

2014
08
总第722期

上海 SHANGHAI LAWYER 律师

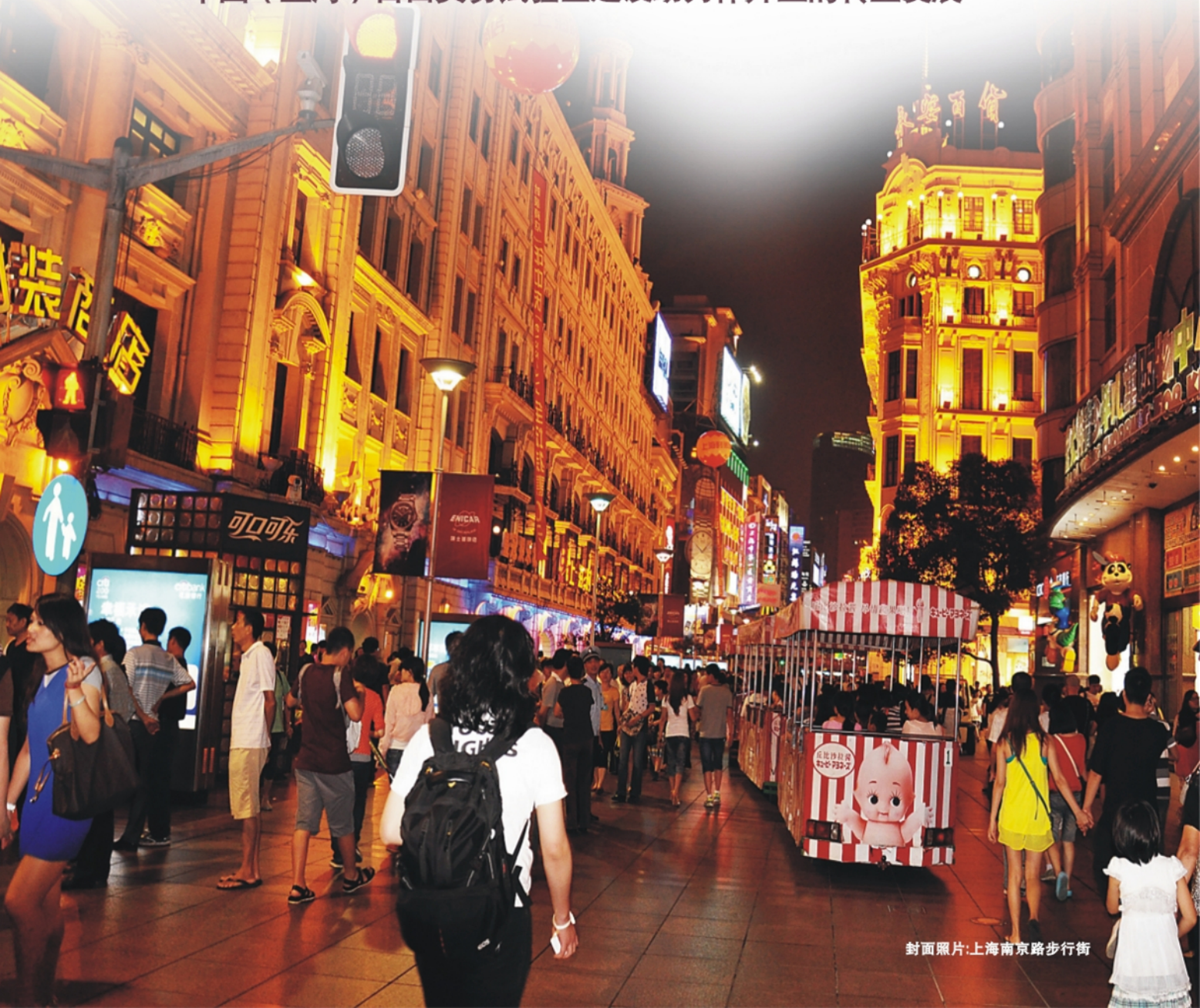


上海市律师协会主办

聚焦|思辨|感悟|互动

|聚焦| 开拓制度创新 推进行业发展

——中国（上海）自由贸易试验区建设助力律师业的转型发展



封面照片:上海南京路步行街

8月10日,第四届律师协会(全国)监事会论坛在内蒙古自治区赤峰市举行。本次论坛主题为“完善律师协会监督机制,充分发挥监事会职能作用”。上海市律协全体监事在厉明监事长的带领下参加了本次大会。



8月15日,司法部副部长张苏军、法制司司长陈俊生、律公司副巡视员丘征等领导一行到上海锦天城律师事务所调研指导。市司法局局长郑善和、副局长朱久伟、王协,浦东新区司法局局长李宝令,上海市律协会长盛雷鸣等陪同调研。张苏军副部长认真听取了大家发表的意见和建议,并一一给予了回复。



8月18日,上海市司法局、上海市律协赴西藏慰问上海四位援藏志愿者律师并与日喀则司法处召开座谈交流会。当地司法处处长边巴卓玛高度肯定了上海援藏志愿者律师的作用。上海市司法局副巡视员郑林奇代表上海市司法局、市律协等对西藏自治区司法厅、西藏律师协会特别是日喀则地区司法局表示感谢,感谢他们对上海援藏律师的关心和支持。



8月28日,上海市律协2014年第二期通讯员培训班举行。本次培训邀请新华社上海分社新媒体中心副主任沈立担任主讲嘉宾,主题为“移动互联网时代与律师”。各区县律工委秘书、各业务研究会秘书、《上海律师》杂志特约记者以及上海市律协秘书处工作人员共计30余人参加了本次培训。

卷首语

深化公律合作 推动法治上海建设

上海市副市长,市公安局党委书记、局长 白少康

即将召开的党的十八届四中全会,将研究全面推进依法治国重大问题。在贯彻依法治国方略,推进法治上海、平安上海建设中,公安机关和律师队伍同样责任重大、使命光荣。公安机关承担着维护社会大局稳定、促进社会公平正义、保障人民安居乐业的神圣使命;律师队伍担负着参与刑事、行政诉讼,为当事人提供法律咨询和服务,保护当事人合法权益的重大责任。公安与律师在司法体系中扮演的角色不同、分工不同,但在追求“维护社会公平正义”的核心价值上心同一、志相投。公律合作,是推动依法治国的题中应有之义。

多年来,上海公安机关与上海市律师协会之间一直保持着良好的合作、互动、共赢关系。市律师协会大力支持市公安局特邀法律事务顾问工作制度,选派了12位著名律师担任市公安局特邀法律事务顾问,为公安机关提供法律咨询、积极建言献策。上海市公安局全力支持和保障律师依法执业,会同市律师协会研究出台了进一步保障辩护律师会见权的具体规定,加强全市各监所律师会见的软硬件建设,律师会见室从109间增加至190间;拓展服务渠道,在市公安局门户网站新开设“上海市律师会见预约平台”,简化预约流程,实现了在线约见。值得一提的是,2013年6月,市公安局、市司法局、市律师协会联合召开第一次公律协作工作会议,签署《合作框架协议》,建立健全定期召开公律协作会议、聘任律师作为公安机关执法监督员、聘任公安民警担任律师执业维权顾问等一系列工作机制,标志着上海公律合作的常态化、规范化、制度化。



近期召开的十届市委六次全会着重强调:“必须把率先推进法治上海建设放在重要位置,善用法治思维和法治方式深化改革、推进发展、化解矛盾、维护稳定。”上海作为全国改革开放的排头兵、科学发展的先行者,在法治建设方面理应走在全国前列。公安机关和律师作为法治上海建设的重要力量,在不断加强自身建设的同时,还需要在更高层次上深化合作,进一步提升合作交流的质量和水平,实现公律双方的良性互动和互利共赢,为维护上海的长治久安营造良好的法治环境。

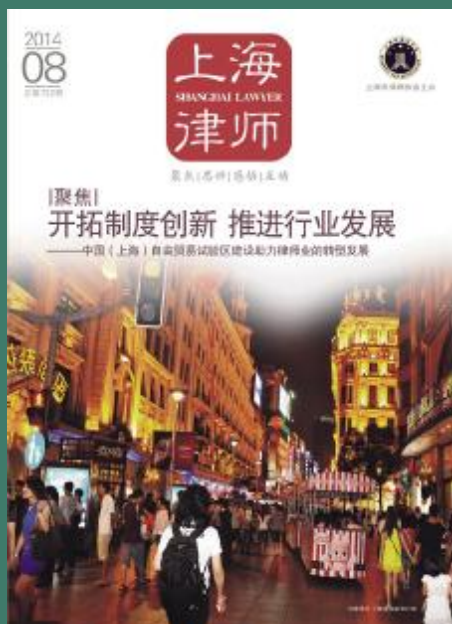
“天下之事,不难于立法,而难于法之必行。”要确保执法必严、违法必究,必须加强对执法活动的监督。上海市公安局高度重视执法规范化建设,在全国公安机关实现“率先达标”、处于领先地位。当前,上海公安机关启动了为期3年的新一轮执法规范化建设,通过打造“阳光警务”,以更加开放的姿态引入社会参与和监督,以公开促公正、以透明促廉洁,确保上海公安机关严格公正文明规范执法。希望广大律师特别是受聘的

执法监督员,能够充分发挥对执法、司法活动的监督作用,敢于监督、善于监督,为公安机关执法规范化建设多提宝贵意见和建议。

“大鹏之动,非一羽之轻;骐骥之速,非一足之力。”公律合作,需要双方共同给力。上海市公安局将进一步健全完善维护律师执业权益的工作机制,加强协调指导,更好地保障律师的会见权、阅卷权、调查取证权和知情权,严厉查处侵害律师执业权利的案(事)件。希望有更多优秀律师通过公安机关特邀法律事务顾问制度的平台,成为公安机关决策的法律智库外脑,对公安机关决策的合法性、合规性提出意见建议,积极参与公安机关的立法研究、行政管理、法制培训等工作,在法治公安建设中发挥积极作用。

“理国要道,在于公平正直。”公安机关和律师作为忠诚的法律执行者和参与者,要发挥好维护稳定的基石作用。上海市公安局从人民群众的切身利益出发,整合运用各方社会资源依法开展社会治理,坚持在法律框架内维护正义、化解矛盾,守住维稳底线。希望广大律师在市律师协会的组织下,积极参与人民调解、行政调解、司法调解,以及涉法涉诉信访问题的处理,通过解答法律咨询、代理洽谈或代理诉讼等多种方式,为利益诉求方与公安机关之间搭建起沟通的桥梁,努力推动各种矛盾纠纷纳入法治轨道妥善解决。

积跬步以至千里。我们相信,在上海公安机关、市律师协会以及全体执业律师的共同努力下,上海公律合作必将百尺竿头、更进一步,取得更加丰硕的成果,为推进法治上海、平安上海建设作出新的更大的贡献。●



《上海律师》月刊

主 管:上海市司法局
主 办:上海市律师协会
编 辑:《上海律师》编辑部

编辑委员会主任:盛雷鸣

副 主 任:陈乃蔚 邵曙范 黄 琦 钱翔樑
周天平 管建军 厉 明 万恩标

委 员:(排名不分先后)

朱剑华 王 琮 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 琦
副 主 编:刘小禾 庄 燕
责任编辑:杨培君
摄影记者:曹申星
美术编辑:大 愚
编 务:许 倩

本刊特约撰稿人:

王俊民 汤啸天 陈 默
李颂联 王凤梅 彭念元
游 伟

(内部资料 免费交流)

编辑部地址:

上海市肇嘉浜路 789 号均瑶国际广场 33 楼

电 话:021-64030000

传 真:021-64185837

投稿邮箱:E-mail:tougao@lawyers.org.cn

网上投稿系统: <http://info.lawyers.org.cn>

上海市律师协会网址(东方律师网)

www.lawyers.org.cn

上海市连续性内部资料准印证(K第272号)

本刊所用图片如未署名的,请作者与本刊编辑部联系

2014 8

目录

总第 722 期

卷首语 Juanshouyu

01 深化公律合作 推动法治上海建设 / 白少康

本刊关注 Benkanguanzhu

聚 焦

05 开拓制度创新 推进行业发展

——中国(上海)自由贸易试验区建设助力律师业的转型发展 / 吕 轩

08 理念引领 制度创新 凸显特色 上海自由贸易区律师业务的新机遇 / 尹燕德

风 采

10 海纳百川奉献力量 对口帮扶共谋发展

——写在上海律协落实全国律协“百千千工程”的第二年 / 市律协业务部

区县专辑 闵行篇

12 转型发展:我们在路上 / 胡世民

13 铁肩担道义 依法辩正谬

——闵行律师群像 / 闵行区司法局

16 拓展法律服务领域 创新突破赢得口碑 / 夏 波

18 让青年律师在法律援助中锻炼成长 / 施 方

法律咖吧

20 律师热议司法改革 / 计时俊 李慈玲 鲍培伦 胡 光

人物 优秀青年律师

25 坚持的力量 / 田 波



《夜景》摄影:施 辰 律师



正值上海对口援助西藏日喀则 20 周年之际,在上海市司法局副巡视员郑林奇、上海市律协副会长黄绮的带领下,徐汇、黄浦、宝山区司法局及律工委一行前往西藏日喀则,慰问 4 名上海援藏志愿者律师。

法眼法语 FAYANFAYU

香港大律师之窗

27 商标法的重要性 / 汤炜轩

视角

29 以 GSKCI 案谈我国跨国公司商业贿赂的治理 / 周巍

时评

32 念斌案的普法意义——
疑罪不从无就是冤案 / 王思维

新锐手记

34 青年律师眼中的律师形象 / 许郁伶

专题研究 ZHUANTIYANJIU

37 上海国资国企改革 20 条要点简析 / 洪亮

39 关于优化股权激励制度的若干思考 / 邱煜

40 国有创业投资企业法律风险及税务问题探究 / 宋海佳

44 浅谈国有企业的股权激励制度 / 于丽娜

46 国有企业进行混合所有制改革所需注意的几个关键问题 / 辛官胜

48 论我国金融混业经营模式下的监管机制困局 / 易俊

50 谈谈以法定代表人为中心健全完善法人治理结构 / 曹志龙

53 完善监事制度 加强国企治理 / 李旭

人文万象 Renwenwanxiang

他山之石

56 台湾法官选任的“双轨制” / 蒋惠岭 杨奕
随笔

60 在董存瑞牺牲的地方 / 陈光明

61 永不永不说再见 / 肖瑶

63 业内资讯

64 新法速读

国资委宣布开展“四项改革”试点等 2 则

封三 新法速递

《律师业务资料》目录 2014 年第 7 期



本刊关注

聚焦

●文/吕 轩

开拓制度创新 推进行业发展

——中国(上海)自由贸易试验区建设助力律师业的转型发展



《中国(上海)自由贸易试验区法律法规政策汇编(中英文)》出版发行举行首发式

中国(上海)自由贸易试验区(以下简称“自贸区”)条例和相关贸易投资便利措施的相继出台,规范和完善了“自贸区”的相关制度政策框架。作为“自贸区”内首个被复制推广到区外的成功试点经验,工商注册资本认缴登记制自今年3月在全市推广以来,已惠八万余家企业。“自贸区”作为聚集、整合和辐射创新发展的平台,在其自身发展稳健有序的同时,正通过带动金融、税收、贸易、政府管理等一系列政策创新,为全国性的改革破局带来了巨大的示范效应,包括“中外律师事务所业务合作方式和机制试点工作”在内的其他“新政”的出台也都“跃跃欲试”。

将特殊的、区域的经验提升到普遍模式,最大的挑战在于如何发现和尊重事物的共性,所谓“自贸区”的制度创新,其难度也在于此。发现“共性”,是一个从“低”到“高”、从“多”到“少”和从“前”到“后”的过程。具体来说,需要俯身接地气,脚踏实地积累和搜集更多的民情民意,做到政策出台前的事前防范;还需要抬头谋长远,将累积和搜集的材料提纯精炼,并做到政策运行中的事后监管。在“自贸区”制度创新的过程中将时刻伴随着这样的“多—少”、“低—高”和“前—后”的“顺差”和“逆差”,这就是上海律师行业发展的新机遇。立足新起点,上海律师和律师行业将收获颇丰,大有可为。

“红利”加身——律师业发展开启加速模式

“自贸区”的建设包括了法律服务市场的开放,是新形势下加快发展上海律师业的重要载体。跨国业务带来“跨法域”管辖与适用的难题,是经济不断一体化

之后对法律服务提出的新的要求。如何更好地提供一站式法律服务,是上海律师业服务于实体经济的一个新命题。为此,上海市司法局积极探索推动中外律所加强业务合作、丰富业务合作的试点方案,并得到司法部的批复同意,相关合作细则一旦落实,势必将为律师服务市场注入发展的新活力。

在“自贸区”发展的推动下,今后金融资本跨国流动和跨界交易会催生出一个本国法与外国法服务一体化的国际性、开放性的法律服务市场。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,在中外经济相互促进、提高的过程中,一些涉及高科技的新领域会不断兴起,国家增加对于熟悉国际惯例和“自贸区”仲裁规则的高素质涉外法律服务人才的需求也是大势所趋。

整体而言,“自贸区”将释放出巨大的制度“红利”,使得律师提供服务的空间更为广阔,律师的案源越来越多,业务范围也越来越广。“自贸区”助力上海律师业的转型发展可谓“牵一发而动全身”,国际优秀律所和律师的加盟与竞争,将正面带动和提升上海律师的现代法律服务能力和国际竞争力;将大幅优化上海律师业的人才结构,提升行业的专业化、国际化、规模化和品牌化水平;还将影响到上海律师业包括业务范围在内的结构模式的调整,将以诉讼为主转变为诉讼与非诉讼并重,以单纯的国内业务为主转变为既有国内业务又有涉外业务,且涉外业务占一定的比重。

投身而入——紧跟“自贸区”的发展步伐

过去,习惯于从法学学科的角度去划分律师的专业领域,比如刑事辩护律师、民事代理律师、公司证券律师等,这是一条保守又保险的业务之路。而现如今,

传统律师服务的需求空间毕竟有限且竞争激烈,律师的一些简单重复前人业务模式的“保险之路”已经不再保险,坐拥“自贸区”发展带来的制度红利,律师们若“入宝山而不自知”,“穿新鞋”却“走老路”,那是很可惜的。

未来一段时期,是上海发展的一个重要时期,是发展动力大转变、经济结构大转换、开放格局大转型、区域关系大整合的黄金时期,上海律师要与时俱进,主动参与到这一发展战略之中,利用“自贸区”开放创新等改革政策的优势,紧扣时代脉搏、紧跟发展步伐,结合自身法律服务的实际,找到自身价值的高地,全面了解、准确把握,积极探寻律师业务定位的新方向。

市律协将主动谋划、积极部署更好地发挥引领、示范和指导的作用,全力支持上海律师业顺应新形势,迎接行业新发展。自去年7月初,市律协即开始进行了专项调研,并成立“上海市律师协会中国自贸区法律服务研究中心”,吸纳业内外专业人士,共同针对律师队伍建设和业务能力提升、业务范围拓展等相关事项,制定目标和措施。在去年11月,市律协相继召开“陆家嘴法治论坛”和“外滩金融法治论坛”,纵论“自贸区”法律服务的机遇与挑战。市律协相关业务研究委员会也结合自身擅长的法律领域,定期开展“自贸区”相关的业务培训与研究,让更多律师了解和善于运用“自贸区”的规则与经验,主动投入到这场行业发展的“盛世”之中。

市律协浦东新区律工委因其地理位置的优势,更是积极组织、精心谋划,通过座谈会、研讨会和讲座等形式研讨“自贸区”及其衍生的新产品和新业务。该律工委于去年11月便组织浦东律师“自贸区”制度创新研究委员会开始精心编纂,并于今年5月出版发行了《中国(上海)自由贸易试验区法律法规政策汇编(中英文)》,该汇编是国内首部,也是规模最大、内容最完整的“自贸区”法律法规汇编。市律协浦东律工委主任尹燕德律师更是“自贸区”相关业务领域的“知识达人”,他对于“自贸区”运行引发的法律诉求、法律制度调整和制度建设国际化等问题有着自身独到的解读。7月31日,他代表市律协参加中华全国律师协会在北京召开的“律师服务全面深化改革业务创新拓展推进会”并做学术报告,与同行分享了“自贸区”律师服务新机遇、新领域、新角色的思考与实践。

抽身而出——自贸区开放“倒逼”制度创新

从地理范围上看,“自贸区”的发展有其区域限制,区内经济体量也是有限的,但其“倒逼”制度创新



市人大调研“自贸区”法律服务事宜

的辐射量却是不可估量的。

十八届三中全会作出了全面深化改革的重大决定,故“自贸区”的建设要放在未来5到10年中国全面转型的大背景下。“自贸区”已经不再是一个区域性经济改革的范畴,正变成全面制度改革的新起点。上海市委书记韩正就多次在公开场合重申:“自贸区的核心是制度创新,而不是优惠政策。”

政府简政放权政策的实施将使政府的有形之手从市场抽离,可能会附随产生一些问题,诸如:如何缓解开放所带来的自由与秩序之间的矛盾紧张,如何为市场提供专业化的规范渠道等。律师对此,将有所作为。

习近平总书记曾表示:“完善立法工作机制和程序,需要扩大公众有序参与,充分听取各方面意见,使法律准确反映经济社会发展要求,更好协调利益关系,发挥立法的引领和推动作用。”有些律师的确具有参与构造制度模式的能力,他们早已不仅满足于诉讼纠纷的业务模式,而是以防范法律风险和提供政策咨询、法律对策等为主要服务内容。他们能够厘清政府管理的内容和政府与市场之间的关系,对预防市场具体运作所伴生的问题具有先天的敏锐洞察力,通过法律论证技术(内部证成、外部证成)和法律解释方法(目的解释、系统解释等),将法的精神涵摄到制度之中,从而作出令人信服的政策建议,为国家立法和行政机关提出建议和意见,为解决国际争端出谋划策。



市律协举行“自贸区”法律服务研究中心成立筹备会议

律师的这些“跨界”行为并非“不务正业”。相反,来自各界别的意见若是能在法规制定的过程中充分体现,让多元主体在立法过程中博弈,是一种“比较实在”的落实立法科学化、民主化的措施。今年1月,在市律协召开的“2014年上海律师参政议政”新闻发布会上,与会的律师代表、委员们就其精心准备的议案、提案等与媒体记者提前分享。市人大代表、市律协会长盛雷鸣律师介绍了他拟向市人大提交的议案《关于建议将律师出具法律意见书作为上海自贸区内企业设立的前置程序的议案》。他说:国内已有将上市公司首次向社会公众公开招股发行交由社会第三方的制衡力量和协商共治来完成的先例,通过借鉴研究国内外的相关经验,他一直在构思让具有专业法律素养的律师介入负面清单的备案管理工作的可行性。他认为:将律师出具的法律意见书作为“自贸区”内企业设立备案的必备文件,更有利于填补监管真空、合理控制市场风险,也能充分发挥律师在社会治理中的重要作用。

与此同时,在今年的“两会”期间,由市律协副会长黄绮牵头,包括胡光、安翊青律师在内的政协委员也将该内容的建议作为提案提交市政协。此外,还有相当一部分律师代表、委员的议案、提案中也聚焦在“自贸区”这一制度创新之上。朱洪超律师提出的几个提案中就有关于“自贸区”法治建设的内容,江宪律师提出了“关于在‘自贸区’设立优先调解制度的建议”,安翊青委员则提出了“关于加强‘自贸区’企事业中、事后

综合监管的建议”。

据了解,律师们积极呼吁的“关于将律师出具法律意见书作为中国(上海)自由贸易试验区内企业设立的前置程序”已经收到了相关单位的书面答复。在人大这边,议案得到了“自贸区”管理委员会的重视,认为议案构思与目前“自贸区”进行的工商登记改革以及引入社会组织参与市场监管的精神相契合,具有创新借鉴的作用。“自贸区”管理委员会将会同工商等部门,做进一步的深化和细化研究,为创新推进这一设想创造条件。在政协这边,提案得到了市工商局的认真考量,他们认为委员们所提的意见和建议富有建设性,符合政府市场化改革的总体思路。市工商局在答复中还表示:目前,市司法局、市律协就律师更好地发挥市场中介组织的作用进行了前期的调研,并在《中国(上海)自由贸易试验区条例》的制定过程中,多次向有关部门建议将鼓励律师事务所在内的专业服务机构在“自贸区”内提供服务等相关内容写入该条例,并得到了相关部门的初步采纳。

“自贸区”将在今年9月末迎来成立一周年。其制度创新带给律师业的是机遇亦有挑战。上海律师要顺势而上,投身其中谋发展,同时也要学会跳出律师业看制度创新,跳出上海看全国发展。在一“入”一“出”之中,律师将更好地发挥其职业优势,通过共同推进制度创新,进一步完善国家透明、开放、安全、高效的市场环境,更好地服务法治建设和实体经济的发展。●

2014年7月31日,中华全国律师协会召开“律师服务全面深化改革业务创新拓展推进会”。会议由全国律协副会长金山、吕红兵、蒋敏、盛雷鸣和全国律协常务理事章靖忠分别主持。在上午的主题汇报会上,上海市律协理事尹燕德律师代表上海市律协向全国律协各专业委员会的负责人和地方律协的负责人汇报了近一年来,上海律师界服务中国(上海)自由贸易试验区(以下简称“自贸区”)的相关工作,包括“自贸区”法律服务研究中心运行、“自贸区”法规政策汇编出版、“自贸区”业务培训与研究、举办聚焦“自贸区”的“陆家嘴法治论坛”和“外滩金融法治论坛”等,并解读了“自贸区”条例和贸易投资便利措施、金改“30条”及“自贸区”仲裁规则等内容,与同行分享了“自贸区”律师服务新机遇、新领域、新角色的思考与实践。下文为尹燕德律师的发言稿摘要。

聚焦 ●文/尹燕德

理念引领 制度创新 凸显特色 上海自由贸易区律师业务的新机遇

2013年8月22日,国务院批准设立“自贸区”,范围涵盖上海外高桥保税区、外高桥保税物流园区、洋山保税港区和上海浦东机场综合保税区4个海关特殊监管区域。该区域属于1973年国际海关理事会签订的《京都公约》定义下的自由贸易园区,涉及的法律问题探究在于“境内关外”和“三背景”及“三叠加效应”几大关键词。

一、“境内关外”——法律制度大调整

在1973年的《关于简化和协调海关业务制度的国际公约》(简称《京都公约》)里明确“境内关外”是指一国的部分领土,在这部分领土内运入的任何货物就进口税及其他各税而言,被认为在海关以外,免于实施惯常的海关监管制度。货物可以自由流动和交换以及相关的结算功能,是非WTO框架下的自由贸易区。

由一国或一地区政府单独决定设立,向所有国家和地区的商品开放,这一具有广泛的不确定性和单向性的自由贸易区,涉及“境内关外”特定先行先试的制度创新需要突破现行法律、行政法规的相关规定。在《自贸区总体方案》出台前,全国人大常委会已作出了暂时调整有关法律规定的行政审批的决定,在上海市人民政府颁布《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》前,上海市人大常委会也先行作出了暂时调整实施本市有关地方性法规规定的决定,及时理顺了本市地方性法规与国家立法的关系、地方性法规与政府规章的关系。在自贸区各项先行先试事项的推进过程中相关法律、行政法规将作出进一步调整。上海市人大制定的《中国(上海)自由贸易试验区条例》将相关调整的内容予以明确。该条例“自主改革”、“无禁止皆可

为”等十大亮点为业界瞩目。

二、“三背景”——法律诉求现实性

“自贸区”是国家战略,是基于国际背景、国内的经济转型和国家对外投资需要保护的三大内容。

国际背景引发国内立法和制度调整,中美双边投资的谈判解决准入前国民待遇问题需我国《外商投资法》的修改。通过负面清单来保护产业,改变禁止外商投资的目录操作模式和投资过程中的业绩要求,兑现符合公平竞争条件的投资自由化政策、东道主国对于投资人收归国有遵循全额赔偿(赫尔规则)的原则以及投资争议仲裁救济途径与仲裁规则的国际化制度安排等均作为“自贸区”国际背景下的法制要求。

我国经济结构需要调整和转型升级,这一国内背景的焦点在于打破国有企业的垄断地位和政府监管模式的转变。通过建设“自贸区”,以贸易、投资和金融领域的法律制度改革来先行先试,从而逐步实现经济结构的调整和转型升级。

中国已成为全球第三大对外直接投资经济体,从国家角度和对外资本输出国的利益而言,均有保护对外输出的法律诉求。

通过建立“自贸区”,尝试通过对贸易、投资和金融等领域的法律制度的修正,逐步实现在区域内的经济结构调整和转型升级,从而推广到全国,为我国可能参与加入太平洋伙伴关系协议和跨大西洋贸易和投资伙伴关系协议奠定了基础。

三、“三叠加效应”——法律制度国际化

“三叠加效应”是指《京都公约》的概念加多边投

资贸易协定体系元素和“自贸区”政府体制改革的中国特色,即政府对于市场所有的监管,在“自贸区”中进行了一次释放,共计 98 项改革措施将影响相关国际公约与多边双边条约至我国法律协调同步规制的进程。具体表现在贸易监管、投资管理、金融和行政管理四个方面。

第一,建立以货物状态分类监管为核心的贸易监管新体制

5 月 1 日前后推广实施的 7 项制度,包括“先进区后报关”、“区内自行运输制度”、“加工贸易工单式核销制度”、“保税展示交易制度”、“境内外维修制度”、“期货保税交割制度”、“融资租赁制度”;5 月 1 日后至 6 月 30 日前后分批推广和实施的 7 项制度,包括“批次进出、集中申报制度”、“简化通关作业随附单证”、“统一备案清单”、“内销选择性征税制度”、“集中汇总纳税制度”、“保税物流监管制度”、“智能化卡口验放管理制度”等,创造了符合国际惯例的营商环境。这些措施符合世界海关组织《关于全球贸易安全与便利标准框架》的要求。

第二,建立以准入前国民待遇和负面清单为核心的投资管理新体制

“自贸区”以服务业全面开放的正面清单、准入前国民待遇、负面清单管理及促进对外投资措施的建立,向国内外释明“自贸区”商事制度从适度管制到自由开放,由“在岸思维”到“离岸思维”的转变。无论是外资银行的设立,还是有限牌照银行政策的出台,包括开放离岸业务,特别是“自贸区”企业的投资,包括海外投资、登记方式、资本认缴等各类制度的放开和落地,是向着投资自由化新体制建立目标的迈进。

第三,建立以资本项目可兑换和金融服务业全面开放为标志的金融监管新体制

“自贸区”运行以来金融制度的框架逐步建立,自贸账户体系推出与人民币跨境使用的扩大预示了金融服务业的开放,以央行“30 条”为代表的“一行三会”先后出台了四部支持性意见共

51 条内容;地方金融监管部门推出了 7 项实施细则,其中关于分账核算业务的两项实施细则,为投融资汇率便利化提供了载体。7 项操作的细则里面,包含了 13 项具体的操作规程。跨境人民币的使用和自由贸易账户体系的构建,在“自贸区”形成了与境内其他市场有限隔离、与国际金融市场高度接轨的金融环境。

第四,建立以事中、事后监管为重点的综合监管新体制

它的核心是放宽准入,加强事中和事后的监管。这是“自贸区”体制管理改革中最重要的一个环节。政府职能转变的十一项内容在“自贸区”的运行中将得到体现并复制到全国的市场经济发展中。

四、“自贸区”试验与法律服务机遇

一是贸易便利化和金融国际化催生了擅长国际贸易至掌握关税税收到专事国际大宗商品交易和金融风控合规法律服务的“高精尖”的人才。

上海地区三十年来形成的一批擅长国际贸易规则的专业律师队伍,随着“自贸区”的设立,其物流属性的大吞吐量、硬件规模已超过了相关的国际大港。在国际大港区域庞大的从事关税筹划的律师队伍必然出现在“自贸区”。洋山港和上海港组成的国际航运中心终端价值体现的是物流属性向金融属性的拓展,在保税监管状态下国际期货合约所载商品从洋山港扩大到“自贸区”进行货物交割的安排,一改我国期交所合约交割地是他国的现状,近期期货保税仓单质押试点直指建立国际大宗商品和资源配置的平台。

“自贸区”金融国际化内容备受关注。金融国际化的目标之一是推动人民币的国际化,当资金的可自由兑换、利率汇率的市场决定、银行的存贷比限制的突破、未来国际金融资产综合交易平台和跨国企业全球资金管理中心的设立,特别是为实现自由贸易和离岸金融

的功能,在培育分离渗透型金融市场中,各项大宗商品和金融衍生品交易规则的制订、跨境融资方案的策划、资金通道和管道控制与集中运营咨询服务等等,需要大批深谙国际金融多样化风险对冲手段与合规管理的金融法专业律师团队。

二是投资自由化急需复合型的商事法律行家,包括但不限于涉足熟练商事代理、熟悉公司治理准则、熟知并购重组与境外投资的领域。

“自贸区”各类投资制度的放开改变了目前律师服务介入仅以商事登记代理、企业文书制作与管理与争议解决等传统商事律师单一的业务结构,“自贸区”骤增的境内外轻重资产投资、创业或并购、总部或窗口等各类机构设立等结构性的投资交易活动,自然引发了律师增量业务增长的曲线呈单边上行的趋势,进而升级为全程商事法律服务和规范公司治理准则及国际知识产权保护等领域的系统性法律消费的需求。

三是在行政管理精简化与法治化的路径上,第三方法律服务角色与功能凸显。

“自贸区”的试验,其中一项核心任务是管理法治化,通过放宽准入、加强事中和事后管理等政府职能转变的内容,生成“自贸区”的法治化生态系统。近半年来,立法和相关管理规则与公共政策的制订邀请律师参与,特别是“自贸区”管理体制重点增加和放大了“社会参与”的内容,确保了律师在社会治理与管理及冲突救济机制的专业服务,在理清市场和政府最优边界的尝试中发挥了第三方服务的作用。

上海律师界随着“自贸区”法律服务研究中心的运行和“自贸区”制度创新和建设的进一步深入,率先开展转型服务的方式和内容,同时也期待全国律师同行能共同参与“自贸区”法律服务新业态的形成,中国律师事业的高速发展也将因为“自贸区”的试验而迈向新的台阶。●

“百千千工程”上海律协培训班是上海律协积极响应全国律协《关于实施促进西部地区律师业发展“百千千工程”方案》的要求所启动的“千人计划”，即由上海律协安排陕西、新疆、贵州和海南的律师前来上海进行培训。除“千人计划”外，在“百千千工程”项下还包括：“百所百车计划”——上海律协已在2013年一次性捐赠175万元，用于新疆、陕西、贵州地区的国家级贫困县律师事务所购置车辆，以及“千场计划”——即由上海律协选派律师前往新疆、贵州、陕西、海南四地授课。

风 采

●文 / 市律协业务部

海纳百川奉献力量 对口帮扶共谋发展

——写在上海律协落实全国律协“百千千工程”的第二年



“12天培训，短暂而永恒，刻骨铭心。上海，留下了我的脚印，留下了西部律师求知寻道的足迹。此生，我将无法淡忘这些天见到的这些大智大爱的中国律师！无法淡忘！”

陕西律师代表团的领队、海坤律师事务所孙丽萍律师在“百千千工程”2014年上海律协培训班结束后的感言想必是道出了2014年“百千千工程”上海律协培训班117名学员的心声。的确，对于这117名来自新疆、陕西、贵州和海南，跨越千山万水来到上海求知问道的骨干律师来说，5天精彩纷呈的专题讲座和5天真枪实战的律所实习，让他们在律师实务方面接受从知识到方法的系统培训的同时，也领略到上海作为国际大都市体现的“海纳百川、追求卓越、开明睿智、大气谦和”的城市精神。

一、开门迎客，用关怀和细致筑造优质培训

借鉴2013年成功举办“百千千工程”上海律协培训班的经验，2014年6月9日至6月22日，上海律协举办了“‘百千千工程’2014上海律协培训班”。培训班在延续去年传统的基础上又有所创新，独具匠心安排了三个环节，即5天40课时的集中培训，一天的社会考察，以及5天赴律所进行交流学习，力求让117名培训班学员满载而归。

为了便于参训学员在最短的时间内从上海律师同

行那里有所收获，本着精炼、管用的原则，律师学院精心细化课程安排，组建精英师资队伍，安排的集中培训课程包括：证券律师实务、上海自贸区法律实务、劳动法律实务、国际贸易律师实务、建筑工程律师实务、公司法律实务、政府法律顾问律师实务、金融法律实务、国资国企重组律师实务和刑事辩护基本理念等律师实务十项专业课程。讲师们深入浅出，以自己亲身经历的案件为例具体生动地介绍了这些法律实务的重点和细节之处，成就了一堂堂高质量的精彩课程。在律所交流学习活动中，上海律协组织学员到本市42家有规模、有特色、有品牌的律师事务所进行实践交流，上海律师手把手、心贴心地帮助学员们将课堂知识转化为实战经验，让学员体验上海律师的思路，了解上海律师的业务，同时感受上海律所的体制、机制和文化。

“百千千工程”2014上海律协培训班的举办时值炎炎酷暑，上海律协从细微处着手，小到防暑用品，大到食宿交通，无不倾注了耐心、细心、关心，让西部律师感到宾至如归。集中授课、社会考察、律所实习三大系列活动打开了西部律师的思路，拓宽了西部律师的视野。12天的学习实践也极大地树立了西部律师的自信，让上海律师和疆、黔、陕地区律师之间建立起一种深厚的友谊。

新疆律师代表团在感谢信中写到：“在沪期间深得上海律协的关照，在此深表感谢。上海律师对专业的精



深和不吝赐教使我们此行受益匪浅,大开眼界。欢迎来新疆!”四地代表团的律师对于培训班班主任、律师学院教务长陈一沁的尽心尽责给予了高度赞赏,陕西律师代表团的感谢信中这么写到:“亲切的笑容、温暖的话语和耐心的陪伴,让人虽在酷暑六月却如沐春风”。

二、送课上门,以专业和尽责传递法律梦想

与“千人计划”齐头并进的“千场计划”,通过“送课上门”的方式搭建起上海律师和西部律师之间的友谊桥梁,辗转两地共计16场的专业法律讲座,让新疆、四川数以千计的律师看到了未来执业发展新的曙光。

乌鲁木齐,在2014年6月27日迎来舟车劳顿的上海律协律师学院组建的讲师团一行。讲师团不辞辛苦,奔赴乌鲁木齐、阿尔泰地区,举办了8场“‘百千千工程’——上海律协‘千场计划’新疆专场讲座,1400余人次的新疆律师参加了专场讲座。本轮专场讲座在课程设置上选择了“自贸区法律政策的转变及展望”、“劳动法律服务市场及涉诉案件实务”和“企业及非诉业务中的劳资法律服务”。前者基于中央将新疆作为“丝绸之路经济带”的核心区的定位和对新疆提出加大全方位开放力度的要求,考虑新疆律师将同上海律师一样面临“国际化”对业务发展的影响;后两者则根据习总书记关于要求新疆“坚持就业第一,增强就业能力”的要求,通过律师服务,进一步发掘和维护新疆社会的人力资源。另外,在讲师人选的安排上,上海律协选派了对中国(上海)自贸区法制研究具有独到研究,在国际贸易、反倾销、境外投资、海外上市等法律服务领域具有丰富经验的法学博士、融孚律师事务所高级合伙人倪建林律师讲授《自贸区法律政策的转变及展望》,还选派了上海市劳动争议仲裁委员会仲裁员、劳动律师网创始人、徐汇区政府法律顾问团成员、远业律师事务所创始合伙人温陈静律师讲授“劳动法律服务市场及涉诉案件实务”、“企业及非诉业务中的劳资法律服务”。本着分享经验、沟通友谊的理念,这些中西部交流的使者,采用课上课下互动,场内场外交流的方式,全身心、全方位地将自己的经验、心得分享给新疆

的同行。在辗转各地州中,授课律师克服路途远、时间紧的困难,圆满完成了8场培训,创造了新疆律协乃至上海律协培训史上的奇迹。

7月5日至7月8日,上海律协选派律师赴贵州六盘水及安顺,举办了8场“‘百千千工程’——上海律协‘千场计划’贵州专场讲座”,与800多位贵州当地律师齐聚一堂,切磋琢磨。本次专场讲座,上海律协选派了上海律协建筑工程研究委员会委员、上海市君悦律师事务所王先伟律师,以及中国人民大学律师学院客座教授、中华全国律师协会民事专业委员会婚姻家庭论坛副主任、中华全国律师协会民事专业委员会委员、沪家律师事务所律师贾明军律师赴贵州授课。王先伟律师就工程招投标、造价索赔与控制、司法鉴定及诉讼代理三个方面向参与培训的律师详细介绍了自己在办案过程中的细节及注意事项;贾明军律师则就《婚姻法》涉及的新业务拓展以及中小律师事务所的发展方向及思考与参训律师进行了交流。他们的倾囊相授也让上海律师的坦诚和温暖走进了贵州律师的心坎里。

上海律协对“千场计划”专场讲座进行了精心部署,缜密安排,针对疆、陕、黔、琼地区的具体现状和未来的发展机遇,结合当地律师执业所面临的问题以及新的挑战,选派了在特定领域具备超高造诣的专业律师进行讲授,从知识到方法,从思路到诀窍,言传身教、深度交流,受到了当地律协和广大律师同行们的热烈欢迎和全力支持。相信各地律协的团结协作也将开启东西部律师在共同服务西部大开发的伟大事业中共建和谐、共谋发展的辉煌篇章。

诚然,距离“百千千工程”的全面竣工,还有一年的时间。在余下的工作中,上海律协还将一如既往地继续安排来自疆、陕、黔、琼等地区的律师来沪考察学习,并选派律师奔赴新疆、贵州、陕西举办专题讲座。即使“百千千工程”结束后,西部律师求知若渴的热情也不会消失,上海律协支援西部的步伐也依旧不会停止。只要有情,上海律协海纳百川的胸怀和无微不至的关怀将迎接一颗又一颗求知的心。●

区县专辑 闵行篇

●文 / 胡世民

转型发展：我们在路上

近年来，在闵行区“全面调结构，深度城市化”的进程中，闵行律师以参与者的姿态积极投身其中，主动担当、甘于奉献，为政府决策建言献策，为百姓利益据理力争，为公平正义孜孜以求，其中涌现出了大批优秀律师代表及大量令人感动的事迹。他们为闵行经济社会的发展提供了有力的法治保障，为平安闵行建设营造了良好的法治环境。

但同时，我们也深切地感受到，随着经济社会转型和司法体制改革的深入推进，以及闵行处于城郊结合部的地域局限等多重因素的影响，闵行律师业的转型发展还有很多瓶颈和问题，规模大所、品牌强所、领军人才、专业队伍与市区相比还存在一定的差距。面对新形势，我们还需不断创新思路，谋求突破，在推动闵行律师行业整体发展水平上下功夫。

一、要积极营造律师工作健康发展的良好环境

一是加大对律师工作的正面宣传力度。通过多种形式宣传律师制度、律师权利和义务以及律师在履行“三个维护”职能中的典型事迹，加深社会公众对律师积极作用的认识和认可，改善律师执业的社会环境。

二是充分保障律师依法履职的基本权利。积极构建法官、检察官、律师良性互动的法律共同体，加强律师执业过程中人身权益的保护，努力减少律师在诉讼代理中的人为障碍，为他们行使调查权、会见权等提供必要保障。同时，努力打造健康有序的律师法律服务市场。司法行政机关、行业协会、律师事务所要各司其职，努力营造一个统一开放、竞争有

序、规范公平的律师法律服务市场。

三是加大对律师行业的扶持。通过搭建政府法律顾问、参与信访接待、“双结对”活动、重大事件处置等平台，为律师发挥作用创造更大的空间。司法行政机关要把工作重心调整到强化政策制定、调查研究、扶持引导、监督检查上来，推进行政审批事中、事后的监管工作，促进律师业健康发展。税务、人保等部门要继续做好新执业律师税收优惠政策和会费的一免二减工作；对特殊引进的人才，在工作条件、住房保障、居住证办理、户口引进及子女教育等方面创造机会，帮助他们解决生活中的实际困难，以此吸引更多优秀律师到闵行来创业发展。

二、要加强律师队伍的建设

一是强化律师的职业道德建设。司法部今年6月份印发《关于进一步加强律师职业道德建设的意见》，提出当前和今后一个时期加强律师队伍建设的主要任务是：大力加强以“忠诚、为民、法治、正义、诚信、敬业”为主要内容的律师职业道德建设。我们要以此为契机，将律师职业道德建设与践行“责任、诚信、智慧、创新”的闵行律师精神相结合，教育引导广大律师牢固树立和自觉践行服务为民的理念，模范遵守宪法和法律，忠于职守，勤勉尽责，努力维护律师的个人声誉和律师的行业形象。

二是加大对律师的培养力度。注重青年律师成长，继续发挥“以老带新”传统带教模式的作用，组建“名师指导团”，通过“名师讲坛”、“名师结对”、“名师带教”等方式，为青年律师的成长创造机会。坚持自主培养和委托培养相结合，通过专家授课、律师沙龙、交流考



胡世民：闵行区常委、区委政法委书记

察等形式，每年有计划地开展专业知识轮训。同时，与高校、境外培训机构建立合作项目，每年有计划、有步骤、有重点地选派律师参加学习深造，努力培养一批不同领域的专业化人才，不断提升闵行律师的整体影响力。

三、要加强律师事务所的建设

律师事务所是律师管理工作的基础环节。近年来，闵行区的律师事务所从规模、人数上都有很大的发展，加强律师事务所的建设和管理，是当务之急。不同的律师事务所在管理上既有共性也有个性。我们提倡大所要努力做强，中小所要做强做精，无论大所还是中小所，都要做到规范管理。当前主要把“四个机制”建设好：一是要健全完善组织管理机制。事务所无论大小，都要有一个好的组织架构，真正做到事有人管、责有人负；二是要健全完善质量保证机制。通过机制化的运作来保证律师和律师事务所做到诚信服务、规范服务、高质量地服务，以服务赢得人民群众的欢迎与信赖；三是要建立健全科学的分配机制。实践表明，一个律师事务所要良性发展，科学合理的分配机制是关键。分配制度搞不好，事务所就形不成合力，难以持续发展；四是要完善合伙人和事务所主任负责制。一个律师事务所管理得好坏，合伙人和主任是关键。合伙人和主任要增强管理意识、责任意识和奉献意识，真正落实好法律赋予合伙人和主任的责任。●

区县专辑 闵行篇

●文 / 闵行区司法局

铁肩担道义 依法辨正谬

——闵行律师群像

闵行区位于上海西南,形似一把“钥匙”。它是上海市主要对外交通枢纽,重要的工业基地、科技及航天新区。它既受中心城区辐射,又为中心城区服务,在悠久历史和多元文化的积淀中,形成了极具个性的地域文化,也孕育出了闵行一代又一代律师朴素的人文情怀和坚韧的拼搏精神,造就了今天闵行律师脚踏实地、与时俱进、勇于担当、胸怀责任的“品质特征”。近年来,闵行律师秉承其特有的“品质”,紧紧抓住发展新契机,围绕地区政治、经济、文化和社会发展的需求,主动融入区域发展大局,不断拓展服务领域,积极参与社会矛盾化解和社会管理创新,促进社会公平正义,为闵行经济建设和法治建设发挥了积极的作用。在他们身上,既有鲜明的法律人的共性,又有时代赋予的个性,下面我们通过几个不同年龄段律师的故事来感受闵行律师的风采。

50后： 闵行律师的“引航者”

50后的律师,曾被称为国家法律工作者,他们亲历过社会的动荡、感受过民众的疾苦,他们对法治建设和社会发展有着更为强烈的期盼。怀着与生俱来的历史使命感和责任感,他们与我国律师事业共同成长,并为闵行律师业的发展打下基础。至今,他们仍然有很多律师活跃在第一线,其中大多数人已经走上了律师行业的管理岗位。



江净：“化解群体性社会矛盾的调解专家和带头人”

江净,曾当过煤矿工人,做过工程兵部队技术员、职工学校的文化课教师。他勤于学习、刻苦钻研,每干一行,都有不凡的进取、不俗的成绩。他胸怀稳定大局,为政府分忧;手拈法律准绳,为企业解难;心系群众利益,为百姓维权。曾荣获“上海市第二届平安英雄”的光荣称号。

他全程参与了大韩航空“4·15”空难的善后处理;成功调处了长江三峡大坝因美国公司产品质量问题而导致民工3死31伤的“9·3”事故的人身损害赔偿案;他带领律师团队,综合运用法律、心理学、现代冲突理论等,成功调解和预防了百余起30人以上的群体性社会矛盾和纠纷,维护了万余名弱势群众的合法权益。他为迪比特公司1618名员工讨回了2061万元工资、补偿金;为虹桥综合交通枢纽工程动拆迁提供法律服务、预防和化解群体性矛盾。他组织律师和助理每天驻守区信访办值班,为信访群体提供免费的法律咨询,引导信访群众依法信访和维护合法权益;与镇、街道、村(居)委开展“双结对”,提供法律服务和咨询。人民群众亲切地称他和他的团队是“法律的忠实卫士,百姓的贴心朋友”。



朱广平：“做一名有信仰的律师”

“职工利益无小事。”作为闵行区职工维权志愿团团长的朱广平律师总是将这口头禅挂在嘴边。

自2003年担任团长以来,他长期致力于职工维权和社会维稳工作,为职工维权倾注了大量心血,办理了大量涉及职工利益的小案件,化解了一大批涉及职工利益的劳资纠纷,成为维护职工权益和社会稳定的一支重要力量。有一次,一群失业职工占据了原公司办公楼两天两夜,其中还有身怀六甲的女职工。接手此案的朱广平律师发现,被投诉的正巧是自己妻子所在的企业。一面是企业领导对妻子的知遇之恩,一面是这家企业确有严重过错,必须承担相应的法律责任,个人利益和社会责任发生了激烈碰撞。作为闵行区职工维权志愿团的团长,朱广平深刻地认识到,此事若处理不慎,极易升级为后果严重的群体性事件。在他的努力下,这起劳资纠纷最终得到了妥善解决,失业员工们获得了应有的补偿,而他的妻子却丢掉了工作。尽管妻子哭着离开公司的场景定格为他心头难以抹去的歉疚,但对于“宁可让妻子下岗,也要为职工维权”的抉择,他毫不后悔:“作为一名有担当的社会主义法律

工作者,参与维稳工作是我义不容辞的责任!”由于朱广平律师的出色表现,他被授予“创先争优、世博先锋五带头共产党员”、上海市“五一”劳动奖章等殊荣。

60后: 闵行律师的“传承者”

60后的律师因其出生年代的特殊性而有了这代人特有的经历。他们对儿时经历的“文革”留有些许记忆,更对中学时代启动的改革开放有着切身的感受。有人说60后是幸运的一代,他们躲过了战乱和饥荒,吃得饱、穿得暖,怀揣着梦想赶上了公费读大学,毕业后国家包分配,都能享有一份体面的工作和生活。在社会经济快速发展的上海,60后的闵行律师传承了老一代律师身上勇于担当的高尚品格、精益求精的敬业精神和对社会公平正义的不懈追求。



陈洁:“向往心中的天平”

她的梦想是做一名法律知识的播撒者,做一名为当事人提供优质法律服务的信义之人。她曾被评为上海市优秀女律师、上海市“三八”红旗手。

在一起土地使用权转让合同纠纷案中,陈洁作为被告代理律师参加了诉讼,这是一起运用新《合同法》关于情势变更条款维护当事人合法权益的成功案例。该案原告在协议中承诺项目容积率2.8,被告可建造37693.6平方米的商品房。但在签约时,原告隐瞒了该地块中包含1716平方米为绿化用地,不得增加建筑面积的事实,造成被告对影响协议总价的事实存在重大误解。同时,根据规划部门审定的意见,项目容积率调整为2.5,致使被告可建面积比协议约定的可建面积再次大幅减少。本着为当事人提供优质法律服务、维护社会的公平正义,陈洁律师认真研究案情、剖析难点,寻找突破口。当了解到双方股权转让变更登记手续已完成、股权转让价款已结清的情况后,陈洁律师遂向受案法院提出管辖异议及案由异议。她的提议得到了支持,案件被裁定移送至一中院审理,并更改案由为土地使用权转让合同纠纷。根据我国《合同法》第五条之规定,因情势变更而导致合同权利义务的分配不公平的,当事人可以要求变更合同。为此陈律师提起反诉,经一中院一审、高院终审判决认为:原被告签订协议后,由于政策因素项目容积率由2.8调整为2.5,此项调整并非转让方或受让方任何一方的责任,而容积率是确定

地块转让价的重要因素之一,在此情形下若仍按原约定的转让金额履行合同,明显不符合公平原则,因此法院裁决合同总价酌情下调500万元。

70后: 闵行律师的“开拓者”

70后的律师,生活在一个“不动摇、不懈怠、不折腾”的时代,他们伴随着中国《律师法》的颁布与合伙制律师事务所的成长而成长,敏锐的政治意识、良好的专业素养和较高的学历层次,使他们在创新和超越方面更具优势,他们已成为闵行律师业的中流砥柱。



张鹏峰:“有为才有位”

70后的他,辞去公职,毅然从事律师职业。倚法治之信仰,急当事人所想。常三思,针砭时事论古今;不惧险,漫漫律途勇求索;重传承,为行业进步乐奉献。

张鹏峰律师倡导和实践“业务立身、专业立所”的理念,以业务能力赢得客户信任,号召律师个人通过优异的专业技能来树立自身的口碑和形象,通过精湛的专业水平打响自己的品牌。传统法律服务领域精益求精,尤其在房地产、金融、公司治理等法律服务方面,不断突破、推陈出新;新兴法律服务领域勇于开拓,尤其在私募、养老产业、“城中村”改造、存量工业用地二次开发、自贸区等相关法律服务方面,深入探索研究。

为迎接2011年首届上海律师辩论大赛,张鹏峰律师勇挑重任,担当“弘闵辩论队”主教练,用他的大智慧、大奉献培育这个年轻的团队,带领“弘闵队”在上海市律师辩论大赛中力挫群雄,取得了亚军的好成绩。

张鹏峰律师曾多次临危受命承办“莲花河畔景苑倒楼事件”、“钓鱼式执法事件”等各类公共突发事件,以强烈的社会责任感、高超的业务技能,带领律师团队奋力拼搏,让一起起突发事件转“危”为“机”,不仅凸显了律师在处理突发事件工作中的独特作用和重要价值,同时也为律师创造了一个承担社会责任的舞台。正如张鹏峰所说:“我们每一名律师都希望提高律师行业的政治地位和社会影响力,如今党委和政府希望我们律师在突发事件的危机中有所担当,对于我们来说不正是一个实现社会价值的新‘机’吗?”



周郁生：“青年律师的‘领跑者’”

他是一名马拉松比赛爱好者，喜欢在竞赛角逐中追寻愉悦与激情。在工作中，他是闵行青年律师的“领跑者”，带领青年律师奋勇直前。他曾荣获“上海市青年‘五四’奖章”、“第四届上海市优秀青年律师”、“上海市司法行政系统先进个人”、“闵行区律师行业领军人才”等荣誉。

作为闵行区律工委的青年部部长，周郁生律师认为青年律师作为律师行业的新鲜血液和后备力量，必须在社会主义核心价值观的引领下，立足岗位、锐意进取，践行“责任、诚信、智慧、创新”的闵行律师精神，在各个专业领域崭露头角。他强化区律工委青年部和区律师团委的作用，充分发挥部门的导向作用、激励作用和凝聚作用，加强对前瞻性、全局性问题的研究，促进青年律师的发展。作为“弘闵辩论队”的领队，周郁生律师牺牲了大量时间，他团结带领队员们历经8个月的艰苦奋战，从初赛、半决赛、决赛，历经千辛万苦，夺得上海市律师辩论大赛的亚军；在“中天杯”第五届上海律师龙舟赛上，周郁生律师带领青年律师一举夺冠。荣誉的取得，进一步增强了青年律师勇往直前、团结协作、精益求精的职业素养和不畏艰难的拼搏精神。



吴刚：“参政议政的热心人士”

已担任三届闵行区政协委员的吴刚律师作为一名民主党派人士，积极参政议政，在社会经济中发挥作用。

他提交的各项提案不仅在区政协受到了良好反响，在区委、区政府也引起了广泛关注。例如《取信于民、切实落实民营企业的优惠政策》、《在政策、法规上为农村集体土地的使用开一扇窗》、《坚持依法信访》等提案，观点新颖，依据充分，实践性、操作性强，为区政府决策提供了重要参考，这些提案改变了原来在政策层面上某些不合理的做法。同时，他还积极为相关委、办、局谏言献策，提供合理化建议，促进政府依法行政。

吴刚律师担任区工商联法律顾问团团长，每年固定为工商联下属各商会举办各种法律讲座，针对劳动争议、规范合同文本、股权纠纷、知识产权保护等为企业提供法律服务。吴刚律师曾参加“闵行区金融小企业司法环境研讨会”，他对金融小企业经营过程中普遍存在的不切实际的发展目标、片面追求高额资金回报和过度扩张等现象提出了批评，引起了企业界的广泛好评。

80后： 闵行律师的“挑战者”

80后的律师出生在社会蓬勃发展的新时代，经济社会全面发展、法治建设日渐成熟的背景下，他们执业初始承担着繁琐的基础工作，充满着竞争、机遇和挑战。他们懂得积累、懂得蓄势，在平凡的岗位上，他们砥砺前行，完善自己。我们欣喜地看到，已经有部分80后的律师开始走上了律所合伙人的岗位。他们展现着有志、有爱、有担当的青春志向和敢梦、敢想、敢做的时代锐气，他们是胸怀社会责任的新生代律师。



蒋晨：“我公益，我快乐”

作为青年律师志愿团团长的蒋晨律师，这些年来，他主动参与到法律援助事业中去，走近困难群体，为的是让那些弱势群体能与我们的生活同一片蓝天之下；他热心社会帮教工作，走近刑释解教人员及其家庭，让那些回归人员真正感受到在法律面前人人平等；在上海广播电台的《直通990》、《法眼通天下》及闵行电视台的《生活与法》等节目中，他通过电波与荧屏把法律知识送到老百姓的身边；他出任“弘闵辩论队”的队长，以初生牛犊不怕虎的勇气、机智善辩不退缩的精神，展现了闵行青年律师的风采。回顾几年来的工作，让蒋晨感到快乐的是：除了业务上的成长进步，更有那些他曾经帮助过的人满意的笑容。

沿着时光的河流，我们浮光掠影般认识了闵行律师中的几名佼佼者，他们是闵行律师的代表，但又不能完全代表闵行律师，在这支队伍中，还有很多很多优秀的律师，他们肩负光荣使命，胸怀公平正义，为政府解难、为百姓代言，忠实履行着一名法律工作者的神圣职责。如果把上文提到的几名优秀律师代表比作一棵棵枝繁叶茂的大树，那么闵行的地域文化和经济腾飞就是他们赖以茁壮成长的肥沃土壤，整个闵行律师业将越来越成为欣欣向荣的雄伟森林。●

区县专辑 闵行篇 ●文/夏波

拓展法律服务领域 创新突破赢得口碑

律师事务所的业务拓展和创新，主要依靠于律师团队的专业技能、律师事务所的良好口碑以及与时俱进的业务拓展理念和视野。近年来，上海中夏旭波律师事务所(以下简称中夏旭波所)在主任张鹏峰律师的带领下，其业务拓展和创新之路可以说是律师界的引路牌，引领律所和律师在愈加激烈的竞争环境中稳步发展。

一、倡导和实践“业务立身、专业立所”的理念，以业务能力赢得客户信任

律师事务所要走业务拓展创新之路，首先要树立“专业立所”的理念；律师个人执业的立足根本也在于自身的专业技能和业务水平，而非所谓的“关系”和“人脉”，即“业务立身”，这是中夏旭波所引导律师执业的基本原则。自2005年创办以来，中夏旭波所始终在全所律师中倡导这一理念，一方面号召律师个人通过专业技能来树立自身的口碑和形象，另一方面也努力使律所通过精湛的专业水平打响自己的品牌。在具体实践中，则鼓励律师将更多的精力投入到专业学习和业务研究中，多方位地为律师搭建业务研讨平台，包括：定期开展业务培训；就疑难复杂案件开展专题研讨；对新颁布的法律法规开展深入研读；组织多个业务领域的研究小组，开展对新兴业务领域和政策前沿的调研论证等等。通过以上引导，加强专业学习、提升业务能力在中夏旭波所已蔚然成风，律师个人也以不断提升的业务能力赢得了客户的良好评价和充分信任，这是中夏旭波所长期倡导“专业立身、专业立所”理念的成果。

二、传统领域精益求精，做到“人有我精”

金融、房地产、公司重组是中夏旭波所多年来的三个特色业务，已成为律所的拳头产品，业务创收占比70%以上。目前，中夏旭波所在该三个传统领域已有新的创新和突破，逐渐开创出自己的特色：

(一) 私募法律服务

企业融资途径通常有三种：一是银行贷款类融资，倾向于国有大中型企业，也有相应的法律、法规及部门规章予以规范，各商业银行的内部风险控制也较严格；二是上市融资（公募），因其社会性和公开性而具有严格的准入条件和程序，一般中小企业难以通过公募获得融资；三是向特定的投资主体进行非公开融资（私募），对此政府监管比较宽松，投资者或管理人除能满足企业的资金需求外，还可用其独特有效的运营管理经验为投资企业创造较高的收益。因此，私募融资已成为目前中小企业融资的一种重要途径。然而，私募在立法上的空白及资本市场的瞬息万变，也使得投资者的风险日益增大，这就需要专业律师必须具备非常强的业务素质 and 风险控制能力。

中夏旭波所敏锐地捕捉到这一巨大的市场需求，专门组建了专业律师团队，为客户设计引进投资方案、规范投资合作期间的运营管理模式和投资退出机制。在确保私募资金安全退出、消除投资者风险顾虑的同时，也将客户引进外来投资者对企业经营、管理所产生的不利影响降到最低。

(二) 土地一级市场法律服务

房地产法律服务发展至今，已成为上海律师业相当成熟的传统法律业务。但在多年的房地产法律服务中，中夏旭波所发现传统的业务多集中在土地二级市场的开发上。事实上，在土地一级市场中，已出现越来越多的纠纷，例如土地出让方如何防止实践中屡禁不止的以股权转让之名行土地炒卖之实的情形、农方以集体土地作为合作条件或折价入股时的利益保护问题、土地拟受让人资格及其能力如何预先尽职调查以及如何建立健全土地一级市场的运营规范等，这些问题越来越成为土地管理部门和土地受让者们的关注热点。

为此，中夏旭波所面向土地一级市场，由张鹏峰律师团队为土地一级市场的开发保驾护航，化解纠纷，进而从制度上规范土地一级市场，力求将纠纷消灭在萌芽状态，起到了良好的效果。

(三) 公司治理架构梳理和整合法律服务



中夏旭波所举办高级合伙人
办案经验分享交流会

公司重组也是传统的非讼律师业务。中夏旭波所在深耕该传统领域时也独辟蹊径,将目光转向大型集团企业内部治理架构的梳理和整合上。一些成立多年的大型集团企业,因初期缺乏现代企业理念,投资随意性大,或为了规避风险,导致旗下投资企业众多,企业性质各异,又不乏交叉持股,管理困难。

中夏旭波所通过详细的尽职调查,为这些大型集团企业梳理出明晰的脉络架构,并据此提出企业内部治理架构的重组整合方案,引导企业推行现代管理制度、完善公司治理结构,从而完成了多个大型集团企业的内部成功整合,获得了客户的广泛好评。

三、新兴领域勇于开拓,做到“人无我有”

近年来,中夏旭波所一直致力于开拓新兴律师业务,尤其在存量工业用地二次开发、养老产业、“城中村”改造、闲置土地收回等领域由张鹏峰主任带领和指导各律师,积极探索、付诸实践,开辟了“人无我有”、“具中夏旭波所特色”的法律服务。

(一) 存量工业用地二次开发的法律服务

据统计,上海全市建设用地的单位产出率仅为香港的1/14,更是仅有纽约的1/29,土地资源的浪费触目惊心。而在建设用地中,工业用地的利用率更低,存在大量存量用地闲置浪费的情形。如何提高存量工业用地的二次利用,优化资源配置,让工业用地的产出率大大提高,同样值得律师来参与和探讨。

中夏旭波所在近两年的时间里,对存量工业用地的二次利用和优化进行了专项研究,并就二次开发中遇到的主要法律瓶颈进行了论证,提出了合理解决方

案:一是符合当前我国土地管理规定的前提下,论证如何为土地二次开发而调整规划(提高容积率、改变土地用途、地下空间的开发等);二是针对当前工业用地不得分

(二) 养老产业的法律服务

我国是世界上老年人口最多的国家。随着生活水平的提高,老年人在日常生活照顾、精神慰藉、心理支持、健康恢复、伤病护理、紧急救助、临终关怀等方面的需求日益增长,迫切需要社会在养老产业上寻求突破,因此相应的配套法律服务需求也非常巨大。但迄今为止,我国在养老产业方面的法律尚处于空白。

中夏旭波所着眼于这一新兴法律服务领域,自2013年开始着重从事了以下工作:一是搜集、跟踪国外先进的养老产业模式及其立法;二是探索国内养老产业发展中面临的法律问题和困境,寻找解决之道;三是参与对养老产业的产业引导,帮助政府职能部门探索支持养老产业的新模式、新路径;四是参与对养老产业发展的规范性文件的制订等。

(三) “城中村”改造的法律服务

因当前国家、上海市及各区县均未出台具体完整的“城中村”改造操作流程、实施方案,一些零散、重复的政策性文件多是给予相应的财政支持,尚没有具体的法律法规或全套流程为“城中村”改造提供法律依据或操作指引。因此,为“城中村”改造提供法律服务就如同摸着石头过河。

中夏旭波所在全面梳理现有国内外法律法规政策的基础上,广泛研究国内各省市(如广州、西安、东莞、深圳)已着手实施的“城中村”改造项目,结合国际上(如美国、英国、巴西、印度)的成功模式,对比上海市各区县的成功经验,主要完成了以下法律服务工作:一是设计总体的“城中村”改造框架,包括选区规划、落实改造主

体、落实改造资金、设计改造模式、纳入改造参与方、明确产权权属和利益分配等；二是论证“城中村”改造中待解决的实质性问题：如土地供应保障、改造资金的来源、改造主体的多样化、产权和利益分配、利益主体的平衡等；三是因每一个“城中村”改造项目都有其特殊性，按照“事先评估、事中协调、全程谈判、方案论证、事后监督”的步骤，全程跟进改造，为项目的顺利推进把控法律风险、提出法律建议。

（四）闲置土地收回的法律服务

近年来，土地开发过程中不断出现各类土地闲置的情况，造成了本就稀缺的土地资源的浪费。就此，各级国土资源部门逐渐加大了对闲置土地的查处力度，并对符合条件的闲置土地予以收回。然而，依据我国现有的法律、法规和上海市地方性法规，闲置土地的收回无外乎两种传统模式——“闲置收回”或“公益收回”。但在实际操作中，往往因各种客观原因（诸如政府动迁未完成），导致上述两种收回模式难以执行的窘境。

为此，中夏旭波所在办理闲置土地收回的案件中，结合已有的法律规定，积极探索新的土地收回途径，当遭遇由于政府动迁未完成而导致土地闲置，土地主管部门苦于无法采用“闲置行政收回”或“公益收回”这两种传统模式时，开创性地提出了“解约收回”的新模式，即探索从土地出让合同入手，以土地受让人违反出让合同约定而符合解约条件的方式来解除出让合同，从而收回闲置土地。中夏旭波所提出的这一新的闲置土地收回模式获得了市土地管理部门的高度赞许，并表示将在全市范围内予以推广。

总之，中夏旭波所秉承“业务立身、专业立所”的理念，不断提高律师的专业素养，对传统法律服务领域不断推陈出新，对新兴法律服务领域不断探索研究，从而为客户提供了增值服务。在以优异的业务水平赢得越来越多客户信赖的同时，也逐渐形成了律所业务创新的“中夏旭波文化”。●

区县专辑 闵行篇 ●文/施方

让青年律师 在法律援助中锻炼成长

对于律师而言，“年轻”总是一个无法逾越的执业屏障。

“年轻”在当事人的眼中是“经验不足”、“只懂理论，不接地气”的代名词。如何让青年律师迅速地成长起来，将理论和实践结合起来，引起了四方律师事务所资深律师们的关注。经过律师事务所和党支部的多次讨论，一致认为法律援助既能培养青年律师的社会责任感，又能充分结合其特性，扬长避短，创造一个成长的大舞台。因此决定，鼓励青年律师参与到法律援助中去。

营造家一般的工作氛围

在四方律师事务所，资深律师、年轻律师和律师助理共同构成了四方律所的法律援助团队。由资深律师指导青年律师、律师助理共同参与法律援助。在援助案件中，资深律师把握大局，青年律师和律师助理具体处理相关事务。从接触当事人到案件分析讨论，从诉讼程序直至案件终结，青年律师都能完整地参与其中，提出问题、积累经验，使得青年律师更快地成长起来。

四方律师事务所营造了良好的律所氛围，大家亲如一家人。在群体性纠纷的处理中，法律援助团队的律师们团结一致、分工合作，既提高了办案效率，也增进了彼此之间的友谊。资深律师与年轻律师之间，亦师亦友。大家可以在所里，也可以通过四方律师事务所的QQ群、微信群一起探讨办案经验，介绍办案技巧，还能分享个别律师在旅行中的风景和心得，增加人生阅历。在四方律师事务所这个大家庭中，法律援助让大家有更

多的机会进行团队合作，也让大家彼此了解、彼此信任。

积累经验是青年律师成长的第一步

法律援助给青年律师提供了更多的案源以及更丰富的案件种类，为青年律师积累经验、提高自身业务水平创造了良好的条件。

青年律师积极参加闵行区法律援助中心义务法律咨询值班。通过受援人的大量咨询，使青年律师“接地气”、“长见识”，了解在日常生活中受援人最希望了解的法律知识是什么、最急迫解决的法律问题是什么？交通事故如何赔偿，劳动争议如何解决，家庭继承如何处理，一个个实际而又贴近生活的法律咨询，让青年律师真正学会了哪些是在律师实务中经常要涉及的法律问题，让青年律师“有的放矢”，有针对性地学习律师执业实务，让青年律师坚定地踏出执业生涯的第一步，并结合青年律师的业务特长，分派法律援助案件，在为受援人提供法律帮助的同时积累实务经验。

在实践中不断锤炼律师的品格

四方律师事务所法律援助团队自建立以来，兢兢业业，以高度的政治责任感、精湛的法律功底、敬业的工作态度展现了优秀律师的风采。法律援助律师依托法律的正义，处理了多起复杂棘手的群体性维权法律援助案件，维护了弱势群体的合法权益，在律师同行中得到肯



四方所律师深入基层开展法律援助服务



四方所律师认真研究法律援助案件

定,在人民群众中产生了积极良好的社会影响。同时,青年律师也在办理法律援助案件的过程中,锤炼了良好的执业品格,培养了高尚的律师情操。

(一)“五心服务”,赢得社会认可

法律援助大多是社会弱势群体的维权案件,因此它具有不同于其它案件的特殊性,一般具有几个特征:当事人的受教育程度不高,在现实生活中遇到侵害也不知道维权的方法;当事人感觉比较委屈,心中怨气较大;以老、弱和外地的社会弱势群体为主。四方律师事务所法律援助团队在长期处理法律援助的过程中总结出了自己的一套经验,归纳为“五心服务”,即宽容心、同情心、公德心、责任心、无私心。正是用这种“心与心”交流的方法,获得了受援当事人的认可和赞许,也将法律援助的宗旨和精神落到了实处。

(二)无私奉献,不计个人得失

在2012年的“再来家政”讨薪案中,由于“再来家政”公司倒闭,法定代表人下落不明。为了能够尽早讨回100多名阿姨的家政服务费用,四方律师事务所的律师在零下2摄氏度的寒冬腊月里坚持在被告股东家门口苦等12个小时,只为了能尽早为家政阿姨们追回家政服务费用。手冻僵了、脚冻麻了,但是律师的心是火热的。在律师的坚持下,终于说服“再来家政”公司的股东出庭应诉,确认了家政阿姨们的“血汗钱”,为家政阿姨们尽早拿到家政服务费用赢得了时间,为政府化解了一场影响社会稳定的群访案件,得到了上海市家政协会、闵行区古美路街道办事处等部门的高度赞誉。

(三)顾全大局,追求社会效益

对四方律师事务所法律援助团队来说,办理法律援助案件必须要有大局观和社会责任心。法律援助案件关乎社会正义和社会稳定,切不可掉以轻心。如2006年在承办一起殷某等人与某旅游制品(上海)有限公司劳动争议法律援助案件时,受援人开始与用人单位的对立情绪非常严重,有过集体罢工和抢公司财产抵作工资的想法,并采取了集体去政府上访维权的行为。四方律师事务所法律援助团队在接受闵行区法律援助中心的指派后,一方面积极与受援的劳动者进行沟通,稳定受援人的心态,让他们理解维权需要智慧,需要法律的保

护;另一方面又积极向劳动争议仲裁委员会提起劳动仲裁,用客观事实和确凿的证据证明了用人单位的违法克扣劳动者加班费,并违法解除劳动关系的事实,获得了仲裁委员会的支持,裁定用人单位支付殷某等三十几名员工的加班费及经济补偿金,依法维护了劳动者的合法权益。同时,法律援助律师又对受援人进行了合理的引导,告知其抢夺公司财物涉嫌构成犯罪的严重后果,最终在律师不懈的努力下,用人单位与劳动者达成了调解协议,由用人单位支付了受援人应有的加班费和经济补偿金,也避免了事态进一步扩大的严重后果,取得了较好的社会影响。

(四)法制宣传,深化办案效果

四方律师事务所法律援助团队在办案的同时不忘进行普法教育,运用事实案例说话,办援助案件一件,普法教育群众一片。在积极办理法律援助案件之外,法律援助团队的青年律师们还积极参与职工律师志愿团、未成年人律师志愿团等公益组织,义务为工会、学校、街道等社会机构提供免费法律咨询服务和义务法律普及讲座。

团队助个人成长 个人为团队增光

自四方律师事务所法律援助团队成立以来,已经为许多家庭解决了纠纷,为上千外来民工送去了尊严和公平正义。经过几年的锤炼,四方律师事务所已经培养出了一支敢于迎难而上、善于打硬仗的法律援助团队:2012年的富康东川木业有限公司的群体劳资纠纷案、小福星幼儿看护点伤人案、“再来家政”阿姨讨薪案等一系列经典案例取得了良好的社会效果,妥善化解了社会矛盾,维护了受援人的合法权益,体现了四方律师事务所法律援助团队勇担重任、攻坚克难、匡扶正义的宗旨。从法律援助团队里走出了一批职业素养和道德品格兼备的青年律师,成为了律所的中坚力量,四方律师事务所法律援助团队也成为培养优秀青年律师的摇篮。

经过多年的耕耘,四方律师事务所法律援助团队的努力得到了回报:四方律师事务所多次被评为年度法律援助先进集体,受到了闵行区司法局和区法律援助中心的肯定和赞许。●

法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

律师热议司法改革

本期主持: 计时俊 上海华夏汇鸿律师事务所主任

嘉宾: 李慈玲 上海市理诚律师事务所主任

鲍培伦 上海市恒信律师事务所主任

胡光 上海胡光律师事务所主任

文字整理: 许倩



计时俊: 目前我国的第四次司法制度改革已经如火如荼地开展起来了。如各位资深大律师所知, 司法制度是一个国家政治制度的重要组成部分, 也是一个国家经济、文化、民族心理等多种因素的现实反映。一国的经济发展水平现状, 以及历史文化传统和民族传统等政治现实和国情, 决定了一个国家的司法制度的建设方向和建设发展阶段。只有在把握国情的前提下, 循序渐进、与时俱进, 才能使人民法院的各项改革措施更加符合客观实际, 趋利避害, 少走弯路。而律师制度, 又是国家司法制度的重要组成部分, 作为民权的代表, 在某种意义上说律师是国家司法实践的参与者、监督者和促进者。

今天邀请几位大律师来聊聊我国的第四次司法改革, 因为司法制度改革关系到每个百姓的利益。从前几次的改革来看, 每次改革都有进步, 都更加地贴近民生, 方便诉讼, 严格了审判制度。而这次改革更是要在人员聘任、办案责任等方面再进一步, 我们今天就来讨论一下这方面的问题。

我们应该看到上海的司法改革是走在全国前列的, 这次司法改革当中的一些制度, 比方说生效裁判文书的上网、庭审的公开、网上立案以及 12368 司法热线, 这些在上海都已经展开了, 有些实践甚至已经超过了一年。还有, 上海法院在人民调解制度方面的建设也是有目共睹的。各位都是资深律师, 都在长期观察中国司法制度改革进步的过程, 那么各位心目中怎样的司法制度是适合我们社会发展的呢? 鲍老师您先说说。

鲍培伦: 我主要从事诉讼领域的律师业务, 从开始做律师至今, 我始终认为司法的生命力在于其公正性。何种体制和机制容易确保司法的公正性, 这种制度就是比较先进的; 何种制度无法确保司法的公正, 那么这种制度就值得我们反思。就目前来说, 我们的司法公正性和公信力是堪忧的。现在进行司法制度改革我认为

是个积极的信号, 但改革中肯定还会有新的问题出现, 需要通过加大改革力度和深度来逐步完善, 在现有的体制机制下不可能一蹴而就。

计时俊: 那么, 相对于过去的一些司法制度来说, 您认为目前已经有那些进步能够符合您说的执法为民、有利于公正的改变? 有哪些地方值得鼓励。

鲍培伦: 这次改革是一个顶层设计的改革, 国家至少已经看到了我们的司法制度在司法公信、司法公正方面存在着诸多问题, 这些问题已经长期存在, 积弊已久, 再不解决, 势必会让人们对司法心寒。目前的改革举措, 对审判的公开性, 以及审案者对案件正确性负责等方面在逐步推进中。审判的公开性有利于对法院公正性的监督, 而审案者负责制本身就应该提倡, 因为当事人的身家性命都在你的掌握之下, 没有严格的负责制就容易玩忽职守。以前也有这样的制度, 但是没有认真落实、执行。法律适用是个专业性很强的工作, 虽然法律文书所阐述的法律事实、提炼的法律关系是否正确, 即裁决的公正性不是从一纸文书中就能看出来的, 但逐渐完善的审判文书的公开化还是值得鼓励的。

计时俊: 您刚才讲到过去有些法院“审者不判, 判者不审”的现象, 希望通过这次的司法改革落实审判负责制。而我们知道, 只有真正有才华、敬业的法官才能正确地审案, 所以法院的人员管理制度就成了这次改革的重中之重。司法改革的目的是要确保最高素质的法官充实到第一线, 以求能保证高质量的办案水平。但现在马上就出现一个问题, 比如这次我们定了些标准、比例: 要求法院的人员构成是 33% 的司法主审人员, 52% 的司法辅助人员, 15% 的行政人员! 这样的人员比例要求势必会对现在的法官——已经形成的一种平衡的法官业态, 甚至说严重缺乏主审法官的这样一种业态

雪上加霜,会导致案件越来越多地集中在越来越少的主审法官手上,主审法官的负担会越来越重。李律师您是怎么看待这个问题的?

李慈玲:目前的确存在“法官少案件多”的矛盾,审案法官们每月要承担很大的办案量。但同时我们也看到,很大一部分的案件来自于没有代理律师的普通公民。因为非专业的原因,这部分案件的证据和说明常常不符合证据规则的要求和庭审明快的节奏,增加了法院审判的难度。如果将所有的案子先经过司法辅助人员审核,凡是不符合条件或材料欠缺的,通过辅助人员和当事人联系进行补充和说明,由司法辅助人员列明审理清单和归纳案件的争议焦点,这样就能有效减轻主审法官的工作压力,加快审判节奏。

另外,我还建议降低申请法律援助的门槛,最大范围地为有需要的百姓提供法律援助。让更多的律师,而不仅仅是青年律师,做更多的法律援助案件,运用自己的法律专业知识,整理案件,提供合法证据,在法庭上据理力争,这样既可以保证案件符合法院审理的需要,又可以促进法院审理节奏的提高。而从另一角度,也对律师的办案能力提出了更高的要求。因此,法院的人员制度司法改革应该是一个配套工程,仅有法院的努力是不够的。

计时俊:那么,您是不是认为只要当事人都能够按照证据规则进行举证,只要司法辅助人员能在前期把这些案子整理好,33%的法官就能判案了么?

李慈玲:这不是绝对的,只能相对而言,应该说33%法官办案本身人手已经很紧张了,案子的数量依然在增加,在这种状态下,我认为把诉前所有的工作准备充分的话,一定有利于33%的主审人员在审理过程中能比较清晰地作出判断,因为材料比较齐全。

计时俊:现在有个观点就认为审判一定要终身负责制,不管将来是否调离法官队伍。有很多法官出去从政了或者去从事其他行政事务了,但后来发现调离之前审判的某个案子是冤假错案,这位原法官最后有可能被撤职。对于法官终身负责制,各位是否觉得有点严苛?

鲍培伦:我感到终身负责制现在是一个提法,所谓的“终身负责”应该是负什么责?这需要讨论和分辨。医生的医疗事故也有责任事故和技术事故之分,如果法官业务上的确是出于对某些深奥问题理解不够精准,或者判断有误造成错案,我想追究其错案的责任也应是适度有限的;但如果是恶意徇私枉法,那就应该严惩不贷。追究的原则没错,但是我想也不该一刀切。

计时俊:胡律师好象对诉讼和非诉讼案件都有参

与,您现在做诉讼律师是否会意识到一个问题,即有否经历过立案难?

胡光:我经历过的,立案难反映了司法资源紧缺,不能满足社会和经济的司法需求。我想补充李律师刚才有关法官精英化后的审案法官人数比例减少的说法,我认为法官精英化后,很多的审判事务性的行政工作就不需要主审法官去做了,主审人员就会将所有的精力用在审判上,这样审判的效率会更高。刚才李律师说的也很重要,要想让整个流程既能追求公平正义的目标,又能有较好的效率,这需要所有参与者都能在其中有所配合,懂得规则,知道应该怎么做,包括代理人应该准备哪些文件,这对未来证据规则的改进都是有促进的。

李慈玲:其实我觉得很简单,法官就相当于一个大厨,他只管炒菜,其他配菜、调料等都有人为他准备好了。我认为法官还需更加细分,法官要专业化,要对业务相当熟练。

鲍培伦:我再补充一点,实际上这样的改革肯定还会推动其他体制和机制上的进步。比如律师的责任心问题,敬业、专业的律师对诉讼结果就会有基本正确的预估,而在现有的体制下可能法官对案件事实的认定以及法理指导介入的主观意识还太强,而这些本来是应该由律师去做的,法官却代为指导代为介入了。有些事务性的琐碎事情也让法官去做,法官的精力分散了,这又如何能集中精力办好案呢?我们强调法院的内部分工要提高效率、要专业化,法官的专业化会提高裁决的正确性,维护法律的尊严,同时也会促进律师的专业化水平的提高。诉讼是个相当专业的领域,在国外是不可想象进入诉讼领域竟然没有律师参与,但在我们国家,诉讼不请律师是相当常见的。所以李律师刚才说的有关司法辅助人员和法律从业人员的业务水平需要共同提高、互相配合的建议,我完全同意。从促进司法进步和提升律师专业素质的视角看,这样的改革方向是对的,但我觉得比例不必拘泥于33%或35%,在实践中还可以微调。

胡光:我觉得改革的总体方向还是很令人鼓舞的,我个人简称为“四化改革”:一个是去行政化,一个是去地方化,这是对法院本身;然后法官一个叫专业化,一个叫精英化。“四化改革”的方向肯定是对的,但前进的道路还是很曲折的。

计时俊:我对刚才胡律师讲的“法院去行政化”的问题很有感触,现在是上级法院管着下级法院,一个中院可以管好几个基层法院,基层法院做什么事,觉得自己没有把握的,先去上级法院请示一下,这就变成有些案子的二审实际上是走形式了,这让我们律师很无奈。

胡光:在去行政化里还有些细节要注意,比如法官



本期主持: 计世俊



嘉宾: 李慈玲



嘉宾: 鲍培伦



嘉宾: 胡光

只有去行政化才能保证其精英化,但靠什么保证呢?改革后的法官权责更大,肩负着整个社会的正义,但法官的待遇却可能无法与其职责相匹配。因此,我们现在必须树立一个思想,如果要让法官队伍精英化,就要提高其待遇,而且这种待遇还不是一般的高,但现在还做得不够。这次的改革设计也许能解决这个问题,虽然法官依然是按照其等级来决定其收入,但希望在定等级的时候要全面考虑他的执业年限、理论功底和办案能力等,而忽略其行政意义上的职务等级(无论是庭长、院长还是一般法官),这样在基层法院的法官数量才能符合审案的需要。

鲍培伦: 法院的职能定位我认为这涉及到一个体制问题,必须严格按照《宪法》《法院组织法》的定位,不能纸上一套,实际执行又一套,法律的执行力要落实。

计世俊: 那又比如现在一审碰到疑难案例,一审法院到底需不需要请示?不请示的话,一审法院觉得自己能力不够,怕二审被翻案。

鲍培伦: 据我所知,现在的疑难案例往往不都是法律上的疑难案例,对于疑难案例中的法律问题,法官可以请同事或外面的专家学者一起研究,解决不了问题的案件毕竟是极少数的。如果一个法院的法官队伍解决不了应由其管辖的“疑难案例”,这个法院的功能职责就出现了问题。

计世俊: 现在法院有专职的审判委员会委员,他们并不直接参与审理案件,但却对案件走向的影响力是很大的,各位又是如何看待其与“审案者负责制”的矛盾?

鲍培伦: 如果审判委员会委员的职能是研究法律,在法律上又有独到之处,我认为这些人员的保留是应该的,至于给予什么样的名称则应另当别论,重在实际功能,不是重在名称。

李慈玲: 我认为审判委员会的职能现在应当有所改变,它的第一个职能就是总结审判经验;第二个职能是确实有疑难复杂案件的,由审判委员会来讨论。我记得在第八届理事会时,时任高院院长的应勇到律师协会来听取意见,我当时就对“个案请示”谈了自己的看法,结果陶武平律师想法和我不谋而合:就是下级法院向上级法院请示时,只能请示普遍情况,把个案的法理提炼成一个普遍意义上的法律问题来请示,不能就具体个案来请示,因为一旦一申请示个案,二审就会流于形式。

计世俊: 审判实践要求基层法院要多多培养精英法官或者高级法官,但是这次司法改革中,又开拓了遴选基层法院的优秀法官进入中级或高级法院的途径,虽然这可能是个循序渐进的过程,但长此以往,会不会造成基层法院的好法官都被上级法院选走了,然后留下一批人浮于事的法官?

李慈玲: 从诉讼的角度考虑,我们希望一审法官就是精英法官,一审判决应该无论从事实的认定或法律依据的采纳都没有问题,而不能祈求于在二审改判。遴选制度是可以的,让优秀法官有一种荣誉感和追求,但我认为遴选上去的法官应该是做中院(或者高院)的一审案件的,因为级别管辖的原因,中院或者高院受理的一审案件相对来说影响力更大,法理也越深奥。让优秀法官审理重大的一审案件,既是对法律的负责,也是对法官本身业务水平的鼓励,更不会造成在中、高院任

职的法官的优越感。

鲍培伦:我总体上认同将基层法院的优秀法官选择到中级法院去的做法。一支法官队伍里个体的所谓优秀是相对的,互相之间不应该落差很大,也就是相对来说某法官应该比较有点,可能其某些方面的特长更适合于做二审法院的法官,不一定是全方位的优秀。而且基层法院和中级法院的案件各有特点,即便是同样的案件,一审、二审也各有特点。

胡光:一审法官更需要生活经验、社会经验,要善于对事实进行厘清,善于对证据进行正确判断;而更富有经验的二审法官或再上级的法官要有对社会整体责任的把握,要形成自己的符合宪法精神的法学理论;至于最高法院的大法官,那可能就必须是富有深厚法学功底的法律哲学家了。所以这里面是有特点区分的。

李慈玲:我更希望一审法院和二审法院的法官互相之间穿插联动,能上也能下。基层法官和中级、高级法院的法官互相体验不同级别的管辖审判,这样就能换位思考,毕竟二审和一审的审判角度是不同的。二审就是抓一审的问题,让这位从事二审的法官再回过头来做一审的时候,就会注意到二审中可能会出现的问题,这样案子会做得更精更好。我相信如果法官从基层法院遴选到二审法院以后不是高枕无忧、互相流动的话,也能消除思维惯性,能够在更高的高度审判案件,这样对带动基层法院法官的职业能力等各方面的提高都是有好处的。

计时俊:看了这次司法改革上海的试点方案后,我

一直在想:由于限定了33%的审案法官的比例,上海刷掉了一批目前战斗在审理第一线的法官,他们只能担任司法辅助人员,但由于上海的政治经济地位的重要性,这批人本身对司法理论和实践的提升能力可能会比内地的、西部的一些法官要高些,那么有没有可能让法官在东西部之间,在经济发达地区和不发达地区之间流动?

胡光:如果有这种流动当然是好的,因为上海毕竟在经济上是走在全国前列的,案件类型也比较多比较复杂,法官们因此有着丰富的审判经验。

鲍培伦:这种双向流动的问题就比较复杂了。法官这个职业群体,在不同的地区并没有相同的待遇。最优秀的法官收入和比较一般的法官相比,差别也不会很大。选择担任法官,其实是追求一种专业理想、比较稳定的生活和保障(指经济收入),东西部间的流动或者经济发达地区向不发达地区输送法官,估计过于理想化了。

计时俊:但是这次司法改革人事制度调整以后,我们已经看到很多青年法官,特别是现在刚执业五年到十年之内的法官,觉得自己是熬不到那33%里面了,所以纷纷辞职。北京、上海都是法官流失的“灾区”。这部分年富力强的法官的流失,势必会造成法院审判力量的缺失,如何留住他们是法院面临的最大挑战。

胡光:我认为必要的流动在这个时候是好事,因为我们改革的目的是要培养法官的精英队伍,而精英的要求就是:第一,他真的很热爱这个职业;第二,他有对公平正义的理想和追求。更何况,这次司法改革还鼓励要从资深律师中选拔人才进入法官队伍。在世界上的法



治发达国家,要成为法官的前置条件尤为苛刻,除人格魅力和业务精通以外,各国法院基本上都是从执业十年以上的资深律师中挑选法官的,英国、美国都是这样,香港也是。

我们现在在讲要从资深律师里选拔部分的优秀律师加入到法官队伍里来,在我看来,目前这个行政化的思维还存在,去行政化做得还不够,对其中一个似乎占主流的方案我想提出一些调整,就是选择50岁以下执业了十年的律师进入法官队伍,我觉得这是不合适的。关键在于这是我国第一批具有标杆意义、示范作用的资深律师进入到法官队伍中,如果选择50岁以下的,他们基本上都是所里的业务骨干,有很多的客户,人生轨迹还在上升阶段,事务所也不会支持他去,他的人生计划中还来不及将法官职业列入其中,他人生中很多的规划和想法也都没有稳定下来。所以,我觉得50岁、甚至55岁以上的资深大律师,应该要优先考虑。因为他们已经进入到一个律师职业的后半期,人生各个方面都稳定下来了,在整个行业里德高望重,他去做法官,比较符合人们对法官形象的期望,对整个司法的公信力的提高是有好处的。选择这样的律师去做法官,是一个非常稳定安全的选择,对彼此都是。对被选择的资深律师来说,担任法官是一种荣誉,是对他前面几十年律师执业经验和人格的肯定,是人生境界的升华。而对法院而言,选择律师界中最德高望重的,各个方面都经过检验,自身又积累了丰富的法律职业诉讼经验的律师担任法官,对于法制的进步,对于法律共同体的建设,都是大有裨益的。

这次司法改革要求遴选优秀的资深律师担任法官,这仅仅是一个开始,而未来的方向应该是作为一个长期的制度,并且应该越来越扩大规模,这样就能在法律共同体内,大家来合作共事,建立共同的规则,促进司法效率的提高。我们应该树立一些行业标杆,让青年律师通过自己的努力,在将来成为合格的法官。是否可以设立一个遴选委员会,邀请资深法官和行业里的资深律师代表担任遴选委员,从从业经验、办案能力、人格魅力和自律能力等几个方面公开选拔优秀资深律师担任法官。这可能是律师行业提升影响力的一小步,但却会是中国司法制度建设和发展的一大步。

计时俊:说到这里,我倒想问一下三位律师:排除前面说的年龄的阻碍,你们有没有想过要成为法官的意愿?

鲍培伦:我没有。我毕业的时候有机会选择成为法官或者检察官,但我选择成为了律师,这是我自己的意愿,几十年下来,还没有其他动因足以让我改变初衷。

计时俊:那么,要有什么样的一个方案,才能吸引您成为法官?如果您能把这个标准说出来,说不定就是改革的方向。

鲍培伦:首先,不是经济因素,因为我选择做律师的时候,律师与法官的收入是一样的标准;其次,法官队伍在可以预见的将来要真正走向精英化还很艰难,第一批制度性的转业当法官的律师需要有较强的奉献精神,因为他们的成功经验或者失败教训都是后来者的铺路石。在某种意义上说,这批律师转业成为法官后其“优秀”的程度将影响着对这次司法改革中从优秀律师中选拔法官做法的评价,一旦成为法官,对你的要求就是优秀法官了。我在德、才两厢,均不敢当。

李慈玲:鲍律师,应该这么说,我们做梦也没有想到司法改革今天会到了这个激动人心的程度。只要能解决司法的公正性,加强司法的公信力,我相信这个改革进程会加快。

计时俊:这次司法改革还有一个内容其实和我们律师挺有关联的,就是完善审判环节,重视律师辩护、代理意见的工作机制,要求将我们律师的代理意见跟辩护意见体现在裁判文书中。

李慈玲:其实这一点在很多年以前就谈到了,一份非常合格的判决书,应该充分体现律师的代理意见、辩护意见。很多法官确实没有把律师的代理词、辩护词当回事,而律师本身对自己的代理意见、辩护意见的质量要求也不高,导致了恶性循环。我始终认为,只有将一件事物的正反两方面都讲透彻了,将控、辩、审三方的观点都摆明了,才能依法论理,作出正确的裁判。

计时俊:我们正在进行法治中国的建设,因此此轮的司法体制改革更加地牵动人心。此次试点的改革措施,看似没有多少宏观体制上的变动,但却是改革中最敏感的地带,因为其全部关系到司法职业者的切身利益。无论是去地方化还是去行政化,最终都要落实到法官独立审判上来,能否建立起保障法官独立审判的机制,自然成为制约改革成败的关键。我们有时候没有走远,不是因为迷了路,而是因为第一步没有走好。因此,司法体制改革不能急功冒进,而只能走积极稳妥的道路,应当克服在实现司法独立目的上的短板,对改革方案提前思考配套性措施,采用妥当方法尽可能地缓解利益相关方的焦虑,才能凝聚更多的改革共识,推进改革方案的正确有效实施。

最后,再次由衷地感谢三位大律师今天能应邀参加我们的“法律咖吧”。●

(本文内容根据录音整理,为嘉宾个人观点)

人物简介

田波：上海众华律师事务所合伙人，上海市律师协会监事，第五届上海市优秀青年律师。



人物 优秀青年律师 ●文/田波

坚持的力量

➡ 怀着激动的心情，1999年10月我拿到了那本梦寐以求的律师执业证，并且带着美好的理想一头冲进了律师行业。可是不久后就发现现实并没有表面看上去那么美好：社会上很多人对律师不了解甚至是误解，认为律师就是帮别人打官司、拉拉关系甚至是帮坏人说话的讼师；社会地位也没有想象中那么高，别说是和公、检、法的人平起平坐，就是到有关的部门、单位进行调查取证，也经常受到诘难。而开始的生活也很艰辛，由于工资并不高，在相当长的时间内我只能租住在黄河路石库门内一间面积仅几平方米、条件恶劣的老房子里。所以我也曾一度怀疑，律师职业真的是我必须坚持的吗？在后面的过程中，我身边不断有很多的同仁陆续离开了这个行业。事实上，在那个时候，找到一份马上就风光的工作，包括做一名公务员都不是很难的。

虽有不顺，也有艰辛，但不管怎么说，15年的风风雨雨我还是坚持了下来。我坚定地告诉自己，哪怕当前的法制环境还不尽如人意，执业的环境还有待改善，但律师制度以及律师必然是社会的需要、是人民的需要、是法治的需要，经济与社会的发展必然需要律师，律师在当下以及将来必定大有可为，也可取得成功。

在我看来，如果想做好一名成功的律师，应当对我们的身份先有清晰的定位，而《律师法》就给了我们很好的注解：律师应当是当事人合法权益的维护者、法律正确实施的维护者、社会公平正义的维护者。归纳起来，它其实就是从三个“业”的角度做了定义。

律师首先是一个职业，是“当事人合法权益的维护者”。换句话说就是为当事人合法权益服务的职业，既然是一个职业就有一个职业的基本要求，包括：职业的形象要求、硬件要求、基本技能要求、职业道德和职业纪律的要求等等，除了要满足职业的基本要求以外，尽心尽力维护当事人合法权益则是这个职业要求的核心所在，由此才能获得当事人的认可和回报。我想，得到当事人的认可

是一名成功律师的基本要求吧。

律师又是一个专业，是“法律正确实施的维护者”。这就表明我们从事的是一个专业的领域——法律领域，所从事的是专业工作——法律工作。专业在这里有两层含义：一层就是，法律本身就是专业性的，好比医生等，律师属于专业人士，作为专业性的工作它需要专业技能，它需要专业素养，所以如果要想获得成功，就必须具备较高的专业技能以及良好的专业素养，而这又离不开不断的学习，不断的提高；另外一层含义是，法律业务本身内部又是有专业分工的，依照不同的划分标准，有诉讼、非讼之分；有民事、刑事、行政等之分；有建筑与房地产、金融与投资、公司与改制等等之分。今天，我们已经抛弃了“万金油”式的律师的年代，专业化是我们这个职业的必由之路，而成功的律师必然是在某个专业领域有突出作为的律师，因此选择专业方向并有所突破是成功的原动力。回顾执业的历程，从执业初期只能选择传统的诉讼，到慢慢缩小到公司法领域以及房地产领域，再到现在带领团队从事新三板业务及并购业务，这是发展的必须，也是必需的发展。

更重要的，律师还应当是一个事业，它所肩负的责任是更高层次的，那就是“社会公平和正义的维护者”。作为成功的律师，不应是只埋头于自己的“一亩三分地”，也不能只在乎自己的经济利益和个人得失，注重社会效益、仗义人间、达济天下都是责无旁贷的使命。同时，作为一个事业，对每一个要想成功的律师而言，都应成为其毕生的理想和追求，也只有将其从一个事业的高度来看待它，并为之奋斗，我们才能实现人生的价值，也才能实现律师事业在社会发展中的价值。这些年，我做了很多公益事业，也将很多精力放在了一些社会工作中，细数一下竟然有超过10个的社会职务头衔，虽然这些事情占用了自己一定的时间，但我个人的感觉是收获非常之大，除了拓宽了你的视野和社会资源以外，更多地是通过接触社会和历练，使自己分析问题及处理问题的能力获得了很大的提高，其实这些都是作为一名律师，尤其是一名成功律师应具备的素质。

除此之外，我觉得律师还有两“业”：一个是行业，一个是学业。律师业的属性为服务业，也正是目前上海倡导要大力发展的现代服务业。而既然是服务业，同任何一个行业一样，它就有它的行业特点，以及这个行业的准则。所以，如果要成为成功的律师，首先应当把握“服务”这个行业属性，并以当事人满意与否作为检验服务成效的标准。

15年的执业经历，还给了我两点体会：一个就是要学会“穷则思变”，第二个就是要学会将自己的成功建立在事务所的成功之上。“穷则思变”的穷，并不是

指经济上、金钱上的穷，更多地是指你的工作环境及状态、发展空间、业务方向、业务技能等等这些软条件是否已经落入“穷”的境地，是否碰到了“天花板”，如果现在的你看到了未来的三年或者五年可能都是和今天的状态相差无几的话，那么就是求变的时刻来了。“树挪死、人挪活”，不管怎样，跳离“穷”境才是可能成功发展的开始。但“变”也不是盲目的变，它是基于对现状及前景的分析，对行业、社会、政策、经济发展等多方面的分析而做出的相对客观的决定。首先，你需要找到一个合适的明确的方向，当然它应当相较于你的现状是更为先进的、更为光明的、更有前途的方向；其次，你还要找到正确的、全面的实现方向及目标的方法，以及在不同情况下适用不同方法的判断；还有，更为重要的是执行力，否则再好的方向、再好的方法，没有执行力的保证，都不可能产生预期的或者是有效的结果，但这一点则往往是最难得的。而执行力的最大保证就是坚持，唯有坚持才有执行力。

成功的律师应当是来自成功的律师事务所，成功的律师唯有将自己的成功建立在事务所的成功之上才是真正的成功，而学会将成功建立在事务所的成功之上也才是明智之举。个人认为，事务所不论大小，不论业务领域，当前的形势以及今后的发展注定规模化、专业化、品牌化、国际化是一个事务所通向成功的条件之一，当然不是说都必须具备这些“化”，但最少要居其一，否则难言成功。所以，一个事务所根据自身的情况，选择适合的“化”是打造成功律所的首要因素。

2011年下半年，在其他合伙人及全体同事的支持下，我带领上海市海众律师事务所实现了与上海市精诚律师事务所的合并，合并后的上海精诚海众律师事务所仅用两年的时间就使执业律师从20余名增长到40余名，挤进上海前50名，业务创收也获得了高比例的增长。在这期间，又历经1年多的艰苦努力，在2014年初成功实现了上海精诚海众律师事务所与上海众华律师事务所的合并，合并后的律师事务所规模达到百人。其间，几经波折，尝尽甘苦，但唯有坚持与懂得舍得才获苦尽甘来。坚持的是合并的初衷不变，合并的目的就是将事务所做强做大，给大家找到一个发展的平台、温馨的家以及退隐时的自豪和告慰；舍得就是有舍才有得，我们舍弃了“精诚海众”的名称，自己也放弃了主任之职，但是得到了合并的成功。

“有志者、事竟成，破釜沉舟，百二秦关终属楚；苦心人、天不负，卧薪尝胆，三千越甲可吞吴”。此乃蒲松龄先生的自勉联，也是我的座右铭。对我而言，坚持的力量就是前行的动力。●

香港大律师之窗

●文/汤炜轩

商标法的重要性



汤炜轩：香港执业大律师，香港大律师公会大中华事务委员会委员

自从 2003 年《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》(CEPA) 签订后，内地市场对香港进一步开放。内地与香港有着更为紧密的经济合作，企业和行业之间的贸易合作也日渐趋多，使很多人根本分不出哪些是内地制造、哪些是香港制造的产品。

在这种情况下，要在芸芸行业的竞争中突围而出，创立自家品牌或商标 (trade mark) 是最重要的。但正因为内地和香港的市场有着各自不同的制度、不同开放的程度，商标上的冲突或重用情况时常发生，衍生了很多香港商标与内地商标在注册上的问题。笔者尝试探讨当内地商标和香港商标发生冲突时香港法院会如何处

理，及企业应该如何保护自己的商标。

香港商标法 (law of trade marks) 的原则是当某个商标一经注册，注册者在理论上即独享该商标的使用权，而任何商标侵犯 (infringe) 了注册商标都可能负有赔偿责任。而最常发生商标争议的，通常是以下三种情况：第一，两个商标是一样的；第二，两个商标有相似的地方；第三，注册已被使用的商标。每一种情况所要考虑的因素都有所不同，但都离不开一个最大的原则，那就是是否存在“混淆”。在最近的 China National Gold Group Corporation (中国黄金集团公司) v China (HK) Gold Group Shares Limited (中国(香港)黄金集团股份有限公司) [2013] HKEC 1684 一案中，法庭详细说明怎样界定“混淆”这个概念。

在 China National Gold 一案中，原告是商标“中国黄金”的注册人，而被告人是一家香港公司，它在内地的分行也用了“中国黄金”的商标来推广自己的黄金。法庭引用了《Trade Marks Ordinance》(《商标条例》) 第 18 条第 (3) 款和 (5) 款来判断被告人是否侵犯了原告人的商标。

而《商标条例》第 18 条是这样说明的：

1、凡某商标已就某些货品或服务而注册，如任何人在营商过程或业务运作中，就与该等货品或服务相同的货品或服

务而使用与该商标相同的标志，则该人即属侵犯该注册商标。

2、凡某商标已就某些货品或服务而注册，如：(a) 任何人在营商过程或业务运作中，就与该等货品或服务相类似的其他货品或服务而使用与该商标相同的标志；及(b) 就该等其他货品或服务而使用该标志相当可能会令公众产生混淆，则该人即属侵犯该注册商标。

3、凡某商标已就某些货品或服务而注册，如：(a) 任何人在营商过程或业务运作中，就与该等货品或服务相同或相类似的其他货品或服务而使用与该商标相类似的标志；及(b) 就该等其他货品或服务而使用该标志相当可能会令公众产生混淆，则该人即属侵犯该注册商标。

《商标条例》说得非常清楚，在判断某个商标是否侵权，要考虑两个因素：第一，如果任何人使用与注册标志相同或类似的标志(mark)，那其就是侵权；第二，如果任何人使用的标志是可能会令公众对注册商标产生混淆的，这也构成侵权。

在 China National Gold 一案中，被告人使用的商标是“中国黄金(香港)”，这与原告人的注册商标“中国黄金”十分类似。虽然被告人的商标中多了“香港”二字，但是法官认为这种差异不足以区分两个商标，因此判断被告人的标志与原告人的商标类似，从而侵犯了原告人的商标。同时，因为两个商标的类似导致了原告人的商标容易被被告人的商标混淆。在 Julius Samaan Ltd v Tetrosyl Ltd [2000] MCR 42 的案例中，法庭列出了 10 个法庭应考虑的因素，来决定原告人的

商标是否有被被告人的商标混淆的情况出现。在这 10 个应考虑的因素中,都离不开一个宗旨,就是在消费者眼中,有没有把两个商标相互混淆。

在 *Sabel BV v Puma AG* [1998] ETMR 1 的案例中,法庭解释了何为消费者。消费者是任何一个普通人,而法庭认为一个普通消费者是对市场有合理的认知及充足的信息。法庭也认为一个普通消费者是有合理或正常的观察力。所以,如果某个消费者对市场是无知的,或从来都不知天下事的,那么在法庭的眼中其就不会是一个普通的消费者。在 *Sabel* 中,法庭同时说明了何为“混淆”,即在决定一个商标与另一个商标是否容易被混淆时,法庭要有一个宏观的看法,而这个看法要具有全球性。此外,法庭也应考虑到所有相关的因素。*Sabel* 也说明了在法庭眼中,一个普通消费者是会将一个标志完整地理解,而不会拆开一个标志而去理解该标志中的每一个元素。*Sabel* 还建立了另外一个重要的原则,那就是什么时候才构成混淆。在 *Sabel* 中,法庭阐明了如果当一个消费者看见被告人的标志时,仅想起原告人的商标,这不构成混淆。混淆只会发生在当消费者误以为被告人的标志与原告人的商标是有关系的,或误以为被告人的标志等同于原告人的标志。

总而言之,法庭决定被告人的标志是否侵权,是在于两个标志是否有混淆,而混淆与否在于以下几点:

1、法庭会考虑所有有关的因素,而法庭也会是全球性和宏观性的去考虑这些因素。

2、在众多的因素之中,消费者对标志的理解极为重要。而消费者是一个对市场有合理理解和拥有合理市场信息的正常消费者。

3、如果当消费者见到被告人的标志时仅会想起 (mere association) 原告人的商标,这不等于消费者混淆了这两个商标。所以,如果消费者清楚明白这两个商标的区别,而只不过当见到被告人的商标时想起原告人的商标,这不会构成混淆。

4、混淆只会形成当一个消费者见到被告人的标志时,误以为被告人的产品和原告人的产品是有关连或消费者误以为被告人的商标等同于原告人的商标,亦即是误以为两个商标为同一个商标。

由此可见,要保护自己的商标,就一定要注册,这样可以确保任何与注册者类似或相同的标志都不能在市场上出现。就算有,注册者亦能通过法律途径向侵权者索赔。况且,法律保护的层面很广,只要消费者混淆了注册者的商标或任何一个标志,那么法律一定会给予其保护。所以,我们不可以忘记在这千变万化的市场中,消费者就是靠商标去辨认各公司和产品的,所以商标的注册是非常重要的。

以上讨论了商标注册的重要性和何为商标侵权。但以上所提及的情况的重点都在于商标注册与否。在以下这部分笔者会探讨在没有注册的情况下法庭将怎样处理商标的争论。

一般的例子是,就算一个先商标持有人(前者)未能注册其商标,而另一个商标持有人(后者)却注册了相同或类似的商标。在法律上,这不代表前者失去了他的商标使用权。如果能证明先商标持有人的商标已建立了一定的认受性,那么任何后注册或已注册的商标也可以从注册表里被剔除。

在《商标条例》的第 53 条第(5)款和第(8)款是这说的:

第(5)款明确:除第(6)款及第(7)款另有规定外,商标的注册也可基于以下理由而宣布为无效:(a)已有一个在先商标,而第 12 条第(1)款、第(2)款或第(3)款(拒绝注册的相对理由)所列的条件仅该在先商标适用;或(b)已有一项在先权利,而第 12 条第(4)款或第(5)款(拒绝注册的相对理由)所列的条件已于该在先权利相符合。

第(8)款明确:如商标是就某些货品或服务注册,而注册无效的理由只就该等货品或服务中的某部分货品或服务而存在,则该商标须只限于就该部分货品或服务而宣布为无效。

《商标条例》第 12 条第(4)款和第(5)款也解释了在什么情况下商标是不得注册的。说穿了,那个大原则就是,如果先商标是被判断为驰名商标,那么在没有适当因由的情况下,使用该在后商标,会对该在先商标的显著特性或声誉构成不公平的利用,可能造成其损害,那么该在后商标不得注册,或在上述构成不公平利用或造成损害的范围内不得注册。

所以重点在于:什么是驰名商标?而这个问题在 *Ping An Securities Limited v 中国平安保险(集团)股份有限公司* (2009) 12 HKCFAR 808 的案例中找到了答案。在 *Ping An Securities Limited* 一案中,终审法院要判决的,只有一个论点,就是原告人能否证明其商标已经在这个国家或地区建立了一个广为人知的商誉。在 *Ping An Securities Limited* 的案例中,法庭引用了知名的英国案例 *Reckitt & Colman Products Limited v. the Borden* [1990] RPC 341, 406 去例举法庭判断商标是否是一个驰名商标应该要考虑的三个因素:

1、原告人必须建立附着在商品或服务的商誉或声誉,从而令消费者在看见该产品时就能联想到那个商标从而获取公众的特别印象。

2、原告人要证明被告人有意或无意地误导了消费者,令消费者误以为被告人的商品或服务等同于原告人。

3、原告人要证明因为消费者对被告人的误会,令原告人承受或将会承受之损失。

当原告人能符合和成功地证明以上三个要素,那么原告人的商标就会得到保护,尽管其商标并没有注册。重点是在于那个商标是否在一个地区或国家里驰名,如果是的话,那么很有可能这个商标已经受到了保护。

笔者尝试展现如何能有效地保护自己的商标,也解释了何为侵权以及分析了一个商标在没有注册的情况下而衍生的问题。这一切就是要让读者更加清楚地明白香港对这方面的法律规定。相信这对中国内地与香港企业将来的合作有着莫大的帮助。●

视角 ●文/周巍

以 GSKCI 案 谈我国跨国公司商业贿赂的治理

近年来，我国商业贿赂事件屡见不鲜，愈演愈烈，“GSKCI 中国案”是继“IBM”、“朗讯案”、“德普案”、“西门子案”等又一起跨国公司行贿案。这些事件的相继曝光将跨国公司在华商业贿赂行为推向了舆论的风口浪尖，引发人们对我国反商业贿赂的思考。

一、GSKCI 在华行贿的案情回顾

2013 年 6 月 28 日，长沙警方表示葛兰素史克有高管涉嫌经济犯罪而被当地公安机关调查。7 月 11 日，公安部发布通报称：GSKCI 部分高管涉嫌严重经济犯罪，被湖南长沙、上海、河南郑州等地公安机关依法立案侦查。

根据侦查机关查明的信息：2009 年 1 月，犯罪嫌疑人马克锐就任犯罪嫌疑单位 GSKCI 处方药事业部总经理后，为了完成 GSKCI 总部下达的高额销售增长指标，在犯罪嫌疑人张国维等人的支持下，全面倡导“以销售产品为导向”的经营理念，强调“没有费用，就没有销量”的销售手段，先后组建和扩充了多个销售部门，将贿赂成本预先摊入药品成本，并组织各部门在虚高药价的条件下，通过大肆贿赂医院、医生、医疗机构、医药相关协会组织等医药销售相关部门及其所属人员来推销药品，牟取非法所得数十亿元。

2014 年 5 月 14 日，湖南省长沙市公安局发布消息，历经 10 个多月的侦办，葛兰素史克（中国）投资有限公司

（以下简称 GSKCI）涉嫌对非国家工作人员行贿、单位行贿、对单位行贿等案已侦查终结，于日前依法移送检察机关审查起诉。

二、简析 GSKCI 在华行贿的根源

跨国公司在投资母国遵守自由、公平的市场竞争规则，鲜有商业贿赂事件的披露，却在进入投资东道国中国市场之后就无视自由、公平的市场竞争规则，转而成为行贿主体。造成此现象的原因，除了中国市场的巨大利润的诱惑，还有就是投资母国与中国有关商业贿赂的法律惩罚力度不同，以及中国经济制度不完善和对跨国公司的“追捧”。本文以 GSKCI 中国在华行贿为例，探究其行贿的根源主要以下几方面：

（一）中国市场巨大利益的驱动

马克思在《资本论》中写到：“一旦有适当的利润，资本就胆大起来。如果有百分之十的利润，它就保证被到处使用；有百分之二十的利润，它就活跃起来；有百分之五十的利润，它就铤而走险；为了百分之一百的利润，它就敢践踏一切人间法律；有百分之三百的利润，它就敢犯任何罪行，甚至冒绞首的危险。”

众所周知，中国庞大的老龄化人口、高速经济增长以及中国政府改善医疗卫生服务的决心，使得中国早已成为西方企业眼中极具吸引力的市场。面对中国巨大的市场和利润空间，GSKCI 难以在中国式商业形态下独善其身，而贿赂自然成为其打开商业大门的一把钥匙。葛



周巍：上海大邦律师事务所律师

兰素史克进入中国市场之后，不仅与中国企业竞争，还要与其他跨国公司争夺中国市场的份额。如此严峻的竞争形势，GSKCI 中国要在商业道德与高额利润之间进行选择，在当人们面临多个行为选择时，会将各种行为所可能产生的利益增减进行综合评估，然后选择能带来最大利益的行为。行贿带来的超额利润是 GSKCI 中国选择行贿的驱动力。通过贿赂销售，GSKCI 的主营业务收入实现了逐年攀升，从 2009 年的 39 亿余元，增长至 2012 年的 69 亿余元。

（二）法律的滞后性

我国反商业贿赂的法律法规主要有《反不正当竞争法》（1993 年颁布）和国家工商总局的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》（1996 年颁布）、《中华人民共和国刑法》等。我国《反不正当竞争法》制定后近 20 年没有修改，不再适应当前经济发展的实际需要，难以有效惩治商业贿赂，同时令实际执法工作出

现混淆与分歧。法律的滞后性再加上商业贿赂的花样繁多,使得按照现有法律操作的难度很大。

与美国、英国等发达国家相比,我国法律体系中有关国内的《反商业贿赂法》和《反腐败法》等专门法律还没有出台,我国的《海外反腐败法》也就无从说起。但是 2011 年的《刑法修正案(八)》及同年的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)的补充规定》对进一步打击针对外国公职人员、国际公共组织官员的行贿行为均作出了规定。可以看出,我国通过借鉴国外的经验,在治理商业贿赂领域的立法上作出调整,以适应发展的需求,但仍有进步的空间。

随着社会的发展,对于构成商业贿赂的行为,我国法律的处罚力度与其他国家相比则有待加强,尤其是经济上的制裁。例如,我国《反不正当竞争法》中对于行政处罚款的上限为人民币 20 万元。但是,美国《反海外腐败法》规定:对行贿的公司可以处以 200 万美元或者行贿所得 2 倍的刑事罚金,自然人则会被处以最高 10 万美元的罚金;对行贿者提起民事诉讼时最高处以 1 万美元的民事罚款(提起诉讼时法院可以追加罚款,追加罚款的最高限额为违法所得总额,当违法情况严重时限额为自然人 5000 美元至 10 万美元,对其他法人则是 5 万美元至 50 万美元)。德国西门子公司就是因为在全球各地也包括在中国的行贿犯罪而受到了美国高达 16 亿美元的“天价”罚款。由于中国在治理商业贿赂上的经济制裁力度不够,从而造成跨国公司包括本国企业商业贿赂违法的成本低廉,而 GSKCI 如果在美国涉案则单罚款一项就将使其一蹶不振。

(三) 跨国公司的特权待遇

目前中国为吸引外资,努力优化营商环境,开放优惠政策。特别是许多对

GDP 如饥似渴的地方政府,它们需要跨国公司的投资,需要跨国公司来这里发展经济,带来就业,为了招商引资,通常情况下都会给予跨国公司特权待遇。因而,在政策方面跨国公司在华投资可享受超国民待遇,享受了内资企业享受不到的各种优惠政策。并且地方政府通常都会放松对跨国公司的监管,给予它们自由的发展氛围,并且跨国公司的行贿对象多半也是政府官员等,这就造成政府机关对跨国公司的违规行为放任不管,保持沉默,变相助长了跨国公司在华违规经营的嚣张气焰。

GSKCI 就是利用中国政府的法制和监管漏洞,构筑了一个庞大繁杂的灰色利益链条。一些利益链上的内部人士还在警方前期调查中通风报信,将公安调查的消息泄露出来,使警方的行动多次无功而返。

经商必须诚信守法,而信誉度极高的跨国公司在华屡屡表现出相反的一面,多家跨国公司在华行贿、违法经营等,这都是给政府部门的警示。政府在吸引投资、给予优惠待遇的同时,要加强企业监管,严厉打击不正当的竞争行为。

(四) 垄断行业驱动商业贿赂

2006 年“朗讯案”曝光之后,我国开始大力整治商业贿赂行为,并提出了商业贿赂的 6 个重点整治领域,即工程建设、土地出让、产权交易、医药购销、政府采购以及资源开发和经销等六大领域的商业贿赂行为。这六大领域是商业贿赂的“重灾区”,同时是政府严格管制的行业。跨国公司通过商业贿赂可以顺利地绕过政策壁垒而迅速获得准入权,从而进入这些暴利垄断行业,对于急于开拓中国市场的跨国公司而言这是通向超额利润的钥匙。

在我国垄断行业和政府严格管制的行业中,从业人员手中所掌控的垄断

性资源太多,而跨国公司乃至本国企业急于获得这些资源,在权力与企业频繁接触的过程中商业贿赂就应运而生。如医药行业,我国政府为医药行业选择了一种独一无二的融资模式,即通过高药价来补贴医疗。据介绍,GSKCI 在中国销售的药品大多冠以海外原研药的名义,在药品进口前通过转移定价的方式,增高药品报关的价格,在将巨额利润预提在境外的基础上,设定高额销售成本用于支撑贿赂资金。GSKCI 药品的价格远高于在其他国家的价格,最高的可达到其他国家的 7 倍。通过贿赂销售,GSKCI 的主营业务收入实现了逐年攀升,从 2009 年的 39 亿余元,增长至 2012 年的 69 亿余元。GSKCI 的高额业绩完美诠释了垄断行业加上商业贿赂就等于超额利润这一定律。

三、我国跨国公司商业贿赂治理的完善

商业贿赂是市场经济的顽疾,在发展市场经济的同时商业贿赂事件也会随之发生。相比西方国家,我国对商业贿赂行为的理论研究和法律规制起步较晚,因此在完善我国商业贿赂的治理策略时要充分借鉴国外的先进经验。结合文中上述跨国公司在华商业贿赂的根源,在我国跨国公司商业贿赂治理方面,有以下几点建议:

(一) 健全和建立企业内部合规机制

反思 GSKCI 事件可得出,只有规范企业伦理机制并将其转化为详细的企业内部合规机制,跨国企业才能从内部防止商业腐败的滋生,才能在超额利润面前遵守商业道德,正当地开展市场竞争活动。

合规,其广义上泛指企业应当遵守的各种法律法规和监管规定,对于跨国企业而言,既包括母公司所在国的法律

法规,又包括营业地所在国当地的法律法规。狭义上的合规主要指公司反商业贿赂方面的责任。

建立企业内部合规机制至少应该要包含企业行为准则以及公司内控制度(主要指财务审计制度)。企业行为准则至少要包含对招待和礼品的规定、对本企业组织的活动的规定、对第三方组织的活动的规定、对聘请顾问提供顾问服务的规定、有关公司提供资助与捐赠的规定、对第三方合作伙伴的规定、有关与政府官员往来互动的规定,以及企业内部的举报的规定。财务审计制度上,企业必须确保其账簿和记录能够准确地反映其商业交易的真实性质。企业账簿和记录不仅包括总账、试算平衡表、年度预算、开支、应付账款以及支出,还包括报销表格和报告及与任何此类支付相关的支持文件。

企业应每年对其董事、高级管理人员、普通员工进行上述合规制度的系统培训,对于新进人员,应尽快组织开展合规培训。企业开展反商业贿赂行为重在预防,从源头上减少商业贿赂发生的可能,这就必然反映在促进企业的内部治理上。

(二) 完善我国反商业贿赂的法律法规

随着市场经济的发展,市场竞争越加激烈,商业贿赂行为层出不穷、花样百出,然而《反不正当竞争法》却仍未经修订,陈旧的法律难以满足当下经济社会的需要。

我国明示禁止商业贿赂行为的规定是在《反不正当竞争法》第8条,但遗漏商业贿赂的定义。我国第一次在立法上正式采用“商业贿赂”的术语表达,是出现在1996年11月的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》中,本规定所称商业贿赂是指经营者为销售或者购买商品而采用财物或者其他手段贿赂对方单位

或者个人的行为。1996年规定的商业贿赂的定义至今没有修改,陈旧的定义已经无法包含如今复杂的商业贿赂。例如,现代市场经济不仅包括销售或购买商品,随着第三产业的不断发展,经济活动主体也在销售或购买服务。此外,商业信息也有可能成为竞争资源,如公司为获取交易机会向相关人员购买商业情报。因为商业贿赂的主体仅仅涉及交易双方,所以定义无法涵盖相关第三人。我国法律上的商业贿赂中的贿赂仅指代“财产性利益”,但它已经不能满足惩治贿赂犯罪的需求,贿赂应泛指任何利益。我国法律可以参考《美国联邦贿赂法》中对贿赂所作的定义,使任何有价值物都可以成为贿赂的内容。

完善商业贿赂主体的范围和内涵对于有效打击商业贿赂行为具有重要意义。我国法律设定的主体资格是经营者,立法者在认定商业贿赂时是以主体要件为核心的,而在执法实践中却强调行为要件为账外暗中,弱化了主体要件。立法与执法发生偏差主要是立法在主体认定的外延缺漏和内涵矛盾。我国的反商业贿赂的执法已经开始异化成了一个财务审查的过程,然而一旦违法行为人利用财务制度上的设计把贿赂金额如实入账,那么工商部门的处罚依据自然不攻自破。商业贿赂的认定要件以及认定问题关键在于修改《反不正当竞争法》,只有执法与立法相统一,才能更好地查处商业贿赂。

此外,我国行政处罚的力度不够,其中最高的罚金20万元不符合“过罚相当”的原则,因为通过商业贿赂取得的巨大利润可以覆盖罚金,从而对企业没有威慑力。

从我国当前的立法实际出发,在商业贿赂法律规制上应首先完善《反不正当竞争法》中关于商业贿赂的规定,使我国的《反不正当竞争法》尽快符合现

代经济社会的发展。

(三) 加强商业贿赂领域的执法

跨国公司在华行贿事件频频曝光,可除此次GSKCI中国事件是由中国执法部门披露并展开调查外,在此之前绝大部分的跨国公司在华行贿事件的披露方为美国等国外反腐机构。我国法律规定的商业贿赂的调查机关为工商部门,在涉案金额达到立案审查时将案件移转司法部门。当前我国有商业贿赂的查处,重心在国家工作人员受贿方面,即重受贿而轻行贿。因而,需要建立查处商业贿赂的协作机制。要进一步理顺工作关系,加强纪检、工商、司法、检察、公安、质检等部门之间的协调配合和沟通联系,建立信息通报、线索移送、案件协查机制,明确案件移送的标准及责任,做到各司其职、各尽其责,形成齐抓共管的态势。只有执法链条环环相扣,衔接完整,在反商业贿赂过程中不存在执法盲点,才可能全面清查跨国公司的商业贿赂事件,从而对跨国公司以及本土企业产生威慑力。

为了我国更好地监管商业贿赂行为,执法部门要鼓励并充分利用舆论监督,还要鼓励主动曝光。通过鼓励贿赂涉案人坦白“自首”来处理商业贿赂问题,不仅可以提高执法机关的案件侦破率,也将增强执法的震慑力,有助于遏制商业贿赂行为不断蔓延的趋势。

治理商业贿赂不可能一蹴而就,而是一个持久的过程。要通过建立企业内部的合规机制,在根源上预防商业贿赂,在企业内部抑制商业贿赂风气的形成。要尽快修订《反不正当竞争法》,不断完善有关商业贿赂的法律法规,消除法律盲点,增强我国法律的威慑力与严峻性,加大执法的力度,从而令企业不敢实施商业贿赂的行为。●

每位法官的共同义务在于：对简单案件的存疑，对普遍公理的质疑，对既往先例的谦抑，以及不受现实环境约束，勇敢挑战权威的勇气。

——前美国最高法院大法官 戴维·苏特

近日，随着历时八年的念斌案尘埃落定，公众再次将目光投向这位本来平凡无奇的年轻人。笔者想象，福建省高院的无罪宣告对念斌而言，一定是个哭笑不得的结果。因为，这份判决，意味着一个无罪之人，失去了人生中最宝贵的八年。

随之而来的热烈讨论则完全可以预料。人们对此各抒己见，褒贬不一。有人认为念斌案将成为疑罪从无的标本，也有人认为本案是将假案包装成疑案，为诬告陷害者遮羞；有人认为应当为坚守

成了“疑罪从无”生根发芽的法治土壤，决定疑罪从无原则的司法适用是否顺畅，进而决定着千千万万个如念斌案一样的个案的走向。

由此观之，笔者认为念斌案的标本意义是不可否认的。在没有确凿证据证明本案的侦查活动确有造假情形的前提下，笔者姑且认为本案就是地地道道的疑案（请允许笔者对此也坚持“疑罪从无”），那么，本案无疑将再次向世人宣告：疑罪即无罪，疑罪不从无，就是制造冤案！诚如平潭法院的法官朋友所言，我

上，此案的意义，恰恰在于其常识性内容与普法价值。

一、法律追求真相吗？

对于念斌案，公众的疑虑之一是：如果念斌没有杀人，那么杀人者是谁？难道真凶就这样逍遥法外了吗？解答这个疑虑还需从法律的价值追求说起。

有一句话十分恰当地描述了司法过程：“心中充满正义，目光往返于规范与事实之间。”这句话的精妙之处在于其将司法所追求的目标与手段的关系

时 评

●文 / 王思维

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

念斌案的普法意义——

疑罪不从无就是冤案

底线的“体制内健康力量”叫好，也有人认为四上四下、四生四死的曲折诉讼过程足以抹煞一份无罪判决所带来的荣耀。尤为引人注目的是一位来自案发地司法机关——平潭法院的法官的观点，其认为“疑罪从无并不等于冤案”，疑罪从无疑仅是法律上的无罪、证据上的无罪，真相如何不得而知。换句话说，不排除念斌就是真凶的可能。该文同时称：“在国外，明知他犯了罪，但却找不到证据证明而当庭释放的案件很多，律政剧中也很多，大家习以为常；但在中国人的观念中，这样的情形我们还是难以接受的。”在笔者看来，这位法官朋友的观点颇具代表性，甚至可以说念斌案之所以历尽曲折，最终才换来今天的结果，其根源皆在于此。我国的法律文化是否养

国的法治氛围依然十分薄弱，传统文化中“有恶必报”的善恶因果观依然根深蒂固。在这种现实土壤中，“疑罪从无”原则必然水土不服。同时，即便在相对专业的司法领域，我国长期以来坚持的以打击犯罪、社会控制为导向的单一刑事诉讼价值观，也在一定程度上排斥了“疑罪从无”原则的生存。从这个角度看，念斌案及此前已爆出的许多类似案件的发生亦有其必然性。在“疑罪从无”无法生根发芽的司法环境中，司法者将有罪证据和无罪证据放在天平的两端左右衡量，并且选择其中较重的一个作为判决结果，将成为刑事司法的当然逻辑。并且，这种在律师人看来十分荒谬的逻辑甚至还具有较高的公众接受度。因此，审视念斌案，大可不必升华得太过高大

勾勒得绘声绘色。“心中充满正义”说的是司法的价值追求，而“规范”与“事实”，则是实现价值的手段。司法的内在逻辑在于，以良法为前提，将事实与规范对照，所得出的结论即是正义。因此，法律所追求的并非真相，而是正义。

问题在于，如果法律不追求真相，那么拿什么与规范对照？若援引的事实是虚假的，结论依然是正义吗？对此问题，法律也有自己的道理。往事如烟，事实一经发生，客观上即无法还原。因此，一味追求客观真相显然属于强人所难。在法律领域，有着“法律事实”与“客观事实”的区分，客观事实即所谓的“真相”，而法律事实，即“被证据所证明的事实”，真相无法还原，但通过证据的证明，可以无限地接近。同时，通过为不同类型案件设置不同的

证据规则,法律为“法律事实”的认定制定了严格的标准,从而保证了“法律事实”的证明过程是向接近真相的方向发展,而非与真相背道而驰。例如,在刑事司法领域,“非法证据排除规则”就可以防止以刑讯逼供等非法手段取得的证据影响法律事实的认定。

因此,通过念斌案,笔者希望阐释的第一个常识是:法律并不追求真相,其所追求的是“法律事实”,法律事实是证据证明的事实,它不是真相,但接近真相。

二、正义是相对的

但是,问题依然没有解决,如果没有真相,正义如何得以实现?真凶都查不到,难道这就是法律所追求的正义?

没错,朴素的善恶观告诉我们,善有善报、恶有恶报,善恶报应是最基本的正义。当真相都无从知晓,善恶又从何判断,正义又怎能实现?

早年,笔者去某监狱参观,见到狱墙上赫然写着两行大字:“绝不冤枉一个好人,绝不放过一个坏人。”多年以后的今天,笔者再回想起这两句话,心中早已没有当年的大义凛然之感,却联想到理想之虚幻与现实之冷酷。法律中有“应然”与“实然”之别。简单地说,所谓应然,就是“应该是这样”,而实然,即“实际是这样”(请原谅笔者粗陋的法哲学素养)。应然是理想状态,实然是现实状态;应然是最优追求,实然是次优追求。联系前文,“绝不冤枉一个好人,绝不放过一个坏人”显然是应然。那么,实然呢?仔细分析,对上述应然状态的追求,其实有其内在的逻辑矛盾。就如上文所说,我们必须承认真相无法完全还原这一客观实际,在真相缺失的情况下,如果我们坚持追求“绝不冤枉一个好人,绝不放过一个坏人”,就极有可

能导致急功近利者炮制假象以代替真相,捏造出一个不冤枉好人、不放过坏人的“理想国”。毫无疑问,“绝不冤枉一个好人,绝不放过一个坏人”是理想的,是最优的,而当最优无法实现时,任何一个理性人的选择都是追求次优。

因此,如果说绝对正义就是应然状态下的“不冤枉一个好人,绝不放过一个坏人”,则法律只能追求相对正义。至此,新的问题便出现了:在冤枉好人和放过坏人之间(注:以好人和坏人来指代无罪者和有罪人确有不妥,但姑且言之),法律该如何抉择?或者说,冤枉一个好人 and 放过一个坏人,哪一个会给社会带来更大的恶果?培根说:“一次不公正的判决,其恶果相当于十次犯罪”,此言不虚!放过一个坏人,其恶果可能仅及于被害人,况且在制度优良的社会中,即便某一犯罪人被放纵,其再犯的可能性也不应过分被夸大。而冤枉一个好人,则会导致公众安全感丧志,司法公信力无存,法律预测与指引作用无从发挥及社会法治信仰的沦丧。千里之堤毁于蚁穴,一次错判尚不为过,众恶相叠,则可能导致法统的制度性崩塌。因此,在此二者的选择面前,法律的立场是坚定地。刑事司法领域早已确立“排除一切合理怀疑”的有罪证明标准。也就是说,要证明一个人有罪,必须做到“事实清楚、证据确实充分”,任何证明其有一丝一毫无罪可能的证据,都将导致其最终被判决无罪的结果。显然,二者之间,法律选择了绝不冤枉一个好人!

至此,笔者阐述的第二个常识是:正义是相对的。有时,放纵一个坏人,恰恰是我们为了追求正义所不得不付出的小小代价。

三、刑罚之恶

从念斌案的判决书及其他已经披

露的相关信息看,念斌案确实无需经历漫长的八年才可得宣告无罪。而究其原因,我想人们对刑罚的依赖和报复的追求,是不可回避的原因之一。

犯罪的后果是刑罚。刑罚之源头是人类原始的报复观念。在漫长的人类史中,“以牙还牙、以眼还眼”的报复观长期占据着刑罚观的主流。但是,我们必须意识到,刑罚本身亦是一种恶。因为,我们运用刑罚,剥夺他人的财产、自由甚至生命,而这些权利,恰恰是人之为人的根本所在。二百年前,贝卡利亚在《论犯罪与刑罚》中即阐述到:“滥施极刑从来没有使人改恶从善。这促使我去研究,在一个组织优良的社会里,死刑是否真的有意和公正。人们可以凭借怎样的权利来杀死自己的同类呢?”如果将贝卡利亚的论述推演开来,对于任何一种刑罚,其威慑作用都是十分有限的。对任何一种犯罪的打击,也从来不会使这类犯罪消灭。难道,人们适用刑罚的意义,仅仅是为了打击甚至摧残犯罪者吗?

刑罚的魅力在于:正义的人总是试图借此弘扬正义,而邪恶之徒也同样希望用其显示邪恶,并且为其披上正义的外衣。必须正视,刑罚天生具有恶的一面,同时,亦有被滥用而使这种恶更加放大的可能。因此,报复刑罚观必须摒弃。我们需要重新思考:刑罚的适用,究竟是为了什么?

至此,笔者希望阐述的第三个常识是:刑罚不是为了摧残犯罪者,也不可能消除犯罪本身。刑罚的目的不是报复而是教化,其程度只要足以防止犯罪者再犯即可。因此,刑罚应该尽量轻缓,尽量宽和!

四、疑罪不从无就是冤案

说了这么多,法律为何选择疑罪从

新锐手记 ●文 / 许郁伶

栏目组稿人: 谭芳 lawyer66@vip.163.com

青年律师眼中的 律师形象

无已经毋庸赘言。笔者终于可以回应平潭法院这位法官朋友的观点了: 疑罪从无不等于冤案吗?

首先, 念斌案并非疑罪从无的典型, 而是疑罪不从无的典型。在漫长的诉讼中, 该案的基本证据没有变化, 辩护人的辩护观点也从本案第一次开庭审理时即已明确。在此情形下, 如果在四次死刑宣告、四次不核准死刑后的无罪宣告被视为疑罪从无, 则此前的每一次判决或裁定, 均是疑罪不从无的典型。

其次, 疑罪与无罪具有同样的法律意义。所谓“疑罪”, 就是证据不充分之“罪”(此时不应称为“罪”, 因此, 笔者一直认为该项原则称为“罪疑从无”更为妥当), 或者说是既无充分证据证明有罪, 也无充分证据证明无罪。前文已述, 法律判断依据的是法律事实, 而法律事实需要证据予以证明。刑事司法的证明标准是“排除一切合理怀疑”, 即只要有一丝一毫无罪的可能, 在法律判断中即是百分之百的无罪。因此, 无证据证明有罪的“疑罪”, 按照刑事司法的证明标准, 与“无罪”没有任何不同。那么, 若将明知是无罪的人判决为有罪属典型的冤案, 将明知是疑罪的人判决成有罪又何尝不冤?

至此, 笔者希望阐述的最后一个常识是: 疑罪不从无就是冤案!

结 语

培根说: “对于一切事物, 尤其是最艰难的事物, 人们不应期望播种与收获同时进行, 为了使他们逐渐成熟, 必须有一个培育的过程。” 笔者希望, 念斌案, 就是这过程中的一抔黑土, 一汪清水, 一缕阳光。●

(作者单位: 上海博和律师事务所)

4 年前, 我进入律师事务所成为了一名实习律师, 今天我依然从事着自己理想的职业。回顾自己的蹒跚学步之路, 前进的步伐伴随着不断总结的经验和教训渐行渐稳。今天我要谈一谈在这 4 年里我所遇到过的形形色色的律师形象。

说起律师给人的印象, 不得不从我成为一名律师之前从别人口中听说的律师说起, “律师打官司都是靠关系”、“律师打官司随便说几句话, 就收费那么贵”、“律师的那张嘴能把黑的说成白的”、“不打官司, 请律师有什么用”……这与 80 后的我们从港剧、美剧看到的律师形象相距甚远。究竟真实的中国律师、上海律师是怎样的? 还是要从我真正踏入律师圈开始, 才略窥一斑。

勤勉尽责的专业形象

首先, 律师的勤勉尽责体现在对本职工作的钻研和兢兢业业。

律师的业务类型分为诉讼和非诉讼两类法律事务。一方面, 律师在从事诉讼业务时, 一个案件所涉及的工作非常复杂, 从接待咨询、案情分析、办理委托手续、准备起诉或应诉、办案调查、参加庭审, 到与当事人沟通、文书制作、证据搜集、检索法规、档案管理等等, 其中涉及到的每一个环节都需要律师用专业的精神来认真对待。这几年来, 就我所共事过以及结交的青年律师而言, 他



许郁伶: 上海普世律师事务所律师

们在准备诉讼案件的案头工作时, 无不体现业精于勤的道理。因为律师的工作不仅需要在法庭上的慷慨激昂, 更多的依赖于耐心、严谨、细致的案头工作。法庭上看似顺理成章、沉着冷静的应对, 其实是在开庭之前经过反复推敲、精心准备而成的。一个成功的诉讼案件, 其实背后需要付出很多很多, 需要考虑案件的方方面面, 包括事实部分、法律部分、程序部分, 每一个环节都可能找到赢得诉讼的关键, 每一个细节也都可能成为阿喀琉斯之踵。渐渐地, 青年律师开始学会了承受工作的压力, 而每个青年律师的成长与进步, 无一不是经过挑灯夜战、反复推敲的打磨与锤炼的过程; 另一方面, 律师在从事非诉讼业务时, 由于此类业务的特殊性, 诸如日常法律咨询、合同的审查等工作, 客户并不一定会直观地感受到律师的工作成果, 而这这就需要律师更多地提供法律



服务的过程中体现出勤勉尽责的态度。比如,我接触过很多律师在审查合同的时候,都会与委托单位的经办人员采用电话、网络、面对面的方式直接沟通,了解相关合同的目的和业务需求后,有针对性地为客户的角度考虑合同的合法性、合理性。有些律师修改过的合同,不仅有合同文本的增删内容的修订格式,而且还有对本合同审查了哪些方面、主要有哪些问题、是否可以签订、需要补充的重要条款以及履行过程需要注意的地方进行逐一提示,并形成严谨的书面意见予以回复。客户在收到这样的合同修改意见后,对律师做了哪些工作就一目了然了,并且对律师审查的结果也非常满意,企业也能有针对性地采纳与决定。

其次,律师的勤勉尽责体现在不断学习法律专业的知识和其他领域的知识,以及适时进行学历深造。办案之余,青年律师对于新出台的法律法规、司法解释的学习,以及为了与客户(尤其是企业客户)更顺畅的交流,对于客户所在领域的专业知识的学习,从来不曾间断过。很多律师都是放弃周末休息的时间参加各类的培训学习。

再次,律师的勤勉尽责体现在执业领域的专业分工上。自我国1979年恢复律师制度以来的35年来,律师的专业形象已经不仅仅体现在解决法律问题的专家层面上,而是越来越多地上升到律师专业化的层面,即法律服务领域的专业化。尤其是在上海等大城市执业的律师,在条件允许的情况下,律师专业化是律师对自身发展的需求,同样也对提升法律服务质量起着极其重要的作用。沪上有很多在自己的执业领域已有所建树的律师,或形成自己的专业化法律服务品牌,或组建了专业化的法律服务团队。他们在专业化的发展道路上,专注于某一领域,广泛积累经验,形

成以自己的专业化服务吸引优质客户,而为优质客户服务的经验又不断提升自己的专业化服务的良性循环。而这一切在青年律师的眼里,又与律师的勤勉尽责、忘我投入是分不开的。

由此可见,律师的专业形象并不仅是停留在表面的西装革履,更多的是从修炼好律师的内功、外功,以此来展现律师良好的专业形象。

服务社会的积极形象

霍姆斯曾经提出:“法律的生命不在于逻辑,而在于经验。”律师也只有通过服务社会获得经验,才能建立起良好的社会地位。

首先,律师通过服务社会获取丰富的法律经验和社会经验。翻阅很多有着二十年执业经验的律师的个人经历,他们往往都会提到自己长期坚持参加各种义务法律咨询、法律宣讲、社会公益活动等等,看似这些经历并不能为执业律师带来直接的收益,但是这些社会活动不断提升了律师的沟通能力,增加了其社会经验,无形中丰富了律师的从业经验。

其次,律师通过服务社会获得社会的认可。律师作为专业人士参政、议政的比例大大增加。经查,目前担任市、区两级律师人大代表和政协委员的总数已达152人,占到律师总人数的1%,律师以专业的视角和观点提交议案、书面意见、提案等,大大提升了律师的社会

地位,也能获得社会的认可。

内外兼修的诚信形象

律师是很多人梦想憧憬的职业,是部分人踏足又因各种无奈而放弃的职业,也是很多人正摩拳擦掌、准备投入的职业。近期连续播出的两档关于律师题材的国产电视剧,引来无数外行看热闹,内行看门道。我认为律师之所以在社会中有着褒贬不一的评价和印象,很大一部分原因在于律师个人的从业素质,其中诚信是关键。律师是一个与人打交道的职业,有些客户愿意追随一个律师十多年,有些律师的客户是以前办案过程中认识的对方当事人,有些客户逐渐与律师成为私交甚好的朋友,这样的事例不绝于耳。从这些律师的身上普遍可以发现一个共同的特质——诚实守信、为人信赖。可见,律师的诚信应当“内诚于心,外信于人”。

综上,我认为律师的形象不仅需要律师协会等组织在社会上的宣传,更需要靠律师个人在执业过程中不断树立良好的形象,把握每一次的服务机会,充分展现自我,让每一个接触律师的当事人、企业都对律师有更多、更充分的了解。

“眼界决定境界,思路决定出路,定位决定地位。”以此与我们这一代青年律师在面对未来的成长发展之路共勉。



专题研究





洪亮：市律协国资国企业务
研究委员会主任

●文/洪亮

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

上海国资国企改革 20 条要点简析

十八大三中全会审议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出，要积极发展混合所有制、完善国有资产管理体制，从“管企业”转变为“管资本”，组建国有资本运营公司，国企分类管理、提高资本收益上缴比例等内容，可谓是全面深化企业改革的一次总部署，拉开了国企改革的新篇章，也为地方国资改革奠定了基调。在市场化改革大旗下，各具特色的地方国资改革陆续展开。

2013 年 12 月 17 日，上海市率先发布了《关于进一步深化上海国资改革、促进企业发展的意见》（即上海国资国企改革 20 条，以下简称《意见》），其内容可以概括为：一个方法：国资改革带动国企改革；两个提高：提高竞争力、提高活力；三个导向：市场化、产业化、国际化；四个重点：分类监管、法人治理结构、长效激励约束机制、国资流动平台；五个目标：完善国资监管、优化国资布局、规范国企治理、提高国资流动、培育国际竞争力。

鉴于篇幅所限，在此仅对其中要点做一简要评析。

一、去官化：从“管国企”到“管国资”

（一）转变国资监管体系、激发企业改革发展的动力和创新转型的活力。上海将从过去管国企为主，转向以管国有资本为主。在这一基础上，国企高管将进一步去官化，以法定代表人为中心，党委和真正的企业经营

者分开，其市场化的思路超预期。

（二）优化国资监管方式方法。《意见》第 17 条规定，由履行出资人职责的机构依法制定或参与制定公司章程，使之成为各类治理主体履职的主要依据之一。

（三）推进市场化导向的选人用人和管理机制。根据《意见》第 11 条的规定，要落实市场化选聘和董事会管理，特别是竞争类企业、市场化较高的企业，应提高市场化选聘比例，积极推行职业经理人制度，建立一支企业家队伍，对企业的日常经营活动，政府轻易不要干预。

二、建立国资运作平台，为国有股权流动、市场化重组整合提供渠道

根据《意见》第 5 条的规定，打造符合市场经济运行规律的公众公司，积极发展混合所有制经济、加快企业股份制改革，实现整体上市或核心业务资产上市。利用国内外多层次资本市场，推动企业整体上市、核心业务资产上市或引进战略投资者，成为公众公司，实现投资主体多元化、经营机制市场化。

此条要点：第一，打造公众公司，实质上是 2008 年启动的开放性市场化重组整合的延续，是发展混合所有制经济的必行手段，是市场化、产业化导向的体现。这也让人联想到上海自贸区，关于自贸区和上海国资改革，上海方面已在设立联动机制，重点之一是鼓励上海国企借道自贸区“走出去”，解决上海本地企业一直以来的

过于本土化的局域思维;第二,本条还鼓励国有资产整体上市或者核心资产上市,不能上市的,鼓励引进战略投资者;第三,打造公众公司显然也有助于推动企业的现代法人治理结构建设,这也与《意见》第10条的内容相呼应。

上海市政府明确表示:上海国有资本运作平台将在2014年实质性运转,数量在一到两家。此前,上海国有资本管理公司已于2010年3月成立,除进行了上海家化整体改制的市场化操作外,尚无其他动作。

三、建立鼓励改革创新的容错机制

根据《意见》第8条的规定,对法律法规规章和国家政策未规定的事项,鼓励开展改革创新。积极参与国家改革创新试点,部市合作共建中国特色现代企业制度试验区。将改革创新工作纳入到部门的绩效考核,作为个人职务晋升和奖励的依据之一。改革创新工作未能实现预期目标,但有关单位和个人依照法律法规规章、国家和本市有关规定决策、实施,且勤勉尽责、未牟取私利,不作负面评价,依法免除相关责任。

笔者认为,容错机制的建立十分必要。如今,进一步改革创新面对的国际国内形势更加复杂、社会转型期的矛盾更加突出,改革创新的风险性、困难性、复杂性加剧。所谓创新,就是创设一种之前没有的事物,这就需要敢于尝试,“敢于吃螃蟹”就有可能犯错。建立容错机制就是为了保证改革创新的“领头羊”不成为“替罪羊”,激励官员“大胆地闯、大胆地试”,通过容错机制去保障“创新者无罪”。宽容失败正是鼓励大胆改革创新,所以说建立这项制度是十分必要的。当然,这也需要有合理的制度加以规范,避免出现拍脑袋决策导致资源浪费的情形。

四、调整优化国资布局结构

《意见》第4条规定,在国资优化布局方面,将国资委系统80%以上的国资集中在“战略新兴产业、先进制造业与现代服务业,基础设施与民生保障等关键领域和优势产业”。同时,企业集团控制管理层级,加强对三级次以下企业的管控。

“有进有退,有所为有所不为”是国有经济进行战略性调整主要原则。根据这一原则,国有经济进行结构调整的一个重要目标是将国有经济集中在关系国家安全和国民经济命脉的重要行业和关键领域以及大公司、大企业集团,更好地发挥国有经济的主导作用和它的控制力、影响力、带动力。

但对此也有另一种声音,认为按照未来的趋势和党的十八大三中全会的精神,80%的资本投入比例太

高,应进一步提高公共服务及平台建设的资金使用比例,做相应的比例调整,建议在60%左右。

五、推行职业经理人制度

根据《意见》第11条、第12条的规定,推进市场化选人用人和管理机制,在市场化程度较高的企业积极推行职业经理人制度。建立健全企业核心骨干长效激励约束机制,符合法定条件、发展目标明确、具备再融资能力的国有控股上市公司,可实施股权激励或激励基金计划。

对于国有企业领导人员所获部分激励收益将在正常离职后兑现,并设立追索扣回等约束机制。

此条要点:第一,在竞争类企业,高管获得的部分现金激励等到正常离职或退休后才能兑现,它既作为退休保障机制的一部分,即“降落伞”,又作为追索扣回的“抵押金”,即“金手铐”。当企业因违法违规受到处罚,或是高管违规渎职,就要追索扣回;第二,激励和约束并举,竞争类和功能、服务类国企实施分类监管,由上市公司先行先试。

六、分类监管落地,突出企业市场属性

《意见》第9条规定了对国企实施分类管理,企业将被分为“竞争类”、“功能类”和“公共服务类”,逐步实现差异化管理,企业分类可动态调整。竞争类企业是以企业经济效益为主要目标,兼顾社会效益;功能类企业要以战略任务或重大专项任务为主要目标,兼顾经济效益;公共服务类企业则要以确保城市正常运行和稳定、最大限度实现社会效益为主要目标。由此可以看出,上海国企的跨界经营以及今后的调整方向,将采取一企一策的方式。

此条要点:第一,分类监管要求企业重新思考自身的功能和定位,开始阶段可能对一些被重新分类的公司造成一定的发展困扰;第二,分类监管会最先体现在对法人治理结构分类监管上,三类企业都确立了法定代表人在公司治理中的核心地位,但是在董事会建设等方面做了不同的规定,如功能类企业董事长为法人代表,兼任总经理,但与党委书记分设;第三,分类监管不影响功能类、公共服务类企业上市。

迄今为止,随着上海各大国企集团纷纷上交改革方案,上海国资国企的改革工作已由宏观大方向的层面,转而进入实际操作阶段,闸北、徐汇等区属国资企业的改革工作也已正式启动。相信作为全国的经济中心,上海的国资国企改革必然会成为全国国资国企改革发展的排头兵。●



邱 煜:市律协国资国企业务
研究委员会委员

●文/邱 煜

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

关于优化股权激励制度的 若干思考

为了深入贯彻落实党的十八届三中全会作出的《关于全面深化改革若干重大问题的决定》,上海于去年年底在全国率先发布了《关于进一步深化上海国资改革促进企业发展的意见》,即“上海国资国企改革 20 条”。这其中提到的关于进一步规范法人治理结构,建立、健全市场化选人用人机制和企业核心骨干长效激励约束机制,以及与市场机制相适应的分配机制,无疑为上海国企深化干部人事、薪酬激励制度改革,建立真正意义上的现代公司制度明确了方向,并提供了有力支撑。沪版国资国企改革 20 条发布至今,已有包括光明集团旗下的上海梅林等多家国有上市公司纷纷施行或积极准备推出股权激励计划。

股权激励作为企业经营管理中对公司经理和雇员的长期薪酬激励制度大约产生于美国 20 世纪 50 年代。从上世纪的 90 年代开始,我国内地的一些企业开始探索股权激励,但限于法律制度的缺位,许多计划因缺乏相应的实质性力度而效果不佳,甚至有的计划中途夭折。2005 年 9 月全面铺开的上市公司股权分置改革为股权激励创造了机遇。同年 10 月,第十届全国人大常委会第十八次会议对《公司法》进行了修订,其中第 143 条的规定解决了股权激励的股票来源问题;第 142 条的规定则使股权激励所得股票可以依法流通。在解决了这两个问题之后,中国证监会便相继出台了《上市公司股权激励规范意见(试行)》和《上市公司股权激励管理办法(试行)》两部政策性文件,标志着我国对股权激励的政策监管力度上升到了一个新的高度。此外,2006 年国务院国资委颁布的《国有控股上市公司(境内)股权激励试行办法》和《国有控股上市公司(境外)股权激励试行办法》,为股权激励制度在国有企业内的施行提供了规范依据。但上述法律法规只是初步搭建了股权激励制度的法律框架,要使股权激励真正地发挥其激励效应,最根本的保证是健全外部约束机制和完善内部治理结构。为此,笔者试从这两个方面提出如下的相关政策

建议。

一、健全信息披露制度

信息的透明度和真实性是判断资本市场有效性的一个重要依据。资本市场是典型的信息不对称市场,如何进行有效的制度设计,减少相应的“道德风险”和“逆向选择”,是资本市场发展过程中十分关键的问题。目前,虽然与股权激励相关的法律法规已就股权激励对象、授予日期、激励金额与数量以及每个会计年度激励涉及的行权或解锁的情况要求予以披露,但股权激励完整统一的信息披露制度体系还没有健全。上市公司在其定期报告中披露的股权激励情况的格式和涉及的内容千差万别,不便于信息使用者使用,而且有些信息,如薪酬与考核委员会委员的构成性质属于自愿披露的事项,信息使用者无法透过这些信息了解和对比分析。为了避免管理层通过安排信息披露的时间以影响股价,应健全我国信息披露体系,除定期报告外,还应对各种可能对公司股价造成影响的事项披露的及时性、完整性提出定量要求。

二、建立职业经理人市场

职业经理人市场的实质是职业经理人的竞争选拔机制。竞争选拔的目的在于将企业管理的职权交给有能力和有积极性的职业经理人。职业经理人市场对股权激励制度的重要意义在于提供了外部约束机制和市场选择机制。一方面,如果经理人出现经营劣迹,其甚至可能断送职业生涯。这是现代企业制度下对经理人及其他公司高管经营行为的最强约束,是降低现代企业的代理成本和控制代理风险的主要手段;另一方面,经理人市场提供了良好的市场选择机制,在竞争状态下选择合格的经理人,可以保证经理人的素质。长期以来,国有企业的管理带有强烈的行政色彩,经营负责人的选拔、任用多以非市场方式确定。因此,必须尽快改革传统的组织委

派制度，实行高级管理人员的市场竞争选聘机制，强化对经营者的市场约束，推进经理人的职业化、市场化，最终形成职业经理人的市场价值评估体系。

三、完善公司内部治理结构

对于股票期权的激励对象，《上市公司股权激励管理办法（试行）》中明确将独立董事排除在外。2008年5月，中国证监会又发布了两个与股权激励有关的备忘录，要求上市公司的监事原则上也不得成为激励对象。作出这样规定的目的就是为了让独立董事和监事（会）能对上市公司股权激励的行为予以监督，避免股东利益遭受侵害。

将英美公司法中的独立董事制度和大陆公司法的监事会制度同时引入上市公司、实施二元监督是我国《公司法》的首创。然而目前，我国独立董事的“花瓶”地位没有得到显著的改善；监事会制度在为谁监督、监督什么、如何监督等方面存在的问题也依然存在。因此，要确保股权激励的效果，降低乃至杜绝股权激励中引发的经理人的机会主义行为，有必要从实质上提高独立董事或监事会的独立监督作用。根据现行的规定，股权激励计划由上市公司董事会下设的薪酬与考核委员会制订，而现在绝大多数国有上市公司的薪酬与考核委员会成员本身就是激励对象。因此，可以将监事会改造成薪酬与考核委员会，职权至少应包括研究董事与经理人员考核的标准，进行考核并提出建议；研究和审查董事、高级管理人员的薪酬政策与方案；提议聘请或更换外部审计机构；监督公司的内部审计制度及其实施；负责内部审计与外部审计之间的沟通；审核公司的财务信息及其披露；审查公司的内控制度等。此外，也可以修改薪酬与考核委员会的议事规则，在讨论和制订股权激励计划或其他薪酬制度时，仅由独立董事参与，其他有利害关系的董事应当回避。●



宋海佳：市律协国资企业业务研究委员会副主任

●文 / 宋海佳

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

国有创业投资企业 法律风险及 税务问题探究

国资投资于以新产业新技术发展为主的创业企业，可以更好地发挥国资在产业升级、社会经济结构调整中的引导作用。在我国，国有资本介入创业风险投资经历了两次高潮。

第一次高潮是1991年国家关于高新技术开发区可以创办创业风险投资的规定出台之后，上海、江苏、浙江、重庆等地分别成立了创投机构。

第二次高潮是在1999年至2000年间，继国务院办公厅转发七部委《关于建立创业风险投资机制的若干意见》后，我国曾掀起设立创业投资企业的热潮。广东、安徽、陕西以及广州市和深圳市等政府机构开始大手笔进入创业投资市场。

这些由政府直接出资设立的“创业风险投资机构”，由于无法改变产权虚置以及所有者缺位等产权制度的缺陷，均未收到预期的效果。

尽管如此，创业风险投资作为科技创新的一项重要投资工具，受到了中央领导的高度重视，不仅被写进中央的各种文件，而且还成为国务院发布的实施

《国家中长期科学和技术发展规划纲要（2006-2020年）》的若干配套政策的重要内容。

国有资本进行创业投资，一方面要按照国有资产投资的相关规定妥善操作，另一方面应允许在投资进入、评估、退出、奖惩等环节进行适应性创新，保障国有长期股权投资资金的安全和保值增值。

一、国有创业投资企业概述

（一）国有创业投资企业定义

国资参与创业风险投资分为四种形式，分别为中小企业技术创新基金、创业投资引导基金、参股创业投资基金及创业投资企业。前三种基金是由政府设立的政策性基金，其中创业投资引导基金及参股创业投资基金按照市场化运作。本文重点讨论国有创业投资企业的法律及财税问题。

根据《创业投资企业管理暂行办法》（以下简称《创投办法》）第二条的规定，创业投资企业，系指在中华人民共和国境内注册设立的主要从事创业投资的企业组织。

所谓创业投资,系指向创业企业进行股权投资,以期所投资创业企业发育成熟或相对成熟后主要通过股权转让获得资本增值收益的投资方式。

所谓创业企业,系指在中华人民共和国境内注册设立的处于创建或重建过程中的成长性企业,但不含已经在公开市场上市的企业。

所谓国有创业投资企业(以下简称国有创投企业),是指国有控股的主要从事创业投资的企业组织。

(二) 法律与税收环境

2005年至今,我国政府已经基本上解决了创业投资企业的合法性、税收优惠的政策导向等问题。

国有创投企业运作及监管的主要法律依据包括《国有资产法》、《公司法》、《合伙企业法》、国家发展改革委员会及科技部等十部委联合发布的《创投办法》、国家发展和改革委员会《关于〈加强创业投资企业备案管理严格规范创业投资企业募资行为〉的通知》及地方规定,如由上海市发改委及国资委发布的《上海市国有创业投资企业股权转让管理创投办法》等。

税收优惠政策包括《国家税务总局关于实施创业投资企业所得税优惠问题的通知》、财政部和国家税务总局《关于苏州工业园区有限合伙制创业投资企业法人合伙人企业所得税试点政策的通知》以及财政部和国家税务总局《关于中关村国家自主创新示范区有限合伙制创业投资企业法人合伙人企业所得税试点政策的通知》。

(三) 国有创投企业的管理模式

根据设立主体的不同,我国国有创业投资企业大致可分为五大类,分别为:地方政府财政发起设立型、国有企业、高科技开发区企业、上市公司、民营企业等筹组型、国有控股上市公司发起设立型、境外国资发起设立型、大学发起设立型。我国创投的管理模式主要有以下三种:

1、封闭式——自我管理型

即国有创投企业不与外部创投资本或创投管理公司合作,仅运作公司注册资金直接投资,由所设投资部负责管理的模式。该模式是国有创投企业最为传统的模式。广东省科技风险投资有限公司可以作为这种模式的代表。

2、开放式——委托管理型

即国有创投企业主要将创业投资资本金以切块的方式,资助社会资本建立多个子基金,委托专业创投管理公司负责管理运作的模式。江苏高新投可以作为这种模式的代表。

3、开放式——专业化管理型

开放式——专业化管理型模式,即国有创投企业广泛地与外部创投资本建立系列合作基金,通过自设(包括

合作设立)的系列创业投资管理公司进行投资管理或由国有创投企业开展直接投资的模式。国内创投行业最为成功的深圳创新投可以作为该模式的典型代表。

二、国有创投企业的法律风险

(一) 设立

设立国有创投企业主要涉及两个法律问题:一是国有资本对外投资审批法律问题;二是创投企业设立备案法律问题。

国有资本投资设立创业投资企业应遵循国有资本对外投资的所有法定程序。以上海为例,由市国资委履行出资人职责的国有企业对外投资应当遵循以下原则:1.符合城市发展规划和产业政策;2.符合国资布局和结构调整方向;3.符合企业发展战略和规划;4.突出主业,有利于提高企业核心竞争能力;5.非主业投资应当符合企业调整、改革方向,不影响主业的发展;6.符合企业投资决策程序和管理制度;7.投资规模应当与企业资产经营规模、资产负债水平和实际筹资能力相适应;8.充分进行科学论证,项目预期投资收益应不低于国内行业同期平均水平。

企业应当依据其发展战略和规划编制年度投资计划,主要投资活动应当纳入年度投资计划,并按照市国资委要求,编制年度投资计划,在每年四季度末向市国资委预报下年度投资计划,并在下年度1月底前正式报送年度投资计划。投资后,企业应当对投资项目实施后评估管理,重大投资项目的后评估报告应当报市国资委备案,同时结合企业实际制定投资管理制度,报市国资委备案。

除此之外,根据《创投办法》,设立创业投资企业应注意以下法律问题:

1、组织形式及类型:创业投资企业的形式包括有限责任公司、股份有限公司或有限合伙企业。创业投资类型包括创业投资企业与创业投资管理企业。

2、投资限制:创业投资企业的经营范围包括创业投资业务、代理其他创业投资企业等机构或个人的创业投资业务、创业投资咨询业务、为创业企业提供创业管理服务业务、参与设立创业投资企业与创业投资管理顾问机构。

需要注意的是,作为国有创业投资企业应当限制投资对象为处于创建或重建过程中的成长性企业,不含已经在公开市场上市的企业。创业投资企业不得从事担保业务和房地产业务,但是购买自用房地产除外。创业投资企业对单个企业的投资不得超过创业投资企业总资产的20%。

备案管理:国家对创业投资企业实行备案管理。凡

遵照规定完成备案程序的创业投资企业,应当接受创业投资管理管理部门的监管,投资运作符合有关规定的可享受政策扶持。未遵照规定完成备案程序的创业投资企业,不受创业投资管理管理部门的监管,不享受政策扶持。

创业投资企业向管理部门备案应当具备下列条件:(1)已在工商行政管理部门办理注册登记;(2)经营范围符合规定;(3)实收资本不低于3000万元人民币,或者首期实收资本不低于1000万元人民币且全体投资者承诺在注册后的5年内补足不低于3000万元人民币实收资本;(4)投资者不得超过200人。其中,以有限责任公司形式设立创业投资企业的,投资者人数不得超过50人。单个投资者对创业投资企业的投资不得低于100万元人民币。所有投资者应当以货币形式出资,有至少3名具备2年以上创业投资或相关业务经验的高级管理人员承担投资管理责任。委托其他创业投资企业、创业投资管理顾问企业作为管理顾问机构负责其投资管理业务的,管理顾问机构必须有至少3名具备2年以上创业投资或相关业务经验的高级管理人员对其承担投资管理责任。

(二) 决策程序

托马斯·杰斐逊曾经说过:只有有了议事规则,组织的决定才能协调一致,前后统一,不会随着领导人的反复无常而反复无常,也不会被某些人的强词夺理所操纵左右。这句话强调了决策机制对于企业正常运营的重要性。

小股东虽然无法在表决权上对抗大股东,但完全可以利用会议程序上的问题制约大股东,即以股东会召集召开的程序瑕疵为由主张撤销股东会,从而牵制大股东的一切投资经营活动。

一旦发生股东纠纷,“在野”股东对抗实际控制人最直接有效的方式就是撤销股东会决议。股东会决议一旦被撤销,基于该决议开展的一切经营活动都要回归最初状态。公司的决策机制将可能因此陷入瘫痪,进而直接影响到公司正常的生产经营活动。

合法的股东会决议作出需要保证召集、通知、召开各个环节的合法,不存在丝毫漏洞,即完善的议事规则。召集环节的风险包括召集主体与方式,通知环节的风险包括通知主体、时间、方式与内容,召开环节的风险包括地点、时间与表决权。也就是说,顺利召开一次成功的股东会会议需要防范这九处风险,任何一处有漏洞都将导致所有的努力功亏一篑。

实践中,绝大多数企业的议事规则都是照搬所谓工商范本条款,形同虚设,根本就不可能发挥防控法律风险的“防火墙”作用,基于此的股东会决议必然存在

种种漏洞,极易被撤销。如果公司连续2年无法召开股东会或无法做出股东会决议,持股10%以上的股东有权提起解散公司的诉讼。规则的缺乏竟然会导致公司被毁灭,这不能不引起高度重视。

为了保证公司权力机构的正常运转,防止股东会沦为股东纠纷的“人质”,构建透明、高效的议事规则至关重要,事先明确召集、通知、召开各个环节的细则防范股东纠纷。完善的议事规则,除了作为股东纠纷的屏障,更重要的是通过公平、有效的制度搭建相互信任的平台,在理念发生冲突时,依照共同认可的规则解决争端,降低解决纠纷的成本。

(三) 退出机制

国有创投企业退出被投资企业的形式包括IPO、并购、管理层收购、股东回购、股权转让、清算等,本质上都是通过股权转让获得资本增值收益后的退出。

根据《国有资产法》及《企业国有产权转让管理暂行办法》的规定,转让国有产权应当遵循报请立项审批、资产评估、进场交易等一系列复杂的流程,如有违反,产权转让行为将归于无效。这与创投企业生产经营的高风险特点极其不相适应。笔者曾办理过一起国有股权退出的案例。2004年,上海市某区科技创新中心向一家大学生创业企业投资50万元,这家企业后期发展状况良好,经过数次增资,创业中心股权经稀释后变为1.2%。2012年创业企业拟进行改制,创业中心决定退出。为了防止国有产权退出程序存在瑕疵影响公司的上市计划,投资方与被投资方严格按照国有产权退出程序转让上述股权。整个程序全部走完共计用了8个月,双方都投入了很大的精力。

国有创投企业的主营业务就是进行股权投资,如果每次转让都遵循上述流程,必然会影响到公司的投资进度,民营企业引入国有创投时也会有所顾虑。

为引导国有创投企业规范发展,支持国有创投企业投资中小企业特别是中小高新技术企业,完善国有创投企业的投资退出机制尤为必要。

上海率先作出国有创投企业退出制度的创新。2010年,上海市发改委及国资委联合发文《上海市国有创业投资企业股权转让管理暂行办法》,根据该文,国有控股的创业投资企业可以根据《创投办法》有关规定,在投资协议中对转让方式、转让条件、转让价格、转让对象等一项或若干项进行事前约定,通过第一大股东(或协商上报主体)逐级上报出资监管企业或区(县)国资委备案,由出资监管企业或区(县)国资委审核通过后,按照规定进行备案,每半年将备案情况向市发改委和市国资委报告。国有创业投资企业转让股权时,投资协议中对转让事项事前约定并按规定

履行备案的,可按事前约定依法决策。也就是说,若国有创投对退出事宜决策程序有了另外约定,以及对退出价格、方式等进行了事先备案,也就无需履行上述审批、评估的复杂程序。当然,不论是否备案,国有创投转让股权均需在联交所公开进行。

除了备案之外,退出机制还应当制定僵局解决方案。《公司法》对公司僵局只有原则性的认定,而给出的解决方法——公司解散又不免显得简单、粗暴。实则,股东之间完全可以通过约定收购、竞价等机制化解僵局,即使不得不解散也可以明确约定公司僵局的情形,从而使公司章程人性化、具备可操作性。无论采取股权转让还是股份回购处分股权,价格都必须约定清楚、得当,包括如何确定公司净资产,无形资产如何评估、由谁评估等。

(四) 刑事法律责任

国有创投作为私募股权基金的一种形式,应遵守非公开发行的基本原则,避免涉嫌以“募集有限合伙基金”和“从事代理业务”等名义开展非法集资活动的刑事责任。私募股权基金募集与“非法集资”的界限,目前国内法律尚无清晰统一的界定。综合基金募集及非法集资的规定,应结合以下因素来认定创业投资领域的非法集资行为:

1、成立及备案等程序是否合法合规。

2、是否符合相关规定对发行对象的要求。区分公开发行与非公开发行的标准主要有两个:一是发行对象;二是发行方式。

(1) 对于投资者人数。创业投资基金的人数都有硬性限制,一些创业投资企业为了突破人数的限制,会采取很多变相的办法,例如比较普遍采用的是通过合并方式回避人数限定,基金在募集过程中采取代持、信托、委托、拼单等设计,使实际的投资人高于法律对投资者人数的限定。这种变相突破对人数的限定也是认定募集资金的行为构成非法集资犯罪的重要标准。

(2) 关于投资者资质。《创投办法》规定:单个投资者对创业投资的投资不得低于100万元人民币。私募股权基金的投资者的资质限制是比较严格的,需要具有较高的抵御投资风险的能力。

3、是否符合相关规定对发行方式的要求。《证券法》规定:非公开发行证券,不得采用广告、公开劝诱和变相公开方式。《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》将“通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传”作为定罪的条件之一。

4、是否承诺固定收益。如是否存在符合《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问

题的解释》第(三)项规定的承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报的情形,而是否签有“保本付息”条款是认定是否构成非法吸收公众存款罪的主要认定标准。

三、国有创投企业税收问题

(一) 公司制创投企业税收问题

创业投资企业采取股权投资方式投资于未上市的中小高新技术企业2年(24个月)以上,凡符合以下条件的,可以按照其对中小高新技术企业投资额的70%,在股权持有满2年的当年抵扣该创业投资企业的应纳税所得额;当年不足抵扣的,可以在以后纳税年度结转抵扣:

1、经营范围符合《创投办法》规定,且工商登记为“创业投资有限责任公司”、“创业投资股份有限公司”等专业性法人创业投资企业。

2、按照《创投办法》规定的条件和程序完成备案,经备案管理部门年度检查核实,投资运作符合《创投办法》的有关规定。

3、创业投资企业投资的中小高新技术企业,除应按照科技部、财政部、国家税务总局《关于印发〈高新技术企业认定管理办法〉的通知》和《关于印发〈高新技术企业认定管理工作指引〉的通知》的规定,通过高新技术企业认定以外,还应符合职工人数不超过500人,年销售(营业)额不超过2亿元,资产总额不超过2亿元的条件。

4、财政部、国家税务总局规定的其他条件。

中小企业接受创业投资之后,经认定符合高新技术企业标准的,应自其被认定为高新技术企业的年度起,计算创业投资企业的投资期限。该期限内中小企业接受创业投资后,企业规模超过中小企业标准,但仍符合高新技术企业标准的,不影响创业投资企业享受有关税收优惠。

(二) 有限合伙制创投企业税收问题

上述政策已延伸至有限合伙形式的创业投资企业,财政部、国家税务总局已在苏州及中关村开展了试点工作。由于合伙企业无需缴纳企业所得税,上述所得税抵扣优惠政策由创业投资企业的法人合伙人享受。法人合伙人对未上市中小高新技术企业的投资额,按照有限合伙制创业投资企业对中小高新技术企业的投资额和合伙协议约定的法人合伙人占有限合伙制创业投资企业的出资比例计算确定。此处的法人合伙人,是指依照《企业所得税法》及其实施条例以及相关规定,实行查账征收企业所得税的法人居民企业。●



于丽娜：市律协国资国企
业务研究委员会委员

●文 / 于丽娜

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

浅谈国有企业的股权激励制度



2013年11月15日,党的十八届三中全会通过《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,提出“允许混合所有制经济实行企业员工持股,形成资本所有者和劳动者利益共同体。”2013年12月17日,为了进一步贯彻十八大精神,上海市政府发布了关于进一步深化上海国资改革、促进企业发展的意见(以下简称国企改革二十条),再次提出积极发展混合所有制经济和建立股权激励制度。

本文主要讨论的是非上市国有企业股权激励制度的现行法律框架,股权激励计划的设立、实施和兑付,以及遇到的一些困难和探索。

一、股权激励制度的现行法律框架

股权激励制度是指企业以本企业股权为标的,采取股权激励、股权出售、限制性股票或股票期权等方式对本企业董事、高级管理人员、重要技术人员等进行的激励。

有关股权激励制度的规定,目前主要分布在部门规章及规范性文件层面中。在法律层面,仅《公司法》和2013年新修订的《证券投资基金法》中提到了股权激励。《公司法》第一百四十二条提到“将股份奖励给本公司职工”;《证券投资基金法》第二十二条提到“公开募集基金的基金管理人可以实行专业人士持股计划”。

有关非上市公司股权激励制度的规定,主要包括《国务院办公厅转发财政部、科技部关于国有高新技术企业开展股权激励试点工作指导意见的通知》、财政部和科技部《关于中关村国家自主创新示范区企业股权和分红激励实施办法》以及《企业国有产权向管理层转让暂行规定》(以下简称《暂行规定》),其中对于国有高新技术企业有比较详细的规定。

根据国企改革二十条的精神,本次国企改革股权激

励制度的目的在于:一是使国有企业领导人员收入与职工收入、企业效益、发展目标紧密结合,行业之间和企业内部形成更加合理的分配激励关系;二是留住企业核心骨干,使国有企业建立与市场机制相适应的分配机制。

二、股权激励计划的设立

根据相关法规,一般国企的股权激励计划的审批程序比较复杂,必须经由下列程序:1、资产评估;2、经职工代表大会讨论;3、须经股东大会或董事会审议通过;4、经国资部门或其它行业主管部门审批。

根据不同企业的具体情况,股权激励计划在审批前的拟定阶段可能需要考虑相当多的方面,其中列出以下几点:

第一,确定股权激励计划的可行性。根据《暂行规定》和《国务院办公厅转发国资委关于进一步规范国有企业改制工作实施意见的通知》(以下简称《改制意见》)的规定,国有及国有控股大型企业应严格控制管理层通过增资扩股持股。经国有资产监督管理机构批准,凡通过公开招聘、企业内部竞争上岗等方式竞聘上岗或对企业发展作出重大贡献的管理层成员,可通过增资扩股持有本企业股权。国有中小型企业 and 作为试点的国有控股高新技术企业、转制科研机构可以实行管理层持股。

第二,确定员工持股的方式。在实践中,激励对象可以以实名认购,也可以由其他参与本次股权激励计划的激励对象代持。目前选择较多的有设立持股平台持股、激励对象各自然人直接持股、信托持股等。这几种方式各有利弊,其中,自然人持股可以避免二次税负,被激励对象自由度高,缺点是公司股权容易分散。持股平台的组织形式为有限公司时,管理容易,但在股权增值的情况下,会产出二次税负。

第三,确定股权激励资金的来源和定价。对于国有



企业，股权激励资金的融资渠道受到比较严格的限制，主要是针对管理层 MBO，根据《暂行规定》，管理层受让企业国有产权时，不得向包括标的企业在内的国有及国有控股企业融资，不得以这些企业的国有产权或资产为管理层融资提供保证、抵押、质押、贴现等。国有企业激励股份的定价有着严格的规定，国有企业用于股权激励和股权出售的激励总额，应当依据资产评估结果折合股权，评估结果应当经代表本级人民政府履行出资人职责的机构、部门核准或者备案。

三、股权激励计划的实施和兑付

股权激励计划设立并经审批后，即进入实行阶段和兑付阶段。在这两个阶段，应注意建立相关制度，以有效推进股权激励计划和对计划进行有效地约束。

第一，建立限售期制度。股权激励计划一方面是为了提高激励对象的工作效率；另一方面也是为了保持员工队伍的稳定，让大家有利可图，把大家留住。因此规定激励对象必须在公司工作一定的年限后才能转让股份，并且这些股份也不是在短时间内就量化到个人头上。通常要三至五年以上，才能获取全部的股份。因此，股权激励计划通常会设限售期。

第二，建立股权回购制度。在实践中，激励对象离职、退休等情况发生时，为了实现股权，即股权兑付，可能出现对内转让和对外转让两种情形。从公司控制权和股权激励长效机制的角度，建议计划中明确对内转让优先，其中大股东回购的该部分股权，可继续用于股权激励计划。

第三，建立股权激励计划合规机制。企业应及时办理员工股东身份的确认；对内，及时变更股东名册，核发股权成员证书或股权出资证明；对外，办理股东变更或增资变更工商登记。

在司法实践中，股权兑付阶段最容易引发争议，一般在离职特别是解雇的情形发生时，企业与激励对象之间往往已发生矛盾，通常激励对象不愿意再持有企业的股份，急于兑付，而企业因为种种原因不愿意兑付该部

分股份，在企业未及时办理员工股东身份的确认时，上海法院是认定企业违约而支持兑付的。

四、主要困难和探索

国企改革二十条给了国企实施股权激励计划的希望，但是国企改革二十条毕竟只是政策层面的原则性规定，对很多细节并未涉及，在现有体制内，国有企业实施股权激励计划仍然困难重重。

第一，由于历史原因，2005 年颁布的《暂行规定》直接叫停了大型国企的 MBO，同年颁布的《改制意见》略有松口，但仍然严格控制管理层股权激励计划，所涉及事项必须要经国资委批准。国企改革二十条已提出股权激励计划作为混合所有制的配套计划，应当鼓励，但是法律规定层面上尚不明朗。

第二，国企股权激励计划涉及审批的主管部门多，有可能涉及上级集团公司、国资委、科技部门、财政部门等，程序复杂，推行难度大。经常造成国企的激励机制无法与市场机制接轨，容易损伤核心团队积极性。建议能够减少审批环节，由一个部门牵头，多个部门内部沟通的方式进行。

第三，国有资产评估定价难，低于评估价会造成国有资产流失，无法通过审批；高于评估价变成员工买股份，企业变相融资，失去了员工激励的本意。建议能建立有效的评估定价机制，适当放宽股权激励计划对按照净资产定价的硬性要求，允许打折和适当补贴。

第四，股权激励资金来源受限，管理层受让企业国有产权时，不得向国有控股企业融资，不得用国有企业的资产为管理层融资提供担保。这实际上大大缩小了股权激励的资金来源，只能让员工自己掏腰包。现在一般采用的是以每月扣除工资的方式或者奖金补贴形式缓解员工的资金压力。美国员工持股计划（即 ESOP 制度）发展得比较成熟，该计划有一种叫杠杆性 ESOP，可通过银行融资形式提供股权激励资金，而且是低于公司一般商业贷款的利率融资；或可采用股票期权的方式。

第五，股权激励的法律规定仍存在一些灰色地带，目前只有关于国有控股高新技术企业的股权激励计划有比较明确的规定。自 2013 年起公募基金方面已有法律层面的支持并有一定试水，其他行业的国有企业关于股权激励的规定仍存在灰色地带。这一方面使得监管层无法可依，另一方面也给企业带来了很大的不确定性。希望未来在竞争性行业，特别是一些战略性新兴产业，政府部门可以出台相关的指引。

日前听说市国资委和市人力资源和社会保障部即将联合出台国企改革二十条关于股权激励计划的配套文件，期待对国企实施股权激励计划的破冰之旅有所助益。●



辛官胜：市律协国资国企
务研究委员会委员

●文 / 辛官胜

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

国有企业进行混合所有制改革所需注意的几个关键问题

自十八届三中全会闭幕以来,国资国企改革再度成为热议的话题。其中,十八届三中全会报告中提出的要积极发展混合所有制经济,更是在国有企业、民营企业和外资企业等各种类型企业间引起了极大反响。此后,各级政府配套改革措施也紧锣密鼓地出台。以上海为例,2013年12月17日,上海市出台了《关于进一步深化上海国资改革促进企业发展的意见》(即上海国资国企改革20条)。2014年4月11日,上海市国资委在召开的系统企业负责人工作会议上,明确提出要重点聚焦五个方面的改革,其中第一个方面即为“以打造公众公司为导向,积极发展混合所有制经济”。本文将国有企业所进行的混合所有制改革为切入点,分析所应着重面对和解决的几个基础性的认知问题,以期对即将推行的改革有所借鉴。

积极发展混合所有制经济作为国有企业改革的一剂良药,如果没有按“医嘱”进行服药治疗,恐怕疗效要大打折扣,不可能“药到病除”。因此,国有企业在进行混合所有制改革中,有几个关键的问题需要特别关注,否则难以达到改革的预期目的。

一、完善法人治理结构的问题

国有企业要完善法人治理结构早已不是一个新的命题,在此提及,甚至有老生常谈之嫌。然而,从党的十四届三中全会《决定》“把现代企业制度的基础特征概括为‘产权清晰、权责明确、政企分开、管理科学’”,到日后政府、国企、学界等各领域频繁地探讨不断完善国有企业法人治理结构,恰恰从另外一个方面说明了目前国有企业尚未真正建立起较为完善的法人治理结构。虽然,现在大多数国有企业从企业名称、组织形式、企业架构等表面形式上,已具备了法律意义上的企业法人特征,但在国有企业的实际经营运作中,或多或少都能流露出行政化管理的痕迹,很难完全做到真正意义上的具有独立人格的企业法人所应有的管理模式。

据了解,曾有国有企业尝试进行混合所有制改革,

其中对市场化程度较高的业务领域,拟采取引进社会资本和部分职工持股的方式。然而却鲜有员工愿意出资认购股份。其中可能会有员工缺少参与市场竞争、勇当老板的自信与魄力,但也不乏是因为员工已经熟知了国有企业在实际经营管理中,并未按现代企业法人治理结构进行企业管理,而担心自己虽有股东之名,难得“老板”之实的忧虑。因此,在国有企业进行混合所有制改革时,若不能真正做到按照法律规定建立和运作法人治理结构,恐怕很难看到改革成功的一天。这其中的关键,就是要明确和认可企业的法律人格独立,这是现代公司法律制度中的一项重要的基本内容,应严格遵循和确保该制度的执行。同时,应建立健全以董事会为核心的企业管理制度,完善董事对公司的义务和责任制度,并进一步理顺董事会与经理层之间的关系。

二、用人和激励机制的问题

国有企业进行混合所有制改革,不可避免地涉及到人的问题。之前的改革多谈及政企分开、去行政化。但现实问题是,不少国有企业尤其是大型国有企业的高管,都是带有行政级别的党的干部,即所谓的党管干部。其任命或委派多由行政命令决定。其在企业的工作业绩,也往往与其能否在政治仕途上获得升迁机会有着千丝万缕的联系。在这样的选人用人机制下,国有企业所进行的混合所有制改革中,如何确保代表国有资本的企业高管,能以一个市场机制下的企业家的职业操守管理企业,而不受丝毫行政化的干扰,这也成为国有企业在进行混合所有制改革中,不同类型的资本之间能否互信互赖、长期有效合作的基础。因此,如果能够采取市场化的选人用人机制,引进职业经理人,培育真正意义上的企业家,配合以市场化的考核机制,则将为国有企业的混合所有制改革筑牢基础。

既然采用了市场机制进行选人用人,那么就不能不考虑到市场化的激励机制,这也是国有企业所必须认识并认真思考和面对的问题。国有企业与其他类型资本的



合作已经变得非常普遍。然而,在同一合资公司工作的相同职位的人员,由于分别是由国有企业和外资方委派,他们的薪酬却有着极大的差异。据笔者了解到,在国有企业与外资方成立的合资公司中,国有企业委派的管理人,其薪酬一般是这样发放的:比如,按照中外合资规定,总经理的年薪为100万元人民币,但由于该总经理系由国有企业方委派,其在体制内的收入应为30万元人民币,那么,合资公司每年为该总经理支付的薪酬为100万元人民币,只不过该总经理个人只能获得30万元人民币,剩余的70万元则上缴给委派该总经理的国有企业。笔者认为,这样的激励机制,很难发挥经营管理者们的积极性,也不利于培育真正的企业家。国有企业进行的混合所有制改革,就是为了把国有企业推向市场,对该企业的考核也应该是以“业绩”为标准。所以,就应该通过市场化的激励机制和考核退出机制,充分调动经营者的积极性。想要进行混合所有制改革的国有企业,应该用开发性的思维和胸襟,看待市场化的用人激励问题。具体地说,除对由国有企业委派的人员和其他人员实行真正的“同工同酬”外,还可以探索实施股权激励、设置奖励基金等措施加以激励。

三、企业文化融合的问题

任何企业的经营活动都必须在特定的文化环境中进行,并在此形成企业特定的文化价值观。国有企业的企业文化和民营资本的企业文化,以及外资企业的企业文化,存在诸多差异。混合所有制改革中,必然伴随着不同企业文化之间的相遇、交汇甚至冲突。例如,与民营企业相比,国有企业中党、工、团等组织非常健全,有着或专职或兼职的职位配备,并定期开展相应的活动,其对员工的关爱要更显得人性化。再如,外资企业的部门职责权限、问责机制的设置有着非常清晰的界限,各部门在自己的专业领域各司其职,出了问题也按部门的职责权限追究相应的责任。而国有企业更强调各部门之间“不要拆台、相互补台”,而且这种“补台”往往超越了各自的职责范围和专业能力,有时会为了领导的意图,让其他部门为责任部门的过失进行补救,从而掩饰责任部门的过错,责任追究也会淡化之。

为此,国有企业在进行混合所有制改革时,一定要重

视企业文化融合的问题,提高改革的成功率。试想,国有企业进行混合所有制改革时,能促使各方走到一起、互相合作的推力,是在于各方有一个共同的目标,即希望通过各方的合作,发挥各自的优势,达到优势互补,合作共赢的目的。有了共同的目标,就有了企业文化融合的可能。这其中,关键是要在坚持按照现代企业法人治理结构进行市场化运作的前提下,谨记各方合作的共同目标,通过各方的共同努力和互相磨合,在实践中寻找出最佳契合点,建立起既融合合作各方企业文化特征,又有合资公司企业文化个性的企业文化制度,方能使改革之路走得顺畅、走得久远。套用时下娱乐圈的一句时髦话,不知是否妥当:“恋爱容易婚姻不易,且行且珍惜”。

四、完善法治环境的问题

法治环境的完善,是整个中国改革的一个重要方面。这一环节,对国有企业所要进行的混合所有制改革也至关重要。近日,笔者从媒体上读到,不少民营企业对国家提出的“积极发展混合所有制经济”表现出了浓厚的兴趣,认为这对国有企业和民营企业都意味着良好的发展机遇,但也表示了一定的担忧,其中就有司法体系公正性的问题。即,当国有企业和民营企业因合作问题发生纠纷而诉至法院时,人民法院能否公平公正地加以裁判,而不偏向于自己的“近亲”国有企业。这是一个艰难但又不得不面对的命题。没有一个优良的法治环境,没有一个独立、公正的司法裁判体系,何以为改革保驾护航,何以为改革提振信心。笔者自知,并非自己的三言两语和一朝一夕即可使得中国的法治环境得以完全改观。作为一名法律工作者,也是希望中国法治环境不断改善,司法体制不断健全,通过司法改革不断促进和保障其他改革所取得的成果。

正如李克强总理在十二届全国人大一次会议举行的记者会上,曾用“壮士断腕的决心”去转变政府职能来回答记者的提问,本文所论述的几个关键问题,也许并非全新的话题和论点,但笔者认为,国有企业进行混合所有制改革想要取得成功,缺的不是途径和措施,而是要有彻底改革的决心和勇气。只要国有企业有决心真正面对和解决这些关键问题,相信混合所有制经济定能走出一片艳阳天。●



易俊：市律协国资企业业务
研究委员会委员

●文/易俊

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

论我国金融混业经营模式下的 监管机制困局

随着经济全球化和金融创新浪潮的推进，为提高综合竞争力，为客户提供全方位的金融服务，金融混业经营已成为发展趋势。而我国金融行业的“一行三会”（即中国人民银行、银监会、证监会、保监会）的监管模式决定了我国目前的“分业经营、分业监管”的体制。实践中，金融控股公司，尤其是国有金融控股公司作为混业经营的典型模式，对现有的监管体制提出了挑战。混业经营虽然有利于整合金融资源、节约交易成本，但是仍然存在风险，如内部关联交易等。而现有的监管体制下存在着监管真空，难以对混业经营的金融综合业务集团进行有效监管。

一、混业经营模式存在的风险

混业经营模式下的金融综合业务集团，以金融控股公司为例，其经营的业务范围至少涉及银行、证券、基金、期货、保险、信托、资产管理中两类以上的不同行业，由于追求利益最大化的金融本性，金融控股公司会很自然地在不同的金融领域设置机构进行经营，并利用金融混业架构所带来的便利性，跨界地创造出各种金融衍生产品。有时，为了避免局部利益的受损，金融控股公司也会依靠这样的便利性，将可能受损的风险转嫁到旗下别的公司，甚至转嫁给控股公司以外的主体，由此带来的关联交易、利益冲突等风险也就成为金融混业经营所无法回避的。

（一）一般风险

金融控股公司跨行业经营的各个专业业务本身就存在着不同性质的风险。比如银行业，目前在商业银行的存款除了央行的存款准备金制度是制约银行的主要手段外，对存款人的保护几乎没有，缺乏类似国外发达国家通行的存款保险制度，一旦银行经营不善无法应对

随着金融创新潮流不断席卷全球，全球经济一体化程度不断加深，金融混业经营已逐渐取代分业经营，并成为世界金融领域发展的趋势。当下，我国国有金融控股公司越来越多，面对越来越复杂的混业经营，以及因混业经营而产生的内部关联交易等，使得原先各自为政的分业监管体制因不能准确地综合评估金融业务集团在经营中的风险，有时无法发挥应有的监管作用，更不能将该风险遏制在萌芽之中。因此，建立综合监管机制显得尤为重要。

危机时，无法获得保险机构的资金援助，不仅清偿能力将大打折扣，对于存款人的利益保护也是极为不利的。又比如证券业，由于证券公司在某些文件上的虚假陈述导致其承担民事赔偿责任的案例屡见不鲜，随着《国务院办公厅关于进一步加强资本市场中小投资者合法权益保护工作的意见》于去年的颁布，对于证券公司的要求也会越来越高，证券公司如果违规，其要承担的风险也会越来越大。再比如信托公司，为了实现更大的利益，信托公司本身就会采取较银行更为激进的市场营销手段和财务管理方式，其经营的业务涉及实体经济的各个领域，一旦国家经济或者国际经济产生系统性风险，其所面临的风险也将是系统性的，甚至是无法抵御的。

（二）特殊风险

金融混业经营除了各项专业业务自有的金融风险外，由于其错综复杂的内部网络不同于单一的金融机构，其风险又具有特殊性。

1. 内部关联交易

金融的本质就是追求利益的最大化。由于金融与实体经济有着巨大的差异，通过杠杆原理和创新工具，金融的盈利能力较普通实体经济有着巨大的提升，当然金融也逃不开“高收益意味着高风险”的客观规律。由于金融控股公司拥有各种性质不同的金融企业，其为了实现高收益的追求，通过内部关联交易将风险低的资金转移到收益高但风险也高的业务上已成为其与生俱来的天性，因此为了达到避税、漂亮做账和利益输送的目的，内部关联交易也是其经常会用到的手段。比如说，在1993年以前，我国是实行金融混业经营的，由于缺乏有效的监管，银行的资金很容易通过关联交易（比如借贷）流入证券市场或者房地产市场，助长了投机行为和经济泡沫。直到1993年12月25日国务院出台了《关

于金融体制改革的决定》，才明确了银行、证券、保险等分业经营、分业监管的原则。虽然在近 10 年中，央行和银监会出台了许多政策和办法，旨在规范这种内部关联交易，并取得了一些效果，但随着近年来金融混业经营的再度崛起，原先的分业监管模式对于关联交易数量巨大和非公允关联交易（即以比对外进行交易更低的条件优先选择内部金融企业进行关联交易）等情形，显然缺乏更好的监管效果。

2、利益冲突的风险

利益冲突风险也是金融本质的又一个典型性特点。这种冲突不仅可以发生在金融控股公司旗下各金融企业之间，更会发生在金融控股公司与其客户之间。比如对内，银行可能将其在集团内部所获得的证券内幕信息告知与其有着密切联系的客户以获得利益，多个内部不同性质的金融企业向银行贷款，银行给予差别对待；又比如在对外上，金融控股公司为收回旗下银行的不良贷款，指令证券公司为该贷款方发行债券，以此将风险转移给债券购买者。另外，银行可能会阻止证券公司对其客户的证券发布情况作不利陈述，又或者金融控股公司将自己在经营中已经发生的风险通过各种金融工具转移给新的客户，而对真实情况不予披露等等。利益冲突涉及的问题很多，诸如信息披露、防火墙制度、自律机制等等，总体来说就是如何防范经营者的道德风险，而要达到这样的目标，单靠分业监管制度恐怕是无法胜任的。

3、传染性风险

由于有了上述这两个特点，金融控股公司内部遭遇传染性风险的概率就会远远大于其他任何企业，因为控股公司旗下银行、证券、保险等企业，如果之间缺少有效的“防火墙”，出现不受控制的关联交易和严重的利益冲突，或者是外部经济环境的恶化，无论哪一部分发生金融风险，都将会使原本在本行业的单一风险，因相互之间的交易而成倍放大，并以某种方式迅速传递和蔓

延，犹如多米诺骨牌一样。美国 2008 年次贷危机引发了全球性的金融危机，让我们着实感受到了不同金融行业间具有毁灭性的传染性风险。而大家普遍认为，美国金融创新工具高度发展，相关次贷衍生品过度繁荣，在监管政策严重缺失的情形下遭遇房地产价格的下跌，才最后导致了金融业的全面崩溃。所以，当这些金融产品 in 金融市场不受监管时，就会像一连串的定时炸弹，随时对金融市场造成致命的打击。

二、我国现有监管机制的困局

（一）缺乏协调和信息共享机制

如前所述，“九龙治水”已经成了金融监管领域的滥觞。各监管项工作部门在各自的职能范围内行使监管权，表面上看似各司其职，但由于各监管部门间缺乏信息共享平台和监管协调机制，针对混业经营缺乏监管的一致性，致使监管真空和重复监管的现象频频出现。“尽管建立了监管联席会议机制，但监管联席会议机制更多地表现为部门之间利益的均衡和协调，信息沟通机制和协同监管仍比较有限”。实际上，各监管部门对本部门的市场状况考虑较多也可能是出于对本部门利益的考虑，对于其他业务市场则不会给予太多的关注。更何况一旦出现监管漏洞，各监管部门之间还有相互推诿的可能。

（二）无法综合评估风险

在分业监管的模式下，各监管部门在法律层面上监管不同的金融业务，在行政架构上属于互不相干的平级机关，很难相互配合联合监管。而混业经营的风险在很大程度上体现在整个金融控股公司的经营中，加之金融衍生产品的日新月异和金融控股公司本能地规避监管，使得监管工作本身就具有极大的难度。因此，只对某一行业有监管权的部门难以全面、综合评估金融控股公司的风险。

（三）制约金融创新



多年以来,各监管部门都以管制的方式在各自的职权范围内直接控制。为降低监管风险,监管部门往往会对不属于本监管范围内的金融新产品采取抵制态度,不利于混业经营模式的发展,而且现行的监管模式多采用事前审批制,效率低下,部门协调成本高。这种“对所监管范围内的市场风险过于谨慎,对所有创新产品进行合规性审查”的方式,阻碍了金融创新活动,降低了金融市场的活力,从长远看是不利于金融控股企业的发展和自身竞争力的提升。

(四) 互联网金融监管难度极大

随着互联网金融的兴起,原先传统的金融行业出现了令人瞩目的大变化和超速发展。“支付宝”、“余额宝”、“o2o”、“B2C”等等,这些金融或类金融产品,正在逐步改变这个世界。但随之而来的,就是关于金融混业经营的再认识,因为由于网络的加入,使得原本已经界限不清的各种金融行业变得更加模糊,金融控股公司利用不断更新的支付方式,吸收公众手中超大规模的资金,再将这些资金通过各种金融手段在控股公司之间游走,为控股公司创造更多的财富,但这些资金如何运作,都去了哪里,盈利模式是怎样的,如何才能保障公众财产的安全,是不是给我们的监管部门提出了更高的要求呢?!

三、结语

金融混业监管机制是一个世界性的难题,在经历了 2008 年世界金融危机以后,各国都抱着金融混业经营必须监管的共识,采取了不同的监管制度。而在我国,同样经历过金融混业——分业——混业的发展格局,面对不断升级的国际竞争和不断变化的金融环境,我们必须重新审视以往的分业监管机制,在必须管、有效管、不管死的大前提下,创设出一套符合我国当前金融发展趋势的混业综合监管机制,也只有这样,金融市场才能欣欣向荣、健康发展。●



曹志龙:市律协国资国企业务
研究委员会副主任

●文/曹志龙

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

谈谈以法定代表人为中心 健全完善法人治理结构

根据我国法律规定及实际情况,法定代表人在我国企业中具有重要的地位,而如何进一步确定法定代表人的中心地位从而健全完善法人治理结构,是摆在现代企业治理制度特别是国有企业改制面前的一大问题。结合外国及地区的法人治理模式,从理论和实践操作的角度来论证建立以法定代表人为中心的法人治理结构对中国现代企业制度的作用。

一、我国企业法定代表人的概念与特征

法定代表人的概念在《民法通则》第 38 条有明文规定,即法定代表人是依照法律或者法人组织章程规定,代表法人行使职权的负责人。法人法定代表人具有须依法产生、依法登记、依法行使职权、任职范围法定及任职资格须具备法定条件的特征。

“法定代表人”这一制度并非我国原创,而是来源于 20 世纪上半叶的苏联,在中国共产党取得全国政权之前,就曾在革命根据地的军工企业中采用过企业法定代表人制度。旧《公司法》于 1993 年出台之际,国外学者就称我国的“法定代表人”制度为“中国特色”的法

律制度。通过对欧美和日韩等经济发达国家及我国香港和台湾地区《公司法》的检索与研究,我们发现在国际上并不存在与我国“法定代表人”完全相同的制度。但是以德、日、法为代表的大陆法系国家,其《公司法》所规定的“公司代表人”与我国“法定代表人”制度相似——公司代表人是公司的代表机关,可以由一个或多个自然人担任,也可以由董事会或者在特殊情况下由监事会担任。新加坡“淡马锡模式”也是如此。在治理模式方面,董事会是整个淡马锡公司最为重要的组成部分,新加坡政府正是通过对董事会的直接管理来达到高效管理淡马锡控股及其关联企业的目的。可以说,多元化平衡的董事会是淡马锡公司法人治理结构的核心。由此可见,在英美法系中,通过代理关系,董事会或高级经理等代理公司对外实施公司的行为,这与我国的法定代表人制度不同。

二、确立法定代表人的中心地位并建立相应的法人治理结构具有可行性

(一) 在法理上和实践中均不存在障碍

1、从法理上来讲,企业法人作为法人的一种,是在法律上人格化了的、依法具有民事权利能力和民事行为能力并独立享有民事权利、承担民事义务的社会组织。公司作为法人,也就是作为由法律赋予了人格的团体人、实体人,需要有相适应的组织体制和管理机构使之具有决策能力、管理能力,也需要有人对内代表公司行使职权,对外代表公司行使权利。因此,以法定代表人为中心,围绕股东大会、董事会、监事会、经理人员以及员工之间的责、权、利的关系,构建一套有效的约束激励机制,可以发挥企业法人治理结构的优越性,让企业真正成为参与市场竞争的主体。

2、从实践中来看,根据我国目前的法律法规,公司法定代表人依照公司章程的规定,可由董事长、执行董事或者经理担任。现在的市管国有企业基本上均登记了公司的法定代表人,公司对外签署法律性文件、合同,代表公司参加民事诉讼活动以及在公司发行债券、股票时签字等重要活动均由法定代表人代表公司参与。因此,具有实践上的可行性。

(二)可操作性分析

1、目前市属国有企业类型主要分为两种:公司制国有企业和非公司制国有企业。相应地,根据我国目前法律法规的规定,法定代表人的设置也分为三种模式:董事长(执行董事)作为法定代表人、总经理作为法定代表人以及厂长作为法定代表人。而至于到底该由谁来担任法定代表人不能一概而论,应当具体问题具体分析。

(1)董事长(执行董事)作为法定代表人。董事长是公司董事会的负责人、召集人,其职责主要是组织、协调、代表公司决策层(董事会)、主持股东会或股东大会会议、召集和主持董事会会议并检查董事会决议的实施情况等。董事长的权力在董事会职责范围之内,不管理公司的具体业务,一般也不进行个人决策,只在董事会开会或董事会专门委员会开会时才享有与其他董事同等的投票权。市属国有企业的董事长一般由市国有资产监督管理部门在其委派的董事中指定,因此将董事长与法定代表人的人选合二为一,以董事长(同时也是法定代表人)为中心建立相应法人治理结构,有利于公司决策层更好地进行中长期的有效决策,在公司对外交往、对内管理时也更为便捷、高效。

(2)经理作为法定代表人。经理是公司业务执行层面的负责人,经理由董事会聘任,对董事会负责,在董事会的授权下,执行董事会的战略决策,实现董事会制定的企业经营目标。相比董事会而言,总经理对于公司的具体经营业务更为熟悉,在决策执行、沟通、反馈上会更为高效、畅通,将总经理与法定代表人的人选合二为一,以总经理(同时也是法定代表人)为中心建立相应的法

人治理结构,更有利于公司面对经营中出现的各种突发状况作出及时反应,对于公司经营、管理政策的执行也具有重要意义。

2、关于法定代表人与国有企业产权代表。根据上海市的有关规定,市国资委委派、推荐或委托的法定代表人可以是董事长、总经理、董事、财务总监等,由于国有产权代表的特殊地位,其对公司管理层决策及其执行的影响力巨大,因此对处理好法定代表人与国有企业产权代表的关系就非常重要。在以法定代表人为中心的法人治理结构中,应考虑让法定代表人和国有产权代表由同一人担任;若实际分别由不同的人担任,例如公司董事长担任法定代表人,而由经理或财务总监担任产权代表,则在公司经营决策发生分歧时会较难以解决。因此,应在法人治理结构中明确确立法定代表人的中心地位,对国有企业产权代表的职权加以适当限制,以避免在公司作出管理决策或执行时出现重大矛盾,影响公司机构的正常运转。

(三)针对市场竞争类企业和以完成政府公共服务为主要职能的政府投资类企业具体设置模式的建议

现阶段,实行公司制的市管国有企业基本上可以分为市属国有独资公司、市属国有控股公司和市属国有参股公司三种不同的类型。其中,市场竞争类企业主要是指市属国有参股公司及兼具市场竞争性质和公共服务职能的市属国有控股公司;而以完成政府公共服务为主要职能的政府投资类企业则主要是指市属国有独资公司。

1、对于市场竞争类企业,企业的日常经营活动尤其是生产经营事务量大、任重,且由于市场竞争激烈,企业需要随时面对和处理各种不同的复杂状况,为提高机构的运转效率和执行力,可考虑让总经理同时担任法定代表人和国有产权代表的职务,以执行层为中心加强公司决策的执行力,并对公司运营中出现的各种问题作出及时反馈。

2、对于以完成政府公共服务为主要职能的政府投资类企业,其与上述市场竞争类企业相比,平时的经营活动较为简单、模式化,对于公司盈利的要求也较低。因此,建议让公司董事长或执行董事来担任法定代表人和国有产权代表的职务,以提高决策层的决策水平和运转效率,从而更好地实现其公共服务的职能。

三、对中国特色的现代企业制度的影响

(一)以法定代表人为中心完善法人治理结构,对中国特色现代企业制度的发展和完善具有促进作用

1、法人治理制度是中国特色现代企业制度的核心组成部分之一,以法定代表人为中心,在企业内部建立

起由股东大会、董事会、监事会、经理层构成的相互依赖又相互制衡的治理结构,有利于实现“权责明确”的要求,符合现代企业制度对于法人治理结构的要求。

2、科学管理是中国特色的现代企业制度的根本要求,公司内部以法定代表人为中心,根据公司的类型和特点具体问题具体分析,选择将董事长、执行董事或经理作为法定代表人,有利于公司内部治理结构的高效运转,对于“管理科学”具有促进作用。

3、以法定代表人为中心,处理好法定代表人、董事长(执行董事)、经理和国有企业产权代表之间的权责界限,并以此建立起彼此监督制约的平衡机制,有利于促进整个企业制度的发展完善和良好运转,有利于促进“产权清晰、政企分开”。

(二)以法定代表人为中心健全法人治理机构可能带来的副作用

1、法定代表人不能独立行使职权,从而影响公司机构运行的效率。法定代表人人选一般由上级公司或国有资产监督管理部门委派,但其本身可能仍在上级公司或国有资产监督管理部门任职,这种情况下,法定代表人可能会受到上级公司或部门的影响,不能根据公司的运营情况作出独立判断。如法定代表人设置不合理、未能考虑到不同企业类型的特点和需求,则不能有效发挥法定代表人的中心地位和积极作用,进而影响到整个法人治理结构的高效运作。如公司内部治理架构未能处理好法定代表人与国有企业产权代表的关系,在公司决策层面或执行层面可能会出现分歧,从而严重影响到公司的正常运营。

2、出现法定代表人滥用职权的情形。法定代表人有权代表公司对外签署法律性文件、合同、参加民事诉讼活动、在公司发行债券和股票时签字等重要活动,但对于法定代表人的责任承担,目前仅有《民法通则》第49条规定了法定代表人可能承担的行政责任和刑事责

任,对其民事责任的认定缺乏法律依据。当法定代表人与公司董事长、总经理结为一体时,如公司内部权力制约平衡机制、监督机制不够完善,则可能会出现法定代表人利用其地位谋取私利、损害公司利益的情况。

(三)如何避免可能带来的副作用

1、保障法定代表人独立行使职权。法定代表人由上级公司或部门委派到公司任职后,原则上应不得在原单位或部门继续任职,让法定代表人真正地、完全地代表本公司利益,成为本公司的核心。国有资产监督管理部门应当依据相关的法律规定,确保法定代表人(担任董事长或总经理或厂长)依法、有效、独立地行使职权,做到“真正放权”。这样做有利于充分发挥法定代表人的积极性,发挥法定代表人在公司中的核心作用,提高国有企业的市场竞争力,让企业按照社会主义市场经济的发展规律依法运行,有利于在确保国有资产安全的同时,促使国有资产保值增值。

2、管理层内部权责要明晰。在决定法定代表人的人选时,应根据不同国有企业的类型和其自身特点,选择将法定代表人设置为董事长(执行董事)或者总经理。在公司章程中可规定法定代表人的职权、责任范围及其与董事长、总经理的职权界限,并可根据公司的具体情况作出相应的限制。建议让同一人担任法定代表人与国有产权代表,如实现起来有难度,则应限制国有产权代表的职权范围,明确以法定代表人为公司法人治理结构的中心,以促进机构的高效运作。

3、国有资产监督管理机构的角色转换。在国有企业监督方面,国有资产监督管理机构可以通过公司监事会发挥监督的作用,而不是直接进行“干预”,这将变相导致“政企不分”。建立以法定代表人为中心健全法人治理机构与发挥监事会的监督作用没有矛盾,因为发挥监事会的监督本身也是健全法人治理结构的应有之义。新《公司法》实施几年以来,通过章程修改等方式使得国资委作为出资人(即股东)已基本到位,但如何避免既担任“裁判员”又担任“运动员”是国有资产监督管理机构亟需思考与解决的问题,而以法定代表人为中心健全法人治理机构并充分发挥监事会的作用,是解决国有资产监督管理机构“双重身份”的有效措施之一。

综上,笔者认为,国有企业的改革是顺应市场经济发展的必然结果,唯有改革才能有实力参与激烈的市场竞争。国有企业的改革是要实现去行政化,并充分发挥一个企业在市场当中作为独立主体的能动性,企业的资源要以市场配置为导向。而建立起以法定代表人为中心的现代化企业的治理模式,是国有企业实现改制的有效途径。●





李旭：市律协国资国企业务
研究委员会副主任

●文/李旭

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

完善监事制度 加强国企治理



在中国作为全球经济的一大引擎，经济实力持续高速增长的今天，出于国家利益的需要，国家控制着关系国计民生和经济命脉的产业，而这些产业的具体体现就是国企。在当前深化国企改革的大浪潮中，加强国企治理、完善治理制度尤其重要。我国国企要建立和完善现代企业制度，那么监事会制度就是作为现代企业治理内部结构的重要组成部分，对国企的良好发展起着举足轻重的作用。然而，面对国企公司治理中的监事不力、监事会监督权时时落空的现实，制度建设有待加强，而如何完善监事会制度更是一个不容忽视的问题。

一、国企监事会的状况及存在问题

近十年来，我国国有企业监事会制度的建设所取得的成绩是相当显著的，特别是较大的国企和上市国企，都建立了监事会机构和制度，在国企的改制和发展中发挥了一定的作用。但由于国有企业的特殊性，不管是内设还是外派，监事会制度的建设还存在一些相当突出的问题。

首先，从有关监事会的法律规定上来说：一是我国《公司法》赋予监事会的职权过窄。监事会拥有的是提议召开股东大会的权力，而会议是否真正召开，召集权掌握在董事会手里，对于监事会的提议，它可以置之不理。因此，监事会的该项权力实际上是落空了。我国台湾地区《公司法》第220条规定：监察人认为必要时，得召集股东会，而且在此情况下由监察人任股东会议主席较为恰当。这样，可以有效地防止董事会对监事会提议的不作为。但我们现行的《公司法》对此未作出相应的规定；二是监事会的监督不到位，这也是法律规定的漏洞造成的。监事会对于董事会的不当行为有要求其纠正的权力，然而实际上这项权力也成了对董事会的一项软约束，

因为董事会若是执意不予纠正，监事会也无法对抗；三是董事会与监事会的权力配置不合理。董事可以依忠实及注意义务的要求也拥有部分监督权，但如何划分董事会与监事会的权限，法律既未作明确规定，现实中也无解决良策，因此造成了监事会在很多情形下并不明确自身的职责，即使有能力很好地实施也无法真正地实现自己原本拥有的职权，从某种程度上讲这也是监事会监督不到位的原因。这样，很大一部分的监督职权空间就被董事会所占有，董事会自己监督自己，监督也就名存实亡了。

其次，从监事会现实的运行状况来说：监事会的机制运行效果也不尽如人意，“监事不监事”，成了“花瓶”的角色。表现在：其一，人员素质不适应。根据监事的任职条件，监事必须具有财务、会计、审计或宏观经济等方面的专业知识，但现实中监事会人员来自党务、人事、纪检和工会等不同的岗位，缺乏相应的专业知识，不能完全适应监督检查工作的需要；其二，监事会成员整体结构呈现出内部人员比例高、党组干部比例高的特点，监事会经费和监事报酬受制于董事会和公司管理层，行使职权的独立性无法得到保证。特别是由于国有企业“一把手”的管理文化在人们的头脑中根深蒂固，国有企业的副职唯“一把手”的马首是瞻，没有建立起有效的制衡机制，而现实中监事会主席往往由公司的副职兼任，享受副职待遇，因此不敢对“一把手”大胆地实施监督。同时，监事会在履行职责的过程中还常常受到来自于“一把手”的干涉和影响，其监督的权威性和独立性大打折扣。另一方面，由于国有企业监事会在经济上不独立，难以割断与企业的利益关系，也造成其不能客观、公平地开展监督；其三，监事会的人员配备不足，各国企或相关体系内企业的高层管理人员互为监事会监事，特别是监事会主席兼职过多，可人的精力是有限的，若兼

任职务过多也必定导致其角色的混乱,势必会影响到监督工作的正常开展。

由此可见, 国企监事会作为一个独立的监督机构, 已是盛名之下, 其实难副。监事会在很多情形下无法使自己的监督权得以实现, 因此加强和完善监事会的制度建设势在必行。

二、国外监事会的建设模式

当前, 公司监督职能的履行有三种模式: 第一种是英美模式, 不单独设立监事会, 监督职能由董事会中主要由独立董事组成的审计委员会、报酬委员会和提名委员会行使。英美法系的国家基本采用该模式; 第二种是德国模式, 设监事会, 主张员工参与公司治理, 监事会的权力在董事会之上, 有公司代表权、任免董事会成员、股东大会召集权和重要业务批准权等权利; 第三种是东亚模式, 设立监事会, 但与董事会是平行关系, 互不隶属。监事由股东大会选举产生, 对董事和经理层进行审计、财务等诸多方面的监督。中国大陆、台湾地区、日本等国家或地区基本采用该模式。在此, 细说一下同属大陆法系的德国模式和日本方面的规定。

(一) 德国公司的监事会

德国公司设股东大会、监事会和董事会三个机关, 监事会和董事会呈垂直的双层状态。公司股东大会选举产生监事会, 监事会任命董事会成员, 监督董事会执行业务, 并在公司利益需要时召集股东会议。董事会按照法律和章程的规定, 负责执行公司业务。德国公司治理结构的最大特点是监事会和董事会有上下级之别, 监事会为上位机关, 董事会是下位机关。从德国的《股份法》、《参与决定法》及其他相关法律对监事会的相关规定来看, 监事会制度具有以下特征:

1、监事会的地位高、职权大。德国的监事会拥有相当大的权力, 特别是任命董事会成员和批准某些特别交易的权力, 使监事会实际上已拥有了几乎控制董事会的权力。具体而言, 监事会有以下职权: 其一, 监事会任命董事会成员, 同时任命一名董事为董事会主席。如果董事粗暴地违反董事义务, 没有能力执行业务, 或股东大会丧失了对他的信任时, 监事会有权撤销任命和更换董事会主席; 其二, 监事会检查公司的财务状况, 可以查阅公司账簿等财务会计资料, 可以委托监事或专家检查公司的财务。监事会可以随时要求董事会报告公司的重要业务执行情况, 董事会有义务定期向监事会报告关于公司的经营方针、营利能力、营业过程、资金周转、人员事务的状况和对公司或其子公司十分重要的交易等情况; 其三, 公司章程可以明确规定, 对于某些特定的交易, 董事会必须事先得到监事会的批准

后才能进行; 其四, 在特殊情况下, 监事会也可代表公司。例如: 董事与公司之间产生诉讼时、董事有禁止的竞业行为时或董事与公司交易时; 其五, 如果因为公司利益的需要, 监事会有权召集股东大会。

2、职工在监事会中占有极其重要的地位。职工参与公司治理结构是德国公司治理结构的最大特点, 而职工是通过参与监事会来达到对公司治理的。根据德国法律的规定, 监事会成员由职工代表和股东代表共同组成, 职工通过选举职工代表进入监事会。在人员超过一定数目的公司, 职工监事须占到监事人数的一半。

3、银行在公司监事会中占有重要的地位。银行在德国公司治理结构中具有主导性的作用, 这种主导性作用的发挥是通过监事会来实现的。德国很多公司的监事会中都有大银行的代表。据调查, 在德国最大的 100 家公司中, 银行在 75 家公司的监事会中拥有席位, 20 家监事会的主席由银行代表担任, 其可以从信用和交易利益的角度, 进行努力和有效的监督。

(二) 日本公司的监事会

1、监事的独立性较强。日本监事实行独任制, 与德国监事不同, 日本监事各自可以构成公司的机关, 监事为复数时, 也可以各自单独行使监事的职务权限。通过 1974 年对法律的修改, 规定监事的任务不只局限于会计监督, 对业务也可以进行全面监督, 目的是为了确保监事的独立性; 1981 年对法律的再次修改后, 更加强了监事的权限和独立性, 新设了复数监事制度和常勤监事制度, 并强化了监事和会计监察人的合作关系; 1993 年又对法律作了修改规定, 大公司的监事会由监事全员构成, 旨在提高监察的独立性, 并通过组织性的监察来确保监察的实效。

2、监事的职权不断进行强化。具体表现为: 其一, 增设了监事出席董事会及陈述意见的法定义务。原日本《公司法》并未将监事出席董事会并陈述意见设定为监事的一项法定义务; 其二, 监事任期有所延长, 由原来的 3 年改为 4 年; 其三, 增加了监事辞任的意见陈述权。规定辞任的监事可以出席其辞任后最初召开的股东全会并陈述其辞任的目的和理由, 公司必须及时地向辞任的监事通知有关股东全会的召开日期, 以确保其在股东全会上行使意见陈述权; 其四, 赋予监事会选任监事的同意权和提案权。当董事向股东大会提出监事人选的议案时, 必须经监事会的全体同意。根据监事会的决定, 也可以要求董事提出监事人选的议案, 如董事并未按监事会的决定提出监事人选的议案, 则对该董事处以 100 万日元以下的罚款; 其五, 改变了外部监事的人数及其任职要件。公司外部监事人数必须占监事会总人数的半数以上且最低为 2 人, 同时必须是

在就任前从未担任过该公司或其子公司的董事、经理或其他为该公司的使用人者,如违反上述规定,对有关监事处以100万日元以下的罚款。

我国国企和公司的监事会制度建立较晚,国企管理层利益最大化的目标往往“异化”为指向自身而非公司,从而形成了“内部人控制”,引发了大量的腐败和不公。为更好地实现国企治理,应当向更早推行市场经济的国家和地区借鉴相关经验,而在完善监事会机制方面,对我国可资借鉴之处甚多。

三、我国国企监事会制度的完善

我国现行《公司法》自2006年1月1日起施行,整体看来,现行《公司法》与旧的公司制度相比,取得了飞跃性的进步,但在监事会制度建设方面尚需进一步完善。笔者以为,我国国企监事会制度的完善,可从以下几个方面着手:

(一)针对制度规定上的缺陷,提高监事会的法律地位,扩大监事会的职权。目前,我国监事会制度之所以软弱,主要是未解决好监事会地位的独立性和监事会的权力刚性。我们可以借鉴德国的做法,设置权力重于董事会且在特定情形下又参与公司经营的监事会,扩大其职权范围,除了我国现行《公司法》规定的职权以外,还应赋予监事会以下职权:

其一,监事股东大会的召集权。现行《公司法》只规定监事会有权提议召开临时股东大会。如果董事会怠于或者不同意召开,监事会则束手无策,可见此规定并无多大实质意义。故应该直接赋予监事会临时股东大会的召集权;其二,公司的代表权属于董事会,但在某些特殊情况下,董事会不能代表公司时,则宜由监事会代表公司。例如:在董事与公司产生诉讼时、董事有竞业行为时或董事与公司进行交易时,即应由监事会代表公司;其三,赋予监事会业务拘束权。规定业务领导的各项措施董事会也不可恣意妄为、不受监事会任何控制而绝对自由地行使业务执行权,允许公司章程或监事会决定某些特定事项只有在取得监事会同意后方可进行,使监事会能对董事会执行业务的活动进行监督;其四,监事会的单独诉权。即当董事为自己利益而与公司交易或对公司提起诉讼时,监事会可代表公司。同时,监事会在董事(会)或董事长侵犯公司利益时,监事会可以公司名义对董事提起诉讼;其五,将董事会中具有监督职能的下设委员会如提名委员会、薪酬委员会和审计委员会转到监事会之下设立。修改现行《公司法》中关于监事会组成规则的规定,引入独立监事,将赋予独立董事的权利改为赋予独立监事。在公司监事会中设立独立监事首创于日本,是借鉴美国的独立董事所为,其目的在于使监事

能摆脱公司大股东和董事会对监事会的不当控制,增强监事会的客观性和独立性。设立独立监事可以改变目前我国监事会的组成不合理、监事难监或不监以及独立董事不懂事的局面。

(二)针对现实运行的状况,进行建章立制。其一,鉴于监事会成员在身份和行政关系上不能保持独立,其工薪、职位基本上都由管理层决定并且其教育背景和业务素质普遍较差,监事会根本无法担当起监督董事会和管理层职责的现状,我国宜引进独立监事制度,让公司外部专业人士发挥其专业特长,有效地履行监督职责。让作为公司主要债权人的银行派遣代表作为独立监事参与监事会,发挥银行所具有的信息优势和较强的监控能力;其二,确立监事资格的认定制度,以立法形式规定监事任职的积极条件和消极条件。监事会的人员和组成,应当保证监事会具有足够的经验、能力和专业背景,以独立有效地行使对公司财务的监督和对董事及经理人员履行职务行为的监督。监事必须具有财务、会计、审计、法律等方面的专业知识、工作经验和能力。选任监事必须对其资格进行严格审查,确保监事有能力履行监督的职责;其三,现行《公司法》只规定监事会的职权之一是检查公司财务,但没有规定监事会具体的监督手段,过于原则,缺乏可操作性。为了使监事会对公司财务进行有效地监督,应当细化明确赋予监事会必要的监督手段,可以规定监事享有检查公司财务会计资料的权力以及相关的调查权、质询权。对于年度报告、中期报告、临时报告及重大交易、投资项目等的财务报告,必须由监事会审查并签署同意意见方为合格,否则视为有瑕疵。监事会可以独立聘请中介机构对其履行职责提供协助,监事会在行使职权时,可聘请律师、注册会计师、执业审计师等专业人员,所发生的合理费用应由公司承担;其四,为解决监事履行监督职责积极性不够的问题,立法应建立一套对监事履行职务的激励机制。如提高监事的报酬,甚至给予一定的股票期权予以激励。同时,法律应明确规定监事的注意义务和忠实义务以及违反义务方面所应承担的民事责任。

结束语

公司治理是指公司的“统治”和管理。公司治理结构则是指实施公司治理的各机构及其相互制衡的权、责、利关系的制度安排。我们主张完善监事会的建设,就是要充分发挥其监察的作用,并在实际工作中能落到实处。本文中对国有企业监事会制度的完善,提出了一孔之见,但企业监事会制度的完善仍需要我们进一步地发现问题、解决问题。●



他山之石

●文/蒋惠岭 杨奕

台湾法官选任的“双轨制”

台湾的法官选任制度具有典型的大陆法系特点,与韩国、日本、法国、德国等国比较相似,与大陆地区也有可比之处。近年来,台湾在原有法官考训制度的基础上,加大了从社会上遴选法官的力度,并规定在10年之内达到一定的比例,从而逐渐改变了台湾法官队伍的内部结构。本文将简要介绍台湾地区选任法官的两种基本方式,以期为当前大陆地区法官遴选制度的改革提供借鉴。

一、概述

(一)“双轨制”的形成

与其他大陆法系国家和地区一样,台湾地区的法官来源以职业考训后分配任用为主,以法官、检察官相互调任及优秀律师学者转任为辅。前者在台湾已经实行了60多年,共培养了4000多名法官、检察官,为台湾的法治进程奠定了坚

实的人才基础。为适应社会对正义需求的变化,台湾早在1998年就发布了《遴选律师、教授、副教授、助理教授转任法院法官审查办法》,但实际成效很小。为进一步促进法官来源的多元化,2011年7月的《法官法》正式建立了从律师、学者中遴选法官的法律制度。目前,这种“双轨制”的法官选任模式在台湾已经确立下来,并将长期发挥作用。

(二)“遴选”的特定含义

在台湾,“法官遴选”采狭义解释,专指从律师、现任或曾任检察官、公设辩护人、学者中选拔合格人才担任法官的活动。至于通过司法官考试后经过职前培训并及格者担任法官的情况,不包括在“遴选”之内。因此,不宜简单、笼统地说台湾的法官都是经过“遴选”产生的。

不同的法官产生机制适用于不同的对象,而这在台湾统一称为“法官之进用”。为了便于理解,本文使用了与“进

用”意义最为接近的“选任”一词,包括通过司法官考试的“法官任用”和通过法官遴选委员会进行的“法官遴选”。

二、通过司法官考试并经职前培训的法官任用

通过司法官考试并经职前培训的法官任用一直是台湾法官选任的主要方式。其基本流程是:1、通过司法官考试;2、在法务部的“司法官学院”接受为期2年的职前培训;3、培训考查合格者(参考个人志愿)直接分配到法院担任候补法官;4、经过为期5年的候补法官历练合格者升任试署法官;5、经过1至2年试署法官历练合格者升任实任法官;6、担任实任法官12年以上者可以升任“最高法院”法官。当然,在这个过程中,有些人并没有走到最后阶段而中途被淘汰了。

需要说明的是,由考训渠道任用的

法官必须到地方法院任职,而不能直接进入“高等法院”、“最高法院”。但通过遴选渠道产生的法官,则不受此限。

(一) 司法官考试

根据台湾法律规定,年满18岁以上、55岁以下的政治、法律、行政各科系的毕业生可以参加司法官考试(改革之后与律师考试合并为统一考试,但科目有所区别)。考试科目包括:第一试中的综合法学一(宪法、行政法、刑法、刑事、国际公法、国际私法、法律伦理);综合法学二(民法、民事诉讼法、公司法、保险法、票据法、强制执行法、证券法、法学英文)以及第二试中的宪法与行政法、民法与民事诉讼法、刑法与刑事诉讼法、商事法、语文等。考试及格者,便可以按照事先确定的员额进入司法官学院进行培训。2012年的考试录取率为1%(最初报名7366人,最后录取75人),其中很多考生都是经过几年才考中的。

(二) 为期两年的职前培训

1955年建立的司法官训练所(2013年更名为“司法官学院”)是台湾法官、检察官的“摇篮”,几乎台湾的所有法官、检察官都来自这所学校。该学院的决策机构为司法官培训委员会,由行政、司法、考试三院指派代表组成,“最高法院”院长及“最高检察署”检察总长分任委员兼正副召集人,所有委员共同决定司法官培训方针、计划及其他有关重要事项。司法官培训委员会的决定交由学院执行。

为期两年的司法官职前培训分四个阶段进行:第一阶段2.5个月,学员在院内1个月进行基础课程教育,提升学员的司法价值观、使命感和责任感,另外1.5个月到财政税务、工程建设、工商经济等部门实习,让学员了解行政机关及民营机构的运作;第二阶段8个月,学员回到学院进行司法实务课程的研习,由优秀法官和检察官为学员讲授司法

实务课;第三阶段为1年,学员分派至各地法院、检察署见习,学习审判、检察等业务。实习分为民事4个月、刑事4个月和检察业务4个月,由资深法官一对一带教;第四阶段为2个月,学员回学院进行最后阶段的综合测验和口试,并完成法律实务总结课程,强化学员的司法综合实务操作能力。

这两年的职前培训是台湾法官、检察官养成中的关键阶段,它不仅让学员获得了担当司法职责的能力,更重要的是它把法律毕业生中的最优秀者送上司法岗位,并为法官、检察官获得高地位、高待遇提供了其他公务员所不可比拟的正当性。

(三) 考评与分配

在学员完成两年的培训后,司法官学院按照学员培训期间的总成绩进行考评。学员培训成绩分为学业成绩及品德学识成绩,学业成绩占80%、品德学识成绩占20%。学员学业成绩与品德学识成绩各以100分为满分,60分及格,不满60分为不及格。培训成绩及格者准予结业,发给结业证书。结业学员由“司法院”及“法务部”依成绩高低,结合部门需求、学员志愿,直接分配到各地方法院或检察署服务,开始其职业法官、检察官的生涯。当然,工作分配确定之后,法院还会再分法、检两个班进行为期1周的专业业务教育培训。

(四) 候补法官和试署法官的实授程序

学员从司法官学院分配任用后,先担任候补法官或候补检察官,候补期间为5年。候补期满经审查及格者,定为试署法官,试署期间为一年(律师、学者等为两年)。候补期的前两年只能办理简单的司法事务或作为陪席法官,之后可以办理独任裁定案件或简易程序案件、小额案件。试署法官的办案范围比候补法官更大一些。

对于候补法官、试署法官要进行考核。候补、试署期满后,报“司法院”送请“司法院”人事审议委员会审查。审查及格者,予以试署、实授;不及格者,应于两年内再予考核,报请审查;仍不及格时,停止其候补、试署并予以解职。“司法院”人事审议委员会对服务成绩进行审查时,应征询法官遴选委员会的意见。根据法官遴选程序,对于符合遴选资格的人员,在遴选为法官后也要经历候补法官、试署法官的阶段。

成为“实任法官”后,法官才成为一个具有完整审判权的裁判者。而且,在实行上级法院法官从下级法院法官升迁的台湾,要成为“最高法院”的法官必须经过12年以上实任法官的历练。

三、通过法官遴选委员会进行的法官遴选

近年来,台湾地区的法院开始从社会各界法律精英中延揽人才。2011年,台湾《法官法》规定建立“法官遴选委员会”,专门负责遴选社会上的法律人才担任法官。根据《法官法》第5条除区分不同法院法官的任用资格外,还规定符合一定资格的检察官、律师、学者、公设辩护人、中央研究院研究员、简任公务人员等均可以参加法官遴选,进而扩大了法官多元任用的渠道。这一条文虽未明确规定遴选不同资格者转任法官的比例,但随着《法官法》的实施,须逐年降低考试进用法官人数的比例。台湾“立法院”明确规定,自《法官法》施行届满10年起,考试任用法官占当年法官空缺人数的比例应降至20%以下。台湾“司法院”已于2011年在提报招收特考法官名额时,将需用名额降为50名,同时扩大举办律师转任法官的公开考试,加上自行申请转任法官1名,共计录取23名律师。如此一来,2014年职

前研习期满后预估考试及格分配的法官、检察官调任的法官及律师转任的法官之比例,约为1:1:1,大致呈现出多元进用的格局。

(一) 法官遴选委员会的组成

台湾的法官遴选委员会设在“司法院”,由“考试院”代表、法官代表、检察官代表、律师代表、学者及社会公正人士共计19人组成。法官遴选委员会主席由“司法院”院长担任,其他委员的名额及产生方式如下:

1、“考试院”代表2人:由“考试院”推选。

2、法官代表6人:由“司法院”院长提名应选名额3倍的人选,送请“司法院”人事审议委员会从中审定应选名额2倍的人选,再交法官票选。

3、检察官代表1人:由“法务部”推举应选名额3倍的人选,送请“司法院”院长从中提名应选名额2倍的人选,办理检察官票选。

4、律师代表3人:由律师公会全国联合会、各地律师公会分别推举应选名额3倍的人选,送请“司法院”院长从中提名应选名额2倍的人选,办理全国性律师票选。

5、学者及社会公正人士共6人:学者应包括法律、社会及心理学专长者,由“司法院”院长遴选。

(二) 职责

法官遴选委员会的职责主要有三项:

1、法官的遴选。台湾的法官遴选主要存在四种情形:一是检察官申请调任;二是公设辩护人转任;三是律师转任;四是学者转任。这项职责是法官遴选委员会最主要的职责,但通过考试培训分配任用的法官不在此列。

2、提供“司法院”人事审议委员会为候补、试署法官服务成绩审查的意见。

3、职务法庭法官的遴选。

(三) 法官遴选的资格条件

法院层级不同决定了遴选条件的差异。台湾《法官法》对“地方法院”、“高等法院”、“高等行政法院”、“最高法院”、“最高行政法院”、公务员惩戒委员会的法官(委员)的任职条件作了详细的规定,但限于篇幅不在此赘述。所涉及的因素主要包括:是否曾任实任法官或实任检察官,曾任公设辩护人的年限,曾实际执行律师业务的年限,在大学任教的年限、教授科目及专门著作的情况等。

(四) 法官遴选的一般工作程序

台湾“司法院”设法官遴选资格审查小组,审查申请遴选为法官者的资格。审查小组成员由“司法院”秘书长、副秘书长、各厅厅长、人事处处长、委员互推代表二人及“司法院”院长指定的人员兼任,并以“司法院”秘书长为主席。法官遴选委员会遴选法官,应审查其操守、能力、身心状况、敬业精神、专长及志愿,视缺额情形择优遴选。经资格审查合格者,视类别进行笔试、口试、品德审查、征询意见等,最终由“司法院”向法官遴选委员会提出人选。

下面就法官的不同来源分别阐述各种遴选程序:

1、律师转任法官的遴选程序。此类程序分为三种:公开甄试转任;自行申请转任;“司法院”主动推荐转任。曾实际执行律师业务6年以上,具拟任职务任用资格者,可以参加“司法院”公开甄试或者自行申请转任法官;曾实际执行律师业务3年以上且具拟任职务任用资格者,可以参加“司法院”公开甄试转任法官;曾实际执行律师业务18年以上,具拟任职务任用资格,且声誉卓著或在专业领域有具体贡献者,可以经“司法院”主动推荐转任法官。

公开甄试分笔试及口试,各占甄试

总分90%及10%。笔试完成后,应就笔试及格者办理下列事项,并根据相关数据提请委员会进行口试:

一是以适当方法公开申请人姓名,由各界于所定期间内陈述意见;二是品德调查,并可函请检察署、相关地区法院、律师公会或其他有关机关(构)提供品德操守、业务能力、社会形象等相关数据;三是基于调查事实及证据的必要,可以书面通知申请人陈述意见,并可要求申请人或有关人员提供必要的文书、资料或物品。

“司法院”在确定主动推荐人选或认可前项建议人选后,应即邀请其转任法官,并于征得同意后请其提出应备文件,提交审查小组审查。审查小组审查完成后,“司法院”应即提请法官遴选委员会进行遴选。

2、学者转任法官的遴选程序。公立或经登记注册的私立大学、独立学院法律学系或其研究所毕业,曾任教育部审定的合格大学或独立学院专任教授、副教授或助理教授合计6年以上,讲授主要法律科目2年以上,有法律专门著作,具备拟任职务任用资格,可以自行申请转任法官。

公立或经登记注册的私立大学、独立学院法律学系或其研究所毕业,曾任“教育部”审定的合格大学或独立学院专任教授10年以上,讲授主要法律科目5年以上,有法律专门著作,具备拟任职务任用资格,且声誉卓著或在法律学术领域有具体贡献者,可以经“司法院”主动推荐转任法官。

“司法院”于受理教授、副教授、助理教授自行申请转任法官的申请后,应即将其所提文件提交审查小组审查,并于审查小组审查完成后,就资格审查合格者办理下列事项:第一,专门著作审查;第二,以适当方法公开申请人姓名,由各界于所定期间内陈述意见;第三,

基于调查事实及证据的必要,可以书面通知申请人陈述意见,并可要求申请人或有关人员提供必要的文书、资料或物品;第四,品德调查,并可函请检察署、相关地区法院、律师公会或其他有关机关(构)提供品德操守、业务能力、社会形象等相关数据。

其中,专门著作审查,由“司法院”聘请3名学者专家为审查委员,以全体委员评定成绩总和的平均成绩达70分为及格。经审查及格者,“司法院”应提请法官遴选委员会视缺额情形择优遴选。

此外,“司法院”可主动推荐资深优良专任教授转任法官。“司法院”在确定主动推荐人选或认可所建议人选后,应邀请其转任法官,并于征得同意后请其提出应备文件,提交审查小组审查。审查小组审查完成后,“司法院”应即提请法官遴选委员会进行遴选。

3、公设辩护人转任法官的遴选程序。曾任公设辩护人6年以上,具有任用资格者,可以自行申请转任“高等法院”以下各法院的法官。“司法院”于受理公设辩护人自行申请转任法官的申请后,应即将其所提文件提交审查小组审查,并于审查小组审查完成后,就资格审查合格者办理下列事项:第一,书类审查;第二,以适当方法公开申请人姓名,由各界于所定期间内陈述意见;第三,基于调查事实及证据的必要,可以书面通知申请人陈述意见,并可要求申请人或有关人员提供必要的文书、资料或物品;第四,品德调查,并可函请检察署、相关地区法院、律师公会或其他有关机关(构)提供品德操守、业务能力、社会形象等相关数据。

其中,书类审查由“司法院”聘请3名具有8年以上实任法官资格者为审查委员,以全体委员评定成绩总和的平均成绩达70分为及格。审查及格的,



“司法院”应提请法官遴选委员会视缺额情形择优遴选。

4、检察官转任法官的遴选程序。符合《法官法》规定条件的曾任检察官,可以自行申请转任法官。现职检察官申请转任法官,由“司法院”函请“法务部”调查所属检察官转任法官的意愿后,将其所提文件汇报“司法院”办理。

“司法院”在受理申请后,应即将其所提文件提交审查小组审查,并于审查小组审查完成后,就资格审查合格者办理下列事项:第一,以适当方法公开申请人姓名,由各界于所定期间内陈述意见;第二,基于调查事实及证据的必要,可以书面通知申请人陈述意见,并可要求申请人或有关人员提供必要的文书、资料或物品;第三,品德调查,并可函请检察署、相关地区法院、律师公会或其他有关机关(构)提供品德操守、业务能力、社会形象等相关数据。经审查合格者,由“司法院”提请法官遴选委员会视缺额情形择优遴选。

(五) 遴选法官的职前研习

经遴选为法官者,在任职前应当参加职前研习。由“司法院”设遴选法官研习委员会,决定研习方针、研习计划及其他有关研习重要事项,并由法官学院执行。

在研习时间方面,视律师执业时间长短、学者教学能力强弱及曾任法官、检察官任职年限等,分别确定75周或17周的研习时间,甚至可以免除研习。

在研习内容方面,第一阶段为法律实务及相关理论课程;第二阶段为审判实务实习;第三阶段为综合研习并举行口试。成绩评定及格者,即可任职。

四、结语

台湾的法官选任制度是台湾司法改革取得成功的重要条件。由于历史原因,台湾对于公职人员的素质要求比较高,而司法官考训制被公认为是培养高素质司法人员的成功范例。但是,由于近年来出现的一些与民意相悖的司法裁判引发了社会对法官选任制度的质疑,促使台湾当局加快了多渠道遴选法官的步伐,甚至制定了改变法官选任渠道的10年目标。尽管如此,这丝毫不能贬低台湾司法官考训制度的功绩,但同时又要根据形势变化、民众需求对这一制度作相应的调整、补充和完善。而且,台湾的改革也反映了目前在日本、韩国进行的法官选任制度改革成果,值得我们研究借鉴。●

(作者单位:最高人民法院司改办、中国应用法学研究所)

随笔

●文、图 / 陈光明

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

在董存瑞牺牲的地方



隆化，董存瑞就是在这次攻击守军防御重点——隆化中学的战斗中，舍身将敌暗堡炸毁，为部队开辟了前进的道路。

1954年，隆化人民在清朝康熙皇帝的波洛河行宫旧址上兴建了董存瑞烈士陵园。陵园占地75000平方米，是全国以烈士名字命名的陵园中面积最大的一座，为第一批全国重点烈士纪念建筑物保护单位、爱国主义教育基地和红色旅游经典景区之一。

走进苍松翠柏怀抱的陵园，我站在董存瑞的雕塑前凝视仰望，董存瑞还是那样，英姿焕发，他高高地站在花岗岩石基上，神情镇定，左手托起炸药包，右手拉开导火线。蓦然回首，岁月过的那么快，那时我们仰慕英雄，游戏中模仿英雄动作时，还是戴着红领巾的少年，一晃50多年过去了，现在来到距上海1800多公里的隆化英灵地，实现了夙愿，心情激动而感慨。树荫下老人们在下棋、在聊天，年轻的夫妇领着小孩来参观，儿童们在欢快地游戏，人民没有忘记英雄，英烈不会寂寞。

广场上矗立的英雄纪念碑上镌刻着

朱德总司令笔力刚劲的镀金题词：“舍身为国，永垂不朽”。据知，当年兴建董存瑞烈士陵园时，隆化当地政府派人上北京请毛泽东主席题词，毛主席未题，说董存瑞是军人，还是请朱总司令题词合适。可见毛主席对朱总司令的尊重，对董存瑞烈士的尊重。

在江泽民同志题写的“董存瑞纪念馆”内，展放着董存瑞的遗物，其中有他1945年参加八路军后，因作战机智勇敢，荣获的三枚“勇敢奖章”和一枚“毛泽东奖章”。橱窗内一份当年11纵队的文件引起了我的注意，标题是《纵委关于追悼李荣顺、周南、董存瑞诸烈士的决定》，现在可以看出，该文标题中的英雄名单排列上有些微妙。军旅作家张正隆在所著四野战将的《一将难求》一书中，写到了11纵队司令员贺晋年将军（建国后曾任解放军装甲兵副司令员）谈到了11纵队的隆化之战。在战后对董存瑞的壮举评价时，有人认为他冲向敌暗堡时，没有带上炸药包的支架，违反了规定，是一起“事故”，当时贺晋年就火了，厉声道：舍身炸碉堡，英雄！董存瑞，一个普通的战士，司令员虽未与其见过面，却是让他刻骨铭心的一个兵。

1950年全国战斗英雄模范代表会议召开，董存瑞被迫认为全国战斗英雄，也是解放战争中涌现出来的无数战斗英雄中知名度最高的一位。以后又被中央军委树立为全军八个英雄模范标兵之一，肖像悬挂在全军所有连以上单位的活动室，为中国军人的最高荣誉。

距陵园西南数百米就是董存瑞牺牲的地方，现在原址上重建了旱河道、暗堡等当年敌军的作战工事，再现了历史的



离开承德，列车北上，行驶在崇山峻岭的燕山腹地，穿山越岭，一个小时后抵达隆化。隆化县，位于河北省的北部，南距承德60公里，依山傍水，它曾是我国北方的军事重镇，塞上的历史名城。

1948年5月25日下午，在解放隆化的战斗中，战火中升腾出一位19岁的英雄，他就是全国著名的战斗英雄董存瑞。

解放战争时期，隆化作为承德的北面屏障，战略位置重要，国共两军曾两度攻守交战。第一次是1947年，解放军连攻十天因伤亡大而失利。一年后东北解放军第11纵队（即48军）再度出手战

主要场景。当年董存瑞迎着开阔地的机枪火舌，冲跑爬滚到桥下，九死一生，实属不易。我下到旱河道，站在董存瑞牺牲前站过的地方，在观察、凝思，没人知道董存瑞看到无法放置炸药包时是怎么想的，但是他一定很焦灼，总攻很快就要发起……当他擎起炸药包，以身体为支架，顶向桥上暗堡时，他一定很清楚手上这包炸药爆炸时的瞬间威力……但他毅然拉开了导火线。

据看护“英雄牺牲地”的老人告诉我，董存瑞炸掉碉堡后，部队冲了过去，由于打仗紧急，已顾不上战场的清理。1952年在挖掘清理废墟时，发现地下有很多散埋的遗骨，但已难以区分这些遗骨的归属了。这与我之前在陵园瞻仰时管理人员说烈士墓具有象征意义是相符的。

在“英雄牺牲地”东面二、三百米之处就是当年的隆化中学，现名存瑞中学，校门口正张榜着高考录取名单的喜报。现在的年轻人是幸福的，不会面临战争的苦难，也不会遇到缺衣少食的社会贫困，但在转型社会，他们也会碰到新的困惑和压力，他们年轻的心灵、青春的脉搏，还会像上世纪五、六十年代的人们那样敬仰英模，作为学习的榜样、精神的导师吗？

隆化城区不大，虽然说不上繁华，但宁静整洁，民风淳朴，所接触的老少百姓都热情友善。与周边一些旅游热点地区相比，游客在隆化吃、住、行等方面的消费，性价比都很高。时值盛夏，一个人漫步在清静的街上，晚风飒飒，分外凉爽，隆化是个避暑的好地方。

带着美好的心情离开隆化，车窗外湛蓝的天空白云飘绕，深邃的燕山峰峦绵延起伏，一派绚丽，我让出租车司机暂停一下，在路边拍摄了隆化自然而大美的风光。那宽广的土地，让你看到一个胸怀坦荡的隆化；那壮丽的山川，让你看到一个俊美深情的隆化。●

（作者单位：上海市德尚律师事务所）

随笔

●文/肖瑶

栏目组稿人：孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

永不永不说再见



最近我总是在循环聆听着一首名为《不再见》的歌曲：离别没说再见，你是否心酸？转身寥寥笑脸，不甘的甘愿。也许下个冬天，也许还有十年，再回到你身边，为你撑雨伞……悲怆的歌声总会把我的思绪带到一年前。

在2013年4月初，我刚来到北京颐合中鸿（上海）律师事务所上班的第三天清早，就听到门外传来了一阵爽朗的笑声，办公室进来一位很高、微胖、剃着光头的年轻律师，未见其人先闻其声便是我对陈佳的第一印象。之后在慢慢相熟的过程中，知道了陈佳有个小他8岁的女朋友，是另外一个律所的行政。他非常爱他的女朋友，有一次我跟他出去办案，打开车门刚要往副驾驶位子上坐，他笑着阻止了我，说这个位子是他女朋友的专座，从未让别的女生坐过。我既委曲又感动。

后来知道陈佳原本身体很好，还练过柔道，但在2010年被查出患有恶性肿瘤，通过手术、化疗、介入等治疗措施控制住了病情；知道了陈佳是个善良从不吝啬的人，每次来所里，只要自己买了咖

啡，必定会帮所里其他人也带上一杯；知道了陈佳对待每个案子、对待每一位当事人都会竭尽所能，尽心尽力；知道了陈佳是个乐观的人，即使到了生命的尽头，还是不放弃希望，不把坏情绪带给亲人和朋友……

不幸的是，三个月前，陈佳被诊断为恶性肉瘤复发，在4、5、6三个月里，陈佳很少来所里了，一直断断续续地住院，但直到6月初他还是硬撑着疲弱的身躯到法院去开庭。我们其实都知道可能会发生什么结果，但是谁都不愿意去接受这个事实。

陈佳和他的女朋友是以一个很普通的方式相遇的：陈佳去她所在的律所办事，她中间牵线搭桥帮他圆满完成了很多任务，几次你来我往擦出了火花，不久两人便坠入爱河。他曾多次跟我们提起女孩要跟他结婚，但他不同意；他也很坦诚地告诉女友自己身体不好，说不定什么时候就死了，他的女友还笑着让他别乱说话。

陈佳妈妈说：病情复发初期她也曾问过陈佳，是否劝过他的女朋友就此离开，因为这条路太过艰辛，没有经历过的

人是不会懂得那种难过有多么的恐怖。但自从陈佳病情加重以后,他的女友就尽其所能陪在他的身边,除非工作实在排不开才会连夜赶回去。两个人也曾谈过未来,陈佳坦率地告诉女友自己可能已经没有办法给她幸福了,如果这个时候她离开,他不会怪她什么。他女友说自己也曾挣扎过,毕竟这么年轻,不知道自己到底能不能承受最后的结果。但犹豫过后,她还是决意要陪在自己心上人的身边与他一起对抗病魔。但是她也确实承受了他人不可承受的痛苦,刚开始的时候,她以为自己会很坚强,可以每天坐在病床上边削苹果边温柔地对自己的心上人说:你快点好起来吧,你答应我要带我去旅行的。但是后来发现,自己越来越害怕走进病房,怕看到他那越来越清瘦的脸庞、听到他那越来越少的话语;怕看到他离死亡越来越近,离自己会越来越远。她说后来我才知道对抗病魔的人,不只是他,还有所有所有爱他的人,我们一定

要比他更坚强。

陈佳临走前几天的一个早上,医院里正在做着最后的抢救。那时候她的女友正在赶往单位的途中,一阵急促的手机铃声让她忽然心悸,接听后果然是陈佳母亲从医院打来的,让她赶快来医院一次。她有一种前所未有的惊惧与恐慌,不顾一切地赶到医院,陈佳妈妈出来接她,眼睛红红地说:“医生说情况很不好,正在抢救。”她却一直站着不敢动,也不敢说话,连哭都不敢,她只怕他就此离开。

医院宣布病危,认为已经没有医治的必要了,回家吧。回家以后他的女友就再也没离开过他。陈佳一直处于昏迷,偶尔醒来,剧烈的疼痛令他满头大汗,但是看见她以后还是会微笑,轻声叫她走,就是不想让她看见自己狼狈的模样。可是她却一直舍不得,她害怕哪一秒不在他身边他就会突然离她而去。她一天天、一分分、一秒秒地熬下去,如此痛苦,却又如此珍贵。

7月28日下午,陈佳女友发现陈佳的精神意外得好,脸上也出现些少有的红润,微笑着跟她说说话。一切就跟没有生病时一样,只不过这次嘱咐的是:如果有一天我真的离开了你,你一定要记得照顾好自己,记得带伞、记得吃饭,有空来看看咱爸咱妈。她听完笑着点点头,说你放心,泪水却如同泛滥的小溪,肆无忌惮地趟过每一寸脸颊。两人在一起的美好片段又一次在脑海中闪过,他们四目相对,她答应他一定会照顾好自己,为了不让疼爱她的人难过,她一定会幸福。陈佳松了口气,觉得好安静、好轻松,没有痛苦,想再睡一会,记得晚饭的时候叫醒他,然后缓缓地闭上了眼睛。

7月28日下午4:30,陈佳安详地离世。他最爱的父母与女友陪他走完了短暂人生的最后一刻。

在这个浮华的世界里,人们似乎被功利心遮挡了双眼,迷失了自我。脱离了大学那个象牙塔后我渐渐地也开始不相信世界上有什么纯洁的感情,但时间教会了我们很多东西。有些我们认为根本没有的,后来发现它确实实实在在地存在;有些我们深信不疑的,后来却明白根本就没有。生命短暂,跨越坎坷,踏破荆棘,多少辛酸、多少欢乐,都不值得一说,唯有爱永恒!

7月28日,我最后一次去和陈佳告别,这次和以往不一样,上一次我们还可以谈笑风生,而这次却只能看见他那冰冷的身躯,虽然他的面容已经慢慢变黄,但是那招牌式的笑容依旧呈现在他的脸上。我和周老师代表律所送上了表达大伙心意的花篮,在书写挽联的那片刻,我的眼泪又一次地决堤而下,悲痛的心中再次响起那首歌曲的旋律——永不永不说再见! ●

(作者单位:北京颐合中鸿(上海)律师事务所)



业内资讯



“上海律协”微信公众平台正式上线

8月1日,上海市律协实名认证的微信订阅号——“上海律协”微信公众平台正式上线,搜索公众号“上海律协”、“shanghai lvxie”或用微信扫一扫二维码

即可关注。通过“上海律协”微信公众平台,进一步加强了律协与会员之间的相互沟通、交流,发布行业资讯,传播律师文化。

上海市律协将开展本届上海市优秀律师事务所、优秀律师、优秀女律师评选工作

8月7日,上海市律协召开九届二十八次会长会议。会议围绕本届上海市优秀律师事务所、优秀律师、优秀女律师的评选工作进行了讨论,并对评选工作的初步方案提出

了意见。根据初步方案,评选将分三个阶段进行。10月份开始第一阶段的初步推荐工作,明年年初将正式产生评选结果。

上海市司法局副局长王协到北京大成(上海)律师事务所调研

8月13日,上海市司法局副局长王协、律管处副处长忻峰、浦东新区司法局副局长刘龙宝、律公处处长赵开银等领导前往北京大成(上海)律师事务所视察调研。北京大成(上海)律

师事务所主任王汉齐介绍了律所近年来的发展情况。随后,王协副局长就未来上海自贸区内法律服务的相关政策的调整做了介绍。



上海融孚律师事务所接待四川人大内司委一行

8月19日,四川省人大内务司法委员会一行11人在主任严铁桥的带领下,到上海融孚律师事务所调研了解上海自贸区法律制度建设、政府法律顾问运行

经验和浦东律师执业保障等。上海市人大内司委有关人员和上海市律协秘书长万恩标、业务部主任潘瑜等陪同调研。

上海市律协应邀参加上海市地方法规、政府规章翻译工作座谈会

8月21日,上海市行政法制研究所召开了上海市地方法规、政府规章翻译工作座谈会。上海市行政法制研究所所长刘平听取了专家对于法规翻译工作的意见

和建议。上海市律协教育与文化业务研究委员会秘书陈欣皓等律师代表应邀参加了本次座谈会并在会上发言。



上海仲裁委员会

Shanghai Arbitration Commission

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

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

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

MODEL ARBITRATION CLAUSE

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

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

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

新法速读

国资委宣布开展“四项改革”试点

2014 年 7 月 15 日,国务院国资委召开新闻发布会,宣布在所监管的中央企业中开展“四项改革”试点,六家央企被纳入首批试点。此次“试点”主要包括四方面的内容:一是开展改组国有资本投资公司试点,二是开展发展混合所有制经济试点,三是开展董事会行使高级管理人员选聘、业绩考核和薪酬管理职权试点,四是在国资委管理主要负责人的中央企业中选择两到三家开展派驻纪检组试点。推进“四项改革”试点,是国资委和中央企业贯彻落实三中全会精神的具体举措。通过试点,发现问题、解决问题,总结经验、完善措施,努力推出一批可推广、可复制的有效做法和典型经验,为全面深化国资国企改革提供强有力的实践支撑。

此次“四项改革”试点的目标:一是探索以管资本为主加强国有资产监管的体制模式,二是探索发展混合所有制经济的有效路径,三是探索完善国有企业公司法人治理结构的工作机制,四是探索对国企负责人重点监督的纪检监察方式。“试点”应按照五个步骤有序推进:统一领导、分工负责;因企制宜、一企一策;加强指导、大胆实践;总结经验、完善政策;梯次展开、逐步推广。同时,还应遵循四项原则:一是坚持顶层设计与先行先试相结合;二是坚持市场化方向与问题导向相结合;三是坚持正确的改革方向,坚持基本经济制度,坚守改革底线,坚决防止国有资产流失;四是整体推进与重点突破相结合。

(供稿:市律协国资国企业务研究委员会)

教育部发布《义务教育学校管理标准(试行)》

2014 年 8 月 22 日,教育部发布了《义务教育学校管理标准(试行)》(以下简称《标准》)。《标准》就义务教育学校管理工作提出了 92 条要求,印发后,各地区应当结合本地实际遵照执行。《标准》的发布与实施,将推动学校不断提高管理水平,实现学校治理的法治化和规范化。

《标准》明确了义务教育学校管理的四个标准,即:育人为本、全面发展;促进公平、提高质量;安全和谐、充满活力;依法办学、科学管理。

此外,教育部对于《标准》的具体实施提出了四点要求:

1、《标准》是对学校管理的基本要求,适用于全国所有义务教育阶段的学校。但各地可根据本地实际情况的差异,制定实施意见,细化标准要求。

2、《标准》对学校治理工作提出了具体要求,是学校工作的重要依据。

3、学校要将《标准》作为学校治理的基本依据,树立先进的学校治理理念,建立健全各项管理制度,完善工作机制。

4、教育督导部门应按照《标准》修订完善义务教育学校督导评估指标体系和标准,开展督导评估工作,促进学校规范办学、科学管理,提高教育质量和办学水平。

(供稿:市律协教育与文化业务研究委员会)

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 2014 年第 7 期

上海篇

1. 上海市人民政府:上海市公共信用信息归集和使用管理试行办法
2. 上海市人民政府:关于修改《上海港口岸线管理办法》等8件市政府规章的决定
3. 上海市人民政府:上海港口岸线管理办法(2014年修订)
4. 上海市人民政府:上海市农业机械安全管理规定(2014年修订)
5. 上海市人民政府:上海市液化石油气管理办法(2014年修订)
6. 上海市人民政府:上海市印章刻制业治安管理办法(2014年修订)
7. 上海市人民政府:上海市房地产经纪人员管理暂行规定(2014年修订)
8. 上海市人民政府:上海市外滩风景区综合管理暂行规定(2014年修订)
9. 上海市人民政府:上海市电影发行放映管理办法(2014年修订)
10. 上海市人民政府:上海市货运出租汽车运输管理暂行规定(2014年修订)
11. 上海市人民政府:关于取消和调整一批行政审批事项的决定
12. 上海市人民政府:关于废止《上海市一次性塑料饭盒管理暂行办法》的决定
13. 上海市人民政府办公厅:上海市鼓励购买和使用新能源汽车暂行办法
14. 上海市公安局:关于重新发布《上海市因私出入境中介活动管理暂行规定》等行政规范性文件的通知
15. 上海市公安局等:关于本市渡轮、客船、游览船禁止携带的危险物品目录通告
16. 上海市金融服务办公室等:上海市商业性融资担保机构担保代偿损失风险补偿办法
17. 上海市住房保障和房屋管理局:上海市房产面积测绘成果争议处理办法
18. 上海市民政局等:上海市养老机构服务收费管理暂行办法
19. 上海市民政局:上海市福利企业资格认定实施办法
20. 上海市民政局:关于废止和宣布失效三件规范性文件的通知
21. 上海市民政局:关于延长《关于本市实施社区助老服务项目目

行办法》等6件规范性文件有效期的通知

22. 上海市教育委员会:上海市普通高中学籍管理办法
23. 上海市高级人民法院:上海法院12368诉讼服务平台热线工作实施细则(试行)
24. 上海市高级人民法院:上海法院12368诉讼服务平台管理暂行规定(试行)
25. 上海市高级人民法院:上海铁路法院集中管辖中若干问题的解答
26. 上海市高级人民法院:关于下发《上海市高级人民法院立案联系会议纪要二》的通知
27. 上海市高级人民法院:关于进一步加强和改进立案工作的意见

全国篇

【综合】

国家发展和改革委员会:外商投资项目核准和备案管理办法

【诉讼法】

1. 最高人民法院:关于审理涉及公证活动相关民事案件的若干规定
2. 国家保密局:国家秘密定密管理暂行规定

【工商价格】

1. 国家工商行政管理总局:网络交易管理办法
2. 财政部等:价格违法案件举报奖励办法(2014年修订)

【交通运输】

1. 交通运输部等:道路运输车辆动态监督管理办法
2. 交通运输部:关于废止7件铁路规章的决定

【文教环保】

1. 教育部:中小学教师违反职业道德行为处理办法
2. 环境保护部:企业环境信用评价办法(试行)

【农林】

农业部:中华人民共和国渔业船员管理办法

【劳动】

国务院:事业单位人事管理条例

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

《因特拉肯少女峰》



摄影/文：李璐佳 律师

搭乘着新婚蜜月之旅的幸福列车，与最爱的伴侣携手共攀阿尔卑斯山脉最高峰之一的瑞士因特拉肯少女峰（Jungfrau），在海拔4158米的山顶，齐肩共赏山峦与天空勾勒出的云雪交织之景，享受着大自然所赋予的世界，就如同我所热爱生活一般，或虚幻或真实，但仍旧秉承着爱情承诺的誓言：一路有你！