

2015
10
总第736期



上海市律师协会主办

聚焦|思辨|感悟|互动

|聚焦| 在其位必须谋其政

——市律协十届业务研究委员会主任谈各自工作思考（二）



封面照片:上海南北高架路

10月15日,十届律协业务研究指导委员会召开2015年第一次工作会议。本次会议由俞卫锋会长召集并主持,副会长周天平、邹甫文、王嵘、潘书鸿以及34个业务研究委员会的主任或代表到会。监事长钱翔霖和副秘书长刘小禾、王旭峰列席了会议。



10月21日,市律协重阳敬老活动圆满举办。市律协会长俞卫锋,副会长周天平、王嵘,监事长钱翔霖等与老律师们欢聚一堂,共度佳节。



10月22日,市律协召开十届三次理事会。市司法局副局长王协、市律协会长俞卫锋等出席会议。会议讨论并通过了市律协秘书处班子的调整事宜;讨论并通过了《上海市律师协会复查工作规则》;讨论并通过了关于启动修订《上海市律师协会章程》工作的建议,并通报了业务研究指导委员会组成人员的名单和保障律师权益工作等有关情况。



10月22日,市律协召开十届七次会长会议。市司法局副局长王协、市律协会长俞卫锋等出席会议。会议确定了业务研究指导委员会组成人员的名单和《律师文库》编委会、评审委员会的名单;讨论并原则通过了《上海市律师协会复查工作规则》等。



10月26日,上海市仲裁委员会主任王信芳、副主任兼秘书长刘剑等一行莅临市律协,与市律协会长俞卫锋,副会长邹甫文、吕琰,副秘书长刘小禾等一起交流座谈。

A



收获的季节 收获了成长

为了注重青年律师团队精神以及规范化意识的培养和青年律师诉讼实务技能的训练,注重青年律师传、帮、带模式的新探索,市律协律师学院和青工委日前共同举办了“2015年第一期青年律师拓展培训班”。培训班紧紧围绕“诉讼流程规范化”的主题,顺应“互联网+”时代对律师业务技能的新要求设置了实训课程,安排教练带教学员完成组织拓展、案例学习和实践操作,并通过课程的学习和模拟训练,达到学以致用、学用结合的目的。培训班结束后,教练和学员们充分肯定和积极评价了这次课程培训,并各自发表了培训后的感言。

B

春发其华 秋收其实

为了给广大优秀女律师搭建一个交流的平台,日前由上海市女律师联谊会举办了一场“春华秋实”女律师系列展业沙龙之资深女合伙人经验分享会,展现了女律师们的时代风采。通过嘉宾分享环节,资深女合伙人和与会者们一同分享了她们的执业展业感悟;通过互动环节,女律师们从自己从事的专业角度,和与会者们一同分享了她们的执业经验。会议还邀请了成功女企业家阮熙紫女士,从企业家的视角向在座的与会者分享她在带领团队时的心得。大家对这次高质量、有专业视角和高度的分享活动给予了极高的评价。

C

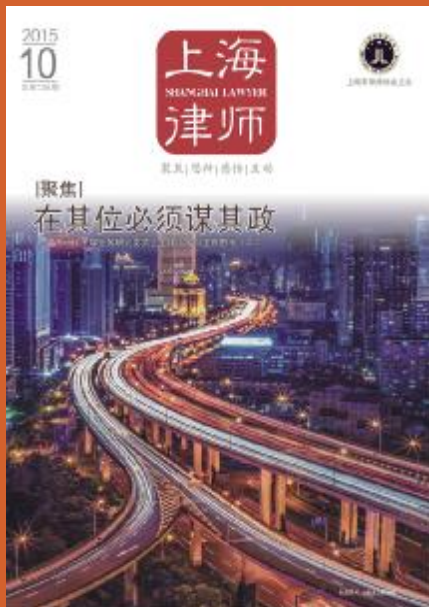
刑事诉讼中的程序性问题

刑事诉讼中的程序性问题,历来是刑辩律师关心的问题,特别是一些从程序性上看起来非传统性的东西,更会引起律师的关注和思考。本期“法律咖吧”专门邀请了从事刑事辩护第一线的律师,结合南昌大学原校长周文斌一案,针对用新概念进行证据质证、被告人在受审时的着装、非法证据排除以及证人出庭作证、律师被驱逐出法庭、法院延期审判、检察院自侦案件由自己提起公诉、人民法院在开庭前变更罪名和立法解释等问题,各位律师各抒己见、畅所欲言,进行了深入浅出的交流和探讨,这对目前刑事诉讼的现状来讲,具有非常积极的意义。

D

医患纠纷第三方调解 处理机制初探

目前,医患关系形势严峻,医疗纠纷日益增多,医患关系日益恶化已是不争的事实。为此,通过人民调解组织调解医患纠纷势在必行。静安区医患纠纷人民调解委员会自成立以来,无论是案件受理数还是案件调解成功数都有明显上升。本文从医患关系的现状、医患纠纷处理经历的不同阶段、医患纠纷调解处理模式的探索、医患纠纷人民调解必须具备的条件以及医患纠纷人民调解的几个步骤等方面,对处理好医患关系,更有效地发挥医调委这一人民调解组织在医患纠纷处置中的作用和有效地维护医疗秩序,作了进一步的论证和阐述。



《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 钱翊樑

编 委 会:岳雪飞 计时俊 马晨光 叶 萍
田庭峰 朱小苏 李海歌 连晏杰
吴静静 周 忆 邹恒娟 施克强
顾跃进 葛珊南 严 嫣

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

2015 10

目录

总第736期

本刊关注 Benkanguanzhu

聚 焦

05 在其位必须谋其政

——市律协十届业务研究委员会主任谈各自工作思考(二)

风 采

12 春发其华 秋收其实

——记春华秋实女律师系列展业沙龙之“资深女合伙人”经验分享活动 / 吕 轩

14 收获的季节 收获了成长

——2015年第一期青年律师拓展培训班成功举办
/ 市律协公共关系部

15 愿做追梦路上的陪跑者

——青年律师拓展培训班教练感言

17 仰望星空与脚踏实地

——青年律师拓展培训班学员感言

法律咖吧

18 有关刑事诉讼程序性的几个问题

/ 顾跃进 周楷人 林凌 胡婧

律所建设

23 汇海派精华 扬“律”帆远航

——记上海邦信阳中建中汇律师事务所 / 黄海诺

东方大律师

27 为中国国家法律外交贡献力量 / 吕 毅



镜天湖 摄影:蒋伟忠 律师



10月23日,上海市人民检察院检察长陈旭、副检察长龚培华和反贪局副局长张智毅等一行莅临市律协,与律师们就保障律师权益的议题进行交流座谈。市司法局副局长、市律协党委书记王协,市律协会长俞卫锋等参加了座谈。

法眼法语 Fayanfayu

香港大律师之窗

30 香港的家族信托法律(上)/ 萧震然

案例精析

32 飞行员依法“跳槽”的背后 / 刘斌

视角

34 律师参与社会突发事件应对的工作机制
——以“12·31”外滩拥挤踩踏事件为例(下)
/ 黄浦区司法局

时评

38 单用途预付卡制度的法律风险 / 方正宇

新锐手记

39 律师成长记 / 黄燕华

执业心语

40 做律师要顺势而为 / 潘跃新

专题研究 Zhuantiyanjiu

43 医疗损害责任的竞合及选择 / 余庭都培丽

46 医患纠纷第三方调解处理机制初探
/ 陆夏岩 李桂湘 卢意光

49 关于明确《侵权责任法》第55条中医疗机构违反医疗告知义务之赔偿责任的建议
/ 孙欢成

52 社会资本收购非营利性养老机构的法律困境 / 瞿沁

人文万象 Renwenwanxiang

随笔

55 学有所依 必无止境 / 陶丽萍

岁月回眸

56 顺从和进取兼容 专攻和勤奋并重 / 朱树英
乐 Life

58 带着爹妈去旅行 / 王峰明

业内资讯

60 市三中院与市律协就律师参与诉讼服务工作交流座谈等5则

61 上海市律师协会2015年10月新增会员名录

新法速读

64 《刑法修正案(九)》11月1日起实施
封三 《律师业务资料》目录2015年第9期



本刊关注

聚 焦

在其位必须谋其政

——市律协十届业务研究委员会主任谈各自工作思考(二)



刑事业务研究委员会的“四、三、二、一”计划

林东品(市律协刑事业务研究委员会主任)

刑事业务研究委员会是从事刑事理论与实务研究、业务培训、交流合作的协会组织,也是上海律协设立最早、规模最大的业务研究委员会之一。

本届委员会主任由本人担任,三位副主任分别为上海瀚元律师事务所主任朱薛峰律师,上海恒建律师事务所王恩海律师和北京京都(上海)律师事务所张小明律师。一共有57位委员,5位干事。

本届委员会的工作思路简单概括为“四、三、二、一”。

一、本届委员会将从四个方面开展工作:第一,让活动更吸引律师;第二,积极开展青年刑辩培训;第三,加大与业界、媒体合作;第四,保持与司法机关、学术界沟通。

二、本届委员会下设三个工作组,即:实务培训组、学术调研组、交流合作组。在委员会主任的统一领导下,由三位副主任分别负责。其中,实务培训组,主要负责研究刑事律师行业重

大实务问题,指导、组织开展除学术以外的各类刑事实务教育培训工作。学术调研组,主要负责研究刑事律师行业重大学术问题,组织起草刑事辩护指引及其他相关立法、规范性文件。交流合作组,主要负责加强与各司法机关、全国律协委员会和各省市律协委员会、上海市各区县律工委等单位的交流与合作,宣传、提升上海刑辩律师的整体形象。

三、本届委员会将努力弥补上届委员会的两大遗憾。总结上届委员会的工作,本届委员会工作重点在于:第一,让更多的委员会委员参与更多的活动,考虑到本届委员会青年律师居多,本届委员会将举办更多吸引青年律师的活动;第二,加大走出去的力度,宣传海派刑事律师的风采。

四、本届委员会只有一个目标,即努力做好上海刑事律师的“娘家”。基于此,此届委员会计划就刑事律师关心的实务问题进行调研,计划开展上海市青年刑事律师培训班,确实妥善维护上海刑事律师的合法权益。



汇聚专业人才 助力自贸创新

赵平(市律协国际贸易业务研究委员会主任)

一、工作思路

做研讨、出成果,多交流、建队伍,推动律师国际贸易业务更上一个层次。

(一) 开展业务研讨

国际贸易法律领域非常广泛,仅有理论知识远远不足,需要丰富的实务操作经验作为支撑。需要更多的学习、研讨和对外交流,具体要

开展以下工作:以专题研讨会、讲座和论坛等方式开展研讨;组织疑难或典型案例的讨论;与商委等政府部门进行交流。

(二) 进行业务交流和开拓

与企业协会、商会进行沟通,了解企业需求;与 WTO 组织、国际仲裁组织、世界知识产权组织等展开交流和合作研讨;积极组织参加或者主办有关国际贸易的相关论坛和研讨会。

(三) 汇总业务成果

组织起草律师承办国际贸易法律业务的相关规则和指南;对相关专业的立法草案进行讨论,提出修改意见和建议;与有关部门合作、拟订格式示范法律文本;起草 1 至 2 部国际贸易的法律业务指引;继续编写《中国自由贸易试验区法讯》。

(四) 建设国际贸易律师队伍

研究会通过研讨和交流,可以协助各律师事务所建立办理国际贸易和反倾销、反补贴、海关合规等法律业务的专业律师团队,组建实力强大的律师队伍为政府和企业提供专业的国际贸易法律服务。

二、近期需要进行的工作

第一,研讨上海自由贸易区相关法律业务的创新,继续编写上海自贸区法讯;第二,着手国际贸易法律实务教材的编写工作,初步确定《国际贸易货物进出口法律实务》为本研究会的第一本教材,并征集撰写人员;第三、办好于 2015 年 9 月 18 日和 19 日举办的国际贸易进出口合规法律实务培训班(已完成);第四、继续征集关于国际贸易法律实务的相关文章;第五、结合自贸区汽车平行进口政策,召开平行进口法律实务研讨会。



贴民心、接地气,排忧解难民委会

谭芳(市律协民事业务研究委员会主任)

2015 年 8 月 11 日上海市律师协会第十届民事业务研究委员会正式选出,承蒙各位的信任,在上海市律协的领导下、在全体委员的支持下,本届民委会将继续秉承团结务实、开拓创新的精神,全面推进民委会的各项工作。

一是增强专业能力、完成各项活动任务。民委会以民商事法律问题为主要研究领域,分多个专业小组,按专业小组分别全面开展并完成民委会的各项活动与任务,加强民商事纠纷的学习、交流与研究,致力于推动传统民商事业务领域内律师的实务经验交流和理论研究,增强专业化。

二是扩大民委影响、积极开展对外交流。通过媒体、网络、论坛、研讨会等方式与相关、相近的部门、组织、团体等积极开展交流、活动,借助各项平台,宣传法律服务、创新服务产品、拓展律师业务。

三是紧跟时政要点、开展培训研讨研究。与时俱进,紧跟时政要点,迅速捕捉法律热点

难点,及时分析、交流、研讨,走在社会前沿,把热点研究与实务操作、立法动向、普法培训相结合。

四是紧跟立法动态、献计献策推动宣传。紧跟各项立法动态,设立专业课题组,积极参与各项立法的提议、草案修缮,为立法工作献计献策。组织学习班、研讨会、培训班等做好新法的普及推广工作。

五是借助各界力量、树立民委良好形象。与媒体、杂志、群众性团体组织等公共平台建立良好的合作关系,开展普法教育、提供法律咨询服务、对时事热点点评等活动,提高业务水平、贴近社会热点、宣传法律服务、树立民委社会形象、推动社会进步。

上海市律师协会第十届民事业务研究委员会在未来的几年中,将继续推进各项工作的开展,继续加强民商事法律的理论与实践的研究,利用各项平台,全面促进律师与外界的学习、交流、宣传,崇尚法律、服务民众。



让皇冠明珠更加璀璨夺目

钱大治（市律协并购重组业务研究委员会主任）

作为非诉讼法律服务领域内的“皇冠上的明珠”，并购重组业务是与实体经济层面联系最为紧密的律师业务。深化改革导致的产业结构调整、政策监管环境的日趋透明、企业跨境投资的显著增长、上市公司市值管理的内因驱动、股权投资基金的收益诉求，推动着并购重组业务逐渐成为资本市场的主旋律，更推动着并购重组法律业务领域的不断拓展。

作为新当选的主任委员和副主任委员，我们感受到了一份沉甸甸的责任，更感觉必须交出一份份漂亮的答卷，方能不负行业同仁们的众望与期许。值此砥砺前行之始，我们也想介绍一下这一届委员会的概括性工作思路。

一、明确四个业务研究方向与研究团队。将委员会划分为股权投资并购、跨境并购、公众公司并购重组、并购平台研究等四个方向。与之相应，委员会内部将依据自愿原则，分成四个研究团队，各有侧重地组织和开展业务研究活动。

二、以大型研讨会与小型业务沙龙结合的方式开展业务交流活动。每季度开展一次大型的并购论坛或业务研讨；每月开展一次具备特定主题的、由不同研究团队组织的并购沙龙活动。

三、以每半年为一个周期，选取具有代表性的并购重组项目及律师文本，有序推进格式文本、业务指引的编修工作。力争在本届委员会任期届满之前，能够向业内提供开放的、系列化的和无保留的“源代码”的业务指引。

四、以每一到两年为一个周期，出版一本并购重组论文集。委员会每月月末将出版行业法讯，通过互联网推送给各位委员，并刊登于律师协会网站。

五、在知名法学院、有权主管部门和协会其他兄弟委员会之间，保持密切合作，积极开展联合活动。

我们相信，在各方共同努力下，十届并购重组业务研究委员会一定能够成为行业研究与发展的新生代力量，获得更大的成绩。



深耕细作谋发展 携手共筑信托梦

李宪明（市律协信托业务研究委员会主任）

信托一直以来因其特有的创造性和灵活性等制度功能于我国金融领域内独树一帜，在社会管理和民事生活中也将发挥越来越重要的作用。但是，随之而来的是对信托法律服务从业人员机遇与挑战。在我国社会经济转型、金融改革深化的背景下，本届信托业务研究委员会将以推动行业发展、搭建沟通平台为己任，围绕如下理念开展工作。

一、立法参与

本届信托业务研究委员会将积极组织委员参与金融信托业务法律法规制定，特别是在当前上海自贸区的政策机遇下，探寻全面、深入参与上海地方金融信托法制建设工作的有效形式，为完善我国金融体制建设建言献策。

二、积极共享

信托业务几乎可以和所有的金融机构对接，产品创新能力强、适用法律复杂。本研究会将继续对金融信托领域的法律法规、监管政策、业务创新等方面的信息进行汇集、整理，以丰富的内容和更高的质量完成每期《金融信托业务前沿》的制作，确保各位委员及时获取来源于多种渠道收集的最新金融信托行业信息。同时，本届信托业务研究委员将作为信托研究领域的领航者，结合信托业发展的实际情况，寻找合适的领域组织委员完成法律问题的研究工作，并将形成的报告或建议对外分享，为推进我国金融信托业的发展、提高广大律师信托法律服务水平、帮助年轻律师更快了解信托法律服务的要领，作出积极贡献。

三、交流讨论

本届信托业务研究委员将继续通过召开业务研讨会、论坛等方式就行业内热点、前沿问题开展讨论,并努力探索交流工作的新方

式,为各位委员、非委员律师、金融信托从业人员提供多元、便捷、高效的沟通路径,力争成为金融信托业务大家庭和谐融洽的交流平台。



宏“财”大略 “税”与争锋

陆 易 (市律协税法业务研究委员会主任)

十届税法业务研究委员会由本人担任主任,王桦宇律师和卢国阳律师担任副主任,共有 45 位委员。本委员会拟通过各种形式的学习、研讨、交流和建议等方式,深入研究财税法领域热点法律问题,旨在打造财税专业律师平台,带动上海律师界财税业务领域的拓展。

第一,开展培训及内部交流。首先,是加强上海律协各业务研究委员会之间的学习和合作,借鉴先进经验,提高业务研究运作效率;其次,是寻求与理论界实务界单位的合作,共同举办学术和实务交流论坛和专题研讨,拓展税法业务学习和交流的视野;再次,是针对关于律师行业的税收政策,积极展开研讨,明确操作方针和措施,从而准确把握国家税收立法和政策导向,维护律师的根本利益;最后,是各委员分组,分别负责各期法讯《财税业务动态》的编写。

第二,编写业务资料。着重于组织出版财税

法相关资料、书籍。

第三,对外进行交流和宣传。一是鼓励各委员在税务相关报纸杂志上发表文章,对社会热点涉税问题进行研究和分析,从法律专业角度进行解读;二是通过组织热点税务事项专题研讨等形式,与律师同行、会计师、税务师、企业财务人员、税务干部一起研讨,向税务机关提出建议和意见;三是增进财税法律业务的交流和学习,积极参加各类论坛和学术会议;四是密切联系上海自贸区的试点实践,就相关税收业务问题举办自贸区财税政策专题研讨会,并就初步工作成果向主管部门提出政策建议;五是与高校、全国律协税法业务委员会、北京律协税务业务委员会合作开办税案案例分析专题研讨会;六是与设立税法专业委员会的各地方律师协会开展交流;七是参与国家和地方的立法起草活动,对相关问题的意见形成议案、提案,由律师中的人大代表、政协委员向政府机关提交,将税法业务委员会打造为“专家团队”。



心无保留 携手共赢

马晨光 (市律协基金业务研究委员会主任)

在金融领域深刻变革背景下,基金业作为一个年轻而朝气的行业,自发力到实现质的飞跃,仅仅耗时两三年,发展速度之快,令人惊叹。这对基金律师来说,既是机遇,又是挑战。基金业务研究委员会作为律师和金融领域、政策部门、研究机构等之间的桥梁,将在新一届任期不负众望。

2015 年,新一届基金业委会将在历届积累的基础上进一步明确定位,谋求创新,着重发展四大功能:业务研究、交流平台、行业桥梁、宣传推广。

以业务研究为核心,发挥专业引领作用。基

金业委会将有组织、有分工地定期学习、研讨,及时以操作指引、业务综述、行业法讯等形式展现研究成果,帮助对基金领域感兴趣的律师快而有质的提升专业素养。

以交流平台为保障,发挥承前启后作用。上海基金律师的起步时间不同,执业水平存在差异。基金业委会将积极帮助上海基金律师丰富社交渠道,搭建有效平台,提供讨论交流之便利。还将与律师学院合作,推出有特点的系列课程;与法院、金融仲裁院等机构展开交流,以审判实务指导基金业务发展。

以行业桥梁为使命,发挥行业传动作用。基金业委会是行业、监管和律师共建的共同体,除了重视内部沟通外,还将致力于建立与基金从业人员、基金业协会、证券监督管理机构长期有效的互通机制,以需求为导向不断提高整体服务水平。

以宣传推广为翅膀,发挥品牌建设作用。基

金业委会将以上海律协网站、微信平台、杂志等为宣传阵地,将上海基金律师推向外界,不遗余力地给予多方位支持,提升上海基金律师的行业专业度和社会认可。

行业孕育法律服务需求,法律服务助力行业成长。基金业委会作为基金领域的重要平台,将以心为保证,作出不可撤销的承诺:携手共赢。



与时俱进 立体发展

陈柚牧(市律协海事海商业务研究委员会主任)

业务研究委员会是全面推进律协工作发展的推进器,本届海事海商业务研究委员会将秉持“内外建设一体发展”的原则,以“传承创新、共同推进”为总思路。

一是紧密围绕时事热点,沿袭历史的成功经验,继续举办研讨会。立足时代的热点问题,提升研讨会的现实价值,成为能为立法、司法发展出谋划策的“及时雨”,特别对诸如“海洋量子”号游轮“霸船”等社会热点事件背后所体现的法律关系、纠纷解决等进行分析。

二是全面推进影响力的深化,从横向与纵向同时加深市律协海事海商业务研究委员会的影响力。增加交流的部门个数,提升交流的学术质量。通过与上海的仲裁委员会、航运交易所、航海协会等相关单位的活动,深化研究会影响力,提升海事律师形象。

三是理论与实务一体发展,即以夯实理论基础、发展实践建设为研究重心。在法律法规日益完善、航运实务不断更新的时代背景下,以研

究法律法规为必然要求、研究航运实务为必然选择。通过研讨会,与时俱进地为法律法规修订提供参考意见。

四是积极促进交流学习,增加学习的机会。以讲座为契机,以学习为过程,以交流为形式,以发展为目的。邀请在海事海商领域具有丰富实践经验的资深仲裁员、专家、法官和相关机构资深人士作为讲座嘉宾,将讲授与交流融为一体,运转一个供上海律师学习海事海商法律法规及实务的优化平台。

五是坚持夯实执业技能,细化《海事律师业务手册》,以期提升海事律师的执业技能。将编写以海事律师为主题、反映我国海事海商法律体系不断完善、记录我国海事律师成长轨迹的书籍,以此提炼海事律师的办案心得、为后来人留下宝贵的历史资料。

传承与创新,继往并开来,理论与实务齐头并进,立体发展,共建一个与时俱进、引领发展的研究委员会。



“破人”、“破事”与新文章

陈明夏(市律协破产清算业务研究委员会主任)

本届破产清算业务研究委员会将主要面向从事破产清算业务及其相关业务(业内统称为“破事”)的专业律师(业内敬称为“破人”),旨在提供一个与“破人、破事”相关的服务、交流、创新、宣传的平台。

服务

提升委员会以及所有有志于破产法律服务的律师的业务能力将是委员会工作的首要工

作,本届委员会仍将借助协会的平台,联合律师学院举办一系列的破产法培训和讲座,主要方向为两类:

一是开展破产法律实务培训;二是举办与破产清算相关的多元化讲座。

交流

一是在对内交流方面,本届委员会将开设破产委员会委员的内部微信联系群;在每季度

举办破产法务沙龙,针对热点话题或实务难题进行讨论。

二是在对外交流方面,努力争取建立与上海各级法院破产法官之间的定期沟通机制。另外,本届委员会还将加强与长三角兄弟省份律协的破产法业务委员会的联络交流,筹办长三角破产法律师实务论坛。

创新

第九届破产专业委员会在其任内通过大量工作推动了上海高院推进破产审判“破九条”的出台,在此基础上,继续推动有助于整个破产法实务发展的创新制度建设,目前暂定的课题

为两项:

(一)困境企业庭外重组机制。即希望推动引导更多濒临破产的企业尝试在法院破产重整程序之外进行自力救济,通过重组和解,化解债务困境,实现再生或市场退出。

(二)破产管理人备助基金。该基金旨在设定专款,改善目前破产管理人办理一些“三无”案件入不敷出的困扰局面。

宣传

一是开设上海律协破产清算业务研究委员会微信公众号;二是举办《上海律师》杂志破产清算专期;三是出版一本律师破产清算实务的专著。



“走出去”、“引进来”,实践靠先行

吴 炜(市律协教育体育业务研究委员会主任)

本届教育体育业务研究委员会的工作思路为:立足本土,服务世界,把委员会的业务研究和理论研究国际化、特色化。把“走出去”和“引进来”相结合,以此提升委员会成员在相关执业领域内的核心竞争力,带动委员会整体业务能力水平和形象的提升。

一、走出去

(一)“走出律协”:教育体育业务市场尚不成熟,需主动培育。不断与各仲裁协会、国际体育仲裁院、教委、教育/体育法学协会建立合作关系,共同开展国际性的实务研讨交流活动。藉此提升委员会的专业形象、加强在国内外外的影响力,并且拓展各委员的业务渠道。

(二)“走出上海”:以上海为基点,同时开拓全国市场。不断建设和扩大教育体育法人才队伍,提升上海法律人在该领域的影响力;

(三)“走出中国”:《教育法》和《体育法》在国外发展较为成熟。为此,本委员会鼓励

委员学习国际教育、体育法律的最新发展,加强国际交流与合作。上海律师需要更多地走出去,参加国际会议,在国际交流中树立上海教育、体育律师的品牌。

二、引进来

(一)“理论引进”:中国教育、体育法学的发展,尚处于初级阶段,局限在概念和理论阶段,与实务严重脱节。本届教育体育业务研究委员会在工作过程中努力促进与各个法学会之间的交流与合作,使委员会不断提升自身的业务水平。

(二)“跨委员会交流”:通过深化与其他业务委员会的交流合作,对教育体育法感兴趣的非委员和律师起到指导、引导和促进作用。

(三)“引进体育仲裁”:结合利用上海自贸区的政策便利,为上海发展成为仲裁积极贡献,以体育仲裁为切入点扩大上海在全国范围的影响力、增加城市竞争力。将仲裁特色加入城市名片,为此做好基础理论和实务操作研究工作。



以平台促进业务 用交流扩大影响

吉吉高(市律协建设工程与基础设施建设业务研究委员会主任)

十届建设工程与基础设施业务研究委员会共有委员60人。经选举,由本人担任研究会主任;另设三名副主任,为北京市大成(上海)律师事务所鞠恒

律师、北京市中伦(上海)律师事务所周兰萍律师和上海瀛泰律师事务所王同海律师。

在总结第九届建设工程业务研究委员会工作的基础上,本届研究会拟围绕“以平台促

进业务、用交流扩大影响”的思路：一方面，为委员的业务能力提升和业务拓展服务；另一方面，利用上海律协和研究会的专业、人才、资源优势，以具有一定影响力的研究成果增强与其他省市律协、行业企事业单位、行业行政部门、司法部门的交流，扩大上海市工程法律服务在全国的影响力，助力上海工程专业律师、专业团队、专业律所走向全国。

第一，围绕“一带一路”、“PPP模式”、《建设工程施工合同司法解释（二）》等热点事件，与上海市建筑施工行业协会、上海市市政公路行业协会、建筑时报社、上海仲裁委等专业平台及相关行政、司法部门合作举办活动，研讨专业问题，为行业发展出谋划策。

第二，在与本地平台加强合作的基础上，

与外省市律协、全国性平台、其他地区的行政、司法部门合作开展若干次辐射范围较广、规模较大的大型活动，将我们研究会的优秀成果介绍到全国，在加强交流学习的同时，更好地展示、宣传上海市工程专业律师的业务能力和优势。

第三，通过与律师学院合作，或以本研究会名义推荐，让部分有丰富实务经验和研究成果的律师开设专题讲座，更好地与本市律师和企业分享，同时也为委员律师提供展示的平台。

第四，及时将委员律师的个人成果或研究会集体成果，通过行业法讯、东方律师网、《上海律师》等途径发布出去，让研究成果有更多的机会应用于实践。



开创商业争议解决的新时代

倪伟（市律协商业争议解决业务研究委员会主任）

本届商业争议解决研究委员会的纲领性目标是致力于分享前沿理念、规范执业行为、提升业务价值，以此增强上海律师商业争议解决业务整体实力，推动法律职业共同体的建立与发展。

为实现该目标，本届委员会的工作思路 and 方式可以概括为“由内而外，民主开放”，具体指：

一、建立本届委员会内部议事规则和履职规则

（一）定期召开内部会议

定期召开全体委员会会议、主任工作会议、内部座谈（视情况而定），以民主集中的形式讨论本委员会的工作开展、商业争议解决领域内的法律知识学习、律师业务研究、执业技能交流及业务培训工作。

（二）制定本届委员会委员履职规则

为了有效地开展本届委员会的各项工作，有必要制定本届委员会内部的委员履职规则，以激励各委员积极参与本委员会各项组织工作，充分发挥本届委员会的专属职能。

二、分享前沿理念并规范商业争议解决律师执业行为

（一）分享前沿理念

通过内部座谈或对外交流和拜访的形式，组织行业内先进、前沿理念的分享和交流，形成行业法讯，推动并提高争议解决律师整体执业理念的树立。

（二）起草商业争议解决律师业务操作指引

通过起草、制定和实施相关业务操作指引以规范商业争议解决律师的执业行为、规避执业风险。

（三）组织律师实务培训讲座

通过组织高质量的律师实务培训讲座，提升律师执业技能以及客户体验。

三、拓展委员会对外交流方式和业界影响力

积极开展外部交流活动，特别是邀请行业内先进代表、商事审判领域法官、仲裁员分享实务经验、开展专题研究和案例讨论等。

通过商业争议解决研究委员会的开放平台促进行业内实务研究和交流、提升业务价值、增加上海律师商业争议解决业务整体实力，突出本届委员会在商业争议解决领域内的重要性和影响力。

风采

●文/吕 轩

春发其华 秋收其实

——记春华秋实女律师系列展业沙龙之“资深女合伙人”经验分享活动



9月28日下午,在饱含历史底蕴又极具现代风情的外滩22号,由上海市女律师联谊会举办的“春华秋实”女律师系列展业沙龙之资深女合伙人经验分享会拉开了序幕。

本次活动由上海市女律师联谊会副会长孙彬彬主持,市女律师联谊会会长邹甫文,副会长金缨、韩璐、时军莉,秘书长林丽娟,副秘书长陶丽萍、张秀华、沈岱青、楼凌宇、张玲、温陈静及120余名资深女律师参加了活动。

本次活动邀请了上海市海华永泰律师事务所合伙人徐珊珊律师、上海市锦天城律师事务所合伙人裘索律师、上海市浦栋律师事务所主任孙志祥律师、北京市中伦(上海)律师事务所合伙人李红律师、上海德裁中怡律师事务所主任王小咪律师、上海市华诚律师事务所合伙人谭芳律师、上海市申达律师事务所管理合伙人周知明律师,以及阮熙紫女士作为分享嘉宾,和与会者们一同分享他们的执业展业感悟。

上海市女律师联谊会会长邹甫文在致辞中表示,本次活动是本届市女律联的开篇之作,旨在为广大优秀女律师搭建一个交流平台,分享彼此执业展业的点点滴滴。今后,市女律联将继续作为联通行业内外的平台,致力于服务全市各区县女律师,为全方位提升女律师形象,推进女律师队伍的建设而不断努力。同时,就

今后市女律联的活动建设,邹会长更是向与会人士抛出橄榄枝,市女律联将广泛听取建议以求为广大女律师提供更优质贴心的服务。

分享活动分为上下两场。徐珊珊律师作为第一位出场嘉宾,开场即向在座同行们抛出三个是非题——女合伙人要不要追求领导力、专业化以及“互联网+”平台化,她就以上问题和与会者们进行了探讨,并以海华永泰所、盈科所的发展模式为切入点给出了自己的深刻思考。

随后出场的第二位嘉宾是裘索律师,她以“律师事务所选人标准”为主题,借“龟兔赛跑”的寓言故事,形象表达了一个优秀律师应具备的三方面,即“努力、方向、平台”。同时,裘律师和与会者们分享了自己作为合伙人在面对人事管理问题时关注的要点,并向与会者介绍了锦天城律师事务所的选人用人标准,为广大参会者提供了良好的借鉴。她认为,在人才选拔中,学历及专业度是一名优秀人才不可或缺的加分项,高学历的人员往往流动性低,而专业性强的人员往往客户稳定性好,随之而来的便是品牌依赖度的提升。

上半场第三位分享嘉宾是孙志祥律师,值得一提的是,她正是7名上海专职律师受聘担任兼职政府法律顾问中的唯一一名女性律师。作为资深合伙人,她



与大家分享了她的执业展业、团队建设以及用人心得,“注重人品、适应趋势、敢于说不、尊重自我”是孙律师坚守的四项原则,她也因此收获了二十余年相伴左右的忠诚客户,场下不少与会者更是纷纷对此表示钦佩与赞同。

作为全场唯一一位男律师,上海申达律师事务所首席管理合伙人周知明律师应邀对上半场的嘉宾分享环节进行了点评总结。他精确提炼并肯定了三位女嘉宾的观点,并从男性角度充分赞扬了女律师精益求精的向上精神。之后,他也向在场与会者们建议,从事律师行业需慎始始至终,在我们不断拼搏获得成功的同时,更不要忘记细心去体会感受幸福。

随后,活动进入了上半场的互动环节,与会者们主要就团队建设、团队管理、年轻律师锻炼培养方面向嘉宾们发问,嘉宾们也一一从各自的角度给出了不同解答。

上下半场之间,女律联特意安排了休息时间,而这成为了与会女律师们最好的交流机会。新老朋友汇聚在一起,切磋自己对前4位嘉宾演讲的感想、分享自己在律师事务所管理中的心得,整个会场被愉快而热烈的气氛所包围。

进入下半场后,首先给与会者带来经验分享的是作为中伦上海分所第一位女合伙人的李红律师。因其主要涉猎跨国公司业务,因此李律师着重分享了她在团队中如何培养律师业务能力,尤其是培养和锻炼律师面对大型跨国公司与国外客户时应具备的素质。她的观点给现场与会者们带来了不小启发,她认为:律师,尤其是商业律师,对客户问题的回答不能仅仅着重于法律,更要学会结合客户不同的企业文化背景等因素用商业头脑来解决问题,客户的要求越来越多元化,而对律师这方面能力的培养也越显重要。

“爱”与“自由”是永恒的主题。下半场第二位出场的王小咪律师独具匠心,以“爱”和“自由”作为她本次活动的切入点,畅谈她在培养青年律师成长时的心得,强调关注被爱者(青年律师)的感受,以及他们身体、财富和心灵的自由。她在会上分享了她所在律所

的制度创新——采用移动办公的方式并按股权激励的方式分配,如放风筝一般,在给予足够自由的同时仍不缺制度的调整,共同开拓市场,谋求发展。这种制度模式的创新探索引起了许多与会者的兴趣,都希望能做进一步了解和探讨。

紧接着带来演讲的是专业于婚姻家事领域的谭芳律师。“互联网+”作为当今大势所趋,与法律工作的结合也成为了如下法律人眼中的热点,谭芳律师及其团队在这一方面有着丰富的经验,其创办的“佳和家事”已借助微博、微信等互联网移动平台形成了一定的品牌价值和行业影响。演讲中,她即从“佳和家事”入手,谈起团队初期创立的取舍及稳定期内标准化管理的办案流程,介绍了“佳和家事”还与不少品牌互联网例如“幸知在线”“优谈网”等进行跨界合作,达到共赢。谭律师分享的这些经验与时俱进,对在互联网时代追求更多展业的女律师们来说如获至宝。

前7位嘉宾们均是从律师的角度来分享经验,而特别邀请的阮熙紫女士则以一位成功女企业家的视角向在座与会者分享她在带领团队时的心得。在她看来吸引团队的关键是经营领导者自身的能力,而这种经营必须是要囊括体能、情绪等多重方面的。女律师们在关注律师培养和律所管理的同时,更需要加强对自身的呵护和经营。

会后,与会者反响热烈,大家对本次高质量、有专业视角和高度的分享活动给予了极高的评价,并期望就相关议题能有下一步的深入交流和延续。

本次分享会历时四个多小时,临近尾声时更多听到的是与会者们的受益匪浅和意犹未尽,纷纷表示开始期待下一次市女律联的活动。

“春发其华,秋收其实”,每位与会的资深女合伙人都有着自己成功的执业展业故事,也会有担任合伙人时工作上的困惑。市女律联开展“春华秋实”展业沙龙活动,希望为广大女律师提供这样一个可以一起交流经验、互相答疑解惑的机会。或许一个人可以走得很快,但相信一群人一定可以走得更远! ●



风 采

●文/市律协公共关系部

收获的季节 收获了成长

——2015年第一期青年律师拓展培训班成功举办



经过市律协青工委前期专题调研,在课程设置和师资配备上多次论证,由市律协律师学院和青工委共同筹划的“2015年第一期青年律师拓展培训班”于10月16日至17日在青浦培训中心如期开班,吸引了100余名青年律师参加。

本期培训班区别于以往综合业务培训的模式,紧紧围绕“诉讼流程规范化”的主题,同时顺应“互联网+”时代对律师业务技能的新要求进行课程设置,注重青年律师团队精神以及规范化意识的培养;注重青年律师诉讼实务技能的训练;注重青年律师传、帮、带模式的新探索。培训班在班内设置了实训课程,班外安排了9名教练带教9组学员完成组织拓展、案例学习和实践操作。

10月16日上午,培训班举办了简短的开班仪式,由市律协律师学院教务长陈一沁主持,市律协副秘书长、律师学院常务副院长刘小禾作开班动员,对学员提出了参训期望和要求,青工委副主任徐培龙介绍了培训班的背景和目标。培训班采用教练带教模式,学员被随机编入九个组,由青工委副主任徐培龙、周晶敏,委员王婉怡、朱蓓春、胡为民以及优秀青年律师代表卫新、王峰、赵秦、张翼庆、胡婧担任各组教练进行带教。开班仪式之后,培训班别开生面地以“规范化主题”设计的室外拓展训练作为第一课,学员们分组参加了“一鼓作气”、“动力火车”、“绳舞飞扬”以及“万众一心”4个项目,不仅迅速增进了彼此之间的了解,同时也渐渐认识到流程管理规范化以及团队合作精神的重要性。

同日下午,培训班的课程由青工委副主任徐培龙主持,北京金杜上海分所律师王团团讲授了《诉讼文书写作》、瀛泰所律师章煦春分享了《诉讼所需要的PPT制作技巧》、星瀚所律师卫新交流了《新媒体运用技巧》、市第二中级人民法院法官竺常赞从庭审的视角讲解了《诉讼文书写作规范以及递交技巧》。整个课程设置涵盖了文书写作技巧、展示文案制作方法、新媒体平台的运用和递交诉讼文书的技巧等。

10月16日晚上以及17日上午,本次培训班首次尝试采用教练带教的方式组织了一个刑事案例、两个民事案例在内的三场模拟法庭的实战准备和演练,在各组教练的悉心带教下,学员们熟悉了诉讼流程规范和技巧并加以运用,模拟法庭后教练对学员们在模拟法庭中的表现给予综合点评,让所有学员们积极参与其中,将在课程中所学到的知识直接运用到案例办理的实践中。通过课程的学习和模拟训练,达到学以致用、学用结合的目的。

10月17日下午,东方大律师、市律协副会长王嵘,上海市优秀青年律师牟笛与学员们进行了面对面地互动交流,分享了他们的执业经验和思考体会,为青年律师们的成长之路提供了有益的借鉴和参考,同时也对青年律师们在执业发展中的困惑进行释疑解惑。

培训班期间,受市律协会长俞卫锋的委托,副会长吕琰、公共关系部主任陶丽萍等看望了培训班学员,关注培训的动态,听取学员们的反馈意见,并与授课导师们进行了交流,希望大家更加关注青年律师的实际需求。

为期两天的培训班融体力与脑力为一体,课程设置紧密,学习强度较大,但广大学员们始终保持着高涨的学习热情和参与的积极性,并自发组建了QQ群和微信群,积极参与学习互动并展开讨论,充分展现了当前上海广大青年律师应具备之端正的学风和积极的学习态度。

本次培训在课程设置、师资力量、培训条件等各方面,得到了广大学员们的充分肯定和积极评价。学员们希望市律协今后能够组织更多类似的课程培训。市律协青工委也将汇同律师学院积极总结本次培训班的经验,进一步探索适应不同阶段青年律师成长的培养路径,提供更多专业性强、针对性强、实用性强的系统培训,寓培训于培养,助推上海青年律师队伍的健康发展。●



风 采

愿做追梦路上的陪跑者

——青年律师拓展培训班教练感言



上海博和律师事务所律师胡婧: 风渐凉,云已淡,空气中还飘散着金桂的香气,就在这样美好秋日,我作为带队教练之一参加了由市律协律师学院、青工委共同筹办的 2015 年第一期青年律师拓展培训班。

名义上是教练,但我更觉得自己更像是学员,两天充实而丰富的课程安排,我和我的 12 名队员一起全身心融入其中,收获颇丰。这好比律师行业,勤奋好学、努力进取是年轻律师成长的内因,而通过团队成员间优势的互补、彼此的信任、力量的聚合、智慧的爆发,则是成就未来的必经途径。

我相信,所有参加青拓班的学员都是怀揣着梦想而来,每个人都在通过不断努力向着成功迈进。感谢市律协律师学院、青工委,是他们用自己的辛苦付出和精心准备,为青年律师搭建起了通向成功的桥梁。



上海致格律师事务所律师胡民: 律师学院与青工委对本次青拓班培训的培训方式及培训内容作了精心安排,明确了本次培训的主题,即诉讼文书写作及诉讼庭审实战培训,并在上述律师业务培训的基础上增加了律师拓展培训,为咱们上海律协对律师的继续教育培训开拓了新的思路,是给青年律师最为实在的超值福利。

作为带教成员之一,个人收获更是满满的。此次青拓班培训让我重温了自己执业之初的心路历程,同时也强烈感触到了咱们上海青年律师的阳光、朝气与上进。国家的发展在于青年,建设社会主义法治国家在于我们的青年律师。希望此种类型的培训能够持续,同时也希望在未来能够有更多的机会参与青年律师的培训。

北京大成(上海)律师事务所律师王峰:

作为首期青拓班第二组的教练,两天的时间让我被这群青年律师们的坚韧与专注所深深折服。“破冰”伊始,他们就迅速展现出团队协作的意识和技能,赛场上不畏艰难、齐心协力,攻克一道道难关,最终取得团体总冠军的骄人成绩。模拟法庭,晚上 7 点拿到案例,而次日上午 9 点就必须“出庭”。他们顶住压力,放弃睡眠时间,从一份份证据中寻找蛛丝马迹,以走私、贸易、进出口等基本词汇为切入点,查遍各类法律、法规、公约的规定来论证辩护意见。最为可贵的是,他们在检索案例意外查到模拟法庭案例的生效判决后,并没有“顺便”查阅该判决的各方意见。我们都知道,他们是要以自己的行动来诠释心中对于“公平”的那份信仰与追求。



上海欧申律师事务所律师王婉怡: 作为本期律协律师学院和青工委共同主办的“青拓班”的教练之一,我有幸和来自不同事务所的青年律师进行了面对面的交流。通过两天的活动,我在他们身上看到了律师行业所需要的执着和执行力,也感受到了青年律师在执业初期的困惑、困难以及对来自协会、同行之指导的渴望。

“青拓班”不仅仅是一次培训活动,更是律协、资深同行与广大青年律师之间深入了解和沟通的平台,借助这个平台,我们可以更清晰地知道对青年律师的培养和帮助从何入手,也能够被他们的朝气蓬勃所感动。

青年律师是上海律师界的未来,祝愿他们都能实现自己的执业理想!



上海星瀚律师事务所律师卫新:最近看了很多创业项目,得出一个经验:一家企业的发展前景,要看创始团队的学习能力。如果创始人固步自封,这家企业一定难有大的作为。推而广之,一个行业也是如此。这次受青工委和律师学院的邀约,担任教练,与这么多优秀的青年律师相处了两天,最大的感受就是浓浓的学习氛围。作为教练,我既有传道授业的成就,又有广结好友的欣喜,更有不断学习的紧迫。我在授课时说:律师同行之间应当水涨船高,不要水落石出。我们要开放些、开放些、更开放些,拥抱行业和时代的变化。



上海众华律师事务所律师张庆:为期两天的青拓班匆匆地结束了,但收获却是满满的。作为教练参加这次青拓班也使我受益匪浅。

特别值得一提的是,通过与吕琰副会长的亲切交流,让大家深深感受到了榜样的力量。我作为青拓班第七组的教练,我们组取得了拓展训练第二名的好成绩,我感到非常自豪。大家在这么短的时间磨合、迎接新挑战,表现的十分优秀,参与其中,我真切感受到未来律师队伍的发展希望在青年律师,而这次培训快速提高了青年律师的各项专业素质及开阔了视野,再次感谢上海律协青工委及律师学院精心筹划了这次活动。



上海华夏汇鸿律师事务所律师赵秦:我读书时梦想的职业有三个:反派演员、魔鬼教练、金牌律师。因此当接到青工委及律师学院的邀请来当教练,有种梦想成真的感觉。在两天的培训中,我们通过这个平台,抛开平时在法庭上的“单打独斗”,

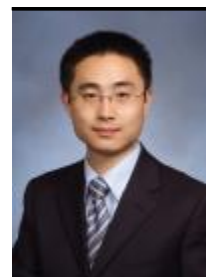
互相合作、充分发挥各自的经验特长,顺利完成了户外拓展及模拟法庭活动,用团队的方式激发了个体的成长。

作为一个青年律师,我从中获益良多。“三人行,必有我师”,非常感谢能有这样的机会和平台,也祝愿青年律师拓展班能越办越好。



上海邦信阳中建中汇律师事务所律师周晶敏:此次参加 2015 年第一期青年律师拓展培训班,身份很特殊,既不是学员,也不是主讲老师,而是“教练”。不过,为期两天的拓展培训倒是把我这个教练给“练”得不轻,极其耗费体力的破冰拓展,连夜带领学员准备的

模拟法庭,一场场充满实战的培训让我和学员们“累并兴奋着”。带教的过程并不是单向地给学员们传授职业经验,我也从他们身上收获了激情和动力,尽管初出茅庐的学员们有的还略显稚嫩,但每个人身上都散发着足以冲破一切的渴望,那是对律师职业梦想的渴望,更是成为一名优秀律师的渴望。记得在 2013 年参加全国律协召开的青年律师工作和服务创新研讨会时,我代表黄浦区律工委在交流发言中曾提到“青年律师成长成才需要梦想”的观点,相信每个青年律师心中都有着那份“律师梦”,并为之努力着、奔跑者,追梦路上有些许孤独,些许艰辛,而作为教练的我们愿意做追梦路上的“陪跑者”,一起奔跑未必跑的快,但能跑的更长。



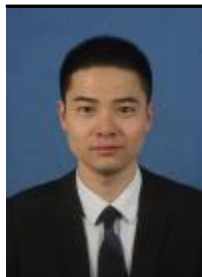
上海恒建律师事务所律师朱春:回眸六、七年前,恋恋青春,和所有的青年律师一样,到上海政法人才培训中心参加如何开展律师执业生涯的培训第一课。优秀的前辈们推心置腹,谆谆教导我们这些律界新手。七年后,我又回来了,已经不再是青涩稚嫩的脸庞了,眼神总是

在怀疑和思考什么。其实,我还算是青年律师,经过几年摸爬滚打,经验上和精神上也算是皮躁肉厚了,但内心同样都是依然渴望着成功。这次参加青拓班的同学,动机都是一样的,用心灵鸡汤补补伤口,寻求成功的内功心法。作为刑庭审判组教练,师不必贤于弟子,只要在一起有收获就有意义。几年来的新得,律师之间可以不是竞争关系,大家应该抱团取暖,优势互补,爆发自己的小宇宙,点亮一片银河。●

风 采

仰望星空与脚踏实地

——青年律师拓展培训班学员感言



上海瀚英律师事务所律师高峰:破冰活动的开展,迅速拉近了青年律师之间的距离;实务课程中资深律师和法官从不同的角度,用简练的语言

概括出青年律师实务中的欠缺,并提出切实可行的解决之道。

三场模拟法庭使“法律的生命不在于逻辑,而在于经验”这句话,得到了最充分的体现。教练的悉心教导,组员的精心准备,评委老师的精彩点评,都使青年律师感受到庭审不单单是材料、法律条文的堆积,更是庭审经验的交锋。谁能掌控庭审的节奏,谁就是“法庭之王”。

“优秀律师面对面”环节中,王嵘律师和牟笛律师通过自己的从业经历为青年律师答疑解惑。“君子务本,本立而道生”。

“路漫漫其修远兮,吾将上下而求索”,让我们紧追前辈的步伐,开创属于自己的一片天空。



上海肖波律师事务所律师郭达丽:有幸参加律协组织的青年律师拓展培训,前辈们讲解了诉讼文书写作要点、PPT制作技巧、新媒体运用技巧等。非常感谢授课律师、法官的倾囊相授,也感谢一起走过这段难忘时光组员。

我所在的第五组的教练是明明可以靠才华吃饭,却偏偏长得这么帅的星瀚

所主任卫新律师。卫律师教授我们如何做一个高附加值的律师——必须能言善辩、提供高度定制化的业务、研究新业态及新领域;如何将诉讼案件非诉化,并演示了诉讼案件的庭前准备工作。

卫律师认真点评组员发言,提醒大家该庭审环节的关键点,他的每一句话都像正中靶心的箭,直抵组员们的内心。

感恩律协给我们提供了一次成长的机会,感恩卫律师让我们五组学员从此站得更高,看得更远,走得更靠前。



上海精诚申衡律师事务所律师孙永伟:由市律师协会律师学院组织的“2015年第一期青年律师拓展培训班”于2015年10月17日圆满结束,

培训内容充实而丰富,收获颇丰。本期的培训的主题是“诉讼流程规范化”,培训中安排了上海律师界顶尖律师组成的培训师资,这次在律师执业技能及实务方面的培训令我受益匪浅。在培训中开展的模拟法庭中,参训的青年律师尽情投入,教练的点评精彩纷呈。我作为民事案例A审判组的审判长,真切地体会和学习到了法官自由心证的形成过程和庭审诉讼技巧。



上海德同律师事务所律师应一鸿:金秋十月,丹桂飘香。在市律协律师学院与市律协青工委地组织下,政法人才培训中心迎



来了百余名上海青年律师的到来。我追随着“百人律师团”的步伐与小伙伴们一同参加为期两天的封闭式拓展培训。

从破冰到专业学习,再到团队讨论,运用专业技巧协作完成模拟法庭,最后以成功律师以身说法鼓励青年律师作为收尾。这课程设计的内在逻辑和用心良苦让我充分感受到了市律协对青年律师的关怀。

希望有朝一日,待我成为资深律师的那一天,也能够为青年律师的成长做出贡献,这也许就是一种成长、一种感恩。



上海仕为律师事务所律师朱兴雷:2015年第一期青拓班结束了,给我留下了什么?一片星空!我感叹于王嵘律师二十多年的律师生涯,惊艳于

王团律师信手拈来的三十八页代理词,佩服于牟笛律师三十岁出道三十五岁就被评为优秀律师……他们代表着上海甚至全国最优秀的律师,他们所经历也是我将经历的……仰望着他们,看到了差距,我将何去何从呢?一遍一遍听着培训录音,细细分析前辈们无私分享的经验,答案越发清晰——脚踏实地的做好自己的案件,从最基本的文书开始,不断地进步,为成为这星空中的一员而努力!感谢前辈和青工委的一切努力!●

法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

有关刑事诉讼程序性的几个问题

本期主持:顾跃进 上海顾跃进律师事务所律师

嘉宾:周楷人 上海市君悦律师事务所律师

林凌 上海嘉创润华律师事务所律师

胡婧 上海博和律师事务所

文字整理:顾哲语

 **顾跃进:**近期,南昌市中级人民法院审判南昌大学原校长周文斌涉嫌受贿、挪用公款一案的讯息在媒体广为传播,人们议论纷纷,其中涉及诉讼程序的诸多问题值得我们律师关注和思考,为此,本期“法律咖吧”栏目邀请各位前来对有关刑事诉讼程序性的问题进行一次交流与讨论。

运用新概念是否可以论证证据的真伪

顾跃进:周文斌在庭审中为自己辩护的时候利用“概率论”、“屈服点”等工科知识、材料学概念来论证证据的真伪,是否被现行程序法所接受?其意义又何在?

林凌:周文斌用“概率论”和“屈服点”的理论来论述和辩解,其实是一种方法论,他把证据量化了,使诉讼参与者人看得更直观,冲击力也就更大。对证据判别和使用的准确度会提高。

顾跃进:这种论述的结果对法官、对旁听者来讲,说服力是否更强了?

林凌:那些量化到几分之一、几万分之一的数据对提升法官对证据的认知程度会有积极意义。

周楷人:我同意林律师的观点。周文斌的案子,是我目前听到的第一起用“概率论”和“屈服点”来对证据进行质证的案件。我们律师更多的是用概念和逻辑来质证。在国外很早就有用概率论来质证并被采纳的案例。如上世纪六十年代,美国有一个著名的科林兹案,控方就采用了“概率论”来论证证据的有效性和真实性,而且最终被法院所采纳。

胡婧:我对这个问题稍有一点不同的看法。我觉得“概率论”作为一种证明方式是没有问题的,但是在案件中单纯用“概率论”作为证据来判定是否存在“非法取证”的问题那就太简单化了。一个案件通常会涉及很多环节,取证过程当中也有很多细节,对证据的判断还要结合其他要素和法官的经验。

顾跃进:归纳三位的意见:无论是“概率论”还是“屈服点”,或者其他的一些科学知识,在刑事诉讼中用来证明一定的事实,它可以使有关的事实趋于细化、量化,提升说服力,应该归于方法论的范畴,这对于判别证据具有积极意义。但是它也不能单纯地、独立地成为唯一的指控证据或者抗辩证据。

如何看待刑事被告人出庭受审时的着装问题

顾跃进:第二个问题:被告人在受审的时候,通常司法机关会要求他穿一件“囚服”,如何评价这个事情?

周楷人:这个现在已经不是问题了。今年2月,最高院、公安部联合下发了一个关于刑事诉讼被告人出庭受审时着装问题的规定,明确“不再穿着”识别服出庭受审。

顾跃进:该规定下发后还有被告人受审时穿着识别服的问题应该如何面对?

林凌:有规定而不执行主要是司法人员对于人权保障或者说“疑罪从无”的观念不具备,甚至有时还会出现被告人在庭审时手铐也不被解开的情况。

胡婧:看来周文斌本人具有较强的法律意识和人权意识。他知道任何一个案件没有经过法院的判决就不能认定是罪犯,只是一个嫌疑人,所以在庭上他把“黄马甲”脱掉了。这个问题反映了司法人员缺乏人权保障的意识。

林凌:司法人员可能觉得这就是个形式,并没有从人权保障的深度去思考。

周楷人:要求被告受审时穿着“识别服”有违于规定和人权,这已经是一个无需争议的问题。美国有一个著名的案例,叫做威廉姆斯案,就是因为被告穿着识别服出庭受审,导致最终上诉到了最高联邦法院。

顾跃进:这样一个看似简单的问题,反映的含义却是深刻的。这还涉及到最高院和公安部联合颁布的这个规定是否够细致、够具体?如果说有关司法机关不执行怎么办?有关的当事人把衣服当庭脱掉了怎么办?这其实是一个法

律理念和人权的重大问题,是否由法律规定更恰当?值得进一步深思和探讨。

如何使“非法证据排除”规则得到较好的落实

顾跃进:第三个问题,就是“非法证据的排除”。据我所知这方面的落实是远远不够的,那么我们辩护人又如何使“非法证据排除”的规则得到比较好的实施?

周楷人:今年上半年我参加了一中院关于这个问题的论坛。大家认识到从法律上规定了“非法证据排除”,这是一个进步。但是具体到操作层面上,不仅是我们律师,包括法官也感到无所适从,因为没有有一个明确的细则。比如,被告人去怎么证明自己受到了刑讯逼供?还有疲劳受审、人格侮辱、恐吓等。有些当事人因为受不了这些压力会说一些违心的、不符合事实的话。所以我建议:一是犯罪嫌疑人在第一次被询问的时候,最好能明确律师有到场权、嫌疑人拥有沉默权。当然,这样对办案机关提出了更高的要求。给予律师和嫌疑人有到场权和沉默权,这不仅是给当事人一些心理上的安慰,有助于其正确表达意思,更重要的是给执法人员一个提醒、提示,即应当依法办案;二是嫌疑人被首次讯问时就应该对其进行不间断的录音录像。这可以保证嫌疑人的权益不受侵犯,同时也避免办案人员违规违法,有助于办案质量的提升;三是一旦律师提出非法证据排除时,法院受理应当是当然状态,不受理是意外状态。此时法院可以去调取录音录像,如果没有录音录像就可以直接推定犯罪嫌疑人受到了“非法待遇”,可据此推翻涉案证据。我觉得这是一个解决的路径。

林凌:我的感受是“非法证据排除”的实际意义不大,因为“非法证据”的概念和内容不够明确。

前一段时间有一个案例,凭网监人员在监视的聊天记录中发现线索而展开追踪,然后侦破了一个卖淫团伙的案子。这个聊天记录的取得方式怎么看都是非法的。“聊天内容”和“通信权”是相等的一种权利,法律是明确规定加以保护的。“监视监听”有严格的限定,并应该履行严格的手续。用这种方式取得的证据还在采用,那“非法证据的排除”就很困难了。

顾跃进:刚才林律师讲的“非法证据的排除”应当是一个关于证据采集的程序性问题,其应当在庭审前就确定,而不应该纳入法庭审判的程序?

林凌:对。我的意思是说,如果这个“非法证据排除”放到庭审阶段时,就与质证没有太大的区别了,体现不了“非法证据排除”的特殊意义。

周楷人:在我办理的一些案件中,曾提出过九次有关“非法证据排除”的问题,但没有一起受到过法院的支持。要不就是石沉大海……

林凌:我办过一个“非法证据排除”的成功案例,嫌

疑人被36个小时的连续审讯后“承认”受贿10万元,送看守所之后第二天他就翻供了。办案人员制作的笔录记录了讯问时间,这成为“非法证据排除”的证据。据此,检察院接受了辩护人“非法证据排除”的请求,并排除了嫌疑人的“供述”。但是,这些不利于侦查机关的证据通常是无法获得的。因此“非法证据的排除”没有现实意义。

周楷人:我个人认为“非法证据排除”具有重大的意义,因为这不仅是简单的侦查意义上的排除,最重要的是对侦查权、警察权的一个限制。如果不做排除的话,这些权利就会无限地被扩大,那么对公民、对犯罪嫌疑人的人权就会相应地缩小。当然我也赞同对于哪些证据需要排除,然后怎么样启动这样一个程序做一个操作层面的明确规定。第一,“非法证据排除”的提起主体是谁?第二,哪些情形下必须启动“非法证据排除”的?比如,涉及到可能判死刑、无期徒刑、十年以上有期徒刑的,只要当事人、律师提出“非法证据排除”申请的,必须启动,而不能因为实质意义不大而不启动“非法证据排除”的程序,这是一个价值观的问题;第三,这个程序向谁提出?是否要通报相关诉讼参与人?提出之后是不是应该有一个受理机构“确认”?第四,救济程序。像我办理的九起提起“非法证据排除”的案件,没有得到正面的回答,那么这个时候该怎么办?是向上级机构进行上诉?还是向同级检察院进行申诉?我觉得这都需要讨论确定的。

林凌:“非法证据排除”的实质意义不大。你要说“非法证据排除”有引导价值的,那我我觉得倒是有它的意义所在,所谓侦查导向性的问题。但是,“非法证据排除”的操作最好是从审判人员的工作中分离出来。否则,反而给审判人员多一道手续去决定这个证据是否合法的问题。

胡婧:首先,我认为从“非法证据排除”的提出来讲,细节的标准还是一个问题,我们要达到哪种证明标准?比如说申请“非法证据排除”只是陈述嫌疑人在某个时间、地点,受哪个侦查人员的不法待遇的过程就可以了,还是须达到证明嫌疑人受到不法待遇?实践中不同司法人员要求的标准都是不一样的,这就导致“非法证据排除”的提起本身就是一件很难的事情;其次,这个“非法证据排除”程序解决的是证明能力的问题,还是证明力的问题?应当有明确的法则,而未被排除的证据仍然应当接受质证;第三,《刑事诉讼法》对“非法证据排除”的规定有两条不同的标准:“在法庭审理过程当中法官确定”或者“不能排除”。这两个标准适用起来也是很困难的,这在立法上是一个需要改进的问题。

顾跃进:刚才林律师讲到侦查机关通过对当事人的网上通讯进行监听监视采集证据,这种方法体现出公权力对公民私权利的尊重远远不够。公民的通话或者聊天,是一个绝对的隐私。当然,刚才讲了也有例外,比如为了国家利



本期主持：顾跃进



嘉宾：周楷人



嘉宾：林凌



嘉宾：胡婧

益的需要。但这种例外是需要遵循严格的程序规则。否则，应当视为非法证据。

这件事情对我们律师，对公安、检察、法院都是一个问题。其实律师感到困惑，公安、检察、法院也感到困惑。所以说现在有必要把我们交流讨论的结果作一个延伸，与有关司法机关作更广泛、更深入的交流、讨论。是否可以在上海建立一个完善的操作规范，或者能不能形成一个有建设性的立法建议。我觉得这是我们法律人都应该做的事情。

证人是否必须出庭接受质证

顾跃进：接下来，我们再讨论“证人是否必须出庭接受质证？不出庭接受质证的，证人证言的效力怎么样认定？”

胡婧：这个问题《刑事诉讼法》是有明确规定的，经过辩护人的申请，或者法官认为有必要出庭接受质证的，证人有义务出庭。如果他没有正当理由拒绝出庭接受质证的，同时他的证言遭到了合理怀疑，那么他的证言就应该被排除。尽管法律上有这种规定，但在执行中并不完善。

周楷人：如果从数字上来说，我申请证人出庭不下 20 次了，但让人遗憾的是只有一次被采纳了。证人是不是应该出庭作证，我觉得不能一刀切。让案子的所有证人都出庭也不太现实，对法官的工作量来讲也很难做到。但在有些情况下，证人必须出庭，比如有些证人证言对被告人是否构成犯罪，或者定罪量刑有重大影响的。

胡婧：我觉得专家证人是特别重要的。在某些案件中，涉及到对专业技术性比较强的问题，专家证人出庭作证是非常必要的。

林凌：说到证人出庭，尽管理论上以出庭为常规，以不出庭为例外，但从我国的司法资源来说是做不到的，而在英美其实也是做不到的。但在证人证言与被告人陈述之间有矛盾的、证人证言之间有矛盾的、证人证言与客观证据之间有矛盾的，都是应该要出庭的，这三个类型应该是最最起码的。

周楷人：这就是说，你到底是追求程序正义，还是实体

正义？

林凌：曾有这样一个案子，证人证言与客观证据存在矛盾，法官起初认为应该让证人出庭作证，但证人在内蒙，路途遥远，不便到庭，经商议认为这个证人到庭肯定是按照笔录上写的说，也没太大意义，不来就不来吧。这个做法反映了什么？就是对证人作伪证的追责制度，就算证人“胡说一通”也不追责。没有这个“追责”的基础制度，我觉得证人出庭没有什么意义。

周楷人：这对我们刑事辩护律师提出了一个新的要求，就是对证人当庭质证的技能。要从证人证言中间出问题，找到破绽。

胡婧：证人应当有个免责的问题。证人可能受到了恐吓等压力说不符合事实的证言，这种状态下应当免责。

林凌：证人是否应当到庭接受质证还涉及效率和公平之间的平衡问题。

顾跃进：看来这个问题涉及以下几个方面：第一，证人来说什么。是照本宣读还是接受讯问？第二，如何去问，包括法官、检察官和律师。考验问话人的执业素养，不同的人可以问出不同的内容。至少我个人认为，宣读证人证言和证人到庭接受质询，其效果是完全不一样的，甚至有“天壤之别”。这里还引申出另外一个问题，就是如何追究证人作伪证的责任？我认为当“侦查笔录”与“庭审笔录”有差别的时候，应该采纳“庭审笔录”，因为法庭是在公开、各方监督的情况下进行的，证人更容易说真话。但应当免除证人对“侦查笔录不实”的责任，因为其在侦查阶段会面临压力、恐惧的不利因素。

辩护人被“驱逐法庭”必须要有具体的标准

顾跃进：下面我们来讨论一下辩护人被判“驱逐法庭”的问题，这应当具备什么理由、程序和依据？

周楷人：1993 年最高法院发布《中华人民共和国法院法庭规则》。其中第六条、第七条就已经讲得很清楚，辩护人应当是着装整洁，不得喧闹吵闹，陈述和辩论应当经过审

判长的许可。对于违反法庭规则的人,审判长或者独任审判员可以予以警告、训诫,也可以责令驱逐法庭,或者罚款拘留。在新的《刑事诉讼法》中,也有这样的规定:“对于在庭审过程中,如果诉讼人员或者旁听人员违反法庭秩序,审判长应当予以警告制止,对于不听制止的可以强行驱逐。”应该说,将辩护人驱逐法庭是有规则依据的。但我们还应该理清几个问题:第一,什么样的行为不被法庭所接受?怎么样是违反法庭秩序呢?我们是不是可以推断为,你的着装要整洁。那么我们也碰到过,在外地一些刑事辩护律师穿着运动装、牛仔服就去开庭了,这种情况在西方国家肯定是不被接受的。那么,中国法庭是否可以依据这个情况把律师逐出法庭呢?这就需要细化规则;第二,我认为处罚的措施应该是渐进式的。首先予以口头警告,警告之后律师就应该立马调整了,没有必要在法庭上与法官争锋相对,因为庭审应该以法官为中心的。如果审判员没有予以警告,直接就把律师逐出法庭了,这是过激的;第三,救济问题。如果律师对被逐出法庭不服的,应该如何反映,向谁反映?反映的答复机制是什么?但有一点必须明确,即律师被逐出法庭后,法庭应该立即休庭,否则就是剥夺了辩护人的辩护权,同时也剥夺了被告人的合法权益,因为大部分被告人是缺乏刑事诉讼知识的,须依赖于辩护人。然后问题又来了,被逐出法庭的律师是否可以继续履行辩护权?这个问题是需要迫切解决的。

林凌:我完全赞同“法官是法庭上最权威的人”,其有权判断诉讼参与人的行为有没有影响到审判,并决定诉讼参与人有没有资格继续待在法庭。但是,法官应当依法行使这个权利,并承担滥用职权的责任。同样,律师在法庭的违规行为也应当受到行政或纪律处罚。法庭规则应当具有量化的标准,法官的自由心证幅度不能过大。

胡婧:我很赞同法官在法庭上的权威,但法官在法庭上所做出的决定不能仅仅依赖于其个人的职业素养,因为

每个法官职业素养是不同的。因此,必须制定量化的法则,规范法官的庭审权利。辩护人被逐出法庭解决的是庭审过程中的诉讼障碍问题,但不能剥夺辩护人和被告人的辩护权。所以,当决定“驱逐辩护人”时,应当立即休庭。理由之一,律师也需要有一个救济的问题,这应当在短时间内解决;理由之二,需要对当事人征询意见:是否可以放弃辩护人的辩护而自行辩护?还是另行委托辩护人?

顾跃进:说到底就是需要一个可操作的、量化的标准。我觉得三位的建议,从诉讼的现状来讲,是有非常积极意义的。辩护人被逐出法庭后,被告人肯定会在心理上产生非常大的压力,因为其不懂得诉讼规则,不知法律规定,更不擅长辩护。如果在辩护人被驱逐法庭而继续开庭的话,显然是不公平的。因此,休庭是必要的,是非常合理的机制。当然,这里也要充分体现审判的效率,休庭之后应立即启动申诉和答复程序。

法院延长审判期限不能随意性太强

顾跃进:我们再来讨论一下“法院延期审判”的问题。律师可能经常会遇到案件延期审判,而法院既不告知延期信息,更不告知延期理由,各位有什么意见?

周楷人:我认为延期审判应该告知相关诉讼参与人,但现实中很少做到。我觉得造成这个现状的主要原因是没有法律的明确规定,法官没有法定义务告知各方。

林凌:这个问题最根本的是要解决超期羁押。审限期内审不完的案件,应该变更强制措施才是关键。

胡婧:我觉得告知“延期审判”还是很有必要的,它能够使诉讼程序更加透明化。实践中,当事人的家属,包括当事人本人是非常在意这个问题的。这里有两方面的因素:其一,案件本身的原因,需要延期侦查;其二,法官工作效率太低。希望后一种情况能够改变。

林凌:延长审判期限的随意性太强,其他诉讼参与人



也没有救济的方法和途径,在这方面应当有严格的规范。期待“两高三部”的文件出台后这些问题能够改观。

检察院自侦案件由自己提起公诉是否合理

顾跃进:下一个问题想跟大家讨论一下检察院自侦案件由自己提起公诉这种规则是否合理?有无推进变革的道理和必要?

林凌:这个规则肯定有弊端,所以现在自侦案件是上级检察机关批捕。从制度上来说,已经设定了监督,这说明立法机关看到并注意到了这个问题。这种监督够不够?可以深入讨论。如果从检察机关分离出来再单独设立一个侦查机关,这就涉及到了立法的问题。如反贪局从检察院分离出来作为一个独立的侦查机关也行啊,就像香港廉政公署一样。那这样就一劳永逸了。

周楷人:今天我们讨论的话题不应该局限在法律的框架内,立法问题同样值得讨论。当下检察院主要行使四种权力:反贪、反渎职、公诉、法律监督。这样的好处是提高效率,自侦、自捕、自诉一条线。但是弊端是其既是运动员又是裁判员,就算是上一级检察院行使批捕权也很难避免“部门利益”的驱使。

胡婧:我在检察院待了十年,深知这个问题在制度上是有缺陷的。有过把反贪局从检察院里脱离出来的意见,但没有变成现实。因为这涉及到我们国家司法体制的问题,改变是慎重的。

顾跃进:作为一名律师,特别是有较长执业经历的律师,就很自然地会产生一些对我国现在司法制度问题、立法问题的关注和思考。现行法律和司法不合理、不公平的地方客观存在,勿容回避。而这种不合理、不公平对我们国家的治理是有伤害的。从长远角度考虑,其很可能成为社会进步的包袱。所以作为律师,我们除了履行本身的职责之外,还有义务、有责任去为这个国家、为这个民族去思考一些问题。尽管我们没有权利,但是我们可以呼吁,可以建议。现在中央已经非常明确“依法治国”作为国家治理的方略,而对现行法律和司法领域里面存在的不合理问题,当然也要去改变。源头在立法,所以我们律师将来更多的思考要放在立法建议上。现在很多律师已经参与了人大、政协,也有担任政府、党委的法律顾问,现在我们律师正通过各种渠道以自己的专业、责任和智慧去推动社会进步。改革是社会进步的源动力,要对不合理的制度进行改良,我相信这还是有意义的。

改判的罪名必须重新听取控辩双方的意见

顾跃进:接下来讨论这样一个问题:当你拿到判决书的时候突然发现起诉的罪名被改变了,而在拿到判决书之前,你是完全不知道的。因此,你在辩护的时候完全是按照

起诉的罪名进行辩护的。换句话说,判决认定的罪名是没有经过庭审质证和辩论的,这样做可以吗?

林凌:这个按照新《刑事诉讼法》和最高院的解释,应该是要重新组织双方开庭的。

周楷人:我也有过判决认定的罪名没有经过庭审质证和辩论这样的经历。

顾跃进:改变原有的罪名但没有听取控辩双方的意见而直接改判,这违反了“不告不理”的原则。

周楷人:我们都是检察院指控什么,我就辩什么。对于“判决的罪名没有听取控辩双方的意见就直接改判”的案件,如当事人上诉的,我觉得从立法上就应该规定一律发回重审。如果判决的罪名轻于指控罪名而被告人没有意见的,本着节约司法资源的角度就不要再启动上诉程序了。

林凌:我认为这类案件就是明显而严重的程序性错误,当然是要发回重审。

胡婧:严格来说,如果程序错误,其判决结果就应当被推翻。

顾跃进:这个所谓的程序错误,是不是可以从立法上让其变得不是错误?这是做得到的。

这里又引伸出一个“法律解释”的问题。司法实践中有大量的“司法解释”,而“司法解释”是否能够反映立法原意?这是个值得关注的问题。“立法解释”工作是否可以做起来?全国人大或其常委会是否应该承担“立法解释”的工作?这些问题都值得探讨。

我认为立法原意应该就在法律条文里面,如何准确、完整地作出能够达到共识的文字表达是立法当中需要改进的工作。尽量减少“立法解释”,“司法解释”不能替代“立法解释”。

林凌:我不赞同另建一个组织去解释立法,可以通过修法的方法去做。全国人大不断地发布“立法解释”,就和最高院的“司法解释”没有什么差别了。

顾跃进:所以立法的文字表达首先要准确、完整,让更多的人达成共识。在有些情况下,不同的人对法条会有一些不同的理解,在所难免。这个差距就应该用“立法解释”来解决,而不应该用“司法解释”,它的量应该非常少。

各位,由于时间关系,交流到此为止。从今天讨论的内容来看,刑事诉讼在程序上还存在诸多问题,反映在立法上边界不清,司法上有执法不严、辩护人和被告人权利落实不力等。我想,通过今天的探讨,能够形成一些有建设性的意见,供司法和立法部门参考,也可以引起同行的关注、思考。一个健全、科学而严格执行的诉讼程序是我们法律共同体每个成员的共同愿望,也是被告人合法权利的根本保障,更是依法治国的必然要求。谢谢各位嘉宾的参与和智慧奉献。●

(以上内容根据录音整理,为嘉宾个人观点)

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/黄海诺

汇海派精华 扬“律”帆远航

——记上海邦信阳中建中汇律师事务所

上海邦信阳中建中汇律师事务所(以下简称邦信阳中建中汇所)创设于 1995 年,是一家总部位于上海的大型综合性律师事务所。在北京、南京、武汉、重庆等地设有分所,拥有近 60 名合伙人,200 余名执业律师。

一、强强合并,落户外滩

邦信阳中建中汇所由沪上两家知名律师事务所于 2014 年 1 月合并而成。两所强强联合,顺利实现专业互补与优势叠加,成为上海律师界“大所合并”的成功典范。2014 年 7 月,两所齐心协力,顺利实现合署办公,入驻具有百年文化积淀的外滩,为打造海派强所、国内大所、世界名所的梦想开启新的征程。

在过去一年多的时间里,邦信阳中建中汇所取得了令人鼓舞的成绩。在规模上,该所是目前黄浦区规模最大的律师事务所,也是上海市规模最大的律师事务所之一。在服务能力上,邦信阳中建中汇所在全国四大城市设有分所,与众多国家与地区的国际大型或专业律师事务所建立了长期良好合作关系,服务领域涉及涉外法律事务、房地产与建设工程和私募基金、银行、信托和保险等金融法律事务,以及知识产权、国际商事仲裁和诉讼争议解决等,具备完善的服务体系与良好的服务能力。在办公条件与创收能力上,邦信阳中建中汇所的上海总部在位于外滩的国际超甲级写字楼中拥有近 4000 平方米的现代办公空间,并成为上海目前为数不多的“超亿元创收所”。

在竞争激烈、强手如云的全球法律服务市场中,邦信阳中建中汇所积极走专业化、规模化、国际化的发展道路,联手做强,谋取事业发展。在多元文化的背景下,该所采海派文化之精髓,始终坚持

兼容并包、开拓进取、永不止步的精神,向海派强所、国内大所、世界名所的目标不断努力。

二、兼容并包,广纳人才

(一) 优秀的合伙人、律师队伍

邦信阳中建中汇所的合伙人、律师大多毕业于国内外知名法学院。合伙人均具有丰富的执业经验,在成为该所的合伙人之前,他们都已在相关专业领域执业多年,并取得良好业绩。邦信阳中建中汇所的律师具有多种从业背景,不少律师曾接受过国外大学的法律教育或实务培训,部分律师拥有在国际知名律师事务所和跨国公司工作的经历,大多数律师掌握一门或多门外语,具有直接以英语等外语为客户提供法律服务的能力。

邦信阳中建中汇所的专业团队中,一些律师在加入前,曾在政府部门、司法机构或各类大型企业工作;一些律师还曾参加立法起草工作,并就立法、行政、司法部门的相关问题进行调研、提出建议;还有一些律师同时担任国内外仲裁机构仲裁员、上市公司独立董事或国有企业的外部董事,以及任职于律师协会等行业协会和人大、政协等组织,或在著名的高等院校兼任教授。这些无



两家律所合并庆典



领导来访座谈



国际业务探讨

不利于邦信阳中建中汇所在律师行业内外拓宽视野、获取资讯,从而更好地服务客户。

邦信阳中建中汇所的律师还活跃于各类专业学术和社会活动领域,他们经常在行业协会、政府机构、社会团体等举办的会议上发表演讲,经常为国内外专业报刊和新闻媒体供稿,提供有关中国法律政策动态的评论分析,并且出版有各类专业书籍。

(二)健全人才培养机制,促进年轻律师发展

为储备后备力量,促进年轻律师的发展,邦信阳中建中汇所建立了一系列人才培养机制。例如根据近期、中期、远期发展目标,制定人才储备计划;长期与各大知名院校合作,为学生提供服务实践平台,增强互动交流并吸引优秀人才;搭建人才梯队,为年轻律师快速成长提供有力支撑;推行“年轻律师成长激励方案”,提高年轻律师的执业水平,促进年轻律师的发展。

在“年轻律师成长激励方案”中,邦信阳中建中汇所为符合条件的优秀年轻律师提供丰厚的物质支持,同时与美国、爱尔兰等国家的学校、科研机构、著名律所等合作,为他们出国深造提供各种便利。目前,已有多名优秀的年轻律师通过该项培养计划,晋升为该所的合伙人,并成为新生代合伙人的中坚力量。他们无论是在业务能力还是在学识素养上都堪称时代的中流砥柱。目前,邦信阳中建中汇所已形成了非常良好的各年龄层次的中青年合伙人、律师梯队。

此外,为适应全球化背景,提高事务

所服务全球客户的能力,邦信阳中建中汇所不仅引进了来自意大利、澳大利亚等多名外籍顾问,同时还鼓励、支持所内的青年才俊、律师精英走出国门,去接受国际化视野与思维的锻炼与培养。

(三)开设律师学院,广纳青年才俊

为夯实人才基础,邦信阳中建中汇所的律师助理在加入前,均需接受“邦信阳中建中汇律师学院”的严格遴选和全面培训。

每年,“邦信阳中建中汇律师学院”会发布当年度法律培训生的招聘要求,并且本着公平公正的原则,经过笔试、面试、培训、实习等一系列的遴选程序,挑选出优秀人才。邦信阳中建中汇所与这些经过层层遴选并最终脱颖而出的佼佼者一起规划职业发展,共同创造美好未来。目前,这些经过律师学院严格遴选与培训的青年才俊已成为邦信阳中建中汇所持续发展的源泉。

三、业务服务覆盖全面,优势、创新专业领航业界

目前,邦信阳中建中汇所内设国际业务部、房地产业务部、争议解决业务部、金融业务部、公司业务部五大业务部门,覆盖近30个专业领域,其中在涉外法律事务,房地产与建设工程,私募基金、银行、信托和保险等金融法律事务,知识产权,国际商事仲裁和诉讼争议解决等领域处于行业领先地位。

同时,邦信阳中建中汇所还在体育法、破产法、产业管制与政府事务、经济犯罪、行政处罚应对与救济等领域具有优势。其中,在体育法领域,尤其在国际

体育仲裁及体育纠纷处理方面,该所在国际国内有着极高的声誉。在破产法领域,邦信阳中建中汇所拥有丰富的破产实务经验,并获得上海市高级人民法院一级破产管理人资质。

近年来,邦信阳中建中汇所先后获得了国内外的各类奖项。其中,该所连续多年分别被《钱博斯》(CHAMBERS)评为在投资基金、银行及金融、公司并购、建筑工程、知识产权领域的领先律所;被ASIALAW评为私募股权、投资基金、公司/并购和知识产权领域亚太地区领先律所;在纽约举行的国际法律联合峰会上(International Legal Alliance & Summit)获得“中国最佳律师事务所银奖荣誉”;连续被《国际金融法律评论》(IFLR)评为私募股权和投资基金、资本市场、银行及项目融资、公司及并购领域亚太地区领先律所;获得《商法》卓越律所大奖(建筑及房地产);被《并购国际》(Acquisition International)评为外商投资领域领先律所;被《PLC Which Lawyer》评为投资基金、公司及并购领域的领先律所。

四、制度健全,规范到位

邦信阳中建中汇所自建立以来,一直坚持制度化、专业化、标准化的建设原则,完善事务所各项管理制度,并充分认识到高效的管理制度是事务所良好运行的基石。为此,该所积极建立健全各项规章制度,使各项工作进一步规范化、制度化。

第一,为防止邦信阳中建中汇所的律师在执业过程中,因涉及利益冲突而



年会员风采

给当事人或事务所及事务所其他律师造成权益损害,保障当事人和事务所律师的合法权益,规范事务所律师执业行为,该所较早制定了事务所利益冲突认定和处理实施细则。同时,为提高执业风险防范,还经常性地对全所律师开展执业风险防范教育,在规范执业的基础上,防患于未然,并重点对一些律师加强执业风险防范教育,确保事务所在社会上的良好形象。

第二,推动诚信督导机制。诚信是律师和律师事务所生存发展的基石,邦信阳中建中汇所始终把诚信建设作为工作的重要内容。通过学习交流、自查自纠等方式提高律师诚信意识,增强律师的社会责任感和大局意识,促进社会和谐。将办案流程、执业律师信息、收费标准等公开化,将律师事务所管理与客户动态监督相结合,树立律师和律师事务所诚信执业的良好社会形象。

第三,继续加强和完善统一收案、统一收费制度、档案管理制度,提高事务所规范执业的水平。邦信阳中建中汇所成立至今,严格地使用统一立案 OA 系统,努力做到规范立案,不缺项、不漏项、不错登。为进一步完善了受理案件审批手续,该所对立案审批程序又作了改进,还增加了咨询登记、案件动态、案件流程、律师办案动态、律师助理办案动态等模块,更加严格的对空白合同、公章使用和发票使用进行管理。

第四,加强案件质量监督管理。邦信阳中建中汇所对一些重大案件进行监督和管理,要求全部诉讼案件实行合议制,所有法律文书装订要统一规范、统一格

式和标准,重要法律文书内容须统一审查后方能对外发送。

第五,积极探索并完善专家顾问制度。邦信阳中建中汇所现有的专家顾问,在业务的把关、社会关系的协调和发展的战略顾问上,均为事务所发挥了不可替代的巨大作用。今后,邦信阳中建中汇所将逐步争取更多有权威,有专长,有影响的各行业,各领域的人士担任

事务所专家顾问,并充分发挥他们的能力和作用来推动事务所各项工作。

第六,按照国家和上海市财务会计信用等级管理的有关规定,邦信阳中建中汇所重视财务会计工作,对财务会计人员严格持证上岗,不断完善内部财务会计控制制度,不断规范会计基础工作和财务会计行为,提高财务会计信息质量,每年依法对财务会计报告实施注册会计师审计。

五、肩负法律人使命,勇于承担社会责任

作为实现法治中国、构建和谐社会这一伟大理想过程中不可或缺的一个重要组成部分,律师的作用正日益显现,其地位也在不断提升。无论是在经济建设领域,还是在政治文化领域,律师已然成为一种不可取代的社会力量。与此相应,随着社会地位的提高,其对于社会肩负的责任也相应增大。因此,着眼于国家的发展大局,律师必须勇于承担社会赋予自己的责任。只有重任在肩,才能稳步前行。

邦信阳中建中汇所始终肩负着法律人的使命,始终对人民与社会的命运饱含深情。作为法律人的共同体,当马来西亚航空公司 MH370 发生事故,该所第一时间组织专家召开研讨会,希望能为事故的妥善处理提供法律上的帮助;当外滩踩踏事件发生,该所在主管部门及律协的统一协调与安排下,第一时间组织所内律师组成法律援助小组,为事故善后处理工作提供帮助;在日常的法律援

助活动中,该所律师总是以优异的表现赢得赞许。邦信阳中建中汇所常年积极承担社会责任,以对人民和社会的满腔深情,在高校、社会公益组织、监狱、未成年管教所等开展合作、慈善捐助、法律援助等活动。

未来,邦信阳中建中汇所将更注重培养律师的社会责任意识,通过加强社会责任管理,拓展社会责任领域,提升社会责任实践水平,塑造新时期律师的职业形象,为推动全社会的发展与进步作出更大的贡献!

结语

在新的历史征程上,邦信阳中建中汇所又一次出发。海派强所、国内大所、世界名所的愿景时刻鞭策着邦信阳中建中汇所的律师,使其不敢稍作停留。30 年的中国律师业已经步入群雄逐鹿的春秋战国时期,邦信阳中建中汇所更是肩负着建立中国法律服务业的时代使命,这种使命感鼓励着该所又一次出发。邦信阳中建中汇所相信,砥砺前行,沉下身心去努力,没有理由不相信自己会变得更优秀。而“优秀”是一种荣誉,但同时“优秀”更是一种再出发的鼓励与动力。

未来,邦信阳中建中汇所将继续加强律师队伍建设,创新工作方式,不断拓展法律服务新领域,不断为客户解决新形势下的新问题,专业、高效、富有创造力这是邦信阳中建中汇的服务宗旨,更是邦信阳中建中汇所的律师一直以来所坚持奋斗的目标。引用该所一位合伙人的话:“我们一代代的律师会在这个事务所留下足迹,但是事务所不会停留在这里。因为,事务所有了自己的生命,她会在新老律师的薪火相传中,在每一个邦信阳中建中汇所律师的卓越进取中,向着新的方向,不断前进。”邦信阳中建中汇所将以蓬勃的朝气,洋溢的热情不断前进,为广大客户的日常经营及商业交易保驾护航,力求为中国的经济建设与法制建设做出贡献,在优秀的道路上更优秀。●



吕毅:2004年当选为英国皇家御用仲裁员成员;2010年开始担任上海市律师协会外事委员会委员、并购重组研究委员会副主任,清华大学私募股权基金华东联谊会秘书长;2011年,荣获市律协颁发的“服务世博先进律师”奖项;2015年荣获第三届“东方大律师”荣誉称号。

东方大律师 ●文 / 吕毅

为中国国家法律外交贡献力量

一、放弃公务员的机会,选择成为律师

1997年我还在南京大学念法学硕士,这一年我已通过了律师执业资格考试,并顺利通过了当年的某市委秘书岗位招考公务员的笔试。我思量再三,认为成为一名律师也许能够更好地实现自身的价值,也能更好地帮助他人,于是我放弃了公务员面试的机会,并作为人才引进进入了当时的上海市第一律师事务所,在1999年10月成为了一名正式执业的律师。

二、初出茅庐,在上海市第一律师事务所开始执业生涯

对于一名初入行的律师而言,最大的挑战莫过于:缺乏前辈的指导、缺乏案源,我还面临着不能完全听懂上海话的考验,当时大部分客户都是用上海话介绍案情,为了更清楚地了解案件,我还要以发问的形式用普通话就关键问题再问一遍。静下心来分析了自己当时的处境,我思考的出路是刻苦钻研法规和案例,强化庭审应变能力和业务接待能力,并且尽快直接找到客户的法律问题核心利益点和法律关键点。当时在一所时,事务所规定每天由不同的律师在前台值班接待,值班时若接到的案子可作为值班律师的案源,按照当时的排班表,我的值班机会是每两周一轮。凭借平日里的点滴积累和比较敏捷的反应能力,我基本能够迅速抓住客户提出问题的关键点和实质,在当时就有了在第一次客户接待中对案件法律上的预测和判断,与案件办理结束时的情况很少出现差错的能力。

我很快就接到了作为律师以来的第一个案子——上海宝山区某小区一业主诉某房地产开发公司房屋买卖纠纷,并成功代理案件为我的委托人争取到了最大的利益,拿到了第一笔代理费1000元。因该小区的业主都面临相似的困扰,在我取得了第一个案子的胜诉之后,小区业主纷纷前来委托我帮助他们起诉开发商,要求退

房或赔偿逾期交房的违约金,律师代理费在之后变成每件2500元,前后共132户委托人,共132个案件,在所里造成了不小的轰动和影响。背负着业主们的期望,那段时间我总是白天奔走于小区各户之间,收集案件材料,晚上回到住处又一个人加班加点地准备起诉及证据材料,起初一部分业主要求开发商退房,一部分业主要求开发商赔偿逾期交房违约金,经过我对案件的分析整合,我告诉委托人房价现在处于低点,之后可能会涨,诉请要求开发商支付违约金比较好。经过我的努力,审理法院判决认定开发商违约并需向业主支付违约金,违约金的计算截止时间由之前的开发商办出《入住许可证》之日延长至开发商办出《房地产登记证明》(即“大产证”)之日,后来,上海市高院对开发商逾期交房的违约金计算截止时间也延长至开发商办出“大产证”之日,这个调整提高了对开发商逾期交房的惩罚力度,也让业主维权有了更坚实的法律保障。后来房价大涨了,业主们既向开发商争取到了逾期交房违约金,同时也保留住了房屋的产权,获取了房价上涨的收益。

三、海外求学,为提升自己奠定基础

虽然我在正式成为一名律师的第一年(2000年)就创收了33万元,在当时还是比较可观的,并在第二年(2001年)创收达到56万元,但我也更看清了自己的不足之处,特别是当时在和一些外籍法务高层交流法律问题时,我有时无法完全理解国外客户在案件外的全部含义,后来我发现这是我们大学法律教育中普通法和大陆法的差异造成的隔阂。为了解决这种问题,也为了加强法律英语的学习,我于2002年远赴澳大利亚悉尼科技大学攻读国际商法,并开始了一段美妙的海外求学生活。在美丽的澳洲,我租住在一位澳洲老太太的家中,参加了她的一些家庭活动,包括她孙女的婚宴、她的家庭party等,我看到了迷人的碧海蓝天,感受到了人与自然的相融合的和谐,也学习着新的法律知识。我每天坚持学习专业知识和法律英语,并通过融入当地人的生活,渐

渐理解了英语语言之外的含义。这些经历,都为我回国后继续为客户当事人提供更好更专业的服务奠定了良好的基础。

四、转所君悦,为当事人提供更专业高效的法律服务

2008年,我从上海市第一律师事务所来到上海君悦律师事务所,担任君悦所的副主任、高级合伙人。我始终认为,作为一名律师,首先应当精益求精地提高法律技能,为当事人提供专业高效的法律服务。近几年,在涉外并购、破产清算、争议解决三大方面逐步形成了自己特色的法律服务领域,并领导律师团队为当事人提供了诸多优质高效的法律服务,其中包括世界第二大消费电子零售商德国某公司退出中国解散清算项目及国家重点工程(上海大飞机 C919)项目等,现因篇幅限制,仅就德国某公司退出中国解散清算项目(英文法律服务)简介如下:

2013年1月,欧洲最大、世界第二大消费电子零售商,国际 500 强企业德国某公司根据德国股东集团的战略决策,决定整体撤出中国市场。此次公司解散清算项目特点可以用“涉及范围广、项目持续时间久、难度大”来概括,我带领律师团队经过讨论研究,向该公司中国集团提出员工遣散、关闭门店、消化库存、终止门店租赁合同、清理采购合同、清理和回收供应商应收款、股东借款资金及相关政府部门报备等工作分步推进的方案,公司中国集团对该方案予以肯定并委托我带领律师团队为项目提供法律服务。

接受委托后,我带领 10 余名律师组成专业团队就项目全程提供法律服务。我作为团队的总指挥,基本参与了公司关于解散清算的全部重大会议,并特别派了一名涉外律师驻场该公司工作一年,与团队的劳动法律师、清算律师、知识产权律师及公司法律师共同努力,协助公司顺利地终止了淮海店、锦绣店、大华店、大场店和七宝店的五个租赁合同,徐泾、曹安两家门店业主与该公司就终止租赁合同补偿金额事宜最终进入诉讼程序。在我们的帮助下,该公司中国集团仅就上述 7 家门店租赁合同终止事宜减免了赔偿金额共计逾 1.5 亿元人民币。

我率领的律师团队帮助该公司中国集团陆续完成了与近 2800 多家供应商之间的采购供应合同终止事宜的谈判,自 2013 年 2 月中旬起至 2013 年 3 月 1 日,我们在短短两周之内就协助公司完成了与总部及其 7 家门店共计 900 多名员工(其中包括 120 多名高管)的劳动合同终止及离职补偿的谈判。整个员工遣散工作过程中公司没有收到任何一名员工的投诉,也没有任何一名

离职员工对公司提起劳动仲裁,公司集团对我们的工作给予了肯定和认可。

此外,我还为其他诸多重点工程包括(上海大飞机 C919)项目暨上海飞机制造公司与英国某知名飞机制造公司拟在上海建立飞机(C919)尾翼制造合资公司提供专项法律服务,现囿于篇幅有限,不予以详细介绍。

五、以专业知识服务国家,承担社会责任

作为一名律师,不仅应当精益求精地提高法律技能,为当事人提供专业高效的法律服务,还应该以专业知识去承担更多的社会责任。

(一)受邀参加中国国家法律外交,以专业知识服务国家

自 2011 年至今,我多次受中国法学会邀请,作为唯一律师全部参加了由中国法学会牵头,外交部、司法部、最高法参与主办的国家级法律外交中的五大论坛:中国——欧洲法律论坛、中非合作论坛——法律论坛、中国——东南非经贸及投资法律研讨会、中国——拉美法律论坛、中国东盟(十国)法律合作与发展论坛。

中国——东南非经贸及投资法律研讨会以及中国东盟(十国)法律合作与发展论坛在亚洲举办,“中国——欧洲法律论坛”在奥地利维也纳举办,“中非合作论坛——法律论坛”在毛里求斯、南非举行,“中国——拉美法律论坛”在智利与古巴举办,我的足迹几乎遍布了四大洲:欧洲、非洲、南美洲、亚洲。

参加该五大国家级法律论坛是一项非常艰辛的工作,自我接到法学会的邀请之日,便要开始为在论坛上发表全英文演讲选定议题,并提前两至三个月准备论文素材,不断地起草修改论文,制作中英文版本论文提交组委会。在这两至三个月的时间内,我一方面积极保证参加论坛的准备时间,另一方面又不能耽误其他日常的工作,只能经常加班加点,挑灯夜战,超负荷地兼顾着两方面的工作。去南美洲参加“中国——拉美法律论坛”时,我花费了很多的时间、金钱办理签证,预定机票,再乘坐国际航班,长途跋涉飞行 30 多个小时到达古巴和智利,还没来得及倒好时差、恢复精力,就需要全身心地投入会议中,发表全英文演讲,与各国参会者就议题进行讨论,就问题提出建议。我非常珍惜参加国家级法律会议的机会,在回到上海之后,还会利用邮件、电话等方式与外国参会友人继续沟通联系,并与中国法学会等论坛组织者对各大论坛的组织规则、章程进行讨论,完成论坛规则、章程的制定及完善。

五大论坛的举办,推动了中国与各国之间的国家级法律外交,促成了中国与参会国家就投资与贸易纠纷签订双边或多边协定。而通过参加国家级法律外交,我也



放宽胸怀成就了一个“大我”——为中国与全球各国之间日益增长的投资与贸易纠纷的和平解决做出了自己的贡献。

(二) 领导信访核查工作

除了专注于业务,推动中国法学的向外发展,我还以饱满的社会责任感,投入到了社会公益事业中。我所在的君悦所作为静安区政府委托的信访核查专项法律顾问,于2010年8月时,指派我带领的10多位团队律师对徐某等14户信访突出矛盾案件进行核查,并就协助化解该户信访矛盾提供法律服务。

接受委托后,深感此次信访矛盾化解的紧迫性,我迅速带领所内房地产律师加班加点投入工作,在与信访人员访谈会见的过程中,我始终保持着耐心倾听的态度,并适时地向信访人释法明理,努力缓解信访人的猜疑、抵触情绪。此次信访矛盾的爆发正值2010年上海世博会召开之际,如处理不当,不仅会影响社会稳定,还会对世博会的召开产生不良影响。为早日解决此次信访矛盾,保障世博会的顺利召开,我组织团队律师们连续加班加点,常常是白天约谈信访人,晚上继续收集、审阅卷宗材料,与信访办等责任单位就化解方案的确定与推进反复沟通。

由于我们在化解调解社会矛盾方面做出了一定的贡献,静安区人民政府及信访办继续委托君悦所开展信访核查及矛盾化解工作,我也在不断为“平安上海”出谋划策、奉献力量。

(三) 创建“并工厂”网站

为更好地帮助我的客户及时了解最新的并购信息,自2008年至今,我一手创建了“并工厂”网站:www.merger.org.cn。网站架构独特,内容涵盖“公司并购”、“公司上市”、“公司清算”、“仲裁与诉讼”等,为浏览者提供最新的并购上市动态信息、法律法规和相关经典案例,“并工厂”自创建至今,内容不断更新,可浏览信

息高达十余万条,网站上都是最新的并购、上市、清算及商事诉讼仲裁信息,它的点击量一直位于同类网站的前列。

(四) 热心当导师带教高校研究生

在2006年3月,我被同济大学经济管理学院聘为公共管理硕士(MPA)研究生客座教授,每年有二到四个研究生班的授课任务,MPA的核心课程为《行政法与行政诉讼法》,学生们都是政府机构的各级公务员,我以案例为素材进行教学,并将每6至8名学生组成团队制作ppt,通过不同的角色扮演(原告、被告、法官等)进行现场演讲并现场打分,分数占比最终成绩的40%,另外的成绩由平时课堂表现(占比10%)及最终笔试(占比50%)组成,让学生们从案件教学上了解行政法的法条和规定,大大加强了教学的直观度和乐趣,该课程是同济大学最受欢迎的课程之一。2013年9月,我与其他20多位律师一起入选为“华东政法大学高端法律服务人才培养创新实验班项目”法律硕士校外导师。此外,我还一直担任上师大法国留学生研究生导师。

结语

在长达数十载的执业过程中,我一直坚信并坚持:法律是和平解决国际争议的重要手段,要加强中国 and 世界的法律外交,要为当事人提供高水平的法律服务,要追求公平正义、致力社会公益、为弱势群体提供帮助。在将来的律途中,我也将秉持着这种坚定的信念,继续以法律为我的当事人提供专业高效的法律服务,继续以法律知识为中国国家法律外交、为中国与全球各国间日益增长的投资与贸易纠纷的和平解决做出贡献,不断地用饱满的热情去服务社会、为“平安上海”贡献力量,持续地通过“并工厂”为有兴趣的浏览者提供最新最全的并购信息,并通过言传身教地教导学生,为国家的法制建设培养更优秀的人才,承担社会责任。●

香港大律师之窗

●文/萧震然

香港的家族信托法律(上)



萧震然:香港执业大律师、仲裁员

前言

家族信托在中国已不是陌生的概念。基于不同原因,信托创立人以家族信托形式处理自己的财产。香港家族信托的适用法律是信托文件中所选择的准据法,例如香港法、英国法等。如信托文件中有不足之处,法庭会根据适用准据法中的“信托法例”去弥补当中的不足。香港作为国际金融中心,实行普通法体系,有相对完善的法例去保障信托的执行,同时也与中国大陆联系紧密,因此越来越多的人选择以香港法作为家族信托的适用法律。本文分上下两篇,分别讨论介绍香港法中家族信托文件中的一般条款,以及《香港信托法》如何保障家族信托的执行等问题。

一、家族信托的形式

一般来说,成立家族信托有三种目的:第一,保障资产。例如创业家可以以家族信托的形式去处理不动产,以防万一生意失败导致家人流离失所;第二,传承家产。有时候,将一大笔资产交托给未成熟的下一代是一个不明智的决定,因此信托创立人可以委托受托人管理财产,等待子女成熟后,受托人可以把资产全数给予子女;第三,防止突发事件。

子女的成长过程中可能会发生不同的事情,偶尔子女可能面对各种难题。信托创立人可以考虑一些可能的因素,在家族信托文件中列明情况,以保障子女在不同的时候都可以有相当的经济能力面对逆境。

家族信托一般会以“明示私人信托”的形式去处理,当中信托创立人会给予受托人非常大的权利,因此这种信托一般称为全权信托(Discretionary Trust)。

二、家族信托的成立

在香港的法律中,信托主要分为明示信托(express trust)和法定信托(statutory trust)。明示信托是指以文件,例如信托契据(trust deed)、遗嘱(will)或其他文书自愿明示声明订立;而法定信托则是因法律的施行而产生,由法院依据某些法律原则而订立,当中包括归复信托(resulting trust)和推定信托(constructive trust)。

本文在此仅以明示信托为主要讨论对象。明示信托包括明示私人信托(express private trust)和慈善信托(charitable trust)。二者设立的目的不同,前者为私人利益服务,而后者旨在慈善事业。一般而言,家族信托以明示私人信托为表

现形式,由财产所有人创立后指定并声明受托人,并将财产的法定所有权转移给该受托人。当然,财产所有人也可声明自己为受托人,以规避复杂的财产转移手续。

至于信托的声明,必须符合“三个明确”的原则(three certainties):一是明确的成立信托的意向(certainty of intention);二是明确的信托标的(certainty of subject matter),即必须明确列出信托财产的整体及每位受益人分享的权益等;三是明确的受益对象(certainty of object),以使标的物能正确地分配给受益人。受托人的任务越重和受益人的权益越大,法院对界定信托受益对象的要求便越加严谨。例如,假若有关信托是确定权益的信托(fixed interest trust),即每个受益人所得的权益已由信托创立人确定,则信托声明的详细程度必须足以使受托人有可能列出所有受益人的名字;假若有关信托赋予受托人裁量权去分配标的物(discretionary trust),则声明中的界定的详细程度必须能让受托人指出任何人属于、或不属于受益人之一。

由于受托人责任重大,因此必须由委托人明确以上三个原则,这样方可创设一个具有执行力的信托。



（一）明确的信托意向

明确的信托意向意味着被给予信托财产的人应以信托目的持有该财产，如应有证据表明信托创立人意图在该财产上设立信托义务。如果没有明确的信托意向，则该财产将被视为纯粹的赠与。

（二）明确的信托标的

这是个很易理解的原则，即如果连在何财产上设立信托都不能确定，那么自然信托本身也无从确定。缺乏明确的信托标的的后果如下：1、信托的基础不存在，信托不能成立；2、若信托对于实益权益不可确定，而该财产已经被转移至受托人名下，则对信托创设人而言，该信托为归复信托；3、若意图设立的信托是附加于赠与财产之上的，则该赠与是无条件的。

（三）明确的受益对象

即该信托必须有明确的受益人，或可以通过一定条件确定的受益人。在全权信托中，对于该项明确性的标准是：“是否可以十分确定某一个具体的人是否为该类别的人士？”若该项明确性缺失，而满足另外两个明确性，则该信托将被视为信托人设立的归复信托。

三、家族信托的效力

在信托中，信托创立人在信托设立后并不享有高于受托人或受益人的权利，也不必然与受托人和受益人同处于

一个法律关系中。实际上，非经信托声明中明确给予创立人信托撤销权的，信托便在生效后不可被撤销。而信托设立后，法律关系也只存在于受托人与受益人之间，与创立人无关。

信托的目的在于通过将财产转移给他人从而实现避税等目的。因此当信托设立后，设立人即应完全脱离该关系，否则即便其采用通过委任其信赖的人作为信托保护人来参与信托的管理，法院仍有可能认为信托创立人依然享有某些财产权益从而征收相应的税款。

至于其他两方，受托人在信托生效后即成为该信托财产的法定所有权人，信托受益人和信托保护人（如有）则负责监管受托人的行为。受益人可享有该信托财产的相关利益，也可转让或处置该受益所有权。

四、一般家族信托的条文

（一）受托人的权力

绝大多数全权信托关注的重点在于财产收益的分配。资金的分配通常受到受托人指定权力的制约和影响。在信托期间，受益人并不固定地享有某项财产、入息或资金的权利，而是全部根据受托人的酌情裁量从而获得相适应的部分。

（二）信托的有效期

为延长信托期限，在全权信托中可作出相应不超过永续年金期限的任意

期间的约定。由于全权信托的受益人在信托中并无固定的收益权，只有通过受托人“对其有利的酌情裁量权”方可获利，而这样的授权期限除非在永续年金的存续期间内，否则归于无效。因此，全权信托只在永续年金的存续期间内生效，故而全权信托的终止期应被指定于永续年金的到期日之前。假定全权信托在信托期间后终止，通常情况下信托财产即在永续年金期间内转为固定信托。

（三）累积财富的权力

在许多情况下，财产收益受益人并不需要每年收取信托收益，且因受益人的所得税税率高于信托，故领取该收益需要缴纳的税款比存放于信托中需缴纳的税款高，因此受托人通常被授予积累该收益的权力。如无该项权力，他们将不得不将收益分配至特定或特定类别的受益人手中，造成税金损失。有无该项权力也是区分穷尽的全权信托(exhaustive discretionary trust)与非穷尽的全权信托(non-exhaustive discretionary trust)的关键所在。若信托收益不需每年分配，该信托为非穷尽信托，且受托人不必将所有信托资本在信托期间全部分配出去。

（四）增加或减少受益人的权力

受托人可被授予减少信托受益人的权力。然而该权力也存在一个问题，即当受托人可能并无正当理由而决定将某一受益人除名时，会构成受托人对信托权力的滥用，而被排除的受益人很难就此作出

其遭受损失的有效举证。因为作为一个全权信托的可能受益人,其并不当然享有该信托名下的确定利益,其权益仅取决于受托人“对其有利考量”的期待权,因此并未被剥夺任何实质的利益。

受托人也有增加新的受益人的权力。在行使该权力时,受托人须恪尽注意保证其中不得包括有可能对缴税有不利影响的人。增加新受益人的方式通常为首先确定一个排除范围,然后受托人有权增加该排除范围以外的人为新的受益人。

(五) 成立新信托的权力

受托人可被授予指定其他信托(如全权信托和保护信托)的权力,以及有利于受托人在外国行使的权力和全权代表权等。这可使当信托积累期到期后或其他可采取对于财产有利举措的时候,受托人可以就财产实行新的安排。但这种安排必须是在原信托设立之日起的永续期内进行,且不得超越对原设立人生效的积累期限。

永续期和积累期只会在指定受益人重设时重新起算,但这有可能导致资本的双重转移,从而引发对缴纳遗产税的不利影响。

(六) 其他行政条文

受托人在每一个信托中都必须被单独赋予必要的履行其职责的信托权力。显而易见的是在设立信托时,买卖、投资、付款、维护未成年受益人的收益、对未成年人的监护等必要基本权力应一次性设立完毕。但所有基本的必要权力均应根据信托法例授予受托人。法定权力可被信托文书中的条款增加或限制。在全权信托中,一般受托人会被授予最广泛的权力。对于大部分条款而言,这些其他行政条文和管理规定构成了信托文书的主要组成部分。

本篇从家族信托的形式、成立、效力和条文四个方面对香港的家族信托进行了简要的概括,下篇将会就在香港的法律框架下如何保障家族信托的执行及香港与大陆在家族信托上的联系和优势等进行介绍,以使读者对香港的家族信托有更深入的了解。(未完待续) ●

案例精析 ●文/刘斌

飞行员依法 “跳槽”的背后



案情简介

原告赵某与被告某航空公司浙江分公司(以下简称航空公司)发生劳动合同纠纷,于2014年2月17日诉至宁波市江东区法院。原告诉称:其与航空公司于2005年9月12日建立劳动关系,并签订有关劳动合同。原告依法向航空公司书面提出解除劳动合同,双方的劳动关系已经解除,故被告应为其办理有关解除手续。同年2月24日,被告也向法院提起诉讼。被告诉称,原告于2003年9月由航空公司出资进入中国民航飞行学院学习,2005年7月毕业后,从事飞行员工作,双方签订了无固定期限劳动合同,约定在服务期内原告单方解除劳动合同的,应赔偿违约金、培训费等费用。之后,公司多次出资,将其培训为机长。由于原告在服务期未满的情况下,于2013年9月14日书面提出辞职,其应按约定向公司赔偿各项费用及损失700.52万元。

争议法律焦点

争议之一: 赵某依法向航空公司提出解除劳动合同,航空公司是否应当及时为其办理有关解除劳动合同的有关手续,

以及办理有关解除手续是否以支付违约金、培训费等各项费用和损失为前提。

原告认为,其虽为飞行员,但也是普通劳动者,其自由择业权应当依法得到保护。原告依据《劳动合同法》第三十七条之规定向航空公司提出解除劳动关系,书面送达了《解除劳动关系通知书》,这是法律赋予劳动者自由择业的权利。现双方劳动关系已经解除,航空公司应当依法为其办理解除手续。航空公司认为,依据飞行员管理的相关规定,飞行员离职后,应当在支付航校培训费、工作期间的各项培训费、飞行资格养成费及其他损失后,方能办理离职手续。

争议之二: 航空公司虽在劳动合同中约定了若赵某提前解除劳动合同应向公司支付巨额违约金、培训费和相关损失,支付标准应如何确定?

原告认为,并无违法违约,也没有给航空公司造成损失,无需赔偿培训费用。五部委文件的规定并不适用于本案。有关赔偿标准系航空公司间的行业标准,不适用于飞行员。从法律位阶看,有关文件仅属于部门规章,在效力上低于法律,应适用《劳动合同法》的规定。航空公司认为,双方之间的劳动合同合法有效,现赵某提前解除劳动合同,未按约定履行

约定的服务期,在劳动合同约定的服务期内单方提前解除劳动合同给单位造成的损失是客观存在的,单位要求其支付的培训费用、飞行资格养成费合法有效,其应向单位全额支付。

律师评析

近年来,飞行员与航空公司因劳动合同解除而产生的劳动争议案件呈高发态势,而且往往会产生连锁反应。由于飞行员职业本身所具有的特殊性,决定了其劳动合同解除的特殊性。在此类劳动争议案件中,诉讼标的数额巨大,案件的最终结果往往对航空公司的影响更大。飞行员与航空公司之所以频繁发生解除劳动合同争议,主要有以下几个方面的原因:一是中国航空业的高速发展,特别是民营航空公司的快速发展导致飞行员人才的匮乏;二是航空业人力资源市场管理混乱,劳动报酬差距大,导致了飞行员的流动频繁;三是航空业缺乏适

应其行业特点的规范用工管理的相关规定,导致飞行员的流动无章可依;四是飞行员的用工争议缺乏符合该行业特点的相应法律法规的调整,导致飞行员流动无法可依。

为规范飞行员的流动问题,最高人民法院于2005年转发了中国民用航空总局、原人事部、原劳动和社会保障部、国务院国有资产监督管理委员会、国务院法制办公室制定的《关于规范飞行人员流动管理保证民航飞行队伍稳定的意见》,并要求在审判工作中参照该意见确定处理原则及培训费用计算标准来处理飞行人员要求解除劳动合同纠纷案件,但这远远是不够的。因此,在尚无专门法律法规解决该问题的情况下,可以考虑暂由人力资源和社会保障部与中国民用航空局联合制定相应的用工管理规则,以规范航空公司的用工管理,使飞行员的流动有章可循,减少因飞行员的流动而引发的劳动争议。

结论

劳动者的就业权是劳动者赖以生存的权利,而自主择业权是就业权的重要内容之一。劳动者向用人单位提出解除劳动合同是其自主择业权的体现,也符合《劳动合同法》的有关规定,用人单位应当为劳动者及时办理解除劳动关系的有关手续。用人单位提供专项资金为劳动者提供培训并约定服务期的,劳动者应当履行约定的义务;违反约定的,应当向用人单位支付违约金。由于飞行员职业的特殊性,用人单位须支付大量资金用于培训,且飞行员的辞职行为必然会对用人单位造成客观的损失,为了平衡双方的利益,飞行员应当向用人单位支付合理的补偿。本案先后经过劳动仲裁、一审和二审,最终法院判决被告应为原告出具解除劳动关系的证明,原告须向被告支付补偿费18万元。●

(作者单位:上海普世律师事务所)

信息

化解医患纠纷 维护医疗秩序

——黄浦区召开医患纠纷人民调解工作四周年研讨会

10月23日下午,由黄浦区卫计委、黄浦司法局共同主办,康昕律师事务所协办的“黄浦区开展医患纠纷人民调解工作四周年研讨会”顺利召开。研讨会旨在总结黄浦区医患纠纷人民调解的实践经验,进一步提升医患纠纷人民调解工作水平。

研讨会围绕“黄浦区开展医患纠纷人民调解四周年”的主题,向与会来宾介绍了黄浦区医患纠纷人民调解工作现状,并简要说明了今后的工作设想。会议还邀请区内部分医院代表、医疗法律服务领域知名律师,为医患纠纷人民调解工作建言献策。

2011年8月以来,在上级部门的指导和帮助下,黄浦区医患纠纷人民调解工作以问题和需求为导向,坚持独立第三方立场,依法依规开展调解,初步形成了以人民调解为平台,司法行

政、卫生、公安等职能部门大力支持,社会广泛参与的 work 格局。

2011年8月,黄浦区司法局和黄浦区卫生局共同组建了黄浦区医患纠纷人民调解委员会。截至2015年9月30日,区医调委累计接待1467人次,受理医患纠纷1174件,居全市第三。其中,索赔金额三万元以上的779件,占受理总量的66.4%。调解成功796件(零赔付纠纷39件),调解成功率67.8%;协议金额5645万元,协议即时履行率100%;调解终止331件,正在调解47件。

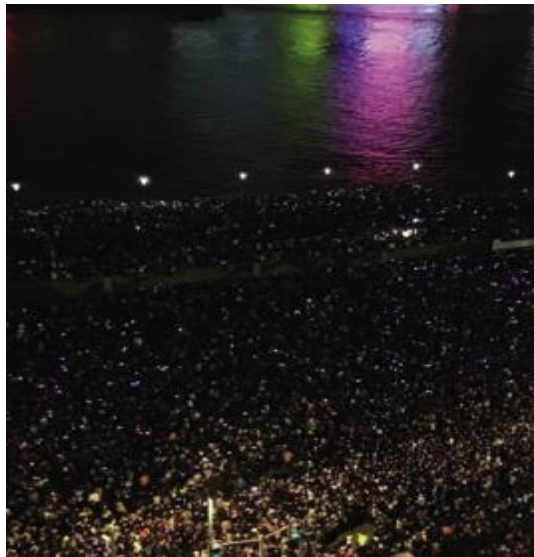


视角

●文/黄浦区司法局

律师参与社会突发事件应对的工作机制

——以“12·31”外滩拥挤踩踏事件为例(下)



【前期回顾】“12·31”外滩拥挤踩踏事件造成了人员的重大伤亡，引起了国内外的广泛关注。该事件是一起对群众性活动预防准备不足、现场管理不力、应对处置不当而引发的拥挤踩踏并造成重大伤亡和严重后果的公共安全责任事件。虽然政府部门依据《突发事件应对法》和《上海市实施〈突发事件应对法〉办法》等有关法律法规，第一时间成立了医疗救治、善后处置等专项工作组和联合调查组，但部分遇难者家属以及伤残人员在政府发布《事件调查报告》及《救助抚慰方案》伊始，就不问青红皂白、非理性地提出异议，既不认同事件的定性，也否认救助抚慰标准的合法性与合理性。面对这种社会突发事件，律师作为维护当事人合法权益、维护法律正确实施和维护社会公平正义的社会角色，可以发挥其熟悉相关法律规范、具有较高综合素质等独特优势，厘清当事人的诉求，协调相关方面的沟通。律师的参与不仅有利于事件的客观、理性判断从而促成争议的妥善解决，也有利于提升应对工作的效率，更有利于增强应对工作的合法性与正当性。

五、“12·31”外滩拥挤踩踏事件中的律师引入机制

(一) 组建专项律师志愿者团队
事实上，就“12·31”外滩拥挤踩踏

事件而言，事发后的三天内，黄浦区的不少律师就通过各种方式向区司法局踊跃报名及建言，主动请缨，希望能够本着职业应有的社会责任感，发挥专业优势，配合政府部门一同参与事件的应对及善后处置工作。同时，作为黄浦区律师工作主管部门的区司法局也在第一时间启动社会突发事件应对机制，筹备组建专项的律师志愿者团队，以期配合区政府及其他部门的应对及善后处置工作。

因此，根据区内律师的报名情况，区司法局会同区律师工作委员会经审查后，初步选定了50名律师，组成律师志愿者团队，并将工作设想及律师名单上报区政府，以待区政府同意后，及时投入事件的应对及善后处置工作。

鉴于黄浦区在应对“12·31”外滩拥挤踩踏事件中，通过区政府与街道两个层面开展工作，由区政府统一协调安排、10个街道分别对接部分遇难者及伤者，故根据实际工作情况，黄浦区司法局在初步选定的50名律师的基础上，进一步作审查筛选，最终确定了人数为22人的专项律师志愿者团队，分别负责区政府与街道两个层面的应对工作，其中2名律师参与区政府层面工作，另外20名律师则以2人为一组被分别派至区内的10个街道，参与街道层面工作。

(二) 选派律师的条件与标准
选派参与“12·31”外滩拥挤踩踏事

件应对工作的律师主要以现任或曾任黄浦区政府法律顾问团成员、区律师工作委员会委员、区律师代表团成员的律师为主，同时也吸收部分热心公益、具备一定诉讼经验的律师。

这些律师具有良好的职业操守，且政治素质较好、业务能力较强、执业时间较长，在本专业领域具有一定的社会影响力。这些律师中有多人曾深入参与黄浦区政府重大问题的决策和研究及重大实事项目工程，积极参与领导信访接待，为区领导评估分析信访矛盾、参与化解信访矛盾，得到过区领导的高度评价。此外，这些律师也多热心参与公益事业，在以往的实践中均能够响应区司法局的组织，通过律师事务所与社区（街道）、律师与居委“双结对”机制，积极参与社区法律服务，为社区居民提供面对面、“零距离”的法律服务，化解社区矛盾，受到居民们的欢迎。通过实践确也证明，律师队伍是一支党和人民可以信赖的队伍。

六、律师参与社会突发事件应对工作的角色与方式

(一) 律师在参与社会突发事件应对工作中的角色

1、政府及其部门的法律顾问

律师具备专业的法律知识，娴熟的处理诉讼和非诉讼的工作能力。而政府法律顾问的作用，就是律师运用自己的



法律知识为政府服务,在法律的框架下规范政府行为。作为政府及其部门的法律顾问,律师即应为政府在法律规定的权限内行使管理职能提供法律服务,起草、审查法律文件,提供法律分析意见与建议。一如上文已提及的法律依据与社会需求,事实上政府及其部门确实需要律师协助,以妥善应对社会突发事件。相较之下,不同于“居庙堂之高”的“肉食者”,律师始终贴近于现实生活,日常所接触的人群复杂多样,直面社会的真实状况,更了然现实生活中需要法律调整的领域和范围,明晰不同社会阶层人群的利益诉求,能够较为准确地把握法律的要义与精髓,有利于法律的正确实施,进而维护和实现社会的公平和正义。

2、当事人的倾听者、解答者与引导者

律师在参与社会突发事件应对工作中,需要通过良好的沟通取得当事人的信任,认真倾听当事人的陈述和诉求,同时作为法律专业人士,要依据所熟悉的政策、法律、法规等知识,就当事人所提出的问题予以解答。如“12·31”外滩拥挤踩踏事件中,当事人提出的疑问就涉及政府救助抚慰标准、保险理赔、遗产继承等多个方面,对此则需要律师耐心地逐一作出解答。此外,针对事件所引发的情绪对立,律师还需要通过耐心细致的法制宣传教育和心理疏导工作,引导当

事人理性地面对事件,规避发生矛盾与冲突。

3、法律关系和事实的审查者

社会突发事件的发生所伴随而来的法律事务,如“12·31”外滩拥挤踩踏事件的善后处置工作中,涉及对遇难者家属及伤残人员的告知书、救助抚慰方案的法律适用、救助抚慰对象的范围、救助抚慰协议的内容、救助抚慰金的构成及给付标准等,既有涉及程序性的,也有涉及实体性的问题,由律师进行全面、客观、逐一的核查,以确定告知内容是否完整、方案的法律适用是否准确、救助抚慰的对象是否适格、协议的内容是否违法、金额构成及给付标准是否适当等,同时对政府相关行为的合法性合理性进行审查评判。

(二) 律师参与社会突发事件应对工作的方式及内容

1、参与社会突发事件的调查及分析论证

虽然在“12·31”外滩拥挤踩踏事件的联合调查组成员中未见到律师的身影,但从《事件调查报告》来看,联合调查组还是邀请了国家和本市应急管理、公共安全管理、法律等方面的专家为事件调查进行分析论证,而法律方面的专家则也包括了律师。实际上,今后如再发生社会突发事件,大可直接引入律师(尤其是担任人大代表或政协委员的律

师)作为调查组成员,全程参与事件的调查及分析论证工作,此举既有效地扩大了调查组成员的范围,增强了调查工作的透明度与公信力,也符合市政府《指导意见》中对律师作为政府兼职法律顾问参与突发事件应对处置工作、参与重大事项社会稳定风险的分析与评估的职责要求。此外,律师的参与,将重视从法律层面剖析突发事件的发生原因和经过,有助于科学合理制定改进措施。

2、参与论证社会突发事件应对方案及决策

律师参与社会突发事件应对方案的研究,提出法律论证、审核意见,有助于政府的依法决策、科学决策,而这恰恰也是市政府《指导意见》中对律师作为政府兼职法律顾问“参与重大行政决策研究,提出法律论证、审核意见;参与政府合同、协议的协商,起草文本或提出法律意见;参与非诉法律事务、信访矛盾化解,提出法律处理意见、建议;参与突发事件应对处置,提出法律处理意见、建议”的职责要求。外滩拥挤踩踏事件善后工作组所制定的《外滩拥挤踩踏事件遇难人员/受伤人员救助抚慰方案》即是通过包括律师在内的多方论证,所形成的合法、科学的决策意见,该方案适用的法律、法规、政策依据则包括《突发事件应对法》、《中华人民共和国预算法》、《上海市实施〈突发事件应对法〉

办法》等。

3、参与社会突发事件的善后处置

一是协助拟定法律文书。在“12·31”外滩拥挤踩踏事件救助抚慰方案基本确定后，参与事件应对工作的律师即以专业的法律知识协助政府拟定了包括《告知书》、《政府救助抚慰协议书》、《授权委托书》、《承诺书》、《账户确认书》、《收款确认书》等在内的一系列法律文书，使之后进行的救助抚慰金发放工作在要件上符合依法发放、严格审查、主体准确、程序严谨等基本原则，同时具有相应完备、齐全的法律手续。

二是协助解释并解答法律问题。在“12·31”外滩拥挤踩踏事件中，虽然政府在发布《事件调查报告》同时也一并公布，基于公平原则，依照现有的相关的法律、法规和政策，综合确定救助抚慰方案，对遇难人员采用“一视同仁”统一的标准进行救助抚慰，对伤残人员根据救治、鉴定情况进行救助抚慰，但是遇难者家属及伤残人员一时间就所将获得款项的性质系“赔偿”还是“救助抚慰”持有异议，对所谓的统一标准也不予认可。对此，律师需协助政府向当事人解释相关法律适用问题。以笔者的实际工作情况为例，在与事件遇难者家属以及伤残人员的会面沟通中，被询问的最多的一句话是“政府赔偿多少钱给我们？”，另一句听得较多的话则是“政府应该赔偿××数额的钱给我们！”此时，律师若是简单地照本宣科讲解法律法规的规定，并辅以类似“你们的要求没有法律依据”等一两句冰冷的话语回应，则势必影响沟通的氛围，且还会增添遇难者家属及伤残人员的悲伤与抵触情绪，因此在向其解释法律适用问题时，作为律师，从专业角度出发，以温情、为之接受的方式讲述，在古板、生硬的法律条文里注入人性，使之能成为梳理各种复杂的矛盾和关系标准，并令当事人感觉到系生活在

一个公平公正且伦理、道德、情感均贴近的规范社会之中，从而获得理解与认可。通过律师的解释，当事人确也明白，是否赔偿，关键要看政府的行为与损害后果之间是否存在行政法意义上的因果关系。而律师在解释法律适用问题之时，则必须依法明确立场，政府不是“肇事”责任人，虽需要承担管理责任，但与人员拥挤踩踏无行政法意义上的因果关系，也正因为如此，本次事件的善后处置工作适用《突发事件应对法》及《上海市实施〈突发事件应对法〉办法》等法律、法规、政策，由政府出面在法定的职责范围内组织实施救助抚慰，以此帮助当事人正确认知与处事。

三是协助会商谈判、达成协议。继向当事人解释法律适用问题之后，事件的善后处置工作便进入攻坚克难的阶段，即与当事人面对面会商谈判，争取理解，以期达成一致救助抚慰意见，顺利签订《政府救助抚慰协议书》，而律师在其中则主要协助政府，充分运用沟通技巧与谈判经验，促成双方达成协议。其实，遇难者家属及伤残人员也多是通情达理的人，经过律师耐心讲解与沟通，他们也明白为何是“救助抚慰”而非“赔偿”以及救助抚慰金额的构成确属合法、合理、合情，易于达成协议。但是面对个别提出无理诉求的当事人，则由律师出面通过运用“不开先例”、“降低预期”等平时执业过程中多运用于商务谈判的策略与技巧，促成协议的达成。虽说运用谈判策略和技巧与当事人就救助抚慰事宜作协商有失人文关怀，但也不失为一个推进工作的办法，确属无奈之举。通过会商，黄浦区外滩拥挤踩踏事件善后工作组顺利地及有关遇难者的家属及伤残人员本人达成救助抚慰协议，得到了他们的尊重与理解，并由律师第一时间完成材料审核及上报工作，以及及时由政府部门落实救助抚慰款的发放，达到了对事件遇难

者及伤者救助抚慰的目的。

4、参与社会突发事件应对处置的结案与归档

在社会突发事件应对工作妥善完成后，则应将事件当事人的所有书面材料、法律文书、协议文本、相关审批表、转账凭证、收款单据等予以留存，移交指定部门统一结案与归档。毋庸置疑，工作档案是从事社会突发事件应对工作的真实记录，是国家重要的专业档案，具有重要的参考价值，保管、整理工作档案确为一项重要任务，而由律师一同参与则可确保前述工作的系统性、准确性、完整性。

七、律师参与社会突发事件应对工作的对策建议

（一）建立健全律师参与社会突发事件应对工作的长效机制

在“12·31”外滩拥挤踩踏事件的应对及善后处置工作中，黄浦区政府引入社会律师参与，由律师会同法制部门一起负责法律事务保障，并配合相关职能部门从事救助抚慰工作，确为创新之举。但这仅是“一事一议”的工作方案，而非已落实成文、今后可沿用的长效机制。

所以，建议由政府及负责管理律师工作的司法行政部门会同律师协会共同研究，确定律师参与社会突发事件应对工作的相关制度，包括律师参与社会突发事件应对工作的领域、律师参与该项工作的准入条件，明确律师的权利与职责，建立律师工作质量的考核评审、奖励惩处等制度。

为保证律师参与社会突发事件应对工作的质量与水平，司法行政部门与律师协会需强化律师队伍的管理，确保律师在参与社会突发应对工作中，既能严格遵守职业道德和执业纪律，又能遵守社会突发事件应对工作纪律，树立律师队伍的良好社会形象。此外，司法行政部门与律师协会应鼓励律师参与社会突发

事件应对工作,对先进事迹与典型案例予以宣传,通过完善考核机制,对律师的工作质量进行动态监测,激发律师参与社会突发事件应对工作的热情,同时亦增强参与的自觉性和责任感。

(二) 建立健全律师与政府部门在社会突发事件应对工作上的协同机制

在过往的一些事例中,或多或少存在政府相关部门对律师认识不到位的情况。政府部门未充分认识到律师的重要作用,对律师提供的核查分析、有效建议和意见不予重视,往往凭借经验和习惯做法,可能会在程序上缺乏规范性、措施上缺乏针对性、方法上缺乏技巧性,以致事务处理过程中留下瑕疵与隐患。甚至不乏有的部门与个人对律师抱有偏见,双方的配合缺乏协调,人为地限制律师的工作,例如怠于通知律师参加相关会议、不提供充分的资料及未准确详实地告知相关情况,客观限制了律师作用的发挥。

因此,提议政府及司法行政部门、各相关职能部门应对律师参与社会突发事件应对工作予以高度重视,为律师的参与予以有效接纳并提供有力保障,加强彼此间的协调联系,形成协同机制,实现信息的共享互通,有助于共同研究、部署、落实相关工作,对律师依法提出的意见建议应当及时研究处理,认真落实,从而真正做到依法行政,合法、合理、高效、有序地开展并完成社会突发事件应对工作。

(三) 建立律师参与社会突发事件应对工作的经费保障机制

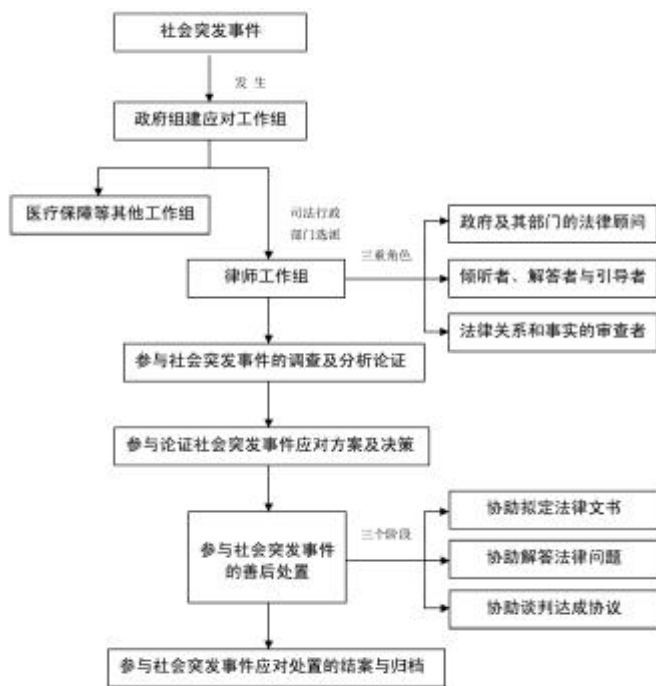
社会突发事件一般比较复杂,需要耗费大量的时间和精力予以解决。虽然律师可以与政府公务员一同参与社会突发事件应对工作,但是律师始终不同于政府公务员,政府公务员的工资、福利、保险、奖励等均有政府财政预算予以保障,其参与社会突发事件应对工作既是职责所在,亦不会影响收入;而律师的收

入则依赖于服务费,即通过对外提供诉讼或非诉讼法律服务获取报酬,如律师参与社会突发事件应对工作,则必然会占用正常工作时间,影响自身业务收入,这在一定程度上会影响律师参与的积极性和实际效果。

虽然社会上有相当一部分律师能够不计较任何报酬,暂搁业务及放弃休假,本着高度的社会责任感,志愿参与社会突发事件应对工作,并尽心尽责,这种服务社会、无私奉献的精神值得倡导和弘扬,但是要建立长效工作机制,政府应研究律师参与社会突发事件应对工作的费用保障问题,建立政府购买服务与律师服务机制,解决律师参与社会突发事件应对工作所需经费预算问题,明确报酬标准,规定经费的来源,保障经费及时到位,以确保相关工作的有序展开。

当然,《突发事件应对法》第三十一条已有规定:“国务院和县级以上地方各级人民政府应当采取财政措施,保障突发事件应对工作所需经费。”不过,律师参与社会突发事件应对工作的服务费用能否由财政列支,则未有明确。市政府在《指导意见》中指出,各级政府应当将聘任兼职政府法律顾问的经费纳入部门预算管理,按照财政预算管理要求规范使用。该意见在一定程度上即是考虑到了律师作为兼职政府法律顾问参与社会

律师参与社会突发事件应对工作机制流程图



突发事件应对工作的经费保障问题,可仍有待作进一步释明。

综上,根据实践效果显示,黄浦区政府以创新的工作方式开展应对工作,第一时间引入律师一同参与,通过工作的逐步展开,确已形成了一套相对完整、行之有效的律师工作机制,而律师的参与也确实有助于前述事件应对工作合法、合理、高效、有序的开展与完成。事实上,律师参与社会突发事件应对工作,并非“师出无名”,确有《律师法》、《司法部关于律师担任政府法律顾问的若干规定》、《构建和谐社会的决定》、《全面推进依法治国的决定》、《指导意见》等法律依据,而以政府及其部门的法律顾问,当事人的倾听者、解答者与引导者,法律关系和事实的审查者这三重身份参与应对工作,无疑有利于事件的客观、理性判断,有利于提升应对工作的效率,有利于增强及彰显应对工作的合法性与正当性。●

在餐饮、美容、美发、健身等领域内，商家经常会推出“先付款后消费”的业务模式，这在法律上对应的概念则是“单用途商业预付卡”。其原理并不难理解，无非就是商家依靠打折促销等手段，吸引消费者提前将未来有可能消费的金额充值到预付卡账户，从而有助于商家尽快回笼资金。但在看似“双赢”的噱头背后，业务模式所具有的风险也是显而易见的，那就是一旦商家由于各种原因而停止营业，消费者在预付卡账户内尚未及时消费的金额就可能化为乌有。

远不足以令人高枕无忧。从实践情况来看，曾被寄予厚望的安全阀仍然存在着明显的局限性。比如研究“单用途商业预付卡履约保证保险”的相关条款，会发现保险人承担保险责任的前提，仅限于预付卡企业由于以下三种情形而无法履约和退款的情况：1、申请破产且被依法裁定；2、被依法吊销营业执照；3、被备案机关处以最高限额的行政处罚。

然而现实中最可能出现的情况，却是商家在出现上述三种情形之前已经选择“跑路”。由于这并不属于保险合同中列出的生效条件，因此保险公司不会在

卡管理办法（试行）》规定了资金存管制度，但对于在意外发生之后如何处理这笔存管资金的流程，却缺乏足够细致和具有可操作性的规定，导致有关部门在面对具体问题时还是难以获得规则上的充分支撑。

由此可见，尽管单用途商业预付卡的风险早就引起了各界重视，在制度建设方面也取得了不少进步，然而面临纷繁复杂的商业环境，现有规定还是露出了力不从心的一面。为了避免在今后继续出现类似情况，我们除了提醒消费者应当加强风险意识和证据意识之外，更

时 评 ●文/方正宇

单用途预付卡制度的法律风险

正因为预见到了这种风险的存在，所以最近几年里，防范风险的制度建设进程明显加快。比如商务部在2012年颁布《单用途商业预付卡管理办法（试行）》，其中非但对于备案、监管制度有所规定，更是要求发卡企业实行资金存管制度。即以发卡企业上一季度预收资金余额为标准，按照不同企业性质以不低于20%至40%的标准在指定银行存管资金，该账户的资金存管比例将受到来自银行和备案机关的监管。

强制实行的资金存管制度，被认为是预防单用途商业预付卡风险的第一道安全阀。而在不久前，我们又看到了第二道安全阀的出现，即在主管部门的推动之下，依靠发卡企业投保“单用途商业预付卡履约保证保险”，从而在意外出现之后仍然确保消费者的权益。

可是以上两道安全阀的存在，还远

商家“跑路”后的第一时间就启动理赔程序。至于接下来能否理赔，则取决于相关事件在执法部门或者司法机关那里的工作进度。另外，在商家“跑路”的情况下，公司账目尤其是预付卡金额明细往往处于混沌状态。而在账目不清的背景下，消费者首先就面临如何举证其账户余额的困难，将难以推进接下来的维权进程。

再来看看资金存管制度的漏洞。根据现有规定，计算资金存管比例的标准是上一季度的预收资金余额。而对某些发卡企业来说，就有可能利用一个季度的“时间差”，在跑路之前突然加大对于预付款的吸收力度，然后在下一个执行资金存管制度的周期之前就携款远走。这样一来，按照原有比例来实行存管的资金，可能远远堵不上实际出现的资金窟窿。除此之外，尽管《单用途商业预付

卡管理办法（试行）》规定了资金存管制度，但对于在意外发生之后如何处理这笔存管资金的流程，却缺乏足够细致和具有可操作性的规定，导致有关部门在面对具体问题时还是难以获得规则上的充分支撑。

是呼吁各级部门进一步改进制度。比如对于商务部来说，有必要结合实践情况进一步细化相关规定；而对备案机关来说，除了记录每个季度的资金存管变动情况之外，还应当加强对于预付款金额变化的监控力度和密度，以便及时发现发卡企业可能存在的风险。甚至在技术条件许可的情况下，应当由备案机关建立起统一的预付卡账户信息系统，然后由发卡企业登录使用，从而确保备案机关可以监控每一笔存入和消费的记录。这样当意外出现时，相关数据可以直接从备案机关获取，以避免由于账目不清而产生的争议。此外，对于在“跑路”前突然大笔吸收预付款而引起的后果，到底应该被界定为经济纠纷还是诈骗犯罪，也有待司法解释的进一步明确。

（作者单位：上海纽迈律师事务所）

新锐手记 ●文/黄燕华

律师成长记

2010年大学毕业的时候，我有很多选择，但成为律师是一件很偶然的事情。大学的四年从未点燃过我对于法律的热度，而从事律师工作的四年来，我对于它的情愫却已不能轻易割舍，并越来越迷恋这份工作，它给我带来的不仅仅是一种职业上的存在感，更是一种内心深处的、持久的责任感和喜悦感。成为律师是一个意外，而这个意外却彻底改变了我，而我终将为这个意外负责到底。我想我会为此付出一生的努力，为这一份事业，为这一份责任，为这一份喜悦。

一、在因上努力，在果上随缘

在执业之初，常常焦虑难眠，因为我好胜的性格，作为一个诉讼律师，每一次庭审我都想赢，每一个案件都想赢的彻底。不愿言败，不愿和对方律师妥协、调解。焦虑和失眠长久地困扰着我，年轻律师的心承载太多其肩负不了的自大与盲目。

或许最让我痛苦的，在我作了长久的努力之后，案子胜了，却没有为当事人挽回损失。调解方案中的当场支付完全可以避免这样的结局，而当时我却建议当事人不要接受调解。

在执业后的一年，我开始对律师这样一份工作有了全新的感悟与体会，当事人寻找法律途径保护自身合法权益的最终目的是解决问题，回归到正常生活的轨迹。作为一名合格的执业律师必须不断地做风险评估，在谈判、调解、诉讼中给到当事人积极解决问题的方案，而非一味追求自我价值的实现。律师行业的服务性应贯穿工作始终，而这种服务价值的核心应该在于追求当事人合法利益的最大化。

在想明白如何做好一名合格的律师之后，我焦虑的心态逐渐转好。虽然在工作过程仍有不安、迷惑，但在长久的岁月里，我开始渐渐领悟“三教”在工作的意义，做事之前要像儒家“修身齐家治国平天下”（做好自己、充分做好准备工作），做事的过程要像道家“物或损之而益，或益之而损”（辩证的看待问题），做事后的心态要像佛家“诸法如梦，亦如幻化。故妄念本寂，尘境本空”（在果上随缘）。

二、了却百姓千万事，赢得生前身后名

公益事业的起步是在宝山区法律援助中心的值班室，依稀记得第一次的值班就给了我无数的震撼，可以用心碎了一地来形容，法律之外、人情之内我束手无策。在来访者失落的眼神里，在自己沉重的心情中，我坚定了必将尽自己所能、为需要的人提供法律援助的信念。

2012年，我参与了“绅德仕宝山法律援助团”，持续3年的法律援助项目在去年的12月终于落下帷幕。由10人组成的法律援助团队的成员都是我的前辈，作为年龄最小、执业生涯最短的律师，前辈们为我树立了榜样。绅德仕法律援助团值班的时间几乎都是双休日，那些周末中的一天是轮流为会员解答法律问题，另一天就是在所里接待疑难会员的案件。

辛苦却很有成就感，在律师团队的共同努力下，绅德仕健身房的突然关门并未演变成群体性事件，也未对社会造成恶劣的影响。

2013年8月，我参与了“8·31液氨泄露事件”，此次事件在宝山的历史上



黄燕华：上海政明律师事务所律师

写下不可磨灭的一笔。在知道事件发生的第一时间后，我报名参与了律师援助团，愿意献上自己的绵薄之力。虽然是极为严重的安全事故，但在各界的努力下善后工作很快处理完毕。

公益事业全身心的投入，给予了我莫大的成就感，这种成就感来自于社会的评价，更来自于内心慰藉。我愿意继续以律师的身份，继续前行在公益事业之路。

三、法治路其修远兮，吾将上下而求索

十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》着重强调了“法律是治国之重器，良法是善治之前提”。

依法治国是国家治理现代化的必由之路。建设社会主义法治国家，使其达到理想的境界，在我国大约还需要30年乃至50年左右的时间。这一长期性决定了建设法治国家的历史性进程具有渐进性、持续性和阶段性的特点。

作为一名法律人，和其他法律工作者构建成了法律共同体，我们这一辈必将肩负起时代赋予我们的使命，认真、执着、坚定地推进法治化建设。

法律，是我们这些法律人共同的信仰，同时，也应是法律人解决纷争的圣经。所以建立法治化系统工程的关键之一，普及法律知识和弘扬法治精神就刻不容缓。我愿意不遗余力及我所能做好释法工作，为法治化建设添砖加瓦。●

执业心语

●文 / 潘跃新

做律师要顺势而为

律师已经是我曾经的职业。2012年从君合律师事务所提前退休，不碰律师事务已经很久了。感谢《上海律师》杂志的约稿，要我说一说对律师执业的感受。恭敬不如从命，我提笔写上一篇，也许对现在正在成长中的律师们能有所帮助。

先简单回顾一下我的律师执业过程：我曾经在两个律师事务所从事过律师的工作，一是在1988年至1992年，我在中国法律事务中心海南办事处做律师。中国法律事务中心是当年司法部直属的律师机构，现在已经没有了。但中国法律事务中心在中国律师界特别高大上，两位中心主任任继圣、高宗泽曾先后任全国律协会会长。中国法律事务中心海南办事处也是特别高大上，现在两家超级牛的律师事务所的创始人——君合所的肖微、中伦所的张学兵都是中国法律事务中心海南办事处的先后主任；二是在1992年至2012年，我在君合律师事务所执业。我虽是个北京律师，但命运造化，长期被“流放”。被君合所派到海南去组建海南分所，一直把事务所建到天涯海角的三亚又被调到上海组建君合上海分所。在上海律师界，我是第一个到上海承办分所的律师，也是第一个将执照从北京转到上海的律师。说句感慨和尴尬的话，当年我特别想在律师协会谋个有影响力的职位，年轻人想进步也是情理之中的。但是麻烦事来了，对于北京律协而言，我的执业关系已经转到了上海；对于上海律协而言，我是个北京律师，北京和上海两地的律协我都没法“混”。对于全国律协而言，需要地方律协推荐。对于这一点，现在依然存在不言而喻的潜

规则，各地方所的律师在律协还是有天花板的。在君合所执业期间，我曾中断了几年律师执业，到央企的上市公司去做了一段时间的副总裁，身份从律师的乙方转到了企业的甲方。这一转变，对我的心态、工作方式、工作能力都发生了重大的改变。从君合所退休出来，我开始了股权投资服务类的业务，专业方向转到了公司治理、家族传承、股权激励。工作方式是进企业，做甲方。因投资和服务，我现在担任了数家民营企业的董事长、副董事长。简单介绍我的职业经历大概就是这样。现在言归正传说说我如何理解做律师要顺势而为。

我认为顺势而为包括这几个方面：时代的势、区域的势、专业的势、年龄的势。

一、要顺时代之势

做律师不要对个人的聪明和努力太过自信。就事业成功和财富增长而言，在改革开放之前的一代人，不是他们不聪明、不努力，而是时代没有给他们机会。就我们这代律师而言，选择当律师，选择办民营律师事务所，刚开始的时候也不是因为律师业有多辉煌，而是我们学了法律，喜欢当律师，感到律师业有发展，投身进去，最后，时代之势顺应上了，就有了所谓的成功。现在来看，有的人会认为律师业已经饱和了，律师业的竞争太激烈了，行业已经有了二八现象了，做律师已经没有太大机会了。但我认为，中国律师业正在迎来第二个春天。中国已经进入到治理时代。习总书记提出第五个现代化，就是国家治理秩序和治理能力的现代化，这里有巨大的律师发展机遇。



潘跃新：君合律师事务所上海分所
荣誉合伙人

中国经济发展从过去的又快又好，转到又好又快。这个“好”字，反映的是经济发展公平、规范的问题，其中就有很多的律师机遇。十八届四中全会《关于依法治国若干问题的决议》和随后展开的司法体制改革，也为律师提供了许多机会。未来10年至20年，中国律师业收入从目前的千亿元规模达到五千亿元规模，甚至万亿规模；中国律师人数从30万到百万人之众都是可以预期的。这就是中国律师新的时代之势，现在投身做律师，时代之势是不错的。

二、要顺区域之势

中国是个大国，中国正在迅速国际化。各地经济的发展也是阶段性的，在经济活跃的区域做律师必然比在经济停滞的区域做律师机遇要多。就我个人经历而言，上世纪80年代到海南，那时海南建立一个省级大特区，全国各地人才、机构、资金涌向海南，我做律师的机会就比在北京多。上世纪90年代开始，浦东开

发,我到了上海,参与上海的发展,机会又比在其他地方多。现在中国经济往西走,一带一路、非洲投资等等,都是机会。一个年轻律师,留在北、上、广、深,看似灯红酒绿,繁华一片,但律师界的大咖都霸占着山头,不见得一辈子能够熬到头。但如果到新兴地区、到西部,看起来到了不发达的地区,条件比北、上、广、深要差,但还能差过我们当年去海南时的条件吗?那时候我们到海南,全岛没有一个有红绿灯的街口,最高的楼就是一座六层楼。如果你参与到一个落后地区的发展运势中,看到区域的变化,看到自己在区域变化中的成功,比在发达地区苦熬要幸福得多。

三、要顺专业之势

律师业和其他专业一样,也存在着专业技术的升级和转型。像我们这一代律师,大多都是从诉讼案件做起的,我的第一个处女案是个离婚案件。我也做过刑事案件,曾经为一审的死刑犯作辩护,二审改判成了死缓。但是我算早早地看到了专业发展的变化,感受到中国经济发展后公司业务的发展、股份制业务的发展。我上世纪90年代初期在海南就开始做公司的股份制改造业务,当年海南几家著名的股份公司:亚龙湾股份、机场股份、海航股份,我都是承办律师之一。但那时做公司股份制业务的时候,中国的《公司法》都还没有颁布。我算是看到了专业发展的运势。我们君合所有位合伙人叫马建军,是个著名的业余走天下的独行侠,现在还在美国骑辆摩托车穿越着,他选择的专业是劳动法专业,当时谁都认为做劳动法业务怎么能赚到钱呢?怎么能成为一个专业呢?但他坚持做劳动法,现在成了中国律师中的劳动法权威。劳动法也成了个很棒的律师业务专业。这样的例子很多,许多非诉讼业务专业都是一个个摸索着发展起来的。

未来依然会有很多新兴的专业会发展起来,年轻的律师如果能在某个专业发展之初就钻进去,坚持10年,必然会成为这个专业的大咖。未来还有的律师传统业务会升级发展,比如刑事诉讼业务。刑事诉讼业务是律师最古老的专业,也是律师的看家本领。过去多年,由于刑事诉讼业务赚钱少、风险大、常受气,年轻律师在碰到刑事诉讼案件时往往躲开,不愿接。但今后,随着司法制度的改革,随着律师收费制度的市场化,刑事诉讼业务风险会减少,收入会增加,受气会减少,又会成为律师的热门专业,而且未来中国律师的国际化业务也一定会大大增加。现在随着网络法律服务的开展,如“赢了网”帮律师找案子,“律派巨匠”为律师提供后台服务,律师业还会发生重大变革,年轻律师要顺应这种变更之势。年轻律师能够顺着专业发展的势,成功的可能性就会大大增加,可以事半功倍。

四、要顺年龄之势

律师工作是一项需要智慧、知识、勤奋和体力相结合才能做出成绩的综合性工作。律师时常被人誉为是铁嘴钢牙的人,特别是一些对抗性的业务,律师又被称为特别能死缠烂打的人。这些都要求律师工作根据自身的年龄和身体状况来阶段性地选择自己的专业和调整自己的工作节奏。

既然选择了做律师,年轻时练习口才,练习辩论,练习诉讼中的高强度对抗,练习做个快枪手,快速地写文章、写法律意见、写代理词,如有可能,不断地出差。这些高强度的律师基本功训练,也只能在年轻的时候锻炼自己,到了四、五十岁以后,就应当转到一些相对节奏从容些的工作,否则,工作节奏绷得太紧,容易把身体毁了。现在回想起来,我年轻时候确实也是蛮拼的。我曾经有意识地

存了一年的登机牌,数数竟然有100多张。我也曾一晚上洋洋洒洒写了一万多字的代理词。我培养年轻律师时,很注重他们演讲和辩论的技巧。我手下有位年轻律师,平时说话有点口吃,练练演讲,一出庭就好了,不口吃了,现在已经成为大咖了。在我的鼓励支持下,中国律师辩论大赛的两次总冠军队员,就出在君合上海分所。我最后一次出庭快50岁了,碰到对方年轻律师咄咄逼人的话语,我知道不能再出庭了。不纯粹是反应的迟钝,而是有些逼人、逗人的话只有年轻时可说,到了一定的年纪就说不出口了。后来,我在君合所提前退休,就又找了一个专业:公司治理、家族传承。做业务主要是靠知识和经验,方式就是开会,我把这叫“师爷”业务。到50多岁以后,做“师爷”业务,这也是顺年龄之势。

现在律师的执业环境出现了一些不纯粹的现象。年轻律师在选择专业发展时,一定要去避免做一些逆时势、逆大局的事,这种逆时势、逆大局的事,你做进去了,一辈子就悲催了。有位我熟悉的律师,也是我的老乡,真正叫才智出众、胆识过人,毫无疑问如果做专业律师一定是位大师,但由于逆向而行,现在陷入一种“窘境”。我的认知是,律师业是一个服务专业。律师以其知识、智慧和精力为资本去工作,为当事人服务,谋自身的一日三餐、养家糊口。凡是把律师政治化、泛政治化的执业取向,年轻律师都应当慎重。

我相信中国律师业未来依然是会吸引众多青年才俊加盟的行业,未来律师业的收入状况一定也会在各行业平均水平之上,律师业未来转向政治的机会一定比其他行业多。我本人最精彩的人生阶段是在做律师的时期,感觉挺好的。写下这段感受与正在成长中的年轻律师们分享。●

专题

专题研究



民事责任主要分为侵权责任和违约责任，以及两种责任的竞合。在医疗纠纷司法实践中，同样如此。但若在一起医疗纠纷中同时存在两个被侵害主体时，是否都适用侵权责任和违约责任的竞合理论则要分情况而论。

●文/余庭 都培丽

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

医疗损害责任的竞合及选择

医疗损害纠纷中，医疗损害侵权责任和医疗损害违约责任的选择是关键。本文以一则案例为切入点，对医疗损害责任的竞合及司法实践中的处理进行探讨。

一、案情简介

杨女士 38 岁时怀孕，后一直在甲卫生服务中心就诊接受产前检查。待其怀孕 19+4 周后甲卫生服务中心才为其建立孕册及产前检查卡。甲卫生服务中心建册筛查后，因杨女士属高龄产妇且有流产经历，故将杨女士列为重点孕妇，并开具转诊单转诊上级医院乙医院产检。乙医院接诊后对杨女士的妊娠风险预警评估为黄色预警，并对杨女士进行过几次产检。临近预产期时杨女士入住乙医院，并于入院第二日生下一名新生儿。经医生诊断，该新生儿下肢畸形，右侧下肢膝关节以下缺失，左侧足内翻。杨女士认为，甲卫生服务中心和乙医院多次对杨女士进行超声检查，均未告知胎儿存在畸形情况。另外，胎儿大畸形筛查是产检中的必要项目，且杨女士系高龄产妇且又不良孕产史，胎儿畸形几率非常高，但甲卫生中心和乙医院均未对胎儿进行此项检查，导致杨女士丧失了对胎儿知情权及未能终止不良妊娠生下畸形儿的后果。

二、案件梳理分析

在经办此案过程中，主要的问题在于：一是杨女士与甲卫生服务中心、乙医院之间的法律关系；二是新生儿可否提起诉讼。

关于第一个问题，即杨女士和甲卫生服务中心、乙医院之间的法律关系。杨女士到甲卫生服务中心和乙医院就诊接受产前检查及分娩，先后分别与其建立了医疗服务法律关系。杨女士通过支付相关费用，到甲卫生服务中心接受产前检查，至乙医院接受产检和分娩，甲卫生服务中心和乙医院为杨女士提供孕期检查，开具药物，告知相关注意事项等医疗服务，双方之间形成了医



余庭：市律协医药健康业务
研究委员会委员



都培丽：上海观庭观盛律师
事务所律师助理

疗契约法律关系。甲卫生服务中心、乙医院若未能提供全面、安全的医疗服务，未尽告知义务或告知不足，则构成违约。同时，由于甲卫生服务中心未能及时建卡、转诊，甲卫生服务中心、乙医院未能提供胎儿畸形大筛查等医疗检查服务，导致杨女士未能及时得知胎儿属畸形并将其生下，甲卫生服务中心和乙医院的违约行为已然侵犯了杨女士的知情权和终止妊娠选择权，构成了侵权。

由此，甲卫生服务中心和乙医院对杨女士都同时构成了医疗损害违约责任和医疗损害侵权责任的竞合。那么，杨女士是否可以对两家医疗单位同时选择违约责任或侵权责任，抑或择一违约责任、择一侵权责任呢？

关于第二个问题，即新生畸形儿可否作为诉讼主体。在绝大多数医疗纠纷案件中，极少有新生儿会作为原告起诉医方。根据法律规定，胎儿一旦出生并存活，就属于法律上的公民，即具有民事权利能力，以及与此相适应的民事诉讼权利能力。由于甲卫生服务中心的医疗过错和乙医院的告知不足，导致新生儿出生后先天性缺陷，这势必会对其今后的生活带来不便，也势必对其精神造成无比痛苦。故本案同时以新生儿为原告对甲卫生服务中心和乙医院一并提起诉讼，那该诉讼中是否同样存在侵权责任与违约责任的竞合？

三、医疗损害责任的竞合理论

民事责任竞合来源于法律规范竞合理论,不过现代法律都作抽象规定,并且从各种不同的角度对社会生活加以规范。所以,经常发生同一个事实符合几个法律规范的要件,致使这几个法律规范竞合。我国法律允许民事责任竞合,因此在医疗损害赔偿诉讼中,受损害人可依《合同法》要求对方承担违约责任,也可依《侵权责任法》的规定来追究医方的侵权责任。

在中外法学界因医疗损害行为所导致的民事责任中,关于违约责任和侵权责任的竞合,主要有以下三种不同的学说:

(一) 法条竞合说

该学说主要基于一般规定和特殊规定之间的关系来确定适用的责任。该学说认为侵权责任规定为一般规定,违约责任规定为特殊规定。因此,根据特别规定优于一般规定的原则,在发生符合两种规定的同一事实时,只能适用违约责任。但这一理论很难适用于医疗损害纠纷中,因为医疗纠纷往往涉及的是人的生命、健康等人身权,而这一权利单靠违约责任是难以弥补的,且容易导致医方与受损害方之间利益的失衡。

(二) 请求权竞合说

该学说认为,一个损害事实既符合违约责任又符合侵权责任,实际上构成两个请求权的基础,即侵权损害赔偿请求权和违约损害赔偿请求权。而受损害人同时拥有两个请求权,具体行使哪种请求权由受损害人自行选择。这一理论实际上给了受损害人极大的自主权,主要目的是为了保护受损害人的利益,给受损害人最大程度的救济。

(三) 请求权规范竞合说

该学说认为,医疗纠纷中的一个行为虽然同时符合侵权责任和违约责任的构成要件并产生了一定请求权,但实质上只存在一个独立的请求权,只不过该请求权有两种法律依据。所以,受损害人应选择最有利的法律规范来维护自身的利益需要。在医疗纠纷中,受损害人在结合契约关系和侵权关系这两个规范时,应从对自己最有利的法律规范的角度行使请求权。

通过以上学说我们可以清楚地看到,请求权竞合说是值得采纳的,因为这一理论的目的就是为了让受损害人得到最大程度的保护和救济,这一理论也凸显了人之所以作为人的价值,尽管说人的生命健康无法用事后的任何帮助来衡量,但是这一学说是想尽最大的可能来弥补受损害人的损害。

四、医疗损害侵权责任和违约责任的比较

学术界一般认为,在侵权责任和违约责任竞合的场

合,受损害人以侵权为理由还是以债务不履行为理由提起损害赔偿,其结果是不同的。受损害人在选择请求权时,应考虑到医疗损害违约责任和医疗损害侵权责任的不同,选择行使对自己有利的请求权。具体来说,医疗损害的违约责任与侵权责任的区别主要表现在以下几方面:

(一) 构成要件不同

在医疗损害纠纷中,侵权责任的构成需要包含医务人员的过错、医疗行为、损害结果以及医疗行为与损害结果之间的因果关系;违约责任只需医疗机构(医务人员)存在违约行为。

(二) 归责原则与举证责任不同

违约责任依据我国《合同法》采严格责任原则,因为医疗合同性质的特殊性,决定了诊疗债务是一种手段债务,而不是结果债务。因此,只要认定医师在诊疗过程中,没有认真履行其注意义务,就可以认定其违约,就要承担违约责任的不利后果。根据《侵权责任法》的规定,如果受损害人以医方侵犯其身体健康权为由,提出侵权责任的请求权,应采过错责任原则。也就是说,受损害人必须要证明存在医疗损害事实,医师有医疗过失,并且损害事实与医疗过失有因果关系等构成侵权行为的要素,医方才可承担民事侵权责任。

与归责原则相对应,医疗损害侵权责任中,受损害人要想向医方主张权利,须证明自己在医院就诊时受到了损害,此损害可推定由医方造成,并同时需证明损害行为与损害结果之间存在因果关系以及医方存在过错,医方须对此损害证明自己没有过错,否则将承担不利的后果。违约责任中实行“谁主张、谁举证”的原则,受损害人要想向医方主张权利,只须证明自己在医院就诊时受到了损害,除非医方能证明其没有违约或有免责事由的出现。

(三) 责任范围和计算方式不同

根据我国《合同法》的规定,违约损害赔偿范围不得超过订立合同时应当预见到的违约可能造成的损失,且赔偿范围主要是财产损失的赔偿,一般不包括对身体损害的赔偿和精神损害的赔偿责任;而侵权责任的赔偿范围不仅包括直接损失,还应包括间接损失,损害赔偿范围不仅包括财产损失,而且包括人身伤害和精神损害的赔偿。因此,受损害人针对人身损害依据医疗违约责任提出赔偿的,因与合同债务无关难以享受到违约责任中应当预见到的财产利益。若受损害人以侵权损害赔偿行使请求权,医方在承担财产损失的同时,还要承担因其医疗损害行为给受损害人造成的精神损害。

对医疗侵权责任提出的赔偿,应根据相关的法律规定,按照医疗纠纷发生地居民平均生活费计算。而在医

疗损害违约责任中,医方与受损害人之间可以约定赔偿金的数额或者计算方法。

(四) 诉讼时效不同

根据法律规定,医疗损害侵权责任的诉讼时效为1年,医疗损害违约责任的时效期间为2年。

五、司法实践中医疗损害纠纷的处理

(一) 本文案例的处理

经过分析,杨女士与甲卫生服务中心、乙医院之间都既符合医疗损害违约责任又符合医疗损害侵权责任。而在起诉时,考虑到以侵权责任为诉讼基础,可以要求医方承担精神损害抚慰金,杨女士最终选择以医疗损害侵权责任为基础对两医疗单位同时提起诉讼。由于新生儿与甲卫生服务中心、乙医院之间生前不可能建立医疗服务法律关系,故仅能以医疗损害侵权责任为基础提起诉讼。因两个诉讼被告相同,案件事实一致,法院最终合并审理。

在医疗损害侵权的责任下,由杨女士和新生儿承担举证责任。在确认甲卫生服务中心和乙医院是否存在过错及其违约行为时,由于医疗契约已经终止,而且医疗服务行为业已完成,到诉讼阶段再举证已非常困难。杨女士和新生儿在此情况下向区医学会提出了司法鉴定,但区医学会鉴定结果认为甲卫生服务中心和乙医院均不构成对杨女士和新生儿的医疗损害责任。杨女士和新生儿对此鉴定结果不服,向市医学会再次申请司法鉴定,市医学会的鉴定结果推翻了区医学会的部分鉴定结果,确认甲卫生服务中心存在医疗过错,对杨女士构成四级人身医疗过错,且责任程度为次要责任。最终法院采纳了市医学会的鉴定结果,判决甲卫生服务中心向杨女士和新生儿分别赔偿相应的精神损害抚慰金;法院考虑到乙医院在医疗服务过程中存在告知不足,导致畸形新生儿的出生,判决其对杨女士和新生儿分别给予一定的补偿。对于杨女士提出的其他诉讼请求,法院以新生儿属先天性畸形与甲卫生服务中心、乙医院无因果关系为由驳回了其诉讼请求。

(二) 实践中医疗纠纷的处理

从我国的司法实践来看,法院在审理医疗损害赔偿案件时,一般按侵权责任处理。这种处理方式确实减少了法院在援引法律、确定责任等方面的麻烦。但也在一定程度上限制了受损害人选择请求权的自由,阻碍了医疗服务制度的创设。

笔者认为,一般的医疗行为产生基础为医方与受损害人之间的医疗服务合同,医方不履行义务导致违约,这一行为同时又侵犯了受损害人的人身及财产利益,构成侵权。可以说,医疗损害责任是一种违约行为导致违



约后果和侵权后果同时出现而应承担的一种责任。一般情况下,受损害人选择医疗侵权诉讼,可以要求一定的精神损害赔偿金,如本文案例。但有些案件选择医疗违约责任诉讼可能会得到更多的事前防范及事后保障,这就需要根据个性化服务具体案件的情况来判断。因此,应以何种请求权提起诉讼,以求得到法律的保护,应由受损害人自主选择。

在绝大多数医疗案件中,受损害方一般都至少是儿童、成年人,新生儿提起诉讼的少之又少,但这并不能否认新生儿作为诉讼主体的合法地位。据了解,我国目前的出生缺陷总体发生率在5.6%,围产期出生缺陷率近年来呈上升趋势,出生缺陷已经成为婴儿死亡的主要原因,也是我国儿童残疾的主要原因。而医方的产前检查作为重要的环节,通过产前筛查可以确保早发现、早干预,避免更多畸形儿的出生。根据当前医疗现状及司法实践,新生儿成为诉讼主体将十分必要。

另外,在医疗损害侵权纠纷中,受损害人申请司法鉴定已成为主要的一种举证方式。通过司法鉴定专业手段判断医方的医疗服务行为是否合理,新生儿的缺陷究竟是先天性的,还是医方在用药、检查时的错误,或者是告知不足抑或分娩时操作不当导致,这些情况都足以证明医方的过错以及与新生儿缺陷的因果关系。同样,这些情况相对于产妇也证明了医方的违约行为。但除了司法鉴定外,特别是在当今提倡个性化医疗服务及移动医疗发展的过程中,人们在接受医疗服务时也要做好证据的收集工作,以免在诉讼中因证据不足而无法获得相应的损害赔偿或违约赔偿,无法维护自己的合法权益。

在当今阶段,医疗纠纷多发,为受损害人争取更多的赔偿利益无可厚非,因为只有这样才能弥补他们的精神痛苦,但我们更应关注的是如何设置责任预构及选择追责的路径来进一步提升医方的医疗技术及服务水平,这才是减少医疗纠纷最根本的途径。●

●文 / 陆夏岩 李桂湘 卢意光

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

医患纠纷第三方调解处理机制初探

静安区医患纠纷人民调解委员会自 2011 年 8 月成立以来,对辖区内的医患纠纷进行了有效的调处和疏导,得到了医患双方的认可。如何更好地处理像上海这样的特大型城市中心城区医患矛盾,寻求医患和谐,维护社会稳定,笔者进行了一些有益的探索和研究。

一、医患关系现状

随着我国社会经济的快速发展,人民群众日益增长的健康需求与地区间医疗卫生服务水平发展不平衡矛盾日益凸显,大医院门满为患、小医院门可罗雀,医疗资源合理分配问题亟待解决。在这一背景下,医患关系形势严峻,医疗纠纷日益增多,医患关系日益恶化已是不争的事实。纠纷产生后,只有少数的人求助于法律,而大多数人往往会采取一些非理性的手段:如静坐、干扰正常工作秩序;拉横幅、贴大字报等形式贬损医院和医务人员声誉;围堵办公室干扰正常就诊秩序;将患者抬到医院大厅;设灵堂、挂遗像;打砸医院财物、殴打围攻医务人员。近两年来,暴力袭医、伤医案件屡屡发生,医护人员也奋力反抗,甚至出现发布“停诊申明”、将某些患者列为“黑名单”。医患双方维权的法律意识越来越强烈,但方式方法亟待提高。据保守估计,上海市 2010 年医患纠纷总量达 7 万至 9 万件,对社会稳定和医疗秩序造成了严重的负面影响。

静安区是上海市的中心城区,辖区内既有大型的著名三级甲等综合性医院(2家)、专科医院(3家)、区级医院(8家),也有位于各区街道的一级医院以及一些民营医

疗机构,不仅为本市本区居民提供医疗卫生服务,而且也吸引了不少来自全国各地的求医者。一旦发生激烈的医患纠纷,社会影响不容轻视。

二、医患纠纷处理经历的不同阶段

我国对医患纠纷、医疗事故的处理经历了不同的阶段:

第一阶段(1950年至1959年),侧重法院裁判,法院在审理此类案件时,不组织专家进行技术鉴定,直接传唤医务人员与患者及其家属,然后按当时的刑法类推适用,追究医务人员的刑事责任。这种处理方式引起医务人员的恐惧,最终对患者健康和医学发展都不利。

第二阶段(1959年至1977年),侧重卫生行政部门定性和处理,法院不受理医疗纠纷案件,单纯由卫生行政部门采用行政手段定性处理。卫生行政部门处理医疗纠纷时,由于没有权力机关的监督,部门利益保护现象严重,这一时期患者利益经常受到损害。

第三阶段(1978年以后),医学与法学相结合处理医疗纠纷,并且对医疗事故的处理开始进入法制的轨道。1978年5月,卫生部发布了《关于预防和处理医疗事故的暂行规定(草案)》,1980年9月卫生部发布了《关于坚决防止医疗事故的通知》。这些规章的发布对医疗事故的处理起到了一定的作用。与此同时,全国各省、自治区、直辖市相继制定了本地区的医疗事故处理办法。所有这些都为我国医疗事故处理的法制建设奠定了基础。

国务院于1987年6月29日发布了《医疗事故处理办法》,该办法使全国各地对医疗事故的概念、构成、分类、等级、鉴定、处理等有了统一认识。各省市结合本地区的实际情况,也相继制定了适用于本行政区的医疗事故处理办法实施细则。随着时代的发展,原有的《医疗事故处理办法》已远远不能适应保



陆夏岩:市律协医药健康业务研究委员会委员



李桂湘:上海市静安区司法局干部



卢意光:市律协医药健康业务研究委员会主任

护患者合法权益的需要,2002年4月,国务院颁布了《医疗事故处理条例》,对《医疗事故处理办法》做出了重大修改,表现在:1、扩大了医疗事故的范围;2、规定患者有权复印和复制门诊病历、住院病历等客观医疗文书,充实了患者知情权的内容;3、将医疗事故技术鉴定由卫生行政部门负责改由医学会组织,较为详细地规定了医疗事故技术鉴定的有关程序,使医疗事故鉴定体制初步趋于合理和完善;4、改变了过去医疗事故处理只能向卫生行政部门申请的单一途径,规定了医疗事故争议也可以由当事人自行协商处理和向人民法院提起民事诉讼;5、将医疗事故“补偿”改为赔偿,并对损害赔偿内容作了较为详细的规定。

《医疗事故处理条例》的施行,标志着我国对于医疗事故的处理渐趋完善。但由于该条例没有关于“死亡赔偿金”的规定,使得该条例刚实施,就饱受诟病,争议不断。

2010年7月1日《侵权责任法》的实施,客观上增加了医院赔偿责任,特别体现在死亡赔偿案件中,加剧了医患冲突。

三、医患纠纷调解处理模式的探索

为应对《医疗事故处理条例》实施后可能出现的医患纠纷案件,分担医疗风险,本市也进行了有关第三方机制参与的调解模式的探索。2002年9月,上海市所有公立医疗机构以及一些民营医疗机构都参加医疗事故责任保险(商业保险),并成立相应的医疗事故责任保险处理中心,来调处医患纠纷。但由于制度设计不完善和从业人员专业水平限制,没有达到将纠纷引出医院的初衷,加上是以营利为目的的商业保险,医疗事故责任保险处理成为保险公司不盈利、医院不满意、患者不认可的尴尬局面,一些医院逐渐退出,有一些医疗机构自行成立“医院风险基金”来应对医患纠纷。

2006年10月12日,山西省成立了山西省医疗纠纷人民调解委员会,这是全国首家省级医疗纠纷调解专业机构。之后在安徽、江苏、浙江、上海、北京等地纷纷出现了依托于司法局、居委会、医疗保险公司或纯民间性质的第三方调解机构,只是期间运营比较成功的却寥寥可数。北京的两家医疗纠纷调解中心与上海2002年推广医责险时颇为相似,由医疗责任险的两家试点保险公司在2005年分别成立,但依托保险公司设立的调解机构,并非真正意义上的第三方,其运作成本有保险公司承担,其第三方的公正性自然受到质疑。同时,我国有着数量众多的人民调解委员会,也尝试进行医患纠纷的调解,但是这些调解机构普遍面临着专业知识缺乏、经费拮据的状况。受到好评的是,2009年《天津市医疗纠纷处置办法》实施后,成立了医疗纠纷人民调解委员会,制定了进行第三方

医疗纠纷调解的机制。

上海市普陀区、浦东新区均在2006年开始尝试医患纠纷人民调解工作,并进行了有意的探索实践。2011年6月,上海市正式颁布了《关于开展医患纠纷人民调解工作的若干意见》,在全市范围内建立医患纠纷人民调解的组织,一个完全新型的、不向调解双方收取任何费用的医患纠纷第三方处理模式,随即在上海各区县出现了。静安区医患纠纷人民调解委员会自2011年8月成立,对辖区内的医患纠纷进行了有效的调处和疏导,得到了医患双方的认可。

四、国外经验的借鉴

ADR即是Alternative Dispute Resolution的缩写。这一概念源于美国,原来是指20世纪逐步发展起来的各种诉讼外纠纷解决方式。现已引申为对世界各国普遍存在的、民事诉讼制度以外的诉讼纠纷解决程序和机制的总称。这一概念可以根据字面意义译为“替代性(或代替性、选择性)纠纷解决方式”,也可根据其实际意义译为“审判外(诉讼外或判决外)纠纷解决方式”或“非诉讼纠纷解决程序”、“法院外纠纷解决方式”等。

美国、德国、日本等国家已将该机制运用到医患纠纷的处理中。国外ADR处理医疗纠纷发展趋势可以概括为以下几点:

- 1.ADR已成为医疗纠纷解决的有效手段之一,并逐步为社会接受。
- 2.ADR处理医疗纠纷专业化、行业化程度高。
- 3.ADR处理医疗纠纷法制化和规范化程度将不断提高。
- 4.ADR处理医疗纠纷受到医患双方认可,有效化解大量的医疗纠纷。

五、医患纠纷人民调解必须具备的条件

(一) 人民调解的基本原则

人民调解制度是从我国传统的民间调解发展而来的,是在我国社会发展进程中逐步形成的。和其他人民调解组织一样,在调解医患纠纷时,其也必须遵循调解的基本原则。所谓基本原则是指那些贯彻始终并能反映适用对象的客观需要及其规律的准则,在医患纠纷调解的实践中客观存在着必须予以遵循的具有根本性指导意义的准则,如不遵循它们,调解就很容易丧失其于纠纷解决上的优势甚至是正当性。在医患纠纷人民调解中必须遵循的原则有:一是当事人意思自治原则,只有医患双方同意调解才能进行;二是合法性与合理性相协调原则;三是保密原则,保证当事人在调解中可以就与争议解决有关的方方面面进行讨论,而不用担心他们在调解中的披露日

后会对他们构成不利。

（二）人民调解应当具备公信力

作为居中调解的第三方机构，公信力是保证医疗纠纷调解工作顺利开展的前提。要保证人民调解机构的公信力，应当保证调解机构在财政和人事上的独立性，由卫生行政以外的部门进行监管，并科学设计调解程序，确保公正、客观的处理医疗纠纷。

1、调解机构的独立性。依据《医疗事故处理条例》，卫生行政部门负责医疗纠纷的调解。由于卫生行政部门与医疗机构关系密切，导致卫生行政部门的处理意见很难得到患方的认同。医调委则完全独立于医疗机构及卫生行政部门，财政设立专项经费，人民调解机构的所有工作人员应当是专职人员和兼职人员。

2、调解程序的科学性。调解程序的科学性是人民调解能否具备公信力的重要基础。人民调解应当根据纠纷个案的不同特点，采取多种形式进行调解，主要形式有——分别约谈：是一种简易形式，主要适用纠纷双方对立情绪激烈的情况，调解员采用“背靠背”方式；庭调形式：类似法庭审理形式，给医患纠纷双方提供沟通平台，居中调解。对于案情复杂的医疗纠纷，人民调解员认为有必要时，启动专家咨询制度。

专家库成员仅就解决医学专业问题，对人民调解员提出的专业问题出具分析意见，具体结论（即是否存在医疗过失，与损害结果之间存在因果关系，以及责任程度）则由人民调解员根据案情确定。

这就对人民调解员提出较高的要求，人民调解员既要有高度的责任心，还要具备专业性。

（三）人民调解应当具备专业性

人民调解和法院判决最大的区别所在：人民调解可能要花大量的精力用于心理疏导和沟通。但如果人民调解没有专业性的保障，仅仅以双方当事人达成一致意见为目标，极有可能损害当事人合法权益，也有可能出现显失公平的调解书，从长远来说不利于化解社会矛盾，不利于树立人民调解的权威和公信力。所以，人民调解应当具备专业性。

人民调解员首先应当热心公益，具备人民调解的丰富经验。同时，人民调解员还应当具备心理学知识，并具备必要的医学和法律知识，可以依据双方的陈述归纳出案件的争议要点，找到双方的共同点和分歧所在。

人民调解员的专业性，一方面来源于遴选，比如在退休法官、律师、医生、心理师等各种具有丰富社会经验和擅长处理民事纠纷的人员中选择；另一方面就是培训，逐步探索适合人民调解的培训制度并建立相应的考核机制；再者，人民调解员的管理制度也关系到人民调解员工作的积极性及专业水平能否得到应有的发挥。

在静安区登记注册的律师事务所众多，专业律师是静安区的一大人才优势。从本区律师中挑选了具备医学、法学背景的复合型律师充实到医调委中，担任兼职人民调解员，除了日常接待工作外，还参与到疑难、复杂案件中，为人民调解员更好理解医学、法学问题提供帮助。

六、医患纠纷人民调解的几个步骤

（一）调解前阶段（走进调解室前）

让当事人都同意进行调解可能是整个过程中最困难的阶段。面对情绪激动的双方当事人初步了解各方的真实意图非常重要，特别是要在短时间内认同调解员。

（二）调解的开始

调解员介绍调解规则、调解处理机制的公正性；调解人可以一种非正式的方式甚至是幽默的举措来营造一种和睦友好的气氛。强调该程序非正式及协商一致的本质、调解人的公正性以及当事人也负有寻找他们自己解决方案的责任。调解人确保双方当事人有充足的、不被打断的时间去讲述他们的故事。这一点是调解机制中“非正式”的亮点，使得双方在无压力的情形下充分交流。

（三）各当事人陈述观点

要求双方尽量有书面材料以及和案件有关的病史资料等，若一方有困难，帮助其整理归纳。通常是由患方开始表达自己的意见，有的会带着烦躁或愤怒的心情来到调解室的，可能需要先调节其情绪，可以适度让其宣泄下情绪，有助于为了解决纠纷而必须谈论的问题浮出水面，从而推动理性讨论的展开。患方一般对医疗结果抱有极大的期望值，其实医学所能解决的健康问题是有限的，公众应正确理解医学的局限性，理性对待诊疗结果。

引导医方代表对其的诊疗行为的是否符合诊疗常规以及合法性、合理性等方面进行说明，而不能过分强调并发症或是难以避免的不良反应。

（四）调解员主持下的交流

通过医患双方的合作性交流或是竞争性交流后，调解员对其的争议焦点基本了解清楚，对不同看法梳理并进行归纳和排序；确定替代性方案：调解员提出方案或是专家咨询等。同一个建议由调解员提出往往能容易得到一方或双方的接受，而由对方提出可能遭到拒绝。努力做到避免僵局的方法，从“富于同情的倾听者”转换成“现实代言人”。在双方争议非常尖锐和激烈时，采取分别和一方当事人单独交流。

（五）达成协议

双方签署协议，督促及时履行（付款、出院手续等）；对于不能达成协议的，建议双方走其他法律程序解决矛盾。●

●文 / 孙欢成

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

关于明确《侵权责任法》第55条中医疗机构违反医疗告知义务之赔偿责任的建议

如今提到医患关系,已经没人会用褒义词来形容了,似乎医患之间的“水火不容”和“敌对”已经成为了一种“常态”或是“理所当然”的事了。医生与患者之间不再有信任,医生面对患者时,可能考虑得更多的是如何提防患者找自己的麻烦,而不是如何尽力医治。如此一来,治疗效果自然不容乐观,纠纷发生率自然居高不下。而患者面对医生时,也是一脸不信任,治疗效果稍有不满意,则就大肆迁怒于医生,过激行为,甚至极端事件时有发生,结果不仅可能耽误了自己的病情,更严重扰乱了正常医疗秩序。据相关报道称,65%以上的医患纠纷是因为医疗机构的告知问题引发的。随着我国法制建设的推进,法律对患方权益的保护在不断加强,其中患方的医疗知情权和选择权已成为法定权利,与之相对应医方的告知义务则成为了法定义务。

2010年我国《侵权责任法》第55条就明确规定了医疗机构负有告知义务,即“医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的,医务人员应当及时向患者说明医疗风险、替代医疗方案等情况,并取得其书面同意;不宜向患者说明的,应当向患者的近亲属说明,并取得其书面同意。医务人员未尽到前款义务,造成患者损害的,医疗机构应当承担赔偿责任”。虽然早在《侵权责任法》施行前,我国就曾出台多部法律法规明确医疗机构负有告知义务,如1994年国务院的《医疗机构管理条例》、1994年卫生部的《医疗机构管理条例实施细则》、1994年全国人大常委会的《中华人民共和国母婴保健法》、1998年的全国人大常委会的《中华人民共和国执业医师法》、2000年卫生部的《临床输血技术规范》、2002年国务院的《医疗事故处理条例》、2006年卫生部的《人体

器官移植技术临床应用管理暂行规定》等等。但《侵权责任法》是目前唯一明确医疗机构违反告知义务,需要承担民事赔偿责任的法律规范。这为患者行使知情同意权提供了法律依据,是对患者权益保护的一大进步。然而,在目前的司法实践中,对于医疗机构违反告知义务,却无明确的赔偿标准。究其原因是《侵权责任法》第55条虽然明确了医疗机构违反告知义务需要承担赔偿责任,但却未明确具体承担哪些赔偿责任,使得法院判案时无所适从。笔者通过北大法宝数据库搜索上海法院涉及侵犯知情同意权的案件,结果显示截至2012年6月8日共16例。现结合笔者亲自代理的1件案例总共17例,鉴于案例1和案例2案情相似,但判决却大相径庭,较有代表性,因此,笔者首先选取案例1和案例2做如下详细介绍:

案例一:患者因“干咳1年,活动后气促7月”,于2003年7月21日被肺科医院收入病房。入院诊断为间质性肺疾病,肺部继发感染。2003年8月4日肺科医院建议患者接受激素治疗,并书面告知了激素治疗可能产生的副作用,即“消化道出血、糖尿病、骨质疏松等激素副作用”,当时肺科医院明确保证这些副作用影响不大,本着对肺科医院的信任和对康复的渴望,患者签字同意接受激素治疗,并于2003年8月7日开始接受激素治疗。患者于2003年7月21日至2005年3月28日期间,因“间质性肺炎”共在肺科医院处住院三次,期间主要治疗方法为激素治疗。在住院后期患者有时感到两侧髋关节处活动不适,出院后,长期病假在家,两侧髋关节



孙欢成:市律协医药健康业务
研究委员会副主任

处疼痛日益加剧,活动受限。患者于2005年9月28日至瑞金医院就医,经MR影像诊断为双侧股骨头无菌性坏死。患者经瑞金医院医生告知后方知,之前大量的激素治疗可以引起股骨头坏死。为此,患者多次与肺科医院交涉要求明确责任,采取补救措施,在与肺科医院协商无果后,患者向杨浦区卫生局提出申请,要求解决纠纷。2006年6月7日,上海市杨浦区医学会出具的医疗事故技术鉴定书,认为肺科医院诊断、治疗均符合诊疗常规,且股骨头无菌性坏死系激素副作用引起,但已事先告知患者激素应用可能发生的副作用。患者不服,遂向市医学会申请再次鉴定,但令人费解的是市医学会支持了区医学会的鉴定结论。嗣后,在患者的强烈要求下,肺科医院向患者提供了2003年8月4日载有告知内容和患者签名的病史复印件。经查验后发现,该告知书上明显的添加痕迹,即肺科医院在患者签字后,擅自将“股骨头坏死”等内容添加到告知书上,且未将添加之事告知患者。患者遂委托本律师向上海市杨浦区法院提起诉讼。庭审中,肺科医院虽承认添加之事,但抗辩称系在患者签字前所添加,故履行了告知,且市、区两级医学会均认定肺科医院无责,故不同意患者诉请。经鉴定患者完全丧失劳动能力,必须进行双侧人工髋关节置换。笔者作为患者代理人提出肺科医院没有证据证明添加发生在患者签字之前,所以应认定肺科医院没有履行告知义务。为此,笔者就相关问题形成书面质询书,并委托法院转呈市医学会进行答辩。市医学会收到质询书后一年才做出答复,称肺科医院存在告知瑕疵,但辩称当时间质性肺疾病会危及生命,所以肺科医院出于救死扶伤的目的进行激素治疗并无不当。杨浦法院最终认为肺科医院未履行告知义务,存在医疗过错,应承担损害赔偿责任,但同时又认为肺科医院予患者的治疗方案是正确的,也基本尽到了采取合理、正确的医疗措施的职责,故减轻了肺科医院的责任,判令肺科医院仅承担20%的责任。患者不服,提起上诉。上海市第二中级人民法院维持原判,驳回上诉。

案例二:1999年6月21日,患者至上海医科大学附属耳鼻喉科医院就诊,诊断结论为:左眼复发性结膜囊肿(术后复发),需手术摘除。患者于同月24日至武警医院施行左眼脂肪瘤摘除术。1999年7月2日,患者出院。术后患者感到左眼上睑下垂,不能睁眼,遂又于同年10月19日再次至武警医院就诊,被收治入院,并于同月22日施行左眼上睑下垂矫正术。术后,患者左眼能微睁,但仍受限。同月26日,患者出院。随后,其至上海医科大学附属华山医院就诊,被告知其左上睑下垂系提上睑肌损伤所致。患者遂以武警医院在治疗过程中有过错为由,向长宁区医疗事故鉴定委员会申请进行医疗

事故鉴定,该委员会于2000年8月28日出具鉴定书,内容为:1、武警医院的诊断和治疗原则无不当;2、病员目前左眼上睑下垂属术后并发症。鉴定结论为:本医疗事件不属于医疗事故范畴。长宁区人民法院认为:在医疗纠纷中,损害事实、因果关系、行为人具有过错及不当行为系医疗单位承担侵权损害赔偿责任的四个必备条件,缺一不可。但根据鉴定部门出具的鉴定结论不能证明武警医院在手术过程中具有过错,故患者要求武警医院承担赔偿责任的要求难以支持,驳回患者的全部诉请,准许武警医院自愿补偿患者人民币30000元。患者不服,提起上诉。经审理,上海市第一中级人民法院认为另查明,武警医院在为患者施行左眼脂肪瘤摘除术前,未明确将术后可能产生提上睑肌断裂的并发症告知患者。经鉴定,患者构成九级伤残。一中院认为由于武警医院未完全向患者明示术后风险,致使患者丧失选择手术与否的机会,并造成严重后果,所以武警医院应当就此承担民事侵权责任。但由于患者目前损害状态系多种因素造成,包括自身病因导致手术、手术并发症以及患者客观上选择手术,而选择手术与否和目前遭受损害之间事实上存在一定的或然性,故综合种种因素,判令武警医院承担损失后果80%的赔偿责任。

上述两个案例案情大致相同,都是医院在实施治疗前未告知患者治疗可能产生并发症,结果并发症实际发生,最终造成患者残疾。但同在上海一个城市里两家同级别的中级人民法院所做的判决却大相径庭,二中院判定医院承担20%责任,而一中院却判定医院承担80%责任,显然这属于典型的“同案不同判”。

其他15例判决不再赘述,经总结这17例中,4例认为侵犯知情同意权应承担财产和非财产性赔偿,1例认为应承担非财产性赔偿,1例认为应承担财产性赔偿,3例认为无需承担赔偿责任,8例没有明确赔偿性质。由此可见,目前上海各区、各级法院对于侵犯知情同意权是否需要承担赔偿责任和承担何种赔偿责任,均没有达成统一意见。经了解,一些没有明确赔偿性质,法院“酌情”判决赔偿的案件,也是原、被告双方协商的结果。笔者认为这些案例已足以说明了目前该类型案件的审理乱象。为此,笔者建议对通过立法,进一步明确医疗机构违反告知义务的具体赔偿责任问题。

笔者认为医疗机构违反告知义务所侵犯的客体是患者知情同意权,由此产生的赔偿责任应包括财产性赔偿和非财产性赔偿。财产性赔偿主要包括因侵权而产生的直接经济损失,即医疗费、误工费、护理费、营养费、住院伙食补助费、交通费、伤残赔偿金、被扶养人生活费、死亡赔偿金等(具体标准参照最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》)。非财



产性赔偿指因侵权损害患者自决权而产生的精神损害抚慰金(具体标准参照各地高院规定)。《侵权责任法》第55条规定了医疗机构需要告知患者的四项内容即病情、医疗措施、医疗风险、替代医疗方案。笔者以这四项为例尝试设定相关赔偿责任:

一是医疗机构未告知病情的赔偿责任:

1、医疗机构未如实告知病情,如患者因此选择了错误的治疗措施,必然对患者造成肉体和精神上损害,医疗机构应当承担财产性和非财产性赔偿。

2、医疗机构未如实告知病情,如患者选择了正确治疗措施,无论治疗成功与否,均侵犯的是患者的自决权,医疗机构应当承担非财产性赔偿。

二是医疗机构未告知医疗措施的赔偿责任:

1、医疗机构未告知医疗措施,所以该医疗行为不具合法性,即便治疗成功,医疗机构也无权依据一个违法行为获得利益,即由此产生的医疗费应由医疗机构承担,同时因为侵犯了患者的自决权,医院还应当承担非财产性赔偿。

2、医疗机构未告知医疗措施,所以医疗行为不具合法性,如治疗失败,必然对患者造成肉体和精神上损害,医疗机构应当承担财产性和非财产性赔偿。

三是医疗机构未告知医疗风险的赔偿责任:

医疗风险主要是指治疗可能产生的并发症、副作用等,医疗风险并非必然发生,有不确定性,但其是可预见的,通过患者的配合,一定程度上也是可预防、可控的。所以,医疗风险的是否发生不仅有医疗机构治疗水平的问题,更取决于患者是否对医疗风险是否有足够的认知,是否积极配合医疗机构做好预防措施。所以,如果医疗机构没有告知患者医疗风险,那么患者就不可能预见该风险,也不可能防范该风险,这样必然增加了该风险发生的可能性,进而成为现实伤害。

1、医疗机构未告知医疗风险,一旦该风险实际发生,无论治疗措施本身是否正确,医疗机构都应当承担

财产性和非财产性赔偿。

2、医疗机构未告知医疗风险,该风险未实际发生,无论治疗措施本身是否正确,医疗机构都应当承担非财产性赔偿。

四是医疗机构未告知替代医疗方案的赔偿责任:

现实中,正式方案和替代方案主要在效果、风险、费用这三方面存在差异。每个患者对于医疗效果的需求、对于风险和费用的承受能力都不同。

1、医疗机构未告知替代方案,如果替代方案在效果、风险、费用上均优于正式方案的,无论治疗是否成功,医疗机构都应当承担财产性和非财产性赔偿。

2、医疗机构未告知替代方案,如果替代方案在效果、风险、费用上均劣于正式方案的,无论治疗是否成功,医疗机构因侵犯了患者的自决权应当承担非财产性赔偿。

3、医疗机构未告知替代方案,如果替代方案在效果、风险、费用上与正式方案相比各有高低,那么就应根据患者的实际情况,评估患者原本对于效果、风险、费用的取向。如果评估结论认为选用正式方案符合患者实际需求的,那么医疗机构应当承担非财产性赔偿;如果评估结论认为选用正式方案不符合患者实际需求的,那么医疗机构应当承担财产性和非财产性赔偿。

随着患者自主意识的觉醒和法律意识的提高,患者知情同意权与医方的告知义务已成为医疗纠纷中的主要矛盾。医疗行为本身具有侵害性,其合法性的前提是取得患者的同意,而要取得患者同意,医方就必须切实履行告知义务,使患者充分理解并同意接受医疗行为。可以说医方履行告知义务是一切医疗行为合法性的基础。告知义务是医方的最最基本和最最重要的法定义务。因此,目前法律对该义务的规范显然是不足的。为此,笔者建议对医方告知义务开展深入探讨,进行明确具体赔偿责任问题。●

●文/瞿 沁

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

社会资本收购非营利性养老机构的法律困境



近几年,各路资金蜂拥投资至养老健康领域,其中不乏民营企业斥巨资在全国收购现成的养老和护理机构。在笔者近期承办的收购案例中,最常见的便是收购民办非企业单位类型的机构,也就是我们常称之为“非营利性”的养老机构。可是,与一般的公司收购不同,民办非企业机构碍于其特殊的法律属性,不能适用最常见的股权或资产并购的方式来达成交易,因此给投资者带来诸多困扰。而律师在代表收购方进行尽职调查和交易构架设计时,也需巧费心地摆脱法律困境,确保交易安全。笔者试图通过本文抛砖引玉,期冀民营资本投资民办非企业机构的法律政策进一步放开。

何谓民办非企业单位?

民办非企业单位的法律定义是“企业事业单位、社会团体和其他社会力量以及公民个人利用非国有资产举办的,从事非营利性社会服务活动的社会组织”。而所谓非营利性社会组织,是指

提供公益性社会服务、不以营利为目的、且盈余不在举办者及成员中分配的社会实体。民办非企业单位的登记部门是民政部门隶属的社会团体管理局登记处。

民办非企业单位登记的经营实体广泛存在于教育、卫生、文化、科技、体育、

劳动、民政、社会中介服务、法律服务等社会生活领域。而在国内的养老和健康服务领域,社会福利性质的民办非企业机构占据了绝大多数,造成这种现状的原因主要和我国养老机构登记制度的历史沿革密切相关。很长一段时期以来,我国没有营利性登记的养老机构存在,民办养老机构都是按照 1999 年颁布的《社会福利机构管理暂行办法》设立,养老在很长一段时期内被认定为一项非营利性的社会福利事业。

另一个民办非企业养老机构普遍存在的重要原因还是政府对非营利性养老机构在政策上有比较大的倾斜(而对营利性机构的扶持政策较少),主要体现在:对符合条件的民办福利性、非营利性养老机构取得的收入,免征企业所得税;民办非营利性养老机构自用的房产、土地免征房产税、城镇土地使用税;同时在新建床位补贴和有关行政事业性收费的减免方面的政策也明显优于营利性机构。

目前,针对民办非企业单位的法律制度并不是很多,其登记和管理基本还是在适用 1998 年国务院颁布的《民办非企业单位登记管理暂行条例》、民政部的《民办非企业单位登记管理暂行办法》和一些地方实施细则。近期,由民政部和发改委等 10 部门联合颁布的《关于鼓励民间资本参与养老服务业发展的实施意见》也对民办非营利性养老机构的定性作出了规定,主要概括如下:

一是民办非营利性养老机构应当为捐资举办,机构享有对其资产的法人财产权,捐资人(举办者)不拥有对所捐赠财产的所有权;

二是民办非营利性养老机构停办后,应当依法进行



瞿 沁:市律协医药健康业务研究委员会委员

清算,其剩余资产由民政部门负责统筹,以捐赠形式纳入当地政府养老发展专项基金;

三是原始捐资有增值的,经养老机构决策机构同意并经审计符合规定的,可对捐资人(举办者)给予一次性奖励。

不难看出,与营利性经营主体的商业登记不同,民办非企业机构在投资者权益的实现上存在诸多局限性,而且最为关键的是,不同于公司股权可以进行商业化估值,开办者对民办非企业机构到底享有哪些权益在法律上尚存在争议,这也最终导致了在权益转让层面出现诸多技术障碍。因此,这也引出了投资者并购民办非企业养老机构时最为核心的一个问题——收购的标的到底是什么?

有待破解的难题

在一般的公司收购中,常见的法律途径是股权收购和资产收购,但这两者在收购民办非企业养老机构时都不能适用。对于前者,因为民办非企业养老机构设立时在民政部门的登记内容是名称、住所、宗旨和业务范围、法定代表人或者单位负责人、举办者、开办资金、业务主管单位等,没有“举办者权益”登记这一项,大多数地方的登记部门也不受理“举办者变更”的登记事项,以至于收购方希望通过变更举办者登记信息的方式来实现转让缺乏法律依据;而对于后者,由于举办者设立民办非企业机构时出资的财产被视为捐赠,其对于机构的资产没有处分权,因此通过收购养老机构资产在技术上也欠缺可行性。

因此,实务中一种变通的方式是通过转让举办者权益的方式来签订交易合同。但这也仅仅解决了交易架构设计的第一步,还有更棘手的几个问题需要在收购交易中予以厘清:

(一) 关于举办者权益

虽然上述 10 部委的实施意见中提到了出资者、捐赠者对养老机构的出资(捐赠)财产不享有所有权,但并非意味着举办者对机构实体不享有任何权益。目前,举办者权益在法律上尚没有明确的定义,笔者较为认同的一种解释是:举办者享有的是兼具人身性、财产性的权利与义务的综合体,它是基于举办者的资格而享有的,包括推选决策机构决策人员以及参与重大事项的管理、获得合理回报等一系列权利、义务的总称。那么,这样的分析是否有可操作的依据呢?很多情况下还得看各个地方的政策。以杭州市的政策为例,我们注意到 2014 年的一个文件(《杭州市人民政府办公厅关于鼓励社会力量兴办养老服务机构的实施意见》)中将民办非营利性养老机构的定义为一项有限产权,产权归养老机构,

但也赋予了投资者相关权益,主要体现在:

1、非营利性社会办养老机构在扣除举办成本、预留单位发展基金以及提取其他有关费用后,如当年仍有收支结余,经养老机构内部决策机构同意并经审计符合规定的,可以从收支结余中提取一定比例用于奖励举办人,年奖励总额不超过以举办人累积出资额为基数的同期银行一年期贷款基准利率 2 倍利息额;

2、投入满 5 年后,在保证不撤资、不影响法人财产稳定和不改变性质用途的前提下,出资人产(股)权份额经养老机构内部决策机构同意,可以转让、赠与;

3、非营利性社会办养老机构经依法清算后,举办人可将依法清偿相关债务后的剩余财产变现,收回原始出资,其资产增值部分变现后主要用于当地社会福利发展,并可对举办人给予一次性奖励,奖励总额不超过变现部分的 10%。

由此,笔者倾向于将举办者的财产权益理解为一项受限的权益,鉴于民办非企业机构“非营利”的特征,该等权益在转让时受到限制,转让后原出资者是否能收回成本并获取收益在政策层面仍然不明确。

(二) 转让合同的效力问题

如上文所述,举办者权益的转让是一项受限制的行为,那么如何确保转让合同的有效性成为了实务中一个难题。

首先,转让合同是否需要经过民政主管部门审批后生效?这一点在司法实践中尚无先例。因此,我们只能参考与养老机构登记方式非常相似的民办学校的举办权转让的相关规定。《民办教育促进法》第 54 条就民办学校举办者变更问题作了原则性规定,即“民办学校举办者的变更,须由举办者提出,在进行财务清算后,经学校理事会或者董事会同意,报审批机关核准”。根据此规定,没有经过上述内部决策和审批手续的民办学校转让协议是无效的。虽然在民办非企业养老机构的相关规定中没有发现类似的规定,但在一些地方性文件中我们仍然可以揣摩出一些端倪。以北京为例,开办者在申请建设非营利性养老机构时要签署一份承诺书,其中有一项便是“未经批准将不得擅自转让养老机构”。虽然承诺书带有很强的行政监管目的,但也从另一个侧面告诉我们:没有经过民政主管部门同意的举办者权益转让协议的效力存在很大风险。

在实践中,由于无论是养老机构的业务主管民政部门,还是民办非企业机构的登记部门社会团体管理局登记处,都对基于举办者权益转让合同申请的举办者登记变更持保守的态度,因此想要通过行政审批和许可的方式顺利完成变更登记在很多地方很难操作。如此导致出让方和受让方往往不得不通过私下签订协议并支付价

款的方式完成收购交易,此种情形下交易合同本身的效力将会存在很大的不确定性,对收购方来讲,风险非常大。

此外,不容忽视的一点是,养老机构的收购价格一般都远远高于举办者的原始投入,即便根据一些国家和地方规定,举办者可以在退出时以一次性奖励的方式获得一定的增值回报,但这也是需要经过一定的审计、清算手续后才能进行,并且对回报的金额也有一定的限制。对于收购方而言,由于其无法找到合理的依据向出让方支付一笔较大的交易对价(从财务角度看,收购方的此项现金支出无法在资产负债表上换来长期股权投资资产),因此双方往往通过其他变通的方式进行资金安排,如此操作对于收购方财务管理的合规性而言,无疑也存在非常大的隐患。

可能的对策

受制于现有的政策瓶颈,笔者认为要在目前的法律框架内找到一个十全十美的解决方案来规避收购民办非企业养老机构过程中的合同效力和合法性风险是非常困难的。在政府进一步出台政策支持民间资本以并购方式投资养老机构建设的相关政策前,我们建议投资者可以考虑通过以下几个途径尽可能地规避风险:

(一) 先改制再收购

这一方式是首先将民办非企业养老机构通过改制变更为公司制,之后再由收购方以收购公司股权的方式完成收购。虽然目前此类案例很难见到,但是如果我们参考民办非企业医疗机构近几年的发展轨迹,我们可以发现不少民办非企业医疗机构通过改制后成为了营利性商事主体,不但更好地对企业实行公司治理,适应市场经济的规则,有些还成功走向了资本市场。所以,随着养老服务市场的日益成熟,我们相信改制的案例也会逐渐增多。以下是一个医疗行业内的可供参考的典型事例:

早在 2012 年,金陵药业股份有限公司、南京市鼓楼医院与仪征南京医科大学第三附属医院就开展合作事宜进行了多次商洽,拟对仪征南京医科大学第三附属医院进行收购,从而使该院依托金陵药业和鼓楼医院的资金、技术支持,不断提升医疗及管理水平,但前提是该院必须由民办非企业单位转为有限公司,从而实现股权收购。当时,作为全省第一家民办非企业单位的转企改制,在操作规范及操作流程上进行了积极的探索,最终实现了工商部门的登记注册工作的四项突破:一是企业名称的突破。遵从原南医大三附院转企改制的事实,允许企业在原有名称的基础上,直接加“仪征”及“有限公司”字样,最大限度地保持了企业的延续性;二是出资方式

的突破。允许企业出资人将改制前的净资产进行评估后出资,保证了改制后净资产的顺利转移;三是出资比例突破。允许企业出资方式 100% 为净资产,突破了新设立企业货币出资不得少于 30% 的规定(注,此为当时《公司法》的规定,现此项规定已取消);四是办理方式的突破。登记注册部门前期介入协助企业设计改制方案,并全程指导改制企业进行股东合并和改制申请,为企业顺利改制提供了坚实基础。

(二) 协议控制掌握经营管理权

无论是以何种形式签订的并购交易协议,收购方最终的目的是通过掌控养老机构的经营管理权,进而在某些方面取得商业利益。因此,交易双方在达成交易后首先会就民非机构的决策机构和执行机构成员进行变更。通常,民办非企业养老机构的最高决策机构是理事会,它是由举办者(包括出资者)、职工代表(由全体职工推举产生)及有关单位(业务主管单位)推选产生。因此,收购方需第一时间将理事会成员变更为由其委派的人员,并由理事会决定是继续留用原院长(即法定代表人/负责人),还是重新选聘新院长。总之,像一般公司股权并购中收购方会变更董事会、监事会成员一样,并购民办非企业也有类似的操作。

但是,仅仅完成以上变更还是不保险的,因为正如我们上文提到的,举办权转让合同的效力风险依然存在,如果合同的效力一旦被推翻,收购方的控制权也将落空。因此,收购方在掌握机构的控制权后,需要进一步通过合理的协议安排,将养老机构不同层面的经营内容,委托由其控制的第三方公司管理。虽然类似的操作在非营利养老行业已不是什么秘密,很多投资者通过这样的安排来获得收益,但对于本文讨论的收购交易而言,如此安排却是保护收购方权益的良好途径。由于通过合理的协议安排,养老机构作为权利主体,将其经营管理权转移到第三方公司,因此即便并购交易协议(部分或全部)因故被认定无效或解除,经营权委托管理的协议安排仍旧有效。通过在该等协议中设定严密的违约责任和退出机制,收购方可以长期控制养老机构的经营管理权,以实现其收购的商业目的。

结语

民办非企业养老机构的并购交易已经越来越受到民间资本的关注,在现有法律制度不能很好地与市场需求匹配的情况下,如何通过创新并安全的交易安排来实现收购方和被收购方的商业目的,从而使更多资本进入到养老服务行业,进而提升行业的服务能力和管理水平,这可能是需要立法者和实践者通过多年的努力才能完成的使命。●



随 笔

●文 / 陶丽萍

学有所依 必无止境

80 后的我一直希望自己能够成为一个“腹有诗书气自华”的女子，静默芬芳、智慧大气，但现实总是知易行难：学习写毛笔字往往是“三天打鱼、两天晒网”；背诵唐诗宋词，最熟的仍旧是开篇的那几首；《大学》、《论语》等经典著作依然是一知半解，从小生活在上海，却对上海的历史文化懵懵懂懂……

2014 年，当我了解到上海正举办“上海市民文化节—中华优秀传统文化知识大赛”时，便毫不犹豫地报名参赛了。2015 年，我再次报名参加参加了“上海市民文化节—中华语言文字大赛”。

这些并不是因为我掌握了多少知识，而是希望通过参赛进行充电，鞭策自己去全面地学习、深刻地领悟，使传统文化的精髓、语言文字的精华，能扎根于思想、镌刻于心底、根植于行动。

知其然与知其所以然。为了备赛，我认真研读大赛的推荐书目以及背景知识。在获得正解的同时，我努力做到举一反三，即通过一道题的线索，去掌握更多的文化知识，而不拘泥于一个题目的正确答案。比如涉及的诗词名句，我都会将该名句所属的诗词完整地摘抄，了解其背景以及译文，用心去感受、用心去体会，仰之弥高，钻之弥坚。

惜时和惜福。传统文化最绝妙之处就在于能以最简单的语言厘清人生最质朴的道理并且具有示范意义。《弟子规》中“朝起早、夜眠迟，老易至、惜此时”短短的 12 个字就告诉了我们时间的珍贵以及如何惜时；“冬则温、夏则清，晨则省、昏则定”则将子女要孝敬父母的至理展现得淋漓尽致。这些经典时时都在警醒我时间的宝贵，既要惜时多充实自己，更要惜福珍惜身边人，用行动付出，用真心证明，学以致用、学以致德。

2015 年，颇有意义，小有收获。

1 月 11 日，从初赛、复赛中一路过关斩将的我怀着忐忑的心情站在了“2014 上海市民文化节—中华优秀传统文化知识大赛”的决赛赛场。9 月 13 日，我又参加了“2015 上海市民文化节—中华语言文字大赛”的决赛。

两项决赛同场竞技的选手都是从全市上万名参赛选手中逐级竞技而出的。因此，竞争异常激烈。我凭着努力以及运气，最终均跻身于百强行列。正可谓“念念不忘，必有回响”。

一个国家的文化不会像青铜器，一旦铸就便亘古不变，而是像一条奔流不息的大河，滋养着每代人，而每代人又会反哺于她。

中华优秀传统文化是中华民族的精

神命脉，是涵养社会主义核心价值观的重要源泉，也是我们在世界文化激荡中站稳脚跟的坚实根基。两场赛事都昭示了中华优秀传统文化知识教育的现实意义。作为民盟盟员，我也曾向“中国上海”——上海市政府征集意见信箱建言献策，希望能在上海设立百所社区传统文化教育周末学堂，让优秀传统文化教育能真正深入到普通市民的日常生活中，尤其是已踏上繁忙工作岗位的年轻人。

学习传统文化和语言文字知识需要兴趣，但不能靠一时的热情，兴之所至，需要持之以恒的耐心与毅力。现在，我都坚持学习写毛笔字，不求多，但求坚持，磨练心性；每周都坚持背诵一首诗词，不求多，但求坚持，感悟顿生；每月都坚持阅读一部经典，不求多，但求坚持，从容涵泳。在学习的征途上，任何时候出发都不会晚。

抚今追昔，历史一直自有逻辑，让我们博古通今，博采众长，为优秀的中华文化所涵养，做一个“既仰望星空，又脚踏实地”的追梦人，正如 2015 年《南方周末》新年献词所言：“你对美好的向往关乎国家的方向”。

学有所依，必无止境。●

（作者单位：市律协公共关系部）

岁月回眸

●文/朱树英

顺从和进取兼容 专攻和勤奋并重



作为律师的我属于另类。

我原本是建筑工地施工现场的木工,做木工和做律师挨得上吗?很多人认为木工和律师风牛马不相及,其实不然,我不能回避自己的苦出身。我在做律师之前,命运对我并不眷顾。我年轻时的工作和生活都很艰苦,在施工现场做木工 10 年,实在是日晒雨淋,受苦受累。之后的 10 年,我当过企业教师、工会干事、办公室秘书等多项工作,还当了 8 年的企业法务。1992 年组建上海市建设(后改名叫建纬)律师事务所,我仍然是领命而为,只不过是时来运转罢了。自己在 43 岁之前,根本不能把握自己的命运,也不知道自己的前程在哪里。

顺从命运安排 做好当下工作

通常情况下,一个人的“命”和“运”都不是自己所能控制的。我 16 岁初中毕业,不由自主地进了一家建筑公司当木工学徒,干了一份类似于今天农民工的工作。这似乎难有什么作为,但钻研技术,干好木工活却是可以自己努力的。施工现场 10 年学艺期间,我刻苦钻研技术,提高工时效率,后来在企业青年木工技术比赛中,我获得装门、装窗两个第一名。10 年工地学艺,让我悟出一个哲理:人不要抱怨命运,而要做好当下工作。积极进取,定有成效。

就个人作为而言,当工人和当干部其实没有什么大的区别,工作变了,只要不懈努力,不断总结,同样可以做好各项工作。我从工人转为干部,先后承担的各项工

作,都积极进取,追求当下,后来形成的自我勉励是:因为是我做,就要做得更好。我当企业教师,被评为优秀教师;当工会干事,被评为上海市建设系统优秀政工干部;当办公室秘书,不断获得同业务评比优秀。期间,我业余读了 4 年成人教育的中文大专专业,还是被评为优秀学员。对命运给我前 28 年的安排,我是完全顺从的,不论命运安排我做什么,我都服从,都安心认真工作。虽然不知自己今后会怎么样,但每每对当下的事都是做成功的。日积月累,我在工作实践中逐渐养成了自己不辞辛劳,不断进取的脾气和风格。离开原单位时,同事评价说:朱树英是大腿上绑镙钉的,走到哪里响到哪里。

学无止境 术有专攻

我在律师界,有人叫律师,有人叫主任,也有人叫老大,更多的人叫老师。事务所 15 周年所庆时,一家北京的律所给我送了一幅匾,题四字“律师之师”。我在律师界到处讲课,还较受欢迎,而讲课能力是在企业练就的。承担企业教师工作的开始,我先学了一年的教学法,做老师是边学边教边提高的。从事这项工作 5 年的好处,让我领略到什么叫做学海无崖,学无止境。

工欲善其事,必先利其器。因为发现自己学识浅薄,为适应教师工作,我利用业余时间读了 4 年的中文大专课程。1984 年,大专毕业,接着我又在上



海大学文学院业余读了两年在职的律师培训班。有了中文专业的基础,让我学起法律来轻车熟路,于是我很顺利在 1986 年通过了律师资格的考试。之后又觉得自己法律功底不够,1998 年开始又在华东政法学院读了 3 年的法学本科。工作以后的 10 年寒窗,边工作边读书,筋疲力尽,苦不堪言。

我的律师资格是企业培养的,当然还要为企业服务。命运的安排让我在企业法律顾问室先后当副主任、主任,负责企业的合同管理。期间在上海市联合律师事务所的上海大学分所担任兼职律师,师从翟建主任。在负责企业合同管理和兼职从事律师业务的 8 年,让我真切理解了企业合同管理的成败得失和经验教训,也在办理大量民、刑事案件的过程中积累了律师的实务经验。从事兼职律师必须不妨碍企业的本职工作,所有律师工作都是在工余之间完成的,奔波劳累自然不在话下。当时律师办案报酬很低,兼职律师辛苦办案,但收入甚微。有一年,翟建主任为鼓励兼职律师多办案件,立了一条规矩:兼职律师每办一个案件,除可提报酬外,年终奖金 1 元。是年我一共办理了各类民、刑事案件 43 件,年终获奖金 43 元,相当于一个月的工资。

我担任专职律师之前是在“深山”学艺、磨砺的28年,通过不懈努力,使我日后能够成为一名合格的专业律师的基本功和各种准备都已练就。真是天道酬勤,时来运转。当机遇来临时就能够被我抓住了,我的人生也由此发生了根本的变化。1992年4月,当时的上海城市建设主管部门建设委员会计划组建一家为城市建设服务的专业律师事务所,我被借出企业负责筹备工作。命运的转机,让我成为了建纬律师事务所的主任直到今天。

基于同样的认知和追求,让我来负责一家律师事务所,我也一定要将其办成律所的一流。在一开始当事务所主任时就给事务所定下一个专业发展的目标:建设一个具有雄厚实力、能够吸引众多既懂法律又懂专业复合型人才、能够提供全方位综合性专业法律服务并与国际接轨的专业律师事务所。多年来,建纬所以建设工程和房地产为主要服务领域,专业化发展成为基本的服务理念。在我的带领下,全所律师形成一个共识:律师专业服务领域足够深广,容得下专业律师的长期发展。建所23年来,我一直发挥熟悉行业实际情况和熟知相关法律规定的长处,提升为熟练解决专业法律问题的实务能力,在承办一大批疑难复杂专业案件的司法实践中积累了专业律师的综合能力,在建设工程和房地产领域不断探索专业法律服务的深度和广度。以专业为纽带的建纬总分所发展模式,服务机构已从上海发展到北京、深圳、昆明、武汉、长沙、杭州、天津、福州、南昌、乌鲁木齐10个省市,专业律师人数已达400多人。我的专业法律服务理念,使建纬同仁在建设工程和房地产领域的专业服务不是越做越窄而是越做越宽,专业业务不是越做越少而是越做越多,我个人在律师界的专业地位也获得律师行业

和建筑房地产行业的共同认可。

时间抓在手上 成功就在脚下

我在做律师的同时,还有一大堆其他的事,因此我的知识结构是复合的,横跨律师行业和建设工程与房地产领域。

我在连续10年先后担任全国律协民事业务委员会主任和建设工程与房地产专业委员会主任的同时,担任中国土木工程学会招标投标分会常务理事、中国房地产业协会常务理事兼法律专业委员会副主任、中国建设工程造价协会常务理事兼专家委员会副主任,这些工作牵涉了我大量的时间。我担任着北大、清华、人大、交大、同济、华政、浙大、厦大等10多所高校的客座教授,还都有周末的讲课任务,这也花去了我不少的休息时间;我还担任着北京、上海、武汉、济南等10家仲裁机构的仲裁员,还都有案件需要担任仲裁员,这也需要我腾出相当一部分精力。2000年以来,我先后撰写、出版了《建设工程法律实务》、《房地产法律实务》和《工程合同实务问答》共130多万字的三本专著;主编了130万字的《军队房地产与建设工程法律实务》、72万字的《法院审理房地产案件观点集成》和90万字的《法院审理建设工程案件观点集成》,这必然要花费我更多的时间。

千金难买乐意。如果乐意于好好做事,应酬自然会少一点,娱乐也自然会少一点,时间都是靠自己挤出来的,就是将时间控制在自己手上!说个故事:我有一次外出讲课,周六在青海律协为律师演讲,当天晚上从西宁飞北京,周日在清华土木工程学院的建设工程总裁研究生班讲课。不巧,当晚北京雷暴大雨,晚上8点飞机备降在了山西太原,能否继续起飞只有天知道。我权衡再三,决定在机场打个出租车,花了

2000元连夜急行600公里从太原赶到北京,凌晨3点到了清华。就这样由自己掌握了时间的主动权,第二天我仍然按照计划完成了讲课。

勇于担当 忠于职守

不在其位,不谋其政;既在其位,定担责任。2003年到2013年的10年,我作为上海10000多名律师的代表在上海市政协担任常委。按我做什么就要做好什么的风格,我当政协常委也一定要像模像样,不能给上海律师丢脸。按参政议政的要求,政协委员每年要写一个提案,我在10年常委任职期间先后提出60份提案,平均每年写6个,代表全市律师在参政议政中发挥了积极的作用。我的提案充分体现了自己的专业,清一色围绕城市建设的国计民生,提案获得市政协领导、各提案承办方和众多媒体的高度评价,先后有4份提案被评为市政协的“优势提案奖”,1份被评为“优秀提案特别奖”。2009年在市政协11届2次全会上,我从配合中央和地方政府共同实施扩大城市旧城改造和基础设施投资、拉动内需的发展战略,确保10万多亿中央和地方政府投资项目的规范有序推进,帮助政府有效进行旁站式跟踪监督,预防因对重大项目投资监管不严而产生的腐败出发,认真准备、深入调研撰写了《律师全程跟踪旁站,确保依法规范运作——政府投资基础设施工程由律师全程提供法律服务的建议》的专项提案,当年提案没有被采纳,被列为“留作参考”。我认为上述提案应引起有关部门的重视。在2010年的政协11届3次会议上我继续提出《本市推行重大建设项目由律师提供全过程法律服务,确保项目依法、规范运行的再次建议》,引起了市委、市政府的重视,提案终被采纳,由市委、市政府联合下发了《关于进一步发

乐 Life

●文/王峰明

带着爹妈去旅行

挥律师在法治政府、法治社会建设中重要作用的若干意见》的专门文件。这是国内各地首次以市委、市政府名义发布的地方规定。2011年“两会”召开前，结合本市静安11·15火灾中暴露的相关问题，我再次提交了《政府重大决策前听取律师意见要成为依法治市的制度——把政府决策过程中发挥律师作用的要求真正落到实处的建议》的提案。

我注重发挥专业律师在依法治市中的作用，连续3年就同一主题不断提出提案，反映了上海律师的专注精神。2011年初政协11届4次全会召开之前，由市发改委提议，经市政协领导慎重认真的分析权衡，并经公示征求意见，我所提的《律师全程跟踪旁站，确保依法规范运作——政府投资基础设施工程由律师全程提供法律服务的建议》的提案，获得市政协首次设评个人“优秀提案特别奖”的殊荣。

做牛做马 有何不可

我1949年生人本命属牛。我几十年勤勉做事、俯首耕耘也确实体现了“牛”的风格和脾气。2009年在我60岁生日时，全国律协秘书处给我送了一匹庆贺马，书题四字“志在千里”。这倒好，我除了做牛，还要做马。“马”的精神是一往直前，永不停步。如是，为了律师专业化发展的事业心和责任感，一辈子做牛做马已成为我的命数。人在做，天在看。2011年，国际著名法律服务评级机构钱伯斯评选“中国法律卓越奖”，表彰授予我在中国的第二尊“终身成就奖”；2015年，钱伯斯再次授予我中国律师建设工程领域唯一的“律政之星”称号。钱伯斯的照应和鞭策让我退休的心愿只能再次暂缓了。

既然命该做牛做马，我只能顺其自然，听天由命了。●

（作者单位：上海市建纬律师事务所）

古人云：“树欲静而风不止，子欲养而亲不在”。年少轻狂并未真正理解过其中的深意，随着年龄的增长和阅历的丰富，这些年才慢慢地有所开悟。

从去年夏天开始，第一次尝试让爹妈出来旅游，那次是我15岁的表侄子带他们从村里一路坐着三轮车到辉县县城，又折腾了三个多小时的大巴车赶到郑州火车站，然后做了近八个小时的火车从郑州来到繁华的上海滩。我因为太忙没时间带他们玩就给他们报了旅游团，结果他们跟着旅行团出游了五天，一张照片也没带回来，因为爹妈自己不会拍照，侄子在旅游过程中又丢了手机，爹妈每次提起来这件事都是一脸的遗憾。今年9月3日全国统一放假，已经半年有余未回家的我趁机回河南老家看看爹妈，也就是这次回家让我决定以后只要有时间一定要亲自带着我年迈的爹妈去看看外面的世界。

我是1983年出生的，是家里的独女，爹妈对我自然是百般溺爱。高中开始离家住校直到大学毕业，此后一直在北京工作，2012年又来了上海，回家的交通更加不方便了，作为律师平常工作又非常忙碌，回家的次数自然很少。9月3日那天早上九点多从上海出发辗转奔波到村里的家已经是晚上八点多了。我有个习惯就是每次从外面回来一进我家胡同就会扯着嗓门喊“爹，妈，我回来了”每次母亲都是兴高采烈地一路小跑出来迎我，等待了一天的她高兴的像个孩子，父亲更是裹着围裙在厨房忙进忙出，给我准备了一桌子爱吃的饭菜。我们一家三口坐在院子里吃晚饭，满天的星星，院子里的灯光昏黄昏黄的，不时有风吹过来，树叶沙沙作响，风拂过脸面，凉凉的。我刚喝完第一碗玉米稀

饭，父亲、母亲就赶紧站起来争相去给我盛第二碗。我不经意间抬头看爹妈，突然鼻子一酸，眼泪就掉下来，突然之间觉得我们好像有点生分，父母和孩子之间不应该是这样的，突然之间又很心疼爹妈。爹妈都已经64岁了，又是半年多没有见，不知道从什么时候开始他们的头发全白了，母亲的下门牙也没有了。平日里一个人在外面打拼不管自己在外边多累，受了多少委屈对他们从来都是报喜不报忧的，我打心眼里觉得这样做是对的，我不想让他们为我担心，我不给他们添麻烦就是对他们好，对他们尽最大的孝心了。但是那天晚上我想了很多，我意识到自己这么多年的想法和做法都是不对的，哪个爹妈会嫌自己的儿女麻烦呢？岁数大了，他们想要的无非是儿女能常在身边，跟自己说说话、聊聊天，最期盼的就是最平淡的亲情。两天以后我回到上海又投入到了繁忙的工作当中。

终于等到国庆节放假，处理完工作，9月30日晚上匆匆地给爹妈打了电话，说起一起自由行去云南旅游的事情。爹妈一辈子在农村，对自助旅游自然是没有概念的，他们只是觉得去旅游就要花钱，怎么都不肯去。我自己在工作之外是个职业背包客，去过了国内外很多的地方，我深深地知道旅行对人的意义在哪里，哪怕你没有文化哪怕你不识字。我也了解我的爹妈，他们一定没有读万卷书、行万里路的梦想，但是很多次听到他们自豪的和村里的人们聊起来去上海旅游的事情，话里话外有那么多的自豪感和幸福感。他们岁数大了，却还是有很好奇心的，只是他们心疼我挣钱辛苦，舍不得我花钱。好一番思想工作才把他们说动心。我再三告诉父母不要带太多东西，带个身份证和换

洗的衣服就可以了,后来聊天时才知道欣喜的母亲在家整整收拾了两天行李。出发的前一天终于找到了可以帮我们看家的亲戚,要出去玩6天,娘还是不放心家里的鸡、家里的狗,还有村头的三分菜园子。而父亲这次却表现得很淡定,正值秋收季节,花生是河南农村的主要经济作物,因为其生长的特殊性,在河南农村的秋天等花生的种植户们将地里的花生刨完毕以后,会允许别人去自家地里遛花生,其实就是在地里重新刨一遍,遗落在地里的个别花生谁刨出来就归谁所有,我勤劳的父亲每年的这个时间段天天都会去遛花生。因为父亲冬天要骑着自行车走街串巷地卖辣椒面赚钱,平均每天可以挣到五块多钱,他总觉得这次出游回来就没有地方可以遛花生了,遛不到花生就没有花生仁可以掺到辣椒里去,这样辣椒面成本高了他就挣不到五块钱了,一冬天的损失有点大呢。

10月3日出发那天爹还特意穿上了我买给他的短袖唐装,带了一顶崭新的遮阳帽。爹从口袋里翻出来两包红塔山,满脸的皱纹仿佛都在笑,幽幽地说:闺女,你看我特意买了两包十块钱一包的烟,出去跟云南本地人家换着抽。娘高兴地说这回一定要多拍些照片洗出来挂到墙上去,并特意穿上了粉色的短袖,头上还喷了摩丝定型,瞬间年轻了很多。而我,也特意选了下午一点多郑州去昆明的航班,给父母选了靠窗户的位置,因为视线好,这是他们第二次坐飞机,第一次坐飞机是夜里飞,黑洞洞的天空啥也没看见,这次我想让他们在坐飞机的时候看看天空的样子。三个小时多的飞行时间,爹妈新奇的都没打盹,一直在窗户边探着脑袋往外看,我就坐在他们的旁边,阳光从机舱外照进来,散落在他们花白的头发上,我心里暖暖的。此时的父亲像极了一个好学的学生,不停地问我各种问题,一会儿问我飞机飞了多高了?一会儿问我为什么天上



有那么多雪……我告诉他们那不是雪是云层,父亲很自信地说肯定是雪,雪化了就会下雨,下雨对庄稼好,我知道不对却也不再辩驳,父亲说是啥就是啥吧,只要他们高兴。而母亲也全然没有了第一次坐飞机的紧张。我想这也许是因为有女儿在身边让她安心的原因吧。

几天时间玩下来,我们一家三口从郑州到昆明到石林到西双版纳再到丽江和大理,每个景点爹妈都充满了好奇,很用心地在听在看,在拍照,期间也是各种笑料不断。爹妈一辈子面朝黄土背朝天,他们眼里除了庄稼就是和庄稼有关的东西。每到一个地方爹妈都会问当地人同样的问题。你们这里种什么庄稼?玉米、小麦还是水稻?你们地里有水井吗?我看你们这里泥土都是红色的,收成好不好?每次我都在旁边安静地听他们和当地人“艰难”的对话,不时充当一下“翻译”,爹妈都不会说普通话,一点也不妨碍他们愉快的眼神交流,每次爹都会跟人家递一支红塔山烟,爹娘的简单和淳朴是长到骨子里的。看人家穿着彝族的服装在拍照,一直盯着看,我说咱们也拍个民族服装的全家福吧?爹妈推辞了几句之后开开心心地换上了鲜红色的彝族服装,还摆着不同的pose让摄影师拍照。我们河南农村习惯蹲着,在昆明住宿的时候,我在办入住手续时,爹妈就蹲在行李车上,友善的酒店服务员推着车上的他们在酒店大堂转了好几圈,可爱到不行。每次吃饭爹都要喝一瓶啤酒,他觉得无酒不成席,喝点小酒那是日子过得美的体现。看的出来爹妈都

很开心,当然他们天天不离口的就是挂念家里的鸡、狗和老家的馒头、稀饭。我带了自拍杆,一路上拍个不停,最多的就是我们三个人的合影。我还偷偷地拍了很多张爹妈两个人并肩行走的背影,对我而言这些都将是珍贵的财富。

10月8日那天把他们送回老家再回到上海时我已经累的不行了,心里却是美美的。第一次带爹妈出去旅游,也是时隔20多年后第一次和父母住在同一间房间里。爹娘都很瘦,夜里我起来上厕所,借着月光看着熟睡的他们,我的鼻子都酸酸的。唯一想做的就是要对他们好一点再好一点,趁他们还走得动,带他们多去外面走走,吃一吃没有吃过的东西,看一看没有见过的风土人情。

年幼的时候爹妈把全部的爱都给了自己的孩子。有他们在,我们就有爹有妈,每次回家不进门就可以响亮地喊一嗓子,爹妈我回来了!而他们总是兴高采烈一路小跑迎你而来,那种幸福感是独一无二的。当他们渐渐地老去,皱纹多起来,腰弯下来,背驼起来,有时候脑袋还犯迷糊,行为和思想会像个孩子。愿我们做儿女的都能多一份耐心和孝心。多体谅他们,人生很长又很短,爹妈终有一天会离我们而去,剩下我们在这孤单的人世间。

当我们老了的时候你就会体会到,尽孝要趁早。这也是一种难得的福气!

谨以此文做记,祝愿全天下所有的父母母亲都幸福、安康! ●

(作者单位:北京盈科(上海)律师事务所)

业内资讯

10月13日,上海市第三中级人民法院副院长璩富荣、立案庭庭长钱光文、立案庭副庭长岳琦宙莅临市律协,就两家单位在引入律师参与诉讼服务工作进行交流座谈。市律协副会长王嵘、副秘书长陈东、浦东新区律师工作委员会主任朱林海等参加。

市三中院与市律协就律师参与诉讼服务工作进行交流座谈

市律协就设立律师法学研究会一事前往市法学会进行协商沟通

10月13日,市律协会长俞卫锋、副秘书长王旭峰等前往市法学会,就设立律师法学研究会一事与市法学会进行了座谈。市法学会专职副会长施基雄、研究部副主任张志军接待了俞卫锋会长一行。

10月21日,市律协申请律师执业人员实习管理考核委员会召开第二次主任会议。会议由市律协副会长、考核委主任吕琰主持,考核委副主任张慧卿、王桂喜、欧阳润及会员部有关人员参加了会议。

申请律师执业人员实习管理考核委员会召开第二次主任会议

市高院与市律协就律师开庭排期冲突问题召开专题座谈会

10月22日,上海市高级人民法院立案庭副庭长罗健豪、法官助理安泰一行莅临市律协调研,与律师们就进一步完善法院诉讼服务平台,特别是对律师开庭排期冲突问题进行了交流座谈。

惠州市中级人民法院、惠州市律协一行莅临市律协进行交流座谈

10月16日,广东省惠州市中级人民法院党组书记、院长胡鹰,副院长何学,惠州市律师协会党委副书记、会长徐焕茹等一行8人莅临市律协进行交流座谈。市律协副会长潘书鸿、副秘书长王旭峰、上海中夏旭波律师事务所张鹏峰和上海同道信息技术有限公司万常芹参加了座谈。



上海市律师协会 2015 年 10 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	夏 锋	125282	13101201510529424	上海王新律师事务所
2	陈 鑫	124893	13101201511984286	京衡律师集团上海事务所
3	何郁宁	125095	13101201511923710	上海市建纬律师事务所
4	武君英	125035	13101201511246432	上海沪元律师事务所
5	高超群	125056	13101201510321308	上海浦瑞律师事务所
6	张嘉伟	124696	13101201510754577	上海申蕴和律师事务所
7	胡 萍	126832	13101201511610389	上海震亚律师事务所
8	胡西瑞	125148	13101201511383434	上海保华律师事务所
9	邵佳龙	126744	13101201510496483	北京长安(上海)律师事务所
10	靳舒晗	125091	13101201511854943	北京国枫(上海)律师事务所
11	陈煦阳	125090	13101201510220324	上海市中远蓝天律师事务所
12	陆 旸	124508	13101201511410268	北京市隆安律师事务所上海分所
13	楼宇锋	125071	13101201510855023	北京市隆安律师事务所上海分所
14	王文娟	126711	13101201511886119	上海泰瑞洋律师事务所
15	姬泽辉	125136	13101201510935886	上海济铭律师事务所
16	方彦吉	124476	13101201511270047	上海律凯律师事务所
17	张 莉	125320	13101201511636629	北京大成(上海)律师事务所
18	李燕红	125094	13101201511881429	北京大成(上海)律师事务所
19	周玉荣	118858	13101201510644799	上海市郑传本律师事务所
20	洪海涛	125041	13101201510303129	德恒上海律师事务所
21	祁瑞刚	124938	13101201510246638	上海市金茂律师事务所
22	李佳芳	125259	13101201511267013	上海瑞盛律师事务所
23	杨朝雨	123984	13101201510151843	上海德同律师事务所
24	高漫雪	125069	13101201511250406	上海联科律师事务所
25	罗爱群	124715	13101201511985647	上海金时律师事务所
26	丁飞翔	125170	13101201510138712	上海金茂凯德律师事务所
27	薛晓岚	125065	13101201510714499	北京盈科(上海)律师事务所
28	梅亚萍	125064	13101201511621784	北京盈科(上海)律师事务所
29	杨姝楠	124796	13101201511512248	北京君都(上海)律师事务所
30	白 芸	124805	13101201511173097	上海市凯荣律师事务所
31	苏 展	123906	13101201510154315	上海利歌律师事务所
32	管海浪	124658	13101201510503703	上海市金马律师事务所
33	罗黎明	125149	13101201510414142	上海理度律师事务所
34	智寒斌	124652	13101201510794412	上海海朋律师事务所

序号	姓 名	会员号	执业证号	所属律师事务所
35	葛志浩	125046	13101201510913365	上海欧申律师事务所
36	田建军	124863	13101201510764493	上海君拓律师事务所
37	符 标	125153	13101201510889063	上海市通力律师事务所
38	耿映曦	124798	13101201511741994	上海知义律师事务所
39	宓晓亭	125509	13101201510978384	上海市联合律师事务所
40	邱 晨	125167	13101201511163982	上海虹桥正瀚律师事务所
41	邓 琳	123530	13101201511732481	君合律师事务所上海分所
42	陈元奇	126835	13101201510209747	上海市天一律师事务所
43	蒋依蕾	124060	13101201511277279	上海李东方律师事务所
44	傅瑜静	125075	13101201511564320	山东睿扬(上海)律师事务所
45	朱嘉意	125054	13101201511174423	上海市广发律师事务所
46	何晓恬	124791	13101201511436981	上海市广发律师事务所
47	仇春锋	125155	13101201510269879	上海市群成律师事务所
48	吴金平	126917	13101201510983898	上海市中天信律师事务所
49	钮 玲	124992	13101201511732250	上海市中天信律师事务所
50	李学学	124830	13101201510250188	上海元才律师事务所
51	冯丹丹	124981	13101201511736465	上海嘉钰律师事务所
52	陶书澄	125068	13101201510486402	上海力勤律师事务所
53	方 颖	125252	13101201511601049	上海瀚元律师事务所
54	王 瑞	124793	13101201510754433	上海律才律师事务所
55	周郁婕	125059	13101201511626027	上海申浩律师事务所
56	董 劼	123920	13101201511972562	上海市凯昌律师事务所
57	沈国裕	125083	13101201510279933	上海中隆律师事务所
58	龚 琴	124787	13101201511511430	上海丰兆律师事务所
59	彭 鹏	124881	13101201510744074	北京汉卓(上海)律师事务所
60	朱 祖	124882	13101201511183949	北京市中伦(上海)律师事务所
61	何廷财	125204	13101201510937163	北京市中伦(上海)律师事务所
62	汪春芳	125076	13101201511964416	北京市中伦文德律师事务所上海分所
63	张文钧	125179	13101201510375041	上海普世律师事务所
64	邱泽海	125189	13101201510694154	湖南人和律师事务所上海分所
65	顾妍旻	124878	13101201511831425	上海市海华永泰律师事务所
66	周温奇	124998	13101201510975123	上海市海华永泰律师事务所
67	恽李娜	123885	13101201511261883	上海隆天律师事务所
68	黄 璐	125088	13101201511984916	北京市金杜律师事务所上海分所
69	李 冰	125432	1310120151050428	上海百悦律师事务所
70	孙丽娜	125289	13101201511857570	上海正贯长虹律师事务所

序号	姓 名	会员号	执业证号	所属律师事务所
71	刘文庆	125288	13101201511589164	上海正贯长虹律师事务所
72	李碧思	125221	13101201511592734	上海华尊律师事务所
73	卜海鹏	125017	13101201510881616	上海嘉路律师事务所
74	魏庆玉	124182	13101201511409020	上海市光明律师事务所
75	冯逸伦	125066	13101201511779546	上海市锦天城律师事务所
76	蔡圣轶	125157	13101201511505491	上海国策律师事务所
77	屠慧智	125133	13101201511392582	上海申道律师事务所
78	陈韵同	124016	13101201511962251	上海知亦行律师事务所
79	孙静怡	125078	13101201511433290	上海市协力律师事务所
80	邱道勇	125025	13101201510342211	上海必和律师事务所
81	何锦秀	124879	13101201511309726	上海市华通律师事务所
82	许 璞	125128	13101201511667173	上海达晨律师事务所
83	陆志刚	124836	13101201510595966	上海红辉律师事务所
84	周伯征	124620	13101201510638395	上海智鼎律师事务所
85	李林倩	125178	13101201511293742	上海天衍禾律师事务所
86	陈晓旭	125122	13101201511252780	上海浦永生律师事务所
87	陆 路	126739	13101201510538766	上海睿法律师事务所
88	秦陈琰	126726	13101201511736142	北京市浩天信和律师事务所上海分所
89	俞 苎	124940	13101201510780686	天册(上海)律师事务所
90	吴红海	125011	13101201510176530	上海静阁律师事务所
91	詹 广	125029	13101201510118672	上海脱颖律师事务所
92	倪 栋	125177	13101201510863953	上海诚达永华律师事务所

信息

“一带一路”与公证法律服务研讨会召开

由上海市司法局、华东政法大学、法国公证人高等理事会、上海市公证协会主办,上海中法公证法律交流培训中心、华东政法大学研究生院、锦天城律师事务所“一带一路”研究中心承办的“一带一路”与公证法律服务研讨会于10月19日上午顺利在沪举行。此次研讨会在我国“一带一路”宏观战略背景下举办,中法两国公证、律师界的专家学者和法学院校的知名教授共议这一政策下相关

的法律服务事宜,具有重要意义。

“一带一路”建设是一项系统工程,沿途涉及地域广阔,参与主体众多,同样面临着诸多挑战,亟需法律的保驾护航,可以说,法律是“一带一路”建设顺利进行的引导力量,是防止和减少“一带一路”建设干扰的重要手段,是“一带一路”建设争端得以公正解决的基础。



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

《刑法修正案(九)》11月1日起实施

8月29日,全国人大常委会第16次会议通过了《刑法修正案(九)》,增加了造谣、替考、医闹、袭警等九种行为入罪的规定,彻底废除了“嫖宿幼女罪”,增加了“禁止从事特定职业三至五年”的新处罚,并在刑罚的认定、执行等其他许多重要方面,对现行《刑法》做出了重大修改,新法将于11月1日起实施。

一、微信发假信息最高处7年有期徒刑

《刑法修正案(九)》为此在第291条中增加一款规定:编造虚假的险情、疫情、灾情、警情,在信息网络或者其他媒体上传播,或者明知是上述虚假信息,故意在信息网络或者其他媒体上传播,严重扰乱社会秩序的,处3年以下有期徒刑、拘役或者管制;造成严重后果的,处3年以上7年以下有期徒刑。

二、找医闹多拿钱最高处7年有期徒刑

《刑法修正案(九)》增加一条规定,即:聚众扰乱社会秩序,情节严重,致使工作、生产、营业和教学、科研、医疗无法进行,造成严重损失的,对首要分子,处3年以上7年以下

有期徒刑;对其他积极参加者,处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

三、虐待:虐待老幼病残最高处3年有期徒刑

《刑法修正案(九)》增加一款规定,即:对未成年人、老年人、患病的人、残疾人等负有监护、看护职责的人,虐待被监护、看护的人,情节恶劣的,处3年以下有期徒刑或者拘役。单位犯前款罪的,对单位处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照前款的规定处罚。有第一种行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。

四、扰乱法庭:法庭上打骂法官最高处3年有期徒刑

《刑法修正案(九)》规定,聚众哄闹、冲击法庭;殴打司法工作人员或者诉讼参与人;侮辱、诽谤、威胁司法工作人员或者诉讼参与人;不听法庭制止,严重扰乱法庭秩序等扰乱法庭秩序的行为,将处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。

(摘自《民主与法制》时报)

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 9 期

上海篇

1. 上海市人民政府:上海市居住证积分管理办法
2. 上海市人民政府:上海市食品安全信息追溯管理办法
3. 上海市人民政府:关于本市劳动者在履行劳动合同期间患病或者非因工受伤的医疗期标准的规定 (2015 年修订)
4. 上海市人民政府:上海市信访事项听证办法
5. 上海市人民政府:上海市信访事项查询办法
6. 上海市卫生和计划生育委员会等:上海市疾病应急救助制度实施细则 (试行)
7. 上海市人力资源和社会保障局:上海市海外人才居住证管理办法实施细则
8. 上海市高级人民法院:关于规范小额诉讼审判工作的实施细则
9. 上海市高级人民法院:关于上海知识产权法院履职的公告
10. 上海市高级人民法院:关于上海市高级人民法院知识产权审判庭审理知识产权民事、行政和刑事案件的规定
11. 上海市高级人民法院:关于上海市第三中级人民法院案件管辖的暂行规定
12. 上海市高级人民法院:上海市第三中级人民法院、上海知识产权法院案件管辖衔接若干问题的意见
13. 上海市高级人民法院:上海法院少年法庭受理案件范围的规定 (试行)
14. 上海市高级人民法院:关于上海法院未成年人案件心理干预机制的若干规定 (试行)
15. 上海市高级人民法院等:关于适用简易程序审理未成年人刑事案件的实施意见
16. 上海市高级人民法院:上海法院民事申请再审法定两类案件及法律适用若干问题的解答
17. 上海市高级人民法院:上海法院民事申请再审受理工作若干问题解答
18. 上海市高级人民法院等:关于外调罪犯减刑若干问题的会

议纪要

全国篇

【综合】

1. 全国人民代表大会常务委员会:中华人民共和国刑法修正案 (九)
2. 全国人民代表大会常务委员会:关于修改《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》、《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》、《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法》的决定
3. 全国人民代表大会常务委员会:中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法 (2015 年修订)
4. 全国人民代表大会常务委员会:中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法 (2015 年修订)
5. 全国人民代表大会常务委员会:中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法 (2015 年修订)
6. 全国人民代表大会常务委员会:中华人民共和国大气污染防治法 (2015 年修订)
7. 全国人民代表大会常务委员会:中华人民共和国促进科技成果转化法 (2015 年修订)

【诉讼】

1. 最高人民法院:人民法院落实《司法机关内部人员过问案件的记录和责任追究规定》的实施办法
2. 最高人民法院:人民法院落实《领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究规定》的实施办法
3. 最高人民法院:关于认真学习宣传贯彻适用《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》的通知
4. 最高人民检察院:最高人民检察院职务犯罪侦查工作八项禁令

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

《俄罗斯建筑》



摄影：顾 冶 律师