

2014
06
总第720期

上海 SHANGHAI LAWYER 律师



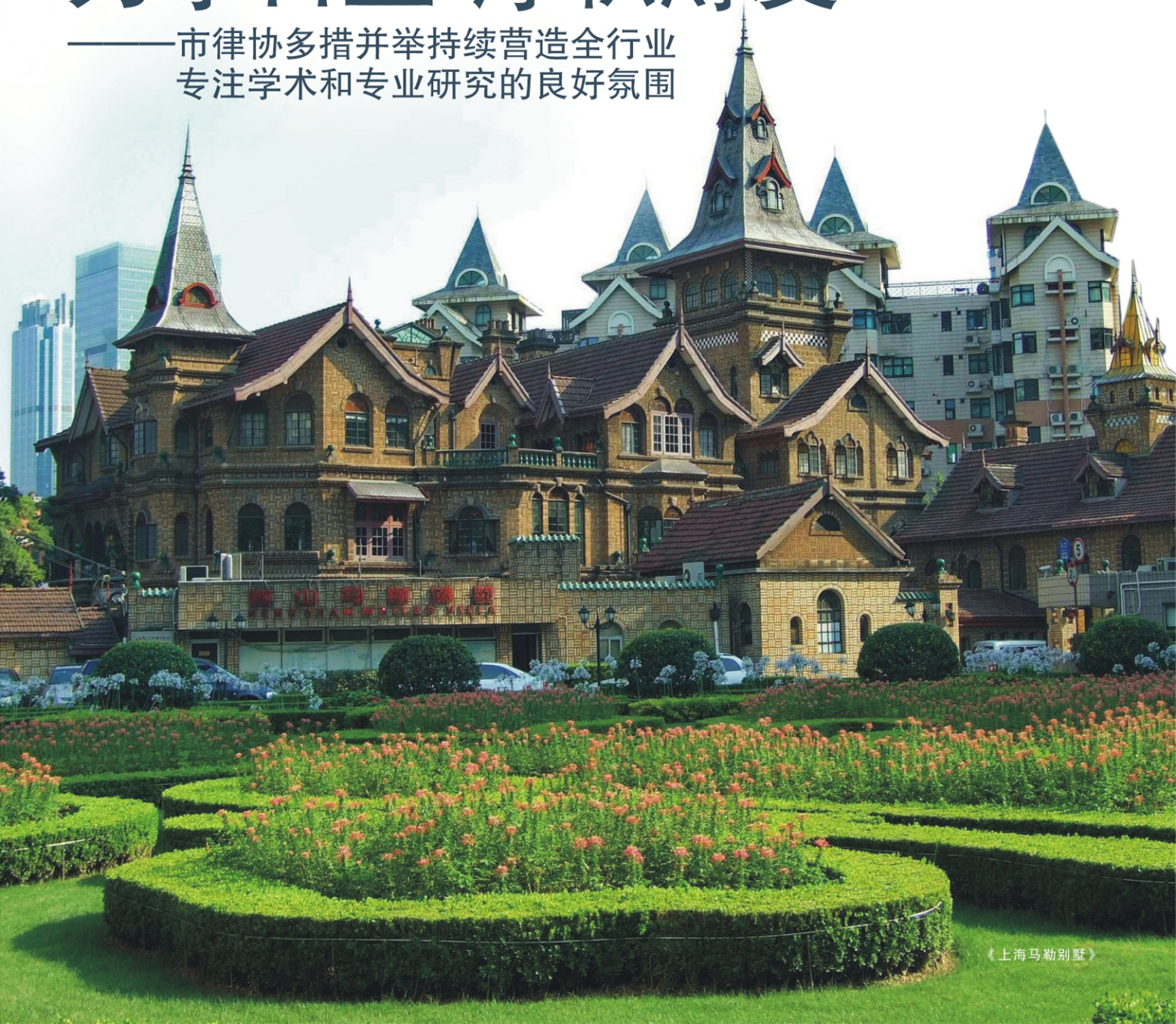
上海市律师协会主办

聚焦|思辨|感悟|互动

|聚焦|

为学日益 厚积薄发

——市律协多措并举持续营造全行业
专注学术和专业研究的良好氛围



《上海马勒别墅》

6月9日,以杉浦正健为团长的日本第一东京律师协会代表团一行19人来访市律协。双方互换了礼品,并分别就《中国(上海)自由贸易试验区的制度改革》、《日本商业秘密保护》、《中国的商业秘密保护》发表了专题演讲。



6月12日,市律协与民革上海市委共同举办“互联网金融法律问题研讨会”。与会人员分别从企业发展的角度、律师的角度、法理和学理的角度探讨了互联网金融法律问题。



6月20日,首届上海律师学术大赛颁奖仪式暨上海市律师协会律师学院首辑校本课程教材首发仪式在市律协举行。



6月20日,市律协青工委开展了“走进区县”之闵行专场活动。青工委听取了该区青年律师对《上海市律师协会关于全面培养青年律师规划纲要(征求意见稿)》的修改意见和建议,并与在座青年律师进行互动交流,活动最后双方还开展了趣味足球赛。



6月23日,市律协召开九届二十七次会长会议。会议通报了2014年下半年理事会重点工作安排,讨论预备会员规则修订稿,并通过了关于调整2014年部分业务研究委员会主任、副主任及委员的建议。

卷首语

恪守职业道德 严格依法执业 努力为全面深化改革贡献正能量

中华全国律师协会秘书长 周院生

近些年来,律师行业始终围绕党和政府的中心工作,在服务国家经济社会发展,服务和保障民生,促进社会和谐稳定,推进平安中国、法治中国建设等方面发挥着重要作用。律师工作已经覆盖到了国家的经济、政治、社会、文化和生态文明建设以及对外开放的各个领域,律师已经成为依法治国、建设社会主义法治国家的重要力量。

党的十八届三中全会,对推进全面深化改革,实现全面建设小康社会和中华民族伟大复兴的“中国梦”做出了全面部署。我们欣喜地看到,党的十八届三中全会赋予了律师工作重大的历史机遇,也对完善律师制度,加强和改进律师工作提出了新的更高要求。我们每一位律师都要进一步把思想和力量凝聚到实现“中国梦”上来,焕发出最大的热情和行动,坚定不移地做中国特色社会主义事业的建设者、捍卫者,进而汇聚为推动民族复兴的历史洪流。

面对律师行业发展的新形势、新机遇,律师行业要把深入学习贯彻党的十八大和十八届三中全会精神、习近平总书记系列重要讲话精神作为当前和今后一个时期律师工作的主要任务,顺应形势发展,把握推进国家治理体系和治理能力现代化的总体要求,不断提高律师工作服务社会主义法治建设的能力和水平。以服务全面建成小康社会,推进平安中国、法治中国建设为主要任务,进一步增强服务能力,打造素质过硬的律师队伍,全面提高行业管理水平,努力推动律师行业健康发展。

努力为全面深化改革贡献正能量。



国家全面深化改革的集结号已经吹响,远景蓝图已经展开,召唤着我们用时代的如椽巨笔在这画面上添加浓墨重彩的一笔——律师,实现我们的职业价值。上海地处改革开放的前沿,自贸区建设更是为上海律师行业的发展提供了难得的机遇。包括上海律师在内的全国律师要把握这一重要历史机遇,锐意进取,以改革创新的态度为全面深化改革做出不懈努力。

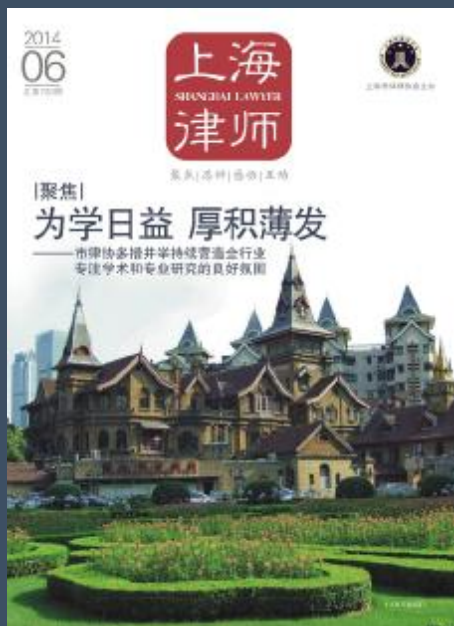
坚持为法治国家建设服务。作为依法治国的重要力量,律师行业要在推进依法治国、建设社会主义法治国家的征程中大显身手。律师行业要把法治思维融入到律师文化和血脉中,把法治方式运用到执业活动中,通过担任政府法律顾问推动法治政府建设,积极参政议政促进科学立法。运用法律服务手段,积极预防和化解社会矛盾纠纷,维护社会大局稳定。开展辩护代理工作促进司法公正,承办非诉讼业务服务经济社会创新发展,服务困难群众维护社会公平正义,助推法治中国建设。

严格依法执业。习近平总书记谆谆告诫我们,打铁还需自身硬。物必先腐,

而后虫生。面对当前国内国际的各种前所未有的新情况、新问题和新的挑战,每一位律师必须坚持法治信仰,牢固树立法治意识,模范遵守宪法和法律,努力维护宪法和法律的尊严。当我们为维护宪法和法律的尊严,为崇高的事业作出奉献的时候,才体验到“维护法律正确实施”的分量是多么的沉重。为此,我们在宣示法治精神,探求法律价值取向的同时,必须孜孜以求律师职业的自我完善,不断提高自身的思想政治素质、业务素质和职业道德素质,忠于宪法和法律,严格依法执业,尊重司法权威,认真办好每一起案件,帮助人民群众解决事关切身利益的法律问题,努力让人民群众在每一起案件中都感受到公平正义。

加强职业道德建设。律师行业要坚持社会主义核心价值观,进一步增强中国特色社会主义的道路自信、理论自信和制度自信,立德践行,勤勉尽责,筑牢诚信基石,恪守职业道德,严守执业纪律,像珍惜生命一样珍视职业声誉,自觉抵制社会上的歪风邪气,共同营造“守信光荣、失信可耻”的良好执业氛围。

一直以来,上海律师行业坚持正确的政治方向,在服务上海经济社会发展大局、推进公共法律服务体系建设、加强律师队伍建设、培养具有国际视野的涉外律师人才等方面,取得了可喜的成绩,走在了全国律师行业的前列。百尺竿头,更进一步。希望上海律师不断开拓律师行业发展的新局面,做行业发展的排头兵,把律师事业与国家的发展、民族的复兴和人民幸福紧密结合在一起,努力在推进平安中国、法治中国建设,实现中华民族伟大复兴的“中国梦”历史征程中再立新功。



《上海律师》月刊

主 管:上海市司法局
主 办:上海市律师协会
编 辑:《上海律师》编辑部

编辑委员会主任:盛雷鸣

副 主 任:陈乃蔚 邵曙范 黄 琦 钱翎樑
周天平 管建军 厉 明 万恩标

委 员:(排名不分先后)

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

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

本刊特约撰稿人:

王俊民 汤啸天 陈 默
李颂联 王凤梅 彭念元
游 伟

(内部资料 免费交流)

编辑部地址:

上海市肇浜路789号均瑶国际广场33楼

电 话:021-64030000

传 真:021-64185837

投稿邮箱:E-mail:tougao@lawyers.org.cn

网上投稿系统: <http://info.lawyers.org.cn>

上海市律师协会网址(东方律师网)

www.lawyers.org.cn

上海市连续性内部资料准印证(K第272号)

本刊所用图片如未署名的,请作者与本刊编辑部联系

2014 6

目录

总第720期

卷首语 Juanshouyu

01 恪守职业道德 严格依法执业

努力为全面深化改革贡献正能量 / 周院生

本刊关注 Benkanguanzhu

聚 焦

05 为学日益 厚积薄发

——市律协多措并举持续营造全行业专注学术和专业研究的良好氛围 / 山 俊

07 言为心声 由感而发

——第一届上海律师学术大赛获奖律师感言等

10 闻道有先后 术业有专攻

——第一届上海律师学术大赛获奖名单产生

区县专辑 松江篇

13 把准方向 聚焦重点 科学发展

——努力建设一支高素质的松江律师队伍 / 张益弟

14 助力 塑形 服务 凝聚

——松江区司法局着力抓好青年律师的队伍建设
/ 松江区司法局

16 磊落天成

——上海磊天律师事务所的实践与创新 / 张 磊

17 社区公益法律“精准”服务大有可为

——记上海市志致远律师事务所与松江区中山街道
司法所法律服务结对共建合作5年发展历程 / 陈海兵

区县传真

19 加强律师队伍自律 发挥律所“正能量” / 杨浦区律工委



《水鸟》 摄影:包成隆 律师



法律志愿服务窗口 合作共建推进会 暨志愿者聘任仪式

2014. 6. 17



6月17日,市二中院举行“法律志愿者服务窗口合作共建推进会暨志愿者聘任仪式”,市律协与市二中院、华东政法大学共同签订了合作协议。此次共49名来自各个领域的专业人士受聘为法律志愿者,其中有20名是上海律师。

人物 优秀青年律师

21 据我所知 / 马 赛

律所建设

24 陶武平和他的申込战友

——回眸上海市申込律师事务所建所20载
/ 董月英

法律咖吧

30 议议失职父母监护权的“剥夺”

/ 计俊俊 朱 妙 王 娜 徐 斌 周 忆

法眼法语 FAYANFAYU

香港大律师之窗

37 竞争法模拟运作范例:活鸡定价 / 高东利
案例精析

39 是“正当索佣”还是“职务侵占”? / 顾晓静
视角

40 浅议混合所有制经济的退出机制 / 杨维一

律师实务 LUSHISHIWU

43 中国混合所有制经济(企业)发展模式初探
/ 葛文昱

46 以资源论分析国家死刑权力来源兼谈盗窃罪的死刑设立 / 吴 海

50 关于混合所有制企业内部法律纠纷的民事
诉讼主体探析 / 曹世伟

53 浅谈 CEPA 争端解决机制在国际社会下的
完善 / 叶金荣 潘 璐

56 试论中国职务发明规定的趋势和预期效果 / 王 芳

人文万象 Renwenwanxiang

他山之石

58 德国展会知识产权保护的“矛”与“盾”
——德国“临时禁令”和“保护函”制度简介 / 乔文豹
随 笔

60 阅读的力量 ——再读《傅雷家书》/ 陆 建
乐 Life

61 童真乐趣 亲子无间 ——记锦天城 Baby Club
(锦天城亲子会)庆“六一”亲子活动 / 王清华

63 业内资讯

新法速读

64 上海市第一中级人民法院发布《涉中国(上海)自由贸易试验区案件审判指引》等2则

封三 新法速递

《律师业务资料》目录 2014年第5期



两项“首创”吹响 关注律师专业功底的“集结号”

随着第一届上海律师学术大赛颁奖典礼成功举行,宣告了本届学术大赛的完美落幕,当天还同时举行了律师学院首辑校本课程教材的首发仪式,标志着“好戏”其实才刚开场。

在这两项“首创”的时间线上,亮点斐然、精彩纷呈。从策划的精心布局、奖项设置的匠心独运、遴选的公开透明到最后收官的大成若缺,无不有着市律协为律师着想、为行业助力的身影。

本次学术大赛是市律协九届理事会为上海律师展现其执业素养和品位而搭建的一个平台,嘹亮地吹响了整个社会关注律师专业功底的“集结号”。纵观参赛作品,一部部佳作,更像是一场浩大的“巡礼”,力图全景式地展现上海律师的专业素养和职业风采。律师们带着从实务中的发现和思考,从“千简万牍”的文献中汲取营养,然后发掘、创作,通过大赛将作品送呈专家学者们评审,集中反映了广大律师“朝随露,夜伴霜”的治学精神。

在对本次学术大赛总结时,我们将慢慢回放、细细体味,因为一种精神、一种责任、一种使命正在传承。



聚焦 ●文/山俊

为学日益 厚积薄发

——市律协多措并举持续营造全行业专注学术和专业研究的良好氛围

从哪里来?到哪里去?我们要做什么?怎么做才能更好?这些都是可以无限拔升的终极命题。倒影在“其酒尚温”的学术大赛身上,同样留下了这些困惑:“学术大赛从何而来?”、“要如何才能办好学术大赛?”、“学术大赛将如何延续?”,通过回答这些问号,我们将还原一个热乎而真实的学术大赛。

学术大赛从何而来?

6月20日,首届上海律师学术大赛颁奖仪式暨上海市律师协会律师学院首辑校本课程教材首发仪式隆重举行,获奖律师、律师学院首辑校本课程教材的编委成员齐聚一堂,共同见证历时一年零十个月的首届上海律师学术大赛圆满落幕。

活动酝酿之初,不少人有这样的疑问:律师职业更注重实践,属于应用型法律人才,市律协为何要举办学术大赛。论及此处,我们当从当今的时代背景谈起。

上海一直立志于打造金融、航运业的世界中心地位,前途一片开阔。但是,法律行业同样要面临“千帆竞渡”的全球化竞争局面,而法律专业研究成果亦是一日千里。“工匠型”律师的单一化的依附将面临着很大的考验,要避免“入宝山而空回”的被动局面,律师唯有以严谨的专业研究来促进业务实践,而且也只有“静水流深”的学术沉淀中提升自身执业素养和品位,才能更从容、更体面地登上这个崭新的舞台。由此可知,扎根司法实践土壤的专业研究对律师行业发展是休戚相关的。

举办本次学术大赛,其象征意义可能要大于其实际意义。当谈到举办此次大赛的初衷,市律协会长、大赛组委会主任盛雷鸣认为,扎实的法学理论功底和丰富的法律实践经验,是成为一名优秀律师不可或缺的两个条

件。“我们必须看到,现在律师行业存在着重操作、轻研究的现象。律师并非单纯的法律操作工,出色的法律实践工作必须要有深厚专业功底的支撑,扎根于司法实践的专业研究对法律实践有着积极的推动作用。”市律协希望通过举办学术大赛,激起律师关注学术研究的热情,引导上海律师执业观念和方式由传统向现代的转型,倡导广大上海律师自觉抵制重人情、轻规则,重关系、轻专业,重操作、轻研究的不良现象,鼓励执业律师在紧张、繁杂的工作之余“清热去火”、多总结、多思考,要避免浅尝辄止,而应该“青灯黄卷”下苦功夫。在极深研几的积累之中沉淀,为学日益、厚积薄发,不断提升自己的理论和实践水平,打造坚实的法律功底。

从本次学术大赛的报名情况和参赛的作品质量来看可谓“百花齐放、异彩纷呈”,此等以“学”促“术”的举措当属恰逢其时的明智之举,学术大赛对律师不断提升理论和实践水平的推动与催化作用必将蔚为可观。

如何办好学术大赛?

本次学术大赛的成功举办,是一次在新起点上迈向律师注重专业功底的总动员,它既是一次市律协为律师展现其执业素养和品位的“献礼”,也是一次对上海律师专业素养的“巡礼”,更是一次法学实务界对专业研究界的“敬礼”。

九届理事会的精心“献礼”

第一届上海律师学术大赛是继2011年上海律师辩论赛后上海市律协力推的又一品牌活动,在全国范围也属首创。

大赛组委会在赛事设计上充分考虑律师行业的特

点,在作品要求和参赛项目上均有所区分,要求在注重理论基础和专业知识的同时,更偏重于律师的业务能力和实战经验。比如,大赛的参赛范围严格限定在上海市律师协会会员在执业期间,于近5年内发表/撰写的作品,即在院校学习研究的非执业期间的作品不在参赛范围内。大赛共设立5个单项,除传统的论文类和著作类外,特别设立了体现律师职业特点的辩护词(刑事诉讼类)、代理词(民事诉讼类)、非诉讼法律文书(律师工作报告、法律意见书、尽职调查报告)三个项目。

在评选程序设计上,本次大赛分为了两个阶段,先由各评审小组对各自负责的5个单项进行分组审阅,再由总评审委员会对评审结果进行终评,前后历时四个月有余,共召开了十余次评审会议。评审遵循公开透明和宁缺勿滥的原则,严格把关、细致遴选。“当遇到评委与参赛律师可能存在影响公正评判的情况时,一律采取回避措施,确保了大赛评选的公正与权威。”赛事办公室工作人员介绍道。

律师作品的浩大“巡礼”

本次大赛自2012年5月开始筹备,8月正式启动报名,为鼓励更多律师参与,报名时间长达近一年,面向全市律师广发“英雄帖”。截至报名结束,共收到参评著作57部、论文112篇、律师出具的调研课题报告15份、辩护词(刑事诉讼类)38份、代理词(民事诉讼类)71份、非诉讼法律文书(含律师工作报告、法律意见书、尽职调查报告)28份。

作为大赛总评委的成员之一,上海政法学院终身教授倪正茂在颁奖典礼上表示,面对如此多的佳作,使得评阅过程对他来说亦是一种享受。倪教授这样点评参赛作品:“获奖作品皆有选题新颖、立意深远、逻辑严谨等特点,能以小见大,从实务推演到理论阐述,且极具现实意义。”他还希望上海律师能向更高水平的学术研究领域进军,为中国法治建设做出更大的贡献。

纵观本次学术大赛的参赛作品,一篇篇“翰墨”佳作,它们使得本次大赛更像是一场浩大的“巡礼”,力图向全社会全景式地展现上海律师的专业素养和职业风采。

向理论专家们“敬礼”

评委阵容之强大也是本次大赛的一大亮点。本届赛事的评审委员会组成人员可谓精英荟萃:上海社科院副院长兼法学所所长叶青、市检察院副检察长郑鲁宁、市高院副院长吴偕林、上海交大凯原法学院院长季卫东、上海财大法学院院长郑少华、上海政法学院终身教授倪正茂等沪上知名法学专家、名校学者和律师界的领军人

物应邀担任总评审委员会。市高院、市检察院以及上海社科院、复旦大学、交通大学、华东政法大学、上海财经大学、上海政法学院等沪上多家法学名校等单位对本次大赛提供了大力支持。

能邀请到这么多沪上的知名专家、学者和律师界的领军人物担任本次大赛的总评审委员,对律师来说是一次极好的学习和交流机会。律师们带着从实务中的发现和思考,从“千简万牍”的文献中汲取营养,并将一篇篇出自律师之手的精品佳作送呈专家评阅,也是法学实务界对“皓首穷经”的学界大师的一种“敬礼”,更需要致敬的是学者们“朝随露,夜伴霜”的勤奋治学精神。古人云:文库随身,携书挟卷,行而读之,不亦乐乎。

学术大赛将如何延续?

颁奖典礼当天,市律协还举行了上海市律师协会律师学院首辑校本课程教材的首发仪式。近年来,市律协律师学院开展了培训课程体系化建设,实现“理论与实务对接”的培训理念。首辑校本课程教材共6本,由市律协民事、刑事、行政、劳动法律等相关业务研究委员会牵头起草,法律出版社支持出版,包括由高明律师主编的《刑事诉讼律师实务》、谭芳律师主编的《民事诉讼律师实务》、阮鲁露律师主编的《行政诉讼律师实务》、陆胤律师主编的《劳动争议律师实务》、孙志祥律师主编的《非讼律师实务》、蒋信伟律师主编的《律师职业操守和执业行为规范》等。据悉,由市律师协会所属的律师学院编写完整体例的培训教材并出版发行,这在全国也属首创。

和学术大赛一样,市律协编写这套首辑校本课程教材,亦是一路精心策划、若网在纲,进行得有条不紊。作为一种主动求变,化被动培训为主动营造,延续着市律协活动策划的优良传统,此举与学术大赛的宗旨契合的严丝合缝。

首届学术大赛和律师学院首辑校本课程教材从筹备到横空出世,时间跨度虽长,但动作密集利索,“水花”很小,但涟漪却很大,这与海派务实的传统密不可分。盛雷鸣会长强调要将学术大赛和律师学院首辑校本课程教材做成“高大上”的精品。要做精品,我们要先将“法律功底”、“理论素养”这些宏大框架放一放,干练、扎实地做实事才是关键。盛雷鸣会长希望,这两项“首创”精品在上海律师协会后几届的理事会工作中能够延续。

其实,市律协从未中断过为营造全行业专注学术和专业研究的氛围所做的努力。为律师着想、为行业助力、务实干练、主动求变,这些精神、责任和使命一直都在延续。两项“首创”身上的一个个问号被拉直成了感叹号,在不久后的将来,市律协将续写辉煌,会有更多的着重号和感叹号,因为,在市律协的字典里永远都不会有句号。●

聚 焦

言为心声 由感而发

——第一届上海律师学术大赛获奖律师感言等

代理词是律师思维的精华 ●文/包更生



包更生:上海皓生律师事务所律师,第一届上海律师学术大赛“代理词类”一等奖获得者

我先给大家讲一个故事:一个礼拜前,我接到律协通知今天将召开颁奖大会,正好我在国外学习的女儿给我致以父亲节的问候。她问我:“爸爸,你给我什么礼物?”我说:“我得了一等奖。”然后我女儿说:“那太好了!几十年以后,我在法院厚重的卷宗里边如果还能翻到这篇代理词的话,我不会因为是你的女儿而感到愧疚。”我感到非常得激动。

我是1964年9月2日出生,在我过第25个生日的时候,也就是1990年9月2日,我获得了律师执业证,在此后的将近25年内,我自己走过了四分之一世纪历程的律师生涯,在这些日子里,我认真地做每一个案件。我所做的主要是海事法院审理的国际物流案件,这些案件比较生僻、苦涩,别人都认为我是一个怪才、偏才。但是,正因为对律师行业的执着,对国际物流行业法律服务的追求,才使得我在这样一个生僻的、也是苦涩的领域中有了我自己

的一席之地,使得我在最为独特的专业领域驰骋。

代理词在欧美法律体系中被称为极其重要的结案陈词。大家都知道,古巴的前主席菲德尔·卡斯特罗在他著名的“历史将证明我无罪”的这一法庭的结案陈词中,为自己创造了一个个性特征,我们律师为什么不能在中国式的结案陈词,即代理词中表现出我们自有的本质特色呢?几十年来,我就本着这样一个理念:“我一定要写好每一篇代理词,一定要撰写好每一篇代理词中哪怕是一个逗号、一个句号,我都要认真地斟酌。总有一天,会有人看到我的代理词中散发出的璀璨之光。”

十八大三中全会更加强调走向法治中国,尊重律师,尊重律师在法庭上的代理词。最近,我们知道,以上海为代表的法律制度的改革、司法审判的改革将会更加尊重律师的发言,更加注重于律师的意见,当然,也会更加注重于律师的代理词。

再接再厉,为城镇化建设做贡献 ●文/王萍



王萍:上海邦信阳中建中汇律师事务所律师,第一届上海律师学术大赛“非诉讼法律文书类”一等奖获得者之一

非常感谢评委老师那么有眼光,将我们这个服务农民项目法律意见书评为一等奖。

吴泾镇征地动迁农民增量物业长效增收机制缘起于历年来吴泾镇征地动迁农民安置补偿累计的矛盾,引发了大规模的集访和封路事件,引起了市、区领导的高度重视。我们作为志愿者,参与项目的设计和策划近一年,法律意见书是前期参与的阶段性成果。但是,法律意见书仅仅是个开始,在项目实质性启动时,我们组成了两名合伙人、1名律师组成的项目现场法律服务工作组,每天在项目现场办公,并由事务所的全体合伙人参与论证项目方案,工作组在现场工作大半年,全过程为项目提供

法律服务。历史累计的问题,我们用现代的方式去解决;农民的问题,我们用农民的思维去策划,获得了吴泾镇广大农民的认可。吴泾镇动迁农民的参与率已达99%,这个项目第一期销售已经超过90%,吴泾项目已经被市领导称为“吴泾模式”,成为可复制、可推广的典型。

我们作为全程参与的律师,一开始从社会效益出发,为化解动迁上访的社会矛盾,为社会稳定参与其中,最终获得了社会效益和经济效益的双丰收,同时也扩充了我们的业务领域和服务模式。

这次的获奖,更加增强了我们为城镇化、城乡

一体化建设服务的信心,我们依托“吴泾模式”的成功经验,已经入驻闵行区九星市场的转型升级改造项目和浦江镇城乡一体化建设的前期论证和课

题研究。城镇化建设是我们“十二五计划”的重要内容,相信我们上海律师会为我们国家城镇化建设做出重要贡献。

专业与跨界,哪种是真相? ●文/徐珊珊

不少同行知道,我的执业领域是海关与国际商事交易,很多场合我也反复强调“专业赢得尊重”,而此次获奖作品却属关于刑事辩护类,对此有朋友问我:怎么跨界了?借此机会,我希望以“专业与跨界,哪种是真相?”为题,与在座的各位分享我的一些心得。

当下,“跨界”现象比比皆是。移动、电信和联通的日子不好过,互搏这么多年,今年才发现,原来腾讯才是竞争对手。苹果跨界做手机,很快打败了诺基亚和摩托罗拉。5月28日,阿里巴巴支付宝对外公布了一项旨在改变公立医院拥挤现状、帮助医院提高运转效率、更加优化资源配置的“未来医院计划”。通过这项计划,患者可以在线上就能完成挂号、候诊、缴费、查看检验报告以及医患互动等环节。

人们感觉,最彻底的竞争是跨界竞争,在这个信息和技术变幻莫测的时代,你不敢跨界,就有人跨过来“打劫”。但我有一个问题,真的跨界了吗?微信、移动上网、便捷支付难道不是即时沟通、互联

网和网上消费的题中之义么?

客户的需求其实从来都是简单而完整地表达,只是我们把它作了切割。此次获奖作品涉及的案例就是这样一起案件,一件商品依据协调制度可能归入不同类别中,客户希望有带来退税的优惠,海关则认为涉嫌构成走私罪。因而律师必须熟悉刑事辩护业务,又必须了解商品归类的国内和国际规则、理论与实务运作、取证方向和技巧,否则便无法为客户提供最有效、最全面的法律服务。因此,或者在传统辩护律师看来,我是“跨界”了,而我自己的感觉在做的是自己的专业工作。

当然,还有一种跨界,是韩寒和陈丹青式的。我觉得,这种跨法大家完全不必紧张。真正需要紧张的是很多潜在对手,我们根本不知道他们在哪里。我们以为其跨界了,其实他们只是在做自己的工作。不了解这种跨界,是我们自己束缚了自己。在传统业务中,必然会出现更多这样的跨界。而我们将发现,我们只是摸到了大象的腿。

沉淀也能成就精彩 ●文/孙昶林

在我们所处的转型过渡时期,律师界的精彩不但需要热闹,还需要沉淀,市律协创办的首届律师学术大赛提倡的正是这种沉淀价值。

2011年,我从锦天城所转到融孚所执业,想为策应“两个中心”而组建不久的融孚所做点事情。我联系了浦东新区航运服务办公室顾晓峰处长,表示可组织律师对其考虑的“如何进一步开放外资准入来推动国际航运中心建设”的想法形成专题研究,并随后撰写了课题研究报告,结果课题被列为“浦东新区推进上海国际航运中心建设重点课题”,苏黎世金融服务集团国际航运与金融研发中心闻讯后决定资助该课题的研究。

我对航运原来并不熟悉,但既然应承下来,只好亲力亲为,融孚所的同事也不吝帮助。课题研究期间,我撰写的《推动吸引国际航运类总部机构在

上海布局的对策建议》和整合的《上海国际航运中心现代航运服务体系之国际服务准入实务途径与推动建议》获得重视,由我在新区航运办、新区人才办、苏黎世金融服务集团、英国皇家特许船舶经纪人协会、伦敦金融城共同举办的2011“国际航运发展恳谈会”上作了中心演讲。本来以为,课题到此结束了,但顾处长“威胁”我,认为水平不够,要求最终报告可供决策参考。最后,经过一二月努力,我被逼迫地按时提交了《上海国际航运中心利用外资建设全球航运资源配置能力研究暨浦东新区扩大航运领域外资与国际组织引入对策研究》成果报告。新区航运办于2011年12月19日特地组织了市、区两级政研部门、商务委、发改委、港交局等相关政府部门的专家评审,专家们没想到体制外的律师撰写的研究报告在视野、资料、语言乃至



徐珊珊:上海市海华永泰律师事务所律师,第一届上海律师学术大赛“辩护词类”一等奖获得者



孙昶林:上海融孚律师事务所律师,第一届上海律师学术大赛“论文和调研报告类”一等奖获得者

实务性上居然令人耳目一新,对报告给予好评。评审会后,我应邀又将成果报告精简为《浦东新区扩大国际航运(海运)领域对外开放对策研究》,作为新区政府部门上报制定国际航运中心“十二五计划”的参考。我很欣喜地看到,这与国务院去年出台的有关上海自贸区的决定中允许外资沿海捎带业务、允许独资船舶管理公司、放宽中外合营航运股比限制、允许中外合作举办经营性教育培训机

构和职业技能培训机构的航运政策与成果报告的相关对策建议类似,而最近出台的自贸区 FT 账户政策更是远远超越了成果报告当初提出的离岸账户建议。

我很高兴能因学术大赛与法律界同仁相互交流分享成果报告的内容,同时我建议律协可组织队伍撰写《上海金融城》一书。

智慧的结晶 愉快的分享

——谈谈参与编写《律师实务初阶培训教程》的体会 ●文/孙志祥

作为从事律师实务二十几年,一直战斗在法律服务前沿的律师,当我接到上海市律师协会律师学院的电话,邀请我作为《律师实务初阶培训教程》的编委,主编一本有关非诉讼律师实务的校本教材的时候,一种被信任,并被委以重任的感受油然而生!我在接到这个电话之后,马上就萌生了要带领我的团队律师一起来编写这本教材的想法。

我们都知道,成功的律师业务,尤其是非诉讼业务,究其本质,其实就是一个团队合作,集大家的智慧于一体,精诚所至、用心经营的法律服务成果。我和我的团队在过去的那么多年里面,一直习惯于细致研究,集体讨论,认真学习,积极思考,力争将我们经手处理的每个项目或案件,做到尽量完美无缺。律师学院确定编辑《律师实务初阶培训教程》这一创举,其实是给了所有从业律师,尤其是刚刚入行新执业的律师一个借鉴现成办案经验和技巧的机会,可以让没有接触过同样业务类型的律师一目了然,立刻上手、少走弯路的绝好学习机会。

律师学院召集我们编委开了好几次编审会,强调此次教材编写的重要性、实用性和紧迫性,我作为主编之一,在了解到此次教材编写的重要性后,立刻将有关精神传达给我的团队律师,也就是我们这本教材的全体编写人员,我们分别就主题的确立,章节内容的确定,每一章节的编写责任人员的确定,着重案例的选编,相关内容涉及法律法规的汇编等等内容,召开了好多次编委会会议。每一次会议,我们都有思想碰撞的火花产生,我们将这么多年以来团队律师一起所经历和办理的各种非诉讼案件以及项目,分门别类加以总结,将我们的办案心得、经验教训以及从业技巧整理出来、写下来,温故而知新,边写边改、边写边学,整个编写的过

程,促使我们大家对以往的工作进行了一个充分的总结,同时将感悟和思考加以细化,克服工作忙、写作时间短、不同律师分头写作和所写内容容易产生不连贯等写作上的不利因素,最终在老前辈倪正茂老师和律师学院领导的亲切关怀以及严格把关的前提下,按时完成了整本教材的编写,也基本做到了最终稿件如出一人之手的完整体例。

非诉讼法律实务工作其实对于每一位执业律师而言,都会碰到并亲身经历,即使对于主要从事诉讼业务的律师来讲,掌握并熟悉非诉讼业务的一些技巧,也会非常受益,可以借助非诉讼法律实务的工作方式,运用于诉讼法律服务之中,从而改变传统诉讼律师重结果不重过程的缺陷,让客户自始至终了解到案件的进展并能够给予积极合理有效的支持。编写这本教材的过程,其实是我们所有编者智慧的一种结晶,也是我们大家愉快分享以往从业经验和教训的一种记载。我作为主编之一,要感谢上海市律师协会,感谢律师学院,让我们有机会参与这个史无前例的律师培训创新之举。同时,也让我个人有机会将作为律师学院授课老师在课堂上分享的从事法律咨询和法律顾问业务这样平凡而普通的心路历程,用书本教材的形式加以细化和深化,从而使得学员能够更有系统地加以学习和借鉴。正如我每次给实习律师授课时都要说的,我们所从事的每一个精彩的律师业务其实都是从用心做好每一件细微小事开始的,参与编写《律师实务初阶培训教程》的经历,也让我们更有信心相信,这个举动本身,必将对上海律师业的发展产生极其深远的影响力,而我们也必将从中受益匪浅。

再次感谢上海市律师协会,感谢律师学院,为我们全体律师做了一件大好的实事!



孙志祥:上海市浦栋律师事务所律师,《律师实务初阶培训教程》编委,《非诉讼律师实务》主编



聚 焦

闻道有先后 术业有专攻

——第一届上海律师学术大赛获奖名单产生

第一届上海律师学术大赛“辩护词类”评审结果

奖 项	作品名称	作者	律师事务所
一等奖 1 名	某公司涉嫌走私普通商品罪一案辩护词	徐珊珊	海华永泰所
二等奖 2 名	周某涉嫌运输毒品罪一案辩护词	赵东升 鲁 琴	融孚所
	代某涉嫌抢劫罪一案辩护词	何海清	湖南人和上海分所
三等奖 3 名	尹某涉嫌职务侵占一案二审辩护词	王 峰	世通所
	张某涉嫌贪污罪、挪用资金罪、职务侵占罪、抽逃出资罪一案辩护词	潘荫森	大成上海分所
	管某涉嫌挪用资金一案辩护词	王思维	博和所

第一届上海律师学术大赛“代理词类”评审结果

奖 项	作品名称	作 者	律师事务所
一等奖 1 名	国际海上货物运输合同保险代位求偿权纠纷一案代理词	包更生	皓生所
二等奖 2 名	上海金萌苏浙汇餐饮有限公司诉上海华泰房产发展有限公司房屋买卖合同纠纷一案最高院再审代理词	江 净 沈 贝	新闵所
	王红艳诉杨某等确认合同无效纠纷一案代理词	贾明军	沪家所
三等奖 3 名	投行部员工诉南方证券破产清算组奖金纠纷一案二审代理词	范宏涛	邦信阳中建中汇所
	英皇公司诉上海优度宽带公司著作权纠纷一案代理词	骆彦劼	大邦所
	安信信托诉昆山纯高等金融借款合同纠纷一案代理词	周吉高 阚 蓉	建领城达所
优秀奖 5 名	张翠芳诉刑毕振离婚纠纷一案代理词	赵 山 延彬彬	鼎力所
	上海 JD 发展总公司诉余某某等其他与公司有关纠纷一案代理词	聂彦萍	海华永泰所
	某新闻报社诉某精品酒业公司名誉权纠纷一案代理词	叶 萍	刘春雷所
	开德阜诉德国洁水管业等公司商标侵权及不正当竞争纠纷一案代理词	马永健	联业所
	盐城中辰与长春建工建设工程施工合同纠纷一案代理词	王雨原	金茂所

第一届上海律师学术大赛“非诉讼法律文书类”评审结果

奖 项	作品名称	作者	律师事务所
一等奖 1 名	关于吴泾镇征地动迁农民“增量物业投资”长效增收机制方案的法律意见书	朱黎庭 王 萍 殷 殷	邦信阳中建中汇所
二等奖 2 名	致萍乡市人民政府《法律意见书》	宋海佳	宋海佳所
	苏州电器科学研究院有限公司之尽职调查报告	裘 索 江小龙	锦天城所
三等奖 3 名	关于隐名股东投资小额贷款公司的法律风险法律意见书	许海霞	远闻所
	关于某有限公司股权转让之法律尽职调查报告	王婉怡	欧申所
	为上海绿新包装材料科技股份有限公司首次公开发行股票并上市出具法律意见书的律师工作报告	吕 琰	融孚所

第一届上海律师学术大赛“论文和调研课题报告类”评审结果

奖 项	作品名称	作者	律师事务所
一等奖 1 名	上海国际航运中心利用外资建设全球航运资源配置能力研究暨浦东新区扩大航运领域外资与国际组织引入对策研究	孙昶林	融孚所
二等奖 2 名	中国医药生物技术协会《生物样本库标准》法律及伦理部分——编制思路及实务要点	姚海嵩	北京盈科上海分所
	大型零售企业收取服务费用的合理性之我见	陈慧颖	通乾所
三等奖 3 名	上海白领女性特需法律服务产品营销模式研究	金 松	百良所
	律师参与信访矛盾化解工作的作用、难点与对策——以上海律师参与信访实践为视角	戚诚伟	德载中怡所
	外省市及国外集体协商立法情况分析	陆敬波	江三角所
优秀奖 20 名	谈谈中国律师如何更好地为跨境投资提供法律服务	朱洪超 曹志龙	联合所
	系统法学理论分析框架下的住房保障立法新理念和新思路	于洪军	江三角所
	如何解决商标价值“反向输送”纷争	马远超	协力所
	论网页快照的转化性使用价值——以 2008 年泛亚诉百度一审判决为视角	詹 毅	大邦所
	论票据质押的生效要件	施天佑	海华永泰所
	试论房屋转租中的法律关系及效果	贺 欣	树声所
	试论买卖合同司法解释第三十六条之非妥当性	韦 剑	孙仁荣所
	建设工程合同纠纷应明确的十个主要法律问题——《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件适用法律问题的解释》实施八年后的再思考	张正勤	东方环发所
	从《婚姻法司法解释（三）》看离婚纠纷中房产分割问题的立法突破和实务操作	高 兴	邦信阳中建中汇所
	论我国浮动抵押制度在实践中的不足与完善	周秋阳	银星所
	证券市场临时报告制度探讨	郑舜卿	钱翔樑所
	建设工程施工合同发包人对实际施工人的抗辩权	林桂英	建纬所
	法律寻找设证推理探析	邓 哲	中茂所
	论我国公司捐赠制度中的若干法律问题	刘 卫	普盛所
	红筹结构的设立和回归过程中的家事因素影响分析	蓝 艳	沪家所
	离婚对上市公司与股东的影响	贾明军	沪家所
	文学作品委托创作中的法律问题研究——兼评“起点中文网诉梦入神机案”判决	商建刚	大成上海分所
	虚假民事诉讼对策纵论	周 荆	金茂所
	建立中小企业公示治理标准 走出贷款难困境	洪 亮	光大所
	《上海市社会体育保障条例》立法调研报告集	阮露鲁等	阮露鲁所

第一届上海律师学术大赛“著作类”评审结果

奖项	作品名称	作者	律师事务所
一等奖 1 名	国际统一私法总论	徐国建	邦信阳中建中汇所
二等奖 2 名	碳金融——法律理论与实践	朱伟国	捷华所
	冲突与平衡:土地征收中的权力与权利	叶 芳	锦天城所
三等奖 3 名	资本市场律师实务	李志强	金茂凯德所
	国际货运代理业务中的法律风险	张嘉生	四维乐马所
	经营者集中反垄断审查的裁决程序	潘志成	汇业所
优秀奖 10 名	中国期货法律实务	曲 峰	北京大成上海分所
	BT 项目法律风险防范与实战方略	周兰萍	协力所
	融资租赁在美国:识别与借鉴	孙 瑜	凯正所
	建设工程专项法律实务	周吉高	建领城达所
	中国信用卡产业研究与犯罪规制	李 睿	北京隆安上海分所
	私募股权基金法律实务大全	赵东升	融孚所
	国际投资法中的根本安全利益例外条款研究	李小霞	金马所
	企业招聘管理法律实务	陆敬波	江三角所
	医疗赔偿诉讼操作指南	卢意光	联合所
	疑难案件诉讼历程	邬华良	李国机所

信息

第六届“律动·风采”——“华夏汇鸿”杯龙舟邀请赛隆重举行

6月29日上午,第六届“律动·风采”运动嘉年华“华夏汇鸿”杯龙舟邀请赛在东方绿舟水上运动中心隆重举行,来自黄浦、长宁、静安、普陀、徐汇、闵行、浦东新区、杨浦、虹口、奉贤等10个区县的律师代表队以及贝克麦坚时、美迈斯等2家外资律师事务所特邀会员队共12支队伍参加比赛。

上海市律师协会会长盛雷鸣,副会长陈乃蔚、周天平,全国律师协会常务理事朱洪超以及各区县司法局领导、律工委负责人应邀出席比赛。各区县参赛选手、嘉宾、啦啦队员等500余人观看了比赛,是历届参赛人数最多、规范最大的一届比赛。本届龙舟赛的主题为:“以法律人、以体育人”;赛事宗旨是“融入、创新、发展、责任”。

黄浦区司法局党委书记张伟舫和黄浦区律工委主任王嵘分别代表主办方致欢迎词,上海市律师协会会长盛雷鸣致辞并宣布比赛开幕。12支参赛队伍在比赛中齐心协力、奋力拼搏,经过预赛和决赛两轮的激烈角逐,最终徐汇区代表



队夺得了本次比赛的冠军;长宁区代表队、普陀区代表队分获亚军、季军;浦东新区代表队、黄浦区代表队、静安区代表队名列第四名至第六名;其他各队均获得比赛的优胜奖。黄浦区律师工作委员会荣获本次比赛的“特别贡献奖”。

一年一度的“律动·风采”运动嘉年华龙舟赛已经成为上海律师交流和沟通的重要平台,龙舟比赛充分展现了律师团队积极向上、拼搏进取的良好精神风貌。

区县专辑 松江篇

●文/张益弟

把准方向 聚焦重点 科学发展

——努力建设一支高素质的松江律师队伍

近年来,在松江区委、区政府的领导下,松江律师立足行业和地区实际,不断整合法律服务资源、拓展法律服务领域、提升法律服务质量,在为松江经济社会发展提供优质、高效、便捷的法律服务过程中践行自身的价值。

一、在快速增长中确保队伍发展方向

一是强化党建引领。通过选优配强支部书记,选用律师事务所负责人或合伙人兼任党支部书记,确保律师事务所的政治建设和组织决策地位。通过推荐优秀律师党员参选党代会代表、人大代表和政协委员,不断提升律师的政治地位,增强行业影响力。

二是优化行政监管。加强事前教育和严格事中、事后监管。开展社会主义法律工作者属性教育、执业纪律警示教育、政法干警核心价值观教育。坚持新成立律所、新执业律师谈话制度和投诉违规现象律师事务所负责人和当事律师约谈制度。

三是搭建发展平台。由松江区委、区政府转发《松江区关于进一步发挥律师在法治政府、法治社会建设中重要作用的实施意见》,为律师参与社会管理创新、社会矛盾化解提供了重要的机制保障。

二、在深化法律服务中践行律师社会责任

一是积极参与社会矛盾化解。全区 15 家律师事务所及 180 多名律师与 15 个司法所和 272 个村(居)开展“双结对”工作,实现了法律服务的全区覆盖。律师通过参与矛盾调解、开展法制宣传和法律咨询为基层调解工作提供专业的法律支持和可行的调解方案,大大提高了调解工作的效率和质量,成为基层矛盾化解的一支重要力量。

二是积极参与法律援助工作。法律援助彰显社会公平正义,更是律师社会责任体现。松江律师从 2009 年组建法律援助骨干律师志愿团以来,共办理法律援助案件 4000 多件,并常年为弱势群体和生活困难群众提供免费咨询,代理诉讼案件,开展非诉讼调解,受到了社会广泛好评。

三是积极参与公益法律服务。为呼应人民群众对法律服务更高的需求和期盼,松江律师先后成立了青少年、残疾人、老年人、刑事被告人、消费者等为对象的一系列法律服务志愿团。2011 年开始,又在区行政服务中

心开设律师服务窗口,为市民提供免费法律咨询,年接待量达 1.2 万多人次。律师们优质的法律服务不仅惠及市民,也有效遏制了公民违规代理现象,受到了市民群众的欢迎和好评。

三、在参与社会治理中推进法治城区建设

一是服务政府决策。自实施政府法律顾问团工作制度以来,松江律师始终作为一支专业力量,以政府法律顾问团的形式服务法治政府建设。在为区政府领导决策服务、重大工程建设提供法律咨询意见等方面做了大量卓有成效的工作,为推动政府工作的民主化、科学化、法制化起到了不可替代的作用。

二是积极参政议政。律师具有深厚的法学理论功底和丰富的法律实践经验,参政议政具有明显的优势。近年来,松江区政协委员、人大代表中的律师委员、代表参政议政意识不断增强,相继提出了“大力扶植和发展松江法律服务行业助推本区十二五规划实现”等高质量提案,并在区政协办理的其他议案中提供了专业的法律支持。

三是参与重大突发事件处置。松江律师驻区信访办法律服务志愿团组建 10 余年来,35 名资深律师无偿参与每周四区领导信访办接待日工作,为信访工作提供周到细致的法律服务保障。先后参与处置了上海沪江铁合金厂职工集访、9 号线商铺合同纠纷、九龙九碧公司群体性劳动争议等若干群体性信访事件,取得了良好的社会效果。

松江律师行业发展速度虽然比较快,但律师事务所规模、律师队伍结构、律师业务领域等还有待优化。十八届三中全会对推进法治中国建设、深化司法体制改革作出了全面部署,对律师工作也提出了新的更高要求。松江律师一定要抓住机遇,认真学习贯彻习近平总书记对司法行政工作重要指示精神,切实增强责任感、使命感,为松江经济社会的和谐稳定、转型发展提供有力的法律服务。●



张益弟:松江区委常委、区委政法委书记

区县专辑 松江篇 ●文 / 松江区司法局

助力 塑形 服务 凝聚

——松江区司法局着力抓好青年律师的队伍建设



盛雷鸣会长为松江区第二届优秀青年律师颁证

青年律师是律师队伍的未来。培养一支政治坚定、精通法律、维护正义、恪守诚信的青年律师队伍，关系到松江区律师事业的健康发展，也关系到全区法治城区建设的进程。近年来，青年律师逐渐成为本区律师行业的主力。在全区 33 家律所中 40 岁以下执业青年律师达到 159 人，占执业律师总人数的 64%。松江区司法局党委始终将青年律师队伍建设作为推进松江律师行业健康发展的重中之重，把青年律师培养作为一项战略任务，建立健全培养体系，采取有效措施，大力扶持和帮助青年律师，切实提高青年律师业务素质 and 职业道德水平，为青年律师成长创造有利条件，促进律师行业又好又快发展。

一、完善制度保障，助青年律师迈步成长

青年律师在执业初期往往面临着“案源开拓难、客户资源少、职业规划模糊、办案经验缺乏”等一系列问题。如不加以引导，在“生存”的压力下，容易“剑走偏锋”。为保障青年律师的健康成长，区司法局党委建立了多项制度。

一是督促各律师事务所制定薪酬福利保障制度和成长激励制度。通过“青年律师工作专项检查”、律所年检等措施，确保青年律师薪资和社会保险缴纳等有保障。

二是完善青年律师带教制度。要求各律所建立内部“传、帮、带”制度和案例研讨制度。通过资深律师带教新执业律师，定期开展案例讨论和经验交流，促进青年律师扎实掌握实务操作技能。目前，松江区 10 人以上规模的律所都建立了学习研讨制度。诚至信所的“老青带教”及

小城所“青年律师案源保障”都形成了一定的特色。

三是落实青年律师执业培训制度。定期邀请法学院教授、资深律师前来授课，举办系列青年律师论坛，为青年律师提升理论和业务水平、开阔眼见。今年 5 月，区司法局举办了“启航人生·律动未来”青年律师成长论坛，论坛通过本区中青年律所主任的经验交流，增强青年律师的执业自信，受到了青年律师们的一致欢迎。

四是建立执业风险警示教育制度。定期讲授青年律师在服务收费、律师见证、双方代理、律师代理债务清理等方面应有的风险意识和控制措施，提醒青年律师正确看待眼前利益与长远利益，社会效益与经济效益，在职业起步阶段“扣好第一粒扣子”。

二、展示有为形象，塑青年律师精神风貌

近年来，区司法局积极鼓励和引导青年律师参与社会治理和基层民主法治建设，弘扬法治精神，为政府分忧、为信访分流、为群众解难，展现本区青年律师队伍的良好素质和风貌。

一是组建各类法律服务志愿者队伍，相继建立了青年律师骨干法律援助志愿团、驻行政中心法律服务志愿团、驻看守所刑事法律援助志愿团和消费维权律师志愿团。各青年法律服务志愿团体以专业的水准、良好的行风、优质的服务赢得了受助市民和窗口单位的一致好评，有效维护了社会弱势群体的合法权益，弘扬了社会公平正义，涌现出一批助残扶弱的优秀青年律师，杨永伟、张艳玲、李勇等青年律师先后被评为区助残先进个人。去年，“12348”法律咨询专线青年律师志愿小组被团区委评



举行松江区第二届优秀青年律师评选活动



举办“启航人生·律动未来”松江青年律师成长论坛

为“松江区优秀青年志愿者服务集体”。上海小城律师事务所所在社会公益法律服务领域内的探索和努力,被团区委评委“2012年度松江区‘五四’青年奖章集体”。

二是组织青年律师参与区司法局“组团式联系服务群众”活动和“双结对”工作。青年律师们深入农村、社区、家庭提供公益法律服务,积极参与各类矛盾纠纷的调处,面对潜在“案源”,青年律师均以大局为重,将化解矛盾、定分止争为己任,发挥律师的社会价值。“无心插柳柳成荫”,不少青年律师在帮助解决居民法律问题的同时,逐渐得到了居民的信任,树立了个人“品牌”,成了社区的“法律顾问”,也解决了困扰青年律师的“资源和人脉”问题。如致远所张艳玲律师在与蓝天社区的结对过程中就结出了成果,成立了全区第一个律师参与的调解工作室——“王美华、张艳玲调解工作室”。

三、搭建服务平台,现青年律师法治情怀

青年律师处在事业的探索期,但只有树立至高至远的理想,铭记历史赋予的使命,才可能成长为优秀的律师。区司法局党委通过完善青年律师交流提高机制;培育、树选优秀青年律师,创造创先争优良好氛围;拓展交流渠道,拓宽青年律师视野等措施来激发青年律师“经国纬政、法泽天下”的法治情怀。

一是组织青年律师相互交流,探讨业务经验、法治热点辩论等,加强青年律师间的沟通和合作。联合区人民检察院举办了青年检察官、青年律师辩论赛;先后组织青年律师团队参加市司法行政系统青年辩论赛、上海律师辩论大赛;先后举办了《反垄断法》专场、新《民事诉讼法》专场、公益诉讼项目立项专场、十八大学习专场等一系列论坛,大大增进了青年律师之间的交流合作。

二是完善成才激励机制,挖掘、树立一批思想素质高、业务能力强、群众基础好的优秀青年律师,充分调动青年律师成长成才的积极性。全力向区青年人才库和区工、青、妇等群团组织推荐优秀青年律师;挑选优秀青年律师参加上海市优秀志愿者、上海市优秀青年律师、松江区十佳青年等评选活动。自2009年以来,联合团区委、区律工委连续举办两届“松江优秀青年律师”评选

活动,相继选树了薛敏、吴辰、李骏、夏斌、潘峰等一批松江青年律师的优秀典型。今年4月,申有所主任李骏律师获得第五届“上海市优秀青年律师”提名奖。

四、开展凝心工程,聚青年律师价值共识

落实好激励、关怀、帮扶机制,切实解决青年律师面临的实际困难和问题,进一步增强律师行业党组织的凝聚力和感召力,进一步增强青年律师对组织和事业的认同感和归属感。

在组织培养上,大力做好在优秀青年律师中发展党员的工作,有计划地吸收青年骨干律师入党,将诚信执业、热心公益、追求上进的优秀青年吸纳为入党积极分子。在总体控制党员发展的背景下,按一定比例发展青年律师入党,为党员律师队伍输送新鲜血液;关心青年律师党员的政治进步,将业务精湛、组织能力强的青年党员培养成支部书记接班人、推荐为律所合伙人、举荐到区青年企业家协会及区青年联合会,为优秀青年律师党员交流学习和参政议政创造条件。

在文化凝聚上,区司法局党委通过开展形式多样、健康向上文化娱乐活动,增强青年律师队伍的活力。每年组织开展“卡拉OK”比赛、扑克牌比赛、羽毛球比赛、知识竞赛、征文和“七一”纪念活动等。通过创办以青年律师的散文随笔、案例分析、法律观点作为刊物的主要内容的《松江律师》,为青年律师们搭建了一个展示文化底蕴和业务功底的平台,更为他们创造了一个向外界展示自我的宣传平台。

在生活关怀上,区司法局党委及工、青、妇等群团组织均将“体制外”的青年律师给予了“体制内”的同样关怀。个别青年律师执业初期,业务收入少,区司法局党委每年留出一定比例的助困金额鼓励他们渡过难关;每逢青年律师生日或患病,区司法局工会总会及时送上祝福和慰问;对青年女律师来说,区司法局妇委会举办的健康生活讲座、时装礼仪讲座、厨艺比赛等总有一款是她们的“菜”;每年的“五四”青年节活动和离团仪式总会让青年律师们感到团组织的关怀,让不少来松江执业的青年律师感叹:“到松江,又找到了归属感”。●(执笔:卫晓东)



青年律师积极开展法制宣传活动



举办松江区第一届青年检察官、青年律师辩论赛



磊天所开展每周一次的学术讨论

区县专辑 松江篇 ●文/张磊

磊落天成

——上海磊天律师事务所的实践与创新

2014年,正是上海磊天律师事务所(以下简称磊天所)创立的第十年,经过十年的发展,磊天所的律师人数从十年前的4人到如今的40人,从个人品牌律所成长为郊区领先的综合律师事务所,在磊天所成长的过程中,摸索了一套郊区律所管理模式与团队化服务模式,获得了社会各界的一致好评。

一、磊天所的管理模式——郊区律所的实践创新

“受人之托,忠人之事”是磊天所的品牌文化、执业理念和价值观,是磊天所的灵魂所在。在这一价值观的基础上,磊天所创建了客户服务部,树立客户至上的观念,与客户及时沟通,对客户的建议或者投诉及时回复,并认真征求客户的反馈意见。在律师事务所和客户之间建立了稳固、长期、良性的互动关系。

磊天所出资主办的《磊天律师事务所法律期刊》已经坚持了五年,期刊的内容贴近企业实际,设有“律师事务所动态”、“最新法律法规”、“案例评析”等栏目,期刊面向大众,今年已经向顾问单位免费邮寄4000余份,为减少民营企业的经营风险,促进松江区经济健康发展起到了应有的作用。

古人云:“三人行,必有我师。”每个执业律师都有着自已最擅长的业务领域。因此,磊天所联合华东政法

大学每周举办一次案例研讨会和业务学习会,鼓励全所律师及华政教授共同参与。通过加强律师之间的沟通和交流,互相学习,不仅增加了执业律师的执业水平和业务能力,还为磊天所培养出了几位演讲能力优异的讲师律师。

同时,磊天所改变律师行业传统的“律师带徒弟”的模式,创新为“3+1”的带教模式,即新律师在实习期分别在本所的“三个部门”学习,由部门负责人带教和考核,最后由一名资深律师带教,让实习律师在有限的一年实习期里接受各个方面的培训和锻炼,保证本所律师后备队伍的高素质、高质量。

服务模式上,磊天所打破郊区小律所合伙人多为凑合型,各自为营、单兵作战的模式,定位于“企业法律安全卫士”,专注企业风控管理,建立了多支业务专精型团队,为客户提供全方位、综合性的法律服务。

二、磊天所的互联网法律服务

磊天所认为,传统律师服务受地域、时间影响大,不能及时为客户提供优质的法律服务。因此,在2013年,磊天所召开合伙人会议通过决议,开设新浪官方微博,每日发布各类案例解读并提供优质的在线法律咨询,获得较好的社会反响。2013年底,微博关注粉丝超过12000人,成为沪上较有影响力的法律类官方微博。

区县专辑 松江篇

●文/陈海兵

社区公益法律
“精准”服务大有可为——记上海市志致远律师事务所与松江区中山街道司法所
法律服务结对共建合作5年发展历程

除了通过网络向社会公众普及法律知识以外,还有多名律师自己投资开办了门户网站。据不完全统计,2013年磊天所律师在网络上共解答网民的具体涉法问题2400人次。真正做到了充分利用网络,面向社会公众普及法律常识、解答法律咨询、释疑解惑、排忧解难。

2014年,磊天所结合自身“企业法律安全卫士”的定位,推出在线法律服务类微信公众号“磊天法律服务平台”与企业风控讲堂微信订阅号“磊天法苑”,为企业用户提供专业文书下载、合同审核、法律咨询、法律培训、法律顾问等各类在线法律服务,为松江律师事务所首创。

三、磊天所的公益活动

磊天所在发展的同时不忘社会责任。磊天所于发展早期就关注并开展了许多公益项目,于2008年成立了磊天公益委员会,逐步构建内部公益事业体系,组织领导及推进公益活动,并于2011年初在开展公益活动的基础上,联合华东政法大学发起成立了“磊天助学金”,每年帮助数十名家庭困难的学子完成学业。

公益事业中的社会责任感,是磊天公益委员会的践行理念。自2010年起,磊天所联合松江区商业联合会每年为松江市民举行各类公益咨询,累计咨询量超过1000人次。

自2012年起,磊天所与泗泾镇18个村(居)建立了“一对一”结对法律服务关系,还组建了多名律师组成的泗泾工作站,坚持在泗泾司法窗口值班,为当地的广大群众提供义务免费的法律咨询和法律服务,受到了当地老百姓的欢迎,取得了良好的社会效果。

磊天所的第一个十年即将过去,通过不断地探索,磊天人找到了一条郊区律所的生存和发展之道。在秉承“受人之托,忠人之事”的服务理念下,磊天所立志成为华东地区领先的综合律师事务所,更好地服务社会、回馈社会。●

上海市志致远律师事务所(以下简称志致远律所)为松江区多个乡镇街道开展公益法律服务工作已有多年时间,与中山街道的结对共建合作尤为紧密、时间也最为长久。

2009年志致远律所与松江区中山街道司法所展开法律服务结对共建合作(即“双结对工作”),至今已有5年,街道社区内形成了良好的法律氛围,社区居民依法办事的意识不断增强,各类纠纷的调处、调解成效显著。同时,也为志致远律所的年轻律师提供了了解社情、丰富实践经验的机会,树立了志致远律所服务群众、热心公益的良好社会形象,中山街道司法所与志致远律所真正实现了合作共赢。在“双结对工作”的实践过程中,志致远律所在取得成绩的同时总结经验发现,公益法律需要“精准”服务,长期规范运营会取得意想不到的效果。

一、提高思想认识,依法促进建设法治松江

当前,在全面落实“十八大”精神实质的基础上,松江正在着力推动“平安松江、法治松江”的建设。这是以人为本、让群众受益的民心工程,也是不断提高公民法律意识、法律素养的工程。作为松江区较大规模的法律服务机构——志致远律所一直以来积极响应区司法局的号召,认真落实区司法部署的“双结对”公益法律服务工作,发挥律师事务

所、律师作为“第三方人员”在人民调解工作中的作用,为构建“平安松江、法治松江”作出贡献。

自2009年志致远律所与松江区中山街道司法所展开“双结对工作”以来,在律所主任杨雪明律师的带领下,志致远律所全所出动,以两人一小组的工作模式对接中山街道辖属的16个居委会。5年来,全所律师根据社区居民的实际需求“精准”服务,为社区居民及调委会工作人员开展社区法律讲座几十次,多次联合司法所“设摊”进行法制宣传,争做“乐此不疲的法制宣传志愿者”。同时,针对社区居民个人碰到的法律纠纷、法律困惑,全所律师以“一对一、点对点”的灵活形式进行答疑解惑,至今已为社区居民“咨询、调解”数百次。在长期的法律服务过程中,所里多位律师得到了社区居民的赞扬肯定。蓝天一村的居委会邀请张艳玲律师与他们一起成立了“王美华、张艳玲调解工作室”,为蓝天一村的居民答疑解惑、定分止争。

二、号准穴位,公益法律须“精准”服务

回顾5年的“双结对工作”历程,中山街道司法所与志致远律所均感叹当初“号准”了社区居民法律需求的“穴位”,开了一个好头,才有了如今各方都满意的局面。

“社区居民会碰到什么问题,需要哪些法律服务,接受何种方式的法律帮



律师参加妇女维权周活动解答妇女的法律困惑



律师于“3·5”学雷锋日在方塔公园为市民提供法律服务



志致远所进社区开展法律咨询活动

助,怎么开展,如何持续……”在“双结对工作”筹建期间,一系列的问题实实在在地摆在双方的面前。好在司法所领导与所主任杨雪明律师均有着大量服务社区居民的经验,同时秉承着“实实在在为居民提供法律服务、解决实际问题”的共识,经过多次“头脑风暴”,大家号准了社区居民法律需求的“穴位”。

这“穴位”有两个:一是要通过“法律讲座”、“设摊”进行法制宣传等常规途径来进行普法,让更多的人知道法律知识,进而通过法律手段来维护自己的利益;二是要以“一对一、点对点”的灵活方式,来解决居民个案法律难题,从而做到“从面到点”的全方位服务。

——“双结对工作”开展5年之后,不少律师仍感叹,设摊、法律讲座可不是个简单的事儿。何俊勇律师直接以“失败”二字来评价自己的第一次法律讲座:“当初讲《老年人权益保护法》,来听的都是老年人。会上,老人们随意讲话的声音比我的还大,还有人在现场打瞌睡。”这场面深深地刺痛了何律师:“内容枯燥、讲话不够精彩,谁会听呢?”

有了这次教训,何律师在之后对每一次讲座都做了充分的事前准备,制作了精美的PPT。“一次讲座至少得让听众知道碰到此类问题后解决办法或方向,让他们形成‘遇难题、问律师’、而不是‘听着睡,醒了走’。”何律师就这样一步一步成功地把社区居民每听完一次讲座就围上来咨询问题。

何律师的经历也对所里其他律师有所启发。每一次法律讲座,从讲座的选题到准备讲座,所里每一位律师都会像对待大案子一样精心准备、认真备课。讲座选题的新颖性、贴近性每每都获得了听众的称赞。例如,李勇律师针对近两年多发的街头老年人被诈骗,以如何防止街头诈骗为主题举办了主题讲座,得到了小区居民的一致好评。

——相比面向大众的设摊解答法律问题、举办法律讲座等有固定的场次,而“一对一”的个案法律咨询则是24小时服务。虽然平时工作比较繁忙,但当接到居委会的求助电话时,律师们还是会尽量在第一时间赶到,

尽快解答疑问,化解疑难。

一次,张艳玲律师接到蓝天居委会的求助电话,当即驾车前往。据了解,这是一起因老年人赡养问题而产生的家庭纠纷。老人膝下共有子女6人,对于赡养老人的义务都愿意履行,但由于各家的经济条件不同,就如何赡养,老人生活、治病等产生的各项费用如何分担等问题产生了矛盾。张艳玲律师动之以情、晓之以理,根据各家的实际情况,为当事人先后提供了3项解决方案,最后兄妹、子侄几人达成了共识,一家人握手言欢,和好如初。张艳玲律师还帮助居委会的工作人员当场制作了和解协议,为老人今后的生活提供了保障,也为此次调解画上了圆满的句号。

三、规范运作,公益法律有意想不到的效果

经过多年专业、有效的法律服务后,社区居民们不仅盼着律师们前来给他们办讲座,遇到问题打电话咨询,还义务地将律师们介绍给他们周边的熟人,为律师们做起了免费的广告。可居民却不这么认为:“对你们律师来说,只是多了一个案子来源而已;对于碰到问题的我们来说,则是解决了心头之患,这才是大事情。”

一向在法律咨询中指点迷津、尽情帮忙的何俊勇律师,凭着这一特质引来了多家物业公司法律顾问的聘用合同:“我根本不知道她是谁,她问了我有关《劳动合同法》的7、8个问题后,就拍板决定聘请我们所担任其物业公司的法律顾问。”这个“她”就是一物业公司的韩书记。

像这样的故事,在所里还有很多很多。经常接到客户打来表扬律师电话的所主任杨雪明律师常以此告诫所里的年轻律师,社区公益法律服务能解决年轻律师的两大难题:一能解决年轻律师的案源问题,二给年轻律师一个尽到律师社会责任的途径。“所里与中山街道司法所的‘双结对工作’持续了5年之久,表明只要找准社区公益法律服务的穴位,持之以恒地做下去,这个服务领域是可以大有作为的。”●

(作者单位:上海市志致远律师事务所)

区县传真

●文/杨浦区律工委

加强律师队伍自律 发挥律所“正能量”

杨浦区现有律师事务所 88 家,比 2013 年新增 5 家;执业律师 726 人,其中专职律师 689 人、兼职律师 37 人、公职律师 3 人;律师中中共党员 240 人、民主党派 62 人;律师担任市、区人大代表和政协委员 8 人。

四维乐马律师事务所被司法部律师行业创先争优活动领导小组授予 2011 年律师行业创先争优活动示范点;唐一平律师和常国旗律师被评为 2011 年律师行业创先争优活动党员律师标兵。厉明、黄绮律师曾分别荣获第一届、第二届“东方大律师”称号;尚伟律师事务所黄琦律师获全国总工会 2013 年全国巾帼标兵;华荣律师事务所吴益民律师获司法部通报表扬。《发挥律师专业优势,参与社会矛盾化解》一文获得杨浦区社会组织促进会社会组织研讨征文二等奖;杨浦区设立公信房屋征收法律服务中心被选为第四届(2012 年度)上海依法治理优秀案例奖。在杨浦区司法局的指导下,区律工委主要开展了以下工作:

一、突出重点,有序开展区律工委工作

(一) 开展专题调研活动

2013 年开展了“律师代理民事行政申请监督工作的调研”,与区检察院签署了《杨浦区司法局、上海市律师协会杨浦区工作委员会与杨浦区人民检察院开展律师代理民事行政申请监督工作联系制度》。深化了律师代理民事行政申请监督工作,提升民事行政监督工作影响。建立了有效联动机制,加强了各律师事务所与区检察院的合作。还开展了“建立和打造杨浦知识产权法律服务高地的工作调研”、“发挥律师专业优势,参与社会矛盾化解的工作调研”。通过调研,突出了全年各阶段的工作重点,有序指导各项工作的顺利开展。

(二) 邀请专家,举办专题律师业务讲座

为了服务于上海国际航运中心建设,增强和提高杨浦律师对物流等航运中心建设相关业务的理论与实践知识。杨浦区律工委专门邀请了市律协现代物流业务研

究委员会主任张嘉生律师、第二工业大学周艳军副教授等举办讲座,专家们以现代物流的基本理论为起点,从现代物流的定义扩展至现代世界物流理论和行业的发展概述。在法律实务方面,从案例角度解析物流领域法律适用的特殊性以及对案件的影响;提出 FOB 项下提单交付问题;探讨国际货运代理合同中法律相关问题。

(三) 举办首届“华荣杯”公诉人与律师对抗辩论赛

与区检察院联合举办了杨浦区首届“华荣杯”公诉人与律师对抗辩论赛。本次赛事采用一对一辩论赛制,同时增设公诉队与律师队角色互换辩论,12 名辩手围绕辩题中的罪名定性、罪与非罪等问题展开激烈辩论,充分展现了青年检察干警和青年律师队伍的专业风采,达到了岗位练兵、提高辩论水平和法学修养的效果,也探索了新《刑事诉讼法》背景下新的庭审辩论模式。

二、突出主题,推动法律服务业健康发展

(一) 转型中创新



杨浦区发挥律师专业优势参与社会矛盾的化解工作



杨浦律师举办集邮交流展



杨浦律师为律师制度恢复重建 30 周年制作并展示宣传板报



张文杰律师在社区开展法律培训讲座

积极探索中小所发展新模式,继续完善杨浦区律师事务所联盟合作机制:一是合署办公,降低成本,提升个人所的职业形象;二是建立自制机制,促进“联盟”的正常运转;三是建立管理制度,形成团队合力,推进“联盟”健康有序发展;四是深化管理创新,拓展律师业务,展现可喜发展前景。通过两年多实践,杨浦区律师事务所联盟合作机制得到了市律协的充分肯定,并在杨浦区召开了现场会,市律协为此还发了专报:《积极探索中小所发展新模式——杨浦区律师所联盟调研纪实》。

（二）发展中拓展

拓展律师视野,增强综合素质,提高执业技能和执业水平,

改善法律服务手段,使律师服务适应经济发展的要求。促成或引导律师主动参与政府重大行政、经济决策及规范性文件的草拟,主动参与重大项目的招商引资,为经济发展把好法律关。引导律师关注群众生产、生活中的热点、难点问题,通过诉讼或非诉讼等服务方式,认真细致地为群众提供高效优质的法律服务,促进经济社会发展。在此基础上,指导律师行业朝着专业化、规模化和国际化的方向发展,杨浦区现有一批初具规模的专业化律

师事务所,如:四维乐马、金仕维律师事务所的海商海事业务,胜康、汉之律师事务所的知识产权业务,同建、汇创律师事务所的房地产业务。

（三）管理中规范

一是配合区司法局严肃查处本区法律服务行业存在的问题,特别是个别事务所管理制度不规范及严重违法违规的事务所和个别律师;二是进一步推进文明行业的创建活动,提升法律服务水平。针对法律服务工作中存在的问题与不足,要求律师切实改进工作作风,努力提高服务质量,严格遵守执业纪律,规范自身言行举止,提高服务技能,进一步提高群众的满意度;三是组织行业自律检查活动,组织区律工委定期走访律师事务所,开展收案、收费、档案等专项检查。主动处理对律师事务所和律师的投诉,对投诉较多的律师事务所和律师进行走访和谈话,促进律师事务所的管理规范、运作规范和执业规范;四是注重业务培训,围绕执业素养、执业能力举办各类讲座和沙龙。注重研讨论坛,探讨制约行业发展的瓶颈问题。

三、围绕区情,有效拓展律师法律服务职能

（一）开展“百名律师五区行”主题活动

为充分发挥律师专业特长,更好地服务于杨浦区国家创新型试点城区建设,结合本区实际情况,重点开展了“百名律师五区行”主题活动,组织杨浦律师把法律服务送进“园区、旧区、社区、校区和营区”。

（二）组织律师积极参与社会矛盾化解

牢固树立政治意识、责任意识和大局意识,组织协调发挥律师专业优势,积极参与社会矛盾化解,促进社会和谐。按照《杨浦区关于推进社会力量参与信访矛盾化解工作的实施意见》,通过“杨浦区公义房屋征收法律服务中心”、“杨浦区信访突出矛盾第三方调解中心”平台,建立公义房屋征收法律服务中心和调解中心律师人才库,开办房屋征收市民法律讲堂,参与征收、信访矛盾的化解、诉讼代理与法律援助,设立以资深律师为主的专家调解委员会。

（三）主动服务区政府依法行政

充分发挥区政府法律顾问团骨干律师的作用,参与政府决策,为区委、区政府重大事项、重要工程项目提供法律依据及意见,提供宏观决策的合法性和可行性法律论证;参与行政复议和行政诉讼,帮助政府职能部门厘清法定职责和法定权限,促进行政执法的公开、公正、透明。●

（执笔：贡建荣）

人物简介

马 赛:上海汉商律师事务所合伙人。获 2011 上海律师辩论大赛冠军、“十佳辩手”,2014 年上海市第五届优秀青年律师。



人物 优秀青年律师

●文/马 赛

据我所知

写这篇文章的时候,恰好在微博上看到一则帖子:“十年前应该是 2004 年,但总感觉是 1994 年。”没错,当你校对时间,你就会突然变老。也许我只能对自己这不太长、却也不太短的律师生涯做一次走马观花式的描述,但好在并不会会有太多的人去仔细地阅读它。

和许多人的轨迹一样:读法律系、毕业、考律师资格、实习、拿执照,然后一直以律师为业。大学阶段我就在新华律师事务所实习,所以毕业后,几乎是顺理成章的,我进入了新华律师事务所工作。在正式录用前,该所的郭杰律师给我做了一个简单的面试,时隔多年以后,当我自己成为面试过数百名应聘者的律所合伙人,我觉得我当时的面试表现实在糟透了。

众所周知,中国律师这个职业,在刚入行时是清贫甚至有点拮据的。这个世纪初,上海的地铁线路还不够发达,我骑着自行车上下班,骑自行车去开庭、去调查取证、去见当事人,逢下雨天,就把包放在自行车龙头前的筐里,用雨披盖着,再用木夹子夹住。这扮相现在看来有些寒酸,但当时我们不少律师都是这样的行装。

“你还记得你办的第一桩案件吗?”我在一些场合被问过这样的问题。是的,我记得。在通过律师资格考试后,正式取得律师执业证前,我单独处理的第一桩案件,是代表一名眼部受伤的建筑工人,和施工队谈赔偿。对于一名没多少经验的律师助理来说,接受这项工作之初让我感到困难,我已经不记得办案的细节了,只记得赔偿金额谈妥后松了口气。

在执业后的数年内,我办了各类诉讼案件,民事的、商事、刑事的,没有什么专业方向,但办案数量迅速上升,经常跑外勤,到过包括崇明法院在内的上海所有的法院出过庭,到过除了崇明工商局以外的所有的工商局查过档,也熟悉很多看守所会见室与走廊的气味,遭遇过各种冷眼,碰过各种钉子,为案子疲于奔命或辗转反侧——这些

经历对我帮助有多大,我不知道,但是一定程度上,经历都可以被看作是财富。要成为一名熟练的,或者训练有素的律师,必须通过实践去锤炼。我相信一个年轻人学习法律的地方是法学院,更是律师的办公室。

我后来看过小奥利弗·霍姆斯法官的那篇《Just the Boy Wanted》,当然在我读到这篇文章的时候已经不再是一名男孩了。霍姆斯大法官阐述了他认为一名“为法律而生”的男孩要具备些什么“天赋”,这篇1889年登载于《Youth's Companion》上的文字今天看来仍然生机勃勃。这位美国法律史上最大的异议者讲道:使用书籍的能力是一名法律人应当具备的,但读书只是开始,实践性的判断才是能够支配世界的东西。

实践性的判断包括什么,作为律师,或者说进一步说,作为一名诉讼律师,要具备提供意见的才能,以及说服他人的能力。说服力,则需要清晰的思路与表达、幽默感、和令人解除心防的态度。

(一)

我起初工作的地方在我非常熟悉的区域,新华路法华镇路一带。新华路上有一家马哥孛罗咖啡店,沿街开设,面积很小,只提供些简餐、三明治和咖啡,出人意外的是,这家店的设计者是登琨艳,色调风格都与众不同。我当时有个理想,就是结束了一天的疲累工作后,可以去那里坐坐,但对当时的我来讲,这只是比较奢侈的想象而已。所有的人在内心其实都是理想主义者,可我最初并没有太具体的职业理想,我没有想过我要成为什么样的律师,能成为什么样的律师,会不会成为合伙人,会不会有自己的律所。我只是一名以律师为业的新手,正在适应这种职业的节奏,我只知道这些,甚至于我并不想拥有一个太过用力的人生。许多年后,我的兄长王嵘律师和我聊天时说,留白的人生才好。我点头赞同。理想是对生命满足的接纳,而非对华丽人生的欲望,据我所知是这样。

随着出庭的次数增加,我开始有机会和若干负有声名的前辈在法庭相遇,这是非常有意思的经历,让我学到一些东西。我渐渐开始琢磨,怎样才能法庭上表现得更好。诉讼,几乎是大多数律师一开始都会从事的业务,除了某些专门的法律领域如知识产权、海事海商等,常规民商事诉讼的技术含量并不为人重视,也极少有法学院或者律所去给新人做诉讼的培训。我后来在上海律师学院担任过一阶段的模拟法庭培训讲师,发现模拟庭审中错误百出。其实对很多法官或者检察官来讲,关于律师职业形象或水准的认知,就来自于开庭。法庭是我们诉讼律师最重要的战场,我们应该全力以赴,不论胜负,都要有尊严,都应当展示自己的诚意和技术。

生活有时就像棒球赛,没按照你想要的节奏打,而掌握了节奏的人,就掌握了比赛。但律师从来都不是控制比赛的人,你只是一名选手。当我慢慢学会了比赛的节奏,从新手变成熟练的工匠,我仿佛有一点安于现状。直到我遇见了几位对我来说——虽然当时还没有意识到,但后来十分重要的兄长与伙伴。

(二)

2006年的四、五月间,虽然还没有到梅雨季节,但上海经常下雨。忘了是谁形容纽约:无与伦比的城市,长夜漫漫、屹立不倒,但每到刮风下雨,也只是一个小城。上海也是这样。而且奇妙的是,卖雨伞的小贩会如同种子发芽,几乎立刻就出现在街头。我那时作为长宁队的辩手,参加“上政杯”上海司法行政系统辩论赛。赛场位于青浦的上海政法学院,几场比赛日都是雨天。记忆果然更适合储藏图像而非文字,当初的辩稿全忘了,但记得自己在大雨中开车去青浦的场景。车内空调有点凉,雨刮器一度被调到最快,我的队友和领队还在车里讨论着辩题,我们都是第一次以律师辩手的身份出现在赛场,所以那支长宁队是以新人组成的队伍,最终我们打入四强,惜败于半决赛。我们遭遇了最后的冠军浦东队,而对方坐在赛场上的三名辩手中,有两位将来会成为与我共事的同胞,只是当时我无从知晓。令我意外的是,是浦东队的教练周知明律师将我举荐给了此时上海律师辩论队的总教练王嵘律师。“上政杯”结束后,我入选了上海律师辩论队,筹备参加全国赛。我在上海队集训时第一次见到了王嵘律师,这位在今后带给我最大帮助的亦师亦友的兄长。

当年的上海队连我一共五名队员,可惜那届全国赛最终因故取消,但其中三人之后都与我的工作轨迹产生了重合,况皓律师和我一起成为了汉商律师事务所的创始合伙人;而孙彬彬、周乐多则是与我搭档最久的辩论队友,六年后,他们和我共同举起了上海律师辩论大赛的冠军奖杯。

新华律师事务所的各位师长与同事都待我亲切宽厚,即便在我离开的时候也是如此。这届优秀青年律师中有一位是我在该所的老友连晏杰,那时我俩的办公桌面对面,年龄相近的我们曾一起度过从菜鸟起飞的时光。

在新华律师事务所执业的最后两年,我经常独自出差。当天来去北京时,我会把车停在空港停车场,搭深夜航班返程后开车回家;也常飞到深圳,然后坐各种巴士去中山等地;或乘坐动车往来于江浙的城市间。我是一个阅读速度比较快的人,在约两小时的行程里,可以看完一本200页左右的书,所以我的行李除了电脑、卷宗

和衣物之外,通常是各种平装本小说。我开始有点享受这种略嫌孤独的工作方式,那个时候航班延误似乎还不像现在这样频繁和严重。

(三)

时间改变人们的肌肤容貌,或许还让你换了发型,我开始习惯穿西装和打深色领带,我保留每一年的办案笔记本,越积越多,我用坏了很多公文包,换掉了那件穿了多年的米色风衣。偶尔我会回想自己为什么做律师,但没有太清楚的答案,这没关系。

极简主义作家卡佛说:“我开始写东西的时候,期望值很低。在这个国家里,选择当一个短篇小说家或一个诗人,基本就等于让自己生活在阴影里”。说真的,我对律师这个职业的期望值不高,我基本上也不是一个热衷于夸夸其谈、高调传播法治理念的人。法律职业的好处之一在于它并不直接追逐金钱,我们考虑客户的利益与胜诉的方式,起初我只是想做好自己的分内事——也许这个要求不算低,倘若大多数人能做好自己的分内事,世界将美好许多。对大多数人而言,人生不是什么冒险,而是一股莫之能御的洪流。2008年,当我们把汉商律师事务所的招牌挂在世纪大道的办公室时,我想,我得成为更好的人。

我一直相信,你经历的那些困顿、彷徨、举步维艰,或者是幸运、机会、峰回路转,你遇见的那些爱你的、帮助你的人,或者丢弃你、伤害你的人。这所有的一切,都是为了让你成为那个更好的人。据我所知。

(四)

汉商律师事务所位于世纪大道的办公室装修好以后,三间会议室的家具还没有送齐,只有其中一间摆放了一张圆桌和四把椅子,我在那里见了汉商律师事务所成立后自己的第一个客户,当然他们现在依旧是我们的客户。我在那个空旷的会议室也见过很多的应聘者,其中的一些人成为汉商律师事务所初创时期的重要成员,他们永远是我珍视的伙伴,我感激他们为汉商律师事务所付出的一切。

杜尚曾讲:“我对艺术本身真是没有什么兴趣,它只不过就是一件事儿,它不是我的整个生活,远远不是。”相比起来,我对法律的兴趣要大一些,汉商律师事务所,对于我而言,虽然不是我的整个生活,但却意义非凡。我一直想和一群自己喜欢的人并肩工作,我愿意把我所有的浅薄经验和伙伴们分享,共同体验工作中的喜怒哀乐,共同面对好消息与坏消息,一起喝咖啡偶尔也喝点酒。我爱他们,而且我觉得他们中的大多数也爱我。

从最初汉商律师事务所的大会议室看上去,是世纪大道与杨高路、源深路口的日晷,夜晚的时候很美,像明信片,又有点像夜航所见的灯火。汉商律师事务所,是新的启程。你的生活态度、你的智慧虔诚、你的心里颠簸,都可以在这里找到一个容器。如果你到汉商律师事务所来,告诉你个秘密,我煮的咖啡比一些店里的好,据我所知是这样。●

信息

本市法律服务行业信用信息平台开通运行

6月18日,本市法律服务行业信用信息平台正式向社会开通运行了,这是市司法局构建的一个全新的平台,在法律服务领域为广大社会民众提供了一个公开、透明、快速、便捷获取信用信息的新方法、新途径。

为强化事中、事后监管,促进行业自律,更好地营造诚实守信、优质高效的法律服务环境,根据市委、市政府关于《上海市社会信用体系建设2013—2015年行动计划》和《关于进一步加强上海市社会信用体系建设的意见》,市司法局从2012年开始,主动加入了全市第一批重点领域社会

信用体系建设的行列。近两年来,以律师、公证、司法鉴定、法律援助、基层法律服务5个行业信用体系建设为重点,精心组织、周密策划,全力推进法律服务行业信用信息平台开发、机构人员信用信息采集录入、信用体系管理制度设置等工作,取得阶段性成效,受到市政府通报表扬。期间,市司法局专门成立了信用体系建设领导小组,确保工作规范有序推进;构建了“1+3+7+17”工作格局,明晰政府监管部门和行业协会的职责分工;建立健全了一系列的规章制度,规范信用信息的运行管理秩序。



律所建设 ●文/董月英

陶武平和他的申达战友们

——回眸上海市申达律师事务所建所 20 载

20 岁的少年意气风发,20 岁的少女婷婷玉立。20 岁是一个令人难忘而又充满想象的年龄。在这段人生最曼妙的时光里,可以成就最美好的未来,也可以镌刻下一生难忘的记忆。申达律师事务所,正处于这样的似水年华之季。要读懂它的魅力,就要用心品读它的曾经演绎的每一个故事。

三个名女人 三百平方米 三百万创收

1994 年,在上海浦东涉外律师事务所任职的陶武平,因为 1993 年间连续承办了家喻户晓的“刘嘉玲肖像权案”、“《曼哈顿的中国女人》周励名誉权案”、“潘萍被毁容案”而被境内外媒体大量报道宣传,盛名享誉全国。他敏锐地意识到:每次经济变革都是律师业发展的绝好机遇,国家急需在新体制下发展出一批顺应世界潮流、符合国际惯例的律师事务所和有国际眼光的律师。经过酝酿和筹备,1994 年陶武平和几位战友成立了上海市申达律师事务所(以下简称申达所)。当时的申达所虽然规模不大,但硬件却居业内领先地位,在全市屈指可数的涉外楼宇中拥有达 300 平方米的场地,还分

割出一个个相对独立的律师办公区域,这让它成了领导考察,外地同行来沪学习的必到之处。凭借着“七、八个人(员工),五、六条枪(律师执业证)”,在传统和新型的法律领域中两条腿走路,展开诉讼及非诉讼的双翼,逐渐树立起综合性律师事务所的品牌。良好的工作环境激发了申达人的工作斗志,在当年的申达所,律师人均创收已接近 50 万元。

反思“青春期”:改革不能急于求成

人的成长过程中,6 岁是儿童成长中的关键时期,孩子们都会在这个时候萌生出许多关于成长的思考。2000 年对于成立 6 年的申达所来说,也进入了成长中的烦恼期。1998 年的金融危机过后,经济的复苏让律师业务开始重新洗牌,非诉讼业务开始占具律师业务中相当大的比重。以非诉讼作为专项的事务所开始大量涌出。纵然申达所历年来在房地产项目、投融资收购兼并项目上,已在业内已经形成了一定的影响力,但毕竟诉讼业务还是申达的拿手好戏。于是有人提出,申达所要转型,要在抢滩企业上市等业务的基础上形成团队合作

的公司化模式。到底是长成大人的样子还是保持自己的纯真。对于6岁的孩童来说,的确是成长的烦恼。外面那么多诱惑,申达所这列火车是要快速急转弯还是忽视外面的局面,继续坚持走最初的老路?几次合伙人会议、大量的合理化建议的讨论,内部自然充斥了很多不同的声音。此时充满智谋和担当陶武平做出决定:“转型牵一发而动全身,如果转弯太快,就有可能全军覆没。申达所要走稳健型的成长路线,而非急功近利的急速转弯。”

在尊重过去的历史,尊重大多数同事的利益,尊重原有文化的基础上,申达所内部开始实行小步快跑的局部改革方式,形成了目前半公司化的管理模式。

华丽转身:非诉讼业务扶摇直上

2000年以后,申达所开始组建自己的授薪律师队伍。这些律师是从聘用律师和律师助理中选任,经过严格技术考核通过后被正式聘任的。授薪律师队伍的建立,使得申达所融入了公司化管理的模式,以团队作战的方式为客户提供更优质的法律服务。事实证明,这样一支队伍的出现,让申达所的业绩再创新高。

2008年,非讼团队在为一家央企项目提供的法律服务是,遇到了重重障碍。该项目在非诉讼方面涉及到跨境交易、银行融资偿还、外债登记、外汇管制、外资准入限制、国家职能监管、权益与房地产资产的置换等多项复杂的法律问题,并且同时涉及4家著名的境外上市公司(其中2家香港上市公司、1家新加坡上市公司、1家美国上市公司),问题解决的难度非常之大。为此,陶武平、徐拥军和非讼团队负责人、合伙人蔡敖飏带领整个团队集思广益,为排除法律障碍共设计了6个具有先后顺序的诉讼方案,并根据各个可能进行的诉讼案件的特点进行了周密策划和合理安排。结果,在未启动任何诉讼程序的情况下,以蔡敖飏律师为首的非讼团队历经一年多的努力,通过无数次的艰苦谈判,最终完美地实现了客户的理想目标。案终,申达所的努力获得了极大的认可,客户竟主动提出奖励,奖励金额几乎赶上了总项目的律师费。

律师的作用,不仅在于可以帮助客户把事情做成,及时止损同样也是律师价值的体现。2010年,某民营企业准备境外上市,多年来与申达所的合作令其对申达所十分信任,遂邀请申达所的律师代理企业为其配齐全部中介服务团队。投资方,财务服务,境外法律服务均由申达决定。紧锣密鼓的选任工作开始了,接下来就是进行境外上市的项目可行性分析。每一个机构都觉得项目会进展的非常顺利。在该客户的主营业务中,涉及到一些被认定为国家三级秘密类的业务,孔庆德带

领的团队经过反复推敲,发现国家虽未明令禁止,但如果在境外上市后有外资进入该企业,进而导致国家机密的泄漏。如果国家部门发现不允许上市,将会使企业增加巨大损失,同时也会严重挫伤企业员工的士气。如果未被政府部门发现,则可能在上市后导致国家秘密流失!最终,申达所在第一时间通知客户,这个项目必须改道,不能在境外运作。申达所提出这个观点的时候,其他中介服务机构均未发现该问题的存在。现如今,该民营企业已欣然采纳申达所的建议,正在酝酿国内的上市之路!

2011年,申达所承接了一个独资企业并购项目。由于并购结束后该企业将变为纯内资性质,而收购款项涉及税收和外汇监管的问题,故将产生很大的税收成本问题。孔庆德律师与相关行政部门积极沟通,向客户提出了更合理的交易方案及架构,合理地避免了企业大量不必要的支出。在非讼项目中,变化往往在一念之间。交易结构、交易方案的设计必须要根据具体对象以及条件的变化而随时调整。

2010年起,申达所的非诉讼业务创收首次超过了诉讼业务。2010年,LawFirm50这个非营利性组织通过来自公开渠道收集所有公众参与调查的数据信息出具的报告中显示:在2009年全上海市律师事务所诉讼与仲裁业务排名报告中,申达所名列第四。

老、中、青三代演绎“扑克牌理论”

在申达所,每个人都是一张王牌,每一个律师都具备独立作战的能力,而打配合牌时,他们也同样出色。申达所的人才培养计划是律师界的一段佳话。由于是综合制的律师事务所,每个律师助理在事务所内部都要经历案件从头到尾每道工序的历练。各种层出不穷的案件类型、诉讼业务和非诉讼业务的紧密结合,让每一个申达人掌握的法律技术都相对全面。凡律师助理因故从申达所走出去后,应聘其他的单位均非常受欢迎。申达所,也被同行们戏称为律师界的“黄埔军校”。而走出申达所的人,也将申达所的文化和精神播种到了更远的地方。

从申达所的高级合伙人层级开始,年龄最大的57岁,年龄最小的只有30出头。老、中、青三代人员的配比,让申达所在思想意识上具备了稳健、全面、创新的格局。没有人才的断层成为申达所最大的竞争力。

初创时期,以个人名字命名事务所正是时髦的举措,大家都说陶武平有名气,成立的所应该叫陶武平律师事务所。但陶武平说:一个事务所不应只有一个名律师。果不其然,申达所这些年来涌现出了诸如孔庆德、王嵘、周知明、杨培明、沈翼敏等一大批优秀人才,如今他们也都已在律师界赫赫有名。

陶武平：从问题少年到金牌律师

今天的东方大律师——陶武平，却也曾经年少不更事的“问题少年”时代。1976年，“天安门事件”发生了。血气方刚的青年工人陶武平被人发现常写“反动”诗词。周总理逝世第二天，他带了十多个青工，私设灵堂，偷开追悼会。于是，他的“罪名”成了“反毛主席”，当即被关进看守所，还被戴上手铐，被两个手持长矛的文攻武卫战士架着，站在一米高的台子上，接受全厂300多名职工的大批判。那一年，他21岁。陶武平整整被关了三个月，但他并未因此精神崩溃。在狱中，他不断写诗激励自己。三个月的牢狱生活，又一次为陶武平提供了长时间反省的机会。不过，这一次他不再思考“是否需要重新做人”的问题，而是着重考虑“如何做人”。

有了这样难忘的人生经历，他终于读懂了人生，理解了人的内心深处潜移默化那些东西。他知道人在犯错以后，自己已经在心里把自己惩罚过一遍了，如果再给他严厉批评，未必会起到好的效果。这让他处理案件和管理事务的过程中，对于那些犯错的人多了一份宽容。在申达，无论是谁工作中出现失误，在他那里只会得到更多的安慰、鼓励与信任。经常有人问他申达所的管理模式，说“外面诱惑那么多，究竟是什么东西的吸引，令这么多有才华的律师一直青睐于申达所？”他笑笑：“文化是底蕴，无为而治是方法。”

会聚群英 力展风采

申达所的创始人之一黄海林，是申达所的“智囊”和“军师”，作为陶武平的老朋友，作为当时律师界内十分稀罕的法律硕士研究生，他是陶武平构思建所初建时最理想的人选。他是锐意进取的改革派，能在每一次经济转型前敏锐地预见到未来业务的发展方向；他也是申达所在2000年管理体制转型的积极倡导者。尤其是他的“化对手为朋友”的社交能力，最令人惊讶和叹服的是：他这次谈判的对手，往往就成为他潜在的客户了！

申达所的创始人之一梁子侃，堪称申达所的一缕“暗香”，执业前是闸北区外经贸委的一位中层干部。决意放弃铁饭碗，投奔申达所时，他的领导还生怕梁子侃反悔，在辞职申请上让他和他夫人共同签字。上世纪90年代初期，要放弃受人尊敬的地位、稳定的收入，去做一名“三无”（无地位、无基本工资、无稳定收入）律师，确实是要冒风险的，需要足够的魄力、勇气和信心。事实证明，他当年的选择是果断、正确和高瞻远瞩的。2010年全国发生了轰动的“三聚氰胺”事件，在为三鹿公司董事长辩护案中，他在庭上的出色表现，是他果敢风格的典型体现。

申达所的创始人之一徐拥军，原本是学物理出身，申达所成立时他刚刚拿到律师证不久，但他是陶武平看好的“潜力股”。在申达所，他的记忆力是出了名的。大家都说他的大脑好像电脑，在回顾案情的时候，不管多久之前的案件，时间无法都偷走他的记忆，许多办案细节犹如烙在脑海中。对于申达所，他最津津乐道地就是创所之后一直坚持的“案件讨论制度”：针对代理案件，所里会安排某个律师站在对方立场，预演开庭时的发问和代理观点。比如上世纪90年代曾经轰动沪上的“长风公园勇敢者道路儿童伤害案”，同事分析：如果对方代理人提出“你觉得公园的器材危险吗”这个问题，可能陷你于两难推理的地步。如果回答“危险”，那对方就会说“既然你已经知道危险，作为父母应尽到监护职责，并承担一切后果”；如果回答“不危险”，那对方就可以说“你觉得不危险，我们也一样觉得不危险，所以孩子受伤只是个意外，不应该由公园管理方承担责任”。结果开庭时，对方代理人果真提到这个问题。由于准备充分，申达所代理律师当时脱口而出：“当时没想过，现在孩子出事后想想，还真危险！”这个回答，赢得满堂喝彩。

申达所的创始人之一牟炼，1992年大学毕业后进入了当时刚成立的上海市浦东涉外律师事务所，成为当时上海市律师系统的第一个合同制律师，成为陶武平的助理。陶武平筹建申达所时牟炼还只是“小荷才露尖尖角”。但才执业两年的她，在师傅身上，看到了梦想照进现实的光芒，而她从事律师职业的最初梦想，就是坚守法律如水的平衡和维护正义的信念。当陶武平征求她是否愿意随师傅创建申达所的意见时，她毫不犹豫地作出了选择。而这朵秀美的小荷花，终于在申达所灿烂绽放。

副主任孔庆德1997年加入申达所，是陶武平最贴心的战友之一，他原本是震旦所海事部主任。两人相识于1990年青浦野马浜，同窗一年，皆为上海市司法局举办的法律专业英语培训班的学员。当时的孔庆德就已经是上海律师界海事海商领域的领军人物。陶武平很早就被他的严谨作风和独到见地所吸引。几经相邀，孔庆德终于来到申达所担任副主任一职。合伙人会议是申达所的最高决策机构，因陶武平的威望，加之在同仁们心中多年积累的信任和尊重之情，合伙人们对主任陶武平提出的意见一般都很赞同。唯独孔庆德，像是水里的一条鲶鱼，最擅长提出不同意见。陶武平经常自嘲说自己给自己找了个监工。但也正是因为孔庆德认真、严谨的工作作风，又最能坚持自己的意见，使得申达所决策层作出的每一个决策都经过慎重推敲，每一步都走得稳健、扎实，每一次重大事件都能经得起历史的考验。

合伙人田海星，原是新疆天阳律师事务所的主任，

在新疆积累了多年证券业务经验后,转战到了上海。他与易纬所的合伙人贾来、蔡志龙律师同期加盟了申达所,在这个新的舞台上,让自己的律师生涯增添了绚丽的一笔。2007年,田海星、贾来和陶武平三个合伙人组成的非讼团队,接受仪电控股的委托,参与了仪电控股与摩根士丹利之间进行的股权收购的非诉讼项目。摩根士丹利的律师团队是世界著名的英国年利达律师事务所,在长达三个月的艰苦谈判过程中,他们共派出境内外30余名律师参与此项目,而申达所始终以6人团队从容应战。田海星律师游刃有余的应对能力和贾来律师娴熟的英语,给摩根士丹利、年利达的律师们留下了非常深刻的印象,他们对中国律师的高效率、高素质大为叹服!

合伙人沈翼敏第一次遇见陶武平,还是在担任徐汇区检察院公诉人期间。两人曾因一个刑事案件对庭唇枪舌剑辩论了7个回合,主审法官庭后评价“实在是太精彩了”。律师的办案过程,其实也是了解社会、参悟人性、结交朋友的过程。有道是“不打不相识”,对手关系阻碍不了两人彼此间的相互欣赏。当沈翼敏因“阳光政策”从徐汇反贪局副局长位置退休后,毫不犹豫地选择了申达所作为继续自己法律事业的平台。他凭借30多年公诉人经验累积的功力,出色代理了当事人与广东省财政厅的行政纠纷和国家赔偿案、俄罗斯在华人员刑事辩护案等众多案件。而他又是申达所最多才多艺的人,

拥有一副天生好嗓子的他,是上海律师合唱团的团长,还担任过上海律师2010年新年晚会的总导演。

合伙人殷之杰,曾经是建玮律师事务所的副主任,常被人戏称为上海律师界的“地产大亨”。中远两湾城开发、浦东国际机场扩建、外滩金融区房屋置换等有名的大型房地产项目的法律服务内容,都是他拿得出手的精彩作品。他是申达所的老大哥,年龄长、阅历多,性格豪爽、酒量惊人的他,会时不时展露出青春昂扬的激情,好似“黑旋风李逵”,也好似“冬天里的一把火”。但他在申达所更著名的是浑然天成却冷不丁冒出来的幽默细胞,别人早已一个个笑得东倒西歪,他却泰然自若,仿佛鸟儿刚刚飞过,天空中没有留下什么痕迹。

合伙人沈佩国,上世纪八十年代大学毕业后即进入上海市人民检察院从事全市检察干部的培训工作,同时担任上海电视大学检察视听班经济法和国际私法的教师。1990年辞职赴日本著名法学名门——中央大学留学,几年下来,其专业日语水平常使日本律师同行感到惊讶。1999年回国后即加盟申达所,目前由他领衔的申达所涉日法律事务团队中,有数名从日本名牌大学学成归来的执业律师,专业的团队服务得到了日本客户们的高度赞誉。可能是出于长期留日的环境影响,沈佩国总是给人以微笑谦恭的低调印象,但是其涉日团队所代理的诉讼和仲裁案件却能使人感到其中的份量:



OLE-OLE WE ARE THE CHAMP 著名足球歌权属案、**Hello Kitty** 代理权案、中国女子十二乐坊权属国际纠纷案、奥特曼影视作品权属国际纠纷案。

杨培明和周知明是申达所里的两位最年轻的副主任。他们是复旦大学上下年级的师兄弟,毕业后,两人前后加入了申达所。他们是同龄人中的佼佼者,才华横溢,口才更是一流,不论是上海市、苏浙沪还是全国的律师辩论赛,他们都是耀眼出众的辩手。

2000年,英文能力极佳的杨培明,从无数青年律师中脱颖而出,被司法部选派赴香港律师会参加交流培训项目,在全球负有盛名的高伟绅律师行香港总部锻炼结束时,他放弃了其他律师行抛来的绣球,毅然回到申达所。此后,在诸如美国通用公司与上海市外高桥三联发展有限公司的土地批租合作项目、德国汉高公司在上海的投资项目、荷兰DSM公司在华数亿美元的投资项目、英国BP公司的经销商诉讼案中,都活跃着杨培明风度翩翩、英俊潇洒的身影,他也因此获得了浦东新区第二届十大杰出青年律师等荣誉。

周知明在大学二年级开始就已在刚成立不久的东方广播电台独立主持法律与财经节目。他在电台工作期间因《东方大律师》这一栏目与陶武平相识。在大学毕业时,最终因为对法律事业的热爱和对陶律师的折服与敬重,他放弃了广电而选择加入了申达所。凭借扎实的法律功底以及字正腔圆的嗓音,他恰如其分的表达、淡定优雅的气质纵横在法庭上,同时也出现在律师辩论大赛的聚光灯下。在以全国最佳辩手身份摘得首届全国律师辩论大赛的特等金奖之后,他的名字在律师界和社会上迅速传播开来,因此常以特邀嘉宾的身份频繁出现在上海电视台《社会方圆》、安徽电视台《周末断案》、上海电台《市民与社会》等节目中。身为上海浦东新区第一届十大杰出青年律师、上海市十大优秀青年律师、首届上海司法行政系统十大杰出青年,首届全国律师与公诉人电视辩论大赛冠军队教练,周知明现已成为上海青年律师的楷模。

才女撑起半边天

申达所创立之初有三个女人,除了牟炼,另两位是“财务总监”贾丽萍和出纳忻晓菁。申达所成立初期,小忻还只是个20岁出头的丫头。虽然未踏入律师业,但陶武平的大名她俩早就有所耳闻,带着一份好奇与欣赏,她俩经人推荐参与共同筹建申达所。至今让贾丽萍记忆犹新的是当年在一起吃午餐的时间,就是他们聆听律师们办案心得的最好时机。每一个大案要案,都和上海的时政息息相关,比《新民晚报》还要好看。“那时候只能用过瘾两个字来形容,每天上班都很期待,今天不知道

又有什么精彩的办案经历能让我们分享!”

小忻做的工作繁杂、琐碎。申达所从最初的7名律师到现在近80名律师,业务量从每年300万元到现在的5000万,财务工作业务量之大可想而知。然而申达文化中的勤奋上进,也激励着她一直前行的脚步。繁忙的工作之余,她在2008年考上了上海财经大学的MBA。

与其他律师事务所相比,申达所的女性律师占的比例不算小,但几乎个个都精明强干。原上海轻工国际法务部经理蒋雯擅长公司法和涉外业务领域,2000年来到申达所做专职律师后,从聘用律师起步,一步一个脚印,目前已经成为了申达所的合伙人,年年创收都保持在七位数。蒋雯律师一直笑呵呵地说,虽然律师的工作压力很大,但是在申达所这个温暖的大家庭,你会觉得每天来上班都是一件特别高兴的事。2008年,蒋雯被评为“上海市优秀女律师”。蔡岚和王蕾是2009年共同转入申达所的。谈到对申达的印象,王蕾笑称:“我人生中的大事,结婚怀孕生子都是在这里完成的,身在申达所心欢畅,业务也随之风声水起呢!”蔡岚是杨培明的复旦同班同学,毕业后即在浦东涉外律师事务所工作,最近她刚获得了“上海市优秀女律师”的光荣称号。其他如董月英、钱晓凤、苏雯等女律师,一个个身上都透着巾帼不让须眉的那股子劲!

申达所的女性们积极参与社会活动,在各界的作用和影响力可谓不小。牟炼是2008年的全国妇女代表大会的代表。参会期间,她提出的关注留守儿童心理教育问题获得了与会代表的赞赏。在任职上海市女律师联谊会理事期间,她主抓的为西北地区孩子挖井的“母亲水窖”项目,仅“三八”妇女节当天,就募集了30多万元人民币的捐助。国际知名公益组织OCEF在中国的图书捐助项目全程也是由牟炼亲手策划完成。董月英是第八届上海女律师联谊会理事,是SMG“东方大律师”节目常年特约嘉宾,在学习了很多心理学应用知识的基础上,她与牟炼律师从2008年开始组织女律师心灵沙龙,开展了关于女律师们如何应对逆境、释放情绪、平衡事业和家庭、亲子教育等许多主题的讨论。在这个过程中,董月英发现很多法律问题其实都可以用心理学应用的方式解决,于是就将心理学也融入到客户服务中去。很多社会矛盾在她的努力下通过谈判、协商化为无形,减少了讼费。如今,很多客户和青年律师都成了董月英的“粉丝”。2009年开始,董月英又成为江苏青联下属的“励志阳光”助学基金的常年法律顾问,为革命老区的孩子们的教育再次奉献了自己的一份爱心。

陶爸? 陶霸? 人合! 人和!

除了陶武平,申达所成立之初的其他律师,或是刚

做律师,或只有20岁出头,所以大家都习惯称主任为“陶Ba”。这个“Ba”字,一是指爸爸的爸,因为陶武平对待战友们,如父辈般地给予信任和帮助,扶持、陪伴并见证了雏鹰丰羽,展翅翱翔。而另一个含义,是霸道的霸,陶武平独具的胆识、勇气,大气担当和运筹帷幄的人格魅力,淋漓尽致地透出他王者的风范。这一点不仅在申达所,即使在行业圈里他也是有口皆碑的。

申达所创办的全部经费,皆由他一人独立承担。作为上海滩的名律师,申达所初创时绝大部分的案源也来自于他。他凭着丰富的人生阅历和多年累积而成的对人的观察和把脉,最终树立了申达所“人合为上”的核心观念,将“志同道合”作为长久立业的坚实基础,这些也是成就申达所稳立于分分合合流转之中的最重要的根基,成为如今上海律师界的一段佳话。申达人都被“陶Ba”这种王者式的仁义礼智信和引领担当的王者之气所吸引,深深汇入兄弟姐妹大家族之中,植根申达所,共同成长,共同见证生命里的喜怒哀乐。

舌战群儒若等闲

“陶武平开庭辩论时,总有一种场面意识和仪式意识,每每能产生一种痛快淋漓的审美效果。在这时候他总能从沉闷的案情中获得一种自由的状态。再重的案件,再大的影响,此时都已意义变小,全然掌握在自己手上,游刃有余,机辩滔滔。”余秋雨先生曾经这样评价道。

或许是因为申达所的领头羊具备这样的特质,申达所的律师们在辩论赛的赛场上,总是大放光彩!从陶武平和他的团队身上,我们可以看到,一个优秀的律师必须同时具备学者、专家、纵横家、演说家和作家等五大才华。五大才华中的演说家,可以说是律师职业最显眼的特质,在法庭这个没有硝烟的战场上,口才就是武器。舌战群儒,以理服人,才能变被动为主动,化腐朽为神奇。雄辩的口才,那是生活中积累凝结的智慧和语言艺术的展现。把复杂的法理和道理,深入浅出、生动地表达,这是一种化繁为简的功力、社会经验以及文化的积累。

1991年,上海市政法系统辩论赛紧锣密鼓地敲响了。当时公、检、法、司四家对此项活动皆非常重视,经过各自系统内的层层筛选,最后各出了一个四男一女的代表队。最终,上海市司法局的律师队获得了冠军。而这支冠军队的三名男队员,就是后来共同汇集于申达所的陶武平、王嵘和杜谷平。

1999年5月,申达所独立组成“浦东三队”参加了上海市首届律师辩论赛。这在业内“引无数英雄竞折

腰”的比赛当时还是全国律师中首创的一种形式,十分轰轰烈烈。几场比赛中,申达队牟炼以干练、优雅的“新白领”形象引来了许多女大学生崇拜的目光;杨培明的沉着机敏也让人不相信他才执业了三年;而做过电台兼职播音员、嗓音富有磁性的周知明更有化腐朽为神奇的语言魅力;王嵘则是集编、导、演于一体。陶武平率领的这支申达队伍最终以极微弱的分差最终获得亚军。

2001年,中华全国律师协会和中央电视台联合举办全国首届律师辩论大赛,上海市律师协会的会长们亲自点帅,由申达所的陶武平作为总教练,王嵘为教练,率上海律师代表队从封闭训练到走向赛场,过五关,斩六将。他们在破题方式、辩论战术、辩论语言等方面苦下功夫,在一个又一个回合的“搏击中”,千锤百炼,大放异彩。把枯燥的法律化为诙谐幽默的语言:“按照被告的逻辑,一对夫妻在自己孩子18岁之前为履行自己监护义务只能轮着睡,那我国计划生育政策不就自然实现了吗?”“我这里有张告示,只管打针吃药,不管孩子被盗。请问天底下哪家医院敢将这样的告示贴在门口?”“健康不可贵,制度无所谓,血型随便配,法律无所为!”队员机智幽默的语言不仅打动了观众,也深深吸引了评委。最终上海队在中央电视台演播厅的总决赛中击败京师,勇夺桂冠,凯旋而归。在这场大赛中,主力队员周知明表现抢眼,返沪后在社会上迅速走红。事后,中央电视台的一位导演赞叹说:“我们心目中的律师辩论赛就应该是这样,上海队夺冠当之无愧!”

2011年全国公诉人和律师辩论大赛,申达所的周知明作为教练之一,率上海律师代表队又一次在全国夺冠。

2011年国家电网在全国范围内开展了电网系统内部“模拟法庭”的比赛,申达所的新生代律师张磊应邀担任上海市电力公司代表队的教练,一路冲杀转战入决赛圈,并最终取得了优异成绩,得到客户的高度赞扬。

后记:笔者在撰写此文章时,同时在《撰写企业风险内控报告的心得》里面谈到,任何的风控报告,都需要建立在企业文化的基础上。引发了笔者的思考,申达所的文化核心或者称为文化属性,究竟是什么呢?

申达所建所20周年快到来的时候,在申达所工作15年以上的律师,占到70%以上。甚至连前台、文员等岗位的职工,都在这里工作了10年以上了。

还听说从申达所走出去的律师,一直都还惦记着当年申达所的案例午餐会……●

法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

议议失职父母监护权的“剥夺”

本期主持: 计时俊 上海华夏汇鸿律师事务所主任、市律协未成年人权益保障研究委员会主任

嘉宾: 朱 妙 上海市高级人民法院少年法庭指导处处长

王 娜 上海政法学院副教授、法学博士

徐 斌 上海市阳光社区青少年事务中心长宁站站长

周 忆 上海长江律师事务所律师、市律协未成年人权益保障研究委员会秘书

文字整理: 许 倩

计时俊:最近,民政部、最高人民法院、公安部等部门正在着手研究建立完善未成年人监护干预制度,制定困境未成年人家庭监护干预政策,相关指导性意见拟于今年年内出台,希望通过行政与司法相衔接,实现对监护人监护权的转移。

今天我们讨论的话题是如何剥夺“失职父母”的监护权。“失职父母”目前在社会上存在得比较多,目前所看到的案例中,有父母亲都吸毒或贩毒被抓了,还有些父母亲虐待孩子的,或者使用冷暴力将孩子置之不理任其自生自灭的等等。如果将孩子留在这样的父母亲身边,可能会造成他们心灵上的创伤,甚至可能影响到他成年后的人生轨迹,对未成年人的未来造成很大的损害。国外有很多剥夺父母监护权的实际案例,但在中国目前还没有出现可参考的案例,所以今天请了几位专家,来共同探讨这个话题,希望能够理顺思路,明确何为“监护权内容”、何为“父母的失职”、如何剥夺或者暂时限制“失职父母监护权”等问题。周律师,请您先来谈谈什么是监护权吧。

周 忆:根据《民法通则》第16条第一款的规定:未成年人父母是未成年人的监护人。除了这条以外,另外关于监护权的具体细则是在最高人民法院《关于实施〈民法通则〉的若干意见》里,该意见第10条明确表示:监护人的监护职责包括保护被监护人的身体健康,照顾被监护



人的生活管理,保护被监护人的财产,代理被监护人进行民事活动,对被监护人进行管理和教育,在被监护人合法权益受到侵害或者与人发生争议时,代理其诉讼。实质上,这样一个监护权也是涵盖了父母对子女的监护义务。

计时俊:在对未成年人的监护权缺失方面,徐站长,在您的实务工作中,您应该碰到过很多这样的一些父母的监护权没有履行完整或你们认为可能需要剥夺或转移的一些案例?

徐斌:我来自于上海市阳光社区青少年事务中心,简称“阳光中心”,主要是从事本市14到25周岁未进一步就学、就业青少年的服务工作,我们平时会接触到很多的个案。今年3月我碰到一个案例,这个孩子五年级的时候父母亲离婚,父亲又找了个外来媳结婚,并生养了一个女儿。当时他父母亲离婚之后,母亲本想把孩子接来抚养,但由于父亲传统思想作祟,不允许她带走孩子,所以之后母亲和孩子就没有了什么联系。父亲二婚后,不太管孩子,小孩一直在网吧留宿,被我们的社工发现后接了回去,由于这事不合法,社工又送孩子回到了他再婚父亲的家庭。孩子告诉我们,再婚的父亲和继母经常辱骂他、打他,自己在这个家庭缺乏安全感,所以长期流浪在外。我们后面试着联系过长宁区社会救助站,救助站的领导觉得孩子很可怜,愿意接收这个孩子,但是他们提出了个问题:这孩子监护站里的日常生活谁来照料、谁来监管他的安全?这是个责任意识问题,这事谈到后面也就不了了之了。后来这孩子实在忍受不了,就去找他的母亲,然而他的母亲却已经搬走不知所踪。所以我觉得这样一个离异家庭包括后面的重组家庭,在整个过程中,作为父亲和母亲都没有很好地去关心这个孩子的心理问题,那一刻在孩子的心里已经埋下了一颗种子:我是一个没人要的孩子。就这个问题我们去问过领导和长宁区少年法庭,他们现在也在极力去促成建立一些儿童庇护所,能够在父母失职、没有监护能力的过程中,能够保护关心孩子,让他们不要因为父母的情况产生更多的心理问题。

计时俊:徐站长其实提了个很尖锐的问题:就是当父母亲出现“失职的”时候,该由哪一方介入?他前面讲了社工站介入于事无补,因为没有法律授权,也没有行政执法力,更不能代替父母。那么按照王娜教授您的研究来看,您认为有没有这样一种可能性,去剥夺失职父母一方或双方的监护权,而由社会机构或者国家委托监护?

王娜:根据我国法律的规定,父母有法定的监护

权,当他们不履行监护职责时,比如根据《未成年人保护法》《民法通则》的规定,法院是可以撤销其监护权,但是在现实中没有一个可参考的案例,这是因为我们国家儿童福利制度不健全所造成的。在这种情况下,国外是有一系列完善的配套制度的。针对失职的父母,可以临时转移或者剥夺其监护权。同时,针对困境家庭,还有一系列补救措施,国家和政府会出面进行干预,相关的一些专业人员、社会工作者也会介入,帮助这个家庭和孩子建立比较好的联系,使得监护权能顺利履行。第一种途径是临时转移,就是在紧急的情况下,父母的监护权可被政府临时接管过来,他们有临时安置儿童的一些机构,孩子可以在这些机构里得到比较好的照顾;第二种途径是寄养家庭,就是将困境中的儿童寄养在符合一定条件的其他家庭中得到照顾,政府支付一定的费用,并且在寄养的过程中,政府有关部门或者社会有关组织和寄养家庭进行定期沟通,甚至进行辅导培训;第三种途径就是彻底剥夺监护权,剥夺父母的监护权后孩子被转移到国家专门设立的福利机构或者是通过收养来处理。总体上,这要根据父母监护权的履行能力和履行状况来选择不同的处理办法。在整个过程中,儿童利益最大化一直是个最基本的原则。在处理失职父母监护权的过程中,除了帮助父母、孩子之外,首要前提是要保障孩子安全幸福长久地生活。

国外在刚开始解决这类问题时,只是由国家设立专门的儿童福利机构把儿童接管过来,后来才逐渐发展出寄养制度。为什么要建立寄养制度?我们知道寄养者是没有监护权的,建立这种制度的原因就在于国家设立的专门福利机构里面没有家庭氛围,不利于孩子的健康成长。为了孩子的健康成长,还是需要有一种家庭的氛围,因此设立了寄养制度。最后还有收养制度,就是完全剥夺父母的监护权,重新构建养父养母的监护权,这也是从孩子健康成长的角度来考虑。所以这些机制是非常完善的。我们国家在这方面太欠缺了,面临的问题是:父母监护权被剥夺或者临时转移以后,孩子怎么办?如果这些制度能构建立起来的话,我相信法院撤销父母的监护权后,针对这些孩子的补救配套制度还是能够实际发挥作用的。

计时俊:那么,我们又如何认定父母构成“失职”?或者说怎样的一种“失职行为”可以构成被剥夺监护权的法律要件?关于遗弃,《刑法》上已经有了明确的说法了,但若父母严重体罚孩子,虽不是长期虐待,但有可能打伤了孩子,这是不是“失职”呢?朱法官,您怎么看待这个问题?

朱妙:其实这个问题是我一直都在苦苦思索的问

题。我先说“失职”的情况,有几个概念:第一,从刑事角度来说,虐待或遗弃孩子是“失职”,甚至可能构成刑事犯罪,但是法律条文里规定“情节恶劣的”才构成犯罪,打孩子甚至打伤孩子或者是完全不管孩子,什么程度是情节恶劣?法律没有明确的规定;第二,从民事角度来说,“失职”的概念也不是很清楚,这需要法律进一步界定。法院有权利去剥夺“失职父母”的监护权,从法律规定来看,我们首先根据的是《未成年人保护法》,其第53条有较确切的法律规定,比《民法通则》规定得更明确一些。但是这条规定是先要有有关单位或个人起诉到法院后才能实施,所以首先要明确哪些是有关单位和人,谁来起诉。最近几年,我都在关注这个问题,比如说前年,团市委权益部曾经跟我说起他们曾碰到过一个一直在外流浪的孩子,这个孩子被阳光社工找到后,来询问可不可以起诉到法院?我们认为,要想剥夺他父母的监护权,首先得提供相应的“失职”的证据;其次如果剥夺了父母的监护权,那么新的监护人是谁?这是摆在法院面前非常切实的一个问题。我今年特别关注这类案子,一直想要推进这类案子的解决,我知道今年市妇联做了个调研,就是在本市有一些滞留在医院的婴儿,父母生下他们之后就遗弃在医院,原因有的是因为身体残疾,有的是有医疗纠纷。我就在想,如果相关部门能联手起来解决一到两个典型案例,这就表示了国家要履行对这些孩子的监护职责。我去市妇联商议,市妇联表示愿意起诉。那么孩子由谁监护呢?我又找到市民政局,根据政策,民政部门监护的是“三无”儿童,那些被遗弃在医院的孩子大部分是找得到父母的,因此原则上民政部门是不会接管这些孩子的。民政部门让我们做一到两个典型案例,如果判决剥夺父母的监护权,那么民政部门会接管。如果我们找个健康的孩子,有可能被新的家庭收养或寄养,是否会对他更好?商议下来之后,我们就选了两个被遗弃的孩子,然后再和公安机关商议,因为《未成年人保护法》里规定剥夺监护权是要经教育不改才可以实施的,我们能想到的就是由公安机关来进行教育。所以和公安机关商量让其介入,由医院去公安局报案,通过公安机关侦察、取证的努力,找到孩子的父母并对他们进行教育。我们和公安机关商量,如果反复教育之后,父母还不愿接孩子回去,就先从采取行政措施开始,动用《治安管理处罚法》进行警告、拘留处罚,把这些事情都做好。如果证据确认下来之后,父母还是不愿意接孩子回去的,则让妇联到法院起诉,由法院剥夺他们的监护权,然后让民政部门把孩子接去,这样就能把这两个案子落实到位。

这两个案子是从年初开始办的,到“六一”儿童节之前,从妇联方面得到了好消息,我们选的两个案例,这



本期主持:计时俊

两个家庭的父母都愿意把孩子接回去,这是个圆满的结果,但是对法院来说我们做不成典型案例了。我为什么要选这两个典型案例呢?第一,因为孩子父母都是吸毒的,他们没有监护能力,公安机关就要调查他们吸毒是否到了要戒毒的程度;第二,其中一个孩子已经三岁了,父母将孩子遗弃了三年,那么是不是可以考虑从刑事犯罪的角度剥夺父母的监护权,然后为孩子再找一个新的家庭。这两个案子圆满解决后,我又跟妇联商议愿不愿意再做其他的案例,大家都期待我们法院能推出一些典型的案例。这次准备找三到四个案例,当然我还是希望孩子能回到原生家庭的。

计时俊:我在想,如果剥夺了父母的监护权,把孩子委托给某个机构或经过考察的个人进行抚养,抚养了一段时间以后,亲生父母有能力了,也为孩子创造了比较好的家庭氛围,亲生父母想收回监护权,是否能接回孩子,这方面大家有什么思考么?

周忆:这个我们国家目前没有任何的法律规定。参考国外,国外有一个非常完整的评估体系,包括家长怠于履行监护职责的情况是应该彻底剥夺还是临时让渡监护权,以及家长申请恢复监护权时,对其进行评估,以确定能否恢复,都有非常完整的规定。而这点在国内恰恰是最欠缺的,昨天我看了个新闻,就是关于遗弃儿童的,济南搞了个“弃婴岛”,4天丢了44个孩子,目前济南在考虑对一周岁以上被遗弃孩子的父母以遗弃罪来立案查处。

王娜:刚才朱法官谈到的市妇联的课题,实际上就是我们上海政法学院刑事司法学院接受市妇联委托承



嘉宾:朱 妙



嘉宾:王 娜



嘉宾:徐 斌



嘉宾:周 忆

担的咨询课题,即“上海市医院内困境儿童现状调查与对策研究”。您说的案例包括整个调研过程我都亲自参与了,最后的结果应该来说是比较令人欣喜的,孩子们毕竟得到了妥善的安置,不再滞留在医院里。但是与我们一开始课题立项时的初衷有点差距,我们本来是想通过典型案例推进法院撤销监护权机制的运作。但是,目前确实存在一些问题,包括周律师刚才提到的评估机制在内的系列配套机制是欠缺的。

实际上,我感觉真正的问题是我们关于儿童福利、儿童保护的法律理念还有待提升。儿童利益最大化才是法律制度建构的一个基本原则,如果坚守这样的立场的话,就会构建完备的没有死角的机制。就像刚才周律师提到的监护权履行状态是一个动态评估的过程,而且是由专业人士进行评估的,包括社工、国家民政部门专业人士等一起对未成年人的成长环境状态进行评估,包括对他们的家庭情况、父母的监护能力、生活状态、孩子的健康状况、心理状况等所有的事项和情态都进行一系列的动态评估。评估出来后会分为低、中、高三种风险,不同的风险等级有不同的制度来应对。比如刚才朱法官提到的案例当中,父母一直吸毒会影响孩子的监护,如果机制建构起来,通过评估其父母不适合监护,那么国家将不会允许这些父母来监护,政府会有专门机构为孩子提供安全幸福持久的照顾。

关于国家亲权的理念,有人提出救济穷尽的原则,前面所有的途径都用过了,国家才能出面,否则会撕裂亲情,破坏家庭关系,这是一种说法。但实际上,国家亲权是强大的后盾,时时刻刻是准备冲在前面的。孩子和家庭与国家的关系是什么?首先孩子在家庭里不是父母

的附属品,是个独立的、有主体地位的人;其次父母的职责是保证孩子安全健康幸福地生活,一旦父母没有这个能力或没有这个意愿,国家随时就出面了。所以从这个角度来讲,儿童利益最大化是基本原则。目前,我国的缺陷是制度的设定还是建立在原来的老观念上,认为孩子首先是属于父母的、家庭的。现在为什么有很多人担心弃婴岛一设立,有很多家庭的孩子被丢弃了,怎么办?而且民政部门也有类似的担忧,如果设立了普惠制的儿童福利制度,很多家庭会逃避责任,把所有的事情都推到政府的身上,怎么办?这种担忧的基本前提就是,孩子首先是家庭管的,最后才是国家管的。但实际上,孩子首先是有主体地位的人,无论是父母、国家、社会,首先要保证他的安全幸福,在这样的前提之下,建立起来一系列儿童利益最大化的制度就不是问题了。

计时俊:即便我们有相应的法律程序规定,法院可以剥夺“失职父母”的监护权,而我们国家法律对于后续的制度建设还是有很大的缺陷。假设顺着朱法官的说法,成功做了一个案例,法院把孩子指定给某一个民政部门接管,那么会不会有人提出异议:为什么孩子给这个民政部门而不是另一个部门照顾?是给这个机构而不是给某个人抚养?关于这样的异议我们应该怎么处理呢?

朱 妙:我说做个案是在没有办法的情况下的办法,是不得已而为之的,但是最根本的问题我是赞成立法,一定要立一部《儿童福利法》。我举一个例子,我去台湾,参观台湾的少年法院,叫少年与家事法院,就是把刑事和民事整合在一块儿。我走进一个房间,看到有个长

条桌,桌上放了很多有类似大陆民政局、劳动局的名牌,大概十几个单位一字排开,我们觉得很奇怪,问他们为什么法院和这么多单位有联系,他们介绍这就是根据《儿童福利法》的规定,这些所有的政府部门都和儿童福利、儿童保护有联系,《儿童福利法》里规定得很清楚,这些部门该做什么。所以,如果法院收到一个儿童保护的案子,判决中需要哪个单位做什么事,都分工明确,不是像我们去妇联或公安机关商议,而是法律具体规定了哪个部门应该做什么,不作为就要负责任。父母被剥夺了监护权以后,要明确应该是什么样的家庭去收养或寄养;如果没有,就应明确国家应该如何安置孩子。然后这当中会涉及到周律师提到的评估,还需要明确应该是什么机构对儿童的心理情况、身体健康等进行评估。我们现在碰到新的收养家庭,可能户口报不进,这是很现实的问题,我认为这需要通过《儿童福利法》来解决的,其规定得越细越好,哪个部门应该做什么、怎么做,这就不需要凭个人的能力把方方面面都摆平了。

周忆:我们去年做了一个监护权临时转移的课题,当下依据我国法律来试图进行父母监护权的临时转移确实象朱法官说的那样存在很多障碍。第一,《民法通则》上说父母没有监护能力,怎么判定,当初我们还查过《刑法》,遗弃罪是公诉案件,可以由检察院起诉,但是虐待罪是自诉案件,那么这里就有个悖论,一个未成年人被监护人打骂,谁来帮他起诉,监护人自己不可能起诉。而且就如刚才王教授说的那样,我们长久的习惯一直觉得管教孩子是家庭内部的行为,很多时候觉得父母

打骂是应该的,没有出现严重后果是不会有别人来干涉的,很多案子中父母把孩子打得遍体鳞伤上了医院,最后也是以教育为主。我们就在探讨,谁来起诉?就像朱法官刚才说的,有关单位和个人到底是谁?后来查了一下,妇联下面有个妇女儿童工作委员会,我们曾经提议过是不是可以给这两个单位的权力再大一点,让他们来做起诉的主体。如果由他们起诉,孩子的监护权确实可以转移;那么孩子由谁来管?我们查了《收养法》,父母健在的孩子不属于该法调整的范围,那后来我们又查到民政部有部《寄养条例》,当时以为这部条例和国外的寄养规则接近,后来发现完全没关系,我国的寄养主要也是针对孤儿,这样有一部分孩子就完全流离在法律以外了。同样的案例我也碰到过一个,我做法律援助,有一个小孩,从他十四岁开始我帮他做了三次刑事辩护人,这个孩子刚满十四岁就因为抢劫被法院判处有期徒刑,到他十八周岁又因为犯罪帮他辩护。最后一次,他的母亲来了,才知道孩子生长在一个双吸毒的家庭,父母长期戒毒。接触这个案例后,我曾经写过一个提案,最后教育部门回复:这其实是个多头协调工作的事情,单单靠教育局没法做。碰到这种情况,我们的学校、医院、社区是不是应该有报告的义务,应不应该向公安机关报案,现在这方面的规定没有。

计时俊:按照各位现在所知,我国的《儿童福利法》有什么立法上的进展么?

朱妙:从整个法律来说,《儿童福利法》好像没什



么太大的进展,但是我知道国务院层面大概在委托民政部做儿童救助方面的一些规定。还有个最新的进展就是最高人民法院、公安部和民政部在起草一个规定,在第三稿以后,把检察院也拉进来了,在做类似于司法解释的几个部委的内部规定,就是把这一套流程定下来:谁来发现儿童监护的问题,发现后由公安机关出面做一些紧急的救护,把孩子送到福利机构暂时保护起来;然后谁起诉到法院,法院在什么情况下可以判决剥夺父母的监护权,有些是永久剥夺,有些是一年以后可以申请恢复监护权;法院判决后,民政部门应该做什么,其中还包括社会组织如何对孩子进行评估。据说年底前这几个部委的规定可以出台了。第三稿我去讨论了一次,现在发下来普遍征求意见的是第四稿,如果这个规定可以出台,可能可以解决实际中的一些问题,但我还是期望最后能出台一部《儿童福利法》,把所有职能部门的职责法定化。今年年初的时候,市人大曾经要做一个五年立法规划,广泛向社会征集五年立法规划的提案,我就提出上海能否出台一部《儿童福利条例》,我觉得全国层面出不了《儿童福利法》的话,上海的儿童保护相对来说还是走在全国前面的,就像原来上海先制定《未成年人保护条例》,然后再有全国的《未成年人保护法》。但是我的提议没有被接受,今天我们讨论这个话题就是起一个推动的作用,希望大家都能呼吁。

计时俊:有个问题我很好奇,父母抚养孩子天经地义,但如果国家通过法律把监护权剥夺了,那是不是同时也剥夺了抚养权,还需要再付抚养费么?

王娜:抚养权、监护权还有亲权,它们是有区别的。目前中国的监护权是以亲权为基础的,父母首先是法定监护人,然后其还可以委托监护人,这说明监护权和亲权是两个概念。监护权是监护人对于未成年人人身权益、财产权益所享有的监督、保护的身份权;抚养权是指父母对其子女的一项人身权利。抚养有婚生的抚养与非婚生的抚养之分,在现实生活中由于各种原因,导致父母对子女的抚养权得不到很好的保障。父母对孩子有抚养义务,即使监护权在临时剥夺的情况之下,并不代表父母的抚养义务也一并取消,父母仍然需要支付抚养费。这仍然需要我们在理念上有所转变,虽然父母生下孩子,但是如果父母探望或接近孩子对其成长不利,从儿童利益最大化的角度来考虑,国家的公权力是可以干预的。原来我们以为孩子和父母之间的关系是家庭内部的关系、私法上的关系,但是现在慢慢转变成公法调整的对象,就是公权力可以干预家庭关系,尤其涉及到儿童利益方面。这就是从保护儿童安全幸福长久健康成长的角度出发,不管是谁,都必须以这个作为基本原则,如

果违背了这个原则,国家有权干预,而且国家会建立一系列配套完善的机制来弥补这个缺陷。

计时俊:我昨天晚上看电视,有档节目叫《1/7》,讲了江苏盱眙有个在外打工三年未回家的家长,女儿自从上学以后就没看到过父母亲,盱眙法院做了这样一个尝试,给她的父亲发了一份《督促令》,大致内容是说鉴于他的孩子已经很久没看到父母亲了,虽然父母每月都有钱寄回来,但孩子由爷爷奶奶看护,爷爷奶奶身体不好、行动不便,小女孩在读书之余还需要照顾爷爷奶奶,所以现在法院督促家长履行父母亲的监护权、抚养权,要求该父母回来看望孩子。这样一个《督促令》,按照朱法官的看法,你认为有法律依据么?

朱妙:好像没有法律依据,不过这是个创新的做法,但《督促令》如果发出去以后,父母坚决不回来怎么办?前段时间立法,让子女经常回家看看,法律规定了有时候也会是一纸空文。其实在儿童保护这方面,问题实在太多了,没办法面面俱到,但是我们确实首先要树立国家亲权的理念,先要有国家可以干预的概念,但是现在大家还没有接受这个理念,所以非常困难。

计时俊:我们一直在宣传说“孩子是国家的未来”,未成年人不仅仅是属于家庭的,他们其实也是属于国家的,所以我们有责任对国家的“将来”进行培养,如果父母做不好,就由国家出面来做,由国家来保护。对此,各位有什么建议么?

王娜:我们现在中国的儿童包括未成年人的保护是建立在一个辅助型或救助型的基础上,首先关注的是孤儿、父母下落不明的孩子等,一旦家庭成员健在,好像就找不到救助的途径了,它不是一个普惠制。2013年民政部提出要建立适度普惠制的儿童福利制度,目前我们还处于提倡适度普惠制的阶段,实际上《儿童福利法》应当是普惠制的,也就是所有儿童都在《儿童福利法》的调整范围内。普惠制福利制度的构建,前提和基础就是刚才讲的国家亲权作为后盾的儿童利益最大化原则。那么,是不是说国家全揽了呢?不是的,应该是社会上全体力量都要参与,这样的制度才算完整。像刚才提到的评估以及孩子以后的监护权指定给谁,可以是政府设立的儿童机构,也可以是民间组织机构,可以由政府购买服务,也可以是自发组织的慈善组织,这样就会构建一个非常完备的体系,所以归根结底还是理念要转变。

朱妙:最近我就想推动建立一个慈善基金组织,因为我们在法院看到可怜的孩子实在太多了,有刑事案件中受伤的未成年人,其中有些是到法院来起诉的困难家庭的孩子,他们身患需要长期治疗的疾病,现在我们法

官都是自掏腰包,这个捐助其实解决不了问题。

周 忆:我们现在关注儿童福利的社会组织都不多,而且现在大多数的基金会公信力不足,这笔钱由谁管?那么大一笔资金,不说盈利,至少这笔钱要用到合适的地方去,确实用在孩子身上。所以还是要像朱法官所说的,不如一步步走,先从民政部门开放的口子把公益组织建立起来。

徐 斌:我听大家讨论了那么多,提到一个问题:对于这些孩子如何用法律的力量来帮助他们?除了法律力量还需要社会力量的参与,不单单是从儿童福利最大效益的法律层面让国家、让每个人了解孩子是个单独的个体,不是父母的附属品。应该让社会也有这样一个视角:每个孩子都是我的孩子,我作为一个成年人,对每个孩子都有一定的社会责任。大家都知道,一部法律的出台会经历很漫长的时间,但是我们不能在这段时间里不作为,这时就需要社会的力量,不管是基金会、慈善组织、社会组织都要先于法律一步,可能会碰到很多挫折,即使不规范,也会成为以后讨论的一个话题,会逐步规范起来。

前面大家都在说孩子的监护权问题,我真的觉得不是钱的问题,我们街道以前也搞过一个“三无流浪未成年人”的收容工作,街道愿意提供场地、资金等,但不愿意承担监护责任,包括之前长宁法院少年庭的孩子被丢弃在法院门口,判案的法官只能把孩子领回去,送到救助站,他们愿意提供物质条件给孩子,但孩子24小时的安全谁来负责?这是个问题,我觉得应该好好讨论一下。还有个问题是来评估父母有无监护权,我们现在和长宁法院在做个项目——未成年人民事案件社会监护工作。以前未成年人的很多案件会涉及到刑庭,在民庭这块很少有人关注,但在父母离婚案、抚养权更替、抚养费变更中,最受伤害的是儿童。当时市高级人民法院和团市委签署了合作备忘录,里面谈到能否以社会组织比较中立的第三方身份介入到民事案件的纠纷中,尤其是离婚案件,长宁区可能是做得最早最全的,其他区只是做了典型的个案。长宁区从2012年开始已经做了七十几个案例,主要是三个方面:一个是离婚的抚养权,一个是抚养费纠纷,还有是抚养权更替。我们做的时候是两个社工一组,进入被告和原告的家庭,去了解原告和孩子的互动关系,也会和孩子单独交流,但是孩子至少要有一点行为能力,会有一个访谈的提纲,诸如就学情况、父母的关心程度、身体健康程度等等。我们在和孩子聊完之后,会写一份走访报告给法院,作为之后判案的一个依据。我们今年也在总结这两年的工作,发现社工介入之后,不应单单只做证据调查,社工更大的工作效应是未成年人的心理辅导这样一个层面。因为很多孩子其

实很受伤,以防御姿态把自己包裹起来,成人是看不到的。我们现在很多社工具备心理咨询师的资格,用些简单的心理工具和孩子沟通,适时地给孩子心理辅导,我觉得这是我们社工介入这个民事监护工作中最重要的。包括前面谈到的父母把孩子遗弃了,孩子在一个星期或几天内住在救助站,我们的社工也会做工作,去找到父母,了解家庭发生了什么事,是不是父母之间有一些矛盾,看能否先缓和父母的矛盾,再统一思想,把孩子接回来,这是用社会化的柔性方式处理问题,因为法律是刚性的。

计时俊:今天大家的谈话让我想起我在法国做律师助理时接触到的法国人的离婚案子。法国夫妇的离婚,尤其是有婚生子女的夫妇离婚,是需要经过心理医生的评估的。医生不仅评估离婚夫妇的心理健康,还要评估离婚给孩子带来的影响。在中国,有两个孩子的家庭,离婚时通常是父母各带一个,而法国人则是先评估孩子的想法,如果两个孩子想在一起,一般就不会把他们分开,否则他们会觉得割裂了亲情。而且他们会分析,单亲父亲或单亲母亲带着两个孩子对社会造成的损失各是多少,法官在判决的时候会有倾向性,依据就是心理医生的评估报告。

朱 妙:正好计律师说到这事,我要表扬一下我们的法官。法国有专门的心理医生评估,而我们这边也有自己的特色:第一,社工发挥作用,而且在社工里尽可能选有心理咨询师资质的人帮我们做相应的监护工作,他们做得非常到位;第二,我们的法官很辛苦,自己在学心理学,每个人培训一年考心理咨询师,现在我们少年庭法官有30多个人考出来了。如果有人愿意出资,我们就可以给孩子请最好的专业心理咨询师。

计时俊:没想到今天的话题会引起这么多的争论,有各种各样不同的思考角度,但也有些共性的东西,那就是必须要推动《儿童福利法》的立法。在《儿童福利法》颁布之前,可先通过国务院各部委的部门规章迈出第一步,也可以推动我们上海的《儿童福利条例》的出台,通过地方立法的方式迈出地方上的一小步,这地方立法的一小步可能会带动全国各省市儿童福利立法的一大步,最终促成全国层面《儿童福利法》的产生,今天在座的各位都会是中国《儿童福利法》的推动者,也将会是中国《儿童福利法》诞生的见证者。非常感谢各位嘉宾的参与。●

(本文内容根据录音整理,为嘉宾个人观点)

香港大律师之窗 ●文/高东利

竞争法模拟运作范例：活鸡定价



高东利：香港大律师、香港大律师公会竞争法特别委员会成员、香港大学法律系客席评卷员、前香港大律师公会公司法特别委员会成员及前香港大律师公会新晋大律师委员会成员。

香港《明报》今年2月20日曾报道：“本港因验出内地活鸡带有H7N9禽流感病毒，停售活鸡21日，昨天首日复售，约2.5万只本地鸡‘独市’供应，本地鸡农、批发商及零售商承认三方联合定价，适龄鸡每斤批发价一律卖23.5元，较上月初的15元贵逾五成，协议维持约一个月；零售价亦变相拉高至每斤逾40元，有鸡档东主称，零售价较预期加了5元。有学者及立法会议员均认为，业界涉‘合谋定价’，违反预料明年实施的《竞争法》……新界养鸡同业会副监事长李良骥承认，前晚在该会的春茗上，曾与本地活鸡批发商代表连德兴，以及代表零售业的港九鸡鸭行职业公会主席黄咏楠商讨复售定价，三方达成共识定下‘中位数’，‘因今次无内地鸡（供应），希望有个平稳价格给市民’。”

香港活鸡供应来源主要分内地进口和本地活鸡两种。如内地活鸡进口仍未恢复，香港活鸡供应乃由本地鸡农垄断。在这种情况下，由于货源短缺，以及缺乏内地活鸡的竞争，本港活鸡价格上升乃经济学上的自然现象。

纵然本地鸡农和鸡贩不需面对内地活鸡的竞争，但在一个自由竞争的市场环境下，本港鸡农和鸡贩仍需面对同业间的竞争。这种同业间的竞争理应会

令消费者能以公平的市场价格购买到活鸡。这就是说，若某一本地鸡农或鸡贩过分地提高活鸡价格，消费者也能够从其他的鸡农处以较低的价钱购买到活鸡。

但如果本地鸡农和鸡贩联手就活鸡价格定价，这种同业间的竞争便会消失或减弱。没有了竞争的压力，消费者便只能够以鸡农和鸡贩们所协定的价格购买活鸡。在这情况下大家可以想象，在定价时，鸡农和鸡贩们会以消费者的利益着想，还是以自己的经济利益着想？

世界多国和地区如中国、美国、欧盟、加拿大、澳大利亚、新西兰、日本、韩国、新加坡等均已就针对类似的反竞争行为立法规管。香港立法会也已于2012年6月14日通过了香港法例第619章《竞争条例》（以下简称《条例》），并预料将于2015年内生效。

《条例》规定主要禁止两种反竞争行为：

第一，任何“业务实体”（包括任何从事经济活动的实体，以及从事经济活动的自然人）均不得订立或执行任何协议、经协调的做法或决定，因为该目的或效果是妨碍、限制或扭曲在香港的竞争（第一行为守则）。当中有4个主要针对打击的范畴，被例为“严重反竞争行

为”，包括合谋定价、分配市场、限制生产和串通投标。

第二，在市场中具有相当程度的市场权势的业务实体，不得借从事目的或效果是妨碍、限制或扭曲在香港的竞争的行为，而滥用该权势（第二行为守则）。

在《条例》下，鸡农、批发商及零售商合谋定价的行为应如何分析？这大致可分为横向(horizontal)协议和直向(vertical)协议。从活鸡供应链上看，鸡农是最顶层的供应者，下一层是批发商，再下一层是零售商。横向协议是指于供应链同一层内商户间的协议（譬如鸡农和鸡农间的协议），即竞争者之间的协议；直向协议是指于供应链上下层商户间的协议（譬如鸡农和批发商）的协议，这种协议一般不牵涉到竞争者间协议的问题。

由于在供应链同一层内的商户为彼此的竞争者，横向协议对伤害公平竞争环境的效果相对明显。就直向协议而言，除非协议的上下层具有影响力的市场占有率，一般对市场竞争的影响轻微。打个比喻，如批发商们合谋议定活鸡批发价为40元一只(横向)，那零售商便一定要用40元的定价购买。但如单一批发商与合作的零售商合谋决定零售价为40元一只(直向)，批发商间的竞争并没有被消除，那其他零售商还是可以从其他没控制零售价格的批发商那里购买。当然，如果批发商的市场占有率大(如百分之五十)，那零售商们便很可能会迫不得已要从那些要求控制零售价格的批发商处入货。

《条例》并没有就横向和直向的协议作出区分，因此所有的协议均一视同仁。要留意的是《条例》的执行机构，即竞争事务委员会，其有权就某种特定类别的协议发出集体豁免命令，包含在集体豁免命令内的协议均不构成违法行

为。根据国外的经验，该等集体豁免命令一般都会明确豁免符合经济效益条件的直向协议。但竞争事务委员会尚未就此发出指引或豁免命令，因此将来的发展要拭目以待。

纵然如此，因直向合谋定价(一般为“resale price maintenance”，即零售价操控)为严重的反竞争行为，除非有重大的经济效益的理由支持，竞争事务委员会就此等协议豁免的机会不大。

合谋定价的目的或效果很明显是妨碍、限制或扭曲在香港的竞争，这是有违“第一行为守则”的规定。如上所述，合谋定价是严重的反竞争行为。在我们的例子里，如鸡农、批发商及零售商的协议、经协调的做法或决定去合谋定价，在《条例》中都属于违法。值得一提的是，虽然“第一行为守则”不适用于一年营业期总计营业额不超过2亿元的业务实体，但《条例》也明确规定该豁免并不适用于牵涉严重反竞争行为的协议，即包括合谋定价、分配市场、限制生产和串通投标，故鸡农、批发商和零售商并不能以此作为抗辩的理由。

如身处内地的供应商就出口香港的活鸡合谋定价，又是否违反《条例》？这个问题牵涉到《条例》对境外活动的管制。《条例》清楚地规定“第一行为守则”适用于所有目的或效果是妨碍、限制或扭曲在香港的竞争的协议、经协调的做法或决定，即使有以下情况亦然——

一是该协议或决定是在香港境外作出或执行的；二是该经协调的做法是在香港境外从事的；三是该协议或经协调的做法的任何一方是在香港境外的；四是执行该决定的任何业务实体或业务实体组织均是在香港境外的。

因此，所有牵涉到在香港活动的经济实体均有可能受到《条例》的约束。在我们的例子中，如身处内地的供应商

们就出口香港的活鸡合谋定价，这明显是妨碍、限制或扭曲在香港的竞争的作法，在《条例》中也属违法。

《条例》规定，触犯“第一行为守则”的罚款可达业务实体在该项违反发生的每一年的营业额的百分之十，或如该项违反发生的年度多于3个，那罚款总额可高达业务实体在该等年度内录得最高、次高及第三高营业额的3个年度的营业额的百分之十。

在《条例》生效后，合谋定价者一般会确保定价协议的保密，以逃避法律责任。《条例》因此赋予竞争事务委员会广泛的调查权力，包括：

- 1、要求任何人向该会交出任何攸关该调查事宜的文件或其副本；
- 2、要求任何人在指明的时间及地点，出席该会的聆讯，就关乎该调查事宜回答问题；
- 3、要求回答或陈述人借法定声明核实该等解释、详情、回答或陈述的真实性；
- 4、向法庭提出申请搜查令，授权该命令所指明的人，以及协助执行该命令所需的其他人，进入及搜查藏有攸关竞争事务委员会调查事宜的处所。

任何人在无合理辩解下没有配合竞争事务委员会的调查即属违法，最高可被判罚款港币20万元及监禁一年。故意销毁或以其他方式处置与调查有关的文件，捏改、隐藏该文件，以及安排或准许销毁、处置、捏改、隐藏该文件也属违法。任何人妨碍另一人行使搜查令所赋予的权力，也属于违法。以上罪行最高刑罚为罚款港币10万元及监禁两年。

最后，任何人于法定声明中故意作虚假或失实陈述均为触犯作假证的罪行，最高刑罚可处监禁7年。是故，鸡农、批发商和零售商在《条例》生效后谨记三思而后行！●

案例精析 ●文 / 顾晓静

是“正当索佣” 还是“职务侵占”？

案情简介

刘女士从事国际矿产贸易多年,2009年初,偶然结识了阿拉伯矿产商哈桑先生,两人于闲谈中达成了合作意向,刘女士为哈桑先生在国内开拓矿产品销售渠道,根据销售金额收取一定比例的佣金。2010年11月,哈桑先生委托中国律师向公安经侦支队举报刘女士“职务侵占”370万元,为何“一见如故”的生意合作伙伴变成了互相仇视的“敌人”?刘女士又是否真的实施了触犯刑律的行为?

事情就源起于双方的那次合作。2009年6月,刘女士在香港注册了I&G有限责任公司(简称香港I&G),哈桑先生在迪拜注册了Desoul公司,两公司签署了矿产品代理协议,约定香港I&G为Desoul公司代理销售矿产品,Desoul公司每月按照销售金额的5%向香港I&G支付佣金。同时,Desoul公司在上海设立100%持股的迪索(上海),哈桑先生表示矿产品销售合同以迪索(上海)的名义对外签订,为方便刘女士开展业务,刘

女士可使用迪索(上海)总经理的名义对外销售推广。

初期,双方合作良好。买家通常将货款汇入迪索(上海),再通过迪索(上海)回笼资金至Desoul公司,哈桑先生在检核刘女士制作的佣金结算表确认无误后,由Desoul公司支付佣金至香港I&G。然而自2010年2月起,Desoul公司却忽然终止向香港I&G支付佣金,刘女士多次催讨无果。至2010年9月,Desoul公司已欠付佣金420万元。

2010年10月,刘女士为哈桑先生招揽了一笔370万元的矿产交易,哈桑先生以电邮方式认可了该笔交易,370万元的货款付至迪索(上海)后,刘女士即将该款项以汇票形式通过关联公司转入香港I&G冲抵佣金。

2010年11月,迪索(上海)委托律师到公安经侦支队报案,举报刘女士涉嫌职务侵占。

争议法律焦点

本案的争议焦点为:刘女士未经公

司同意将买家支付的370万元货款用以抵充自己掌控的香港I&G佣金的行为是否构成“职务侵占”?

律师评析

刘女士的律师在仔细研读案件的相关材料后,向公安经侦支队提出下列观点:

1、刘女士和迪索(上海)并非雇佣关系。刘女士从未与迪索(上海)签订劳动合同,领取劳动报酬,也不受迪索(上海)管理制度的约束,对外宣称为公司总经理也仅是为销售推广矿产品的便利。

2、香港I&G已经向Desoul公司以及迪索(上海)出具确认函,确认收到370万元佣金,前期欠付佣金已部分抵消。

3、款项并非侵占,而系留置。作为Desoul公司的销售代理商,刘女士将矿产品销售给买家,属于代理协议的约定范围。刘女士在多次催讨佣金无果的情况下,根据香港I&G的要求将销售款项

进行留置,以期实现其对 Desoul 公司的债权。香港 I&G 对此笔款项无意抵赖或隐瞒,已向 Desoul 公司和迪索(上海)出具了确认书及收据,确认已收到上述款项。鉴于双方债权债务均已到期,香港 I&G 即享有法定抵销权,以上款项流转是香港 I&G 行使法定抵销权的结果,不涉及任何侵占行为。

然而,刘女士的情况仍不乐观。她虽未签订劳动合同,但确有一定的职务便利;且香港 I&G 和 Desoul 公司的佣金款项和迪索(上海)的货款收入为两个法律关系项下的款项,香港 I&G 索取佣金可通过诉讼等民事手段予以追讨。若无更有力的事实理由,刘女士仍有可能被认定为“职务侵占”。

进一步调查后,刘女士的律师终于找到了一个对刘女士极为有利的事实依据:2009 年 11 月和 2010 年 2 月,刘女士也曾通过迪索(上海)直接将 2009 年 10 月及 2010 年 1 月的佣金付至香港 I&G,在此之前并未获得 Desoul 公司和迪索(上海)的指示,也未收到任何来自上述两方的异议。另外,香港 I&G 与 Desoul 公司每月都签署《佣金支付确认书》,确认月度佣金数额及支付情况,2009 年 10 月及 2010 年 1 月的佣金支付已由双方确认,也可进一步说明刘女士将迪索(上海)的款项用于支付香港 I&G 的佣金并非必须经过公司的事先许可。

结论

律师向公安经侦支队主张刘女士对于佣金的给付并非必须获得 Desoul 公司及迪索(上海)的授权,其可代表香港 I&G 直接予以处理。刘女士用货款抵充佣金的行为虽有瑕疵,但尚不足以构成职务侵占罪。经综合考量相关材料后,公安机关遂做出撤销案件的决定。●

(作者单位:上海四维乐马律师事务所)

视角

●文/杨维一

浅议混合所有制经济的退出机制

一、混合所有制经济的重要意义

改革开放三十多年来,随着市场经济的发展和成熟,国企和民企之间不再泾渭分明,“你中有我、我中有你”的所有制模式也逐渐成为常态。简单而言,混合所有制经济存在以下两点重要意义:

(一)在市场经济中,资源是依靠市场的无形之手进行调配的,从生产效率低处往生产效率高处流动。混合所有制的经济制度打破了国企和民企之间的藩篱,有助于实现竞争,而竞争则是提高生产效率的最有效手段,优胜劣汰。

(二)混合所有制经济可以实现公私产权的优势互补,扬长避短,发挥各自的长处,从而提高企业的生存和发展能力。这比国企和民企单纯地自行摸索前进和发展,更为便捷和有效。

二、混合所有制经济退出机制的重要意义

混合所有制经济并非“包治百病”的“灵丹妙药”,正如夫妻之间的结合,不可能全部都白头偕老。因此,考虑和设计混合所有制经济的退出机制便成为了“必修课”。简单而言,混合所有制经济的退出机制也存在以下两点重要意义:

(一)实现混合所有制经济“好聚好散”,在结合伊始就充分考虑好万一事有不谐

比起事后费时费力通过协商乃至诉讼解决纠纷,事先设计好出路和解决方案无疑更加省时省力,同时也符合防患



杨维一:上海市理诚律师事务所律师

于未然的风险控制原则。

(二)混合所有制经济退出机制本身,就是市场经济的必然选择

正如前文所言,市场是配置资源的无形之手,由于俗称的“资本的逐利性”,退出机制实际上也是实现市场自动调节的一部分。因此,设置退出机制实则上在提供退出途径的同时,也实现了资源的再配置,这非常符合市场经济的原则和逻辑思维。

三、实现退出机制的制度性保障

要实现退出机制,以下几个制度保障方面的问题是混合所有制企业需要解决的基本问题:

(一)前置程序:进入机制

退出的前提是进入。因此,混合所有制的进入机制和进入领域就是探讨退出机制的、不可绕开的前置程序。前置程序并非本文讨论的主题,故在此不赘,但笔

者认为我们均应当对此有清醒认识,即退出机制的设立肯定是建立在进入机制和进入领域之上的。

(二) 建立企业收益制度和风险分担制度

“退出机制”这个词不是孤立的,而是与企业的收益分配和风险承担息息相关的。因此,退出机制设立之始,就是企业的收益制度和风险分担制度的建立。

这其中最为关键的原则,即是“同股同权”。“同股同权”是实现退出机制乃至混合所有制经济发展的基石,亦是消除混合所有制经济参与者疑虑的前提,同样也是混合所有制经济参与市场竞争不可或缺的组成部分。“同股同权”能够充分调动不同所有制经济的活力,实现前文所述混合所有制经济的积极意义。

(三) 所有权与经营管理权的分离

在解决股权问题之后,下一个面临的课题便是混合所有制企业所有权与经营管理权的分离。此处值得着重指出的,是传统国企存在的固有顽疾:政企不分。

不少传统国企习惯以行政思维方式和行事手段来处理经营业务,而不是尊重市场规律。不尊重市场规律所可能产生的恶劣后果,便是被市场所淘汰。同样,民企也存在所有权与经营管理权混淆的问题,尤其常见于“家族企业”。由于中国改革开放施行市场经济相对时日较短,民企在所有权与经营管理权分离方面的传统和实践经验,显著不及西方民企,因所有权和经营管理权混淆而导致“家族企业”在发展中掉队的例子俯拾皆是。因而,建立、健全现代化的公司制管理,真正做到股东会、董事会、监事会以及总经理的权责明晰,乃是混合所有制经济建立过程中的题中应有之义。

(四) 实现产权可交易

退出机制的实质,是混合所有制企业产权的可交易性。这个可交易性是广



义的,例如上市公司的股票买卖,就是典型的退出机制之一;而非上市公司的产权交易,例如联合产交所挂牌转让国有产权。

四、建立退出机制的主要渠道

(一) 公开上市

这是一个较为常见亦为大家众所周知的方式。公开上市的优势较为明显,通过上市来实现混合所有制经济的退出,可能伴随盈利和融资再发展。上市包括承销和包销,但上市的缺点在于其难度往往较大。

按照渠道分类,公开上市模式可分为控股公司上市、境外上市和境内上市。境外上市和境内上市较易理解,而境外控股公司上市,是指持有混合所有制企业股权的股东企业上市,优点在于可包装和充填其他资产和概念,缺点在于并不利于混合所有制企业的融资,仅是单纯的退出。

(二) 股权转让

股权转让,包括离岸股权转让和国内股权转让(产交所)。离岸股权转让一般指转让方和受让方均为非中国居民(企业),其中值得讨论和解决的重点主要为税收问题。与上市(承销和包销)相比,股权转让的优势在于其手段更为便捷,缺点在于受让人必须定向协商和谈判。

(三) 管理层收购

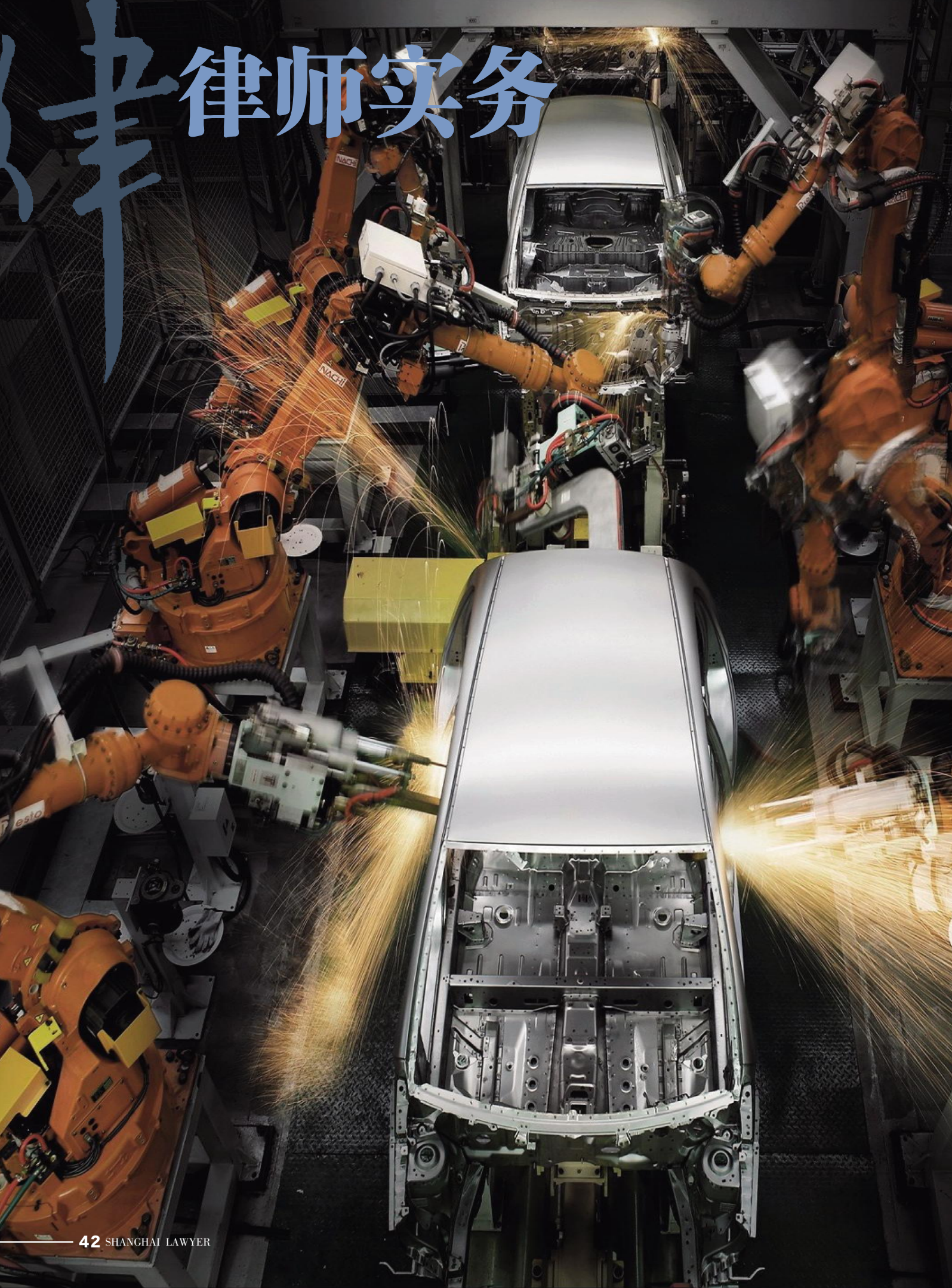
受益于逐渐完善的法治环境和反腐导向,现今我们再探讨混合所有制经济的管理层收购,不再需要像改革开放的初期和中期那样如履薄冰。管理层收购在激励企业内部人员积极性、降低代理成本、改善企业经营状况等方面都能够起到积极的作用,因而逐渐受到广大投资者的青睐。

(四) 股权回购协议

常见于公司实际管理者从风险投资者手中回购股权。无论对公司实际管理者或是投资者,无论风险投资对赌的成功或失败,股权回购协议均具备退出机制的积极意义。在入股初始,就约定好退出的条件,一旦预设的条件被满足,股权回购协议即被激活,并可在充分协商(签署股权回购协议)的前提下,实现退出的目的。

(五) 公司清算

公司清算是一个中性概念,既存在公司无法实现设立目的和经营成效之下的、被动的以及司法层面的公司清算,也可事先达成一致的、公司完成设立目的的公司清算。同样对于新组建的混合所有制企业,预先设立公司清算的条件,也不失为一种合理的退出机制,随着经营活动的多样化和市场经济的深化,公司清算甚或破产清算也开始出现了越来越多的实例。●



律师实务



葛文昱:上海市理诚律师事务所律师

●文 / 葛文昱

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

中国混合所有制经济(企业)发展模式初探

一、混合所有制经济:概念与分类

(一) 混合所有制经济与混合所有制企业

混合所有制经济首先是一种类型上的概括概念,其可以表述为:不同所有制的经济成分相互融合又相互独立,存在同一经济实体之中,并通过一系列的制度安排在获取外部环境保障及良好内部运行机制的情况下,实现经济实体及混合其中的各不同所有制经济成分各自利益的最大化。

最典型的混合所有制经济形式,便是混合所有制企业。而根据实践经验,具体的混合形式中,股份制是一种迄今为止最为成功或者说最为成熟的方式。

在明确混合方式的前提下,不难为混合所有制企业作出更明确的定义:一个同时含有国有股份与非国有股份,而持有这些股份的投资者并不是以短期内在公开市场转让获利为目的的企业。

(二) 中国混合所有制企业的成分

就目前中国的混合所有制企业存在的情况而言,多数表现为境内法人之间(包括国有企业与非国有企业)共同参股或投资设立。但很明显,随着改革开放的深入,更多外商也正在逐步介入混合所有制企业领域。

中石化与高盛的合作即是一例。虽然高盛是作为财务顾问而不是投资者介入中石化的混合所有制改革,但是随着中石化这类大型国企对混合所有制改革的深入与熟练,在一定范围内接受外商进入成为多元化的投资者之一,将成为不可避免的趋势。

(三) 混合所有制企业在国内外发展的异同

混合所有制企业并非中国独有,在资本主义国家和前苏东国家的经济整体转型过程中同样大量存在,但通过对比可以看出,无论是资本主义国家在某些领域如大型公共服务领域、基础设施建设领域,还是前苏东国家由计划经济向市场经济转型时大量出现的原因国有企业向私人的出售,都明显带有私有化的色彩。

简而言之,国外的混合所有制企业主要是一种临时性的存在,是将企业私有化的过渡手段,并且无论是涉及的领域还是存在的数量均屈指可数。它们更多表现为政府的主动措施,并且有着完善的法律、法规和契约保障。

国内的混合所有制企业则并非私有化的过渡手段,而是一种长期的政策与制度安排,无论在数量和设计的领域都呈现出快速增长的趋势。它们是市场经济条件下,非国有企业快速发展与崛起,并倒逼国有企业进行改革的一种被动选择。在制度环境方面,目前仅有一些原则性的政策文件指导混合所有制企业的发展,尚无成体系的法治环境及契约保障机制。

中国的混合所有制企业,是国企改革的必然结果和必有趋势。从某种意义上,这种趋势可以被认为是相当一部分国有企业及所处领域更进一步的“民营化”。

二、中国的混合所有制企业在发展过程中所要解决的问题

混合所有制企业需要深入发展,其要旨在于加强对非公有制经济成分即民营资本的保护,免除民营资本在混合经营中的后顾之忧。而对于民营资本的保护,重要的问题就在于解决包括产权、法治、市场参与权的外部环境的改善,以及建立良好的混合所有制企业内部的公司治理结构。

(一) 外部环境问题

在外部环境方面,我国为发展混合所有制经济亟需处理以下问题:

1、要建立明晰的产权制度

明晰的产权制度意味着遵循“谁投资、谁所有、谁收益”的原则对经济实体进行有效管理。在我国,私营经济领域的产权界限较为明确,但在公有经济领域,由于长期处于计划经济体制下,国企的投入来源并没有明确的界定。

混合所有制企业要发展,必须破除公有制投资的垄断,在混入非公有经济的资本后,实现投资者的多元化。而混合所有制企业的财产主体就需要明确,其投资主体不再是单纯的政府或政府委托的管理机构,而是企业本身;所投入的资本是企业本身的财产,独立自主的经营并负担盈亏。

2、要对非国有股份、民营资本给予平等的司法保护合法的财产以及收益应当受到法律的保护——作为市场经济运行的根本保证,这已经成为一种常识。现阶段,中国的法治成熟度还不尽如人意,这就意味着政府法律保护方面起着更大的作用。

面对在经营过程中所面临的法律风险,相较于民营资本而言,政府对于国有资本的保护更具有倾向性。这可能导致在同等情况下,民营资本要比国有资本付出更大的法律风险成本。要发展好混合所有制经济,就必须树立更好的司法权威,保障法院的独立审判权,尤其在对个案处理上要做到去行政化、去地方化,保证对混合所有制企业中的各方投资者进行平等的保护。

3、要保证混合所有制企业以及其中的民营资本在市场参与机会上的平等竞争权利

平等的市场参与权,意味着在融资渠道及资源配置上应当首先听从市场的召唤。市场经济,就意味着公平竞争,意味着机会均等,标准统一。

为此,必须竭力破除民企遭遇的“玻璃门”、“弹簧门”。目前,在融资渠道、资源享受方面,国有企业或国有参股企业往往比民营企业更具有优势。一些并不涉及国防、民生的领域,也时常存在进入门槛,加之审批标准缺乏明确统一的口径,使得民营资本遭遇“玻璃天花板”;有的即便受一时的政策允许得以进入相关领域经营,但在经营过程中也得不到应有的待遇,反而处处受制,导致其最后无奈退出,遭遇“弹簧门”。这样的情况,会使得民营资本寻求与国有资本混合经营的出发点,变成求一张“入场券”的无奈之举,间接导致民营资本在混合经营后也只是力图尽快获利收回投入。基于短期利益进行,而缺乏长期计划,民营资本高效率、创新性强的作用在混合所有制企业中的发挥极其有限。

要进一步发展混合所有制经济,必须对于混有所有制企业中不同所有制给予平等的竞争条件,包括建立统一的税收、会计、审计制度,促进市场作为资源的优化配置和合理使用的主导手段,而不再是基于行政化、政策化的需要“看菜下碟”。

(二) 内部治理环节

要让混合所有制企业顺利发展,除了上述良好的外部环境因素外,内部的公司治理结构完善也是重中之重。

1、国资委角色职能转变,是混合所有制企业独立决

策的前提

如前所述,混合所有制企业最基本的形态是股份制公司。“公司”的原意,即为“为公而司”,即为共同利益而主管。此处的“公”并非指公有经济,而是指参与建立、运营“公司”的各利益方(投资者),他们为了共同的利益而进行的管理。这就要求混合所有制企业必须建立独立于外部的内部决策机制,通过这一决策机制所作出的决定,代表着企业本身的意志,不应该受到除企业内部因素外的其他利益的影响。

但事实上,对混合所有制企业经营决策产生作用的最直接的因素,就来自于2002年成立以来的国家及地方各级国资委。国资委成立时的目标,是为了推进政企分开、政资分开,通过推动所有权与经营权的分离,真正实现公司治理结构上的“责、权、利”三者的统一。多年的实践也证明,国资委在实现国有企业改革过程中确实发挥了巨大作用,但随着经济的迅猛发展,国资委作为超越公司治理架构之上的存在,并不能彻底解决政企、政资分开的问题,反而时常表现出对企业内部决策与细节管理的过多干涉,导致了其作为投资者、监督者与经营者三者身份的重合,弱化了公司本身治理结构的执行力和权威性。

在中央提出深入发展混合所有制经济这一命题后,如何解决国资委这一有可能阻碍国有资本与民营资本混合经营的超架构存在的问题,需要对国资委本身重新进行界定。笔者认为,国资委要从一个“管资产”的政府机构角色向一个“管资本”的投资人角色的转变,其管理的对象不再是国有企业的“一桌一凳”,而是将国有资产通过一系列的证券化改造转变成国有资本进行管理。国资委可通过专门的投资机构,将国有资本通过控股、参股等形式注入相应企业,实现资本的混合,并以“管资本”作为国资委工作的主线。此时作为资本注入者的国资委,其角色也就不再是超越公司治理架构的政府机构,而是一个投资者,也就只能依托公司架构中的投资者决策机制即股东会来对公司的决策、经营活动产生影响,而不能再以诸如行政命令、政府文件的方式直接干预企业经营。这样,混合所有制企业有望实现独立决策、独立经营,在一定程度上避免外部行政化、地方化因素对企业决策机制的影响。

2、起到制衡、监督作用的章程,是混合所有制企业正常运行的保障

如前所述,公司治理包括对结构、行为和绩效三个层面的考虑,体现的是权力配置、行为规则和各方的权利义务。而最能体现公司内部平衡机制、权利义务规制的,便是公司章程。

制订公司章程,不啻为公司内部运行规则的“立

法”。通过章程的制定,可以约束管理者和下级,以及公司各有关利益方包括投资者、管理者在财务及对公司忠诚方面的各项责任,并且也有助于解决公司中不同主体之间的利益冲突。

不幸的是,在笔者的观察中,包括国企在内的大多数企业,对于章程都不够重视。他们中的绝大多数在制订章程时,都是直接使用范本或是对法律条文的照抄。造成这一现象的主要原因,在于大多数企业(包括国有企业和民营企业)通常都存在着“一股独大”的局面——控股股东所持有的股份比例超过了所有其他股东所持股份的总合,造成公司的意志基本等同于控股股东的意志,而章程所列的决策机制的存在与否都不重要,沦落为工商登记所需要的文件而已。同时,由于投资来源于结构的单一,无需在章程中对投资者间的权利义务做刻意安排,各投资主体之间由于“资本力量”的悬殊差距,基本不存在利益博弈,所以也无需章程作为多方之间的“争端解决机制”。

但混合所有制企业不同于以往的企业。在各投资主体决定合作进行混合经营之前,必然要对双方或多方之间的权利、义务、责任、利益分配等问题作出一系列安排。他们不仅在合作之前的谈判中存在着利益博弈,即使在合作开始之后,企业经营的过程之中也存在利益博弈。各投资主体特别是混合所有制企业在独立决策的前提下,更需要国有资本一方在章程中作出服从企业独立决策的承诺。相当于混合所有制企业“宪法”的章程,无异对投资各方都有着举足轻重的意义,而章程条款中对各方分权制衡、人事任免、监督制度的设计、经营团队组成及管理、利益分配、企业与政府关系的特别约定等等条款是否细化,日后会成为混合所有制企业公司治理的重中之重的依据。如果制定的章程不足以解决争议,不能成为双方博弈的正常游戏规则,那么一旦在经营过程中出现问题,往往容易诉诸于政府保护、司法途径等外部因素,这就造成公司内部矛盾激化为外部问题,更容易受到外部因素的不当影响。

3、合理的退出机制,是混合所有制企业民营资本投资方免除后顾之忧的有效选择

与传统的财产制度不同,以股权、债券为代表的资本,被赋予了高度流动的能力。一个独立经营的个体在面临市场情势的变化时可以做出自由的选择,自由参与竞争、顺畅资本流通与变现都是市场经济不可或缺的因素。

在国有资本同民营资本混合经营的过程中,面对可能产生的国有资本一方强势的局面——在很多情况下,国有资本一方都是借助于资源、渠道上的优势地位,民营资本对混合经营选择都是一种无奈的被动选择,难免会出现在决策、经营及利益分享过程中的失衡。在一方

明显利用强势地位进行决策或者基于经营理念不同导致双方合作意愿难以维系时,必然面临着一方的退出。

民营资本对于自身投入到混合所有制企业中的资本能否顺畅实现退出,资本的估价又是否公允,这些问题都直接影响着民营资本对混合所有制企业的信心。能否建立顺畅的资本退出机制,免除民营资本把与国有资本合作的混合所有制经济看作“资金黑洞”的担心,这也直接关系到民营资本在参与混合所有制经济的积极性与决心。

三、关于中国混合所有制企业发展方式的几点设想

(一) 国有资本以优先股方式出现

优先股是相对于普通股而言的,主要指在利润分红及剩余财产分配的权利方面,优先于普通股。

混合所有制企业建立的目的就在于引入民营资本,利用其管理优势、创新优势及高效率帮助国有资本保值增值,以使国有资本与民营资本共同增长。在实行股份制的混合所有制企业中,国有资本可以以优先股的形式存在,在利润分红及剩余财产分配上相比民营资本具有优先权。至于国有资本是否放弃对公司经营的管控,根据《优先股试点管理办法》的相关规定,可以由公司章程对优先股股东表决权的事项范围做出特殊的约定,但即使章程的特殊约定,也不应给予作为优先股的国有资本以过多的干预经营决策的空间。

(二) 建立弱势股东的强制保护机制

这里之所以没有使用“小股东的强制保护”,而是使用“弱势股东的强制保护”,就在于混合所有制企业中,小股东并不一定与弱势股东画上等号。持股比例较大的民营资本,或持股比例较小的国有资本,都不能简单划归为强势一方或弱势一方,因为任何一方都有可能基于资金实力、资源渠道、上级集团母公司关联交易转移利益等方式成为利益掠夺方。在此情形下就需要对弱势股东方进行强制保护,在法律法规以及章程中特别约定,如若出现上述不正当的利益掠夺存在时,就要允许弱势股东一方能够以公司赎回股份、另一方强制受让股份等方式退出经营。

现有的改革已经进入“深水区”,面对以混合所有制企业为契机的新一轮国企改革,非要有“壮士断腕”的决心不可。民营企业所代表的资本运营模式及创新的商业模式都是创新精神的代表,国有资本应当勇于借鉴与融合,只有对新制度、新方法的大胆应用与实践,对存在的弊端和不足勇于突破,才能抓住新一轮全球化、全面产业结构、政策调整和以信息化为代表的新技术的契机,中国企业发展才必定有着广阔的未来。●



吴海:上海市光大律师事务所律师

●文/吴海

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

以资源论分析国家死刑权力来源兼谈盗窃罪的死刑设立

中华人民共和国第十一届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议于2011年2月25日通过并公布了《中华人民共和国刑法修正案(八)》,该刑法修正案去除了十三个罪名的死刑,其中包括盗窃罪。

要求废除死刑的呼声不绝于耳,而国家是否有权设立死刑,国家设立死刑的权力来源在哪里,这是需要首先解决的问题。如果国家根本就无权设立死刑,那现有的关于死刑的规定就是不当的,自然应当废除;如果国家有权设立死刑,那么什么罪名可以设立死刑,什么情况下可以适用死刑就是值得探讨的问题。

纵观我国《刑法》,死刑的设立以及在设立死刑的罪名中于何种情况可以适用死刑,似乎没有同一的标准。本文从盗窃罪入手,尝试对国家死刑权力的来源进行分析,并提出适用死刑的标准。

一、我国刑法对盗窃罪的相关规定

(一) 我国《刑法》第八次修正前后之规定

《刑法修正案(八)》之前的第二百六十四条规定:“盗窃公私财物,数额较大或者多次盗窃的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产;有下列情形之一的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产:(一)盗窃金融机构,数额特别巨大的;(二)盗窃珍贵文物,情节严重的。”

《刑法修正案(八)》第三十九条规定:“将刑法第

二百六十四条修改为:“盗窃公私财物,数额较大的,或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。”

也就是说,《刑法修正案(八)》中规定了“盗窃金融机构,数额特别巨大的”和“盗窃珍贵文物,情节严重的”的两种情形不再适用死刑。

(二) 盗窃罪分类

1998年最高人民法院颁布了法释〔1998〕4号文《关于审理盗窃案件具体适用法律若干问题的解释》,这是目前处理盗窃罪的操作依据,该文对盗窃罪做了很多细分。

1. 关于盗窃罪的对象

参照该文件第五条关于盗窃物品数额计算的规定,我们可以将盗窃的对象列举如下:

(1) 流通领域的商品;(2) 生产领域的产品;(3) 单位和公民的生产资料、生活资料等物品;(4) 农副产品;(5) 进出口货物、物品;(6) 金、银、珠宝等制作的工艺品;(7) 外币;(8) 不属于馆藏三级以上的一般文物,包括古玩、古书画等;(9) 珍贵文物;(10) 以牟利为目的,盗接他人通信线路、复制他人电信码号的,从而获取资费收益的;(11)、有价支付凭证、有价证券、有价票证;(12) 邮票、纪念币等收藏品、纪念品;(13) 金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等,如储户的存款、债券、其他款物,企业的结算资金、股票;(14) 救灾、

抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、医疗款物；(15)信用卡并使用；(16)增值税专用发票或者可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票；(17)广播电视设施、公用电信设施；(18)电力设备。

最高人民法院通过列举的方式将盗窃罪的对象做了细分。其中盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金和珍贵文物的情况是有可能被判处死刑的。

2、盗窃罪的情节

此外，该司法解释还规定了情节从严、从宽的各种情节，可作如下区分：

按照犯罪主体区分：

(1)已满十六周岁不满十八周岁的未成年人作案的；(2)犯罪集团的首要分子或者共同犯罪中情节严重的主犯；(3)累犯。

按照犯罪对象区分：

(1)盗窃残疾人、孤寡老人或者丧失劳动能力人的财物的；(2)盗窃金融机构的；(3)盗窃救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、医疗款物，造成严重后果的；(4)盗窃生产资料，严重影响生产的。

按照犯罪手段区分：

(1)以破坏性手段盗窃造成公私财产损失的；(2)流窜作案危害严重的。

按照犯罪后的情况区分：

(1)全部退赃、退赔的；(2)主动投案的、被胁迫参加盗窃活动，没有分赃或者获赃较少的；(3)其他情节轻微、危害不大的；(4)导致被害人死亡、精神失常或者其他严重后果的；(5)造成其他重大损失的；(6)造成严重后果或者具有其他恶劣情节的。

上述从严的情节均不作为构成适用死刑的条件，而是区分罪与非罪、重罪与轻罪的依据。

3、原盗窃罪使用死刑的标准不明确

原《刑法》只规定了“盗窃金融机构，数额特别巨大的”和“盗窃珍贵文物，情节严重的”两种情形可以适用死刑。

但是，为什么盗窃金融机构、盗窃珍贵文物可以适用死刑？这一点在相关法律、司法解释中均无说明。如果说这两种情况情节特别恶劣，那么盗窃残疾人、孤寡老人或者丧失劳动能力人的财物的情况是否恶劣？盗窃救灾、抢险、防汛、救济、医疗款的情况又是否恶劣呢？为什么金融机构的财产重要性就要高于非金融机构的法人自然人的财产？为什么珍贵文物的重要性可以要求实施盗窃行为的罪犯以命相抵，而盗窃广播电视设施、公用电信设施、电力设备就不需要呢？

从法律的内在逻辑讲，并没有一个统一的或者相对统一的标准来衡量各种盗窃行为的严重性。而《刑法修

正案(八)》则是以最简单粗糙的方式将所有可能适用死刑的情况一并取消。这同样存在问题，是否构成盗窃罪的行为均不需要适用死刑？

二、国家设立死刑之权力来源分析

国家是否有权力设立死刑，国家为什么有权力设立死刑，这涉及到国家构成的理论和刑罚设置的理论问题。对此存在多种说法，主要分为有权论和无权论。鉴于笔者本文的目的在于论证国家设立死刑的权力来源问题，而无权论者认为国家无权设立死刑，故在此不做分析。现就有权论的各种学说加以分析论述：

(一) 等量报应论

其一是康德以等量报应原则为基础的死刑等量报应论。康德指出：“谋杀者必须处死。在这种情况下，没有什么法律的替代品或代替物能够用它们的增或减来满足正义的原则。没有类似生命的东西，也不能在生命之间进行比较，不管如何痛苦只有死。因此，在谋杀罪与谋杀的报复之间没有平等问题，只有依法对犯人执行死刑。”

笔者认为，康德的这种观点来源于同态复仇。所谓同态复仇，是一种复仇习俗，氏族、部落成员遭到外来伤害时，受害者给对方以同等的报复，以命偿命，以伤抵伤，加害者氏族或部落则交出惹祸人，以求得整个氏族或者部落的集体安全。执行同态复仇往往由受害者近亲进行。这在古巴比伦《汉穆拉比法典》和古罗马《十二铜表法》中均有反映。汉高祖刘邦“约法三章”中的“杀人者死”也是同态复仇的直接表现。

以该理论作为死刑依据，在生产较为低下的社会形态中较为可行。因为在工业革命之前的相当长的时间里，人类生产力发展相对缓慢，新技术、新制度（包括但不限于金融制度、税收制度等）出现较少，主要的犯罪行为均出现在传统的人身损害和财产领域，而经济类犯罪情况较少。按照康德的死刑等量报应论，则无法解释经济犯罪领域中的死刑，这也成为很多人要求废除死刑，至少是针对财产犯罪处以死刑的理由。

(二) 法律报应论

其二是黑格尔的法律报应论。黑格尔认为刑罚是犯罪人根据自由意志选择犯罪时所选定的结果：“犯人行动中所包含的不仅是犯罪的概念，即犯罪自在自为的理性方面——这一方面国家应主张其有效，不问个人有没有表示同意，而且是形式的合理性，即单个人的希求，认为刑罚既包含着犯人自己的法，所以处罚他正是尊敬他的理性的存在。”即使说，犯罪是犯罪人根据自由意志实施的行为，这种自由意志是人的理性之所在，其只有通过对其犯罪的否定才能得到承认，犯人在杀人的同时也肯定

了人是可以被杀,对之处以死刑,自然是杀人者的这种肯定即自由意志的结果。因此,杀人者在杀人的同时就赋予国家以死刑处死他(她)的权力。

从黑格尔的逻辑来看,一个人在从事足以适用死刑的犯罪行为时,是预见到且认可自己可被适用死刑的。简而言之,黑格尔用逻辑推导出的理性人是同意自己被适用死刑的。但是从刑事司法实践中可知,通常情况下罪犯是不愿意去死的,也就是说从常理所知的人的本能来看人是求生的。笔者认为,黑格尔的用理性人来否定本能人,这种理想化的状态只能适用于苏格拉底之类的哲人身上,对于普罗大众却难以适用。因此,该理论无法解释国家有权设立死刑。

(三) 功利理论

其三是功利理论。对于功利理论而言,正常的人会害怕惩罚带来的痛苦,而将死刑作为惩罚手段,将威慑害怕该结果的人,从而实现减少和消除犯罪的目的。由于没有其他的手段比以死刑相威胁更为经济或者说更为有力,因此死刑的存在是符合社会利益的。

该理论从社会管理成本的角度论证死刑存在的合理性,但只是在死刑存在的情况下论证其合理,并没有解决国家为什么可以设置死刑的问题。仅仅从威慑的角度考虑,也有其他的刑罚可替代死刑且威慑力并不逊色,比如无期徒刑等,为什么偏偏要用剥夺生命权的刑罚呢?可见该理论也无法解释国家为什么可以设立死刑。

(四) 危害国家安全论

其四是危害国家安全论。贝卡利亚总体而言是主张废除死刑的,但也保留了两个例外,其中“处死他是预防他人犯罪的根本的和唯一的防范手段”之说,与功利理论是类似的,在此不再赘述。另一个理由是:“某人在被剥夺自由之后,仍然有某种联系和某种力量影响着这个国家的安全;或者其存在可能会在既定的政府体制中引起危险的动乱。”根据该理由,在危害国家安全(这里的国家应当是从政府角度出发的国家,而非地理、历史概念上的国家)的时候可以判处死刑。

与功利主义相同,这种观点是在认可死刑存在的基础上,认为此种情况判处死刑对于国家安全有利,是从结果来论证死刑存在的合理,但仍然没有解决为什么可以设立死刑的问题。按照贝卡利亚认可的社会契约论,作为缔约方的个人并没有将自己的生命权让渡给国家,则为何会出现可以适用死刑的例外呢?这点贝卡利亚似也没有论证。

以此来解释国家为何可以设立死刑,则可以简单概括为:危害国家安全的罪犯可以被判处死刑;国家有权设立死刑;国家可以处死危害自身安全的人。可以看出

死刑是为设立者自身安全服务的工具,由此推导出国家设立死刑是无正当性可言的。

而且根据这种理论,最有可能被判处死刑的是政治犯,即被政府认为会引起危险动乱的人。何种人会有“引起危险的动乱”的判断标准又掌握在控制政府的掌权者手中,这样一来死刑非常容易成为政治斗争的工具。国家设立死刑是为了满足自身的安全需要,但所谓国家是由具体的人进行控制的,剥开“国家”的面纱,该理论是为当权者的利益服务的,但没有从逻辑和理论上解释为什么可以设立死刑的问题。

综上,笔者认为此前各种学说关于国家设立死刑的权力来源均存在不足。其中最能够合理解释国家死刑权力来源的当为康德的等量报应论,但由于创立的时代局限,该理论虽能够解释暴力犯罪的死刑问题,但却无法解释针对财产犯罪的死刑问题。

三、资源论及盗窃罪死刑设立分析

通过前段论述可知,笔者认为在诸多理论中,脱胎于“同态复仇”的死刑等量报应论较能合理地解释国家设立死刑的权力来源,其实就是来源于组成国家的个人的生命权,在生命权遭到侵犯时,可以“同态复仇”的方式剥夺加害人的生命权。由于国家的建立,不再通过私刑也就是自力救济来直接剥夺对方生命,改由国家设立死刑,通过公力救济实现“同态复仇”。

那么,针对财产的犯罪是否可以设立死刑呢?目前反对在财产领域设立死刑的声音很多,其中最重要的观点是:财产犯罪之罪与死刑之刑不相适应,人的生命价值永远高于财产价值,两者无法等价。

这就涉及到死刑等量报应理论是否能够适用于财产犯罪的问题,对此笔者的观点是可以,但要通过资源理论加以解释和衔接。

所谓资源,指的是一切可被人类开发和利用的物质、能量和信息的总称,它广泛地存在于自然界和人类社会中,是可以创造财产的财富。区别于传统意义上称为资源的自然资源,在人类社会中的资源是一种所有可以创造财产的财富的总称。人类依赖于资源得以生存和生活,丧失资源则将丧失生存的能力。

在总体社会资源有限的情况下,某些个体获得较多的资源,势必使其他个体所获得的资源减少。绝对公平分配资源是一种理想化的状态,但需要一个相对公平合理的规则来分配各项资源。法律是一种规则,法律设立的目的就是确立资源分配的规则,但这个规则是否合理则在各个时期、各个地区有所不同。所谓恶法、良法之分,其区别就在于是否能够相对公平合理地分配资源。

从刑法的角度看,设立针对侵犯财产的犯罪,其目



的就是为了防止个人或者团体以不正当的手段获取他人资源。当以不正当手段获取他人资源,足以导致他人生存资源被侵夺,从而无法生存时,也就是直接侵犯了他人的生命权。既然是侵犯了生命权,可以按照等量报应的理论适用死刑。也就是说,等量报应理论同样适合于对侵犯财产类犯罪适用死刑的问题。

盗窃犯罪是一种非常典型的直接侵犯财产的犯罪,加害人以窃取的方式将他人的生存资源占为己有。但盗窃行为的后果差异是很大的,即有的情况下对于被害人来说被盗的资源可能可以忽略不计;有的情况下对于被害人来说,被盗的资源足以导致他无法生存。按照等量报应的理论,这两种后果所应适用的刑罚是完全不同的。

回到本文的论述中心,也就是盗窃罪适用死刑的问题上,我们尝试用等量报应说和资源说来分析一下。国家能够对个人适用死刑的权力来源,应当是基于个人“同态复仇”权,当财产犯罪中侵夺他人资源的后果足以使他人无法生存时,等量报应的结果也就是剥夺加害人的生存权,即适用死刑。

根据上述推论,只有在盗窃后果足以使他人无法生存时,才可以适用死刑。根据这个推断,我们再来分析一下现行的《刑法》规定。

《刑法修正案(八)》取消了盗窃罪可以适用死刑的规定,这个做法显然不符合等量报应理论。

修改前的1997年《刑法》,规定在盗窃金融机构和珍贵文物时可以适用死刑。但就该两种情况而言,都无法导致他人无法生存。因此规定这两种情节可以适用死

刑,从国家适用死刑的权力来源看,并无逻辑基础。

四、对于盗窃罪死刑设立的建议

对于如何在盗窃罪中规定死刑适用的问题,是否可以尝试从危害结果来分析,而不从数额、对象入手,或者兼顾之。

从目前的规定来看,有关司法解释列举了盗窃罪的多种对象,需要注意的是单位和个人的生产资料、生活资料等物品。其中盗窃个人生产、生活资料的危害结果是可能导致他人无法生存的,也就是说只有在丧失生产、生活资料时可能导致他人死亡,其他情况则不可能。而当单位的生产、生活资料成为“救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、医疗款物”时,被盗窃的情况才可能造成侵夺他人资源导致他人无法生存的后果。

需要注意的是,此处所提到的生产、生活资料与最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第五条所提到的生产、生活资料并不完全等同,其内涵大于后者,比如电力设备、通讯资源等均可列入生产、生活资源的范畴。

在设置死刑的条件时,我们还应当充分考虑慎刑和等量报应的因素,也就是只有在盗窃行为直接导致他人无法生存的情况下才可以适用死刑。

综上,“盗窃单位和个人生产、生活资料,致使他人无法生存的情况”是可以判处死刑的,并可以考虑以“是否剥夺他人资源致使他人无法生存”作为判断是否设立死刑以及何种情况下可以适用死刑的依据,对《刑法》进行全面地梳理。●



曹世伟：上海市理诚律师事务所
实习律师

●文 / 曹世伟

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

关于混合所有制企业 内部法律纠纷 的民事诉讼主体探析

中央提出要积极发展混合所有制经济的决策为广大的民营企业发展带来了巨大的机遇,但是这背后也潜藏着巨大危机和风险。国有企业相较民营企业有极大优势,混合后的企业在经营中容易受到行政指令的干扰,这样就会很容易导致混合后的企业内部产生法律纠纷,而诉讼是解决纠纷有效方式。因为混合后的企业存在各种独立的公司法人主体,因此法律诉讼主体也呈现多元化的格局。本文主要是以中小民营企业的角度,通过对其法律诉讼主体的选择来达到减少诉讼成本和降低法律诉讼风险的目的。

一、发展混合所有制经济的背景

(一) 积极发展混合所有制经济的提出及其概念

中共十八届三中全会作出全面深化改革的重要决定,其中一项重要内容就是提出要积极发展混合所有制经济,实现国有资本、集体资本、非公有资本等交叉持股、相互融合,以达到促进国有资本放大功能、保值增值、提高竞争力,使各种所有制资本取长补短、相互促进、共同发展的目的。

当前学术界对混合所有制经济存在着广义和狭义两种理解。广义的理解是把混合所有制经济界定为“不同所有制的资本之间的融合”,即混合所有制经济既可以是公有资本与非公有资本的融合,也可以是国有资本与集体资本的融合;狭义的理解是把混合所有制经济界定为“公有资本与非公有资本的融合”,公有资本之间或非公有资本之间的融合则不能够视为混合所有制经济。

根据中央关于坚持和完善基本经济制度的论述,将混合所有制经济界定为“公有资本与非公有资本的融合”,更为符合基本经济制度的本质规定和内在要求。

(二) 发展混合所有制经济对民营企业的影响

由此看来,既然中央提出要大力发展混合所有制经济,那么国有企业就应当把相关领域开放,允许民营企业

参股、允许民营经济投入,这就是走向混合所有制。我国通过三十多年来的改革开放,一方面是国有企业凭借自身的垄断地位和行政优势取得了长足的发展,但同时形成了“大而不强”的局面;另一方面是民营企业发展势头迅猛,为社会创造了可观的财富,在很多新兴领域的发展都有民营企业的参与。从时代发展的角度来看,发展混合所有制经济是顺应了我国经济客观变化的决策,既有利于推动国有企业进一步深化改革,对民营企业也是重大的发展机遇。

目前从中央直属企业到地方国企,都在积极落实发展混合所有制经济,如中石化已决定将其销售板块 30% 的股份向社会资本开放;一些地方政府推出的国资国企改革方案,也把吸收民营资本作为重要内容。然而,在实际操作中,仍有许多困难存在。

民营企业和民营资本的一大疑惑是,民营经济是否能在现有法律框架的保护下,和国有经济享有真正平等的权利?许多人担心,如果今天让做的事情,明天随便出一个政策就叫停;或是今天准入,明天就被踢出,民营经济对未来没有一个确定的把握,企业家没有信心,也就难称发展。问题的关键便是,在完善法律保障民营经济发展的同时,要能够保证现有的法律能够真正地保护民营企业和民营企业的利益,让民营资本放心进入,并享有和国有经济平等的权利。

虽然目前我国的民营经济总量很大,但是其规模还是以中小企业为主,本文所提到的民营企业没有特指的话均指民营中小企业。对他们而言,实际经营中遇到的各种困难和准入门槛,或将促使其更具备做强做大的决心。中央提出推进混合所有制经济的发展,则是为中小企业的长远发展提供了渠道和机遇。

中小民营企业和什么样规模的国有企业混合,通过何种形式进行混合,这些问题也将成为混合所有制实现的关键。国有企业在整个国民经济中占据着主导地位,国有企

业的规模也千差万别,大到像中石油、中石化这样的世界500强的央企,小到一个县生产啤酒瓶的小国企,而在这中间还存在国有企业的集团、关联子公司组成庞大的省、市国有资本体系。中小民营企业由于受自身实力和行业的限制,其要参股国有企业或与国企合作设立新的公司应当优先考虑和其规模相当的国有企业,这也是所谓的“门当户对”。

二、民营企业参与混合所有制企业的形式及其存在的风险

(一) 民营企业与国有企业实现混合的模式

这里讨论的混合所有制企业主要是指中小民营企业和中小规模的国有企业实现的混合。该种类型混合所有制的实现模式主要有以下几种:

1、国有企业A与民营企业B直接进行混合,A可以参股B,同时B也可以参股A。

2、民营企业A设立全资子公司B,由其以增资扩股或股权转让的方式,与国有企业C的下属公司D实现混合。

3、民营企业A与国有企业B分别设立子公司C、D,组成新的公司E实现混合。

其中,第一种模式最为直接,但在实际操作中存在很大的难度,因为一旦实现混合,原有公司的独立法人人格将会丧失,混合后的企业一旦经营难以为继,对于中小民营企业将是毁灭性的打击。后两种模式可以避免第一种模式存在的上述缺陷,在实践中经常被采用。

不论中小民营企业和国有企业以何种模式实现混合所有制,它们均会以签订合作协议书的形式来确定实现双方混合的具体细节。

(二) 混合所有制企业内部存在的法律风险

民营企业和国有企业实现混合形成新的经营实体后,在其实际经营过程中也会存在很大的风险和不确定性。除了市场竞争、企业发展战略失误等因素外,由于与已合作的对象是国有企业,民营企业的日常经营活动相对混合前更容易受到行政指令的干预,有时甚至可能导致混合的企业关停。如果民营企业与国有企业的混合中,民营企业不仅以纯股权的形式参股,还将其自有的经营平台、管理团队以及稳定的客户资源注入混合后的企业,那么该企业一旦因行政指令关停,作为合作一方的民营企业将会遭受本已成熟经营的平台不复存在、管理团队解散以及客户流失等严重损失。

这类情况发生后,相对弱势一方的民营企业只有通过法律诉讼途径进行维权,而在维权过程中,则会出现以谁为被告进行诉讼的问题。根据混合模式的差异,混合后的企业存在的法律关系和法律主体也相应地会有所不同,选择以谁为被告,对于民营企业维护自身权益会有重大的影

响。

为了更好地阐明法律诉讼主体的问题,接下来,笔者将选取一个在司法实践中发生的案例进行探讨分析。

三、案例分析:混合制企业内部法律纠纷产生后民事诉讼主体的确立

(一) 基本情况

物流公司A系国内大型央企B集团的下属企业。作为B集团的三大支柱产业之一,A立足于优化传统运输方式,致力于构筑完整产业链,创新物流解决方案,成为为客户提供物流、信息流、金融三流合一的全球化综合物流运营商。

民营企业C也是致力于国内第三方物流服务的大型物流企业,所涉及行业包含汽车行业、机械制造行业、电梯行业、消费品行业、家电行业、化工行业、建材行业和金融设备行业等。

A公司的全资子公司D,在资金、品牌、海运及空运资源方面具有优势;民营企业C则在“合同物流”领域具有丰富的管理经验并且持有大量的优质客户、长期稳定的运输供应商、项目销售和运营人才、成熟的物流信息系统。鉴于此,C公司决定以合作协议的方式与A公司进行合作。双方签订了合作协议书,其中列明了具体的合作方案,约定由D公司以增资扩股的方式将C公司吸收进来,通过C公司设立的子公司E代为持股;C公司将自有的或其控制的业务及相应产生的利润、操作团队及管理体系包括物流操作信息系统、ISO质量控制体系、调度及车队管控体系等,根据D公司的需要注入D公司。

至此,国有A公司与民营企业C公司实现了混合。但是在实际运营后不久,由于受国际航运持续低迷的影响,A公司的母公司B集团调整了发展战略,决定关停旗下一些公司以维护集团的整体健康发展,这其中就包括已经由A与C混合的D公司。而关停公司的决定是B集团内部的政策,对D公司进行清理整顿时,未经过D公司的股东会同意,代为持股的E公司也无从表达自身的利益诉求。而作为协议一方,C公司对D公司的情况更加无能为力。于是,C公司决定通过法律诉讼的方式来维护自身的利益。

(二) 法律纠纷产生后法律诉讼主体的分析

该案件涉及多个独立的法人主体,所以在进行民事诉讼的过程中由于所涉及法人法律关系以及适用部门法律的不同,会使得诉讼主体有所不同。这种原被告主体的差异,将直接关系民营企业C公司通过法律诉讼进行维权的成本与风险。笔者从法律关系角度进行分析:

1、民营企业C公司与国有企业A公司签订了合作协议,二者应当是合同法律关系,这就要求合同双方当事人积极履行合同约定的义务,否则违约方要向守约方承担

违约责任。

本案中,由于国有企业A公司的母公司B集团关停旗下D公司的决定,那么A公司将不再向D公司投入资金并使其停止运营,这就对民营企业C公司造成了直接损失。根据《民事诉讼法》第119条的规定,民营企业C公司可以原告身份将国有企业A公司作为被告诉至有管辖权的人民法院,依据合作协议要求国有企业A公司承担违约责任。

2、民营企业C公司是E公司的实际控制人,E公司是被关停D公司的股东。由于D公司的大股东A公司在未通知E公司的情况下决定对D公司关停,从《公司法》的角度而言,D公司和E公司的利益都受到了侵害,实际上E公司遭受侵害就等于是民营企业C公司遭受了损失。

但是在此种公司股东法律关系中,C公司就没有因为D公司的关停而享有原告资格,D公司和E公司则都可以具有原告资格起诉A公司,甚至可以起诉作出关停决定的B集团。

D公司作为关停决定直接利益的受害者,根据《公司法》和《民事诉讼法》的相关规定,当然具有原告资格起诉大股东A公司。而E公司作为原告起诉A公司的话,法律规定的条件相当严格,这在公司法理论上称之为“派生股东权诉讼”。

根据《公司法》第151条第三款的规定,若E公司认为A公司侵犯D公司的合法权益,则E公司作为D公司的股东必须先以书面形式请求D公司董事会向人民法院提起诉讼,只有在董事会收到书面请求后拒绝提起诉讼,或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼,或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的情形下,E公司才可以自己的名义直接向人民法院起诉A公司。

(三) 针对法律诉讼主体的分析所得出的结论

综合上述的分析可以看出,在第一种情形下的合作协议之诉的法律关系和法律诉讼主体明确,若提起诉讼相对容易操作;在第二种情形下的诉讼维权具有很大的诉讼风险,实际操作也存在相当的难度。

如果要让D公司起诉A公司,这根本就不可能。因为,混合之前的D公司本身也是国有企业,其发展经营就是受制于B集团和A公司的意志。而让E公司作为原告起诉的话,限制条件较多,D公司及董事会也很可能不配合E公司的诉讼行为。即便E公司顺利地起诉A公司并最终胜诉,其所获得的利益也归属于D公司。所以相对而言,当混合后的企业内部发生法律纠纷时,选择合同关系进行是更为可行的途径。

但这并不意味着通过合同之诉,就一定就能胜诉。在该

案的原型中,一开始就是由于C公司以股东代位诉讼的方式维权,最终不得已撤回了起诉。《公司法》第151条虽然对股东代位权作了规定,但其毕竟是静态条文,又缺少配套的司法解释,在法院的实际审判活动中存在适用法律的不确定性,更何况目前的司法环境也存在一定的复杂性。此后,C公司不得已进行了合同之诉,以自己为原告起诉A公司,该案尚在审理之中。

单从合同之诉的法律关系而言,C公司若要赢得诉讼也非易事,因为中间又涉及到公司发起设立协议和公司章程效力的问题。这个问题在公司法学界和司法审判中尚无定论,设立协议也分不同的情况。有的协议存在于原始股东之间,有的则如本案中D公司在C公司要参与之前就已存续,这样就产生了协议效力的问题。如果这个协议是单纯为建立公司而设的话,则可以认为该协议调整的是公司建立过程中的法律关系,因而它的效力期间是建立行为开始到建立过程终止,公司的成立即意味着该协议因履行完毕而终止。但是这也不能一概而论,还要看协议有没有具体约定其效力存续期间——协议既然是当事人之间意思自治的产物,那么应当依据“有特别约定就依照约定”为原则来判定其效力。具体到本案中,如果单从C公司要参股进入D公司而订立合作协议的话,公司的存在是先于协议的,公司的股东应当受到公司章程和合作协议的双重约束。因此,民营企业在与国有企业混合的时候订立合作协议要尽可能地详尽具体,要明确其效力起始范围。

四、总结

中央提出要积极发展混合所有制经济的出发点是非常正确的,这为进一步深化国有企业改革和促进民营经济发展提供了路径。但其实践的效果却受到多种因素的制约。

国有企业的问题并不完全在于股权结构,并不是国有企业让渡一部分股权给民营企业,就能解决自身效率低下等问题。相反,国有企业应当正视和解决行政干预与法人治理结构缺陷等问题,要能够真正打破垄断和行业门槛的限制,这样才能让广大民营企业放心地与国有企业合作,实现混合所有制,以达到各种所有制资本取长补短、相互促进、共同发展的目的。

但是要彻底杜绝行政干预、打破行业和资源垄断以完善法人治理结构,也不是一蹴而就的事情。在当前的情况下,广大的民营企业家在参与混合所有制的过程中要预判可能存在的法律风险及可能产生最不利的法律后果。中央高层也明确,改革的一切事项都要有法律作为依据,只有在我国现有体系下的法律能够严格的落实,民营企业家对混合所有制才会有信心。●



叶金荣：上海市荣业律师事
务所律师



潘璐：上海市荣业律师事
务所律师

●文/叶金荣 潘璐
组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

浅谈 CEPA 争端解决机制 在国际社会下的完善

CEPA,意为“关于建立更紧密经贸关系的安排”,是中国加入世贸以来在区域贸易的领域里跨出的第一步,也是在世界贸易组织(WTO)的指引下拉动内地与香港、内地与澳门间经贸的新举措。CEPA包括内地与香港、内地与澳门签订的两个针对紧密经贸关系的法律文本,基于分析方便的需要,也由于澳门的经济与香港有较多相似之处,在本文中特指《内地与香港更紧密经贸关系安排》。自中央政府和香港特区政府于2003年6月29日签署,2004年1月1日起实施以来,CEPA引起了国内外的广泛关注。CEPA的内容主要涉及三个方面:1、两地实现货物贸易零关税;2、扩大服务贸易市场准入;3、实现贸易投资便利化。显而易见,CEPA的签署极大地推动了内地与港、澳间经贸关系的发展,开启了中国经济从自然融合到制度融合的新纪元,但是CEPA中争端解决机制却在某种程度上引起了颇大的争议。直到现在,CEPA的实施已经进入了第十一个阶段,在货物贸易、服务贸易与投资方面的规定已逐渐细化,但争端解决机制始终没有得到足够的重视。本文从争端解决机制的重要性分析入手,借鉴WTO、北美自由贸易区(NAFTA)、东南亚国家联盟(ASEAN)等协定的规定,归纳当代学者们的意见,进而提出CEPA下建立争端解决机制的一些设想和建议。

争端解决机制的重要性

在早期的一篇关于WTO协定前身《关税及贸易总协定》(GATT)的报告中有这样一句话:“一个复杂的国际协定,如果同时约束着好几个国家,便会不可避免地引起争议。因此,必须寻求一种有效的、客观的机制来充分听取不同声音并给予解决方法。”事实上,任何多边、双边、国际性和区域性的经贸安排的实际运作和执行都阻

止不了争议的发生,比如一方国家的法律、政策、措施是否符合协定的要求;又比如一方的国民在其他方所受的待遇是否低于协定中的最优惠标准。而原因往往归咎于协定的不同性质、日渐膨胀的例外条款和司法管辖权冲突等等要素。具体到CEPA,其主体、调整对象和法律基础决定了其特有的双重性,中国内地是以发展中国家成员的身份加入WTO的,其在多边贸易体制中所作的承诺不同于作为单独关税区的港、澳地区,因而中国内地与港、澳地区作为WTO体制下独立的成员方在WTO框架内享有和承担着不同的权利义务,并且由于各自经济利益的不同,四方之间出现争端更是在所难免。在此基础上,不难看出CEPA急切需要建立一个有效的、客观的争端解决机制。根据法学和经济学理论,如果我们单独将法律与现实生活和现实社会隔绝,那将会导致立法毫无效率、司法判决不当、侵权现象不断涌现这样一个灾难性的结局。

与国际社会中贸易协定的比较

从现在已经订立的CEPA来看,其中并未对争端解决机制单独做出一套包括“机构、职能、受理范围、程序、执行”等全面的制度,仅是在第十九条“机构安排”中对“机构、职能、解决争端的方式”三方面做出了规定。首先,在机构设置方面,“安排”规定双方成立联合指导委员会(简称委员会),由双方高层代表或指定的官员组成,作为处理与“安排”有关事务的主要机关。其次,“安排”赋予委员会如下职能:1、监督“安排”的执行;2、解释“安排”的规定;3、解决“安排”执行过程中可能产生的争议;4、拟订“安排”内容的增补及修正;5、指导工作组的工作;6、处理与“安排”实施有关的任何其他事宜。最后,“安排”对争议解决方式做出规定:双方将本着友好合作的精神,协商解决“安排”在解释或执行过程中出现

的问题,委员会采取协商一致的方式做出决定。当然,争议可以通过“友好协商”或是“当地救济”的方法解决,但问题在于这些方法都有其局限性。从条文来看,有学者认为,CEPA 争端解决机制带有浓厚的东方文化特点,本质上为不完善的依靠政治来解决争端的方式,几乎不能为建立大中华自由贸易区提供具有实质意义的启示。

(一) 与 WTO 协定的比较

WTO 争端解决机制是人们在参与国际贸易的过程中逐步摸索而建立起来的,它的发展历史表明,如今国际贸易已非依靠一国或者多国的强势力来维持,而是依靠逐渐演变的规则化、独立化、多样化的争端解决机制来制约。

根据 WTO 《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU) 第 1 条第 1 款的规定:“本谅解的规则和程序应适用于按照本谅解附录 1 所列各项协定的磋商和争端解决规则所提出的争端。本谅解的规则和程序还应适用于各成员间有关它们在 WTO 协定规定下及本谅解规定下的权利义务的磋商和争端解决,此类磋商和争端解决可单独进行,也可与任何其他适用协定结合进行。”WTO 争端解决机制将磋商置于首位显示了 WTO 对贸易方的尊重,并且也体现了对和平友好解决争端所寄予的鼓励,但磋商所赋予的自主性必然降低了争端解决机制的准司法性,这就衍生了 WTO 争端解决机制下的其他争端解决程序。

DSU 在沿袭《1989 年 4 月 12 日关于改进 GATT 争端解决规则和程序的决议》规定的同时也做出了一项重要改进:对涉及斡旋、调解和调停的诉讼程序,以及争端各方在这些诉讼程序中所声明的立场采取保密措施,以避免实质争议外的程序矛盾。除此之外,在实施磋商、斡旋、调解和调停后仍未能解决问题的,则通过争端解决机构(DSB)设立专家组进入专家组程序。若有关缔约方对专家组的裁决不满,DSB 设置的上诉机构可对专家组的报告进行法律审议,而上诉机构的审议报告最终由 DSB 通过,要求争端各方无条件接受。

WTO 阶梯式的争端解决机制使得其准司法性更为突出,其中,专家组及上诉机构并置这一独特的双重保护程序可以说是未来国际争端解决机制的主要发展方向。

(二) 与 NAFTA 的比较

在 NAFTA 第 20 章中设置了与 WTO 争端解决机制颇为相似的一般争端解决机制,授予常设委员会、工作小组和专家小组组织收集信息和解决争端的权利。而 NAFTA 的最独特之处在于其针对不同性质的争议设置了六套独立的处理机制,包括在 NAFTA 第 11 章 B 节中对于投资者与东道国有关投资的争端采用的是仲裁方式解决;对于缔约方之间因解释或适用 NAFTA 引发的争端,

在经过贸易委员会磋商后仍未解决争端,则通过专家组来裁决;对于劳工方面的争端,经过专家委员会评审后仍无法解决争端,可进而转为专家组解决;以及第 19 章中最具创新性的规定——对于反倾销、反补贴以及保障措施的争端可直接进入专家组的程序解决。可见专家组这一专业角色不但帮助 NAFTA 节省了一般认知下的协商环节,使争端解决机制朝着高效、高针对性的方向发展,甚至可以维持各国国内行政最终裁决案件的决定,更能够抑制一国贸易保护主义的滥用。

相比与 CEPA、NAFTA 的争端解决机制虽然也首先强调磋商或调停的方式来解决争端,但在通过这些政治外交方式不能使争议方达成圆满协议的情况下,提供了较为完善的法律解决方式。正是这种套数多、规则密、程序与实体相结合、机构完善、突出以仲裁和专家组并重的方式解决争端的特点,为 NAFTA 的顺利发展奠定了结实的基础。

(三) 与 ASEAN 的比较

印度尼西亚、菲律宾、新加坡、泰国四国外长和马来西亚副总理于 1967 年在泰国首都曼谷联合发表了《曼谷宣言》,正式宣告 ASEAN 的成立。在长期的运行过程中 ASEAN 显现出这样一些特征:比如偏好首脑会议,尤其是在 20 世纪 60 年代;在高层会议中,坚持协调的原则与观念;部长级会议前通过代理人进行非正式的意见交换;偏好非机构化的程序;避免使用司法性和仲裁性机制解决问题;愿意授受本地区友好的第三方的调解和调解所需的场所;在外交实践中,倾向于采取召回大使和降低专员级别等方式。这些特征恰恰暴露了亚洲社会的传统做法,即非正式、非对抗,通过友好磋商达成共识这一共同立足点。虽然 ASEAN 中也存在着一套完整的争端解决机制,其中甚至包括由高级经济官员会议建立的专家组,但在该争端解决机制中没有一个专门机构来负责审议和处理成员方间的法律问题,更不用说寻求司法手段来解决。这就意味着,协议的履行需靠各方自觉,争端解决机制的基调倾向于软法机制,ASEAN 各国也从不采用强硬的惩罚措施。

从对 ASEAN 争端解决机制的总结中可以看出,实践者最怕的是“路径依赖”,随着实践的增多,“路径依赖”的心理愈强。面对新制度时,人们对旧制度长久生活的工具与环境产生的极大依赖心理将起到难以消除的阻滞作用。如当实践者习惯通过磋商、调解等方式解决彼此间的争端时,就难以弃熟用生,采用趋近于或仲裁或惩罚这样的方式。

学者们的建议及意见

如何完善 CEPA 争端解决机制,学者们历来提出了不

少建议,主要归纳为以下三种意见:

(一)参照 WTO 争端解决机制,使 CEPA 形成一套高度规范化的规则和程序,由“合意磋商”向强制管辖进行转变,要求增强透明度,声张程序正义,防止争端解决机制的效力为成员的政治、经济力量的消涨所左右。支持这一意见的学者们认为:WTO 的争端解决机构最重要的一个组成部分就是对专家组程序的规定,DSU 的条款细则明确落实了专家组的成立、专家组的工作时间表、获取资料的权利、期间评价阶段、专家组报告的拟定与通过等详细内容。并且,学者们以相同的理由呼吁按照 CEPA 的构架,以“CEPA 附件”的形式,在双方协商一致的基础上,由联合指导委员会负责起草及明确专家工作小组的机构与职能、人员资格及选定、争议受理范围、做出决定或裁定的条件,以及执行等一整套程序和方法。

(二)参照 NAFTA 的争端解决机制,CEPA 的争端解决程序改变为包括协商、仲裁、执行在内的三个阶段。此机制强调任何一方如对 CEPA 解释或执行过程中发生的争议提出协商要求,即可启动一系列程序:先在常设委员会的组织下进行友好磋商;如双方在一定时间内协商无法达成一致,可应一方的请求成立专家仲裁小组,由常设委员会提供仲裁员的选择名单,双方共同指定的仲裁小组在一定时间内必须向各方提交初步报告,在征询各方意见后的一定时间内提交最终裁定报告,并将报告提交常设委员会;报告内容经过常设委员会公布,当事人各方应在一定期限内就该仲裁裁定的执行达成一致意见,正式进入执行程序。

(三)如同《香港特别行政区基本法》第 95 条规定:“香港特别行政区可与全国其他地区的司法机关通过协商,依法进行司法方面的联系和相互协助。”和最高人民法院公布的《关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》以及《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决安排》,通过两地原有的司法协助模式解决 CEPA 协定下的争端。针对特惠安排下的关税和非关税措施、原产地规则、市场准入等新课题拓展新思路。

完善 CEPA 争端解决机制的设想

虽然以上三种意见都是按照 CEPA 第 2 条“原则”中的五项规定,为促进经济的稳定和可持续发展,实现互惠互利、优势互补、共同繁荣以及要先易后难、逐步推进的要求而提出的,并且无论所提出的修改机制多么完善有效,在 CEPA 中也不能直接适用。从政治角度说,CEPA 是在一个主权国家下的不同区域内实施的区域性贸易协定,其强调的是如何共同促进中华民族的发展,这与国际贸易体制下的争端解决机制的本意不相符。从立法角度

说,《香港特别行政区基本法》规定:中央人民政府不必干预香港特别行政区政府在经济领域中的管理活动。中央政府不能以强势方的身份出现来要求或限制某一单独关税区实施的某种行为,那样将违背立法精神。

CEPA 协定的相对方拥有一致的利益和立场,更多的还是倾向于如何友好解决各区域之间的内部矛盾,相比 WTO、NAFTA 等带有强权色彩的解决手段,但还是难以真正发挥权威作用,也难以不再依赖圆桌进行谈判。与此同时,发达国家和发展中国家的利益基础还是有不可逃避的差距,以实力政策作为执行手段更是无法维持两地的贸易平衡。

综上所述,唯一适合 CEPA 的还是一套为其度身定制的争端解决规则和机制,在建立的过程中充分考虑 CEPA 特有的属性,但这并不表示凭空想象,相反,有利的经验是与国际先进做法接轨的保障。

比如,虽然不适合照搬 WTO 争端解决机制的规定,但完全可以截取专家组和上诉机构并置这一创新点。只是对于 CEPA 而言,必须要强调协商的重要性,可以通过协商就能解决的争端则不被动地通过其他程序,这样做符合 CEPA 的实际情况和协商背景。关于专家组的设置需要注意几点:1、应以用尽当地行政与司法救济为前提设立专家组;2、专家组需包含两地的专家,因两地纠纷远小于国际协议方间的纠纷,可考虑组成常设机构;3、改变上诉机制而引入适应国情的发回重审机制;4、对联合指导委员会的建议与裁决采取“协商一致则通过”的原则。

再如,借鉴 NAFTA 的仲裁模式。一旦发生争议,可由联合指导委员会组织启动协商程序;协商双方在一定时间内没有达成一致,一方可要求通过顾问或专家的途径解决;若通过上述程序未能解决争端,则联合指导委员会成立专家仲裁小组指导进入仲裁程序。但不同的是,专家仲裁小组的最终报告不具有约束力,应被视为一份双方同意的就争端解决事项达成符合仲裁决定和建议的协议。

从目前中国的对外政策、经济发展水平和法制建设的实际情况来看,这种以刚柔并济的方法在解决争端方面较为可行。当然,作为保证 CEPA 得以正常实施与运行的争端解决机制与规则,这将是庞大的体系与课题。但不管怎么说,凡是基于我国国情,依照“一国两制”原则,结合富有创造性的制度设计,就一定能够找到法律与政治相结合的解决方法,从而真正实现 CEPA 产生的积极作用,使两地经济深层次地融合,巩固香港多元化国际经济中心的地位,促进香港服务业在为内地高科技公司服务中发展,提升香港的中介服务功能,最终达到“一国两制”和祖国统一。●



王 芳：上海翰鸿律师事务所律师

●文/王 芳

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

试论中国职务发明规定的趋势和预期效果

近来,国家知识产权局会同教育部、科技部、工业和信息化部、人力资源社会保障部、农业部、国资委、版权局、林业局、中国专利保护协会、中国发明协会在大量调研和多次公开征求意见的基础上,起草了《职务发明条例草案(送审稿)》(以下简称《草案(送审稿)》),依据《中华人民共和国专利法》(以下简称《专利法》)和《中华人民共和国专利法实施细则》(以下简称《专利法实施细则》),并向社会公布征求了两次公众意见。在该《草案(送审稿)》中修改并且增加了一些新的规定,本文将对部分法条的变化和新增的规定进行分析来预测我国职务发明的发展趋势和预期效果。

职务发明创造是指自然人为履行其本职工作而完成的发明创造。我国《专利法》第6条第1款、第3款和《专利法实施细则》第12条明确规定了职务发明专利权的归属问题。在此基础上,《草案(送审稿)》第10条、第12条,增加了对于上述《专利法》和《专利法实施细则》关于职务发明归属程序上的规定,要求在单位没有规定以及与发明人没有约定的情况下,发明人完成与单位业务有关的发明的,应当自完成发明之日起两个月内向单位报告该发明,如果发明人主张其报告的发明属于非职务发明的,单位应该自收到报告之日起两个月内给予书面答复,单位未在前述期限内答复的,视为同意发明人的意见;单位在书面答复主张报告的非职务发明属于职务发明的,应当说明理由。《草案(送审稿)》的以上规定增加了发明人报告制度这项,会让笔者联想到德国《雇员发明法》关于职务发明归属问题的规定。德国《雇员发明法》规定:对于职务发明创造,发明完成

后,职务发明人负有立即书面向雇主汇报的义务,雇主应在职务发明人提出书面汇报后四个月内对职务发明提出无限制的权利主张或者有限制的权利主张;如果雇主提出无限制的权利主张,职务发明人就必须将职务发明的所有权利转让给雇主;如果提出的是有限制的权利主张,则雇主享有非独占许可使用权,专利申请权和专利权依然归职务发明人所有。因此,德国的《雇员发明法》是偏向于保护职务发明人的,他们规定了员工在完成职务发明后必须向单位通报,以使得单位在规定时间内做出对权力的选择的判断。该制度下雇主将会审查相应职务发明的市场竞争力及经济前景,相当于对发明创造的价值已作了初步的分析。这个过程中会加大雇主的人力、物力投入,但是这也使双方利益在单位判断后通过沟通协商达到双方均满意的地步,职务发明人与雇主间的利益天平能尽可能的平衡,最后促进双方对科技研发的积极性。

通过上述德国与中国相关规定的比较,不难看出中国是在借鉴德国关于职务发明的制度,但对于职务发明的趋势则增加了企业的义务和责任,企业的权利相对被弱化,并且在经济利益上更偏向于保护职务发明者。例如根据《专利法》中的规定:没有约定的情况下,职务发明创造申请专利的权利属于职务发明人所在的单位;但根据《草案(送审稿)》中的规定:对于单位增加了应该自收到发明人报告之日起的两个月内给予书面答复是否同意发明人的主张的义务。

笔者认为,职务发明制度的制定不是一个单一的工程,它是与整个国家科学技术发展以及知识产权环境密切相关的,是基于专利申请能够转化为产品,为企业带

来经济利益为前提的。目前基于我国知识产权的环境,《草案(送审稿)》的一些规定和修改还不成熟,分析如下:

德国的技术水平比较发达,企业知识产权管理体系健全。德国每年几十万件专利申请,绝大部分都是企业完成的,这些专利“含金量”也较高,很多专利都能转化为实际产品,实现产业化,并且在长期的实践中企业也比较明确知晓专利给企业能够带来的利润,因此专利成果转化的能力和评估体系也相应完善。在这种情况下,德国的职务发明制度执行起来是有据可循,能够操作的。但反观我国,知识产权体系建立不到40年,虽然我们每天都在进步,但不可否认的是,整个知识产权保护的环境也与德国有较大的差距,并且绝大部分企业的知识产权意识也不强,配备专门知识产权人员或部门的企业不会占到所有企业的百分之十。最关键的是目前我国的绝大部分企业没有核心技术,都处于技术发展阶段,很难使自己申请的专利能够马上产业化,为企业带来经济利益。虽然我国每年有200万件以上的新专利申请,已成为世界专利大国,但由于技术的落后,我们还不能称为世界专利强国。在这200多万件的新专利申请中,至少一半以上是实用新型和外观专利申请。即使是发明专利,其“含金量”也有待考证。这就提出了一系列实践性的问题:我国专利与产品的结合,其产业化程度不高,大部分专利还不能产业化,不能为企业获得经济利益,那是否每件都值得奖励?即使专利能够转化成为产品,为企业带来经济利益,如何计算奖励的标准?这些问题对于绝大多数的企业来说都没有经验。那在这种情况下,如果直接按《草案(送审稿)》中的方式执行,企业在没有能够从专利中明确获得利益的前提下,向发明人支付所规定的费用,必然会增加企业的负担。其结果是由于成本的增加,挫伤企业申请专利的积极性,专利申请量大量减少,这是与《草案(送审稿)》的宗旨相违背的。因此,笔者认为《草案(送审稿)》是希望通过保护发明人的利益来促进技术发展,但却没有关注到目前真正的创新主体——企业。

而与我国目前《专利法》规定相似的国家——英国,其《专利法》规定雇员完成的职务发明直接归雇主,关于职务发明规定的效果还是既保护了发明人雇员的利益,也兼顾了雇主的利益。英国《专利法》自1977年制定以来,关于职务发明的规定几乎就没有修改过,可见这样的规定弊端并不是很大,而且还能很大程度地促进企业加大对发明创造的投入,企业创新积极性也得以维持。因此,为了稳定现在仍处于良好运行的状态,我国也不防借鉴下英国,稍微保守地修改,不要一下子发生了质的变化,这样笔者认为更适合我国现有的知识产权

环境。

另外,《草案(送审稿)》第21条对《专利法》第16条和《专利法实施细则》第77条、第78条规定的奖励报酬数额进行了很大程度的提高。例如对“发明、实用新型专利,每年应从所得利润纳税后,提取不低于2%,作为报酬支付发明人、设计人;对外观设计专利,每年应从所得利润纳税后,提取不低于0.2%,作为报酬支付发明人、设计人;或者参照上述比例,发给发明人、设计人一次性报酬”的规定,在《草案(送审稿)》中变为“在知识产权有效期限内,每年从实施发明专利权或者植物新品种权的营业利润中提取不低于5%、实施其他知识产权的,从其营业利润中提取不低于3%向涉及的所有知识产权的全体发明人支付报酬”等。对于《草案(送审稿)》中明显增加了企业对发明人奖励报酬的规定,现实的情况是由于专利产业化依据的缺失,我国对于专利转化为企业利润的标准制定没有太多的经验。另外,专利在整个产品中所作的贡献如何计算,每个产品与专利都是不同的。然而在《草案(送审稿)》中这些报酬都是固定的,不论是原来的0.2%或者2%,还是现在的5%或3%,没有一个明确的科学的计算方法。这不是一个孤立的数字问题,它涉及到企业成千上万的收入,这个百分之几的报酬就可能影响到企业的利润。那么在企业投入大量人力、物力、财力维持运转的同时,《草案(送审稿)》规定了发明人在完成工作的基础上申请了专利,不论这些专利产业化的程度和对产品的贡献,发明人都能按照法定的比例拿到企业利润的一部分,那到最后,企业的收入可能还不够支付发明人的奖励。如果这样的条款被实施,随着经济的发展,对企业的负担将会不断放大,这又会挫伤企业申请专利、创新研发的积极性。针对此情况,笔者认为,立法者应在充分平衡企业和发明人利益的前提下,仔细斟酌报酬的计算体系,而不是按一个固定的比例。这样才可充分调动职务发明人与单位的创新积极性,推动职务发明及其知识产权的运用实施。

归纳一下,该《草案(送审稿)》偏向保护发明人,如果此《草案(送审稿)》得以实施,那么毫无疑问,我们国家关于职务发明的趋势是偏向于发明人。依据目前我国国情,若给企业带来成本增加,企业积极性也会相应降低。因为我们的经济还需要企业去带动,而企业没发展壮大到一定的程度,增加其成本、降低其效率的做法可能是致命的,所以与《草案(送审稿)》观点正好相反。笔者认为根据目前我国知识产权的环境,应该偏向于企业,只有企业存在了,更好地发展了,才能为发明人提供更好的平台来完成技术创新。●

他山之石 ● 文/乔文豹

德国展会知识产权保护 的“矛”与“盾”

——德国“临时禁令”和“保护函”制度简介

目前,中国企业走出国门,到国外参展已非新闻。而德国作为展览业大国,每年出现在德国专业展会上的中国公司也越来越多。根据德国展览业协会(AUMA)的统计,2012年约有1万家中国企业到德国参加了近100个专业展览,德国有三分之二的展览上都有中国展商参加。

在中国企业赴德参展面临的诸多困难和问题中,知识产权问题可以说是最为突出的问题。由于展会具有同行业公司聚集、信息交流公开的特点,知识产权问题往往在展览期间更为密集爆发,因而也更引人关注。过去几年里,由于知识产权侵权而无法顺利在境外参展的新闻曾在国内媒体大量出现。

诚然,由于国内企业保护知识产权意识的增强和政府相关部门、各个行业协会、展会组织方的大量宣传工作,近年来中国企业赴德参展遭遇知识产权侵权指控的数量明显下降,但展会上的知识产权问题仍是困扰中国企业的赴德参展的问题之一。因此,笔者结合实务经验,对德国展会上常见的“临时禁令”以及对应的“保护函”制度做个简单介绍,以便中国企业能对这两项制度有更充分的

了解。

一、临时禁令

中国企业赴德参展期间,碰到最多的就是法院发出的临时禁令。因此,它也是权利所有人最常用的“矛”之一。一个大的展会期间,德国法院颁发几十份临时禁令也不鲜见。

临时禁令制度作为一种诉前保全措施,其在德国法上的依据主要是《德国民事诉讼法》第935条至第942条。实际上,我国法律也有类似的规定:如《中华人民共和国民事诉讼法》第101条,《专利法》第66条,《商标法》第57条等。但是,相对于我国法律的规定,德国的“临时禁令”制度有以下特点:

(一) 法院一般会在很短时间内作出裁定

法院作出临时禁令的前提条件之一是情况非常紧急、迫切,不颁发禁令,申请人的合法权益将不能或很难得到保障。就展会而言,由于一般展会的时间都较短,所以法院一般都会认定存在作出临时禁令裁定的紧迫性。因此,法院一般会不进行口头审查,直接在很短的时间内就作出相应裁定。反观国内,由于有立

案和担保等因素,中国法院在展会期间便迅速作出保全裁定的案例少之又少。

(二) 一般无担保要求

在德国,申请法院作出临时禁令裁定一般并不需要提供担保。依据《德国民事诉讼法》第936条及第921条的规定,法院仅在认为申请人证据不够充分的情况下,可以要求申请人提供担保。但在实践中,由于临时禁令申请需要由律师提出(Anwaltszwang),因此准备会比较充分,故大多数情况下申请人并不需要提供担保。相反,在国内,申请人提出诉前保全措施的申请时,各地法院都会要求申请人提供相应担保,区别仅在于各地对担保金额的高低和担保方式的要求不同而已。

(三) 无起诉要求

临时禁令虽然是一种“诉前”保全手段,但德国法律并无要求申请人在裁定作出后的一定时间内提起诉讼或申请仲裁的规定。只有在被申请人就已作出的临时禁令裁定提出申请时,法院才会要求申请人在一定的期限内就争议事宜提起诉讼。而在国内,我国《民事诉讼法》明确要求申请人应在人民法院采取保全措施后三十日内提起诉讼或申请



仲裁。否则,人民法院应解除保全。

由于临时禁令的上述特点,使得它成为权利人维护自身权利的有力武器之一。也正因此,它也成为展会上常见的一种维权手段。2011 年甚至出现了中国背景的公司使用临时禁令这一手段的案例。

对于参展期间可能收到的临时禁令,被申请人可以提起异议。此时,法院会开庭并作出判决。不服判决的,各方均有权提起上诉。此外,被申请人也可以向法院提出申请,要求申请人在一定期限内起诉。如申请人未提起诉讼,那么可以申请撤销临时禁令。

二、保护函

针对展会上频繁出现的临时禁令,由于展会时间较短,上述的反制措施实际上无法及时发挥作用。为了弥补这一缺陷,德国法律界还发展了一种“保护函”(Schutzschrift)制度,可以作为预防临时禁令的一面“盾牌”。

保护函实际上并非德国《民事诉讼法》上规定的法律制度,而是在实践中逐步形成并得到了各级法院承认的一种制度。据统计,每年德国大约会有 20000

份保护函。

当参展商根据以往参展经验、展会期间的种种迹象或出于对竞争对手的了解,判断对方可能会在展会期间向法院申请临时禁令时,可以提前向法院发出保护函,以达到阻止法院作出临时禁令裁定的目的。

保护函的内容不必过于冗长复杂,重点应放着说明并不存在作出临时禁令裁定所要求的“紧迫性”上。在保护函中,发函人需说明双方情况、可能的纠纷以及不开庭作出临时禁令的危害。发函人还可以请求法院:1、不作出临时禁令裁定;2、不在不进行口头审查(开庭)的情况下作出临时禁令裁定;3、可以要求对方就临时禁令申请提供担保,或自行提供担保阻止发出禁令的强制执行。

由于权利人可能从多个有管辖权的法院中选择一个法院提出临时禁令申请,保护函的发函人也就需要向所有有管辖权的法院发出保护函。由于德国每年的保护函数量可观,对于法院的日常工作和档案管理也提出了不小的挑战。为了解决这个问题并保证保护函能够更好地发挥作用,德国于 2007 年 7 月开始尝试建立“保护函中央登记系统”

(ZSR: www.schutzschriftenregister.de) 作为统一的保护函接收机构。该系统虽非官方设立的登记系统,但目前已得到 62 家各级法院的认可。发函人在支付较低的费用后(一次 45 欧元,外加增值税),可以将保护函及相应证明资料上传到该登记系统,系统会保留 90 天(可申请延期)。已认可该系统的法院,在作出临时禁令裁定前,会自动登录该系统查询有无对应的保护函。而对于还未加入或认可该登记系统的法院,发函人可以告知相关法院,其已将保护函上传至 ZSR 系统,以便法院在作出临时禁令裁定前参考。

三、小结

对于有赴德国参展的中国企业而言,有必要提前了解德国的知识产权保护制度,以保证顺利参展。熟悉并运用本文介绍的法律制度作为自己的“矛”与“盾”,对于中国企业保护和维护自身合法权益而言,至关重要。●

(作者单位:上海大邦律师事务所)

随 笔

●文/陆建

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

阅读的力量

——再读《傅雷家书》



2013年,当梧桐落叶铺满上海的大街小巷,各大媒体出现了一条傅雷夫妇的骨灰终葬故乡南汇的新闻。《东方早报》的“艺术评论”版还刊登了采访傅雷儿子傅敏的文章:《赤子孤独了,会创造一个世界》。

我看到这个标题的时候,就有一种莫名的熟悉,从书柜里取出《傅雷家书》,信手一翻就是第90页,果然,那句话被我用红笔划着,旁边还写了一个“妙”字,可见当时对我触动深刻。傅雷的确是一名赤子,他一生信仰与坚守的就是“第一坦白,第二坦白,第三还是坦白!”

喜欢读书、喜欢优雅的音乐、喜欢启发人心的绘画,总之,我喜欢意境深远的一切……他们都带给我快乐与思考。

二十年前,我是先知道傅雷夫妇的故事,再去读他的书、了解与他相关的一切历史的。他生前经历了一段令人惊愕、悲叹、残酷、不忍的岁月,他的离去像是对那段历史无情的鞭挞与控诉。

有些人认为《傅雷家书》是一本很适合父亲送给子女的读物,可能他们以为那些书信可以替代自己向子女传达一种难以启齿或难以抵达的教义。但我从未这样认识,我从这些“家书”中不仅仅看到了严父慈母对孩子“先为人,次为艺术家,再为音乐家,终为钢琴家”的教育理念,更看到一种体制对一代赤子精英命运的摧残与宰割,看到一位将激情、狂热奉献给自己喜爱的工作,将高洁的灵魂奉献给纯洁艺术的人格光芒。尽管,他们夫妇已经在我出生的前夕愤然离去,但是,那原有的光芒已经足以照亮我的世界和我的未来!因此,我每每遇到年轻的朋友,总是向他们推荐《傅雷家

书》,我非常希望那些初为父母的年轻人都去静心读一读这本书,去体会一个知识分子的人格魅力,去学习做父亲的责任与方式,甚至让这本书成为自己与子女共同的生命指引。

这些年,傅雷在音乐和绘画鉴赏上的造诣也开始为更多的人熟知、研究,他不仅仅是文学评论家、翻译家和出版家,也被誉为音乐鉴赏家和美术策展人。他在音乐和美术方面与生俱来的悟性与独特鉴赏力,在他与傅聪的书信中也有着充分的体现,他曾直言并不欣赏徐悲鸿的作品,认为他的画里缺少灵魂,他多次对儿子傅聪表达了“艺术需要倾心投入和浑然忘我”,“凡是过于注意技巧而忘记目的创作,只能成就艺术工匠而非艺术家”的观点。所有这些都反映出傅雷对艺术精髓的深刻认识与追求,这种信知不仅成就了他本人在文学艺术领域的造诣,而且也直接成就了儿子傅聪。

为了更充分地认识傅雷对艺术的理解,在详读了《傅雷家书》之后,我又从图书馆里找来了他的随笔《与傅聪谈音乐》以及他的译作《米开朗基罗传》和《艺术哲学》等书。这些书更深层次地向我诠释了傅雷的艺术观与艺术追求,让我了解到一颗淳朴的赤子之心和一个高洁不屈的灵魂对艺术是多么的重要,甚至心灵的自由高尚与艺术追求上的造诣完全可以等同,如此密切的关系又向我揭示、引申出种种哲理!

如今,在我知悉傅雷夫妇终于魂归故土的这个寒冷的夜晚,重新打开这本已经泛黄的《傅雷家书》,那些有关父母倾注于子女的爱,那些深刻的教诲,那个面对黑暗不肯低头的灵魂以及那些在艺

术上孜孜以求和独到的见解……如明媚的阳光通过经年深锁却乍然而开的窗,陡然向我扑来,眩晕之余,我的心怀一下子被照得通透明亮!

我又看到了一段段用红色记号笔划过的美丽语句,它们竟然是鲜活的、有着美妙声音的画外音,像慈祥的长者谆谆而言、视人如子……

冥冥中,我突然明白,二十年前的阅读,实质上就是与一位人格高洁、知识渊博的学者面对面的教诲与倾听,即使掩卷数载,但那一场教授予我的却不仅仅是几万个小小的文字,而是文字之外的关乎于我的成长方向,我对艺术的理解与追求、我人生的视野以及对自我信仰的坚持与呵护……正如傅雷在1965年的家书中所言——“任何艺术品都有一部分含蓄的东西,在文学上叫做言有尽而意无穷,所谓的弦外之音。作者不可能把心中的感受写尽,他给人的启示往往有些还出乎他自己的意想之外。”我从《傅雷家书》中所得到的何尝不是那些文字之外的“弦外之音”呢?恰恰是这些弦外之音每时每刻潜移默化地影响着我、塑造着我,成为我人格中的最光彩夺目的、最可珍贵的部分,激励着我在律师职业中博学笃志,对正义坚持不懈的追求!

书籍是我年轻岁月里最亲密的朋友,有些书给予我知识,让我认识社会;有些书让我静静地倾听,并在倾听里找到自己;还有些书就仿佛是一双无形的手在雕琢、在塑造我的灵魂,让它趋于一种神圣的古典之美!《傅雷家书》就是集以上三种之大成的一本书,它不仅仅传授给我知识,更多的是让我懂得人格与艺术的真谛,让我知道该成为一个怎样的人以及追求一种怎样的人生,它给了我指引,也给予我信心、勇气与快乐!

这就是《傅雷家书》言有尽而意无穷的那些意义。

就是阅读的力量吧。●

(作者单位:上海市通浩律师事务所)

乐 Life

●文/王清华

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

童真乐趣 亲子无间

——记锦天城 Baby Club(锦天城亲子会)庆“六一”亲子活动



为了庆祝“六一”儿童节的到来,让小朋友们更加体会到父母无私的关爱,促进父母与孩子之间的感情交流,上海市锦天城律师事务所于5月24日在东方绿舟举办了锦天城 Baby Club(锦天城亲子会)第六届亲子活动,即东方绿舟露营活动。本次活动共有三十多组家庭总计100余人参与,主要包括了东方绿舟别墅区露营、自助烧烤和篝火晚会。通过小朋友们的成语接龙、才艺表演和放风筝等亲子互动环节,促进了亲子之间和谐的关系。而在晚上的“育儿经”交流会上,虎爸辣妈们大谈育儿心得,交流自己的趣事、经验,让不少年轻的父母们受益良多。

锦天城 Baby Club(锦天城亲子会)成立于2006年,先后举行过六次大型活动,其中包括了2008年的“迎奥运”主题活动和2010年的“迎世博”主题活动,一直受到所里年轻律师们的关注和积极参与。为了迎接今年的“六一”儿童节,为事务所平日里忙碌的律师们提供亲子活动和交流育儿经验的平台,锦天城 Baby Club(锦天城亲子会)从三月份即开始筹备此次的亲子活动。本次活动发起后,得到了事务所众多年轻爸爸妈妈们的热情回应,成立了包括行政部陈运老师、张宜敏老师、李丹丹律师、郑建军律师、汪玲律师和笔者本人在内的活动筹备方。大家纷纷为活动出谋划策,并组建了活动微信群,通过微信平台以及

在事务所会议室召开活动通气会,讨论活动的各项安排,最终确定了时间、地点及节目等内容。

活动当天上午,负责活动筹备工作的同事们即满载着事前采购的大量食品、饮料、礼物等驱车前往东方绿舟别墅酒店的露营地点开始布置活动现场。下午一点左右,陆续有参与活动的家庭到达活动地点,在进行了简单的签到后,各组家庭开始了下午的自由活动。有的家庭选择了在露营地点的大草坪放风筝、踢足球,有的家庭则选择进入东方绿舟进行游玩。

下午五点左右,参加活动的家庭基本都到达了活动大草坪。各个家庭分别在活动筹办方准备的横幅前拍起了合影,将美好的一天锁定在了照片里。

傍晚时分,露营所用的帐篷基本搭建完毕,除了活动方搭建的帐篷外,有的家庭还自己携带了帐篷,并表示这次活动为自己长久未用的帐篷提供了用武之地。帐篷搭建完毕后,家长与孩子们分别入驻自己活动当天的小房间,一家人其乐融融地坐在帐篷里面,聊天玩耍,共度闲暇时光。

晚上七点左右,烧烤自助餐后,熊熊的篝火在营地燃起。各位家长和小朋友们围坐在篝火旁,兴奋地等待着篝火晚会的开始。裘索律师为晚会致辞,并在致辞后动情地接受了小朋友们献上的自制野花花束。晚会伊始,小朋友们

和爸爸妈妈们一起玩起了成语接龙,随着第一个成语的出现,小朋友们纷纷和自己爸爸妈妈交头接耳,开始讨论。接下来,一个个成语在小朋友们的嘴里像小鱼儿吐泡泡一样“蹦”了出来,每一位小朋友都胸有成竹,信心满满。他们的表现令人惊喜,爸爸妈妈们纷纷说,小朋友们说出的一些成语自己都没有听说过。这也是让父母们重新认识到自己的孩子年龄虽小,但聪明好学。随着发放礼物环节的出现,小朋友们争先恐后地表演起了自己的“拿手绝活”,各位小朋友们踊跃报名、积极参与,营造了良好的活动氛围:有的唱起了自己拿手的歌曲,有的跳起了舞蹈,有的为大家朗诵诗歌,有的拉起了二胡……才艺表演环节成为各个宝贝们展示自我、放飞精彩的舞台。

欢快的音符,优美的舞姿,成功的喜悦,让孩子们在活动参与中感到了快乐与自信,也唤起家长要在孩子的成长中给予更多陪伴的意识。一位爸爸在现场就表示:“在家里我是一个严父的形象,孩子和我不太亲近,今天特意带孩子过来一起参加活动,既可以让孩子玩得开心,也可以让他感受到爸爸的关注,加深我们的感情。”欢乐的时光总给大家带来很多回忆,各位家长纷纷表示,看着现在的孩子欢乐成长,也不禁想起自己儿时的时光。

在篝火的余辉和晚会的歌声中,小

朋友们一边兴奋地憧憬着晚上睡在帐篷里的美好感觉,一边手脚并用,忙前忙后,和爸爸妈妈们一起整理帐篷、铺上被褥。对于第一次离家住在户外的小朋友来说,这是一次新奇的旅行,更是一次勇敢的挑战。露营场地上,有的小朋友将自己带来的美食与其他小朋友们分享,小朋友们之间的童真稚语也让爸爸妈妈们大笑不已。

晚会结束后,好不容易把各家的宝贝哄入梦乡,年轻的虎爸辣妈们就着炸鸡啤酒在营地旁开始讨论自己的育儿经。“十年树木,百年树人”,教育是一个自人类文明诞生至今,无限存在的永恒课题。她延续至人类文明高度发展的今日,仍是我们无法回避异常重要的问题。教育孩子基本上是所有做父母最关心的话题,孩子在成长的过程中,家庭教育是孩子启蒙的第一课堂,要想做一个成功的家长,对于如何教育孩子、如何建立孩子良好的三观则是责无旁贷。身为律师,又是一个家庭里教育孩子的主体,各位律师家长年复一年、日复一日地不断教育、纠正、引导着自己的孩子,但如何使自己的教育达到最佳效果,以及达到最佳效果的标准是什么,这一直是各位现代年轻律师所探求的问题,为此,事务所有的年轻律师自费购买了几十本育儿名著《六A的力量》分发给各个家庭,并在

活动当天晚上与各位家长交流育儿经验;有的律师表示,对于孩子的教育,家长必须愿意并能够担负责任,以负责的方式来对自己的行为做出解释和回答,帮助培养和发展孩子的自律。在人生的开始阶段让孩子学会承担,知道要对自己的行为负责,对其以后的影响是不可估量的。当然家长要是与孩子能保持一种良好关系来引导孩子,亦父母亦友会让孩子的教育变得更完美;有的律师表示在生活中要尊重孩子,以平等的身份对待孩子,与孩子建立相互信任的关系,做孩子的知心朋友,只有这样才能赢得孩子的信任;有的律师表示孩子天真的性格中最深切的渴望就是获得他人的赞赏,来自父母的赞美会激起孩子内在的自我价值和尊严感,促使他们进一步强化良好的行为,直至养成高尚的品格。聊至兴起,各位律师家长们交流至子夜时分才纷纷入睡,从此次育儿交流中,各位年轻的家长们收

获了很多教育孩子良好的经验,为以后更好地教育孩子提供了参考。

一位知名教育家说得好:“国家的命运与其说掌握在执政者手里,不如说掌握在父母手里。”孩子的教育和培养是一门很复杂的学问,锦天城律师事务所通过开展亲子活动,为家长与家长之间的育儿经验分享,为家长与孩子之间的沟通交流提供了良好的平台,同时也发扬了锦天城的企业文化,增加了律师之间的凝聚力。●

(作者单位:上海市锦天城律师事务所)



业内资讯

律师学院举办婚姻家庭法律专业培训班和土地法律问题讲座

6月6日至6月8日,律师学院举办了婚姻家庭法律专业培训班。培训班由业内知名的婚姻家庭法专业律师贾明军领衔组织的师资团队讲授课程,多位婚姻家庭法律实务精英学员们传授了婚姻家庭案件的办理技巧。120名律师认真参加了培训。

6月22日,律师学院举行律师双休日讲座。上海市法学会常务理事、上海市法学会行政法学会总干事、上海市政府高级法务顾问长浩作为本次讲座嘉宾,作了题为“城镇化进程中土地法律热点问题”的精彩演讲。近800名律师聆听了本次讲座。

6月9日至6月22日,上海市律协举办了“‘百千千工程’2014上海律协培训班”,70名贵州律师参加了培训。上海市律协为他们安排了社会考察、实习交

流,并挑选了本市律师中的业务精英讲课。贵州省律协为此寄来了感谢信,感谢上海市律协对贵州省律协及贵州律师的大力支持和无私奉献。

贵州省律协写感谢信给上海市律协

上海市律协税法业务研究委员会参加2014年国际税法论坛

6月5日,由华东政法大学国际税法研究中心与国际财政文献局(IBFD)合作举办的“2014国际税法论坛:亚太地区反避税立案与实践经验之比较”在华东政法

大学长宁校区举行。上海市律协税法业务研究委员会受邀参加,研究会主任卢国阳律师作了“税务辩护实务问题之梳理”的主题发言。

上海市律协举行2014年第二期新律师入行仪式

6月25日,上海市律协举行了今年第二期新律师入行仪式,百余位刚刚取得律师执业证的新律师参加了仪式。作为仪式的一项重要环节,上海市律协分别安排了一位新律师代表和第五届上海市优秀青年律师孙伟交流发言,希望可以对新律师们有所启迪。



上海市律协赴疆举办“百千千工程”专场讲座

根据全国律协支援西部律师业发展的“百千千工程”要求,于6月27日至7月4日,上海市律协赴新疆乌鲁木齐和阿勒泰地区,欲举办8场“‘百千千工程’——上海市律协‘千场计划’新疆专场”讲座。讲师们将采用课上课下互动、场内场外交流的方法,全身心、全方位地将自己的经验、心得分享给新疆的同行。



上海仲裁委员会

Shanghai Arbitration Commission

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

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

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

MODEL ARBITRATION CLAUSE

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

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

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

新法速读

上海市第一中级人民法院发布《涉中国(上海)自由贸易试验区案件审判指引》

4月29日,上海市第一中级人民法院正式推出《上海市第一中级人民法院涉中国(上海)自由贸易试验区案件审判指引》(以下简称《指引》),旨在为建设中的自贸区已经和可能出现的各类诉讼案件的受理、审理、裁判及执行等环节提供指引性思路。

《指引》共计一百条,包括总则、涉自贸区案件的立案与送达、审理、执行、审判机制、审判延伸等七章内容,其中审理部分又根据合同、公司、金融、知识产权等八类案件具体分节规定,力求与自贸区改革和新一轮司法改革的“叠加”要求相衔接。

其中,《指引》借鉴国外行之有效的“执达员制度”而设置的“选聘律师事务所等机构负责区内执行案件部分辅助性事务的实施”,有效衔接今年5月起实施的《中国(上海)自由贸易试验区仲

裁规则》而规定“当事人根据有关仲裁机构的仲裁规则,向上海一中院提出临时措施申请的,应及时审查并依法作出裁定”,以及为提升涉自贸区案件审理质效而尝试的专项合议庭陪审员应“具备与所审理案件相匹配的专业知识”等条款均属首创。

中国保险监督管理委员会发布《保险公司收购合并管理办法》

日前,中国保险监督管理委员会发布《保险公司收购合并管理办法》,该《办法》即将于2014年6月1日起正式施行。《办法》出台的目的在于帮助小型保险公司适应竞争日益激烈的环境,同时增强大型险企的正面信用。

《办法》规定,保险公司收购合并的定义是:收购人一次或累计取得保险公司三分之一以上(不含三分之一)股权,且成为该保险公司第一大股东的行为;或者收购人一次或累计取得保险公司股权

虽不足三分之一,但成为该保险公司第一大股东,且对保险公司实现控制的行为。保监会相关负责人表示,考虑到保险公司并购涉及的资金规模往往较大,某些财务状况良好的投资人特别是民间资本,难以在短时间内筹集相应的自有资金,所以对并购贷款的风险评估和风险管理明确规定,投资人可以采取并购贷款等融资方式,但规模不能超过货币对价总额的50%。

今年下半年车险费率放宽的可能性很高,将对车险费率造成下调压力,导致财产及意外保险公司本已疲弱的承保表现进一步恶化。在这样的环境下,小型保险公司缺乏运营规模,亦缺乏专业技术人员以适应上述市场变化,难以与大型保险公司竞争。因此,加快整合或许是一个较好的选择。

(供稿:市律协保险业务研究委员会)

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

示范条款一 / Model Arbitration Clause I

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

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

示范条款二 / Model Arbitration Clause II

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

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

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

新法速递 《 律师业务资料 》 目录 2014 年第 5 期

上海篇

1. 上海市人民政府:上海市促进生活垃圾分类减量办法
2. 上海市人民政府:上海市生活饮用水卫生监督管理办法
3. 上海市人民政府:上海市固定宗教活动处所设立审批和登记办法
4. 上海市人民政府:上海市在沪外国人集体宗教活动临时地点指定办法
5. 上海市人民政府:上海市行政审批批后监督检查管理办法
6. 上海市工商行政管理局:中国(上海)自由贸易试验区企业年度报告公示办法(试行)
7. 上海市工商行政管理局:中国(上海)自由贸易试验区企业经营异常名录管理办法(试行)
8. 上海市民政局:上海市社会组织直接登记管理若干规定
9. 上海市民政局等:关于调整本市救济对象定期定量补助标准的通知
10. 上海市民政局等:上海市城乡居民最低生活保障申请家庭经济状况认定标准
11. 上海市民政局等:关于调整本市城乡居民最低生活保障标准的通知
12. 上海市民政局等:关于调整提高本市城镇低保家庭中有劳动收入人员就业补贴标准的通知
13. 上海市民政局等:关于调整本市农村五保供养标准的通知
14. 上海市人力资源和社会保障局:关于调整本市工伤人员伤残津贴和生活护理费标准的通知
15. 上海市人力资源和社会保障局:关于调整本市因工死亡人员供养亲属抚恤金标准的通知
16. 上海市人力资源和社会保障局:关于调整本市最低工资标准的通知
17. 上海市人力资源和社会保障局:关于调整本市失业保险金支付标准的通知
18. 上海市人力资源和社会保障局:关于本市基本医疗保险2014医保年度转换有关事项的通知
19. 上海市规划和国土资源管理局等:关于推进本市房屋土地征收中企事业单位房屋补偿工作的若干意见

20. 上海市规划和国土资源管理局:关于再次修改《上海市建设工程设计方案规划公示规定》的通知

全国篇

【诉讼法】

1. 最高人民法院等:关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见
2. 最高人民法院:关于商标法修改决定施行后商标案件管辖和法律适用问题的解释

【证券银行保险】

1. 中国证券监督管理委员会:优先股试点管理办法
2. 中国银行业监督管理委员会:金融租赁公司管理办法
3. 中国保险监督管理委员会:人身保险客户信息真实性管理暂行办法

【房地产】

住房和城乡建设部:房屋建筑和市政基础设施工程竣工验收规定

【工商】

1. 国家工商行政管理总局:公司注册资本登记管理规定
2. 国家工商行政管理总局:中华人民共和国企业法人登记管理条例施行细则(2014修订)
3. 国家工商行政管理总局:外商投资合伙企业登记管理规定(2014修订)
4. 国家工商行政管理总局:个人独资企业登记管理办法(2014修订)
5. 国家工商行政管理总局:个体工商户登记管理办法(2014修订)

【卫生】

国务院:医疗器械监督管理条例

【劳动】

人力资源和社会保障部:工伤职工劳动能力鉴定管理办法

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

《 静 》



摄影/文：陆东霞 律师

夏日的清晨，黄石公园的黄石湖上宁静而透明，远处高空几朵白云也在静悄悄地凝视。
我在Grant Village Lodge的湖上餐厅用过早餐，按下了当天的第一张照片，定格了那一刻。