

2015

5

总第731期

上海 SHANGHAI LAWYER 律师



上海市律师协会主办

聚焦 | 思辨 | 感悟 | 互动

| 聚焦 | 律协新领导班子 畅谈“施政纲领”



封面照片:上海速度

4月24日,张丽杰会长带领广东省女律师工作委员会20多名女律师来访上海市律协,与上海女律师联谊会就关注女律师在律师行业中地位与作用的发挥,以及关怀青年女律师成长与发展等问题进行了交流沟通。



5月11日,上海市律协接待了来沪交流的美国夏威夷律师协会代表团一行。双方就如何落实友好合作的内容,突破单一的选派律师到对方事务所实习的模式,将活动扩展至合作举办讲座、研讨会,定期信息互换等方面进行了深入交流。



5月19日,上海市律协召开十届一次会长会议,上海市司法局副局长王协出席。会议确定了各专门委员会分管会长,并布置了各专门委员会、各专业委员会组成人员遴选工作并对委员会设置要求、标准等问题进行探讨、商议。



5月22日,昆山市律协一行九人由王建华副会长带队来访上海市律协。双方就律师行业管理模式、律师事务所内部管理与发展模式、政府采购法律服务、律师行业政策、律师行业文化建设等问题进行了沟通和交流。



5月26日,深圳市律协高树会长等一行七人来访上海市律协。两地律协就律师行业管理、政府采购法律服务情况、律师行业税收情况、律师服务收费标准、律师专业化、国际化发展及法律业务创新情况等问题进行了交流。

本期导读

律协新领导班子畅谈“施政纲领”

律师协会是依法设立的律师的自律性组织,因此协会的首要任务当然是服务会员、维护会员的权益,对内要为广大律师和律师事务所提供各类服务,对外要代表整个行业维护行业权益和保障律师业的健康发展。而如何系统地规划上海律师业的发展、制定中长期的行业规划是本届律协需要考虑的重要问题之一。



领航海商海事法律服务市场



面对来自外省市同行的强力竞争和国外同行的强力争夺,上海四维乐马律师事务所多年前就进行了布局,把竞争的战火烧到了对手半场。进入新世纪,事务所又进行了强强联合,面对诸多的竞争压力,律师事务所不断开拓、锐意进取,在海商海事法律服务市场开辟了一片属于自己的新天地。

刑事律师眼中的刑事审判

刑事审判是依法治国的重中之重,在刑事案件中,关系到的是每一个人最基本也是最核心的权利:自由,甚至是生命。

刑事案件的公平正义,是每一个群众,每一个家庭都迫切需要的。

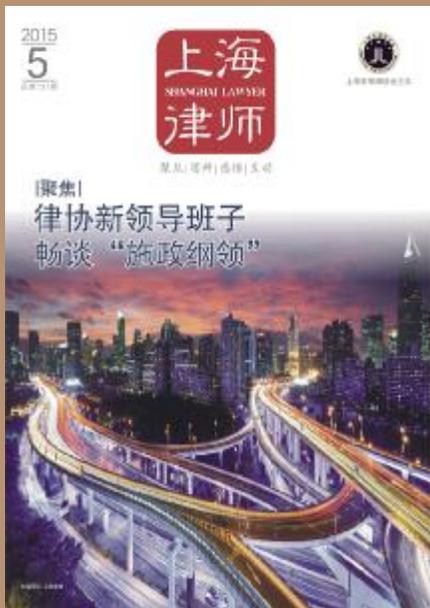
法律人只有相互补台,而不是拆台,只有相互配合,而不是斗争,只有相互勉励,而不是贬损,才能真正共同推进我国法治向前发展。



中国企业如何作为出资方对日本破产企业进行投资



近些年中国企业收购其他国家企业的案件呈显著增长趋势。日本有不少企业虽然能够生产优良产品或拥有核心知识产权,但由于开展多元化业务导致经营失败,因负债过多而走向破产。在日本的破产程序中,经常出现债务人企业(破产企业)在破产程序中招募出资方(Sponsor)的情况。这种情况下的出资方,并非只是单纯地一次性参与DIP融资,而是可以在将来成为该债务人企业的股东,或继承债务人企业的优质资产。相较于接手未破产企业而言,投资破产企业所需费用可能也会较低,这一点是十分具有吸引力的。



2015 5

目录

总第 731 期

本刊关注 Benkanguanzhu

聚焦

- 04 律协新领导班子畅谈“施政纲领” / 轩伟

风采

- 11 上海律师美丽的音乐风景线
——记上海律师合唱团 / 成静雯
- 13 人生感悟 / 马康年
- 13 难忘的六月红歌 / 缪惟茂
- 14 感动常在 / 黄坚平

律所建设

- 15 领航海商海事法律服务市场
——记上海四维乐马律师事务所 / 王桂喜

区县传真

- 18 农民工劳动纠纷法律援助案件成本分析
/ 杨浦区法律援助中心课题组

人物专访

- 23 游闽键:沉淀自己 不要着急 / 牧冬

《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:俞卫锋

副主任:周天平 管建军 邹甫文 王 嵘
潘书鸿 吕 琰 钱翎樑 万恩标

主 编:邹甫文
副 主 编:黄荣楠 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

(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



《缠斗》摄影:顾金其 律师



5月8日,市委统战部副部长、市工商联党组书记赵福禧带队到上海市律协调研本市律师工作。上海市司法局副局长、上海市律协党委书记王协,会长俞卫锋等接待了市委统战部领导一行。

法眼法语 Fayanfayu

香港大律师之窗

26 内地仲裁裁决在香港的执行(二)

/ 周立新 李世烈 萧震然

视角

29 刑事律师眼中的刑事审判 / 林东品 谢向英

33 对法律援助律师为刑事速裁案件提供辩护的 几点建议 / 曾鑑清 赵斌 黄浦区法律援助中心

35 公益诉讼:打击网络虚假广告的有益尝试

/ 朱夏婵

案例精析

38 专利侵权案件中举证责任倒置的适用条件

/ 严忠泽

新锐手记

39 律师心路 / 奚海麟

律师实务 Lüshishiwu

41 民营企业法律风险防控概论 / 杨桂林

43 律师处理安全生产事故模式的再思考

/ 朱静亮

45 如何应对药品不良事件 / 沈涛

48 浅谈信托的成立和生效 / 李会广

50 掌握虚假诉讼新动向 制定长效遏制新措施

/ 陈冉

53 REITs 何以成为 2015 年最受期待的金融产品

——香港股权型 REITs 与国内债权型

REITs 差异分析 / 王杰

人文万象 Renwenwanxiang

他山之石

55 中国企业如何作为出资方对日本破产企业进行投资 / 松本亮

乐 Life

58 叶的事业 / 陶丽萍

业内资讯

60 辛丽丽为女律师演绎芭蕾人生等 5 则

61 上海市律师协会 2015 年 5 月新增会员名录

新法速读

64 上海市一中院推新规保障律师执业权利助 推法官律师职业共同体建设

新法速递

封三《律师业务资料》目录 2015 年第 4 期

上海市第十届律师代表大会第一次会议



聚焦 ●文/轩 伟

律协新领导班子 畅谈“施政纲领”

5月19日下午,市律协召开十届一次会长会议。会上,俞卫锋阐述了本届理事会总体工作思路。6位副会长及监事长也对各自分管的专门委员会和专项工作提出了设想。

本刊关注

俞卫锋会长——

面对新时代新形势新机遇 上海律师如何进一步发展

——第十届律协的工作思路



众所周知，国家正在大力推行依法治国、建设法治社会，上海也在不遗余力地深化司法体制改革，上海律师业正在迈入一个前所未有的发展期。与此同时，中国经济在三十多年高速发展之后正在步入一个转型期，经济转型为律师业带来新的发展机会和成长空间，上海“四个中心”建设的持续推进也对上海律师提出了新的要求。因此，自今年4月18日当选上海市律师协会第十届会长以来，我一直在思索这样几个问题：上海17387名律师和1355家律师事务所现在的状况如何？他们的需求是什么？律师协会如何更好地为律师和律师事务所服务？律师协会又能够为大家做些什么？上海律协应该做些什么才能不负律师协会应承担的历史使命、行业使命和这个时代赋予我们的行业发展机遇？我认为，本届律协的工作需要从以下方面开展：

律师协会是依法设立的律师的自律性组织，因此协会的首要任务当然是服务会员、维护会员的权益，对内要为广大律师和律师事务所提供各类服务，对外要代表整个行业维护行业权益和保障律师业的健康发展。而如何系统地规划上海律师业的发展、制定中长期的行业规划是本届律协需要考虑的重要问题之一。

律师业发展的两个支点，一为执业律师个体，一为律师执业的载体——律师事务所。因此，对内而言，律师协会的服务主要体现在两个方面，一是如何为律师提升执业技能和职业素养提供服务；二是如何为律所提升管理水平、提高运营效率提供服务。这是本届律协今后四年的工作重点之一。我们将依托律师学院和业务研究与指导委员会推进多层次业务培训的体系化与标准化，建立各业务研究委员会研究成果转化为律师执业基本技能的转化机

制、探索合理利用外部培训资源的合作机制，为律师提高执业技能和执业风险防范能力积极提供外部条件；同时，依托规划与规则委员会和律所规范与发展委员会，定期组织律师事务所管理人以“最佳实践”交流方式分享上海事务所发展和管理方面的经验和教训，积极探索律所管理研究、培训和交流新模式，以期提升律所管理水平和效率。

对外而言，律师协会需要代表广大会员积极拓展律师执业领域、改善律师执业环境、提升律师社会地位。因此，我们需要与立法机关、法院检察院等执法机关共同加强法律职业共同体建设，保障和促进律师执业环境；促进政府法律顾问和政府法律服务采购；依托行业平台提升律师参政议政水平；加强与其他行业协会的互动和交流；鼓励并支持律师和律师事务所承担社会责任，同时加强对外宣传力度和丰富宣传手段，提升律师行业形象。

国际化是上海律师的特色，尤其在全球经济一体化、中国企业活跃于国际舞台的时代背景下，上海律师如何提升国际化能力显得尤为重要。国际化能力不仅仅指律师以外语作为工作语言参与涉外法律业务，更重要的是指中国律师是否具有国际格局观、能否为客户提供跨境专业法律服务。“他山之石，可以攻玉”，本届律协希望拓宽与世界各地主要律协的沟通渠道、促进对国际性律所和律师组织的交流、积极研究外国律师事务所的业务发展和管理模式，为上海乃至中国律所探索适合中国律所国际化的各种模式。同时，我们还要加强与兄弟省市律协合作，推动律师业的部分全国性事务，使上海的律师受益、让全国的律师受益。

十年树木、百年树人，上海律师需要持续性的重视人才梯队建设。本届律协的目标是继

续推广境内外校园招聘,吸引优秀人才加入到律师行业中;完善律师学院实习人员和青年律师的培训体系,提高培训质量;探索培训外包,丰富培训内容,提高受训质量;积极吸引具有国际经验的人才加入中国律师队伍。

同时,本届律协还将积极推进党建引领、结合团建和事务所文化建设,推动律师和律所通过行业公益平台,履行社会责任,提升社会形象。

“依法治国、法治中国”、“司法体制改革”、“自贸区”、“一带一路”、“科技创新”等,面对新时代、新形势、新机遇,上海律师如

何进一步发展?互联网+、平台战略,上海律师将面临何种挑战?答案在于我们自己,道路就在我们脚下。

上海律师界人才荟萃、群彦汪洋,新一届律协理事会会在市司法局的关心和指导下,在广大会员的信任和支持下,有信心集行业之力、汇行业之智,团结合作、齐心协力迎接新时期上海律师工作的新机遇和新挑战。同时,我们欢迎律师界各位同仁对本届理事会的工作提出意见、予以监督,也恳请各界朋友继续关心和支持市律师协会的工作,对我们的工作计划提出宝贵的意见和建议。



周天平副会长(分管文体与福利委员会、律师参政议政促进委员会)——
**在开心修炼中为律师行业增光彩
给立法司法和依法行政提供良策**

文体与福利委工作:

文体工作要在文体项目的开心修炼中为律师行业争光彩;福利工作要在优化选择中引进惠及每个律师的福利品种和保险产品。

上海律协现有的文体活动品种共12个:一牌(桥牌)、两棋(围棋、象棋)、六球(乒、羽、篮、足、网、高)、一团(合唱团)、两社(京剧社、话剧社)。这些文体品种的活动已成为律师之间交流的平台,律师同社会各界友谊的桥梁,展现律师整体精神风貌和职业品质的窗口。这项工作要追求这样一种境界:参加文体活动的会员能修炼出好水平,并在对外交流中取得为律师行业争光的好成绩;不参加文体活动的会员,能成为帮他们鼓劲的啦啦队员,并共享光彩。

上海律协现有的福利服务品种有十个:一老(退休律师)、两卡(银行卡、体检卡)、两金(意外救助金、医疗互助金)、五保险(执业险、大病险、人身意外险、高端医疗保险、年金保险)。这些服务品种在本质上是用行业互助和社会共济的双重力量来解决会员的医疗养老补助和意外风险救助,用团购的优惠价引进

保障律师健康、规避风险以及出行方便的保险产品。这方面工作重点是:促进每一个律师参加定期或不定期的保健体检,医疗互助金工作的可持续发展;更加人性化、科学化地做好老律师服务工作;宣传推广好惠及每一个律师的福利产品。

律师参政议政委工作:

强化和激励律师的社会责任感,调动和发挥律师的权利代言技能,积极参与建言献策,积极参与民主协商。

努力做好五项重点工作:

- 1、为担任各级人大代表和政协委员的律师积极履职提供服务;
- 2、集中律师的专业知识和专家智慧,认真参与立法修法的研讨;
- 3、精心提炼律师的学术研讨成果,为立法、司法和依法行政提供良策;
- 4、有效探索人民群众意愿的最大公约数,发挥律师协会作为社会组织参与民主协商的特色作用;
- 5、发现和推荐更多的优秀律师进入参政议政、建言献策的活动平台。

管建军副会长(分管外事委员会、律师事务所规范与发展委员会)——

加强中外同行的沟通交流 提高律师律所国际竞争力

外事委工作:

积极营造适应上海国际金融中心和自贸区建设的法律服务市场环境,加强中外同行的沟通与交流,进一步拓展上海律师的国际视野,培养高素质专业型涉外律师,展示、宣传和提升上海律师乃至中国律师和律师事务所的国际形象,提高律师和律所的国际竞争力。包括:1、进一步加强与境外律师行业组织和同行的交流与合作,建立稳定、友好的沟通渠道。2、强化培训,除了继续落实原有的合作培训项目,拓展其他出国学习和培训渠道,为更多的律师创造涉外培训交流机会。3、结合自贸区中外律师联营互派的相关政策,促进本地律师事务所与境外律师事务所以及境外律所驻沪代表处之间的交流与合作。组织对境外律师事务所驻沪代表处的考察、学习和交流。4、进行相关的调研活动,跟踪研究世界主要国家律师行业的发展和动态,研究“一带一路”涉及国家

的法律环境,不定期编制相关参考信息,研究外事和涉外业务方面的其他重大问题,并在调研基础上,为律协决策机构提供外事管理方面的咨询意见和建议。5、拓宽出国培训资金支持渠道,为出国培训人员进一步提供支持。

事务所规范与发展委工作:

在加强律所管理之基础性规范工作的同时,关注律所的发展趋势,提升律所管理水平和效率,并利用科技创新之新契机,探索律所管理新模式和律师执业新模式,关注研究互联网等各种新变革下律师事务所的机遇、挑战及应对方略。具体设想包括:鼓励律所共享律所管理“最佳实践”,进一步通过交流、座谈、培训等方式,研究律所的管理和发展模式、发展趋势、分配机制、业务发展和律所团队建设等方面的问题。党建引领、结合团建,开展推动事务所文化建设及积极履行社会责任的活动,考虑制定上海律所规范发展战略等。



邹甫文副会长(分管宣传委、女律师联谊会工作)——

融入创新技术宣传律师正能量 为女律师联谊展业拓业多助力

宣传委工作:

在秉承扎实稳健的工作作风和锐意进取的工作态度的基础上,努力通过杂志、网站、微信以及电视节目等多元方式和立体手段,让律师宣传工作成为融入创新技术、契合时代发展的,对内推动律所管理和提升律师业务水平,对外树立行业整体形象、宣传律师正能量的大舞台。

1、本届宣传委将对《上海律师》杂志的需求进行调研并根据调研情况调整整体策略。此

外,对上海律师协会微信公众号将丰富内容、调整形式,使其更加适应网络化社会人们阅读的特点;对电视节目《律师界》的内容和层次进行完善,使其更能反映各层面的律师风采和思想观点,宣传律师在依法治国中的重要作用。

2、对外继续加强与各类媒体的合作,对内重点加强与区县律工委的沟通与交流,把宣传工作深入到律师基层工作的各个方面。

3、充分发挥宣传委委员及律师骨干力量的作用,根据特长分工落实到人,扩大通讯员



队伍,让更多有能力并有志于宣传工作的律师参与到工作中来。

女律师工作:

继续秉持“联情联谊、展业拓业、提升女律师智慧美丽的形象”这一宗旨开展工作,把女律师工作扎根到基层的土壤中,让更多女律师感受到联谊会的温暖和关爱。

1、充分发挥各区县女理事的作用,加强女律师联谊会与各区县女律师的联动和活动交流。

2、加强巾帼志愿团队的管理与建设,推进妇女维权的实务难点与理论研究,深化志愿团队的品牌服务。

3、针对老中青女律师的不同需求,展开各种特色活动。如:关爱老律师,重阳节定期举办郊游活动;关注单身女律师,与外单位举行联谊交友活动。针对年轻妈妈,举办亲子活动等等。

4、针对青年女律师开展执业、展业及拓业交流与研讨;根据需要成立律师事务所主任、合伙人交流小组,为女律师合伙人提供更多的交流渠道,在事务所管理、风险防控、市场开拓、专业化建设等方面提供深入交流和互相学习的平台。

5、关注女律师的身心健康,提高女律师的参政议政能力,加强女律师联与其他女性组织及外省市女律师的互动交流。



王嵘副会长(分管维权委员会、纪律<惩戒>委员会暨执业纠纷调解委员会)工作——

积极作为维护律师执业权利 改进完善纪律惩戒案件处理

维权委工作:

在目前形势下,律师的维权工作也可以被理解为律师执业权利的保障和促进,它主要包含两项工作:一是当律师在执业中与公权力发生某种冲突、冲撞,或受到某种全局性、制度性的限制时,市律协需要出面协调解决,使广大律师能在宽松和良好的环境中办案;二是当律师受到个别当事人或新闻媒体的不当攻击,又难以依靠自身的努力解决问题时,市律协需要对相关的律师、律所给予组织支持。这两项工作中,前者重要性更高,难度也更大。

具体来说,维权委努力完成如下任务:

1、建立和形成律师执业维权的市、区(县)工作联系机制和对口关系。

2、召集由维权委核心成员参加的座谈会(也可以改换为与走访区县律工委相结合的方式,凝聚各委员的力量)。

3、定期或不定期与本市公检法机关及其他一些国家机关沟通联系,听取对本市律师执业中存在问题的意见和建议,建立沟通和协商的机制。

4、与宣传委等的工作相结合,强化与主要媒体之间的沟通和联系,以便在发生维权事件时取得发布信息和表达市律协意见的平台。

5、着重处理和解决有社会影响的个案。

6、形成重大维权案件对司法局的报告制度。

纪律惩戒委暨执业纠纷调解工作: 努力做好以下几项工作:

1、将各区县推选的资深律师纳入调查员序列之中,扩展市律协纪律部承办违纪投诉案件的能力,并加强培训。

2、进一步完善和改进纪律惩戒案件从立案、调查到审理和作出处理决定的程序,提高效率 and 加大透明度。

3、结合个案的调查和处理,编印违纪案例集,并与律师学院等合作举办以新执业律师为主要对象的专题讲座或课程,作为行业警示教育和律师职业道德教育的一部分。

4、组织部分委员走访和调研本市范围内的若干看守所,了解和汇总律师在会见在押人犯时较为多发多见的的问题。

5、横向了解和借鉴兄弟省市律协在纪律惩戒方面的好经验和好举措,以求使上海市的律师行业自治达到和保持在全国领先的水平。

6、配合市局律管处和各区县司法局对律师执业行为加强行政监管,协助解决一些律所内部的矛盾纠纷。

潘书鸿副会长(分管资产管理与财务委员会、惩戒复查委员会 < 申请律师执业人员考核复查委员会、律师执业考核复查委员会 >)——

勤勉尽职制定会费预决算 克己奉公各类收支管理好

资产管理与财务委工作：

勤勉尽职，克己奉公，公开透明。在这个岗位上要不负众望，通过学习认真调研、总结，听取区县律师代表对律协财务和资产管理中的意见或建议；克己奉公：着眼于行业发展，尽心尽责地制定好会费的预决算，确保年度预算的科学合理；公开透明：认真执行各项预、决算，严格监督会费的支出，坚持会费“取之于律师用之于律师”。

要审核好各专门委员会各类项目预算，编制好年度各项预、决算工作；管理好会费、医疗互助金、执业保险金、行业年金等各类收支工作；审议与律协财务、资产相关的各项经费事宜；严谨、规范地做好每年审计工作。对会费收取结构等关系到全体会员的重要问题进行调研；指导律师事务所建立规范、科学、合理的财

税制度，帮助推动律师事务所财务规范化工作。

惩戒复查委员会工作：

惩戒复查委员会对律协来说是一个涉及律师权利和义务的工作机构，首先是立足在九届律协工作的基础上，进一步深化、夯实、规范惩戒复查的各项工作机制，与律协的纪律委、考核委之间既要做到互相分工、配合，又要做到互相监督、制约；既要对违纪、违规者予以惩戒，又要切实保障他们的正当权益；以必要的形式公布对被惩戒者的惩戒依据、权限、程序等内容，做到惩戒复查工作客观公正、公平、公开；同时需要加强与中华全国律师协会和其他省市律协之间的学习交流，学习借鉴其他省市律协对律师行业惩戒工作的工作规范和机制，努力提升上海律师行业的整体形象。



吕琰副会长(分管青年律师工作委、律师执业考核委 < 申请律师执业人员实习管理考核委 >)——

强化青年律师职业保障 推动人才梯队有序建设

青工委工作：

加强青年律师职业保障，推动上海律师人才梯队的进一步建设。上海目前 40 周岁以下的青年律师近一万人，占上海执业律师人数的 60% 左右。青年律师的成长发展对于上海律师行业的持续健康发展具有重要的意义，为此，完善青年律师工作体制机制，加强青年律师职业保障，坚持为青年律师指引成长方向，推动上海律师人才梯队的进一步建设，引导和促进广大青年律师为法治中国建设作出贡献将是今后工作的方向。具体包含以下几方面：

1、加强队伍建设，帮助青年律师巩固理想

信念，弘扬法治精神，恪守职业良知；

2、进一步建设青年律师培训体系，注重点面结合、基础培训与拓展培训相结合，全面提升青年律师的专业素养和职业技能，多层次、有针对性地开展青年律师培训工作；

3、关注青年律师的生存状态和身心健康，加强青年律师职业保障，优化青年律师成长成才环境；

4、加强与司法行政大家庭、法律职业共同体及全国各地律协的其他青年群体的交流、合作、共建机制；

5、积极履行社会责任，强化社会责任意识，引导和促进广大青年律师为法治中国建



设、维护公平正义作出贡献。

律师执业考核委工作：

推进行业自律管理，建立考核工作的长效机制。在司法行政机关的指导、监督下，以年度考核为契机，推动行业自律管理，及时掌握律师行业动态，对律师的执业表现作出客观评价，依托行业协会和律师事务所，建立考核工作的长效机制，同时与司法行政机关的相关工作实现无缝衔接。

律师执业年度考核，应当教育、引导和监督律师遵守宪法和法律，遵守律师职业道德和执业纪律，依法、诚信、尽责执业，忠实履行中国特色社会主义法律工作者的职业使命，维护当事人合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平和正义。

申请律师执业人员实习管理考核委工作：

把好律师“入门关”，严格实施实习考核标准和考核程序，确保为律师队伍输送合格人才，推动上海律师业持续健康发展。

1、夯实制度建设，结合行业发展实际，修改调整《上海市律师协会预备会员规则》及相关制度，把好律师“入门关”；

2、完善考官选任机制，加强“两库”建设（考官库、考题库）及其动态管理，通过考官座谈会、案例分析会等形式，促进考官之间的交流与借鉴；

3、统一并严格实施实习考核标准、进一步提高考核质量，探索“负面清单”等创新管理模式，确保考核全过程公平、公正、公开，为律师队伍不断输送合格人才，推动上海律师业持续健康发展。



钱翊樑监事长——

全力支持理事会工作 力争监督到位不越位

上海市第十届律师代表大会的顺利召开与新一届理事会的产生，预示着上海律师事业的发展将进入新的篇章。

作为与理事会同时产生的第十届监事会，全体8位监事将在认真借鉴与学习历届监事会宝贵工作经验和做法的基础上，坚持“全面关注、重点监督”的工作原则，监督理事会顺应上海全面发展的新形势与新情况，积极有力地推进上海律师行业更加健康、有序地发展。

首先，监事会将全力支持理事会开展各项工作。上海目前的执业律师人数与律师事务所的数量均创历史新高，上海又正处于转型发展、大力建设全球科创中心与自贸试验区的关键时期，要将上海律师进一步打造成高素质、能适应新形势需要的队伍，全面提升上海律师的职业素养，不断拓展上海律师执业的新领域，新一届理事会工作任务的艰巨与繁重是可想而知的。因此，本届监事会将全力支持理事会开展各项工作。

其次，监事会亦将认真做好监督工作，力争监督工作到位不缺位，但不越位。监事会将

严格遵循上海市律师协会第九届监事会修订的《上海市律师协会监事会规则工作》，推动监事会自身工作规范化、专业化发展。同时，监事会将围绕“四个全面”战略思想，不断提升监督意识与能力，踏踏实实做好监督工作，努力创新监督工作模式，力争实现多手段、全方位、多角度、常态化的监督，以推进上海律师业的科学发展。

再次，监事会必须强化自身监督。要监督别人，首先要严格规范自己的言行。本届监事会将不断加强自身建设，规范监督行为、提升监督能力，增强监事会监督的公信力和权威性，提升监事会工作的主动性，在认真履职的同时自觉接受广大律师的监督。本届监事会诚挚欢迎广大律师对监事会的工作提出宝贵的建议，对监事会工作的不足之处提出严厉的批评。

监事会的工作开展离不开大家的信任、理解、帮助和支持。进一步完善和创新律师协会的监督制度，促进上海律师行业的健康发展，任重而道远。让我们齐心协力，共同唱响新时期上海律师工作的新篇章。



律师合唱团首演后联欢

风采

●文/成静雯

上海律师美丽的音乐风景线

——记上海律师合唱团

2002年8月上海市律师协会上海女律师联谊会发起成立了上海女律师合唱团，多年来在上海律师业界名声响亮，是上海律师界靓丽的文化名片。2005年由繆林凤会长、钱丽萍副会长带队，上海律师协会会长朱洪超到机场送上海女律师合唱团赴香港参加了《律动双城音乐会》；2006年在上海音乐厅由上海交响乐团陈燮阳指挥，参加了上海律师新春音乐会的演唱；2007年首届东方大律师颁奖大会上，女律师合唱团激情演唱《律师之歌》；那年女律师合唱团还参加

了韩国釜山国际合唱团的展演。一路走来，上海的律师有合唱团这样的音乐文化的名片早已名声洋溢业界内外。

在上海律师协会的支持领导下，2009年完成了上海律师混声合唱团的组建。2009年成立后的上海律师合唱团，朝气蓬勃、气势昂扬地参加了市司法局系统、静安区“两新”组织系统，在纪念中国共产党建党90周年的大型系列红歌比赛、展演。更以饱满的精神，代表上海律师行业参加了上海电视台承办的22000余人共同演出的“纪念《黄河大合唱》诞生70周年”大型歌会，作为中宣部“向祖国汇报”建国60周年重大文化活动项目，此次大合唱汇集了上海市以及黄河流域9省（自治区）的400多个合唱团、22000余人，规模宏大、场面壮观，多家电视台同步直播活动盛况。上海律师合唱团作为中心台800人主唱团队，确保了参与的人数、保证了演唱质量，参加了所有的排练、合排和最后的演出。初秋的申城烈日依然毒辣，气温高达35摄氏度，汗水湿透了合唱团每名律师的衣服，但大家斗志昂扬，精神饱满，歌声洪亮，动作排练标准规范，展现了上海律师的良好精神风貌。2011年，我们的合唱团参加了上海市委宣传部、组织部组织的“阳光·大地”系列合唱比赛，取得了好成绩。上



2011年4月周天平副会长参加我们的排练



女律师合唱团参加演出



合唱团参加釜山合唱节演出

海律师协会周天平副会长多次亲临我们的排练现场,带来专门的音乐老师给我们进行指导,大家深为有律协组织、领导的支持而信心满满。借此东风,2013年10月上海律师合唱团积极排练,参加了上海市首届上海市市民文化节,并获得“上海市100支优秀合唱团”的荣誉称号。

2015年上海律师合唱团在上海律师协会的全力领导支持下,以业余团队而追求合唱音乐艺术为主旨,以为上海律师弘扬社会主义精神文明核心价值观的理念,经过半年时间的排练、集训、整合,于1月31日在上海音乐学院的贺绿汀音乐厅专场举办了《上海律师合唱团2015年新春音乐会》。“北国风光,千里冰封,万里雪飘”,随着高亢嘹亮歌声的激扬,上海律师合唱团的新春音乐会正式开始了演出。我们充满激情地演唱了团长沈翼敏律师任指挥的歌曲《沁园春·雪》,在上海音乐学院汪任酪老师指挥下以歌声演绎了吉普赛人风格的歌曲《茨冈》,并且演唱了意大利语的经典名曲《飞翔吧,让理想插上金色的翅膀》,男生小组唱生动演绎了《游

击队之歌》等名曲,有唱有舞的女声表演唱《回娘家》获得一片喝彩声。更有友情参演的上海老检察官合唱团、上海市监狱管理局警官合唱团团队成员和我们的团员、老师共同演唱的意大利名曲《我的太阳》,使演出高潮迭起,音乐会最后在上海律师深情演唱的《在灿烂阳光下》的歌声中完美结束。上海律师合唱团以新春的嘹亮歌声祝福着我们上海律师业在2015年高歌猛进,事业发达,新年吉祥!

音乐会的成功举办,证明了上海律师合唱团昨天的努力和成绩;展望未来,上海律师合唱团有为上海律师文化插上音乐翅膀展翅翱翔的心愿。上海律师合唱团是上海律师一道靓丽文化风景,歌声、音乐带给我们律师职业之外的别样精神风貌,这是我们的文化品质,是我们的文化修养,这是满满的当今社会文化价值观的正能量。愿我们的律师文化境界和修养如春风融入我们的职业和生活。更美的心愿,愿我们合唱团美妙的歌声传达更广更远更久! ●(作者单位:上海市和平律师事务所)



获得“上海市100支优秀合唱团”荣誉称号



上海律师合唱团在2015年新春音乐会上演出之一



上海律师合唱团在2015年新春音乐会上演出之二



上海律师合唱团在2015年新春音乐会上演出之三

风采

●文/马康年

人生感悟

光阴似箭，日月如梭，人生即将步入唱《夕阳红》的年龄，行业协会网站上的一个通知，勾起我重温文艺梦，于是加入了本行业的混声业余合唱团。几十个同行、不同的人生阅历、不同的年龄因歌之缘走到一起，组成一个团队，每周一晚在吴兴路的市局会议室内，放下身架接受培训。曾以为自己有一定的音乐素养，在少年宫合唱团时练过声，在中学、大学担当过独唱、领唱，以为对付合唱应绰绰有余。可当我真正走入了这个团队，才知道天外有天。且不说指挥是上海音乐学院退休著名指挥家老师，就是团员中也有受过专门音乐训练的高手，许多人对唱歌的痴迷程度远胜于我。经过几个月的练习，我的合唱技巧有了长进，更领会到合唱和声的魅力。与独唱强调个性化不同，合唱讲求的是声音的整合与抱团，每个歌者的声线状况不一，指挥按不同的声线把训练有素的男女声分为高、低声部。随着音乐旋律的行进，音速或急或缓，音色忽明忽暗，音量渐强渐弱，音时高升时下降……这变化无穷的旋律相互碰撞又相互交融，时而如急风骤雨，时而如轻风拂面，如果不是身临其中，很难想象人的嗓音能创造出如此美

如天籁的和声。合唱的魅力还在于，可以提升个人的音乐素养，磨练一种合作精神。独唱可以随歌曲的不同而选择美声、民族、通俗等不同发音方法，而合唱只能

用美声，且高、中、低声部的发音部位各不相同。可以说每个声部就是一个小集体，个人的声音绝不能冒尖，必须学会控制自己的气息，懂得相互配合，做到收放自如。

当一首合唱曲在前奏音乐声中徐徐展开，当清越明亮的高音与委婉绵长的中音、浑厚深远的低音完美地融为一体，静心倾听那前呼后应、此起彼伏的歌声，就如同畅饮一杯甘醇的美酒，叫人迷醉。这种饱含深情而又细致入微声音与音乐的诗意表达，可直抵人的心灵深处，抚去平日的浮躁与忧伤。合唱团也许是我的文艺爱好的归宿，我会尽力去画圆人生这个句号。●

(作者单位：上海市联合律师事务所)



风采

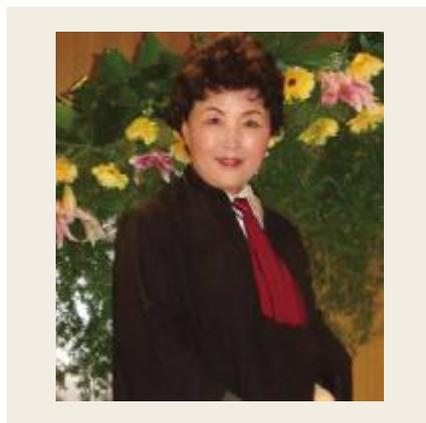
●文/缪惟茂

难忘的六月红歌

为庆祝中国共产党建党90周年，举国上下一片欢腾，纷纷以举办红歌演唱会来颂扬党的光辉、庆祝党的90诞辰。2011年的六月更是唱响红歌进入高潮的六月，我们上海市律师合唱团要参加三场演出，分别在6月20日22日25日由市司法局、静安区司法局和老干部局邀请我们参演。我们知道这不仅是我们合唱团演出亮相的机会，更是对我们合唱团寄予着希望、信任、荣誉。天气已热，而演出、彩排、合练地点除了在市中心的静安区外，其他的场地是在闸北区岭南路和浦东新区的张杨

路，需要被占用的时间有七天，我们这些合唱团员因律师业务在身要开庭、出差，因而每场的演出和彩排的完成是那么的不易。

为了红歌的精彩出演，为了各级领导组委会对我们的希望和信任，为了合唱团的集体荣誉，我们的团员几乎奇迹般地战胜了这些困难，三场演出都圆满成功，获得了一致的



好评。为合唱团争了光,没辜负领导的希望和信任,我们都为此深感自豪、欢欣鼓舞。

身为女高声部的一员,为有这样的姐妹深为感动,资深团员陈秉惠、唐逸敏、浦泽幸、张林菲、胡萍、吴天乐、时红娣、宗薇、赵薇、施意霖都是克服一切困难积极认真参加每一场的排练和演出,起到了表率作用。新团员王关平、王凌云、张玲、张瑜、杨玉萍、余倩、李维世充满了朝气和活力,也都安排好工作和家务积极认真参加排练和演出,新老团员齐心协力为了六月的红歌演出辛苦并快乐着。

尤其是陈秉惠和王关平,陈秉惠律师身为事务所主任,业务繁忙,为了演出,除因开庭外,六次活动都参加;王关平律师这七次活动一场没落下;6月19日那天暴雨如注,为了参加与老干部的合练,陈秉惠和王关平她俩硬是赶到浦东体育中心而浑身湿透。

6月22日我们参加了静安区《铁锤在党旗中闪光》的红歌比赛。罗文鹭律师为了准时赶到演出现场,满脸是汗,急忙换好演出服,突感心脏不适胸闷气急,赶紧服了些药,为了不影响我们演出她就在台下休息。我们演出后她一直留在现场关切地等待我们比赛的结果,当宣布我们得了第二名,她才满脸笑容地离开。

上海市律师合唱团是一支成立不满三年的合唱队伍,是我们每一位团员温馨的大家庭,在我们共同的努力下,取得了一定的成绩。通过这一次次的红歌演唱,使我们有幸欣赏了其他团队演唱的优秀曲目,更感到自身的不足,更深切地感到我们的队伍需要更好地学习、成长、壮大。

让我们大家一起继续努力吧! ●

(作者单位:上海市震旦律师事务所)

风采

●文/黄坚平

感动常在



下午有幸再次去剧场聆听了上海城市交响乐团的慈善音乐会,应该说“城交”的音乐会我已观摩了很多次,慈善音乐会也参加了数趟,但每次亲临现场,看到一幕幕感人的情景,听到一声声动情的话语,我的心灵都会由衷地感到震撼。说实话,与其说是去欣赏音乐,还不如说是去感受曹鹏先生的人格魅力和“城交”人天使般的心灵。

曹鹏先生是我国当代著名的指挥家,演绎俄罗斯和东欧音乐作品的大师。四十多年前,我就是他的“粉丝”,当年我喜欢音乐,喜欢交响音乐,是黄贻君、曹鹏、陈传熙、王永吉等著名指挥家的忠实听众。那时家境贫寒,经济条件很差,可以省吃俭用,可以忍受生活的苦难,但不能没有音乐!现已不堪回想那时为了去剧场聆听音乐会而付出的痛苦代价。多少年过去了,很多大师都已离我们而去,但曹鹏先生还活跃在交响音乐舞台,活跃在普及交响音乐的舞台,近些年来又专注于慈善事业。这位新四军时期的文艺宣传员,新中国成立后最早外派留学原苏联的音乐家,在古典交响音乐领域辛勤耕耘了几十年,离休后并未放下他心

爱的指挥棒,继续在传播、普及交响音乐方面作出他卓越的贡献。八十多岁高

龄了,每天还在翻阅研究总谱,还会对乐团每次排练存在的问题寻找解决并完善的方案。曹先生对艺术孜孜不倦的追求,对交响音乐演奏技艺的精益求精,对社会的高度责任感,对生活的无限热爱,还有曹先生全家人,为“关爱自闭症,社会更和谐”方面所作出的不懈努力,所付出的常人难以想象的代价,常常感动着我,也常常鞭策着我,更常常激励着我。

聆听“城交”乐团的演奏,观摩曹鹏先生的指挥艺术,是一种生活上的享受,是一种精神上的抚慰,更是一种心灵上的感动!愿感动常在! ●

(作者单位:上海市申中律师事务所)



为了发挥优秀律师事务所在律师事务所规范化、品牌化、专业化、规模化建设方面榜样与示范作用,积极引导本市律师事务所科学发展、规范发展,上海律师协会九届理事会决定开展 2011-2015 年度“上海市优秀律师事务所”评选活动。经过初评、终评两轮评选工作,最终评选出了 20 家上海优秀律师事务所。自本期起,本刊将陆续报道它们的优秀事迹。

律所建设 ●文 / 王桂喜

领航海商海事 法律服务市场

——记上海四维乐马律师事务所



近年来,随着全社会经济活动的不断增加,内容不断丰富,产生了越来越多样化的法律服务需求,政府、企业及公民越来越习惯于运用法律武器保护自身,律师业为此得以迅速发展。作为全国经济中心、对外开放的名片,同时也是作为全国法治程度名列前茅的城市,上海近年来律师行业的发展更是进入了快车道。律师人数的直线上升以及律师事务所规模、质量的提高都是显而易见的。这种发展环境也造就了上海本土律师业两块挥之不去的阴影。阴影之一是来自外省市同行的强力竞争,如北京、广州、浙江等地的规模律所纷纷到上海开办分所,争夺上海的本土业务;阴影之二是来自国外同行的强力争夺,以美英等国为首的国际律所先后在上海开办了办事处,争夺上海的国际业务。目前,这两块阴影已与本土律师业如影随形,蚕食了本地法律服务业务的半壁江山,导致上海本地法律服务市场异常激烈的竞争格局。

同样,我们四维乐马律师事务所也感受到了这些压力,多年前就进行了布局,17年前的1998年,我们就得到中国司法部的批准在德国柏林开设了中国大陆在欧洲的第一家律师事务所分所,把竞争的战火烧到了对手半场。进入新世纪,事务所又进行了强强联合,由四维所和斯乐马所两家专业海事海商律所合并成立了四维乐马律师事务所。面对诸多的竞争压力,律师事务所这些年来不断开拓、锐意进取。

事务所追溯 30 多年历史

上海乃至全国律师界的人们应该都知道,四维乐马所是一家专业从事海事海商的律师事务所,但大家可能未必知道,我们也是上海乃至中国大陆历史最为悠久的海事海商律师事务所。我们事务所现在的英文名叫

SLOMA,即是上海市海事律师事务所英语 Shanghai Law Office of Maritime Affair 的缩写,这块 SLOMA 牌子 30 多年前就开始悬挂在上海新闻路上的上海市第三律师事务所门口了,我们一直传承至今。如今,四维乐马所的核心团队就是当时第三律师事务所海事部(又称:上海市海事律师事务所)的律师发展壮大而来。虽然四维乐马所在坚持不断开创新的法律服务项目,但四维乐马所更是不忘钻研特长优势的海事海商专业法律服务项目,将自己的历史优势不断坚持,始终坚持设立事务所的初衷,延续事务所的优良传统,不断在自己最为专业的海事海商领域内做精、做专、做强。

事务所海事海商专业特色

四维乐马所作为一家专业从事海事海商的律师事务所,目前,不光在上海、中国,乃至国际上,四维乐马所



主任厉明积极参政议政

的海事海商法律服务都拥有较高的知名度和较强的竞争力。我们曾在 2005 年起连续三年被《亚洲法律杂志》(ALB) 评选为中国最佳航运业律所, 还被国际法律评级机构钱伯斯(Chambers) 评为中国海事海商的钱伯斯亚洲法律奖。而令我们感到更为自豪的是, 四维乐马所的多名律师在全国律协、上海律协、海事大学、运输协会等行业组织、上海仲裁委员会、中国海事仲裁委员会等仲裁组织、教学机构中担任着海事海商法律行业的教授者、裁判者、领军人。

除了获得律师同行和专业机构的认可, 我们还得到了诸多客户的首肯, 我们在航运业的客户有国际国内知名的中海、中远集团旗下的运输公司, 也有中国、英国、日本的船东保赔协会, 以及 DHL、TNT 等多家国际货运公司等等, 这些保赔协会、运输公司、货运公司已经是我们十年甚至是二十多年的法律顾问企业。其中有一家成立于 1330 年且运营至今 680 余年的奥地利家族企业, 从上世纪九十年代初刚刚入驻中国便成为了我们事务所的客户, 至今该公司已经成为我们二十多年的顾问单位了, 客户从原来的一家小型的上海办事处发展到如今上亿元年收入的国际货运企业。事务所伴随着它也一起共同成长。这样的客户只是事务所许多客户的缩影, 我们律师事务所这些年来兢兢业业工作, 不断的成长, 同时也见证了我们的客户不断地发展壮大。

除了这些与我们共同一起成长的客户, 近年来, 我们承办过许多业界知名具有重大影响力的海事海商案件, 如日本三井商社的 17 万吨的散货船“世纪之光”在中国海域的沉船案(涉案金额 1 亿美元)、中海集运“桃园轮”船舶碰撞案、中海货轮公司“宁安 11”轮撞击上海外高桥发电厂码头案, 以及招行金融租赁公司与南京船厂的造船合同纠纷案(2 亿元标的)、携程公司购买远洋邮轮法律服务案等。为这些案件提供法律服务, 无论是船舶碰撞、沉船、船舶融资、船舶交易等领域均需要有非常专业的知识, 事务所律师们不断在专业领域深入细致地钻研, 努力向更专业、更细致、更可靠的方向发展。

事务所专业 + 综合发展理念

此外, 从四维乐马所合并之时起, 我们事务所本着从专业所向专业 + 综合所发展的理念, 逐步开拓和发展了其他律师业务领域, 现在事务所除从事海事海商的律师外, 还有一批从事公司重组、项目投资、融资租赁、土地征收、民刑诉讼的律师团队。

随着市场经济的不断发展, 公司规模的不扩大等因素, 致使经济活动不断出现新类型, 综合性纠纷案件层出不穷, 包括劳动纠纷、公司并购、转让、公司改制、企

业融资、对外投资、公司破产、重组等情况均可能在同一家企业发生, 一个案件里可能包含几种法律关系。因而, 单单掌握事务所专业的海事海商领域相关法律服务内容已经无法满足客户要求了。同时, 越来越多大型律师事务所的出现, 也正是顺应了这样一个时代要求, 未来企业需要的必然是“一专多能”的律师事务所。将精品做好的同时走专业及规模化之路势在必行。我们理解规模化的意思, 并不是要在一家律师事务所里配齐各种业务门类的律师, 也不是要在一家律所里简单地集合几十个业务类型相同的律师团队, 我们理解的规模化是要在律所适度具备一定律师人数或团队的同时, 各自实行专业化分工, 合理配置人力资源, 强调团队协作, 而不是“万金油”式各自为战的服务方式。通过事务所统筹规划, 从而帮助事务所实现发展、实现飞跃, 参照现代企业管理制度的要求, 对律师事务所实行高效、科学、规范的管理, 充分发挥律师事务所的整体效能。在事务所发展的目标理念上, 事务所全体合伙人及律师认同并体现共同发展、共创品牌律所的观念。

事务所坚持后备人才培养

律师事务所的发展主要是依托于律师后备人才的培养。事务所始终强调律师必须是要走职业化、专业化道路。事务所内部建立了良好的学习制度, 定期、不定期地安排团体学习。部分律师助理强制性进行学习, 律师自发性的进行学习。类似于新民事诉讼法、民事诉讼法司法解释等最新法律法规的学习引起了广大律师的极大兴趣, 在学习中, 通过各个律师之间的司法实践工作, 切身的体会进行分享、交流、讨论、辩论等形式, 从而掌握相应的新修订法律的精髓和相应的条款。通过经验的分享, 观点的讨论、辩论从而更全面更深刻地理解相关的法律内容。

律师事务所除了通过讲座、交流会等进行授课的同时, 也继承了我们律师界传统的“传帮带”教育模式。事务所每一名律师助理均配有 5 年以上职业经验的律师进行带教工作, 并且绝大多数为拥有十年以上的资深律师担任带教老师。通过协助办案过程中的言传身教, 结合带教律师十多年的工作经验, 律师助理在实践中获得了经验积累和磨练。许多在司法实践中的经验和法律常识并非是律师助理能够在书本上所学到的内容, 通过传帮带很好地弥补了律师助理在司法实践阶段的空白。由于事务所部分业务是英语业务, 从而形成了流水线式的起草、修改工作模式, 使得律师助理在工作的同时, 更是在学习提高。

在传帮带和讲座学习的基础上, 事务所还经常开展团队活动, 通过团队之间的活动, 从而增强事务所的凝



党支部书记王桂喜在向杨浦区领导汇报工作



事务所部分党员在参加党建活动后合影



事务所向遵义电教室捐赠仪式

聚力,增进同事之间的认识和了解,同时也增加了律师们对于事务所的感情。正是通过事务所传帮带的带教机制以及律师事务所内部的学习机制,推动了年轻律师们一批又一批的成为事务所的精兵强将,甚至成为事务所的新骨干,使得事务所不断发展壮大。事务所内部浓重的学习氛围,也使得事务所对于专业问题的法律服务能力始终走在行业的前端。同时,不定期地开展团队活动也增强了事务所凝聚力,使得优秀的人才都能凝聚在一起,为事务所不断做大做强奠定了基础。

事务所服务社会公益

四维乐马所在发展律师业务的同时,也注重律师回报社会、承担社会责任。我们先后免费为“救人英雄”闵炳忠打赢了人身损害赔偿案件;为“受伤保姆”祈雯娟讨回了公道;平息了江浦路街道“煤气债券”的群体纠纷。我们十几年不间断地向希望工程办公室捐款,还资助下岗工人的孩子和四川地区的贫困大学生。2011年,拥有20名中共党员的事务所党支部获得了上海市委颁发的“先进基层党组织”的荣誉称号,获得5万元的奖励后,律师事务所没有将这些钱用于庆祝活动,而是在事务所内进行募捐,最后把包括奖励在内的14万元向贵州贫困地区小学捐助了一个电脑实验室,并亲自到贵州小学进行了实地的走访,确保电脑实验室的落实。

值得一提的是,在杨浦区政府、区司法局的大力支持下,2014年,事务所开办设立了全市首家全公益性质的上海公义房屋征收法律服务中心,开办后的几个月时间里就接待了2000余人次的咨询来访。来访人员分别来自于本市杨浦、虹口、闸北、普陀等区县的动迁老百姓,同时还为一位香港同胞解答了动拆迁中的法律问题。事务所内有一批律师在公义房屋征收法律服务中心任劳任怨地每天值班,不求任何报酬。通过这些律师的努力,公义房屋征收法律服务中心获得了广大动迁百姓以及各级政府部门的一致好评,公义房屋征收法律服务中心为化解社会矛盾作出了贡献。

不仅仅公义中心为杨浦区乃至上海市化解了许多社会矛盾,同时律师事务所也在杨浦区多年旧区改造中做出了许多贡献。在杨浦区地铁8号线、地铁12号线工程动拆迁过程中,事务所律师全身心地投入到了旧区动拆迁工作中,作为社会第三方人士通过搭平台等多种形式化解旧改矛盾,加快旧改工作的推进,为城市发展、旧区改造、社会稳定、造福百姓发挥了不可磨灭的作用。

为此,四维乐马所近年来多次被评为上海市的司法行政系统先进集体、上海市“文明律师事务所”、上海市“五星级社会组织党组织”、上海市委“先进基层党组织”、司法部“律师行业创先争优活动示范点”。这些荣誉都是靠律所全体律师付出巨大努力所获得的,是这个光荣集体大家的共同荣誉。四维乐马所的发展过程中,同样秉持着一种精神和理念:律师不只是为当事人利益出发提供法律服务的主体,也是维护社会公平正义、司法公正中的不可或缺的角色。四维乐马所始终都将服务百姓、服务社会、服务政府,促进司法公正、加速政府法治化作为事务所一直以来发展的基本办所原则。

事务所发展的新期待

今天,我们再谈到上海律师业的这两块阴影,四维乐马所已经把它们当成了过眼烟云,我们为能够在国内和国际上争取到海事海商法律服务业的领先地位而感到无比荣耀!发展中遭遇压力也可以变成我们进步的动力,上海本土律师业需要尽快提升能力,变压力为动力,四维乐马所愿意奉献自身发展的经验为上海律师业的改善和进步做出贡献。我们不惧同业的挑战,只要坚持自己的专业,不断提升自身的能力,我们事务所便能始终在法律服务业界站稳脚跟。在为社会提供专业法律服务的同时,我们将继续回报社会、履行社会责任。过去的30年时间积淀,使得事务所已经在专业领域发展成为一家在国内、国际上有一定知名度的海事海商专业律师事务所,未来的30年时间,我们将使我们事务所成为专业更强、综合服务品牌化的优秀律师事务所。●

区县传真 ●文 /杨浦区法律援助中心课题组

农民工劳动纠纷 法律援助案件成本分析

农民工作为我国经济社会转型期最大的城市弱势群体，劳动权益维护成为迫切的现实问题，对经济社会有着不可忽视的影响，本文主要从农民工劳动纠纷法律援助案件的成本角度进行分析研究，探索寻找控制农民工劳动纠纷案件成本的方法和途径。

法律援助是政府的责任，是政府扶助贫弱、保障社会弱势群体合法权益的社会公益事业，是中国实践依法治国方略的重要举措。改革开放以来，农民工为上海的发展做出了不可磨灭的贡献，围绕农民工权益的各种社会、法律问题也相继产生，法律援助在维护农民工权益方面发挥了重要的作用。在不断增加的农民工法律援助案件中，劳动纠纷案件所占比例也最高，因此对农民工劳动纠纷法律援助案件成本进行分析研究具有现实意义。

本课题中农民工劳动纠纷法律援助案件成本界定

为处理农民工劳动纠纷全过程所产生的成本，包括农民工自身劳动成本、处理该劳动纠纷的法律援助机构、劳动监察机构、司法判决等机构办理案件过程中产生的成本，以及可能引发的其他非预期成本。

一、农民工劳动权益维护现状及存在问题

一个不争的事实是，外来人口已经成为上海市重要的人口组成部分——据上海市统计局公布 2012 年外来人口与本市常住人口比例达到 1:2.48，其中外来人口的绝大部分是农民工，他们服务于上海经济建设的各个行业和领域，为上海市的建设和发展做出了巨大的贡献。那么，这些农民工在城市里的现状，特别是多数人关注的农民工劳动权益维护方面的情况怎样呢？

（一）农民工群体成权益侵害重灾区。

农民工作为我国经济社会转型期最大的城市弱势群体，普遍缺乏法律知识、诉讼技能和各种社会资源，因而容易成为权益被侵害的对象，经常被一些无良用人单位（工）老板拖欠工资、克扣加班工资和奖金、漏缴或不缴纳社保等。杨浦区法律援助中心统计本区 2012 年到 2014 年 6 月期间民事法律援助案件表明：2012 年办理民事案件 441 件，其中农民工案件 330 件，占 74.83%；2013 年办理民事案件 511 件，农民工案件 427 件，所占比例升到 83.56%；2014 年上半年办理民事案件 354 件，农民工案件 303 件，比例高达 85.59%。通常情况下，农民工民事法律援助案件败诉率低于 5%，如果算上因为证据不足、和解及其他原因撤诉的情况（该部分比例一般在 10%左右），农民工民事法律援助案件中可以被证实的侵权案件比例在 68%左右。由于目前法院不受理社保类案件（按照《民法通则》规定民法的调整范围是平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系，司法界当前普遍推行社保纠纷暂不属于人民法院审理的民事案件范围的做法。劳动者认为用人



农民工在接受律师有关如何维权的指导



律师接受农民工咨询



律师向农民工解答相关法律规定

单位没有依法缴纳社会保险费的,可以向主管部门亦即劳动和社会保障有关部门投诉,通过行政途径解决争议(行政机关可以强制征缴并申请人民法院强制执行),再加上无法统计的非法律手段维权的农民工数量,这个比例应该还会增加。由此可见,说农民工成权益侵害重灾区并不是夸大其辞。

(二) 越来越多的农民工选择依法维权。

随着农民工工资拖欠问题得到从中央到地方各界的重视,以及农民工自身法律知识和法治意识的增强,传统农民身上“忌讳摊官司”、“屈死不告状”的观念已经发生了变化,农民工寻求专业律师咨询和申请法律援助,选择依法维权的数量正逐年增加。杨浦区法律援助中心统计近几年的法律咨询与法律援助案件表明:2012年接待咨询农民工1000人次占咨询量的17.17%,2013年接待咨询农民工1094人次占咨询量的20.86%,2014年上半年接待咨询农民工460人次占咨询量的17.31%。农民工到法律援助中心咨询法律问题的人数保持在较高比例,从第一部分知道,农民工法律援助案件比例明显呈逐年增长趋势。

(三) 农民工劳动纠纷维权成本趋高。

随着农民工法律知识的提高、法治意识的增强,“依法维权”成为解决矛盾、维护权益的重要方式。那么农民工通过法律维护权益的效果如何呢?事实表明,农民工在依法维权过程中面临重重困难,维权成本并不完全如预期所期望的那样明显降低,反而有趋高的危险。

首先是立案难。有的用人单位利用信息不对称优势、物质和社会关系上的强势地位对农民工施压或诱骗农民工放弃签订劳动合同,或者签订了合同也不交给农民工,平常管理也做足了准备,农民工连工资卡、出入证、饭票等都没有,甚至用人单位的准确名称都不知道,发生劳动纠纷后,往往难以证明劳动关系的存在,导致立案困难。还有一些法律适用和政策规定原因也不利于

农民工劳动权益的维护,比如法院一般认为(农民工)社保纠纷不属于民诉案件范围而不予立案,使得农民工的权益维护更加困难。

其次是举证难。发生劳动纠纷后,有的农民工不知道怎样收集和保留证据,甚至对证据的概念都不清楚,所以完全凭农民工自己的能力收集有效的证据是存在困难的。在案件的实际处理中,农民工举证难通常有这几种情况:一是农民工法律知识不足,举证技巧和经验缺乏,自身不会举证;其次是迫于用人单位的强势,不愿意或不敢“得罪”用人单位,第三方(如工友,与事件有关的其他单位或机构)没有作证积极性;第三就是用人(工)单位凭借信息不对称优势以及优于农民工的物质、社会基础,为农民工调查取证设置障碍,农民工要获取有利的证据材料往往需要付出高昂的代价。

三是渠道不畅。农民工在发生劳动纠纷后,有的直接到法律援助机构获得了无偿的法律援助,有的求助工会、妇联、残联等其他组织和机构得到了一定的帮助,有的自己付费请律师打官司权益得到一定的维护,还有的受渠道限制被无孔不入的诉讼“黄牛”蒙骗,维权不成反遭雪霜之害。农民工通过不同的渠道获得的维权效果各异,究其原因是不同组织和单位之间存在条块壁垒,信息流通渠道未建立,工作协调机制不畅所致。

四是执行难。就算农民工劳动纠纷案件顺利立案,顺利调查取证,甚至经过法院判决胜诉,最终也可能面临执行难问题,责任单位如果对判决不服提起反诉,农民工就必须陪着再走一次司法程序。更有甚者,部分明显恶意的用人(工)单位在对农民工侵权后变更公司注册信息,或者采取其他手段使得农民工起诉的责任主体“消失”,这时农民工即便赢了官司,要想获得赔偿,就得找出“消失”的责任主体,重新走一遍司法程序。根据我们开展法律援助实际经验知道,这样的情况并不少见。

五是时间长。按照我国劳动法规定非经仲裁不得提起诉讼,而仲裁实行一调、一裁、二审的制度,并且规定了一年仲裁时效,以及各阶段的时限规定,农民工劳动纠纷按程序维权的时间会被拉得很长,完成整个司法程序可能会得不偿失,官司越打越没有信心。杨浦区法律援助中心代理过一起农民工劳动纠纷的法律援助案件,农民工本人的诉求仅为不足 5000 元的加班工资补偿。整个案件经历调解,农民工的仲裁起诉、应诉,农民工的一审起诉、应诉,前后持续将近 2 年的时间,最后用人单位不服法院判决向中院提起上诉,农民工的加班工资依然得不到兑现。极端的个案出现了一个农民工为了 1000 元的工资,打了 5 年官司,农民工本人却意外死亡的情况。

既然农民工群体是权益侵害的重灾区,那么就给他(她)们一个维护权益寻求心理发泄的合理通道,鼓励农民工走依法维权道路无疑是最值得提倡的途径。所以,农民工劳动纠纷维权成本趋高是一个必须警惕的信号,因为这可能引起农民工人格和心理畸变,产生对社会、他人的敌视,进而产生暴力报复心理,可能的后果将难以估量。

二、农民工劳动纠纷法律援助案件成本分析

在市场经济条件下,我们可以把农民工在用人(工)单位工作与获得待遇看作一次交易:对农民工来说付出的是劳动,获得的是工资、社保、奖金、劳动保障、培训机会、晋升机会等;对用人(工)单位来说付出的是给农民工的工资、社保、奖金、劳动保障、培训机会、晋升机会等,获得的是农民工所付出劳动的对价。

按照科斯定理(科斯定理:如果交易费用为零,无论权利如何界定,都可以通过市场交易和自愿协商达到资源的最优配置;如果交易费用不为零,制度安排与选择是重要的。),农民工与用人(工)单位的正常交易中,如果交易费用为零,即农民工按照合同约定完成了劳动量,用人(工)单位支付了相应的对价,那么法律援助、劳动监察、劳动仲裁、诉讼等都是不需要的。但是,一旦出现农民工或者用人(工)单位用非正常手段使得交易费用不为零,那么制度安排和机构设置就成为必要。

就农民工劳动纠纷法律援助案件,显而易见需要必要的制度和机构介入了。为方便分析,我们将该过程的综合成本分为静态成本(C_j)、动态成本(C_d)和次生成本(C_c)三类,综合成本,即总成本为这三类成本之和,即

$$C = C_j + C_d + C_c$$

(一) 静态成本分析

在办理农民工劳动纠纷法律援助案件过程中,需要

法律援助机构、司法行政部门、劳动监察机构、工伤认定机构等常设或临时性机构的介入,我们将维持这些机构正常运营、保证职能正常发挥、改进工作质量等所投入的人、财、物统称为静态成本,也称稳态成本。静态成本只受抽象案件、政策规定、法律变化等宏观因素的影响,同时反过来影响这些机构效能的发挥。

通常,农民工劳动纠纷法律援助案件静态成本(以下简称“静态成本”)是参与各机构静态分成本的总和,即

$$C_j = \sum_{j=0}^n C_j$$

n ——机构数量;

C_j ——静态分成本。由于机构人员薪酬和福利标准一致,故与人员有关的静态分成本就只受人员数量影响;如果把办公经费、基础设施等费用视为常数,静态成本就是一个线性相关变量。

于是,“静态成本”公式简化变型为

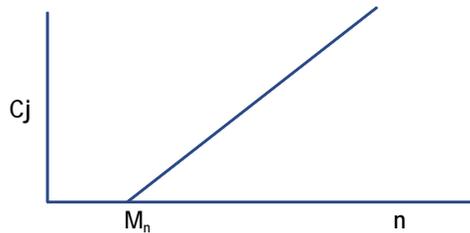
$$C_j = nC_{jr} + M_0$$

C_{jr} ——平均静态分成本,可视为常量;

M_0 ——维持机构运营的静态分成本,不以具体案件的有无而存在。

绘制“静态成本”简化公式示意图,可以很直观地看到随着介入劳动纠纷法律援助案件机构的增加,静态成本递增。当然没有法律援助机构的介入,机构自身运营也会发生成本 M_0 。如果再深入一些,会发现 M_0 与时间正相适应,也即一个案件持续时间越长发生在机构运营部分的静态分成本越高。

通过上述简单分析,我们可以得出基本结论,节省“静态成本”的办法就是:尽量减少案件介入机构,并以尽可能快的方式顺利结案。



图表 1 静态成本与参与单位关系

需要说明的是减少案件介入机构、尽快结案仅仅有助于静态成本的节省,并不能就此得出总成本减少的结论。

(二) 动态成本分析

动态成本是指农民工在解决劳动纠纷案件过程中的直接付出成本。这部分成本的一个显著特征就是因人



农民工群体案件受理指导现场



现场受理农民工法援案件并解答

而异,同样类型的劳动纠纷法律援助案件,发生在具体农民工和用人(工)单位身上的动态成本也不一样。

农民工维权(农民工权益被侵害是指农民工自身的诉求,并不代表事实或被证实一定存在被侵害,即使是被证实农民工权益未被侵害,我们也可以将被侵害权益为零或负值来理解。故这里的从弱势一方的农民工角度统一称作农民工权益被侵害。)过程产生的维权动态成本(以下简称“动态成本”)参照诉讼成本分类由三部分组成,用公式表示如下:

$$C_d = aS + bL + cJ$$

S——先期支付成本,简称先付成本,即农民工为了使被侵害的权益得到赔偿而先行支付的成本,包括交通运输、住宿、生活支出、资料(证据)收集等费用;

L——伦理成本,或者说精神成本,指维权过程对农民工个人声誉、精神状态、心理感受、观念等产生的影响,包括对家庭、朋友、同事等关系造成的影响。该部分成本是次生成本形成的关键;

J——机会成本,指农民工为了维权不得不放弃获得其他工作,以及从事其他工作获得收益的机会。

从“动态成本”公式可知,先付成本、伦理成本、机会成本的同时增加必定导致“动态成本”的增加,降低“动态成本”的有效方法就是对三种成本进行控制。

1、先付成本 S 控制

先付成本以钱物为表现形式,直接影响农民工的生活,并且随时间延长而增加。先付成本会引起农民工生活质量下降,继而增加伦理成本。

农民工可以采取向第三方,如法律援助机构办案人员委托代理的方式将部分先付成本转嫁给法律援助机构,法律援助机构则通过提高办案效率来缩短维权时

间,从而达到降低先付成本的目的。农民工也可以通过工会这样的自治组织来实现先付成本的有效降低。

因此,降低先付成本的方法包括:

1)健全工会组织,强化其在农民工维权过程中的作用;

2)及时申请法律援助;

3)提高办案效率。

2、伦理成本 L 控制

由于农民工群体具有不同于其他社会群体的特征,比如易冲动,自我约束能力不强,稍有一定的刺激因素就可能与人冲突;生活不富裕,生活承压能力弱,三天没有收入就可能断炊;地缘亲缘意识强,容易拉帮结派,农民工之间的冲突容易引发群体性矛盾;社会地位低下,家庭地位重要,心理矛盾重重,容易滋生对政府、对社会、对他人的仇视和敌视心理等。因此,伦理成本在“动态成本”中是一个非常关键的成本因素。

通过对这些特征的了解,可以得出一些控制伦理成本的主要结论:

1)强化农民工的教育培训,提高他(她)们自身素质,增强认识问题、分析问题、抵抗挫折的能力,可以减少伦理成本。

2)开展农民工技能培训、改变分配方式增加农民工收入水平、开展法律援助等方式降低先付成本,有效提高生活质量,增加生活承压能力,从而降低伦理成本。

3)加强宣传引导,突出农民工对经济社会的贡献作用,改善农民工的社会地位,转变农民工对社会的平衡心态,可以降低伦理成本。

4)规范农民工居住管理、进行心理干预(疏导),让农民工正常融入社会生活,防止出现以亲缘地缘为基

础的非正常集群生活圈,可以降低农民工伦理成本。

3、机会成本 J 的控制

机会成本反映的是农民工维权阻力。假设农民工维护的权益价值为 P,为了维护该价值可能放弃的最大价值为 P₁,则农民工选择维权所丧失的机会成本就是:

$$J=a_1P_1-b_1P+c_1S$$

1)首先分析 P₁ 因素的影响。经济形势越稳定,政策支持力度越大,就业机会越多,农民工接受的培训越好、技能越熟悉等,则 P₁ 值越高,对机会成本的影响越明显。反之,则不明显。

2)因为 P 和 S 的影响存在关联,所以我们对其一起分析。如果一个农民工没有申请法律援助,也不寻求工会组织的帮助,那么先付成本 S 将可能是个较大的值。并且由于没有专业的人士的工作,P 得不到有效维护而变小,或者变为 0 甚至为负值,从而使得机会成本变大;反之,如果一个农民工通过工会的帮助,或者及时申请了法律援助,使得先付成本得到有效降低或转移,P 得到了有效维护,则机会成本将大幅降低。

3)单就 P 来看,它反映出劳资关系的紧张程度,或者劳动力市场的用工规范程度。劳动力市场用工越规范,劳资关系越和谐,P 值越小,机会成本越大,农民工纠结于维权的动力就会受到抑制;相反,劳动力市场越混乱,劳资关系越不融洽,P 值就越大,机会成本就减少,农民工进行维权的积极性和决心就会高涨。

由此可见,机会成本是一个具有鲜明时代特点的参数,经济形势越稳定,政策越有序、市场监管越规范、农民工受到的培训越充分技能越成熟,机会成本就越大,理性农民工比例就越高;反之,经济形势越糟糕、政策越无序、市场监管越无力、农民工技能越生疏,机会成本就越小,非理性农民工比例就越高。

(一)次生成本分析

次生成本是指农民工为弥补预期权益未得到满足而寻找的替代成本,也就是说农民工如果感觉自己所期望权益未得到满意的维护,那么他(她)将会在别的地方寻求补偿,这种补偿就形成了次生成本。

次生成本可以用以下公式来表示:

$$C_c=a_2(P-P_0)+b_2L$$

P₀ 表示农民工最终得到维护的权益值。如果用 P 表示农民工权益期望值 P 没有得到满足的程度,即

$$\Delta P=P-P_0$$

则次生成本可表示为:

$$C_c=a_2\Delta P+b_2L$$

这表明:

1) 农民工权益未被满足的程度越高,伦理成本 L 越大,次生成本 C_c 越大,农民工就处于非常危险的状态,

极容易寻找途径补偿,表达一些过激失控行为;

2)如果农民权益得到良好的满足,当 $\Delta P=0$ 时,次生成本公式简化为 $C_c=b_2L$,这时次生成本 C_c 只受伦理成本 L 影响,且正相关。事实上,由于农民工群体的特殊性,要求维护的权益价值 P 一般较小,因此 P 也较小。

一般而言,农民工认识问题、分析问题能力较弱(参见伦理成本 L 控制部分),因此伦理成本 L 较大,所以伦理成本变成次生成本的主要影响因素。再加上影响农民工伦理成本 L 的因素较多,比如家庭不和睦、社会不理解和歧视、同事之间的矛盾、性格上的缺陷、先付成本 S 压力等等因素都会引起伦理成本的增加,而这些因素往往又是连带发生作用。所以,这时候农民工如果没有得到有效心理舒缓和内部压力的释放,伦理成本将会产生雪崩效应,引发大量的次生成本。这时的次生成本往往是恶性的,将可能给社会带来灾难性的后果。

因此,抑制次生成本的方法和途径就清楚了:

1)通过规范劳动力市场、增强第三方维权力度等措施尽量减少农民工权益的不满足程度;

2)通过教育培训、心理疏导等方式降低伦理成本。

三、农民工劳动纠纷法律援助建议

综上所述,为有效降低农民劳动纠纷法律援助案件的实际成本,切实维护好农民工的合法权益,从广义的法律援助角度来看,我们认为应主要做好以下几方面工作:

一是优化法律援助程序。通过强化机构间的协作,拓宽农民工获得法律援助渠道,简化法律援助的环节,中间过程尽可能发挥律师或法律工作者等专业人士的主导作用,提高法律援助实施效率。

二是积极发挥工会组织在农民工劳动权益维护中的作用。应要求各用人单位建立或协调建立适当的工会组织,发挥工会组织的桥头堡作用,通过工会组织的规范、统一行动提高农民工的法律知识、法治意识,引导农民工走理性维权道路。

三是加大对农民工群体的关注。为农民工创造学习、培训、进修机会,加大对农民工家庭、娱乐、健康等方面的关注力度,尤其应加大对农民工群体心理健康方面的关注力度,让农民工能够健康、快乐、正常地融入社会生活。

四是强化宣传效果。通过专业宣传机构的努力,既加大全社会对贫弱群体的关注范围与力度,也加大对法律援助机构职责内涵的宣传,践行好习总书记“不断扩大法律援助范围,提高法律援助质量”的总要求,让尽可能多的真正贫弱的群众能够获得优质的法律援助服务,切实维护好社会的公平与正义。●

人物专访 ●文/牧冬

游闽键： 沉淀自己 不要着急



以律师的身份获得全国劳模称号,游闽键并非第一人,却也凤毛麟角,在上海更是独此一家。置身摩天大厦云集的上海金融中心陆家嘴,鳞次栉比的高楼大厦满满地占据着视线。华能联合大厦35楼,在这个里里外外都透着精英范儿的上海协力律所办公地点,游闽键在转角处的一间茶室接受了记者的专访,古朴雅致的环境,让气氛变得悠然,袅袅水汽,一室茶香,将室内室外划分成两个世界。

活跃的“突破”因子

4月28日,当游闽键获颁全国劳动模范称号时,他很难描述自己的感受,如果非要找到一个形容词,用“激动”更为合适。以律师的身份获得全国劳模称号,游闽键并非第一人,却也凤毛麟角,在上海更是独此一家。游闽键的获奖从很大程度上来说,既是对他个人多年公益诉讼之行的认可,也是对律师这一职业辛勤肯定。

“获奖很意外,但和我的专业领域密不可分。”与荣誉的邂逅也要缘分,在游闽键看来,这缘分起于知识产权。

将时针回拨两天,第15个世界知识产权日来临。今年,世界知识产权组织(WIPO)将目光聚焦在音乐维权上,而我国的知识产权宣传周的主题则围绕知识产权强国的内容展开。

“知识产权战略决定着中国的未来。”对国家知识产权局局长的这句话,游闽键深有感触。

从华东政法大学毕业后,游闽键进入了新华律师事务所实习,将新华所称为律师界的孵化器,一点也不为过,很多律师在此成长,于日后上升为业界翘楚,游闽键也名列其中。当年,与很多新手律师一样,游闽键经历过选择专业领域的漫漫纠结之路,他的思维触手曾延展至很多领域,证券、房产、海事海商等,而留在知识产权,是兴趣使然,也是机缘巧合。游闽键一直对开发计算机软件很有兴趣,一次参与开发的过程开启了他的知识产权之旅。

一时无心插柳,转眼柳树成荫。

游闽键的感知一向敏锐,专业判断与思维构建也具有前瞻性,结合自己对知识产权国内外法律规则的透析,游闽键在知识产权法律服务领域大放异彩。

打开百度,在搜索栏里输入“游闽键”,简介中诸多醒目的“第一”赫然在列——中国第一起反垄断纠纷案——书生公司诉盛大网络垄断纠纷案;反流氓软件全国唯一胜诉案件——很棒小秘书软件侵权案;中国网络游戏第一案——神州奥美诉浩方在线对战平台著作权侵权案;软件最终用户第一案——Discreet 诉上海对点文化传播公司著作权侵权案;西部知识产权第一案——奥多比公司诉汉湘文化软件侵权案;商业秘密刑事第一案;中国造船业知识产权第一案;上海电子机票恶意退票第一案……

执业近 20 年来,游闽键先后成功代理了各类知识产权案件千余起,许多案例成为中国知识产权诉讼领域“第一案”,具有里程碑式的意义,被业界奉为经典广为援引。

如今,称游闽键为知识产权法律服务领域的领军人物,恐怕无人会质疑。对于外界的高度评价,他显得比较淡然。这背后有多少艰辛付出,外人不知,他也一笑而过。或许,游闽键更感谢老天,让自己身而逢时,先行一步进入了这个很有前景且充满挑战的领域。

在这个领域,他目睹了变迁,并出谋划策。从 1997 年转做知识产权诉讼开始,游闽键经历了我国入世后知识产权保护由被动迎合转为主动保护的过程,经历了我国知识产权法律由不健全到审判规则(尤其是互联网方面)领先世界,逐步具有竞争力的过程,他曾参与全国人大《著作权法》、《计算机软件保护条例》等多部知识产权法律的立法活动。可以说,这个领域的脉动,他一直在感受。

游闽键的性格中,有一种名为“突破”的因子非常活跃,知识产权这个开阔的领域正好给了它们施展身手的空间。这也让他总在合适的时候超前一步。

2013 年上海自由贸易试验区成立,令金融和知识产权领域的纠纷变得醒目而突出,游闽键依托资深的专业能力和从业背景,发起设立了全国首家纯民间、非盈利的知识产权纠纷调解中心。

他对自贸区的理解清晰而深刻,这是一个充满商机的地方,营造具有亲和力的商业环境才能充分释放商机、激活经济,解决纠纷的终极意义也在于此。当然,解决方法有很多,与其兵戎相见、斗得乌烟瘴气,探寻合理的方案握手言和则更为吸引人,只要能坐下谈判,一切皆有可能。而另一方面,庞大的纠纷数量对上有限的司法资源,这种以和为贵的“环保”做法也令政府心仪。

或许,入驻自贸区,义务开展知识产权纠纷调解,形成可以复制的模式,是游闽键与全国劳模结缘的一个契机。然而,在类似“义务”“免费”的公益路上,游闽键已经走了很久,身后也留下了绵长的足印。

知识产权那点事

怎么去判断一个律师成功与否?其实,德艺双馨这个词在很多领域都能适用。除了过硬的专业素养,游闽键投身各类公益法律服务的脚步从未停歇。

在非典、汶川地震、金融危机等天灾人祸面前,他以扎实的法律功底,对受困人群施以法律援手,帮助他们解决遭遇的法律难题;上海这个国际都市,总是上演着各类大型文化活动与体育赛事,揭开其法律顾问团的名单,游闽键很少缺席;身为第十一、十二届政协委员,游闽键的提案从“残疾人免费坐公交”、“保护公民个人信息安全”到“整治雾霾”与“大数据时代”的立法建议等,十有八九与民生相关。

许是热衷开创的性格使然,除了令人咋舌的众多“第一案”,游闽键曾开通了国内首条创意产业知识产权免费咨询热线,使知识产权离创意企业不再那么遥远。对于国内企业在知识产权诉讼中经常被被动应诉且屡处下风的状况,他心有不甘,于是将知识产权应用、管理和保护等内容的巡回演讲带入上海 20 多个科技、创意产业园区,也多次应邀为创意企业开展知识产权管理与技术运作的讲座。

上海市委的一号课题——建设具有全球影响力的科技创新中心,使知识产权相关知识的普及和宣传变得迫切而必要,“科技创新中心的本质就是知识产权中心。”这是游闽键的认知,而要让“阳春白雪”的知识产权变得“平易近人”很有难度,著作、商标、版权也许还能通过案例以通俗(难度也不低)的语言去解读、推广,但碰上专利技术领域,则更晦涩难懂,比如惠普公司专利纠纷案的庭审直播,收视率就很低,“的确枯燥,说了一下午的打印机专业技术问题,大部分观众看不下去,有些可能看到就换台了。”剖析问题时,游闽键也总能一针见血。这符合人们对律师的普遍判断,只是他镜片后的眼神并不锐利,倒显得温和。

明知普及知识产权的知识会有技术难度,但为了提升公众的相关意识,培育创新文化,游闽键一直在努力宣传“知识产权那点事”,同名公众号也于 2014 年元月应运而生,得到业内外一致点赞。“搭建一个知识产权业内人士信息交流分享平台,提供最新的知识产权热点资讯内容”,这是设立微信号的初衷。游闽键也表示,今后“知识产权那点事”将会加强实务经验的分享,比如对热点案例的即时点评,以及域外知识产权的最新动态。

至今,“知识产权那点事”顽强地保持着一定频率的更新,即使偶尔会晦涩,枯燥,但仍以尽可能接地气的内容与网友见面,分享知识产权那点事。

达则兼济天下。游闽键的公益行动为律师的功成名就添加了另一层注解,也向更多的年轻律师书写了一个成功范本。

律师,更不能挑战底线

很多媒体说律师是 21 世纪收入最高的职业之一。其实,他们只看到了那些塔尖上的人。6 年前,游闽键在一次公开演讲中就说过,律师这个行业表面看来光鲜,实则苦乐自知。“做了律师就等于有了别墅、洋车和美女”这种误读更是令他哭笑不得,“人们只看到了律师的表面,没有看到他们连续工作通宵达旦,没有看到他们放弃假日休息,没有看到他们为了取得第一手资料多处辗转,更没有看到他们为了维护法律的尊严而饱受威胁甚至牺牲自由。任何行业都没有康庄大道,眼前的风光都是背后的血汗换来的。”

另一个现实是,放眼整个律师界,只有少数人能成为翘楚,20%左右的塔尖律师拥有着 80% 的案件,换句话说,律师行业的收入也很符合“二八定律”。

据统计,目前全国律师有 27.1 万人,青年律师约占百分之六十,1974 年出生的游闽键正步入中年,他曾引用梁启超的《少年中国说》给予青年律师鼓励,他想告诉这些年轻的新生力量,“不要着急,沉下心来”,这句箴语一如他给人的感觉,不紧不慢,沉稳平和,在古风浓郁的茶室里散开,让人凝神静心。

“青年律师会遇到比较重的生活压力,但再重,也要坚守底线。”游闽键曾困惑过,时下一些青年律师将律师当成谋生的手段而非一项值得潜心耕耘的职业,对此,他也扪心自问,是不是要求太高了,毕竟时代不同,职业观也会变化。但是,他仍坚持,谋生是应当的,把律师当成工作也可以,但不能再往下沉,“当律师变成赚钱的‘工具’,便很容易出现问题,包括不讲规则,不择手段。最终,踏破底线。”

除了上海市协力律师事务所高级合伙人的身份,游闽键还有很多社会职务,如上海多所高校的兼职教授。今年,游闽键在华东政法大学开了两门课,律师实务和司法伦理。其中,司法伦理尤为重要。他建议将司法伦理课程纳入对新律师的培训中,他觉得这很有必要,现有的律师职业道德课讲述的只是规范,而司法伦理则讲述文化,就像法理学一样,是一种基石,具有前瞻性。

对于青年律师职业价值观的担忧,让游闽键在授课时,更加注重实践知识与价值观的输出。他的司法伦理课上,没有高大上的内容。游闽键给出的命题是,如果你



日后成为一名律师,该如何处理和当事人、法官、政府机关、律师同行之间的关系? 作为一名经过千锤百炼的律师,其中有他能与学生分享的经验 and 理念。而他的授课内容也符合时下学生的口味,作为与网络同步成长起来的新生代,这些学生厌倦了老师一本正经地讲述高大上的内容,也听腻了网络内外对现实愤世嫉俗的批判,游闽键想把正能量传递给学生,不想让他们成为接受心理废渣的听众。

他问自己,我该怎么办? 他冷静地分析着这个社会的一些不公以及令人不满意的地方,但是通过分析,他还告诉学生,许多问题是可以解决的,有些正在逐步解决,“我们不能总是抱怨,抱怨并不解决问题。”对他的授课,学生们始终热度不减,而游闽键以他冷静、理性、务实的风格,和带有冷色调的独特幽默方式,在不急不缓中讲述自己的办案经历,发表着独家见解,或许有时也不乏对某些事实的淡淡嘲讽,但总体基调是向上的。

前不久,国际著名的独立法律权威评级机构钱伯斯公布了 2015 年中国地区律所和律师排名,游闽键荣列《钱伯斯亚太指南》2015 年“知识产权诉讼领域”领先律师。由他担任高级合伙人的上海市协力律师事务所,也在知识产权方面,连续三年荣获钱伯斯领先律所排名。

游闽键由新华所走出,并把新华所的文化移植到了协力,他是协力的元老,却并不是创始人,更准确地说,他是推进协力全速发展的主要改革者之一。正因如此,协力也培育出了很多专业领域的人才,而对于那些人才的先后离开,游闽键也并不觉得闹心或吃亏,“一棵树在一个地方不可能很繁密地生长,总会有局限,他们走出去才能开枝散叶,更加茁壮。当然,想家了也可以回来。律所其实就是个平台,大家好聚好散。”谈笑之间,有着豁达与超然,似乎让人感受到了协力广博的文化,兼容并蓄,百舸争流。就像家一样,包容而温暖。●

香港大律师之窗

●文 / 周立新 李世烈 萧震然

内地仲裁裁决在香港的执行 (二)

一、仲裁地法院的角色

在 *Xiamen Xinjingdi Group Ltd v Eton Properites Ltd.* , 高等法院原讼庭 Reyes 法官详细讨论法庭在执行仲裁裁决的角色。

法院严谨的态度, 主因是基于法院相互尊重, 法院必须倾向承认外地的仲裁裁决, 仲裁双方均同意以仲裁解决纷争, 更完成了仲裁聆讯, 若法庭没有强而有力的理由而拒绝执行仲裁裁决, 对胜诉方是不公平的。

若被告人相信有关仲裁裁决根据法律实属无效, 被告人应向仲裁庭所在地的监督法院申请取消有关仲裁裁决。

与讼双方同意仲裁地的法院有权去管辖合约所引起的事实和法理问题。执行地的法院应尊重双方的意愿。基于礼让原

则, 香港法庭不应假定外地法院的判决错误, 而以香港法院的判断去取代之。香港法院必须以实际行动支持仲裁庭所在地的监督法院的监督角色。

香港高等法院原讼庭 Reyes 法官引用英国上诉庭 *CvD* 的案例, 指出:

“合约双方的仲裁条款与专属管辖权条款相类似。合约双方同意, 任何有关仲裁庭的管辖权的存在和范围, 或临时与最终仲裁裁决的有效性, 皆由仲裁地的法院作出补救措施。”

若被告认为仲裁裁决无效, 他应当到仲裁地去挑战有关仲裁裁决。在本案中, 应是北京法院, 而非香港法院, 对有关案件拥有专属管辖权。香港法院不应侵占仲裁庭及仲裁地法院的专属管辖权。

香港法院作为执行仲裁裁决的法院, 不应妄自论断仲裁庭或仲裁地法院对案

情事实与法理的估量。若香港法院如此论断, 便放弃了机械式原则, 试图推断仲裁裁决的真正意思, 超越了仲裁裁决执行法庭的权限。

合约双方既然同意仲裁地法院有权裁决有关合约的事实与法理, 香港法院作为执行仲裁裁决的法院, 应当依从合约双方的意愿。基于国际间法院礼让的原则, 香港法院不应预先假定外国法院会错判, 而不理会其判决, 以香港法院自己的判决取而代之。在原则上, 香港法院应以实际行动支持与尊重仲裁地法院的监督角色。

Xiamen Xinjingdi Group Ltd v Eton Properties Ltd. 香港上诉庭指出, 根据《仲裁条例》, 香港法院可以执行或拒绝执行仲裁裁决, 但香港法院不可以把仲裁裁决发回仲裁庭重新审议。

当考虑是否拒绝执行仲裁裁决, 执行



周立新: 香港执业大律师, 香港大律师公会大中华事务委员会委员



李世烈: 香港执业大律师



萧震然: 香港执业大律师

仲裁裁决法院不会审视相关的仲裁裁决的优劣或背后的案情。法院的角色只限于决定是否有足够理据，基于违反公共政策原因，而拒绝强制执行仲裁裁决。法院的角色，应该尽量采纳“机械式”原则。

二、拒绝执行仲裁裁决的原因

(一) 违反正当的法律程序(due process)

在 *Paklito Investment Ltd. v Klockner East Asia Ltd.*，香港高等法院原讼庭 Kaplan 法官认为仲裁庭没有遵从正当的法律程序，故拒绝执行该仲裁庭的裁决。

在此案例中，仲裁庭委任专家证人对证物进行调查。被告人反对。专家报告发表以后，被告向仲裁庭提出要求，在仲裁聆讯中提供进一步证据。可是仲裁庭已经作出裁决，裁定原告胜诉。

Kaplan 法官认为仲裁庭没有给予被告机会去处理专家的报告，故被告未能铺陈其论据，也没有一个公平平等的机会去提出其论点。

Re PetroChina International (Hong Kong) Corp Ltd，仲裁庭作出裁决之后，基于被告的请求，书记处发出两封信件，确认仲裁一方的解释正确，仲裁庭也发出一封信件，确认书记处的两封信件是作为仲裁裁决的补充解释。

香港上诉法庭拒绝接纳该三封信件作为补充仲裁裁决。其中一个理由，是仲裁其中一方未曾有机会就第二及第三封信件向仲裁庭作出陈词，违反自然公义的原则。

在 *Grand Pacific Holdings Ltd v Pacific China Holdings Ltd (in lig) (No. 1)*，香港上诉法庭邓国桢副庭长指出，法院主要着重仲裁程序在结构上的完整性。撤销仲裁裁决的申请，并非上诉聆讯。法院不会审视案情，也不会审视仲裁裁决在事实或法理上是否正确有没有错误。法院只会审视仲裁的程序。

被投诉的行为必须非常严重，甚至极其严重，法院才会认为参与仲裁的一方未能铺陈其论据。被投诉的行为必须很严重或极其严重，导致参与仲裁的一方未能获得程序公义。

仲裁庭若违反了程序公义，便犯了严重的错误。若参与仲裁的一方有合理机会去铺陈论据，便很难证明仲裁庭违反了程序公义。

(二) 违反香港的公共政策

在 *Hong Kong Golden Source Ltd v New Elegant Investment Ltd* 高等法院原讼庭周家明法官总结有关法律如下：

(1) 仲裁地的法院肩负上监督本地仲裁的基本职权，例如中国内地法院负责监督中国内地裁决，而香港法院只是负责在香港强制执行内地仲裁裁决。

(2) 旧有的《仲裁条例》第 40E 条指出，除了法例指定例外情况以外，不得拒绝强制执行内地裁决。这是由于“终局”与“礼让”的法律原则。

(3) 立法的原意是内地的仲裁裁决，应当容易在香港强制执行，只有在例外及特殊情况之下，法院才会拒绝执行。

(4) 法院可以行使剩余的酌情权，拒绝强制执行内地仲裁裁决，但仲裁的一方要说服香港法院，拒绝强制执行内地仲裁裁决，门坎极高，极不容易。

(5) 当仲裁一方企图以违反“公共政策”理由去向法院申请拒绝强制执行内地仲裁裁决，法院必需考虑执行仲裁庭裁决所在地的“公共政策”，而非仲裁庭所在地法院的“公共政策”。

(6) “公共政策”的概念本身便倾向于法院应当强制执行外地(包括内地)的仲裁裁决。

(7) 应当狭窄地解释“违反公共政策”这个概念，即是违反了仲裁裁决执行地最基本的道德与公义的基本概念，或违反了最基本的道德与公义。换句话说，若以“公共政策”为理由去抗拒执行内地仲裁裁

决，必须有证据显示，执行有关仲裁裁决会导致很严重的不公情况，震动法院的良知，甚至认为执行有关仲裁裁决是泯灭良知。

(8) 即使某一案件附合了旧《仲裁条例》第 40E(3)列明的例外情况，法院仍然有酌情权，可以批准强制执行仲裁裁决。

在本案中，申请人所持的理由是仲裁裁决使原诉公司的大股东失去他在原诉公司所持有的股票资产，涉及违反诚信。

但周家明法官认为申请人所持理由与仲裁程序无关，也不影响仲裁裁决的实质内容正确与否，这些都是外在因素，不影响仲裁程序及仲裁裁决。其次，仲裁裁决只是命令有关的股票资产必须物归原主，即是仲裁原诉公司，无论大股东是否那些股票的实质拥有人。

即使在本案中，违反诚信的指责足以支持强制执行仲裁裁决是违反了“公共政策”，法院仍不会使用其酌情权，拒绝执行仲裁裁决。原因是股票的实质拥有权问题，应当由另一宗高等法院案件去审理判断。因此，周家明法官拒绝撤消仲裁裁决的申请。

三、仲裁范围以外事宜

(一) 仲裁定义应做狭义解释

Grant Thornton International Ltd v JBPP 高等法院原讼庭的欧庆祥法官指出“对在提交仲裁范围以外事宜的决定”应当狭窄地解释，只包括某些与仲裁纠纷、事宜、争议无关的裁决。仲裁的本意是一个实用，程序简易及省钱的私人解决争议程序。法院与《仲裁条例》都为了以法庭的命令强制执行仲裁裁决，去促进有效及公平的仲裁。若以宽阔的方式去解释第 89(2)(d)(ii)条，便会致导致：

(1) 仲裁双方(或单方)去将仲裁中的边缘或次要的争论点与问题切割出来，带到法院审理，阻碍仲裁程序进行及增加讼

费;

(2)鼓励仲裁落败方用一些不合理、微小和琐碎论点去挑战仲裁裁决,这些都不是立法原意和法例的目标。

(二)单方面申请的坦诚责任

根据《高等法院实务指示》6.1《建筑及仲裁案件审讯表》第10段:

“一般而言,任何有关仲裁的申请(包括该审讯表以外的诉讼的申请),应排期在专责法官或指定法官席前聆讯。”

因此,单方面的许可申请应向建筑及仲裁案件审讯表的专责法官提出。

当胜诉方向法庭提出单方面的许可申请(ex-parte application)他便负上向法院作出充分和坦诚披露的责任。这个责任包括所有胜诉方所知悉或可预见,而与申请成败有关的事实与材料。

由于仲裁的胜诉方单方向法庭作出申请,法庭只知悉胜诉方的案情与陈词,而法庭作出单方面命令时,另一方未能有机会向法庭作出陈词,法庭因此要求提出单方面申请的一方,以最高的诚信作出申请。只要法庭程序以单方面的形式继续,充份和坦诚披露的责任便继续存在。申请人有责任知会法庭他所知悉的任何重大的情况的新发展和转变。

(三)申请撤销仲裁的讼费

A v R (Arbitration: Enforcement), 香港高等法院原讼庭 Reyes 法官指出仲裁双方应当遵从仲裁裁决。在仲裁中根据仲裁协议,胜诉方应当期待执行仲裁的法院会理所当然去执行有关的仲裁裁决。

参与仲裁的一方向法院对仲裁裁决提出上诉。或申请撤销仲裁裁决,或申请仲裁裁决不予执行,都不是寻常的事。若仲裁一方向法院的申请失败,原则上,他应当期待必须支付较高讼费。原因是胜诉方不应为这些法律挑战所烦扰。

根据香港最近施行的民事司法改革制度,法院也不应为这些法律挑战所烦扰。若仲裁的一方向法院申请挑战仲裁裁

决失败,他并没有遵守《高等法院规则》第1A号命令第3条,去协助法庭达成民事司法改革制度的基本目标,特别是协助法院公正,具成本效益及有效率地解决争议。

若申请失败的一方,只需以平常的诉讼各方基准准则(party and party basis)去支付讼费,胜诉方实质上便是补贴了败诉方不成功的企图,尝试阻挠一个有效仲裁裁决的执行。胜诉方即使在仲裁中取得裁决,胜诉方只可以取回讼费的三分之二,约三分之一的讼费未能取回。相反,败诉方即使向法院申请失败,也不必为他的申请而负担所有责任与后果。

这个情况只会鼓励仲裁败诉方到法院挑战仲裁裁决,将一个不公平的高风险策略变为值得一试的方案。这不利于民事司法改革与其基本目标。

因此,除了特殊的例外情况,当仲裁的败诉方到法院尝试去挑战一个仲裁裁决而失败,香港法院一般会考虑由败诉方去支付胜诉方的讼费,并按弥偿基准评定(indemnity basis)。

在 Gao Haiyan v Keeneye Holdings Ltd., 香港上诉庭邓国桢副庭长指出,建筑及仲裁案件审讯表富有经验的法官均遵从的做法,便是在法院中涉及仲裁程序的案件,除非有特殊情况,一般而言,法院会考虑命令败诉方按弥偿基准支付胜诉方的讼费。这是一个好的做法。

在 Grand Pacific Holdings Ltd v Pacific China Holdings Ltd(in lig)(No. 2), 香港上诉庭邓国桢副庭长指出,考虑行使与诉讼费用有关的酌情权,《高等法院条例》要求考虑第1A号命令第1(d)条,法院应确保诉讼各方达到公平。仲裁双方皆同意以仲裁方式解决纷争,以公平起见。若其中一方在法院挑战仲裁裁决失败,未能撤销仲裁裁决,或未能抗拒仲裁裁决的执行,若没有特殊原因,败诉方应当按弥偿基准支付胜诉方的讼费。上诉庭同意 Reyes 法官在 A

v R (Arbitration: Enforcement)的裁决。

上诉庭认为根据《高等法院规则》第62号命令,第5(1)条,法庭有讼费酌情权,命令败诉方若未能成功撤销仲裁裁决,或抗拒仲裁裁决的执行失败,他必须按弥偿基准支付胜诉方的讼费,以确保在诉讼各方达到公平。除非这个一贯做法在原则上犯错,上诉庭不会干预。

结 语

综观上述案例,仲裁双方既以合同约定以仲裁解决纷争,若败诉后试图到执行地法院申请拒绝执行裁决,不是一件容易的事。

此外,香港《仲裁条例》的原意是便利内地仲裁在香港强制执行,只有在特殊及例外的情况之下,法院才会拒绝执行仲裁裁决。而特殊例外的情况又被狭窄地解释。一旦申请失败,申请人更要以较高的弥偿标准,支付胜诉方的讼费。

由于后果严重,律师必须谨慎处理,给予客户持平、准确和真诚的法律意见,避免客户在没有心理准备的情况之下,负上很大的法律责任。

国际商业仲裁方兴未艾,相信会成为全球解决争议的大趋势。以笔者在香港国际商会仲裁委员会的商业经验了解,商界在国际间选择仲裁地时,很重要的考虑因素是仲裁地监督法院与仲裁庭的声誉与法律质素,仲裁地法律制度是否健全,透明和公开。法律是否完备。监督法院与仲裁庭的决策过程是否公平,公正和合理。这些都是仲裁地的核心竞争力,以争取国际商界到仲裁地进行国际仲裁。

由于篇幅所限及为了行文流畅,有关香港法院案例与英国案例,未能尽录,部分判例精要及法理逻辑也只能意译,若读者希望多了解前文后理与案件事实背景,可以到香港法律信息中心网页搜寻有关的案例细读。●

视角

●文/林东品 谢向英

刑事律师眼中的 刑事审判



近几年来,中国法治建设进程不断向前推进,十八届四中全会更是以“依法治国”为主题,把“法治中国”提升到前所未有的高度。刑事审判是依法治国的重中之重,在刑事案件中,关系到的是每一个人最基本也是最核心的权利:自由,甚至是生命。

习近平总书记说:努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义。这其中,刑事案件的公平正义,是每一个群众、每一个家庭都迫切需要的。本文将从一名刑事律师的角度,谈谈对刑事审判的一些思考。

一、刑事审判的现状

刑事审判作为司法程序的最终环节,其重要性不言而喻。近些年来,刑事审判的工作日趋繁重。2015年《最高人

民法院工作报告》提到:2014年各级法院审结一审刑事案件102.3万件,判处罪犯118.4万人,同比分别上升7.2%和2.2%。刑事审判承担着打击犯罪、保护人民、维护稳定、促进和谐的重要职能,事关国家安全和社会稳定,事关人民群众根本利益,在党和国家工作大局中地位举足轻重,在推进平安中国、法治中国建设中肩负重大职责。

但是,近几年来随着法治中国不断推进,一些冤假错案引起了社会的广泛关注。大量冤假错案的出现,让司法公信力受到严重的打击。内蒙古呼格吉勒图案、浙江两张叔侄案、福建念斌案等所带来的负面影响都是如此。冤假错案让老百姓往往只盯住司法不公,继而可能放大到整个刑事审判上,忽视了刑事审判所带来的积极作用。应该说,法院能够鼓起勇气,推翻冤假错案,在某一程度是值

得肯定的;但是另外一方面,法院应该反思这些冤假错案的发生,是否是因为刑事审判中存在着一些问题。

二、刑事审判中存在的具体问题

党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下称《决定》)提出:“推进以审判为中心的诉讼制度改革,确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验。”

以审判为中心,是指整个诉讼制度和诉讼活动围绕审判而建构和展开,审判对案件事实认定、证据采信、法律适用、做出裁决起决定性和最终性作用。

提出以审判为中心的诉讼制度改革的背景是我国长期以来司法实践中存在的“以侦查为中心”的弊端,即侦查权、检察权、审判权之间“强调配合多,相互制约弱”,严重影响了司法的公正性,由此造成的重大刑事冤假错案,严重损害了司法的公信力。构建以审判为中心的诉讼制度,就是要打破刑事诉讼的“阶段论”、“流水线”等传统观念和习惯做法,以及由此带来的“侦查中心”的问题。

刑事审判长期存在的诸多问题,都可以汇聚到是否“以审判为中心”这一关键点上。对于刑事审判中存在的具体问题,笔者认为有以下几点:

(一)申请调取证据的问题



林东品:上海博和律师事务所律师



谢向英:上海博和律师事务所律师

辩护人在刑事案子中经常会面临收集证据的问题。在收集证据上,辩护人可以选择自行收集或者申请法院调取。

《刑事诉讼法》第四十一条规定:辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意,可以向他们收集与本案有关的材料,也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据,或者申请人民法院通知证人出庭作证。

因此,辩护人在无法自行调取证据的情况下,是可以向法院申请调取证据。但是,对于律师的申请,决定权在人民法院。另外,究竟哪些证据可以申请法院收集、调取呢?现实中,确实也存在律师向法院申请调取,而法院也应该调取,但是最终法院以种种理由未去调取的情况,这时候律师往往就非常被动,最为常见的就是律师申请证人出庭的问题。

在我国刑事审判上,口供仍然是证据之王。证人证言对于一个刑事案件的判决也起到了非常大的作用。但长期以来,证人出庭作证这一制度执行情况一直不尽如人意。证人拒不出庭作证,使庭审不能当庭进行询问、质证,不能核实证据,就有可能导致案件事实无法核实、查清。而无法查明事实真相就极有可能导致错判,使当事人的合法权益得不到应有的保护。这不仅妨碍了诉讼活动的正常进行,造成人力、财力的浪费,影响了诉讼效率,更损害了控辩式审判方式,破坏了司法公正。

所以笔者认为,律师申请关键证人出庭,第一,法院应该支持;第二,法院应该给证人施加压力,甚至强制其到庭;第三,如果证人确实无正当理由不到庭,那么这份证人证言,在证据效力上应该打折,甚至应将有利点归于被告人。

(二) 庭前会议的问题

庭前会议制度是修订后的刑事诉讼法新增设的程序。刑事诉讼法第一百八

十二条第二款及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百八十三条规定,对于证据材料较多、案情重大复杂、社会影响重大的案件,在开庭以前,审判人员可以召集公诉人、当事人和辩护人,对案件管辖、回避、非法证据排除、是否调取新证等与审判相关问题,了解情况,听取意见。

庭前会议解决什么问题呢?笔者认为庭前会议应该解决的是程序方面的问题,如果庭前会议对于实体问题也进行审理,那么就完全取代了庭审的地位了。所以,笔者觉得法官召集开庭前会议应仅限于对程序问题的解决,而对于证据质证方面,辩护的实体内容,还需要在庭审上进行。

庭前会议被告人是否应该参与?对此,笔者的答案是肯定的。虽然法律对此并未作出明确规定,但是考虑到庭前会议涉及被告人的实体及程序性权利,笔者认为应当让被告人参加庭前会议。在送达起诉书的环节,就可以征询被告人关于是否召开庭前会议及相关问题的意见。为便于被告人参与庭前会议,具体的参与方式可以灵活处理。如果被告人被取保候审,应传唤其到法院参加庭前会议;如果被告人被羁押,应尽量在看守所内召开庭前会议。

(三) 非法证据排除中的问题

非法证据排除是避免冤假错案的一大利器,但是在现今司法实践上还存在很多不足,甚至很多地方都还未启动过非法证据排除,这是值得反思的。

《刑事诉讼法》第五十六条规定:法庭审理过程中,审判人员认为可能存在本法第五十四条规定的以非法方法收集证据情形的,应当对证据收集的合法性进行法庭调查。当事人及其辩护人、诉讼代理人有权申请人民法院对以非法方法收集的证据依法予以排除。被告人、辩护人申请排除以非法方法收集的证据的,

应当提供相关线索或者材料。这种线索或材料需要符合什么样的条件呢?笔者认为,这种线索、材料只要能够使人产生对证据合法性的怀疑,且该怀疑只需要是“推断的怀疑”就可以,而不需要达到“合理的怀疑”。因为被告人往往被限制人身自由,如果要求其证明自己被刑讯逼供,除了身上明显的伤痕外,就再无法提供其他证据了。这种情况下,要求被告入自己举证证明被刑讯逼供,显然不能对证据要求过细。

其次,法院如何认定非法证据?或者说哪些证据属于非法证据呢?《非法证据排除规定》第1条和2012年《刑事诉讼法》第54条均规定:采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述,应当予以排除。但是现实中很多非法证据,还是很难界定,比如变向不让睡觉,比如精神压迫(讯问的时候叫只大狼狗在旁边),比如关进密闭的房间,这种情况是否可以算非法证据?如果算的话,被告人或者律师如何提供线索呢?

最后,如果确认属于非法证据,法官审判中如何排除这份非法证据的影响?比如被告人做了七份笔录,其中有一份作为非法证据被排除了,剩余六份笔录存在与此份证据相同的证言,但是被告人及律师并无法排除其余六份笔录,这种证据是否也应该排除呢?

非法证据排除还存在许多问题可以探讨,但刑事审判中最关键的是:法官要敢于启动非法证据排除。这虽然是理念上的问题,但也是最关键的问题。

(四) 庭审查问中的问题

庭审查问是法庭调查的一部分,在这一过程中,法官、公诉人、律师均要对被告人进行发问,这里面也存在一些问题需要探讨。

第一,公诉人发问过程中如果存在诱导性的发问,法官应该予以制止。诱导性发问是法庭调查过程中一种违反庭审

制度的行为,它以诱导被告人、引诱证人(含被害人)按照发问人的意图作出有利于某一方的回答而影响审判人员为目的。诱导性发问的危害在于影响审判活动的公正性和公平性,是与公诉人支持公诉的主旨相对立的。刑事审判中,公诉人的诱导性发问,法官应该及时制止。辩护人在庭审中如果对公诉人的发问提出异议,法官应慎重考虑。

第二,辩护人发问时,法官应尊重辩护人,不可随意打断辩护人发问。有些情况下,辩护人发问看似与案情无关,但是实际上所问的内容是一组问题中的一个,通过这样的问题来引起后续关键的问题,所以法官不能轻易打断,终止辩护人的发问。如果确实需要打断,也应该允许辩护人以另外一种方式进行发问。

第三,法官发问必须根据自己的某种认识和判断进行,作为居中裁判者,法官在庭审中主要应担当起庭审组织者的角色,通过庭审来查明案件事实,不宜对涉及案件事实的问题作过多询问。如果法官直接对被告人进行发问,要尽量做到客观公正,不宜充当公诉人角色。

(五) 举证质证中的问题

公诉人在质证环节中,常常会有这样的现象:一次性向法庭举出所有的证据,而让辩护人一起进行质证。这种举证方式,使得辩护人质证时显得非常仓促,辩护人往来不及记清楚公诉人所举的证据,以及所要证明的内容。并且,对所有的证据一起进行质证也容易忽略重点,造成法官无法消化辩护人提出的质证意见。对此,法官应制止公诉人采用一次性的举证方式,而要求公诉人分别、逐一举证。

另外,对于证人证言的质证,往往由于证人不到庭,而无法有效地进行质证,这一问题在上文中已经阐述过,不再赘述。

(六) 法庭辩论中问题

法庭辩论阶段中,法官应当认真听取律师发表辩论意见。法官不得限制律师发表辩论意见的时间。法官应避免随意打断律师发言,如确有必要,法官可以使用平和语气提示律师发言简明扼要,避免不当言辞,或者主动归纳要点,再询问是否有补充。法官还可以视情休庭与律师进行沟通,提醒律师注意言行。

另外,在司法实践中,法庭辩论存在这样一种现象:在发表第一轮辩论时,律师发表辩论意见往往会回应公诉人的公诉意见。对此,法官一般会给公诉人第二轮的辩论机会,但是当公诉人发表完意见之后,法官不再给律师发表辩论意见的机会。这其实就等于变相剥夺了律师的辩论意见。

律师在法庭辩论的时候,应当享有一定程度的豁免权。当然这不是指律师在庭审上什么都可以说,而是在为被告人辩论的时候,律师提到的大部分观点应当予以豁免,如指控相应的承办机关,指出程序违法的问题,提出的无罪辩护等等,都应当予以豁免。

(七) 裁判文书中说理的问题

现行大量裁判文书都不说理。这其中可能存在很多原因,比如法官案件数量的激增、法官素质的影响、传统思维的制约等等。裁判文书不说理,或者说理不足,使败诉的当事人往往对法官的公正性产生不良的揣测。基于刑事案件涉及到的是人的自由,甚至是生命,影响到的是一个家庭乃至家族的利益,因此如果判决书无法服人,被告人一方会出现频繁地上诉甚至申诉的情况。无休止的上诉、申诉,不仅浪费了有限的诉讼资源,而且难以达到“案结事了”的目标,不能有效发挥司法工作促进社会和谐的功能。

裁判文书不说理,还存在这样一个现象,对于辩护人提出的辩护意见简单粗暴地回应:辩护人的辩护意见不予

采纳。但是究竟为什么不予采纳?裁判文书并没有释明。这其实是非常不妥的,也是对辩护人及辩护工作的极不尊敬。

一份好的裁判文书,还可以展现法官渊博的法学思想。通过法官裁判文书的公信力建立起人们对法律的信仰,使人们乐于遵循法律,营造良好的法治环境。

(八) 二审中的问题

现行二审审判的改判率非常低,笔者想这是二审中存在的最大的问题。

首先必须厘清一个观点,刑事二审在刑事审判中究竟处于一个什么地位,或者说二审改判究竟意味着什么?

笔者认为我国采用的是二审终审制的审判模式,二审是对一审的监督,二审改判绝不意味着是一种奇怪的现象,而应该是一种独立行使审判权的表现。只要符合法律规定的改判情形,二审法院、法官无需顾虑重重,应该大胆依法予以改判。改判不是对一审工作的全盘否定,一审法院不必“杯弓蛇影”。从法院以外的社会层面上,要消除对“改判现象”的误会,更不能视被改判为“办错案”,特别是法律监督机关,比如人大,不能把它作为衡量法院工作业绩的考评指标。法院审判是一项极为严肃的活动,刑事审判尤甚,其关乎公民、机关、企事业单位、社团等主体的“出入罪”,牵涉生杀予夺之权利。因此,对刑事案件设立二审终审制度尤其重要。既然设立二审程序,就必然会有二审裁判不同于一审的可能性,否则二审就没有存在的意义。

但司法实践中,二审改判率是非常低的。特别是这样一种情形:如果一审中被告人是认罪的,只是以量刑过重上诉,那么二审改判几乎是不可能的。很多法官潜意识都会对这种二审认为只是走过场,认为没有新的证据,二审求情的话没有任何意义。但是,大部分的二审,实质上都是没有新的证据的,而只是对量刑

持有异议的上诉，如果二审法官先入为主认为对量刑上诉没有任何意义，那么其实就失去了二审很大一部分功能。

三、对刑事审判的思考

(一) 法官应该具备基本的法律理念

法律最终还是需要人去解释、裁判的。法官，特别是在进行刑事审判的时候，法律理念是第一位。什么是好的法律理念，笔者认为就是法官的专业、良知、价值判断以及对法律的尊重。

首先，法官需要专业。法官是用来定纷止争的，作为居中的裁判者，法官的说理一定要服人，而服人一定需要有过硬的专业水平。前面提到的法官在裁判文书上要说道理，其实也就是说到专业的问题。

其次，法官要有良知。许多问题的解决实际上都是来自于良知，包括非法证据排除、包括无罪推定等等。如果一个有良知的法官，他可能会认为这是一个刑事案子，涉及到一个人的自由，有可能还涉及到生命，那么很多事实、证据，还需要再搞清楚一点。如果法官是有这样的担心，那么很多冤假错案其实完全可以避免的。

最后，法官需要考虑刑事审判的目的是什么？是单纯进行惩罚吗？现行法律通说都认为刑罚最大的目的在于预防，那么在刑事审判中，这种价值判断如何体现呢？

一个法官的法律理念对于刑事审判太重要了，任何法律、制度的设定，实际上都比不上一名专业、有良知、对法律尊重的法官。

(二) 处理好与检察院、公安的关系

控辩双方应该是平等对抗，法官应该是中立的，只有这样，刑事审判才能真正达到制衡的效果。以前一直讲这样一个笑话：公安是做饭的，检察院是上菜，

法院是吃菜的。笑话归笑话，但是公检法三者，绝对不只是相互配合，更重要的是相互制约。法院有时确实很被动，因为它所处的位置是司法的最后环节，如果硬是要制约的话，它可能要得罪公安和检察院两家机关。但是反过来想，如果法院没有起到制约的作用，那么它有可能就要对公安、检察院的错误背书了，这个后果其实是非常严重的。所以，公检法相互制约，才是设立这样一个制度的初衷，才能真正避免冤假错案的出现。

(三) 完善错案追究机制

人民法院错案追究制是作为审判方式改革的配套措施，由全国各级法院自行设立的法官责任追究制，其设立的初衷是为了克服司法不公，确保审判质量。但是，该制度在全国范围内推广适用十多年来，司法腐败现象也并未因此而减少，但带来的相关问题却很多。此外，目前各地法院设立的错案追究制度界定错案的标准并不科学，导致了一系列与设立此制度的初衷相违背的负面效应。

错案追究机制最大的弊端就是束缚了法官的手脚。实践中的错案追究制度，在没有赋予法官豁免权的情况下以实体判决为主要追究对象，使法官在小心翼翼的处理案件的同时，除非有百分之百的把握，否则宁愿放弃判决的权力，想方设法使案件进入审判委员会讨论，而不愿冒日后被追究错案责任的风险，这使得审判委员会无可奈何地陷入了没完没了地讨论具体个案的泥沼。同时法官也因有审委会作为挡箭牌而不思进取，法官的素质很难得到提高，更加不敢独立判决疑难案件，遇到的疑难案件又被提交到审委会讨论，因而形成一种恶性循环。

错案追究机制是否应该摒弃不好说，但是至少应该改进，应该逐步放开法官的手脚，真正做到让“审者来判”。

(四) 共建法律共同体

法律共同体，是在对于法律事业团体性的研究中，由法官、检察官、律师以及法学家等组成的法律职业群体，群体成员间相互作用、相互联系、相互制约，从而形成一个没有疆域的法律事业共同体、解释共同体以及协作共同体。

这一群体由于具有一致的法律知识背景、职业训练方法、思维习惯以及职业利益，从而使得群体成员在思想上结合起来，形成其特有的职业思维模式、推理方式及辨析技术，通过共同的法律话语（进而形成法律文化）使他们彼此间得以沟通，通过共享共同体的意义和规范，成员间在职业伦理准则上达成共识，尽管由于个体成员在人格、价值观方面各不相同，但通过对法律事业的认同、参与、投入，这一群体成员终因目标、精神与情感的连带而形成法律事业共同体。

法律共同体是要解决什么问题呢？法律共同体要达到的目的，就是让法律人士相互理解，相互制约，共同促进法治中国的建设。已故的大法官邹碧华就是法律共同体的推动者。2010年1月，在邹碧华担任院长的上海长宁区法院，旨在促进法官和律师在执业活动中良性互动的文件《法官尊重律师十条意见》出台实施。《意见》的内容很细，包括庭审中法官不得随意打断律师发言；法官不应当当着当事人的面指责批评律师，更不得向当事人发表贬损律师的言论等；要在条件允许的情况下，为律师参与审判活动提供停车、休息、阅卷、复印等方面的便利。

法律人只有相互补台，而不是拆台，只有相互配合，而不是斗争，只有相互勉励，而不是贬损，才能真正共同推进我国法治向前发展。●

（本文系林东品律师应上海市高级人民法院干部培训处邀请，为部分上海刑事法官作的“刑事律师眼中的刑事审判”讲座中讲稿所改编）

视角

●文/曾鑑清 赵斌 黄浦区法律援助中心

对法律援助律师 为刑事速裁案件 提供辩护的几点建议



2014年8月22日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合下发了《关于在部分地区开展刑事案件速裁程序试点工作的办法》，将上海市确定为全国开展刑事案件速裁程序的试点地区。同年10月，市高级法院、市检察院、市公安局、市司法局联合发文，确定黄浦等六个区为本市开展刑事案件速裁程序试点工作地区。2015年1月，上海市黄浦区法律援助中心（以下简称“法援中心”）根据黄浦区人民法院《法律援助通知书》，首次为三起适用刑事速裁程序的盗窃案件提

供法律援助，现已结案。两位援助律师从辩护人的角度，就更好地完善速裁程序制度提出了建议和意见，以图抛砖引玉。

一、基本案情

案件1：被告人章某某于2014年10月24日，在本市某商场停车库内，见被害人的汽车未锁车门，趁无人之机，窃得笔记本电脑一台、石英表一块，经鉴定价值共计1189元。赃物均被追缴并发还。

案件2：被告人廖某某于2014年11月5日，在本市其租住的集体宿舍内，趁无人之机，窃得两名被害人笔记本电脑

各一台。其中一台电脑经鉴定价值4249元，被追缴并发还被害人；另一台电脑则被销赃，赃款化用殆尽。

案件3：被告人钱某某于2014年11月20日，在本市某超市一楼肯德基餐厅内，趁被害人熟睡之机，窃得被害人右侧椅子上背包内的手机一部，经鉴定价值1002元，后销赃，赃款化用殆尽。

以上三个案件的三名被告人均由黄浦区人民检察院于2014年12月30日提起公诉。

二、指派情况

2014年12月31日，法援中心接到区法院《法律援助通知书》，要求为上述三个案件的三名被告人提供法律援助，并被告知三个案件均适用速裁程序，将于2015年1月5日开庭审理。据悉，上述三个案件是区法院适用刑事速裁程序的第三批案件，也是首次要求法援中心为适用速裁程序的刑事案件被告人指派法律援助律师提供辩护。为此，接到区法院通知书的当天，法援中心即联系了黄浦区刑事法律援助骨干律师曾鑑清律师事务所曾鑑清、赵斌两位律师，沟通情况。两位律师于2015年1月4日收到《指



曾鑑清：上海曾鑑清律师事务所律师



赵斌：上海曾鑑清律师事务所律师

派通知书》和起诉书副本(复印件)。同时,法援中心将三个案件作为重点监控案件,由专人予以全程密切跟踪,要求承办律师高度重视,及时与中心沟通办案情况。

三、承办经过

援助律师作为辩护人通过阅看起诉书副本了解到,三个案件为独立的案件,非同案犯,三名被告人被起诉的罪名均是盗窃罪。三个案件均由区检察院建议适用速裁程序,起诉书正文部分明确量刑建议。根据起诉书所指控,三名被告人均对盗窃实施供认不讳,起诉书建议适用《刑法》第六十七条第三款之规定,可从轻处罚,并建议对三名被告人分别判处三至四个月拘役、三至五个月拘役、三至四个月拘役,并处罚金。起诉书最后列明所附除了侦查卷宗外,另有检察院出具的适用速裁程序建议书以及被告人的具结书,三个案件被安排在同一时间连续开庭审理。根据区法院的安排,三个案件在庭前将不安排律师阅卷、律师会见。庭审中,被告人当庭认罪、同意量刑建议和适用速裁程序的,不再进行法庭调查与法庭辩论。

1月5日,辩护人于开庭前30分钟到达法庭,书记员告知已向三名被告人送达了起诉书副本,但并未给辩护人会见被告人。庭审于下午14时准时开庭,法庭审理采取“合并开庭,分别审理”的办法,三个案件均由一名审判员独任审判,一名检察员出庭支持公诉。审判员同时传三名被告人到庭,分别简要地向三名被告人核对身份情况及采取强制措施的时间,告知诉讼权利,并告知被告人当庭认罪、同意量刑建议和适用速裁程序的,不再进行法庭调查、法庭辩论,由被告人直接作最后陈述。之后由公诉人简要宣读起诉书,仅宣读法律适用及量刑建议部分。随后,审判员询问被告人及

辩护人对起诉书指控的事实、证据、罪名、量刑建议及适用速裁程序有无异议。三名被告人均表示没有异议。审判员讯问被告人钱某某是否有将赃物退还或退赔的情节时,被告人钱某某称赃物是否被追缴并发还自己不清楚,自己没有退赔被害人,审判员告知被告人钱某某证据材料中并无赃物发还的材料。当审判员询问被告人是否认罪时,三名被告人均自愿认罪。在最后陈述环节,三名被告人均表示无话要说。

法庭当庭判决三名被告人犯盗窃罪,分别判被告人钱某某处拘役四个月,罚金一千元;判处廖某某拘役五个月,罚金一千元;判处章某某拘役三个月,罚金一千元。

四、对于援助律师参与速裁程序的几点建议和意见

1、律师阅卷及会见可简化但不宜省略

首先,律师的阅卷权利及会见权利是律师作为辩护人在刑事案件中的基本权利。《刑事诉讼法》第三十五条及《律师法》第三十一条,均规定了律师担任辩护人时的职责,是根据事实和法律,提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或减轻、免除其刑事责任的材料和意见。《刑事诉讼法》第三十八条及《律师法》第三十四条,均规定了律师查阅、摘抄、复制案卷材料的权利。《刑事诉讼法》第三十七条,规定了律师会见犯罪嫌疑人、被告人的权利。

其次,律师无论提出何种意见,均应当以事实为依据。在庭审中,当审判员问辩护人对案件事实、证据材料是否有异议时,辩护人回答“无异议”是要对被告人负责,也是对辩护人自身负责。在仅凭起诉书中所查明的事实,而未阅看完整卷宗、未会见被告人的情况下,律师是无法了解和掌握案件的全部信息的。而根

据《刑事诉讼法》和《律师法》规定律师的职责,律师需要在阅卷过程中,完整了解案件所记载的事实,并根据证据材料尽量还原事实,找出对犯罪嫌疑人、被告人有利的材料或线索;在会见犯罪嫌疑人、被告人时,律师需要与其核实案件事实,以确认案件所记载的事实与被告人陈述的事实是否有出入,判断案件证据材料的真实性、合法性,从而以事实为依据,以法律为准绳,提出辩护意见。

因此,律师的阅卷权利及会见权利应当如同犯罪嫌疑人、被告人的基本权利一般被保护。在速裁程序中,由于案卷材料一般都比较简练,被告人事先也同意适用速裁程序,律师阅卷、会见可以简化。比如,律师可以在庭审前30分钟,查阅案卷材料,摘抄和复制则可简化或省去。在阅卷后,律师可以简短地向被告人询问和确认,确保被告人在速裁程序开始前,清楚起诉书所指控的事实及适用速裁程序的法律后果。

2、应让辩护人提出量刑意见

刑事速裁程序所追求的应当是在确保公平、公正的前提下,尽量提高办案效率。在追求“速”的同时,还应当保留辩护人提出量刑意见的权利。这个关于量刑的建议包括两部分,在审查起诉阶段,公诉人决定建议法院适用速裁程序的,辩护人应当提出完整的量刑意见,包括法定及酌定的量刑情节。在审判阶段,辩护人应当在起诉书中量刑范围内的提出量刑意见。法庭审理过程中,在确认被告人对量刑建议无异议后,应当进行在起诉书量刑建议范围内的量刑听证,听取被告人及辩护人的意见。

公诉人的量刑建议通常是一个量刑区间,由于是速裁程序案件,虽然这个量刑区间范围不会很大,但仍会有差别。据前文所述,辩护人在刑事案件中具有为犯罪嫌疑人、被告人进行无罪或罪轻辩护的职责。速裁程序所设定的前提就是

视角 ●文/朱夏婵

公益诉讼： 打击网络虚假广告的 有益尝试

被告人对指控事实、罪名、量刑建议没有异议,因此,辩护人除非认为案件不宜适用速裁程序,否则只有一种选择,就是在公诉人提出的量刑建议范围内提出意见。例如:在盗窃案件中,量刑意见可以包括盗窃数额、退赃、退赔等情节;在交通肇事、伤害、寻衅滋事等案件中,量刑意见可以包括赔偿损失的程度,以及被害人谅解程度等情节。

因此,在速裁程序不进行法庭辩论的情况下,庭审应当增加量刑听证的环节,让辩护人真正行使辩护职责,而不仅仅是作为庭审的“见证人”。

3、实现刑事审判效率和效果的统一

本次三个案件合并开庭,整个审理过程比较简短,耗时不长,其中包括了核实被告人身份信息、告知被告人庭审权利、宣读起诉书、确认被告人对起诉书指控事实、适用速裁程序、量刑意见是否有异议,最后陈述,法庭宣判等环节。可见,适用速裁程序的庭审在现有的试点工作办法框架内,在效率上已做到极致。刑事案件适用速裁程序,除了要考虑“效率与公平”之外,“效率和效果”也是应得到重视的。

法院的刑事审判作为一个可以剥夺人身自由的国家强制公权力,对构成犯罪的被告人应当具有一定的威慑作用和教育作用。庭审调查,除了在法庭上还原案件事实之外,还可以让被告人重新认识其行为的社会危害性并予以反省。过于快速地审理案件,加之速裁通常会对被告人量刑有所放宽,会有庭审缺乏庄严,且难以对被告人起到威慑和教育作用之嫌。

根据速裁程序的规定,公诉人在审查起诉时,需要提供犯罪嫌疑人的具结书。因此,建议在庭审法庭宣判之后,让被告人当庭具结悔过,以达到刑事审判的社会效果。●

互联网侵权个案中,法院保守适用避风港规则还是大胆适用红旗规则,将会对互联网环境产生巨大的影响。当目标是保护人的权利、澄清法律要点或者设定公共行为标准时,我们依然要运用庭审,甚至要鼓励庭审。本案不但是为了商家的合法权益,更是为了保护广大消费者的合法知情权,哪怕是不购买商家服务的普通市民,都有权利获得正确的信息。

案情简介

A集团系上海市著名商标“大众”的权利人,其经营的出租车及搬运服务被上海市民热情地称为“大众出租、大众搬场”。B公司系A集团控股子公司,全权负责“大众搬场、大众货的”业务,并被许可使用“大众”商标。



朱夏婵:上海华尊律师事务所律师

2014年,上海市消保委接到17宗针对大众搬场的投诉,全部系身份不明的“李鬼”企业,消费者获取渠道主要是网络虚假广告。经查,百姓网、百度快照、百度地图、114号码百事通、114黄页APP应用等网站和声讯平台,所提供的400、800和8位数市话号码的大众搬场公司,全部系假冒电话。B公司派员与之多次交涉,却始终无法解决。

2015年3月16日,A集团与B公司在上海主要媒体发表律师声明,提醒消费者拨打正确的官方电话96811,并要求网络服务提供商及电信运营商停止侵权。

2015年3月18日,A集团与B公司共同起诉赶集网,要求停止侵权并注销李鬼企业账户。

网络服务提供商的“避风港”:通知和移除规则

避风港原则,最早来自美国1998年制定的《数字千年版权法案》(DMCA法案),适用于著作权领域。<http://baike.baidu.com/picture/2137330/2137330/0/e1bf8725a1e7340635a80f19.html#l=lemma&ct=ingle>其主要规则是:由于网络服务商无能力事先鉴别哪些是侵权信息,当出现问题时,权利人应事先通知服务商,服务商只要及时移除,就无需承担责任。

中国对于“避风港原则”的吸收和

立法,主要体现在《信息网络传播权保护条例》的相关条款中,但是该条例保护的主体是著作权人、表演者、录音录像制作者的信息网络传播权,而B公司被侵犯的是企业名称权等权益,并涉及不正当竞争等争议,能适用的法律主要是《中华人民共和国侵权责任法》第36条。该条第2款完全吸收了避风港原则,即在处理网络侵权争议过程中,除非能证明侵权人事先知道侵权行为存在,否则应履行先通知网络服务商的义务才能要求其承担责任。实践中,通知应包含以下资料:权利人的姓名及权利内容;要求删除或者断开链接的网络地址;构成侵权的初步证明材料。

在A集团与B公司发表律师声明之前,其员工每天都会登录“赶集网”搜索“大众搬家或大众搬家”,引擎会提供给你上百个链接,置顶的那批链接几乎都标有“大众”商标,在发帖商家的信息栏显示“企业已认证”、“五星级诚信”、“赶集帮帮”等字样,最神奇的是,商家申请认证的名字有些与B公司名称完全相同或者相似,有些企业名称根本不存在。而正宗的B公司却百般注册不成,原因是这些企业名称已经被李鬼占了,李鬼是怎么通过认证的,不得而知,但却可以肯定,他们与网络服务提供者之间存在某种利益关系,每一个参与赶集帮帮业务的商家需交纳几千元的服务年费。这样的情况已经存续数年,不少上当受骗者留下了愤怒的评论。B公司曾数次通知赶集网,赶集网草草删除了已发布的虚假广告链接,并说明:如果B公司发现新的虚假广告,可以与赶集网沟通,但不能注销李鬼商家的账户,因为赶集网无能力鉴别真假,也无法保证其不发布新的虚假信息招徕业务。

“避风港规则”变成了部分网络服务提供商的“安全港”,甚至演变成某些网站承担侵权赔偿责任的挡箭牌——

“不通知、不负责;你通知、我删除。”甚至不少法院在司法实践中,也首先审查权利人有无履行过“先通知义务”,并将此作为程序上的要求。

红旗规则如何“迎风飘扬”

红旗规则来源于美国版权法修正案,是指如果侵犯信息网络传播权的事实显而易见,如红旗一样飘扬,以至于处于相同情况下的理性人都能发现时,若网络服务提供者采取鸵鸟政策,像鸵鸟那样将头深埋于沙中,装作看不见侵权事实,就算权利人没有发出过通知,也应该认定网络服务商知道侵权。

《中华人民共和国侵权责任法》第36条第3款有类似于红旗规则的规定:“网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益,未采取必要措施的,与该网络用户承担连带责任。”

第36条第3款的措辞极尽推敲之能。中规中矩的解释条款中的“知道”,仅指“已知、明知”,并不包括“应知”。如果对“知道”进行“扩大解释”,可以包含“应知”。然而,迄今为止,并没有司法解释对此做出过明确的“扩大解释”。“知道”的标准,决定了网络服务商应承担的责任有无。在“应知”的情形下,网络服务商应当承担一定的注意义务或者事前审查义务。本案中,赶集网让部分李鬼使用并不存在的企业名称通过认证,并擅自使用了A集团的商标,结合其完全有能力通过全国工商诚信系统查询到全国企业的登记信息,以及申请人不可能提供A集团签署的商标使用许可协议的事实,赶集网理应知道申请人是李鬼,不该允许其发布侵权信息,并与之合作达成赶集帮帮推广协议。而在“知道”的情形下,被侵权人负有证明赶集网“已知、明知”的举证责任,上述能够证明网络服务商“应知”的证据也许不再能左

右案件结果,争议焦点将会成为权利人是否履行了“先通知义务”,或是否能穷尽一切证明手段推定对方“明知、已知”。这无疑为被侵权人增加了举证难度,抬高了维权成本。

红旗规则本来针对的是“显而易见的侵权事实”也就是“应知的事实”,打击的是“鸵鸟心态”的网络服务商,尤其是在假广告泛滥的网络社会,更何况,像赶集网之类的网络服务商,即使按照红旗规则承担赔偿责任,与其经营网站的巨额收益相比简直微乎其微。但是,现实中,权利人维权步履艰难,光是公证网页的费用就常常高达上万,即使网络服务商删除了侵权链接,权利人的正常维权支出也难以落实到其头上,更别提让一个普通消费者依照法律的程序去维权。在消费者协会提供的投诉案例中,被投诉的对象是如同流窜犯般的李鬼,由于所有信息来源于网络,难以查找到李鬼的真实身份,作为消费者协会也是“有力使不上”。我们曾想当然地认为可以从李鬼提交给网络服务商的注册资料甚至IP地址中查找到蛛丝马迹,但是不到诉讼阶段,网络服务商完全可以拒绝提供,就算提供了IP地址,也无法直接定位到某个固定的使用人。一个普通的侵害消费者利益的案件,需要拿出刑事侦查的力气去追踪,别说是个人,大多数企业也望而却步。而且,网络服务商可以为李鬼提供“打一枪换一个地方”的优势,闯祸的李鬼不能轻易找到,根据《侵权责任法》网络服务商又不轻易担责,极低的违法成本和高昂的打假成本与打假规则相对比,维权的人越来越少,踩线的人越来越多,区区几年,我们已跨入了一个“网络虚假广告时代”。

打击网络虚假广告——公益诉讼的可行性

公益诉讼是相对于个人诉讼的一种

诉讼模式。我国《民事诉讼法》第五十五条规定:对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。新修订的《消费者权益保护法》第四十七条规定,对侵害众多消费者合法权益的行为,消费者协会可以向人民法院提起诉讼。以上两部法律,直接赋权消费者协会在“侵害众多消费者合法权益”的情况下可以向人民法院起诉。

大多数搜索类网站靠推广业务为生,在广告利益面前,无法做到真正的自律,也就是说,在有偿发布或者推广商业信息的时候,难以严格审查并保证信息的真实性。像A集团与B公司这类提供偶发型业务服务的公司,无法做到让消费者牢记其服务电话,当消费者需要联系A集团和B公司时,一般通过互联网获得联络方式。消保委提供的投诉案情中,触目惊心充斥着敲诈勒索,利用管制刀具强制交易的情节,打着A集团与B公司旗帜的虚假广告早已泛滥成灾,而每一个将要搬场的市民,可能都会遭遇到这样的威胁。A集团与B公司虽然使尽全力沟通、打假,但是并不能全面遏制这种现象,在强势的网络服务商面前,权利人显得势单力薄,消费者显得软弱无助。此时此刻,市民和权利人,都急需一个强有力的机构来作为自己的后盾,哪怕理由只是一个“保证消费者的知情权”。

根据《消费者权益保护法》的规定,消费者享有知悉其购买、使用的商品的过程中或者接受的服务的真实情况的权利。所以,保证消费者的知情权,并不要求已经发生实质性的损害,只要发布的信息是不真实的,就该受到法律的制裁。消费者协会在掌握消费投诉信息方面拥有独特优势,其可以轻易将消费者因相信网络虚假广告而受骗的材料进行汇总

分类,随后根据不同的网络服务提供商及消费行业,以一个原告的身份分别提起公益诉讼。这种情况下的公益诉讼,能为消费者节省大量的维权成本,也可以通过一个案件集中处理所有的受害者。我们期望,通过集中提交相当数量的个案证据,证明互联网服务商的帮助侵权行为并不是偶发的,其在实质上已侵害了相当数量的消费者权益,若继续放任李鬼发布虚假信息,极有可能损害更多的消费者的知情权。同时,在庭审过程中,消费者协会作为原告可以要求互联网服务商一次性提交所有涉案李鬼商家的注册资料,并将所有的李鬼追加为被告,以获取更高的赔偿数额。

公益诉讼的一个巨大优势就是:目前的网络侵权诉讼都是“一对一”模式,为虚假广告提供广阔平台的网络服务商的责任被限定在《侵权责任法》框架内。而公益诉讼所主张保护的权益,并非完全是“侵权责任法”中所保护的私益,带有更多公共利益的成分,也就是文头所提的要求法院在断案时从保护消费者权益的角度设定网络服务商的“公共行为标准”。

但是,我国的公益诉讼毕竟是刚刚起步,我们亟待有关机构出台细则为消费者公益诉讼提供强势平台,并加速遏

制大规模虚假广告的横行。我们建议有关机构先充分落实消费者协会的公益诉讼基金,并对网络服务商有偿发布信息的行为明确定义为“发布广告”,实行过错推定原则,一旦过错成立,由网络服务商对受害普通消费者按新消法履行“三倍赔偿义务”,对受害的商家适用全额赔偿制度,并课以“巨额赔偿”作为消费者协会公益诉讼基金。

寄语

互联网虚假广告乱象并非只曾发生在我国,但大多数国家都以完善的制度保证了互联网的信息安全。在法律不够完善的今天,我们只能通过每天发生的纠纷和案件,探索正确之路。尽管过程是漫长的,但我们有幸看到“消费者公益诉讼之路”的存在。然而“徒法不足以自行”,一项好的制度,如果没有人去运行和推动,制度本生的价值无法得到体现。霍姆斯曾说“法律的生命在于经验,而非逻辑”,在推动的过程中,执行法律的标准也应随着时代的变迁不断地被调整,努力将消费者权益保护扩大到互联网的每一个角落,以提高公共行为标准的方式缩小违法真空地带的存在,将对构建社会诚信产生积极的巨大的意义。



案例精析 ●文/严忠泽

专利侵权案件中 举证责任倒置的适用条件



一、案情介绍

原告上海某某激光科技有限公司(以下简称“原告”)拥有“一种在平板玻璃内雕刻三维图案的方法和装置”的发明专利,该专利方法包括利用激光聚焦方法在平板玻璃内形成损伤点的过程,以及利用高速数字振镜在平板玻璃内移动激光聚焦点的过程,以此实现在平板玻璃内部雕刻三维立体图像。

原告因被告上海晶尔玻璃技术有限公司(以下简称“晶尔公司”或“被告”)制造、使用的玻璃内雕机上使用了高速数字振镜,而认为晶尔公司侵犯其发明专利,诉至法院,要求晶尔公司停止侵权,并赔偿损失人民币

300万元。

被告晶尔公司收到相关诉讼资料后,遂委托沪慧律师事务所律师作为被告代理人参与案件庭审。庭审期间,原告向法院提出要求被告晶尔公司提供涉案机器的工作方法。

二、案件争议焦点

涉案专利包括方法及设备两个独立权利,法官要求原告确定诉讼的权利要求,原告主张方法权利要求。因此,本案争议焦点为:1、被告生产玻璃内雕产品的方法是否落入专利权利要求的保护范围;2、根据专利方法生产的产品是否是新产品,被告是否应证明其产品生产方法

不同于专利方法;3、如果被告侵权成立,原告主张赔偿的依据。

三、律师观点

沪慧律所承办律师接受被告晶尔公司委托后,立即开展了证据收集以及现场勘验等工作,并根据“原告”提交的证据、诉讼等资料,结合庭审情况,最终确认原告提供的证据不足,无法证明晶尔公司构成专利侵权。理由包括:

(一)原告没有提供晶尔公司玻璃内雕机的工作方法与涉案发明专利方法相同或等价的证据,仅凭涉诉机器使用高速数字振镜而主张晶尔公司侵权,不符合“完全覆盖原则”,法院势必要求原告继续举证,如果原告举证不能,则需承担举证不能的不利后果。

(二)本案不适用举证责任倒置,玻璃内雕产品不构成专利法意义上的“新产品”,涉案专利说明书中背景技术已告知其方法是对现有玻璃内雕产品制造方法的一个改进,说明涉案专利方法针对的不是“新产品”。因此,原告及代理律师对专利法理解完全错误,其要求晶尔公司提供机器工作方法不同于专利方法的证明是不符合法律规定的。

(三)经律师庭审前的现场勘验及技术比对,晶尔公司的机器在结构上与涉案专利不同,工作方法也与专利方法不同。由此可见,原告完全是在未了解专利维权案件有关侵权对比分析以及专利法侵权判定适用规则的情况下盲目维权。

综上,该案仍适用民法法中的“谁主张谁举证”原则,原告未能提交晶尔公司玻璃内雕机工作方法的证据,只能承担败诉的后果。

四、案件结果

案件通过庭审,在沪慧律所承办律师充分阐明代理意见及律师观点后,原告最终撤回诉讼,被告晶尔公司完胜。

(作者单位:上海沪慧律师事务所)



新锐手记 ●文/奚海麟

律师心路

许多年轻律师就像是李宗盛的那首歌名《和自己赛跑的人》，在执业初期的过程中我们都是孤独的，我们缺少队友和对手，我们只是不断努力超越自己。

在很多时候我们甚至不知道我们努力的方向是否正确，因为我们每个人走的路和其他同龄的同行都是不同的。如果给师父领进门，修行靠个人这句话在当下找一个最贴切的职业，我的第一反应就是律师，今天我能写下这篇随笔，既是分享也是感谢，感谢我的带教老师，我的师父，让我在执业的初期少走了很多弯路，少做了很多白功。

从2010年6月大学毕业到2011年12月28日取得律师执业资格，我度过了一年半的无证时期，同龄的同行们在这段时间或许都有过这样的体验，从兴奋到焦虑转而懈怠，最坏的结果就是放弃。在这段有力无处使的真空期内，我学会了忍耐并且保持乐观，那段时间反复挂在我嘴边的一句话就是：“忙是迟早的事情，好好享受当前悠闲的时光。”

虽然我非常善于对自己进行心理暗示，但如果不做些什么，那也是与阿Q无异的。于是我开始观察，发现我的师父每天都看报纸——《解放日报》、《法制日报》，但我发现这些报纸我实在读不下去，终于在辗转了十多份报纸后，我找到了一份对我胃口的报纸。从这之后我一直保持阅读的习惯，比起读书其实读报要功利的多，但律师本身就是个偏重实务操作的职业，因此在法律之外的领域，我们不用精通但务必有所涉猎。于是一份高质量的报纸对律师来说变得非常实用，比如在电子商务网站兴起的时候，我接待过一名当事人，当我和他在交流中

能熟练使用“平台模式”、“垂直模式”等他们业内的术语时，这显然让当事人对我建立起更多的信任。事实上在精通法律之外，涉猎广泛也是外界对律师的一种主流印象，也就是说这是律师该有的气质。

除了养成读报的习惯外，对于报纸类型的选择我也不是完全随着自己的性子的。律师是个与人打交道的职业，如果阅读是为了更好地与人交流，那打交道的对象必然成为我们必须考虑的因素。而这一点对于年轻的同行们尤为重要，律师服务的大多需求都来自于中年以上的人群，也就是说我们这些刚走出校门的年轻律师面对的客户几乎都要比我们年长十岁以上。当我们在与客户交流的时候，极可能在除了专业法律知识以外的地方，我们完全处于劣势，而一旦发生法律与行业专业或人情世故存在交集或冲突的时候，这种交流中对相关信息掌握的不足将直接影响客户对律师能力的怀疑。于是读报的目的就变得非常明确，为了填平这年龄代沟与行业差异所带来阅历与认知上的差距，所以报刊的内容选择是偏政治、偏民生、偏经济、偏文史或是偏娱乐，自然要与客户的类型有交集。而在执业初期，既然我们还不知道客户属于哪一类型，那就先选一份高质量的综合性的报纸，培养属于自己的律师气质，让当事人和客户对我们信服。

在读以外，律师的另一项必备技能是写，也就是案头工作。大学刚毕业的同行们，我们会写吗？起码我的答案是否定的。且不论我们大学时的文笔如何，应试中学习的作文方式与工具性的应用作文的套路是完全不同的，对此我有一个切身的体验：最初开始写法律文书时，师父



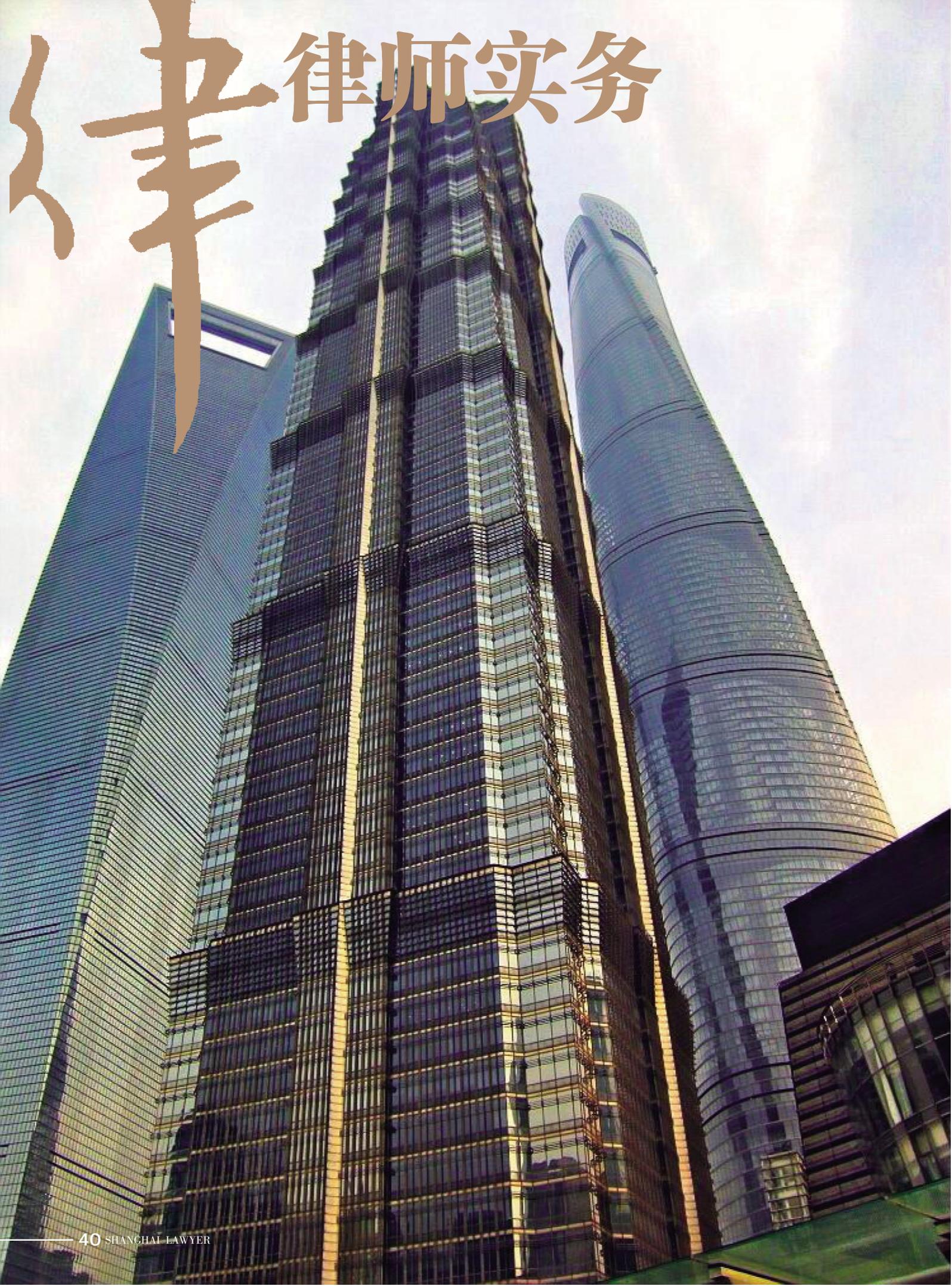
奚海麟：上海市浩信律师事务所律师

是把所有的要点一一帮我提炼好，然后再由我在要点下进行扩充，一定会经过最少三四次的反复修改才可定稿。慢慢地我可以自己列提纲，提炼小标题，师父对我起草的法律文书修改的地方越来越少，到现在我起草的法律文书师父已经很少修改甚至不再检查。对于法律文书的写作，师父有一句话，虽然只说过一遍，但我却牢记至今：“写这个法律文书，是会者不难，难者不会。”

法律文书与所有的文章一样都是要说明白一件事，讲清楚一个理，区别就在于法律文书是工具性的文章，必须首先兼顾篇幅、立场、主次、因果、轻重等行文准则，另一方面律师拟定法律文书需要通过事件的洞察发现其中的法律因素，对其进行梳理、罗列，形成法律关系，再找到事实与法律的连接点，方可着手写作。而刚入行的时候，我并不具备这样的思维模式，自然也是写不出专业性的法律文书，而如果一名律师一直无法养成律师的思维模式，那可能最后将沦为一名经验律师而不是专业律师。

在这一年半的时间里，我虽然还没有成为律师，但我对律师应该是什么样的？在摸索中慢慢有了自己的理解，也朝着我心目中律师的形象不断修正自己，在这场与自己的赛跑中找到了方向。●

法律实务



●文/杨桂林

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

民营企业法律风险 防控概论



杨桂林:北京长安(上海)律师事务所律师

随着我国社会主义市场经济及法律体系的不断发展和完善,随着我国依法治国大政方针的确立与实施,随着市场竞争的日趋激烈和复杂,作为市场经济重要主体的民营企业的法律风险也逐步加大。民营企业若不认真把握、努力防控这些法律风险,不仅将严重影响企业的发展壮大、甚至可能危及企业的生存。本文拟就我国社会主义市场经济体制下,民营企业法律风险防控的基本内涵、重要意义、主要途径作一探究。

一、民营企业法律风险防控的基本内涵

1. 民营企业法律风险的基本涵义。

(1) 民营企业法律风险是民营企业风险的一种重要表现。民营企业风险从内部来说,包括战略决策风险、财务风险、经营风险等;从外部来讲,包括政治风险、法律风险、经济风险等。

(2) 民营企业法律风险主要指基于法律规定、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。即指民营企业由于不懂市场经济法律、疏于法律审查,或逃避法律监管而违反国家法律、法规、规章而导致承担法律责任或受到法律制裁的相关风险。

(3) 民营企业法律风险还包括民营企业不知道采取有效法律手段保护自己的合法权益或者对将要遭受的经济损失进行有效的法律救济所带来的经济损失的风险。

2. 民营企业法律风险的主要种类。

按不同的分类标准,民营企业法律风险主要包括以下几种风险。

(1) 按民营企业所需生产要素来分,主要包括人力资源、资本、设备运行和工艺、材料、产品、技术、信息、知识产权等方面的法律风险。

(2) 按民营企业的主要生产经营环节来分,主要包

括材料采购、筹资、投资、制造、市场营销、收账、会计工作、安全、企业技术活动、信息系统、企业组织变更等方面的法律风险。

(3) 按民营企业供应链的顺序来分,主要包括来自供应商、采购、生产、市场营销、客户等方面的法律风险。

(4) 按民营企业法律责任形式来分,主要包括民事、行政、刑事责任等方面的法律风险。

3. 民营企业法律风险防控的基本内涵。

民营企业法律风险防控是指根据每个企业自身的行业特性和实际情况,对企业生产经营过程中可能出现的法律风险点及程度进行深入的分析归纳与全面测评;并对症下药,设计出一整套企业法律风险防范与控制的内部制度、流程、措施等;并付诸实施、进而全面评估、更新完善的全过程。

二、民营企业法律风险防控的重要意义

1. 民营企业法律风险防控是民营企业依法生产,维护民营企业生产经营安全、稳定存续的基础。

随着我国社会主义市场经济及法律体系的不断发展和完善,作为我国国民经济中最具生命力的一个重要组成部分——民营经济已经成为支撑和推动国民经济发展的重要力量。但是,据有关资料显示,我国民营企业的平均寿命只有 2.9 年(美国企业的平均寿命达 40 年)。

我国每年约有 100 万家民营企业破产倒闭,60%的民营企业在 5 年内破产,85%的民营企业在 10 年内倒闭,大型民营企业集团的平均寿命也仅 8 年左右。很多企业一遇风险,就难以存续。

2. 民营企业法律风险防控是民营企业依法经营,促其可持续发展,不断壮大的前提。

民营企业的“短命”固然有诸多原因,如盲目投资、家族式经营、不守信用等等,然其中的一个重要原因则



是民营企业家的法律风险意识不强,重视不够,尤其是对企业法律风险疏于防范。所以,许多民营企业难以“长治久安”。

3. 民营企业法律风险防控是民营企业依法治企,建成“百年老店”的保障。

民营企业家能否不断增强自身的企业法律风险意识,努力防控企业法律风险,可谓是关系到民营企业盛衰、能否使自己企业成为“百年老店”的性命攸关的根本问题。

三、民营企业法律风险防控的主要途径

1. 民营企业法律风险防控的关键点是民营企业要改变传统的家族式经营管理模式,采用现代企业经营管理模式,树立依法经营、依法治企理念,不断增强自身的企业法律风险意识。

2. 民营企业法律风险防控的主要内容是要根据每个企业自身的行业特性和实际情况,努力在企业生产经营的所有环节构筑起企业法律风险防控体系。民营企业法律风险防控体系的建设可分为三个阶段。

(1) 第一阶段的主要工作是要对企业法律风险进行识别、测评和分析,并制定企业法律风险防控计划、方案。这一阶段的工作主要由企业法律部门通过项目运作的方式来进行,即由企业内部法律人员或由内部法律人员与外聘律师顾问共同组成一个项目组,集中3个月左右的时间来完成相关工作。具体工作包括:首先,调查、收集企业法律风险基础信息。可采用调查问卷及访谈的方式收集企业法律风险基础信息,同时对企业以往发生的法律纠纷案例以及企业涉及的主要法律、法规进行全面梳理。其次,整理,形成企业法律风险清单。可利用法律风险识别方法对企业法律风险信息进行整理,形成企业法律风险清单。再次,确定企业重大法律风险。根据企业自身的行业特性和实际情况,利用法律风险测评方法,对企业法律风险清单中的风险进行量化测评,并进行排序、分级,确定企业特有的重大法律风险。例如有的企业是采取连锁加盟经营模式,那就可能存在品牌抢注、品牌延伸、与加盟企业之间的利益冲突等特有的法

律风险;有的规模大的企业通常具有劳务派遣用工形式、人员流动性强的特点,在人力资源方面可能存在较大的法律风险;而规模小的企业可能在企业融资方面存在更多的融资法律风险。最后,根据企业实际需要对企业法律风险状况进行全面分析、评估;进而制定出适合本企业的法律风险防控计划、方案。

(2) 第二阶段的主要工作是实施、落实企业法律风险防控计划、方案。这一阶段的工作主要由企业各业务部门来分别完成,即业务部门将重大法律风险防控计划、方案中分配给本部门的控制措施列入本部门的年度工作计划,然后按计划完成相关工作,如制定或完善某项管理制度,改进某项业务流程等等。该阶段的工作周期通常为一年。

(3) 第三阶段的主要工作是对企业法律风险防控计划、方案的实施、落实情况进行全面总结、评估,并对企业法律风险防控体系进行更新完善。这一阶段的工作主要由企业法律部门与外聘律师顾问完成,主要工作是收集各业务部门法律风险防控计划措施的落实完成情况,并进行总结、评估,进而提出法律风险防控计划措施改进建议,对企业法律风险防控体系进行更新完善。

3. 要正确处理民营企业法律风险防范与控制的辩证关系。民营企业要转变观念,首先要注重企业法律风险的防范,要把企业法律风险防范工作作为第一要务来抓,尽力避免、防止、减少企业法律风险的发生;当然,企业法律风险一旦发生,就要及时采取有力措施,积极应对,尽力将相关损失降到最低程度。就如消防队,其首要工作是防火,而不是灭火。当然,火灾一旦发生,就要全力灭火。

总之,民营企业法律风险防范与控制事关民营企业的生存安危,是民营企业不断发展壮大的百年大计。所以,民营企业只有坚持依法治企,强化企业法律风险防控意识,采取有力措施,不断加强企业法律风险的防控,尽力避免、减少企业法律风险的发生,才能使企业不断发展壮大,成为名副其实的“百年老店”,对中国特色社会主义市场经济的不断发展完善作出应有贡献。●

●文/朱静亮

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

律师处理安全生产事故模式的再思考



朱静亮:北京长安(上海)律师事务所实习律师

安全生产事故,是指企业在生产经营活动中发生的造成人身伤亡或者直接经济损失的事故。一旦发生事故,企业轻则承担经济损失,重则相关责任人将面临牢狱之灾。所以安全生产事故一直是悬挂在企业头上的“达摩克利斯之剑”。

上海市安监局于2014年3月召开全市安全生产工作指出,2013年上海市五大类生产安全事故死亡总人数略有反弹。全年道路交通、工矿商贸、火灾、铁路交通、农业机械事故死亡1224人,同比上年上升1.32%。还发生了1起重大事故,死亡16人(即上海翁牌冷藏实业有限公司“8·31”重大氨泄漏事故)。而从全国来看,2014年2月份召开的国家安监局新闻发布会指出,2013年全国事故总量约为337800多起,事故死亡人数约为72828人。根据上海及国家安监局曝出的数据来看,我国目前的安全生产状况不容乐观。但是,挑战也同样意味着机遇,地方及国家日益严峻的安全生产状况,同样意味着巨大的安全法律服务市场。

我国正处于工业化快速发展进程中,安全生产基础仍然比较薄弱,安全生产事故易发多发,重特大事故尚未得到有效遏制。而随着2014年8月《中华人民共和国安全生产法》12年来的首次修改,我们可以看出国家不仅对企业的安全管理提出了新的要求,同时也为律师处理安全生产事故提供了足够多的依据。在新的形势下,如何通过改变律师原有处理安全生产事故的思路,向化工企业提供更专业、高效的安全法律服务,成为了我们急需解决的问题。

通过对国家安全生产监督管理总局监管三司于2014年5月14日发布的《今年以来全国危险化学品和化工较大事故情况通报》进行分析,我们可以看出化工企业发生安全生产事故,通常是由以下几方面原因造成的:1、企业在进行日常生产过程中,没有开展日常生产及非日常危险工作的管理操作规程,生产人员“无章可循”,即生产状态的不安全。2、企业虽然制定了操作规程,但是没有对员工做好培训工作,生产人员“有章不

循”,即生产行为的不安全。3、企业没有做好政府审批申报工作。正是由于前述几方面原因中的一个或者相互作用,导致了化工企业安全生产事故的发生。

在找到了企业安全生产事故的原因后,我们就需要对律师处理化工企业安全生产事故的传统模式提出新的思考。根据传统律师处理安全生产事故的思路,律师通常是在企业已经发生经济损失或者人身伤亡,甚至是在检察院向企业提起公诉后,再行介入并仅提供诉讼法律服务。但是由于其介入的滞后性及处理模式的单一性,按照传统模式处理化工企业安全生产事故,并不能从根本上帮助企业防止损失。所以,我们认为,律师应当从下述两个方面,改变处理化工企业安全生产事故的模式,即:1、提前介入时机;2、提供诉讼及非诉服务,以期最大限度地保护企业利益。下面让我们一一进行分析:

1、律师应提前介入处理安全生产事故。美国安全工程师Heinrich 1931出版了著作《安全生产事故预防:一个科学的方法》。在通过分析55万起工伤事故的发生概率后,提出了著名的“安全金字塔”法则。该法则认为安全生产事故的比例分布,是呈金字塔状的。即在1个死亡背后,有29起重伤害事故;29起重伤害事故背后,有300起轻伤事故;300起轻伤事故背后,有3000起无伤害虚惊事件,以及30000起不安全行为和不安全状态存在。

按照律师传统介入安全生产事故的时机,即在企业已经发生安全生产事故甚至是被检察院提起公诉后再行介入的模式。由于介入滞后,不仅不能帮助企业防止已经造成的损失,而且如果是公诉后介入,因为安监部门进行的事故调查将是案件最重要的依据,但调查过程律师无法介入,且调查结果可能存在片面性,则律师就很难还原案件的真相,帮助企业维权。基于前述原因,我们认为律师在协助化工企业处理安全生产事务时应当提前介入,即在企业尚未发生安全生产事故,仅存在日常不安全行为和不安全状态时介入,并且通过各种法律手段,帮助企业减少“安全金字塔”的最底层的不安全行为和不安全

全状态,从而杜绝安全隐患。这样等于从根本上帮助企业防止损失!

2. 律师应以多种法律方式处理化工企业安全生产事故。传统律师处理安全生产事故,一般仅提供诉讼服务。但是根据前述分析,既然律师提前了介入的时机,在化工企业尚未发生安全生产事故即提供了法律服务,那么律师也应该相应改变传统的服务方式,分阶段为企业提供诉讼及非诉讼的法律服务。具体来说,律师可以在安全隐患阶段,事故调查阶段,事故处理阶段及事故善后阶段分别提供不同的诉讼及非诉服务。这样能从各个角度,全方位地保护企业利益,详述如下:

1) 安全隐患阶段:此阶段企业虽尚未发生安全生产事故,但是由于企业一般在日常生产经营过程中都会存在安全隐患,所以律师可在此阶段为企业提供非诉法律服务。具体服务为在为企业提供安全法规体检服务后,提供安全法规期刊及法规库定制工作,政府批准申报工作及安全法规培训工作等。

a) 安全法规体检服务。我们可参照国家《安全生产标准化》等相关要求规定,通过企业法规文件核查,企业现场调查等方式,寻找企业内部的安全风险点,并通过“K·J·格雷厄姆和G·F·金尼的作业条件危险性评价法”方法对安全风险的大小逐一做出评估,并以国家的法律法规作为基础,督促企业采取如制定操作规范,进行人员培训等合规措施,将前述风险减少到企业可接受的范围。

b) 安全法规期刊及法规库定制工作。在帮助企业完成安全法规体检服务后,我们可针对前述找到的风险点,寻找相应法律、法规、国家行业标准及业务动态,编制成法规期刊,定期寄送给企业。我们在编制法规期刊时,不仅仅需要找到具体法规条文,还应该对法规进行总结并摘录具体条文,便于企业阅读。除法规外,我们还需要注意进行标准的收集。在安全行业中,法规一般是告诉企业“应否做”,而标准将告诉企业“如何做”。所以,关注标准,尤其是国家及行业标准中的强制性条文,将有助于企

业做好安全风险防范工作。

我们除完成前述法律期刊,还应帮助企业定制法律法规库。即将前述比较松散的条文,将适用于企业的法律法规具体条文摘抄出来,按照安全、环境、职业健康等分门别类,并从法律、法规、部门规章、地方性法律等进行排列,且对其时效性进行及时更新。我们还应该将前述法规条文内化为企业管理规范,使得企业及员工在工作时做到“有法可依,有章可循”。

c) 政府批准申报工作。根据我们统计,一个化工企业如果要建厂的话,从立项,到最终批准验收,最少需要经历17个政府部门,40多张证照。如此庞大的政府批准申报工作,对于企业来说,很难系统化地掌握所有审批的办理流程。一旦企业在某一环节失去了政府监管,企业不仅将会有极大的安全隐患,而且还可能面临严厉的行政处罚。所以律师可以协助企业做好政府审批申报工作,并帮助企业做好政府批准管理工作,将企业的日常管理纳入到政府管理之中。

d) 安全法规培训。执行企业安全生产工作,最终还是要落实到人。而对于企业来说,即使再完备的规章制度,如果不能内化为员工本身的操作规范,始终还是会存在安全隐患。所以,律师可以结合企业培训部门,以前述的安全法律法规作为基础,再辅以安全生产事故案例,为企业员工开展安全培训工作。这样一方面能够增加企业安全培训的形式,让员工从不同角度学习安全规范,另一方面也让员工感受到企业对于安全的重视,从而让员工在工作过程中真正地做到行为的安全,杜绝企业的安全隐患。

2) 事故调查阶段。在安全生产事故发生后,律师可帮助企业合法合规地基础上应对安监部门的调查。即使做好了风险控制工作,企业还是可能发生安全生产事故。企业在事故发生后,应按照《安全生产事故报告和调查处理》的规定,将安全生产事故报告给安全生产监督管理局,并配合安监局进行调查。但是在实践过程中,我们发现由于企业管理人员较少拥有应对公权力调查的经验,可能在调查时比较紧张,并且由于调查专家可能不了解企业的生产工艺或者专家是由竞争对手公司内的专家组成,导致较难还原出安全生产事故的真相,以致不能形成较为全面的事故调查报告。

基于上述原因,我们认为在事故发生后,律师应立即与企业沟通并联合企业如运行、技术及应急处置部门进行调查。在对事故进行充分调查后,再与涉案员工商讨如何合法、合规的应对政府对于安全事故的调查,以便还原事故的真实面貌。

3) 事故处理阶段。完成事故调查报告后,律师应协助企业做好与受害者洽谈工作及从安全管理角度做好诉



讼准备工作。

a)与受害者进行和解谈判。律师在政府处罚企业前完成与受害者的和解谈判工作,这样可减轻政府处理企业时面对的公众压力。律师在进行和解谈判前,应就下述几个方面,与企业做好沟通工作:

1.企业在本次案件中,需要承担的民事、行政及刑事法律责任。2.企业需要赔偿给受害者的数额,该数额应从工伤,侵权等多方面综合考虑。3.企业赔偿前述费用来源,可考虑从侵权人保险,工伤保险,雇主责任险等方面考虑,这样即使企业在垫付赔偿后,也不会承受较大损失。完成前述沟通后,律师可与企业配合,尽快完成受害人和解谈判工作,安抚受害者的情绪,以免该事故演变为群体事件,增加政府处理压力。

b)从安全管理角度为企业进行辩护。当前述所有的工作完成后,检察院依然可能对企业提起公诉,这个时候就需要律师为企业提供诉讼法律服务。但是,律师不能仅仅就法律谈法律,而是可以从安全、标准等多个角度,为被代理人提供辩护。法官及检察官可能不会对安全知识有太过深入的了解,对于安全生产事故的责任判断可能仅能从前述安监部门制作的安全事故调查报告进行判断,但由于多方面的原因,安全事故调查报告可能会存在片面性的问题,所以从安全等多角度为代理人提供辩护,尤其是在多方责任造成“多因一果”的安全案件代理中,将能更好地帮助法官分清责任主次,保护好被代理人的利益。

4)事故善后阶段。安全事故处理完毕,并不意味着律师服务的结束。律师应该在事故结束后,为企业制作合规流程。分析本次安全事故的责任和风险失控处,并根据前述分析报告,帮助企业制作合规流程表,对前述风险失控点进行控制,防止以后企业再犯同样的错误。这样才意味着一个服务的完成。

所以从前述分析来看,安全法律服务市场广阔,但任重而道远。如何为企业提供专业、高效的服务,还需要我们进行努力。●

●文/沈涛

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

如何应对药品不良事件

药品与公众的生命健康密切相关,而生命健康权是公民最基本、最重要的权利。药品可“治病”,药品也可“致病”,药品在治疗疾病的同时,不可避免地带有毒副作用;生理的复杂性使得药品的质量问题至关重要,需在有效性和安全性两者间找到合理的平衡点,趋利避害。

药害事件目前日益增多,而这类案件律师实务中一般直接起诉医疗机构,而起诉药厂的很少。笔者近期正在处理一起药品不良事件的案例,对于相关的法律问题进行了梳理。导致药品不良事件的原因是复杂的,可能是药物治疗过程中不合理用药而致,也可能属药品的不良反应,还可能是因药品质量问题而导致伤害。药物治疗过程中不合理用药属于医疗损害的范畴,由医疗损害鉴定部门进行鉴定。本文着重探讨药品质量问题和药品的不良反应。

一、药品质量问题(药品缺陷)

临床实践中有许多因药品存在质量问题而导致的损害,此类药品损害赔偿的前提和基础是药品存在缺陷。药品缺陷的判断标准:缺陷是产品责任法中一个十分重要的概念,它是构成产品责任的必要要件之一。我国《产品质量法》第46条将缺陷定义为,产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险;产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的,是指不符合该标准。我国《药品管理法》第32条规定:药品必须符合国家药品标准。国务院药品监督管理部门颁布的《中华人民共和国药典》和药品标准为国家药品标准。据



沈涛:北京大成(上海)律师事务所律师

此可知,我国对缺陷的定义采用了“强制性标准”与“不合理危险”双重标准。这一标准看似合理,却在消费者权益的保护上留下了隐患。实务中经常会遇到这样的案例,即符合强制性标准的产品仍然因存在危及人身、财产安全的不合理危险导致了损害的发生。如2003年我国发生的“龙胆泻肝丸事件”,因配伍中药“关木通”含有马兜铃酸引发肾损害并导致尿毒症,致使全国各地众多的人受害。正如该药的生产商所声称的,龙胆泻肝丸是按国家药典标准生产的,不存在缺陷,生产商不应承担责任。依此逻辑,损害就只能由受害人自己承担了,这显然与产品质量法保护消费者合法权益的立法宗旨是不符的。为确实保护消费者合法权益,我国产品(包括药品)缺陷之定义应与国外先进立法保持一致,将不合理的危险作为认定缺陷的绝对标准。

药品缺陷的具体认定:在对药品责任有特别立法的德国,为了更好地认定药品缺陷,将其从外延上分为设计缺陷、制造缺陷和指示缺陷。药厂被发现以下药品缺陷的,均应按照《侵权责任法》、《药品管理法》、《产品质量法》等的相关规定承担赔偿责任。

1、设计缺陷(design defect) 药品的设计缺陷是指药品依其设计制造,而有当时未预期的本质上的不安全,有致生损害的可能。亦即药物在设计上有不合理的危险,而此种危险系因设计上错误所致。由于药品生产和质量行政管制的严格性,药品的生产一般都应在药品生产企业取得批准文号后按照药典标准或国家规定的标准要求进行,因此药品的设计方案实际上就是药品生产必须执行的药典或国家标准,而药品的设计缺陷,也就是生产药品所执行的药典标准或国家标准的不科学、不合理而导致该种产品具有的不合理的危险性。

药品的设计缺陷,具体来说表现为如下几种情形:①药品的配方不合理,如含有未经临床证实的严重不良反应成分;②安全用药剂量规定不合理;③有效期限的规定不科学;④适应症与禁忌症规定不科学;⑤配伍禁忌规定不全面;⑥包装和储存条件规定不科学等。上述药品,经人体服用后或产生意外的不良反应,或使已知范围内的不良反应加重致使用者健康受损、功能障碍或死亡。基于缺陷设计方案生产的药品均为缺陷药品,这种产品投入市场后排除服用量少或自身免疫能力强而未造成损害的以外,受害者往往人数众多,在实践中有可能形成集团诉讼。

2、制造缺陷(manufacture defect) 药品的制造缺陷是指药品在制造过程中,因制造或生产过程中的因素,使药品受到污染、成份错误,包装不良致品质恶化,使药品不具有应有的成份,致消费者产生损害之情形。与药品的设计缺陷不同,设计缺陷缘于药品的工艺、配方设计本身,即药品生产标准。而药品制造缺陷的问题则属于制造该药品的原料、辅料以及包装材料的质量和工艺质量异于药品的标准。具体表现为:①因生产药品的原料、辅料质量不合格导致生产的药品不符合规定的质量标准;②因工艺流程等相关工序的失误导致药品的质量不合格,如菌检超标、含量过高或偏低以及药品中含有非药物成份,包括异物、杂质等。

3、指示缺陷(Marketing defect) 产品制造者对其所销售的产品负有说明的义务。只有一件产品附带有适当的能够使得消费者在使用该产品时具有合理的安全性的信息软件,才能认为该产品是合理安全,或非缺陷的。由于药品本身的危险性,药品安全是相对而言的。因此,药品制造商如已注意使消费者得到充分的资讯,了解药品的危险性,而能安全的使用该药,即已尽其应尽之义务。否则,即为指示上有缺陷。所谓提供充分的资讯,包括向消费者说明如何使用该药品以及不当使用的危险或药物潜在危险的必要警告,说明,警告的文字需显眼、突出,以书面为原则。任何药品如果欠缺上述指示,或指示有误均为指示缺陷。实践中,有些药品生产厂家,为了扩大药品销

售额,随意删除药品说明书中的不良反应,或以无任何毒副作用故意误导消费者,也应视为指示缺陷。

二、药品不良反应

按照世界卫生组织(WHO)国际药物监测合作中心所下定义,药品不良反应(Adverse drug reactions, ADR)是指在预防、诊断、治疗或调节生理机能过程中,人体接受正常剂量的药物时出现的任何有害的和用药目的无关的反应。任何药品均可能导致不良反应的发生,有学者将其总结为常见可预计的不良反应、常见且可预计之外的不良反应和特异体质型药物过敏反应。常见可预计的药品不良反应,依照规定应被记载于药品说明书中,医师、药师用药时也负有向患者说明的义务。而常见且可预计之外的不良反应,即有些药品品种即使已经在开发阶段进行了大量的药理、毒理以及临床试验,但由于药品的毒性反应具有潜伏性和长期累积的特点,仍有可能不能完全预见其隐藏的不良反应,因此药品说明书中不可能记载,医师和药师更不可能事先知悉,患者完全处于危险当中。特异体质型药物过敏反应更是无法以现有技术克服的“缺陷”。我国《药品不良反应监测及报告管理办法》第63条:药品不良反应主要是指合格药品在正常用法用量下出现的与用药目的无关的或意外的有害反应。此定义与WHO的规定一致,均认为药品不良反应是一种意外反应,其发生具有不可预见性。具体分别阐述如下:

1、常见且可预期之外的不良反应的法律责任

药品生产者若在上市前研究中进行了通常应当进行的研究,没有发现某种严重不良反应的存在,但在药品上市以后出现了不良反应并造成严重后果,在这种情况下,很难证明药品生产者在上市前研究中是否存在过失。我国现行民法对药品不良反应适用无过错原则并无明文规定,因此只能适用公平责任原则。公平责任是指在当事人双方对造成损害均无过错的情况下,由人民法院根据公平的原则,在考虑当事人的财产状况及其他情况的基础上,责令加害人对受害人的财产损失给予适当补偿。在药品不良反应中,各方对于损害的发生都无过错,然而让患者独自承担损失明显有悖公平,药品生产和经营者的经济实力远远强于患者,其在药品经营中获利却导致患者损害,因此应当承担一定的赔偿责任。可见,公平责任原则与药品不良反应的特点比较吻合。

2、常见且可预计的不良反应的法律责任

对于常见且可预计的不良反应,药品生产者在说明书中对药品存在的风险做出明确的说明和警示,由患者或患者委托的医务人员权衡使用。在药品使用时就意味着一定程度风险的被接受。这种由患者或患者委托的医务人员进行的权衡使用,意味着患者愿意接受药品说明

书中告知的不良反应风险,说明书中告知的不良反应引起的损害应当由患者自己承担责任。

3、特异体质型药物过敏反应虽然也属不良反应,但究其实质,并非药品本身的质量所为,而是药品使用者个体差异造成的“系统风险”。对此类系统风险,经综合评价药品的风险和社会效益,在其社会效益巨大而风险发生率极低的情况下,一般不能认定药厂承担责任。因此,笔者认为,这两种不良反应应属“合理危险”的范围,药品生产者不应承担法律责任。

到目前为止,我国药品的不良反应制度还只限于管理和预防风险方面,从其定义看,它有别于药品缺陷,药品是合格的,用法用量都正常,而发生的危害与用药目的无关或类似于意外的情况。不良反应发生的原因是限于目前科学水平的限制,无法排除药物可能存在的毒副作用。目前我国医药界的主流认识是:药品不良反应是伴随药品而存在的一种客观现象、一种医学风险,药品不良反应是当前水平下科技所不能解决的问题,药品生产者或经营者只要没有过错,一般不必承担法律责任。从医学上看,这样观点无可厚非,毕竟用药本身是存在风险的,既然各方已经尽最大努力使药品达到最大限度的安全标准,再要求生产者或经营者承担过重的责任不符合常理以及不利于药品的开发和创新。但从法律上

看,追究常见且可预期之外不良反应责任是理所当然的事,有损害就有救济,生命健康权是其他权利的前提,我国已经有适用公平责任的判决案例。从美国、德国等大多数国家的情况来看,药品不良反应被认定为一种侵权行为,责任人应当承担民事责任。德国把药品不良反应损害定性为药品的设计缺陷,适用严格责任。

药品不良反应的受害者亟待获得救济,除司法途径外,笔者认为,我国还应借鉴其他国家的先进立法尽早建立药品不良反应的救济机制。目前瑞典、德国、美国、日本等国家都已经根据自身特点建立起了药品不良反应补偿救济制度,主要的目的是为了维护患者的利益,使药品不良反应对其造成的伤害能够得到及时救治,将药品不良反应造成的各方损失降到最低。这些国家采用的办法主要是保险、基金,或两者相结合的方式。笔者认为我国应当尽快设立药品不良反应救济基金制度。确切地说,就是由国家建立药品不良反应特别救济基金,发生属于救济范围内的药品不良反应损害时,受到损害的消费者可以通过该救济基金获得救济;若药品研究机构或生产经营企业对药品不良反应的发生存在过错,对消费者进行了补偿的基金机构可以对该企业进行限制性的追偿,在各方的利益诉求中达到平衡。●

信息

奉贤区召开区政府法律顾问团工作会议暨第二届区政府法律顾问受聘仪式

5月28日,在《上海市人民政府关于推行政府法律顾问制度的指导意见》发布之际,奉贤区召开区政府法律顾问团工作会议暨第二届区政府法律顾问受聘仪式。区委常委、政法委书记周龙华出席会议,副区长顾耀明主持会议。区政府各部门分管法治工作负责人,各镇、社区、开发区分管政法工作负责人以及区政府顾问团成员参加会议。

会上,区政府法律顾问团团长、区司法局局长韩权民就第一届法律顾问团工作进行总结。区政府法律顾问团副团长、区司法局副局长严建华宣读第二届法律顾问团名单,翁卫国、赵忠敏等受聘为区政府第二届法律顾问。翁卫国、赵忠敏代表顾问团进行交流发言。

区委常委、政法委书记周龙华就做好法律顾问团工作强调了三点意见:一是要进一步提高对建立政府法律顾问制度重要性的认识。指出建立政府法律顾问制度是建设法治政府的迫切要求,是促进政府职能转变的必然要求,更是全社会普遍建立法律顾问制度的示范。二是要进一步提升



法律顾问团服务大局的能力。要紧紧围绕改革、发展、稳定的大局,自觉服从、服务于党和政府的中心工作;要视维护司法公正和社会正义为己任,积极履行职责,促进政府依法行政和企业依法经营管理;要充分发挥法律咨询、法治宣传和调解等服务功能,依法维护正常的经济社会秩序,将解决社会矛盾纳入法治化的轨道。三是要进一步加强政府顾问团自身建设。一方面,顾问团成员要坚持正确的政治方向,不断增强律师的使命感和责任感;另一方面,司法行政部门要注重加强和改进顾问团的管理和服务工作,切实增强我区律师参与市场竞争和服务经济社会发展的能力。



●文/李会广

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

浅谈信托的成立和生效



根据中国信托业协会的统计,截至 2014 年 3 季度末,全国 68 家信托公司管理的信托资产已达 12.95 万亿元人民币。信托业已成为连接百姓投资需求和社会经济建设项目资金需求的重要渠道,对我国以银行业金融机构为主的金融体系构成了有益且重要的补充。尽管信托业发展迅猛,但由于信托制度是英美法下的固有制度,且由于我国的民商事法律制度在改革开放后才逐步得以发展,我国信托立法时对一些信托基本问题的认识可能存在不完整之处,致使我国信托法对一些基本问题的规定存在不明确之处,或不符合信托的本质。例如,信托到底是一个行为,还是一组法律关系?信托是否应该区分成立与生效?在信托业已在我国金融体系中占有重要地位的背景下,对这些基本问题的澄清极有必要,将来信托法的修改也应应对这些

基本问题的规定作出完善。以下,本文拟对信托的成立和生效这个基本问题作简要探讨,以期抛砖引玉。



李会广:上海市瑛明律师事务所律师

一、我国信托法的规定

信托法对于信托的成立和生效并没有专门的规定,而是零散地分散到相关各条的规定之中,且关于信托的生效

没有明确直接的规定,多是间接地体现。相关规定主要有:信托法第八条规定,“设立信托,应当采取书面形式。书面形式包括信托合同、遗嘱或者法律、行政法规规定的其他书面文件等。采取信托合同形式设立信托的,信托合同签订时,信托成立。采取其他书面形式设立信托的,受托人承诺信托时,信托成立。”信托法第十条,“设立信托,对于信托财产,有关法律、行政法规规定应当办理登记手续的,应当依法办理信托登记。未依照前款规定办理信托登记的,应当补办登记手续;不补办的,该信托不产生效力。”信托法第十一条规定,“有下列情形之一的,信托无效:(一)信托目的违反法律、行政法规或者损害社会公共利益;(二)信托财产不能确定;(三)委托人以非法财产或者本法规定不得设立信托的财产设立信托;(四)专以诉讼或者讨债为目的设立信托;(五)受益人或者受益人范围不能确定;(六)法律、行政法规规定的其他情形。”信托法第四十四条规定,“受益人自信托生效之日起享有信托受益权。信托文件另有规定的,从其规定。”

二、我国学界和实务界的代表性观点

我国信托法的起草组成员之一周小明教授认为,我国信托法区分了“信托的成立”与“信托的生效”,信托法第八条第三款提出了“信托成立”的概念,第四十四条提出了“信托生效”的概念,信托法本身只对信托的成立时间作了明确的规定,关于信托生效的时间并没有专门的条款直接规定。如果信托的成立不意味着信托的生效,那信托的成立有什么后果或意义呢?对此,周小明

教授认为,信托的成立在委托人和受托人之间产生了转移信托财产和接受信托财产的义务,只有在信托生效后,才能在委托人、受托人和受益人之间产生信托法规定的信托权利、义务和责任关系。周小明教授认为,信托的成立仅以委托人和受托人达成设立信托的意思表示一致为条件,但信托的生效条件则要复杂得多,只有在信托当事人、信托财产、信托行为和信托目的的四个方面均符合了法律的生效条件,才能使已经成立的信托生效。

在中国信托业协会主编的信托业从业人员培训教材中,关于信托的成立与生效的表述,与周小明教授的观点相同。

三、信托行为和信托关系应重新区别

信托是否应该区分成立和生效,或者说对于信托而言,是否存在生效的问题。这取决于对信托本身的理解:信托到底是什么。

1985年在荷兰召开的国际会议通过的《关于信托的承认及其法律适用的国际公约》(以下简称“信托国际公约”)给出信托的定义为:为本法目的,信托是指一个人即委托人在生前或者死亡时创设的一种法律关系,委托人为受益人的利益或者为某个特定目的,将其财产置于受托人的控制之下。信托具有如下特征:(1)信托财产构成一个单独的基金,并且信托财产不是受托人自由财产的一部分;(2)信托财产的所有权置于受托人的名下,或置于代表受托人的其他人的名下;(3)受托人拥有权力和职责,按照信托条款和法律施加于他的特殊义务,管理、使用或者处分信托财产……。该定义将信托理解为委托人创设的一种法律关系,在这种法律关系下,信托财产有其独立性,受托人有权力和职责按照信托条款和法律的规定管理、使用、处分信托财产。

同样,我国台湾地区的“信托法”也将信托理解为一种法律关系,该法第一条规定:“称信托者,谓委托人将财产权移转或为处分,使受托人依信托本质,为受益人之利益或为特定之目的,管理或处分信托财产之关系。”台湾地区的信托法只有信托成立而没有信托生效的规定,该法第十七条规定:“受益人因信托之成立而享有信托利益,但信托行为另有订定者,从其所定。”该条规定受益人因信托成立而享有信托利益,这与大陆信托法的规定明显不同,大陆信托法第四十四条规定受益人因信托生效而享有信托利益。依据台湾地区信托法,信托得依当事人的意思而设定(即意定信托),亦得依法律的规定而成立,其中所谓依当事人的意思而设定,系指信托依当事人的信托行为而设立,意定信托的信托行

为形态有契约和遗嘱。与大陆信托法第十一条关于信托无效的规定不同,台湾地区信托法第五条明确规定的是信托行为无效的情形,包括目的违法、以诉讼为主要目的的情形等。大陆地区信托法第五章规定的是信托的变更和终止,而台湾地区信托法第七章规定的是信托关系的消灭。由上述台湾地区的信托法规定可以看出,在将信托理解为一种法律关系的前提下,台湾地区信托法并没有规定信托的成立和生效,而是区分信托行为和信托关系,意定的信托行为包括契约和遗嘱,对于信托行为有无效的规定(其生效应按契约和遗嘱的相关法律认定),而对于信托关系,则只有成立和消灭的问题,不存在信托关系无效的规定。

我国信托法第二条对信托所下的定义是:本法所称信托,是指委托人基于对受托人的信任,将其财产权委托给受托人,由受托人按委托人的意愿以自己的名义,为受益人的利益或者特定目的,进行管理或者处分的行为。由此可见,与信托国际公约及台湾地区的信托法不同,我国将信托的本质界定为一种行为,而不是一种法律关系,这种认定不仅与国际上通行的理解不符,也容易使信托和信托行为相混淆,出现认识上的混乱。如上文所述,有专家认为,信托的成立并不意味着信托的生效,信托的成立仅在委托人和受托人之间产生转移信托财产和接受信托财产的义务,只有信托生效后,才能在委托人、受托人和受益人之间产生信托法规定的信托权力、义务和责任关系。根据民法原理,以典型的法律行为之一合同为例,一般情况下,如果合同仅成立而尚未生效,则合同对当事人尚不产生法律拘束力,当事人不负有按照合同约定的内容履行相关合同的义务。但信托的成立为什么能使委托人和受托人之间产生转移信托财产和接受信托财产的义务?这与一般的民法原理是不符的。只有将信托行为和信托关系区别开来才能使这种情形得到合理的解释:信托行为成立并生效后,当事人即负有按照信托行为约定转移信托财产和接受信托财产的义务,而信托关系成立后,才能在委托人、受托人和受益人之间产生信托法规定的信托权力、义务和责任关系。

综上所述,信托的本质应是一种法律关系,甚至可以理解为一个虚拟的财富管理机构,对于这种法律关系甚至是虚拟财富管理机构而言,只有成立之说,而不存在生效或无效之说。我国信托法将信托界定为一种行为,不符合信托的本质要求,容易引起认识上和适用上的混乱。对此,我国信托法修改时,可借鉴台湾地区的信托立法,使信托行为和信托关系相区别,信托行为可以有成立和生效的阶段,而信托关系成立后方可使各当事人之间产生信托法上的权利、义务关系。

四、实务操作中的认识

以上内容，是对信托成立和生效进行理论上的分析。在我国信托法没有修改之前，对于信托的成立和生效，相关实务操作中仍应严格遵守信托法、《集合资金信托计划管理办法》等规定。

实务操作中，对于信托的成立和生效，一般情形下，应注意以下理解：

1、签订时，信托即成立。

2、受益人的信托受益权在信托生效时才生效。对于信托生效，可从以下四个因素予以确认和判断，以下四个因素均具备时，可以认为信托已生效。

(1) 信托当事人须符合法律规定的主体资格要求，自然人应具备完全民事行为能力，法人和其他组织须根据相关法规完成设立登记，信托受益人或受益人范围能够确定；

(2) 信托财产须合法，是法律允许流通的财产，且信托财产须能够确定，是属于委托人合法所有的财产；

(3) 信托行为须合法，委托人和受托人的意思表示应当真实，法律规定对信托行为形式有特别要求的（如遗嘱），须符合法律规定的形式要求。信托财产的转让行为须符合物权法上的规定；

(4) 信托目的须合法，信托目的不能违反法律、行政法规的强制性规定或者损害公共利益，不能专门以诉讼或讨债为目的。

对于单一信托而言，按照上述理解判断信托成立和生效应无问题。

对于集合资金信托计划而言，对作为信托关系主体之一的委托人有特殊的要求，须是合格投资者，且初始信托财产必须为资金。资金信托合同一般约定在签订之日生效，信托计划则须满足《集合资金信托计划管理办法》、信托计划说明书规定的设立条件后才成立。对信托受益权，资金信托合同中应注意约定委托人所享有的信托受益权自信托计划成立后生效。●

●文/陈冉

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

掌握虚假诉讼新动向 制定长效遏制新措施

虚假诉讼的含义、产生背景及新动向

近年来，解决民商事纠纷正常的诉讼活动中有股暗流涌动并呈蔓延之势，那就是虚假诉讼。庄严肃穆的法庭，频频上演“请别人来告自己”的闹剧。恪尽职守的法律人须揭下其伪装，抓住其逃避债务、转移财产、抗拒执行的真实用意并予以有力反击。下面结合我所某银行客户遭遇的一起虚假诉讼分析目前虚假诉讼出现的新动向，并提出应对建议。

虚假诉讼一般指诉讼参加人恶意串通，虚构民事法律关系或事实，经符合程序的诉讼形式，使法院作出错误裁判，从而侵害他人合法权益的违法行为。目前，虚假诉讼呈逐年上升趋势，且在法制相对完善、法官办案经验丰富的华东沿海地区如上海、浙江、江苏等地法院屡屡得手。据浙江省高院一份调研结果显示：截至今年5月，浙江省法院审理确认属于虚假诉讼的案件达107起。从2008年至2009年3月底，浙江检察机关共查办虚假诉讼案件60件，其中45件经抗诉或再审建议得到改判。江苏省自2011年以来，全省检察机关共监督虚假诉讼案件1563件，涉案金额达3.9亿元，其中42名虚假诉讼行为人被追究刑事责任。

特别需要指出的是，当前，虚假诉讼已从经济发达中心地区向周边蔓延，从民间借贷、房屋权属和离婚析产纠纷向金融借款纠纷领域蔓延。比如，2013年



陈冉：东方昆仑(上海)律师事务所 律师

以来在一些商业银行与钢贸企业借款合同纠纷集中爆发地区如上海的法院出现如下虚假诉称：某些住宅或者商业楼宇（系争房产）突然冒出动辄10年以上的租赁合同或物业费纠纷，且系争房产为另一金融借款合同纠纷（简称另案）的抵押物。出租方（通常为虚假诉讼中的被告）掩藏其为另案债务人及系争房产的抵押人的事实，找来一承租人作为虚假诉讼中的原告。双方围绕系争房产的租赁中某项争议请求法院判决，以获得租赁合同有效的判决。

虚假诉讼蔓延有多重原因，究其制度层面的客观原因一有二有：一些法官重点关注化解当前纠纷，而没有警觉待真正查明的客观事实；惩治力度过小犯罪成本太低等。因虚假诉讼挑战的是司法秩序、蒙骗的是法官，侵害的是他人的合法财产和利益包括银行的金融资产，社会危害性大，且有蔓延之势，当有效遏制并积极防范。

结合一虚假诉讼案例，分析涉案行

为人欲达到的目的,寻求救济方法,制定长效反制措施。

一、被告和原告串通向法庭隐瞒自己实为另案金融借款纠纷的被执行人和系争房产的抵押人,且房产已进入司法拍卖程序的事实,以虚构的租赁关系、事由和证据提起诉讼,骗得了法院对租赁合同的有效认定,以阻挠银行实现抵押权,最终达到逃避银行债务的目的

案例:上海某区法院于2014年2月受理了一起房屋承租方追索空调维修费的案件。该案于5月6日以简易程序开庭并审理终结。根据判决书时间来看,该虚假诉讼的判决应该已经生效。该虚假诉讼中的被告A即所谓出租人,实为某银行另案金融借款合同纠纷的欠款人和被执行人。他串通老乡原告B提起诉讼,名为追索空调维修费实为骗得法院对租赁合同的有效确认。诉中,原告B、被告A向法庭提交了为期10年的租赁合同,约定中被告A将该系争房产给B租用而10年租金全额抵销被告A曾欠原告B的借款,为此向法庭出示一份之前双方签订的所谓《借款合同》,约定A欠B借款加利息约200万元。对这些明显有悖市场常规的所谓借款和抵债租赁合同、且原被告双方均无对诉称和事实作应有抗辩情况下,法庭即通过简易程序在判决中对所谓系争房产的《租赁合同》认定为“原被告所签《租赁合同》系双方租赁房屋真实意思表示,依法有效,”除了支持原告要求被告支付空调维修费用的诉请,还一并在判决书的事实部分确认了原被告之间所谓《借款合同》“经庭审质证属实、予以认定。”被告A遂以该虚假诉讼中的判决和租赁合同为依据,到另案银行执行法院要求承认该租赁合同有效且租金已用于抵其他债务。银行将面临带租约拍卖系争房产、受偿希望渺茫的困境。

二、该虚假诉讼中被判定“有效”的租赁合同的既判力问题,以及其对系争房产在另案中的拍卖执行结果的不良影响分析

(一)虚假诉讼的生效判决是否可以影响另案执行法院对租约的认定?回答是肯定的。按照民事诉讼法司法解释有关规定,生效的判决书调解书等对案外人也具有效力。故银行的执行法院可直接采用该判决来认定原本无效或者效力待争的租赁合同有效。

(二)若执行法院认定了租约“有效”,该租约是否能或如何能对抗银行的抵押权?具体情形应区分为被有效的租约是在抵押权设立之前还是之后。

假设1:若虚假诉讼租赁合同在银行授信的抵押合同之前就“成立”了,虚假诉讼所确认“有效”的租赁合同对银行执行案会造成直接障碍。本案的虚假诉讼行为

人就是意图利用租赁权的绝对对抗效力,即“买卖不破租赁”的原则。《物权法》第190条规定“订立抵押合同前抵押财产已出租的,原租赁关系不受该抵押权的影响。”因此执行法院可认定租约有效并依此要将房屋带租约拍卖。试想一套租期10年且租金已经被所谓的抵债约定而掏空的房子,有多少买受人会购买?即便银行最后拿下房产,其价值也将被大大贬损。

假设2:若虚假租赁合同是在抵押权设立之后,即使执行法院认定租约有效也不能对抗抵押权。因为依照法规在后租约不对买受人有对抗力。(最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释66条规定“抵押人将已抵押的财产出租的,抵押权实现后,租赁合同对受让人不具有约束力。”)。但抵押人仍然会利用这个租赁合同找人占据房屋,给执行增加障碍。

无论上述哪种情况都需要法官依职权依法对租约加以甄别,恶意租赁合同应当涤除、占用房屋的应当及时清场。但在实践中,执行法官往往不愿主动涤除租约哪怕是在抵押权设定之后抵押人擅自处分房屋而订立的租约。而如案例中这些已经决意以恶意租赁抗拒执行的被执行人,租约涤除就更加困难。因此,被侵害人银行和代理人必须积极行动,努力争取改判或推翻虚假诉讼判决。

三、被虚假诉讼侵害的一方的快速应对措施,包括刑事、民事救济手段

(一)针对该案例,可调取原授信材料找到被告A当初和银行签订抵押担保合同相关的系争抵押房的调查材料。比如为签订合同前对授信抵押房产权属和出租状况做调查时,银行和A一般会签订“没有租赁”的例行告知和承诺书。若发现虚假诉讼之租赁合同是在抵押合同之前设立的,即可据此以骗取贷款罪或贷款诈骗罪作刑事报案,并以此来改变虚假诉讼判决。

(二)依照民事诉讼法相关条款采取如下之一救济方法

- 1.向虚假诉讼的原审法院或上一级法院申诉,请求再审或发回重审;
- 2.尽快以第三人的身份,向原审法院提起诉讼、以虚假诉讼中的原被告为被告,请求改判或撤销原判;
- 3.若虚假诉讼案件已经进入执行阶段,可向原审法院执行部门提出异议,中止或终结执行;
- 4.向检察院提起申诉,以审判监督程序使原审法院改判或执行中止或终结执行。

四、以顶层设计的思维、应用包括刑惩在内的综合治理的手段应对虚假诉讼

目前,对虚假诉讼行为人主要依照民事诉讼法112条和

113条加以惩处。包括当事人之间或者被执行人和其他人恶意串通,企图通过诉讼、调解等方式侵害他人合法权益的、逃避履行法律文书确定的义务的,法院或驳回其请求,或根据情节轻重予以罚款、拘留等;对如案例中涉案人已经获得生效判决的适用何种处罚则没有规定。再者,从实际效果看,民事处罚力度非常不足,如对个人的罚款金额为10万元以下,拘留的期限为十五日以下,对单位的罚款为5万元以上100万元以下,这些处罚相对于数百万元、上千万元的逃避债务或利益而言无足轻重。

故需要被侵害人银行推动行业协会、特别是呼吁上海市公检法及司法行政部门积极行动,借鉴江苏、浙江两省经验,通过顶层设计、综合联动、常态治理的系统方法真正有效遏制虚假诉讼。上海市的徐汇法院在运用综合治理思路防范虚假诉讼上已经有过积极探索,并形成了防范虚假诉讼的五项机制。如法院与行政、公安、检察机关等部门协作核实存疑案件信息、建立虚假诉讼辨识机制和警示机制;建立信息化技术核查机制,畅通法院内部各业务庭之间以及各法院之间的案件审理信息等。但是,尚需上升到更高层面,形成全市范围的防治网。为此,我们建议上海乃至华东地区联手做好下面几件事情:

(一)逐步建立公检法司法行政部门定期通报和联动机制。

2013年10月,江苏省高法、高检、省公安厅、省司法厅联合制定并下发了《关于防范和查处虚假诉讼的规定》(以下简称《规定》),其通过顶层设在省级层面进行综合治理的做法走在了全国前列。《规定》明确了审理离婚案件等十三类案件,办理民事行政(申诉)案件遇到原告与被告存在特殊关系等九种情形,律师和基

层法律服务工作者在同一案件中,暗中接受或者变相接受双方当事人的委托等五种情形时,有关部门应当采取有效措施进行监督和防范。

(二)在法院立案审查环节严格把关。

如江苏省的《规定》要求:法院在审理离婚案件,特别是被告下落不明无法送达或者涉及共同财产分割的案件等十三类案件时应当有效防范虚假诉讼;法院、检察院在办理民事行政(申诉)案件时,对于原告与被告(包括作为原告或被告的企业、其他组织的法定代表人、负责人)之间存在亲属、朋友、战友、同学、同事等特殊关系等九种情形,应重点审查。上海徐汇区法院着力建立虚假诉讼辨识机制,作为辨识和防范虚假诉讼的首道关口。

(三)利用信息技术逐步建立黑名单通报制度和收案提示预警系统。

通过银行同业协会向以法院为重点包括司法局或律协、检察院等部门定期通报情况,建立起黑名单制度,判案和收案数据库和预警系统、数据库,包括1.经查实被法院改判或重审的虚假诉讼行为人、代理人黑名单。2.存疑虚假诉讼的行为人、代理人案件预警名单。3.定期向重点法院通告重点案件欠款人信息和立案情况。4.法院逐步建立收案数据库和存疑案件提示系统,分步分级实现法院内部各业务庭之间、各法院之间的案件审理信息共享。

(四)运用刑罚手段追究涉案人的刑事责任。

目前,对虚假诉讼的刑事责任追究一般套用刑法307条妨害作证罪、伪造证据罪、拒不履行判决文书等罪处罚,缺乏一个统一的认知和法律适用规范。2010年,浙江高院出台了浙高法〔2010〕207号《关于办理虚假诉讼刑事案件具体适用法律的指导意见》(以下简称《意见》),首次将虚假诉讼作为一个独立的罪名提出来。“虚假诉讼犯罪是指为了骗取人民法院裁判文书,恶意串通,虚构事实,伪造证据,向人民法院提起民事诉讼构成犯罪的行为。人民法院裁判文书包括判决书、调解书、裁定书、决定书。”江苏省的《规定》则有:国家工作人员利用职务上的便利,通过虚假诉讼,侵吞、骗取公共财物的,按照贪污罪处理。

(五)呼吁在立法和司法环节上联合推动最高院出台司法解释,加强相关法理研究包括虚假诉讼犯罪构成要件量刑的研究,以在刑法中设立单独罪名。

1.建议包括上海等华东各省区的高院制定明确的法律适用规范或指导意见。联合推动最高院出台虚假诉讼法律适用的司法解释。

2.呼吁立法部门在刑法中单立虚假诉讼罪或通过相关罪名的延伸性解释来解决规范不明惩治乏力的问题。●



●文/王 杰

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

REITs 何以成为 2015 年最受期待的金融产品

——香港股权型 REITs 与国内债权型 REITs 差异分析



王 杰: 上海市锦天城律师事务所律师

中国人民银行 2009 年发布《中国人民银行办公厅关于征求〈银行间债券市场房地产信托受益券发行管理办法〉意见的函》(银办函[2009]625 号)(以下简称“国内管理办法”)征询相关意见后一直被搁置,直到 2014 年 9 月《关于进一步做好住房金融服务工作的通知》、2015 年 1 月《关于加快培育和发展住房租赁市场的指导意见》两文发布,相关机构极力推动保障性住房、普通商品住房金融需求,支持符合条件的房地产企业在银行间债券市场发行债务融资工具,积极稳妥开展房地产投资信托基金(REITs)试点,让敏感的市场看到推行 REITs 的契机,万众期待 REITs 何时开闸。

2009 年证监会《房地产投资基金管理办法》(征求意见稿)立法意向更接近香港 REITs 制度。香港主要借鉴欧美地区 REITs 制度并在 2003 年首次出台《房地产投资信托基金守则》(以下简称“香港 REITs 守则”),经过 2005 年、2010 年、2013 年及 2014 年不断修订,使其更具有本土化,交易结构更成熟、风险控制更完善。

内地大型商业房地产 REITs 已在 2005 年、2011 年先后选择香港联交所上市交易,包括李嘉诚旗下汇贤 REITs 东方广场项目以及麦格理万达零售房地产项目。内地机构对香港 REITs 制度接受度非常高,如果 2015 年国内 REITs 开闸,最终真正借鉴到香港 REITs 的能有多少?

以下着重介绍以香港 REITs 守则(2014 版)为依托的股权型 REITs 及以内地管理办法为依托的债权型 REITs 主要差异:

一、主要模式介绍

香港 REITs 主要为受托人通过联交所公开发发行信

托基金,投资者以现金认购信托单位,受托人主要以房地产租金收入作为股息定期向投资者派发,基金须聘请具备资格的管理公司(类似基金管理人),为信托基金制定投资策略、投资项目、尽职审查等事务。

内地管理办法所规范的信托基金,主要以企业作为委托人,将其持有的房地产物业委托给受托人进行管理和处分,并获得全部信托受益权,随后委托人将其持有的优先级受益权通过由受托人发行房地产信托受益券的方式向银行间债券市场的投资人转让。委托人或第三方承诺对不特定投资者持有的优先级受益权收益提供流动性支持,或在特定时间回购优先级受益权,实为固定收益产品。

二、信托类型

香港 REITs 本质上属于投资型资金信托,投资者以现金公开认购信托单位后,由受托人对募集资金加以运用,直接购入房产或以通过特别目的投资工具(如香港 REITs 守则 7.5 条规定投资于酒店、游乐场或服务式住宅必须由特别目的投资工具持有)持有房产项目。

内地管理办法规范的房地产信托属于融资型财产权信托,是由业主作为委托人将其持有的房地产物业委托给受托人持有信托受益券(即信托单位),并允许对受益券作优先劣后分级,在银行间债券市场发行(转让)优先级受益券。财产权信托最大问题是需将房产过户到受托人名下,伴随而来的是交易税费、房地产信托登记制度不统一及各地房地产交易限制不统一的问题。

也有观点提出单独设立一个“信托”(代持)科目,只代表物业收益权的转让,以示真实财产与所有权转让的区别。如果上述登记制度得到登记机构和政策法规支持,房地产信托受益券发行会迅速展开,但亦会极大破

坏《物权法》基本制度。另外,通过 SPV 持有项目公司的股权人,以避免房产过户登记、税费问题,这也是苏宁云商及其他多数海外 REITs 青睐的模式。

三、交易场所与交易关系

香港 REITs 产品应在联交所发行、交易,属于信托产品的公开募集,突破了私募、人数的限制,符合发行条件后,资金信托方才成立;如不符合发行条件,投资者虽已经认购,也可能存在信托不成立的情况。

内地房地产信托基金,房地产物业作为信托财产交付受托人之时信托已经设立,银行间债券市场只是作为信托受益券的公开转让、登记平台,但鉴于目前国内没有统一信托受益权登记机构,此举是否会引发互联网金融平台私下开放(非 REITs)信托登记与转让交易,触及《信托公司管理办法》“机构所持有的信托受益权,不得向自然人转让或拆分转让”的底线,也是监管机构需要考虑的问题。

四、投资范围与投资限制

香港 REITs 守则 7.1 条及 7.2 条规定,REITs 必须投资于房地产项目,并且总资产 75%以上被投资于产生定期租金收入的房地产项目,对于是否允许投资非成熟物业或正在开发的房地产项目或非房地产项目,7.1 第 2 款及 7.2A 及 7.2B 保留了一定空间:

(1) 空置及没有产生收入或正在进行大规模发展、重建或修缮的建筑物的未完成单位的累计合约价值(包括收购事项的所有相关成本)、物业发展投资总额(“物业发展费用”)不得超过该 REITs 资产总值的 10%(即“10%资产总额上限”)。

(2) REITs 禁止投资空置土地,除非属于开发项目不可或缺的部分并且符合信托文件投资目标及政策。

(3) 允许投资金融工具(即“相关投资”),包括联交所通过其他国际认可的证交所上市的证券、非上市债务证券、政府证券及其他公共证券、本地或海外地产基金。但相关投资仍存在流通性高、透明定价、REITs 资产总值 5%的比例限制。

(4) 最高上限条款:即相关投资及(1)、(2)项的投资累计合约价值合计,无论在任何时候均不得超过 REITs 资产总值的 25%。管理公司有义务定期披露最高上限的使用额度。

对比之下,内地管理办法规定企业交付给受托人管理的房地产物业应已经投入使用,具有稳定现金流,房地产信托收益主要来源于房地产物业租金收入和处分房地产物业所得。考虑到内地模式属于企业将房地产直接委托给受托人管理,监管机构要求的简化交易结构、

法律关系清晰、责任明确的原则,对于正在开发的项目或者不符合四三二条件的项目作为投资标的的可能性非常低。

五、受托人职责范围

参与香港 REITs 发行的法定主体包括受托人、管理公司以及管理公司聘请上市代理人及财务顾问、审计师、物业评估师。受托人职责包括为受益人的利益而持有相关资产,以及监察管理公司的活动是否符合 REITs 组成文件及适用的监管规定,包括确保管理公司的所有投资活动均符合投资目的、投资政策及信托文件规定。

管理公司职责概括为两类:一类为 REITs 的管理、运作与投资;另一类为房产物业管理。管理公司职责范围中对应投资房地产物业的管理是其中非常小的一部分,其他更重要的职责还包括制定 REITs 投资策略、投资符合信托文件的房地产项目、管理 REITs 现金流量及财务安排、对拟投资标的进行尽职审查并确保符合当地监管制度、向受益人及证监会发送管理报告及其他法定披露义务等。REITs 运营中,管理公司的加入减轻了受托人的大部分职责。

然而,内地管理办法规定“受托人可以根据信托合同约定,聘请资产服务人对房地产物业进行管理”。聘请物业管理机构并非法定要求,受托人也可以自行管理;另外,由于《信托法》及《信托公司管理办法》要求“信托公司应当亲自处理信托事务,受托人依法将信托事务委托他人代理的,应当对他人处理信托事务的行为承担责任。”可以说,即使物业管理事务可以聘请物业管理机构处理,但信托管理事务基本是无法分担的。

六、信托单位增发限制与 REITs 的合并

内地管理办法对于是否允许增发、是否允许不同 REITs 合并未作明确规定,推断与财产权类型信托及固定收益有关,无论增发或合并,对发行人、审查机构的难度都很大。

香港 REITs 原则上要求按现行受益人持有份额的比例发行,仅在现行受益人未足额认购时,经受益人大会普通决议通过后方可向其他人士发售。另外,香港 REITs 允许与联交所上市的其他 REITs 合并,可行性主要还是依赖于市场公开、流动性强、标准化程度高及回避表决确保的公允性。

无论是股权型抑或债权型 REITs,如在内地推行起来都可以缓解企业自持物业导致的资金流动性差、项目闲置等问题;今年央行降息降准的宽松货币政策,以及央行、银监会、住建部的几番推动,市场机构跃跃欲试,REITs 也因此成为当下最受期待的金融产品。●



他山之石 ●文 / 松本亮

中国企业如何作为出资方 对日本破产企业进行投资

一、序

由于中国经济的高速成长，近些年中国企业收购其他国家企业的案件呈显著增长趋势。比如，联想收购摩托罗拉移动通讯的交易就吸引了世人的瞩目。中国公司正积极利用其他国家产业调整或公司业务重组的机会，收购国外知名公司，以此提高技术开发能力、扩大市场份额并丰富其业务内容。

在日本有不少企业虽然能够生产优良产品或拥有核心知识产权，但由于开展多元化业务导致经营失败，因负债过多而走向破产。在日本的破产程序中，经常出现债务人企业（破产企业）在破产程序中招募出资方（Sponsor）的情况。这种情况下的出资方，并非只是单纯地一次性参与 DIP 融资，而是可以在将来成为该债务人企业的股东，或继承债务人企业的优质资产。一般而言，投资破产公司可能被认为存在着相当的风险，然而在很多情况下，由于法院参与破产程序，这就反而使得所披露的资料的可

以得到确保，出资人可以就此作出客观的判断。此外，相较于接手未破产企业而言，投资破产企业所需费用可能也会较低，这一点是十分具有吸引力的。

本文旨在介绍日本破产制度的概要，并同时对中国企业应如何在日本的破产案件中作为出资方进行投资进行简要的说明。

二、日本破产制度概述

日本的破产制度可以按照其目的分为清算型程序和再生型程序。清算型程序是指，债务人通过出售或处分将总资产变现，并将变现所得财产向各债务人进行分配的程序。与此相对，再生型程序是指，在维持债务人业务的情况下，债务人自身或代替债务人的第三方以该财产为基础继续进行经营活动，利用经营收益及变现财产，也就是所谓的持续性业务的价值，进行分配的程序。清算型程序又分为破产程序和特别清算程序，与中国的一般破产程序类似。再生型程序分为民事再生程序和公司更生程序，这与

中国的重整程序类似。

在日本，破产程序由破产法进行规定，在债务人无法支付或资不抵债的情况下可以向法院提出破产申请。进入破产程序后，由法院任命的破产管理人拥有对债务人财产的管理处分权，并进行清算程序。破产程序中，担保权人原则上不受程序的约束，可以自由地行使权利，而没有担保权的破产债权人被强制性地参加破产程序，通过破产财团的按比例分配实现债权的回收。

特别清算程序由公司法规定，其对象为已经通过解散决议等进入清算程序的股份公司。就以清算为目的这一点而言与特别清算程序与破产程序是相同的，但其对象仅限于清算股份公司，且启动的条件为发生某些事由，给实施一般清算程序带来了重大障碍。特别清算程序中比较独特的是，担保权人的权利行使虽然不受约束，但是法院在满足一定条件的情况下，可以命令中止担保权的行使。此外，债权人被迫参加程序，必须参加被清算股份公司的财产分配的相关

协议。

民事再生程序与公司更生程序虽然均为再生型程序，但在两个方面存在较大的差异。首先，第一个差异是程序的主体是债务人自己还是管理人。民事再生程序中，原则上进行程序的主体为债务人本人，债务人自身保有财产的管理处分权及业务经营权（但在某些例外情况下，也有民事再生程序中选任管理人）。而在公司更生程序中，原则上由法院选任管理人，管理人拥有财产管理权（近来，实务上承认了债务人原先的管理层保留管理处分权的 DIP 型公司更生程序）。第二个差异也就是担保权的处理。民事再生程序中，担保权作为别除权不受程序的约束，行使担保权的限制原则上取决于再生债务人与担保权人之间的协议。但是，这只是为了简化程序，并不意味着担保权的权利行使不受到程序上的约束。同时也存在有中止为行使担保权而进行的拍卖、担保权消灭许可制度等限制行使担保权的制度。另外一方面，在公司更生程序中，不认可担保权的行使。这不仅仅是因为进入更生程序就意味着进入了休眠状态，同时也因为更生担保债权必须强制性地参加存续业务的价值分配。所以虽然担保权人对于更生债权拥有优先性，但其权利可能产生变化，作为更生担保权权利基础的担保权本身可能会消灭。总而言之，与民事再生程序相比，公司更生程序更为强调对债务人进行重建，并因此较多地约束担保权的行使，因此也可以说是一种相对比较强有力的程序。

三、作为投资方参与破产程序

第三方（公司及个人）只有在得知债务人企业进入破产程序后才知道该企业已陷入了破产危机，而在破产申请前就获得该等信息的机会是很少的。只有在破产程序开始后，第三方才可能获得

该等信息，并在债务人募集投资方的情况下，通过成为债务人企业的股东或受让债务人企业的优良资产的方式进行投资。

在清算型程序中，由于债务人企业的法人资格最终消灭，投资人无法成为债务人企业的投资人，但是仍然可以通过业务转让的方式获得债务人企业的业务中具有营利能力的部分。也就是说，投资方并非对优良资产与不良资产混合的债务人企业进行投资，而可以仅继承其中的优良部分的业务，债务人企业以转让所得价款向债权人进行清偿。

此外，在日本，再生型程序中，允许将债务人企业的业务中有盈利能力的优质资产剥离进行业务转让。中国的企业破产法中没有业务转让型的再生型程序的规定，因此，目前在采用再生型程序的情况下是否认可转让业务这一点上，与日本存在较大的差异。在日本，此类情况下投资方继承的对象，并非对优良资产与不良资产混合的债务人企业的股份，而是投资方希望继承的优良资产。因此，投资方可以不继承债务人企业的债务，而将优质资产部分的设备、机器、专利、技术、人员等打包继承。另外，在民事再生与公司更生的再生型程序中，除了仅继承优良资产的方法外，还可以通过在程序开始时进行 100% 减资，并对新的投资方进行 100% 定向发行增资的方法使投资方成为债务人企业的股东。

四、通过业务转让获得优良资产

在日本由于承认业务转让型的再生型程序，投资方在程序开始后，可以将业务价值的贬值控制在最小程度，并继承破产企业的有盈利能力的部分。但是，仅仅表达继承的意愿还不能直接使其成为投资方，必须参加竞标并最后中标。

通常，在民事再生和公司更生程序

中，多数情况下，选定投资人的程序在破产程序开始之后进行。但是，在投资方还未决定的情况下，可能会因为无法预测将来的清偿计划而导致业务价值受损，为了防止这样的问题，在很多情况下程序开始后就设定并公布在较短的时间内选定投资方的期限。确定投资方选定的期限后，在此期限内投资方的候选人应对债务人企业进行尽职调查，在竞标期限内投标（虽然在部分案件中，存在程序申请前就已经决定投资方，并通过资产打包进行再生型程序的情况，但在程序公正性存在疑问的情况下，采用竞标的方式的情形比较常见）。最终由债务人企业（如选定了管理人的，则由管理人决定）决定投资方。选定投资方的判断标准，不仅包括转让金额，还包括将来的业务计划及投资方的妥当性。届时，中国企业是否可以成为投资方也将被纳入考虑的范围。但是，以上判断属于综合判断，所以并不会因为不是日本企业就立即被排除在外。在过去的案例中，就有中国的北京京城重工机械有限公司申请民事再生程序成为长野工业株式会社的投资方的案件，以及上海电气集团申请民事再生程序成为日本秋山印刷机制造的投资方的案件。

民事再生程序中，管理人转让再生债务人的经营资产或全部或部分业务的情况下，必须经过法院的许可。只有在法院认为为了该再生债务人的业务的再生确有必要的情况下，才会许可转让。在再生计划方案被认可前，即可进行转让是这一程序的一大特点。

此外，公司更生程序中，程序开始后至程序终止期间，原则上，更生计划中没有规定的话就不得进行业务转让。但是，在更生程序开始后至更生计划方案作为决议内容被决定为止的期间内，管理人可以在获得法院的许可的前提下转让更生公司的全部或部分业务。在此情况下，

法院只有在认为为了该再生债务人的业务的再生确有必要的情况下,才给予许可。也就是说,原则上虽然应当根据更生计划方案进行业务转让,但也根据需要在更生计划方案作出决议前,经法院许可进行业务转让。

有意于此的中国企业,在日本企业进行破产程序的情况下,可以与该债务人企业及其管理人、法院取得联系,确认是否有计划选择投资方,假使有选定投资方的程序的,则可以作为投资方候选人参加投资方的选定程序中去。

五、尽职调查的必要性

如上所述,在日本的破产程序中可以作为向债务人企业投资的候选人参加投资方的选定程序(特别是在如民事再生程序和公司更生程序之类的再生型程序中,可以剥离优良资产进行业务转让,对于具有资金实力的投资方来说,可以以较低的价格取得优质资产部分的设备、机器、技术、专利、人员等)。

但是,参加竞标时,对债务人企业或对受让业务进行正确的尽职调查是至关重要的。如若存在因受让业务的行政许可已经失效等导致无法继续经营业务,或是由于潜在风险导致在受让后被索赔巨额损害赔偿等的情况的,就可能出现转让时未预想到的风险和问题。因此,在成为出资方候选人之后,一定要在指定的时间内迅速地正确地实施尽职调查。作为投资方来收,如果能成功收购债务人企业及其优质资产,则将会对企业的发展做出贡献,但在另一方面,如果收购了有问题的企业的话也可能带来巨大的风险。因此,虽然进行尽职调查需要花费一定的成本和时间,但在作为投资方候选人参与竞标的情况下实施尽职调查是至关重要的不可省略的一道程序。另外,此类对债务人企业进行的尽职调查,需要投入一定规模的人力,并且要求具备

丰富的经验以及高水平的专业知识的人员的参与,因此只有较大规模的日本的律师事务所才能够完成。

六、制作各种合同

根据在尽职调查中发现的问题,与债务人企业及其管理人谈判,制作业务转让的合同文书等。在大多情况下合同是用日文制作的,但根据需要,也可以用英文或中文制作。就这个意义上来说,最好能将案件委托给不但具备进行尽职调查的能力而且还具备用日文、英文、中文制作合同能力的专业性律师事务所。

七、日本破产信息提供制度

除了有名的公司的破产信息可能在中国的媒体被报道外,一般破产信息通常不会在媒体上出现。

在日本一定规模以上的企业的破产信息可以通过下列互联网网站等获得。

帝国数据库(<http://www.tdb.co.jp/tosan/jouhou.html>)

东京商工调查(<http://www.tsr-net.co.jp>)

上述网站均有英文版,但英文版中关于破产企业的信息比较少。

此外,从日本的交易方获得信息也是能够快速、准确地了解相关信息的一个好办法。但是,在获得此类信息后为了判断其真伪,最好向对该程序有管辖权的法院进行确认。

八、中国的对外投资规制

中国企业作为投资人向日本的破产企业进行投资时,不仅要注意日本国内的法律问题,还需要考虑中国国内的法律问题。

首先,如果中国企业需要持有境外企业的股份,成为日本的破产企业的投资方的,这种投资即属于中国法上的对外直接投资。在此情况下,中国企业需要

根据中国的对外直接投资规定办理相关审批手续。根据现行规定,所有的对外直接投资均需要获得商务部的批准。投资金额在1亿美元以上的对外直接投资,由商务部进行审批。投资金额在1亿美元以下1000万美元以上的对外直接投资需要获得省以及商务部的批准。其他的对外直接投资在经省以及商务部的形式性审查后可以获得审批。

投资金额在10亿美元以上,或向特定地区或特定行业的对外直接投资,在获得商务部的批准之外,还需要获得国家发展和改革委员会甚至国务院的批准(除此之外的对外直接投资虽不需要国家发展和改革委员会批准,但需要办理备案手续)。

此外,为进行与对外直接投资相关的对外支付,在获得商务部与国家发展和改革委员会的批准之后,还需要向外汇管理局办理对外直接投资外汇登记。

九、结语

如上所述,中国企业在投资日本时,除了考虑从零开始发展业务,收购已经存在的公司或与日本公司合资等方法之外,还可以考虑通过参加日本企业的破产程序这一方法来投资日本市场。这一投资方法虽然具有一定的风险,但其好处也是十分明显的,很值得中国的投资家们关注。

中国企业如果在交易过程中,或者通过其他渠道获得了日本的企业破产的信息后,可以通过向债务人企业或管理人进行询问等方法确认是否有选定投资方的计划及其日程。在此基础上,如有进一步投资意向的,可以在实施尽职调查并进行竞标之后,成为投资方的候选人。

● (作者单位:日本大江桥律师事务所上海代表处)



乐 Life

●文 / 陶丽萍

叶的事业



泰戈尔说过：果实的事业是尊贵的，花的事业是甜美的；但是让我们做叶的事业吧，叶是谦逊地、专心地垂着绿荫的。

百花园中的盈盈绿叶

自从华东政法学院法律系毕业后，我一直在上海市律师协会秘书处从事与学科关系并不密切的律师行业服务工作，至 2014 年正好 10 年，而其中近 6 年的时光，是承担了七、八两届上海市女律师联谊会的日常联络工作。

如果把律师行业发展比作尊贵的果实的事业，那女律师工作就如同花一样甜美的事业，而我更甘愿成为一片盈盈的绿叶，认真做好律师行业的服务工作，默默耕耘，不问收获，干出平凡但不平庸的叶的事业。

上海市女律师联谊会主要是由执业女律师自律管理的社团组织。本届女律师联在黄绮会长、谭芳秘书长的带领下，延续了历届女律师联的优良传统——让集体的关爱和温暖传递到每一位女律师；让

女律师携带的法律芬芳传递给社会。女律师联班子成员不仅个个品行出众、在业务能力上也是行业中的翘楚，更有一副无私奉献的热心肠以及为行业发展大气魄、大智慧、大胆略的探索。恰如百花争艳，姹紫嫣红！

托出璀璨星空的平台

红花亦然娇艳，却仍需绿叶帮衬。行业服务工作千头万绪，需要我们这些常驻的工作人员“会搭台、善补台，能同台”。

做好叶的事业，甘当配角衬红花。撰文时，我正带领本部门仅有的一名年轻同志在为第五届上海市优秀女律师评选的会务组织工作奔忙，无论是前期的方案协助策划、中期正在开展的大量的材料整理与审核、后期即将面临的两轮评选会务组织工作，我都始终怀揣着 2011 年第一次接手该项工作时的严谨和细致，不敢有丝毫懈怠：

当年，近百份申报资料的初审、整理、每份资料都有 30 余项信息须汇总登

记；20 余份评优环节的文案协助制作、5 次工作会议的落实；两轮评审工作的会务安排，每轮评选都有 30 余个会务环节，环环相扣，每次完成这些组织工作都耗时长达 12 个小时以上，身心俱疲。令人欣慰的是，本届女律师联工作班子中的大半成员正是 2011 年第四届上海市优秀女律师荣誉的获得者，如今她们已成长为上海律师界女律师中的领军人物。

我和我的同事就像任劳任怨的“造星工匠”，倾心倾力搭建各类平台，包括评优、辩论赛、论坛、沙龙、志愿团、对外交流，等等，推出一批又一批优秀女律师闪亮登场，面向行业、更面向整个社会。因为信仰法治的标志之一就是信仰律师，我们需要越来越多充满正能量的知名律师。本届女律师联无论是组织还是律师个人都是成绩斐然，星光熠熠，获奖不断：中国“四五普法”先进集体、上海市优秀女性社会组织；全国五一巾帼标兵、全国三八红旗手、上海市三八红旗手标兵、上海市三八红旗手……

而一直为律师行业服务的我们就

如同一颗籍籍无名的铺路石子,由于工作对象并不是直接服务于社会大众,工作性质也不属于“高大上”的类型,注定与奖项无缘。但我更希望通过自身在工作中的放光发亮,让更多律师能在社会上大放异彩,赢得人们对于这个行业的尊重和仰慕,同样能够实现我作为一个青年法律人的法治梦。

用智慧孕育成长

做好叶的事业,勇挑重担护红花。本届女律联在工作年会的基础上,又打造了一个更为温馨的迎新会。这意味着我们要在每年第一季度仅仅间隔1个月的时间之内协助完成两场300人次以上的大型活动的会务组织工作,内容包括:会前,活动方案协同反复论证、会场的走访和布置、嘉宾的联络沟通、近百份邀请函(含邮件)的定向发送和确认、各区县联络情况的汇总统计、全市女律师的网上和短信平台通知,席卡的制作、会议材料的收集和印制,等等;会中,为会务的整个流程做好预案,拾遗补缺,确保活动的顺利进行;会后,整理归档资料,留存活动成果。

而上述活动仅仅是沧海一粟,本届女律联自2011年4月至今开展的大大小小的活动已多达百余个,吸引了上万人次参与。你是否能够想见常驻的工作人员只有我和我的同事2个人?而且我俩不仅要保质保量地完成女律联交派的各项工作任务,还要同时兼任执行市律协监事会、青年律师工作委员会布置的各种工作任务,尤其是当这多个平台的工作任务交织在一起的时候,更需要分清轻重缓急,破解短板,次第推进,绝不能顾此失彼。

我和我的同事的工作可能平凡得“不足挂齿”,每天都在为一些繁琐的小事全力以赴。我们的工作也注定无法“出彩”,因为只有当你意识不到我们

存在之时,就是会务组织得最顺利的时候;反之,肯定是在某个环节上出了偏差。

法律专业背景赋予了我较为严谨的工作思维,遇事淡定不慌张,我希望把每一个环节都思考在先,把每一件小事都做好,把每一件事情都做实,“心中有大,眼中有小,手中见细”,与女律联工作班子同频共振,戮力同心。我们的责任心就能共同串联成一条责任链,这既是对女律联工作优良传统的一种传承和坚守,更是推动我们继续前行的强大力量。

兢兢业业做好配角

做好叶的事业,用心相守伴红花。做律师难,做优秀律师更难,做优秀女律师更是难上加难。我由衷钦佩女律师们的敬业和才华,以及游刃于家庭和事业的能力,同时也深知她们为此所付出的努力和不易。我只想用耐心细致的工作,为她们提供更周到的服务,诠释行业协会永恒的“律师之家”的精神内涵:

每逢重阳节组织老律师联谊活动,为了保证适龄的55至70周岁的执业女律师都能收到活动通知,我们电话、短信双管齐下,这一联络涉及的通知范围近300人。每次出行也达到近百人,最近一次出行人数更是首次破百。为了确保活动的安全有序,同时传递女律联的关爱,每次出行前,我们都会提示参加活动的女律师根据身体情况安排出行,根据气候增减衣物;出行时,我们都会备好包括晕车药在内的常用药以及填饥的点心 and 饮用水。每逢双休日,我们经常加班加点协助女律联举办“女律



师自我提升系列沙龙”,着力为沪上女律师搭建一座没有围墙的文化殿堂,缓解女律师群体普遍比较突出的焦虑情绪、职业危机感和较大的工作压力。

在2014年热播大剧《北平无战事》中,我非常喜欢崔中石的扮演者祖峰,他有“钻石配角”之称,于平和中蕴含着巨大的能量。行业服务的工作性质决定了我和我的同事也是工作中的“配角”,是嗅着花香的一片盈盈绿叶,我们的责任就是心无旁骛地埋首于眼前的工作——善办文、勤办事、能办会;有思想、会表达、肯担当,日益精进、精耕深作,努力做好叶的事业。

“上善若水,水善利万物而不争”就是喜欢的状态。●

(作者单位:上海市律师协会公共关系部)

业内资讯



辛丽丽为女律师演绎芭蕾人生

4月10日,上海市女律师联谊会举办了第十二次自我提升沙龙活动。活动邀请上海芭蕾舞团团长、国家一级演员、上海市政协常委、全国三八红旗手辛丽丽女士,为来自上海各区县的女律师们带来关于芭蕾、女性修养、舞蹈欣赏的“美的一课”。

4月24日,市律协与华东政法大学联合举办的2015年毕业生春季校园招聘会在华政长宁校区举行。来自上海的律师事务所以及各类企业等近80家用人单位参加了此次招聘会,近千名在校毕业生参加了招聘会。

市律协与华东政法大学联合举办2015年春季校园招聘

市女律联新书《律政伊人》发布签售暨交流会成功举办

4月26日,由第八届上海市女律师联谊会编写的新书《律政伊人》在福州路上海书城成功举行了发布签售会,以及作者与读者间的交流会,并提供公益法律咨询服务。签售活动共售出了300多本书,市女律联将会把新书签售所得款项捐赠给“韩学章律师基金”,用于帮助青年律师成长并表彰优秀律师。



“依法治国”高层论坛第三讲顺利举行

5月15日,市律协与复旦大学高级律师学院合作举办的“依法治国”高层系列论坛第三讲举行,原上海市高级人民法院院长、复旦大学高级律师学院高级顾问、兼职教授滕一龙受邀作主题演讲,为百余名律师与司法从业人员讲授“人情案、关系案、金钱案的表现与防范”。滕一龙寄语在座律师:“法律人是用法律的和正直的智慧,来解决当前的问题”,引发了律师们的共鸣。

5月24日,市律协律师学院举办“立案登记制度解读专场讲座”,分别邀请上海市高级人民法院立案庭法官袁玮主讲“正确理解立案登记制改革——共同营造良好的司法生态环境”,以及上海市第一中级人民法院立案庭法官乔林主讲“登记立案管辖实务”。讲座当日,1200个座位座无虚席,两位法官理论结合实务的讲座博得了现场律师们的阵阵掌声。

律师学院举办“立案登记制度解读专场讲座”

上海市律师协会 2015 年 5 月新增会员名录

序号	姓名	会员号	执业证号	所属律师事务所
1	章佳忆	124007	13101201511999283	上海新惟律师事务所
2	康 恺	124589	13101201510133950	上海市中房律师事务所
3	赵 奕	124199	13101201510694662	北京路盛(上海)律师事务所
4	罗妮佳	119624	13101201511609123	北京路盛(上海)律师事务所
5	王 姗	124301	13101201511873118	北京路盛(上海)律师事务所
6	宋 潇	124061	13101201510434352	上海市金茂律师事务所
7	刘海涛	123394	13101201510674697	北京市天元律师事务所上海分所
8	赵 巍	124085	13101201510404008	北京市天元律师事务所上海分所
9	于明霞	124137	13101201511521055	上海徐天屹律师事务所
10	李思佳	124035	13101201511274805	上海市方达律师事务所
11	姬晨楠	124077	13101201511132455	北京盈科(上海)律师事务所
12	夏 冉	124284	13101201511342128	北京盈科(上海)律师事务所
13	翟婷婷	124212	13101201511182448	国浩律师(上海)事务所
14	曾 佳	124368	13101201511213313	上海市新闵律师事务所
15	孙 陶	123902	13101201511323084	北京道信(上海)律师事务所
16	张晓辉	124170	13101201510591345	上海中企泰律师事务所
17	胡延峰	122863	13101201510458370	君合律师事务所上海分所
18	王湘阳	123897	13101201511954693	上海华勤基信律师事务所
19	杨页云	122812	13101201510420566	上海德美律师事务所
20	张旭森	124079	13101201510330544	上海市嘉诚律师事务所
21	李梦园	123949	13101201511213328	上海弼兴律师事务所
22	应思思	122757	13101201511881995	上海川诚律师事务所
23	李亚奇	123623	13101201510299271	浙江阳光时代(上海)律师事务所
24	肖志豪	123180	13101201510157980	北京市金杜律师事务所上海分所
25	安若曦	123793	13101201510281965	北京市金杜律师事务所上海分所
26	徐春龙	124181	13101201510852800	北京市金杜律师事务所上海分所
27	高 源	123638	13101201511758462	上海理帅律师事务所
28	何智伟	124297	13101201510299591	上海理帅律师事务所
29	鞠 娟	124193	13101201511428165	上海长策律师事务所
30	汤金花	124250	13101201511447767	上海诺维律师事务所
31	莊凌云	122815	13101201510391637	上海盛沃律师事务所
32	杜 艳	123639	13101201511329538	京衡律师集团上海事务所
33	何忠成	122414	13101201510116114	上海沪元律师事务所
34	何 况	123842	13101201511868177	北京天达共和(上海)律师事务所
35	朱晓明	123840	13101201511720781	北京天达共和(上海)律师事务所
36	朱 璟	123839	13101201511377078	北京天达共和(上海)律师事务所
37	熊志虬	124321	13101201510118453	上海市申达律师事务所
38	李 琰	124289	13101201511111110	上海君澜律师事务所
39	胡 晴	124298	13101201511851935	上海君澜律师事务所
40	余卉丽	124273	13101201511449207	上海融孚律师事务所
41	季 欣	122430	13101201520284186	上海金沪律师事务所
42	吴振国	123706	13101201510695869	北京市君泽君(上海)律师事务所

序号	姓名	会员号	执业证号	所属律师事务所
43	赵丽娟	124041	13101201511548088	北京市君泽君(上海)律师事务所
44	凌璐	124090	13101201511832107	北京市君泽君(上海)律师事务所
45	畅燕妮	124320	13101201511896286	北京市君泽君(上海)律师事务所
46	黄娅群	123137	13101201511283803	北京市隆安律师事务所上海分所
47	吴昊	123966	13101201511104045	上海市志源律师事务所
48	赵志悦	123644	13101201510288199	上海嘉加律师事务所
49	陆春晨	124248	13101201511199775	上海刘春雷律师事务所
50	袁琪	124437	13101201511431925	北京大成(上海)律师事务所
51	黄凤怡	123927	13101201511666015	北京大成(上海)律师事务所
52	王崧焱	117373	13101201511908025	北京大成(上海)律师事务所
53	吴争	124194	13101201510360710	上海泛洋律师事务所
54	刘煜	124776	13101201510844103	上海市华诚律师事务所
55	徐玉翠	124134	13101201511421214	上海市华诚律师事务所
56	周凌云	124203	13101201511558462	上海江三角律师事务所
57	何芬芬	124129	13101201511307639	上海杰博律师事务所
58	张苓薇	115184	13101201521702281	上海华理律师事务所
59	邓彦婷	124086	13101201511133303	上海吉亚律师事务所
60	林海	124192	13101201510100103	上海观庭观盛律师事务所
61	宋怡	124191	13101201511451219	上海观庭观盛律师事务所
62	梁涛	123419	13101201510793736	上海申惠律师事务所
63	徐孝菁	123900	13101201511676237	上海原本律师事务所
64	洪海轩	124038	13101201510252928	广东敬海律师事务所上海分所
65	谢依寒	123729	13101201511822626	广东敬海律师事务所上海分所
66	孙佳健	124064	13101201510292632	上海钧正律师事务所
67	王明龙	123131	13101201510429804	上海四维乐马律师事务所
68	吴琼	124132	13101201511161259	上海郭军律师事务所
69	温晗	123878	13101201510406478	上海市毅石律师事务所
70	蒋诗卉	124274	13101201511267220	上海金茂凯德律师事务所
71	潘雨哲	121374	13101201511255703	上海市方达律师事务所
72	张春潮	123867	13101201510467625	上海中夏旭波律师事务所
73	张喆伊	123939	13101201511383505	北京盈科(上海)律师事务所
74	刘长跃	123410	13101201510429225	上海市金马律师事务所
75	吕超	124167	13101201510404325	上海薛荣民律师事务所
76	彭龙	124141	13101201510938852	上海欧申律师事务所
77	查天宇	123973	13101201511215605	上海效通律师事务所
78	孙灵瑶	123938	13101201511599692	上海市通力律师事务所
79	储楚	123892	13101201511178224	上海市通力律师事务所
80	汪黛	124123	13101201511714471	上海佳通律师事务所
81	陈之尧	123536	13101201510484195	君合律师事务所上海分所
82	司瑶瑶	123529	13101201511254894	君合律师事务所上海分所
83	叶陈尧	123677	13101201510444511	上海胡光律师事务所
84	刁丽娜	124039	13101201511375024	上海市瑛明律师事务所

序号	姓名	会员号	执业证号	所属律师事务所
85	俞伯乐	123168	13101201510201171	上海博拓律师事务所
86	谢旭浩	117517	13101201511758506	上海慧谷律师事务所
87	刘应檀	124056	13101201510333168	北京市中伦(上海)律师事务所
88	林慕娟	123675	13101201511494791	北京市中伦(上海)律师事务所
89	戴程	124043	13101201511163118	北京市中伦(上海)律师事务所
90	刘冠男	124116	13101201511606238	北京市中伦(上海)律师事务所
91	李晶	123564	13101201511354890	北京市中伦(上海)律师事务所
92	卢豆	123450	13101201510181449	北京市中伦(上海)律师事务所
93	耿英慈	124335	13101201511857892	北京市中伦(上海)律师事务所
94	王亮	124115	13101201511501337	北京市中伦(上海)律师事务所
95	李亚敏	124081	13101201511574356	上海得勤律师事务所
96	金国华	124403	13101201510852053	上海市嘉华律师事务所
97	顾茜菲	124177	13101201511251854	上海市海华永泰律师事务所
98	童轶昊	124114	13101201511774297	上海市海华永泰律师事务所
99	晏凌煜	123414	13101201521878087	上海市海华永泰律师事务所
100	赵幸杰	123852	13101201510834081	上海百悦律师事务所
101	陈琦	124031	13101201510501864	上海金亭律师事务所
102	孙璐依	122269	13101201511779643	上海市允正律师事务所
103	于春明	123905	13101201510499863	上海市锦天城律师事务所
104	黎柳明	118408	13101201510193159	上海市锦天城律师事务所
105	唐昊	123805	13101201510276928	上海市锦天城律师事务所
106	王振兴	124044	13101201510709433	上海市锦天城律师事务所
107	逢丽丽	123919	13101201511880016	上海市锦天城律师事务所
108	陆世皎	124117	13101201511775390	上海市锦天城律师事务所
109	曾麓燕	123199	13101201511531420	浙江儒毅(上海)律师事务所
110	奚征宇	124029	13101201510782499	上海市协力律师事务所
111	由扬	124277	13101201511731780	上海力帆律师事务所
112	包卫霞	123377	13101201511366451	上海严义明律师事务所
113	王婷	124526	13101201511384884	上海市华通律师事务所
114	李兴会	124202	13101201511585429	上海乐言律师事务所
115	欧阳镇根	123798	13101201510177072	上海国畅律师事务所
116	王丽娟	124128	13101201511194410	上海汇衡律师事务所
117	许斐	124054	13101201511819640	广东海派律师事务所上海分所
118	吉芸	123972	13101201511122980	上海均和衡律师事务所
119	刘嘉文	124470	13101201510193817	上海嘉富诚律师事务所
120	朱国幸	123448	13101201510617345	上海勤理律师事务所
121	郭海锋	124040	13101201510115821	北京天睿(上海)律师事务所
122	袁丽	124119	13101201511571048	上海市志君律师事务所
123	强毅	123991	13101201510716076	上海诚达永华律师事务所
124	张睿	124261	13101201511303917	上海申浩律师事务所
125	王莹	124127	13101201511257456	上海宏翰律师事务所



上海仲裁委员会

Shanghai Arbitration Commission

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

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

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

MODEL ARBITRATION CLAUSE

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

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

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

新法速读

上海市一中院推新规保障律师执业权利 助推法官律师职业共同体建设

上海市一中院为进一步为律师参加辩护代理等诉讼活动提供便利,并为律师与法官工作联系建立畅通渠道,2015年4月,推出《关于依法保障律师执业权利的规定(试行)》。

《规定》全文总共二十一条,涵盖了依法保障律师执业权利的基本原则,以及保障律师从立案、申请诉讼保全、使用在线诉讼服务平台、对案件审判流程执行信息知情权,直至参与案件调解、刑事案件中会见被告人、阅卷权,调查取证、

庭审等诉讼各个环节中的权利。除了为律师参加辩护代理等诉讼活动提供便利,还在诉讼以外采用明确规定的形式畅通律师与法官工作联系渠道,建立作风投诉反馈机制,建立法律适用统一交流机制等,对于律师执业活动中感觉比较突出的问题进行了充分考虑和现实回应。

2014年3月,一中院与上海市律师协会签订《关于建立沟通交流协作机制备忘录》,双方已就畅通互动交流机制

达成共识。此后,一中院先后通过走访、会晤、书面意见征询等形式,了解市律协对于保障律师权利的意见与建议。

此次出台的《规定》将通过进一步保障律师的合法执业权利,助力法官与律师相互尊重的法律职业共同体建设。该规定同时也是上海一中院完善司法改革配套规章制度的内容之一。

(供稿:上海市律师协会宣传部)

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 2015年第4期

上海篇

- 1.上海市人民政府办公厅;上海市政府部门公示企业信息管理实施办法
- 2.上海市人民政府办公厅;上海市企业住所登记管理办法
- 3.上海市人力资源和社会保障局;关于2014年职工平均工资有关事宜的通知
- 4.上海市人力资源和社会保障局;关于调整本市最低工资标准的通知
- 5.上海市人力资源和社会保障局;关于调整失业保险金支付标准的通知
- 6.上海市高级人民法院;关于本市办理未成年人盗窃案件的若干规定
- 7.上海市高级人民法院;关于对本市未成年人刑事案件指定管辖的规定
- 8.上海市高级人民法院;关于未成年人和成年人共同犯罪的案件分案期数分案审理的若干规定
- 9.上海市高级人民法院;第五次未成年人刑事司法联席会议纪要
- 10.上海市高级人民法院;关于规范讯问在押未成年人时到场人员行为的若干意见
- 11.上海市高级人民法院;关于进一步完善未成年人轻罪犯罪记录封存工作的规定
- 12.上海市高级人民法院;关于印发《上海市重点青少年群体服务管理和预防犯罪工作实施方案》的通知

全国篇

【综合】

- 1.全国人民代表大会;中华人民共和国立法法(2015年修订)
- 2.国务院;存款保险条例

【诉讼法】

- 1.中共中央办公厅等;领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究规定

- 2.中央政法委;司法机关内部人员过问案件的记录和责任追究规定
- 3.最高人民法院等;暂予监外执行规定
- 4.最高人民检察院;人民检察院刑事诉讼涉案财物管理规定
- 5.最高人民检察院;最高人民检察院远程视频接访办法
- 6.最高人民检察院等;深化人民监督员制度改革方案
- 7.公安部等;禁止非法生产销售使用窃听窃照专用器材和“伪基站”设备的规定

【银行 股票 债权】

- 1.中国人民银行;金融机构反洗钱监督管理办法(试行)
- 2.中国银行业监督管理委员会;商业银行杠杆率管理办法(修订)
- 3.中国证券监督管理委员会;股票期权交易试点管理办法
- 4.中国证券监督管理委员会;公司债券发行与交易管理办法

【劳动】

- 1.人力资源和社会保障部;就业服务与就业管理规定(2015年修订)

【房地产】

- 1.住房和城乡建设部;住房城乡建设领域违法违规行为举报管理实施办法

【交通运输】

- 1.交通运输部;12328交通运输服务监督电话管理办法

【环保 卫生 文教】

- 1.环境保护部;企业事业单位环境信息公开办法
- 2.环境保护部;突发环境事件调查处理办法
- 3.环境保护部;环境保护主管部门实施查封、扣押办法
- 4.环境保护部;环境保护主管部门实施按日连续处罚办法
- 5.环境保护部;环境保护主管部门实施限制生产、停产整治办法

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/>

《徽居》



摄影/文：陈为健 律师

桃花盛开的春天，群山环抱里徽居古村落掩映在一池碧水中，静谧、悠远的情思会慢慢荡漾开去。

2015年3月摄于安徽歙县呈坎古村落