ 唐震

- 34 辩护人庭审发问系列文章之五  
论庭审发问应变与善辩 / 王俊民

- 案例精析 37 浅析前期物业服务合同约束力的形成条件  
/ 王德杰

## 律师实务

- 39 QFII 参与我国期货市场的利弊分析及建议  
/ 陈洁 姚思

- 41 人民币合格境外投资者投资境内证券市场  
制度的诞生与发展前景 / 吕红 王诗诣

- 44 《劳动合同法》修改若干问题探讨  
/ 朱慧 陈慧颖

- 48 反倾销损害调查中的产业界定及损害的法律  
认定 / 徐舒 周玲

- 50 遗产信托产品设计的框架构思  
——让信托业走进千家万户 / 潘登

- 53 后金融危机时代企业实现公司良治的制度  
架构 / 刘智

## 人文万象

- 他山之石 57 我们该把律师全都杀死吗?  
——法律职业面面观(下)  
/ 艾米·布莱克 斯坦利·罗斯曼著(美)  
译 / 周卓华

- 岁月回眸 60 我与《解放日报》“律师手记”专栏  
/ 丁晓文

- 新法速读 64 全国人大发布《中华人民共和国劳动合同  
法》修正案等2则

- 新法速递 封三 《律师业务资料》目录 2013年第4期





# 本刊关注



# 上海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

主办：上海市女律师联谊会

聚焦

●文/张兰

## 春风化雨 上海女律师情牵 边疆贫困女生

——上海女律师联谊会工作年会暨春蕾助学拍卖活动现场印象



3月29日下午，一年一度的上海女律师联谊会的年度盛会如期在上海青松城的百花厅隆重召开，同时举行的是女律师联与上海市妇女联合会、上海市儿童基金会共同筹办的向新疆喀什地区贫困女大学生募集捐款的“春蕾助学拍卖活动”，活动的现场爱心暖流涌动，让人感到别样的温暖。

### 律界巾帼，绽放绚丽之花

全国五一巾帼标兵、上海女律联会长黄绮在大会上回顾了过去一年的工作和成绩。2012年，上海女律联在本届理事及秘书处的共同努力下，规模继续扩大，服务能力不断提高，组织生活持续提升，为团结全市女律师，进一步提高女律师的政治、业务素质，提高女律师社会地位，维护女律师的合法权益，促进我国社会主义民主法制建设和妇女工作的发展作出了积极的贡献。

重计划抓落实，重专业讲交流，重维权树品牌，重服务求发展，重提升讲互动，重调研务实效，重慈善讲奉献。黄绮会长从八个方面充分阐述和汇报了女律师的工作，从加深各类专业交流的座谈会的举办，到律师法治作品表演比赛，从女律联巾帼律师团为全市妇女提供法律援助，到积极参与各类慈善公益活动，无一不体现出上海女律师的专业素养和对社会的高度责任感，自上海市女律联成立以来，在沪执业的女律师的身心健康和事业发展都迈上一个新的台阶。

目睹上海女律师在业界的贡献和社会上的知名度、影响力，与会的市领导、律协领导、各区县司法系统的领导无不为之欣慰。

上海市司法局副局长、市律协党委书记刘忠定在讲话中赞扬：“女律师联谊会成功搭建了女律师间交流合作的平台，这个平台与社会各界广泛合作，是个开放的平台，充分展示了国际大都市女律师的形象和风采，在各类社会活动中留下了靓丽的足迹！”

### 赠予玫瑰，人人手有余香

据了解，时任上海市市委书记的俞正声与上海市妇联领导赴疆考察时，与新疆喀什地区共建的五个项目之一的是“沪喀姐妹情”。自去年9月上海市妇联、新疆自治区妇联、上海对口援疆前线指挥部和喀什行署等领导在乌鲁木齐共同签署《2011—2015年沪喀姐妹情合作发展项目协议》以来，妇女健康“两癌”筛查、千名女大学生春蕾助学计划、女性人才培训、喀什噶尔古丽绣等项目已经全面启动。

为了广泛动员社会力量，一起帮助贫困女大学生完成学业，贡献社会，上海市妇女联合会、上海市儿童基金会共同发起了向社会各界人士及企业募集爱心善款“千名女大学生春蕾助学项目”，所募善款将全部捐赠给上海儿童基金会作为帮扶专项，用于新疆喀什地区莎车、泽普、叶城、巴楚四县贫困家庭的女大学生的就学帮扶，实现边疆贫困女生上大学的梦想。

源于此，上海女律师联谊会积极响应市妇联的号召，支持和参加“千名女大学生春蕾助学项目”，以体现上海律师的社会责任心和对新疆喀什姐妹的关爱之情。市女律联副会长裘索去年就已经为此项目捐款15万元，今年2月底市女律联向全市律师发出捐款倡议书，全市多家律师事务所及律师个人积极响应，先后向市儿基会汇款100多笔，截至活动的前一日，捐款金额已达36万余元。其中，锦天城律师事务所的101名律师及工作人员自发捐款9.2万元之多。

上海女律联借年会之际再次发起了本次“春蕾助学拍卖活动”，本次拍卖活动中的六件拍卖珍品都是由女律师个人无偿捐出，仅黄绮会长一人就捐出了两件价值不菲的拍品。身为名家之后的王小咪律师、严嫣律师把她们各自的父亲亲自撰写的扇面书法及大幅精雕剪纸作品也带到了拍卖的现场。女律师袁月英和翁德红也将珍藏多年的30年普洱茶砖和茅台捐为拍品。



被誉为“千扇王”的微书法家王铭和是女律师王小咪的父亲，现已八十高龄，其微书作品曾在法国罗浮宫、英国皇家博物馆、故宫博物馆展出，作品主要被海外华人收藏，老先生现已封笔，不再书写任何作品。本次捐出拍卖的作品是 24K 真金洒金微书观赏扇，配以红木扇骨、扇架、礼盒。此把扇面是王铭和老先生八十岁时书写用于慈善拍卖的八十把微书扇面的其中一把，其作品收藏价值可见一斑。

严嫣律师的父亲是全国剪纸协会的理事，其作品以工艺老道、刻工精细、构图生动著称于世，严嫣律师曾在市女律联组织的“母亲水窖”慈善拍卖时也同样捐出了其父的“清明上河图”精雕剪纸一幅，以 3.8 万元的价格成功拍出。这次捐出了又一极品之作《红楼梦大观园之十二金钗》，作者以复杂的精雕技法展现了大观园女子的众生相，卷中人物生动，面部表情栩栩如生，完整地展现了十二金钗的美丽、曼妙与生动。

新疆驻沪办副主任凯撒尔协同新疆自治区人大代表、现在上海创业的优秀企业家阿依古丽女士、耶里夏丽餐厅的董事长杨建先生一行来到会场，他们的心里充满感动，激动的心情溢于言表。凯撒尔向上海的女律师们转达了贫困女生深深的感激之情：“会场上的女律师们就像上海鲜花港争相绽放的绚丽花朵，本次捐助给千名女大学生的善款，将会从此改变她们的命运，让她们的笑容更加灿烂，让喀什的姐妹们也有机会成为社会上优秀的人才，像上海女律师们一样，饮水思源，不忘回报社会！”

### 气氛热烈，争相拍得义卖品

本次活动的第一件拍品《红楼梦大观园之十二金钗》精雕剪纸，被上海锦天城律师事务所合伙人朱颖律师以一万多元的价格成功拍得。朱颖表示：女律联发起这次活动意义非凡，看到男律师嘉宾频频举牌竞价，深感在第一件拍品的竞价上，女律师们一定要拿出每一次出庭前必胜的作战准备状态，抱着志在必得的信心和勇气来竞拍，以体现女律师高度社会责任感和使命感。

拍卖会现场来宾争相竞价每一样拍品，原本规定的一次举牌加价 200 元的竞价规则一次次被打破，每样拍品都跳价频繁，最后都以远远高于起拍价五至十倍的价格被律师们拍走。

在上海女律联扶贫助学的活动中，总也少不了的是男律师同胞的身影，他们对女律联的活动一直给予着大力的支持。“当”随着一声槌响，拍卖品中的 24K 真金洒金微书观赏扇以本次拍卖最高价 3 万元被胡光律师抢到手，作为全国优秀律师、第二届东方大律师的胡光律师，他认为，扇

面一打开，就仿佛闻到了一阵檀木的芬芳正弥漫全场，能有幸应邀参加女律师的爱心捐助活动的男律师，不只是参与过程，更要拿出实际行动，以表达对女律师们的敬重之意和对弱势群体的关爱之情。之前没有拍到扇面的东大颜学海律师非常果断地同样以 3 万元拍下了最后的拍品——30 年的普洱茶砖。在现场的东大律师刘习赞也抢到了一件拍品，仅这两件拍品就拍出了近十万元。

活动进行到一半时，出人意料的事情发生了，客串主持人的周知明律师和蒋皓敏律师突然宣布开始“拍人”，怎么一回事？原来，上海两届荣膺东方大律师称号的二十名律师自愿每人贡献两个小时的时间，将自己的执业经验和成功秘诀与其他律师分享与交流，东方大律师是上海律师行业的精神财富和引路航标，他们的时间是很难用价格来衡量的，20 名东大律师都积极响应参与这次捐赠活动，以表示对慈善事业的热忧和爱心。执业不久的二十名年轻女律师最终以每人两千元的价格竞拍到了与东方大律师一起交流的机会，这一项别出心裁的拍品创造了律师间交流的平台和机会，本次活动也因此大放异彩。

当天，不但会场内拍卖气氛热烈，会场外的义卖热潮也是此起彼伏。这次还有十家爱心企业或以直接捐款或以捐物义卖等方式参加到了女律联的爱心活动中。

上海女律师代表为会场带来了一段声情并茂的诗歌朗诵，一段热情奔放、深具感染力的上海女律师 style 舞蹈，将本次活动又一次引向了高潮。

此次活动会前一共获得捐款现金 360360 元，拍卖和义卖所得 156240 元，总计 516600 元。

### 心系边疆，传递爱的火种

“这几年女律师回报社会，向人们传递的正能量，无一不体现到了社会方方面面的领域里”，出席会议的市妇联主席张丽丽说，同时她也对女律联多年来在上海市妇联的法律援助工作给予了极高的评价和褒奖，称赞女律师是热爱生活、热爱公益及智慧美丽的女性。

拍卖会结束了，女律师们各自回归到了自己繁忙的工作岗位，留给边疆贫困女大学生们的巨额捐款，将女律师美丽的形象和热情的善举留在了人们心中，燃起了生生不息、薪火相传的爱之火苗，传递到了贫困女大学生的手中。

“用心去点燃希望，用爱洒播人间。”全国律协副会长、上海市律协会会长盛雷鸣认为，女律师捐资助学、扶弱济贫的一系列善举，提升了整个律师界的行业形象，女律师的个人价值和社会价值得到了高度的统一，传承着关爱社会的文化和无私奉献的可贵精神！●



聚焦

●文/彭念元

# 贴近律师服务 深化行业管理



五年前,上海律协根据新《律师法》精神,积极探索和创新行业管理模式,在全市17个区县成立了律师工作委员会,并将这种组织形式纳入《上海市律师协会章程》的行业管理架构之中。近几年来,各区县律师工作委员会认真履行职责,运作日益规范,活动日趋活跃,在完成市律师协会下达的各项任务的同时,开展大量有特色、有意义、有成效的工作,为广大律师提供更近、更多、更好的行业自律服务,较好地发挥了贴近律师服务、深化行业管理的重要作用。

## 开展律师培训 服务队伍建设

区县律工委根据本区县律师的实际情况和业务需求,有针对性地组织各种业务培训活动,努力提高律师队伍素质,效果良好。

浦东新区律工委连续多年举办“陆家嘴法治论坛”,致力于培养国际金融、国际航运方面的法律人才,积极打造服务“两个中心”建设的专业化队伍;黄浦区律工委举办的“外滩金融法律论坛”、长宁区律工委举办的“虹桥法律论坛”也是有声有色,颇具影响力。静安区律工委根据律师需求,有针对性地组织《刑事诉讼法》、“电子信息证据保全公证”、“静安律所税务培训与座谈会”、“行政人员业务培训”以及知识产权等各类专业培训和实务讲座,并举办国际高端商务法律论坛,2012年参加各类培训的律师近五百人次。普陀区律工委2012年组织了6次律师业务培训交流研讨会以及多次涉及青年律师成才、女律师拓业展业、律师事务所的管理与发展等内容的各种活动。杨浦区律工委举办“转型——杨浦律师业发展之道”论坛,召开杨浦区律师参与房屋征收工作研讨会,起草和制定《征收共有产权房屋》、《参与社会矛盾化解》等规章制度和操作指引,规范和指导律师办理房屋征收业务。徐汇区律工委以“律师人才培训基地”为平台,开展专业研讨、经验交流、疑难案件解答等活动19期,参加律师达566人次。闵行区

律工委2012年举办了包括“践行律师核心价值观交流会”、“青年律师执业能力专题讲座”、“刑事业务基础实务培训”讲座在内的5次大型讲座和律师沙龙。闸北区律工委创建实务培训基地,2012年聘请教授、专家举办了“疑案视野下的法律适用与辩护思路”、“劳动立法新动态与劳动争议新趋势”等3期讲座。黄浦区律工委建立境外培训机制,2012年与美国Cades Schutte律师事务所签订了长期合作协议,每年选派1-2名优秀青年律师赴美交流,通过学习国外金融、经济法律,参与法律业务研讨,旁听、观摩谈判和庭审等方式,提高自身业务水平,培养一批能服务金融、贸易等高端业务的律师人才。长宁区律工委落实《华东政法大学、长宁区律师工作委员会关于加强协商合作的共建联建协议》,实现学校科研优势与行业实务经验的有机结合,自2011年以来,组织12家律师事务所在不同专业领域具有丰富实践经验的19名资深律师走进校园,为华东政法大学“律师执业技能”课程授课;组织11家律师事务所的13名律师完成《律师实务之民商事诉讼代理实务篇》教学大纲的编写工作,并作为2013年上半年度“律师执业技能”课程的授课内容;同时,组织37名律师参与大学生法律援助中心带教活动,不仅践行了律师的社会责任,也为培养学者型律师搭建平台,推进了律师的专业化、专家化发展。

## 推动执业为民 服务社会和谐

区县律工委发挥贴近基层、贴近律师服务的优势,积极组织广大律师履行社会职责,以执业为民的实际行动为社会提供法律服务。

静安区律工委不断创新和完善服务平台,发展组团式、签约式、派驻式、互动式、指导式、帮教式等多种多样的法律服务,与街道党员服务中心、司法所、社区以及院校、科技园区结对,面对面地提供法律咨询、开展法律援助、进行法制宣传,2012年律所参与社区司法调解案件达360件,参与结对居民委员会调解纠纷案达357件,

在化解基层矛盾、维护社区和谐中发挥了重要作用。闸北区律工委组织律师积极参与动拆迁疑难杂症、历史遗留问题及涉法涉诉问题的调处工作,在社区里弄宣传动拆迁法规政策,为居民释疑解惑;在拆迁基地介入强迁的裁决程序,进行定向个案研判;在街道举办专题法律讲座,设立夜门诊咨询点,参加预裁决协调会、阳光协调会、居民矛盾调解会,在拆迁人与被拆迁人之间搭建桥梁,协调关系;组织律师参与特大交通事故、精神病人持刀伤人、彭浦镇火灾等突发事件的处理工作;积极为“品名商厦”300多名小业主维权,及时化解矛盾,制止了械斗的蔓延。闵行区律工委以律所为单位组建20支维稳服务团队,多次参与突发事件、疑难案件、历史遗留案件的处理,在由动迁安置补偿引发的吴泾镇群体性上访事件中,多个维稳团队介入,提出处理建议,促使事件趋于平稳;在紫旺电器城信访案中,律师团队经过三年的努力,终使诸多矛盾在法律框架内得以基本化解,确保该项目全面竣工。黄浦区律工委配合区司法局推进律师事务所与街道、律师与居委“双结对”,18家律师事务所分别与10个街道完成签约工作;260余名律师积极参与与居委结对,为社区居民提供法律服务。杨浦区律工委成立了上海公义房屋征收法律服务中心,通过提供公益法律服务的方式,配合政府的征收工作,维护被征收居民合法权益,为征收相关各方提供一个协调诉求、化解矛盾的公平、公正、有效的平台;积极参与大桥、定海、平凉等街道的“旧改”工作,2012年接待来访居民2454人次,参与搭建平台428次,调解各类矛盾320多起。普陀区律工委组织律师参与96件信访突出矛盾案件的核查、化解和终结工作,出具信访专项核查法律意见书94份,制作谈话笔录近300份,突出矛盾的化解率达到100%。徐汇区律工委组织律师积极服务维稳工作,在社区举办法制讲座120次,参与个体和群体性纠纷调处242件,提供法律意见258条。宝山区律工委组织律师积极参与突出信访矛盾案件化解、突发事件善后处置工作,在某会所突然停业引发的群访事件中,及时组织律师到现场值班接待,免费提供法律咨询、免费代理民事诉讼,经过一个多月的紧急处置,大部分会员的情绪得到缓和,相关案件已进入诉讼程序,一起可能激化的群体性事件,得到了及时的缓解。松江区律工委以组织律师法律服务志愿团方式,为区交警支队、市民服务中心、区信访办和法律援助工作提供有力的法律服务支撑。金山区律工委推进“法律进社区”实现全覆盖,全区律师与205个村(居)开展结对共建活动,通过坐堂、电话、约请、律师信箱、网上咨询、讲座等形式为结对居民提供义务法律服务。还有许多区县律工委与镇司法所、村民委员会开展“双结对”活动,维护社会和谐稳定。

## 促进依法行政 服务经济发展

为了更好地发挥律师在法治政府、法治社会建设中的作用,各区县律工委普遍对律师顾问团进行了调整、扩充和加强,通过参与或负责有关规范性文件和法律文书的起草、审查、修改,代理区领导参与重大案件及疑难案件的诉讼、仲裁以及参与突发公共事件的应急处置等等,为区委、区政府、区人大、区政协领导提供优质、高效、准确的法律服务,大力促进依法行政。

普陀区律工委选聘20余位律师组成新一届政府法律顾问团,区领导亲自向顾问团成员颁发聘书,区政府制定了《普陀区人民政府法律顾问团工作制度》、《普陀区人民政府法律顾问列席区政府会议的实施意见》,为顾问团参与依法行政、服务区域经济发展提供制度保障。静安区律工委依据区政府领导层法律事务的需要,推荐了擅长行政法、民事纠纷、公司等业务的13名优秀律师组成“律师顾问团”,并制定了相关《工作细则》,为区领导提供专业化法律建议,参与对重大事项社会风险的法律评估工作。徐汇区律工委组织律师顾问团参加区领导周四信访接待工作,接待包括群体性上访在内的上访群众上百批五百余人次。闵行区律工委对区政府法律顾问团再次进行了优化和调整,贯彻执行信访值班制度、例会制度、重大事项讨论制度,积极探索和建立律师介入信访工作机制,为推进依法治区作出贡献。金山区律工委积极拓展律师业务,在区司法局支持下,组织律师参与金山区政府购买法律服务工作;与金山有关行政部门协调,参与重大工程项目决策、重大项目安排,重大民生工作和大额资金使用的“三重一大”工作。嘉定区律工委配合区司法局做好工作调研,对全区律师近年来参与政府管理事务进行全面、深入地梳理和总结,推动了嘉定区政府《关于规范本区政府购买法律服务的试行意见》的制订与实施,从制度层面破解制约律师参与社会管理创新的瓶颈问题,实现法律服务绩效与保障机制的良性循环,为律师业转型发展争取政策支持。

区县律工委积极拓展律师业务,推动广大律师为社会经济发展提供优质高效的法律服务。虹口区律工委与区工商业联合会签订合作协议,为1000余家中小、小微企业提供公益性法律服务,为促进企业发展做好法律普及工作,增强法律风险防范意识;与区科技创新服务中心签订合作协议,成立“虹口区科技企业法律服务工作站”,为区内50多家科技企业提供公益性法律服务。杨浦区律工委积极推进法律服务进入科技园区,多次拜访五高科园区以及复旦大学、同济大学、中国大学生实创基地等大型科技园区,共同研究和商讨法律服务进驻科技园区的合作事项,并迅速制定了坐堂咨询、QQ平台在



线服务、结对顾问等满足各科技园区不同层次民营企业法律服务需求的新举措。普陀区律工委积极支持和组织律师事务所为苏州河沿线以及长风生态商务区、真如城市副中心、中环商贸区、长寿商业商务区、桃浦生产性服务业功能区等“一河五区”的开发建设提供法律服务,建立了法律服务战略合作关系。奉贤区律工委组织开展了“法律服务中小企业”专项活动,通过“律师走访”、“法律体检”、“与结对司法所配合和跟进服务”等方式,加强与中小企业的联系沟通和服务。嘉定区律工委从全区律师事务所中选择了服务意识强、专业能力突出的50名中青年律师,组成了志愿服务中小企业服务团队,制作了《百名律师解百难进企业活动注意事项》,就联系方式、服务内容等提出了明确的要求。

### 加强自身建设 服务律师需求

近几年来,作为市律协的派出机构,区县律工委的工作在探索、实践中逐步走向规范、成熟。各区县律工委努力加强自身建设,多次修订《工作制度》,不断健全和完善相关会议制度、议事制度、秘书制度、信息报送制度、文书档案管理制度以及经费管理使用制度,为律工委的规范运作奠定坚实基础。普陀区律工委通过深入的调研与讨论,经五次修改并征求市律协意见,制定和完善了《普陀区律师工作委员会工作制度》,还建立了委员走访事务所制度,2012年组织律工委委员走访了20家律师事务所,及时了解律所和律师的状况、律师的生存与发展状况,对律所和律师遇到的困难及时协调解决,增强律师行业的凝聚力;在经费使用上严格执行经费使用制度,坚持用钱要先向律工委报告并通过律工委会议讨论,经费支出需经两个以上经手人签字并由律工委主任审核,年终由全体律工委委员确认,通过严密的程序规范经费使用,从而进一步提高律工委成员的工作责任心,使律工委工作实现有章可循,有序操作。

区县律工委以贴近律师服务和延伸行业管理为己任,发挥区位优势,紧密联系本区(县)的律师事务所,了解广大律师的意愿和要求,自觉接受区(县)司法局的指导监督,有针对性地开展各种活动,推出各种创新举措,更好地服务律师需求、推动律师业发展。

徐汇区律工委在区司法局的指导和支持下,本着凝聚律师、服务律师、宣传律师、培训律师、发展律师的宗旨和目标,在律师工作管理创新方面下功夫,创新和深化“徐汇律师之家”活动,活动内容丰富多彩,活动方式灵活多样,为律师搭建沟通交流桥梁,打造良性发展平台,取得了良好效果。自2011年5月以来,坚持每周四组织一次律师沙龙活动,目前已经举办了82次,参加活动的律师达1584人次,覆盖了全区108家律师事务所。

“徐汇律师之家”的经常化、制度化运作,不仅为徐汇律师提供了一个经验交流、业务研讨、增进感情、愉悦身心 的好平台,而且提高了广大律师对司法行政机关的认可度,拉近了行政管理部门与律师的距离,受到区政府领导以及慕名参观的新疆、南京秦淮区、大连等地同行的高度赞赏。

中小型律师事务所的建设,关系到上海律师业的整体发展水平,也越来越受到区县律工委的高度重视。杨浦区律工委积极探索中小所的发展新模式,建立“杨浦律师联盟”,有利于资源整合,节约运营成本,提升综合实力;盛雷鸣会长认为这种发展模式值得推广,并将开展相关调研活动。闵行区律工委组织召开了“闵行区中小型律师事务所发展研讨会”,对中小所的人才招聘留用、业务拓展、专业定位、小所联盟、租金税收等方面进行广泛交流,并提出相关扶持政策的建议。

区县律工委在加强自身建设和开展各种有特色活动的同时,也越来越重视发展横向联系。浦东新区律工委和静安区律工委签署了《战略合作协议》,联手在培训、研讨、文体活动、联谊活动等方面展开全面合作,共同推动律师行业的和谐发展。区县律工委联合举办羽毛球、乒乓球、足球等广大律师喜闻乐见的群众体育活动;2012年9月,长宁、静安、黄浦、徐汇、杨浦、虹口、普陀、浦东、闵行等九区律工委及市律协特邀会员工作委员会联合举办第四届“律动风采”运动嘉年华龙舟邀请赛,11支龙舟队展翅腾飞,作为市律协特邀会员的外国律师、公司律师也首次参加这个规模空前的盛会,加强了各区律师和“两公一外”律师的沟通与交流,受到广大律师的热烈欢迎,也受到各级领导和社会媒体的高度关注和赞扬。

在区县律工委年终工作总结会上,盛雷鸣会长指出:近几年来,各区县律工委的工作各有特色,各显神通,为律师协会重心下移,贴近服务开创了新局面。他要求,一要总结推广在制度建设、活动基地、中小所发展等方面好的做法、好的模式、好的经验;二要积极进取,另辟蹊径,通过媒体的推动,落实政府购买法律服务,拓展律师参与重大项目评估等方面的“法定”业务;三要为郊区(县)律师开设特定培训课程,推动市区律所和郊区(县)律所结对,加强理念融合和经验交流;四要开展有声有色的各种活动,使本区县所有的律师都从中受益。

实践证明,市律协通过自律管理模式的创新,实现了律协行业管理工作的延伸,推动了律协更有成效地为律师服务,使广大律师更切实更直接地感受到律师协会的服务。区县律工委的工作大有可为,并将在深化律师自律管理、强化“两级”管理和“两结合”管理方面,发挥越来越大的重要作用。●

局长 视窗

●文 / 张惠军

# 加强教育引导 延伸服务功能

——松江律师在社会管理创新中发挥积极作用



张惠军：松江区司法局党委书记、局长，中央党校经济法研究生，曾先后在松江区人民法院、松江区委办公室、松江区泖港镇党委等单位任职。多次被上海市高级人民法院、松江区人民政府等记功表彰。



近年来，松江区司法局深入贯彻落实《松江区关于进一步发挥律师在法治政府、法治社会建设中重要作用的实施意见》文件精神，充分发挥律师作用，不断探索新路径，搭建实践平台，完善工作机制，从突出教育引导、规范执业管理、提升职业技能三方面，加强律师行业管理，延伸律师行业的服务功能，松江律师在社会管理创新方面发挥着越来越重要的作用，为维护社会和谐稳定提供了坚实有力的法律服务保障。

## 一、发挥监督指导职能，为律师参与社会管理提供保障

（一）在教育引导上聚力，为律师参与社会管理提供思想保障。一是以党建带队伍，形成司法局党委统一领导、律师党委牵头协调、党建专项工作办公室具体负责的党建工作格局，加强党对律师行业的领导。引导优秀青年律师积极向党组织靠拢，把业务骨干培养成党员，把讲政治、善管理的支部书记选入律所的管理层，充分发挥党组织的作用，增强凝聚力。二是加强职业道德砥砺，树立崇高

的职业荣誉感和责任感，自觉践行“忠诚、为民、公正、廉洁”的政法干警核心价值观，使他们在思想上积极主动参与社会管理。通过开展优秀青年律师评选活动，组建青年骨干律师志愿团等形式，大力弘扬恪尽职守、诚实守信、规范执业的职业精神，形成良好的行业风气。三是积极鼓励律师参政议政，在 2012 年人大、政协换届选举工作中，1 名律师当选区人大代表，5 名律师当选区政协委员。四是搭建律所、律师的交流平台，丰富律师文化生活。举办征文比赛，开办《松江律师》刊物，青年律师论坛、辩论赛、知识竞赛，开展摄影爱好者之旅、卡拉 OK 比赛等活动，增进行业内外业务、文化交流，形成健康向上的行业风气。

（二）在规范执业上细化，为律师参与社会管理提供制度保障。一是规范和优化律师依法执业的工作环境，确保司法公正。松江区司法局与区法院共同制定了“规范法官与律师相互关系”的四条规定，避免影响司法公正。根据《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》，积极与区看守所建立联席会议制度，努力改善律师会见犯罪嫌疑人条件，会见



室由 3 间增加至 10 间,开通律师会见网上预约服务,律师排队会见情况得到根本改变。积极争取区委区政府对律师业发展更多的优惠和扶持政策,促成律师驻区市民服务中心、区信访办、区残联开展法律服务政府购买服务项目。二是加强监督,规范律师职业道德、严格执业纪律。每年度走访公、检、法、信访、市民服务中心等律师执业相关部门听取意见建议,将反馈意见下发各律所对照整改。组织专题解读《律师事务所、律师违法行为处罚办法》讲座,开展法律服务行业“百日无投诉”活动,进一步提高律师的规范执业意识,减少、避免各类投诉的发生。收集整理《律师执业风险提示二十问》印发每位执业律师,规避执业风险。在投诉查处工作中,加强对重大投诉事项处理的跟踪督办和信息掌控,对违规违纪行为严肃处理,对投诉问题相对集中的律师事务所帮助分析研究完善管理、防范风险的措施手段。多年来,松江区律师行业连续保持信访投诉的低位运行,2012 年,有责投诉为零,松江区法律服务行业连续五年在全市法律服务行业及区服务行业行风测评中排名靠前。

(三)在提升技能上搭桥,为律师参与社会管理提供能力保障。围绕“亮身份、比技能、做贡献”为主题开展创先争优活动,举办青年律师、青年检察官辩论赛。充分整合松江大学城高校资源,建立华东政法大学暑假学生实习基地,对实习表现良好有意从事律师工作的毕业生优先考虑就业;引进数名华政兼职律师,形成人才输送的绿色通道。与华政经济法学院开展课题合作,定期选派教师、律师为执业律师、学生开办理论、实务讲座,聘请华政经济法学院资深教师担任顾问,进行类案研析、疑案探讨,在学院设立帮困助学金、奖学金,解决学生经济困难,鼓励学生勤奋学习。律师行业与高校的共建合作,浓厚了业内外学研氛围,提升了律师队伍的专业素养。

## 二、搭建法律服务平台,为律师服务弱势群体畅通渠道

(一)扎根服务窗口,全心服务百姓。2009 年以来,上海磊天、诚至信、焦伟云等律师事务所先后派遣青年律师团队入驻松江区市民服务中心,免费为群众提供法律咨询服务。随着外来务工人员办理工伤认定、劳动仲裁的不断增多,工作量持续增加,到 2011 年下半年,平均每个律师每天义务接待来访人员 20 多个,工作强度明显加大。2011 年底,松江区司法局会同区社区办、区市民服务中心在充分调研的基础上以政府购买服务方式,通过招投标巩固、深化这一工作机制,确定由各律所自愿报名筛选出三家律师事务所 12 名律师组成志愿服务团,每半年轮换,并将律师法律咨询服务纳入中心叫号

系统,每个工作日保证 2 名值班律师在市民服务中心接待法律咨询。优质的法律服务不仅惠及市民,也有效遏制了公民违规代理现象,成为松江区政府窗口的一大亮点。

(二)开展法律援助,竭诚扶助贫弱。2009 年,松江区司法局组织建立法律援助骨干律师志愿团,现已发展到 30 多名青年律师参加,志愿团常年驻扎在松江区法律援助中心为需要法律援助的弱势群体、困难群众提供免费咨询、代写法律文书、非诉讼调解代理和诉讼代理等服务项目。志愿团成立以来,共办理法律援助案件 3000 多件,接咨询电话 3 万多人次,涌现了许多感人的事迹,受到社会的好评。来沪工作的湖北大学生在松江学车过程中因交通事故死亡,其父母难以承受中年丧子之痛,母亲突发精神疾病,父亲和湖北老家亲戚数人来松江讨要说法,法律援助骨干律师接受指派后,先联系驾校,说服他们先垫资解决大学生父亲和亲戚在松江的吃住,办理大学生的丧葬事宜,同时以最快的速度展开调查取证,替大学生父母拟定起诉状,向人民法院提起诉讼。通过律师不懈的努力,该案经法院终审判决,大学生父母获得赔偿金 80 余万元。松江城区某失业妇女,其丈夫因交通事故死亡,遗下一对刚上初中的双胞胎儿子,妇女精神一度崩溃,援助律师不仅帮她书写了起诉状向法院起诉,还耐心对妇女进行开导劝解,使她摆脱心理阴影,重新鼓起生活的勇气。事后又通过法律援助中心联系当地街道、民政、妇联等部门,帮助她的家庭走出困境。

## 三、深化律师公益法律服务工作,整合律师行业资源,为律师发挥专业优势拓展空间

松江区司法局积极探索律师开展公益法律服务的新路子,培育为社区提供法律服务为主要业务的专业律师事务所,规范律师团队驻交警支队机制,推进律师团队参与医患、物业纠纷调处工作,扩大律师参与人民调解工作的覆盖面,前置和延伸法律服务功能。

(一)进驻交警窗口,有效化解纠纷。随着松江交通事故案件的日益增多,当事人对法律服务的需求也越来越大。2012 年 1 月,松江区司法局和区交警支队经反复研究,组建了由 10 家律师事务所 11 名律师组成的交通法律咨询志愿团,安排律师在交警支队事故处理大厅、调解窗口值班接待,免费为群众提供交通事故方面的法律服务,帮助化解因交通事故引发的矛盾纠纷。工作开展以来,接待咨询已累计 500 余人次,其中外来人员占 68%。律师在解答咨询时对来访人员提交的纠纷按类型分流,一是对双方因工作繁忙、无时间和精力处理赔偿事宜,愿意接受调解的交通事故当事人,将他们引入诉

前调解通道;二是仅造成轻微伤的简易交通事故,律师进行耐心劝解和法制宣传,积极促成当事人选择调解途径解决纠纷;三是对已经做好伤残鉴定的当事人,律师以第三方身份,帮助他们计算赔偿金额,竭力使他们当场达成和解协议;四是对造成人身伤亡的重大交通事故,律师一面帮助安抚双方当事人情绪,引导肇事者先垫资解决伤亡人员的医疗、丧葬费用,一面帮助他们厘清法律关系,制定合理的理赔方案,确需聘请律师代理诉讼的,由所在律师事务所与当事人履行相关手续。律师进驻交警支队,大大增加了以调解方式化解交通事故矛盾纠纷数量,为交警部门、人民调解工作站分担了大

老人误捡废炮弹私自拆卸造成爆燃事故引发的信访事件等信访件处置中,参与接访的律师以高度的责任感、强烈的使命感和无私的奉献精神,紧密配合相关部门,对信访人进行心理疏导,讲解法律规定,在矛盾双方之间展开调解,为处置工作出具法律意见,使这些重大疑难、久拖不决的案件最终得到圆满解决发挥了积极的作用。在协助接访过程中,律师对发现的不稳定、不和谐动向及时报告、疏解、控制事态,避免重大信访事故发生。去年五月,诚至信律师事务所在法律咨询服务中得知松江某中学一名教师扬言采用人体炸弹方式报复该校老师的情况,主动跟进,密切关注,在得知该教师被确诊患



量解答咨询工作,为方便当事人、提高交通事故纠纷化解的工作效率、减少诉讼、节约政府和当事人的经济成本做出了积极贡献。

(二)参与信访接待处置,优质服务信访工作。松江律师驻区信访办法律服务志愿团组建十余年来,一批年富力强、作风扎实严谨、经验丰富的律师长期无偿参与区领导信访接待日工作,参与信访终结程序及涉法涉诉信访件处置工作,引导信访人通过正当合法途径表达诉求、依法维权。妥善处置了大量涉法涉诉信访案件,累计信访接待3万余人次、处置群访3000余人次。特别是在2009年的余山朱某某医疗事故信访案件,2010年新桥外来人员独生子意外溺水死亡群访案件,2011年拾荒

有偏执型精神疾病而家属对其治疗不予配合时,一方面建议学校立即采取措施送该教师住院治疗,另一方面向松江区司法局报告,使事态得到了有效控制。

2012年,区司法局联合信访办、财政局就进一步深化律师参与信访接待处置、政府购买法律服务工作进行了深入调研,在总结律师参与信访工作经验的基础上,制定了《松江区律师参与信访工作暂行办法》,规范了律师参与信访工作,确定由原常年参与信访工作的8名资深律师固定在区信访办上岗,区政府给予必要的经费支持。

(三)深化“双结对”,公益送法进村居。“双结对”工作于2009年启动,全区16家律师事务所与15个司



法所、151 名律师与 252 个村（居）调委会结对共建，实现了法律服务在全区范围的全覆盖。2011 年，面对律所、律师人数不断增加，律师服务农村社区的意识不断增强的新形势，区司法局在新一轮工作中采取由司法所和律所双向选择的方式，结对律师走进村居，调解矛盾纠纷，开展法制宣传和公益法律服务，为司法所的调解工作提供培训指导，有效提高了工作的效率和质量。自“双结对”工作开展以来，结对律师共接待来访群众 1.9 万多人次，解答法律咨询 2.3 万多人次，开展法制宣传和讲座 50 余次，参与纠纷调处 200 余件，指导调解协议制作 100 多份。全程律师事务所提出“每周一次法律咨

形势下司法局律师工作管理的有益探索，具有积极的意义：一是通过律师专业的服务，有效地宣传了法律和党的方针、政策，提高了群众的依法维权意识。二是青年律师通过基层锻炼，既增长了对社会民生的认识，提高了政治素质和社会责任感，又锻炼了业务能力。三是为基层政府减少了信访压力，引导上访人通过法律途径解决问题，有利于建设和谐法治社会。

十八大报告提出，全面推进依法治国进程，要深入开展法制宣传教育，弘扬社会主义法治精神，树立社会主义法治理念，增强全社会尊法守法用法意识。发挥好律师作用，深入推进律师参与法治政府、法治社会建设，



询值班、每月一次法律下乡巡回、每半年一次法律公众普法、每年一次法律知识讲座”的“四个一”工作制度，针对农村地区较多发生的动拆迁、婚姻、劳动关系等问题，定期开展专题讲座，参与社区法律咨询、矛盾纠纷调处、法制宣传。志致远所主任杨雪明律师带头深入中山街道社区，在动迁现场义务解答动迁群众法律咨询。龙元律师事务所与小昆山司法所一起挨个走访村（居）委会，了解社情民意和基层民众的需求，向村（居）民发放律师联系卡。小城所配合洞泾司法所成功调解民间纠纷数十起。律师用实际行动践行法治理想，参与社会管理创新，得到了基层政府和社区居民的普遍认可。

引导和创新律师参与社会管理、化解社会矛盾是新

参与社会管理创新，将是当前和今后一个时期松江律师工作的重点，松江区司法局将在现有工作基础上，大力开展律师队伍诚信体系建设，树立诚信执业形象；规范律师内部运行机制，履行好对律师、律所的监管职责；加强与公检法等单位的衔接，不断优化律师执业环境；搭建更多合作、推介平台，积极争取区委区政府对律师业发展的政策扶持，推动政府购买法律服务；进一步探索和完善律师参与医患、物业、交通事故等社会管理创新和社会矛盾化解工作。积极引导松江律师切实担当起经济发展的促进者、民主政治的推进者、法治文化的催生者和矛盾冲突的协调者的重要角色，为服务保障松江经济稳中求进、社会和谐发展作出更大贡献！ ●



区县传真 ● 文 / 傅 锐

2013 律师工作研讨会暨优秀律师颁奖仪式

## 立足本区特色 助推律所建设

——闵行区律工委主任许强访谈录



本刊记者：许强主任，2010年以来，闵行律师工作委员会充分发挥行业自律管理作用，带领闵行律所及律师在规范建设、服务区域经济、中小律所发展管理和文化建设、参与社会管理等方面取得了较好的发展，并立足本区特色，为建设智慧、生态、宜居闵行提供法律保障，为转型发展中的矛盾化解贡献力量。本刊对您进行一次专访，分享与学习闵行律工委的成功经验。

### 一、建章立制，加强规范化建设，没有规矩不成方圆

本刊记者：目前，律工委工作制度机制正在不断探索完善中，闵行律工委在自身工作管理体制上进行了摸索和创新，取得了不错的效果。请您简要谈一谈基本情况。

许强：从2012年初开始，我们律工委确立并实行了工作例会制度：重大事项集体讨论、集体决定，每个季度召开工作例会，每半年召开一次全体委员会议；同时加强了秘书处建设：专职秘书的日

常工作做到规范、细致、高效、有序，认真做好市律协布置的各项工作，及时上报活动信息，对各类会议形成会议纪要并存档，协助区司法局律工科做好律师日常管理工作，并组织各类活动；进一步规范经费使用，律工委每笔经费的使用都进行预算，制作具体的收支情况说明表，使经费的支出做到事事有名录，并委托专业会计建账备查。

本刊记者：闵行律工委在加强律师事务所规范化建设方面投入了很多的关心支持，也取得了较好的效果。请您简要谈谈这方面的经验。

许强：继2011年开展走访律所工作之后，2012年5月和10月，区律工委由我带队，分别对区内6家律所进行了走访。通过实地走访，深入了解本区律所的办公环境和执业现状，受访律所办公环境普遍改善，基本做到了服务承诺公开、收费标准公开、执业纪律公开和投诉渠道公开。通过实地调研，听取了区内律师对律工委工作的意见和建议，走访人员也加深了对区内律所执业情况的了解和认识，同时给出了不少中肯的建议。





2013 新一届闵行区人民政府法律顾问聘任仪式



与长宁律工委、金杜所学习交流



参观紫竹园区



区律工委召开中小型律师事务所发展研讨会

## 二、因地制宜,服务好区域经济,深入一线“接地气”

**本刊记者:**闵行律师根据区域特点,因地制宜,利用专业技能,为经济建设保驾护航,作出了不少贡献。请您谈谈其中的感想。

**许强:**好的。闵行区具有工业经济运行良好、科技创业园区朝气蓬勃、房地产优势显著等区域特点,闵行律师依托区域优势和市场,积极开展具有区域特色的专业法律服务,为各类企业决策作咨询,为经济建设建言献策。当前,正值“十二五规划”新时期,虹桥交通枢纽带来前所未有的商机,区内吴泾、马桥等镇也面临转型发展的新局面,莘庄地铁站上盖工程正在如火如荼进行。换言之,充分利用区域优势,可以称之为“接地气”。

今后,闵行律工委将着力提升律师整体水平,进一步充分利用区域优势,把握机遇,积极作为,引导闵行律师为闵行经济社会发展和法制化进程作出更大贡献。

**本刊记者:**闵行律工委在引导闵行律师服务区域经济的过程中,做了哪些努力?

**许强:**2012年5月,区律工委组织部分律工委委员、区政府顾问团成员赴上海紫竹高新技术产业开发区参观考察。紫竹园区相关领导详细介绍了高新区的总体规划、建设理念及进驻企业的相关情况,同时双方就律师

如何更好地为高新区企业提供知识产权、融资等专业法律服务进行了交流,这次活动密切了律师与企业之间的交流与互动。同时,考察团走访了莘庄工业区、莘庄商务区等处,进行实地考察与交流,了解服务需求,扩展服务领域,引导闵行律师积极主动为闵行经济建设提供优质高效的法律服务。

同时,在招商引资、重大投资、集体资产处置等经济活动中,闵行律工委组织相关律师参与项目的洽谈与签约,参加重大会议,从合法性、合理性和信访风险等各方面进行客观的法律论证,并结合相关情况提供切实可行的决策意见,尽量杜绝发展中的后顾之忧。

闵行经济发展的国际性、专业性越来越强,如何加强律师自身建设,自我完善,加强国际化、专业化是摆在每一个闵行律师面前的新任务、新的目标,任重而道远。

## 三、勇于担当,参与社会管理创新,当好政府决策参谋

**本刊记者:**闵行区人民政府法律顾问团成立于1999年,在服务法治政府、法治社会建设中发挥了积极作用,法律顾问团工作也得到了市、区多方肯定,请您与我们分享一下其中的心得。

**许强:**一直以来,区法律顾问团坚持贯彻执行信访值班制度、例会制度、重大事项讨论制度,积极探索和建

立律师介入信访工作机制。区内重大经济项目与维稳案件,均有顾问团律师第一时间介入、跟进并深入服务。

2012年,以顾问团成员为主导、以律所为单位组建了20支维稳服务团队,多次参与突发事件、疑难案件、历史遗留案件的处理,开展尽职调查,理清法律关系,提出法律意见,预防矛盾激化,引导矛盾化解,取得了较好的工作效果。

2013年,区政府法律顾问团再次进行优化和调整,力求组成最精最好的团队,更好地服务法治政府。顾问团特邀了全国律协副会长吕红兵、上海律协副会长邵曙范参加,其他律师均是我区老中青律师中的骨干,不仅具有较好的法律理论功底、丰富的实务经验,且拥有良好的社会信誉、热心于社会公益活动。今后,顾问团将在重大项目建设、经济发展、维稳法律服务等方面,积极参与,为闵行转型发展、服务广大群众、维护社会和谐稳定、推进依法治区等,作出应有的贡献。

**本刊记者:**闵行区人民政府法律顾问团恪尽职守,硕果累累,成绩以外,今年有没有什么新的计划与打算?

**许强:**我觉得当务之急应该修订完善顾问团工作规则及流程,比如:加强与区政府相关职能部门工作对接,建立值班接待工作监督制度、信访接待管理专人负责制度等。建立政府购买法律服务长效工作机制,加强规范运作,推进政府购买法律服务工作的研讨,协调各方细化优化操作流程,推动《关于进一步规范政府购买法律服务的意见》的配套细化和落实。顾问团应当加强调查研究等前瞻性工作,列席区政府办公会议、经济工作会议等重要会议,传阅相关文件,及时把握宏观信息,进一步增强工作的主动性和预见性,拓展对重大事件的前瞻性服务,变事后补救为事先预防,当好政府法律参谋。另外,顾问团要进一步改善工作作风,改进工作态度,完善选拔机制,优胜劣汰,健全人才引进和人员退出机制,提高队伍整体素质和形象。与此同时,应建立规范的工作程序并严格执行,建立科学的考核评价机制、奖惩办法。区政府办公室、区司法局对法律顾问团的工作实效、工作纪律、工作动态进行管理和监督,并可根据其履职情况、绩效考核情况对法律顾问团人员做出相应的调整和补充。此外,可以考虑由区政府办公室、区司法局牵头,建立对顾问团律师的人文关怀机制,推出并树立我区优秀律师及优秀律师团队模范典型,增强凝聚力,扩大影响力,进一步发扬我区优秀律师和团队良好形象,为我区律师业发展提供不竭动力。

#### 四、把握本位,关心中小律所发展,“眼睛要多向下看看”

**本刊记者:**闵行区律工委在区司法局指导下,一直

致力于中小型律师事务所的发展与建设,请您谈谈基本情况。

**许强:**在向国际化、专业化、规模化发展的同时,我们针对闵行区的实际,对中小律所的发展给予了格外的关注和支持。目前,我区中小型律所占全区律所数量的三分之二以上,人均创收20万元以下的律所超过三分之二。两个三分之二凸显出我区部分中小律所生存发展空间有待拓展,办所思路亟待创新。我区中小律所面临着诸多问题,比如部分中小所存在办公环境差、律所卷宗归档不规范、业务管理制度不健全、财务制度混乱等问题。各中小律所在办所过程中也遇到过这样或那样的困惑,首当其冲的问题是中小律所如何引进、培养并留住人才。中小律所在发展的过程中如何找准定位,如何扩大自己的市场,力求在专业、规模、案源上实现突破。青年律师缺乏实务经验,专业技能有待提升,执业起步阶段各方面的压力如何缓解等等。

中小所的发展和建设状况决定了闵行区律所的整体水平,中小律所的良性发展必须要坚持“规范化、专业化、精细化、品牌化”原则。律工委在今后的工作中会一如既往地重心放在促进中小所的健康发展方面,组织相关研讨学习,切实帮助区内中小律所解决一些实际困难,排除一些困惑,关心关注中小所,尊重其话语权,对中小所的人才招聘留用、业务拓展、专业定位、小所联盟、租金税收等方面重点关注并提出相关扶持建议。

**本刊记者:**刚刚您提到的中小所建设和发展必须坚持“规范化、专业化、精细化、品牌化”原则,能不能和我们分享一下。

**许强:**好的。这个原则主要依据全国、全市律所发展形势,结合我区中小所发展现状而提出的。闵行区中小所的良性发展必须要坚持这“四化”原则。规范化是加强中小律所的基础。坚持规范化务必要建立健全一系列以律师事务所章程与合伙协议为核心的律师事务所内部管理制度,推进完善内部管理机构,健全完善科学的管理体制,促使律师事务所的发展纳入良性运行轨道。专业化是加强中小律所建设的主攻方向。专业化就需要大力开拓新兴法律服务领域,提高相关领域的专业化水平,推动律师业务转型及升级,尽快建立起完整的服务质量管理体系,建立相应的专业化发展配套机制。精细化是加强中小律所建设的必然趋势。随着经济分工的不断细化,律师业务也要与时俱进,加强精细化发展,建立系统的信息管理平台,建立健全动态监督体系和风险防控体系。品牌化是解决目前律所案源问题的良策。中小律所应建立自身专业优势,形成自己的市场,进行推广,打造出自身知名品牌。

中小所的发展和建设是系统工程,不可能一蹴而





主办第四届律动风采运动嘉年华之“华亭”杯龙舟赛

就,需要坚持“规范化、专业化、精细化、品牌化”原则来解决发展过程中所遇到的困难和挫折。“四化”原则可以归结为“精品化”这一概念,中小律所“志不在大而在于精”。在市场经济中,中小律所只有坚持“精品化”,才能在竞争中脱颖而出,做大做强。

### 五、全面兼顾,推进律所文化建设,展现律师精神风貌

**本刊记者:**闵行律工委着力加强律师工作管理建设的同时,十分重视文化建设,倾注了极大的人文关怀,请您谈一谈其中的感想。

**许强:**律师是提供法律服务的专业人士。同时,律师也是“社会人”。随着市场经济不断繁荣、社会的发展和时代的进步,律师的重要作用和作用愈发凸显出来,律师的社会地位也随之不断提升。与此同时,律师的文化需求不断增长,精神世界亦待丰富。加强律师队伍文化建设,有助于增强凝聚力和认同感,加深公众对律师行业的了解;有助于实现律师的全面发展,提高律师的生活品位;有助于展现闵行律师良好的精神风貌与积极健康的生活态度。

在市律协、区司法局的指导和支持下,我们开展和参加了多项活动、比赛。在这些活动、比赛中,大家在比赛中实现了交流和互动,通过活动增进友谊、增强体质、展现风采、共同进步,分享运动带来的快乐,以更好的精

神状态投入到今后的工作生活中去。

**本刊记者:**闵行律工委开展或参加了哪些特色文化活动、工作?

**许强:**2012年度,闵行律工委进一步加强改进《闵行律师》编辑工作,以增强杂志的学术性和观赏性,通过新增“学术论坛”板块,探索专业理论;新增“司法声音”和“聚焦闵行”栏目,帮助闵行律师了解司法动向和本区发展现状;刊登区内律师手机摄影作品,增加杂志观赏性,提升律师参与度;扩展“律眼看世界”及“古今中外”栏目,增加杂志人文气息。改版后的《闵行律师》内容更加充实,更具观赏性,获得了业内同仁和各级领导的肯定。

另外,闵行律工委选拔优秀辩手组成“弘闵”队参加市律协组织的辩论大赛,从全市23支律师辩论队中脱颖而出,取得了亚军的好成绩,展现了闵行律师过硬的专业素养、出色的语言水平,扎实的理论基础、顽强的拼搏精神。

此外,2012年9月,闵行律工委成功牵头举办了第四届“律动风采”运动嘉年华龙舟邀请赛和羽毛球赛。龙舟赛由上海市华亭律师事务所冠名赞助,活动以“创新、合作、交流、分享”为宗旨,规模空前,受到了各级领导和社会媒体的重视和关注。市律协特邀会员(外国律师、公司律师)的首次加入更是赋予活动新的意义和内涵。●

## 法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

# “黄浦江上游水域漂浮死猪事件” 相关法律问题探讨

本期主持: 李 晨 上海市律师协会环境资源业务研究委员会主任 北京市大成律师事务所上海分所高级合伙人  
嘉 宾: 吴荣良 上海市律师协会环境资源业务研究委员会副主任 上海市金茂律师事务所合伙人  
李 镔 上海市律师协会环境资源业务研究委员会副主任 上海市理诚律师事务所合伙人  
崔 嵬 上海大盈律师事务所合伙人  
皮岗升 上海君澜律师事务所合伙人  
文字整理: 孙江联



李 晨



吴荣良



李 镔



崔 嵬



皮岗升

李 晨:各位嘉宾下午好。近日,黄浦江水域陆续出现大量死猪,目前已有一名向水体抛弃死猪的养殖户受到立案调查。该事件的严重性已经引起了社会各界的高度关注,舆论媒体也对这一事件进行了大量报道和热烈讨论。今天,我们的“法律咖吧”将围绕本次事件的成因、抛弃死猪行为的法律责任、环境信息的公开、本次事件的应对措施等问题展开讨论。

### 一、“死猪事件”的成因

李 晨:对于本次“死猪事件”的现状,相信大家都有所了解。这一事件之所以引起社会各界的高度关注,不仅与死猪数量之多有关,更与事件发生突然、对水环境影响范围广、时间长、事件成因未得到及时公开有着密切关系。大家普遍关心的是,为什么生猪养殖户或者其他参与生猪养殖、销售、运输等活动的主体会采取污染水环境的手段来处理死猪?这么做的动因是什么?各位可以结合法律法规的规定,探讨一下“死猪事件”的成因。

吴荣良:首先应当明确的是,向水体抛弃死猪的行为为明显违法,但为什么有人仍然愿意选择这一违法行为?我认为存在这样的可能性:一方面,倾倒行为的成本最低,而政府集中收集死猪后通过焚烧或掩埋等无害化手段进行处理的成本较高,相关行为主体进行成本收益的权衡后不得不选择向水体直接倾倒死猪;另一方面,现行法律法规未能有效建立正规、系统的动物尸体无害化处理机制,政府部门在实施或者监督这一处理机制的运行时缺乏法律法规的明确授权或者程序性规范,即便政府部门希望有效监管死猪事件,也可能存在法律上的障碍。在这样的背景下,“死猪事件”就难以避免。

李 镔:黄浦江上游漂浮死猪的现象并非今年所独有,只是今年漂浮的死猪特别多。死猪无害化处理机制的不健全、不合理以及政府部门难以监督此类机制的执行情况确实是“死猪事件”的重要成因。但从现行法律法规的禁止性规定来看,此类行为属于《水污染防治法》等法律法规所禁止的污染水体的行为,但该法并未对倾倒死猪污染水体的违法行为设定严苛的法律责任,大大降低了抛弃死猪行为的违法成本。从“疏堵结合”



的角度来看,法律法规既不能严格“堵”住抛弃死猪的行为,也未有效建立死猪处理的“疏导”机制,因而我们就不难理解相关主体抛弃死猪的动因。

## 二、向水体抛弃死猪的法律责任

**李晨:**大家普遍认为,向水体抛弃死猪的行为为法律法规所禁止。如何依据法律法规的规定追究行为人的法律责任是杜绝此类事件再次发生,保护公众环境利益的基础。请各位就抛弃死猪的行为人应当承担哪些法律责任谈谈自己的看法。

**崔巍:**根据《水污染防治法》《上海市饮用水水源保护条例》等法律法规的规定,向水体倾倒死猪属于法律所禁止的污染水体的行为,行为人应当受到罚款、责令消除污染等行政处罚;如果死猪携带传染病病原体的,行为人可能承担刑事责任。因此,政府部门、司法机构追究抛弃死猪行为人的相关法律责任完全有法可依。虽然在实践中,准确查找、确定倾倒死猪的行为人存在一定难度,难以落实污染水体的法律责任主体,但相关部门仍应根据各自的法定职责,严格追究行为人的法律责任。

**李晨:**我认为,向水体抛弃死猪的行为人主要承担三方面的法律责任:行政责任、民事责任、刑事责任。

首先是行政责任。行政责任是环境法律法规中最常见的法律责任形式。由于抛弃死猪的行为不仅污染了

水体,更污染了上海市的水源地,因此该行为属于《水污染防治法》、《上海市饮用水水源保护条例》等多部法律法规所禁止的违法行为。环保部门依法有职权,也有义务监管这一行为,相关行为人应当承担法律法规所规定的行政法律责任。而污染水体的行政责任的承担方式也是多种多样的,包括停止违法行为、限期改正、罚款等处罚措施,这些措施既有对已经发生的污染行为的惩罚,也有对将来可能发生的污染行为的禁止和预防。因此我认为,行政责任在形式上的灵活多样有助于预防和治理水体污染的发生。而对污染行为人来说,行政责任的广泛存在有助于督促相关主体采取更谨慎的行为,注意避免污染行为的发生。当然,政府部门的严格执法是落实行政责任的重要保障。

其次是民事责任。民事责任在环境污染事件中也极为常见,一般应根据《民法通则》、《环境保护法》、《侵权责任法》等法律法规加以认定。由于本次事件可能造成上海市水源地的严重污染,而这些死猪有可能携带传染性致病菌,因此,水域周围以及使用受污染水源的市民或者企事业单位都有可能遭受身体健康或者财产及其他经济利益的损害,受害者就可以提起民事诉讼来追究污染行为人的民事责任。由于环境侵权诉讼采取举证责任倒置的举证责任分配方式,因此就“死猪事件”的受害人而言,只要能证明污染事实的存在、自己确实受到了损害即可。而对抛弃死猪的行为人来说,一般很难



证明抛弃死猪的行为与受害人遭受水污染损害的后果不存在因果关系,因而污染行为人承担民事责任的可能性很高。但就本次“死猪事件”来看,民事责任的追究还存在一定的障碍:一方面,社会公众是否会遭受抛弃死猪行为的损害还很难确定,损害后果的产生与确定还需要较长的时间。另一个更现实的问题是,民事诉讼的启动需要有明确的被告。但截至目前,我们还无法确认死猪的来源,更难以确定污染行为人的准确身份,即便存在损害后果,民事诉讼也难以启动。因此,这些现实的障碍需要我们借本次“死猪事件”逐步加以消除。

最后是刑事责任。刑事责任是抛弃死猪的行为人可能承担的最严重的法律责任。根据《刑法(修正案八)》第338条“环境污染罪”规定:“违反国家规定,排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质,严重污染环境的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;后果特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。”因此,抛弃死猪行为如果符合三个要素即违反国家规定;倾倒含传染病病原体的废物;严重污染。只有这三条全部具备才构成这个罪。我认为,如果要定罪的话,现在还缺少“严重污染”这个要素。

另一方面,向水体抛弃死猪的行为有可能构成以危险方法危害公共安全罪。根据《刑法》分则第二章的规定,故意实施以放火、决水、爆炸以及投放危险物质以外的并与之相当的危险方法,足以危害公共安全的行为,即有可能构成本罪。需要注意的是,本罪不以危害后果为构成要件,行为人只要实施了危害公共安全的危险行为,就可能承担相应的刑事责任。我认为,如果本次事件中的死猪携带了高致病性的病菌,足以危害到公众的健康,即便未对公众的身体健康造成实际损害的,抛弃死猪的行为也有可能构成以危险方法危害公共安全罪。

### 三、“死猪事件”与环境信息公开

李晨:从“死猪事件”的进展来看,社会公众一直很关心死猪的原因,但环保、农业、卫生等政府部门尚未明确公布死猪的真正原因,也未明确死猪是否携带传染病病原体等问题,一定程度上导致了公众的猜测与恐慌。这就涉及到环境信息的公开问题,媒体对此问题也十分关注。大家可以就此问题发表自己的见解。

皮岗升:现行法律法规对环境信息,尤其是突发环境事件的信息公开已经做了规定。根据《突发事件应对法》《环境信息公开办法(试行)》《上海市饮用水水源保护条例》《国家突发环境事件应急预案》等法律法规和规范性文件的规定,政府部门有义务及时公开突发环境事件的相关信息。社会公众也对政府部门应当承担

公开此类信息的义务达成了基本共识。尤其是对此类突发环境事件来说,由于我国以前在突发环境污染事件的信息公开上存在诸多不完善,尤其是在公开的及时性和完整性方面未能达到公众的预期,导致公众对环境信息公开的及时性和完整性极为敏感。因此,通过法律制度的完善来明确公开的程序、期限极为重要。

李晨:谈到这里,我想补充一下本次事件的定性问题。很多人在认识本次事件的性质时,主要从环境污染事件的角度加以理解,但大家可能忽视了事件的另一重性质,那就是突发事件。针对突发事件,我国已经制定了《突发事件应对法》,本次“死猪事件”符合该法对突发事件的定义。更准确地说,本次事件属于对饮用水保护区造成影响,或者现在虽然没造成大面积污染,但是可能造成水污染的突发环境事件。在此基础上,本次事件的环境信息公开就可以依据《突发事件应对法》、《环境信息公开办法(试行)》等法律法规执行。

吴荣良:但我们仍需看到的是,从现行法律法规的规定来看,政府部门公开突发环境事件相关信息的义务设置得过于简略,对公开的内容、公开的程序、不公开的法律后果等并未做详细规定,而且,最大的问题在于对突发事件信息公开的时效性并未做明确的强制性规定,这会导致政府部门无故拖延信息的公开,而且社会公众缺乏有效的救济手段。因此,建议立法机构、行政部门完善立法工作,健全突发环境事件的信息公开机制,保障公众的环境信息知情权。

### 四、“死猪事件”的应对措施

李晨:如何积极应对本次“死猪事件”,尽快消除死猪对水体造成的污染也是各界讨论的重点。我认为,有必要对水污染事件的特点加以认识。水污染事件具有流动性、跨地域的特点,因此在应对过程中就涉及两个层面的协调:第一是不同部门间的协调,包括农业、环保、水务、卫生等政府部门;第二是不同地方政府间的协调。在跨部门层面的协调机制上,特别需要明确究竟由哪个部门负责牵头,统一协调其他部门采取应对措施;而跨地域协调需要特别注重协调的效率和有效性,防止不同地方政府间的扯皮。

李镔:由于本次漂浮“死猪事件”涉及到嘉兴、上海两个行政区域,因此现行法律法规对政府间协作应对突发水污染事件的规定值得我们研究。根据《水污染防治法》《突发事件应对法》《上海市饮用水水源保护条例》《突发环境事件信息报告办法》等法律法规的规定,跨流域的水污染事件应当由所涉及的地方政府及部门相互通报事件的情况,并协商确定处理方案。这里面就包含几个重点:首先是地方政府和各部门之间的信息



通报。由于通报属于政府内部的工作流程,并不对外公开,因此一般公众很难对通报的内容、流程、时效等情况进行监督。其次,处理方案的确定需要通过政府及部门的协商。协商就意味着方案的出台不受法定程序约束,方案的实质内容是否能够代表当地群众的环境利益和诉求也很难得到保障。因此,协商机制的有效性存在很大的疑问,未来立法必须加以细化。

**崔 巍:**本次事件中,实际每个上海市民都是这个事件的受害者。为什么?因为受污染的是上海市的饮用水源,而我们每个人都在用水,这已经对我们造成了伤害,只是程度不同而已。就目前的事件进展来看,打捞死猪的工作和费用均由上海市承担,无论是上海市还是上海市民,都已经因此次事件遭受损害。那么上海市是否可以向此次污染事件的源头——嘉兴市或者浙江省求偿呢?由于此问题尚无明确的法律规定,两地政府可以通过协商来分担处理死猪的费用。目前上海的损失,至少包括政府打捞死猪所发生的费用。至于上海市政府是否

可以通过起诉嘉兴市政府来获得死猪事件的赔偿,目前尚无法律依据。这也是相关法律法规需要进一步完善的地方。

**皮岗升:**从更前沿的视角来看,我们要进一步发挥 NGO 应对突发环境事件的作用。环境公益组织在国外广泛存在,他们能更积极更迅速地推动环境污染赔偿。通过本次事件,我们可以进一步努力推动环境 NGO 的建立和发展。我们也欣喜地看到,现在公益组织可以不受主管部门的审批限制,直接向民政部门注册。但我们仍需认识到,尽管现行法律法规已经初步建立了公益诉讼制度,但在实践中缺乏可操作性,诸如诉讼当事人的确定等实务问题都可能成为公益诉讼的障碍,而通过地方政府间的协商以及环境补偿机制来实现公众利益的保护可能更为现实。因此,建议完善跨地域污染的纠纷解决和补偿机制,明确所涉及地方政府的权利和义务,制定解决纠纷、向受害方赔偿或补偿的程序。●

(以上内容根据录音整理,未经本人审阅)

## 信 息

# 立足行业特点 探索工作规律

——黄浦区司法局积极提升律师党建工作科学化水平

目前,黄浦区共有律师事务所 114 家,律师 1663 人,其中律师党员 500 人。区司法局党委紧紧围绕市局和区委相关工作要求,坚持以改革创新精神抓党建,立足行业特点,探索工作规律,有效确保党建工作与业务发展互融共进。

一、注重在“三个着力”上下功夫,完善律师党建工作机制

局党委将律师党建工作作为加强司法行政系统党的建设的一项重要内容,坚持常议常抓。每年结合市局党委和区委工作要求,对律师党建提出具体的工作思路,并积极指导律师党委研究确定年度律师党建工作要点,明确具体的工作项目。还按照党建工作责任制的要求,明确领导分工和工作责任,确保律师党建工作年度有目标、阶段有小结、年终有检查,推动各项工作的有效落实,有效形成“局党委统一领导、律师党委组织统筹、律师党建办具体协调、各党支部落实推进”的律师党建工作总体格局。目前,全区 114 家律师事务所中,建立独立党支部的 44 个,建立联合党支部的 6 个。

二、注重在“四个推进”上下功夫,夯实律师党建工作基础

按照党支部党内生活的制度要求,为各律师事务所党支部统一印制《律师事务所党支部工作手册》,统一规范党支部工作台账,并作为支部年度考核依据。针对律师事务所党支部工作中的常见问题,以及律师事务所党支部的经常性工作,局党委为各律师事务所编印了《律师事务所党支部书记工作指南》,指导支部书记规范化地落实开展好党支部工作。在各律师事务所层面,各党支部通过内部局域网普遍开设了网上党建园地、网上论坛等平台,促进支部与党员、党员与群众间交流沟通,也拓宽了党的活动阵地和组织生活的形式,增强了党组织活动的吸引力。

三、在“三个参与”上下功夫,丰富律师党建工作平台

成立了由 33 名政治素质好、业务能力强、执业时间长的资深律师党员为主体的区政府法律顾问团,通过参与区政府重大问题的决策和研究,更深入参与政府工作的决策和服务,提高政府依法履职能力;组织律师党员积极参与领导信访接待,每周四固定陪同区领导接待群众来访,为区领导评估分析信访矛盾、参与化解信访矛盾,将大量矛盾化解在基层、化解在萌芽,得到了区领导的高度评价和社区居民的肯定。



## 人物简介

张晓璐：毕业于华东政法大学，目前执业于上海市白玉兰律师事务所。主要从事民商事领域的诉讼业务。曾被评为闸北区司法行政系统 2001 年度好党员、第四届上海市优秀女律师。

人物 优秀女律师 ●文 / 张晓璐

# 回望·前行

——有感于执业十二年

又是五月，又是新的播种季。智者说，不要总是那么地匆忙，还应该停下脚步，听听自己内心的声音，因为回望过去能使你更清楚将来的路。

恍然之间，进入律师行业已然十多年，记得工作伊始，不少同窗好友也都选择成为了执业律师，未料数年之后，依旧坚持初衷未改的却只剩了连我在内的寥寥几个。也许，十多年的律师生涯还远不算漫长，一路走来虽有跌宕却也难言艰辛，可这份小小的执着却依旧带给了我如此多的成长和领悟。

我从小梦想是长大了能成为一名教师，高中毕业时因为机缘巧合却报考了华东政法大学。大学毕业时，本可以圆梦成为医学院的辅导老师，但想到四年的勤苦学习就此束之高阁，不免心有不甘，最终还是选择进入了律师事务所。于是，原本憧憬和向往的讲台上的挥洒自如和滔滔不绝，最终却被法庭上的针锋相对和唇枪舌剑所替代。

如果说，我踏入律师行业尚属偶然的话，我的个性却在我成为一名律师后，把我对这份职业的热爱和执着变成了这偶然中的必然。能够把自己喜欢的事情变成自己的职业，并最终确立这份职业为自己一生为之奋斗的事业，我觉得我很幸运。得益于日渐完善的法制环境和人们对于法律服务的不断需求，律师行业正成为机遇和挑战并存的专业化服务领域。作为科班出生的我，可以较顺利地跨入律师行业，但在新的环境和新的竞争条件下，对于律师的要求也越来越高了，所以一切还是要从头学起。得益于第一个律所的专业环境和资深律师的锤炼，我养成了及时、严谨、认真、踏实的工作作风和工作态度，很快就独立承办了大量各类案件，主要业务领域涵盖金融、房地产、公司等，并参与代理了众多疑难复杂的仲裁和诉讼案件，在实践当中积累了较为丰富的诉讼技巧和庭审经验，对于新接手的案件通常能在较短的时间内理清思路作出基本判断。

然而很快我也意识到，大杂烩似的律师是没有竞争力的，作为一名法律专业人士，不可能什么都懂，什么都做，所以我在执业过程中开始注意培养自己的专业性和独特性，结合自身的优缺点及兴趣所在，渐渐形成自己的办案



方向和工作特色,旨在成为一名专业从事民商事案件方面的诉讼律师。

作为一名诉讼律师,熟练运用法律是必备的也是最基本的功力,办案思路和角度的选择考验着律师的执业素养。就像世界上没有完全相同的两片树叶一样,世界上也没有完全相同的两个案件,所以重视分析案件的不同细节、创造性的思维方式与在案件之间进行触类旁通的借鉴同样对案件有着决定性的意义。记得我办过这样一个案件:我的当事人有清晰的银行汇款凭证,要向对方主张返回钱款,尽管事实清楚,但是在寻求基础法律关系时却进入了死胡同。因为没有借条,如果打借款也会因为证据不足而败诉;如果打不当得利,也没有“不当”的起因和“不当”的事实,同样会面临败诉。那么能否从侵犯夫妻共同财产角度以配偶的名义去主张权利呢?经过进一步了解事实及法律论证,我从这个角度寻找到了案件的突破口,在告知了当事人本案所可能面临的风险和障碍后,我们进行了尝试,最终法院支持了我们的诉请。

如果说法律知识是律师一生所要为之追求和努力的专业素养,那么用心服务就应该是一名律师与生俱来的专业态度,我始终认为作为一名律师,从执业的第一天开始就应当树立一种“服务于人、为人服务”的理念。对于一名诉讼律师来说,案件输赢结果固然重要,但是贯穿办案始终的服务态度和执业风格才是可以真正留存于当事人心中的亮点和基石。他能记得你,绝不仅仅是因为你可以为他带来胜利的成果、立竿见影的经济效益,更为重要的是他对于你的信任、以及在案件进行过程中能感受法律服务的真正价值所在。甚至在案件由于各种因素而没有达到预期效果的情况下,他仍然能够肯定你的法律服务,让律师的法律服务不仅体现在只有庭审的那一刻,而是贯穿、浸润一个案件从开始到结束的整个过程。这就是我的坚持,也是我所认为的律师执业生命力的支撑所在。

记得有个损害赔偿案件,虽然从情理上看我的当事人备受委屈,但是从法律上看还是有很多硬伤的。我非常客观地为他分析了案件,我们所面临的

法律风险和困难,在我的再三提示和劝说下他还是选择了向法院起诉。对于这样一个败诉率很高的案件,我从一开始就没有放弃,我要让我的当事人感受到我所做的努力以及哪怕只有一线希望我也要坚持的信念,更要让他在经过这个案件之后如果遇到或者周围有人也遇到类似的问题时可以更好地处理、控制风险并防范可能发生的法律纠纷。所以我做了大量的案例收集和法律准备,及时与当事人进行充分沟通,重现案件场景,举一反三地进行论证推理,让当事人充分了解案件在哪个环节上存在漏洞,做了大量的证人笔录,走访了有可能留下证据的各个单位和部门。我的努力是想让当事人领会聘请律师的真正意义和价值所在,重要的是他也接受了一次法律的洗礼和教育,我想对于他来说,这次的经历应该比案件本身更让他觉得深刻而有意义。

我常想,一个案件对于律师来说可能是浩瀚执业生涯中很不起眼的,输赢从根本上也不会损害律师的既得利益,但是对于当事人来说却是百分之百的,甚至这辈子就碰到这么一件。所以我最害怕的事情就是浪费当事人的机会成本,我常常问自己:如果这个案件当事人请了别的律师会不会有更好的结果?所以我会认真而投入地对待每一位当事人,因为我是他们赖以信任的人,我不要因为我的不努力为自己为客户留下遗憾。

我曾代理了一位香港女艺人的人身损害赔偿案。由于根据当时境内的标准其所获得的赔偿款将非常有限,几乎没有什么争取的空间。我只能从精神损害角度出发,积极收集证据,甚至请香港的律师配合,整理并提交了大量的艺人受伤前后的演艺状态比较、心理创伤及反



差,希望法庭充分考虑到其是艺人的特殊身份,并且其演艺生涯将因为此次车祸而终结。最后,法庭判决了上海有史以来最高的精神损失费,作出了相当大的突破。我的努力得到了当事人的认可,而对于我自己而言,因尽了全力便不再留下遗憾。

当然,作为一名诉讼律师,也不能太过投入感情,不能在案件中过分融入自身的个人色彩和主观情绪,还是应当站在事实和法律的基础上客观从容地去对待。否则不仅有可能浪费司法资源,增加当事人的负担还有可能丧失客观的判断力,甚至逾越法律界限,造成不可弥补的损害。有一起房地产纠纷的群体性案件,由于开发商违约,小业主们刚买房屋就遭受了巨大的经济损失,小业主们情绪激动,信誓旦旦一定要求解除合同,并承诺可以支付高额的律师费用。我仔细审阅了合同,认为他们的诉求没有可能得到法院的支持。我客观地告诉他们,要求开发商支付违约金可以但是解除合同并不为法律所支持。经过我对案件的分析、法律的释义甚至对他们情绪的疏导,小业主们可能最终为我的真诚和坦率所打动,放弃了原先的主张,更为重要的是他们似乎也改变了原先固有的对于律师的看法和偏见。

同时,我深知作为一名律师除了应当具有专业的法律知识和丰富的执业经验,在执业过程中勤勉尽责外,还应当更多地体现自身的社会价值,承担我们所扮演的社会角色赋予我们的责任和使命。这样的责任和使命我想更多地还是对自身的要求,以及自身对于“律师”两个字含义的理解和注释。因此,尽管工作繁忙,我也积极

参加各类社会活动。如参加上海电视台《心灵花园》节目的录制,为参加节目的来宾解答法律问题,调解他们之间的纷争和矛盾;参加《法律与道德》节目的拍摄,对节目作点评,作为法律专业人士发表法律意见;参加上海电台的《东方大律师》栏目,担任嘉宾,阐述观点。为经济困难的当事人提供免费的法律服务和咨询。我常说的一句话是:你这个案件没有必要请律师,我可以免费为你提供法律咨询。我想,尽管个人力量是微薄的,但是我真心希望通过自身和同行们的共同努力,提升整个律师行业的公信力,提高律师的社会评价,建立律师整体的信誉度,为律师事业的发展和律师从业人员树立良好的职业声誉和社会形象尽份力量。

最后我想说的是,律师还应当时刻牢记把律师工作和整个国家社会 and 经济发展态势结合起来,在执业实践中要把律师个人的发展和律师事务所的发展乃至整个国家的发展紧密联系起来,始终沿着社会主义市场经济发展的要求和社会主义法制建设的要求前进。始终要坚持个人利益服从于国家这个大家和整个社会利益,坚持律师要站在推动整个国家发展的高度进行法律服务。为我们国家的法制建设,维护法律的尊严尽力。

路漫漫其修远兮,吾将上下而求索。获评为上海市优秀女律师,对我来说是一份鼓励和褒奖,也更是一份责任和鞭策;过去的付出和回报、失败和赞誉都已然成为过去,面对未来,我的律师生涯依旧需要我一步一地去努力和奋斗,我要以自己的信念和坚持创造更加值得记忆的人生经历! ●

## 信 息 欢迎参加首届上海律师学术大赛 报名将于 6 月 30 日截止

首届上海律师学术大赛于去年启动,面向全体上海律师征集作品,现已进入最后两个月的报名倒计时阶段,将于2013年6月30日截止报名。本次大赛共设8个单项(论文类、著作类、刑事诉讼类辩护词、民事诉讼类代理词、法律意见书、尽职调查报告、调研课题报告、律师工作报告)。组委会拟对每个单项分别进行评比,举办表彰仪式对获奖作者及优秀组织单位进行表彰。获奖作者及所在律师事务所在参评优秀律师、优秀律师事务所、优秀女律师、优秀青年律师时将增加学术所占分值权重。对于优秀的获奖作品,将通过书籍汇编、媒体报道、举办专题讲座等形式予以宣传和推广。组委会拟通过本次大赛,发掘一批潜心理首于律师行业中的法律人才,为他们创造展现自身才华的机会和舞台。

目前汇总报名情况如下:

- 1、论文类:36 篇
- 2、著作类:30 部
- 3、辩护词(刑事诉讼类):11 份
- 4、代理词(民事诉讼类):20 份
- 5、法律意见书:4 份
- 6、尽职调查报告:1 篇
- 7、调研课题报告:6 篇
- 8、律师工作报告:0 篇

欢迎广大律师积极报名参赛,参赛报名方法详见

<http://www.lawyers.org.cn/info/1f0b498151e149188ab0a32e11a75971>



# 法眼法语

香港大律师之窗 ●文 / 苏国良 林乐夫

## 以南开越洋与汉王科技 国际仲裁案 论“已判争议点禁止反言”原则



苏国良:香港执业大律师



林乐夫:香港执业大律师

### 一、引言

内地企业与海外企业的交往越来越频繁,在银行、工业、贸易及资讯科技等各行各业都有合作,随之而生的就是不同形式的中外国际合同以及合同纠纷。

因当事人往往身处不同地方,即使双方选择了仲裁,纠纷发生时经常也有机会出现一方当事人为达至回避仲裁或其他目的,主动先到本身所在地或其较熟悉的法院提起诉讼。于这些情况下,法院对某一争议所作出的判断或当事人在该诉讼中所采纳的立场、陈词等,如何影响往后需要开展的仲裁,是受到“已判争议点禁止反言”这一法律原则的影响的。

最近就有一宗中外企业之间的国际仲裁案,即南开越洋与汉王科技的仲裁,双方在合同中选择以香港法为适用法,并选择香港为仲裁地。

本文就是以此国际仲裁案之经验,探讨“已判争议点禁止反言”这一法律原则之应用情况。

本文之内容来自网络或公开资料(如招股说明书、公告等)、案例及其他非保密公开资料。

### 二、南开越洋与汉王科技之国际仲裁案

南开越洋诉汉王科技的申索方为南开越洋(ExperExchange Inc),答辩人为汉王科技。南开越洋为美国软件及专业资

讯科技供应商,汉王科技为深交所中小企板上市公司,提供文字识别技术与智能交互产品。汉王科技在2002年与南开越洋签订一名为《RTK软件许可协议》,汉王科技旗下的子公司汉王制造在2006年与南开越洋签订另一《Open-RTK6.0软件授权协议》。在2009年6月,南开越洋向天津市第一中级人民法院提交了起诉状,起诉汉王科技侵犯其计算机软件著作权。南开越洋称,自2002年起,汉王科技的“汉王OCR SDK”软件开发工具包及多款应用软件产品中集成了南开越洋的具有软件著作权的OpenRTK4.0、OpenRTK6.0两款软件,未经南开越洋许可大量复制到软件产品中,进行销售并许可他人使用,该行为侵犯了其软件著作权。南开越洋要求法院判令汉王科技停止一切侵害软件著作权的行为,并赔偿其经济损失4,709万元人民币及诉讼等费用187.9万元人民币。

汉王科技认为,与南开越洋的纠纷属于公司生产经营过程中出现的普通合同纠纷,因此向天津市第一中级人民法院提出了管辖权异议,汉王科技申请法院准许交由仲裁庭解决。2010年1月,天津市高级人民法院以(2009)津高立民终字第0058号《民事裁定书》认为该案受汉王科技与南开越洋签署的软件许可协议中仲裁条款的约束,并作出终审裁定驳回南开越洋对汉王科技的起诉。

在2010年2月,南开越洋向汉王科



技依据《RTK 软件许可协议》提出仲裁,作为申请人将与汉王科技之间的软件著作权纠纷提交香港国际仲裁中心仲裁。南开越洋在 2010 年 7 月的仲裁申诉书中要求汉王科技停止所有侵犯南开越洋在 OpenRTK6.0 享有之权益的行为和任何违约及侵权行为,向其赔偿 14712.07 万元人民币并承担诉讼费等费用。汉王科技亦反索偿 130 万元人民币。

2011 年 6 月,案件在香港国际仲裁中心开庭审理,申诉双方进行了开案陈词并阐述了各自的主张,并进行了证人作证及询问、专家作证及专家意见询问。南开越洋其后提出了《第二次修订申诉书》,其中要求汉王科技停止所有违约和侵犯南开越洋在 OpenRTK6.0 享有之权益的行为和任何违约及侵权行为;汉王科技向其南开越洋支付 20,490.46 万元人民币作为违约赔偿及其他济助。

此仲裁中汉王科技一方聘用了香港大律师作为其法律顾问和仲裁代表,参与了仲裁。直接聘用香港大律师作为仲裁代理人是依据《大律师公会专业守则之附件 14》进行的,香港大律师可据此直接接受内地律师或客户指示,以仲

裁代理身份出席仲裁庭。

2012 年 1 月,仲裁庭作出终局裁决。裁决驳回南开越洋的仲裁请求;驳回汉王科技就南开越洋违反双方于 2002 年 4 月 21 日签订的《RTK 软件许可协议》第 17 条而要求其赔偿 130 万元人民币;及裁决南开越洋承担汉王科技在此仲裁案中产生的费用。

### 三、“已判争议点禁止反言”原则

“已判争议点禁止反言”原则(issue estoppel per rem judicatam)在不少的法律体系中也有存在,其名称、适用范围、操作情况或有差别,但根本原则大致类同。

这项原则的主要内容是在法院审理案件时,如当事人之争议涉及早前相同当事人另一已判决案件的相同争议点,而正在审理的案件并不是源自早前案件的上诉,该已判决的争议点对当事人保持有约束力,即任何一方当事人均不可在现正审讯的案件中主张与该已判争议点不相符的立场。这是确保法院判决的既判力,以防止当事人以新案件为名来推翻已判的争议,这实质上也可说是“一事不再理”。

在 Carl Zeiss Stiftung v Rayner &

Keeler Ltd (No 2) [1967] 1 AC 853 一案中指出,在决定争议点是否依据有关法律是已经判决,还是仅作出该判决的一些不直接相关的、没有约束力的基础裁定,该判决是否最终的及对涉及当事人可产生的不公义等事宜,是要谨慎分析及处理的。

于普通法系地区,这原则的操作可见于下列一些案例。

在 The Sennar (No. 2) [1985] 1 WLR 490 一案对“已判争议点禁止反言”(issue estoppel per rem judicatam)中所述,要成功主张,必须符合有关要求,即在早前诉讼中之实质决定(decision on the merits)的争议点和现要处理的争议点是相同的,而判决法院是对该争议点具有司法管辖权之法院,该决定也是一个实质决定。

该案涉及提单的管辖权条款争议,荷兰法院裁定提单中给予苏丹法院独占管辖权条款有效,一方当事人尝试再到英国法院提起诉讼时,英国法院裁定当事人不可再争议该管辖权条款是否有效。Lord Brandon 在判决书中之英文原文是:“In order to create an estoppel of that kind, three requirements have to be satisfied. The first requirement is that the judg-



ment in the earlier action relied on as creating an estoppel must be (a) of a court of competent jurisdiction, (b) final and conclusive and (c) on the merits. The second requirement is that the parties (or privies) in the earlier action relied on as creating an estoppel, and those in the later action in which that estoppel is raised as a bar, must be the same. The third requirement is that the issue in the later action, in which the estoppel is raised as a bar, must be the same issue as that decided by the judgment in the earlier action. (499A)”

这里之实质决定是指需要就一些事实进行裁定并应用相关法律原则于这些事实中,而对此作出一个结论。Lord Brandon 在判决书中之英文原文是:“A decision on the merits is a decision which establishes certain facts as proved or not in dispute; states what are the relevant principles of law applicable to such facts; and expresses a conclusion with regard to the effect of applying those principles to the factual situation concerned. (499F)”

在香港 First Laser Ltd v Fujian Enterprises (Holdings) Co Ltd [2012] HKEC 946 一案中,香港终审法院采纳了上述原则来考虑最高人民法院就相关合约的准据法及是否有效等事宜。

在 Karaha Bodas Co LLC v Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (No.2) [2003] 4 HKC 488 一案中,香港法院也以此考虑了在仲裁裁决的执行过程中,在美国法院提出及被驳回的拒绝执行裁决的理由,可依据这原则在香港的相关仲裁裁决的执行诉讼中有禁止再被提出相同争议的效果。

从上述案例可见,“已判争议点禁止反言”原则的应用模式相当广泛,并可对当事人进行中的诉讼或仲裁有决定性的影响。

#### 四、南开越洋与汉王科技仲裁案带出的一些启示

南开越洋先是在 2009 年 6 月向天津市第一中级人民法院提交了起诉状,起诉汉王科技侵犯其计算机软件著作权。

汉王科技以纠纷属于公司生产经营过程中出现的合同行为,向天津市第一中级人民法院提出了管辖权异议,申请法院准许转交由仲裁庭解决。

于管辖权异议上诉中,天津市高级人民法院认定该案受汉王科技与南开越洋签署的软件许可协议中仲裁条款的约束,以《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(三)项,即原判决认定事实错误,或者原判决认定事实不清,证据不足,裁定撤销原判决,并作出裁定驳回南开越洋对汉王科技的起诉。

按仲裁条款,仲裁在香港进行。在南开越洋与汉王科技仲裁案中,如其他国际仲裁,此仲裁的争议点是关于仲裁庭是否对双方的争议有管辖权而予以仲裁,该案争议事宜包括所涉及的行为,是否只包括所签订的合同管辖的违约行为,还是也包括当中所声称的侵权行为。

在进行仲裁时,因应天津市高级人民法院已就仲裁条款的适用范围给了考虑,及双方在天津诉讼时的立场,“已判争议点禁止反言”原则应否适用和怎样适用也成为争议。

如在 The Sennar (No. 2) 一案中所述,要成功主张,该早前之判决或裁决必须是终局和实质之有效力裁定,而涉案当事人必须完全相同,且涉及的争议点也必须完全相同。

在这大前提下,可以总结以下要注意之重点启示。

首先,在进行当前的诉讼或仲裁时,必须充分把往后可会于其他地方出

现的诉讼或仲裁的影响进行评估,以防止出现没有预见的形势。

其次,如何在当前的诉讼或仲裁中表述需要裁定的争议点,也影响着往后诉讼或仲裁中之争议点是否一致之考虑。香港法院也早在 Jiangxi Provincial Metal and Minerals Import and Export Corp v Sulanser Co Ltd [1995] 2 HKC 373 一案中确认,“已判争议点禁止反言”原则也适用于在仲裁裁决中裁定的争议点。在该案中,武汉海事法庭和 CI-ETAC 均裁定仲裁协议于中国仲裁法律是有效的,当事人因此不可在香港仲裁裁决执行诉讼中再争议仲裁协议的有效性。

此外,当事人亦应为在哪一法院或是否以仲裁先处理如仲裁条款的准据法来裁定、或有效性等事宜之裁定,才最合乎本身利益等事宜,进行不同的法律系统之比较,以免不必要地出现要求一地法院以另一地法律来为仲裁或合同其他条款进行裁断。

当然,要达到这些效果,仲裁当事人须对“已判争议点禁止反言”这原则在国际仲裁中有充分认识。

#### 五、结语

内地企业对外经商快速拓展,内地企业在香港或海外设立办事处也有增加,中外企业所制定的合同必会越来越,再加上香港各界对仲裁的支持,选择香港为仲裁地合同的数量势必上升。

通过南开越洋诉汉王科技这一仲裁案例可以看到,因应国际仲裁之跨地域特质,仲裁进行或裁决执行时有不少情况也涉及“已判争议点禁止反言”原则的应用,仲裁当事人及代表律师必须对此充分把握,才可更好保障当事人的有关法律权益。●

中国目前儿童悲剧发生率最高的三类事件是：弃婴、儿童反复流浪及儿童遭受家庭虐待而致死致伤事件。毕节悲剧、兰考火灾等都在拷问中国的儿童福利制度。之所以悲剧总在累加，且不能有效回应的一个核心原因是，我们的儿童福利制度缺乏科学顶层设计。

为什么将悲剧的原因归结为缺乏儿童福利制度的顶层设计？只要稍加仔细分析就会发现，这些悲剧发生的原因很类似，要么是父母无奈，如眼看孩子有大病却无力负担巨额医疗费；要么是父母

助，所以，大量的经费都用于此。实际上，预防的关键却在家庭这一源头，这恰恰是儿童福利的重点。而这种分割管理导致现有的流浪未成年人救助保护不可能去认真关注源头问题。

之所以后置，也是因为我们没看到这些悲剧之间的内在联系。以弃婴为例，我们国家明确规定未成年人特殊、优先保护，但我国的未成年人医疗保障制度却远逊于成人医疗保障制度，导致一些家庭陷入抚养困境，这也是很多遗弃行为发生的主要原因。我们都知道的一个现实是，福利机构中大多数弃婴都是患

不能被及时发现而过早结束了生命。这种本末倒置的特点在流浪未成年人救助方面也非常明显，比如将资源投于在城市建大量流浪未成年人救助保护机构的后置做法，就不如早期对有流浪风险的儿童提供保护服务更有效，更节约成本。

这种分割、后置状态，还导致很多遭受家庭暴力的孩子，根本无法得到政府保护。虽然我们《未成年人保护法》规定，对于严重不称职的父母，批评教育不改的，可以撤销监护资格。法院认为，他们可以进行司法干预，但是，缺乏程序启动者，也缺乏政府部门承担撤销后的儿

时 评

●文 / 张文娟

栏目组稿人：光 韬 [guangtao@hansen-partners.com](mailto:guangtao@hansen-partners.com)

## 儿童福利制度需要顶层设计

嚣张，生而不养或拿孩子当出气筒。归而言之，其面临的共同命题就是如何在政府和父母之间分配儿童养育的责任。但遗憾的是，我们现在对这类悲剧的制度关注是本末倒置的逻辑，往往看的是事件的表面，头疼医头，脚疼医脚，不但有限的资源不能形成合力，甚至有关儿童福利的制度设计、机构设置还是资源配置，均表现出分割和后置特点。

所谓分割，是因为我们只看事件的外部表现，从而分头去应对弃婴和流浪儿童问题，由不同的机构、采取不同的方式去应对，如将弃婴纳入儿童福利，将流浪儿童纳入救助体系，而且在民政内部由不同司、处管理，原本可有机设计的儿童福利制度被部门利益分割。为什么未成年人反复流浪问题得不到有效应对？根源就在这儿。流浪未成年人由社会事务司的城市生活无着人员救助管理处管理，其重心和资源投入必然在城市的救



病或残疾的孩子。虽然贫困不是遗弃孩子的理由，但有些父母遗弃重病孩子，是因为他们砸锅卖铁后已经无法维持孩子的救治，遗弃成为延续孩子生命的希望。也就是说，我们本可以通过早期医疗保障让很多孩子留到父母身边，却非要等到孩子被遗弃后才给予医疗救助，结果既不能节省成本，还将很多孩子置于危险的境地，毕竟一些被遗弃的孩子，因为

童安置工作。根据《民法通则》关于监护的规定，民政部门是比较合适的主体，可是，这些年就没有政府部门来启动这个程序，哪怕尝试关注这类案件。结果导致孩子被监护人打死、打残的案件频见于报端，却始终没有政府回应，成为中国人权保护的一根软肋，让“孩子既是家庭的，也是国家的”的这一理念沦为空谈。

总结起来，笔者认为，继续沿用现有的利益格局进行儿童福利制度构建，将是“头疼医头，脚疼医脚”的做法，无法避免悲剧的累加，中国急需要进行儿童福利制度的顶层设计。

有人问，中国儿童福利制度到底如何设计？

笔者认为，答案不复杂。中国签署的《联合国儿童权利公约》已经给出了答案。根据《公约》第18到20条规定，儿童福利制度的构建的基础是就儿童养育



在家庭和政府之间确立责任界限,即父母要对儿童养育承担首要责任,但政府要在立法、行政、服务等方面支持父母更好养育儿童;在父母不称职或严重侵害儿童合法权益时,政府应该及时提供干预服务,并将儿童进行妥善安置。

具体而言,中国儿童福利制度框架就是要明确,对儿童养育,政府和家庭的各自职责是什么。鉴于我们目前最大挑战是政府责任不明晰,笔者就从政府责任角度分析该框架,并归结为两点:支持和监督。

支持是为了不出现无奈的父母。政府要完善基础福利保障范围,如医疗保障,家庭教育指导,残疾家庭的特殊保障,托幼服务支持,贫困家庭的儿童养育补贴等,支持家庭更好地养育孩子。支持是监督的前提,政府该尽的责任都不尽,就很难去监督父母。比如,某个父母砸锅卖铁也凑不齐孩子的医疗费,如果把孩子遗弃在医院寻找求生的希望,国家如何有底气去追究这个父母的遗弃罪,这就是为什么实践中出现大量遗弃罪不被追究责任,或者警察一方面处罚父母,又同时给孩子捐款的无奈现象的原因。

监督是为了不出现嚣张的父母。要通过建立高风险家庭的动态监测机制,监督家庭是否合法尽职养育子女。对于因为不懂方法而侵害孩子权益的,要责令他们接受培训;对于那些严重不称职,如对孩子实施性侵害或者将孩子打成重伤、重残,要追究刑事责任,撤销监护资格。要设计一套机制,从举报、受理、调查、孩子的紧急安置到司法干预程序的启动,孩子的长久安置等,并且要实现无缝衔接。这套机制将会有助于我们第一时间发现弃婴,第一时间发现流浪未成年人,第一时间发现被家庭虐待的孩子,从而政府可以早期干预,悲剧发生率将会大大降低。

中国想建立这样的儿童福利制度最迫切需要推进的工作是什么?

一是修改《民法通则》关于监护制

度的规定。监护是一种法律上的身份,其决定儿童福利制度的设计水平。我们现有的监护制度是由1986年通过的《民法通则》确定的,是计划经济时代的产物,其关于监护制度所依存的社会背景已不复存在,如为父母所在单位、村委会、居委会等很多社会主体设定了监护责任,而这些主体实际上已经不可能承担监护职责,却将政府的监护责任放在最末端,这导致很多孩子处于监护真空状态。建议对《民法通则》第十六条的修改方向为,父母是第一顺序监护人,父母死亡、丧失监护能力或被撤销监护资格的,由民政部门代表国家承担监护职责,通过收养、亲属抚养等方式帮助未成年人重新进入家庭。与修改前相比,消除了监护真空可能,将会为事实上无人抚养的孩子建立起安全防护网。

二是全国人大制定儿童福利法或国务院制定儿童福利条例的行政法规,建立一个无缝衔接的儿童福利机制。我们现在的儿童保护格局是,资源、职能分散在不同的部门,缺乏相互衔接的责任落实机制。即便是未成年人保护协调机制,也有两套,实际上的协调职能也不明确,只不过增加了机构的叠床架屋。目前整合出一个综合的儿童福利部级单位很难,但可以通过建立一个无缝衔接的儿童福利机制来构筑儿童的安全网。首先民政部门应将其承担的儿童福利方面的职能整合出一个司局级单位,统管儿童福利政策、困境儿童(包括流浪、弃婴、受家庭虐待的儿童等)安置机构、儿童福利社会服务购买等职能。其次,要建立具体可操作的儿童福利机制,包括举报、受理、调查、对家庭的服务提供、儿童的临时安置、儿童的长久安置等内容无缝衔接机制,里面明确哪个部门应该在哪个环节提供哪项服务。以弃婴为例,这可能涉及到卫生部门、公安部门和民政部门。要想解决目前的民间“收养”困境,就应该建立这样的一种机制,规定发现弃婴的人应该立即向公安机关报案;公

安机关接到报案要立案侦查,启动查找生父母的程序;公安、民政和卫生部门还应在本地确定一家弃婴医疗观察医院,由公安机关接到报案后将孩子及时送医院观察;医疗观察后没问题的孩子,由公安部门将孩子临时安置到福利机构;等公安机关侦查终结确认找不到生父母的,应该向福利机构出具侦查终结报告,孩子进入国家监护,福利机构可以为其寻找收养家庭。

三是要结合社会管理创新,通过政策和资金扶持,搭建一个儿童福利社会服务网络。儿童福利涉及到各种专业服务,如家庭教育指导、亲子关系协调、偏差行为矫治、儿童临时安置、儿童紧急安置等各种服务,这些都靠政府自己设机构来实现,是很困难的,效果也不见得好。所以,应该通过扶持建立社会组织及购买社会服务方式,扶持一批儿童福利专业社会组织,同时,应将他们的服务纳入儿童福利机制。

另外,科学的儿童福利制度设计,还能帮助回应解决面临的其他困境儿童问题,如打拐解救之后找不到生父母的儿童如何进行长久安置,受艾滋病影响儿童的福利保障、服刑人员子女的福利保障,以及探索具有转型期特点的困境儿童的一些问题,如对留守儿童和流动儿童,政府在提高他们的养育质量方面需要提供何种有效服务等。

孩子涉及到千家万户,孩子的悲剧事件也最能触动社会的敏感神经,在当前贪腐严重的社会背景下,儿童福利保障工作不力导致的悲剧,将极容易增加社会的不稳定因素。反之,我们说,受人滴水之恩,还想着涌泉相报呢。如果孩子们在最困难的时候,能感受到政府的福利温暖,他们将会对执政党有感情,也才会更爱这个国家。●

(作者为北京青少年法律援助与研究中心副主任)



视角 ●文/唐震

# 略论侵犯商标权刑事犯罪罪量认定之思路

为贯彻落实《国家知识产权战略纲要》和《最高人民法院关于贯彻实施国家知识产权战略若干问题的意见》，上海一中院自2010年6月开始实施知识产权“三审合一”机制，至2012年12月共审理知产民事案件1457件；刑事案件21件；行政案件3件。其中，刑事案件涉及假冒专利罪外的其他所有罪名，具体包括：销售假冒注册商标的商品罪案件15件，假冒注册商标罪案件4件，侵犯著作权罪案件1件，侵犯商业秘密罪案件1件。数据显示，侵犯商标权刑事犯罪案件数量占该院知识产权刑事犯罪案件数量的90%。而在侵犯商标权刑事犯罪案件中，超过70%的被告人以涉案金额明显偏高，量刑不当作为上诉理由之一，因此，有必要对这类现象深入剖析，正确把握法律适用思路，以推进司法公信和权威的树立。

## 一、侵犯商标权刑事犯罪罪量依据的解读

（一）侵犯商标权刑事犯罪的罪量内容

从我国《刑法》规定和犯罪构成理论分析，每一犯罪构成均由两类构成要素组成，即罪质要素和罪量要素。前者主要揭示危害行为的社会危害性质和

主客观事实特征，后者重在说明具体危害行为应当受到刑罚处罚的社会危害程度。两者缺一不可，共同成为每一犯罪构成的必要组成部分。根据我国《刑法》第213条至215条规定，侵犯商标权刑事犯罪的罪量要素主要表现为情节和数额，其中，第213条规制的假冒注册商标罪和第215条规制的非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪罪量内容为“情节严重”；第214条规制的销售假冒注册商标的商标罪罪量内容为“数额较大”。那么，上述情节或数额又是如何规定的呢？2004年12月施行的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《知产刑案解释》）对此作了明确：假冒注册商标罪的“情节严重”，是指非法经营数额在五万元以上或者违法所得数额在三万元以上或者其他情节严重的情形；销售假冒注册商标的商品罪中的

“数额较大”，是指销售金额在五万元以上的情形；非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪的“情节严重”，是指非法制造的注册商标标识数量在二万件以上，或者非法经营数额在五万元以上，或者违法所得数额在三万元以上的；另外，对于侵犯两种以上注册商标的，假冒注册商标罪和非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪在非法经营数额和违法所得数额的入罪标准上分别降至三万元或二万元。鉴于《知产刑案解释》第9条明确销售金额为违法所得，且尚无司法解释对“其他情节严重的情形”作出规定，故而，侵犯商标权刑事犯罪罪量内容在实践中主要表现为数额，具体为非法经营数额、违法所得及侵权标识数量。有关各罪罪量要素内容参见表1。

（二）侵犯商标权刑事犯罪的罪量认定

规范文本的分析表明，尽管侵犯商

表1

| 罪名                  | 罪量要素   |      |      |    |
|---------------------|--------|------|------|----|
|                     | 非法经营数额 | 违法所得 | 标识数量 | 其他 |
| 假冒注册商标罪             | √      | √    |      | √  |
| 销售假冒注册商标的商品罪        |        | √    |      |    |
| 非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪 | √      | √    | √    | √  |



标权刑事犯罪各罪罪量同属于数额范畴,但具体内容并不完全一致。这也决定了各罪罪量计算方法各异。其中,标识数量以件为单位,只不过需要注意的是,此处的“件”是指标有完整商标图样的一份标识。而违法所得包括了所得和应得的两种违法收入,其中前者指行为人出售侵权商品后已经得到的违法收入,后者指行为人已经出售侵权商品按照合同或者约定将要得到的违法收入,且不应该扣除成本及各种费用。最为复杂的为非法经营数额的计算方式。根据《知产刑案解释》第12条的规定,非法经营数额是指行为人在实施侵犯知识产权行为过程中,制造、储存、运输、销售侵权产品的价值。已销售的侵权产品的价值,按照实际销售的价格计算。制造、储存、运输和未销售的侵权产品的价值,按照标价或者已经查清的侵权产品的实际销售平均价格计算。侵权产品没有标价或者无法查清其实际销售价格的,按照被侵权产品的市场中间价格计算。这一规定表明,非法经营数额的计算区分了三个层次,并呈现出递进性,只有前一种方法无法计算时,才适用后一种方法。具体各罪量内容计算方法参见表2。

## 二、非法经营数额计算的症结剖析

根据司法解释的规定,非法经营数额的计算存在递进性的要求,其中首选

的计算方法为实际销售价格,最后方法才是按被侵权商品市场中间价格计算。然而,“徒法不足以自行”,在司法实践中,以下因素影响了计算方法的递进适用:

### (一) 查证困难的实销金额

知识产权刑事犯罪素有犯罪嫌疑人智商高、作案手段隐蔽性强的特点。这一特点反映在侵犯商标权刑事犯罪之中,即表现为实际销售价格查证难度较大。首先,对于有意假冒他人商标,生产制造侵权商品的制假者而言,其犯罪故意明显,警惕性较强,上下家之间单线联系情况居多,制假者往往根据售假者的预定数量定额生产销售,且即产即销。即便侦查机关查获了制假窝点,也因为无下家证言、存余假货等旁证而无法确认制假者存在实际销售行为;其次,售假者明知假冒他人注册商标的商品而予以销售,通常会有意隐匿罪证,一般不会留下进货账簿、销售记录、销售凭证等书证,从而使得实际销售价格除被告人供述外,因缺乏旁证印证而难以认定;最后,就普遍存在的“知假买假”现象而言,其终端消费者流动性强。即使案件侦破后,也会因为消费者查无下落而难以核实假货的实际销售价格。正是由于侵犯商标权犯罪自身特性,侵权商品实际销售价格的查证确实存在客观障碍。

### (二) 监督缺失的取证偏好

毫无疑问,被告人销售侵权商品的

实际销售价格是需要刑事证据来证明的。实践中,这种证据主要表现为证人证言(如雇佣的帮工、侵权商品购买者的证言)、书证(如销售凭证)以及被告人的供述(包括同案被告人供述),上述证据之间如果能够相互印证,则可以作为定案的根据。不过,由于刑事诉讼中控辩双方在取证能力上天然失衡,证明案件事实的职能实际上要由控方主导。虽然根据《刑事诉讼法》第50条的规定,司法人员应当收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。然而,要求执意追究被告人刑事责任的控方收集被告人罪轻甚至无罪的证据,显然会事与愿违。而且,目前对于该种调查可行性尚无有力监督(比如,侦查机关习惯于出具工作记录,说明涉案帮工、购假下家或销售凭证查无下落,对该些工作记录所反映的事实往往难以有效审核)。更何况,由于相应证据牵涉面宽泛,调查被告人实际销售价格往往需要投入更多精力和财力,这影响了侦查机关全面取证的积极性。上述因素的存在说明,侵权商品实际销售数额的计算方法存在着被有意或无意忽略的可能。

### (三) 相对片面的业绩评价

通常情况下,案值金额或者情节严重程度代表着案件的影响力,而侦破、起诉以及审判具有较大影响力的案件在某种程度上反映了司法机关及司法人员的工作业绩。毋庸置疑,违法所得系行为人实际得到或应当得到的违法收入,基本情况下不可能超过非法经营数额;而依侵权商品的实际销售价格或被侵权商品的市场价格计算,又往往会导致涉案金额的天壤之别(例如,假冒LV品牌皮包单位售价大多为百元以下,而正品LV品牌皮包单个则高达千元以上)。因此,基于业绩评价标准的导向,设身处地站在控方的立场,采用能够认定较高

表 2

| 罪量     | 计算方法                                  |
|--------|---------------------------------------|
| 标识数量   | 按侵权标识件数计算                             |
| 违法所得   | 已经销售的侵权商品实际所得和应得收入之和                  |
| 非法经营数额 | 首选方法:实际销售价格×侵权商品数量                    |
|        | 次选方法:1.标价×侵权商品数量<br>2.实际销售平均价格×侵权商品数量 |
|        | 最后方法:被侵权商品市场中间价格×侵权商品数量               |

数额的计算方法,“就高不就低”地认定案值或情节自然是一种理所当然的选择。具体表现为,按违法所得计算涉案金额较低的,就选用非法经营数额计算方法;在非法经营数额计算中,又选用被侵权商品市场中间价格计算。甚至,可以忽略犯罪嫌疑人犯罪既遂的事实,只指控犯罪嫌疑人犯罪未遂。显然,案值金额高既能有力地宣扬司法机关对侵犯知识产权犯罪的刑事打击力度(因为正常情况下,案值金额大,被告人的刑罚重);又能充分地凸显出司法人员在打击知识产权犯罪行动中的工作业绩。

### 三、侵犯商标权刑事犯罪罪量认定的基本思路

如前所述,在侵犯商标权刑事犯罪中,最为复杂的罪量计算方法就是非法经营数额的计算。而且,根据司法解释的规定,销售假冒注册商标的商品罪未遂形态实质上是依照非法经营数额的计算方法计算涉案金额的。某种意义上,非法经营数额的计算方法对于侵犯商标权刑事犯罪的三个具体罪名是一体适用的。因此,规范侵犯商标权刑事犯罪罪量计算的重点是要解决非法经营数额的计算问题。然而,前述因素表明,侵犯商标权刑事案件中罪量的认定并不能严格地依据司法解释的规定递进适用,而是存在着较大的选择性适用的空间。孔子云:“刑罚不中,则民无所措手足。”那么,如何情法兼顾地适用法律呢?

#### (一)理论与实践的探索

事实上,已经有学者就非法经营数额的计算提出异议,认为侵权产品实际销售价格往往远远低于被侵权的名牌产品,按照被侵权产品的市场中间价格确定侵权人的预期所得,将明显不公。如果根据被侵权产品的销售地点、销售

方式、销售渠道等,可以明显判断出侵权产品不可能卖到与被侵权产品同样的价格,即使“侵权产品没有标价或者无法查清其实际销售价格”,司法者也不能机械地适用法律,“按照被侵权产品的市场中间价格”计算侵权人的预期所得。然而,侵犯商标权刑事犯罪系我国《刑法》中的数额犯,如果因侵权人的犯罪数额无法计算,是否意味着其侵权行为不受刑事追究,该学者没有进一步地说明,亦未能提供更为科学的计算方法。

在司法实践中,已经有案件突破了《知产刑案解释》的计价规定,即在无实际销售和没有标价的情况下,按照侵权商品本身的价格计算。理由是:“对于以假卖假型销售行为,不能简单地按照被侵权产品的市场中间价格计算。通过销售者销售的场所、方式等因素,消费者一般明知是假名牌,属于知假买假,不会按照正品的价格支付。销售价格与正品价格会有很大差距,只有按照假冒的商品本身的价格计算,才符合实际情况。如果按照正品即被假冒的商品的价格计算,则严重背离了客观实际。价格鉴定机构实事求是,根据这种假冒名牌包的市场价格来计算,8425个包作价76万余元,均价不足百元。司法机关据此作为定案依据,能够准确评价(犯罪嫌疑人)杨昌君犯罪行为的社会危害性,是符合实际的。对此,应当指出的是,尽管这种计价方法以“符合实际情况”为适用依据,但是,地方法院突破司法解释的规定,自行采取一种所谓“符合实际情况”的计算方法,其合法性的质疑是不容回避的。而且,由于侵权商品价格远低于被侵权商品价格,这种计算方法一旦推而广之,势必会使一大批“知假买假”型的侵犯商标权刑事案件游离于刑事打击的门槛之外,不符合我国加强知识产权司法保护的执法趋势。

#### (二)司法裁判的现实应对

当然,司法解释所规定的非法经营数额计算方法的合理性是存在问题的。显而易见,会造成同类案件量刑之间的不协调甚至倒挂。如果被告人将侵权产品以低价全部销售出去,并且能够查清其销售价格的,则按实际销售价格确定犯罪数额,数额低,则量刑轻;而未销售的,又不能查清销售价格的,则按市场中间价格计算,数额高,则量刑重。但是,正如最高法院有关负责人回答记者提问时所强调的,司法解释是综合考虑了各方面的意见,规定对“非法经营数额”按照三种情况计算,避免一律按照被侵权产品的价格或者侵权产品的价格计算所可能产生的弊端,也有利于发挥民事制裁、行政处罚与刑事处罚对知识产权保护的合力。在目前尚无更为科学的计价方法的情况下,司法解释所规定的计算方法综合了多方利益考量,有其广泛的社会认同度。只是,由于前述因素的作用,在司法实践中,递进适用的计算方法容易被演绎成选择适用的计算方法,且缺乏有效的规制手段,因而,产生一种严重背离社会认知的虚高数额,进而引发被告人上诉的现象势难避免。那么,在现行法律框架下,作为最终裁判机关的人民法院又当如何因势利导呢?结合司法实践经验,笔者认为,应当把握以下法律适用思路:

第一,区分侵犯商标权刑事犯罪的犯罪形态,即控方指控被告人的犯罪行为属于既遂还是未遂。如果指控犯罪行为为既遂的,则说明被告人有实际销售的行为,正常情况下,也应当存在着实际销售价格,可以按实际销售的价格来计算涉案金额。如果在既遂状态下,控方仍然以被侵权商品市场中间价格计算涉案金额,人民法院可以建议检察机关补充侦查或自行调取证据。

第二,如果指控犯罪形态系未遂



## 视 角

●文 / 王俊民

辩护人庭审发问系列文章之五

论庭审发问  
应变与善辩

的,人民法院应当重点审查有无证据证实被告人有过实际销售价格或者商品存在标价的,如有无销售记录、送货清单、侵权商品标价等书证;被告人雇佣的帮工、侵权商品的买家等证人证言;被告人及同案被告人的供述等言辞证据,如果证据之间能够相互印证,则可以认定相关侵权商品存在实际销售价格或有标价。特别对于被告人供述了证据线索,如买家的联系方式或者销货记录的存放地,则要求侦查机关提供相关线索的查证记录,必要时,侦查人员应当出庭作证。如果控方没有合理说明的,可以认定案件关键事实不清,不宜定罪。主要理由在于实际销售价格的认定关系到被告人的定罪量刑。

第三,如果指控犯罪形态系未遂的,且确实无证据证实实际销售价格或者商品无标价的,则依据《知产刑案解释》之规定,根据被侵权商品的市场中间价格计算非法经营数额。

第四,根据《刑法》第23条第2款有关“对于未遂犯,可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚”的规定,依法对被告人从轻、减轻处罚,甚至在市场中间价格严重背离实际销售价格的特殊情况下,可以大幅度减轻处罚,以落实罪刑相当的刑罚适用原则。

最后,应当强调的是,侵犯商标权刑事犯罪理想的罪量认定方法应当是“具体案件中货值金额、非法经营数额的认定必须以大致接近产品售后所得和应得的全部违法收入为要求”,因为这符合刑法实质合理性的要求。但是,在多种主客观因素导致无法查清实际销售的情况下,采取以上适用步骤既遵循了现行法律及司法解释的规定,又能较好地实现打击侵犯知识产权犯罪和保障被告人权利的有机统一。●

(作者单位:上海市第一中级人民法院)

庭审举证质证诉辩态势千变万化,有时对方异军突起,有时己方临阵出错,善于应变,不仅可转危为安,或能收到意外效果。应变的方法多种多样,虽是紧急情况下的急中生智,但主要目的还是为了以变应变,以变制变,以变求辩。

## 一、庭审发问生“变”分类

其一是由于律师自己的过失而造成举证质证局面变化。在临庭发问中,在潜意识或是情感的作用下,自觉或不自觉地说出一些失去分寸、影响庭审发问效果的话语。话一经出口,难以收回。有时可能马上就能意识到自己失言,有时不能马上意识到,需要别人的提醒才能反应过来。

其二是对方凭借新证据提出诘难。刑事诉讼中,证据突袭现象难以避免,对方会利用辩护人不了解的或是不掌握的情况进行发问,也可能利用律师在办案中的漏洞和错误进行发问。对这类情况,律师需要用合适的应变对策以变应变。

## 二、仓促上庭的对策

成功的刑事辩护,需要做好充分准备,以求在庭上出色地表现。有时不可避免地会遇到一些突发状况,打乱原本的准备工作,出现仓促上庭准备不足情况。

(一)律师在仓促上庭时,难免会情绪紧张,担心自己在法庭上的表现不能

正常发挥。克服紧张情绪,保持镇定对律师开庭是非常重要的,尤其是在律师仓促上庭的情形之下。

(二)在仓促上庭的情况下,律师除了要保持镇定的情绪之外,还应该对自己有信心。虽然出现仓促上庭情况,但原来的准备还是有作用的。律师应对自己有信心,相信凭自己的能力,只要保持镇定,是能正常发挥的。

(三)律师在仓促上庭时要保持镇定的最佳途径就是熟悉案情,掌握法律,了解对方各种情况,知己知彼,心中有数。

## 三、怯场的对策

怯场心理的表现主要有:呼吸加快、心跳频率加快、手脚不知所措、面部肌肉紧张、目光呆滞、身体大量出汗、记忆清晰度减低等。庭审发问中消除紧张情绪的方法:

(一)准备充分。庭前准备充分,心里就踏实,就不会产生怯场心理。如果事先没有做好充足的准备,难免会有提心吊胆的感觉,加剧怯场情绪。

(二)暗示调节。在庭审中不妨内心设法改变一下对对方及听众的看法,将周围的人设想为没有能力评判自己的客体,诸如小孩、桌子、花草等,创造出一种假性旁若无人的现场环境。

(三)呼吸调节。采用缓慢呼气与吸气,达到放松情绪的目的。

(四)心境调节。事前听听轻音乐,读读小画册,讲讲幽默故事,冲淡怯场情绪。

(五)积累经验。造成怯场情绪的因素多数由于缺乏临场经验,律师应多参加论辩实践,积累丰富的经验。

#### 四、对情绪激动者的对策

对情绪激动的被发问者,消极的方法是等待,待对方情绪冷静之后,再继续庭审发问,其次可以采取一些积极的方法,缓解对方的激动情绪:

(一)在对方无理由发怒和公开顶撞时,发问律师应克制自己的情绪,表现出宽容和忍耐,任何时候都要尊重他们的人格,不计较其蛮横和陈述中粗俗的语言。

(二)将发问的主题转移到其他方面,以转移其注意力。律师可以问一些与案件有关但又投其所好的问题。在其回答这些问题的过程中,情绪会慢慢缓和下来。此后,律师可以避开刚才敏感性的话题继续对证人进行实质性的发问。

(三)在确实是因为自己的过失而引起对方情绪激动时,律师不妨当庭向其道歉,往往会缓和对方的情绪,让对方觉得你很尊重他,对方一般也就不会计较你之前的行为。有时候你的道歉还会

收到意想不到的效果,对方会尊重你的人格,配合你的发问。

#### 五、发问“卡壳”时的应变对策

辩护人庭审发问对象往往是错综复杂而多变的人或事,在庭审过程中,会出于某种障碍,致使律师发问不能按照既定计划进行或者不能达到预期目的,发问卡壳。律师应做到沉着冷静,不能被卡壳影响自己的情绪和进程,要冷静地沿着变化了的情况思考对策:

(一)置之不理。遇到被问对象故意不配合、不如实回答提问,只讲自己“记不清了”、“不知道”时,可以采取“冷处理”的办法,按照既定思路继续发问,发问结束后举证揭穿发问对象说谎或者回答存在自相矛盾之处,从而否定或降低其陈述的证据效力。

(二)委婉助答。被发问对象由于紧张、没有听清楚或者未能明白律师意图等原因,也可能卡壳,一下子回答不出来。律师应设法促使转机,可以采取的具体措施有:1、重复发问,突出重点,帮助发问对象深入理解;2、分解提问,将不容易回答或者难以用一句话回答的问题分解成若干个简单的问题,诱导其回答;3、转换角度,另辟蹊径。如果发问对象对提

问很陌生或难以理解,不知如何回答,经律师启发仍满脸疑惑,律师应立即变换提问角度,以帮助其回答。

(三)说服教育。证人由于受到威胁、引诱或者出于害怕打击报复的心理,可能推翻先前的证词或者不愿意讲真话,这时律师要揣摩其心理,做其思想工作,动之以情、晓之以理,向证人宣传有关法律,促使证人轻装上阵,如实回答问题。

(四)是非问答。律师在发问的时候,询问对象由于自身表达能力不好或者有其他目的,有时在一些细枝末节问题上纠缠不清,遇到此种情况,律师除了注意自己的提问要通俗易懂、简洁明了之外,还可以组织一系列可以用“是”或“否”回答的问题,告诉询问对象不需要作解释,只需回答“是”或“不是”。

#### 六、拒答时的应变对策

对于律师的发问,有时证人或者当事人会拒绝回答,这种拒绝回答主要发生在对方当事人或者对方提供的证人身上,而已方当事人或者己方提供的证人拒绝本方律师提问的情况比较少见。

(一)避免不当发问。首先要以被发问对象认为不对其构成威胁的问题开始提问;其次不要使用歧视性或者侮辱性





的语言以及可能引起被问对象反感或者敌意的语言,再次要让对方感觉你是善意的调查案件真相,争取对方的配合。

(二)迂回发问。如果律师认为对于某一问题,被问对象可能拒绝回答或者予以否认,那么最好不要直接发问。因为一旦被拒答,被问对象以后很难对自己前面的回答加以否定。律师应该试着从其他有关方面提问,在询问对象回答了相关问题后再切入正题,使其不得不回答。

(三)证据压迫。证据在询问中是非常重要的武器,证据的使用常常能给询问对象施加不可抗拒的压力,使其如实回答。但是,证据压迫决不是简单地出示证据,要把握好时机,巧妙地出示,才能取得证据压迫的最佳效果,迫使被问对象回答其原本不愿意回答的问题。

(四)诱导性询问。在英美法系国家,律师进行反询问时允许使用诱导性提问,我国可以借鉴在质证发问时进行诱导性提问。进行诱导性询问的权利通常被理解为有权要求证人作出积极的回答。

(五)暗示答案。如果对某些问题,律师有较充分的证据和理由说明,仅需要询问对象予以明确回答加以确认,而询问对象却拒绝回答时,律师可以在提问中暗示答案。即使对方不回答,所有在场的人也能明白、确信某一问题。

(六)适当误导。当证人非常狡猾、很不诚实时,常常采用此办法。在此情形下,律师不但要隐藏询问目标,而且事实上还要利用证人的不合作态度。意识到证人可能倾向于对提问持敌视立场后,律师可以首先故意制造“被误导”的假象,然后对此加以利用。

(七)对抗性提问。对抗性提问即提问中包含敌意性信息,将使律师与询问对象针锋相对,律师可能从这些问题中获得有利的答案,但是毫无疑问,也会因

此丧失与发问对象再次合作的可能性。对抗性问题涉及对询问对象声誉、诚实性、品格或者背景进行攻击,使其不得不回答。比如,问:“难道你从没蹲过监狱吗?”“在这个问题上你说了谎,对不对?”等。

## 七、答问与既定目标不一致时 应变对策

在庭审中,律师对证人、当事人、鉴定人、勘验人等的发问都有明确的目的和欲解决的中心问题,然而诉讼是一种充满变数与风险的专门活动,即使律师庭前已做了周密的准备,也可能出现问答达不到律师所期望的结果的情况,甚至与律师的预期完全相悖。为了避免答问与既定目标不一致的情况,律师在庭审中要注意发问的技巧,当出现这种情况时,要灵活把握调整策略,避免陷于被动。

(一)预防对策。对每次发问要达到的目的要心中有数。对被发问对象可能作出的回答有所预测,并准备相应的对策。对于没有明确目的,没有相应把握及对策的问题,应考虑不要发问。

(二)调整既定目标,以应变变。在律师发问中,有时证人突然推翻之前的证词,或者被害人改变陈述,或者对方提出新的证人到庭作证等种种情况,都会造成律师发问目的落空。律师应区别情况,作出反应:

1、如果这种情况发生在法庭调查阶段,律师可根据诉讼法的有关规定,以需要通知新的证人到庭、调取新的物证、重新鉴定或勘验,或者发现新事实等理由,申请法庭延期审理;

2、如果发生在法庭辩论阶段,可结合其他证据和案情,论证其回答的虚假性或者矛盾性,消除其对己方既定目标的不利影响;

3、如果经过继续发问或者调查,确

定证人、被害人等的当庭陈述确凿属实,律师应调整辩护或者代理思路,迅速应变,从其他角度阐述辩护或者代理的理由与观点,争取主动,而不应过多纠缠。

(三)被告人翻供,而证据确实充分的对策。律师决不能跟随被告人供认或者辩解的改变而改变律师对案件的立场和观点。如果辩护律师确信被告人的翻供没有根据,可以申请法庭临时休庭,与被告人个别谈话;如果辩护律师确信被告人的翻供有一定道理,律师可以依照庭审调查情况,结合其他证据,论证被告人翻供的真实性、客观性,为被告人作无罪或者罪轻的辩护。

(四)使用证人先前不一致陈述对证人进行弹劾。这是英美法系在反询问中的做法。如果证人改变了证言,与其先前陈述不一致,致使律师问答的预期目的没有实现,可通过先前不一致陈述破坏证人的可信性。使用先前不一致陈述对证人进行弹劾,必须遵循三个步骤:证言再认、验明前述和针锋相对。

## 八、法庭未按法定程序组织庭 审时应变对策

(一)当庭向法庭提出,要求予以纠正。这是最直接有效的办法,如果法庭违反法定程序,比如未告知当事人享有申请回避的权利,不是由审判长而是由书记员查明当事人是否到庭等。律师发现法庭的错误后,立即提出,也便于法庭当庭纠正,不会引起更加严重的后果。

(二)向检察机关提出。刑事诉讼法第203条规定:“人民检察院发现人民法院审理案件违反法律规定的诉讼程序,有权向人民法院提出纠正意见。”但是人民检察院的监督仅限于事后监督,即只能在庭审后提出,所发挥的作用有限。●

案例精析 ●文 / 王德杰

# 浅析前期物业服务合同约束力的形成条件

## 一、案情简介

A公司购买了某楼盘大部分物业,与某物业公司B签订了“前期物业服务合同”。后A公司将持有的7套房屋出售给C公司,房屋买卖合同补充条款中约定C公司需书面确认A公司签署的“管理规约”和“业主守则”。

去年6月,B公司向法院起诉C公司,要求支付拖欠的物业费、公用事业费、延迟付款利息和因追索上述费用的律师费等共计30余万元。C公司辩称,系争物业服务合同并非“前期物业服务合同”,C公司从未看到过也未书面确认过,故该合同对C公司不具有约束力,C公司也不愿承担延迟付款的利息和因追索上述费用产生的律师费,公用事业费的收费标准也超过国家规定标准。

## 二、争议法律焦点

本案争议法律焦点为,如何定义“前期物业服务合同”;非“前期物业服务合同”是否可不遵循合同权利义务概括性转让的规定,直接对业主产生约束力。

## 三、律师评析

根据合同相对性原则,合同不能对合同以外的任何一方产生约束力。但当合同的权利义务发生概括性转让或受让方成为合同新相对方时,合同就可以对非缔约方产生约束力。而前期物业服务合同的特点在于,可直接对非合同相对方产生约束力,也即在不发生权利义务概括性转让或受让方(房屋买受方)不成为合同新相对方的情况下,对受让方产生约束力。但是,此约束力的形成

也必须具备相应的前置性规定。

### (一)对前期物业服务合同的定义

虽然法律无直接定义,但可以通过法律对构成要件的定义和实践情况,从以下几个方面进行定义。

#### 1. 签订合同的主体特定

前期物业服务合同的签订主体仅限于建设单位和物业公司。在业委会尚未成立或已成立但尚未和物业公司签订服务合同的真空期内,为便于对物业进行管理,法律允许建设单位先行委托物业公司,从而保障物业管理的正常进行和全体业主享受物业服务的权利。

#### 2. 建设单位的主体特定

实践中我们习惯把建设单位称为“开发商”或“大业主”,但这两种称呼并不规范。开发商可能仅仅是建设单位的投资商或股东,并不负责具体的开发和建设,也可能不具有土地使用权。“大业主”则只是拥有比较多物业的业主。故对建设单位的定义应当是,通过合法方式获得土地使用权,并在土地上进行投资建造房屋的法人。

#### 3. 符合法定的前置性程序

建设单位签订前期物业服务合同必须符合法定程序,即通过招投标方式选聘具有相应资质的物业服务企业。如投标人少于三个或住宅规模较小的,经物业所在地区、县人民政府房地产行政主管部门批准,可采用协议方式选聘具有相应资质的物业服务企业。故前期物业服务合同的签订并非只要签约双方合意即可,还必须符合法定条件。

### (二)约束力如何形成

#### 1. 内容符合法律规定

例如,本市关于物业收费的相关规

定明确,超最高标准收取物业费的,必须经物业行业协会论证,再经区、县物价部门确认,最后报市物价部门备案后方可执行。如违反此规定的,则前期物业服务合同中关于物业费的相关约定就不能对房屋买受方产生约束力。

#### 2. 内容明确告知受让方

合同权利义务的概括性转让是合同相对性原则的例外,它允许合同的权利义务在符合特定条件的情况下,对非缔约方产生约束力。而前期物业服务合同则是这一例外的又一特殊情况,即在不发生权利义务的概括性转让的情况下,对非缔约方产生约束力。

但法律也同时规定,建设单位与物业买受人签订的买卖合同应当包含前期物业服务合同约定的内容(国务院《物业管理条例》第25条)。

## 四、结论

法院审理后认为,A公司作为大业主,有权和B公司签订前期物业服务合同和制定临时管理规约,C公司作为物业买受人则应受前期物业服务合同和临时管理规约的约束。且C公司并未对前期物业合同和临时管理规约的效力提出异议,故该物业合同和临时规约对C公司具有约束力,C公司应据此支付物业管理费、延期付款利息和追索上述费用产生的律师费。同时,鉴于C公司在支付公用事业费用时并未对其收费标准的合理性提出异议,故C公司也应支付相应费用。

法院据此作出了相应判决。

(作者单位:上海市金源方程律师事务所)





# 律师实务









陈洁:上海市广发律师事务所  
律师



姚思:上海市广发律师事务所  
律师

证券市场及国外先进期货市场来说,依然存在较大差距和发展空间,我国的期货价格也仅仅只是区域性的价格,未能得到国际市场的认可形成国际价格。目前我国期货市场在国际上并不享有定价权,因此,允许 QFII 进入期货领域不但更加促进了 QFII 对于国内金融市场的投资,也必然会扩大我国期货市场的资金规模,市场功能及运作模式也会得到进一步发展和完善,才能有望加大我国在国际期货产品领域中的发言权,增加国际影响力和竞争力。

#### (二)促使我国期货市场快速成长成熟

相对于国外已经较为成熟的期货市场来说,我国无疑还处于期货市场的初步发展阶段,不论从期货种类、风险控制、期货从业人员业务水平还是监管方式等其他众多方面来说,中国都还有很长的路要走。引进 QFII 的参与可以从两个方面影响国内股指期货市场,一是“鲶鱼效应”,二是“羊群效应”。一方面,QFII 有着先进的管理水平与投资技巧,这将会对国内的机构投资者造成一定压力,促使他们能在技术服务等各方面加快完善。另一方面,目前我国期货市场投资者以中小散户为主体,缺少机构投资者,限制了期货市场正常功能的发挥,目前我国期货市场参与者的结构并不符合发达国家正常的期货市场的参与者的格局。少数机构投资者可以通过垄断和操纵价格,使得市场失灵,制约了期货市场前进的步伐。QFII 的参与能在一定程度上激励我国机构投资者的加入,扩大机构投资者所占比例,扩大期货市场的规模、改善期货市场的活跃程度、降低投资风险,同时还可以保护投资者,特别是中小投资者的利益,使得我国的期货市场日趋走向成熟。

#### (三)有助于提高我国期货公司的整体水平

根据《合格境外机构投资者境内证券投资管理办法》第三条规定:“合格投资者应当委托境内商业银行作为托管人托管资产,委托境内证券公司办理在境内的证券交易活动。”所以,QFII 进入国内期货市场需要委托国内的期货公司进行投资,为了受到 QFII 的青睐,国内的期货公司必须充分发挥其专业性、控制风险的水平等各项优势,才有机会被 QFII 选中作为受托办理证券交易的期货公司。因此,QFII 的引入也将形成一个国内期货公司整体改革的契机,形成良性竞争,从长远来看,将会对我国期货市场的发展和秩序的规范起到一定的促进作用。

## 四、QFII 参与我国期货市场的不利方面

### (一)面临外资操纵风险和监管风险

由于我国期货发展时间尚短,加之法律本身所存在的“滞后性”使得我国现行期货相关法律规定的风险控制手段不足。且由于我国股指期货刚推出不久,国内投资者经验不足,而 QFII 有着先进的投资技术和娴熟的操作手法,期货市场有可能受其控制致使国内交易者遭受损失。另外,我国对于期货的监管尚不健全,所以对于 QFII 只能采取更加严格的准入规则,但是,这同样意味着能够进入中国期货市场的投资者都是具备相当实力,在市场这个“无形的手”尚未发展成熟之前,是否单凭政府这“有形的手”就能监控变幻莫测的期货市场,能够监控合格境外机构投资者可能存在违法操作行为?或许对于监管机构来说这也是一项巨大的挑战。如何能有效地、长期地引入 QFII,并放大其对中国期货市场的积极促进作用,抑制消极破坏作用,就要求监管部门在不断的摸索中掌握好监管最有效的力度。

### (二)给国际资本提供大量谋取利益的机会

尽管 QFII 的引入会增强股指期货市场的活跃度,但同时相当于是把巨大的利益拱手相让、给了国外资本又一次获取巨额利益的机会。自 2002 年底 QFII 进入国内证券市场以来,已经出现过多次套利行为。特别是在我国银行业改革期间,国际资本大肆唱空我国银行业,当以一个极低的价格参与后又接着唱多,通过低买高卖谋取了巨额收益。期货市场的风险较之于股票市场来说更大,也意味着其一旦获利,获取利润的空间也越大。

## 五、QFII 参与我国期货市场我们应采取的应对措施

### (一)建立健全相关法律体系

我国关于 QFII 进入期货市场的法律体系尚待完善。目前,我国关于 QFII 进入国内期货市场的相关法律仅有中国证监会、中国人民银行和国家外汇管理局联合发布的《合格境外机构投资者境内证券投资管理办法》及证监会发布的《合格境外机构投资者参与股指期货交易指引》,这对于 QFII 投资我国期货市场起到了一定的规范引导作用,但是对于许多具体操作问题没有具体规定,其效力层级和法律约束力还不够。希望立法机关能够给予重视,总结国外教训经验,借鉴其先进立法技术,结合

王诗诣:上海市通力律师事务所  
实习律师

SHANGHAI LAWYER 41





43



●文 / 朱 慧 陈慧颖

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 《劳动合同法》 修改若干问题探讨



《劳动合同法》的立法和实施过程中,曾引起广泛的争议,赞赏者认为是一个里程碑式的立法,是对劳动者的保护;批评者则认为是一个恶法,会严重阻碍经济的发展。《劳动合同法》实施4年多来,虽然劳动合同的签订率大幅提高,但劳动争议案件却大幅增加;劳务派遣用工的数量急剧上升,在某些地方的某些领域,劳资矛盾仍然很尖锐,甚至还出现了富士康员工的十几连跳、广州南海本田工人大罢工等一系列事件。

回顾《劳动合同法》的实施,我们有必要总结《劳动合同法》实施的经验、看到其不足之处,对《劳动合同法》进行修改完善,使其更符合我国劳动关系的实际,使《劳动合同法》能真正起到保护劳动者的作用。

我们认为,修改《劳动合同法》应从实际出发,无论是用人单位还是劳动者都应从“抽象人”转向“具体人”,对劳动者进行去强势化,对用人单位进行去弱势化;对劳务派遣要客观分析;对外国人在中国就业在《劳动合同法》适用上应有所区别。下面我们就《劳动合同法》的修改做若干探讨。

## 一《劳动合同法》适用的对象

我国《劳动合同法》第二条规定:中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织(以下称用人单位)与劳动者建立劳动关系,订立劳动合同,履行、变更、解除或者终止劳动合同,适用本法。国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同依照本法执行。从中我们可以看出《劳动合同法》把用人单位看成是一个整体,无论是一个两三个人的个体工商户还是拥有数十万人的中石化,都被看成是一个同样的用人单

位,没有做任何区分。同样,对于劳动者而言,无论其任职的是公司董事长,还是公司的操作工,也没有作任何区分,这不能不说是《劳动合同法》的立法线条粗放的体现。劳动法旨在保护处于弱势地位的劳动者,而不应当是董事长、总经理等处于指挥管理地位的人。同样,对于一个只有雇佣二三个员工的个体经济组织而言,很难说其对劳动者是处于强势地位的。

“作为社会法规制对象的人,已不是私法意义上的抽象人,而是一个具体的人”。从《劳动合同法》的规定可以看出,其把用人单位和劳动者作为一个抽象的人而并没有把其具体化。为了更好地体现《劳动合同法》的立法目的,保护真正需要保护的劳动者的合法利益,《劳动合同法》需要对用人单位和劳动者进行分层做到区别对待,使需要保护的劳动者的权利得到真正的保护。本文以企业为例来论述劳动者及用人单位的分层及区别对待问题。

### (一)劳动者的分层及区别对待

社会学意义上的劳动者,是指在劳动生产领域或劳动服务领域从事劳动、获得一定职业角色的社会人。劳动法所需要保护的劳动者应是处于弱势地位的劳动者,而且不是泛指的社会学意义上的劳动者。我国《劳动合同法》除了经济补偿金的支付上对高收入劳动者进行了仅有的限制之外,其他方面对公司董事长、总经理等进行的是一体保护,没有任何区分。我们认为这是不妥当的,也违反了劳动立法的本意,没有保护真正的劳动法意义上的劳动者,实践中也出现了许多问题,如公司总经理通过寻求劳动法保护来对抗《公司法》的规定等一系列现象。

劳动法的目的在于保护处于弱势地位的劳动者。首先,从劳动法的诞生来看是为了保护处于弱势地位的劳

陈慧颖：上海通乾律师事务所律师



存很艰难,生存周期很短,如果完全按照《劳动合同法》来执行,对这种微型企业来说是很难生存的。小企业与劳动者之间的劳动合同双方应均可以随时解除或终止,在解除或终止时也无须支付经济补偿金。另外据有关部门统计,中小企业生命周期只有三年多,在这种情况下无固定期限劳动合同适用于小企业没有任何实际意义,反而加重了投资者的负担,增加了许多争议。当然如果一些小企业为了吸引人才主动与劳动者签订长期合同,那当然也是可以的。

对于小企业并不是所有的地方不适用《劳动合同法》。在劳动安全卫生、最低工资、休息休假、工作时间、社会保险等涉及到劳动者的身体健康及基本生存问题的劳动基准方面的标准仍应按照劳动法的规定执行。

小企业主和劳动者之间的地位是可以互换的,现在国家鼓励大学生创业,同样是一个大学生,一个找不到工作只能响应国家号召,自己进行创业,对他雇佣的劳动者还要进行特别保护,这岂不是难上加难。另外一个进入 GE 等大公司,享受了充分的待遇、福利。在这种情况下两者谁强谁弱?难道就因为一个是自己创业从而成了资方,就要对他进行特别规制吗?

由于《劳动合同法》对用人单位这个适用对象没有做任何区分,在实践中已经出现了对一些单位无法适用《劳动合同法》的现象。在这种情况下只能通过破坏法律的方式来实行。如《劳动合同法》实施不到一年,国务院颁布实施的《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第 12 条就规定:地方各级人民政府及县级以上地方人民政府有关部门为安置就业困难人员提供的给予岗位补贴和社会保险金补贴的公益性岗位,其劳动合同不适用劳动合同法有关无固定期限劳动合同的规定,以及支付经济补偿金的规定。该条例把《劳动合同法》打开了一个缺口,把一些所谓非正规就业劳动组织这种用人单位排除在了《劳动合同法》的保护之外。这是不严肃的,实际上是用行政法规排除了法律的适用,也有损于法律的权威。我们认为既然如此,还不如通过直接修改《劳动合同法》来解决。

因此,我们认为在《劳动合同法》修改时,应对劳动者进行去“强势化”的规定,对于用人单位应做去“弱势化”的规定,以达到劳资平衡保护真正需要保护的劳动者的目的。

## 二、劳务派遣的规范

我国《劳动合同法》第一次从法律层面对劳务派遣进行了规定,但令人遗憾的是劳务派遣不仅没有减少,反而大幅度增长,大有架空《劳动合同法》之势。在这次《劳动合同法》修改中劳务派遣应是一个重点。在劳务

派遣规定的修改中,应对劳务派遣有一个客观的判断,摒弃道德化的评判。

(一)对劳务派遣进行客观分析,摒弃对劳务派遣的道德化评价

在有些人眼里劳务派遣似乎是万恶之源,对劳务派遣道德化的负面评价不绝于耳,有人认为是杀鸡取卵式的掠夺,有人认为是原有单位为甩包袱,哄骗职工等等。我们认为应对劳务派遣摒弃道德化的评价,对其有一个客观的评价。

劳务派遣的产生并不是某人的凭空想象,是在一定的经济发展阶段的产物,有其合理性,当然也不排除有用人单位对劳务派遣的滥用。劳务派遣的原因是各种各样的,谢增毅先生对美国的劳务派遣产生的原因进行了分析,认为有供给因素,如生活方式的改变导致一些人更愿意从事临时性的派遣工作;也有需求因素,如小企业由于规模小,无法以较优惠的价格为雇员购买各种福利,而派遣公司由于雇员规模和多样性,可以更优惠的价格购买各种福利;也有工会的因素。

在笔者的接触中,我们也碰到有劳动者主动要求用劳务派遣这种用工方式的,如某小型外资 A 公司聘用 B 担任副总经理, B 要求与上海对外服务有限公司建立劳动合同,理由是上海外服的各项福利制度比较完善。再如上海 A 员工到江苏南京 B 公司工作, A 先生要求与 B 公司通过劳务派遣的方式用工,与上海中智公司订立劳动合同,再由上海中智派遣至南京,目的是解决 A 先生在上海缴纳社会保险费的问题。A 先生作为上海居民当然希望在上海为其缴纳社会保险费,由于我国社会保险费的缴纳并没有统一,通过劳务派遣这种方式来缴纳社会保险费反而保护了 A 先生的权益。

因此,我们应对劳务派遣进行客观的分析,摒弃道德化的评价。

(二)《劳动合同法》实施后我国劳务派遣大幅上升的原因

我国《劳动合同法》实施后,我国劳务派遣大幅上升,到 2010 年底已激增至 6000 多万人。为什么《劳动合同法》实施后劳务派遣没有大幅下降反而大幅上升,为什么《劳动合同法》没有取得应有的作用呢?

在《劳动合同法》实施前后,外部环境没有大的变化,而劳务派遣大幅上升,这只能从《劳动合同法》去寻找原因。我们认为这种不正常的现象主要和《劳动合同法》的刚性有关,特别是《劳动合同法》关于无固定期限劳动合同的规定,导致劳动合同的解除很困难,劳动关系僵化。虽然专家们一直强调无固定期限劳动合同不是铁饭碗,用人单位不要误读。但专家不是用人单位,用人单位对此的体验会更深刻,事实上无固定期限劳动合







徐舒:北京市大成律师事务所上海分所律师



周玲:北京市大成律师事务所上海分所律师

●文/徐舒 周玲

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

# 反倾销损害调查中的产业界定及损害的法律认定

采取反倾销措施三个前提条件为:进口产品必须存在倾销,即正常贸易过程中进口产品以低于其正常价值的出口价格进入进口国市场;第二,国内产业存在损害,即倾销对已经建立的国内产业造成实质损害或者产生实质威胁,或者对建立国内产业造成实质阻碍;第三,倾销与损害之间存在因果关系。国内产业的界定及损害的认定是采取反倾销措施的重要环节,对反倾销的认定具有重大意义,本文将从这两个角度入手对反倾销的认定进行剖析。

## 一、“国内产业”的界定

WTO《反倾销协定》第4.1条明确了国内产业的定义:“国内同类产品的全部生产商,或者其合计总产量构成全部国内该产品产量的一个重要部分的生产商。”该条款第(i)(ii)项还列出了两种特殊情况下的认定方法,(i)如生产商与出口商或进口商之间存在关联关系,或他们本身被指控为倾销商品的进口商,则“国内产业”一词可解释为除他们以外的其他生产商;(ii)一成员方的领土可以分为两个或两个以上的竞争市场,每一市场中的生产商均可被视为一独立产业,条件是市场内的生产者在市场内出售他们生产的全部或几乎全部的产品;市场的需求在实质程度上不是由位于其他地域范围该产品的生产者提供的。在这种情况下,如果倾销的进口产品集中地进入该独立市场,以及如果该倾销产品正在对该市场内部或几乎全部产品的生产者造成损害,则可确定损害是存在的,即使全国内产业的主要部分没

有受到损害。因此,与进口商有关联或被指控为倾销产品进口商的生产商和独立产业构成了“国内产业”定义中的两个例外。我国《反倾销条例》及《反倾销产业损害调查规定》对国内产业定义与《反倾销协定》类似:中国国内产品的全部生产者或者其总量占国内同类产品全部总产量的主要部分的生产者。对于前述两种例外情形,中国立法也有类似规定。

WTO《反倾销协定》提到了“重要部分”,我国相关法规则提到了“主要部分”,但是对于何为“重要部分”抑或“主要部分”没有规定一个明确的标准,发展中国家呼吁将其量化至50%以上,以保障其出口贸易,发达国家则对此有不同的看法。《反倾销条例》抽象性的规定给予了调查机关较多的自由裁量权,使实务中难以操作。笔者认为,应根据不同行业的特性分别制定较为量化的标准(在一定幅度内),这样既考虑到不同行业的特性,同时在给予一个较为明晰的指标时也给调查机关留下了一定的裁量空间。

与国内产业相关的另一个重要的概念是“同类产品”,同类产品的认定是确定国内相关产业的基础,对损害的调查有重大意义。然而如何认定同类产品并无定论。WTO《反倾销协议》第2.6条规定,“本协定所用同类产品一词应解释为指相同的产品,即与被调查的产品在各方面都相同的产品,或若无此种产品,则为尽管并非在各方面都相同,但具有与被调查产品极为相似特点的另一种产品。”各成员方也有类似的立法,如美国规定同类产品是指与被调查产品相同的产品或者不不同时在特征和用途方面最相似的





的价格销售。某些生厂商通过这一方法达到排挤竞争对手,扩大甚至独占市场的目的。消费者会因为倾销进口产品价格低,而将原来准备购买国内同类产品的资金购买进口产品,国内产业则会遭受损害。美国ITC在具体认定价格差异时,会向美国的制造商和生产商发放调查问卷,要求其提供最近三年内每季度的最大客户的FOB价格,再综合美国国内同类产业和进口商提供的价格,并对其进行比较,从而计算出低价销售的差额,只要成立一般低价销售,就可考虑构成倾销。

关于倾销进口产品大幅度压低进口国同类产品价格,又称“价格跌落”,是指国内同类产业生产的同类产品,由于受到了外国倾销进口产品价格竞争,被迫降价销售。关于“价格跌落”除了受倾销的影响外,还受诸多市场因素的影响,因而在实务中不好把握。

关于倾销进口产品在很大程度上抑制国内同类产品本应发生的价格增加,又称“价格抑制”,是指国内产业生产的同类产品的价格,在正常的贸易环境中本应该呈上涨趋势的,但由于受到了进口倾销产品的低价倾销并没有上涨,或未达到预期的上涨幅度。

### 第三、倾销产品对产业的影响

倾销进口产品无论是数量增加、价格的变化最终无疑冲击的都是国内同类产业。因此,国内同类产业是否受到实质影响是反倾销机构是否采取反倾销措施的关键。根据WTO《反倾销协议》3.4条规定,在对产业影响的评估要求中,要求进口国当局要对整个国内产业的影响有一个整体情况的评估,要从经济因素和指标上入手,应该予以一定程度的说明和解释,而不仅仅是列举。美国、欧盟、我国的相关规定与WTO规定基本一致,即重点从经济因素上入手,综合考量其他指标。除了上述因素以外,进口国还可以考虑其他相关因素。

关于实质损害威胁、建立国内产业的实质阻碍的认定,我国《反倾销产业损害调查规定》第八条、第九条作了较为详细的规定,在此不过多阐述。●



潘登:上海圣瑞敎律师事务所  
律师

●文/潘登

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

# 遗产信托产品设计的 框架构思

——让信托业走进千家万户

## 一、从澳门博彩业巨头何鸿燊家族的争产纠纷谈起

日前,澳门首富何鸿燊家族的争产纠纷受到了各界人士的广泛关注,就澳博控股及其相关公司的股权分配事宜,何鸿燊家族各房人马互不相让,互相指责,家族裂痕已经暴露无遗。即使由于外界力量的介入各方势力暂时达成和解,也必定会为公司未来纷争埋下伏笔。

何鸿燊的家产纠纷并非个案,在中国内地,这种情况也是数不胜数。中国经济的迅速崛起,家族财富的迅速积累,这对信托业来说,将是前所未有的重大机遇,必将带来无比广阔的市场空间,谁能够率先设计出符合市场需求的遗产信托产品,谁就有可能拔得头筹,率先占领市场。

## 二、遗产信托的法律依据及其市场需求分析

《中华人民共和国信托法》第十三条规定,设立遗嘱信托,应当遵守继承法关于遗嘱的规定。

中国老龄化呈加速发展趋势,这对遗产信托产品提出了迫切的市场需求。

根据联合国最新的人口数据预测,

2010年中国60岁及以上人口占比达到12%,2011年以后的30年里,中国人口老龄化将呈现加速发展态势,60岁及以上人口占比将年均增长16.55%,预计到2030年,中老龄人口占比将超过日本,成为全球人口老龄化程度最高的国家。到2040年,60岁及以上人口占比将达28%左右。在这30年里,中国开始全面步入老龄化社会。到2050年,60岁及以上老人占比将超过30%,社会进入深度老龄化阶段。人口迅速老龄化的必然结果就是:在未来的几十年时间里,对遗产的管理和分配等相关服务的市场需求将会呈现逐年增长的趋势,对遗产信托产品也提出了迫切的市场需求。

中国家庭财富的迅速积累将给遗产信托市场带来极大的发展空间。

2010年10月,瑞信研究院(Credit Suisse Research Institute)发表其首份《全球财富报告》显示,截至2010年年中,中国成为全球第三大的财富来源地,家庭财富总值达16.5万亿美元,仅次于美国(54.6万亿美元)及日本(21.0万亿美元),几乎等于邻国印度的五倍。随着中国经济的持续快速发展,中国的家庭财富还将有一个高速增长的过程。

以国家统计局发布的2010年末全

如今,各地法院的遗产纠纷呈逐年增长态势,尤其是一些名人、富豪的纠纷如陈逸飞、侯耀文、季羨林等涉及金额大,社会影响广,通过法院来解决往往效果并不理想,而且对于财富和文化遗产的传承都会造成很大的破坏。与此相比,在美国,肯尼迪家族、洛克菲勒家族等却历经百年不衰,家族财富不因主创人的让位、辞世而分崩离析,其中,家族的前辈运用现代信托,委托有能力的专业机构对庞大的家族财产进行风险规避和有效管理,是其重要原因。

## SHANGHAI LAWYER 51







刘智：上海市诚至信律师事务所  
所律师

●文 / 刘智

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

# 后金融危机时代 企业实现公司良治 的制度架构

引发本次全球经济危机的美国次贷危机本质上可以说是一场金融企业的公司治理危机。中国企业应从中吸取教训,加快形成健全有效的公司治理结构,在公司良治理理念指导下建立良好运作的公司治理制度体系,而更重要的是要加强制度的执行力,落实好公司治理制度的实施,实现公司治理的有效性。

刚刚过去的三年中,包括美欧日所有西方发达国家在内的几乎整个世界都处在由美国次贷危机引发的巨大经济危机的阴霾中。在这场世界性危机中,美国一些有着良好公司治理体系的企业也未能幸免于难而跌入深渊。发展中的中国,各类企业也都经历了严酷的挑战和煎熬。我国各类国有和非国有企业自从从计划经济体制束缚下松绑后,恰逢国家经济体制市场化改革和世界经济处于上升发展通道的双重历史机遇,享受了长达数十年的高速发展,但多数企业尚未来得及建立完善的现代公司治理结构及有效运行,陡遇世界经济巨变,寒潮突袭,怎何以堪。

自上世纪 90 年代初市场化经济体制改革起始,我国很多企业开始了公司化改革,公司治理作为公司管理的理念开始引进中国。许多年以后,随着公司治理理论、立法和实践的不断演进和发展,中国有了较为成熟的公司治理框架结构和机制,制定了较为系统的法律法规和操作规则,包括《公司法》、《证券法》以及证券市场的各种规则和操作指引,如《上市公司治理准则》、《上市公司信息披露工作指引》等。越来越多的投资者和企业家意识到良好的公司治理对提高公司管理效率、盈利能力、市场竞争力和抗风险能力,实现公司发展目标所具

有的战略重要性。

## 一、中国公司治理的症结何在？

公司治理是一个全球化的难题。美国次贷危机的实质,从微观层面分析也可以说是一场金融企业的公司治理危机。中国企业应从中吸取教训,加快形成健全有效的公司治理结构。目前我国的公司治理实践普遍存在的问题主要表现

以下方面:

(一) 股东会形式化, 中小股东地位得不到重视, 公司的管理人员实际掌握着公司的政策制定的程序及重大事项的决策权, 股东对公司实际运行情况缺乏了解。

(二) 大股东与经理层(又称管理层)之间关系和利益密切,大股东能够轻易地按自己的意愿与公司达成交易,可能损害小股东的利益。

(三)董事会的实际控制权有限,绝大多数的上市公司独立董事是由大股东和上级管理层推荐和任命,缺乏独立性。

（四）监事会的监督权不明确,无法真正对公司的管理形成影响,实际监督作用非常有限。

(五)管理层掌握公司主要管理权,甚至成为掌握公司控制权的主要群体,且因缺乏激励机制和制约机制,管理层对公司的忠诚度和廉洁度不够,为获取私利而滥用职权损害公司利益的风险较大。

(六)对重大信息和事件的披露不对称和不透明,个别掌握内幕消息的人完全有机会和渠道提前获知那些即将公开的信息,造成对普通投资者的不公平,对整个国家的股权和证券交易市场的发展危害极大。

(七)政府对企业的投融资活动和资本市场监管及违规处罚力度不够,政府监管机制亟待加强。

在现今越来越具有不确定性和高风险的市场环境中,摆脱公司治理中的困境,加强公司治理体系的构建,提高公司治理实践运作活力和适应能力,显得尤为重要。

## 二、构建公司良治的理念何如？

公司良治(良好的公司治理)是一种理念,也是一



种制度安排,更是一种商业实践。在公司良治理念指导下的良好运作的公司治理体系,应当具有透明度、民主性、制衡性、有效性和可执行性。

一个公司在设计构建公司治理体系时,投资者或者企业家们应持什么样的理念来构建公司治理结构,实现公司良治呢?一般认为,良好的公司治理状态至少应体现以下特征:

(一)公司治理的目标导向在任何情况下都不会损害公司的商业目标和增长潜力。

(二)公司为商业运作和治理而建立的制度和举措应当符合市场价值规律。

(三)充满活力、能使公司经受危机及各种波动冲击的稳定的公司治理结构,应是以股东和董事会为主导的公司治理体系,且该体系通过外在的组织机构予以体现,能够确保股东任命、指派那些能够对公司治理进行清晰指导并使其有效运行的董事组成董事会,确保董事会的成员具有相关的能力和和经验,能够起到很好的代表作用,能够保护公司的长远目标,通过建立明确的治理框架并有效地监督其运行来实现对整个公司运作的良好指导。

(四)公司治理的构建应当在现行法律法规和操作规程所确立的公司治理制度及框架的基础上,突出有效性和可操作性,为公司营造更为自由和管理宽松的环境,以驱动公司释放更大的发展创新的动力。这些制度包括内部控制、内部和外部的审计、风险管理、透明度和信息披露,各项规章制度及强有力的合规性的企业文化建制。应当设立经合法程序设立的授薪的委员会,专门负责包括奖惩制度在内的各种制度能够有效执行,确保称职的人能够当选。

(五)公司内部治理应当自觉接受政府的监管,确保公司治理的合规性。

### 三、实现公司良治的路在何方?

美国次贷危机再次启示我们,那些经受住了危机风暴考验的著名企业之所以长达上百年不倒,在经营上都有其独到之处,其中的一个公开秘诀就是,这些公司无一不是公司治理的能手,无一不深谙战略发展之道。中国企业如何完善公司治理,提高公司治理的有效性,实现公司的良治呢?笔者认为,当务之急,企业应着重加强以下几方面的制度建设。

#### (一)完善股东会,保护股东权利

针对目前股东会权力弱化,大股东控制董事会,中小股东利益保护不力,影响股东投资热情的趋势,需要建立健全相应的制度保障股东会权力的行使。

##### 1. 强化程序规则,实现股东会对董事会的权力制衡

我国公司法对公司股东会、股东大会和董事会的职权范围的规定很粗糙,关于股东会制约董事会权力的规定更为模糊,如股东会有审议批准董事会报告的职权,但哪些事项董事会须向股东会报告审议批准没有明确规定,即便股东会对一些重大事项的决定权也由于程序上的原因而难以落实。

因此,要通过制定规范的程序规则,来保障股东会对董事会的制衡关系。首先,要强化保障股东积极参与股东会决策、有效行使表决权和控制权的程序规则,完善股东会召集制度、股东提案制度和股东表决制度。其次,要强化董事会行使权力的程序规则,规范董事会行使权力的范围和程序,强化董事的忠诚义务、注意义务。

#### 2. 建立股东会对公司经营决策者的制衡制度

股东是作为公司资产的提供者及公司的最终所有者,是通过股东会行使表决权来参与公司的经营管理的。我国《公司法》对股东表决权实行“一股一票”、“同股同权”的原则,实质上就是“资本多数决”原则,在表决权上没有对大股东的限制条款。因此在股东持股数量悬殊的情况下,大股东通过表决权的行使来操控股东会,致公司意思只服从于大股东的意见,中小股东的利益就可能得不到照顾和保护,造成实质上的不平等,从而打击和遏制广大股东的投资热情。为解决这一问题,我国2005年的《公司法》引进和规定了股东表决权行使中的累积投票制度,以及股东提案制度和临时股东会召集制度。我国企业在公司治理中应尽快建立和实施这些制度。

累积投票制度。累积投票是相对直接投票而言的,股东大会选举两名以上董事或者监事时,股东的投票数按其持股数乘以应选董事、监事的人数计算,可以集中投给候选人中的一人或者数人,从而有助于中小股东赢得董事会或者监事会的一个或者多个席位,为中小股东的代表进入董事会或者监事会提供了可能。而直接投票制遵循简单多数原则,具有持股数简单多数的股东完全可以操纵每个董事人选,保证董事会人员组成的决定控制,从而决定控制公司的运营,显然对中小股东是不利的。但累积投票制度的弊端在于:中小股东入主董事会容易形成董事会的对立,从而影响公司运作效率。但相较而言,由于大小股东共同投资公司的目的具有利益一致性,从平等性和民主性考虑,累积投票制更有利于平衡大小股东之间的利益关系,达成中小股东对大股东的制衡,能够促使大小股东为共同利益,结成同盟,相互照顾考虑彼此的利益关切,形成共同意志,共同致力于公司的发展。因此,公司应根据本公司的实际情况,按《公司法》的要求通过公司章程或者股东大会决议建立累积投票制。

股东提案制度。该制度是股东行使公司管理权的一个体现，指一定人数的股东在董事会所提议案之外就公司的经营管理问题增加新的提案，使股东有机会参与公司业务经营决策，避免董事会专权，平衡经营者与股东利益。各国公司法一般都规定了股东提案制度，我国新修订的《公司法》第 103 条也规定了股东提案制度。

临时股东会召集制度。我国《公司法》第 101 条规定了股东提请董事会召集临时股东大会的制度。股东临时股东会召集权的行使,可以使股东在一定程度上及时对抗董事会的不法行为,实现对董事会的监督制衡。

## （二）加强董事会管理职能,增强董事会运转效率

这次世界性的金融危机再次表明,不受约束的董事会只能导致高管们无视股东利益,为自己的私利制造出各种金融工具,将投资者的资金揽入自身的腰包,把金融危机的恶果抛给广大民众。要重新审视股东会和董事会的地位和关系,将两者有机结合起来,既要强调股东的权利,也要强化董事会的管理职能和责任及对经理层管控的独立性,更好地实现各利益主体间制衡。

### 1、建立完善的董事会内部制衡机制

首先,禁止董事长兼任总经理,将董事会的领导权与经理层的领导权区分开来,建立董事会的独立的领导权,使董事会成为一个独立的强有力的决策机构,才能更专注于公司的战略问题,提高董事会获取依照公司发展战略评价经理层业绩所需要的与公司商业行为相关信息的能力,以及防止经理层隐瞒重要信息和问题或者妨碍董事会履行职责的能力,这些能力有助于董事会支持有效率的经理层,审视和检查自身的错误决策和低效的经营体制。实践证明,一个公司如果拥有积极的、独立于经理层的董事会,更能有效监督激励经理层,促使经理层更有效率为公司工作,为投资者带来更高的收益回报。如果一个人同时兼任董事长和 CEO,很难实现上述要求,难以达到改善公司治理的目标。

其次,董事会内部设立专门委员会,建立独立董事和内部董事的制约关系。国外公司治理实践中,普遍的做法是董事会之下设立审计委员会、报酬委员会和提名委员会,在美国,要求全部由独立董事组成,以保持三个委员会的独立性。《上海证券交易所上市公司治理指引》,是我国第一个要求公司董事会设立多个专业委员会的非正式文件。鉴于我国独立董事制度尚不完善的状况,比较现实的做法是设立审计委员会、报酬委员会和提名委员会,要求成员大多数由独立董事组成,条件成熟时,再全部由独立董事组成,同时明确规定各专

业委员会的职责范围,更好地引导公司董事会建设。

再次，要建立一套全面有效的董事会自我评估机制。一个公开的、定期的、依照清晰的评估标准进行的董事会业绩评议具有很多潜在的好处，可以及时发现董事会运行存在的问题，成功的董事会评估使董事会在完成创造股东长远利益任务之外，还可以提高董事会履行对股东、公司和更广泛的公共利益的责任的效率。要制定明确清晰的评估标准和严格的评估程序，对评估的时间、外部顾问的介入、股东的介入、信息的沟通等要有具体规定。评估过程中，要发挥独立董事、监事会、外部顾问，特别是股东在董事会评估中的作用，防止形式化，走过场。

## 2、强化董事会经营决策权

董事会是公司经营决策的中枢机构，董事会的运转效率如何，直接影响公司治理效果和经营业绩。我国上市公司资产空心化与董事会权力虚置有直接关系。因此，加强董事会职能是公司治理的重要任务。重点包括：

取消经理职权法定化，强化董事会经营决策权和对经理的监督制约。经理是董事会下设的常设执行机构，辅助董事会的执行业务，其职权应由董事会根据公司的经营规模、机构设置等具体情况来决定，并在公司章程中加以规定，确保董事会对经理业务执行情况的监督制约，经理对董事会负责。

完善董事会的产生规则。为完善董事会内部监督制约,如前所述,有必要引入累积投票制,使中小股东有机会选举他们推选的股东进入董事会,防止大股东对董事会的过度控制。

建立对董事的激励与约束机制。对企业经营者来说,将其报酬与经营业绩挂钩,是最基本最有效的激励机制。可以考虑,将董事的报酬由现金和股份期权两部分构成,先由薪酬委员会提出建议,董事会根据公司经营业绩制定具体董事薪酬政策和方案,将董事的报酬与公司的经营利益挂钩,从而促使董事以公司利益为重而忠实地履行职责。同时,公司还可以要求董事自任



职时其一定时间内须持有不少于规定的最低数额的公司股票,作为担任董事的资格股,且在任职期间不得转让。而且,可以要求董事将其资格股作为担任董事的质押,一旦董事违反责任和义务给公司造成损害时,可作为对公司的赔偿。这一机制对董事是一种约束,董事对公司决策的优劣直接影响其在公司中投资利益,促使董事实现公司利益最大化更加忠实地履行职责。

需要注意的是,任何制度都不可能完美无缺,都有利有弊,关键在于如何兴其利防其弊。过度限制董事会权力的行使,必然会影响公司运作效率。根据公司自治原则,可以利用公司章程,通过公司章程的规定,根据公司的具体情况,在法律规定的范围以外,对股东会和董事会权力的配置进行部分调整,从而使公司尽可能在既不侵犯股东权利又不影响公司效率的前提下正常运转。

### (三)完善监事会制度,强化监事会的监督功能

监事会是公司治理结构中对公司决策和经营行使监督权的专门机构,目的是监督保障公司合法合规运作。但实践中普遍的状况是监事会的监督功能一直未能有效发挥。主要原因还是立法和制度上的不完善。

完善监事的任职资格制度(包括积极资格和消极资格)和监事任免机制,保证监事会独立于董事会,有效地行使对董事会、经理及高级管理人员的监督。

完善监事报酬制度。应明确规定,监事会有权对其报酬提出议案,防止董事会一手控制监事的报酬,要落实《公司法》中关于监事会行使职权产生的费用由公司承担的规定,使监事会在经济上不受制于董事会,确保监事会能够独立行使监督权。同时,应将监事的报酬与监督业绩挂钩,奖罚分明。

强化监事会的监督职权。要进一步完善监事会职权的实体性规定,包括业务监督权、财物检查权、停止和纠正请求权、公司代表权、股东会(股东大会)会议召集权、提案权以及任免公司内部审计人员的权力。

完善监事会监督权行使程序规范。诸如监事会主席与监事的关系、监事会集体决议与监事个人工作的关系、监事会召集股东会会议的条件、监事会聘用注册会计师、律师、职业审计师等专业机构人员对公司财务进行审计的规定、监事会可以代表公司的情形等等涉及公司治理中的具体问题都应有明确的程序性规定。

建立监事的激励和约束机制,将履行监督职权的优劣与监事的个人利益和法律责任挂钩,确保监事认真履行监督职责。

### (四)建立经理层激励与约束机制

合理的经理层激励机制和监督约束机制,是鼓励经理层积极为股东谋利并避免经理层牟取不法利益的

重要平衡机制,是统一不可分割的两个方面。

实行年薪加持股的经理层激励机制。企业要树立人力资本的观念,认识到经理人以其对企业人力资本的投入为企业创造经济价值,理所当然应获得一定的剩余索取权,与物质或货币资本的投资人一起分享企业的剩余,要将经理层的经营绩效与其报酬挂钩。实行年薪制与股票期权制度相结合的激励机制,可以把对经理层短期激励与长期激励相结合,将公司治理绩效与经理层的长期利益结合起来,从而保持经理层的经营行为长期优化。

建立经理层的监督约束机制。为避免“内部人控制”,防止管理者利用职权牟私利损害公司利益局面的出现,必须完善公司内部对经理层的监控机制,形成股东对经理层的约束,董事会对经理层的约束,监事会对经理层的约束,信息披露制度对经理层的约束,以及诉讼机制对经理层的约束等多层次监督约束机制。

### (五)自觉接受政府外部监管,确保公司合规性运行

企业在为实现公司良治而努力的同时,还需要建立有效的政府监管体制。事实证明,再好的制度安排,如果缺乏政府的有效监管,制度失效的风险将会加大。根据新制度经济学原理,只有制度内生时,制度的实施效率才是最佳的。从现有公司法和证券法规则看,凡涉及公司尤其上市公司监管时,其规则的形式和内容均表现为外部性。根据外部性理论,由于外部性活动没有经过市场交易,企业如上市公司就不必承担外部活动对他人所造成的损失。政府的监管如果仅表现为外部的法律规则,没有融入上市公司本身的规则如公司章程、内部管理规则之中,缺乏对公司制度和行为的合规性审查,那么政府的监管效率和效果将是成问题的。如果政府的外部监管机制跟不上企业的制度创新,上市公司发生损害投资者尤其是中小投资者利益,甚至引发市场动荡乃至金融或经济危机的可能就不足为怪。总结这次国际金融危机的深刻教训,一方面企业自身要实现持续发展,须不断创新和完善公司治理体系,另一方面政府对企业的监管力度必须加强,对企业的内部治理机制和市场运作实行更加有效的政府监管。只有把企业内部治理制度和政府监管机制有机结合起来,才能使公司治理变得更加安全和更有效率。

良好的制度不能仅有“美丽”外观,好制度只有在执行中才能展现生命力。相较而言,制度的落实比制度设计需要更坚实的步伐。就公司治理而言,仅仅建立公司治理制度架构是不够的,更重要的是要加强制度的执行力,落实好公司治理制度的实施,实现公司治理的有效性。反之,公司良治只能是永远的梦想。●

# 人文万象

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(下)



前期回顾:美国建国以来相当长的一段时间里,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,律师也因而广受尊敬。1995年一项精心设计的覆盖全国的调查发现,律师通常都有着优越的家庭背景,收入高。他们不象法官那样保守,看问题比较中庸,倾向于更为“自由”的社会政策。

第二大要素“彰显的个人主义”强调的是个人主义的含义从一种“存在”(being)转变为一种“本性”(self)。这种张扬的个人主义文化以个人的体验和感觉为中心——无拘无束,激情澎湃和非理性主义。在艺术、人文学科和文学领域,它要求抛弃传统标准,敢为先鋒;它设想特立独行的个体通过自由选择生活的经历来认识自己,而不要用任何固化的本性去限制他们。

传统的中产阶级文化和张扬的个人主义因此被视为对立的两极。新教伦理强调对纵情欢愉保持清醒头脑,克制恣意,和对个人情绪的反思。彰显的个人主义颠倒了这些教条。涉及同性恋、堕胎和同居等问题有助于我们明确此因素。

为了便于结果的对比研究,我们把各组因素以100为中间点来标准化,每一个标准差是10。高于100这个中间点意味着更偏向于自由主义这一端;低于100则意味着偏向保守。法官和律师相

当靠近自由集体主义(得分依次为98和97)。不过,律师对于涉及个人主义的问题显得更为自由化一些,其得分比法官高了近6分(103比97)。简言之,我们发现律师在经济问题上比较保守,而在社会问题上较之法官和其他精英而言相对自由化些。

除了涉及社会和政治的大量问题之外,本调查还设计了一些问题来衡量精英们参与政治活动的广度和频繁程度。首先,我们询问被访者是否结识能与之自由交往的高层人物。我们还调查了被访者参与各种形式政治活动的频率。

调查数据显示,律师基本属于拥有广泛人脉关系的群体(见表三)。当他们被问及是否结识能与之自由交往且身居要职的重要人物时,52%的律师精英说他们认识一些现任国会议员;59%的人结识一些州立法会成员;还有51%的人认识不少全国性新闻媒体人物。此外,70%的律师说他们认识一些地方新闻媒介人物,还有13%的人说他们能与一些总统内阁成员交往自如。

法律精英们还热心于慈善事业。1994年,被访律师平均捐献了\$14,485给非营利性组织。他们平均每月为社区服务近15个小时。法官们年均捐献\$10,

487给慈善事业,每月自愿服务约7个半小时。由于法官们的收入平均而言大大低于知名律所合伙人,所以他们在慈善捐献上的区别并不能从表面数字来看。

### 一、美国人是如何看待律师和法官的?

在对律师和法官在人口特征,政治和社会观点,政治参与程度等方面进行比较后,让我们来看看公众对法律精英们的看法。全国民意调查结果支持传统经验认为的:美国人很少尊敬律师吗?美国人尊敬法官吗?公众对于法官和律师的看法将形成怎样的对比?

近几十年来全国民意测验的结果肯定了近二十年来人们对法律职业的评价江河日下。的确,对职业声望,诚信和道德水准,以及形象模范程度等各项指数的比较反映出一个清晰和稳固的判断:美国人对法律职业的尊敬不复存在。诚如1997年全国律师年会的主会人所言,法律职业确实面临危机——公信力危机。

首先,考察职业声望指数。比如,由Louis Harris and Associates主持的调查显示出公众对法律职业崇敬度的衰退。数十年来,调查者们随机抽查了成年美

表三:法官和律师的政治人际关系

|    | 国会成员  | 国会议员助理 | 内阁成员  | 州立法委员 | 国家媒体  | 地方媒体  |
|----|-------|--------|-------|-------|-------|-------|
| 法官 | 95.1% | 74.4%  | 27.6% | 89.2% | 55.2% | 91.8% |
| 律师 | 51.9% | 44.4%  | 13.2% | 58.7% | 50.6% | 70.2% |



国人对各种职业声誉的看法。每一种职业被定位为拥有“极高声誉”，“较高声誉”，“有些声誉”，或“几乎毫无声誉可言”。1977年，近75%的受访者认为法律职业拥有极高或较高的声誉（见表四）。20年后，民意测验结果发生了戏剧性的变化。1997年4月，在近一半（47%）的受访者看来，法律职业要么是有些声誉，甚至是毫无声誉。

律师的声誉相对于其他职业来说也明显呈下降趋势。1977年调查中，律师在15个职业中位列第4，正好与神职人员的声誉并列。然而，到了1992年，法律职业在排名中跌至第8位。在1997年Harris调查中，律师声誉甚至在17个职业排位中跌至第10，排在商人和议员后面。

其他全国性调查确认了这一趋势。根据Gallup调查，大部分美国人一向认为药剂师、神职人员、牙医和医生诚实、有道德。然而自1976年以来，只有不超过27%的美国人认为律师品德高尚（见表五）。尽管1976至1985年间，在Gallup调查中四分之一的受访者对律师的评价不错，但在1995年只有16%的人认为律师的诚信度和道德水准“很高”或“高”。

在1995年的Gallup调查中，律师排在了26种职业中的并列17位，比上一年下降了两位。尽管被调查者将律师的道德和诚信度排在汽车营销员和政客前，但落后于丧葬承办人、建筑承包人、记者、甚至民意调查者。

1996年Gallup调查显示，律师道德和诚信度评估在“高”或“很高”这两项上，上升了两个百分点。除此之外，律师的总排名也从26个职业中的17位上升到15位（见表六）。

尽管该数据反映了男性和女性对律师道德评价仅有微小的差别，但是不同种族和教育背景人之间的评价差异

显著，值得玩味。给律师诚信度打高分的黑人是白人的两倍以上（30% vs. 14%），其中西班牙裔白人是非西班牙裔白人的2.5倍。

类似的在1995年调查中，白人给律师道德和诚信度的排名是19位，14%的人对律师的评价较高，近48%的人认为律师品德低或很低。对比一下，非裔美国人把律师排在第7位。约35%的黑人认为律师品德高或很高，27%的黑人对律师的评价很低。即使排除教育背景因素，种族差异依然明显。例如，在1996年Gallup调查中，较之白人，有更多的美国黑人对律师品质给予高度评价。

然而，总的来说，受访者对律师诚实度的信念与其受教育程度成反比。只有11%的大学学历受访者给与律师高度评价，而30%的高中以下学历受访者对律师评价较高。

1995年8月的Michaels民意测验发现极少有人认为律师是好榜样。仅有2%的受访者把律师当作最好的榜样，但78%的受访者认为律师一般或较差。此外，律师在15种职业中排在第11位，落后于运动员、记者和广播员。只有政客、音乐人、电影人和电视人比律师差些。

法官的民意测验结果要好得多。尽

管在过去十年中，法官的声誉可能有微弱的下降，但很多美国人仍然非常尊敬法官。1987年《时代》杂志所公布的Yankelovich Clancy Shulman调查中要求对各种职业的品德进行评估，过半数的受访者给法官很高的评价，相比之下，只有35%的人认为律师品德高。法官在问卷的15种职业中排名第3，仅排在神职人员（69%的高评价）和教师（64%的高评价）之后。

类似的，1995年由Hart&Teeter研究所为NBC News和华尔街日报（The Wall Street Journal）所作的调查显示，48%的受访者认为法官的品德很高或高，只有11%的人对法官的评价较差（见表七）。形成强烈反差的是，只有18%的受访者给律师打了高分，而41%的人认为律师道德低下。

## 二、他们如何看待自己？

如前文数据所显示的，全国性的民意测验表明在过去20年中法律职业正在丧失公众的尊敬，但是法官的职业声誉还是比较高。最后的问题是：律师和法官们如何看待自己所从事的职业？他们和公众的意见差不多吗？“领导层特征研究”初步回答了业内人士对于这些问题看法。

我们在调查中对每个精英群体提了一个开放式的问题：他们认为自己职业所面临的最大问题是什么。律师们提到最多（14%）的是好讼问题（见表八）。律师公众形象问题位居第二（12%），紧随其后的是成本问题（9%）。以上回答表明公众意

表四：律师职业声誉评估

|                 | 1977年 | 1997年 |
|-----------------|-------|-------|
| 极高声誉            | 36%   | 19%   |
| 较高声誉            | 37%   | 33%   |
| 有些声誉            | 20%   | 28%   |
| 几乎毫无声誉可言        | 5%    | 19%   |
| 声誉排名(位次 / 总职业数) | 4/15  | 10/17 |

表五：1976-1996年间律师道德和诚信度评估

|                     | 1976年 | 1983年 | 1988年 | 1992年         | 1994年         | 1995年         | 1996年 |
|---------------------|-------|-------|-------|---------------|---------------|---------------|-------|
| 高或很高                | 25%   | 24%   | 18%   | 18%           | 17%           | 16%           | 18%   |
| 排名情况<br>(位次 / 总职业数) | 5/11  | 13/25 | 15/25 | 14/25<br>(并列) | 15/26<br>(并列) | 17/26<br>(并列) | 15/26 |

表六：最诚实和有道德职业评估（Gallup 调查, 1996 年 12 月）

|          |     |          |     |
|----------|-----|----------|-----|
| 1.药剂师    | 64% | 14.地方官员  | 19% |
| 2.神职人员   | 56% | 15.律师    | 18% |
| 3.大学教师   | 55% | 16.报纸记者  | 17% |
| 3.医生     | 55% | 16.经理人   | 17% |
| 5.牙医     | 54% | 18.工会领导  | 16% |
| 6.工程师    | 49% | 18.地产经纪  | 16% |
| 7.警察     | 48% | 18.股票经纪  | 16% |
| 8.丧葬承办人  | 35% | 21.国会众议员 | 15% |
| 9.银行家    | 26% | 21.国会参议员 | 15% |
| 10.民意调查者 | 24% | 23.联邦官员  | 12% |
| 11.记者    | 23% | 24.保险经纪  | 11% |
| 11.电视工作者 | 23% | 24.广告人   | 11% |
| 11.建筑承包人 | 23% | 26.汽车销售员 | 8%  |

表七：法官和律师的品行评价对比

|                | 律师  | 法官  |
|----------------|-----|-----|
| 很高             | 3%  | 12% |
| 高              | 11% | 36% |
| 一般             | 42% | 40% |
| 低              | 24% | 7%  |
| 很低             | 18% | 4%  |
| 总排名（位次 / 职业总数） | 5/5 | 2/5 |

表八：法官和律师对自己职业所面临最大问题的回答

|      | 法官  | 律师  |
|------|-----|-----|
| 办案压力 | 18% |     |
| 公众形象 | 12% | 12% |
| 国会   | 11% |     |
| 高成本  |     | 9%  |
| 争论   | 9%  | 14% |

见是法律执业者们主要关注的问题之一。

法官提及了许多同样困扰着美国司法系统的问题。名列榜首的是超负荷的工作压力问题（有 18% 的法官谈到了这个问题），接着是公众的反对意见（12%）。名列第三的是国会对司法的干涉（11%），还有 9% 的法官则认为“好

表九：律师对法律职业的看法

|                                              | 强烈同意  | 有点同意  | 强烈反对  | 有点反对  |
|----------------------------------------------|-------|-------|-------|-------|
| 现今的诉讼爆炸正在破坏着美国的经济和社会的安宁                      | 21.6% | 31.9% | 25.9% | 20.7% |
| 法律职业在客户服务方面变得更加精通和有效率                        | 11.6% | 48.7% | 32.3% | 7.3%  |
| 对惩罚性损害赔偿的恐惧导致很多公司客户为此和解许多没有必要的官司或同意支付额外的和解费用 | 37.3% | 32.0% | 18.4% | 12.3% |

讼”是最重要的问题。

调查还包括了仅针对律师所提的三个关于法律职业的问题（见表九）。和先前许多调查一

样，对所提问题他们可作如下回答：“非常同意”、“有点同意”、“有点不同意”和“非常反对”。多数（54%）律师同意此表述：“现今的诉讼爆炸正在破坏着美国的经济和社会的安宁。”60% 的律师认为法律职业变得更精于为客户服务，其中又有近三成（32%）的律师对此表示“非常同意”。此外，有 69% 的被访律师表示出于对惩罚性损害赔偿的恐惧，使得委托人经常为此和解不应和解的官司。

### 三、我们可以总结出什么？

我们发现联邦法官和顶尖律师绝大多数都是白人、男性并且富有。关于政治变量的分析表明：作为一个整体，法官对于大多数的问题持保守态度，律师在政治上比较中庸。法官和律师都对持续增长的诉讼给社会带来的负面影响持关切态度，并且也很关注公众对于法律职业的看法。尽管美国公众对法官维持了很高的敬意，但是公众对律师评价却呈迅速和稳定的下降趋势。许多美国人严肃质疑了律师道德水准，并且很少有人认为法律职业声誉崇高。

如引言中提及的，托克维尔将美国的法律职业视为维持社会稳定的主要力

量。在一个民主国家中，律师扮演着贵族的角色：他们代表了社会的中坚力量，能帮助民众力量控制和促进自由与民主传统的稳定整合。显然，托克维尔的观点仍然是部分正确的。到目前为止，律师精英们并不十分激进。另一方面，我们的数据表明他们远比 30 年前自由化的多。

与此同时，律师的公众形象却是江河日下，律师和法律职业所扮演的角色也发生了戏剧性的变化。由于社会变得更为好讼，律师事务所借此机遇扩大了他们的业务范围并提高收费。这个国家的法律职业（那些改变自己职业参数的各种判决帮助和怂恿了他们）在很多时候似乎已经放弃了自己的道德底线。我们的调查表明律师已经认识到了这个问题并且对此很矛盾，即使他们正视了公众声誉发生实质性下降这个问题。旧式新教精英法律秩序的崩溃，为改革和减少不公正提供很多机会。自制和自尊的沦丧一度被用以形容这个职业，已经有太多的律师在某种程度上成了曾被法律界强烈谴责的皮条客。美国人并不想消灭所有的律师，但是法律职业的现状不容乐观，或许真正出问题的是法律制度本身。（完）●

（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）



岁月回眸

●文/丁晓文

栏目组稿人:岁月回眸 李海歌 lihaige@lawyers.org.cn

# 我与《解放日报》 “律师手记”专栏



人物档案

丁晓文，上海中建中汇律师事务所首席合伙人，二级律师。



1991年11月2日，《解放日报》——“人民广场”专版开设了一个“律师手记”专栏。

这个专栏分为离婚诉讼备忘录、刑事辩护备忘录、债务诉讼备忘录、房产纠纷备忘录和遗产继承纠纷备忘录等专题。据说这是“文革”结束恢复律师制度以来，在上海党报上首创的以律师为主体撰写文章的专栏，因此产生了很大的社会反响。

专栏共发表了50余篇文章，我撰写了其中的近30篇，因此被人称为“首席撰稿人”。在上世纪九十年代后半期，我经常会遇到一些律师同行对我说：“哎呀，你就是丁律师啊！我就是看了你的文章才决心做律师的。”这使我感到很欣慰。当时，市司法局也非常重视，主管律师工作的史德保副局长为此特地找我约谈，代表司法局党委向我表示感谢。

回首这段历史，我觉得：至少可以帮助后人了解20多年前律师的执业环境以及相关的司法背景、新闻制度。我还希望我撰写“律师手记”的过程和感悟也能对青年律师有所启发。

## 机缘

1990年前后，我在上海市第六律师事务所担任办案部主任，那几年我办理了许多普通的民刑案件，每有感受就常与同事或我带教的助手交流。几年下来由我经办的婚姻案件，连同咨询案在内，我的办案记录显示竟有近百件之多，那

时我正带了一位上海外国语学院青年教师（兼职律师）李荃做助手，在她的鼓励和帮助下我以论语体形式写了一篇文章《律师的修养和办案的境界——婚姻百案对话录》，有一万多字，以李荃问，我作答的形式将我办理婚姻案件的一些体会做了全面归纳。

文章写好后大约是1991年6月左右，那时我已被张国飞主任安排与其共同担任解放日报社的法律顾问。一日，例行服务后，我与报社的秘书长吉建刚谈起我的这篇文章，吉拿去后即将文章推荐给《解放日报》“人民广场”版的主编黄京尧先生。黄主编对我的文章很欣赏，在和我约谈中黄对我说，他非常认可我的一些观点。他特别提到我讲的一些观点：“如离婚作为非常个体的私权利，在我们这样的社会环境下似乎被当成了公权利，当某人发生离婚纠纷时，似乎人人都有权利去评论干预他们的离婚事务。”我谈到一对离婚不成的人为了抗争，在长城上相拥引爆自杀的案件，我说这对男女的行为是对我国目前离婚难现实的抗争。黄主编认为如此长篇文章不宜在《解放日报》上发表，他嘱我拆成独立成篇的千字文，称可为我开设一个专栏。我同意了，这才有了后来的“律师手记”专栏。

## “手记”的选题和撰写

我记得当时黄京尧主编最欣赏的是我文中关于离婚难的一些文字。我在长

文中提到：在代理婚姻诉讼案件的过程中，我强烈地感到，离婚难有两方面的原因：其一是物质上的，比如往往一家人就住在一个小屋内，离婚后却无法分居，或由于其他原因女方已无法再回到娘家，单这一点就难住了众多男女冤家和法官。其二是观念上的，经常是男方要求离婚，女方以死相抗；或是女方要求离婚，男方以杀人相胁。都是认为一旦离婚，名声就会很坏，一辈子就毁了。当时黄主编和我共同确认这组“律师手记”将以破解离婚难为第一主题，其次是反映律师积极代理破解新课题的一些案子（如配偶一方为植物人的离婚）。现在的年轻人未必很了解当年，无论是社会环境还是司法环境对离婚都不很宽容，我听到和见到过很多人因无法摆脱不幸的婚姻而最终走上绝路。有的即使离婚了，也已遍体鳞伤。当时不但普通老百姓会认为如果同意离婚似乎就是认可配偶对自己的指责，甚至一些律师也误以为：只有在起诉状里、庭审中把被告描绘成令人无法容忍的人，判决离婚才有可能。因此我很想通过手记做一些呐喊，倡导“文明离婚、理性离婚”，让我很欣慰的是，当年我就遇到很多知音，黄主编则是我的知遇。

我没想到这一组离婚诉讼备忘录在连载期间，即已在社会上造成很大影响。司法局领导除专门向我表示感谢外，还特地向我了解相关情况。司法局希望这个专栏能办成一个律师自我宣传的平台，让一些办案有心得的律师都来投稿。为此，司法局律管处桂晓明处长专门召集了一次会议，还特邀了黄京尧主编、专栏编辑徐蓓和我共同参加，这次会议也请了一些有影响的律师参加。后来报社在我的参与下陆续规划和推出不同专题的“律师手记”专栏。

在随后开设的“遗产纠纷诉讼备忘录”、“房屋纠纷诉讼备忘录”、“刑事辩

护备忘录”等专栏中，我和不少律师在专栏上撰文。我将办理各类案件的思考和情感倾注到文章中，徐蓓对我说，在我的文章中更多的不是法律概念，而是对人生的思考。我相信我的这些文章真实地反映了我办案的心路历程，也反映了我当年想以文章引起读者思考的良苦用心。

我在一篇题为《为死亡的婚姻尽快判处死刑》一文中，讲了一位邻近花甲的教授离婚的情景。他用了二十多年的时间，最终背负了“陈世美”的骂名才争取到离婚的权利。我对这位教授和他的妻子都是深怀同情的。他的妻子就有着非常典型的观点，总认为丈夫一旦要求离婚就一定是道德败坏，法院如果同意离婚，就是支持坏人。

我在另一篇《离婚，也可以是没有过错的》一文中，记述了这样一个场景：一对事业有成的“老三届”夫妻在法庭上恶语相向，女方称：如果判决离婚，她就死在法庭上。我注意到，女方情绪之所以会如此强烈，缘于在前两次离婚诉讼中，男方在律师的“指导”下把妻子描绘成一个不近人情、缺乏理智的坏女人。女方认为，如果法院同意离婚，岂非认可男方对她的中伤？我是男方第三次诉讼离婚的代理人。在对案情做了全面了解后，我发表了代理意见。“律师手记”中记载了我的发言“……我虽然是男方的代理人，但我又是这对夫妻的同龄人，和他们有过相似的经历。我深深地明白，他们能有今天事业上的成功，都是非常不易的，因此作为律师，我对双方当事人都有一种真诚的敬意，特别是那位妻子，她是一个非常有个性的、感情丰富的女性，是个能爱能恨的人。这样的女性会被很多男同志视为理想的妻子。但在这桩婚姻中，夫妻双方都是事业上的强者，两个个性过强的人结合，往往在生活上难以相容，最终发生了激烈的碰撞。这是一桩没有过

错的离婚案。”

当我说完这番话后，法庭调解室内一片寂静。我看到那位妻子泪流满面，她的代理人——一位年轻的女律师眼眶也红了。而她的丈夫——我的当事人则瞪大眼睛惊恐地看着我。案件的结果我在手记中已写过，后面一段情节我可以再补述一下：由于女方不停地哭泣，法官被迫休庭。过了一段时间，女方代理人进来告诉法官和我，她同意调解离婚。此后发生的事情也非常有戏剧性，男方放弃了他在离婚诉求当中的全部财产主张。多年后，我曾碰到这位丈夫，他们这段婚姻虽然没能破镜重圆，但因为是调解离婚，他们彼此保留了对对方的一些尊重。后来女方的生活遇到了一些困难，丈夫也尽力伸出援手。

我在其他文章中，从不同角度反映当代社会离婚的藩篱，有司法制度上的，行政管理制度上的，更有舆论上的。那个时代，处理离婚纠纷还要听取单位和住所地（如里弄）的意见。一个人在离婚问题上毫无隐私可言，如果双方“顶牛”，这样的离婚纠纷一定会弄得惊天动地，众所周知，双方都会备受伤害。我有一篇文章的标题就叫《但愿“磨难”少一些》。我的文章披露了许多离婚当事人“衣带渐宽人憔悴”的过程。文章在社会上产生影响，编辑徐蓓给我转来许多读者来信。撰写此类文章也帮助我对相关问题进一步深入思考，如：如何正确理解恩格斯所说“继续维持没有爱情的婚姻是不道德的”这样一句名言；如何看待婚姻责任和社会责任的关系……

在办案中给我启迪最多的是一个名人离婚案，她的丈夫是一位教授级的编审，为了反对妻子的离婚请求，他在法庭上对马克思主义婚姻观做了长篇演讲，我甚至感到我那套离婚自由的理论在他面前显得很苍白。他们的离婚案件在那个时代太典型了，名人、官员一旦主张离



婚,就有陈世美之嫌。我当年曾写了一篇文章——《离婚·名人与常人拥有同样的权利》,我隐去了这位名人的名字,将其身份也改为电影演员。谁料想文章发表的第二天,李国机律师就打电话给我们事务所的党支部书记、副主任刘斌,称我的文章侵犯了著名电影演员达式常的名誉权。这场误会后经解释当然化解了,但也使我明白,我的文章写出了一些文艺界人士典型的婚姻状况。由于要保护当事人的隐私,我被迫要将最精彩的情节割舍掉,也许以后条件允许,我将专文追忆这些过程,以注记那个离婚难的时代。

如今看来,我那时候写的一些文章带有较鲜明的时代特点,上世纪90年代初是我国改革开放的探索和转型期,案件中反映的一些困惑和感慨是属于我们那代律师的。比如在办理一起遗产纠纷案时,我对一位老共产党员竟也成了遗产争议的一方,有很大的感慨,我在遗产继承诉讼备忘录专栏中写过这样一篇文章,题目为《还有比财产更宝贵的东西》。

这篇文章的文字应能清楚地表明我当时的感情:“说实在的,我真想知道原告在书写诉讼状时的心态。因为我已经从案外人那里了解到原告的许多情况,当他40年前奔赴解放区时,他是义无反顾地抛弃了家庭的;上世纪五六十年代中,他也并不愿意与剥削阶级家庭的财产有太多瓜葛,那个年代金钱带给人的常常是厄运;文革中他与家庭的界线划得更加清楚。然而八十年代,他却回来了,并且对父母的遗产是锱铢必较,寸房必争,重新去追求那些他曾经放弃过的东西,那么是什么使他在财产观念上发生这样大的变化呢?”

被告曾激动地向我讲述他们与死者一起在文革中遭受的许多苦难。他们认为根据权利与义务相一致的原则,既

然原告在过去的岁月里没有与父亲共同“享受”过那种特殊规格的“待遇”,那么对父亲的财产自然应当少分或不分。作为律师,我明白被告所讲的道理更多的是偏重情理,原告所主张的部分权利却又不乏法律依据。只是我认为从本案的情况看,原告完全可以采取更谅解、更大度、更洒脱、更和缓的方式来主张自己的权利。只有“发乎情、止乎理”,才能更多地保留一些亲情,人生毕竟有许多东西比万贯家产更宝贵。

“手记”中有少数文章涉及到“落实政策”纠纷,现在这种纠纷“品种”已很稀少。所谓“落实政策”,即是政府以政策文件方式自行纠正其执政过程中的偏差,此种纠错当然是好事,但如果政策考虑不周,落政的结果往往又会产生新的矛盾,伤及无辜,比如我在一篇《安得广厦千万间》文章中就反映了这样一起纠纷:

“80多岁的原告是一个知识型的女性,1949年儿子随国民党撤退,临行前留给她一幢旧式石库门房子。文革期间在一片造反声中,老太将私房‘自愿’上交。而正是在这幢房屋处于公房性质期间,经住房交换搬入本案的被告一家。原被告本来也和睦相处,但是一纸落实政策的通知书使他们成为了诉讼对手。

当法官自叹苦经时,已是第一次庭审的一个月以后。事实已完全查明:由于房管部门已将私房的产权连同管理权一起归还给原告,原告只得自行与被告交涉建立租赁关系。被告则断然拒绝,声称自己的住房系公房交换而来,无力支付私房房租,认为房子落实政策,房客也应落实政策。

“在民事代理中,我不时能看到那虽已久远的‘文革’的阴影。就本案来说,一方是不愿做房客,难道另一方就愿留这些承租人吗?但是,他们都没有

选择的余地。只有承办过这类‘落实政策’引起的房屋纠纷案的律师、法官才深知个中的苦涩。双方当事人也许根本就没有过错,过错的是历史,是历史使他们产生冲突。”

我的这篇文章曾引起有关方面的重视,使我有机会能当面向有关部门反映相关问题。坦白说,如今我回想这些问题时,内心仍有波动,我认为许多“落实政策”问题从本质上说是革命后问题,建国已经60多年了,政府应以更大的紧迫感来处理这类落政后遗留的问题。

此外,我还写了一些刑事辩护的文章。记得我曾为仪表局一个被判刑的“星期日工程师”做无罪辩护。当时此类刑事辩护课题已经引起社会和法律界的关注,在辩护过程中使我感到震动的不是案情本身,而是当事人一旦被押入看守所,他作为嫌疑人的人格并未得到尊重。我在刑事辩护备忘录专栏中写了一篇《“匿名收入”之是非》的文章,文章的起首是这样的:“会见结束了,我从提审室将被告人——某电视机厂的工程师送回监房。看守来到他面前时,被告人慌忙蹲了下来,但仍抬头注视着我,那眼神充满了期待。”

编辑徐蓓问我,嫌疑人为什么要蹲下?我告诉她这是看守所的规矩,徐则表示对这样客观叙述的担心,我对她说,我是故意将这一情况反映出来,让读者觉得这样对待一个犯罪嫌疑人的不妥的,让我高兴的是,编辑徐蓓对我的良苦用心给予了认可。

客观地说,尽管我后来又写了不少办理房产、继承、刑事等案件的文章,但无论对社会还是自己,印象深刻的还是那组有关婚姻的文章。

#### 与编辑的沟通和相关思考

写作的过程也是和编辑沟通的过

程,更是不断总结和反思的过程。那时在党报上写文章,首先要认准正确的政治方向,其次要找到表述事实和观点的分寸感。然而,虽然十分小心,偶尔还是会犯一些错误。记得最大的一次“事故”出在撰写“房产纠纷备忘录”专栏时,我在1992年1月12日的一篇题目为“短信只有一句话”的文章中,曾提及我代理的一起案件的当事人的亲属是国民党外交部长沈剑虹,我在文中提到沈剑虹的原文为“沈某某是台湾一位资深的外交官,曾任驻美大使和外交部长”。徐蓓告诉我,此文发表后受到宣传部的批评,因为我在外交部长字眼前未加上“伪”字,这是我记得的一次“政治错误”。

提到这篇文章,我很想提及我心中隐藏的一个秘密,如今披露一下已无妨了,我得到信任被委托代理此案的原因是我的小妹妹嫁入了沈门,在我和沈剑虹之间有一位中间人(是我妹夫的姑妈),当年此人传来沈剑虹说的一句话让我感到震撼。由于我希望继承析产的过程能简化一些,我让中间人告知沈剑虹,他可以办理一个放弃遗产继承的声明,沈对中间人说:“这个丁律师把我当成共产党的干部。”可以说沈的这句话对我有极大的震撼。我承认我那时潜意识里认为沈为国民党高官,一定十分富有,区区一定比例的上海旧宅他不会放在心上。事后我才了解到国民党有不少高官是十分清廉的,当年逃离大陆又未能带走家族资产,因此虽为官多年但仍身无长物。当然,沈的话也反映了对我们当年共产党干部的偏见。

由于选题明确,编辑的交待也很清楚,报社对我文章的文字很少改动,但是我煞费苦心归纳的文章题目却大部分被完全修改,后来我向黄主编和徐蓓请教,这才明白报纸上文章的题目的重要性一点也不亚于文章本身,有时候从

题目无法读出主题,如我写的一篇文章,题目为《变化竟是戏剧性的》,当然只能通过阅读才能知道文章的内容;有的则把文章的主旨直接点明,如上文提及的《给死亡的婚姻尽快判处死刑》,应当明白由于报纸倒金字塔的叙述要求,题目有导读的作用。

报社也收到其他律师的许多来稿,但稿件多不能用,徐蓓问我怎么办。我选看了一些稿子,发现多数文章均为平铺直叙地陈述一个案例故事,要让编辑对文字做大幅度的改动,徐蓓感到很为难。徐蓓说:他们报社有些领导称我的文章情理法结合得比较好、有内涵。甚至她还转述了一位资深编辑的话,称我的文章是大手笔。我问:“何出此言?”徐蓓说:“老编辑都知道,越是豆腐干的文章越难写。”后来我自己也总结了一些经验:首先我认为,小文章的立意当然是最重要的。一篇手记最好不仅能宣传一些法律知识,还能给人以一点人生启迪;此外,也很重要,小文章的起首文字很重要,最好在第一句话就把案件的主题、人物、场景交待清楚为最佳。我确实有意识地做了努力。

因此我想对现在的一些年轻律师说,写此类文章切忌从长江源头写起,必须选择最具戏剧冲突的场景切入,选择最能表现文章主题的对话或事件结果,一般并不需要交待案件主人公的“出处”和“归途”。比如在《变化竟是戏剧性的》一文中,文章开头的一句话即为:“一对即将离异的夫妻邀请我们去吃‘分手饭’。”在《但愿“磨难”少一些》中,起首的文字则是这样的:“她果然又来了。怀里抱着2岁的孩子,还是半年前最后见到我们时的那身打扮,但人却消瘦得厉害。”

我在几十篇手记中所引用的案例基本上都是我亲自代理的案件,文中除了人名和地名是假的,其它都是真的,

但有一件例外,材料当然是真的,但我却不是代理人,我在手记中直接引用了我一位亲人的书信,这就是《当事人的豁达大度》一文。我在执业过程中,很少能见到离婚诉讼的被告一方除了能理性面对婚姻现状,还能主动地向有关部门反映自己无情的妻子的优点。这是一位妻子执意离婚的丈夫写给市委组织部长的信函的底稿。两人都是抗战时期就入党的老干部,在上世纪五六十年代,因有外遇而执意离婚的人经常会受到组织上的严厉处罚,甚至就此断送政治生命。这封信恰恰反映了这位丈夫的豁达和理性。应当说,当年我在办理一些婚姻案件同当事人对话时,我经常会想到这位发信人的境界。我很希望这样一位离婚纠纷当事人的境界,能对诸多心生怨恨的围城出走人和“同仇敌忾”的代理人都能有所启发。因此把它全文照登,仅将当事人的名字改成英文符号,其余一字未改。总之,手记所述案件最好是自己办的,容易写出感情和深度,最起码是真实的,切忌“创作”。

### 写作专栏文章对我的影响

1993年后,我拒绝了报社让我继续撰写“律师手记”的要求,理由是两条:一、写文章必须要有储备才能厚积薄发,我现在的办案积累尚无法连续写作。二、我后来办的一些案子,案情的复杂性,我思考的深度,已不宜以千字文的律师手记形式表达。《解放日报》“律师手记”专栏不久也因故停刊了。

这一专栏写作的过程是我人生中的一段美好回忆,除了借写作思考和归纳自己的办案感受,大量的专栏文章的发表也让我迅速成为一位所谓的知名律师。我经常想到王文正老会长说过的一句话:“律师写文章对社会、对律师都会有好处,但得到最大好处的是律师自己。”●





# 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](http://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](http://www.accsh.org)

## 新法速读

### 全国人大发布《中华人民共和国劳动合同法》修正案

2012 年 12 月 28 日,十一届全国人大常委会第三十次会议表决通过了关于修改《劳动合同法》的决定,提高了从事劳务派遣的行业准入,对劳务派遣中的“同工同酬”、“三性”岗位等规定进行了细化。

此次修订是《劳动合同法》颁布实施以来的第一次修改,主要针对劳务派遣用工的规范,做出了重大的调整,有以下四个方面值得关注:

1、提高了劳务派遣行业的准入门槛:第五十七条除了增加并提高经营条件以外,最大的变化是对从事劳务派遣业务进行行政许可经营,这将大大增加新竞争者进入的难度。

2、进一步限制劳务派遣用工的使用:一方面,修正案第六十六条对派遣的“临时性、辅助性、替代性”进行了明确的定义,并且规定劳务派遣必须符合以上“三性”的规定;另一方面,修正案第一次在立法上提出劳务派遣是一种补充用工形式,其规模受到比例限制。并授权国务院劳动行政部门具体规定劳务派遣用工比例。

3、对“同工同酬”进行了具体化:“同工同酬”是劳务派遣用工的主要弊端,修正案第六十三条对“同工同酬”进行了具体化,要求“对被派遣劳动者与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配办法。”

4、加大劳务派遣违法行为的行政处罚:修正案第九十二条对违反规定劳务派遣的行为规定了责令停止违法行为、没收违法所得,并处罚款,乃至吊销劳务派遣业务经营许可证等严厉处罚措施。

《劳动合同法》修正案内容不多,但是完全改变了原有法律规定对劳务派遣用工的规定,是劳务派遣用工的重大调整,必将对劳动关系尤其是劳务派遣用工产生重大的影响。

(供稿:劳动法业务研究委员会)

### 最高院发布《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》

最高人民法院 2013 年 1 月 31 日对外公布了《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》。这个总共 15 条的司法解释于 2013 年 2 月 1 日起施行。

《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》(以下简称司法解释四)是《劳动合同法》实施以来最高院出台的第二部司法解释,相比较之前的司法解释三比较侧重于审判程序,司法解释四更侧重于一些实体问题的处理,主要有以下几个方面:

1、完善了竞业限制制度:司法解释四用最多的篇幅(第六条至第十条)细化了竞业限制的规则,对《劳动合同法》竞业限制规定在实践操作中的具体问题给出了明确的答案,是规范竞业限制法律关系的重要依据。

2、确定了实际履行的效力:司法解释四第十一条规定,口头变更的劳动合同超过一个月,且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗,视为变更有效。这一规定必将改变劳动合同履行中的诸多操作规则。

3、规范通知工会程序的补正:司法解释四第十二条规定允许建立了工会的用人单位对依法应当通知工会的行为在起诉前进行补正,解决了实践中法律规定的操作性问题。

4、细化工龄连续计算问题:司法解释四就《劳动合同法》实施条例中关于“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”的情形进行了具体细化规定,增强了这一规定的操作性。

5、其他:司法解释四还就仲裁不受理案件的受理、一裁终局案件的受理等程序性问题,以及企业经营期满劳动关系处理、外国人就业适用法律等问题进行了明确。

(供稿:劳动法业务研究委员会)



# 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](mailto:info@shiac.org)

传真:86 21 6387 7070

网址:[www.shiac.org](http://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](mailto:info@shiac.org)

Website: [www.shiac.org](http://www.shiac.org)

## 新法速递 《 律师业务资料 》 目录 2013 年第 4 期

### 上海篇

1、上海市交通运输和港口管理局:上海市交通运输驾驶员信用评价实施细则

2、上海市交通运输和港口管理局:关于公布出租汽车等四类交通运输驾驶员信用评价计分分值标准的通知

3、上海市交通运输和港口管理局:上海港危险货物集装箱港内堆存作业管理规定(试行)

4、上海市规划和国土资源管理局:上海市建设工程设计方案规划公示规定

5、上海市国家税务局等:规范税务行政处罚裁量权实施办法(暂行)

6、上海市高级人民法院:关于审理保险合同纠纷案件若干问题的解答(二)

7、上海市高级人民法院:上海法院申诉审查工作若干问题的解答(二)

8、上海市高级人民法院:上海法院未成年民事案件审判衔接工作的意见(试行)

9、上海市高级人民法院:上海法院未成年民事案件审理规程(试行)

10、上海市高级人民法院:上海法院审理未成年民事、行政案件开展社会观护工作的实施意见(试行)

### 全国篇

#### 【综合】

1、国家发展改革委:关于废止、宣布失效、修改部分规章和规范性文件的决定

2、铁道部令:关于废止《铁路旅客人身伤害及自带行李损失事故处理办法》的决定

#### 【诉讼法】

1、最高人民法院:关于废止 1979 年底以前制发的部分司法解释性质文件的决定

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

3、司法部等:关于刑事诉讼法律援助工作的规定

#### 【公安】

1、公安部令:关于修改《火灾事故调查规定》的决定

2、公安部令:消防产品监督管理规定

3、公安部:关于保安技防服务管理有关问题的批复

4、公安部:关于加强吸毒人员驾驶机动车管理的通知

#### 【民商】

国家发展改革委等:电子招标投标办法

#### 【文教】

体育总局令:经营高危危险性体育项目许可管理办法

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





《藏民新居》 摄影：金南强 律师