

上海市律师协会 主办



SHANGHAI
LAWYER

卷首语 律师的实务与学术/季卫东

法律咖吧 互联网金融创新法律风险
与防范研讨会综述
/商建刚 韩正 涂国庆等

2013
总第711期

9

聚焦·思辨·感悟·互动



专题研究 关于建设工程司法鉴定若干疑难问题的思考/周吉高

聚焦

广泛征集

充分探讨 共践法治

——市高院召开群众路线教育实践活动律师代表座谈会/吕 轩

8月8日,市公安局监管总队会同市律协联合召开律师配合看守所开展法制宣传工作试点单位座谈会。上海公安监管系统始终将切实依法保障辩护律师会见权、进一步规范律师执业行为作为重点工作之一。



8月12日,市律协党委召开党的群众路线教育实践活动群众座谈会,听取了来自全市16个区县的律师代表对市律协党委工作的意见和建议。



8月19日,应市公安局监所管理总队邀请,市律协组织20名律师和媒体记者代表到静安区看守所参加“静安区看守所对社会开放暨媒体开放日活动”。座谈中律师们还就看守所工作提出具体建议。双方希望通过合作交流,强化信任、理解和沟通,为实现法律的正确实施、保障被监管人员合法权益共同努力。



8月26日,由市律协、市法治研究会联合指导、上海市尚佳律师事务所和飞扬华夏青年公益事业发展中心联合举办的公益社团与法治完善论坛召开。与会者共话公益活动的法制保障和律师指导,以期进一步拓展律师服务业。



9月5日,市文明办、市级机关工委文明办等调研组一行到市律协调研本市律师行业文明创建工作。对文明行业创建的重要意义、文明行业创建的程序,以及律师行业创建文明行业应当注意的问题等与律协协会进行了交流。

律师的实务与学术

上海交通大学凯原法学院院长 季卫东

举国上下,像我们上海交通大学凯原法学院这样与律师协会近在咫尺的法学院恐怕是绝无仅有的。需要强调指出,不仅地理距离近,心理距离也非常近。我院与上海市律协以及十家著名律师事务所签署了合作框架协议,大批学生到法律服务的第一线实习,大批律师到课堂传授辩护和代理的技术,良性互动蔚为大观。从2007年起,我院每年举行行政精英训练营,都邀请杰出律师担任教练和裁判。从2011年起,我院成立全国首家企业法务研究中心,为法学教育机构、律师事务所以及企业法务部门之间的交流与合作搭建了开放式平台。

最近,上海市律师协会举办首届律师学术大赛,势必进一步促进实务界与教育界的交流合作,对此我是乐观其成的。承蒙主办方的信任,我应邀担任这次大赛的总评委,更是不胜荣幸之至。律师是古老的职业,也是崇高的职业,其社会信誉植根于深厚的专业知识和精湛的解纷技能。

我国是人民当家做主的国家,但人民究竟怎样才能主张其权利呢?实际上,个人真正能够有效主张的不外乎诉权。因此,合理的诉权体系是现代法治秩序的核心。对于大多数普通公民而言,法律是专业而抽象的,对其直观的感受可能要借助具体案件的审理与裁判;而对法律体系或者法律秩序的评价,也往往基于个案感受。在现代法治国家,对诉讼的正面意义都有很高的正面评价。例如德国的著名法学家耶林在提出“为权利而斗争”这个命题的时候,特别强调这样做不仅是公民的权利,更是公民的义务。这意味着诉讼不仅是为了维护个人的权益,同时也有利于维护法律秩序和社会



正义,个人应该而且也有可能法律实施中发挥积极的作用。不难想象,没有诉讼,法治就根本运作不起来。所以,我们在考察一个社会的法治程度时,要看制度设计是不是方便公民诉讼,有没有足够的律师为公民维权提供专业服务。

在这里特别要强调的是,帮助老百姓诉讼的、精通法律专业知识和技能的律师很重要。律师的规模越大,就越有可能专业化和分工,维权的保障就越有保障。律师的社会地位越高、作用越大,就越有可能把维权的事情做好,也就越有可能把法律落到实处。因此可以说,爱在法律技术上不断挑毛病的律师死磕派构成落实法治的一种非常重要的操作杠杆。所谓“死磕”就是较真,律师必须较真才有可能把客户的合法权益保住,才有可能切实推动法律实施,才有可能避免冤假错案、提高办案质量。在技术上敢于较真、善于较真的律师必然会热衷于学术研究,并把渊博的知识和先进的思想转化成在法庭内外进行意见竞争的力。这样的技术较量在全球化的语境中变得更加重要。

众所周知,从二十世纪九十年代起

的全球化,其特征在于存在着以“全球”为“主义”的意识形态。这种全球主义意识形态以建立在联合国、世界贸易组织、世界银行、国际货币基金、北大西洋公约组织、国际法院等基础之上的全球治理体制、“世界法治秩序”以及自由、民主、人权价值观的普及为目标,试图把经济利益与政治体制、文化传统的改革密切结合起来,树立一个全球性乌托邦。然而结果却引起了世界经济的分层化和多元进化、文明冲突以及国家资本主义胜出,具有深刻的讽刺意味。于是就有跨太平洋伙伴关系协议(Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP)和跨大西洋贸易与投资伙伴协议(Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP)这两大国际自由贸易区方案的推出以及中国(上海)自由贸易试验区项目的回应。也就是说,目前正在进行的新一轮全球化与初衷不同,已经呈现出世界规模的统一市场与宗教、民族等不同归属感重新抬头、跨越疆界的协调与国家之间竞争和冲突这两种侧面分别伸张、互相纠结的特征。这种态势将大幅度加剧经济摩擦以及相应的法律摩擦,从而向律师业提出了空前的挑战和难得的机遇。

放到这样的背景下来看,中国自由贸易试验区设在上海、世界知识产权组织的亚太运营中心设在上海、法律制度创新以及大区域经济协调的枢纽设在上海,为法学院与律师界联手破题、解题提供了前所未有的客观条件,而上海市律协组织的学术大赛则在绝佳时刻提供了绝佳契机。我们凯原法学院乐于支持和参与相关活动,并预祝以赛促学、以学促术、融研究与实务于一体的宏伟目标如愿达到,所有策划取得圆满成功! ●



上海律师 2013 9 目录

SHANGHAI LAWYER 总第 711 期

《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)

卷首语

1 律师的实务与学术/季卫东

本刊关注

聚 焦 5 广泛征集 充分探讨 共践法治

——市高院召开群众路线教育实践活动律师代表座谈会
/ 吕 轩

6 千山万水遮不住 明月何曾是两家

——上海律师为西、南部同仁举办专场培训班 / 章志伟

9 差距令人感慨 学习促使改变

——参加上海“百千千工程”培训感受 / 拜金良

局长视窗 10 党建引领发挥作用 监管服务助力律师 为法治闵行建设献
智献力 / 金海民

区县传真 14 践行法律人对于社会公益的追求

——松江区举办首届公益诉讼创意大赛 / 松江区司法局

15 百名律师五区行

——杨浦律师法律服务进园区、旧区、社区、营区、校区纪实
/ 贡建荣



《水世界》摄影:顾冶律师



8月16日,市二中院召开群众路线教育实践活动律师代表座谈会。市二中院党组书记、院长王信芳等领导和二中院各部门主要负责人等听取了律师对二中院开展教育实践活动,特别是在诉讼程序中保障律师依法履职情况的意见和建议。

- 17 发挥律师在金山法治社会建设中的作用
——金山区律工委主任汪灏访谈录 / 周一玲
- 21 虹口区成立律师行业工会联合会
/ 虹口区司法局律公科

人物·优秀女律师

- 22 做一名真正成功的律师 / 马靖云

法律咖吧

- 24 互联网金融创新法律风险与防范研讨会综述
/ 商建刚 韩正 涂国庆 张吉

法眼法语

香港大律师之窗

- 28 有关所谓“第二次创作”所引起的版权问题
/ 谭允芝

视角

- 30 “免于刑事处罚”对外资企业高管的影响
/ 杨奕
- 32 “低碳法务”律师在低碳经济领域的角色和作用
/ 肖磊 王俊彦

- 35 药品检验与假药法律关系探析 / 卢意光

案例精析

- 39 简析作品委托创作合同的人身属性
——评“起点中文网诉梦入神机”著作权合同纠纷案 / 商建刚

新锐手记

- 40 不知不觉,我已然成了律师 / 高睿静
- 41 这些年我走过的青葱律师路 / 蓝艳

专题研究

- 43 关于建设工程司法鉴定若干疑难问题的思考 / 周吉高
- 46 建设工程未经竣工验收发包人“擅自使用”的法律分析 / 韩如波
- 49 总价包干或固定单价合同遇人工材料费大幅上涨可否请求法院调整 / 陈家斌
- 52 浅议招标人违法确定中标人应承担的民事责任 / 李云 郭重清
- 54 施工企业内部承包、挂靠和非法转包的表现形式与法律责任研究 / 王先伟
- 57 发包人对承包人享有的抗辩权可以对抗实际施工人 / 曹珊

人文万象

随笔

- 60 走近莫高窟 / 陈英芳

岁月回眸

- 61 当年喜圆律师梦 老骥伏枥仍有为 / 朱志仁

微·Talk

- 63 鹅卵石与回音壁

新法速读

- 64 《中央企业负责人经营业绩考核暂行办法》
2013年1月1日起施行等2则

新法速递

- 封三 《律师业务资料》目录 2013年第8期



本刊关注



聚 焦

●文/吕 轩

广泛征集 充分探讨 共践法治

——市高院召开群众路线教育实践活动律师代表座谈会

近期市律师协会正在就广大律师反映较为集中的诉讼案件“立案难”问题征集案例,开展调研。该项工作受到广大律师关注,也得到了市高级人民法院的高度重视。

7月20日周六上午,受市高院邀请,市律协会长盛雷鸣、副秘书长刘小禾和负责此专项课题的毛文瑾等一行前往市高院,与市高院副院长顾伟强、立案庭庭长吴金水等同志就该项工作展开专题研究。盛雷鸣会长将开展本次调研的原因、调研目的、目前的调研情况以及律师的诉求等向市高院作了充分沟通,双方就如何推进解决“立案难”问题进行了探讨。

顾伟强副院长表示,市高院代院长崔亚东等领导对律师界反映的“立案难”问题高度重视,并表示将尽一切努力予以改善。经双方商议,决定尽快安排召开专题座谈会,邀请律师代表到会就上述议题进行座谈,高院将认真听取律师意见并研究解决办法。

7月22日周一下午,市高院召开群众路线教育实践活动律师代表座谈会。市高院党组书记、代院长崔亚东,党组成员、副院长盛勇强、顾伟强、邹碧华、吴偕林和市高院各部门主要负责人、各基层人民法院副院长等听取了律师对市人民法院工作情况、工作作风,特别是“立案难”、“执行难”等问题的意见和建议。会议由顾伟强副院长主持。市律协会长盛雷鸣,副会长黄绮、钱翔樑,理事蒋信伟,以及曹海燕、潘书鸿、吴家平、沈伟民、季诺、吴冬、计时俊、陈志坚、曹竹平等共13名律师代表受邀到会发言。市律协秘书处副秘书长刘小禾和市司法

局律管处毛文瑾也参加了会议。

“上海法院各项工作在全国始终保持领先,为上海创造了良好的法治环境,作为上海律师深感幸福和自豪。”盛雷鸣会长对市高院一直以来给予上海律师的关心和支持表示感谢。他谈到,市律协作为律师自己的行业协会,对当前律师反应比较集中的“立案难”等问题,有义务也有责任作出积极回应,并本着“组织上多沟通,私下里慎交往”的原则,希望与法院系统共同努力推进改善。

参会律师都做了认真准备,前期调研收集有普遍性和代表性的案例,并通过查阅案卷记录,保证所提供案例的客观性和真实性,对法院在立案、审理、执行等工作中存在的不足及律师们遇到的困难和期待作了充分陈述。律师们反映的问题主要有:法院间对管辖权各有理解,推诿管辖;诉前调解时间过长,久调不立;超范围审查立案条件,以立代审;就诉讼保全担保的条件,各法院规定不同,标准不一;在审理环节,有些法官对律师辩论时间不当限制;不允许复印庭审笔录;承办法官难找等等。律师们还对法院的相关体制、机制建设和作风建设提出建议。

律师们发言过程中,崔亚东代院长不时对律师指出的问题进行深入询问,双方坦率直言,气氛热烈。

会上,盛雷鸣对市高院领导开明、务实的工作作风表示敬意。他也指出,“上述这些问题需要法律职业共同体共同面对和正视,在向法院系统提出意见的同时,我们律师也要反省自身,对自身存在的问题要正视并改

进,与法院一起共同为上海的法治建设作出贡献。”他表示,会后市律协把会上反映的问题作进一步梳理后递交法院,并与法院有关部门加强沟通协调。

崔代院长对本次会议进行总结,他对律师们向上海法院提出的宝贵意见和建议表示感谢。他指出,这些意见既是律师本人感受,也代表当事人和群众的感受,将对法院工作起到很好的推动作用,为我们共同创造上海良好的法治环境打下坚实基础。他同时强调:作为上海法院,要更好地发挥律师在维护社会公平和正义中的作用,在这点上法院和律师工作的目标始终是一致的。要发挥好律师在维护当事人合法权益和维护法律正确实施中、特别是在防范冤假错案中的作用;要尊重和保障律师依法履职的权利,法官要充分认识到尊重和保障律师权利就是保障当事人的权利,也是实现司法公正的重要途径;法院要建立起律师执业权利的保障机制,不但要维护律师依法履职,还要为律师依法履职提供便利,坚决防止侵害律师执业权利的情况在上海发生。要进一步规范好法官和律师的关系。尊重宪法和法律,捍卫公平和正义是法官和律师共同的价值追求,在工作中法官和律师要相互配合和监督,建立起制度化的良性互动。

崔代院长还表示,对于律师们的意见和建议,市高院将认真梳理和研究。特别是律师们反映集中的“立案难”、“执行难”、“电话找法官难”将作为整改重点,下决心去解决。同时,他表示,市高院和市律协应当建立长效沟通机制,至少一季度开展一次这样的座谈,互相沟通,律师发现的问题可以及时向高院反映,律师也可以更好地向群众宣传法院工作。

座谈会开始前,市高院还向律师们展示了市高院“上海法院在线服务律师平台”,并表示下一步将与市司法局、市律师协会共同深化律师网上立案、绿色通道等服务功能。●

聚焦 ●文/章志伟

千山万水遮不住 明月何曾是两家

——上海律师为西、南部同仁举办专场培训班



尽管远隔千山万水,彼此不曾相识,但共同的职业、共同的使命、共同的责任和共同的梦,把上海律师同远在天南地北的新疆律师、陕西律师、贵州律师和海南律师紧紧地连在了一起。为实现全国律师业科学发展、均衡发展,上海律师积极响应全国律协倡议,牵手西部律师,倾力参与全国律协“百千千工程”,于7月22日至8月2日举办了“‘百千千工程’2013上海律协培训班”,培训了102名来自新疆、陕西、贵州和海南地区的骨干律师。为办好此次培训班,市律协精心设计、缜密安排、细心运作,取得了圆满成功。

一、高度的认识统一,彰显上海律师胸怀

沐浴“海纳百川、追求卓越、开明睿智、大气谦和”的上海城市精神,感召“公正,包容,诚信,责任”的上海城市价值取向,始终站在现代中国律师行业建设和发展前沿的上海律师没有忘记远在万水千山之外的西、南部律师同

仁,以海纳百川的胸怀和“千山万水遮不住,明月何曾是两家”的情怀,满腔热忱地关心和支持西、南部律师业的发展。在领受全国律协“百千千工程”任务时,上海律师在认识上高度统一,行动上空前踊跃。从律师代表大会到律协理事会,从理事会到会长会议,对上海律师参与全国律协“百千千工程”的援助提案、工作方案和专项经费决议都是零异议通过。在如何办好“百千千工程”培训班的问题上,律协领导责成律协律师学院要“早运筹、早安排”。在组织培训班学员到律师事务所进行“实践交流”的环节中,律协会长、理事等所在的律师事务所踊跃报名,主动要求承担接受学员实践交流的任务,并克服困难,无偿地为学员提供办公场所、工作午餐。

二、精心的组织安排,显示上海律师的风格

“不做则已,做则为佳”。这是市律协领导对此次培训的要求,体现了上海律师的办事风格。在筹备和组织本次培

“百千千工程”2013上海律协培训



训中,市律协以“如烹小鲜”的态度,兢兢业业地做好培训的筹备组织工作。一是坚持需求导向,务求培训内容为参训者所急需、所必需。律协领导带领秘书处负责人细致征询相关地区律协的意见,不断完善培训方案。从今年3月份起,先后接待来自新疆、陕西、贵州、海南等地律协来访,共同制定培训方案。根据新疆律师对上海律所规模化建设的学习需求,培训班开设了“事务所合并与规模化建设”课程;根据贵州律师“引入入黔”的市场需求,培训班开设了“金融法律实务”课程;根据海南律师拓展国际贸易业务的实务需求,培训班开设了“国际贸易律师实务”、“物流管理律师实务”等课程。二是精心选择办班环境。遵循“适宜教学,方便生活,出行便捷、经济实惠”的原则,律协律师学院在多次寻找、反复比较后,选择了坐落于徐汇商圈的长航宾馆作为培训班驻地。长航宾馆有适宜的课堂教学环境和生活设施、便捷的轨道交通,既方便老师授课,又方便学员出行。三是关注服务细节。培训班为每个学员制作了《学员手册》,涵盖了培训安排、师资情况、课程提纲、学员通讯录等培训信息。看着精致的学员手册,学员们说:“我们能想到的,上海律协都替我们想到了”。此外,为方便学员在课外出,培训班还为每个学员配备了交通地图;鉴于上海百年一遇的高温天气,培训班给每个学员配备了防暑用品。许多学员赞叹道:“上海律协为我们提供了如此体贴入微的服务,想得真周到!”

为组织好本次培训,律协秘书处全员参与、通力合作。尽管培训班的承办单位是律协律师学院,但律协秘书处有关部门主动配合,积极支持。律协秘书处领导身先士卒督战培训,主持开班仪式,冒着酷暑看望学员,陪

同参观考察,全程参与各项协调和保障工作。秘书处各相关部门靠前一步积极配合,实现工作无缝衔接,从联系落实交流实践的律所,到车站、机场接送学员;从陪同学员社会考察,到物资配给和车辆调度等,事无巨细,倾力参与。

三、丰富的培训活动,展示上海律师的风采

贯彻“实务”、“实战”培训原理,本次培训班采用课堂教学、律所实践和社会考察立体培训系统。一是用5天时间进行了40课时的集中培训,以课堂教学的方式与学员交流律师实务,内容包括:“事务所合并与规模化建设”、“公司法律师实务”、“知识产权律师实务”、“金融法律实务”、“仲裁业务律师实务”、“劳动法律师实务”、“刑事诉讼律师实务”、“建筑工程律师实务”、“国际贸易律师实务”、“物流管理律师实务”等。二是利用课余时间,组织学员参观上海律师公会旧址陈列馆,感受上海律师历史传承和文化;组织学员乘坐磁悬浮列车体验“上海的速度”、登上环球金融中心领略“上海的高度”、参观东海大桥感受“上海的跨度”、乘坐浦江游轮观赏浦江夜景等,领略上海现代化建设经典。三是组织学员到本市36家有规模、有特色、有品牌的律师事务所进行实践交流,跟一名带教老师,实践一起具体业务,考察一套管理制度,让学员在实践中、沟通中考察上海律师的执业方式、理念和文化以及上海律师事务所的管理体制和运作机制。四是在统一安排学员去律所实践交流的基础上,针对学员的个别要求,为他们与律师事务所和律协专业委员会开展业务交流牵线搭桥。如根据陕西学员要求,安排其参观了胡光

律师事务所;根据部分学员要求,组织他们与律协会展业务研究委员会进行了业务交流。

为确保教学质量,上海律师选派行业精英,组成师资队伍给学员们授课。培训班的授课老师都是上海律协各业务研究会的主任或副主任,有证券业务研究委员会副主任吕琰律师、公司法业务研究委员会主任胡光律师、知识产权业务研究委员会副主任刘峰律师、银行业务研究委员会主任刘大力律师、国际贸易与反倾销业务研究委员会副主任徐珊珊律师、劳动法业务研究委员会主任陆胤律师、刑事业务研究委员会主任林东品律师、建设工程业务研究委员会副主任秦辉律师、国际贸易与反倾销业务研究委员会主任赵平律师、现代物流法律业务研究委员会副主任周艳军律师等。

四、深入的实践交流,反映了上海律师的内涵

为增强培训的实践性、互动性,培训班安排学员用5天时间到本市36家律师事务所进行实践交流。在实践交流活动中,各律师事务所都伸出热情的双手,敞开坦诚的胸怀,欢迎西、南部同仁。一是精心挑选带教律师。各律师事务所根据律师学院提供的《学员登记表》记载的学员相关信息、专业特长、培训需求,为来所实践交流的学员提供专业对口、需求相适的带教律师。如沪家律师事务所针对学员需要,专门安排一组律师为其讲授婚姻案件实务。二是提供良好的工作场所和实践环境。三是精心组织安排学员参加法律服务实践。如虹桥

正瀚律师事务所根据学员需求,每天上午安排本所资深律师为学员授课,中午组织学员进行可视教学,下午安排学员随律师旁听法院庭审或会见当事人。

五、学员的心得体会,折射了上海律师的精神

精心设计的培训课程,细致周到的生活服务,引人入胜的社会考察和律所同行的热情接待,不仅激发了西、南部同仁的学习热情,整个培训期间,学员们学风端正,学习认真,探讨热烈,互动踊跃,也给学员们相互留下了深刻的印象。新疆学员表示:“回疆后,要把上海律师的精神带到今后自己律师执业的实践中去,要把所见所学分享给新疆律师和人民”。贵州律师感言到:“在参加上海律协‘百千千工程’培训班的这些日子里,得到了上海律师的热情接待和亲密关怀。最难忘的是上海律师的热情,比上海百年一遇的天气还热。在这里,我们不仅学习了专业法律知识,更体会了上海律师精湛的专业技术和勤勉的服务精神,了解了前沿的专业化、规范化、规模化和国际化经验。”

交流培训的同时,上海律师也更多地了解了西、南部,更深刻地感受到了西、南部同仁刻苦学习、扎根基层、服务群众的优良品质。上海律师们表示:“培训班的目的不仅仅是输出,更重要的是交流互补。东西南部律师增进了友谊,加强了合作,我们将共同努力提高,为中国法治建设作出贡献。”●

信 息

黄浦区司法局积极引领律师业转型发展

提供政策扶植,创设良好执业环境。今年上半年,黄浦区司法局推荐10家律师事务所为江南智造海外高层次人才创新创业基地提供法律服务,帮助1家事务所申报上海市专业服务贸易重点单位。同时,区司法局积极与相关部门沟通,为引进优质事务所创造条件。上半年,新设律师事务所2家,另有1家事务所在江苏昆山设立分所。截止6月底,黄浦区有律师事务所114家,律师1678人,业务创收达3.5亿,同比上升14%。

开展课题调研,绘就行业发展蓝图。区司法局、区律师工作委员会共同开展“律师事务所转型发展”课题调

研,通过问卷调查、交流座谈等形式,深入了解律师事务所发展状况和发展需求。这一课题得到了市司法局、市律协的肯定,被列入市律协调研课题之一。同时,区司法局还将举办事务所规模化发展研讨会,展示专题调研成果,为引导不同类型的事务所分类发展提供理论与实践指导。

搭建平台,加强律师人才培养。上半年,区司法局继续启动优秀青年律师境外培训项目,甄选2名青年律师赴美国律师事务所实习培训。并举办名律师专题讲座,积极筹备组建青年律师联谊会、女律师联谊会。

聚 焦 ●文/拜金良

差距令人感慨 学习促使改变

——参加上海“百千千工程”培训感受

今年,我有幸参加了上海市律协举办“‘百千千工程’2013上海律协培训班”。虽然历时仅有短短的十天,其中五天为集中讲座时间,五天我被安排到方达律师事务所见习学习,然而感受颇深,触动很大,具体地认识到了我们与上海律师之间的巨大专业差距。

一、我们与上海律师的专业差距

第一,律师个人精神风貌。我感觉到,上海成功律师总是在不断寻找与追求最前沿的法律服务市场,这种积极追求的心态,令我们钦佩。在集中讲座中,上海市申达律师事务所律师、上海市律协物流法律研究会副主任周艳军讲授的“物流律师实务”,就是有着明显的特点。物流行业是近几年随着交通运输业及电子商务的快速发展兴起的新兴行业,虽然我们在律师执业过程中也曾接触过这一行业,代理过一些物流纠纷的案件,但是,从我本人来说,原来只是将物流纠纷案件作为一个普通的运输合同案件看待,并没有进行过更为专业化的分析。这次周律师对物流行业律师服务的全面专业化分析讲授,第一次将我引入了一个新领域。

第二,律师的专业化服务。上海成功律师的基本特点就是专业化服务,将律师服务定位于某一个方面,同时在这一个方面发展的专业化程度又非常高,成为了行家里手。在方达所见习中,律师的专业方向非常清晰,大家在工作中互相协作,例如,公司业务律师在进行公司自主清算过程需要进行的诉讼、仲裁业务,是由本所的争议解决律师负责,不是公司律师大包大揽的。这种高度专业化,一方面让律师的专业化水平得到了提高和深化,另一方面也保障了律师给当事人所提供的专业化服务。相比而言,我们更多地奔波于各类无选择案件的诉讼之中,对各种案件似乎都可以接受,但是没有一种案件可以深入到专业化的服务程度。

第三,律师适应市场需要的专业知识储备。在律师专业化服务过程中,律师向当事人提供的法律服务,已经不仅仅是在法律领域中,有些渗透于企业管理、财务、税务策划等其他方面。而且,律师服务的目的就是为当事人的利益提供法律保障。胡光律师讲授的“外资

公司并购法律服务”中,这一观点就非常明显,就是律师不能仅仅是从法律一个角度提供服务,而应当将法律服务的落脚点放在当事人利益最大化上,为当事人提供多套可选择方案。

第四,律师事务所的高度专业化管理。律师事务所管理是一个行业问题,方达律师事务所实行的公司化管理,将律师个人收入与具体的案件办理在一定程度上分开,包括争议解决律师的律师服务费用都是由律师事务所与当事人进行协商,实现律师事务所收费专业化。相比而言,我们的律师成长完全处于一种无标识的混沌阶段,这与其说是对律师发展放任自流,不如说是对当事人利益的漠不关心。

第五,成功律师事务所的人才战略。方达律师事务所所在人才战略上,一是坚持聘用新人由人事委员会集体决定,即使主任、合伙人也不能一个人决定,确保了进入的程序公正;二是既坚持聘用人员的名校背景,也注重从本科毕业生中发现选拔有潜力人才;三是舍得自己培养人才,对于优秀的年轻本科毕业生工作满三年,律师事务所可以派遣到国外攻读研究生。相比较而言,我们对于律师只是使用,既没有发现优秀人才的机制,更缺乏培养人才的制度。

二、我们应该努力的方向

第一,坚持学习。现在社会处于快速发展中,生活处于快节奏中,只有学习才是不会被抛弃的唯一办法。我们不只是需要学习专业法律知识,也需要学习律师职业技能,更需要学习参悟律师执业之道,明确执业的主动性、目的性,提升执业的社会意义、政治意义的高尚性,不为眼前私利蒙眼。

第二,增强发现意识。在社会发展中,提高发现法律服务市场的能力,积极培育新的法律服务市场,在实现新疆跨越式发展中,发现机会,抢占机遇。

第三,时刻准备着。由于客观市场条件限制,我们可能不能完全做到象上海律师那样的高度专业化分工,但是相对专业化是应当实现的,在相对专业化中提升专业化服务技能,时刻准备着为可能到来的机遇施展自己的才能。●(作者单位:新疆先觉律师事务所)



局长 视窗 ●文/金海民

党建引领发挥作用 监管服务助力律师 为法治闵行建设献智献力



金海民：闵行区司法局党委书记、局长，大学本科学历，上海交通大学公共管理硕士、经济师

近年来，按照党委领导、人大监督、政府主导、各部门齐抓共管的要求，闵行区围绕中心服务大局，法治城区建设取得实效，2013年获得“全国法治城区创建活动先进单位”称号。法治兴，律师兴；法治兴，国家兴。为培养一支信念坚定、法律精通、维护正义、恪守诚信的高素质律师队

伍，闵行区司法局紧贴区域经济社会发展的需要，关注闵行律师发展的特点，注重党建引领、明确执业方向，注重激励履职、突出作用发挥，注重监管服务、促进行业发展，引导广大闵行律师在建设法治闵行中谋发展、做贡献。

一、坚持党建引领，为律师投身法治城区建设明确方向

观念正确，理解才能正确，判断才能正确，行动才能正确。律师作为推进依法治国基本方略的重要力量，是中国特色社会主义的法律工作者。拥护党的领导，是对律师的基本政治要求；坚持加强律师党建，是确保律师工作正确方向的必然要求。近年来，闵行区司法局党委狠抓思想建设、组织建设和文化建设，凝聚人心，传递关怀，引导广大律师在党的领导下坚定不移地走社会主义道路，为律师参与法治城区建设提供坚实的政治保障。

（一）抓思想，坚定理想信念。一是节点式教育强党性。在“五四”、“七一”等重点时间节点，组织参观中共一大会址、南京大屠杀纪念馆、梅园新村纪念馆

等，追寻红色足迹，重温入党誓词，共唱红色歌曲，激发律师爱国情怀，坚定政治立场；组织参观上海律师公会旧址陈列馆和钱学森图书馆等，感受创业艰辛，激励律师爱岗敬业，坚定工作信念。二是专项式教育提形象。重修志，通过闵行律师精神大征集、核心价值观大讨论、名家讲座大教育，开展核心价值观主题教育，引导律师树立“责任、诚信、智慧、创新”的精神；重修德，通过正反面典型宣传、投诉查处定期通报等方式，开展诚信警示教育，引导广大律师树立严守纪律、执法为民的坚定信念；重修行，通过推行党员亮牌服务、设立党员示范岗、党员责任区、公开服务承诺等举措，督促党员律师思行合一，言行合一，落实责任，涌现出全国“律师行业创先争优活动党员律师标兵”许强、朱广平、徐松婷等一批先进。三是文化式教育促凝聚。注重团队活动，组队参加上海市律师辩论大赛，承办上海市第四届“律动·风采”运动嘉年华之“华亭”杯龙舟赛，组织律师羽毛球赛、素质拓展等，在活动中增进了解；注重先进引领，开展闵行区十大优秀律师、十大优秀女律师、十大优秀青年律师评



选,鼓励先进;注重家园建设,推进律师事务所党支部“五个一”项目,即每个支部设立一间党员活动室或党员活动区,一个党建宣传栏、一面党旗、一块党支部铭牌和一批党建学习资料,为党员和群众筑造温馨之家。

(二) 抓组织,发挥堡垒作用。一是实现党组织全覆盖。坚持“稳中求进、有所突破”的原则,具备条件的律师事务所建立党支部,积极指导律所支部换届选举和党务工作,确保应建尽建;尚不具备条件的律师事务所按照地域划分就近归入联合党支部一并管理,确保应管尽管;对没有党员的律师事务所,选派政治思想觉悟高、能力强的党员担任政治指导员,宣传党的路线、方针政策,确保应派尽派。目前,全区共建律师党支部17个,其中独立党支部15个,联合党支部2个。二是强化党员队伍建设。高质量壮大党员队伍,按照“坚持标准、保证质量、改善结构、慎重发展”的方针,努力把党员律师培养为律所骨干,把骨干律师和青年律师吸纳为优秀党员,近三年,在律师队伍中发展转正新党员近20人;为凝聚青年,充实党员后备力量,成立了律师团委;抓住律师职业自主性强、流动性大的特点,完善律师党员信息采集工作,明确律师党员组织关系转移接受流程,加强党员流转信息互通。三是提升党组织影响力。在组织机构上,成立律师党委,进一步加强律师行业党建工作,做到党建工作与司法行政工作同步筹划部署、同步落实推进、同步考评检查;在组织领导上,倡导由律所主任或主要合伙人担任党组织负责人,律师党支部积极参与律师事务所内部管理、重大决策、业务培训,把党的政策、党组织的决议体现到律师事务所的工作之中,发挥党组织服务、凝聚、保障作用。

(三) 抓制度,提高律师党建有效性。一是建立健全党组织决策制度。制定了《律师党委议事决策规则》,明确了律师党委委员职责分工以及议事决策的范围、程序和要求,推进党内民主制度进一步完善。二是建立健全组织生活制度。制定完善符合律师特点的“三会一课”制度、支部书记例会制度、民主评议党员制度、党员定期汇报工作制度等,提高党组织生活的质量和效率;探索网络组织生活机制,依托上海“两新”互动网、新浪微博、QQ、飞信、微信等,创新组织生活以及党员沟通交流

方式。区律师联合支部建立版主式、互动式和网点式党务工作模式,设立网络沟通群,拓展社区服务平台,解决党员律师相聚难、沟通难、作用发挥难的问题。三是建立健全党员联系群众制度。坚持“律师党委走近支部、支部走近党员、党员律师走近社区”的工作目标,制定律师党委委员与律师事务所结对、律师党委委员与律所支部结对、律所支部与社区党员服务中心共建结对制度,完善党组织、党员密切联系群众长效机制。四是建立健全监督制度。制定《律师事务所党支部考核细则》,明确考核内容和方法,细化党建工作具体要求和建设目标;依托律师执业监管体系和年度检查考核体系分别建立和完善了律师党员的监督机制、律师事务所和党员的考核评价机制,推进党务公开制度。

二、坚持发挥作用,为律师投身法治城区建设搭建平台

法治是稳定的基石,和谐是发展的保障。律师作为中国社会主义法治建设共同体的有机组成部分,在立法、司法、执法各个环节,在经济、政治、社会领域中,都发挥着重要作用。近年来,闵行区司法局紧密结合区域发展,为律师发挥作用搭建平台,组建了“1+20+X”法律服务团队(即1个区政府法律顾问团,20支领军律师领衔的律师维稳服务团队,以及多个律师志愿团),积极引导律师在促进政府运作、社会管理和经济发展中发挥特长,为建设“事事依法运行、人人执法守法”的法治闵行而努力。

(一) 引导律师为政府决策把好“法律关”。一是发挥区政府法律顾问团作用。参与领导信访接待,介入信访积案、重信重访案件的核查梳理工作,促进信访矛盾化解;参与政府决策会议,为区委区政府重大事项、重要工程项目提供法律依据及意见,提供宏观决策的合法性和可行性法律论证;参与行政复议和行政诉讼,帮助政府职能部门厘清法定职责和法定权限,促进行政执法公开、公正、透明。二是发挥律师参政议政作用。为立法出谋划策,参与市人大立法调研以及区立法规划研讨,提出涉及养老、交通、食品安全、城市管理、产业税收等多个方面的合理化建议;为发展献计献策,律师作为区党

代表、人大代表、区政协委员,提出了涉及民营企业优惠政策、农村集体土地管理、中小企业扶持和养老产业发展等多项书面意见和提案,受到区委、区人大、区政协的肯定。三是推行街镇政府购买法律服务机制。出台《关于进一步规范政府购买法律服务的意见》,在规范服务范围、服务方式、运作模式的基础上,鼓励各街镇结合自身特点,探索个性化工作机制。七宝镇设立镇政府法律服务工作室,引入律师与村居委、镇属企事业单位和相关职能部门结对,实行服务包干制度和定期联系走访制度,在参与信访、动迁维稳、村级单位合同梳理、群租整治方面发挥法律专长;梅陇镇在推进农村集体经济产权改革中,律师全程介入清产核资、财务审计、资产评估、产权界定、债权债务清理等方面,确保改革依法、有序、有效开展;马桥镇借助律师逐一梳理历年行政文件,并实行涉法决策和行政执法文件由律师先行书面意见的制度,为政府出台政策文件把好关卡。

(二) 引导律师为社会管理把好“法律关”,促进社会公平正义。一是依法化解社会矛盾。参与疑难复杂案件处理,在“钓鱼执法”事件中,及时引入律师参与,最终实现了“无退款、无修车、无上访”的“三无”结果;参与突发性事件处理,在“莲花河畔景苑”房屋倒塌事件中,第一时间组织律师安抚购房者的过激情绪,协调事件各方积极协商,搭建网上沟通平台,事情最终圆满解决,得到了市委市政府的充分肯定和购房者的广泛认可;参与群体性事件处理,在涉案群众达4000余人的“紫旺电器城”案件中,律师积极参与,提出一揽子解决方案,得到了相关部门的肯定和中央信访督查组领导的好评。近三年来,20支律师维稳服务团队参与承办了80起维稳案件,为维护地区的稳定发挥了积极作用,我区张鹏峰律师被评为“全国化解社会矛盾维护和谐稳定

成绩突出律师”。二是维护困难群体合法权益。组建女律师、青年律师、职工维权、老年人维权、残疾人维权等多个律师维权志愿团,引导律师加入履行法律援助义务,为妇女、儿童及农民工等弱势群体提供法律援助和帮助。近三年来,律师共办理法律援助案件2800余件,接待来访法律咨询15000余件,接答“12348”法律服务热线12000余件。我区赵玉刚律师被评为上海市“残疾人法律援助维权先进个人”,职工维权志愿团团长朱广平律师在化解劳资纠纷中作出突出贡献,被评为上海市“五一”劳动模范。三是广泛开展法制宣传。依托“1+33”闵行区“和谐家园”法宣站(点)、监所法律咨询室和街镇法律服务工作室,开展“律师进社区”活动,深入推进“百名律师与社区结对”、“百名律师与来沪人员集聚地结对”,提供免费法律服务,帮助百姓解决法律问题,受到百姓欢迎,我区仇迎春律师被评为“上海市优秀志愿者”。

(三) 引导律师为经济建设把好“法律关”,促进经济健康发展。一是与政府经济部门对接。为政府重大工程项目、政府采购、招商引资项目、对外投资贸易、知识产权保护 and 民营经济发展服务提供法律建议,排除法律障碍和瑕疵,确保经济项目符合法律规定。二是与经济园区对接。一方面以需求为导向,先后走访莘庄工业区和紫竹高新技术产业开发区,了解法律需求,打好服务基础;另一方面主动送法进企业,针对区内企业劳资纠纷频发的现状,通过开设劳动法知识讲座、代理劳动争议诉讼等方式,维护劳动者和企业双方的合法权益。四方律师事务所与莘庄工业区司法所合作,打造“掌柜晓骏”品牌法宣项目,深入工业区内企业开展劳动法宣传活动,受到企业管理层和职工欢迎。三是与中小企业对接。为大型企业提供法律“体检”,如为上海闵航投资建



设有限公司审核合同,参与谈判等;为中小型企业发展提供法律支持,成立工商联法律顾问团,组织公安、检察院、法院和区部分企业举办小额金融企业司法环境研讨会,探讨问题,共商对策;为企业经济纠纷提供法律服务,促进企业健康发展。

三、坚持严管服务,为律师投身法治城区建设创造条件

目前,全区共有 500 余名注册律师,为社会公平正义、民主法治建设和职业梦想而奋斗拼搏。船靠舵,帆靠风,利箭还要靠强弓。作为监管服务部门,闵行区司法局十分注重搭建平台、加强管理、严格监督,为律师投身闵行法治建设创造条件,促进律师行业向“规模化、专业化、品牌化、国际化”转型。

(一) 严格监管促规范。一是抓准入。严把律师事务所、律师准入关,建立并实施对住所地、职业状况等实质性审查制度以及律所负责人谈话提醒制度,实现准入“关口前移”。二是抓考评。完善律所考评机制,严格执行律所年检和律师年检,建立并实施《律师事务所规范化建设量化考核评分标准》,坚持考核结果与律所星级评定挂钩、与律所创先评优挂钩、与律所档案挂钩,推动律所完善管理机制和规范运作。三是抓检查。加大对投诉事件的查处力度,严格查处律师事务所私设办公场地等违法违规行为;联合局政风行风监督员、文明督导员,对律师服务态度、服务质量及服务承诺落实情况开展明察暗访,发现问题,纠正问题;联合税务、工商等相关部门,清理非法法律服务机构,打击非法从事有偿法律服务行为,净化法律服务市场环境。

(二) 优化环境促发展。一是政策扶持。我区于 2011 年 9 月出台了《关于深入推进闵行律师业发展的工作意见》(简称《意见》),在办公场所租赁方面给予优惠,在服务保障方面制定配套措施。截止至目前,全区共有律师事务所 51 家(同 5 年前相比增长了 122%),律师 543 名(同 5 年前相比增长了 93%),业务创收 2 亿元(同 5 年前相比增长了 100%)。二是合作发展。在区看守所设立监所法律咨询室,实现律师直接进驻监所部门,直接为在押人员提供法律服务;与区法院建立常态工作联系机制,为律师加强与法官的沟通交流提供可靠平台;与区公安分局建立协作联动和快速处置工作机制,保障律师执业权利。三是外树形象。通过“东方律师网”《上海法治报》《新民晚报》《新闻晚报》《闵行律师》、闵行电视台等大众媒介,对律师参与的成功案例、维稳工作情况、重大赛事实况等作专题报道,树立



我区律师甘于奉献、勇于创新、严于律己的良好形象。

(三) 行业自治促提升。注重发挥区律工委作用,促进律师行业整体水平的提升。一是关注自身建设。指导律工委换届选举,产生主任 1 名、副主任 3 名,明确了职责分工,成立维权部、纪律部、业务部、文体部、女律师工作部、青年律师工作部和办公室等,并完善例会、值班、重大事项报告等工作制度。二是关注行业发展。注重业务培训,围绕执业素养、执业能力举办各类讲座和沙龙;注重研讨论坛,探讨制约行业发展的瓶颈问题,商议解决之道;注重对外交流,组织赴外省市、兄弟区县学习考察律所管理经验。二是关注行业自律。定期走访区内律所,以检查促规范,以沟通了解诉求。

回首往昔,闵行律师在助推依法治区工作方面发挥了巨大作用。而今,党的十八大将依法治国基本方略提到新高度,法治建设任务更加艰巨,对律师工作也提出了更高要求。面对新形势、新任务、新变化,闵行区司法局将认真学习贯彻落实党的十八大精神,根据闵行律师业的发展实际,把握机遇、乘势而上,开拓创新、勇于实践,引导广大律师践行法治、倡导法治、推进法治,更好地为服务贡献法治闵行建设而努力。●



区县传真 ●文 / 松江区司法局

践行法律人对于社会公益的追求

——松江区举办首届公益诉讼创意大赛

近日,由松江区司法局、华东政法大学和上海小城律师事务所共同举办的首届“小城杯”公益诉讼创意大赛汇报暨“小城公益之星”奖学金颁发仪式在华东政法大学明珠楼顺利落幕。本次大赛以公益诉讼为主题,围绕着社会公益与反垄断的主题,以华东政法大学的学生为主体,由松江区司法局、松江区律工委组织协调,上海小城律师事务所的专职律师及华东政法大学的专业老师协同指导的方式开展了三个公益诉讼,分别为“公共交通卡的退卡手续费不合理收取案”、“居民家中有线电视机电顶盒的搭售案”、“自来水公司水表搭售案”。其中“公共交通卡退卡手续费不合理收取案”已经由长宁区人民法院正式立案,并经由2013年3月两次调解后,已于今年5月31日终于收到了法院开庭传票,进入庭审队伍。另两组分别也向有管辖权的上海市第一中级人民法院提起了各自的诉讼。

主办各方利用专业优势和资金支持,鼓励在校学生开展和探索公益诉讼,助力青年学子通过实践探求公益诉讼的实现途径和方式,受到了多方重视,对今后更好地推动公益诉讼进程具有积极的实践意义。

一、结合《反垄断法》司法解释出台,切入公益诉讼

由于正值《反垄断法》司法解释的出台之际,故而本次大赛入围的几个公益诉讼都与《反垄断法》有关,《反垄断法》的目的并非直接是维护受损失的个人、法人或者其他某个群体,它的着眼点在于整个市场的稳

定、公平。《反垄断法》司法解释的出台明确指明了有权提起诉讼的主体可以是并非直接的利害关系当事人,打破了传统《民事诉讼法》对诉讼主体上的界限,这为本届诉讼提供了重要的法律依据。

公益诉讼是公众参与和社会监督的重要途径,但即使在2012年新修订的《民事诉讼法》上,也仅在第55条规定了“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。”很明显,这一条款对何谓“法律规定的机关和有关组织”并未具体化,而对于公益诉讼的范围的狭隘规定,也引起了法学界的各方争论。本次大赛另辟蹊径,以对社会公益感受最敏感也最为重要的社会个人为主体,通过选择合适的角度和方案,以小带大、以点带面,秉持“不以善小而不为”的原则,鼓励学生着眼生活,发掘各种生活中的不公平、不合理的现状,不仅仅着眼于反垄断或者环境保护这种大方向,积极地寻找各自的角度,并配合律师、法学老师的辅导,通过产、学、研一体的共同努力,共同实践法律人对于社会公益的追求。

二、助力高校专业人才成长,提供实践平台

本次大赛也为在校的法学学生提供了一个能够实践所学、检验所学的平台,鼓励学生发现问题并努力解决问题,摆脱了传统大学奖学金仅仅以学习成绩为唯一考察点的做法,鼓励学生参与社会实践。大赛先期由学生自行研究和确认课题,完成初步的参赛方案。之后,主办方再次组织松江区优秀青年律师共同参与指导,从实

践的角度修正和调整学生提出的方案并选出初步的入围团队。同时,为每个团队配备具有一定实践经验的优秀律师带教,并邀请华东政法大学的专业老师共同参与,对课题的进一步研究和实践给予理论支持,助力学生完成从法律研究到起诉程序直至实体应诉的各个环节,使学生充分体验了法律实践过程中的各个步骤和环节,体会了法律实践过程中的诸多艰辛,有利于在校学生更好地了解自身的专业限制和知识缺陷,也为他们创造了难得的社会实践机会,对于他们今后的择业、就业之路,提供了宝贵的经验和参考。

三、推进法学理论实践互补,深化地校合作

在大赛举办过程中,松江区司法局借势发力,积极引导松江区优秀青年律师全程参与,并邀请到华东政法大学的专业教师,多次组织专题座谈,从实践和理论层面进行操作探讨,给予参赛团队全方位支持。同时,有力促进了松江青年律师与法学学生、法学教师的交流,提供了一个融洽沟通协作的平台,帮助他们进一步补充自身的法律知识结构,为今后松江地区青年律师的理论培训提供了一种新的模式和参考。

此外,松江区司法局以本次大赛为抓手,在前期和华东政法大学形成战略合作的基础上积极深化地校合作新模式,进一步巩固和完善了由律师事务所出资助力学校设立奖学金、学校派遣专家教授和松江律师进行多层面交流合作的互助模式,不断加强法学理论与律师实务的有机结合,推动实现松江法律服务行业层次不断提升、律师队伍素质不断强化、法律专业人才不断集聚、优秀律师团队不断涌现的目标,推进了松江律师行业的全面发展,并为高校学者提供了一个切入社会、体验法律实务的接口,为他们的理论研究提供了充实的实践基础,实现了地校合作、双方共赢。●

区县传真 ●文/贡建荣

百名律师五区行

——杨浦律师法律服务进园区、旧区、社区、营区、校区纪实

杨浦区律师党委结合本区实际情况,确定了2013年党建重点工作项目为“百名律师五区行——杨浦律师法律服务进园区、旧区、社区、营区、校区”。

一、法律服务进园区

杨浦区是上海市唯一的国家创新型城区建设试点单位,面积和人口总量排列各区前列,杨浦区已从以大型国营企业为主角的老工业区,转型发展为科技园区经济和民营企业担当主力的崭新区域经济发展格局,形成了一批具有鲜明产业特色的基地。然在产业基地刚孵化出不久的中小科技企业尚存在着科技含量高、法律服务需求高、却无力购买法律服务的问题,为此区律师党委将携手全区律师,为服务区域经济发展大局和各大科技园区,不断出新招求实效作出新的贡献。

一是坐堂咨询,纳入常态化窗口服务体系。根据各科技园区实际情况,专门设立咨询服务窗口,每周固定时间,派出一名主任律师,定点坐堂面对面当场解决科技园区企业遇到的各类法律问题,为企业防范法律风险。

二是线上服务,列为制度性网络服务特色。根据科技园区内企业办公地点分散的特点,为切实解决企业日益突出的法律需求,方便解答企业法律问题,在五高科园区率先试点QQ法律咨询平台,每周四上午9:00-11:00由主任律师专门在线坐堂QQ平台,为各类民营企业解答法律咨询问题,让所有注册在园区的一千二百余家民营企业享受免

费在线服务,使法律服务的覆盖面更广,节省了企业上门服务奔波时间,更便捷快速解决了企业遇到的法律问题。

三是结对顾问,形成个性化专业服务伙伴。根据各园区专业特色,安排具备相关专业特色的律所结成长期法律服务伙伴,运用团队力量长期跟踪全程服务。企业与选中的律所建立法律顾问关系,平时可随时预约上门,进行专业咨询,同时建立律师电话热线,随时提供咨询服务。

二、法律服务进旧区

杨浦作为上海的老工业区,随着推进“传统工业杨浦”向“知识创新杨浦”历史转型的不断深化,旧区改造工作是改善城市面貌、完善城市功能、提升城市形象的必然要求,城区面貌焕然一新同时不可避免地出现了拆迁矛盾复杂多发的情况。法律服务进旧区,可充分发挥律师预防化解社会矛盾纠纷的社会作用。

一是提供义务法律咨询。通过开设“法律咨询接待窗口”,向被拆迁的居民提供义务法律咨询,通过解答居民政策疑惑,分析居民与切身利益紧密相关的问题,发挥积极的引导作用,有效促进拆迁签约进程。

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

三是调解各类拆迁纠纷。律师作为一方主体加入由旧改指挥部、街道(居委)及调委会、拆迁公司和律师共同组成的“四位一体”拆迁矛盾调解平台,参与基地的各类拆迁矛盾纠纷化解工作,解决共有产权家庭财产纷争及违章面积认定争议等,维护地区的稳定。

四是参加公信评议组织。积极选派市、区人大代表律师担任公信评议组织的公信人员,根据群众举报、投诉、查询要求开展调查核实,客观、公正、如实反映实施监督的情况,提出改进意见和建议,切实维护居民的合法权益。

三、法律服务进社区

社区发展作为提高人民生活质量,推进社会全面进步的重要途径,越来越成为当今社会所关注的焦点。社区也往往是矛盾纠纷的频发地,处理不当极易造成矛盾的激化与升级,法律服务进社区的宗旨就是力求把矛盾化解在基层,构建起和谐的社区。

一是组织共建。开展律所与街道共建,建立“律师服务流动站”,为社区居民提供法律服务及法律援助,化解和疏导各类社会矛盾,依法维护社会稳定,努力发挥律师行业在和谐社区建设中的能动作用。

二是工作共谋。开展专题法律咨询,每逢特殊的宣传日,如“3·8妇女节”、“3·15消费者维权”、“9·9重阳节”、“12·4宪法宣传周”,结合特定的节日主题,在社区开展相关法律的宣传、咨询工作,经常性地与司法所共同开展社区喜闻乐见的法律服务主题活动。

三是资源共享。派驻资深律师,担任司法所、居委会的义务法律顾问,组建社区矛盾化解义务调解员,建立贴近社区的工作机制,如开办市民巡回法制学校,法制学校设在社区,到社区第一线开展法制讲座。

四、法律服务进营区

区律师党委围绕杨浦区驻军的建设需要,大力推进法律服务进营区工作,进一步增强部队官兵遵守国家法律法规的自觉性和主动性,不断提升部队官兵法律意识与法律素质。

一是采取法制讲座与法律咨询服务相结合的方式,推动“法律进军营”活动内容的落实。一方面,要结合部队需求,利用法律专业人才优势,发挥法制讲座的基础性和主渠道作用,采取上课辅导、座谈讨论、以案释法、图片展览、现场解答、发放资料等形式,开展“送法进军营”军地融合式法律服务,增强广大官兵的法律观念和意识,提高他们依法办事能力和自我解决涉法问题的能力。另一方面,根据部队工作学习和生活的需要,积极开展法律咨询服务活动,认真解答部队官兵和家庭中遇到

的婚姻、赡养、担保、债权、债务等涉法问题,为官兵解惑释疑,全力维护官兵自身及家庭的合法权益。

二是采取多种形式,开展法律拥军服务。结合驻地部队需求,积极创造条件,向驻地部队公示法律咨询服务热线电话、通信地址及电子信箱,根据需要建立法律咨询服务卡,为部队和军人军属提供便捷的法律咨询和法律服务。

三是借助重要宣传日开展拥军普法活动。结合“六五”普法宣传教育活动,利用“建军节”、“12·4”法制宣传日和征兵、部队转业复员等时机,开展《国防法》、《兵役法》等相关法律法规的宣传教育活动,营造全社会关心支持部队建设的良好氛围。

四是及时做好调解工作。对涉军矛盾纠纷综合运用多种方式,将纠纷解决在萌芽状态,尽量避免严重侵权事件发生,避免军人军属的诉讼之苦,倾心倾力做好军人军属维权工作,维护军队与社会的和谐稳定。

五、法律服务进校区

律师进校区的推进总体应当解决两个问题:一、如何将杨浦律师的服务品牌让学校所熟知,让学校主动寻求律师的帮助;二、律师如何为学校提供法律服务。因此,推进律师进校区工作,首先我们必须将杨浦律师的服务品牌让区内学校所熟知。我们把推进律师进校区分为推广期、深化期、稳定合作期。

(一)推广期。所有工作的目标就是在教育机构中宣传律师的法律服务,深化法律服务的影响力,以激发学校寻求法律服务的愿望。首先,律师事务所通过区司法局、区教育局,争取主管部门的认同和支持,通过自上而下的推进,将杨浦律师品牌推广到各个学校。

(二)深化期。在通过教育主管部门推进律师服务学校的同时,律师还可以主动走出去,巡回到各学校开办普法讲座,并根据受众的不同来制定不同的讲授内容,通过在学校举办普法讲座,有效深化律师事务所和学校之间的交流,使学校对律师的法律服务水平有更全面地了解,同时律师在此期间可以通过近距离与学校的交流中,帮助解决学校面临的一些简单的法律问题。

(三)稳定合作期。通过前面两个阶段打下的基础,律师事务所和学校之间已经有了比较全面的了解,学校根据自身需要与律师事务所建立稳定的合作关系,即律师事务所成为学校的法律顾问,由律师事务所指派有经验的律师为学校量身定制服务计划和内容,使法律服务深入到学校的方方面面,促使学校“依法治校”,全方位提升本区学校的竞争力。●

(作者单位:杨浦区司法局)



区县传真 ●文 / 周一玲

发挥律师在金山法治社会建设中的作用

——金山区律工委主任汪灏访谈录

金山区律工委自 2008 年成立以来,在法律服务进社区、推进“三重一大”项目、与“公检法司”良性互动以及政府法律顾问工作等方面取得了可观的成就,本刊近日对金山区律工委主任汪灏进行一次采访,期望与同仁共同分享学习金山区律工委的成功经验。

一、发挥好律师法律服务进村、居的重要作用

本刊记者:汪主任,金山区律工委在法律服务进村、居工作中取得了良好的成效,受到金山区村、居领导的肯定及广大村、居民的好评,在全市也有一定知名度。请您谈一谈当时的启动情况。

汪灏:我们启动这项工作是比较早的。自 2009 年 2 月 17 日,金山区 25 位律师与金山石化街道 25 个居委会签订了《构建平安社区、促进社会和谐结对共建协议书》,启动律师进社区无偿提供法律服务工作以来,直至目前金山区共有 7 家律师事务所的 67 名律师已与 205 家村、居签订了“结对协议”,主要在法制宣传、法律咨询、调解、诉讼、法律知识讲座等方面帮助村、居民。律工委每月汇总并上报区司法局律师开展法律服务及社区工作的情况,定期对律师参加活动情况进行讲评,及时报道和反映律师参与社区维稳工作中的作用和先进事迹。

我们在启动后及时领会上级要求。就“结对”工作,上海市委、市府办公厅于 2010 年 3 月 36 日在《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》的文件中就作了明确要求,金山区委、区府办公室也于 2011 年 6 月 10 日在《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》中指出,要发挥律师在调解、法律援助、法律咨询、法制宣传、安置帮教和社区矫正、处理法律纠纷、普法、依法治理等方面的作用。这说明了市、区两级党委、政府对于“结对”工作的重视,同时也提出了更高的要求。

本刊记者:金山区律工委在全市较早启动“结对”工作后,这几年又有哪些新的发展?

汪灏:首先是服务内容的增加,对原签订的“结对”协议内容增加了刑释解教人员安置帮教志愿服务、普法、依法治理等。





区政府法律顾问团成员戴慧娟律师(靠窗右二)陪同金山区委书记杨建荣同志(靠窗右一)参与区领导信访接待当事人

其次,是增强服务形式的主动性、多样性,比如每周固定的值班;上门宣传;开设讲座;电话及网络通讯咨询;现场调解解决问题;诉讼、非诉讼代理等。

再次还有建立长效机制,加强宣传,对“结对”工作通过报刊、电台、编写案例等进行宣传,并纳入司法行政宣传范畴;制订规章制度,由区司法局组织有关部门制定“结对”工作的规定。

我们体会最深的是服务形式要多元化。律师通过参加村(居)委会组织的法制讲座、现场咨询、“3·5”学雷锋为民服务、各种法制宣传日等活动,使村(居)民从更深的层次理解法律。比如,结对律师定期参与金山石化街道综治中心值班;根据金山石化东礁二村居委会老年人的需要,签约律师为社区老年人举办了《老年人权益保护法》讲座,深受老年居民的欢迎和认可。律师参与调解纠纷促使纠纷当事人更快达成调解协议,有效维护社区和谐。还有很多百姓,碰到问题,想打官司但请不起律师,通过签约律师的周到服务,居民可以直接与律师面对面接触。在代理费上,签约律师也可减免收取。结对律师平时工作繁忙,也可利用双休日接待村、居民,解答群众的涉法问题。

服务形式多元化方面,我们最近又推出了社区律师工作室。2013年4月19日,我区在朱泾镇钟楼居民区成立了首家社区律师工作室。该工作室由律师事务所与居委会共同设立,将以社区为平台,以律师事务所为主体,开展律师服务和和谐社区建设活动,义务为社区居民解答法律咨询、进行法制宣传、开展法制讲座、参与社区矛盾纠纷调处等。通过法律服务进社区活动,极大地促进了社区精神文明建设,居民之间有了“亲情”,邻里之间更加团结友爱,社会公德、家庭美德

得到进一步发扬光大。

二、推进好律师参与“三重一大”项目以及相关的政府购买服务

本刊记者:律师参与“三重一大”项目以及相关的政府购买服务,一直是重点工作也是难点工作。得悉金山区律工委推进律师参与“三重一大”项目工作很有一些收获,能为我们具体谈一下吗?

汪灏:首先是要积极争取工作依据。2011年6月10日金山区委办、区府办以金委办【2011】6号文印发了《关于进一步发挥律师在法治政府法治社会建设中重要作用的实施意见》。在该实施意见中律师参与的和有关的主要有11项工作,包括:服务经济建设工作;政府法律顾问工作;重大事项社会稳定风险分析和评估工作;信访工作;动拆迁工作;“双结对”工作;政府购买法律服务工作;组织领导工作;队伍建设工作;宣传表彰工作和突发事件善后工作。其中,政府法律顾问工作就包括“三重一大”项目。“三重一大”就是指:重大工程决策、重大项目安排、重大民生工作和大额资金使用。文件的起草听取了方方面面的意见和建议,我们律工委在区司法局、区政府法制办等的支持下,围绕“三重一大”律师服务等内容积极建言献策,得到了有效采纳,可以说是一个重大成果。因为这样律工委组织金山律师服务“三重一大”项目,就师出有名了。

接下来我们在推进律师服务“三重一大”项目的政府购买服务方面做了努力。该文下发后,我们主要就推进律师参与“三重一大”项目及政府购买律师服务提出了积极建议,而且是反复提、跟踪提。就在2013年1月10日金山区政协的五届二次会议上,我代表律工委会同政法界有关政协委员提交了“如何推进律师在



法治政府法治社会建设中的若干工作”提案,受到了区领导的重视,现正由区法制办、发改委、财政局、司法局落实工作。

本刊记者:该提案中具体提出了哪些内容?

汪灏:首先是确定哪些属于“三重一大”具体范围,我建议以区人代会以实项目和重大工程为依据,由区发改委、财政局每年确定“三重一大”的具体范围。其次是此项工作的落实单位,此项工作应当有律师参与,各级政府组织,考虑到此项工作的客观情况,建议由区发改委、财政局、法制办落实。由区法制办提请分管区领导召开有区发改委、财政局、经委、司法局、规土局、建交委等单位参加的会议,形成一个会议纪要或规定(决定),在该会议纪要中明确“三重一大”的具体范围,律师怎样参与及参与哪些工作,律师费如何安排等。再者,审批单位在审批“三重一大”项目时审查该项目是否有律师参与及律师服务费情况,如无则告知实施单位聘请律师等。由“三重一大”项目实施单位通过区司法局或金山区律工委聘请律师并签订协议参与此项工作。再由项目实施单位和区司法局及金山区律工委共同评估律师的服务情况,作为考核的依据。

本刊记者:此项工作现进展如何?

汪灏:在2013年3月13日,召开了政协提案办理工作座谈会,召集区政府法制办、区发改委、区财政局等委办单位就这个《如何推进律师在法治政府法治社会建设中的若干作用》提案进行了沟通和交流。会上,我作为提案者向与会人员介绍了该提案的背景和缘由,并就推进和落实律师参与“三重一大”项目及政府购买律师服务工作的有关想法向与会人员做了阐述。办理部门从各自职能角度对该提案操作的可行性进行了研究论证,就提案办理中所存在的困难作了说明,并共同探讨提案办理的突破口,最终确定按照“逐步推进、适度参与”的原则落实该项工作,并初步拟定了办理工作方案,先已确定三个重大项目由律师参与。

三、组织好律师与“公检法司”的良性互动

本刊记者:律师界与公检法司等部门保持良性互动,有助维护社会公平正义、深化协作配合、优化职业环境、保障律师合法权益,金山律工委在此方面也有不少特色,能否谈谈心得?

汪灏:您提的是一个非常重要的问题。律师与公检法司等部门虽然角色和职责不同,但在确保国家法律正确实施、确保案件得到依法公正处理、维护当事人的合法权益、维护社会公平正义、维护社会和谐稳定等方面目标是一致的。

关键是互动平台的建立和规范性文件的制定。律工委在区司法局指导、支持下,与金山法院构建了相互配合,相互监督的良性互动平台,与金山检察院建立了定期沟通机制,坚持与法官、检察院间“组织上多交流,私下里慎交往”的原则。同时与金山公、检、法沟通,在保障会见权、阅卷权、调查权等方面取得了突破性进展。与金山公安联合建立协作联动和快速处置工作机制,维护律师在执业过程中的人身权利不受侵犯。2010年金山区法院、金山区检察院、市公安局金山分局与金山区司法局联合签发了《关于进一步推进刑事和解的补充意见(试行)》、《关于贯彻〈关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定〉的意见(试行)》,2011年金山区检察院与金山区司法局联合签发了《律师和法律工作者代理申诉工作规则》,2012年市公安局金山分局与金山区司法局联合签发了《关于印发〈关于保障在押犯罪嫌疑人辩护权的实施意见(试行)〉的通知》,这些都是与各部门良性互动交流的成果,是推动司法公正的关键,更能充分发挥律师在法律服务中的作用。

优化律师职业环境是非常重要的环节,是律师行业良性发展的前提和基础,能有效推进依法办案和公正司法。与各部门的良性交流也有利于加强对律师的

教育和培训,有利于不断提升律师的业务素养和职业道德。进一步加强良性互动是法律人的共同追求,增强群众观念是执法为民的要求,要坚定不移地走群众路线,更好地维护社会稳定。我区司法局提出要求:一是明确律师工作发展方向,坚持“两个维护”,努力成为为人民群众服务的社会主义法律工作者;二是律师工作要与地区经济发展紧密结合,为维护社会和谐稳定作出积极贡献;三是要重视律师事务所建设,加强规范化管理。

四、开展好政府法律顾问工作

本刊记者:1998年,金山区在上海市率先开展了区政府领导聘请律师担任法律顾问,多年来在此方面有很深的积累,近期还举行了一个专门的座谈会,请就此具体谈谈。

汪灏:自1998年区政府聘请律师担任区政府法律顾问以来,各镇(街道)、工业区、局、委、办也相继聘请律师担任其法律顾问,十五年来,政府法律顾问工作开展得比较顺利,充分发挥了律师在法治政府、法治社会建设和维护社会稳定中的积极作用。

为了提升我区律师执业的规范化水平,进一步强化各部门间的协作配合,2013年3月12日由区司法局联合律工委牵头召开区政法委等相关部门座谈会,区政府法制办、市公安局金山分局、区检察院、区法院及各政法部门相关职能科室负责人及区律工委全体委员参加会议。在会上,区政府法制办充分肯定我区政府法律顾问团、律师在推进法治政府、法治社会建设中所发挥的积极作用,并对今年政府法律顾问团工作提出希望和要求。

本刊记者:金山律师担任政府法律顾问工作范围包括哪些,做好政府法律顾问工作最需要重视什么问题?

汪灏:依据法律、法规、规范性文件规定,律师担任政府法律顾问工作范围主要有:就政府的规范性文件以及政策制定和调整提出法律意见和建议;参与政府重大工程决策、重大项目安排、重大民生工作和大额资金使用合法性和可行性论证;参与重大事项社会稳定风险分析和评估,向重大决策拟定部门和项目报建部门提出审查评价和法律意见;参与突发事件善后工作,制定救助、补偿、抚恤、安置等善后工作方案;参与信访工作;为动拆迁工作提供法律服务;与司法所进行“双结对”活动;代理政府参加诉讼;协助政府审查、起草、修改重大合同及重要法律文书;协助政府参与项目谈判;就政府管理和行政行为出具建议书和法律意见书以及办理政府委托的其他法律事务等。

政府工作涉及到方方面面,政府法律顾问不能仅仅从法律角度考虑政府交办的事务,而应从政治效果、社会效果、法律效果的多角度来处理,并且要围绕区委、区政府的工作中心和工作大局开展法律服务工作,要做到多角度、深层次的法律服务,并且要有高度的责任心。

本刊记者:感谢您接受专访,最后能否展望一下你们下一阶段的工作?

汪灏:我区律工委将进一步巩固建设成果,有效发挥区律工委在“两结合”管理体制中的积极作用,执行好《区律师工作委员会工作规则(试行)》所赋予的职责,组织我区律师积极履行社会责任,恪尽职守、诚信执业,提供优质高效的法律服务,为金山的经济社会发展更尽一份力。●

信 息

松江区加强和推进青年律师工作专项检查会议召开

日前,松江区司法局和区律工委组织召开律师事务所主任会议,安排部署市律协《关于开展贯彻落实〈上海市律师协会关于加强和推进本市青年律师工作的若干意见〉的专项检查工作的通知》,就青年律师工作展开专题讨论。会议传达了市律协有关会议精神并解读实施方案,各律所主任就青年律师的培养和带教等相关问题提出了各自的

见解。

区司法局党委副书记韩增元指出,做好青年律师培养工作是律师事务所的大事,对青年律师人才要吸得进,留得住,青年律师的健康成长是律所持续良性发展的主要动力,他肯定了诚至信、全程、小城、申有等几家律所对青年律师的带教工作。



区县传真 ●文 /虹口区司法局律公科

虹口区成立律师行业工会联合会

2013年7月19日,虹口区律师行业工会联合会举行成立大会并召开了第一次会员代表大会。区总工会主席包建强为虹口区律师行业工会联合会揭牌并讲话,区司法局局长王北翼出席。虹口区律师行业工会联合会第一次会员代表大会通过了《上海市虹口区律师行业工会联合会章程》。

建立虹口区律师行业工会联合会旨在深入贯彻落实中央和市委关于加强社会建设等有关要求,进一步推动我区律师行业工会组织建设,扩大工会工作覆盖面,充分发挥工会组织的桥梁纽带作用,维护劳动者的合法权益,进一步促进律师行业健康、规范发展。为此虹口区司法局党工委专门成立了由局长王北翼同志担任组长、相关职能部门担任组员的虹口区律师行业工会联合会筹备工作小组。筹备工作小组首先对区律师事务所工会组织覆盖工作进行了摸底,掌握了基本情况,区总工会有关职能部门予以及时指导。在制定工作方案时专门听取一些律师事务所的意见和想法,区律师党委就建立区律师行业工会联合会进行了研究,并向区司法局党工委专题进行汇报。在此基础上,进一步明确了工作步骤和组织框架的思路,制定了《建立虹口区律师行业工会联合会实施方案》下发到全区律师事务所,把在律师事务所广泛建立基层工会组织和建立虹口区律师行业工会联合会两项工作并行推行。在全区律师工作会议、区律师事务所党支部书记例会、律师座谈会上就律师行业建立工会组织的设想做了情况介绍和动员,取得了广大律师事务所和律师的认同,目前已有57家律师事务所,460余名律师、事务所工作人员加入工会组织。最后根据各律师事务所工会组织的提名和联合会工作需要,确

认了60位单位会员代表。筹备工作小组还就区律师行业工会联合会工作委员会委员、经费审查员的人选在一定范围内听取意见,反复酝酿。综合考虑工作岗位性质、年龄结构、性别比例、党派情况及工作需要,成立了由区司法局副局长王浩担任主任,其他6位律师共同组成的律师行业工会联合会工作委员会,并设立了一名经费审查员。

区律师行业工会联合会主任王浩表示,在事务所中建立工会组织后可以发挥如下作用。一是能够更好地维护律师行业中广大从业人员的合法权益。在律师行业中,有合伙人、有普通律师、有律师助理,还有行政人员。加入到工会后,工会将有组织、有系统地维护行业内不同工作岗位职工的各项权利,包括劳动权利、民主管理权利、参政议政权利等等,从而使各项权利的实现有了更加坚实的基础和法律保证。二是能够为加强行业内的相互交流起到桥梁和纽带作用。在工会组织的平台上,将有更多的机会进行互相学习,开展与行业特点相适应的工作交流活动,特别是在促进律师行业文化建设方面、在推动律师行业服务经济社会建设等方面发挥更多的引导作用。三是能够促进律师事务所的和谐发展。工会组织建立后,将更好地发挥沟通与协商的渠道作用,用好工会组织中的互助机制,及时反映职工的愿望和要求,切实关心职工的思想、工作与生活。事务所的发展与每位从业人员的利益都密切相关,工会组织也有义务帮助事务所调动各岗位工作人员的积极性,提升团队协作精神,支持和促进律师事务所各项工作,为事务所的发展壮大营造良好的人际环境和工作氛围,工会工作也是推动律师行业自身发展的重要组成部分。●

人物简介

马靖云：上海海华永泰律师事务所高级合伙人。曾荣获：上海市优秀女律师、长宁区十大优秀青年律师称号。

人物 优秀女律师 ●文/马靖云

做一名真正成功的律师

我是一个感性的人，十五岁时因为读了西德尼·谢尔顿的《天使的愤怒》一书，深深的被女主角——一名睿智的年轻女律师詹妮弗吸引，于是立志做一名优秀而成功的律师。但是，何为“成功”，此时，我并没有一个清晰的概念。只是在2004年，研究生毕业后，便孤身一人从哈尔滨来到上海，开始了我的职业律师生涯。

在一个陌生城市，一切从零开始，我经历了所有“外地人”初到上海的艰辛与困惑，甚至在最初的半年，我发现找到一份合适的工作都几乎成了令我头痛的事情。英语口语水平有限，没有成熟的工作经验，都成了我应聘律师助理职位的障碍。在多次碰壁之后，我的自信心极度受挫。一次和朋友的诉苦电话中，她点拨了我一句：律师都是一点点做起来的，你这么优秀，为什么一定要给别人做助理？是啊，我自己也在思索，七年的专业教育，我自信专业功底是非常扎实的，以前在黑龙江大学时的律师事务所实习期间，已经得到多位老师的认可与赞许。而且，我自信不是胆小怯懦的人，只身闯入一个专业领域，于我，也并非难事。就这样，我应聘到黑龙江天辅律师事务所上海分所做一名专职律师，开始独立执业了。

因为人生地不熟，案源是首先要解决的问题。交朋友、陌生单位拜访、发送宣传材料、参加各种活动，我也做了各种尝试，尽管效果不太明显，但是第一步总算迈出去了，甚至在从业的第一年，我居然做了近三十万元的业务量。

我知道，如果没有其他更好的优势，认真、负责的工作态度是我吸引客户最强有力的资本。所以，我从不懈怠任何一个案件，连续三年没有败诉的案例，我逐渐对自己做诉讼律师的信心有所增加，周围的客户也对我有了更强烈的认可，我拥有了自己稳定的客户资源。此时，我自认为已向“成功”的大门迈进了一小步，虽然，我仍然不能清晰的阐述我追求的“成功”到底是什么，但至少我知道，解决生存问题，应当是一名“成功”律师首先要做到的！

2007年，我代理了一起最高额的国家赔偿案，也是这个案件，让我在上海的律师职业生涯中画上了漂亮的一笔。

案情是这样的：江苏省灌云县某村的一个妇女江某，离婚



后结交了同居男友陈某,在与陈某分手后,双方发生纠纷,后陈某当众侮辱并强奸了江某,江某报案后,当地公安机关以陈某涉嫌强奸罪为由将其拘留。几天之后,公安机关又以陈某身体不适为由,批准了陈某家属的取保候审申请。陈某在取保候审期间,多次威胁、恐吓江某,扬言要杀其全家,报仇雪恨,并且切断了江某家的电线、电话线,将江某的房子凿了一个洞。江某一直带着13岁的女儿孤身生活,没有男人的庇护,江某胆战心惊,多次找到当地公安机关、政法委、县政府希望将陈某拘留,或给予他们母女人身保护。但是,这些求助、上访、控诉最终都石沉大海。终于,祸害发生了。陈某趁江某不备,将女儿杀死,把江某砍伤。陈某最终被判处死刑,但是家徒四壁的陈某没有可执行的财产来补偿江某。案发后一年多时间,江某及其亲属找了各个相关部门,没有单位或个人愿意为江某的悲剧“买单”。江某失去了女儿,落下残疾,巨额的医药费用成了她的负担。在上海医治期间,江某委托亲属为她寻找律师,希望向当地公安机关讨个公道。

在咨询了十几个律师后,江某和其亲属决定将此案交由我来代理。在近三个月的时间里,我几乎把所有的精力都花在这个案件上面,从最初的取证被当地公安机关拒绝,到法院立案被当地基层法院和中级法院踢皮球式的推来推去,每一次平常事的律师工作都变成了一场“斗智斗勇”式的战斗。这样的交涉果然起到了效果,我陆续接到了法院的受理通知书,公安机关主动请求调解的电话。在奔波了13次江苏省灌云县,与公安局法制科长、公安局副局长、公安局局长、政法委书记的轮流沟通后,我拿到了令当事人最满意的结果:当地公安机关愿意补偿江某92万元,作为江某后续的生活费、医疗费、女儿的死亡赔偿金等。看到江某和家人拿到补偿款,不知用何言语表达谢意的那一刻,我似乎对“成功”有了一个更清晰的认识:用自己的勇气和智慧,为当事人争取到最大的利益,也许是一个“成功”律师必须要做到的!

也是这个案件,让我在2008年获得了长宁区首届十大优秀青年律师称号。也是在这一年,我成为上海市海华永泰律师事务所的高级合伙人。

可以说,我在较短的时间内,完成了一个年轻律师最基本的蜕变!但是,我清楚的知道,我的目标远不止于此,我希望自己成为一名真正“成功”的律师!而律师的成功到底该如何定义?是不断增长的经济效益,还是日益扩大的社会声誉?在从业了五年多以后,在自己三十几岁的年纪,我对自己的事业,对自己人生有了更深层次的思索。我希望自己的职业能有更大的社会价值。因此,我也更坚定的考虑事业的转型,将自己的业务领域



更专业化。

我在为一家投资管理公司担任法律顾问的时候,意外地发现这家公司的经营模式有很大的问题,凭借多年对刑事犯罪的研究和了解,我知道这家公司如此操作,很有可能已经涉嫌非法吸收公众存款罪!于是,我找到这家公司的负责人,将所有的利害关系和他们讲清楚,并且也明确的告诉他们:所有公司与客户签署的《资产委托管理合同》必须马上终止,重新签署,固定收益的合同条款要全部变更为预期收益,取消预订的营销宣传活动,营销对象一定要变更为特定人群。一年多以后,当这家公司因为与他人之间的纠纷而被举报涉嫌非法吸收公众存款罪时,因为变更后的合同文本以及营销模式并不符合犯罪构成,近亿元的涉案金额最终没有被定罪。

这件事情给了我一定的启发,也坚定了我业务转型的决心:如何帮助那些不成熟的企业、不成熟的投资者,既帮助他们杜绝有心之过,又避免无心之罪,在相对自由的市场经济环境下,规范而稳定的发展,同样是一名律师应尽的社会责任,这也许正是新时期律师的社会价值的又一体现!

此后,我专门从事企业的刑事与经济风险防范业务。先后为几十家企业担任法律顾问,曾为他们撤销了合同诈骗罪的罪名,为他们避免了贷款诈骗罪、职务侵占罪的严重后果,也为他们排除过无效合同可能导致的几亿元的经济损失的风险等等。

在事业的转型期,我也曾遭遇到瓶颈期,两年的时间,我没有看到自己还像以前一样的进步。但是,我坚信:人生不过是一场场潮起潮落,我们要受得起潮起的浮华,也要耐得住潮落的寂寞。耐得住并不是真正的甘于寂寞,不甘于寂寞,是我们还有年轻的冲劲与渴望进步的激情,而耐得住寂寞则是考验我们心底最深处的原则与坚守!我始终希望自己在潮起潮落中能够一如既往的记得十五岁时的梦想,所不同的是,我的梦想越来越清晰,越来越实际,越来越有价值!

2011年,我获得了上海市第四届优秀女律师称号,我知道,距离我的梦想又进了一步。做一名真正“成功”的律师,至今,我还是这样对自己说。●

法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

互联网金融创新法律风险与防范研讨会综述

本期主持: 商建刚 上海市律师协会信息网络与高新技术业务研究委员会主任

嘉宾: 韩正 上海金茂律师事务所合伙人

涂国庆 1号店—纽海信息技术(上海)有限公司法律顾问

张吉 迅付信息科技有限公司(环迅支付)风控经理

文字整理: 高才

2013年8月9日,上海市律师协会信息网络与高新技术业务研究委员会在市律协报告厅举办了“互联网金融创新法律风险与防范”研讨会。出席本次会议的嘉宾有1号店—纽海信息技术(上海)有限公司法律顾问涂国庆、迅付信息科技有限公司(环迅支付)风险控制经理张吉、金茂律师事务所合伙人韩正律师。上海市法学会研究部主任陈冬沪、副主任张志军、上海市法学会编辑部副主任胡鹏、上海市法学会金融法研究会副会长宋一欣、秘书长李慧俊、市律协信息网络与高新技术业务研究委员会主任、北京大成(上海)律师事务所高级合伙人商建刚律师等。本次会议由商建刚律师主持,80多位律师参加。

会议围绕“互联网金融创新法律风险与防范”的话题展开,分为三个阶段。第一阶段,韩正律师做主题发言,介绍英国电子金融(e-Finance)的基本原则。第二阶段,商建刚律师做主题发言,介绍“互联网金融创新法律风险与防范”。最后,高律师邀请涂国庆和张吉参与讨论,从各自行业领域的角度发表对互联网金融创新的看法。

上海金茂律师事务所合伙人韩正——

电子金融有不同的概念。传统金融的电子市场直接指向现实货币(必须依赖银行清算系统),传统金融工具、产品上线操作,借助新技术(解决了地域、时间、风险偏好分配的困难)实现的非传统金融工具、产品(一旦交易体系可与银行清算脱离,则可能转变为电子货币的金融产品)应当符合传统金融机构监管规范。电子货币的金融发展不直接指向现实货币(即指向电子货币本身的独立储存和清算系统),电子货币本身依赖传统或非传统形式的金融产品(目前罕有),主要在于解决电子货币稳定性、可交换性和交易安全问题。在可交换性提

高的情况下,才可能出现基于电子货币的金融产品。

什么是电子货币(现金)?英国1971年金属货币法规定,法定货币(法币)是指:金属铸币;银行券(钞票、本票)。1954年通过与银行券法规定:持有任何面额银行券者有权要求任何销售者(债权人)接受该等支付。与之相比,电子货币(现金)具有:可议付现金票据(Negotiable instruments)的特点;接受支付者是基于其合同承诺,但在主体之间,电子货币发挥了交易中介的货币职能;由于货币还是特殊的商品,因此其也可以被看做是私人财产(而不仅仅是通货),该特点带来了一系列重大法律后果。

假如买方向卖方支付了电子货币,但却无法从发行人处兑现,卖方是否还有根据基础合同向买方追索的权利呢?这取决于对三方关系(发行者、持有者、接受者)的解读。如果比照信用卡,接受者仅得向发行者主张支付(基于接受者无从得知持有人地址等详情)。就电子货币而言,只有接受者事先与发行者(如银行)协议并安装特殊设备和终端才能接受特定电子支付。因此,即使接受者没有最终收到款项,也应当向发行者追偿。由于电子支付往往存在验证或授权的机制,则接受者实际上有机会获取持有者的详细信息,也就有追偿的可能性。如果将智能卡视为现金,那么卡丢失或被盗,则卡的价值也就没有了(即不视为记账账户),则其一旦完成支付,即应当如现金(而不是支票)支付一般对待。因此对待电子货币的立场决定了其支付功能和风险分配。

现存监管机制的主要目的在于保护消费者。电子货币发行者(无论是银行还是非银行机构)都必须保证其偿债能力及对消费者要求回赎的充足流动性。因此发行者应当具备一个最小资金(准备金)的维持规模;发行者应当有严格的投资和货币管理政策以减少其流动性



风险; 发行者还需要遵守反洗钱和逃税的规定。

英国 1844 年银行条例限制了银行擅自发行私人银行券, 包括汇票、本票等。既然电子货币具有议付票据的特点, 其是否受到限制呢? 根据定义, 该等票据具有书面形式和签字两个条件。根据 1978 年解释法, 书面形式可以包括电子形式。根据 2000 年电子通讯法, 合格的电子签名等同于签名。

2000 年电子通讯法确立了密码服务提供者和电子签名法律确认两项制度。(欧盟) 电子签名指令 (Electronic Signatures Directive) 确认了电子商务中对电子签名的服务与认证, 并区分了“高级电子签名”和“电子签名”两种安全和应用级别。因此, 合法产生的电子签名具有法律效力。

电子签名和证书具有以下责任。一、误用责任。表面原则: 审查双方交易习惯、加密技术。表面原则不成立则信赖签名一方承担责任。但是就信用卡采用电子签名者, 发行人不能将欺诈使用的责任转嫁给消费者 (1974 年消费者信用法第 83、84 条)。

电子现金指的是以 (计算机) 电子技术所实现的价值储存和交换。由于电子现金往往是私人单位所发行, 则能够使发行者相互接受就成为了大问题。在互联网领域, 大量小额交易需要廉价的交易工具, 而不是手续费用较高的传统银行服务。高速流动的电子现金也将面临反洗钱的困难。

线上储存指消费者本身并不处理电子现金, 均通过在线账户操作完成交易。这就要求商家联系发行人并接入到消费者的账户才能得到支付, 增强了反欺诈的可靠性。线下储存相当于电子货币放在自己的钱包中。消费者可以不经第三方地自由使用。该方式保护了传统交易的匿名性。但软硬件防护上的反欺诈难度更高。

实务中的电子现金包括有: NetCheque (网上电子支票), DigiCash (匿名电子货币交易平台), CyberCash (能下载电子钱包, 然后将货币下载到本地); InternetCash (线下购买储值卡, 线上使用), NetCoin (销售自有产品的电子货币), Bitcoin (靠分布节点算法自动产生的电子货币, 无中心发行者)。

我国与互联网金融有关的有: Q 币 (就是代币), 微信支付 (与银行合作的第三方游戏支付, 不属于电子

货币), 余额宝、微银行 (投资理财产品活期账户, 不属于电子货币), 融 360 (金融产品搜索平台, 今后发展可能类似金融经纪), 三马在线保险 (柜面、电话到在线的技术性发展, 削减交易成本)。

电子金融风险来源: 技术风险、传导性风险 (支撑货币、目标市场)、商业 (流动性、市场、利率) 风险、管理风险、信用风险、法律风险 (法律结构新颖、隐私、知识产权)

监管路径分四类:

1、传统金融产品上线的: (1) 符合原有监管要求; (2) 根据交易结构变化附加规范; (3) 对技术安全提出结构性要求 (及监管数据接入), 并区分风险责任;

2、新技术产生的新类型金融产品: (1) 应当建立金融产品市场目录, 对于新产品 (尤其是风险偏好较高者) 提出程序上和实体上的开发路径; (2) 对于适格投资者进行分级管理, 并对金融产品进行评级; (3) 对权利义务、风险分配根据不同级别制作黑白条款清单, 保护投资者利益;

3、对电子货币发行: (1) 对自有产品销售使用予以宽松限制; (2) 对涉及多方接受的电子货币发行应比照最低资本、最低准备金等要求并确立行为准则、货币发行规则备案制度; (3) 对电子货币发行者可以尝试建立评级、风险预警和保险体系; (4) 在长期上应当考虑电子货币发行者之前合作与清算系统的建立与监管;

4、对于基于电子货币的金融产品: (1) 谨慎开发信用类型产品 (避免通胀); (2) 在电子货币可相互清算时, 电子金融产品可以形成交易市场。

上海市律师协会信息网络与高新技术业务研究委员会主任商建刚——

互联网是这段时间很热的一个话题。谢平教授算是最早提出互联网金融概念的人了, 他说“以互联网为代表的现代信息科技, 特别是移动支付、云计算、社交网络和搜索引擎等, 将对人类金融模式产生根本影响。可能出现一个既不同于商业银行间接融资、也不同于资本市场直接融资的第三种金融融资模式, 我称之为‘互联网直接融资市场’或‘互联网金融模式’。”银行贷款是间接融资, 股权融资是直接融资。

互联网金融模式下,因为有搜索引擎、大数据、社交网络和云计算,信息不对称程度非常低,交易双方在资金期限匹配、风险分担上的成本非常低,银行、券商和交易所等中介都不起作用,贷款、股票、债券等的发行和交易以及钱款支付直接在网上进行,市场充分有效,接近一般均衡定理描述的无金融中介状态。互联网金融具有以下优势:

一、未来所有个人和机构都在中央银行的支付中心(超级网银)开账户(存款和证券登记);证券、现金等的支付和转移通过移动互联网进行(具体工具是手机和iPad);支付清算完全电子化,社会中无现钞流通;二级商业银行账户体系可能不再存在,存款账户都在中央银行,将对货币供给和货币政策产生重大影响。

二、信息处理是金融体系的核心。金融信息中,最核心的是资金供需双方信息,特别是资金需求方的信息,如借款者、发债企业、股票发行企业等,是金融资源配置和风险管理的基础。互联网金融模式下,信息处理有三个组成部分:一是社交网络生成和传播信息,特别是对个人和机构没有义务披露的信息;二是搜索引擎对信息的组织、排序和检索,能缓解信息超载问题,有针对性地满足信息需求;三是云计算保障信息高速处理能力。

三、资金供需信息直接在网上发布并匹配,供需双方直接联系和匹配,不需要经过银行、券商或交易所等中介。在供需信息几乎完全对称、交易成本极低的条件下,互联网金融模式形成了“充分交易可能性集合”,诸如中小企业融资、个人投资渠道等问题就容易解决。在这种资源配置方式下,双方或多方交易可以同时进行,信息充分透明,定价完全竞争(比如拍卖式),因此最有效率,社会福利最大化。各种金融产品均可如此交易。这也是一个最公平的市场,供需方均有透明、公平的机会。

下面,我们来分享一些互联网金融的主要模式:

首先是阿里金融。阿里金融亦称阿里巴巴金融,阿里巴巴金融承担阿里巴巴集团为小微企业和网商个人创业者提供互联网化、批量化、数据化金融服务的使命,向这些无法在传统金融渠道获得贷款的弱势群体提供“金额小、期限短、随借随还”的纯信用小额贷款服务。目前阿里金融已经搭建了分别面向阿里巴巴 B2B 平台小微企业的阿里贷款业务群体,和面向淘宝、天猫平台上小微企业、个人创业者的淘宝贷款业务群体,并已经推出淘宝(天猫)信用贷款、淘宝(天猫)订单贷款、阿里信用贷款等微贷产品。截至 2012 年中,阿里金融服务的小微企业已经超过 13 万家。其次阿里金融的利率不是很高的,而且可以按天计息。

近期,六大电商陆续试水小额贷款。过去几年,阿里巴巴、敦煌网、网盛生意宝、京东商城、苏宁及慧聪网六

家电商陆续试水小额贷款领域。阿里巴巴和苏宁都已经拿到开展独立贷款业务的牌照,采用的是由旗下独立子公司直接放贷的模式。京东从去年底开始向供应商推荐旗下的供应链金融服务,和另外的其他几家主要采用与银行合作的方式,提供平台数据给金融机构作为信贷发放参考依据。公开的资料显示,在 2012 年 7 月 20 日,阿里金融已经实现单日利息收入 100 万元,以此计算一年中阿里金融的利息收入将达 3.65 亿元。而来自阿里小微金融的数据则显示,截至今年 2 季度末,阿里小微信贷的贷款不良率为 0.87%,订单贷款日利率 0.05%,信用贷款 0.06%,支持以日计息,随借随还。

下面介绍下第三方支付。第三方支付就是一些和产品所在国家以及国外各大银行签约、并具备一定实力和信誉保障的第三方独立机构提供的交易支持平台。在通过第三方支付平台的交易中,买方选购商品后,使用第三方平台提供的账户进行货款支付,由第三方通知卖家货款到达、进行发货;买方检验物品后,就可以通知付款给卖家,第三方再将款项转至卖家账户。比较典型的例子是支付宝。

第三方支付主要存在以下风险:数据安全风险、资金沉淀风险、网上洗钱风险、虚拟货币风险、信用卡套现风险、交易纠纷风险、法律责任风险等。

监管第三方支付的相关的法律法规有:《非金融机构支付服务管理办法实施细则》(2010 年 10 月),《非金融机构支付服务业务系统检测认证管理规定》(2011 年 1 月),《支付业务许可证申办流程》(2011 年 3 月),《非金融机构申请材料的规范性要求》(2011 年 3 月),《关于规范商业预付卡管理的意见》(2011 年 6 月)等。

纵观我国现行法律,有关网上支付的立法非常缺乏,仅限于一些部门规章和政策,立法效力等级较低,而且主要集中在银行卡和网上银行的规制方面。对于第三方支付的法律地位、监管等诸多问题均未作立法规范。

下面,我们讨论一下最近很热门的余额宝。2013 年 6 月 13 日,天弘基金与支付宝合作的“增利宝-余额宝”,诞生不足一月,资产规模已经突破了 100 亿元,客户数量超过 400 万。支付宝客户可将资金转入余额宝后自动申购天弘增利宝货币基金,货币基金仍然可随时用于购买商品。与普通货币基金的准入门槛 1000 元不同,余额宝的天弘增利宝基金,1 元钱就可以起购。这显示了“碎片化”理财的巨大能量——如果能让碎片化的资金集结起来,流动起来,其收益之大难以估量。

余额宝的火爆冲击了传统银行业。7 月 1 日东方财富旗下天天基金宣布一款收益猛于“余额宝”的新型投资工具“活期宝”上线。此外还有华夏基金的活期通、汇

添富基金的现金宝、广发基金的钱袋子、华安基金的货币通、工银瑞信的现金宝、富国基金的天天理财宝和国泰基金的超级钱包等。除中资银行外，外资银行也加入了积极应战的队伍。据了解，渣打银行近日在外资银行中率先推出“逸账户”服务，其亮点就在于各种在线理财工具、专属空中客户经理以及网上优惠等服务，其客户群指向 10 万元级别。

下面我们以 P2P 讲一讲网络借贷的问题。P2P 借贷是 peer to peer lending 的缩写。即由具有资质的网站（第三方公司）作为中介平台，借款人在平台发放借款标，投资者进行竞标向借款人放贷的行为。网络借贷指的是借贷过程中，资料与资金、合同、手续等全部通过网络实现，它是随着互联网的发展和民间借贷的兴起而发展起来的一种新的金融模式，这也是未来金融服务的发展趋势。目前恰恰是 P2P “爆炸式增长”的阶段。7 月初刚发布的《中国 P2P 借贷服务行业白皮书 2013》显示，2012 年末，P2P 借贷服务平台超过了 200 家，可统计的 P2P 平台线上业务借贷余额超过 100 亿元，投资人超过 5 万人。与传统金融行业相比，P2P 行业基数规模并不大，但是年增长率超过 300%。

P2P 存在的三大风险：

一、可能构成非法集资。目前中国有网贷公司 2000 多家，发展规模参差不齐，而迅速扩张的行业规模使得行业乱象日益暴露。由于参与资金的运作，一些 P2P 网贷公司打破了网贷的界线，使公司性质由第三方中介转为吸储和放款的金融机构，而没有金融经营资质使之直接构成非法集资。

二、使用公司或公司法人账号进行交易。通过公司内部账号进行操作让整体业务产生黑箱，难以消除资金被挪用、侵占和隐匿等风险。

三、信用风险。做 P2P 业务，由于国内个人征信体制不完善，可能发生“一人多贷”的问题，导致借款人“过度借贷”。

目前，对 P2P 网络贷款平台的监管限于事后案件监管。而对其批准设立、业务经营范围许可、资金风险控制没有明确，日常监管方面处于空白。

最后，我们讲讲以众筹为代表的股权投资平台。众筹，翻译自国外 crowdfunding 一词，即大众筹资，是指用团购 + 预购的形式，向网友募集项目资金的模式。众筹利用互联网和 SNS 传播的特性，让小企业、艺术家或个人对公众展示他们的创意，争取大家的关注和支持，进而获得所需要的资金援助。相对于传统的融资方式，众筹更为开放，能否获得资金也不再是由项目的商业价值作为唯一标准。只要是网友喜欢的项目，都可以通过众筹方式获得项目启动的第一笔资金，为更多小本经营或

创作的人提供了无限的可能。目前，国外比较知名的众筹平台有：Kickstarter、Indiegogo。国内比较知名的有：点名时间、追梦网、淘梦网、海色网、好梦网、点火网、众意网。

众筹的特征：1、低门槛：无论身份、地位、职业、年龄、性别，只要有想法有创造能力都可以发起项目。2、多样性：众筹的方向具有多样性，在国内的点名时间网站上的项目类别包括设计、科技、音乐、影视、食品、漫画、出版、游戏、摄影等。3、依靠大众力量：支持者通常是普通的草根民众，而非公司、企业或是风险投资人。4、注重创意：发起人必须先将自己的创意（设计图、成品、策划等）达到可展示的程度，才能通过平台的审核，而不单单是一个概念或者一个点子。

国内众筹与国外众筹最大的差别在支持者的保护措施上，国外项目成功了，马上会给项目发钱去执行。国内为了保护支持者，把它分成了两个阶段，会先付 50% 的资金去启动项目，项目完成后，确定支持者都已经收到回报，才会把剩下的钱交给发起人。

1 号店—纽海信息技术（上海）有限公司法律顾问涂国庆——

目前互联网金融很火，包括淘宝系的阿里贷、余额宝，包括京东的网银在线，包括财付通，越来越多的互联网巨头涉足金融领域，引起了全社会的关注。1 号店作为上海一家电子商务企业，内部也在进行业务讨论，不久的将来也要从事互联网金融的业务。具体是以什么样的模式，还在思考。从我目前接触的信息来看，从公司的角度，从事互联网金融的业务，要考虑这样几个方面：一，从客户服务角度，为客户提供一体化的服务；二，财务方面，从事这个业务，什么时候能够赚钱，有没有可能亏钱等；三，从公司战略化的发展方向看，目前到五年十年，放在哪个方面，是第三方支付，风险金融，小额贷款还是其他等等。四，从集团整体的架构安排。1 号店被沃尔玛收购后，沃尔玛有自己的系统，我们是要纳入他的系统还是创造自己的系统，这个也要考虑。另外从技术方面看，安全性、保密性等，也要考虑。目前，我们的重点还是放在第三方支付。

迅付信息科技有限公司（环讯支付）风控经理张吉——

环讯支付是 2002 年就成立的一家公司，发展十几年来已经是业内比较知名的企业，主要是为商户提供全方位的金融收款和小额贷款服务，今后的发展趋势也会向支付宝老大哥学习，包括对它现有的功能进行改进，以适应我们企业的特征进行发展。●

（以上内容根据录音整理，未经本人审阅）

法目良法语

香港大律师之窗 ●文 / 谭允芝

有关所谓“第二次创作”所引起的版权问题



谭允芝:资深大律师

引言

二零一二年,香港特区政府所提交的版权条例草案,本是针对日新月异的网络科技,而提出以“传播权利”更新旧有的“广播及有线传播节目权利”。然而因刚巧碰上特首选举,经政客传媒一番炒作后,讨论焦点集中于所谓“第二次创作”在法例下承受的风险,并以此与言论自由、政治打压等议题挂钩。传媒及市民议论纷纷的所谓“第二次创作”,并非版权法律概念下的词汇,而是用以泛指取材自原有作品的戏仿作品(parody)及讽刺作品(satire)等类型的作品。本文拟从法律角度,探讨此等作品所引起的版权问题。

版权所有人的基本权利

版权是财产权的一种,在香港基本法第140条下,政府有责任立法保护。版

权的性质属于消极权利(negative rights),所以《版权条例》没有订明版权拥有人享有何种权利,而是赋予版权拥有人作出“受版权所限制的作为”的独有权利(exclusive right),即版权拥有人有权禁止或授权他人作出任何受版权所限制的作为,而其中最基本的就是复制其版权作品的权利。

顾名思义,“侵犯版权复制品”必须是取材于(derived from)版权作品。“取材”这概念对版权来说非常重要,意思是某一其后作品是从某一先前作品衍生出来。所取之材,如只限于作品背后的意念,而未有取其表达意念的方式,则不为侵权。任何作品不论多有创意,若该作品取材自仍享有版权的作品,至有“实质部份”的抄袭(copying a substantial part),除非已获授权,或有关的免责辩护适用,否则该其后作品即属侵犯版权。

“抄袭”行为属于直接侵犯版权的作为,版权拥有人无须证明抄袭者知否其作为会构成侵犯版权。除此以外,《版权条例》亦有其他条文订定何谓间接侵犯版权,例如管有侵犯版权复制品或进行侵犯版权复制品交易等等。如果要证明某人的作为间接侵犯版权,就必须证明他是在知情的情况下作出间接侵权的行为,即是他知道或有理由相信自己的行为涉及侵犯版权复制品。

如上所述,复制权是版权中的核心权利。值得注意的是,在复制版权作品的个案中,侵权者往往只会复制版权作品的部份,再加以修饰,以图掩人耳目,因此版权法中有“实质部份复制”(sub-

stantial reproduction)的概念。而何谓“实质部份复制”是版权法其中一项最难掌握的概念。版权法的案例指出,版权作品被复制的部份是否构成该作品的“实质部份”,取决于复制的质而非量。举例来说,假设一首乐曲有三十小节,如果某人复制其中的六小节,虽然只占乐曲的一小部份,但若该六小节在整个作品中属于具有原创性及重要性的部份,即有可能属于实质部份复制。

“公平处理”(fair dealing)免责理由的适用条件

由于戏仿作品旨在让公众能认出原作,所以都难免复制了原作用以表达意念的方式,取用了原有作品的实质部份,因而侵犯了原作的版权。法例中所订下“公平处理”(fair dealing)的豁免,只适用于作品(或作品的表演)的批评和评论。《版权条例》第39(1)条订明:“为批评或评论某一作品或另一作品或批评或评论某一作品的表演而公平处理该某一作品,只要附有足够的确认声明,即不属侵犯该某一作品的任何版权,而就已发表版本而言,亦不属侵犯其排印编排的版权。”从第39(1)条的字眼可见,如果批评或评论的对象不是作品,而是其他人物或事物,公平处理的免责条文便不适用。

戏仿作品及讽刺作品多以滑稽惹笑、夸张模仿、讽刺嘲弄的手法,表达作品中的意念,而甚少以作品评论为目的,是故意的复制;其中加添的原创部份,或在抄袭原作时展现的创意,在法

律上并不构成任何辩解理由。

参考美国行使的公平使用 (fair use)免责条文

有评论指出公平处理的免责条文,不足以保障戏仿作品及讽刺作品这类所谓“第二次创作”的自由,于是建议参考美国的“公平使用”(fair use)免责条文,以为所有第二次创作均属于公平使用的例外情况,但其实这与事实并不相符。

在美国宪法下,自由表达的权利并不凌驾于版权执行之上。美国行使的公平使用条文并没有指明豁免某类性质的作品,更没有为戏仿作品或讽刺作品订定具体的免责条文。美国《1976年版权法》第107条只订明在考虑某项就版权作品的使用是否构成公平使用时,应顾及以下四项因素:其一,该项使用的目的和性质,包括是否属商业性质或作非牟利教育用途;其二,该项版权作品的性质;其三,就版权作品的整体而言,该使用部份的比例和重要性;最后,该项使用对该版权作品的潜在市场或价值的影响。

美国法院在裁定公平使用的免责辩护是否适用时,不论该项使用的性质,都必须考虑第107条所订明的开放性准则。以下几项案例可以反映美国法院对于所谓第二次创作的取态。

Rogers 对 Koons 摄影师罗哲斯(Rogers)为一对夫妇拍摄了一张抱着八只小牧羊犬的黑白照片,命名为“Puppies”。雕塑家昆斯(Koons)从罗哲斯的作品中取得灵感,于是模仿该照片制作了一具名为“String of Puppies”的雕塑,其中带一点嘲讽的元素,例如丈夫的头上放了一朵花、牧羊犬的鼻子是发亮的。昆斯被控告侵犯

原创照片的版权,法院裁定他的雕塑不属于戏仿作品,原因是该版权照片本身并非戏仿对象,而是被用以讽刺作品以外的事物,不属于公平使用。

Campbell 对 Acuff-Rose Music, Inc. 本案的被告将经典歌曲“*Oh, Pretty Woman*”改编成一饶舌版本,美国最高法院认为这是针对版权作品本身的改编,裁定这改编作为戏仿作品。本案亦阐明了转化(transform)的概念:如果改编作为原创作品注入足够的创意,达至转化(transformative)的程度,则改编作本身可被视为一项新创作。再者,由于转化作品本身属于对原创作品的评论,因此它亦符合戏仿作品的概念。美国最高法院同时指出,戏仿作品就算是属商业性质,也不就等同不属于公平使用。

Leibovitz 对 Paramount Pictures Corp. 本案的涉嫌侵权作是电影《*白头神探3*》(*Naked Gun 33 1/3: The Final Insult*)的一张宣传照,其风格模仿女演员黛米·摩尔(Demi Moore)一张近乎全裸的怀孕照,由饰演戏中男主角的莱斯里·尼尔森(Leslie Nielsen)摆出相同姿势,以营造滑稽惹笑的效果。尽管这是对原创版权作品的商业利用,但美国法院裁定这是属于公平使用版权作品的戏仿作品。

有评论指出美国法院在这类侵权案

件的判决上并不一致,原因或许是这样案件多涉及法院对某项使用性质的定性判断。但从上述案例可以归纳出一项清楚的原则:如果戏仿作者借用原创作品来营造戏仿的效果,但他所针对的是原创作品以外的主题,或是以戏仿作品为武器,来嘲讽攻击某些人物事物,公平使用的免责条文便不适用。换言之,即使在美国等公平使用条文适用的司法管辖区,受网民推崇的所谓第二次创作也不一定属于公平使用而免去侵权责任。

结语

总结而言,版权法所针对的不是讽刺或挖苦行为本身,而是保障版权拥有人禁止他人复制其版权作品的合法权利。如果戏仿作品作者的目的是评论原创作品以外的主题,例如是讽刺时弊,嘲讽政治人物等,那根本没有使用他人版权作品的必要,法律并不需要为这种所谓“创作自由”而牺牲或削弱版权拥有人的合法权利。如版权拥有人并不介意作品被用作所谓第二次创作的材料,亦可应邀授予予使用者。为了一时之快,未经同意而强行侵犯他人版权,以博取网民的喝采的所谓第二次创作者,理应对不愿授予使用权的版权拥有人负上民事责任。●



视角

●文/杨奕

“免于刑事处罚” 对外资企业高管的影响



杨奕:上海胡光律师事务所律师

一、外资企业及高管 的刑事风险

基于对中国法律法规的陌生,外资企业在商业活动中的不当操作不时触发刑事风险。我国刑法对常见的商业相关犯罪(例如非法经营罪)多实行双罚制,因此,外资企业董事、监事、高级管理人员(下称“高管”)与公司同时遭受调查、被提起公诉的情况时有发生。

中国的刑事诉讼实行两审终审制,如果一审被判决为有罪,被告人在接到判决书次日起十日内有权提出上诉,人民检察院在同样的期限内亦有权提出抗诉。如果上述期限内没有提出上诉和抗诉,则一审判决生效。一审或二审判决生效后,如果被告人被判有罪,将在司法机关留有犯罪记录。如果被告人虽被判有罪,但被免于刑事处罚,则并不属于刑法意义上“受过刑事处罚的人”。

在刑事审判实践中,单位犯罪成立

的情形下,负有领导责任或直接责任的高管一般不能免罪。这样的审判实践模式通常使无罪辩护策略很难奏效;此时,选择轻罪、轻刑的辩护策略可能更加实际。上述情形下,“免于刑事处罚”的有罪判决通常属于有罪辩护的较理想结果——因为此种判决对被告人的工作和生活冲击相对较小。在获得免于刑事处罚的判决结果后,被告人往往急于了解判决的法律后果和对其人身、财产的影响。律师如果能够有针对性地提供一份简要但全面的法律分析,将为客户提供日后工作和生活的重要指南,并助其度过有罪判决后的难关。为此,笔者简要介绍当外资企业高管被认定有罪但免于刑事处罚时,此种状况对高管本人及所属企业可能造成的影响。

二、免于刑事处罚及其法律后果

(一)人身自由与司法后果

免于刑事处罚的判决生效后,高管的人身自由不受限制,人民法院依法将及时解除高管的刑事强制措施(如取保候审)、及时进行通知、并退还保证金(如有)。但在人民法院完成解除刑事强制措施的手续之前,高管仍然受到该强制措施的约束。

被免于刑事处罚的高管以后再次犯罪的,不属于累犯;但法院可能将该犯罪记录作为酌定从重处罚的情节加以考虑。根据《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部关于加强协调配合积极推进量刑规范化改革的通知》,“被告人一贯表现”属于应该注

重查明的酌定量刑情节之一。

(二)就业——高管任职与劳动合同
根据相关规定,公司、商业银行高管因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产罪或者破坏社会经济秩序罪(下称“经济犯罪”)被判处刑罚的,公司、商业银行应当解除其职务。对此,我国公司法第147条规定:“有下列情形之一的,不得担任公司的董事、监事、高级管理人员:……

(二)因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序,被判处刑罚,执行期满未逾五年,或者因犯罪被剥夺政治权利,执行期满未逾五年;……公司违反前款规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的,该选举、委派或者聘任无效。董事、监事、高级管理人员在任职期间出现本条第一款所列情形的,公司应当解除其职务。”同样的,我国商业银行法第27条规定:“下列情形之一的,不得担任商业银行的董事、高级管理人员:(一)因犯有贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产罪或者破坏社会经济秩序罪,被判处刑罚,或者因犯罪被剥夺政治权利的……”

高管因各类犯罪被判处刑罚或被剥夺政治权利,执行期满未逾一定期限的,不得担任法定代表人。《企业法人法定代表人登记管理规定》第4条规定:“有下列情形之一的,不得担任法定代表人,企业登记机关不予核准登记:……(四)因犯有贿赂罪、侵犯财产罪或者破坏社会主义市场经济秩序罪,被判处刑罚,执行期满未逾五年的;因犯有其他罪,被判处刑罚,执行期满未逾三年的;或者因犯罪被判处剥夺政治权利,执行期满未

逾五年的……”

被免于刑事处罚的高管因实际未受“刑事处罚”，故不受上述限制。但保险机构高管构成经济犯罪且免于刑事处罚的，自判决生效之日起3年内不得任职。《中国保险监督管理委员会关于明确保险公司案件责任人员任职资格管理有关事项的通知》规定：“二、保险公司拟任董事、监事和高级管理人员有下列情形之一的，中国保监会及其派出机构不予核准其任职资格：……（三）因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序等经济犯罪，构成犯罪但免于刑事处罚，自判决生效之日起未逾3年……”

根据我国劳动合同法相关规定，劳动者被依法追究刑事责任的，用人单位可以解除劳动合同。由于上述规定不具有强制性，所以用人单位可以继续与免于刑事处罚的高管保持劳动关系。例外的是，关于保险机构高管的任职与劳动合同的规定比上述规定更加严格。《保险机构案件责任追究指导意见》第9条规定：“对导致案件发生的直接责任人，在核清违法违规事实后，属公司员工的，按规定程序和标准，追究其责任，构成犯罪的，一律开除。”

（三）就业——就业证与社会保险

如果高管是外国人、台港澳人士，在中国大陆就业需要办理就业证。根据《外国人在中国就业管理规定》第七条：“外国人在中国就业须具备下列条件：……（三）无犯罪记录……。”由此可见，“无犯罪记录”是外国人在中国就业的必备条件，但对台港澳人士无此要求。因此，被免于刑事处罚的外国

人高管在就业证申领或延期时，可能会面临障碍——例如，外国就业申请人可能被要求提交其本国政府出具并经公证和领事认证的无犯罪记录证明。

在社会保险方面，并无关于刑事责任的特殊规定。因此，持有有效就业证且用人单位愿意与其保留劳动关系的高管，一般均可参加社会保险。

鉴于各地对外国人、台港澳人士办理就业证、参加社会保险的政策有所不同，很多地方灵活性较大，建议被免于刑事处罚的高管遇到上述问题先咨询当地专业服务机构或政府管理部门。

（四）专业资格

受到刑事处罚的高管申请、获得某些专业资格时将受到限制。例如，受到刑事处罚的人不得担任外国律师事务所驻华代表机构的代表和首席代表；在一定期限内不得申请注册会计师、注册税务师；因故意犯罪受到刑事处罚的人不得参加司法考试或获得律师职业资格。

安全生产合规方面，受到刑事处罚的人不得担任注册安全工程师。广东省还建立了注册安全主任制度，受到“刑事处罚”的人将被注销注册安全主任资格。

被免于刑事处罚的高管不受到上述限制。但针对注册安全主任，相关法规并未明确“刑事处罚”是否包括免于刑事处罚的情况。为此，我们向广东省和深圳市两级安全生产监督管理部门进行了咨询，上述主管部门未能对此提供解释，也没有办理过根据上述规定注销注册安全主任资格的案例。为避免风险，不建议担任被免于刑事处罚的高管担任这一职务。

需要注意，受限于法律规定，外国人仅能申请、获得以上提及的一部分专业资格。

（五）出入境

被免于刑事处罚的高管可以出境。外国人高管在申请中国签证时需要披露在中国或其他国家有无违法记录，签证机关在决定是否签发签证时会考虑上述情况。

在台港澳高管申请来往内地通行证方面，有罪判决生效后，根据有关规定，台湾人士应当立即被遣送出境，且以后的申请不予批准。《中国公民往来台湾地区管理办法》第二十二条规定：“申请来大陆的台湾居民有下列情形之一的，不予批准：（一）被认为有犯罪行为的……。”该办法第四十条规定：“来大陆的台湾居民违反本办法的规定或者有其他违法犯罪行为的，除依照本办法和其他有关法律、法规的规定处罚外，公安机关可以缩短其停留期限，限期离境，或者遣送出境。有本办法第二十二条规定不予批准情形之一的，应当立即遣送出境。”但1992年5月1日



实施的“公安部关于执行《中国公民往来台湾地区管理办法》第六章有关问题的通知”在“三、处罚的适用”中规定：“……缩短停留期限、限期离境、遣送出境适用于违反《办法》情节严重，或者经多次处罚、教育仍不悔改，或者有其他违法犯罪行为经处理后，不宜继续在大陆停留、居留的人员。执行中，应当根据实际需要选择运用。”相比之下，香港、澳门人士的申请被拒绝批准的可能性较小。

（六）个人财务——购房与贷款

免于刑事处罚不影响高管购买不动产，但在申请贷款时有可能受到限制或被银行拒绝。根据中国人民银行的相关规定，借款人如果有“严重违法经营行为的”，将不能获得贷款。对此，《贷款通则》规定：“二、借款人有下列情形之一者，不得对其发放贷款：……（七）有其他严重违法经营行为的。”

（七）告知义务与披露要求

高管的刑事责任涉及个人隐私。法定的如实告知义务只针对特定情况：刑法要求受过刑事处罚的人在入伍、就业时如实向有关单位报告自己曾受过刑事处罚。我国刑法第一百条规定：“依法受过刑事处罚的人，在入伍、就业的时候，应当如实向有关单位报告自己曾受过刑事处罚，不得隐瞒。”劳动合同法要求劳动者向用人单位如实说明与劳动合同直接相关的基本情况。我国劳动合同法第八条规定：“……用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。”被免于刑事处罚的高管并不负有上述刑法规定的告知义务，一般也无义务向用人单位说明，除非刑事责任涉及到工作的履行或与工作有关的专业资格。

不同单位或个人都有可能提出披露要求，并非每一项披露要求都有法律依据。此外，未来相关规定亦可能出现变化。一般来说，如果被要求披露是否受过“刑事处罚”，被免于刑事处罚的高管可以回答“否”；如果被要求披露是否有“犯罪记录”或是否受过“处罚”，建议高管首先寻求法律意见。●

视角

●文/肖磊 王俊彦

“低碳法务”律师在低碳经济领域的角色和作用



肖磊：上海市捷华律师事务所低碳法律事务部部长、律师



王俊彦：上海市捷华律师事务所低碳法律事务部律师

“低碳法务”，作为一个全新的法律服务领域，我们定义为：在低碳经济背景下的节能减排法律服务新模式，即根据项目类型与性质、项目法律差异性、客户需求多样性等因素，以全程法律服务或多点介入等方式为客户提供个性化动态法律解决方案。其特征体现为：法律项目类型化、客户需求多样化、服务方案定制化、律师介入动态化。由此可见，“低碳法务”律师在低碳经济领域项目运作中所体现的角色和作用与传统诉讼及非诉讼法律服务截然不同。

一、总协调师：“低碳法务”律师新角色

推行低碳经济是一项系统工程，需要全社会通力合作。行政手段是引导，法律手段是规则，经济手段是平衡。在节能减排项目中，“低碳法务”律师在整个法律服务过程中的定位是协调、协商与沟通的角色，不仅仅只是传统意义上代表一方当事人事后通过诉讼或仲裁的方式解决纠纷或者以非讼律师的身份提供某项单一法律服务。低碳项目的复杂性在于，不论是节能还是减排项目，所涉及参与的法律主体众多、运作环节复杂、可变因素不确定，这就需要作为第三方参与的“低碳法务”律师通过其法务和商务能力，运用诉讼与非诉讼手段，起到全程协调各方权利义务及

利益并保证项目顺利实施的作用,我们称之为“总协调师”角色。

以我国政府力推的合同能源管理(EPC)新型节能项目为例,一般涉及政府部门、项目业主、节能服务公司(EMCo)、设计单位、供货商、施工单位、监测单位、金融机构、担保公司、保险公司等一系列法律关系主体,整个相互关系不是一份项目合同所能体现和涵盖的,而是需要建立一个合理的合同体系来平衡和协调的。从项目运行环节来讲,EPC项目流程包括能源审计、方案设计、项目融资、设备采购、项目施工、项目管理、人员培训、项目监测等多个环节。每一个环节体现不同的主体和法律关系,需要“低碳法务”律师及时跟进协调各环节相关利益方的权利义务,但同时又必须把握该环节与其它环节的关系,避免产生矛盾和冲突,造成当事人不必要的损失。再者,主体多环节多必然带来不确定或可变因素多。EPC项目从能源审计开始便是环环相扣,牵一发而动全身。任何一个环节或因素的变化就要求“低碳法务”律师必须具备总协调的能力,从全局出发,对整个项目法律体系作出及时的预判和合理调整。如果不可避免地产生争端无法通过非讼方式解决,还需要运用诉讼或仲裁方式辅助项目整体协调。

同时,从政府与EPC项目的角度来看,“低碳法务”律师的角色定位也是十分必要的。政府推动节能减排工作的角色转型,意味着政府让权给市场,其只作指标性方向引导。这必然需要低碳领域专业律师作为第三方充当政府与项目实施间的协调人和纽带,通过律师的规则运作和政策解读引导各利益方规范操作、共同发展,并确保项目顺利完成达标。反过来,“低碳法务”律师又可以将合格优质规范的EMCo推荐给政府相关部门对接后续项目。低

碳专业律师对EMCo的推荐并非只建立在纯门槛式的文件条件基础上,而是通过在实际节能项目运作过程中对EMCo表现和绩效的观察和筛选。一样的一个实事求是的过程有利于政府真正了解市场主体和实际情况,避免了政府因放权而可能导致的市场乱象。另外,在企业申请政府优惠政策和奖励资金的环节,低碳专业律师的介入也可以很好地保证政府优惠政策起到实际效果,正面促进相关企业的积极性,因为多数情况表现为:政府不了解项目情况,企业误读政策真意。

二、全方位风控:律师作用护航节能减排

由于中国的节能市场尚处于成型期,许多制度尚未完善。近年来,各级政府大力推广EPC模式助推节能产业发展,前景广泛但问题也不少。

首先,节能服务产业尚不成熟,无完善的行业规范及相应的奖励资金配套政策,诸如服务标准、节能量监测和认定方法、合同规范等,需从政策法规源头加强规范、治理、理顺。以上种种原因致使目前推动节能降耗存在一定的困难和障碍,其中包括用能单位开展EPC项目的积极性不高,动力不足、奖励门槛较高不能很好地吸引企业积极降能降耗等亟待解决的问题。其次,目前社会信誉环境不利产业发展。节能项目双方存在信任危机,履约风险巨大,项目合同更改频繁,难以真正全面履行。其三,节能项目融资风险大,金融机构动力有限。虽然包括兴业银行、浦发银行在内的国家金融机构创设了诸如未来收益权质押等新兴金融衍生品关注EPC项目市场,但以中小型、轻资产为特征的EMCo族群是目前市场主流,金融机构在资产实质性认定、信用额度分配、新型金融衍生品适用等方面疑虑

重重。其四,节能项目参与方法律风险意识不足,政策法规时常误读。我国近年来在法规尤其是政策层面颁布了一系列规定,例如法律层面的《节约能源法》《循环经济促进法》《电力法》、《环境影响评价法》和《环境保护法》等,以及政策法规层面的《关于加快推进合同能源管理促进节能服务产业发展的意见》《合同能源管理项目财政奖励资金管理暂行办法》《合同能源管理技术通则》《关于财政奖励合同能源管理项目有关事项的补充通知》、《关于促进节能服务产业发展增值税、营业税和企业所得税政策问题的通知》等。但由于缺乏专业律师介入导致相关政策法规理解不清,使用不当,某些优惠政策未享受到位,也导致政府助推节能产业进程大打折扣。比如,涉及EPC节能改造和传统节能技术改造两类项目的国家政策法规虽有重叠但也有众多各自特有的规则。EPC项目分三种基本类型和八大实施步骤,其中以节能效益分享型为国家政策法规的主要支持对象,而国家对传统技改的支持则主要按技术类型作区分且力度没有EPC项目大。也就是说,企业如果对项目实施类型和模式选择失当,对其中的运作规则和政策针对性理解不明,自然无法很好地享受优惠政策。

具体而言,“低碳法务”律师作用主要体现在以下三方面:其一,政策解读,合规审查。虽然节能服务行业规范不尽完善,但现实存在的国家相关法规政策已可谓纷繁。节能项目各方,包括政府自身,时常感到无所适从,因为政策法规的源头部门涉及面较广。区级优惠政策与市级、国家级政策的差异性,导致申请单位理想很美好,现实很残酷。我方案例中便出现过因EMCo未作前期项目申报、申报政策方向误判或申报材料不符规范等情况而导致政府奖励资

金无法到位,企业错失良机。例如,在帮助一家在沪注册而项目在外省的 EM-Co 申请节能项目国家奖励政策时,由于其对各地政策错误理解,未事先在外省当地申请项目备案,上海又不是项目实施地,且其又不是国家级节能备案单位不能享受一地注册、项目全国皆可适用优惠政策的待遇,结果是政府和企业皆头疼无助。其二,深入项目,规避风险。专业低碳律师的多点介入,在项目的前期、中期、后期提供全程法律风控,确保项目顺利实施,为政府推行节能减排项目提供法律帮助。节能减排项目在实施过程中都会出现各样问题,兼有惯常性问题和突发性问题,最终可能导致项目夭折或延期。拿饭店中央空调和卫生热水节能改造项目来说,贵州饭店 EPC 节能改造项目中便遇到因为 EMCo 和业主方因节能率计算方式在合同中没有明确定义,导致效益分享时因利益分配产生重大纠纷。EMCo 认为节能率计算应以主要能耗设备——中央空调为准,而项目业主则认为应该包括所有能耗设备,计算综合节能率,两种算法产生重

大差异。最终,通过律师前期设计的运行过程双签制度和证据固定制度方得以解决。其三,适时监控,规范市场。因“低碳法务”律师在节能减排工作中可以很好地充当政府和企业间的纽带作用,一方面,专业律师因具备参与多个相关项目的丰富经验,而且清晰市场现状,明确各方利益,深悟政府目标,兼具综合素质,能够成为绝佳的政府目标和理念的宣传推行者和实施监控人。比如,其可通过对企业和项目进行尽职调查,对优惠政策申报材料进行前期甄别,杜绝假借乱项目的出现。同时其可引导项目各方把握项目运行符合政府宏观要求和微观操作,理顺节能减排市场关系,配合政府促之规范化、有序化。

律师的介入能够协助政府规范、高效地发展节能产业,实现“十二五”规划指标,实现“美丽中国”的生态文明目标;而对 EMCo 来说,律师的介入不仅可以做到传统的法律风险的规避与控制,保证整个 EPC 项目顺利实施,更重要的是律师可以凭借其独有的服务网络优势,为 EMCo 搭建一个更高

端、更广阔的节能平台,这个平台不仅包括业主、技术方、律师,还会将政府、金融、保险、担保等各方面最优质的资源整合在一起,最终目的是确保我们最优质的 EMCo 能够拿到最优质的项目,并且能够高效、顺利地实施。另外,近期,深圳、天津相继出台了有关碳交易的市场规则,作为我国重点碳交易试点区的上海也将于年内出台碳交易规则。国内碳交易市场的形成虽然目前还处在婴儿期,但其前景不可小觑,从国际上盛行的清洁发展机制(CDM)项目交易的情况来看,各国都将其视为推动经济发展、提高国家影响力的新方向、新动力。基于我们对国际碳交易的实践经验,我们有理由相信,其必将成为政府未来的工作重点之一,但其同时也是风险高发区,我国众多参与过碳交易的企业都为不熟悉与其相关的市场交易法律法规、交易惯例与流程而付出了惨痛的代价。只有充分定位和发挥“低碳法务”律师在低碳经济领域的角色和作用,方能达到风险可控化、纠纷和谐化、项目安全化、权益多赢化。●





视角 ●文/卢意光

药品检验与假药法律关系探析



卢意光：上海市康昕律师事务所律师，上海市律师协会医疗卫生业务研究委员会主任

药品检验分为强制性检验和企业自检，假药分为法律意义上的假药和技术意义上的假药。应当进行强制性检验而未检验即销售可以认定为假药，企业没有自检或虚假自检即销售的，不宜一律认定为假药，在送药品检验机构确定为成份不符、变质或被污染后，才能依法认定为假药。

一、问题的提出

(一)案情介绍

2012年8月，某中药饮片企业收到当地药品监督管理局（以下简称药监局）出具的《立案通知书》，认为“经初步调查，你单位销售假药的行为，涉嫌违反了《中华人民共和国药品管理法》第48条第1款的规定，决定对你单位立

案调查。”同时，该企业成品库被查封30天，期间不得销售，企业因此陷于停顿。2012年9月，当地药监局出具《查封延期通知书》，延长查封期限的理由是：案情复杂。

该企业认为当地药监局执法不当，理由是未经全检的中药饮片不能依法认定为假药；另外，根据目前行业现状，中药饮片无法进行全检。

(二)争议要点

本案争议要点为：未经全检的中药饮片是否可以依法认定为假药？

至少存在两种截然相反的观点：第一种观点认为：应当认定为假药。理由是我国《药品管理法》第12条规定：“药品生产企业必须对其生产的药品进行质量检验”，同法第48条第3款规定：“依照本法必须检验而未经检验即销售的”按假药论处，所以，未经全检的中药饮片应当认定为假药；第二种观点认为：我国《药品管理法》第48条第3款规定的“依照本法必须检验”指的是强制性检验，而非企业自检，否则，完全可以规定为“未经检验即销售的”按假药论处。

2011年2月25日通过的我国《刑法修正案（八）》将生产销售假药罪修改为“生产、销售假药的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金”，也就是说，将以前生产销售假药罪由危险犯改为行为犯，只要生产、销售假药，都可能涉嫌犯罪。如果未经全检的中药饮片被认定为假药，也将涉嫌犯罪被追究刑事

责任。

所以，有必要对此问题从法律层面进行深究。

二、我国药品检验的现状

(一)目前有关药品检验的法律规定

药品，是指用于预防、治疗、诊断人的疾病，有目的地调节人的生理机能并规定有适应症或者功能主治、用法和用量的物质，包括中药材、中药饮片、中成药、化学原料药及其制剂、抗生素、生化药品、放射性药品、血清、疫苗、血液制品和诊断药品等。

药品关乎到每个人的生命健康，其质量安全一直受到公众的高度关注。药品不同于其他食品或保健品，其本身具有一定的毒副作用；在使用时，针对不同病种，其含量、用法均有严格区分；而且，药品用于本身患有疾病、身体虚弱的人群，所以，药品质量应当严格管控，以确保用药安全。

对于药品检验，我国《药品管理法》有明确的规定。

1、我国《药品管理法》第12条：“药品生产企业必须对其生产的药品进行质量检验；不符合国家药品标准或者不按照省、自治区、直辖市人民政府药品监督管理部门制定的中药饮片炮制规范炮制的，不得出厂。”

2、我国《药品管理法》第41条第1款：“国务院药品监督管理部门对下列

药品在销售前或者进口时,指定药品检验机构进行检验;检验不合格的,不得销售或者进口:(一)国务院药品监督管理部门规定的生物制品;(二)首次在中国销售的药品;(三)国务院规定的其他药品。”

第12条是关于企业自检的规定,第41条是强制性检验的相关规定。

在《药品管理法》对药品检验进行规定的基础上,相关规章、地方性法规、规范性文件进行了更为具体的规定,如《药品生产质量管理规范》、《药品GMP认证管理办法》等。

(二)药品实际检验情况

1、强制性检验:即我国《药品管理法》第41条第1款规定的三种药品,一律由药品检验机构检验后销售:(一)国务院药品监督管理部门规定的生物制品;(二)首次在中国销售的药品;(三)国务院规定的其他药品。对于强制性检验品种、项目及机构,由于与本文争议要点关系不大,故不论述。

2、企业自检:

(1)部分药品标准还在逐步制订和完善中,企业自检与其接轨还需磨合期

基于我国《药品管理法》第12条的规定,药品生产企业一般都设立药品检验部门,检验的标准依法应当为国家药品标准,即国务院药品监督管理部门颁布的《中华人民共和国药典》和药品标准。但由于历史原因,部分中药饮片、医疗机构制剂以及民族用药等部分药品标准还在逐步制订和完善。以下以中药饮片为例进行说明。

从1953年我国第一部《药典》由卫生部编印发行以来,至今共修改九次,最后一次是2010年第九版。在《药典》刚开始制订之时,中药饮片并没有作为重点予以刊载,所以,中药饮片是按照国家《中药饮片炮制规范》以及各地区自己的标准,且主要是各省、自治区、直辖市

自行制订的中药饮片炮制规范的要求进行生产、检验。后来,随着技术的进步以及行业的发展,中药饮片的监督管理逐步强化,特别是2010年第九版的《药典》,大幅度的增加了中药饮片,收录的品种基本覆盖《国家基本药物目录》的品种,收录的中药饮片标准达到822种。

这就导致中药饮片行业出现普遍性问题,大量的生产企业不能提供全检报告。比如2012年8月27日,江苏省食品药品监督管理局就发文要求:“提高中药饮片和中成药生产企业的检验能力。要督促企业完善产品质量控制体系,进一步配备与所生产品种相适应的检验检测设备,配齐配强检验检测人员,直至在一定期限内具备自检能力。”所以,从目前实际情况来看,中药饮片企业完全依照药品标准进行全项检验还需要一个磨合期。

(2)企业自检更多依赖于企业自律,检验结果受制于各种主客观因素

企业自检是指企业自设药品检验部门,对所生产的成品进行检验。由于检验过程中,无法避免受到各种主观及客观因素的影响,造成检验结果可靠性发生争议。主要表现在以下几个方面:

第一、各企业对质量检验的重视程度不同:企业的质量检验费用属于成本的一部分,如果对该部分成本过于压缩,将导致质量检验结果受到影响。如有的企业不按照要求购买新的质检仪器,对于无能力检验的项目不按要求委托检验等,导致企业在药品质量管理上存在漏洞;

第二、质检人员的业务水平及责任心不同:有的质检人员对标准不理解、先进仪器不会操作、精密仪器不能正确使用,部分企业在GMP认证以后,质检人员流动频繁,新进人员难以掌握药品检验标准和方法,使药品检验存在隐患;

第三、检验仪器陈旧落后:许多企业

检验仪器设备不齐,尤其缺少原子吸收分光光度计、红外分光光度计、气相色谱仪、薄层扫描仪、集菌仪等;

第四、不按要求进行全项检验:由于没有仪器设备、没有标准品,特别是中药饮片生产企业在重金属、有害元素、农药残留等方面不能全项检验;

第五、质量管理上的问题:有的未经全检即放行,有的不严格依照药品标准进行检验,对标准品试剂不按规定管理,质检工作管理不规范,不按照检验规范操作等。

以上各种主客观因素影响下得出的质量检验结果,其可靠性、客观性均受制于企业自身,所以,难以作为唯一依据来判定企业所生产的药品是否符合质量标准。

三、药品检验与假药的认定

(一)认定假药的法律依据

我国《药品管理法》第48条第2款对假药的规定为:“有下列情形之一的,为假药:(一)药品所含成份与国家药品标准规定的成份不符的;(二)以非药品冒充药品或者以他种药品冒充此种药品的。”

同法第48条第3款规定按假药论处的情形有:“(一)国务院药品监督管理部门规定禁止使用的;(二)依照本法必须批准而未经批准生产、进口,或者依照本法必须检验而未经检验即销售的;(三)变质的;(四)被污染的;(五)使用依照本法必须取得批准文号而未取得批准文号的原料药生产的;(六)所标明的适应症或者功能主治超出规定范围的。”

与本文有关的是“依照本法必须检验而未经检验即销售的”按假药论处。结合本文之前的案情介绍和争议要点,可以将问题归纳为:“依照本法必须检验”的药品是指第41条规定的特殊药

品还是指第 12 条规定的所有药品?如果是前者,则未经企业自检即销售的药品不应认定为假药,本文案情介绍中的药监局执法不当,法律依据适用错误;如果是后者,则执法依据正确。

笔者认为前者,即“依照本法必须检验”的药品是指第 41 条规定的特殊药品,而非指所有药品,并认为案情介绍中的药监局执法不当。理由如下:

1、我国的最高立法机关,全国人民代表大会的官方网站专设“法律释义与问答”,在法律释义之行政法类下,有《中华人民共和国药品管理法释义》。其中,对 48 条第 3 款第 2 项的解释为:“2. 依照本法必须批准而未经批准生产、进口,或者依照本法必须检验而未经检验即销售的药品。包括未依法取得《药品生产许可证》、药品批准文号生产的药品;医疗机构未取得《医疗机构制剂许可证》、未取得制剂批准文号而配制的制剂;未经依法批准进口、取得药品注册证而进口的药品,以及违反本法第四十一条的规定,未经国务院药品监督管理部门指定的药品检验机构进行销售前强制检验即销售或者进口的药品等,都属于应按假药论处的药品。”

因此,“依照本法必须检验而未经检验”指的是违反我国《药品管理法》第 41 条的规定,未经国务院药品监督管理部门指定的药品检验机构进行销售前强制检验。

2、即使全国人民代表大会没有解释,从“依照本法必须检验而未经检验即销售的”的法条也可以看出,“依照本法必须检验”指的是部分特殊药品,不是指全部药品,如果指全部药品,那么,该条文表述为“未经检验即销售的”即可,不必加上“依照本法必须检验”的限定。

3、在上述《中华人民共和国药品管理法释义》的第一部分:“绪论药品管理

的法律依据”中,全国人大就要求:“药品管理必须依法进行。这种监督管理并不是随意进行的,而是严肃地、有规范地实施的。它必须有充足的法律根据,一方面是监督者凭借其能行使监督管理的权力,另一方面则是对被监督者具有约束力而得以遵守。……如果离开法制的轨道,药品管理将是力量不足的,也是很难具有权威性的。因为,药品管理应当是依法实施的管理行为,是法律授权进行的监督。所以,药品管理只能以法制为基础,以法律为依据。这是监督管理者与被监督者所必须尊重和遵守的基本原则。”

全国人大还要求:“药品管理法是药品管理的法律依据,对于这部为药品管理法制轨道奠定基础的,药品的监督管理者和被监督管理者都必须做到:正确地理解这部法律,正确地解释这部法律,严格地遵守这部法律。法律是严肃的,法律的内容是以法律条款来表现的,应当防止为了维护这样或者那样的不正常的、不正当的利益,而曲解法律,甚至违背法律的立法原意,以致误导。”

(二)假药的法律責任

药品安全,关乎生命与健康,假药的社会危害性无须赘述。近年来,我国生产销售假药行为非常猖獗,发生了多起假药案件,如 2006 年“齐二药制售假药案”导致 11 人死亡等。

因此,刑法修正案(八)对生产销售假药罪进行了修正,见于第 23 条:“将刑法第一百四十一条第一款修改为:‘生产、销售假药的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;致人死亡或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处罚金或者没收财产。’”不难看出,一旦认定为生产、销售假药,生产企业将

涉嫌刑事犯罪。这与刑法修正前对假药的处罚明显不同。刑法修正前,生产、销售假药,足以严重危害人体健康,或对人体健康造成严重危害,或致人死亡,才构成犯罪。

刑法修正以后,假药从危险犯、结果犯转变为行为犯,即只要生产、销售假药,无论是否有危险或结果,均以犯罪论处。也就是说,对生产、销售假药的打击力度明显加大。

(三)未经企业全检或虚假自检的药物不宜一概认定为假药

毋庸置疑,未经强制性检验即销售的药品应当以假药论处。但是,违反我国《药品管理法》第 12 条,未经企业全检或虚假自检则不宜一概认定为假药。理由如下:

1、药品的质量形成于整个生产过程,而非检验出来的

目前,全世界各国已经达成共识,必须实行药品生产质量管理规范。GMP 是英文 Good Manufacturing Practice 的缩写,中文的意思是“良好作业规范”,或是“优良制造标准”,是一种特别注重在生产过程中实施对产品质量与卫生安全的自主性管理制度。它是一套适用于制药、食品等行业的强制性标准,要求企业从原料、人员、设施设备、生产过程、包装运输、质量控制等方面按国家有关法规达到卫生质量要求,形成一套可操作的作业规范帮助企业改善企业卫生环境,及时发现生产过程中存在的问题,加以改善。

我国 2010 年修订的《药品生产质量管理规范》(简称药品 GMP)第 2 条规定,企业应当建立药品质量管理体系。该体系应当涵盖影响药品质量的所有因素,包括确保药品质量符合预定用途的有组织、有计划的全部活动。

在检验之前,药品质量已经客观存在,并由药品 GMP 予以规范和控制。

2、检验本身具有局限性

在检验时，对每批次产品的每一特定药品（基本包装）进行逐一检验是不可能的，通常只能进行抽样检验。抽检的规范性、随机性、有限性，决定着检验结果的客观性和代表性。检验结果是具有统计学意义的数据，该次产品合格与不合格是通过概率表达的，没有绝对的结论。很多情况下，检品经过检验后本身已经失去了使用价值，而用于患者的是那些没有经过检验，仅通过抽检的结果推断合格的药品。由此，批产品质量与（特定）产品质量未必一致。抽样检测的局限性，以及标准本身的问题，要求我们必须正确对待检测的作用。出厂检验实际上是在严格的生产管理、质量控制之后，再次把关以发现问题。

3、企业自检结果不能作为药品是否合格的法定证据

证据必须具备真实性、合法性、关联性，作为刑事案件的证明标准，要求排除其他一切可能性。显然，在生产销售假药罪案件中，如果以企业自检结果来认定

药品是否合格，将导致法律适用上严重的混乱。第一、刑法的基本原则之一就是刑法适用平等，如果不论药品本身品质是否合格，仅仅以是否自检作为是否受到刑事处罚的依据，将导致严重的不公平；第二、企业自检是企业自身的行为，受诸多主客观因素的影响，如上文中提到的企业设备、人员、管理等影响，更为严重的是，如果企业自检能作为药品合格的法定证据，很可能会鼓励虚假自检。

（四）企业未经自检或虚假自检即销售药品的法律责任

对于企业违反我国《药品管理法》第12条，未经自检或虚假自检即销售药品的行为，虽然不认定假药，但是，并非不受法律制裁，可以肆意而为。

1、违反药品GMP的行政责任

我国《药品管理法》第79条规定，药品的生产企业、经营企业、药物非临床安全性评价研究机构、药物临床试验机构未按照规定实施《药品生产质量管理规范》、《药品经营质量管理规范》、药物非临床研究质量管理规范、药物临床

试验质量管理规范的，给予警告，责令限期改正；逾期不改正的，责令停产、停业整顿，并处五千元以上二万元以下的罚款；情节严重的，吊销《药品生产许可证》、《药品经营许可证》和药物临床试验机构的资格。所以，企业不按照GMP要求进行自检的，需要承担行政责任，情节严重的，企业将被关闭。

2、企业违规自检放任药品质量的法律风险

药品生产企业如果没有严格执行自检制度，放任药品流入市场，将面临严重后果。第一、我国《药品管理法》第48条、49条明确规定，药品所含成份与国家药品标准规定的成份不符的为假药，药品成份的含量不符合国家药品标准的，为劣药。也就是说，假如企业生产的药品一旦被检测认定成份不符或含量不符，也将面临行政、甚至刑事处罚；第二、企业不重视自检，放任药品流入市场，不仅受到前述的行政、刑事处罚，一旦造成严重损害结果，也将面临高额的民事赔偿责任。

四、结语

行文至此，笔者需要说明的是，反对未经全检的药品认定为假药，并非为违法行为开脱，损害法律的威严。恰恰相反，未经全检的药品不认定为假药，正是对法律的尊重，特别是对刑法的尊重。众所周知，谦抑性原则又称必要性原则，是刑法立法的基本原则之一，立法机关只有在该规范属必不可少，没有可以代替刑罚的其他适当方法存在的条件下，才能将某种违反法律秩序的行为设定成犯罪行为。刑法是对违法行为的最严厉制裁，如果以随意性很强的企业自检结论作为执法依据，将严重损害刑法的权威，也将导致严重的执法不公平。所以，未经企业自检的药品不宜直接认定为假药。●



案例精析

●文 / 商建刚

简析作品委托创作合同的人身属性

——评“起点中文网诉梦入神机”著作权合同纠纷案



一、案情简介

原告是国内原创文学门户网站“起点中文网”的运营商。被告是一名网络小说写手，以笔名“梦入神机”在网络上发表了多部作品。2010年，原告与被告签订了《白金作者作品协议》、《委托创作协议》，约定被告为原告的专属作者，在协议期间创作的作品，包括所有创作完稿和未创作完稿的著作权均归原告所有。原告认为：协议期内，被告与第三人北京某网络公司（以下简称“第三人”）签订劳动合同，并以“梦入神机”的笔名在第三人运营的“纵横中文网”上发表连载作品《永生》的行为构成违约，要求法院判令被告继续履行与原告签订的两份协议，停止在第三人经营的“纵横中文网”网站上发布其创作作品，确认已创作完成的作品《永生》著作权归属原告，并承担巨额违约金。

二、法律争议焦点

本案争议的法律焦点问题集中在四个方面：1、《白金作者作品协议》是否应当被撤销；2、《委托创作协议》是否应当解除；3、涉案作品《永生》著作权的归属；4、违约金的处理。

三、律师评析

本案案由虽为常见的合同纠纷，但因涉及委托创作作品的著作权归属以及作品委托创作合同中的人身属性等法律问题，因而具有一定的复杂性。文学创作

是一项智力劳动成果的创造活动，受到当今世界各国著作权法的鼓励和保护。文学作品委托创作纠纷案中，法院能否正确认定创作活动的人身属性，直接影响到创作人的创作自由，以及著作权法有关鼓励创作、促进文化繁荣的立法目的。

本案中，原告诉请要求继续履行《白金作者作品协议》、《委托创作协议》，停止在其他网站发布创作作品，并确认涉案作品《永生》归其所有。

针对原告的诉请，笔者代理被告提出如下答辩意见：首先，作品《永生》系这位小说作者在第三人公司任职期间完成的职务作品，相关著作权应归属第三人公司；其次，双方签订的《白金作者作品协议》内容违反了公平和等价有偿原则，协议仅规定了原告的权利（拥有所有已完成和未完成作品的著作权），但原告未能给予任何对价。该合同属于显失公平的，应予撤销。再次，《委托创作协议》仅仅框架性约定了委托创作的合作内容，但未约定作品名称、内容，缺少明确的标的，故《委托创作协议》属预约合同，依法不属于正式合同。最后，原告未基于《白金作者作品协议》支付任何费用，且亦未举证证明其遭受了实际损失，因此要求支付巨额违约金没有事实和法律依据。

此外，笔者还认为，即使上述两份协议合法有效，也不宜适用强制履行。本案中，双方通过协议约定被告为原告的“专属作者”，只能创作“协议作品”，不

得为他人创作作品也不得将作品交于第三方发表。在协议期间义务创作的作品应由原告享有优先受让权，且规定了被告交稿时间和字数等等。这些义务，涉及到被告的创作自由，具有人身属性，在性质上不宜强制履行。如果强制被告履行不得创作协议作品以外的作品，将不符合著作权法鼓励创作的立法目的。因此，法院不应当支持原告这一诉讼请求。

本案经历了一审、二审程序，笔者非常赞同二审有关两份协议不宜强制履行的判定，但难以认同二审法院在一审法院判决基础上提高了3倍违约金的最终判决。从判决书的内容看，二审法院有意通过提高违约金的方式对被告单方面解除合同的行为作出了惩罚，但这种判决思路似乎突破了我国合同法现阶段所遵循的“损害填平原则”。

四、结论

经审理，一审法院判决原被告双方签订的两份协议合法有效，双方应当继续履行；涉案作品《永生》的著作权归属原告；被告立即停止违约行为并向原告支付20万元违约金。

二审法院审理认为，两份协议依法成立有效，但因作品创作行为涉及人身属性，不适用强制履行。最后，二审法院对一审判决作出了改判：判决两份协议解除；涉案作品《永生》著作权归属原告，被告向原告支付60万元违约金。●

（作者单位：北京大成（上海）律师事务所）



高睿静：上海市申达律师事务所律师

新锐手记 ●文/高睿静

栏目组稿人：谭芳 lawyer66@vip.163.com

不知不觉， 我已成了律师

你确定不去银行么？

当我拒掉第二个银行面试时，室友实在忍不住问了我这么一句。

财大法学院本科毕业生的总体就业趋势，与全校趋同，四大、银行和企业财务居多，从事法律相关工作的比例非常低，做律师的更是少得可怜。近年来日益严峻的就业形势，也使得工作相对稳定的银行成了许多女生的理想选择，可我也不知道是哪借来的胆，自从知道自己通过司法考试后，就开始着手投律所，且开始手无 offer 地拒银行。

其实，我也答不好自己为什么想做律师，就如同我至今也答不好，为何高考时把财大法学作为第一志愿一样。我确定不是因为执着于公平正义的远大理想，不是因为多年后可能的高收入，更不是因为美剧港剧中塑造的美好律师形象，想来想去，只好惭愧地给一个没有说服力的官方回答：缘分使然。

幸运的是，后来我面试的第一家律所就同意录用我，我也就如愿踏上了律师之路。

这些都是你同事啊？

朋友无意中看到我和同事们在黄山旅游时拍的“二”照，看着照片中这些家伙活跃而亲密的模样，他不禁表示疑惑，这种犯“二”状态不应该是老友间的相处模式吗？而且，你们不都应该严肃严谨的律师吗？

说来好笑，进申达之前，我也没奢望能结识这样好相处的同事们。我还记得刚进所工作的那会儿，眼前的一堆工作对我而言简直是完全陌生，又恰好我的带教老师出差在外不便随时联络。我当时真有些手忙脚乱，意料之外地，周围同事对我这个新来的不怎么说话的小朋友的都挺关心，会主动问我是否需要帮助，而且有问必答，答复得专业而及时，真可谓雪中送炭。相较于同学朋友们口中复杂难应付的办公室关系，在申达收获的同事情谊和谐到让我觉得受宠若惊。除了工作上的互相交流协助之外，生活中我们也是自主开发各种交集，运动电影话剧读书逛街吃饭旅游样样不能少，自然，相处的时间一长，私底下犯二的模样都开始渐渐显现。话说这次黄山行也非事务所组织，是大家自发而为，不需要看朋友的羡慕眼光，我也能想象这样的情谊是有多难得，对此，我心存感激。

高律师，这事怎么办才好啊？

自从做了律师，朋友们各种五花八门的问题找上门来。参加模拟商业比赛的小学弟来问办销售医疗器械的公司需要哪些行政手续，和男朋友打算购房结婚的朋友来咨询动迁房和限购令有无牵连，被邻居的空调外机吵到夜不能寐的同学来问能不能诉讼维权等等。很多时候，我并没有能力马上答复他们，需要花时间做功课，甚至需要向专业领域的律师请教。

有个朋友感叹说，有个律师朋友真好，就好像备了个机器猫，方便又好用。我当时对这个比喻十分不屑，再资深的律师也不可能和机器猫一样万能。后来，随着工作时间渐长，我意外发现，原来有不少客户还真就在心里把我们画成了机器猫，觉得只要请了律师，所有问题就都能迎刃而解了。自然，律师具有的专业能力使其可以为客户排忧解难，但是随着工作时间的推进，我越来越觉得，这种专业性其实非常有限。特别是在为不同行业的企业提供法律顾问服务时，需要对根据不同行业的背景和特征提供法律意见，必要时，还得储备一些法律以外的其他知识和技能，否则是无法递交令客户甚至是令律师自己满意的答卷的。有好几回，大学公共课上学到的财会知识给了我莫大支持，我一方面欣慰自己没把那些知识忘精光，一方面也意识到充电的紧迫性。我的老师是一位执业多年的资深合伙律师，工作十分繁忙，但他也仍然热衷于各种本专业或跨专业的学习。为了能够提供更高质量的服务，律师在执业过程中必须不断学习，我想，这促人保持学习的动力，也算是律师这个职业的魅力所在吧。

高考填报志愿时的情景仿佛还近在眼前，我却已经拐过一个选择的路口成为了执业律师。作为一名刚刚起步的新律师，坦率地说，我并不能清晰展望职业走向，但我很感谢并且珍惜自己此刻的律师职业和申达人身份。●



新锐手记 ●文/蓝 艳

栏目组稿人:谭 芳 lawyer66@vip.163.com

蓝 艳:上海沪家律师事务所律师

这些年我走过的青葱律师路

恍然之间,今年已是我迈入律师行业的第三个年头了。从当初一个浑身充满稚气的法学毕业生,到现在已慢慢蜕变成一个在自身专业领域发展相对成熟的女律师。这几年的律师生涯虽然不算漫长,但是却也体验到了职业生涯中的种种滋味,这些体验带给我如此多的成长和领悟。

刻苦努力,一心只为实现律师梦

从小到大的我,一直就对律师这个行业充满了好奇心,每次电视上播放律师出庭的镜头,我总会被律师在法庭上那种雄辩滔滔的样子而深深吸引,心里总期待着将来自己也能站在那个庄严的法庭上,用自己的专业知识,征服所有人。正是怀着这样的梦想,我在大学求学时毅然填报了法学专业,期待着自己能够成为一名真正的律师。

但是,现实和梦想之间总是隔着一条叫做困难的鸿沟。大学毕业后,我自信满满的参加了当年的司法考试,可最终我却以非常微弱的差距未能通过考试。虽然如此,但这样的结果却始终无法浇灭我心中对律师行业的渴望。于是,我更加投入地复习考试,每天从早到晚坚持看书 10 小时,不管去哪里都抱着复习材料,无数次因为看书过于投入而坐错车、走错路。虽然艰苦,但是为了心中的那个梦,我甘之如饴。皇天不负有心人,终于在第二次以非常优异的成绩通过了司法考试。

误打误撞,意外进入专业婚姻律师圈

虽然顺利通过了考试,但是在成为

律师的这条路上,依然充满了许多困难。首当其冲的就是如何选择一家适合自己的律师事务所。由于自己从来没有接触过律师行业,身边的朋友、家人也对此一无所知,所以在寻找执业所的过程中,我充满了迷茫。毫无头绪的我只能在招聘网站上大海捞针似的寻找着。第一个通知我面试的,也就是我最终选择执业的上海沪家律师事务所,现在看来,当时的自己真的很幸运。

我依然清晰的记得,当时负责面试我的就是贾明军律师,也就是我律师职业生涯中的第一位启蒙老师。从他的介绍中,我第一次接触到什么是专业的婚姻家庭律师,他让我明白到一个律师拥有一个属于自己的专业发展领域是多么重要的一件事情。就这样,我最终踏上了专业婚姻家庭律师的道路。

百般武艺,坚持做最专业的婚姻律师

由于专业婚姻律师必须在婚姻家庭领域拥有比普通律师更高的造诣,所以光凭学校里的知识是远远不够的。另外,随着婚姻案件涉及的相关问题日益复杂化,我也明显感受到了自己专业水平的匮乏。在带教老师的启发下,我开始研究《公司法》、《证券法》等其他部门法,并将其与婚姻家庭案件做相关的连接。在这个过程中,我不但熟悉、了解了这些部门法的相关规定,并尝试将其与婚姻法结合、运用。之后,我更协助带教老师一同完成了《法院审理股权转让纠纷案件观点集成》一书,这一步坚定了我对婚姻法与其他部门法交叉发展领域的研究信念。也正是通过这些研究,使我对自己的专业发展有了清晰的定位,从此开始

致力于研究和处理婚姻、继承纠纷中涉及的各类公司股权处理的疑难案件。

现在,我是上海沪家律师事务所的副主任,同时还在负责律所旗下的“企业与家事研究中心”。主要的业务方向就是从事关于婚姻、继承对公司、企业股权影响的法律研究与实务操作。曾经处理过赶集网股权纠纷案件及诸多上市及拟上市企业股东、实际控制人、高管等由于婚姻问题而引发的公司、企业股权案件。

除了参与众多案件之外,我也非常重视自己在专业学术领域的发展,主要参与的学术作品有《2010 年度沪家律师业务分析报告》、《离婚对网络公司上市的影响》、《离婚纠纷中女性股东权益保护研究》等多份学术研究报告,其中《离婚纠纷中女性股东权益保护研究》一文还获得上海市妇女联合会主办的学术论文大赛的二等奖;此外,我还参与了《富人离婚的 36 个计策》、《婚姻与继承对上市公司的影响(上海篇)》、《婚姻与继承对上市公司的影响(绍兴篇)》等专著撰写。另外,我撰写的专业文章曾先后在《中国妇女报》、《上海法治报》、《法律与生活》、《联合时报》、《IT 时代报》等报纸杂志刊登。

“路漫漫其修远兮,吾将上下而求索”。律师是一个专业化、职业化的工作,尤其是作为一名专业的婚姻家庭律师,我的律师路才刚刚开始。过去的付出和回报、成功与失败都如过眼烟云般在自己眼前消失。在我面前的,是一条未知却充满惊喜的道路。面对未来,我将依旧努力,以自己坚定的信念和毅力为自己创造丰富、精彩的人生! ●

专题研究





周吉高：市律协建设工程业务研究委员会主任

●文 / 周吉高

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

关于建设工程司法鉴定若干疑难问题的思考

建设工程施工合同纠纷案件主要有三类，包括工程款纠纷、工期纠纷和质量纠纷。此外，若工程建设造成周边建筑物损害，还存在侵权纠纷。所以在纠纷处理时往往会涉及造价、工期、质量、安全事故这四类进行鉴定，而是否需要鉴定，需实施哪些鉴定，以及鉴定意见如何，往往决定着纠纷的处理结果，对建设工程施工合同纠纷而言，打官司就是打“鉴定”。但在实践中，司法鉴定却存在众多疑难问题，出现了同案、类案不同鉴、不同判等情况。笔者结合代理建设工程诉讼案件十余年来的经验，总结、分析了建设工程司法鉴定中存在的一些疑难问题，现就其中三个谈谈自己的看法。

一、关于司法鉴定依当事人申请还是依职权启动的问题

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第二十五条规定：“当事人申请鉴定，应当在举证期限内提出……对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人，在人民法院指定的期限内无正当理由不提出鉴定申请或者不预交鉴定费用或者拒不提供相关材料，致使对案件争议的事实无法通过鉴定结论予以认定的，应当对该事实承担举证不能的法律后果。”该规定表明，负有举证责任的当事人应当提出鉴定申请，司法鉴定依当事人申请启动。若负有举证责任的当事人不申请，则应承担举证不能的后果。

《安徽省高级人民法院关于规范全省房地产案件鉴定工作的若干意见（试行）》第十条规定：“当事人没有申请，有下列情形之一的，人民法院可依职权委托鉴定：（一）建筑物质量存在安全隐患，可能造成人身和财产安全危害，当事人对质量是否合格存在争议的；（二）建筑物未经验收合格交付使用，当事人对工程质量有争议的；（三）当事人恶意串通，故意低价转让国有资产，损

害国家或公众利益的；（四）当事人违反国家法律、行政法规强制性规定，导致房地产合同无效的；（五）其他应当由人民法院依职权委托鉴定的。”该规定表明，在当事人不申请的情况下，法院可以就涉及到安全隐患、损害国家或者公众利益等情形依职权进行鉴定。

显然，根据最高院的司法解释，鉴定只能依当事人申请启动，而根据安徽省高院的意见，即使当事人不申请启动鉴定，只要存在一些特殊情形，法院可以依职权启动司法鉴定。

不过，2013年1月1日施行的《民事诉讼法》第七十六条规定：“当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。当事人申请鉴定的，由双方当事人协商确定具备资格的鉴定人；协商不成的，由人民法院指定。当事人未申请鉴定，人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当委托具备资格的鉴定人进行鉴定。”因此，关于司法鉴定是依当事人申请启动还是法院依职权启动的问题已经有了明确的结论，即依当事人申请启动，当事人不申请，法院认为需要鉴定的，依职权启动。

但是，法院如果依职权启动，鉴定费应由哪一方当事人预先支付？是否会出现应当承担举证责任的当事人因不愿或没有能力预先支付鉴定费而故意不申请，而留待法院依职权启动的情况呢？这些问题均需最高院通过新的司法解释予以明确。笔者认为，如果解决了鉴定费由哪一方当事人预先支付的问题，则需要法院依职权启动的情形会大大减少，即司法解释中可以规定：涉及需要鉴定的，鉴定费用由案件当事人按同等比例预先支付，鉴定费用最终由责任方承担。

二、关于是否准许司法鉴定的评判标准问题

当一方当事人申请司法鉴定，法官通常会询问另一方当事人是否同意。若同意，则不存在司法鉴定是否准

许的评判标准问题。但是,另一方当事人往往会反对司法鉴定,此时法官就需要做出是否准许的决定,这就涉及到准许鉴定或者不准许鉴定的标准问题。虽然《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称《司法解释》)规定:仅就有争议的事实予以鉴定,但是何为有争议的事实?如何评判?实践中存在争议。需要特别说明的是,本文中“是否准许鉴定的评判标准”仅限于诉讼请求可以成立的情况,若诉讼请求从定性角度本身不能成立,也谈不上是否准许的评判标准问题。

(一)关于工程造价司法鉴定的评判标准

当事人诉讼请求中要求给付工程款对应的工程造价是否已经确定,若确定则无需鉴定,不确定则因存有争议而需要鉴定。

而确定与否,关键看当事人是否提供了合法有效、经过质证可以作为认定事实依据的证据。如是否有已完工程造价或者结算造价的书面证据?若有,且有双方有权代表的签字确认,则工程造价已经确定,无需鉴定。如果通过社会审价,是否有审价报告之证据?如有,且双方当事人以及造价咨询单位已经在审价报告中的审定单上签字盖章,则工程造价也已确定,无需鉴定。遇到合同双方当事人约定逾期不结算视为认可结算的情形的,若确实发生了约定的情形,则工程结算造价已经确定,无需鉴定。

此外,关于固定价合同,有些法官认为根据《司法解释》,固定价合同不予鉴定。事实上,固定价合同分为固定单价合同与固定总价合同,而两者最根本的区别就在于工程量是否可以调整、是否按实计算,前者可以调整,后者不可调整。显然,对固定总价合同,固定总价的部分不予鉴定,但固定单价合同因为工程量可以调整或者按实际发生的工程量结算,那么如果双方对工程量存有争议,则需通过司法鉴定予以认定。此外,固定总价合同在实际履行过程中还会发生一些变更、签证以及索赔,就该部分而言,往往双方当事人就其造价也未达成一致意见,存有争议,所以也需通过鉴定来认定。

(二)关于工程质量司法鉴定的评判标准

工程质量司法鉴定是否准许,双方当事人往往争议很大,事实上,鉴定与否,往往也直接决定了案件的审理结果。

下面分几种情况进行讨论:

1、工程竣工,承包人起诉要求支付工程价款,发包人对工程质量提出异议并要求鉴定。

《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》(以下简称《江苏省高院指导意见》)第十六条规定:“建设工程竣工并经验收合格

后,承包人要求发包人支付工程价款,发包人对工程质量提出异议并要求对工程进行鉴定的,人民法院不予支持。建设工程竣工但未经验收,承包人要求发包人支付工程价款,发包人对工程质量提出异议并要求进行鉴定的,人民法院应予支持。”

《浙江省高级人民法院民事审判第一庭《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》(以下简称:《浙江省高级人民法院民事审判第一庭解答》)第八条载明:“要严格把握工程质量鉴定程序的启动。建设工程未经竣工验收,发包人亦未擅自提前使用,发包人对工程质量提出异议并提供了初步证据的,可以启动鉴定程序。”

苏浙两省高院的规定表明,工程经过竣工验收合格,承包人要求支付工程价款,发包人申请质量鉴定的,不予支持。但是,建设工程竣工未经验收,发包人未擅自提前使用的,浙江高院认为质量鉴定可以启动,江苏高院规定应予启动质量鉴定。

2、工程竣工验收合格后,发包人起诉要求承包人修复质量缺陷或者要求承担修复费用,或者在承包人起诉要求支付工程价款后提起质量反诉。

工程竣工验收合格后,发包人发现存在一些质量缺陷,要求承包人履行保修义务,但是,承包人拒绝履行保修义务,或者称缺陷并非由于承包人原因造成,故不同意履行保修义务。该种情况下,发包人就质量问题起诉或者反诉,司法鉴定是否应当准许呢?笔者认为,该情况不适用苏浙两省高院规定,原因在于苏浙两省高院规定是针对承包人起诉要求支付工程价款,发包人就质量问题进行的抗辩,而非提起反诉。若提起反诉,则需要针对发包人的请求,审查质量是否存在问题以及问题产生的原因及如何修复。因此,就质量问题应进行司法鉴定。

3、工程竣工,虽未进行《建设工程质量管理条例》第十六条规定的建设单位组织的竣工验收,但监理单位、设计单位、施工单位出具了合格证。关于此种情况,承包人起诉要求发包人支付工程价款,发包人提出质量异议并申请鉴定,但未就质量问题提出反诉,司法鉴定是否准许呢?

有一种观点认为,工程竣工但未经建设单位组织勘察、设计、监理、施工单位进行验收,违反了《建设工程质量管理条例》第十六条规定,视为工程未经竣工验收。故发包人申请鉴定的应予支持。笔者认为,该观点不能成立。原因在于监理单位、设计单位出具了合格证,证明工程已经经过监理单位、设计单位验收合格,而监理单位是代表发包人进行质量监督管理的,故应当认定为发包人认为工程质量合格,因此发包人申请鉴定不应准许。建设单位组织的四方验收,只是行政机关的要求,不

适用于承包双方之间的平等的施工合同关系。

4、施工过程中,双方就质量问题产生争议,发包人起诉并提出主张。

虽然工程施工过程中,根据施工规范需要进行隐蔽工程验收,以及分部分项工程验收,但是,这些验收并不免除工程竣工后的竣工验收,因此,承包双方如果对施工过程中的质量存有争议,则应准许通过鉴定方式进行认定,而不能仅凭隐蔽工程验收或者分部分项工程验收不予准许质量鉴定的申请。

三、关于工程造价司法鉴定的依据问题

《司法解释》规定,合同结算价款有约定从约定,没有约定的按照工程当地建设行政主管部门公布的计价方法和计价标准进行结算。而这也是工程造价司法鉴定的依据。但是,对于以下几种特殊情形的处理还存在争议。

(一)约定不明,如何确定工程造价司法鉴定依据

《合同法》第六十一条规定了没有约定及约定不明的处理方法,第六十二条第(二)项进一步规定了按照第六十一条价款仍不能确定的,按照订立合同时履行地的市场价格履行;依法应当执行政府定价或者政府指导价的,按照规定履行。

因此,没有约定与约定不明后果一样,即按照当地建设行政主管部门公布的计价方法和计价标准进行结算。但问题在于:需要识别何为约定不明、约定不明与对约定理解有争议的关系、约定不明与证据能否审核认定的关系。

所谓约定不明,是指双方对存有约定没有争议,只是对于约定的内容是否明确具体存有争议,即能否按照约定确定结算价款,能确定则约定明确,反之则不明。

约定不明不同于对合同条款理解有争议。所谓对合同条款的理解有争议,是指对合同条款有两种以上理解方式,理解方式不同,认定的意思表示不同。根据《合同法》第一百二十五条规定:理解有争议,应当按照合同所使用的词句、合同有关条款、合同目的、交易习惯以及诚实信用原则,确定该条款的真实意思,即法院只需认定其中一种理解,而不同于约定不明的处理——按当地建设行政主管部门发布的计价方法和计价标准进行结算,除非有一种理解就是该计价方法和计价标准进行结算。

约定不明不同于证据能否审核认定或者证据是否充分。笔者代理的某分包合同纠纷,合同形式为固定单价合同,但是确定固定单价的工程量清单并没有作为合同附件,双方也未在标价的工程量清单上签字盖章,导致双方各执一份标价的工程量清单且均未经过对方签

字盖章。这种情况下,双方对有约定没有争议,问题就在于约定是否明确。而要回答这个问题,首先在于谁提供的清单能够被证据所证明认定。在该案中,总包提供了相关佐证证明其提供的清单是分包合同项下的清单,而分包并未提供任何证据。不过,总包提供的证据也不能证明其提供的清单就100%是分包合同项下的清单。这种情况下,是约定不明吗?笔者认为,合同约定是否明确,是一种状态,而事实能否被证明,关键是证据能否被审核认定。显然,证据能否被审核认定,能否证明相应的事实,与约定不明没有必然关系。没有100%的把握证明总包提供的清单是分包合同项下的清单,不等于事实不能认定,根据《证据规定》第七十三条规定,只要能够证明有一种可能但并非必然,达到了高度盖然性标准,事实就可以予以认定。而本分包合同项下的清单完全可以根据高度盖然性标准予以认定,即为总包提供的清单,故约定明确。

(二)黑白合同问题

《司法解释》规定,经过备案的中标合同作为竣工结算的依据。即黑白合同按照白合同作为结算的依据。此后,各地高院纷纷出台了关于施工合同疑难问题的指导意见,但是,各地规定不完全相同,大部分高院强调了最高法院关于施工合同司法解释的规定。不过,以浙江高院、北京高院为例,规定了除外情形,即若黑白合同均无效,则以实际履行的黑合同作为竣工结算的依据。虽然作为除外情形规定,但事实上,由于大部分邀请招标流于形式,系虚假招标,且挂靠现象普遍存在,故事实上大部分纠纷中涉及的黑白合同都可以认定为无效合同,最后按黑合同进行结算。

(三)固定总价合同解除后造价鉴定的问题

固定总价合同在履行过程中,不论因何方原因导致合同解除,如何确定鉴定依据?关于这个问题,《江苏省高院指导意见》有两种方式供选择:一种根据实际完成的工程量,以建设行政主管部门颁发的定额取费,核定工程价款,并参照合同约定最终确定工程价款;另一种是确定所完工程的工程量占全部工程量的比例,按所完工程量的比例乘以合同约定的固定价款得出工程价款。上述两种方式均具有一定的合理性,应尽量寻求双方当事人意见的一致,若无法取得一致由人民法院酌情确定。而《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第十三条规定,结算价款可以采用“按比例折算”的方式,即由鉴定机构在相应同一取费标准下分别计算出已完工程部分的价款和整个合同约定工程的总价款,两者对比计算出相应系数,再用合同约定的固定价乘以该系数确定发包人应付的工程款。应该说北京高院的方法与江苏高院的第二种

方法相同。

笔者更倾向于北京高院的方法,原因在于北京高院的方法没有突破合同约定。按照江苏高院第一种结算方法,可能会出现完成工程量达到90%时,按建设行政主管部门发布的计价方法和标准计价,结果可能与总价合同的总价相同,甚至更高,因为一般的定额计价法实际上其价格要高于市场价格,并未真正反映市场价格水平。

(四) 签证单瑕疵问题

关于签证单瑕疵问题,如发包人只签字证明收到,但是未表示同意,或者监理人表示了情况属实的意思,但是发包人未完成最后的审批。对于签证单,一般施工合同中约定需要取得发包人同意或批准才有效,遇到这种情况,这些瑕疵签证能否作为结算的依据?

《江苏省高院指导意见》第十二条规定,当事人有证据证明工程签证单等工程施工资料载明的工程内容确已完成的,则可以作为结算依据,反之,不可以作为结算依据。

《杭州市中级人民法院民一庭关于审理建设工程及房屋相关纠纷案件若干实务问题的解答》中规定,若鉴定单位以承包人出具的工程签证单等工程施工资料有瑕疵为由不予认定的,应当由鉴定机构对其不予认定的理由予以说明,当事人一方有证据证明该工程签证单等施工资料有效的,或者所涉工程量已实际施工完毕的情况下,可要求鉴定机构对存疑部分工程量及价款仍以鉴定并单列,供审判时审核认定。

笔者倾向于杭州中院的意见,原因在于签证单存在瑕疵有多种原因,如有些因为发包人拒绝同意、认可,故不签章,有些因为发包人认为合同中已经包含了该价款,故不同意签章。显然,对于后一种情形,尽管有证据证明工程量已经完成,但是,若再计价,则重复计价,故鉴定机构可以列出相应价格,供审判时参考。●



韩如波: 市律协建设工程业务研究委员会副主任

●文/韩如波

组稿邮箱: touqao@lawyers.org.cn

建设工程未经竣工验收 发包人“擅自使用” 的法律分析

最高法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称“司法解释”)第十三条规定:“建设工程未经竣工验收,发包人擅自使用后,又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的,不予支持;但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。”如何理解和认定司法解释规定的“擅自使用”,尤其是工程未经竣工验收备案的情况下,如承包人同意发包人提前使用,是否还可认定为“擅自使用”?司法解释并未作出明确规定。本文即是针对该问题的分析。

一、笔者在司法实践中遇到的两个案例

案例一:浙江某建设集团承建上海某管道有限公司的新建厂房项目,在三区厂房主体施工完成后,因工期拖延发包人预定的设备到达现场。承包人和发包人于2008年12月6日签订协议:同意发包人的设备进场安装,并明确设备安装不视为对工程的擅自使用和对部分或全部工程的竣工验收。之后,承包人以发包人未经验收使用工程为由,认为工

程已视为合格,诉至法院要求发包人支付工程款。

案例二:台湾某知名品牌在四川内江投资新建厂房,和上海某建设集团的施工总承包合同专用条款第33.2条约定:施工完成后验收合格前,如发包方因生产急需而提前进驻或使用本工程的,不视为默认工程已验收合格,具体验收时间及是否合格仍按本合同约定办理。工程完工后发包人在未经验收情况下提前入驻,半年后发包人组织验收,承包人未予配合。发包人验收后指出工程存在较多质量问题,要求承包人整改后复验,承包人认为发包人违法使用工程,对工程质量无权提出异议,不予配合。

笔者认为,认定“擅自使用”不应以是否经承包人同意为前提,只要是未履行法律法规规定的验收程序或验收不合格而使用的,即应认定为“擅自使用”。

二、为保证建设工程的质量,国家多部法律法规禁止未经竣工验收的“擅自使用”

(一)建设工程的质量意义重大

“百年大计,质量第一”,工程质量是发包人、承包人共同的生命线,并且关

系到社会公共安全和人民群众的生命财产安全,所以工程建设的各参与方包括发包人、承包人、勘察设计单位、监理单位、建筑材料和设备供应单位等均负有保证建设工程质量的法定义务。建设工程质量必须符合国家的强制性验收标准的要求,未经验收或者验收不合格不可以交付使用,国家为此颁布了相应强制性标准,对建设工程的竣工验收作出了规定。《建筑工程施工质量验收统一标准(GB50300-2001)》、《建筑装饰装修工程质量验收规范(GB50210-2001)》,统一了建筑工程质量的验收方法、质量标准和程序,规定了建筑工程各专业工程施工验收规范编制的统一准则和单位工程验收质量标准内容和程序,增加了建筑工程施工现场质量管理和质量控制要求,提出了质量检验的抽样方案要求,规定了建筑工程施工质量验收中子单位和子分部工程的划分,涉及建筑工程安全和主要使用功能的见证取样和抽样检测建筑工程各专业工程施工质量验收规范。前述验收规范既是承包人施工的依据,也是验收评价承包人施工质量是否合格的标准。

同时建设工程质量合格与否也是确定承包人是否可以主张工程款的分界线。《中华人民共和国合同法》第二百七十九条规定:“建设工程竣工后,发包人应当根据施工图纸及说明书、国家颁发的施工验收规范和质量检验标准及时进行验收。验收合格的,发包人应当按照约定支付价款,并接收该建设工程。”最高法院司法解释第三条规定:“建设工程施工合同无效,且建设工程经竣工验收不合格的,按照以下情形分别处理:(一)修复后的建设工程经竣工验收合格,发包人请求承包人承担修复费用的,应予支持;(二)修复后的建设工程经竣工验收不合格,承包人请求支付工程价款的,不予支持。因建设工程不合格造成的损失,发包人有过错的,也应承担相应的民事责任。”司法解释第十六条第3款规定:“建设工程施工合同有效,但建设工程经竣工验收不合格的,工程价款结算参照本解释第三条规定处理。”因此法律、司法解释坚持质量第一原则,确定了工程价款与已完工程质量合格与否直接挂钩的原则,只有合格工程承包人才可向发包人主张相应对价即工程价款。

(二)法律法规对禁止“擅自使用”的规定

《中华人民共和国建筑法》第六十一条:交付竣工验收的建筑工程,必须符合规定的建筑工程质量标准,有完整的工程技术经济资料和经签署的工程保修书,并具备国家规定的其他竣工条件。建筑工程竣工经验收合格后,方可交付使用;未经验收或者验收不合格的,不得交付使用。”

《建设工程质量管理条例》第十六条:建设单位收到建设工程竣工报告后,应当组织设计、施工、工程监理

等有关单位进行竣工验收。

建设工程竣工验收应当具备下列条件:

- (一)完成建设工程设计和合同约定的各项内容;
- (二)有完整的技术档案和施工管理资料;
- (三)有工程使用的主要建筑材料、建筑构配件和设备的进场试验报告;
- (四)有勘察、设计、施工、工程监理等单位分别签署的质量合格文件;
- (五)有施工单位签署的工程保修书。

建设工程经验收合格的,方可交付使用。

《中华人民共和国合同法》第二百七十九条:建设工程竣工后,发包人应当根据施工图纸及说明书、国家颁发的施工验收规范和质量检验标准及时进行验收。验收合格的,发包人应当按照约定支付价款,并接收该建设工程。建设工程竣工经验收合格后,方可交付使用;未经验收或者验收不合格的,不得交付使用。

《中华人民共和国城市房地产管理法》第二十七条:房地产开发项目的设计、施工,必须符合国家的有关标准和规范。房地产开发项目竣工,经验收合格后,方可交付使用。

《中华人民共和国消防法》第十三条:依法应当进行消防验收的建设工程,未经消防验收或者消防验收不合格的,禁止投入使用;其他建设工程经依法抽查不合格的,应当停止使用。

《中华人民共和国环境保护法》第二十六条:建设项目中防治污染的设施,必须与主体工程同时设计、同时施工、同时投产使用。防治污染的设施必须经原审批环境影响报告书的环境保护行政主管部门验收合格后,该建设项目方可投入生产或者使用。

以上法律、行政法规基于为了确保建设工程的质量、保障社会公共安全和人民群众的生命财产安全,均规定未经验收或验收不合格的不得投入使用,即“擅自使用”的认定标准是“未经验收或验收不合格”,而不是以是否经承包人同意作为“擅自使用”的认定标准。

三、坚持以“未经验收或验收不合格”作为“擅自”使用的认定标准,有利于保证建设工程质量、减少当事人的纠纷

坚持以“未经验收或验收不合格”作为“擅自”使用的认定标准,有利于督促建设工程各参与方,尤其是发包人履行法定的建设工程质量责任和组织竣工验收的义务。建设工程因其投资大、施工周期长、建设参与方较多等特点,实践中出现的建设工程质量问题往往较为复杂,可能是勘察原因、设计原因、施工原因、材料、设备质量原因、也可能是发包人或监理人等原因。通过发包人组织建

设工程勘察、设计、监理、施工等各参与方的竣工验收,可及时发现工程存在的质量问题,有利于分清责任主体并采取相应整改措施,避免不合格工程交付使用。

反之,如果以“是否经承包人同意”作为“擅自”使用的认定标准,则会严重影响建筑市场的管理,一方面可能会导致工程质量成因更加错综复杂,就如本文前面所述的两个案例,当事人约定承包人同意发包人提前使用,如果以此判定发包人不属于擅自使用,但对于之后出现的工程质量问题,在前述建设工程质量成因本身就较为错综复杂的情况下,又多出未经验收发包人使用的情形,双方对其产生的原因是由于承包人施工原因还是发包人使用原因往往产生争议,此种情形下各方都很难有证据证明工程质量的原因所在,即使有时通过鉴定也难以划分,导致当事人纠纷解决难度增大、成本增加。另一方面,虽然合同中约定同意发包人在竣工验收前可以使用工程,可能会出现承包人利用法律对“擅自使用”约定不清,在施工过程中故意违反设计要求和施工规范或偷工减料获取不当利益,当发包人使用后,承包人再以发包人违法“擅自使用”为由,不同意承担工程质量责任,这将不利于建筑市场秩序的维护和双方矛盾的解决。

四、“擅自使用”法律后果的分析

(一)如何理解司法解释第十三条的“使用”

笔者认为对司法解释和法律法规禁止未经验收或验收不合格而“使用”的理解,应视工程具体性质而言,但均应是指符合并为达到合同目的而对工程或部分工程的利用,比如住宅已经入住、办公楼已经运营办公、工业厂房已经开始产品生产等。对于实践中发包人在现场临时存放生产所需的机器、设备、材料,在现场接待相关行业、政府、其他方面的参观、考察、现场观摩会议等,不属于符合合同目的而进行的使用,不应属于司法解释第十三条和相关法律法规所禁止的擅自“使用”行为。

(二)发包人擅自使用产生的法律后果

根据相关法律法规和司法解释的规定:发包人擅自使用的,又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的,不予支持。从承包人角度可以视为发包人对擅自使用的部分已按质量合格接收。但需要指出的是,法律所不支持发包人提出质量异议的仅为其擅自使用的部分,对于未使用部分所发现的质量问题,承包人仍应按合同约定和法律规定承担质量责任。比如某个厂房项目有三个车间,发包人仅对其中一个车间未经验收使用,按法律规定发包人对另外二个车间仍然可以要求承包人承担施工质量缺陷修复、整改的义务。同时,基于确保建设工程主体结构的质量和安,根据《中华人民共和国建筑法》第六十条和司法解释第十三条的规定,即使发包人擅自使用了未经验收的建设工程,但承包人仍需在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。

(三)承包人仍需对发包人擅自使用的工程承担保修义务

对于发包人擅自使用工程后,承包人是否对擅自使用部分的工程承担缺陷责任期和保修期内的保修责任,法律法规和司法解释并未予以明确规定。笔者认为承包人仍需承担缺陷责任期或保修期内的保修责任。首先,承包人承担保修责任是其法定义务,而且承包人承担保修责任期限不得低于《建设工程质量管理条例》规定的最低期限;其次,无论法律法规、国际惯例及国内工程实践,缺陷责任期和保修期本身就建立在工程合格的前提下,并自工程竣工验收合格之日起计算缺陷责任期和保修期期限。发包人擅自使用的法律后果是不得对使用部分工程质量提出异议,也可以理解为视为该部分工程质量合格,所以对发包人擅自使用的工程应当在使用日起进入缺陷责任期和保修期。当然,在缺陷责任期或保修期内出现需要维修的质量问题时,维修费用应区别是承包人施工原因、设计原因、发包人提供材料、设备、发包人擅自使用等原因,由相关责任主体承担。●





陈家斌：市律协建设工程业务研究委员会副主任

●文 / 陈家斌

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

总价包干或固定单价合同 遇人工材料费大幅上涨 可否请求法院调整

施工合同履行过程中,人工工资以及水泥、钢材等主要建筑材料价格会处于较大的波动状态,有时会扶摇直上,所以施工企业履行总价包干或固定单价合同时会产生大幅亏损。在此情形下,建筑企业是否可请求人民法院适用情势变更原则调整合同价格,争议颇多。事实上,尽管最高人民法院以司法解释形式确认了我国的情势变更原则,但从情势变更原则立法的沿革历史和最高人民法院所持态度来看,现阶段我国尽管已正式采纳了情势变更原则,但适用条件相当严格,要适用该原则还比较困难。

一、人工工资快速上涨,材料价格波动较大

最近一个时期,国家对国民收入分配差距持续拉大等现象给予了高度关注,在制订“十二五”规划时强调要增加低收入人群的收入。在此背景下,建筑领域的人工工资上涨较快,建筑人工单价从不足百元,上升至两三百元。建筑材料如钢材、水泥等,周期性上涨下跌,幅度也都不小。尽管2012年以来,钢材、水泥价格持续下跌,但人工工资上涨仍未回调。施工企业若按总价包干合同或固定单价合同继续履行合同可能会产生大幅亏损。众所周知,我国建筑企业恶性竞争本已惨烈,承接的工程利润极其微薄或几无利润,而且绝大多数签订的是闭口包干价或固定单价合同,不因市场价格因素而调整变更。建材在工程造价中占到70%左右、人工占15%左右。一旦建材、人工价格暴涨,建筑施工企业巨额亏损是必然的结果。

有律师认为在此种情形下,可“理直气壮地”要求适用情势变更原则,请求法院调整合同价或解除合同。也有法官撰文认为可以适用情势变更原则,只是对涨价

多少构成情势变更说法不一,有的法官认为以材料涨价10%为界线。截止目前,国家法律或司法解释对此没有明确的规定。

尽管笔者以前也曾认为,在材料涨价严重的情形下,可以请求人民法院适用情势变更原则,调整合同价格,但经过金融危机和前几年建材反复涨价到2012年开始的一轮下跌等情况后,笔者认为,从情势变更原则本身所包含的法理、我国情势变更原则的沿革历史以及最高人民法院对情势变更的适用规定看,我国尽管已正式采纳了情势变更原则,但适用条件相当严格,在实践中较难适用,施工企业还是应把风险防范重点放在提前预防上。

二、《合同法》未确立情势变更原则

当初起草《合同法》时,情势变更制度原本是写入合同法草案的,但由于种种原因在最后一刻被删除了。合同法起草者之一,著名法学家梁慧星先生比较清楚地讲述了我国《合同法》情势变更原则缺位的过程:“情势变更原则从第一个草案设计了这个制度后,也是一路过关斩将,虽然过去有分歧,少数同志曾经反对,但是法官和起草人、立法机关的意见总体上一致的。但到了最后在人大会上讨论时被删掉了。”其原因在于,情势变更之适用需要赋予法官一定的自由裁量权,但在目前对司法腐败忧心忡忡的背景下,人大代表对此项制度的负面作用(法官滥用职权借“情势变更”干预合同履行)能否得到控制没有信心,建议在以后司法公信力提高后再做规定。

但是,情势变更未能进入《合同法》也确实是《合同法》的一大缺憾。

三、金融危机促情势变更原则进入司法领域

2008年金融危机使世界经济活动受到重创，经济环境的大背景发生如此重大的转变，使得原本未进入《合同法》的情势变更原则出现了进入司法领域的转机。

2009年4月，最高人民法院颁布了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（法释〔2009〕5号），自2009年5月13日起施行。第二十六条规定：“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际确定是否变更或者解除。”该条被视为我国最高司法机关通过司法解释的形式，对《合同法》进行了扩张性解释，确立了情势变更原则正式进入或回归司法领域。

四、情势变更原则严格的适用条件

尽管《合同法解释二》确认了情势变更原则，但最高人民法院依然为其规定了严格的适用条件。

第一，适用程序严格，须逐案呈报高级人民法院，必要时报最高人民法院审核。

最高人民法院规定，为防止情势变更原则被滥用而影响市场交易秩序，人民法院决定适用情势变更原则做出判决的，应当遵循《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）服务党和国家的工作大局的通知》（法〔2009〕165号）中的规定：“对于上述解释条文（合同法解释二第26条），各级人民法院务必正确理解、慎重适用。如果根据案件的特殊情况，确需在个案中适用的，应当由高级人民法院审核。必要时应报请最高人民法院审核。”

第二，适用条件严格，严格审查“无法预见”和是否属于“商业风险”。

最高人民法院在2009年7月颁布了《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（法发〔2009〕40号），在第一条第2项中规定：“人民法院在适用情势变更原则时，应当充分注意到全球性金融危机和国内宏观经济形势变化并非完全是一个令所有市场主体猝不及防的突变过程，而是一个逐步演变的过程。在演变过程中，市场主体应当对于市场风险存在一定程度的预见和判断。人民法院应当依法把握情势变更原则的适用条件，严格审查当事人提出

的“无法预见”的主张，对于涉及石油、焦炭、有色金属等市场属性活泼、长期以来价格波动较大的大宗商品标的物以及股票、期货等风险投资型金融产品标的物的合同，更要慎重适用情势变更原则。”

第一条第3项规定：“人民法院要合理区分情势变更与商业风险。商业风险属于从事商业活动的固有风险，诸如尚未达到异常变动程度的供求关系变化、价格涨跌等。情势变更是当事人在缔约时无法预见的非市场系统固有的风险。人民法院在判断某种重大客观变化是否属于情势变更时，应当注意衡量风险类型是否属于社会一般观念上的事先无法预见、风险程度是否远远超出正常人的合理预期、风险是否可以防范和控制、交易性质是否属于通常的“高风险高收益”范围等因素，并结合市场的具体情况，在个案中识别情势变更和商业风险。”

第三，即使适用，也需要照顾无过错方的利益。

法发〔2009〕40号文件第一条第4项规定：“在调整尺度的价值取向把握上，人民法院仍应遵循侧重于保护守约方的原则。适用情势变更原则并非简单地豁免债务人的义务而使债权人承受不利后果，而是要充分注意利益均衡，公平合理地调整双方利益关系。在诉讼过程中，人民法院要积极引导当事人重新协商，改订合同；重新协商不成的，争取调解解决。”

五、从法理分析，施工合同较难适用情势变更原则

适用情势变更，应当符合以下条件：

- 1、须有情势变更的客观事实发生；
- 2、情势变更发生在合同订立后；
- 3、情势变更为当事人不可预见；
- 4、情势变更不可归责于双方当事人，即当事人对情势变更均无过错；
- 5、使原合同的履行显失公平；
- 6、须当事人主张情势变更。

以上几个条件中，第2、4、6项相对容易判断和做到。但第1、3、5项三个条件就比较难判断和界定了。特别是第3项是整个情势变更原则的核心，其又决定了第1、5项条件，如果是无法预见的，一般也就构成履行显失公平。如果能预见或有措施防范的，即使涨得再多，一方亏损再大，也无不公平可言，也不构成“情势变更的客观事实”发生这一要件，只不过是一个剧烈的商业风险波动而已，这是一方当事人应当承担的正常商业风险。

具体而言，建筑施工企业对建材价格的涨跌很难说无法预见和没有防范措施。

第一,工资大幅上涨应是大概率事件,可正常预料。当前,我国为了解决社会分配差距过大,采取“压高,稳中,拉低”的政策,调控方向是明晰、确定的。国家“十二五”规划也已将增加低收入人群收入正式列为工作目标,建筑业从业人员多属低收入人群,属于向上调增的范围,整个社会对此都有预期。

第二,2008年全球金融危机中其他原材料价格的波动幅度远比建材价格波动幅度大。比如波罗的海航运指数最高跌幅近90%,又如我国与国外铁矿石供应商的价格谈判,每次涨价幅度都是百分之几十甚至百分之一百,全世界范围内也未见多少国家适用情势变更原则予以调整。而建材价格波动幅度远低于此,很难说达到了“风险程度远远超出正常人的合理预期”的标准。

第三,2009年3月27日,钢材期货正式登陆上海期货交易所,建筑材料中的线材和螺纹钢已有期货品种开始交易,这类价格波动得再剧烈,也属于最高人民法院文件中所规定:“市场属性活泼、长期以来价格波动较大的大宗商品标的物……,更要慎重适用情势变更原则”的情形。期货市场运用得好可套期保值,运用得不好可能遭受较大损失,风险属性本身就已有定性。

第四,从微观看,作为重要建材之一的线材、螺纹钢期货市场走势,从2009年3月27日登陆上海期货交易所开始交易到2013年5月1日,4年多时间,线材价格开盘3400元/吨,最低在3333元/吨,最高为4991元/吨,高低值相差近49%。螺纹钢价格开盘3500元/吨,最低在3206元/吨,最高为5230元/吨,高低值相差63%,波动幅度都不仅限于10%、20%水平。从宏观看,国家早已提高了对通货膨胀的容忍度,比如将2012年的CPI涨幅控制在3%左右调整至了4%,上调了近33%。如果以钢材或其他主要材料涨幅超过10%甚至20%为限判断是否应适用情势变更,笔者认为这明显过低。如果一个三年期的建设工程合同,按国家正常CPI调控目标4%计算,三年的复合价格增长率为12.49%,这是正常的居民社会平均消费品上涨幅度,工业品PPI的涨幅还要高于此,比如,2010年4月的CPI涨幅为5.3%,PPI涨幅为6.8%。那么,三年估计PPI涨幅累计可能要达20%左右。所以按建材等涨价超过10%或20%就认为不可预见,理由并不充分。

第五,施工企业的成本还有其他预防措施可采用,比如,提前签订好工程所用材料的购买合同,提前锁定成本,有期货交易品种的货物,通过订立期货合约锁定成本等,签订合同即使无法预见价格的波动幅度,但是有办法予以预防。

第六,从对建设单位即发包人的公平性角度来看,如果施工企业成本涨价轻易地或条件比较宽松地适用

情势变更原则的话,对建设单位(或合同相对方)则不公平。除了公益性建筑或政府建筑等外,其他建设单位一般为商事单位,他们的产品须通过激烈的市场竞争定价,订立合同后,一般不可能以成本涨价为由向下游企业或终端消费者主张情势变更而调整价格。其二,如果施工企业适用情势变更原则采用较低标准(如10%或20%的幅度),那么建设单位亦有理由请求法院按此标准调整其产品售价,整个社会经济活动的法律约束力将大大削弱,整个经济秩序将大为混乱,促使社会不诚信行为泛滥,与公平正义原则背道而驰。其三,如果建材价格下跌了,发包人是否可以要求调降工程价格或材料单价呢?如果只从建筑施工企业角度考虑其人工材料上涨时要调整价格,在价格下跌时不调整,则对发包人不公。其四,如果法律支持双方都可调整,总价包干合同或固定单价合同的意义就没有了,都变成了可调价格合同。

第七,从公开资料查阅的我国最早适用情势变更原则的案例,是在最高人民法院《关于武汉市煤气公司诉重庆检测仪表厂煤气表装配线技术转让合同购销煤气表散件合同纠纷一案适用法律问题的函》(法函〔1992〕27号)中出现的,最高法在该函中指明“生产煤气表散件的主要原材料铝锭的价格,由签订合同时国家定价为每吨4400元至4600元,上调到每吨16000元,铝外壳的售价也相应由每套23.085元上调到41元,如要求重庆检测仪表厂仍按原合同约定的价格供给煤气表散件,显失公平”。

六、结论与建议

综上所述,施工合同履行过程中的建材、人工涨价,不属于作为合同基础的客观情况发生了非当事人所能预见的根本性变化,以致按原合同履行显失公平的情形,且又很难说建筑施工企业无法预见,很难说涨幅超过正常可预见范围,很难说没有其他办法提前预防或规避。所以,提出适用情势变更的理由并不充分,法律也不应予以支持。

施工企业所要做的,主要还是应增强风险意识,在获取订单前将各类风险因素综合考虑,有序参与市场竞争,加强管理,提前统筹安排。比如,尽量争取签订可调价格合同;即使签订包干合同也要约定在一定条件下可调价格,如约定主要材料市场涨幅超过多少以后,价格相应调整或发包方承担一定比例等。还可采用在签约后即签订大宗材料采购合同,可分批供货的办法锁定材料价格。对有期货市场的品种,如线材、螺纹钢等,可通过远期期货合约锁定价格。还可以在投标报价时预加一定的人工工资涨价余量。●



李云:市律协建设工程业务研究委员会委员



郭重清:上海锦天城律师事务所律师

●文/李云 郭重清

组稿邮箱:tougao@lawyers.org.cn

浅议招标人违法确定中标人应承担的民事责任

根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(下称《解释》)第一条第(三)项规定,“建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的”建设工程施工合同,“应当根据合同法第五十二条第(五)项的规定,认定无效”。但在依法必须进行招标的工程项目的承包过程中,除了上述“未招标或者中标无效的”两种情形外,还大量存在招标人违法确定中标人的情形,同时随着《招标投标法实施条例》自2012年2月1日施行以来,究竟招标人的哪些违法行为属于将导致中标无效的行为也存有一定的争议。本文拟从招标人违法确定中标人应承担的民事责任入手,就实践中存在的相关问题进行简要探讨,供大家参考。

一、法律、行政法规关于确定中标人的相关规定

(一)《招标投标法》的规定

《招标投标法》第四十条第二款规定:“招标人根据评标委员会提出的书面评标报告和推荐的中标候选人确定中标人。招标人也可以授权评标委员会直接确定中标人。”

《招标投标法》第五十七条规定:“招标人在评标委员会依法推荐的中标候选人以外确定中标人的,依法必须进行招标的项目在所有投标被评标委员会否决后自行确定中标人的,中标无效。责令改正,可以处中标项目金额千分之五以上千分之十以下的罚款;对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。”

(二)《招标投标法实施条例》的规定

《招标投标法实施条例》第五十五条规定:“国有资金占有控股或者主导地位的依法必须进行招标的项目,招标人应当确定排名第一的中标候选人为中标人。

排名第一的中标候选人放弃中标、因不可抗力不能履行合同、不按照招标文件要求提交履约保证金,或者被查实存在影响中标结果的违法行为等情形,不符合中标条件的,招标人可以按照评标委员会提出的中标候选人名单排序依次确定其他中标候选人为中标人,也可以重新招标。”

《招标投标法实施条例》第七十三条规定:“依法必须进行招标的项目的招标人有下列情形之一的,由有关行政监督部门责令改正,可以处中标项目金额10‰以下的罚款;给他人造成损失的,依法承担赔偿责任;对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分:

- (一)无正当理由不发出中标通知书;
- (二)不按照规定确定中标人;
- (三)中标通知书发出后无正当理由改变中标结果;
- (四)无正当理由不与中标人订立合同;
- (五)在订立合同时向中标人提出附加条件。”

二、招标人违法确定中标人的几种行为

从上述《招标投标法》及《招标投标法实施条例》的规定来看,如果把“无正当理由不发出中标通知书”理解为狭义的不依法确定中标人,但不属于违法确定中标人的违法行为;同样“中标通知书发出后无正当理由改变中标结果”、“无正当理由不与中标人订立合同”、“在订立合同时向中标人提出附加条件”等违法行为严格来说都不属于违法确定中标人的范畴。鉴于本文仅探讨招标人违法确定中标人的行为,招标人实施该违法行为应承担的民事责任暂且不论。换言之,从狭义角度理解,招标人违法确定中标人的违法行为主要包括以下几种:

第一,招标人在评标委员会依法推荐的中标候选人以外确定中标人。《招标投标法》对“招标人在评标委员会依法推荐的中标候选人以外确定中标人”的,明文规

定“中标无效”，根据《解释》的有关规定，相关的建设工程施工合同将被“认定无效”。

第二，依法必须进行招标的项目在所有投标被评标委员会否决后自行确定中标人。《招标投标法》对“依法必须进行招标的项目在所有投标被评标委员会否决后自行确定中标人”的，明文规定“中标无效”，根据《解释》的有关规定，相关的建设工程施工合同也将被“认定无效”。

第三，不按照规定确定中标人。《招标投标法实施条例》对“不按照规定确定中标人”的，明文规定了应承担的行政责任，却没有规定“中标无效”，那么，与招标人“不按照规定确定中标人”相关的建设工程施工合同是否也应当“认定无效”呢？

由国家发展和改革委员会法规司、国务院法制办公室财金司、监察部执法监察司编著的《中华人民共和国招标投标法实施条例释义》（以下简称《释义》）在对《招标投标法实施条例》第七十三条释义时载明：“不按照规定确定中标人。实践中不按规定确定中标候选人（注：笔者认为此处“中标候选人”应为“中标人”的笔误）的情形主要有：一是招标人收到评标报告后未公示中标候选人即确定中标人。二是不对公示期内提出的异议作出答复或者异议成立而不采取措施即确定中标人。三是对国有资金占控股或者主导地位的依法必须进行招标的项目，不根据评标报告确定中标人。四是在评标委员会推荐的中标候选人之外确定中标人。”

根据《招标投标法实施条例》第八十二条的规定：“依法必须进行招标的项目的招标投标活动违反招标投标法和本条例的规定，对中标结果造成实质性影响，且不能采取补救措施予以纠正的，招标、投标、中标无效，应当依法重新招标或者评标。”由是观之，“招标人收到评标报告后未公示中标候选人即确定中标人”是否会对中标结果造成实质影响，且不能采取补救措施予以纠正，需要针对不同的情形具体问题具体分析；“不对公示期内提出的异议作出答复或者异议成立而不采取措施即确定中标人”中“异议成立而不采取措施即确定中标人”的必然会对中标结果造成实质影响，是否能采取补救措施予以纠正，无法一概而论；“对国有资金占控股或者主导地位的依法必须进行招标的项目，不根据评标报告确定中标人”必然会对中标结果造成实质影响，是否能采取补救措施予以纠正，同样难以一概而论。

为便于问题探讨，假设实践中“对国有资金占控股或者主导地位的依法必须进行招标的项目，不根据评标报告确定中标人”，对中标结果造成了实质影响，且不能采取补救措施，此时理应理解为直接导致“中标无效”。

三、招标人违法确定中标人应承担的民事责任

对于“招标人在评标委员会依法推荐的中标候选人以外确定中标人”及“依法必须进行招标的项目在所有投标被评标委员会否决后自行确定中标人”这两种由《招标投标法》明文规定的导致“中标无效”的违法行为，其因与之相关的建设工程施工合同被认定无效之后的民事责任是显而易见的。

实践中存在争议的是本应被确定为中标人的中标候选人合法权益如何救济。在工程标的较大的项目中，依法应被确定为中标人的投标人的合法权益在客观上受到了严重侵害，司法实践中却往往难以得到救济。

对于“不按照规定确定中标人”的违法行为，尤其是违反《招标投标法实施条例》第五十五条的规定，损害排名第一的中标候选人的合法权益的违法行为，招标人应承担怎样的民事责任，更是存有较大争议。

第一，在程序上，没有被依法确定为中标人的排名第一的中标候选人是否有资格通过民事诉讼确认与之相关的中标合同无效；从《民事案件案由规定》来看，与招标投标直接相关的案由是招标投标买卖合同纠纷（第75个案由）和串通投标不正当竞争纠纷（第165个案由）显然与之不符；此外，“确认合同效力纠纷”中包括了“确认合同无效纠纷”，一般提起诉讼的都是合同相对人，排名第一的中标候选人作为未中标人很难直接提起诉讼。

第二，在实体上，如果根据《招标投标法实施条例》第七十三条规定，直接提起要求赔偿的诉讼，法院可能按照缔约过失责任予以处理，难以弥补其中标后的“预期收益”；即便胜诉，对于排名第一的中标候选人来说也是极不公平的，尤其是在较大标的项目中，这种不公平性更是显而易见，也有违《招标投标法实施条例》的立法本意。

笔者认为，为了更好地贯彻实施《招标投标法》及《招标投标法实施条例》，切实维护实践中大量存在的因招标人违法确定中标人所直接损害的中标候选人的合法权益，最高人民法院在起草《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（二）时，应当对类似纠纷给出明确的处理意见。一方面，类似纠纷不宜一概以缔约过失责任纠纷进行处理；另一方面，国有资金占有控股或者主导地位的依法必须进行招标的项目招投中，除去例外情形，可以理解为排名第一的中标候选人依法享有法定中标权，该等权利一旦受到侵犯，可以提起诉讼要求确认享有中标权，同时可以要求确认与违法确定中标人相关的中标合同无效，以保障其合法权益，从源头上规范建设工程的承发包行为。●



王先伟：市律协建设工程业务研究委员会委员

●文 / 王先伟

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

施工企业内部承包、挂靠和非法转包的表现形式与法律责任研究

当前,建筑工程施工行业乱象丛生,因建筑工程施工合同发包及签约不规范造成的合同纠纷案件与日俱增。但凡建筑工程合同出现纠纷,相当一部分案件都存在施工人是否构成内部承包、挂靠或是非法转包的认定问题。由于内部承包属于合法地位,而挂靠和转包则为法律所禁止,所以当下名为内部承包实为挂靠、转包的情形相当普遍。如何准确区分施工人是内部承包还是挂靠、非法转包,对于案件的定性以及施工人是否具有诉权等问题起着决定性的作用。本文通过对内部承包、挂靠和非法转包的表现形式及认定条件进行研究,并对三种行为可能导致的不同法律责任进行了论证。

一、三种行为的一般表现形式及法律性质

建筑企业内部承包是我国建筑市场的一个特色,符合我国建筑市场劳动力密集型的特点,也是促进建筑市场繁荣的一个重要力量,但在法律层面,关于建筑企业内部承包合同的法律性质及法律效力存在很多争议,立法上也不够完善。内部承包在实际操作过程中,各地都不一致,也出现了形形色色的以内部承包为名掩盖挂靠、转包的非法行为,偏离了内部承包的初衷。

(一) 内部承包的表现形式及法律性质

内部承包是我国建筑市场的一个特色,在一段时间内促进了建筑市场的快速发展和繁荣。内部承包最早起源于1987年原国家计委、财政部、中国人民银行联合发布的《关于改革国营施工企业经营机制的若干规定》,

该规定第2条提到施工企业内部可以根据承包工程的不同情况,按照所有权与经营权适当分离的原则,实行多层次、多形式的内部承包经营责任制。不论采取何种承包方式,都必须签订承包合同,明确规定双方的责权利关系。

在实践中,内部承包合同的一般表现形式有两种,一种是建筑企业与内部职工签订一份协议,约定内部员工享有的权利义务,并承担完成企业一定定额的工作任务。另一种是建筑企业将自身的业务分割为若干部门,按照所有权和经营权适度分离的原则,以承包经营合同的形式,明确企业与承包人之间的权利义务关系,使承包人在承包期内自主经营,自负盈亏的一种经营管理形式。

然而,上述规定只是行政部门的指导意见,并未在法律层面确认该协议的性质。在法律层面,建筑企业内部承包合同的法律性质及法律效力一直存在争议。主要争议有两个,一是内部承包合同是受合同法调整还是受劳动法调整;二是内部承包合同的承包人是否享有实际施工人地位和相关诉权。关于这两点的争论,笔者持如下观点:

第一,内部承包合同符合合同构成要件,应受合同法调整。

之所以出现内部承包合同法律性质的争议,主要是因为内部承包合同的双方,一方是用人单位,一方是劳动者,因双方的法律地位是否平等而导致争议。主张受劳动法调整的理由是内部承包合同的签约双方是管理

与被管理的关系,不是平等民事主体,合同内容是企业内部的管理措施,合同本质上是劳动合同的补充。主张受合同法调整的理由是内部承包合同是签约双方在平等协商的基础上签约,地位平等,合同内容具有等价有偿的特点,已经超出了劳动法的调整范围,属于私法范畴,应受合同法调整。笔者认同内部承包合同应受合同法调整。首先,劳动法保护的是劳动者的基本权益不受侵害,包括休息权、身体健康权、劳动报酬权等,并未涉及劳资双方的其他经济关系,也没有排除双方签订合同的权利,因此不能说双方签订的合同应受劳动法调整。其次,上述三部门出台规定的时间是1987年,而劳动法的出台时间是1994年。从时间上来看,三部门出台规定时没有受劳动法调整的意图。而合同法出台之前,早在1982年就已经出台《经济合同法》,内部承包合同符合经济合同法的构成要件,应受经济合同法的调整。

第二,内部承包合同的承包人不享有实际施工人地位,其诉权应根据具体情况确定。

实际施工人是《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》中使用的一个新名词,在合同无效情形下适用,而施工人又并非施工合同相对方的情形。从这一点看,内部承包合同的承包人就不是实际施工人,而只能称为施工人。而从工程施工合同合法有效来看,内部承包人不具有独立起诉发包人的权利,但并非完全排除其诉权。

1、内部承包人不能基于实际施工人身份起诉发包人。如上文所述,内部承包人不具有实际施工人身份,而是代表承包人行使建筑工程承包合同的相关权利义务。其重要特征是内部承包人与承包人相对于发包人的一体性,内部承包人的人员、机具和资金均来源于承包人。此时,内部承包人是受建筑企业委派的施工人,对建筑企业负责,履行建筑工程施工合同的权利义务。内部承包人并非独立第三方,不能基于实际施工人身份起诉发包人。

2、内部承包人可以就内部承包合同的权利义务关系起诉建筑企业,但不应将发包人列为被告。内部承包人与建筑企业之间的内部承包合同合法有效,受法律保护,受合同法调整,双方均为合法平等的民事主体。如对履行内部承包合同发生争议,双方均有诉权。但双方均不能将发包人列为被告,因为发包人不是合同相对方;虽然涉及发包工程,但争议内容不是由发承包双方签订的建筑工程施工合同约定,而是由内部承包合同约定,因此,发包人不是适格被告。内部承包合同纠纷也不宜列发包人为第三人,因为根据民事诉讼法的规定,第三人无论是具有独立请求权还是无独立请求权,都会因案件的审理或处理与其有利害关系。内部承包合同纠纷的审理是

对建筑工程施工合同一方权益的内部分配问题进行审理,本质上不会对合同另一方的发包人有利害关系。

3、内部承包人可以基于代位权起诉发包人。《合同法》第七十三条规定了债权人的代位权,从这一法条看,内部承包人作为建筑企业的债权人在建筑企业怠于履行对发包人的债权影响到内部承包人的利益时,内部承包人可以行使代位权起诉发包人。但基于代位权起诉发包人是有条件的,与挂靠转包等情形下实际施工人起诉发包人是有本质的不同,体现在:(1)实际施工人的前提是合同无效,实际施工人起诉发包人也无需建筑企业怠于履行债权,本质上是基于等价有偿的原则请求发包人履行债务;(2)挂靠、转包等情形下,发包人与建筑企业签订的工程施工合同无效,因建筑企业并未实际参与施工或管理,从而丧失了独立的诉讼地位,转而由实际施工人取得,这一点与内部承包不同,内部承包模式下建筑企业自始至终均有诉权。

(二)以内部承包为名实质为挂靠、转包的表现形式及法律后果

虽然法律明文规定挂靠、转包的行为的违法性,但实际操作中挂靠、转包行为层出不穷,隐蔽性也越来越强,其中最具隐蔽的一种做法便是假借订立内部承包合同,实为挂靠、转包的行为。很多建筑企业为规避法律风险,采用长期与挂靠人和受转包人签订用工合同,所有工程的权利义务均由实际施工人承担,包括人员组织、施工机械租赁和购买以及资金筹集甚至承揽项目等都由实际施工人完成,这种做法隐蔽性极强。由于无法核实是否是挂靠、转包,目前发包人采用的普遍做法是提高资质等级以尽可能规避风险,而这样的风险规避方式又进一步导致资质高消费现象泛滥,导致低资质企业业务不足,被迫挂靠更高资质的建筑企业承揽项目,严重扰乱了建筑施工行业的秩序。

对于挂靠和转包,《建筑法》、《合同法》等法律明文规定其为禁止性行为,因其行为的普遍性,最高院相关司法解释并没有机械地照搬法条认定挂靠和转包涉及的建筑工程合同无效,而是从《合同法》的立法精神处罚,尽量保护合同双方当事人的真实意思表示,尽量减少对合同无效的认定。最高院司法解释将挂靠和转包分为两种情况分别规定了合同的效力及相关法律责任。

《建筑法》第二十六条第二款规定:“禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照,以本企业的名义承揽工程”。本条规定即是对挂靠的禁止性规定。《合同法》第五十二条规定违反法律禁止性规定的合同无效,照此逻辑推断,挂靠合同应属无效,最高法院的相关司法解释也确认挂靠合同无效。

《建筑法》第二十八条规定：“禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人”。这一条规定也是对转包的禁止性规定。但最高院的司法解释并没有机械地认定转包合同无效，因转包合同在招标阶段，发承包双方均具有合法地位，建筑工程施工合同的订立符合双方的真实意思表示，应为有效合同。在工程转包后，司法解释认定该转包行为无效，发包人享有发承包双方签订的建筑工程施工合同的解除权。

根据《民法通则》及最高院相关司法解释，对于因挂靠、转包行为产生的非法所得，人民法院可以予以收缴。

二、挂靠、转包的法律认定条件分析

对于挂靠、转包的认定，法律并没有明确规定认定条件，但建设部关于印发《1999年整顿和规范建设市场的意见》的通知（建建[1999]53号文件）的附件明确了转包和挂靠的认定条件。

上述《通知》对转包的认定条件为：根据《建筑法》第二十八条和建设部《关于进一步加强工程招标投标管理的规定》，承包单位在承接工程后，对该工程不派出项目管理班子，不进行质量、安全、进度等管理，不依照合同约定履行承包义务，无论将工程全部转包给他人，还是以分包名义将工程肢解后分别转包给他人的，均属转包行为。

《通知》对挂靠的认定条件有三项，分别是：1、有无资产的产权（包括所有权、使用权、处分权、受益权等）联系，即其资产是否以股份等方式划转现单位，并经公证；2、有无统一的财务管理，不能以“承包”等名义搞变相的独立核算；3、有无严格、规范的人事任免和调动、聘用手续。凡不具备上述条件之一的，定为挂靠行为。

各地各级法院在审判实践的基础上总结了挂靠和转包的行为认定条件。其中对转包的认定相对比较一致，而对挂靠的认定条件则存在一些差别，总体上都是从施工人与建筑企业之间的资产产权状况、财务管理情况和人事管理情况的角度去识别。

笔者在参考上述《通知》的规定和各地法院的认定条件，提出如下四个方面的挂靠转包行为认定条件，供参考。

第一，承包人是否为建筑企业的内部成员。内部承包的承包人必须是建筑企业的下属职能部门或分支机构或者职工个人，而转包、挂靠合同中的承包人则与建筑企业没有任何人事关系。对于内部成员身份，可以依据劳动合同，工资条，社会保险缴纳记录等情况综合认定。对于隐蔽性极强的短期录用应详细调查劳动合同的真实性和工资发放情况，结合资金流水等财务情况综合认定。

第二，建筑企业对项目工程技术、资金、质量、安全等方面能否加以实质性管理和监督。内部承包条件下，建筑企业能对工程项目加以实质性的管理和监督，以保证工程的安全、质量等符合国家规定。而在转包、挂靠中，建筑企业没有任何管理与监督，工程质量、安全存在极大风险。

第三，能否体现建筑企业的资质要素。国家设立建筑企业资质的本意在于保证建筑工程的质量、安全，建筑企业具有国家规定的资质，能为承包人提供足够的资金和技术支持。而转包、挂靠显然无从体现建筑企业的资质要素。这一点可以从建筑企业的日常运营情况认定，如果该建筑企业主要从事借用资质用于盈利的，基本可以认定其所承揽的所有项目均存在挂靠或转包行为。

第四，财务上是否统一管理。建筑企业对承包人有管理的义务，在财务上实行统一管理。而转包、挂靠中，建筑企业不能控制资金的使用，往往工程款直接拨付给承包人，而不是建筑企业的账号，或者虽然拨至工程项目上，建筑企业在扣除管理费后，余款全部划拨给承包人。●





曹珊:市律协建设工程业务研究
委员会委员

●文/曹珊

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

发包人对承包人享有的抗辩权 可以对抗实际施工人

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2004]14号,以下简称“《解释》”)第26条第2款规定:“实际施工人以发包人为被告主张权利的,人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”该款规定允许实际施工人可以突破合同相对性原则直接以发包人为被告主张权利,但由于该款规定较为简单、原则,导致全国各地法院在实际适用时出现不一致,如对实际施工人依据该款规定要求发包人承担责任时,发包人对承包人享有的抗辩权(如质量、工期等违约责任以及诉讼管辖地约定抗辩等)能否对抗实际施工人的问题,理论和实务界至今仍无定论。本文通过对《解释》26条第2款法律依据和法理基础的分析,对实际施工人要求发包人承担责任时,发包人对承包人享有的抗辩权能否对抗实际施工人的问题进行探讨。

一、《解释》26条第2款规定实际施工人以发包人为被告主张权利的法律依据和法理基础

因理论和实务界已对《解释》26条第2款的规定突破了合同相对性原则达成共识,故本文不再对此进行分析,而是对《解释》26条第2款规定实际施工人可以突破合同相对性原则直接以发包人为被告主张权利的法律依据和法理基础进行分析和研究。

司法解释是最高人民法院对法院审判工作中具体应用法律法规问题的解释,属于法律解释的一种,作为法律解释,其本身不应也不能脱离现有法律所设定的权利范围而增设一项全新的权利,否则会引起司法解释“立法化”的质疑而影响司法解释自身的合法性和正当性。而合同相对性原则是合同规则和制度赖以建立并存

在的前提和基础,属于整个合同规则和制度中最重要、最基础的原则,因此,对合同相对性原则的突破,应当在法律中作出规定,在法律没有作出规定时,不应在司法解释中“创设”突破合同相对性原则的规则。那就应从我国现有法律规定中寻找《解释》26条第2款突破合同相对性原则的法律依据和法理基础;我国合同法中就规定了突破合同相对性原则的债权保全制度,包括债权人代位权诉讼制度和债权人撤销权诉讼制度,《解释》26条第2款突破合同相对性原则的法律依据和法理基础就是其中的债权人代位权诉讼制度。

我国合同法第73条规定:“因债务人怠于行使其到期债权,对债权人造成损害的,债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权,但该债权专属于债务人自身的除外。代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用,由债务人负担。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》(法释[1999]19号,以下简称“合同法解释一”)中对代位权诉讼的提起条件、管辖法院等作出了非常细致、明确的规定。根据合同法司法解释一第11条的规定,债权人依据合同法第73条的规定提起代位权诉讼,应当符合下列条件:1、债权人对债务人的债权合法;2、债务人怠于行使其到期债权,对债权人造成损害;3、债务人的债权已到期;4、债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。对实际施工人来说,转包人或违法分包人为其债务人,而发包人是其债务人(即转包人或违法分包人)的债务人,即发包人是实际施工人的次债务人,实际施工人依据《解释》26条第2款规定直接以发包人为被告主张权利,实质上是实际施工人作为债权人向作为其次债务人的发包人提起的代位权诉讼:

首先,实际施工人(债权人)对承包人(债务人)

的债权合法。需要注意的是,所谓债权合法是指该债权本身是否合法,即该债权是否应得到法律的保护,而不是指产生该债权的基础法律关系是否合法或有效。实际施工人与承包人(指转包人或违法分包人,下同)所签订的合同因违反法律的强制性规定而被认定无效后,实际施工人仍享有请求承包人折价补偿或赔偿损失的权利,该权利本身是应当得到法律的保护的,转包合同或分包合同的无效并不影响该权利的合法性。

其次,承包人(债务人)怠于行使其对发包人(次债务人)的到期债权,对实际施工人(债权人)造成损害。合同法司法解释一第13条规定:“合同法第七十三条规定的‘债务人怠于行使其到期债权,对债权人造成损害的’,是指债务人不履行其对债权人的到期债务,又不以诉讼或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权,致使债权人的到期债权未能实现。次债务人(即债务人的债务人)不认为债务人有怠于行使其到期债权情况的,应当承担举证责任。”《解释》26条第2款本身未对实际施工人以发包人为被告主张权利设置任何条件或限制,但最高人民法院相关负责人和审判业务庭对《解释》26条第2款的立法目的和适用条件有明确阐述。最高人民法院相关负责人在《解释》发布之际就《解释》答记者问时明确讲到:“按照合同相对性来讲,实际施工人应当向与其有合同关系的承包人主张权利,而不应当向发包人主张权利。但是从实际情况看,有的承包人将工程转包收取一定的管理费用后,没有进行工程结算或者对工程结算不主张权利,由于实际施工人与发包人没有合同关系,这样导致实际施工人没有办法取得工程款,而实际施工人不能得到工程款则直接影响到农民工工资的发放。因此,如果不允许实际施工人向发包人主张权利,不利于对农民工利益的保护。”以冯小光法官名义(代表最高人民法院民一庭的观点和意见)发表的系列文章中更是直接依据上述负责人的讲话精神,将《解释》26条第2款的立法目的和适用条件表述为:“《解释》第26条第2款的立法目的主要在于解决由农民工组成的实际施工人在与其有合同关系的相对人,因下落不明、破产、资信状况恶化等原因导致其缺乏支付能力,实际施工人又投诉无门的情况下,为实际施工人主张工程款提供的特殊救济途径,即准许实际施工人突破合同相对性,提起以发包人、施工总承包人为被告的诉讼。”“原则上不准许实际施工人提起以不具备合同关系的发包人、总承包人为被告的诉讼;只有在实际施工人的合同相对方破产、下落不明等实际施工人不提起以发包人或者总承包人为被告的诉讼就难以保障权利实现的情形下,才准许实际施工人提起以发包人或总承包人等没有合同关系的

当事人为被告的诉讼。”

再次,承包人(债务人)的债权已到期。《解释》26条第2款中规定实际施工人可直接以发包人为被告主张权利,但同时也明确规定“发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”。其中“欠付”应理解为“拖欠支付”,只有发包人拖欠承包人工程价款时,发包人才“在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”,其中包含着“发包人向承包人所负的支付工程款的债务已到期”的要求,因为如果发包人向承包人所负的支付工程款的债务尚未到期,则发包人并不拖欠工程价款(即并不“欠付工程价款”),也就无需在“欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”。

最后,承包人(债务人)的债权不是专属于承包人自身的债权。合同法司法解释一第12条规定:“合同法第七十三条第一款规定的专属于债务人自身的债权,是指基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等权利。”承包人对发包人的债权系基于合同关系而产生,显然不是专属于承包人自身的债权。

综上所述,《解释》26条第2款中规定实际施工人可突破合同相对性原则直接以发包人为被告主张权利,其法律依据和法理基础就是我国合同法第73条所规定的债权人代位权诉讼制度,其实质是实际施工人作为债权人向作为其次债务人的发包人提起代位权诉讼。但由于《解释》26条第2款本身的规定较为简单、原则,最高人民法院相关负责人和审判业务庭在对《解释》的相关解读中也均未明确表述《解释》26条第2款突破合同相对性原则的法律依据和法理基础为债权人代位权诉讼制度,导致目前理论和实务界仍未对《解释》26条第2款的法律依据和法理基础就是债权人代位权诉讼制度达成共识,由此导致《解释》26条第2款在颁布实施后所产生的一系列理论和实务问题迟迟无法得到彻底解决。根据最高人民法院相关负责人及审判业务庭对《解释》26条第2款立法目的和适用条件的阐述和解读,最高人民法院在制定和解读《解释》时,实际上已经在“不自觉”地按照合同法第73条所规定的债权人代位权诉讼制度来设定和解读《解释》26条第2款的规定。也就是说,《解释》26条第2款中规定实际施工人可以突破合同相对性原则直接以发包人为被告主张权利,实质上仅是我国合同法第73条所规定的债权人代位权诉讼制度在建设工程施工合同中的具体应用而已,《解释》26条第2款并非是脱离我国现有法律所设定的权利范围而给实际施工人增设的一项全新的权利。

二、发包人对承包人享有的抗辩权能否对抗实际施工人问题的分析

在明确《解释》26条第2款规定实际施工人可以突破合同相对性原则直接以发包人为被告主张权利的法律依据和法理基础为债权人代位权诉讼制度之后,关于实际施工人要求发包人承担责任时,发包人对承包人享有的抗辩权能否对抗实际施工人的问题,就迎刃而解了。

(一) 发包人基于其与承包人所签订的施工合同所享有的抗辩权可以对抗实际施工人

合同法司法解释一第18条规定:“在代位权诉讼中,次债务人对债务人的抗辩,可以向债权人主张。债务人在代位权诉讼中对债权人的债权提出异议,经审查异议成立的,人民法院应当裁定驳回债权人的起诉。”因实际施工人依据《解释》26条第2款规定直接以发包人为被告主张权利,实质是实际施工人作为债权人向作为其次债务人的发包人提起代位权诉讼,则发包人作为次债务人,其对作为债务人的承包人所享有的抗辩,可以向作为债权人的实际施工人主张。即发包人基于其与承包人所签订的施工合同所享有的抗辩权,包括质量、工期等违约责任方面的抗辩,可以对抗实际施工人。此外,在实际施工人依据《解释》26条第2款规定直接以发包人为被告主张权利的诉讼中,如承包人参加该诉讼,则承包人还可以在该诉讼中对实际施工人的债权提出异议(包括承包人对实际施工人负有债务,承包人对实际施工人所负债务尚未到期,承包人对实际施工人所负债务已过诉讼时效等),经审查承包人的异议成立的,法院应当裁定驳回实际施工人的起诉。

《解释》26条第2款虽然允许实际施工人突破合同相对性原则直接以发包人为被告主张权利,但实际施工人对合同相对性的突破不应影响发包人依据其与承包人签订的施工合同所享有的合法权益(包括依法所享有的抗辩权在内)。

(二) 发包人对承包人享有的诉讼管辖地约定抗辩权能否对抗实际施工人

因实际施工人依据《解释》26条第2款规定直接以发包人为被告主张权利,其实质是实际施工人向发包人提起代位权诉讼,故应按照代位权诉讼来确定管辖法院。合同法司法解释一第14条规定:“债权人依照合同法第七十三条的规定提起代位权诉讼的,由被告住所地人民法院管辖。”因此,实际施工人依据《解释》26条第2款规定直接以发包人为被告主张权利的,应向发包人住所地人民法院提起诉讼。

结合合同法司法解释一第15条、第16条的规定,

仔细分析和研究《解释》第26条第1款和第2款,我们可以看出最高人民法院在制定《解释》时,实际上已经在“不自觉”中按照债权人代位权诉讼制度在《解释》第26条中设定了如下的制度安排,即实际施工人在提起诉讼索要工程款时,有如下两种途径和方式可供选择:

第一,依据《解释》26条第1款的规定,根据合同相对性原则,向其合同相对方即转包人或违法分包人提起诉讼,此时转包人或违法分包人为被告;该类诉讼的性质为债权人对债务人提起诉讼。实际施工人选择依据《解释》26条第1款规定以转包人或违法分包人为被告提起诉讼之后,不允许实际施工人再追加发包人为案件当事人(共同被告或第三人),法院也不应追加发包人为案件当事人。《解释》26条第1款及合同法司法解释一也均未规定该类诉讼可追加发包人(次债务人)为案件当事人。

第二,依据《解释》26条第2款的规定,突破合同相对性原则,向作为其次债务人的发包人提起诉讼,此时发包人为被告;该类诉讼的性质为债权人对次债务人提起代位权诉讼。实际施工人选择依据《解释》26条第2款规定直接以发包人为被告提起诉讼之后,是否追加转包人或违法分包人为案件当事人(注:如追加,应追加为第三人,而不能追加为共同被告),应由法院根据案件具体情况(主要应限于查明案件事实的需要)依职权确定,而不允许实际施工人在起诉时直接将转包人或违法分包人列为共同被告(但可列为第三人),更不允许实际施工人在起诉后再追加转包人或违法分包人为共同被告(但可追加为第三人)。

上述两种途径和方式之间是一种平行的并列关系(或“非此即彼”的关系),即实际施工人在提起索要工程款之诉时,应从中进行选择,或者分别以承包人、发包人为被告提起不同性质的诉讼(见合同法司法解释一第15条的规定),而不允许实际施工人在提起索要工程款之诉时不分青红皂白地将发包人、转包人或违法分包人等均作为同一案件的被告。

综上所述,实际施工人依据《解释》26条第2款规定以发包人为被告主张权利,根据合同法司法解释一第18条的规定,发包人基于其与承包人签订的施工合同所享有的抗辩权(如质量、工期等违约责任)可以对抗实际施工人;根据合同法司法解释一第14条、第15条的规定,实际施工人(债权人)以发包人(次债务人)为被告主张权利的,应当向发包人(次债务人)住所地人民法院提起诉讼。该规定是明确的,实际施工人不能向其他人民法院提起诉讼,而发包人也不能以其对承包人享有的诉讼管辖地约定来对抗实际施工人。●

人文万象

随笔

文 / 陈英芳

栏目组稿人: 孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

走近莫高窟



艺术宝库

怀着对莫高窟的神往与蒙胧感,我踏上了西行之路。在到达真实的莫高窟之前,我已经在梦里无数次地遇见了它。莫高窟,又名“千佛洞”,坐落在敦煌城东南 25 公里处的大泉河谷里,南北长约 1600 米。透过沙漠里少见的绿树成荫的墙,莫高窟静静的伫立在阳光下的沙漠里。淡黄色的山体上,方方块块大大小小的洞窟,构成莫高窟的总体。望着荒漠化的山丘,想象不出它的神奇与美妙、精湛和伟大。

莫高窟最引人注目的是倚山而立、九层飞檐、巍峨绮丽的大殿,人们称它为“九层楼”。九层楼位于石窟群的正中间,窟檐依山崖峭壁建造,高达 45 米,共九层。第九层为八角顶,覆盖佛像窟顶。下面八层为依崖建造的五间六柱大型两角窟檐。檐角上翘,下垂风铎。是一座气势雄伟的九层楼阁。它是莫高窟最大的建筑物,也是莫高窟的标志。九层楼殿内,端坐着一尊世界上最大的室内石胎泥塑弥勒佛像。它坐高 34.5 米,其势高大威严,双目俯视,形象生动,蔚为壮观。

莫高窟最吸引我的是数量最大、内容最多、色彩最鲜的壁画艺术,现存壁画有 45000 平方米,被誉为当今最大的美术博物馆。壁画的内容丰富,可分为佛像画、故事画、经变画、山水画、动物

画、佛教史迹画、神话题材画、装饰图案画等等。各个朝代不同的绘画风格,又构成了一部中国古代美术史。

莫高窟的每一幅壁画都是一段历史,一种文化的符号。“反弹琵琶”是莫高窟壁画艺术中最优美的舞姿,它完好地保存在第 112 洞窟内。我顺着讲解员的语言想象,画面上这位乐伎,又是奏乐又是跳舞,把高超的弹奏技艺,绝妙的舞蹈本领,优雅迷人的身姿集中在她斜位的肩上。反弹琵琶是大唐文化一个永恒的符号。在莫高窟像这样的舞姬、乐伎多达 3400 身。这批庞大的乐队支撑了莫高窟,支撑着佛教艺术的生命,在佛国世界里,演奏着梵音妙歌。

我紧随着讲解员又来到第 17 号窟洞,这是藏经洞所在地。在这里曾经历过中国近代史最令人辛酸、损失最严重的文物流失灾难。1900 年,在此意外发现一个藏书密室,后来人们叫这个密室为“藏经洞”。在这个小洞内,堆满了经卷、文书、织绣、绘画和佛像绢幡、拓本等稀世古物,大约有 5 万多件。这些文物的年代从公元 4 世纪到 11 世纪,内容涉及中国和中亚、南亚、欧洲等地的历史、地理、政治、民族、军事、语言文字、文学艺术、宗教、医药科技等几乎所有社会领域,被誉为“中古时代的百科全书”。

藏经洞被发现后,世界各国的“探险家”蜂涌而至。在不到 20 年的时

里,他们先后盗走近 4 万卷经书和许多珍贵的壁画、雕塑,给莫高窟带来了巨大的灾难。现在,在英国、法国、美国等国都收藏有莫高窟文物,总计数量占藏经洞文物的三分之二。

历史的雄风翻卷着滚滚的大漠黄沙,风烟法雾抹不去艺术的光芒,莫高窟在东方艺术宝库中光彩熠熠。莫高窟,一座举世闻名的艺术宝库,一个有着 1600 余年历史的旷世奇葩,它是我国乃至世界现存规模最宏大、保存最完整的佛教艺术宝库,1991 年被联合国教科文组织列入世界文化遗产保护项目。

千年惊叹的智慧

莫高窟的对面,是三危山。它虽不是名山大川,但它那粗犷雄健的气势,那惊心动魄的耀眼光环,使人心荡神移。每逢雨后,运遮雾罩的三危山时隐时显,被鲜红的夕阳照耀得五光十色,景象奇特。

1600 年前,一位叫乐樽的和尚云游到了三危山下的大泉河谷。黄昏时刻,他无意中抬头,奇迹出现了:只见对面三危山金光万道,放射着五颜六色的光芒。他怔怔地站着,天地间似乎没了一点声息。是晚霞吗?不对!晚霞就在西边,与三危山的光金遥遥相对立。他顿时被山上闪动的奇异光所憬悟。乐樽获此灵感,决心在此修行拜佛。于是他四处募捐化缘,请来工匠,莫高窟的第一



朱志仁：上海格联律师事务所律师

个石窟就这样诞生了。此后不久，又有一位叫法良的禅师，也在一个雨后的傍晚看到了三危山的光，他也坚信这儿是佛祖圣地，在乐樽的窟旁又开凿了一个洞窟。从此，这个山峦，就离不开工匠斧凿的叮当声。

莫高窟修建在鸣沙山东麓的断崖上，除了复杂的社会原因，神秘的宗教传奇之外，令人信服的真正原因则是古代劳动人民的聪明和智慧，科学地选择地理环境位置。敦煌地处荒漠戈壁腹地，为使洞窟免遭风沙侵蚀，古人将莫高窟选择修建在鸣沙山砂砾岩上，坐西朝东，与东面的三危山隔河相望。呈蜂窝排列的洞窟最高处不超过 40 米。冬季，风沙主要从洞窟背面的西方刮来，经过窟顶时，呈 45°角吹下，与洞窟之间形成“死水区”，吹不到洞窟；夏季，东风盛行，莫高窟对面的三危山又成为天然屏障，使风沙无法直接威胁到洞窟。因此，莫高窟便成为干燥区域里一个最安全的地带。

讲解员告诉我们，莫高窟选择在远离敦煌城的地方，体现了佛教与世俗生活隔离，与大自然融合的思想。洞窟依山面水，窟前的大泉河水滋润着莫高窟周围的绿树。荒漠绿洲不仅形成了莫高窟独特的清幽风光，还有效地阻隔了太阳光对洞窟的辐射。从公元 366 年始建算起，历经千余年的风雨沧桑，莫高窟仍然保存下来 11 个朝代的 492 个洞窟以及大量壁画、雕塑。这是古代劳动人民对地理位置的科学选择，为莫高窟的保护起到了重要的作用。

现代地质科学考察揭开了三危山光芒闪烁之迷：三危山纯为沙浆岩层，岩石颜色赭黑相间，岩石内还含有石英等多种矿物质，山上不生草木，由于山岩成分和颜色较为特殊，因而在大雨刚过，黄昏将临，空气又格外清新的情况下，经落日余晖一照，山上的各色岩石便同岩面上未干的雨水及空气中的水分一齐反射出五彩缤纷的光芒，将万道金光的灿烂景象展现在人们眼前。●

（作者单位：上海市四方律师事务所）

岁月回眸

●文/朱志仁

栏目组稿人：岁月回眸 李海歌 lihaige@lawyers.org.cn

当年喜圆律师梦 老骥伏枥仍有为

我是年已古稀的老人了，自然界周而复始，过了 60 岁人生又一春。在过去的半个多世纪，我长期在陕西工作，直到 1994 年调回上海任职，虽然先后在学校、机关、企业工作，但是我一直对律师就有一种由衷而生的敬仰、憧憬和向往。人们常说：“谋事在人，成事在天。”我终于迎来了伟大的历史机遇，恢复重建律师制度的春风，圆了我的律师梦。我退休后的第二春再次选择了律师生涯，心中燃起了新的激情。春天又是美好的象征，所以才有老兵新传的人生之旅。

梦想成真

律师是忠于法律的先锋卫士。律师以捍卫当事人合法权益为己任，仗义执言，刚正不阿。那种庄重、睿智、雄辩的神采，成为我青年时代心中孜孜以求的梦。

苍天不负有心人。在党和国家拨乱反正的大好形势下，我们有幸迎来了改革开放的春天。1979 年在我国司法改革的大潮中恢复重建了律师制度。西安市司法局刊登启事不拘一格选人才，首次面向社会公开招考专、兼职律师，这个消息让我欣喜若狂，为了迎接这个历史性的召唤，圆心中的梦，我几乎阅遍了当时

学校图书馆相关的法律教科书。在精心备考的一个多月里，正值酷暑炎热季节，我天天起早摸黑，常常汗流浹背，仅仅摘抄整理的读书笔记就有好几万字，或许正应了“天道酬勤”的话，我终于按规定通过了政治、法律、语文三门笔试科目，接着又通过了面试和政审，成为一名兼职的见习律师。从未有过的激动与压力在心底升腾，我明白以后的路程艰难曲折，任重道远。众所周知，在过去计划经济体制下，人身只能依附和服从所在单位的意志，一个人要办些事也不妥当，总会有些闲言碎语，什么擅自报考无视组织啦，不安心教师本职工作等等。幸亏那时候年青气盛满不在乎，只是认准一个理，“别人怎么说不可怕，可怕的是自己失去信心和方向。”凭着对律师工作的执着和热爱，我就多办事少说话，继续钻研法学理论，利用节假日与课外时间多办案，不断提高办案能力和水平，得到了当事人的信任与好评。我还结合办案实践，丰富专业教学内容，主动开新课办讲座，参编部属财贸院校《经济法基础知识》统一教材，主编出版《商业实用法律顾问》一书，受到了广大师生的欢迎。不计报酬讲奉献是那个年代的独特氛围，每个教师不论讲课多少，有无

兼职,没有课时费,也不发奖金。记得那时在西安市法律顾问处一般案件收费30元,兼职律师办一个案件个人酬金是12元,需要阅卷,调查,会见当事人,撰写法律文书,出庭代理等等,经常蹬着自行车满街跑,无怨无悔,乐此不疲。有幸的是我的不懈努力得到了社会的认可,我被选举为西安市雁塔区人大代表,被多次评为先进工作者,又被破格提拔为教学副校长,还通过了省级司法行政部门审查考核,被正式授予律师资格。“有志者事竟成”,我如愿跨进了律师这个神圣的门槛。但是此后好长时间,由于职务的变迁与本职工作的需要,兼职律师渐渐淡出了我的生活。直至2004年退休之后,在上海许多律师同仁的支持和帮助下,才有机会扬起年青时代心中的风帆,重圆律师梦。

老有所乐

退休以后我先后在上海郑传本律师事务所、格联律师事务所执业,主要代理一些民商事案件,工作中不辱律师使命,依法办案,殚精竭虑维护当事人的合法权益,深深地为律师这种职业天

性和魅力感到自豪并引以为荣。

由于我是退休的执业律师,没有衣食之忧,就有了较多的可能与条件用更多的时间和精力从事法制宣传,投入公益活动。我曾经给《上海法治报》撰写几十篇答疑文章,也给《上海律师》写些心得体会,得到了读者的信赖与关注,有的被外地法治网站转载,也有不少来电来访继续咨询,能在法律知识与技巧上给人以启迪与帮助,内心有种充实和愉悦的感觉。

近几年来我大部分时间无偿服务居住地所在社区,由我牵头和几位法律志愿者成立“朱律师工作室”,成为高境镇逸仙一三居委“一居一品”特色服务品牌。每周一、四两个半天为定期接待日,服务项目涉及法律咨询、纠纷调解、心理疏导、信访代理、代拟法律文书等五个方面。2010年起还被聘为社区人民调解员,进一步发挥律师业务特长,用法律知识为广大居民服务,针对社区实际撰写黑板报普法稿件,为广大居民举办“以案说法”讲座,诸如“相邻关系”、“老年人维权”等问题,努力提高大家民主与法治意识。两年来根据初步

统计,在各种场合法律咨询近百人次,制作法制宣传板报20多期,以案说法8场,代书或者审改法律文书30多份,成功调解民间纠纷20多件,其中有调解亲属房产纠纷变诉讼为和解;闹腾三年多的老夫妻家庭重现温馨和欢乐,这些典型案例产生了良好的效果,附近社区居民慕名求助者络绎不绝,为创建文明社区与和谐社会尽了绵薄之力。最近高境镇司法所命名的“朱志仁人民调解工作室”正式挂牌。这几年先后被宝山区和高境镇多次授予“优秀共产党员志愿者”、“法制宣传先进个人”等荣誉称号,这是对我莫大的鼓励和鞭策。

人应有自知之明。平心而论,在我的律师生涯中,没办过在社会上有重大影响的大案、名案和要案,也没有什么惊天动地的社会影响和重大业绩。我只是努力用爱心去做些力所能及的事情。我尽心尽力服务的当事人都是工薪阶层的老百姓,是当今社会的弱势群体,代理的大多是普通琐碎小案,调解的是家长里短的纠纷,在法务需求市场上只是起个拾遗补缺的作用,但是我觉得这也是整个律师事业不可或缺的重要部分,

为了社会的公平和正义,人们更迫切更需要律师的法律服务与帮助,这也是健全民主与法治的客观需要,决定了我存在的个人位置和社会价值的实现,尽管很不起眼但却实在、久远,其乐无穷。

春天圆了我的梦,律师生涯丰富了我的别样人生。我的第二春老有所为、乐在其中。莫道桑榆晚,春光明媚在心间。●



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)



上海市华诚律师事务所 朱小晶律师

诚然,为了自己遭受的不公而将他人置于危险和伤害之中是可恨的。但如果人权继续是个禁忌词,那么,这样的绝望和伤害将永无止境。

上海市建纬律师事务所 林桂英律师

常思律师精神的实质是什么? 律师精神本质是种对抗精神。无论主动进攻还是积极应战,都是在勇敢的对抗中去维护客户的权利,正是这种对抗精神赢得客户的尊重和信赖,维护社会的公平与正义。勇气、智慧、坚韧是律师的美德。

上海博和律师事务所 林东品律师

就诉讼律师而言,市场太大,师徒不大可能成为直接的竞争对手。师傅大可不必藏着掖着。良性的师徒关系其实也是这个行业发展的未来。

北京大成(上海)律师事务所 马乃东律师

离婚无论如何都不是一件让人愉快的事,但对于一段已只有仇恨、相互折磨的婚姻来说,离婚也许意味着此前痛苦的终结、将来新生的开始。当然,当事人都应该反思自己在婚姻中存在的问题,在今后的生活中时刻警示自己。

上海建领域达律师事务所 周吉高律师

专业化是做好律师的捷径,做好专业化再做另一专业会非常容易,因为在某个专业做到极致,采用同样方法会很快拿下另一专业。从专业到多专业,比从综合到专业容易很多!

上海汉商律师事务所 赵东律师

消除对一件事情的恐惧,最好的方法就是强迫自己面对它,一旦行动起来,就会发现,其实它并没有那么可怕,自己比想象中来得强大。

北京大成(上海)律师事务所 马朗律师

伟大的比赛,离不开伟大的对手,马刺的队员和教练十余年如一日,玩得专注、玩得专业、玩得洒脱,值得任何对手尊敬,与其说这是篮球、是 NBA、是体育的魅力,不如说这是玩家的最高境界。由此推演到其他竞技场(如法庭),不会玩甚至把公事玩成私仇者,着实可悲。

北京大成(上海)律师事务所 陶鑫良律师

自从开了微信,少写微博了。微博是“互联网”,微信是局域网;微博是 WTO,微信是 TPP。世人好圈子,微博奈其何? 审时度势,赶紧建立自己的微信“自贸区”吧!



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

《中央企业负责人经营业绩考核暂行办法》2013年1月1日起施行

《中央企业负责人经营业绩考核暂行办法》(以下简称“暂行办法”)已由国务院国有资产监督管理委员会第125次主任办公会议审议通过,现予公布,自2013年1月1日起施行。针对中央企业负责人业绩考核工作面临的新矛盾和问题,该暂行办法进一步从以下几个方面对原有的考核办法进一步进行了完善:在指标设置上,建立年度基本指标、任期基本指标、年度和任期分类指标,具体指标进一步细化;绝大多数中央企业的经济增加值考核指标提高到50%,利润总额指标下降到20%,注重中央企业的发展质量;对于外向型企业,引入国际化经营指标作为分类指标纳入考核,突出促进结构调整、转型升级方面的引导作用;对于取得重大科研成果或者指定国际标准中有重大突破的企业,给予年度考核加分,鼓励自主创新;完善目标值报送及积分规则,鼓励中央企业与国际或国内先进水平对标,增强央企核心竞争力;在确定考核指标权重上,区分不同类型的企业,有针对性的异化考核;区分考核等级,严格考核与奖惩的挂钩;对董事会试点企业的经营业绩进行测试评价,落实董事会的责任和发挥积极性。

(供稿:国资国企业务研究委员会)

国家旅游局发布《关于受理内地与香港/澳门合资旅行社试点经营内地居民出境旅游业务申请的公告》

国家旅游局于2013年1月15日发布《关于受理内地与香港/澳门合资旅行社试点经营内地居民出境旅游业务申请的公告》(2013年2号)(下称“《公告》”)。《公告》明确自发布之日起,国家旅游局开始受理内地与香港/澳门合资旅行社申请试点经营内地居民出境旅游业务,同时对于申请主体、申请材料、申请时间及申请流程作出了详细的规定。根据《公告》,申请主体为内地与香港/澳门合资旅行社,申请材料包括试点经营出境旅游业务的申请报告;旅行社业务经营许可证、外商投资企业批准证书及工商执照的复印件;旅行社成立以来在华历年经营业绩简报;设立地的省级旅游行政管理部门出具的符合《旅行社条例》第八条规定条件的证明文件。《公告》同时要求申请材料应当先经旅行社向所在地省级旅游行政管理部门初审,再提交至国家旅游局最终审核批准。

(供稿:港澳台业务研究委员会)



上海国际经济贸易仲裁委员会

Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission

上海国际仲裁中心

Shanghai International Arbitration Center

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,原名中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会,英文简称“SHIAC”,下称“上海贸仲”)是由上海市人民政府于1988年行文批准设立、并经司法登记的独立仲裁机构。其以独立、公正、专业、高效的仲裁服务为当事人解决争议,在国内外享有较高的声誉。上海贸仲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。

示范条款一 / Model Arbitration Clause I

“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。”

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

示范条款二 / Model Arbitration Clause II

“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。”

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

地址 (Address): 中国上海市金陵西路28号金陵大厦7层
7/F, Jin Ling Mansion, 28 Jin Ling Road(W), Shanghai 200021, P.R.China
电话 (Phone): 86 21 6387 5588
电子信箱 (E-mail): info@shiac.org
传真 (Fax): 86 21 6387 7070
网址 (Website): www.shiac.org

新法速递 《 律师业务资料 》 目录 2013年第8期

上海篇

- 1、上海市人民代表大会常务委员会:关于促进改革创新的决定
- 2、上海市人民政府:上海市活禽交易管理办法
- 3、上海市人民政府:关于本市建立行政处罚裁量基准制度的指导意见
- 4、上海市人民政府:上海市居住证管理办法
- 5、上海市人民政府:关于印发《上海市居住证积分管理试行办法》的通知
- 6、上海市人民政府:关于印发《上海市居住证申办实施细则》的通知
- 7、上海市人民政府:关于印发《上海市海外人才居住证管理办法》的通知
- 8、上海市公安局:关于印发《境内来沪人员居住证登记办法》的通知
- 9、上海市人力资源社会保障局:上海市居住证积分管理试行办法实施细则
- 10、上海市公安局:沿海边防行政案件处罚裁量标准(试行)
- 11、上海市公安局:关于贯彻执行《上海市再生资源回收管理办法》的实施意见
- 12、上海市人力资源和社会保障局:关于劳动人事争议仲裁委托代理人的暂行规定
- 13、上海市人力资源和社会保障局:上海市劳动人事争议仲裁庭旁听规则(试行)
- 14、上海市教育委员会等:上海市经营性民办培训机构管理暂行办法
- 16、上海市绿化和市容管理局:上海市生活垃圾计量管理办法
- 17、上海市物价局:上海市价格行政处罚管辖规定
- 18、上海市物价局:关于贯彻实施《价格行政处罚程序规定》的通知
- 19、上海市物价局:关于转发《国家发展改革委关于印发〈价格行政处罚证据规定〉的通知》的通知

- 20、上海市物价局:关于转发《国家发展改革委关于印发〈价格行政处罚案卷管理规定〉的通知》的通知
- 21、市住房保障房屋管理局等:上海市住宅修缮工程招标投标管理办法

全国篇

【 综合 】

全国人民代表大会常务委员会:关于修改《中华人民共和国文物保护法》等十二部法律的决定

【 诉讼法 】

- 1、最高人民法院、最高人民检察院:关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释
- 2、最高人民法院:关于适用《中华人民共和国保险法》若干问题的解释(二)
- 3、最高人民法院:关于海事法院可否适用小额诉讼程序问题的批复

【 民商 】

商务部:家庭服务业管理暂行办法

【 司法行政 】

司法部等:律师事务所从事商标代理业务管理办法

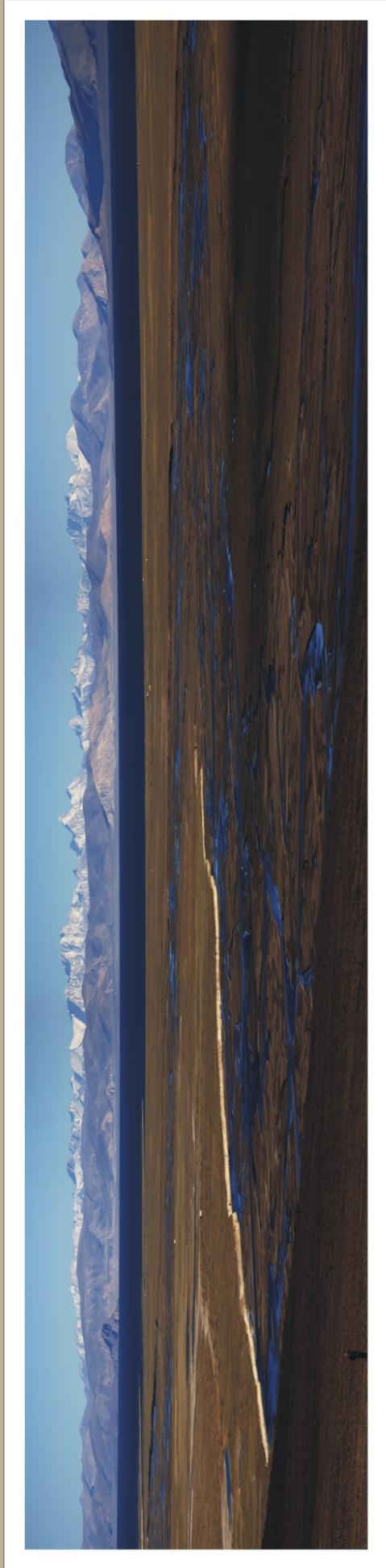
【 证券 保险 】

- 1、国务院:中华人民共和国外资保险公司管理条例(2013修订)
- 2、中国保险监督管理委员会:保监会关于第六批取消和调整行政审批项目的通知
- 3、中国证券监督管理委员会:证券公司代销金融产品管理规定

【 劳动 】

- 1、人力资源和社会保障部:劳务派遣行政许可实施办法
- 2、人力资源和社会保障部等:城乡规划违法违纪行为处分办法

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/>



《措勤湖》 摄影：江 亮 律师