

2014  
09  
总第723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 |

## 严格坚守律师职业操守 努力提升行业诚信水平



封面照片:上海外滩白渡桥

9月17日，上海市老龄委组织召开了2014年老龄维权工作小组会议。上海市律协业务部主任潘瑜、法律援助与社区服务研究委员会主任李东方律师受邀参加。各成员单位就近期老年维权工作热点和对策思路进行了交流。



9月18日，上海市高级人民法院与上海市律协共同召开座谈会。上海市高院副院长顾伟强、高院立案庭、信访办等部门负责人出席了会议。会议主要围绕“律师一卡通”在法院的使用情况，本市法院系统立案、执行、诉讼的总体情况和双方如何进一步建立律师参与化解信访机制这三方面问题开展了沟通研讨。



9月19日，广东省律协副会长吴友明带领广东省律协继续教育工作委员会一行10人来沪，与上海市律协交流研讨开展律师继续教育方面的工作经验。9月20日考察团一行赴上海市众华律师事务所实地考察事务所律师培训开展情况。



9月23日，由上海市委宣传部文艺处等主办的电视剧《金牌律师》研讨会举行。由首届东方大律师、全国政协委员段祺华亲自担任总编剧和出品人的电视剧《金牌律师》已经被认可为国内首部律政剧，剧中涉及对律师人生观、世界观与价值观的深入探讨，是一部集思想性、艺术性与专业性于一体的力作。该剧已入选国家新闻出版广电总局季度推荐好剧目录。中华全国律协副会长吕红兵、上海市律协副会长黄绮、宣传部主任庄燕参会并作交流发言。



9月25日，“社会治理与女性智慧——2014年上海妇女发展国际论坛”召开，本次论坛聚焦社会治理中女性智慧与作用的发挥等主题展开。论坛由上海市妇联及妇女儿童工作委员会等联合举办。上海市女律师联谊会会长黄绮、前任会长李慈玲等应邀出席，上海市妇联主席徐枫还与出席的女律师联谊会代表亲切合影留念。

# 卷首语

## 上海律师的时代使命

上海政法学院终身教授 倪正茂

中国正向建成社会主义法治国家的伟大目标大步迈进。

上海律师将在这一庄严而宏伟的事业中发挥巨大的、无可替代的作用。

20世纪的前50年,在中国共产党的领导下,中国人民历经流血牺牲的艰苦奋斗,推翻了“三座大山”。20世纪的后50年,在中国共产党的领导下,中国人民走过了坎坷曲折的道路,夺得了改革开放的辉煌胜利。正是因为有这一个世纪的斗争成果,我国人民已享受了不受残酷战争之苦的大半个世纪的和平年代,伟大的祖国也一洗积贫积弱的耻辱,经济总量已经跃居世界第二的崇高地位。但是,所有这些成果,都完全可能毁于一旦,“文革”导致的惨景还历历在目,就是铁的明证。因此,必须深思:21世纪的前50年该干什么?作为律师,又该如何思考问题、指导工作、规划未来。

我以为,如果能在21世纪的前50年建成具有中国特色的社会主义法治国家,那么不仅可以保障既有成果不致毁损,而且还可以推进改革开放事业以更加迅猛的态势阔步前进,实现中华民族伟大复兴的美好的中国梦。不仅如此,由于全世界只有我伟大中华是唯一具有当代四大法系实践经验的国家(我国5000年文明孕育的中华法系始终熠熠放光,实际上我国的社会主义法系是奠基于中华法系基石之上的;至今,我国的台湾、澳门地区通行的是罗马法系;我国的香港积有150年的实施英美法系的经验;而5000万穆斯林在实际生活中有着实施伊斯兰法的经验)。因此,如果在我国建成一个以中华法系为基础、吸收其他三大法系的丰富经验,建成我称之为“中华发展法系”的伟大的社会主义法治国家,那么它不仅对中国而言,而且对全世界而言,都将是泽被千秋、功盖万代



的无比豪迈的事业。全中国人民热切期待、全世界进步人类炯炯瞩目的中共十八届四中全会,即将在法治建设方面做出重要的决定,从而大大推动我国法治事业的快速发展,也必将为创新中华发展法系奠定基础。

律师是法治系统中的一大方面军。无论在国外还是在中国,无论是在逆境中还是在顺境中,律师事业都被从正面或反面证明是绝对不可或缺的。在当前向建成社会主义法治国家的崇高目标前进时,对律师的时代使命、法治伟力以及具体工作,都应当有深切的认识、具体的谋划并作坚持不懈的努力。具有100余年光荣传统与丰富经验的上海律师,在这一崇高事业中,更应发挥特有的巨大作用。习近平主席最近在沪发表的关于上海在全国要继续当好改革开放排头兵的号召,同样要在律师工作中得以具体的落实。

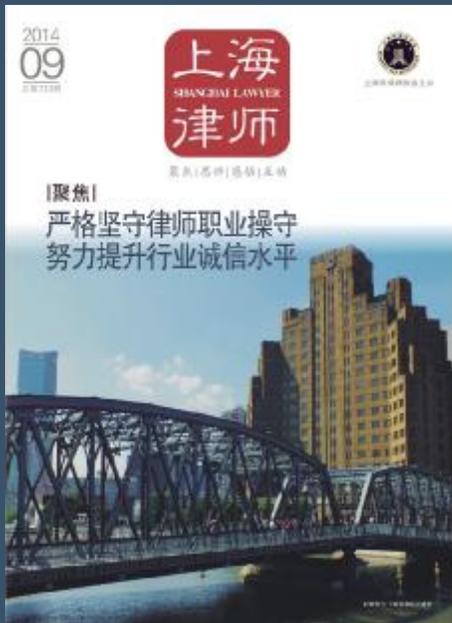
2012年上海市律师协会举办了纪念上海律师公会成立100周年的活动,为上海律师继承先行者的光荣传统,学习他们的丰富经验,发挥了重要的作用;2013年,上海市律师协会又成功地举办

了首届律师学术大赛。作为总评委之一,我为上海律师大步迈向高水准、高境界而感到由衷高兴。如今的上海律师,与当年的上海律师先辈们相比,或与新中国成立初期的上海律师相比,甚至与改革开放初期的上海律师相比,无论是在法治意识、法治观念、学术造诣方面,还是在法律技巧、外语水平、实践经验方面,都大大提高到了先行者们难以企及甚至不敢奢望的高度。这得益于党和国家之高度重视法学教学,得力于上海市政法委、市司法局对律师工作的高度重视和具体指导,也归功于上海市律师协会及其工作人员的艰辛努力,当然还要归功于律师们自己孜孜不倦的奋斗!

事物的发展是永无止境的。“百尺竿头”还应“更进一步”。上海律师是否是全国最优秀的?“我”是不是上海律师中最优秀的?这是每位上海律师每日每时都应扪心自问的。而什么叫“最优秀”?是“创收”还是“对法治的贡献”?这是更应时时关注、深深思考的。我们每一个人都每日每时、分分秒秒地走向死亡,这是自然规律,并不可悲。可悲的是对此茫然无知,浑浑噩噩地得过且过;可悲的是对周围发生的一切熟视无睹、漠不关心;可悲的是对时代的发展无所思考,对社会的前进无所奉献。而对于比较成功、比较优秀的律师来说,可悲的是就此止步却乐在其中。

事物的发展又是不平衡的。即使是对优秀律师而言,其自身的前进历程也决非静如止水。在这千帆竞渡、百舸争先的伟大时代,但愿每一位上海律师都以法治建设的先锋参与、积极努力和奋发有为,成为大时代的法治英雄,而且永远以下列民歌自勉:

山外青山楼外楼,英雄好汉争上游。  
争得上游莫骄傲,还有英雄在前头。



## 《上海律师》月刊

主 管:上海市司法局  
主 办:上海市律师协会  
编 辑:《上海律师》编辑部

编辑委员会主任:盛雷鸣

副 主 任:陈乃蔚 邵曙范 黄 绮 钱翎樑  
周天平 管建军 厉 明 万恩标

委 员:(排名不分先后)

朱剑华 王 琼 刘小禾 光 韬  
李海歌 张 方 岳雪飞 洪 亮  
贾明军 黄荣楠 谭 芳 葛珊南  
孙彬彬 计时俊 吕 琰 张 毅  
陈 凯 顾跃进 蒋信伟

主 编:黄 绮  
副 主 编:刘小禾 庄 燕  
责任编辑:杨培君  
摄影记者:曹申星  
美术编辑:大 愚  
编 务:许 倩

本刊特约撰稿人:

王俊民 汤啸天 陈 默  
李颂联 王凤梅 彭念元  
游 伟

(内部资料 免费交流)

编辑部地址:

上海市肇嘉浜路 789 号均瑶国际广场 33 楼  
电 话:021-64030000  
传 真:021-64185837  
投稿邮箱:E-mail:tougao@lawyers.org.cn  
网上投稿系统: <http://info.lawyers.org.cn>

上海市律师协会网址(东方律师网)  
[www.lawyers.org.cn](http://www.lawyers.org.cn)

上海市连续性内部资料准印证(K第272号)

本刊所用图片如未署名的,请作者与本刊编辑部联系

# 2014 9

## 目录

总第 723 期

## 卷首语 Juanshouyu

01 上海律师的时代使命 / 倪正茂

## 本刊关注 Benkanguanzhu

### 聚焦

05 严格坚守律师职业操守 努力提升行业诚信水平 / 吕 轩  
风采

07 年轻的力量  
——小议上海市优秀青年律师评选的意义 / 陶丽萍

### 区县专辑 闸北篇

09 敢于担当 勇于创新 推动律师服务产业新发展 / 刘 燮

10 更新监管“补丁” 升级服务“组件” 强化优势“驱动”  
——闸北区司法局多措并举推动律师业健康发展 / 何 成

14 年轻的君伦,永远的专业梦想追求  
——记上海君伦律师事务所 / 隋 文

16 全球视野 本土智慧 构建全球“一站式”商务法律服务  
体系 / 李举东

### 人物 优秀青年律师

19 一名律师的《论语》心得  
——写在“不惑”之年的执业感悟 / 史轶华

### 法律咖吧

22 专业律师看“律政剧” / 吴卫义 谭 芳 葛珊南 贾明军  
黄飞珏 王凤梅 罗 兴 朱晶晶 方 洁 张 寅 桂芳芳



《法国之旅》  
摄影:俞云鹤  
律师



9月18日,以香港大律师公会前副会长谭允芝资深大律师为团长的香港大律师公会代表团一行10人来沪,参加与上海市律协、上海国际仲裁中心共同举办的模拟仲裁庭活动。上海及香港两地的律师代表一起参与了模拟仲裁庭的演示。

## 法眼法语 FAYANFAYU

### 香港大律师之窗

- 27 论《合约(第三者权利)条例草案》的应用  
/ 王洛媛

### 执业心语

- 29 刑事辩护律师如何处理与当事人及其亲属的关系 / 阮传胜

- 31 专业律师应当“法律问题专业化,专业问题法律化”

——一个造价工程师转行成为专业律师的体会 / 张正勤

### 视角

- 32 进一步开展上海司法体制改革试点工作的构想(上)——基于律师行业视角  
/ 潘瑜 牟笛 王思维 马朗 袁洋

## 专题研究 ZHUANTIYANJIU

- 39 从“面向过去”到“面向未来”  
——我国违法解除赔偿金制度的设计与改革 / 陆敬波 姜旭东

- 42 从沃尔玛常德店关闭看企业分支机构用工中的疑难问题 / 石先广

- 45 企业收购过程中有关员工工作年限累计及经济补偿计算 / 夏利群

- 48 评我国劳务派遣中的行政管制 / 朱慧 陈慧颖

- 52 从应聘沉默看劳动法上的反欺诈制度 / 胡燕来

- 56 劳动者造成用人单位财产损失是否应当赔偿? / 董春岛

## 人文万象 Renwenwanxiang

### 他山之石

- 58 英国律师在民事诉讼中的作用  
——以笔者“陪审”的一件民事案件为例 / 张永红

### 随笔

- 62 母校情怀 / 顾跃进

### 业内资讯

### 64 新法速读

最高院出台解释规范执行程序中迟延履行期间债务利息的计算

### 封三 新法速递

《律师业务资料》目录 2014年第8期

# 本刊关注



上海市律师协会纪律处分  
案例汇编和评析 (稿)



上海市律师协会编  
2011年3月



律师职业操守和  
执业行为规范

Professional Values and Ethics and the Code  
of Practice Conduct for Lawyers

上海市律师协会律师学院 / 主编  
蒋信伟 / 著

法律出版社  
LAW PRESS CHINA

上海市律师协会编  
2006年元月

聚 焦 ●文 / 吕 轩

# 严格坚守律师职业操守 努力提升行业诚信水平

律师是社会主义法治建设的重要力量,在维护公民的人身、财产权利,维护社会基本秩序,在落实依法治国基本方略、建设社会主义法治国家中肩负着重要职责。律师的职业属性决定了其需要有比普通公民更高的职业要求,也即职业操守。

“君子进德修业。”指引律师职业活动的律师执业行为规范被公认为律师职业操守的核心内容。上海律协严格遵循《律师法》和其他法律、法规以及司法部行政规章等的规定,制定通过了若干个行业规范,对律师会员执业行为规范以及相应的处理规则和程序做了明确规定,旨在引导广大会员清醒地认识到——掌握和遵守执业行为规范是律师执业的底线,也是保持律师职业操守的基础。狠抓律师职业道德建设,提升行业诚信水平是上海律协常抓不懈的一项工作。

## 一、职业操守教育从实习律师抓起,执业行为规范内容入选律师学院校本教材

对于即将踏上律师职业岗位的实习律师而言,律师职业行为规范的应知应会尤为重要。在申请律师执业人员培训班上讲授律师道德和纪律是上海律协相关集中培训班雷打不动的课程。但是如何系统地阐释之,“动之以情,晓之以理”,让律师们真正视行为规范为今后执业中的行为准绳,“不越雷池一步”?所以当市律协律师学院计划编辑出版校本教材时,协会领导就将有关律师执业行为规范内容列入首辑7本之一,其余6本皆为律师基本实务方面的内容。2014年初,“律师实务初阶培训教程”之一的《律师职业操守和执业行为规范》一书由法律出版社出版。该书由市律协九届纪律委员会主任蒋信伟律师亲自编写。作者以“市律协纪律委员会主任”这一得天独厚的优势以及丰富的行业纪律工作经验,加之该书以理论联系真实案例的模式,向实习律师生动形象地普及了律师行业规范和职业操守,出版之后便获得

了行业内的充分褒扬和高度认同。

其实何止实习律师是该书的受众群体,不少已经拿到律师执照的新老律师也有反映,阅读这本书也能“温故知新”,甚至对一般律师事务所的运作、管理也能起到一定的帮助和参考作用。

## 二、持之以恒,坚持编撰《案例汇编》

市律协纪律委员会根据行业规范,依托丰富执业经验,秉承法律人的职业良心,审慎办理投诉案件。市律协七届纪律委在国内尚无先例可循的条件下,从数以千计的投诉案件中,选择了13件经最终认定并处分的案例汇编成册,形成了《上海市律师协会纪律处分案例汇编和评析(一)》。这本案例汇编不仅客观还原了纪律委对违纪案件从投诉、调查,再到处分的整个工作过程,更将纪律委对案件的理解与思考以评析的形式附在每篇案例之后。让人阅读案例之余能对处分案件有所品评与收获,起到了极佳的警示效果。

此后,八届纪律委编撰的《上海市律师协会纪律处分案例汇编和评析(稿)》一共收录20篇纪律处分案例。九届纪律委决定秉承这一优良传统,于今年着手编撰本局的案例汇编和评析,预计将收入25篇左右的纪律处分案例。

## 三、积极探索日常工作制度创新:两个“1+1”制度

投诉处理和个案查处工作是行业纪律惩戒工作的基础,针对这两块工作,上海律协已经形成了一整套完善的制度和良好的工作作风。但是,随着工作的开展,纪律工作面临的一个越来越严重的问题也逐渐浮现,就是从事这项工作的人力与工作量之间的矛盾。一方面,由于纪律委的委员认真办案,每个案件从调查到形成调查报告、听证、讨论表决具有相当的工作量。另一方面,就

是专案数量的增加。由于每个委员通常都会有几个案子同时在处理，因此在主任会议安排调查员时难免会捉襟见肘。专案处理如此，理事值班也面临着同样的问题，尤其是律协章程修改后，大大减少了理事的数量。办案资源不足导致该立案的不立案，这是决不允许的。面对这一困境，市律协纪律委主动转变，提前转变，为工作的开展赢得了空间。

首先，改变原来均由纪律委员会委员担任调查员的模式，增加了区县调查员。

每个专案由一名纪律委员会委员、一名区县调查员负责调查。事实上，律师行业中有大量为人正直、专业突出、经验丰富又热心行业发展的律师。这是一块丰富的资源，取之不尽用之不竭。如何调动这块潜在的资源？如果通过扩大纪律委的规模，由于规则在表决人数上的要求，势必造成会难开、效率低的问题。而扩大调查员的范围就能解决这个矛盾。经会长会议讨论通过后，纪律委向区县律工委下发了通知，得到了各区县律工委的积极支持，一下就增加了几十名调查员。2012年，纪律委共立案20件，2013年纪律委立案55件，2014年截至8月，纪律委已立案83件，近三年年增量几乎是翻倍的。事实证明这项转变是有预见性的。近年，这些调查员在案件调查中表现均十分优异。证明了这一制度创新是取得成效的。正是得益于区县调查员的参与，才能使专案工作顺利开展。

其次，纪律委员会委员参与理事值班，每周三的“理事值班”由一名理事及一名纪律委员会委员共同处理投诉。

“理事值班”是上海律协处理投诉的一个非常重要的环节，起着过滤器和调解阀的作用。每年近200件受理的投诉中，大部分首次违规、轻微违规的投诉都是通过理事值班进行调解、批评教育而化解处理的。这块工作开展的质量，直接影响着投诉人对律师协会整体的评价。纪律委员会委员直接参与“第一线”，首先缓解了“理事值班”人员数量不足的问题。其次，纪律委员相对熟悉行业处分的规则及尺度的把握，能够进一步提高投诉处理的效率。另外，纪律委员会委员参与值班能够对行业投诉的整体情况有所了解，对专案的處理也能有宏观上的把握。同区县调查员制度一样，纪律委员参与原先的理事值班也取得了良好的成效。

投诉处理和行业处分是行业自律的重要职能之一。但是，我们也应该看到，行业纪律惩戒工作更大的价值不是体现在个案的查处上，而应落脚在全行业的自律教育和违纪预防上。行业在纪律惩戒上的力度，折射的是为律师行业负责的工作精神，以及谋划律师行业长远健康发展的理念和决心。

2014年，市司法局正式上线运行了本市法律服务行业信用信息系统（网址：<http://xyxx.justice.gov.cn/>）。本市律师、律师事务所的信用信息将依权限分别向社会公众、法律服务行业、市信用平台（包括其他行政机关）开放查询功能。上海律协全力配合本市司法行政系统及时完善、更新本市律师、律师事务所的基本信息、表彰信息、预警信息和高风险警示信息。该信用信息系统将成为本市律师队伍诚信状况公开披露的主要

手段，将更有效促进本市律师行业的职业道德建设，进一步完善律师违法违规执业惩戒制度和律师执业社会监督机制，切实提升律师行业诚信水平，树立律师行业依法规范诚信执业和维护社会公平正义的良好形象。●



市律协九届纪律委召开第九次全体会议



市律协理事讨论处理投诉案件



风采 ● 文 / 陶丽萍

# 年轻的力量

——小议上海市优秀青年律师评选的意义

第五届上海市优秀青年律师颁奖合影

历时5个月,经过组织推荐、资格审查、初评、终评、公示等程序,第五届上海市优秀青年律师评选工作终于在今年3月份落下帷幕。

笔者所在的律协公共关系部已经连续两届负责优秀青年律师评选的会务组织工作,该项评选活动无论从业内外的受关注度、广泛的参与度以及组织工作的高密度都是对我们工作能力的一次次历练。

在此过程中,市律协的领导班子也常常在思考怎样才能不断完善评优制度的流程,不遗余力地做到“优中选优”;也在观察我们这个行业究竟需要怎样的优秀青年律师,做到“薪火相传”,推动上海律师行业的永续发展。

当评选工作刚刚尘埃落定,上海青年律师工作就马不停蹄地开展了一系列活动,积极发挥新一届上海市优秀青年律师的引领作用。或许从中,我们就能琢磨出些许评选的意义。

“四求”是优青共有的品质。5月28日,第五届优秀青年律师周乐多代表市律协参加了市司法局举办的“改革路上,我们成长”青年演讲比赛暨纪念五四运动95周年表彰大会。他以“不忘初心,方得始终”为题,回顾了自己的律师梦想和律师职业道路,阐述了“面对事实应该求真,用证据说话;面对法律,应该求善,努力伸张正义和公理,惩恶扬善;面对同行和客户,应该求美,包括语言之美、仪态之美、风度之美;面对公众,应该求实,追求法治进步和社会效果”的执业理念,在强手林立的司法行政青年才俊中脱颖而出,获得演讲比赛一等奖。

两届优青的爱与哀愁。5月31日,适逢端午假期,市律协青年律师工作委员会2014年红五月“我们一起成长”主题活动如期举行。第五届优秀青年律师马赛、周波携手第四届优秀青年律师徐珊珊、张华,两届优青济济一堂,在市律协青年律师工作委员会副主任季诺律师的精彩主持下,联袂为青年律师们呈现了一套丰富的假期精神大餐。四位优秀青年律师在第一环节“优青思想汇”中真诚地分享了执业初期的经历,尤其是遇到的困难与挫折、曾经面临的纠结和选择、自己的思考以及成长的感悟等,为青年律师们深入了解律师行业的发展规律、认真规划自身的执业道路提供了重要的借鉴。在“与优青面对面”环节,参会的青年律师们将工作和生活中碰到的各式各样的问题一股脑儿地抛向了优秀青年律师嘉宾,几位优秀青年律师也敞开心扉地一一答疑解惑,鼓励与会青年律师们要探索专业化和团队化的道路,同时也郑重劝诫年轻律师要严格遵守执业纪律和职业道德。嘉宾律师们还带领青年律师们寻访参观了爱国主义教育示范基地——中共“一大”会址纪念馆,缅怀先烈,重温红色经典,进一步激励广大青年律师坚定中国特色社会主义理想信念,积极培育和践行社会主义核心价值观。

活动结束后,与会的青年律师们纷纷发来了热情洋溢的参会感悟。其中,实习律师丛珏的感想颇具代表性,她表示:“希望市律协多组织像‘红五月’这样的活动,我们可以跟偶像律师近距离接触,和优秀的人接触,用他们的优秀来感染我们,我们也会变得更优秀,市律协慢慢地会变作优秀者之家,那么作为家庭一员的我们在成长起来之后也会回馈给家庭更多。”

群星闪烁的爱心接力。6月14日,“满天星——和你在一起”联谊会在打浦桥社区文化活动中心举行,这是“星星伞——上海自闭症家庭关爱项目”继今年4月份启动之后,“星星伞志愿者联盟”为自闭症家庭举行的第一次联谊活动。市律协青年律师工作委员会主任胡光、副主任吕琰,第四届、第五届优秀青年律师及提名奖律师:徐培龙、马赛、李骏、应朝阳、邵开俊、林威、周志闻等参加了活动,积极加入志愿者的队伍,为自闭症家庭传递一份爱的暖意。

“有种、有料、有趣”的铿锵三人行。6月20日,市律协青年律师工作委员会开展了“走进区县”之闵行专场活动,本次活动由青年律师工作委员会副主任张鹏峰负责策划,青年律师工作委员会副主任、第四届优秀青年律师曹志龙、闵行区律工委副主任周郁生共同担任主持人,第五届优秀青年律师牟笛、连晏杰、孙伟担任嘉宾。三位优秀青年律师嘉宾围绕“青年律师执业技能与团队协作”这一主题,从自身角度出发,将律师执业中的实用技巧、自我在团队中的角色定位以及实务中如何开展团队合作等方面与闵行区青年律师代表进行了近距离的交流。牟笛律师阐述了自己选择律师职业的缘故,经历了自我否定、自我认知到自我期许的过程,他认为“律师”职业对于绝大部分律师,尤其是青年律师而言就是终身职业,在执业过程中应该体现出职业荣誉感和对于整体职业形象的珍惜;连晏杰律师分享了如何能成为一名“有种、有料、有趣”的优秀青年律师,所谓“有种”就是践行社会责任有担当,“有料”就是要有真材实料的办案能力和水平,“有趣”就是不做作、不呆板,加强协作沟通;孙伟律师着重论及了法律服务的团队合作,他建议年轻律师需要理解法律服务市场的这种转变,摒弃所谓“全面”发展的想法,为自己的法律服务范围做减法,寻找自己最适合、最喜欢的专业方向,并在这个专业领域做专、做强、做

精,才能增加在竞争中脱颖而出的机会,而一旦实现了专业化,团队横向之间的合作也就变得非常自然了。

积聚追梦的精神力量。7月3日,青年律师工作委员会组织部分委员、优秀青年律师代表参观了“雪龙”号科学考察船,近距离地了解并学习了极地工作者的光荣与梦想,强烈地感受到了他们对极地事业追求极致、勇于突破和不断创新的精神,更深刻地体会并发扬“甘于奉献,勇于创新,自强不息,敢为人先”的优良传统。第四届、第五届优秀青年律师及提名奖律师:徐珊珊、王婉怡、孙彬彬、王军旗、牟笛、史轶华、钱大治、应朝阳、邵开俊等参加了本次活动。

笔者一直深切地感受到:上海律师行业藏龙卧虎,优秀青年律师多如繁星。但是,每次评选活动名额终究有限,所以遗珠在所难免。盘点本届评选落幕以来优秀青年律师们忙碌的身影,你就能深刻感受到优秀青年律师评选工作的收官并不是一个终点,而仅仅是新的征程的一个起点。当选者大可不必洋洋自得,而未参加者或者落选者也无需“酸葡萄心理”。

因为:

“优秀青年律师”称号,是一个光环,更是一个鞭策,陶醉其中者定会黯然失色,加倍努力者才能熠熠生辉。

“优秀青年律师”称号,是一份荣誉,更是一份责任,“可亲、可信、可敬、可学”是他们的标识,他们不仅需要自己优秀,而且更要有能积极向业内外辐射正能量的能力和心力。

上海从来就是一个充满机遇和挑战的地方。第五届上海市优秀青年律师评选工作刚刚落下帷幕,上海市优秀律师、上海市优秀女律师的评选活动又将接力登场。上海律师外树形象、内强素质的努力必将日日相继,久久为功! ●



市律协青工委参观中国极地研究中心



周乐多律师在演讲比赛中

区县专辑 闸北篇 ●文/刘 燮

# 敢于担当 勇于创新 推动律师服务产业新发展

闸北区委、区政府在“十二五”期间发展战略中提出：“要围绕律师会计服务、人力资源服务、检测认证服务等行业发展专业服务业”。近几年，律师专业服务产业得到了长足发展。闸北律所从2010年到现在，从67家发展到88家，执业律师从723人发展到1051人，业务创收从2010年的1.42亿元发展到2013年的2.88亿元，同比增长翻了一番。与此同时，闸北的律师界积极参与依法治区、创新社会治理等工作，为闸北的社会稳定、经济发展和法治建设做出积极的贡献。

## 引才聚才 完善产业架构体系

随着闸北经济社会的跨越式发展，产业服务能力不断提升，人才引进政策日趋完善，闸北律师总量连续四年实现了持续增长，律师人才的结构得到进一步优化。2013年5月，闸北区司法局制定了《关于律师行业引进紧缺高层次人才奖励办法》试行后，金融类、航运类、国际贸易类、人力资源服务类律师与闸北产业转型发展相结合，在闸北形成了产业集聚、资源集聚和人才集聚的高地。

在人才结构优化的同时，一批专业律所、品牌化、国际化的律所如：上海蓝白律师事务所积极呼应闸北三块“金字招牌”之一的中国上海人力资源服务产业园区，突出劳动法特色专业服务，在业内颇具盛誉，2013年创收已逼近1200万元，与2011年相比翻了近一番。2012年、2013年先后被《中国法律与实践》、《商法》评为年度杰出劳动法律师事务所、中国劳资关系领域杰出律师事务所，

蓝白所牵头成立的“中国劳动法服务联盟”从跨省市资源共享，建立了规范化、标准化的互助、分享机制，在劳动关系前瞻性研究等方面促进了各自乃至整个联盟在专业道路上的发展。又如北京盈科（上海）律师事务所在建立职业经理人制度的同时，突破传统律所发展模式，开发了“律云”互联网法律服务平台，同时，借助市北高新技术服务业园区的资源优势，于今年启用了国内首栋拥有独立产权的律师大厦——上海盈科律师大厦，为实现全球“一站式”商务法律服务提供了坚实保障，盈科上海今年上半年创收同比增长了三成之多。再如上海瀛东律师事务所依托“苏河湾”地块优势，汇聚金融证券、知识产权、保险等领域的英才，用互联网精神塑造法律服务平台，在成立短短的一年时间内，业务创收便跻身区内前十。

## 强基固本 优化律师执业环境

完善律师培训、保障律师权利是优化行业环境基本措施。闸北区于2012年8月成立全市首个区级律师实务培训基地，在服务律师更新知识、提升实务技巧方面成效明显，目前已有千余人次律师受益。而逐步完善的“事前指导、事中审查、事后监督”行业监管体系，为保障律师权利、惩戒违法违规执业行为提供了坚实的保障，使个别不符合执业要求的律师、律所被淘汰，律师行业环境得到了优化。此外，我们在完善律师网上信息、推动信用体系建设的同时，也十分注重文化阵地建设和对先进典型的宣传，律师的法律服务效能和行业形象大大提



刘 燮：闸北区副区长

升。

实施“平台战略”是闸北优化律师行业环境的重要支撑，有利于推动闸北的律师业在同其他行业的互动中形成正向、积极的包容性成长。在与市北高新园区、苏河湾推进办的合作交流中，区司法局积极为闸北律所参与非公企业法律服务指导，深化律所与企业合作搭建了平台。如：上海恒建律师事务所、北京尚公（上海）律师事务所等律所为小微企业提供法律体检后，得到了企业认可并签订了法律服务合约，今后，区政府也将牵头有关部门共同推动金融、人力资源、信息服务、交通物流、文化创意等重点产业与我区律师业的合作交流，努力形成新的产业链，不断催动律师业健康发展。

## 深化服务 推动社会治理创新

闸北区政府历来重视法律服务在保障和改善民生中的突出作用。自2001年闸北区政府法律顾问团组建以来，顾问团律师每周四参与区领导信访接待工

作。2011年初,出台了《上海市闸北区政府法律顾问团工作实施办法》,进一步规范了顾问团工作。今年1-7月,法律顾问团为区政府重要决策以及化解重大疑难案件提供法律意见案例10例。如:上海名江律师事务所协助化解了居民区共用部位停电引起的矛盾纠纷,并为有关部门处置历史遗留问题提供了有效的实施方案;“恒律联盟”的律师除每年为区政府实项目实施方案提供法律意见之外,还通过法律服务积极为教育部门和莘莘学子们“保驾护航”;君伦所、中成永华所、刘春雷所、申房所、申安所、尚公上海分所、翰森所、蓝白所、光明所、黄河所、袁圆所等为区政府科学决策、依法治国,提供了专业的意见和建议,为推动社会治理创新作出了贡献。

颇见成效的法律服务在反哺社会的同时,也进一步提升了闸北律师的社会公信力,为律师诚信兴业奠定了基础。2012年至今,仅由区司法局牵头开展的大型义务法律咨询活动就达8场,当场解答咨询近千人次,发放宣传资料2000余份;多家律所还利用双休日、节假日,为社区居民开展法律讲座和法律咨询。9家律所、203名律师与全区八街一镇、210个居委会开展了“双结对”法律服务,仅2014年上半年就为各街镇司法信访窗口提供咨询近300人次。今年还遴选了20名专业律师,在临汾路街道试点担任居民区法律顾问,以进一步满足居委会和居民的法律服务需求,提升基层社区治理能力。

当前,闸北正处于可以大有作为的重要战略机遇期,深度转型、内涵发展已成为全区推动发展的主旋律,为广大律师提供了施展才华的广阔天地。希望全区律师抢抓机遇,用更饱满的工作热情,积极投身到闸北重点领域和关键环节的改革中去,主动当好转型发展的助推者,以“不畏艰难、敢于担当、勇于创新、注重协同、敢为人先”的闸北精神,以更加开阔的眼界、更加昂扬的姿态,推动闸北实现新一轮发展。●

区县专辑 闸北篇 ●文/何成

# 更新监管“补丁” 升级服务“组件” 强化优势“驱动”

——闸北区司法局多措并举推动律师业健康发展



近年来,闸北区司法局为谋求律师业科学发展与经济社会建设的“双赢”局面,坚持稳中求进、改革创新,牢牢把握区委、区政府“两聚焦、三确保”的工作总基调,以“适应城区建设需要,顺应社会发展趋势”为总要求,着眼于创新驱动、转型发展和服务民生的大局,多措并举,引领律师业努力实现自我突破,并为创造依法共融、和谐共进的法治环境作出了积极贡献。

## 完善落实监管举措 规范执业优化环境

行业环境的好坏决定了行业发展的前景,加强行业监管是优化行业环境的根本。我局始终将律师执业环境视为行

业健康科学发展的基础,近年来,更加注重规划引领,对行业规范化建设逐渐形成了“事前指导、事中审查、事后监督”的监管机制。

(一)关口前移,运筹帷幄。《礼记·中庸》云:“凡事豫则立,不豫则废。言前定则不跲,事前定则不困,行前定则不疚,道前定则不穷。”加强事前指导有利于避免或减少律所运行中矛盾的产生。近年来,我局着重从建立律所负责人谈话制度、制定规范文件等方面入手,前移监管关口。对于有意向到我区设立律所的,分管领导、职能科室通过同设立人进行谈话以及其他预审方式,仔细了解设立人的执业经历、业务能力、设立思路、管理模式、办公场地等硬件设施是否达标等,来判断其是否适合开办律所;对于



在闸北区律工委 2014 年年中全体(扩大)会议上,律师们就充分发挥律工委职能展开讨论



闸北区司法局党委书记、局长凌淑蓉(右)走访盈科上海分所



盈科上海分所与闸北区公安消防支队举行双拥共建与法律顾问签约仪式

变更负责人的律所,积极约谈新负责人,鼓励其做好规划、运营好律所。

今年,我局还结合日常工作中发现的问题以及律所需求,对 2012 年 2 月制定的《闸北区律师事务所日常办事指南》进行了修订和完善。新《办事指南》除了保留旧版的常规行政审批事项申请指南、材料文本外,还增加了新设所税收统计归口、相关证件办理、律所信息登记与维护、律所财政扶持说明、律师档案管理、业务报表填报、人才奖励办法和政府购买法律服务专项资金申请流程等内容,以文本形式规范律所日常运营。

(二)聚焦过程,双管齐下。正确的政治引领与严格的常规监管是区司法局强化过程管理的根本措施。闸北区司法局定期召开律所党支部书记会议,开展政治学习、分发学习材料,主动关心律所党员发展工作,并组织律师参加入党积极分子培训班和党员活动;而日趋完善的党建信息报送制度也起到了监督和宣传的作用,为我区律师在执业过程中坚持正确的理想信念扣上了坚实的“保险锁”。对于律师队伍中的党外人士,局党委充分认识到他们在城区经济社会发展中所起的重要作用,始终将统战工作放在重要位置。除了由局领导班子成员担任政治指导员、定点联系律所、律师外,局党委还专门建立了党委委员与党外律师代表结对制度,通过了解律师思想、工作情况,鼓励和帮助他们发展事业。

针对经济社会发展下日益突出的社会矛盾,我们格外加强了对律师参与重大、敏感、群体性案件代理的引导、监督,落实重要事项报告备案制度和跟进制度,强调依法服务和教育疏导的原则,要求律师谨慎对待媒体、不说出格偏激的话,防止矛盾激化、不办火上浇油的事,确保律师代理案件坚持注重政治与法律效果相统一,服从国家安全与服务社会稳定相统一。

此外,局党政领导、职能科室还通过多条途径着手加强对律所的日常监管。如落实定期走访、联络制度,扩

大走访范围,特别是增强了对个人所的走访、联络频率,了解律师执业权利保障、律师业务发展、青年律师培养等情况,倾听律所、律师在发展过程中所遇到的困难以及对主管部门的意见。同时,严格落实律所、律师执业年检考核制度,对未能缴纳社保或因其他原因不参加年检考核的律师,向相关律所发出《限期整改通知书》,要求律所说明情况,并及时补缴社保、参加年检或限期注销律师执业证。

(三)奖罚分明,诚信立业。“赏莫如厚而信,罚莫如重而必”。以奖惩为主的事后监督,是帮助律师业修复社会信任、树立良好形象的重要渠道。闸北区司法局每年通过不同途径和方式对业务能力突出、为经济社会发展作出突出贡献的先进单位和个人进行表彰。而对于群众投诉或日常监管中发现的律师、律所违法违纪现象,也能做到及时立案调查,分清是非曲直,或是积极调处当事人与律师间的分歧,或是责令律师、律所限期整改,情节严重的给予行政处罚,并在本区行业内通报。今年,我局还按照相关要求,着力配合推进律师业诚信体系建设,核实并完善律师网上信息登记,帮助律师、律所诚信立业。

### 创新服务凝聚人才 平台战略彰显活力

区司法局清楚地认识到,要推动行业发展,光靠监管是不够的,只有配以创新服务手段、提升服务质量来“引才、育才、聚才”,才能更有效地推进我区律师业科学发展。为此,我局把服务行业人才提升到战略高度,作为推动律师业发展的重要支撑。

(一)创新理念,制度“破冰”。为鼓励有志做大做强的律所加快人才引进步伐,实现规模化、专业化发展的目的,我局于 2013 年探索性地制定了《闸北区司法局关于律师行业引进紧缺高层次人才奖励办法(试行)》。该办法从律师业专业化、规模化发展角度着手,在明确

我区律师业发展所急需的五大类紧缺专业人才的基础上,通过对引进有关专业律师的律所以及在我区设立或转入我区的专业律所给予物质奖励,并配套相关财税、居住、医疗、子女教育等方面的优惠政策,以鼓励更多优秀的专业律所、律师进驻闸北,实现我区律师业高端专业型人才与传统复合型人才的科学架构。

(二)立足长远,育才“树人”。“育才造士,为国之本。”区司法局将建立完善律师培训机制视为提升律师执业能力、服务行业发展的重要途径。自2012年8月全市首个区县级律师实务培训基地——闸北区律师实务培训基地成立以来,区司法局与律工委不断探索、完善培训工作,注重以知识更新、实务操作为主要手段,以知名专家、学者作为技术支撑,开设了触及各类专业领域的培训课程,授课形式兼具丰富性和多样性,确保了培训质量与效率。迄今为止,举办的13期培训已吸引了千余人次参与。

此外,我局始终倡导律所建立青年律师培养机制,并将律所实施情况与各类评优挂钩,不仅使带教制度逐步走出传统模式,而且进一步激励了律所发展。在此号召下,我区多家律所,如盈科上海分所、“恒律联盟”、蓝白所、刘春雷所等,还专门建立了青年律师培养部门,为青年律师迅速成长提供了坚实保障,经过几年磨砺,部分青年律师已在各自领域崭露头角。

(三)以人为本,文化兴业。党的十八大报告指出,“文化是民族的血脉,是人民的精神家园。全面建成小康社会,实现中华民族伟大复兴,必须推动社会主义文化大发展大繁荣,兴起社会主义文化建设新高潮”。闸北区司法局高度重视文化在引领风尚、教育人民、服务社会、推动发展方面的作用,同时也将律师业文化建设作为服务行业、推动行业发展的基本方向。

创刊近三年的《闸北律师》杂志,不仅实现了普法惠民、推动交流、感召人才的目的,也为优秀律师提供了面向公众展示自身的广阔舞台。部分律师的专业见解甚至打动了主流媒体,这也为律师进一步打开市场创造了有利条件。同时,区律师党委、区律工委、区律师行业工会、区司法局团委也一同发挥了文化阵地、凝聚人心的作用。值得一提的是,作为全市较早成立的律师行业工会,闸北律师工会建设本着以人才队伍融合发展为目标,在服务律师的基础上,同样注重对律所行政人员的关怀,近一年来共组织相关人员参加篮球赛、乒乓球赛、钓鱼赛、跳绳赛、观影活动、微感言征集活动以及书画摄影评比展示等活动,进一步提升了人才的归属感和凝聚力。

(四)合纵连横,激发活力。除组织律所与市北高新园区、苏河湾推进办开展交流外,区司法局还积极牵

头,推动律所同政府部门、街镇、社会组织、区管重点企业开展合作,上半年已有13家律所与17个部门单位签订了法律顾问协议。如瀛东所受聘闸北区科委(知识产权局)担任常年法律顾问,为区内高新园区信息化、软件与信息产业基地、信息服务外包产业建设、管理提供法律服务,未来还将向着推动我区“四新”经济之一的“云计算”产业延伸;中成永华所与区旅游业协会签订法律服务协议,帮助企业降低法律风险,调处企业与游客之间的矛盾纠纷,未来也将推动律师业与旅游业的相互渗透、形成新的产业链。

而为保障区政府法律顾问团、区律师党委、区律工委、区律师行业工会等机构持续健康的运作,我局按照民主集中、公开公平公正的原则,选拔政治可靠,业务精湛的优秀律师加入任职,同时建立相关储备人才。律师在为这类机构提供服务的同时,也拓宽了视野、提升了能力。

#### 发挥优势反哺社会 协力共筑美丽闸北

近年来,我们积极引导律师适应城区发展的需要,发挥行业优势,从服务民生、区域经济建设、和谐稳定等方面,为打造“繁荣闸北、和谐闸北、幸福闸北”贡献智慧和力量。

(一)为民务实,殚精竭虑。群众是律师最基本的服务对象,闸北律师要实现律师梦、法治梦,就须本着“发展为了人民、发展依靠人民、发展成果由人民共享”的理念同人民群众共存共荣。

区司法局除定期组织律师开展法律宣传、法律咨询外,还积极引导律师努力解决民生大事。例如,今年年初,某电力公司因芷江西路、共和新路两小区欠费实施停电,居民不满,随后发生群访事件。名江所律师接受指派后,对涉案小区进行了调查,并参与协调工作,事件得以化解。而该小区欠费停电事件由来已久,反复发生,为彻底解决此类事件,律师对电力公司、物业公司、居委会各方情况进行了分析,向区领导针对性地提出了治标治本的解决方案,预防了潜在风险的再次发生。

而为进一步满足基层社区自治组织和居民的法律服务需求,今年,我局还与临汾街道达成协议,在该街道试点,从年龄、执业经历、政治面貌及业务特长等方面遴选出20名专业律师担任居民区法律顾问,以更好地服务社区居民、提升基层社区治理能力、优化社会治理结构、促进法治政府建设。

(二)推动经济,各显神通。为提升律师招商引资工作效率,我局积极会同有关部门组织谈判礼仪、产业政策、招商引资优惠政策以及区情等培训,确保律师在



闸北区召开 2014 年律师年会



瀛东所与闸北区医患纠纷人民调解委员会签订法律服务合作协议

参与招商引资过程中充分发挥好职业优势。今年上半年,我区律师业充分发挥了法律服务在招商引资中的作用,利用自身优势引进了多家颇具实力的企业来闸北投资注册。其中,君伦所充分发挥外商投资业务专长,引进了 5 家外资企业;在盈科上海分所的努力下,注册资金 3 亿元的“律云科技”落户闸北;而光明所则成功引进了注册资金 1 亿元、年营业收入预计 180 亿元的总部型企业,引起了区领导的高度重视。

今年,区司法局还积极推进律师“进园区、进厂区、进商业街区”工作。为推动市北高新园区企业资本化运作,尚公上海分所律师对市北高新园区内的近 30 家高新技术企业、拟申报高新技术的企业在上海股权托管交易中心挂牌进行了业务培训。此外,我们还指派相关领域的优秀律师参与“非公企业法律服务指导中心”工作,律师通过定期为区内企业开展“法律体检”,为企业量身定做防范化解法律风险方案,组织企业人员旁听与相关案件庭审,帮助企业有效提升风险防范意识和维护自身合法权益的能力。

(三)参与维稳,力促和谐。近年来,我局积极组织律师以“第三方”中立身份参与到维护社会和谐稳定中,从突发事件和群访矛盾化解方案的制定,到直接介入矛盾调处和涉法信访工作,律师充分发挥了自身优势。今年上半年,指派律师陪同区领导信访接待共计 24 人次;区政府法律顾问团为区政府重要决策以及化解重大疑难案件提供法律意见案例 9 例;完成信访事项核查案件 5 件;15 人次律师接受指派,为 124 户居民的司法强迁社会稳定风险分析和评估提供法律意见。

而针对历年来部分信访事件遗留下的“案结事未了”的情况,区司法局积极推进“双员双师”人民调解工作,组建了由调解员、宣讲员、律师、心理咨询师构成的信访矛盾化解工作队伍,并在八街一镇挂牌建立了“双员双师”工作室。实践表明,律师因其中立身份、专业性和规范性较能被上访者所接受、信任,与传统老娘舅式



职业礼仪讲师在闸北区司法局、闸北区律工委主办的丽人专题沙龙上为女律师做礼仪培训

的调解形成互补,使信访疑难的调解更加规范有序,也更能引导上访者通过法律途径维权。

(四)服务旧改,步线行针。近年来,我局相继出台了《闸北区律师介入动迁服务规则》、《闸北区律师参与专项矛盾化解工作实施办法》,明确了律师参与旧改、动拆迁工作的职责。同时,制定了“一条龙介入”的方案,牵头律所与服务单位签订项目责任书,由律所全程参与征询、宣传、接待、起草补充协议、提供法律意见、听证、协调会等过程,确保了服务的专业性、稳定性和连贯性,中成永华所参与的“桥东二期”旧改便是近年来较成功的实例。

远去足音凝重,再创辉煌更感心。闸北区司法局将坚决贯彻落实习近平总书记对司法行政工作的重要指示精神,进一步加强律师队伍建设,坚持不懈地加强律师队伍教育管理,更加注重规划引领,更加注重发展效益,更加注重服务民生,更加注重社会治理,带领律师继续沿着改革开放的道路,遵循科学发展的规律,在创新驱动中群策群力,在转型升级中奋发图强,不断谱写出更加光辉灿烂的新篇章。●

区县专辑 闸北篇 ●文 / 隋文

# 年轻的君伦， 永远的专业梦想追求

——记上海君伦律师事务所



上海君伦律师事务所是一家年轻的律师事务所，但正式运营一年以来，却屡创佳绩，不仅业务总收入不断上升，晋级闸北区律所前十名，人均创收更是在区内名列前茅，并且在为闸北招商引资方面作出了积极的努力，实现了律所发展与助推区域经济发展的完美融合。君伦人正以青春的热情，努力地实现着“君伦梦”。

## 构建“1+5+1”模式，特色办所

为明确自身优势、提升服务效率，我们构建了以“1+5+1”为核心的业务发展模式。分别指的是，一类核心客户，即外商投资企业；“5”指的是五项专业特色，为外商投资、金融证券、知识产权、政府和行政法、争议解决；以及一项贯穿于上述五大法律专业领域的专业服务——财税会计。

外商投资是我们业务发展的根本之基，主要涉及外商直接投资及再投资、公司的设立、运营、海外投资、并购重组、企业破产和清算等业务。2014年3月，我们接受了某世界五百强企业的委托，依据中央人民政府与香港特区政府签署的《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》和《关于外国投资者并购境内企业的规定》规定，在对一般的外商投资人力资源服务企业只对外资开放70%股权的情况下，我们通过其香港公司收购了上海派遣人才有限公司，并持股达到100%。

在以公司类为主的争议解决方面，我们也为客户殚精竭虑。2014年4月，我们代理了中国（上海）自贸试验区成立以来关联合并金额最大（近人民币4亿元）的房

地产买卖合同纠纷案，该案的《房地产买卖合同》系于2013年8月份签署，后因自贸区成立、土地升值等诸多原因，买卖双方在后合同履约方面发生分歧，在商谈无果的情况下，君伦代表买方起诉卖方。因为该诉争房产还曾被外地中级人民法院查封，故经过对外地的中级人民法院提出管辖权异议等，以及在自贸区法庭的主持与各方的努力下，该案件于2014年7月底已经签署了《民事调解书》。

为使“1+5+1”发挥更好的效应，君伦组建了一支与之相适应的团队。现有核心团队主要来自国内外知名律师事务所、会计师事务所，主要由具有涉外法律财税服务经验、留学经历、法学院专家教授等专业背景的执业律师、会计师、税务师、专家学者、专业顾问等组成，且已在各自的专业领域取得了良好的业绩和声誉；部分律师还拥有纽约州、澳洲、中国台湾等地的律师执业资格。其中，君伦的首席合伙人、主任丁德应律师系上海市青年五四奖章获得者，并担任政协闸北区委员会委员、上海市青年联合会委员、闸北区青年联合会副主席、上海对外经贸大学兼职教授和硕士研究生导师、闸北青年就业创业导师团导师，曾于2009年协助有关部门论证并在浦东新区代理设立了上海市首家外商独资保理企业——高银保理（中国）发展有限公司，推动了2012年6月份国家商务部关于保理试点的规定及12月11日《上海市浦东新区设立商业保理企业试行办法》的出台；还于2012年，在闸北区成功办理了上海市首例以股权作价出资的非投资性公司类外资项目康铨投资，为《商务部关于涉及外商投资企业股权出资的暂行规定》的出台奠定了基础。



### 专注于“三结合”，服务立所

为更好地服务客户，在“1+5+1”模式的基础上，我们构建了法律、财税相结合，基础、专业相结合，境内、境外相结合的“三结合”服务体系。

由于中国对外资与内资的法律财税适用上，有着较大差异，君伦不仅有各个法律专业部门，而且设置了财税会计部专门从事与外资有关的法律财税服务工作，就客户的跨境交易、投资、经营、资本市场、境内外融资等提供专业服务。君伦除了每周以《君伦律师电子报》的形式将最新的法律、财税规定、新闻发给客户，并在《电子报》中，也会指派由不同专业领域的律师、会计师对特定新闻进行点评。

在基础、专业相结合方面，君伦的律师除了必须掌握外商投资法律财税服务的一般基础知识外，还强化律师专业分工，即细分为外商投资和公司业务、金融证券、知识产权、争议解决、政府与行政法、财税会计法、建筑房地产等专业方向，力求根据客户的专业需求提供相应领域的法律服务。同时，利用在上海外国语大学为研究生讲授《法律谈判》课程的机会，将我们的专业研究和实务操作分享给学生。

此外，君伦律师长期服务于外商投资企业，并由此和美国、澳洲、日本、中国台湾和香港等地律师、会计师、专业机构等形成了良好的合作，并充分利用境外的平台，提供跨境服务，如我们有帮助客户前往香港、台湾和德国去投资，也有协助客户设立境外投资、贸易平台，并提供法律、财税等诸多服务等，形成了境内服务与境外服务互补结合的模式。

### 组建温馨“家庭”，梦想强所

“君言中规，伦行中理”是君伦的所训，来源于“圆者中规，方者中矩”（《周礼·考工记》）以及“言中伦，行中理，天下顺矣”（《韩诗外传》），所表达的就是君伦人言所思要合法则，君伦的制度行为要切合事理，通俗地说，就是君伦的一切都要在法律的基础上，做到以人为本，实行人性化管理。为此，君伦人强调将“专注、团队、分享、快乐”作为君伦人安身立命之道，作为君伦人之间、君伦和客户、社会之间相处的言行准则，实现君伦就是一个温暖的大家庭的梦想。

所有的君伦人因为梦想而结合在一起。因而，君伦非常强调创造一个良好、轻松氛围，强调对人的信任和尊重，让一群逐梦的年轻人在君伦有家一样的感觉。在梦想的追求上，丁德应主任作为上海市大学生参与公民民事诉讼第一人，很早就树立了要做律师的梦想，事务所在招聘广告中也明确了所招聘的律师、律师助理，要有职业梦想。在年龄构成上，君伦人年龄最大的也就37岁，80后甚至90后比比皆是，是一群充满梦想且愿意为实现梦想而努力的年轻人。在办公室设计上，君伦近1000平方米的一层楼办公室中设计了宽敞的咖啡厅并提供品种丰富的食品，通过透明的玻璃门予以隔开，让大家在其中畅所欲言，分享彼此的心情和快乐。在专业分享上，君伦提供统一的培训、统一的文本和两周一次的全分享式的“君伦发现之旅”，让大家在知识共享上全流通、无边界。在后勤保障上，君伦统一的办公配置，管理部主动提供统一的服务。在业务配合上，君伦完全实行公司化管理、团队化运作，你中有我、我中有你，让大家业务自然融合。

### 助推经济发展，招商兴所

君伦律师事务所与闸北有着不可分解的缘分。早在2009年，如今的君伦所骨干律师便将永和豆浆引入闸北，注册永和食品（中国）有限公司，从此，永和路与永和豆浆一起遐迩闻名。君伦律师清晰地认识到，招商引资是城区发展、律所、企业发展取得共赢局面的捷径。因而，在为外商投资企业提供法律服务之余，君伦律师开始关注为外商投资企业选择投资地等提供增值性的服务，即协助外商投资企业选择最适合其发展的地方，并提供各方面的协助。急湍甚箭，猛浪若奔，由此，君伦律师一发不可收拾，相继为闸北引进了任仕达、金光集团、鼎捷软件、104人力银行、艾艾精工、神脑国际、哈森商贸（中国）等知名企业，引进项目多达50余家。例如，帮助鼎捷软件股份有限公司迁址到闸北后，经过重组发展成为全球总部，于2012年7月底通过了中国证监会上市审核，于2014年1月27日正式在深交所上市交易，成为了上海少数几

家外商投资 A 股企业之一，也是上海首家外商投资创业板 IPO 企业。而在 2014 年上半年，在君伦律师引荐下，又陆续有多家外商投资企业落户闸北，其中包括 2 家世界五百强企业，另外正与几家知名企业商谈地区总部落户闸北。

此外，作为闸北区人民政府法律顾问，君伦律师也积极尽责，充分发挥“法律智囊”作用，在政府“议、决、行”各环节中，从法律专业角度，为政府在管理经济和社会的重大决策中提出了有针对性、科学性、前瞻性、可行性的咨询意见。君伦律师一直在思考如何进一步推动闸北涉外经济的发展，多次对闸北经济发展积极发言献策，如《关于进一步推动闸北涉外经济发展的建议》被评为闸北政协“同心同行、助推发展”优秀金点子一等奖、《关于上海率先试行外商对人力资源服务企业持股比例可以达 100% 的建议》被评为区政协优秀社情民意等。丁德应主任更是在 2014 年 1 月的闸北区政协全会上，围绕闸北开展好“类自贸区改革”，从加强研究、实现有效对接，简政放权，转变政府职能，承前启后、推动产业集聚，除旧布新、释放发展空间 4 个角度，阐述了一套独特的“加、简、承、除”改革“运算”法则，得到了区主要领导的肯定。同时，君伦律师还认真做好上海市中小企业发展服务志愿者工作，积极走进产业园区，帮助中小微企业发展并防范法律风险。这些直接服务区域经济发展的行为，一方面帮助君伦吸引了更多的客户，得到更多客户的认可，也帮助君伦更好地服务了客户，推动了君伦的客户迅速积累和快速发展。

正如我国当代著名诗人汪国真在《热爱生命》中写道，“我不去想是否能够成功 / 既然选择了远方 / 便只顾风雨兼程 / 我不去想身后会不会袭来寒风冷雨 / 既然目标是地平线 / 留给世界的只能是背影”，年轻的君伦人，正撑起青春洋溢、坚实有力的风帆，不论前路如何艰辛，都将乘风破浪，向着“追求专业、梦想卓越”的彼岸奋力航行。●

区县专辑 闸北篇 ●文 / 李举东

## 全球视野 本土智慧 构建全球“一站式” 商务法律服务体系



境外投资峰会圆桌会议

2014 年 1 月 12 日，“盈聚力量，共创辉煌——盈科律师大厦启用盛典暨盈科律师之夜”在上海东方艺术中心隆重举行，这次盛会旨在庆祝国内首栋拥有独立产权的律师大厦——盈科律师大厦在上海正式启用。对于盈科上海分所来说，这具有里程碑式的意义。

“盈科”取义于《孟子·离娄下》，原文为“原泉混混，不舍昼夜；盈科而后进，放乎四海”；又见于《孟子·尽心上》，原文为“流水之为物也，不盈科不行；君子之志于道也，不成章不达”。先哲质朴的真理成为了盈科人不懈奋斗的精神源泉，盈科上海分所自 2010 年成立以来，秉承着这份信念，如奔腾的流水一般，行进在实现梦想的“大道”上。经过

4 年多的经营发展，盈科上海分所目前已成为沪上的规模大所，在专业化、品牌化与团队建设方面也取得了不少成绩。今年 8 月，更是被中共闸北区委、区政府授予了“闸北区税收百强企业”的称号。而对于盈科体系来说，从 8 年前的年创收 300 万元，到如今的 9 亿元，如此迅速的发展进程，始终引领着、鼓舞着、激励着盈科上海坚持创新、突破、探索一条适合自己发展但又区别于传统律师事务所的发展模式和发展理念。

### 创新管理机制 构建活力团队

盈科上海分所内部有着科学完善的管理机制，并且基于公司化运营模式的思路，设置了职业经理人制度。分所主任不参与具体的法律业务，而在以分所主

任为领导核心的基础上，建立了强有力的行政支持团队。行政部、财务部、人力资源部、文化品牌部、客户管理部、风险控制部、国内市场部、国际市场部以及工薪业务部门一应俱全，各行政职能分工明确，为律师提供细致周全的服务，尽量让律师在开展业务的过程中减少后顾之忧。

在律师专业领域方面，经过几年的积累和沉淀，盈科上海分所逐步建立起了 30 多个专业部门，在国际贸易、公司法、并购、商法、知识产权、刑事诉讼、税收等法律领域拥有丰富实践经验的律师。在此基础上，我们成立了律师研究院，这在推进盈科专业化建设中发挥重要作用。研究院会定期聘请专家教授、专业律师对盈科律师进行法律业务上的专业培训，更好地规范律所的法律服务流程，提高对服务质量的把控，同时，建立、健全律师服务能力评价体系和客户评价体系。

### 坚持以人为本 营造共融平台

盈科一直积极打造开放共享的平台，深入开展与政府、高校、商界、媒体等多维度平台合作。除了与闸北区宝山路街道结对、提供法律服务外，今年 4 月，盈科上海分所与闸北区公安消防支队举行了“双拥共建”授牌仪式，并受聘为消防支队的常年法律顾问单位，为其提供长期的法律顾问服务。而在同高校的合作方面，已经与上海交通大学凯原法学院建立战略合作伙伴关系，并向上海交通大学捐资 100 万元人民币，成立“交大—盈科企业法务”研究基金，推进产学研的融合。并且每年都会派律师前往人民大学、北京大学、清华大学、浙江大学、上海交通大学等知名法学院担任硕士生兼职导师。

盈科在把自身打造成一个高端优质平台的同时，也为律师和员工设计了良好的、可持续的晋升通道。有人说：盈科是培养青年律师的摇篮，一大批陪伴盈科成长的优秀青年律师，通过努力在盈科从一名普通的律师成

长为合伙人、高级合伙人、权益高级合伙人。律师和员工加盟盈科后，在这个广阔的平台上一步步实现自己的梦想。面对青年律师，盈科采取不拘一格地大胆使用，在快速发展的盈科平台上，我们需要更多地胸怀和眼光去培养人才。很荣幸的是在今年，盈科律师事务所荣膺《亚洲法律杂志》(Asian Legal Business, “ALB”)2014 年度中国最佳雇主称号。

### 力拓全球视野 激扬本土智慧

盈科致力于全球“一站式”商务法律服务，目前在国内外拥有 25 家分所，在海外 19 个国家和地区拥有办公室。近年来，盈科上海分所充分发挥上海作为中国金融中心的优势，多次主办大型海外论坛，如“投资美国南部论坛”和“全球视野，本土智慧——境外投资峰会”等。我们始终认为，在中国企业在“走出去”的过程中，如果能有专业力量介入以及与境外当地进行良好沟通，中国企业“走出去”将会有更坚实的风险防控力量，道路也会变得宽阔与明朗许多。



“盈聚力量 共创辉煌”晚会



“盈聚力量 共创辉煌”晚会全景

### “律云”风起云涌 绘就发展蓝图

盈科始终注重探索创新之路，如今也找到了一条适合自己发展，但又区别于传统律师事务所发展模式的道路。在2013年首届中国（上海）国际技术进出口交易会这场以技术为主角的盛宴上，盈科携手律云科技成功举办了《法律视角·技术进出口贸易中的多快好省》峰会论坛，而这也是备受业界关注的盈科律云首次正式亮相公众视野。“律云”是盈科将互联网的运作方法与律师事务所的经营模式相结合所打造的线上法律服务平台，区别于传统律师在特定时间、固定地点跟客户一对一、面对面咨询的服务局限，“律云”通过8大云服务中心，超过600名各个法律领域云服务律师，7×24小时全年无休，面向全国以及海外16个国家和地区用户提供中英双语法律服务。

### 党建扎根基层 公益凸显责任

盈科上海分所不仅在提供政府法律服务、承担公益责任等方面做了大量努力和工作，而且一直贯彻“做有良心的律所，做让政府、客户和社会都满意的律所”的理念，支持党总支将党建工作贯彻到律所日常的工作中去。除了组织开展好律所党员培训班、党员活动外，盈科上海分所还积极协助洲际商务中心开展楼宇党建工作，提供盈科上海的办公室作为楼宇党委的办公场所，开放律所会议室开展楼宇党建学习工作，积极宣传、落实党中央的各项政策，全力支持和帮助楼宇党委工作的开展。正是由于对党建工作的鼎力支持，今年，盈科上海分所执行主任李举东律师也获得了上海市社会工作党委颁发的上海市第四届“两新”组织优秀党建之友的荣誉称号。

盈科上海自从与闸北区大宁街道、天目西街道建立战略合作关系起，便积极开展免费法援、公益法制宣传、公益学习讲座、资助街道贫困学生等活动。而在一系列公益活动中，法律援助是盈科上海律师最为关心的，也是盈科各类公益行动中最为常态化的一项。我们始终紧紧围绕闸北经济社会发展的实际需要，把提高法律援助的质量视为服务民生的基本举措。2013年，盈科律师积极协助闸北区法律援助中心做好法援工作，接待咨询60次，处理案件总数58件，其中刑事44件，民事案件14件。此外，春运期间，盈科上海分所每年还委派律师参加于铁路上海站南广场举办的“平安春运，法治同行”春运法制宣传公益咨询活动，给过往旅客答疑解惑。

在积极推动“盈科公益活动”开展的进程中，我们鼓励和支持所内一大批青年律师和有着强烈社会责任

感的律师回报社会。迄今为止，盈科上海的律师已经自发组织了3次贵州贫困山区学校捐款捐物活动。同时，年轻的律师们还组织起了“徒步暴走”来丰富公益活动的形式，并筹款捐建盈科阳光公益图书馆。凡是参加活动的人员须预付费用，早晨准时出现在集合地点并在8小时内走完行程的返还预付费用，最终有未完成任务而被扣留的费用，都将纳入盈科阳光图书馆公益基金。

### 凝心挥洒才华 聚力共创辉煌

为保持工作和生活的平衡，盈科上海分所在重要节日都会举行盛大的文艺晚会，平时也会定期开展春秋游、文体等活动。而为了加强律师们在专业方面的经验交流、促进律师共同进步，盈科上海每周都举办内部讲座，在这个开放自由、激情迸发的大平台上，不仅闪耀着盈科上海律师在专业上的博弈生辉，而且更加凝聚了盈科上海分所的团队力量，激发出了律师们的文艺潜能、开辟出了律师展现自身才华的另一个舞台。

2014年1月12日在上海东方艺术中心音乐厅举行的“盈聚力量，共创辉煌”盈科律师大厦启用盛典暨盈科律师之夜的舞台上，来自盈科全球40多家海内外办公室的盈科人为来宾们呈现了一台精美绝伦的视觉盛宴。值得一提的是，所有的节目都是由盈科律师自编自演自导，从辽阔无垠的内蒙古大草原，到海天一色的美丽青岛，再到碧波荡漾的魅力厦门，歌曲、相声、水晶球舞、京剧变脸、微话剧等精彩接连而上，而盈科上海分所作为开场的《上海经典之夜来香》的歌舞旗袍秀更是充分演绎了海派文化的经典，展现了上海分所律师的别样风情。此外，2012年，盈科上海艺术团正式成立，涵盖了话剧、歌舞、声乐等兴趣小组；而在体育方面，足球队、篮球队、羽毛球队、乒乓队的运动爱好者，坚持常规活动，积极训练，兴趣之余，还积极参与区级、市级的各项体育赛事，律师们业余活动的平台得到了进一步开拓。

不积跬步，无以至千里；不积小流，无以成江海。作为法律人，历经4年多发展的盈科上海分所将站在新的起点上，始终坚持以维护社会公平和正义为己任，不断提升全球“一站式”商务法律服务效应，以进一步谋求律所自身发展同社会和谐共进的“双赢”局面。盈科人将同心协力、携手共进，为实现伟大中国梦之美丽盈科梦而不懈努力！●

（作者单位：北京盈科（上海）律师事务所）

## 人物简介

史轶华：上海融孚律师事务所合伙人，第五届上海市优秀青年律师。



题记：前几年，于丹老师在百家讲坛开讲《论语心得》，一时间掀起《论语》学习的热潮，对于这本再熟悉不过的典籍，我在律师执业过程中亦能得到启迪，受益良多。

人物 优秀青年律师 ●文 / 史轶华

## 一名律师的 《论语》心得

——写在“不惑”之年的执业感悟

2014年元月的第一个工作日，我坐在宽大的办公桌前，透过落地窗俯瞰陆家嘴繁华的街景和浦江对岸历经百年风雨沧桑的万国建筑群，在这风云际会的上海滩，我已打拼了整整十二个年头。过往的律师生涯，我就如走进了无法预知的魔幻世界，有高歌猛进却又折戟沉沙，有遭受磨难却也好运连连，有过犯不断却还充满信心……站在“四十不惑”的门槛上回首往事，岁月洗去了风华，增添了持重，我依旧不改拳拳赤子之心。

### 君子务本，本立而道生

2002年，硕士研究生毕业拿到律师执业证后，我开始了律师执业生涯。如同许多青年律师一样，我带着书生意气去指点江山激扬文字，自然也经历过残酷现实的洗礼。面对稀缺的客户资源和激烈市场竞争，有些青年律师选择了饮鸩止渴：通过不正当竞争拉案源找客户、为赢得胜诉到处疏通关系，却忘却了最根本的执业经验积累、专业知识储备和选择律师职业的初衷。在经历过失望、气馁、愤愤不平甚至有些自责的情绪后，我如饥似渴地找寻专业书籍充实自己的理论知识；把每天工作实践中遇到需要改进的地方记录下来，大到办案的思路方法，小到交谈中一句不恰当的发言、一个不合适的表情，我都研究总结后练习改进。我坚信，哪怕通过不断犯错的积累，也一定能够吃一堑长一智，循序渐进地成长为一名优秀的律师。“君子务本，本立而道生”。青年律师应当以此警句严格要求自己，培养一身正气，只要我们在执业的过程中不忘我们从业的初衷，不争名逐利，不采取不正当的手段获取案源和办理

案件，并自觉摒弃那些关系自身利益的精心设计和不当摄取，就能够在维护职业形象和尊严的同时，使眼中的正义得弘扬，使身边的沉冤得昭雪！

### 士不可以不弘毅，任重而道远

“士”在《论语》中大约出现过十五次，大多指有抱负或有特殊地位的人，孔子及门人对“士”这一群体的精神品质给予了高度的评价并提出了很多具体的要求。一句“任重而道远”，对于律师职业来说，亦如是。曾经一起旷日持久的建设合同纠纷，五年如一日，我深知要有宽广的胸怀才能够担当重任，要有坚强的意志才能够长期坚持不懈。

上海明天广场主楼帷幕墙工程即该案申请人与被申请人争议项目所系工程，独特的尖峰造型、挺拔俊秀的建筑形态使之赢得极具未来风格的地标性建筑的美誉。涉案工程合同系闭口价合同，争议标的包括延期支付部分、主合同增加部分、延期支付产生的违约金部分、和监理单位核减部分的工程价款。其中主合同增加部分又包括通过补充协议增加的部分和虽未经约定但实际工作中超出原合同约定工程范围的部分；监理单位核减部分则包括各方均认可的核减、有争议核减、遗漏核减等多处复杂的工程确认和计算。由于本合同申请人系外国公司，且合同所涉工程复杂，中国国际经济贸易仲裁委员会受理本案后，经过2007年10月23日第一次开庭，2008年7月15日第二次开庭，2009年9月8日第三次开庭，2010年2月2日第四次开庭等程序，于2011年1月7日作出仲裁裁决，最终支持了申请人支付工程款、违约金、及逾期支付利息等仲裁请求。

回顾长达5年的诉讼历程，此案可谓囊括了建设工程施工合同纠纷案件几乎所有的法律问题，包括主体资格异议，合同变更及效力认定，变更仲裁请求，工程质量和造价鉴定等，既是对办案律师在建设工程施工合同纠纷领域的法律基本功一次全面的梳理，也是对律师办案实务及诉讼技巧方面的一次整合和升华。对于青年律师来说，这是一个难得的好案子，5年如一日的审慎思考和兢兢业业的工作，是对青年律师的意志品质的磨砺，5年工作换来的成果，是对青年律师成长最高的褒奖。2012年，该案又经历了撤销仲裁裁决的诉讼和申请仲裁裁决执行的程序，最终画上了完美的句号。

### 谨而信，泛爱众

孔子及门徒的对话中常常有悲天悯人的思想和言论，他曾说志在：“老者安之，朋友信之，少者怀之”。老有所养、少有所学的强烈社会责任感溢于言表。著名学者江平曾经把律师境界归结为“有高度责任心、有社会良心和有历史使命感”。精益求精地做好本职工作可谓有高度责任心，而社会良心和历史使命感则更多地体现在律师积极参与社会公益事业中。律师作为维护司法公正的自由职业者，其特殊的社会角色本身就被赋予了更多的人文意蕴和道义责任。而律师运用专业知识，为各种社会关系的矛盾协调提供法律服务，为弱势群体实现法律意义上的公正助力，这一切，都有着特别的意义。印象很深刻的是2008年免费代理的一个案子，该案明为房屋买卖实为借款协议，我先后申请法院开具5次调查令，历经8次开庭审理，终于保住了当事人的唯一住房。孔子说“谨而信，泛爱众”，这也是对律师努力做好本职工作，同时践行社会责任、热心公益事业的最佳概括。坚持承办法律援助案件，为街道、社区、学校等开展普法、送法等活动，捐助困难社会群体都是律师践行社会责任的体现，也有利于提升律师的精神品格，使律师执业真正升华成为公理的事业、良心的事业。

### 君子怀刑，小人怀惠

很多人知道《论语》里仁章第四里面的一句话，说“君子怀德，小人怀土”，说的是君子怀念道德而小人怀念乡土，但很少有人知道下半句“君子怀刑，小人怀惠”，刑泛指古代的法律，这里指代法度。这句讲的是君子关心法度，而小人关心恩惠。对于我们律师而言，关心法律的修改和推陈出新实在是工作之需，尤其当下我国改革不断深化、政策日益开放、



法律法规不断完善,这就要求律师在执业过程中不断更新相关法律知识,才能跟得上时代的步伐。然而我一直认为,律师对法度的关心不应只停留在关注国家又颁布了何种法律法规,又发布了什么司法解释这些基本职业需求上,更应当关注司法改革和社会主义法制建设全局。律师不仅仅是法律工作者,更是法制建设的中坚力量,对于改革中的重大节点和动向,律师的声音已经不容忽视。须知你被动地去接受只是“怀惠”,主动地参与则是“怀刑”。近些年,律师职业群体对新法的出台积极研讨并参与调研工作,标志着律师已经开始以一种不可或缺的姿态登上政治舞台。“国家兴亡,匹夫有责”,能够有缘参与其中,我们拭目以待新一届政府的新一轮改革!

### 不义而富且贵,于我如浮云

随着执业经验和口碑的不断积累,我渐渐有了些许名气,于是有些慕名而来的客户出重金请我帮忙打官司,但是当我了解案情,知道所谋不义时我都婉言拒绝;也有一审时输在我手里的对方当事人,辗转找到我,许以好处请我不要插手二审,亦为我所拒。《论

语》说“见得思义”,我很是明白,一念执着,其实就是入了魔道,一念放下,就是修了正果。“不义而富且贵,于我如浮云”,这句话在我内心深处久久回荡,始终不变。即便做不到“日三省吾身”,也要常常审视自己,心里是否有平安,是否有虚名浮云的遮蔽而变得盲目的情形,激情的根源是因为热爱这个职业还是因为虚名和骄傲等类似这样的问题。如果没有道、义和良善的基础,追求成功实则为缘木求鱼,即便一刻临到,也不过是海市蜃楼罢了。

十几年的执业历程中,我也并非一帆风顺。当我走在十字路口,也会看到人生的酸楚、命运的悸动、阴阳是非的间隔,我也会自问,我的坚守是否有哪怕一丝一毫的意义。孔子说:“君子博学于文、约之以礼”,这样就合乎规矩、不离经叛道了。坚持到了今天,四十不惑的我回首来路,我确信我要的人生就是我现在的生活,尽管它有很多的不完美,会让我痛让我沮丧,但相比我能想象得到或曾经经历过的任何生活方式或生活环境,如果让我挑选,我一定没有任何犹豫地选择当下,做一名问心无愧的律师,于灵魂中得到安宁和祥和。●

## 信息

# “民盟法治沙龙”在黄浦区举行

9月12日下午,“民盟法治沙龙”在黄浦区举行。本次沙龙由民盟市委法制委员会、黄浦区司法局、民盟黄浦区司法支部共同主办,以“律师转任法官、检察官制度优劣谈”为主题进行了深入探讨。上海市政协副主席方荣、民盟上海市委专职副主席张伟舫、黄浦区司法局党委书记张伟舫、上海市律师协会监事长、民盟市委法制委主任厉明出席沙龙,民盟法制委员会委员、民盟黄浦区司法支部成员、民盟闸北区法制支部代表等二十余位律师、法官参加了活动。民盟市委法制委主任高富平主持了沙龙。

活动中,大家先后通过“律师转任法官、检察官的条件和机制”、“律师转任法官、检察官对法官、检察官管理遴选和法官、检察官晋升制度的影响”和“法官、检察官



与律师职业操守问题”等三个专题,进行了主题发言和自由讨论。方荣副秘书长、张伟舫书记和厉明监事长分别做了研讨小结。

法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

# 专业律师看“律政剧”

本期主持: 吴卫义 市律协民事业务研究委员会副主任  
 嘉宾: 谭芳 市律协民事业务研究委员会主任  
 葛珊南 市律协民事业务研究委员会委员  
 贾明军 上海市沪家律师事务所首席合伙人  
 黄飞珏 上海资深媒体人、资深“老娘舅”  
 王凤梅 上海报业集团新媒体中心主任助理、  
 上海报业集团《上海法治声音》总编  
 罗兴 市律协民事业务研究委员会委员  
 朱晶晶 市律协教育与文化业务研究委员会委员  
 方洁 市律协民事业务研究委员会委员  
 张寅 北京市大成律师事务所上海分所律师  
 桂芳芳 上海市华诚律师事务所律师

文字整理: 施莉珏



吴卫义:我们今天对目前热播的国产律政剧《离婚律师》《金牌律师》进行法律视角上的探讨。律政剧的走红热播,既向普通老百姓展现了我们律师的风采,但也因为夸张的表现方式,让老百姓对律师的职业道德和纪律产生了误解。我们做专业律师的,一定会对于影视剧与执业律师的真实生活有一个对比,相信大家对于律政剧的走红也不乏一些担忧,我们今天邀请到了多名专业律师以及资深媒体人,共同从专业律师的角度来谈谈律政剧带给我们的思考,并且也一起来听听媒体朋友的声音,首先我们请谭芳律师谈谈作为一名资深家事律师对于两部律政剧的看法。

## 律师的价值展现应该更加充分

谭芳:谢谢主持人。这两部电视剧都不约而同地以离婚案件作为故事题材,随着这两部电视剧的热播,婚姻家庭专业律师这个群体突然受到社会各界的广泛关注,这对我们来说既是一个契机,也是一次挑战。为什么说是挑战呢?因为电视剧里的家事律师与生活中的家事律师是有很大差别的,有些行为非但不符而且有违执业纪律和职业道德。这样容易给普通观众造成一种误导,也容易对初入行的年轻律师造成误导。

尤其是,两部电视剧里的离婚律师在接案时的轻易承诺、办案时的不择手段、结案时过重的输赢观是我无法苟同的。无论是《金牌律师》中的朱律师,还是《离婚律师》姚晨扮演的罗律师,为了接到案件,对当事人

轻易承诺可以帮他打赢官司,甚至还可以帮助当事人取得对方出轨的证据让对方净身出户。在办理案件的过程中,仿佛律师的作用就是像私家侦探一样跟踪盯梢、到对方当事人家里安装摄像头、私自录音,甚至为了赢得诉讼不择手段,这容易给现实中的当事人以误导,对现实中的家事律师提出这些苛刻的要求。而家事律师在办理离婚案件中的大量案头工作,尤其是调解工作却在电视剧中很少见到,忽视了最重要的一部分。不得不说,这是一种遗憾。最后一点就是体现出家事律师的输赢观过重,以判决离与不离作为案件输赢的唯一评判标准。而现实中的家事律师更多地会去平衡双方的利益,对于有未成年子女的家庭来说,还会去平衡孩子的利益,尽量减少对孩子造成的伤害。这些都是家事律师应有的价值,而在两部电视剧里没有体现出来,略感遗憾。

## 专业律师看律政剧,专业要求会更严格

吴卫义:感谢谭律师的分享,下面我们来听一听沪上另一名资深家事律师贾明军律师的看法。

贾明军:谢谢主持人。之前大家看到的律政剧都是香港、欧美的。这些国家、地区都是法治非常发达的,特别是美国或者香港,我们是否可以得出这样一个结论,因为法治,大众百姓觉得法律的应用非常重要,通过律政剧可以把法律的教育、法律的普及,融于故事和放松当中,这一点上,律政剧对于推动法治进步具有不可忽



我们作为律师非常希望看到的,律政剧的出现,使得我们这个小众的群体被社会关注,特别是对于我们家事律师的关注,在之前是非常少见的,对于此,一定要首先予以肯定。再谈谈看法,第一,两部剧过于偏重娱乐性,一定程度上影响了律师执业的严肃性,实际上女律师生活中大部分时间是在工作、加班、研究案件,而不是与男律师调情。第二,在法律程序上,与现实的法庭对抗仍然有比较大的区别,把我们大陆法系的法庭变成了英美法系的法庭,有点随意。第三,部分案情的设计有一些误导,这一点,也许是我们律师对于律政剧要求苛刻的地方,律政剧中不应有对法律的误读从而导致大众对法律的误解。

我总是说,离婚案件是当事人一辈子的事,我们律师的责任就是辅助社会弱者、弘扬正气,利用法律帮助老百姓维护自己的合法权益。电视剧

略的正面作用,我们首先要肯定他们。

再来谈谈我们律政剧的高收视率。我们在高兴之余,还要保持清醒,因为从市场角度来看,律政剧的收视率都最高,但不代表我们这个专业领域和律师行业有多么大的发展。因为从观众的角度来看,只有爱情是永恒的。爱情的破裂会引起不同阶层人的关注,财税律师老百姓不愿意看,劳动律师大部分不愿意看,只有婚姻律师可以戏说。关于小三的问题,大多数案件在背后可能会有婚外感情寄托的问题,因为感情寄托是每一个正常人都必须具备的。我非常同意谭律师的观点,我们办的案件当中小三只是一部分,当然可能后面隐藏着的原因其实是感情问题。

关于戏说的成分,有利有弊,有三个启迪。第一就是我们做律师要有信心,因为都开始拍律师了,说明律师这个行业被关注,这是因为律师有前途。第二,我们要学会选择,目前家事律师的发展已经到了一个分化阶段,不同阶层的客户群需要不同的律师,不同的市场细分需要不同的律师,这可以引导青年律师及早选择自己所细分的这样一个市场。第三个是加强学习,就是做律师要做到老学到老,我们相信,我们每办一个案件,就面临一个新的未知的学习和故事情节,另外可以学很多的知识,我们要抓住机会充实自己,在专业技能方面长得再茁壮一些。

吴卫义:接下来请葛珊南老师谈谈对两部剧的看法。

葛珊南:谢谢主持人,我也是抽空看了两部律政剧,有肯定,也有一些看法。先谈谈肯定,律政剧的出现是

应当多一点这种正面东西。

最后一点就是希望电视剧对普罗大众既要有一种娱乐也要有一种正能量,使人们真正了解律师工作的正面之处,比如维护社会的公平公正等。

### 两部电视剧质量都很高

吴卫义:听过了资深家事律师的看法,我们再来换一个视角,听听我们的资深媒体人对于这两部走红电视剧的看法,首先请黄飞珏老师提看法。

黄飞珏:作为一名媒体人,看了这两部律政剧,要给予非常高的评价和肯定,两部片子的质量都非常高,无论从情节铺陈或者人物塑造,都非常精彩,对于两部国产律政剧能拍出这么高的水准,我们非常欣喜。但是,艺术毕竟是艺术,不完全与真实生活相同。对于艺术加工,大家应该宽容一点,这个宽容对于我们大家来说太重要了,我本人做了20年的娱乐记者和影视记者,本质上我还是一个影视人,影视创作是一件非常不容易的事,需要精彩的剧本,精湛的演技,同时还要有深刻的立意。

两部剧我都看过,正如各位专业律师所述,大家眼睛都很尖,好的部分、坏的部分、模仿的部分都看出来。但是,两部剧整体上是偏娱乐的,它主要的一个功能除了普及法律之外,对于大众来说,仍然是一个放松娱乐的途径。片子的剧本写得很好,人物刻画非常到位。律师这个群体我一直非常崇敬和崇拜,律政剧的出现绝对是一件好事,律师的力量目前是在中国推动社会进行变



本期主持:吴卫义



嘉宾:谭芳



嘉宾:葛珊南



嘉宾:贾明军

化的,是往法治方向靠拢的,十八届四中全会马上要把这个法治提到一个很高的高度,未来,律师的身份和地位是大幅度上升的,这也是目前为什么我们这个剧开了先河的一个重要的内在原因。历史唯物主义和辩证法是共产党人的最重要的两个法宝,从历史唯物主义角度来说这个世界存在的东西就是可以拍的,为什么不拍?所以比起大的矛盾来,我们看到一些不和现实生活相符的小的矛盾的时候请大家谅解,如果不能谅解至少要大家宽容一点,因为宽容是我们社会过去十年当中最大的进步,这种进步来之不易。

**吴卫义:**谢谢黄老师,接下来,我们来听听王凤梅老师的观点。

**王凤梅:**黄老师给了我们一个看问题的视角,我看了两部律政剧之后,深刻的感觉是,党的十八大的召开,首次把依法治国的理念放大到了一个会议的主题,这是史无前例的。最近,习总书记在全国发表了媒体融合发展之路的讲话,这对于整个媒体和法治的融合发展都是一个新的契机,作为媒体人也义不容辞要宣传我们的法治精神,这个是真正能够惠及到个人和社会的一种精神。所以我觉得实践的方式是多种多样的,贡献的角度和贡献的方式也是多种多样的,律政剧就是这样一些信号,给了我们非常正面的憧憬,法治的进程将越来越快,社会对于律师和其他法律工作者的关注将越来越高,不仅仅是一部律政剧让社会认识到了律师群体,而是社会大众开始重视法治,重视对于自己权利的保护。我们也愿意把更多的正能量、好的能量、有用的能量能够传递到千家万户,让大家能够分享到我们法治进步给我们带来的幸福指数。

#### 可作一定程度的娱乐化艺术化处理

**吴卫义:**听过了专家和资深媒体人的观点,让我们奋战在实务第一线的各位律师来谈谈看法,首先请朱

晶晶律师。

**朱晶晶:**各位好,我因为主要是从事娱乐法方面的业务,平时跟娱乐圈、影视圈打交道比较多,所以会从不同的角度来说一些自己的想法。

《金牌律师》和《离婚律师》我都看过,谈谈我的感受,第一,现在律政剧中其实题材比较多的是离婚律师的题材,这可能跟现在整个影视行业发展的切入点是有关系的。因为我们现在的电视剧面对的群体实际上主要是一些30、40岁的中年群体,所以说可能对于“离婚律师”这样一个题材来说比较能够贴近我们的生活,跟年轻人喜欢看的一些网络欧美的律政剧不太一样,那些比较多是商战的。但是放在我们国家,可能做商务的题材就会比较枯燥。作为离婚律师来说,老百姓觉得有故事讲,很贴近生活,所以这个题材比较多。

第二,关于戏当中的一些娱乐的设计,我个人觉得虽然与我们现实生活不相符合,但是,一定程度上可以接受。毕竟它是一个电视剧,肯定需要有一些娱乐化或者一些艺术化的处理。虽然可能在现实当中,我们律师不太会采取电视剧中夸张的手法,所以,在看这些律政剧的时候,作为专业律师,不能像普通人一样被误导,而是要保持清醒头脑。

**吴卫义:**再请方洁律师谈谈对于两部律政剧的想法。

**方洁:**作为从事了有七八年婚姻家庭业务的律师,我认为我们要先感谢这两部电视剧,这两部电视剧至少说明普通的老百姓开始对律师这个行业关注,而且关注度还非常高。两部律政剧的一些剧情虽然很夸张,但这是艺术的需要,我个人认为一定的艺术夸张无可厚非。当然两部律政剧肯定会有一些不那么专业的地方,但我个人认为,并不是绝对的不可原谅,而且两部律政剧的制作质量还是可圈可点的。我们看《金牌律师》的台词,经过专业律师的跟踪、修改,它的法庭戏拍得非常好。《离婚律师》相对来说就比较戏剧化一



嘉宾:黄飞珏



嘉宾:王凤梅



嘉宾:罗兴



嘉宾:朱晶晶

点,但也确实向大众进行了基础的法律教育,非常有益。影视剧的创作和投资,已经关注到了律师这一个群体,这对于我们整个行业的推动,特别是我们家事律师的发展,我认为还是非常具有进步意义的。

### 庭审程序前瞻有积极意义

吴卫义:听了两位女士的看法,我们再来听听男律师是怎么看待这两部热播律政剧的,请罗律师谈一谈。

罗兴:我首先想讲一个正面的看法。第一,我认为它提升了律师的形象。为什么这么讲?这个电视剧让公众觉得律师是值得尊重的。其实很多人对律师的形象认知是有偏差的,很多人认为在早期的时候,因为司法进步的问题,觉得律师有时候吃了原告也吃了被告,他们很狡诈很会算计,这些律政剧从这个角度来说帮助律师来建立一种良好的形象,这是正面的价值。

第二,这个剧情当中,因为《金牌律师》当中展示了法官的这种表现,我觉得这是一种趋势。法官应该给律师更多机会去发问,我们现实生活当中并不会给你那么多机会去说,也没有那么多充分的时间发问,所以这部剧也可以说是很适合于给法官看。我也跟很多法官在开完庭后有交流,这些法官也是愿意给律师很多时间的,可是很多时候他们自己说了也不算,所以应该有更多的剧将这种状况表现出来,这是能够很好地展现我们正面形象的。

回过头来讲到我们律师跟当事人之间的关系,其实我们今天谈到的是婚姻家庭的案件。一个好的婚姻关系,事实上对律师的接案是非常重要的,回到我们现实生活当中,昨天我的一个客户很苦恼,他非常羡慕婚姻稳定的家庭,我就告诉他,如果说要一段好的婚姻,要想好的话,应该是从尊重女性开始,才可能有一个好的婚姻。总而言之,我们看到的形形色色的案件,跟我们社会媒体的引导还是有关系的,对于这些,我们还是要多做正能量的报道。

吴卫义:最后我们请张寅律师谈谈他的观点。

张寅:今天我们来谈谈关于当红律政剧的一些感想以及一些看法。其实在去年年底有一部电影《全民目击》,也是律师题材的影片。那个时候没有引起大家太大的关注,从这两部集中的电视剧来看大家反响比较强烈。其实大家也看到,我们现在的媒体或者娱乐产业开始渐渐关注律师这个行业。

我想说三个大的方面:第一,我认为关于律政剧里面涉及到的法律,我觉得还是需要严谨。其实在律政剧中,确实有一些法律释明的错误,比如,说一方有过错的话,可以不分或者少分夫妻共同财产,这个其实是一个错误的法律释明,《婚姻法》46条规定,无过错方只能请求赔偿,而不能要求过错方不分或少分财产的,这是一个错误。既然是律政剧,在娱乐的同时,肯定也要给普罗大众作一些普法,以提高大家的社会责任感。对于我们国家的法律释明方面还是应该要严谨。我们在日常生活中,律师要花很多的时间跟大家说明法律的规定,包括我看电视台的《老娘舅》节目也会在节目当中给大家普法。通过艺术形式普法已经起到了一个比较正面的效果,让老百姓正确地了解法律规定,我们的电视剧不能倒退回去,不能跟实际法律的明文规定不相符,对于法律还需要严谨地表现。

第二,生活可以娱乐化。因为成千上万个律师都有自己的生活,每个人生活不一样。我觉得在影片当中可以描述律师的生活,也可以进行一些艺术加工。在这些方面,编剧的空间就会更大一点。包括像我们看欧美比较成熟的律政剧,包括TVB的律政剧,它里面描述的律师生活也是多姿多彩的,里面也有很多情节的冲突,包括人物之间的矛盾,我觉得这个都没有问题,因为这可以给出很多的自由,只要在宣传的时候对律师具有正面的效果就没有问题。

第三,法庭开庭程序的前瞻性。为什么要说到前瞻性?因为律政剧不单单是拍给律师看的,也是拍给所有人



嘉宾:方洁



嘉宾:张寅



嘉宾:桂芳芳

律师是怎么调查取证的,这也是一个家事案件。

这个案子代理的是原告女方,被告出轨。这个被告不仅有小三,而且是跟她同居而且还生了孩子。我们当时取证的思路是什么?就是从当事人入手获取一手信息再从对方的证据里顺藤摸瓜继续找接下来的证据。比如当事人当时告诉我们,被告跟小三

住在一个房子里面,这个房子地址她也是清楚的。我们在立案的时候提供了一些基础的证据,立案之后发现很多证据还是不硬。但是我们的调查手段是很有限的,我们就决定借助派出所的力量。怎么借助?这个案子很特殊。因为这个被告跟小三是同居的,以夫妻名义公开共同生活,时间持续很长。所以我们行业内的人都知道可能涉嫌构成重婚罪,我们当时就去做了一个刑事控告,控告他构成重婚罪,好不容易把这个案子立进去了,派出所调查取证了,尽管这个刑事案件后面的结果是销案了,但是通过派出所的调查取证,我们得到了很多证据,在离婚当中都能证明他们两个人确实是

以夫妻名义共同生活。这里还有一个取证的手段问题也跟大家分享一下,就是从被告那儿获得证据。被告当时向法院提供了一个证据,是他自己的一个信用卡的对账单,这个对账单里面有一笔消费,是去物业公司刷卡交物业费,这个物业公司其实就是这个小三所在的物业公司,我们就凭此申请了法院的调查令,去物业公司查他的刷卡记录跟消费凭证,经过调查,刷卡记录中不仅仅只有这一笔消费,被告的银行卡里面有很多笔为女方在这个物业里面支付物业费和水电煤等消费记录,有一些是男方自己签字的,有一些是女方签字的,他们的关系是不是一目了然呢?我们就是通过这些顺藤摸瓜的方式调查取证。

所以我想说的是,不管说是律政剧中的律师调查取证,还是现实中我们律师去调查取证,我们为当事人利益着想,想尽各种办法取证这个精神和责任感都是共通的,律师在调查取证的时候其实就相当于戴着镣铐在跳舞,痛并快乐着!

吴义工:感谢各位嘉宾和律师对于律政剧热播进行了热烈的研讨,相信对于我们正确看待律政剧一定有积极和进步的意义。●

(以上内容根据录音整理,未经本人审阅)

### 艺术与现实不宜相距过远

吴义工:最后,我们请家事律师新锐桂芳芳谈谈她的看法。

桂芳芳:今天我跟大家分享一下律师调查取证的经验。我们看到的离婚律师的剧情中,片子里有姚晨扮演的罗鹂,去对方当事人家里,她其实干的活就是想要调查取证。调查取证很多精彩片段都是重点,但事实上律师是这么取证的吗?

《金牌律师》里面有一个调查取证的片断是这样的:朱律师派人跟踪对方,对方当事人和小三在约会的时候被他拍到了,而且这个小三因为怀孕了,当时呕吐了一下,所以他拿纸巾把这个呕吐物放到垃圾筒里,他还去翻了垃圾筒。事实上我们律师通常不会这样取证。

我想以一个我们办过的案子来真实地呈现一下,

香港大律师之窗

●文/王洛媛

## 论《合约(第三者权利)条例草案》的应用



王洛媛:香港执业大律师

### 草案背景

长期以来,普通法基于相互关系原则,规定只有立约各方才可以强制执行合约中的权利。第三者纵然是合约的受惠者,也不能直接向许诺人执行合约,必须依靠合约的受诺人代为执行。

然而,严格遵守相互关系原则,不但与合约各方要令第三者受惠的意愿相悖,而且亦对信赖有关承诺并按此行事的第三者不公平。原告人控告对方违约时,必须证明自己因为所指称的违约行为而蒙受实际损失。由于失去预期利益的第三者不能提起诉讼,反而没有损失的受诺人才能提起诉

讼,故后者只能得到象征式的赔偿。

为免导致不公结果,法庭只能依靠其他普通法原则去保障第三者(如代理、信托、由疏忽做成的侵权行为及附属合约等法则),或依靠立法机关订立的法定条文容许第三者强制执行立约各方授予他的权利。

但这样解决不到相互关系原则的根本问题,加上多个普通法司法管辖区均已立法改革相互关系原则,因此法律改革委员会(法改会)于2005年9月发表改革报告书(法改报告),而香港政府亦于2014年2月提出《合约(第三者权利)条例草案》(草案),以容许非立约方可强制执行将利益授予该人的合约。

本文写于草案首被提出但未被通过的时候,并就草案的应用作浅谈。

### 第三者强制执行的权利

根据草案,第三者在两个情况下可以强制执行合约。

第一,当合约明文赋予第三者权利,而第三者是合约中的明文点名者、明文指明的某类别人士或特定描述者(草案第4(1)(a)及4(2)条),该第三者便可强制执行合约。比如说,合约中列明“陈大明有权执行本合约”,或“陈大明可就本合约第8条提起诉讼”。而第三者不一定是点名

者,也可以是某类别人士,比如“随后的租户”,或是特定描述者,比如“陈大明的代名人”。

第二,若合约条款看来是赋予第三者一项利益(草案第4(1)(b)及4(2)条),则除非经恰当解释后此并非立约用意(草案第4(3)条),否则第三者亦可强制执行有关合约条款。如果说第一种情况是明文赋予第三者执行合约的权利,则第二种情况可算是隐含赋予第三者权利。

第二种情况难免会带来一定的不肯定性,特别是怎么界定“看来”是赋予利益和“立约用意”,必定有更多的考虑。然而,合约权利本身就不是一定要明文才能赋予的权利,故此草案当然不能遗忘隐含权利的可能性。

根据法改会的建议,当合约赋予第三者利益,有关条文便会假定第三者拥有强制执行合约的权利,但若此并非立约用意,这假定便可被驳回,而证明立约用意以驳回有关假定的举证责任在许诺人身上。因此,如果甲方和乙方立约,甲方给予丙方利益,根据草案,丙方就会被假定有强制执行合约的权利。如果甲方想剔除该假定的权利,可于合约中注明“丙方并没有强制执行合约的权利”或“禁止乙方在没有甲方书面同意下,转让给丙方执行合约的权利”等。

此外,即使第三者没有就有关条款给予代价(草案第 4(5)条),或在合约产生的时候不存在(草案第 4(6)条),只要符合上述要求,也能得到强制执行合约的权利。但如果合约中包含排除或限制法律条款,第三者的权利也会受到排除或限制的(草案第 9 条)。而草案中也清楚订明,除非合约明文另有规定或有关权利属第三者的个人权利,否则第三者的权利是可被转让的(草案第 14 条)。

若第三者要执行合约,必须于有效时效内提出(草案第 16 条)。一般而言,如案件是基于简单合约的诉讼为诉讼因由,须于该诉讼因由产生起计 6 年内提起诉讼,而盖印文据的诉讼则须于 12 年内。

### 第三者可得到的补偿

如果第三者能强制执行合约,他所获得的补救,就会是等于假使他是合约一方而提起的诉讼所获得的补救(草案第 5 条)。

举例说,甲方与乙方立约,甲方会给丙方 100000 元,而丙方因此依赖此合约而耗费 5000 元。若丙方依据草案强制执行合约,法庭应判决丙方可得 5000 元作为依赖损失,还是 100000 元作为预期损失呢?如果根据一般合同法而言,除非法院认为有其他特殊原因(如损失的简接遥远或缓解措施的不足),否则丙方似乎还是会得到预期损失的赔偿。

### 撤销或更改合约

就第三者可强制执行的合约而言,草案在三种情况下限制立约方籍协议撤销或更改合约。第一是当许诺人已接获第三者同意合约条款的通知,不论该同意通知是以书面或其他方式作出的(草案第 6(1)及 6(2)(a)条)。第二是当第三者已倚赖有关条款,而许诺人知悉第三者已倚赖有关条款(草案第 6(1)及 6(2)(b)(i)条)。第三也是当第三者已倚赖有关条款,而许诺人按理

能够期望许诺人已预见第三者会倚赖有关条款(草案第 6(1)及 6(2)(b)(ii)条)。

值得一提的是,法改会清楚指出以上限制只应用于“籍协议”撤销的合约。若受诺人因许诺人违约而决定终止撤销合约,受诺人是有权如此做而不受上述条文所规限的。而当合约是因为违约(而非“籍协议”)被撤销,第三者于合约中的利益也会随之丧失。

从第三者的角度来看,在不涉违约的情况下,最有保障的做法当然是第三者清楚明白的通知许诺人他已经同意合约的条款,这样就能避免立约方往后再没有得到第三者同意的情况下撤销或更改合约。

虽然如此,但草案保留了立约方的立约自由。因此,立约方若希望保留随时或在特定情况撤销或更改合约的权利,可以在合约中明订条款,规定立约方可在未获第三者同意或特定情况下撤销或更改合约,并令第三者知悉这规定(草案第 6(3)及 6(4)条)。此外,法院也有酌情权免除须获第三者同意方可撤销或更改合约的规定,关键是合约的每一方均同意撤销或更改(草案第 7(3)(a)条),或法院认为作出该命令是公正并切实可行的(草案第 7(3)(b)条)。

### 对立约方的保障

草案让保障第三者利益的同时,难免增加了立约方的责任。然而,草案也对立约方提供了一定的保障。

第一,正如上述所言,草案保留了立约方的立约自由,因此立约方可明文表明不给予第三者在草案中的权利。

第二,许诺人在一定限制下可提出答辩、抵销或反申索。

首先,若许诺人与受诺人之间,有事宜是由有关合约引起或与该合约有关联、并且与第三者条款有关的话,许诺人可以此作为答辩或抵销(草案第 8(2)(a)条)。其

次,若许诺人与受诺人于合约中明定条款规定,在第三者提起的法律程序中,许诺人可提出某事宜作为答辩或抵销,许诺人也可以此作为答辩或抵销(草案第 8(2)(b)条)。再者,假使第三者是合约一方,若许诺人与第三者之间,许诺人可就某事宜提出答辩或抵销,许诺人亦可以此作为答辩或抵销(草案第 8(2)(c)条),同时,若许诺人能提出并非由该合约引起的事宜,作为针对第三者的反申索,许诺人也可提出该事宜作为反申索(草案第 8(3)条)。

以上的规定中,许诺人所提出的反申索,必须是针对第三者,至于许诺人与受诺人之间的反申索,必须由受诺人自己(而非第三者)去承担,这是因为草案保障合约中第三者利益的同时,不能为第三者增添不知名的责任。倘若第三者要承担许诺人对受诺人的反申索,而该反申索的诉额超过第三者索偿的款项,变相为第三者增添责任,这并非立法原意。

第三,受诺人强制执行合约的权利,不受第三者强制执行合约的权利影响(草案第 10 条)。但同时,草案保障了许诺人无需承担双重法律责任(草案第 11 条)。

若许诺人在合约中对第三者有某义务,而许诺人已完全或局部履行该义务,则该义务将获得解除,而受诺人不能要求许诺人执行已完全或局部履行的义务(草案第 11(1)及(2)条)。此外,若许诺人对第三者失责,令第三者蒙受损失,而受诺人因而向第三者作出补偿支出,并向许诺人讨回该笔款项,则第三者向许诺人提起有关其失责的诉讼时,法院在判给第三者的判令中须将已讨回的该笔款项计算在内并作出扣减,避免许诺人承担双重责任(草案第 11(3)及(4)条)。

### 仲裁与司法管辖条款

如果第三者强制执行合约的权利或有关条款受某仲裁协议所规限,则第三者须被视为该协议的一方(草案第 12

执业心语 ●文 / 阮传胜

# 刑事辩护律师 如何处理与当事人 及其亲属的关系

条)。此外,如果有关条款载有专有司法管辖权条款,那么第三者在强制执行合同时亦同样会受约束(草案第13条)。

以上规定用于本地案件尚算清晰,但有学者评论英国相关条例时指出,若涉及跨境仲裁判决,可能会有难以执行的潜在问题。

跨境仲裁的判决一般是靠《承认及执行外国仲裁裁决公约》(纽约公约)来承认及执行的,但仲裁必须由当事人以书面协议承允,而书面协定,谓当事人所签订或在互换函电中所载明之契约公断条款或公断协定(纽约公约第2条)。既然第三者的权利是由草案法律条文所衍生的,那么严谨来说,许诺人与第三者之间并没有以书面协议的仲裁协议,更没有他们所“签订”或“载明于互换函电中”的协定。因此,纽约公约能否在这情况下应用仍是未知之数。

倘若仲裁判决不被纽约公约承认,第三者唯有先要求法庭承认仲裁判决,再去执行那个承认仲裁判决的法庭判决,以避过纽约公约的关卡。

## 草案的应用范围

最后需要注意的是草案明文指出,草案中赋予第三者强制执行合约的权利不适用于某几类合约,而这些被排除的合约一般包含了那些已受国际公约现存规则保障的合约,或有充分的政策理由排除保障的合约(详见草案第3条)。

## 结语

总的而言,草案有助解决普通法相互关系原则长久以来的一些问题,但同时也带来了一些不肯定性。因此,当我们要立约而又有可能涉及到第三者的利益的时候,必须考虑草案带来的影响,仔细想想自己是否想草案应用于合约中,再小心规划合约的内容,避免陷于不是自己意愿的结果里。●

刑事辩护律师在执业过程中,正确处理好与当事人及其亲属的关系是非常重要的。如何把握其尺度,关乎其辩护行为的效果及成败,甚至关乎其执业之根基。

## 一、准确定位

刑事辩护律师与当事人及其家属关系的内容是刑事辩护律师提供的法律服务。具体而言,是指在刑事案件的侦查阶段,律师为当事人提供法律帮助;在审查起诉阶段和审判阶段,律师作为当事人中被告人的辩护人要进行调查取证,提出辩护意见;作为当事人中被害人的代理人则需要进行必要的调查取证,提出附带民事诉讼,发表代理意见,对刑事审判过程的监督等等。当事人本身及其家属一般不具备相应的法律知识,因而需要律师提供专业的法律服务。律师作为掌握法律知识与熟练专业技能的法律工作者,其存在的价值是运用自身的法律知识,为当事人及其家属提供法律服务,依法维护当事人的合法权益,在法律范围内最大限度实现当事人的利益。

刑事辩护律师与当事人及其家属关系根据法律服务的具体内容、所处的阶段、服务的过程,可以作以下三类定位。

(一)委托关系。这是刑事辩护律师与当事人及其家属关系中最基础的关系。刑事辩护律师的法律服务来源于当事人及其家属的委托行为。无论刑事案件处于哪一个阶段,没有建立委托,律师就不可能正常地提供法律服务。建立委托的目的是要求律师提供法律服务。



阮传胜:上海市恒泰律师事务所律师

这种委托关系是通过委托合同来体现的。在委托合同中,双方地位平等,本着诚实信用、平等互利的原则而签订,并充分体现律师服务的商品属性,即有偿服务。若当事人不按时付费,律师就可以依据合同法要求当事人履行义务。反之亦然,若律师不提供约定的法律服务,当事人也可以追究其违约责任。

根据刑事案件的不同阶段,律师提供法律服务的内容也不尽相同。在侦查阶段,接受犯罪嫌疑人或其家属委托的刑辩律师还不能称之为“辩护人”,而仅仅是接受委托的“律师”。律师可以为当事人及其家属提供的法律服务主要是法律咨询,会见嫌疑人,为嫌疑人提出取保候审申请,代为申诉、控告等等。当案件进入审查起诉和审判阶段,受委托的刑事辩护律师才得以真正以“辩护人”身份出现,拥有辩护权、调查取证权等等。

刑事辩护律师接受委托后,应该以事实为根据、以法律为准绳,最大限度地

维护其当事人的合法权益。刑事辩护律师提供有效的法律服务,可以避免当事人合法权益受到更大的侵害。而这种有效的服务是建立在当事人与律师之间密切配合的基础之上的,

(二)合作关系。律师与当事人之间因委托而建立关系,而要实现当事人的委托目的,则需要双方的密切合作。律师需要审阅当事人的材料,了解事实,明确当事人的目的,依法为当事人提供法律服务。当事人需要向律师陈述事实,提供材料,阐明目的。律师提供的法律服务和当事人的需求是一致的,没有双方的合作难以实现共同的目的。显然,律师与当事人之间的合作关系越融洽,越密切,越容易实现当事人的目的。所以,律师与当事人之间的关系也体现为合作关系。

良好的合作关系,对律师和当事人及其家属都会有更积极的影响。律师在心理上会以更积极的态度处理当事人的法律事务,处理过程更投入,方案更缜密,更容易实现维护当事人合法权益的目的。面对律师的积极态度,当事人也更积极支持律师的工作,为律师工作提供各种便利。这种关系的两个主体都以积极的态度合作,会实现良性循环,律师就能尽其所能提供最好的法律服务,最大限度实现当事人的合法权益。

(三)相互独立的关系。刑辩律师与当事人及其家属的合作关系是建立在相互独立、相互尊重的基础之上的,而不是无原则的,决不能成为依附关系。律师与当事人各自都具有独立性,不受对方的干涉。当事人及其家属不能因为自己付费了就对律师颐指气使、指手划脚,把律师当作自己的下属,甚至仆人,要求律师必须打赢官司,否则就以解除合同相威胁。律师办案时在授权范围内独立依法执业,其维护的是当事人的合法权益,而不是非法利益;同时采取的只能是合法

的手段,而不能是非法手段。现实中有些当事人往往无视法律的禁令,要求律师维护其非法利益,这理所当然地遭到律师的拒绝。律师对当事人要尊重、要合作,但不要无原则的迁就,更不要盲从。

总之,律师与当事人之间不仅仅存在着合法的委托关系,同时还存在着配合关系和合作关系。在办案的过程中,律师与当事人既相互独立,又相互配合;在相互沟通中相互配合、合作。这三层关系在实践中融为一体,从而使当事人的合法权益得到最大限度的维护。

## 二、警惕执业雷区

律师进行的是法律服务工作,当事人是法律服务的对象。律师依仗在法律服务过程中收取的律师费生存发展。从某种意义上讲,当事人是律师的衣食父母,是律师的上帝。大多数当事人及其家属是守约守信、有修养、懂得尊重律师劳动的。但是,也有一些当事人及其家属成为了律师最大的“敌人”,律师防不胜防。在律师执业过程中,特别注意以下几种是不正常的关系,远离这些危险的雷区:

(一)当事人及其家属为了取得胜诉结果,为了救出自己家人,甚至为了被告人活命,通过威胁施压的方法、画饼诱惑的方法(签订风险代理协议的方式)、顺水推舟的方法(烫手的红包)腐蚀律师,刑事辩护律师的风险还存在于有可能违反《刑法》第389条行贿罪的规定。

(二)违规进行取证工作,致律师犯罪。当事人及其家属为了达到目的,不惜违规进行取证工作。当被告人翻供、关键证人翻证时,《刑法》306条就会对律师张网以待,刑事辩护律师极易断送职业生涯。

(三)一些当事人及其家属无视刑事辩护律师劳动。刑事辩护律师进行着脑力加体力劳动,但是绝大多数是看不

见摸不着的脑力劳动。查阅信息资料,当事人看不到;拟写辩护词、代理词的过程,当事人看不到;具体如何会见被告人的,当事人家属看不到;交换辩护、代理意见,当事人不能在场。若案件不公开审理,或者二审书面审理,刑事辩护律师的作用很难得到当事人及家人的认可。若当事人素质不高或者案件结果不理想,那么刑事辩护律师辛辛苦苦拟写的辩护词、代理词容易被视为一张废纸,刑事辩护律师的脑力劳动会被非难,被漠视,甚至抹煞。

## 三、方法与应对

建立并保持与当事人及其家属的良好合作关系,是每个刑事辩护律师所追求的,也是众多当事人及其家属所期望的,更是律师走向成功的源泉。实现这一目标,既取决于主观因素,也受到客观条件的制约,是众多因素综合影响的结果。这里,笔者结合多年的执业经验和体会提出如下刑事辩护律师处理与当事人及其家属关系的方法和策略:

### (一)审慎评估、敢于说“不”

在接案之初,刑事辩护律师就要有清醒的头脑,用知识和智慧仔细审慎评估此案当事人及其家属是否属于根本不可能建立良好关系的当事人,甚至是想把律师引入雷区的那一类人。对于这样的案件、这样的当事人及其家属,律师要禁得住诱惑,敢于说“不”。

在接案件时切忌给当事人及家属打包票,根据当事人提供的资料和陈述,根据法律作客观分析,不要害怕当事人会不委托你。当事人及其家属找律师时,正是其处于危难之时,其希望得到专业的分析,希望律师客观地评价和分析案情,其也在通过律师的言行进行观察,在评判你是否是其要找的律师。盲目打包票不但会让当事人及其家属不相信你,而且会为自己将来提供法律服务中设置不

执业心语 ●文 / 张正勤

# 专业律师应当 “法律问题专业化， 专业问题法律化”

——一个造价工程师转行成为专业律师的体会

必要的难题。

通过简单了解案情、客观评估后，认为是可以接的案件时，要对当事人及其家属做好接待笔录或询问笔录，将他们给律师提供的情况，自己对案件的初步法律意见，接受委托后代理案件的计划、合作方案也记载在谈话笔录或询问笔录中。这样，一方面可以规范律师接案的程序；另一方面还可以作为证据，如若当事人及家属反悔或者找事，自己也可说清楚。

## （二）积极认真、注重细节

刑事辩护律师的工作是谨慎、严肃的工作，对当事人的利益有关键性的影响。态度决定一切。工作中，律师应当抱有积极认真的态度和高度的责任感，谨慎处理当事人的法律事务。不负责任的态度，散漫的作风，根本不能赢得当事人的信任。细节是整个事情不可或缺的一部分，忽略任何一个细节，都有可能导致全局的失败。注重细节，缜密思考，事情就很可能会有完全不同的局面。对于刑事辩护律师而言，办理每件刑事案件，都应当注重细节，力求完美。

当办理委托后，要建立办案档案，撰写律师办案备忘录。将律师付出了哪些劳动、做了哪些工作，案件进展阶段，律师的下一步工作等等，按时间顺序记录下来，以备查看。这样做的目的，使得律师工作一目了然，更有计划性，更有效率。

## （三）真诚相处、换位思考

律师与当事人及其家属建立良好关系的基础在于信任、合作，信任、合作源自真诚、理解。刑事辩护律师办案过程中，如果能够换位思考，想当事人所想，理解当事人的处境和需求，真诚对待当事人及其家属，才会赢得当事人的信任与合作，从而有利于双方的关系向好的方向发展。●

从一个造价工程师转行成为律师已有9年了，从律师助理到专业律师事务所的主任，从初学者到著书5本，演讲几百场的专业律师，笔者从“起点”时就以“法律问题专业化，专业问题法律化”为要求，向着专业律师方向发展，现“拐点”已隐隐可见。

笔者认为：仅有专业经历或专业资质并不等于是专业律师，专业律师不是“专业”和“法律”分离的贴面，而应是融合的重构；不是仅仅知道专业俗称，而是将两者的逻辑脉络打通。专业律师将“法律问题专业化，专业问题法律化”的真正含义在于取专业知识之内核，用法律知识之精义，打碎揉合、重组结构、联接脉络、展现禀性。无论从专业上，还是从法律上，均能“道理得清、理讲得明、法捋得顺、话说得通”，为此，笔者认为应注意以下几点：

## 一、必须同时建立崇敬法律尊重科学的理念

只有树立对法律崇敬的理念，才能对法律充满着坚定的信心。也只有树立对科学尊重的理念，才能对专业规律予以遵循，从可能具备钻研业务的恒心、办好案子的信心、成为一专业律师的决心，真正掌握法律和专业两者内在的“魂”，并将其有机地“对接”。具体的客观事实能顺势转化成法律事实，抽象的权利义务能用精准的专业数据表达，



张正勤：上海东方环发律师事务所律师

只有这样才能“态度从容理性，方法科学适当”。

崇敬法律、尊重科学是由“必然王国”走向“自由王国”从而成为一名专业律师的前提。

## 二、必须同时建立法律知识和专业知识的框架

一幢屹立不倒的超高层建筑必须“地基基础和主体结构满足合理的设计年限”。而一个专业的律师要在业务上有所建树，则必须建立正确的知识框架体系。该知识框架应当是接近亚州第一高楼上海中心的“双桶结构”，即：由扎实的法律功底和足够的法律素养所构建的法律知识的框架，由正确的专业基础和全面的专业知识所构建的专业知识的框架。两者相互支撑，互为因果，重心重叠。

同时建立严谨的法律知识和专业知识  
的框架体系则是做成一个专业律师在  
知识上的必要条件。

### 三、必须同时具备运用法律用语和专业用词的能力

由于各专业有其自己的学术用语，也有行业惯例形成的行话，因此，专业律师首先要听懂专业人员用行业俗语结合专业术语陈述的纠纷，看懂技术文件中的图表公式或数据所要表达的意思；其次，要能用专业人员能听懂的语言来表述自己建议和意见，并能用审判人员能听懂的法律用语来表达专业人员的诉请，在法律文书中善于将文字与图表公式有机结合。

这样，当事人不会将其视为“外人”，审判人员才可能认可您的专业特点，在语言上体现“法律问题专业化，专业问题法律化。”

### 四、必须同时建立实战办案和理论研究相结合的方式

“理论是苍白的，现实才是丰富多彩的。”当法律理论与实际状况匹配越好，其活力越便于释放。专业律师能亲身接触这些千姿百态，活灵活现的案件无疑为其提供了深入进行专业研究的机会。具体案件是进行专业研究的出发点，也是专业研究的归宿，同时也是检验专业认识正确与否的唯一标准。只有这样才能避免教条，在工作中体会其乐无穷。

执业律师从事的是用合法手段为当事人取得最大利益这项很实务性的工作，其中解决问题是关键，实战能力是根本。

笔者在之前、现在和以后的专业律师生涯中都致力于用“三个结合”追求“一个目标”来要求自己。“三个结合”就是法律学与建筑学有机结合；文科逻辑表达与理科图表展示有机结合；理论研究和实务操作有机结合。“一个目标”是提高解决实际问题的水平和能力。●

## 视角

●文/潘瑜 牟笛 王思维 马朗 袁洋

# 进一步开展 上海司法体制改革 试点工作的构想（上）

——基于律师行业视角

2012年，党的十八大报告提出，要“进一步深化司法体制改革，坚持和完善中国特色社会主义司法制度，确保审判机关、检察机关依法独立公正行使审判权、检察权”。2013年，党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》进一步明确了深化司法体制改革的具体要求。2014年6月，中央全面深化改革领导小组第三次会议审议通过的《关于司法体制改革试点若干问题的框架意见》和《上海市司法改革试点工作方案》。

而目前，上海作为司法体制改革试点，主要侧重于完善检察官、法官相关制度的改革，对于律师行业的相关措施，涉及面很窄，仅“完善法官、检察官选任条件和程序”一项与律师行业有所关联。

本文旨在从律师行业角度出发，通过发挥一支拥有一万六千多名具备专业法律知识和丰富实践经验的专业人才队伍的强大力量，为进一步增强上海司法体制改革试点工作的力度、取得更好改革效果这一目标提供参考，也为其他法律相关行业乃至全社会参与到上海司法体制改革中去给予启发。

## 一、上海司法体制改革要有律师参与

（一）中央文件对司法体制改革的

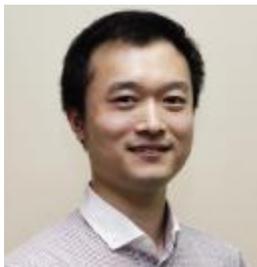
具体要求涉及律师

孟建柱书记指出，司法体制改革是我党从发展社会主义民主政治、加快建设社会主义法治国家的高度，作出的重要战略部署。2014年的中央政法工作会议上，习近平总书记强调，司法体制改革是政治改革的一部分。这将司法体制改革提升至作为全局的政治改革的高度。

《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中提到的深化司法体制改革的目的，主要是加快建设公正高效权威的社会主义司法制度，维护人民权益，让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义。本文将对其中三点提出具体构想，均与律师有密不可分的联系：

其一，“确保依法独立公正行使审判权检察权”一章中提到“建立符合职业特点的司法人员管理制度，健全法官、检察官、人民警察统一招录、有序交流、逐级遴选机制，完善司法人员分类管理制度”。“健全司法权力运行机制”一章中也提到“优化司法职权配置，健全司法权力分工负责、互相配合、互相制约机制，加强和规范对司法活动的法律监督和社会监督。广泛实行人民陪审员、人民监督员制度，拓宽人民群众有序参与司法渠道。”

这让法律（法官、检察官、律师）职业共同体一体化建设的构想浮出水



潘瑜:上海市律师协会业务部主任



牟笛:上海胡光律师事务所律师



王思维:上海博和律师事务所律师



马朗:北京大成(上海)律师事务所律师



袁洋:上海大邦律师事务所律师

面。通过建立法官、检察官和律师的人事信息共享平台,使之统称为法律人的概念。通过其在担任法官、检察官的工作经历及在担任律师的执业经历作为参考标准,建立完善的针对法律人的以社会信用、专业能力、社会威望等为参考数据的评估体系,以真正实现法官、检察官、律师的职业身份的互通,真正实现法律(法官、检察官、律师)职业共同体的一体化。

同时通过推动法律职业共同体横向合作,才可能实现司法权力的分工负责、互相配合、互相制约机制。而改革完善人民陪审员、人民监督员制度,中国作为典型成文法国家,其势必要由法律专业人士担任陪审员和监督员。其必要性、现实意义及其初步模型将在本文第二部分作详细论述。

其二,“完善人权司法保障制度”一章中的“健全国家司法救助制度,完善法律援助制度。”,明确指出要完善现行的法律援助制度。法律援助据其制度本身就必须有律师参与。对现行法律援助制度的弊端及其完善方案将在本文第三部分作详细论述。

其三,“完善人权司法保障制度”一章中的“进一步规范查封、扣押、冻结、处理涉案财物的司法程序。”提出完善民事诉讼程序的要求。查封、扣押、冻结、处理涉案财物,涉及到财产保全、调查取证、司法鉴定、法院执行等方面内容,通过增设律师作为第三方参与的法定程序,不仅能分散法定程序的工作负

荷,使法院集中力量开展案件实体审查和法律分析,还能对案件的最终结果的公平性及效率性均有促进作用。此部分内容将在本文第四部分作详细论述。

而有关“完善律师执业权利保障机制和违法违规执业惩戒制度,加强职业道德建设,发挥律师在依法维护公民和法人合法权益方面的重要作用。”的内容,维权与惩戒辩证而统一,如同是律师协会的两只手,缺一不可。据了解,全国律协正在开展《律师协会会员违规行为处分规则(试行)》、《律师执业行为规范》的修订工作。该项工作与管理律师行业以及规范律师执业行为密切相关,已经引起律师界的广泛关注。相信不久的将来,维权的相关规则也会孕育而生。

(二)着眼律师行业已经开展的工作:每一次法律职业共同体的协作过程就是一次保障律师执业权利的过程

与公、检、法系统加强交流与合作,是多年以来律师行业一直努力的方向。上海律协分别与公安、检察院、法院系统建立固定的、常态的信息交流和联络机制,从具体问题入手,推动解决律师出庭安检问题、会见场所问题、阅卷问题及立案问题。通过开展一系列的互动与合作,进一步改善律师执业环境和上海法治环境,令上海的职业共同体建设跨上了一个新台阶。

1、与市公安局协作,重点解决“会见难”问题

2013年,上海律协与市公安局、市

司法局三方联合签署了《合作框架协议》。根据协议内容,市公安局和上海律协每年将根据需要不定期召开工作会议,就共同关注的有关法律实施、重大政策以及社会管理等方面的热点、难点、新类型问题进行沟通交流,共同开展调查研究;上海律协聘任公安系统相关领导担任上海律协维权顾问,市公安局聘任律师担任公安机关执法监督员;建立区(县)律师工作委员会与区(县)公安分局律师人身权保护联动处理机制,市公安局与上海律协共同规范和保障律师参与刑事诉讼活动的各项合法权利。从而进一步规范律师执业行为,保障律师执业权利,进一步加强公安机关执法能力,保障刑事诉讼活动的正常进行,共同维护社会公平正义。

合作协议的签订,与律师行业多年来不间断的坚持保障自身权利的努力分不开。十多年来,上海律协坚持聘请市公安局法制办领导担任上海律协的维权委员会顾问,通过协调沟通积极维护律师执业权益。2011年,市委政法委下发关于维护律师人身权的专题会议纪要后,上海律协和全市区县公安机关建立了律师人身权保护快速联动和协作处置工作机制。2012年,上海律协与市公安局监管总队建立了协作机制,就规范律师会见行为、保障律师会见权以及网上预约系统的合作等问题进行协作。

在两家单位的合作下,律师会见权得到了进一步的规范和保障。市公安局对全市看守所进行装修重整,将大房间

隔断成单独的会见室,并将原先的提讯室录音摄像设备关闭后提供给律师使用,使律师会见室数量成倍增加。从根本上解决了因为会见室配置问题造成的律师会见当事人需要等待、预约甚至无法会见到的情况。上海绝大部分看守所已经做到律师到所即能安排会见。

### 2、与市检察院协作,重点解决“阅卷难”问题

2012年,上海律协与市检察官协会签署《建立沟通协作机制的若干意见》,建立和完善沟通协作机制,通过联络员制度、情况通报和意见建议反馈机制、合作开展调研与培训、共同参与涉法涉诉信访矛盾化解等途径,推动检察机关更好地履行法律监督职责,保障律师依法执业的权利。2013年,市检察院出台《上海检察机关依法保障律师执业权利的十条意见》。《十条意见》概括性诠释了律师执业权利的核心内容,具体明确了重视和保障律师权利的原则和要求,进一步从制度上保障律师的会见权、阅卷权、调查取证权、辩护权和知情权。

对于“阅卷难”问题,两家单位多次协商,广泛征求律师意见。经过努力,目前,本市各级检察院均设立了统一规范的律师阅卷室,并将接待律师阅卷工作分成资格确认、查询、预约、接待四大部分,细化、规范了各个环节的操作流程;在阅卷室内,设有律师等候专用座椅、茶几和饮水机,并统一制作了“案件管理工作流程图”、“律师阅卷须知”和“接待律师行为规范”张贴告知,便于规范、监督检察机关履职和律师执业行为,更好地实施民事、行政等案件的专业性法律监督。

3、与市高院多次交流沟通,重点解决“立案难”问题。2013年10月起,上海法院月底年底照常收案立案,收到立案材料必须出具收据,不立案的应当说

明不立案理由并出具不予受理裁定书,切实解决“三不”问题。这与律师行业自身的努力不无关系。

上海律协曾对当前律师界反映较为集中的“立案难”问题组织力量开展调研,通过“东方律师网”等多个平台广泛征集问题。这一举措受到了市高院的高度重视,市高院多次与上海律协讨论沟通,听取意见建议,并于10月28日正式出台《关于进一步加强和改进立案工作的意见》(沪高法发[2013]23号),标志着“立案难”攻坚战取得重要的阶段性成果。《意见》共6项42条,条条直击问题,掷地有声,结合了上海法院工作实际,从依法保障诉权、方便群众诉讼、改进司法作风等三大方面,对立案审查、便民举措、健全设施、管理监督、队伍建设等五大内容做出明确、直白、具体的要求,动真格、下决心、求实效,特别是对历次座谈会中律师们反映的主要症结性问题也给予了全面和明确的回应,包括将法院审判质效数据排名与立案脱钩;具体规定了诉前调查、口头起诉、上门服务、方便缴费等便民措施等,并首次对完善与市律师协会等部门的沟通平台作了明确规定,要求各级法院建立相应工作机制,定期对立案中的疑难问题与包括市律协在内的有关部门进行交流,并适时召开律师座谈会听取意见。

综上,不难发现,每一次律师行业与其它法律职业共同体的协作过程就是一次保障律师执业权利的过程。由于其行业地位的差异性,每一次努力的背后都隐藏着许多难以言表的艰辛。上海司法体制改革要有律师参与,必须有律师参与,这需要各方达成共识,向着共同的目标推进。那样,司法为民、公正司法的责任也落在了每一个法律职业人的肩上,这将为法律职业共同体携手建设法治上海开启新的篇章。

## 二、法律(法官、检察官、律师)职业共同体一体化建设的构想

### (一)法律职业共同体的现状与目标

对于法律职业共同体的探讨自上世纪九十年代肇始,此后便始终处于“在路上”的状态。时至今日,国内法律界哪怕在法律职业共同体的构成、目标、效用等基本问题上也尚未达成基本共识,以至于很难评价这十余年的漫长旅程究竟使我们更接近还是更偏离那个笼罩在迷雾里的终点。

回顾十余年前的状况,彼时司法审判各方参与者面对百废待兴的局面曾一度共同学习、共同探索。再加上当时的律师群体尚具有公职身份,被视作体制内的成员,法官、检察官和律师群体在个案上时常能够开展平等、建设性的探讨。如今看来,那俨然是法律职业共同体的一段短暂的蜜月期。

随着公办律师事务所、公职律师逐渐退出历史舞台,独立执业的律师群体与体制内的法官、检察官等其他司法审判参与主体之间身份裂痕随即彰显。司法审判参与人员普遍的素质提高虽在客观上改进了审判质量,但同时也使各方走向自负和专断。坚持自我、否定对方成为一种思维定势。近年来刑事案件审判中“死磕”频发、最高人民法院《刑事诉讼法司法解释(草案)》一度考虑赋予各级法院对律师的惩戒权等事件既是这一现象的显性表征,也同时是法律共同体内部关系持续恶化的重要原因。在律师群体和法官、检察官群体间日益升级的摩擦过程中,事实上不仅任何一方都没有真正说服自己的对手,反而使整个司法审判机制在社会公众中的信用和形象蒙受了严重伤害。

良性的法律职业共同体关系中,检、法群体与律师群体应当建立良好的

信任与依赖关系,这种关系体现为:其一,目标统一,即认同各方的执业行为均是服务于公平、正义等价值的实现;其二,正视对抗,即认清这种对抗系制度设计使然,是诉讼职能所必需,对抗仅局限于案件本身,不应及于个体或行业;其三,尊重彼此的专业能力,即对各方发表的专业见解,应当耐心等待,认真理解,慎重反驳;其四,职业操守的互信,即信任对方在执业过程中会遵守职业操守,在合法前提下支持对方工作,促进诉讼程序的顺利进行。

法检群体和律师群体之间有效沟通的极度匮乏是阻碍上述目标达成的根本原因。

法官、检察官群体和律师群体之间的沟通从内容上可分为具体个案的业务交流和涉及道德、职业、伦理等内容的非业务交流两种类型。作为司法审判活动的参与者,法官、检察官和律师之间业务交流的机会从表面上看似充分,但事实上有效交流严重不足。从法官和律师间的互动来看,由于法官在审判活动中主要精力用于维持法庭纪律、推进审判进程,除法官主动释明外,双方其实极少有机会就案件情况直接交流。裁判文书原本可以成为法官与律师在庭审之外的另一条重要的沟通渠道。但基于目前裁判文书普遍说理不够充分的现状,这一沟通渠道实际效果难如人意。从检察官和律师之间的互动来看,由于两者在司法审判中原本的定位就是一种对抗态势,客观上就很难心平气和地接受对方的观点。再加之目前刑事审判中法官通常对检察官的看法接受度较高而对律师的观点接受度较低,更使得律师无法将庭审中的交锋视作其与检察官平等的业务切磋。

业务交流之外,法官、检察官和律师之间围绕道德、职业、伦理的非业务交流则属于典型的虚假繁荣。虽然三个群体之间时常互相延邀对方参与问



题研讨、意见听取、经验交流等活动,但在高度正式的情况下,各方其实也很难也不愿表达真实的想法。表面上热热闹闹的各类活动其实并没有拉近各方之间心理上的距离,反而使得心理上的隔阂在一次次言不由衷地问答中逐步固化。

(二)建立法律职业共同体成员间常态化有效沟通的具体途径

建立法律职业共同体的突破方向在于首先创造一切条件促成法官、检察官和律师之间的常态化的接触,进而以接触创造交流,以交流带动沟通,以沟通实现认同。

为了达成上述目标,共设计了五大举措,具体包括:

推动法官、检察官和律师进入对方的工作领域,形成各方的职业角色“换位”;促进法检队伍和律师队伍之间临时性工作介入机制;建立各方之间人才合作培养机制;依托第三方平台,进一步拓展各方的接触、交流机会;建设信息共享平台,实现各方的实时、间接交流。

#### 1. 换位式交流

法检群体和律师群体之间的身份转化其实并不罕见,但往往仅表现为法官、检察官辞职担任律师的单向职业角色换位,律师反向进入法院、检察

院的实例则可谓凤毛麟角。

早在1999年,最高人民法院就开始尝试在北京地区向社会公开招考高级法官人选,次年又将公开招考的范围延展到全国。2006年,最高人民法院再度尝试向社会公开招考,并最终招录22名律师、学者担任其本院法官。2013年底,在十八届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》带动下,最高人民法院再次向全社会打开公开招考的大门。

问题在于,我国至今尚未建立律师进入法院、检察院系统的制度化通道。最高人民法院虽曾于2007年4月底在浙江宁波召开的全国法院队伍建设座谈会上组织讨论《法官遴选办法(试行)》征求意见稿,但最终无疾而终。至于检察院系统,甚至连这种尝试都未曾出现。在这样的情况下,律师通过公开招考途径进入法院、检察院至今仍是一种地方性、偶发性、随机性的小概率事件。

此外,目前国内法律界对于律师担任法官、检察官的必要性缺乏基本共识。在各种似是而非的看法中,有的简单地认为由于其他国家法律系统中普遍存在类似操作,中国也应该积极效仿;有的则将律师担任法官、检察官

视作解决目前法官、检察官队伍人员流失的一种应对方案；还有的观点则干脆将律师进入法院、检察院系统视作一种新形态的司法监督。观点上的莫衷一是造成相关改革缺乏动力。这在一定程度上也可以解释为何相关制度安排迟迟无法得到落实。

因此，落实法检群体和律师群体双向换位式交流的落实取决于“为什么要从律师中遴选法官、检察官”这一理论准备，以及“律师如何转换为法官、检察官”这一制度准备的尽早完成。

为了确保律师队伍向法检队伍输送人员的质量，重要的是律师的资历和地位决定了他们可能在法院、检察院获得更重要职位的任命，有利于提升这一改革在全社会的宣示效应。

从更长远看，可以通过建立法官、检察官和律师的人事信息共享平台，使之统称为法律人的概念。通过其在担任法官、检察官的工作经历及在担任律师的执业经历作为参考标准，建立完善的针对法律人的以社会信用、专业能力、社会威望等为参考数据的评估体系，以真正实现法官、检察官、律师的职业身份的互通，真正实现法律（法官、检察官、律师）职业共同体的一体化。

## 2、临时性工作介入机制

考虑到换位式交流吸纳能力的优先，法官、检察官和律师之间的临时性工作介入应作为一种补充性机制予以强化。其中，律师陪审、律师参与法检人员考核以及律师参与疑难在审案件讨论可作为现阶段改革的三个切入点。

### （1）律师陪审

现行法律法规明确禁止包括律师在内的法律专业人士担任人民陪审员，但又同时规定人民陪审员对事实认定、法律适用独立行使表决权，除不

得担任审判长外，人民陪审员在审判活动中行使与法官同等的权利。这一规定的内在矛盾显而易见——人民陪审员不具备法律知识，但却可以决定案件的法律适用，实属强人所难。

为此，修改现行立法的禁止性规定，吸纳具有专业知识的律师担任人民陪审员。

具体实施层面，建议采取半强制性而非倡导性立法模式，即明确规定符合某些标准的案件必须引入律师参与陪审。至于标准的具体确定，可考虑从案件类型、案件标的、案件可能判处的刑罚、案件专业性要求等角度予以进一步明确。

而律师队伍自身也应对担任陪审的律师人选设定适当门槛。通过综合考量执业年限、专业能力、职业道德、有无不良记录等因素建立一个数量充沛同时又素质优良的“候选人池”。同时积极推进陪审行为考核机制、陪审记录公开机制、候选人加入与退出机制等配套举措的完善，从而挖掘出律师陪审制度全部的潜在价值。

此外，律师担任陪审员可能引发的利益冲突必须引起足够的警惕。检、法、律三方应共同协调律师因陪审而必须遵循的回避范围、回避时间，并相应制定明确规范。从而避免律师陪审制度最终走样、变味，确保好的制度能够实现好的结果。

### （2）律师参与法检人员考核

传统语境下，律师对检察机关、审判机关的监督，更多地体现为个案监督，即在诉讼进程中，律师通过其执业行为影响法官对案件的判断，进而影响裁判结果。实践中，有律师介入的案件，检、法机关的工作确实会更为慎重和规范。这种个案监督应当成为主流，但也必须认清其弊端。正如前文述及，律师与检、法机关在对案件结果的影

响力上存在着明显的不平衡，因此，个案监督不会消除司法寻租。要提升个案监督的作用，只有进一步强化律师对个案的影响力，以制度促使检、法工作人员在个案中进一步保障律师的执业权利，更加重视律师的各项意见。

还应注意，对某一法律职业共同体成员的评价，往往会因评价者立场的不同而有所差别。例如，对于检察机关的办案人员，其办案效率、办案数量、诉判一致率、改判率等是检察机关对其考核的重要指标，而对于律师而言，其是否尊重律师意见，是否保障律师执业权利，甚至是否和善的与律师交流，都大大影响律师对其的评价。从这一角度说，客观地评价一位法律职业共同体成员是否优秀，不应当仅仅站在某一职业群体的单一立场，而应当从法律职业共同体整体角度作出评价。这种评价，应当兼听法律职业共同体中不同角色成员的意见。

综上两点，我们设想：通过建立律师对检、法机关的考核机制，强化检、法机关工作人员尊重、重视律师的意识，平衡律师与检、法机关对案件结果的影响力。具体而言，应以促成律师参与检、法机关的听庭评议，示范庭等业务考核活动、邀请律师担任优秀公诉人、优秀审判员等评优活动的评委以及邀请律师参与案件核查为目标。律师上述形式的介入无疑将增加整个法律职业共同体中律师队伍的权重，促使检、法机关必须重视律师，进而增强前文所述的律师个案监督力。

### （3）律师参与疑难在审案件讨论

实践中，检法机关对其所遇到的疑难案件召开讨论会的情况时有发生，但由于种种原因，律师始终被排除在相关活动大门之外。事实上，律师对疑难在审案件的介入具有多方面裨益：其一，律师参与往往能提供一个审

理案件的全新视角,提高审判结果的合法性、科学性和说服力;其二,现行实践中,疑难案件讨论者往往并不直接参与庭审,更无机会直接接触案件当事人或代理(辩护)律师。律师的参与有望弥补这一缺憾。

为此,应当积极推动律师参与相关案件讨论,甚至可以考虑未来进一步建立检察委员会、审判委员会直接听取或审阅案件代理(辩护)律师意见的制度。

需说明的是,与律师参与陪审一样,律师参与在审案件讨论时的利益回避问题同样需要配套措施加以明确。

### 3. 合作培养机制

如果将法学院教育直至统一司法考试视作法官、检察官和律师的“养成”,那么三种职业方向此后的“培养”则就此纳入了不同的体系。法官、检察官自不待言,甚至律师实习根据现行法律也只能在律师事务所内部完成。然而,各方之间的交叉培养恰恰可以成为塑造法律职业共同体的一项可行措施。

首先,可以考虑突破现行《律师法》中有关实习律师必须在律师事务所完成实习的规定,鼓励实习律师担任法官、检察官专职助手,并将相关工作视为律师实习经历。

这一举措的现实意义在于其有助于缓解“实习律师无处实习”、“法官、检察官无人可用”的矛盾。更重要的是可以借此培养出一大批熟悉司法审判流程和工作要求的新律师,从而以一种润物细无声的方式拉近法检队伍和律师队伍在工作方法上的距离。而法官、检察官也可以就此摆脱大量事务性、行政性工作,将更多精力聚焦于法律技术问题的处理,从而间接促进司法审判工作的效率和质量。

上海律协和徐汇区法院于2012年起在徐汇区法院执行事务服务中心设置的“青年律师志愿服务岗”可视为此种改革的一种先期尝试。该项目自设立至今,每一期都吸引了大量青年律师踊跃报名,徐汇区法院也采取了一对一配备工作人员指导青年律师的举措。这一成功先例足以印证实习律师担任法官、检察官助理制度的可行性。

其次,还建议将律师事务所纳入法官、检察官挂职锻炼的目的地。目前的挂职锻炼体制下,法官、检察官时常前往与法律业务无关的行政机关、企事业单位挂职,导致其与专业工作的疏离。如将律师事务所纳入法官、检察官挂职锻炼的目的地,则既可以保障挂职锻炼本身的功效,同时也可以创造出一种法官、检察官与律师在平等氛围下共同工作的特殊环境,可谓一举两得。

囿于律师执业的特殊资格要求和利益回避因素,并不赞成法官在挂职锻炼期间亲自代理诉讼案件并参与庭审。但应当鼓励法官参与除庭审以外的案件分析、文书起草、庭审预案准备等各方面工作,使其真正有机会融入执业律师的工作状态。此外,接纳法官、检察官挂职锻炼的律师事务所也有必要由律协或司法行政机构通过制度程序来予以确定。

### 4. 依托第三方平台交流

目前法官、检察官与律师的交往往往陷入两个极端:或者过分亲密,以至于丧失基本的原则立场,使交往行为变质为权力寻租行为;或者过分拘谨,以至于法官、检察官对律师过度戒备,原本正常的交往中也倾向于隐藏彼此内心的真实想法,使得各方之间的关系日益疏离。打通法官、检察官和律师之间的职业边界、推动三方开展贴身交流对上述问题的解决固然有所

助益,但除此以外,如果能赋予律师新的身份,使其在他方平台上开展与法官、检察官沟通,将可能实现其他方式下无法达成的独特效果。

在教学研究机构、司法行政机关和其他涉法党政机关中,教学研究机构与律师群体的关系最为特殊。基于法律对高校教师兼任律师的特别许可,目前在高校等研究机构中已经存在数量众多的同时具备律师和教师双重身份的人员,因而是为法检群体和律师群体提供各自他方交流平台的理想选择。司法行政机关和其他涉法党政机关虽不像教学研究机构那样大量存在兼职律师,但其作为他方交流平台的潜力仍值得大力挖掘。

### 5. 信息共享平台建设

前面所提到的法官、检察官和律师之间以实际接触为前提的直接交流以外,非接触式的间接交流实际也可具有无可替代的特殊价值。例如,间接交流不受人员、编制的限制,涵盖面更广。此外,间接交流可以随时开展,不受时空条件的约束。

举例而言,律师在案件开庭前往往希望了解主审法官在类似案件上惯常的审理理念和裁判尺度。虽然目前法院系统已经将一部分判决书公开,但在公开范围以及数据库使用的便利性方面仍有很大的改进空间。为此,由法院、检察院和律师协会三方共同建立以法官、检察官和律师业务信息和人事信息为内容的信息共享平台,使得各方能够随时获知对方参与案件的记录、案件判决书、从业年限、奖惩情况以及现任职务/级别。相比于换位式交流和依托他方平台的交流,建立类似系统的难度要远小于前者,但其信息沟通的持续性和全面性也将在增进法官、检察官和律师良好的交流方面发挥特殊的推动作用。(未完待续)●



# 专题研究



●文 / 陆敬波 姜旭东

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 从“面向过去” 到“面向未来”

——我国违法解除赔偿金制度的设计与改革



陆敬波:市律协劳动法业务  
研究委员会委员



姜旭东:上海江三角律师事  
务所律师

通过对我国《劳动合同法》有关违法解除赔偿金制度的考察,本文认为现行立法以劳动者的工龄作为计算“赔偿金”的依据,忽略了双方劳动合同的未履行期限。这一制度设计模糊了“经济补偿”和“赔偿金”的法律性质与功能,导致了实践中不合理现象的产生。本文认为,对于“赔偿金”的计算,应当采取“面向未来”的计算方法,以劳动合同未履行期限作为计算“赔偿金”的依据。

2007年,《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称“《劳动合同法》”)颁布,该法第八十七条规定,“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的,应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。”该法通过“违法解除赔偿金”(以下简称“赔偿金”)的形式明确了用人单位违法解除或终止劳动合同的法律责任,确立了用人单位违法解除或终止劳动合同的赔偿金制度(以下简称“违法解除赔偿金制度”)。

随着该法的实施,实践中出现了一些不合理的现象:一些劳动者即使与用人单位签订了无固定期限劳动合同,却往往因为工作年限较短,而在被违法解除劳动合同时获得较少的违法解除赔偿金。在一些极端的情形下,由于新法与旧法衔接所导致的分段计算问题,一些劳动者所获得的“赔偿金”的数额竟低于用人单位无过错解除劳动合同时所应支付的“经济补偿”。

为此,本文首先对《中华人民共和国劳动法》(以下简称“《劳动法》”)通过后的违法解除责任进行了简短回顾,发现《劳动合同法》引入了违法解除赔偿金制度。相比以往规定,《劳动合同法》为劳动者提供了更为全面的保护,违法解除劳动合同的责任类型也更加丰富。然而,本文认为,《劳动合同法》中的违法解除赔偿金制度采用了“面向过去”的计算方式,在逻辑体系上导致

了“赔偿金”与“经济补偿”的各自不同功能的混同,致使“赔偿金”丧失了补偿和惩罚的功能,扭曲了《劳动合同法》对劳动合同双方的有效激励,打破了双方对未来行动的稳定预期。因而建议立法对此做出调整:“赔偿金”应以劳动合同未履行年限作为计算标准;对于用人单位违法解除或终止劳动合同的,同时适用“经济补偿”和“赔偿金”。

## 一、从“实际损害赔偿”到“法定损害赔偿”:违法解除责任的回顾

(一)《劳动合同法》出台前的违法解除赔偿制度

1994年通过的《劳动法》为劳动合同的履行提供了法律保障,该法第九十八条对用人单位违反法律规定解除劳动合同做出了规范,规定用人单位违反法律规定的条件解除劳动合同,应由劳动行政部门责令改正,并对劳动者所造成损害承担赔偿责任。1995年,劳动部出台了《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》(以下简称《赔偿办法》),对于上述责任作出了进一步的规定,对于用人单位违法解除劳动合同造成劳动者工资收入损失的,按劳动者本人应得工资收入支付给劳动者,并加付应得工资收入25%的赔偿费用。

值得注意的是,《劳动法》中的违法解除、终止劳动合同的法律责任,仅是由行政机关责令用人单位改正,并没有为劳动者提供是否继续履行的选择。然而,因用人单位违法解除或终止往往导致双方的信任度受损,甚至劳动合同无法履行的情形也时有发生。于是,一些地方的司法实践开始回应了现实的需要:对于劳动者表示不愿意继续履行劳动合同的,双方的劳动合同可以解除或终止,用人单位应支付劳动者解除、终止劳动合同的“经济补偿”,并赔偿劳动者解除或终止劳动合同前劳动合同中断期间的损失。部分地区劳动仲裁和法院会责

令用人单位支付“违约赔偿金”。

概言之,在《劳动合同法》出台前,《劳动法》对违法解雇责任采取了“实际损害赔偿”的立法模式,即用人单位应继续履行劳动合同,并对劳动者因违法解雇争议解决之前所造成的工资损失等承担赔偿责任,以求完全弥补劳动者所遭受的损失。对于不愿意继续履行、或者客观上无法继续履行劳动合同的劳动者,《劳动法》并没有提供特别的救济途径。

(二)《劳动合同法》出台后的违法解除赔偿制度

直到《劳动合同法》实施后,被违法解除的劳动者有了两种选择:请求继续履行或获得“赔偿金”。劳动者不愿意继续履行劳动合同的,用人单位根据劳动者在单位的工作年限和工资收入,按“经济补偿”标准的双倍支付赔偿金。有学者认为这种赔偿责任不再以实际损失为确定赔偿金额的基础,“开创了我国劳动法制特殊法律责任的先河”。

虽然这种赔偿责任为被违法解雇的劳动者提供了更为有力和特殊的保护,但是其采取了与“经济补偿”相同的计算方法,在计算“赔偿金”时却未考虑到劳动合同未履行期限。这使得“赔偿金”与“经济补偿”在性质和功能上发生混同,导致了实践中不合理现象的产生。

## 二、模糊的性质:“赔偿金”与“经济补偿”的混同

现行违法解除赔偿金制度混淆了“赔偿金”与“经济补偿”在法律性质上的区别。

(一)立法将“经济补偿”的功能纳入到“赔偿金”之中

学术界普遍认为,劳动合同法的“经济补偿”是为了补偿劳动者对本单位所付出的劳动,保障失业劳动者的生活,因而“经济补偿”在劳动法中的适用范围更加广泛。除劳动者有过错外,凡是被动结束劳动关系的劳动者均应得到用人单位的补偿。由于违法解除劳动合同属于被动结束劳动关系的情形之一,因而,被违法解除劳动合同的劳动者不仅能够主张由此造成的损失,也有权主张被动结束劳动关系而应获得的经济补偿。然而,我国《劳动合同法实施条例》第二十五条规定,用人单位已经按照《劳动合同法》向劳动者支付了赔偿金,可以不再支付“经济补偿”。这意味着立法者让“赔偿金”同时承担了“经济补偿”所应有的“贡献补偿”、“救助保障”等社会伦理功能,但客观上造成了“赔偿金”与“经济补偿”在法律性质和功能上的混同。

(二)劳动合同法的“赔偿金”采取了与“经济补

偿”相同的计算方法,即将劳动者在本单位的工作年限作为计算的依据

如上所述,《劳动合同法》中的“赔偿金”已经包含了所应支付的“经济补偿”,因而除去该部分外,剩下的部分就是理论上承担“补偿”和“惩罚”功能的“赔偿金”(简称之为“理论上的赔偿金”)。由此我们会发现,“理论上的赔偿金”的数额与“经济补偿”相同,计算方式也一样,即按照《劳动合同法》第四十七条第一款的规定计算。这种计算方式均按照劳动者在用人单位的工作年限的长短来决定所应支付数额,注重的是劳动者“过去”所作的贡献。因此这是一种“面向过去”的计算方法。

虽然这种“面向过去”的计算方式符合“经济补偿”的立法初衷——补偿劳动者曾为企业所做出的贡献、保障劳动者的生活、维护社会的和谐和稳定。但是,现行立法却让“赔偿金”也采取了“面向过去”的计算方式,而不考虑用人单位与劳动者未履行劳动合同的期限,忽略了劳动者对未来生活和收入的预期。尽管“经济补偿”和“赔偿金”在理论上具有不同的制度功能,但现行立法却采用了相同的计算方法,这无疑混淆了“赔偿金”与“经济补偿”两者的功能。

综上,现行立法将“经济补偿”的功能纳入到“赔偿金”之中,使“赔偿金”承担了“经济补偿”所应有的“贡献补偿”、“救助保障”等社会伦理功能,又使“赔偿金”采取了与“经济补偿”相同的计算方法,导致了“赔偿金”与“经济补偿”在我国现行劳动法体系中的功能和定位的不清。

## 三、无效的激励:“赔偿金”功能的丧失

《劳动合同法》所要追求的是建立和谐稳定的劳动关系。然而,“和谐稳定”并不单纯意味着要追求劳动关系的长期化、固定化,同时也要为劳动关系双方,特别是劳动者一方,提供稳定的预期。这种预期体现为劳动者能够按时足额的获取劳动报酬,也体现为劳动者能够根据合同期限规划自己的未来,而无须担忧随时来临的解雇。更重要的是,当这些预期利益受到损害时,法律应当能提供有效的制度,以保障未来期待利益的实现。

对于“赔偿金”而言,其功能应当是保护劳动者对于未来生活的预期,让劳动者能够确信自己在特定的期限内不会被用人单位恣意地辞退。从法律经济学视角看,通过设置“赔偿金”能够为违约方带来违约成本,使得当事人的承诺得到最优的履行。用人单位是基于支付“赔偿金”所产生的行动成本,以选择是否违法解除劳动合同,在权衡行动所产生的成本与收益之后



作出最有利于自己的理性选择。因此,要保护劳动者的预期利益,要促使用人单位作出理性的选择,“赔偿金”就应当是基于劳动者对履行合同“未来”的预期和利益而进行设计的,而不是基于劳动者在本单位“过去”的工作年限。

但在现行违法解除赔偿金制度下,用人单位决定是否违法解除劳动合同时,并没有考虑劳动合同中的未履行期限。结果,劳动者对未来生活的预期并没有受到法律的保护。用人单位在计算违法解除劳动合同所需支付的违约成本时,考虑的劳动者在本单位的工作年限,而不是劳动合同未履行期限。根据《劳动合同法》的规定,劳动者的工作年限越长,用人单位所支付的“赔偿金”也就越多;工作年限越短,用人单位所应支付的赔偿金也就越少。那些工作年限较短的劳动者更容易成为用人单位违法解除的对象,尽管他们的劳动合同未履行期限还很长。

#### 四、“面向未来”:赔偿金应有功能的回归

##### (一)美国的立法和司法经验

美国法院对于雇主违反合同解除劳动合同,会依据合同法理论,认为用人单位违反了给予劳动者就业保障的承诺,根据“劳动者年龄”、“找到类似工作的可能性”、“薪资等劳动报酬和福利待遇”、“找到新工作所需的花费”等因素,判决用人单位应支付劳动者从不当解雇之日起至再受雇之日止所产生的全部和利益损失。

尽管上述方法从多种因素来确定劳动者因被违法解除劳动合同的损失,合乎我们的生活逻辑,却会对于立法和司法带来巨大的挑战。如何将诸如“找到类似工作的可能性”、“找到新工作所需的花费”等因素纳入到违法“赔偿金”的计算标准之中?即使在立法上可以将“找到类似工作的可能性”分为若干等级,并转化为某些特定系数,但在司法中,又如何去认定确定该案属于

那一个等级的赔偿系数?完全按照合同法的原理,也无法确定劳动者因违法解除所遭受的损失。

##### (二)立法建议:“经济补偿”与“赔偿金”并行

虽然立法需要关注劳动者对未来的期待,需要预计到劳动者可能受损的期待利益。但是要完全弥补劳动者的损失是不可能的,我们能够做的只能是追求大体上的公平,以人们最能接受的方式去创制一种最接近真实的制度。因此,本文认为违法“赔偿金”仍然采取法定赔偿标准,但计算方法略作调整:以“面向未来”的计算方法为基础,将劳动者劳动合同未履行的期限作为确定赔偿金数额的标准。

通过分析现行违法解除赔偿金制度所存在的问题,本文建议在将来的立法中修改《劳动合同法》第八十七条,并删除《劳动合同法实施条例》第二十五条的规定,以完善现行违法解除赔偿金制度。建议将《劳动合同法》第八十七条修改为:

“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的,应当依照本法第四十七条规定向劳动者支付经济补偿,并向劳动者支付赔偿金。

赔偿金按劳动者与用人单位的劳动合同未履行的年限,每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的,按一年计算;不满六个月的,向劳动者支付半个月工资的赔偿金。用人单位与劳动者订立的是无固定期限劳动合同的,未履行年限按十二年计算。

劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的,向其支付赔偿金的标准按职工月平均工资三倍的数额支付,向其支付赔偿金的年限最高不超过十二年。”

上述立法建议既考虑到违法解除赔偿金制度的应然功能,也维持了现行立法在计算方法上的连续性。一方面,要将“经济补偿”的功能从“赔偿金”中剥离出



石先广：市律协劳动法业务  
研究委员会委员

●文 / 石先广

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn



# 从沃尔玛常德店美闭 看企业分支机构 用工中的疑难问题

来,即对于用人单位违法解除劳动合同,不仅要支付“赔偿金”,也应支付“经济补偿”。前者是对劳动者期待利益损失的赔偿,发挥着弥补损失的功能,后者是对所有被动结束劳动关系的劳动者的补偿和帮助,发挥着“倾向保护”的功能。两种金钱给付同时适用可以充分发挥各自的激励作用。在“赔偿金”计算时,需考虑劳动合同未履行的期限、劳动者的工资待遇等因素,合理地确定支付金额。另一方面,继续沿用现行立法的计算方法和封顶理念。

之所以对于无固定期限劳动合同未履行期限按十二年计算,是因为由于无固定期限劳动合同的特殊性,其未履行期限仍然无法确定,因而通过法律拟制的方法确定其未履行期限。鉴于自1995年《劳动法》实施后,国家和地方立法都以“十二年”作为计算“经济补偿”的封顶期限,经过近二十年的实践,已为公众所接受。因而为了保持法律的连续性,继续沿用现行立法的封顶方法。

## 五、结语

通过对违法解除责任的简短回顾,我们发现现行立法为劳动者提供了特别的保护,劳动者可以选择继续履行劳动合同,也可以选择获得“赔偿金”,违法解除责任类型更趋丰富。但是立法将二倍“经济补偿”作为“赔偿金”的计算方法,却以劳动者的工龄作为计算标准的依据,而忽略了双方劳动合同的未履行期限,混淆了“经济补偿”和“赔偿金”的法律性质与功能。本文认为,对于“赔偿金”的计算,应当采取“面向未来”的计算方法,以劳动合同未履行期限作为计算“赔偿金”的依据,并提供了立法建议。“面向过去”到“面向未来”的转变,意味着需要将“时间”观念引入到法律制度各个方面,因为法律不仅要立足于过去的生活,回应人们今天的需求,更要指向未来的行动。●

## 一、事件回放

2014年3月5日,沃尔玛(湖南)百货有限公司(以下简称“沃尔玛”)发布通知称,常德水星楼分店(系沃尔玛在常德市工商局注册的分支机构)将于3月19日终止营业。为了安置员工,沃尔玛给出了安置方案,受关店影响的员工可以直接转到全国其他卖场同级别岗位工作,或通过面试甄选申请公司其他部门的同级别空缺职位。如果不接受安置方案,便只能接受“N+1”的补偿(“N”为员工在该店的工作年限,“1”是指额外支付1个月工资)。沃尔玛同时宣布,所有员工均有14天的考虑期,即必须在当月19日前作出书面决定。据悉,该补偿方案当天就遭员工抵制。

3月7日,劳资双方举行谈判,未取得成果。与此同时,沃尔玛公司调派外店员工进店盘点、搬运超市相关资产,遭到常德分店员工阻止。此后的3月18日和3月31日,店方在组织撤运物资过程中,与员工方面多次发生肢体冲突。随着事态激化,相关部门也陆续介入。

3月17日,常德市武陵区劳动保障监察大队出具了一份《关于沃尔玛闭店职工安置方案情况的调查说明》,认为资方的处置合法。

3月21日,派出所的警车带着120急救车来到沃尔玛超市外,数十名警察进行强制清场,员工被两人一组地架出工作场地。清场过程中,甚至有两名员工被警察带走,其中女员工声称怀孕而被提前放回,另一名男员工则被行政拘留了5天。《行政处罚决定书》显示,拘留的原因是“伙同他人在沃尔玛超市强行占据卖场”。作为基层工会的“娘家人”,常德市总工会支持基层工会依法依规地维权,但是不要“扩大化、政治化”。

3月24日和28日,总部在瑞士的国际工会(UNI)以及美国劳联-产联(AFL-CIO)还分别发布声明,支持沃尔玛常德店及马鞍山店工人们的诉求。

3月24日,受关店影响的100多名员工收到来自沃尔玛的最后通牒,要求于3月28日前对公司所发的安置方案给予最后答复。在没有收到员工答复之后,沃尔玛于3月28日下午5时30分



向员工发了《终止劳动合同通知书》，但绝大多数员工拒绝签订。

## 二、各方观点

### 1. 劳方观点

常德分店工会方面认为，常德分店关店未提前一个月告知，违反了《劳动合同法》第41条关于“经济性裁员”的规定，属“程序违法”。同时，工会方面还认为，闭店裁员涉及员工切身利益，没有与员工协商，也没有征求员工意见，有违《劳动合同法》第四条的规定。中国《劳动合同法》第四条规定，“涉及劳动者切身利益的重大事项应当公示或告知员工”；该法第41条还规定：当企业采取经济性裁员时，“需要裁减人员二十人以上，或裁减不足二十人，但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位应提前三十日向工会或全体职工说明情况。”据此，常德分店工会致函沃尔玛提出两点诉求：第一，应按沃尔玛所提补偿方案的两倍向员工支付赔偿金，即赔偿员工(N+1)月工资的两倍。第二，关店导致员工子女转学、租房等生活成本增加，应另行支付经济补偿。

### 2. 资方观点

沃尔玛方面则认为，关闭门店，并不适用《劳动合同法》41条关于“经济性裁员”的规定，应适用《劳动合同法》第44条关于公司“提前解散”的规定。因此无需按“经济性裁员”规定提前一个月告知，也不能接受按(N+1)月工资的两倍来支付赔偿的要求。

### 3. 学者观点

中国人民大学劳动关系研究所所长常凯认为，沃

尔玛引述《劳动合同法》第四十四条来自辩不能成立。他认为，该条涉及的“提前解散”条款只限于独立法人，但常德分店作为沃尔玛的分支机构，并非独立法人，并不适用该条款。在他看来，即便沃尔玛公司关闭常德门店的行为符合《劳动合同法》第四十四条关于“提前解散”条款，那么，在公司解散前，还应清算，并将账目和物资封存。但是，沃尔玛直接转移资产，也有违现行法律规定。

## 三、分支机构用工中的法律问题

### 1. 分支机构的法律地位

关于分支机构的法律地位，我国的《公司法》第十四条规定，“子公司具有法人资格，依法独立承担民事责任；分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。”可见，在母公司与子公司，总公司与分公司这对概念中，子公司具有独立的法人资格，子公司以自己的名义从事相关活动，以其自身全部财产独立承担民事责任。总公司设立的分支机构不具有独立的法人资格，没有属于自身的独立财产。分公司一般在财务、人事和管理等多方面由总公司决策管理，若产生法律责任不能承担或不能完全承担，由总公司承担。

### 2. 用人单位的分支机构能否作为用工的主体

分支机构不具有独立的法人资格，不能独立承担民事责任，那么分支机构能否作为独立的用工主体呢？对此，我国的《劳动合同法实施条例》第四条规定，“劳动合同法规定的用人单位设立的分支机构，依法取得营业执照或者登记证书的，可以作为用人单位与劳动者订立劳动合同；未依法取得营业执照或者登记证书的，受用人单位委托可以与劳动者订立劳动合同。”可见，用人单位依法设立的分支机构如果依法取得了营业执照或登记证书，是可以作为独立的用工主体与劳动者签订劳动合同；如果分支机构未取得营业执照或登记证书，则不可以作为独立的用工主体。此外，《劳务派遣暂行规定》第四条规定，“用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量，使用的被派遣劳动者数量不得超过其用工总量的10%。前款所称用工总量是指用工单位订立劳动合同人数与使用的被派遣劳动者人数之和。计算劳务派遣用工比例的用工单位是指依照劳动合同法和劳动合同法实施条例可以与劳动者订立劳动合同的用人单位。”这表明在统计劳务派遣用工比例时，分支机构也可以作为独立的用工主体进行独立统计。

### 3. 分支机构关闭是劳动合同解除还是劳动合同终止

通过前面分析，可以得出这样的结论，即用人单位依法设立的分支机构虽不具有独立的法人资格也不能

独立承担民事责任,但可以作为独立的用工主体与劳动者签订劳动合同。实践中容易引发争议的是,如果若出现分支机构被吊销营业执照、责令关闭、撤销等情形的,分支机构与劳动者的劳动合同应该适用《劳动合同法》第四十条第三项或第四十一条解除劳动合同,还是第四十四条第五项终止劳动合同。对此,实践中有两种观点,即“解除说”和“终止说”。

持“终止说”的观点认为,根据《劳动合同法实施条例》第四条的规定,依法取得营业执照的分支机构可以作为独立的用工主体与劳动者签订劳动合同,分支机构在终止营业时应该允许依据《劳动合同法》第四十四条第五项的规定终止劳动合同。

持“解除说”的观点认为,从《公司法》和其他法律来看,分支机构并非独立法人也不能独立承担民事责任,分支机构虽然依据《劳动合同法实施条例》可以作为“用人单位”与劳动者订立劳动合同,但并不能独立承担劳动关系中的权利义务,当分支机构被关闭时,有权劳动权利义务应由上级法人单位承担,故分支机构被关闭并不属于法律规定的“解散”,不能适用《劳动合同法》第四十四条第五项的规定与劳动者终止劳动合同,而应当适用于《劳动合同法》第四十条第三项(即“情势变更”)或第四十一条(即“经济性裁员”)解除劳动合同。

根据笔者在实务处理中所了解的情况,目前各地的劳动争议仲裁机构和法院的裁判口径也各不相同,有的按照“终止说”处理此类案件,有的按照“解除说”处理此类案件。两者的主要的区别体现在以下几点:

第一,劳动关系终结的条件不同。按照“终止说”,分支机构被关闭的,用人单位可以直接依据关闭为由依据《劳动合同法》第四十四条第五项终止合同即可。按照“解除说”,分支机构被关闭,并不能直接解除劳动合同,还需要履行一定的程序后才能解除合同,如利用《劳动合同法》第四十条第三项解除劳动合同,还需要先经过劳资双方协商变更劳动合同,只有劳资双方无法就变更劳动合同达成一致意见的,才可以解除劳动合同;如果利用《劳动合同法》第四十一条解除劳动合同,则需要履行裁员的程序,即提前三十日向工会或者全体职工说明情况,听取工会或者职工的意见后,裁减人员方案经向劳动行政部门报告,方可进行裁减人员。

第二,劳动关系终结的程序不同。按照“终止说”,用人单位只需要履行通知劳动者终止劳动合同即可。按照“解除说”,用人单位若按照《劳动合同法》第四十条第三项解除劳动合同,除需要提前三十天通

知劳动者或支付1个月工资的代通知金外,还需要将解除劳动合同的情况通知工会;如果利用《劳动合同法》第四十一条解除劳动合同,需要履行裁员的一系列程序。

第三,特殊群体受保护程度不同。按照“终止说”,任何劳动者都可以被终止劳动合同。按照解除说,对于劳动者存在《劳动合同法》第四十二条(如“医疗期”、“三期”、“工伤”)等情形的,用人单位不得利用《劳动合同法》第四十条、第四十一条解除劳动合同,这就意味着如果这些劳动者不同意的话,他们的劳动关系并不能因分支机构关闭而被解除。

第四,违法风险的概率大小不同。按照“终止说”,由于此时的劳动合同终止条件、程序比较简单以及不受对象限制,故极少会出现违法终止的情形。按照“解除说”,由于此时解除劳动合同受到条件、程序和对象的限制,在操作时稍有不慎就会出现违法解除的风险。

第五,劳动关系终结的成本不同。按照“终止说”,绝大多数地方规定,用人单位终止劳动合同在计算经济补偿金时的工作年限时从2008年1月1日起开始计算(注:个别地方如上海,这种情况下终止是从劳动者进单位开始计算)。按照“解除说”,用人单位在解除劳动合同计算经济补偿金时应从劳动者进单位开始起算,此外,除经济补偿金外,若利用《劳动合同法》第四十条第三项解除劳动合同,未提前三十天通知员工的话,还需要额外支付一个月工资作为代通知金。此外,一旦涉及到违法解除,需要向劳动者支付2倍的经济补偿金。

综上,“终止说”与“解除说”对用人单位关闭分支机构来说风险和成本明显是不同的。用人单位在关闭分支机构安置员工时,应首先了解当地裁判部门的口径,否则,若直接选择风险和成本相对较低“终止说”,当地裁判机构倾向于“解除说”的话,直接选择终止劳动合同就会被认定为适用法律错误,属于违法终止劳动合同,需要支付2倍的经济补偿金。

笔者比较倾向于“终止说”,既然法规赋予了分支机构可以作为独立的用工主体与劳动者签订劳动合同,且在统计劳务派遣用工时也可以将分支机构作为独立的统计单位,那么在分支机构终止营业应当属于劳动合同终止的情形。但考虑到分支机构不能独立承担法律责任,若终止时分支机构不能承担相应的民事责任,可以追加上级法人单位为共同被诉人,以保证劳动者权利的实现或相关判决的执行,这既符合《劳动合同法实施条例》的规定,也符合《公司法》关于公司法律责任的规定。●



夏利群：市律协劳动法业务  
研究委员会委员

●文 / 夏利群

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 企业收购过程中 有关员工工作年限累计 及经济补偿计算

员工的工作年限累计及与之密切相关的经济补偿计算问题在不同性质的企业收购过程中一直扮演着重要角色。广义的企业收购包括企业股权收购、企业资产收购、企业合并、企业部分业务整体收购等。不同性质的企业收购将决定员工工作年限是否累计、如何累计的问题。而不同的累计情形所产生的法律后果也是完全不同的,它将涉及经济补偿的计算、员工医疗期的计算、涉及员工是否“工作满十年”而达到签订无固定期限劳动合同的条件,以及涉及员工是否“在本单位连续工作十五年,离退休年龄不足五年”的劳动合同终止顺延的条件。

《劳动合同法实施条例》(以下简称“《条例》”)第十条规定:“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的,劳动者在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限。原用人单位已经向劳动者支付经济补偿的,新用人单位在依法解除、终止劳动合同计算支付经济补偿的工作年限时,不再计算劳动者在原用人单位的工作年限。”除了2013年2月1日正式实施的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》第五条规定外,《条例》第十条可谓是我国劳动法体系中针对员工工作年限累计问题的最为清晰的规定。《条例》于2008年9月18日正式实行,根据我国《立法法》规定,《条例》属于国务院制订的行政法规,属于我国规定的立法活动,依法不溯及既往。因此,《条例》第十条规定的关于“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”中的“安排”若是发生在2008年9月18日之前,有关工作年限累计问题不适用《条例》规定,而应根据劳资双方的约定确定。

本文先就前述广义企业收购中员工工作年限如何依法处理阐述如下:

## 一、就员工工作年限处理问题,不同性质的企业收购将依法产生不同的处理结果

### 1、企业合并

企业合并不属于《条例》第十条规定的“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”的情形。《劳动合同法》第三十四条规定:“用人单位发生合并或者分立等情况,原劳动合同继续有效,劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。”因此,因企业合并引起的用人单位变更,是我国劳动法体系中的一种特殊情形,新用人单位应无条件完全承继原用人单位权利和义务的。根据该法律规定,新用人单位不但应将员工在原用人单位的工作年限累计至员工在新用人单位的工作年限,还应无条件全部承担其他原用人单位对员工所承诺的义务。在司法实践中,一般并不要求新用人单位必须与员工签订新劳动合同,因此也不存在“应签而未签劳动合同”的双倍工资的问题,除非员工与原用人单位的劳动合同期限已届满,而新用人单位与员工续约的情形。然而,在1995年1月1日与《劳动法》同时施行的配套文件《关于〈劳动法〉若干条文的说明》第二十六条却将企业合并的情形纳入到“订立劳动合同时所依据的客观情况发生重大变化”,在与员工就变更劳动合同内容协商未达成一致的情况下,用人单位可依法解除劳动合同。虽然在劳动法立法活动中并未明确废除该条款,但根据我国《立法法》规定,这一规定依法应当被上述《劳动合同法》第三十四条所取代。

### 2、股权收购

股权收购并不产生用人单位变更的结果。根据我国《公司法》规定,企业股权收购仅涉及股东及章程的变更,及因此可能产生的股权比例、董事成员、决议程序等企业权力机构层面的变化,而用人单位本身并不发生变更。企业股权收购后或收购时,可能伴随企业名称的变更。但企业名称变更并不引起用人单位主体本身的变更。因此,企业股权收购并不会引起《条例》第十条所规定的“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”的情形。企业不能应股权被收购而不再履行或单方变更与员工签订的劳动合同。

### 3、企业资产收购及企业部分业务整体收购

资产收购和业务收购是否涉及《条例》第十条所规定的“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”的情形,需要视收购协议约定而定。在该两种收购形式下,将可能产生以下劳动关系变更或终结的情形:1)由于资产收购或部分业务整体收购,可能产生目标企业相关部门或岗位的撤销,这在目前的司法实践中被普遍认为属于《劳动合同法》第四十条第(三)项规定的“订立劳动合同时所依据的客观情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行”的情形。根据该规定,可能会出现就劳动合同内容变更协商一致的结果;2)就上述协商变更劳动合同内容无法达成一致的情况下,也可能产生双方协商一致解除劳动合同或用人单位依法单方解除劳动合同的结果;3)产生“被安排至新用人单位”的情形,即在资产收购或部分业务整体收购过程中,收购双方约定相关员工随资产或业务转移而被安排至收购方,形成新的劳动关系。若出现上述第3)种结果,员工的工作年限则应适用《条例》第十条规定进行累计。

## 二、在原用人单位已依法支付经济补偿的情况下,员工非因本人原因被安排至新用人单位工作的,其在原用人单位的工作年限是否仍需要累计至新用人单位?

《条例》第十条规定存在两层相互独立的含义:1、员工非因其个人原因被安排至新用人单位,其在原用人单位的工作年限累计至新用人单位;2、与新用人单位解除或终止劳动合同时,若新用人单位依法需要支付经济补偿的,所需考虑的工作年限将根据原用人单位是否已支付经济补偿而决定,原用人单位已支付的,员工在原用人单位的工作年限不计入新用人单位支付的经济补偿的计算条件中;原用人单位未支付的,应当计入。根据上述含义阐述可以确定,工作年限累计是完全独立的一个方面,即只要存在员工非因其个人原因被安排至新用人单位,其在原用人单位的工作年限将被无条件累计至新用人单位。无非在经济补偿支付这一特殊方面,若原用人单位已就员工的工作年限支付过经济补偿的,新用人单位在支付员工经济补偿时,可不再考虑员工在原用人单位的工作年限。这一理解完全符合公平合理、诚实信用原则。

除经济补偿外,以下劳动标准及法律的适用需要以员工工作年限作为条件:1、员工医疗期的计算;2、《劳动合同法》第十四条规定的有关“劳动者在该用人单位连续工作满十年”签订无固定期限劳动合同的条件;3、《劳动合同法》第四十二条和第四十五条规定的有关“在本单位连续工作满十五年,且距法定退休年龄

不足五年的”劳动合同不得依据《劳动合同法》第四十条和第四十一条解除和不得依据第四十四条劳动合同期满而终止的条件。因此,在企业资产收购或部分业务整体收购过程中,员工在原用人单位的工作年限被依法累计入新用人单位后,员工在新用人单位的医疗期计算及上述两项有关无固定期限劳动合同及劳动合同到期顺延的法律适用,均应考虑员工在原用人单位的工作年限与在新用人单位工作年限的累加总和。

企业收购过程中经常会涉及员工劳动关系的解除、集体劳动关系处理,甚至是经济性裁员。因此,与员工工作年限密切相关的经济补偿计算问题不得不能成为企业收购中的重要问题,也是某些收购案中收购成本中的重要考虑因素之一。

根据国家统计局颁布的《关于工资总额组成的规定》,员工工资、奖金、津贴和补贴都应作为工资的组成部分,但在司法实践中,以发票报销形式发放的津贴或补贴,如交通补贴、房租津贴、饭贴等,均不纳入工资收入范畴。工资的统计用于计算员工离职前的12个月平均工资,该金额是计算经济补偿的基数。关于员工工作年限的统计,收购方不但需要统计员工在目标公司的工作年限,还需要审查是否存在员工在前用人单位的工作年限累计至目标公司的情况,以及是否存在法定视为工作年限的情况,如员工入职目标公司前军龄等。而该些累计工龄或法定视为工作年限的情况均应纳入到员工工作年限的统计中,最终作为计算经济补偿的计算年限。

员工离职前的12个月平均工资及工作年限是计算经济补偿的两大要素。但该两大要素的确定方式在2008年1月1日《劳动合同法》正式实施前后存在较大变化。《劳动合同法》第四十七条针对经济补偿计算做出了详细规定,与以前劳动部及各地地方性规定的主要区别在于计算工作年限方面有关“不满半年”的问题及“12个月封顶”的条件。关于“不满半年”问题,《劳动合同法》中和了北京和上海的规定及实践。《北京市劳动合同规定》规定工作不满一年的,按一年计算。因此《劳动合同法》实施前,北京司法实践认为员工只要工作一天及一天以上的,在计算经济补偿时,均应按一年工作年限计算;《上海市劳动合同条例》规定满半年不满一年的,按一年计算,但未规定不满半年的情况。因此《劳动合同法》实施前,上海司法实践认为员工工作年限不满半年的,不作为经济补偿计算的工作年限。《劳动合同法》最终将“不满半年”的情况规定为按半年工作年限计算。关于“12个月封顶”条件的问题,由劳动部颁布执行的《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》规定,在用人单位与劳动者双方协商解除劳动合同的情

况下,及在员工不能胜任工作的情况下,用人单位解除劳动合同的,支付经济补偿的总额不超过员工离职前12个月工资总额。《上海市劳动合同条例》也有同样的规定,并将用人单位强迫劳动、未按约支付劳动报酬及劳动条件,员工可解除劳动合同并可获得经济补偿的情况,也纳入到“12个月封顶”的范围内。因此,劳动部及上海市的规定均仅将劳动合同解除方式或原因作为“12个月封顶”与否的区分条件。而《劳动合同法》就“12个月封顶”条件,创设性地将员工离职前12个月平均工资(以下称“员工平均工资”)是否超过当地社会平均工资三倍作为区分标准。

由于《劳动合同法》正式实施前后有关经济补偿计算标准的不一致,将可能造成计算上的困难,因此《劳动合同法》第九十七条作为过渡性条款,对发生于《劳动合同法》实施前后存续的劳动合同的解除或终止所产生的经济补偿的计算问题,进行了《劳动合同法》实施前后分段计算的规定,即《劳动合同法》实施前后的相关规定应被分别适用。但由于该条款表述上的不清晰,致使我们在实际适用该条款时产生不同的理解。

充分理解上述观点后,我们可以得出结论,即计算经济补偿需要考虑的因素不仅限于员工平均工资标准及工作年限,还包括以下因素:1、员工平均工资是否超过当地社会平均工资三倍;2、劳动合同解除或终止的方式或原因;3、员工工作年限应分别计算《劳动合同法》实施前及实施后的工作年限。由于需要考虑的因素较多,因此在实际操作中会出现一些复杂的案例。

类似于以下两种情况的案例目前争议较大。案例一:一名员工于《劳动合同法》实施前(即2008年1月1日前)在上海A公司已工作15年,2012年5月31日双方协商解除劳动合同。该员工的实际工作年限为19年5个月。该员工平均工资低于当地社会平均工资的三倍。根据《上海市劳动合同条例》规定,由于双方解除劳动合同的方式为协商一致,因此计算经济补偿的工作年限应适用“12个月封顶”。而根据《劳动合同法》规定,由于该员工的工资不超过当地社会平均公司的三倍,因此计算经济补偿的工作年限不应适用“12个月封顶”。由于前后法律法规对“12个月封顶”所规定的条件不一致,且《劳动合同法》过渡性条款的表述不清晰,因此类似该案例中有关经济补偿如何计算一直存在争议。案例二:某员工在《劳动合同法》实施前的工作年限为2.5年,实施后的工作年限为3.5年,员工平均工资低于当地社会平均工资的三倍。若分段计算经济补偿的,《劳动合同法》实施前的工作年限应按3年计算;实施后的工作年限应按4年计算,工作年限总数为7年;若不分段计算,该员工的工作年限总数为6年。两种不同的计算方式,将相差一

个月平均工资。但是,根据我们的一般理解,分段计算往往适用于员工平均工资高于社会平均工资三倍的情况,而不适用于低于社会平均工资三倍的情况。但这样的理解,在《劳动合同法》中是无法找到依据,而且并不全面。

2009年3月上海市高级人民法院发布了《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》(沪高法[2009]73号文)。该文件对经济补偿计算问题做出了解释性规定。根据该规定的表述,有关经济补偿计算问题用以下列表阐述:

	员工平均工资低于或等于社会平均工资三倍	员工平均工资高于社会平均工资三倍
解除理由不属于《劳动合同法》实施前“12个月封顶”	(1) 工作年限不分段计算 基数不分段计算	(2) 工作年限分段计算 基数分段计算
解除理由属于《劳动合同法》实施前“12个月封顶”	(3) 工作年限分段计算 基数不分段计算	(4) 同(2)

列表说明:

1、上表“工作年限分段计算”指《劳动合同法》实施前后的工作年限分别计算,并分别适用《劳动合同法》实施前后有关“满半年,不满一年”和“不满半年”的规定,及“12个月封顶”的规定。

2、上表“工作年限不分段计算”指不进行上述分别计算,而是总合计算,并适用《劳动合同法》关于“满半年,不满一年”及“不满半年”的规定,但不适用“12个月封顶”的规定。

3、上表“基数分段计算”指员工平均工资高于社会平均工资三倍的情况下,《劳动合同法》实施前按实际员工平均工资计算,实施后按社会平均工资三倍计算。

4、上表“基数不分段计算”指员工平均工资低于或等于社会平均工资三倍的情况下,《劳动合同法》实施前后均按实际员工平均工资计算。

根据上表分类,上述案例一的经济补偿计算方式应适用上表第(3)项计算方式;上述案例二的经济补偿计算方式应适用上表第(1)项计算方式。关于上述有关经济补偿计算方式的规定仅适用于上海地区。其他地区的司法实践与上海存在一定差异。

员工的工作年限是企业处理员工关系、适用劳动标准及劳动法律法规非常重要的条件,与之密切联系的经济补偿则关系到收购成本及收购后人事管理成本的核算。因此,准确把握和理解有关员工工作年限累计、经济补偿计算的规定及司法实践,有利于收购方案的最终确定。●



朱慧:市律协劳动法业务研究委员会委员



陈慧颖:上海通乾律师事务所律师

●文/朱慧 陈慧颖

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

## 评我国劳务派遣中的行政管制



自我国诞生劳务派遣这种用工制度以来,有人认为劳务派遣这种制度是万恶之源,是专门用来损害劳动者利益的,也有人认为它是标准劳动用工的补充,是一种灵活用工制度。2007年制定的《劳动合同法》第一次从法律层面规定了劳务派遣制度,加强对劳务派遣制度的管制。当时有人乐观地认为,有了法律的规范,劳务派遣将大幅减少,劳动者的利益将得到更大的保障。但事与愿违,《劳动合同法》实施后,劳务派遣不仅没有大幅减少,反而急剧上升,由《劳动合同法》实施之前 1800 万到 2012 年已增加到 6000 多万,而且涉及的领域也更广,一些国有企业、甚至政府部门成了使用劳务派遣的主力。

在此情况下,为遏制劳务派遣的进一步发展,全国人民代表大会常务委员会于 2012 年 12 月通过对劳动合同法中涉及劳务派遣部分的修改,该修改提高了劳务派遣公司的设立门槛,限制了劳务派遣的适用范围,加大了对劳务派遣公司违法行为的处罚力度,总体上大大加强了行政部门对劳务派遣的干预。《劳动合同

法》修订后,人力资源和社会保障部先后发布了《劳务派遣行政许可实施办法》、《劳务派遣暂行规定》进一步细化了对劳务派遣的行政管制。在大力强调市场在资源配置中起决定性作用的当今,劳务派遣制度却反其道而行之,大力强化对劳务派遣的行政管制。这种管制会达到预期目的吗?下面我们就对劳务派遣中的行政管制进行评析。

### 一、劳务派遣中行政管制的主要内容

根据《劳动合同法》、《劳务派遣行政许可实施办法》、《劳务派遣暂行规定》等法律、规章的规定,劳务派遣中的行政管制主要体现在如下方面:

1、明确劳务派遣公司设立的门槛并实行行政许可

《劳动合同法》第 57 条规定:经营劳务派遣业务应当具备下列条件:(一)注册资本不得少于人民币二百万元;(二)有与开展业务相适应的固定的经营场所和设施;(三)有符合法律、行政法规规定的劳务派遣管理制

度;(四)法律、行政法规规定的其他条件。经营劳务派遣业务,应当向劳动行政部门依法申请行政许可;经许可的,依法办理相应的公司登记。未经许可,任何单位和个人不得经营劳务派遣业务。

为进一步明确劳务派遣公司的设立许可条件,2013年6月20日人力资源和社会保障部还颁布了《劳务派遣行政许可实施办法》,该办法长达35条,对劳务派遣单位的行政许可做了具体的规定。该办法第八条甚至规定向许可机关提交的材料中的劳务派遣管理制度包括劳动合同、劳动报酬、社会保险、工作时间、休息休假、劳动纪律等与劳动者切身利益相关的规章制度文本;拟与用工单位签订的劳务派遣协议样本。第14条还规定了《劳务派遣经营许可证》的有效期为3年。第22条规定劳务派遣单位每年还要向许可机关提交上一年度的劳务派遣经营情况报告。

为确保劳务派遣行政许可制度的实施,《劳动合同法》还规定了严厉的行政处罚制度。该法第92条规定:违反本法规定,未经许可,擅自经营劳务派遣业务的,由劳动行政部门责令停止违法行为,没收违法所得,并处违法所得一倍以上五倍以下的罚款;没有违法所得的,可以处五万元以下的罚款。

从上述规定可以看出,劳务派遣实行的是行政许可制,而且设立门槛也比较高,处罚也比较严厉。劳务派遣单位仅注册资本就需200万元,远远大于《公司法》规定的正常情况下设立公司所需的资本。《劳务派遣行政许可实施办法》更是对劳务派遣单位从出生管到死亡。

## 2、对劳务派遣用工范围和用工比例进行管制

《劳动合同法》第66条规定:劳动合同用工是我国的企业基本用工形式。劳务派遣用工是补充形式,只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。前款规定的临时性工作岗位是指存续时间不超过六个月的岗位;辅助性工作岗位是指为主营业务岗位提供服务的非主营业务岗位;替代性工作岗位是指用工单位的劳动者因脱产学习、休假等原因无法工作的一定期间内,可以由其他劳动者替代工作的岗位。用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量,不得超过其用工总量的一定比例,具体比例由国务院劳动行政部门规定。

《劳务派遣暂行规定》进一步明确了劳务派遣用工的数量比例。该规定第4条规定用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量,使用的被派遣劳动者数量不得超过其用工总量的10%。

上述规定不仅限制劳务派遣用工的用工范围,还实行比例控制,是一种双重的控制。

3、对劳务派遣协议的内容进行规制,强化劳务派遣单位和用工单位的义务,强调同工同酬

《劳动合同法》第59条规定:劳务派遣单位派遣劳动者应当与接受以劳务派遣形式用工的单位(以下称用工单位)订立劳务派遣协议。劳务派遣协议应当约定派遣岗位和人员数量、派遣期限、劳动报酬和社会保险费的数额与支付方式以及违反协议的责任。用工单位应当根据工作岗位的实际需要与劳务派遣单位确定派遣期限,不得将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议。《劳务派遣暂行规定》第7条更是把劳务派遣协议的内容细化为13项。

《劳动合同法》第60条、《劳务派遣暂行规定》第8条都规定了劳务派遣单位对劳动者的义务。

《劳动合同法》第62条规定了用工单位对劳动者的义务。

《劳动合同法》第63条更是对同工同酬进行了规定。该条规定“被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位应当按照同工同酬原则,对被派遣劳动者与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配办法。用工单位无同类岗位劳动者的,参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。“劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同和与用工单位订立的劳务派遣协议,载明或者约定的向被派遣劳动者支付的劳动报酬应当符合前款规定。”

我们的《劳动合同法》真可谓无微不至,从劳务派遣协议的内容到派遣单位的义务、用工单位的义务、同工同酬都在其管辖之下。

## 4、对跨地区社会保险缴纳的管制

《劳动合同法》第61条规定:劳务派遣单位跨地区派遣劳动者的,被派遣劳动者享有的劳动报酬和劳动条件,按照用工单位所在地的标准执行。

《劳务派遣暂行规定》第18条规定:劳务派遣单位跨地区派遣劳动者的,应当在用工单位所在地为被派遣劳动者参加社会保险,按照用工单位所在地的规定缴纳社会保险费,被派遣劳动者按照国家规定享受社会保险待遇。第19条规定:劳务派遣单位在用工单位所在地设立分支机构的,由分支机构为被派遣劳动者办理参保手续,缴纳社会保险费。劳务派遣单位未在用工单位所在地设立分支机构的,由用工单位代劳务派遣单位为被派遣劳动者办理参保手续,缴纳社会保险费。

从上述规定可以看出劳动者的社会保险费只能在用工单位所在地缴纳,完全不考虑劳动者的意愿。

## 二、劳务派遣行政管制的分析评价

从上述《劳动合同法》及配套行政法规的内容来看,立法者和行政部门都希望通过行政权力对劳务派遣的管制严格限制劳务派遣。因此,从劳务派遣公司的设

立条件管起,管到劳务派遣适用的岗位及报酬、同工同酬、劳务派遣协议的内容、劳务派遣单位和用工单位对劳动者的义务、劳务派遣用工的数量比例、直到劳务派遣单位的死亡。

我们认为这种通过加强行政管制的思路未必能进一步遏制劳务派遣,因为劳务派遣的发展有其客观的原因,有其发展的自身规律,加强行政管制没有从根本上解决劳务派遣问题,没有做到对症下药。而且行政权也不是万能的,其效用是有限的。何况行政部门有其自身利益,在行政权缺乏制约的情况下,权力的扩张还会产生副作用。

对于劳务派遣《劳动合同法》仍大规模存在并异常繁荣的原因,我们认为主要有以下因素:

1.《劳动合同法》关于无固定期限劳动合同的规定,导致劳动合同的解除很困难,用人单位寻求灵活的劳动关系是重要的原因

我国《劳动合同法》放宽了签订无固定期限劳动合同的条件,同时收紧用人单位解除劳动合同的条件。在这种情况下,对用人单位而言,用工的灵活性大大减弱。虽然《劳动合同法》颁布后,为了消除企业家们的担忧,一批专家们开始强调无固定期限劳动合同不是铁饭碗,只要符合法律规定还是可以解除的,用人单位不要误读。但专家不是用人单位,大部分专家对于企业的管理并没有深刻的体验,用人单位由于涉及到自己的切身利益,对这些法条的实际运用有更深刻和更真切的心得。

作为一名律师,我们在办案过程中深刻感受到无固定期限劳动合同的解除在实践中的确很难,解雇成本很高,这是不争的事实。用人单位为了寻求劳动关系的灵活性,在这种情况下有许多用人单位就选择了劳务派遣,以达到灵活用工的目的,这也是一种现实情况下的无奈选择。从这个角度讲,正是由于《劳动合同法》加强了对劳动关系的管制,才导致了《劳动合同法》实施后劳务派遣异常繁荣的最直接原因。

2.国有企业、事业单位等受编制等影响造成劳务派遣广泛使用

随着这几年国有企业的壮大与发展,国有企业掌握着国家的各种资源,一些国企成了垄断性的企业。在这种情况下,国有企业成了人们选择工作的首选。但由于受到企业编制、工资总额控制等各种原因,国有企业和一些事业单位出现了编制内用工和编制外用工的方式。

编外用工最常见的方式就是劳务派遣,而且国企业的劳务派遣每年有增无减。据统计,全国劳务派遣人数已达到 6000 多万人,主要集中在公有制企业和机关事

业单位,部分央企甚至有超过 2/3 的员工属于劳务派遣。这导致了人为的不平等,干同样的活体制内的人和体制外的人收入差别很大,同工不同酬,人为制造了差别。现在劳务派遣中的同工不同酬也主要出现在国有企业及事业单位。这涉及到我国国有、事业单位的分配体制改革问题,但此次有关劳务派遣的规定根本无法涉及到这方面的内容。

在不破除国有企业垄断或特殊保护的情况下,编制外的人和编制内的不可能享受到同工同酬。劳务派遣员工享受的是一个劳动力的市场价格,否则,由于劳动者只要提前 30 天就可以辞职,劳动者完全可以用脚投票。而编制内的人享受的是一个由于垄断而导致的超过市场的价格,是一个特殊利益群体。如果不破除国企在某些行业的特殊保护,给其他市场主体以平等的市场准入机会,实现市场主体间的公平竞争,编制外的劳务派遣工和编制内的员工之间的同工同酬是不可能实现的。

3.我国社会保险制度的不统一也是劳务派遣存在的原因之一

我国的《社会保险法》虽然已在 2011 年 7 月 1 日开始实施,但我国各地的社会保险制度并没有统一,也没有实现全国统筹、现在连省级统筹都没有实现,而且各地的社会保险费缴费基数、缴费比例都不统一。劳动关系转移过程中各地的社会保险费如何衔接,对劳动者来说也是一个大问题。

在实践中,为了解决在户籍所在地缴纳社会保险问题,使用劳务派遣问题也成了某些劳动者的一种选择。如上海 A 员工到江苏南京 B 公司工作,A 先生要求与 B 公司通过劳务派遣的方式用工,与上海中智公司订立劳动合同,再由上海中智派遣至南京,目的是解决 A 先生在上海缴纳社会保险费的问题。A 先生作为上海居民当然希望在上海为其缴纳社会保险费,由于我国社会保险费的缴纳并没有完全统一,通过劳务派遣这种方式来缴纳社会保险费反而保护了 A 先生的权益。而《劳务派遣暂行规定》完全不顾劳动者意愿,硬性规定按用工单位所在地缴纳社会保险,这无疑损害了一部分劳动者的利益。

4.部分劳动者希望通过劳务派遣享受更好的福利也是劳务派遣存在的原因

劳务派遣和损害劳动者合法权益并不存在必然的联系,在某些情况下使用劳务派遣还能更好地保护劳动者的合法权益。如上海某小型外商独资企业要招用一名副总经理。当该企业提出要和其签订劳动合同时,该员工提出要和上海外服签订劳动合同,再由外服将其派遣至该外商独资企业。理由上海外服有比较完善

的员工福利系统,他和上海外服建立劳动关系,只要缴纳少部分的钱就能享受较好的福利待遇。

现在严格限制劳务派遣的适用范围,这种情况不符合劳务派遣的适用范围,该部分劳动者的要求就无法实现了。

5.部分用人单位滥用劳务派遣,逃避法定义务,降低用工成本

劳务派遣的存在确实也给部分用人单位可乘之机,降低成本,尽可能地提高利润,这是每个企业都会追求的目标。在追求利润的驱使下,部分用人单位无视国家的法律制度,利用执法的漏洞,千方百计逃避其法律义务。

从上述分析,我们可以看出,对劳务派遣存在有其客观原因,在使用劳务派遣的土壤并没有改变的情况下,仅靠加强劳务派遣的行政管制是不能解决问题的,它只是增加了各方的交易成本,使经济运行的成本增加,甚至损害劳动者利益。劳务派遣这种用工方式还会以其他各种方式冒出来。

### 三、劳务派遣行政管制的展望

如前文所述,加强劳务派遣行政,根本没有对症下药,不能解决劳务派遣问题。通过加强行政管制的方式不仅不能达到立法的目的,还会产生相当的副作用。我们对劳务派遣行政管制的前途并不乐观,相反我们认为劳务派遣,在执行过程中还会存在如下问题:

1. 劳务派遣还会大量存在而且还会以更隐蔽的方式存在

如前文所分析,我国劳务派遣盛行的主要原因在于劳动合同解除的刚性、国有垄断行业编制的存在所导致的人为的不平等及我国社会保险制度上存在一些问题及灵活就业的客观需要。劳务派遣的行政管制并没有消除这些因素,由于这些因素的存在,导致劳务派遣必将继续存在,而由于加强了行政管制,劳务派遣必将以更隐蔽的方式存在。举例来说,某企业本来是通过劳务派遣的方式使用清洁工的。现在劳务派遣管制条件严格了,怎么办呢?也很简单。找一个清洁服务公司,某企业和该清洁服务公司签订一个清洁服务协议就可以了。某企业和清洁服务公司就变成了一个纯粹的商事关系。清洁工和某企业更是一点关系都没有了。

2. 寻租行为会增加,选择性执法会进一步加剧

由于劳务派遣公司由登记制变成了许可制,加强了对劳务派遣机构的管制,有管制就容易产生腐败,这是一个常识。对劳务派遣公司进行审批制,年审制,在这个过程中极易造成权钱交易。

由于劳务派遣机构的大量存在,劳动行政部门的执

法能力是有限的,在这种情况下选择性执法将大大增加。追究谁的违法行为,劳动行政部门肯定要做出选择。在这个过程中,劳动行政部门和执法者肯定会考虑到自己的利益,进行选择性的执法,严重损害法律的公平性,增加投机行为和寻租行为。

3. 劳务派遣公司会进一步集中

由于劳务派遣公司的设立门槛比较高并需要行政许可,使一些小的企业很难获得劳务派遣的执照。这也使一批与劳动行政部门有密切关系的单位更容易获得执照。“……现在很多成规模的劳务派遣公司都或多或少与劳动主管部门存在联系,有的是主管单位在职、退休官员成为股东,有的直接由主管部门投资设立。”(2013年7月8日中国经营报A4版《辽宁人社厅干部投资该省最大派遣公司》)由于劳务派遣许可制的实施有可能会进一步加剧这种趋势,在这个发展过程中一些小型的劳务派遣公司逐步被行政机关淘汰,使劳务派遣公司更进一步集中,甚至使一些小型的劳务派遣公司挂在大型的劳务派遣公司下面,甚至可能产生一些与劳动行政部门关系密切的劳务派遣公司靠出借资质来敛财。

综上所述,“劳务派遣”的问题,不是劳务派遣本身的问题。在消除异常劳务派遣的土壤之前,仅通过加强行政管制的方式来规范劳务派遣并不能达到其目的,相反有可能产生极大的副作用,极易导致行政干预扭曲市场,产生各种形式的规避,增加经济运行的交易成本。我国的劳务派遣制度应由堵变疏,放宽无固定期限的解除条件,同时改革国有企业在某些领域的垄断地位,给民营企业一个平等的市场准入机会,改革事业单位的分配体制,完善我国的社会保险制度,才能使劳务派遣制度回归到其本来应有的状态。●





胡燕来：市律协劳动法业务  
研究委员会委员

●文 / 胡燕来

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 从应聘沉默看 劳动法上的反欺诈制度



欺诈是不诚信行为,我国民事立法和劳动法律对反欺诈制度均只给出了原则性规定。我国劳动合同法规定了劳动者应聘过程中的如实说明义务,但未规定说明义务的具体内容,也未规定应聘沉默构成欺诈的认定标准。由于应聘沉默是否构成欺诈是涉及劳动合同效力的重大问题,但目前学者对此研究不多,故有必要加以梳理和界定。

## 一、应聘沉默引发劳动争议

### (一) 案件情况

田力(化名)于1998年8月因吸毒被强制戒毒3个月,2000年6月因吸毒又被强制戒毒1年6个月。2006年6月田力被劳务派遣公司录取,派遣到用工单位担任驾驶员工作。2013年7月12日,用工单位将田力退回劳务派遣公司,理由是有吸毒史,劳务派遣公司随即单方解除合同,理由是田力首次入职时填写的《应聘登记表》中“何时何地受过何种处分”一栏为空白,没有如实填写因吸毒被强制戒毒一事,属于应聘欺诈,根据《劳动合同法》第26条予以解除。

2013年9月田力向普陀区仲裁委申请劳动仲裁,要求支付违法解除赔偿金,2013年11月该委裁决不予支持。田力不服向普陀区人民法院起诉,2014年3月一审判决支持了田力诉讼请求。派遣公司和用工单位均

不服,向上海市二中院提起上诉,2014年6月该院作出(2014)沪二中民三(民)终字第509号民事判决,驳回二单位上诉请求,维持原判。笔者作为田力代理人参加了仲裁诉讼。

### (二) 本案焦点为应聘沉默是否构成欺诈

本案中,劳动者田力在应聘填写《应聘登记表》时未对“何时何地受过何种处分”一栏作出书面说明,劳务派遣单位或用工单位也没有对此不说明行为作出询问或回应,仍然录用了田力。入职7年后经群众举报,经单位核实,确实存在吸毒史,据此作出了退回和单方解除处理。田力认为自己并未隐瞒、也未否认不存在吸毒史,并不认可用工单位和派遣公司认为不填写就是隐瞒,就是应聘欺诈。因此,界定是否存在应聘欺诈是解决本案的关键。

仲裁部门审理后认为构成欺诈,解除合法。法院系统则认为不是欺诈,解除违法。可见司法实践对应聘欺诈如何认定存在分歧。一审法院在本案判决书说理部分作了如此陈述:本院认为,被告派遣公司并未举证证明其在招聘驾驶员时所公示的录用标准,被告用工单位提供的《驾驶员招聘标准》中虽有“无吸毒历史”的规定,但原告对该标准真实性不予认可,用工单位亦无证据证明其已将上述招聘标准告知原告,现原告虽存在吸毒戒毒经历,但并无证据证明其违反被

告雇用驾驶员的禁止条件,原告亦无其他严重违反公司规章制度的行为,派遣公司亦据此开具退工单与原告解除劳动合同关系,缺乏法律依据,原告据此要求被告派遣公司支付赔偿金,并无不当,本院予以支持。

一审法院上述说理内容,是从举证责任分配角度展开的,二审法院在说理部分也沿用了这个审理思路,两级法院的做法不能说错误,但其回避了应聘沉默是否构成欺诈这个焦点问题。如果法院判决书能够从实体方面即应聘欺诈构成要件来进行说理,则更具有说服力,当事人会更服判。

## 二、诚实信用是反欺诈的理论基础

### (一)反欺诈是诚实信用原则的基本要求

诚实信用,就是说话算数,不欺诈并公平行事,承担默示义务。劳动法发端于民法这是共识,虽然劳动法超越了民法而获得了独立地位,但作为民法中帝王条款的诚实信用原则,在劳动法领域拥有相同地位,即在劳动合同的签订、履行、解除和终止等阶段全面适用。

劳动法领域中,反欺诈仍是诚实信用原则的基本要求,理由主要有以下三点:一是在劳动合同签订活动中要求双方当事人要诚实,不弄虚作假,不欺骗对方;二是在劳资双方行使就业、调查和了解信息等权利时,应善意为之,并应在法律规定范围内,按符合权利目的的方式行使权利;三是用人单位或劳动者在履行告知义务和说明义务时,要实事求是,严格按法定要求履行义务。

(二)诚实信用原则是反欺诈司法实践的迫切需要

司法实践中,认定应聘欺诈需要运用诚实信用原则,因为诚实信用原则具有填补立法空缺的重要功能,能够解决司法实践中的立法缺失。目前,我国劳动法律对欺诈含义没有明确,对应聘欺诈认定标准也没有界定,裁判者和劳资双方在反欺诈时,面对上述法律缺失,只有靠运用诚实信用原则来弥补,即只有运用诚实信用这个帝王条款,才能作出符合各方利益的公平判断,才能解决司法实践之窘,这是反欺诈法律适用的现实需求。

## 三、我国劳动法律反欺诈制度

### (一)民事法律对欺诈的定义

《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称“民通意见”)第68条规定,一方当事人故意告知对方虚假情况,或者故意隐瞒真实情况,诱使对方当事人作出错误意思表示的,可以认定为欺诈行为。以上规定是我国民事法律对欺

诈的定义,这个定义不但构建了我国民事法律对欺诈的认定标准,也构成了劳动法律对签订合同中招聘应聘欺诈认定标准的重要参考。

### (二)劳动法律反欺诈规定

在劳动法领域,与反欺诈直接相关法律规定有三个:一是《劳动合同法》第3条,订立劳动合同,应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。二是《劳动合同法》第8条,用人单位招用劳动者时,应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬,以及劳动者要求了解的其他情况;用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况,劳动者应当如实说明。三是《劳动合同法》第26条第1款第1项,以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的,劳动合同无效或者部分无效。

这三个规定将劳动合同磋商阶段权利义务纳入了劳动法调整范畴,这是劳动合同法创新之处,显然具有重要意义。但这个规定比较笼统和原则,只是宣示性地告诉我们,如果用人单位如实履行告知义务或劳动者如实履行说明义务,则不构成欺诈。

### (三)招聘应聘欺诈的法律后果

#### 1、效力评价

《劳动合同法》第26条规定,以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的,劳动合同无效或者部分无效。这是对构成招聘应聘欺诈行为的效力评价,即通过招聘应聘欺诈行为签订的劳动合同无效。

#### 2、法律责任

法律责任有两个:一是有权解除合同。根据《劳动合同法》第38、39条规定,因本法第26条第1款第1项规定的情形致使劳动合同无效的,用人单位或劳动者均可以单方解除劳动合同;二是损害赔偿。《劳动合同法》第86条规定,劳动合同依照本法第26条规定被确认无效或部分无效,给对方造成损害的,有过错的一方应当承担赔偿责任。即如果一方招聘应聘欺诈行为造成对方损害的,受害方可要求对方赔偿因此而遭受的损失。

除以上两个规定之外,在劳动法上再也找不到欺诈方因欺诈行为应承担的其他法律责任,所以,招聘应聘欺诈法律责任承担方式也是《劳动合同法》需要完善的地方之一。

### (四)劳动法上反欺诈制度的立法缺失

在签订合同及招聘应聘立法规范中,除了遵守诚实信用原则、用人单位如实告知义务和劳动者如实说

明义务的原则性规定外,没有其他配套法条支撑,如没有规定双方如实告知和如实说明义务的具体内容、实施上述义务的程序和形式,以及违反的法律责任承担方式较少(仅有损害赔偿,无恢复原状和返还财物)等。

上述立法缺失,会导致双方在签订合同及招聘应聘过程中没有具体指引和规范可参照,也使得用人单位和劳动者在无法识别行为合法与违法的情况下,难以遵守、落实和执行用人单位如实告知义务和劳动者如实说明义务。

#### 四、应聘沉默是否构成欺诈

##### (一) 沉默欺诈是劳动法意义上的欺诈

由于法律规定用人单位有如实告知义务、劳动者有如实说明义务,所以,劳动法意义上的欺诈可分为招聘欺诈和应聘欺诈。前者对用人单位,后者对应聘者。

应聘欺诈,是指劳动者应聘过程中,在用人单位了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况时,劳动者未如实说明的行为。按作为或不作为划分标准,应聘欺诈又分为积极欺诈和沉默欺诈。积极欺诈表现为主动编造虚假事实或歪曲事实等进行欺骗;沉默欺诈表现为以沉默方式对待自己的说明义务,是不作为欺诈类型之一。积极欺诈相比沉默欺诈而言更容易识别,所以,沉默欺诈隐蔽性更强,不易识别,但是,由于沉默欺诈仍是劳动法意义上的欺诈,所以,劳动者实施沉默欺诈行为后,仍要承担劳动法意义上欺诈的法律后果。

##### (二) 应聘沉默不一定构成沉默欺诈

史尚宽先生认为,“不作为尤其沉默,不当然为诈欺,然在法律上、契约上、交易习惯上或依诚信原则有告知事实之义务时之沉默,为事实之隐蔽,得构成诈欺。盖以未违反义务之不作为,难认有法律上因果关系也。”所以,一般情况下,在民事法律中,沉默并不必然构成欺诈,只有产生了先在说明义务时,即沉默违法时,沉默才有可能构成欺诈。

##### (三) 沉默欺诈构成要件

###### 1、未尽说明义务

应聘沉默不一定构成沉默欺诈,但违法的应聘沉默构成沉默欺诈,因为此时劳动者未尽说明义务。劳动者违法的应聘沉默,是指劳动者应聘过程中,对相关内容依法负有说明义务(包括主动说明义务和被动说明义务),但未尽说明义务的沉默行为。主动说明义务的内容主要指用人单位或法律规定设立的录用条件均涉及的相关内容,不管用人单位是否询问,

均应当主动说明,这些需要主动说明的内容包括与劳动合同直接相关的健康状况、人权状况(剥夺或限制期间等)、竞业情况和回避义务等。被动说明的内容,是指与签订劳动合同相关的内容,如果用人单位询问,劳动者应当回答。

不管是主动说明义务还是被动说明义务,凡涉及劳动者人格权或与劳动合同不直接相关的内容,均应免除劳动者的说明义务。

###### 2、主观上表现为故意

###### A、应聘沉默构成欺诈应以故意为要件

故意,是指劳动者已预见自己沉默行为会产生招聘错误及招聘损失的结果,但仍希望它发生或听任它发生的主观心理状态。也可以将这个故意理解为有使用人单位陷入招聘错误并因此作出录用自己意思表示的目的。

###### B、劳动者过失不构成欺诈

因为根据《民法意见》第68条规定,只有主观故意才可认定为欺诈,所以过失不会构成欺诈。

###### 3、存在招聘错误

招聘错误,是指劳动者应聘沉默行为妨碍了用人单位知情权的行使,从而导致用人单位错误录用的客观事实。用人单位知情权由《劳动合同法》第8条赋予,劳动者有依法配合的说明义务,此条款立法目的是保障用人单位知情权的及时实现。用人单位招聘错误这一客观事实,可通过入职后劳动者是否符合法定任职要求、是否符合录用条件等客观发生的事实来予以考察和佐证。

###### 4、未尽说明义务与招聘错误之间有因果关系

应聘欺诈构成中的因果关系要件,是指以应聘者违法的应聘沉默行为作为原因,招聘错误事实作为结果,在他们之间存在的前者引起后果,后者被前者所引起的客观联系。在劳动者不符合法定任职要求或拟招聘单位岗位任职录用条件情况下,劳动者有主动说明的法律义务,因其采取沉默或其他不作为方式不履行其应承担的说明义务,导致用人单位产生招聘错误的结果,这样,违法的应聘沉默行为引起了招聘错误,招聘错误是违法的应聘沉默行为所引起的,这个相互之间的客观联系就是应聘欺诈构成中的因果关系。

#### 五、对应聘沉默争议案件的思考

(一) 从构成要件来看,田力案件不构成应聘欺诈

##### 1、田力不存在违法的应聘沉默行为

(1) 田力没有主动说明义务。理由有二:一是用

人单位没有录用条件，特别是没有规定不予录用有吸毒戒毒经历人员；二是不违反法定条件，田力有驾驶证，身体健康，符合司机岗位要求，特别是政府还将上述人员列为安置帮教对象，鼓励用人单位招录他们，并给予录用企业税收等各方面奖励。

(2) 派遣公司免除了田力的被动说明义务。《应聘登记表》要求填写“何时何地受过何种处分”，而劳动者拒绝填写，之后被用人单位录用，笔者认为这不构成未尽被动说明义务，因为劳动者上交表格后用人单位未提出异议，说明劳动者拒绝填写行为被用人单位认可，或视为用人单位免除了其回答说明义务。

2、田力在主观上没有故意，用人单位在客观上不存在招聘错误，也无因果关系

劳动者田力没有想使用人单位陷入招聘错误的目的，不存在故意，即使有过错，也属于过失，而过失并不能构成欺诈。田力在被录用7年时间内，胜任司机岗位，没有违反公司规章制度，这说明用人单位不存在招聘错误，反而说明招聘决定正确。由于没有招聘错误且没有违法的应聘沉默行为，故因果关系不成立。

#### (二) 田力案件给企业管理带来的经验教训

从一审二审法院说理内容可知，用人单位在管理应聘欺诈上存在缺失，用人单位应从以下几个方面加强管理：

##### 1、明确招聘条件并告知劳动者

在招聘广告或通知中列明招聘要求和条件，在招聘过程中要明确告诉劳动者录用条件，以指引劳动者规范应聘行为，制造和建立诚信应聘工作氛围。同时，对书面录用条件应要求劳动者作收到并同意遵守的书面确认。

##### 2、重要内容应主动询问并要求回答

涉及工作岗位要求的重要招聘条件和要求要主动询问劳动者，在劳动者沉默情况下，要及时发现并向其说明问题的严重性，并同时告知拒绝回答将会产生不予录用的后果。

3、要求书面承诺无虚假无欺诈，并告知应聘欺诈的法律后果

在招聘文件中，要劳动者书面承诺提供的信息、资料 and 文件真实合法有效，且无虚假陈述、无隐瞒和无欺诈。同时要书面告知应聘欺诈的法律后果，如被用人单位解除、赔偿损失等。

##### (三) 要放宽对劳动者沉默欺诈的认定标准

放宽主要通过对用人单位和劳动者管制措施分别立法的方式来实现，即分开模式。对劳动者进行放宽主要是通过通过对用人单位的从严来实现，如在欺诈内容、认定程序等方面加大用人单位义务告知义务。笔者认为

对劳动者放宽有如下几个理由：

##### 1、劳动者识别能力低

我国搞社会主义市场经济时间不长，劳动者适用市场经济的能力不强，对应聘沉默在什么情况下构成应聘欺诈的识别能力缺失，由于识别不到违法性，加之用人单位强势地位的压制，在这种社会环境中，劳动者为争取有限就业机会，迫于生计保持沉默，也在情理之中。

##### 2、用人单位管理缺失

用人单位在招聘过程中，操作不规范，如没有拟订录用条件，或将录用条件内设而不告知劳动者等，造成劳动者缺乏方便实用的应聘指引，导致其无法识别自己应聘行为是否规范，所以，劳动者遵守说明义务的法律规定因上述客观原因而难以实现。

##### 3、反欺诈法律制度不健全

从劳动法角度来看，除了诚信原则和劳动者说明义务这两个原则性规定外，再没有与之配套法条落地，所以，对规范招聘应聘事项缺乏具体和系统的立法支持，对违法招聘应聘行为也未形成有效监督体系和惩处机制，造成用人单位和劳动者均缺乏具体招聘应聘规范作为行为指引，这是造成招聘应聘欺诈的重要原因。再有，招聘应聘欺诈法律责任承担方式较少的立法缺失，也是造成欺诈存在的重要因素。

##### 4、符合劳动法倾斜保护原则

劳动法立法目的是在倾斜保护基础上实现劳动关系和谐。劳动关系具有特殊性，劳动者一般处于相对弱者地位。如果能够通过法律正面承认双方之间在经济、社会方面的不平等，并借助法律手段改变不平等而从中均衡，就能防止用人单位滥用缔约优势。●





董春岛：市律协劳动法业务  
研究委员会委员

●文 / 董春岛

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 劳动者造成用人单位 财产损失是否应当赔偿？

随着劳动者和用人单位的维权意识的不断增强，实践中用人单位要求劳动者赔偿单位财产损失案件日益增多，而就劳动者过错造成用人单位财产损失是否应当赔偿以及如何赔偿，因法律规定的不明确，在司法实践中存在较大争议。

## 一、相关法律规定

较早对此问题有涉及的是原劳动部 1994 年制定的《工资支付暂行规定》，该《规定》第 16 条“因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失”。其将劳动者的赔偿责任认定为合同责任，具体责任的承担要根据双方劳动合同的有关条款来确定。

对于上述规定，有观点认为：由于劳动者和用人单位之间雇佣关系的不平等性，如单纯以过错责任为归责原则，对于劳动者来说过于苛刻，尤其对于体力劳动者如果损坏了价值昂贵的生产设备，要其承担赔偿责任是不现实也是不合理的。也有观点认为：劳动者造成的损失本身也是用人单位所要面对的一种经营风险。劳动者的报酬只是用人单位对自身收入分配的一小部分，大部分都成为了用人单位的利润，既然用人单位获得了大部分的收入，按照权利和义务相对等的原则用人单位对此也应当承担相应的风险责任。

或许意识到了这点，个别地方如上海作出了不同规定，2003 年制定的《上海市企业工资支付办法》第 22 条中规定：“劳动者因本人原因给单位造成经济损失，用人单位依法要其赔偿并需从工资中扣除赔偿费的，扣除的部分不得超过劳动者当月工资收入的 20%，且扣除后的剩余工资不得低于本市规定的最低工资标

准”。该《办法》将“依合同的约定”替换成了“依法”，法定责任虽然不必然轻于约定责任，但至少设置了更高的限制，从大的方面来看是更有利于保护劳动者的。

## 二、赔偿责任如何承担

笔者认为劳动者在履行职务行为过程中给用人单位造成的财产损失，劳动者是否应当承担赔偿责任，应当综合考量劳动关系的特殊性和劳动者的过错程度予以确定。

劳动主体不同于一般的民事主体，难以适用《民法通则》和《侵权责任法》的规定。劳动关系也主要受《劳动法》和《劳动合同法》的调整，这两部法律中规定的劳动者的赔偿责任范围主要是违法解除劳动合同、违反约定的保密义务、违反约定的竞业限制义务以及建立双重劳动关系等给用人单位造成损害的情形，而对于劳动者毁坏用人单位财产并没有作出规定。正因为劳动者给用人单位造成财产损失的责任法律规定不明确，而完全按照劳动合同的约定来承担责任可能会出现对劳动者不公的情况，因此这类案件在司法实践中存在较大的争议。

由于劳动者和用人单位的法律地位不同，用人单位既是企业财产的所有人、管理人，又是企业内部的管理者和监督者，所以一旦发生劳动者造成用人单位财产损失的情况，用人单位就具有双重身份，即既是受害人，又是劳动者的管理者。如果在此情况下让劳动者承担所有的赔偿责任，那么企业作为管理者就不再承担任何责任。且用人单位支付给劳动者的对价即劳动报酬与劳动者创造的劳动成果具有不对等性，企业作为劳动成果的享有者，更应承担经营风险。同时，用人单位的每一项工作都由不同的劳动者来完成，如果严格

要求劳动者根据其过错承担赔偿责任,实质是将企业的经营风险全部转移到劳动者身上,这对处于弱势地位的劳动者来说,不尽合理。因此对于劳动合同中约定的劳动者对于用人单位财产损失的赔偿应当限制在只有在劳动者由于故意或重大过失,给用人单位造成经济损失的情况下,劳动者才负赔偿责任;如果劳动者没有过失或者仅存在轻微过失,则无需赔偿。

在劳动者存在重大过失给用人单位造成财产损失的情况下,劳动者应当负赔偿责任,但赔偿责任的承担只应是部分,而不应是全部损失。理由主要有以下三点:首先,劳动者和用人单位的法律地位不同,用人单位既是企业财产的所有人、管理人,又是企业内部的管理者和监督者,一旦发生劳动者造成用人单位经济损失的情况,用人单位就同时具有受害人和加害人的管理者这双重身份,如果让劳动者承担所有的赔偿责任,那么企业作为管理者的责任就无从追究。其次,用人单位支付给劳动者的对价即劳动报酬往往低于劳动者所创造的利润,根据权利与义务相一致的公平原则,用人单位应承担的风险也应大于劳动者。再次,基于对社会风险分担的考虑,用人单位可以通过保险或者将赔偿费用纳入成本来提高商品或服务价格,从而将损害转嫁给全社会,用人单位是最适当的“风险吸收者”。因此,应当限制用人单位的损害赔偿请求权,防止其损害赔偿请求权的滥用。

在确定劳动者因故意或者重大过失承担赔偿责任

的具体赔偿数额时,首先如果劳动合同有约定的,则应当以劳动合同约定的赔偿费用为准。《工资支付暂行规定》第16条规定:“因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的,用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失,可从劳动者本人的工资中扣除。但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准,则按最低工资标准支付。”其次,单位如果有相应的规章制度,并经过职工大会或者职代会通过,且已向劳动者本人告知或者公示,在审理相关案件时可以将该规章制度作为处理的依据,但是单位要承担相应的举证责任,以防止单位滥用权利。最后,应综合考量用人单位的具体情况和劳动者的经济状况,酌情确定劳动者的赔偿数额。

对于已经离职的因重大过失给用人单位造成重大损失的劳动者,用人单位仍可以依据《劳动争议调解仲裁法》第二十七条规定:“劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算”的规定,在一年内申请劳动仲裁。

综上所述,如果劳动者造成用人单位损失,其损害赔偿赔偿责任应当依据其过错程度而定:如出于故意造成损失的,要承担全部赔偿责任;因重大过失造成损失的,依照其过失程度确定损害分担;如果劳动者不存在过失或轻微过失,则用人单位不应当向其主张损害赔偿请求权。●

信息

## 奉贤区举办“律师业务与公证”沙龙活动

为了进一步增强律师和公证员之间的交流和沟通,2014年9月21日,在奉贤区公证处二楼会议室,奉贤区青年律师联合会和奉贤区公证处团支部联合举办“律师业务与公证”的沙龙活动,旨在开阔青年律师的视野,加强与公证员的交流、学习。沙龙活动由奉贤区青年律师联合会会长顾帅律师主持。

奉贤区公证处副主任金卫明对涉外民事类、国内民事类、涉外经济类、国内经济类等四类公证事项进行了简要的介绍;随后,公证处团支部书记朱伟详细介绍了公证的范围、具体的公正项目、公证费用等内容,并重点推荐介绍公证处最新开展的“电子公证邮箱”、“房地产继承公证”等业务。最后,奉贤区青年律师联合会副会长汤佳律师就办理律师业务中涉及到的提存公证、保全证据公证等事项如何办理提出一些困惑或问题。

在交流活动中,青年律师还就证据保全的种类、证人证



言能否公证、在建工程中途退出如何办理公证、电子邮件和QQ聊天记录如何办理公证等问题与公证员进行充分的交流和沟通,通过本次沙龙活动,青年律师对于公证事项和范围有了更为充分的了解,在办理律师业务的过程中,将更好地利用公证为当事人提供更为高效的法律服务。

# 人文万象

他山之石 ●文/张永红

## 英国律师在民事诉讼中的作用

——以笔者“陪审”的一件民事案件为例



我们通常将英美法系的民事诉讼模式称为“当事人主义”。这种诉讼模式有两大特点：一是“交叉询问”（Cross-examination），二是诉讼进程由当事人主导。“交叉询问”是指庭审由当事人以“交叉询问”的方式循序推进，法官坐堂“听审”，居中裁判。这也是我们在电影或电视中经常看到的情景，又称“抗辩式”（Adversarial System）。英国法官通常将开庭称“hearing”，根据1984年《郡法院法》第147条的术语解释，“hearing”（听）包括“trial”（审），所以，“庭审”又称“听审”或“聆讯”，某种意义上也反映了英国民事诉讼的这一特点。但是，这样的庭审模式在实践中并不多见，特别是在基层法院，笔者在利物浦郡法院每周一天坐在法官旁边“陪审”了一年，从未看到过类似的庭审场景。而最能体现英国民事诉讼特点的，笔者认为，是诉讼

进程的“当事人主义”，也就是民事诉讼的进程是由当事人及其律师主导、控制和“表演”的，整个诉讼是一个双方律师不断寻求合意和请求裁决的过程，而这种裁决，大多是由法官就程序问题作出的指令。如果每次“hearing”都算一次开庭，那比较复杂的案件从开始到结束往往需要开好几个庭。我们经常听见有人说国外法官每天要开好几个庭，其实这样的庭与我们概念中的庭是不一样的。下面，笔者结合在利物浦郡法院“陪审”的一件民事案件作专门探讨。

### 一、案件的基本事实

原告 William 和被告 Jafferson 系邻居。2004年11月27日，原告在两家的花园之间搭建围栏时双方发生争议，被告将围栏推倒，导致原告跌倒，右膝等部位受伤。当日，原告到医院就诊，X-光摄片未见骨折，绑带包扎后，用拐杖行走，经

理疗仍未治愈，留有后遗症。

### 二、诉前寻求合意

为了尽可能通过非诉途径解决纠纷，按照《民事诉讼当事人诉前行为规范》要求，原告律师在事发后不久就向被告发出了索赔的信函。后因被告搬迁，新址不明，原告就开始与被告的保险公司交涉。提起诉讼前原告与被告的保险公司曾为专家证人的委托等问题有过十余次交涉。

2005年1月7日，原告律师寄信给被告的保险公司，提名由A医生检查原告的伤势并出具医学检查报告；一年半后，也就是在2006年7月6日，原告律师函告被告的保险公司，称，A医生是一名全科医生，但原告右膝盖的问题需要一名骨科医生作检查，故想提名B医生为原告作检查，并征求被告的保险公司是否同意；次日，被告的保险公司函告原



告,称,既然如此,他们同意委托 B 医生,并询问 A 医生的检查报告有没有出来;2006 年的 11 月 2 日,被告的保险公司写信询问 B 医生的检查报告有没有出来;2007 年 1 月 5 日,原告律师函告被告的保险公司,他们已委托 C 医生,并要求被告的保险公司在 14 天内答复是否同意;四天后,也就是在 1 月 9 日,被告的保险公司函告原告律师,反对委托 C 医生作检查。理由有三点,一是他们已同意委托 B 医生作检查,原告还没有出示他的报告;二是原告还没有答复,A 医生的报告到底出来了没有;三是本案只需一份检验报告即可,没有必要搞两份。两天后,也就是在 1 月 11 日,原告律师函告被告的保险公司,称,反对无效,除非被告在 1 月 22 日前提出正当理由,否则,他们将委托 C 医生;1 月 16 日,被告的保险公司函告原告律师,重申了上面提到的三条理由,并坚持反对委托 C 医生作检查;3 月 7 日,原告律师向被告的保险公司出示了 C 医生的报告。

在那份检查报告中,原告陈述了受伤的经过,还向 C 医生提到,12 个月前,

原告的右膝曾受过伤,但该伤在本次受伤前已治愈。C 医生的结论是,无法确定原告的后遗症是因本次受伤造成的,还是前后两次受伤共同作用的结果。

4 月 26 日,被告的保险公司函告原告律师,称,他们已请了律师,有什么事的话,请直接找他们的律师;5 月 17 日,被告的保险公司聘请的律师函请原告律师出示 A 医生和 B 医生的检查报告。但尽管再三催促,始终未见原告律师答复,直到收到原告的起诉状。

### 三、起诉、送达与答辩

这是一件因相邻关系引起的人身损害赔偿纠纷,应当依第 7 章启动诉讼。依第 7 章启动的诉讼也是最常规的民事诉讼,程序上主要包括起诉及诉讼材料的送达、被告对诉讼的回应及答辩、庭审等环节。这与我国民事诉讼的程序有一定的相似性,但最大的不同是,诉讼的进程是由当事人推进的,是双方律师寻求合意、请求裁决的过程。

#### (一) 起诉、立案和送达

2007 年 8 月 21 日,原告律师通过邮寄方式向利物浦郡法院提交了下列诉讼材料:1、诉状(Claim Form);2、具体诉求(Particulars of Claim);3、“替代性送达”(Substituted Service)申请书(Application Notice);4、损失清单(Schedule of Special Damages);5、医生 C 先生于 2007 年 2 月 15 日出具的检验报告(Medical report);6、诉讼费 250 英镑;7、“替代性送达”申请费 65 英镑;8、案件费用情况的说明(Notice of Funding of Case or Claim)。原告律师还附了一封信,信中要求法院立案(issue the claim)、准予“替代性送达”申请,并要求将受理案件及送达日期的通知书送达给原告律师。

原告的“诉状”是格式化填充式的,很简单,只填写了原、被告姓名、诉

讼请求、标的额和被告的地址(本案中因被告地址不明而未填写)。本案的诉讼标的是 5000 英镑以上但不超过 15000 英镑。在“具体诉求”中,陈述了原、被告的基本情况、原告受伤经过、原告请求赔偿的法律依据等内容。“损失清单”上只列出了交通费、医疗费及其它费用合计 254.50 英镑。

由于被告地址不明,故原告律师请求法官准予适用《英国民事诉讼规则》有关“替代性送达”的规定,将诉讼材料直接送达给被告的保险公司,理由是被告地址变更,新址不明,经原告律师要求,被告的保险公司拒不提供被告的新地址。

法院的立案部门将上述材料提交法官,请法官指示(Direction)。地区法官 Addison 要求原告提交其为了获取被告新地址所做的努力。接到法院立案部门通知后,原告律师即写信告知法院,当初将请求赔偿的信寄给被告的时候,被告还住在原告隔壁;后来被告搬家了,新的地址不明;早在 2005 年 1 月,原告律师就已开始与被告的保险公司交涉,并在起诉前,也就是在 2007 年 7 月 5 日,原告律师再次写信给被告的保险公司,要求提供被告的新地址,以便送达诉讼文书;由于被告的保险公司未回复,故原告律师在 7 月的 23 日曾函告被告的保险公司,如在 7 日内再收不到回复,原告将请求法官准予原告适用“替代性送达”的规定,将诉讼文书直接送达给该保险公司。原告提交了信函的底稿二份,法院立案部门收到后即提交 Addison 法官,请求指示。Addison 法官审查了原告律师提交的材料后,于 2007 年 9 月 18 日作出了一个未听取对方意见的单方面(EX PARTE)的命令(Order),准予将诉讼材料直接送达给被告的保险公司。同日,法院立案部门(issue section)在收到的材料上盖上了

法院的公章、案号、立案日期,完成了立案程序。至于材料的送达问题,原告律师要求其负责送达,故立案部门同时在诉状上盖上了“口头申请由律师送达”印记后,将材料退回了原告律师。

英国民事诉讼的送达规则比较复杂,不同类型的案件一般都有各自的送达规则。但是,总体而言,送达由当事人自己负责,这是英国民事送达规则的一大特点。按照现行的规定,法院“签发”(issued)的文书(即当事人制作的由法院加盖公章的文书)或法院制作的文书通常由法院送达,但以下四种情况除外:(1)法律规定必须由当事人自己送达的;(2)当事人通知法院希望由其自己送达的;(3)法院另有裁定的;(4)法院未能送达且已向请求送达的当事人发出了无法送达通知书(notice of non-service)的。当事人自己送达,通常会使用一些专门提供送达服务的送达公司送达,不少私人侦探公司都有这样的送达服务。

(二)被告对诉讼的回应——“送达认收书”

2007年10月3日,法院收到了被告的“送达认收书”(Acknowledgement of Service)。被告律师还附信称,被告的保险公司转交的材料已收到,他们已接受被告的委托,代理被告处理本案。在“送达认收书”中,被告律师称,以后如有诉讼材料的话,请直接送达给他们,并提供了送达地址、联系电话、被告的出生日期,并称,他们准备在规定的时间内提出抗辩。次日,法院即将上述情况函告了原告律师。

(三)抗辩

2007年10月25日,被告律师向法院提交了抗辩状,并告知法院,副本已寄给原告律师。

被告在抗辩中对原告跌倒受伤的事实并无异议,就责任问题也没有太多

的异议,但对原告造成后遗症的原因、C医生的检查报告以及赔偿数额有异议,辩称,双方曾一致同意委托B医生为原告作检查,后来,原告变卦,并在没有得到被告同意的情况下坚持委托C医生作检查,所以,依照 Louise Ramage v BHS Ltd(2006)判例中确立的原则,如果原告想把C医生的检查报告作为证据使用,必须首先出示先前B医生的检验报告并要取得法官的准许。

#### 四、法官审查诉辩材料后的处理

地区法官 Johnson 审查了原、被告提交的诉讼材料后,未开庭即于2007年11月5日作出了原告胜诉、数额待定的判决 [Judgment for Claimant (amount to be decided by the court)],同时命令,为了准备好案件的审理,按照《民事程序规则》相关司法解释(第26.12(4)项)的规定,先安排一次“预备庭”(disposal hearing),庭审时间为10分钟,在这次“预备庭”中,将听审当事人的口头证据,决定赔偿数额或下一步的诉讼进程。排期部门将“预备庭”安排在2008年1月8日12时。

#### 五、第一次开庭前的准备——起草裁定并寻求合意

根据1998年《民事程序规则》第40.3条规定,判决或裁定由法院起草,但法院命令由当事人起草,或经法院许可由当事人起草,或法院不必起草,或“合意判决”的除外。按照惯例,原告律师为法官起草了一份希望法官在该日庭审中作出的命令。主要内容如下:

(1)被告应在2008年1月22日下午4时之前以支票形式暂时性给付(interim payment)原告律师750英镑;同时由双方各自向对方出示证据(discovery);

(2)双方应在2008年1月29日

下午4时前对对方出示的证据进行检查(Inspection);

(3)准予原告律师将C医生的检查报告作为本案的证据使用;

(4)双方应在2008年3月18日下午4时前交换证人证言;如果C医生有补充报告的话,原告应在这一时间将补充报告送达给被告;原告如想增加赔偿金额,也应在这一时间将补充的赔偿清单提交给法院,并送达给被告;

(5)被告应在2008年4月1日下午4时前将被告的损失清单提交给法院,并送达给原告;准予被告于2008年4月1日下午4时前向C医生提问,这些问题C医生须在4月29日下午4时前回答;

(6)2008年5月20日以后的“第一个可使用的时问”(first available day)开庭,并决定诉讼费用的负担。

原告律师将上述草案传真给了被告律师,以寻求其同意。被告律师收到后,即打电话,表示,如果原告那里确实没有B医生出具的检查报告的话,则被告同意原告传来的草案,法官可以据此作出一份“合意判决”即“双方同意的命令”(Consent Order),下一步的诉讼进程就按照该命令执行,1月8日的庭审即可取消;但如果原告持有B医生的检查报告而拒不出示的话,那被告将到庭参加1月8日的庭审。原告律师在电话里表示,他们确实收到了B医生的报告,但他们有不出示的特权(privilege),且他们也没有收到法官要求出示该报告的命令。2008年1月4日,被告律师将上述情况写信告诉了法院,并称,被告虽然并不反对原告将C先生的检查报告作为证据使用,但条件是原告必须出示先前A医生和B医生的两份检查报告,请求法官不要采纳原告律师起草的那份命令,或命令原告出示那两份报告。被告律师在信中还附上相关判例一

份〔Louise Ramage v BHS Ltd(2006)〕,以此作为法律依据,供法官参考。被告律师将该信也抄送给了原告律师。

## 六、第一次庭审、裁定和上诉

2008年1月8日,经过10分钟的庭审,临时代行法官职务的代理法官(deputy district judge)George全部采纳了原告律师起草的命令,但考虑到命令下去后不知当事人能否按照命令的要求及时完成庭前的准备,故为了确保5月20日以后的庭审能够顺利进行,代理法官George在原告律师起草的命令中增加了一条,即在2008年4月10日上午10时再安排一次“预备庭”,时间为10分钟,对本命令确定的诉讼进程进行检查。代理法官George在该草案上签了名。法院办事处的相关部门(Order Section)将该命令打印后交给了当事人。

在这份命令上,法院还告知当事人,为了提高效率,本案与相类似的案件安排在同一时间段内审理,具体是在上午的10-11点,但到底什么时间开庭,取决于那天当事人到庭情况,有没有优先处理的紧急事件等因素,庭审力争在下午1点之前结束,但在例外情况下,当事人要有下午2点才能回家的准备。

对代理法官George的命令,被告律师当庭请求法官同意其上诉。主要原因是法官没有支持被告要求原告出示A医生和B医生二份检查报告请求,同时也提到了命令中“2008年5月20日以后的第一个可使用的开庭”,但到底什么时候开庭及庭审的时间长短并没有明确。代理法官George没有同意被告的上诉申请;至于开庭日期及庭审时间问题,由负责判决书的部门将此提交给了全职法官(full time judge)处理。地区法官Clinton认为被告律师提到的

开庭日期及庭审时间可以补正。经询问排期部门,“2008年5月20日以后的第一个可使用的开庭”可以安排在2008年5月21日,庭审时间为1.5个小时,George法官遂对原来的命令作了修改,明确了开庭的日期和需要的时间,并增加了“驳回被告请求准予上诉的申请”。法院办事处的相关部门打印后交给了当事人。

## 七、合意取消庭审并请求法官作出‘合意判决’

2008年4月9日,被告律师函告法院,原定4月10日的“预备庭”不来了,因为双方律师已就下一步的诉讼进程达成一致。随信还附上了为法官起草的由双方达成一致并签名的命令稿,请法官作出一个“合意判决”,内容如下:

(1)2008年5月21日的庭审取消;

(2)被告于2008年4月24日下午4时之前以支票形式先行给付原告律师3500英镑;

(3)如果C医生有补充报告的话,原告应在2008年12月18日下午4时前将补充报告送达给被告;

(4)准予被告于2009年1月15日下午4时前向C医生提问,这些问题C医生须在2月5日下午4时前回答;

(5)原告应在2009年2月19日下午4时前向法院提交并向被告送达补充的赔偿清单;

(6)被告应在2009年3月5日下午4时前向法院提交并向原告送达被告的损失清单;

(7)2009年3月16日以后的“第一个可使用的开庭”,庭审时间为10分,庭审将对上述命令的履行情况进行检查并决定下一步的诉讼进程和诉讼费用的负担。

2008年4月10日,地区法官Bert

在上述草案上签名后交法院办事处的相关部门打印后发布了一个“合意判决”。这个判决中“第一个可使用的开庭具体是什么日期也没有明确,但这个判决是双方协商一致的,所以就不存在上诉问题,这与前面代理法官George的命令不同。

虽然在这份命令中已经取消了2008年5月21日的庭审,但由于排期部门没有及时调整,故当笔者随地区法官Ged去开庭时,结果发现当事人一个都没到庭。Ged对我说,他会提醒案件排期部门注意,以后要尽量避免类似情况的发生。

笔者并不知道该案最终的处理结果,但该案的诉讼进程可以说是“当事人主义”诉讼模式的一个缩影。在笔者看来,“当事人主义”最大的特点是:诉讼的进程是由当事人主导的,什么时候做什么事情都可由双方当事人或其律师协商而定。例如,对于排定的4月10日的“预备庭”及5月21日的庭审,双方可以合意取消;对何时出示证据、何时交换证据、何时进庭审以及庭审中可采用的证据等问题,双方都可协商确定。对于双方商定的进程,法官一般会照准,对于双方协商不成的问题,法官会作出裁定。法官就此类程序性问题作出的决定,当事人可以上诉。这样的制度安排自然会导致案件审理周期长、费用高,但由于绝大部分的诉讼环节都是双方合意的,所以案件的质量相对较高。当然,也不是每件案件都像本案那样复杂,事实上绝大多数的案件都是在前期的过程中协商解决了,真正进入判决的并不多。●

(本文内容摘自《英国强制执行法》,作者系上海市高级人民法院执行监督处副处长)

## 随 笔

●文 / 顾跃进

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com



我的母校——临江中学，相距黄浦江不远，是否因此得名，没有考证。但它并不临江，甚至无法瞭望黄浦江，或许临江中学的校名与黄浦江没有直接联系。但是，我们学校以往的校友绝大多数都来自黄浦江西岸，因邻居黄浦江，被分配到临江中学读书，上学时间都乘着轮渡往返于黄浦江，每天日出晚归，将临江中学和黄浦江密切相连。如今，临江中学已经关闭，校舍也已拆除，但母校的记忆和情怀依然像母亲河的江水，川流不息，烙印在临江学子的血液里，并随着我们的思绪和情感而喷发……

回忆中学时代，展现眼帘的第一幅画面是我的班主任邓绮霞老师找我谈心。通常“谈心”就是接受老师的问询和批评，起因多为成绩不理想或上课迟到等事由，凡是遇到老师谈心我总会紧张，羞于表达或语无伦次。邓老师在与我谈心时并没有训斥，而是和风细雨的教诲，同时还会帮你整一整凌乱的头发和衣冠，让你感受到一种温馨，变得舒缓，从而获得理性的反思。这种教育方式犹如一幅美妙的图画一直印刻在我的记忆里，一路伴随我、哺育我……

记得在上海青浦农村学农时，我们每人都带有一个铝制饭盒，我因为带的饭盒太小，所盛的饭量不足，吃不饱。因为胆小，又不好意思与人交流，硬撑着，每天饥肠辘辘。一天，一位女同学知情后主动将其大一些的饭盒与我交换，这件事不仅即刻解决了我的饥饿问题，更让我体悟到同学情谊，在那个男女授受不亲的年代，又是少年梦幻时期，这种关怀和感受弥足珍贵，难以忘却。

我们男同学之间经常相聚打牌、下棋，更多的是约定伴行来回于学校，放学后一起玩耍，不亦乐乎。我作过统计，同班的男同学家里我几乎都去过，如今还记得他们的家人，可见那时的同学交往多么纯粹。

深刻记忆中难忘我们的校舍，它很简陋，但教室里老师的教育博大精深，根植于每位学子；操场上总是洋溢活泼和青春，清晰记得体育课陈锡章老师矫健越过横杆的英姿，还有与同学一起打球的欢快。

母校，赋予我们思想和精神，启蒙人生，让梦想起航，成为我们人生航行的不竭动力。

我们家兄妹三人先后就读临江中

学，与母校具有多元的关联，有更多关于母校的故事，得到母校更多的恩泽，“临江”情节更浓。我的姐姐不久前告诉我，他们七五届校友上百人相约聚会，互叙往事，甚感欢乐。这让我这个不善社交的姐姐变得活跃，甚至有些兴奋。或许，这是校友聚会所激发的能量。

在临江中学4年的学习时间在人生旅途中可谓“弹指一挥间”，相比我10年的法院工作经历和22年的律师生涯当属短暂，加上此前的4年军旅和一年半的农场耕耘，中学时代更为遥远，行将40年，但是，临江中学的记忆尤为深切。

那个年代物资匮乏、生活贫穷，但是阳光明媚、空气纯净、人性纯真、善良，这或许是我们共同的记忆，应当成为我们共享的财富。回忆过往，我们都有很多经历和故事，尽管中学时代年轮久远，但是记忆仍然深刻，甚有触景生情之感。情谊、善良……人性的力量犹存！

愿记忆和情怀，跨越时空，化为春雨、沐浴众生、弥散大地，犹如母亲河的承载，绵延不息，成为我们漫步人生的永恒伴侣！●

（作者单位：上海顾跃进律师事务所）

# 业内资讯



## 沪豫两地女律师激荡智慧共谋发展

8月底至9月初,应河南省律协直属分会的邀请,上海市女律师联谊会理事丁美红、副秘书长林丽娟以及黄浦区青年律师联合会理事陆珊菁三位女律师受上海市女律师联谊会委派前往河南郑州对当地女律师进行培训。本次活动围绕“女律师执业风险与业务拓展”展开,三位上海女律师结合本人的执业发展经历与同行进行了深入的探讨和交流。

## 上海市律协律师学院 举办三期培训班,500人次受训

上海市律协律师学院联合上海市律协现代物流业务研究委员会、国际贸易与反倾销业务研究委员会、劳动法业务研究委员会分别于9月4日、5日、9月13日、9月17日、18日举行专题讲座及培训班,特邀上海海事法院研究室主任汪洋法官、香港国际仲裁中心主席郑若骅大律师、上海市人力资源与社会保障局劳动监察处处长张宪民等多位嘉宾讲课,参加培训人数达到500人次。

## 相约中秋·共享团圆——市律协举办关爱外地在沪 执业青年律师联谊沙龙活动

9月5日,上海市律协青年律师工作委员会举办了“相约中秋·共享团圆”关爱外地在沪执业青年律师联谊沙龙活动。30余位青年律师与嘉宾相聚上海古猗园,畅谈外地来沪执业发展之路,分享心得体会,欢聚中秋佳节。



## 2014年“联合·体彩”杯第七届上海市律师羽毛球邀请赛成功举办

9月14日,2014年第七届“联合·体彩”杯上海市律师羽毛球邀请赛举办,来自全市的250余名律师羽毛球爱好者参与了本届比赛。本次比赛由上海市体育局、上海市律协、上海市联合律师事务所主办,黄浦区体育局、黄浦区司法局、黄浦区律师工作委员会承办。

## 上海市律协举行 2014年第三期新律师 入行仪式

9月24日,上海市律协在35楼报告厅举行了今年第三期新律师入行仪式,100多位新律师参加了仪式。第五届上海市优秀青年律师史轶华让新律师们分享了他的执业经历与经验,并带领全体新律师进行了庄严宣誓。周天平副会长作总结发言。





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

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

## 新法速读

### 最高院出台解释规范执行程序中迟延履行期间债务利息的计算

《民事诉讼法》第二百五十三条规定,被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的,应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。为更好地执行民事诉讼法的相关规定,规范执行程序中迟延履行期间债务利息的计算,最高人民法院日前出台了《最高人民法院关于执行程序中计算迟延履行期间的债务利息适用法律若干问题的解释》(以下简称“解释”),该解释自 2014 年 8 月 1 日起施行。

解释对下列事项作出了明确和细化:

1、解释首次明确了一般债务利息与加倍部分债务利息的关系,计算加倍部分债务利息的截止时间、扣除期间,外币案件如何计算加倍部分债务利息等事项,重新规定和细化了起算时间、执行款项的清偿顺序等内容。

2、解释规定,根据民事诉讼法第二百五十三条规定加倍计算之后的迟延履行期间的债务利息,包括迟延履行期间的一般债务利息和加倍部分债务利息。迟延履行期间的一般债务利息,根据生效法律文书确定的方法计算;生效法律文书未确定给付该利息的,不予计算。《解释》明确了加倍部分债务利息的计算方法,即“加倍部分债务利息=债务人尚未清偿的生效法律文书确定的除一般债务利息之外的金钱债务×日万分之一点七五×迟延履行期间。”

3、解释规定,加倍部分债务利息自生效法律文书确定的履行期间届满之日起计算;生效法律文书确定分期履行的,自每次履行期间届满之日起计算;生效法律文书未确定履行期间的,自法律文书生效之日起计算。

4、加倍部分债务利息计算至被执行人履行完毕之日;被执行人分次履行的,相应部分的加倍部分债务利息计算至每次履行完毕之日。人民法院划拨、提取被执行人的存款、收入、股息、红利等财产的,相应部分的加倍部分债务利息计算至划拨、提取之日;人民法院对被执行人财产拍卖、变卖或者以物抵债的,计算至成交裁定或者抵债裁定生效之日;人民法院对被执行人财产通过其他方式变价的,计算至财产变价完成之日。

解释还规定了被执行人的财产不足以清偿全部债务的,应当先清偿生效法律文书确定的金钱债务,再清偿加倍部分债务利息,但当事人对清偿顺序另有约定的除外,并规定在执行回转程序中,原申请执行人迟延履行金钱给付义务的,也应按照本解释的规定承担加倍债务利息。

(供稿:市律协民事业务研究委员会)



# 上海国际经济贸易仲裁委员会

Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission

## 上海国际仲裁中心

Shanghai International Arbitration Center

上海国际经济贸易仲裁委员会（同时启用“上海国际仲裁中心”的名称，原名中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会，英文简称“SHIAC”，下称“上海贸仲”）是由上海市人民政府于1988年行文批准设立、并经司法登记的独立仲裁机构。其以独立、公正、专业、高效的仲裁服务为当事人解决争议，在国内外享有较高的声誉。上海贸仲受理当事人约定由上海国际经济贸易仲裁委员会或上海国际仲裁中心仲裁的案件，并继续受理按照当事人的约定应当由中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会仲裁的案件。

### 示范条款一 / Model Arbitration Clause I

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

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

### 示范条款二 / Model Arbitration Clause II

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

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

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

## 新法速递 《 律师业务资料 》 目录 2014年第8期

### 上海篇

- 1.上海市人民代表大会常务委员会:中国(上海)自由贸易试验区条例
- 2.上海市人民代表大会常务委员会:上海市大气污染防治条例
- 3.上海市人民代表大会常务委员会:上海市查处车辆非法客运若干规定
- 4.上海市人民代表大会常务委员会:关于修改《上海市人民代表大会常务委员会关于市人民政府制定规章设定行政处罚罚款限额的规定》的决定
- 5.上海市人民政府:中国(上海)自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2014年修订)
- 6.上海市人民政府:上海市非营业性客车额度拍卖管理规定
- 7.上海市人民政府:上海市查处车辆非法客运办法
- 8.上海市人民政府办公厅:关于同意调整本市拆除违法建筑相关部门职责分工的通知
- 9.上海市公安局:关于调整本市公安派出所对外国人违反住宿登记管理规定行为处罚权限的通知
- 10.上海市规划和国土资源管理局:上海市建设工程规划许可公开规定
- 11.上海市民政局等:关于调整2014年本市一至四级伤残人员护理费标准的通知
- 12.上海市工商行政管理局:第三方网络交易平台经营管理暂行办法
- 13.上海市工商行政管理局:关于违反《产品质量法》行政处罚裁量基准
- 14.上海市工商行政管理局:关于违反《上海市商品交易市场管理条例》行政处罚裁量基准
- 15.上海市人力资源和社会保障局:关于规范劳务派遣用工若干问题的意见
- 16.上海市高级人民法院:刑事证据管理工作暂行规定(试行)
- 17.上海市高级人民法院:关于办理聚众斗殴犯罪案件的若干意见

### 见(二)

- 18.上海市高级人民法院:民事法律适用问答(2013年第1期)
- 19.上海市高级人民法院:特别程序案件法律适用若干问题(《民事法律适用问答》2013年第2期)
- 20.上海市高级人民法院:关于公民代理和离婚案件分案审理的解答(《民事法律适用问答》2013年第3期)

### 全国篇

#### 【诉讼法】

- 1.最高人民法院等:关于依法办理非法生产销售使用“伪基站”设备案件的意见
- 2.最高人民法院:关于人民法院赔偿委员会依照《中华人民共和国国家赔偿法》第三十条规定纠正原生效的赔偿委员会决定应如何适用人身自由赔偿标准问题的批复
- 3.最高人民法院:关于人民法院在审判执行活动中主动接受案件当事人监督的若干规定
- 4.最高人民法院:关于全面加强环境资源审判工作为推进生态文明建设提供有力司法保障的意见
- 5.司法部:《司法部现行有效规范性文件目录(截至2013年底)》和《司法部决定废止和宣布失效的规范性文件目录》

#### 【文教卫生环保】

- 1.国家宗教事务局:行政许可实施办法
- 2.国家宗教事务局:行政处罚实施办法
- 3.国家宗教事务局:行政执法过错责任追究制度

#### 【劳动】

- 1.人力资源和社会保障部等:城乡养老保险制度衔接暂行办法

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

## 《秋日良辰禾木村》



摄影/文：陆东霞 律师

在打通新疆禾木景区的道路修建前，秋日禾木的早晨就是这样，两三缕阳光斜射，几小束炊烟升腾，房子和林木都在一层似有似无的雾气中慢慢醒来，慕名而来的游客三三两两静悄悄地上山，怀着朝圣的心情，对她默默凝视，一睹她晨起时纯熟安详的模样儿。