

2015

8

总第734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|

全国律师工作会议召开 对律师事业发展意义非凡



封面照片:上海外滩夜色

7月15日至7月28日,上海市律协青年律师工作委员会、纪律委员会、外事委员会、律所规范与发展委员会和宣传委员会等多个委员会举行第一次全体会议。各委员会讨论了各自2015年的工作思路与工作规划,确立了工作理念,要以积极服务的精神提供更好的服务。



7月22日,上海市律协参加了志愿律师赴无律师县工作总结派遣会议。司法部党组成员、副部长、中华全国律师协会党组书记赵大程等出席会议。上海市律协获得服务无律师县活动突出贡献奖,上海卓嘉律师事务所赵青松等4位律师获个人突出贡献奖,同时其所在的律所获律师事务所突出贡献奖。



7月22日,江西省律协监事长周姝一行到访上海市律协,市律协监事金璆、吴家平以及市律协公共关系部主任陶丽萍参加了交流座谈。双方就律协监事会的工作机制、工作开展情况以及存在的困难等议题进行了交流和探讨。



8月7日,首期律所主任及管理合伙人培训班举行,上海市司法局副局长、上海市律协党委书记王协应邀出席。培训班吸引了80余位律所主任及合伙人参加。座谈会中与会律师积极发言,就本所发展管理中遇到的瓶颈问题和突破口进行了交流。



8月11日,上海市律协召开十届五次会长会议,上海市司法局副局长王协出席。会议讨论并确定了市律协十届业务研究委员会委员名单和主任候选人名单。会长及各位副会长还就各自分管的各专门委员会2015年下半年的工作计划进行了通报。

A



全国律师工作会议召开 对律师事业发展意义非凡

8月20日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合召开了全国律师工作会议,中央政法委书记孟建柱到会并讲话,国家公、检、法、司的主要领导等出席,规格之高在我国律师事业发展史上还是第一次。这次会议对构建新型的司法人员与律师之间的关系、推进司法体制改革有着重大的现实意义。与会律师期待在会上征求意见的《关于深化律师制度改革的意见》和《关于依法保障律师执业权利的规定》等4个文件能够早日出台,以进一步完善和发展我国的司法制度,为律师执业创造更好的环境,充分发挥律师队伍在全面依法治国中的重要作用。

B

电梯事件与 公共场所安全

近年来,自动扶梯事故频发,造成了人民生命财产的重大损失,也引申出电梯事件背后的法律问题。电梯作为特种设备的一种,在国家层面有专门的法律法规,在地方层面各地也有诸多的电梯监督管理办法,但仍然未能杜绝电梯安全事故的发生,其中深层次的问题值得深思!本期“法律咖吧”邀请了3位这方面的相关律师,从法律的角度论述了造成该问题发生的不同原因,并提出了解决问题的思路和方法。

C



守护刑辩 追寻梦想

刑事辩护守护着公民最基本的权利与自由,其与强大的司法公权力有着天然的对抗属性,法律风险无处不在。刑事辩护制度的确立,使被追诉人能够在辩护律师的帮助下,针对控诉方的指控充分阐述自己的意见,也使法官能在庭审过程中兼听则明,公正裁判。作者作为一名多年从事刑辩的律师,以自己的经验和心得,从程序和实体方面阐述了作为刑辩律师背后的酸甜苦辣,并对刑事司法制度的改革充满了期待和自信。

D

知识产权 高额赔偿时代或来临

目前,社会各界对知识产权保护的主要诉求是“知识产权侵权现象严重、侵权赔偿不足”。如今,由于我国国情使然,法院对知识产权侵权的赔偿额大多不涉及惩罚性赔偿,而只是计算被侵权企业所得利润后得出的赔偿数额,因此使得许多知识产权的侵权人无所顾忌,侵权行为屡禁不止,而随着我国创新型社会的转型,更需要考虑通过强有力的手段对知识产权进行有效的保护。可喜的是,我国正在对知识产权法律作进一步的修改,以加大对知识产权侵权行为惩罚的力度。

2015
8

上海
SHANGHAI LAWYER
律师

【聚焦】
【观察】
【争鸣】
【法律】



【聚焦】
全国律师工作会议召开
对律师事业发展意义非凡



2015 8

目录 总第 734 期

本刊关注 Benkanguanzhu

聚焦

- 05 全国律师工作会议召开 对律师事业发展意义非凡 / 吕 轩
- 06 法治春风拂面来
——2015 年全国律师工作会议有感 / 俞卫锋
- 08 主动权确在政法机关 律师亦不可无为而治 / 吕红兵
- 10 保障律师执业权利:落实权利救济措施是关键,建设法律职业共同体文化是根本
——关于保障律师执业权利的几点思考 / 朱洪超
- 12 窥会议细节 知律师地位
——参加全国律师工作会议有感 / 刘正东
- 14 中国律师业在哪些方面急需改革? / 乔文骏
- 17 新起点 新征程 新希望 / 游闽键
- 18 中国律师制度是国家法律制度的组成部分
——参加 2015 年全国律师工作会议的感受 / 刘 峰
- 20 吸取天津危化品爆炸事故教训 充分发挥专业律师的把控作用 / 朱树英
- 21 公、检、法、司共同办会 切实保障律师的执业权利 / 寿 步

风采

- 22 永不休止的奋斗 / 计时俊

东方大律师

- 25 功崇惟志 业广惟勤 / 张 毅

区县传真

- 27 创业传承谋实绩 继往开来续华章
——闸北区律师工作扬帆新航程 / 闸北区司法局

《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:滕译文

(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



《真实的几何画》摄影:顾 菁 律师



8月12日,上海市高院副院长茆荣华、立案庭庭长麦珏等莅临上海市律协,与律师围绕如何完善上海法院律师诉讼服务平台等议题交流座谈。上海市司法局副局长王协,上海市律协会会长俞卫锋、秘书长万恩标等参加了座谈。

律所建设

- 30 抓管理控风险 强服务重质量
——国浩律师(上海)事务所发展情况简介 / 贾勇

法律咖吧

- 34 电梯事件与公共场所安全
/ 周忆边 立鑫 徐寅哲 魏书宁

法眼法语 Fayanfayu

香港大律师之窗

- 38 浅谈香港广播媒体的广告规管 / 刘韵清

执业心语

- 40 守护刑辩 追寻梦想 / 林东品

新锐手记

- 42 而我知道 / 谢向英

案例精析

- 43 商业银行在销售理财产品时的“适当推介义务”和“风险揭示义务” / 郭波 彭梅芊

律师实务 Lüshishiwu

- 47 P2P 网贷平台如何避免非法集资的法律风险? / 宋杰

- 49 浅议贪污案件国有资产的发还

/ 陈洁 魏敏华 郭筱雯

- 52 知识产权高额赔偿时代或来临 / 王湘阳

- 54 《民事诉讼法》2015 年新司法解释中关于涉外民事诉讼程序规定之简析 / 李新立

人文万象 Renwenwanxiang

随笔

- 57 又见上海德比 / 方正宇

乐 Life

- 58 像阿甘一样奔跑 像村上一样思考 / 桂芳芳

业内资讯

- 60 市律协参加上海市高级人民法院“对话司法改革”座谈会等 5 则

- 61 上海市律师协会 2015 年 8 月新增会员名录

新法速读

- 64 最高人民法院发布《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》

封三 《律师业务资料》目录 2015 年第 7 期



上海律师代表参加 2015 年全国律师工作会议

本刊关注

聚 焦 ●文/吕 轩

全国律师工作会议召开 对律师事业发展意义非凡

8月20日,来自全国的70名律师代表以及33名各省、自治区、直辖市和新疆建设兵团的律师协会会长齐聚北京,共同参与经党中央批准,由最高法、最高检、公安部、司法部联合召开的全国律师工作会议。中共中央政治局委员、中央政法委书记孟建柱,国务委员、公安部长郭声琨,最高人民法院院长周强,最高人民检察院检察长曹建明,司法部长吴爱英出席并讲话。上海代表除俞卫锋会长外,还有8名律师代表,分别是:乔文骏、吕红兵、朱树英、朱洪超、刘正东、刘峰、寿步、游闽键。

此次会议规格之高、参会人员之广、讨论议题之重,当属我国律师事业发展史上的第一次,表明律师的重要性日益提高。

此次会议的主要任务是研究落实保障律师执业权利、规范律师执业行为、加强律师队伍建设、深化律师制度改革的政策措施。此次会议提交参会人员征求意见的4份文件:《关于深化律师制度改革的意见》《关于依法保障律师执业权利的规定》和《律师执业管理办法》《律师事务所管理办法》即针对上述问题。

孟建柱、郭声琨、周强、曹建明、吴爱英的讲话也不约而同地将最大篇幅留给了“保障律师执业权利”,要解决律师“会见难、阅卷难、调查取证难”的“老三难”问题,以及“发问难、质证难、辩论难”等“新三难”问题。中共中央政治局委员、中央政法委书记孟建柱要求各级政法机关深入查找、解决在保障律师执业权利方面存在的突出问题,依法充分保障律师执业权利,抓紧建立健全侦查、起诉、审判各环节重视律师辩护、代理意见的工作机制,把法律已规定的律师在辩护、代理中所享有的知情权、申请权、会见通信权、阅卷权、收集证据权和庭审中质证权、辩论辩护权等执业权利落实到位。要建立完善救济机制,认真履行职责,确保侵犯律师执业权利的行为能够得到及时纠正。“两院三部”的一把手都从

各自工作角度,明确要“健全制度机制,充分保障律师执业权利”。

此外,公、检、法、司同声大力提倡建立司法人员与律师的新型关系,相互支持、相互监督,充分体现了党和国家在推进法律职业共同体建设方面所作的部署。

最高人民法院院长周强表示:“要充分认识律师在全面推进依法治国和人民法院诉讼活动中的重要作用,构建法官和律师良性互动关系,充分尊重和切实保障律师依法履职,共同为维护公正司法,建设社会主义法治国家作出新的更大贡献。”

最高人民检察院检察长曹建明表示:“检察官和律师同属法律职业共同体,都是法治工作队伍的重要组成部分,秉承相同的法治理念、职业信仰和价值观,肩负共同的历史使命,在本质上和基本要求上是一致的,要保障律师依法执业,构建新型检律关系,共同投身全面依法治国伟大实践之中。”

司法部部长、党组书记吴爱英强调:“要认真学习贯彻会议精神,认真传达学习贯彻孟建柱等领导同志的重要讲话和会议精神,研究制定贯彻落实具体意见和措施。要采取多种形式,抓紧传达学习会议精神,及时将会议精神传达到各级法院、检察院、公安机关、司法行政机关和各律师协会,切实把思想和行动统一到中央关于律师工作的决策部署上来,把力量凝聚到贯彻落实会议确定的各项任务要求和工作部署上来。要切实加强宣传工作,为推进律师工作营造良好的舆论氛围。”

律师以法为业、以律为师,在积极维护当事人合法权益的同时,应当积极履行社会职责,为公众树立法治信仰、对社会实现公平正义增强信心。本期杂志,我们将同时刊登9位上海律师代表的大会感言,字里行间,我们看见的不只是深入的思考,更多的是期望、信心和决心。●

聚 焦 ●文/俞卫锋

法治春风拂面来

——2015年全国律师工作会议有感



俞卫锋：上海市律师协会会长、上海市通力律师事务所主任

“律师事业是一项正在发展、充满希望的事业，关系全面依法治国大局。”中央政法委书记孟建柱在2015年全国律师工作会议的这段评价，对于每一家律师事务所、每一位执业律师都是莫大的鼓舞。与此同时，这段评价也在提醒我们：律师工作必须站在推动法治建设、全面深化司法体制改革的高度来综合考虑。至于本次会议给我个人印象最深刻的感受，可以概括为以下几点：

一、正确认识律师在法治建设中的地位和作用

对于律师的定位，孟建柱书记的评价是“社会主义法治工作队伍中的重要组成部分”，并在此基础上提出了“积极构建司法人员和律师的新型关系”的要求。以上评价点中了律师工作的关键，即必须正确处理律师与司法人员之间的关系。

仅从微观角度观察具体个案，律师与检察官在审理阶段会各执一词针锋相对、律师与检察官和公安人员在刑事侦查和起诉阶段相互质疑相互对抗，也许在个案中会导致两者之间立场的相互对立。但如果从全面推进依法治国的宏观角度来看，会发现其实律师和司法人员一样，都是推动法治建设的重要动力，而且同为不可或缺的组成部分，律师与检察官、公安人员的对抗乃制度设计使然。

打个比方说，法院、检察机关、公安机关和律师，就像是一辆汽车的四个车轮，虽然所处位置不同，但都朝着法治进步的同一方向前行。只有每一个车轮都充分发挥作用，才能保证法治建设这辆“汽车”跑得快、跑得稳、跑得长。反之，倘若忽视其中任何一个车轮的作用，比如将律师工作摆在相对次要的位置上，又比如将律师

地位置于其他司法人员之下，都有可能给法治进步埋下隐患。

令人欣喜的是，目前各级部门都对律师工作表现出了高度重视的态度。本次全国律师工作会议经中央批准，由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合召开，这在我国律师事业发展史上还是第一次。可见在全面推进依法治国的背景下，律师工作得到了前所未有的重视，与此相对应，律师在法治建设中的重要地位也将进一步得到正确认识和充分体现。

在谈及司法人员与律师关系的问题，孟建柱书记指出“构建两者之间新型关系的主动权在政法机关”，进而要求各级政法机关积极主动地研究采取措施，推动司法人员和律师构建彼此尊重、平等相待，相互支持、相互监督，正当交往、良性互动的新型关系，促进社会主义法治文明进步。

二、保障律师权利，维护公正司法

在提及保障律师执业权利时，少数部门和个人存在着一种错误认识，以为受益者仅仅是律师群体，甚至将此误读为保障“律师赚钱”的权利。于是当他们在工作中带着如此情绪时，往往会对保障律师执业权利表现出消极甚至是抵触的态度。

本次全国律师工作会议上，孟建柱书记对于保障律师执业权利所具有的重要意义，作了高屋建瓴的表述：“律师与当事人是代理与被代理的关系，其执业权利是当事人权利的延伸。律师执业权利的保障程度，关系到当事人合法权益能否得到有效维护。”也就是说，只有律师的执业权利得到保障，才能确保公民的合法权益，进而让全面推进依法治国的政策得到全面落实。

律师执业权利能否得到保障，也是关系到司法公正

能否得到维护的关键,律师可能成为避免冤、假、错案的最后一道防火墙。在具体案件的办理过程中,执法机关因其评价体系原因在办案中有时难免会倾向于效率优先的工作方式。东部经济发达地区的基层法院法官面临每年审理上百起案件的工作压力,要求其充分听取律师的意见有时可能也是勉为其难。公安机关、检察机关在办理刑事案件的过程中,经办人员可能因为过于倚重嫌疑人口供而对律师会见犯罪嫌疑人产生抵触情绪。凡此种种,都是有可能导致冤、假、错案发生的潜在因素。要想消除这些隐患,仅仅依靠执法机关内部的管理监督往往力有不逮,只有充分保障律师的执业权利,让律师能够凭借专业知识和职业操守来全力维护当事人的权益,才能实际形成来自外部的有效监督,非但可以在个案上避免冤、假、错案,同时也能督促政法机关改正自身存在的种种缺陷,进而保证公正司法,提高司法公信力。

关于保障律师执业权利的具体措施,成为本次全国律师工作会议期间的主要交流内容。孟建柱书记则对此提出了很多“接地气”的建议:比如在诉讼中,法院应在案件审查报告中对是否采纳律师辩护意见及其理由作出说明;比如庭审过程中,法官即便有正当理由可以打断律师发言,也应当使用平和语气予以提示;再比如,执法机关通过建立律师诉讼服务网络平台、设置律师专用停车位等服务措施,可以方便律师的工作。包括上海法院开通网上阅卷以节省律师工作时间的做法,在本次会议上获得了高度肯定,并且有望进一步推广。

而在保障律师执业权利的过程中,各地律师协会责无旁贷。用孟建柱书记的话来说,律师协会就是广大律师的“娘家”,必须主动地有所作为,要做到哪里的律师执业权利受到侵犯,哪里的律师协会就率先站出来。这样,才能赢得广大律师的信任,真正成为律师之家。

三、规范律师执业,树立良好形象

随着改革开放的不断深入,律师在市场经济中发挥出越来越巨大的作用,律师队伍也随之不断壮大。目前全国已有近 30 万名律师,每年办理诉讼案件近 300 万起,并且涌现出一大批优秀律师和优秀律师事务所。

在看到成绩的同时,我们也必须承认在律师执业过程中仍然存在着一些不规范的行为,甚至在律师队伍中也出现了极少数的害群之马。比如在近年来查办的部分腐败案件中,发现某些律师实际上扮演了“司法掮客”的角色,利用人脉关系在法官与当事人之间撮合贿赂行为。此类情况虽然在律师执业活动中只占很小的比例,但在社会上引起的反响却极为恶劣,进而导致律师职业的整体形象严重受损,在部分公众心目中形成“唯利是图”、“吃了原告吃被告”之类的误读。

由此可见,在全社会树立律师队伍依法执业的良好形象,将成为律师事业能否发展壮大的关键,关系到律师整个群体的社会形象,也关系到每一名执业律师的切身利益。而树立良好形象的前提,则是加强律师职业的规范和管理,其基本要求包括:一要遵守宪法法律、坚守“两个坚持”底线;二要忠于事实真相;三要严守执业纪律;四要谨言慎行。对于各类违法违规的执业行为,未来将进行严肃查处,唯如此才能维护整个律师行业的声誉,维护广大律师的整体利益、为广大律师执业创造更好的环境。

在树立良好形象的过程中,律师还应当不断加强对于自身提高的要求,包括提高政治素质、提高专业水平、提高职业操守等等。而且律师不应当仅仅局限于一项谋求生计的职业,而是完全可以在更多社会事务中依靠专业法律知识发挥出正能量。比如在法律援助过程中切实维护弱势群体的利益,比如在参政议政过程中积极提供立法建议,又比如服务国家战略,针对法治建设、社会管理等重点课题和重点项目提供专业法律服务。总之,在新形势下,我们需要建设一支政治坚定、精通法律、维护正义、恪守诚信的律师队伍。

本次全国律师工作会议的胜利召开,不仅让人们对律师事业的发展前景充满期待,同时也进一步展现了党中央全面推进依法治国的信心和决心。随着会议精神进一步得到贯彻落实,保障律师执业权利、规范律师执业行为、加强律师队伍建设、深化律师制度改革的政策措施将相继出台,从而发挥好律师队伍在全面依法治国中的重要作用。●



律师开展“法律服务进军营”活动

聚 焦

●文/吕红兵

主动权确在政法机关 律师亦不可无为而治



吕红兵：中华全国律师协会副会长、国浩律师事务所首席执行官

孟建柱同志在全国律师工作会议的讲话中提出，积极构建司法人员和律师之间彼此尊重、平等相待、相互支持、相互监督、正当交流、良性互动的新型关系，共同促进社会主义法治文明进步。在讲话中，他特别指出：“实事求是地说，构建两者之间新型关系的主动权在政法机关”。

这一论断，可谓切中要害，一针见血。我的理解是：政法机关的“主动权”，至少可以从以下两个方面得以体现。

一是从相互关系、从一对矛盾的角度分析，构建司法人员与律师间新型关系，矛盾的主要方面是政法机关，主动权当然在政法机关。

笔者在《中国律师》杂志 2014 年第 1 期上曾发表过《构建法官与律师间良性互动的和谐关系》一文，其中便提出：“当今法治环境下，律师与法官的关系问题，可谓既敏感又重要，小则关乎法官办案与律师执业，大则影响法律实施与正义维护。应当构建律师与法官之间的和谐关系，建立并完善‘组织上多往来、私下里慎交往’的良性互动机制。在这个关系中，法官或者说法院处于矛盾的主要方面，而律师或者说律协又是关键因素。”

在会议中讲到上述主题时，孟建柱同志脱稿说到：司法人员与律师之间出现的问题，“不要怪律师，我们掌握公权力，责任主要在我们，我们要主动工作”。政法机关的掌门人如此坦诚、如此坦荡，令我们律师动容、动心。

诚然，政法机关拥有国家赋予的公权力，在国家治理中处于优势地位；而律师的执业权虽出于法律许可并基于当事人合同委托，毕竟属于“私权”性质，与政法机关的“公权”在效力与强制性上不可同日而语。而且，

“私权”受到侵害时最终的保障与救济也离不开“公权”。因此，从这一角度，“公权”机关与“私权”主体之间能否互动、如何平衡、是否良性，主动方应是政法机关、主动权确在政法机关。

笔者曾提出司法机关与律师“互动的规则制定”问题。人民法院在制定司法解释或其他各种形式的审判规则时，应当制度性地安排律师全过程与全方位地参与。律师不仅是法院规则的被动遵守者，而且更应该是规则的参与制定者，从而成为规则的真正理解者、主动遵守者以及对当事人遵守规则的教育者与引导者。正可谓偏听则暗，兼听则明。在这一过程中，如果法院不主动“开门”并且“倾听”，或者说对律师的意见建议视而不见、听而不闻，律师无论如何呼吁、甚至呐喊，亦会无济于事。

再如笔者常提及的“互动的文书公开”。十八届四中全会决定已明确指出，依法及时公开“生效法律文书”，“建立生效法律文书统一上网和公开查询制度”。生效法律文书上网，是法院自信的表现，有利于强化法官的责任心，可以产生对司法公正的“倒逼”作用。同时，加强法律文书的释法说理，又是四中全会决定的又一具体要求，而在此过程中，裁判文书应当充分引用律师的代理意见，并针对性地回应，于是通过裁判文书公开，借以实现律师代理意见的公开。这样的互动公开，将增加法官与律师的互信，提高律师的执业水平与专业能力，提升法官的办案水平与研究能力，真正实现共同体内的共同促进相互提高，可谓“比、学、赶、帮、超”，其效应应能显现。而在这一过程中，公开的“法定主体”或者说“有权公开的机关”，仍是法院。如果法院不主动为之，这一互动便成为无源之水、无本之木。

二是从本体角度,或者说从自我角度分析,政法机关应当主动依法为之,构建司法人员与律师间新型关系,切实维护律师的执业权益。或者这样讲,依法维护律师的执业权益、构建司法人员与律师间的新型关系,是政法机关的本职工作,必须主动,不得不为、不能懈怠。

律师制度是中国社会主义法律制度的重要内容,《律师法》对我国律师的性质、权利义务都作了明确规定。广大政法机关肩负着实施法律、维护法律尊严的神圣职责,因此依法尊重、维护、支持、保障律师的法定执业权益,是政法机关的本职工作和应尽义务。政法机关必须做到“有法必依”、“执法必严”,“法定职权必须为”。

例如,我国检察机关是国家法律监督机关,就像曹建明检察长在本次全国律师工作会议上的讲话中说到的:“既是诉讼参与者,也是诉讼监督者,还是诉讼权利的救济者”。因此,对于违反《律师法》、《刑事诉讼法》侵犯律师权益的行为,检察机关有权利也有义务给予加害者以处理甚至处罚。

不仅如此,政法机关应按照党的十八届四中全会的要求,加快司法体制改革步伐,为维护律师执业权益、构建司法人员与律师间新型关系打下良好的制度与机制基础。从这一点而言,作为规则制定者、改革实施方,政法机关更拥有主动权。

例如,在以往“以侦查为中心”的诉讼制度下,在以“命案必破”为要求的侦查原则下,律师极易被认定为“麻烦制造者”、“添乱者”甚至“捣乱者”,帮“坏人”说话于是也不是好人。十八届四中全会决定提出:“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。”应当说,在以审判为中心的诉讼体制下,律师在法庭上有“席位”、有“地位”,于是有话语权,有作为。“庭审”不再是走过场,不再“虚置化”,而是真刀真枪,每一个证据都要被审查,每一名证人都要“过堂”,每一位鉴定人也要“上场”,而“庭审”不能再“打闷包”,要依法公开透明,甚至“全民目击”,于是“庭审”必然在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥出决定性的作用,于是律师“较真”、“挑毛病”、“找漏洞”从而有助司法精确和公正的功能可以真正发挥。正是在这种司法制度下,司法人员与律师间所谓的相互尊重、相互支持,才能真正落到实处、得以实现。

当然,构建司法人员与律师之间的

新型关系,主动权在政法机关,并不是说律师只能被动等待、无奈接受、无为而治,而是作为关系的一方、矛盾的一面,也理应发挥重要的甚至是关键的作用,从而推进彼此的顺畅交流与良性互动。

律师协会作为“律师的自律性组织”,依照《律师法》拥有“保障律师依法执业、维护律师的合法权益”的法定职责,在构建司法人员与律师之间新型关系的过程中,地位重要、作用关键,义不容辞、当仁不让。律师协会应当建立侵犯律师执业权利事件快速处置和联动机制,对侵犯律师执业权利的,有义务反映、有权利协调。对律师因依法执业受到威胁、侮辱、报复、人身伤害的,有权力也有责任协调有关部门依法及时制止和处理,并对律师采取必要的保护措施。正如孟建柱同志所言:“律师协会作为广大律师的‘娘家’,既要加强日常服务管理,又要在保障律师执业权利方面主动作为,做到哪里的律师执业权利受到侵犯,哪里的律师协会就率先站出来。这样,才能赢得广大律师的信任,真正成为律师之家。”

同时,律师协会应当组织广大律师,主动介入、互动参与、建言献策,推进司法体制改革,不当旁观者,要做参与方,不光是剧中人,要努力成为剧作者。其实,孟建柱同志对此表态非常明确:“要邀请广大律师参与司法体制改革的方案讨论、项目论证,充分听取他们的意见建议。希望广大律师积极建言献策,为完善中国特色社会主义司法制度贡献智慧和力量。”广大律师要顺势而为,抓住机遇,敢言善言,推动司法体制改革的进一步完善,在让人民群众于每一个司法案件中感受到公平正义的事业中,发挥律师不可替代的功能、缺一不可的作用。



律师开展妇女维权法律咨询活动

聚 焦

●文 / 朱洪超

保障律师执业权利： 落实权利救济措施是关键， 建设法律职业共同体 文化是根本

——关于保障律师执业权利的几点思考



朱洪超：上海市联合律师事务所主任



2015年注定要因高度关注保障律师执业权利而载入中国律师乃至中国法律的发展史。

近来重大利好消息连连：2015年8月20日规格最高、规模最大的全国律师工作会议在北京召开；9月16日中共中央全面深化改革领导小组第十六次会议通过了《关于深化律师制度改革的意见》，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、国家安全部随后于9月20日共同发布了《关于依法保障律师执业权利的规定》。作为30年来中国律师业发展的见证者，我有幸经历了多次律师业发展的重大事件。20年前的夏天，第三届全国律师代表大会在京西宾馆召开，我荣幸地当选为中华全国律师协会副会长，会议开创了执业律师管理行业协会的先河，中国律师业也因此进入了一个新的发展阶段。而在20年后，同样的时间段、同样的地点，史上规格最高、规模最大的全国律师工作会议由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合召开，并专门讨论了如何保障律师执业权利和深化律师制度改革的重要问题。从本次会议的规模、议题以及影响均可以看出，律师权利的保障问题已不仅仅是律师群体的内部问题，其已经得到整个法律职业共同体乃至全社会的高度重视和关注，本次会议必将成为整个中国律师乃至中国法律发展史上的一个重要节点，也必将给中国律师的依法执业活动带来一个新的良好开端。

几十年来，对于律师的依法执业活动与执业权利，我国已相继出台了《律师法》、三大诉讼法等多部法律法规进行了规范和保护。然而，在实际操作中，由于社会各界对律师的功能和作用普遍缺乏正确认识、法律法规得不到贯彻落实，以及法律职业共同体之间也缺乏对律师执业权利的充分认同，律师的正常执业活动往往障碍重重。为何要保障律师的执业权利？又为何在已有多部法律法规明确规定的情况下，律师执业权利的保障仍不尽人意、令人堪忧？如何才能真正有效的保障律师执业权利？我想从以下三个方面谈谈自己对于保障律师执业权利的些许思考。

一、保障律师执业权利，首先要高度重视并正确认识律师的独特属性与功能

我们现行的律师制度是从西方引进的，创设律师制度的最初目的是为了使公民能够通过律师的执业活动，维护公民的合法权益，并防止和约束公共权力的滥用，实现社会的公平正义。因此，律师自身具有独特的属性与功能。

从律师的属性来看，其具有双面属性。一方面，律师属于法律职业共同体的重要组成部分，是社会公共利益的维系者，律师的诉讼执业活动会对公权力的行使形成有效的外部制约。通过律师与检察公诉机关的对抗以及

与司法审判机关的有效配合,可以从法律制度与程序上对司法公权力的行使形成一种有效、合理的外部制约,从而推动整个社会法律治理体系与制度的高效、有序运转,维护社会的公平正义;另一方面,律师又是为公民私人利益所服务的,具有一定的市场属性。法官、检察官的司法活动由国家财政予以支撑,而律师是依据法律规定及收费标准,通过向社会提供法律服务并收取一定费用作为其生存与发展的基础,但是,律师不是商人,二者之间有着本质的区别。商人进行商业活动的目的是逐利,而律师的一切执业活动是为了维护当事人的合法权益,是为了维护法律的正确实施,是为了维护社会的公平与正义,律师的市场属性从根本上也是为了保证律师执业的独立性。

从律师的功能来看,不论是联合国《公民权利和政治权利公约》、《世界人权宣言》还是《联合国律师作用的基本原则》,都认为律师是“维护正义的根本代言人”,其目的在于保障基本人权,实现社会的公平与正义,其肩负着维护法律权威、保障公民权利、平衡公平效益促进社会稳定、抑制权力滥用保障公民权利、参与政治生活实现社会正义的重要功能。律师的权利是依据《律师法》、《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》等法律法规的规定,经当事人合法委托而行使的一种社会权利。这种权利横亘在公权力与私权利之间,起到平衡、缓冲、润滑的作用。在具体执业时,无论是作为代理人还是作为辩护人,律师都是在为当事人的合法权益、为了法律的正确实施、为了社会的公平正义而进行执业活动。

二、保障律师执业权利,关键在落实权利救济途径与措施

对于如何保障律师的执业权利,已出台的法律法规及相关文件中已有众多的相关规定,最近出台的《关于依法保障律师执业权利的规定》中的49条中有45条直接规定如何保障律师的权利。不仅直面“会见难、阅卷难、调查取证难”的“老三难”,还针对“发问难、质证难、辩论难”的“新三难”,并在第二条中明确律师的三大权利——“知情权、申请权、申诉权”。这三组权利是全过程保障律师执业权利,在于确保律师能够正常执业。同时,该规定明确应当建立健全律师执业权利救济机制,明确规定了责任主体——“五部门”和律师协会,规定了侵权情形及救济途径,明确规定律师因依法执业受到侵权时“有关机关应当及时制止并依法处理,必要时对律师采取保护措施”。同时规定律师可以向检察机关申诉与控告,向办案机关或其上级机关进行投诉,申请事发地司法行政机关、律协维护执业权利等等。从该

规定可以看出,立法层面对于律师执业权利保障的规定已越来越明确、越来越细致,且进行了大量制度与体制上的完善与创新。

但是,我们还应该看到,尽管已有大量保障律师执业权利的规定,但在实际操作中,漠视、侵害律师合法执业权利的情形仍大量存在。我认为,问题的关键在于有效权利救济措施的缺失、缺位与失灵。要从根本上解决保障律师执业权利的问题,应采取“倒逼”措施,建立律师权利救济的有效途径与制度规则,解决律师权利保障的“最后一公里”。依法治国的责任主体首先是国家行政机关、政府领导,即“关键少数”;而保障律师执业权利的责任主体首先也应当是有权者。这里把握好“两个一公里”:第一个一公里是“开头一公里”,即在法治理念、法治规定上要充分认识到保障律师执业权利的重要性;而“最后一公里”则是救济措施,即在律师执业权利无法得到保障或被侵害时,律师可以采取有效的救济措施获得权利救济。

同时,制度、规则能否充分发挥作用,关键应在于有效落实。如何将保障律师执业权利的规定落到实处,并围绕制定相应的操作细则、职责清单、厘清权责界限,并将相应权利救济途径与措施与现行的诉讼制度进行有效地融合与对接,这对于确保律师的合法执业权利得到真正保障具有重要的意义与价值。

三、保障律师执业权利,根本在于打造三位一体的法律职业共同体文化,培育保障律师执业权利的文化土壤

(一)从文化本身的特点而言需要培育法律职业共同体文化

《说文解字》云:文者,物象之本;化,教行也。一种文化天然具有教化、感召、传承和提炼价值的作用。我认为,保障律师执业权利的根本就在于培育和形成法律职业共同体文化。法律职业共同体是以特定语言、独特的思维方式、共同的知识背景和实践传统,以追求社会正义的实现为共同价值目标,以法治为精神信仰,拥有一种自我约束、自我评价、自我管理的运作机制的职业群体。法官、检察官、律师共同组成法律职业共同体,都是依法治国的重要力量,培育法律职业共同体文化,既是全面推进依法治国的客观要求,更是法律职业共同体的内在需要。

(二)构建法律职业共同体是全面建设社会主义法治国家,推动中国社会和法律发展的必然要求,是我国法治社会生活的内在要求

法官、检察官与律师从事的都是法律职业。法律职业共同体成员有着共同话语、共同思维、共同信仰、共同

责任,应当相互尊重、相互欣赏,所谓“各显其美,美美与共”。应当把忠于宪法和法律、维护司法公正、捍卫公平正义作为共同的法治理念、职业信仰和价值追求,共同担负起促进社会主义法治文明进步的责任。所谓共同话语是指法言法语,具有共同的话语才能自如地交流;所谓共同思维是指法律思维,只有共同的法律思维才能互相理解、互相尊重、互相配合、互相欣赏,有人说法官是会说话的法律,而我认为律师则是会走路法律,都是法律的“信徒”;所谓共同信仰是指法治信仰,有着共同的法治理念、法治精神、法治价值的追求,只有这样法律职业共同体各方才是四位一体、一意各表;所谓共同责任是指法官、检察官、律师的终极目标、责任是一致的,即为了维护法律的正确实施、为了维护社会的公平与正义。共同的责任应当让大家紧密地联系在一起,让大家携手前行。

法律职业共同体应在工作中建立起彼此尊重、平等相待、互相支持、互相监督、正当交往、良性互动的新型关系,形成职业伦理上的共识、职业精神上的共融以及不同职业群体之间的相互欣赏,共同保障当事人的合法权益,共同确保法律的正确实施,共同维护社会的公平正义。让法官、检察官与律师的关系不受人情、关系和金钱的干扰,共同维护法律职业的声誉和形象。

最后,可以看出,近期召开的重要会议以及颁布的重要文件中关于保障律师执业权利的规定都是紧紧围绕一个根本目的,也就是深化律师制度改革、促进律师事业发展,充分发挥律师在依法治国战略中的重要作用。我认为,只有真正落实权利救济措施和培育法律职业共同体文化,才能真正保障律师的执业权利,建立起中国特色社会主义律师制度,从而实现我国的全面依法治国战略。●

聚焦 ●文/刘正东

窥会议细节 知律师地位

——参加全国律师工作会议有感



刘正东:上海君悦律师事务所主任

2015年8月20日至21日,全国律师工作会议在京隆重召开。会议上,不仅孟建柱书记代表中央政法委作了重要讲话,而且国务委员兼公安部长郭声琨、最高人民法院院长周强、最高人民检察院检察长曹建明、司法部部长吴爱英也分别作了讲话。会议期间不仅热烈讨论了孟建柱书记的重要讲话,而且还就《关于深化律师制度改革的意见》(征求意见稿)、《关于依法保障律师执业权利的规定》(征求意见稿)等4个重要文件再次征求意见。会议结束时,不仅由司法部长代表公、检、法、司4家作了总结讲话,而且还进行了公、检、法、司、律五方面单位的交流发言。应该说,整个会议大家比较一致的看法是“规格高”、“规模大”!

据悉,此次会议形式“在我国律师事业发展史上还是第一次”。会中、会后,主流媒体及各政法单位门户网站都进行了详细报道,有关内容特别是律师执业权利保障问题还引起了律师界的热议。对此,我的深切感受是,通过此次会议及之后地方的落实,我国律师的重要作用必将进一步得到发挥、我国律师的执业权利必将进一步得到保障、我国律师的职业地位必将进一步得到提升!这些感受实际上也可以从会议的一些细节

而得到:

从会前的舆论看。会前2天左右各主流媒体就纷纷报道了30年来特别是近年来律师业发展所取得的巨大成就,以及律师在经济社会发展中所发挥的重要作用,各政法单位门户网站也纷纷刊发关于各自从不同角度保障律师执业权利的文章。当我们纷纷将这些文章转发朋友圈时,不明就里的律师同行们既兴奋又有些“莫名其妙”。应该说,这些密集、深度的报道,一方面为会议的成功召开打下了舆论基础,另一方面也对中国律师业起到了很好的宣传作用。

从参会律师代表的构成看。这次参加会议的普通律师代表有75名,加上全国律协及各地方律协的会长共计108名,因此有代表自嘲为“108将”,占出席会议人数的三分之一左右。据悉,75名律师代表的产生还几经司法部及各地方司法行政机关酝酿,力求刑事律师与非刑事律师,老、中、青律师以及各业务领域有一定影响的律师皆有代表。因此,只到会议前3天才完全确立律师代表名单。

从会议主办单位的组成看。与以往全国律师工作会议不同的是,此次会议由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部共同主办,而以往全国律

师工作会议仅由司法部主办。与此相对应，国家及各地方省、自治区、直辖市一级的公、检、法常务副职及司法行政机关正职负责人均自始至终参加了会议。而之前的全国律师工作会议参会人员也仅限于司法行政机关及律协领导等。应该说，这种办会方式，非常有助于会议精神的传达、贯彻和落实，因此我在讨论中首先建议将这种会议制度化，比如每五年左右召开一次，适时关注并推进解决律师执业权利和执业环境中存在或发生的突出问题。

从会议上领导的讲话和交流发言的内容看。除孟建柱书记代表中央政法委讲话外，最高检、最高法、公安部、司法部正职领导均作了较长篇幅的讲话。而在会议最后，除全国律协会长及律师代表发言外，公、检、法、司系统各有两家单位负责人代表做了口头交流发言，另有 18 家单位做了书面交流发言。应该说，这次无论是领导讲话，还是政法单位的交流发言，大家普遍反映“干货多”，甚至可以说是在切实表态。当然会后有律师同仁认为还要看落实情况，这当然也对，但领导讲话与交流发言的实实在在，对会后落实也是非常有利的。

从会议期间讨论的情况看。虽然出席会议的律师代表占三分之一左右，但在讨论过程中，会务特别要求律师代表先发言、多发言。据说有的小组讨论中都是律师在说，而就本人所在的小组看，几乎所有律师代表都发了言，而各政法单位只有 4 位领导有机会得以发言。应该说，会议讨论力求让律师代表知无不言、言无不尽，而且对有的律师发言，会务还要求律师提供书面意见，说是要整理上报中央政法委领导阅。在会议期间一些媒体宣传主要报道了律师代表对会议的肯定性意见，事实上律师代表们主要谈的还是建议、意见，甚至有批评。我就把会前上海律协会长给我的上海律协刑委会的 17 条意见说了一下，特别是对律师会见的三种扩张性限制现象进行了一一反映。

此外，孟建柱书记在讲话中还提到了一些细节，比如在讲到各政法单位的领导对这次会议的高度重视时，特别提到两院的“两长”专门推迟了各自在外地的重要活动，其中有一个活动好像还是在境外的；讲到会后马上要制定的保障律师执业权利的措施规定时，特别讲到本来是公、检、法、司 4 家联合印发，但国家安全部特别提出也要作为印发主体，因为国家安全案件中也涉及律师的执业权利问题，所以这个律师执业权利保障规定将由公、检、法、司、安 5 家制定。

最后还有一个细节，就是第一天在会议开幕时的主



律师积极参与“庭审进社区”活动

席台上就座的只有孟建柱书记及国家公、检、法、司正职领导，因此在讨论中，有律师代表就很不客气地提出，既然是全国律师工作会议，出席会议的律师界代表又占到了三分之一左右，作为全国律师的“带头人”——全国律协会长也应该在主席台上有一席之地，这不是什么待遇问题，而是对全国律协、对全国律师的尊重问题。没想到这一提议在第二天的会议闭幕式上马上得到了采纳，当主持人介绍台上就座的领导还有全国律协会长王俊峰时，会场上响起了热烈的掌声，而且在王俊峰会长发言时，大家也三次报以掌声，充分体现了对与会律师意见的尊重。

当然，不可否认的是，虽然会议规格高、规模大，虽然会议开得很成功，虽然会前、会中、会后宣传很到位，但广大律师还是更关注会上领导的讲话、发言内容是否能在会后的实际工作中得到一一落实，特别是广大一线办案的警察、检察官、法官是否都知道、都领会、都照办。这一点，当然没那么容易，也只能拭目以待，但会议的上述诸多细节可能正是针对会后落实可能存在的问题而未雨绸缪的。对此，孟建柱书记在论述构建司法人员与律师新型关系时，特别讲到构建新型关系的主动权在司法人员，因为司法人员掌握了公权力。

虽然再说律师业发展的“春天”要来了，有些律师同仁可能会不以为然，因为之前也确实说过，但我们完全有理由也有信心说，我国律师业的未来应该会更好！特别是当我们看到，会后的 24 日下午，《刑法修正案（九）》的草案提交十二届全国人大常委会第十六次会议审议的草案三审稿中，对广大律师特别是从事刑事辩护业务律师高度关注、特别担心的二审稿中第 36 条内容进行了修改，我认为这可能不仅仅是巧合！

无论如何，孟建柱书记已经在会议上的讲话的最后，祝愿中国律师事业的明天一定会更加美好！●

聚 焦

●文/乔文骏

中国律师业 在哪些方面急需改革？



乔文骏:北京市中伦(上海)律师事务所

8月20日,本人有幸以律师代表的身份参加了由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部首次联合在京召开的全国律师工作会议。此次会议可谓史无前例,不仅首次由两高两部联合召开,而且中共中央政治局委员、中央政法委书记孟建柱和公、检、法、司各部门最高领导均出席并作了重要讲话,会议将最大篇幅聚焦于保障律师职业权利、构建司法人员与律师的新型关系以及充分发挥律师在依法治国进程中的作用等重大议题上,突出强调了律师是一个国家法律制度的重要组成部分、是法治文明进步的重要标志。

此次会议另一个有别于以往的显著特点,是安排了几乎一整天的时间进行分组讨论,充分听取来自全国各地的律师代表们的意见和心声。代表们基本都围绕上述重要议题畅所欲言,特别是如何切实保障律师基本执业权利、如何构建良好的法律职业共同体以及律师执业环境改善等问题,提出了很多来自行业基层的真知灼见。本人作为一名从业二十余年的实务律师、一家律所的管理者和曾经的地方律师协会的副会长,在交流发言时则着重谈了个人认为整个中国律师业当下最迫切地需要改革的一些具体问题:包括如何真正将律师业视为现代服务产业的一部分、将律所切实地当作企业来看待,以符合市场化经济运行的规律和方式对中国律师制度进行相应的改革和完善,从而更有利于中国律所的规范健康和快速发展、中国律师业人才的培养与梯队建设以及律师协会作为行业自律组织更好地发挥其作用等。以下是我书面整理的相关发言内容,供广大同行分享和指正。需要特别说明的是,本文所有观点和内容,仅是我个人的浅见,并不代表我所在的上海中伦律师事务所或其他任何组织或机构的观点和意见。

一、律所急需明确其企业属性

中国的律师业自1978年恢复律师制度以来,无论是律师人数、律所规模、业务范围和经营收入,还是组织形式和管理方式,都已发生了天翻地覆的变化,但唯有一点始终未变,即中国的律师事务所至今仍不能于工商行政管理机关登记和核发企业法人营业执照,而一直是由司法行政管理机关办理登记和核发执业许可证从业。以至于在过去长达三十多年的时间里,中国的律所常常被戏称为“四不像”或“私生子”,不具有企业法人的性质和地位。

中国的《律师法》早已明确定义了中国律所实行“合伙制”(或“个人所”),但它既不像《合伙企业法》下所述的私募基金等有限合伙企业,也不像《公司法》下通常意义的有限责任公司或股份有限公司,至今没有一家中国律所能在工商局注册登记和领取企业法人营业执照。因此,国家税务机关曾有相当长的一段时期把律所归类为“个体工商户”而进行征税。并且,律所去银行开户或申请借贷融资、到国外去申办海外分所、投资开设其它咨询业务类企业乃至律师向各国驻华使领馆申请签证等,都常常因提供不了企业必备的企业法人营业执照(只能提供司法部或各省市的司法厅(局)核发的《执业许可证》)而遇到质疑和困难,不仅令人尴尬,也难以解释清楚。时常有同行在迫不得已的情况下、用不太恰当但形象易懂的比喻向质疑者解释:我们中国的律所的性质,好比是只让在医院领《出生证》、不让去公安局上户口和领身份证的私生子。

而同属于现代服务业和中介服务机构的中国会计师事务所、税务师事务所、建筑师以及设计师事务所,却早在上世纪九十年代其就陆续由原先的所谓事业单位,

纷纷改制为合伙企业或有限责任公司。以跟律所的性质和服务方式十分相像的会计师事务所为例,其专业领域的执业许可仍由国家财政部及/或省级人民政府的财政部门审查和核发执业许可证,并接受相应的监督和指导,但无论是合伙制的、还是有限责任制的会计师事务所,其企业注册登记都早已由工商行政管理机关办理并核发相应的企业法人营业执照,成为真正意义上的有限合伙企业或有限公司。同时,所有的注册会计师都在全国注册会计师协会和省级注册会计师协会办理注册登记后执业。基于这一最基本的企业法人性质与地位,会计师事务所作为企业可以较为容易地实施合资合作、兼并与收购,以快速扩展规模和发展业务。同时,在《会计师事务所管理办法》等法律法规上,也早已明确了须按照现代企业治理原则与精神设立董事会、经营管理层、主任会计师等,很好地落实了企业决策与经营管理的有效分离和监督制衡;在对外合资合作、分支机构设立和管理、市场化和企业化运营管理、规模化发展、企业社会责任履行和规范治理等诸多方面,也完全像企业一样定位和自主决策。

特别是在中国律所“走出去”、到海外开设分支机构、洽谈合资合作、签订联盟或合作协议、开设银行账户、申请经营性贷款等诸多具体问题上,由于我们的律所至今没有工商行政管理部门核发的营业执照,不具有《公司法》或《合伙企业法》下的企业法人地位,常常是四处碰壁又难以自述清缘由。而反观世界各国、特别是法制相对成熟或健全的西方发达国家,他们的律所无论是(有限或特殊的普通)合伙制还是有限公司制,甚至是股份有限公司制,都无一例外地具有企业法人地位和商业登记证(相当于中国的企业法人营业执照)。中国的律师业在面向二十一世纪的经济全球化和法治化大潮之下、中国的律所寻求企业化和规模化发展的今天,不能再回避这一十分现实和急迫的问题,期望相关的立法机构、行政管理机关和行业管理者,能借鉴国外同行的相关经验和国内其他中介服务机构的规范化方式,尽早改革和完善相关律师制度,让中国的律师事务所早日获得企业的性质与地位。

二、律所急需具有调节机制的差异化税务政策

国家的税务政策对于任何一个行业都可以发挥引导和调节作用,对于法律服务这一现代服务业的重要组成部分的发展而言,也不例外。

(一) 充分发挥税务政策在促进行业发展上的调节机制

1、给愿意从事刑事诉讼业务的律所以更优惠的税

收待遇

长期以来,由于中国律师行业在刑事诉讼领域一直面临的老三难(会见难、调查难、取证难)和新三难(发问难、质证难、辩论难),律师的诸多基本执业权利未能得到切实保障,导致律师在承办刑事诉讼业务时,不仅收费较难,而且还经常要面对较大的执业风险,如人格侮辱、非法拘禁、无辜被打甚至被冤屈坐牢等时有发生。所以,造成过去十多年里越来越多的律师不愿意涉足刑事诉讼业务,也有越来越多的律所(特别是大型律所)尽可能远离刑诉业务,这对于处于经济转型期、逐步迈向法治化社会、各类社会矛盾与冲突频繁发生的中国社会而言,这是极为不利的现象。

那么如何才能切实有效地改变这种不利现象呢?除了公、检、法等司法共同体中的公权力部门严格依法履职和切实有效地保障刑诉律师的执业权利之外,充分发挥针对律所的税务政策的调节作用就很值得考虑。举例而言,假如中央政法委和国务院能督促国家税务总局(或允许地方政府授权所在地财税部门)可推行一套引导和鼓励性的差异化税务政策,即凡是每年有律师办结人均超过两件刑诉案件的律所,就可以享受比没有达到这一标准的律所较为优惠的税率;凡是每年办结人均超过五件刑诉案件的律所,就可以享受更为优惠的税率。相信在这样的税务政策的引导和调节下,律所和律师们自然会更加重视和有积极性去承办“本来吃力不讨好”的刑诉业务的。

2、给愿意去中西部贫困落后地区发展律师业务的律所以更优惠的税收待遇

同样的,针对律师行业的差异化税收政策也可用来引导和鼓励律师业向中西部贫困落后地区,特别是人均律师比例明显低、当地人均收入明显低的偏远和农村地区发展,假如国家能在这些地区对外来投资和创业给与优惠税收政策,那对于设立和经营法律服务行业也推行税收减半甚至全免的差异化税收政策,并结合其他一些特殊性律所管理法规或政策(譬如在西藏、新疆、青海、甘肃、宁夏、四川、贵州等人均律师比例特别低的老、少、边地区设立合伙制律所,其发起合伙人基数可以减少为2人,合伙人律师的执业年限减至2年,注册资金可减少为5万元等),相信会有助于律师特别是年轻律师决定投身于这些地区的创业和实践其法治理想。中国要真正地发展成为法治化国家,中国的百姓和社会要真正能得到法制的切实保障,除了有法可依和执法必严之外,还要有足够数量的律师可以提供相应的法律服务。

(二) 作为现代服务业主力军的律师行业,需要特殊的税务扶持政策

中国的现代服务业,相比于西方发达国家,整体上

处于十分明显的落后局面，律所所在的法律服务行业，更是难以与欧美的同行业相提并论。中国在产业结构转型、大力促进和提升现代服务业发展的未来十至二十年里，国家应当充分考虑和制定一套有利于中国各类型律所快速健康发展的特惠而稳定长效的税务政策，以利于中国律师业加快发展并及早赶上甚至超越国际上同行业的发展步伐。事实上，国家和地方政府过往已多有运用这样的差异化税务扶持政策，引导和鼓励绿色环保、科技创新、节能减排、出口创汇等产业或企业的快速发展，并也起到了卓有成效的促进和调节作用。显然，如果能真正将中国律师业视为是现代服务业的一部分、能真正把律所视作有助于中国现代经济社会和文化发展必不可少的咨询服务类企业，国家和政府就应当在当下加快第三产业发展的特殊时期，制定一系列扶持和鼓励各类型律所健康快速发展的特殊税务政策。

三、律师协会的定位与作用也急需改革

在美国律师协会（ABA, AMERICAN BAR ASSOCIATION）在其章程规定，除了执业律师的会员之外，通常还包括四类特别会员，一类是法学院的学生，一类是法官，一类是政府及公共领域的律师（即我们所称的公职律师），还有一类是外国注册执业律师。他们各自所缴纳的会员会费与执业律师的也有差异，法学院学生和法官的会费较低。之所以如此，是美国的法律界有一个共识，执业律师与公职律师、外国注册律师、法官、乃至还在读书的法学院学生，都是法律共同体的成员，需要有一个相互交流、学习的机会和共同研讨法律问题的平台，而律师协会就应是这样一个平等、包容和互助互爱的平台，也是共同参与搭建的一个专业性社会机构。在这样的自治自律的社会机构里，不仅可以十分便于律师们与同为司法共同体成员的法官们进行平等而直接地沟通交流，共同商定职业道德、执业规范、基本职业权利保护保障等规范，并相互监督和约束，还为专业培训（与职业再教育）、行业后续人才的培养创造良好的机制和条件。

美国律师协会的这些特点，对我国的律师协会在优化自身定位和更充分地发挥其行业作用方面，有诸多借鉴意义。首先，我国的律师协会迄今为止只有取得中国律师资格、并在律所有一年见习期的律师可以注册成为会员，《律师法》和《中华全国律师协会章程》都未允许法学院学生注册成为会员，这是明显不利于律师行业可持续发展与实务型人才培养的。试想，如果我们的律师协会能够将法学院学生提前吸收为准会员，并允许他们在履行某些特定会员义务的前提下，参加律师协会各专业委员会的研讨和会晤活动，可以极大地弥补

当前中国法学教育中普遍存在的“教学与实务”脱节的缺陷，让广大法学院学生在大学期间就能尽早学习到实务技能与经验、接触到各领域的优秀律师和律所、了解法律服务市场的发展现状与趋势，更有利于他们通过在律师协会的各种活动和研讨来检验自身在法学院学习的成果与规划自己的未来职业定位。

现行的《中华全国律师协会章程》，也将通过国家司法考试的法官和检察官们排除在会员大门之外。一个真正具有法制文明的国家，应当杜绝律师与法官、检察官之间不正当的接触，但应倡导和促进律师与公、检、法成员之间的公开、平等、正当的交流与沟通，在阳光下更多机会的互动与交流，反而有助于增进司法共同体成员之间的互尊互信和相互监督，有利于杜绝司法腐败的滋生。

过去的近三十年里，已经有一二百家全球各地的外国律所（其中包括许多世界级的律所）到国内的京、沪、广、深等地开设分所或办事处，但我国的《律师法》、《中华全国律师协会章程》等至今也一直将在这些外国律所驻华分支机构里工作的外国注册律师拦阻在律协会会员的大门之外。而与此同时，我们全国和地方的各级律师协会每年却还要组织中国律师同行们，花费不菲的差旅费赶到世界各国的律所和律协去走访考察、交流学习，对于已近在家门口的这些律所和外国律师，却视而不见，疏于接触交流与学习，这显然是很不明智的做法。笔者于2008年至2010年担任上海律师协会副会长时，分管外事和律所规范发展与管理等事务，曾大胆地提议并尝试将外国律所驻沪办事处的外国律师发展成为特邀会员，与广大上海本地律师一起参加律协的部分业务研究委员会和律所规范发展与管理等专业委员会的活动，中外律师都深感这样的改革尝试十分有益，可以极大地促进彼此在律所管理与专业实务方面的交流学习，增进彼此的业务合作，改善彼此同行之间的关系。期间，我还尝试性地在分管的律师协会“律所管理与规范发展委员会”下设了“中外律所行政主管联谊委员会”，动员和组织了在沪数十家中外律师的行政主管们一起建立自己的交流联谊机构。因为律所的日常管理及其水平，不仅取决于律所的管理合伙人们的能力，还在很大程度上取决于律所的行政主管们的能力与经验。所以，中资律所的日常管理水平要快速提升，缩小与国际大所之间的差距，最简单易行的举措就是为中资律所的行政主管创造条件去靠近与接触优秀外资所的行政主管们。事实充分证明，这一改革举措起到了十分明显和积极的作用，中外律所的行政主管们之间，通过组织的交流和参观互访活动，迅速拉近了彼此间的距离，各自的管理经验也得到了很好的分享。●

聚 焦 ●文 /游闽键

新起点 新征程 新希望



游闽键：上海协力律师事务所主任

这是一次法律职业共同体的大会

前两天有人在微信中转了 2010 年全国律师工作会议的新闻，这条新闻也在一些律师圈内引起讨论，我想发送这条新闻和转发这条新闻的人都有一个担忧，是不是这次的会议又是轰轰烈烈走过场。从一个参会者的切身体会，我认为与前几次会议有着本质的不同，因为这次会议是在依法治国的大背景下召开的，是一次法律职业共同体的大会。

这次会议主办单位是最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部 4 家联合召开。中央政法委书记孟建柱亲自参加，并作重要讲话。公、检、法一把手不仅出席，也都做了重要讲话，讲话的内容也从各自的角度出发，充分肯定了律师的重要作用，强调律师执业权利的保障，并对执业共同体的构建提出了建议与设想。在分组讨论时，最高人民检察院常务副检察长、最高人民法院常务副院长都亲自参加了小组讨论，

此外，这次会议的参与者除了律师之外，还有各省、自治区、直辖市的司法厅（局）长，公、检、法的常务负责人和政法委常务副书记，他们不仅听取了大会的报告，还全程参与了小组讨论，每一组里既有律师又有公、检、法和政法委的同志，还有法学专家。在最后的交流发言环节，也是公、检、法与律师代表全部参与，充分体现了共同体参与的完整性。

因此，这不是一次简单的律师工作会议，而是公、检、法、司构建和谐职业共同体的大会。

这是一次平等的大会

孟建柱书记在讲话中提到积极构建司法人员和律师新型关系时，提出要彼此尊重、平等相待、相互支持、相互监督，正当交往、良性互动。这 24 个字高度概括了构建和谐职业共同体的基本原则与要求，尤其是“平等相待、相互监督”。这是一个重大进步，在以往的执业过程中，都是公、检、法给律师发司法建议书，相信未来律

师协会也可以给公、检、法发监督建议书了，这样的双向监督，将更有利于司法的公平、公开、公正，律师作为独立第三方的作用也将得以充分发挥。

会议中还有一个小插曲：在第一天的会议里，会务组没有安排中华全国律师协会会长在主席台上就座，会议期间不少律师都在私下议论。小组讨论时，我在谈及构建平等和谐的职业共同体时，提出了希望下次开会可以安排全国律协会会长在主席台上就座，参加我们这组讨论的最高人民检察院常务副检察长胡泽君认真地记录下来，并和身边另外一位广东的律师代表作了交流。下午的交流发言，王俊峰同志的席卡出现在了主席台上。我不知道这样的安排是否与我的建议有关，但当王俊峰会长坐上主席台时，全场律师响起了热烈的掌声，我相信这掌声不仅是给会务组的，也是给全国 27 万律师的。

这是一次温暖而坦诚的大会

在这次会议上，虽然下发了孟建柱书记的讲话稿，但是在正式会议时，他并没有读稿子，而是以同志间谈话和交流的方式，谈了五点意见。他对律师业的熟悉程度，让人感动。他从中国律师的历史说起，讲到律师在依法治国中的重要作用。他指出：“构建司法人员和律师的新型关系，公、检、法要发挥积极主动的作用，因为你们掌握了公权力”。听到这句话的时候，我看到很多律师的眼里闪着泪光，多少的委屈、多少的不平，都溶解在这一句话里。

相互理解是和谐司法的开始，尊重法官、尊重律师和尊重法律同等重要，因为这关乎法律的信仰，一个职业共同体相互间的不尊重，将极大贬损这个职业在社会的地位与价值。也许，今后的道路还有艰难曲折，但至少今天我们在一起，用平等的方式对话，用坦诚的心态交流，用包容的心态来面对分歧。我们看到，公、检、法、司以及中央政法委，对律师的作用发挥和权利保障达成了共识，我相信这就是一个新的起点，这里就是中国律师业发展的里程碑。●

聚 焦 ●文/刘 峰

中国律师制度 是国家法律制度的 组成部分

——参加 2015 年全国律师工作会议的感受



刘 峰:上海市锦天城律师事务所律师

8月20日,全国律师工作会议正式开幕,中央政法委书记孟建柱到会,一开始就介绍了本次会议召开的背景:习近平总书记听取了本次全国律师工作会议的汇报,亲自审定了政法委讲话内容。党中央批准了本次全国律师工作会议,会议由最高院、最高检、公安部、司法部联合召开,参会单位和人员规模之高、参会人员之广泛……我就在此说说本人参会的感受和对这次会议内容的看法。

一、中国 1979 年颁布第一部《刑法》,同年恢复律师制度,本人 1980 年从事律师工作,当时我们法律顾问处 6 个人,三个是 1958 年被打成右派的律师归队的,三个是我们年轻人入队的。从业 35 年来本人基本经历了我国从法制到法治的全过程。对比本人参加过的历届全国律师工作会议和全国律师代表大会,感受到本次会议确实是得到了我国执政党、国家、司法机关的高度重视。党中央批准,最高院、最高检、公安部、司法部联合召开一次律师行业工作会议,在中国律师史上确属第一次。周强、曹建明讲话中讲到,为参加这次会议他们双双推迟了一次在国外召开的国际会议,可见其重视程度。

二、孟建柱讲的第一个问题,即是着重强调了“律师制度是一个国家法律制度的重要组成部分”。本人认为,这一次更明确地强调将律师与法官、检察官、警官一样上升到了同一国家法律制度层面,是对中国律师的准确定位,这一律师职业属性的定位远远高于以前所说的律师是我国“法律工作者”的定位,这一定位的强调将为律师事业的发展创建极大的空间,对提高律师社会地位起着至关重要的作用。这一定位的强调在司法机关引起了强烈反响,我们在小组讨论时,山东、江西政法委书记,

山东、江西、宁夏法院院长、检察长、公安厅局长在发言中都强调律师制度是国家法律制度的组成部分,是这次会议的核心。律师应与法官、检察官、警官一样是国家法律制度的组成部分,只有这样才能保障律师的执业权利。他们在发言中有感而发,说到公权力是律师执业权利的保证,如果律师执业权利得不到保证是司法公权力出了问题。这些发自政法委书记、法院院长、检察院院长、公安局局长口中掷地有声的肺腑之言,在此次会议之前闻所未闻,这就是这次会议在执政党和国家重视下的成果。所以说本次全国律师工作会议规格之高,会议之重要是中国律师史上的第一次。

三、孟建柱、郭声琨、周强、曹建明在讲话中都提到了要充分发挥律师在中国法治建设中的作用,强调了法官、检察官、警官和律师同属法律职业共同体。同时看到了律师在办案执业方面存在的“老三难”、“新三难”问题,据此,就律师执业权利的保障方面,公、检、法的负责人在此次会议上的讲话中提出了一些具体措施,有些干货,相信有关部门会制定相应的法律、法规和规章。有的已开始实施,有的执行到位可能尚需时日。总之,律师执业权利的保障较之前有了很大进步,最高司法权力部门能看到并承认存在这些问题,那么解决这些问题就成为可能,这是解决这些问题的基础。

四、这次会上司法部就律师制度改革向中央政法委提交的方案中有些新意和干货。因该方案还须批准,与相关执法部门还需协调,未决定的具体内容暂时不宜透露,我在此只能说,如果批准通过,有些干货将惠及每位律师。

五、孟建柱在讲话中还强调:要构建司法人员和律

师的新型关系,24个字,一个问题两个方面。

(一)24个字:“彼此尊重、平等相待、相互支持、相互监督、正当交往、良性互动。”

(二)强调了上海法官邹碧华的名言:“律师对法官的尊重程度,体现了一个国家的法治发达程度;法官对律师的尊重程度,体现了一个国家的司法公正。”

(三)从黄松友、奚晓明案已查实的事实看,确有个别违法律师与之相互勾结,起着“司法掮客”的作用,再勾结不法商人,收受巨额贿赂,如山西不法商人勾结奚晓明同学(是律师)向奚行贿,数额巨大,由此奚晓明做出了一个不可思议的判决。

(四)还有证据证明我国有个别律师与国外反华势力勾结,制造舆论、制造事端,甚至要制造流血事件引入外国反华势力,把境内反对中国共产党和我国社会主义制度的力量聚集起来,仿效当年德国推倒柏林墙的做法,搞所谓“推墙运动”、“颜色革命”,危及了国家安全。我们律师都明白,一个律师在一个国家执业,不遵守该执业所在国的宪法、危害该国的国家安全,结果将是什么……?你懂的!

我们是中国律师,中国律师是国家法律制度的组成部分,遵守我国宪法和法律是我们律师的神圣职责。我们在执业中和与司法人员交往时要严守执业纪律,执业纪律是律师执业的底线和红线。包括本人在内都应该审视一下,在我们过去的执业中有否违反过执业纪律。

(五)我国迫切需要一大批通晓国际规则、善于处理涉外法律业务的律师。但目前全国能够熟练办理涉外法律业务的律师不到3000名,能够办理“双反双保”业务的律师不到50名,能够在WTO上诉机构独立办理业务的律师只有数名。无论从行业的角度还是律所发展的角度,如何加强涉外法律业务律师的培养都值得我们思考并积极采取行动,中国律师法律服务领域有着巨大空间,中国律师大有作为。

六、本人在这次会议上讨论中发言内容

(一)本人认为:我党和国家在这次会议中强调的律师在国家法律制度层面的定位是准确、及时的。各位司法机关的领导在小组发言中对律师制度和执业权、司法机关与律师之间的关系认识是正确到位的,希望能将对律师的定位和与司法机关之间的关系、作用、保障措施,上升到法律、法规、制度的层面上并固定下来,才能使中国律师制度健康发展、律师执业的权利才有保障。律师的执业权利是公民授权取得的,保障律师的执业权即是对公民权的保障,是对国家法律制度执行的保障。

(二)律师是国家法律制度的组成部分、是司法执业共同体。孟建柱和周强在讲话中都强调:“法官要在裁判文书中列明律师依法提出的辩护代理意见,并对是否

采纳及其理由加以说明。”本人建议将律师的辩护词和代理词与法院生效的裁判文书在互联网上同时公开。同时,本人通过会务组将该提议提交给了中央政法委。

(三)有关律师权益保障的建议(很多律师都提出了相同的建议,本人不赘述了)。

七、通过会议了解到,现全国律师有27万多人(并以每年两万人在增长),法官33万多人,检察官26万多人。从人数规模上,再过几年律师将超过法官,在法、检、律三者中排第一。

八、花絮

(一)这次参加会议全国律师代表75名、各省市律协会长33人,共计108人。出席会议的中央、国家、各省市政法委常务副书记、各省高院、高检、公安厅(局)常务副院长、常务副检察长、常务副厅长(局)长、司法厅(局)长共计188人。

(二)会议规定,分组讨论首先让律师充分发言并听取律师意见。律师发言后,政法委和公、检、法领导发言。他们说第一次与这么多律师开会,而且律师的发言直奔主题,有话直说不掩饰,这是在其他会议中少见的。

(三)全国律师工作会议开幕式主席台上就座的全是国家领导人,没有这次会议主体的头儿——全国律师协会会长王俊峰。于是当天分组讨论期间,与会律师们提出了开律师会议为什么律师协会的会长不在主席台上的意见,组委会听取意见后在第二天的闭幕会上安排王俊峰坐上了主席台,与最高院、最高检、公安部、司法部的领导们坐在一起。当主持人介绍到王俊峰时,台下报以长时间的掌声,台上台下都会意的笑了。可以看出全国律师在维护律师权益时敢于直言,不忌讳王俊峰是哪个所的,摒弃让王俊峰坐上主席台会不会凸显金杜律师事务所和王俊峰个人名气等狭隘的个人心胸,以律师整体利益和全局为重。而这次中央政法委、最高院、最高检、公安部、司法部及时听取接受律师意见,体现了对律师的尊重,工作作风确实在改进。●



律师与检察官举行团体对抗辩论赛

聚 焦

●文/朱树英

吸取天津危化品 爆炸事故教训 充分发挥专业律师的 把控作用



朱树英:上海市建纬律师事务所主任



孟建柱同志在全国律师工作会议上的讲话,充分肯定了我国律师是一支可以信赖的队伍,要进一步发挥律师在依法治国中的重要作用。

我认为:中央领导的指导意见已经明确,现在的关键是坚决贯彻执行。尤其是最近发生在天津港的“8·12”特别重大火灾爆炸事故,凸显危化品仓储项目审批没有从法律风险的角度进行可行性分析,没有论证维稳方案,其教训是极其深刻的。因此,当前发挥律师作用一项现实的重要工作,就是请国家发改委借鉴上海市委、市政府办公厅的文件《关于进一步发挥律师在法治政府、法治社会建设中重要作用的若干意见》,会同有关部门下发一个专门文件,明确规定凡是政府投资或指导投资、涉及民生的重大项目,必须由专业律师提供全过程的法律服务。

制定这样的规定是习近平总书记的一贯要求。早在2008年习近平同志担任浙江省委书记时就提出了“法治浙江”的口号。2009年8月,浙江省司法厅和省发改委联合发布了《关于充分发挥律师作用,积极为重大项



天津“8·12”特大火灾爆炸事故现场

目建设提供法律服务的意见》,对浙江省2009至2010年政府主导总投资8811亿元的81个重大项目,规定应由律师提供法律服务。

之后,习近平同志到上海担任市委书记,不仅提出了“依法治市”的口号,高度重视发挥律师的作用,还在百忙之中亲自逐个接见是年被评为首届“东方大律师”的10位律师。我在2009年、2010年担任上海市政协常委期间,连续两年提出政府投资重大项目应由专业律师提供全过程法律服务的提案,经市发改委协调市司法局,提案最终被采纳。2010年4月,市委、市政府办公厅下发了《关于进一步发挥律师在法治政府、法治社会建设中重要作用的若干意见》,文件规定:“在政府重大工程决策、重大项目安排、重大民生工作和大额度资金使用的合法性和可行性的论证过程中,各级政府部门应当积极组织律师参与。”

该项上海的地方规定,应尽快上升到国家层面。吸取天津港发生“8·12”特别重大火灾爆炸事故造成重大人员和财产严重损失的教训,如果国家发改委有明确规定、或者地方政府规定,重大投资或涉及民生项目审批的可行性分析报告必须有律师参与论证,律师应出具法律意见和维稳方案,还会批准危险品仓储只离开居民区600米这样不顾民生、高度危险的项目建设吗?

再者,当前国家的“一带一路”开发计划涉及向国外的巨大投资,以及政府相关的众多ppp项目,都有事先审批和过程控制的法律服务的客观需求。国家发改委和有关主管部门的联合发文应明确规定,凡国有企业涉及“一带一路”和ppp项目的,必须有律师提供全过程法律服务。否则,这些项目如果也出现类似天津港的法律把控失误的问题,还怎样得了? ●

聚 焦 ●文/寿 步

公、检、法、司共同办会 切实保障律师的执业权利



寿步:北京市隆安律师事务所上海分所律师

这次全国律师工作会议是否在历史上规格最高,在自媒体中有不同看法。如果以会议主办单位的级别为标准,这次会议的确是规格最高的。因为,以往的全国律师工作会议都是由司法部召开的,这次则是由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合召开的。

出席会议的领导,除了有中央政治局委员、中央政法委书记孟建柱之外,还有国务委员兼公安部部长、最高人民法院院长、最高人民检察院检察长、中央政法委秘书长、国家安全部部长与司法部副部长等。国家公、检、法、安各部门的第一负责人出席全国律师工作会议,这是史无前例的。

不仅如此,最高人民法院常务副院长、最高人民检察院常务副检察长、公安部副部长、司法部副部长,全国各省、自治区、直辖市的公安厅(局)常务副(厅)局长和司法(厅)局长都出席了会议。国家公、检、法各部门和各省级公、检、法的第二负责人都出席全国律师工作会议,这也是史无前例的。

此外,各省级和新疆生产建设兵团律师协会会长 32 人、各地律师代表 75 人、法学专家代表 14 人出席会议。在大会的座席安排中,会场中区的前端是中央和国家机关负责同志、各省级(包括新疆生产建设兵团)政法委常务副书记,后端就是法学专家代表和律师代表;会场左区和右区则安排国家公、检、法各部门局级领导,各省级公、检、法、司领导,各省级律协会会长等就座。这样的座位安排体现了对各地律师代表的重视。

不仅如此,在会议的分组讨论中,根据预备会的安排,主要是由律师代表充分发言,分在各小组的国家或省级公、检、法、司领导则主要是听取律师代表的意见和建议。值得一提的是,根据分组讨论中若干律师代表的提议(我在本组中提议),会议在闭幕式时特地将全国

律协会会长请到主席台上就座。

本次会议的重要主题之一是积极构建司法人员与律师的新型关系,充分保障律师的执业权利。实际上,在司法人员与律师两者之间,构建新型关系的主动权在政法机关;律师执业权利的实际保障程度也取决于政法机关。

因此,由最高人民法院、最高人民检察院、公安部与司法部联合召开这次会议,更有利于将构建司法人员与律师的新型关系、保障律师执业权利这一问题的解决从司法行政机关和律师界单方面的呼吁转变为政法机关与司法行政机关、律师界的共同行动;安排国家和各省级政法机关领导出席会议并参加分组讨论,有利于他们直接听取律师代表的意见和建议,使将要正式发布的相关政策文件更加契合实际情况、解决实际问题。

这次会议的内容很丰富。我们期待在会上征求意见的《关于深化律师制度改革的意见》和《关于依法保障律师执业权利的规定》等四个文件早日出台,进一步完善和发展我国的司法制度,为律师执业创造更好的环境,充分发挥律师队伍在全面依法治国中的重要作用。●



律师在看守所会见犯罪嫌疑人

风采

●文/计时俊

永不休止的奋斗



“我是1974年的兵，南海舰队的，当年招的是海军特种兵。”在宽敞明亮的健身房里，阳光照在他棱角分明的脸上，汗水一滴一滴晶莹得像一粒粒钻石，潘军律师一边在跑步机上以每小时10公里的时速慢跑，一边擦着汗，不无自豪地对我说。潘律师比我大一轮，已经是快60的人了，但我在旁边看着他以这样的时速已经跑了三刻钟了，虽然有些气喘吁吁，但我是敢想象自己可以与他的体力媲美的。

“你天天都这样跑，坚持锻炼么？”我递上一杯水，不无崇拜地问道。

“是的，这是当兵的时候养成的习惯。”潘律师终于从跑步机上下来，边和我说话，边向器械区走去。“我们当兵的时候，训练比这要残酷很多。因为我们是特种兵，所以在入伍时的体格检查也要求严格很多，从牙齿到脚趾头，都要检查和丈量。又因为是海军，要随舰巡航祖国广袤的海疆，有时在海上一飘就是三个月上百天的不着岸。每天除了正常的舰艇维护，瞭望放哨，处理敌情，就是不断地训练训练。”说着，潘律师举起了一副60公斤重的杠铃，举了几下，显然不满意这样的重量，又在两头加了两片10公斤的钢环。我真的觉得有些不可思议，这几乎是我的体重了，也就是说，潘律师一伸手就能将我举过头顶！我不禁退开两步，问：“舰上的生活是否很枯燥？”

“枯燥？那要看你怎样理解水兵的生活了。生活在海上，舰艇是你唯一的‘陆地’，无论是蓝天碧云，还是大浪滔天，无论训练时的粗茶淡饭，还是休息时海钓改善生活的大鱼、龙虾，我们全体官兵都生活在一起，为着一个共同的保卫祖国海疆的神圣使命，不离不弃生死相依，这种兄弟间的感情，是超脱于血缘超脱于任何阶层的。我们一直是一群快乐的但有高度责任感的水兵。”潘军抬头望向窗外，窗外正是一片运动场，有体校的孩子正在长跑训练，有几群小伙子在篮球场上龙争虎斗，远处还有一群阿姨们在跳广场舞，安详和谐的气氛弥漫在每一个角落。不忍打断潘律师的回忆，我知道在对越自卫反击战的时候，他就是我国海上威慑力量的一员，时刻准备为国家挺身而出奉献一切，我也知道他们巡逻最远到过曾母暗沙，而现在的三沙市，只是他们常常经过的无数个祖国南海宝岛中的一个……当兵的岁月无疑是值得一个人铭记一生的，当兵时培养的坚韧不拔、一

丝不苟、忠诚敬业的精神也会延续到后续的人生。

“潘律师，我知道你是在1980年退役的，后来分配去上海药厂当了普通工人，后又升任工段长，又做了管理层秘书，应该说你的发展步伐还是很稳定的。那么，是怎样的一种力量和向往，让你在10年后成为了一名律师呢？”

“是因为对知识的追求，是因为发现在法庭上我能找到年轻时的激情，在维护当事人合法权益的过程中我能感受到自己的力量，我喜欢这样一种保驾护航的感觉，哈哈！”终于迎来了潘律师的健身中场休息时间，他坐在练仰卧起坐的长板凳上对我说：“我们这一代人的青春期是在文革中度过的，一次又一次的政治运动让我们远离了老师和学校，丧失了继续受教育的机会。1980年退役后，我深感自己文化水平太低，在知识爆炸的年代会对自己今后的生活带来障碍。于是我重新拿起笔，走进业余学校，花了3年时间，从初中课程学起，一直坚持把高中课程学完。1983年我被单位保送到中央电大经济系经营管理专业大专班学习，1986年顺利拿到了大专文凭。其实，在当时，这样的文凭也可以混混了，而且工作前景也不错，但我内心深处总有种迷惘，总觉得这不是我的志向所在。经过思考，我自费就读了华东政法学院法律系的夜大本科。”

“哦，原来是潘大师兄啊！”我有些兴奋，掐指一算，当年潘军读华政夜大的时候，我正在华政读全日制本科，不知有没有在华政韬奋楼前的灯光里遇到过这个健硕的带着沧桑的男人？呵呵。

“我还是华师大的校友呢！”，潘师兄翘起了二郎腿，说：“华政夜大本科毕业后，我在1990年通过了全国律师资格考试成为了一名光荣的律师，终于将自己从一名水兵、一名工人成功培养成了一名律师。又是因为自己是半路出家，怕自己法学的基础不牢靠，所以我又参加了华东师范大学国际金融与贸易硕士研究生班的学习，最终完成了一个从初中生到研究生的人生跨越！”

我被潘军律师的学习精神深深打动，可以想象一个原来只有初中水平的人经过10年奋斗考出硕士文凭的艰辛，也可以想象要摆脱一杯清茶一张报纸过一天的清闲生活到天天紧张出庭被繁琐工作塞的满满的快生活的决心。一个没有远大理想的人，一个没有恒心耐力的



潘军律师登顶西藏唐古拉山

人,一个只有哀叹生活的不公而不奋起拼搏的人,是不会有这样的命运的奇迹的!潘水兵,潘工人,潘干部,潘律师说他是一只蜗牛,不和雄鹰比展翅高飞的豪气,也不和火箭比直冲云霄的速度,他只是一只永不放弃努力的蜗牛,一点一点地爬行,但终有一天也可以登上金字塔的塔尖!

“小计,过来试试这个,推得动不?”潘律师招呼我来到扩胸器械旁,我用力试了试,推杆纹丝不动,我再尽全力推了推,推杆依然在嘲笑我。潘律师坐下,轻松一推,一下、两下、三下……他一口气推了 20 下!面对目瞪口呆的我,潘律师笑着说:“在从事律师工作的起初,因为没有带教老师,我也如你刚才推杆一样,寸步难行,真的是靠着一份毅力,靠着部队培养的坚韧不拔,在办案中学习,在学习中办案,理论结合实际,实际推动理论发展,不断地高要求、严标准训练自己,才有了今天的成就,才有了刚才的轻松一组推杆动作,我的健身计划中还要再做三组……”

我知道,潘律师担任过很多影视连续剧的法律顾问,比如《小楼春雨》、《烦恼的婚姻》、《陈香梅》、《凤飞舞蝶》等,是文化产业的法律专家;我也知道潘律师做过《黑色柔情》作者署名权侵权案、“金枫酿酒”(上海老酒)专利侵权案等一批知名知识产权案件,也是知识产权的诉讼好手;我知道潘律师做的全国首例“股权居间合同纠纷”等一批《公司法》、《合同法》的案例,也可以称为是业界公司法务方面的一把好手……但这样的话,似乎没有潘律师不办的案件嘛!“潘律师,你怎么看你的法律专业方向的?”我略带“挑衅”地问道。

“呵呵,你是想说我是‘万金油’律师吧?”潘律师边说边露出他经典的“不怀好意”的笑容:“我愿意称为‘万精油’律师,而不是‘万金油’。”由于我们这一代很少法学科班出身,外语和法学功底与年轻人相比毕竟还是有很大的差距,显然非讼不是我们的强项,所以我全面衡量后决定在诉讼领域闯出我的新天地。因此,就逼着自己阅读、学习、旁听、实践了大量的各类专业的案例,也多多与其他律师交流,进行个案讨论,做一个案子精一批案件,就成为了‘万精油’式的律师。”



潘军律师曾经是南海舰队的一名海军特种兵

这的确是一个曾经的军人的言语,他将法庭视为战场,不会以卵击石,而是打巧打精,强调四两拨千斤,强调诉讼技巧,绝不死敌一千自损八百。精益求精,追求无止境,这是我在谈话中总结出的潘律师的另一个优点。

“潘律师,从业 20 几年来,你取得了很多的荣誉,获得过上海市司法行政系统先进个人称号,卢湾区 10 佳律师。你带领的律师事务所曾经连续 6 年获得上海市文明律师事务所的称号,你也担任过上海市律师协会首届和第二届的监事,上海市律协第四至第九届的律师代表……在这些荣誉和称号中,你最珍惜的是哪一个?”

“我最珍惜的是当年获得的‘上海市律师职业道德标兵’提名奖,这是对我的职业道德和为人的肯定,也是我一辈子梦寐以求的理想。”

见惯了平时嘻嘻哈哈和我们勾肩搭背没大没小酒量惊人的潘大哥,所以当今天潘律师这样认真地和我说这一番话的时候,我还是很震惊,很是肃然起敬。当过军人的律师,总有一种他人无法企及的精神面貌,深沉含蓄,但又分明在时时刻刻感染着你,浸润洗涤你的心灵。

“潘律师,潘大哥,如果说要用一句话作为今天采访的结束语的话,你会怎样说呢?”

“我就用作家路遥在《平凡的世界》里写的一句话送给你吧:人生就是永不休止的奋斗!只有选定了目标并在奋斗中感到自己的努力没有虚掷,这样的生活才是充实的,精神生活也会永远年轻! ●

(作者单位:上海华夏汇鸿律师事务所)

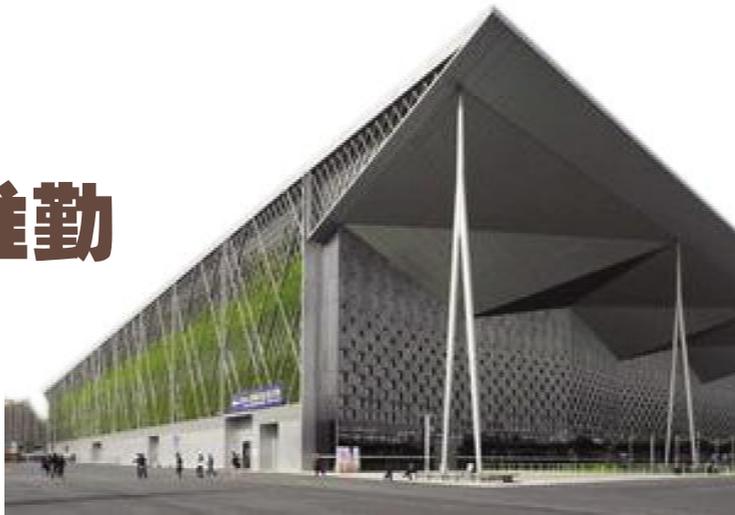
人物简介

张毅：金杜律师事务所高级合伙人、全球执行委员会委员、中国及全球管理委员会委员；上海市第十一、十二届政协委员，十一届全国青联委员，十一届上海青联常委；第十六届“上海十大杰出青年”、第三届“上海市优秀中国特色社会主义事业建设者”、上海市劳动模范、上海市新长征突击手、上海市司法行政系统个人三等功。第三届上海市“东方大律师”。



东方大律师 ●文/张毅

功崇惟志 业广惟勤



心路·抉择

1991年,结缘法律。为了学外贸,我放弃了保送复旦大学新闻系的机会,一心转投对外经济贸易大学,却因为成绩拔尖,被对外经济贸易大学的招生老师“假公济私”地招进了法律系。从此,与法律结下了不解之缘。

1996年,转投律所。为了实现自己的律师梦,我放弃了第一份在北京外贸总公司待遇优厚的工作,毅然投身律师行业,加入了金杜律师事务所。

1999年,破格提拔。在经济高速发展,非诉讼法律业务有巨大发展空间的大环境下,我凭借自己优异的表现,被破格提拔为金杜律师事务所(以下简称金杜)的合伙人,成为金杜历史上最年轻的合伙人之一。

2002年,委以重任。我被任命为金杜上海分所主任,我和我的同事们,凭借扎实的法律功底、良好的执业信誉和优质的法律服务,创造了一个又一个业绩新高,使金杜上海分所很快发展成为上海规模最大的律师事务所之一。

2005年,赴美留学。执业近10年,工作应付裕如,但缺乏挑战性,为了实现自我突破,我放弃了当时已经非常成熟和稳定的客户资源,远赴美国斯坦福大学法学院(全美三大法学院之一)深造,获得法学硕士学位,并顺利获得了美国纽约州的律师资格。

2007年,继续深造。因为坚信,一个好的律师必须不断学习,不断充电,不断开阔眼界。我又攻读了长江商学院高级工商管理课程,获得了高级工商管理硕士学位(EMBA)。之后,又获得香港注册外国律师资格。

2010年,走出国门。我卸任上海分所主任职务,以金杜管理委员会成员的身份,积极推进整个金杜的国际化进程,因为我看到了中国律师走向国际舞台的历史机遇。

2012年,精诚团结。金杜律师事务所与澳大利亚最

大的律师事务所之一 Mallesons Stephen Jacques (万盛国际律师事务所) 结成紧密联盟,我作为中方谈判核心,亲手促成了这个联盟的实现。金杜向国际化迈出了坚实的第一步。

2013年,布局欧洲。在我的首先主导与全程推动下,金杜的国际化跨出了第二步,成功兼并了一家总部位于伦敦,在欧洲主要国家设立分支机构的国际大所 SJ Berwin。

2014年,把握潮流。我成为了金杜国际联盟全球执行委员会成员和中国及全球管理委员会成员。

2015年,放眼世界。为了实现我的“中国律师世界梦”,继续执着前行。

事业·追求

做好律师业务、服务客户需求,是律师的本职工作。自1996年执业以来,我一直潜心钻研法律,努力提高自身业务素质,坚持专业服务和创新服务,承办了大量中国乃至国际领先的非诉讼项目,得到了业界和客户的好评。

执业近20年,我主办了多个国有及民营企业境内外上市的重大项目和多个中国里程碑式的购并项目,如作为美国电报电话公司的中国法律顾问,参与了中国第一个电信合资项目;参与第一个中美合资保险项目的全程谈判、提供法律意见和建议,并负责起草全部的文本;代表世界著名的环境投资集团——法国威望迪参与了第一个中国公用事业管网开放合资项目;代表深圳水务集团重组参与了国内最大、全球第二大的水务并购交易案,以及世界最大的私募基金——凯雷集团投资太平洋保险、凯雷收购徐工集团、中信资本投资上海冠生园等等重大项目。

近几年来,我参与的重大创新法律服务项目还包括:保险资金第一次通过境外架构收购海外房地产项目,保监会审批的第一个通过创新架构间接股权投资

项目,青岛政府投资机构参与 SAAB 汽车收购项目等。

凭借敏锐的市场直觉和对法律的扎实掌握,我一直走在国资国企改革法律服务的前沿。早在 1996 年,我就参与了江南造船厂等国有企业的股份制改造和上市项目。之后,我又陆续承办了浦东自来水公司的国际招标引资项目(第一个中国公用事业管网开放合资项目),深圳五大国有企业集团国际招标和改制项目等重大项目。深圳五大国有企业集团国际招标和改制项目的成功经验,被写入党的十六届三中全会报告,成为国资国企改革的样板。

2012 年,我主办的 IHH Healthcare 新加坡和马来西亚上市项目,荣获 Finance Asia 杂志“年度最佳首次公开募权”大奖,该项目是 2012 年全球第三大 IPO 项目。

2014 年在中石化零售业务重组、引入社会和民营资本实现混合所有制经营改制项目中,我代表投资人创新投资架构,顺利完成项目。本项目中 25 家境内外投资者以现金共计人民币 1070 亿余元,认购中石化销售公司 29.99% 的股权。这也是迄今为止中国国资国企改革中最大的混合所有制改制项目。

由于对经济领域特别是金融证券、私募基金等领域有较为独到的理解,我还应邀参与了上海 QFLP 立法工作和自贸区条例的立法工作。

立足专业、积极推动中国现代法律服务业“走向世界”是我的执业理念,因为我始终坚信“现代法律服务业是中国经济腾飞和构建和谐社会不可或缺的坚实保障”。

人生·梦想

自从党的十八届四中全会提出全面推进依法治国,推动法治国家、法治政府、法治社会的一体化建设以来,给法律服务业和律师个人的发展提供了前所未有的机遇。而上海四个中心的建设,上海现代服务业的发展,又给作为现代服务业重要组成部分的上海法律服务业带来了新机遇。而一直以来,我的梦想与追求就是要将我个人的智慧融入集体,带领团队一起打造中国律师业的民族品牌,拉近中国律师业与国际水平的距离。

因此,我在卸任上海分所主任之后,就以金杜管理委员会成员的身份,积极推进金杜国际化的进程,尝试为中国法律服务业的国际化走一条新路。并在 2011 年成为了世界律师联盟的亚洲区联席主席。我的目标就是:为了中国企业能在全世界三十多个国家感受到本土化的服务,努力推进整个金杜的国际化进程,乃至中国现代法律服务业的国际化。

2012 年 3 月,金杜成为中国第一家与普通法系国

家领先的律师事务所结成紧密联盟的中国律所。在此之前的一年多内,我作为中方谈判核心,往返中国、澳洲与香港数十次,亲手促成了这个联盟的实现。

金杜与澳洲最大的事务所 Mallesons 紧密联盟的结果是:我们创造了一个 370 名合伙人、1800 名律师,年收入 50 亿元人民币,总部位于英美之外的最大律师事务所,更是全球唯一一家能提供中国、澳大利亚、香港与英国四个重要法域一站式服务的律师事务所。

2013 年 11 月,在我的首先主导与全程推动下,金杜的国际化又顺利跨出第二步,成功兼并了一家总部位于伦敦的欧洲大所。之所以我称之为“兼并”,是因为他们的名字在合并后被抹去。这是全球法律业到现在为止,唯一一个因中国所主导而使外国所失去名字的经典案例。

这次动作的结果是:金杜成为一家有 550 名合伙人,2300 名律师,31 个全球分所,年收入超过 10 亿美元的大所,按照收入水平跨入全球第 15 名。

而我们一站式服务覆盖的法域增加了法国、德国、意大利、西班牙、比利时、卢森堡和中东等地,这也是中国律师第一个在国际舞台上成功立足的典范。“专注于建立亚洲通向世界、从世界联通亚洲的法律服务网络,服务全球客户”,成为金杜发展的新使命。这也是我,实践习大大提出的“中国梦”的个人贡献。

责任·担当

一个优秀的律师,一个优秀的中国律师,除了应当具备良好的职业道德和职业素质外,还必须具有强烈的社会责任感。饮水思源,我更感到肩上的责任重大。

因此在做好本职工作的同时,我还担任了众多社会职务,包括政协委员、全国青联委员、上海青联常委等,利用自己的才学和专业背景,积极参政议政,关注国计民生,践行着作为青年代表的社会责任。

怀着对“中国律师世界梦”的追求,我担任了斯坦福大学(Stanford Law School)法学院亚洲战略委员会委员一职,并在斯坦福大学设立了第一个专门研究中国法律的奖学金,因为我想让更多的欧美学生了解和学习中国法律。我还担任了华东政法大学硕士生导师,用我自己多年的执业经验和人生感悟,引导更多的有志青年投身律师行业,走向世界。

由于工作的关系,我还是爱国爱港组织——香港华菁会的执行主席。在香港政改和反“占中”的活动中,积极领导华菁会的会员,做了大量的积极工作,获得了中央人民政府驻香港联络办公室等各界的好评。

功崇惟志,业广惟勤,让我们一起努力,在实现“中国律师世界梦”的道路上踏实前行。●

区县传真 ●文 / 闸北区司法局

创业传承谋实绩 继往开来续华章

——闸北区律师工作扬帆新航程



中共闸北区委常委、副区长刘燮,上海市司法局副局长王协,上海市十届律师协会会长俞卫锋,中共闸北区司法局党委书记、局长凌淑蓉和上海市十届律师协会秘书长万恩标应邀出席 2015 闸北律师年会

在上海市第十届一次律师代表大会上,市司法局党委书记、局长郑善和对十届律协工作提出了三点希望:一是期待在开拓创新、敢为人先上有更大作为;二是期待在破解制约律师行业发展的瓶颈问题上有更大作为;三是期待在进一步彰显律师职业价值上有更大作为。诚然,这是对新一届律协的寄望,但也为各区县的律师工作、尤其是换届后的律工委工作指明了方向。近年来,闸北律师业取得了快速发展,律师队伍建设实现了新突破,律所转型发展取得了新进展,律师社会功能发挥更加充分,服务基层治理更趋深入,行业自律作用日渐显现。但是,我们也看到,在快速发展下,制约闸北律师业发展的因素纷繁复杂,为了巩固发展成果、破解发展难题,使闸北律师业走持续健康发展之路,在市十届律协一次代表大会召开的一个月后,区司法局便同新一届律工委举办了 2015 年律师年会,召集全区精英律师学习市律师代表大会的精神,共商发展大计,并明确了今后的工作方向。

育才造士蓄势待发 以人为本激发活力

孙中山先生曾说过:“治国经邦,人才为急”。尽管闸北律师业发展迅速稳健,但专业化律所和优秀人才的相对匮乏制约了律师业的进一步发展。正是发现了行业发展的瓶颈之所在,新一届律工委成立伊始,区司法局、区律工委便把人才工作提升到战略的高度,紧抓律师人才队伍建设,成为了闸北律师工作的重中之重。

(一) 注重政治引领,强化监管并举

注重政治引领、加强监管并举是摆在区司法局和新

一届律工委面前的重点课题。为进一步推进律师党建工作,丰富党员律师日常活动,今年 6 月,“闸北区党员律师教育基地”、“闸北区律师党建活动中心”正式挂牌成立。今后,区司法局党委将借助活动基地定期召开律所党支部书记会议、组织学习党的思想理论以及开展其他形式丰富多样的党建活动。

同时,为了进一步增强广大闸北律师走中国特色社会主义法治道路的自觉性和坚定性,更好地履行职责使命,按照司法部、市司法局关于在律师队伍中开展全面依法治国教育的相关要求,区司法局联合区律工委进行了深入研究和部署,除了出台《闸北区司法局关于在律师队伍中开展全面依法治国教育的实施方案》、动员全区律师积极响应外,还为每家律所分发了《习近平总书记系列重要讲话读本》,并分阶段举行征文、交流、专题讲座等活动。

另一方面,为了规范律所发展、加强日常执业权益保障和纪律监督,新一届律工委委员定期同局党政领导、职能科室一起,就继续改进本区律师行业惩戒工作走访律所,着力完善投诉受理、立案、调查、处分等工作程序,严肃查处律师违规违纪行为,并坚持惩戒工作与奖励、维权、预警工作相结合,不断提高闸北区律师行业的自律水平。

(二) 顺应发展趋势,更新顶层设计

2013 年,为鼓励有志做大做强的律所加快人才引进步伐,闸北区司法局探索性地制定了《闸北区司法局关于律师行业引进紧缺高层次人才奖励办法(试行)》。今年,新一届律工委成立伊始,区司法局就广泛听取各委

员的意见,对该文件进行修订,使奖励办法进一步适应闸北律师业发展的现状和趋势。尤其是加大了对国际投资类、知识产权类、国际贸易类等领域引进律师的奖励力度。同时,经过与本区有关部门的沟通协调,还为引进的高层次人才配套相关财税、居住、医疗、子女教育等方面的优惠政策,以鼓励更多优秀的专业律所、律师进驻闸北,实现本区律师业高端专业型人才与传统复合型人才的科学架构。截至6月,共有3名律师享受到了该奖励政策。

(三) 立足长远发展,深化育才战略

“育才造士,为国之本。”闸北区司法局、区律工委将律师培训工作视为帮助律师适应新变化、提升执业能力,留住人才、吸引人才的重要途径。为进一步发挥闸北律师实务培训基地的作用,使律师培训紧跟社会发展趋势,在新一届律工委第一次全体会议上,全体委员就律师培训进行了重点探讨,并在课程分类、培训方式、培训课时等方面进行调整、创新,使培训更加倾向于知识更新、实务操作。比如,每年增设实习律师专题培训一次,帮助实习律师提升适应能力、顺利度过实习期;结合闸北青年律师多、新律师多的特点,每年增设1次律师沙龙,分享律师执业经历和业务拓展成果等。

青年律师代表着律师事业的未来。闸北区司法局、区律工委非常关注青年律师的成长,除了为青年律师搭建教育培训、学习交流的平台外,新一届律工委上任伊始,还明确指出要充分发挥老律师对青年律师传、帮、带的作用,为青年律师的发展营造良好的成长环境,帮助他们实现律师梦。今后,区司法局、区律工委将通过举办“闸北律师论坛”,展示一些资深带教律师的风采,推广相关经验。此外,换届后的区律工委从自身做起,委员所在的律所不仅给予青年律师业务上的引导,还给了青年律师更多的发挥空间,经常听取青年律师的想法,帮助他们坚定职业理想、掌握职业技能、融

入职业氛围。

(四) 坚持文化兴业,激发人才活力

《闸北律师》杂志已创刊近三年,发挥了文化阵地凝聚人才的作用。但是,闸北区司法局与区律工委也清楚地认识到,杂志的形式和内容无法充分满足社会的需求,因而改版已是“箭在弦上”。改版后的杂志将结合社会热点,明确办刊主题,使律师文化建设也与时俱进。同时,本届律工委明确了将在四年任期内围绕“自贸区金融开放创新”、“政府依法行政”、“一带一路”建设、“创新创业”四个主题进行业务研究,每年对成果汇编成册并出版。而区律工委换届后进一步完善了组织架构的区女律师联谊会,为增进女律师之间、女律师与其他女知识分子及社会各界的联系,开展业务学习、学术交流搭建了平台,进一步激发了女律师的活力,至今已举办了职业礼仪讲座、珠宝鉴赏与收藏讲座、旗袍礼仪讲座等。此外,新一届律工委除了将独自承办部分律师的文体活动外,还将同区律师行业工会、区司法局团委加强合作,进一步丰富律师活动的形式和内容。

凤鸣朝阳大展经纶 反哺社会责有攸归

今年的全国律师工作会议明确指出,当前在“四个全面”战略布局中,全面依法治国具有基础性、保障性的作用,律师事业面临前所未有的发展机遇。对于闸北律师而言,只有积极顺应社会发展趋势、服务社会发展需求,才能在成长中实现互利共赢。

(一) 注重平台战略,深化交流合作

加强律师业同其他行业的交流合作,进而实现产业联合升级,是突破律师业发展瓶颈的重要举措。搭建同教育单位、科技园区的交流合作平台,是今年闸北律师工作的重点。除指派律师送服务进学校外,为引导本区律师业更好地服务科技创新中心的建设,主动适应闸北“创新创业活力区”的定位,闸北区司法局、区科委、区律工委共同召开了“律师服务进科技园区活动”座谈交流会,律师就知识产权保护、企业融资、并购重组、法律风险防范等方面的办案经验、成果进行了分享,并就如何加强同科技企业的交流合作提出建议。会上,双方就推动律师业与科技企业合作交流达成一致,并以互赠《闸北律师》杂志与《闸北科技》杂志的形式拉开了交流合作的帷幕。

此外,区司法局、区律工委除了继续深入推动律所与政府部门、社会组织、区管重点企业签订法律顾问协议外,还依托“非公企业法律服务指导中心”等平台为企业提供法律服务。非公经济的日益发展壮大,对促进经济增长、扩大就业、活跃市场、促进消费等方面具有重要作用。然而非公中小企业在法律风险防范方面较为脆



闸北区律工委换届后召开首次全会



闸北区司法局、区律工委为律师颁发“2014年度闸北区优秀青年律师”荣誉证书



在2015 闸北律师年会上律师就本区律师业发展开展小组讨论

弱,生存发展面临着不小的困难。为扶持这些企业发展,律师定期为区内企业开展“法律体检”,为企业量身定做防范化解法律风险的方案,组织企业有关人员旁听与其工作业务相关的案件庭审,帮助企业有效提升风险防范意识和维护自身合法权益的能力。

(二) 深入基层治理,服务倾向民生

闸北区司法局党委书记、局长凌淑蓉在新一届律工委第一次会议上就强调:群众是律师最基本的服务对象,闸北律师要实现律师梦、法治梦,就须本着“发展为了人民、发展依靠人民、发展成果由人民共享”的理念同人民群众共存共荣。

为进一步满足基层社区自治组织和居民的法律服务需求,今年除了继续在临汾街道开展社区法律顾问工作外,由区司法局、区律工委牵头,光明所与天目西路街道签订了社区法律顾问合作协议,选派律师为街道辖区内的居委会提供法律服务,以提升基层社区治理能力、优化社会治理结构、促进基层依法自治。此外,在新一届律工委第一次会议上,首次明确将每年至少举办一次大型义务法律咨询活动写入工作规划,以确保法律服务倾向基层民生。

(三) 发挥职业优势,力促和谐稳定

随着利益关系的深刻调整,社会矛盾易发多发,这迫切需要律师运用法律专长,化解矛盾纠纷。闸北区司法局、区律工委积极组织律师以“第三方”中立身份参与到维护社会和谐稳定中,从突发事件和群访矛盾化解方案的制定,到直接介入矛盾调处和涉法信访工作,律师充分发挥了自身优势。

此外,按照中央政法委、市委政法委关于建立律师参与化解和代理涉法涉诉信访案件制度的有关要求,区司法局、区律工委与区委政法委开展座谈交流,并就选派律师参与接谈信访人、评析信访案件、释法劝导、帮助

申请救助等工作达成一致。目前,除了选派律师每天在区司法行政综合法律服务中心提供咨询解答外,还牵头由普衡所选派律师在闸北法院立案庭接待窗口值班,参与涉法涉诉案件咨询、化解等工作。

而针对历年来部分信访事件遗留下的“案结事未了”的情况,区司法局积极推进“双员双师”人民调解工作,组建了由调解员、宣讲员、律师、心理咨询师构成的信访矛盾化解工作队伍,在全区八街一镇挂牌建立了“双员双师”工作室。实践表明,律师因其中立身份、专业性和规范性较能被上访者所接受、信任,与传统老娘舅式的调解形成互补,使信访疑难的调解更加规范有序,也更能引导上访者通过法律途径维权。

秉要执本加强自律 雄关漫道使命在肩

新一届律工委成立于闸北律师业持续稳定攀升之际,站在闸北律师业发展的历史高点,如何加强自身建设,是摆在新一届律工委面前急需破解的重点课题。在换届后的第一次工作会议上,明确提出了本届律工委将严格按照政治过硬、业务过硬、责任过硬、纪律过硬、作风过硬的要求,不断增强服务意识,规范工作程序,严格工作标准,努力在制度建设、组织建设、协助律协工作等方面实现新突破。

(一) 加强制度建设,细化环节设计

制度建设是行业组织建设的根本支撑,只有通过完善规则与制度的建设工作,才能为律工委的系统化、规范化运营打下坚实的基础。新一届律工委在规范细化财务、档案、会议、秘书、考评等工作制度方面作了深入规划。如完善经费年度预算决算制度,各专门小组要对各自年度计划中的每一项工作进行经费预算,并且须经全体委员会议讨论通过;健全与区司法局相关职能科室的决策会商、情况交流、信息共享等工作机制,形成既有分

工,又有密切协作、优势互补的工作格局;建立互评制度,每年年底,各专门小组还须对照各自年度计划的完成情况进行互评。

(二)完善组织架构,强化班子建设

为了积极适应闸北律师业发展的需求,提升自身科学化决策水平和日常运作效率,新一届律工委成立伊始便决心对原有的组织架构进行调整,撤去了原先的财务管理组,日常的财务管理工作由区律工委领导班子和秘书部门共同承担。同时,设立了执业权益保障和纪律组、业务研究和职业培训组、对外宣传和联络组、律师事务所规范和发展组和女律师联谊会5个专门工作小组,并明确了各个专门小组的职能定位,理顺了各环节的关系和工作程序,增强了工作的民主化和透明度。

(三)充分发挥作用,参与律协工作

新一届律工委除了将加强自身建设、服务城区中心工作外,还将积极协助市律协的工作。今年,市律协换届后,本区有一名律师当选为副会长,两名律师当选为理事、监事,11名律师分别担任11个业务研究委员会的主任、副主任,16人次律师投身10个专门委员会的工作。他们将发挥自身业务和管理方面的专长,在为市十届律协工作努力作出贡献的同时,彰显闸北律师的新风采。

国以才立、政以才治、业以才兴。回顾过去,闸北的和谐稳定、经济社会的发展离不开律师的默默奉献;展望未来,闸北区司法局、区律工委必将坚决贯彻落实习近平总书记对司法行政工作的重要指示精神以及全国律师工作会议精神,进一步加强律师队伍建设,坚持不懈地加强律师队伍教育管理,更加注重规划引领,更加注重发展效益,更加注重服务民生,更加注重社会治理,带领律师继续沿着改革开放的道路,遵循科学发展的规律,顺应新趋势、树立新理念、把握新机遇、迎接新挑战,在创新驱动中群策群力,在转型升级中奋发图强,不断续写出更加光辉灿烂的新篇章。●

(执笔人:闸北区律工委秘书长何成)

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。本期报道的是它们其中的一家。

律所建设 ●文/贾勇

抓管理控风险 强服务重质量

——国浩律师(上海)事务所发展情况简介

国浩律师(上海)事务所始创于1993年7月,原名上海市万国律师事务所,是我国最早的以资本市场法律服务为主要业务的律师事务所之一。1998年6月经司法部批准,上海市万国律师事务所与北京张涌涛律师事务所、深圳唐人律师事务所共同发起组建了第一家律师集团——国浩律师集团事务所(2011年3月更名为国浩律师事务所)。国浩律师事务所是目前中国最大的跨地域合伙制律师事务所之一,在全国及海外设有18家执业机构。

作为国浩律师事务所的发起成员和重要的组成部分,凭借集团的力量以及自身的努力,国浩律师(上海)事务所(以下简称国浩上海)无论是在规模上,还是在服务领域上都取得了很大的发展,并多次荣获上海市政府、市司法局以及全国律协和上海市律协的表彰。这不仅是对国浩上海往日成绩的褒奖,也是对国浩上海综合能力的肯定。截至2015年4月,国浩上海拥有专职律师171名,

其中合伙人47名;拥有硕士、博士学位的律师近70名;具有海外学习或者工作经历者近50名。服务领域涵盖资本市场、金融信托、外商投资、知识产权、房地产、民商事诉讼等多个领域,并始终走在我国资本市场法律服务的前沿,迄今为止已为300余家股份公司境内外发行上市以及资产重组提供法律服务。

回顾以往走过的道路,国浩上海所以能够发展至今,并跻身上海律师界“十佳”行列,除了得益于国浩上海全体员工的共同努力外,最为重要的还是该所建立了一套行之有效的管理制度,并形成了适合自身成长的发展理念。

作为以合伙制为基础发展起来的律师行业,其最显著的特点就是注重人和,而人和又取决于合作者之间的相互信赖以及是否具有共同的行为准则和价值观,所以具有很大的不确定性,所谓“其兴也勃焉,其亡也忽焉”。因此,要想持之以恒地壮大自己,就必须确立一个共同的目标,并围绕这个目标制定一系列的规章制度,以确保目标的实现。





国浩律师开展庆祝建党 90 周年文艺活动



国浩律师事务所接待大厅



国浩律师办公环境

更好地为当事人服务是律师事务所乃至每个律师得以生存与发展的基础,否则就会如无源之水,难以汇流成河,甚至干涸枯竭;或如无本之木,摇摇欲倾,直至衰败腐朽。所以,对于像律师事务所这样的中介服务机构而言,维护好客户关系,树立良好品牌,方能汇溪成海,源远流长;或如根深蒂固的大树,枝繁叶茂。而这一切都取决于是否能够做到确保质量、控制风险。

质量与风险是相辅相成的,质量越高,风险就越低,风险降低了,质量就有了确实的保障。为此,国浩上海制定了一系列确保质量、控制风险的规章制度,通过强化管理,不断完善治理结构,以创建国浩品牌,树立国浩文化,进而做大做强,打造百年老所、百年大所。

强化内部管理 加强文化建设

发展是硬道理,管理是软实力,文化是凝聚力。发展理念确定之后,强化内部管理、加强文化建设,就显得尤为重要。为此,国浩上海着重开展了以下几方面的工作。

一是完善治理结构。管理是一门艺术,过犹不及,松懈又难以聚沙成塔、积土成山。自国浩上海成立以来,该所始终注重事务所的内部治理结构的建设,并采取了准公司化的管理制度。国浩上海的最高权力机构为合伙人会议,执行机构为合伙人会议选举产生的管理委员会,负责落实全体合伙人会议的决议,以及日常的内部管理事务。在业务管理上,实行专业化管理、合伙人负责的制度。国浩上海为此设立了金融投资部、涉外投资部、企业融资部、公司商务部、企业并购部、知识产权部及诉讼仲裁部。各部门负责人由资深合伙人担纲,并组成若干律师团队,对外开展法律服务活动。

二是加强规范管理。借助公司化的管理模式,国浩上海实行了规范化的管理体制,并要求在管理工作中力

求做到以下几个方面,一是制度化,以避免“个人意志”;二是公开化,以避免“暗箱操作”;三是严格化,以防止“决策随意”;四是前瞻性,以避免“急功近利”;五是连续性,以防止“朝令夕改”。国浩上海为此制定了一整套管理制度,包括一体化的财务制度、全体员工考核奖惩制度、专业化分工的业务整合制度,以及利益冲突检索制度。其中业务整合是国浩上海总体运作的基本内容,目的在于互补、在于协作、在于产生效率。只有这样,国浩上海才能在专业化的基础上形成规模化,并通过规模化的效应做大作强,进而走向国际化。

三是注重文化建设,保障员工利益。文化建设是事务所综合实力的最集中的体现,也是事务所是否具有凝聚力的一个表现,尤其是在市场经济迅猛发展的今天,如果一个事务所的力量无法形成合力就很难在这个行业立于不败之地,更谈不上领先于同行。国浩上海深知其中的道理,一向注重事务所的文化建设,并将其视为事务所迈向国际化的一个基础性的工作。而对于员工,国浩上海始终视其为第一财富,因为人是事务所发展乃至整个社会进步的第一要素。为此国浩上海进行了以下几方面的工作:

第一,创办人文杂志,强化责任意识。为了更好地体现国浩律师事务所的文化建设成果,我们创办了《国浩人文》杂志,目的则是希望通过这个平台,从律师和事务所这两个方面来展现国浩上海及其律师的精神风貌。在已经出版的《国浩人文》杂志中,既有对自然环境、节能减排的关注,也有对人生意义、行为方式的解读,还有对社会现象、风土人情的观感,其目的就是要通过对生活与社会的观察,加深律师对于社会的理解,以提高自己的社会责任感。

第二,建立沟通渠道,加强业务培训。相互尊重、相

互包容、团队合作、良性竞争、谋求共赢、关爱感恩、同舟共济是国浩上海崇尚的团队精神。国浩上海力争兼顾事务所的发展与律师个人的发展,并为此建立了有效的沟通机制。通过为律师提供完整的职业生涯规划,深入研究薪酬机制等措施,激活各团队的主观能动性,搭建全员平等合作的发展平台,创造良好的学习氛围,积极为员工成长创造条件,以期满足员工的报酬期望、成长期望和成就期望,使每位成员焕发出来自内心的归属感和集体荣誉感。坚持业务培训是提高服务水平的重要保证,国浩上海每年度都会制定一个全年的培训计划,定期对律师进行职业道德和业务知识培训。国浩上海还非常重视对年轻律师、律师助理的业务培养,通过建立带教制度、制定培训计划,促其早日成才,成为独当一面的优秀律师。为了加快迈向国际化大所的步伐,国浩上海还有计划地选派优秀员工赴香港或国外知名律所访问实习,并每年选派律师留学深造。

第三,完善用工制度,维护员工利益。国浩上海认真遵守《中华人民共和国劳动合同法》及相关法律法规,建立完善的用工管理制度体系,包括劳动合同管理制度、工资保险与福利制度、业绩考核制度、奖惩制度、职业培训制度、休假制度等。面对不断增大的社会就业压力,国浩上海坚持在不经济性裁员的基础上,力争扩大招聘岗位。国浩上海还是共青团上海市委员会、上海市司法局和上海市律师协会指定的青年就业创业见习基地。国浩上海高度重视员工的切身利益,依法为员工建立养老、医疗、失业保险,及时足额缴纳各项保险费用,并积极推进补充医疗保险,进一步完善了薪酬福利制度和保障体系,最大限度地保障员工的各项合法权益。同时,严格遵守《中华人民共和国工会法》等法律法规及业务所在国的相关法律法规,尊重员工参加工会的权利,保障员工的知情权、参与权、表达权和监督权,切实

维护员工的民主权利。

第四,关心员工健康,组织文体活动。国浩上海认真贯彻《中华人民共和国职业病防治法》,树立以人为本、健康至上的理念,致力于员工的职业健康监护,为员工购买医疗中心的体检卡,定期检查身体。此外,对于处在孕期和哺乳期的女员工,还严格按照国家的有关规定,给予应有的休息时间。为了改善员工的工作条件和工作环境,国浩上海为员工配备了先进的办公设施,设立图书室、餐饮室、更衣室,让员工有一个舒适的工作环境。上海办公室还为全体员工办理了商业医疗保险,作为社会医疗保险的补充。国浩上海还积极开展丰富多彩的员工文化体育活动,提倡生活与工作的健康平衡。通过团支部和工会组织团员青年举行篮球比赛、乒乓球友谊赛、羽毛球比赛,为员工办理团体健身卡,聘请网球教练,通过安排员工参加年度旅游、举办春节联欢会、参加拓展训练等文化娱乐活动,丰富员工的业余生活,提升事务所的凝聚力。

注重发展理念 顺应市场发展

作为现代服务业重要内容的律师服务业,没有自己的发展理念是难以在这个竞争激烈的市场上取得领先,哪怕是博得一席之地的。为此,国浩上海确立了规模化、品牌化、专业化和国际化的发展理念。

首先,坚持规模化的发展方向。众所周知,现代法律服务已经不是一个大律师、几个精干助手就可以行走江湖的时代了。众多的新兴产业以及庞大的资本、商业市场已经改变了原有的经济产业结构,特别是随着全球经济一体化时代的到来,以及市场经济自由化程度的不断开放,法律服务正日益渗透到市场经济的各个角落,服务的难度和广度也日趋扩大。这就要求提供法律服务的律师服务机构能以更专业、更全面和更有力的法律服务水平来满足他们的需要,要想做到这一点,没有规模化的发展理念是难以做到了。

其次,努力维护品牌价值。如果说规模化是一种内在的结构,那么品牌化就是其外部表现。律师工作本质上是高附加值的劳动,是创造性的服务,是经营知识,其品牌价值不可低估。同时,品牌也是一种共识、一种理念、一种文化、一种服务,品牌是诚信,更是责任。在创建国浩上海的品牌方面,该所以对律师提出了专业定位、操守为重的基本要求,对事务所则提出了品质优先、绩效导向的更高要求。国浩上海的目标是:不仅要打造一个律师业务繁荣的事务所,而且要打造一个对国家、对社会有责任心的事务所,特别还要打造一个有文化底蕴、有优秀传统的事务所。

第三,不断加强专业化建设。在经济全球化步步深



国浩律师参加街道活动

人的背景下,我国社会主义市场经济正不断完善,法律在经济生活中的调节作用日益显著,各种专业化极强的法律、法规也纷纷出台。这就要求国浩上海在纷繁复杂、专业性极强的法律业务面前,既要表现出极强的专业素质,又要展现出精湛的专业知识。要更进一步完善所内的专业部门划分,以满足客户“个性化特色服务”的要求。

第四,继续实施国际化战略。随着中国资本走向世界,中国律师在国际舞台上发挥的作用也越来越大,因此需要越来越多具有国际化经验的律师。在加快国际化方面,国浩上海也迈出了坚实的一步,除了通过资助留学、交流访问、招聘海归等方式培养国际化人才、组建国际化服务团队,凭借国浩集团在北美、欧洲,以及香港地区开设的分支机构,加强与各国际伙伴的联系,进一步拓展了海外市场。

结语

以上就是国浩上海在事务所建设与发展上总结出的一些经验,但还不能完全概括国浩上海所以取得优异成绩的原因。除了为社会提供法律服务,积极参与社会活动以及行业管理也是律师事务所提升自身实力的一个重要方面。其中包括依法履行社会责任、参与行业管理以及参政议政。

在履行社会责任方面,除了积极参与相关的公益活动,国浩上海特别注重法治宣传,尤其是在全面推进依法治国的背景下,国浩上海会同集团其他办公室举办了多起与法治相关的论坛,包括两届“国浩法治论坛”、五届“国浩资本论坛”,并鼓励律师著书立说,转译法律知识,弘扬法治精神,引导企业依法运作。迄今而至,国浩共编辑出版了《企业投资融资:筹划与运作》、《企业上市审核标准实证解析》、《中国创业板发行上市法律指引》、《资本运作税法实务》、《现代商事律师实务》、《金融证券律师实务》、《中国产业律师实务》、《金融律师咨询精粹》、《中国新型城镇化的法治思维》、《私募股权基金的筹备、运营与管理:操作细节与核心范本》、《知识产权权利冲突:理论与判例分析》、《证券法律:投资银行律师实务》、《金融律师咨询精粹》、《证券市场若干法律问题研究》、《证券法析义与证券规范操作》和《网络与电子商务》等近 20 部著作。

国浩上海还致力于我国律师事业的整体发展,以及相关行业的协同发展。国浩上海律师在全国和上海市律师行业协会中担任了包括中华全国律协副会长、上海市律协副会长等多项职务。国浩上海律师还分别担任了全国工商联并购公会执行会长、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员、上海国际经济贸易仲裁委员会仲裁员、上



国浩律师参加慈善募捐活动



国浩律师开展重阳节法律咨询活动



国浩律师和所在地街道签订共建协议

海仲裁委委员、上海证券交易所和深圳证券交易所上市委员会委员,以及复旦、华政等大学兼职教授等。

在参政议政方面,国浩上海律师担任了包括市、区两级政协委员、市政协社会与法制委员会副主任以及市党代会代表等职,并积极行使法律赋予的权力,为完善法治建设提出了许多有价值的提案,其中多项建议已被有关部门采纳。

总之,作为一家上规模的大型律师事务所,国浩上海力求在做好本职工作的同时,能够更广泛地参与到社会的各个层面,通过倾听、观察、合作,不断丰富自己的阅历,提升自己的素养,以便更真切地了解社会的需求、客户的关注,进而以更完善的服务满足社会各阶层民众的法律需求,并最终实现自身的发展理念,成为一家名副其实的规模化、品牌化、专业化和国际化的大所。●

法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

电梯事件与公共场所安全

本期主持:周 忆 上海市长江律师事务所律师

嘉 宾:边立鑫 上海和基律师事务所律师

徐寅哲 上海建纬律师事务所律师

魏书宁 上海华夏汇鸿律师事务所律师

文字整理:滕译文



周 忆:近年来,随着地铁项目及大型百货公司建设的推进,为便于出行,上述公共场所内大量使用自动扶梯,到目前为止,有相当数量的自动扶梯使用时间已逾 10 年,自动扶梯事故近年来也多次见诸于报端。由此便导出“电梯事件与公共场所安全”的话题,引申出电梯事件背后的法律问题。

徐寅哲:电梯事故说起来是电梯的问题,但实际上是人的问题。从安全的角度来讲,所有的参与者,都应当对电梯事故负责,包括:设计方、生产方、销售方、安装方、政府相关监管部门,还有电梯的使用方,以及每个具体的乘用者。但站在律师的角度,则会更多的把视角放在政府相关监管部门的职责履行上。这次湖北荆州的“吃人”电梯,根据政府部门后来的调查报告,是存在设计瑕疵的。这不禁要让人反问:在电梯的设计与制造阶段,生产厂家是如何通过政府相关部门的审批监管与质量检查的?

而就法律规定而言,电梯作为特种设备的一种,在国家层面有《特种设备安全法》《特种设备安全监察条例》等,而在各地方层面,全国各省市又有诸多的电梯监督管理办法。我看了下,有权监管的部门涉及到质监、安监、住建、工商、物价(发改)、公安等。但是,这么多法律规定、这么多监管部门,仍然管不了或者说仍然管不好一部电梯,安全事故依旧频发,不得不说是件令人感到十分遗憾的事。

作为专门办理工程案件的建纬律师,这次湖北电梯事件之后,我又立即想到了 2010 年发生在我们上海的静安“11·15”大火事件,类似的设计瑕疵与监管失责问

题。记得当时我们建纬所的朱树英主任曾作为上海市政协委员,提交了一系列与此相关的提案,其中很多意见都在此后上海市政府发布的《关于进一步规范本市建筑市场,加强建设工程质量安全管理的若干意见的通知》中得到了反映。我想,当前的电梯事故频发是否也应该在国家,或者至少在地方层面重新引起高度重视,并能够通过法律的形式进一步予以完善,以此避免未来悲剧的再次发生,这是值得大家深思的问题。

边立鑫:对于特种设备安全监督管理部门工作人员在履行监督职能中的失范、失职行为,我国《特种设备安全监察条例》中已经明确了责任人应承担的行政责任,乃至刑事责任。而对电梯这种特种设备承担安全责任的第一主体,也是十分明确的。根据我国《特种设备安全法》的规定,特种设备生产、经营、使用单位及其主要负责人对其生产、经营、使用的特种设备安全负责。而对于因产品质量瑕疵、公共场所管理人未尽到安全保障义务、第三人行为(如电梯设备维护保养不符合安全技术要求)造成他人损害的民事侵权责任的承担,在我国《侵权责任法》中也均有明确规定。但是从电梯特种设备生产环节的安全防范的角度,是不是需要通过湖北荆州这个案子进行反思,荆州安良百货商场的扶梯出厂时有合格证,在商场运营也通过了安全检测,但为什么在事故发生后,事故调查机构的结论却是扶梯盖板设计存在缺陷,设计缺陷为什么在事故发生后才得以查出?这不得不引起我们的思考,从特种设备研发、设计、生产的市场准入的角度,是否在哪个环节存在漏洞?特种设备的生产单位、安装单位、使用单位、管理单位是否都应该



嘉宾:边立鑫



嘉宾:徐寅哲



嘉宾:魏书宁



本期主持:周 忆

有相关的生产、安装、使用、管理标准,同时应否在这些环节中分别实施必要的监管措施。

魏书宁:我国关于电梯监管现行法律法规主要包括各个省市制定的有关电梯安全的法规,国家质量监督检验检疫总局颁布的《电梯使用管理与维护保养规则》,基本上都处于行政法规、部门规章、安全技术规范的层次,其权威性不高,对电梯安全管理工作的监督和约束力不强、规则不健全。主要表现在:一是电梯制造监督检查环节没有明确的规定,电梯制造厂家只需要取得整机的型式试验许可和制造许可就可以生产电梯,而在制造过程中缺少对制造厂家的监督检验。制造单位只需要出具产品合格证,标明各个安全附件的型号就可以销售;二是电梯强制报废的年限未作明确规定,一些“大龄电梯”的安全性能已经不能满足日常运行的需要,但使用单位为了节省成本,宁愿对电梯进行改造也不愿意更换新电梯;三是安全监察制度和安全监察标准并未十分的明确,没有具体到责任人,使得监察部门无法形成有效的监察合力,监察责任无法落到实处。

周 忆:相比商场,地铁里使用的电梯,由于客流量大很难做到左行右立,长时间处于超负荷运行状态,因此维修保养更为频繁,是否强制报废年限也要相应更短呢?

徐寅哲:你这个问题涉及两个方面,一个是电梯使用者的行为规范,这个有赖于公民自身素质的提高以及公民素质教育的提升;还有一个是关于电梯正常使用过程中的维修保养。中国城市的人口密度大,特别是在商场、地铁这种公共场所,电梯的使用频率非常高,尤其在工作日的上下班高峰或者节假日,你去看那些电梯基本都是高负荷使用。这个时候的后续维保就显得很重要,但我也了解到现在很多的维保单位,有些根本就没有维保资质,随便压低价格承揽业务后,也就随便糊弄一下,这就带来了极大的安全隐患。

周 忆:从律师的角度来看,荆州电梯事故谁该承

担法律责任?

边立鑫:根据《特种设备安全法》的规定,特种设备生产经营和使用单位及其负责人对其生产、经营、使用的特种设备安全负责。在该案例中,电梯事故的调查结论是产品设计不合理,电梯生产厂商应承担民事侵权责任。另外,如商场作为电梯的使用方,已经尽到了安全保障的义务;电梯的常年定期维保单位,也履行了相应维保义务的话,出现了该事故应找生产单位负责。但如果商场作为使用方对事故的发生未尽到必要的安全保障义务,维保单位在电梯的维护保养中,未依照相应技术规范,未能及时发现、消除安全隐患的话,商场和维保单位也应承担民事侵权责任。

徐寅哲:根据政府公布的调查报告,电梯生产公司与事发商场承担主要责任,电梯维保单位承担次要责任。但就像我开头说的,其中的政府相关监管部门恐怕也难逃其咎。涉及公共安全的特种设备领域是离不开政府强有力的监管的,我现在不清楚政府相关部门的负责人是否存在滥用职权、玩忽职守等行为,比如该发现的设计瑕疵没发现,不该审批通过的项目却批准了。如果发现存在这些类似的问题,该追责的还得严肃追责。

周 忆:这我完全同意,9月15日沈阳某商场的电梯在运行时就存在问题,万幸那位女同志在发现电梯声音不正常后就跳下来了,电梯接着就坍塌了。湖北的事故发生后,国家质检总局紧急通知所以城市要全面检修,一个月后又发生了这类事件,质检部门到不到位就很重要了。

徐寅哲:是的,可能又要提到我们上海的静安大火事故,当时上海有多名住建系统的官员涉嫌渎职罪与受贿罪被处理,而给予党纪、政纪处分的更是多达28人,最高级别一直到上海市副市长。我想,这是责任政府应当有的担当。

周 忆:特种设备的重大责任事故和责任事故的區別是:特种行业死亡3人以上属于责任事故,罚10万元

到20万元。电梯生产商申龙就要上市了,而招股书显示该品牌市场保有率达到2%,罚其10万元到20万元根本不构成威慑力,没有任何作用。据我所知,当事人目前还没有提出具体的索赔。那么,在这起湖北荆州案中如果进行民事索赔,索赔范围是多少?

魏书宁:从广义上来讲电梯事故中被害人索赔的范围包括财产损失的赔偿和人身损害的赔偿,财产损失包括衣服、手机、手表、包包等物品的损失;人身损害赔偿的范围与损伤程度、解决方式有关,受伤较轻的可能会涉及医疗费、住院伙食补助费、营养费、误工费、护理费、交通费,伤情较重构成伤残的就涉及到残疾赔偿金、精神抚慰金、被抚养人生活费、残疾器具费、伤残鉴定费,造成死亡的还有丧葬费,如果通过司法途径解决还应索赔律师费、诉讼费。就本案来讲,受害人当场死亡,赔偿范围包括死亡赔偿金、丧葬费、家人的精神抚慰金、丧葬期间亲属的误工费、被抚养人生活费以及受害人手机、包包、手表等财物损失,对于被抚养人的生活费需要说明一下,根据我们了解的情况可以确定的是孩子的生活费,老人要获得生活费需满足无劳动能力且无收入来源这两个条件。

周忆:人生损害赔偿十赔九不足。电梯事件发生之后,拿美国佛州购物商城案例来说,5岁的小女孩在妈妈不注意的时候登上电梯(这个和上海环贸发生的案例很相似),小女孩的鞋子卡在电梯里,用手去拔,结果导致小女孩的三根手指被彻底夹断。2005年2月小女孩获得赔偿1120万美元、其母380万美元,总计1500万美

元。陪审团认为母亲也有监护人的过错。对比这个案例,我们赔偿标准连100万美元都不到。因此,从公共责任事故的角度来说,应该建立惩罚性的赔偿制度。

边立鑫:在我国民事损害赔偿法律体系下,民事损害赔偿原则是补偿性质的,非惩罚性的,这与西方民事赔偿体系有所不同。当然,对于因特种设备引发的公共安全事件,我国可以尝试进行惩罚性赔偿的探索,以降低其发生的频次。

魏书宁:部分英美法系国家对惩罚性制度使用的比较广泛,惩罚性赔偿制度重在经济惩罚,加重不法行为人的赔偿负担,对侵权责任主体更具有震慑力,从而起到对未来类似行为的遏制作用,同时也能鼓励受害人对不守法的侵权行为人提起诉讼,激发受害人同不法行为作斗争的积极性。我国的民事侵权赔偿还是以填平原则为主,即补偿性原则。由于中西方的传统法律文化存在着重大的差异,我们可以结合国情有所转化适度地引入惩罚性赔偿制度。

边立鑫:为了更好地弥补因特种设备安全引发的公共安全事件的受害人所受到的损害,可以考虑对特种设备的生产单位和使用单位的生产、使用安全责任进行强制保险制度,该保险理赔与民事赔偿可双重获取。另外,对于此类公共安全事件发生后,受害方家属往往会采取很多过激的行为,在这种情况下,希望能有专门的安全事件调处机构及时、有效、依法疏导和处理好后续的善后工作。

徐寅哲:我个人其实是推崇这种西方式的惩罚性赔



偿制度的,但基于我们国家目前的立法体系与基本国情,可能短期内要像西方发达国家一样,特别是像美国一样可能还做不到。但这个讨论,又引发我两点思考:第一,像我们的工程领域,一个项目在施工前建筑企业是要先缴纳农民工的意外伤害保险的,否则拿不到施工许可证,那么对于特种设备领域而言,是否可以同样借鉴?这样可以给到受害者以保障;第二,是否应当建立特种设备的强制召回制度?相对于特种设备生产企业的经济能力而言,我们目前的人身损害赔偿金额实际上对他们不构成任何的“痛点”,如不是社会性新闻事件的话,恐怕连影响都谈不上。所以我在想,是否可以通过强制召回制度,一旦出现问题,根据法律规定,生产企业必须召回全部设备进行检测改进。这样反过来,为尽量避免未来的不可预测经济风险,倒逼生产企业改进技术、消除瑕疵。

周忆:是否还有其他影响电梯安全的现实因素需要我们要进行考虑的?

边立鑫:个别影响电梯安全的现实因素也需要我们进行考虑。目前,很多高层小区电梯日常维护保养状况并不理想,其中主要原因是小区业委会和物业管理部门关系紧张,维保单位在选择、维保费用预算及支付等方面存在分歧,继而导致电梯维保不正常,电梯经常出现停、卡等故障。对此,需要引起政府有关部门的注意。

魏书宁:维保单位是及时发现安全隐患并排除隐患的重要保障,然而不少维保单位在进行日常维护保养工作时缺少责任心,大而化小,没有严格按照《电梯使用管理与维护保养规则》的要求进行维护保养;也有部分的维护人员在没有经过系统培训的情况下,花钱买证上岗。此外,电梯改装过程中也存在严重的问题,有相当一部分电梯已经步入“大龄化”,而这些“大龄电梯”的管理者一般采取的措施是改装。值得我们关注的是,谁来改装?怎么改装?对电梯改装后的安全性能又有谁来进行检测?对于这些问题都需要出台相应的法律法规予以明确。

徐寅哲:我在之前也提到,针对特种设备的法律规定有很多。除了同时有效的《特种设备安全法》和《特种设备安全监察条例》以外,我通过北大法宝简单搜索一下,就发现11个省市有电梯安全监督管理办法,还有11个地方有其他规范性文件。管事的部门也一样有很多,表面谁都负责,出了事谁也不负责。因此我在想,是不是可以成立专门的特种设备安全监督管理执法机构,借鉴当前的市场监督管理模式,整合行政权力,创新管理规范。

周忆:电梯使用人也存在不少过错,比如把头伸出电梯外,年迈老人单独上下电梯等。现在未成年人乘

电梯的也很多,应加强这方面的警示管理。

边立鑫:公共场所的电梯使用方应加大对电梯使用规范的宣传,使电梯使用的个体很清楚的知道哪些行为是乘梯所禁止的行为,哪些乘梯行为可能危及自身和他人的安全。

徐寅哲:电梯的乘用者当然有必要管理好自己,但是我认为:除非涉及因自身行为对他人或公共安全产生影响的以外,其他的则都归属于民事范畴。针对电梯的每个乘用者的处罚不宜过大化,而应该在公民教育上下功夫。

周忆:乘梯人自己有过错的话就会减少其他过错方的赔偿责任,对于电梯操作人员,应进一步加强管理。

魏书宁:住宅电梯比较常见的是电梯内搬运电瓶车、不规则装修材料对轿厢的重击导致厢体变形,或堆放重物在电梯一角导致受力不均,又或者是随意在电梯内丢弃垃圾卡住电梯等,这些都是导致电梯故障的原因。如果因乘梯人的过错导致自己或他人受到损害,应当根据其过错程度承担相应的法律责任。因此,应当向全社会宣传普及电梯安全知识,引导大家安全乘梯、文明用梯,形成良好的安全氛围。

徐寅哲:这一点在我们的工程领域显得尤为重要,施工电梯都是需要有上岗证的专人操作的,这种情况下对于操作人员的管理要求就应该更为严格,特别是应当禁止无证上岗、违规操作。2012年9月发生在湖北武汉的导致19人死亡的施工电梯高空坠落事故,即是由于安装人员无证违规操作所引起的。

周忆:除了在怎么样规范地使用电梯方面,要开展公民教育,提高公民的素质外,湖北荆州在电梯使用安全监督上存在多头管理的问题也有缺陷,今后在立法上要明确做到集中管理。

徐寅哲:我个人对今天的话题有其他三点思考:第一,可否在现有技术条件允许的情况下,建立区域性电梯智能化监控网,实时监控问题,提前发现问题。这样一来哪一个小区、哪一个商场、哪一栋楼的电梯存在安全隐患,例如超龄服务、未按期年检、未定期保养等,就可以及时发现并督促相关物业单位进行整改;第二,可否参考一下工程领域安全文明施工费是属于不可竞争项目的情况,杜绝电梯后续维保费用的恶性竞争,在确保维保单位有利可图的情况下,实实在在地落实维保项目;第三,能否建立不诚信企业与经营者的黑名单制度,把在电梯的生产、销售、使用、维保等环节上存在弄虚作假的行为与相关的企业、人员,通过政府信息网络平台定期对外公布,真正做到全社会来关注、全社会来监督。

周忆:谢谢大家! ●

(本文内容根据录音整理,为嘉宾个人观点)



法眼法语



香港大律师之窗

●文 / 刘韵清

浅谈香港广播媒体的广告规管

背景

香港广播业务发展迅速,不少外地甚至内地与香港的商人都会选择在香港的媒体为其产品或服务作广告宣传,广播媒体(包括电视台)是一个热门的选择。香港现时仍然没有单一的法例,综合地规管广告实务和广告的内容。而视乎广告所宣传的产品种类或服务所属的行业,香港仍有多条适用的条例及规例作出规管;而触犯某些条例及规例,更可能遭受刑事检控,而一旦被定罪,将面对惩处。

一、多条适用于媒体广告的条例及规例

(一)《电视通用业务守则——广告标准》

就电视台的广告而言,香港法例第562章《广播条例》列明的四类须领牌的电视节目服务,包括本地免费电视节目服务、本地收费电视节目服务、非本地电视节目服务,以及其他须领牌的电视节目服务,均受《电视通用业务守则——广告标准》(以下简称《电视广告守则》)下的广告标准所规管。《电视广告守则》列明了不可在电视上播放的广告内容。还有一些特别类别的广告,如含酒精饮品、女性卫生产品、药品及治疗方法等亦受

规管。其第3章第9段也列明了广告不得以任何公然或隐含的方式作出与事实不符的描述、声称或说明;或对有关产品或服务或其是否适用于所建议的用途,作误导的描述、声称或说明。若是物业广告的话,其第6章第39(a)段列明物业广告内的任何声称,不可就物业的地点、面积、价值及可供使用的交通设施,作明示或隐含的失实陈述。

不管广告中所涉及的是香港还是内地的产品或服务,是实境拍摄还是运用计算机加工绘图,均受《电视广告守则》的规管。譬如,在2015年1月20日,通讯事务管理局(以下简称通讯局)公布了其对一宗于2014年8月6日在电视广播有限公司翡翠台播放的内地地产物业电视广告《碧桂园·十里银滩》投诉的裁决。通讯局的调查指出,该广告商的网站数据显示,广告内的物业是位于惠州市而不是在深圳市内。但该广告长时间于荧光幕左下角显示“深圳东”的标题,并播出包含有关字眼的内容,会误导观众以为该物业位于深圳东部。通讯局也考虑了电视台应在审核时发现该广告中物业地点的描述存在问题。结果,通讯局决定向有关的电视台发出劝谕,促请其严格遵守《电视广告守则》。另外,在2009年11月2日,通讯局的前身之一的广播事务管理局(以下简称广管局)公布了其



刘韵清:香港执业大律师

对一宗于2009年5月在亚洲电视有限公司本港台、电视广播有限公司翡翠台及明珠台、香港有线电视有限公司有线新闻台及电讯盈科媒体有限公司now财经台播放的香港地产物业电视广告“银湖天峰”投诉的裁决。广管局注意到该广告主要是运用计算机加工绘图(令画面出现森林和湖泊等景色),而广告结尾的一个镜头展示了该物业的全境是位于绿树环抱的环境中,但没有显示该物业附近尚有其他发展项目,不过发展商所提供的该物业发展数据中的位置图显示,该物业附近尚有其他发展项目。广管局认为广告的结尾画面令观众有理由相信这是该物业的真实描绘,

故有关镜头具有误导成分。而电视台没有作出应有的核对工作,以确定资料属实。广管局决定向前述的电视台发出劝谕,并敦促其须严格遵守相关的规定。

(二)《商品说明条例》

一些涉及消费者权益和规管商户经营手法的法例,也适用于规管广播媒体的广告。如《2012年商品说明(不良营商手法)(修订)条例》(以下简称《修订条例》)在2013年7月19日实施之后,将香港法例第362章《商品说明条例》涵盖的范畴,扩大至把五种新订的不良营商手法列为刑事罪行,包括饵诱式广告宣传(第13G条)(即任何人作出广告宣传时表示,可按某指明价格供应某产品,但顾及该商户经营业务的市场和宣传品的性质后,是没有合理理由相信其能在合理期间内,按广告价格供应合理数量的该产品)、误导性遗漏(第13E条)、具威吓性的营业行为(第13F条)、先诱后转销售行为(第13H条)、不当地接受付款(第13I条)。这五种新订的不良营商手法的罪行与第7A条即服务作出虚假商品说明的最高罚则一样,任何商户一经循公诉程序定罪,最高可判处罚款50万元及监禁5年或一经循简易程序定罪,最高可判罚款10万元及监禁2年。由《修订条例》实施起至2014年3月底,海关表示接获约3200宗投诉,主要是涉及怀疑虚假商品说明或误导性遗漏的罪行,当中约四分之三涉及货品,另约四分之一涉及服务。而香港商务及经济发展局局长苏锦梁在2014年书面回复立法会时表示:在2013年7月19日至2013年12月31日期间,香港海关对6宗个案提出检控,当中3宗涉及就货品或服务作虚假商品说明,其余3宗则涉及误导性遗漏。至于在这期间所接获的涉及饵诱式广告宣传的投诉,香港海关有85宗、通讯局的执行部门——通讯事务管理局办公室有1宗、消费者委员会则有46宗。

(三)《公众卫生及市政条例》

香港法例第132章《公众卫生及市政条例》第61条则规定:任何人发布或参予发布有关食物或药物标签的宣传品,而该宣传品对食物或药物作出虚假说明或相当可能对食物或药物的性质、物质或质量方面作出误导,即属犯罪。

(四)《不良广告(医药)条例》

某些与医药事宜有关的广告亦受香港法例所规管,如香港法例第231章《不良广告(医药)条例》第3条禁止发布或安排发布有关某些疾病的广告(如良性或恶性瘤、性病、呼吸系统疾病、心脏或心血管系统疾病、神经系统疾病、血液或淋巴系统疾病、肌与骨骼系统疾病等)或附表2所指明的治疗目的(如矫正畸形或外科整容手术)的广告。根据该条例第4条,有关堕胎的广告也被禁止,除非该广告由香港卫生署署长发布或取得其书面授权。违反第3条和第4条的人士,可被刑事检控。至于此法例是否违宪,高等法院原讼法庭法官汤宝臣在香港特别行政区诉联合(集团)投资有限公司(HCMA86/2009)一案中指出,《不良广告(医药)条例》第3条虽然是限制了言论自由,不过这个限制是经法律规定,也是为保障公共卫生所必要的,这也符合人权法案条例第16条(三)(乙)的精神,并非违宪。

二、针对某些具体的产品或服务广告的禁止性法例规管

除此以外,还有其他香港法例规管某些产品或服务的广告,这些法例列明了被禁止发布的广告资料、或禁止作出虚假宣传、或禁止作出属虚假或具误导性陈述或详情的广告,又或是列明了在某些情况下发出某些广告的罪行,详情可参阅香港法例第571章《证券及期货条例》、香港法例第155章《银行业条例》、香港法例第511章《地产代理条例》、香港法例第493章《非本地高等及

专业教育(规管)条例》、香港法例第279章《教育条例》、香港法例第163章《放债人条例》、第371章《吸烟(公共卫生)条例》等。

三、对于专业团体对会员在媒体刊登广告也有规定

在香港,一些本地专业团体对会员在媒体刊登广告也有所规定,例如香港医务委员会在Dr. Kwok-Hay Kwong诉The Medical Council of Hong Kong(CACV373/2006)一案中上诉败诉后,香港医务委员会在2008年公布修订了《香港注册医生专业守则》,批准医生在报章、杂志、刊物及期刊上刊登其服务数据,而有关刊登数据内容必须跟医生名录所批准刊登的数据和诊所服务数据告示相符,不得采用值得商榷的用语,也不可协助机构做商业宣传,而所刊登的资料尺寸也不可超过300平方厘米范围。不过,前述的修订只适用于4种印刷媒体,并不包括广播媒体电视台和电台。

展望

综观上文,香港现时有多条条例及规例对广播传媒的广告作出规管,但仍有很多范畴尚待探讨。譬如,自2012年开始发生多宗严重医疗美容事故后,社会上一直有提出要求规管与医学美容程序相关的不负责任的广告及宣传手法。就订立特定的规管制度方面,香港食物及卫生局局长高永文在2015年2月时表示,较早时已有工作小组发出指引,规定高风险美容程序需由注册西医进行,又或由注册西医指示或监督付上,违反者须面对刑责;当局也就规管私营医疗机构作公众咨询,建议如医学中心或美容院提供高风险医疗程序,须申请另一牌照;完成咨询后会尽快草拟法例。至于会否就广告方面作规管,尚有待规管的议题进入草拟立法阶段才会知晓。●

执业心语 ●文 / 林东品

守护刑辩 追寻梦想



我是一名刑辩律师。

总是匆匆进出常人难以走进的深牢大狱,那里有高墙电网,也有当事人梦回萦绕的儿女情长;总是正襟危坐在国徽俯视下的法庭,那里有噤若寒蝉的被告人,也有公诉人的义正辞严;总是面临控辩犀利的交锋,那里有慷慨激昂的陈词,也有压抑时的愤懑和沉默。

像是黑暗中的光明使者,又像是白日中的夜行人。

是,又不完全是。

作为一名刑辩律师,我的主要工作就是行使法律赋予刑辩律师的“辩护权”。这是刑事辩护制度里最基础、最核心的诉讼权利,也就是从事实、证据、法律、量刑等诸方面,针对控诉进行申辩、反驳、反证的权利。

我的存在,使被追诉者充分行使了辩护权,使控辩平等对抗成为可能。

我不同意你的观点,但我誓死捍卫你说话的权利。

辩护权就是“说话的权利”。

我的工作就是为你“说话的权利”而“说话”。

为什么需要辩护人“说话”

公元 2400 年前,希腊智者苏格拉底慷慨饮下毒汁,并留下理由:我是被国家判决有罪的,如果我逃走了,法律得不到遵守,就会失去它应有的效力和权威。当法律失去权威,正义也就不复存在。

苏格拉底用生命对法律作出的诠释,与 2000 多年后的伯尔曼不谋而合:法律必须被信仰,否则便形同虚设。苏格拉底用生命张开了辩护之口,拉开了

人类为自身私权救济的大幕。

从此,一代代哲学家、政治家、辩者、名家、讼师、代理人、律师,走上了公堂法庭与公权力相对的那个座位,开始了他们深沉有力的演说,迈上这条星空与黑夜同在的荆棘之路。

在这夜空的繁星中,一些理念,是其中最璀璨的几颗。它们寥寥数语,却是刑辩制度的理论基石,是刑辩制度的存在价值,是为什么需要辩护人“说话”的缘由。

这些理念包括:

正义女神蒙着眼,但她明察秋毫。

正义不仅应得到实现,而且要以人们看得见的方式加以实现。

尊重人的尊严。

任何人在未经依法判决有罪之前,应视其无罪。

一次错误的判决,其恶果相当于十次犯罪。

……

法庭需要辩护人“说话”

法官应当用心,而不是用眼去观察事物。而法庭上的雄辩,给了法官用心去洞察事实真相的可能与机会。

程序正义要求,任何人不得作自己案件的法官,应当听取双方当事人的意见。刑事辩护制度的确立,使被追诉人能够在辩护律师的帮助下,针对控诉方的指控充分阐述自己的意见。

在法庭审判过程中,公诉人负有提出证据证明被告人有罪的责任,刑事辩护人对公诉机关的有罪证据进行质疑与对抗,帮助被告人提出无罪或罪轻的辩解。

所谓兼听则明,偏听则暗。



林东品:上海博和律师事务所律师

被追诉人也是有尊严的个体,其尊严应当得到尊重。即使在刑事诉讼中被追诉人也不能被当作客体予以对待,而是有尊严的主体。

所谓尊严之辩,尊严之护。

程序平等的一个基本要求就是可以互相交涉、辩论和说服,程序参与的各方都可以对程序的结果施加相当的影响。被告人的辩护权是体现其与司法机关享有平等地位的最重要的方面。

所谓不偏不倚,居中裁判。

刑事辩护直接关乎被告人或犯罪嫌疑人财产权、自由权甚至生命权。辩护人通过“说话”最大程度地保护被告人或犯罪嫌疑人的合法权益。

因此,法庭需要辩护人“说话”。

辩护人“说话”的背后

如果说发现事实与程序正义是刑事辩护的外在价值,那么关于尊严、无罪推定、平等、人权,即是刑事辩护独立于诉讼结果的内在价值。

这些坚韧的理论基石,构筑了刑事辩护制度,使其从诞生到成熟,闪耀着

动人的思想光芒。

而这也是所有刑事辩护人越挫越勇的内心支柱,是他们无怨无悔的精神源泉。

我只是个平凡的刑辩律师。但在我守护着这些理念,从事着刑辩工作时,我感觉我离真理只有一步之遥。它们永远具有一种缓释而厚重之力,将我从泥沼中拔出,坚定我继续蹒跚而行。我告诫自己在参与历史。我不仅对这些理念存在信仰,而且对其有愈来愈重的责任感。

这些都是你们,看不到的刑辩律师的背后。

所以,与之伴随着的所有的困难、困惑、困扰我都可以和你们非常平静地讲述。

刑事辩护与强大的司法公权力有着天然的对抗属性,法律风险无处不在。

刑事诉讼存在多个诉讼程序,程序转换和程序之辩需要刑辩律师全力应对。

案件事实查明要求极高,目的、动机、时间、空间、工具、手段、行为过程、危害后果等犯罪构成基本要素均需一一查明。

刑事证据的证明和采信异于民事证据,最不具有稳定性的言词证据的甄别、比对成为重中之重。

行为性质认定和法律适用规范严格,罪与非罪,此罪与彼罪,罪重与罪轻,考验着刑辩律师的专业功底。

当事人法律和心理的双重求助,要求刑辩律师具备法律之师、心理之师的能力。

刑辩律师不具备智慧的大脑和强大的心脏不能承受刑辩之重!

“老三难”挥之未去,“新三难”悄然而至。

“老三难”由来已久。“会见难”、

“阅卷难”、“调查取证难”并未随着修订后的《刑事诉讼法》的实施得到根本的改观。限制会见扩展到非“三类案件”,监视居住成为限制会见的惯用手段;阅卷有时变成“躲猫猫”;调查取证更是因为《刑法》第306条而高悬,权利在大多数情况下仅成为一种宣示。

“新三难”其实不新。刑事审判是构筑社会公平正义的最后一道防线,担负着查明案件事实、准确定罪量刑的重要职能,该职能的实现,必然要求法庭的中立和居中裁判,必然要求庭审活动中发问、举证质证和辩论能充分地展开。但是,在实践中,我们经常会碰到辩题被设定,发言被打断,辩论限时间,程序被滥用。

温和、理性、依法辩论被压制,遂有“死磕”律师横空出世!

辩护人“说话”应成为 刑辩律师追寻的梦想

以上是我和我的同行们所感知、所体验的刑辩律师执业中的一些困境。但我们没有抱怨,因为一切都在进步,一切都在变化。我们在各种平台上、在法庭内外,传递着变革的信息,传递着尊崇法律、尊重司法的能量。“博和刑事”公众微信号自开通以来,聚合了一批刑事法律领域的学者和律师,执着地传递着人道、文明、专业、法治和主流的价值。第五届博和法律论坛也以“司法改革与刑事辩护”为主题,探讨刑事辩护面临的“改革、机遇与使命”。

司法改革的大幕已经拉开,开弓没有回头箭,刑事司法变革也将缓慢前行,守护、呵护是法律人的责

任。

就像每个行业都有它守护的东西,刑事辩护不仅在守护着公民的权利与自由,更在守护着宝贵的一些常识。正如日本著名作家村上春树所言:“在一座高大结实的墙和鸡蛋之间,我永远站在鸡蛋一边。”在犯罪人和惩治犯罪的国家之间,犯罪人是永恒的弱者。我站在涉嫌犯罪的人一边,就是要为他们辩护,替他们说话,让无辜公民不受枉法追究,使犯了罪的公民受到法律的正当追究,因为隐藏其背后的是永远不可剥夺的弱者们的合法权益。

借用我的一位当事人的话:让无力者有力,让悲观者前行。

作为一名刑辩律师,离开法庭,我不愿意再用激昂的语调去高调宣示,我更愿意像这样,用平缓的语气和你讲述,我作为一名刑辩律师,为什么坚持到今天。如歌中所唱,人间一股英雄气,在驰骋纵横……虽然我成不了英雄,但依然守护刑辩,这就是我追寻的梦想。

因为,我是一名刑辩律师! ●



新锐手记 ●文/谢向英

而我知道

那应该是个炎炎烈日的夏天,在地铁8号线的终点站,市光路,4号口出来,往北走,大概1公里就到了。一个大铁门,墙上白匾黑字写着:杨浦看守所。基本上,从律所出发到这里,要转3次地铁,20多站,接近2个小时。我那时候一边苦逼地挤地铁,一边意淫地想,等哪一天我有点名气了,写写我办过的案子,书的开头应该是这样的:“我熟悉上海各个看守所的位置,8号线的终点站市光路是杨浦看守所,9号线的倒数第二站松江新城站是松江看守所,2号线的终点站广兰路出来后到浦东看守所,打车只要起步价……”

苦逼的日子没我想象的那么久,就像这个点子倒也没等我小有名气出本书才用。

作为一名刑法学的研究生,第一次实习就在一家以刑事为主的律所,受几位师兄“照顾”和“熏陶”,毕业后也就上了“贼船”。当时那个时候,刑事律师

似乎不是最佳的选择,即使是刑法学的研究生,上面的师兄师姐,毕业后选择做这一行的,每届可能也就1、2个。大家想的都一样,有危险、收入少,不商业、不国际,知名的大所都没有刑事部。现在司法环境有所改观了,但这种想法其实还是隐约存在的。

但实际如此吗?是也不是。我倒庆幸自己沾了选择窄路的光,做得上手,玩得开心,也逐渐找到了自己专业的尊严。因此,在此我也愿意分享一下我知道的刑事律师的那些事情。

专业的好处

在今天这个分工如此精细的年代,每个律师都会谈论专业的重要性。一定要有自己的方向,万金油式的律师在这个时代会被淘汰的。诚然,专业化一定是大势所趋。当然,我们说的专业化,并不是指刚出道的律师,马上就只做某个领域业务,这个不现实也不可能。做律师的初期实际上是很苦的,首先要解决

的是生存问题。但是在解决生存问题的同时,也不要忘了专业化的道路,等你弄明白自己的擅长了,有能力的,那么就开始你的专业化之路。专业化带来的好处是很多的。以我为例,专注于做刑事诉讼,



谢向英:上海博和律师事务所律师

让我能够迅速地了解刑事案件每个阶段的流程,让我随时洞悉相关领域新出台的法律,让我时刻注意类似案件的审判结果。专业的好处就是单纯、简单,最终达到专注、自信,这种满足感和自信心是左顾右盼的律师无法获得的。

刑事的乐趣

跟所有的诉讼业务一样,每一个刑事案件都是不一样的,这背后都隐藏着它所应有的故事。而刑事律师,需要做的就是深挖这个故事的法律与事实上的问题,在规范与事实上不停穿梭,寻找最有利于被告人的辩点,这就是它的乐趣。但是刑事律师最大的乐趣可能还是在于辩护有效后,当事人及其家属的那种感激之情,那种重获自由,甚至生命的激动,是无法用言语描述的。我至今仍然记得某个盗窃案件,在我们的努力下,30天之后因为未被批捕,被告当晚就被放出来了,其本人打电话来时的那种语无伦次的激动之情;某个二审案件,经历了近1年的努力,被告终获无罪,当事人那种从一开始的不信任到后



面任何鸡毛蒜皮的法律问题都想听听你意见的成就感。刑事案件确实难,律师所提出的诉求获得支持的也少,但是正因如此,这种不断努力之后获得成功,带来的乐趣是无穷的。

历史的证明

当然,刑事律师的苦衷也有一大堆,如上所讲的,风险大,办案过程要谨记存在的风险与陷阱;收入少,与一般非诉、涉外业务相比,律师费少得可怜,还不允许风险代理;更为苦逼的是不被理解,老百姓扣上的“为坏人说话”的帽子。在我看来,这些其实都是刑事律师办案中的小石子。刑事律师最大的苦衷,是有一些案子,明明有道理,却因为这样那样的原因无可奈何,束手无策。这是一个很宏大的话题,在此不展开。但是我经常想时间会证明一切的,历史会证明你当时的辩护是否准确,是否到位,如果你将所有辩护的观点都讲了,即使结果无法随你意,那么从辩护律师的角度而言,也只能无憾了。如果站在历史的高度,那么有时候就容易释怀了。

刑事的未来

我一直认为,相比美国等西方国家,中国的刑事辩护可能只是在股票的1000点,而人家可能已经到5000点了。刑事辩护未来的路还很长,还很宽。我们的刑事诉讼在调查取证,庭审质证、发问,申请证人出庭等程序上还有很多需要完善的,而在实体上,刑事法律从不缺席,如面对日新月异的网络时代,刑事的介入使之不再是“法外之地”。刑事非诉业务也在磨砺中不断发展,内部调查、风险预判等业务也在不断地被开发。在人们慢慢地意识到生命、自由应该比财产更重要的时候,我想刑事律师的作用应该也会不断被人们所知悉并且接受。

这就是我,一个做了几年,又不是很老练的刑事律师知道的事。●

案例精析 ●文/郭波 彭梅芊

商业银行在销售理财产品时的“适当推介义务”和“风险揭示义务”

案情简介

胡先生于2011年3月9日签署了一份《资产管理合同》,认购A银行代理销售的B基金公司发行的C基金产品,认购款100万元人民币。在交付认购款时,胡先生在该基金产品交易凭条上签字确认,在签名下方有记载“本人充分知晓投资开放式基金的风险,自愿办理银行代理的基金业务,自担投资风险”,并在该交易凭条背面的《风险提示函》下方签字。同时,胡先生签署的《资产管理合同》也未提示有本金亏损的风险。

胡先生在购买C基金产品时,A银行没有对其进行风险评估。但胡先生在2011年3月4日购买其他基金产品时,A银行对其进行了风险评估,其评估结果为:根据胡先生的风险承受能力评级为稳健型投资者。同时,A银行将“稳健型投资者”定义为:“风险承受能力较低。在任何投资中,稳定是首要考虑的因素。一般希望在保证本金安全的基础上能有一些增值收入,追求较低的风险,对投资回报的要求不高。比较适合投资存款、国债等保本型理财产品。”

2013年3月,胡先生到期赎回C基金产品时本金共计亏损18万元。胡先生遂以A银行为被告、B基金公司为第三人提起诉讼,要求判令A银行赔偿其亏损18万余元及投资期间的利息。

一审法院认为,胡先生在购买C基金产品时已签署《风险提示函》,A银行作为代销机构,已尽到了合理的风险告知义务。胡先生签署的《资产管理合同》明确记载了投资范围和风险揭示等内容,胡先生签署合同即应视为其已对合同文本的内容进行阅读并知晓。胡先生作为一个成年人,且具有多次投资理财产品的经验,应当能够了解C基金产品的风险程度,由此产生的投资损失应自行承担。一审判决驳回其全部诉请。

胡先生不服一审判决,提起上诉。

上海一中院二审认为,根据《商业银行个人理财业务管理暂行办法》及《商业银行个人理财业务风险管理指引》等相关规定,A银行向其客户胡先生推介投资产品,双方构成金融服务法律关系。而银行在金融服务法律关系中,应根据“将合适的产品销售给合适的投资者”的原则,负有依照客户的风险承受能力及财务状况等推介合适产品的义务。胡先生虽签字确认知晓相关风险,但不能据此免除银行在缔约前的评估和适当推介义务。胡先生属稳健型投资者,风险承受能力较差,但银行将风险相对较高的C基金产品销售给了胡先生,故对胡先生的损失负有主要过错。

争议法律焦点

(一)A银行代销基金公司的基金产



品与投资者是何种法律关系?

(二) A 银行在此种法律关系的框架内应承担何种责任? 有无侵权过错?

(三) 如果 A 银行有过错, 应承担何种民事责任?

律师评析

第一, A 银行代销基金公司的基金产品与投资者是何种法律关系?

在本案中, A 银行作为 C 基金产品的代销方, 接受基金公司的委托, 以自己的营业场所、服务设施代销基金公司的基金产品, 其本质是一种委托代理关系。也就是说, 在代销 C 基金产品时, A 银行与 B 基金公司构成代销法律关系。那么, 本案胡先生与 A 银行又是何种法律关系呢?

首先, 胡先生作为投资者向 A 银行购买 C 基金产品, 双方不存在委托代理关系, 也就不可能构成代销法律关系; 其次, 根据中国银监会《商业银行个人理财业务管理暂行办法》第八条第一、三款规定: 理财顾问服务, 是指商业银行向客户提供的财务分析与规划、投资建议、个人投资产品推介等专业化服务。在理财顾问的服务活动中, 客户根据商业银

行提供的理财顾问服务管理和运用资金, 并承担由此产生的收益和风险。在本案中, A 银行向胡先生推介、销售基金产品, 由胡先生承担投资收益和风险, 双方应构成金融服务法律关系。

第二, A 银行在金融服务法律关系的框架内应承担何种责任? 有无侵权过错?

根据中国银监会《商业银行个人理财业务风险管理指引》第二十二规定: 商业银行向客户提供财务规划、投资顾问、推介投资产品服务, 应首先调查了解客户的财务状况、投资经验、投资目的, 以及对相关风险的认知和承受能力, 评估客户是否适合购买所推介的产品, 并将有关评估意见告知客户, 双方签字。

第二十三条规定: 对于市场风险较大的投资产品, 特别是与衍生交易相关的投资产品, 商业银行不应主动向无相关交易经验或经评估不适宜购买该产品的客户推介或销售该产品。客户主动要求了解或购买有关产品时, 商业银行应向客户当面说明有关产品的投资风险和风险管理的基本知识, 并以书面形式确认是客户主动要求了解和购买产品。

第二十四条规定: 客户评估报告认为某一客户不适宜购买某一产品或计划, 但客户仍然要求购买的, 商业银行应制定专门的文件, 列明商业银行的意见、客户的意愿和其他的必要说明事项, 双方签字认可。

另外, 《商业银行个人理财业务管理暂行办法》第三十七条还规定: 商业银行利用理财顾问服务向客户推介投资产品时, 应了解客户的风险偏好、风险认知能力和承受能力, 评估客户的财务状况, 提供合适的投资产品由客户自主选

择, 并向客户解释相关投资工具的运作市场及方式, 揭示相关风险。

依据上述规定, 在金融服务法律关系框架内, 商业银行进行理财顾问服务, 负有根据客户的风险承受能力及财务状况等推介合适产品的义务。具体来说, 商业银行在向投资者推介理财产品之前, 应对投资者的风险承受能力和财务状况进行评估, 并根据评估结果推介合适的理财产品, 并不得主动向投资者推介不适宜的理财产品。

本案中, 从 C 基金产品在到期赎回时本金亏损 18 万元的结果说明 C 基金产品属于非保本型、风险较高的理财产品。而依据胡先生此前在 A 银行所做的风险评估, 胡先生属于稳健型投资者, 是不适合投资有本金亏损风险的理财产品的。而 A 商业银行仍主动向胡先生推介该产品, 此为过错一。另外, 胡先生在购买 C 基金产品前, A 银行并没有对其进行风险评估, 此为过错二。而依据胡先生此前在 A 银行所做的风险评估, 胡先生属于稳健型投资者, 一般希望在保证本金安全的基础上能有一些增值收入, 比较适合投资保本型理财产品等, 但 A 银行仍然向胡先生推介 C 基金产品, 最终导致胡先生本金亏损 18 万元, 此为过错三。显然, A 银行没有尽到“依照客户的风险承受能力及财务状况等推介合适产品”的义务, 应负有过错责任。

那么, 是不是像本案胡先生这样的“稳健型投资者”就不能购买高风险理财产品呢? 答案是否定的。如果银行要向投资者销售与该投资者的风险承受能力和财务状况不相适宜的理财产品, 需要让投资者签署相应的“免责声明”, 并列明银行的意见, 比如“根据贵行为本人进行的风险评估结果显示, 本人不适宜购买本产品。但本人已充分了解并清楚知晓本产品的风险, 并愿意承担相关风险。现特别声明: 此次投资的决定和实施

是本人自愿选择,其投资风险由本人承担”等类似内容的声明。如果本案中的A银行按中国银监会的规定让胡先生签署了“免责声明”,胡先生恐怕就很难胜诉了。

另外,中国银监会《商业银行个人理财业务风险管理指引》第三十条规定:商业银行提供个人理财顾问服务业务时,要向客户进行风险提示。风险提示应设计客户确认栏和签字栏。客户确认栏应载明以下语句,并要求客户抄录后签名:“本人已经阅读上述风险提示,充分了解并清楚知晓本产品的风险,愿意承担相关风险”。

第五十一条还规定:对于非保本浮动收益理财计划,风险提示的内容应至少包括以下语句:“本理财计划是高风险投资产品,您的本金可能会因市场变动而蒙受重大损失,您应充分认识投资风险,谨慎投资”。

依据上述规定,在金融服务法律关系范围内,商业银行负有充分、清晰、准确地向客户进行风险提示的义务,且风险提示的形式和内容也须符合中国银监

会规定的要求。虽然在本案中,胡先生在《风险提示函》上签字确认知晓相关风险,但该《风险提示函》的内容只是对开放性基金的一般性的风险提示,A银行既没有向胡先生提示C基金产品存在本金亏损的风险,风险提示的形式和内容也不符合中国银监会的规定。可见,A银行没有履行其合理的风险告知义务。

第三,如果A银行有过错,应承担何种民事责任?

如上文所述,A银行向胡先生不适当当地推介理财产品,以及未向胡先生进行合理的风险提示,具有侵权过错责任。理应按照《侵权责任法》第十五条的规定承担损害赔偿责任。但《侵权责任法》第二十六条也同时规定:被侵权人对损害的发生也有过错的,可以减轻侵权人的责任。本案中,胡先生作为一个成年人,且具有一定的投资经验,理应对自身的风险承受能力和财务状况有相应的认识,但胡先生未能进行合理的投资,对损害的发生也有相应的过错,应相应减轻A银行的责任。据此,二审法院对胡先生的利息损失不予支持。

结论

商业银行在向投资者推介、销售理财产品时,双方构成了金融服务法律关系。商业银行应履行该法律关系框架下的相应法律义务,比如依照客户的风险承受能力及财务状况等推介合适产品的义务以及履行风险告知的义务等。如商业银行未尽到其法律义务,将有可能承担相应的侵权过错责任。

在金融服务法律关系中,商业银行作为开展理财业务的专业机构,与投资者之间在投资专业性和信息量上存在极大的不对等。投资者不具有了解理财产品潜在风险的能力,也无法判断理财产品是否适合自己,往往依赖商业银行的推介和风险提示来购买理财产品。因此,有必要对商业银行等金融机构课以相应的义务,要求商业银行“将合适的产品销售给合适的投资者”以及“向投资者揭示投资风险”,以防止其为了追求利益,向投资者销售不合适的理财产品,损害投资者的利益。●

(作者单位:上海众华律师事务所)

信息

上海市司法局在全市律师队伍中 部署开展全面依法治国教育工作

为了贯彻落实司法部《关于在全国律师队伍中开展全面依法治国教育的意见》和吴爱英部长的讲话精神,上海市司法局高度重视、加强研究,于近日制定出台了《关于在全市律师队伍中开展全面依法治国教育的实施意见》,并于7月20日召开会议进行动员和部署。《关于在全市律师队伍中开展全面依法治国教育的实施意见》明

确本次教育要紧扣“五项内容”,抓住“三个阶段”,把握“四个环节”,促进广大律师在深入学习相关内容的基础上,联系实际查找问题,制定并落实整改措施,通过加强制度建设巩固教育成果,做到全员参与、全面覆盖,切实增强广大律师拥护党的领导和社会主义法治的自觉性和坚定性。

人事 律师实务



●文/宋杰

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

P2P 网贷平台 如何避免非法集资的 法律风险?



宋杰:北京市隆安律师事务所
上海分所律师

发端于英美国家的 P2P 网贷,被移植到中国后,获得了爆发时的增长,交易规模远超美国,中国民间借贷长期被压抑的状态终于找到了“宣泄”的方式。尽管政府对 P2P 网贷正式的监管制度和法律一直没有出台,但是由于 P2P 网贷通过互联网这一技术革新,从一定程度上解决了那些难于从银行及时获得贷款的中小企业和个人的融资需求,目前我国政府对 P2P 网贷这一新生事物给予容忍和观望的态度。只要没有对投资人造成严重的损失而触犯刑律,目前多数 P2P 网贷都可以以创新金融平台的名义正常运营。

事实上,按照我国现行法律,所有 P2P 平台都具有非法集资的性质,在未来政府出台政策让 P2P 真正合法化之前,P2P 网贷平台的经营者都必须提心吊胆,谨慎行事,一旦因接二连三的借款人的违约风险导致投资人提现困难,则网贷平台势必进入金融监管者甚至是经济犯罪侦查部门的视野。面对监管部门的调查和质问,网贷平台还能否有充分的理由说明发生的仅是经营风险,不存在非法集资的犯罪行为?

尽管政府对 P2P 网贷行业尚无正式的法律和制度出台,但从监管层此前在一些场合所表达的态度中,还是能够捕捉到监管层对 P2P 网贷平台逐步容忍的程度以及收缩调整后的非法集资的界限。2014 年 4 月 21 日,在银监会处置非法集资部际联席会议召开的新闻发布会上,联席会议官员总结网贷有三种情况涉及非法集资:一是理财——资金池模式;二是不合格借款人导致的非法集资风险;三是庞氏骗局模式,即平台发假标自融,借新还旧。银监会官员的发言说明,目前监管层已经收缩了非法集资的认定标准,P2P 网贷平台触及上述三种情况的将被按照非法集资来追究法律责任,除此之外,一般不认为是非法集资。

非法集资不是《刑法》上的具体罪名,非法集资行

为对应着《刑法》中集资诈骗罪和非法吸收公众存款罪两个罪名。本文中,笔者将顺着监管者的态度,并结合现行法律、司法解释,对上述三种非法集资情形下 P2P 平台经营者面临的合规风险进行具体的法律分析,并为广大 P2P 网贷平台厘出具体明确的安全线,让网贷平台始终保持远离非法集资犯罪的边界。

一、理财——资金池模式下的非法集资风险

按照银监会官员的解释,理财——资金池模式是指一些 P2P 网络借贷平台通过将借款需求设计成理财产品出售给投资人,或先归集资金、再寻找借款对象等方式,使投资人资金进入平台账户,产生资金池。

监管层之所以禁止 P2P 网贷平台采用资金池模式,是因为在资金池的模式下,投资人的资金具体投向不透明,无法实现投资人资金与借款人及借款标的的一一对应关系,投资人无从认清投资所面临的风险,只能依靠 P2P 平台提供隐性担保。在这种情况下,P2P 平台不再仅仅是信息中介,实际上变成了信用中介,成为了直接吸收公众存款的机构。这显然符合 1998 年 7 月国务院第 247 号令颁布的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》中对“非法吸收公众存款”的定义,即“未经中国人民银行批准,向社会不特定对象吸收资金,出具凭证,承诺在一定期限内还本付息的活动”,构成了《刑法》第 176 条所规定的非法吸收公众存款罪。

搞资金池模式的 P2P 平台通常是以理财产品的形式来向投资人吸收资金,但实际上理财产品不等于资金池。是不是会触及资金池监管的红线,关键是看平台是否实现了投资人与借款人和借款标的的一一对应关系,让投资人明确资金的具体投向。只要能确保投资人在放款之前,能够确切知道自己的资金用于哪个或哪些具体

的投资项目,并对项目借款人的姓名或单位名称、身份证号、职业、贷款金额、贷款用途、剩余期限等主要信息有所了解,那么就符合监管要求,不构成资金池。

二、不合格借款人导致的非法集资风险

监管层认为第二种可构成非法集资的情形是指:“一些 P2P 网络借贷平台经营者没有尽到借款人身份真实性的核查义务,未能及时发现甚至默许借款人在平台上以多个虚假借款人的名义发布大量虚假借款信息,向不特定多数人募集资金,用于投资房地产、股票、债券、期货等,有的直接将非法募集的资金高利贷出赚取利差。”

在这种情况下,借款人以虚假借款人的名义借款,直接构成欺诈,其非法性更为明显,当同时具有非法占有的目的时,就构成了《刑法》第 192 条规定的集资诈骗罪。P2P 平台是否构成犯罪不能一概而论,要结合 P2P 网贷平台经营者的主观心理状态和平台参与放贷的方式等因素具体分析。

(一)在投资人与借款人直接建立借款关系的情况下,P2P 平台对虚假借款信息的发布予以默许或放任的态度,则 P2P 平台的经营者有可能构成集资诈骗罪的共犯

最高法院、最高检察院和公安部 2014 年联合下发的《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》第四条规定;“为他人向社会公众非法吸收资金提供帮助,从中收取代理费、好处费、返点费、佣金、提成等费用,构成非法集资共同犯罪的,应当依法追究刑事责任”。典型 P2P 网贷模式中,平台的盈利来源于撮合

借款成功后从中收取的手续费,一般为借款金额的一定百分比,这完全符合上述《意见》的规定。

(二)在投资人与借款人直接建立借款关系的情况下,P2P 平台仅仅因为审查不严而未发现借款人发布的借款信息为虚假信息,则 P2P 平台的经营者既不构成集资诈骗罪(共犯),也不构成非法吸收公众存款罪

因为审查不严在主观方面仅属于过失,欠缺犯意联络,所以无法与借款人一起构成集资诈骗的共同犯罪。在投资人与借款人直接建立借款关系的情况下,P2P 平台只是提供信息中介,并不收取或持有借款人的资金,所以也不符合非法吸收公众存款罪的构成要件。

为了能充分证明平台自身并不存在对虚假借款信息的放任和默许,而只是审查不严,P2P 平台需按照严格制定的风控流程,并对每一笔借款的审查工作都做好充分的审查记录。

(三)在平台实际控制人放贷给借款人,然后将债权分割转让给投资人,即债权转让的模式下,P2P 平台的经营者因审查不严而未发现借款人提供的借款信息为虚假信息,则可能构成非法吸收公众存款罪

债权转让模式解决了借款人与投资人对接的效率问题,选择平台经营者(通常是实际控制人)作为放贷人也能够从法律上保证了利息条款的合法性,可以说债权转让模式在 P2P 领域是个值得肯定的创举。但是从合规风险的角度上讲,债权转让模式将借款人行为的社会公众性转移给了平台经营者,借款人不再面对社会公众,而只是向平台经营者借款,反而本来只是信息中介身份的平台经营者,在将债权分割转让给投资人时,不得不代替借款人成为面向社会公众的集资人,这让 P2P

平台经营者面临着比投资人和借款人直接建立借款关系情形下更高的法律风险。一旦提供虚假借款信息的借款人未能如期还款,且 P2P 平台自身也无力代为偿还时,则 P2P 网贷平台的经营者极有可能被以非法吸收公众存款罪而追究刑事责任。

P2P 网贷平台原本只是借款人和投资人之间的信息中介,因为不以自身身份面向社会筹资,所以其行为并不符合最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2010〕18号)第一条所描述的“非法吸收公众存款”。但在债权转让模式下,P2P 平台经营者向社会公众转让分割的债权时,便具备了“向社会公众即社会不



特定对象吸收资金”的条件,离非法吸收公众存款的法律禁区更近了一步。

三、借新还旧的非法集资风险

监管层对这种情况的描述是:“个别 P2P 网络借贷平台经营者,发布虚假的高利借款标募集资金,并采用在前期借新贷还旧贷的庞氏骗局模式,短期内募集大量资金后用于自己的生产经营,有的经营者甚至卷款潜逃。”

庞氏骗局在我国又可称为“拆东墙补西墙”、“空手套白狼”,就是利用新投资人的钱来向老投资者支付利息和短期回报,以制造赚钱的假象进而骗取更多的投资。这种行为显然已经具有严重的社会危害性,理应受到刑事处罚。根据平台经营者是否具有“以非法占有为目的”的主观意图,可分别按照集资诈骗罪或非法吸收公众存款罪追究其刑事责任。

四、P2P 网贷平台合规经营的安全指南

对监管层表态的非法集资的三种情形进行法律梳理过后,P2P 网贷平台在现行法律和政策环境下合规经营的安全线已经明了,简单可以概括为以下 6 项:

- 1、坚守信息中介属性,不要企图成为类银行的金融机构;
- 2、借款项目与投资要一一匹配;
- 3、平台自身不应接触资金流转,谨慎采用债权转让模式;
- 4、交易公开透明,投融资记录、资金流水及风控审查记录完备;
- 5、坚持小额借款,分散匹配;
- 6、严格风控审查,若违约率控制不好,则非法集资的风险必然增加。

在上述 6 项要求中,严格风控和坚守中介属性最为重要。P2P 网贷平台的经营者只要能够坚守信息中介身份,并通过建立合理风控流程且不断积累风控经验,将借款人的违约率降到最低,那也就掌握了在中国合规经营 P2P、远离非法集资的关键。●

●文/陈洁 魏敏华 郭筱雯

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

浅议贪污案件 国有资产的发还



《中华人民共和国刑法》第 64 条规定:犯罪分子违法所得的一切财物,应当予以追缴或者责令退赔;对被害人的合法财产,应当及时返还;违禁品和供犯罪所用的本人财物,应当予以没收。没收的财物和罚金,一律上缴国库,不得挪用和自行处理。换言之,犯罪分子违法所得中的被害人合法财产部分,应该及时发还给被害人。但是实践中被害人的合法财产发还所涉情况十分复杂,尤其是贪污案件被害人为国有资产主管单位时就更为特殊。笔者去年受本市 M 区国资委的委托,办理了一起因贪污案而申请国有资产发还的案件,笔者在代理此案的过程中,遭遇到一系列的困惑和问题,以致申请发还的过程漫长而曲折,此案办理过程中遇到的一些问题引人深思、值得探讨,感觉有必要撰写此文,以期取得社会各界的重视和共鸣。

案情简介:被告人杨 XX 于 2000 年至 2002 年期间,利用担任 A 公司董事长兼总经理的职务便利,在 A 公司的改制过程中(由 A 公司所在地的 M 区房管局下属的国有企业改制为自然人投资的有限公司),将该公司获得的动迁补偿款 140 万元以及一套商铺、9 套住房予以隐匿,并将上述商铺以及补偿款转为由其本人持有股份的改制后的 A 公司所有,9 套住房由其本人控制。后 2010 年事发,M 区人民检察院对杨 XX 等 4 人进行立案侦查,并查封了隐匿的商铺和 9 套房屋,冻结了 100

多万元的账户存款,后该区检察院因被告人的涉案金额过大将案件移送至市检一分院,市检一分院以被告人杨 XX 涉嫌贪污罪向市一中院提起公诉。2012 年市一中院作出判决,判定被告人犯贪污罪,涉案金额经相关评估单位采取追索性估价为人民币 1069 万元,判处无期徒刑,剥夺政治权利终身并处没收财产,违法所得予以追缴。后被告人提起上诉,市高院于同年作出维持原判的刑事裁定书。

2014 年,M 区国资委辗转得知法院于 2012 年已对被告依法作出了刑事判决,认为根据判决书认定的事实和《刑法》第 64 条的规定,涉案的贪污所得应属 M 区的国有资产,法院应将杨 XX 的贪污所得返还给 M 区国资委。但当 M 区国资委向一中院提交申请,要求法院将涉案财产发还给 M 区国资委时,却被告知查封的房屋和商铺已经进入了拍卖程序,且已经二次流拍,现已进入第三次拍卖公告阶段,拍卖底价已是评估价值的近六成,远远低于房屋的市场价值(此时房屋的市价已超过人民币 2000 多万元),为此 M 区国资委向一中院发出了一份紧急吁请书,要求停止拍卖,将实物发还给国资委,却被口头告知法院已收取了竞拍人的保证金,拍卖程序已不能中止,只能将拍卖所得价款返还给国资委。最终时隔近一年后,M 区国资委仅取得了判决书所认定的犯罪金额,而犯罪赃物在过去十几年当中的增值额在法院的拍卖过程中被损耗殆尽。



陈洁：上海儒君律师事务所
律师



魏敏华：上海儒君律师事务所
律师



郭筱雯：上海儒君律师事务所
实习律师

一、关于国有资产管理人能否以被害人的身份申请法院返还被贪污的国有资产

A 公司的前身为 M 区房管局下属的国有企业，A 公司在改制过程中经评估确认的国有资产由 M 区国资委收回，杨 XX 等人在改制过程中隐匿的资产应属 M 区国有资产无异，但在上述一中院的判决书主文中并未明确 M 区国资委的受害人身份，更未明确应将贪污所得发还给 M 区国资委。作为特殊的主体，M 区国资委能否在本案中以受害人的身份申请发还被贪污的国有资产？当 M 区国资委提交发还申请书后与一中院的承办法官联系时，承办法官一开始给予的答复是尚需讨论。对于贪污案件中是否将 M 区国资委认定为“被害人”，以及犯罪分子的贪污所得是作为被害人的合法财产进行发还或是认定其作为违法所得直接没收上缴国库，有一定的争议。实践中，绝大部分贪污案件追回的违法所得都由法院上缴国库。笔者认为，在国有资产分级管理及财政资产和国有经营性资产分类管理的背景下，对贪污案件被害人财产的发还和违法所得的追缴还是应作出区分处理，只要是贪污了国有资产的，应该将贪污所得发还给国有资产管理单位，而不应全部上缴国库。因为：一是在《刑法》第 64 条的规定中并没有对被害人的身份加以限制；二是相关部门有具体的规定。《人民检察院诉讼涉案财物管理规定》第 27 条规定：对于贪污、挪用公款等侵犯国有资产犯罪案件中查封、扣押、冻结的涉案财物，除人民法院判决上缴国库的以外，应当归还原单位或者原单位的权利义务单位；三是《刑法》保障每个受犯罪侵害者的权益，只要符合被害人的本质要求，都应当对其予以保护，而不因其是国有资产管理者的特殊身份，就认定该财产反正是国有资产，直接上缴国库。

二、关于司法机关侦办过程中对贪污案件违法所得的被害人是否存在告知义务

涉及国有资产的贪污案件大多时隔数年后才案发，这就造成了很多国有资产管理人对案件进度不了解，甚至都不知晓案发。如上述案件中，M 区国资委时

隔很长一段时间后才知晓被告人涉嫌贪污罪并被定罪判刑，导致其主张发还违法所得滞后，影响了其权利行使的有效性和及时性。笔者认为，司法机关在承办贪污案件的过程中应主动告知涉案违法所得可能涉及的被害人。根据《人民检察院刑事诉讼涉案财物管理规定》，人民检察院在查封、扣押、冻结、保管、处理涉案财物，应当按照有关规定做好信息查询和公开工作，并为当事人和其他诉讼参加人行使权力提供保障和便利。善意第三人等案外人与涉案财物处理存在利害关系的，人民检察院办案部门应当告知其相关诉讼权利，检察院在办案过程中负有向涉案财物有利益关系的当事人告知其相关权利的义务。同样，在审判过程中，法院也应该负有相同的义务。《刑法》是惩罚犯罪从而保障权益受侵犯的被害人，法院的刑事审判不仅仅是定罪量刑，在涉及到违法所得、赃款赃物的情况下，法院应对财物的情况进行认定，并告知被害人享有的相关诉讼权利，以保障其合法权益。

三、关于贪污案件执行程序启动后各单位之间的协调配合问题

贪污案件判决生效后，对涉案财物的性质明确后，就牵涉到将涉案财物发还给被害人的程序。但由于涉案财物可能是不同的司法机关进行查封、扣押、冻结的，故在发还被害人合法财产的执行过程中做法较为混乱。如上述贪污案件共有 4 名被告，其中杨 XX 在 A 公司担任总经理，在改制后的 A 公司持大股，犯罪金额巨大，由一中院审判，而另三名被告由 M 区法院审判，所涉财物分别由两家法院分别保管和处理，M 区法院早在 2012 年已将查扣的违法所得上缴国库。故笔者认为，刑事案件的财物发还主体是公、检、法组成的联合小组，其应互相协调有序执行到位。

首先是法院内部各部门的协调配合，尤其是审判庭与执行庭的协调，审判庭就刑事案件所涉财物的权

利状态和处理方式通知执行庭，否则执行庭仅凭一纸判决书不能有效执行到位。

其次是司法机关之间的配合，包括法院与检察院之间的配合，也包括上下级法院、上下级检察院之间的配合。比如下级检察院在办案过程中发现涉案金额过大，情节严重等，将案件移交上一级人民检察院。在一般情况下，下级检察院会将涉案财物随案移送，但有部分特殊类别的财物不随案移送，这就很有可能导致刑事判决后，上一级人民检察院根据同级法院的判决书及时将涉案财物发还，而下一级人民检察院在未收到任何通知的情况下未能将之前未随案移送的财物及时发还。笔者认为，检察院在审查起诉过程中，应将查封、扣押、冻结的涉案财物的清单随起诉书一起交给法院，清单应标明所有查封、扣押、冻结的财物的状态和相关的办案部门，如此，法院在作出刑事判决书时，根据检察院提供的清单，有明确被害人的合法财产应通知各相关办案部门统一进行发还，避免执行混乱、不统一的情况。

四、关于执行涉案财物的处理方式是否应征询受害人的意见

我国《刑法》第64条规定，对被害人的合法财产，应当及时返还。笔者认为该条款包含了两层意思：一是既然明确是“返还”，就应当尽可能返还原物，只有在原物无法返还的情况下，才予以折价返还；二是应确保返还的及时性。在选择对涉案财物是被害人合法财产的处理方式时，笔者认为应当遵循最大限度地保护被害人的财产价值和遵循被害人意愿的原则。若查封、扣押、冻结的财物中有易毁损、灭失、变质等不宜长期保存的物品，易贬值的汽车等物品，法院或者相关司法机关可以做出先行变卖的决定，最大限度地保障查封、扣押、冻结的财物的价值，从而保障被害人的合法权益。而一般情况下，司法机关应将追缴的被害人的财物返还原物。而上述案件中，市一中院2012年判决后，将涉案财物由刑事审判庭移交执行庭进行执行，在未征询受害单位意见的情况下，就对被告犯罪所得的9套房屋和商铺进行拍卖是错误的，违背了《刑法》第64条的立法原意，也损害了M区国资委的合法权益。因为就当时的房地产市场而言，房价处于上涨趋势，且上述相关房屋和商铺作为经营性房地产是有很高的商业价值，而经过一拍、二拍直至三拍的拍卖处理方式，使得被害人的国有财产遭受了巨额的贬值和损失。

五、关于受害人对涉案财物提出执行异议的，法院是否应作出书面答复

根据《最高人民法院关于财产刑执行问题的若干

规定》和《民事诉讼法》的文件精神，执行财产刑时，人民法院对当事人、利害关系人对执行事宜书面提出异议的应进行审查，理由成立的，应当裁定撤销或更正；理由不成立的，裁定驳回。法院在对上述案件涉案财物执行过程中，M区国资委针对拍卖程序的合法性、正当性及合理性提出书面异议，要求立即停止拍卖程序，发还原物，而一中院对此只是口头答复予以驳回。对此，笔者认为法院对执行异议应该先进行审查，然后作出理由成立或不成立的书面裁定，以确保执行程序的合法性。如上述案件中，一中院收到M区国资委的异议后，一旦须作出书面的驳回裁定，必然会慎重对待，会对拍卖程序的合法性、合理性进行更审慎的考量，就不会造成国有资产的严重贬损。

六、应统一贪污案件刑事判决文书涉及国有资产返还的表述

上述一中院的刑事判决书主文内容，仅简单表述为“违法所得予以追缴”，未明确认定M区国资委为受害人，未明确应予以返还受害人的财产。但是类似的徐汇区法院判决的刘XX某贪污案的判决主文为：贪污所得发还被害单位。浦东新区法院判决的周XX和姚XX的贪污案的判决主文为：查扣在案的违法所得分别予以发还或者没收。以上说明不同法院，甚至同一法院不同法官对适用《刑法》第64条针对贪污案件违法所得判决处理的表述是不统一的，说明法院在处理类似问题上的随意性，造成了上文所述的种种问题。故各法院在适用《刑法》第64条撰写贪污案件刑事判决书时，应该统一判决内容，规范判决用语，明确认定被害人，明确将被害人的财产予以发还。

七、应加强检察院对刑事案件涉及财产执行的监督机制

对刑事诉讼实行法律监督是检察院监督的重要内容。但是现今检察院在刑事诉讼中的监督都侧重于刑事犯罪判决部分，对于有涉案财产的执行程序监督缺少抓手和有效的监督机制。故各级检察院应加强刑事案件中涉案财产执行程序的合法性监督，使相关程序和机制能够更加趋于规范，维护法律的权威。

“法律”的意图是维护秩序，追求正义，而笔者的研究意图使涉及国有资产主管单位作为被害人的案件，在适用《刑法》第64条关于违法所得的相关执行和后续处理时更趋向统一和规范，从而能够最大程度地实现法律对于被害人合法权益的保护。●

●文/王湘阳

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

知识产权 高额赔偿时代或来临

王湘阳：上海华勤基信律师事务所
律师

根据 2014 年年底颁布的“国务院办公厅关于转发知识产权局等单位深入实施国家知识产权战略行动计划（2014—2020 年）的通知”（国办发〔2014〕64 号），知识产权的创造、运用、保护和管理在未来几年中将获得国家的长足支持。

此次通知并非有名无实。就在 2015 年 4 月 24 日，广州市中级人民法院作出一审判决，美国 New Balance 公司在中国的关联公司——新百伦贸易(中国)有限公司因使用他人已注册商标“新百伦”，构成对他人商标专用权的侵犯，需赔偿对方 9800 万元。这是继唯冠和苹果“IPAD”商标和解案以来，知识产权诉讼案出现的又一高额判决。当然，这并不是最终判决，美国 New Balance 有可能提起上诉（现在还未得知）。

不过这次 9800 万元的赔偿额不涉及惩罚性赔偿，而是计算企业所得利润后得出的赔偿数额，就在 2008 年，也曾经有企业向其他商标侵权者提出 9000 多万元的赔偿请求，不过当时广州中院根据被告的企业账簿，只支持了 50 多万元的赔偿，尚不够支付起诉费。这次的大幅增长，也是由于被诉者本身就是知名企业（New Balance，1906 年由 William J. Riley 先生在美国马拉松之城波士顿成立，现已成为众多成功企业家和政治领袖爱用的品牌，在美国及许多国家被誉为“总统慢跑鞋”、“慢跑鞋之王”），其每年从中国获得的企业收益较高。

广州、深圳、珠海、佛山等地作为“一带一路”的海上丝绸之路的组成部分，在二十世纪八十年代以来一向充当改革开放的急先锋，现在广州中院的这一判决，再联系到自 2014 年以来，中国《专利法》的修改拟引入“惩罚性赔偿”，这也预示着知识产权高额赔偿时代即将来临。

一、已有的高额赔偿领域和金额

就目前来看，知识产权执行得最好的，同时也最为中国商家所了解的，是商标领域。根据工商总局的统计，

截至 2014 年 6 月底，我国商标累计申请量达 1425.7 万件，累计注册量达 907.5 万件，已连续 12 年位居世界第一。2014 年，我国年度商标申请量 188.15 万件，约占世界年度申请量的 41%。而且，经历“特斯拉”商标之争，“IPAD”商标之争，“3Q 大战”，“滴滴打车”更名等战役后，民众对商标和品牌的重要性有了进一步的认识。而且新的《商标法》和《商标法实施细则》已经在 2014 年正式实行，其中涉及到所谓的“惩罚性赔偿”和“举证责任倒置”，详细可见下文。

著作权案件近期也呈现出快速增长的特点。据统计，2014 年新收著作权民事一审案件 59493 件，同比上升 15.86%。据了解，网络环境下未经许可传播作品而引发的纠纷仍然占主体地位。譬如最近在 A 股市场大热的乐视和暴风影音版权纠纷，金额预估有千万元之巨。

大多数专利侵权案，其赔偿数额大多为 10 万元上下。国内很少有为大众所知的专利诉讼，国人比较津津乐道的，仍然是苹果和三星在美国等地的专利大战。但是实践中确实有涉及巨额商业利益的专利诉讼，可见 2014 年内蒙古福瑞医疗科技股份有限公司诉深圳一体医疗公司案件，虽在法院的主持下调解结案，但调解协议中，被告仍然需要支付 2600 万元的巨额款项。

二、各方呼吁和利弊分析

在 2015 年 4 月的“世界知识产权日”前后，由中国专利保护协会、中华商标协会、中国版权协会联合北京美兰德信息公司开展的“2014 年度知识产权保护社会满意度调查”日前发布。调查结果显示，社会各界对知识产权保护的主要诉求是“知识产权侵权现象严重、侵权赔偿不足”。

在 20 世纪，我国经济基础还比较薄弱的时候，知识产权的改革其实是国外强加的压力，但是随着科技技术的发展和互联网热潮的兴起，以及经济转型的需要，有

很多的知识创新型企业对这方面的保护就更加迫切了。这类知识创新型企业的前期花费了较高的成本与精力去创新,但是在产品上市以后,很容易被其他伪劣产品仿冒,而且该伪劣产品效能基本一致,做工粗糙,价格较低,很容易就占领大批市场份额,对创新企业造成较大打击,而后期的维权成本高、效率低、周期长,得到的赔偿额低。这种环境并不利于实施十八大所提出的建立“创新型国家”。

但是,在中国“山寨”现象是非常普遍的。在有了一个新颖的产品以后,其他类似的产品顿时风起云涌,在一定程度上也激活了市场经济。如果一个地区的商品经济并不是很发达,很多小企业正处在艰难求生存的状态,这种时候,严苛地实施知识产权惩罚性并不利于当地经济的发展。譬如,如果在中西部地区实施和北、上、广一样的知识产权政策,其结果可想而知。这大概也是首先在北、上、广地区成立知识产权法院的原因。

但是,如果整体的社会背景是竞争激烈,需要进行创新型的社会转型,则需要考虑强有力的知识产权保护手段了。我遇到的很多上海企业人员都曾经抱怨,实用新型专利因其滥用,在专利诉讼中的地位逐渐下降,一般要配合专利权评价报告来使用,而质量比较高的发明专利,则审查周期比较长,需要3至5年才能颁发证书(如果获得授权)。即使获得授权,每年也需要支出年费开支。即使不考虑到时间和费用,后期的维权效益和成本也很成问题。如果聘请专业律师对其进行诉讼,律师费加上调查取证、差旅费等开支,企业所耗损的成本可能高于其所可能获得的赔偿,更何况有一部分案件由于取证难度的问题,是很难得到法庭支持的。企业尚且如此,一些个人权利人的维权处境就更加困难了。

在这种社会背景下,鉴于“惩罚性赔偿”已经进入国家的《著作权法》第三次修改的送审稿和《专利法》第四次修订稿,惩罚性赔偿乃大势所趋,在正式法律出台以前,可能在北、上、广等知识产权经济比较发达的地区先行推广试点。

三、“惩罚性赔偿”和“举证责任倒置”逐渐引入

由于商标在我国的知识产权中属于走在前列的范畴,2013年对《商标法》及其实施条例作了修订(自2014年正式实行),其中涉及到的商标赔偿条款为第六十三条,不仅将法定赔偿的最高额度提高到300万元,而且正式引入了惩罚性赔偿,即“对恶意侵犯商标专用权,情节严重的,可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支”,以及对由侵权人

掌握的账簿和资料实行了举证责任倒置。正是在这样的法律支持下,商标诉讼的高额赔偿频频出现。

根据《著作权法》第三次修改的送审稿,与现行的法律相比,法定赔偿最高限额增加到100万元,而且对“两次以上”的侵权行为做了惩罚性赔偿的规定,也同样对侵权行为的账簿、资料做了举证责任倒置的规定。

在2015年4月的《专利法》第四次修订稿中,在第六十一条和第六十五条中也增加了类似的表述,而且惩罚性赔偿的适用由人民法院依照自由裁量权确定,“对于故意侵犯专利权的行为,人民法院可以根据侵权行为的情节、规模、损害后果等因素,将根据前两款所确定的赔偿数额提高至二到三倍。”

在这些规定中,惩罚性赔偿固然吸引眼球,但是举证责任倒置也是有利的武器,因为它极大地便利了提起侵权诉讼的原告,因为在修订以前的诉讼中,被告一般掌握着侵权证据和资料,而且拒绝在诉讼中提供,因此法庭在搜集不到具体证据的情形下,只能按照法定赔偿限额酌定金额了。通过举证责任倒置,被告为避免赔付原告所述的巨额款项,倾向于乐意提供相关的账簿和资料了,法庭也能够根据侵权产品的利润作出相应的判决。

上述的已修订法律或者修订中的法律在很大程度上参考了英美法系的规定,例如,《美国法典》第35卷(35 U.S.C)第二百八十四条即规定:“当告诉人胜诉,法院应判予告诉人足以补偿该侵权之损害赔偿,但在任何情况下不少于因侵权人使用该发明之合理授权费、以及法院作定之利息及固定成本。当陪审团未认定损害赔偿时,法院应估定之。在任一情形下,法院得将增加损害赔偿至所认定或估定额的三倍。依本段之增加损害赔偿不适用于依第154(d)条之临时权利。法院得接受专家证词作为辅助以判定损害赔偿或怎样之授权费在目前情况下会是合理的。”在这种情形下,专利赔偿数额动辄上千万美元,甚至几亿、几十亿美元,进而也有力地震慑了专利侵权行为,维护了创造者的权益。另外,英国的《专利法》规定:专利的所有者可向法院进行民事诉讼(在不损害法院的任何其他裁判权的条件下),在这些诉讼中可提出下列要求:(a)要求给被告禁令限制其令人担心会造成侵害的行为;(b)命令其交出或毁掉使专利权受到侵害的专利产品,或作为该产品不可分割的一部分的物品;(c)要求赔偿这种损害造成的损失;(d)要求交出其从侵害中获得的利益的账目;(e)要求宣布该专利有效并受到了其侵害。此外,对同一侵害案,法院不应对于专利权人既准予赔偿损失,又命令侵权者给其提供获利的账目。

四、当知识产权高额赔偿制度建立完善以后

我们前面结合英美法系做了横向比较,再看看他们的实行结果。没错,知识产权的重要性已经深入人心,各大企业巨头将大量资金注入其中,整个社会的创新氛围热烈。可以说,知识产权制度的完善促进了美国传奇之地——硅谷的兴起,进而提升了国家的整体科技竞争力,直至现在,美国仍然是世界上科技最发达的国家,在互联网浪潮中比其他国家进步何其多。

但是,英美法系的惩罚性赔偿制度,也导致了一些“专利流氓”的兴起,即所谓的专利运营公司,这些专利运营公司在其他公司被兼并或破产之机,以低价收购大量专利,其平时也并不从事相关产品的业务活动,只是大量搜索是否有其他公司使用其名下的专利,并向这些公司收取高额许可费,以此获得大量收益。不过换一个层面想,当知识产权发展到比较先进的阶段,人们能够切实地将其作为有效产权来投资和运营了。

虽然有这样的不利层面,但从总体上来看,实现专利乃至知识产权的高额赔偿是利大于弊的。此时的我们,如同站在八月十八日的钱塘江边,看着预想中的势头愈变愈大,却不知何时其到达眼前,但无论如何,这也只是时间的问题。

因此,在未来的一段时间,拥有较多专利的公司在中国的地位会得到加强,假设面临新三板或 IPO 上市的压力,其资产中的知识产权估值也会得到加强。就像 2012 年谷歌在 facebook 上市前夕,对 facebook 提出了 10 项专利侵权的诉讼,为了避免影响上市,两者最后达成了和解。

国内申请专利最多的企业:中兴和华为在新《专利法》颁布以后会有更大的发展空间,这毫无疑问,而没有知识产权护驾的小微型企业,其面临的压力就更大了。同时,专注于知识产权服务的各类平台也接连兴起,有专注于垂直电商类的平台,也有专注于服务资讯类的平台,届时可否分一杯羹,则看明朝了。●

●文/李新立

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

《民事诉讼法》 2015 年新司法解释中 关于涉外民事诉讼程序 规定之简析



2015 年施行的《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》(以下简称 2015《解释》)第二十二章“涉外民事诉讼程序的特别规定”,相比较 1992 年施行的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称 1992《意见》)第十八章“涉外民事诉讼程序的特别规定”,发现新增 16 条,修改 8 条,不变或基本不变的 6 条,删除 3 条,可以说是全面修订。笔者在这里对修订的主要条款作一简析。

一、增加了涉外民事案件的类型

2015《解释》第 522 条是对 1992《意见》第 304 条的修改,对涉外民事案件的类型重新作了定义。

其中第 522 条第(二)款是新增加的情形,也是对第 522 条第(一)款的补充,即不仅考虑到国籍或者注册地的因素,还考虑到“经常居所地”的因素。这一更改是考虑到全球化趋势下人员及组织的流动,比如一些中国籍公民到国外常住。这一思路与《民事诉讼法》第 21 条有关“住所地”和“经常居住地”的区分相似,2015《解释》将其扩展至域外。此外,增加了第 522 条第(五)款“可以认定为涉外民事案件的其他情形”,为继续扩



李新立:北京大成(上海)律师事务所律师

展涉外民事案件的范围留出了空间。

二、认可当事方协议选择外国法院管辖

2015《解释》第 531 条是对 1992《意见》第 305 条的修改。本条第一款为增加内容。内容与《民事诉讼法》第 34 条类似,不同之处在于第 34 条中的“人民法院”改为这里的“外国法院”。这意味着我国法院认可当事人协议选择外国法院审理的案件,如有此约定,当一方当事人再向我国法院起诉时,法院将不予受理。

三、对域内外当事人的上诉期重新做了规定

2015《解释》第 538 条是对 1992《意见》第 311 条的修改。本条规定内容

比修改前更全面,不限于当事人为“双方”,可以是“多方”;不限于一方域内另一方域外,可以多方在域内或者多方在域外。域内当事人对于判决的上诉期为15天,对于裁定的上诉期为10天;域外当事人对于判决或裁定的上诉期均为30天。

四、对仲裁裁决执行中被执行人的抗辩及证据保全做了新的规定

(一) 2015《解释》第541条删除了中止执行的内容

2015《解释》第541条是对1992《意见》第315条的修改,删除了“中止执行”的内容,看似对被执行人的不利,其实是减少了被执行人提供担保的负担。因为法院在审查被执行人的抗辩时自然会中止执行,根据审查的结果决定执行或者不执行。既然如此,再让被执行人提供担保似乎多此一举,目前的修改更符合实情。

(二) 2015《解释》第542条增加了证据保全的内容

2015《解释》第542条是对1992《意见》第317条的修改,增加了证据保全的规定,该保全有别于财产保全,法院可以视情况决定是否要当事人提供担保。

五、增加了外国当事人身份确认及授权的替代方式

2015《解释》第523条至第526条是有关外国当事人身份确认以及授权手续办理的规定,均为新增条款,是本次修订的一大亮点。

(一) 第523条规定了外国当事人参加诉讼应当出具的身份证明。

首先,外国自然人直接提交护照等身份证件即可。注意,这里没有规定要对身份证件进行公证认证。但是在提交证件复印件时或之后,应当提交一次证件原件让法院核对。

其次,外国企业或者组织则需要对登记资料办理公证认证。

再次,代表外国企业或者组织的代表人参加诉讼,应当提交其有权作为代表人参加诉讼的证明,且该证明应当办理公证认证。

注意,这里的代表人有别于“代理人”,一般是指公司的董事长、董事、总经理等。所开具的证明类似于“法定代表人身份证明”。

最后,本条还对“所在国”作了扩展解释,容许当事人选择在方便的国家办理。

需要说明的是,尽管此前法律并未规定身份证明文件需要公证认证,但在实践中法院还是要求当事人提交的。本次修改是对这一做法作了确认。

(二) 第524条规定了外国当事人所在国与中国在

未建立外交关系的情况下,公证认证手续的办理。

(三) 第525和第526条规定了两种变通的确认委托书真实性的方式。依照《民事诉讼法》第264条之规定,委托书需要公证认证,手续繁琐且时间长。可以采取的变通方式为:

1、外国人或者外国企业或者组织的代表人可前往法院立案庭,在法官的见证下签署委托书。

笔者以为,这对于外国自然人确实带来了便捷(并不一定省钱),但对于外国企业或者组织,则意义不大,因为外国企业或者组织的身份证明本身需要公证认证,正好可以与委托书一起公证认证,单独省掉委托书的公证认证并不能带来便捷。

2、由中国的公证机构公证。这一措施对外国自然人是很方便的,如果外国人正好来中国,可以顺便完成委托书签署的公证,而不必等到起诉时专门到法院签署委托书。对于外国企业或者组织,则便利很小。当然,如果企业或者组织的身份证明和委托书已经公证认证,而后续案件进行中发现需要补充授权的,则应用这一方式很便捷。

六、规定了外文诉讼材料的翻译

2015《解释》第527条规定了外文材料的翻译。关于翻译,目前实践中各法院的做法不一。有的法院要求文件须在法院指定的翻译公司翻译,有的要求有资质的翻译公司即可,有的接受当事人自己做的翻译件,比如上海海事法院。本条并未对此做出详细规定,从字面来看应该只要有中文翻译即可,是自行翻译还是专业机构翻译在所不问,但法院要求翻译公司翻译似乎也不违反规定,还是给各法院留出了解释空间。本条还对翻译的异议规定了处理的方式。

七、新增法院不方便管辖的规定

2015《解释》第532条对法院不方便管辖做了规定。依照该条规定,必须六个条件同时满足方可,可见适用该规定是很严格的。值得注意的是第(四)、(五)项的规定,意味着争议方没有中国当事人,事实及法律与中国也没有实际的关联。既然如此,这样的案件在中国法院起诉都没有依据,而能够被法院受理的则一般不符合第(四)、(五)项规定的情形,也不具备被法院驳回的条件。因此,笔者预测该条规定在实践中应用的机会极少。

八、新增向外国当事人送达法律文书的变通规定

2015《解释》第534至537条是有关向外国当事人

送达法律文书的规定,其中第534条与1992《意见》第307条基本一致,其他为新增条款。

(一)第535条增加了送达方式的变通规定

随着经济全球化的发展,企业或者组织在域外,其负责人在域内工作或者生活,这种外国人来中国工作或者生活的情形会越来越多,如果固守向住所地送达的方式,非常不合时宜。这一规定正是适应了这一发展。

问题是,如果受送达人比较配合,能够签收自然好。如果不配合,文件被退回,仍需向其住所地送达才具有法律效力。

(二)第536条对邮寄送达做了补充规定

本条是对《民事诉讼法》第267条第(六)项内容的补充,对送达日期的认定方式予以明确,与向域内当事人送达文书的规定是一致的。

按照笔者的经验,实践中有的法院对邮寄送达非常谨慎。如果当事人没有应诉,也没有寄回送达回证,仅签收了邮件,那么这是否属于有效的送达?笔者在上海海事法院代理一起国内公司起诉美国公司的案件,就遇到了这一情况。美国公司无人应诉,但邮寄文件有人签收。但法院仍坚持要依据《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》送达,理由是《民事诉讼法》规定:“受送达人所在国的法律允许邮寄送达的,可以邮寄送达。”所以,原告需要首先证明“美国法律允许邮寄送达”。我和法官说:这个好办,提供美国《联邦诉讼法》关于邮寄送达的法条行不行?法官说:不行。这个问题看似简单,其实是很复杂的,你不能仅从网上打印法条给我,需要美国律师出具意见。沟通了一番后,没办法,还是依《公约》送达,逐级报到上海市高级人民法院、最高人民法院,再转司法部,最后转给美国对应的部门,前后花了几个月。笔者以为,在这个问题上法院应该大胆些。如果文件寄给国内的当事人,当事人签收了算不算送达,算。那么对外国当事人一样,只要有人签收就说明送达地址没有问题。如果法院不放心,可以再送一次,如果还有人签收,即便无人应诉,也可以认定送达有效,缺席审理。最高人民法院应当出台这样的解释,否则下级法院不敢这样操作,大大拖延了案件的审理。

(三)第537条关于直接公告送达的规定

按照本条规定,二审时不需要先通过邮寄、外交送达等方式送达文书,而直接公告,节省了时间。

九、明确了涉外民事案件的再审审限

第539条的规定意味着涉外民事案件的再审审查没有期限限制,加上涉外民事案件的一审、二审均没有审限限制,等于涉外民事案件所有审理阶段都没有审限限制。

十、较全面地规定了我国法院对外国法院判决、裁定或仲裁裁决的处理原则

2015《解释》第543至548条规定了我国法院承认和执行外国法院判决、裁定或仲裁裁决的处理原则,除第544条是对1992《意见》第318条的修改外,其他均为新增条款,是本次修订的另一大亮点。

(一)第543条规定了申请人民法院承认和执行外国法院的判决、裁定所应提交的文件,即申请书、法院裁判文书和中文译本。

(二)第544条明确了我国法院对外国法院判决或裁定的处理原则。对外国法院的判决或裁定,没有条约依据或者没有互惠关系的,驳回申请,不予承认和执行。换言之,只有与中国签订了承认和执行法院判决的双方或者多边国际条约,或者建立了互惠关系,才可以在我国得到承认和执行。唯一例外的,就是无论哪国法院的离婚判决,在我国法院一般均能得到承认和执行。据我国司法部网站2009年公布的信息,截至2009年6月,我国与30个国家签订的《民事司法协助条约》和《民事和刑事司法协助条约》已经生效,其中包括一些与中国贸易往来频繁的国家,如法国、俄罗斯、西班牙、意大利、韩国、越南等。笔者逐一查看了司法部网站公布的20件中外“司法协助条约”,发现除新加坡和泰国两国外,承认和执行法院的民事裁决均为协助内容之一。这就意味着,这些缔约国的法院民事判决当事人可依据条约申请我国法院予以承认和执行;相应地,我国的法院判决当事人也可以向这些缔约国法院申请予以承认和执行。

(三)第545条是关于中国法院承认和执行域外的临时仲裁裁决规定。本条规定意味着我国法院承认和执行域外的临时仲裁裁决。《民事诉讼法》第283条仅限于机构仲裁裁决,本条解释将承认的裁决范围扩展,与国际接轨。由于我国的《仲裁法》未对临时仲裁做出规定,中国目前尚不存在有法律效力的临时仲裁。但既然法院承认域外的临时仲裁裁决,则将来也能承认中国的临时仲裁裁决。

(四)第546条规定了先承认再执行的原则。外国法院的判决、裁定或者外国仲裁裁决,都是先申请承认,承认后再执行。

(五)第547条规定了申请承认和执行的期间。依照本条规定,申请承认和执行的期间为2年,承认后再申请执行的期间也是2年。

(六)第548条规定了承认和执行外国法院的判决、裁定或者外国仲裁裁决的程序。本条对承认和执行外国法院的判决、裁定或者外国仲裁裁决的程序作出了原则性的规定:一是合议庭审查;二是听取被申请人的意见;三是裁定一经送达即生效,没有上诉程序。●

人文万象



随笔 ●文 / 方正宇

又见上海德比

2015年8月19日的上海虹口体育场,为中国球迷奉献了一场超高水准的申城德比战。无论莫雷诺的倒挂金钩,还是武磊的凌空抽射,进球个个精彩;申花和上港比分交替上升到3比3的跌宕过程,则令现场观众看得痛快过瘾;至于两队最终依靠点球大战分出胜负的结果,也让当晚的比赛被认为没有任何输家。赛后无数球迷惊呼,这也许是亚洲范围内最精彩的一场同城德比。

其实在时间进入新世纪之前,“德比”这个充满竞争意味的舶来词,对于中国球迷来说还显得有点陌生。比如在上世纪九十年代中期,当时在上海的几支球队之间也曾进行过比赛,但相互之间还是保持着“友谊第一”的礼让态度。比如在某届邀请赛上,曾规定申花在面对豫园时先让1球,而面对浦东时则直接让2球。可见当时在同城球队之间,尚未出现真正的竞争姿态。

但随着豫园和浦东这两支甲B球

队进行了合并,并在2001年以“上海中远”的名义冲上甲A,上海乃至中国足坛终于迎来了真正的德比战。尤其在2002年的甲A赛季之前,两队之间出现了一系列戏剧性的变化:前一年还成功执教中远升级的徐根宝,接下来重返申花出任主帅;至于原本在申花占据核心位置的申思和祁宏,却改换门庭转投中远门下。种种变化导致两支上海球队之间的德比战变得极具噱头,甚至中国足协都为此修改了赛程,专门将两队的德比战提前移到赛季的第一轮举行。结果在这场比赛中,出现了申思反戈一击、索萨罚丢点球以及马丁内斯被红牌罚下等经典场面,就此为申城德比战打上了精彩火爆的标签。

从某种意义上说,正是由于感受到了来自同城对手的竞争压力,所以上海两支球队在接下来的几年里同时加大了投入。尤其在2003年的“末代甲A”中,申花与改名后的国际长期在积分榜上并驾齐驱。与出色战绩相对应的是,

当时的上海球市也达到了新高峰,各种体育类报纸的销量、每场赛事转播的收视率纷纷随之暴涨。

然而就在繁华表象之下,过度激烈的竞争也带来了严重的副作用,那就是在中国足球当时的险恶环境下,两队都在不同程度上被卷入到了假球、黑哨的漩涡之中。事隔多年之后我们才知道,那一年在申花4比1大胜国际的德比战中,前者向“金哨”陆俊和足协官员行贿70万元。而在该赛季的最后一轮联赛中,国际在有望夺冠的情况下却意外失利,真相则是申思、祁宏等球员收取了其他方面的800万元,从而在比赛中故意放水。

曾被视为上海足球辉煌顶点的2003年,在真相大白之后却成为了上海球迷心目中最痛苦的回忆。昔日被当作城市英雄来膜拜的一些球员,如今却只能在监狱中沦为阶下囚。固然这算是罪有应得的结果,但作为曾经为德比战疯狂呐喊的普通球迷,我们难免会对此感

到唏嘘。甚至有人认为,正是由于德比战的过度竞争,导致俱乐部乃至球员都失去了应有的克制,从而出现了两败俱伤的后果。

但我倒觉得,没必要将所有的罪过都推给德比战本身。德比战最大的特点,就是比赛在同城球队之间进行,也就是双方必须在有限的空间内相互争夺资源,从而导致竞争要比其他的比赛更为激烈。可激烈竞争本身绝非坏事,比如可口可乐与百事可乐争斗了数十年,所以才能造就两家同样成功的商业帝国;又比如在智能手机市场上,苹果和安卓两大阵营对于市场份额都有着极度的渴望,结果就是刺激双方竞相开发出更多更好的功能,进而推动整个产业的巨大进步。同样的道理,无论 2003 年还是 2015 年,正是由于上海同时存在两支高水平的球队,所以才会刺激两家俱乐部分别加大投入,将德比战的竞争水平推升到了全新的高度。

真正需要警惕的并非是竞争,而是在竞争过程中面临诱惑时对于规则的逾越。当年的德比战中,申花就曾过度追求胜利而迈出错误的一步,最终受到了被剥夺冠军的严厉处罚。多年之后,当申花与上港成为新一轮德比战的舞台上的主角时,双方都应当牢记当年的种种教训,必须在被外界爆炒的德比氛围中保持一份冷静。比如在今年 5 月举行的首场德比战中,出现了申花球员被出示三张红牌的场面,这种头脑过热的表现,冲淡了德比战原本应有的精彩。几个月后,当双方在足协杯中再度相遇时,这次终于将全部注意力都聚焦于绿茵场内,结果就联手缔造出一场会被无数球迷铭记多年的经典战役。

以上两场形成鲜明反差的德比战,希望能让两家俱乐部、双方球员以及各自拥趸都能获得足够正确的感悟。与此同时,其启示意义可能也不只是局限于体育的领域内——在更广泛也更激烈的各种竞争环境下,所有参与者同样必须克制逾越规则底线的诱惑。●

(作者单位:上海纽迈律师事务所)

乐 Life ●文/桂芳芳

像阿甘一样奔跑 像村上一样思考



《阿甘正传》里,阿甘奔跑的镜头让我久久难忘,简单却散发出动人的力量。有人说简单是种至高的智慧,执著是种无上的品质。的确,学习跑步 2 年,单调重复的坚持却有意想不到的收获。

一、跑步里看见烟火生活

和运动的缘分仅限于学生时代参加的校运会,尽管也曾拿奖但自己并非运动达人。2 年前因为久坐经常周身酸痛,所以考虑运动。是的,就连开始运动的理由都如此具有烟火气息。

为什么选择跑步?村上春树说,跑步不需要伴,只要有双合适的跑鞋,马马虎虎的道路,想跑的时候就可以尽情地跑。所以,我选择晨跑。最开始每天只能跑 2 公里,后来慢慢地能跑 5 公里、10 公里,一周保持 2、3 次的频率,纯粹是玩票性质。

手机安装了 NIKE+, 音乐开启就出了小区门。先会看到一群身着白色太极运动服的老头老太们在打太极;经过公交站,早起的上班族们已经在排队等候上班的公车;转弯,一个小帅哥每天都在这里训练他的 4 条金毛,有时女朋友也会陪同;再往东,跳广场舞的阿姨们已经跳得火热。这些,我都拍下来了,还有邻居家的菜园子、路边的花草草,以及蓝天白云、飞鸟虫蝶。在跑步里,我看见了烟火生活。绕一个大圈回来,做好拉伸运动我就会把美照分享到朋友圈。邻居说没想到我们小区这么美,朋友也很好奇我去哪儿找到了这么一块晨跑美地,

只有我心中窃喜。坚持数月后,发现跑步不仅能治愈腰酸背痛,还能锻炼发现美的火眼金睛。

不久,听闻上海国际马拉松开始报名了。尽管从没跑过长距离,但因为一直跑着,在朋友的撺掇下居然也斗胆报名了,安全起见我选择了半程。从组委会领到比赛装备的时候,我激动地发现居然还有一件运动背心,这算是我第一件专业的跑步装备了;还有一个计时器,像小蜜蜂一样的东西装有芯片,我小心翼翼装了很久后又纠结地把它拆下来了,怕没装好导致没有成绩;微信里大家在讨论马拉松领跑的兔子,我弱弱地问什么是兔子?人家都不屑于回答我。

成功跑马之后,开始关心和跑步相关的微信、组织以及活动,“跑步”也几乎和“80 后”一样成为我的个人标签了。

二、跑步中延续律政生涯

村上春树说,如果可以选择自己的墓志铭,它上面会写着:“作家也是跑者,至少到最后都没有走的。”他对跑步爱得如此深沉,因为跑步不仅能强健体魄,很多作品的完成与获奖跑步都功不可没。

他说很多长距离跑者的形貌全世界似乎都一样,都是一面在想着什么一面跑的样子,虽然或许什么也没想,不过看上去却像一直在思考着什么。深有同感,见过很多跑友总是一副若有所思的样子,估计我自己也是一样。除了拍照,我在跑步中也思考。

晨跑时能做一天的计划，先盘算今天有哪些工作待完成，分轻重缓急之后回到办公室就能马上着手做最重要、最紧急的那一件。这样，工作效率就在无形中提高了。

晨跑时还能理清思路，很多腹稿都是在跑步时完成。工作之余喜欢写东西，利用跑步的时间我可以先构思，形成大纲，有空时就能动笔，省去了很多思考的时间。另外，跑步时往往还能有新的灵感，我会赶紧记下，日后可用。

跑步还能提高工作效率。在一次调查取证后，在朋友圈中总结了律师调查取证的三件宝：卖笑、示弱、还能跑。1、卖笑。一进去先和人套近乎，包括门卫大哥，博取好感。2、示弱。从来不可能一帆风顺的，要记得适时示弱，当事人如何被负心汉抛弃，又是家暴又有第三者，现在还转移财产，当事人可怜啊。律师也可怜，为了帮助当事人四处奔波。3、能跑。时间很关键，几个部门来回跑，得快，要是晚了几分钟就得明天再来，所以律师就得练习跑步。当然这是戏说，但跑步的功用的确隐约可见。

跑步是一种毫不功利的运动，纯粹是自我修行。有幸担任上海市女律师联谊会的干事，与联谊会的领导及理事共事的时间不长，但却能深深感受到前辈们为了女律师的福祉毫不计较地付出。作为晚辈只能默默学习，在跑步与奉献中修行。

三、跑步时体味人生之美

无论是烟火生活还是律政生涯，中间遇见的美都不可辜负。而跑步的简单重复，使单纯的美更能脱颖而出。

晨跑时能遇见春夏秋冬。

晨跑，跑过了各种气候。

有时小雨飘过。空气里都是湿润，让我乖戾的头发都轻柔起来。

有时太阳照过。跑后大汗淋漓，那种

酣畅淋漓只有自己体验过才知道。

有时乌云飘过。花红柳绿，鸟叫虫鸣，总会觉得少了点什么。原来，太阳缺席，看不到自由奔跑的影子，觉得格外寂寞。

看过红的花、绿的叶、黄的草，还有蓝的天。每次跑步，都是一场和她们的约会。

晨跑，跑过了春夏秋冬。

春晨，春城。沉醉在轻风里。迎风的柳，含苞的梅，怒放的花……难得的是花中还能发现勤劳的小蜜蜂和奔波的小蚂蚁，路上还有一只慢吞吞的小蜗牛。晨跑的路上，一点不寂寞。

夏季，六点多就有着大太阳。有人悠闲地在钓鱼，电线杆上有只孤芳自赏的麻雀，邻居的菜园里有被小心呵护的石榴和自生自灭的瘦空心菜，更有那迎风摇曳的狗尾巴草。自然，让人心醉。

秋天，还是一样的路。只是，时节变化，景色也随之变幻。路口那丛繁华早已凋谢，再也不见当初的一树繁华。不过邻居家的菜园却又惊艳了我的眼睛。空心菜郁郁葱葱铺满了一地，大大小小的秋茄挂在矮矮的树上，更有苗条的丝瓜爬上了高高的花架，个大饱满的枣子密密麻麻地就等着一场秋风把它们吹红。

到了冬日，就挑一个没雨的天，穿上摇粒绒，难得地露出长脖子，迎风跑进萧肃的上海冬天，打了一个冷战，却全身心都苏醒了。

每天我就早起半个小时，就在家附近的路上，无论春夏秋冬，来一场和美的邂逅。不去各地追马，只等待一年一度的上海马拉松。奔跑，毫无顾忌、坚持不懈地奔跑，会治愈伤痛，会带来希望。Keep running, never stop. ●

（作者单位：上海市华诚律师事务所）



业内资讯

7月16日,市律协参加了市高院组织的“对话司法改革”的座谈会,座谈会邀请了4名香港法律界人士、法官及律师参加。市律协会长俞卫锋、第九届会长盛雷鸣、理事黄荣楠参加了座谈,座谈主要围绕着内地正在进行的司法改革展开。

市律协参加上海市高级人民法院 “对话司法改革”座谈会

十届律协监事会举行工作会议

7月21日,第十届市律协监事会举行了第二次工作会议。会议了解了十届一次代表大会提案内容及答复情况,讨论了本届监事会的工作规划以及下半年的主要工作,并确定了本届监事会的常项性工作。在继续做好常项性工作的基础上,监事会近期将重点关注并监督34个业务研究委员会的换届组建工作。

上海市第九届女律师联谊会第二次理事会召开

7月29日,上海市第九届女律师联谊会第二次理事会召开,会议由邹甫文会长主持。本次会议就本届女律联组织架构及分工、任期内的工作规划及今年下半年工作计划及审议聘任干事等事宜进行了讨论,并最终达成共识。



8月4日,市律协十届对外宣传与联络委员会召开分组会议,讨论、部署具体工作。宣传委主任黄荣楠及各组委员共17人参加讨论。本次会议是继宣传委第一次全体会议对委员会工作职能划分后,对三个工作小组的工作进行了进一步的部署。会前,每位委员都认真准备了书面工作计划。

集思广益 三路出击 ——市律协十届宣传委召开分组会议部署具体工作



五点思路 四大抓手 四项主旨 ——市律协青工委着力研究青年律师队伍建设

8月5日,市律协第十届青年律师工作委员会举行了第二次主任会议。会议根据第一次主任会议的要求,每位副主任会前已书面提交了各自牵头负责的工作计划。会议就工作计划的构想、操作性及实效性进行了论证,并初步勾勒了下半年的整体工作计划。

上海市律师协会 2015 年 8 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	白树彩	124903	13101201511837180	北京盈科(上海)律师事务所
2	曹玉平	124829	13101201511564406	上海毅也岩律师事务所
3	曹智慧	124720	13101201511877416	上海陈震华律师事务所
4	晁 汐	124557	13101201511127019	上海新松律师事务所
5	成 垚	124633	13101201511406470	上海浦望律师事务所
6	陈俊娣	124831	13101201511552108	上海永盈律师事务所
7	陈 路	123417	13101201510473155	上海市锦天城律师事务所
8	陈绍玲	122710	13101201520558128	上海市协力律师事务所
9	杜 仪	124547	13101201511273237	北京长安(上海)律师事务所
10	方若弱	125053	13101201511921946	北京市金杜律师事务所上海分所
11	方 希	124922	13101201510483528	上海红三权律师事务所
12	范升强	124278	13101201510406472	上海建领域达律师事务所
13	费远敏	124682	13101201511456564	上海东方环发律师事务所
14	符惠静	126722	13101201511298945	北京大成(上海)律师事务所
15	高文迪	122403	13101201510167438	上海英恒律师事务所
16	顾村涵	124376	13101201511306334	上海君伦律师事务所
17	顾海健	124935	13101201510486279	上海市海达律师事务所
18	顾敏敏	124488	13101201510302520	上海闵曼君律师事务所
19	郭默涵	124775	13101201510351296	上海诺维律师事务所
20	古 群	124597	13101201511160453	上海申伦律师事务所
21	顾正骏	124555	13101201510697052	上海博拓律师事务所
22	韩海光	116331	13101201510297999	上海市毅石律师事务所
23	韩静瑞	124813	13101201511760066	上海尤里卡律师事务所
24	韩 晔	124820	13101201510503302	上海申惠律师事务所
25	郝 芳	124869	13101201511579729	上海乐言律师事务所
26	何 佳	124328	13101201511120973	上海加宁律师事务所
27	何 李	123159	13101201510802749	上海市嘉华律师事务所
28	黄 蓓	118793	13101201511315682	上海融力律师事务所
29	黄嘉欢	124554	13101201511645842	北京市环球律师事务所上海分所
30	黄 简	124785	13101201511999467	上海明伦律师事务所
31	黄书渊	124832	13101201510804194	北京市中伦(上海)律师事务所
32	黄先隆	124168	13101201510129276	上海安智杰律师事务所
33	黄晓玲	124187	13101201511474133	上海市汇业律师事务所
34	胡 威	122775	13101201510127797	君合律师事务所上海分所
35	胡昕雯	124809	13101201511666033	上海优一律师事务所
36	蒋天辰	124946	13101201510427466	上海宏仑宇君律师事务所
37	姜 旭	123901	1310120151112953	上海东方环发律师事务所
38	简珍珠	124138	13101201511726154	上海源盈律师事务所
39	焦海龙	121837	13101201520717224	上海四维乐马律师事务所
40	焦雅丽	124638	13101201511256323	上海容和律师事务所
41	季 慧	124475	13101201511528960	上海知谦律师事务所
42	金美霞	124684	13101201511105843	上海敏御律师事务所
43	金 鹏	124700	13101201510932876	上海浦京律师事务所
44	季勤勤	124943	13101201511407088	上海正源律师事务所
45	季沁依	124252	13101201511607651	上海思济律师事务所
46	季志和	124647	13101201510133277	广东敬海律师事务所上海分所
47	郎青青	124786	13101201511338003	上海鑫钧律师事务所
48	蓝宇曦	124732	13101201510709636	上海远业律师事务所
49	李洪涛	124656	13101201510782533	北京盈科(上海)律师事务所
50	李 健	124566	13101201510685925	上海瑾之润律师事务所
51	李晶晶	124285	13101201511746616	上海江三角律师事务所

序号	姓名	会员号	执业证号	所属律师事务所
52	李良宵	124550	13101201510425811	上海嘉钰律师事务所
53	李孟颖	124722	13101201511331972	上海市广发律师事务所
54	林建华	124712	13101201510541439	上海利歌律师事务所
55	林建良	124931	13101201510132671	上海同甘律师事务所
56	林利黛	123806	13101201551289369	上海欧申律师事务所
57	李强	124876	13101201510452745	上海尚域律师事务所
58	李田	124294	13101201510812058	上海市方达律师事务所
59	刘林生	125235	1310120151086934	北京市惠诚律师事务所上海分所
60	刘宇	124698	13101201510678024	北京君都(上海)律师事务所
61	李勋	124596	1310201510785952	上海明伦律师事务所
62	李艳娜	124263	13101201511927403	上海融力律师事务所
63	陆逸洲	124784	13101201510904980	上海恒衍达律师事务所
64	吕希菁	124425	13101201511832444	上海市锦天城律师事务所
65	马亮	124728	13101201510534955	上海市光大律师事务所
66	毛慧	116721	13101201511751621	上海司盟律师事务所
67	门继业	124549	13101201510426727	上海鼎善律师事务所
68	潘红琼	116942	13101201511648514	上海申亚律师事务所
69	浦月春	124939	13101201511611937	上海情维律师事务所
70	羌旭	124823	13101201511412115	北京市隆安律师事务所上海分所
71	邱轼	124581	13101201510980741	上海世暄律师事务所
72	桑林	114643	13101201510509541	上海市锦天城律师事务所
73	陕威	124346	13101201510936390	上海律才律师事务所
74	沈娟	123864	13101201511556889	君合律师事务所上海分所
75	沈晓璇	124747	13101201511146364	广东敬海律师事务所上海分所
76	侍卫东	124826	13101201510693934	上海骏丰律师事务所
77	宋玉华	124548	13101201511604785	上海国定律师事务所
78	孙哲	125033	13101201510359857	上海市朝华律师事务所
79	苏诗逸	124777	13101201511745015	上海市锦天城律师事务所
80	唐潮	124816	13101201510655543	上海恒建律师事务所
81	童喆凡	124792	13101201510502351	上海熊兆罡律师事务所
82	屯艳芬	124329	13101201511605471	上海卓沪律师事务所
83	王慧玲	124499	13101201511531178	上海市东海律师事务所
84	王鑑玉	123420	13101201511833879	北京市金杜律师事务所上海分所
85	王嘉熹	124585	13101201510603020	上海市锦天城律师事务所
86	汪靖	123977	13101201510825052	上海天闻世代律师事务所
87	王坤	124165	13101201510848389	上海徐伟奇律师事务所
88	王凌蓉	124833	13101201511793340	北京市中银(上海)律师事务所
89	王清扬	124788	13101201510939437	上海市申中律师事务所
90	王秋晨	124318	13101201511739656	北京大成(上海)律师事务所
91	王泉	124886	13101201510405124	上海普世律师事务所
92	王蕤稻	123671	1310120151840202	上海和基律师事务所
93	王珊	125004	13101201511750628	上海申渝律师事务所
94	王艳辉	124783	13101201511383064	上海恒衍达律师事务所
95	王莺	124573	13101201511606353	上海海汇律师事务所
96	万睿成	124521	13101201510450761	上海博乐律师事务所
97	翁云佳	124379	13101201511699827	上海市锦天城律师事务所
98	吴丹	124501	13101201511314367	上海市东海律师事务所
99	吴琼丽	124485	13101201511912708	上海市锦天城律师事务所
100	吴上扬	124408	13101201510149291	北京天达共和(上海)律师事务所
101	吴甜	124503	13101201511805548	上海市东海律师事务所
102	吴雪斐	124824	13101201511104721	上海夜晨律师事务所
103	吴贻龙	124319	13101201510379598	上海市锦天城律师事务所
104	吴莹	124713	13101201511642578	北京市京大律师事务所上海分所

序号	姓名	会员号	执业证号	所属律师事务所
105	吴胤征	124644	13101201510822219	上海新松律师事务所
106	吴中琴	124591	13101201511619534	北京安博(上海)律师事务所
107	夏冰星	124818	13101201510814205	上海一凡律师事务所
108	夏雪	123904	13101201511815262	北京市竞天公诚律师事务所上海分所
109	谢梦莹	124778	13101201511607736	上海市锦天城律师事务所
110	谢倩华	125110	13101201511821281	上海市大华律师事务所
111	谢思敏	124650	13101201511425624	北京市君泽君(上海)律师事务所
112	邢敏婕	124934	13101201511971691	上海宇钧律师事务所
113	徐安逸	124929	13101201511717224	上海卓冉律师事务所
114	许海建	124572	13101201511953938	北京市中银(上海)律师事务所
115	徐磊	124502	13101201510608848	上海市东海律师事务所
116	徐敏婕	124877	13101201511119677	上海步界律师事务所
117	徐珊琴	124075	13101201511921181	北京大成(上海)律师事务所
118	徐瑛	124004	13101201511444490	上海高辉律师事务所
119	徐蕴	126696	13101201510424910	上海合勤律师事务所
120	杨淑倩	124654	13101201511160260	北京盈科(上海)律师事务所
121	杨松林	115834	13101201510826538	上海申浩律师事务所
122	杨晓春	124871	13101201510918759	上海六邦律师事务所
123	杨喆	124894	13101201510932267	上海江三角律师事务所
124	杨志杰	124568	13101201510609929	上海信亚律师事务所
125	闫加伦	124737	13101201511896616	上海浩锦律师事务所
126	严凯	116246	13101201510996973	上海市光大律师事务所
127	颜新华	126708	13101201510240478	上海李小华律师事务所
128	晏子楠	124049	13101201510970927	上海市光大律师事务所
129	尹秋珍	125031	13101201511742397	上海安臻律师事务所
130	袁政	124685	13101201510211630	上海市锦天城律师事务所
131	余建鑫	124780	13101201510867190	京衡律师集团上海事务所
132	俞则人	124343	13101201510887446	上海剑菁律师事务所
133	翟青	125109	13101201511612639	高朋(上海)律师事务所
134	张洁	124552	13101201511986371	上海大邦律师事务所
135	张金玉	124779	13101201511660586	上海千志律师事务所
136	张铭杰	124729	13101201510362494	上海市光大律师事务所
137	张妮	124414	13101201511475095	上海市傅玄杰律师事务所
138	张书豪	123993	13101201510181586	北京大成(上海)律师事务所
139	张望	124648	13101201510179617	上海市方达律师事务所
140	张希	124952	13101201511372596	上海市通力律师事务所
141	张霞	124201	13101201511853581	上海信冠律师事务所
142	张小群	124822	13101201510457628	北京长安(上海)律师事务所
143	张妍	124902	13101201511565587	北京盈科(上海)律师事务所
144	张尧蓓	124884	13101201511486438	北京市中伦(上海)律师事务所
145	张奕晨	124627	13101201510378866	上海源法律师事务所
146	张莹	124135	13101201511635117	上海市君悦律师事务所
147	赵敬超	124139	13101201511615750	上海市锦天城律师事务所
148	赵悦良	123936	13101201511730896	万商天勤(上海)律师事务所
149	赵自玉	124359	13101201511983385	上海知亦行律师事务所
150	仲艳	123497	13101201511880302	上海上华律师事务所
151	周贵长	116968	13101201510654440	上海市东海律师事务所
152	周蒋锋	124933	13101201510894837	上海江三角律师事务所
153	周樑	125092	13101201510668724	上海博乐律师事务所
154	周荣茂	124817	13101201510704041	上海一凡律师事务所
155	周小平	124299	13101201510310947	上海知亦行律师事务所
156	朱菊艳	124256	13101201511583383	上海诚帆律师事务所
157	邹慧海	124676	13101201511176880	上海启恒律师事务所



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

最高人民法院发布 《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》

8月6日,最高人民法院召开新闻发布会,发布了《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《规定》)。《规定》共33条,主要包括:民间借贷的界定,民间借贷案件的受理与管辖,民间借贷案件涉及民事案件和刑事案件交叉的规定,民间借贷合同的效力,互联网借贷平台的责任,民间借贷合同与买卖合同混合情形的认定,企业间借贷的效力,民间借贷合同无效的规定,虚假民事诉讼的处理,民间借贷的利率与利息等内容。

据了解,作为正规金融合理补充的民间借贷,因其手续简便、放款迅速而日趋活跃,借贷规模不断扩大,也导致大量纠纷成讼。目前,民间借贷纠纷已经成为继婚姻家庭之后的第二位民事诉讼类型。

民间借贷纠纷往往与非法吸收公众存款、集资诈骗、非法经营等案件交织在一起,出现由同一法律事实或相互交叉的两个法律事实引发的、一定程度上交织在一起的刑事案件和

民事案件,即民刑交叉案件。针对这种情况,《规定》对于该类案件法语如何处理进行了明确。

2013年以来,我国P2P网络借贷出现井喷式发展,在一年之内由最初的几十家增长到几千家,从而不仅实现了数量上的增长,借贷种类和方式也得到扩张。为更好地保护当事人的合法权益,进一步促进我国网络小额借贷资本市场良好发展,《规定》分别对于P2P涉及居间和担保两个法律关系时,是否应当以及如何承担民事责任作出了规定。

另外,利率的规制是民间借贷的核心问题,也是《规定》的重要内容之一,《规定》也对此进行了明确。

最高人民法院发布的《规定》,无论从名称还是内容来看都极具现实意义,其包含的内容非常广泛,不仅包括传统民间借贷的内容,还涉及民刑交叉问题、P2P中主体定位等问题。

(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7期

上海篇

- 1.上海市人民代表大会常务委员会:上海市城市管理行政执法条例(2015年修订)
- 2.上海市人民代表大会常务委员会:上海市集体合同条例(2015年修订)
- 3.上海市人民代表大会常务委员会:关于修改《上海市环境保护条例》等8件地方性法规的决定
- 4.上海市人民政府:关于修改《上海市盐业管理若干规定》等19件市政府规章的决定
- 5.上海市出入境检验检疫局:跨境电子商务检验检疫管理办法
- 6.上海市民政局:关于统一规范本市弃婴(儿)寻亲公告的有关规定
- 7.上海市高级人民法院:关于财产保全工作的规定
- 8.上海市高级人民法院:上海法院12368诉讼服务平台网络诉讼服务实施细则(试行)
- 9.上海市高级人民法院:关于转发上海市统计局发布的《2013年度上海市职工平均工资》的通知
- 10.上海市高级人民法院:关于公布2014年度人身损害赔偿标准的通知

全国篇

【 诉讼法 】

- 1.最高人民法院:关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释
- 2.最高人民法院:关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定
- 3.最高人民法院:关于认可和执行台湾地区仲裁裁决的规定
- 4.最高人民检察院:关于废止部分司法解释和司法解释性质文件的决定

【 公安 】

- 1.公安部等:互联网危险物品信息发布管理规定

【 银行 证券 保险 】

- 1.中国证券监督管理委员会:行政和解金管理暂行办法
- 2.中国保险监督管理委员会:行政处罚程序规定(2015年修订)
- 3.中国保险监督管理委员会:保险公司资本保证金管理办法
- 4.中国保险监督管理委员会:相互保险组织监管试行办法
- 5.中国保险监督管理委员会:农业保险承保理赔管理暂行办法

【 房地产 】

- 1.住房和城乡建设部:建筑业企业资质管理规定和资质标准实施意见
- 2.住房和城乡建设部:建设单位项目负责人质量安全责任八项规定(试行)
- 3.住房和城乡建设部:建筑工程勘察单位项目负责人质量安全责任七项规定(试行)
- 4.住房和城乡建设部:建筑工程设计单位项目负责人质量安全责任七项规定(试行)
- 5.住房和城乡建设部:建筑工程项目总监理工程师质量安全责任六项规定(试行)

【 安全生产 】

- 1.国家安全生产监督管理总局:用人单位职业病危害防治八条规定
- 2.工业和信息化部:通信短信息服务管理规定

【 工商 质监 】

- 1.国家工商行政管理总局:关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定

【 知识产权 】

- 1.国家知识产权局:专利行政执法办法(2015年修订)

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/>

《鸣沙山驼队》



摄影/文：陈为健 律师

夕阳下，驼队行进在沙漠里，一步一步，坚韧向前。