

2014
11
总第725期



上海市律师协会主办

聚焦|思辨|感悟|互动

|聚焦| 律师要积极投身 全国工程质量治理行动

——在“全国工程质量治理两年行动”依法推进会上的发言



封面照片: 中华艺术宫

11月6日,上海市高院与上海市律协就“律师服务平台建设”等工作召开专题座谈会,市高院党组书记、院长崔亚东,党组成员、副院长顾伟强、邹碧华等领导出席会议。与会律师受邀观看了律师服务平台的演示并参观了上海法院12368诉讼服务平台。



11月12日,上海市律协副会长、市女律师联合会会长黄绮等接待了到访的江苏省女律师工作委员会陈秋主任一行,两地女律师就共同关心的问题进行了深入探讨。



由上海市总工会、上海市律协共同举办的集体协商论坛于11月20日召开,来自上海市总工会、市律协、市人保局等劳动关系领域的专家围绕“集体协商与社会责任”主题,展开热烈讨论。



11月21日,由上海市律协、上海报业集团、华东政法大学、上海公证协会主办的第六届陆家嘴法治论坛举行。今年的陆家嘴法治论坛聚焦移动互联网语境下的法律服务业未来。



11月28日,全国各省(区、市)律协宣传工作会议暨律协刊主编培训班、全国律协宣传联络委员会会议在京举行。会议揭晓第二届律师协会会刊评比结果,并为获奖单位颁奖。上海市律协主办的《上海律师》(月刊)在此次评比中脱颖而出,荣获“优秀奖”和“最佳传承奖”。

卷首语

充分发挥律师职业优势 倾情打造法治上海品牌

上海市人大常委会法制工作委员会主任 丁伟

党的十八届四中全会吹响了全面推进依法治国的集结号,描绘了法治中国的建设蓝图。法治中国承载了几代中国法律人的梦想,凝聚着几代法律人付出心血与智慧。律师作为法律人的特殊群体,是为社会提供法律服务的法律职业人,以维护法律的正确实施为己任,肩负着维护基本人权、实现社会公正的神圣使命,是法治中国建设的排头兵,法治中国三十多年的发展进程中留下了几代中国律师铿锵有力的足印。四中全会《决定》确立的全面推进依法治国的总目标是建设中国特色社会主义法治国家和法治体系,这是一项浩大的系统工程,涵盖科学立法、严格执法、公正司法、全民守法各个环节,可以说,每一个环节都与律师的履职行为息息相关,律师无疑是法治中国、法治体系的重要建设者,时代赋予中国律师在全面推进依法治国进程中更加崇高、艰巨的使命。

建设中国特色社会主义法治体系,立法是源,执法、司法、守法是流,源正才能流清。四中全会《决定》明确提出:"法律是治国之重器,良法是善治之前提。建设中国特色社会主义法治体系,必须坚持立法先行,发挥立法的引领和推动作用。"律师积极参与立法对于"良法"的练成是须臾不可或缺的。律师是法律忠实的实践者,对于法律本身存在的缺陷与不足有发言权,对法律的社会体验也最深,律师又有着敏锐的社会洞察力和严密的思辨能力,具有对法律特殊的审视和批判能力,律师积极参与立法是提高立法质量,增强立法有效性、可操作性的重要保证。立法是一个相关利益主体多方博弈的过程,立法者所确认的法律规范实际上是一个历经多方博弈所形成的博弈均衡,在有关利益主体发生利益冲突时,学识渊博、身份超脱、



理性中立的律师通常是既令社会放心,又让立法者满意的社会角色,参与立法的律师无疑是维持博弈均衡的最佳人选,律师参与立法有助于消除"国家立法部门化,部门立法利益化,部门利益合法化"的倾向,确保立法公平、正义的品质。

上海肩负着中央赋予的全国改革开放排头兵、科学发展先行者的特殊使命,中共上海市委第十次全会明确提出,要把上海建设成为全国法治环境最好的行政区之一。在市委的正确领导下,市人大常委会的立法工作紧紧围绕并服务于本市中心工作,充分发挥人大及其常委会对地方立法的主导作用、发挥地方立法对于本市经济与社会发展的引领和推动作用,不少立法项目聚焦中心工作、勇于开拓创新,具有上海特色,取得了良好的政治效果、社会效果和法律效果,得到了全国人大、兄弟省市的认同,一些成功经验正在复制、推广。多年来,上海地方立法能够始终走在全国前列,发挥排头兵、先行者的作用,与广大律师尤其是本市各级人大代表中律师的作用密不可分。

随着民主法治进程的不断推进,上海律师在建设法治上海的前沿阵地发挥着举足轻重的作用。以市人大代表为例,自2003年第十二届人民代表大会以来,专职

律师的代表为10名左右,在860名市人大代表中所占的比例不高,上海市人大常委会65名组成人员中迄今为止还没有律师界的代表,尽管如此,每届人大中的律师界代表肩负上海17000余名注册律师的厚望,勤勉尽责,不辱使命,表现出极大的履职激情,也显示了律师界代表与众不同的履职能力。每年人代会上,律师界代表提出议案及批评、意见和建议的数量最多,质量最高,被采纳的比例也最高。从律师界代表提交的议案种类来看,绝大多数为立法议案,均附有相应的法规草案,这些立法议案倾注了律师界代表的心血和汗水。在人代会审议中,在人大常委会及人大各专门委员会、常委会工作委员会组织的各类活动中,在地方立法的听证会、论证会、座谈会中,到处可以看到律师界代表的身影,律师界代表的真知灼见得到了高度的认同。

为贯彻落实四中全会《决定》对于科学立法、民主立法提出的一系列新的要求,进一步加快法治上海的建设步伐,有必要进一步扩宽律师参与上海地方立法的途径,邀请律师参与人大组织起草综合性、全局性、基础性法规草案,增加有法治实践经验的律师作为专职常委,聘请更多的律师作为立法专家顾问,在律师事务所设立立法联系点,委托律师协会专业委员会作为第三方起草法规草案。我认为最具有制度创新意义和价值的莫过于探索将具备条件的律师代表的立法议案作为法规草案直接提请人大常委会审议,上海律师界代表的专业素养、立法技能、多年积累的实践经验已使这一探索具备了必要条件,市人大常委会法制工作委员会将与律师界代表携手合作,并提供必要的技术支撑,使律师界代表实质性参与地方立法的首创在上海率先取得突破。●



《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 钱翔樑
周天平 管建军 厉 明 万恩标

委 员:(排名不分先后)

朱剑华 王 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 11

目录

总第 725 期

卷首语 Juanshouyu

01 充分发挥律师职业优势 倾情打造法治上海品牌/丁 伟

本刊关注 Benkanguanzhu

聚焦

05 律师要积极投身全国工程质量治理行动
——在“全国工程质量治理两年行动”依法推进会上的发言/盛雷鸣

07 聚会·聚智·聚焦
——第四届外滩金融法律论坛成功举行/吴 喆

风采

10 沪、豫两地女律师激荡智慧共谋发展
——“女律师执业风险防控与业务拓展”论坛综述/陶丽萍

11 践行核心价值观 共筑美好中国梦
——市律协参加本市司法行政系统综合汇演侧记
/市律协公共关系部

区县专辑 普陀篇

12 立业成才正当时
——在普陀区青年律师座谈会上的发言/邵 荀

13 在法治的沃土上播种发展的种子
——普陀律师积极投身于区域经济社会发展纪实
/普陀区司法局



《岱山日出》摄影:董仑楚 律师



11月2日,由民盟上海市委、上海市律协和民盟上海市委司法委员会联合举办的百名律师义务法律咨询活动举行,民盟中央副主席、上海市人大常委会副主任、民盟市委主委郑惠强等领导出席了主会场活动。咨询活动在闵行、长宁、浦东、静安等十一个区同时举行,主会场设在闵行区。

16 长风破浪 普世情怀

——上海普世律师事务所成立六周年记 / 吴仁

18 “博和论坛”背后的精品律所

——记上海博和律师事务所 / 蔡正华

人物 优秀青年律师

21 已来的主人翁

——我的执业思考 / 连晏杰

法律咖吧

24 律师礼仪面面观

/ 计时俊 顾跃进 葛珊南 岳雪飞 赵秦

法眼法语 FAYANFAYU

视角

29 律师界人大代表政协委员热议《决定》

适时设立法律界别助推法治建设

/ 盛雷鸣 黄绮 胡光 游闽键 安翊青 张毅

香港大律师之窗

33 海事仲裁:伦敦、上海或香港?使用者指引

/ 方兆文

律师实务 LUSHISHIWU

37 物权确认请求权的性质及其与相关规定的适用问题探讨 / 孙瑞玺

42 论生态恢复裁判方式的法制化

——以赎刑制度的后现代改造为视角 / 邓晓东

47 企业法律风险管理律师服务产品的开发与营销 / 董家友

51 论国资国企改革风云中的律师业务

——以上海新一轮国资国企改革为视角

/ 洪亮 潘盈

54 新三板挂牌中的律师尽职调查实务研究

/ 刘文伟

56 浅析合适成年人制度中律师的参与和作用

/ 姚炜耀 范珣

人文万象 Renwenwanxiang

追思

58 风雨玫瑰 自强不息

——追忆倪彬彬老师 / 李海歌

59 优雅永不落幕

——记我的恩师倪彬彬律师 / 朱洪超

60 绵绵往事述点滴

——缅怀倪彬彬老师 / 鲍培伦

62 我的恩师倪彬彬 / 宋小红

63 业内资讯

新法速读

64 关于办理暴力恐怖和宗教极端刑事案件适用法律若干问题的意见

新法速递

封三《律师业务资料》目录 2014 年第 10 期



“全国工程质量治理两年行动” 依法推进会在沪隆重召开

2014年10月19日，“全国工程质量治理两年行动”依法推进会在上海建工大厦隆重召开。本次会议由中华全国律师协会建设工程与房地产专业委员会和上海市律师协会共同主办，由上海市建工集团股份有限公司和上海市建纬律师事务所协办。参加会议的领导和嘉宾有：住房和城乡建设部建筑市场监管司司长吴慧娟，中华全国律师协会秘书长刘福臣，上海市政府副秘书长黄融，上海市司法局局长郑善和，中华全国律师协会副会长、上海市律师协会会长盛雷鸣，全国律协建房委主任朱树英，浙江省绍兴市建筑业管理局局长林抒，武汉仲裁委员会主任刘健勤，上海市建工集团股份有限公司总裁杭迎伟，中国人民大学刑事法律科学研究中心执行主任刘明祥（黄悦博士代言）等领导、专家等。本次会议主题涉及律师行业配合政府主管部门加大治理工程质量及整治转包等违法行为的推进力度、为各类建筑市场主体提供迫切需要的律师专业服务、推进相应法律修订及完善工程质量立法三个方面。参加会议的嘉宾和代表包括全国律协建房委委员，沪、浙、苏三地律协建房委委员，高校专家，各地专业律师以及建筑企业代表等共约300人。

聚 焦

●文/盛雷鸣

律师要积极 投身全国工程质量治理行动

——在“全国工程质量治理两年行动”依法推进会上的发言



今天，由我们中华全国律师协会的工程与房地产专业委员会和上海市律师协会共同主办，由国家住房城乡建设部的建筑市场监管司和工程质量监管司，以及上海市建设和管理委员会、市政府法制办公室和市司法局共同支持的《“全国工程质量治理两年行动”依法推进会》在上海隆重举办。我首先代表全国律师协会对大会的顺利召开表示热烈的祝贺；对专程从北京远道而来莅临大会并作重要讲话的住建部吴慧娟司长、对市政府黄融副秘书长和市司法局郑善和局长发表的重要讲话表示诚挚的感谢。明天，中共十八大四中全会即将召开，会议的主题正是依法治国，我们的依法推进会与依法治国的理念完全一致，这也使我们对今天会议的及时举办和圆满成功充满了信心。

本届全国律师协会把提高律师队伍的业务素质、专业能力和服务水平作为最重要的业务工作来推进。去年在南宁、今年在北京连续两次召开全国律师的服务社会提高能力业务拓展的推进会，拓展建设工程和房地产领域的专业服务是我们推进工作的重点。长期以来，建设领域存在违法发包、转包、违法分包、挂靠即出借、借用资质的违法行为，且这些违法行为有越演越烈之势，并不断引发重大安全质量事故。屡禁不止的建设领域的转包、违法分包等违法行为，其成因与立法、执法、司法中的各种失误和疏漏有关，市场操作中当事人“上有政策，下有对策”的应对能力极强，实际情况十分复杂。尽管建设主管部门和各地法院不断出台相关规定，但这个造成建设领域管理混乱和重大安全质量事故的“万恶之源”并未得到有效遏制。我国律师尤其是专业律师，在法律服务过程中大量接触并办理着建设工程法律业务，也深刻了解建设领域不少工程质量低下、其主要原因与转包等这些久治不愈的顽症直接有关。因此，我们全国律师对国家主管部门大力加强工程质量治理，严厉整治转包等违法行为而开展的两年专项行动，认为非常及时也非常重要，我们表示坚决的响应和支持。

根据全国律协对各专业委员会的工作要求，专业委

员会应结合对口的国家各主管部门的工作重点进行实务研究并拓展相关的专业业务，对口建筑领域的就是全国律协建房委。今年4月，全国律协建房委在住建部的官网上发现整治转包等违法行为是住建部今年工作的重点。为配合主管部门的重点工作，为发挥专业律师规范市场的作用，研究、拓展律师在整治这些违法行为中的非诉讼和诉讼服务领域和范围，全国律协建房委及时组建《建设工程施工违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为认定查处标准课题组》并取得积极成果，完成了《关于建筑工程施工转包、违法分包等违法行为及其认定、查处的调研报告》；《关于建筑工程施工转包、违法分包等违法行为典型案例的调研分析报告》；并在住建部建筑市场监管司的指导下完成了《建筑工程施工转包、违法分包等违法行为认定查处办法（立法建议稿）》；并及时撰写了各位会议资料中的《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法适用指南》一书。

2014年9月4日，国家住房城乡建设部（下简称住建部）印发了《工程质量治理两年行动方案》的通知，召开《全国工程质量治理两年行动电视电话会议》，用前所未有的方式拉开了全国范围的工程质量治理两年行动的序幕。该行动针对当前建筑市场和工程质量存在的突出问题，确定了六项重点工作任务：全面落实五方主体的终身责任；严厉打击建筑施工转包违法分包等行为；健全工程质量监督和监理机制；大力推动建筑产业现代化；加快建筑市场诚信体系建设；切实提高从业人员素质。六项重点工作任务从不同角度指向“工程质量问题”的核心要害。同日，住建部在官网上发布“住房城乡建设部关于印发《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》的通知”，标志着建设工程施工违法发包、转包、违法分包、挂靠等四项违法行为有了全国统一的认定和查处标准。9月26日国务院新闻办公室又召开《工程质量治理两年行动新闻发布会》，表明与人民群众生命财产安全密切相关的工程质量治理，已引起国务院和建设主管部门的高度重视，被



提到了前所未有的高度。

我们认为，国家建设主管部门将用两年时间实施对建筑市场转包、违法分包等违法行为的专项治理活动，涉及面非常广，凡有违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为的有关建设单位和施工单位，都会面临各地建设主管部门按统一标准的认定和查处，都会面临相关各方的法律责任的追究并产生一系列复杂的专业法律问题。同时，展开查处工作的政府建设主管部门也会遇到如何理解执行认定查处工作新的管理要求。这对全国律师的专业服务提出了新的更高、更具政策水平的服务要求；同时也是建设工程领域专业律师一个难得的拓展业务的机会。

在此，我对全国律师提供相应的法律服务提三点要求。

第一，广大律师要认真学习，为推进“全国工程质量治理两年行动”做好准备

住建部颁布的《工程质量治理两年行动方案》、《建筑工程施工项目经理质量安全责任十项规定（试行）》、《建筑工程五方责任主体项目负责人质量终身责任追究暂行办法》等办法，尤其是共 18 条规定的《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（征求意见稿）》已经正式施行，其中对违法发包、转包、违法分包、挂靠等四类违法行为的具体界定，会产生大量疑难复杂的法律问题和当事人之间的争议和纠纷，会产生大量的专业法律服务需求。

法律服务的机遇，总是只给做好准备的律师的。认定查处转包、违法分包等违法行为是个复杂的行政行为，县级以上建设行政主管部门对上述各种具体行为的证据搜集和行为认定，需要专业律师提供相应的法律服务；被认定和查处的单位可能发生行政复议和行政诉讼，以及随之引发被查处单位之间大量的民事诉讼，同样需要专业律师的法律服务。我们要认真学习刚才吴司长和郑局长对我们律师服务提出的相应要求，并为实践这些要求切实做好准备工作。希望广大律师同仁加强学习研究，提前做好准备，为政府主管部门查处建筑工程施工转包违法分包等违法行为的调查认定工作提供有效的专项法律服务，承担起律师行业对于依法治理工程质量的社会责任。

第二，各地律协要高度重视、大力推进律师的专项法律服务

律师为“全国工程质量治理两年行动”提供配套

的专项法律服务，政策性强、服务要求高、准备时间短，面对各方市场主体不同服务需求的复杂情况，各地律师协会要高度重视，依法推进此项专业法律服务。住建部实施“全国工程质量治理两年行动”以来，各地律师协会已经积极行动，吉林省律师协会由百名专业律师组成“专项服务律师团”，为政府主管部门和不同市场主体提供配套的法律服务；上海市律师学院组织了沪、浙、苏三地千名律师的专题培训活动，对《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》进行了解读交底的专题培训。这些最初出现的经验和做法值得各地律师协会认真学习和借鉴，希望各地律师协会能够认真组织律师进行有针对性的学习培训，针对各地不同的实际情况和服务需求，采取切实有效的措施和对策，大力推进“全国工程质量治理两年行动”的专项法律服务。

第三，各地律协建设工程或房地产专业委员会，要为提高广大律师专业法律服务的能力和水平积极发挥主导作用

律师协会设置建设工程或房地产专业委员会，是希望这个专业委员会能够切实担负律师在建设工程和房地产领域的专业法律服务，全国律协建房委在这方面已经做了大量的工作并取得积极的成效。各地律协的建设工程或房地产专业委员会要根据各地不同的情况和服务需求，尽快拿出切实可行的方案和措施，大力推进“全国工程质量治理两年行动”的各项法律服务。在这方面，江苏省律协建房委根据江苏省建筑大省施工企业在各地承担大量重大建设工程的具体情况，已经在研究、实施律师为工程质量治理、确保工程质量的专项法律服务；福建省律协建房委已经结合本省住建厅在国内率先推进建筑施工企业诚信服务建设的针对性管理，组织律师提供相应的配套的法律服务。这些初步出现的经验和做法，值得各地律协的建房委认真学习、借鉴。希望各地律协的建设工程或房地产专业委员会，积极配合行业主管部门为强化治理工程质量、严厉整治转包等违法行为展开有针对性的实务研究，提供相关法律咨询意见，为建筑业市场的规范与完善，为推进我国社会的法治化进程展现作为专业律师的力量。

春江水暖鸭先知。律师行业聚集着对市场、对法律最敏感的专业人士，理应对“全国工程质量治理两年行动”引发的依法推进和相关法律服务需求高度重视。我相信，全国广大律师一定能够身体力行，不负重望，为规范我国的建筑市场和提高工程质量做出我们的贡献。●

聚焦

●文/吴喆

聚会·聚智·聚焦

——第四届外滩金融法律论坛成功举行



11月11日下午,由上海市司法局、黄浦区人民政府、上海市律师协会主办,由黄浦区司法局、黄浦区金融业服务办公室及上海市联合律师事务所承办的“第四届外滩金融法律论坛”在上海半岛酒店成功举办。论坛围绕互联网金融创新与法律风险防范的主题,邀请法学界、律师界、金融界和企业界的资深人士,为上海“四个中心”建设和黄浦区相关行业的发展建言献策。

嘉宾云集,聚会专业性高端交流平台

本届论坛可谓嘉宾云集。黄浦区区长彭崧、上海市政协社会和法制委员会主任缪晓宝、黄浦区人大主任施兴忠、市司法局副局长王协、市金融办副主任吴俊、黄浦区副区长吴成、中华全国律师协会副会长、市律师协会会长盛雷鸣、黄浦区人民法院院长樊长春等领导出席论坛。金融办、检察院、法院、银监局和中欧陆家嘴国际金融研究院等相关部门领导,中外资银行、互联网金融公司、大型民营企业等企业家、金融家、法学家和中外知名律师等嘉宾280余人参加了论坛活动。论坛成为了金融界、法律界人士沟通交流的良好平台。

上海市联合律师事务所朱洪超主任介绍了本届论坛议题设置的背景。互联网金融是一个很热门的话题,法律人更应该关心。黄浦区一直将互联网金融作为发展的重点,此次论坛从切合民众切合政府的角度出发,选中了互联网金融作为主题。上海市联合律师事务所作为此次论坛的承办方,设计了整个论坛的流程,邀请了演讲的嘉宾。巧的是,今年正好是联合所成立30周年,因此论坛也成为了事务所文化建设的一个组成部分。互联网对传统金融业产生的影响究竟是什么,是补充、改良还是颠覆?互联网金融对法律的要求究竟是什么,

是限制、放任还是规范?这是目前受到广泛关注的两个问题。朱洪超律师提出,发展创新互联网金融需要正确的思维方式,这当中有经济思维,更重要的是法治思维。“互联网金融的创新是法律规范的创新,而以人为本,将成为互联网金融创新前行的助推器和方法论。”朱洪超说。

彭崧区长发表了热情洋溢的开幕致辞。他指出,目前,互联网金融的发展已经到了一个新的台阶上,模式的创新和风险的防控无疑是现阶段面临的两个巨大问题。今年以来,黄浦区坚持扶持培育与风险防范并重,大力支持互联网金融和民营金融稳健发展。自去年7月推出《黄浦区关于建设外滩金融创新试验区的十大举措》以来,已引进互联网金融企业42家,其中既有众安在线、阿里、点融、玖富等知名互联网金融企业,也包括一大批尚处于创业初期但商业模式独特的创新型企业。这些企业已入驻黄浦区互联网金融产业园——宏慧·盟智园。该园区是上海市首家互联网金融产业园。针对互联网金融在现有行业准入、事后监管等方面法律法规尚不能完全覆盖的特点,黄浦区以负面清单模式为参照,组织区金融办、工商等部门严控入口关,完善区域金融稳定联席会议机制,依托区法院金融庭、检察院金融检查室、公安等部门,主动对接“一行三局”和市金融办,切实保护互联网金融消费者权益;依托民间金融智库——上海新金融研究院(SFI)研究力量开展相关领域学术研究。他希望通过论坛,为金融界和法律界人士创造一个沟通交流的平台,碰撞出思想和智慧的火花,共同探讨黄浦互联网金融发展的方向与路径,为外滩金融集聚带和外滩金融试验区建设提供强有力的支持。

市司法局副局长王协在致辞中指出,至今年10



彭崧区长



王协副局长



盛雷鸣会长

月,上海有律所近 1300 家,执业律师 17000 名。今年以来,上海市律师工作主要取得了三方面的进展:推进自贸区试验区法律服务开放试点;以专业化、规模化、国际化的律师业转型发展取得新的进展,最典型案例为黄浦区邦信阳中建中汇所;试运行全市法律服务行业信用信息系统,这是加强律师行业行风建设的重要基础。随着互联网金融力量不断壮大,大大促进了金融市场的创新,给资金需求者和投资者带来了更多的机遇。互联网金融行业与传统金融行业相比,具有很大优势,但同时也有更多风险,其中法律风险尤为值得关注。外滩金融法律论坛,是法律服务行业与互联网金融行业加强沟通交流、共商金融法治建设的一个良好平台。他希望广大律师能通过这个平台,开拓视野、创新思路,有效加强同互联网金融监管机构及互联网金融行业从业人员之间的沟通交流,准确把握经济建设对法律服务的需求,努力提升中国律师的高端法律业务能力,更好地服务于经济发展,为上海国际金融中心建设作出新贡献。

盛雷鸣会长作了精彩的闭幕致辞。他指出,本届论坛围绕新经济下的互联网金融创新与法律风险防范开展研讨,具有十分重要的现实指导意义。论坛的举办具有时机恰当、内容丰富、意义深远的特点。论坛的内容与互联网金融建设的全局紧密联系、与外滩金融集聚带的发展紧密联系、与上海律师服务“两个中心”建设的方向紧密联系,具有高度的前瞻性、代表性和建设性。作为律师的行业协会以及主办单位的代表,他希望今后上海律师能够为上海经济社会的发展提供更好的法律服务,并在大家的共同支持和参与下将外滩金融法律论坛办得更好,为上海的“国际金融中心”建设提供坚实的法律保障。

议程优化,聚智互联网金融法律问题探讨

本届论坛以新经济下的互联网金融创新与法律风险防范为主题,聚焦互联网金融发展的现状和未来,围绕互联网金融创新、法律风险防范以及互联网金融与

民营经济的发展等三个主题进行了深入探讨。为更好地探讨三个主题,本届论坛在总结前三届论坛经验的基础上,将研讨形式定为了主题演讲与圆桌讨论相结合,并精心设置圆桌讨论议题,从不同角度呼应论坛的主题。

第一个演讲主题是《互联网金融模式创新与发展》。由上海市金融服务办公室副主任吴俊(演讲题目《互联网金融的思考》)和中欧陆家嘴国际金融研究院执行副院长刘胜军(演讲题目《大变局时代的互联网金融》)主讲。吴俊认为,互联网金融需要包容和秩序,包容就是对创新的包容,秩序则是对行业健康发展的支持,目前互联网金融发展迅猛,就更需要我们从行业自律和法治建设等方面去厘清“资产”、“负债”等相关法律概念,去规范“担保”、“销售”、“资产证券化”等法律行为,这有利于互联网金融产业的发展,同时也有利于金融创新的推进。刘胜军表示,互联网金融是推动金融创新,提高金融效率的重要渠道,它的出发点应该是让不同的互联网金融公司能够公平竞争,而不是以风险为中心进行打压。同时,我们也应该对金融机构松绑,让金融机构也能够适应利率市场化和金融创新的需要。

第二个演讲主题是《互联网金融的法律风险防范》。由上海市法学会银行法律实务研究中心主任、中央财经大学金融仲裁研究中心执行主任、原中国银监会创新业务监管处处长陈胜(演讲题目《互联网金融的社会责任》)、上海联合律师事务所高级合伙人曹志龙律师(演讲题目《互联网金融之风控革新》)主讲。陈胜认为,早在 2006 年《公司法》修订的时候就规定了公司应当承担社会责任,而十八届四中全会的文件当中,也有关于加强企业社会责任立法的规定。因此,作为新兴行业的互联网金融也存在着社会责任的问题,比如互联网金融企业的透明度、对于投资者个人信息的保护,等等。曹志龙律师则表示,互联网金融法律风险很大。互联网金融不是简单的互联网金融,而是金融业新生态,互联网金融要想与传统金融业相抗衡,必须进行风险控制的革新,互联网金融的创新最终是法律的创新,互联网金融要取得良性发展就必须建立完善的风险控制体系。

第三个演讲主题是《走向未来的互联网金融与民营经济》。由万向控股副董事长肖风主讲(演讲题目《互联网金融革命的未来》)。肖风表示,专业学术著作认为人类社会完成过三次大的迁徙,而目前人类社会从现实世界向数字世界的发展,则可以认为是人类社会的第四次大迁徙;数字化迁徙带来了新的经济模式,即数字经济的新模式,数字经济的形式和内涵与以

往的工业经济模式截然不同;数字经济、数字迁徙的核心是互联网化的,互联网的核心是两点,即去中介化和去中心化;互联网、互联网企业可以通过众筹模式或数字货币机制两种形式实现去中介化、去中心化;所以互联网金融的未来在两点,即众筹模式和数字货币机制基础上的创新,只有做到这两个创新才能做到去中介、去中心,最终使我们走向数字金融,走向智能金融。

两场圆桌讨论分别是:《互联网金融的激情与冷静》、《如何防范互联网金融法律风险》。上海金融业联合会金融法治委员会副主任吴弘,上海金融业联合会互联网专业委员会副主任、上海高院金融庭庭长杨路,点融网联席总裁、创始人郭宇航,众安在线财产保险股份有限公司首席运营官许炜,浦发银行零售业务总监汪素南,你我贷总裁、创始人严定贵,上海汉商律师事务所主任王嵘,黄浦法院金融庭庭长朱奇,黄浦检察院金融犯罪案件检察科科长樊蓉,上海金融业联合会互联网专业委员会副主任、来谊电子总裁徐海光参与了圆桌讨论。

影响增强,聚焦黄浦区金融业法治化发展

今年的外滩金融法律论坛是第四届。四年来,外滩金融法律论坛始终围绕地区金融法律发展的热点和重点,从“金融创新与法治完善”,到“新黄浦、新金融”,到“外滩金融集聚带”,再到“互联网金融创新与法律风险防范”,不断探索金融法律领域的前沿问题,不断发掘金融法治发展的真知灼见,不断为促进黄浦区金融业法治化发展建言献策,日益受到了社会各方面的关注和肯定。

首先,这种关注和肯定表现在论坛规模的扩大和专业性的提升。一方面,从论坛的整体规模上看,经过四年的悉心经营,参加论坛的各界嘉宾逐渐增多,从 2011 年

的刚过 200 人增加到了 2014 年的近 300 人。另一方面,从论坛的专业性角度看,则是论坛议题的更加集中,论坛嘉宾中金融界、企业界人士的明显增多。相比 2011 年、2012 年论坛议题的分散,今年的论坛紧紧围绕了互联网金融法律问题的主题,并进行了深入阐述。这种专业性从参与主题演讲和圆桌讨论的嘉宾构成中也可见一斑。今年的论坛上,参与这两项活动的金融界人士占到了相当比例,而在 2011 年和 2012 年,做主题发言的则多为律师事务所的律师。

其次,这种关注和肯定表现在媒体关注的增加。从数量上看,本届论坛吸引了包括《解放日报》、《文汇报》、《法制日报》、上海电视台、上海人民广播电台、东方网、上海法治声音等在内的二十余家各级各类媒体前来采访报道,媒体类型涵盖了纸质媒体、广播电视、网络微博等各个种类,这在论坛的举办中尚属首次。而从质量上看,本届论坛不仅吸引了《解放日报》、上海法治声音等媒体派出报道组,以专版(题)的形式进行报道,更受到了《中国证券报》、《国际金融报》等金融专业媒体的关注,派出专业记者进行采访报道。这都表明论坛的专业水准正逐渐得到业界的肯定。

第三,这种关注和肯定表现在论坛成果的固化。例如,2013 年的外滩金融法律论坛根据专业律师就丰富资本市场产品、强化资本市场监管及完善资本市场体系等方面实务操作的建议,通过议案、提案形式提交全国人大和政协,得到了全国人大副秘书长李飞的高度评价,认为这是开创了地方性法律论坛向国家最高立法机关提出立法建议的先河。同时,2013 年外滩金融法律论坛还将专家学者的相关论著、意见、观点整理成论文集,提供给相关部门、机构,进一步传播了论坛的思想成果,进一步扩大了论坛的影响力。●



2014 年外滩金融法律论坛参会人员合影

风采

●文/陶丽萍

沪、豫两地女律师 激荡智慧共谋发展

——“女律师执业风险防控与业务拓展”论坛综述



8月底，应河南省律协直属分会的邀请，三位优秀的上海女律师：上海市女律师联谊会理事、上海聚隆律师事务所副主任丁美红，上海市女律师联谊会副秘书长、上海市新华律师事务所合伙人林丽娟以及黄浦区青年律师联合会理事、上海金茂凯德律师事务所陆珊菁受上海市女律师联谊会委派前往河南省对当地女律师进行培训以及交流。

河南省律协党委专职副书记张富华、河南省律协直属分会会长李晴川、河南省律协直属分会副会长张金凤以及河南省律协直属分会女律师工作委员会委员以及厅直律师事务所女律师代表共180余人参加了本次培训交流活动。

本次活动围绕“女律师执业风险防控与业务拓展”专题展开，分为主题演讲和互动交流两个环节。

在主题演讲环节，三位上海女律师虽然年龄不同、风格迥异，但都完美诠释了上海女律师“温婉、细致、耐心又认真”的品格。她们既有分工又有合作，颇有层次和新意地从三个角度切入中心主题：

林丽娟律师着重论及了人与社会的关系，立意深远、内容详实，她认为做好律师是要有格局的，是要有大局观的。律师既是法律人，又是社会人，所以必须树立自身良好的职业形象。律师在以自身的专业能力获得经济利益的同时，更应该关心自己还能为社会做些什么，只有在为社会服务的过程中，律师才能更好地展现自己的风采，得到更多的认可与尊重，从而真正实现自己的职业价值以及自我的人生价值，在社会公共利益和自身利益之间寻找到一个最佳的平衡点，以人为本，服务社会。

年轻的陆珊菁律师着眼于人与自我的关系，从青年女律师的视角，与大家分享了怎样通过内在素养的自我提升，外在职业形象的精心塑造，内外兼修、兼容并蓄，以更好地实现职业发展。她从律师的看家本领——言语表达为切入点，以自身的摸索实践指出这其间的层层境界：要从“不会说”到“敢说”再到“能

说”、“会说”、“不说”以及学会倾听。论及拓展案源，她着重提出要分对象推介自己：向客户推荐自己、向合伙人推荐自己、向同行推荐自己。同时要细分法律服务领域，将自己能胜任的领域确定为重点，深耕细作，通过自身不断地钻研和实践，给自己“贴上专业化的标签”。律师一旦能被某个法律服务领域专业标签化，当别人遇到此类案件的时候，就能够第一时间联想到你。

丁美红律师真诚地讲述了人与人的关系，语言质朴、情真意切，她以执业26年的切身体会阐述了女律师的平衡之道，包括：如何平衡与当事人、法律职业共同体以及家庭成员之间的关系以及怎样能有效地防控执业风险。她认为，平衡和客户的关系，要做到坦诚地对待当事人，不为五斗米而折腰，不夸夸其谈忽悠当事人，要认真地为当事人分析案情，讲解法律，将利弊风险解释清楚，并且不夸大律师的作用。律师的生存之道唯有诚实和诚信才是长久的。同时，在与客户相处过程中既要热心也要有防备之心，具体要做好三个细节：第一、不能私自收案收费。第二，履行风险告知义务。第三，不保留当事人的证据原件，有效地规避风险，保护自己。此外，她建议，谈判也不失为一种重要的解决纠纷的方法，它蕴含着平衡的技巧，在尊重法律，尊重事实的前提下，有助于追求当事人利益的最大化。

三位上海女律师的演讲既是自身执业经验毫无保留的分享，又饱含了对生活的理解和感悟，引发了在座河南省女律师的共鸣，她们也纷纷结合本人的执业发展经历进行了深入地探讨以及坦诚地交流，淋漓尽致地展现了“敬业、专业、知性而又激情”的中原女律师形象。

虽然沪、豫两地女律师所处的地域不同，但她们都对律师职业充满着敬畏和热爱之情。本次论坛既是一个平台，呈现了两地女律师智慧美丽的形象，更是一座桥梁，充分交流了两地女律师的工作，沟通了思想，凝聚了共识，为今后开展更广、更深的合作打下了良好、扎实的基础。●

风采

●文 / 市律协公共关系部

践行核心价值观 共筑美好中国梦

——市律协参加本市司法行政系统综合汇演侧记



9月25日,市司法局在虹口精武体育馆成功举办了以“践行核心价值观 共筑美好中国梦”为主题的本市司法行政系统综合汇演,并发布了《上海司法行政之歌》。市委常委、市委政法委书记姜平同志出席并观看了演出,市司法局局长郑善和等领导同志出席了活动。

为积极响应市司法局的号召,喜迎新中国成立65周年国庆,市律协召集了上海律师合唱团、新律师方阵以及优秀青年代表在内的近百人参加了本次综合汇演。汇演通过队列、情景剧、诗朗诵、宣誓、大合唱等内容,构筑了风采展示、服务为民、追逐梦想三个篇章。

第四届上海市优秀青年律师孙彬彬在情景剧环节中,本色出演了孙律师形象,充分展现了律师在维护社会稳定、服务上海经济社会建设中所发挥的积极作用。

在律师学院常务副院长刘小禾、副院长章志伟的支持下,从律师学院培训班中选调了30名即将入职律师队伍的青年才俊组成了新律师方阵,由市律协青年律师工作委员会副主任吕琰带领,身着庄严的律师袍,与新公务员、新公证员等一同参加了队列以及入职宣誓仪式,展现了青年法律人的形象与朝气,表达了青年法律人追逐梦想的责任感、使命感和对司法行政大家庭的归属感和凝聚力。

综合汇演在《上海司法行政之歌》

的歌声中达到了高潮。上海律师合唱团与上海市司法局机关合唱团和上海监狱警官合唱团,以及全场近1500名观众共同演唱了这首歌曲,唱响了集结本市司法行政人上下一心、团结奋进,积极投身司法行政事业,自觉践行社会主义核心价值观,同心追逐中国梦的豪迈激情和坚定信念。

市律协理事、东方大律师刘习赞作为律师行业先进典型及其家属代表观看了演出。市律协秘书长万恩标、副秘书长陈东也出席了活动。

为了确保演出的顺利举行,上海律师合唱团发扬了一贯的良好作风,积极组织团员参加汇演活动。为了确保腾出演出时间,既不影响正常工作,又能保质保量完成演出任务,合唱团成员们尽心尽力、不计得失,努力克服自身困难,他们或提前与法院联系变更或协商避开演出日的开庭时间,或将商务洽谈避开彩排和演出日期等。

尤其令人感动的是年届6旬的吴复兴律师演出当天正发着39.4的高烧,妻子劝他请假别参加活动了。他却说演出方队里男队员本来就少,我不去不行。面对吴律师的这份认真与坚持,妻子只能妥协了,不放心吴律师身体的她只能陪伴其一起到现场,从上午9点一直坚持到下午演出结束。律协领导得知后及时送上了慰问和关怀,祝愿吴律师早日康复!

新律师方阵则在市律协公共关系

部主任陶丽萍以及律师学院教务长陈一沁的带领下,进行了多次彩排演练:9月10日清晨6点多,新律师方阵就从市区奔赴远在青浦的上海政法学院参加了综合汇演前期的宣传片拍摄;9月中旬,在上海律师合唱团章克俭律师的指导下,新律师方阵接力开展了为期一周的《上海司法行政之歌》的学唱。9月24日以及25日上午,新律师方阵又开展了严肃、高密度的彩排。方阵中的多名成员都是从闵行、松江等较远的地区一早赶往位于虹口区的演出场馆的。他们不仅准时认真参加了市司法局布置的合演彩排,更是自我加压,顶着艳阳高照,从早练到晚,反复训练队形方阵以及誓词口号,一遍又一遍,精益求精,没有任何怨言,展现出新一代青年法律人的良好素质以及吃苦耐劳的拼搏精神。9月25日也注定成就是他们职业生涯中最为神圣、美好、值得记忆的一天。

市律协秘书处也选派了会员部副主任杨小龙、办公室副主任吴振光以及江海、曹申星、薛侃、仲峥以及杨子祥等在内的新、老同志结合的阵容参加了本次综合汇演以及后勤保障工作,展现了上海律协秘书处的良好精神面貌,甘当绿叶不懈坚守和默默奉献的真切情怀。

市律协由衷地感谢吕琰、孙彬彬律师以及副团长祝明真律师领衔的上海律师合唱团成员的高风亮节、新律师方阵成员的积极努力以及他们所在律师事务所对市律协工作的鼎力支持。●

区县专辑 普陀篇

●文/郇 荀

立业成才正当时

——在普陀区青年律师座谈会上的发言



郇 荀:普陀区委常委、区委政法委书记

如果说党的十一届三中全会召开带来法律人新生的话,党的十八届四中全会必将使得广大法律工作者迎来第二个春天。生逢其时固然值得庆幸,作为富有活力的青年律师群体,更当珍视大好机遇,破茧而出,展示才华,与民族复兴同声共振。

——抱团集成彰显力量感

普陀没有规模大所,在全市有影响力的大律师也不多,对我们青年律师来说,不一定全是坏事。从一定意义上讲,这样的生态更有利于年轻律师的脱颖而出。可以把我们现有的活力、语言、勤勉、团队等优势进行集成,在普陀的经济社会发展中呈现规范、理性和秩序的特质和优势。在全市行业活动中体现特点、特色和群像,用普陀青年律师的整体形象和力量赢得同行和全社会的赞许目光。

——横向联盟把持方向感

青年律师执业初期,势单力薄,不得不为生计奔波。一方面各界应当为他们健康成长创造必要条件环境,比如司法行政部门应多向他们提供政府购买法律服务的项目,组织他们参加法律援助工作。另一方面,无论自身发展还是体现能耐,组队、联合、交融都是有效方法。除了娱乐健身,恐怕“一举多得”是我们思考的重要落力点。比如与工商界的人士联谊,可以主动结合企业融资的成本及风险提供提示和意见,相信会汇合更多企业家的信赖。与公务人员交流,可以从尽职调查的案例说明职业伦理、风险规避及规范流程的重要性。总之,要从为

对方出谋划策切入,在展现睿智的同时获得更多的成长机会。

——修身做人立足使命感

当青年律师已不为基本温饱而犯愁,并且立志要成才成功时,也许注重修身做人是一条捷径。哪怕一时吃亏,哪怕暂时不为人理解,但命运是公平的,舍得、付出、才会得到、收成。当把个人的志向同国家、全社会的追求紧紧结合在一起的时候,应该就离成功不远了。李嘉诚先生曾说到过关于企业家和钟点工的区别,钟点工做完了就思量立马收获,企业家则放眼收成在若干年之后。修身对青年律师来说至关重要,一则可以解决社会行业的瑕疵不足,二则可以时刻提醒自己方长来日,三则可以为人打下可靠基础,任凭风浪起,心灵仍安逸。

——关注“穴位”信守责任感

当下我们的体制长处是不言而喻的。但社会组织机制运行有许多“穴道”需要进一步激活。“春江地暖鸭先知”,律师深度介入经济、社会、政治的方方面面,以我们的专业素养和精到的体悟,化个人单一行为为组织智慧行为,变个案对当事人的纯粹法律服务为体制内“穴位”的用力,相信没人怀疑你们的拳拳之心。有一天,你们的合力建言,你们的合力设计,你们的集成智慧为社会所认可,为决策者所采纳,一个群体因此而长远得益,一部法规因此而改进完善,我们就可以骄傲地说:我们,我,无愧于一个美好时代。●

区县专辑 普陀篇

●文 / 普陀区司法局

在法治的沃土上 播种发展的种子

——普陀律师积极投身于区域经济社会发展纪实



党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出，“改进社会治理方式，发挥政府主导作用，鼓励和支持社会各方面参与，实现政府治理和社会自我调节、居民自治良性互动”。这充分显示了以习近平同志为总书记的党中央对于国家治理中发挥社会各方力量、实现多元共治模式的认同与重视；法律服务业作为社会力量的组成部分，同时也是促进国家治理体系现代化建设的重要生力军，在推进区域法治建设、服务民生保障和经济社会发展中大有可为。

多年来，普陀区司法局围绕中心、服务大局，进一步加强法律服务保障功能，汇聚法律服务资源，坚持“规范建所、规模办所、专业兴所、品牌强所”的理念，积极引导律师充分发挥其经济发展助推器、依法行政智囊团、普法教育宣传队、社会公益志愿者的作用。广大律师不负众望，以实际行动孜孜耕耘着一方法治沃土，为普陀区经济社会发展和社会和谐稳定作出了积极贡献。

人才汇聚的“大家庭”

普陀区司法局始终致力于塑造团结、凝聚、齐心的普陀律师队伍文化。通过搭建各种平台和载体，扩大法律人才之间的互动和交流。在主任律师中建立“午茶会”制度，分别与普陀区妇联和普陀区青联成立“女律师联谊会”和“青年律师沙龙”，开展“巾帼律苑”妇儿维权法律服务、“阳光律舟”青年律师志愿服务等项目，定期组织律师与检察官、法官座谈交流，为法律人才之间增进了解、展示形象提供了舞台。其次，开展形式多样的文体活动，组织青年联谊会、法律辩论赛、摄影书画展、篮球赛、足球赛、牌技比赛等活动，大大丰富了律师队伍的业余文化生活，增强了律师之间的合作

意识和团队精神。

在积极培育健康的律师队伍文化过程中，区司法局将律师队伍良性发展置于区域经济社会发展的大局中来谋划。2013年6月，借助普陀公证处的多功能厅建立“法律人之家”，将法律工作者凝聚起来，并联合区工商联、科委、律工委、信息产业促进会等部门开展“普陀金融法治服务论坛”，为实现政府部门、法律金融中介机构与企业的服务对接、推动合作共赢创造了有力条件。此后，“法律人之家”真正发挥其广招贤士共谋发展的功能，相继举办形式多样的午茶会、联谊会、沙龙6次；开展论坛、研讨6次；组织专家学者、资深同行开展业务研究和政策培训2次；还探索开展“微型党课”教育，增进法律服务工作者的党性修养，同行们在这个“大家庭”里互动交流，碰撞出越来越多的思想火花。

加强队伍建设没有“完成时”，只有“进行时”，区司法局党委深知工作推进离不开强有力的组织队伍保障，故而牢牢扭住“搭平台、重培养、促品牌”的队伍建设不放松，聚合了一支留得住、聚得紧、叫得响的法律人才“大家庭”，不仅抓住了法律人才队伍内涵式发展的“生命线”，也为区司法行政服务于区域经济社会发展注入源源动力。

社会治理的“参与者”

运用法治思维和法治方式深化改革、推进发展是当前转型发展进程中面临的重大课题，更是化解矛盾、服务民生的应有之义。为了深化律师在促进法治普陀建设中的积极作用，区司法局从维稳、民生和法治创建活动入手，加强法律服务对于普陀经济发展的融合度，积极引导律师参与社会治理，不断将依法治区工作引向深入。



在矛盾调处中构建法治生态。律师以第三方的身份参与地区疑难复杂矛盾化解是区司法局发挥律师专业优势维护社会稳定的重要途径之一。其一,律师积极参与信访积案的核查和化解。近三年来,区司法局共组织30家律师事务所、约100名律师参与市、区突出信访矛盾核查、评估和化解工作,立足中立性和专业性,严格按照“快速行动、深入核查、真诚沟通、优化方案”的“四步工作法”,稳妥细致地做好对当事人的政策解释及思想疏导工作,累计参与案件300余件次,出具法律意见书150余件,协助化解案件100余件。其二,律师积极参与群体矛盾的调处和化解。先后参与普陀区朝新村征地纠纷、建民村、锦绣里、棉纺新村等动迁纠纷的化解工作。今年4月,区委政法委、区信访办、司法局共同搭建了由区人大代表、资深律师等7人组成的第三方专家评议团,对政府和村民代表双方就朝新村征地纠纷进行居中审议,有效助推了该重大群体矛盾的进一步化解。此外,援助律师还多次成功化解农民工的集体劳资纠纷,帮助农民工追回薪资230多万元,切实维护了农民工的合法权益。其三,律师积极参与每周四区领导信访接待。区内资深律师每年参与领导信访接待近48次,主动为信访人答疑解惑,提供法律咨询服务,开展法律宣传,为信访矛盾的化解提供法律意见和建议,促进纠纷的妥善解决。

在民生保障中构建法治生态。旧区改造关系到人民群众的根本利益,是工作的重中之重。2012年,由普世律师事务所选派党员律师志愿者入驻新渡口旧改基地,为旧改工作提供法律咨询和政策法规宣传等服务,现场共接待居民咨询250余人次,促使居民顺利签约230多件,收到较好效果。2013年,区司法局探索建立旧改项目法律服务遴选机制,从制度层面规范了律所服务旧改的内容、方式、标准、评估和报酬等细则。今年,区司法局跨前一步,早在旧改基地启动之前先期推荐出经验丰富且服务优质的律所,相继参与到社会稳定风险评估、案件研讨、听证、法律咨询等活动,并先后在金沙新村、曹家村、东新村(四期)三个旧改基地建立“法律服务工作室”,选派律师为旧改居民提供全天候的法律服务,律师从法律专业角度答疑解惑,扫除群众法律认识的盲区,

帮助群众分好家庭共有产“蛋糕”,共接待咨询800余人次,参加各类听证会、推进会、评议会等40余次,调解居民家庭内部纠纷12次,在保障旧改工作顺利推进的同时,也帮助百姓通过合法方式获得了实实在在的利益。

在创建活动中构建法治生态。区司法局一直以来把律师工作贯穿于三个层面的依法治区工作来同步推进。特别一提的是,在基层法治创建活动中,以基层司法所、居村委会为依托,普陀区深入开展律师事务所与司法所、律师与居村调委会的“双结对”工作,充分发挥律师在加强和创新社会管理工作中的第三方积极作用,广泛开展送法上门活动,有针对性地老百姓提供法制宣传、法律咨询服务,推动法律服务大众化。如:长风新村司法所组织律师进楼宇,建立街道律师法律服务专家组;曹杨新村司法所开展的“律师社区天天行、法律服务惠居民”活动;甘泉路司法所开展的“法律夜门诊”、“百姓小广场”等品牌特色项目;桃浦镇紫藤苑试点开展的“自家人老娘舅”,成为新惟律师事务所与桃浦紫藤苑小区共建的亮点之作。另外,在法治城区创建和依法行政示范单位创建中,以开展领导学法用法活动为抓手,组织律师为领导干部开设法制讲座;组织律师列席区政府常务会议,为政府科学决策提供法律支撑;同时,律师主动参政议政、建言献策,增强行政决策的科学性和民主性,为地区法治建设贡献力量。

心系发展的“好参谋”

“家里的老人不在了,留下一点财产谁来继承呢,能帮我找找律师吗?”“这个难题必须在法律框架里解决,我们需要律师,请代为联系”……在办公室工作的小潘经常接到来自百姓、来自政府部门的求助电话,虽然个案解决了,但是局党委想着顺藤摸瓜找到问题症结所在——归根结底还是法律服务渗透不够。于是,区司法局以需求为导向,借“外脑”、起“炉灶”,审时度势建立法律顾问团,引导法律服务深度介入群众和政府需求,渐渐使法律服务成为百姓和政府的“必需品”而非奢侈品。

当好百姓的法律顾问。从去年的“名律师社区行”

到今年的“名律师系列行”，律师走入寻常百姓家已是家常便饭的事。社区居民自发向居委会开出菜单，一一列举与自己利益密切相关的法律盲点，每周律师都会按时走进社区，针对菜单开设讲座，满足群众对法律知识、法律服务的不同需求。各街镇司法所也结合实际，组织开展观影、猜谜、法治摄影、法制书画比赛等趣味法制教育活动，摆脱了生硬刻板的说教，以喜闻乐见的形式增强老百姓学法、知法、守法、用法的意识；在邻里矛盾调解中，律师以专业的解答、耐心的服务，帮助居民排忧解难，小区居民都为身边能有这样一支“药到病除的法律医生”队伍而感到安心。结合“3·5学雷锋”、“3·15维权日”等宣传节点，律师下社区、进商场，开展大型普法宣传和法律咨询活动，现场提供法律服务，使群众近距离享受法律服务的便捷。

当好政府的法律顾问。普陀区政府法律顾问团于2007年成立，目前顾问团成员有24人，每年列席常务会议、专题会议多达30多次，根据区政府需要，提供决策合法性审查；对社会热点、政府难点问题进行论证；对重大项目建设提供专业法律意见等服务。今年，区司法局会同区桃浦地区转型发展领导小组办公室，联合签署《上海桃浦科技智慧城建设法律服务合作协议》，共同组建“上海桃浦科技智慧城法律顾问团”，聘请9名资深律师担任顾问团成员，侧重对桃浦地区发展中的经济结构调整与产业转型中的各类产权清理等法律问题开展调研，并提供及时的法律服务。另外，引导普世律师事务所针对长风并购金融集聚区建设开展专项调研，以提供良好的配套现代法律服务环境，最终服务于普陀区域经济的发展。

当好企业的法律顾问。以建立楼宇综合服务点为契机，区司法局积极探索推进“法进楼宇”工作模式，引导开设在大型商务楼宇内的律师事务所，以综合服务点为根据地，不断辐射法律服务效应。如今，长风生态园区的长城大厦和申大厦先后建立了综合法律服务点，有效整合人民调解、法律咨询、法制宣传等司法行政资源，发挥物业调委会和律师事务所合力，为楼宇内的企业和员工化解矛盾纠纷，并提供法律服务。今年3

月，区司法局联合区工商联制定《普陀区基层商会法律志愿者服务规则》，成立“基层商会法律服务志愿者”队伍，定期在基层商会开展法制宣传、法律咨询、法律援助等工作，深入推进“法进园区、法进企业”，实现了普法宣传互融共通，法律服务前置，受到商会及会员企业的欢迎和赞誉。

法律服务的“新跨越”

为实现律师业的转型发展，更好地适应区域经济社会建设的需要，区司法局以问题为导向，拿管理体制“开刀”，着力通过体制机制创新，实现律师队伍服务内容的精细化管理手段的多样化，促进法律服务工作迸发新的活力。

服务形式闪耀新亮点。如何使政府服务“投其所好”？区司法局采取“两步走”，通过完善法律服务业“软环境”，主动服务律师行业并起到预期的激励作用。一是在政策平台上寻求突破。制定《普陀区关于进一步推进律师服务业发展的实施意见》、《普陀区律师业第十二个五年规划纲要》，明确律师业发展的目标任务，并与区发改委、财政局、投促中心、税务局等多个部门沟通协商，努力在项目介入、楼宇优惠、人才引进、财政税务等方面给予扶持，为律师业发展提供了全面的支持和保障。同时，建立局领导走访律师事务所常态化制度，今年以来局领导走访律所30多次，实地调研律所在发展中遇到的难题，直接“把脉”、“对症下药”，真正把律所的发展放在心里。二是在党建工作中注重引导。认真开展党的群众路线教育实践活动，组织律师开展教育学习会、听取意见会、专题组织生活会（党员民主评议会），共同查摆问题，并落实整改。区律工委定期召开碰头会，认真学习党的十八大以来习总书记讲话精神及各类文件，自觉提高对党的方针政策的执行力和贯彻力。以项目化为推进，指导律师事务所党支部探索开展党员律师联系服务社区的新机制，博和律师事务所律师定期赴长寿“邻里中心”担当志愿者，展示党员律师履行社会责任的新形象。加强“班长工程”建设，坚持律所党支部书记例会制度，通过培训切实提高



律所党支部书记的党建工作能力和水平。

管理机制突出新手段。如何使管理张弛有度,起到防微杜渐的作用?区司法局通过建立健全三项机制,强化监督指导,进一步增强律师依法、依规、依律执业意识。一是健全律师执业状况评价机制。加强对律师执业活动的有效监督。通过年度检查考核,对律师事务所和律师的执业和管理状况作出评价,确定考核等次,对考核不合格的律师事务所,采取整改或处罚措施。二是完善律师执业奖惩机制。加大对律师行业先进典型的表彰宣传和违纪违规行为的查处力度。开展“普陀区优秀律所和优秀律师、女律师、青年律师”评选、区“领军人才”、“拔尖人才”、“青年英才”评选活动,进一步增强律师的使命感和责任感。同时,依法处理律师行业信访投诉,创办月刊《普陀区律师行业信访案例评析》,对典型案例进行介绍、剖析和点评,指导和帮助律师更好地防范执业风险。三是建立监管约谈机制。对信访投诉较多的律师事务所负责人进行约谈,明确指出所务管理中存在的问题,具体指导、督促整改,进一步强化事后监督,以促进和规范律师事务所内部规范管理。实践证明,通过固化长效机制,优化律师执业行为,法律服务质量有了新的提升:今年上半年,办理法律援助案件 320 件,同比上升 82.9%;办理诉讼和非诉讼案件共 7875 件,同比上升 15%;律师业实现创收 1.727 亿元,同比增长 39.31%,完成税收 2025.37 万元,同比增长 41.26%。

普陀律师工作所获得的每个突破和成果,无不映射出区司法局敢闯敢试、敢为人先的勇气和决心,无不展现出律师们奋发有为、激流勇进的姿态和信念。“苟日新,日日新”,在新的形势和背景下,普陀区司法局将抢抓历史性机遇,不断增强法律服务与经济社会发展的融合度,不断增强律师队伍凝聚力和战斗力,在已然绘就的律师发展蓝图上续写新的篇章。●

(撰稿人:潘晓琼)

区县专辑 普陀篇 ●文/吴仁

长风破浪 普世情怀

——上海普世律师事务所成立六周年记



起——激情创业

2008 年,是普世所初创的一年。在那个注定不会平凡的多事之秋里,一群来自我国著名高等法律学府——华东政法大学的法律学人,也酝酿着关乎他们自己乃至诸多业界后辈们职业生涯的一件要事。待到十月桂花飘香之际,尘埃落定。上海普世律师事务所自此占有了沪上律师界的一席之地。

当“普世”这个饱含法治情怀的名称被提出时,获得了合伙人的一致赞同。大家都表示,如果说心目中有一个足以寄托职业理想的律所,那她就应该是这个名字——愿普天之下,莫不是法治沃土;望世间之事,莫不能正义公平。

普世所成立之初,仅有 3 位专职律师、200 平方米的办公面积,但这初创时的促狭,并没有影响普世人的信心和热情。基于共同的职业操守和法律信念,不仅使得这些创“世”之人彼此间紧密团结,而且使得他们能够一呼百应,更多的法律精英一个接一个地加入到普世的大家庭里,带来了他们各自的专业经验和

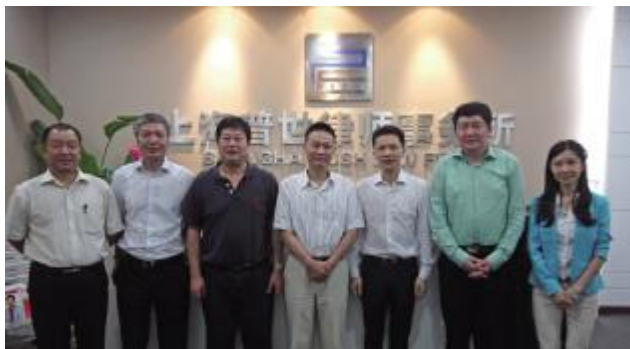
变得欣欣向荣起来。

六年来,普世人克服了各种困难,维持了全所无论在人员、业务量还是影响力等各方面的快速增长。如今,事务所已有执业律师 50 余人,跻身上海律师界前 40 强,而无论业务创收还是知名度在普陀区也位居前位。

承——尽展所能

2012 年初,经多方协调,普世所从智慧广场的旧址迁出,进驻具有普陀长风生态商务区新地标意义的长风国际大厦。如今,普世所秉承立足长风、服务普陀、面向上海、辐射全国的格局理念,坚持打造专业化、团队化、品牌化的法律团队。在区政府的关心支持下,在区司法局的指导下,普世所以地缘为基础、以社区为纽带、以法律信念为指引,已发展成为区内具有示范意义的新兴综合性律师事务所。

普世所一贯重视公司、金融方面的业务,并致力于打造一流的法律服务团队。在进驻长风生态商务区后,所内律师结合所在区域跨国公司、金融企业集聚的特点,进一步挖掘提升相匹配的业务能力。其间,普世所为数家大型企业提供 IPO



相关法律服务并助其成功上市，并同时在企业债券发行、银团贷款、投融资、公司重组等方面为包括政府部门、大型国有公司等在内的诸多客户提供了优质服务。

在普陀区“一河五区”布局中，长风生态商务区基础建设基本完成，商务区形象开始显现，但区域内专业法律服务机构还较少，影响了产业集聚效应的发挥。而如今普世所的进驻和壮大，很好地弥补了这一区域内相关法律服务的空白，必将在区域层面更多地服务于上海四个中心的建设目标。

与此同时，在实施旧城区改造“新政”后普陀区的第一个旧改项目——新渡口旧改基地，首次尝试由政府购买法律服务、律师介入旧改项目的模式，普世所在这一过程中承担了提供相关法律服务的重任。整个服务过程中，普世律师以良好的职业操守和奉献精神，为旧改居民提供了专业的法律服务，有效化解了动迁过程中的各种矛盾，确保了旧改工作的顺利实施。而新渡口旧改项目中的探索与实践，也为今后律师参与旧改工作积累了丰富的经验，起到了样板和示范效应。

除服务区域经济、参与旧改外，普世律师还在其它方面尽展所能，承担着法律人对社会应尽的责任。如所内律师作为区政府聘请的法律顾问，积极为政府各方面提供法律咨询服务；积极参与各类信访接待和化解工作，帮助缓和所涉及的矛盾并最终促成信访案件的化解终结；所内有 10 名律师进入普陀区医患纠纷调解委员会的专家库，配合区医调委参与各类医患纠纷的处理等。此外，普世所还与区内司法所签订“双结对”协议，定期赴社区开展义务咨询；普世所的女律师组成团队并开通了女律师服务热线，专门接待来自女性的咨询；普世所与区内法律援助中心合作，指派律师赴法院、看守所等场所开展法律援助工作等。

转——开拓进取

古语有云：逆水行舟，不进则退。如果说当前的经济发展与社会转型为法律人提供了施展才华的舞台，那么日益激烈的业内竞争则好比将这舞台置于了激流之中。是抱残守缺、按原有被证明为“安全”的经验来运营和发展律所，还是不断开拓、去尝试自身甚至前人都鲜有涉及的方法来谋求发展，是摆在所有律所管理者面前的问题。普世人并不冒进，故而求稳；但普世人亦不甘于裹足不前，所以稳中更需有变。

变化首先表现在结构上。2011 年底，普世所与区内原上海胡贤德律师事务所进行合并，并以此为契机在接下来的几年内引入了数位新合伙人。本次合并的

顺利完成，证明了区内律师行业资源存在整合的需求和可能，也为其他律所拓展业务领域、提升综合实力提供了可供借鉴的途径。而合并之后不久，普世所更是本着“走出去”的战略规划，在江苏昆山设立了上海普世（昆山）律师事务所。通过“控股”而非“挂靠”的方式设立分所，不仅彰显了普世所对于自身品牌、团队的自信和谨慎，更表现出其对于律师事务所发展模式的探索和思考。

其次这变化还表现在业务模式上。与大部分传统型律所相似，普世所在人员上由于以提成律师为主，因而起初的业务模式完全没有脱离律师界“单打独斗”、“各自为战”的普遍现象。但随着业务量的提升和规模的扩大，普世人越来越感受到打破现状、形成合力的必要性，并因此提出了以团队化带动专业化、以专业化带动品牌化、以品牌化带动规模化的路径发展目标。通过以合伙人之间的专业分工和协作为基础，普世所内现在已经形成多个业务团队纽带，使得合伙人之间、合伙人与提成律师之间以及提成律师之间大大增强了业务互动与合作。

如今，普世已经形成包括公司、金融证券、知识产权、海事海商、跨国跨境、刑事、行政、房产工程、劳动人事、矿产能源与争端解决等在内的十余个大大小小的业务团队。正是依靠这些互有分工却并不画地为牢的、看似松散却能精诚合作的团队，使得无论是大型上市项目还是为个人客户提供的专门服务，无论是承接案件的洽谈过程还是诉讼案件的出庭代理，都可以看到普世人之间合作共赢的局面。

合——成事在人

普世所，最值得提起的内容之一还是其富有学术气息的律师团队。现有的执业律师中，博士学历 8 人，硕士学历近 30 人，兼职律师多为华东政法大学的教授、副教授，其中两人享受国务院特殊津贴。

高学历、学术型的律师团队不仅保证了普世的法律服务品质，而且形成了多层次专业结构。第一层次是相关法律领域的专家学者律师领衔，提供深层次理论支撑；第二层次以拥有丰富实践经验的资深律师为核心，提供实践指导；第三层次是以相关专业背景背景的律师为代表，执行具体的律师工作。在这一专业结构下，普世人对每项法律事务的处理做到层层把关，理论与实践相结合。

在构成普世核心团队的学者中，包括了各个法律领域的专家，如担任中国法学会商法学会副会长、华东

政法大学教授、享受国务院特殊津贴的顾功耘律师；担任中国法学会刑法学研究会副会长、华东政法大学教授、享受国务院特殊津贴的刘宪权律师；担任中国知识产权研究会理事、中国版权协会理事、华东政法大学教授的吕淑琴律师；担任中国法学会行政法学会理事、上海市法制办公室研究员、多次参与地方性立法的邹荣律师；担任上海市仲裁研究中心研究员、中国法学会国际私法学会理事、中国法学会海商法学会会员的袁发强律师等。

除了借助专家、师长的力量外，普世人还认识到，事务所的发展单靠合伙人自身做大做强是不够的，终归会因为各种原因遭遇发展的瓶颈。因此，除了引入已经具有丰富经验和资源的较为成功的律师同仁外，更应注重形成一个帮助青年律师成长的长效机制，从而使使得事务所内部在业务层次和能力上，能形成数个人才梯队，从而不断实现业务形态、业务能力的发展和更替。

而青年律师执业之初，最大的困难就是缺乏案源和相应的社会资源。因此，事务所一方面通过争取各类法律援助、值班咨询等较简易业务的机会，并将之优先提供予青年律师，同时在许多交流、评优等拓展社会交往的场合也积极对外推出优秀的青年律师。而在合伙人自身开展业务的过程中，也会有意识地选择一些青年律师进行合作，以帮助其获得更多的业务经验和接触更多的业务机会。当然，普世所才走完了第一个五年，刚刚步入第二个五年，如何长期有效地帮助青年律师成长，仍然需要不断地探索和尝试。

结——普世情怀

回顾律所短短几年的发展轨迹，有光鲜精致，也有困顿沧桑，但这丝毫不影响她承载着普世人无限的法治情怀。在他们的每一个案件、每一份代理词、每一次的执着和谨慎中，看到了普世人把自己的法治理想和职业信念浇注在同一片土地上，一道印证着法律人的情怀。●

区县专辑 普陀篇

●文/蔡正华

“博和论坛”背后的精品律所

——记上海博和律师事务所



博和所撰写的《企业常见刑事法律风险防控操作指引》



在上海市普陀区，有这样一家律师事务所：成立六年来，始终立足建设精品化律师事务所，坚持以品牌推广树形象，以队伍培养凝精华，以专业建设促发展，形成了独特的发展模式，取得了可喜的行业成就，这就是位于普陀区的上海博和律师事务所。而其旗下已连续成功举办四届的“博和论坛”，已经超越律所本身，成为上海法律界、乃至全国都声名在外的法律人盛宴，同时更是该所优势培养，多极发展，“品牌、队伍、专业”三位一体理念的集中体现。

品牌——“北尚权，南博和”

在第四届博和论坛上，当属论坛主持人——《民主与法制》杂志社刘桂明总编曾对博和论坛有过很高赞誉，并总结为“北尚权，南博和”，得到与会者一致认同。同样的赞誉后也多次出现在新华社、《上海法治报》、《检察风云》等媒体的后续报道中。

事实上，博和所在创建论坛之初，就立意将博和论坛建设为博和所、乃至是海派律师精神风貌和发展成果的展示窗口。因此，博和人一直坚持博采众长、海纳百川的思路，广邀业界同仁和社会贤达参与，著名法学家、律师、司法部门高层、大型企事业单位法律实务负责人，乃至世界五百强的高管，都是博和论坛嘉宾的常规阵容。

2010年，第一届博和论坛的主题是“平安世博·预防犯罪——涉黑犯罪问题理论研讨”，来自上海市委政法委、市检察院、市高院和政法院校、市律师协会、律师事务所等各界60多位重量级嘉宾参加了论坛，同时有《上海法治报》、《检察风云》、《民主与法制》、《东方早报》等多家知名媒体对论坛跟踪报道。来自司法部门及政法院校的领导和专家分别就涉黑犯罪问题作主题发言，论坛成果有效地服务了世博安保。借助服务世博东风，“博和论坛”品牌也得以传遍上海滩。



博和律师团队

博和论坛的高规格定位,换来了论坛的高品质,更是吸引了很多企事业单位和社会学术机构主动寻求合作,比如上海市法学会、华东政法大学律师学院、普陀区律师工作委员会等都曾作为博和论坛的协办单位。而近些年来,随着博和论坛的主题越来越契合企业发展脉搏,受邀或者主动报名参加博和论坛的企业及企业家也越来越多。正如论坛嘉宾、华奇化工总裁杨全海先生所言:博和论坛业已成为企业向法律界传递企业法律服务需求的渠道,在博和论坛上有最了解企业运营管理所涉法律问题的群体,可以精确解读企业的服务需求,为企业提供最符合实际的法律服务。对此,第四届博和论坛致辞嘉宾、中华全国律协副会长吕红兵也曾形象地比喻:博和论坛已经充当起律师界与企业之间的媒介。

队伍——团队引领人才

成立于2008年的博和律师事务所,在上海一千多家律师事务所中属于新生力量,但是该所律师却大多执业经验丰富。该所40余名专兼职律师中,具有硕博学位和教授以上高级职称的占到90%,更有7位律师执业30年以上。但是博和所并未就此满足,他们始终将人才队伍建设作为律所长期可持续发展的重中之重来抓。

为适应律师行业日益激烈的竞争需求,博和所在建所之初就在人才队伍建设方面定下了以团队化作为人才培养的主要路径。具体讲就是在确定律所主要服务领域的前提下,按照各位律师的执业兴趣和执业特长,将所有律师划入刑事法律服务中心、企业法律服务中心以及社区和家事法律服务中心,选任相关领域资深优秀律师担任各中心主任,业务开展和人才培养

都落实到各团队具体负责。以博和刑事法律服务中心为例,该中心现共有律师17人,既有多位刑法学教授、博导,又有多名年富力强、留学海外的中青年律师,理论与实践相结合,本土资源与国际视野相结合。丰富的人才储备,专业化的团队建设,为中心服务产品研发以及疑难案件办理提供了强有力的专业保障和智力支持。

博和所鼓励本所各专业团队主动承担各届博和论坛的筹备工作,比如第一届“平安世博·预防犯罪——涉黑犯罪问题理论研讨”和第四届“企业刑事法律风险防控论坛”即由博和刑事法律服务中心团队负责筹备,第二届“交流、合作、创新、发展——2010博和法律顾问服务论坛”由企业法律服务中心团队负责筹备,以“律所党建与发展论坛”为主题的第三届论坛由社区和家事法律服务中心团队负责筹备。通过“自身挖潜、自我加压”而不是依靠“外援”的方式筹备论坛,可以在实践中更好地锻炼培养队伍、开阔思路眼界、提升综合能力。

同时,为促进青年律师队伍快速成长,发挥青年人善于运营新媒体的特点,博和所还设立官方微博和微信公众号,鼓励青年律师在专业研究、热点评论等方面勤于思考。博和刑事微信公众号下的“博和微评”栏目,在开辟后的第一个季度内阅读量就达到数十万人次,多篇高质量原创文章更是在一天内获得超过万次的阅读量。如今,博和刑事微信公众号已经成为律师界具有较高知名度的原创新媒体平台。

专业——产品适应需求

为企业发展保驾护航,一直是博和人的执着追求。在已经成功举办的四届博和论坛中,与企业经营管理

相关的就有两届,分别是第二届的“交流、合作、创新、发展——2010 博和法律顾问服务论坛”和第四届“企业刑事法律风险防控论坛”。

企业法律风险是企业经营管理诸多风险中的重要组成部分,并且企业法律风险的处理是否得当,更是直接关系到企业和企业家的发展。博和所在国内较早地关注企业法律风险防控课题。旗下企业法律服务中心,在团队负责人、该所高级合伙人朱宇晖律师的带领下,充分利用团队中民商法教授、硕博士等高层次人才优势,对企业法律风险防控课题进行了充分深入研究,形成了企业内训、风险体检等多项可复制推广的服务产品,并运用于几十家顾问企业的日常经营管理中,获得了一致好评。团队蔡正华律师综合企业风险防控的实战经验,撰写的《企业常用文书及其法律风险防控》一书近期将由中国政法大学出版社正式出版。

如果说博和所在企业民商事法律风险防控服务领域只是众多开拓者中的一员,那么在企业刑事法律风险防控领域,则是实至名归的先行者。拥有 17 位高学历人才的博和刑事法律服务中心,在国内法律服务行业率先研发了企业刑事法律风险防控专项产品,并在第四届博和论坛上正式发布了国内首部《企业刑事法律风险防控操作指引》,成为当前该领域法律服务的开拓者和领航人。

当然,博和人深知任何一个新的法律服务领域的开

拓都不可能一帆风顺,服务技能需要培养,服务需求需要培育。于是博和人又志愿当起了传播者。据不完全统计,仅 2013 年中至 2014 年中,以博和律师事务所主任林东品律师领衔的博和刑事法律服务中心团队,就先后十数次为上海及外地的政府机关、律师同仁、各大商业银行、外资企业等开设专题内训课程,对提高企业经营者和主管部门防控刑事法律风险的意识起到了巨大的积极作用,同时也在互相沟通中,将单一的企业刑事法律风险防控专项产品,丰富发展为包括国有企业经营与管理刑事法律风险防控、房地产企业常见刑事法律风险防控、民营企业常见刑事法律风险防控、卫计系统常见刑事法律风险防控、国家工作人员履职常见刑事法律风险防控等全方位、多层次的系列产品。不但为团队赢得了市场和客户,更为整个刑事律师群体打开了非诉讼法律服务的一扇窗户。也正是在博和刑事法律服务中心团队的努力下,如今在全国范围内掀起了企业刑事法律风险防控法律服务的研发和实践热潮。

如今,博和所旗下刑事法律服务中心和企业法律服务中心的律师们,正紧锣密鼓地联手准备今年年底举行的第五届博和论坛,而此次论坛和往届一样,博和人又一次抓住了行业的热点——结合上海试点司法改革的大背景,探索刑事辩护面临的新机遇和新挑战。博和所将继续以专业化、团队化为宗旨,持续关注法治热点、提升服务能级,再创佳绩。●



第四届博和法律论坛

人物简介

连晏杰：上海市新华律师事务所合伙人，2014 年被评为第五届上海市优秀青年律师。

人物 优秀青年律师 ●文 / 连晏杰

已来的主人翁

——我的执业思考



我这篇感想的题目是借用了“80 后”著名意见领袖韩寒一篇博客文章的题目，当然他的题目也是借鉴了台湾著名“音乐思想家”罗大佑先生的经典作品《未来的主人翁》。韩寒这篇博客文章说的是，80 后、甚至 90 后们在大家非议声中成长，却已经在众多的民生问题中走上了历史舞台，他们不再是未来的主人翁，而是已来的主人翁。抛开特定的场景，这篇博文所表达意思和我今天想说的是如此相似，所以，我借用了这个题目。屈指算来，自从成为一名律师开始算起，已经整十年了。这十年来，一直称自己是青年律师，这个称谓固然有着应有的敬畏和谦卑，但往往也透着一种不自信，或者成为自己在某些方面力有不逮、缺少担当的借口。但随着自己在这个热爱的行业中不知不觉间已有十年之久，年轻再也不应成为任何方面的借口，我们应该要用主人翁的态度去做一名律师。

此次上海市优秀青年律师终评的自我介绍规定只有 60 秒，说到 60 秒我想起来了近一年多来一直在关注的一个互联网自媒体《罗辑思维》。这个自媒体的主人罗振宇曾经是央视和第一财经的记者主持人，自媒体《罗辑思维》除了每周会有一集读书笔记式的视频节目外，在他的微信公众号上每天还会有一段整 60 秒的语音，因而这个罗振宇也被称为每天坚持 60 秒的男人。同是 60 秒，我终评时的自我介绍就借用了这个自媒体的宣传语“有种、有趣、有料”，我的感悟也就顺着这个思路做个扩写吧。

有料

反过来先说说“有料”，所谓“有料”就是做自己业务的主人，我认为追求卓越的青年律师理当“有料”。过于

年轻无法取得客户的信任,经验不足开庭紧张,人脉太少没有案源,都是青年律师,尤其是非公司制律所青年律师常有的困惑。对于这些困惑,我认为关注点不应在问题本身,因为我们不可能马上不年轻并且有经验,也不可能短时间就建立起庞大的人脉而案源滚滚来,我们应该将注意力放在自己能掌控的领域。而在所有可以提升的技能中,我认为基础业务能力是最重要的。金庸先生的小说神雕侠侣主人公杨过的兵器是一柄玄铁重剑,重剑无锋,大巧不工,却能以拙胜巧。相比其他技能技巧而言,基础业务能力可能最朴实无华,但却正如那无锋重剑。并且当你将全部注意力从所困惑的问题本身转移到心无旁骛地提高基础业务能力上来,没准你会发现所困惑的问题反而水到渠成,迎刃而解。从我自己的经验而言,我认为执业最初的三年是业务水准提高最快的阶段,如果在头三年里做好业务的“原始积累”,就一定能够厚积薄发。随着业务水平的提高,客户能够分辨出你对案件或项目所作分析的优劣并给你更多的信任,开庭时如果取得场面上的优势也能增强自己的自信,而越来越多人对你业务水准的认可就建立起了属于自己的人脉。久而久之,就能建立起口碑和品牌,甚至在案件中打上个人风格的标签和烙印。对案件掌控和影响,体现出魅力和气场,正是我们应该追求的目标和方向。所以,我要感谢我的事务所和带教老师,是他们对我的信任、支持和指点,让我能在执业之初就能快速成长并成为“有料”的律师。我认为,律师是一个充分竞争的行业,当你能够实现对案件的充分掌控时,市场会给予你充分的肯定。此次我参评的案例“海直建设诉世博会拉脱维亚馆案”就是一个较好的例证。由于案件主体、时间、地点的特殊性,一起普通的民事诉讼案件最终演变成了一场国际谈判。代表对方出场的谈判代表上至国家的经济部部长,下至世博会拉脱维亚馆的最高负责人,而负责主持谈判的则是世博会法务部部长和浦东法院世博法庭负责人。面对这样的阵仗和谈判对手,一方面需要坚持自己的立场不卑不亢,另一方面也需要体现自己的智慧去解决问题,最终还要凭借自己的业务知识和经验去设计方案,寻求双方都能接受的履行方式。经过一轮又一轮艰苦卓绝的谈判,这个案件以调解方式圆满解决,复杂调解方案让调解书主文都罕见地写了数页,这一案件也成为了世博法庭的经典案例。在这样的案件中,我看到了自己的进步,也相信自己终有能力去做业务的主人。

有趣

所谓“有趣”就是不做作、不呆板,加强协作沟通,让别人乐于和你交流,在行业角色中体现主人翁的态

度。我从 2011 年起,成为了事务所的高级合伙人并组建了自己的律师团队。过去办理业务考虑更多的是业务本身,组建团队之后,不仅需要考虑业务,同时也要考虑分工协作,追求办案效果的同时还需要兼顾助理的学习成长。做好团队的主人,带领团队共同前行就是我现在追求的目标。作为事务所的合伙人,则无疑有着更高的难度和更大的责任。担任事务所合伙人两年多来,我时常思考如何去增强事务所品牌,给事务所律师开拓市场提供更好的基础;如何在事务所内部资源共享、协同作战,提升事务所的服务质量和效率。我还重点分管事务所青年律师的业务培训和凝聚力建设工作。毫无疑问,青年律师是事务所的未来,也是事务所的活力所在。同时,他们也是不久之前的自己,我对他们有着殷切的希望和深厚的感情。所以,我花了较多的心思去做这项工作。一方面,我积极组织事务所的业务学习和业务沙龙。业务学习是请事务所的资深合伙人律师给青年律师讲述他们经验和技巧,让青年律师能够借助他山之石;业务沙龙则是针对特定的专题,让青年律师自己授课、讲解和讨论,提高他们自身的学习能力和表达能力。另一方面,我又利用团支部的平台,在倾听青年律师的诉求后,利用事务所、司法局律工委以及社区等方方面面的资源,满足青年律师在生活文化方面的各种需求。通过队伍凝聚力的建设来实现队伍战斗力的提升。此外,我也积极在整个律师行业中,发挥自己的作用。我担任了司法局团总支副书记,为全区的青年律师服务。由我负责的长宁区青年律师辩论队在第二届区辩论赛中获得第三,在第三届比赛中更进一步,获得冠军。我同时也是长宁青年律师联合会的秘书长,在 2013 年举办了第一届“长宁区青年律师联合会培训班”,为了能取得更好的学习效果,杜绝形式主义的常见弊端,我作为主要的组织者确实是挖空心思。我们为青律联委员精心挑选了赠书书单,建立了长宁青律联微信群,反复推敲每次讲座的内容和嘉宾,最终第一期讲座由市委党校徐学通教授所作的关于十八届三中全会的讲座获得了青年律师的空前好评。第一届培训班为期一年,之后我们还精心设计了“青年律师形象设计讲座”、“长宁青联成功企业家与青年律师面对面”、“观经典律政剧,畅谈感悟”等具有相当创新性和实用价值的“干货”型活动,因此我们对第一届青年律师联合会培训班之后的各项活动也是充满信心。角色的转变于我而言是新的尝试,但我会用主人翁的态度去努力,并且我乐此不疲!

有种

所谓“有种”就是践行社会责任有担当。作为一个法律工作者,应该有着追求公平正义的理想,更应当为

建设法治国家做出自己哪怕是微不足道的贡献。十年来,我坚持关注社会的弱势群体,去参加力所能及的公益活动,办理法律援助案件。长期到各级法律援助和信访机构接受法律咨询,参与过多次面向外来务工人员、老年人等弱势群体的法律咨询,也参与过莲花河畔景苑倒楼业主咨询等较为特殊的专项咨询。十年来,我坚持法制宣传,努力让全社会了解法律,掌握法律。我曾经上百次接受了《新民晚报》、上海电视台等著名媒体采访,就一些和老百姓休戚相关的法律问题进行答疑解惑。我曾经在《上海证券报》撰写了连载近一年的房地产专栏。我希望通过我的努力,能让我们全社会的法制意识更强。十年来,我在办案中同样坚持秉承倡导公序良俗的理念。对于超越自己良知底线的案件宁愿不接,对于能够实现公平正义的案件则一定竭尽所能、全力以赴。十年来,我多次作为杰出青年讲师团和长宁律师讲师团,走进大中院校的课堂,讲授法律、分享人生。演讲内容不尽相同,但每次都会有一个不变环节,就是

寄语学生们,做一个善良、正直、懂得感恩的人,去传承我们中华民族的传统美德。我相信,当我们每个人都把自己当作这个社会的主人,并用自己的正能量让这个社会变好一点点,我们的明天将充满希望。

作为一个资历尚浅的青年律师,我知道自己还远不是这个行业的主角。而律师这个行业,根据它的特性,也未必能成为这个社会的主角,但这不妨碍我们用主人翁的精神去演好自己的角色。主人翁是一种态度,无关主角配角,而伟大的作品既需要出彩的主角也需要优秀的配角。正如“喜剧之王”周星驰在他的自传式电影《喜剧之王》中所展现的精神,无论演什么角色,哪怕是跑龙套,秉承的信条只有一个:其实,我是一个演员。就是这种精神,成就了喜剧之王。这浅显又深刻的道理,在我们的社会、我们的行业中,同样适用。并且我相信,只有时刻用主人翁的态度去对待自己的角色,而当你终于有幸也能站在这舞台中央的时候,你才能够从容不迫! ●

信息

奉贤区司法局部署 新一轮法律服务“双结对”工作

11月21日,奉贤区司法局召开会议部署新一轮法律服务“双结对”工作。

自2007年奉贤区启动法律服务“双结对”工作以来,律师参与基层法治宣传、重大疑难纠纷调处、弱势群体的法律援助、地方政府重大决策法律咨询的力度逐渐加大,工作质量与成效也不断得到提升。随着党的十八届四中全会对法治建设提出新的要求,区司法局认真贯彻落实,及时启动新一轮法律服务“双结对”工作。一是延伸法律服务“双结对”内涵。全面整合律师事务所、公证处、法律援助中心和司法所资源,提高基层法律服务整体水平。9家律师事务所、公证处、法律援助中心与14个司法所重新签订结对协议。约

定为基层政府提供全面的法律服务、参与化解社会矛盾纠纷、参与法治宣传和法律咨询活动,以及加强律师事务所和司法所建设。二是激发法律服务“双结对”工作的积极性。广泛动员和鼓励本区法律服务工作者发挥专业优势和职能优势,积极投身于“法治奉贤、平安城区”建设,全力维护社会稳定。目前,已有100多名律师、公证员和法律援助工作人员、司法员参与到此项活动中。三是规范法律服务“双结对”管理。建立联络员制度,结对双方分别确定一名联络员,负责结对计划制定、工作对接及有关活动的组织安排等,切实加强相互间的沟通联系;健全管理制度,建立结对活动台账,准确记录结对活动开展情况,紧密协作,促进双方业务

发展和规范化建设;建立经验总结和信息上报制度,加大宣传力度,大力弘扬活动中做出突出成绩的律师所和律师个人先进事迹,营造人人自觉参与结对活动的浓厚氛围。



法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

律师礼仪面面观

本期主持: 计时俊 上海市律师协会宣传委员会委员、上海华夏汇鸿律师事务所律师

嘉宾: 顾跃进 上海市律师协会宣传委员会委员、上海顾跃进律师事务所律师

葛珊南 上海市律师协会宣传委员会委员、上海市申汇律师事务所律师

岳雪飞 上海市律师协会宣传委员会委员、北京市岳成律师事务所上海分所律师

赵 秦 上海华夏汇鸿律师事务所律师

文字整理: 许 倩

计时俊: 最近有封写给律协盛会长的信在网上很火, 是一位将要加入律师队伍的法务写的。他近期参加了一个律协举办的讲座, 看到很多律师穿着比较随便, 有些律师在开会的时候接电话, 还大声讲话, 会议没结束的时候就离开会场, 认为这是对老师的不尊重, 也影响了律师的职业形象。他说如果律师是这样散漫、无礼的一支队伍的话, 会让他感到很遗憾。

目前, 部分律师礼仪(着装、谈吐、待人待物的方式等)的不恰当问题其实挺严重的。我们也常常看到一些类似的现象: 一些青年律师在夏天上班时会穿露趾凉鞋和短裤, 女律师会穿“极”超短裙, 有律师开庭穿圆领的汗衫……这样看来, 律师的形象很重要, 但究竟应该是怎样一个形象才符合社会期望以及律师自己对自己的期望, 这就是我们今天要讨论的主要话题。今天我们选的嘉宾也很有特色, 两位女嘉宾, 两位男嘉宾, 其中两位是资深律师, 两位是青年律师, 请嘉宾们从不同性别、不同年龄出发, 谈一下律师在平时应该怎么做。我们先从第一个话题开始, 律师是否需要与众不同的形象, 第二, 如果与众不同, 应该是什么样一种形象。最好由女律师来讲心目中的男律师是什么样, 由男律师来讲心目中的女律师应该什么样。请葛律师先来谈谈吧。

律师是否需要与众不同的形象

葛珊南: 我案子做得比较多, 有时候在法庭上看到的情形真的很难受, 不管是男律师还是女律师, 特别是夏天, 穿着大裤衩、圆领T恤、皮拖鞋、超短裙就坐到了代理人席上, 我觉得真的很损害律师形象。作为一个专业性很强的律师, 特别在这种严肃的场合, 面对当事人及出庭, 必须庄重严肃, 体现职业的干练简洁, 应该要穿颜色较深的职业服, 一方面体现你对别人的尊重, 另一

方面也体现了你对职业的尊重。计律师刚才提出的两个问题, 我认为律师必须要与众不同, 跟别的职业和当事人要有区分。我心目中的男律师, 我觉得夏天穿个短袖衬衫就可以了, 冬天和春秋当然穿西装打领带, 坐姿要正, 这是外在的。内在的则是要尊重别人, 耐心倾听别人说话。一个人的气质不是装扮出来的, 这是种内在修养要长期修炼积累的。一个是专业修养, 还有一个是人文修养, 你的为人处事、你的兴趣爱好都是这种人文修养的反映。林肯曾经说过: 四十岁的人要对自己的脸负责。面相要好, 就是内心要有真善美的东西, 我在庭上碰到过个别男律师气势汹汹地在法庭上直呼我的名字, 令人无法忍受。有理不在声高。我觉得即使对方再没有道理, 也不能把律师的名字叫出来, 这是很失分的。

计时俊: 我们再听听顾律师的意见, 顾律师曾经做过很多年法官, 现在又做了很多年律师, 我相信您看到的律师比我们多多了, 您希望律师是哪种形象, 您做法官时会对哪种形象有好感?

顾跃进: 从事了十年的法院审判工作, 又做了二十多年的律师, 见证了律师业的变化和发展, 律师业总体的进步显而易见, 但是, 在“律师礼仪”方面的进步不明显。我先讲讲最近我们上海律协港澳台业务研究委员会协同“律师学院”组织和主持的“自贸区金融创新法律实务专题培训班”, 集中安排了三天时间, 聘请了包括市政协副主席周汉民; 市人大法工委主任丁伟; 上海市高级人民法院原副院长、复旦大学法学院前院长李昌道; 上海国际经济贸易仲裁委员会(上海国际仲裁中心)副主任、秘书长闻万里; 中国(上海)自由贸易试验区管理委员会张依茹博士等著名的学者、专家为大家介绍上海自贸区有关信息、法规和实务, 意在为上海律师参与“自贸区建设”提供有益的帮助。通过网上报名我们统计参加培训人数是三百多名, 结果来了不到两百

人,还有很多人迟到,且没有一点“歉意”。而早退者不计其数,且“坦坦荡荡”。更有甚者,在课堂里竟然打起电话,如入无人之境……难怪周汉民先生当即在演讲前对这种现象提出了严肃批评。作为同行我深感羞愧和内疚……

我完全赞同葛律师的意见,律师应当有其特定的形象。其实,社会公众对律师是有固化的形象印记,这就是律师职业的外在表现。我个人认为律师是一个专业而崇高的职业,不管是外表还是内在对自己要有训练和积累。我在微信上表达过一个意见:律师礼仪,包括执业纪律应当成为职业教育的基础内容,我们律协和律师学院有责任承担这份职责。同时,还应该延伸至大学法学院或律师学院,成为律师执业前的必修课和必备技能。律师礼仪的缺乏和整个社会礼仪文化的缺位有很大关系,据此,我们应当倡导和培育律师的自我教育和自我提升意识和能力。当然,律师事务所在律师礼仪方面也应该有所要求。

作为一名曾经的法官,历经几十年,那些注重礼仪的优秀律师在我脑海里仍然记忆犹新,一幅难以忘记的美好形象……如李国机律师,每次见到他的时候,总是头发一丝不乱,西装革履,言行彬彬有礼。虽难见在法庭上大声争辩,但不会放弃可辩的机会。我曾经看到他为了一个“文意”,手捧大词典,在法庭上据理力争;而女律师赵圭总是衣著得体、优雅舒适,没有喧哗,但总是句句情理。让周围的人,包括审判法官感受到律师除了专业、严谨之外还有艺术表现力,让人产生一种信赖之外的欣赏。

礼仪的良好表现必然具备内在的文化支撑,蕴藏着理性和文明的心怀……这些律师前辈应该成为我们学习的楷模和前行的动力。坦诚地讲,我在任法官的时候其中一个非常重要而高效的学习途径就是在法庭上聆听律师的“意见”和认真阅读律师的书面“代理词”,从每位律师身上汲取智慧和“营养”,成为我知识和能力的组成部分,受益匪浅。

怎样培养出律师独特的气质

计时俊:顾律师认为穿着职业化是律师形象的首要特征,谈吐的优雅、彬彬有礼是律师必须的气质。我们知道,气质的培养需要一个长期、潜移默化的过程,我们需要通过怎样的方式,或者环境或者学习或者教导或者用心培养,怎样才能培养出律师独特的气质,使其与一般的公民、一般的职业人会有所不同,甚至独特呢?

赵秦:就今天这个话题,我从青年男律师的角度,结合自身的经历,谈谈如下感想:第一,我认为律师事务所的带教师傅、同事以及律师界的同行对青年律师的潜移默化很重要。我2007年毕业面试时并没有穿正装,穿了较休闲的衬衫,也没带包,侥幸通过面试获得工作机会

后,我的同事给了我两点建议,第一个建议是:即使我刚毕业未能马上适应穿西装打领带,但工作时间至少应当穿正装衬衫,第二个建议是不管现在有多少工作量,出门去拜访客户或参与庭审,一定要带包。这两个简单的建议,使我意识到我已经不再是一个学生,需要去培养一个律师应有的礼仪。随后我有幸参加了上海律师辩论赛,在很多优秀的同行身上又进一步认识到了礼仪对于律师的重要性,而穿着打扮往往是礼仪最简单、也是很重要的一环。第二,我认为律师事务所的环境及氛围很重要。我问过很多工作时穿着比较随意的朋友为什么不穿正装,他们的回答都是说由于公司没有类似规定,同事们也都不是很注意这点,如果一个人穿得很正式,会显得突兀。所以说一个律师事务所的文化对于青年律师的成长有着重大的影响。如果律师事务所管理团队能更重视这个话题,在自己内部有一个合理的规范及引导,会对青年律师有极大的帮助。我是什么时候开始穿得越来越正式,一是我进了现在的事务所。第二是我去参加了上海律师辩论赛,我看见大多数在我看来很出色的律师都是正装打扮。我们开始穿的时候可能相关搭配还不是很了解,什么样的西装搭配什么样的衬衫、领带、皮带、鞋子等都有一定讲究,因为环境因素,我慢慢觉得上班至少要穿得象一个律师。第三,我认为青年律师应该比资深律师更注重自己的外在形象及礼仪。因为资深律师比起青年律师有一个优势,他们往往人生阅历丰富,资历、人脉、气场也更强,更容易获得客户的信任及法官的尊重。而青年律师往往在这些方面还需要累积,所以更需要穿着得体,通过一个好的第一印象来提升客户对我们的信任,提高法官对我们的认可。第四,我认为青年律师提高自身礼仪,能给自己带来更多的机会。毕竟每个律所都有很多等待机会的青年律师,把自己打扮得好一点,其实是对外表明一种态度,我想做一个好律师,这种态度会让你的老板、同事、同行慢慢认可你,这样你的机会也更多。

计时俊:赵律师的观点认为衣着是很重要的事情,他认为有了衣着才能衬托人的形象,有了形象才能让带教老师和当事人信任。有句俗话说“人靠衣装佛靠金装”,所以他的话也不无道理。岳律师,您作为一个律师事务所的管理者,对这个观点你是如何看的呢?你又如何管理你的律师团队呢?

岳雪飞:我父亲、哥哥、弟弟都是律师,除了双休日在家,我见到我爸爸永远都是西装革履,虽然他今年已经68岁了,只要他去上班,绝对是穿西装,所以我一开始就接受这种文化。我们岳成所在规章制度里就规定了男女律师的着装,最容易出现问题是夏天,当时为了让男律师们能穿西装,我们所空调温度尽可能打到最低,后来因为要节能环保,我们适当放宽,规定办公室可以穿短袖衬



本期主持:计时俊



嘉宾:顾跃进



嘉宾:葛珊南



嘉宾:岳雪飞



嘉宾:赵秦

衫,但是去见当事人或开庭必须戴领带,穿西装,所以这是我们的硬性规定。女律师则不许穿露脚趾和脚后跟的鞋,再热的天必须穿丝袜,裙子不能低于膝盖,不许穿无袖衣服,我们的要求还是比较严的。

刚才赵秦讲得我很有感触,同样是新进来的助理,跟他讲过一次着装的要求,后面几天上班,有的人就按要求的做,我确实会感觉到他很重视这份工作,如果接待当事人或去见客户,我当然愿意带他去。而且我们所对客户做过问卷调查,99.9%的客户都认为男律师就应该西装革履,女律师就应该穿职业套装。其实每个当事人心目中对律师有一个固有形象,提到律师的时候脑子里是有固有的几个词的,所以我觉得这么做一是社会对我们的期望,二是职业对我们的要求。

计时俊:那我插问一句,你怎么看女律师涂指甲油和脚指甲油?

岳雪飞:只要不让我看出来,涂脚指甲油没关系,手指指甲油如果有颜色的我是坚决反对的,所以我们律所没有女律师涂。我们单位在前台的地方有一块牌匾,写着对律师的仪容仪表要求,大家都说我们上面写的比如不能留长指甲,每天换衬衫,勤理发等这些都是基本要求,但是我发现实际上不是所有律师都能做到,我现在给实习律师做面试考官和在律师学院给实习律师上培训课程的时候,我就发现了这些问题,着装五花八门,包括去面试的时候穿得很夸张。所以我觉得其实我们以为这些基本要求根本不用讲,律师就应该穿着得体,但实际上有的人真的没有这样的意识,这是一种。还有一种就是他知道,但是他不屑于去遵守。第一种经过提醒还知道改正,而第二种却是知道,但就不这样做,改起来就更困难了。

所有人都知道穿西装不如穿休闲装舒服,但一个人的气质是怎么养成的?是天长日久慢慢养成的。怎样把作为律师的气质培养出来,就取决于你对每件事、每个

细小环节的态度。有心理研究表明一个人穿了不太熟悉的衣服,自信度会下降,如果你平常不习惯穿西装,有一天必须穿西装的时候,你在客户面前能表现得更好吗?而且你不能保证每次都和客户预约好,有的时候临时去见客户,穿着随意会让客户对你的印象不好。

再说青年律师和资深律师,刚才赵秦讲得很对,因为资深律师有他的人脉和阅历,气场不同,而青年律师对这些都是有所欠缺的,那么更要重视自己穿着得体。客户需要一个专业的律师,所以我觉得首先要让自己的穿着打扮象律师,气质谈吐象律师,这样根深蒂固慢慢培养到了一定程度,最后就形成质变,律师的气质就出来了,气场也就出来了,不是一蹴而就的。

处理与法庭的关系如何讲究礼仪

计时俊:其实我们律师除了穿着打扮以外,最重要的靠的是口才,语言交流,我们现在发现很多律师在言辞上有欠缺:有些律师在开庭的时候会怒骂对方律师,会当庭拍案而起,会让庭审的气氛十分的凝重或者充满了火药味。那么律师的谈吐如何既具有攻击性,又比较委婉或让人家感觉到你的话语有力度但又不激怒对方,这是种语言的艺术,律师应当是语言的艺术,针对不同的对象(当事人、法官、当事人家属等)应该有不同的语言策略。就这点来说,各位有什么高见?

岳雪飞:我作为听证员参加过纪律委员会的一个听证,有个女律师在一中院开庭,法庭上她认为对方律师在撒谎,这是个上诉案件(一审也是她代理,败诉了),对方律师在陈述的时候,就不断打断他说他撒谎,法官让她耐心等对方律师说完,结果她对法官不满,认为法官偏袒对方律师,她对着法官就喊起来,破坏了法庭秩序,法官只好休庭。后来法院把庭审录像寄到律协要求对她作出处分。看完录像之后,我们大家都认为法院没有冤枉她。作为一名律师,在法庭上要比当事人冷静,可

以对法官提抗议,但要合乎庭审秩序,即使法官有偏袒,也有各种投诉途径,绝不能在法庭上向普通人吵架似的大喊大叫!有句话叫有理不在声高,这是对的,有没有道理真不取决于你音量大小。一个人的修养在他生活方面和工作方面都能反应出来,不能想象一个人在工作中彬彬有礼,在生活中暴躁无常,这种情况很少见。所以再回到刚才的话题,怎么对待法官,我认为无论对法官还是对方当事人都一样要摆事实讲道理,怎么让你说的话更有攻击性,语言的攻击性并不是体现在你语气的攻击性和挑衅性。你可以去反问,不断反问,让对方没有办法去反驳你,我觉得这是一种语言的攻击性,而不是指着别人鼻子开骂,这是非常粗俗的,不能显示出律师的专业水平,这跟泼妇骂街没有任何区别。所以说我认为你应该用专业水平,在你语言的逻辑性上和表述上用一些技巧,但是不能用非常粗俗和粗暴的语气对待他人,无论是法官还是对方当事人。

顾跃进:我们在同一个案件里要代理数个当事人,然而他们的利益有冲突,这种事经常有。有些经验的律师,一般对这些场面都会有把控能力。首先要善于营造一个平和、理性的交流氛围,聆听当事人的诉说,了解当事人的诉求,提炼当事人的争议焦点。关键是在对事实的严谨把握,对法律关系准确梳理的基础上,情理兼顾、利益平衡,耐心协调。有时需要介入心理学知识和技能,做过几年律师以后都会有一些心理学知识和技能。其实,律师是一门综合性的职业,在为当事人服务过程中体现专业的同时传达一种思想,一种理念,通过律师的参与不仅使当事人解决利益纷争,同时得到一次思想和理念的交流、提升。律师应该努力成为一名“优秀分子”,发挥自身的社会示范效应。从这个意义上讲,我们律师还是一个“心灵工作者”,多尽一份社会责任。当然,律师的基本功很重要,否则不会获得当事人的信赖,无法实现社会价值,这需要锻炼和积累,这不仅是服务技能的学习,更重要的

是思想和修养的历练和提升。

补充刚才的话题,讲到律师的服饰问题,我想强调一点,重点不在于服饰本身,其实,它是一个律师对这个职业理解程度和心理准备的标尺。对律师这个职业没有深刻理解,没有心理准备的状态下,是不会知道,更不会理解律师服饰的意义的。换句话说,当你有非常严谨服饰表现的时候,说明你对律师这个职业有一定程度的了解和准备。你成为合格律师的机会就会多一些。从这里我可以引申一个例子,1982年到1992年我在法院工作的时候,在没有发放制服之前,每年夏天我都是穿长袖衬衣,并扣上袖子纽扣,不穿短袖衣服,尽管法院没有这个要求。在着装中尽力体现职业的内涵,表达对当事者的尊重,心里自然会安静、舒适……这种心理作用很大。

说到对同行礼仪的问题,我非常推崇同行之间的互相尊重。每个律师都有各自的优点值得彼此学习和尊重。从行业健康和谐发展的角度来说,我们都是同行里的一员,都有责任建设和体现上海律师的良好形象。在法庭上相互辩论是必然的,但不必急躁,慢慢聆听。当你认真听完对方的发言,才会完整地了解和理解对方的意图和错误所在,使你的辩论更具针对性和说服力。

计时俊:我在庭上一直碰到一些律师在我们一方举证的时候并没有说话,但他脸上带着一一种嘲讽的笑容,脚还在桌子底下抖动,显示对你的证据不屑一顾的样子。这样的一种肢体语言,我们有办法矫正么?

顾跃进:我觉得你不需要去矫正,也无法矫正。你以你自己比他规范、更高雅的行为方式去表达,这便是无声的教育。你会发现,当你在发言的时候,法官会不停地点头……法官和诉讼当事人对律师的庭审表现都会有准确的心里评价。讲到对法官的礼仪,我自己长年养成了一个习惯,发表意见时第一句话就是:“尊敬的审判长、尊敬的陪审员!……,不管法官如何表现。律师要敢于超脱,尊重法官不仅是对他个人的尊重,透过法官表达对法庭和



国家法律的尊重。当你用内心的真诚向法官表达尊敬的时候,法官通常会多给些礼遇,当然,我们不必计较。我认为,我们律师应当在心里树立对法律的敬仰,用法律的光芒照耀我们的前途,这是我们律师的责任,也是我们的行为方向。

计时俊:有的时候,书记员对于我们的发言其实没有记录全部,而是按照他的理解和总结记录部分。有些律师会因此与法庭产生争执。对这种情况,在座律师是如何处理的?

顾跃进:律师在法庭上始终要秉持礼仪,发言前要先要举手示意,大多数情况下,法官会允许你发言,并要求书记员记录。当然,发言要表达清晰、简洁。如果书记员不记录或有遗漏,律师在阅读庭审笔录时候应当补充或修改,有时候我甚至会写:以本律师的书面代理意见为准。律师的修养应当始终、尽善地表现出来。

怎样在自媒体中规范律师形象

计时俊:而如各位所知,我们律师的战场除了法庭,除了非讼谈判还有些文稿起草以外,还出现了一个新的战场,那就是互联网,互联网上现在有了自媒体,很多律师有自己的博客、微信朋友圈,各方对同一问题的观点不同,看的角度不同,互相之间会有些攻击,甚至“骂街”。那么,怎么规范在自媒体中律师的形象呢?

顾跃进:我认为律师在拿到执业证的那天,就应该是一个有一定综合素养的人,而不是一个普通的人,至少是一个合格的公民。律师应当具有一定的认识高度和行为要求。我们应当倡导每个律师对本行业、对社会、包括对民族和国家,乃至对整个地球的责任。我崇尚律师要有政治理念,那么你的行为就不会走样。要知道你每做一件事情都会对社会产生较大的影响,你应当把握行为适度。不要让情绪左右自己的行为,应当更注重理性的力量。

岳雪飞:我给青年律师做面试培训的时候,我讲过北京电影学院的教授崔卫平有句话在网络上曾经很有名:你所站立的地方就是中国,你怎么样,中国就怎么样;你有光明,中国就不黑暗。后来我经常说,其实你就代表了中国律师,你怎么样,中国律师就怎么样,只要你能做得优秀,大家就认为整个律师行业就是优秀的。所以你在做每件事情时,不但要考虑这件事对你个人的影响,更应该考虑透过你带给整个行业的影响。

就象在自媒体上,因为我在网上被人骂过,我当时参加了一个“职来职往”节目的录制,因为是个招聘类节目,当时有位求职者大家都认为他的经历很值得同情,我应该把他招进来做律师,但是我认为他和我们那里的要求不相符,所以没有聘用他。我觉得我没有做错,

但是在网上对我骂声一片,骂得很难听,因为我在网上是实名,所有人都知道我是岳雪飞律师,但是我后来想了想,当一个人的行为是你所不屑的,你如果跟他做同样的行为,其实你就沦落成跟他一样的层次,那么我觉得没有这个必要,跟他争个是非曲直没用,因为他跟我的价值观本来就不一样,我没有必要把我的时间浪费在上面。

葛珊南:我觉得一个律师从业时间长了,遵纪守法是骨子里的东西,不管有没有人监督,不管你是用律师的名义做微博微信还是用网名,遵纪守法应当是融化到血液里的,是不由自主的东西,在自媒体里也是这样,很多人网上传的东西,你一看就知道是不上品的一些信息,特别是和政治法律有关的,一定要慎重,要有一个基本的度,这需要我们去判断。

赵秦:我作为80后接触网络比较早,我很认可岳律师和葛律师说的,第一,我认为在自媒体上可以保持一种谦逊的态度,因为很多事情引发争议往往是由于双方态度过于激烈。第二,我们应当尊重自己的同行。我们自己是律师,如果我们都不尊重这个行业或自己的同行,就没人会再来尊重我们了。第三,对于前面几位前辈们提到的自媒体上牵涉政治观点的帖子,我个人认为应当赋予我们转发观点的自由,但是我觉得一定要做到以下几点:一、转发语言应当有规范性,应当避免人身攻击性的词汇及避免传播谣言。二、转发比较有争议的观点或者事件前,应当做一个谨慎的背景资料调查。现在网上碰到最大的问题是谣言太多,往往一个帖子并没有展现该事件的全貌。我自己在网络上转发,我会先去网上搜一下背景,然后做出自己的判断,我觉得是可信的,我会转发到网上。三,事后应当对所转的观点或事件继续关注,如果事后有确凿的新闻和证据证实我转错了,我会将求证后的新闻或者帖子再次转发,并说明之前我的判断错误。

计时俊:今天总结下来就是说我们作为律师要意识到:律师是特殊的人,律师行业是个特殊的行业,每个律师对于我们从事的职业要有归属感,要有荣誉感,要意识到我们每位律师这滴水都反映律师业大海的光芒,所以不要只是要求别人怎么做,首先要严于律己,才能以诚待人,影响别人。我们也将思考是否向协会的规划与规则委员会建议制定“上海律师基本礼仪”,对律师的着装、言语以及形象做出基本规定;我们并希望律师学院能够为律师开设课程,培养律师礼仪,让律师们都风度翩翩,成为语言和工作的艺术家。再次感谢四位嘉宾律师今天来探讨律师礼仪问题,我们今天的讨论是有建设性的意义的,也许会给上海律师带来新的气息。●

(以上内容根据录音整理,未经本人审阅)

视角

●文/盛雷鸣 黄 绮 胡 光 游闽键 安翊青 张 毅

律师界人大代表政协委员热议《决定》

适时设立法律界别助推法治建设

中共十八届四中全会《决定》发布后,连日来,本市律师界的人大代表、政协委员认真学习,大家一致认为,作为我们党历史上第一个关于法治建设的专门决定,立足我国社会主义法治建设实际,大家表示,要围绕全面推进依法治国重大问题认真履行政治协商、民主监督、参政议政职能,自觉学法、尊法、信法、守法、用法、护法,增强法治理念,树立法治信仰,争做社会主义法治的模范践行者。



盛雷鸣:打通律师与法官检察官招录通道

《决定》作为党的最高级别的文件,约30处提到“律师”,这在以前是没有过的,说明党中央对律师行业的重视与关怀,并寄予了厚望。

在《决定》中,我们也感受到了党中央对律师行业的鞭策,说明我们有进一步做好各项工作的空间和必要,律协要进一步发挥行业自律管理职能,完善

律师职业的权利保障体系、行为规范体系、业务指导体系,并继续加强行业发展规划的建设。律师事务所作为执业机构,要对本所律师加强专业技能和执业纪律、职业道德方面的教育和管理。从律师个人来说,除了努力提升自身业务水平外,还要在执业过程中加强诚信建设,要勇担社会责任。

公职律师、公司律师也被称为“两

公律师”,区别于社会律师。公职律师是指在国家机关内任职,通过国家司法考试,经所在单位同意向司法行政部门申领了公职律师执照的人员。他们的执业范围有限,只能代理自己单位或单位所辖部门的案件。公司律师是指在部分大型国企或者管理规范的企业从事法律工作,通过了国家司法考试的人员,经所在单位同意向司法行政部门申领了公司律师执照的人员。与公职律师一样,公司律师也只从事该公司法律事务。公司律师、公职律师与一般的公民代理人不同,他们兼有律师职业方面的专业要求,也享有阅卷调查取证等方面的律师执业权利。

在《决定》出台前,“两公律师”只在各地区的部分机关企事业单位做试点。

根据《律师法》的规定,律师协会的服务对象仅限于社会律师,2012年在上海市司法局的指导下,上海律协率先把公职律师、公司律师作为特邀会员吸引进来,使得社会律师与“两公律师”相互了解、彼此促进。所以说,上海律协已经在这方面领先了一步,而且已经积累了一定的经验。

我认为,公职律师、公司律师、社会律师三者有其差异性,各有侧重。如公职律师对自己所属领域的行政事务比较熟悉。公司律师则对自己公司领域的经营管理实务非常在行。而社会律师专业面相对较广,市场化程度也高。可见,以上不同群体的律师有着不同的优势,可以预见,《决定》发布后,社会律师、公职律师、公司律师将更好地实现优势互补,律师的结构也将更为合理,这对律师行业的整体发展来说是大有裨益的。我认为,今后,公职律师、公司律师将在本机关企业单位的决策、管理和经营事项合法性审查、纠纷处理等工作上发挥更重要的作用。

律师分布在社会各个角落,对于发

生在基层的法律需求和法律纠纷类型把握很准。而且,律师常年从事法律服务工作,大部分律师的专业能力突出,具备从事法官检察官工作的专业素养和经验能力。打通了律师与法官检察官的招录通道后,青年法官检察官也多了一份择业的选项,他们完全可以选择先做律师,积累经验后再回来做法官检察官。而对于律师行业来说,也是给了他们实现职业抱负的一个更大平台。而且,正所谓良法使人从善,这样的制度安排也是让律师在执业过程中更加洁身自律。

其实,看到《决定》这一内容后,律师界都很受鼓舞。因为大部分律师并不仅仅只看重金钱,作为一名法律人,实现法律价值高过对金钱的追求。有些律师的更高理想在于有朝一日成为一位公正断案的法官或者是一名正义执法的检察官。《决定》将促进法律职业共同体的队伍结构更合理,发展更健康,互通互融,既能提升律师职业地位,也更能保障法律正确实施,而且也符合法律工作本身规律。

从招录条件来说,我认为应从符合以下条件的律师中选择:具有丰富办案经验、专业能力突出、品行良好,而且能很好完成职业要求转换,因为律师职业要求在不违反法律的前提下追求当事人合法利益的最大化,而做法官则要求以公正的立场维护双方当事人利益之平衡;做检察官则要求代表国家和社会公共利益,严格执法。

在规范律师执业行为方面,上海走在了全国前列。早在几年前,在市司法局的领导下,市律协就已经与政法各单位共同出台了相关规定,以定期组织例会、签署备忘录等方式来解决诉讼进程中发生的各种问题。

我们提倡律师与政法各单位“组织上多交流,私下里慎交往”。比如,这两年多来,我们律师遇到的立案难、诉讼保全难、监所会见难等老问题,都是由我们律师协会将相关信息搜集后,再与相关部门集中沟通协调解决的。律师工作中遇到的难题由律协出面协调和解决,一定程度上也防止了律师与司法人员的私下交往。



黄 绮:让人民真正感受 公平公正

“依法治国”的方针早在1978年党的十一届三中全会上就明确提出了,这次会议确定了实行改革开放的决策,同时明确了法律是改革开放的保障,会议提出“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”这十六字基本方针,使得十一届中全会

成为现代中国依法治国历史进程的起点。

我国三十多年改革开放的历程,让作为上层建筑的法律也随着经济基础的大发展有了长足的发展和完善。2010年中国特色社会主义法律体系基本形成。有了完整的法律体系之后,如何让

法律切实成为公民的行为守则、政府行政的依据、国家治理的准则,这些就是法律实施的问题,也是“依法治国”的内涵所在。2012年,党的十八大提出“全面推进依法治国”,确保到2020年实现全面建成小康社会宏伟目标时要让“依法治国基本方略全面落实,法治政府基本建成,司法公信力不断提高,人权得到切实尊重和保障”。很明显,这些要确保实现的目标,没有真正的“依法治国”就不可能实现。

这些年来,我国经济生活中也存在契约精神丧失、违约成了常态、诚信成了稀有品等不正常现象,司法状态中判决书常常成为一纸空文,严重影响了司

法公信力。人们越来越感到法律的刚性在缺失、弹性在增强,人们解决问题时往往不去了解已有法律作出的规定和限制,认为只要搞定相关的人脉即可,导致权力寻租比比皆是,这就是“人治”替代“法治”的恶果。

人们清楚地看到,只有让公民依从法治理念生活、政府遵循法治思维行政、司法机关严格独立依法办案,法治中国才有可能实现。否则,这个社会将会如一匹无缰的野马、无轨的列车,人们也会无所敬畏、无所依循。我们必须

树立法律的权威,用良“法”善“制”去规范国家机器的正常运转,培养公民善用法律维护自身合法权益,司法机关更应该维护好法律的正确实施,只有“让人民在每一个案件中感受到司法的公平公正”,司法公信力才能真正提升。



胡光:了解宪法敬畏宪法

“完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系,加强宪法实施”是《决定》中阐述的重要内容之一,要实现依宪治国就要让宪法不仅看得见,而且要摸得着,用得上。建议考虑设立高规格宪法委员会,负责

解释审议重大宪法问题甚至裁定重大违宪行为,从顶层制度设计上实现依宪治国和党的领导的有机统一,避免两者在理论和治国实践上的分离,让宪法真正发挥生命力,从而奠定中国特色法治的基石。

新中国宪法之路不平凡。从1949年9月29日在中国人民政治协商会议第一届全体会议通过的《中国人民政治协商会议共同纲领》,到1982年12月4日中华人民共和国第五届全国人大第五次会议正式通过并颁布的“八二宪法”,此后该宪法先后经历四次修改。设定“国家宪法日”有利于增强全社会宪法观念,提高宪法意识。建议可以设立一个宪法展览馆,展示新中国宪法发展历程和重要成就,促进全社会了解宪法、敬畏宪法。

《决定》发布那天,记不清读了几遍,先是激动,再还是激动。一个时代即将开启,我们将有幸参与并见证这个时代的变迁,这既是一份光荣,更是一份责任。这份报告将对律师行业带来深远的影响。

首先,律师的社会地位将得到显著提升。法治社会意味着人际关系、政际关系将被法律关系所取代,成为平衡和规范社会的第一关系,律师的作用将明显提升。报告指出,将建立从符合条件的律师中招录立法工作者、法官、检察官制度。这意味着在体制内与体制外,为律师搭建了一座跨越天堑的通途。几代律师的政治理想,终于通过党的文件予以确立。

其次,律师的职业环境将得到显著



游闽键:对律师事业将有重大深远的影响

改善。报告指出,要保证司法机关依法独立公正行使职权,要加强人权司法保障,要维护司法权威,要构建开放、动态、透明、便民的阳光司法机制。尤其在立案难问题上,报告指出要做到有案必立、有诉必理。为避免地方保护主义,最高人民法院将设立巡回法庭,审理跨行政区域重大行政和民商事案件。探索设立跨行政区划的人民法院和人民检察

院,办理跨地区案件。这些措施都将从根本上解决律师的执业困扰,改善律师的执业环境。

第三、律师执业的广度将大幅延展。报告花了很大的篇幅讲依法行政,并特别指出,要积极推行政府法律顾问制度,建立政府法制机构人员为主体、吸收专家和律师参加的法律顾问队伍,保证法律顾问在制定重大行政决策、推

进依法行政中发挥积极作用。这将产生巨大的法律服务需求,并将改变律师作为政府法律顾问只是摆设的现实状态。报告指出,社会主义市场经济本质上是法治经济,经济活动的方方面面都将纳

入法治轨道,而这些都离不开律师的服务。尤其在一些尚待规范的新兴领域,如文化产业领域和互联网领域,随着法治的推行,将会有广阔的法律服务市场。

虽然过去我们也在不同的层面谈过依法治国,但从未讲得如此透彻,如此深刻。即使前行还会艰难,但既然号角已经吹响,我们还等什么呢?学习!武装!去迎接这个新时代的挑战

法治是一种规则之治,作为规则,必须有效,而如何才能够有效,则牵涉到规则与事实的互动,由此法律成为一种现代生存之道,旨在缔造人间秩序,庇护人世生活。所以,刚性的法治也是有温度的,推进法治是我们这一代法律人的使命与情怀,理应成为社会主义法治的模范践行者。近些年来,各级政协组织已经吸收了不少法律界的人士,但他们都分散在各个民主党派、教育、社会科学等非专业界别,建议



安翊青:促进法律界委员发挥整体作用

适当时候考虑在政协设立法律界别,从事法学研究、司法实践和法律服务工作的代表人士成为法律界别的委员,从

而能让法律界委员发挥更大作用,更好地推进法治中国建设。



张毅:加快法治政府建设

法律职业的专业性是司法公平、公正以及社会稳定的保证。由于历史原因,我国法律工作者并非都是接受过良好法律教育的人员。面对日益复杂的经济和社会形势,法制工作日益繁重,要求法律人才不仅要具备法律专业知识,还要具备经济、金融、科技、文化等各方面的专业知识,成为复合型、专家型和全能型的人才。特别是,当我们已经建成了具有中国特色的法律体系之后,法律工作者的专业性则更需要进一步强化。

四中全会提出了法律职业化的具

体路径,即“完善法律职业准入制度,建立从符合条件的律师、法学专家中招录立法工作者、法官、检察官制度,健全从政法专业毕业生中招录人才的规范便捷机制,完善职业保障体系”。立法工作者、法官、检察官的遴选可来自“律师与法学专家”,律师的职业素养与业务能力也能成为合格甚至优秀立法工作者、法官、检察官不可多得的经验。而为“政法专业毕业生提供便捷机制与职业保障体系”也体现出党对于法律人才储备与从业人员职业化要求的关注。

从律师的角度来看,政法专业毕业

生是高素质职业律师的后备军,律师则成为立法工作者、法官、检察官的后备军。因此,全会提出的人才衔接机制实为法律人才储备的一大革新亮点,打通了法律工作者从学生到专业人员的成长脉络。

“构建社会律师、公职律师、公司律师等优势互补、结构合理的律师队伍”,也是本次全会《决定》的亮点之一。

早在2012年10月出版的《中国的司法改革》白皮书就介绍了包括公职律师、公司律师队伍建设的情况。2002年,司法部下发了两份关于公职律师和公司律师的试点文件。但2006年对《律师法》进行修改时,已提上议程的“公职律师、公司律师”却最终未能出现在修订稿中。目前,公职律师仍然只存在于政府部门内部,为政府提供相应的法律服务,但大多是法制办的公务员,有些并未取得律师职业资格,这是一个职业化道路上遇到的问题。就公司律师而

香港大律师之窗 ●文 / 方兆文

海事仲裁： 伦敦、上海或香港？ 使用者指引

言,国务院已于今年8月份取消了企业法律顾问的职业资格认定,因此企业法律顾问很有可能朝着专职公司律师的方向发展。

因而,日后的律师行业发展方向是各级党政机关和人民团体普遍设立公职律师,企业可设立公司律师,参与决策论证,提供法律意见,促进依法办事,防范法律风险。另外,公职律师、公司律师法律地位及权利义务也需进一步明确,并逐步建立公职律师、公司律师管理体制机制。而对于律师事务所,则需加强所内管理,发挥律师协会自律作用,规范律师执业行为,监督律师严格遵守职业道德和职业操守,强化准入、退出管理,严格执行违法违规执业惩戒制度。

转变政府职能、建设法治政府是全面推进依法治国的重要举措,而提高政府部门领导干部及工作人员的法治观念与法律素质尤为重要。四中全会强调要积极推行政府法律顾问制度,全面建立政府法制机构人员为主体、吸收专家和律师参加的法律顾问队伍,保证法律顾问在制定重大行政决策、推进依法行政中发挥积极作用。

我们欣喜地看到,部分地区的政府部门已经采取相应措施推进内部改革,如购买法律服务,建立法律顾问队伍,并向社会公开征集人才,建立法律专家库,以吸收更多方面的法律人才。政府法治化进程离不开法律专家的参与,高效合法的行政决策也离不开法律及法律人才的支持,因此专业性较强的律师在法治政府建设的过程将会扮演重要角色。

律师在我国未来司法体系中的地位将有明显的上升,与其他法律工作者的协作将更加融洽。律师将更深入地参与到依法治国的工作中,其服务功能也将得到更大的体现。●



方兆文:香港执业大律师

从事海商法的律师,在业务上很多时候都会遇上海事仲裁条款。但是应该怎样为客户去挑选合适的仲裁地? 本文将会为读者提供一些指引。

海事仲裁

海事仲裁其实是没有严格的定义,但是可以参考中国海事仲裁委员会2004年《仲裁规则》第2条的范围。而国际贸易及航运的争议则一定是属于海事仲裁的范围,例如:大宗商品及租船合同。

历史上海事仲裁有一特点,就是相关行业的从业人员,倾向由同行同仁对他们之间的争议去作出裁决(例如租船

同由船舶经纪去裁决)。此外,国际贸易航运争议是具有非常强的国际性的,以及《1958年纽约公约》(共有150个缔约国)而增进仲裁裁决在缔约国之间的可执行性,仲裁成为海事争议的首选争议解决方法。

那么海事仲裁有什么特质? 作者的看法有下列各点:

- (1) 使用格式合同,例如金康94;
 - (2) 准据法是使用英格兰法;
 - (3) 大部份为独任仲裁员的临时仲裁;
 - (4) 争议金额差异可以非常巨大:从美金万元计到美金十亿元计。
- 作为理想的海事仲裁地,作者认为必须有下列特质:
- (1) 必需具有足够海事专业知识的仲裁员;
 - (2) 有仲裁机构管理机构仲裁;
 - (3) 是联合国《贸法委示范法》的法域;
 - (4) 是1958年《纽约公约》的司法管辖区;
 - (5) 仲裁庭有权下令采取临时措施的权利;
 - (6) 为一中立及公正的法域;
 - (7) 司法支持仲裁;
 - (8) 没有限制的仲裁庭出庭发言权;
 - (9) 优良的仲裁基础建设;
 - (10) 语言(例如:双语仲裁员/律师);
 - (11) 合理的诉讼费用。

那么,香港、伦敦及上海作为仲裁地有什么共同的特质呢?诚然它们全都是国际的金融中心,拥有完善的国际航空网络。亦具备下列作为理想仲裁地的特质:

- (1) 从事专业及知识的仲裁员;
- (2) 有仲裁机构管理机构仲裁。此外,有特定的仲裁规则,如文件仲裁及小额/简易程序;
- (3) 是 1958 年《纽约公约》的司法管辖区;
- (4) 司法支持仲裁;
- (5) 没有限制的仲裁庭出庭发言权;
- (6) 优良的仲裁基础建设。

伦敦海事仲裁

伦敦是世界的海事仲裁中心。原因是在历史上波罗的海交易所是世界航运活动的中心点,以及波罗的海国际航运公会的格式合同使用伦敦仲裁条款。此外,一些格式合同设定适用《伦敦海事仲裁员协会条款》适用。因而,伦敦的海事仲裁由 1960 年成立的伦敦海事仲裁员协会所支配。

但需注意的是伦敦海事仲裁员协会不是仲裁机构,因此并不管理仲裁。事实上《伦敦海事仲裁员协会条款》是一临时仲裁规则。它们提供的唯一服务是委任仲裁员。直至 2014 年 8 月 1 日,伦敦海事仲裁员协会有 37 名正式会员,他们处理《伦敦海事仲裁员协会条款》下的绝大部份仲裁。

由该协会的名字可看出,该协会条款下的仲裁地是英格兰。对仲裁行使管辖权的法院是英格兰高等法院皇座分庭。因而,如有关仲裁而需要向法院的申请,必须在伦敦进行。事实上,成为该协会正式会员的条件之一是必需于英国居住或能在极短的时期内出席于伦敦举行的聆讯(包括短暂但紧急的聆讯)。但是,它

们的所有正式会员都没有以中文处理案件的能力。在另一方面,如当事人在伦敦需要机构仲裁的服务,伦敦国际仲裁院可提供该服务(但是它们绝少处理海事仲裁)。最后,需注意的是,英格兰是普通法但不是联合国 1985/2006 年《贸法委示范法》的法域。

上海海事仲裁

在上海有两个专门处理海事仲裁的仲裁委员会,它们是(a)中国海事仲裁委员会上海分会及(b)上海国际航运仲裁院。这两个仲裁委员会都有:(i)国内的仲裁员(ii)港澳台的仲裁员;及(iii)外籍的仲裁员。

根据《中华人民共和国仲裁法》,临时仲裁是不被容许的。仲裁规则也不许委任独任仲裁员,除非仲裁以简易程序进行。仲裁也要使用中文除非当事人另有约定,仲裁委员会及仲裁庭是没有任何的酌情权。此外,根据《中华人民共和国仲裁法》,仲裁庭是没有采取临时措施的权力(例如:强制令)。有关临时措施必需向相关的人民法院申请。

至于,根据仲裁规则,会在什么地方进行庭审?中国海事仲裁委员会 2004 年仲裁规则第 41 条规定,如果当事人约定仲裁地点的,仲裁案件的审理应当在约定的地点。由仲裁委员会分会受理的案件应当在仲裁委员会分会所在地进行审理。所以,在一般情况下,庭审会在上海进行。但是,上海位于东北亚地区,如果当事人/仲裁员/律师从东南亚/南亚地区/南半球而来,他们需要更长的差旅时间。以上各点都会为外国的当事人/仲裁员/律师参与庭审带来不便。此外,有一点是需要大家留意的:仲裁委员会通常依争议的金额收取仲裁费用(包括管理费及仲裁员的报酬)。所以如有一仲裁的争议金额非常巨大,仲裁费用也因此而增加,虽然案件的复杂性可以与争

议金额是没有任何关系的。最后,需注意的是,中华人民共和国并不是普通法或联合国 1985/2006 年《贸法委示范法》的法域。

香港海事仲裁

可以肯定的说,对中方的当事人而言,因后述的原因,香港跟伦敦与上海相比,香港可以被认定为最理想的仲裁地。香港地处亚洲中心,与亚太区各主要经济体系相距少于 4 小时飞行航程。

在法律而言,香港是大中华地区唯一使用普通法及 2006 年联合国《贸法委示范法》的法域。

在香港,仲裁可以以机构仲裁及临时仲裁的形式进行。香港有 3 个仲裁机构提供海事仲裁的服务:

- (i) 香港国际仲裁中心;
- (ii) 国际商会国际仲裁院秘书局—亚洲事务办公室;
- (iii) 中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心。

此外,中国海事仲裁委员会香港仲裁中心将于 2014 年 11 月开幕。2012 年香港国际仲裁中心共处理 293 件仲裁案件,其中 38% 涉及海事争议(为所有类型案件中最大的组别)。关于仲裁费用,香港国际仲裁中心及国际商会国际仲裁院的仲裁规则都区分管理费用及仲裁员的报酬。

另一方面,在香港也有一个专门的海事仲裁员组织,名为香港海事仲裁组。直至 2014 年 3 月 1 日,香港海事仲裁组共有 32 名海事仲裁员。有为数不少的香港海事仲裁组海事仲裁员是伦敦海事仲裁员协会的支持会员及/或中国海事仲裁委员会的仲裁员。有些海事仲裁员更同时是香港及英格兰的执业律师/大律师并具有两文(中文及英文)三语(普通话、粤语及英语)的能力。这一组合能为中方的当事人提供最理想的仲裁服务。

在其他的当事人同意下,中方的当事人可以在香港以临时仲裁或根据香港国际仲裁中心、国际商会国际仲裁院或中国海事仲裁委员会(在2014年11月或以后)的仲裁规则去委任一名香港的仲裁员去仲裁以英格兰法律为准据法的争议。该程序可以使用中文,庭审以普通话进行,仲裁裁决以中文书写。

再者,由于香港与中国内地地理上的接近及经济联系的密切,香港的仲裁员对文化差异是有良好的警觉性,对中国内地的一些商业惯例也更为理解(例如:文件管理不善并不会影响一方当事人的证供的可信性)。

关于国际仲裁中的出庭发言权,根据香港大律师公会《业守则》附件十四,中方的当事人/律师可以直接聘用香港的执业大律师出庭应讯。他们当中有些拥有非常丰富的处理海事争议的经验。有些更是英格兰的执业大律师。这些香港的大律师既可担任仲裁代理人,亦可被委任为仲裁员。跟中国内地不一样,香港的仲裁员没有任何资历上的要求。对中方的当事人而言,与伦敦和上海相比,香港具备理想仲裁地的所有特质能满足客户需求,提供无可比拟的优质服务。

香港仲裁的其它优点

以香港为仲裁地,除了作出的仲裁裁决,可根据《纽约公约》在一百五十个地方执行外,香港还不断完善仲裁及商贸法例。现行的《仲裁条例》,以联合国国际贸易法委员会的《国际商事仲裁示范法》为基础,采用一套广为熟悉的国际仲裁制度。

(i)在香港法例第609章《仲裁条例》第35及56条之下,仲裁庭有相当大的权力(例如颁发强制令,作出证据及资产保全的命令、文件披露命令及讼费担保等等)。此等命令在高等法院原讼法庭许可下可以根据《仲裁条例》第61条



作为法庭的命令予以强制执行。因此一方在没有合理解释下不执行该等命令可被视为蔑视法庭而被判监禁。

(ii)根据《仲裁条例》第22B条,在高等法院原讼法庭许可下,在仲裁庭组成之前,紧急仲裁员批准的紧急济助可以强制执行,违反此等命令承担前述责任。

(iii)根据《仲裁条例》第20条第6款,如属海事法律程序,虽则法院作出命令搁置该诉讼的法律程序,但法院已作出命令扣押财产(例如船舶),则该被扣押的财产或或将提供的保释金或保证,可以予以保留,以作为履行仲裁裁决的保证。

(iv)根据香港法例第4章《高等法院条例》第21M条(见 *PremaBirkdale Horticulture (Macau) Ltd 诉 Venetian Orient Ltd and Another* [2009]5 HKLRD 89 一案)及<仲裁条例>第45条,高等法院原讼法庭可以颁令临时措施(例如强制令、保存资产/证据的命令)以协助外地进行的仲裁程序(例如在中国内地的仲裁)。

(v)在临时仲裁中,如当事人不能就仲裁庭成员的数目达成协议,任何一方可根据《仲裁条例》第23条第6款在缴纳相关的费用后向香港国际仲裁中心申请决定仲裁庭成员的数目。

总结

无可否认,伦敦仍是世界上的主要

海事仲裁中心。但是,仲裁地的决定属于当事人的自治管辖权。因而,当事人不应局限某一仲裁地的选择。当然,当事人在拣选仲裁地的时候有不同的考虑因素。

在众多不同的因素中,合理的讼费及具有足够海事专业知识的仲裁员为首要的考虑因素。如果亚洲地区能提供相同或更好的仲裁服务,那么就没有任何理由去世界上其他地方仲裁。

在海事仲裁方面,香港及上海都是理想的仲裁地。从香港国际仲裁中心2012年的统计数据及中国海事仲裁委员会将于2014年11月在香港开设仲裁中心的事实证明,以香港作为另一海事仲裁中心越见普及。

事实上,伦敦海事仲裁员协会于2012年成立亚太区支持会员联络委员会。而该联络委员会的主席都是伦敦海事委员会在香港的支持会员。

请注意,因为仲裁规则的差异,在香港进行仲裁并不代表需要到香港进行庭审。当事人及仲裁庭都有权决定在什么地方进行庭审。

无论如何,中方的当事人如需要临时仲裁,且仲裁的准据法为英格兰法,那么香港必定是一个最佳的选择。请谨记,如果决定在香港进行仲裁,请把格式合同的仲裁地改为香港。●

律师实务

10月24日至25日，由上海市律师协会与江苏、浙江、安徽、福建、山东、江西六省律师协会联合主办，安徽省律师协会承办的第十二届华东律师论坛举行。

本届论坛紧贴时代主题，围绕“改革与使命：律师业的机遇与拓展”主题展开讨论，积极探寻如何在依法治国的进程中提供优质高效的法律服务。本期“律师实务”刊登的6篇文章是部分获得一等奖的论文。



●文 / 孙瑞玺

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

孙瑞玺: 山东达洋律师事务所
所律师

物权确认请求权的性质及其与相关规定的适用问题探讨

物权确认请求权不属于物权请求权,而是规定在《物权法》上的程序性的权利,具有区别于物权请求权的独特属性。由此就决定,物权确认请求权不适用诉讼时效。物权确认之诉与执行异议之诉有明显的区别,不能相互替代,由此彰显了物权确认请求权的独特地位与作用。

我国《物权法》第33条规定:“因物权的归属、内容发生争议的,利害关系人可以请求确认权利。”本条就是关于物权确认请求权的规定。本条26个字的简单规定,看似简单明了,但,围绕着物权确认请求权的性质、是否罹于诉讼时效、其与我国《民事诉讼法》中执行异议之诉的关系等诸多问题,理论界和实务界存有激烈的争议。本文试图依据物权法理论并结合司法实践,对这些争议问题提出自己的一孔之见,期许对相关问题的深入探讨有所助益。

一、物权确认请求权的性质

(一) 立法论上的争议

在《物权法》立法过程中,关于是否将物权确认请求权独立于所有物返还请求权进行单独规定的问题,有赞同与反对两种对立的观点。

赞同单独规定的代表人物是梁慧星教授和王利明教授。梁慧星教授主持起草的《中国物权法草案建议稿》第275条【确认物权的请求权】规定:“物权人,在发生对其权利存在的质疑以及对其权利的支配范围的争议时,可以请求确认其权利。”王利明教授主持起草的《中国民法典草案建议稿》第702条的条名和内容与上述《中国物权法草案建议稿》第275条的条名和规定基本相同。如此起草的理由是,确认物权请求权是民事主体之间就物权认定方面发生的争议。这种请求权不是诉讼法上的权利,而是实体法上的权利,应当在民法典物权编中规定。物权的确认是物权保护的前提。通常物权请求权的行使都是以物权人享有物权为基

础,也就是说,在物权人享有物权的情况下,才能行使物权请求权。但在物权的归属发生争议的时候,当事人不能直接行使物权请求权,而必须首先确认物权的归属。实务界也认为,确认物权是其他物权请求权的前提和基础,所以,有必要规定确认物权请求权。

反对单独规定者,其理由有所不同。一种认为,物权确认请求权可以为物权请求权所涵盖,无须单列为一种请求权。另一种则认为,物权确认请求权是针对法院的,实质上是一种诉权,不似针对民事主体的实体权。物权确认请求权只能以诉讼或仲裁方式向法院或仲裁机构提出,因此,其为诉讼请求权之一种。相反,物权请求权为实体法上的权利,其请求对象为相对人。两者不可混同。由于我国《民事诉讼法》上有“确认之诉”制度可以援用,我国《物权法》可以不规定物权确认请求权,利害关系人可以直接通过诉讼确认物权的归属和内容。

我国《物权法》第33条的规定,采纳了赞成单独规定物权确认请求权的观点。其立法理由为:物权确认请求权是物权法保护的一项基本权利,也是物权保护请求权的一种。有些国家民法典都有规定。物权的归属或者内容发生争议,物权人可以请求行政机关、人民法院等部门确认物权的归属或者内容。

(二) 解释论上的争议

关于我国《物权法》第33条规定的“物权确认请求权”的性质,仍有争议。一种观点认为,物权确认请求权属于物上请求权。另一种观点认为,物权确认请求权属于物权请求权。第三种观点认为,物权确认请求权属于程序上的权利。

上述第一种和第二种观点的分歧是建立在“物上请求权”与“物权请求权”系两个不同概念的基础之上的。如果根据通说,即物上请求权与物权请求权系含义相同的概念,则上述第一种和第二种观点完全相同,可以归为一种观点,即物权确认请求权属于物权

请求权。

可见,关于我国《物权法》第33条“物权确认请求权”性质在解释论上的争议,与立法论上的争议大致相同。

持物权确认请求权并非物权请求权,而是程序(法)上的权利观点者的理由是:(1)从物权请求权系基于物权而生的权利出发,物权的存在应当是物权请求权产生的前提,没有物权便没有物权请求权。物权确认请求权发生于物权是否存在或物权归属于谁有争议的场合,不好断言物权就一定存在。如是,没有物权的人也享有物权确认请求权,这与物权请求权乃是物权效力的表现明显不符。(2)物权请求权的行使,既可以采取自力救济,又可以采取公权救济。而物权确认请求权的行使,必须求助于公权力。如果是通过诉讼的方式,我国《物权法》规定的物权确认请求权与我国《民事诉讼法》设置的“确认之诉”,就会相互呼应配合,相得益彰。(3)物权请求权的行使,发生使物权恢复至圆满状态的结果,确定地产生实体法上的效果。物权确认请求权的行使则不然,且不要说行使者没有物权时不产生实体法上的效力,就是真实的物权人行使确认物权请求权,仅仅凭借此请求权也无法使物权恢复到圆满状态,必须再借助物权请求权,甚至必须同时依据我国《物权法》的其他规定,才会产生实体法上的效果。换言之,物权确认请求权只是一条通道,在对物权的归属有争议的场合,欠缺它,行使者即使真享有物权,也难以使其物权恢复到圆满状态;只有沿着它前进,再结合有关权利或制度的适用,才会使物权恢复到圆满状态。因此,物权确认请求权不是基于物权本身而产生,而是基于程序制度而享有,它属于程序上的权利。

(三)物权确认请求权是规定在实体法上的程序性权利

通说认为,物权请求权是以排除妨害与恢复物权的圆满状态为目的的权利。根据妨害形态的不同,物权请求权分为三种:(1)物之返还请求权。即占有人无权占有他人的不动产或动产而妨害物权时,发生物权人的原物返还请求权。(2)妨害排除请求权。即在物权受到侵害或物权的行使受到威胁时,发生物权人的妨害排除请求权,权利人可以请求停止侵害、排除妨碍。(3)妨害预防请求权。即物权虽未受到现实妨害,但有受到妨害的可能时,发生物权人的妨害预防请求权,权利人可以请求消除危险。

而物权确认请求权是在物权的归属或内容发生争议时,利害关系人请求有权机关予以确认的权利。因此,把其归入上述物权请求权的任何一种都不可

能。前述主张物权确认请求权并非物权请求权,而是属于程序上的权利观点的理由阐释得非常清楚,值得肯定和赞同。

除此之外,需要补充两个方面的理由,其一是比较法上的参考依据;其二是司法实务界的观点。

先看比较法上的参考依据。有学者指出,我国民法上的请求权制度基本源于德国法,在理论上继受请求权制度时,要注意立法时的学说及其后续的发展,并总结一般性规律。《德国民事诉讼法》第256条规定的确认之诉,在立法时受到当时学说的影响,的确在给付请求权以外创设了一个实体法上的确认请求权。但经过后来学说的发展,目前德国通说已经否定了立法者之本意。物权确认请求权是确认请求权(或确认之诉)的一种,如果认为对于确认之诉无须强制执行,其目的在判决中即已实现,则无须将其构造为一种实体法上的请求权,而如果将其构造为实体法上请求权,在逻辑上其又是给付之诉,与我国区分给付之诉、确认之诉的理论与实践不相符合。

再看司法实务界的观点。我国司法实务界关于我国《物权法》第33条的性质,虽未给出明确答案,但认为,物权确认请求权是物权保护的一种方法,是物权保护的前提;物权确认请求权不是物权请求权中的一项请求权;物权确认请求权只能向有权机关提出,不能直接向物权的相对人提出,也不能不经请求而自行作出判断。同时,认同物权确认请求权具有裁判请求权或诉权的属性。据此推断,我国实务界也持物权确认请求权并非物权请求权,而是程序上的权利的观点和主张的。

在笔者看来,物权确认请求权规定在我国《物权法》第一编“总则”第三章“物权的保护”专章之中,并非就当然归属于物权请求权,就如本章中的其他权利(如第37条损害赔偿请求权)不是物权请求权一样,物权确认请求权是与物权请求权并列的一种物权保护方法。正如有学者所指出的那样,“物权的保护”专章中规定的内容,远比物权请求权的内容广泛,其中既有物权的保护方式(第34条、第35条规定的物权请求权),又有债权性保护方式(第36条规定的合同责任、第37条规定的侵权责任);既有民法上的保护,又有行政法和刑法上的保护。因此,绝不能把“物权的保护”等同于“物权请求权”。

尽管物权确认请求权不属于物权请求权,但并不意味着两者之间不发生关系或者说没有关系。物权确认请求权是物之返还请求权、妨害排除请求权和妨害预防请求权的前提或基础。只有在物权的归属或内容确定的前提下,物权人才能行使物权请求权;反之,如

果物权的归属或内容有争议、不明确,就谈不上物权人行使物权请求权的问题。

综上,笔者认为,物权确认请求权尽管规定在我国《物权法》中,但它不是物权请求权,而是物权保护的方式,此种请求权只能通过诉讼程序、行政程序或者仲裁程序实现,是程序性的权利。质言之,物权确认请求权是规定在实体法上的程序性权利。

二、物权确认请求权是否适用诉讼时效

(一) 物权确认请求权是否适用诉讼时效的争议

关于物权确认请求权是否适用诉讼时效的问题,我国《物权法》没有规定,理论界和实务界有不同的观点。

反对适用诉讼时效者的观点略有不同。其一是无条件不适用诉讼时效的观点。梁慧星教授主持的《中国民法典草案建议稿》第197条【诉讼时效的客体】第2项明确把物权确认请求权排除在诉讼时效客体的适用范围之外。王利明教授主持的《中国民法典草案建议稿》第702条第2款也规定:“确认物权请求权不受诉讼时效的限制。”如此设计的理由是:物权确认请求权的目的和作用,在于采用诉讼的方法解决物权争议,维护正常的物权法律秩序,因此物权确认请求权不应适用诉讼时效,只要物权争议存在,物权确认请求权就存在,不受诉讼时效的限制。假若承认物权确认请求权适用诉讼时效,也很难确定时效期间的起算点。诉讼时效期间是从权利争议之时起算,还是从法院作出确权判决之日起算,难以确定。其二是有条件不适用诉讼时效的观点。该观点认为,物权确认请求权,因其为诉讼(程序)上的权利性质,本应由诉讼法规定。如将其视为实体权利,则其通常依附于其他请求权而存在(即作为原物返还、排除妨害及赔偿损失请求权的基础或前提)。此种情形,如果其所依附的其他请求权本身不适用诉讼时效(如原物返还请求权),则物权确认请求权就不适用诉讼时效。反之,如果其所依附的请求权(如恢复原状以及损害赔偿请求权)适用诉讼时效,则该种请求权因诉讼时效完成而消灭后,物权确认请求权的存在便失去实际意义。因此,物权确认请求权之存亡完全取决于其依附的其他请求权或者物权本身的存亡,不存在是否单独适用消灭时效的问题。

赞成适用诉讼时效者的主要理由是:物权确认请求权形式上是确认权利,实质上是为了返还财产。如果返还财产请求权适用诉讼时效,物权确认请求权也应当适用诉讼时效。即使返还财产请求权不适用诉讼时效,物权确认请求权也应当单独适用诉讼时效。

(二) 物权确认请求权无条件不适用诉讼时效

前文关于“有条件不适用诉讼时效”者的观点,以

物权确认请求权依附于物权请求权为论证前提,依被依附的权利是否适用诉讼时效,相应确定其是否适用诉讼时效的理由无实用价值。正如上文所述,以物权确认请求权依附于物权请求权,否定物权确认请求权为独立性权利的主张没有被我国《物权法》所采纳。所以,以没有现行法根据的观点为根据论证物权确认请求权是否应适用诉讼时效,充其量仅具有某种理论意义。

赞成适用诉讼时效者的观点也以未被我国《物权法》采纳的物权确认请求权依附于物之返还请求权的主张为根据,同样存在“有条件不适用诉讼时效”观点的硬伤。同时该主张以物之返还请求权适用诉讼时效也值得商榷。众所周知,物之返还请求权是否适用诉讼时效,本身就是一个争议很大的问题,理论上及立法例上有“肯定说”、“否定说”和“折衷说”三种主张。而在此三种主张中,居于通说地位的并不是“肯定说”,而是“折衷说”。由此看来,该主张以“肯定说”为论证前提,而无视“否定说”或“折衷说”的主张,显属以偏概全。

物之返还请求权为物权请求权的典型。物之返还请求权之所以应当独立于债权请求权,其最重要之点,就在于其不适用诉讼时效,否则,在请求返还原物的情形,将可能发生权利主体虚位或法律规则之无意义的问题。同时,还考虑到物权的保护尚应受到取得时效的规制,而取得时效制度已足以达到督促物权人及时行使请求权的效果,无须再使物权请求权受诉讼时效的限制。

诉讼时效期间届满的法律效果,无论采取“胜诉权消灭说”还是“抗辩权发生说”,都说明诉讼时效期间届满会带来民事权利功能减损的后果。同时说明诉讼时效属于民法中限制民事主体权利的制度,也是对民事主体的自由进行限制的制度。物权确认请求权是否适用诉讼时效,实质就是对利害关系人的自由应否予以限制的问题。参照民法价值判断问题的实体性论证规则:没有足够充分且正当的理由,不得主张对民事主体的自由进行限制。该规则对应着一项论证负担规则:针对特定的价值判断问题,主张限制民事主体自由的讨论者,应承担论证自身价值取向正当性的责任。如果不能证明存在足够充分且正当的理由而要求限制民事主体的自由,就应当确认并保障其自由。在这种意义上,面对特定的价值判断问题,主张限制民事主体自由的讨论者不仅要积极地论证存有足够充分且正当的理由,要求限制民事主体的自由;还要对反对限制民事主体自由讨论者提出的理由进行有效的反驳。而反对限制民事主体自由的讨论者只须有效反驳对方提出的理由即可。

据此,赞同适用诉讼时效,即限制利害关系人的自由的论者,应当积极证成自己的观点,同时还要对反对适用诉讼时效者的主张进行有效的反驳。但是,从实际情况看,赞同适用诉讼时效者所提理由既无现行法上的根据,又无充分的理论支撑,既不充分也不正当。更谈不上对反对适用诉讼时效者的主张进行有效反驳了;相反,无条件反对适用诉讼时效者不仅有效反驳了赞同适用诉讼时效者的主张,而且还积极提出己方的有效理由,超额完成了自己的论证任务。

另外,“无条件反对适用诉讼时效的观点”还得到了司法实务界的支持。最高人民法院的法官认为,物权确认请求权不适用诉讼时效。利害关系人请求确认物权的归属或内容,对方当事人以超过诉讼时效期间为由进行抗辩的,不应予以支持。此为目前审判实务中的主流观点。

三、物权确认之诉与案外人执行异议之诉

我国《民事诉讼法》第227条规定:“执行过程中,案外人对执行标的提出书面异议的,人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查,理由成立的,裁定中止对该标的的执行;理由不成立的,裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服,认为原判决、裁定错误的,依照审判监督程序办理;与原判决、裁定无关的,可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。”本条中“与原判决、裁定无关的,可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼”就是“案外人执行异议之诉”的规定。

案外人执行异议之诉,是案外人以申请执行人为被告(原则上)向法院提起要求法院作出不得强制执行或撤销执行程序的诉讼。该诉讼是一种重要的执行救济制度与手段,目的在于阻止或撤销执行机构对执行标的的执行。

案外人执行异议之诉是一个新的解决执行标的物实体权利的诉讼,以案外人即第三人对执行标的物有足以排除强制执行的实体权利为前提。而阻止或排除强制执行的权利,通常是指对标的物有所有权(包括按份共有和共同共有)、用益物权和担保物权等。由此决定确认物权是案外人执行异议之诉的前提。由于物权确认可以独立成诉,而案外人执行异议之诉则只能在执行程序中,向执行法院提起的诉讼,这就可能导致物权确认之诉与案外人执行异议之诉发生混淆,且可能形成交叉状态。

物权确认之诉与案外人执行异议之诉之间的关系,可能有并存、合并和独存三种情形。所谓并存,是指案外人提起执行异议之诉与案外人提起物权确认

之诉并存。按照两种诉讼提起的先后顺序,可能有三种情形:(1)以申请执行人作为被告提起执行异议之诉后,再以被申请执行人为被告提起物权确认之诉;或者(2)以被申请执行人为被告提起物权确认之诉后,再以申请执行人作为被告提起执行异议之诉;(3)同时提起执行异议之诉和物权确认之诉。

对于情形之一,实践中一直有激烈的争议。赞同者认为,虽然我国《民事诉讼法》第227条规定,案外人对执行标的提出异议的,可以通过案外人执行异议之诉加以救济,但法律并未禁止案外人在此情形下另案提起民事确权之诉,所以,该诉讼应予受理;反对者则主张,我国《民事诉讼法》第227条的规定属于特别救济程序,案外人只能通过该程序主张权利,不应另案诉讼。

对于情形之二和之三,司法实践的通行做法是不允许并存。如黑龙江省高级人民法院《关于审理执行异议之诉案件若干问题的解答》第12条第1款规定,为防止当事人恶意串通,以虚假诉讼妨碍执行,当事人向法院提起对特定财产的确权诉讼的,法院应当首先查明该财产是否已被其他法院采取财产保全措施,或者已作为执行标的。如确认该争议标的物确为另案执行标的的,应当告知其根据《民事诉讼法》第227条向执行法院提出书面异议。原告坚持起诉的,应当裁定不予受理或者驳回起诉。北京市高级人民法院《审理执行异议案件法律适用若干问题的指导意见(试行)》第3条第1款和浙江省高级人民法院《关于审理案外人异议之诉和许可执行之诉案件的指导意见》第3条第1款也有相同的规定。由此可见,这两种情形在司法实践中的做法是执行异议之诉吸收物权确认之诉。

笔者赞同情形之一中反对者的观点。理由之一,物权确认之诉与案外人执行异议之诉之间系一般法与特别法的关系,即我国《物权法》第33条是一般法,而《民事诉讼法》第227条是特别法,按照一般法与特别法的适用原理,特别法应当优先适用。因此,在此情形下,应当优先适用我国《民事诉讼法》第227条规定的案外人执行异议之诉。理由之二,我国司法实践赞同反对者的观点。如最高人民法院《关于依法制裁规避执行行为的若干意见》第9条和第11条进一步明确了这种观点。再如浙江省高级人民法院《关于审理案外人异议之诉和许可执行之诉案件的指导意见》第3条、北京市高级人民法院《审理执行异议案件法律适用若干问题的指导意见(试行)》第3条、黑龙江高级人民法院《关于审理执行异议之诉案件若干问题的解答》第12条第2款、《广东省高级人民法

院关于执行异议诉讼案件受理与审理的指导意见（试行）》第14条第1款都采取反对者的观点。

对于并存情形之二，即案外人以被执行人为被告提起物权确认之诉后，再以执行申请人作为被告提起执行异议之诉。司法实践一律以执行异议之诉吸收物权确认之诉的做法未免过于绝对。设想，案外人以被执行人为被告提起物权确认之诉之后，未作出判决之前，又以执行申请人为被告提起执行异议之诉，请求停止对执行标的的执行，两个诉讼各自独立，又无证据证明案外人与被执行人恶意串通、以虚假诉讼妨碍执行，在此情形下，以执行异议之诉吸收物权确认之诉没有根据。正确的做法应当是后诉先中止执行，待前诉有了确定的结果后，才恢复后诉的程序。

所谓合并，是指在执行异议之诉中，案外人既提出物权确认的诉讼请求，又提出对执行标的物停止执行的诉讼请求，受诉法院对两个诉讼请求合并审理。司法实践大多赞同此观点。如《广东省高级人民法院关于执行异议诉讼案件受理与审理的指导意见（试行）》第8条第1款规定，案外人提起执行异议诉讼，应当对执行标的的主张实体权利，同时提出对执行标的停止执行的请求。《北京市高级人民法院关于审理执行异议之诉案件适用法律若干问题的指导意见（试行）》第八条规定，案外人执行异议之诉案件中，案外人同时请求确认其对执行标的物享有实体权利或要求对其主张所依据的相关实体法律关系进行裁判的，一般应当合并处理，被执行人应当作为共同被告参加诉讼。案外人未同时请求确认其对执行标的物享有实体权利的，法院应当予以释明，经释明其仍坚持不增加的，法院不在判决主文中予以宣告，但应当在判决的事实和理由中予以阐明。

笔者认为，合并的观点值得赞同。司法实践支持合并观点的做法更值得肯定。案外人执行异议之诉实际上就是案外人对执行标的提出实体上的权利主张（确认之诉）与对执行标的物停止执行主张的合并。前诉即物权确认之诉是前提，后诉即停止执行标的物是结果。前诉体现是一般法，后诉体现是特别法，即执行异议之诉区别于物权确认之诉的特质就在于停止对执行标的物的执行。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》（法释[2008]13号）第17条“案外人依照民事诉讼法第二百零四条（即新《民事诉讼法》第227条）规定提起诉讼，对执行标的的主张实体权利，并请求对执行标的停止执行的，应当以申请执行人为被告；被执行人反对案外人对执行标的的所主张的实体权利的，应当以申请执行人和被执行人为共同被告”的规定显然是采取诉讼请求合并的观点。

关于诉讼请求的合并，尽管司法实践多持赞同态

度，但理论上有不同的意见。反对者认为，案外人向执行申请人提起的诉讼与向被执行人提起的诉讼标的不同，前者为第三人执行异议之诉，后者为普通的民事诉讼。不同诉讼合并审理，缺乏理论根据。赞同者则认为，从避免裁判矛盾的角度出发，合一确定两个诉讼符合司法正义的要求，因为毕竟两个诉讼与同一执行标的物有关，这种关联性就是合一确定的正当根据。

所谓独存，指案外人仅提起对执行标的物停止执行请求之诉或者物权确认之诉。对于前者，其诉讼请求只包含对执行标的物停止执行的诉讼请求，不包含确认权的诉讼请求，否则就是诉讼请求的合并。同理，案外人仅提出物权确认之诉，其诉讼请求当然也不包括对执行标的物停止执行的诉讼请求。

案外人尽管以执行异议之诉的名义提起诉讼，但其诉讼请求只要求确认执行标的物的归属，未同时请求停止对执行标的物的执行的，也属于独存情形。对此，反对观点认为，法官应当行使释明权，告知当事人变更或增加“请求停止执行的物”的诉讼请求，在当事人拒绝变更或增加诉讼请求的情况下，一般情形下应不予受理或驳回起诉。相反，赞同观点认为，在被执行人同时作为被告的情况下，由于物权确认可以单独成诉，则不能裁定驳回起诉，而应按照普通的民事案件进行审理。此时，继续审理若有违管辖规则，则应通过移送管辖加以处理。

笔者认为，两种观点各有其道。但采取折衷观点更为合理，即一般情形下采取反对者的观点，特殊情形下采取赞同者的主张。因为，一般情形下反对者的观点体现了案外人执行异议之诉与物权确认之诉的区别，而在特殊情形下赞同者的主张则体现了案外人执行异议之诉与物权确认之诉的相同之外，都体现了对执行标的物这种物权的确认。●





邓晓东：福建建达律师事务所律师

●文 / 邓晓东

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

论生态恢复裁判方式的 法制化

——以赎刑制度的后现代改造为视角

福建法院创造的生态恢复裁判方式在恢复性司法理论指导下,通过刑事附带民事诉讼和司法命令的程序解决涉林刑事案件“一判三输”难题,引领了全国法院生态审判专业化先河。但以刑事和解为核心的传统恢复性司法理论无法正确诠释公害性环境犯罪的法益恢复问题,制约了生态恢复裁判方式在环境犯罪案件全领域的法制化。在生态中心主义生态伦理观下解构环境犯罪,泛化恢复性司法的主体结构关系,通过购买碳汇、补植管护等形式改造传统赎刑制度实现短期监禁刑的易科,这应是一条可资探究的法制化进路。

题记

民族精神是法律的发展动力

——萨维尼

引言

党的十八大报告将生态文明提高到“五位一体”的社会建设高度,如何在惩治犯罪的同时通过司法手段有效修复生态环境成为司法实务界的关注热点。全国各地法院为促进生态文明建设,大力推进生态审判专业化司法革新。其中福建省高级人民法院在总结柘荣法院、上杭法院等基层法院先行先试经验的基础上,于2012年出台了《关于为推进生态省建设提供有力司法服务保障的意见》,在全国率先提出打造“绿色司法”品牌,确立“惩罚违法犯罪是手段,保护生态环境才是目的”的生态审判理念,在部分涉林刑事案件中适用生态恢复裁判方式,以“补植令”、“管护令”等方式,责令被告人在案发地或指定区域补种林木、恢复植被。近5年来,全省法院审理毁林案件适用“补种复绿”516件,发出“补植令”、“管护令”等500余份,责令涉林刑事被告人补种、管护林木面积6万余亩。但由于现行法律对生态恢复裁判方式尚无授权式规定,法制化条件的缺失构成其发展瓶颈。生态恢复裁判方式

究竟是止步于一项地方味浓重的司法“土政策”,还是有能量引发一场撼动我国刑罚执行方式的刑事司法变革,此即为本文研究之意图。

一、雾里看花:生态恢复裁判方式的理论立基、法源依据、运行模式

所谓生态恢复裁判方式,是指法院在破坏森林资源刑事案件审判中,促成刑事和解,采取承担劳务、货币赔偿、亲友代植等方法,将被告人承诺履行“补种复绿”协议的悔罪表现作为量刑情节予以裁量。该裁判方式破解了以往服刑人复归社会难、被毁山林仍是荒山、林权受害人得不到救济的“一判三输”难题,取得了良好的社会效果。

(一)理论立基

生态恢复裁判方式以被告人与林权受害人达成刑事和解为前提,这深刻反映了恢复性司法理论在环境犯罪领域的适用。恢复性司法理论是上世纪七十年代以来国际刑罚观念的重大进步。2002年联合国预防犯罪和刑事司法委员会通过的《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则》将“恢复性司法”定义为“在调解人帮助下,受害人和罪犯及酌情包括受犯罪影响的任何其他个人或社区成员,共同积极参与解决由犯罪造成的问题的程序”。

传统的刑事司法范式主张被害人与加害者之间的对抗关系,强调施加严厉的刑罚以威慑或预防未来的犯罪。作为恢复性司法基本原则的恢复性正义,则强调问题的解决,关注造成了怎样的后果、如何消除犯罪造成的影响。在以法院为权威主体的促成下,“与某一特定的犯罪行为有利害关系的各方会聚在一起,共同解决如何处理犯罪后果及其对未来的影响的过程”。因此,刑事诉讼中的恢复性司法实质上是在承认国家权力有限性的前提下,以重建社会关系为根本目标,由纠纷解决主体解决纠纷当事人——犯罪人和被害人之间因为犯罪引起的纠纷的程序,是一种三方参与的纠纷解决

机制。

（二）法源依据

在我省基层法院近年的司法实践中，生态恢复裁判方式主要适用于以下几类破坏森林资源的犯罪案件：纵火或失火烧毁林木、故意毁坏林木、盗伐滥伐林木、占用林地非法采矿、改变林地用途、非法采伐毁坏国家重点保护植物。以“补种复绿”协议为载体的恢复性司法的展开，其直接法源依据是《刑法》第36条所规定的“由于犯罪行为而使被害人遭受经济损失的，对犯罪分子除依法给予刑事处罚外，并应根据情况判处赔偿经济损失”。

判令被告人承担“补种复绿”义务，不仅仅是基于“补种复绿”协议上的合同约定，其参照的关联法源依据还包括《森林法》第39条、第44条以及《森林法实施条例》第41条、第43条之规定，即盗伐、滥伐以及擅自开垦林地、擅自改变林地用途的，由林业主管部门责令补种树木或限期恢复原状。但值得注意的是，对上述类型以外的违法毁林行为，《森林法》及《森林法实施条例》并未设定补种树木或恢复原状的法律义务。同时，由法院而不是法定的林业主管部门，通过刑事诉讼程序而不是行政处罚程序，对被告人科以类似行政法上的作为义务，这也在实践中形成了关于生态恢复裁判方式的职权合法性之争议。

（三）运行模式

在总结基层法院补种复绿的经验基础上，根据《福建省高级人民法院关于规范“补种复绿”建立完善生态修复司法机制的指导意见（试行）》（草案），目前省高院所推荐的生态恢复裁判方式运行模式是在涉林刑事案件发生后，促成被告人与林权受害人达成刑事和解，签订“补种复绿”协议，并由法院司法确认，发出补植管护令，责令被告人对所破坏的森林资源进行原地或异地补种和管护。生态恢复裁判方式的适用应具备以下条件：第一，案件主要事实清楚，证据确实充分；第二，林权受害人与被告人达成“补种复绿”协议；其三，被告人具有劳动能力并缴纳履约保证金，或者虽无劳动能力、经济能力，但可由他人代为履行“补种复绿”义务并缴纳履约保证金。“补种复绿”协议应包括以下主要内容：协议当事人的基本情况、“补种复绿”的技术要求、补种地点、面积界址、林木权属归属、履约保证条款、法律责任等。

“补种复绿”协议作为被告人的悔罪表现，在量刑时予以酌情从轻处罚，综合考虑犯罪性质、情节、后果和被告人主观恶性等情况确定从轻幅度，确保罪责刑相适应。参照《人民法院量刑指导意见（试行）》第三部分关于常见量刑情节的适用中第8条规定，可以将“补种复绿”作为退赔退赃量刑情节，减少基准刑的30%以下，对于符合缓刑适用条件的，可以适用缓刑。

二、十面埋伏：生态恢复裁判方式的法制化障碍

作为从实践中诞生成长起来的刑事司法举措，生态恢复裁判方式无疑是一项富于生命力的创新，但以刑事和解为中心的传统恢复性司法理论却严重阻滞了其在法制层面的深化发展，立足实用主义的刑事附带民事赔偿模式缺乏周延的法制化条件，限制了其发展空间。笔者认为，要实现生态恢复裁判方式的法制化，使其能全面推广适用于环境犯罪审判全领域，前提应是至少解决了如下问题：

（一）定性问题

生态恢复裁判方式的运行模式表现为通过促成刑事和解，在“补种复绿”协议的基础上作出“植树管护令”对被告人科以“补种复绿”义务。目前司法实务界对如何定性“植树管护令”及“补种复绿”义务存在争议。“植树管护令”究竟是刑事部分的判决内容还是附带民事部分的判决内容？“补种复绿”义务究竟是可以界定为新的刑罚类型、还是刑罚执行方式，还是量刑酌定情节、抑或只是单纯的附带民事赔偿行为？上述概念性问题如未能正确厘清，将影响生态恢复裁判方式的方向定位和发展空间。

司法命令在我国刑事审判中的运用是近年才出现的新生事物，典型例证即为根据《刑法修正案（八）》第2条和第11条之规定，法院在刑事判决书中对被告人判处管制或宣告缓刑的犯罪分子作出的禁止性司法命令。其立法目的按照《关于〈中华人民共和国刑法修正案（八）〉（草案）》的说明》第3条第3项所言，是“通过对管制的执行方式和缓刑的考察方式作出适时调整，有针对性地对被判处管制的犯罪人和被宣告缓刑的犯罪人进行必要的行为管束，以适应对其改造和预防再犯罪的需要”。

《刑法修正案（八）》第2条和第11条规定的“对被判处管制、宣告缓刑的罪犯，根据其犯罪情况，可以判令其在管制期间不得从事特定活动，不得进入特定区域、场所，不得接触特定的人”，仅属于科以不作为义务的禁止性司法命令。正因为现行刑事法律中尚无明确的科以作为义务司法命令的规定，我省法院在实践中探索出在刑事附带民事判决书主文中增列一项关于责令被告人履行“补种复绿”义务的判决内容这一做法，应当说还没有直接的法律依据。但根据《中华人民共和国刑法》第64条“犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还”以及《中华人民共和国刑法修正案（八）》中关于“社区矫正”的规定内容看，“植树管护令”似乎可以获得具有一定关联价值的规范支撑。但由此却形成了更大的困惑，即

如果被告人未实际履行或不适当履行“补种复绿”义务,究竟是以被告人未遵守管制、缓刑规定义务来惩处,还是应以拒不履行法院生效裁判文书行为另案处理,抑或只能由林权受害人另行提起关于“补种复绿”协议的民事违约之诉?

(二)理论根据问题

生态恢复裁判方式以传统恢复性司法理论来诠释林权改革背景下的法益修复。但环境犯罪所侵害的法益复杂性远非一般的侵犯人身或财产权利犯罪可比,严重依赖于刑事和解程序的传统恢复性司法理论在环境犯罪领域的涵摄存在明显的局限性。首先是生态恢复裁判方式的运行取决于受害人提起刑事附带民事之诉,法院无法自行展开在林权受害人怠于维权情形下的刑事和解。在林权清晰的状态下,法院生态审判工作就已经如此被动,更遑论被毁林木资源存在权利争议的案件。即便是作为林权改革试点地区的我省,林权归属状况仍未实现百分之百的权属清晰。如果林权归属本身既存争议,则贸然启动刑事和解程序将给法院的审判工作带来法律风险。

其次,传统的恢复性司法理论以保障受害人权利为核心。生态恢复裁判方式的适用必须一方面依赖于有权利明确的受害人介入刑事和解程序,另一方面依赖于有客观的法益损害事实。这直接导致目前生态恢复裁判方式只能局限在以结果犯为表现形态的林业犯罪案件范围内。因为传统的恢复性司法理论无法对公害性环境犯罪中受害人概念的高度抽象性以及危险犯、行为犯等新类型环境犯罪中的法益恢复问题进行准确回应。笔者认为,如不对传统恢复性司法结构关系的“封闭式特征”进行修正,则生态恢复裁判方式尚不具备在环境犯罪案件全领域得以广泛运行的法制化条件。

(三)执行效果评价问题

按照生态恢复裁判方式的现行模式,达成“补种复

绿”协议并经司法确认后,该情节即可视为被告人的悔罪表现而在量刑程序中对量刑结果产生实质影响。那么,在“补种复绿”义务尚未实际履行的情况下,就提前给予被告人“量刑优惠”,这在刑罚原理上难以自圆其说。而且鉴于林木资源生长管护的漫长周期和成活率的不确定性,如何保证生态恢复裁判方式的执行效果使“生态恢复”的裁判目的不至于落空,也已经成为一个愈来愈严重的困扰。

其次,在司法实践中由被告人亲友代为履行“补种复绿”义务的做法更是引起了巨大的争议。从刑罚原理的角度诠释,“补种复绿”这项作为性义务显然极具身份属性,属于不可被代理的法律责任。如允许被告人亲友代为履行“补种复绿”义务,势必导致生态恢复裁判方式的教化功能被弱化。

值得注意的是,在国内生态恢复性司法实践中,一些基层法院创新出异地补植的做法。例如无锡滨湖区法院在一起景区单位破坏林地建设观光电梯的案件中,鉴于拆除电梯的客观难度以及避免社会资源的浪费,判令被告人异地补植树木 4500 平方米。诚然,异地补植的变通有利于生态资源的整体统筹安排,也便于对“补种复绿”义务履行情况的监督管理和执行效果评价,例如在部分因非法采矿而破坏山林的案件中,水流、土壤等生态基础条件已发生根本变化,原地补植难度极大而且也可能因关停矿山而造成新的社会资源浪费,异地补植确实有其科学合理性,但通常仅适宜在破坏国有林地的案件中采用。在林权改革的大环境下,林地“各有其主”,异地补植缺乏普遍意义的法制运行基础。如何解决异地补植和林权归属之间的合法有效衔接,则尚需严密论证。

(四)被告人权利救济问题

尽管履行“补种复绿”义务具有后及性,但目前被适用生态恢复裁判方式的被告人或多或少都能预先得到量刑上的从轻处理,甚至宣告缓刑。有鉴于在案件审结时无法确定被告人是否能实际履行义务,法院将会在事后根据复植补绿的生态恢复状况决定没收履约保证金或改变原判缓刑的执行,以此保障生态恢复裁判方式的实效。由此,关于造林管护成果的公正合理评估就变得关系重大,就产生了关于被告人权利救济程序的法制化建构之必要。

(五)法益评估问题

在目前涉林刑事案件生态恢复性司法的运行中,法益评估问题尚未引起重视,因为“以林补林”既科学正当又便于操作。但如果要在其它环境犯罪案件类型上适用生态恢复裁判方式,则对水体、海洋、大气、土壤等各类生态资源如何做出准确的法益评估会是一大难



题,需要形成法定的生态资源碳汇量化换算公式,避免生态恢复裁判实践中出现司法裁量权失控的风险。

三、柳暗花明:生态文明与赎刑文化的穿越联姻

(一)生态法益恢复的制度性必要

通过接受刑罚,传统刑事司法体制只解决了犯罪人同国家之间的“债务”,而对受害人所负的“债务”并未同时得到“清偿”。恢复性司法理论则强调以受害人为中心,并在此基础上重新认识刑事法益。其基本理念在于:犯罪不仅是对法道德秩序的侵犯和对法规范的违反,更是对受害人的侵害、对社区安宁的威胁以及对公共秩序的挑战。刑事司法必须致力于去除这种侵害、威胁和挑战。传统的恢复性司法的优势在于以互动的刑事和解程序确保受害人地位不被边缘化,从非国家的角度即社会公众的角度审视犯罪的危害,软化刑法的威慑性,回应刑法的谦抑精神,增强刑法的诱导观念。

在人类中心主义生态伦理观影响下,大自然被认为是人类所主宰的领地,包括林木资源在内的各类生态法益被不自觉地换算评价为人财物的损失,最终量化为金钱数字,虽然回应了环境犯罪惩治中人与人之间的财产关系,但对人与自然关系的协调关注不够。恢复性司法的目标不应被狭隘局限于加害人和受害人之间的物质损失补救,在环境犯罪领域尤其如此。因为林木等生态资源即便以“财产”视之可在经济上被换算计价,但其所延伸的生态法益归根结底却是属于全社会,甚至于可扩展至人类之外的整个大自然生态环境。恢复性司法的运行应当开拓视野,从受害人扩张至社区、进而扩张至人类社会乃至大自然生态环境,致力于追求和重建加害人、受害人、生态文明这三者之间的法益全面平衡,弥补犯罪所带来的各种损失,包括受害人的损失、人类社会的损失、当然更应该包括大自然整体生态系统的损失。

生态法益作为环境犯罪的客体具有复合性。环境犯罪究其本质是一种公害侵犯,侵害、破坏了整个社会的环境资源和生态平衡等深刻宏大的法益。修复生态系统秩序的重要性远远大于单纯的报应或威慑,最有效的惩治应是责令督促犯罪人采取各种积极措施进行生态恢复,以此作为犯罪人的人格矫正和对大自然的补救。

“孔子爱树,孟子进而把推广植树作为实现王道理想的具体措施”。孔孟思想中种树、爱树、护树的观念作为中华民族精神的精华与生态中心主义的后现代生态文明观念不期而遇形成耦合。生态恢复裁判方式完全有理由成为刑事司法体系内的重要组成部分,被告人栽了“悔过树”、受害人有了“补偿林”、法院判了“和谐案”,社会得了“生态美”,皆大欢喜善莫大焉。

(二)传统赎刑制度沿革及其历史意义

在中国几千年的法制历史中,赎刑占有重要的一席之地。赎刑的适用,反映了古人在肉刑盛行的时代对于“罪罚相应”这一基本问题的哲学思考,通过纳财物或服劳役的方式抵赎残酷肉刑可以在很大程度上满足这种对刑罚文明的追求。在实践层面,赎刑也极富现实意义。复杂的社会关系以及由此而引发的诸多纠纷与冲突,使得刑律可能很难予以强行适用,因而需要有一些手段与方式缓解这种紧张关系。赎刑便是这些实用且有效的手段与方式之一。通过将赎刑作为一种制度加以适用,可以起到抑制犯罪的威慑作用,从而有助于实现维持和稳定社会秩序之目的。

根据史料记载推论,赎刑当缘于夏。周穆王命吕侯作刑,建立系统的赎刑制度时,便参考了夏代的赎刑制度,所谓“训夏赎刑”。历经秦、汉、魏晋等朝,赎刑逐渐与罚金刑分野,发展成独立的刑罚执行方式,即以正刑为基础,在法定条件下以赎铜或劳役方式折抵或代替刑罚的刑罚易科制度。纵观中国法制历史,唐朝首次从法律上解决了赎刑上的贫富矛盾,形成以官役折赎代偿的制度并为后世所沿用发展。明朝的赎刑制度最为详备,《明史·刑法志》载“赎法比历代特祥”,其显著特点就是发展了唐代官役折庸制度,以罚役为主。《大明律》专附“在京纳赎诸例图”详列赎刑罚役的种类及差等,可谓周详备至,有修造、屯种、屯田、种树、做工、运粮、运瓦、运石、运砖、运碎砖、运灰、运炭、运水、煎盐炒铁等劳役。每种劳役所抵刑罚都依不同情形而有具体规定。在赎刑方法上,由金钱赎刑到金钱劳役并行最后到以劳役为主的演变有重要的历史意义,首先是对古代刑罚体系产生重要影响,促进我国古代刑罚体系的实际运行由肉刑为主向监禁刑为主过渡;其次,在刑罚易科的实践中解决了因赎刑而导致贫富异刑的冲突,贫者富者皆可以劳役抵刑。赎刑制度是中国古代刑法发达的反映,为历代王朝所承用。但到清末引入西方法制后,随着平等、自由观念逐步深入人心,传统赎刑制度因其“特权化”标签而被近代刑法改革者果断废除。

法源于习惯,法源于道德,习惯、道德即民族精神。法律传统是民族精神的历史轨迹,是经过无数失败与成功的司法实践的经验,是经过无数痛苦与欢乐的人文体验后的共识。纵观我国赎刑制度史,特权观念、怜悯观念和罪过观念这三大刑罚观念支撑着传统赎刑的产生、演变、发展。如果去除“特权化”这一糟粕,赎刑其实深远地投射出儒家社会最朴素的人文关怀。例如对于过失犯、老幼等适用赎刑缓和了社会矛盾,体现了中华民族传统刑事法律文化人本主义的一面;对疑罪、疑案适用赎刑,也与现代刑法中疑罪从无的原理有异曲同工之处。

在平等观念支配下,近代刑法改革者适时地否定了赎刑中所包含的身份特权因素,荡涤了等级时代;但与此同时,对赎刑不加审慎地全面废除,也就一并否定了赎刑怜恤的传统,否定了赎刑罪过谴责的内涵,也否定了在中华民族历史中土生土长的刑法基本理性。虽然传统赎刑制度由于违背法律面前人人平等的法治思想,为近代刑法改革者所诟病,但如今生态文明观念的提出以及恢复性司法理念的深入人心,为中华民族传统刑事法律文化的继承开拓了一个新的视野。经过符合时代精神和需要的改造,赎刑的适用在当下社会应该具有切实可行性。

四、突出重围:生态文明背景下传统赎刑制度的后现代改造

综上,作为刑事司法举措,生态恢复裁判方式无疑是值得肯定的创新,符合生态中心主义的生态伦理观发展趋势,但以刑事和解为中心的恢复性司法理论却限制了其法制化发展空间。对传统赎刑制度进行后现代改造,赋予其更为深厚的人文主义内涵,应是一个具有突破意义的视角,有利于证成生态恢复裁判方式的合法性和正当性,对促成生态恢复裁判方式在打击环境犯罪领域的普遍适用具有积极作用。

刑罚的价值取向是刑罚的根本问题,价值追求直接体现了文明程度。以社会的名义对罪犯施加痛苦来防止其再次犯罪常常被用以证明刑罚的正当性。在以工业文明为背景的现代刑罚体系中,监禁刑居于中心地位。但经过长期的司法实践后,监禁刑尤其是短期监禁刑的弊端逐渐为世人所重视和反思。相较于上古时代的同态复仇而言,监禁刑成为主刑种无疑是现代法治文明的进步性体现,但其中仍然渗透着报复论的刑罚观念。在报复论的价值视域下,犯罪人成了满足社会报复需求的对象。后现代社会的法治文明则更加关注对人的尊严和自由的价值追求,刑罚的目的不再是威慑或报应,而是尽力恢复被犯罪所破坏的社会关系,使犯罪人得以复归社会。赎刑制度蕴含的人本主义价值理念不应被一概否定,完全有理由成为刑事法治建设的宝贵文化资源。摒弃传统赎刑中不合时宜的特权化糟粕,以社会服务或金钱补赎作为刑罚执行优先替代方式的制度性安排可为克服短期监禁刑弊端提供一种新思路。

短期监禁刑时间短,威慑功能弱预防效果差;被适用短期监禁刑的罪犯,大多属于初犯偶犯,一旦判决短期监禁刑,复归社会时就被贴上了另类标签,常导致其自暴自弃,重走犯罪之路;短期监禁刑执行过程中不分犯罪类别的集中关押容易产生交叉感染,人为破坏被关押者的原有性格优点。通过赎刑易科,使大部分短期

监禁刑的执行转化为社会服务或金钱补赎,能在一定程度上填补上述这些弊端,既可以体现宽严相济的刑事政策,又可以补偿受害人损失和节约司法资源。

具体而言,对赎刑的后现代改造首先应当一方面去特权化,使赎刑制度符合法律面前人人平等的现代法治精神;另一方面应继承传统赎刑制度中蕴含的人文怜恤理念。其次,继承传统赎刑制度中蕴含的赎罪精神,即以犯罪行为的社会危害程度和主观恶性的严重程度作为享受赎刑待遇的资格评价标准。审慎适用赎刑,对严重犯罪或不思悔改的罪犯,就不能妄想赎刑的适用会带来改恶从善的理想效果。将赎刑的适用依托于恢复性司法,只有犯轻罪并能获得受害人或社会公众谅解的,才可适用赎刑。第三,赎刑的形式应实现可类比的多样化,裁判者根据生态法益损失和犯罪人劳动能力的实际情况裁量判令以钱赎刑或以力赎刑。为强化刑罚的教化功能,原则上应以植树管护形式为优先,以购买碳汇形式为辅,避免单一的适用金钱赎刑而致使社会公众产生“花钱买刑”的误读。第四,将赎刑结果为执行缓刑的罪犯的“补种复绿”义务监管评价工作纳入社区矫正范畴,将赎刑结果为执行三年以下短期监禁刑的罪犯纳入监所管理体系统一安排植树管护,便于刑罚执行的精细化管理。

最后必须强调的是,笔者关于对传统赎刑制度进行后现代改造的上述主张其目的仅在于建议以刑罚的执行方式来定义和定位“补种复绿”义务,绝不意味着关于构建某个新刑罚类型的呼吁。因为生态恢复裁判方式必须立足于恢复性司法理论,在刑事和解程序中被展开,否则即可能使环境刑法中现有的罚金刑丧失独立价值,同时也导致受害人地位复归被边缘化处境,赎刑制度的公平补赎功能被嬗异化。至于在公害性环境犯罪中恢复性司法的主体结构问题,因环境刑法的法律关系本身即具有空间存在的宽广性和侵害主体的规模性特征,所以对受害人概念的界定应摆脱传统恢复性司法“封闭性特征”的束缚而得到泛化,尽可能引入社区公众的参与,并摒弃落后的人类中心主义生态伦理观,以生态中心生态伦理观“去财产化”审视生态法益。当然,刑法中无论是基于结果主义还是规范主义而规定的许多公害性环境犯罪具体罪名,其侵害范围的广泛性都可能远远超越个人、社区概念范畴。因此,笔者认为,国家作为人类社会的基本单元,在我国,检察机关应是维护国家利益、社会利益,生态利益最合适不过的法律主体,在公害性环境犯罪案件的恢复性司法中其代表性和主导作用无疑远在民间公益组织之上,这无论在宪法还是刑事法规范中均有深湛的合法性基础。●

●文/董家友

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

企业法律风险管理律师服务产品的开发与营销



董家友:江苏漫修律师事务所律师

国资委发布的《关于印发中央企业全面法律风险管理指引的通知》要求中央企业逐步建立法律风险管理机制,这标志着自此企业法律风险管理上升到中央企业管理的战略高度。在企业尚无能力独立建立企业法律风险管理机制的情况下,转向专业的法律服务提供者购买法律服务便成必然。律所应当重视企业法律风险管理服务产品的开发与营销。产品的开发必须遵循全面性、前沿性、流程性和针对性的原则,开发出的产品应能覆盖企业经营管理各方面、具有操作性和高度适用性。产品的营销应以产品为中心,凸显团队优势和品牌建设,综合运用多种营销手段进行推广。

一、企业法律风险管理律师服务产品概述

(一) 企业法律风险管理律师服务产品概念

一家企业自成立到消亡的或短暂或漫长的过程中会遇到各式各样的风险,如财务风险、商业秘密风险、人事风险、运营风险等。这些风险的出现或多或少地都与法律相关,可以通过法律方式予以事前预防、事中控制或事后解决。然而何谓企业法律风险?根据2011年颁布的《企业法律风险管理指南》规定:企业法律风险是指基于法律规定、监管要求或合同约定,由于企业外部环境及其变化、或企业及其利益相关者的作为或不作为,对企业目标产生的影响。由此可以得出,企业法律风险管理律师服务产品是指由律师作为专业的法律服务提供者研发的用于帮助企业管理企业法律风险的系统的服务机制体系。

(二) 企业法律风险管理律师服务产品的市场需求

1、是企业法律风险客观存在的要求。随着市场的发展,竞争的加剧,企业的法律风险出现几率大大增加,每年都有大量企业因此走入困境甚至消亡。然而大部分企业都未对企业法律风险管理给予足够重视,未能构建起属于本企业的专门的风险管理制度。虽然有些企业已经开始注重企业法律风险管理,但是方式相当粗放。一般

都是通过在公司内部设立法律事务部,同时向社会聘请法律顾问,以期通过公司管理与外部律师协助来达到预防控制乃至解决公司所涉法律问题。但是大部分公司的法务部门的最主要任务就是进行合同审核和处理内部劳务纠纷,法律顾问也只是在公司遇到某种涉法问题时才发表意见。二者根本无法从公司管理的高度建立起完善的企业风险防范机制,将问题消灭于萌芽状态,而只能被动地处理已发生的法律纠纷。现有的企业法律风险管理缺陷,正是对法律风险管理律师服务产品刚性需求的客观基础。

2、是企业法律风险管理科学性的要求。从法学的角度来看,传统粗放的企业法律风险管理模式难以满足现代企业的需要。企业法律风险管理的最主要目的预防风险,以期减少企业以后的可能损失,而不是风险出现后的补救。但如前所述,传统的企业法律风险管理模式不能实现这一目的。而由专业律师团队开发的企业法律风险管理机制,能通过企业的一般经营现象,准确地预测风险点的出现概率、可能造成的影响大小,不仅系统地涵盖各个法律领域,更是在充分尊重企业风险出现规律的基础上整合而出。从管理学的角度看,企业法律风险管理是企业整体管理的一部分,不能将二者割裂开来。企业法律风险管理律师服务产品设计的风险控制流程融入企业经营管理活动的各个方面,流程的操作执行需要企业管理层和各个环节的员工通力协作,作为日常工作来对待。

3、企业法律风险管理律师服务产品具有可行性。首先,企业法律风险是可识别、可预防、可管理的。虽然企业法律风险种类多种多样,出现方式常常出人意料,也很难从根本上杜绝风险的产生,但是如果有一个涵盖公司经营管理各方面的法律风险管理机制,形成健全的风险识别规范,则识别、预防并消灭大部分风险是可行的。其次,实践中律所开发的企业法律风险管理机制体系健全,流程清晰,以量化分析的方法研究企业法律风险在

各个阶段产生的可能性,可操作性强,企业和律所完全可以依照预设的风险分析流程,比照设定指标和数字模型,排查企业经营管理各方面的潜在危险点,从而达到风险防范目的。

4、企业法律风险管理律师服务产品具有专业性。企业设立法律事务部的目的何在?为了从内部控制企业法律风险。但为何难以实现其设立目的?其专业素质达不到。企业法律风险管理体系的构建涉及公司法、合同法、税法、劳动法、竞争法、证券法等等许多法律领域,单个律师和企业法律事务部根本无力完成如此浩大的工程,而只有由律所组织涵盖整个体系的律师团队,才能保障每个领域都有专业律师负责,每个流程都合法合理,法律风险才不会被遗漏。

二、企业法律风险管理律师服务产品的开发

(一) 产品开发的原则

1、全面性原则。企业法律风险管理律师服务产品的开发是一项浩大的工程,法律风险管理机制的构建不仅是涉及了十数门法律领域,还涉及企业经营管理的各个方面,从原材料采购、到加工生产再到销售,各个环节都可能出现法律风险,如采购合同风险、运输风险、销售合同风险、人力资源风险、应收账款风险等等。全面的风险爆发可能性要求企业法律风险管理律师服务产品必须具有全面的覆盖性和精细性。

2、前沿性原则。律所在设计企业法律风险管理机制时,必须重点关注两方面的问题:一是目标企业和行业爆发出来的最新法律风险问题;二是法律颁布和改动的最新动态。随着企业管理模式和科学技术的不断进步,法律风险出现的领域也不断变化,企业法律风险管理机制的设计也必须与时俱进,体现最前沿的问题。另外,虽然法律具有相对稳定性,但也意味着一旦有新的法律颁布或旧有的法律修改,将对各方利益造成巨大影响。企业法律风险管理机制的设计必须紧跟法律变化,体现法律对行为规范的引导和规制。

3、流程化原则。根据《企业法律风险管理指南》规定,企业法律风险管理过程由以下活动组成,即明确法律风险环境信息、法律风险评估、法律风险应对、监督和检查。律师事务所为任何企业设计企业法律风险管理机制时,不论其所处行业、企业规模,亦或是其现有风险管理制度如何,上述过程流程必须具备,因为完善的流程设计是风险预防和管理工作的保障。

4、针对性原则。虽然律所开发出来的法律风险管理体系涵盖一个企业经营管理各个方面的可重复使用的模板,但是由于企业所在地域不同、所处行业不同、

政策环境不一,法律风险集中出现的领域也有不同。所以企业法律风险管理律师服务产品的开发必须要有针对性,律所在套用模版的基础上,根据客户的不同特点对产品模板某方面进行侧重改进,以最大程度地适应客户需求。

(二) 企业法律风险管理产品的主要内容

以江苏漫修律师事务所为例,该所设计的企业法律风险管理产品是按照企业管理的内容,将企业法律风险管理分为十大模块,包括:企业治理结构法律风险、企业投融资法律分险、企业合同管理法律风险、企业人力资源法律风险、企业应收账款法律风险、企业知识产权商业秘密法律风险、企业营销法律风险、企业财务税收法律风险、企业客户信用法律风险、企业刑事法律风险。十大模块是对各类企业法律风险种类的总揽,每个模块下面包含不同分支。例如合同管理法律风险模块下包含十大分支:合同订立法律风险管理、合同条款约定不明法律风险管理、合同无效法律风险管理、合同转让法律风险管理、合同变更法律风险管理、合同不当履行法律风险管理、合同解除法律风险管理、合同诈骗法律风险管理、合同救济法律风险管理、涉外合同法律风险防控,将涉及合同的可能出现的风险全部囊括其中。并且在每个分支下又罗列出高发的风险点,例如在合同订立阶段,注意贸易客户的筛选、对方资质的审查、合同文本的草拟、合同陷阱的防范等风险点;在合同中期履行阶段,注意对方履行能力的审查、交货期的确定、货物验收和送货回单等风险点。人力资源管理也是企业法律风险的高发区,该所设计的企业人力资源法律风险模块共分为十三大分支:员工招录法律风险管理、劳动合同订立法律风险管理、劳动合同变更法律风险管理、劳动合同续签法律风险管理、规章制度制定的法律风险管理、企业奖惩员工法律风险管理、企业裁员法律风险管理、调岗调薪法律风险管理、员工离职法律风险管理、劳动派遣法律风险管理、劳务用工方式法律风险管理、加班工资支付的法律风险管理、企业工伤法律风险管理。在每个分支部分也同样列出易发风险点。由于各个产品模块内容较多,在此就不一一列举。总之各个产品模块相互结合,就覆盖了一个企业经营管理的各个方面。

(三) 产品的开发流程

1、搜集资料。企业法律风险管理产品开发的第一步便是对于目标企业进行各方面的资料搜集,明确企业内外部环境信息,资料搜集必须要做到全面具体并及时更新。首先,必须清楚了解目标企业的经营范围、业务规模、企业管理状况、发展战略、知识产权管理现状、领导层和员工的法律意识以及企业法律纠纷出现

的领域、频率及主要原因等信息,从而为产品开发提供精确定位。其次,必须清楚了解目标企业所处行业的特点。如行业规模、发展阶段、竞争态势、法律风险分布领域及国家政策对此行业的相关规定等信息,从而为产品开发提供明确方向。

2、识别风险。风险识别是继资料搜集之后产品开发的一个核心步骤。法律风险的识别首先是查找企业经营过程中存在的风险,然后对查找出的法律风险按企业管理内容进行描述、分类,对其原因、影响范围、潜在结果进行归纳,最终形成企业的法律风险清单。而后对识别出的风险进行分析,以明确各类及各个法律风险产生的具体原因、法律风险现实发生的可能性及可能产生的结果和损失,形成一份具体全面的企业法律风险识别分析报告。

3、分析对策。在形成企业法律风险识别分析报告的基础上,针对各类具体的风险提出具体对策方案。对策方案的提出应根据企业管理的内容分类形成模块系统,避免风险的遗漏。应对方案可包括规避、应对、接受等策略,并设计具体的操作步骤和流程,以保障其操作性。

4、整合产品。通过上述步骤,一套完善的企业法律风险管理产品便已形成。剩余工作便是将上述零散步骤进行系统整合,形成一套流程明确、结构合理、操作性强的法律服务产品。

(四) 法律服务产品的服务流程设计

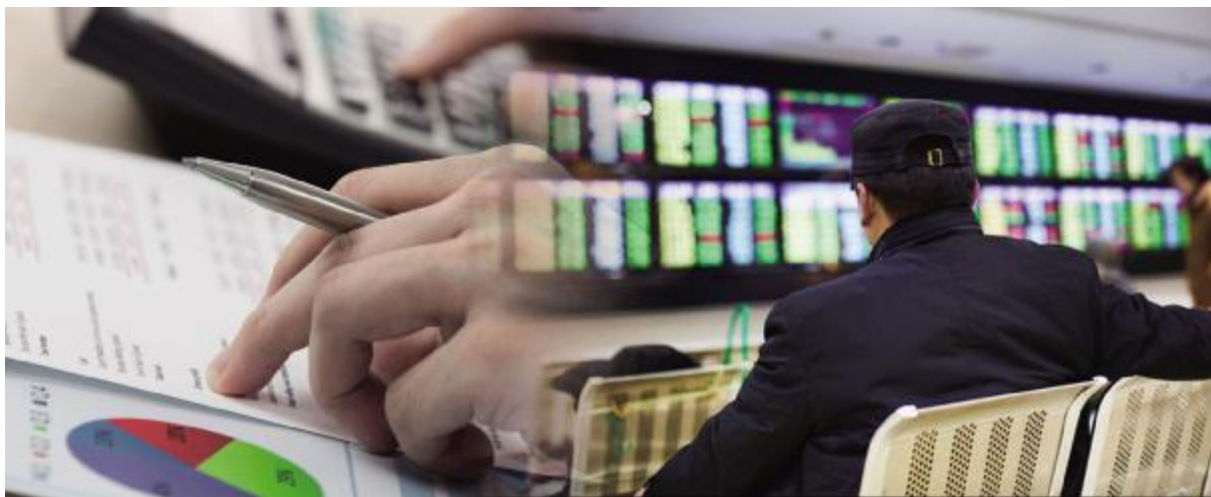
一个成熟的法律服务产品不仅仅是产品内容的完善,还体现在服务的质量上,而对于质量的控制其关键方面就在于服务流程的设计上,设计服务流程时必须坚持规范化、标准化操作。这里面主要有三个方面:一是服务人员配备的规范化。主要有主办律师、协办律师、辅助人员三个层级,各司其职。且必须保证主办律师在该项目上的服务时间,从而保证质量;二是项目推进计划的

规范化,一个服务产品的实施必须依赖于推进计划,每个服务产品都有严格的推进计划,每个步骤前后衔接,有此计划,也便于客户对于整个服务项目的进展了然于胸;三是服务产品配套文本的规范化。每个法律服务产品的落实依赖于各级各类的法律文本,每个法律文本必须统一格式,配备使用说明,如此方能体现法律服务产品的价值。

三、企业法律风险管理律师服务产品的营销

产品的价值在于买卖,再好的产品如果卖不出去,其价值就为零。企业的法律风险管理是企业整体管理的一部分,由于大部分企业没有自主建立完善的企业法律风险管理规范体系的能力,才有了这个庞大市场的出现。律师事务所要想抢占市场,需要的不仅是优质的产品,还要有适当的营销手段。由于法律服务产品的特殊性,决定了其营销方式也与一般的市场营销有着很大不同。

(一) 明确市场定位。律所踏入这个市场的第一步就是确定自己的市场定位。首先,明确自身特点。本所是什么级别,是在全国都有较大名气的大所,还是影响力只覆盖一省或一市一城的律所;本所的特点是什么,是各方面都擅长的综合性律所,还是专攻一隅的精悍型律所;本所的近远期发展规划是什么,将要重点发展哪个领域,将要向哪个省份哪个城市扩张。其次,在明确自身特点的基础上确定自己的市场范围。根据自身规模大小来确定自己是在全国范围内还是在在一省一市范围内寻找合适企业,是选择规模庞大的国企还是选择规模适中的民企;根据律所专业特性来确定自己主要服务于金融、建筑工程亦或是互联网行业;根据律所的发展规划来选择较有发展前途的城市、行业、企业。市场定位是营



销的第一步,只有确定自己的市场目标,通过调查了解营销对象所处行业发展现状、业务类型、组织机构、领导人、管理层和决策层人员、决策权限以及客户曾经购买法律服务的经验和感受,才能根据特定主体的特点迎合其需求,使营销工作事半功倍。

(二) 加强特色营销。综合运用法学、管理学、市场营销学等多个学科的知识,拓展多重营销途径,发展特色营销方式。首先,加强品牌营销。客户选择产品的时候,往往首先看的不是产品的质量和价格,而是产品的品牌。这种规律同样适用于法律产品的营销。律所要努力塑造自身品牌,一方面要积极宣传和保护品牌,品牌是多年时间积累的结果,律所应该加大宣传力度,增加品牌的影响力;一旦发现有注册于本所名称相似或相同的律所,应该积极运用法律武器予以保护。另一方面,注重产品质量和创新。律所的服务质量是保持律所品牌的根本,律所的产品创新能力,是发展律所品牌的根本动力。其次,加强广告营销。广告之意在于广而告之,并不是只意味着电视宣传。律所可以精心设计宣传册,一份质量高的宣传册可以强调律所的业务范围、专业特长、知名律师、经典案例和著名客户等,综合地体现律所的实力和档次。还可以建立特色的门户网站,运用百度推广等网络营销方式,提高律所的搜索率。律所还可以和当地知名大学合作,联合举办公开辩论赛或者学术讲座,提高社会知名度;广泛参与社会公益,例如在中国普法日,与相关国家机关配合进行普法工作,免费提供法律服务等。

(三) 注重团队营销。通过团体营销的方式,可以大大提高营销的效率。由于律师业务的特殊性,律所和部分律师与许多政府部门和社会团体关系比较密切,比如商会组织。商会是一个地区商人依法设立的,以维护会员合法权益,促进工商业繁荣为宗旨的社会团体法人。一般的商会都有众多的企业作为会员,并且对于会员企业具有重大的影响力。律所可以充分发挥商会的巨大作用,通过商会聚集企业,以开展法律讲座,提供免费的法律服务等形式,分析企业经营管理中可能存在的弊端,以真实的案例分析为企业传授一些防范风险的实用技巧,以此获得企业的关注。还可以与商会合作,以最新案例为商会组织设计行业风险预警文书,企业风险管理实用指引等材料,通过商会,将律所的产品向广大企业进行宣传,以潜移默化之力实现团体营销效果。另外,像工商部门、税务部门、证监会都是与企业联系十分密切的机构,律所可以加强同其联系,利用其对企业的影響力,可以让营销工作达到很好的效果。

(四) 凸显团队优势。企业法律风险管理机制的构建和后期维护是一个庞大的工程,仅靠一两个律师的

努力工作是不够的。大型企业的法律风险管理机制的构建和维护涉及公司法、合同法、税法、劳动法、竞争法、证券法、涉外法和特定行业法规等领域,而一个真正的律师精通的法律不会超过三门,这就需要由一个庞大的律师团队协同来做,正常也会超过十个律师。在向客户营销时要突出表现一个优秀的团队对于企业法律风险管理机制构建的意义所在:一是确保法律风险管理机制的系统性,涵盖企业经营管理的各个方面;二是确保法律风险管理机制的专业性和针对性,每个领域都有专业的律师来设计。一个优秀的团队要有一个强大的领导者,高知名度、经验丰富、资历深,在很大程度上他决定了一个团队的高度;要有一批真正能够做事的资深律师,专业领域覆盖公司管理的各个方面;要有一种科学的团队运作机制,保证团队运作高效,充满活力。将这样的团队展示给客户,更能坚定客户对律所实力、方案执行力的信心。

(五) 提高服务质量。由于法律服务产品的特殊性,就决定了律所既不可能直接拿出实体产品让客户评价,也不能实现传统买卖一手交钱一手交货、交易完成的踏实感。法律产品具有无形性,它是律所“生产”与企业“消费”过程的统一,由此特性产生的企业对“消费结果”不确定的担忧是阻碍律所成功营销的最大障碍。对于企业法律风险管理业务而言,律所设计并向客户展示完善的、精细化的企业法律风险管理方案,让其通过方案演绎预测实施后效果从而认可律师服务十分重要,总的来说积极提高服务质量,并保障产品的及时更新换代以适应客户需要有利于获得客户信任。怎样提高服务质量呢?首先要树立正确的服务理念,一切以满足客户的需要为落脚点,在不违反法律规定和不产生执业风险的情况下,尽一切能力满足客户需要。其次,打造优秀团队。传统的律师业务,服务质量取决于律师的个人能力。对于企业法律风险管理业务而言,优质的服务需要的是以专业律师组成的优秀团队。再次,不断创新,促进法律服务产品的更新换代,来不断地适应客户的发展和需要。只有如此,才能获得客户长久的青睐,才能不断地扩大市场。

四、结语

再完善的制度还是要靠人来实施执行,企业法律风险管理归根到底还是企业管理的一部分,律师不可能代替企业接手风险管理工作。风险的有效防范与控制,最终还是要归结到企业负责人和职工身上。企业负责人与职工一方面增强自身法律意识,在工作中谨慎小心,另一方面充分利用法律风险管理机制,才能从根本上减少和避免发生法律风险。●

●文/洪亮 潘盈

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

论国资国企改革风云中的律师业务

——以上海新一轮国资国企改革为视角



洪亮：上海市光大律师事务所律师



潘盈：上海市光大律师事务所律师

自党的十一届三中全会以来，国企改革已然三十余年。党的十八届三中全会审议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》拉开了新一轮国资国企改革的大幕。之后，上海市政府正式出台了《关于进一步深化上海国资促进企业发展的意见》，打响了新一轮国资国企改革的“第一枪”。回首三十年的国企改革进程，律师在其中的作用从无到有，从小到大。而这一轮的国资国企改革无疑给律师业务带来了机遇与挑战。在这场改革中律师能够做什么，如何参与其中，便是本文需要探讨的话题。

一、引言

党的十八届三中全会拉开了国企改革与国资监管制度创新的大幕。从中央到地方，从监管到实践，都开启了新一轮改革创新的大潮。这场改革结果如何，终会何去何从我们不得而知。但不可否认，此次这场新一轮的国资国企改革无疑赋予了律师新的使命与挑战。

二、国资国企改革简史

（一）国资国企改革三十年

回溯党的十一届三中全会以来的经济运行轨迹，改革开放已然三十余年，而国资国企改革无疑是改革浪潮中的中流砥柱，也是改革中最难攻坚的问题。

1978年十一届三中全会到1992年南方谈话，是我国国企改革的初步探索阶段。国营企业普遍实行扩大经营自主权的改革，随后沿着所有权和经营权分离的原则逐步推进政企分开，使企业成为独立经营、自负盈亏的商品生产者和经营者。在此期间，承包经营责任制被大多数企业所认同，也有少部分企业开了股份制改革的先河。

1992年南方谈话到2002年党的十六大召开，是国企改革的制度创新阶段。这一阶段是中国经济从计划经济体制向市场经济体制转轨的过程，在此期间逐步明确建

立现代企业制度的目标。在这改革思想的指引下，国有企业加快了公司制的改革，并于1994年出台了《中华人民共和国公司法》。

2002年十六大后，国企改革开始了纵深推进。现代企业制度建设的继续深化、国有资产管理方式的变化和资本市场的改革，是该阶段的主旋律。2008年后，国企改革逐步放缓，最终停滞，积累了大量的问题，如今要重启改革。

（二）新一轮国资国企改革揭幕

党的十八届三中全会规划了新一轮的国资国企改革蓝图，该会审议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》从深化国有企业改革和完善国有资产管理体制两大方面来贯彻落实国资国企改革，该意见主要内容包括：积极发展混合所有制经济，推动国有企业完善公司治理结构，健全现代企业制度，完善国有资产监管体制，优化国有经济的布局 and 结构，加强和改进党对国有企业的领导，为国有企业改革发展创造一个良好的外部环境。

党的十八届三中全会以后，国务院国资委专门成立了全面深化改革领导小组，截至笔者写稿时国资委已召开了9次全体会议和5次专题会议，对深化国有企业改革、完善国有资产管理体制等重大问题进行研究，审议的改革文件包括《关于深化国有企业改革的指导意见（建议稿）》、《关于完善国有资产管理体制的总体方案（建议稿）》等。国资委于2014年7月15日对外公布了《关于启动四项改革试点工作的建议》，该文件为国资委首次对外公布的文件，主要内容在所监管的中央企业中开展四项改革试点：一是中央企业改组国有资本投资公司试点；二是中央企业发展混合所有制经济试点；三是中央企业董事会行使高级管理人员选聘、业绩考核和薪酬管理职权试点；四是向中央企业派驻纪检组试点。

相较于国家政策制定的缓步稳行，地方国资的动作

要显得积极得多。以上海为例,作为拥有我国最大体量地方国资的上海市,打响了新一轮国资国企改革的“第一枪”。2013年12月17日,上海市政府正式出台《关于进一步深化上海国资促进企业发展的意见》(“上海国资改革20条”),从国资管理、国资布局、国有企业层面分别确立了目标,改革方案涉及国企分类监管、国资流动平台搭建、股权激励扩容等20条细则。之后,于2014年6月13日,上海市委审议并原则通过《关于推进本市国有企业积极发展混合所有制经济的若干意见(试行)》,提出三到五年完成国有企业公司制改革的目标。

三、律师在传统国企改革中的角色

(一)前期律师缺位

从国企改革的前二十几年的历程来看,法律人包括律师在其中的作用,显得微不足道。国企改革伴随着经济体制改革是以政策为主导,立法是滞后的。在操作层面上,也完全是行政模式,是在政治性口号的指引下分步推进的。由于立法滞后,行政主导,律师参与改革的空间相对窄小,甚至说没法起作用。

(二)后期参与国企改制与公司治理

但是随着后期改革的推动与深入,国企改革逐渐进入到法治的轨道上来,律师也开始渐渐活跃在国资国企改革的舞台上。国资委先后出台《企业国有产权转让管理暂行办法》(“3号令”)、《关于进一步规范国有企业改制工作的实施意见》(“60号文”)等文件,将法律意见书作为企业改制、企业国有产权转让的必备文件,这是律师在参与国企改革的重要契机。

在2004年,近500名上海律师组成了“国企改制上海律师法律服务团”,这是当时上海市国资委、市律师协会为上海国企新一轮改革采取的重大举措。2007年,中华全国律师协会印发了《律师承办国有企业改制与相关公司治理业务操作指引》。而上海市律师协会又分别于2004年、2010年印发了《上海市国有企业改制律师业务指引》与《律师办理国有企业改制法律业务操作指引》。

由此可见,当时律师参与国企改革主要是围绕国有企业改制与公司治理,这也是与当时整个国企改革的重点相一致。

四、国资国企改革新机遇

律师作为在国资国企改革中其中一个参与者,其在中发挥的作用与地位,取决于改革推进的内容与方向。目前时代赋予国资国企改革新的篇章,也是赋予律师新的使命。律师可以通过参与政策制定,或为国企直接提供服务,抑或是间接通过金融或民企服务参与到国资国企改革中。

具体律师在此轮国资国企改革中所能参与的业务领域,我们可以从中央、地方印发的有关国资国企改革文件中看出端倪。以上海市来看,截至目前有关机构就国资国企改革发布了几大重要文件:《关于进一步深化上海国资促进企业发展的意见》(“上海国资改革20条”)、《关于推进本市国有企业积极发展混合所有制经济的若干意见(试行)》、《上海市国资委管好资本、服务企业履职清单(试行)》,这意味着律师可以在以下几大领域拓展业务。

(一)金融法律服务

目前,我国80%以上的国有企业都实现了公司制股份制改革。下一步,应该继续通过核心资产上市和整体上市,引入集体资本和非公有制资本、员工持股三种形式,推进混合所有制改革。不少人士认为,国资国企改革发挥作用的几类资本包括国有资本、境外资本、民营产业资本、一般PE资本、大型PE资本。其中大型PE资本作为专业化的社会资本,优势更加明显,将成为此次市场化配置资源的专业推手。

在改革推进的过程中,资本市场平台将作为国企新一轮并购重组改革的对接,从中对金融支持的需求越来越多。上海市国资委先后成立了国际集团、国盛等资产公司,就是为了加速上海国有资产证券化和结构优化,满足重大产业项目建设需求。其中上海国际集团现阶段的发展定位是战略控制型的以金融投资为主业的综合投资集团,其发展目标是成为以金融产业为核心,涵盖银行、信托、证券、基金、保险、资产管理、金融服务等多个金融领域,逐步实现金融综合经营的控股集团。

由此可见,改革过程中的金融法律服务的需求是非常巨大的。这里既包括已经是传统业务的整体上市、股票发行,也包括债券、信托、资管、资产证券化等金融产品的设计、金融工具的运用等方面的法律需求。结合上海近年来提出的建设国际金融中心的要求,对于律师来说,是非常有利的业务信号。

(二)公司治理法律服务

规范设置法人治理结构是此次国资国企改革中提出的又一个议题。在这个议题下,将通过区分竞争类企业、功能类企业、公共服务类企业不同特点规范企业的治理结构和管理团队建设。上海国资改革20条从宏观上部署了企业的总治理结构,但在具体落实过程中还是需要公司法律框架下进行制度设计。比如建立有效的董事会表决机制,采用股权激励、股票期权、分红激励、绩效激励等方式优化公司治理结构。

从另一角度来看,将有大批的企业被列为竞争性企业,这些企业被要求完全参与市场化竞争中,其内在要求就是需要这些企业有更严格的内部风险控制和合规

审核的要求,这也提供了为国有企业进行风险控制和合规服务的契机。

(三)涉外法律服务

上海国资改革 20 条提出支持有条件的企业开展境外投资和跨国经营。并提出形成 2-3 家符合国际规则、有效运营的资本管理公司;5-8 家全球布局、跨国经营,具有国际竞争力和品牌影响力的跨国集团;8-10 家全国布局、海外发展、整体实力领先的企业集团的要求。

在“走出去”战略的指导下,国有企业会在产品、资本、经营能力这个层面上走出去进入国际市场,这给涉外法律服务提供了巨大的市场。在产品走出去的过程中可能涉及反倾销、反补贴等国际经济法律的问题。在资本走出去的层面上,会涉及在海外市场进行资本运作的法律问题,比如可能会通过投资公司参股或者成立基金在海外进行投资。

(四)国有资产流转法律服务

2013 年年底,国资委办公厅发布的《关于中央企业资产转让进场交易有关事项的通知》规定中央企业及其各级控股企业一定金额以上的资产对外转让,应当遵循公开、公平、公正的原则,在依法设立的企业国有产权交易机构公开进行。2014 年 5 月,国资委公布了从事央企资产转让交易业务的交易机构的名单,上海联合产权交易所是产权交易机构之一。

虽然此前国务院国资委其实早已明确,中央企业国有产权转让应该实施进场交易。但国资委再次强调央企资产交易的进场,或是释放出的新一轮国资国企改革中大量物权交易的信号,希望通过提前规范预防改革中可能发生的国有资产流失。目前各方面的关注都围绕在股权交易这块,但不容忽视在物权交易这块也可能成为法律服务重要的市场。

五、新一轮国资国企改革所带来的挑战

此次新一轮国资国企改革在给律师业务提供机遇的同时,也不容忽略的是在这块法律市场中所可能面临的挑战。

(一)法律配套亟待完善与统一

从历史角度来看,涉及国有企业改制的法规、规章近百余部,各地、各职能部门也分别出台了有关文件、规定。由于制定政策的历史环境的不同,各项法规、规章及文件不统一,呈现出不同的特点,甚至出现矛盾,使得实务中难以操作。

近一点来看,对于新一轮国资国企改革虽然已经确定了混合所有制的机制。但国家、地方层面更多的配套政策还没有出台,缺乏操作规则。或许,此次改革会是又一次摸着石头过河的过程。

(二)改革中历史遗留问题的障碍

一直被人诟病的国企内部积压了许多问题,在改革过程中这些问题会可能逐渐显露,也可能一起爆发。同时国企也涉及诸多利益主体,需要这些主体的诉求在某个点上达成一致的时候,才能形成可行的改革政策。在改革过程中如何面对这些积累已久的矛盾,如何调和各方利益也是一大挑战之一。

(三)律师的职能未能有效发挥

从之前国企改革的历史来看,实际上律师在改革过程中并未发挥其应有的作用。这一定程度上是由于国企领导的法治思维有待增强,对律师的作用认识不够。不能意识到要在经营管理的高端决策中通过现代企业的法律治理结构进行安排与设计。尽管近年来,企业的法律意识在逐步提高,新一轮的国资国企改革也被强调应在法律框架下进行推进,但我们仍不能在企业已经转变观点愿意依法行事上太过乐观。

(四)提供法律服务的复杂性

在新一轮改革过程中会出现不少交易形式的创新、交易的多方整合,这些新颖、复杂的交易又会涉及金融、财务、经济、管理各方的专业知识,而又没有前车之鉴可以借鉴,这对律师的要求也更高。

(五)新的问题有待探讨

国资国企改革是为了解决当下国有企业内部问题的必然措施,但不可避免,改革过程中会出现新的问题有待探讨。比如,如何对待资本的短期逐利与企业的长远发展;比如,对已经混合且国有股比不再控股的企业,国资的股权怎么参与混合体企业的管理,如何保障国有股东的权利的问题。这些改革中的新问题,也许能在改革过程中事先预见,也许要在后期才逐步显现。作为参与制度设计的一分子,如何使设计的制度能在后期的运行中顺利运行,减少或者避免后遗症,也是律师工作的一大难题。

六、律师如何应对新一轮国资国企改革

面对新一轮国资国企改革的机遇与挑战,要想在从中分一杯羹,需要律师加强服务意识迎难而上。在传统国企改制中已有经验的律师,要善于总结经验,也要利用原有资源扩展业务。对于在其他领域已有一定经验的律师,可以考虑利用其原有的领域优势参与到国企改革中来。比如外商投资领域的律师,可以通过外资并购进入国有企业的改革中来。而对于一些新律师可以积极拓展律师业务中的“蓝海”。比如在资本市场平台崭露头角的并购基金,正在试图寻求国企股权结构改革的新路径,这些新兴的金融产品就需要更加专业的律师服务。不管怎样,在这场国资国企改革的风云中,律师可谓任重而道远。●

●文 / 刘文伟

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

新三板挂牌中的 律师尽职调查实务研究



刘文伟：江西求正沃德律师事务所律师

一、新三板法律尽职调查的概念

我国目前的规范性法律文件当中,对法律尽职调查没有明确的定义,但 2003 年 4 月 22 日通过的《律师从事证券法律业务规范》第 29 条“律师应当根据受委托证券业务的具体情况,通过收集文件资料、与并购方管理或业务人员面谈、与相关方核对事实、实地考察等方式,对证券法律业务项目涉及的相关法律事项进行核查验证”之规定被视为对律师法律尽职调查最接近的定义。

尽职调查可以分为证券类尽职调查和非证券类尽职调查。本文所指的尽职调查是指律师根据拟挂牌公司的委托和新三板挂牌专项法律服务的需要,遵循依据法律法规及职业道德规范的要求,对拟挂牌主体是否符合新三板业务规则所要求的挂牌条件进行调查和核查,并对调查及核查的结果做出法律分析和判断的活动。

二、律师尽职调查的目的和作用

(一) 尽职调查的目的

律师通过遵守有关法律法规和职业道德规范的要求,作出尽职调查,出具法律意见书,其最终目的是让挂牌公司的投资者有利于依据法律意见书作出投资决策,使其有充分理由确信:

1、在律师尽职调查的基础上,公司符合《全国中小企业股份转让系统业务规则(试行)》规定的挂牌条件;2、法律意见书中所披露的信息真实、准确和完整。

(二) 尽职调查的作用

新三板挂牌项目中律师的工作事项包括尽职调查、配合出具股改方案、拟定相关法律文件、制定法律意见书等。但是,尽职调查是所有工作的基础,支撑着其他工作的开展,其作用具体体现在以下几点:

1、帮助投资者了解挂牌公司的情况

投资者通过阅读律师在尽职调查后所出具的《法

律意见书》,可以从法律层面掌握拟挂牌公司的主体资格、资产权属、债权债务等重大事项的目前法律属性,评估其投资风险。

2、在法律层面对拟挂牌公司是否符合挂牌条件作出专业性的判断

律师在尽职调查后,应当就拟挂牌公司是否符合《全国中小企业股份转让系统业务规则(试行)》规定的挂牌条件作出独立的判断。在新三板挂牌的项目过程中,各中介机构各有分工,且依赖于各方所出具的专业性意见。律师在法律层面对拟挂牌公司尽职调查,通过分析和判断出具公司是否符合挂牌条件的法律意见,是整个项目推进的法律基础。

3、为出具法律意见书提供事实依据

律师出具法律意见书应当“以事实为依据,以法律为准绳”。其中作为依据的法律事实,基本通过法律尽职调查收集、分析和判断。

4、为规避律师执业风险提供保障

尽职调查所形成的工作底稿是判断律师是否已经勤勉尽责的重要证据。从投资者角度看,律师所出具的法律意见书是专业、真实、可靠的。只有通过审慎的尽职调查,才能保证法律意见书的专业、真实、可靠。因此,要保障律师的执业风险,只有勤勉尽责的法律尽职调查。

三、律师尽职调查的程序

(一) 签订专项法律服务合同和保密协议

在进行律师尽职调查前,拟挂牌公司和律师事务所签订《专项法律服务合同》和《保密协议》,合同是律师进行尽职调查的授权性文件,保密是律师执业的基本道德和尽职调查的基本准则。

(二) 设计尽职调查清单和问卷表

尽职调查清单和问卷表由律师根据拟挂牌公司的具体情况进行设计。尽职调查的主要内容包括公司的设立与存续;公司的经营许可;公司的法人治理结构;

公司的财务状况;公司的资产状况;关联交易和同业竞争;税务状况;劳动人事;重大合同履行情况及重大债权债务情况;诉讼、仲裁或行政处罚情况;股权演变情况等。

在向拟挂牌公司发送法律尽职调查清单和问卷表之前,律师可以将设计好的尽职调查问卷清单征求公司的意见和建议。

(三) 提交给拟挂牌公司,搜集相应的资料

在尽职调查清单和问卷表形成后,律师应当将其提交给拟挂牌公司,并给公司合理的期间准备相关的资料。在提供清单和问卷的时候,律师可以建议提交文件的截止时间,以便推动项目的进程。

在收到拟挂牌公司提供的资料后,律师应当核对复印件与原件,做好资料清单并准备资料索引,由双方代表签字确认。由于项目周期较长,在没有经过双方交接确认的程序下,往往会出现资料最后不知道在哪方,这是避免推诿和规避律师执业风险的最佳途径。

(四) 补充法律尽职调查

律师在对收到的资料经初步研究判断后,应当就仍未收集到的资料和需要进一步了解的事项,拟定补充尽职调查清单和问卷表,直到查明情况或者拟挂牌公司确认不愿和无法提供相关文件甚至无端回避相关事实为止。

(五) 审阅尽职调查资料

律师对尽职调查中收集到的资料,应当从资料的来源、时间、内容和形式、资料之间的内在联系及资料要证明的事实进行审查。律师在审阅相关文件时应细致认真,对文件的完整性、真实性、合法性、关联性问题进行谨慎的分析和判断。

(六) 制作尽职调查工作底稿

在取得尽职调查资料后,律师应当及时、准确、真实地制作工作底稿。工作底稿的质量是判断律师是否勤勉尽责的重要依据,也是律师防范执业风险的重要保障。

尽职调查的工作底稿有助于律师高效率地完成尽职调查报告,并且方便日后的查找、核对工作。这个阶段形成的初步尽职调查工作底稿,是在股改之前完成的。股改完成后,律师还应当继续补充搜集尽职调查资料,并形成底稿,两者结合起来便是法律意见书的工作底稿。

(七) 撰写法律尽职调查报告

法律尽职调查报告是律师初步尽职调查后所形成的书面文件。律师应当对尽职调查的对象进行全面的说明和分析,使尽职调查报告能真实、准确地反映被调查对象的情况,如果拟挂牌公司仍然存在应当反映但尚不被知悉的信息,尽职调查报告应当披露尚不被知悉的信息的情况,并说明为了进一步调查该等信息,下一步的

工作将如何开展。

尽职调查报告不仅仅是调查事实简单的罗列,还应当对在尽职调查中发现的问题进行分析,并提出解决方案和整改措施。

四、律师尽职调查的途径

(一) 拟改制挂牌公司

拟挂牌公司的配合是律师进行尽职调查最富效率甚至是最主要的途径之一。律师向公司提出根据拟挂牌公司情况设计的尽职调查清单,通过问卷调查的方式索取资料,如公司的营业执照等基本证书、三会会议记录、董监高的名单及职务、财务报表、组织结构图、各种权利的证明文件、主要资产明细、重要合同,这些文件在公司积极配合的时候,是比较容易得到的。

当然,律师在尽职调查的过程中,不能完全依赖于拟挂牌公司所提供的资料,对于某些重大事项和疑虑事项,应当通过其他途径进行独立调查进行核实。

(二) 登记机关

公司在经营的过程中,往往会涉及到一些登记机关,如工商登记部门、土地登记机构、知识产权登记机构、房产登记机构等部门。律师可以到当地工商登记部门查阅该企业的工商底档,进而了解到企业的成立日期、存续状况、注册资本和股东及股权结构、企业性质、公司章程、企业法人代表等基本情况及历史沿革情况;律师还可以通过到土地和房产登记机构查阅,取得公司的土地房产取得、售出和抵押的第一手资料。通过走访登记机关所获得的信息和资料可靠程度应该是最高的。

(三) 拟挂牌公司所在地政府及所属各职能部门

当地政府(包括其相关职能部门)也是一条重要的信息来源。在企业经营的过程中,会有工商部门、税务部门、环保部门、质监部门、安监部门和其他有关政府部门对企业进行监管和行政。而这些部门所反馈的信息往往更具有公信力。

(四) 拟挂牌公司聘请的各中介机构

在新三板挂牌项目的过程中,除了律师以外,拟挂牌公司还会聘请主办券商、审计师、会计师、资产评估师进行尽职调查。虽然各中介机构尽职调查的重点有所不同,但其获取的信息也可以相互印证。

(五) 拟挂牌公司的债权人、债务人

在可能的情况下,律师可以就拟挂牌公司的重大债权债务情况,向相关的债权人和债务人进行调查。基于审计工作也需要对该事项进行专业性核查的考虑,律师和注册会计师可以互相配合,通过函证、谈话记录、书面说明等方式,对公司的重大债权债务有一个详细完整的了解。●

●文/姚炜耀 范 珣

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

浅析合适成年人制度中律师的参与和作用



姚炜耀: 安徽徽商律师事务所律师



范 珣: 安徽徽商律师事务所律师

未成年人的犯罪已成为当今世界面临的重要社会问题之一,我国也不例外。如何有效地保障未成年犯罪嫌疑人刑事诉讼中的权利也是学界、立法、司法部门共同面对的一个重大课题。但是,合适成年人参与制度相对于传统的案件办理程序制度来说,是一个全新的制度,制度本身也存在不完善的地方。律师担任合适成年人是否具备适格性,学术界存在着巨大的争议。笔者结合自身的办案经历和安徽省实施合适成年,制度的现状,谈谈合适成年人制度中律师的参与和作用问题。

一、我国合适成年人制度的概况和演变

我国的法律术语中并没有“合适成年人”这一说,但是在国外未成年人犯罪嫌疑人保护制度的影响下,我们也开始探索未成年人犯罪保障制度,借鉴国外的先进经验,引入“合适成年人制度”。合适成年人参与制度是一种司法程序,该制度起源于英国的 *Confalt* 案件。1984 年,英国颁布了《警察与刑事证据法》将其正式确立为一项司法制度。它要求警察在讯问未成年人或具有一定认知障碍的犯罪嫌疑人时,必须有合适成年人到场参与警方讯问。该合适成年人应该为犯罪嫌疑人提供援助、协助其与警察沟通、监督警察的违法行为等。

在我国,合适成年人制度发展过程经历了几个阶段: 1、合适成年人机制的实践探索开始于 2002 年的英国救助儿童会与云南省昆明市盘龙区政府合作开展的未成年人司法项目。该项目对合适成年人的来源、选任、权利义务以及程序等方面都进行了细致的规定,在为期近 7 年的试点过程中,由于该项目采用聘任兼职或专职合适成年人的方式,因此并无律师担任合适成年人参与诉讼。2、合适成年人理论被全面引入我国。2003 年 3 月及 10 月在上海召开的两次“中欧少年司法制度——合适成年人参与制度研讨会”可以视作被引入我国的标志。两次会议对英国合适成年人制度的理论渊源及实践经验进行了较为

全面的介绍,但对律师能否担任合适成年人这一重要问题却最终未得出统一结论。3、各地开展形式不一的合适成年人试点工作。这一阶段,合适成年人工作在缺乏统一指导和规范的前提下,依然开始了制度化的探索,逐渐形成了不同的模式和工作方法。云南、上海、福建、浙江、江苏、北京、山东等省市,特别是这些省市的一些基层单位大胆创新,出台了规范性文件,并进行着积极实践。有的学者还为此总结出了国内地方试验的三种模式: 盘龙模式、上海模式和同安模式。4、合适成年人制度有法可依。2013 年,新修订的《刑事诉讼法》增加了未成年人刑事案件诉讼程序,进一步完善了合适成年人参与制度,这一制度具体体现了司法部门对于未成年犯罪嫌疑人的重视和保护,具有积极的现实意义。

二、合适成年人制度中律师的参与和作用

(一) 合适成年人制度中律师参与的现状

律师参与合适成年人工作的定性在法律规定上并不明确,新《刑事诉讼法》第二百七十条规定:对于未成年人刑事案件,在讯问和审判的时候,应当通知未成年犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人到场。无法通知、法定代理人不能到场或者法定代理人是共犯的,也可以通知未成年犯罪嫌疑人、被告人的其他成年亲属,所在学校、单位、居住地基层组织或者未成年人保护组织的代表到场,并将有关情况记录在案。法律并没有明确禁止律师参与合适成年人工作。笔者通过实践和资料汇总,总结出我国律师担任合适成年人的做法目前主要有以下几种: 1、合适成年人均由律师担任。这种模式通常是刚开始试点时,一般由法律援助律师担任合适成年人,如北京海淀区、昌平区和浙江义乌市等。这种模式存在着律师担任合适成年人后,又作为同一未成年人的辩护律师参加审判的情况。2、律师与其他志愿者共同担任合适成年人。这种模式比较普遍和通行,一般来说由团委、妇联等单位牵头成立未成年人保护组织,招聘各行业热心未成年人工作的志愿者,通过面试、

培训,正式成为担任合适成年人志愿者,其中包括律师志愿者。在这种模式下,一般律师只担任合适成年人,不会担任同一未成年人的辩护律师。3、律师以外的人担任合适成年人。此种模式完全排除律师参与合适成年人工作,以此区分律师与合适成年人之间的功能差别。

(二)合适成年人制度中律师参与的作用

律师因其具备法律专业特点,熟悉法律法规,了解法律程序,一般在合适成年人制度初期试点中,都会选择与律师合作,利用律师的专业特长开展工作,合适成年人制度中律师参与的作用显得尤其重要。表现为:1、合适成年人的职责需求。我国现行的合适成年人机制虽借鉴自英国,但其实际功能与英国合适成年人制度并不完全一致。在我国,合适成年人除了讯问时在场外,有时还被赋予前期社会调查、讯问时思想教育、后期帮教以及刑事和解等职责,许多职责要求合适成年人具备一定程度的法律知识及社会调查手段才可完成。律师一方面具有专业优势,另一方面更为熟悉诉讼的程序和目的,能够更好地理解合适成年人的作用并履行职责。2、保障未成年犯罪嫌疑人刑事诉讼中的合法权利。在讯问未成年人时,律师作为合适成年人到场,为未成年犯罪嫌疑人提供支持和法律帮助,保障其在讯问中充分地行使权利,既实现了法律的公平和正义,又切实维护了未成年人的合法权益。3、人员的联系及管理更为便利。目前我国合适成年人的选任多由司法行政机关确定。在我国,为了确保合适成年人制度运行合法,均将其定位为未成年人案件法定代理人无法到场的补充或救济。

三、安徽省关于合适成年人制度中律师参与的做法和经验

安徽省的合适成年人工作开展时间不长,但是具有明显的特征,律师参与合适成年人工作具有典型特点(以合肥市为例),主要表现为:1、合肥市未成年人刑事案件实行集中管辖制。2006年5月1日,合肥市未成年人刑事案件的审判实行集中管辖,包河区人民法院设立未成年人刑事审判庭,由专人专门负责未成年人刑事案件的审理。实行集中管辖之后,对于未成年人犯罪嫌疑人的社会调查、帮教、合适成年人参与工作都起到了积极作用,形成专业、统一的工作模式,更有利于保障对未成年被告人量刑的均衡,更好地保护未成年被告人的合法权益。2、律师参与合适成年人工作与社会调查员工作相结合。合肥社会调查员工作起步较早,并形成了制度化建设,合适成年人工作开展之时,就借鉴社会调查员工作机制,依托社会调查员志愿队伍,建立起了综合的合适成年人志愿者人才库,律师作为志愿者身份参与了合适成年人工作。3、律师参与合适成年人地方制度起草。在合肥市

合适成年人参与工作中,律师不仅承担了合适成年人工作,还负责调研、起草合适成年人实施办法等制度建设方面的工作,如目前已起草完成的有《合肥市合适成年人参与刑事诉讼的实施办法(试行)》。

四、合适成年人制度中律师参与机制的可行性

合适成年人制度中律师参与的基本特征在于其是否具有合适性。评价合适性的标准主要是看合适成年人的到场是否符合儿童最大利益原则的要求。对于律师能否担任合适成年人,学术界存在很大争议。姚建龙教授曾在《英国适当成年人介入制度及其在中国的引入》一文中明确表示律师不能替代适当成年人:理由之一是律师与适当成年人所肩负的职责不一样,前者主要是为犯罪嫌疑人提供法律帮助,而后者主要是监督警察询问和协助未成年人与警察沟通。理由之二是由于律师在刑事诉讼中的特殊地位,作为辩护方的律师如果担任适当成年人可能为了维护当事人的利益而损害警察的利益。而在2010年出版的《权利的细微关怀——“合适成年人”参与未成年人刑事诉讼制度的移植与本土化》一书中,姚建龙教授的观点发生了变化,主张“律师”可以以“非律师”身份充当合适成年人,并且在司法全过程中不能担任本案的律师。2010年8月28日,中央综治委预防青少年违法犯罪工作领导小组、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、共青团中央联合下发的《关于进一步建立和完善办理未成年人刑事案件配套工作体系的若干意见》引入了合适成年人制度,并将律师列入合适成年人的选择范围。笔者认为,律师担任合适成年人,符合合适成年人制度设置的目的,具备可行性:1、独立于办案机关,能够保持中立。2、充分运用法律知识,更好地发挥合适成年人的作用。首先,律师熟悉法律,在担任合适成年人时,能够运用法律知识向未成年犯罪嫌疑人阐述法言法语的涵义,便于讯问的顺利进行。其次,在未成年犯罪嫌疑人不配合讯问时,可以向其解释有关的法律规则,说明法律后果。再次,律师能够在旁听时切实监督检察机关是否存在诱供、刑讯等违法行为,从而保护涉案未成年人的合法权益,同时提高口供的真实性和合法性。

任何制度的构建和完善都需要一个不断探索、循序渐进的过程。在合适成年人制度尚处探索期的时期,如果取消律师担任合适成年人的资格,很可能导致许多地区的试点和改革被迫停止,不利于对制度的推广和研究。因此,可以采取分层次、分步骤、分阶段的方式对我国律师担任合适成年人的现状予以改善,建立合理的分工机制,最后形成专业的合适成年人队伍,以实现对未成年人权益的有效保护。●

人文万象

倪彬彬(1932-2014年),在上海律师界是一位非常受尊重的著名女律师。这不仅因为她是新中国第一代律师,为民主与法制的建设,为律师事业的发展作出了很大贡献;也因为走过风风雨雨的漫长年代,久经历练,心志弥坚。她高尚的品德,脱俗的气质已成为律师同仁的一代典范。而今她虽已离去,但在人们的心目中,她却风采依然,仿佛她亲手泼染的一幅水墨,意味深长的内蕴,无形中穿透了悠悠远去的岁月。

追思

●文/李海歌

风雨玫瑰 自强不息

——追忆倪彬彬老师



2014年11月13日,一个令人震惊而不敢相信的噩耗,在与其先生刁老师通话后,残酷地得到了证实:两个多月前我们曾一起亲切交谈的尊敬的倪彬彬老师于当日凌晨与世长辞!

作为倪老师的忘年之交,我和倪老师的最后一次见面,是在今年中秋节当天应邀参加市一所老律师的聚会上,那天倪老师风采依旧,风趣如常。我俩比邻而坐,互相问候,亲如家人,嘘寒问暖。谁知餐前我与倪彬彬、万慧仁、张金屏等三位老师的欢乐合影,竟成了倪老师留给老朋友老同事的生前最后笑容,也是给我最后的珍贵纪念。

在11月15日的追思会上,我非常悲痛,泪眼朦胧送别倪老师。鲜花簇拥,寄托着人们无尽之哀思;巨幅挽联,勾勒出逝者业绩与美德。目睹挽联上下联的起始词“自强不息”、“风雨玫瑰”,追忆的思绪不禁随之翻腾……

上世纪八十年代初,恢复重建初期的市律师协会与市第一法律顾问处同在中山南二路零三招待所内办公,倪彬彬是

当时最早归队、为数不多且耳熟能详的著名律师之一。当我们听说眼前这位经常碰见的待人亲切和蔼、本地语音悦耳的倪老师早在五十年代就崭露头角,办理了不少大要案时,崇拜与尊敬油然而生。市律师协会在上世纪九十年代为一次大型纪念活动征集资料时,我们见到了五十年代的倪老师身着列宁装英姿勃发出庭辩护的珍贵照片,令人惊艳不已。

经历了敢为人先当律师、无奈改行干环卫、改革开放又归队等风风雨雨,,倪老师始终自强不息,在律师制度的恢复重建阶段再立新功,在刑事、民事、企业法律顾问等领域做了大量开拓性的艰苦工作,与恢复重建初期的同仁们一起,为上海的律师事业、为市一所久负盛名奠定了厚实的基础,最终在上海律师100周年的纪念活动时,成为获颁“上海律师行业杰出贡献奖”11人之一,倪老师获此殊荣,实至名归!

我曾在倪老师担任上海市女律师联谊会会长时当过她的直接下属。在倪老师的带领下,上海女律师工作风生水起,卓有成效,女律师不但业务精湛,而且形

象美丽。不仅在全市律师队伍中力量日益凸显,还成为全市女知识分子联谊会中的佼佼者。每次活动倪老师总是亲力亲为,安排周详,联谊会活动丰富多彩,在女律师中极具凝聚力,吸引了大批会员积极参加。我在倪老师的直接指教下受益良多,并有幸亲历联谊会快速发展,由此更加佩服和敬重倪老师。

倪老师离开律师岗位后,退而不休,作为老律师工作组的成员,她为解决律师体制改革的遗留问题不遗余力,为维护老律师的合法权益奔走呼号。同时,她多才多艺,晚年生活充实又丰富。常常是一段时间未见,重逢时得知又学了一样技艺。弹钢琴、拉二胡、学医、作画等,样样拿得起,得到大家的赞誉。

寒来暑往,时间在悄悄溜走!多年前共事的一幕幕以及近期的会见,历历在目,恍若昨日。泣叹斯人,已成故人!

我心中的倪彬彬老师,依然是立体生动,活力四射,美丽优雅,令人难忘!她是自强不息的榜样,是一朵笑傲风雨的玫瑰!

倪彬彬老师的音容笑貌,永留心间! ●

追思

●文/朱洪超

优雅永不落幕

——记我的恩师倪彬彬律师



倪彬彬律师是新中国第一代律师的杰出代表，纵观倪彬彬律师的一生，有着太多的传奇与难忘的瞬间。1953年，从华东政法学院毕业后，倪彬彬律师怀揣着心中的法律理想，义无反顾地加入了新中国第一代律师队伍的行列。1956年初，倪彬彬律师受司法部指派，担任日本战犯特务头子富永顺太郎的辩护人。在用半年时间阅看完了比她人还高的一堆卷宗后，倪彬彬律师强忍着爱国热情的爆发，在旁听席和受害人的一片哭泣中，凭着对司法公平公正精神的信仰，和对“以事实为依据，以法律为准绳”的信念，出色完成了辩护任务。案子审结后，被告人被送回国，不久，倪彬彬律师收到了一份由司法部转交的感谢信。信中，当事人表达了深深地忏悔和对倪彬彬律师由衷的谢意，并承诺将用余生向和平的道路前进。这段时期的倪彬彬律师像每一个优秀的律师一样，满腔热忱，一心想要在法律行业大展拳脚，实现自己的人生价值，为祖国的法制建设贡献自己的力量。

然而，天有不测风云，正当倪彬彬律师风华正茂之际，没过多久开始的反右运动中使她饱受磨难，她的丈夫更是因言获罪而身陷囹圄。在律师行业被取消的情况下，倪彬彬律师也被迫离开律师岗位而成为南市区清洁管理站职工工业余学校的一名教员，负责扫文盲。后来，作为管理站的员工，倪彬彬律师还要拖着病体，每天打扫从淮海路到西藏中路再到云南路的这段马路。谁能想到，这个从

孱弱的身体里面依然透出高雅气质的年轻女清洁工人，竟是一个饱读诗书、曾经在法庭上传播正义、意气风发的女律师？！做了3年律师的倪彬彬律师，在这20多年的困难岁月里，却没有办法为自己去辩护。然而，在人生如此巨大的变故面前，内心无比坚强和执着的倪彬彬律师不仅与家人不离不弃抚养一双儿女长大成材，她更是以一贯的优雅静静等待着改变的来到。

历史和现实的车轮总是不断滚滚向前。1979年律师制度恢复重建，倪彬彬律师心中那从未熄灭的法律和正义之火再一次熊熊燃起，她立即义无反顾地回到了深爱的律师队伍。重返律师舞台，倪彬彬律师又承办了为“四人帮”的上海写作班辩护等众多知名案件，并出任第二任上海女律师联谊会会长，为新中国的法制建设作出了卓越的贡献。

与其他众多古老而传统的行业一样，律师行业同样讲究老师对学生的言传身教、讲究学习和实践的平台、讲究代际之间的不断传承，行业内优秀前辈的点拨与指导对于后辈律师的发展有着不可或缺的作用和影响。1983年大学毕业后，我跨进了上海市第一法律顾问处的大门，并有幸被分在倪彬彬律师担任组长的刑事组从事刑事律师辩护工作，倪彬彬律师也成为了我的授业恩师。倪彬彬律师当时年近半百，已经是沪上知名律师，但她对待工作仍然像年轻人一样充满热情和干劲，对待每一个案子都是认真严谨，一丝不苟，毫不含糊。她常教导我：“律师面对的是

一个个具体的、独立的案件，但律师考虑问题不能仅仅针对个案。律师应该要全方位、多角度看问题，剖析案件，这是成为一个好律师的必备素养。从表面看，我们是接受了当事人的委托，为维护他们的合法权益去工作。但从深层次看，律师是在协助司法机关正确使用法律。从某种意义上说，律师办理案件的质量，会影响到人们对我国法律的看法和态度”。除了严谨作风和高要求外，倪彬彬律师对于后辈无私的鼓励与支持更是给我留下了尤为深刻的印象。留在我记忆里的有这么一个案子，当时被媒体称为“上海建国以来最大的走私集团案”，我当时担任被告人之一赵某的辩护人。赵某原是某轮的船长，此轮上的船员有走私行为，赵某在起诉状中被指控是“走私集团的首要分子，走私数额特别巨大，情节特别严重”，如该罪名成立最高可判处死刑。然而，我在阅卷、会见被告人和调查取证之后，认为赵某作为船长仅对其他船员的走私行为负有不制止之责，不应被定位成走私集团的首要分子，且赵某利用运输夹带的走私物大多数家用电器，主要供自己使用，而不是以营利为目的。然而，当时正处于“严打”时期，我的辩护意见风险太大，在这种情形下，倪彬彬律师却始终鼓励我要坚持自己的想法，坚持以事实为依据，以法律为准绳，并作为我最坚强的后盾，主动召集所里的领导再次开会讨论并通过了我的观点。最终，法庭采纳了我的辩护意见，对赵某作出了免于刑事处分的判决。

2012年，倪彬彬律师80岁。上海举

办了纪念上海律师公会成立 100 周年的活动,为百年来上海 11 位杰出的律师授予“上海律师行业杰出贡献奖”的功勋荣誉,倪彬彬律师赫然在列。对这一荣誉,她受之无愧。倪彬彬律师那坚韧而又优雅的人品气质,睿智而严谨的职业风格,成为女律师,乃至全部律师群体所欣赏和学习的榜样。回首倪彬彬律师的一生,经历过命运的风风雨雨,她始终对人生的追求抱有坚定信念,对生活的态度也永远保持着那一份从容而优雅,在我的心目中,倪彬彬律师永远都是律师行业最耀眼的那一颗明星。倪彬彬律师作为我的授业恩师,她对法治的孜孜追求、她那坚强而又优雅的人品气质至今影响着我,激励着我。现在恩师仙去,我相信,她那优雅的音容笑貌,严谨的职业操守,坚忍的人生态度,高尚的精神追求,将永远指引着包括我在内的每个法律人不断前行!

上海是中国律师诞生之地,也是律师先驱最多的地方。“筚路蓝缕,以启山林”。侠肝义胆的韩学章,敢为天下先的李国机、平民大律师郑传本,这一个个鲜活而响亮的名字,与倪彬彬律师一样,是律师界的开路先锋,是律师事业由磨难、挫折到恢复、发展的历史见证人,他们也代表着我们这个古老的行业最初的勇气和坚守。最后,我想用上海律师公会成立百年纪念会上为恩师授予“上海律师行业杰出贡献奖”的颁奖词作结语,以表达我对倪彬彬律师以及那些仙逝的律师界老前辈们的无限敬仰和无尽怀念:

你是律师制度进程生动的缩影

你与祖国共赴灾难,同当祸福

日本侵华战争,罪恶滔天

内心的煎熬,让你心情无法平复
然而,你看着法庭上方庄严的国徽

还是开始了为日本战犯的辩护
不是屈辱,是人性人道的最高境界

是法治梦想,在现实世界里的直播

你懂得一个中国律师肩负的使命
冒着历史的风雨,继续走你选定的路

你才情横溢,机敏沉着,气度优雅

你让中国法庭的辩护席,为世界注目! ●

追思 ●文/鲍培伦

绵绵往事述点滴

——缅怀倪彬彬老师



2014 年 11 月 13 日凌晨,著名女律师倪彬彬老师因心力衰竭于上海市第六人民医院溘然长逝,享年 83 岁。数日之前,同属倪老师学生的宋小红、朱洪超律师和我一起去医院看望已入重症监护病房的倪老师,她虽身负沉疴,但在病榻上却无呻吟之状,犹能与我们目视示意,眼神中蕴含着对生命的信心和对人生的坦然。故而,旋即闻悉噩讯,不免黯然神伤……

一、职业启蒙,尽责开明

32 年前,我大学毕业实习被安排到上海市第一法律顾问处(“法律顾问处”是律师事务所的前称),由倪老师带教。倪老师那时比我现在还年轻些,故自师从倪老师,就律师工作的年份而言,至今已度过整整一代人的时间。

实习之初,我对自己适合做什么工作,今后入什么行业是茫然的。虽然倪老师在和我闲聊时也会谈及就业的门类,但她并没有“灌输”我要有志于从事律师工作。后来我知道,她之所以未轻言应从事什么职业,是因为实习初始

时还不了解我是不是做律师的“料”。

倪老师那时从事的全是诉讼业务,民事代理为主,也有些刑事辩护。实习期连头带尾才 3 个月,刑事辩护可以随着倪老师历经一个审级的诉讼程序,民事代理大多只能有始无终或无始有终,甚至无始无终。

倪老师作为我律师生涯的开门老师,给我的初步印象就是尽责而开明。凡是我中途参入的案件,她会不厌其烦地介绍案情的发展、代理思路的形成及其依据,还经常用比较法论证为何选择此方案,直到我领会为止。接着,她就让我撰写代理词。有一次,我拟写的代理词交倪老师定稿,她作了些修改后让我交付打字员打印,但我盯着稿件迟迟未起身,我感觉到倪老师已在注意我,意在催我快交付打印。我鼓起勇气走到她桌前说:“倪老师,我看这处还是不改为好”,并说明了理由,等待着发落。没想到她很耐心地听我说完,再提了几个问题,等我作答后,她满面笑容对我说:“既然你能自圆其说,就照你的意思定稿吧!”这样,她的修改稿又回复到我的

原稿。我没想到,一位著名律师会如此“容忍”初出茅庐的我的“异议”。

二、解读律师,引领入行

大约过了1个月,倪老师就放手让我上庭发言了(那时的实习生可以随律师一起上庭发言)。这是一件刑事辩护案:被告人将被害人拳打致脾脏出血,被害人数日后死亡,指控被告人的罪名是故意伤害(致死)。通过案卷反映,被害人惹事在先,且拳打致脾脏出血时隔数日后由法医鉴定所得出的意见。在倪老师的启发下,我建议作无罪辩护,但倪老师认为被害人惹事在先的情况还需深入了解,就和我一起穿街走巷,找了相关证人了解被害人惹事的详情,使这部分证据比原来的材料更为充实。此外,倪老师还提示我遇到专业问题(案件中的脾脏出血)应请教专家,又和我一起向医学专家咨询。不论调查还是咨询,倪老师总是先让我问,然后她再补充。她起先已提醒过我:“做律师的自己开口(说)、动手(写)是基本功,不要光听光看,如何做靠你自己悟,这没办法手把手教你的。”后来我明白了,老师平素说的点点滴滴的内容,就是“教”;如果我能融会贯通、举一反三,那就是“悟”了。

案件开庭那天,尽管事先作了充分准备,但辩护意见是被告人系正当防卫应属无罪,故控辩双方庭上交锋激烈,我的弦是绷紧的。法庭辩论时,我情绪处于激昂状态,由于手势过大,将“辩护人”的席牌掀落在地,这时的倪老师轻声耳语道:“说得很好,别管它,说下去”,我的思路才没被中断。

一审判决下达了,结论是被告人构成故意伤害罪,被判处有期徒刑三年缓刑三年执行。按一审判决,被告人虽可以获释,且当事人和家属对结果均感到满意,但我总觉得功亏一篑,主张劝说被告人提起上诉。倪老师不赞同我的意见,她就案论案说道:我们依法辩护提出的意见是恰当的,不等于法院没全盘采纳就是错误的,从判决结果看,不能

认为法院没重视我们的辩护意见。倪老师见我尚存疑惑,最后以平和的口气对我说:“是不是你认为定性和量刑是两回事?你应该考虑一下不同角色的不同视角,想想吧!”我掂量着这话,没接口,也没再坚持上诉的主张。

多年后,我对倪老师最后一番话的感受更加深刻了。

我实习即将结束,倪老师郑重其事地对我说:“我看你很适合做律师”,并对我问的诸多“为什么”逐一谈了自己的看法,其内容所涉有我行事风格的、个性特征的,以及志趣倾向的等等。我感受到倪老师不仅带教我办案,还发现并挖掘了我的“潜能”,她是我选择律师行业名副其实的引路人。

三、律师之德,为人之道

为师者,只“教书”不育人,不可称其为良师。倪老师不经意间将她的价值观和为人处事之道呈现在我面前。

八十年代初,大量的遗产纠纷案随着“文革”结束后对民族资本家的落实政策而产生。有件我中途参与的遗产继承案:被继承人为落实政策对象,有一子一女,亡故后留有大量遗产,落入其子(被告)手中,其女为原告,要求分割遗产。倪老师是被告代理人,从厚厚的案卷看出,倪老师接受此案后,向大量的知情人调查取证,证明被继承人生前向诸多亲友和邻里口头表述过自己的财产今后全部给儿子,倪老师认为这种真实意思表示即是法律上的“口头遗嘱”,当然,取证的具体情况比较复杂。我感觉倪老师对这案件“煞费苦心”。法院有次调解,我参加了,从中得知被告是个闲散人员,无业,凭借长辈留下的巨额财产,装束奢华,作派带有几分“纨绔”。从审判人员主持调解的基调,不难判断倪老师提出的“口头遗嘱”的观点已被初步采信,但倪老师很执着地劝说被告让出一部分遗产给原告,从而达成调解协议。

在离开法院的路上,倪老师在我交谈中流露出对委托人略有微词的评价。

我很不解,既然对委托人颇有微词,为何不遗余力地将被继承人随口所说的内容上升到“口头遗嘱”?既然“口头遗嘱”之说已基本确立,为何又努力劝说委托人放弃一部分?事后,我与倪老师聊起这些问题,她的想法是,不要因对当事人为人风格的好恶,影响律师尽心尽责的程度;在调解氛围下,不要忽视社会伦理、亲属亲情。

四、漫漫人生,“处世”之师

又一次,我和倪老师一起去南汇办案,我得知这里是倪老师的出生地。她出身于当地的“大户人家”,早年丁艰,靠家族长辈抚养直至大学毕业。特殊身世造就她独立、善良、谨慎、坦然的人格特质。“文革”中,因家庭出身和其丈夫的“右派”身份,整个家庭备受冲击,她被下放到环卫系统任教,学生都是成年的清洁工,有带孩子进课堂的,有在课堂上打瞌睡的,更有随意迟到早退的。为了尽己职责,倪老师还是从感情上接近他们,理解他们,尽力做好本职工作。

按师从倪老师的时间先后,宋小红是我师姐,朱洪超是我师弟。每逢春节,我们总相伴一起看望倪老师。倪老师退休后,潜心于作画、书法、读书。她身心清静,神情超然,虽然年事已高,但仍如当初雍容优雅。她将自己的书画作品让我们分享,从中散发着恬静、独立和超逸。

倪老师淡泊于名利,恪守于德操。当我们学生辈或有获取荣誉之时,她鲜有称赞;而当我们漫谈人生,感到我们朝真谛接进一步,便面带微笑连连称道。晚近几年,倪老师每每与我谈论玄学,我们几乎不谈本行之事,因为随着我们这代年龄的增长,倪老师已渐渐从“处事”之师转型为“处世”之师。

倪老师已驾返瑶池,从此天人永隔!中国传统文化中的孝亲之道,倡导晚辈“善述其事,善继其志”,我也将其视作尊师之道。今虽片纸只字、挂一漏万,但已随之沉浸于不尽的缅想。●

追思

●文/宋小红

我的恩师倪彬彬



倪彬彬(中)、张中律师为刑事被告人辩护

倪彬彬老师去世了,但是她的音容始终在我的脑海里。她没有死,她永远活在我的心里,她是我的恩师。

1981年初,我刚踏入律师行业,带我入门的就是倪彬彬老师。跟随老师办案使我看到了律师是维护法律正确实施不可缺少的部分。八十年代初,上海市第一法律顾问处刚成立(即后来的上海市第一律师事务所),当时设有刑事组、民事组,老师担任刑事组组长。老师要求所有的刑事组律师办案必须仔细阅卷,厚厚的卷宗材料,有的案件甚至卷宗叠到写字台三四叠那样高,但是老师从来不厌其烦,仔细地一本本阅看,并将涉及到被告无罪、罪轻的证据材料详细摘录(当时还没有复印机)。她告诉我们仔细阅卷是掌握案件事实的基础,不能马虎,否则将会忽略被告人无罪或者罪轻的情节,她的话我牢牢记住了。阅卷后,案子还要汇报、讨论,由承办律师汇报案情、提出自己的辩护论点,然后其他律师发表意见,这样集众律师的智慧。疑难案件还去请教华东政法学院刑法专家,最大限度的不忽略被

告人无罪、罪轻的情节,维护被告人的合法权益。讨论后老师还要求每个案件承办律师都要写出书面的辩护意见提交法庭,按照老师的话说,律师办案要经得起历史检验,有证可查。这一办案程序无论是办理“四人帮”余党案件,还是严打时期,每个律师一个月基本上要办理十多件案件,她都是如此要求。她要求律师办案认真仔细,一丝不苟。她领导下的刑事组办案,办理无罪案件近20件,从轻、减轻案件不计其数,在当时深受当事人、中级人民法院、高级人民法院、其他各区县人民法院的好评。倪彬彬老师为恢复律师制度,为上海市第一律师事务所的建设、发展做出了巨大贡献。

跟随倪彬彬老师办案不仅学到了律师办案的业务知识,同时还学到了许多其他的知识。刚到上海市第一法律顾问处时,我还是一个姑娘,扎着两个小辫,人长得比较小样。一次跟着老师到静安区看守所会见一个未成年犯,刚走到看守所门口,就听到里面叫宋小红来了,宋小红来了。我当时很尴尬,这些未成年人当我和他们一样大了。会见完被

告,倪老师对我说,做律师首先要使被告人对你尊重和信任,他们才会对你说真话。这使我明白了做律师仪表也很重要。在跟老师长期的接触中我知道了老师的身世,五十年代她毕业于华东政法学院,毕业后就分配到上海市第一律师事务所从事律师工作,她是新中国成立后的第一代律师。她为日本战犯做过辩护,并取得了一定成绩。正当她大展宏图之际,她的丈夫被打成右派,从中国驻苏联大使馆回到劳改农场。丈夫为了不连累她,向她提出离婚,她坚决不从,情愿受牵连到环卫所工作,甚至当清洁工扫大街。她一个人抚养着儿子、女儿还有婆婆,一家人过着艰难的生活,直到十一届三中全会后丈夫彻底平反。一个瘦弱、文质彬彬的女子,却有着如此坚强的性格和毅力。她是我一生中最敬重、最佩服的人。当时在社会中像她这样情况多的是,大多数家庭妻离子散,像倪老师这样的寥寥无几。老师的坚强性格和毅力一直激励鼓舞着我,她是我心中的偶像、学习的榜样。今天她虽然离我而去,但她仍然活在我的心里。●

业内资讯

中共市律协委员会召开扩大会议 学习传达党的十八届四中全会精神

11月7日,中共市律协委员会召开扩大会议,学习传达党的十八届四中全会精神,研究贯彻落实意见。会议认真传达学习了习近平总书记受中央政治局委托作的工作报告和重要讲话、《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》等文件精神。



巾帼志愿团婚姻法热点问题培训讲座举行

11月7日,“知识就是力量——2014年上海市女律师联谊会巾帼律师志愿团业务培训讲座”举行。近百位女律师联谊会巾帼律师志愿团的女律师听取了市女律师联谊会副会长、巾帼律师志愿团团团长葛珊南作的“婚姻法司法解释(三)实施三年来热点分析及最高法院最新观点介绍”的报告。



11月7日,2014年度《上海律协文库》、《上海律师文丛》评审会议召开。本年度共收到申报专著7本。经评审委评议,确定列入2014年度《上海律协文库》出版计划的专著是《公司

社会治理研究》、《环境法的改革——过去、现在和未来》、《第一届上海律师学术大赛获奖实务作品选集》。列入2014年度《上海律师文丛》的专著为《香港仲裁条例2011第609章释义》。

2014年度上海律协文库、文丛评审会议召开

特邀会员工作委员会举办国资国企改革法律业务专题活动

11月11日,市律协会长盛雷鸣,特邀会员工作委员会副主任刘习赞,国资国企业务研究委员会主任洪亮等组织电气集团、上海城投等公司律师及部分国资国企业务研究委员会的委

员举办了一次国资国企改革专题活动。律师们参观了上海城市投资开发总公司投资控股在建的上海中心大厦,并参加了针对国资国企改革法律业务专题的座谈会。



律师学院邀知名法学家季卫东教授授课

11月16日,市律协律师学院特邀我国著名法学家、教育部长江学者特聘教授,上海交大凯原法学院院长季卫东教授做“法治中国与司法改

革”的主题报告,报告围绕十八届四中全会提出的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》展开,近800名律师到场学习听取报告。



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

关于办理暴力恐怖和宗教极端刑事案件适用法律若干问题的意见

鉴于近期暴力恐怖及宗教极端刑事案件所呈现出的新态势,最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布《关于办理暴力恐怖和宗教极端刑事案件适用法律若干问题的意见》(以下简称“意见”),就此类案件的办案原则、行为性质认定、标准认定及管辖原则等内容作出规定。“意见”主要内容如下。

1. 明确办理此类案件,应当坚持“严格依法办案”、“宽严相济”、“坚持执行宗教民族政策”等原则。

2. 对此类案件行为性质的认定进行界定。其中,“意见”对实践中频发的组织、领导、参加恐怖组织罪、煽动分裂国家罪、资助恐怖活动罪、编造、故意传播虚假恐怖信息罪、煽动分裂国家罪、煽动民族仇恨、民族歧视罪等罪名的行为表现、共

犯形态、罪数形态等实践中的疑难问题进行了规定。

3. 明确此类案件认定标准。意见规定,此类案件中对涉案宣传品内容不做鉴定,由办案机关进行审查。若涉及宗教专门知识或者语言文字,可商请宗教、民族、新闻出版等部门提供审读意见。就出版、印刷、制作、发行等行为合法性的鉴定,由新闻出版主管部门出具。同时,意见规定对“明知”的认定,应结合一贯表现,具体行为、程度、手段、事后态度,以及年龄、认知和受教育程度、所从事的职业等综合判断。

4. 明确此类案件管辖原则。即一般由犯罪地公安机关管辖,犯罪嫌疑人居住地公安机关管辖更为适宜的,也可以由犯罪嫌疑人居住地公安机关管辖。同时,根据案件需要,执行《刑事诉讼法》关于指定管辖、移送管辖的有关规定。

(供稿:市律协刑事业务研究委员会)



上海国际经济贸易仲裁委员会(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10期

上海篇

- 1.上海市人民政府:上海市社会消防组织管理规定
- 2.上海市人民政府:上海市信访事项复查复核办法
- 3.上海市人民政府:上海市信访事项核查终结办法
- 4.上海市人民政府:中国(上海)自由贸易试验区相对集中行政复议权实施办法
- 5.上海市人民政府:中国(上海)自由贸易试验区管理委员会行政规范性文件法律审查规则
- 6.上海市人民政府办公厅:中国(上海)自由贸易试验区监管信息共享管理试行办法
- 7.上海市人民政府办公厅:上海市突发事件信息报告工作管理办法
- 8.上海市人民政府:上海市因病支出型贫困家庭生活救助办法(试行)
- 9.上海市民政局:上海市低收入困难家庭申请专项救助经济状况认定标准(试行)
- 10.上海市民政局:上海市低收入困难家庭经济状况认定办法(试行)
- 11.上海市国家税务局等:重大税收违法案件信息公布办法(试行)
- 12.上海市交通委员会等:上海市在用非营业性客车额度管理试行办法
- 13.上海市教育委员会等:上海市奖学金管理实施办法
- 14.上海市教育委员会等:上海市普通本科高校、高等职业学校国家奖学金实施细则
- 15.上海市教育委员会等:上海市普通本科高校、高等职业学校国家助学金实施细则
- 16.上海市教育委员会等:上海市高校毕业生艰苦地区就业奖励金管理实施办法
- 17.上海市教育委员会等:上海市普通本科高校、高等职业学校国家励志奖学金实施细则
- 18.上海市高级人民法院:关于执行中房地产拍卖若干问题的解答
- 19.上海市高级人民法院:关于执行异议审查若干问题的解答(一)
- 20.上海市高级人民法院:关于执行中利息计算若干问题的解答(一)
- 21.上海市高级人民法院:关于检察建议办理的暂行办法
- 22.上海市高级人民法院:减刑、假释案件开庭审理实施细则(试行)
- 23.上海市高级人民法院:减刑、假释案件裁前公示实施细则(试行)

全国篇

- 【综合】
 - 国务院:企业信用信息公示暂行条例
- 【民商】
 - 商务部等:餐饮业经营管理办法(试行)
- 【诉讼法】
 - 1.最高人民法院等:关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释
 - 2.最高人民法院:关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定
 - 3.最高人民法院等:关于规范毒品名称表述若干问题的意见
 - 4.最高人民检察院等:关于规范刑事案件“另案处理”适用的指导意见
 - 5.公安部等:关于办理暴力恐怖和宗教极端刑事案件适用法律若干问题的解释
 - 6.国务院等:关于进一步加强军人军属法律援助工作的意见
- 【银行证券保险】
 - 1.中国人民银行:银行办理结售汇业务管理办法
 - 2.中国证券监督管理委员会:上市公司股东大会规则(2014年修订)
 - 3.中国证券监督管理委员会:非上市公众公司收购管理办法
 - 4.中国证券监督管理委员会:公开募集证券投资基金运作管理办法
- 【交通运输】
 - 交通运输部:交通运输部安全生产事故责任追究办法(试行)
- 【安全生产】
 - 1.住房和城乡建设部:工程建设标准解释管理办法
 - 2.住房和城乡建设部等:绿色建材评价标识管理办法

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

《层林尽染》



摄影/文：王敬友

前不久，与好友结伴自费去“华中屋脊”神农架旅游。这里囊括了北自漠河，南至西双版纳；东起日本中部，西到喜马拉雅的所有动植物物种，保存完好的自然生态，为世人瞩目。身随万水漂，恣意千山笑，浪漫神农架，胜景不记名，故有感而发。

数千年胜景，旷世传来。看山脚盛夏山岭春，山麓艳秋山顶冰；赤橙黄绿四时有，春夏秋冬最难分。

一万里长江，几人淘尽？遍野润泽深满目，云烟碧泉漾欢心；水不在深，悦耳潺潺听流响；福不在大，清心日月茗清泉。