

2014
03
总第717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 |

因为志愿 所以幸福

——回望女律师们一起走过的2013年



上海大剧院

响应全国律协号召,上海的唐既白、黄淑红、傅敏燕和赵青松4名律师报名赴西藏日喀则无律师县开展为期一年的志愿者法律服务。临行前,市律协会长盛雷鸣、副会长兼女律师联谊会会长黄绮、秘书长万恩标、副秘书长刘小禾等为律师们送行。



3月7日,市律协监事会首次召集了全部7个郊区县的法律师代表开展专题座谈会,听取他们对市律协理事会和监事会工作的意见和建议。



3月8日,“与爱同行2014年女性社会组织公益大行动”启动仪式举行。女律师联谊会积极响应市妇联向全市推介公益服务的号召,与女检察官协会、女法官协会共同承办“女法律工作者普法行动”。仪式上,女律师联谊会会长黄绮和市领导一起为“女法律工作者普法行动”揭牌。



3月10日,市律协与一中院共同举办两单位《关于建立长效沟通协作机制备忘录》的签约仪式。双方签订的《备忘录》主要着眼于司法业务的共同提高,同时涉及纪律作风、司法公开引入外部评价监督机制等内容。



3月11日,市律协召开九届十二次理事会,专题讨论九届四次律师代表大会有关事宜,并审议通过“上海市律师行业2013年度贡献奖”获奖名单。

卷首语

上海女律师

——职业、智慧、柔情、侠义且有担当的美丽女性

上海市律师协会副会长、上海市女律师联谊会会长 黄 绮

上海女律师是一群幸运的职业女性，因为她们生活和工作的上海是中国早期拥有女律师的城市之一，在上海成长了一位为抗日救国不惜入狱的女性——史良大律师，出现了一位在新中国首个特别法庭出庭辩护的唯一女律师——韩学章大律师，韩学章还是上海市律师协会的首任会长。前辈奠定的事业基础已然成为了上海女律师前进的方向和学习的榜样。

上海目前有4000余名注册执业的女律师，占到上海律师总数的30%强。她们中年长的已经耄耋高龄，至今仍然身体健康，经常出入法庭坚持执业中；年轻的仅20多岁，才刚迈出大学校门，在律师职业的征途上起步不久。作为律师，她们会是民事案件的代理人，刑事案件的辩护人，非讼项目的谈判人以及企业的常年法律顾问。她们会夹着卷宗去开庭，到看守所去会见被告人，只身出差到异地或异国，业外的人会称她们是“女汉子”“女强人”，但她们却只把自己当成普通的职业女性。执业过程中，她们需要面对和男律师同样的压力和辛苦，职场的艰难不会因为她们是女性而减少半分，相反，竞争中还可能稍处劣势。当然，女性的温婉、细致、耐心和认真往往让她们赢得当事人的肯定和赞誉，但有时也会遇到各种不可理喻的责难和遭受委屈。女性天生优雅柔韧的一面也让她们得以在执业过程中以柔克刚，也许还时常获得男性律师所羡慕的成功机会。

生活中，女律师会是女儿、妻子和母亲，她们都愿意努力成为一个孝女、贤妻和慈母。她们也许有健康的父母、善解人意的丈夫和可爱懂事的孩子，但也可能会遇到家里孩子病了、老人进医院了、被丈夫埋怨对家里照顾不周的场景，调整好心态掌握好平衡是女律师需要锻炼的一项基本功。她们要学会不把工作中的压力带回家里，更要学会不把生活中的烦恼带



给客户。她们明白叹息埋怨不是解决问题的良方，“成功先生”只会和生活中的强者相遇。女律师的业余生活也是多姿多彩的，她们阅读、旅游、打球、唱京剧、练舞蹈……样样拿得起放得下，认真工作健康娱乐，上得法庭下得厨房已然成为了女律师崇尚的生活方式。

女律师也有侠胆义肠，她们乐以自身法律知识扶弱帮困。上海市女律师联谊会组建了一支“巾帼律师志愿团”队伍，由200余名女律师志愿者组成，从2009年开始常年坚持在市妇女法律援助中心值班，为群众提供无偿法律咨询。这支队伍已经成为了市女律联的优良“品牌”和口碑，多次得到市妇联的嘉奖。女律师们还热心公益，但凡救灾募捐、捐款助学中总是少不了上海女律师。响应市妇联号召，女律师给缺水的甘肃山区捐建“母亲水窖”；踊跃参加帮助新疆女大学生的“春蕾助学”活动，捐款捐物；“4·20芦山地震”，市女律联第一时间将律师的捐款通过市儿基会送抵灾区，表达手足之情；给云南纳西儿童捐建希望小学，等等。全国律协号召律师报名去青海、西藏等边远地区法律援助，女律师每每

踊跃报名，成行的名单中女律师人数有时还会超过男律师。

女律师还柔肩担道义，积极参政议政，上海150余名律师政协委员和人大代表中，女律师占据了1/3。她们为民生问题向政府谏言献策，撰写提案和议案为法制建设鼓与呼，为妇女、老人和儿童权益保护贡献着智慧和力量。她们的善良与柔情、坚持和坚守成为了弱势群体的坚强后盾。

女律师在律师行业内也以她们的努力和专业交出了一份份优秀答卷，她们中有律师事务所的主任、高级合伙人，有律师协会的理事、监事，有律工委的主任、委员，有律师协会专门委员会及业务委员会的主任、委员，有律师行业学术大赛的获奖者，有在律师辩论大赛中荣获全国优秀律师辩手称号和上海市最佳律师辩手称号的辩才。女律师在专业上的砥砺奋进是不会因为自己的性别而有半点放弃的。

多年来上海的女律师在职业舞台上尽显优秀，她们中有在行业内被评为东方大律师、全国优秀律师、市优秀律师、优秀青年律师、市优秀女律师、市区司法系统先进集体、先进个人和全国法律援助先进个人的；在行业外也有获得全国三八红旗手、全国巾帼五一标兵、市三八红旗手标兵和市三八红旗手等荣誉的。“上海市女律师联谊会”还连续两届被市妇联评为“上海市优秀女性社会团体”。上海的女律师，已然成为了上海女性的骄傲！当然，军功章里一定少不了女律师家人的真心理解和付出，少不了上海男律师们的帮助与支持。

上海女律师工作一直以来得到了市区妇联组织、各级司法局领导、市律协以及区县律工委的指导、支持和帮助。上海已经成为了经济与法制建设改革开放的前沿阵地，在这个国际化大都市，相信上海女律师的发展之路一定会前程似锦。



《上海律师》月刊

主管:上海市司法局
主办:上海市律师协会
编辑:《上海律师》编辑部

编辑委员会主任:盛雷鸣

副主任:陈乃蔚 邵曙范 黄 绮 钱翎樑
周天平 管建军 厉 明 万恩标

委员:(排名不分先后)

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

主 编:黄 绮

副 主 编:刘小禾 庄 燕

责任编辑:杨培君

摄影记者:曹申星

美术编辑:大 愚

编 务:许 倩

本刊特约撰稿人:

王俊民 汤啸天 陈 默

李颂联 王凤梅 彭念元

游 伟

(内部资料 免费交流)

编辑部地址:

上海市肇嘉浜路 789 号均瑶国际广场 33 楼

电 话:021-64030000

传 真:021-64185837

投稿邮箱:E-mail:tougao@lawyers.org.cn

网上投稿系统:<http://info.lawyers.org.cn>

上海市律师协会网址(东方律师网)

www.lawyers.org.cn

上海市连续性内部资料准印证(K第272号)

本刊所用图片如未署名的,请作者与本刊编辑部联系

2014 3

目录

总第 717 期

卷首语 Juanshouyu

01 上海女律师

——职业、智慧、柔情、侠义且有担当的美丽女性 / 黄 绮

本刊关注 Benkanguanzhu

聚 焦

05 因为志愿 所以幸福

——回望女律师们一起走过的 2013 年 / 桂芳芳

08 铿锵玫瑰之志愿心语

——沪 3 名女律师赴西藏无律师县开展志愿服务 / 吕 轩

律所建设

10 2013 年律师事务所规范与发展研讨会综述 / 市律协调研部

区县专辑 黄浦篇

11 同舟共济开创现代黄浦律师业未来 / 方日东

12 不懈追求“专业化、规模化、国际化”发展

——黄浦区开展律师事务所转型发展课题调研
/ 黄浦区司法局

17 邦信阳中建中汇所强强联合

——黄浦区律师事务所转型发展的典型案例
/ 李 琰 骆 燕

法律 咖吧

18 共话·新《消费者权益保护法》热点问题

/ 施克强 黄真伟 王凤梅 施莉珏 曹竹平 仲剑峰

人物 优秀女律师

22 坚持梦想 / 李 红



《夕照古镇》 摄影:孙根福 律师



3月4日,市委常委、市委政法委书记姜平等在临市律协调研上海律师行业工作情况。

法眼法语 FAYANFAYU

香港大律师之窗

- 25 香港替代性纠纷解决程序之概况 / 曹翠影
- 27 建立一支专业的医疗卫生律师队伍 / 卢意光
- 30 应对中国社会诚信危机的法治途径 / 李新立

专题研究 ZHUANTIYANJIU

- 33 交通事故中伤残鉴定之乱象及治理对策 / 贺强 杨洁
- 36 航空运输收货人书面异议的适用以及承运人的识别——从一则航空运输纠纷案件说开去 / 梁健
- 38 海上货物运输合同项下还是租箱合同项下纠纷?——对一起滞箱费纠纷案评析 / 杨杰
- 43 从一起仓储货物损害赔偿诉讼看当事人法律关系及诉讼地位 / 程先林
- 46 猫屋模式的法律分析 / 冯坚坚

- 48 关于实际托运人的识别问题 / 伍建鸿
- 49 对一起货物运输合同纠纷中损失赔偿认定的分析 / 侯静

人文万象 Renwenwanxiang

岁月回眸

- 52 脚踏实地三十载 倾情大海献终身(下) / 陈发银
- 56 淡然心弦,守得云开见月明 / 岳雪飞
- 58 女儿眼中的律师妈咪 / 施念清
- 60 两个律师一个家 / 计时俊

乐 Life

- 62 永不退色的精神坐标——参观雷锋故居有感 / 陈光明

63 业内资讯

新法速读

- 64 人力资源和社会保障部发布《劳务派遣暂行规定》

封三 新法速递

《律师业务资料》目录 2014 年第 2 期



编者按:在市妇联、市司法局、市律协的关心和支持下,在本届理事会及秘书处的共同努力下,女律师联谊会 2013 年组织开展了一系列有意义的活动,丰富了女律师的业余生活,树立了女律师良好的社会形象,获得了一系列的荣誉,为女律师执业、展业、拓业创造了优良的环境,为妇女工作的发展做出了积极贡献。

聚 焦 ●文/桂芳芳

因为志愿 所以幸福

——回望女律师们一起走过的 2013 年

一、“我志愿,我幸福”2013 年主题迎新会抒发女律师大爱情怀

2013 年 1 月 17 日,上海市女律师联谊会“我志愿我幸福”迎新年主题会拉开了女律联 2013 年工作的序幕。继“祝福 2012”的迎新年主题会后,女律师们齐心协力地走过了 2012 年,迈入 2013 年。人们常说一个女人的幸福在于有温馨的家庭、健康的身体和成功的事业。但女律师的幸福还在于有一颗既养小家又顾大家的志愿者的心,有一份授人玫瑰手留余香的大爱情怀。

一路走来女律师的志愿者行动处处可见,可圈可点。

“一会一品”巾帼律师志愿团

市女律联的“巾帼律师志愿团”队伍,目前人数已发展到 205 名,一如 2009 年成立时起,志愿者们周一到周四坚持在市妇女法律援助中心值班,为群众提供无偿法律咨询,出勤率几年来保持 100%,这支队伍已经成为了市女律联的优良“品牌”和口碑,多次得到市妇联的嘉奖。巾帼律师志愿团的优秀志愿者朱艳丽律师还获得了“全国妇女儿童维权先进个人”荣誉称号。

慈善捐学献爱心

2013 年 3 月 29 日下午,300 余名女律师及应邀出席的男律师踊跃参加了市女律联举办的“春蕾助学”拍卖活动。“春蕾助学”项目是上海市妇联发起,号召全市女同胞为援助新疆喀什的女大学生而开展的一项慈善活动,拟捐助千名女大学生大学四年的生活费用共计 400 万元。市女律联积极响应,2012 年市女律联的裘索副会长已经为此项目捐出了 15 万元,2013 年 2 月底联谊会再次向申城女律师发起了捐助倡议,得到积极响应。截止到拍卖大会召开前,市女律联已经收到来自多家律师事务所和多名个人的 100 多笔捐款。当天,大会上拍卖的 6 件拍品都是由女律师捐赠的,现场拍卖十分踊跃,会场外多家赞助企业的义卖也同时进行。大会上有一项特别的“义卖品”:由上海两届共 20 名“东方大律师”每人捐出两个小时,东方大律师们将和义拍这两个小时的律师进行面对面的指导交流,新颖的方式,创新的举动,既彰显了东方大律师们的公益心,也让行业内的青年律师有了与大律师们近距离交流学习的机会。最后,6 件拍品以及“东方大律师”的时间义卖等共筹得善款 156240 元,至





市妇联张丽丽主席讲话



巾帼志愿团律师颁奖留影



受邀与检察长座谈



女律师民族服装秀

此,女律师联谊会为“春蕾助学”项目累计募捐达到了516600元,大大超出了原定捐款40万元的捐款目标。

2013年4月20日得知四川省雅安市芦山县发生7.0级地震,面对灾区妇女儿童急需救援的紧急状况,市女律师征得部分捐款人同意,第一时间将116600元捐款作为第一批救援款,通过市儿基会捐献给了灾区的妇女儿童用于紧急救援。

做慈善、热心公益活动一直是女律师的优良传统,女律师及联谊会多年来坚持进行捐资助学,慈善拍卖等,持续地关爱社会弱势群体。2013年12月31日,黄绮会长、张艳副秘书长、林丽娟副秘书长及安翊青理事参加了上海市妇联、上海市儿童基金会联合举办的“和平慈善晚宴”,为上海市儿童基金会募集善款。

奔赴西藏法律援助巾帼不让须眉

近几年来上海律师一直积极参加全国律协发起的对边远地区无律师县的法律援助,踊跃报名的上海律师中不乏女律师。继2012年两名女律师前往青海法律援助之后,2013年到西藏地区的法律援助又有多名女律师报名,最终经体检和审查之后,选定的四名前往西藏的律师中,除了赵青松律师之外,其余唐既白、傅敏燕和黄淑红三人都是女律师,他们成为全国律协选派的志愿者律师,将在西藏海拔最高的日喀则开始为期一年的援藏

工作。目前刚到日喀则的律师们,面临当地高原反应严重,住宿条件差,生活用水全部要靠水桶拎水的困难条件,正克服困难努力适应,体现了作为一个青年志愿者律师坚定的援藏决心。

二、保障妇女儿童权益,注重弱势群体维权工作

市女律师联一直把促进我国社会主义民主法制建设,推动妇女儿童工作发展作为各项工作的重中之重,2013年围绕此宗旨作出了多番努力。

市妇联举办的三八妇女维权会议中,市女律师联秘书长谭芳受邀就“坚持男女平等基本国策”的话题作了主题发言,葛珊南副会长就应当完善有关婚姻法律制度作了发言,律师专业的思考和法治思维引起与会者热烈反响。

2013年4月市妇代会召开,黄绮会长等九名女律师经过市区司法系统推选,成为全市妇女代表参加了第14届妇代会。在妇代会上,黄绮会长当选本届妇代会执委及全国妇代会代表,光荣参加中国妇女第十一次全国代表大会。无论作为全国或市区妇女代表,女律师都积极履职,撰写提案和社区民意,从法律工作者的角度提出维护妇女儿童权益的建议。

2013年6月1日,市女律师联与市律协未成年人权益保障业务研究委员会、上海儿童医学中心、上海市女医师协会联合举办“儿童医学、法律义务咨询”活动,为市民提供与少年儿童相关的医学、法律义务咨询服务。

三、积极参政议政,推动法治建设

年初,市女律师联举办了女律师参政议政专题交流会,担任市级政协委员的女律师认真听取了与会近20名区级人大代表以及政协委员女律师的意见,她们结合女性特质根据所在区县社情民意提建议,并积极反映需要通过市级代表委员解决的相关问题。会议交流了参政议政的经验,增强了责任感与使命感。

市区两会召开期间,20余名市区代表委员中的女律师们表现突出,她们就自贸区法制完善问题、婚姻家庭



老律师重阳欢聚

中妇女儿童权益的保护问题以及其他社会民生问题递交提案、议案和社情民意等。其中,长宁区政协委员林丽娟律师关于分居制度的提案还被区政协递交到了全国政协层面。

市女律联还注重与其他女性组织的互动与交流。民事诉讼法修改后,应市检察院分院许佩琴副检察长的邀请,女律师参加了市检察院举办的“关于进一步贯彻落实修改后的民事诉讼法,更好地履行检察监督职能”座谈会,交流研讨检察监督机制的完善。

四、工作重心下移,区县女律师工作成绩显现

一直以来,市女律联注重全市女律师工作的联动效应,为使女律师更好地拓展业务、多层次为女律师提供交流平台,联合会会按照不同的年龄结构、不同的区域,分组分片地开展了“女律师执业、展业、拓业”交流与研讨活动。从2013年起,市女律联开始尝试依托区县律工委对女律师工作的支持,推动区县女律联工作机构的建立,将工作重心下移,让区县女律师工作更加科学高效。于是,浦东新区、静安区、黄浦区、普陀区等分别成立了区女律师联谊会,与市女律联联谊会的工作相互配合发挥了很好的作用。各区县的活动内容也呈现出丰富多彩。

3月,嘉定区律工委举办女律师联谊座谈会,与会律师围绕“如何处理好工作与家庭之间的关系”、“青年女律师如何成长发展”、“律师执业定位与业务开拓”等进行交流。4月,普陀区组织“放飞心情,拥抱自然”踏青活动,律师们交流了从业经验、讨论了专业问题,凝聚了律师队伍的合作精神。9月,上海市静安区女律师联谊会正式成立,并举行了“玫瑰与蝴蝶——陈钢与陈歌辛的音乐奇缘”、品红酒等主题活动。11月,闸北区律工委女律师工作组举办了女律师工作发展研讨会。11月,徐汇区女律师前往中国(上海)自由贸易试验区进行走访。12月,黄浦区女律师



沙龙活动 - 城市安全讲座

联谊会成立大会隆重召开。

五、热心服务会员,创新办好活动

联合会注重对律师会员的服务,不断创新活动形式,丰富活动内容,受到女律师好评。

定期举办沙龙 助女律师自我提升

为了让更多的女律师受益于自我提升沙龙活动,2013年起沙龙活动由市女律联和区县律师工作委员会联合举办,采取活动进区县的方式惠及更多忙碌于工作的女律师。邀请了上海市公安局刑侦总队训练指导讲师龚寒讲授地震和火灾的避险常识、突发人身侵害的自我保护方法及对抗侵害的简单工具、手法;邀请上海市国标舞十项全能冠军钱奕羽女士传授如何进行有益健康的肢体运动,塑造3s窈窕体形。参加自我提升系列沙龙的女律师人数不断创新高,自我提升作用明显。

敬老爱老 重阳慰问退休女律师

一年一度的联谊会传统活动——老律师重阳活动每年都在明媚的秋色中按期举行。2013年,老律师们在罗洁



厨艺大赛选手合影



市妇联女性维权会上女律师作主题发言

副会长、孙彬彬副秘书长的带领下,兴致勃勃地参观了国家AAAA级旅游区、上海市五星级公园大观园和朱家角古镇。参加活动的老律师们都表示,非常感谢女律师联谊会能够坚持、保持这样质朴而真诚的活动,让她们能够体会女律师集体的温暖,更能够在活动中与许久不见的老友们共叙往事、乐话未来。

秉承全国妇代会精神 举办巧妇律师厨艺比赛

为贯彻全国妇代会精神,宣传鼓励女律师们成为“慈母、孝女、贤妻”,更好更全面地展示女律师的多才多艺、优雅精致的形象,市女律联于2013年12月举办了2013年“巧妇杯”女律师烹饪比赛,为鼓励年轻女律师提升厨艺,要求报名者全部为40岁以下的青年律师。通过比赛,涌现了不少年轻女律师众多厨艺高手。活动中邀请高级厨师严焯老师现场演示营养家常菜的烹饪手法,令与会律师们受益匪浅。参赛选手们在赛后表示要建立巧妇律师烹饪兴趣群保持联络,与会女律师们也希望能更多地参与此类切磋业余爱好、提高生活品位的有益活动。

邮寄生日贺卡 传递联谊会情谊

多年来,市女律联保持了良好的传统,给整数生日的女律师寄送生日贺卡的活动一直在延续。联谊会的情谊在小小贺卡中传递、发酵。收到贺卡的女律师们向女律联反馈各自愉悦的心情,感受到女律联组织的关心。

在过去的一年中,女律师们还积极参加上海市乃至全国律师协会组织的各种业务培训、专业研讨及交流竞赛等活动,热心关注并参与着行业的建设,身体力行地推动着律师业的发展和进步。

因服务社会、服务会员成绩突出,上海市女律师联谊会蝉联上海市妇联评选的第二届“上海市优秀女性社会组织”光荣称号。市律协盛雷鸣会长称赞上海女律师在律师行业中起到半边天的作用,对女律师的坚守、付出和努力表示感谢。●

聚焦 ●文/吕 轩

铿锵玫瑰之志愿心语

——沪3名女律师赴西藏无律师县开展志愿服务

日前,为响应全国律协号召,上海有4名律师赴西藏日喀则地区的无律师县提供为期一年的法律服务。他们是上海瑞盛律师事务所律师唐既白律师、北京岳成律师事务所上海分所黄淑红律师、上海隆天律师事务所律师傅敏燕律师、上海卓嘉律师事务所律师赵青松律师。对于长期生活在上海的律师而言,海拔3800多米的日喀则地区是一个严峻的挑战。出乎我们预料的是,4名律师中,女律师占了3名。让我们不禁想起“巾帼不让须眉”这句话。

经过体检、审核等准备工作,3月5日开始,志愿律师们陆续踏上了远赴西藏的征程。3月8日,我们的三位“女英雄”抵达拉萨。这一天,因为她们的“义举”,让这个专属的节日更具意义;这一年,她们的事业之花将在雪域高原绚烂绽放。

上海和拉萨,远隔万里,这些志愿者律师是组织和家乡亲友们365天的牵挂。此刻,让我们在这里祝福这些援藏律师们,梦想成真,一切安好。



黄淑红 北京岳成律师事务所上海分所 服务地:日喀则市

——“我的心告诉我应该去。”

2013年11月,看到东方律师网上

“赴青海、西藏两省(区)无律师县律师志愿者报名”消息,我的心告诉我应该去。

美丽的、神圣的西藏高原。因地地理位置、气候等原因,至今经济不发达,那里有吃不饱、穿不暖,没书读的孩子,整体的生活水平不如大部分省市。在力所能及的情况下,能为他们做点有意义的事,这是我的荣幸,是我人生中有意义的经历。就这些较简单的想法,让我决定报名参加援藏。

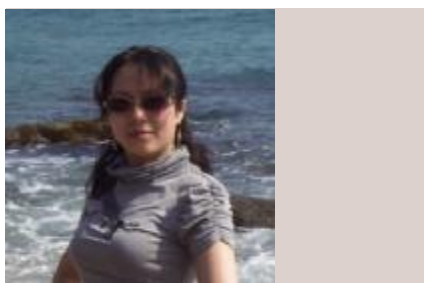
但真没想到一个小小的举动,得到了方方面面的关注、关心,以及不同的声音。家里的长辈,不仅担心我的身体是否吃得消,同时也担心我的家庭和孩子。我曾经到过青海湖,上过玉龙雪山,有高海拔的经历;我相信我的先生和孩子,能照顾好自己,更是给孩子一个锻炼的机会。我也谢谢先生和孩子的支持,我是直接援藏,他们是间接援藏。另外一些亲朋好友、同事,还提出了其他问题:一定要到了西藏才算援藏吗?真的没有其他的想法?真的没算过经济账?

其他想法?这还真没想过。本人清楚知道律师是编制外的,不是援藏干部去时升一级,回来再升一级。但组织上的重视,以及报名时得到各位老师的尊重和敬意,已然让那些所谓的想法,显得那么直接和狭隘。更让我觉得援藏的决定是对的,是有意义的,是值得为之付出的。

物质是基础,说没算下经济账,那是假的。但这经济账不能简单地算,单纯地算经济账,人就会被钱牵着走了。当生存和生活不再是问题的时候,就应该综合地算,除了物质是否还有其他呢?



参加援藏的4名律师：黄淑红、赵青松、傅敏燕、唐既白（自左至右）



唐既白 上海瑞盛律师事务所 服务地：日喀则地区仁布县

——“我真的很想给这些真诚的孩子们一些爱，一些力所能及的帮助。”

西藏，是个很纯净的地方，并没有太多的欲望，所以，真诚变得这么简单，这么自然。我睁开眼睛仰望天空，就能看见蓝天白云，我闭上眼睛低头静思，就能听到自己内心的声音。这是一个热情的民族，在这里，人们歌唱太阳，歌唱星星，歌唱亲人，歌唱老师……歌唱一切一切美好的事物，让你觉得生活原来可以这么美好！

然而，这也是一个教育相对落后的地方，很多山区里的孩子，想要读书，哪怕只是九年制的义务教育，也是一件奢侈的事情，他们往往要走很远的路才能到达学校。望着这些孩子们一张张渴望的眼神，我心里一阵又一阵的心酸。

作为律师，作为女人，更作为一个母亲，我真的很想给这些真诚的孩子们

一些爱，一些力所能及的帮助，这是一种升华的爱，我爱这些天真无邪的孩子，爱祖国这美丽的领土，更爱我们的民族，所以，我愿意用自己的微薄之力，让这些孩子更幸福，让我们的祖国更富强。我相信，会有更多的人，愿意这么真诚的付出。这既是我们律师的社会责任，更是一种自身价值的体现。因为只有当你真诚付出自己的爱，才能得到更多无私的爱。



傅敏燕 上海隆天律师事务所 服务地：日喀则地区谢通门县

——“无论援藏一年会如何，在我和谢通门县未来的生命里，都会以某种方式串联起来。”

很多人问我为什么选择此次援藏。决定时，也许是因为家人的鼓励和支持，抑或是为了圆那个几乎在每个人心中都有过的西藏梦。决定后，也能说出

很多理由，大到支援西部，小到仅为了到这个最靠近天空地方认真看看。但是无论什么原因或有何等意义，自己内心深处真的想去，引用特蕾莎修女一句语录来表达便是，“说到底，这是你和神之间的事，而绝不是你和他人之间的事”。

此次援藏，我分配在日喀则谢通门县。在地图上你能迅速定位她的位置，但在我心里她还很陌生，陌生来源于不知道她需要什么，更不知道自己能为她做些什么。

未来一年，我自己有过许多设想，朋友也提供不少建议。然而，当我乘着开往西藏的T164列车，看着那清澈透明的天空像块宝蓝色的玉石，看着那触手可及的北斗七星在天边闪烁，看着那广袤无垠的雪山绵延不息，看着那些相机很难捕捉的原始大自然，援藏的许多现实意义突然变得如此渺小，人类想改变这片古老土地的自负瞬间被击碎，那一刻，我才明白，也许未来的一年将会是她在一一点点改变着我。

乔布斯曾说过，你不可能从现在这个点上看到将来；只有回头看时，才会发现它们之间的关系。因此我坚信，无论援藏一年会如何，在我和谢通门县未来的生命里，都会以某种方式串联起来。●

律所建设 ●文 /市律协调研部

2013 年律师事务所规范 与发展研讨会综述

2013 年 12 月 12 日下午,由市律协律所规范与发展委员会和长宁区律工委联合举办的上海市律师协会律师事务所规范与发展研讨会在绿地会议中心召开。市律协副会长陈乃蔚,长宁区律工委主委刘习赞、副主任冯加庆、顾靖,长宁区司法局律公科科长郭斌以及来自各个律所的主任、合伙人、行政主管等近 40 人参加了会议。

在本次研讨会中,与会律师就以下问题进行了讨论——

一、律师事务所发展定位问题

近年来,上海律师服务业得到了快速的发展,律师事务所不管在人数还是创收等各方面相比以前都有了质的飞跃,律师行业的社会地位和社会评价也得到了较大程度的提高。但是,随着经济社会的发展,有些律师事务所逐渐不再满足于把法律服务业收入作为律师事务所收入的主要来源,或者不再以法律服务业作为自己的主业,忽视律师事务所内生发展和内部管理,而把律师事务所作为资本运作、投融资等的平台,参与资本运作或对外投资。与会律师一致认为,作为律师事务所的合伙人,律师和律师事务所应当坚持以为委托人提供优质高效的法律服务作为自己的主业,律师事务所应当加强和规范内部管理,把律师事务所打造为一个集中优秀律师人才,用现代企业管理理念进行管理的法律服务产品提供平台。

二、风险控制问题

近年来,随着中国成长为全球第二大经济体,市场发展逐步多元化,成熟化,非诉讼领域的风险逐步成为律师及律师事务所需要面对的主要风险。因为与传统的诉讼领域相比,非诉讼领域的风险具有标的金额巨大(动辄数亿元甚至数十亿元),涉及面广,社会影响大等特点。比如近期发生的几起证监会对律师事务所的处罚等案例已经表明,风险控制已经不是一句口号,而是实实在在应当为律师事务所重视的极为重要的领域。在现

代经济生活中,一起法律服务风险的发生就有可能摧毁一家中大型的律师事务所,这已不是危言耸听。与会律师们认为,在今后的发展中尤其要重视来自非诉讼领域的法律风险的发生。

三、人才培养问题

律师事务所根本上说是人合。没有律师人才的培养和不断涌现,律师事务所的发展无从谈起。与会律师们认为,律师事务所的核心竞争力是合伙人,而人才培养的最终目标是要把一个普通律师培养成一个有竞争力的合伙人。目前一些大所已经普遍建立了律师等级或者年级制度、律师培训制度,律师轮岗制度等,这些制度的设立,就是为人才培养的良性互动打下坚实的基础。

四、收入分配

一个律师事务所可以稳定健康地不断发展,一个非常重要的因素就是要有有一个合理并且适合事务所具体发展情况的收入分配模式。一般而言,收入分配分为提成制模式和公司制模式,其中每个模式下面又会有很多不同的细分模式。就价值判断而言,这两种模式并没有本质的优劣之分,但是与会律师达成共识的一点就是,这种模式一定要能够适应自己律师事务所的特点,并且能够保证律师事务所的长远发展。同时,律师事务所的合伙人一定要有一定的牺牲精神,在收入分配上既体现效率,又兼顾公平。

五、制度体系建设

经过三十多年的发展,律师事务所的发展已经逐步脱离了人治的方式,更多地依靠律师事务所的制度建设,依靠制度管人、管事。与会律师们认为,管理粗犷,靠某一位或某几位律师个人魅力就可以管理一家律师事务所也许可以满足事务所初创时的情况,但是随着律师事务所的逐步发展,必须建立科学合理的事务所管理制度,并且制度要成体系,这样才能适应不断发展的经济社会发展。●

区县专辑 黄浦篇 ●文/方日东

同舟共济 开创现代 黄浦律师业未来



方日东：中共黄浦区委常委、政法委书记

近年来，面对上海加快推进“创新驱动，转型发展”的大好形势和黄浦区要建成“世界最具影响力的中心城区”的区域定位，黄浦区充分发挥法律服务职能作用，着力推动黄浦律师业升级发展。截至 2013 年底，黄浦区共有律师事务所 116 家、从业律师 1697 名，年业务创收达 8 亿元，上缴区级税收 1.2 亿元。

引领行业健康发展

2011 年，原黄浦卢湾两区“撤二建一”后，区里及时整合律师代表团及律师工作委员会，并根据工作需要，设立了业务指导与发展、对外宣传与联络等 6 个工作小组，将黄浦律师业的跨越式发展作为重点开展调研。在原黄浦、卢湾两区政府法律顾问团的基础上，调整组建了由 33 名律师组成的新一届黄浦区政府法律顾问团。其中有“东方大律师”4 人，在全国和上海市律师协会担任理事、监事和专业委员会委员的有 20 人，获司法部优秀律师人才称号的有 12 人，享受国务院特殊津贴的专家 1 人，专业涵盖金融、国际贸易、知识产权、海事海商，同时也包括了民事诉讼、刑事辩护、行政法等方面。顾问团成员在为区委、区政府重要决策、建设项目提供法律服务的同时，积极开拓法律服务市场，有效促进了黄浦律师业自身健康发展。

提升行业品牌形象

“外滩金融法律论坛”至今已历三届。论坛围绕上海国际金融中心建设，结合金融实务和法律规范展开探讨，为黄浦律师界与金融界沟通交流提供了平台。

2012 年，金茂律师事务所被国际知名法律评价机构

“钱伯斯”评为中国商事法领域最高等级的律师事务所之一；元达律师事务所荣获《中国法律与实务》“中国最佳竞争法律事务所大奖”；多家律师事务所入围《亚洲法律杂志》2012 年度最佳律师事务所；金茂凯德律师事务所作为唯一一家律师事务所，被商务部国际商报社评为年度中国“最具活力服务贸易企业 50 强”。

2013 年，元达律师事务所、北京环球律师事务所上海分所等 4 家律师事务所被市商务委、市司法局评为“上海市专业服务贸易重点单位”。联合律师事务所主任朱洪超律师荣获国务院“政府特殊津贴”。

注重行业人才培养

初步形成律师领军人才、优秀律师、青年律师的人才梯队及相应的培养机制。派出律师去境外培训，目前已有 6 名律师到美国硅谷法律专业公司（“WSGR”）以及美国夏威夷 Cades Shutte 律师事务所学习交流。2012 年，区律师工作委员会还与美国 Cades Shutte 律师事务所续签长期合作备忘录，将每年选派优秀青年律师赴美实习培训。针对青年律师实行名师带教，每年通过开展“名律师茶座”，让主讲律师与青年律师分享自己的成长经历和执业感悟，给予青年律师指导和建议。

路漫修远，上下求索。黄浦律师业发展取得的成绩可喜可贺，然而面向未来我们应有更高的期许和加倍的努力。黄浦律师要更加深入研究法律服务的发展空间和发展路径，加快推进黄浦律师业跨越式发展，向着专业化、规模化、国际化方向迈进。黄浦律师要更加融入黄浦的社会经济发展中，进一步发挥职能作用，维护社会稳定和秩序。让我们齐心协力，共同开创黄浦现代律师业的美好未来！ ●

区县专辑 黄浦篇 ●文 / 黄浦区司法局

不懈追求 “专业化、规模化、国际化”发展

——黄浦区开展律师事务所转型发展课题调研



2013年12月5日黄浦区青律联、女律联成立

中国已经进入 WTO 后的时代，中国经济将深度融入经济全球化大趋势中去。经济全球化的发展趋势，不仅对中国的经济、政治、社会和文化多方产生影响，更是与中国法律业密切相关。2013年，黄浦区司法局、区律工委围绕黄浦律师业如何应对变化、顺势而为，在全区范围内开展了律师业转型发展课题调研，希望以此了解黄浦区律师事务所的发展状况、面临的问题与困难，进一步推动黄浦区律师事务所“专业化、规模化、国际化”发展。

一、调研基本情况

本次课题调研分为三个部分进行。

第一部分为问卷调查。由课题组成员完成《上海市黄浦区律师事务所转型发展调查问卷》的设置，下发至全区律师事务所。本次调查共回收有效问卷 102 份。所得数据主要包括律师事务所总体情况、律师事务所发展规划与理念、律师事务所管理情况（包括管理模式和内部管理制度等）、律师事务所业务结构情况、学习其他律师事务所、事务所目前发展面临的困难或瓶颈、事务所对于政府在事务所转型发展中给予的支持有哪些要求和建议、事务所对律师业专业化、规模化、国际化态度如何、律师事务所的核心竞争力体现、事务所对黄浦区律师业转型发展有哪些意见和建议、事务所目前特别关注的问题等。问卷回收后，由上海市社科院的专业人员通过 SPSS 统计手段对其进行数据分析和适当跟踪，根据分析结果，形成了《上海市黄浦区律师业转型发展调查报告》。

第二部分为外区事务所走访和座谈。在了解本区事务所情况的基础上，组织课题组成员到外区事务所走访，学习优秀事务所转型发展的宝贵经验。选择有合并整合经验的、管理模式先进的、管理效果突出的律师事务所，分别进行访谈。本次访谈的律师事务所主要有北京中伦所上海分所、北京盈科所上海分所、通力所、北京大成所上海分所、锦天城所以及北京金杜所上海分所，

同时我们也赴浦东、闵行律工委开展了交流活动。

第三部分是开展专题研讨会。在前期间卷调查、走访座谈的基础上，于 2013 年 10 月 18 日召开了“黄浦区律师业转型发展研讨会”。会上邀请到了拥有将近十五年顾问工作以及二十年法律执业经验的美国知名法务咨询师 Peter 先生作主题演讲，他就领先的律师事务所如何在国际化的法律市场上推进成功作了介绍。同时，还邀请到了上海市律师协会副会长、国浩律师（上海）事务所高级合伙人管建军律师、上海市律师协会副秘书长王旭峰、北京中伦律师事务所上海分所联席管理合伙人乔文骏律师、北京大成（上海）律师事务所执行主任吴晨尧律师等知名大律师出席研讨会。

二、调研背景

（一）黄浦区律师业发展取得的成绩

在律师管理上，黄浦区司法局注重创新机制，紧紧围绕服务转型发展主题，积极发挥律师专业优势，不断增强律师服务社会转型的能力，不断丰富律师参与社会管理的方式，不断提升律师队伍的综合素质，取得了良好的社会成果，主要表现为以下几个方面：

1、整合律师队伍资源，积极服务经济社会发展。一是群策群力，推进区政府法律顾问团组建。区政府法律顾问团由 33 名政治素质好、业务能力强、执业时间长的律师组成。顾问团组建后，紧紧围绕区委、区政府重点工作，为推进依法治区工作、加强法治政府建设发挥积极作用。顾问团成员积极参与区领导信访接待工作，陪同区领导接待群众来访，为区领导评估分析信访矛盾、参与信访积案核查，参与化解信访矛盾。二是保驾护航，推进律师志愿团服务区域经济。区司法局根据黄浦作为全市金融、经济、商贸中心的特点，创新法律服务方式，牵头成立律师志愿团，全面提升律师服务区域经济的能级。成立“黄浦区金融法律服务律师志愿团”，开展“服务外滩金融创新、服务黄浦金融企业”的“双服务”活动，志愿团成员由区内金融法律服务领域知名律师组



2013 年外滩金融法律论坛 召开

成,围绕提升黄浦核心商务区能级的工作重点,明确服务金融创新的“七项任务”:即为加快发展“外滩金融集聚带”提供法律服务;为推动金融机构集聚发展提供法律服务;为促进股权投资企业发展提供法律服务;为改善区域金融发展环境提供法律服务;为扩大中小企业集合票据融资提供法律服务;为保险资金参与保障房建设模式的法律研究;为防范和化解金融风险提出法律建议。同时,还明确了服务黄浦金融企业的“六项举措”,即探索律师参与金融企业公司治理;服务金融企业设立;服务金融企业内部质量管理;服务金融企业具体交易行为;为金融企业投融资、兼并等提供法律保障;对金融企业经营过程中的纠纷,提供法律解决方案。同时,还成立了“黄浦区商业法律服务团”,针对黄浦区区域经济发展特点,主动为商业企业提供融资担保、知识产权、特许经营等多项法律服务,受到了商业企业的欢迎和好评。例如,为保护“中华老字号”企业合法权益的法律服务,为南京路、豫园、淮海路等传统大型商业区的整体管理提供法律服务。

2、发挥律师专业优势,主动参与社会管理创新。一是零距离的法律咨询——进驻动拆迁基地。新黄浦区建立以后,旧区改造任务十分繁重,面临着错综复杂的困难和矛盾。区司法局在动迁基地建立人民调解工作室,组织律师、人民调解员现场为被征收地居民提供免费的法律服务,邀请律师作为独立的第三方全程参与接待调解,每周三个半天在工作室接待居民咨询,现场调解居民家庭纠纷。律师和人民调解参与土地征收,是黄浦区司法局创新社会管理的又一积极探索,实践证明,这一探索不仅受到被征收地居民的欢迎,也得到了基地指挥部等相关部门的认可。二是零距离的矛盾化解——开展“双结对”工作。社区是社会矛盾纠纷的始发点和多发点,黄浦区司法局不断探索化解社会矛盾纠纷的新模式,通过开展律师事务所与司法所、律师与居委会的“双结对”工作,组织律师参与社区大调解。目前已有 18 家律师事务所和 10 个街道结对、有 168

个律师和 192 个居委结对,基本完成了街道、居委的法律服务全覆盖。律师会同街道、居委的专兼职司法调解队伍在社区因地制宜地开展法制宣传、法律咨询、矛盾调解等社区矛盾预防、化解工作,将大量矛盾化解在基层、化解在萌芽,大大降低了居民的维权成本,得到社区居民的一致肯定和欢迎。

(二)黄浦区律师业发展面临新契机

法律服务市场软环境的建设,是加快发展“现代服务业”、完善“两个中心”建设的重要组成部分,同时还关系到民主法制建设的进程。而律师在建设法律服务市场软环境的过程中,也扮演着非常重要的角色。

国际化、全球化是律师行业发展的必然要求,随着区域经济一体化、世界经济全球化进程的日益加快,律师执业的新空间不断激活、新标准也不断提升。然而区内诸多律师事务所缺乏长远发展的理念和眼光,尚未建立有效拓展的引领机制,缺少精通国际法律法规的行业精英,只满足低端市场的重复扩张,不仅制约了自身业务创收,更是在整体上影响了本土律师业的升级发展。为此,黄浦区律师和律所如何为上海“两个中心”和国际化大都市建设提供优质高效的法律服务,如何打造一支能与上海“两个中心”建设相适应、与“创新驱动、转型发展”需要相吻合的、符合黄浦区区域经济发展的律师队伍,是一个亟待解决的问题。

三、转型发展存在的问题

纵观学界和实务界,对于律师业的发展战略问题尚没有给予足够的关注,相关的研究成果也较缺乏。学者们关注的是与律师业有关的法学理论问题研究,律师们则关注执业的实务操作,因而很少有人对这个行业的整体发展做大量的研究,从战略的高度去研判行业的发展方向就更为难得了。本课题试图从黄浦区律师业本身入手,通过问卷调查的方式,了解律师事务所的发展意愿、发展方向,以及遇到的难题。通过数据分析的手段,指出其与理想发展方向之间的偏差,并提供相应的修正路线,进一



区司法局领导为夺冠的黄浦律师辩论队庆功



2012年8月14日，“新黄浦杯”第一届青年律师与青年检察官辩论赛

步推动黄浦律师业的整体健康发展。经前期准备和问卷回收工作以后,在数据分析的基础上得出了黄浦律师业发展存在的问题:

第一,总体规模偏小。数据显示,黄浦区的中小型律师事务所占到了绝大多数,总人数在20人以下的律师事务所占到78%,在外地开设分所的事务所数量也很少,黄浦区的律师事务所的规模普遍不大,带来的问题是不利于发挥专业优势和品牌优势,对于专业化分工无法细化,律师做业务往往“单打独斗”的多,团队协作的少,从事传统民事、刑事业务的多,能提供大型的金融、贸易、海事海商、知识产权、争端解决等高端法律服务的少,缺乏竞争力,规模化发展水平有待进一步提高。

第二,创收能力分化。事务所整体和律师个人之间的业务收入差距较大,呈现两极分化的状态。在创收数方面,仍有多家年创收在300万元以下的事务所,年创收10万元以下的律师也不在少数,相当一部分律师在业务拓展方面的能力有待于进一步加强,整体创收能力有待进一步提升。在年龄结构方面,30岁以下律师占据了年创收低于10万元人群的大部分。各律师事务所之间、律师之间都存在非常激烈的竞争,对于一部分律师而言,如何找到案源维持生计仍是一个非常紧迫而现实的问题。

第三,培养制度欠缺。数据显示,多数律师事务所尚未建立青年律师培养制度,不能有效地实现对青年律师的就业指导,并因此容易引发青年律师在职业道德、执业纪律方面的问题。对此事务所的回答不一,有的事务所因为规模较小而忽视了对青年人的培养,有的事务所则因为资深律师业务繁忙而无法开展带教,多数律师事务所培养青年律师动力不足。

第四,人才结构不科学。调查显示,很多律师事务所反映人才结构尚需优化。主要问题包括:人员结构老化,骨干律师年龄偏大;专业人才匮乏、专业团队缺失;经验丰富的成熟律师引进存在困难、缺少渠道;新进律师流动频繁、缺乏勤奋刻苦精神;年轻律师缺少案源和办案经验,主要依赖主任或合伙人业务来源;合伙人缺乏团队精神,合伙人关系主要限于成本分摊,没有资源、信息共同处理有效机制等。

四、走访的成果

走访是课题调研中的重要组成部分,课题组成员们精心选取沪上知名律师事务所走访学习,这些律师事务所所在规模大小、发展路程、国际交流等都具有自身的特色;内容上从事务所的内部管理、专业发展、发展意愿及面临的问题与困难等各方面进行了解、学习、探讨,并结合上海律师业发展需求,结合各知名律师事务所自身特色和特质,深入交流。通过走访,获得了宝贵的经验。

(一)立足团队,实现专业化

在走访这些事务所中,既有稳扎稳打、谨慎发展的类型,也有兼收合并、快速扩张的类型,但无一例外是以专业化作为发展的基础。在专业化方面主要有以下几种类型:一是完全的专业化事务所。这种类型的专业化以打造专业的事务所为整体目标,整个事务所只承接某几个专业的业务,每位律师也仅能从事不超过一定数量的专业,从而确保整体的专业化水平。这样高度专业化下,保证了一家事务所在专业领域的地位和权威,但是如遇客户提出了专业领域以外的要求,则事务所只能寻求其他所的合作和帮助。二是在综合性事务所的背景下,强调各个团队的专业性。事务所在规模扩大的过程中,加强对所内原本薄弱专业团队的创立和吸收,并形成业务团队专业化的综合性规模大所,这种类型的专业化程度不如第一种高,但是事务所业务水平整体平衡、类型多样,在大型招投标项目中拥有极强的竞争力。三是事务所本身没有整体规划,而是在发展中依靠所内律师自发形成专业化团队,这种类型比较罕见。这类事务所主要以直接投资、直接管理、直接运营的方式发展,这种模式在上海本地所也很少见,事务所在律师引进方面没有特别的专业要求,律师的流动性也很大,主要依靠外部竞争力促使律师主动专业化、主动协作,形成相对固定的专业团队。



律师进社区举办法制讲座



为新入行律师举办宣誓仪式

在走访中,几乎所有的事务所都指出,专业化是律师事务所竞争力的核心,规模化和国际化都建立在专业化前提下,“万金油”式的律师业务正在逐渐遭到市场的淘汰。一家事务所要发展,必须学会放弃不擅长的专业,不断提升专业化程度,通过吸引专业人才,形成专业强项,逐渐建立品牌化,是事务所提升竞争力的主要出路。

(二)立足管理,实现规模化

内部管理一直以来都是事务所关注的重点问题,内部管理主要涉及业务管理以及行政管理两个方面,此次走访的事务所在管理模式上也分为几种不同的类型,都具有鲜明的个性特色。一是事务所设立“执业管理人”一职统管业务以及行政事务。有的事务所采用职业经理人团队模式,也有事务所则直接将事务所主任作为事务所负责人,管理业务、行政工作。“职业管理人”一般不从事具体业务,有固定薪水,无业务压力,作为事务所业务、行政的双重核心,在管理上拥有一定权威。其他事务所合伙人则没有身兼行政管理的压力,可以完全投入具体业务,这种模式分工明确、效率很高。二是事务所中分别设立业务管理部门和行政管理部门。业务管理部门主要负责业务类的管理,包括文本的统一、冲突的审查等,该部门主要由合伙人组成,合伙人通过选举、轮值等方式轮流从事业务管理工作,管理全所事宜,同时管理、指导行政部门的工作。这种模式也是目前大部分事务所普遍采用的模式,事务所合伙人面临业务、管理的双重压力,但同时,一个强大的行政管理后台也是业务强有力的支撑。三是在分所较多的情况下,事务所内设立统一管理、联系紧密的业务管理部门和行政管理部门。鉴于国内分所、国外的合作所、联盟所较多的情况,事务所建立了统一的标准化管理平台,旨在达到完全一体化。在该平台下,利益分配、薪酬计算、知识管理、业务发展、对外宣传等一系列问题达到了完全的统筹管理。

本次走访的所有事务所都拥有一套自己的办公OA系统,该系统有工作计时、文件管理、内部通讯等多个功能,是事务所信息上通下达、绩效点数考评的重要工具,一些事务所甚至邀请微软等专业公司量身定做办公系统。尽管如此,一些管理合伙人也提到,国际知名律师事务所对内部管理系统的投资都十分巨大,有数据表明平

均在8%左右,而国内所的投资则远未达到这一比例,在借用外脑、系统建设方面,仍待学习和提高。

(三)立足本土,实现国际化

在对国际化概念的回答中,走访几家事务所都认为“走出去”和“请进来”同样重要,一个事务所必须具备国际化的视野,才能不断提升竞争力、获得市场的肯定。在国际化方面,各个事务所的做法也各有不同,归结起来主要有两种模式,一是广泛参与型,即积极参与国际律师组织、积极与境外所进行合作。应该说,目前大部分的律师事务所都采用了这种模式,在知名度不高、国际竞争力不强的现实情况下,选择加入一些具有一定知名度的国际律师组织、在涉外案件中与境外事务所进行联盟、合作无疑是本土事务所迅速扩大影响力、增加认知度的好办法。

二是固定合作型,即只选取固定的一家或几家境外事务所进行联盟或合作,采用这种模式的本土事务所数量并不多。采用这种方式的事务所表示,在事务所已经成为具有一定知名度和规模的大型律师事务所的时候,加入过多的国际律师组织会带来一些不可避免的负面影响,例如会员费用过高却没有带来实质性的业务提升、业务交流,这也已经成为本土事务所加入国际组织的最大硬伤。另外,仅在个案中与境外事务所进行短期合作,对本土所的促进也不大。因此,选择只与固定的境外事务所联盟、合作,从而保证质量、提高效率。

在走访中有一位合伙人提到,国际化的本质是本土化前提下的国际化,真正的国际化是离不开本土化的。新兴的中国法律服务市场有其自身的特色,要让事务所、律师快速适应这个市场,就不可能生搬硬抄欧美国家的做法,而是要用“拿来主义”的方法,在发展理念和发展方式上走出一条有中国特色的法律服务道路。本次走访的几家事务所虽然在国际化中的做法不同,但他们都十分注重本土化的法律服务比重,在保持国内业务的同时稳步拓展国际市场。

五、对策与建议

本次调研对全面了解了区内律师事务所发展现状和发展需求具有重大的意义,通过调研为律师事务所知晓自身地位、了解行业发展、为区司法局、区律工委着手

推动事务所转型,为制定相关支持政策,优化执业环境提供了实际依据。

(一) 律师事务所自身转型

1、加强“专业化、规模化、国际化”建设

对律师事务所而言,专业化是发展基石,在实现专业化的基础上应继续寻求规模化和国际化。追求规模化,并不是要成为大而全的事务所,规模化应该是可控可管理的规模化,而国际化则是在事务所规模化及效益不断提高的前提下国际化,这是一个随着经济发展渐进的过程,不能一蹴而就。

专业化、规模化、国际化符合市场经济需要,契合国际律师业务发展的潮流,可以提升律师自身能力,拓宽案源,更好地服务客户,增加事务所的综合竞争力。想要在全球法律服务链条中摆脱低端、被动和跟从的角色,本土事务所必须创造出自己的发展模式。各事务所应当在发展的过程中寻找适合本所的方式,有自己业务特色的,可以是小规模的专业化事务所;综合业务能力普遍较强的,可以走大型规模化发展道路;有国际业务专业资质或渠道的,更可以发展成为跨国业务的事务所,总之,各事务所应从本所特色出发,按照适合自己事务所的方式走多元化发展的道路。

2、优化人才结构,加强青年律师培养

人才是一切之本,对律师事务所而言尤为如此。律师事务所应拓宽渠道,积极引进有丰富经验的执业律师或专业团队,加强专业律师团队的组建;积极引进专业人才,对专业团队进行合理人员配置;建立完善青年律师培养制度,以老带新,促进青年律师快速成才;积极引进具有探索精神和勤奋刻苦精神的律师助理以及行政人员,优化人员结构;加强对现有人员培训,优化知识结构,使其对事务所产生向心力,避免频繁流动;优化合伙人团队,发挥团队精神,真正成为事务所发展与壮大的核心。

3、加强管理和营销,多渠道提升业务量

对事务所进行统一的市场营销与品牌建设,打造事务所整体形象,提高整体知名度;积极培育专业律师团队,打造知名品牌,通过各种渠道进行广泛宣传,从而提升业务量;积极开发和研究新业务,并进行推广,挖掘新的业务增长点,提升业务量。

对事务所内部管理制度、分配制度等不断进行完善,使其契合事务所发展需要;设计并实施科学合理的薪酬分配体系,激发各类人员的积极性和创造性,形成凝聚力和向心力,避免人员频繁流动;对学习制度和培训制度不断加强,通过优化知识结构,达到提升业务量的总体目标。

(二) 主管部门努力推动

1、提供政策扶持,优化执业环境

调查中,很多律师事务所希望政府部门在财税及其他政策方面给予支持,为律师事务所争取更低、更优惠的税收政策,或给予财力上的支持。随着办公成本、人员成本的逐年上升,加之“营改增”的税收体制改革,使很多律师事务所倍感压力,政府部门应积极与税务和其他相关部门沟通,在可能的范围内,为律师事务所争取更多优惠政策。政府部门对于本区的律师事务所可在法律规定范围内尽可能提供法定业务来源;本区其他政府部门在法律服务需求中应对全区律师事务所采用招投标的方式来指定法律服务机构。

2、加强对外宣传,树立律师形象

政府部门可以在了解本区各律师事务所的专业特色的基础上,收集优秀案例,定期通过网络、媒体等对律师事务所进行宣传;利用各种机会,为律师事务所与企事业单位、各类社会组织等搭建交流平台,为事务所提供展示机会,从而增加业务开拓机会;理解、支持和鼓励事务所和律师个人的创新和尝试,在业内外给予正面引导和宣传;积极宣传在经济发展和维护社会公正等方面律师做出的重要贡献,树立律师的正面形象。

3、搭建交流平台,开展业务指导

关于律师事务所的新制度、新政策日渐增多,律师事务所和律师个人由于事务繁忙,往往会忽略,在办理相关事项时,会因不了解情况而耽误。政府部门应通过有效渠道,定期或不定期向律师事务所进行传达,做好行业信息共享以及经济发展的形势及信息通报,保持信息对称,同时对于相关制度、手续予以详细解释说明,服务更加专业和贴心。

政府部门可多安排事务所相互学习,信息分享,在专业事务所之间构建交流平台;对于律师转型发展中的经验借鉴和学习,提供学习参考案例和创新培训;为全区事务所搭建与国内外优秀事务所交流的平台,为拓展视野、吸纳先进管理制度,实现良好合作创造有利条件;在实现国际化方面提供资源、渠道和促成合作。政府部门还应结合全区和上海经济发展需要,有针对性地加强专业知识培训、提供律师实务培训,从而引导律师事务所加强某些专业领域的业务开拓与提升。

大浪淘沙,洗尽铅华。在高速发展的今天,法律服务行业的竞争愈演愈烈,此次课题调研历经半年,成果颇丰,为黄浦律师提供了发展的方向,更要利用好调研的成果,合理引导大型事务所扩大整合优势,引导中型事务所根据业务类型做专做强,引导小型律师事务所规范管理、实行错位竞争。我们相信,黄浦律师会在新的机遇面前,谱写新的篇章。●

区县专辑 黄浦篇 ●文/李 琰 骆 燕

邦信阳中建中汇所强强联合

——黄浦区律师事务所转型发展的典型案例



律师行业的转型发展，除了主管部门、行业协会的引领和指导，也离不开律师事务所本身的探索和实践。因此，在专题调研过程中，黄浦区传来的这则喜讯，令人感到了加倍的鼓舞和振奋：2013年底，经过协商，上海市邦信阳律师事务所和上海中建中汇律师事务所成功合并，更名为“上海邦信阳中建中汇律师事务所”（Boss & Young, Attorneys-At-Law），并落户黄浦区。2014年1月18日，两所举行合并仪式，上海市司法局副局长王协、黄浦区副区长吕南停以及上海市律师协会、黄浦区司法局、黄浦区金融办的主要领导出席。

吕南停副区长表示，此次两家律师事务所实现合并并落户黄浦，成为黄浦区规模最大的律师事务所，实现了专业互补、优势叠加、强强联合，将进一步提升黄浦区的法律服务水平，助力社会经济发展，为黄浦区各项事业保驾护航。他希望新的事务所在新的一年秉承锐意进取、精益求精的精神，充分利用合并后的整体优势，继续开拓创新、不断提高，发挥法律行业领头羊的作用，不断取得新成绩。同时，也要积极承担社会责任，服务管理创新、参与维护社会稳定、参与公益服务，塑造律师良好的社会形象。

王协副局长指出，两所的合并是黄浦区司法局积极推进律师业转型发展的一个重大成果，对深入实施上海律师业转型发展战略具有重要的示范意义。在全球法律服务市场中，上海律师业面临整体竞争力不强、服务水平不高的问题，近两年，市司法局、市律协着力推动上海市律师事务所的“专业化、规模化、国际化”发展，目的就是提升上海律师业的服务水平和质量。邦信阳中建中汇的合并，对于促进事务所“三化”发展作出了贡献，是有利于专业资源的优化配置、有利于增强承接综合性法律服务项目的能力、有利于进一步提高专业化和国际化水平的重要尝试。

邦信阳中建中汇律师事务所，由原邦信阳律师事务所和中建中汇律师事务所合并设立而成，合并后的新所成为上海规模最大的综合性律师事务所之一，也是黄浦区规模最大的律师事务所。目前，事务所拥有合伙人 50

余名，执业律师 200 余名，员工总数近 300 名，并在北京、重庆、南京、武汉等地设有分所，形成了覆盖全国的法律服务链。合并后，预计事务所年创收将近 1.5 亿元，纳税额预计达 2200 万元。

邦信阳中建中汇所的合伙人、律师均毕业于国内外知名法学院。合伙人均具有丰富的执业经验，并拥有多名具备国际知名律师事务所和跨国公司工作经历，持有美国、澳大利亚等国外律师执照的律师。新的邦信阳中建中汇所充分融汇了合并前两所长期积累的优势，在涉外法律服务、房地产、建设工程、金融、知识产权、国际商事仲裁等领域处于行业领先地位。事务所还与美国、加拿大、日本、澳大利亚、新加坡、香港等国家和地区的律师事务所建立了良好的合作关系。

原邦信阳、中建中汇律师事务所分别办理过多个在业界具有影响力的案件，包括中国首个开放式基金银行托管项目、为首个 QDII 基金发行提供法律服务以及为著名的闵行“莲花河畔景苑”倒楼群体预售纠纷提供法律服务等。中建中汇律师事务所曾获得过“上海十佳律师事务所”、ALB（《亚洲法律杂志》）年度建设工程业务领先律师事务所、年度最佳不动产律师事务所等多项荣誉，并曾连续六次被评为“上海市文明单位”和上海市司法行政系统“文明律师事务所”和“先进集体”。

两所的成功合并是黄浦区司法局积极推进律师业转型发展的一个重大成果，对深入实施上海律师业转型发展战略具有重要的示范意义。两所合并充分实现了专业互补、优势叠加、强强联合，有利于专业资源的优化配置，有利于增强综合性项目的法律服务能力，有利于提高专业化、国际化水平。●



1月18日邦信阳中建中汇所成立仪式

法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

共话·新《消费者权益保护法》热点问题

本期主持: 施克强 市律协民事业务研究委员会委员、上海市尔立律师事务所主任

嘉宾: 黄真伟 杨浦法院纪检组长 法官

王凤梅 上海报业集团新媒体发展研究中心无线及垂直事业部总监

施莉珏 市律协民事业务研究委员会委员、上海华诚律师事务所律师

曹竹平 上海市尔立律师事务所律师

仲剑峰 市律协民事业务研究委员会委员、上海瀛东律师事务所律师

文字整理: 陈淑英



活动背景:

2013年10月25日,全国人大常委会第十二届第五次会议高票通过了《关于修改〈中华人民共和国消费者权益保护法〉的决定》(以下简称《消法》),自2014年3月15日起实施。该法此次修改内容涉及面广,对网络购物、公益诉讼、惩罚性赔偿等有关消费者权益保护方面的热点问题作了明确规定。新《消法》应对市场经济的发展,对于原来的法律条文做了重大修改,亮点突出,其中“实行举证责任倒置”、“消费者反悔权”、“明确个人信息保护”、“消协可提公益诉讼”、“网购平台责任”、“惩罚性赔偿”等制度均成为了此次修法的亮点。

《消法》修订之后,对于纷繁复杂的消费者权益纠纷的处理提供了明晰的法律依据,也为消费者维权提供了强大的法律后盾。2014年3月14日下午,上海市律师协会民事业务研究委员会在上海市律师协会举办了“新《消费者权益保护法》热点问题”主题讨论会。此次活动也系上海报业集团·法治文化沙龙第二期活动。

观点集锦:

一、曹竹平律师:消费者的特权——网购七日“后悔权”

1、“后悔权”的理论基础

首先,我们先明晰一下“后悔权”的法律定义,“后悔权”是大众化的通俗说法,并非严谨的法律概念,具体表现为买卖合同成立并生效后,买受人(消费者)在合理期间内依据法定的程序和条件解除合同,退还货物并获得退款的权利。

在美国,“后悔权”的出现最初为规范直销企业的销

售行为,3天内退货。而在欧盟,“后悔权”的相关规定为远程购买,不了解商品性能,超过40欧元,14天试用期。而日本《分期付款贩卖法》规定:商家在经营场所以外提供产品或服务,消费者有权在8天内无条件解除或撤销合同。英国《消费信贷保护法》规定:除土地或信贷抵押,所有消费者享有5天冷静期,远程购物为7天内可通知商家退货。德国《分期付款买卖法》规定,消费者在缔约后一星期内享有撤销合同的权利。而瑞典《远距离合同法》规定为电视购物、邮购、网购等,消费者享有14天后悔期。

在中国,《上海市消费者权益保护条例》第二十八条第三款规定:经营者上门推销的商品,消费者可以在买受商品之日起七日内退回商品,不需要说明理由,但商品的保质期短于七日的除外。第二十八条第四款:商品不污不损的,退回商品时消费者不承担任何费用。

在《上海市消费者权益保护条例》第三十一条第三款中规定,经营者提供的商品或者服务有下列情形之一的,消费者提出重作、退货、退款要求的,经营者应当给予重作、退货、退款,但法律、法规另有规定或者合同另有约定的除外:(六)经营者以邮购销售、电视(电话)销售、互联网销售的方式销售商品,商品与广告宣传不一致,消费者自收到商品之日起七日内要求退货的。

接下来,我们介绍一下中国“后悔权”的立法例,《消费者权益保护法》第二十五条规定:经营者采用网络、电视、电话、邮购等方式销售商品,消费者有权自收到商品之日起七日内退货,且无需说明理由,但下列商品除外:(一)消费者定作的;(二)鲜活易腐的;(三)在线下载或者消费者拆封的音像制品、计算机软件等数字化商品;(四)交付的报纸、期刊。除前款所列商品外,其他根据商



品性质并经消费者在购买时确认不宜退货的商品,不适用无理由退货。消费者退货的商品应当完好。经营者应当自收到退回商品之日起七日内返还消费者支付的商品价款。退回商品的运费由消费者承担;经营者和消费者另有约定的,按照约定。

2.“后悔权”的司法实践

“后悔权”制度的法理基础与目的,主要是消费者享有公平交易的权利。公平交易的主要体现:知情权、选择权。“后悔权”是消费者知情权、选择权的延伸。“后悔权”的情形应当要符合《合同法》第94条“法定解除”的规定。我们需要明确《合同法》第54条撤销权无法取代“后悔权”。撤销权救济实质不公的契约,“后悔权”救济消费者的非理性消费行为。撤销权需通过人民法院或仲裁机构行使,“后悔权”可由消费者直接向经营者主张。“后悔权”制度能在一定程度上矫正交易不公、有利于繁荣市场经济、可以促使经营者的营销行为更趋理性。

在司法实践中“后悔权”是否能够针对鲜活易腐的商品,“鲜活”、“易腐”如何认定,与《物权法》第236条“鲜活易腐”有何关联。我的建议是所有食品、保健品均不适用无理由退货,这类商品如果也存在后悔权的话会造成显失公平的情况,

因此我认为不应适用。另一类特别的商品是在线下载或者消费者拆封的音像制品、计算机软件等数字化商品;交付的报纸、期刊,这些商品相对特殊,是否除法律规定的商品外,都可以无理由退货,这都需要我们今后的司法实践判例予以明确。

消费者有权自收到商品之日起七日内退货,消费者退货的商品应当完好。“七日”的期间属性应当认定为除斥期间,不得中止、中断或延长。而针对“退货”问题,作出向出卖方退还的行为,而非出卖方收到货物。向人民法院或仲裁机构提起诉讼或申请,要求退货退款的,也可以认定为退货。退回商品的运费由消费者承担,运费由消费者承担是合理的。这是对经营者利益的平衡保护;一定程度上可抑制“后悔权”的滥用。而且货物退回过程中的风险理论基础可援用《合同法》第144条、第149条,并考虑经营者利益、权利滥用的限制、市场效率提高等因素,令消费者承担。

3、结论

“后悔权”制度本身是符合市场经济发展规律的,其对市场的调节作用是不言而喻的。要保障消费者的“后悔权”得到真正的实施,商家不应当在消费者行使权利时设置各类前置义务。新消法第25条在立法技术上值得商榷。鉴于我国市场经

济尚不成熟,“后悔权”制度初设时,不妨采用“肯定式”立法,以后逐渐放开。在新《消法》实施一段时间后,学界、实务界积极总结。通过最高人民法院指导案例的形式,明确法条中的不确定之处。

二、仲剑峰律师:消费者的维权不再难——争议纠纷举证责任倒置

新《消法》第23条第3款:经营者提供的机动车、计算机、电视机、电冰箱、空调器、洗衣机等耐用商品或者装饰装修等服务,消费者自接受商品或者服务之日起六个月内发现瑕疵,发生争议的,由经营者承担有关瑕疵的举证责任。

我们在探讨这个话题之前,首先要明确一下什么是举证责任?

简单得说,举证责任是一种提供证据来证明自己主张的责任,但它的背后所蕴藏的是一种诉讼的风险。也就是说,承担举证责任的一方有义务提供各种证据把某一个事实问题讲清楚,如果你讲不清楚,使得一个案件处于真伪不明的状况时,承担举证责任的一方就要承担案件败诉的风险。

“谁主张谁举证”是我们民事诉讼中证据规则的一个基本原则,就是说通常情况下,原告作为起诉的一方有义务来证明对方存在侵权或者违约行为并侵犯了自己的权益,如果原告自己无法证明这样的事实,原告就面临了败诉的风险。

“举证责任倒置”就是这种一般举证责任的例外,顾名思义,它就是指把原告的举证责任转移给了被告,要求被告来证明自己没有错,如果被告你说不清楚,那么你就是错了。它与一种“过错推定”的归责原则紧密相连。就是说法院在适用这种归责原则时,先做了一个假设,假设你被告已经错了,接下来的事情就是你被告来论证自己已经履行了各项法定或者合同约定的义务来推翻这种假设。

研究一下有关举证责任倒置的法律



本期主持:施克强



嘉宾:黄真伟



嘉宾:王凤梅



嘉宾:施莉珏



嘉宾:曹竹平



嘉宾:仲剑峰

规定,我们会发现一个很有意思的现象,基本适用举证责任倒置的案件都是高大上系列的,都是有着一一定技术含量的案件。比如,医疗事故、环境污染、方法专利等等。因为在这些高大上的案子中,往往被告行为所需要的专业技术较高,缺乏这些专业知识的原告说不清楚,所以法律通过这种表面的不公平来维护实质上的公平,即作为掌握这些专业技术的被告有义务说清楚自己的行为没有对原告造成任何的伤害,如果被告无法说清楚,就要承担相应的法律责任。

那么新《消法》又为什么会把这样一种我们说较为特殊,而且有点高大上的举证责任的形式引入,并成为这次消法修订的重点和亮点之一呢?

我们来分析一下它的特点。

都是大件的耐用消费品或服务

我们看这次新《消法》采用例举的模式,明确了适用举证责任倒置的产品和服务的范围。基本就是机动车、白色家电等耐用的消费品和一种特殊的耐用服务——装修。他们的共同特征就是一次购买以后要长期使用,所以需要特别保护。

比如:洗衣机的异响、电视机的电流声、汽车发动机异响等等。

消费者在一次购买这些商品和服务后要在今后很长的一段时间里面来使用

这些商品和服务,而且这些产品相对置换周期很慢,价值相对较大,如果存在质量问题在很大程度上甚至会影响使用人的心情。

具有一定的专业知识或技能

也就是说这些产品是否存在质量瑕疵,我们很难以通常外观直接发现(反向举例:台灯不亮、电扇不转)。通常消费者只是能说出一个瑕疵的现象,对于究竟是否属于瑕疵、属于何种瑕疵、如何消除这种瑕疵往往缺乏专业的知识和技能予以判断。需要由经营者层面的专业服务人员进行解释、认定和维修。

具有一定的产品标准或可以制定相应的产品标准

就是这些纳入到举证责任倒置的产品和服务往往具有一个成熟的产品标准、或者拥有健全的行业组织和协会。

由于法律上有个基本的概念,叫做“消极事实不可证”。就是一个人通常很难来证明自己没有做过的事或者自己没有做错事情。那么对经营者而言,如果要承担这样一个举证责任,证明自己提供的产品或服务是好的,那么就必须对这个产品和服务有个客观的评判标准,由经营者证明自己提供的产品和服务符合这样一个标准,以此来论证自己的产品或服务不存在瑕疵。所以新《消法》所选定的这

些适用举证责任倒置的产品和服务就选择这样一个服务和产品相对成熟和有鉴定标准的产业,以避免双方互相扯皮的发生。

对举证责任倒置适用的时间有明显的界定

正是由于举证责任对于任何一方而言都是一个沉重的负担,因为它的本质是当一个事物真伪不明的情况下所应该承担的最终责任认定。所以法律对于举证责任倒置规定了明确的适用期间,即六个月。超过六个月以后的瑕疵还是恢复到一般的举证责任,即消费者应当举证来证明自己所购买的产品或者服务存在这样或那样的瑕疵。

新《消法》引入举证责任倒置的证据规则后,有效解决了我们长期面临的消费者维权难、举证难的问题,将有些专业化的问题重新抛回了经营者身上,要求经营者来全面解释并说明。这无疑对于消费者而言是一种利益的保护,它打破了民法中“谁主张、谁举证”的基本概念,通过法律来造成一种表面的不平衡来维护实质的平衡。

我们举个例子,前两年有个同学没事干,就和一个德国品牌的电冰箱干上了。原因很简单,就是这个电冰箱的门一直都关不好,总是一用力就自己弹出来。在原

有证据规则下,消费者如果要维权,就必须来证明生产者的冰箱是存在质量问题的。但是在现在的证据规则下,这个举证义务主体就变成了经营者了,这显然保护了消费者的权益。

我们要从新《消法》的条文中来体会一个现象,就是这部法律的修订并非一味帮助消费者,而是要建立一个规范的秩序,它在引导生产者、经营者健全规范,通过行业协会来树立标准,属于一种规范体系的倒逼,经营者要想自证清白就必须积极行动,让自己的产品符合标准,让模糊的标准更加清晰,让没有的标准从无到有。通过制度的规范,给诚实守信的经营者和理性维权的消费者提供更好的消费体验和服务环境。我想这才是新《消法》立法的本意所在。

在如今这样一个商品经济高度发展的社会中,我们彼此的身份会在经营者和消费者中不断得切换,作为经营者应该诚信经营,而作为消费者也应当理性维权,彼此多一份宽容多一份理解,我们每一天的生活才会过得更加幸福和快乐。

三、施莉珺律师:从“退一赔一”到“退一赔三”

2013年10月25日通过的《新消费者权益保护法》(以下简称新《消法》)受到人们的关注,如其中“网购七天无条件退货”、“电器产品举证责任的倒置”等都是消法历史上的首次规定,而其中第55条同样也受到前所未有的重视,无论从形式上还是内容上都具有重要意义。其一、形式上,新《消法》第55条是继《侵权责任法》第47条之后,第二个明确使用“惩罚性赔偿”词眼的条文,这进一步确认了惩罚性赔偿制度在我国侵权责任体系中的地位;其二、从内容上说,新《消法》第55条包括2款规定,第1款规定是对旧消法第49条双倍赔偿的扬弃,变双倍赔偿为三倍,并以五百元为兜底赔偿,加重了对经营者欺诈情形的惩罚力度,而第2款则是对《侵权责任法》第47

条的确认和进一步解释,有利于明确后者的适用。

新《消法》引入惩罚性赔偿的原因

首先,信息不对称和非完全信息使消费者对信息资源的占有处于劣势,消费者应当受到更多的保护。其次,消费者在经济力量上处于明显的劣势地位,生产者销售者大多为商场,销售厂家,其经济实力明显高于消费者,只是赔偿等额的损失并不能起到惩戒不良现象的目的。第三、消费者在寻求法律保护方面处于被动的弱势地位,消费者多为单独的客体,其本身寻求法律保护的能力条件以及意识就相对薄弱,因此我们应当引入惩罚性赔偿,加大对消费保护的力度。

新法详解

我们从条文入手,分款进行解析。其实从数值上看,第55条第1款实质上是旧《消法》第49条双倍赔偿的升级版,主要变化体现在惩罚力度的加强。

该款可以从两个层面理解,其一,变双倍赔偿为三倍赔偿,如果经营者有欺诈行为,消费者要可以要求惩罚性赔偿的力度为购买商品和接受服务费用的三倍;其二,五百元垫底,如果按照前半句三倍赔偿所获赔偿不足五百的,以五百计算,这种兜底性规定无疑是对旧《消法》第49条双倍赔偿不足的弥补。

在现实生活中,经营者出售的商品或提供的服务单价很低,双倍赔偿或者三倍赔偿根本对其没有威慑力度,而此次五百元兜底性规定,能够很好的威慑经营者的行为。当然,经营者有欺诈行为之时,消费者首先要主动提出三倍赔偿,如果三倍赔偿数额不足五百,提请增加至五百。

而针对第2款,从第2款本身来说,既有惩罚性赔偿的规定,也有普通侵权赔偿的规定,“经营者明知商品或者服务存在缺陷,仍然向消费者提供,造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的,受害人有权要求经营者依照本法第49条、第51条等法律规定赔偿损失”,规定的就是一般的侵权损害赔偿,第49条、

第51条分别规定的是侵权损害赔偿和精神损害赔偿,两条都是传统的侵权损害赔偿的规定。而在依据第49条、第51条提出损害赔偿之外,还可以“要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿”,即有权要求惩罚性赔偿。

而从条文外部适用看,第2款必须要与《侵权责任法》第47条协调,从某种程度上说新《消法》第55条第2款是对《侵权责任法》第47条的延续和进一步规定。

结论——新《消法》第55条惩罚性赔偿的规定既包括对过去双倍赔偿的升级,也包含对《侵权责任法》第47条的进一步确定,两款条文的规定有利于遏制经营者不诚信之行为,更好地保障消费者人身和财产权益。

四、黄真伟法官总结

从常规来看,消费者是弱势的,与企业商家相比没有足够的话语权,所以此次《消法》为了更好地规范社会主义市场经济的发展作出了衡平的规定,维护了经济发展的可持续性,曹竹平律师从此方面进行了深入的阐述。

仲剑锋律师解析了新《消法》中争议纠纷举证责任倒置的问题,非常精辟。这是一种对消费者权利的强力保护,也是对社会主义市场经济的正向引导和有序发展。

施莉珺律师对从“退一赔一”到“退一赔三”做了非常专业的分析,无论是理论深度还是从实践的操作上,都是分析得非常详实的,“退一赔三”使社会主义市场经济的能够更好地发展,引入惩罚原则也弥补填平原则的不足。

相信大家通过今天的讲座,对新《消法》的修改将有更加深刻的理解,希望对我们今后司法实践过程中处理相关问题能够有所帮助。●

(本文内容根据录音整理,为嘉宾个人观点)

人物简介

李红:中伦律师事务所上海分所合伙人

人物 优秀女律师 ●文/李红

坚持梦想

1989年我从北京外国语大学研究生毕业，怀揣着成为一名外交官的梦想，却因一偶然机会来到了中国国际贸易促进委员会总会法律部工作，从最初的法律翻译到后来办理国际商事仲裁案件，逐渐爱上法律这个职业，并一步步开启了我的律师执业的梦想。

在贸促会期间，由于工作关系，我在二十多岁就得以出访世界各地的国际仲裁机构和欧美知名律师事务所，参加高规格的国际会议，并与国际大律师、名校法学院教授和仲裁员进行面对面的接触交流。这些工作机会极大地开阔了我的视野，也让我对法律产生了浓厚的兴趣。后因工作调动，我又来到中国改革开放的前沿深圳，在贸仲华南分会工作。在当时激情澎湃的改革开放大潮中，我有机会直接参与了众多涉外商事仲裁案件的处理，接触到各种不同的商业交易，这些经历极大地提高了我的法律实务经验，亦奠定了我在日后转到非诉讼律师执业中秉持的工作原则——从避免出现争议的角度，始终为客户寻找切实可行且有效的解决方案。

除了积累实务经验之外，我也没有停止理论学术上的提高。1997年我取得了武汉大学法学院国际经济法法学硕士学位，2002年赴美深造并取得纽约大学法学院公司法理学硕士学位。在美国读书期间，有幸师从著名的美国中国法律泰斗级专家科恩教授（Professor Jerry Cohen）和美国公司法教授 William Alan，并在导师的鼓励下回国在上海律师执业。

归国后我恰巧赶上中国加入WTO后的头十年。这十年是中国经济飞速发展的黄金时期，大量跨国公司投资中国，并开始聘用国内律师事务所执业律师的法律服务。在总结过去涉外商事争议解决的经验基础上，我确定了以公司业务为主的非诉讼发展方向，明确了为跨国公司提供商直接投资、兼并收购和公司方面的法律服务专业。

近些年来，我主导并参与了大量涉外交易项目，在这个过程中不断磨练自己的综合能力，通过工作表现和稳定持久的合作，留下并积累一批大型的跨国公司客户。得益于较好的外语水平和对不同文化的理解，使我与来自不同国家的客户能够自由沟通，成为客户值得信赖的顾问。在



处理各种投资项目和交易以及各种复杂的公司业务时,我总是提醒自己要纵观全局,培养洞察力,除了眼前的实际问题外,还要结合客户的商业利益和长期的发展目标,前瞻性地为客户考虑将来可能出现的问题并对风险提出预警,在此基础上提供切实可行的全方位的综合解决方案。作为非诉讼律师,除了提供法律服务,在关键时候和紧急情况下还需要有勇气为客户担当,并冲到第一线直接面对各种问题和挑战。通过这些方面,我逐渐形成了敬业务实、积极主动、高效解决问题的执业特色,获得客户的信赖好评,也在业界赢得良好口碑。

除在业务上踏实耕耘精益求精外,我也积极参与各种涉外法律交流活动。我走访过许多国家并参加了不少国外律师界的活动和盛会,包括国外驻华驻沪使领馆、商会、亚洲协会、美中关系委员会和华盛顿 Woodrow Wilson Center 等组织举办的各种活动,就外商在华投资法律实务、公司法律实务和中国法律的发展等专题进行演讲。此外,也尽力为律师协会和律师行业的对外交流工作做力所能及的事情。2007年至2009年,在美国前国务卿基辛格博士访华和美国国会众议院“美中工作小组”共同主席拉森(Rick Larsen)、柯克(Mark Kirk)等美国国会议员的三次访华期间,我曾三次受到邀请,作为中国律师代表向其介绍中国法律和律师执业现状。

近20年的跨国法律服务中,我一直保持着勤奋、专注和创新的精神,无论多么复杂的项目,多么艰难的谈判,我总能找到切实可行的解决方案,为客户提供优质的法律服务并创造实际的价值。很幸运从2008年到2013年我连续被国际权威法律评级机构钱伯斯(Chambers & Partners)评选为中国“公司和并购领域”第一级别律师,2012年被《亚洲法律杂志》(Asian Legal Business)评选为“ALB2012年度中国十五位顶尖女律师”,2011年被上海市律师协会评为上海市第四届“优秀女律师”。这些荣誉不仅是对像我这样坚守的律师们特别是女律师们的肯定和鼓励,更是促使我们坚持下去继续努力的强大动力。

一路走来,酸甜苦辣,颇有感悟。正如我不断从导师和很多榜样身上获取营养鼓励和动力一样,我同样也很乐意与年轻的律师特别是女律师分享我的感受和体会。如果这些感悟能够给大家带来启发与帮助,将是无限欣慰的事情。

首先,作为律师要有严谨、审慎的执业理念,能够在提供法律服务时客观始终忠于事实和法律。

专业、审慎、严谨的执业理念,是律师在本行业内生存立足之根本。律师的任何疏忽或失职都可能给客户带来巨大经济损失,亦对事务所和自己的职业生涯和名誉带来极大的负面影响。年轻律师在入行之初,就要树立起

严谨、审慎的执业理念和高职业标准,并在工作中时刻提醒自己不要偏离事实和法律,为客户提供法律意见时要客观、不受他人或利益的影响,这样才能真正成为了一名能够秉持法律精神的合格的律师,同时这也是律师对客户价值所在。

其次,要有踏实认真的工作态度和不怕吃苦的工作干劲。

做非诉律师是个长期的工程。年轻人要么只看到成功律师的风采,忽略这背后“十年磨一剑”的坚持、积累和提升;要么只看到律师工作的艰辛和付出,未等享受成功的喜悦就中途而废。律师实际上是个“增值型”职业,随着经验和阅历的增加,你的综合素质包括法律素养、思维、能力、人脉等将得到很好提高。可以说,作为律师,你做的每一个案子、每一个项目和交易、你每一天的工作都在帮助你锤炼和提升自己。从这一点上讲,律师的确是回报颇丰的一个职业。

年轻律师入行之初往往充满热情,但更重要的是要脚踏实地、真正静下心来专注地扎扎实实地把手头的每件事情做好,要有长期吃苦的心里准备。律师的很多基础工作,包括进行法律研究、起草或修改法律文书,都是基本功,在提高你对法律的理解和应用,也在磨练你审慎的能力和耐力。在挑战中找到乐趣和成就感,激发热情,自觉自愿地去努力,这样才能在律师这个职业上走得长远。

再次,要勤于思考肯钻研,要学会创新思维。

非诉律师是通过通过对法律的理解和应用,为客户的问题和项目寻找解决方案的职业。除了扎实的法律功底,律师需要学会专研,凡事要动脑筋要琢磨。照搬法律条文,提不出建设性的意见,对客户就没有价值。一名真正的好律师,要能够在洞察客户需求的基础上,利用对法律的深刻理解和丰富的法律实务经验,为客户分析各种风险点,帮助客户找到现行法律框架项下最大利益化的切实有效的方案。在很多情况下,还要能对复杂的交易设计创新的解决方案。这样的法律服务才能为客户提供最大价值化,这既是非诉律师职业最大的魅力所在,也是对律师的挑战。年轻律师因缺乏实务经验,这不要紧,但要懂得虚心向有经验的律师讨教,学习并掌握正确的思维方式,学会从不同角度和方式思考问题,不断磨练和提高自己的。

此外,要做个好律师也要懂得时常反省,这对于年轻律师尤其重要。只有通过反思才能看清自己的不足和需要提高的地方,不断进步。完成一个交易、一个工作成果后,要找出时间,仔细反复思考自己哪些方面以后需要注意改进和提高。

然后,要重视持之以恒的学习。

法律职业本身具有显著的与时俱进、不断更新和发展的特点,特别是在目前全球化、经济环境和社会法律环

境不断变化,各种高新科技和新型交易不断涌现的今天,对公司律师提出了更高的要求。除了深厚的法律功底外,律师还需要对这些新的发展有所了解,需要对客户所在行业和领域掌握基本知识,具有持久的学习能力。

同时,中国正在不断开放和变革中,几乎每年都会有几十个新的政策法规出台。就拿去年刚设立的上海自贸试验区为例,自当年9月底挂牌以来,包括国务院、国家工商行政管理总局、中国人民银行、上海市人民政府在内诸多部门在短短不到3个月的时间内,陆续出台了超过25部法规和政策性文件。我和我的团队在自贸区筹建之初就留心跟进对配套法规的研究。正因为如此,我们可以在第一时间就客户可能关心的利好政策提醒客户。作为一名优秀的公司律师,能主动关心时政经济的变化,不断学习和研究新的法规,并善于结合客户的情况,为客户发现开展新业务的机遇或突破口。

此外,要始终站在客户的角度考虑问题,学会倾听和沟通。

执业过程中,沟通是一门必修课。特别是在涉外领域,外国客户往往并不了解中国的国情和法律体系,再加上商业情况错综复杂,难免会出现客户提出的要求或指示不能够准确地反映真实意愿的情况。我们需要学会聆听,并从提供的信息中分析判断找出问题的真正所在,站在客户的角度上考虑问题。年轻律师刚涉足法律服务领域时,很容易在还没有完全看懂问题的情况下盲目埋头做事。弄清楚问题后找到解决方案以后,还需要用客户能够理解的方式提供法律服务。要让客户正在感受到:有你我就省心了,有你我就放心了。

最后,我特别想对有抱负的年轻女律师们说,要发挥女性的“软技能”,勇敢去克服职业道路上的困难,去拥抱梦想,实现梦想。

律师是一个竞争激烈的精英行业,说到精英,女性好像总处于劣势。但律师同样是一个服务行业,在这一点上,女性可能还有相对的优势。就我本身而言,女性身份对我的执业生涯的影响基本上是正面的。女性较善于交流和沟通,也较容易理解客户,因此容易赢得客户的信任并保持长期合作关系。女性一般来说也更有耐心,更包容。耐心与包容不仅在与客户打交道时必不可少,在谈判、解决实际问题、处理各方之间以及政府各部门之间关系时亦不可或缺。此外,女性更能够放下身段,表现出谦逊和务实的品质,从而取得客户的长期信任。最后,注重细节也是女性较擅长的才能,现在客户对服务质量要求越来越高,也越来越注重细节,有时对一个细节的良好把握可以极大地提高客户的信任度。沉下心来,耐心沟通、细致梳理、设身处地思考、凡是追求完美,提供真正优质的服务,这正是女性律师的优势所在。

此外,像所有职场女性一样,虽然女律师也会承受来自工作和家庭的双重压力,但是我仍然鼓励女律师(尤其是年轻女律师)保持良好的心态,发展健康的人格,做到“思想活跃,敏于求知”,在最困难的时候坚持下来,不要放弃自己的梦想。

律师这份职业让我深深感受到个人价值得到社会认可的快乐和满足,也让我感受到充实和幸福。我真诚地祝愿每一位律师,努力追寻梦想,坚持梦想,只要有足够的坚持和努力,就一定能收获成功。●



法眼法语

香港大律师之窗 ●文/曹翠影

香港替代性纠纷解决程序之概况



曹翠影：香港执业大律师

一、引言

自上世纪八十年代以来，香港已开始发展替代性纠纷解决程序的制度，鼓励社会各界和从事商业活动之人士透过诉讼以外的方法解决纷争。其间，不断修定法规、完善相关的配套，并引入各类计划和指引。2009年4月2日，香港司法机构推行了民事司法制度改革，其中一项的基本目标，就是鼓励及便利争议各方采取替代性纠纷解决程序，例如调解来解决争议，现今仲裁与调解最为常用。而香港的法制建基于法治，为大中华地区内唯一的普通法司法管辖区。现在全香港共有1,200多名大律师，其中90人为资深大律师，7,700多名本地执业事务律师和1,400多名注册外国律师，他们都具备专业的法律知识，其中大多数律师、大律师除了拥有

仲裁员和调解员的专业资格外，还精通多国语言。本文旨在介绍近年来香港仲裁、调解的法规和制度发展。

二、仲裁

(1) 2011年《仲裁条例》

1990年，香港成为全球首批采纳联合国国际贸易法委员会在2006年修订的《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(下称《贸法委示范法》)的司法管辖区之一。前《仲裁条例》(香港法例第341章)于1963年制定，其后为配合仲裁业的新发展而经多次相应修订，新《仲裁条例》(香港法例第609章)更于2011年6月生效，取代旧有的条例。新条例的主体部分使《贸法委示范法》在香港继续具有法律效力。其带来最大的改变，就是在《贸法委示范法》的基础上，订立适用于各类仲裁的单一仲裁制度，从而清除旧条例在制度上本地与国际仲裁之间的分别，此改革提供一套比旧的更清晰及易于应用的法律，其条文为大陆法及普通法司法管辖区的法律执业者熟悉，亦与其他国际仲裁做法一致。在新条例下，不论是在香港、中国内地和澳门、或是在《承认及执行外国仲裁裁决公约》(下称《纽约公约》)超过140个的缔约国、或香港以外地方作出的仲裁裁决，均可在香港强制执行。香港法院可承认和执行香港以外的仲裁庭所颁发的临时措施。新条例亦订明，海外与内地的律师事务所在香港从事仲裁事务或就仲裁提供意见，并没有设

限，而仲裁各方聘用的顾问之国籍及法律专业资格均不受限制。新条例亦引入紧急仲裁员程序，确立在符合相关规定及获得法院许可的情况下，紧急仲裁员所作出的紧急济助裁决亦可得到强制执行。

就仲裁程序之保密性以言，新条例亦订明，除非任何一方提出申请及法院信纳该法律程序应在公开法庭进行聆讯之情况下，有关的仲裁的法院程序须以非公开聆讯方式进行，除非各方另有协议，否则任何一方不得发表、披露或传达任何关乎仲裁协议所指的仲裁程序和裁决的资料，就非公开聆讯方式进行的法律聆讯程序的报导亦有所限制。此外，新条例亦确认调解员在仲裁的角色以及仲裁员可在仲裁程序展开之后出任调解员。

(2) 香港法院取向

香港司法独立，在法治原则下，法院一贯支持但不轻易干预所有在香港进行的仲裁和调解。2011年，香港上诉庭在高海燕等诉Keeneye控股公司[2012] 1 HKLRD 627一案推翻原讼法庭主要基于违反香港公共政策之理由而拒绝执行一个中国西安仲裁委员会裁决之判决。该案件牵涉中国大陆“仲裁中的调解”之实质偏见及程序正当性等法律争议。上诉庭认为在执行仲裁裁决的情况下，香港法院对旧《仲裁条例》第40E(3)条之“公共政策”一词给予狭义的解释，除非案件牵涉的仲裁程序有根本上违背道德和正义原则从而违反

香港的公共政策,否则香港法院不会轻易拒绝执行中国内地和其他国家仲裁庭的裁决。在这方面,裁决有否被仲裁庭所在地之司法体系接受将会被列为重要考虑之列;仲裁过程中单程序上出现问题,并不一定构成违背道德和正义原则从而违反香港的公共政策。高海燕等诉 Keeneye 一案除了重申香港法院一贯尊重仲裁裁决的最终定案的立场之外,亦催化了业界改革现有的仲裁制度,尤其是“仲裁中的调解”的有关程序。在 2012 年,中国国际经济贸易仲裁委员会也修订并通过《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(2012 年版)》,落实就仲裁与调解相结合的一套新的仲裁规则,完善相关的制度。

就香港与世界各地执行仲裁裁决协作方面,印度政府于 2012 年 3 月确认中华人民共和国包括香港,为《纽约公约》下强制执行仲裁裁决的相互执行伙伴,这确认了香港仲裁裁决可在印度强制执行。2013 年 1 月,香港与澳门签订《关于香港特别行政区与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》和香港《2013 年仲裁(修订)条例》在其后生效,落实香港与澳门相互认可和强制执行仲裁裁决。明年,香港政府将寻求与台湾进一步确定相互执行仲裁裁决的安排。

(3) 香港国际仲裁中心及其他在港的国际仲裁中心

香港国际仲裁中心于一九八五年成立,为一独立于司法机构,提供仲裁和调解设施与服务的机构。2012 年,仲裁中心处理的个案总数有 293 宗,较伦敦国际仲裁院和新加坡国际仲裁中心为多。在 2008 年,“国际商会国际仲裁院”在香港设立首个在其巴黎总部以外的秘书处。而于 2012 年 9 月,“中国国际经济贸易仲裁委员会”在香港设立仲裁中心,成为该委员会在内地以外

的首个仲裁中心。

三、调解

(1) 《调解条例》

香港自 1982 年旧《仲裁条例》经修订时,已开始引入有关调解的法例,之后逐步推行各类调解计划,鼓励社会各界面对各类纠纷的人士采用调解以排解争议,例子包括在 2000 年展开之有关家事调解的试验计划、2006 年有关建筑与仲裁案件的自愿调解试验计划、2008 年实施之土地裁决处建筑物管理案件试验计划等。而民事司法制度改革于 2009 年 4 月 2 日实施后,其中一份实务指示,即《实务指示 31—调解》在 2010 年 1 月 1 日生效,进一步确立调解为香港一项解决争议的方法。其目的在订明各项相关程序,藉此鼓励各方当事人在高等法院原讼法庭和区域法院的民事诉讼中,采用调解程序解决彼此的争议。调解资讯中心亦于 2010 年 1 月 4 日成立,协助当事人考虑以调解方式解决争议,和利便他们寻求专业的调解服务。

《调解条例》于 2013 年 1 月生效,目的在不影响调解程序的灵活性下,订立法律规管框架,确立调解机制,以提倡、鼓励和促进以调解方式解决争议。条例解决了若干不确定的法律问题,例如调解通讯的保密性和可接受性,使调解可更广泛和有效地被使用。条例清楚订明构成“调解”的有关程序和明确界定“调解”的涵义;规定除了在例外的情况之下,任何人不得披露调解通讯,而调解各方仍可协定把调解协议及经调解的和解协议按保密方式处理。条例亦确定调解通讯作为法庭证据的可接纳性,同时限制调解通讯在任何程序中(包括司法、仲裁、行政或纪律程序)的使用,规定只有在经申请和获得法院或仲裁处的许可下,方可获接纳作为证据。此外,条例确认当事人有权委任他们认

为适合的顾问及代表人,而这些人士不需要一定具有法律专业资格,他们的国籍身份也没有限制。

香港法院在审理与调解有关等案件时,立场与《调解条例》订明的法律原则一致。例子包括香港终审法院已在 *Champion Concord Limited v Lau Koon Foo*(No 1) (2011) 14 HKCFAR 534 一案说明调解内容保密的重要性;诉讼任何一方均不应在审讯中引入调解会议的内容作为证据,法院除例外情况下不会接纳该等证据。

(2) 香港调解资历评审协会

香港现时尚未有法例规管调解资格的评审组织,但近年特区律政司之调解工作小组与香港大律师公会、香港律师会、香港国际仲裁中心及香港和解中心已达成共识,希望能组织一个单一的调解资历评审机制,故此“香港调解资历评审协会有限公司”在 2012 年 8 月成立,为一非法定及属业界主导的资历评审机构,负责制定调解人员的资历评审和培训的标准,并负责资历评审和处理纪律处分的事宜。

四、结语

香港近年积极推动诉讼以外的替代性纠纷解决程序,新《仲裁条例》与《调解条例》相继生效,使仲裁和调解各方有更便于理解和使用的法规。香港拥有自己的仲裁机构,相关的仲裁机制和资历评审架构有持续的优化和改善。愈来愈多国际知名的仲裁机构在香港设立办事处,香港亦继续与不同国家和地区签订相互认可和执行仲裁裁决的安排。香港司法一贯独立,法院坚定按照在香港落实的相关国际公约和香港与邻近地区的协议,就承认及执行仲裁裁决的法律原则审理案件;法院的一些重要的案件更促成了近年仲裁业界的改革。香港这些优势应可满足亚太区以至世界对优质解决争议服务的需求。●

视角 ●文 / 卢意光

建立一支专业的 医疗卫生律师队伍



卢意光:上海市联合律师事务所律师

众所周知,医疗纠纷是我国当前社会的难点问题。自上世纪 90 年代至今,医疗纠纷就有愈演愈烈之势。最近,频频发生的医患暴力、恶性伤医事件更引人瞩目。如何引导医患双方通过法律手段解决争议,法律人,包括律师始终在思考、在探索;同时,如何为医疗机构、药品、医疗器械企业等提供专业法律服务,也是一个热点话题,上海市律师协会医疗卫生业务研究委员会(以下简称医委会)即应此而生。

一、医委会设立的渊源

虽然医委会正式设立是 2010 年,由律协八届理事会决定设立。但实际上,早在 2002 年,在市律协民事法律研究委员会中就有医疗事故法律小组。

2002 年 9 月,《医疗事故处理条例》出台,其用意就是规范医疗纠纷赔偿案件,通过立法的方式在医学会中设立医疗事故处理办公室,专门组织进行医疗事故技术鉴定,并对构成医疗事故如何赔偿进行了详细具体的规定。但同时,也开启了医疗纠纷处理的“二元化”时代。

所谓“二元化”,就是医疗纠纷分为医疗事故和医疗事故以外的纠纷,构成医疗事故的,适用《医疗事故处理条例》进行赔偿;不构成医疗事故的,适用

《民法通则》进行赔偿,这导致实践中医疗纠纷案件出现法律适用、鉴定机构、赔偿依据的二元化走向,而且差距很大,同案不同判、类案不同判的现象非常突出,损害了法律的权威,也引起社会各界的广泛质疑和困惑。医疗事故处理小组就在这样的背景下设立,设立当时,由于人数有限等各种因素的影响,举办的活动并不多,也不太为大家所熟悉。

随着社会各界对医疗纠纷处理“二元化”现象的批评和担忧,2010 年 7 月,全国人大常委会颁布《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》),其中专章规定“医疗损害责任”,以期改变医疗纠纷的“二元化”处理格局,并对医疗过错、举证责任、赔偿项目等重新进行规定。《侵权责任法》的实施,再次引发了法律界对医疗纠纷案件的广泛讨论。如何更好地利用法律武器化解医疗纠纷,社会各界拭目以待,在这样的社会背景下,上海律协八届理事会决定将医疗事故法律小组单设为医疗纠纷业务研究委员会,希望更有利于开展活动,更深入、更有效地研究医疗纠纷的法律问题。

2012 年初,医委会的运转逐渐走向成熟,很多律师提出“医疗纠纷业务研究委员会”的研究内容太窄,与医疗纠纷相关的法律服务,如药品、医疗器械

等,都应当受到关注,并深入研究,另外,医疗机构所涉法律问题远远不止医疗纠纷,因此,委员会向上海律协九届理事会提出申请,更名为“医疗卫生业务研究委员会”。更名以后,沿用至今,并在药品、医疗器械、医疗机构投资所涉法律问题等领域进行了有益的探索,取得良好的效果。

二、医委会设立的宗旨

医委会设立的宗旨主要有四个方面:

第一、提高医疗律师的业务水平

律师只有有作为,才会有地位,对于专业律师来说,首当其冲的是苦练内功,提高自己的专业水平和专业素养。目前,医委会委员有 31 名,都是医疗卫生领域的法律行家,全市关注或办理医疗卫生业务的律师也不少。提高医疗律师的业务水平,一方面是让委员律师起到引领作用,给全市律师树立标杆,提高所有医疗律师的业务水平;另一方面,委员律师也需要不断进步,不断更新知识结构,真正在全市起到带头作用;

第二、改善医疗律师的执业环境

医疗卫生法律服务领域有许多特殊性,特别是医疗损害责任案件的处理,律师要经常和法院、卫生行政机构、鉴定机构等打交道,由于医疗卫生体制

改革不彻底,导致医疗卫生部分领域的法治环境还有待改善,医委会的宗旨之一就是组织的力量,尽可能与相关部门沟通协调,共同建设上海地区医疗卫生良好的法治环境,为医患双方营造有法可依、有法必依、执法必严、违法必究的法治气氛,为上海地区建设“四个中心”保驾护航;

第三、提高医疗律师的影响力

虽然提倡“依法治国”有很多年了,但是真正尊重法律、尊重律师的意见,在实践中还有很大的提升空间。医委会作为专业委员会,在提高自身法律素养、专业水平的同时,积极参政议政,积极参与国家及地方立法、积极参与行政复议、积极参与仲裁,并对医疗卫生领域重大、疑难问题进行理论探索,提升医疗律师的社会影响力,从而提升话语权,这是医委会的第三个宗旨;

第四、拓展医疗律师的业务领域

过去,医疗律师比较多的代理医疗损害责任纠纷诉讼案件,随着医疗卫生领域法律服务需求的多样化和专业化,律师参与医疗机构、药品企业、医疗器械企业的法律事务形式逐渐多样化和专业化,医委会通过构建平台,一方面积极对新型法律事务组织培训,一方面也积极引导医疗律师参与更加广泛的医疗卫生法律服务领域。

当然,在以上四个主要宗旨之外,医委会还通过各种活动加强医疗律师,特别是委员律师之间的情感交流,比如举办文体活动、友谊比赛、建立微信群等,增加凝聚力,增强职业认同感和荣誉感。

三、医委会的活动形式

第一、关注社会热点法律事件

盛雷鸣会长多次强调,专业委员会要针对社会热点法律事件进行“关注 - 研究 - 传播”,这也是体现专业委员会

价值的重要途径。医委会针对医疗卫生方面的法律热点事件,如“毒胶囊事件”、“转基因食品”、“防控 H7N9 禽流感病毒”、“器官捐献”等医疗卫生领域的社会热点,就其所涉法律问题展开研讨,挖掘事件产生原因,分析其法律后果,并提出相应的法律意见。研讨会后,一般会制作为综述在东方律师网上发布,供全体律师以及社会各界共同分享研究成果,其中有多次研讨会吸引了媒体的主动关注和报道。通过社会热点事件的研讨会,让公众听到医委会律师的声音,对提高医委会影响力起到良好的效果。

第二、研究医疗卫生法律制度构建

医疗卫生体制改革牵涉方方面面,医委会围绕医疗卫生法律制度,通过研讨会、课题组等方式,来探讨理论问题,为政策制定部门提供意见和建议。举例如下:

1、参与《上海市医患纠纷预防与处置办法》的立法讨论。去年,上海市政府法制办拟制定《上海市医患纠纷预防与处置办法》。医委会从第一稿开始,就全程参与,通过座谈会、研讨会等方式与立法部门进行沟通交流,得到有关部门的高度肯定;

2、鉴定人出庭:由于《中华人民共和国民事诉讼法》2013年1月1日修改后正式施行,其中第78条规定:“当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的,鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知,鉴定人拒不出庭作证的,鉴定意见不得作为认定事实的根据;支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用。”这条规定在司法实践中一直难以得到落实,特别是我们上海地区,由于2013年高院民一庭出现人事变动,导致医学会鉴定人出庭的具体操作细则久拖不决,极大地损害了法律权威。鉴定人难以出庭的主要障

碍在于证人保护制度的不健全,因此,医委会一方面旗帜鲜明的呼吁尽快落实法律规定;同时,对操作细则进行研究,提出切实可行的解决方案,报送相关部门。

第三、多种形式开展业务学习

1、培训班。去年,我们医委会与律师学院共同举办了一期“医疗损害律师实务培训班”,邀请法院、鉴定机构、卫生行政部门以及资深律师就医疗损害律师实务从不同的角度来解读,受到广大律师的欢迎。这种培训不仅有利于新执业律师学习医疗损害案件的办理,也对医委会委员等其他资深律师有很好的提高和借鉴作用;

2、业务交流。医委会的业务交流包括内部业务交流以及外部业务交流。内部业务交流主要是医委会委员就自己擅长的法律服务项目与其他律师进行分享;外部业务交流则是医委会委员走出去,与外省市律协医委会、甚至国外医疗律师互相学习,取长补短;

3、邀请相关行业专家讲课。律师办理医疗卫生行业的案件,应当对该行业有深入的了解,因此,医委会不定期邀请相关行业,包括药品、医疗器械、消毒药剂、医疗机构等行业资深人士来讲解行业习惯以及专业知识。只有对行业的深入了解,才能更好为行业发展提供优质的法律服务,为行业避免法律风险保驾护航。

第四、举办疑难、重点案件讨论

无论是医委会委员,还是其他医疗律师,在办理案件中过程中,经常会遇到一些疑难、复杂问题,而且有些问题带有一定的普遍性,因此,医委会根据律师的申请以及律师协会的安排,不定期举办疑难、重点案件讨论会。通过疑难、重点案件讨论,可以拓宽律师办案思路,提高律师办案质量,更好地为当事人提供法律服务,保障当事人合法权

益；

第五、著书立说，制订完善操作指引

作为专业委员会，要起到引领作用，需要通过一些传播手段来实现目的。2012年，医委会受律协委托，与上海市第二中级人民法院、上海市司法局共同编写《社区常见法律纠纷调处手册（医疗纠纷篇）》，对于医疗纠纷的概念、处理原则方法，以及不同类型医疗纠纷的调处重点进行了详细的说明，收到很好的社会效果。另外，医委会为了规范律师办案，指导新律师尽快熟悉办案程序，组织资深律师编写了《律师办理医疗纠纷业务操作指引》，并根据法律法规的变化及时完善更新；

第六、常设沟通交流机制

医疗卫生法律服务专业性强，行业特点鲜明，特别是医患纠纷，是我国目前难以解决的一个重大社会问题，杀医、伤医案件频发，对依法处理医患纠纷提出了严峻的挑战。律师在办理这些案件时，存在与相关部门沟通不畅，甚至难以沟通的问题，影响了办案进程，不利于化解矛盾、解决纠纷，因此，医委会的宗旨之一就确定为改善律师的执业环境，因为个别律师的沟通，限于沟通条件、时间空间等因素，往往难以起到满意的效果，但作为行业组织，与相关部门的积极沟通却能收到更好的效果。

四、医委会建设存在的困难

医委会成立至今，虽然取得一些进步，但也存在不少困难，这些困难有些与其他专业委员会具有共性，有些是与医疗卫生行业特点息息相关，我重点介绍一下医委会所特有的一些困难。

医疗卫生行业具有两个特殊性，一是高度的专业性，二是行政管制程度很高。医疗卫生行业的专业性有目共睹，

其所涉及的医学、药学，以及器械工程学等都具有高度的专业性，而且其所服务的对象是人体，人体是世界上最复杂的一个系统，再加其解决人体问题的过程无法重复，一次小小的失败就将可能导致机体的严重损伤甚至死亡，所以，对专业性要求非常高；同时，医疗卫生行业无论是医疗机构，还是药品、消毒药剂、医疗器械生产经营企业，都受行政部门更加严格的管理，比其他公司的设立、经营、合并、解散，行政部门的监管更加严格。因此，医委会在专业问题的培训上，会面临更大的困难，要邀请到既熟悉医疗卫生法律法规、又对专业问题有系统把握的培训讲师（包括行业资深法务专家、行政部门法规处专家、资深法官、专业律师等），需要进行更多的考察、花费更大的精力；另外，医疗卫生行业行政管制所带来的弊端是有人治因素的影响，甚至有些部门、有些人员对律师有误解、有偏见，因此，医委会需要积极与相关部门主动沟通，化解误会，共同维护医疗卫生行业的法治环境，推进医疗卫生行业法治建设。

五、医委会拓展创新的举措

拓展创新医疗律师法律服务的业务领域不仅是全国律师协会的要求，也始终是医委会的宗旨之一，传统的医疗律师主要专注于医疗损害责任纠纷诉讼代理，医委会在司法行政部门及律师协会的带领下，通过各种方式，努力将医疗律师的法律服务业务领域向横向、纵向和深处拓展创新。

第一、横向拓展创新。将医疗律师的法律服务对象向医疗机构和患者之外的药品、医疗器械、消毒药剂等企业延伸。医疗律师的优势是熟悉医疗卫生行业特点，并熟悉药品、医疗器械、消毒药剂等企业终端客户在产品使用过程中的存在的问题，从而对该类型企业法

律风险的防控更具有针对性，因此，将医疗律师的业务领域横向发展至药品、医疗器械、消毒药剂等企业能使医疗律师的法律功底“好钢用在刀刃上”，实现企业和律师的双赢。医委会通过与卫生法学会、相关行政主管部门以及相关行业协会建立沟通机制，对药品、医疗器械、消毒药剂等行业的疑难、热点法律问题进行研讨，从而构建平台，将医疗律师与相关企业进行嫁接，实现医疗律师法律服务的拓展创新。

第二、纵向拓展创新。医疗律师为医疗机构提供法律服务，应当从局限于代理医疗损害责任纠纷诉讼案件，向全方位为医疗机构提供法律服务拓展创新。随着鼓励社会资本投资医疗机构政策的逐步落实，特别是上海自贸区的设立，医疗机构的法律服务需求涵盖面逐步延伸，包括设立、并购、收购、上市、采购、运营等诸多领域。医疗律师熟悉医疗机构的运营特点，比较容易切入这些法律服务领域。医委会从培训相关法律技能、开展热点法律事件研讨、研究医疗行业重大法律课题等方面着手，纵向拓展创新医疗律师的法律服务业务领域。

第三、深入拓展创新：随着医疗损害责任纠纷案件相关法律、法规的调整，医疗律师深入介入医疗损害责任案件的处理成为该类型案件的客观需求。比如，随着民事诉讼法对鉴定人出庭的规定逐步得到落实，医疗律师从传统的不参与鉴定（特别是代理医疗机构的律师）逐渐要参与到鉴定中去，并在法庭上有效质询鉴定人，保障当事人合法权益；又如，随着人民调解制度的逐步完善，律师参与到医疗损害责任案件的调解中去，为提高人民调解的合法、公平性提供专业意见，保障当事人合法权益。●

视角 ●文/李新立

应对中国社会 诚信危机的法治途径



李新立:北京大成(上海)律师事务所律师

当今中国社会已经深陷诚信危机,根源在于诚信成本高,不诚信成本低;必须主要通过法治建设降低诚信成本,提高不诚信的成本;法律规则的制定应坚持“便民”而非“防伪”的思想,对“造假”的罚则应有威慑力;执法机关执法的一大弊病是选择性执法,必须改变对执法人员的考核制度,考核主要应看有没有严格执法,而不是看有没有轰轰烈烈的政绩,或者有没有上街学雷锋。

信任的力量有多大,一个现实的例子是,国际上的一些民间评级机构如穆迪、标准普尔对一些国家的主权债务做出评级,评级结果一公布,往往会引起被评级国家的股市、货币震荡,而该国政府也不得不出面回应。民间评级机构何以有这么大的影响力?当然是因为市场相信这一评级结果。而为什么市场会相信?因为其意见是科学、独立和真实的。这就是信任的力量。

纵观当今中国社会,诚信缺失的问题已经极为严重,考试泄题、枪手替考、事故瞒报、学历造假、鉴定造假、论文剽窃、统计造假、证据造假、身份造假、说假话、做假账、毒食品、假离婚、假新闻、假诉讼、假品牌等等,不胜枚举。不夸张地说,各阶层、各行业都普遍存在诚信缺失的问题,社会已经深陷诚信危机。

一、社会诚信危机的根源

然则诚信危机的根源何在?笔者以

为,根源在于诚信成本高,不诚信成本低。换言之,诚信做事要花更多的时间或者更多的钱,最后可能事情还办不成;相反,如果投机取巧、欺骗隐瞒则可以少花钱或者少花时间,事情还往往能办成。

比如企业做假账。做假账的好处很多,可以少缴税,可以忽悠投资者。如果据实做账,可能会导致多缴税或者不能引来投资者。因此实践中,很多企业做假账,反正不容易被查出来,即便查出来处罚也很轻或者搞定关系就不受处罚。

再如车辆出险受损,本可以向保险公司理赔,如驾驶员没有及时报警而驾车离开了事故现场,则事后可以采取的应对措施有两种:一是实事求是,由于没有报案,只好自己承担损失;二是制造事故,报警让警察来开具证明,从而进行保险理赔。实践中,很多人会选择后者,且作为理赔经验分享。

再如诉讼。诉讼中很多当事人不讲诚信,做伪证,歪曲事实,在此情况下如果另一方当事人讲诚信,则在诉讼中处于不利地位。而做伪证的一方即便后来被查出,也只是伪证不被采信而已,并无进一步的惩罚措施。所以实践中,诉讼中说假话、伪造证据的行为很常见。

二、走出诚信危机的途径

如何走出诚信危机?笔者以为在进行道德教育的同时,必须主要通过法治建设降低诚信成本,提高不诚信的成本,

为此必须从立法、执法、司法三个层面进行努力。

(一)立法规定不诚信必受惩罚

应当对各公共领域、商业领域不诚信的行为立法予以严惩,切实改变目前处罚太轻的状况。法律设定的处罚应能做到:

1、无论不诚信行为是否造成不良后果都应予以惩罚

整治不诚信应当防微杜渐,否则不诚信会变本加厉,直至酿成严重社会后果。所以,凡是不诚信的行为都应以处罚,比如,未造成不良后果的予以警告,造成一定后果的罚款、通报批评并记入个人诚信档案,后果严重的拘留甚至追究刑事责任。

2、处罚对不诚信者必须有威慑力

实践已经证明,没有威慑力的处罚不能制止违法行为。比如货车超载,即便加上罚款,也比正常装运赚得多,那为何不超载?比如违法排污,即便算上罚款,也比投资搞污水处理要划算得多,那么为何不排污?《公司法》第202条规定,公司违反本法规定,在法定的会计账簿以外另立会计账簿的,由县级以上人民政府财政部门责令改正,处以五万元以上五十万元以下的罚款。公司做假账的收益何其多,区区不足50万元的罚款,哪里有威慑力?

因此,处罚的力度应使违法者认识到不诚信要付出双倍甚至更高的代价,罚得心惊胆战,认识到只有诚信做事成

本才是最低的,那才有威慑力,软绵绵的处罚无异于姑息纵容不诚信。

3、贯彻鼓励诚信的原则

由于不诚信的行为横行,立法者(包括规则制定者)为“防伪”制定了复杂的法律及规则,要求提供各种各样的证明、通过一步一步的审核。这走向了另一极端,使得遵循规则变成一件很困难的事情,导致诚信者反而要诉诸不诚信的行为来遵循规则。殊不知对于不诚信者而言,再复杂的条件及程序也是形同虚设,因此“防伪”的立法不仅没有防止不诚信的行为,反而增加了诚信者的成本。比如今年年初,上海的工商局也采取了其他地方工商局的做法,要求律师凭法院的立案通知或调查令才能查询企业年报登记材料、财务报表,而在此之前律师凭介绍信就可查询,这给律师调查取证带来了很大不便。工商局这样做的原因是为了保护企业商业信息,据说是因为此前发生了严重的信息泄露。这一行为就是因制止少数人的不法行为而制定严苛的制度,使全体人办事不便,即“一人得病,全家吃药”,是以“防伪”而非“便民”作为管理的指导思想。这样做的后果必然是社会整体运行效率降低,大家更难做事。

法律规则的制定只有坚持“便民”而非“防伪”的思想,简化办事程序,让事情易办而非难办。善良民众既然通过正常途径好办事,谁愿意走旁门左道欺瞒骗呢。

(二) 严格执法

美国法学家伯尔曼曾说,“法律必须被信仰,否则等于形同虚设”。树立法律权威的不二途径是有法必依,执法机关应当依法办事,包括惩治不诚信的行为,不应进行选择性的执法。

当前行政机关执法最大的问题是选择性执法,即执法行为有选择性,选

择领导关心的、有利可图的、容易搞定的、媒体曝光的或者关乎自身利益的事情执法,否则睁只眼闭只眼,随他去。在老百姓看来,执法机关要么是不作为,比如对有毒有害食品视而不见,违章建筑不管,要么是乱作为,比如暴力动迁、乱罚款。

在这一执法导向下,没有背景的老百姓通过正常途径解决不了问题,只能托关系找领导、行贿执法人员、做钉子户大闹特闹、向媒体曝光网络发帖。总之,行政机关不依法办事,老百姓也只能走法律以外的途径,整个社会就感觉乱象环生。

怎么解决这一问题?必须改变对执法人员的考核制度,考核主要应看有没有严格执法,而不是看有没有轰轰烈烈的政绩,或者有没有上街学雷锋。严格执法的,予以奖励;不执法办事的,予以严惩。而是否严格执法主要应看执法对象的意见、媒体的调查、监督部门的意见,而非上级领导的主观判断。如此一来,执法人员的执法才能回归本位,法律的威信才能树立。

(三) 诚信司法

谈诚信司法必然离不开司法腐败问题,但因为司法腐败涉及深层次的体制问题,本文暂且不谈,这里要谈的是在现行体制下可以改进的方面。

1、依法追究伪证行为

《民事诉讼法》虽有追究伪证行为的规定,但实践中鲜被执行。客观上造成了当事人做伪证案子胜诉几率更大,一旦被发现造假其后果是法院不予采信,不须额外承担责任。近些年来许多地方还出现了越来越多的“虚假诉讼”案件,比如山东一无业人员因虚假诉讼一夜之间成为千万富翁,诉讼被作为转移财产的工具,这对于司法真是莫大的嘲讽。

做伪证而不被惩处,甚至还可能获

益,则当事人何须诚信诉讼。此正所谓劣币驱逐良币的定律在司法中的又一体现。

应对之策必然是,伪证行为必须惩罚,轻者予以公开训诫并载入判决书,重者罚款或者拘留,甚至追究刑事责任。在这一方面,法院不应宽宏大量。

2、法院工作人员应以身作则诚信做事

法院工作人员的诚信直接影响司法的诚信。作为司法工作人员,作为公平正义的维护者,不应对社会的不诚信行为随波逐流,而应首先做到诚信,遵循高于普通民众的道德标准和行为准则。然而现实并非如此,法院工作人员对当事人或律师说假话、忽悠当事人的情形并不少见,还有法院为了考评也会造假,法院为了提高案件审结率年底违反诉讼法的规定不受理新案件,为了提高执行结案率,明明案件没有执结却让当事人书面同意执行终结。这些行为给人的一个印象就是,法官也没诚信。如果法官没诚信,怎么能指望诉讼的参与人求真务实?

为此,必须从法官选任、考核改革着手改变这一状况。简言之,法官必须是品德模范,工作考核上不应法官这个特殊群体采取类似于公司员工的考核,而应给他们更大的自由度。但应该重视监督,重视来自诉讼参与人的投诉和媒体的报道,对于经证实行为不诚信的法官应当予以惩罚,维护这个群体的公正司法者的形象。

总而言之,除了道德教化,必须将重塑诚信的理念贯彻到立法、执法、司法活动中,持之以恒,诚信的价值观才能重新树立,社会才能逐渐走出诚信危机。●



专题研究





贺 强: 市律协现代物流业
务研究委员会委员



杨 洁: 市海华永泰律师事
务所律师

●文/贺 强 杨 洁

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

交通事故中伤残鉴定之 乱象及治理对策

近年来,随着机动车数量的不断增长,交通事故人身伤害案件也相应增加,交通事故损害赔偿问题已为社会大众所关注。残疾赔偿金作为交通事故损害赔偿范围中最重要的赔偿项目,其金额的确定与鉴定机构作出的伤残鉴定结论相挂钩。所谓“伤残鉴定”,是鉴定人员运用科学技术或专门知识对某些专门性问题提出意见的活动,具有很强的经验性和主观性。伤残鉴定的这种相对的随意性,目前被社会上一些不法人员所滥用,他们勾结鉴定机构和个别鉴定人员提高伤残鉴定等级,获取非法利益,进行保险欺诈。

为此,本文从伤残鉴定乱象入手,通过剖析伤残鉴定问题产生的根源,找出对策,从源头上规范伤残鉴定机构的鉴定行为,阻断不法人员高额索赔的不法之道。

一、伤残鉴定乱象之实例分析

实例一:受害人勾结鉴定机构,获取非法利益

2010年某日,甲某因发生交通事故受伤住院治疗。治疗结束后,甲某通过中间人向上海市某司法鉴定机构某鉴定人员做出了不当允诺,后该鉴定机构作出了不实鉴定,鉴定为:甲某因车祸造成精神障碍九级伤残。鉴定报告上写明检验所见:家属代述“头痛、头晕、记忆力下降,生活自理困难,外出活动限于小区,计算能力差,反应迟钝,吃饭时需要照顾,生活自理困难等等”。

本市某保险公估公司接受保险公司的委托,于2011年某日前往受害人甲某住所进行实地调查。甲某正在家里装修房子排电线,调查人员通过谈话发现甲某记忆力无任何下降的表现,能够明确表述交通事故发生的时间

和当时的情形,能够清楚地回答调查人员询问的所有问题,反应虽慢一些,但无迟钝迹象。调查得出的结论是:某司法鉴定机构在未经客观检查的前提下编造虚假病情,扩大伤残程度,违背了司法鉴定的科学、客观、公平、公正的基本原则,其所出具的甲某九级伤残鉴定报告不符合伤残鉴定程序,建议申请重新鉴定。

笔者对本案进一步解析发现,该司法鉴定机构出具的鉴定报告漏洞百出,除了上述调查人员了解到受害人的实际情况与鉴定报告的描述相去甚远之外,报告中有“家属代述”部分,实际情况是受害人的家属根本没有陪同甲某去该司法鉴定机构,而是由一位代理人陪同前往的,“家属代述”纯属杜撰。其二,由于受害人居住农村聚居地,根本没有小区,与报告中记录的“外出活动限于小区”明显冲突。其三,受害人接受调查时“正在安装电线”,说明其已经恢复工作能力,并能从事复杂工作,与报告中的吃饭时需要照顾“生活自理困难”相悖。

实例二:被保险人、受害人和鉴定机构三方串通,获取非法利益

2013年某日,年满65周岁的甲某在小区内散步,不慎被一小型汽车撞伤,经医院诊断发现右股骨颈骨折,并进行了右侧人工全髋关节置换手术。手术后,甲某与被保险人乙某商量后,伙同鉴定机构作出了八级伤残的虚假鉴定结论。乙某在按照八级伤残的标准向甲某赔付后,向保险公司申请理赔,在遭到保险公司拒绝后,起诉至法院要求保险公司承担保险责任。

笔者作为保险公司的代理人,在翻阅有关甲某伤情的所有材料后发现伤残鉴定报告存在明显不合理和矛

盾之处。首先,《鉴定意见书》中有关“下肢功能丧失50%以上”的描述与《出院记录》中某甲在出院时“髌关节功能恢复好”的描述相矛盾。其二,鉴定中心对“原告右下肢功能丧失50%以上”的认定,也未说明检测方法和检测数据。其三,鉴定中心在作出鉴定意见时未考虑某甲因年龄较大而发生的关节退化因素。某甲年龄已高达65周岁,因年龄因素影响身体内部各骨骼、各关节功能都已发生退化,事故发生后,医院为某甲置换了一套全新的右侧人工全髌关节,根据人工全髌关节置换手术的一般疗效,只要根据医嘱进行渐进式的康复训练,关节功能可恢复至受伤前,对于年纪较大的老年人,人工关节功能甚至优于原退化关节的功能。基于上述理由,笔者向法院提出了重新鉴定的申请。最终重新鉴定结论印证了笔者最初的想法,认定某甲不构成伤残等级,破碎了某甲、乙某和鉴定机构的保险诈骗意图。

实例三:“人伤黄牛”勾结鉴定机构,获取非法利益

2011年元月,某甲驾驶被保险车辆与乙某驾驶的助动车相撞发生交通事故,造成车辆损失及乙某受伤。乙某治疗结束后,一家出租汽车公司的工作人员与乙某联系,表示愿意垫付交通事故所有损害费用,后期由出租汽车公司向被保险人和保险公司申请理赔,所得理赔款全归出租汽车公司所有。乙某思考半天后接受了该项方案,并签订了协议:由该出租汽车公司向乙某支付医疗费、误工费、护理费、营养费、残疾赔偿金等共计1.5万余元。后出租汽车公司代乙某向上海市某司法鉴定所申请鉴定,鉴定结论为:因车祸外伤致蛛网膜下腔出血遗留有神经功能障碍,日常活动能力轻度受限,构成十级伤残。该出租汽车公司向乙某支付赔偿款后向保险公司提出理赔,保险公司理赔人员在仔细阅读乙某就医资料、伤残鉴定报告后认定乙某不构成精神十级伤残,要求对伤残进行重新鉴定,出租汽车公司不同意遂将保险公司诉至法院,要求保险公司向其支付理赔款7.8万余元。在诉讼阶段,保险公司委托律师出庭应诉。承办律师联系到乙某查询赔偿款到位情况,得知原告出租汽车公司在事故发生后主动为乙某全权处理该事宜,且仅支付乙某1.5万元。在保险公司告知出租汽车公司现起诉7.8万余元后,乙某十分愤怒。在人伤理赔人员的指导下,其同意配合保险公司的反欺诈工作,对案件进行再次审核。庭审当日,被告保险公司与乙某同时到庭,被告要求追加乙某为第三人,同时申请重新鉴定。乙某接受了法庭的询问,表明实际收取赔偿款情况,并当庭责骂原告出租车公司太黑,愿按最初提出的4万元进行调解。保险公司表示,去除伤残赔偿金项目后仅在2万元以内的基础上调解,否则上诉上一级法院或请有关新闻媒体介入披露相关情况。最后,原告出租汽车公司最终接受以2.08万元调解结案,此人伤案件得以

顺利解决。

分析本案可知,出租汽车公司在通过鉴定机构以虚高伤残等级的手段企图获取7.8万元的保险赔偿金,然后仅给受害人1.5万元了事,从中非法牟利6.3万元。我国设立的交强险和商业三者险,其目的是保护在机动车辆交通事故中投保人、被保险人以外的第三者受害人。该出租汽车公司是投保人,其通过弄虚作假的手段获取非法利益,其行为不仅损害了保险公司的利益,也侵犯了受害人的利益。

二、伤残鉴定乱象之成因分析

一个适当的伤残评定过程,需要严格的鉴定尺寸标准、严谨的推理过程、高度的责任心和完善的监督机制。因此,伤残鉴定中存在与事实和标准不符合的问题,原因是多方面的,既有经济利益的原因,也有鉴定本身特性的原因。而有关部门监管不力、不法“人伤黄牛”猖獗是伤残鉴定问题日益严重的主要原因。

(一)从鉴定标准来说,我国没有一部非常精确的伤残等级评判标准去规范伤残鉴定结论,而且根据伤情的多变性和复杂性,客观上也无法制定一部这样的标准文本。所以,鉴定人员在做出一份伤残鉴定时,不仅仅依靠医疗诊断证明、摄片、各类检测数据等等,更多的可能是鉴定人员自身的经验和主观判断。这就是产生伤残鉴定乱象的根本原因所在。

(二)从外部监督来说,鉴定监督机制不完善,对于鉴定中出现的问题缺乏监管手段和惩罚措施,是导致伤残鉴定乱象愈演愈烈的外部原因。

从现有的涉及鉴定机构和鉴定人员的法律规定来看,主要有《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》、《司法鉴定机构登记管理办法》、《司法鉴定人登记管理办法》和《司法鉴定执业活动投诉处理办法》等,上述法规主要涉及鉴定程序,其规定的原则也较笼统,缺乏对于实质问题的约束机制,监管机构主要是当地的司法局,而司法局对于相关投诉往往以属于技术范围为由不予处理,对于鉴定中存在的问题也缺乏研究和预防措施。

而且,对于“人伤黄牛”的不法行为是否可以定性为“保险欺诈”行为,没有专门的司法机构进行明确。而按照《保险法》第27条有关保险欺诈行为的规定,犯罪主体仅限于投保人、被保险人和受益人,不包括第三人。因此,尚没有专门的行政手段和刑事手段去规范和惩治鉴定人员和“人伤黄牛”的不法行为,从而导致鉴定乱象越发严重。

(三)从鉴定机构内部来说,经济利益驱使是导致鉴定机构、鉴定人员放弃道德标准、鉴定理念,作出虚假伤

残鉴定的内部原因。

“人伤黄牛”与鉴定人员结为获取非法利益的共同体。鉴定人员利用现行鉴定标准的主观判定空间，虚高伤者伤残等级，“人伤黄牛”依据虚假鉴定意见向保险公司索取高额赔偿，获取非法利益。两者再根据事前约定瓜分非法利益。

三、伤残鉴定乱象之对策

由于伤残鉴定结论具有专业技术性的特点，且涉及人民法院、司法行政机关、司法鉴定机构及司法鉴定人员等各个方面，因此要纠正和解决这一问题，不仅需要保险公司及代理律师积极应对，而且还需要人民法院的协助，更需要相关部门加强监管，形成有效的监督机制。

(一)提高自身警觉意识，增强逻辑思维分析能力，加强调查取证工作。

律师作为交通事故案件被告代理人，在处理机动车交通事故责任纠纷中，但凡涉及到伤残鉴定的，一定要提高自身的警觉意识，本着认真、负责、细致的工作态度，通过缜密的逻辑思维能力，对照和分析伤者的医院诊断记录、各项检验报告等与鉴定结论中可能存在的矛盾点，必要时可以配合充分的调查取证工作。从而作出自身内心确信的结论，排除虚假鉴定结论的可能性。

(二)放宽重新鉴定申请条件，为保险公司推翻虚假鉴定结论创造条件。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二十七条规定：“当事人对人民法院委托的鉴定部门作出的鉴定结论有异议申请重新鉴定，提出证据证明存在下列情形之一的，人民法院应予准许：(一)鉴定机构或者鉴定人员不具备相关的鉴定资格的；(二)鉴定程序严重违法的；(三)鉴定结论明显依据不足的；(四)经过质证认定不能作为证据使用的其他情形。对有缺陷的鉴定结论，可以通过补充鉴定、重新质证或者补充质证等方法解决的，不予重新鉴定。”第二十八条规定：“一方当事人自行委托有关部门作出的鉴定结论，另一方当事人有证据足以反驳并申请重新鉴定的，人民法院应予准许。”根据上述规定，我国对重新鉴定设定了较为严格的条件，而且其中“鉴定结论明显依据不足”或“有证据足以反驳”这两个条件又具有较强的法官自由裁量性。司法实践中，法官往往过于信赖司法鉴定机构出具的鉴定结论的公正性和客观性，而驳回保险公司的重新鉴定的请求。鉴于当前鉴定市场化和“人伤黄牛”泛滥的现实下，笔者建议法院在审判实践中，能够适度放宽保险公司申请重新鉴定的条件，只要保险公司能够提出鉴定结论有不合法或不合情理之

处，法院就应当准许进行重新鉴定，另外，还要加强和完善鉴定人员出庭制度，当鉴定人员无正当理由拒不出庭的，在不采信鉴定结论效力的基础上，同意保险公司重新鉴定的申请。

(三)建立健全鉴定机构监督机制，加强打击力度，增加违法成本。

监督制度的缺乏是伤残鉴定机构和鉴定人员不断作出失真鉴定意见的重要原因之一。笔者认为，可以从以下几方面来加强和完善监督机制：

1、司法行政机关、司法鉴定协会内以及各鉴定机构内部都应当建立一套完善的投诉处理机制，配置专门的人员对群众或保险公司对鉴定人员、鉴定机构的投诉、举报，以及人民法院对鉴定结论的不予采信等等进行深入调查，若发现存在违法违规行为，应当严格依照《司法鉴定执业活动投诉处理办法》的规定，对相应的司法鉴定机构和鉴定人员给予警告、停止执业、撤销资格、撤销登记等行政处罚；涉及到刑事犯罪的，应当将材料移送公安机关、检察机关，追究刑事责任。

2、建立抽检考核机制。司法行政机关、司法鉴定协会以及各鉴定机构应当定期对每个鉴定人员作出的鉴定报告进行抽检，若发现有失真鉴定报告的，则给予所在鉴定机构和鉴定人员警告、停止执业、撤销资格、撤销登记等行政处罚。

3、建立黑名单制度。可由保险行业协会牵头，各保险公司参与，联合保监会、司法局、法院和司法鉴定协会各方力量，建立一套全面共享的黑名单制度。将在一定期限内因违法违规行为受到行政处罚、在年度执业考评中被评为不称职或不合格的、被人民法院和司法鉴定协会取消注册资格的人员列入到“黑名单”中。对于列入黑名单的司法鉴定机构和司法鉴定人员，保险公司在诉讼中应特别予以关注。法院对保险公司要求对黑名单中鉴定人员做出的鉴定结论申请重新鉴定的，应给予更大的支持。司法行政机关和司法鉴定协会对黑名单中的机构和人员，在其后期执业中，应予以重点考察监督。

四、结束语

伤残鉴定结论失实问题，给保险公司防范保险欺诈带来了新的困境。面对困境，保险公司应当联合保监会、司法局、司法鉴定协会、人民法院、医学会等各相关部门，共同磋商，协力奋战，建立健全相应的监管机制，完善救济途径。在具体个案中，在可能存在虚假鉴定结论的情形下，代理律师应当协助保险公司做好调查取证工作，避免保险欺诈。●

●文/梁 健

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

航空运输收货人书面异议的适用以及承运人的识别

——从一则航空运输纠纷案件说开去



航空运输的收货人如就货损向承运人提起索赔,应按照国家《民用航空法》第一百三十四条之规定,在收到货物之日起十四日内就货损向承运人提出书面异议,否则将无权提出索赔诉讼。如何理解该书面异议之规定并正确识别航空承运人的身份,对于收货人行使索赔权利至关重要。本文拟从一则案例就前述问题展开分析。

一、案情

2005年10月,A公司与B公司签订空运委托协议,就A公司委托B公司计算机设备空运进口项目及相关上海市内送货运输事宜达成一致。后A公司向C公司购买一批商用计算机设备,A公司将上述货物交由B公司由新加坡空运至上海,B公司的代理D公司签发航空分运单。该批货物由某航空公司实际运输,货物于2006年1月17日运抵上海浦东国际机场。因该批货物属于危险品,运抵后,直接由航空公司地面代理操作将货物运进

临时危险品仓库。同日,地面代理出具运输事故记录,载明破损件数为一件、外包装状况为戳破、倾斜标签变色、内物状况为无异常完好(笔者注:此时货物未开箱检查)、货物类别为危险品。1月18日,B公司通过传真将上述事故及运输事故记录告知A公司。保险公司E公司承保了该批货物的运输险,在委托公估公司对涉案货物损失进

行鉴定评估后,向A公司支付了保险金人民币72万余元并取得了向责任方进行保险代位求偿的权利。后因协商未果,E公司向B公司提起诉讼。

二、裁判

原审法院认定涉案货物由被告B公司承运,A公司与B公司之间成立委托运输关系,却又认定B公司“不属缔约承运人”。同时,原审法院认为本案应适用《中华人民共和国民用航空法》(下称“《民用航空法》”)第一百三十四条之规定,即“……货物发生损失的,旅客或者收货人应当在发现损失后向承运人提出异议。……货物发生损失的,至迟应当在自收到货物之日起十四日内提出。……任何异议均应当在前款规定的期限内写在运输凭证上或者另以书面提出。除承运人有欺诈行为外,旅客或者收货人未在本条第二款规定的期间内提出异议的,不能向承运人提出索赔诉讼。”因A公司未就货损在收到货物之日起十四日内向B公司提出异议,A公司不能向B公司提出索赔诉讼,原告E公司亦不能代位行使A公司对B公司请求赔偿的权利。最终原审法院判决驳回原告的诉讼请求。

原告不服原审判决,提起上诉。二审法院认定B公司系A公司的代理人而非涉案货物的承运人,维持原审判决。

三、评析

(一)对《民用航空法》第一百三十四条关于书面异议的理解与适用



梁 健: 市律协现代物流业
务研究委员会委员

1. 书面异议的立法目的

航空运输具有快速高效的优势,但同时也具有很高的风险,要求旅客或者收货人就损失或延误及时向承运人提出书面异议,一方面体现了对承运人的保护;另一方面也有利于承运人在高速运转的运输作业中及时进行调查以避免因时间久远难以查清损失和延误原因,而且也有利于保护旅客和收货人的合法权益。

2. 书面异议的方式

《民用航空法》第一百三十四条第三款规定:“任何异议均应当在前款规定的期限内写在运输凭证上或者另以书面提出。”结合该款的前后文意理解,书面异议,只能以旅客或收货人→承运人这一单向形式提出,在承运人已经自行确认损失或者延误的情况下(笔者以为这是异议的另一种形式),书面异议即无必要,因为此时承运人的确认已然具备了旅客或收货人提出书面异议的前述功能。具体到本案:

实际承运人某航空公司的地面代理在货物于2006年1月17日自新加坡运抵上海并发现货损后,即出具了相应的运输事故记录。B公司也出具了相应的事故说明函以确认货物没有以完好状态交付的事实。尽管当时尚不确定货损的程度,但是,这应当不是《民用航空法》第一百三十四条规定的书面异议必备的内容,因为对于旅客或者收货人而言,在如此短的异议期间内通常是难以确定损失程度的(本案即为例证),要求书面异议中包括该内容,显然对旅客和收货人不公。

B公司在取得前述运输事故记录之时即明知货物在运输过程中发生异常,而且也不可能以与运输凭证完全相符的状态交付,那么在A公司收到B公司提供的事实记录和说明函等确定货物出现异常的文件后,即无需在收到货物后14日内再行提出书面异议。但是,原审法院却在认定被告交付货物前,货物已存在异常的情况下,仍适用《民用航空法》第一百三十四条而驳回原告的诉讼请求,这显然是对该条的错误理解和适用,而二审法院回避此问题“另辟蹊径”维持原审判决也一定程度上说明原审法院的错误。

(二)承运人和代理人辨析

商务部《国际货物运输代理业管理规定实施细则(试行)》【下称“《实施细则(试行)》”】第二条规定:“国际货物运输代理企业可以作为进出口货物收货人、发货人的代理人,也可以作为独立经营人,从事国际货运代理业务。国际货运代理企业作为代理人从事国际货运代理业务,是指国际货运代理企业接受进出口货物收货人、发货人或其代理人的委托,以委托人名义或者以自己的名义办理有关业务,收取代理费或佣金的行为。国际货运代理企业作为独立经营人从事国际货运代

理业务,是指国际货运代理企业接受进出口货物收货人、发货人或其代理人的委托,签发运输单证、履行运输合同并收取运费以及服务费的行为。”由于货运代理企业在国际货物运输中可能扮演不同的角色,具备不同的身份,因此,在确定该企业与“委托人”之间的合同性质时,需具体问题具体分析。

在具体确定航空货运代理合同的性质是否成立时,可参照《最高人民法院关于审理海上货运代理纠纷案件若干问题的规定》(下称“《规定》”)第三条之规定,即“人民法院应根据书面合同约定的权利义务的性质,并综合考虑货运代理企业取得报酬的名义和方式、开具发票的种类和收费项目、当事人之间的交易习惯以及合同实际履行的其他情况,认定海上货运代理合同关系是否成立。”具体到本案:

原审法院认为从A公司与B公司签订的空运协议书,及在货物由新加坡空运至上海浦东国际机场发现货损后B公司出具的相关文件中,可以确认涉案货物由B公司承运,A公司与B公司之间的委托运输关系依法成立,但是,该院却又认为B公司不属于缔约承运人。试问,如果B公司不是缔约承运人,因为其并非实际运输的航空公司(实际承运人),那么其将是何种身份?如果既非缔约,也非实际承运人,那么《民用航空法》关于收货人就货损向“承运人”书面异议的规定显然也就没有了适用的基础,而原审法院据仍以判决显属适用法律错误。

尽管原审法院对B公司身份的认定前后矛盾,但不难发现,B公司的身份是本案的核心问题之一,由于原审法院并未正确解决该问题,因此,二审法院的认定将至关重要。令笔者惊异的是,二审法院竟然“另辟蹊径”以认定B公司只是A公司的货物运输代理人,不具有承运人身份,进而不予支持原审原告E公司的上诉请求。具体理由是:1. 合同标题明确显示是空运委托协议而非航空运输协议;2. B公司本身不具备航空货物运输的承运能力;3. 合同约定B公司根据A公司的指令收取货物再将货物交给具体承运的航空公司进行承运。

笔者以为上述理由不具有说服力:1. 合同标题“空运委托协议”中虽有委托二字,但其性质仍需以内容为准,将协议标题作为认定合同性质的理由有失偏颇;2. 根据商务部《实施细则(试行)》第二条之规定,自身不具备运输能力的国际货物运输代理企业也可以作为独立经营人,从事国际货运代理业务,而且《民用航空法》第一百三十七条也对委托他人进行实际运输的缔约承运人进行了明确的规定。因此,是否具备航空货物运输的承运能力不是判断合同性质和B公司身份的唯一依

据;3. 接受托运人的指令收取货物并交给具体的实际承运人承运,符合《实施细则(试行)》第二条对国际货物运输代理企业作为独立经营人从事国际货运代理业务的定义,也符合《民用航空法》第九章第四节规定的缔约承运人之概念。既然二审法院关于B公司代理人身份的分析认定缺乏充分依据,那么B公司是否就必然为承运人?笔者分析如下:

1. 本案中B公司组织安排了涉案货物的整个运输过程,包括海外接货、航空运输、办理进口清关手续等,收取了涉案货物的运费及相关费用,开具了运费发票,可以看出B公司为履行运输合同义务收取了运费对价。

2. 更为重要的是,本案空运委托协议中约定,B公司应指令海外代理,将货物交付给航空公司,最迟在5个工作日内运至上海并出具全套空运提单给A公司的海外发货人。根据B公司出具的运单说明,B公司也实际指令了其海外代理出具了航空分运单,该运单及运单说明充分表明B公司系货物的承运人。尽管《规定》于2012年5月1日才施行,但是其对货运代理企业身份认定的规定对本案也具有参考意义,参照该《规定》第四条,B公司也应被认定为承运人,其应当承担发生在责任期间内的货损赔偿责任。

四、结语

收货人在法定期间内就货损向航空承运人提出书面异议,作为提出索赔诉讼的前提应有所限制,在承运人已经确认货损(即使交货时只发现外观异常)的情况下,收货人不应再被苛以提出书面异议的义务。即使收货人未提出书面异议,其仍应有权提出索赔诉讼。收货人提出索赔诉讼时应结合与运输相关方之间的协议,相关方出具的运输等单证、收付费用的性质,双(多)方之间的交易习惯等因素准确判断“承运人”以便向正确的对象提出索赔。●



杨杰:市律协现代物流业务
研究委员会委员

●文/杨杰

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

海上货物运输合同 项下还是租箱合同 项下纠纷?

——对一起滞箱费纠纷案评析

法院在处理集装箱租赁使用案件中应主要是参照集装箱租赁合同关系而非海上货物运输合同关系来判定当事人过错及违约责任,主要理由是集装箱租赁合同与海上货物运输合同虽然是具有密切关联性的但却又属于彼此互相独立的两种合同关系。在CY-CY等运送条款约定下,承运人附有将整箱货物交付给收货人的义务,但实质上,集装箱仅仅是为配合履行海上货物运输合同而伴随产生的另一种法律关系,即集装箱租赁合同关系。在集装箱租赁使用关系中,租箱人(往往系海上货物运输合同关系的托运人)与承运人(往往系实际承运人)就集装箱的使用费率、免费使用期限、归还期限等事项达成一致,嗣后承运人依照托运人的指示将集装箱运送至托运人指定地点,托运人将货物装箱后由承运人封箱再运送至堆场码头,然后通过海上运输至目的港堆场码头,承运人通知收货人提箱,收货人提箱后返还承运人集装箱,完成提货行为。在此过程中,

提单并非集装箱租赁合同关系的凭证,收货人提领集装箱时除需要与承运人办理提单等单证交接手续外,还必须凭集装箱设备交接单作为提领及交换集装箱的凭证,当承运人与用箱人就集装箱费率发生争议时,承运人也不可能仅凭提单及提单背面记载条款来主张费率,而往往是通过设备交接单或自己网站上公布的费率表作为主张行使集装箱超期使用费用的依据。

案情概要

原告:上海海华轮船有限公司
被告:上海大信国际物流有限公司
2011年3月,案外人香港金时公司委托原告运输货物,2011年3月27日,原告签发了5套提单,提单号分别为HHHKG110004311/4492/5100/5103/5104。提单记载:托运人为金时公司 GOLD-EN NICE POWER LIMITED,收货人为被告,船名/航次为TAI PING/V.1113N,启运港为香港,卸货港为上海,堆场至堆场,托运人装箱、封箱并点数,货物品名

为瓦楞纸板,运费预付;总计 20 个 40 尺的高箱,集装箱号分别为:GESU5995089/5999248/5999269/TGHU83398 47/8631268/8662844/9599807/9603337,HAHU5000182/5002708/5004505/5007886,FCIU8861411/8861690/8863498/8863939,AMFU8798781/8911455,GVCU5354489/5356178。同时,金时公司作为承运人签发了 5 份提单,提单号分别为:GTLSHA1103017/3020/3021/3022/3023;提单记载:托运人为 GOLDEN NICE POWER LIMITED,收货人为上海霄翔货运代理有限公司,被告为承运人的代理,船名航次等信息与原告提单记载完全一致。

2011 年 3 月 29 日,金时公司向原告的装货港代理香港金发船务有限公司出具了一份保函,保函记载:船名/航次为 TAI PING 轮 /1113 航次,装货港香港,卸货港上海,提单号码 HHHKG110004311/4492/5100/5103/5104,该保函称:“上述货品由我公司以上述船舶装运,现请贵公司在上述卸货港将该货品交付给上海大信国际物流有限公司,无需出示提单。”

2011 年 3 月 30 日,涉案货物运抵上海港并卸货,霄翔公司出具了 5 份“电放放货保函”给被告,保函记载:船名/航次为 TAI PING 轮 /1113 航次,提单号码 HHHKG110004311/4492/5100/5103/5104,该保函称:“发货人 GOLDEN NICE POWER LIMITED 已安排上述货物由船舶自香港至上海,全套正本提单已由发货人交给承运人。我司请求不凭正本提单提货。我司愿意承认并赔偿因此特殊操作而造成贵司的一切风险责任和遭受一切损失。”同日,被告出具了 5 份“电放担保函”给原告的卸货港代理上海航华国际船务代理有限公司,保函记载:船名/航次为 TAI PING IV.1113N,提单号分别为 HHHKG110004311/4492/5100/5103/5104,发货人为金时公司,收货人为被告,该保函称:“请求不凭正本提单提取货物,我司将承担无正本提单放货而产生的一切风险、责任和损失。”

2011 年 4 月 1 日,上海海关缉私部门查封、扣押了涉案的 20 个以瓦楞纸板名义进口的装有走私货物的集装箱,一直未予以放行。

2012 年 4 月 9 日,原告以被告占用集装箱,至今无法返还给原告造成损失为由,向上海海事法院起诉,要求被告承担 1、集装箱超期使用费人民币 2254000 元;2、集装箱损失 642600 元;3、本案的诉讼费和保全费。

被告辩称:1、涉案货物由案外人金时公司作为托运人向原告订舱出运,海运费亦由金时公司支付,涉外集装箱由金时公司作为租箱人使用,被告只是目的港换单代理,没有实际掌控集装箱;2、涉案集装箱因涉嫌走私被海关扣押至今,与被告无任何关系;3、原告没有向海关积极主张返还集装箱,怠于履行自己的权利,对损失

扩大部分应由其自行承担。

上海海事法院判决认为:依据提单记载,原告为承运人,被告为收货人,被告在涉案货物运抵目的港后即向原告出具了电放保函,表明其已向原告主张提货并开始办理提货手续,此时,原告与被告之间的运输合同关系依法成立。被告作为收货人,应当履行收货人的义务,尽快提取货物,返还集装箱。虽然由于涉外货物涉嫌走私被海关查封、扣押,被告最终未实际提取涉案货物,但这并非是原告方的原因所造成的。被告由于其所要提取的货物涉嫌走私被海关查封、扣押,造成被告无法履行提货义务,已经构成违约,应对由此造成的原告损失承担赔偿责任。原告为履行海上货物运输合同而提供集装箱,因目的港无人提货导致原告的集装箱被长期占用,不能正常流转经营,由此造成的损失,属于运输合同项下的损失。因货物涉嫌走私被海关查封,原告据此应当预见到涉案货物无法在短期内返还,故其有义务采取必要措施或者寻求其他解决办法,以使其包括涉案集装箱使用的预期利润在内的损失降至最低,否则,原告不应就未采取有效措施而导致的扩大损失部分要求被告赔偿,故原告的集装箱超期使用费应以集装箱新置费用即每只集装箱 5000 美金计算为宜。被告的行为侵害了原告对涉案集装箱的占用和使用的权利,也违反了海上货物运输合同项下收货人的提箱还箱义务,故被告应当立即返还涉案集装箱。被告如无法返还集装箱,则应当按照涉案集装箱的现有价值赔偿。因原告无法举证涉案集装箱的购置时间,无法计算折旧价值,故原告主张的赔偿金额以最低赔偿额每只集装箱 2000 美元计算。

综上,上海海事法院一审判决如下:

第一、被告在本判决生效之日起十日内支付原告集装箱超期使用费 10 万美元;

第二、被告在本判决生效之日起十日内向原告返还涉案的 20 个集装箱,如被告逾期不能返还,则应赔偿原告集装箱损失 4 万美元;

第三、对原告其他诉讼请求不予支持。

一审判决后,被告提出上诉,后因被告未在规定期限内支付上诉费,故视为未上诉处理。

评析

本案系由集装箱超期使用未归还而产生的争议,与其他典型的集装箱占用案件不同的是,本案涉案的 20 个集装箱是由于卸货港海关司法扣押而导致的无法归还,作为承运人的原告也没有起诉托运人,而是直接起诉收货人,虽然经上海海事法院一审判决支付原告部分诉请,但是该判决依然存在一些问题,值得思考。

第一、本案应以海上货物运输合同关系还是集装箱

租箱使用关系作为判决的法律关系基础?

因集装箱租赁使用过程中产生的争议是比较常见的情况,一般而言,法院在处理集装箱租赁使用案件中主要是参照集装箱租赁合同关系而非海上货物运输合同关系来判定当事人过错及违约责任的,主要理由是集装箱租赁合同与海上货物运输合同虽然是具有密切关联性的但却又属于彼此互相独立的两种合同关系。海上货物运输合同关系主要调整货物运输,当事人之间就货物交付、运费支付、赔偿责任、运送条件等等事项达成合意,并主要以提单条款形式作为双方权利义务关系的书面凭证,在CY-CY等运送条款约定下,承运人附有将整箱货物交付给收货人的义务。粗看之下,似乎集装箱也是海上货物运输的标的物,但实质上,集装箱仅仅是为配合履行海上货物运输合同而伴随产生的另一种法律关系,即集装箱租赁合同关系。在集装箱租赁合同关系中,租箱人(往往系海上货物运输合同关系的托运人)与承运人(往往系实际承运人)就集装箱的使用费率、免费使用期限、归还期限等等事项达成一致,嗣后承运人依照托运人的指示将集装箱运送至托运人指定地点,托运人将货物装箱后由承运人封箱再运送至堆场码头,然后通过海上运输至目的港堆场码头,承运人通知收货人提箱,收货人提箱后返还承运人集装箱,完成提货行为。在此过程中,提单并非集装箱租赁合同关系的凭证,收货人提领集装箱时除需要与承运人办理提单等单证交接手续外,还必须凭集装箱设备交接单作为提领及交换集装箱的凭证,当承运人与用箱人就集装箱费率发生争议时,承运人也不可能仅凭提单及提单背面记载条款来主张费率而往往是通过设备交接单或自己网站上公布的费率表作为主张行使集装箱超期使用费的依据。由此可以看出,海上货物运输合同关系与集装箱租赁使用关系是相关关联但又彼此独立的两个合同关系。

本案的争议,恰恰在于一审法院以海上货物运输合同关系作为判决被告承担集装箱超期使用费及赔偿责任的法律基础。如果以集装箱租赁合同关系来处理本案,则与承运人建立租用集装箱关系的并非本案被告,而系案外人香港金时公司,因为依照一审双方递交的证据以及法院查明的事实,案外人香港金时公司不仅系本案海上货物运输合同关系的托运人,也是与承运人建立系争案件租箱关系的使用人,香港金时公司向原告租用了20个集装箱,确认了集装箱的使用费率和免租期限,特别关键的是,香港金时公司向原告出具了保函,确认了如卸货港无人提货或因司法扣押行为造成原告损失的,由其承担赔偿责任。故本案争议理应由原告向本案案外人提起诉讼请求,但可能原告考虑诉讼成本等因素,没有选择在香港诉讼,而是在卸货港上海提起诉讼。

一审法院不以集装箱租用合同关系而以海上货物运输合同关系判决本案被告向原告承担赔偿责任,不仅与事实上的集装箱租用合同关系主体不符,也存在法律逻辑上的问题。

第二、基于海上货物运输合同关系,收货人是否具有归还集装箱的义务?

依照一审法院的判决思路,提货及返还集装箱,属于海上货物运输合同关系下收货人的义务,但此观点显示偏颇。首先,关于受领货物是否是收货人的义务,各国立法及学者意见不尽一致。我国《海商法》和《合同法》并没有明确规定收货人必须提取到港货物的义务。《海商法》第86条规定,“在卸货港无人提取货物或者收货人迟延、拒绝提取货物的,船长可以将货物卸在仓库或者其他适当场所,由此产生的费用和 risk 由收货人承担。”但是在收货人拒提货物时,承运人只能获得依法处置其占有下的货物的权利,而并不能因收货人拒提货物而享有向收货人主张损害赔偿的权利。承运人只能向托运人主张由此造成的损失。因此,既然法律上并无规定收货人有及时提领货物的义务,则以此论证收货人具备集装箱返还的法定义务也就不能成立了。

其次,收货人并不当然具有返还集装箱的合同义务。虽然集装箱租用合同与海上货物运输合同关系是紧密关联的,但是不能将两者简单等同起来。在特定情况下,集装箱的租箱合同当事人与海上货物运输合同关系当事人是完全不同的。如货主通过货代订舱出运货物,货代转而向船代订舱,并与其订立租箱关系,之后,货代向货主出具无船承运人提单,在这样的业务操作过程中,货主与船公司没有海上货物运输合同关系,也没有租箱使用关系,甚至货代与船公司也没有租箱使用关系,而是与船代建立了租箱合同关系。因此,究竟谁具备返还集装箱的合同义务,还是要结合具体的租箱使用合同关系来判断。海上货物运输合同关系可以作为判定集装箱租用合同关系主体的参照证据,但不能绝对等同起来。至于收货人能否成为租箱合同关系的当事人一方,也要结合个案证据而定,就本案而言,一审法院以收货人向船公司出具了电放保函等证据认为被告应当具备还箱义务是不妥当的。本案被告向船公司出具电放保函也是基于其业务上家的指令而为,并非自行提货需要,而且单从电放保函的法律性质而言,也仅仅是针对货物不需要凭正本提单交付货物而免除承运人义务的保函,并非确立与承运人租箱使用合同关系的保函,不能单凭收货人向船公司出具了电放保函就此推断收货人具有还箱义务。

再者,以收货人具备还箱义务而判决收货人承担滞箱费损失也无法保障承运人权利。承运人收取滞箱费,法律上并没有强制的规定,交通部和国家物价局曾于1992



年颁发的《国际集装箱超期使用费计收办法》也已被废止。一般认为,承运人给予货主一定期限免费使用集装箱后,货主应支付相应的租金,超期使用的,应该支付超期使用的费用,即滞箱费,这已成为行业惯例。不同的承运人在同一航线上制订的滞箱费标准也是不相同的。在实际业务中,承运人都是根据自身的具体情况,如用箱成本、数量、各港口的不同做法等,再制订合适的收费。在实践中,承运人收取的滞箱费大多超过其租金损失,带有一定的惩罚性,采取不同时段不同的收费标准,时间越长,惩罚性越强,费用越高。这一方面是由于集装箱超期使用,往往给承运人造成难以计算的间接损失和业务管理上的不便,导致承运人经营成本增加,影响承运人箱源的分配、集装箱的正常周转等,而并不仅仅是单纯的租金损失。因此,承运人在制订滞箱费标准时,不仅仅考虑直接损失(租金)的简单补偿,还考虑需要有效抑制用箱人的超期使用行为。但事实上,由于承运人对滞箱费的规定,都是其单方制订的,具有很强的格式合同的属性,因此,一旦案件进入诉讼,承运人制订的收费标准自然成为此类案件争议的焦点。关于集装箱滞箱费的计算标准,如双方签订了用箱协议的,应根据双方约定的收费标准核定,如果承运人能够事先在订舱单、集装箱设备交接清单等单证上将集装箱的相关收费标准以书面方式明确告知用箱人,一般审判实务中均视为双方达成约定。

但是如果以海上货物运输合同关系起诉收货人,则收货人必定以滞箱费率标准为由进行抗辩。由于收货人并非当然的集装箱租用合同关系当事人,故承运人无法举证双方存在用箱协议;如以订舱单作为举证证据,则收货人同样可以抗辩自己并非订舱委托人;如以集装箱设备交接单作为证据,则依照笔者目前所见,实务中绝大多数设备交接单上并未列明具体的集装箱滞箱费率,

即使承运人通过设备交接单或网站公布的滞箱费率,也会引发是否属于格式条款的争议。也是有鉴于此,一审法院并未采信原告提交的费率标准,而是以《上海口岸国际集装箱管理暂行办法》作为判决集装箱滞箱费率的计算标准,这个标准粗看公平公允,但实质上远远低于承运人的计算标准,无法弥补承运人的经营损失。原本滞箱费是带有惩罚性质的违约责任,但一概以政府指导价作为判决依据,根本与滞箱费性质背道而驰。一审法院以滞箱费政府指导价作为判决依据,也是基于无法以租箱合同关系判决被告承担责任的无奈之举。

第三、本案被告应当承担什么样的责任?

虽然笔者在本案中作为被告的代理律师,但并非完全处于自己立场撰写本案的案例分析。笔者认为,本案被告是否应当承担还箱义务,并非是基于海上货物运输合同关系,也非基于集装箱租用合同关系,而是基于是否集装箱占用的事实。对于这一点,一审法院并没有充分论证,实属遗憾。

本案中,被告的地位一方面是海上货物运输合同关系的收货人,另一方面,其实也是契约承运人香港金时公司的目的港换单代理,即依照香港金时公司的指令在上海港办理换单交单义务,单就本案而言,被告已经按照香港金时公司的指令,向业务对家上海霄翔货运代理有限公司提示提货,并向香港金时公司交付了上海霄翔货运代理有限公司的无单放货保函,此时,应当由上海霄翔货运代理有限公司凭被告的提单或介绍信向原告提货。然而,本案一审中,原告并没有向法院出示提货介绍信或设备交接单,原告代理人也在法庭庭审中确认系争集装箱尚在堆场时就被海关扣押提走了。如依照原告代理人的陈述属实,则集装箱尚在堆场,尚未转交给被告或代表被告提货的上海霄翔货运代理有限公司掌控下,则此时发生的集装箱滞箱费损失是否应当由被告承

担呢?

笔者认为,如以是否转移占有为判决依据,则本案被告并未实际占用集装箱,被告的业务对家上海霄翔货运代理有限公司亦未占用集装箱,集装箱在堆场里,设备交接单尚未签署,也只能被认定尚在原告承运人或其代理掌控下,不能以具备提货条件为由推定货物已经转由被告掌控,更不能以此推定风险责任由被告承担。本案货物在上海港被海关扣押,属于政府扣押行为,非原告责任,也非被告责任,但原告并非无处救济,即依照案外人香港金时公司出具的保函,已经确认由其承担因目的港造成原告损失的赔偿责任。如原告坚持以被告作为诉讼主体,则依照集装箱占用事实而言,本案集装箱尚在堆场,虽具备提货条件,但由于未签署设备交接单,集装箱及其内货物依然处于原告掌控下。如货物已经清关、报关完成,设备交接单已经签署,则无论实际办理提货手续的是被告还是上海霄翔货运代理有限公司亦或是其他第三方,被告均应对原告承担返还义务。如集装箱由被告或其代理提取,则原告可以基于侵权返反之诉起诉被告要求返还集装箱,被告也应当向原告返还集装箱,嗣后再向上海霄翔货运代理有限公司追究责任。

第四、本案引发的思考

本案一审法院以海上货物运输合同关系判决被告作为收货人承担返还集装箱及赔偿滞箱费损失,存在法律及事实基础上的逻辑问题。笔者认为,这是法院单方为寻求判决结果而雕琢判决思路的必然结果。然而,类似本案因目的港无人提货造成承运人利益受损的案例确实属于司法审判中争议比较大的范畴。

笔者认为,针对此类争议,应当区分不同法律关系。如确定依照租箱用箱关系,则租箱使用人对超期使用集装箱、未及时返还集装箱等行为依照租箱协议向承运人或箱主承担责任。在此法律关系下,目的港无人提货或收货人提货拒绝返还集装箱,即使收货人并非租箱协议相对方,但也系因第三人行为而造成违约,同样由租箱使用协议签署人(发货人)承担赔偿责任。

如以海上货物运输合同关系确认法律责任,则应当由订约托运人对于承运人由此而遭受的损失承担责任。如上海海事法官关于 FOB 项下目的港无人提货的审判解答精神,就是赋予承运人向订舱托运人追索相关损失的权利。此外,应修改海商法第 86 条,将迟延提货与无人提货或收货人拒绝提货分别规定。因为这两种完全不同的形态在法律后果、责任承担、处理方式上都明显不同。迟延提货产生的风险、费用由前来提货的收货人自行承担;而无人提货或收货人拒绝提货情形下,因此而产生的风险和费用应当由与承运人订立运输合同的订约托运人来承担。

再次,应取消承运人必须先行使留置权的限制。目前承运人在解决目的港无人提货问题上的困境,包括:

1、由于海上货物运输合同关系的复杂性和法律规定本身的含混不清,在发生目的港无人提货时,究竟应当由谁来承担责任存在很大争议,尤其是在无人提货、收货人不明时,对承运人处置货物产生的费用和 risk 无法由收货人承担,由谁承担没有明确的法律规定。

2、法律规定缺乏可操作性,使承运人可供选择的两种自救措施都受局限。首先,承运人根据《海商法》享有留置、申请法院拍卖留置货物并以拍卖所得清偿债权的权利,但什么情况下到港货物可被视为因收货人不明而无人提领,或者什么情况下可被视为收货人已经拒绝提货,海商法并没有明确规定。此外,运抵卸货港的货物,已经置于卸货港所在国海关的监管之下,对于货物的处置,要征得海关的同意,履行相应的手续。而在有些国家,没有收货人的配合,承运人本身是难以备妥海关所要求的文件的,因此将货物卸在仓库或者其他适当场所的可能性极小。其次由于卸货港国家严格的检疫制度和高额的费用使承运人不得不将货物运回,但运回后又继续堆积在集装箱场站,产生诸项费用。

然而根据海商法第 87、88 条,承运人为收取运费、滞期费、共同海损分摊等费用,必须先行留置货物,只有在法院变卖留置货物不足以清偿承运人前述债权时,才可以向托运人追偿。实践中,无人提领或者收货人拒绝提领的到港货物,多是没有留置价值的货物。因此,应在保留承运人留置权同时赋予承运人直接起诉托运人的权利,加强对承运人利益的保护。

最后,应当协调民事法律与海关行政管理规定的冲突之处

本案是因海关司法扣押行为造成集装箱无法及时归还的结果,但是,关于集装箱能否作为海关扣押的物证,理论上还存在争议。本案进口货物涉嫌走私,而集装箱并非犯罪工具,承运人将货物交付给托运人自行装箱,嗣后运输集装箱货物,对其内货物并不知情,不构成走私共犯。但是实践中,由于海关、堆场、监管仓库等等各方协调的原因,往往对涉嫌走私货物采取粗暴的连箱带货一并扣押的方式,这样的处理模式下,必然损害善意第三方的利益。如本案原告提供 20 个集装箱给案外人装运货物,嗣后又因装运货物涉嫌走私被查封,无端造成损失。当发生此类争议时,作为政府机关,如已查明查封集装箱与犯罪事实无关,就应当及时返还集装箱,以免承运人利益受损,而作为港口码头,也应就此类情况下如何收取保管费、堆存费作出细化规定,对于因政府机关行为被扣押的集装箱,嗣后又因政府法律文书确定返还的,可以免于收取保管费用。●

●文 /程先林

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

从一起仓储货物损害赔偿诉讼看当事人法律关系及诉讼地位

一、案情简介

2012年12月7日,位于浦东新区新场镇一处保税仓库发生火灾。这次火灾烧毁价值3000多万元的澳洲进口棉花。涉案棉花货主共四家,因该棉花都是进口棉花,储存在该处保税仓库。这四家货主中的广东G公司是经过货代公司(杭州Y物流公司)办理进口,又经杭州Y物流公司与上海H公司签署仓储合同,将棉花储存进该保税仓库。

需要明确的是,上海H公司所经营的保税仓库是向上海J公司租赁的。该保税仓库房屋的所有人是上海J公司。该房设计用途是工业厂房,按其消防等级本不能储存棉花。上海H公司与上海J公司签订的租赁合同也是明确房屋用途为工业用途,用作厂房。但在上海H公司在承租到此处厂房后,向海关申请了保税仓库资格,将此处房屋用作仓库,且经海关同意在此储存棉花。

2012年8月份,上海H公司因经营不善,濒临破产,其工作人员撤出了此保税仓库。2012年11月份,保税仓库一楼电梯出现故障,H公司迟迟不进行修理。后上海J公司于12月初请来上海S公司对电梯进行修理。S公司是生产、维护电梯的专业公司。但S公司在修理此仓库电梯时,采用明火电焊,继而火花溅落到棉花上,引起火灾。

2013年7月,广东G公司向浦东新区人民法院提起财产损害赔偿诉讼,将维修电梯的S公司列为第一被告,将仓库的房屋所有人J公司列为第二被告,要求这两家连带赔偿其棉花损失400多万元。

二、本案审理经过

本案涉及到两个争议的焦点问题:一是本案涉嫌应承担责任的当事方,是不是只有S公司和J公司。也即本案的诉讼当事人是否齐全了?二是本案责任主体之间是连带责任还是按份责任。

案件审理中,两被告上海S公司和上海J公司均答

辩要求追加上海H企业管理公司和杭州Y物流公司作为共同被告,并认为本案应为按份责任。两被告所持的理由是杭州Y物流公司接收货主委托,选择H公司的仓库储存棉花,现在原告货主提供的证据包括货代合同、仓储合同、棉花入库单。H公司作为仓储人有管理不善的过错,杭州Y物流公司选择仓库时亦有过错,应该共同承担本案的赔偿责任。同时,原告提供的这些证据只有H公司和杭州Y物流公司出庭才能确认其真实性。也就是说本案中目前的两个被告,既非仓储合同的当事人,又非货代合同的当事人,单纯以这两家公司作为被告,无法分清责任,也无法查清案件的事实。

然而,原告广东G公司明确表示不同意追加上海H企业管理公司和杭州Y物流公司作为被告。

之后,法庭当庭决定追加上海H企业管理公司和杭州Y物流公司作为第三人参加诉讼。

三、法律问题的分析

面对本案争议的焦点之一,仓储合同的保管人和货运代理人在仓储货物损害赔偿诉讼中的地位问题。我们可以从下述几方面分析保管人和货运代理人在仓储货物损害赔偿诉讼中应有的法律地位。

(一) 本案法律关系分析

我们首先明确本案中涉及到这么几个法律关系:

1、租赁法律关系,即上海J公司将房屋出租给上海H公司之间。在这个法律关系中,J公司将房屋出租出去后,就将房屋的占有权、使用权转移给承租方H公司了,H公司对房屋进行使用、经营管理。

2、仓储法律关系,即上海H公司和杭州Y物流公司之间。杭州Y物流公司将货物储存在H公司的保税仓



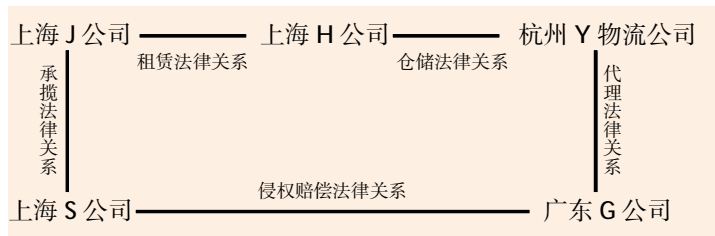
程先林:市律协现代物流业务研究委员会委员

库,上海 H 公司是保管人,杭州 Y 物流公司是存货人。H 公司作为保管人,收取保管费后,有义务保证货物的安全。

3、代理法律关系,即杭州 Y 物流公司(代理人)与货主广东 G 公司(被代理人)之间。杭州 Y 物流公司代理货主广东 G 公司办理货物的运输、入关、仓储等事宜,杭州 Y 物流公司有谨慎注意的义务。

4、承揽法律关系,即上海 J 公司与上海 S 公司之间。J 公司请 S 公司过来修理电梯,与 S 公司之间形成承揽法律关系。其中 J 公司是定作人,S 公司是承揽人。

5、侵权法律关系,即上海 S 公司和广东 G 公司之间。因 S 公司维修电梯时违规操作导致火灾,烧毁 G 公司的棉花,S 公司是侵权人,G 公司是受害人。



我们应当认清当事人之间的法律关系,认清这种法律关系应由哪一类法律规范来调整,当事人在这个法律关系中各有怎样的权利和义务。任何权利义务都是放在法律关系中来讨论的。

(二) 原告的诉讼途径

基于上述法律关系的分析,我认为原告广东 G 公司在其货物受损失后,可以有两种维权的诉讼途径。

1、基于合同关系,要求违约方承担违约责任。

2012 年 6 月,货主广东 G 公司与杭州 Y 物流公司签订《货运代理协议》,约定由杭州 Y 物流公司代理广东 G 公司办理进口货物 2000 吨棉花的通关及运输事宜(包括订舱、报关、报检、装箱、拆箱、转运、代付运费、代办仓储等)。该协议还约定杭州 Y 物流公司在办理该批货物进口手续过程中,应尽到必要的注意义务,以确保货物的安全和性能完整。

之后,杭州 Y 物流公司代理广东 G 公司进口了约定的货物。杭州 Y 物流公司于 2012 年 7 月与上海 H 公司签订了一份《仓储保管协议》,将其所持有的广东 G 公司的 2000 吨棉花存放于上海 H 公司的保税仓库,该协议约定上海 H 公司作为保管人,要对货物按照其特性进行堆放,并且切实做好防火、防霉、防潮、防盗等方面的安全保卫工作。2012 年 8 月,上海 H 公司签发《进库清单》,接收杭州 Y 物流公司所交存的 2000 吨棉花。

根据上述协议,作为货主的广东 G 公司,有理由认

为杭州 Y 公司没有尽到货运代理人的职责,没有保证货物的安全,属违约行为。广东 G 公司完全可以因杭州 Y 物流公司违约,而以 Y 公司为被告提起诉讼,追究其违约责任,要求其承担货物损害的赔偿责任。同时,因上海 H 公司没有尽到其与杭州 Y 物流公司签订的《仓储保管协议》中的安全保管义务,广东 G 公司也可把上海 H 公司作为共同被告,要求 H 公司与杭州 Y 物流公司一起承担违约赔偿责任。此种情况下,可以考虑要求上海 H 公司和杭州 Y 物流公司承担连带责任。

2、基于侵权关系,要求侵权人承担财产损害的赔偿责任。

本案火灾发生于 2012 年 12 月 7 日,即上海 S 公司进场维修电梯的第四天。2012 年 11 月,上海 S 公司与上海 J 公司签订一份《配件销售合同》,合同约定上海 S 公司对涉案保税仓库一楼的电梯进行维修,并更换“层门地坎”、“层门锁钩”、“马达”等部件。之后,上海 S 公司于 2012 年 12 月 4 日开始进场维修电梯。该公司派出的工作人员在维修电梯的过程中,采用了明火电焊作业方式。经浦东新区公安消防支队对本起火灾责任进行调查,最终认定

涉案火灾事故的原因是电梯维修过程中违规电焊操作,电焊火花溅落引燃仓库第一层堆放的棉花。依照上述事实 and 消防部门的认定,维修电梯的上海 S 公司是本起事故的直接责任方。对货主广东 G 公司而言,上海 S 公司是直接的侵权人。广东 G 公司可依据侵权事实和责任认定,以上海 S 公司为被告向法院财产损害赔偿之诉。

而同时,广东 G 公司也可以其他法律主体在火灾发生和造成损害方面有过错,以该法律主体为被告向法院起诉。具体而言,如果广东 G 公司认为上海 J 公司作为仓库的所有人,擅自改变房屋(仓库)用途或其它过失,系火灾原因之一,而将上海 J 公司列为被告,要求其承担赔偿责任;若 G 公司认为上海 H 公司作为涉案仓库的管理人,没有尽到适当的管理义务,导致火灾,则可以以上海 H 公司为被告,要求其承担赔偿责任;若 G 公司认为杭州 Y 物流公司在选择仓库时没有尽到必要的注意义务,也是导致货物损害的原因之一,则其也可将杭州 Y 物流公司列为被告,要求其承担赔偿责任。目前而言,法院方面在侵权赔偿案件中,对侵权主体(即原告起诉状上所列被告)的把握还是比较宽泛的。

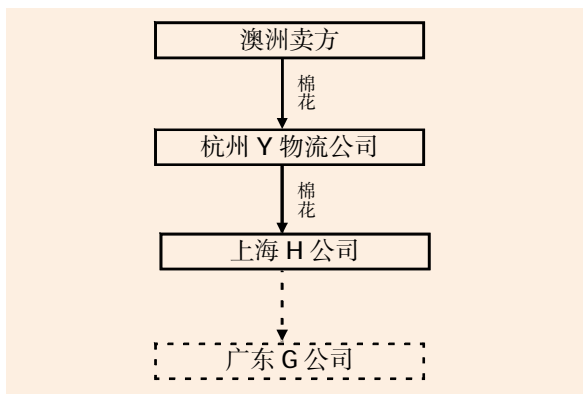
由此可见,原告广东 G 公司在起诉上海 S 公司履行侵权赔偿责任的案件中,可以将 J 公司、H 公司、Y 公司列为共同被告。而如果广东 G 公司不愿追究后三者中任何方的赔偿责任,不愿将其列为被告的时候,法院是可以将它们列为第三人的。当然,此种情况下,J 公司、H 公



司、Y公司和上海S公司应为按份责任,而非连带责任。

(三) 本案中保管人和货运代理人的诉讼地位

本案中,原告广东G公司提起的是财产损害赔偿之诉。作为侵权案件,如有多方责任主体,原告有权只追究某一方或其中某几方法律责任,而只将某一方或某几方作为财产损害赔偿案件的被告。但是在本案中,多个责任主体之间有前后承接、相互印证等方面的事实关系,原告广东G公司只将直接侵权方上海S公司和仓库所有权人上海J公司作为被告,我认为这并不妥当。仓储合同中的保管人和货运代理人应当成为货主起诉仓储货物损害赔偿案件中的当事人(被告或者第三人)。



一方面,如果保管人和货运代理人在仓储货物损害案件中有过错,其理应成为赔偿诉讼的被告。本案中的情况比较明了,上海H公司将达不到消防等级的房屋用作仓库,明显违反法律规定,这对本次火灾的发生及棉花烧毁等损失的产生有着必然的因果关系。杭州Y物流公司没有挑选好仓库,也没有尽到必要的注意义务,存在过错。货主广东G公司也可以追究其法律责任。从这个意义上讲,涉嫌承担责任的几方主体,都应该作为被告参与到本案中来。当然,原告可以放弃对其中一方或几方的赔偿责任主张,不将其列为被告。这不影

响其向其他责任主体追究赔偿责任。

另一方面,纵使保管人和货运代理人没有过错,作为原告的货主也不愿将其列为被告,在这种有前后承接关系的数方主体中,法院也应追加保管人和货运代理人作为第三人参加诉讼。原告所列举的证据中,有如下三份证据:一是《货运代理协议》(原告广东G公司和杭州Y公司签订),二是《仓储保管协议》(杭州Y公司和上海H公司签订),三是上海H公司签发的《进库清单》。原告拟以此来证明其货主地位和货物的数量、金额,并基于此主张赔偿。虽然杭州Y公司和上海H公司可以不作为本案的被告,但上述三份证据的真实性——若没有杭州Y公司和上海H公司出庭予以确认——岂能被法院认定!还有更多的本案其他事实,没有杭州Y公司和上海H公司参与到诉讼中来,也无法得到确认。同时,本案中涉嫌承担赔偿责任的几方主体之间,应为按份之责,也只有各方主体都参与到诉讼中,法庭才能更好地分清各方之间的责任份额。

可见,原告广东G公司执意不肯将杭州Y公司和上海H公司追加为被告的情况下,法庭决定将杭州Y公司和上海H公司追加为第三人,是符合案件审理实际和诉讼法要求的。

四、本案的启示

本案中,原告本因为杭州Y公司在外地,而上海H公司又濒临破产不愿将它们牵扯到诉讼中,企图节省时间使案件尽快判决,尽快得到执行。然而法庭在开庭之后再行追加杭州Y公司和上海H公司,反而拖长了诉讼周期,耽误了原告的时间。

仓储是货物流转中的一个环节,货物在仓储环节出现损毁、灭失的风险往往和其他环节的法律主体有丝丝缕缕的牵连。货主在追究法律责任的时候,应当本着查明事实、分清责任的原则,合理选择赔偿诉讼的被告和当事人,以使案件能够得到合法、高效解决。●

●文 / 冯坚坚

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

猫屋模式的法律分析

一、什么是猫屋

前不久,我在网上买了一瓶水泥清洁剂,因为浦东世博园区开始大兴土木,大量的水泥搅拌车在马路上滴漏水泥,导致我的车身溅满了无法清除的水泥颗粒。货送到那天,家里无人,快递员打电话给我,我毫无困扰地直接告诉他:“送到小区里的水果店吧”。对于这家水果店来说,帮人收快递其实是个稳赚不赔的买卖,因为我们在去取快递时,很可能会买上几十元的水果。这也是我在经历了几次快递上门时家里没人或者因为等快递而迟迟不敢出门的痛苦之后想出的解决方案(其实还考虑过楼下的老人理发店,但是由于营业时间比水果店短,另外我也不是这家理发店的目标客户群,只能放弃之)。

正当我沾沾自喜地为自己的小伎俩得意时,在网上看到的一篇文章瞬间让我明白,当你还在用一点小聪明换取生活的小小便利时,已经有人把这做成成了一个商业模式,虽然是否能成功还有待时间检验。

深圳猫屋电子商务便民服务有限公司(以下简称“猫屋公司”)是由创始人王革于2013年7月5日在深圳前海设立的一家公司。其最主要的商业模式之一便是与社区里的水果店、理发店、美甲店等商户进行加盟合作,提供邻居式的包裹代收服务,使这些社区商户成为快递物流最后一个环节的问题解决者,打通所谓“最后500米”的物流梗阻。在2013年10月下旬至11月上旬,猫屋公司在深圳一次性设立了8家分公司作为其猫屋直营店,同时还陆续发展了数百家猫屋加盟商户。在深圳的淘宝买家,如果发现自己居住的小区内有猫屋直营门店或加盟商户,可以直接勾选“到猫屋自提”。更让人叫绝的是,2013年9月,猫屋公司还利用猫屋的网点开始预售大闸蟹,短短一个半月卖出了3500单,这种O2O加C2B的商业模式确实看上去非常美好。

二、猫屋模式中的法律关系

当然,作为一个法律人,少不了对猫屋商业模式中的法律定性

问题进行思量。传统的商品买卖中,只有卖方和买方两个主体;而到了网购时代,由于淘宝等平台的存在和物流的加入,增加了交易平台、支付平台和物流公司三个主体;到了猫屋模式中,又在前面的基础上增加了猫屋公司、猫屋加盟商户两个主体。因此这样一次普通的网购,至少有卖家、买家、交易平台(如天猫)、支付平台(如支付宝)、物流公司、猫屋公司和猫屋加盟商户七个主体参与其中,法律关系也一下子变得错综复杂起来。

从猫屋一端的维度出发,在一次交易中我们可以总结得出如下法律关系:

(一)买家与猫屋公司及猫屋加盟商户之间的委托收货法律关系。这一委托行为的生效时点和标志为买家在购物环节勾选了“到猫屋自提”选项,勾选行为意味着买方明确告知卖家、交易平台以及物流公司,一旦货物送到猫屋,法律意义上的交付即视为完成,所有权和灭失风险也随之发生转移。

(二)买家与猫屋公司及猫屋加盟商户之间的保管法律关系。保管法律关系的成立紧随于收货之后,由于货物送至猫屋后,买方已经实际成为货物的所有权人,因此猫屋是作为保管人接受买方的委托,保管货物至买方前来提货为止。

(三)猫屋公司及猫屋加盟商户与卖家、交易平台或者物流公司之间的物流服务法律关系。从目前能掌握的信息来看,代收货物这一商业模式中猫屋公司的收入来源是卖家或交易平台,但从实际操作角度上,猫屋公司不可能与所有分散的商户去签订物流合同,猫屋公司的代收货物物流服务应当是由交易平台(如天猫)来统一采购的,而交易平台再将采购成本转移到卖家来承担。而在其他非网购的纯物流快递中,可能猫屋公司的代收包裹物流服务又是由物流公司来进行采购的。

(四)猫屋公司与猫屋加盟商户之间的加盟合作法律关系。猫屋的加盟商户大多为社区内的个体工商户,以加盟店的形式与猫屋公司之间建立加盟合作的法律关系,同时约定每单代收货物服务价格、保证金缴纳、服务质量标准等基本事项。

通过分析我们不难看出,上述4个法律关系中,发生金钱支付的只有第3和第4个法律关系。



冯坚坚: 市律协现代物流业务研究委员会委员

三、猫屋模式中的问题与风险

在列明了与猫屋相关的法律关系后,我们可以发现猫屋这一新型商业模式中潜在的一些未决问题和风险:

(一)在买卖合同中,伴随交付有一个非常重要的环节——货物验收。而网上购物中,由于快递都是包裹送货,很多买家没有第一时间拆包验收,这就导致验收成为网购中特别容易发生争议的环节。在猫屋模式中,验收环节的问题及风险则被进一步突出放大了,因为买家到底只是将“收取货物包裹”委托给了猫屋,还是将“对货物进行验收”也委托给了猫屋,这仅凭一个“到猫屋自提”的选项勾选是无法确定的。而从实务角度看,猫屋根本不可能替买家来拆包验收货物。那么在买家自提货物时,如果发现包裹破损或货物存在数量、质量瑕疵,是否还能向卖家主张验收不合格呢?由此产生的损失,买家到底应该向卖家、快递公司、交易平台(如天猫)、猫屋公司还是猫屋加盟商来主张呢?

(二)鉴于猫屋在收货后还负有保管义务,如果买家在拆开包裹后发现货物存在瑕疵,在各方均无有力证据的情况下,如何界定货物的瑕疵是自发货时就存在,还是物流途中造成,又或是猫屋保管期间造成的呢?

(三)在4个法律关系中,签订有书面合同的很可能只有第3和第4个法律关系,而作为买家,实际上与猫屋公司和猫屋加盟商之间都不存在书面合同关系。那么在买家与猫屋发生争议的情况下(例如买家认为猫屋未及时收货、对货物未妥善保管造成货损或者直接遗失货物),买家无法直接依据合同针对猫屋进行维权或起诉,而必须先向卖家和交易平台或物流公司来进行维权或起诉;而如果直接以侵权来向猫屋提起诉讼,买家的

举证责任又会被大大加重。

(四)买家和猫屋之间由于不存在付费关系,那么两者间的法律关系调整是否可以适用《消费者权益保护法》?

(五)由于买家和猫屋之间未签订书面合同,那么在买家迟迟不去猫屋提货,导致猫屋空间被占用的情况下,猫屋是否有权向买家收取保管费用?对于经催告买家后仍长期未提的货物,猫屋是否有权自行处置?

(六)猫屋的加盟商大多为个体工商户,说白了很多就是社区里的“夫妻店”,其持续经营能力和稳定性都不强,对于猫屋公司而言,如何加强对这些加盟商的管理也是一个非常重大的课题。

四、后记

2013年12月27日,全国人大财经委召开电子商务法起草组成立暨第一次全体会议,首次划定中国电子商务立法的“时间表”,即从起草组成立至2014年12月,进行专题调研和课题研究并完成研究报告,形成立法大纲。2015年1月至2016年6月,开展并完成法律草案起草。

从历史上看,商业模式的创新总是伴随着技术进步而产生的,但是在互联网以及移动互联网颠覆人们生活方式的今天,新兴商业模式更加变得随处可见,而且往往其刚出现时,人们甚至无法理解其中的商业逻辑和盈利模式。而对总是滞后于社会发展的法律体系来说,就更加无法对这些新兴模式进行准确的定位和诠释了。但机遇总是隐藏于风险之中,把控新商业模式的风险,才能最大限度地抓住机遇。●



●文 / 伍建鸿

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

关于实际托运人的识别问题



案情简介

2010年2月至6月间,原告F公司多次与J公司签订“采购合同”,约定由F公司供应储物方凳,出货方式为“FOB SHANGHAI”,指定货代为“客人提供”,目的地为“美国洛杉矶”,付款方式为“提供单据复印件T/T 15天”。随后,J公司将涉案货物转而出售给美国I公司。X航运公司接受了I公司的订舱委托,而J公司就订舱、提单缮制等涉案货物出运事宜与X货运上海分公司进行业务联系。F公司确认“与承运人之间关于海上货物运输的事宜都是J公司在联系”,其仅负责实际交付货物。J公司又进一步指示X货运上海分公司向F公司或其货运代理人开具装港费用发票并明确F公司或其货运代理人为提单接收人。F公司同时委托自己的货代办理货物内陆拖车及报关业务,并指示其货代根据X货运上海分公司开具的发票支付了包括订舱费、THC费在内的装港费用。费用到账后,F公司取得全套X航运公司为抬头的记名提单,该提单载明托运人为J公司,收货人为I公司,由X航运公司授权X货运上海分公司使用其签章章对外签发。F公司确认其同意在涉案提单中将J公司记载为托运人。货物运抵目的港后,X航运公司的目的港代理公司擅做主张,在未取回X航运公司正本提单的情况下将全部货物交付给了提单收货人I公司。

由于F公司未能依照贸易合同的约定收取到货款,因此就上述无单放货事宜将X航运公司、X货运公司、X货运上海分公司诉之法院,要求三被告作为共同承运人,连带赔偿F公司的货款及利息损失。

本所接受三被告委托后,对于涉案各方法律关系及相应权利与义务进行了分析。本所律师认为,X

货运上海分公司作为X航运公司的签单代理人,不应就目的港无单放货承担任何责任;F公司并非实际交付货物的托运人,向X航运实际交付货物并依法有权控制货物的应是J公司;即便F公司可以被认定为“实际托运人”,因涉案提单是记名提单,F公司作为持有记名提单的“实际托运人”也没有诉权;F公司虽持有正本记名提单,但不具有提货权,亦无法控制货物,因此其货物损失与无单放货行为无因果关系等。

最终,一审法院经过多次质证及开庭,判决对F公司的所有诉请不予支持。F公司随即向二审法院提起上诉。二审法院维持原判。

律师评析

本案的争议焦点为F公司可否被认定为海商法下的“实际托运人”。海商法第42条第3项“托运人”,是指其中第2款规定:“本人或者委托他人以本人名义或者委托他人为本人将货物交给与海上货物运输合同有关的承运人的人”。而该定义是出于帮助FOB贸易条件下国内出口方在结汇前实现控制货物物权的良好愿望。最高人民法院2009年通过并实施的《关于审理海上货运代理纠纷案件若干问题的规定》进一步明确了保护实际托运人的司法态度,但如何认定“实际托运人”则是困扰司法实践的难题。在提单中载明的托运人并非交货人,而交货人在接受该提单时又未提出异议的情况下,此问题尤为突出。

该案中,F公司接受了托运人为J公司的记名提单,却未提出任何异议,主动放弃了记名提单项下托运人的相关权利。而X货运上海分公司依据J公司的指示向F公司的货运代理人交付了提单,又未实际参与涉案货运的报关和内陆拖车,因此无法准确识别贸易环节中各方当事人的法律地位。两级法院在审理该案时均适用了货物出运当时,承运人是否对实际托运人身份知道或应当知道这一标准,即识别实际托运人的时间节点应为运输



伍建鸿:市律协现代物流业
务研究委员会委员

合同订立和履行当时,而非纠纷发生之后。诉讼中,法官站在一个客观的立场,用“谨慎的承运人”的标准来判断本案中“承运人是否明知或者应当知道”实际托运人是相对公平的。

此外,本案的判决也是对航运实践的积极回应。在航运实践中,交货人在将货物交付承运人的过程中会经过仓库、卡车、堆场、码头等各项环节,与之相应的合同关系错综复杂。在此情况下,如不考虑承运人在当时情况下是否明知或者应当知道,而对承运人课以过高的注意义务或要求其过度介入贸易合同关系,将导致法律关系的不稳定及航运实践的混乱。实务界的反馈也表明,货运操作过程中往往难以确定谁是真正的交货人,而在有中间商或外贸代理人介入的情况下,更是难上加难。

海商法下“委托他人为本人交货”的情形在人民法院出版社出版的《中华人民共和国海商法注释》的注解是:“委托人本人为托运人,而实际办理交货的人是委托交货人。委托交货人在办理交货时应出具委托函,以便承运人明确谁是托运人。”也强调了承运人对交货人应可识别。

结论

在此类纠纷中如何识别实际托运人应重点关注如下两方面:

首先,交货人与收货人之间是否构成直接的贸易合同关系?两者之间是否存在中间商及中间商扮演的角色?国际贸易合同与海上货物运输合同虽为互相独立的两个合同,但贸易合同中有关权利义务约定与运输合同项下纠纷的处理有着千丝万缕的联系,并不能完全割裂。其次,交货人是否实际参与了相关订舱及出运活动?例如约定船期、告知指定的装卸港、通报货物数量与内容、明确运输要求以及确认提单等。交货人通过上述一系列对订舱活动的参与,可使承运人较为清楚识别是谁根据其指令前往交付货物,或提交货物的人是受谁委托替谁向承运人交货。●



侯 静: 市律协现代物流业
务研究委员会委员

●文/侯 静

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

对一起货物运输合同纠纷中损失赔偿认定的分析

案情介绍

上海 A 物流有限公司(下称 A)与案外人 C 体育用品有限公司(下称 C)签订了有效期 1 年的《物流运输服务协议书》,由 A 作为 C 生产的鞋子(该鞋子为国际某知名品牌)的指定承运商,合同约定:运输过程中造成鞋子毁损,收货人拒绝收货,A 应按毁损货物的吊牌价的 7 折赔偿。

上海 B 物流有限公司(下称 B)为 A 下家承运商,自 2008 年起负责 A 交付的 C 的鞋子的运输任务,且 B 知晓 A 对 C 所承担的赔付责任。2009 年 6 月 29 日,A 将从 C 处承接的 6689 双鞋子(吊牌价/零售价 300 万元人民币)交由 B 进行运输,B 给 A 出具运单,运单背面“协定条款”注明:如发货方不能提供有效发票(后补无效)证明货物价值,一旦货物出现问题,则运输公司按本次货物运费补偿,最多不超过 1 倍运费。A 向 B 提供了货物托运单,且货物的包装箱注明托运鞋子的数量、型号,包装箱内的箱单(销售出库单)明确了

该批运输货物的价值。B 在案外人 D 保险(中国)有限公司(下称 D)处投保了货物运输险和承运人责任险。同日,B 承运 A 交付的鞋子从上海到北京,途中遇大雨,B 的驾驶员疏忽致货物苫布被风吹开,致货物遭雨淋,因纸箱包装且多数为帆布鞋,故货物受损严重。7 月 3 日,货物到达北京,收货人北京 E 商贸有限责任公司(下称 E)验货发现货损严重,拒绝收货。B 通知 A 后,将货物置于 B 在北京的仓库并未积极处理赔偿事宜。A 要求 B 及保险公司 D 共同确认货物损失并予以赔偿,但 B 采取回避态度,D 也未能及时查勘定损。为避免更大损失,7 月 5 日,A 与 E 达成书面协议,由 A 赔偿 E 人民币 60 万元,并由 C 对受损鞋子进行修复处理,修复费用为 2 万元。经修复后,仍有 1159 双鞋子未达到出厂标准,并有 203 双无法售卖,后 A 追加补偿 E 人民币 15 万元,A 总计赔偿 E 人民币 75 万元,并实际支付(有相应的银行转账记录)。后 A 向 D 提出保险理赔申请,D 迟迟未予赔付,故 A 要求 B 承担赔偿责任,双方就赔偿事

宜未能达成一致,2011年4月,A向人民法院提起诉讼,要求B赔偿损失计人民币77万元。

本案属于公路货物运输合同纠纷中的典型案例,该类案件争议焦点通常为:1)运输合同中“限赔条款”的效力及是否适用问题;2)货物损失额及赔偿标准问题。

本文将重点阐述在限赔条款不适用情况下,对于本案损失额及赔偿标准应如何认定问题。

有关公路货物运输损害赔偿的法律规定及分析

我国《合同法》第三百一十二条规定:“货物的毁损、灭失的赔偿额,当事人有约定的按照其约定。没有约定或者约定不明确,依照本法第六十一条的规定仍不能确定的,按照交付或者应当交付时货物到达地的市场价格计算。法律、行政法规对赔偿额的计算方法和赔偿限额另有规定的,依照其规定。”

从该条文来看,法律首先倡导的是当事人在运输合同中就货损赔偿数额作出事先的约定,即“有约定,从约定”;当委托双方关于货损赔偿没有约定或者约定不明时,则按照货物到达地的市场价格计算。虽然我国合同法规定了货损赔偿数额的基本原则以及不同情形下的适用方法,但是实践中对货损赔偿数额的认定仍然是个难题。如:所谓市场价格如何理解?笔者认为:针对不同的市场主体,货物市场价格的计算方式不同。如对于生产商来讲,货物的市场价格就是其生产货物的生产成本价加上利润,对于经销商来讲,货物的市场价格就是其批发价加上采购费用加上销售利润等。而对于普通消费者来讲,货物的市场价格就是市场上的零售价。而同一批货物由不同性质的市场主体主张赔偿,其主张的损失额,即市场价格也应有所不同。其次,托运方不能提供有效证据证明损失货物的市场价格的情况下,赔偿额如何确定?第三,货物并非全部损失,在部分损失的情况下,如何确定赔偿额?法院审判实践中,对于损失金额,在原告有争议且现有证据无法证明的情况下,如损害标的物尚存在,法院多采用评估方式来确定损失额;对于损害标的物不存在或无法通过评估来确定损失的情况下,法院往往采用酌定的方法确定损失额。而市场是一个复杂的环境,评估或酌定的价值往往不能客观地反映托运人的实际损失。

对于本文所述案例,通过《合同法》第三百一十二条的规定确定损失额存在困难。首先,本案托运人A公司,非货物的所有人,仅为上家承运人,该货物对于A公司来讲,其价值为市场零售价还是市场批发价存在争议。其次,本案货物为部分损失,且部分损害货物已被修复,损失程度无法确定。第三,本案受损货物为帆布鞋,经过

雨淋,即使修复,仍存在无法正常销售的可能。第四,本案受损货物的修复费用仅为2万元,而本案A为使收货人E正常接受修复后的货物支付的对价达75万元之多。鉴于上述问题的存在,依据《合同法》第三百一十二条的规定,已无法确认本案损失。而如果本案仅认定货物的实际损失,不考虑A公司为减少损失所支付的对价,显然不能客观地反映托运人的实际损失,有失公平原则。因此,对于本案,笔者认为,为确定合理的损失赔偿额,还需结合其他法律规定以及纠纷的具体情况予以综合判断。

对本案损失赔偿认定的分析

本案系运输合同违约赔偿纠纷,A公司要求B公司赔偿因B违约造成的A的财产损失,此损失在本案中并非仅理解为货物损失。我国《合同法》中对违约赔偿问题作出了如下规定:《合同法》第一百一十三条规定,当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定,给对方造成损失的,损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益,但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失;第一百一十九条规定,当事人一方违约后,对方应当采取适当措施防止损失的扩大;没有采取适当措施致使损失扩大的,不得就扩大的损失要求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用,由违约方承担。由此看出,我国合同法在损失范围的界定上,采用了实际损失和可得利益的概念,即对实际损失和可得利益均应予以赔偿,同时对可得利益的损害赔偿予以限制,提出在计算可得利益的损失赔偿额上还要综合运用可预见性原则及减损规则。

对于本案来讲,A的损失应包含B违约给A造成的财产损失及A为防止损失扩大而支付的合理费用。笔者作为A的代理律师,从有利于A的角度结合本案案情对损失赔偿的认定具体分析如下:

一、本案B违约后,A可能发生的损失金额。

按照A与C签订的《物流运输服务协议》的约定,收货人未能签收货物的,A应按照货物零售价的7折进行赔偿。A提供给B的货物托运单、货物的包装箱注明托运鞋子的数量、型号,A对运输货物依法进行了如实申报。包装箱内的箱单(销售出库单)明确了运输货物的零售价总计人民币300余万元。因货物受损严重,致收货人E拒绝签收。按照A与C协议约定,如E未能签收货物的话,A应按照货物吊牌价7折,即210万元赔偿托运人。即本案B的违约行为致A可能发生的损失金额为210万元。

二、本案B与A订立运输合同时应当预见到因违反合同可能给A造成的损失。

B为物流运输企业,常年从事物流运输业务,对于物流运输业务中通行的货损发生后,按损失货物价值对货主进行赔偿的惯例了解。自2008年起负责A交付的C的鞋子的运输任务,且B知晓A对C所承担的赔付责任。B清楚地知晓本案涉及运输的鞋子为国际知名品牌,A提供给B的货物托运单、货物的包装箱注明托运鞋子的数量、型号,虽然B无法预见到具体的货物价值,但B对A交付的运输货物的大概价值应有所了解。即B对于违约可能给A造成的损失应该可以预见到。

三、B违约致损失发生后,A及时采取措施防止损失扩大防止损失扩大义务是合同法规定的受害人的法定义务,即本案A必须履行的义务,否则A无权就扩大的损失向B主张赔偿。根据相关合同法理论,对于防止损失扩大,受害人所采取的措施应该是合理的,即要求时间上合理和措施本身合理。

首先,本案事故发生后,在要求B赔偿无果的情况下,为避免炎热的气温对雨淋的帆布鞋造成再次的损害,A于事故发生后第3天就及时采取了措施。时间上是合理的。

其次,A对于损坏的货品与收货人E协商赔付行为系为避免损失扩大,在紧急情况下进行商业利益衡量后的不得已行为,并无不妥。本案货损发生后,收货人E拒绝签收受损货物,按照A与C签订的《物流运输服务协议》的约定,A要赔偿C210余万元。而B作为实际承运人明确表示无能力对受损货物进行赔偿。为减少损失,A只能与收货方E进行协商,由收货方E收取货物。A不是货主,对于遭受雨淋的鞋子的处理不专业,也没有时间去委托专业人员对于收货人E的各种损失进行精确的评估。在此情况下,A更多地要依赖收货人E的意见。同时,如果A不积极采取措施,很可能导致被雨水淋湿的鞋子最终无法修复,损失扩大。此时E处于强势主动地位,而A处于非常被动的局面,一方面B表示无能力承担过高的赔偿额;另一方面如协商过程过长,则必然导致遭受雨淋的鞋子进一步受损,影响修复,导致损失增加。在此紧急情况下,为避免损失进一步扩大,A只能在未能与B达成一致的情况下,自行与E就赔偿事宜达成协议,并进行先行赔付。对此,不能对A采取措施的合理性提出更严苛的要求。

第三,A采取防止损失扩大的措施所支付的对价比较合理。考虑到受损货物的品牌、市场销售情况、及受损货物为上市新品非打折促销品等因素,且考虑到遭受雨淋后的鞋子即使修复也已无法达到正常出厂合格品的标准,无法按正品进行销售的事实。AE双方协商确定了赔偿额,鞋子总计6689双,总零售价约300万元,平均单价450元每双,5530双经修复达到出厂标准,每双赔

付54元,约按零售价1折赔付;1159双未达到出厂标准,每双赔付300元,约按零售价6.6折赔付;203双因无法销售,按零售价全价赔付。按照《合同法》312条规定:货物的毁损、灭失的赔偿额,当事人有约定的,按照其约定;没有约定或者约定不明确,依照本法第六十一条的规定仍不能确定的,按照交付或者应当交付时货物到达地的市场价格计算。A对E的赔偿具有合理性。

第四,本案货损发生后,B作为承运人消极不作为,其没有及时委托保险公司对损失货物进行现场勘查检验,评估定损,也没有积极配合A协商赔偿事宜。最高人民法院印发《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》的通知明确,人民法院认定可得利益损失时应当合理分配举证责任。违约方一般应当承担非违约方没有采取合理减损措施而导致损失扩大、非违约方因违约而获得利益以及非违约方亦有过失的举证责任;非违约方应当承担其遭受的可得利益损失总额、必要的交易成本的举证责任。即本案B应该对A没有采取合理减损措施而导致损失扩大承担举证责任,B承认其过错致使A交付的708箱货物受损,而不能证明A所采取的减损措施不合理,甚至提出更有效、更经济的减损措施。则B应该对其不能完成举证责任承担不利的法律后果。

综上所述,本案中A向E支付的75万元赔偿款,实际是为减少损失所采取的必要措施而支付的合理对价。对于本案损失赔偿金额的认定,应结合《合同法》关于违约赔偿的相关规定,充分考虑案件具体情况,并遵循鼓励合同当事人积极行事的法律本意。●





岁月回眸

●文 / 陈发银口述 靳丰倩、萧鲁羊记录、整理

栏目组稿人: 岁月回眸 李海歌 lihaige@lawyers.org.cn

脚踏实地三十载 倾情大海献终身(下)



【前期回顾】作者清醒地认识到,诉讼程序是诉讼的基本点。打官司时,他会高度关注诉讼程序的要点——诉讼管辖、主体资格和诉讼时效这三个关键,努力为委托人争取主动。在调查船舶碰撞事实真相、辨别船舶出险真假时,作者凭借自己全面扎实的海事海商理论功底和丰富多样的海上航行经验,不为表象所迷惑,在最短时间内准确抓住争议要点,迅速切入问题核心,令人信服地还原事实真相。

依理论碰撞责任大小

两轮碰撞的责任大小,是当事人最重视、双方争议最激烈的问题。我在受托时,从不对碰撞责任随便表态,在确定委托前也不会为了接案子而向当事人承诺责任分成。接受委托后,我会尽力收集相关证据材料,在搞清事实的基础上,对照案件、法规,确定碰撞责任大小,并据理力争。下面以我代理的案例——“门罗总统”轮撞沉“苏连渔

519”轮案来说明。

1988年5月6日16:50,江苏省连云港海洋渔业公司所属的“苏连渔519”轮与“苏连渔520”轮在中国东海渔场的2161渔区2小区拖网作业时,被航经该海域的美国总统轮船公司所属“门罗总统”轮撞沉,船上20名船员中17人遇难,造成一起重大海损事故。

事故发生后,双方约定1988年6月22日至25日在上海协商解决。江苏省连云港渔业公司根据农林部、东海区渔业指挥部的建议,于1988年5月25日指派该公司副经理等人专程到沪委托我担任诉讼代理人。受托后,我立即与渔监、港监等部门进行了联系,又去连云港进行了调查和收集证据材料,汇总损失账单,并通过电话、电传同美国总统轮船公司联系。6月22日美国总统轮船公司指派了该公司高级顾问余法高律师,随带其他几位著名律师到代理人律师海事部(共青路486号)会晤,“连渔公司”党委书记、副书记以及我和助手参加了会谈。

协商会谈开始,对方聘请的黎恩律师就先发制人,侃侃而谈:“门罗总统号采用世界上最先进的芬兰系统,在两船相距30海里时,已经发现前方两艘渔轮从本船左舷向右舷移动。但在靠近时,贵公司的两艘渔轮又突然转航改向左航行。就这样,‘519’撞到了‘门罗总统’轮上。”他的结论是根据《1972年国际海上避碰规则》第15条规定,“苏连渔519”轮对其右舷的“门罗总统”轮没有让路,且错用了向左转向,应负主要责任。

我当即反驳:“很遗憾,事实并非如黎恩律师所述的那样。大量的证据表明,‘519’和‘520’两轮当时正在捕鱼作业,是权利船,‘门罗总统’轮位于‘519’轮正横后22.5度高速前进,是追越船。根据避碰规则规定,其应属让路船。而该轮当时疏忽了望,加之当时有雾看不清,直到行近的时候,才发现有船。这时它欲转航向右,这才撞上‘519’轮。”

我接着说:“根据我国这一带海域

潮流的规律,以及对拖渔船作业时的情况,两艘渔船当时向左转向是不可能的。根据两轮作业性质以及船舶动态,本起碰撞完全是由‘门罗总统’轮一系列过失所造成。即:‘门罗总统’轮违反避碰规则第8条关于避免碰撞的行动的一系列规定,盲目右转,是造成本起碰撞的根本原因;‘门罗总统’轮违反避碰规则第18条和第13条规定,未对从事拖网作业的被追越船‘苏连渔519’轮采取避让行动,造成紧迫局面,是导致本起碰撞的关键原因;‘门罗总统’轮违反避碰规则第6条和第8条e款以及第19条e款关于安全航速的一系列规定,是造成本起事故的重要原因;‘门罗总统’轮违反避碰规则第5条和第7条a款和b款关于了望的一系列规定,是造成本起碰撞的另一重要原因;‘门罗总统’轮违反避碰规则第30条c款和第35条a款关于信号灯的使用规定,是造成本起碰撞的又一个重要原因;‘门罗总统’轮肇事后不采取救助行动,违反避碰规则第2条a款关于‘海员通常做法’的规定,是造成本起事故损失扩大的原因。综上所述,无论从两船的作业性质,还是从互见时的格局以及动态,‘门罗总统’轮对本起事故的发生都负有完全责任。”

我还强调指出:“对于本起事故来说,要确定碰撞责任和经济责任,首先要搞清碰撞的事实经过,稍有海洋渔业捕捞知识的人都清楚,对拖渔船在作业中要掉头和逆时针转向是不可能的。另外,519轮船长39.23米,总吨位262.55吨,门罗总统轮船长262.18米,总吨位40267吨,假如是519轮撞了门罗总统轮,绝不可能一下子沉没,一下子死17名船员……有一点必须强调,中国人绝不是向美国人讨饭,我们不需要恩赐,只要求公正合理的赔偿。”

美国总统轮船公司首席法律顾问



指导年轻律师办案

见状,深知面对事实和法律,难以开脱“门罗总统”轮的主要责任,便站起来说:“陈先生,刚才我方没有讲清楚,我在此表示道歉。我个人的意见是,今天讨论谁的责任比例,对贵公司,对死难者家属和我所在的公司,都是没有用处的。我们承认对这起事故应负较大责任,并愿意按你们的实际损失赔付,但希望不要追究责任比例。”

嗣后,双方对索赔账单进行了反复协商,最终达成共识:美国总统轮船公司就本起事故向“连渔公司”(包括17名死者)赔付2279722美元,轰动一时的案件至此告一段落。

据实算海损金额多少

海事诉讼的最终结果,也即当事人的最终目的,是得赔金额或者赔付金额。因此,认真收集海损账单,仔细计算海损金额是代理人必须十分重视的事项。我有幸在海洋渔业公司渔轮大队担任过一段时间的领导工作,学习了一些企业管理知识,对“量本利”工程比较有兴趣学习和研究。不少当事人及其诉讼代理人对损失金额算不清,什么道理

呢?就是因为他没有“量本利”的理念:“量”就是数量,“本”就是成本,最后才是“利”,即利润。有一个案子,我从最初的1亿2千万元最终给赔偿义务方当事人算到了1千2百万元,而贯穿海损计算始终的就是“量本利”与法律规则的有机结合。

我从上世纪八十年代起,陆续接受委托,代理了多起大轮碰码头和桥吊案件,其中“安泰”轮碰大连港务局的码头和桥吊、“奥登道夫”轮碰上海集装箱码头有限公司的码头和桥吊、“达飞快航”轮碰北仑集装箱公司的桥吊和码头等案件,原告的诉讼请求都在人民币亿元以上。然而,通过我去粗存精的计算,其实际损失都达不到0.5亿元人民币。现举“奥登道夫”轮碰上海集装箱码头有限公司的码头和桥吊一案剖析。

上海集装箱码头有限公司于1999年12月28日向上海海事法院提起诉讼,诉称:上海船厂所属“奥登道夫”轮在1999年10月9日试航途中,途经上海港黄浦江水域时,突然撞击其所属军工港码头及J103号集装箱起重机,致使起重机当即倾覆损毁,司机受伤,并

造成码头结构损坏及事发地附近的其他船舶、集装箱和货物等损坏。同时向上海海事法院递交《财产保全申请书》，要求提供合计人民币 1.2 亿元的有效担保。

事故发生后，上海船厂委托我作为涉案的诉讼代理人。受托后，我查阅了案卷，对事实经过进行了必要的调查取证，对码头和桥吊损坏现场进行了勘察。由于该案是航行船触碰，因此重点是对原告报损的五大项损失进行审核和计算。

首先，对原告报损桥吊损失人民币 21,592,261 元按有关规定进行核算。我提出：J103 桥吊损失应当根据最高人民法院《关于审理船舶碰撞和触碰案件财产损害赔偿的规定》第 12 条关于“设施部分损坏或者全损，分别以合理的修复费用或者重新建造的费用，扣除已使用年限的折旧费计算”的规定进行定损。因此，首先应确定桥吊的重新建造费（即重置费）。据原告委托上海市科技咨询服务中心航海分中心所作的《评估报告》，确认 J103 桥吊的重置费为 200 万美元。按此价扣除已使用年限的折旧费，桥吊在发生事故时的价值为人民币 3328675 元（原审法院计算为人民币 3332895 元），加上桥吊处理费人民币 530000 元，则桥吊的最终损失为人民币 3858678 元（原审法院认定为人民币 3861895 元）。由此，原告的不合理报损被剔除了人民币 1173 万余元。

接着，对原告报损营运损失人民币 62008024.38 元，我根据有关规定以及从原告处查取的《财产损失计算依据》和《昼夜船舶作业计划表》，按照企业收入、成本和利润计算规则，核算出了每天营运损失为人民币 24070.76 元（原审法院委托会计师计算为 24256.08 元），同时核算停产天数为 131 天（原

审法院审定为 338 天），因而营运损失为人民币 3153269.56 元（原审法院认定为人民币 8198555.04 元）。由此，原告的此项报损被剔除了人民币 4780 万元。

紧接着，我对原告诉称的不可预见费人民币 3926508.93 元进行了评议：原告所谓不可预见费无法律依据，事实上码头损坏修复费已被认定为人民币 430000 元，不可能有不可预见费用，桥吊损失协谈中，原告也提不出不可预见费。至于营运损失，古今中外，没有不可预见费计损之说。所以此项费用事实上不存在，应予剔除。通过双方辩论，法庭采纳了我的意见，剔除了此项近人民币 400 万元的报损。

此外，对原告报损的码头损失费以及其他损失费进行了核算后，最后确定总损失为人民币 7695217.56 元，法院经再三审核评议，最终以人民币 12740350.24 元判定损失，剔除了原告所称人民币 1 亿多元的不当诉求。判决结果为原告申请保全的 1/10，为原告起诉请求金额的 19.15%。

坚持“三拥护”、“三不”、“三勤”

我深深地体会到作为一名律师，应该坚持正确的政治方向；受理案件时应坚持实事求是，保持理性；在诉讼代理中应该勤勉尽职地为委托人服务。

立场正确方能有作为

回顾 30 年的律师生涯，我感触最深的就是首先要有坚定的政治立场，也即“三拥护”：拥护中国共产党的领导，拥护社会主义道路，拥护国家法律法规。特别是在与境外单位或个人交往

时，言语中更要坚持“三拥护”。

我在受理案件时，坚持“三不”：一不吹嘘自己，二不打包票，三不弄虚作假。如果与来访者达不成共识，只好恕不接待。

我在诉讼代理中，坚持“三勤”：一是手勤。认真做好资料收集和记录，写好起诉状，答辩状，举证说明，质证意见，发问提纲和代理词等等，并尽可能在庭审前征求委托人的意见。我认为在起草代理词或者辩护词时，需要对诉讼材料和案卷文书反复阅读揣摩，然后结合法律才能写成。写好后还要修改至少两三次，看证据是否合法，法律是否适用，用语是否存在不礼貌的情况等。经历了这样的准备过程，在后续的庭审中就不会作无层次的乱讲。为此，我和我的海事部同事们无论办理什么案件，庭前一定会亲自准备第一轮发言的书面材料。

此外，庭前的代理词等文书最好是自己构思成文。在我生病期间，有一个撞船案例，肇事方（英国的××保护协会所属单位）指明要我为其代理，因为我当时刚做完手术，就把亲自写好的代理词让家人给老外传真过去。老外看完后，就派人去医院看我，一是表示慰问，二是问以我当时的状况，能否出席法庭帮他们应付突发情况。我当时是带着教我发音的老师一起出庭的，还带了一个助手。在庭上，第一轮发言的代理词是我写的，发言后庭上平安无事。第二轮发言后，双方争执了起来，对方情绪非常激动。见此情况，我只得接过话筒，进行我声带手术后的第一次较长时间的发音。由于我对发言有所准备，所述之言得到了对方的理解和法庭的采信。这个案子说明发言一定要准备，第一要针对对方的观点进行充分准备，要有理有据。第二对于对方发言、观点不当的地方，不要指责，要有礼貌。最后该案以



1987年为龙须岛渔业公司海事索赔去山东高角调查海损



1996年9月于北戴河参加“第六次全国部分名律师座谈会”



2012年10月阔别五十年后再返母校

525 万美元和解。

二是脚勤。办案子要重证据,重调查研究,要千方百计地取得证据材料。

三是嘴勤。在法庭上,只要有机会就要尽量向法官、向对方反复、认真地阐述事实和讲解理由,以取得法庭的听信和对方的默认。对于对方的发言,要认真倾听,把重要的记一记,思考接下来该就其哪一点进行反驳。有的人在法庭上会认为对方律师水平不高,讲的都是废话。但我不这样认为,对方讲的可能有错误,但绝不是废话。

全心全意服务委托人

我从 1983 年开始搞法律, 至今有 30 年了。如前文所述, 由于我一直在水产局任职, 所以本质上我始终是在以一个兼职律师的身份做着专职律师的工作, 但这丝毫不影响我对律师工作始终如一的热情和谨慎细微的态度。正是这样的精神状态支撑着我 30 年来克服生活上和工作上的困难, 全心全意对待手上的每一个或大或小的案子。

概括起来, 我大概做了六件事: 一、接受航运、水产等单位的委托, 提供法律咨询, 并应公司及顾问单位的要求, 讲解宪法、合同法等法律; 二、接受委托担任三个学校的法制教员, 在上海市杨浦区教育学院和上海市虹口区夜大任海商法教员, 并受上海水产学校、上海海运学院的邀请多次为学生讲解《国际海上避碰规则》; 三、免费接受社会各方人士, 以及企事业单位和居民等来访咨询达数千



为企业讲解法律知识

起, 履行社会责任; 四、受托担任企业、事业单位, 特别是航运和船舶修造单位的常年法律顾问, 历年来达 100 多家; 五、受托担任合同, 主要是船舶买卖合同见证, 历年来达 200 多件; 六、接受委托担任诉讼代理人。我代理的案件有 1000 多件, 其中海事、海商案件 800 多件, 刑事、民事和经济案件 200 多件。在刑事上, 这 30 年虽然代理的案子不多, 但有几件还是比较有可参考性的。

在维护代理人的利益时, 对于对方的错误行为, 要质疑, 但也要做到有理有节。例如在我代理的一起涉外海事大案中, 对方当事人攻击我的当事人有勾结军国主义的行为, 我当即表示抗议, 但是我并未将对对方的人格攻击作为抗议、反攻的手段。其实我当时手里是

有一份证明对方被捕过的材料的, 但我没有拿出来。事后, 我在与对方交换意见时讲明这一情况, 对方深表歉意, 并保证以后不会再发表类似的言论。

在所有法律职业中, 包括法官、检察官、律师等等, 做律师是最辛苦的。我当律师的原则就是搞清事实, 准确适用法律, 并充分运用航海技术和企业管理知识, 努力做到扬长避短, 发挥自身优势, 合法合理地维护委托人的合法权益。我执业三十几年, 对于受托代理之案, 可以问心无愧地说我做到了全心全意办案, 一丝不苟负责, 做到了事事有准备, 件件有卷存。作为一名律师, 我为能够运用法律解决当事人的困难、能够为祖国的法治事业尽一份力量感到无比的自豪和无尚的光荣。●(完)



作者与父亲岳成律师

随 笔

●文 / 岳雪飞

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

淡然心弦，
守得云开见月明

很多人一提到女律师，用现在流行的词来说，就是女汉子。确实，工作中的女律师和男律师一样，并不会因为性别而受到关照，客户不会因为你是女律师就对你降低要求。而且，正因为很多客户对女律师有偏见，认为不能吃苦，不如男律师能打硬仗，所以一个有责任心有上进心的女律师，是绝不会让自己在工作中输给男律师的，这也是绝大多数女律师工作压力更大，更加勤奋的原因。

前两天和一位年轻的女律师聊天，她现在非常苦恼，总觉得工作不如意，压力巨大，每天累得精疲力竭，更没时间陪伴家人，照顾家庭。看着她的样子，我不禁想起了十几年前的自己，何其相似。

2001年初，我在拿到律师执业证后就一个人从北京来到上海设立分所，初到上海，没有客户，没有朋友，很久都没有业务，当时真想掉头回到父母的羽翼下躲避风雨，但是强烈的自尊心还是阻止了我回头的路，已经是成年人了，怎能还事事靠父母？每年都有那么多的外地人来到上海打拼，从零开始，难道我就不行吗？抱着一种“置之死地而后生”的决心，我留在了上海。和绝大多数刚刚踏入律师行业的女律师一样，开始的几年非常艰难，甚至可以说是种煎熬，我至今还记得自己接到第一个案件时那欣喜若狂的心情，虽然代理费很少，却让我长期以来的焦虑心情缓解了不少，对自己更有信心。

现在回想起来，成为一名合格律师

的敲门砖和其他行业的一样，就是“勤奋”。当年在没有案件可办的空余时间，我也没有空坐着长吁短叹，而是找来很多的案例仔细琢磨，认真学习。律师是一个非常重视实践的职业，刚入行的年轻律师，有热情，有理论，最缺的就是实践经验，如果有老师带教自然最好，如果没有老师带教，也不要浪费时间浪费在怨天尤人上，而应该抓住一切可以抓住的学习机会，努力充实自己。比如，积极参加律协组织的业务培训，认真研读名律师写的专业著作，积极参与同行们的案件讨论。经常针对热点法律问题写些文章争取发表。我记得有一次给实习律师讲课，一位实习律师对写实习周记非常抵触，觉得浪费时间，他的周记就是写流水账。其实，如此对待实习周记，才是浪费了时间，实习周记是对自己实习过程的总结和思考，而做律师如果经常思考和总结自己的工作，对业务水平的提升是显而易见的。

我也经常听到年轻律师抱怨自己的客户挑剔。我想事物都有两面性，一个客户还肯挑剔你，说明你在他心目中属于还可以改进的律师，也是可以继续聘用的律师，否则人家早就不用你了，何必还挑剔你的工作呢？“哪里最有挑剔的消费者，哪里就有最好的服务”，这话是有道理的，所以要感谢客户对自己的挑剔，能让自己知道不足，有机会予以改进。在客户的挑剔中成长，是我们做律师之初的正常经历。

大部分年轻律师都有过这样的经

历，很多客户反复同你接触了几次，不说具体原因，却仍然不肯签委托协议，觉得难以理解。记得我刚执业的时候，也经常遇到这种情况，那时非常急躁，恨不得初次接触就签下委托合同，其实换位思考，就知道客户迟迟不签合同，是因为对律师还不够了解和信任，但当他足够信任你，他自然会委托。所以一定要告诫自己不要急功近利，而是要有足够的耐心跟踪客户，不要因为客户只咨询不委托而感到烦躁，当你们之间的信任达成的时候，也就是委托关系建立之日。

很多年轻律师觉得自己接到的案子都太小，感觉没有发挥余地。我非常理解。因为小案件又麻烦又没影响力，但是律师行业最不会发生的情况就是怀才不遇了，那么如何向众人展示自己的才华呢，靠的就是这一个个不起眼的案子，在这些小案子中充分锻炼自己，发挥自己的才能，才会既对得起委托人的信任，也对得起自己的努力。就像很多时候，一个律所同时进来多位年轻律师，为什么一段时间之后，有的律师就被挑去做合伙人的助手了，而有些一直在做公共助理呢？我想，每个小案子都是年轻律师展示自己的机会，那么，这些机会是否都抓住了呢？

作为“律二代”，我很钦佩我的父亲，一位执业三十年的老律师。我从他身上学到了对工作一丝不苟的敬业精神，在我父亲那里，从来没有“差不多就行了”这样的话，对待工作，他一向要求自己做到最好，尽到最大努力，他也这样

要求我们兄弟姐妹。他坦言最大的乐趣就是工作，七天长假制度刚开始的时候，他很不习惯，总说“放这么多天假干什么？”受父亲影响，在我心目中，也是工作排在第一位，我和父亲一样，曾经非常不理解为什么有些人可以因为家里有事就把工作安排推迟或取消，我甚至在家里接到客户电话时都会极力避免让客户听到孩子的吵闹声。因为我认为，一个优秀的律师是不应该将日常生活的烟火气带到客户面前的，这会严重影响客户对他专业度的认同。

执业几年之后，随着工作和其他社会活动越来越多，我发现自己留给家庭的时间越来越少了，而孩子在没有我的陪伴下已经慢慢长大了。他习惯了任何事情先去找爸爸而不是妈妈，他和爸爸说心里话而从不告诉我，我出差在外，他从不曾打电话问我何时回家。看到别人的孩子每天粘着妈妈，我羡慕不已。此时我意识到，工作固然重要，家庭也同样重要。虽然我的先生非常理解和支持我的工作，但是作为家庭里的重要角色——母亲，我做得实在不够好。

我开始尝试尽力协调工作和生活，把一部分工作交给助手来分担，要知道，以前我事无巨细都恨不得自己经手，总

是不放心别人的工作，这让我和助手都觉得很累。我正在开始学会放手，只抓大的方面，不再面面俱到，也给助手们更多的成长空间。

而我自己，也尽可能多地陪伴孩子，不再错过他成长的每一个重要时刻。没有时间给家人做晚餐，我就在每天早上提早一点起床，给家人做一顿可口而营养丰富的早餐，早餐时和家人边吃边聊，一天的心情都是愉快的。我会在儿子钢琴汇报演出时陪在他身边，我会带他去旅行，会和他一起到书店挑选他喜爱的图书，会听他绘声绘色地讲他和同学们的趣事。

慢慢地，我发现我的心态也发生了变化，我不再觉得陪伴孩子是一种对工作的懈怠，我对人也更加的宽容，对工作不再如以前一样急躁和焦虑，我觉得此时我才体会“张弛有度”的真正意义：不是一心扑在工作上如一张紧绷的弦时刻不放松自己才是最好的，控制好节奏，有时放空自己之后再去做工作，思维会更敏捷，思路会更开阔，效率反而会更高。欲速则不达，有时把自己逼迫得太紧，不见得效果最好。所以，不能让工作时时刻占据全部身心，要努力在工作时效率最大化，不因工作而影响家庭。当然，家庭和事业

兼顾并不是嘴上说说那么容易的，但总要在思想上先有这个意识，才能尽力做到。对此，我有个深刻的体会是“不能把工作中的负面情绪带回家”，律师工作决定我们很多时候就像垃圾桶一样，接收很多负面信息，而且律师工作特别富有挑战性，经常会在工作中感到压力，但女律师作为一个妻子和母亲，绝不能把工作中的负面情绪带回家里。我以前没有注意这点，有时在工作中碰到难题，回家也会惦记着，从而导致家人和自己说话时经常心不在焉或者很不耐烦，所以孩子以前不喜欢和我聊天，因为我总觉得他在干扰我，经常在他说话时打断他，让他自己玩去。后来我有意识地提醒自己，在陪伴家人时努力忘记工作中的烦恼。久而久之，现在的我已经不会因为工作上的压力而影响生活。而温馨的家庭氛围又成为了我努力工作的推动力。

在竞争激烈的律师行业，女律师的压力不言而喻，但无论是工作还是生活，如果都能做到心态平和，张弛有度，不急于一时一事的成败，淡然心弦，种因得果，自会守得云开见月明，既会有美满的家庭，也会有蓬勃发展的事业。●

（作者单位：北京市岳成律师事务所上海分所）



随 笔

●文/施念清

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

女儿眼中的律师妈咪

一

律师妈咪沈秋君,今年虚岁六十有九,狮子座,B型血,生理年龄六十,心理年龄却不足五十。

妈咪从我记事的那一天就很忙,因为她的忙,所以在我11个月时,就将我交给祖父母抚育,13岁那年,我终于回到了妈咪的身边,妈咪在生活上对我的照顾,算不得体贴入微,但她爽朗的性格,很快就与我零距离。

如今的她,还是照样的忙,因为,目前她还担任着上海市方正律师事务所主任、青浦区法律工作者协会副会长、青浦区侨联常委、青浦区侨商协会副监事长。且除了处理饱满的律师业务外,驾车旅游、呼朋唤友、享受美食等都是妈咪的嗜好:节假日,她与我老爸常常带着他们的心肝宝贝狗狗“欢欢”驾车旅游,苏浙地带几近踏遍,北京、秦皇岛不在话下,最为夸张的是,前几年她与我老爸当然也不忘带着“欢欢”,驾车3天直抵三亚,事后得知我,惊得瞠目结舌;妈咪的朋友、同学多多,会友是她生活中不可或缺的部分;她曾经驾车前往湖州,仅仅为了那一盘念念不忘的香酥鸭,妈咪的手指虽粗,却会制作不少美食、美点,凡到外地出差,工作之余必到当地菜场、超市寻觅沪上没有的蔬菜、食材,凡是尝过她自制的琥珀核桃、肉粽的亲朋好友,无不赞美其味道可与“阿明”、“五芳斋”媲美。

妈咪的主业当然是律师工作,25年的律师职业生涯,她荣获的各级、各类荣誉奖状、证书、奖牌不下20种,她所在的律师事务所也曾先后3次被评为青浦区文明单位。

妈咪的律师业务以诉讼为主,而我

则以上市公司非诉讼的法律事务为主,两类业务几乎不交叉,但妈咪时不时将在诉讼业务中的点滴体会不经意中告诉我,她认为一个好律师应是智商情商兼备,不仅要有慎密的思维、敏捷的思辨,最主要的是要在最短的时间里发现问题的症结并找到排除不利因素的事实依据,这就是她承办的案件有时看似已经山穷水尽,而最终却能柳暗花明的原因所在。

记得有一件借款案件,收条上的署名经司法鉴定为被告亲笔书写,据此,一审判决被告败诉,妈咪作为上诉人的代理人提起上诉,她发现,在该收条经二度粘贴的背面发现对当事人有利的似隐似现字样,此案由此峰回路转,二审上诉人喜剧性的胜诉告终。

她代理的某房屋租赁合同纠纷案,委托人自认根据合同约定违约在先,公证处也认为其违约而拒绝受理他的公证提存申请,法院则动员委托人搬出租赁房屋并支付出租方违约金,而妈咪则据理力争,仔细剖析冗长而繁杂且容易引起歧义的违约责任条款,最终的胜诉属于妈咪,委托人避免了巨大损失,最令委托人意外的是,委托人继续租赁房屋开设酒店,而出租方反而偿付委托人违约金10万元。

妈咪曾经扮成沪上客商至江西三清山,摸清被告的资产,致使难以执行的案件起死回生,近400万元本金及190万元经济损失赔偿全数收回,问及妈咪为何不出示律师证时,她笑笑说,处理律师业务,有时可以不按常规出牌,在我看来,这也是妈咪的一种可爱。

妈咪的语言大概是满具有感染力的,记得她曾受一老华侨的委托,与自称

“平生最不喜欢与律师打交道”的某医药公司老总交涉,后不知妈咪使用何等谈判技巧,几个回合下来,那位老总竟然心悦诚服,在全额付清当事人的数百万欠款后,竟然诚邀妈咪当他所在公司的法律顾问。

有一对子女因对动迁不满而将七旬老母扔进某镇政府动迁办公室居住长达5个月有余,导致办公室工作人员全数搬出,相关人员一次次的劝导均归无效,妈咪接受镇动迁办委托后,即与其子女交涉,她只字不动动迁政策,却严厉谴责其子女丧失伦理道德遗弃老母的行为,经过两个半小时的心理战后,在不加一分动迁补偿款的前提下,当即签署了动迁安置协议。次日,其子女接回老母,并与妈咪握手告别。

二

狮子座的妈咪,处事果断泼辣、大气甚至有点霸气,此特质在多年来承办的许多群体案件中得以充分发挥。

妈咪对我的告诫是,办理群体案件慎重是前提,权威是必须,律师的慎重和权威必须贯彻办案的全过程,所有的群体案件除F1赛车场涉及963户动迁户的动迁纠纷以非诉讼调解的方式予以结案外,其他的群体案件均以诉讼结案,且无一不胜诉。

某开发商为逃避承担门面房租租赁费之责任,将承诺包租为内容的协议由其没有偿还能力的公司与业主签署,导致众多业主无法追索有资产的开发商的法律责任,加之在妈咪接受93户业主的委托之前,5件事实相同的案件法院已立案,因开发商与业主没有合同关系而被告仅是无支付能力的公司,妈咪

认定如开发商不能成为共同被告,原告500多万元的租赁费将颗粒无收,于是,调动各种力量,从众多途径收集了17份原始证据,证实开发商本身与该公司属关联企业,应承担共同偿付责任,最后上述93户业主终告胜诉,开发商并于去年年底偿付业主全额租赁费及违约金。

群体案件中,唯一通过非诉讼和解结案的是F1赛车场的动迁纠纷,该长达几年的纠纷,导致数百人不止一次的围困区、镇两级政府,众多的被拆迁人几十次进京上访,妈咪清楚地知道解决963户动迁户纠纷的巨大困难,而我也清楚地知道妈咪是通过怎样的不懈努力,经过长达7个月的谈判,解开了双方严重对峙之顽结,妈咪的代价是咽喉发炎、声音嘶哑且久久不能痊愈。

几分耕耘,几分收获,当妈咪代理的147件保险合同诈骗案所引伸的赔偿案件当事人全数拿到本已无望的1400余万元保险本金与利息时,不少人面对上海电视台采访禁不住泪流满面,感激之情,溢于言表。

当妈咪代理的嘉定七十余位的原告几经周折终于拿到全部房款及违约金时,这些互不相识的当事人自发组织宴请妈咪及助手,并向他们颁发锦旗,我相信此时的妈咪肯定忘却了在办理群体案件中的种种辛劳与烦恼。

我为心疼妈咪,曾主动请缨协助妈咪办理群体案件,妈咪却认为我还不到处理此类案件火候,足见妈咪对群体案件处理是何等的慎重,由于妈咪在处理群体案件中的出色表现,她被评为上海市调解调处社会矛盾优秀律师。



作者施念清与沈秋君合影

三

妈咪的外表是位女汉子,在坚强的外表下,她具有女性的细腻、温柔及善良,她的善良体现在于微细处:

妈咪在区政府信访接待时,碰到一丧夫且3个子女皆为残疾人的因无力修缮漏雨的破房而上访的农妇时,马上动了恻隐之心,次日,携大包衣物及现金、超市消费卡送给这不幸的家庭,后又协同相关部门终于解决了房屋的修缮。

某区曾经发生一起骇人听闻的凶杀案,前夫将前妻残杀后自杀,而12岁的儿子目睹凶杀全过程,原来的两亲家霎时变成两仇家,妈咪在听到孩子的祖父母哭诉后,多次上门安抚惊慌失措的孤儿,不仅免费为两仇家中斡旋调停矛盾、指定孤儿的监护人、分割遗产,还给孩子1000元作为其学习费用。凡此种种,不一而足,这就是妈咪。

16年前,时任市司法局律管处处长

的江宪法向妈咪介绍万国律师事务所(现为国浩律师集团上海事务所)风气很正后,我便进了当年的“万国”,几年前并成为该所的无限合伙律师,我的童年没有妈咪的相伴,但妈咪为了工作含泪紧抱转身离我而去的画面至今清晰,妈咪爱我,不在语言,我从没有妈咪用长篇大论教育我的记忆,但她的言与行却深深地影响并感染着我,如果说我有所成长,一定有妈咪的一份功劳。

我爱妈咪,是因为她生我养我,我喜欢妈咪,是因为她对工作的执着、对精彩生活的追求和热诚,我更敬重妈咪,是因为她具有真诚、正直、善良的品行。

应市律协的约稿,要写写我与律师妈咪的律师生涯,我还年轻,无多少业绩可述,借此机会,说说我的妈咪,也表达平时难以启口的对她的真爱。●

(作者单位:国浩律师(上海)事务所)

随 笔

●文 / 计时俊

栏目组稿人: 孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

两个律师一个家



每回别人问起我太太的职业我回答“也是律师”的时候,问话人的眼中总是充满了羡慕和同情的眼神:羡慕是因为“律师赚钱多”,同情是因为“你们在家里天天开庭累不累啊?”而当我再告诉他们,我太太金缨是另一家律师事务所的主任,是上海市女律师联谊会副会长,还曾是上海市人大代表现任黄浦区政协常委……的时候,问话人的眼中已经不仅仅是同情,而且是“怜悯”了:“可怜的计律师,那你家里得受多大的压迫和委屈啊?”呵呵,我很愿意在别人面前夸奖我太太,“抬举”太太更显我们男人的威风,因为再强大的女律师她也是女人,也食人间烟火,也有七情六欲,走出法庭,她们也期待一个温暖的怀抱。

和太太初相识时,她还是华政一个18岁的大一学生,每天风风火火像男孩一样喧闹着穿过校园,在我们一帮好友中,她从来都是“哥们”,每天会没心没肺地快乐。我去法国的那些年,仿佛是说好了似的,我们居然成了唯一还保持联络的好友,在当年那些信函中,我们夸耀自己的生活,有欢笑也有泪水,有顺风顺水也有狂风暴雨,但这一切都没有我回国后再见她,深入她的生活后给我的震撼大:她还是那样的热情,待人诚恳,在工作中很拼命,但神情中分明已经多了几分沉静,几分坚毅,几份不容置否的干练!我知道,这一切都是律师这份职业带给她的成长,也是女律师在不同于男律师的工作生活压力下的蜕变!

因为金缨曾经是政府法制办官员的原因,当她毅然地“下海”做律师的时候,她的案件资源更多地来自于政府部门,所以她在不知不觉中专业方向就偏向于行政诉讼,而且往往是“被告”。我也是律师,当然知道一个做政府部门被告代理律师的艰难。律师,这个职业有很多的风险,尤其是对女律师来说,风险不仅来自于案件本身,还来自于外界的不理解和中伤。因为在一个行政案件的庭审中,被告律师不仅要面对一个原告,还有旁听的众多原告的朋友、亲戚、邻居,还有在庭外马路上未被许可进入法庭的围观群众。那天在一起重大拆迁行政裁决案件中,作为被告律师金缨在庭上发表了精彩的代理意见,休庭时审判长叫住正在整理材料准备离庭的她,要

求她从法官通道退庭。这天,我是在金缨的一再要求下,经过法院批准,开车直接进入法院停车库在法警的陪同下接金缨回家的,那时候,已经是庭审结束3小时后,法院门外还聚集了近百人,只为了给那个“帮政府说话的女律师”一顿教训!那天,回家后金缨一反往常地沉默,久久,流着泪问我:“我是不是该放弃这个职业?”我搂着她的肩膀,看着她,在庭上叱咤风云的金律师,此刻柔弱的像一个无助的孩子,我问她:“在庭上你坚持的是正义么?”她坚定地回答:“是的,我问心无愧!”“还有什么比坚持正义能带给你更大的快乐?而这不正是你从小的理想么?”这时,我在金缨的眼中看到了她学生时代的那种意气风发的神情,所有的疲惫和落寞都一扫而空。第二天,她就又满怀热情地投入到工作中去了。女人,有的时候就像个孩子,需要哄哄,也需要鼓励,女律师也一样。

但娶一个女律师当老婆是需要勇气的,尤其是娶一个比你强的女律师当老婆,那不仅需要勇气,还需要坚忍的性格。记得我刚回国时,对国内的法律不是十分的熟悉,但喜欢用自己的人生经验和对法律的直觉对案子发表“不当”言论,因此,没少受我尊敬的金律师的批评,她甚至会把我辛辛苦苦写好的代理词全盘推翻,而另起炉灶再做文章。我虽气得“流鼻血”,但看到案子在她的点拨

下获得出乎意料的成功,我还是不得不佩服她的。所以,我在很多的场合都说:金律师是我的老师。一个大男人以太太为师,这显然不是一件值得炫耀的事,但若太太真的比你强,你也只能接受,尤其是面对一个女律师太太的时候。因为,论口才,她不输于你;论收入,她不低于你;论柔情,她万千倍于你……

在我娶金纓之前,她已经是一个有近十年从业经验的“老律师”了。她年轻时热心助人的性格依然在她的人生中闪光。上世纪九十年代中期,她就已经在社区建立了法律服务窗口,将法律送到最基层,送到普通百姓面前,让百姓不再为与律师无缘而“望法兴叹”,社区里有“金律师信箱”,“金律师讲坛”,“金钥匙工作室”,那个“琳琅满目”,让我惊叹。作为丈夫,我自然也要成为她最得力的助手。于是那些年,我们总是穿梭在社区,为百姓送法到家。在社区,金纓的名气的确比我大多了,人们看到她都亲切地称呼她“小金”,认识我的人向别人介绍我也都说“这就是金律师的先生”。可怜的我,连个“计律师”的名份别人都不肯给。呵呵,但是我们俩依然很开心,因为看到那么多人因为我们的帮助脱离困境,因为我们的帮助重新恢复了生活的信心,绽放了笑容,这种事业上的满足感的确不是一般的人所能体会的,如果夫妻不是律师同行,也体会不到的。而我们的感情,也在为共同的公益事业的服务中日益增进。

当我们的儿子云樵来到我们的生活中后,如所有的母亲一样,金纓放慢了事业前进的步伐,甚至再一次有了“退出江湖”的念头。记得那时儿子才八个月大,但已经会“咿咿呀呀”地学大人说话,会爬会滚,胖乎乎的十分可爱。金纓每天只要一忙完该忙的事,就一分钟也不肯停顿地赶回家抱儿子,逗儿子,一副“有子万事足”的样子。她很认真地问

我:“我可不可以不做律师了,就做全职妈妈,在家相夫教子?”那时我的事业已经步入正轨,且在上升期,我当大声地回答她:“可以啊!”“但是,”金纓显然想起了自己承办过的众多婚姻破碎的案例,她又不无担心地问我:“那你会嫌弃我么?”我看着她,说:“不做律师了,你会嫌弃你自己的!”真的是“一语点醒梦中人”啊!在很多时候,我之于金纓,毫不夸张地说就是“一字师”的位置。她是如此地热爱这份职业,如此地投入,几乎付出了她所有的青春和热情,她的步伐怎么会因为恋家而停止呢?做律师,也许是生命的偶然,但做好律师做优秀律师,则是我们两个人共同的梦。儿子没有成为金纓在律师事业上的阻碍,相反成为了最大的动力,只是,她逐渐将工作的重点从繁琐的社会事务中转移到社会给她的更大的舞台上:她当选为上海市人大代表!这在当时,的确是上海律师界的一件大事,毕竟当时律师参政议政的路才刚刚开始。于是我又看到我亲爱的太太成为更大社会的公众人物,看着她不再满足于律师业务的提升,而是站在更高的高度审视律师行业,参与政治生活,倡导理性和法治,呼唤正义和公平……

很多人问我,你们两人都是律师,那么你们在家里是不是会很吵?是不是天天说话像开庭?问,你太太现在是政协委员,你是政协委员,你们在家是否会参政议政,谁领导谁呢?呵呵,以前我们在家还真的常讨论案子,因为两人从事的专业方向不同,所以对案件的理解角度总是不同。总而言之,我办案比较刁钻,金纓比较实诚;我总是喜欢在鸡蛋里挑骨头,没有证据就否认,金纓则喜欢从客观出发推定主观意图……所以争吵是难免的,吵完以后还要装出“不屑于”对方的样子,但事后会偷偷地看对方最终拿到的判决书!自从儿子懂事后,我们在家基本就不谈案子了,因为我们听到当时才

六岁的儿子已经在很认真地给外婆解释什么是遗产,什么是故意伤害了!吓了我们一大跳,这肯定是我们的谈话(争论)让他学会的。孩子显然不能过早地接触社会的阴暗面,所以那时我们就立下了规矩:在家不讨论案子,若要谈论,通过邮件和短信!儿子的介入,让我们不再为案子走向而“争吵”,家里的氛围一下子“和谐”了很多。至于参政议政,那是可以与儿子共同讨论的话题,毕竟金纓之前是市人大代表,看社会问题的角度比我要深刻,我每年近十个提案都是在和金纓的讨论中两人智慧的火花迸发的产物。今年被评为黄浦区政协2013年度优秀提案“关于加强待征收地块内公共秩序的建议”就是在金纓之前承办的案件中总结提炼出来的。我们的律师职业,有我们自身的职业优势和视角,而两个律师的所见所闻所知所想的结合,会相扶相携在参政议政的路上走得更好更远。

律师也是平凡人,我们也有“柴米油盐酱醋茶”开门七件事的烦恼,也有儿子上学择校,家里老人生病看护等每对夫妻都会遇见的问题。每天,在繁忙的事务结束以后,回到家有时两人累的连话也不想说,所以金纓在家说的最多的一句话是“我感觉很累,睡觉去了”,而那时,时钟才刚敲八点。儿子和我都习惯了金纓的早睡,也习惯了每天总是她第一个起床,给我们烧各种各样的早点后唤我们起床的温馨,当然我们也习惯了丢三落四,每次出门前总是要寻找她的手机、钱包、钥匙的慌乱……

都说生活是一首诗,我们两个律师组成的家的生活就是一首配乐的诗,法律总是我们的主题曲,伴随着我们,一直到依然充满激情的未来。●

(作者单位:上海华夏汇鸿律师事务所)

乐 Life

●文/陈光明

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

永不退色的精神坐标

——参观雷锋故居有感



今年是雷锋牺牲 52 周年。雷锋, 22 岁的生命如同一颗流星, 虽然短暂, 却永驻寒宇苍穹。他是那个时代的青春偶像和楷模, 纯朴、热忱, 有一颗金子般的心。“学雷锋做好事”, 成为当时社会的风气, 蓬勃向上的动力, 也是我们那个时代青少年的座右铭。每年 3 月 5 日, 社会的主题是雷锋精神的发扬, 延续不断, 因为雷锋的光辉名字和他的高贵品质, 始终焕发着光华, 赢得亿万人民崇高和长久的敬意, 影响和激励着几代人的成长, 成为我们国家价值观念和道德准则的一面旗帜。

初夏时节, 阳光明媚, 我到了湖南, 并去了位于长沙西北近 30 公里的雷锋故乡——望城县雷锋镇, 走进了雷锋纪念馆和雷锋故居。

沿着纪念馆后樟树掩映的静谧小道东行近二百米, 便来到已列为文物保护单位的雷锋故居, 雷锋在此居住了 18 年。故居是两间茅草房, 一间是生活起居用, 另一间是堆放农具杂物用, 非常破旧和简陋, 抬头望, 弯曲的树干作房梁。童年的雷锋十分悲惨, 父亲、哥哥和弟弟先后死去, 母亲受欺凌悬梁自尽, 他 7 岁沦为孤儿, 饱受苦难。是新中国让雷锋得到心灵的安宁, 沐浴了党和政府给他的温暖, 得到了新生。

上世纪六十年代, 宣传雷锋具有朴素的无产阶级感情, 爱憎分明, 把有限的生命投入到无限的为人民服务之中, 从现在来说, 雷锋从小的经历, 让他铭记终生, “我把党来比母亲”, 这句话不是他

口头的虚饰, 而是他心中溢满了感恩之真情, “滴水之恩, 涌泉相报”。他短暂的一生虽然没有轰轰烈烈的伟业, 他的所作所为都是些平凡小事, 但他以一颗平常心, 对党、对社会、对人民倾注了满腔的真情, 在平凡中传递着感恩的情怀。他像一颗螺丝钉, 紧紧钉在助人为乐, 先人后己的板上, 成为他人生轨道中清晰的印痕, 撬动人生幸福和快乐的支点, 不断展现人性中的美好部分。善心成就了伟大, 朴实中诞生的是“雷锋精神”。

同样, 在人生的经历中, 曾经培育、关怀和帮助过你的许许多多人是应该铭记和感恩的, 它是传统美德、做人操守, 这种情怀不可以忘却。它让我们重新思考自己与他人、个人与社会、个人与集体的关系。

处在社会急剧转型期这个价值日益多元多样的时代, 随着物质财富的日益丰富, 现在我们的情感却正被物质化的东西越挤越瘦。贪腐谋私, 在侵蚀官员的良知; 忘恩负义, 屡屡刺痛人们的心头; 浮躁的心态和公德的失范, 在影响社会和群体的正常发展。从来没有哪一天, 我们像今天这样对社会道德充满忧虑, 对社会人心满怀诘问, 人们的善心, 在可能遭遇伤害甚至面临法律风险而变得犹豫或回避, 由此道德愈加不能彰显, 社会构建将缺失根本的精神基础。

人性是多元的, 生活中难免会遇到假丑恶, 面临的道德困境也比想象中要复杂。但仔细想想, 人间也不乏温暖与真善美, “当代雷锋”郭明义、“最美女教师”张丽莉、“最美妈妈”吴菊萍、“最美

司机”吴斌、甬温线动车追尾特大事故发生, 成千上万素不相识的人自发救援、主动献血……一个个感人至深的事例, 打动着人心, 他们用平凡和义举践行了真善美, 托举起了时代向上的力量, 让人们深刻感受到蕴藏在普通民众中的道德光芒, 唤起了更多社会责任的担当和道德涵养的提升, 也让我们确信: 存在于人性中的向善力量并未离我们远去, 人与人之间的关爱与温情尚未被冷漠和麻木所取代。

学雷锋, 全国开展的道德模范评选表彰活动已进行了四届, 呼吁并倡导道德, 促进社会善念的复归, 是因为我们抱有希望和期待。都江堰有一副对联写得很好: “愿天常生好人, 愿人常做好事”。现在, 随着时代的变迁, 或许令雷锋精神的表现形式有所改变, 但雷锋精神的内涵却历久弥新, 爱国、敬业、诚信、友善的价值导向, 决定着世道人心、社会走向, 得到人们的普遍肯定。也许我们每个人很难有机会或者有能力做出舍己救人的壮举, 但起码要做好应该做的事情, 一个令人感到美好和愉悦的社会风尚, 有赖于我们心中充满善意、铭记感恩, 尽可能释放善的温度, 提供正能量, 从身边小事做起, 良性循环, 那么它终将会培育健康向上的国民心态, 终将会燃起一团团良善信仰的热火, 接力传播, 汇成改变你我的温暖社会洪流。

雷锋, 一个永不退色的精神坐标。

(作者单位: 上海市德尚律师事务所)

业内资讯

市女律联与裘索律师再获殊荣

3月7日,市妇联隆重召开“上海各界妇女纪念三八国际劳动妇女节104周年大会”。会上,市女律师联谊会荣获“第二届上海市优秀女性社会组织”称号,这是市女律师联继荣获首届市优秀女性社会组织后又蝉联

此项荣誉。同时,市女律联副会长、锦天城律师事务所高级合伙人裘索律师获得了“全国三八红旗手”荣誉称号,这是她继去年获“上海市三八红旗手标兵”荣誉后再获殊荣,也是上海女律师群体中的首位获得者。

市律协联合市新闻工作者协会评选出2013年度上海律师业好新闻作品

2013年共有各级媒体报道上海律师行业的新闻作品近140篇,有36篇作品申报“上海律师业好新闻奖”。经初评和终评两轮评审,共评选出13篇优秀作品分获特等及

一、二、三等奖,另有4篇作品获提名奖。评委会认为,这些作品总体上能紧扣上海律师业发展以及业内重大工作,能全面体现上海律师、上海律协工作及律师行业的精神风貌。

市律协接待盐城市司法局、盐城市律协来访

3月12日到13日,江苏盐城市司法局局长、盐城市律师协会会长李丛洋,盐城市司法局律管处处长、盐城市律师协会秘书长卞卫东率盐城市各区县司法局分管律师工作的副局长,律师事务所主任等一行25人拜访市

律协。市律协调研部陪同走访了上海市金茂凯德律师事务所、上海市汇业律师事务所、上海市嘉华律师事务所,双方就律师事务所管理、律师业务构成、律师人才培养等课题进行了交流。

市律协积极参与2014年“3·15国际消费者权益日系列活动”

3月15日正值新修订的《消费者权益保护法》正式施行。根据上海市消费者权益保护委员会举办“新消法、新权益、新责任”2014年上海市3·15国际消费者权益日系列活动的精神,市律协结合自身行业资源优势,积极参与:

一、上海李东方律师事务所和上海华诚律师事务所分别开通两部热线咨询电话,安排律师为市民提供免费的法律咨询,共计接待相关电话咨询13人次。

二、市律协法律援助与社区服务研究委员会受上海市消费者权益保护委员会邀请,在南京路步行街世纪广场进行“3·15维权咨询活动”,为消费者提供咨询服务。5人组成的律师团队共接待义务咨询236人次,其中涉诉程序指导27人次。

三、3月14日,市律协民事业务研究委员会主办新《消费者权益保护法》热点问题研讨会。

市委统战部知联会、市律协共同举办全国“两会”精神传达会议

3月16日,市委统战部知联会、市律协在市委统战部联合举办传达全国“两会”精神专题会议,邀请全国人大代表樊芸和全国

政协委员汤亮向与会人员通报了刚刚闭幕的2014年全国“两会”的精神。



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2期

上海篇

- 1.上海市人民代表大会常务委员会:上海市实施《中华人民共和国残疾人保障法》办法
- 2.上海市人民代表大会常务委员会:上海市轨道交通管理条例
- 3.上海市人民代表大会常务委员会:上海市地下空间规划建设条例
- 4.上海市人民代表大会常务委员会:关于修改《上海市未成年人保护条例》的决定
- 5.上海市教育委员会等:关于来沪人员随迁子女就读本市各级各类学校的实施意见
- 6.上海市住房保障和房屋管理局:上海市住宅物业保修金管理暂行办法
- 7.上海市住房保障和房屋管理局等:上海市住宅修缮工程管理办法
- 8.财政部等:关于中国(上海)自由贸易试验区有关进口税收政策的通知
- 9.上海市高级人民法院:上海法院申诉审查工作若干问题的解答(三)
- 10.上海市高级人民法院:上海法院申诉审查工作若干问题的解答(四)
- 11.上海市高级人民法院:上海法院再审审查工作指南(一)立案受理篇
- 12.上海市高级人民法院:上海法院再审审查工作指南(二)审查工作篇
- 13.上海市高级人民法院:上海法院再审审查工作指南(三)文书制作篇
- 14.上海市高级人民法院:上海法院再审审查工作指南(四)再审查事由篇(上)
- 15.上海市高级人民法院:上海法院再审审查工作指南(五)再审查事由篇(下)

全国篇

【综合】

- 1.全国人民代表大会常务委员会:关于修改《中华人民共和国海洋环境保护法》等七部法律的决定
- 2.国务院:关于修改部分行政法规的决定
- 3.国务院办公厅:突发事件应急预案管理办法

【诉讼法】

- 1.全国人民代表大会常务委员会:关于废止有关劳动教养法律规定的决定
- 2.司法部:关于废止有关劳动教养工作部颁规章的决定
- 3.最高人民法院:关于人民法院赔偿委员会适用质证程序审理国家赔偿案件的规定
- 4.最高人民法院:关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定

【证券 银行 保险】

- 1.中国证券监督管理委员会:证券发行与承销管理办法
- 2.中国证券监督管理委员会:关于修改《非上市公司公众公司监督管理办法》的决定

【财税】

- 1.财政部:会计从业资格考试管理规定
- 2.财政部:会计人员继续教育规定

【交通运输】

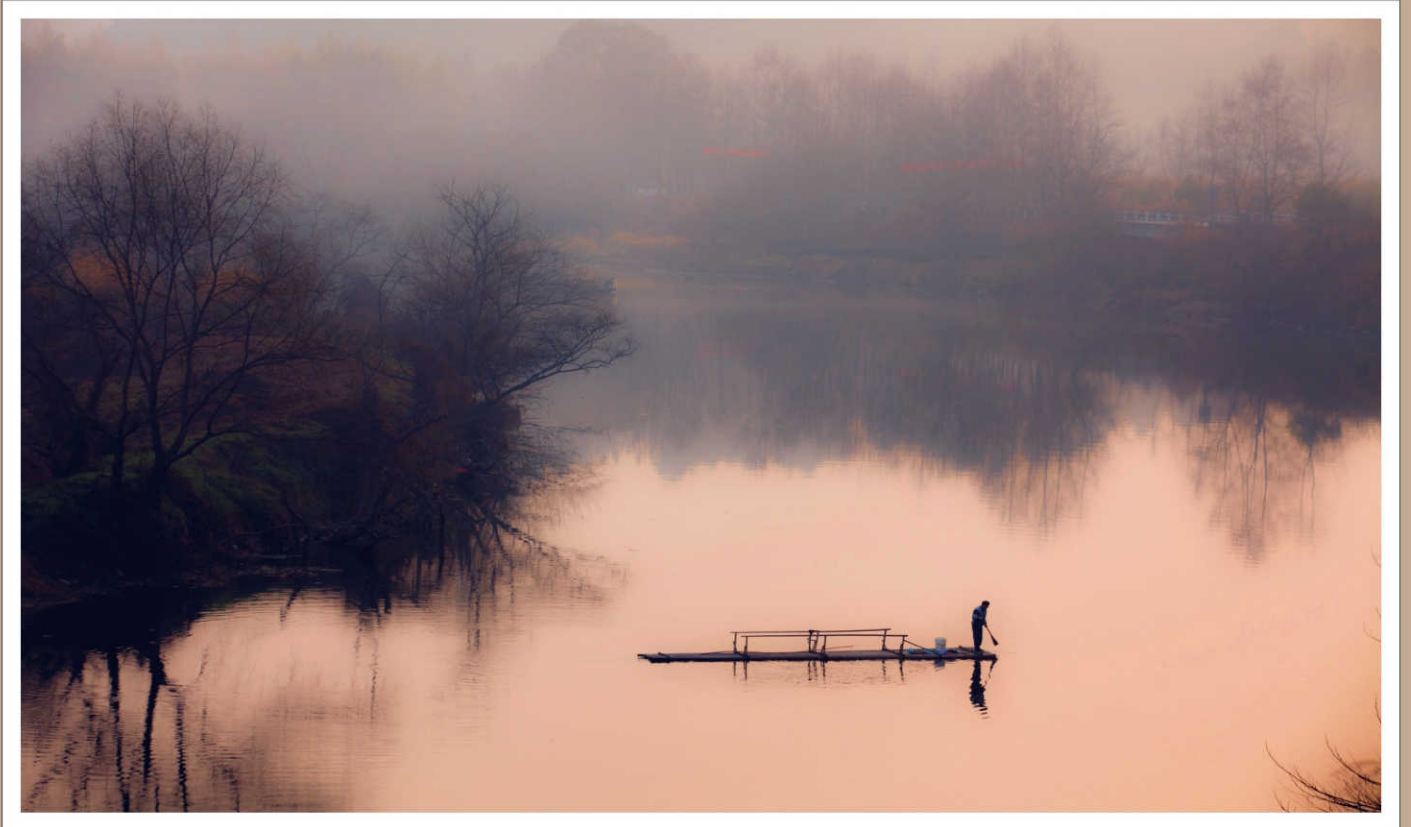
交通运输部:违反《铁路安全管理条例》行政处罚实施办法

【知识产权】

国家知识产权局:关于修改《专利审查指南》的决定

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/>

《婺源月亮湾冬日》



摄影/文：缪贯中 律师

披一身轻烟薄雾，掬一泓纯白晶透，在清幽淡远的水墨世界里，沉积心底的空灵终醉倒在这一幕飘渺的虚幻里。
天色青，不等烟雨，只等你。



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

人力资源和社会保障部发布《劳务派遣暂行规定》

2014年1月26日,人力资源和社会保障部发布消息称,《劳务派遣暂行规定》已于2013年12月20日经人社部第21次部务会审议通过,自2014年3月1日起施行。

该规定明确:

一、用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量,使用的被派遣劳动者数量不得超过其用工总量的10%。用工单位在规定的施行前使用被派遣劳动者数量超过其用工总量10%的,应当制定调整用工方案,于规定施行之日起2年内降至规定比例。用工单位未将规定施行前使用的被派遣劳动者数量降至符合规定比例之前,不得新用被派遣劳动者。外国企业常驻代表机构和外国金融机构驻华代表机构等使用被派遣劳动者的,以及船员用人单位以劳务派遣形式使用国际远洋海员的,不受临时性、辅助性、替代性岗位和劳务派遣用工比例的限制。

二、用工单位只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上使用被派遣劳动者。用工单位决定使用被派遣劳动者的辅助性岗位,应当经职工代表大会或者全体职工讨论,提出方案和意见,与工会或者职工代表平等协商确定,并在用工单位内公示。

三、用工单位应向被派遣劳动者提供与工作岗位相关的福利待遇,不得歧视被派遣劳动者。劳务派遣单位跨地区派遣劳动者的,应当在用工单位所在地为被派遣劳动者参加社会保险,按照用工单位所在地的规定缴纳社会保险费,被派遣劳动者按照国家规定享受社会保险待遇。

劳务派遣单位未在用工单位所在地设立分支机构的,由用工单位代劳务派遣单位为被派遣劳动者办理参保手续,缴纳社会保险费。

四、被派遣劳动者在用工单位因工作遭受事故伤害的,劳务派遣单位应当依法申请工伤认定,用工单位应当协助工伤认定的调查核实工作。劳务派遣单位承担工伤保险责任,但可以与用工单位约定补偿办法。

五、被派遣劳动者退回后在无工作期间,劳务派遣单位应当按照不低于所在地人民政府规定的最低工资标准,向其按月支付报酬。

六、劳务派遣单位行政许可有效期未延续或者《劳务派遣经营许可证》被撤销、吊销的,已经与被派遣劳动者依法订立的劳动合同应当履行至期限届满。双方经协商一致,可以解除劳动合同。

(供稿:劳动法业务研究委员会)