

2017

11

总第 761 期

上海律师

SHANGHAI LAWYER



上海市律师协会主办



被告人，我们为你辩护

上海律师喜迎十九大胜利召开
中组部领导调研上海律师行业党建工作
第二届苏浙沪律师行业合作发展论坛在沪召开



上海律师



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

主 管
上海市司法局

主 办
上海市律师协会

编 辑
《上海律师》编辑部

编辑委员会主任
俞卫锋

副 主 任
周天平 管建军 邹甫文 王 嵘
潘书鸿 吕 琰 钱翎樑 陈 东

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
郇恒娟 施克强 顾跃进 葛珊南 严 嫣

主 编
邹甫文

副 主 编
黄荣楠 王旭峰 庄 燕

责任编辑
王凤梅

摄影记者
曹申星

美术编辑
高春光

编 务
许 倩

（内部资料 免费交流）



中国共产党第十九次全国代表大会于2017年10月18日在北京胜利召开,上海律师怀着激动的心情迎接十九大胜利召开,各律师事务所党组织纷纷行动起来,提前下发关于认真组织党员律师收看收听中国共产党第十九次全国代表大会上的报告的通知,认真组织律师党员收听收看。市律协会长、党委副书记俞卫锋和全体律协工作人员集中观看党的十九大开幕式,认真聆听习总书记十九大报告,并表示在推进“四个全面”战略实施的进程中,特别是在推进全面依法治国、维护社会公平的使命上,律师大有可为。

——《上海律师喜迎十九大胜利召开》

2017年10月19日,中组部组织二局副局长谢玉峰,组织二局四处调研员、副处长周勇在市委组织部、市司法局有关同志陪同下,专题调研了上海律师行业党建工作,上海16个区律师行业党建示范点负责人参加座谈。谢玉峰充分肯定了上海市律师行业党建所取得的成绩,回应了律师代表们提出的如何更好开展律师党建工作的有关问题和建议,要求上海律师要深入学习贯彻党的十九大精神,按照全面从严治党的总体部署和要求,进一步做深做细做好律师行业党建工作,为依法治国再立新功。

——《中组部领导调研上海律师行业党建工作》



2017年10月21日,第二届苏浙沪律师行业合作发展论坛在上海举行。本届论坛主题为“深化律师制度改革”,上海、江苏、浙江三地司法行政机关、律师协会代表近60人参加论坛。与会代表就苏、浙、沪三地律师制度改革情况进行了深入交流,并就新形势下律师行业管理中出现的新情况、新问题、新对策以及加强三地业务交流拓展、青年律师培训、信息共享、资源联动等合作展开了交流讨论。

——《第二届苏浙沪律师行业合作发展论坛在沪召开》



2017年10月,最高人民法院、司法部联合出台了《关于开展刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的办法》,这是推进司法改革和律师制度改革的重要举措。该办法的出台,意味着我国迈出了推动刑事辩护全覆盖实现的第一步,它将我国刑事案件在审判阶段的律师辩护率提高到100%全覆盖,为开展刑事案件律师辩护全覆盖试点工作提供了遵循。

该文件的出台对被告人的合法权益、更好地保障人权有何影响?对律师行业的发展提供了哪些机遇与挑战?如何更好地落实律师执业权利保障,以实现该文件出台的初衷?本次咖吧听嘉宾一一解析。

——《被告人,我们为你辩护》

04 本期关注

- 4 上海律师喜迎十九大胜利召开 / 吕轩
- 6 认真学习贯彻十九大精神 为依法治国再立新功
中组部领导调研上海律师行业党建工作 / 王琼
- 9 深化律师制度改革
第二届苏浙沪律师行业合作发展论坛在沪召开 / 袁怡婷 陈佳

11 风采

- 11 爱岗敬业 和谐生活
市女律师联谊会举办 2017 年重阳节活动 / 市女律联
- 13 上海青年律师志愿者大队黄浦分队成立 / 吴迪迪

15 区区大事

- 15 不忘初心 逐梦前行
首届黄浦区优秀青年律师评选活动圆满落幕 / 陈佳
- 17 紧抓党建为核心 不忘初心再奋斗
探索新时代上海中小型律所基层党建工作特色之路
/ 浦东律师党委、浦东律师第一联合党总支

20 人物

- 20 山腰之见 / 孙彬彬

23 律所管理

- 23 观韬中茂: 有舍方有得 抓大放小才能共赢 / 冯璞

26 法律咖吧

- 26 被告人, 我们为你辩护 / 文字整理 许倩

34 执业心语

- 34 请律师有用吗?
从一起将委托人刑期从无期减到一年半的案例谈起 / 姚延康

36 案例精析

- 36 用合理怀疑确立自首情节
王某故意伤害致死案 / 丁俊涛



39

新锐手记

39 律海逐梦 / 徐颖

41

聆听律师的声音

41 感谢、责任和一个问号 / 俞卫锋

43

律师实务

- 43 击破“避风港”的三种情形
解析特定情形下网络技术服务提供者的事前审查义务 / 李曦
- 46 有限合伙私募基金中执行事务合伙人失职，
有限合伙人可以代为诉讼吗？ / 王曦 袁德喻
- 50 商事行政诉讼的发展趋势 / 曹竹平

54

名家专栏

54 多层角色定位对律师素质的要求 / 蒋传光

56

SHIAC 专栏

56 英国法院执行国际仲裁裁决实践两则
/ 上海国际经济贸易仲裁委员会商事仲裁研究中心

60

岁月回眸

60 浦东开发之初就有我们的身影
毛柏根律师访谈摘要 / 李海歌 刘小禾

62

乐 LIFE

62 从《茉莉香片》到“京城第一香” / 牛伶

63

随笔

63 姑娘，请坚持你的努力
读《请尊重一个姑娘的努力》有感 / 徐巧月

上海律师喜迎十九大胜利召开

文 | 吕轩

中国共产党第十九次全国代表大会于2017年10月18日在北京胜利召开，上海律师怀着激动的心情喜迎盛会，各律师事务所党组织纷纷行动起来，提前下发关于认真组织党员律师收看收听中国共产党第十九次全国代表大会上的报告的通知，认真组织律师党员收看收听。



除了通过集中收看以外，广大律师还自发积极聚在一起，收看开幕式直播。由于工作原因而未能参加集中收听收看的党员律师，也通过各种新媒体渠道收看收听，学习会议精神。



市律协会会长、党委副书记俞卫锋和全体律协工作人员集中观看党的十九大开幕式实况直播，认真聆听习总书记十九大报告。

此次大会的主题为“不忘初心，牢记使命，高举中国特色社会主义伟大旗帜，决胜全面建成小康社会，夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利，为实现中华民族伟大复兴的中国梦不懈奋斗”。习总书记从经济建设、民主法治建设、思想文化建设、生态文明建设、港澳台工作、外交布局、从严治党等多方面回顾了我在过去五年所做的工作。

在这其中，习总书记强调“全

面依法治国是中国特色社会主义的本质要求和重要保障。必须把党的领导贯彻落实到依法治国全过程和各方面，坚定不移走中国特色社会主义法治道路，完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系，建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家，发展中国特色社会主义法治理论，坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政

府、法治社会一体建设，坚持依法治国和以德治国相结合，依法治国和依规治党有机统一，深化司法体制改革，提高全民族法治素养和道德素质”。这些都让全体工作人员印象深刻。

俞卫锋会长深有感触地说：在推进“四个全面”战略的进程中，特别是在推进全面依法治国、维护社会公平的使命上，律师大有可为。



认真学习贯彻十九大精神 为依法治国再立新功

中组部领导调研上海律师行业党建工作

文 | 王琮

2017年10月19日，中组部组织二局副局长谢玉峰，组织二局四处调研员、副处长周勇，在市委组织部部务委员、组织一处处长杨小菁、组织一处副处长戴涛及市司法局有关同志陪同下，分别走访调研了上海李小华律所、国浩律师（上海）事务所、上海合勤律师事务所以及闵行律师党建服务中心，并召开了两个座谈会，专题调研上海律师行业党建工作，上海16个区的律师行业党建示范点支部书记或负责人参加座谈。



中组部领导一行走访调研黄浦区律师行业党建示范点上海李小华律师事务所

在上海李小华律师事务所，该所党支部书记黄智君介绍了律所和律师团队情况，从“扎实推进‘两学一做’常态化制度化，服务区域经济发展、发挥律师在依法治国中的重要作用，重视党建联建形成党建品牌，积极承担社会责任、努力奉献和谐社会”等

四个方面汇报了律所加强支部建设、发挥律师风采、推动律所发展的主要做法和经验。该所主任李小华律师表示，党的十九大胜利召开进一步提振了律所信心，律师团队将继续发挥正能量，“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”。

在参观国浩律师（上海）律师事务所后，该所党委书记管建军介绍了律所概况与党建情况。国浩上海办公室共有161名党员，其中党员律师80人。通过严格落实各项制度、切实履行党建责任、密切团结党员群众、筑牢党建发展新理念、充分发挥政治引领作用、切实维护员工的合法权益等做法，培育了一支对党忠诚、德才兼备的党员律师队伍，赢得党员群众的广泛信任与拥护，有效实现了基层党组织政治功能和服务功能。

随后，调研组一行还听取了杨浦、虹口、徐汇、普陀、长宁、崇明等区有关代表关于各自律师党建工作的汇报及相关建议与意见。上海四维乐马律师事务所党支部书记王桂喜以“履行社会责任，感恩回馈社会”为主题介绍了四维乐马以党建为引领，积极参与法律援助、社会重大矛盾化解以及社会公益情况。上海众华律师事务所党支部书记金鹤山从如何“加强党建增强党组织凝聚力，加强制度建设促规范化管理，深入社区基层、开展党员律师志愿服务，结合律师专业优势、助力公益事业发展”等方面介绍了律所党组织作用发挥



中组部领导一行在静安区律师行业党建示范点国浩律师(上海)事务所组织律师党建座谈

会机构——专业法律服务行业文化传媒组织为律师行业开设的支持服务,如活动策划、会务支持、资讯传播等服务。因为深耕律师行业,了解律师执业特点,擅长新媒体运营,所以相关服务更到位,促进了律师行业党建的专业化和品牌化,得到了中组部领导的点赞。

在上海合勤律师事务所,该所党支部书记兼律所主任周郁生介绍了律所概况以及党建情况。合勤所执业律师党员比例和合伙人律师党员比例都超求 40%,党支部参与律所所有重大事项决策,坚持通过党建抓律师执业和律所发展的政治方向和价值引领。他从强党建、促所建、融社建三个方面分享了合勤的党建成效,一方面通过党员的争优创先表率作用,可以实现律师的自我价值;另一方面,可以通过党建有效推

情况。上海金澄律师事务所党支部书记刘巍嵩结合实际分享了小微律所如何通过“党建”孵化器培育出一批先进优秀人才队伍和党建服务项目的做法。上海市人大代表、上海普世律师事务所主任李向农从党建引领、律所积极参与化解社会矛盾、引导律师参与社会公益等方面介绍了律所党建成效。上海市海华永泰律师事务所运营总监顾燕俊介绍了律所党支部主动适应党建工作新常态,积极通过午餐沙龙、节日问候等触动人心的“微党建”举措所取得的良好效果。上海申江律师事务所主任黄亚忠律师介绍了律所党支部扎根基层,积极开展与农村老党员结对帮困、组织开展“送法下乡”“送法进社区”“送法进课堂”等积极服务社会发展的情况。律新社 CEO 王凤梅在座谈中分享了作为新兴第三方社



中组部领导一行走访调研闵行律师行业党建示范点上海合勤律师事务所

进律所规范化管理。通过扎实有效的党建工作实现了“党建引领、所建反哺、社建共融”的良好效果。

在闵行区司法局党建服务中心，调研组一行仔细参观了解了闵行律师党建工作的开展情况和成效。在随后的座谈中，闵行、浦东、宝山、青浦、松江、奉贤、金山、嘉定等区有关代表畅谈了各自开展律师党建的做法、困惑和建议。

闵行区司法局党委书记、局长金海民汇报了闵行律师党建“三抓实，三紧扣，三搭建”举措开展实际情况和工作成效，通过抓责任落实到位、抓制度落实到位、抓学习落实到位，以及探索开放式互动式教育新模式等多种举措，在律师党建工作方面取得了显著成效。以人才队伍为例，5年内共发展了20名党员，都是45岁以下。今年9名发展党员中有4名是律师，且都是35岁以下的优秀青年律师。

浦东律师党委副书记、第一联合党总支书记吕琰介绍了联合党支部如何通过党建提升党员归属感、责任感、荣誉感，以及通过“创新+公益”探索一条中小所特色党建之路的做法。上海利歌律师事务所主任柴小雪介绍了律所党支部在带领党员律师积极参与服务宝山区区域经济发展、社会稳定方面的亮点工作。上海东炬律师事务所主任李明介绍了律所党建带团建，由每名党员带领2—3位青年律师进行“传、帮、带”，从而打造律所整体合力的亮点工作。上海理帅律师事务所主任翁卫国汇报了律所整体情况、业务状况、公益性法律服务及党建工作开展成效。上海诚至信律师事务所党支部秘书孙吉从“所建抓党建、党建促所建以及立足优势、



中组部领导一行在闵行党建服务中心组织律师党建座谈

丰富党建内涵”方面介绍了律所党建工作成效。上海群成律师事务所党支部书记周仁昌结合党建工作实际，针对律师党费和支部开展党建工作提出了建议。上海东方正义律师事务党支部书记黄可磊认为党的十九大召开振奋人心，习总书记所作报告有很多新内容，作为基层党员，感到律师将大有作为。同时，他从继续加强对律师党员的“宣传和教育”、在组织层面建立起律师执业的奖惩规则，以及加大支持律师进入社会各行业，支持律师党员发展及代表、委员名额等方面提出了建议。

在密集全面的走访调研后，中组部组织二局谢玉峰副巡视员充分肯定了上海市律师行业党建所取得的成绩。他指出，上海市委对律师行业党建工作很重视，认识到位，实践探索丰富多彩，不同类型和规模的律所

党建工作都开展得非常好，各有特色，成效明显。他还回应了座谈中提出的关于如何从基层做深做细律师党建工作、如何对中小所党建工作加强指导和保障以及律师党员发展计划和名额限制、党组织活动时间保障等大家关心的问题。

谢玉峰要求，要深入学习贯彻党的十九大精神，按照全面从严治党的总体部署和要求，进一步做深做细做好具体律师行业党建工作；要在开展律师行业党建工作时充分体现律师特点，探索更加有效的方式方法；针对当前律师行业党建工作中存在的问题和瓶颈，要加大对中小律师事务所开展党建工作的支撑保障力度。

在上述走访调研中，黄浦区、静安区、闵行区司法局有关负责人也分别参加调研座谈。

深化律师制度改革

第二届苏浙沪律师行业合作发展论坛在沪召开

文 | 袁怡婷 陈佳

2017年10月21日，在一派秋高气爽中，第二届苏浙沪律师行业合作发展论坛在上海举行。本届论坛由江苏省律师协会、浙江省律师协会、上海市律师协会联合主办，上海市律师协会承办，以“深化律师制度改革”为主题展开讨论交流。



上海市律师协会会长俞卫锋主持论坛

江苏省司法厅副厅长万力、浙江省司法厅副厅长朱晓晔、上海市司法局副局长王协出席论坛并致辞。江苏、浙江、上海的三地司法行政机关、律师协会代表近60人参加论坛。上海市律师协会会长俞卫锋担任主论坛主持人。

江苏省司法厅副厅长万力首先

介绍了江苏律师制度改革情况。他提出要贯彻中央的深改意见，遵循中央五大原则，把握三个问题。中国33万律师是改革的主体业务，改革目标和工作任务都应当能体现律师的意愿，激发律师的参与度，充分尊重律师主体。江苏现阶段的实施意见体现了问题与权利的导向，但是在

真正的落实发展上还有很艰苦的路要走。

浙江省司法厅副厅长朱晓晔认为，苏浙沪三地同气连枝、共荣共兴，应当加强三地的合作。她介绍了浙江省律师事务所和律师现状：以开放包容的心态欢迎高知名度的大所落地浙江，建立起律师与公检法的

领导致辞



江苏省司法厅副厅长万力



浙江省司法厅副厅长朱晓晔



上海市司法局副局长、市律师协会党委书记王协

良性互动机制。她认为，三地之间互通有无加强合作正是这次论坛的首要目标，应当在互相学习中取得宝贵的经验财富。

上海市司法局副局长王协对各位来宾表示欢迎。他表示，此次论坛的召开集合了“天时地利人和”的条件。上海律协正在不断探索新的方法，加强律师间的沟通交流，进一步提升执业水平，而建立律师专业评价体系已经进行试点工作，将考虑全面推广。他总结道：苏浙沪三地文化地缘密切相关，长三角地区一体化发展势在必行，三地在各个产业都应进行跨区域的合作，高质量、跨地区的法律服务也要求三地律师密切联系，履行时代赋予的光荣使命，贡献法律人的智慧和力量。

本次论坛分设了行业管理和业务交流两个分论坛。

江苏省律师协会副会长车捷主持行业管理分论坛，浙江省律师协会副会长唐国华主持业务交流分论坛。江苏、浙江、上海三地律师代表



就新形势下律师行业管理中出现的新情况、新问题、新对策，律师管理服务工作经验，律师维权与惩戒、业务交流拓展、青年律师培训、信息共享、资源联动、专业委员会定位等问题各抒己见，展开热烈讨论。大家就加强三地业务研究委员会交流、探索三地律师行业常态化合作机制达成共识，为进一步推动苏浙沪律师事业健康发展做出努力。

论坛背景介绍

苏浙沪律师行业合作发展论坛由江苏省、浙江省、上海市律师协会主办，每年一度在各地轮流召开。论坛旨在构建紧密型战略合作关系，促进苏浙沪三地律师合作交流、共享经验，共同提升律师执业能力，提高行业管理服务能力，共同推进长三角地区律师业创新突破、砥砺前行，成为引领中国律师业发展的标杆。

分论坛交流花絮



爱岗敬业 和谐生活

市女律师联谊会举办 2017 年重阳节活动

文 | 市女律联

“江涵秋影雁初飞，与客携壶上翠微。尘世难逢开口笑，菊花须插满头归。”在党的十九大隆重召开之际，市女律师联谊会一如既往地发扬行业尊老、敬老、爱老的传统，于10月22日在上海市青浦区金泽古镇为我市中老年女律师举办了2017年重阳节活动。

一年一度的重阳节活动，是市女律师联谊会每年的重要活动之一。“老吾老以及人之老”，市女律师联谊会始终铭记和感念中老年律师们为上海律师业的辛勤付出与无私奉献，以及她们对年轻律师发展的默默扶持。值此重阳佳节将近，市女律师联谊会会员部精心策划了本次出行，带领大家

一同走进青浦，共贺佳节；喜庆十九大，情暖重阳节。

作为市女律师联谊会会员部“爱岗敬业和谐生活”主题系列活动之一，本次活动由市女律师联谊会副会长张艳带队，副秘书长徐松婷、陶丽萍以及干事吴筱鹭合力组织，60余名女律师参加了本次活动。





女律师们乘船游古镇，游船徜徉在有着两千多年历史的金泽古镇中，河上泛起江南鱼米之乡的书茶香气与嘹亮歌声，伴着船中律师朋友们畅聊彼此工作、家庭和生活，此情此景，不甚乐哉！

女律师们还踊跃参加卡拉OK连连唱，一首首经典老歌在各位律师的演绎下格外动听。



副会长张艳代表市女律师联谊会祝福大家身体健康、家庭幸福、万事如意，同时向大家转达了市女律师联谊会会长邹南文对大家重阳节的亲切问候和真挚祝福。



党的十九大报告中提出，建设人与自然和谐共生的现代化。要创造更多物质财富和精神财富以满足人民

日益增长的美好生活需要。市女律师联谊会将不忘初心，优雅前行，为广大女律师们筹办更加多姿多彩的

活动，丰富女律师们的文化生活，让广大女律师们拥有更多的获得感和幸福感。

上海青年律师志愿者大队 黄浦分队成立

文 | 吴迪迪

2017年10月20日下午，上海青年律师志愿者大队黄浦分队成立！据悉，在招募令发出后的短短一周内，来自黄浦区17家律所共计105位青年律师、实习律师自愿加入到了这支志愿者队伍。

黄浦区司法局党委副书记王忠，上海市慈善基金会工部部长魏红，上海市慈善基金会宣传部长陈晨，上海市律师协会副会长、上海青年律师志愿者大队队长吕琰出席了成立仪式，并为黄浦分队颁发聘书和授旗。



嘉宾为黄浦分队队长、副队长、干事长、干事颁发聘书

青年律师为主体的法律专业公益团队成立以来，目前已成立了上海青年律师志愿服务自闭症家庭慈善义工队及普陀、融孚、盈科等分队，“给了我们很大的启发，我们也可以成立黄浦分队，集合黄浦区的律师资源做公益，既完成黄浦青年律师履行践行公益的工作，更可以在大平台上与其他各个兄弟区县，包括其他专业单位交流经验、交流项目、共享资源，这是我们分队建立的源起。”

周晶敏在平时与青年律师的交流中发现，许多青年律师除了本职工作以外，在业务时间都在做各式各样的公益项目，比如去云南边陲地区支教、参与“鸡蛋暴走”计划等等，这些点点滴滴可否通过公益平台汇聚成河？这也是黄浦成立分队的目的之一。

于是在10月16日，一份“志愿者招募令”出现在了黄浦区青年律师的眼前：上海青年律师志愿者大队与黄浦区青年律师联谊会拟共同合作，成立上海青年律师志愿者大队黄浦分队，以便黄浦青年律师更



嘉宾为黄浦分队授旗

好地参与公益，履行律师的社会责任，并通过公益平台与行业内外青年沟通交流。招募广大黄浦青年律师、实习律师加入上海青年律师志愿者大队黄浦分队……

让周晶敏非常感动的是，在招募令发出的短短一周内，有来自黄浦17家律所共计105位青年律师、实习律师自愿加入！那么接下来，如何将公益事业落到实处，如果让做公益的律师在平台上享受到做公益的快乐，这是目前非常大的挑战。

在筹备过程中，分队初步成立了组织机构，形成队长、副队长、干事长及干事为核心的管理团队，同时律



黄浦区青律联会长周晶敏律师发言

青年律师点点滴滴的付出将 汇聚成河

成立仪式上，黄浦区青律联会长周晶敏律师作为黄浦分队的队长，首先介绍了黄浦分队组建情况。他表示，由上海市律协与市慈善义工总队共同合作成立的全市第一支以

师们将业务中的经验引入到了公益服务项目中，比如参照时下非常流行的基金管理模式，每个公益项目都有安排一位核心的青年律师作为项目管理人，希望通过有效的管理机制将公益项目运作得更好。

之后，参会嘉宾为黄浦分队队长、副队长、干事长、干事颁发聘书，并为黄浦分队授旗。

首批三个公益项目发布

成立仪式上，首批三个公益项目同时发布，项目负责人分别做了详细的介绍。

上海市金茂律师事务所邬晓嫣律师介绍的是“黄浦区中学生共产主义学校”项目，其初衷是向黄浦区中学生提供全面接触律师行业的机会，进一步展示黄浦律师的职业风采，积极引导、启发青少年在成长、择业过程中的志趣、价值导向。

今年7月，37名来自黄浦区各个高中的同学们分赴区内16家律所参加职业见习活动。同学们除了在事务所参观律师的工作环境、跟随带教的青年律师体验律师日常的办公工作外，还有跟随带教律师现场取证（金茂所带学生体验调查户籍信息），以及通过观看庭审视频（华夏汇鸿所）和到法院旁听庭审（君和所）的方式亲身体验司法诉讼氛围。

通过实践，学生们学到了何为爱岗敬业，有人坚定了未来走职业律师的道路，有人借此契机改变了以往对律师的刻板印象，对这个行业有了更深刻、更直观的认识。

华夏汇鸿律师事务所杜广宇律师负责的项目为“青春护航”，是由黄浦分队对接未成年黄浦检察服务中心所开展的工作。律新社了解到，在



上海市律师协会副会长 吕琰



黄浦区司法局党委副书记 王忠

这个项目的计划中，青年律师志愿者将参与未成年人取保候审帮教工作、参与附条件不起诉的考察、参与涉罪未成年人社会调查；此外，志愿者律师将作为合适成年人参与刑事诉讼、共同开展多方面协作预防未成年人犯罪合作、防止监护权的侵害，必要时参与诉讼等内容。

第三个项目是“公益法律进社区”，由华夏汇鸿律师事务所的赵秦律师负责，他介绍，黄浦分队拟与老西门街道结对开展公益项目，以便黄浦青年律师更好参与公益，履行律师的社会职责，具体包括与街道业委会指导中心结对开展公益法律服务、与街道社会组织服务中心结对开展公益法律服务、与各居委结对开展公益法律服务等三个方案。

最后，浦东律师党委副书记、第一联合党总支书记吕琰在讲话中指出，上海有执业律师20650名，其中40周岁以下11985名，占59%；全市律师党员8209名，40周岁以下的4945名，占60%，两个百分之六十可以看出青年律师的主体地位。

10月18日，党的十九大开幕了，上海律师用实际行动践行了党中央的号召，青年律师实现自己的公益理想，也是响应党中央的号召。吕琰希望可以组建更多的力量，让更多青

年律师投入进来，整合资源，打造队伍，共同努力，让更多困难群体能得到帮助。

他对黄浦分队提出了几点要求：首先坚持党的领导，当律师第一线服务时，一言一行要坚定正确的政治立场，始终传播正能量。第二，做公益要有整体的“一盘棋”意识，既是分队队员也是大队的队员，积极融入全市系统性、数据化的律师志愿者工作。第三，建议律师在开展公益项目中，能够注重“创新”和“坚持”这两个关键词。

黄浦区司法局党委副书记王忠表示，青年的使命是“开风气之先”，青年律师在成长过程中，不仅需要法律知识的积累、专业技能的提升，更需要有正确的道德认知、自觉的道德养成和积极的道德实践。黄浦分队的成立，为青年律师打造了平台和契机，便于广大青年律师参与公益活动，履行律师的社会责任，并通过平台与行业内外的青年沟通和交流。十九大报告中指出“青年兴，则国家兴；青年强，则国家强”。她希望广大青年律师能积极发挥青年法律人的先进带头作用，始终满怀热忱，积极响应投身公益事业，将自己所长所学所知运用于各种形式的公益活动项目。

不忘初心 逐梦前行

首届黄浦区优秀青年律师评选活动圆满落幕

文 | 陈佳



青年兴，则国家兴；
青年强，则国家强。
在黄浦，有这么一群人，
他们能言善辩，身怀绝技；
他们勇于担当，热心公益；
他们以律做人，以法做事；
他们是一群青年律师，
是律师队伍中的生力军。
他们风华正茂，挥斥方遒！

为关注青年律师发展、表彰先进、促进成长，引领广大青年律师建功立业，2017年7月，上海律协黄浦律师工作委员会、黄浦区青年律师联谊会联合主办第一届“黄浦区优秀青年律师”评选活动。经过3个月的激烈角逐，30名优秀青年律师候选人脱颖而出，闯入终评。

10月28日，第一届黄浦区优秀

青年律师终评活动火热举行。30名青年律师齐聚上海律师公会旧址，角逐十佳优秀青年律师称号。上海市律师协会副会长吕琰、黄浦区司法局局长刘辉、副局长杨冬雨等领导出席，黄浦律师工作委员会、区青年律师联谊会成员、区青年律师代表现场观摩。上海市君和律师事务所律师潘雄担任主持人。

来自上海市律师协会、黄浦区法制办、区检察院、区法院、区人社局、团区委、区司法局、区律工委相关代表担任本次终评评委。本次终评分为上、下半场，由候选人随机抽取辩题，以青年律师的职业规划、社会责任，互联网时代对律师执业的影响、中小律所发展建议等话题，在4分钟之内进行答辩。

30位候选人自信满满，妙语连珠。或机智幽默，或见解深刻。面对一些自己专业从未涉及的问题，律师们也毫不示弱，沉稳应对，逻辑严密。

经过激烈比拼，根据得分情况，10名“第一届黄浦区优秀青年律师”诞生！其余20名青年律师获提名奖。

黄浦区司法局局长刘辉为本次终评活动总结致辞。他对青年律师选手们的临场表现给予了肯定和赞许并指出，十九大的胜利召开，给中国的法律服务行业，尤其是优秀的青年律师提供了更广阔的舞台。青年律师兴，则国家法治兴。希望青年律师能够秉持优秀素质，不忘初心，牢记使命，勇挑重担，逐梦前行，为建设社会主义法治国家作出贡献。



黄浦区司法局局长 刘辉



上海市律师协会副会长 吕琰

第一届黄浦区优秀青年律师

(按姓氏笔画排序)

王 竞	上海市联合律师事务所
王徐苗	上海翰鸿律师事务所
江 海	上海元达律师事务所
何永哲	上海市金茂律师事务所
吴家寅	上海邦信阳中建中汇律师事务所
李 想	上海市君和律师事务所
陈永兴	北京市中伦文德律师事务所上海分所
赵 秦	上海华夏汇鸿律师事务所
黄文征	上海恒为律师事务所
蒋冰冰	上海李小华律师事务所

第一届黄浦区优秀青年律师（提名奖）

(按姓氏笔画排序)

王德杰	上海市金源方程律师事务所
王鑫明	上海市国茂律师事务所
叶甜甜	上海金茂凯德律师事务所
边立鑫	上海和基律师事务所
刘 斐	上海汉商律师事务所
刘龙彦	上海天之健律师事务所
纪 桦	北京市世泽律师事务所上海分所
何 彬	上海市金茂律师事务所
吴 毅	康达律师事务所上海分所
张文均	北京天驰君泰律师事务所上海分所
李亚婷	康达律师事务所上海分所
杨 薇	上海左券律师事务所
陆利平	上海市联合律师事务所
陈 军	上海市建纬律师事务所
陈鹤岚	北京市嘉源律师事务所上海分所
俞 斌	上海市建纬律师事务所
赵 斌	上海曾鑑清律师事务所
袁晓东	北京国枫（上海）律师事务所
顾巍巍	北京市环球律师事务所上海分所
高 兴	上海邦信阳中建中汇律师事务所

紧抓党建为核心 不忘初心再奋斗

探索新时代上海中小型律所基层党建工作特色之路

文 | 浦东律师党委、浦东律师第一联合党总支

举世瞩目的党的十九大日前胜利召开，习近平总书记代表第十八届中央委员会向大会作报告，明确了新时代坚持和发展中国特色社会主义的基本方略，强调要坚持党对一切工作的领导，坚持以人民为中心，坚持新发展理念，坚持全面依法治国，报告同时强调，在党建工作方面，要坚定不移全面从严治党，加强基层党组织建设。

在党的十九大召开前夕，上海市司法局党委书记、局长陆卫东一行对本市律师党建工作展开调研并召开座谈会。陆卫东同志指出，“律师正则助司法正，律师良则促法治良，律师兴则利国家兴”，要坚决贯彻党中央、司法部对党建工作的指示要求，充分发挥律师事务所党组织的政治核心作用，强化律师事务所党组织的领导地位，切实增强律师事务所党组织的吸引力、凝聚力和战斗力。

近日，司法部党组决定成立全国律师行业党委，号召广大律师特别是党员律师要深刻领会习近平新时代中国特色社会主义思想的精神实质和丰富内涵，自觉以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，把习

近平新时代中国特色社会主义思想贯彻到律师工作全过程和律师行业党的建设各方面，全面准确贯彻落实党的基本理论、基本路线、基本方略。

上海律师行业作为上海市和全国律师行业贯彻落实依法治国战略目标的重要实践者，一直以来主动承担社会责任，紧紧抓住党建这一关键抓手，带领广大党员和律师，以实际行动落实深化律师制度改革，切实履行新时代的责任和使命。

数据显示，本市执业律师人数在 20 人以下的律所占比超过 80%，30 人以下的律所占比超过 90%；同时，中小型律所的主要业务范围也立足于为社区百姓和基层单位提供法律服务及矛盾纠纷化解。

可见，中小型律所依然是目前上海律师行业构成的主体，也是基层公共法律服务体系建设和多元化纠纷解决机制的积极参与者，因此，如何从中小所面临的发展现状和实际问题出发，找到适合中小所特点和需求的党建工作方法，提升中小所党建工作的科学化水平，是律师行业党建的重点内容之一。

以问题为导向，通过调研发现，除了部分采用公司化管理、已形成专业特色的律所以外，其他中小型律所主要采用提成制分配模式，业务种类相对传统，品牌和专业特色不明显，事务所内部尚未建立起完善的决策管理流程和人员培养机制；相比于制度成熟的大型律所，中小所的党建和管理工作都更加需要引导、帮助和扶持。

如何破解上述发展不平衡、不充分的难题，上海律师行业以党建引领为抓手，搭建交流共建平台，强化思想政治建设，帮助中小所加强凝聚力和向心力，发挥党组织在事务所中的政治核心作用，以“党建促所建”、“党建带队建”，带动中小所发展，努力打造一支政治过硬、专业精通、并有丰富基层工作经验的党员和律师队伍，更好地服务于社会治理创新的法治化进程，探索一条新时代的“中小所党建特色之路”，从而以团结自信的精神面貌和协调开放的创新理念促进律师行业整体发展，在实践中取得了较为明显的成效。

2007 年，经过浦东律师党委批准，作为浦东乃至全市的首创，浦东

新区律师第一联合党总支正式成立，由律师党建公益方面的优秀青年合伙人代表、曾任联合党支部和独立党总支书记的吕琰担任第一联合党总支书记，同时配备了两位有丰富经验的老党员、且均担任事务所主任兼支部书记的严建明、胡全武分别担任联合党总支的副书记和组织委员，另有两位中青年律师共同组成了总支委员会。

第一联合党总支现辖 10 个党支部（9 个独立党支部和 1 个联合党支部），包含了 14 家律师事务所，共 51 名党员，律所平均律师人数在 12 人，平均党员人数不到 4 人（其中，联合党支部所包含的律所党员人数均不满 3 人），党员年龄跨度从二十几岁到六十几岁，横跨几代人。对这样一支涉及面广、律所所处的发展阶段各不相同、思想状态也多元的队伍，第一联合党总支认识到摆在面前的是一项重要而艰巨的任务。

在上级党组织的领导和支持下，通过十年来的不断摸索实践，特别是党的十八大以来，以习近平总书记系列重要讲话精神为指引，第一联合党总支逐步形成一套中小所党建工作的特色方法，概括为“凝聚归属、提升责任、增强荣誉”。

抓党建，搭平台，凝聚归属感

浦东新区律师党委下辖全区几百家律所党支部，不同于大型律所，中小所基层党支部和党员受自身条件局限，平时缺乏广泛的交流机会，信息传递不够顺畅，更加需要第一联合党总支在律师党委与基层党支部之间、律所与律所之间搭建沟通桥梁和交流平台。

第一联合党总支积极履行组织职能，及时掌握各支部的工作情况和思想动态，主动指导和帮助支部

开展相关工作，并对总支各委员和支部书记提出“三个一”要求：“一份简报、一次谈话、一场学习”，要求第一联合党总支的各总支委员和支部书记，按片区通过电话、邮件、微信、谈话交流、业务学习等多种方式向基层律所党支部和党员传达组织精神、传递工作信息、加强思想政治建设，阶段性地组织相关片区内的支部或全体党员集中开展学习交流，并与非党员的律所主任和合伙人进行联系沟通，做到上传下达，横向互动，取长补短，有问题及时反馈，有经验及时分享，让流动性比较大的中小所律师党员和群众都能感受到组织上的关心和关注，在思想上明确了方向，在心理上感受到温暖，从而凝聚、加强了归属感，在党组织的引领下，努力实现律师行业党建从有形覆盖到有效覆盖，积极融入党建和发展大局。

抓党建，带队伍，提升责任感

第一联合党总支结合中小型律所的实际业务方向，坚持以“党建 + 公益”的创新形式，鼓励和强调律所党员应当具备的坚定政治立场和强烈社会责任，带领律师深入基层，服务百姓，化解矛盾，提供咨询，维护社会和谐和公平正义。中小所律师的工作“接地气”，平时和社区群众打交道的机会很多，在处理基层法律纠纷方面的实务经验也很丰富，因此，在摸索过程中，第一联合党总支逐渐将公益法律服务、履行社会责任确立为锻炼党员队伍、发挥律师作用、促进社会治理创新的法治化进程的着力点和落脚点，充分发挥律师在社区多元化纠纷解决机制中的专业优势，彰显律师在加强社会治理中的重要作用，以党建带队伍、促业务、推改革，扎实有效地

开展党建工作。

长期以来，第一联合党总支、支持各家律所和广大党团员律师积极参与所在社区和全社会各类困难群体的公益法律服务，不断提升党员律师的责任感、使命感和为人民群众服务的能力，以律师的法律专业知识和法治思维方式，加强和创新社会治理，维护公平正义，引领行业 and 事务所公益文化，凝聚和传递律师行业正能量。

近年来，第一联合党总支积极参与共同发起了“星星伞——上海自闭症家庭关爱项目”，系统性、多层次地为数量日渐增长的自闭症儿童患者及其家庭提供公益志愿服务和慈善关爱帮助，受到社会各界的广泛关注和支持，并参与组建了上海市第一支专门为自闭症家庭提供义务法律咨询和自闭症儿童陪护的律师志愿者队伍——“上海青年律师志愿服务自闭症家庭慈善义工队”，为律师志愿者服务的“规范化、长效化、制度化”在行业内起到了良好的示范效应和促进作用。

同时，参与浦东交警支队的共建合作，在多个交通事故集中处理点委派党员律师设立义务法律咨询点，有效打击了无证黑律师，规范了处理流程，化解了大量矛盾纠纷，维护了社会公平正义。在 2014 年上海亚信峰会期间，第一联合党总支与峰会医疗保障单位（东方医院）共建，委派党团员律师 24 小时驻守现场，确保峰会期间无一起重大医疗事故纠纷发生。

在 2015-2016 年，连续两年积极参加市律协承担的香港大学生暑期来沪实习工作任务，并安排多位香港法律专业学生到律师事务所实习，为统战工作和稳定大局作出积极贡献。在党的十九大召开前夕，第一联合党总支书记吕琰带领团队参与完

成了雄安新区城市运营模拟工作营的专项课题法律论证工作，受到了主管部门的高度赞扬，课题成果已上报中央，因为时间紧、任务重，连续通宵工作，党团员律师在关键时刻发挥了主心骨的作用，从讲政治的高度保质保量完成了工作，为国家重大战略的实施贡献了一份上海律师的力量。

抓党建，树典型，增强荣誉感

经过调研发现，受律所自身发展现状的影响，部分中小所律师尤其是青年律师中存在发展规划不清晰、职业自信心不强、就业安全感较弱的情形，可能引发更多的思想和工作中的问题。在这方面，第一联合党总支一直以来注重强化典型示范，积极为表现突出的党员和律师创造发展的机会，帮助他们成长为事务所管理和行业发展的骨干力量，提高他们的社会认知度和品牌美誉度，并支持他们带领律所和团队取得了更好的成绩，从而以典范榜样和领军人才的力量鼓励和带动广大党员和律师共同发展，不断看齐，增强中小所律师的荣誉感和自信心，加强律师队伍的稳定性。

第一联合党总支在下属支部的青年支部书记中充分挖掘，向全体党员和律师开放成长平台，公开透明，公平公正，通过党总支积极向主管部门和组织上推荐，为青年律师创造机会，展示才能，树立榜样。

比如第一联合党总支下属的韩明志所党支部书记韩明志律师，长期为农民工提供法律援助服务，并积极参与交通事故处理值班咨询工作，荣获了“全国律师行业创先争优活动党员律师标兵”、“上海市优秀青年律师”等多项荣誉称号。

下属联合支部书记章煦春律师在支部工作中非常突出，第一联合

党总支推荐她参评了“浦东十大杰出青年律师”，在青年律师中脱颖而出，现在也成为了律所的管理和业务骨干，2017年初也光荣当选为区人大代表；徐松婷律师，原是联合党总支的宣传委员，后因故从浦东转到闵行执业，创办了一家个人所，现在也担任了闵行区妇联律师志愿团的团长，因为在履行社会责任中的优异表现，最近已被推选为司法部“最美律师”候选人。

还有一位有代表性的党员律师就是第一联合党总支书记吕琰律师，他还任上海律协党委委员和浦东律师党委副书记，长期从事律师党建、公益和行业组织工作，在各种类型的律所均积累了丰富的工作经验，十几年如一日，坚持不懈地带领广大党员和律师积极开展和参与各项党建和志愿者活动，获得了主管部门和社会各界的一致肯定。同时，他积极参与、推动中小律所的合并重组、共同发展，并带领律师团队取得卓越业绩，在资产证券化等金融创新法律服务领域的专业能力在全国名列前茅。近年来，经组织推荐，吕琰荣获司法部、中央电视台共同评选的“CCTV2016年度法治人物”以及团中央评选的“中国青年志愿者优秀个人”、“全国向上向善好青年”等荣誉称号，为律师行业在社会各界中争光添彩。

除此以外，联合党总支也在党建带团建工作中，积极发现、培养优秀团员和入党积极分子，推优入党，不断树立青年律师在新时代的奋发精神和“四个自信”。

坚持把抓党建作为最核心的工作，把中央精神与律师工作实际结合起来，浦东律师第一联合党总支在各级司法行政机关和党组织的指导支持下，带领下属各支部和中小律

所实现了稳定发展，从2007年第一联合党总支成立十年以来，下属各家律所均未发生一起重大投诉和处罚案件，无律师参与政治敏感类事件。党团员人数、律师人数和律所创收均实现增长，既有一批热心传帮带的老党员，锤炼了老律师的党性修养，也培养了中青年党员、律所骨干队伍和引领律所发展的能力，更搭建了中小所青年律师交流互动、不断成长、投身公益的平台，从而全面反哺和带动了律所业务的建设和提升，推动了行业的统筹协调发展。

正如习近平总书记所指出的，从党的十九大到二十大，是“两个一百年”奋斗目标的历史交汇期，既要全面建成小康社会，实现第一个百年奋斗目标，又要乘势而上开启全面建设社会主义现代化国家新征程，向第二个百年奋斗目标进军。

虽然中小所的单体规模小，但基数大、涉及面广，基层律所党组织也与社区、老百姓的联系最为紧密、最“接地气”，只要坚持党建引领，坚定政治信仰，把习近平新时代中国特色社会主义思想贯彻到法律服务、决策管理、团队建设等全过程和律所党建工作各方面，继续以“钉钉子”精神，扎实有效地开展基层党建工作和公益法律服务，就一定能团结引领广大中小所律师党员紧密围绕在党组织周围，在司法行政主管部门和行业协会的支持下，不断提升中小所律师队伍的政治素养、管理意识和服务能力，夯实基层基础，推动律师事业平衡充分发展，不忘初心，砥砺前行，在每一次为人民群众服务的过程中，牢记责任使命、促进法治建设、维护公平正义，更好地满足人民日益增长的美好生活需要，为“四个全面”战略布局和“两个一百年”奋斗目标作出积极贡献。



孙彬彬

北京市中伦(上海)律师事务所争议解决部合伙人、上海律协商事争议解决业务研究委员会副主任、上海市女律师联谊会副会长、上海市浦东新区法律服务业协会副会长、全国律协文化建设委员会委员、上海市青年联合会委员、上海市黄浦区青年联合会副主席。曾获得上海市优秀青年律师、上海市优秀女律师、上海市五四青年奖章、上海市三八红旗手、上海市最美消费维权人物和两届上海市律师辩论大赛的冠军、优秀辩手等荣誉。

山腰之见

文 | 孙彬彬

李宗盛那首《山丘》，讲人过中年的茫然与感慨，获得许多 60 后、70 后的共鸣。但是，他是流行音乐的大师级人物，讲自己越过了山丘，似乎比较贴切。讲到我们，似乎还不能叫越过山丘，而只能讲站在山腰。在山腰上什么感觉呢？那真是壮志未成身先老，尚在的理想愿景和不得不服的肉身衰老，自我的否定之否定和左右互搏，让人方始明白，老一辈所说的“四十不惑”，不是不再惑、没了惑，是实在太多困惑、迷惑，反而成了摆在面前的难题。

2011 年当选上海优秀青年律师时，我写了一篇名为《有追求的人生不会苦》的文章，将那时候对自己作为年轻律师如何成长的想法和盘托出，希望给和我一样的年轻律师一些希望、鼓励。而从去年到今年，酝酿这篇上海市优秀女律师的欠稿，却变得十分难产。大约是正在人生自我成长道路攀升的螺旋区，那些构建、陪伴甚至激励我前 20 余年的认知和观念，于人生的山腰处激烈的颠覆与重建，令人难以落笔。就这样一边写一边擦，且将些许当下的思考呈现给大家，当做一枚路标，待多年后回看、检视。

一、山脚自信与山腰谦卑

给新律师培训时，我总是要说，年轻律师时期其实是很幸福的，因为案件往往不那么复杂，也谈不上多大的利益纠葛。因此，假如年轻律师认真、努力，很可能出其不意、事半功倍。这个阶段的年轻律师，往往会因几个漂亮的官司而获得自信，觉得自己辩才了得、能力高强。尤其是曾经热爱律政剧（比如我）热衷于辩论（比如我）的，更容易以为，优秀的诉讼律师一定是辩才出色，将庭审当做承办案件的重头戏。基于这样的认知，讲如何辩论、谈判或者围绕庭审的课程在年轻律师中往往获得更多的关注。可如果你能坚持在诉讼的道路上继续前进，多办些复杂案件，多参与大案要案的实际过程，可能就会发现，这种强调庭审、辩才的观点某种程度上其实是因为办案不够多、视野不够宽所形成的肤浅自信，假使不做纠正可能会误入歧途。

事实上，中国的诉讼胜败中，真正与庭审表达有关的比重不会超过 25%。表达出色的律师能够博得合议庭的好感，能够在庭审当下占据对抗上风。可是别忘了，合议庭可不是当庭宣判，往往是过了数月后才落下法锤，到那个时间庭审言语的影响力早已式微。那么，究竟什么对案件更为重要呢？在我看来，能够立于高处而不微观的法律关系、法律框架是基础；经得起推敲的、缜密的证据组织和演绎是关键。同时需要不断训练和学习的是，如何在案件中找到最接近中立者视角的，可被接受的呈现模式和内容。年轻律师往往更习

惯于站在当事人的某一个既定立场看待自己的案件，却不知道你觉得重要的不得了的某些角度，对于面对两端听取、办理大量类案、带有心证甚至职业麻木的居中裁判者，可能只是一个根本微不足道的诡辩。

随着案件的复杂、重大，带来的当事人利益格局也不再单一，诉讼目标也不再局限于输赢。有时候在更大的局势下排兵布阵，退一步进三步。更有甚者还包括带有重大经济背景、事件背景、机构背景、行业背景的博弈。面对这样的案件所增加的困难、挫折和压力是律师早期无法想象的，基于个案的自信在这样的历练中被碾成碎片。在这样的历练下，基于个体的早期自信被扫荡，随之而来的是人变谦卑。所以有趣的是，往往越是卓越的诉讼大咖，反而对“如何成为一个优秀的诉讼律师”这个题目变得越发谨慎，更有笃信山外有山、人外有人的谦卑。

二、理想不是“我只要努力就会实现”，仍坚持才是勇者

大多数人在青少年期都曾经被教导要树立一个远大的理想，并且被告知只要不懈奋斗终有一天能够实现。这样的信念激励着我们从起点出发，在人生的跑道上冲得很快。我也是如此。然而随着视野的开阔和经历的丰富，我们会不无遗憾地发现，成为顶尖高手，超人的勤奋需要，卓越的才能需要，稀缺的机遇也是必需。有句反鸡汤负能量段子说：“真正努力过的人，就会明白

天赋的重要。”真是让人掩面却也真实。这其中我们依靠自己可以控制的，还真的主要是勤奋。

那是不是人到中年理想破灭呢？并不是。行至山腰的我们往往会发现，人生的职业生涯更像一场群众性登山活动。初始阶段是一大群人一起，大多数人实力一般，这个阶段的赛程只要你勤奋多一点、认真多一点就能胜出，所以律师界流传的那句“只要你够认真就战胜了一半”绝非诳语。赛程过半，还与你一起攀登的就不再都是资质普通者，往往也勤奋，也都具有不错的水准，这时候大家比的是耐力，如何面对瓶颈期的沉闷、低潮和挫败，如何建立和坚持自己的节奏，如何保持清醒和自省，如何在关键的山道环节上让自己出错最少、把握不期而来的赛点。

山腰上要了解的，还包括或许梦想不能实现，该如何过好这一生。这个时候需要做的是内省一下这理想是不是过于高远、不切实际。挫败感、丧失感当然会有，可是这也是真理想和假理想的试金石。有些人爬山到山腰就因看不见山顶而折返、拐弯，那显然并非是真的理想。而有些人，却因此斩获了比早期更大的勇气和坚持。此时的你或许明白，理想犹如明灯，或许终其一生不能抵达，但即便如此我们仍旧朝着它努力前行。当你不再焦虑于理想到底还能不能实现，那种灼烧的焦躁就回归了冷静和专注，这种成熟的理想主义，将比年少时以为自己无所不能、人定胜天而产生的豪言壮语，更为真实、坚韧、动人、有力量。

三、走得越远越要学会人生取舍，回归真我才会快乐

人到中年，老人已老、孩子尚小、体质下滑，真是内忧外患。而前期积累到中段，往往机会、资源也到达了相当多的数量。这时，有人把自己变成千手观音，有人把自己赶成陀螺。可是，真的能够面面俱到、十项全能吗？其实不太可能，要么忙于工作忽略家庭，要么泛泛点到无法深入，甚至连身体都在这个疲于奔命的过程中出了问题。有一个很残酷的现实摆在我们的面前，时间飞快，我们不再是年轻人般无忧无虑无负担无知无畏往前冲的时期了。

听起来中年真是蛮苦哈哈的一个阶段。不过，人生正是用这样的方式迫使我们学习智慧的取舍。我们不得不回归真我去检验哪些是我们真正想要、真正有动力去坚持不放手的；我们必须在专业里再做收缩和整理，迫使我们集中注意力于特定的法律领域深耕细挖；我们必须学习不再在乎外界的评价，减少那些仅仅为了迎合周遭而进行的消耗。我们进而不得不开始锻炼身心，以承载更高强度的运转。这中间会有不习惯、失落、沮丧，也会有巨

大的沉默周期，而我们只有面对，别无选择。

被迫取舍的过程，也是我们进一步面对真我的最好机会。哪些是你真的在乎的、想要坚守的，哪些你曾苦苦追究却并不热爱，答案一定就在我们的心中。

四、关于成功的解构和延展

人生的成功到底是什么？早期被教育的模式总体上比较单一，人到中年才知道这种单一功利导向、结果导向真是害人不浅。我们的人生是由每个当下组成，生命的有限性是恒定的真理。如果将人生的评判依托于结果，那么等于白白忽略了人生大部分的时间。成功的定义本应是多样的、丰富的，办综合性大所是成功，办精品小所是成功；做一个威风凛凛的团队 leader 是成功，做一个时间自由尽职尽责的提成律师也是成功；能够在案中大案要案中斩获胜利是成功，能够在关乎个人利益的小案件中兢兢业业抗争维权也是成功；能够形成高速运转的商业模式是成功，能够用专业帮到弱势群体、投身公益也是成功。

意识到成功之于每一个个体的不同可能性，接纳自己可以有属于自己的成功定义，才能真正获得人格上的健全和解脱，泰然走出自己的步伐。

而人生的成功更不是所谓“出名要趁早”，而是一部长篇电视剧、一场马拉松比赛、一次攀登高峰的旅程，我们要允许电视剧有的时候主人公很低潮，要允许马拉松有落后的时刻，要允许攀登中遭遇暴风雪。我们甚至要允许电视剧是悲剧、肥皂剧而不是大团圆，要允许自己这个马拉松选手最终没有能够跑到第一方队，要允许攀登险峰中因各种原因没有抵达顶端。

有朋友曾告诉我，看了2011年我的优秀青年律师约稿后激发了斗志，现在发展得很好。时隔六年，这次的感悟可能看起来有点不够励志，有些非典型，甚至有点小确丧。但是我相信，努力如你，睿智如你，一定能够从中找到属于我们的共鸣。

观韬中茂： 有舍方有得 抓大放小才能共赢

文 | 冯璞

北京观韬中茂（上海）律师事务所成立于2001年，经过十几年不断地开拓、创新和发展，现拥有近200名员工、140余位律师，在法律服务、专业建设和律师团队等方面已成为中国优秀律师事务所之一。“追求卓越，诚信勤勉，高效优质”是观韬中茂秉持的理念，“委托人合法权益高于一切”是观韬中茂坚守的价值观。

近年来，观韬中茂通过一系列的整合，观韬中茂在规模、业务上更上一个台阶，以全国性的布局全球化的视野，为国内外客户提供有价值的、全方位的法律服务，同时在行业内树立起了观韬中茂独特的形象旗帜。

规模化：雷厉风行的合并之路

2000年前后，随着中国经济的快速发展，大型综合性法律服务需求大量增长，律师行业顺势而为，掀起了一股律所合并浪潮。近年，中国律师界律所合并风潮又起，范围更广、力度更大、影响更深远。取得成功的律所在律师人数、业务能力、品牌影响力等指标的综合实力上不断增强；但也有一些律所，在经历了一段时间的磨合后，选择再次分立。



2017年1月 观韬中茂上海迎新会

合并的失败并不代表律所发展的失败，律所的分合本身已成为律师行业的新常态、大趋势。深究合并不成功的原因，内在根源在于律所文化之间的冲突，外在因素还包括原律所管理者在新律所管理层面的权利分配、双方律师之间的利益冲突等。而观韬中茂的合并历程则堪称律界楷模，在律所之间跨地区整合、进一步增强律所凝聚力方面起到了示范作用。

2016年4月，北京观韬律师事务所与上海市中茂律师事务所合并，三个半月以后，又与上海市申达律师事务所合并，果断迅速的合并进程在业内广受关注。

观韬与中茂的合并，实现了北京与上海的紧密联系，使得京沪两地的互动日益增多。而在人员架构上，原观韬管委会主任崔利国、原中茂主任盛雷鸣将共同出任观韬中

茂事务所管理委员会联席主任。两位律师还表示，已协商好分工和处理原则，只要是有利于满足客户需求和事务所发展的意见，一定会共同努力完成。这样的气度和格局不仅赢得了业界的广泛赞誉，更为随后与申达的顺利合并奠定了基础。

规模上的扩大是诸多律所希望合并的初衷，但律所品牌的保留及主任人选的安排等问题往往会影响合并进程，而观韬中茂与申达合并后，仍使用“观韬中茂律师事务所”的律所名称，申达的陶武平律师和周知明律师分别出任观韬中茂上海办公室主任及执委会主任，此外合伙人标准、分配机制等问题也通过充分协商迎刃而解，各方的努力使得合并的过程异常顺利。

两次顺畅的合并带来最直观的效果就体现在数据上，执业律师达到140余位的同时，创收也有了飞



左图：2017年6月 观韬中茂举办青年律师沙龙
右图：2017年7月 观韬中茂上海全体合伙人半年度会议

跃的提升，2016年观韬中茂上海办公室创收总数为1.78亿元，在上海律师界排名靠前，2017年第三季度结束后基本已经达到了去年全年的水平，突破2亿元大关势在必得。

不计较眼前，是因为各方都将眼光放长远，是因为各方都有“有舍必有得，有得必先舍”的智慧和魄力，是因为各方都高度认同观韬中茂的品牌价值，都相信在这一平台上，原本独立三家律所可以联手创造更好的未来。

一体化：合并就要真的“并”

近年来律所合并趋势明显，但合并后再分开的消息也屡见不鲜，究其根源，不同的律所就像不同的家庭，成长教育背景、性格脾气都可能不一样，矛盾也就自然会发生。但在观韬中茂看来，律所有合并意向就意味着其对自身的瓶颈和目标都已经很清楚，在方向清晰的前提下，就要懂得舍弃，今天后退一小步，明天才能前进一大步。

而对观韬中茂来说，最难能可贵的就是，合并各方在大方向上的志同道合。在市场化程度非常高的上海律师业内，很难独善其身，因此观韬中茂理智地做出了选择，不仅要随着经济形势的起伏节奏往前走，更要主动去适应环境，以恰当

的姿态迎接时代的洪流，而决定合并就是这种理念的最好体现。在确认了各方价值判断和决策方式相吻合的前提下，合并之后的具体架构也变得非常顺畅。

观韬中茂上海办公室起初仍是浦东与浦西两地办公，基于此，合伙人们也曾商讨过是否先各自运营一段时间，但最终还是决定——“合并就要真的‘并’。”于是搬迁工作紧锣密鼓地开始了，目前观韬中茂上海办公室的新办公区装修已经接近尾声，不久之后就将实现空间融合。

除了办公区的合并外，观韬中茂上海办公室在制度方面也迎来了新一轮的改革。因为原来三家律所的创收提成模式各不相同，在合并后就需要平衡这种关系，在各方的共同推动下，今年1月1日观韬中茂上海办公室的财务制度全部打通，经济模式首先实现了统一。

合并同时带来了资源整合的诸多问题，因此与之配套的新管理制度应运而生。观韬中茂上海办公室在2016年8月成立了执委会，充分吸取了原来三个事务所的管理过程当中优点和经验来设定新平台的规范。观韬中茂上海办公室的执委会副主任钱晔文表示，每位委员都有各自专门负责的具体业务，大家

始终能够相互配合、相互体谅，经过了一年多的实践，取得了很好的效果，充分发挥出了机构的执行力。“个别制度在实践过程中也会受到挑战，如果确实不适合或者效率不高，我们就及时改正。归根结底，大家有一个共同的目标，我们一起努力就是了。”钱晔文说道。

专业化：互补让短板变为强项

观韬中茂的执业领域涉及资本市场、公司业务与并购、银行与金融、房地产与建设、重组与破产、能源与自然资源、争议解决、国际贸易与WTO、反垄断、私募与风险投资、工程与基础设施、知识产权、电信传媒与科技、金融创新与结构性产品、海商海事、行政法等业务领域。法律服务范围涵盖了银行、证券、保险、电信、科技、大型基本建设、房地产、机械制造、教育、生命科学与保健、交通、能源、矿产资源、环境保护、化工、医药、科研和其他服务业等各种行业。

合并之后，除了直观的人员和创收数据增长外，数据背后的含金量也在大幅提升。诸多优秀的团队变成了一个更大的集体，这意味着观韬中茂整体的专业领域更加丰富也更加精深了，目前九个业务领域基本上实现了全覆盖，甚至还引进了一

些新业务，比如资本市场刑事辩护、教育法、跨境投资、移民等，这其实也是原来三个律所之间的互补。

合并之前，观韬在资本市场领域的业务历史悠久、力量雄厚；中茂在房地产开发、重大市政项目及争议解决业绩显著；申达则擅长刑事辩护、劳动法等；因此合并之后，发挥了聚合作用，不仅弥补了彼此的短板，还让很多业务成为了上海办公室的强项。现在无论是业务种类还是专业程度都呈现出平稳上升的发展趋势，这是合并一年半以来让观韬中茂人最感欣喜的局面。

当前，观韬中茂上海办公室的规模已经达到了匹配当前业务种类的程度，接下来将考虑放缓大幅度扩编的进度，以避免内部利冲问题。未来，观韬中茂上海办公室的重心将转向吸收优秀人才以补充和优化专业条线，使得发展方向不是简单量的累加，而是实现质的提升，将每一个领域做深、做细、做透。

团队化：人才是不变的恒动力

十年树木，百年树人。人才是衡量律所律师事务所可持续发展的核心。

观韬中茂上海办公室倾向于从法学院应届毕业生中补充人才资源，一方面吸收海外留学生；另一方面选聘国内法学院的优秀毕业生。

年轻律师在加入观韬中茂上海办公室后，会进行一系列的入所培训，包括观韬中茂的历史及文化、文档管理与业务文件起草、如何梳理案件事实、如何进行法律研究、如何撰写律师备忘录、法律意见书等。此外，在执业过程中，也有不定期的业务培训、合伙人的亲自指



2017年7月 观韬中茂劳动法内部培训会

导、不同层级律师之间的交流等多种形式的培训，以充分发挥每个律师的专业特长，提供业务水平。对于特别优秀的年轻律师，还会推荐到联盟律所的国际办公室进行交流学习。

为了进一步加强各个业务团队之间的业务交流，提高业务素养，执委会根据不同业务部的专业特长，自2017年7月开始每月至少安排一次业务培训，由不同业务部门的专业大咖与全所的律师和律师助理分享交流，至今已举办了五场内部分享会，业务分享会提高了青年律师的业务素养，也增进了各个团队的业务合作，深受律师好评。

在吸纳人才的基础上，考核方式也在不断精化。观韬中茂上海办公室对于业务人员的考核，分为三个层面：晋级考核、绩效考核、奖励考核。对于晋级考核和绩效考核，主要以业务人员的工作小时数为基础，辅以主管合伙人对于业务人员工作质量、工作效率、沟通能力、业务熟练程度的评定，部门其他合伙人对于业务人员在工作衔接、团队协作、工作积极性等方面的评定，以及在事务所内外部刊物发表文章情况以及日常所内规章制度、执业

纪律的遵守情况等。关于奖励考核，则会对在业务上有重大贡献、重大影响、突出表现的，针对重大项目对律所价值有所提升的律师给予奖励；对于行政人员的考核包括工作数量、工作质量、工作态度、工作强度、考勤情况等，对于事务所日常行政工作有重大贡献和重大影响的也会给予奖励。

在中国律师行业迅猛发展的今天，观韬中茂始终坚持稳健持续的发展战略，不追求盲目扩张，亦不止步于前，而是以客户为中心，以质量为保证，崇尚职业的律师精神。

“立足上海、心系全国、放眼世界”是观韬中茂上海办公室的梦想。观韬中茂管委会主任崔利国表示，从整合到融合，从合并到合力，观韬中茂在业务、团队、管理等方面都有了更为深入的融合和发展。而上海办公室作为事务所重点打造的办公室之一，在人员规模、创收数额、业务质量等各方面表现引人瞩目。“接下来，我们会加快国际化步伐，不断提升事务所核心竞争力，凭借出色的专业团队、优秀的服务能力，以及资源的有效配置，持之以恒地为我们的国内及国际客户提供有价值的、全方位的优质法律服务。”

被告人，我们为你辩护

主持人：计时俊 上海律协对外宣传与联络委员会副主任、上海华夏汇鸿律师事务所主任

嘉 宾：王 峰 上海律协刑事业务研究委员会委员、北京大成（上海）律师事务所合伙人

丁俊涛 上海律协刑事业务研究委员会委员、北京长安（上海）律师事务所律师

赵 斌 上海曾鑑清律师事务所律师

文字整理：许 倩

辩



计时俊：各位下午好！今天召集大家是就刑事司法律师法律援助全覆盖展开讨论，希望各位从全局统筹的角度去考虑这项制度对于我们社会以及对法治进步的意义，并提出需要一些改进的地方。我们知道中国的刑事辩护率目前是比较低的，有些数据说30%以下，有些数据说20%（最近有数据说是在14%）。中国近年来被曝光的冤假错案也证明缺乏律师的辩护或者不尊重律师的辩护意见，将会给刑事审判带来灾难性的后果。现在我们国家注意到这个问题（刑事案件辩护率低下），所以试图通过这样一个“刑事案件法律援助辩护全覆盖”的制度建设来提高刑事辩护的辩护率，能够更好地维护犯罪嫌疑人或者被告人的合法权益。王峰律师请先谈谈您对这个制度的看法。

刑辩全覆盖意义重大

王峰：这次全覆盖的文件出台确实就像刚才主持人所提到的，对于全社会而言具有非常重大的意义。我觉得这个意义可能体现在这么几个方面：首先，因为这次全覆盖是把所有刑事案子在一审阶段的辩护全部纳入到这个范围之内。也就是说，今后在这些相关的试点城市，所有的刑事案子在一审过程当中都会有专业的辩护律师来为被告人进行充分的辩护，那么这部分试点地区的刑事案子的辩护率一定会有很大的程度上得到一个明显的提高。刚才主持人也提到现在刑事案子的辩护率非常低，这是全社会比较普遍的一个现象，这次全覆盖文件的

出台，包括今后的实施肯定能够解决这方面的问题，从我们刑法本身惩罚犯罪的同时也要保障被告人的合法权益来说肯定具有重大的意义。另外一方面，如果对于刑事辩护进行全覆盖，必然会把刑事辩护律师在刑事诉讼当中的作用，用一个放大镜的形式把它推到了社会公众的视野之下，这对于我们辩护律师今后在诉讼过程当中所发挥的作用可能会起到一个放大器的作用。所以我觉得从这个方面来讲，对于辩护律师也是具有一定的重大意义。

计时俊：今天在座的丁律师也是长期从事刑事辩护的。那你认为，是什么原因让当事人或者被告人在审判当时不请律师？而我们现在一定要派个律师给他的话，他究竟是欢迎还是不欢迎？

丁俊涛：我是这样理解的，就像刚才您问王律师的那个问题，这个刑事案件辩护全覆盖，我认为有一个很重要的意义就是提高了大家的法律意识。就是让大家对法律服务形成一种消费习惯，好比人生病了，首先想到的就是去医院找医生。如果说通过刑事辩护的全覆盖，让大家感觉到一旦面临着刑事案件，首先想到的就是由刑事律师来提供这样一个法律服务，应该是在观念上有一个提高。原来很多的在押人员，他们为什么对律师提供服务有所“反感”？我认为除了自身法律意识有待提高以外，还有很重要的一点就是他认为刑事辩护很可能是一种“形

式主义”的辩护，无关紧要。此次辩护全覆盖试点工作办法的发布单位是最高人民法院和司法部，意味着司法机关和司法行政机关从国家的层面和高度强化了辩护律师在刑事案件里的作用。这样对很多在押人员来说，不仅会认识到刑事辩护律师的作用，更能体会刑事辩护对于整个国家的法治建设来说也是大有裨益的。我认为法律意识提高了，接下来就是形成良性循环，涉嫌刑事犯罪的人会更愿意认可和接受辩护律师提供的专业法律服务。

计时俊：因为全覆盖，所以原来一些请不起律师的（被告人），现在都可以通过法律援助的方式进行指派。那么原来一些请得起律师的，他也可能故意不请律师，等待法律援助指派。而在社会大众心里面，也有可能认为“有钱能使鬼推磨”，老觉得我要付这个律师更多的律师费，他才会更尽力地帮我做事。现在我不付律师费，或者进行法律援助的律师仅能拿到“微薄的津贴”，那他还会尽心尽力为我辩护么？而提供法律援助的律师实际上是出于一种公益性，按照职业道德而办案。关于这点担忧各位嘉宾想到过没有？

丁俊涛：就像计律师刚才讲的，我认为“无利不早起”是人之常情的一种思维方式。但是归根结底，我认为还是这样一个问题，就是全覆盖了以后“量”上去了，“质”必须同步提高，两者要相互促进，良性互动，不可偏废其一，否则就会



计时俊

得不偿失。对于司法行政机关、律师协会来说，我们一定要重视一件事情，就是一定要保障这个案件的代理律师法律服务的质量要非常之高，“实施办法”里面也讲到了对刑辩律师要进行培训、激励。我认为关键是在量铺开了以后，更要注重律师介入的门槛问题。门槛高了，大家都会觉得提供法律援助的律师反而成了一个金字招牌，因为法律援助的律师是政府兜底的，既然政府提供法律援助律师给受援人，自然政府的威信起到了对法律援助律师“背书”的效果。所以解决受援人“律师没收钱，就不会提供好的服务”的顾虑，根本的办法就是政府要从全新的高度重视和强化法律援助律师的服务质量，扭转受援人的错误观念，有利于刑事辩护全覆盖的推广，也能真正实现这个制度的价值。

计时俊：我记得这些年我们上海市对于法律援助案件一直有一个评估体系，每年我都收到法律援助中心要求我审核法律援助案卷并给予打分的要求。我想，如果我们能把这个“法律援助案件质量评估体系”持之以恒地坚持下去，对法律援助案件质量进行把控，对优秀案件进行宣传和表彰，既能向社会展示律师的作用，也能够激励律师。

赵斌：近年来，法律援助中心一直对我们援助律师办案规范有更高的要求，在援助案件数量不断增长的同时，办案质量同样是法律援助最注重的。前面就提到了，有时候援助律师给大家的印象就是，援助律师不收当事人钱，而且都是青年律师在办案，办案精力和能力都有限。另外还有人觉得都在为办案机关办事……我觉得这都是些对我们提供法律援助律师非常负面的印象。有时候我开庭庭，当事人家属甚至是检察院、法官会问我：“你是法律援助律师吗？”他们的质疑包含了两层含义，一是他们对我们援助律师的期望值较低，认为我们应该只是走过场的，而不会跟检察院针锋相对；而另一层则是对律师的辩护效果、辩护能力的肯定。我相信，随着这个制度的推行，在给援助案件数量带来增长的同时，也会对援助质量提出更高的要求。

计时俊：追求公平正义是每一个律师的梦想，我们并不会真的因为钱多钱少，而不去追求案子的公平正义，这是我们的职业道德问题。

这个全覆盖实际上是要求律师提供法律援助。例如，就是一审过程当中，同案犯中有几个请了律师，有几个没有请律师。在过去没钱就自己辩护，而现在如果你不请，那国家会派律师，还可以指定辩护律师来帮你辩护，这个行为是通过法律援助的行为来做出。赵斌律师在法律援助的行业里面做了很久，也做了很多法律援助案子，你认为这个制度推行以后，会不会因需要法律援助的案子“井喷”而让法律援助师力不从心？

赵斌：一定会有影响。据我了解，法律援助案件这两年的数量实际上已经在迅速攀升。我本人经常办理黄浦区的援助案件。据我了解，去年黄浦区法律援助刑事案件三个阶段（侦查、审查起诉、审判）全年的数量大约是在300多件，其中审判阶段数量在200多件，今年到目前为止，已经有600多件，其中法院阶段有300多件，数量还在增加中。法律援助中心以及援助律师的工作压力不断增大。大家知道我们援助案件的援助律师，主要成员还是青年律师，当然也会有个别的骨干律师会参与到当中，但实际上我们的人数不是特别多。一旦这个全覆盖制度全面实施的话，这将对法律援助工作体量的极大考验。

律师准备好了吗？

计时俊：我们律师是否已经为这一制度的全面实施真正做好了准备？我们律师要为这些全覆盖的案子增加人手去提供辩护，而且相对

于之前的故意伤害、抢劫、盗窃等通常的法律援助暴力犯罪案件来说，案件的类型多了很多。这样对刑辩律师来说，究竟是春天来了，还是更严苛的冬天来了？

王峰：我觉得刑辩全覆盖对于所有的律师而言，既是一个机遇，同时也是一个挑战。为什么说是机遇呢？因为刑辩全覆盖，对于律师而言，刑事辩护案件的数量一定会大幅度提高。原先可能有很多律师需要花大量的时间和精力去找案源，那么这部分的精力可能接下来会有所降低，因为大量的案子等着律师来辩护，市场扩大了很多。但是，另一方面，这部分的精力省下来之后，就需要我们律师要把更多的时间投入到对于案件本身辩护工作的质量上面，业务能力需要得到进一步的提高。否则案子的数量增加了，但是专业技能无法提供保证，势必会降低每个案件的辩护质量。所以对于律师而言，这既是一个机会，同时也是一个巨大的挑战。

计时俊：也就是说，数量和质量我们要齐头并进，不能够因为数量增加了，我们把质量降低了。如果质量降低了，以后会有更多人将不选择律师。只有数量和质量双保证，才能够真正体现出这个制度的好处。但是这样的一个制度，如果仅仅让一些“涉世不深”的青年律师去参与，而更多的案子又相对复杂的情况下，究竟是合适还是不合适？如何能吸引更多的资深律师或某一犯罪类型辩护（比如职务犯罪、比如毒品犯罪）

的专家加入法律援助的队伍呢？

丁俊涛：谈谈我的看法。现在关于刑事案件的法律援助，我记得在2013年的时候，上海有一个关于刑事案件法律援助的实施办法，这里面讲到一个问题，就是计律师刚才提到的，即如何保障法律援助案件的质量问题。保障的方法主要是对法律援助律师的执业年限进行一个规定，如果是普通刑事案件，要求援助律师的执业年限在三年以上，且以刑事辩护为主业；同时对于受援人有可能判处无期徒刑或者死刑的案件，要求执业十年以上的刑事辩护律师为其提供法律服务。我还想谈一个问题，就是刚才计律师提到的，刑事案件辩护全覆盖对于我们执业律师来说，是好事还是坏事？我认为好事。我是这样理解的，就像原来全国统计的刑事辩护率可能在30%以下，刑事辩护全覆盖就意味着政府托底，在审判阶段刑事辩护率一下子达到了100%。在政府托底的情况下，如果家属再去花钱聘请辩护律师，就跟原来的情况不太一样了，为什么？因为国家免费为受援人提供辩护律师，这种情况下，家属如果再去花钱聘请商业的律师，就意味着家属第一在法律观念上，能认识到律师的重要性；第二，这种客户从经济层面考虑有更好的购买力，属于优质客户。所以我认为这个制度实行了以后，有利于刑事辩护律师阶层分化的速度，会让优秀的刑事辩护律师更容易脱颖而出，正所谓研究创造价值，在专业研究方面专精细深透的律师，

会更有市场，更容易取得重视法律服务的客户信赖和认可，会催生出一大批专业精良的刑辩大律师，律师费收入方面也会更有经济效益，反过来促进刑辩律师的良性可持续发展。

计时俊：其实从我自己做刑事辩护或者做法律援助这个角度，发现有高水平的律师参与辩护，其他律师的辩护水平都会水涨船高，就是都会超水平发挥。如果说一个三个人的共同犯罪案件，假设只有一名被告人委托了律师辩护，其他两个没有获得有效辩护，那位律师就有种缺了翅膀的感觉。但是确实也如你所说，也有可能有一些人觉得反正政府兜底了，就不请律师了，这就违背了法律援助的一个原则，那么法律援助本来针对的是哪一个群体？



王峰



丁俊涛

赵斌：法律援助针对的群体主要是经济困难人群，原先提供法律援助的方式主要是两种，一种是当事人或者是当事人的家属到法律援助中心来申请，援助中心一般都要要求他们提供经济困难的证明；另外一种就是办案机关，即检察院、法院向援助中心提出给嫌疑人、被告人提供法律援助的要求。这次全覆盖制度实施最主要的一个变化，就是改变了获得援助的方式，即只要被告人没有聘请律师的，全部由法院主动向援助中心提出法律援助的要求。这从最大程度上避免因被告人及其家属不知道法律援助，而错过获得法律援助的机会。

刑辩全覆盖能否再往前一步？

计时俊：但是现在我看到是，这

个制度只规定了审判阶段每个被告人必须有辩护律师，而审判之前的侦查阶段以及审查起诉阶段是没有要求全覆盖的，这样的安排是否有“遗珠之憾”？

王峰：我们现在长期做刑事辩护工作会发现，一个刑事案子在侦查阶段和审查起诉阶段，实际上律师的作用是非常重要的，所以我们现在通常说刑事辩护的工作并不仅在法庭上，而是已经推到了法庭之前。要使被告人得到有效的辩护，必须非常重视庭前的辩护，但是这一次全覆盖的方案只覆盖了审判阶段，侦查阶段和审查起诉阶段目前还不能够做到全覆盖，但是这两个阶段律师的作用又非常重要，所以这个可能是这次全覆盖文件存在的缺陷之一。但是，因为现在国家在推进以审判为中心，推动庭审的实质化，从国家层面的顶层设计的角度可能是希望从根子上面、从庭审的角度出发，先一定程度上解决这个问题，然后通过这个切入点再逐步把刑辩全覆盖推动到前面两个阶段，我相信这还是有一个过程。

赵斌：接着前面王律师说的，由于近年来公安机关、检察院以及法院一直积极地与法律援助中心沟通与合作，落实司法改革试点工作，我们援助律师通常是能较早地接触刑事司法改革试点的。前两年我们就已经开始了侦查阶段和检察阶段的试点，比如，逮捕诉讼化审查制度，这是一项对于人权保障非常重要的制度。就是公安机关在对嫌疑

人采取刑事拘留措施之后，一般要在30天之内向检察院报捕，由检察院的侦查监督科来决定是不是批捕。这个逮捕诉讼化审查制度现在也是要求法律援助律师或者值班律师来介入，并要求检察院在决定是否批捕之前听取律师意见。另外在检察阶段，正在试点认罪认罚从宽制度，这也是一个保障人权的措施，这要求值班律师或援助律师在认罪认罚具结的过程中做见证，在见证的过程中，我们需要尽力去判断检察机关在定罪量刑中是不是有问题，有瑕疵，可以及时发现问题及时踩刹车。

丁俊涛：这次刑事案件辩护全覆盖，其实有一个大背景就是“防止冤假错案”，最近几年全国纠正了好几起重大的冤假错案，媒体传播迅速，民众反响强烈，就是基于对“防止出现冤假错案”的重视，2016年两高三部出台了关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见。今年又进一步提出了刑事辩护全覆盖，强调了刑事辩护律师的作用，更把保障被告人的诉讼权利放在重中之重的位置，这个制度与去年的以审判为中心制度是一脉相承的，目的就是防止“冤假错案”。刚才王律师和计律师都提到一个非常有意义的问题，就是刑事辩护全覆盖在司法进程中，是否可以往前进一步推进的问题。一个完整的司法流程包括：侦查阶段、审查起诉阶段、法院阶段。案子一旦到了法院阶段，虽然强调以审判为中心，但是这个阶段进行纠错，承办法官压力最大、

难度更高、成本也最大。所以这个全覆盖如果往前推进的话，就像刚才赵律师讲到的，如果一个案子在公安阶段辩护律师就发现了问题，那么可以通过申请取保来达到纠错的目的，这名嫌疑人到法院阶段一般情况来说是判缓刑或者说案子可能根本不会起诉；还有就是如果嫌疑人已经被逮捕了，辩护律师发现案子有问题，可以通过羁押必要性审查的方式进行纠错，由检察院的刑事侦查检察部门来作出决定，建议侦查机关变更刑事强制措施或者撤销案件；如果案件已经到了审查起诉阶段，辩护律师发现有问题，可以通过“不起诉律师意见书”的方式与承办检察官沟通，达到帮助承办检察官一起发现问题，对嫌疑人作出准确的起诉或者不起诉决定。所以，如果刑事案

件辩护全覆盖制度能往前推进到审查起诉或者侦查阶段，该制度的意义为更加重大。

刑辩全覆盖须加强保障律师执业权利

计时俊：各位说得非常有道理。现在在中国，法院宣判无罪的比例只有万分之五到六左右，但是在审查起诉阶段或者侦查阶段直接不立案或者是审查起诉阶段不予起诉或者撤案的案子占比 30%—40% 多。所以如果我们能够把法律援助的辩护全覆盖再向前推前两步的话，在某种程度上来说无罪辩护率就高了，那么也就更进一步地走向了司法公正。这样的社会意义会更加显著。所以我跟大家的心情是一样的，希望通过这样一个试点能够实现真正意义上的“全程辩护全覆盖”。

当然，我们也看到，为了保障这个制度的实施，除了对律师的业务能力的提高有所要求外，还有就是法院要保障律师的辩护权。

王峰：是的。首先最近这几年国家层面也出台了很多的规定，就是如何来保障律师的执业权利，从这些文件的出台本身就能够说明国家也越来越重视对于律师，尤其是辩护律师执业权利的保障。律师权利的保障其的最终目的还是为了防范冤假错案的发生，保障被告人的合法权利。如果在法院阶段切实做到庭审实质化，以审判为中心，在审判阶段能够做到切实地保障律师的辩护权，使每一个被告人都得到非常充分有效的辩护，今后对于公诉机关和侦查机关，就势必会面临在庭审当中败诉的法律风险。





赵斌

如果在审判阶段通过刑辩全覆盖和庭审实质化能够把律师的辩护作用发挥到极致,我认为势必会影响到前两个阶段对于律师辩护作用的想法,司法工作人员一定会觉得如果在这两个阶段我们不能充分听取律师的辩护意见,有可能在后面的审判阶段被法院判无罪,那他的风险就更大了。所以我觉得可能是通过后往前推动的一种方式推进律师在整个刑事诉讼三个阶段当中发挥重要作用。

计时俊:公安机关查明案件事实,检察机关是根据案件事实来衡量是否构成犯罪并提起公诉法院通过审判就罪与非罪、此罪或彼罪、如何量刑进行判决。现在我们如果仅在审判阶段就案件事实与罪名提出了异议,那某种程度上增加了有效辩护的难度。

丁俊涛:律师辩护权的保障应该分为很多方面,就像刚才我们聊到的,现在案件的刑事辩护全覆盖以后,律师的介入都是案件已经到了法院阶段。所以我认为对律师执业权利的保障,最终目的也是让这个案件的辩护能够取得一个实质性的效果。为了达到辩护效果,前提要解决“阅卷问题”,阅卷的效率问题和完整性问题都会影响到律师辩护的实质化效果。辩护律师代理一个完整的刑事案件,分为公检法三个阶段,审查起诉阶段上海检察系统是通过光盘的方式让辩护律师阅卷,该阅卷方式高效便捷。但是到了法院以后可能面临着很多卷宗材料,而且法院没有直接给光盘的工作习惯。所以我认为在这样的情况下,是让法院延续借鉴检察院给光盘的阅卷方式,或者是给律师充分的时间来阅卷,这种保障辩护律师高效拿到全部卷宗的做法,是保障律师执业权利中最核心最基础的一项“民心工程”。因为公安和检察院两个阶段没有介入,时间上对一个案子的辩护准备本来就不充分。如果法院阶段拿到的卷宗不完整或者不及时,都会影响一个案子有效辩护的效果。

计时俊:这倒也是。因为现在刑事辩护案子越来越多,法律援助案子越来越多,而我们承办法律援助的律师数量并没有因此而产生井喷的情况下,让每个法援律师放弃研究案情的时间去复印几十本乃至上百本案卷,那时间成本实在是太高了。我们可以就至少法律援助案件,

为了阅卷的方便,与法院协商来提一提这个问题,让法庭与检察院保持一致,提供光盘刻录,节省大家的时间。

丁俊涛:刚才王律师讲到庭审实质化问题,我深有感触,还有些补充。很多案件在法庭辩护的时候,法官可能对这个案件有了自己的思路和观点,也就是“先入为主”,在法庭上律师可能很难充分发表辩护意见。有一些案件可能在辩护的时候法官会说,简要发表相关辩护意见,庭后递交书面辩护词。就像证据的开示在法庭,对案件的充分合理的辩论更要在法庭,在法庭上让辩护律师充分发表对案件的辩护意见,这种给予辩护律师的充分“辩护权”也是对辩护律师执业权利保障的应有之意。关于判决书,一个律师做无罪辩护侃侃而谈,可能写了几十页辩护词,摆事实讲道理,头头是道,面面俱到。然而法官在判决书里可能只写一句话“辩护观点于法无据,不予采信”就把辩护律师打发了,辩护律师都无法理解法官的裁判要旨,被告人如何能服判呢?所以我认为法官在写判决书的时候应该将辩护意见写进去,充分说理体现在判决书里,如果法官不支持,为什么不支持?进行有理有据的剖析,这样也是法律职业共同体一种良性沟通的方式,这样的话对于辩护律师是一个交代,那么辩护律师对于受援的当事人或者家属也都是一个很好的交代。

赵斌:就像前面主持人说的,这

个全覆盖办法，我仔细解读了一下，可以分成三个部分，第一个部分是建立了一个刑事辩护全覆盖的制度以及各部门的协作机制。第二部分是要求法院给对律师辩护权、执业权利的保障。前面王律师提到诸如阅卷权等形式上的保障，丁律师提到了实质上的保障，比如法院应当在判决书里面完整评价律师的辩护意见。这个办法第三部分是对我们律师执业规范的要求，包括对律师的监督。从第一部分来看，实际上是从辩护率即数量上进一步提高司法公正性，而第二、第三部分实际上是从提高辩护质量来促进司法公正，这对法院和我们律师都提出了更高的要求。

计时俊：要让这个制度能够真正落地，就不仅要做到全覆盖，为被告人的合法权益辩护，还要求提升律师本身的素养。我们的专业水平如果不提升，这个制度迟早会毁在我们手上，所以这个制度其实影响最大的就是律师。人们能不能相信通过这样的制度能够追求到最大的公平正义，也就在于律师。但是在很多地方实际上律师并不多，专业的刑辩律师更少，该如何进行“全覆盖”呢？

王峰：这就回到刚才前面提到的一个问题，就是如何通过提高律师的专业水平来使得全覆盖的办法能够发挥本身应有的作用。一方面是前面丁律师已经提到的建立律师库，对于律师提供辩护应该设置一定的门槛，比如说要达到

什么样的专业水平，或者说从事长时间的刑事辩护工作，才能够被纳入到刑事辩护律师库里来，这是一个方面。另外一方面，我觉得从司法局或者全国律师协会层面，可能要加大对于律师的培训力度，这个培训主要就是针对律师在刑事辩护工作各方面的专业技能要进行非常系统全面而且深入的培训。同时通过这种培训，以及通过和司法机关共同交流，打造一个真正意义上的法律职业共同体。因为律师本身如果业务水平得到了提高，那么在检察官、法官心目当中的形象也会得到提升，这样才会促进整个法律职业共同体有一个共同的话语平台，来理性地探讨刑事案件。

计时俊：刚才谈那么多，都是希望这个制度能够落地，发芽生根，真正向良好的方向发展。但你们有没有考虑过假如这个制度不能落地，不能完全贯彻，或者贯彻完了以后，不能达到这个制度所要达到目的的时候，会对我们追求司法正义的决心有怎样的一种打击？以及如何可能才能够避免？

王峰：我觉得这个当中有非常重要的一个关键性问题，可能需要我们全社会来关注。因为现在全覆盖只是把律师辩护的范围覆盖到所有的案子在一审阶段，但是覆盖只是解决问题的第一步，随之而来的第二步，就是律师真正在审判阶段所提出来的这些辩护意见在多大程度上能够得到法院的采纳。因

为如果大量的辩护意见得不到法院的采纳，一方面对于法官来讲工作量增加了，因为所有的案子都要有律师，但同时律师的辩护意见又不能够得到有效的采纳，大家又会觉得请了律师和不请律师没有差别，还浪费了时间。这就回到刚才两位律师都谈到的一个问题，就是在保障律师执业权利当中，现阶段可能往往都停留在一些程序性的保障，比如说保障律师的会见权，保障律师的阅卷权等等。但是现在我们觉得更加要重视保障律师辩护意见得到采纳的实体性权利的保障。如果律师的辩护意见得不到采纳，我们花了大量的司法资源来投入到审判阶段的工作，但是实际上对于最终的结果又形成不了任何影响，律师的作用也发挥不了，这样全社会可能对于律师的作用又会打一个问号，这又会影响刑辩全覆盖办法的初衷。

计时俊：其实就是对各方面都提出了更高的要求。今天聊得非常开心，聊得很透彻。大家从法院的角度，从律师本身的角度，从社会公平正义的角度都做了一些总结，那么我们希望这样的一个制度，能够真正地推行下去。也从提高律师执业水平的角度，能够提升检察官、公安人员以及法官整体专业水平，能够让人权保护和司法正义的光芒照耀到每个人。谢谢三位嘉宾！

（本文内容根据录音整理，系嘉宾个人观点，整理时间：2017年11月16日）

请律师有用吗？

从一起将被告人刑期从无期减到一年半的案例谈起

文 | 姚延康

我至今执业二十八年有余，1986年有幸通过第一次全国律师资格考试，并于1989年取得了律师执业证。如算上1985年在上海市第二律师事务所实习后留下以法律工作者身份办案的年份，当有三十多年了。三十余年的经历，终将留下些不能忘却的记忆，而在我脑海中印象最深的是二十多年前办理的一件案情简单的刑事案件。

我是个律师，因此常有朋友、亲戚、认识的或不认识的由人介绍或有慕所之名的人来咨询各种遇到的问题，有民事的、行政的、刑事的，特别是刑事案件的咨询者。在提供了咨询意见后，我总是建议说：“最好请个律师。”如果咨询者表情迟疑或认为没必要，甚至这样问我：“请律师有用吗？”这时我总会给他们讲个故事。

一个母亲因孩子偷了一块手表，被公安机关逮捕，为了让孩子能通过这件事有个教训，让其改邪归

正，她决定不请律师，“让他吃点苦才能改好！”这是母亲的心声。可是结果却出乎这个母亲的意料，绝不是让孩子吃点苦这么简单，孩子一审竟被判无期徒刑，孩子将吃大苦。母亲的心颤抖了，这不是她希望的结果。二审时，为了弥补内心对孩子的愧疚，她力排众议，坚定不移地请了律师，最终结果由无期徒刑改判为一年六个月的有期徒刑，母亲笑了，她的喜悦之情无法形容，她知道这是她请了律师的结果。“您说请律师有用吗？”讲完案例，我总会这样反问我者。

1995年某一天，我所特邀吴宝珠律师一起接待来访者，我听到了上述这个母亲一审为什么不请律师的原因，这次是经人介绍，慕名而来想请吴律师担任其孩子二审的辩护人，她也知道这个案件改判的希望渺茫，但一定要吴律师帮帮忙，接受这个案件的委托，并表示：“在一审时没有请律师，造成了现在这

么严重的后果，二审一定要请律师，不管二审的结果如何，我都能接受，因为我尽力了。”这是母亲的忏悔。当吴律师看完一审判决书，表示改判的希望几乎没有时，母亲表达了上述一定要请吴律师担任二审辩护人的决心。

接受了委托，吴律师要我去高院阅卷，我摘抄了案卷材料，向吴律师作了汇报。案情太简单，被告人去朋友家玩时，拿走了一只放在床头柜内的手表，然后在一家舞厅门口出售，得赃款150.00元，作跳舞之用。经失主报案，公安机关很快锁定了被告人，将其拘捕。追回的赃物——手表，经区物价事务所鉴定为劳力士牌手表，核价为人民币59000元。有被告人供述，有赃物，有物价事务所的鉴定书，事实清楚，证据充分，适用法律正确。二审只是走程序的事了。

阅卷后，我对鉴定书上的依据“依市场价九折定价”进行核实，于

是我去了亨得利钟表店、亨达利钟表店、上海手表店、华联商厦的钟表柜、中百一店的钟表柜、东方商厦的钟表柜，在这些上海滩最有名的钟表店我都没有找到这款手表。我便电话联系了区物价事务所本案的承办人，告知他在上海找不到赃物手表的市场价，他说不可能，我便将找手表的经过告诉了他，又请他将赃物手表市场价的依据告诉我，他迟疑了一会，他们是请上海滩最有名的钟表店——亨得利钟表店里上海滩最有名的钟表师傅做的鉴定和核价，是不会错的。应我请求，他告知我这个钟表师傅的姓名，让我找他问问情况。

我找到了这个师傅，告诉他赃物手表的型号，问他店里有没有，他以为我是找他帮忙买手表的，回说没有。我又告诉他我走遍了上海有名的钟表店，找不到这款手表，他说确实没有。接着我告诉他是区物价事务所要我找他问问这个手表鉴定核价的情况，他想了想说有这件事，这个手表是没有销售价的，他是按类似手表打九折定价的。我又问他在鉴定时有没有打开手表的后盖看过，他回说没有。谢了师傅，回所后将调查经过告知了吴律师，她一听是这样的情形，马上兴奋起来，凭她多年办理刑事案件的经验已敏锐地感觉到这个没有希望的简单刑案有“搞头”了。她说：“你继续调查，我先把这个情况通知承办人。”我继续调查，了解到上海进口表的核价权在上海钟表行业协会，于是去了协会，接待我的是会长，听我介绍情况后，查看了档案，明确告诉我这款手表没有进口过，没有核价的记录，并应我请求，出具

了证明。至此，已能确实证明区物价事务所的“依据市场价九折定价”的市场价是不存在的。我把调查经过写了个情况说明，提出了重新鉴定核价的请求。吴律师把情况说明和上海钟表协会出具的证明文件送交给了市高级法院承办法官，并把请求重新鉴定核价的意见和承办法官作了沟通。材料送上去后，吴律师又多次和承办法官联系、沟通，但很长一段时间得不到法院是同意重新鉴定核价或是不同意重新鉴定核价的回复，只能在煎熬中耐心等待。在这期间，吴律师还向承办法官传达了重新鉴定核价的费用可由被告人家属承担的意思。终于等到了这一天，吴律师要我和被告人家属联系一下，问是否愿意自费重新鉴定核价。承办法官的意思是这钱暂时存放于法院，如重新鉴定核价有变化，钱退给被告人家属；如没有变化，这费用由被告人家属承担。被告人母亲得知这一消息时，马上表示同意，并立即去法院将钱交给了承办法官，对吴律师谢了又谢，她看到了希望的曙光。

在和承办法官联系重新鉴定核价的过程中，承办法官同意了我特别强调这次鉴定核价一定要打开手表后盖的意见，并表示会将这个意见转告重新鉴定核价的机构——上海市物价事务所。

上海市物价事务所邀请了上海滩三家有名钟表店的老法师共同鉴定核价，打开赃物手表后盖的一瞬间决定了本案将发回重审的结果——手表的机芯是用塑料材料制作的，鉴定为冒牌劳力士手表，核价为人民币950元。

本案最后由上海市黄浦区人民

法院开庭审理，改判被告人有期徒刑一年六个月，如果被告人不是累犯，结果会更好。

通过这个案件的办理，办案必须认真的理念深植于我的脑海，由于在这个案件的办理过程中对法院案卷中的证据进行了认真的核实，纠正了对被告人的轻罪重判。认真办案是我所的传统，老主任郑传本律师的名言是“律师不认真办案，会误人终身”。本案的办理证明了律师认真办案，会给委托人带来喜悦，反证了郑老师名言的正确。

此外，我认为律师认真办案，收了委托人的代理费，为委托人办案的同时也在为国家做事，纠正了法院的错判，维护了委托人的合法权益，维护了法律的尊严，同时也杜绝了国家赔偿的后遗症。



姚延康

上海市郑传本律师事务所合伙人。
业务方向：刑事、行政。

用合理怀疑确立自首情节

王某故意伤害致死案

文 | 丁俊涛

一、案情简介

2010年7月某日，凡某在其经营的夜排档因琐事与顾客徐某甲、徐某乙等人发生争执，遂纠集周某，周某纠集王某、施某等人到现场，双方发生冲突，徐某甲因头部遭受钝性外力作用致颅脑损伤而死亡，徐某乙系轻微伤，案发后王某逃逸。

2011年上海某基层法院判处凡某、周某有期徒刑5年，认定王某是持啤酒瓶打击徐某甲的头部致其死亡的行为人。2015年5月某日，王某在辩护律师陪同下投案自首。

2015年11月某日公诉机关指

控王某：犯故意伤害罪，直接致死被害人徐某甲、自首情节不成立、量刑建议14年以上15年以下。

二、争议法律焦点

（一）致死徐某甲的行为人是王某，还是另有其人？

（二）王某的行为是否成立自首情节？

（三）能否对王某参照凡某、周某在5年左右量刑？

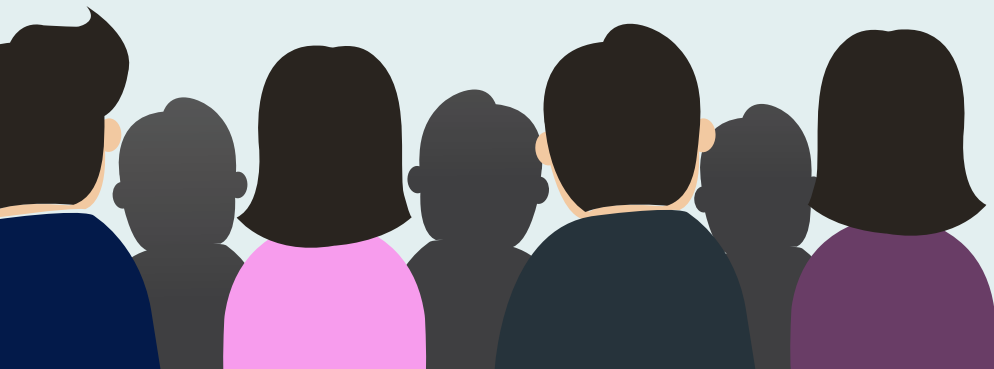
三、律师评析

律师评析分为辩护难点梳理、辩护策略选择、辩点具体展开三个方面：

（一）辩护难点梳理

此案的特点可以用重大、疑难、复杂来形容，本案具有极端的特殊性，属于辩护难度超大的案件，稍有不慎，被告人就会面临15年左右的有期徒刑甚至无期徒刑，具体辩护难点作如下梳理。

1. 2011年法院生效判决的既判力，决定此案事实认定方面辩护人突破的难度巨大。如果延续2011年的判决，被告人王某将被认定为直接致死徐某甲的行为人，在被害人刑事谅解书出具与否、经济赔偿



是否谈妥都具有或然性的背景下，法院对王某的判处根据个案平衡原理，会远重于凡某和周某。

2. 王某自动投案后的“如实供述”将会遭遇一审判决既判力的后遗症效应，从而使“如实供述”会被司法机关认定为“交代不诚”，导致自首情节不成立。王某参与的事实情节为“持菜刀刀背砸了死者徐某甲背部四下”，而2011年判决已经认定“王某持啤酒瓶打砸被害人徐某甲头部致其颅脑损伤死亡”的所谓“事实”，那么王某的如实供述将会与原2011年判决认定事实相矛盾，如实供述反而不成立自首。

3. 本案真正致死被害人徐某甲的“刘某”，也因为侦查机关侦查方法的失当，从而没有机会再重启侦查追究“刘某”的刑事责任。既然2011年的判决已经确定了积极参与本案的为凡某、周某和王某，前两名行为人已经查清了参与的细节，王某被认定成直接致死被害人徐某甲的行为人顺理成章。

（二）辩护策略的选择

针对本案的辩护难点，辩护律师选择了“进攻性防御”的辩护策略，通过进攻性很强的辩护，从而达到保住王某的自首情节进而争取与凡某、周某不相上下的刑期，实现有效辩护。辩护人通过二十余次的会见、六份律师意见书、卷宗材料的反复研读，决定执行该辩护策略，具体策略如下：

1. 将致死被害人徐某甲的行为人范围不再局限于是积极参加者凡某、周某、王某三人，而是将矛盾激化，将矛头引向外围。具体方法：

引出真正致死被害人徐某甲的犯罪分子在本案中可能没有被追究，更有甚者侦查机关严重低估“刘某”在本案中的作用，对其没有采取侦查措施。通过卷宗材料中的诸多矛盾，将这个合理怀疑放大，从而让司法机关无法排除真正致死者为案外人“刘某”的合理怀疑，从而让法院产生“疑罪从无，又得兼顾公诉机关”的顾虑。

2. 通过真正致死者可能为“刘某”的合理怀疑不能排除，让法院淡化致死被害人徐某甲的真实行为是谁这个案件事实，那么在淡化真实致死者的情况下，王某供述的仅仅用菜刀刀背打砸被害人徐某甲背部的供述，就自然成立“如实供述”，那么法院也便以“部分行为全部责任”为法理来认定王某故意伤害罪共犯成立，同时认定成立自首情节。从罪名上支持公诉机关、从刑期上兼顾王某，通过“平衡”作出智慧的判决。

3. 通过个案平衡原理，紧盯着2011年的凡某、周某作为被告人的判决结果，即两人均被判处5年有期徒刑的最优刑期。虽然凡某、周某归案及时，具有自首、赔偿、刑事谅解书、当庭认罪、没有前科、且案件参与度比较低等多个优于王某的情节，但是辩护人结合案件的特殊情况，用“疑罪从无”“个案平衡”“生效判决既判力”等原则来达到逼近最佳刑期的目的，从而最大化王某的诉讼权益。

（三）辩点的具体展开

对辩护策略的贯彻和执行就是体现在辩点的选择和展开，因为字



丁俊涛

北京长安（上海）律师事务所律师。

业务方向：刑事辩护，法律顾问、商事纠纷。

数有限，就简要罗列辩点，不过分展开。

1. 关于“王某用啤酒瓶打砸被害人徐某甲头部，啤酒瓶当即碎掉”这个所谓“案件事实”的内容仅仅体现在凡某的讯问笔录中，作为认定王某为直接致死人的唯一一份“直接证据”，对凡某口供内容可信度要进行审查，如果排除凡某口供的可信度，本案就没有了直接证据。特别说明：凡某关于目击王某持啤酒瓶打砸被害人徐某甲头部确实为虚假陈述。

笔者为将凡某虚假陈述可视化，做了一份凡某讯问笔录的摘录分析表格，根据笔录制作时间、具体笔录的页码和位置、供述内容列



举、核心供述内容分析、对比差异化,对公诉机关递交的4份2010年凡某的4份笔录进行分析,找到了8处前后矛盾的供述,推翻了对王某最不利的一份“直接证据”。具体矛盾点为:

(1) 关于周某是否在王某和徐某甲进行殴打之前就已经逃离现场,供述前后矛盾,且与周某本人供述的内容相矛盾;

(2) 关于王某砸徐某甲的啤酒瓶(头部、躯干部位)是否当即碎掉,供述前后矛盾,且供述内容与尸体检验报告相矛盾;

(3) 关于王某用几个啤酒瓶砸徐某甲,前后有四种说法,相互矛盾;

(4) 关于王某所持啤酒瓶是从饭店南侧酒桌旁地上拿的,还是在北侧酒桌旁地上拿的,供述前后矛盾;

(5) 关于王某是否持菜刀、菜刀材质及大小的描述、逃走时王某持刀的姿势,供述也前后矛盾;

(6) 关于周某殴打徐某乙的事实,凡某就在现场目击全程却说没有看见,周某本人竟然承认殴打了徐某乙;

(7) 凡某供述周某往南逃了,这与周某供述的自己往北逃走了不一致,相互矛盾;

(8) 谁打电话纠集周某、王某等人这一关键的案件细节,前后做了四次不同的供述,前后矛盾。

2. 被害人徐某甲系被“刘某”用啤酒瓶砸打头部致死,“刘某”的作案嫌疑在前案和本案中均未排除。

(1) “刘某”这个重大犯罪嫌疑人最早出现在周某的讯问笔录中,内容:“刘某”用啤酒瓶砸了被害人徐某甲的头部,酒瓶没有碎。关于周某口供的可信性,辩护律师从五个方面进行了展开,目的是为了确认周某该目击内容的真实性,从而让司法机关无法排除真正致死者可能系“刘某”的合理怀疑。

(2) 侦查机关对涉案人员“刘某”侦查时的排除方法不适当。侦查机关根据周某提供的“刘某”(谐音)大概户籍地,调取该户籍地范围内适龄的名为“刘某”的照片,让周某辨认,周某未辨认出,公安机关遂排除了“刘某”这个人的存在。不当之处:侦查机关检索谐音的“刘某”,字可能是错误的,周某未辨认出来,恰恰证明“真刘某”没有找到,没有找到就是合理怀疑没有排除。

(3) 侦查机关对另外一位重要的目击证人施某未进行调查,再一次错失查获“刘某”的机会。侦查机关根据周某的口供,得知案发现

场除了有“刘某”,还有另外一个重要的目击证人施某。如果想合理排除“刘某”为犯罪嫌疑人的话,另一途径是对现场目击证人施某(辩护人认为在当时的情况下,从刑事侦查的角度应该先将其定义成犯罪嫌疑人,随着侦查的明晰,再对其重新定义成违法嫌疑人或者证人)调查取证,通过其口供来明晰“刘某”的身份情况及其在本案中的作用。

3. 退一步讲,王某也成立自首。

侦查机关对“刘某”的不当排除及对施某在本案中重要价值的评估失当,导致直接致死被害人徐某甲的行为人身份这一核心事实没有查清。退一步讲,王某也仅仅是共犯责任,归案后关于“仅持菜刀刀背打砸被害人徐某甲背部四下”的供述为“如实供述”,且是在辩护律师陪同下投案,所以自首情节成立。

四、结论

法院判决:被告人王某与他人结伙持械伤害他人,致一人死亡,一人轻微伤,其行为构成故意伤害罪。辩护人关于王某有自首情节的辩护,经查,符合自首的法律规定,辩护人提出的相关辩护意见本院予以采信。

被告人王某犯故意伤害罪,判处有期徒刑五年。

律海逐梦

文 | 徐颖



新闻里播着的艺考招生季的场面是如此的熟悉。那年，爸爸陪着我，我去上海戏剧学院的艺考招生专场咨询，拿着一个个艺术类院校摊位的招生简章，思考着该报哪个专业，甚至还去参加了几所学校的面试。可是，人生往往比艺术更充斥着戏剧性，每每不同的选择却造就了不同的人生轨迹。最后，在艺术类院校和法学院之间我选择了后者，“明星梦”终究抵不过“律政梦”。

记得去年一对当事人夫妇在办理完委托手续后问我：“徐律师，我女儿今年高二，困惑以后考什么专业，你是女孩子怎么想到学法律、当律

师？”我笑了笑说：“当律师是我儿时的梦想。”这句话换来了两声惊呼。时光隧道好像来到了小学语文课堂上，老师让大家说一说“我的志愿”，同学们都站起来说长大要当医生、工程师、画家。然后有个稚嫩的声音站起来坚定地说：“我长大要当一名律师，像电视里的那样。”那就是我。

实现梦想的过程永远不可能一蹴而就，那其中会有利弊权衡会有现实疑虑，但一定少不了坚持。在经过了法学院的学习和所有法律人视为第一大门槛的司法考试后，我离梦想越来越近，终于进入了实习期。那一年渴望积累，渴望实践，在将一篇

篇实习周记装订成册后，迎来了最终的面试考核。面试的最后，其中一位考官很认真地对我说：“你特别适合当诉讼律师，记住，一定要做一名诉讼律师。”那天之后，我听到了别人对我的新称谓“徐律师”，梦想成真的一刻是如此的奇妙和喜悦。拿着律师证才意识到梦想的实现才刚刚开始，要扬帆远航将要面临更多的不易和努力。

从刚开始进法院律师通道被工作人员好奇打量：你也是律师？至今已经整整3年，3年的执业生涯让我真正融入这份职业。曾经有人说过这个世界上只有律师和画家才有

能力把原本白色的变成黑色，如果是艺术品当然没问题，但如果是一个案件的是非公义颠倒，那就很严重了。所以我坚奉作为一名律师应以维护当事人的合法权益为己任，以法律之正义为精神。

这些年面对当事人，让我明白任何案件对于律师而言可能只是一个案子，但对于当事人而言却事关切身利益，甚至影响着他们的生活和未来。所以，作为律师，专业和敬业尤为重要。办理案件时展现专业能力，善用沟通技巧，建立足够的信任是代理或辩护工作顺利进行的前提。从建立委托关系那一刻起，律师和当事人就将并肩作战。虽然各个案件的标的有大小之分，耗时有多少之分，但我在处理案件时的认真、专注的态度却是一视同仁。

亚里士多德说：“法律是不容许掺杂激情的。”并非我对亚里士多德不敬，但我却觉得激情是学好法律和进行实践的关键。正因为拥有激情，才能有坚定和强烈的自我意识来坚守信念，才能时刻保持自信。所以激情和自信是作为一名律师绝对不容欠缺的。面对案件时，我从了解案情、沟通取证，到确定诉讼策略、起草文书，到庭审辩论，或是从法律检索、尽职调查、参与谈判到风险预判、交易达成的每一步都毫不倦怠。我骄傲于每一个做过的案件和参与过的项目，多一个案件则更多一份自信和从容。每当我拿到胜诉判决或无论什么结果当事人都对自己的表现和

付出表示极其认可和理解的时候，每当我为犯罪嫌疑人辩护成功或者让家属得到心理安慰和由衷感激的时候，我会无比庆幸我是一名律师，才能体会如此美妙的成就感。

律师是一个需要通晓各类知识的职业，所以适时补充不同领域的见识和认知对职业提升很重要。我参加辩论赛，提升诉辩技巧，收获友谊也收获荣誉；我依然热衷各类艺术活动，兴趣爱好的充实让生活更加丰富；我进修心理学，成为一名高级心理保健师，因为我觉得很多案件的当事人更需要一种心理疏导，他们除了想要咨询法律意见外，更需要一种心理上的倾诉。就像邹碧华法官告诉我们的——“法庭上的心理学是一把看不见的利剑”。

做律师哪会只有一帆风顺，光鲜亮丽呢？在执业过程中，如何面对质疑也是我们的必修课。有人说我们无良，老给“坏人”做辩护，我想说，那些“坏人”也有基本的人权。艾伦德肖维茨告诉我们：“在法律和道德的范围内全力以赴，代表当事人的观点，这才是辩护人职责之所在。”有人议论我们拜金，还未工作先谈收费，我想说，律师费换来的不仅是我们的时间还有我们的心血。有人总不屑地说，找你们律师准没好事，我会告诉他，法律和养生一样，预防胜于治疗。有人会一个劲地泼冷水说风凉话，质疑法律只信关系，那时我们要坚信中国法律行业仍然是个年轻的行业，虽还有很



徐颖

上海元竹律师事务所律师。

业务方向：民事、公司法、知识产权。

多不尽如人意，但我们一直在努力完善，改变是看得见的。

逐梦的风帆刚刚扬起，未来的律途更需勇气。我将牢记法律执业首先是我的职业，并谨将法律执业的谋生意义置于职业意义之下，用专业来无愧这份职业荣誉。一身专业战袍之下的律政佳人依然会带着隐形的翅膀站上这个年轻战场继续实现那最初的梦想！



编者按：

为弘扬行业优秀文化，促进行业交流，上海律协以“真人、真事、真情”为主题，于2016年11月27日举办了“聆听律师的声音”（第一季），让律师们讲述自己的故事。

本季邀请了包括上海律协会长俞卫锋在内的8位律师，讲述了各自的执业故事，展现了上海律师多角度的工作和生活。活动取得了热烈的反响，律师嘉宾们的执业故事触发了广大同行的感悟与共鸣，他们的执业经历和经验则提供了宝贵的参考和借鉴。《上海律师》陆续刊出他们的演讲故事，以赠更多读者。

感谢、责任和一个问号

文 | 俞卫锋

2015年4月18日，在上海市第十届律师代表大会上，我当选为新一届上海市律师协会会长。在当时的获选感言中，我提了两个词和一个标点符号，那就是感谢、责任和一个问号，这三个关键词陪伴我一路走过整整两年时间。

第一个关键词是感谢

我要感谢律师同仁、各级领导的信任和支持，还要感谢我通力的同事和我的家人。是通力的同事帮我分担了业务和管理工作，使我在律协履职时没有后顾之忧；没有通力同事的全力支持，我进入律协的脚步不会这么从容。我更要深深感谢我的家人，没有家人的支持，我跨入协会的脚步不会这么坚定。

第二个关键词是责任

从陆家嘴通力事务所的办公室到徐家汇上海律协的办公室，办公室变大了，责任加重了，压力自然也随之增加。我是个完美主义者，也同样追求着“匡扶正义、促进法治”的理想，但律师业的发展并不能仅靠理想和情怀，它需要清晰的发展规划和脚踏实地的工作，路在脚下，路是走出来的，所谓空谈误国，实干兴邦。

第三是一个问号

这个问号是我真实又严肃的思考，而且这个问号在我心里越来越大。

上海每家律所的情况是怎样的，每名律师状况如何？我真的了解他们吗？历届理事会报告中提到的诸多问题如何解决？全上海的律师的眼睛都看着我，上海律协十届理事会今后四年要做什么？怎么做？思考和落实这些问题就成为我工作的主旋律。

路是人走出来的，一路走来，



俞卫锋

上海市通力律师事务所主任、上海律协会会长、全国律协常务理事、上海仲裁委员会委员。

业务方向：收购兼并、跨境投资、私募股权投资、商事纠纷解决。

真诚、认真、坚持，始终陪伴着我的职业生涯，真诚就是摒弃私念、谨记责任；认真就是脚踏实地、少说多做；坚持就是不忘初心、不言放弃，未来就在认真和实干中。

今天站在这个舞台上，距离2015年4月18日已经过去了整整两年，我始终没有忘记当初的获选感言，这是我的即席发言，更是一份对全上海的律师的承诺，是我代表律协十届理事会对大家做的集体承诺。今天我愿意在这里再重温一次当选感言，这即是对我的再次提醒和鞭策，也是再一次对行业的庄严承诺！

有各位的支持与信任，我们十届理事会有信心，也相信未来能够百尺竿头更进一步、再续上海律师业的辉煌。希望今天的“问号”在四年之后是个“句号”，甚至是个完满的“感叹号”！



扫一扫，观看精彩视频



击破“避风港”的三种情形

解析特定情形下网络技术服务提供者的事前审查义务

文 | 李肇

法律的世界里存在着许多规则，譬如“买卖不破租赁”、“善意取得”、“发行权一次用尽”等，这些规则都是人们在某种特定条件下制定的，在维系法律乃至社会经济生活的秩序上发挥着重要的作用。但是，既然这些规则是人为制定的，就存在着被击破的可能，就如“买卖不破租赁”规则，在遭遇“先抵押后出租”情形时即被击破而不再适用。今天，我们要讨论的是在涉网络知识产权案件中如雷贯耳的“避风港”规则，探讨它产生的根本原因，以及在何种情形下可能被击破。

一、当网络维权撞上“避风港”规则

伴随“互联网+”经济模式的盛行，网络日益深入到社会经济生活的各个层面，各类网络平台经营者如雨后春笋般冒了出来，随之而来的便是各类涉及网络的知识产权侵权纠纷层出不穷。一般情况下，知识产权权利人无法获知提供被控侵权的作品、商品或服务的主体的具体信息，但通过查询网站的 ICP 备案信息、网站内容、域名等，比较容易获知网络经营者的相关情况，故起诉后者的情形较为普遍。但是，一旦权利人起诉网络经营者主张侵权责任，被诉方几乎无一例外都会以自己是网络技术服务提供者的身份，提出抗辩，诸如——

“对网络平台上的海量信息进行合法性审查根本不可能，也成本太高，是对网络平台经营者的苛责”；

“被告仅是提供信息存储空间、

搜索、链接等网络技术的平台，不应承担直接侵权责任”；

“被告系电子商务平台服务商，经营范围仅为提供信息技术服务，不含商品销售，不应对售假行为承担侵权责任”；

……

相信权利人对于网络经营者的上述抗辩都已耳熟能详，这些抗辩虽然表达方式各异，但是其实质是都援引了“避风港”规则。

那么，什么是“避风港”规则呢？一般情况下，网络技术服务提供者事前没有义务对其网络传播的信息的知识产权合法性进行主动审查，因此不应认定其应知被控侵权信息的存在，这就是被各国普遍接受的“避风港”规则，即“一般不负事前审查义务”规则。《美国千禧年数字版权法》第 512 条、《欧盟电子商务指令》第 15 条都体现了“避风港”规则。而在我国，《侵权责任法》第三十六条和



《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称“信息网络传播权司法解释”)第八条也体现了这一规则。根据这两条规定,网络技术服务提供者未对网络用户侵害信息网络传播权的行为主动进行审查的,人民法院不应据此认定其具有过错。当然,需要引起注意的是,“避风港”规则仅针对网络技术服务行为,如果网络经营者直接实施了内容服务提供行为,则无法进入“避风港”来免责。

从上述定义及规定不难发现,“避风港”规则发端于著作权法上的信息网络传播权保护领域,但是随着电子商务的蓬勃发展,尤其是《侵权责任法》第三十六条的出现,使得这一规则的适用领域迅速扩展到侵害商标权领域,特别是在对电子商务平台服务商的责任进行界定时,法院往往将其作为裁判考量的重要因素之一。自“避风港”规则引入我国以来,在涉网络知识产权案件中被告的网络经营者通过援引“避风港”规则实现全部免责或者免除赔偿责任的案例屡见不鲜。因此,当权利人追究网络侵权行为责任时,这一规则似乎成为了横亘在权利人面前的一道难以逾越的高墙。

二、“避风港”规则产生的根本原因及其固有缺陷

我们从法律角度不难发现,“避风港”规则所体现的“一般不负事前审查义务”并非天然公平的,因为对网络服务提供者的公平很可能就是对权利人的不公平。因此,“避风

港”规则产生的根本原因并非是基于公平正义的考虑,而是基于对效率和经济性的理性考虑。事前进行知识产权合法性审查的成本往往过高,不仅是因为利用网络进行传播的信息量巨大,逐一审查难度太高;还因为知识产权合法性审查本身难度较高,难以通过软件或机器自动完成,需要交由具备专业知识的人员进行人工审查,因此事前审查的执行成本太高。如果苛求网络技术服务提供者承担这一成本,其势必会转嫁给网络用户。同时,事前审查还会损害网络的即时性,影响网络的正常使用。凡此种种,都会提高社会成本,不符合法律经济性原则和利益平衡原则。所以,“避风港”规则产生的根本原因是经济理性和利益平衡。

从经济理性的角度来分析经营者应当承担的预防成本,源自美国联邦第二巡回上诉法院的汉德法官1947年在Carroll Towing案中所确立的汉德公式。汉德法官认为,如果预防的成本小于事故导致的损害与事故发生的可能性的乘积,则认定被告未采取预防措施就存在过失。汉德公式所体现的就是合理预防原则,即从避免不当加重平台服务商的事前审查义务和经营成本的角度,确定平台服务商一般不负事前审查义务,但也应当根据其具体情况,采取必要、合理、适当的措施,其中就包括众所周知的“通知+删除”规则。

既然“避风港”规则的产生并非是基于公平正义,而是基于效率和经济性考虑,因此该规则不可避免地带有强烈的功利主义色彩,而这

种功利主义又必然会导致对于权利人的不公平和利益受损,这也就是该规则的固有缺陷。法律的利益平衡原则要求法院的裁判应当兼顾权利人、网络经营者、社会公众的利益,单纯地保护网络经营者的“避风港”规则必然造成利益失衡,亦会影响到整个互联网的健康良性发展。

三、特定情形下网络技术服务提供者的事前审查义务

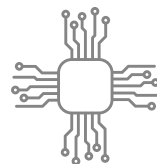
前面已经提到,“避风港”规则在单纯保护网络服务提供者的同时,会造成对知识产权权利人的利益失衡,因此司法裁判者必须平衡此种情况,在特定情形下击破“避风港”规则,赋予网络技术服务提供者更高的注意义务,要求其主动对知识产权合法性进行审查,并认定其在事前就应当知道被控侵权行为存在的事实。可以从我国司法实践中的具体做法中归纳出以下三种击破“避风港”规则的情形:

1. 直接获益下的事前审查义务

如果网络技术服务提供者从被控侵权信息的传播中或特定交易中直接获得经济利益,则不能再进入“避风港”,而应当在事前主动审查知识产权合法性。这里有必要提一提网络技术服务提供者通常会主张其核定经营范围为信息技术服务,而不是内容提供或商品销售,因此不应承担相应侵权责任。但是,认定某一主体是否应当负上侵权责任并不取决于该主体本身的资质,而是其实施的具体行为,这是一个事实认定的问题。网络技术服务提供者当然也可以提供内容或销售商品,就如同

1. 参见北京市高级人民法院(2012)高民终字第3969号民事判决书。

2. 参见广东省高级人民法院(2015)粤高法民三提字第6号民事判决书。



家具店可以卖雪糕一样，并不当然导致行为无效，这在《合同法司法解释（一）》的第十条中已有体现。

网络技术服务提供者如果从内容提供或者商品销售行为中直接获得经济利益，甚至于直接传播内容或销售商品，或与直接提供商品或服务的网络用户合作经营，此时其扮演的角色已经不再是技术服务提供者，直接获得经济利益的方式表明网络经营者应当知道信息内容，那么既然应当知道，则审查其知识产权合法性就不再是过高要求了。因此，根据权利义务对等原则和效率原则，此时网络技术服务提供者应当承担事前审查义务，这在《信息网络传播权司法解释》第十一条中已经有所规定。例如，在迪桑特公司诉今日都市和走秀公司团购行为侵害商标权纠纷案中，今日都市公司从被控侵权商品的每一笔交易行为中直接获得经济利益，因此法院认定其应当对被控侵权商品及相应交易行为的合法性进行事前审查¹。又如，在完美（中国）有限公司诉优乐互联（北京）信息技术有限公司侵害商标专用权纠纷案中，法院认为，团购网站所承担的侵权责任形态应根据其所提供的服务性质具体分析。若仅提供在线销售平台、不参与商品经营的团购网站，其属于网络技术服务提供者；但若除提供在线销售平台之外，还参与商品销售、从商品的销售中获取利益分成的团购网站，则不能主张以网络技术服务提供者身份承担间接侵权责任²。

2. 特定服务模式下的事前审查义务

在某些特定的经营模式中，网

络技术服务提供者可能并不明知被控侵权事实，但是如果公开传播的信息或者销售的商品的侵权可能性较大，而且网络技术服务提供者从这些侵权可能性较大的行为中获得了利益，则按照权利义务对等原则，同样应该要求其与服务提供者一样对知识产权合法性进行审查。如《信息网络传播权司法解释》第七条就规定，网络服务提供者以言语推介、技术支持、奖励积分等方式诱导、鼓励网络用户实施侵害信息网络传播权行为的，人民法院应当认定其构成教唆侵权行为。又如按照该司法解释第十条规定，如果网络服务提供者需要人工处理相关信息内容，诸如设置榜单、目录、索引、描述性段落、内容简介等方式推荐所传播内容，则推定其必然知道被控侵权的信息内容，从而应当要求其承担事前审查责任。例如，在新力唱片公司诉世纪悦博公司案³、环球唱片公司诉阿里巴巴侵犯录音制作者权纠纷案⁴中，法院均持上述观点，认定被告应当对被控信息的合法性进行审查。此时，原属于网络技术服务提供者的“避风港”即被击破。

3. 实质性改变下的事前审查义务

除了上述两种情形外，根据《信息网络传播权保护条例》第二十二条的规定可知，如果网络技术服务提供者对被控侵权信息的内容进行了实质性改变，诸如专门针对被控侵权的具体内容设计有针对性的广告进行投放或插播等，则该行为本身即足以证明其明知被控侵权信息的内容，其就不能再以不知道而进入“避风港”免责，而应当负上事前的知识产权合法性审查义务。《信息网络传



李肇

北京市集佳律师事务所上海分所合伙人。

专业方向：知识产权，合同法，公司法。

播权司法解释》第十二条、《北京市高级人民法院关于审理涉及网络环境下著作权纠纷案件若干问题的指导意见（一）（试行）》中的第二十四条对此亦作出了相应规定。满足此种情形时，“避风港”亦被击破矣。

综上，我们分析“避风港”规则产生的根本原因后可以发现，其所体现的“一般不负事前审查义务”并非是一概而论、包打天下的，在特定情形下依旧会被击破。因此，知识产权权利人在网络维权时完全没有必要因所谓的“避风港”规则而逡巡不前，而应根据司法解释和司法实践中归纳的特定情形来勇于要求网络经营者负因未尽事前审查义务而应承担的侵权责任。

3. 参见北京市高级人民法院（2004）高民终字第714号民事判决书。

4. 参见北京市高级人民法院（2007）高民终字第1188号民事判决书。

有限合伙型私募基金中执行事务合伙人失职,有限合伙人可以代为诉讼吗?

文 | 王曦 袁德喻

有限合伙型基金是最为常见的私募基金组织形式。受限于《合伙企业法》的规定,有限合伙人(以下简称“LP”)无权参与合伙企业决策,也无权对外代表合伙企业,有限合伙企业通常由普通合伙人中的执行事务合伙人(以下简称“GP”)代表对外发生法律关系。设想一个场景,一个有限合伙型私募债权基金向第三方发放了一笔贷款,贷款到期后债务人未予清偿,而LP向GP多次发函督促其起诉债务人却杳无音讯,此时,LP可否仅为自己之利益以自己的名义起诉债务人,向哪个法院起诉,起诉前是否必须履行前置程序,又需要准备哪些证据呢?下文将通过法理分析和案例分析逐一解答。

一、LP可否以自己名义起诉,该权利可否约定排除?

根据《合伙企业法》第68条规定,“有限合伙人的下列行为,不视为执行合伙事务:……(七)执行事务合伙人怠于行使权利时,督促其行使权利或者为了本企业的利益以自己的名义提起诉讼……”该条从法律上明确了LP可以为合伙企业之利益以自己的名义代GP提起诉讼。

从司法实践上看,最高法院在“世欣荣和与长安信托、鼎晖投资等合伙协议纠纷”一案,¹“信达投资与河北融投置业等管辖裁定纠纷”一案²和“安徽瑞智房地产开发有限公司与焦建等借款合同纠纷”一案³中都认

为,在GP怠于行使权利的情形下,LP可以以自己的名义提起诉讼。

那么,该等规定可否通过约定排除呢?从法规上看,《合伙企业法》第68条并无“协议另有约定除外”的表述;从立法目的上看,有限合伙人代位行使派生诉权,其要旨在于赋予LP权利来监督和防范GP在信息不对称下治理有限合伙企业时的滥权和怠权行为,以救济企业权益和自身权益;从权利性质来看,该权利属于诉权,诉权作为程序性权利,具有公法性质,而意思自治原则一般只适用于私法领域。因此,我们认为,LP的派生诉权不得通过内部协议予以排除和剥夺。



二、可否仅为自己利益之目的起诉？

LP 大多为“理性人”，很多情况下，LP 希望第三方直接赔偿自己份额所占的投资利益，而不希望代替其他有限合伙人或整个有限合伙企业索偿。因此在实践中，存在 LP 根据《合同法》第 73 条的规定意图行使债权人代位求偿权，要求有限合伙企业的债务人直接向其偿还其对合伙企业的出资。但这一诉讼请求无论从法规理解上还是从司法实践上都不能被支持。

首先，从法条上看，《合同法》第 73 条规定：“因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权。” LP 对有限合伙企业的出资属于投资行为而非出借行为，并且根据《合伙企业法》第 20 条的规定，合伙人的出资为合伙企业的财产，此时 LP 的出资额为有限合伙企业的企业财产，在有限合伙企业进行解散清算前，LP 对有限合伙企业并无债权，因而 LP 不能作为合伙企业的债权人对企业债务人提起代位之诉。

其次，司法实践中也认为，

LP 不能为自己之利益提起代位诉讼（图一）：

综上，LP 不能仅为自己的投资利益之目的提起债权人代位诉讼，而必须为有限合伙企业的整体利益提起派生诉讼。

三、管辖法院如何确定？

现行法律并未对有限合伙人派生诉讼的地域管辖作出明确规定。与有限合伙派生诉讼最为类似的是股东派生诉讼，关于股东派生诉讼的管辖，理论上存在三种观点：一种观点认为股东派生诉讼的案由为损害公司利益纠纷，属于侵权之诉，应当按照侵权之诉的规则确定；另一种观点认为，根据《民事诉讼法》第 26 条的规定：“因公司设立、确认股东资格、分配利润、解散等纠纷提起的诉讼，由公司住所地人民法院管辖。”另据最高法院《民事案件案由规定》，损害公司利益的纠纷被列为“与公司有关的纠纷”，因而该类诉讼的地域管辖法院应为公司住所地法院；还有一种观点认为，股东派生诉讼通常按照公司与第三人之间发生的法律关系性质确定管辖法院。通过梳理“海南盛元投资有限公司与

海南盛鼎实业有限公司与赵丽、徐州市国盛投资控股有限公司的损害公司利益责任纠纷”⁵等典型案例可知，最高法院同意上述第一种观点，将股东派生诉讼认定为侵权之诉，应由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。

然而，仔细分析，有限合伙人的派生诉讼与股东派生诉讼差异甚大，并不能直接参照和援用。股东派生诉讼的案由为“损害公司利益责任纠纷”，由此将其定性为侵权之诉适用侵权管辖规则有据可依，而有限合伙人派生诉讼并非独立的案由，其案由确定一般依企业与第三人之间的法律关系确定，如，有限合伙人诉第三人欠合伙企业债务不还的，以民间借贷纠纷确定其案由。因此，一刀切地将有限合伙人派生诉讼也定性为侵权诉讼从而适用侵权诉讼管辖规则，似难成立。

纵览与有限合伙人派生诉讼相关的案例，对管辖权提出异议的仅见一例：“信达投资与河北融投置业、兴业银行石家庄分行等管辖裁定纠纷”一案。该案中，合伙企业的债务人融投置业上诉称：“信达公司作为有限合伙人之一，代融实投资提起

（图一）

案例	审理法院	法院认为
“安徽瑞智房地产开发有限公司与焦建、刘强、李春红等借款合同纠纷”	最高人民法院	焦建、刘强、李春红与和信投资中心的关系，并非债权人与债务人的关系，不能适用《中华人民共和国合同法》第七十三条的规定。
“朱玉童与广州国际采购中心有限公司等民间借贷纠纷” ⁴	广东省广州市天河区人民法院	有限合伙人为了有限合伙企业的利益以自己的名义提起诉讼的规定，其目的是通过有限合伙人来保护有限合伙企业的利益，并非保护有限合伙人的个人投资利益，即通过诉讼所确定的利益归于有限合伙企业。

诉讼，其主体身份应当按照融实投资对待，融实投资注册地为石家庄市，属于河北省行政区域当事人。”而最高法院认为：“根据《合伙企业法》第68条的规定，信达公司以自己的名义提起本案诉讼符合法律规定，被上诉人信达公司的住所地在北京市西城区，上诉人融投置业的住所地在河北省，属于当事人一方住所地在受理法院所处省级行政辖区的情形。”因此，驳回了其管辖权异议的上诉。从上述案例可窥知最高法院对此类案件管辖权的态度，即LP并不是替代有限合伙企业提起诉讼，其以自己的名义独立提起诉讼，应当以有限合伙人的住所而非企业的住所作为地域管辖的联结点。如此一来就会出现一个奇怪的现象，即以债权债务关系为典型的合同纠纷之中，债权人与债务人虽然有协议管辖，但却不能以协议管辖确定的管辖地法院管辖。另外，对于此类案件，是一刀切地适用“原告就被告”的管辖规则，还是除合同之诉适用“原告

就被告”外，其他案由（如侵权之诉）仍按照案件法律关系的性质确定管辖规则，仍无定论。

因此，如何规范有限合伙人派生诉讼的管辖，正确处理民事实体法与民事程序法的衔接，是目前司法实践中亟需解决的问题。在目前的立法现状下，被告极可能利用管辖不明确漏洞提起管辖权异议，这需要原告律师加以注意。

四、起诉前是否必须履行前置程序？

英美衡平法中的派生诉讼，穷尽一切内部救济途径后方能提起。而根据《合伙企业法》第68条的规定，执行事务合伙人怠于行使权利时，（LP）督促其行使权利或者为了本企业的利益以自己的名义提起诉讼。“督促其行使权利”与“提起诉讼”的逻辑关系为“或者”，从字面理解“督促其行使权利”并非提起诉讼的前置条件，即便LP未督促GP行使权利，LP也可以提起诉讼。

实践中，“朱玉童与广州国际采购中心有限公司等民间借贷纠纷”一案、“世欣荣和与长安信托、鼎晖投资等合伙协议纠纷”一案以及“安徽瑞智房地产开发有限公司与焦建、刘强、李春红等借款合同纠纷”一案中的LP都已向GP发函，要求其履行GP的职责。但在上述案例中，法院均未认定发函的行为为派生诉讼的前置程序，而是将发函后GP无回应作为其怠于行使权利的证据。

综上，我们认为，LP提起派生诉讼无需履行前置程序，但LP可通过向GP发函，作为GP怠于行使权利的证明。

五、如何证明GP怠于行使权利？

LP提起派生诉讼的关键要件是“执行事务合伙人怠于行使权利”，而这一要件的证明责任由原告承担。因此，如何证明GP怠于行使权利就成为诉讼成败的关键。

笔者梳理了有限合伙人派生诉

（图二）

案例	审理法院	法院认为
“朱玉童与广州国际采购中心有限公司等民间借贷纠纷”	广东省广州市天河区人民法院	广州凯德铂锐企业向广州国材公司提供贷款，但后者在贷款到期后未归还款项，经原告发函督促普通合伙人时该公司已无法联系。因此，原告在普通合伙人怠于追索债权时，有权提起诉讼。
“世欣荣和与长安信托、鼎晖投资等合伙协议纠纷”	陕西高级人民法院	世欣荣和已经就相关问题向东方高圣及执行事务合伙人发函催告，要求东方高圣向人民法院提起民事诉讼，维护东方高圣的民事权利，东方高圣未依法提起民事诉讼，世欣荣和公司遂选择以自己的名义提起诉讼并无不妥，符合法律规定。
“安徽瑞智房地产开发有限公司与焦建、刘强、李春红等借款合同纠纷”	最高人民法院	首先，案涉两笔委托贷款到期后不提起诉讼或仲裁，即为怠于行使权利。 其次，核心资本于2015年01月02日加盖公章的《确认书》不能作为其积极督促还款的证明。这种对于债务的处理，存在违背企业宗旨和损害合伙企业利益的风险，未经全体有限合伙人一致同意而出具系违背合伙协议约定的行为，不能作为其积极督促还款的证明。 再次，和信资本公司于2015年06月24日签订的《协议书》，并不能否定其怠于行使权利。从该条约定的表述分析，和信资本公司明知一审诉讼却不积极应诉，反而隐瞒《协议书》签订的事实以“保护瑞智公司的合法权益”，本身即违背执行事务合伙人的职责。和信资本公司放任瑞智公司一再拖延到期债务，即是其怠于行使权利的证明。

讼的若干案例，总结各个法院对于 GP 急于行使权利的认定方式，具体如（图二）：

由上表可知，对于 GP 急于行使诉讼最为关键的认定标准就是 GP 是否通过诉讼或者仲裁的方式实现或维护合伙企业权益。此外，还会结合 GP 是否积极向债务人主张债权，GP 的对外行为是否违背执行事务合伙人的职责，是否损害有限合伙企业的利益，是否还能联系等因素综合考量。通常，LP 在提起诉讼前会向 GP 发函，如多次发函 GP 仍无回应，也可作为 GP 急于履行权利的证明。鉴于民事诉讼中证明标准采“高度盖然性”标准，因此，LP 在起诉前可采用留置送达等方式发函督促 GP 行使权利，并做好相应的证据留存。

六、有限合伙人如何防患于未然？

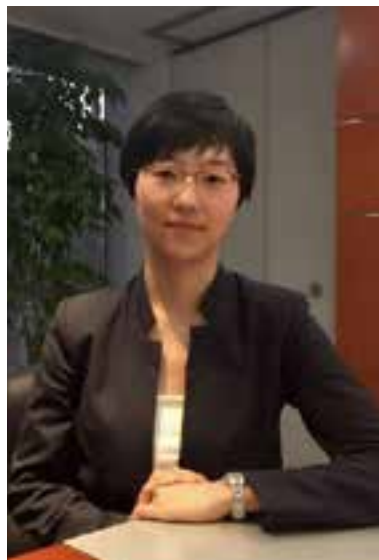
关于有限合伙人的派生诉讼，立法仅寥寥数字根本无法应对经济生活的纷繁复杂，这也给私法领域的“意思自治”留下了大量空间。LP 们在入伙前，可在合伙协议中就有限合伙人的派生诉讼约定如下内容，以做好事前预防，防患于未然。

1. 约定“当执行事务合伙人急于行使权利时，每位有限合伙人均可为了合伙企业的利益以自己的名义提起诉讼”；

2. 为了明确有限合伙人提起派生诉讼无需履行前置程序，可在合伙协议中约定“全体合伙人一致同意，

只要执行事务合伙人存在本协议第 X 条约定的情形，每位有限合伙人即可为了有限合伙企业的利益以自己的名义起诉，而无需履行任何前置程序”；

3. 在合伙协议中采用“列举 + 兜底”的方式，明确“执行事务合伙人急于履行”的情形。例如，约定“以下情形应被认定为执行事务合伙人急于行使权利：（1）执行事务合伙人未按照本协议或合伙企业与交易相关方签订的协议中约定的期限行使相关权利的；（2）在全体有限合伙人作出决议后五个工作日内，执行事务合伙人未按照决议采取措施的；（3）任意有限合伙人向执行事务合伙人发函后十个工作日内未获得任何回应的……；（4）其他应当被视为执行事务合伙人急于行使权利的情形。”为避免执行事务合伙人佯装与交易对手谈判却实际急于行权，合伙协议中应对执行事务合伙人行使相关权利的合理期限作出明确约定。比如约定，“当合伙企业的权益受到损害或侵害时，执行事务合伙人应积极与相关方进行协商，并及时采取适当措施维护合伙企业的权益，如在合伙企业权益受到损害或侵害之日起超过 60 日相关方仍未予以纠正、停止其损害或侵害行为的，执行事务合伙人应依法通过诉讼或仲裁的方式来维护合伙企业的权益。”同时，有限合伙人可通过向执行事务合伙人发送函件等方式将执行事务合伙人急于行使权利的证据固定。



王曦

上海市协力律师事务所律师。
业务方向：私募基金，并购，公司治理。



袁德喻

上海市协力律师事务所实习律师。

1. 案号：（2016）最高法民终19号。

2. 案号：（2016）最高法民辖终94号。

3. 案号：（2016）最高法民终756号。

4. 案号：（2015）穗天法企民初字第5336号。

5. 案号：（2014）民二终字第234号。



诉讼领域中，刑事辩护业务因其直接维护当事人的自由与生命，被视为律师业务“皇冠上的明珠”；民商事诉讼则因其普遍多发性、标的金额高而受到不少律师的青睐。以刑事辩护和民商事诉讼为主要执业领域的律师几乎占了争议解决领域的绝大多数。

相比之下，行政诉讼案件，尤其是代理行政相对人一方的行政诉讼，对许多律师而言，往往成了鸡肋一般的存在。一方面是因为代理行政相对人“民告官”本身难度不小，各种案内案外的因素错综交织，使得律师的预判面临很大的不确定性；另一方面则在于行政诉讼本身的规则与常见的刑事诉讼、民事诉讼规则完全不一致，具有很强的专业性和特殊性，没有一定的理论学习和实务积累，在短期内不容易掌握。在投入和产出不成正比的情况下，导致实务领域中专门研究行政诉讼规则的律师并不多见。

然而，在近几年的执业中，我们通过分析发现，有一类新类型的行政诉讼案件正在逐年增长。这类案件主要是处理商业活动中的公法争议，也就是行政机关在商业、商事活动中的监管措施而引发的行政诉讼。这类案件专业性强、涉案金额高、对企业发展影响重大，甚至个别案件还有相当程度的社会影响。

商事行政诉讼的发展趋势

文 | 曹竹平

大背景 公法争议的发展

行政诉讼制度是三大诉讼制度中最晚形成的一个。新中国颁布的第一部法律是民事领域的《婚姻法》，而打击违法犯罪的刑事诉讼自建国后一直是司法机关的主要工作内容。中国的历史传统和法律文化决定了行政诉讼作为一种“民告官”的制度，本土可借鉴资源与经验相当有限。直到1989年《行政诉讼法》颁布之前，我国行政诉讼的实务领域几乎是一片空白。

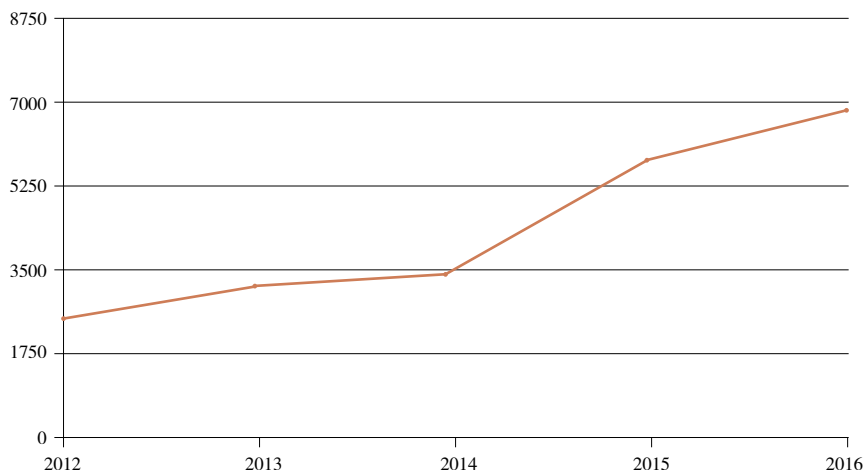
建立行政诉讼制度后，人民法院审理最多的案件主要还是诸如治安行政、职工工伤认定、抚恤金、社保等社会管理活动中最为常见行政管理行为引发的诉讼。又由于此类案件大多事实比较清楚、法律关系相对简单、行政机关在此类行政管理活动中经验丰富，不大可能会出现明显违法违规的行政行为。相反，行政相对人一方大多却因为自身对法律的不了解、对行

政诉讼各项制度较为陌生，使得绝大部分的行政诉讼案件最终均以行政机关胜诉告终。长此以往，对于律师而言，总觉得代理相对人打行政官司很难赢、没什么意思。

进入新世纪以后，随着改革开放的进一步深化、社会日新月异的发展，尤其是经济突飞猛进，国家治理、行政管理的范围与内容也随之急剧扩大。行政机关不再仅仅是“守夜人”般的角色。为了维护社会秩序尤其是社会经济生活的健康、稳定与发展，法律赋予了行政机关在各个领域的管理职能。

从传统的治安行政到最前沿的互联网管理，从最基本的区域治理到每年数以亿元计的对外贸易管理，从行政协议到PPP项目，从特许经营到反垄断、反不正当竞争，从日常食品、药品、产品质量到土地、环保、工商、税务等与每个公民、每个企业都息息相关的领域。尤其是近几年来出现的共享经济、网络经济、人工智能等领域，都是我们在十年甚至

2012—2016 年上海全市法院一审行政案件数量走势图



五年前不敢想象的。这些新生事物在发展过程中，必然会经历一个从无序到有序、从自由开拓到依法监管的过程，而在此过程中，便必然会出现大量公法上的争议。

除去上述经济发展的直接动因，公法争议在近几年的大量出现还有两个不可忽视的因素。一是公民、企业等私主体的权利意识——尤其是公法权利意识的觉醒，老百姓、各类公司企业，不再觉得打官司是一件“丢脸”、“难以启齿”的事情。同时也逐渐意识到原来政府、行政机关侵犯私权，也是可以成为诉讼的被告的。在笔者代理的一些案件中，案件的原告甚至不乏一些外资企业。这些外企的决策层往往以外国管理者为多，他们通常来自国外一些法治更发达的地区，通过诉讼解决问题经常是这些外企高管的优先选择。

另一个不可忽视的因素在于，在依法治国大环境下，公权力的权威形态也发生了一定程度的嬗变。行政机关在依法治国及建设法治国家的要求下，逐渐摆脱了行政诉讼制度

实施初期的那种“官威”意识，认识到其在行使管理职权的同时，被老百姓或者企业告上法庭，成为行政诉讼的被告是完全正常和科学的。

//////////////////大数据////////////////// 宏观看商事行政争议

然而，对于律师来说，如何把握公法争议案件快速增长过程中的机会，还需要仔细思考。笔者团队在总结近几年来办理行政诉讼案件（含行政复议）的经验基础上，注意到行政诉讼案件发展的一个明显的、重要的趋势就是：涉商行政案件，或者说经济类行政案件的数量与日俱增，并且大量的疑难、复杂、重大的行政案件，都是涉及经济管理活动中的行政纠纷。这类案件普遍的发轫于行政机关对公司、企业日常的商事或经营的监管活动中。公司、企业通常是这些行政监管的对象或利害关系人，因行政机关的监管行为而涉及其权利义务。在监管过程中，引发行政争议，遂起行政诉讼。

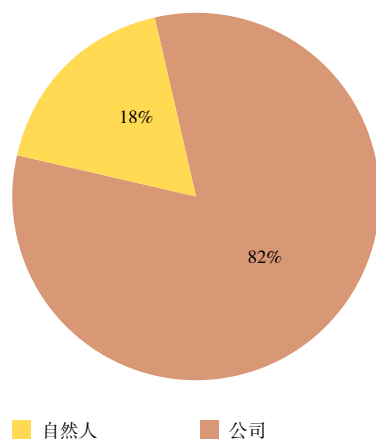
为此，笔者将这一类因对公司、

企业商业活动的监管而引起的法律纠纷称之为“商事行政争议”，由此类争议引发的诉讼谓之“商事行政诉讼”。

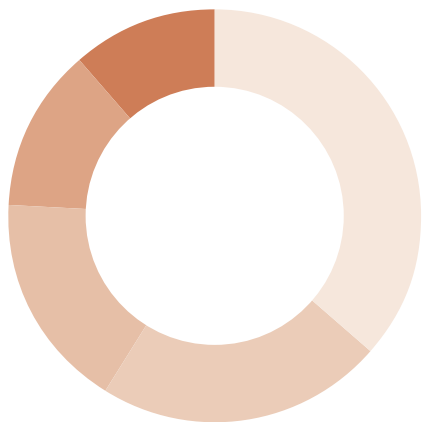
通过 Alpha 大数据系统搜索可以发现，自 2001 年至今，公开的可检索到的行政诉讼案件共 1,174,578 件，其中，当事人一方为公司（基于行政案件被告恒定为行政机关，当事人为公司的，只可能是公司作为原告或第三人）的案件为 214,394 件，占 18.25%，并且每年均保持一定的增速。

在上述公司为原告的案件中，数量最多的三类案件是“城乡建设行政管理” 29,900 件、资源行政管理 18,250 件、劳动和社会保障行政管理 13,821 件。

1991—2017 年行政案件当事人类型占比



除去紧随其后的公安、交通行政案件总计一万九千余件外，我们发现其余案件大量地集中在一些重大的、新类型的商业领域，比如金融行政管理 4,066 件、食药产品质量案件 3,176 件、电信行政管理 2,573 件、文化体育行政案件 1,395 件、工商行政管理 1,235 件、税务行政 911 件。



29900 城乡建设行政管理

18250 资源行政管理

1321 劳动和社会保障行政管理（劳动、社会保障）

10364 公安行政管理

9255 交通运输行政管理（交通）

通过上述数据，可以发现公司为原告的行政案件中，城乡建设、资源管理、劳动社保案件数量占前三位，恰恰与我国近二十年来的城市化进程、城乡改造、资源粗放型转向资源集约型经济发展模式、公司制度的建立与发展等社会发展特点不谋而合。

而金融、食药、电信网络、文化体育、工商税务等新类型的行政案件数量的增加，则又反映出新世纪以来多元化经济发展、行政权扩张、行政监管范围扩大等特点。

三十年前，我们没有互联网、没有资本市场，甚至连《行政诉讼法》都没有，不必说商业行政诉讼，就是最普通的“民告官”都是一件难以想象的事情；三十年后，中国作为世界第二大经济体、金融资本市场不断趋于成熟、依法治国成为基本国策、行政诉讼制度逐渐完备，因此我们完全有理由相信在下一个三十年中，商业领域的公法争议将逐日增多、商事行政诉讼将逐渐成为行政诉讼案件的重要部分、“商告官”的案件将成为律师业务的一个高端领域和重要分支。

微观察 商事行政诉讼的特点

笔者所谓传统的行政诉讼，主要是以治安管理、交通管理、征收补偿、工伤认定等常见的、事实清楚、法律关系简单的诉讼案件。而通过考察大量的案例——尤其是考察了最高法院公报中共 37 个公司为原告的行政诉讼案件后，我们认为商事行政诉讼，与传统行政诉讼相比，通常呈现以下的一些特征。

当然，不能说这些特征与每一个个案都是一一对应的，但把握上述特征对于律师在处理个案过程中，

是有一定指导意义的。

从诉讼目的而言，代理商事行政案件，不能像代理个人行政案件一般，一味追求你死我活的胜败，而要立足于客户公司的整个商业布局与经营策略，寻找适当的切入点和机会，考虑以合法的替代性争议解决方式解决问题。行政诉讼法规定的个别案件适用行政调解、部分行政部门试点的行政和解制度等，都是化尖锐矛盾为现实、理智解决方案的重要途径。

同时，从诉讼技术上来说，审级和管辖上要充分注意运用行政诉

	传统行政诉讼	商事行政诉讼
相对人（原告）	自然人	公司、企业等商主体为主
案由领域	治安、交通等传统领域	新兴经济领域为主
审级管辖	通常在基层法院、普通管辖	中、高法院一审多、指定管辖多
涉案金额	无或较小	较大或对企业影响较大
案件复杂程度	事实清楚、法律关系较简单	疑难复杂案件较多
社会影响	无或较小	有一定社会影响、个别案件影响较大
当事人诉讼目的	偶现闹访、超出法律之目的	解决实际问题或维护企业长远利益
与刑、民案件关系	松散	关系密切

讼的程序规定，为案件争取到较为公平、中立的处理环境。

比如，我们曾经处理一个大型外国企业在浙江某市的重大安全事故责任认定的行政诉讼，在该案中，该市检察机关派员参与了事故调查组共同进行调查。律师认为该市的检察机关作为该地区的法律监督机关，同时又派员参与行政机关的事故调查，可能导致该法院无法超然中立地审理本案，遂代表客户向浙江省高级人民法院申请一审提审或指定管辖。浙江省高级人民法院审查后认为符合《行政诉讼管辖司法解释》的规定，遂指定辖区内其他法院一审管辖，使得案件最终得到了较为客观、中立的处理，最大程度地维护了客户公司的权益。

此外，某些情况下，商事行政案件往往和整个纠纷中的民事、刑事案件具有较紧密的关系。我们还参与过一个医疗设备质量瑕疵民事案件引发的行政案件。我们的客户作为医疗设备供应商向某医院供货，药品监督管理机关在检查中发现该医院使用的该批设备存在瑕疵，遂对该医院作出了行政处罚。医院随即将客户公司告上法院，要求承担违约责任。

我们团队商事行政诉讼律师给出的方案即是建议客户公司以行政行为利害关系人的身份提起行政诉讼，使得民事诉讼暂时中断，通过行政诉讼，查明事实、收集证据，减轻或消除在民事诉讼中的责任。

总之，商事行政诉讼还有诸多和传统案件不同之处，代理此类诉讼案件，要尽可能地打破代理传统案件的桎梏，以解决实际问题、着

眼公司企业长远利益为导向，在尊重客观事实、依法依规解决企业与行政机关纠纷的同时，不排除在个别法律法规允许的个案中，以替代性的调解、和解方式化解企业与政府之间的矛盾。

//////////////////大蓝海////////////////// 好市场才刚刚开端

我遇见每一批来律师事务所实习的法学院学生，都会和他们聊一聊学习行政法的感受。他们大部分都来自国内一流的法学院，部分还有海外学习的经历。然而大多数的回答是让人失望或悲伤的——“行政法太繁杂了”、“我司法考试行政法都是放弃的”、“行政诉讼根本没希望”。虽然我求学的专业是宪法学和行政法学，但刚做律师的时候，也难逃什么案件都做的窠臼。偶然的机，让自己重新捡起专业知识，从律师实务的角度重新审视起行政法来。

我国行政诉讼制度的全面恢复，如果以《行政诉讼法》的施行为标志的话，到现在尚不足三十年。三十年前，我们处在一个连打官司都是忌讳、更不用说与政府机关进行诉讼的年代；三十年后，当公民意识不断觉醒、权利意识开始觉醒时，当公法争议的客观存在已然为越来越多的人理性接受时，当私权与公权的对抗亦受到法律的保护时，我们清晰地感受到，行政法治的建设已到了最为关键的十字路口。

然而，中国行政法治进步的曲折性使得以市场为风向标的律师服务业中，行政法律服务的发展远远落后于其他同行业领域。律界大咖

大多避行政诉讼如畏途，三缄其口于公法，偶有涉及也或陷于官民对抗之桎梏，剑走偏锋之邪路。法学院学生立志以行政法为方向者不多，毕业后能以行政法律服务为职业者更少。这也就完整地解释了，为何当下在律师行业整体竞争日趋激烈的同时，行政法律服务市场仍然呈现了优质资源、优质服务供不应求的态势，行业内缺乏规模化、重量级、兼顾理论与实务操作的行政法律服务团队的原因。

法治虽非一蹴而就，但我们团队的所有同仁都坚信，行政法治的建设离不开我们踏踏实实的每一步。



曹竹平

上海博和律师事务所高级合伙人。
业务方向：商事行政风险预防、商事行政争议解决。

多层角色定位对律师素质的要求

文 | 蒋传光



蒋传光

上海师范大学法政学院院长、教授、博士生导师。中国法律思想史研究会副会长，中国儒学与法律文化研究会常务理事，上海市法学会常务理事，上海市法理法史学研究会副会长，上海市比较法学研究会副会长，上海市法社会学研究会副会长，上海市学位委员会学科评议组成员。

主要研究领域和方向：为法理学、法社会学、法治文化和中国特色社会主义法治理论。

律师制度是中国特色社会主义司法制度的重要组成部分。在全面推进依法治国，建设社会主义法治国家的过程中，律师队伍作为法律职业人中的重要群体，将发挥着越来越重要的作用。为了更好地发挥律师队伍在全面推进依法治国中的作用，中共十八届四中全会通过的关于全面推进依法治国的决定，对加强律师队伍建设提出了明确要求，其中一个重要方面就是提高律师素质。

根据我国《律师法》的规定，律师的职责是，维护当事人的合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平和正义。从一般意义上说，律师的社会职责是向社会提供法律服务；为当事人提供辩护，维护当事人的合法权益；预防和减少社会纠纷等。除此之外，我认为律师群体的角色还可定位为，社会公平和正义的维护者，法治的推动者，立法者的思想助手等。律师职业承载着解决社会纠纷、实现社会正义的崇高职责，担负着实现法律所追求的社会目的和社会理想的任务，是增强司法的社会公信力的重要推动力量。

能否完成上述使命，能否担当起角色定位所赋予的职责，能否赢得社会的信任和尊重，律师群体的综合素质至关重要。律师群体的素质体现为既要具有较高的专业技能，又要具有坚定的法律信念、刚直不阿的品格和高尚的职业道德。

律师群体的自身素质，则是能否保证其提供良好法律服务和扮演好所担当角色的一个至关重要的因素。因为适用法律的过程本身也是一种创造性的活动。无论是对证据和事实的认定，还是对法律条文的正确理解和适用，都要求律师运用他们的知识、才能、经验去解决问题。因而，加强律师队伍建设，提高律师队伍的素质才是关键。

作为一名合格的律师，首先，要有良好的法学素养和专业技能。律师的法学素养和专业技能包括具有扎实的专业知识、丰富的社会知识、社会阅历和经验，能够娴熟运用法律术语和法学术语进行观察、思考和判断，确立法律职业的思维等方面。从事法律服务的律师尤其要注重提高运用和解释法律的能力，确立衡平理念。在我国正处于全面深化改革、由计划经济向市场经济过渡的社会转型时期，虽然已经建成了中国特色社会主义法律体系，但这种完备

也只能是相对的。只要实践在发展,新情况、新问题仍将会不断出现。法律解释理论和衡平观念,就是为了解决法律的严格性与现实情况复杂性的矛盾时,对法律进行的一种补正,以纠正法律中特殊规定的不足。因此,如果律师没有丰富的法律知识和较好的法学素养,将很难适应社会发展和司法实践的要求,更谈不上法律服务能力的提高。

律师群体的法学素养和专业技能有助于对法律的正确理解和解释。在司法实践中,法律解释是正确适用法律的前提。但是,由于语言的多义性,法律规范的抽象性和概括性,使得某些法律规范通常具有一定的模糊性。这也就是说,一个法律规范可能存在被多种理解的情况,在这种情况下,律师的法学素养和专业技能有助于人们按照法律的目的和精神去理解、解释法律,从而保证法律的正确实施。在司法实践中,经常会遇到这样的情况,即对某一行为法律性质的认定,如果机械地按照严格的文意解释方法去解释相关的法律条文,可能会得出行为违法的结论。但是如果仔细考察这项规定的目的,该行为并不违背立法意图,当然,其行为并不违反法律。美国著名法学家富勒曾经用假定存在“市区公园内不得通过或停放任何机动车辆”的例子来说明这种情况。遇到此种情况,如果律师不具备相应的法学素养和专业技能,缺乏对法律背后的目的性和价值观的理解,就不能准确理解和解释法律,因而也就无法维护当事人的合法权益,也更谈不上很好地履行律师担当的社会职责。

律师群体的法学素养和专业技

能有助于弥补法律的缺陷。法律是由人制定的,由于人的局限性所致,使得立法者所制定的法律不可能至善至美,法律的不尽人意之处在所难免。在法律实施过程中,法律条文之间所存在的矛盾、重复、冲突及疏漏等都是不可避免的。当需要运用法律解释来解决上述问题时,律师群体的法学素养和专业技能起着重要的作用。例如,在同位阶的法律之间出现矛盾和冲突的情况时,人们可以借助于法的价值解决这种冲突,从中选择符合法律的目的和精神的法律规定处理案件。在法律本身存在缺陷,如果严格按照法律的规定审理案件会导致非正义的结果时,人们可以借助于法律价值对法律重新进行解释,以避免非正义结果的出现。在法律出现漏洞,找不到直接的法律依据时,在和法律精神不冲突的情况下,可以运用法律原则,或借助诸如政策、道德规范、习惯及其他社会规范甚或法律文化传统弥补法律的漏洞。律师的上述做法,对立法完善能够起到促进作用,提供重要帮助。

其次,律师要具有良好的品格和高尚的职业道德。法律职业有别于其他一般的社会职业,它是基于公平、公正的立场将法律运用到具体的人和事。因此,它要求从业人员具备良好的道德品质。自从人类产生法律职业以来,就存在了相应的法律职业道德。古希腊思想家柏拉图就曾强调一个国家应该有品德优良的法官,他们必须心地纯洁,头脑清醒,善于分析,能够对诉讼做出公正的审判。现在司法队伍中存在的一些腐败现象和不正之风,与少数司

法人员的品德低下不无关系。他们不是忠于事实和法律,而是人情大于一切,徇私舞弊,枉法裁判。现在流行的“打官司就是打关系”的说法,不能认为缺乏根据或夸大其词。因此,提高司法人员素质,对司法人员的思想品德教育也是一个重要方面。柏拉图的上述理论虽然是针对法官所讲的,但对律师职业也同样适用。

律师职业是一种特殊的职业。律师职业的特殊性,一方面表现在律师在其业务活动中具有独立性,其职业行为不受他人干预;另一方面,律师在维护法律的正确实施和保障公民的合法权益,维护社会公平正义方面发挥十分重要的作用。因此,这就要求律师应具有良好的品德,诚实地对待自己的职务,为社会提供优质的法律服务方面。结合我国相关法律的规定,对律师应具有的职业道德的内容可概括为:提供法律服务,维护委托人的合法权益;遵守宪法、法律,依法执行职务;不畏权势,忠于职守;诚实信用,尽职尽责;尊重同行,公平竞争;廉洁自律,平等待人;忠于律师事业,维护律师名誉;保守国家和案件秘密等。

英国法院执行 国际仲裁裁决实践两则

文 | 上海国际经济贸易仲裁委员会商事仲裁研究中心

编者按：仲裁裁决的执行是商事仲裁制度的“最后一公里”，特别在国际仲裁案件中，仲裁裁决依据《纽约公约》可得到跨国执行，是国际商事仲裁的主要制度优势。然而，除《纽约公约》本身外，这一优势的实现离不开裁决执行地法院的司法实践。长期以来，英国法院在国际仲裁裁决执行的司法审查实践中积累大量的经验，形成了较为完善的判例法体系，展现了法院在支持仲裁发展方面所起到的作用。本文选取英国法院近期的两则实例，以飨读者。

案例一：已撤销裁决的执行

1. 案件背景

仲裁案件的申请人为 Nikolay Maximov，系一名俄罗斯商人，被申请人系一家企业法人，该企业法人由俄罗斯人 Vladimir Lisin 实际控制。申请人持有俄罗斯公司 OJSC Maxi-Group 的超半数股权，被申请人意欲从申请人处购买 OJSC 公司 50% 加 1 股的股权。申请人与被申请人间争议主要在于所转让股权的价格问题。仲裁庭最终支持了申请人的请求，裁决由被申请人向申请人支付 89 亿卢布。

裁决作出后，被申请人向莫斯科地区联邦仲裁法庭（Federal Arbitrazh Court of Moscow District，以下称“FAC”）申请撤销该份仲裁裁决，并获法院支持。随后，申请人试图通过上诉的方式推翻 FAC 的撤销判决，但最终被俄罗斯联邦最高仲裁法庭（Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation）驳回。尽管如此，申请人仍然向英

国、法国、荷兰等国家的地方法院申请强制执行被申请人于这些国家境内所拥有的财产。

2. 英国法院意见

针对申请人的执行申请，审理该案的英国高等法院 Burton 法官认为，对此类执行案件的审理，其核心在于审查仲裁地法院（即俄罗斯法院）撤销仲裁裁决的司法判决是否“极端”、“错误”以至于“背离了诚信原则”。Burton 法官进一步认为，仲裁庭在仲裁裁决中所体现出的“明显歧视”不足以导致仲裁裁决必然被撤销，仲裁地法院必须确信仲裁裁决存在“事实上的歧视”，此种“事实上的歧视”既可通过直接证据得以证明，也可通过间接证据得以推断。

审查标准确立后，Burton 法官归纳了 FAC 撤销仲裁裁决的三大裁判理由：

（1）仲裁庭中的两名仲裁员未能披露其与申请人方专家证人之间的关联；

（2）仲裁裁决有悖于俄罗斯本国的公共政策；

（3）仲裁裁决所涉争议属于公司争议，缺乏可仲裁性。

针对这三项裁判理由，

Burton 法官一一予以了驳斥，并认为第(1)项理由“依据不足”(unsupportable)、第(2)项理由“难以成立”(hopeless)、第(3)项理由则是“冒险”且“富有争议”(adventurous but arguable)的。尽管如此，Burton 法官最终并未支持申请人的执行请求。他指出，FAC 对仲裁员的批评态度可能源于俄罗斯长久以来对仲裁制度的消极态度。因此，批评本身并不构成 FAC 在本案中存在偏见的强有力证据。此外，被申请人在 FAC 诉讼中曾称仲裁裁决存在欺诈，但 FAC 并未支持被申请人的该项主张。Burton 法官认为，如果 FAC 一开始即打算撤销该份仲裁裁决，则其完全可以直接采纳被申请人的欺诈主张。

3. 简评

本案所提出的核心问题是：外国仲裁裁决遭仲裁地法院撤销后，执行地法院是否有义务执行该份仲裁裁决？有关此问题的讨论，主要从《纽约公约》第 5.1.(e) 关于“裁决唯有于受裁决援用之一造向声请承认及执行地之主管机关提具证据证明有下列情形之一时，始得依该造之请求，拒予承认及执行：…(戊) 裁决对各造尚无拘束力，或业经裁决地所在国或裁决所依据法律之国家之主管机关撤销或停止执行者”的规定展开，且讨论的焦点在于《纽约公约》该条中“May”一词的法律属性。随着 Yukos 案天价裁决撤销后执行问题的不断发展，对上述问题的讨论从《纽约公约》相关规定转向了司法判决域外效力的问题。外国仲裁裁决被撤销后，当事

人向执行地法院所提交的不仅是仲裁裁决，还包括仲裁地法院的判决，但归根到底，执行地法院所要审查的是外国法院撤裁判决的合法性问题，而这一问题已经超出了《纽约公约》本身所能规制的范围。

本案中，就俄罗斯法院判决效力而言，Burton 法官认为如果一份外国判决违反诚信原则、自然正

义原则以及英国本国的公共政策理念，则英国法院无须认可该外国判决的法律效力。因此，Burton 法官事实上已经为英国法院如何审查外国法院撤裁裁定的合法性问题，确立了适用法律和审查标准。就仲裁裁决效力而言，本案被申请人曾向 Burton 法官提出仲裁裁决被撤销后将“不复存在”，也不会在执行程序中产生任何法律效果。对此，Burton 法官认为英国法未作出这样的规定。因此，仲裁裁决被撤销后是否已“不复存在”，这一问题将留

待英国高等法院在今后予以明确。

就已被仲裁地法院撤销之裁决的执行问题，近年来国际仲裁界出现了关于《纽约公约》第 5.1.(e) 项下的“may”、“shall”之争、第 5.1.(e) 项与《纽约公约》第 7 条的适用之争，以及法国的“国际仲裁法律秩序说”与美国的“国际礼让说”之争，这些都反映了国际仲裁理论学说对一国法院适用《纽约公约》以及对国际商事仲裁之司法态度的重点关注，值得中国国际仲裁理论和实务界予以关注和借鉴。



案例二：“第三方支付令”的最新实践

1. 案件背景

瑞士石油贸易公司 Taurus Petroleum Ltd (“Taurus”) 诉伊拉克国家石油公司 State Oil Marketing Company (“SOMO”) 案中，SOMO 向 Taurus 出售原油和液化石油气，之后双方按照 UNCITRAL 仲裁规则将争议提交仲裁，该案仲裁地为伊拉克首都巴格达，但根据约定所有庭审在英国伦敦进行，由 Ian Hunter QC 担任独任仲裁员。在仲裁程序中 Ian Hunter QC 于 2012 年 10 月 23 日作出部分裁决并于 2013 年 2 月 13 日作出最终裁决，认定 SOMO 应向 Taurus 支付 8,716,477 美元。SOMO 拒不履行上述裁决。

SOMO 曾向伊拉克法院以“不公平、不公正”为由申请人撤销前述部分裁决。伊拉克法院于 2012

年 12 月 27 日作出裁决，认为仲裁庭的部分裁决并非对全部争议的裁决，且 Taurus 与 SOMO 都未向伊拉克法院申请承认和执行该裁决，因而驳回了 SOMO 的申请。此后，双方也未向伊拉克法院申请承认和执行上述部分裁决和最终裁决。

Taurus 得知一家壳牌集团的下属公司（壳牌国际东方贸易有限公司）向 SOMO 购买了两桶原油，通过法国 Crédit Agricole 银行伦敦支行签发信用证支付，付款行为 Crédit Agricole 银行，SOMO 为受益人，到期日为 2013 年 4 月 20 日，到期地点为伊拉克中央银行（“CBI”）。

Taurus 于是诉至英国高等法院，请求依据英国仲裁法第 66 条第（1）项的规定执行仲裁裁决，并申请临时第三方债务令，请求法院认定 Taurus 为 SOMO 在信用证项下款项的实际收款人。

英国高等法院支持了 Taurus 的申请，于 2013 年 3 月 11 日、13 日及 22 日作出临时第三方支付令及指定收款人令（Receivership orders），Crédit Agricole 银行于 3 月 22 日向法院支付了 9,404,764.08 美元。

SOMO 并未对英国高等法院作出依据英国仲裁法第 66 条第（1）项执行仲裁裁决的裁定提出异议，而是对其他裁定提出了异议。

SOMO 认为，信用证的开立及项下交易发生在美国纽约，英国法院对此缺乏管辖权；SOMO 应享有主权豁免；以及在本案信用证下 Crédit Agricole 银行应支付的款项不应被执行。

2. 法院的观点

2013 年 11 月 18 日，Field 法官认为，因信用证产生的债务发生在伦敦，而非纽约，英国法院对此具有管辖权。SOMO 在本案中是独立的主体，而不是代表国家，因此如果信用证项下的债权归属于 SOMO 一方，则 SOMO 不享有国家豁免权。但是信用证不仅涉及 SOMO，CBI 也是信用证项下的权利人，法院不能作出第三方债务令，要求 Crédit Agricole 向 Taurus 付款。他进一步指出，CBI 是伊拉克中央银行，在任何情况下根据 1978 年《主权豁免法案》，均享有主权豁免。由此，Field 法官驳回了临时第三方债务令及指定收款人的判令。

在英国上诉法院审理过程中，多数意见（Sullivan 及 Briggs 法官）认为，信用证项下 Crédit Agricole 的债务不只是对 SOMO 的债务，还是对 CBI 银行的债务，从而支持高等法院驳回临时第三方债务令及指定收款人判令。Moore-Bick 则持相反意见。关于 SOMO 主权豁免的抗辩，三位法官一致认为 SOMO 是“独立实体”，



理由是：(i) 它在法律上是独立的。(ii) 它由董事会管理。(iii) 国家不控制其日常经营。虽然石油开采本身可能构成主权利力的行使，但国家通过中介行事，因此丧失了国家豁免这一利益。对此，双方当事人再无异议。

Taurus 上诉至英国最高法院。关于管辖权问题，最高法院的意见基本一致，认为信用证虽然是特殊的交易模式，但亦可适用“被执行人财产所在地”规则，本案 Crédit Agricole 银行的财产所在地为英国，Crédit Agricole 银行的支付行为、信用证项下的债务也都发生在英国，由此，英国法院对本案具有管辖权。自始至终，双方的主要争议焦点还是在于，Taurus 是否有权通过第三方债务令及 / 或指定收款人指令申请执行仲裁裁决以弥补自己的损失。在英国《民事诉讼规则》第 72 部分，作出第三方债务令的先决条件是裁决败诉方对第三方享有到期或即将到期的债权。少数意见（Neuberger 法官及 Mance 法官）认为，根据按涉信用证的“Condition A、B”中的特殊约定，Crédit Agricole 应向 CBI 账户付款，而非 SOMO 的账户，则第三方债务的债权人不仅仅是 SOMO，CBI 也应享有债权，因此第三方债务令减损了 CBI 的权利，第三方债务令不应被执行。而多数意见（Clarke 法官、Sumption 法官及 Hodge 法官）一致认为，虽然按涉信用证在某些条款中作了特殊约定，但该信用证项下的交易架构与其他传统信用证

支付并无二致，付款行为 Crédit Agricole，受益人为 SOMO，应认为 Crédit Agricole 对 SOMO 负有债务，由此，法院作出第三方债务令及指定 Taurus 为收款人的裁令符合《民事诉讼规则》第 72 部分的先决条件。最终，英国最高法院以 3:2 作出判决，驳回了上诉法院的判决，支持了 Taurus 的申请，裁决恢复执行第三方支付令及指定收款人的裁令。

3. 简评

在国际仲裁领域，申请第三方支付令的案例并不仅是个案。早前，在 Societa Eram 航运公司与香港上海汇丰银行有限公司案（2003 年）以及科威特邮轮公司与瑞士联合银行案（2003 年）两案中，英国最高法院均作出第三方支付令缺乏管辖权或权力的依据。主要原因有三，一是第三方支付令针对的是财产或物权，而位于外国的财产显然处于英国法院管辖权之外；二是这种做法与国际礼让原则有冲突；三是存在“双重危害”或“双重责任”之危险，即财产所在地法院可能判令银行向仲裁案件败诉方再次履行支付义务。而上文中与大家分享的 Taurus 与 SOMO 一案，英国最高法院作出了支持第三方支付令的判决。

与英国法院相对保守的做法不同，美国法院以“科勒判决”为代表，在 JW 油田设备公司与德国商业银行案（2011 年）、Eitzen Bulk 公司与印度银行案（2011 年）、Gucci 公司与李卫星案（2011 年）等多起案件中，无论是移交股票、移交败



诉方在银行账户中的存款还是披露败诉方信息，均对第三方支付令及 / 或移交令予以支持。只有在韩国 Samsun Logix 公司诉中国银行一案（2011 年）中，Soloman 法官采信了中国银行“独立主体规则”（应将同一家银行的分支机构视为相互独立的法律主体）、“双重危害或双重责任原则”的抗辩理由，作出了有利于中国银行的判决。

从英美两国法院的实践来看，对于第三方支付令是否得到支持，取决于主审法官的态度，在司法实践中并未形成一致意见。但我们可以看出，更多的法官倾向于认可第三方支付令及 / 或移交令。

综上所述，第三方支付令对于国际商事仲裁裁决的执行提供了借鉴。另一方面，对于在境外设有分支机构的本国金融机构而言，其带来的不确定风险同样值得关注。

采访时间：2016年8月31日
受访人：毛柏根
采访人：李海歌 刘小禾

浦东开发之初就有我们的身影

毛柏根律师访谈摘要

采访人：在上海的改革开放之初，当时律师很少，涉外律师更是凤毛麟角。毛柏根律师从市司法局的外事干部到上海最早的著名涉外律师之一，见证并参与了上海律师恢复重建阶段以及后来的浦东开发，外语水平非常了得！那时有个著名的段子：老外称其为“BAI GEN MAO”，熟悉的同事们也以英语排列和他打趣开玩笑：毛柏根、拔根毛！他总是呵呵一笑，这就是毛柏根作为涉外律师最早与老外交流的生动写照。后来他长期任律师事务所主任，还担任了浦东新区律师代表团团长、市律师协会的副会长，在行业管理方面也有许多经验。今天就请毛柏根律师来为我们回忆一下上世纪80年代初，从市司法局到律师协会、到第三律师事务所（涉外律师事务所）的这一段历史。

毛柏根：这项工作很有意义。你们两位到律师协会时间很早，与律师非常熟悉，做这个访谈工作是最合适的。

我1976年3月份从部队转业，到上海市高级人民法院当助理审判员。1980年，司法外事转到司法行政机关管辖，市司法局想把我调过去，但法院不肯放，双方僵持了一段时间。后来碰巧，司法统计工作从法院转到司法局，于是连工作带人就交换了。

那时司法局与高级法院办公都在一起，福州路209号，局长是鞠



华。后来我参加了中国律师代表团，随局领导王庄霄去美国访问，回来就正式调到司法局外事科。之后我担任了局长助理，这是组织对我的信任，但我不安心于这个岗位，一直希望去办案子。

后来，我到华尔街最大的律师事务所去实习了一年，在哥伦比亚大学做访问学者一年，回来后到第三律师事务所担任主任。当时，三所同时有侨务律师事务所、海事律师事务所、对外经济律师事务所等四块牌子，挂在新闻路办公室的门口，实际上还是综合律师事务所，多块牌子一套班子，国内案件也办。庄胤生、倪志强等负责海事，王一鸣、郑耐丽、方贤光等负责经济、民事、侨务等，唐正泽、居同圆、蒋鸿礼等

外语较好。我们的办公地之前是租在延安中路的延安饭店边上，后来搬到新闻路1324号。这套房子是用了19万美金买下来的，现在可能值几千万了。那时设立外汇账户，不是随随便便可以开的，而是要到市安全局去申请，都是我与时任市司法局副局长的王文正经手办理的。几经努力，终于获批。难得王局长很有眼光，抓住时机，当时为司法局买了很多小洋房，如衡山路、上方花园等。

第三律师事务所逐渐做大了，成为上海涉外的第一块牌子。那时候律师管理部门要求把所有涉外案子都交给我们三所办理，导致其他事务所有些律师对此不服气，这都是当时特殊发展阶段的产物，留有计划经济的痕迹。

1992年，浦东开发之初，我与其他四个律师一起，发起筹建浦东涉外律师事务所。当时李庸夫局长思想很敏锐，给了我们很大的支持。他说，浦东开发将来需要大量的律师，你们现在先去扛大旗，万一失败了也可以再回来。那时他写了一封信给我，我保存了很长时间。他叫市司法局律管处等部门都要支持律师参与浦东开发，我们事务所在展览中心开成立大会时，司法部蔡诚部长题了词，上海市副市长等前来祝贺，各方都相当支持。

当时浦东开发还刚刚开始，多是农田，几乎没有一处像样的房子。我们租住在上海船厂的一栋楼里，该楼还有不少外国的公司、办事处，被誉为“小联合国”。我们大部分业务是做顾问，“抢占”了第一批市场，像陆家嘴、金桥、外高桥等单位，还做股票上市、上市公司顾问等。浦东开发急需涉外、外语人才，我们和外国律师一起做业务，有的到香港上市，H股。这方面我们有原来三所的经验积累，抢了一个先机，机会太重要了，有时机会比能力还重要。浦东开发是一件很伟大的事情，我们律师又那么早参与其中，回想起来，蛮有意义的。

后来几届律协领导以及其他一些事务所的高级合伙人中有好几位是从三所、从浦东所出去的，也有的到国外去留学了。我们事务所比较重视引进人才，集中在一起大家相互学习，吸收好的经验，但期间人员进进出出蛮多的。我招聘他们进来，希望大家一起好好做，假如谁有什么不开心，外面有更合适的去处，我也不阻止。他们能力强了，到外面去闯天地，到外面发展得更

加好，对我三所、浦东所也是光荣的。我的原则就是来去自由，有的律师出去了又要求回来，我也欢迎。虽然有时我的事务所暂时萎缩了一点，但从长远来看，有利于律师事业的发展。

实际上，我们三所刚开始发展的时候，北京律师那边还没有什么动静呢。但那时上海的管理费收得比较高，结果上海不少律师事务所都到北京去，或回来办个分所。上海没有抓住这个机遇，应该反思一下。当然，从国家层面上而言是好事，整个律师业来说是发展的。

在三所时，有个涉外海事案子，印象比较深。一个雨夜，有条渔船在浙江被国外的大货轮撞翻了，当时不知道是谁，只知道有一条大船开过出事地方。我们律师代理渔民，经过仔细分析案情，并通过海军的观察站，终于查出涉事的是英国船只，于是通过法院予以扣船，迫使对方派律师过来处理，赔偿了几十万元。

我连续担任过四届律协常务理事，第七届律协的副会长，我一直有这样两个观点：第一，律师事务所是民间团体，不能按照序号以一所、二所、三所作为名称，好像是老大、老二、老三……第二，律师不应该自称海事或某某专业的律师事务所，假使自称海事律师事务所，你又不做海事业务，要影响律师名声的。后来在司法部的指导下，这些问题都解决了，序号、地名、专业名都作了调整。

我还认为，律师事务所有大中小所，这是正常的。律师服务市场就是应该根据需求进行配置。如果全部是大所，都去办大案子了，底层案子没人去办，是不行的。

我原来学的是英语播音专业，

较长时间从事外事、翻译工作，不过，我还是觉得做律师更有趣。

我蛮同情上海的一批老律师，他们是创业者，却很少享受到改革的成果。后来者即中年律师们则充分享受到律师改革的成果。我属于享受了一部分，赶上了末班车。所以我觉得自己还是很幸运的。

我较长时间担任律师事务所主任，一直到2015年止。前几年我还在工作时，尹燕德律师主掌浦东律工委，对我们老律师很关照的。

采访人：今天在这个场合，我们三人共话当年，话题从上世纪80年代初开始，有共同的工作经历，非常熟悉、非常亲切。比方说讲到209、零三、新闻路等等，它的含义，它后面的所有故事，都立刻清晰地浮现在眼前。我们仿佛又回到了当时的律师协会，80年代创业史历历在目。

毛柏根律师属于跨界的双栖人才，其领衔的律师事务所比较重视引进人才，且管理模式独具一格，从全局高度看待培养青年人才，而不是斤斤计较于事务所眼前利益，堪称律所主任的摇篮、涉外律师的孵化器。

早些年在组织律师协会成立周年庆时，我们找到了一些珍贵的黑白照片。毛柏根律师和韩会长、王会长一起出访日本、美国、香港等地，在域外的法院、律师事务所的合影，留下了那个时代律师对外交流的足迹。

毛律师说，与一批老律师相比，觉得自己还是很幸运的。我们认为，能够理解到这种幸运，其实是一种胸怀。执业律师当会长，副会长，也都是一种付出，有更高的精神追求和境界。毛柏根律师给我们留下了专业、开拓、乐观、豁达的印象。



从《茉莉香片》 到“京城第一香”

文 | 牛伶

亮植物逼仄压抑的生命，但这样的相遇，却是注定没有美好结局的。

这便是身在官宦人家的上海小姐张爱玲，对茉莉香片的解读——苦，且烫。

四季皆宜的“京城第一香”

但在老北京人的眼里，茉莉花茶却全是另一番滋味。

一年四季，春夏秋冬，茉莉花的香气始终在老北京的四合院里飘散着，滋润着一代又一代北京人的喉咙。茉莉花的香气融合着绿茶的香醇，浓淡交替，百转千回，可说是“满城尽是茉莉香”，离不开，散不去，忘不掉。

老北京人，不分三六九等，上到达官贵人，文人雅士，下至贩夫走卒，引车卖浆者，都好这一口，可谓“一日不可无此君”，每天早起第一件事就是喝花茶，滚烫的水沏开茉莉花茶，咕咚咕咚几下下肚，通体舒泰，一天才能过得舒坦，干活才有劲头。

南方人的不屑一顾

为什么茉莉花产自南方，但江浙一带的南方人却对其很是不屑呢？

或许是因为南方人口味上，追求鲜与纯，认为保持鲜味和原味才是最高境界，而最新鲜的茶便是绿茶，明前雨后，茶树刚刚长出嫩芽，采摘，杀青，冲泡，喝在嘴里，便是最新鲜的春的气息；而花茶，气息暧昧，来路不明，自然入不了南方人的法眼。

北方人的情有独钟

北方人，又为什么对茉莉花茶情有独钟呢？

可能是因为他们的口腔经年累月被重口味的食物所钝化，已经对新鲜的滋味麻木了，只有浓郁的茉莉香才能使他们的味蕾为之一振。

也可能是因为北方的水，水质硬，碱性大，有一股子土腥味，再好的绿茶也泡不出那股子鲜甜来，只能使得涩味加重，茉莉花茶则不怕，哪怕是用井水来冲泡，花香也能轻松地压住水腥气，让原本苦涩的井水变得香甜醇厚如甘露，久而久之，北方人就彻彻底底被这一口茉莉香片所征服了。

故，品茶如识人，各花入各眼。

苦涩烫口的《茉莉香片》

“我给您沏的这一壶茉莉香片，也许是太苦了一点。我将要说给您听的一段香港传奇，恐怕也是一样的苦——香港是一个华美的，但是悲哀的城。您先倒上一杯茶——当心烫……”

这便是张爱玲小说《茉莉香片》的开头。

接下来，的确是一段苦涩的故事——一个活泼开朗的优秀少女，一个家庭不幸的病态男子，一个带着好奇主动靠近，一个压抑嫉妒充满仇恨。

像极了一束阳光照在一棵生长的阴暗角落的植物身上，阳光明媚张扬，但对植物而言，实在太过刺眼，无法直视，更无法承受。

故事里的少女是少不更事的茉莉花，男子是忍受黑暗与孤独的茶坯，茉莉花贡献了自己的灵魂，试图成就茶坯的魂魄。阳光拼尽全力，想要照



牛伶

上海正义永道律师事务所执行主任。
业务方向：公司事务，私募基金，刑事案件。

姑娘，请坚持你的努力

读《请尊重一个姑娘的努力》有感

文 | 徐巧月



青春，既有憧憬，也有迷茫。有人说我们是八九点钟的太阳，充满蓄势待发的能量，等待着正午的绽放。而我，更愿意将青春看作是爬山中处于半山腰的阶段，前行还是后退，都要付出代价，前路茫茫充满挑战和荆棘，但是如果放弃，

那必定将舍弃此前所有的努力，回去的路也并不一定顺畅。

处于接近三十而立的年纪，面对上有老下有小的现实，每天匆匆忙碌内心却越发空虚，偶尔发呆冥想，脑中会突的跳出“梦想”两字，每每这个时候，我总忍不住窃笑，

转而又感受着丝丝的悲伤袭来。岁月渐长，梦想变得忽近忽远忽隐忽现，而跟别人谈起梦想，越发显得幼稚和不被理解，偶尔也会收获些略带嘲讽的附和。于是，慢慢地，我们学会了孤独，学会了隐藏梦想。我们把它称为“成长”。

我喜欢阅读各种文字，也喜欢看看某些心灵鸡汤，毕竟人总需要一些正能量来赶跑生活中的灰尘。最近，在当当淘书的时候，看到了新书《请尊重一个姑娘的努力》的推广，顿时眼前一亮。这句话，在那个早上，我刚刚对某个人说过，而我说出那句话的心情是带着自豪、坚强、抱怨和无奈的，应该说是各种情绪的综合体。拿到这本书翻开，我知道，我将又一次沉沦在书中。因为，作者杨熹文的一词一句，竟与我内心所想如此这般契合。此时，我才发现，对于这样细软而透着坚毅的文字，正是我心底的软处，当然，也可能是像我这样的人，都有这么一个心里的空间，留给这样的文字。

作者用许多散文，讲述了自己留学生涯的艰辛，捉襟见肘的经济状况，边读书边打几份工，又不放弃阅读和写作，的确是个拼命三郎的模样。作者朴素真实的文字和情感深深触动了我，其间的每一个主题每一篇文章，都敲打着，我感到深深的羞愧和脆弱。其中这么一段文字，让我有种醍醐灌顶之感，她说：“很多人不理解，女孩子那么努力，最后不还是要回一座平凡的城，打一份平凡的工，嫁作人妇，洗衣煮饭，相夫教子，何苦折腾？我想，我们的坚持是为了，就算最终跌入烦琐，洗尽铅华，同样的工作，却有不一样的心境，同样的家庭，却有不一样的情调，同样的后代，却有不一样的素养。”是吗？亲爱的姑娘！是的。这一段文字让我烦躁不安的心突然就静下来了，我拼命坚持，坚守着年轻的梦想，拼命擦拭，不想让尘世的风土沾染心中的那一

片净土，有时感觉精疲力尽，不知道还可以坚持多久。现在，猛然间，这一段文字让我顿悟了。我在现实和梦想之间挣扎，我所烦恼的，牵挂的其实就是那一份“不一样”，其实就是“改变”，当然不是攀比炫耀，只是希望自己奋斗向上，只要明天比今天进步，那便该知足了。

我相信作者的文字是真诚的，每一篇文章都是作者经历过认真的反思和感慨，它不能代表其他人，但是唯独因为不代表，才尤显珍贵。我们只需读着文字反观自己的境遇、生活和态度，而不是陷入他人的生活和感情中。作者讲述着现实，讲述着残酷的赤裸裸的功利社会，作为一个需要靠双手打拼赚钱交学费养活自己的穷留学生，她体验着最真实的生活，虽然身处繁华富裕的国度。“你不是一个人在奋斗”、“不是只有努力，就够了”、“世上没有灰姑娘”、“别对这个世界有偏见”、“有一种爱，叫做妈不想让你成为我这样的人”……每一个标题都透着坚强和韧性，读着细腻的文字，我却仿佛可以看见作者高昂的姿态，不是骄傲，而是不卑不亢的恰到好处。

我想，我也是一个努力的姑娘，我曾经自卑、抑郁，但也用自己的努力赶跑了那些差点压垮我的大山，我用自己的勤奋赢得了别人的尊重，我感觉到我的人生充满着阳光。奋斗的路，是孤独而苦涩的，但是，我也始终相信，我不是一个人在奋斗，我相信那些聚光灯下的“成功人士”，只是把挥洒汗水的时刻留在了幕后。我并不比别人拥有更多，也不比别人聪明和优秀，我所有的，

仅仅只有努力而已。

有人说，因为没有伞，所以我们要在雨中努力地向前奔跑。这句话可以扩展理解成对于不能拼爹的无钱无背景无资历的三无青年来说，唯有不断奋斗，才能有所成就，摆脱窘迫的现状。话，是没有错的。但我觉得仍是片面的。正如杨小姐说，“努力的意义是为了认清自己”，而不是为了胜过别人。所以，在这功利的社会，保持一份清醒的自我，努力，认清自己，让自己变得更好，不是为了证明给别人看什么，而仅仅只是为了证明我可以。

姑娘，你是否和我一样，在坚持梦想的道路上磕磕碰碰，时而充满热情和希望，时而又悲观失落？不要在乎今天过得是不是符合大众的步调，只要你努力着，坚持着自我奋斗和前行，那便是给自己青春最好的记忆。



徐巧月

浙江光正大(上海)律师事务所律师。
专业方向：公司商事、婚姻家庭。



上海国际经济贸易仲裁委员会

Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission

上海国际仲裁中心

Shanghai International Arbitration Center

上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）设立于1988年，以独立、公正、专业、高效的仲裁服务为当事人解决商事争议。

上海国际仲裁中心受理案件除传统商事争议外，还涉及私募股权、互联网金融、融资租赁、航空服务、文化体育、能源与环境权益等新型案件。案件当事人遍及全国各地及世界上72个国家和地区，仲裁裁决依据《纽约公约》已在40余个国家和地区得到承认和执行。上海国际仲裁中心《仲裁员名册》共有仲裁员858名，分别来自61个国家和地区，其中中国内地仲裁员534名，占62.24%；外籍及港澳台地区仲裁员324名，占37.76%。

近年来，上海国际仲裁中心分别设立了中国（上海）自由贸易试验区仲裁院，上海国际航空仲裁院，金砖国家争议解决上海中心，中非联合仲裁上海中心及产权交易仲裁中心，为当事人提供更具针对性的专业调解、仲裁等争议解决服务。

上海国际仲裁中心始终坚持国际化和专业化的发展战略，服务中国（上海）自由贸易试验区及“一带一路”国家战略，助力上海国际经济、金融、贸易、航运中心及科创中心的建设。

示范仲裁条款

“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交上海国际经济贸易仲裁委员会/上海国际仲裁中心进行仲裁。”

www.shiac.org

地址：中国上海市金陵西路28号金陵大厦7-8层（200021）

电话：86-21-63875588

传真：86-21-63877070

邮箱：info@shiac.org



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）22313917

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 22313917

Zipcode: 200041

Website: www.accsh.org



2017 “翰鸿杯·法言墨语” 首届上海律师书画篆刻展
绘画类二等奖作品
上海兰盾律师事务所 张红云