

上海市律师协会 主办



SHANGHAI  
LAWYER

**卷首语** 依法治国需要更多的  
应用型法律人才 / 杜志淳

**法律咖吧** 从薄、李两案谈司法审判  
公开公正的进步  
/ 潘书鸿 阮传胜 沈 宁

2013  
总第712期

10

聚 焦 · 思 辨 · 感 悟 · 互 动



**律师实务** 论虚拟角色商品化权的保护 / 陈绍娟

**聚 焦**

# 加强律工委制度建设 提升律师业管理水平

/ 彭念元

9月2日,市高级人民法院副院长顾伟强、立案庭庭长吴金水等一行来到上海市律协,就市高院为解决立案难问题将采取的具体措施,听取上海市律协和律师的建议。



9月16日至17日,深圳市律协会长张勇一行14人和珠海市律协副会长张晓玲一行9人到访上海市律协,就女律师工作、律师事务所规范与发展、律师协会建设等工作进行调研座谈。



9月22日,由民革上海市委、上海市律协联合举办的“上海行政审批制度改革”研讨会召开,市政协副主席、民革市委主委高小玫,市人大常委会、民革市委驻会副主委董波,市司法局副局长王协等领导出席。嘉宾们分别从政府层面的改革到律师执业的层面阐述了上海行政审批制度改革的历程和面临的问题。



9月27日,以ASRAR UL HAQ MIAN先生为首的巴基斯坦最高法院律师协会一行6人前来上海市律协拜访。双方分别介绍了两国法律制度的不同、双方律师协会的架构及律师参政议政的方式等问题。



9月29日,徐汇区委常委、区委政法委书记李余涛和徐汇区司法局局长徐文泉、副局长朱志忠一行走访上海市律协。市司法局副局长王协、市律协会长盛雷鸣、市司法局律师管理处处长马屹接待了李余涛一行。

## 依法治国需要 更多的应用型法律人才

华东政法大学党委书记 杜志淳

“依法治国”与“建设平安中国”是新形势下党中央作出的重大战略决策,是实现中华民族伟大复兴中国梦的前提和保障。广大法律工作者的职责与此密切相关,必将承担更多的使命与责任。

法律人才是建设法治国家的第一资源,直接服务于法治建设各个环节的应用型法律人才已经成为法治社会运行中不可或缺的要素,这也对法学教育提出了新的要求。

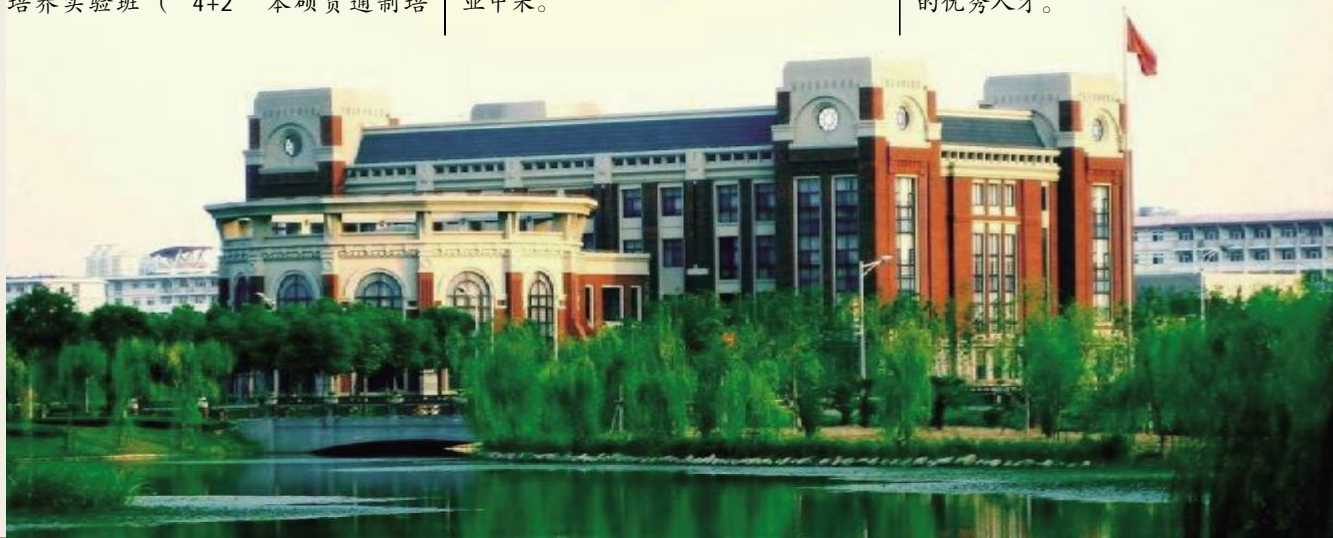
法学是一门实践性很强的学科,一个高素质的法律人才必须具备扎实的法学理论知识和逻辑思辨能力、较强的实践应用能力和相应的创新能力、较强的社会责任感和环境适应能力。作为新中国创办的第一批政法高等院校,华东政法大学一直以来十分注重应用型法律人才的培养。近年来,学校不断创新与深化合作模式,与上海市律师协会、律师事务所和广大律师开展了形式多样、内容丰富的交流与合作,较好地实现了理论教育与实践教育的融合。学校成立了律师学院,开设了卓越法律人才培养实验班(“4+2”本硕贯通制培



养)、卓越法律人才培养实验班、卓越知识产权人才实验班,聘任优秀律师担任特聘教授或兼职教师,邀请律师开展“对话校园”等活动,并在众多律师事务所建立了教育实践基地。上海市律师协会和广大律师大力支持、积极参与学校的教育教学、学术研究活动,展现了律师队伍的实力和风采,不仅对学校提高教学质量起到了重要的推动作用,而且加深了学生对律师职业的了解与兴趣,有利于学生树立正确的择业观,进而吸引更多的优秀学子加入到这一行业中来。

近日,国务院批准设立了中国(上海)自由贸易试验区,这将对上海经济社会的发展产生重大、深远而积极的影响。一方面,自由贸易试验区的服务业升级将催生更多的行业热点及更多的人才需求,对法律人才尤其是熟悉国际法律和规则的高端涉外律师人才的需求将大大增加;另一方面,自由贸易试验区的建设将进一步推动法律服务市场的开放即律师服务业的开放,必将带来国际人才资源的新一轮竞争。在此背景下,政法院校理应加快培养高端复合型律师人才的步伐。

作为教育部首批卓越法律人才培养基地(应用型复合型卓越法律人才培养基地、涉外卓越法律人才基地、西部卓越法律人才培养基地),学校将进一步发挥服务社会的职责,依托地缘优势,主动对接区域经济社会的发展需求,着力加强与上海市律师协会、律师事务所等实务部门的合作,创新法律人才的培养模式,全面推进法学教育教学改革和卓越法律人才培养计划的实施,为上海律师行业的发展储备更多的优秀人才。





# 上海律师 2013 10 目录

SHANGHAI LAWYER 总第 712 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](http://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 依法治国需要更多的应用型法律人才 / 杜志淳

## 本刊关注

聚 焦 5 加强律工委制度建设 提升律师业管理水平 / 彭念元

9 怎一个“情”字了得

——市律协青年律师工作委员会“关注·关心·关爱”系列之一主题征文活动回眸 / 市律协青工委

10 师吾师者,幸之(征文选登) / 杨颖琦

局长视窗 12 强引导重监管 搭平台建机制 推动虹口律师行业的健康发展 / 王北翼

区县传真 16 以党建促所建 以诚信树品牌 / 松江区司法局律师党委

18 热心化解社会矛盾 积极创造捷华价值 / 静安区司法局

法律咖吧 20 从薄、李两案谈司法审判公开公正的进步

/ 潘书鸿 阮传胜 沈 宁

## 人物·优秀女律师

24 多方位法律服务 助力上海国际航运中心建设 / 韩春燕



《长白山天池》摄影:董仑楚 律师



10月12日,上海市律协举行了重阳节活动,市律协会会长盛雷鸣、副会长管建军和秘书长万恩标等以及老会长王文正与近八十位老律师们一起共度佳节,并为一位90岁老律师和八位80岁老律师庆生。

## 法眼法语

### 香港大律师之窗

26 浅谈法律意见的保密权 / 龚靖晴

视角 28 关于上海自贸区建设对法律服务业影响的思考 / 盛雷鸣 彭辉 史建三

33 征收集体土地、房屋补偿存在的问题及对策 / 汪灏 周海英

案例精析 36 结婚多年确认亲子关系不存在 假父亲能否撤销赠与孩子的房产? / 郭韧

新锐手记 37 践约之行 / 李健

## 律师实务

41 论虚拟角色商品化权的保护 / 陈绍娟

43 探析司法强制征收制度中的“裁执分离模式” / 刘雨修

46 如何申请高院重审 / 魏海波

48 破解孙悟空美术人物形象权属迷局 / 陈鲁宁 周富毅

52 对商品房买卖中消费者权益保护的思考 / 叶金荣

54 中国企业海外并购浪潮对律师的机遇和挑战 / 邵开俊 汤海平

57 刑事诉讼中的集体回避问题 / 阙宇

## 人文万象

随笔 60 听风随想 / 周邦伦

他山之石 61 在伦敦的法院观看开庭 / 李新立

新法速读 64 国务院关于印发中国(上海)自由贸易试验区总体方案的通知等2则

新法速递 封三 《律师业务资料》目录 2013年第9期



# 本刊关注

聚 焦 ●文/彭念元

# 加强律工委制度建设 提升律师业管理水平

2008年,上海市律协八届理事会根据新《律师法》关于行政管理事项配置和权限向区县下放的精神,积极探索创新自律管理模式,在全国率先建立了区县律师工作委员会,并将区县律工委的制度正式纳入到修改后的《上海市律师协会章程》的行业管理架构之中,为广大律师提供更近、更多、更好的行业自律服务,不仅将律协工作延伸到了基层,而且增强了“两结合”管理的合力。上海市律协九届理事会致力于加强律工委的制度建设,进一步深化行业管理,并将此作为2013年的一项重点工作,通过组织建设和制度建设,总结和推广区县律工委的经验,推动区县律工委开展有特色、有意义、有成效的服务工作,进一步提升了行业的管理水平。

## 探索、交流中小所发展新模式

中国律师制度经历了艰难曲折的风雨历程,改革开放三十多年来才取得了突飞猛进的持续发展。1979年律师制度恢复初期,上海律师业只有16名从业人员;而目前,上海已有1170多家律师事务所和近15000名执业律师,发展势头迅猛。然而,专业化、规模化、国际化水平较低,特别是占全市律师业85%以上的中小所存在着规范化建设滞后、业务拓展空间较小的问题,已成为上海律师业整体实力提升及科学发展的“瓶颈”。

第九届上海市律师协会努力加强主要针对中小所的规范化建设,努力突破这个“瓶颈”。区县律工委及众多的律师事务所也积极探索新形势下的科学发展之路,杨浦区律工委支持和推动建立“律所联盟”这个创新模式,就是一次有益的探索和尝试,开辟了中小所健康发展的新路。今年5月24日,市律协会长盛雷鸣与副会长黄绮、钱翎梁、周天平带领全市各区县律工委主任以及秘书处工作人员到杨浦区律工委进行调研,召开“杨浦律所联盟经验交流会”,同杨浦区司法局副局长唐明祥,市律协监事长兼杨浦区律工委主任厉明、副主任

王桂喜以及杨浦律所联盟的律师代表交流座谈,认真总结杨浦区律工委探索建立“杨浦律所联盟”的先进经验。

在律师事业改革发展的进程中,随着国资所、合作所先后退出历史舞台,合伙所独领风骚,引领着律师行业的规模化、品牌化、国际化发展,个人所也如雨后春笋般异军突起,引人注目。

个人所多是由从合作所、合伙所中分离出来的资深律师所创建,专业特色很强,执业经验丰富。但是,也普遍面临人少力薄、办公环境差、无法开展团队合作和办理经济大案、难以履行社会责任和培养青年律师等方面的困难以及“今年开明年关”的窘境。2011年初,杨浦区陈迎瑞、汪顺生、周荣明、顾剑栋等四家个人律师事务所主任相聚于昆山年会,在倾心交谈中碰撞出智慧的火花,产生了改变现状、“抱团取暖”的愿望,很快达成了组建“联盟”的共识,并于2011年3月28日成立了杨浦律所联盟。而后,又有4家个人所加盟,执业律师总数近50名。两年多来,“联盟”创新管理,运作良好,人和气顺,业务倍增,展现出旺盛的进取活力和可喜的发展前景。

一、高起点联盟,合署办公,降低成本,提升个人所的职业形象

在杨浦区律工委的高度关注和指导下,杨浦律所联盟的构想和申请很快得到了杨浦区司法局的认可和大力支持。在杨浦律所联盟挂牌成立仪式上,杨浦区司法局副局长唐明祥到场表示热烈祝贺。他指出,成立上海杨浦律所联盟是一个有益的尝试,有助于中小型律师事务所的发展,能有效地节约运营成本,发挥“联盟”“1+1>2”的作用。杨浦律所联盟采用“合署办公、成本均摊、资源共享、统一管理”的模式运行,根据服务于杨浦地区经济建设和社会百姓的明确定位,精心选择了东外滩的一座高档商务楼作为办公场所,四家所合计均摊房租成本。杨浦区司法局领导每年多次亲临“联

盟”指导工作,区司法局律公科长每月都要到“联盟”检查落实,提供快捷高效的宝贵支持,为中小所的发展探索新路。

杨浦律师所联盟的律师楼雄踞东外滩的风水宝地,环境优美,视野辽阔,上海的母亲河黄浦江上千帆竞发,邓小平题字的“杨浦大桥”如长虹卧波,两岸美景尽收眼底,令人赏心悦目。200多平方米的办公楼,每个所主任拥有20平方米左右的独立办公室,窗明几净,格调优雅;大会客室、小会议室、文化休闲室都可与中型规模的律所相媲美。“联盟”合署办公,不仅降低了成本,更极大地改善了办公条件和律所的形象,增强了“联盟”律师的信心。

二、高层次探索,弘扬海派文化,建立自律机制,促进“联盟”的正常运转

由8家个人所组成的“联盟”,各所主任各有不同的人生经历和社会阅历,有的是承接大所业务的创利大户,有的是高级律师并担任仲裁员职务,有的是执业超过25年以上的资深律师,有的是理工院校出身转入律师领域,他们都是不同法律专业业务的佼佼者。从律所而言,是名副其实的小所联盟;但从律师个人来看,说是“强强联合”也不为过。只有通过高层次的探索和实践,弘扬上海律师海派文化,建立高度自觉的自律机制,才能促进联盟体的融合、合作和正常运转。

海派文化,兼容并蓄。“联盟”律师秉持平等互惠、共同发展的理念,以精诚合作的奉献精神和包容豁达的宽厚胸怀,努力缔造团结、民主、包容、谦让的律所文化,共同“约法三章”,规定对跨所管理制度和决定重大议题必须做到:公开透明,没有暗箱操作;平等协商,没有隐性权力;尊重否决,没有多数特权。“联盟”内的主任律师对一些律所因派别意识所形成的制度冷暴力、造成的不和与分裂都感同身受,有切肤之痛。因此,“联盟”特别设计了一票否决制度,如果遇到所际争议的问题,一律实行一票否决制。如通过讨论还不能达到统一,只要有一个主任律师不同意,这项动议就被否决;待实践证明是必须实行的,持否定意见的主任律师也改变态度,全体通过方可实施。同时,也做了限制使用规定,对不合法理、违反常理、只顾私理的恶意乱用行为坚决予以纠正。此举有利于消除不和谐因素,有利于“联盟”的思想统一和团结一致,有利于弘扬先进的律所文化,使“联盟”成员在心齐气顺的氛围下合作办事。作为联合体,团结合作是海派文化的核心价值,通过自我约束的高度自律,建立起新型的所际关系和人际关系,造就和谐、宽松的集体互助环境。

杨浦律师所联盟主要有四个特点:一是合而不同。在合署办公降低成本的情况下,各所自收自支,自负盈

亏,互不承担连带责任,各所根据自身的专业特色,各自办理自己的业务,走自己的业务发展之路。二是合为互助。专业互补,合作办案,按照专业特色分工负责。刑事案件要两人会见,各所之间可以调派人员支持;遇到不属于自己专业特长的案件,可推荐他所办理;公共资源共享,共同开发业务,以求做大做强。三是合求规范。除各所自建一系列规章制度之外,“联盟”还专门建立了“公约”,以工作规范和行为准则制约所际关系,努力提高管理质量,确保“联盟”的有序运行。四是合促发展。注重向社会和公众提供义务法律服务,实施法律援助,不计报酬,无私奉献,不断提升“联盟”的社会声誉。

三、高立意创新,建立管理制度,形成团队合力,推进“联盟”健康有序发展

律所所联盟的建立,如果仅仅是为了降低成本而组合,那只是一种只求生存的低层次观念,更有违资深律师组建“联盟”为律师事业发展作贡献的抱负和初衷,必须创新管理制度,形成团队合力,造就“联盟”的持久生命力。

“联盟”经过反复讨论研究,对目前国内合作制和合伙制以及个人所的管理模式进行了总结类比,吸取有益经验,融入创新元素,制定了六项管理制度:一是义务法律咨询制度。每天有一名所主任值班,亲自接听热线电话,接待社会成员上门法律咨询,保证对外接待时间不留空当;热情待客,耐心解释,不收取费用,直到当事人满意而归。二是团队合作制度。“联盟”内部实行案源调剂,资源共享,专门设立了包括传统业务以及知识产权、涉外贸易、海事航运等非诉专业领域在内的7个专业部门,由主任律师根据自己的专业特长领衔带队,进行跨所专业合作和团队办案。三是疑难案件会诊制度。“联盟”律师对复杂疑难案件进行会诊,集思广益,高招频出,有利于提高办案质量和法律服务水准。四是主任带教青年律师制度。年轻律师拜师学艺,由主任律师带领办案,传承经验;代教主任律师要拿出案源和相应报酬真帮真带;遇有专业合作项目,可自行协商搭配,形成团队办案,促进青年律师的健康成长。五是业务学习联席会议和公约制度。规定每季度召开联席会议,学习律师业务新法规,讨论社会热点问题和立法动向,检查各项制度的落实情况,通报行业信息,安排下阶段“联盟”的工作;制定“联盟”公约,明确了权利义务,将公约作为共同遵守的行为准则。六是主任季度轮值制度。每三个月有一个所主任担任轮值主任,以奉献精神主动为其他律所开辟业务案源,为“联盟”各所带来实实在在的利益,并全面负责“联盟”各项制度的执行。三个月后进行述职讲评,年底进行评比,评出优秀轮值主任,并予以奖励。

实践证明,通过创新管理的制度保证,使“联盟”得





图为市律协召开的区县律工委工作调研会议现场

以健康有序地运行,营造气顺劲足谋发展、你追我赶比贡献的良好氛围。

四、高效率运作,深化管理创新,拓展律师业务,展现可喜的发展前景

在两年的运作过程中,“联盟”着力在思想理念、专业能力及服务发展三个方面加强管理。第一、树立“先公益服务获取社会认可,再建立专业品牌拓展业务”的思想理念。“联盟”律师摒弃“一切向钱看,创收为追求”的市侩观念,树立忠诚为民、奉献社会的核心价值观,先后在定海街道、大桥街道开展义务法律咨询服务,举办大型社区法制讲座培训,组织对口居委会民事调解等公益活动,获得了社区领导和社会公众的广泛赞誉。第二、打造学习研究型团队,以“走出去、请进来”的方式,邀请具备专业化、规模化、国际化经验的律所传授经验,鼓励和支持主任律师赴美国、加拿大、澳大利亚、新加坡等涉外律所参观学习,并积极参与市律师协会各专业委员会的工作,打开专业眼界,形成广阔视野,努力提高律师的业务素养。第三、形成团队合作跨所办案的机制,解决了刑案中个人所无法会见的困难和跨省办案的难题,使业务拓展和业务创收呈现可喜的增长势头。

管理制度创新,贵在有针对性、操作性和实效性,举办跨所集体活动是一大特色。两年来,“联盟”坚持每季度开展四次集体活动:一次业务学习和案件讨论活动,一次联席会议活动,一次集体义务法律服务活动,一次集体文化休闲活动。杨浦律师所联盟党支部成立以后,以树立诚信服务理念和践行社会责任为重要内容,加强队伍建设,带领“联盟”律师开展义务法律服务,惠及定海街道19个居委会近20万市民以及2000多家中小企业,取得了明显的社会效益。并多次组织党建教育活动、“十八大”学习交流、爱国主义教育主题活动、广场法律咨询活动、专题业务交流会议、科技园区公益服务活动、“联盟”主任律师工作交流活动等等,这些以往个人所不可能办到的集体活动,以丰富多彩的形式和内容吸引了广大律师的积极参与,增添了一种亲近感、归属感和荣誉感,使“联盟”真正成为律师的事业之所、欢聚之处和联谊之家。

杨浦律师所联盟建立两年来,从两个方面开拓业务:第一,服务杨浦民生,关注百姓疾苦,以社会公益服务作为着力点,打造传统领域业务的大品牌和常青树;第二,瞄准杨浦中小企业经济发展的热点,为高科技园

区各类法律需求提供精细专业服务。“联盟”凭借各所的组合力量,积极投身于街道社区动拆迁和治安维稳工作,并先后为上海知识产权园区、上海五高科工业园区、中国大学生上海实训基地、杨浦区大桥街道工业园区等2000多家中小企业免费担任义务法律顾问,解决他们在创业和经营中遇到的法律难题,为区域经济转型发展贡献力量。“联盟”效应使案源辐射范围不断扩大,众多客户纷至沓来,不断有动拆迁房产纠纷、知识产权和股权纠纷的客户慕名上门聘请代理律师,使各所业务量扶摇直上。“联盟”所采用的创新管理模式,既将律师所的资源化零为整形成合力,又保留和发展了个人所的专业性,实现了现代管理学上的“双赢”。两年来,“联盟”内的律师分别获得了上海市司法行政系统先进个人奖、上海市司法行政系统优秀党员、法律岗位标兵奖、区律师系统先进党支部奖、区十大律师提名奖、区优秀律师奖、区优秀共产党员奖,还有的当选为区政协委员、市律协各专业委员会副主任、委员等等,充分发挥了“联盟”凝聚人心、催人奋进、培养人才、推动发展的重要作用。

在经验交流会上,“杨浦律师所联盟”的经验受到与会领导及各区县律工委负责人的高度评价,普遍认为杨浦模式值得学习和借鉴。徐汇区律工委主任欧阳润律师赞扬:杨浦律师所联盟是上海律师行业的一朵奇葩!静安区律工委主任唐勇律师表示:要在静安区推广杨浦经验。盛雷鸣会长在总结发言中指出:杨浦区律师所联盟的创立是一个制度创新,这种新的组织形式既有别于一般的合伙,也有别于一般律所之间的合作办案,关键是管理制度和运作机制。上海市律协开展这次调研活动,目的就是要总结经验,挖掘“闪光点”,在全市范围内进行推广,引导中小所的整合、重组与并购工作,推动上海律师专业化、品牌化、规模化发展。希望各区县律工委积极谋划与创导、各中小所主动参与,认真吸取杨浦区的成功经验,在各区县推行适合自身特点的中小所的发展模式,以改革创新、敢为人先的精神,为上海律师业的整体大发展打破“瓶颈”、拓展空间。

#### 加强区县律工委建设的重要举措

8月12日,上海市律师协会在普陀区召开区县律师工作委员会工作会议。上海市律协会长盛雷鸣、副会长管建军、秘书长万恩标与全市17个区县律工委负责人汇聚一堂,共同研究和探讨律工委的制度建设。这是

上海市律协继5月“杨浦律师所联盟经验交流会”之后的又一次调研活动,也是九届市律协加强律工委建设的又一项重要举措。

普陀区律工委主任周朝华介绍了该区律工委加强制度建设的情况和经验。

近几年来,普陀区律工委根据《上海市律师协会区县律师工作委员会工作规则(试行)》,全面开展各项工作,在实践中积极探索并不断加强规范化、制度化建设。2012年,通过5个月的认真讨论,总结实践经验,研究制订了《普陀区律师工作委员会工作规则》,并五易其稿,逐步完善了一系列工作制度。

#### 一、律工委会议制度

律工委全体会议是研究解决本区律师行业自律管理重要事务的会议,行使贯彻落实市律师协会和区、司法行政部门有关律师行业重大决策、指导和监督的要求,审议、制定律工委工作计划、工作制度和年度预决算,指导律师事务所规范化管理,负责律师职业道德和执业纪律教育、检查和监督,维护律师权益,审议并组织培训考核、文体宣传以及指导青年律师沙龙和女律师联谊会工作等方面的职责。规定律工委全体会议每单月第一周星期四下午召开,不能与会者应履行书面请假制度,并将委员全年出席会议的情况在内部刊物上予以通报。律工委会议决议将在每季度召开的全区律师事务所主任会议上传达,或通过内部刊物等方式向律所公布。同时,制定了实行律师列席律工委会议的实施办法。

#### 二、律工委议事制度

明确规定了议事的原则、形式和纪律。特别规定按照议事程序办事,集体决策“三重一大”事项(重大事项决策、重要人事任免、重要项目安排、大额资金使用),由律工委全体会议研究决定。坚持民主集中制,在充分发挥民主的基础上,按照少数服从多数的原则决定事项,对重要议题采用无记名投票的方式进行表决。

#### 三、律工委秘书工作制度

规定律工委秘书处是律工委下属执行机构,受律工委领导,对律工委负责。对秘书处的主要职责作了明确而具体的规定:负责律工委的会议事务,包括会议通知、议题收集、会议的签到和记录,以及撰写会议决议和相关文件;负责律工委内部事务,包括经常与律工委委员沟通信息,将会议决定及时通过内部刊物和邮箱予以公布;内部资料的整理归档和印章保管;按照律工委会议确定的预算额度监督工作经费的使用。

#### 四、律工委经费管理使用制度

对经费来源、预算制度、使用范围、报销程序等作出了明确规定:一是规定工作经费使用范围。工作经费主要用于举办各类工作会议、业务讲座、宣传活动、文体活

动、研讨会、考察学习和聘请秘书,以及举办相关活动所发生的场租费、会务费、讲课费、会议材料费、工作餐费等经费;二是严格执行预算制度。律工委应按照市律协的相关要求,及时制定并上报年度经费预算,并严格在预算额度内使用经费。律工委各副主任按照年度工作计划及分管项目制定经费预算报律工委主任,并经律工委全体会议审议通过后报区司法局律师党委备案;三是对工作经费支出实行预算归口管理。规定报销程序为:经办人申报——秘书长核定——主任审批——财务报销,并特别规定3000元及以下由秘书长审核签字报主任审批支出,3000元以上须报律工委会议研究后实施。明确要求实际支出情况应每季度向律工委会议书面报告,每年向全区律师事务所主任会议通报;四是加强财务监督。规定律工委应按照市律协的要求,定期将律工委会议审议通过后的年度经费使用决算报市律师协会备案,并通过《普陀律师》和区司法局律公科邮箱向全区律师事务所公布,接受民主监督。

#### 五、律工委文书档案、物品管理工作制度

建立统一的文书档案,由秘书负责建档、归档、存档,并于次年第一季度交市律协存档;秘书负责保留律工委组织实施的各种会议、活动、培训等方面的会议签到表、会议记录及其他书面记录材料;建立设备、物品账册登记制度,由专人负责保管、使用或移交。

这是一个比较全面、比较完善和针对性、操作性比较强的区县律工委工作规则。实施各项工作制度以来,普陀区律工委的工作实现了有序运作,到会率达到80%左右,进一步提高了律工委的工作效率。

各区县律工委负责人听了介绍后进行了热烈的讨论,就进一步完善律工委工作规则提出了许多补充意见和建议。

盛雷鸣会长在总结讲话中指出:八届市律协设立了区县律师工作委员会,在全国是首创,运作是成功的。九届市律协要不断总结经验,致力于进一步完善制度管理,要在普陀区律工委工作规则的基础上,综合其他区县律工委好的做法、经验和建议,在年底前推出一套切实可行、行之有效的区县律工委工作制度,使区县律工委的工作有章可循,进一步提高自律管理水平。他要求各区县律工委遵循“市律协派出机构”的明确定位,发挥联系群众、上传下达的优势,将市律协的行业管理延伸到基层,加强自律管理,贴近服务律师,团结广大律师规范操作、诚信服务,为上海的改革开放和经济社会发展贡献智慧和力量;要求深入开展党的群众路线教育实践活动,把制度建设贯穿始终,努力推进律师队伍的制度化、规范化建设,进一步提升上海律师行业的管理水平。●

聚焦

●文/市律协青工委

# 怎一个“情”字了得

——市律协青年律师工作委员会“关注·关心·关爱”系列之一主题征文活动回眸

古人云：“一日为师，终生为父。”这句话道出了青年律师在带教律师谆谆教诲下茁壮成长之后应有的反哺之义，而“新竹高于旧竹枝，全凭老干为扶持”又辉映出带教律师对于青年律师无私奉献、悉心指点的真实写照。

律师职业是一个实践操作性极强的行业，师徒相授，薪火相传，才能使这个行业不断发展壮大。但如今，这一观念或多或少有所淡化。2013年，市律协青年律师工作委员会的红五月主题活动独具匠心地聚焦在了这一饱含情意的话题——“师与徒”，以“关注”、“关心”、“关爱”为主题词，倡导全行业更关注青年律师成长、青年律师更关心前辈律师、前辈律师更关爱青年律师，引导律师行业建立良性的师徒关系。

作为本次系列活动之一，市律协青年律师工作委员会组织了一场别开生面的征文活动。以“我与师父共同办理的一个案件”：回忆一个与师父共同办理的案件，记录期间的成长感悟。“我为师父做一件事”：在工作上或生活上，用心去帮师父做一件事情。“我师父的风采”：悉心观察整理师父的执业心得、办案经验以及人格魅力等为脉络，请青年律师们停下匆匆行进的脚步，梳理自己的心绪，有时间去思考、有机会去感恩那个在关键节点上给过自己方向性、策略性建议的人；那个在精神上、事业上给过自己帮助的人；那个或严厉或温和、但始终关心自己成长的人；那个为自己的律师生涯指点迷津、引航启路的人，从而积聚强大的、继续前行的源源动力。

教师节前夕，篇篇饱含师徒情深的美文纷至沓来：《我的师父——上海汇创律师事务所主任唐一平》（师：唐一平；徒：孙仁杰）、《我和我追逐的律师梦》（师：金

迎新；徒：胡荣霞）、《我与师父办理的第一个案件》（师：钱丽萍；徒：刘红丹）、《我的律师之路的引路人》（师：王桂夫；徒：郭凤丽）、《猎鹰和花香》（师：金松；徒：韩谢诗）、《青年律师之路有你指导》（师：石红卫；徒：管斌）、《听君一席话》（师：单新宇；徒：李庭）、《“五星好评”民事答辩状——记我与师父共同办理的一个案件》（师：汪积炯；徒：方芳）、《我的律师职业生涯的导师与领路人》（师：郑健；徒：李威杰）、《师吾师者，幸之》（师：范仲兴；徒：杨颖琦）、《我的师父——记上海天尚律师事务所詹德强律师》（师：詹德强；徒：郭永莹）、《逆风飞翔的路上感谢有你》（师：张玉琦；徒：杨健萍），等等。其中，有的文章还配了师父的图片、有的文章洋洋洒洒近万字，有的文章凝练了师父的教诲和鼓励……这种种用心的细节，怎一个“情”字了得？这正是律师行业师徒传承而散发出的强大正能量。

上海律师界素来有以老带新、辅助提携的优良传统，通过征文所反映的师徒情深仅仅只是其中的沧海一粟。市律协青年律师工作委员会希望通过本次活动，进一步升温那种亲切的、平实的师徒之情。师可以“无欲无求”、徒不可“没心没肺”，“德”字摆中间，“情”字贯始终。“师徒制”的常态化有助于为青年律师打破职业发展的瓶颈创造一条重要的路径，这需要全行业的共同努力和关注。市律协今年已发布的《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》以及落实该项意见的专项检查工作等，更是在制度层面上进一步奠定和夯实了行之有效的关于青年律师的培养途径和方法。让我们努力做得更好！●

（撰稿人：市律协公共关系部陶丽萍）



聚焦

●文/杨颖琦

## 师吾师者,幸之 (征文选登)



吾师者,何人乎?上海范仲兴律师事务所,范仲兴也。

2008—2010年度“上海市优秀律师”之一、司法部颁发两次司法行政三等功、上海市律师协会宝山区工作委员会主任……有一位拥有如此多荣誉、头衔、职务光环照耀的师父,人人称我是何等的幸运啊。

是啊,我是真的大幸,但绝不是基于上述原因,而是因为遇上了一位真诚带我、没有私心的师父——范老师。他常言其带学生,不是为了多一个一直依附于他、差着做事的助手,而是为了让学生将来能够完全独立地离开。

是啊,我是真的大幸,因为遇上了一位亦师、亦友、亦父的长辈——我们偶尔戏说不知是我心态太“沧桑”抑或是他心态太年轻,作为小上好几轮的晚辈,我与他在一些理念上竟是能互相认同的,也因此才有机会成为了师徒。

是啊,我是真的大幸,因为遇上了一位真正传道、授业、解惑的师者……

### 吾师者,传事业之道也

事业?职业?期待实现个人价值?拥有一种体面身份?花心思出劳力的赚钱手段?“律师”二字,对于每位从事这个行当的人来说究竟意味着什么呢?

对此,范老师花了过半精力、十分严格地教导我何为“律师之道”。他认为对我这个初出茅庐、刚打基础的起步者之长远发展来说,这一辈子的事情可远比即学可会的“术”重要。

有时候在与当事人的交谈过程中我会听到当事人的抱怨,关于他们所遇到过的一些律师接案时立马“拍胸脯”,收费时也不管案子效果、丝毫不考虑收费后当事人财务状况可能的好坏。我想也许这便是起于范老师常说的“职业”与“事业”之分,“职业”仅为的是养家糊口,“事业”则是轻利益、重价值。

范老师曾有一套“农夫与猎人”的理论——“要做农夫律师,不做猎人律师。农夫现在辛勤劳动,等待后面的收获,而猎人追求此刻的每枪必中,不管生态平衡。”律师不能一味地以牺牲当事人对自己和公众对律师群体的信任为代价来捕获猎物、赚得眼前的经济利益,否

则久而久之不仅是律师个人会失去将有的潜在客户,更会降低社会对行业的整体评价。因此,他总提醒我:比起赚上一回钱,要更多地看重对客户的责任,这是对规则的尊重,是对基本职业道德的遵守,也是他口中所说的做律师的“事业之道”。操作中他也总是优先以“为当事人解决问题”为出发点,不因收益而主动引导诉讼,这看似秋风扫落叶地失去了机会,实则是化作春泥更护花,于己、于人、于近、于远都更好。

“律师事业之道”的更深层次是它的“社会性”。面对客户需要的是个人价值的被认可,那么面对社会则应当追求其社会价值的被肯定,因此律师是否优秀还当看其有无追求公平正义的社会责任感及维护和谐稳定的大局观。范老师是宝山区政府律师志愿团的律师之一,每当遇到社会突发事件,他总会出现在事发之处,人谓其“叫得动”、“过得硬”。韩国留学生水池猝死、吴淞高架集装箱坠落、百名集装箱公司职工代表集体上访等等,这些突发情况下均有范老师第一时间赶赴现场、提供法律服务的身影。因其全身心地投入其中,势必会与承接个人业务之间发生冲突。个人利益与公共利益,着实很现实的一个问题,但范老师已经用实际行动告诉了我该如何抉择。

### 吾师者,授执业之术也

每位律师的成功执业或多或少都会有自己执业之术的“秘笈”,范老师愿意将其同我分享,没有遮遮掩掩,还要求全然掌握,因为他从不希望我只是“抖抖哗哗拉着他的衣角躲在身后”的助理或秘书,而是希望我能快速成长。

举例来说,执业本领中关键的是“有扎实的法学理论基础”,而其中“理清法律关系”是一大重头,也是他最拿手之处。范老师总能在处理案件的第一时间里分析清楚里面繁复的法律关系,然后方案、思路便“信手拈来”。曾有一当事人在同一系列事件中在相近时间里牵涉到四起诉讼,分别具有不同的法律关系、同一当事人不同的诉讼地位、不同的诉讼审级和不同的审理进度,但又相互关联、相互穿插。厚厚的好几摞卷宗,十来个当事人错综复杂的关系,此刻当事人之间即合作又各怀心思,彼刻又完全对立且争个“你死我活”……其中的曲

曲折折、斗智斗勇实在让我招架不住,甚至有时会混淆。然而,作为这四起案件代理人的范老师竟然能丝毫不受它们之间的干扰和影响。跟着他一起工作我常感受到,似乎在他的脑海中种着一棵棵树,每个案件就是一棵树,法律关系的基础是它的主干,其它的是分支、是有层次地生长着的,遇上哪个案子,无论时间间隔多久,看看脑中对应的树就准会没错,也能立马就顺着给出思路。“理清法律关系”是他要求我必须掌握的,他一般不会严厉,但独独我在这种基础问题上出错时,他虽不会有责骂,但言语中透出的失望对于我来说会比任何的惩罚都重,所幸我仍有改正的机会,他也并不会只就此事论事,还会向我提示更多的要点。

### 吾师者,解人生之惑也

范老师教导我的不只是工作,他还是我人生的导师,以己身为榜样向我灌输着做人的道理,解我人生成长之疑惑。

在所里没有搬迁新址之前,范老师办公室的墙上挂着一幅字,书写着“慎独”。这两个字出自《礼记·大学》,一直为他所推崇。这两个字简单通俗,解释起来就是真正的君子应当在无人监督的情况下,也凭着高度自觉、按照一定的规则行事,而不做任何有违道德信念、做人原则之事。范老师是个有故事的人,其自小因文革受过冷眼、有过委屈、吃过不公平待遇下的亏,却更加要求自己长成一时时刻刻的谦谦君子——尊重他人、礼貌谦和、热心慷慨,不希望别人因自己的言行而感到任何的不适或者不快。这是他一贯做到的为人准则,也是对我目前成长的建议。

“有礼者敬人。敬人者,人恒敬之。”或许是因为小时候的经历,范老师将待人尊重和礼貌放在了心尖上,

毕竟“己所不欲,勿施于人”。在他眼中,即便是再贫穷再卑微的人内心总是渴望能得到别人的尊重,因此不论对象的贫富也不谓强弱,更无论身边是否有熟识的人看着,他都会与人尊重、与人为善。“仁者爱人。爱人者,人恒爱之。”感慨于自己幼时在农村念书的艰苦,范老师出资20万元在敦煌重建了一所九年制希望学校,成为了上海律师界首位以个人名义单独援建西部希望学校的律师。最近,他又忙于为这些孩子联系准备更好的教学设备……这些付出即获不得名也取不来利,他真正想要的不过是在孩子的心间撒下爱的种子、为他们的梦想助上一把力。每年学校里寄来的不过是些当地的土特产如李广杏干与大枣,以及附上孩子们想对他倾诉的心里话,但这就是让他最满足的“无价”礼物。

“徒弟是像师父的”,我真心想这句话是真理。我本就对那些做人理念深以为然,自师从范老师之后更希望自己亦步亦趋,也能同他一般便好了。

有句戏言:“不想超过师父的徒弟不是好徒弟。”对于目前的我来说,这个目标是极为长远而宏大,甚至是终极的,可我心里总是希望将来有一天我这个徒弟能为范老师带来骄傲,就像我因能师从他而无比自豪一样。

范老师教了我许许多多,或执业或人生,可目前的我能为他做的事情实在是太少太少了,只愿我能脚踏实地又快成长,也盼在多多磨练中能把他在我身上看出的些许灵气发挥得充分乃至淋漓尽致,以期学得范老师“执业之能”、“为人之度”的分毫。

前辈栽树蒙荫后辈,范老师能将我引上一条金光大道,这是我的幸运,但毕竟不是还要我自己去走不是?这点始终不敢忘怀……●

(作者单位:上海范仲兴律师事务所)

## 信 息

# 市律协会长会议决定设立与自贸区有关机构事宜

9月29日,市律协召开九届二十三次会长会议。市司法局副局长王协、律管处处长马屹出席会议,市律协会长盛雷鸣主持会议。会议讨论了在市律协层面设立与自贸区有关机构事宜。会议认为,上海自贸区的设立对律师业将产生重要影响,包括业务拓展、人才培养、与外资所合作等方面都将面临重要变革,作为行业协会必须高度重视,充分调动上海律师的资源,为自贸区提供高效优质的法律服务,弥补目前上海律师在为自贸区提供法律服

务上的不足和短板。

会议讨论设立上海市律师协会中国自贸区法律服务中心(名称暂定),拟邀请相关部门、高校、研究机构等方面的专业人士组成专家咨询委员会,并从业内吸纳专业人才担任研究员开展工作。该研究中心旨在引领和规范上海律师为自贸区建设提供优质法律服务,努力让更多部门认识到法律服务的重要性,为上海律师承担起上海自贸区的法律服务重任提供更多的机会。

局长 视窗 ●文/王北翼

# 强引导重监管 搭平台建机制 推动虹口律师行业的健康发展



王北翼:虹口区司法局党委副书记、局长

律师服务行业是知识服务产业的重要组成部分,作为中国特色社会主义法律工作者的律师是一个比较特殊的群体。近几年来,虹口区司法局全面贯彻落实《律师法》的精神,围绕上海四个中心建设的总体目标、围绕区域中心工作,牢牢把握律师工作的四个关键点,加强律师队伍、业务建设等基础性工作,鼓励律师积极参与社会矛盾化解及社会管理创新,发挥法律服务保障发展稳定大局的职能作用,推动实现维护司法公正、人民群众合法权益和社会公平正义的历史使命。

一是正确引导。把社会主义法治理念教育和树立行业转型发展观念作为两大主题,引导律师事务所把握正确的政治方向,加强规范管理,研究和实践自身的转型发展,注重人才培养。

二是大力扶持。以发挥律师在法治

社会和法治政府建设中的职能作用为目标,不断改善律师行业的执业环境和发展环境,调动律师、律师事务所、律师工作委员会等各方面服务经济转型发展和社会建设的积极性。

三是重视监管。处理好管理与服务的关系,把司法行政机关依法履行律师管理职责与促进律师业规范健康发展有机结合,把对律师的执业监督与律师自觉遵守职业道德、执业纪律有机结合。

四是提升素养。围绕中心、服务大局,为经济社会发展提供优质高效的法律服务,在服务中树立起专业精、风气正、形象好的良好口碑,特别是要求律师必须坚守法律与道德的底线,维护司法公正和社会公平正义。

从这四个关键点出发,具体在以下几个方面进行了实践与探索:

## 一、以服务经济转型和民生改善为导向,着力拓展律师服务领域

(一)发挥区政府法律服务咨询委员会的职能作用

根据虹口区的实际需要,对原有的区政府法律顾问团工作机制进行了调整,同时成立了区政府法律服务咨询委员会,该委员会是为区政府领导和部门决策提供法律意见的非常设机构,实行项目化管理。区政府法律咨询委员会成立以来,完成了《法律信用视野下中小企业贷款困境之对策研究》、《上海国际航运中心建设中的航运金融法律问题研究》两个课题的调研,提交给区有关职

能部门参考,并提供意见建议和合同论证7份。

(二)推进律师服务中小微企业和科技企业的创新发展

积极搭建法律扶持中小微企业和科技创新企业的服务平台,与区商务委、区工商业联合会、区科技创新服务中心签署“合作协议”,通过提供法律咨询、合同签订、法律管理人员培训等综合性公益服务,维护企业的合法权益,助力经济发展。光大律师事务所还参与“法兰桥”小微企业信息化平台的建设。

(三)发挥专业力量作用,为社会稳定提供法律支撑

虹口区司法局认真总结历年来律师、法律援助、人民调解等机构参与社会管理和化解社会矛盾的做法,并在此基础上推广运用。一是组成法律服务志愿团深入旧区改造基地,在旧改任务繁重的3个街道中安排法律援助律师、政协委员律师义务接待来访群众;二是组织选派人大代表、政协委员律师以社会公信人士的身份参与旧区改造土地征收方案的听证会,对方案的法律适用问题提出意见建议,受到了政府和群众的好评;三是深入开展与社区“双结对”活动。律师坚持深入基层社区,开设法律“夜门诊”和律师信箱,指导法律服务工作者调解邻里纠纷。街道办事处与律师事务所签订法律服务协议,使“双结对”活动开展有了制度保障,预防和化解矛盾有了法律顾问,促进了基层民主法治建设;四是积极参与信访矛盾核查化解终结工作。多名律师参与区信访办信访历



史矛盾核查听证、化解和终结工作,有关部门在遇到重大复杂疑难信访问题时,邀请律师提供法律咨询意见,震旦、天一、精诚海众、远东等律师事务所参与了多起群体性复杂疑难信访矛盾的化解工作。

#### (四) 鼓励提倡律师参与社会管理创新

通过参加区信访律师志愿团、区人民调解法律服务志愿团,老干部“法律随行工作室”,区志愿者服务中心“63930010”服务热线的志愿者等社会活动,鼓励律师在社会服务中提高自身的职业素养和执业水平,增强维护百姓合法权益、维护社会和谐稳定的服务意识、责任意识。

## 二、以优化律师执业环境为目标,着力搭建工作交流平台

### (一) 对接区公安分局,加强协作联动,保障律师的执业权利

为贯彻落实市委政法委召开的“关于律师在执业活动中受到人身权利侵害等问题的法律适用和工作职责”专题会议的精神,虹口区司法局与区公安分局、区律工委就律师如何防范不法侵害、加强律师职业道德和执业纪律教育进行研讨交流,并建立联系沟通机制,设立联络员,切实保护本区律师执业过程中的合法权益。2013年3月,区律工委与区看守所签订了合作协议,由律师志愿者每周三轮流前往虹口看守所值班接待,为在押人员及其家属提供法律咨询服务,举办法律讲座,并与民警开展普法交流。

### (二) 建立法官、律师沟通协调机制,规范律师的执业行为

为了加强法官和律师在诉讼活动中的职业纪律约束,在法官与律师之间既建立“防火墙”,又建立“沟通桥”,实现法官与律师间的良性互动,共同维护司法公正,虹口区司法局与区人民法院经过多次沟通、调研、论证,在2012年共同签发了《关于建立法官和律师沟通协调机制实施意见》。双方通过座谈会、学术交流、信息交

流、参与调解、开设专线等形式的交流沟通,加强职业道德执业纪律教育、工作作风建设和司法礼仪建设,增进律师和法官的相互理解与尊重,共同提升职业荣誉感,在保障法律正确实施、维护公民和法人的合法权益、实现裁判公正等前提下,双方相互支持与配合,共同化解社会矛盾。自沟通协调机制建立以来,通过律师参与诉调对接中心工作座谈会、新《刑事诉讼法》非法证据排除若干问题研讨会、司法公开工作研讨会等活动,双方进行了良好的沟通交流,取得了预期的效果。

### (三) 与公、检、法建立法律援助工作机制,扩大法律援助工作的覆盖面

为保障刑事法律援助工作全面覆盖公安侦查、审查起诉、法院审判的各阶段,维护犯罪嫌疑人的合法权益,虹口区司法局、区法律援助中心与区公安分局、区人民检察院、区人民法院研究法律援助衔接机制,签订了关于在刑事案件开展法律援助的工作协议。与区人民检察院航运科探索建立联动机制,为航运服务集聚区域发生的普通刑事案件中符合经济困难条件的被告人提供法律援助。为贯彻落实市高级人民法院、市人民检察院、市公安局、市司法局《关于未成年人案件实施法律援助的若干规定》,规范区未成年人法律援助工作的开展及配套衔接,区司法局联合区公安分局、区人民检察院、区人民法院联合制定了《关于虹口区未成年人案件法律援助的实施办法》,并建立联系会议制度,定期就区未成年人法律援助工作进行通报和研讨。

### (四) 建立虹口区律师行业工会联合会,健全行业内相互交流和帮助的机制

为了促进行业和律师事务所的健康和谐发展,形成行业内的互助、互帮、互学氛围,更好地维护律师行业中广大从业人员的合法权益,在区总工会的大力支持下,虹口区于今年成立了区律师行业工会联合会。目前,已经有57家律师事务所建立了独立工会或工会小组,并推选出了各自的工会负责人,加入工会的行业职工有457名。工会组织建立后,积极发挥沟通与协商的渠道作

用,及时反映职工的愿望和要求,关心职工的思想、工作与生活,特别是在促进律师行业文化建设、推动律师行业更好地服务经济社会建设等方面发挥着更多的引导作用。

### 三、以提升服务管理能力为要求,着力促进律师服务业的转型发展

#### (一) 积极引导律师、律师事务所实现自身转型

随着市场经济的发展和产业结构的调整,律师的传统业务日趋饱和,而对新型业务的研究探索不足,虹口区司法局积极引导律师行业实现自身的转型发展。围绕区域功能建设,引导律师为航运、金融、商旅、低碳产业和文化创意产业服务,着力提升律师在航运金融等方面法律服务的能力与水平。通过举办“律师事务所管理与服务创新”讲座,以增强广大律师对“创新驱动、转型发展”的理解与认识,使转型发展的理念入脑入心。区律师工作会议近两年的讨论主题分别是“如何通过创新转型、实现事务所发展”、“把脉事务所发展的瓶颈,思考破解瓶颈的对策与建议”,通过讨论引起律师事务所负责人、合伙人深入思考律师事务所应该如何发展以适应形势的需要。区司法局领导还多次到律师事务所进行调研,就如何推动律师事务所的转型发展,培育创新型、学习型、服务型律师事务所,推动虹口区律师业更快、更好地发展听取意见,并多次组织召开律师座谈会,以推动律师事务所采用各种形式着力提升整个虹口律师业的活力和竞争力。

#### (二) 进一步完善对律师业发展的扶持政策

2012年,虹口区司法局抓住本市现代服务业“营改增”的契机,一方面配合区税务局开展“营改增”的宣传、培训,密切关注“营改增”的相关过渡政策和安排;另一方面,开展区域内律师事务所服务能绩、发展中的问题及对策的调研,形成了《关于支持本区律师法律服务发展的报告》,提出扶持律师发展的政策建议,得到区委、区政府主要领导的高度重视。区有关部门与区司法局认真贯彻落实,形成了更有利于律师业发展的扶持政策,以吸引更多律师事务所落户虹口,鼓励区域内律师事务所重组兼并,尽快实现自身转型发展和服务能绩的提升,以适应上海现代化国际大都市经济社会发展的需要。

#### (三) 认真履行区司法行政机关的监督指导职能

虹口区司法局按照“两高一少”的要求,在简化行政审批程序,提高行政许可效率的同时,严格执业许可准入,依法严把律师准入关。在律师事务所的设立申请中,强化行政审批的前置程序,建立与设立人进行必要的工作谈话制度,对准备不足、定位不清、业务能力不强

的设立人尽量劝退;对行政相对人提交的许可材料,依法进行核实,杜绝弄虚作假等行为。对律师事务所和律师私设办公地等违法违规行为开展专项检查,进一步规范了律师事务所及律师承揽业务的行为,促进了律师事务所和律师的依法执业。通过调查处理对律师的信访投诉、教育督促律师规范执业、监督指导律师事务所规范管理和严肃查处违规违纪律师,区司法局今年已对2起投诉案件依法予以行政处罚立案。

#### (四) 加强行风建设

在律师行业中开展“三亮三比三评”活动,通过亮收费标准、亮律师身份、亮尽职服务承诺,比服务质量、比服务规范、比工作作风,着力提高律师依法规范执业的自觉性,提高律师的服务能力和服务水平,改进律师的服务态度和工作效率。通过群众评议、党员评议、领导点评,主动接受群众监督和社会监督,提高服务意识、提升律师的自律能力。虹口区司法局聘请政风行风监督员,不定期就律师事务所服务的制度公开、服务态度、服务质量等进行明察暗访,就检查中发现的问题及时反馈,督促整改。

### 四、以党建引领为方法,着力提高律师队伍的综合素养

#### (一) 健全党建组织体系

随着党员律师队伍的不断扩大,虹口区司法局成立了律师党委,并设立律师党建专项办公室。律师党委健全完善了党委会议制度、专题学习制度、党委走访联系基层党支部和党员制度、党风廉政建设制度、党支部书记例会制度、工作谈话制度、党员群众教育培训制度及党员发展等一系列工作制度。按照党组织分类定级、晋位升级的标准,督促指导区各律师事务所党支部建立健全各项制度,规范组织生活,落实工作目标,进一步提高了分类定级的优良率。

#### (二) 加强律师队伍的政治思想和职业操守教育

为加强律师的政法核心价值观教育,增强走中国特色社会主义道路的自觉性和坚定性,虹口区司法局党工委先后与区委党校、区社会主义学院联合成立了律师党校和社会主义学院律师分院,每年各举办两期培训班,对本区党员律师、民主党派律师及党外律师进行党史教育、国际国内形势及区情教育,用党的历史教育人,用党的理论武装人,用党的声音鼓舞人,增强律师践行“忠诚、为民、公正、廉洁”政法干警核心价值观的自觉性,增强社会主义法治建设的责任感与使命感。两校开办以来,已有300余人次的律师参加了培训。今年,将召开“恪尽律师职业操守,弘扬公平正义理念”律师队伍建设专题研讨会。



(三) 丰富律师党建的途径与形式

虹口区司法局党工委引导区各律师事务所党支部,积极探索党建工作与业务工作的最佳结合点,以此为抓手推进党建共建。在区司法局的协调下,区13家律师事务所党支部与武警虹口支队下属13个中队党支部签约共建,双方党支部就加强党支部建设、党员教育和管理以及发挥党员先锋模范作用等方面的情况和工作经验进行定期交流,促进了军地基层的党建工作。



(四) 积极鼓励律师参政议政

虹口区司法局党工委鼓励政治素质高、业务能力强,具备全局观和强烈社会责任感的律师积极参选人大代表,与有关部门积极协商,使优秀律师能够当选为政协委员。目前,本区有2名律师当选为市政协委员,1名律师当选为区党代表,9名律师当选为区政协委员,6名律师当选为区人大代表,2名律师当选为区青联委员。据不完全统计,在今年区政协会议上,区政协律师委员提出提案4件,被评为优秀提案的2件,较好地履行了参政议政的职责。



(五) 为引进培养律师创造条件

虹口区司法局建立领导干部联系点制度,局领导不定期走访区律师事务所听取意见及建议,帮助律师事务所解决发展中遇到的难题。近几年来,区司法局加大了对青年律师的培养,通过召开青年律师座谈会,了解他们的所思所想,并在工作中向青年律师倾斜,给他们创造更多的学习锻炼机会。2012年,区司法局组织开展了第二届虹口区“十佳”青年律师的评选活动,挖掘发现了一批优秀青年律师。2012年,本区2位律师被评为全国律师行业创先争优先进个人,4位律师荣获司法部“律师行业创先争优活动党员律师标兵”,2位青年律师荣获上海市青年“五四”奖章,1位律师被评为2012年上海市司法行政系统先进个人;1家律师事务所被评为2012年上海市司法行政系统先进集体,1家律师事务所因化解社会矛盾、维护和谐稳定成绩突出受到了司法部的通报表扬。



近几年来,虹口区司法局的律师工作取得了一些成绩,这与国家民主法治建设的进程、与区域经济和社会发展的步伐密切相关,尤其与全区近800名律师认真履行《律师法》赋予的职责、积极服务社会与群众,维护律师职业荣誉是分不开的。今后,本区律师工作将在党的十八大精神的指引下,进一步丰富律师事业发展的内涵与外延,进一步提高服务律师的能力,推动虹口律师事业再上新台阶。●



区县传真 ●文 / 松江区司法局律师党委

## 以党建促所建 以诚信树品牌

上海市诚至信律师事务所(以下简称诚至信所)自2001年成立以来,在松江区司法局党委的领导下,始终坚持以党建为引领,认真贯彻中央组织部和司法部党组联合印发的《关于进一步加强和改进律师行业党的建设工作的通知》,不断加强律师行业的党建工作。以创先争优主题活动、党务公开和基层组织建设年等专项活动为契机,积极推进律所党支部党的基层组织建设和党员队伍建设,以党建促所建,以诚信树品牌,不断推动律师事务所的健康发展,各项工作均取得了较好的成绩。律所已从当初6名律师发展为专职律师19人、兼职律师2人的中等规模综合性律师事务所,拥有办公面积600多平方米,律师专业服务涉及公司法务、房地产、外商投资、金融等多个领域,并在公司投资、项目融资、国有土地出让转让、房地产开发、企业转制并购、刑事辩护等方面积累了较丰富的经验,形成了系统的操作规范。

诚至信所自成立当年就建立了独立党支部,注重发挥党支部的战斗堡垒和党员律师的先锋模范作用,坚持解放思想、开拓创新。党员律师由建所之初的4名发展到现在的10名,党员人数占全体律师的60%。律所党支部始终根据上级党委的要求,在全所党员律师和非党员律师中深入开展党支部活动和各项主题活动。结合律师工作的实际,以党员律师带头“践行律师社会责任”为主题,积极开展创先争优活动、争做中国特色社会主义法律工作者活动和律师行业警示教育活动等,完善党支部的自身建设,加强律师职业道德和执业纪律教育,探索规范化建设的长效机制,有力地促进了诚至信所的健康发展。该所共获得集体、个人荣誉达20多项,先后四次被评为“上海市司法行政系统先进集体”,多次被评为松江区司法行政系统先进单位、松江区精神文明单位;律所党支部先后被评为松江区先进基础党组织、松江区“两新”组织五好党支部,近日,还被命名为松江区“两新”组织党建工作示范点。同时,多名律师也被分别授予松江区优秀共产党员、上海市杰出青年志愿者、全国争先创优活动先进个人等荣誉称号。

### 一、思想行动“一宗旨”,以理论导实践

在党建工作中,诚至信所牢牢把握“一宗旨”,即律

师制度是中国特色社会主义司法制度的重要组成部分,而律师是中国特色社会主义的法律工作者。律师制度和律师的本质属性是由我国法律和国情决定的,是与中国特色社会主义的政治、经济、文化、社会制度相适应的。因此,律师行业党建工作的出发点和落脚点都必须围绕这一宗旨来开展。加强律师行业的党建工作,就是把党的思想、方针、路线、政策落实到律师队伍中,保证律师行业发展方向的正确性。而只有通过学习和理解党的思想、方针、路线、政策,律师行业才能真正找到发展路径,律师才能履行时代赋予的社会责任。诚至信所积极引导全体党员律师自觉树立大局意识,认真履行党员义务,自觉遵守党纪国法和《律师法》及有关律师管理的规章制度,恪守律师职业道德和执业纪律。作为中国特色社会主义的法律工作者,坚持“三个拥护”、做到的“三个至上”,积极参与社会矛盾的化解,带头参与法律服务活动、区政府信访值班工作、办理法律援助案件,办理案件过程中努力实现法律效果、政治效果和社会效果的有机统一。

### 二、党建所建“两手抓”,以党建促所建

诚至信所始终将党建工作作为重中之重,坚持由主要合伙人担任党支部书记。现任党支部书记政治素质好,熟悉党支部工作内容,能够妥善处理好党建与所建工作的关系,并结合律师行业的特点开展工作。律所严格确保党支部的政治核心地位,根据司法部新修订的《律师事务所管理办法》和《律师执业纪律规范》,明确了在制定涉及律所发展规划、日常管理以及其他业务制度时必须征询党支部意见的决策制度;在制定党建发展规划、年度计划以及其他事项时,也必须由党支部与合伙人会议共同决定。同时,党支部有权对合伙人会议作出的可能违反党的方针政策的决定进行修正或中止。在这样的权力架构基础上,律所的党建工作稳步有序开展,对党的各项方针政策和上级党组织的工作部署都能有条不紊地执行。党支部内隶属关系明确,制定了学习制度,设置了工作台账。融党建和所建于一体,积极推进事务所的发展。经常性召开党支部大会,向党员介绍所内发展方向以及当前业务发展中的突出问题,充分发挥集体智慧解决案件中的重大疑难问题。

同时,及时收集和反馈律师信息,解决律师所关心的突出问题,党支部在全所的建设发展中真正成为核心,保证了党的工作是全所发展的领手、行政工作的推手、队伍管理的抓手。

### 三、支部党员“三阵地”,以服务践宗旨

坚持“诚则信,信则达”的所训,热心公益服务,勇担社会责任,努力克服场所限制,千方百计落实党建阵地,把区政府信访值班室、区法律援助中心值班窗口、司法所和区老干部局专项法律服务窗口作为展示律所党员形象和执业水平的工作阵地,派遣能力强、素质佳的党员律师到各值班点参与信访接待、提供法律咨询服务、解决历史遗留问题。近两年来,通过值班律师每年义务法律咨询达400人次。此外,在党支部的带动下,律所青年也组成服务团队,经常参加团区委、局团委组织的各类公益活动,与部分爱心公益团体一起开展各类志愿者活动,如常年坚持为叶榭镇“蓝色港湾”养老院、支教来沪农民工子弟学校等提供上门服务。在业务开展的过程中,十分注重经济效益与社会效益的统一,几年来,为老弱病残等弱势群体减免律师服务费近百万元,较好地维护了弱势群体的合法权益,取得了良好的社会效益。

### 四、党务业务“四会议”,以党务强业务

根据律所和律师执业的特点,诚至信所党支部成立12年来,坚持“小型、灵活、多样”的原则,从所内制度上入手,坚持律师事务所“四会议”特色制度并沿袭至今。

一是坚持每月一次的党员思想政治学习会议。要求党员律师在政治上、思想上、道德上、业务技能上积极发挥党员律师的先锋模范作用,按照党性原则进行自我教育、自我锻炼、自我改造、自我完善,加强理论修养、政治修养、思想道德修养、文化知识和业务能力修养。

二是坚持每月一次的全体律师政治学习会议。全体律师在党支部的组织领导下,能够自觉地遵守律师职业道德和执业纪律规范,律所党支部要求所内律师积极向党组织靠拢,坚持做有中国特色社会主义的法律工作者。

三是坚持每月一次的全体律师业务学习会议。通过组织讨论学习,相互交流工作经验和方法,结合律师执业工作中的新理念、新经验、新方法,提高全所律师的业务能力。

四是坚持每月一次的合伙人会议。全体合伙人针对所内的思想动态和所内的管理发展,积极探索讨论,监督管理所内的每一项管理制度,带领律师事务所朝着更好的方向发展。

### 五、组织建设“五个好”,以诚信建品牌

“领导班子好,党员队伍好,工作机制好,发展业绩好,群众反映好”既是先进基层党组织的标准,也是诚至信所以诚信立足松江律师行业的前提和基础。律师执业自由度大,多分散作业,如何提高律师的自律能力是关键。一方面,律所依据律师管理的法律法规逐步建立完善了一系列规范管理制度,并严格落实执行;另一方面,以“五个好”为指导方针,以党员律师模范带头为表率,坚持教育提醒走在前,对律师会见犯罪嫌疑人、异地调查取证、办理重大疑难群体性案件等法律业务都及时给予执业规范方面的提醒,使每位律师始终紧绷规范诚信执业这根弦,警钟长鸣。建所以来,诚至信所从未发生过投诉事件,树立起了良好的业内形象,先后被350家公司企业单位聘为法律顾问单位。

### 六、培养后备“六方案”,以人才谋未来

青年律师是事务所的生力军,青年律师的成长关系到事务所的长远发展。诚至信所历来重视对青年后备力量的培养,在严把进口关的基础上,同等条件的党员优先录用。同时,对所内的青年律师也逐渐形成了系列培训方案:一是为新律师确定1至2位经验丰富的带教老师,在业务上给予指导和帮助,使其快速度过律师执业的“青涩期”;二是为青年律师搭建独立执业的平台。如引导青年律师积极参加区法律援助工作、参加区政府信访接待和深入社区开展“双结对”活动等,既提高了其专业水平,又锻炼了他们实际问题的解决能力;三是形成专业团队,律师根据自身兴趣和特长做专业化选择,律所按照专业化、品牌化的发展战略,对全所律师和助理进行了专业化组团分工,形成刑事辩护、民商诉讼、金融保险、公司法务、劳动争议、房地产等六个业务特色团队;四是加强对外学习交流,鼓励青年律师积极参加律协和区司法局组织的各种青年律师业务讲座和交流活动,撰写学习心得和学术论文,对发表专业论文者给予一定的物质奖励;五是鼓励优秀青年律师积极参政议政,广泛服务社会。律所徐菁律师现担任区政协委员、被选为松江区出席市第十三次妇女代表大会代表;薛敏律师任区青年联合会常委、区爱心协会副会长;陈军律师被评为松江区第二届优秀青年律师。他们参与和承担的社会工作均得到了社会的肯定和认可;六是将优秀青年律师提拔到事务所的领导岗位或者发展为合伙人。薛敏、许永林两位青年先后被任命为律所副主任,许永林、吴冬辉因业务突出,先后被吸收为合伙人,这些做法也对其他青年律师的成长产生了很大的激励作用。●

(撰稿人:卫晓东、吴海松、姜志国)

区县传真 ●文/静安区司法局

## 热心化解社会矛盾 积极创造捷华价值

今年年初，上海市捷华律师事务所被司法部授予了“全国‘化解社会矛盾、维护和谐稳定’成绩突出律师事务所”的荣誉称号。这项荣誉称号代表着近二十年来，捷华律师事务所的律师们以杰出的专业态度和高超的业务水平，为社会的和谐稳定做出了很多重要的贡献。他们在热心化解社会矛盾的同时，也积极创造了捷华律师事务所的社会价值。无论是为了推进国家重大活动的顺利进行，还是为了解决社会群体纠纷、向社会弱势群体提供法律援助、助学捐赠献爱心等，都能看见捷华律师事务所的律师们匆忙而坚定的身影。

### 推进国家重大活动的顺利进行

作为一个律师事务所，能够参与重大的国际、国家的活动，既是对律师事务所综合能力的肯定，也是对律师事务所提出了更新更强的要求。捷华律师事务所的律师们以团队的智慧充分证明了捷华律师事务所的实力。

2010年上海世博会共襄盛举，参展的国家、地区众多，参观者人数更是以千万计，由此也产生了大量的法律事务和社会矛盾。对此，捷华律师事务所制定了世博法律服务活动的专项制度，并组建了以党员律师为主的世博法律服务小组，积极地为世博会参与主体提供全方位的法律援助，为世博会的成功举办保驾护航。

世博会举办期间，捷华律师事务所接受中方企业的委托，为厄瓜多尔等国的世博场馆布置工程项目提供全程法律服务，参与项目谈判、合同审定和项目实施，为项目的顺利开展提供了保障。为确保服务质量，团队律师放弃节假日休息，认真起草和审核各类合同，顺利完成了参展援助项目服务合同、展台的设计、安装和拆卸合同等展示工程合同等的起草，合同管理模式及分包合同的审核。法律程序与法治环境的不同，导致一方为捷华律师事务所的律师代表的中方企业、一方为接受我国援助的外国参展方在某些合同条款上僵持不下，在保函的提交时间、保函金额和出具机构这三个细节问题上产生了分歧。在世博会的大局之下，团队律师在法律层面据理力争的同时，采取“有理、有力、有节”的谈判策略，坚

持在两项利益主张的同时放弃第三项主张，以退为进，同时体现了我方旨在办好世博会的诚意，成功化解了双方的争执，最终达成一致。服务过程中，无论金额大小、项目轻重，团队律师都以百分之百的精神投入。我方委托人和外方总代表都对团队律师敬业、专注、严谨的工作态度表示了极大的肯定。

捷华律师事务所的张辛锋、彭春桃和陈琳三位律师亦报名加入了世博律师志愿团。在上海律协的统一安排下，这三位年轻律师都出色地完成了电话咨询、热线问答等法律服务。其中张辛锋律师还及时为一位外地来沪参观世博会的老奶奶解答了有关在世博园区摔倒是否涉及侵权赔偿等法律问题，及时调处了世博会期间发生的与世博有关的突发事件，化解了社会矛盾。

由于在世博会期间的突出表现，捷华律师事务所作为静安区司法行政系统唯一一家律师事务所于2010年6月被中共静安区委员会、静安区人民政府评为静安区“上海市服务世博先进律师事务所”，捷华律师事务所的党支部被评为“世博先锋行动先进基层党组织”，朱伟国律师、陈琳律师被评为“世博法律服务先进个人”。

### 解决社会群体纠纷

捷华律师事务所的律师们先后参与了多起群体纠纷案的调处以及重要会议和节日期间的社会维稳工作，发挥了律师对构建和谐社会保驾护航的作用。如某高校工程项目群体纠纷案，市教委、国家教育部领导都对此事作了要维护稳定的批示。捷华律师事务所的律师们结合维护稳定的考虑，向某高校出具了法律意见书、提出方案，并在方案实施过程中多管齐下，敦促各方，缓解了民工上访、讨薪的群体矛盾，也使该起多角纠纷得到了彻底解决，维护了各方的合法权益，促进了和谐社会的建设。

陕西北路288号的大楼群体纠纷案也是知名案例之一。该栋大楼因各种原因处于由多家酒店公司多头经营的状态，互相恶性竞争，矛盾冲突不断。2007年3月，本市公安机关按照有关规定，对该大楼中各家酒店的无证经营行为作出了取缔的决定。此后，因各家酒店公司

先后停止支付小业主的房屋租金、拖欠员工工资,从而造成众多小业主集体到政府部门上访,矛盾十分尖锐且不断升级。

静安区委、区政府对此纠纷高度重视,组建了专门的工作组。捷华律师事务所经区司法局的推荐,与另一家律师事务所一起组成法律顾问团参与此群体纠纷案件的处理。捷华律师事务所的律师们运用法律专业知识和多年的执业经验,在深入调查研究、分析矛盾性复杂性的基础上,提出了先缓和矛盾、创造条件再逐步解决矛盾的总体思路,即先劝说原有的5家酒店公司同意暂时退出,共同委托第三方对酒店统一过渡性经营,以经营收入优先支付业主租金,并在此期间,由5家酒店公司场外进行谈判、争取合并归一。同时,积极推进该大楼业主委员会的建立,以便最终决定由业主委员会选择确定唯一的酒店经营者。方案得到了工作组的认可并付诸实施。经过艰苦的工作,各家酒店都接受了由第三方过渡经营的方案,和平撤出酒店,第三方进入开始过渡性经营,大楼的营运朝着良性循环的方向发展。

### 为社会弱势群体提供法律援助

捷华律师事务所长期以来坚持法律援助,维护弱势群体的合法权益,积极履行社会责任。据不完全统计,2009年至今捷华律师事务所共承办105件法律援助案件,受援对象基本上涵盖了未成年人、残疾人、老年人、农民工、城市低保户等低收入人群和弱势群体。多家媒体曾对其中有一定社会影响力的案件进行了相关报道,捷华律师事务所还经常收到受援对象赠送的锦旗和感谢信。

2011年下半年,捷华律师事务所的杨晓晨律师为杨女士提供了法律援助服务。50多岁的杨女士系外来人员,2007年开始在本市某医院工作,负责病人护理和床单衣物的清洗。自2011年7月《社会保险法》颁布实施以后,进城务工的农民不再受户籍限制,与城镇职工一样纳入社会保险体系。这样一来,用人单位聘用外来人口的用工成本有所增加,一时间很多企业纷纷开始解雇外地人。出于同样的目的,该医院欲解除与杨女士签订的劳动合同。家境困难的杨女士难以承受这突如其来的变故,情急之下四处求助。在接受法律援助中心的指派后,杨晓晨律师代理了杨女士诉用人单位劳动争议一案,为其申请劳动仲裁,并多次与用人单位耐心沟通,最终双方各让一步,达成一致,签订了调解协议,医院全额支付了杨女士的赔偿金。随后,杨女士携家人赠送给杨晓晨律师一面锦旗,上书:“匡扶正义解民忧,情系百姓暖人心”。可见,杨晓晨律师热心法律援助服务,即温暖了群众的心,也温暖了整个社会。



### 助学捐赠献爱心

捷华律师事务所的每一位律师和工作人员都深具强烈的社会责任感。因而在法律专业的领域之外,捷华律师事务所也非常热心于社会公益,积极提倡“一方有难,八方支援”的精神,曾先后多次组织捐款捐物,为云南、四川汶川、青海玉树、甘肃舟曲等灾区的同胞们伸出援助之手,奉献一份爱心,为受灾的同胞们提供各种帮助,为灾区的灾后重建做出了应有的贡献。

陈琳律师就是其中一位典型的代表,她身为捷华律师事务所的一名具有丰富执业经验的青年律师,日常的工作十分繁忙。然而,陈琳律师十分热心于社会公益,常年都抽空去参与例如结对子助学、义卖物品、法律援助等等各类的社会公益活动。目前,陈琳律师的助学对象是一名来自于云南香格里拉第一中学的小朋友——小琳琳。陈琳律师一直与小琳琳保持着联络,在每个季度都会给小琳琳寄送学费、生活费补贴和文具等各种礼物。除了物质上的资助,陈琳律师还经常在精神上给小琳琳加油打气、输送正能量。当了解到小琳琳家里的经济条件并不好时,会鼓励她要做到自立自强;当得知小琳琳热爱英语却没有好的学习条件时,会在赠送文曲星的同时勉励她学习语言最重要的是自己的坚持;当小琳琳在来信中提出自己的一些困惑和问题时,会耐心地向她一一解答。陈琳律师一直秉持着这样的信念:“帮助别人,不仅要在物质方面,其实精神方面的帮助是更重要的,尤其当帮助对象是还在成长中的孩子。”在陈琳律师的帮助下,小琳琳学习进步的很快,性格也日益开朗和自信。每当收到小琳琳的来信、奖状、照片等,陈琳律师都会感到十分的欣慰。在她看来,整个社会的美好需要的就是大家的互帮互助,因此能以一己之力去帮助别人,其本身就是一件能够让人感受到快乐的事情。

作为上海最早成立的律师事务所之一,捷华律师事务所为化解社会矛盾所付出的心血和出色的表现都已得到了社会各界的肯定。捷华律师事务所的律师们在深受鼓舞的同时,依旧踏着他们坚定的步伐,为维护社会稳定与和谐发展,继续挥洒着他们的热情!捷华人:永无止境,永往直前! ●

法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

# 从薄、李两案谈司法审判公开公正的进步

本期主持: 潘书鸿 上海市律师协会刑事委员会副主任、上海市恒建律师事务所主任

嘉宾: 阮传胜 上海市律师协会刑事委员会委员、上海市恒泰律师事务所合伙人

沈宁 上海市律师协会刑事委员会委员、上海市华诚律师事务所合伙人

文字整理: 阮传胜

**潘书鸿:**各位嘉宾下午好。近日“薄熙来涉嫌受贿、贪污、滥用职权犯罪”一案和“李某某涉嫌强奸”一案,均引发了社会各界对这两起案件的关注和热议。今天,我们“法律咖吧”就围绕这两起案件的一些热点问题,结合去年修改并于今年1月1日生效的新《刑事诉讼法》展开讨论。

## 一、“薄熙来涉嫌受贿、贪污、滥用职权犯罪”案

**潘书鸿:**薄熙来案于今年8月22日至8月26日,在济南市中级人民法院进行了连续5天的法庭审理。期间,济南市中级人民法院通过其微博,实时播报了庭审的情况。在这5天内,据说有上百万人次的网友,通过微博围观“@济南中院”,密切关注薄熙来案的审理过程。

**阮传胜:**这次通过微博直播庭审的情况,在中国法院的审判史上,是一项“前无古人”的创建。据中国青年报社中青舆情监测室发布的第二期《中青月度舆情指数》显示:8月,“薄熙来案公开庭审记录”所获综合满意度最高。很多公众都是第一次这么完整地了解了法院案件开庭审理的整个程序过程,这其实也是对社会公众普法的一个非常好的方式。

**沈宁:**我想,这次连续5天的开庭审理,给公众留下最深刻印象的莫过于通过“微博”这个自媒体方式,公开、透明地展示了审判的全过程。特别需要提一下这个案子的审判长。在整个庭审过程中,审判长的发言并不太多,恪守超然中立,对庭审驾驭很得体,并适时对庭审进行了一些巧妙地干预,比如在被告人重复表达观点或贬低证人时加以提醒和制止。从律师的观点看,我觉得这次庭审还有一个进步:就是这次审判对被告人和辩护人的诉讼权利给予了充分的保护,让被告人充分地讲

出了自己的意见,甚至对被告人有些拖沓重复的发言也较少干预,这与以往那种偏重保障控方权利的庭审方式有了很大的进步。控辩双方围绕争议的证据问题,灵活运用各种证据规则进行质证,这也是这次庭审的一大特点。可以说,薄熙来案的庭审是新《刑事诉讼法》实施之后的一个进步。

**潘书鸿:**的确如此。去年对《刑事诉讼法》的修改中,在辩护制度方面强化了对犯罪嫌疑人、被告人及其辩护律师各项诉讼权利的保障。这次庭审,对于被告人的辩护权给予了充分的保障。庭审前,被告人自己选择、委托了辩护人。据报道,辩护律师与薄熙来进行了20多次会见,互相充分交流了意见。律师的阅卷权、会见权得到了充分的保障。法庭在开庭前举行的庭前准备会议,也让律师全面了解掌握了相关指控的事实和证据。从直播的庭审过程来看,被告人对于他自己在法庭上想说什么、怎么说,是有充分准备的。由此看出,被告人在开庭前,通过与律师的会见,对于控方指控的事实和证据,已有了充分的掌握。

**阮传胜:**辩护权是被告人及其辩护人的诉讼权利,其行使应当贯穿于刑事诉讼的全过程,为现代刑事诉讼的基本要义,也为保障人权和司法公正所需。在薄熙来案的法庭调查阶段,法庭对被告方的辩护权给予了充分的保障。被告人否认指控、推翻原先的供述,被告人及其辩护人对控方出示的各种证据进行了详细地质证,被告人及其辩护人向出庭作证的多名证人都进行了数十次的交叉询问,法庭均予以允许与充分保障。被告人当庭提出的所有发言申请法庭均予以准许;而控方在举证阶段不当地发表质证意见和辩论意见时,审判长几次予以制止,提醒公诉人对被告人辩解的质证意见应在质证阶段再行发表,辩论意见则应在辩论阶段再行发表,从而



潘书鸿



阮传胜



沈宁

非常充分地保障了被告方辩护权的行使。

正如济南市中级人民法院的微薄所披露的,在8月23日的第二天庭审中,被告人薄熙来当庭表示:“对昨天的审判,我感觉审判长的掌握是文明的、是理性的、是公允的,我感到满意。”在法庭辩论阶段,法庭充分保障了被告方的辩护权,被告人薄熙来发表了长达90分钟的自行辩护意见,两位辩护人也为被告人进行了充分、全面的辩护。在被告人的最后陈述阶段,法庭也保障了薄熙来充分地发表了自己的最后陈述意见。

**沈宁:**另外,这次对于证人出庭作证方面也有了较大的进步。我们这些长期从事刑事辩护的律师都知道,以往的案子中,证人的出庭问题一直是个老大难,绝大多数的案子都没有证人出庭作证,控辩双方基本上只能围绕证人的书面证言笔录进行质证。毕竟,这些书面笔录,制作人往往都是公、检等办案人员,难免会自觉不自觉地具有一定的倾向性。而证人的直接出庭作证,更能直接客观地反映事实,并且让被告人本人和辩护律师有机会当面向对被告人不利的这些证人对质、发问,也更能让法庭判断分析证人证言的三性,作出准确的判断。在以往的刑事案件的审理中,这是比较少见的,希望这次不是一个特例,而能够成为将来刑事诉讼的一个惯例。除了证人直接出庭作证外,法庭还对其他控方的书面证言、视频证言等,进行了全面的出示、宣读和播放,让被告人和辩护人充分地表达反对的意见,这些都是在新《刑事诉讼法》施行后的一些积极的变化,值得肯定。

不过这次在法庭上,没有看到薄熙来与薄谷开来的当面对质。其实据说在庭前准备会议上,辩护人已经代薄熙来提出让薄谷开来出庭作证的要求,法庭也已经通知了薄谷开来本人,但是被她拒绝了。《刑事诉讼法》第188条规定:证人没有正当理由不出庭作证的,人民法院可以强制其到庭,但是被告人的配偶、父母、子女除外。薄谷开来是薄熙来的妻子,正好符合这一点,所以法庭是不能强制其出庭作证的。审判长在法庭上回答薄谷开来为什么没有出庭的提问时,也是依据此条回复的。这

一回复确实是符合现行《刑事诉讼法》规定的,审判长的解释也是有法律依据的,但这多少还是会产生一些质疑的声音。看来在这个问题上,将来若干时间在《刑事诉讼法》再次修改时,还有进一步完善的必要。刑事案件证人,是否可以根据被告定罪量刑的重要性,区分为一般证人和重要证人?对于重要证人,是否能适应例外?当然这只是我的一家之言,还有待更多理论上的论证和司法实践的检验。不过在将来修法时,可以拿出来作为一个问题进行探讨。

**阮传胜:**按照我国《刑事诉讼法》的相关规定,证人证言是法定证据的一种,对于证明案件事实具有重要作用;证人有作证的法定义务;证人证言必须在法庭上经过控辩双方质证并且查实以后,才能作为定案的根据。对于控辩双方有异议且对案件定罪量刑有重大影响的证人证言,为了能够进行充分地质证并保证其属实而作为定案的根据,人民法院认为证人有必要出庭作证的,证人应当出庭作证;对于关键证人,应当以要求其出庭作证为原则。在薄熙来案的庭审中,法庭传唤了多位证人到庭作证,尤其是关键证人徐明、王正刚均到庭作证,薄谷开来也以同步录音录像当庭作证。出庭作证的证人接受控辩双方的交叉询问并与被告人对质,无疑对查明案情具有重要的意义。至于薄熙来质疑薄谷开来的证言和其精神状况而两次强烈要求薄谷开来直接到庭作证,审判长也依法并合理地作出了回应。

在薄熙来案的审判中,法庭传唤多名关键证人出庭作证的做法值得肯定和弘扬,而在实践中很多刑事案件甚至是重大刑事案件的审判中往往很难保障证人出庭作证的陋习则值得检讨和纠正。

**潘书鸿:**总体来说,在去年《刑事诉讼法》的修改中,不仅对于辩护权,而且对于犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人的其他多项诉讼权利的保障都有了不同程度的强化,包括一些保障性的权利。比如在诉讼过程中依法行使各项诉讼权利受到办案机关、办案人员的阻挠、刁难,或者他们的合法权益受到侵害时,他们有权提出申诉、控告,寻求救济。我注意到,据微博信息披露薄熙来

在此案的最后陈述时说过的一句话：“过去 16 个月，办案部门工作人员对我的生活是照顾的，谈话文明，多数人有素养，当然在这个过程中我是有压力的。这次审判，让控辩双方都有机会充分发表意见，还有微博传送了信息，使我对中国司法的未来增添了信心。”薄熙来本人几次表达出“对庭审活动满意，对办案机关及办案人员感谢”之意。应该说，在这次审理中，其本人和辩护律师的各项诉讼权利都得到了充分地行使。

**阮传胜：**此次济南市中级人民法院对薄熙来案庭审过程的“微博直播”，大大突破了以往某些“有限公开”的传统和惯例，除了对庭审程序做了实时文字描述、穿插贴出现场图像和展示法律文书、证据材料之外，还有一个具有突破性的“亮点”，就是全面及时地向社会公众公开了法庭的庭审记录全文。

通过微博直播方式在很大程度上满足了社会公众的知情权，使社会公众能够在第一时间了解到案件审理的全过程，彰显了社会的公平与公正，也起到了一定的普法教育意义。相比于传统的新闻信息发布的方式，微博直播类似于地方法院的“自媒体”，相对便利。微博直播的方式更为方便、直接、简洁，传播范围广、互动性强、社会影响力大，这也对探索司法公开的路径与方式、促进阳光司法起到了较好的示范作用。

司法公开是法治现代化和司法民主化的重要标志，也是我国民主与法治建设事业发展进程中的迫切需要。司法公开具有十分深刻的内涵，内容也十分丰富，它不仅包括诉讼程序公开、庭审依法公开，更应当包括实际裁判依据和理由及法律文书的公开，等等，这也是司法民主化的必然要求。它告诉人们，在一个积极倡导法治的社会里，绝对不应该继续存在司法上对付犯罪人员的“秘密武器”。

**沈宁：**值得注意的是，今年 8 月 11 日，中央政法委出台了《关于切实防止冤假错案的指导意见》，要求严格遵守法律程序制度、坚守防止冤假错案的底线。对审判环节疑罪从无原则、证据裁判原则、严格证明标准、保障辩护律师辩护权利等都作了重申性的规定。再次重申了坚持证据裁判原则，证据未经当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实的，不得作为定案根据，以及切实保障律师会见、阅卷、调查取证和庭审中发问、质证、辩论等辩护权利。为保证这个意见得到不折不扣地落实，中央政法委机关近日召开会议进行了专门的研究部署，要求政法各单位结合正在深入开展的党的群众路线教育实践活动和新一轮的司法改革，健全完善相关制度机制，加强监督检查，严格责任追究，确保意见落实到司法的每一个环节、每一项工作，以切实防止冤假错案的实际成效取信于民，不断提高执法司法的公信力。

相信薄熙来案的依法公开审理，将成为中国刑事司法史上的又一个“新起点”，以此为契机，坚持不懈，不断推进和完善我国的审判公开制度，必将使我国的司法更具公正性、公信力和权威性。

## 二、李某某涉嫌强奸案

**潘书鸿：**我们刚才分析探讨了薄熙来案。在这一段时间里，还有一个案子，就是“李某某涉嫌强奸案”，其受关注的程度也不亚于薄熙来案，而且这个案子涉及到刑事诉讼对未成年人和个人隐私保护两个方面的问题，法律上规定是不能够公开审理的。正因为如此，这个案件也不能采用庭审直播的方式让社会公众所了解，这从某种程度上更增加了案件的“神秘性”。看看大家有什么高见。

**沈宁：**我觉得，其实这个案子，在我们刑辩律师的眼里，只是一个普通的刑事案件。类似于这样在酒吧喝酒之后的强奸案，现在也比较常见。我自己去年办过一个类似的案子，今年现在手里正在办的还有一个，也是类似的案子，刚刚进入审查起诉阶段。不过都是一男对一女的强奸案，没有涉及到轮奸的问题。这几个案子都没有什么人关注。李某某案若不是因为被告人的父母是名人，再加上之后媒体、各方自媒体等多方面报道和炒作，恐怕也不会引起这么大的关注度。

所谓强奸罪，是指以暴力、胁迫或者其他手段，违背妇女的意志，强行与其发生性关系的行为。轮奸是强奸罪的一个法定刑加重情节。据报道，李某某在法庭上说他没有与杨某某发生性关系，一直在睡觉。对于有没有发生性关系这一点，我觉得这个并不难查证。第一，这不是一对一的强奸案，是一起轮奸案，当时在场的不仅李、杨二人。除了两人的陈述外，还可以结合当时在场的其他几名被告人的陈述，进行综合地判断分析；第二，即使当时是一对一只有两人在场，一方说有、一方说无，也可以通过法医等技术手段予以查证。此外，即使双方最终没有发生性关系，只要有犯罪故意，并不影响定性，充其量也只是影响到量刑。

至于有无违背女方意志的问题，毕竟这是一个隐私案件，不公开审理，我们了解不到更多的案情。从各方面披露出来的信息看，有些又是互相矛盾的，我们局外人较难作出判断，相信了解详细案情的法官会作出判断。

**阮传胜：**沸沸扬扬的李某某等人涉嫌强奸案，有着太多法律问题以外的内容。诸如，李某某母亲梦鸽女士前往北京市公安局报案，控告涉案酒吧经理等人涉嫌介绍卖淫和敲诈勒索。其后，就梦鸽向媒体披露控告酒吧介绍卖淫详情一事，被害人杨某某的律师在微博上作出回应。还有，庭审后有些被告人的律师居然把本是不公



开审理的案件中涉及被害人隐私的内容通过微薄公之于众,等等。

李某某涉嫌强奸案本身也受到了舆论的超常关注,成为又一受到舆论“高压”的案例。这一次舆论的介入不仅针对判决,而且还密切跟踪侦查过程,这显然可以防止案件在办理过程中可能出现的营私舞弊,但舆论的高度关注是否会对公正侦办、审理案件造成新的损害?这也是近年来司法实践中不断面临的考验。

刑事审判不能受到任何舆论的影响。马克思曾言:“法官除了法律就没有别的主宰。”我国正处于社会转型时期,舆论与司法的矛盾肯定还会经常爆发,这需要审判机关坚守法律的底线,审判结果“应让证据和法律说了算”。

**潘书鸿:**对于不公开审理,李某某的母亲曾经向法院提出过一个《书面申请书》,申请法院公开审理此案。作为李某某的母亲,一个非法律专业人士,提出这个申请情有可原。但我个人认为,李某某家不仅聘请了辩护律师,还有专业律师担任法律顾问,再提出这样的申请,受聘的几位律师难道不知道这个专业问题?还是不够尽职?这个案子不公开审理,其法律依据有两个:一是《未成年人保护法》第五章对于未成年人司法保护的相关规定;另一个是《刑事诉讼法》第183条明确规定了有关个人隐私的案件不能进行公开审理。此案之所以不公开审理,并不仅仅只是因为被告人是未成年人这一点,还因为该案由是强奸案,涉及到个人隐私的问题。可以说,李某某母亲的这个申请,对于她个人而言,是个乌龙事件;但对于律师而言,就不能仅仅只是个乌龙事件了。

本案中,不论是被告人律师还是被害人律师,都不断地通过各种途径对媒体发布新的消息。有的律师不专注于案件本身,却渴望引导舆论试图影响司法,最终获得有利于自己的判决。

我国《刑事诉讼法》明确规定,刑事审判应“以事实为根据,以法律为准绳。”也就是说除了事实和法律这两个因素之外,审判不能受到任何别的因素的影响。以李某某案为例,被告人和被害人双方都向媒体提供了大量的素材,双方叙事的倾向却截然相反。但法院最后如何审判,则应完全依照控辩双方提供的证据,依法裁决。

**阮传胜:**李某某等人涉嫌强奸案在开庭审理前也曾冒出过“被敲诈说”。有媒体报道“李某某家人收到被勒索50万元的短信”。言下之意是李某某等掉进了酒吧的色情陷阱,受到了被害人的敲诈。此消息也将此案推向了新的舆论高潮。

对于所谓“被敲诈说”,由于本案属于不公开审理,细节无法进一步获得。我个人基于已经披露出来的信息,推测作出如下假设判断:第一种情况是,被害人本人

(或与人合谋)事先就谋划好以发生性关系为由,借机向李某某索要钱财,索要不成就控告强奸;第二种情况是,被害人在被迫发生性关系之后,欲以报警相威胁,借机勒索李家一笔钱财;第三种情况是,被害人报警后希望同意与犯罪嫌疑人、被告人刑事和解,对犯罪嫌疑人、被告人谅解,但要求获得经济补偿。如是第一种情况,则李某某等人的行为,自然是无罪的,还应获得国家赔偿,但从目前案件的进展情况来看,这种可能性不大。至于第二、三种情况,则不影响定罪,充其量影响量刑。根据我国《刑法》的规定,在造成人身伤害的刑事案件中,被害人有权就民事损害提出赔偿要求,即附带民事诉讼。在有的强奸案件中,被害人在受害后,出于种种原因,其家属可能向致害方提出一定的赔偿要求,而允诺不再报案。这种私了现象尽管不为法律所提倡,但还不至于因此触犯刑律。即使后来受害方不守承诺,仍然报案,同样也不能因此追究受害方不守承诺的刑事责任,因为这是犯罪人理当承受的犯罪风险,刑事责任原本不能私了。至于说被害人提出多大的赔偿要求,完全是被害方的意愿,犯罪嫌疑人、被告人一方可以不答应。被强奸者向强奸方索要5万元或50万元的赔偿没有性质上的区别。在强奸犯罪已经发生的情况下,不能因为被害人“威胁”报案索要民事赔偿而否定强奸案的性质,更不能因此认定被害方构成敲诈勒索罪。至于刑事和解的情况,如能达成和解,则可以影响量刑。

**沈宁:**作为刑事辩护律师,我还想补充一句。我也曾经办理过多起共同犯罪的案件,在法庭上,作为某一名被告人聘请的辩护律师,独立准备自己的辩护意见,希望自己的当事人能被认定为在共同犯罪中起相对次要的作用,被认定为是从犯从而获得较低的量刑,这是刑事辩护中的一个常态。但我一直觉得,职业律师在共同犯罪的辩护中,应该遵守一个底线。你可以在法庭上阐述对自己当事人有利的意见,也可以在法庭上反驳其他律师的意见。但离开了法庭,不能人身攻击其他律师,也不应该面对媒体或者在公开场合,发布贬低其他律师的言论。对于这样一个不公开审理的案件,很多案件的细节问题是不适宜在网络、传统媒体上公开发布的。这个案子的不断“发酵”,与有的律师不适当地通过网络、传统媒体发表言论、发布信息有关。我认为,律师发布案件的相关信息,必须坚守合法性这一底线,必须恪守职业伦理。

**潘书鸿:**非常感谢二位嘉宾做客“法律咖吧”。在今天的讨论中大家都能畅所欲言、各抒己见,让我们对《刑事诉讼法》施行后的两个热点案件有了更多角度的观察与思考。谢谢大家! ●

(以上内容根据录音整理,未经本人审阅)

## 人物简介

韩春燕:上海市金茂律师事务所律师、上海市律师协会证券业务研究委员会委员、上海市黄浦区金融法律服务律师志愿团成员、上海市巾帼志愿团成员。2011年荣获“上海市第四届优秀女律师”称号。



## 人物 优秀女律师 ●文/韩春燕

# 多方位法律服务 助力上海国际航 运中心建设

我于2001年毕业于华东政法大学国际法系国际经济法专业,于2002年通过首届国家司法考试并进入上海市金茂律师事务所工作至今。我所服务的领域主要为证券发行并上市、公司并购及重组业务、公司事务、外商投资业务等,通过多年周到细致的法律服务,我与客户建立了良好的信赖关系。此外,为进一步提高业务水平和能力,我还主动拓展业务学习范围,先后通过了证券从业人员资格考试、企业法律顾问资格考试、人力资源管理师资格考试,并取得了相应的资格证书。我凭借扎实的法学功底和法律文书制作能力及良好的沟通技巧,获得了客户充分的肯定。

在我所服务的诸多客户之中,尤以上海国际港务(集团)股份有限公司(以下简称上港集团)为重中之重。上港集团下属共60余家全资或控股子公司,其业务包括集装箱、散杂货、港口物流和港口服务四大类。我承接了其中大多数公司的日常经营的法律顾问工作,并做到有问必答、及时准确、耐心细致,运用自己的法律知识,为客户解决实际问题。2010年至今,上海港的集装箱吞吐量和货物吞吐量均已位列世界第一,而上港集团作为国内最大的港口企业、全球第一大港上海港唯一的公共码头运营商,是上海国际航运中心建设过程中最为核心的企业。我自2002年进入金茂律师事务所伊始,即为当时上海港务局下属的主要集装箱码头上市公司——上海港集装箱股份有限公司提供法律服务。2002年,原上海港务局实行政企分开,改制为上海国际港务(集团)有限公司,2006年,上海国际港务(集团)有限公司通过换股的方式,吸收合并上海港集装箱股份有限公司(以下简称上港集箱),成为股权分置改革后,国有企业整体上市的第一个成功案例。2007年至2010年,经过历时三年多的努力,上海国际港务(集团)股份有限公司正式入主比利时泽布吕赫集装箱码头,为中国港口企业海外成功收购开创了范例。此外,我还为上港集团成功发行债券与权证分离交易可转换债权,以及成功发行中期票据、短期融资券等大规模融资提供法律服务,相关的融资规模累

计超 500 亿元。可以说,在所有这些上港集团成功案例的背后,都凝聚着我的积极探索与付出耕耘。

### 一、股权分置改革后首例换股吸收合并、整体上市案例

2006 年 10 月 26 日,上海国际港务(集团)股份有限公司取代原上海港集装箱股份有限公司正式在上海证券交易所挂牌。这意味着股权分置改革后,首起换股合并、整体上市案例的成功。在这一案例中,上港集团通过首次公开发行股票,并以该等新发行的股票与上港集箱老股东持有的上港集箱股票进行交换,从而吸收合并上港集箱。该案例创造了证券界的多项“第一”,包括股权分置改革后首例国企整体上市、开创了在换股合并中提供现金选择权等等。上港集团吸收合并上港集箱的这一模式,成为中国证券业界的一个经典,也成为历次中国证监会保荐人培训中必讲的一个案例。在这一案例中,金茂律师事务所担任了合并双方的法律顾问,在整个金茂律师团队中,我作为相关法律服务的主要担当者和法律文件的主要执笔人之一,在此案例中我先后起草的法律文件达两万余字,由于时间紧迫,我和整个金茂团队超负荷、高效率地开展,最终不辱使命,成功地提供了全过程法律服务。我和金茂团队的服务质量和效率,获得了时任上港集团总裁陈戌源先生的高度评价。

### 二、助推中国港口企业境外收购“第一单”

上港集团成功上市之后,确立了三大战略目标,其中之一即为“国际化”战略,上港集团希冀通过实施该战略,走出国门,向跨国码头运营商迈进。

2006 年,上港集团与国际知名航运企业——埃彼穆勒集团(APM TERMINALS)接洽,有意购入该集团当时全资拥有的比利时泽布吕赫码头公司的部分股权。上港集团随即指定金茂律师事务所为收购项目的总法律顾问,除担负项目尽职调查、谈判、文件起草之外,还承担境外法律顾问团队的选定工作。我作为金茂团队的主要承办人之一,进行了大量的工作,总计参加了 15 轮商事和法律谈判,并参加了计两万余字《法律尽职调查报告》的编写和翻译工作。此项目的法律谈判,均由金茂团队代表上港集团进行,为保障上港集团作为少数股东的权益,我们向上港集团提出了多条建设性的意见,并最终通过历时三年的艰苦谈判而落实为最终合同条款。

2010 年,上港集团收购比利时泽布吕赫码头公司 25% 股权事宜获得国家发改委和上海市商委的核准,上港集团正式成为该公司的股东。这也是中国港口企业海外成功收购的“第一单”。

### 三、为上港集团的多渠道融资提供法律服务

实现整体上市后的上港集团面临着巨大的发展机遇,而拓宽融资渠道则是发展的当务之急。2007 年初,我即配合上港集团对全新的融资品种“认股权和债券分离交易的可转换公司债券”(以下简称分离交易可转债)的可行性进行法律分析,并于 2007 年下半年完成了全部的发行准备工作。经中国证券监督管理委员会证监许可[2008]181 号文核准,上港集团于 2008 年 2 月 20 日公开发行了三年期的 245000 万元分离交易可转债,即 2450 万张。每张债券的认购人可以无偿获得公司派发的认股权证 11.9 份,认股权证共计发行 29155 万份。上港集团成为中国上市公司中最早一批发行分离交易可转债的公司之一。

2008 年 4 月《银行间债券市场非金融企业债务融资工具管理办法》出台,中期票据业务甫一推出,因其长期限、低利率的特征,立即成为降低大型企业债务融资成本的最佳品种。我也在第一时间配合上港集团和主承销商——中国银行股份有限公司完成发行的尽职调查,并出具发行所需的法律文件,使上港集团于 2008 年 6 月初即完成发行 30 亿元中期票据的注册,上港集团也由此成为华东地区首家(非央企)发行该业务品种的企业。

2011 年初,作为中国证监会新辟公司债“绿色通道”的第一单,上港集团 2011 年公司债(第一期)80 亿元从正式递交申报材料到获得中国证监会批文仅历时 13 天,并于 2011 年 4 月 8 日起在上海证券交易所上市。上港公司债最终发行利率为 4.69%,较银行间债券市场 3 年期 AAA 级别中期票据指导利率低近 20 个基点。

上述每一次新品种融资工具的尝试,均凝聚了我及金茂律师团队对新业务的不懈进取,同时也为上港集团降低财务费用的支出发挥了重要作用。

### 四、中国(上海)自贸区,更广阔的法律服务舞台

上海自贸区的建设,将更大程度地发挥上海交通枢纽的优势,有利于上海国际航运中心建设的加快推进,对上港集团也提供了更大的发展舞台,它面临着转变单一的盈利模式,从过度依靠港口主业盈利向港口物流、港口商务地产等多元盈利方向发展;转变港口运营商的单一角色,从母港运营商向全球运营商转变,并加大国际化拓展。这对港口企业的律师也提出了更高的要求,我已做好准备,将继续扬帆启航。●

# 法目良法去语

香港大律师之窗 ●文 / 龚靖晴

## 浅谈法律意见的保密权



龚靖晴：香港大律师、香港新晋大律师委员会主席、内地事务委员会委员、政策及策划委员会秘书

香港的自由经济政策及健全的司法制度，吸引了不少国际及内地企业来港拓展业务或进行上市活动。这些企业需要法律专家的意见及协助来完成繁复的商务安排。既然如此，法律应确保这些企业或当事人能在保密的情况下向律师提供全面及完整的事实，协助他们探讨各种商业上需应对的策略或验证不同的法律意见。这无可否认是一个法治社会最基本的保障。

这些企业、金融机构或上市公司，凡在香港证券及期货市场运作，均受香港证券及期货事务监察委员会（下称证监会）的监察，当中也有可能就某宗交易接获证监会的调查通知书，要求该公司就证监会的调查交出某交易的文件及纪录，或与调查人员会面并提供进一步的资料。可是，证监会的调查权力并不仅限于此。

根据《证券及期货条例》第 571 章

第 191 条，证监会可以向裁判官申请搜查手令，授权警务人员、手令指明的人及为协助执行手令的人进入有关处所（如办公室）去搜查、查封和扣押一些文件和纪录。由于这些文件及纪录绝大部分是储存在公司的电脑内的，这些电脑必定也成为证监会搜查及扣押的目标证据之一。试想一下，这突如其来的搜查行动除了影响到公司的正常运作外，也会影响到储存在电脑内资料的保密性。这些资料，无论存档的格式或数据是什么，也总会包括一些受法律意见保密权保护的资料（Legal Professional Privilege），或已在法律程序当中受保护的资料（Litigation Privilege）。

就法律意见保密权（下称 LPP）而言，假设那家上市公司受到证监会的突击搜查行动，其雇员、代表律师、担保人、银行等相关的人士应注意什么？首先，我们要了解：一是有什么资料享有 LPP 的保护？二是如何有效地保障 LPP 的资料免受披露？三是何谓法定保密的责任（Statutory Secrecy Obligation）？在此一一剖析如下：

### 一、享有 LPP 保密权的资料

一般而言，任何律师与当事人之间的沟通、为提供或取得法律意见而进行的保密通讯皆享有 LPP 保密权，这并不局限于有关诉讼的事宜。现今律师所提供的服务范围愈来愈广泛，律师与当事人之间的沟通并不一定涉及法律。在很多情况下，律师也需提供一些切实可行的商业意见。这些非诉讼的讯息来往，也享有 LPP 的保密权。此外，有些情况下该资料并不会享有 LPP 保密权。那就是当

征询法律意见的目的是为了促进或进行一些欺诈或与有关的罪行。在这前提下，我们需要注意以下几点：

（一）LPP 保密权的拥有者是当事人，不是提供法律意见的律师

在筛选及辨认享有 LPP 保密权文件的过程中，当事人有权选择自愿披露文件。该文件一经披露后，等同于放弃了该文件的 LPP 保密权。所以，披露该文件前，要审慎考虑是否干涉第三者的 LPP 保密权。有时候，当事人往往会忽略第三者的存在，因为该文件可能是第三者与当事人共同向律师征询法律意见而草拟的，披露后便等同于替别人放弃了该文件的 LPP 保密权。虽然该文件不会用于调查以外的目的，但对第三者而言，已丧失了 LPP 保密权的意义。现实中，上市公司在筹备上市的事宜或进行某些交易时，往往会牵涉到数十家或以上的公司及更多的人士代表（如银行、担保人等）。就连律师的团队，除了公司律师（in-house counsel）、法律助理或见习律师外也可在不同时段出现数十位或以上的人士。有时某些交易还牵涉到一些离岸的律师事务所。至于各上市单位的代表也有可能雇用自己的律师从旁协助。由此可见，LPP 的覆盖范围可以非常广泛。因此，在辨认 LPP 的资料时需分外当心，避免因疏忽披露了属于第三者的 LPP 保密文件。

（二）并非所有牵涉法律意见的资料都享有 LPP 保密权

英国最高法院于 2013 年 1 月 23 日在 Prudential Plc & Another v Special Commissioner of Income Tax & Another [2013]2WLR325 一案中，界定了 LPP 保

密权的应用范围。英国最高法院现任院长 Lord Neuberger 指出:LPP 保密权只局限于有专业资格的律师与当事人之间就法律意见的提供而进行的通讯,并不包括其他非法律专业人士提供的意见。

此案涉及到由著名会计师事务所 PricewaterhouseCoopers (下称 PwC) 所提供予 Prudential 的税务法意见。英国税务局向 Prudential 发出“资料通知书”,要求 Prudential 提供一些由 PwC 拟备的文件,包括与一项避税计划有关的文件。鉴于 LPP 的理由,Prudential 提出司法复核,挑战英国税务局向 Prudential 发出的“通知书”。大多数法官同意 Lord Neuberger 的判决,认为有必要保存 LPP 这项基本权利的确定性和应用上的明晰性。如果 LPP 适用于其他专业顾问,将会带来政策上的问题,而政策或法律上的改变应由立法机关来处理。

可惜在现实中,大部份的纳税人都向税务顾问征询税务法的意见,而非“符合专业资格”的律师。正如在筹备上市事宜的过程中,很多商业意见会与法律意见混为一谈,意见提供者也未必是一名合专业资格的律师。就连 Lord Neuberger 也不得不承认:在现今社会,大量的法律意见并非由法律界人士所提供,而是由其他专业人士所提供的,如工程师、城市规划师、测量师、审计员等。他们均需要熟悉有关其专业的法律才能提供准确的专业意见。尽管如此,当事人如想降低被强行要求披露有关法律意见的风险,他们需确保该意见是由“符合专业资格”律师所提供的。

## 二、有效地保障 LPP 的资料免受披露

### (一) 委托电脑专家的重要性

现时一般商用或家用的电脑数据储存量高达 4TB 或以上。要在有限的时间内辨认享有 LPP 保密权的档案有如大海捞针。若该电脑使用者习惯有系统地整

理及储存其文件,检阅及辨认的时间将会大大缩短。可惜,这也不能百分之百地确保这项检阅过程中没有出现“漏网之鱼”的情况。因为某些电脑的设定会将所有的电邮附件自动储存起来,储存的格式和位置也有所不同。就算是已删除的档案,或浮游在“非分配系统”(unallocated space)的档案“碎片”,也可以从修复的过程中重新获取,变成可检阅的档案。

电脑专家能协助排列、分类及整理这些数据,甚至修复已损毁或未能检阅的档案。若公司的电邮数据也储存在电脑内,电脑专家也能快捷地过滤不相关的电邮及附件(attachment),让律师们小心地辨认及搜寻享有 LPP 保密权的资料。例如电邮中的附件可能是一份法律意见书,但电邮本身的内容却没载有任何法律意见,那份意见书当然享有 LPP 保密权。一般电脑用家未必会快捷准确地辨认出该附件的性质。因此,委托电脑专家协助整理庞大的数据,极为重要。

### (二) 记录法律意见的重要性

一些文件如股东协议书、董事会议记录、雇员合约、招股书、上市清单、备忘录等多数由律师根据当事人提供的资料而草拟的。这些文件本身并不是一份法

律意见书,也没有记载任何具体的法律意见。若应用 LPP 的原则,这类文件似乎并不享有 LPP 保密权,皆因这些完成品,不论是诉讼或非诉讼,并没有记录任何具体的法律意见。

具有讽刺意味的是,这类文件正是律师们经过长时间草拟、资料的筛选和法律知识的应用而得出的“结晶”。虽然文件本身看不出任何法律意见,但若该文件在不同时段经修改后出现在不同的版本内,并合起来便可推断出法律意见的存在,甚至泄露法律意见的内容,那一系列的文件便应享有 LPP 保密权。现时大部份文件编辑软件均设有“追踪修订”的功能,能记录及搜寻由律师修订过的内容,及曾记载的法律意见。因此,习惯地使用这项功能快捷地搜寻应受 LPP 保密的资料。

## 三、法定保密责任

根据《证券及期货条例》第 378 条的规定,“指明人士”需将其凭借任何《证券及期货条例》下有关条文获委任因而获悉,或在执行或施行任何《证券及期货条例》有关条文的职能、事宜及任何记录和文件保密,并协助将该等事宜保密。“指明人士”包括证监会就该调





查的执行人员。既然证监会的有关调查人员已受法定保密责任所约束，那还有必要为当事人保留 LPP 的保密权吗？以下的案例可供参考：

在 *Citic Pacific Ltd v Secretary for Justice* [2012]2HKLRD 701 一案中，LPP 的拥有人 *Citic Pacific Ltd* 于调查期间将享有保密权的文件交给证监会。其后证监会将该文件交给香港律政司寻求法律意见。香港警方随后欲从律政司获得该文件作己方调查之用。*Citic Pacific Ltd* 声称律政司并没有合法的权力去管有或向第三者（包括警察）披露该文件。*Citic Pacific Ltd* 提供给证监会的文件只是以证监会的调查为目的而放弃其部份的保密权。上诉法庭批准 *Citic Pacific Ltd* 的上诉，裁定 *Citic Pacific Ltd* 就提供给证监会的文件中部分放弃的保密权只适用于证监会的调查，并不适用于其他的目的。

换句话说，若该文件随后不慎地或暗中被交到警方的手中，*Citic Pacific Ltd* 也不会因此而丧失对该文件的 LPP 保密权。除非有证据显示 *Citic Pacific Ltd* 故意放弃该文件的 LPP 保密权，否则证监会不应将该文件作其调查以外之用。在刑事或民事的事项中，*Citic Pacific Ltd* 也不会丧失保密权。尽管如此，当事人及律师们也不应松懈。在配合证监会调查的同时，当事人或其代表律师需向证监会清楚地指明将提供给证监会的 LPP 资料，其披露的基础是什么。

#### 四、总结

虽然 LPP 保密权的法律原则看起来比较清晰和直接，但在实际应用上还存在很多的问题，因为资讯发达及法律的普及性已大大提升了各专业行业的优势，使任何法律意见的传达更为方便和快捷。所以，法律意见提供者需采取更审慎及务实的态度，保障当事人的 LPP 保密权免受剥夺。法庭在考虑法律原则确定性的同时，也应考虑 LPP 保密权的功能及意义。●

## 视角

●文/盛雷鸣 彭辉 史建三

# 关于上海自贸区建设对法律服务业影响的思考

2013年7月3日，中国（上海）自由贸易试验区（下称上海自贸区）获国务院常务会议原则性通过。尽管目前上海自贸区的具体操作细则还未出台，但从现在掌握的信息来看，方案最终可能落实到金融、贸易、航运等五大领域的开放政策，以及管理、税收、法规等五个方面的一揽子创新，使区内中外企业享有区内贸易自由、人员进出自由、货物进出自由、货币流通自由、货物存储自由等五大权益。建设上海自贸区有利于我国法律服务业走向世界接受检验，在更为广泛的有形贸易和无形贸易领域发挥作用，这无疑将给上海乃至全国法律服务业带来新的发展机遇。在这种背景下，我们主动谋划律师法律服务业（特别是上海律师法律服务业）的制度创新以适应并促进上海自贸区的建设显得尤为重要。

## 一、机遇宝贵：上海自贸区建设催生法律服务需求迅速升温

从过去 10 年的发展经验来看，我国的商品贸易虽获得了很大发展，但服务贸易相对滞后。而服务贸易恰恰是全球应对金融危机、推动经济复苏的新动力。今后，我国的产业结构调整也应当以服务贸易为主，自贸区建设正是由商品贸易向服务贸易转变的重要助推器。自贸区的实质内涵是逐步取消绝大部分货物的关税和非关税壁垒，在服务业领域改善市场准入条件，实现商品、服务和资

本、技术、人员等生产要素的自由流动，上海自贸区的主要内容如下：

### （一）监管模式：境内关外

上海自贸区将实施“一线逐步彻底放开、二线安全高效管住、区内货物自由流动”的创新监管服务模式。所谓“一线”，就是指国境线；“二线”就是指国内市场分界线，亦即自由贸易区的空间分界线。简而言之，就是在上海自贸区简化监管手续、降低成本，真正意义上实现了“境内关外”。

（二）市场准入：以准入后监督为主，准入前负面清单管理为辅

现行的“正面清单管理”是规定企业“只能做什么”，而“负面清单管理”是仅限定企业“不能做什么”，并以“清单”方式进行列示，体现了“放权”的改革思路。

（三）服务业：推动改革开放和提高经济发展水平的新试验田

根据媒体的公开报道，我们整理了上海自贸区涉及投资、贸易、金融、行政法制等多项改革试点措施，主要内容见表一。

总体而言，上述内容中没有哪一种情况的出现是不需要律师提供法律服务的，法律服务业又是市场经济的要素之一，是市场体系的组成部分，是一项商品化的有偿劳动和社会服务，也是专业服务的重要组成部分。随着上海自贸区建设进程的不断加快，频繁的金融资本跨国流动和跨界交易都会催生出一



个本国法与外国法服务一体化的国际性、开放的法律服务市场,对相关法律服务的需求日益迫切。因此,上海自贸区建设也就包括了法律服务市场的开

放,也就是指律师服务业的开放,这是法律服务发展的必然趋向。

从这个角度而言,上海自贸区的建设既为我国律师服务市场注入了发展

的活力和动力,又为我国律师进入国外律师服务市场创造了条件,其对律师服务业的影响和需求会愈来愈大。当然,上海自贸区的法律服务与传统法律服务还存在诸多的不同,具体内容参见表二。

随着上海自贸区的发展及其经贸活动的增加,在越来越多的经济贸易活动中,市场主体的法律关系将更为复杂,律师已经不仅局限于诉讼纠纷,而且开始参与到商业模式的构造与具体运作之中。以防范法律风险和解决法律争端为服务内容的律师事务所的存在,对预防和解决常见的、金融市场所伴生的频繁争端是必不可缺的,这不仅将扩大对传统律师服务的需求空间,而且在中外经济相互促进、提高的过程中一些涉及高科技新领域会不断兴起,其法律服务需求也会应运而生。另外,上海自贸区的非行政调节手段和措施也将进一步强化,这也将增多对律师服务的需求,如需要了解运用自贸区规则的案例、经验和教训,为国家立法和行政机关提出建议和意见;为解决国际贸易争端

表一:上海自贸区部分服务业扩大开放措施

领域	开放措施	地域限制
银行服务	1. 建议允许符合条件的外资金融机构设立外资银行,以及允许符合条件的民营资本与外资金融机构共同设立中外合资银行;在条件具备时,适时在试验区内试点设立有限牌照银行。 2. 建议允许区内符合条件的中资银行(含分行、支行)从事离岸业务。	--
专业健康医疗保险	建议试点设立外资专业健康医疗保险机构。	在自由贸易试验区内
第三方支付	建议允许外商投资支付机构参照《非金融机构支付管理办法》向中国人民银行申请并取得《支付业务许可证》。	--
融资租赁	1. 建议融资租赁公司在试验区内设立的单机、单船子公司不设最低注册资本限制。 2. 建议允许融资租赁公司兼营与主营业务有关的商业保理业务。	--
期货交割	建议允许境外期货交易所设在试验区内指定或设立商品期货的交割仓库。	在自由贸易试验区内
远洋货物运输	1. 建议放宽中外合资、中外合作国际船舶运输企业的外资设比限制。 2. 允许中资公司拥有或控股拥有的非五星旗船,先行先试外贸进出口集装箱在国内沿海港口和上海港之间的沿海捎带业务。	--
国际船舶管理	建议允许设立外商独资国际船舶管理企业。	--
资信调查	建议允许设立外商投资资信调查公司。	--
投资管理	建议允许设立股份制外资投资性公司。	--
医疗服务	建议允许设立外商独资医疗机构。	--

表二：上海自贸区法律服务与传统法律服务的比对比表

	传统法律服务市场	自贸区法律服务市场
主要业务类型	纯国内、民事诉讼、传统法律服务	涉外、非诉、现代法律服务
对律师团队能力、律所管理水平的要求	较低	很高
准入门槛	较低	很高
市场增长空间	较小	很高
市场拥挤度	很拥挤	很空闲
上海律师的关注程度	适度开拓	值得密切关注

出谋划策,为各级政府部门、行业协会和企业提供政策和法律咨询、贸易对策、应诉方案等法律服务;参与和代理在上海自贸区内涉及我国的贸易争端法律事务;在反倾销、反补贴、保障措施等领域,提高律师水平和介入程序。整体而言,上海自贸区带动中国律师开阔业务市场这是必然的,中国律师的案源将会越来越多,业务范围会越来越广,律师提供服务的空间也更为广阔,今后我们面对的不是案源,而是如何适应案件的需要。

## 二、挑战重重：上海自贸区建设对现有法律服务业的冲击

上海自贸区是国家战略,是更高层次、更高水平的改革创新,核心是制度创新。我国对法律服务业监管的现有体制与国际上自由贸易区的差异主要集中在市场准入、行业开放和人才培养等三个方面。

### (一) 市场准入壁垒逐步消解

为了适应法律服务市场全球一体化的趋势,我国也放宽了法律服务市场准入的限制,如取消了“三个限制”,即设立外国所驻华办事处数量的限制、设立城市的限制和一家外国所只能设立一个办事处的限制,同时也提高了其国民待遇。但从不同行业横向比较而言,我国

的法律服务市场的开放措施是非实质性的,即便入世十年之后,在我国法律服务市场开放的核心问题上,即是否向外国律师开放中国法律业务方面还是作了严格的限制,如外国律师事务所不得从事中国法律事务,不得聘用中国执业律师。而与此同时,与自贸区法律服务行业发展紧密相关的金融、证券、航空、知识产权、海事海商等业务都在渐进性开放,而法律服务业的对外开放却停滞不前,开放水平甚至远远低于同为专业服务业主要组成部分的注册会计师行业。从这个角度而言,建设上海自贸区迫切需要法律服务行业的开放跟上步伐,提供高效的法律服务保障。

从法律服务衔接的流程来看,现在在很多大型跨国企业、金融机构由于在全球运作技术、资本,一个投资或融资项目往往要涉及多个法域的法律,需要提供的法律服务也往往是复合的,法律服务业务不仅涉及所在国的法律,而且会不同程度地涉及其他国家、国际组织和民间机构的规范和商业惯例,纯粹只涉及一个国家的法律事务会越来越少。而现行的法律服务市场政策实际上是将本国法与境外法服务截然分开,本地律师事务所等于只能提供中国法的服务,境外律师事务所代表处只能提供境外法和国际法的服务,这就人为地割裂了

法律服务市场的统一性。显然,这种律师事务所的组织模式和业务范围的划分就很难满足这些高端客户的要求,已经不适应上海自贸区建设要求的无缝隙、一站式的法律服务。

### (二) 竞争程度越来越高

法律服务市场的开放也是推进上海律师业提高国际竞争力的必经之路。随着上海自贸区建设进程的不断向前推进,法律服务的内容和种类将逐步多元化、高端化。法律服务专业人员提供法律服务的产品链也将进一步拉升,从以事后法律救济为目的的诉讼、仲裁向事中法律控制和事前法律策划以及法律与投资、法律与税务、法律与管理、法律与金融、法律与信息等其他相关领域之间相融合而形成的特殊类型的交叉增值服务方面拓展。随着上海自贸区法律服务市场开放程度的增加,外国法律人员进入中国法律服务市场所受的限制将越来越少,特别是外国律师从事法律服务业务的范围将大大拓展,这必然会使外国律师更多地参与我国法律服务市场的竞争。

### (三) 律师人才培养亟待改善

律师事务所作为提供法律服务的专业机构,律师是其最重要、最核心的资产。目前,上海律所的组织结构和运作模式还不能真正培养人才、留住人才。

1、从律所规模来看,上海市目前有执业律师 15546 名,律所 1200 家。其中人数在 101 人以上的律所有 7 家,占比 0.58%;人数在 51 至 100 人的律所有 27 家,占比 2.25%;人数在 50 人以上的律所有 34 家,占比 2.83%;绝大多数律师事务所的规模不足 10 人,律所规模比例严重失衡。

2、从律师年龄来看,上海市 30 岁以下律师人数为 3005 人,所占比例为 19.33%;30 至 40 岁的律师人数为 6569 人,所占比例为 42.26%;40 至 50 岁的



律师人数为 3111 人, 所占比例为 20.01%; 50 至 60 岁的律师人数为 1562 人, 所占比例为 10.05%; 60 岁以上的律师人数为 1299 人, 所占比例为 8.36%。我们认为, 对律师而言, 精通法律很重要, 经验技巧和沟通能力也很重要, 为此 40 岁以后的律师才是这一行状态最好的时候, 显然本市 40 岁以上律师人数所占比例过低, 律师年龄结构不合理。

3、从专业技能来看, 与国外律师事务所相比, 本市律师的整体素质, 包括对国际法和外国法的了解、国际业务的经验、法律服务的技能、外语的应用程度等方面确实有相当大的差距。所从事的多是国内法律业务, 懂外文的律师人数不多, 能熟练运用外语和法律知识与国外客户洽谈业务、签订合同的更是极少, 熟知国际法、国际贸易法的律师尤其稀缺。中国律师在大型复杂的跨国交易和高新技术产业方面的专业知识和服务经验不足, 缺乏国际谈判的经验和从事国际律师业务的能力, 在国际法律服务方面竞争力较弱。

4、从青年律师培养机制来看, 目前, 除了不到 5% 的律所能够根据自身的市场定位和客户要求定向培养长期的青年律师人才之外, 绝大部分律所没有一个完整的青年人才培养机制。一部分顶尖人才在在外资所高薪、业务来源、培养机制、晋升机制等的许诺下, 正面临流失的危险。

### 三、对策建议: 推进上海自贸区法律服务业发展的几点思考

竞争机制健全的法律服务业、开放有序的法律服务市场将对上海自贸区的建设发展起到明显的助推和支持作用。目前, 应在自贸区法律服务业顶层架构及内部细节设计上进行科学的、全方位的考虑, 以推动法律服务市场的开放与

竞争, 更好地适应建设自贸区对法律服务形式和内容提出的新要求。

(一) 自贸区法律服务商业模式的创新

我们认为, 律师不能局限于诉讼纠纷, 而且应参与到商业模式的构造与具体运作之中, 以“目标客户需求”为视角的法律服务业商业模式的创新和核心竞争力的改善是促进上海自贸区建设的重要路径。

1、差异化战略和目标集聚战略之提倡。所谓差异化战略是指在上海自贸区建设逐步推进之时, 有条件的律所应当率先完成律所的专业化转型, 具体而言: 一是律所应当以成文规则的形式将人员分配到不同的部门, 使专业分工成为律所管理体系的一部分。合伙人和普通律师可以根据其业务专长进入相应的部门, 每个部门可以由若干名合伙人负责; 二是不同的专业部门要做好各自的业务规划、客户规划, 在服务客户的过程中, 始终坚持“高水准、规范化、精细化、零缺陷”的服务要求, 无论何时何地, 都能提供给客户同样品质的专业服务; 三是同部门的律师之间、合伙人之间可以相互顶班, 有效保证休假或暂离律师工作的延续性, 而且可以保证部门对外所提供服务的同质性。所谓目标集聚战略是指律所主攻某个特定的顾客群(特定或特殊消费群体), 目的是更好地为这一特定目标提供专业化的法律服务, 力争在局部市场上取得竞争优势, 从而在品牌形象、经销网络、客户服务等领域独树一帜。

2、预防性法律管理计划之提倡。预防性法律管理是指对企业(公司)经营过程中存在的法律风险进行检查、评估和控制, 对可能存在的法律偏差予以纠正和消除, 目的是防范法律风险和杜绝法律漏洞。目前, 许多公司对律师的传统观念倾向于关注过去事件, 法官或者

仲裁员成为最高决策人, 预防性法律管理使最终决定权掌握在客户公司手中, 由律师提供法律意见。

(二) 将律师出具的法律意见书作为上海自贸区负面清单备案管理的前置程序

上海自贸区实质上是以开放倒逼改革, 因为现有体制中最难改革的就是审批制度, 而上海自贸区就要按照国际规范来突破这一难点, 率先改革投资项目、外商投资企业设立及变更管理、工商登记三个环节。在投资项目管理环节, 按照内外资一致的原则, 取消合同章程审批, 改为备案管理, 备案后按国家有关规定办理相关手续, 将确需保留的对外国投资者的特殊准入限制措施, 列为“试验区外商投资例外管理措施表”, 探索负面清单管理模式, 让看不见的手彻底发挥作用, 有形之手尽可能从微观市场退出。但这些创新都不可避免带来新的监管问题, 从审批制修改为备案制是否会影响到上海自贸区的经贸往来的有序进行? 通过何种手段来对自贸区的市场主体行为进行有效的规范化管理? 如何对上海自贸区复杂经济活动设立起有效的风险防范屏障? 为此, 我们建议将律师出具的法律意见书作为上海自贸区负面清单备案管理的前置程序, 将律师事务所出具的法律意见书作为受理行政许可申请的必备文件。法律意见书是律师事务所及其指派的律师针对委托人委托事项的合法性, 出具的明确结论性意见, 是委托人、投资者和上海自贸区政府机构确认相关事项是否合法的重要依据, 其内容应包括是否合法合规、是否真实有效, 是否存在纠纷或潜在风险。政府机构可以依据法律意见书的结论性意见, 对不符合法律规定、不符合上海自贸区准入门槛的产品或申请, 审查机关完全可以拒绝申请, 做出不予备案的裁定。让具有专

业法律素养的律师介入负面清单备案管理,重视法律意见书的功能作用,将其作为上海自贸区备案核查的必备条件和重要支撑,有利于确保备案审查的质量,从而促使相关公司严格遵守相关法律,这也有利于保障国家法律政策的贯彻,强化政府的监管调控。

### (三) 加强从事前监管向事中、事后监管的转变

上海自贸区从审批到备案的转变看似简单,实则意义重大。这意味着在上述范围内,上海自贸区将依照《行政许可法》第十三条的规定,从事前审批转变为事中、事后监管。这就意味着一系列后续监管需要跟上,尽快形成与国际投资贸易中心规则相衔接的基本制度框架,是上海未来面临的考验。

1、政府部门应全面推进律师行业诚信体系建设。进一步加强律师队伍诚信建设,建立健全诚信执业制度,提高律师行业的诚信度,使律师队伍真正做到诚信于中外客户、诚信于法律、诚信于社会。一方面,要使律师真正面向社会自主执业,由市场和社会检验其质量,决定其存亡,同时责成律师协会切实承担起行业表彰、行业惩戒的职责,对恶意降价等恶性竞争者,以及欺骗、作假等违法犯罪者列入“黑名单”,对于特别重大的行业失信事项,政府有关部门应着力严惩,淘汰一些不适应律师业发展的律师事务所;另一方面,要严厉打击以虚假广告等非法竞争手段,欺骗客户钱财、侵害消费者权益的“黑律师”、“假律师”,净化法律服务市场。

2、律师协会应做好信息的搜集、整理和预判工作。应当充分利用处在行业前沿的位置优势和聚集的人才、智力优势,加强对上海自贸区法律服务细分市场的研究,更加重视收集信息、分析信息,预测上海自贸区的市场变化趋势,

探讨服务领域、服务种类、服务标准和服务流程等,以及由此而产生的对法律服务人才的需求总量、结构需求、知识配备。在此基础上,对外国律所和外地分所进入上海自贸区法律服务市场后给本土律所带来的正面和负面影响进行综合分析,并在第一时间把新动向、新态势通过各种方式传递给政府、律所和律师,同时给予适当的建议。

3、律师事务所应该优化自身定位。上海自贸区所需要的法律服务是多种多样的,具体而言:在诉讼领域,贸易纠纷以及与此相关的金融服务、投资纠纷、劳资纠纷、知识产权纠纷和反倾销诉讼、反垄断诉讼、反不正当竞争诉讼等诉讼领域将在相当长的一段时间内呈现出专业诉讼律师供不应求的局面;在非诉领域,常年法律顾问、投资与融资、银行与保险、尽职调查、风险评估、参与企业改制上市业务等业务量也将有大幅度的增长,非诉讼解决纠纷也成为律师重要的业务来源之一。这就要求上海律所在分析上海自贸区发展趋势的基础之上,结合自身的实际情况,做出明确的市场定位,进而与其他律所进行差异化的市场竞争。同时,建议有条件的律所实现标准化管理,积极参加 ISO9001、ISO9002、ISO9003 等国际质量标准体系认证,这也是上海自贸区法律服务质量发展要求的必然趋势。

### (四) 加强中外法律服务业的交流合作

目前在理论界和实务界,对于是否应该进一步开放法律服务业存在不同的看法。我们认为,在对外开放逐步深化的背景下,以跨国法律执业为表现形式的国际法律服务全球化是大势所趋,继续对法律服务市场采取严格的保护性措施,不是实现法律服务市场的政策目标——倡导平等竞争促进律师业繁

荣的最佳手段。与其被动开放,不如主动谋划,更快地学习借鉴先进经验,实现合作共赢甚至赶超,争取开放政策的最佳效益。在上海自贸区国家战略确立后,启动我国法律服务市场进一步开放的时机已经成熟。从另一个角度而言,在上海自贸区内的法律服务业的试点也并非要求一下子做到“全面开放”,即便法律服务市场进一步开放,其所涉及的也主要是与全球化商业流动相匹配的商事法律服务领域,对此可以根据上海自贸区法律服务市场的客观需求,积极推进律师业的资源配置由政府为主向市场为主转变,其产业规模、业务范围、专业定位、服务方式等由市场和社会需求来确定,并随着市场和社会需求的变化而变化。同时也应该注意到,上海自贸区法律服务市场的开放是有选择性的,我们完全可以先选择有利于自己的政策,比如在上海自贸区内允许我国律师事务所聘用境外律师提供境外法律服务,允许境外律师事务所驻华代表机构聘用我国律师提供中国法律服务,允许境外律师事务所和我国律师事务所合作或合伙办所。这些制度设计表面上是向外国律师开放了我国的法律市场,但实际上最大的受益者是本地律师事务所。

实践证明,律师制度的建立和发展已经深刻影响并将进一步促进中国经济社会发展。随着上海自贸区建设的不断向前推进,必将形成国际性、开放性的法律服务市场。同时,发达的法律服务业、开放的法律服务市场必将为上海自贸区的全面发展和繁荣赢得宝贵的可持续发展机遇,中国的法律服务业也必将迎接更加美好的明天! ●

(作者简介:盛雷鸣,中华全国律师协会副会长,上海市律师协会会长;彭辉,上海社科院法学所副研究员、博士;史建三,上海社科院法学所研究员、博士)

汪灏：上海市群成律师事务所  
律师周海英：上海市群成律师事务所  
律师

视 角

●文/汪灏 周海英

# 征收集体土地、房屋补偿存在的问题及对策



近年来,随着本市经济建设持续、快速发展,每年都有大量重大项目、实事工程、招商引资项目等进行开发建设。由此导致了大量的集体土地、房屋的征收补偿,引发了日益突出的征收补偿安置方面的矛盾。征收集体土地、房屋补偿(以下简称“征地房屋补偿”)中存在的问题已在一定程度上影响了本市各区县的经济和社会发展。特别是近一年来,由于新规定的陆续颁布,除原有在拆迁工作中存在的一些问题外,又造成了一些新的矛盾。在进行广泛调查研究后,结合各区县地方经济社会发展的状况,笔者对征地房屋补偿存在的问题进行剖析并提出了相应的对策和建议。

## 一、征地房屋补偿存在的主要问题

(一) 征地房屋补偿的法律规定不完善

目前我国及本市对国有土地征收方面的法律、法规的规定相对较为完善。除了《土地管理法》和《土地管理法实施条例》的相关规定外,国务院于2011年1月21日公布了《国有土地房屋征收与补偿条例》。上海市人民政府根据国务院的条例规定,于2011年10月19日公

布了《上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则》。而对集体土地、房屋征收补偿的法律规定相对不完善,立法滞后。根据《土地管理法》第四十三条的规定:任何单位和个人进行建设,需要使用土地的,必须依法申请使用国有土地。依法申请使用的国有土地包括国家所有的土地和国家征收的原属农民集体所有的土地。《土地管理法》第四十六条规定:国家征收土地的,依照法定程序批准后,由县级以上人民政府予以公告并组织实施。第四十七条规定:征收土地的,按照被征收土地的原用途给予补偿。上述对征地房屋补偿的规定较为原则,需要一部操作性较强的法规作出规定。然而,对于征地房屋补偿及安置的具体实施意见,国务院至今没有出台相应的规定。但由于在经济建设和社会发展中需要征收大量的集体土地。上海市人民政府于2011年11月4日印发了《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》,该规定也系暂时性规定。在执行该规定时,也需要区县人民政府制定土地使用权基价、价格补贴标准及临时安置补助费等一些具体的补偿标准。

另外,即使本市印发了《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》,由于国务院没有在征地房屋补偿方面作出规

定,该暂行规定在许多方面并不完善。首先,在征收集体所有土地的目的方面,《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》没有作出明确的规定。根据我国《物权法》第四十二条的规定:为公共利益需要,可征收集体所有的土地。而目前本市征收集体所有的土地系为了重大项目、实事工程、招商引资项目的开发建设;其次,在被征地房屋补偿的对象方面,《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》中征地补偿的对象为宅基地使用权人或房屋使用权人,而对集体土地的所有权人的补偿没有作出规定;再次,对于补偿安置协议的签约主体,《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》要求的签约主体系区县征地事务机构,而其规定的补偿主体是区县人民政府。征地事务机构作为具体实施征地房屋补偿工作的部门,只是代表人民政府具体实施征地房屋的补偿工作,征地事务机构是否有权与被征收对象签订补偿安置协议也有待探讨。

(二) 征地房屋补偿的程序不严格

由于集体土地征收房屋补偿法律、法规方面不完善,并且《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》授权各区县人民政府制定的具体征收补偿标准迟迟不出台。部分区县仍沿用2002年4月

10日上海市人民政府印发的《上海市征收集体所有土地拆迁房屋补偿安置若干规定》。同时,由于征地补偿工作与社会发展不相适应,导致征地房屋补偿工作出现了很多的问题和矛盾。特别是一些乡、镇人民政府没有严格按照法律程序征收集体土地,而是采取“协议拆迁”的方式进行征地房屋的补偿。

所谓“协议拆迁”,一般是指项目没有依法取得房屋拆迁许可证或征地未经依法批准,乡、镇人民政府或其委托的公司与宅基地使用人或房屋所有人按照相关补偿安置标准协商签订房屋补偿安置协议。即通常所说的先拆迁后征地的情况。“协议拆迁”是一个普遍性的问题,本市各区县均存在这种情况。特别是随着经济较快的发展,为了项目的快速推进,“协议拆迁”已成为部分区县征地的主要形式。但对于“协议拆迁”项目,拆迁人与被拆迁人所签订的“拆迁补偿安置协议书”的效力,在法律理论及司法实践中均存在较大争议。根据《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》,征收集体土地房屋中实施房屋补偿,应先取得征地批准手续。在未取得征地批准手续而进行“协议拆迁”,可能出现一系列的后遗症。包括房屋补偿安置协议的法律效力有待认定;宅基地使用人或房屋所有人不肯签订房屋补偿安置协议,不能强制要求其签订,也不能启动司法强迁手续;对于“协议拆迁”项目,即使签订了房屋补偿安置协议拒不搬迁的,也不能由土地管理部门责令其限期交出土地并搬迁,也无法进行司法诉讼。鉴于上述情况,因项目实施“协议拆迁”,往往会产生不稳定及安全问题,也影响了项目的正常推进。因“协议拆迁”往往产生一个基地上大部分人签订了协议并搬迁,而留有部分宅基地使用人或房屋所有人不肯签订协议或即使签订协议却不肯搬迁,导致项目停滞。而对于这部分

人,无论从行政方面或司法方面,均无能为力。目前也没有任何办法解决这种状况。

### (三) 征收补偿的费用不到位

《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》第九条规定:“征收补偿费用包括用于货币补偿的资金和用于产权调换的房屋。用于货币补偿的资金应当在征地房屋补偿方案公告前应足额到位,并做到专户储存、专款专用。用于产权调换的房屋在交付时应当符合国家质量标准和本市住宅交付使用许可标准,并产权清晰、无权利负担。”

首先,对于货币补偿资金问题。在实际的征收过程中,往往资金不能及时足额到位,补偿款不能足额支付。部分区县在支付补偿款方面的具体做法为在宅基地使用权或房屋所有权人交付房屋钥匙后支付部分补偿款,大部分的补偿款作为其将来购买安置房的资金进行留存。由于征收补偿费用不能及时足额到位,严重阻碍了征收工作的顺利开展。

其次,对于用于产权调换的房屋,即安置房,其建设和交付严重滞后。根据某区住房保障和房屋管理局的统计,截至2012年5月底,该区在外过渡的被征收户数有4700户,需求面积94万平方米。2012年5月至2014年底预计征收户数还有8800户,需求面积182.57万平方米。而安置房建设滞后的主要原因系建设资金短缺。

综上,关于征收补偿费用问题,具体表现在用于货币补偿的资金不能及时足额到位;用于建设产权调换的房屋的建设资金短缺。

### (四) 申请司法强制执行的操作性强不强

《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》第二十六条第二款规定:“宅基地使用人或房屋所有权人在责令交出土地的决定规定的搬迁期限内拒不搬迁

的,由区(县)土地管理部门依法申请人民法院强制执行。”但最高人民法院于2012年3月26日公布了《关于办理申请人民法院强制执行国有土地上房屋征收补偿决定案件若干问题的规定》,该规定从2012年4月10日起施行,根据该规定,人民法院强制执行的系国有土地上的房屋。对征收集体土地的房屋补偿,尽管《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》第二十六条第二款作了规定,可以依法申请人民法院强制执行,但具体如何操作,至今法院系统未作出具体规定,上海市高级人民法院也未作出相关规定。

另外,在征收集体土地、房屋补偿工作中,还存在着征收基地户口迁入问题,安置房紧缺、过渡期长的问题以及补偿标准的差异等问题。对于上述存在的问题,针对性提出如下对策及建议。

## 二、解决征地房屋补偿存在问题的对策及建议

### (一) 尽快制定出台各区县征收补偿安置标准

根据《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》的规定,包括同区域新建多层商品房每平方米建筑面积的土地使用权基价及价格补贴标准、搬家补助费、设备迁移费(搬迁费)、过渡期内的临时补助费(临时安置费)、奖励费等均授权区(县)人民政府制定公布。由于本市大部分区县至今未制定出台相应补偿标准,目前的征收补偿安置标准仍沿用老标准。但老的补偿标准由于《上海市征收集体所有土地拆迁房屋补偿安置若干规定》的废止而随之失效。

同时,根据《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》的规定,由区(县)土地管理部门下属的征地事务机构具体实施征地房屋的补偿工作,并由区(县)征地事务机构与宅基地使用权或房屋所

有人签订房屋补偿安置协议。今年,各区(县)征地和房屋征收补偿事务中心相继正式挂牌成立。在区(县)征地事务机构成立后,补偿安置协议应由区县征地和房屋征收补偿事务中心与宅基地使用人或房屋所有权人签订,同时应按新的补偿标准签订协议。根据新规定,征地房屋补偿以合法有效的宅基地使用证、房地产权证或者建房批准文件计户,按户进行补偿。所以,根据上述规定,各区县征收补偿安置新标准制定出台后,包括拆迁基地户口大量回流、重复安置、假离婚分户等问题均将迎刃而解。

(二) 适当运用司法诉讼,加快推进司法强迁

根据《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》的规定,宅基地使用人或房屋所有权人在责令交出土地的决定规定的搬迁期限内拒不搬迁的,由区(县)土地管理部门依法申请人民法院强制执行。由于各区县征收基地均有一些所谓的“钉子户”,在规定的期限内不肯搬迁,有的宅基地使用人或房屋所有权人已逾期搬迁两年以上,甚至更长的时间。同时,部分人漫天要价,使得征收实施单位无能为力。这部分人的行为严重影响了各区县重大项目、实事工程及招商引资项目的顺利推进。所以,本市房屋管理部门及土地管理部门应及时与法院进行沟通,协调司法强制执行的机制,争取通过司法强制执行,以案说法,提高公民的法律意识,带动同基地的其他人顺利搬迁。

对于“协议拆迁”方式,建议向法院诉调中心申请调解,争取得到法院的支持。如某区宅基地使用人李某,于2011年11月30日签订了“补偿安置协议”,根据协议约定,李某应于协议签订后的七天交付钥匙并搬离房屋。但协议约定的搬迁期限到期后,李某不肯搬离。征收实施单位多次做他工作,仍不肯搬离。为

此,征收实施单位向法院诉调中心申请调解。在调解中,法院委托的调解人员向李某耐心劝说,讲法说理。终于,在调解人员的主持下,此案圆满解决,李某也按调解协议确定的时间按期搬迁。需要说明的是,对于上述案例,是在法院诉调中心调解下解决的,因目前该类案件是否属于法院的受案范围尚不明确。据了解,需待我国的《土地管理法》修订后才能明确。

(三) 保证征收补偿费用足额到位

征收补偿资金到位包括两个方面,即对于用于货币补偿的资金在房屋征收决定作出前(或在征地房屋补偿方案公告前)足额到位,专户存储、专款专用;对于用于建设产权调换房屋的资金应及时到位。保证征收补偿费用的足额按时到位,才能确保征收补偿工作的顺利进行和项目的按时推进。所以,对于征收补偿费用不能足额到位的项目,各区县政府不能作出批准征收集体土地的决定。对于资金能够落实、征收补偿费用及时足额到位的项目,政府应给与支持。

(四) 设置征收补偿机构,加强从事征收补偿工作人员的队伍建设

根据《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》的规定,区(县)房屋行政管理部门组织实施本行政区域的征地房屋补偿工作。街道办事处、镇(乡)人民政府,应当配合做好征收与补偿相关工作。根据上述规定,征收补偿具体实施单位由原乡镇、街道具体实施拆迁安置补偿工作变为由区县房屋、土地管理部门具体实施。征收补偿实施单位的变化,直接导致了实施人员的变化。这种变化将直接影响到征收实施机构的设置、人员的配备和衔接等。关于机构设置、人员配备等应由各区县政府与房屋管理部门、土地管理部门、组织人事部门及各乡镇、街道进行协调,依法形成征收补偿的条线机构设置和相对应的工作人员。

同时,对于从事征收补偿的工作人员,应通过有关法律知识和业务知识的培训考核,持证上岗。政府应考虑年富力强、具有一定法律知识和业务知识的人员从事征收补偿工作,在编制、待遇等方面优先考虑。

(五) 建立征收补偿的监督机制

根据《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》的规定,市、区(县)监察机构应当加强对参与房屋征收与补偿工作及参与征地房屋补偿工作的政府、有关部门或有关单位及其工作人员的监察。而上述内容,并没有对征收补偿安置工作的其他监督机制作出规定。鉴于征收补偿安置工作需要公平、公正、公开。建议各区县对征收补偿工作引入外部评价(第三方监督)机制。由群众代表、人大代表、政协委员、专业人员等组成,并由各区县政府抽调上述人员组成评价小组,对项目征收中的资料依据、安置人口认定、补偿标准、补偿费、安置房的建设等进行评估和监督,接受群众和舆论的监督。

除上述对策和建议外,本市各区县还应避免“协议拆迁”,增加征地房屋补偿工作的透明度,同时对征地项目建立风险评估机制。

综上,由于征地房屋补偿方面的法律法规的制定跟不上经济和社会发展的需求,在征收房屋补偿安置中存在一些问题和矛盾。只要政府机关积极研究加快制定完善征收房屋补偿方面的规定;各区县人民政府及相关单位领导重视存在的问题,着力解决征收集体土地房屋补偿工作的矛盾;征收实施单位及工作人员不断探索,积极推动征收补偿安置工作的发展,本市各区县的征地补偿工作必将不断规范,为上海市经济又好又快发展和社会的和谐稳定作出贡献。●

案例精析 ●文 / 郭 韧

# 结婚多年确认 亲子关系不存在 假父亲能否撤销 赠与孩子的房产?



## 案情简介

嘉欣和马俊以前是一个单位的同事,经常在一起办公,日久生情,并于2000年5月份登记结婚。2002年他们的爱女candy诞生。但是马俊却并不开心,希望再生一子。2006年8月,马俊果如所愿喜得一子,取名马啸天。第二年马俊在婚后房产上增加了马啸天的名字。但是周边的亲友都觉得马啸天和马俊没有一点相像之处,倒是很像马俊的朋友朱峰。周边的邻居、朋友也经常传出嘉欣和朱峰的感情不一般的传言,为此马俊经常和嘉欣吵架,马俊也提出去做亲子鉴定,但是嘉欣不同意。2011年底,马俊起诉到法院请求确认亲子关系不存在,并要求撤销其因存在重大误解而赠与马啸天的房产份额。

## 争议法律焦点

怎样从法律层面确认亲子关系是否存在?马俊能否以存在重大误解为由撤销其赠与马啸天的房产份额?马俊能否单独行使赠与房产的撤销权?

## 律师评析

随着民众婚姻家庭观念的转变,社会上的离婚率也越来越高,私生子,非婚生子,非亲生子女的现象也越来越普遍。

(一)关于法院如何认定亲属关系是否存在?

具体到本案,马俊通过系列现象得知自己抚养多年的儿子不是自己亲生,气愤的马俊只得起诉到法院。审理中在法院庭审中,原告马俊提供了自己和儿子血型不一致的证明,被告嘉欣和朱峰在一起的照片以及其他证明亲子关系不存在的证明材料。被告嘉欣没有提供相应的证据,只是主张马啸天是婚生子,但是仍旧拒绝做亲子鉴定。根据《婚姻法(解释三)》第二条的规定:夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在,并已提供必要证据予以证明,另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的,人民法院可以推定请求确认亲子关系不存在一方的主张成立。本案法院于2012年3月据此作出确认原告与马啸天不存在亲子关系的判决。

(二)马俊能否在时隔多年后行使撤销权?

因马俊请求撤销赠与房产需分开起诉,马俊在另案起诉中以赠与存在重大误解为由,要求撤销2007年将系争房屋赠与马啸天的行为。根据《婚姻法》的规定,马俊与嘉欣婚后所购房产应为夫妻共有财产,马啸天并非该房屋当然的共有人。虽然系争房屋当时登记为三人共有,但是根据生活常识,该房产应为马

俊夫妻二人对马啸天的赠与。但是马俊在时隔多年后,能否以其对赠与合同存在重大误解而主张行使可撤销合同中的撤销权?

根据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第七十一条的规定:“行为人因为对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识,使行为的后果与自己的意思相悖,并造成重大损失的,可以认定为重大误解。”马俊将马啸天误认为是自己的亲生儿子,并基于亲子关系的认识而与嘉欣将夫妻共有房产三分之一的份额赠与马啸天,符合“重大误解”的认定标准。《合同法》第七十五条规定:“撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起1年内行使。”马俊虽然在赠与完成4年后起诉行使撤销权,但在本案中并没有超过1年的诉讼时效。因为马俊是在2012年确认与马啸天不存在亲子关系,马俊知道撤销事由的时间就是法院判决确认之后,距其诉请撤销赠与不足一年,故其撤销权并未消灭。

(三)马俊能否单独行使赠与夫妻共有房产的撤销权?

马俊虽然有权行使撤销权,但行使撤销权的权利范围是我们值得关注的焦点。在本案的一审判决中,原审法

院判决撤销马俊赠与马啸天六分之一的房产份额,是错误的。马俊基于重大误解赠与马啸天的房产属于夫妻共同财产,根据我国《物权法》第九十七条规定:“处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的,应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意,但共有人之间另有约定的除外。”因此,对共有财产的处分,按份共有按绝对多数的原则,共同共有按全体一致的原则。本案对夫妻共同共有财产的赠与,属于对共有财产的处分行为。马俊在订立赠与合同时存在重大误解,表明其没有和嘉欣将夫妻共有的系争房屋份额赠与马啸天的真实意思。共同赠与因缺乏共同共有人之一马俊的同意而失去了存在的基础。根据相关法律规定:夫妻双方将共有财产赠与他人后,如夫妻一方在赠与合同订立时存在意思表示瑕疵,意思表示瑕疵一方可以诉请法院撤销该赠与。如符合可撤销合同撤销权行使的法定条件,法院应判决撤销夫妻对他人的共同赠与,而不应仅判决撤销意思表示有瑕疵一方对他人的赠与。因此,马俊行使撤销权的效力应及于马俊与嘉欣的共同赠与行为。

### 结 论

在确认亲子关系的诉讼关系中,法院判决确认马俊与马啸天不存在亲子关系。对于原告撤销对马啸天的房产赠与的请求,告知其另行起诉。

在马俊另案起诉撤销赠与房产的案件中,一审法院判决撤销马俊对马啸天的房产赠与。马俊上诉后,二审法院认定因系争房屋属于夫妻共同财产,对系争房屋的赠与应在双方意思表示一致的基础上完成,马俊基于重大误解而赠与马啸天房产份额,因此马俊行使撤销权的效力应及于马俊与嘉欣的共同赠与行为。故二审法院判决:撤销原判;撤销马俊与嘉欣对马啸天房屋产权的赠与。●

(作者单位:北京盈科(上海)律师事务所律师)



李 健:上海市博恩律师事务所律师

### 新锐手记 ●文/李 健

栏目组稿人:谭 芳 [lawyer66@vip.163.com](mailto:lawyer66@vip.163.com)

今年3月29日,在市女律师联谊会举办的“为新疆女大学生捐款”的大会上,有一项别出心裁的拍卖“东方大律师两小时谈话时间”的活动,本文作者有幸拍到了首届东方大律师之一的翟建律师。翟律师的践约非常特别……

## 践约之行

翟建律师的大名我早有耳闻,但之前我却与他素不相识,毫无交集。“东方大律师两小时谈话时间”的拍卖活动结束后,我通过市女律师联谊会的安排,和翟律师先进行了短信联系。翟律师回短信的大致意思是说想得知我的基本情况,以便真正能够帮到我。此后好长一段时间就再也没有了消息,我以为是翟律师太忙,没法排出时间。事后我才知道,其实他一直把这件事放在心上,只是他认为如果只是机械地按照约定的要求给我两小时时间,可能起到的效果并不明显,因此他一直在想能否找到一种更好的方法。

初夏的一天,翟律师的一个来电,开启了我们的特别活动之旅:旁听观摩刑事审判案件。开庭的地点在江西,被告是江西原一正厅级干部,涉嫌受贿,翟律师是其辩护人,这是一件比较有难度和充满各种因素的案件。

在虹桥机场,我第一次见到了翟律师,他是一位高胖、显年轻、很有气场的人,与之前我从道听途说得来的感觉完全不同。翟律师的普通话讲得很好,以至于我误以为他是东北人呢,他的性格也像北方人,和一般人心目中的上海人不

一样,很果断,也很爽快。在等机的时候,我和翟律师的助手马朗律师有幸聆听翟律师讲了不少他以前办过的案件,案件曲折生动,结果皆大欢喜(包括有罪之人),我们的感触良多,无暇埋怨严重的飞机晚点。从上世纪八十年代开始,翟律师便开始了他辉煌的刑辩生涯,经典案例信手拈来,任何一件都可以写成侦探、推理或是悬疑小说。像我这种我很早就想写法律小说,苦于案例不够的人,是多么地羡慕他啊!我萌生了可不可以借用他的案例写小说或是律师手记的念头。在整个行程中,翟律师都很健谈,而且他的谈话内容言之有物,句句有料。不过,翟律师却没有对外讲过他参加拍卖“东方大律师两小时谈话时间”这件事,马朗律师也是从我的口中第一次听到的。

俗话说“好事多磨”。我们的去程并不顺利,由于飞机晚点4个多小时,我们没能赶上原已订好票的长沙至宜春的火车,只好重新购买车票。售票大厅没有空调,很闷热,我们劝翟律师去一旁休息,让我们来买票,没想到翟律师执意站进了购票长队,反而让我们两个较年轻的人等在一旁坐享其成。唉,我是既汗颜又感动啊。

到宜春已经是凌晨了,稍事休息,翟律师他们就去会见被告,而我则去领了旁听证,相对轻松。在空余的时间里,我了解了案件的大概情况:被告周某是江西省某地级市人大常委会主任(正厅级官员),涉嫌受贿罪,检察机关的指控受贿次数 20 多次,金额约 1400 余万元,案件移送至宜春市中级人民法院审理。周某在进入司法程序之前,被“双规”调查了约 148 天,在此期间其多位家属受牵连,儿子、妻子、前妻、前妻侄子、前妻弟弟因涉嫌共同受贿或是涉嫌串供被控制,其弟也已被判刑,其儿子和前妻目前被取保候审。因此,他多次向律师表示自己在压力之下作的口供。鉴于此案的主要证据是证人证言,而周某认为多数证言并不虚假,所以律师已申请了所有证人出庭作证(但是否有证人出庭尚不得而知)。此外,周某在“双规”前曾实名举报过同僚(级别比他高)。翟律师分析,该案的不确定因素相当多,难度不小。

在宜春的第二天,周某涉嫌受贿一案正式公开开庭审理(允许旁听的人并不多),宜春市人民检察院起诉处的处长和副处长亲自出马担任公诉人,翟律师和徐律师(江西律师)担任辩护人,周某也精神状态不错地站在了被告席上。控方指控的周某涉嫌 26 项受贿,其中 9 项受贿是其在南昌市任职期间发生的,大部分是受人请托,利用职务之便给相关部门打招呼之后,收了他人的钱财。其余 17 项受贿均是在周其调任后发生的,但受贿数额占涉案总额的大部分(包括股权折价 380 余万元和同一人多笔上百万元的行贿款)。在检察机关宣读起诉书后,对于共计人民币 1410 万元的受贿款,周某向法庭承认经过自己计算,只收过 50 多万元!他这一翻供,法庭就要重新一笔笔细审,这注定是一个漫长的庭审,最后竟连续开了两天的庭。

对于控方提出的证据,周某除了对其职务认定的证据认可外,其余的都持有异议。对于其签字的笔录和自书的材料,周某均在法庭上当场翻供,并且他还对自己为何在“双规”、侦查以及审查起诉阶段认罪的 1410 余万元作了解释:“双规”期间他受到了“刑讯逼供”,案子到了司法机关后,为了保全家人,一直没敢推翻自己在“双规”期间的说法。也许是周某失去自由已有很长时间,又或许觉得自己受到了很大的冤屈,因此每当轮到他说话时总是很激动,而且将前因后果事无巨细地重复多遍,有时还说些题外话,法官为此多次地打断他的讲话,不让他继续发言。见此情形,翟律师第一时间向周某进行了教育,大意是辩护人认为你是有罪的,我们作的是有罪辩护,你要注意法庭纪律,问什么答什么,如果是不相干的事,法官是可以不让你所说的。翟律师的发言,不紧不慢,也没有抑扬顿挫,听似没有重点,但效果显著。此番话后,周某即使作了长时间的相关发言,法官也再很少阻止他了。太棒了,翟律师的这一招,既给足了检方和法院的面子,又让当事人的合法权益得到了保障!

在对每一项证据进行质证时,翟律师的风格是直接指出疑问点或是矛盾处后,言简意赅地阐明观点,并不做过多的纠缠。有时如果之前被告没有完全表达清楚的部分,他会先用一两句话帮其总结完善。虽然不似少部分律师为了让当事人或其家属听上去满意而过多地发表并无多少作用的废话,但在场者绝不会认为律师没有做足功课。

第一庭审的高潮处是在关于股权贿赂那一项的指控上,涉嫌给周某行贿的某餐饮有限公司实际控制人杨某竟然从南昌赶来出庭作证了!这在刑案中是很少见的,特别是以口供为主要证据的案件。他也是此案唯一出庭作证的证人。

在对证人提问前,翟律师特意向法庭表明,出于自我保护的目的,他要先问一些可能是题外话的内容:证人此前有没有见过自己?有没有与自己通过话或是有其他联系?答案是否定的。听了这段问话,我突然觉得自己要学的东西还有很多啊。以前偶有民事案件的证人出庭,我可从来没有想到过要先问一些可以保护自己的问题啊。经常看到律师在做刑事案件辩护人时因被告或是证人翻供最后受牵连的案例,如果他们有翟律师这样老道的经验,估计大部分都是可以避免的!

杨某也在庭上当庭翻供,否认其送给周某儿子 30% 的干股。控辩双方的提问很多,杨某的回答也很镇定。关于证人与被告的关系,杨某称被告的儿子曾在证人的公司工作,与证人是好朋友,而证人的公司是由被告所在的人大招商引资的。围绕那 30% 的干股,杨某是已经送出还是仅想赠送而已;被告是否知情;股权的评估报告是否真实客观等等,对此控辩双方的辩论相当激烈。当进行再次提问时,翟律师的提问都很具有针对性,证人的回答也对被告很有利。公诉人提出要看录像时,因时间已晚,只能推迟到第二天进行。因为证人在庭上提到他出庭是排除了千难万阻才成行的,他也作好了再次被拘留的准备,因此我还担心一个晚上过后,事情是否会有变数?另外又听说翟律师当晚感冒加胃痛,其助手马朗律师还专门去药店买了药。幸好所有的担心都是多余的,证人如常到庭,翟律师也完全看不出有任何的不适。

在第二天的庭审中看了同步录音录像的片段后,又开始了新的辩论。证人解释了自己曾说被逼但在录像里却有笑意的原因;公诉人在显示的两个画面明显不同步时坚持认为就是同步录像,而辩护人则坚持要做技术鉴定,法官只听不表态。这次的证人出庭,我认为不管是从



法律层面上或是其他方面，都相当的精彩又很有意思。而且录像的时间很长很多，并不是所有的画面都不同步，能拎出一小部分起到见一斑窥全豹的作用，那真是花了不小的功夫。听说证人杨某因在庭上被翟律师的能力所折服，庭后就想找翟律师担任他今后可能会发生案件的辩护律师。

对于最大一笔受贿即某矿业有限公司实际控制人付某先后将 170 万元（该款为周某用于购买南昌县某别墅）、150 万元、350 万元和 100 万元（该款为借给周某司机炒股）分别送给周某，共计 770 万元。付某的证言称款项都是现金，是他自己或是找司机送的，但该款项不是个人的而是公司款项。而周某认为 170 万元是自己先前的投资款和红利款，是属于自己的；100 万元是其司机借的，只不过是自己帮司机开的口，钱是司机拿的，借条也是司机写的；另外 150 万元和 350 万元自己从未见过也未听说过。因此全盘否定！翟律师从矿业公司的会计账目入手，提出如果说该款项是公司款项，即使之前是由付某的钱款垫付的，那公司的借贷明细账上也一定会及时体现，而不是在时隔一年周某案发后才有该款项的明细账。听到这里，认真旁听的

人都抖擞起了精神。以其证据还治其人，这是刑事律师的最高境界，我恨不得击节叫好！

当然，庭审中最精彩的还是最后的法庭辩论。面对公诉方作的充分准备，翟律师又显示了其与众不同的风格，他并没有对每一项指控进行分析，而是将所有的指控分为几类，作了提纲挈领的辩护，而另一位徐律师则具体补充了几个内容。在最能体现法庭水平的第二轮、第三轮辩论中，双方就“打招呼”的含义是什么你来我往、针锋相对，就帮忙办事几年后再送礼是否属于人之常情各抒己见、寸步不让，又就谋取不正当利益是否可视作犯罪争了个不亦乐乎……

在两天的庭审过程中，我看到了少有的证人出庭，且出庭证词完全推翻了之前的笔录，也看到了难得出示的视频证据。不论是质证还是提问，不管是辩护或是辩论，翟律师扎实的法律功底、机智的法庭应变能力、游刃有余的庭审驾驭，不仅令公诉人不敢掉以轻心，也令听审的其他法官和旁听人员频频点头认同。我观察到，第一天旁听的法官，第二天也都基本到场了，从他们庭后的交谈中，都认为参加旁听很有价值。这也让我充分见识到了东方大律师的风采，并深深感

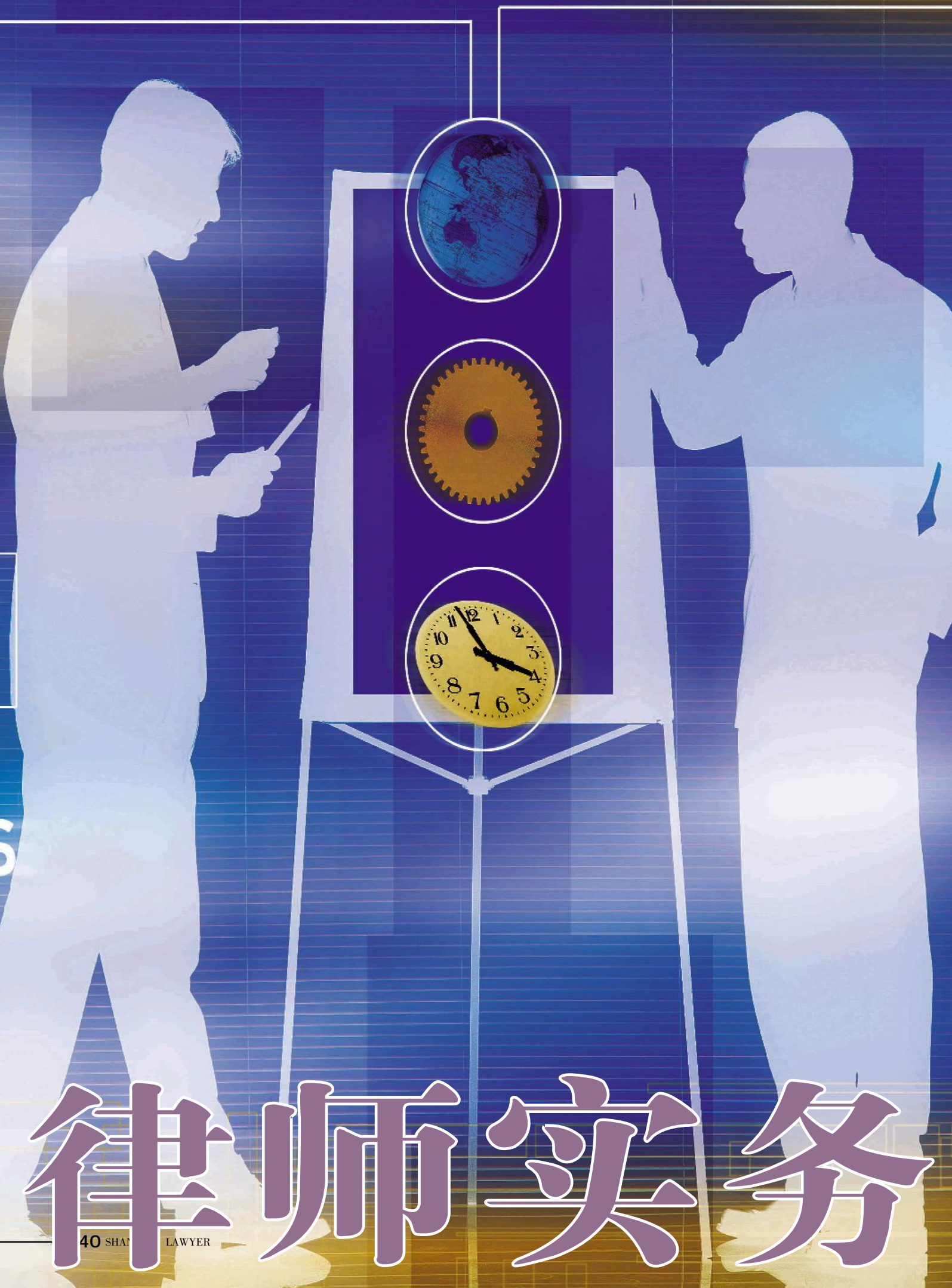
到了自身的不足。

我的收获远不只是增长了自己的法律水平。在庭外，翟律师也很平易近人，以他的人身经历、感悟和对案件的看法，让我们学到了很多。这次践约之行历时 4 天，全程所有的费用都是翟律师支付的（远远大于捐款金额）。全程的食、住、行也是他亲历亲为，我们全不费心思。当我们在外进餐时，翟律师都会熟悉地先点助手马朗律师喜欢吃的菜，再询问我的口味，他将自己的喜好总是排在了最后。住宿安排包括买票也是他一手包办、独自处理的。

身体力行的慈善活动我参加了不少，捐款捐物更是常见，但拍卖人的时间却是闻所未闻。想当初，采用的方法是竞拍人抽取写有人名的纸条，抽到谁就是谁。由于竞拍人数多于东方大律师的人数，不少纸条上是空白的，谁抽到这些纸条也就意味着其未能拍得。我本不幸未能如愿拍得，但抽到翟律师的律师因不做刑案而放弃了，我赶紧接手，这才有了这回难得的机会！通过这次践约之行，让我深深地感到翟律师才是一位真正献爱心的人。

善哉，女律师联谊会！美哉，翟建律师！幸哉，我自己！●





# 律师实务

40 SHAN LAWYER



陈绍娟:北京集佳(上海)律师事务所律师

●文 /陈绍娟

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

商品社会中,商品化权因含有巨大的商业利益而导致了越来越多的纠纷。于权利人而言一方面需要全方位地寻求法律保护,使相关权利归于自己;另一方面在对外授权时应准备一份严谨的许可合同,减少不必要的纠纷和损失。

## 论虚拟角色商品化权的保护

一件普通的T恤不能吸引消费者,但如果

在T恤上印上大众喜闻乐见的动漫形象,可能就会让消费者毫不犹豫地买单。一部电视剧走红不久之后市场上就出现了印着剧中角色照片的玩具、笔记本等用品。《江南 style》火了,很多广告中就出现了鸟叔的动漫形象。随着商品经济的发展,越来越多的人开始关注这样一种基于知名度、美誉度而潜在的商业价值的权利,这就是商品化权。

### 一、虚拟角色商品化的定义、起源

广义的角色包括虚拟角色和真人角色。虚拟角色指虚构的、现实生活中不存在的形象,其主要来源于文学作品、美术作品、影视作品等创作。虚拟角色又可以分为虚拟的人物和虚拟的非人形象。虚拟的人物例如柯南、哈利波特等;虚拟的非人形象例如米老鼠、犬夜叉等。虚拟角色区别于真人角色,真人角色是指现实生活中真实存在的人物,例如姚明、奥巴马等。

“商品化”的概念最初是日本人从英文“merchandising”翻译而来。世界知识产权组织(WIPO)于1994年出具的《角色商品化权报告》中将角色商品化定义为:为了满足特定顾客的需求,使顾客基于与角色的亲和力而购进这类商品或要求这类服务,通过虚构角色的创造者自然人以及一个或多个合法的第三人在不同的商品或服务上加工或次要利用该角色的实质人格特征。简单来说,虚拟角色商品化就是将虚拟角色的重要特征或元素用于产品或服务的使用或开发,以此激发消费者的购买欲。商品化权作为无形财产领域出现的一种权利形态,是一种新型的知识产权。

虚拟角色商品化始于美国迪士尼公司。Walt Disney创造了米老鼠的形象,在米老鼠成名不久,一个家具商人花300美元换取了把米老鼠形象印在自己公司写字台上的权利。这300美元是迪士尼公司收到的第一笔授权费,这笔生意也让迪士尼发明了品牌授权和迪士尼主题乐园这两种生意模式。到了20世纪七八十年代,影视作品中角色形象的开发已经铺天盖地,并取得了巨大的商业利益。

在中国,老上海三十年代的日历上印上胡蝶等明星的照片进行出售的行为,笔者认为也属于一种真人角色的商品化行为。不过本土虚拟角色的商品化起步则比较晚。八十年代随着中国动漫业的发展,出现了一批家喻户晓的动漫形象,如黑猫警长、葫芦娃等,但这些形象除了在电影或电视中展现之外,并没有进行商业化的运作。随着迪士尼、三丽鸥等一批国外公司携着旗下大批动漫形象进入中国,本土的虚拟角色商品化也轰轰烈烈地发展起来。值得欣喜的是,国内的一些机构越来越重视角色形象的商业开发,且已经取得了不俗的成绩,比如喜羊羊、灰太狼以及舒克和贝塔等等系列形象。

### 二、虚拟角色商品化权的保护

在将虚拟角色进行大规模的市场推广或授权之前,虚拟角色的权利人首先应获得法律承认的相应权利,否则当市场上出现模仿者时则无法通过法律手段主张权利并获得救济。但在现有法律体系下,没有一个专门的法律对商品化权进行保护,也没有相应的国际条约,很多权利人在权利的保护上存在诸多困惑。笔者认为若将虚拟角色分解为角色姓名、形象、外形、声音等要素并分别通过

不同的法律进行保护不失为一个解决之道。

### （一）通过《著作权法》进行保护

广东原创动力文化传播有限公司（以下简称原创动力）诉北京某公司侵犯著作权纠纷一案中，北京市朝阳区人民法院经审理认为：“原创动力公司本案主张权利的喜羊羊、美羊羊卡通形象及‘喜羊羊与灰太狼’美术字属于我国《著作权法》上的美术作品。根据原创动力公司系动画片《喜羊羊与灰太狼》制片者的身份以及上述作品著作权登记证书载明的内容，在无相反证据的情况下，可以认定原创动力公司享有喜羊羊、美羊羊卡通形象及‘喜羊羊与灰太狼’美术作品的著作财产权，并依法受法律保护。”上述判例中，法院肯定了卡通形象以及美术字的片名属于美术作品。而美术作品的保护则有法可依。因此，笔者建议虚拟角色的权利人将虚拟角色的形象进行著作权登记。若有人擅自使用其形象，则以《著作权法》为依据进行权利主张。

上述案例中，美术字的“喜羊羊和灰太狼”被认定为美术作品而获得著作权保护，但虚拟角色的名字本身则不能取得著作权。在丹乔有限公司与中华人民共和国国家工商行政管理总局商标评审委员会等一案中，北京市第一中级人民法院认为：“作为人物名称的‘007’文字无法表达思想和感情，且‘007’文字的表达方式并不属于丹乔公司所独立创作，故人物角色名称‘007’并不构成《著作权法》意义上的作品，即使丹乔公司对007系列电影享有著作权，亦不对007的角色名称享有著作权。”

### （二）通过《商标法》进行保护

2001年由赵本山主演并担任制片人的电视剧《刘老根》播出后，在观众中引起了很大反响。随着电视剧的热播，市场上出现了形形色色的“刘老根”，例如“刘老根啤酒”、“刘老根饭店”、“刘老根辣酱”等等不一而足。而等赵本山意识到“刘老根”三个字存在着巨大的商机时，其已经在多个类别上被其他人申请了商标注册，以至于很多法律专家给赵本山支招如何撤销上述已被注册的商标。2011年，北京市高级人民法院的一个案例无疑打开了一扇大门。这是另一起丹乔有限公司与中华人民共和国国家工商行政管理总局商标评审委员会等的案件。法院在判决书中认为：“根据丹乔公司提交的证据可以认定在被异议商标申请注册之前，‘007’、‘JAMES BOND’作为丹乔公司‘007’系列电影人物的角色名称已经具有较高知名度，‘007’、‘JAMES BOND’作为‘007’系列电影中的角色名称已为相关公众所了解，其知名度的取得是丹乔公司创造性劳动的结晶，由此知名的角色名称所带来的商业价值和商业机会也是丹乔公司投入大量劳动和资本所获得。因此，作为

在先知名的电影人物角色名称应当作为在先权利得到保护。”该案与北京市第一中级人民法院的(2012)一中知行初字第287号案件都对角色名称所涉及的权利做了认定，出现了丹乔公司一胜一败两个截然不同的结果。仔细分析，其实并不矛盾。法院的审理思路非常清晰，即角色的名称不能作为作品受著作权保护，但可作为在先权利得到保护。

权利人将角色的姓名进行商标注册，可以取得专用权，而且该专用权弥补了著作权保护期限的不足，可以通过续展而拥有长期的保护。不过因中国《商标法》的限制，没有显著性的角色姓名将无法通过注册。这就要求在给角色取名时要预先考虑周全。

实践中也有一些角色的形象被注册成了图形商标，这是对角色形象进行保护的另一种途径。

### （三）通过《专利法》进行保护

某些权利人可能会将虚拟角色形象授权给制造玩具的厂商，进行二维或者三维的再生产。这种情况下权利人可以依据《专利法》的规定申请外观设计专利，以此来阻却模仿者。

### （四）通过《反不正当竞争法》进行保护

《中华人民共和国反不正当竞争法》第五条规定：“经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易，损害竞争对手：……（二）擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品。”笔者认为对于知名的虚拟角色形象，若未申请著作权登记或商标权注册，也可以利用上述《反不正当竞争法》寻求救济。

不过，从反不正当竞争的角度进行法律保护的案例比较鲜见，在司法实践中也存在诸多限制。比较有名的案例是赵继康与曲靖卷烟厂著作权侵权、不正当竞争纠纷一案。原告赵继康以及王公浦创作了电影文学剧本《五朵金花》，作品署名为季康、公浦。该剧本被拍摄成同名电影并于1959年公映。1983年被告曲靖卷烟厂以“五朵金花”为名向国家商标局申请香烟商标注册。原告赵继康认为被告曲靖卷烟厂未经二位作者的同意，擅自将“五朵金花”作为香烟商标使用，利用《五朵金花》的知名度进行牟利，侵犯了原告的著作权，并构成不正当竞争。但最终赵继康的主张并未得到法院的认可。云南省高级人民法院在判决中认定：“根据我国《反不正当竞争法》的规定，确定不正当竞争行为要以纠纷双方均为从事商品经营或赢利性服务的经营者为前提。而本案原告并非经营者，且双方并不同处于同类商业经营领域。被告生产的香烟所用的注册商标与原告的电影文学剧本名称虽然相同，但两个相同

的名称下的内容却各不相干。本案纠纷不属于我国《反不正当竞争法》调整的范畴，原告主张被告的行为构成不正当竞争不能成立。”

#### (五) 通过其他法律进行保护

对于虚拟人物的形象，如小龙女等，还可视不同情况通过演员的肖像权、名誉权等人格权进行保护。

### 三、商品化权许可合同

笔者曾参与数十份商品化权许可合同的谈判，合同的许可方包括一些国际知名且有丰富授权经验的影视公司。根据笔者的经验，作为被许可方，签署许可合同之前应查验许可方的权利证明材料，确定许可方是否有权签署。此处所述的权证书，主要指著作权登记证书（包括但不限于影视作品的登记证及美术作品的登记证等）、商标注册证、法院生效判决（主要针对有确认权利归属内容的判决书）、仲裁庭生效裁决等。有一些外国的权利人并非自己直接许可，而是通过在香港或大陆的代理公司进行操作。这种情况下需要查验他们的授权链是否完整，以及是否有转授权的明确规定。

权利核查无瑕疵后，双方将进入合同条款的洽谈阶段。一份完整的商品化权许可合同一般包括以下内容：许可方和被许可方、授予的权利、授权类型、授权期限、授权产品、授权区域、经销渠道、许可费率及支付方式、上架日期、销售日、抛售期、批准、知识产权、授权产品质量标准、推广、保险、审计以及其他一般合同所具备的条款。

需要注意的是，在合同签署的同时，作为被许可方，应要求许可方再单独出具一份授权证明书。这是因为被许可方在授权产品制造销售过程中可能会受到工商、质监等部门的质询，要求提供合法生产或销售的证据。但许可合同涉及到保密内容出具不太方便，在此种情形下，授权证明书能便捷地说明情况。●



刘雨修：上海市伟聚律师事务所律师

●文/刘雨修

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

本文介绍了目前国有土地房屋征收中司法强制征收制度的概况，对司法强制征收的两种模式进行了利弊分析，对上海市探索房屋征收司法强制“裁执分离”的实践情况进行了介绍，并对完善构建司法强制征收的裁执分离模式进行了探讨。

## 探析司法强制征收制度中的“裁执分离模式”

### 一、我国司法强制征收制度的概况

2011年1月21日公布实施的《国有土地上房屋征收与补偿条例》(以下简称《条例》),对国有土地上房屋征收与补偿活动中的行政权力进行了设定和配置,有助于规范房屋征收活动,保障被征收人的合法权益,对于化解城市房屋征收中长期存在的矛盾与冲突,有着十分重要的意义。但同时,也使得涉及房屋征收与补偿的司法实践面临着许多新情况、新问题。

《条例》中一个最大的亮点是废除了行政强拆,确立了司法强制征收制度。《条例》第28条明确规定:“被征收人在法定期限内不申请行政复议或者不提起行政诉讼,在补偿决定规定的期限内又不搬迁的。由作出房屋征收决定的市、县级人民政府依法申请人民法院强制执行。”这种权力配置模式被归纳为以“司

法强拆”替代“行政强拆”,通过司法审查权介入房屋征收的执行领域,约束征收中行政行为的规范运作。司法强制征收制度改变了过去政府既是强拆的裁决者,又是强拆的执行者;既当裁判者,又当运动员的现象,有利于加强对行政机关征收补偿活动的司法制约,彰显了司法的权威与公信力,具有重大的变革意义。

然而,《条例》并没有明确规定,在人民法院裁定准予强制征收后,是由人民法院负责具体搬迁还是由政府负责具体搬迁。对于这个问题,最高人民法院副院长江必新认为:司法强制征收可以有两种具体执行模式,一种是“裁执一体模式”,由法院负责裁定是否准予强制征收并由法院执行部门具体负责搬迁;一种是“裁执分离模式”,由法院负责裁定是否准予强制征收,具体搬迁工作交由政府部门负责实施。这样既能符合不同地区或者不同案件的实际情况,也为

进一步探索完善行政机关申请人民法院强制执行制度留下适度空间。2012年4月10日,最高人民法院发布《关于办理申请人民法院强制执行国有土地上房屋征收补偿决定若干问题的规定》(以下简称《规定》),首次将“裁执分离模式”上升到了立法层面,明确房屋征收的强制执行一般由政府实施。这一规定,既在一定程度上划清了司法与行政的权力边界,也为推定“裁执分离”工作模式提供了制度保障,为今后改革和完善强制执行方式奠定了基础。

## 二、比较司法强制征收的两种执行模式

(一)“裁执一体模式”与“裁执分离模式”二者的区别

司法强制征收的“裁执一体模式”与“裁执分离模式”的两种具体模式,在现实层面上均有一定的可操作性,各地政府和法院也已陆续展开了对两种模式的实践探索。所谓“裁执一体”,主要是指在行政机关申请人民法院强制执行的案件中,作出裁决的机关与强制执行的机关相统一,由人民法院既行使裁决权又行使执行权。“裁执分离”,是指作出裁决的机关与执行裁决的机关应当分离,即不能由同一机关既行使裁决权又行使执行权,从而体现权力的监督与制约,防止应权力滥用而侵害相对人的合法权益。

这两种模式主要存在以下区别:

一是二者的性质不同。在“裁执一体模式”中,强制征收的执行主要是依靠司法力量,如法院的执行局、法警部门,善后、维稳工作主要由法院承担;在“裁执分离模式”中,强制征收的执行主要是动用行政力量,比如政府的公安、城管、消防等部门,善后、维稳工作主要由政府承担。

二是二者的内容不同。在“裁执一体模式”中,法院裁定准予司法强制征收,并具体负责实施搬迁工作;在“裁执分离模式”中,法院裁定准予司法强制征收后,具体搬迁工作交由政府部门负责,法院只派员现场监督。

三是二者的司法理念不同。在“裁执一体模式”中,行政机关作出强制搬迁的决定,法院进行司法审查并具体负责实施,强调司法的主动性;在“裁执分离模式”中,行政机关作出强制搬迁的决定,法院只进行司法审查,具体搬迁工作仍由政府负责,突出了行政行为的主动性、直接性,强调的是司法的谦让性。

(二)“裁执一体模式”的弊端分析

目前,我国行政强制执行实践中存在的“裁执一体模式”主要有三种形式:一是完全由法院自己执行;二是以法院为执行主体,政府机关协作执行,但这种方式在执行过程中,政府往往充当了比法院更为重要的角色,

实际上异化为联合执行的方式;三是委托执行方式,法院将享有的强制执行权力委托给行政机关。在房屋征收等非诉执行领域,各地大都采取联合执行和委托执行的方式,虽然加入了法院对行政机关决定的审查和约束,但“裁执一体模式”的弊端也是显而易见的。

一方面,“裁执一体模式”会产生责任分担的不合理。房屋征收强制执行关系到被征收人的切身利益,无论是执行前、执行中还是执行后的责任分担,都必须建立合理机制。采取联合执行的方式,由于在执行过程中执行主体的多元化,一旦出现被征收人权益受侵犯的情况,则难以划清责任分担。而对于委托执行来说,责任的承担仍然是法院,若行政机关在执行过程中造成被征收人的权益损害,最终责任归属法院,则将会导致法院的负担过重,影响其正常的司法审判活动。此外,在房屋征收中采取“裁执一体模式”,法院需要投入大量的人力、物力,在一定程度上也会造成司法资源的浪费。

另一方面,“裁执一体模式”也会影响到司法公正和司法权威。房屋征收的非诉执行完全是一种对行政决定执行的过程,与法院对自己审判并生效的民事判决执行不同。因此,“裁执一体模式”从表面上来看,使得法院成为了行政机关的执行机关,重蹈“既当运动员又当裁判员”的覆辙,给公众产生一些负面形象,影响和损害了法院的形象和权威,让公众觉得司法强制征收与过去的行政强拆相比,实质上只不过是披上了一件“合法的外衣”,同时也将房屋征收的矛盾由政府转移到了法院。

(三)“裁执分离模式”的优势

### 1. 理论基础

行政强制执行权属于行政权,这就为“裁执分离模式”的建立奠定了理论基础。该模式在实践中克服了“裁执一体”的诸多弊端,与后者相比,更具合理性。首先,从权利配置角度看,裁执分离模式责任明确。根据宪法赋予的全能,行政机关司职执法权,法院司职审判权,由人民法院作出裁决,由行政机关行使执行权,这样避免出现“裁执一体模式”带来的实际执行主体多元化等弊端;其次,从审慎行使强制执行权的角度考虑,由法院来制约和监督政府,对行政机关的具体行政行为的合法性、合理性进行审查,是应有的平衡,这也是确立非诉审查程序的主要因素。鉴于对行政机关有滥用行政权力危险的考虑,司法权的导入可以起到很好的监督、制约作用,这样也保证了行政决定的合法性;再次,从行政效率的价值追求来看,行政机关在作出行政决定之前对案件情况已经有了一定程度的了解,而且与被执行人做过接触,其对案件的风险、难易程度已有所掌握,尤其是在房屋征收案件领域,相较于法院来说,行政机关无论从人力、物力,还是专业性的角度来看,更适合其行使执行

权。

## 2、实践优势

各地区法院探索推行的“裁执分离模式”，既能实现法院“实体与程序规范以及司法监督”三位一体的前置性控权功能，又避免因“联合执法”、“联手强拆”影响了司法公信。

一方面，“裁执分离模式”避免了法院与政府之间，政府各部门之间的相互推诿与拖延，明确了法院与政府的职责，提升了法院的审判效率，使政府的有效资源得到发挥，改变了司法执行的困境；另一方面，通过由法院来审查、监督行政执法，不负责具体实施执行，有利于确保审查与裁判的公正性，能充分体现司法公正。

## 三、上海市房屋征收“裁执分离模式”的实践情况

上海市各区政府与法院在《条例》和《规定》出台后，积极探索司法强制征收的执行机制，获得了不少宝贵的经验，在实践中也取得了良好的成效。如闸北区人民法院通过与区政府的充分对接，对于确需实施强制执行的征收案件，由政府提交执行预案至法院进行审查，审查通过后，法院院长批准执行公告，交由政府根据情况自行决定执行时间和执行人员，法院派员进行现场监督执行。再如金山区人民法院建立了非诉行政执行令状制度，在非诉行政执行案件立案后，法院签发令状，将执行运作的部分权利赋予行政机关，实行执行权归属和执行权运作的部分分离，加快行政业务的实现过程。

作为上海市危棚简屋最集中，旧改任务最繁重的虹口区，对现行的司法强制执行机制进行探索，构建“裁执分离”机制，共经历了三个阶段，目前已实现了法院逐步脱离事务性工作的“裁执分离模式”，建立了政府申请——法院编立非诉执行案——行政庭组织听证——审查裁决的合法性、合理性、可执行性——裁定准予执行——移送执行庭——执行庭送达公示限迁通知——政府具体实施、法院到场监督的具有自身特色的“裁执分离模式”，并创设了人大代表、政协委员参与裁决听证以及人民陪审员参与合议庭审理的工作机制。

## 四、完善“裁执分离模式”的构建

司法强制征收无疑成为未来中国城市化进程中至关重要的命题，从《条例》的立法本意和中国的国情出发，结合司法权、行政权的关系，将强制搬迁的裁定权赋予法院，将具体实施权留给政府的“裁执分离模式”，是房屋征收补偿领域较为理想的权力配置状态，也必将成为今后我国司法强制搬迁的主要操作模式。因此，针对目前的实践情况，需要对“裁执分离”这一执行模式进



行不断地完善。

首先，在立法层面上，强制拆迁的合法性一直是个争议焦点，虽然《条例》与以往的《拆迁条例》相比，有了很大的进步，房屋征收的“裁执分离模式”也已经由最高法院司法解释予以认可，但仅有一条“人民法院裁定准予执行的，一般由作出征收补偿决定的市、县级人民政府组织实施，也可以由人民法院执行”的规定。2011年6月通过的《行政强制法》也并未解决执行主体的问题。因此，关于房屋征收中司法强制征收的“裁执分离模式”应该如何具体实施，仍需要根据实践来提供可行的经验，对执行模式、执行主体、执行程序作出规定。因此，需要完善有关法律法规的修改和解释，使各项规范相互衔接，避免冲突和模糊。

其次，强化法院的审查权能。《条例》的出台，实质上就是设置前置的控权体系，由法院对强制征收的事先进行合法性、合理性审查，把控风险，法院通过严格履行司法审查职责来防控政府非理性的行政行为。法院应该严格审查征收的目的，征收决定的做出是否符合论证，征收补偿方案是否符合《条例》的规定，房屋价值的评估及各类事项补偿是否符合规定，是否满足被征收人的选择权和公平权，回归居间裁判者的位置。

再次，探索相对集中行政强制执行权制度。实践中，“裁执分离”是防止行政行为不正之风的重要措施，也有利于节约司法资源，解决了权力在运行过程中的分工制约问题，若作为体现执行职能的行政强制执行可以相对集中行使，将更有利于廓清行政权与司法权的边界，保障相对人的合法权益，也有利于行政效能的提高。建立相对集中行政强制执行权的行政机关强制执行为主，个别行政机关自行强制执行为辅，人民法院仅负责案件审查的机制，符合“裁执分离”的司法改革走向，也与《规定》的基本思路一致。●



魏海波:北京大成(上海)律师事务所律师

●文/魏海波

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

## 如何申请高院重审

任何一个律师在诉讼活动中,也许都会碰到一审、二审连续败诉的局面,面对终审判决,很多人可能会以为已经山穷水尽,只能劝告当事人接受这一后果。但在笔者看来,任何一个案件特别是民事案件,法院在审理中,可能都有不完善之处。一个优秀的律师应当不屈不挠,穷尽自己的智慧,寻找法庭审理中的错误,充分利用法律赋予的权利,把应当走的法律程序全部走完,最大限度地维护当事人的权利。

笔者结合不久前办理的一件一审、二审全部败诉的案子,分析一下高院重审的程序和特点。

### 一、案情回顾

坐落在淮海路、东湖路口的J大厦是幢造型优美、地段极佳的外销高级公寓,在沪上房地产业界享有盛名。2001年J大厦的发展商A公司又在J大厦南边建造了B大厦。因为打桩导致J大厦外墙严重开裂、瓷砖脱落,进而严重威胁到居民的安全。因此J大厦小区的居民多次上访,要求A公司承担外墙翻修责任和赔偿业主损失。2005年6月,区规划局、A公司、J大厦业主大会达成了三方协议,该协议约定A公司出资1000万元对J大厦的外墙进行翻新加固。在工程开工前J大厦业主大会专门授权业主委员会负责该工程的全部事宜,业主委员会把大厦外形改造的方案和大厦翻新效果图放在小区业主进出的大堂内进行了长达半年之久的公示,从未有任何一位业主对该方案提出过任何异议或反对意见,这项工程得以顺利完工。然而令人奇怪的是,六年之后,今年5月份居住在J大厦4楼的业主W居然把业主委员会告上法庭,她诉称因她平时常住国外,很少回沪,2006年6月再次回沪时不知何时窗户外搭出了平台(其实是檐口),她声称这个平台不仅严重影响了她正常的生活和周边环境卫生,而且给她的人身和财产带来了巨大的不安全因素,为此她多次要求业主委员会拆除该平台,恢复原状。但业主委员会一直拖着不予回复,从

而使她受损害的状态持续至今,所以起诉要求判令J业主委员会拆除4楼窗外的平台,恢复外墙原状。

2012年9月3日,某区人民法院作出一审判决,以妨害物权为由判决业委会拆除4楼外檐口。申请人不服,向市某中级法院提出上诉,某中院维持了一审判决。

### 二、高院受理再审的条件

根据我国现行《民事诉讼法》的规定,对已经生效的案件,符合下列条件的,人民法院应当再审:(一)有新的证据,足以推翻原判决、裁定的;(二)原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的;(三)原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的;(四)原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的;(五)对审理案件需要的证据,当事人因客观原因不能自行收集,书面申请人民法院调查收集,人民法院未调查收集的;(六)原判决、裁定适用法律确有错误的;(七)违反法律规定,管辖错误的;(八)审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的;(九)无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人,因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由,未参加诉讼的;(十)违反法律规定,剥夺当事人辩论权利的;(十一)未经传票传唤,缺席判决的;(十二)原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的;(十三)据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的。对违反法定程序可能影响案件正确判决、裁定的情形,或者审判人员在审理该案件时有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁判行为的,人民法院应当再审。”

众所周知,可以提请高院再审的案件成千上万,但真正被高院立案重审的案件却少之又少。因此,作为提起再审的律师,必须善于从原来一审、二审判决书,以及庭审过程中找到法庭审理的明显错误。坦率地说,尽管法官的整体审判水平已经有了极大的提高,但是只要律师抱着“作学问要在不疑处有疑”,待人要在“有疑处不疑”(胡适语)的精神,找出法庭审理中的漏洞



也并非难事。

### 三、民事再审的理由

应当指出,对一个经验丰富的律师来说,首先要找出一审、二审的审理活动中有无存在程序违法是至关重要的!如果发现了程序违法之处,即使法官在判决中适用实体法正确,高院也不得不引起重视。笔者首先针对二审判决存在多处程序违法,合议庭组成不合法,违反法律规定,剥夺当事人辩论权利等问题,提出了三点理由:

第一,二审庭审过程中,合议庭组成不合法。

《民事诉讼法》第一百五十二条规定:“第二审人民法院对上诉案件,应当组成合议庭,开庭审理”。《最高人民法院关于进一步加强合议庭职责的若干规定》第五条规定:“开庭审理时,合议庭全体成员应当共同参与,不得缺席、中途退庭或者从事与该庭审无关的活动。”然而,本案在2012年10月10日某中院开庭审理时,尽管审判长宣布与另外两位审判员组成合议庭审理此案,但是从庭审开始到结束,除审判长一人外,另外两位审判员根本没出庭。令人无法理解的是,在该案判决书中却出现了“本院依法组成合议庭审理了本案,现已审理终结”的字句。一个人的审判怎么能称得上合议庭?这种审理活动依据的又是我国的哪一条法律?笔者当然要求高院调看二审的录相,以查明真相。实际上,仅仅这一条理由,已经促使高院要考虑再审了。

第二,二审庭审过程中,审判长剥夺了上诉人法庭辩论的权利。

《民事诉讼法》第一百二十四条、第一百二十七条规定,法院在庭审过程中,应遵循法庭调查、法庭辩论等程序,以保证当事人充分阐述自己的理由,保证法庭可以尽可能地查明事实真相。请注意,这里强调的是“充分阐述”和“尽可能地”,这也说明立法者的用意是通过法庭辩论最大限度地保障双方当事人的合法权益。然而本案在庭审中,上诉人的代理人刚刚开口辩论,审判长却突然宣布法庭辩论结束,从而剥夺了申请人的辩论权。同时,在本案的法庭调查程序中,法庭也是完全走过场,根本不征询上诉人的代理人对一些证据的意见,草草了结、匆忙定案,当事人的主张始终无法向法庭说明。这一严重违反法定程序的审理,剥夺了当事人的权利,已经造成了当事人利益的损害。这一条理由也是依据《民事诉讼法》第一百七十九条第十项的规定,于法有据,这种明显剥夺当事人辩论权利的程序违法行为,高院能不重视吗?

第三,二审法院不顾申请人对一审法院审理程序违法的异议,显失公正。

一审法院法官在审理过程中,曾单独进入原告家中勘验现场。整个勘验过程,既无被告及代理人在场,也无物业公司或业委会代表陪同。而是单独接触原告,显然违法。更难以置信的是,一审法官在勘察现场后,在庭审中既不出示勘查笔录,又拒绝被告查阅一审案件档案的合法要求。对这样一审明显程序违法的行为,二审法院本应依法查询,但二审法官却熟视无睹,对代理人指出的违法之处不做任何法庭调查,也不做任何质证,明显违反了《民事诉讼法》第一百七十九条第四项的法律规定。

根据笔者的经验,一般来说,程序违法的案件多半也会在实体法判决上出现明显错误,本案也是如此。仔细分析了一审和二审的判决书,笔者又提出了本案原判决认定的基本事实缺乏证据证明,以及原判决“适用法律确有错误”的以下两点理由:

一是有新的证据足以推翻原判决。一审法院在判决书中认为,“业委会擅自做出决议,委托施工企业在原告家窗户外下方搭建的构筑物,在客观上给原告的居住安全带来了严重影响,侵犯了原告的正当权益。故原告要求业委会予以拆除理由充分,法院予以支持”。这里且不谈当年(2006年)业委会是经过全体业主大会授权,又把设计图公示给全体业主三个月以后才施工的,根本不存在“擅自”的决议。而且该外墙工程是由于1至3楼采用干挂花岗岩装饰,而4楼以上使用仿铝板氟碳涂料,在其结合部中必然要形成一个檐口,用以防水和固定。对于这样一个涉及到建筑专业知识的案件,国内外的资深法官都会委托专业评估机构判断,再据专家意见为判案依据。然而在一审、二审法官根本无视当事人的代理人意见之后,本人只得委托上海建筑科学研究院房屋质量检测站进行检测。该站的房屋检测专家,现场检测后出具的报告是“檐口作为石材幕墙和涂料面层的过渡,其顶部檐口和封板是石材幕墙面层中必须的防水构造之一,在不改变裙房干挂石材幕墙、主楼涂料面层的外饰面结构的情况下,现有的三层檐口不应拆除。”这样一份新的证据,足以推翻原判决的错误结论。

二是原判决适用法律确有错误。一审法院认为,“妨害物权或者可能妨害物权的,权利人可以请求拆除妨碍或者消除危险”,以此做出拆除檐口的法律依据。二审法院不做调查、不辨是非,又以“公民的合法权益受法律保护,任何组织或个人不得侵犯为由”维持了原判决。但在笔者看来,这一判决适用法律完全错误。《物权法》不能被滥用,如果近百位住户都明确同意业委会的决定,而一所大厦的物权属于全体住户所有,法庭为了维护一户住户的物权,而损害了近百户的物权,这才是最大的物权妨害。而且,即使在J大厦4楼,除W以外的其他住户

也一致反对拆除檐口。再次,整个外墙装修工程是在区规划局的见证下实施的。如果该工程违反了有关建筑或规划法规,那就应当以有关建筑或规划法规为据来审理业委会的违法行为。不能把物权当成是一个筐,什么违法行为都往里面装。

#### 四、几点启示

由于如何提起高院再审的具体程序,法律规定的已经十分清楚,不再赘述。但是从这个再审过程中,笔者获得了几点启示:

一是拿出过硬的证据至关重要。在不少青年律师看来,和高院法官如没有相当熟悉的人脉很难让高院接受再审。这种现象固然存在,但不尽然。本人有几次在高院提起再审,并不认识任何法官。笔者以为能否找到过硬的证据,其重要性远远超过和法官的人际关系。相信法官在面对无可置疑、足以推翻原判决的证据时,也不得不谨慎办案。问题是在于我们有没有在挖掘新证据上下了足够的功夫。

二是应当积极为再审法官提供思路。法官经常处于超负荷的工作状态,让再审法官对一个已经二审终审判决的案件花时间去去伪存疑、判明是非的确不是一件简单的工作。笔者以为,作为律师,应当设法积极地为再审法官提供判案思路。通常再审案件开庭前,再审的主审法官会找申请人谈话。应当利用这一有利时机,把新的证据和主张清楚、完整、有重点地向再审法官阐述。

作为律师,笔者并不幻想法官能按照律师的思路审案,但至少“思路决定出路”,一个清晰的审案思路和与之相辅相成的证据链会促使再审法官严谨地审查原审判决中的粗疏之处。律师和法官的关系,当然有对立的一面,但是也有相辅相成的一面。相辅相成的工作做的越多,律师的意见就越容易得到法官的尊重。●



陈鲁宁:京衡律师集团上海事务所律师



周富毅:京衡律师集团上海事务所律师

●文/陈鲁宁 周富毅

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

随着我国知识产权立法、司法等法制建设的不断完善和发展,广大公民对于知识产权保护意识不断增强,对于知识产权的保护,逐渐成为国家日益关注的一个社会重大问题。公众、媒体等对于加大保护知识产权的呼声也在进一步增强。近年,由于知识产权侵权案件的频发,以及知识产权侵权案件的激增,对于如何处理知识产权侵权案件,如何更有效、更及时地保护被侵权者的权益等问题,已经成为包括国家、媒体、普通民众在内所有人群最为关注的司法领域里一个亟待解决的课题。我们在此通过上海高院已经终审的一起重大案件,对于上述问题给出一些作为法律工作者角度的看法和意见。

## 破解孙悟空 美术人物形象 权属迷局

上海美术电影制片厂(下称美影厂),作为中国动画电影的原创重镇,在上个世纪的漫长岁月里,在其几百部优秀动画电影里陆续创作了以孙悟空、黑猫警长、葫芦兄弟、邋遢大王等极具代表性的动画美术人物形象,影响了我国好几代青少年。这些动画美术人物形象在当前中国,乃至全球的影响力仍可谓经久不衰。

然而,中国有句俗话,人怕出名猪怕壮。当下在一个市场经济尚未成熟发展的大背景之下,任何一个存在商业价值的作品,除了受到大众的追捧和商业合法开发之外,更多的是来自于不法商贩肆意甚至是恶意的非法盗取和滥用。近十年来,对美影厂而言,其著作权遭到侵

权屡屡频发,似乎已经是一件让人不得不习以为常的事了。

作为美影厂最为成功的动画人物形象,影片《大闹天宫》中的“孙悟空”形象,也“理所当然”的成为了侵权者的重点侵权目标。本案涉及的就是这样一个腰束虎皮短裙,足穿一双黑靴,脖围翠绿围巾的美猴王,遭到了从广东珠海到上海等地多家企业的联合侵权,更有甚者,侵权者还利用各种公开场合恬不知耻地自称为“新悟空之父”,妄图以此获得更大的非法利益。

为了维护自身的合法权利,美影厂委托京衡律师集团上海事务所指定本文作者作为其原告代理人,对恶意侵权者发起了反击。作为代理律师通过认真调



查取证、并通过层层抽丝剥茧将整个案件梳理清楚,扎实准备诉讼材料,最终经过漫长的一审、二审,成功地为上影厂维权,赢得了诉讼。

由于该案涉及历史遗留问题、侵权影响范围广以及连带责任承担等众多侵权事实和法律问题,所以详细解剖该案会给今后相类似案件和纠纷的解决带来极其深远的司法和执法的示范效应。

### 一、商场发现“悟空童鞋”引出的诉讼管辖地

2009年底,美影厂在国内各大知名动漫论坛和展销会上发现,一家名为珠海天行者文化传播有限公司公然在展会上“亮出”了其美猴王的广告牌和“一个手持金箍棒的新孙悟空形象”。同时,还在宣传中,将其法定代表人汤某堂而皇之地称作“新悟空之父”。这一举动引来众多不知情观众的驻足停留和业内人士的关注。

事后,美影厂正式委托京衡所律师处理该案。受案后,我们的第一个反应便是如何确定管辖地,这是处理此类著作权侵权案件比较棘手的问题。由于三被告注册地均在广东省,存在长途劳顿、巨大的诉讼成本以及无法预计的异地诉讼风险,这些都在警示我们,无论从诉讼成本还是效率上,都应尽量不能安排在被告所在地法院作为管辖法院提起诉讼。

如此,运用诉讼的法律知识,根据《民事诉讼法》有关侵权行为地作为管辖法院所在地的规定,结合事实调查和公证取证来“选择”管辖地,一定会对原告更为有利。我们通过多方搜索,联系到了被告在广东方面的供货负责人,并通过该负责人在上海成功寻找到广东三方被告在上海销售侵权产品的实体商店。如此,通过获取法律上的诉讼连接点,终于确保了在上海原告家门口诉讼得以成立。

2010年中,上海市第一中级人民法院受理了美影厂作为原告的起诉并随即公开审理该案件。该案涉及五家被告,即被告珠海天行者文化传播有限公司、珠海市千致鞋业有限公司、珠海悟空服饰有限公司、上海九履贸易发展有限公司、上海扬派贸易有限公司,但一、二审全程中仅珠海天行者文化传播有限公司、上海九履贸易发展有限公司和上海扬派贸易有限公司参加了庭审,另外两家被告均一直拒绝签收传票等法院诉讼文件,法院只能通过最高院公告送达。

### 二、侵权数额如何确定

管辖地的确认为整个案件的开展开了个好头,之后需要解决的便是知识产权案件中遭遇的第二个难题,也是司法实践中最令原告头痛的难题:如何确定侵权赔偿

请求的数额。

按照《著作权法》第四十九条之规定,侵犯著作权或者与著作权有关的权利的,侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿;实际损失难以计算的,可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的,由人民法院根据侵权行为的情节,判决给予五十万元以下的赔偿。那么,怎么样去证明原告存在实际损失,又如何去知晓掌握侵权人的违法所得。

一般实践中,被侵权方因种种客观原因,很难获得确切侵权方实际违法所得的数额,往往只能通过证明自身损失来寻求赔偿。但该类案件中的自身损失却又很难通过市场份额的缺失、客户的流失或者产品滞销等等来确切证明,上述提及的被侵权方自身损失,在实际庭审中均可能被法院认定为间接损失而很难获得足额支持。

本案中,我们也遇到了同样的问题。通过获取得到被告已知各销售商店和网点的核实,以及查获其网站及相关页面的逐一筛选调查、公证,发现被告在其网站上公布了其所有经销商的信息,同时还找到了被告对外公布销售商代理销售合同。被告在庭审中面对大量确凿的事实和证据,不得不承认其在全国拥有近十家省级代理销售商,每个省级代理销售商每年销售两万件侵权产品,并且每件侵权产品的利润达到200多元。这样,我们就较为顺利地计算出被告每年具有最大盖然性的侵权所得,由此确定了原告的索赔请求数额并获得了法院的认可。

### 三、诉讼过程一波三折

当管辖地和赔偿请求数额确定后,接下来的诉讼似乎应当相对轻松许多。但是在多次庭审中,随之而来的却是两被告无法送达以及原告著作权证明存在一定瑕疵等问题,有待通过证据链予以充分证明。

首先,致部分被告的诉讼文件无法送达,是送达外省市被告一类案件中经常发生的情况。单就侵权案件而言,无法送达意味着案件每次审理都需要通过最高院公告,审理周期应被告拒绝出庭的阻碍而被人多地延长。

其次,经原告描述,《大闹天宫》中孙悟空形象的创作是在二十世纪六十年代完成的。在那个计划经济统辖下的年代里,国内所有的工商企业活动都由国家统筹安排,因此个人的创作成果均被视作国家或集体的劳动成果。

本案中,最初孙悟空的美术形象是由美影厂组织设计安排,通过国家相关部门找到了远在北京的中国美术绘画界泰斗级人物——张光宇老先生参加了论证和研讨会。后在美影厂的安排下,张光宇老先生专程赴上海,为当时的《大闹天宫》设计了其中孙悟空的美术形象的草图。美影厂还专门为张光宇安排了在上海的住宿,以及提供其所有在上海的生活条件,并且由严定宪先生(原美影厂厂长,《大闹天宫》孙悟空美术、动画形象设计者)以及相关团队一起设计、制作动画影片《大闹天宫》。

但由于种种原因,张光宇老先生在孙悟空美术形象未定稿前就返回了北京。于是,万籁鸣导演(《大闹天宫》总导演)决定由严定宪先生负责继续完成该“美猴王”的形象,严定宪先生在经过大幅修改之后,最终完成了《大闹天宫》中孙悟空的美术形象,将一个栩栩如生的“美猴王”形象呈现在世人面前。

特别需要注意的是,动画影片中,美术形象与动画形象是完全不同的两个概念。通俗而言,美术形象是静态的,是动画人物的原始形象,或者说是一部动画片中一个个具体、固定的形象。而动画形象则是动态的,将众多静态的美术形象通过后期加工,给予其不同的动作、表情等艺术表现形式,然后经过动态合成,最终成为了能够“动起来”的一个个栩栩如生的角色。与国外相比,沿袭大陆法的我国在出台的《著作权法》中拘泥于文字的缘故,在第三条里仅将美术作品作为其保护的范围而未能将动画这类“艺术”形式的作品纳入保护范围,其后在相关修订和司法解释中未能列入。然而,众所周知,美术形象只是美术作品的一种表现形式。总之,无论采取何种表现方式,我国《著作权法》及其解释规定了美术形象、美术作品的设计人就是该形象、作品的权利人。

本案庭审中,到庭的三被告一直死咬该孙悟空美术形象的著作权利应当由张光宇老先生所有,原告不具诉讼主体资格。但是,根据原告的举证显示严定宪先生作为当时参加该项创作任务的原告厂里的员工,其相关设计行为属于职务行为,设计的作品根据《著作权法》及

《合同法》的有关规定,除署名权之外其他权利,均由原告美影厂所有。而本案中,严定宪先生在接过张光宇最初对于孙悟空美术形象的草稿设计之后,在原有基础上做出了诸多重大修改,依法应认定为是孙悟空美术形象的设计人之一,理应对该美术形象拥有相关著作权利。也就是说,原告因此具有相关诉讼主体资格。同时,审理过程中,原告律师还通过走访查阅,联系当年《大闹天宫》现存在世的其他老一代艺术家和创作者,最终找到了众多能够证明上述事实的强有力证据,支持了原告主张的事实和诉请。同时,还在严定宪先生处找到了六十年代严先生关于孙悟空美术形象的设计定稿原件,为本案最终的权利归属画上了圆满的句号。

#### 四、“新悟空”并不够“新”

作为自称是“新悟空之父”的被告——珠海天行者文化传播有限公司的法定代表人汤某,始终认为自身没有侵犯原告的权利,其“设计”的“新悟空”形象,与原告著作权的形象存在本质不同,具有法律意义上的独创性特点,其销售的侵权产品上的侵权形象,与原告孙悟空美术形象也存在众多差异。根据《著作权法》的定义,法律意义上的独创性是指,该美术作品经独立创作产生而具有与其他美术作品的差异性。简单而言,就是作为普通人能否一眼识别该美术作品与其他美术作品是否不同,能否一眼就将两者区分开。那么当著作权侵权案件中的“李逵”遇到“李鬼”时,如何才能有效地辨别“李逵”还是“李鬼”?

如前已述,经公证取证,原告律师在已经获得众被告网站以及侵权产品的基础上,将100多个被告所谓“设计的侵权形象”一一列表比对。在涉案孙悟空形象与其他动画形象具有最明显区别的四个独创性维度上,当庭作出了总结与归纳:原告《大闹天宫》影片中孙悟空美术形象的整体形象独创性为鹅黄色上衣,腰束虎皮短裙,大红的裤子,足穿一双黑靴,脖子上围着一一条翠绿的围巾;脸部设计凸显的独创性为:基本脸型图形结构,上半部分为两条弧形轮廓线(红色),下半部分为一条弧形轮廓线(红色),面部的正中间是一个心形的红印,向上为半月形绿色眉毛,眼睛周围一圈金黄色,而且为了突出火眼金睛眼神的凌厉,眼睛纵向的中轴线与鼻尖构成的一个倒三角形。经过上述比对描述,被告的所谓“新悟空”形象被证明并被法院认定:只是在原告孙悟空美术形象上的简单抄袭,完全不具备独创性特点。

最终,在经历了漫长的近3年的庭审之后,在众被告百般辩解无果的情况下,上海市高级人民法院依法对本案做出了终审判决,判令众被告立即停止侵权,珠海三家企业同时对侵权承担连带责任,对原告承担高昂的

赔偿费用和律师参加诉讼的合理足额费用。

### 五、“美猴王”迷局破解的启示

纵观本案,似乎可以从权利归属、诉讼技巧以及知识产权保护力度这三个方面将这样一场纠纷进行层层剖析。虽然本案对于美影厂而言已经划上了一个较为圆满的句号,但是我们相信,该纠纷的依法公正裁判必然会对今后众多同类知识产权纠纷案件的解决带来深远的影响。为此,通过办理本案,我们愿以以下三个方面与各位同行分享其中的艰辛苦乐:

#### (一) 权利归属

权利证明,这往往看似很简单的一个证明步骤,有时却会成为压死骆驼的最后一根稻草。本案中,美影厂对于该权利的证明,因特殊历史时期以及国家发展等多种变化,而成为了诉讼中的一大难点。值得注意的是,在其他相类似的知识产权案件中,权利证明会对整个诉讼流程产生至关重要的影响,如果原告权利证明清晰,同时明确被告确无权利证明,一场诉讼其实已经获得了大半胜算,反之则可能会出师不利。

例如,“奥特曼”形象是日本圆谷制作株式会社的全球知名动画产品,其于2004年在上海发现某儿童用品商店在对外销售均标有“©Tsuburaya Chaiyo Licensed by Ruishi”、“本产品由Chaiyo版权有限公司授权、广州市锐视文化传播有限公司出品”等字样的“奥特曼”系列玩具。纠纷发生后,原告以著作权人身份向法院起诉上述包括销售公司在内的三家企业。虽然法院认定其“奥特曼”系列形象著作权人的身份,但是万万令日本圆谷制作株式会社没料到的是,被告三家企业是经过有关单位的直接授权而使用的,故成为拥有相关权利的主体,法院经过二审驳回了日本公司的请求。

由此可见,在自我权利证明的同时,是否曾经将著作权授权第三方,也是原告在起诉时必须查明的重要事实。

#### (二) 关于诉讼技巧

知识产权侵权案件中,对于侵权方的调查取证是证明侵权事实及赔偿数额最为关键的步骤。在原告律师代理的浙江某上市企业起诉上海某新材料科技有限公司侵犯商标权及反不正当竞争一案中,原告律师在诉讼之前通过网络搜索获取被告方的购货电话,之后联系远在上海的供货方供货,最后由公证人员陪同到现场提货。这样一整套复杂且风险极高的公证取证之后,才确保了在相关诉讼中通过对侵权事实的证明制止了被告的恶意侵权行为,并让被告改变了企业名称,保证了法院支持原告的各项赔偿请求。

回顾这起孙悟空美术形象的纠纷案,从前期电话联

系获得被告在上海的销售商店和网店,再到现场购物,无一不存在一定的诉前风险。

#### (三) 知识产权保护力度需待加强的一些思考

孙悟空美术形象案件中,虽然法院支持了原告要求赔偿等诉讼请求,但是没有支持要求被告在其自身网站、重要报刊上刊登相关道歉声明的请求。理由是该要求道歉等请求在侵犯人身权案件中适用,该案为侵犯财产权利案件,并不直接适用。而根据《著作权法》第四十八条的规定有下列侵权行为的,应当根据情况,承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。

该案中被告已经被法院认定为其行为已严重侵犯了原告的知识产权,依法应适用该条赔礼道歉的规定。试想,如果法院判定被告在相关媒体上能公开该赔礼道歉,使得法律规定的惩罚得以真正适用,那么许多侵权者必定会三思而后行,对于知识产权,这样一个出于对人类智慧尊重而形成的权利,无疑是一个强有力的保障。

如今,我国众多网络视频网站的发展已经不是一个刚刚起步的阶段,而是处在一个从中小视频网站向大体量、综合性网站转型的阶段。但从2009年起,全国各大视频网站的聚集地——北京的海淀区、朝阳区等,各类视频网站侵权案件以几何倍数在激增,该类网站侵权案件每年都要近千起。归根结底,该类侵权案件产生的原因在于政府对于该类案件的打击力度不够,企业往往都是先赚钱再赔钱。赚的远远比赔得多,虽然一部分原因在于政府对于国内此类科技型网站及企业的扶持,另一方面也反映了社会对知识产权保护的重视程度不够。

2012年底,最高人民法院出台了《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》,一方面规范了实践中对于该类案件的处理尺度,另一方面也反映了国家对于知识产权案件的重视程度。从新《著作权法》修改草案中加大处罚力度的法条修改的提出,到上述法律法规的出台,再到社会各界对《反不正当竞争法》提出的种种修改意见等,我们可以看出,我国对于知识产权的保护已经进入到了一个全新的时期。

任何一个国家对于知识产权的保护都具有其推动社会经济发展的重大深远目标。我国在保护知识产权方面初期实行了宽严并举的政策,其内含着尽可能保护发展本国幼小的部分企业。而如今大多数企业已经发展壮大,最重要的已经不是高速发展而是如何稳定成长。规范知识产权制度,加大相关保护力度是让这些成长中的企业能够更为健康发展并迈向海外的重要一步。因此,知识产权的保护对于整个国家战略而言都是不可忽视的关键所在,而本案的审理和判决无疑将对从事知识产权案件代理的律师会有一些的借鉴意义! ●



叶金荣：上海市荣业律师事务所律师

●文 / 叶金荣

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

# 对商品房买卖中 消费者权益保护的思考

近年来随着城市化进程的加快，房价也越来越高。随着国家对房地产市场调控的不断深入，商品房消费者在市场经济中的地位也越来越重要。因此，商品房消费者的权益越来越受到人们的关注。消费者在购买和使用商品房的过程中依法享有的权利和利益能否得到有效保护，不仅关系到消费者个人基本合法权益的保障，而且也成为商品房市场是否能持续健康、稳定发展的必要因素，所以对消费者买卖商品房合法权益的保护具有深刻意义。目前我国已经制定了一系列的法律、法规，并建立了各种组织，采用司法和行政手段加强对商品房消费者权益的保护，但消费者权益受损的情况仍较多地存在。

## 一、消费者权益受损的原因分析

致使商品房消费过程中消费者权益受损的因素有内因与外因两个方面。

(一) 从外因来讲，主要有市场经济因素、政策及政府监管因素和开发商的因素

从市场经济因素来看，近年来，我国房地产市场一直呈现出总量不断增加的趋势。房地产价格增长，其利润丰厚，使许多企业进入房地产行业，市场交易量不断增长，也使纠纷数量上升。但是房地产作为近年来国民经济的重要支柱，对政府的经济发展起到了重大的作用。出于市场经济发展的需要，有的地方政府突破法律、政策的相关规定给予开发商优惠政策，使得开发商进入房地产市场的门槛降低，导致许多开发商只要交少量的土地出让金就能办到土地使用权证。而这种政策使得房地产开发市场混杂，造成了许多违规现象的产生。然而面对房地产市场不规范的行为，政府也从保增长、服务

经济的角度考虑，片面地保护开发商的利益，因此对于其违规行为的处罚并不严厉，一般也只是罚款而已。而往往这样过度地保护开发商的利益，可能助长其违约之风，进而损害了商品房消费者的权益。

从政策及政府监管的因素来看，我国目前房地产市场发展并不成熟，相关市场法规还不健全，政府相关职能部门缺乏有效地监管措施，执法力度不够，具体表现为：

1、设立房地产开发企业的监督机制不完善，为房地产企业无法完成约定义务埋下了隐患。虽然《房地产法》对房地产开发企业的设立限定了多项条件，但对房地产企业各个运作环节的监督机制并不完善，往往会发生企业不具备销售商品房的能力、无法完成承诺的情况，导致纠纷产生。

2、个别行政部门对于房地产开发企业的销售资质审查不严，导致房地产开发企业违规操作。有的开发商只顾追求高额利润而忽视消费者的权益，违规操作，而行政部门未尽审查义务，导致购房者的利益频频受到侵害。如有的房地产开发商在未交纳土地出让金的情况下，即取得了商品房的预售许可证，所售房屋却无法办理产权证，造成了商品房消费者权益的损害。

从开发商的因素来看，由于房地产市场整体属于卖方市场，开放商具有强势地位，在缺乏有效制约的手段、购房者的信息不对称以及其谈判能力不强的情况下，有的开发商为追逐利益的最大化，想方设法规避法律与政府的监管，违规操作，而购房者明显处于弱势地位。例如，有的开放商在根本没有办理相关规划审批手续或资质的情况下，即发布夸大其辞、具有欺诈性的广告，导致无法履行约定。还有的开发商未按照合同约定或者宣传

资料广告的规定对小区环境、周边设施进行规划,又没有相应的监督部门予以监督执行,开放商在严重违规的情况下,也只是受到罚款的处理,使得购房者的权益无法得到保护。

(二)从内因来讲,主要是法律效果与社会效果难以统一的原因

房地产作为近年来国民经济的重要支柱,对地方政府的经济发展起了重大的作用。由于商品房纠纷标的额较大,容易引发群体性矛盾,人民法院在审理纠纷时既要从保障民生的角度对购房群体的合法权益予以保护,制裁开发商的违规或者违法行为。同时,也要从保障社会经济增长的角度来保障房地产市场的健康发展。

面对房地产市场极不规范的背景,开发商违规开发、延期交付几乎成普遍现象,但是在现实中真正依法解决这类纠纷却很难。人民法院在纠纷发生后如果机械地运用法律,不顾及社会效应,对房地产开发商的违法行为课以严格的民事责任,将可能导致房地产开发商因此赔付巨额的违约金而陷入企业破产的危险,从而会波及当地经济的发展,进一步影响社会的和谐稳定。但如果过度地保护开发商,一方面是对开发商违规行为的任意放纵,可能导致开发商继续从事违法开发行为,助长其违约之风;另一方面,也会引起公民的不满,激化他们的负面情绪。因此,房地产纠纷当事人之间的利益难以平衡,法律效果与社会效果往往难以统一。

## 二、消费者权益保护制度的现状和完善措施

商品房预告登记制度对消费者权益的保护至关重要。我国早已有相关的法律,如2007年3月通过的《物权法》。但在实践中却无法最大限度地保护购房者的利益,从实际操作中也免不了出现许多问题。

一是商品房预告登记缺乏强制性,其是建立在双方协议的基础上的,即在双方同意的基础上进行登记,不具有强制性。

二是预购商品房预告登记需以预售登记备案为前提,程序繁杂。

三是地方立法中对商品房预告登记的范围过窄。我国地方立法中,商品房预告登记主要是针对未建成的房屋(期房),而对于现房和存量房买卖,不需要办理预购商品房预告登记。这样使已建成房屋的不动产物权变动的请求权没有明确纳入地方立法所规定的预告登记的范围,缺乏相应的保障。

四是信息披露制度不健全。房地产登记的本意一方面是保护登记权利人的合法权益,另一方面是通过登记信息的公示保护善意第三人的利益。但目前我国某些地

区房地产登记资料并不能让公众查询,这是导致“一房多卖”的一个重要原因,善意第三人往往因此受骗,相应的登记权利人的合法权益也难以保障。因此,建立健全商品房预告登记制度需要信息公开化。

五是商品房预告登记尚未形成体系,缺乏可操作性。在上位法中,只有《物权法》对预告登记制度有简单的规定,而在地方立法中,各地方对预告登记的规定也不尽相同。因此,我国的预告登记缺乏完整的体系,在实际操作中也变得十分困难。

对此,可以从以下五个方面来加以完善:

(一)规定商品房预告登记的强制性。使商品房预告登记具有强制性,成为不动产权利人的一项义务,这样可以在更大程度上避免不动产权利人钻法律的漏洞,使请求权人的合法权益得到更充分、更有效的保护。

(二)逐步实现商品房预告登记制度取代商品房预售登记备案制度。这样,不仅能简化预告登记制度的程序,给申请人带来方便,而且还能使请求权人的权益得到更有效的保障。

(三)在地方立法中,逐步扩大商品房预告登记的范围。应当逐步将现房和存量房的买卖纳入预告登记的范围,保护这一部分不动产物权变动的请求权。对于商品房的合法交易,预告登记制度的完善都具有重要意义。

(四)实行商品房预告登记信息公开化。登记部门应当建立相应的登记资料信息系统,将有关的预告登记信息情况进行汇总统计,通过电子政务将登记资料信息数据化,应用专门的不动产登记资料信息网向社会公布,允许任何人查询和使用有关的登记资料信息。

(五)建立和完善相应法律,形成商品房预告登记体系。应当逐步实行预告登记监管制度以及相应的赔偿制度,使商品房预告登记体系逐步完善。而且,也应当进一步完善相关法律法规的规定,使商品房预告登记制度得到切实、有效的施行。

购房者的权益事关消费者的切身利益、市场经济的健康发展和社会稳定,而我国的商品房市场近些年来得到了较快发展,但对于商品房消费者的权益保护并不完善,还存在一系列问题。因此,保护商品房消费者的权益,是市场经济发展不可避免的问题,也是保障民生的基本要求。这需要通过规范房地产市场机制、加大政府的监管力度和制定及完善相关法律保护这些方面来完善我国目前的房地产市场,以期建立覆盖全社会的全方位、多层次、立体化的保护体系,从而确保商品房消费者权益的顺利实现,促进房地产业乃至整个国民经济的健康发展。●



邵开俊:北京尚公(上海)律师事务所律师



汤海平:北京尚公(上海)律师事务所律师

●文 / 邵开俊 汤海平

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

# 中国企业海外并购浪潮对律师的机遇和挑战

近年来,无论是从国家政策层面“十二五”规划提出加快实施“走出去”的海外并购战略上看,还是从社会实践层面多家大型企业已经实施并购境外资产上看,中国企业海外并购的新一轮浪潮已然掀起,如何在此浪潮中把握机遇,并在此浪潮中定位自身的价值与作用,是我们律师人目前都应该深思的问题。诚然,中国企业的海外并购浪潮,不仅对律师的专业能力提出了挑战,还为整个律师行业的不断提升指明了良好的发展前景。

## 一、中国企业海外并购浪潮

### (一) 中国企业海外并购的历史沿革

中国企业海外并购的历史最早可以追溯到处于全球海外并购第四次浪潮的1984年,中银集团和华润集团联手收购香港最大的电子集团公司——康力投资有限公司。但是由于当时中国改革开放还处于“引进来”的阶段,这一被业内视为中国企业海外并购的第一案并没有起到吸引并指引更多中国企业“走出去”的作用。

到了上世纪末,中国企业海外并购伴随着全球第五次海外并购浪潮进入了高速发展的阶段,且随着我国改革开放的不断深入,一部分中国企业,特别是大型国有企业,开始积极主动地投身于全球海外并购的浪潮中。虽然当时总体的投资额度并不大,在全球海外并购中的影响力也极为有限,但是这一阶段的海外并购经验为中国企业日后进一步“走出去”奠定了良好的基础。

进入新世纪以来,中国企业海外并购进入了加速发展的阶段,海外并购规模急速扩大,并购总额不断攀高,同时并购持续时间也在不断延长。特别是自2008年全球金融危机后,中国企业抄底式的海外并购引领了全球第六次海外并购浪潮——逆向并购。截至2012年底,我国对全球超过140个国家和地区的近5000家境外企业进行了直接投资,累计实现非金融类直接投资772.2亿

美元。然而,全球金融危机对中国企业海外并购的影响,不仅仅是大量低价抄底的机遇,伴随而来的还有许多不确定因素,而这些不确定因素也使一些轻率盲目的中国企业在海外并购过程中付出了惨痛的教训。目前,中国企业海外并购的整体绩效并不佳。

首先,虽然中国企业在海外并购的数量和总额都不小,但是成功的案例很少。例如,2009年澳大利亚力拓集团拒绝与中国铝业达成价值195亿美元的融资协议,转而与其本国的、世界最大的采矿公司必和必拓联姻,导致中国铝业损失惨重。

其次,即使一些中国企业成功实施了海外并购,但由于多方面原因,并购完成后企业并没有达到预期盈利的目标,反而出现了负的超额累计收益,给股东带来了巨额的财产损失,导致这样的海外并购案最终以失败告终。例如,2005年上汽集团收购韩国双龙汽车公司,由于劳工问题致使企业很快陷入僵局,3年后上汽集团便宣告并购失败,损失高达5亿美元。

再次,评价中国企业海外并购成功与否的标准并不在于并购是否成功实施,而在于并购完成后能否达到并购前预期的协同效应,如抢占市场份额、持续盈利或者企业的持续发展等等。例如,2011年康师傅饮品收购百事可乐在华的瓶装业务,许多业内分析家预言这是一场“双赢”的并购交易,笔者却认为言之过早。一方面,在这项并购中,康师傅仅获取百事利润率较低(甚至可以说是连年亏损)的瓶装业务的所有权益,并没有接触到最核心的浓缩液配方及技术环节,而百事接触到的却是康师傅饮料生产、销售产业链的全流程;另一方面,康师傅是否能够通过与百事取长补短的强强联合,实现其“联合次要敌人,打击主要敌人”的并购目的还犹未可知。因此笔者认为,与其说是康师傅“收购了”百事可乐,不如说是百事可乐“收购了”康师傅。

### (二) 中国企业海外并购的法律环境



目前,中国企业海外并购的法律环境问题主要集中在两方面,一方面是东道国法律对中国企业海外并购的约束,另一方面是我国现行法律制度对中国企业海外并购的影响。

首先,中国企业在进行海外并购的过程中势必会遇到东道国一系列的抵制。在并购预备阶段,东道国通常会对外国企业的并购设置企业控制权和投资额的限制;在并购执行阶段,东道国或以国家经济安全为由,对外国企业的并购进行限制,或以反垄断审查为由,禁止企业之间的合并;在并购履行阶段,并购企业的劳工和环境等问题又浮出水面。中国企业海外并购的东道国主要集中在北美、澳洲和欧洲,这些国家在劳工保护和环境保护方面的法律规定不仅严格且限制较多,同时这些规定还在很大程度上倾向于本国群体。例如,澳大利亚政府相当重视对其当地土著的保护,因此在开发澳大利亚矿产资源时,如果该开发区域需要借道当地土著居住区,那么就有一个开发前置程序:得到当地土著部落全体土著的一致同意,否则开发项目将不得进行,中国企业并购的预期目的也无法实现。

其次,中国企业海外投资在境内遭遇的限制。我国缺乏指导性的海外并购法律。虽然国家的“十二五”规划提倡中国企业“走出去”,但是对中国企业应该如何“走出去”却没有指导性的规定,中国企业海外并购的进行主要依靠自行摸索。即使商务部、国家发展改革委员会、外汇管理部门以及国资管理部门在各自的领域对中国企业海外投资出台了一系列的管理办法,但这些规定大都集中在外汇审批监管方面,不仅在数量上无法与“引进来”的法条相匹敌,在实践中也无法很好地满足现实的需要。由于我国缺乏对中国企业海外投资指导性的规定,我国不少企业在2008年全球金融危机后盲目选择趁势抄底,大量低价收购海外企业,并购实施后大多以失败告终。

## 二、中国律师如何为中国企业海外并购提供法律服务

为了应对海外并购可能遇到的风险,保障并购预期的协同目标能够顺利达成,中国律师可以为中国企业海外并购提供以下法律服务以及非法律专业的服务:

(一)在并购产业特征方面,律师可为项目提供可行性报告

项目的可行性报告主要包括以下内容:东道国的法律信息、目标公司的信息以及其他相关的重要信息,如实现并购目标的潜在障碍。在现实中,东道国出于保护本国企业核心高端技术的需要,往往会对外国企业收购该核心技术持有的企业设置重重交易障碍,最终导致并

购企业成功了,但是作为并购目标的核心技术却无法到手。另一方面,即使中国企业过五关、斩六将最终拿下目标企业和所谓的核心技术,中国企业在使用该项技术时经常还需要付出其他高额代价。

有一个律师业界内部流传的著名案例:某律师事务所为一家计划收购国外某公司一项知识产权的中国企业提供该收购项目的法律咨询服务。该所委派律师和专家远赴国外实地考察收购该项知识产权的可行性,经过长时间的调查研究后发现,该知识产权不仅在技术上是落后的,在使用上还有诸多限制,收购该项知识产权是相当不值得的。最终,该中国企业采纳了律师出具的不具可行性的意见,放弃了收购该知识产权,从而避免了潜在的巨额损失。

(二)在风险防范方面,律师可为项目提供尽职报告

随着中国企业海外并购的不断扩张和律师行业的自身发展,律师在海外并购中的作用越来越多地受到重视,根据近年来出台的法律法规和政府规章,需要律师参与并出具法律意见书或法律尽职调查报告的业务也越来越多。虽然目前法律法规和政府规章对于中国企业海外并购是否需要律师出具法律尽职调查报告并没有明确规定,但是由于海外并购涉及的投资总额和投资规模都较大,参与并购的律师应当出具相应的法律尽职调查报告。

笔者在律师实务中曾遇到过这样一个案例:新加坡某公司计划收购一家内地与台湾合资的公司,该公司由中方控股60%,台方控股40%。新加坡公司始终只与该合资公司的大股东中方谈判并购事宜,并未与台方接洽。虽然中方多次向新加坡公司表示中方完全可以代表台方完成并购,但在我方代理律师的坚持下,我方律师不仅飞赴台湾了解该合资公司的台方公司的具体情况,还邀请了当地的律师与我方协同调查。最终发现,该台方公司早在几年前就已注销,新加坡公司无法完成对该合资公司的全面收购,该项并购计划就此结束。因此,对于海外并购而言,有律师介入并购并出具法律尽职调查报告是非常有必要的。

(三)在并购执行过程中,律师可为项目当事方提供非法律专业方面的服务

中国企业海外并购的许多风险,例如劳工保护问题和环境保护问题,都是在并购完成之后出现的。以劳工关系为例,律师在协助企业完成并购后,还应当帮助企业协调目标公司的劳工关系,既包括与其一般员工的劳工关系,还包括与其管理层的磨合。但是,由于政治、经济以及地域与文化的远隔,仅仅依靠律师提供的法律服务是不能完全解决可能出现的层出不穷的各类问题,因此还需要律师担任类似国内的“人民调解员”的工作,协调处理中国企业与目标企业之间存在的非法律专业问题。

以一个笔者亲身经历的并购案为例：美国某餐饮公司与中国某餐饮公司合资在上海经营一家餐饮公司，但是由于劳资分配等原因，双方在经营过程中迅速交恶，无法继续合作，故美方希望收购中方持有的股份。但由于之前多起冲突造成中方的反感情绪，使得中方不愿配合美方的收购，收购陷入无期限的僵局之中，合资餐饮公司的经营也同时陷入僵局。这时，代理美方公司的笔者意识到仅仅寄托于法律程序是无法帮助客户摆脱收购困境的。因此，笔者多次亲自上门拜访中方公司的负责人，最终以情动人，劝说中方放弃两败俱伤的心结，使美方客户顺利完成了收购。

### 三、中国企业海外并购浪潮给法律人带来的思考

虽然近几年来，中国企业海外并购总额不断攀高，但真正参与海外并购的中国律师却寥寥无几，如四川腾中收购悍马就只聘请了英国律师。其中的原因非常复杂，一方面是因为中国律师在海外并购法律服务方面的专业水平不高，另一方面是因为一些大型企业还留有“崇洋媚外”的老旧观念。在这样的情况下，中国律师应该如何推进自身不断发展，适应社会需求，是值得深思的问题。

#### （一）律师队伍的发展——律师团队化道路

自上世纪 80 年代邓小平同志呼吁发展律师行业以来，30 年后的今天无论在律师、律师事务所的数量和在法律服务质量上都与当年不可同日而语，特别是在北、上、广等大城市的律师行业的发展更为均衡、有效且迅速。但即使是在上海这样一个开放程度极高、地理位置优越、留学海归较多的大城市，其律师队伍团队化程度也大多停留在资深律师带实习律师的初期团队模式，不能满足中国企业“走出去”的发展战略。

究其原因，固然律师行业整体缺乏通晓国内外法律并能熟练运用英语的律师人才，但问题的症结还在于大部分律师的脑海中还保留着“同行是冤家”，应当“单打独斗”的传统思想，而现代社会市场高度分工，客户的需求愈来愈专业，以海外并购为例，其涉及的法律问题是相当复杂的，有时不仅需要一律师团体的法律支持，还需要多国律师团队以及不同行业的专家团队的分工配合。因此，从律师事务所的长远发展来看，将不同领域的律师召集到一起，依靠不同律师的优势领域，打造分工明确、术业专攻的律师团队，是律师队伍发展的一种必然趋势。

#### （二）律师队伍的发展——律师专业化道路

与律师团队化相似的是，律师专业化的优势也是显而易见的：一是律师专业化后将在该专业领域内具有较强的核心竞争力；二是法律高度发展的现实导致一个法

律人很难在几个领域都有成果，而律师只有集中精力对某个领域深入研究才能迅速提升其在该领域的水平，为客户提供更专业的法律服务。因此，在北、上、广这样客户要求更专业更细致的大城市，为了更好地为客户服务，发展律师事务所的综合实力，培养律师走专业化道路是律师队伍发展不能回避的一个问题。

律师的专业化道路应当根据市场的需求、客户的要求以及律所和律师自身发展的需要而展开：首先，律师事务所应该结合上述三方面的需求，细分律师事务所提供的法律服务的类别，如现实需求较大的公司业务、金融服务业务、证券业务、诉讼仲裁业务、涉外业务等等，然后进行资源整合，建立不同的法律服务部门；其次，根据细分的法律服务类别，有针对性地进行律师队伍建设，并对有潜质的年轻律师进行走出去、请进来的专业化培训；再次，在不断提升律师专业能力的同时，也要考虑制定合理的分配制度，只有保持专业法律服务团队的稳定性并留住优秀的法律人才，律师的专业化道路才能走得更长远。

#### （三）走出国门、面向世界

随着中国正式加入 WTO，进一步与全球经济接轨，中国企业海外并购的总额不断上升，走出去的中国企业越来越多，但是中国律师却没有随着中国企业海外并购的浪潮一起走出去。就目前而言，全国有超过 1.4 万家律师事务所，在国外设立分支机构的律师事务所却不到半百，这样的反差是相当大的。根据中国加入 WTO 的协议，中国的法律市场将逐渐向世界开放，外国律师事务所进入中国法律服务行业的门槛将越来越低，进入中国的外国律师也会越来越多。不可否认的是，目前中国律师在提供海外并购法律服务方面的水平相对而言还比较低，面对大量海外优秀的法律人涌入中国，这对中国律师而言既是机遇也是挑战。

其实，中国律师想要顺应国家号召“走出去”，至少有两种方式：首先是加紧修炼“内功”，即顺应社会发展的规律以及市场的要求不断提升自身素质，其中既包括法律方面的，也包括法律之外的各种知识和能力，做到既能够“术业有专攻”，又能够“功夫在诗外”；其次是不能放下“外家功夫”，即面对国内外两个市场，尽快缩小与国外律师的差距，不断探索应当如何营销和推广自己和律师事务所。在目前市场经济的大潮中“酒香也怕巷子深”，如果律师和律师事务所只钻研自身发展、足不出户且又不善于宣传和推广自己，又如何能够展现实力取信于客户呢？我记得有这样一句话：“最好的防守就是进攻”。如果中国律师不能站在国际舞台上展示自己的实力，我国本土的法律服务市场最终也会被蚕食殆尽。因此，为了积极融入国际社会，广泛地拓展案源，参与国



阙宇：上海市汇业律师事务所  
律师

●文/阙宇  
组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

## 刑事诉讼中的集体回避问题

际竞争，更好地为中国企业海外并购服务，中国律师应当尽快提高自身的综合素质，走出国门，面向更广阔的天地。

在“走出去”的过程中，我们其实是有很多途径的。从宏观层面来看，中国律师事务所可以展开国际化布局，如在国外建立分所或与当地的律师事务所合作，不仅能致力于为在当地投资的中国企业提供更好的法律专业服务，还能起到良好的市场营销推广作用。从微观层面来看，中国律师事务所可以派遣特派调查员到国外实地考察、聘请当地的咨询公司、与当地的华侨紧密联合，深入了解当地政治、经济、历史和文化，以及其特有的风土人情与风俗，为在当地投资的中国企业提供法律专业方面之外的服务。无论是哪种“走出去”的途径，都有其利弊。中国律师和律师事务所在选择时都必须紧扣于市场的需求，选择最经济、最有效、最适合客户需求的方式，方能在提供服务时运筹于帷幄之中，决胜于千里之外。

### 四、律师应该为中国企业的海外并购保驾护航

在中国海外并购浪潮中，中国企业屡屡遭受重创，其中未必没有我国法律缺失的原因。事实上，虽然各部委和各省级政府都对中国企业海外并购出台了法律法规和政策性的规定，但由于法律天然的滞后性，现有的法律显然无法完全满足现实的需要。律师作为专业法律工作者应该从自身参与海外并购的工作经验出发，借鉴国外的法律制度，积极地参与我国法律制度建设，为我国立法与制度建设献计献策。另一方面，随着中国企业海外并购浪潮的涌起和我国“十二五”规划地不断深入，中国企业走出国门也是大势所趋。从律师的工作来说，要在现有的法律法规还不完善的情况下开展工作，一定会有很多困难。为了解决这一难题，除了政府从宏观层面上调整外，还需要中国律师快速成长和律所的做大做强，不断提升自身专业水平和综合素质，只有这样才能够走出国门，站在国际舞台更好地为中国企业提供法律服务。●

全国人大新修改的《刑事诉讼法》，于2013年1月1日起施行。修改后的《刑事诉讼法》中增加了辩护人、诉讼代理人的回避申请权、复议申请权。这是自恢复刑事诉讼三十多年以来，辩护人、诉讼代理人第一次在刑事诉讼中获得的该项权利。那么在代理刑事诉讼案件的过程中，如何正确运用这些权利，保障当事人的合法权利，使得刑事诉讼得以在公平公正的前提下进行，也是摆在全体律师面前的一大课题。对于回避制度的意义，我们不再累赘，只讨论在当下比较具有争议的集体回避问题。

### 一、集体回避是由依现行法律规定产生的法律后果

根据《刑事诉讼法》的规定，刑事诉讼回避制度的适用主体主要是侦查人员、检察人员和审判人员。这说明我国目前的刑事诉讼回避制度实质上是一种个别回避制度，只是针对公安机关、检察院和法院的主要成员的职务行为而适用，不能适用于公安机关、检察院和法院作为法人主体时的整体回避问题。换言之，我国目前的刑事诉讼回避制度只能维护单个侦查人员、检察人员或审判人员的职务行为的公正性、中立性和无偏私性，不可能维护整个公安机关、检察院或法院的公正性、中立性和无偏私性，这是我国《刑事诉讼法》客观存在的一

大缺憾。但是，如在该机关的工作人员全部都存在法律规定的回避情形，那么这时候虽然法律没有规定机关法人的回避制度，由于该机关的工作人员均需要回避，导致集体回避的出现。

集体回避，是指在刑事诉讼中审判机关、检察机关、侦查机关的工作人员因法律规定的原因，均不宜在刑事诉讼中担任审判人员、检察人员、侦查人员的情形，从而导致该机关不宜办理相关案件，导致管辖变更的法律后果。因此，集体回避又被叫做整体回避、机关回避。但是笔者认为，考虑到《刑事诉讼法》中规定的回避制度是针对具体承办案件的自然人，而非机关法人，因此叫整体回避或者机关回避并不准确，虽然如果申请回避成功后，会导致相同的法律后果。

### 二、集体回避的几种常见情形

导致集体回避这种法律后果出现的，是《刑事诉讼法》在设立回避制度时采取了模糊立法的方式。《刑事诉讼法》第二十八条规定：审判人员、检察人员、侦查人员有下列情形之一的，应当自行回避，当事人及其法定代理人也有权要求他们回避：

一是本案的当事人或者是当事人的近亲属的；二是本人或者他的近亲属和本案有利害关系的；三是担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人的；四

是与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的。

集体回避的法律依据即第二十八条第四款：“与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的”。通常存在如下几种情形。

#### （一）办案机关即案件被害人

如笔者代理的一起网络传播计算机病毒案中，湖北某市公安局内网因该网络病毒发作导致户籍系统瘫痪。之后，由其该局下属户籍科向同样是该局下属的网监支队报案。破案后，在卷宗中就出现了该局既是该案的侦查机关，又是该案件的被害人这样的情形。这时，该案的侦查人员虽然不具备其他应当回避的情形，但是由于侦查人员均系被害单位的工作人员，显然是符合“与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的”这一法定情形的，因此该局的工作人员均应对该案进行回避，因为每一个警察都是被害单位的工作人员。类似案件还有江西抚州市检察院爆炸案、吉林法院爆炸案等。

#### （二）办案机关的主要领导是被害人

前些年闹得沸沸扬扬的西安中院院长朱某在法院办公室被上访人员杀害未遂的案件，被告人由西安中院判处故意杀人罪（未遂）。这时，显然审判人员都是被害人朱某的下属，虽然朱某本人并没有参加本案的审判工作，但是也很难想象主审法官作为朱某的下属，在审理该案的过程中，能确实做到客观公正。其实在最高人民法院1998年关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法》若干问题的解释第十八条中对此情形早有规定：“有管辖权的人民法院因案件涉及本院院长需要回避等原因，不宜行使管辖权的，可以请求上一级人民法院管辖；上一级人民法院也可以指定与提出请求的人民法院同级的其他人民法院管辖。”这也是散见于各类法规中不多的集体回避的依据之一。但是这类规定并不明确，目前也仅见于法院的内部规定，而公安机关和检察机关尚没有类似的规定。而由于公安机关实行行政首长负责制，检察机关实行检察长负责制和检察委员会负责制，法院内部目前存在仍然比较严重的司法行政化现象，使得公安机关、检察院和法院的意志大多体现为其主要负责人的意志，进而使得侦查人员、检察人员和审判人员的意志很难不受到其所在机关主要负责人的意志的影响或左右，尤其是在目前侦查人员、检察人员和审判人员主动抵制不当干预等方面的职业伦理还是一个很大问题的时候，集体回避不仅仅是为保证当事人能在公正的环境里得到审判，从某种意义上讲，也是给办案机关减负。

#### （三）办案机关的工作人员是被害人

这类情形中最著名的案件莫过于“杨佳案”了。被害人为闸北公安分局民警，这时候，如侦查机关由闸北

公安分局担任，势必导致该局的侦查人员与被害人都具有同事关系。这是不是也符合“与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的”的情形呢？而这类案件也见于湖南永州枪杀法官案、海南检察院检察官被谋杀案等案件中。对于这类型案件，再由曾和被害人朝夕相处的同事办理，显然也不适合。

#### （四）办案机关的上级机关是被害人

在江苏启东一起聚众冲击国家机关的案件中，当地群众因不满当地政府招商引资来的某造纸排污项目，聚集在政府门前游行示威，后因群众失控，部分群众冲进政府办公楼进行了打砸，当地政府宣布永久关闭该排污项目后，群众自行散去。对于在此案中的打砸人员，因被害单位是当地市政府，而该市公安局作为市政府的下级机关，其工作人员也系当地政府下属的公务人员，由其办理该案也显然不当。后经由上级公安机关指定其他公安机关对该案进行管辖后，才解决了集体回避的问题。

#### （五）办案机关收取当事人的办案经费

除了《刑事诉讼法》第二十八条的规定之外，在第二十九条里也规定：审判人员、检察人员、侦查人员不得接受当事人及其委托的人的请客送礼，不得违反规定会见当事人及其委托的人。审判人员、检察人员、侦查人员违反前款规定的，应当依法追究法律责任。当事人及其法定代理人有权要求他们回避。

针对这条，“两高”各自在自己的内部规定中也做了详细的规定：如不能接受宴请、不能借用交通工具、不能在买房装修中得到好处等等琐碎而繁杂的内容。这些规定都是对于具体办案人员的规定，但是对于办案机关收受当事人好处的回避情形却未作规定。这不得不让人们警惕，特别是在一些财政收入不高的地区，在办理一些经济犯罪案件中，办案机关收取报案人、被害人所谓办案费用或捐赠的情况仍然存在。而这些费用由于不是给予办案人员本人的，而是给办案机关集体的，在很多时候就被漠视成为一种潜规则。久而久之，有些个别机关甚至以此作为创收的项目，将公权力涉足于本不属于刑事犯罪的民事纠纷中，这在近些年所代理的一些案件中也不少见，甚至还出现类似警察基金接受捐赠形式的单位受贿情况。

笔者认为，一旦这种情况发生，无论具体办案人员多么铁面无私，就都不可能保证诉讼程序的公正。虽然具体收受办案经费的是办案机关，但是该机关的全体工作人员都需要回避。而具体承接办案费用的直接责任人和该机关的领导不仅涉嫌违纪，也涉嫌犯罪需要另行处理。

### 三、集体回避所面对的法律困境

从上述总结的情形来看，回避情形主要存在于办案

机关与案件的被害人存在某种关系,而和案件的其他当事人存在关系的情形较为少见。这是由于避污心理和某种不正确的道德至高点的存在。在当被告人与办案机关有其他关系时,办案机关唯恐避之不及,而上级法院也会指定其他法院管辖,如武汉中院窝案、深圳中院窝案等案件,再如司法实践中实行的跨省异地审理构成职务犯罪的副省级以上国家机关工作人员的普遍作法。而当被害人与办案机关有关系时,有些办案人员根本没有基本的法律观念,有的甚至还存在惩强扶弱等价值观念,在这种情形下,又何谈什么程序公正呢?

而即使在上述情况客观存在的前提下,也有很多办案机关以“虽然存在其他关系,但不可能影响案件公正处理”为由驳回回避申请。因为法律规定本身的模糊,在这个问题上存在一个很大的争议。但恰恰是这样的模糊地带,给了刑事辩护律师一个空间去不断地努力争取合法权利,并给未来的刑事诉讼活动开创良好先例的契机。

而在申请集体回避时,需要注意的是申请的时间节点。而在当庭提出回避申请时,需要针对办案人员个人,而不能针对办案机关,否则被当庭驳回后,连申请复议的机会都没有。因为针对办案机关的回避申请,不属于《刑事诉讼法》第二十八条、第二十九条的规定,法庭可以当庭驳回,且不允许申请复议。如李庄案中,李庄曾当庭申请三名审判员及书记员和三名公诉人集体回避,就被当庭驳回且不许复议。

集体回避制度在司法实践中早就存在,只不过一直以来都是通过自上而下的方式进行启动。在当辩护人获得回避申请权后,也应清晰地认识到司法实践的客观现实。因为集体回避不仅仅牵扯到办案人员,更涉及到了

管辖的问题。从某种意义上讲,本级办案机关根本无法独立决定集体回避与否的问题。因此,在申请集体回避的时候,在时间上应当有一定的提前量,并且应同时将申请报告送该机关的上级机关或有决定权的部门。

#### 四、集体回避的历史延续和现实意义

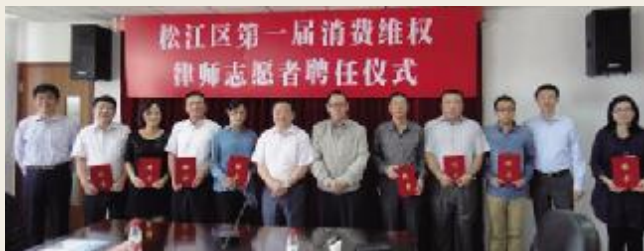
回避制度并不是西法东进的产物,早在我国汉代就有回避制度的雏形。到了唐朝时期,在诉讼领域的“换推”制度就规定“凡鞠狱官与被鞠人有亲属仇嫌者,皆听更之。”到了宋代,回避制度已经发展的相当完备和细致。不但规定亲属、师生、仇嫌关系要回避外,同时规定上下级关系回避及同一案件的后审与前审官吏有亲嫌关系也应回避。同时,在我国历史上第一次出现了集体回避制度的内容,即规定“韶应差推勘、录问官,同年同科目及第依元救回避。”可以说,当时回避制度的设计,比我们现行的规定更广泛、更详细、更具体。

《世界人权宣言》第十条规定:人人完全平等地有权由一个独立而无偏倚的法庭进行公正的和公开的审讯,以确定他的权利和义务并判定对他提出的任何刑事指控。而回避制度恰恰是保障这一人权的基础之一,它不仅有利于防止办案人员徇私舞弊或先入为主,保证其客观、公正地处理刑事案件,也有利于消除当事各方的思想顾虑,有助于减少不必要的上诉和申诉,节约司法资源,增强民众对于司法机关的信心。刑事回避制度是为了正确行使司法权,而集体回避不仅实现了程序正义,更让“打铁还需自身硬”的口号落到了实处。也如西谚所云:“正义不仅要得到实现,而且要以人们看得见的方式得到实现。”●

## 信 息

# 松江区举行第一届消费维权律师志愿者聘任仪式

10月15日上午,松江区第一届消费维权律师志愿者聘任仪式在区消保委举行。市消保委副秘书长唐健盛、区人大常委会副巡视员顾育其、区司法局党委副书记韩增元、工商松江分局副局长陆峰、区消保委秘书长杨家祥等出席并为律师自愿者颁发了聘书,区司法局、区消保委有关部门领导及8位律师志愿团成员参加了仪式。傅伟军、潘峰两位律师



代表志愿团律师在仪式上发言。

根据松江区消保委、区司法局、区律工委共同协商制定的《上海市松江区消费者权益保护委员会律师志愿团工作规则(试行)》的要求,由区司法局推荐、律师自愿、区消保委核准后成立消费维权律师志愿团,有效地整合了松江区法律维权资源,将更好地依法维护消费者的合法权益。

# 人文万象

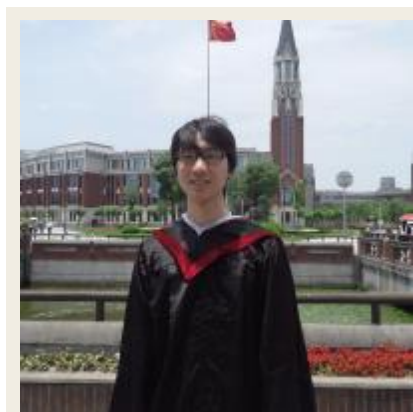


随笔

●文/周邦伦

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

## 听风随想



周邦伦:上海市新闵律师事务所律师

空气的流动,便形成了风。

风的声音,风的味道,风的触感,风的迷离。

最近上海的风显然是有点大的,但这种大却不似北方的风那般凛冽,这是南方特有的对风的感受。

当在谈到风时,突然想到世界上有很多风,最常见的可能有暖风、寒风;和季节有关的是四季风。和世俗人文有关的风则更多,诸如神风、邪风、中国风、行业之风等等。

但是到底什么是风?当感受到空气的流动,那是风正吹在自己的身上;看到云在空中游移变换,那是风正在往某处流动,即使能感觉到,能看到,但是风不

是空气,亦不是云。风,说不清道不明,似乎,风更像一种趋势、一种力量、一种自然的知觉。

夜晚,从来都是属于孤独者自我喧嚣的舞台,独自走在属于风的街上,听着风吹过世界时所发出的各种声音。树叶、尘埃在风中不断盘旋,犹如晚上跟随着音乐翩翩起舞的舞者。

此时风声好比音乐,说到音乐,也有许多与风有关的内容,记得以前常去的咖啡馆喜欢放一些古典音乐,其中播放频率很高的一首曲子是门德尔松的《春之歌》。个人认为好的曲子总有那么一些共同点:首先,很重要的一点是,每次听完之后对曲调本身不会有很深的印象,但是听的时候却能打开人的五感,闭上眼睛可以看见,捂上耳朵可以听见,放松四肢可以感受到音乐的抚摸,嘴里可以品尝出音乐的酸甜苦辣,五味杂陈;其次,当第二次的再次倾听之时,依然如此。《春之歌》,无疑拥有这种素质,从中感受到的,更像是田野的春风带给人们的温暖、芬芳和活力。相信,这是作者对自己心目中春天最好的描述,其中也包括因为春风的作用,使得云、树木、流水、昆虫、百鸟以及花的芳香带给作者的感动。

除了《春之歌》带来的春风让人温

暖以外,巴赫的《G弦上的咏叹调》所表现出“沉着的华丽”带着缓慢而稳重的力量,好比不断持续,不断变化,却从不间断的微风,虽然不大,却让人无法忽视其存在。

也许歌德最清楚:“《G弦上的咏叹调》就如永恒的和谐自身的对话,就如同上帝创造世界之前,思想在心中的流动。就好像没有了耳、更没有了眼,没有了其他感官,而且我不需要用它们,因为我的内心里有一股律动,源源而出。”

这首曲子的不凡除了旋律本身似乎能够从听众自身的心中涌现,还有曲子创作过程的传奇。传说在宫廷舞会上,巴赫的大提琴被做了手脚,除了G弦之外,所有的弦都断裂了。当大家准备看巴赫出糗的时候,巴赫仅仅只用了一根G弦,就即兴演奏了一首《咏叹调》,该曲子就是今天所说的《G弦上的咏叹调》。

这就是一根孤独的弦所迸发出的力量,并非弦本身有多么的神奇,而是人心那富于创造和变化的演绎,才能完成如此的杰作。孤独、华丽、深沉、连绵不断的风,柔软而强大、寂寞而稳重、简约而庄严、举重而若轻。

这时风的声音夹杂着城市夜晚的喧嚣,让人着迷,使人沉醉。

这是夜晚的风,安静又神秘,适合

独倚窗前，凭栏听风。

相比夜色的朦胧，白昼的风，因为太阳的耀眼，往往总是让人忽略，不过即便如此，白天的风依旧会用它独有的力量让人们记住它的存在。

长风破浪会有时，直挂云帆济沧海。诗仙李白的语句总是充满着豪放不羁的风格，这也是强劲的风带给人内心的冲击。

记得小时候有一次看到关于海啸的科普文章，其中说到，海啸是由风暴或海底地震造成的海面恶浪并伴随巨响的现象，是一种具有强大破坏力的海浪。

当时觉得风的力量足以引起海啸，那是何等的巨大，但是我们每天都被各种风所吹拂，为何感觉风又是如此的微弱。于是又回到最初的疑问，到底什么才是风？

风是相似，风是反馈，风是力量，风是混沌。

风卷起海浪，拍向海边的城市，瞬间，一片凌乱。

想象着自己处在这凌乱之中，没有方向，没有目标，也没有感觉。只是随着风的怒吼和海浪的席卷，自己的身躯不断翻滚，扭曲。

为何平时微弱的风，能把人变成仅剩的一推骨肉分离的躯壳，我想起了著名的蝴蝶理论，据说一只南美洲亚马逊河流域热带雨林中的蝴蝶，偶尔扇动几下翅膀，可以在两周以后引起美国德克萨斯州的一场龙卷风。

这个理论也被称为混沌反应或混沌理论，蝴蝶煽动翅膀产生了一小股风，这一小股风来到了大气中便影响了一股风的走向，这股风因为改变了走向，吹向了更大的风，由此小风不断遇到更大的风，形成了飓风，最后这蝴蝶翅膀带来的小风便成了生命不能承受之轻。

风是什么，也许永远都没有最后的定论，就像人类总是不断探索和进步，无限地接近真相，却永无止境。但至少，现在，感受着酷热夏天结束后，风带给我的凉爽，却让人无比的满足。●



李新立：北京大成（上海）律师事务所律师

他山之石

●文/李新立

栏目组稿人：洪亮 [hongliang1224@hotmail.com](mailto:hongliang1224@hotmail.com)

# 在伦敦的法院 观看开庭

2010年至2011年期间，笔者在伦敦参加律师培训，有机会多次去伦敦各法院观看开庭，对其庭审有了直接的了解，所以在与读者分享一下开庭见闻。

## 一、安检

所有人员进入法院时都需接受安检，包括律师。旁听人员通过安检后可随意选择法庭，并不需要换旁听证。安检最严格的是著名的 Old Bailey 大街上的刑事法庭，连背包、水杯、手机都不能带入，进入法庭需有人引领，旁听时不能记录，严格得有点过分。

## 二、法庭布局

进入法庭，可以看到法庭的布局通常是这样的：法官席在台上，台下第一张桌子是书记员席。房间中央有几排长桌凳，是供律师和当事人坐的，为工作区。双方当事人及律师同向而坐，面向法官。上海的两个中院和高院的法庭，当事人也是朝向法官坐的，但与英国法庭不同的是，桌子是分开的，离得比较远。上海区县法院的座次是“两军对垒”式，即当事方相对而坐。我想，并排坐可以减少对立，暗示双方的义务是协助法官查清案件，厘清是非。

法庭第一排座位为 Barrister QC (Queen's Counsel, 译为女王册封律师) 的专有位置，不是 QC 的 Barrister (出庭律师) 坐在第二排，再后面是 Solicitor (事务律师) 和当事人的位置。Barrister 的桌上通常会放一个斜面小桌，以供律师发言时方便翻看卷宗以及支撑胳膊，法庭还给律师提供饮用水和杯子。工作区的后面或侧面是旁听席，通常没有桌子。

环顾四周，法庭两侧的墙上嵌有书架，摆放了很多法律书籍，多为厚厚的判例集。

## 三、法官到庭

待各方到庭后，书记员通知法官。法官到庭前，书记员与法官一道，站在法庭的一个角门后。随后书记员敲门走入并高喊“全体起立”，而后立于门旁迎候法官。接着看到一位年长的法官缓步走向法官台，此时另一书记员已经扶好了座位。法官走到桌前，向台下点头示意，然后就坐，之后其他人就坐。一些中国的法院也是这么做的，但大多数法院并不这么做，不知道是不是因为嫌麻烦。还有一点在中国的法院是看不到的，就是庭审中如有人离开，需在离开法庭前向法官点头致意。我想这些礼仪的目的在于表

现对法官的尊重，彰显法官的尊贵地位。

#### 四、着装

出庭律师戴假发套、着律师袍，与影视剧里演的一样。如何着装对出庭律师来说是不可疏忽的，对此律师协会有专门的规范，比如听证（处理程序问题）时穿正装即可，但在正式庭审时要穿律师袍；商事案件在出庭时穿正装即可，但刑事案件在出庭时要穿律师袍；在基层法院开庭时可以穿正装，但到高等法院及以上法院时要穿律师袍。女王册封律师和一般律师的着装也有不同。

法官一般着法官袍，身份不同样式也不同，刑事案件的法官还要戴假发套。法官袍多为黑色，但有的高级别法官比如审理刑案的首席大法官（Lord Chief Justice）着红色的袍子。而最高法院的法官袍更为考究，黑色袍子点缀金色的绣纹，很是华贵。但他们只是在庆典时才穿，审理案件时只穿正装。

#### 五、开庭资料

律师出庭带的资料通常是白皮书和文件夹。白皮书就是英国的《民事诉讼法》（《Civil Procedure》），硬封面，薄薄的纸张，上下两卷，一卷与《现代汉语词典》的厚度相当，里面对《民事诉讼法》进行了逐条详解，还包括相关判例、诉讼文书范本等。由英国 Sweet & Maxwell 公司出版，每年更新，期间还有增订本。售价昂贵，500 多英镑一套。但由于这套书编得很成功，英国律师几乎人手一册。

文件夹是活页夹，这种文件夹在律师界使用得很普遍，好似中国律师普遍使用的牛皮纸档案袋。一些案件的案卷之多令人咂舌，若干个厚厚的文件夹在桌上摆成一排，有的案卷还装在桌下的箱子里。律师发言当中经常会引用这个或那个文件夹中的文件，尽管文件上的

标识很清楚，但还是会发生有人一时跟不上找不到文件的情况。

#### 六、证人出庭

证人出庭作证在审理中非常常见，这个环节是庭审中很重要的部分。我看过的几个庭审，证人作证甚至占了庭审一半以上的时间。除了案外人以外，争议当事人经常也作为证人。证人作证前要发誓，有宗教信仰的证人的手必须按在圣经、古兰经等经书上，按照给定的誓词进行宣读。宣誓毕，律师开始向证人发问。

一方律师对本方证人的询问非常简单，通常让证人陈述一下姓名、身份，以及确认书面的证词是本人的证词即可。然后是另一方律师的交叉询问（Cross-examination），这个询问非常关键，很能体现律师的思辨力，时间可能很长，是证人最难熬的时间。交叉询问的目的在于质疑甚至推翻对方的证人证言，涉及的问题非常具有“攻击性”，目的在于暴露证人证言的矛盾、虚假以及证人本身的污点历史，使得陪审团或法官怀疑甚至不采信证人的证言。证人会被问得慌乱、难堪甚至发怒。有时本方律师看不下去了，会出面“帮忙”，对有的问题提出反对，说问题与案件无关或者是诱导性的问题。此时法官须马上作出反应，即是否同意这个发问。交叉询问结束后本方律师还可以补充询问，其目的在于改变证人在回答中对本方不利的内容。

在英国，无论证人是否愿意出庭，一旦接到法庭的通知必须到庭，否则会被处罚，严重的被课以藐视法庭罪。而在我国，出庭全凭自愿，证人不愿意到法院也没有办法，在多一事不如少一事的思想影响下，证人的出庭率很低，导致一些案件事实难以查清。法律所规定的“凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证”在实践中成为空文。

#### 七、律师发言

律师发言时必须站立，有时会将胳膊支在面前的小桌上，但不会像影视上的美国律师可以走来走去。首先是原告律师陈词，然后是被告律师陈词，随后双方可以继续补充，律师的长篇结案陈词都是放在最后。律师的陈词时间不受限制，我看到有的律师连续说了 2 个多小时，而法官任其发挥，一般不会打断。而在国内的庭审中法官一般没有这个耐心。听起来律师陈词的语调比较平和，很少慷慨陈词。律师之间没有直接的辩论，都是面向法官陈述意见。

#### 八、法官及律师的称谓

英国法官的称呼有多种，身份、场合不同称呼不同。比如在郡法院（County Court），法官被称作“Your honor”，可译作阁下。在上诉法院和最高法院，男法官被称作“ My Lord”，女法官被称作“ My Lady”，而律师在称呼原审的法官时使用“ His learned judge”或者“ Her learned judge”，直译是“博学的法官”。

律师的称谓也很有意思。法官称呼律师为某某先生或某某女士，比如 Mr Smith 或者 Ms Julia，国内则称呼为原告代理人或者被告代理人。而一方律师在称呼对方律师时则采用 My learned friend，即为“博学的朋友”。

#### 九、陪审团

陪审团决定犯罪嫌疑人是否构成犯罪是英美法系刑事审判的一大特色。我观看的一个刑事审判，庭审中有一个 12 人的陪审团，成员中有男有女、有老有少，端坐在法庭侧面的两排，聆听整个庭审。罪与非罪，12 名成员须达成一致。而有时达成一致的意见是很难的，需要商议很久。有一部美国电影讲述了一个经





典的陪审团合议的故事,最初只有1人认为嫌犯无罪,后来经过多轮讨论说服,支持嫌犯无罪的成员越来越多,最后所有人都认为嫌犯无罪,这部电影的名字叫《Twelve Angry Men》(译为《十二怒汉》)。陪审团达成一致意见后,由其中一名代表宣布结果:Guilty(有罪)或者 Not Guilty(无罪),不需要说明理由。有罪,法官依法确定刑罚;无罪,则当庭开释。

### 十、宣判

英国的庭审分为听证(Hearing)和审理(Trial)两个程序,听证处理程序性的问题,审理处理实体问题。听证可能进行若干次,而审理是在判决前集中进行一次,短的半天,长的则几天甚至十天。

审理之后接着就是宣判,最高法院的案子是择期宣判,而下级法院只有少量的案子是择期宣判。这与国内法院的做法大不一样,国内法院极少有审完当庭宣判的,基本上都是择期宣判,判决书写好了再宣判。

英国法官下判决的过程令我大开眼界。双方律师的陈词结束后,法官可能会离庭稍事休息,然后返回法庭开始口述判决,即兴进行一个演讲,演讲有的持续数个小时。法官首先陈述他所认定的事实,然后归纳案件的争议焦点,争议焦点可能是一个,也可能是多个。法官列明每一个争议焦点后,分别简述原告和被告的论点,其后对双方论点发表意见,评定是非,然后得出对这一争议焦点的结论。所有的争议焦点分析结束后,法官给出总的结论,即对原告的诉请是否支持,支持多少。经过这一过程,在场的人都能清楚地知道法官的判决理由。而法官在口述判决结束后,会拿一个标有法院字样的表格,书写一个简单的法院指令,写明判决的最终结果,签上自己的姓名。

法官的全部讲话会被录音,而双方

的律师也会现场速记法官的讲话。基层法院不再另行出具书面判决,而高等法院及以上法院则会出具法官审阅后的书面判决。没有书面判决的,一方当事人不服判决,就依据律师记录的内容提起上诉。这对律师记录的准确性要求很高,而很多律师已练就了这个功夫。一位年轻的出庭律师告诉我,他的记录可以做到80%以上与法官讲的一致,非常不易。对一些重大的案件,为了保证其准确性,当事人甚至请了专业的速记人员来做记录。

### 十一、律师费评估

依据英国的法律,败诉一方须承担胜诉一方的律师费。因此判决下达后,胜诉方会请求败诉方支付律师费,为此胜诉方将提交一份律师费的计时收费清单,对这份清单法官会要求申请方作出说明,也会听取败诉方对此费用的意见,然后由法官作出认定。认定结束后,法官会书写另外一个书面指令,明确败诉方支付律师费的金额与时间。英国有专门部门制定了律师的收费标准,基于律师的办公地址以及律师执业的资深程度给出相应的收费标准。

### 十二、法庭气氛

总体来说,法庭上的气氛是很和谐的。律师对法官很恭敬,法官对律师也很客气。我看到高等法院的一位年长法官间或问些问题,有时作简短的评论,甚至当场翻看法条或案例,而后与律师进行讨论,态度和缓,没有以势压人的意思。这与中国的某些法官当庭粗暴打断

律师发言、训斥律师形成了鲜明的对照。

作为对立面的律师之间也比较客气,甚至在一些小的事情上相互帮助。比如说,一方律师找不到某个文件,另一方会善意的提醒;相互之间还会借用小桌子等。

这里需要特别提及的是,英国的法官选自资深的出庭律师,所以都比较大年长。这些律师经过多年的诉讼锤炼,精通诉讼程序和技能,其中一部分人后来成为了法官。有些律师在执业的同时兼任法官,每年花费一定的时间去审理案件。因此,法官群体与律师群体之间有着强烈的认同感,法官以前是资深的律师,律师是未来的法官人选,彼此知根知底,互相理解尊重。

### 十三、法官的形象

多次观看庭审以后,对我印象最深的是一些法官的表现。他们当庭翻出法条判例与律师平心静气地讨论一些问题,他们在经过几天审理之后连续数小时不停歇地即兴发表判决演讲,他们下发几十页甚至更长的判决书,他们独立对一些敏感案件作出不利于政府的判决,他们的专业能力、谦和态度和独立精神令人赞叹。他们说话时语调温和,慢条斯理,而双方律师则陪着十分小心地聆听。

还有就是法官在人们心目中的廉洁公正形象。败诉方会失望、不服或者愤怒,但不会指责法官腐败。我曾经问过几个律师,历史上有没有英国法官因腐败而受处罚的例子,得到的答复是“没有听说过”。●



# 上海仲裁委员会

## Shanghai Arbitration Commission

上海仲裁委员会是根据《中华人民共和国仲裁法》的规定,由上海市人民政府依法组建的常设仲裁机构。上海仲裁委员会以仲裁方式,独立、公正地处理平等主体的自然人、法人和其他组织之间的涉外及国内的合同争议和其他财产权益争议。

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

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

### MODEL ARBITRATION CLAUSE

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

地址:上海市威海路 755 号文新大厦 23 楼  
电话:(8621)52920022 传真:(8621)22313993  
邮政编码:200041  
网址:[www.accsh.org](http://www.accsh.org)

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

## 新法速读

**国务院关于印发中国(上海)自由贸易试验区总体方案的通知(国发[2013]38号)**  
各省、自治区、直辖市人民政府,国务院各部委、各直属机构:

国务院批准《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》(以下简称《方案》),现予印发。

一、建立中国(上海)自由贸易试验区,是党中央、国务院作出的重大决策,是深入贯彻党的十八大精神,在新形势下推进改革开放的重大举措,对加快政府职能转变、积极探索管理模式创新、促进贸易和投资便利化,为全面深化改革和扩大开放探索新途径、积累新经验,具有重要意义。

二、上海市人民政府要精心组织好《方案》的实施工作。要探索建立投资准入前国民待遇和负面清单管理模式,深化行政审批制度改革,加快转变政府职能,全面提升事中、事后监管水平。要扩大服务业开放、推进金融领域开放创新,建设具有国际水准的投资贸易便利、监管高效便捷、法制环境规范的自由贸易试验区,使之成为推进改革和提高开放型经济水平的“试验田”,形成可复制、可推广的经验,发挥示范带动、服务全国的积极作用,促进各地区共同发展。有关部门要大力支持,做好协调配合、指导评估等工作。

三、根据《全国人民代表大会常务委

员会关于授权国务院在中国(上海)自由

贸易试验区暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》,相应暂时调整有关行政法规和国务院文件的部分规定。具体由国务院另行印发。

《方案》实施中的重大问题,上海市人民政府要及时向国务院请示报告。

国务院

2013年9月18日

**最高人民法院、最高人民检察院颁布《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》**

2013年9月9日,最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》),其中以下内容值得关注。

其一,明确了网络言论构成诽谤罪的行为特征、入罪标准及适用公诉程序的条件。《解释》第一条规定了何种网络言论属于诽谤罪构成要件要素中的“捏造事实诽谤他人”;第二条规定了网络言论构成诽谤罪的入罪标准,明确提出“同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到五千次以上,或者被转发次数达到五百次以上”即属于“情节严重”的数量标准;第三条还对“网络诽谤”适用公诉程序的条件予以明确。

其二,规定了网络言论构成寻衅滋事罪的两情形。即“利用信息网络辱骂、恐吓他人,情节恶劣,破坏社会秩序”及“编造虚假信息,或者明知是编造的虚假信息,在信息网络上散布,或者组织、指使人员在信息网络上散布,起哄闹事,造成公共秩序严重混乱”的行为,应分别按照《刑法》第293条第(二)项、第(四)项追究刑事责任。

其三,对广受争议的“网络水军”、“网络推手”的性质进行了规定。对上述两种行为,《解释》规定:“违反国家规定,以营利为目的,通过信息网络有偿提供删除信息服务,或者明知是虚假信息,通过信息网络有偿提供发布信息等服务,扰乱市场秩序”的,属于非法经营行为,且规定了该行为的入罪标准和加重情节。

其四,《解释》还对网络言论构成敲诈勒索罪的情形,网络言论犯罪的共犯问题、竞合问题等进行了规定。

《解释》的颁布在舆论界引起了巨大的反响。讨论焦点既涉及言论自由的边界、《刑法》介入社会管理的尺度等热点话题,也涉及司法机关解释法律的权力分际、扩大解释与类推解释的辨别等基础法律理论问题。应当说,《解释》所引发的议题,值得刑法学界与实务界进行深入的讨论与研究。

(供稿:市律协刑事业务研究委员会)



# 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 9 期

### 上海篇

- 1、上海市人民政府：上海市单位生活垃圾处理费征收管理办法
- 2、上海市人民政府：上海市海上搜寻救助管理办法
- 3、上海市人民政府：上海市因病支出型贫困家庭生活救助办法（试行）
- 4、上海市人民政府办公厅：上海市义务兵及其家属优待金管理办法
- 5、上海市公安局：关于印发《建设工程消防质量终身负责制责任追究实施办法》和《消防安全不良行为公布实施办法》的通知
- 6、上海市财政局：上海市政府采购代理机构管理办法
- 7、上海市人力资源社会保障局：关于实施劳务派遣行政许可有关问题通知
- 8、上海市人力资源社会保障局：关于来沪就业人员申办《上海市居住证》若干事项的通知
- 9、上海市人力资源社会保障局等：关于因病或非因工死亡职工遗属生活困难补助费有关问题的通知
- 10、上海市交通运输和港口管理局：上海市小型货运车辆额度投放使用管理规定（试行）

### 全国篇

#### 【综合】

- 1、国务院：关于废止和修改部分行政法规的决定
- 2、国务院：中华人民共和国外国人入境出境管理条例
- 3、工业和信息化部：电话用户真实身份信息登记规定

#### 【诉讼法】

- 1、最高人民法院、最高人民检察院：关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释
- 2、最高人民法院：关于公布失信被执行人名单信息的若干规定
- 3、商务部：执行世界贸易组织贸易救济争端裁决暂行规则

### 【民商】

- 1、商务部：典当行业监管规定
- 2、财政部：中央文化企业国有资产产权登记管理暂行办法
- 3、财政部：中央文化企业国有资产评估管理暂行办法

### 【公安】

公安部等：机动车强制报废标准规定

### 【安全生产】

国家安全生产总局：化学品物理危险性鉴定与分类管理办法

### 【财税】

国家税务总局：跨地区经营汇总纳税企业所得税征收管理办法

### 【证券】

- 1、中国证券监督管理委员会：公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则
- 2、中国证券监督管理委员会：上市公司募集资金管理和使用的监管要求
- 3、中国证券监督管理委员会：证券期货业信息安全事件报告与调查处理办法

### 【交通运输】

- 1、交通运输部：港口设施维护管理规定（试行）
- 2、交通运输部：汽车客运站营运客车安全例行检查及出站检查工作规范
- 3、交通运输部：公路水运工程监理信用评价办法
- 4、中国民用航空局：民用机场建设管理规定

### 【文教环保】

文化部：演出经纪人员管理办法

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



《霞光四射》 摄影：孔庆德 律师