

上海市律师协会 主办



SHANGHAI
LAWYER

聚焦 建言切中肯綮 各方欣然采纳
——2011年律师代表委员议案
提案纪实

专题研究 关于制定《中华人民共和国信托
法》司法解释若干问题之探讨

聚焦 · 思辨 · 感悟 · 互动

2012
总第692期

2

2012上海律师 新春音乐会



去年12月20日,市律协由钱翎樑副会长带队前往市检察院,参加了由市检察院副检察长许佩琴主持召开的加强和改进民事行政检察工作座谈会。市检察院民事行政检察处的领导班子参加了会议。



1月6日,上海市高级人民法院副院长陈立斌、立案庭庭长吴金水、申诉审查庭副庭长田文才、立案庭邹丰一行四人来到律协,与上海律师就法院立案工作进行座谈,听取律师的建议和意见。



去年12月31日,对外宣传与联络委员会召开2011工作总结与2012年工作计划会议。立案庭庭长吴金水、申诉审查庭副庭长田文才、立案庭邹丰一行四人来到律协,与上海律师就法院立案工作进行座谈,听取律师的建议和意见。



去年12月26日,市妇联女性社会组织发展中心召开“上海市女性社会组织建设工作推进会”。会上,上海市女律师联谊会被授予“上海市优秀女性社会组织”称号,成为全市七家获奖单位之一。



去年12月28日,60余名刚领到执业证的新律师身披律师袍,在首届东方大律师朱树英的带领下,庄严地宣誓入行。2011年,市律协共举行了六次入行仪式。举行入行仪式的目的在于让青年律师注重自身社会形象,恪守律师职业道德,传承老一辈律师们的执业精神,从而实现自我价值。

迈向第二个 10 年： “入世”中的律师责任

民建上海市委主委、上海市政协副主席周汉民

10年前,在中国入世之际,我曾鲜明地提出“中国入世首先是政府入世”的观点。其理由在于,入世后我国所面临的挑战,首当其冲的是对政府管理经济方式的挑战:政府要由全能政府变为有限政府,由管理型的政府变为服务型的政府。10年来,我国大规模开展了法律法规清理修订工作,中央政府共清理法律法规2300多件,地方政府共清理地方性政策和法规19万多件。

我国建立了符合WTO要求的法律体系,并确立了以“透明度”和“非歧视”为基本理念的外贸管理模式。10年的实践证明,入世正不断推动中国的改革开放驶向深水区,成为中国改革开放的接力赛不断向前推动的重要动力。

加入WTO以来,我国按照承诺逐步削减关税水平,关税平均水平从加入前的15.3%降到了9.8%。其中,农产品的平均关税为15.2%,工业品平均关税为8.9%。我国还按所承诺的时间表全部取消了进口配额和进口许可证等非关税措施,彻底开放了对外贸易经营权。与此同时,在服务贸易领域,在WTO分类的160多个服务贸易部门中,中国已经开放了100个,涉及银行、保险、电信、分销、会计、教育等重要服务部门,为外国服务提供者提供了广阔的市场准入机会。目前,我国已成为世界上开放服务贸易领域数量第九位的国家,而前八位均为发达国家。

在降低我国贸易壁垒、开放本国市场的同时,我国也获得了WTO其他成员方给予更为优惠、更为公平的市场准入条件,使我国的货物、技术和服务更多地走向国际市场。

第二个10年,我们必须清楚地看



到,未来世界经济发展中仍存在许多不确定的因素。从整体趋势而言,未来一段时间世界经济将继续缓慢复苏,但复苏的基础不牢。世界发达经济体经济增长乏力,欧债危机持续发酵,一些国家主权债务危机隐患仍未消除,新兴市场资产泡沫和通胀压力加大,保护主义继续升温,国际市场竞争更加激烈,不稳定不确定因素仍然较多。

与此同时,我国发展所面临的形势依然十分复杂严峻,我国的外经贸体制中仍存在一些问题 and 隐患。就外贸发展而言,当前最为突出的一个问题就是我国的对外贸易政策导向如何真正实现由“追求出口”、“强调创汇”向“中性贸易”政策的转变。因此,如何确保对外贸易在增长中平衡发展成为入世第二个10年我国面临的一个重要课题。

在利用外资方面,我国利用外资在保持数量增长的同时,一些深层次的问题也逐渐显现:其一,是外国在华直接投资的产业流向呈现明显的不均衡分布状态;其二,是高新技术产业增长过度依赖于三资企业;其三,是外国投资在相当程度上造成能源消耗与环境污染问题严重。

此外,入世10年来,伴随着我国外

经贸的高速发展,我国涉及的经贸纠纷正日益增加。以诉诸WTO的案件为例,截至2011年底,我国作为起诉方共在WTO争端解决机构提起案件8起(涉及8项争端),而我国作为被诉方的案件则有23起(涉及14项争端)。上述总计31起的案件中,只有5起发生在我国入世的前5年,剩下的26起案件均发生在2007年至2011年的5年间。可以预见,在入世的

第二个10年里,中国将遇到更多的外经贸摩擦与纠纷。

中国入世以来的10年,也是中国律师业发展的黄金10年。入世后的中国,无论是对政府还是对于企业而言,WTO的非歧视和透明度原则都日益深入人心,法律规则和律师行业的重要性日益得以显现,得到重视。过去10年,一大批国内律师通过系统学习和研究WTO相关协议和涉外经贸法律知识,“接力”式地完成了一宗又一宗的案例,逐渐在这个全新的法律服务领域中崭露头角。

推动未来10年我国外经贸的持续健康发展,处理和化解我国外经贸发展中的摩擦与纠纷,法律工作者责无旁贷。入世10年来,中国正从入世之初WTO规则的遵循者转变为多边贸易规则的制定者、实践者,能否适应这一转变、促进国际法规朝着更加公平的方向发展,无疑是中国律师面临的一项新挑战。经贸发展的国际化极大地推动了我国律师法律服务的国际化和现代化。因此,我由衷希望上海的律师界能不断提高驾驭国际规则、处理国际争端的能力,以专业的服务为我国外经贸的健康发展保驾护航!



上海律师 2012 2

总第 692 期

目录

SHANGHAI LAWYER

《上海律师》杂志(月刊)

主 办:上海市律师协会
编 辑:《上海律师》编辑部

编辑委员会主任:盛雷鸣

副 主 任:陈乃蔚 邵曙范 黄 绮 钱翎樑
周天平 管建军 厉 明 万恩标

委 员:(排名不分先后)

朱剑华 刘小禾 光 韬 李海歌
张 方 岳雪飞 洪 亮 贾明军
黄荣楠 谭 芳 葛珊南 孙彬彬
计时俊 吕 琰 张 毅 陈 凯
顾跃进 蒋信伟

主 编:黄 绮

副 主 编:刘小禾 庄 燕

责任编辑:杨培君

摄影记者:曹申星

美术编辑:大 愚

编 务:薛 侃

本刊特约撰稿人:

王俊民 汤啸天 陈 默
李颂联 王凤梅 彭念元
游 伟

(内部资料 免费交流)

编辑部地址:

上海市肇嘉浜路 789 号均瑶国际广场 33 楼

电 话:021-64030000

传 真:021-64185837

投稿邮箱:E-mail:tougao@lawyers.org.cn

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)

卷首语

1 迈向第二个 10 年:“入世”中的律师责任 / 周汉民

本刊关注

聚 焦

5 建言切中肯綮 各方欣然采纳

——2011 年律师代表委员议案提案纪实

/ 王凤梅 周柏伊

9 狭路相逢勇者当胜 斗智斗法三强出炉

——2011 上海律师辩论赛复赛(6 进 3)纪实 / 吕 轩

11 监事会深入各区律工委走访调研 力求监督工作拓宽广度挖

掘深度 / 龚 琯

法律咖吧

12 从民事诉讼法修改 看民事诉讼制度改良

/ 张移 麦欣 竺建平

人物·优秀律师

16 恪守职业精神 彰显律师本色

——记“上海市优秀律师”唐勇 / 沈轶伦

人物·优秀青年律师

20 只有舍得放弃 才能收获明天

——一名劳动律师的专业探索之路 / 陆 胤



关 摄影:王竞



1月4日，市律协召开2012年上海律师参政议政新闻发布会。随着区县人大及政协的换届完成，市区两级的律师代表与委员人数已经超过150名。

共筑和谐 23 老年维权更需撑起法律援助的“保护伞”

/ 董方

区县特写 25 创新发展下的静安律师 / 静安区律工委

律所建设 28 而立之年忆征程 务实争优求发展

——写在华亭律师事务所建所30周年之际

警示台 32 Z所管理混乱“何所长”违规办案

/ 市律协纪律委员会

法眼法语

执业心语 33 千里之行 始于足下

——兼谈青年律师成长的体会 / 赵平

视角 35 建立多元化多渠道的纠纷解决机制

——论律师参与劳动争议ADR的可行性与制度构想 / 李华平

新税手记 38 怀揣大律师的梦想 践行小律师的精致

——参加青年律师宣誓仪式有感 / 闫艳

时评 40 绝不能拿“个案”当“典型” / 王展 朱作洋

新法速递 41 《律师业务资料》目录2012年第1期

专题研究

43 关于制定《中华人民共和国信托法》司法解释若干问题之探讨 / 李宪明

51 试论我国法律框架下的信托公示 / 孙瑜

55 和信托业一起长大 / 冯加庆

人文万象

他山之石 58 交流借鉴 深化合作

——上海市律师协会代表团赴西班牙意大利考察报告 / 张克江

微·Talk 62 鹅卵石与回音壁

乐·Life 63 爱上古典音乐 / 邢路

随笔 64 同事老岳 / 半岛斋主



随着上海越来越多的律师成为各级人大代表和政协委员，律师已经成为参政议政的一道靓丽风景和一支重要力量，律师参政议政的效果究竟如何？从有关部门一份份列入采纳的回复意见，就可看出上海律师的建言献策能力。

据不完全统计，2011年，上海律师中118位各级人大代表与政协委员共提交议案、提案、书面意见、社情民意等117条，其中相当大部分被有关部门采纳，充分体现了上海律师参政议政水准的提高，提升了律师群体的公众形象及社会地位。

2011年底，上海各区县律师人大代表和政协委员换届结束。换届后，上海律师各级人大代表和政协委员已超过150人，比上届增长了28%。这一数字，再次说明了上海律师参政议政履职能力和受重视程度的提高。

本刊关注

聚焦

●文/王凤梅 周柏伊

建言切中肯綮 各方欣然采纳

——2011年律师代表委员议案提案纪实



人大代表篇

目前,上海律师中人大代表至少有45位,其中11位市人大代表,分别是钱翎樑、厉明、朱洪超、刘正东、徐晓青、钱丽萍、孙洪林、金纓、金永红、陈子龙、薄海豹11位律师。他们都不仅是律师中的精英,同时也是建言献策的高手。

专业眼光关注民生话题

市人大代表、全国律协常务理事、上海君悦律师事务所主任刘正东——

房子,是老百姓最关注的话题之一,房屋维修的问题也事关老百姓的切身利益,但是买了房子的人鲜有人能说清这块事。律师作为熟悉法律的专门人才,长期进行着法律实践,以专业的视角关注民生提意见,是一般代表所不具备的。市人大代表、上海君悦律师事务所主任刘正东2011年的两个书面意见都与目前民生话题中的物业维修相关,而他关注的角度与深度也非常专业,均得到了房地部门的重视。

在《关于公开本市十年来商品住宅维修基金筹集、使用和保值增值情况的意见》书面意见中,他提出本市筹集的物业维修基金累计似不应少于200亿。商品住宅维修基金作为公共资金,房地产管理部门有必要对社会公开其十年来的筹集、使用以及按规定进行保值增值的情况,从而让本市的信息公开工作再上一个新台阶。

上海市住房保障和房屋管理局回复表示,截止2011年5月,全市累计归集商品住宅维修资金本息301.8亿元,累计已使用15.6亿元,余额为286.2亿元。余额中,市、区(县)代管账户余额159.9亿元,

业主大会账户余额126.3亿元。

在保值增值方面,在业主大会成立之前,根据相关规定,目前由市局上提区县代管的部分维修资金存放银行定期存款,利息全部回报业主。业主大会成立之后,则由业主大会定期公布账目、发送对账单,并建立查询制度。该意见留作参考。

对老百姓关心的房屋质量问题,他提出《关于建议本市探索设立住宅物业保修基金的意见》。鉴于住宅已成为百姓家庭的主要财产,且属重要的生活资料,单个家庭难以承担“无人保修”或“无力保修”的质量保修风险。更鉴于经过十几年的房地产开发建设,本市的住宅物业已陆续步入“中年”,未雨绸缪,刘正东代表建议本市探索设立住宅物业保修基金制度,以房地产行业互助的形式彻底免除百姓购房的后顾之忧。

上海市住房保障和房屋管理局答复表示,本市将建立住宅物业保修金制度。相关部门已起草了《上海市住宅物业保修基金管理暂行办法》,明确了保修金的适用范围、交存标准、交存时限、使用申请、费用划转、保修金不足和期满退还等相关问题。刘正东代表提出的建设单位可以采取购买保险等方式承担房屋主体结构和地基基础等达到设计文件规定的合理使用年限的保修义务的建议,该局将转报市政府相关部门,在修改《办法》时予以采纳。

不仅提出问题 还帮忙找方法

市人大代表、市律协监事长、上海四维乐马律师事务所主任厉明——

“金牌代表”厉明的风格就是求真务实,做律师如此,做人大代表亦如此。“内容翔实,分析透彻,针对性和操作性强”是很多部门给他的书面意见做回复时的评价。2011年,厉明代表共提出9条书面意见,大部分都得到了认可和采纳。

比如,2010年11月15日的大火后,他提出《建议设立公共安全服务热线115的书面意见》,提出对于发现公共安全隐患之后该向哪个部门反映的问题,在实践中令很多市民深感困惑,他建议设立公共安全服务热线115。

市公安局立即回复表示,设立全市综合性公共安全服务热线符合人民群众的需要,建议由市政府牵头,综合各职能部门资源,组建全市综合性公共安全平台。此后,市应急办也回复表示,市政府领导已经要求有关部门整合建设市民综合服务热线,并将相关工作列入上海市“十二五”规划中。

关注老百姓生活也是厉明的着眼点。针对主要集中在美容美发、健身洗浴及商场办卡购物等行业的预付卡式服务,他提出《建议建立预收款式消费卡商户提供保证金制度的书面意见》。

市商委回复表示,商务部正在开展封闭式预付消费卡管理规范的研究,下一步,市商委将在商务部的统一安排指导下,积极推进本市封闭式预付消费卡发行和使用的规范管理,最终确保预付消费卡的监管到位。

生活垃圾管理是现代城市管理的一项重要内容。厉明代表经调研考察,特提出七点建议,写成关于建议修订《上海市城市生活垃圾收运处置管理办法》的议案。

市绿化和市容管理局回复表示,几项建议对本市推进生活垃圾分类,促进源头减量工作的开展十分有益,也为他们管理和配套立法工作的开展起到了很好的借

鉴作用。下一步,将从两方面着手开展具体工作。在总结实践工作的基础上,开展上海市生活垃圾管理地方性的立法调研工作,将农村地区生活垃圾的管理纳入其中,做到全覆盖。

多产代表广泛关注民生

市人大代表、市律协副会长、上海市钱翔樑律师事务所主任钱翔樑——

市人大代表钱翔樑一直非常忙碌,作为一位有高度责任心的人大代表,他走到哪,想到哪,写到哪里。2011年,他的15份书面意见和议案,都非常有见地,广泛地关注了民生话题,得到了有关部门的重视和采纳。

上海下雨多,一些地方一直存在下水难。钱翔樑代表在《关于完善本市排水系统的议案》中建议,市政府将此事提上议事日程,通过普查排水系统的现状,编制排水专项规划,完善排水基础设施。

上海市水务局回复表示,本市的排水系统确实存在着部分地区系统建设尚不完善,影响了周边地区百姓的正常生活等问题。为此,有关部门已经开展并完成了部分工作。下阶段,有关部门将从以下几



方面进一步完善本市排水系统:依据规划加快推进排水设施建设;尽快开展规划修编;打好下水道养护管理常态化的“持久战”;深化“市区联手、泵管联动”和“环卫联合、协同作业”等防汛排水机制;继续推进排水信息化。

上医院配中药回家自煎历来都是由药房将中药按每天服用的剂量配好,每天一包,回家后打开药包倒入煎锅煎就是了,非常方便。但不知从何时起,变成了同样的药不再分成一天一小包了,而是一种药一大包,让病人回家自己分。这样的结果是苦了病人,方便了药房工作人员。这让钱翔樑代表写了《关于改变自煎中药让病人自行分药的议案》,建议改变这种做法,把方便留给病人。

上海市卫生局就意见所涉及的具体问题,进行了研究,拟提供几个解决方案:可采取饮片由医院代煎,以减少病家分拆的麻烦。加强医院发药窗口的临床药师对

病家用药的具体指导,并提供使用说明。成立专门窗口,对需要分包的病人,提供分包服务等。

此外,上海城乡建设和交通委员会对他提出的《再提关于长江路隧道与地面道路配套建设的有关建议》列入计划解决;上海市发改委对他提出的《关于完善价格听证会程序的议案》的书面意见列入解决采纳;对《关于加强废旧节能灯管回收工作的议案》列入计划解决;对《关于恢复宝山临江公园内大成殿原有功能的几点建议》,宝山区政府列入已采纳;对《关于切实加强高温期间防暑降温工作的若干规定》,上海市人大常委会法制工作委员会列入计划解决;对《建议在法院支付打印、复印费采用手撕发票》,上海高院留作参考;对《关于关注失去独生子女的特殊家庭的议案》,上海人口与计划生育委员会表示留作参考。



政协委员篇

上海律师中政协委员至少有107位,其中有11位市政协委员,分别是黄绮、朱树英、吕红兵、江宪、胡光、游闽键、林莉华、安翊青、张毅、臧广陵和董敏华,他们作为上海律师界的代表,以崇高的使命感和责任感勤恳工作,其精彩的论点经常成为两会会场上的亮点。

关注经济大势 关心行业发展

市政协委员、全国律协副会长、国浩

律师(上海)事务所首席执行官吕红兵——

吕红兵的提案,都是根据自己的实践和调研,关注国内外重要经济发展问题,提出专业化、前瞻性的意见。很多业内人士都感叹,不是一番深度调研,是断断续续写不出这样的提案的。2010年市政协会议上,吕红兵委员针对自我创业板创立以来,上海截止2009年底申报企业通过中国证监会发审委的比例只有50%的严峻现实,以专家的眼光提出《加强辅导和支

持上海中小民营企业发行上市》。上海市金融服务办公室对吕红兵的上述提案给予了充分肯定,并表示拟采取以下措施:加强对中小企业上市的组织协调工作,市政府拟成立“上海市推进中小企业上市工作联席会议”,统一协调中小企业直接融资和上市工作中的重大事宜,制定相关扶持配套政策,并加强与中央监管部门的沟通协调。有针对性地做好上市后备企业培育扶持工作,针对不同发展阶段企业的需求提供个性化的服务等。

2009年年初的两会上,吕红兵委员科学地分析了建设国际并购服务中心的基础条件和重要的现实意义,在对国际并购服务中心应具有的市场信息聚集、并购基



金聚集、专业服务聚集等方面功能进行系统而严谨的论证的基础上,提出了几点具体建议。

上海市金融服务办公室对吕红兵委员的提案作出回应并表示认同。表示要积极探索继续推动各项并购业务的开展,支持探索研究在我市建立国际并购服务中心,形成具备操作性的方案。

2011年,吕红兵提出《推进建立从优秀律师中选拔法官的机制建设》,指出从优秀律师中选拔法官目前似乎还有制度上的障碍,但总体上问题不大。建议上海市高级人民法院制定从优秀律师中选拔法官的办法,从上海建设国际金融中心、航运中心的角度,从优秀的、专业的、特别是从事人民法院审判工作中紧缺专业的律师中选拔法官。

2011年,他还提出《上海应大力发展和推动“第三方支付”》。较之传统的支付结算模式,第三方平台结算的支付模式在如今的互联网电子商务时代具有明显的优势,符合金融贸易发展的必然趋势。有利于推动电子商务的扩大,并且成为日后金融贸易、金融结算、金融支付架构中不可或缺的一部分。

他同时列出需要关注和存在缺陷是,比如如果没有严格的监管,还可能发生信用卡非法套现、为色情网站提供支付服务、替网络赌博组织洗钱等诸多负面后果,甚至危及金融安全。因此提出建议,细化监管机制。

抓住问题就要问出办法

市政协常委、上海律协副会长、上海市尚伟律师事务所主任黄绮——

黄绮委员的提案风格非常执著,她那

项著名的跨越了两届政协的三份提案,硬生生从铲车下为老百姓夺回了淮海西路徐汇苗圃。正是这种抓住问题就要问出办法的作风,使她的提案得到相关部门的重视。

2011年,黄绮委员有3个提案,《大宗农产品电子盘发展10年“无法无天”的状况极需改变》、《倡导劳务派遣单位与用人单位成立联合工会的建议提案》、《在幼儿园及中小学完善遇险自救常识性教育课程的建议》,都得到了有关部门的采纳性回复,尤其是关于大宗农产品的交易的提案,引起了各级政府部门的高度重视。

大宗农产品的交易本身是一种现货市场交易,但是,这类市场引进了期货交易的规则,以期货交易的方式来进行大宗农产品交易,很多人入市交易的人将此作为金融产品去炒作,类似赌博。近年来,大宗农产品电子盘市场乱象丛生。从山东日照的“龙鼎盘”事件将大蒜炒到了天价,到海南天然橡胶、广西白糖以及上海大宗农产品市场2010年发生的普洱茶等事件,本来有可能发现现货价格的市场,却成了远离现货价格的“怪胎”市场。市场不断出现入市交易的客户与市场发生纠纷与摩擦,客户向有关部门就市场的不规范行为进行投诉不断。

为此,政协委员黄绮在第十一届四次政协会议上,针对大宗农产品电子盘中远期合约交易提出第0193号提案。建议从保证金监管、规范交易结算系统、规范入市交易主体、报备市场主体及文件、制定和完善相关法律法规等五个方面,整顿管理大宗农产品市场。

商务委接到后马上发出紧急通知,市政府也很重视,责成市商务委、市金融办、市工商局、市公安局出台了《关于进一步规范本市大宗商品中远期交易市场管理

的若干意见》,治理这类市场。

2011年11月,国务院发布的38号文《国务院关于清理整顿各类交易场所切实防范金融风险的决定》指出,除依法经国务院或国务院期货监管机构批准设立从事期货交易的交易场所外,任何单位一律不得以集中竞价、电子撮合、匿名交易、做市商等集中交易方式进行标准化合约交易。而这些交易特征正是大宗商品中远期合约交易的方式。商务部要在联席会议工作机制下,负责对大宗商品中远期交易市场清理整顿工作的监督、检查和指导,抓紧制定大宗商品交易市场管理办法,确保大宗商品中远期交易市场有序回归现货市场。

一语中的 频获大奖

市政协常委、上海市建纬律师事务所主任朱树英——

作为上海律师界的资深代表,朱树英在政治协商和参政议政中代表律师发表的声音,获得市政协领导、各提案承办方和众多媒体的高度评价,被誉为“金牌委员”。他自2003年起担任第十、十一届市政协常委9年来,共撰写有15.7万字、提出211条建议的44件提案,全都涉及有关城市建设的专业领域,其中3件被评为市政协的个人优秀提案。

2011年,朱树英共有8个提案,其中6个是有关11.15火灾事故的提案,分别从消防、物业、执法等方面提出了城市安全的真知灼见。今年上海两会期间,市政协公布了其首次开设的关于提案的创新奖项,共评选出本届政协收到的3000份提案中的5份“优秀提案特别奖”,其中个人获评的仅2份,朱树英的提案《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》由市发改委推荐获评。

朱树英把解决社会民生的热点问题作为重点,积极建言献策。他在担任第十届、十一届政协常委的9年多期间,在熟悉的建设工程和房地产专业领域中先后提出了53份切实有效、具有前瞻性和操作性的提案,涉及的解决问题的意见和建

议多达200多条,且多被采纳。其中,他提出的《剖析建筑市场八个“擦边球”,加强针对性管理的建议》、《规范群租管理,构建和谐社区——尽快对〈上海市房屋租赁条例〉进行修改的建议》、《千万不可因管理小缺陷,有失国际大都市的尊严——关于加强本市公共场所的城市管理并及时整修相关缺陷的建议》,因提案体现专业性,直击城市建设和发展领域的前沿问题或热点问题,先后3次获得上海市政协的年度“优秀提案奖”。

朱树英作为本身业务繁忙的执业律师,在承担着诸多社会工作的同时投入大量的时间和精力,践行着自己“不虚其位,在位谋政;既担责任,必定用心”的诺言。

没有调查就没有发言权

市政协委员、上海林莉华律师事务所主任林莉华——

林莉华委员说,律师能有政协委员这个身份要懂得珍惜,因为你每次发言不仅代表自己,还代表整个律师群体。因此,林莉华的所有提案都是经过细致调研。她始终认为没有调查就没有发言权。她的提案因为言之有物,受重视程度非常高。

2011年,针对高层住宅呈逐年增多的趋势,她提出《关于加强高层住宅消防安全的建议》。首先,建立高层住宅消防安全日常检查制度。其次,提高居民的消防安全意识和防灭火能力。第三,建立高层住宅建设高度与消防能力相对应的制度。

市消防局回复表示,2011年以来,消防重点工作正逐层推进。“责任消防”带

动“全警消防”,“全警消防”牵引“全民消防”的火灾隐患大排查、大整治机制正在形成;市政府“17号文件”贯彻工作和《上海市消防“十二五”规划》编报工作强力推进;市政府“实事工程”和市综治委“实项目”取得阶段性成果;消防基础设施和装备建设已不断加强;消防应急救援能力建设和打造现代化公安消防铁军行动在不断深化。

下一步,有关部门将推进6项重点工作。一是深入推进“清剿火患”战役行动。二是狠抓市委20号文件、市政府17号文件落地。三是强推消防“实事”工程和“平安建设”实项目。四是提高消防安全硬实力和消防工作信息化水平。五是加强综合应急救援和现代化公安消防“铁军”建设。六是创新特大型城市消防管理。

2011年一组关于“地沟油”的调查,将触目惊心的“地沟油回流餐桌”现象再次呈现在全国公众的面前。林莉华提出《关于整治地沟油的建议》的提案,建议从三个方面整治地沟油。首先,取消餐厨垃圾处理费,以提高餐饮企业规范处理餐厨垃圾的积极性,斩断收运“地沟油”的利益链条。其次,政府部门既要检查大型连锁饭店,更要重点检查中小型饭店;既要检查卖场超市,更要重点检查农贸市场。第三,发动群众,鼓励举报。

上海市绿化和市容管理局对此提案回复表示,针对地沟油的整治问题,该局已要求区、县绿化市容部门对饮食、食堂等单位产生的废油脂和含油废水不得收费,对单位和饮食行业产生的厨余垃圾,按生活垃圾的收费指导标准进行收费。

此外,将进一步注重对产生源头的管理,完善管理制度的设计,落实产生单位的责任。建立常态执法检查联动机制,各相关执法部门将非法收运、非法处置、非法加工、非法销售等违法行为纳入日常执法检查的重点内容,形成全方位强有力的执法态势。

劳务派遣是我国劳动力市场中的一种新型企业用工制度。但劳务派遣单位的设立条件过于简单、组织形式混乱,承担责任能力差;在一定范围内较普遍地存在

同工不同酬问题;林莉华提出《关于劳务派遣的立法建议》。

上海市人力资源和社会保障局回复表示,林莉华委员提出的建议对今后进一步规范派遣用工具有很好的借鉴作用。市局已成立了规范劳务派遣专项工作小组,针对本市劳务派遣用工的总体情况与规范本市劳务派遣用工的政策建议,开展全面深入调研。

从各个部门对律师人大代表、政协委员提案议案回复情况可以看出,很多经过周密调研的意见和建议提到了点上,所以各个相关部门回复很认真,很感谢,对建议常常会欣然采纳。

今年是此届人大代表、政协委员履职的最后一年,大家都非常珍惜这样的机会,继续认真履职,积极献策。今年“两会”中来自律师界的议案提案仍是关心广大人民群众的利益,从法律的角度来看待问题、分析问题和解决问题,显示出上海律师高度的政治意识、大局意识、责任意识。

这3年来,律师人大代表和政协委员积极参与“两会”,律师们的一些提案议案受到市委和市政府领导的高度重视,认为“质量高,有水平”,并作了重要批示。上海市律师参政议政的意识有了很大程度的提高,而且在参政议政方面在发挥着越来越重要的作用,他们以通晓法律、洞察社会、了解民情的群体优势出谋献策,为民主法制建设作出贡献。

2012年1月份刚刚结束的市人大、市政协会议上,其中仅22位律师代表和律师委员就已经分别提出了议案、提案(据不完全统计)达68件,代表及委员们“两会”期间频频亮相于专题会、报纸及视频媒体,就社会建设、民生问题等发表真知灼见。

薪火相传,今后各位律师代表委员将以更大的政治责任感和社会责任感,为人民群众的利益鼓与呼,以律师的专业知识和职业专长在政治生活中发挥独特的作用,在推进法治建设进程中,也将更好地维护律师的权益,展示上海律师的风采。●



聚焦 ● 文/吕轩

狭路相逢勇者当胜 斗智斗法三强出炉

——2011 上海律师辩论赛复赛(6进3)纪实



去年12月17日下午,2011上海律师辩论赛复赛(6进3)开赛在即,上海律协报告厅内济济一堂,“一位难求”,律协工作人员已开始分发折叠椅作为临时加座,不少前来观战的律师甚至只能在隔壁会议室内观看现场同步视频。

下午1:30,比赛正式开始。上海律协会长盛雷鸣先对以往几轮比赛作总体评点。盛雷鸣表示,辩论赛开锣至今已过半程,辩论赛能如此顺利地展开,要感谢司法行政系统领导的全力支持以及区县律工委和广大律师的积极参与。比赛的过程可以说是“精彩纷呈,高潮迭起”,充分体现了上海律师的专业水平和综合素质。辩论赛的初衷是发动全市律师尤其是青年律师,更加注重对专业的修炼,把注意力更多地集中于专业技能方面的培训。继辩论赛后,上海律协正在酝酿2012年上海律师的学术大赛,包括学术论文、案例分析、文本制作等方面的比赛,以此来继续吸引广大律师对于不断提升专业水准的重视。

与前两轮一样,本轮比赛的3个议题依旧紧扣社会热点,6支队伍分别围绕“醉驾行为是否应当一律入刑”“民事裁判是否需要参考民意”以及“妻子擅自终止妊娠,是否侵犯了丈夫的生育权”展开激烈辩论。

“ 如果不加区分地认为只要醉驾就一律入刑,我们只能说,那是法律被灌醉”

中华民族拥有悠久绚烂的酒文化,然而当酒后驾驶与鲜活生命相碰撞时,刑法是否应该“出手”却是众说

纷纭。第一场比赛围绕“醉驾是否应该一律入刑”展开激烈辩论。

正方黄浦知言队开门见山地表示,“刑法修正案(八)的明确规定不仅是给那些不负责任的贪杯司机予以警醒,更是对崇高生命表达敬意。”刑法修正案(八)规定醉驾必须受到处罚,它并没有加上“情节严重”的前提条件。醉驾是一个抽象危险犯,它根本就不存在情节显著轻微,危害不大的情形。醉驾行为应该一律入刑。而反方卢湾队则紧紧抓住刑法总则第13条规定的,“情节显著轻微,危害不大的不认为是犯罪”,强调总则指导分则进行反击。

正方给在座的观众算了一道计算题。根据统计,人体中每100毫升血液中酒精含量超过80毫克,人的反应速度将比没有喝酒时的反应速度延迟2秒。经过计算,一个在50米外正常行走的人很有可能随时随地葬送在一个醉驾者的车轮之下。并陈述道,法律上客观地制定80毫克这一起刑点,并未规定情节轻重。反方立马抓住了正方“80毫克是起刑点”的错误,指出“80毫克是法律上规定是否喝醉的标准”,攻打过去。

当正方声情并茂地感慨:“天堂没有车来车往,可人间为什么要成为醉驾的天堂?”反方也毫不示弱地以“我方反对的并不是醉驾入刑,我们反对的是‘一律’”,“肆意张开刑法的网,可是法律带给社会的效果不应当是报应,更加不应是泄愤”,“如果不加区分地认为只要醉驾就一律入刑,我们只能说,那是法律被灌醉了!”。双方你来我往,好不精彩。

市律协副会长陈乃蔚对该场比赛进行了点评,他称两队之间的比赛为同城德比之辩(卢湾区并入黄浦区)。他认为,本场比赛的辩题略显沉重,但现场效果却很好,凸显出选手们扎实的法律功底,对于交通肇事规则烂熟于心,并对国内外的相关案例,以及日常生活规律都相当熟悉。“我个人感觉,辩题对反方稍为不利。但让我惊喜的是,他们找到了《刑法》第13条作为切入点,站稳了脚跟。”

“我国的民事裁判从来就有参考民意的传统并规定了听取民意的途径,比如人民陪审员制度”

面对“民事裁判是否需要参考民意”这一辩题,正方的青浦倾城队和反方的浦东二队给出了完全不同的答案。正方认为,“天底下如果有杆秤,秤砣只能是老百姓。”我国的民事裁判从来就有参考民意的传统并规定了听取民意的途径,比如人民陪审员制度,公民可以旁听案件。其次,“参考”是让法官了解、判断并选择适用,并非一定被参考意见所挟持所左右,法官仍然是裁判的主体。“背离民意,司法独立走向司法独裁,是让法官戴上了‘玫瑰色的眼镜’”。

反方二辩则别出心裁地引导大家假想,“设想一下,法官参考民意的情形吧:听完原、被告的最后陈述,‘yes or no?’法官深情的面向旁听人员:还是让我们听听人民的意见吧!‘yes yes……’旁听席上传来阵阵呼声,于是法官举起法槌:‘原告,我给你 yes!’这还是法庭么,这简直就是达人秀。”如此幽默,不但巧妙地辩驳了对方观点,更是引来台下阵阵掌声。

辩论中双方还都不约而同地提到了“南京彭宇案”,正方将该案作为“炮弹”打出,认为就是因为法官背离了民意,导致此案判决的社会效果不佳。而反方寥寥数语即化解之,“我方认为彭宇案是因为法官颠倒了举证责任,并未完全依法判案,才导致了这样的后果。”临场反应之快,令人称绝。

业界名嘴王嵘律师担任第二场比赛的点评嘉宾。10年前,王嵘律师曾代表上海律师参加全国第一届律师电视辩论赛,并荣膺冠军。他认为本场比赛辩题张力大,双方都有很大的立论空间,双方剖题都很深,赛场上也有短兵相接。反方将“民意”分为了众口一词的民意和众说纷纭的民意,这个逻辑攻击力很强。“双方在一辩陈词阶段就已经有了很精彩的思想交锋”。他还指出,一场辩论赛被大家牢记往往是因为比赛中出现了语言的闪光点,整场比赛中漂亮的语言层出不穷,比如正方“司法独立是不是司法孤立,司法孤立会不会走向司法独裁?”反

方则表示:“参考就是被干涉,司法独立就是要杜绝一切的被干涉。”

“如果怀孕了就一定要生产,那么女性的人生是否就等同于生人?”

浦东三队与闵行弘闵队对决的辩题为:“妻子擅自终止妊娠,是否侵犯了丈夫的生育权”。8位辩手旁征博引,短兵相接,特别是在自由辩论阶段双方争锋相对,精彩不断。主持人感叹这是“掌声最多的一场自由辩论”。

正方认为,生育权的两大特征是共享与平等。因为夫妻双方就生育权彼此互负义务。一方权利的实现必定依赖另一方权利的履行。当妻子拒绝履行生育权,丈夫的生育权就有如釜底抽薪,根本无从谈起。

而反方认为,根据我国现行法律,妻子擅自终止妊娠的行为并不侵权。另外,在《妇女权益保障法》中有明文规定,妇女有不生育的自由。一般说来,只要妇女怀孕,那么不生育的唯一方式就是终止妊娠。《婚姻法司法解释三》也明确规定,丈夫以妻子擅自终止妊娠侵害其生育权为由,要求离婚的,人民法院不予支持。

自由辩论中,双方诙谐机智的辩论让台下评委和观众笑翻了天。“军功章上有你的一半,也有我的一半,为何丈夫的生育权就像十五的月亮,看得到,捞不到?”面对正方的逼问,反方则反击道:“如果怀孕了就要生孩子,按照这个逻辑,结婚了就要怀孕,恋爱了就得结婚,而四目相对就得恋爱。那么我现在含情脉脉地注视着对方四辩,可她也只是‘伤害了我却一笑而过’嘛。”正方不依不饶:“男人好不容易当上父亲了,可是眼睛一闭一睁,孩子就没了,男人的命咋就这么苦呢。”反方则质疑说:“如果怀孕了就一定要生产,那么女性的人生是否就等同于生人?”如此针锋相对的辩论赢得场下一片掌声。

华东政法大学副教授、婚姻法专家许莉作为本场点评嘉宾,充分肯定了此场比赛的精彩程度。她指出,对于生育权的共享是当下的一个热点话题,在法律已有明确规定的前提下,对正方来说有点难度,但双方都很好地把握了“战机”,从情与理的角度充分展开阐述,如牢牢抓住“行为不违法,能否构成侵权”展开,把比赛推向了高潮。

比赛终究有输赢,最终卢湾队、浦东二队和闵行弘闵队三支队伍胜出,晋级今年二月举办的半决赛。对于接下来的半决赛及决赛,盛雷鸣会长表示,一定要进一步完善组织和宣传工作,利用大赛平台,充分展现上海律师睿智理性、能言善辩、端庄得体的职业形象和风采,同时他期待晋级的辩论队在龙年里为广大业内外人士展现一场场龙争虎斗的精彩辩论。●

聚焦 ●文/龚 瑄

监事会深入各区律工委走访调研 力求监督工作拓宽广度挖掘深度



监事会制度作为律师协会治理结构中的重要一环,如何更好地对律师代表大会负责,如何更好地为广大律师服务,始终是本届监事会认真思考的课题和积极追求的目标。

本届监事会在厉明监事长的领导下,全体6位监事田波、杨波、沈伟明、陈进龙、林东品和金缨分工合作、齐心协力认真履行监督职责,并不断创新监事会工作内涵,拓展监事会工作外延。根据去年初业已制定的计划部署,监事会已先后赴徐汇和普陀两区律工委开展了专题调研工作,悉心倾听了律师心声,及时反映了律师呼声;问需于广大律师,问计于广大律师,对监事会工作建言献策,为监事会自身制度建设的探索和完善不断注入创新的活力。

“律师之家”搭起律师连心桥

2011年11月初,市律协监事会调研组一行,在厉明监事长的带领下,赴徐汇“律师之家”进行了实地的走访调研。

徐汇区司法局局长徐文泉、律公科科长于晟、市律协副会长周天平、区律师工作委员会主任欧阳润、副主任袁国华、谭芳以及葛珊南、李敏等律师代表与监事会调研组进行了交流座谈。

厉明监事长向徐汇律师代表介绍了监事会2011年的重点工作,包括监督31个业务研究委员会的换届工作;督促理事会办理律师代表提案和书面意见的答复和落实情况等。

徐汇律工委专题汇报了“律师之家”的概况,包括主要做法、工作特点、取得的成效等方面的内容。

监事会认为,徐汇“律师之家”的工作模式为两结合的律师管理工作在新的律师业发展时期如何“转型和创新”提供了生动有益的示例。这种崭新的工作理念和创新的模式是政府与律师相互沟通的桥梁,也是律师与企业相互了解的窗口,更是律师与律师相互交流的平台,让律师能够更加坚定执业方向,拓宽执业领域,实现律师队伍的又好又快发展。

“战略规划”布局律师业新发展

2011年12月初,市律协监事会调研组一行,在厉明监事长的带领下,赴普陀区律工委进行了走访调研。

普陀区司法局局长夏宝元、副局长朱伟琴、律公科科长朱松杰、区律工委主任周朝华、副主任胡贤德、吴军以及时军莉、李向农、李剑瑜、汪东、樊颀、金冰一等律师代表与监事会调研组进行了交流座谈。

普陀律工委主要汇报了:律工委委员与各律所之间建立的联络机制,每位委员每年平均至少走访6家律所,三年将完成走访工作的全覆盖,这极大地提升了律工委对广大律师的凝聚力,增强了普陀律师的归属感。通过近两年政府的财政激励,进一步激发了普陀区律所做大做强决心,进一步帮助各律所完善了组织结构,不断突破发展中的瓶颈;律工委健全建立了例会、议事、经费等各项制度,还搭建了各类律师交流平台,在律师参政议政方面也得到了较大的拓展。

监事会认为,普陀区近年来律所和律师人数明显增加,其在人才引进方面的独到之处令人印象深刻。普陀律师工作围绕“抓规范、打基础、破瓶颈、搭平台、增能级”这些方面展开,从招商引“律”到制定普陀律师业“十二五”规划,普陀区探索“两结合”管理的举措新颖有效,为营造优质高效的法律服务环境做出了积极的贡献。

通过在徐汇和普陀两区律工委的调研活动,全体监事深受启发,更增强了做好监事会工作的信心和决心。监事们一致认为,监事会在走访各区县时,除了要倾听广大律师对于理事会、监事会工作的意见和建议适时改进工作之外,还应该发掘更多典型的好事例,从而及时了解并广泛宣传本市律师业的发展状况和律师需求,着力在引领行业发展方向、优化行业发展环境、加强行业自律管理和展示行业良好形象上做出新的有益的尝试。

在新的一年里,本届监事会将继续发扬精诚合作的团队精神,责尽心安、不计得失、敢于担当,在历届监事会打下的良好基础上,求质量、上水平,不断提升监事会工作的效能,开创监督工作的新局面。●

法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

从民事诉讼法修改 看民事诉讼制度改良

本期主持:张 移 上海市新文汇律师事务所
嘉 宾:麦 欣 北京市大成律师事务所上海分所
 竺建平 上海欧博律师事务所
文字整理:金 琪



张 移:今天我们讨论的热点话题是:民事诉讼法修正案征求意见稿。我国现行的民事诉讼法是1991年颁布实施的,2007年曾作过一次调整,当时的调整幅度不是很大,主要是再审和执行这两个方面,一共是19条修正案。而此次公布的修正案稿修订幅度比以往大很多,涉及七大方面共有54条修正案,并且一条修正案有时会同时对两到三节的内容进行补充和修订,因此可算是民法第一次全面修订。今天很高兴邀请到两位律师来讨论这次民事诉讼法的修订情况,两位都是市律协民法委员会的委员,又参加了关于民事诉讼法修正案征求意见的学术研讨会和科研项目,提出了很多的真知灼见,想请两位为大家介绍一二。

民事诉讼法修改的背景与意义

张 移:首先想请两位谈一下这次民事诉讼法修订的原因和背景。

麦 欣:就像刚才您说的,我们现行的民事诉讼法从1991年到现在,在20年的时间里只经历了一次小规模的修改,然而在这20年间,中国的经济快速发展,老百姓也开始逐渐明白诉讼是民事权利保障最有力的手段,于是民事案件的数量也随之增长;同时也因为经济的快速发展,出现了不少新类型的民事案件。我们现在的民事诉讼法虽然从整体上基本可以覆盖诉讼程序的需要,但是在一些具体的方面,确实也有些落后,跟不上司法实践的需要,有必要进一步予以完善。这几年,全国人大代表及包括律师在内的各界陆续提出修改民事诉

讼法的意见和建议,中央关于深化司法体制和工作机制改革的意见也要求进一步完善民事诉讼制度。在这样的背景之下,人大法工委从2010年开始着手对民事诉讼法修改方案研究起草工作,一直到去年的10月份向全国公开了民事诉讼法修订草案的征求意见稿,民事诉讼法于是进入了一次比较大的修改程序。

张 移:这次的征求意见稿从出台到征求意见截止一共持续了多少时间?

麦 欣:一个多月一点。2011年10月24日,修正案草案首次提请十一届全国人大常委会审议,意见征求至11月底截止。

上海律师为民诉法大修献计献策

张 移:在这次的民事诉讼法修订中我们上海律师界提出了哪些意见和建议?

麦 欣:一共是两个部分,一个是针对征求意见稿中所提到的修正条款,认为这其中有哪些需要再进行修改或者进一步完善的,我们提出了意见;另外一部分是在意见稿中没有提到的部分,我们上海律师写了一些论文提出了自己的看法。

张 移:能否给我们举个例子详细谈谈?

麦 欣:好的。这次上海律师分成两组,一组是根据全国律师协会分配的任务,对意见稿中涉外民事诉讼部分进行修改,给出意见;另外一组是上海律师们结合全国律师协会给我们的建议和历年来从律师界收集的意见,集中提出意见。我们的论文一共有8篇,举个我参与撰写论文的例子,我和我同事一起写了一篇关于建立强

制答辩制度的论文,我们建议在答辩期内,在原告不提交实体证据的情况下,强制被告进行答辩。这样就引导被告说出实情,而不是让被告根据原告提交的证据来选择其抗辩理由。这样一个制度对于我们的诚信机制建立和节约审判资源,都是有好处的。再例如,还有关于无独立请求权第三人方面的制度修改建议。无独三在诉讼中往往都是“有责无权”,他的诉讼地位很弱势,诉讼权利上也有缺失,这样很容易造成原、被告串通把责任强加于第三人身上的情况。而这些建议都是在征求意见稿里没有的,是我们上海律师自己提出来的,这样的建议论文有8篇之多。

张 移:听起来很有意义,都是我们第一线律师在实际工作中会遇到的困惑。竺律师,您参加了这次全国律协组织的“民事诉讼法修改的律师视角”研讨会,请问这个研讨会是什么时候举办的?

竺建平:这个会由全国律师协会于2011年11月27日召开。会议是由宪法与人权委员会和民事专业委员会两个委员会承办,由中央财经大学法律援助中心和上海等21个省市的地方律协协办,规模很大,效果也很好。上海这次派了3个代表参加此次会议,有民委的主任,劳委的主任和我。我代表上海律协向大会作了汇报发言,主要是把上海律师协会在接到全国律师协会的通知安排后,在短短的3个星期里,发出了号召大家投稿发表意见的倡议书,广泛收集意见,并举办了3次大规模的研讨会的情况作了汇报。上海律师积极参与的热情和提出意见的质量,得到了全国法工委和全国律师协会的肯定。我们所提供的文稿,几乎全部列入了大会的论文集。当然,在这次大会上,全国律师对参与立法的踊跃程度也是前所未有的,特别是表现在大会的第二个议程中。第二场是以自由发言为主,限每个律师两到三分钟的时间,当时在场的20多名律师争先恐后排队上台发言。律师们提的意见,有的已经列在大会的论文稿里,有的是代表自己个人意见的,现场效果非常热烈。

张 移:能不能请您谈一谈给您留下深刻印象的发言?

竺建平:其中一个印象比较深刻的是关于公益诉讼,修正案中只提到机关和社会团体可以作为提起诉讼的主体,上海律师建议增加“公民”作为公益诉讼的主体,体现公民在公益诉讼中与机关、人民团体同等诉权。全国人大法工委非常重视律师界的意见,法工委的领导到会向律师介绍了背景情况,听取了与会律师的发言,并对律师们结合法律实践所做的精彩论述给予很高的评价。

张 移:我想请教一下,全国律协也好,上海律协也好,组织律师提出了很多建设性的意见和建议,那么这

些意见是如何筛选提给法工委的?

竺建平:这次全国律师协会把整个大会律师们所提的意见在当天下午花了几个小时进行了逐条表决,这个也是前所未有的。在这一点上,要比以前闭门造法好多了。

科学立法体现民主原则

张 移:我们知道在一些大陆法系国家,比如说德国,它的法律条文是规定得非常详细的,一部法律甚至有数千条,而我们国家的法律仍然是遵循着宜粗不宜细的原则来立法的,那么对于法律规定应该详尽还是较为原则,两位是怎么看待的?

麦 欣:我个人认为,我们的立法确实有自己的中国特色。比方说我们国家特有的司法解释,我们律师也好,当事人也好,法官也好,很大层面上都是司法解释在指导我们,尽管司法解释并不是在造法,但它作为对法律的有权解释确实在司法实践中是有效力的。在我们这样一个地域如此广阔、人口如此众多,而教育和经济又如此不平衡的国家,立一次法确实是不容易,在一些细节方面,比如在不同地域不同阶层的法律适用问题,不可能做到面面俱到。在这样的背景下,以司法解释、部门规章或者是地方性规章进行补充是有好处的。在我看来,只要一个国家的法律体系是完整的,就不必照搬其他国家的做法。

竺建平:首先这是个法律文化问题。中国毕竟有几千年的封建传统,法治社会还正在建设当中,规则消费在我们的生活中正处在慢慢适应的过程,普通老百姓的法治意识还比较淡薄。第二个是立法成本的问题,就我们法律人来讲确实是希望看到一部完整细致的法律,但是我们国家的法律体系是很庞大的,要求那么庞大的法律体系要做到那么细致,是很有难度的。当然刚才张律师所提出的应该是我们法律未来的发展方向,也是未来的法律人共同努力要做的事情。

张 移:我们知道目前民事诉讼法修正案还只是草案,还未正式通过颁布。那两位能否就目前的草案来介绍一下其中的亮点内容?

麦 欣:从人大法工委的草案说明里我们可以看出这次主要是对民事诉讼法的七个部分作了修改。第一部分是完善调解与诉讼相衔接的机制,增加了先行调解的规定和民事诉讼法与人民调解法相衔接的规定。第二部分是在进一步保障当事人的诉讼权利这方面进行了修改。比如增加了诉讼禁令,公开裁判文书等等新的制度。第三个是在举证方面,比如它增加了人民法院在收到当事人提交的证据材料时,应当出具收据这样的签收



本期主持:张 移



嘉宾:麦 欣



嘉宾:竺建平

制度。第四个是在完善简易程序方面,完善简易程序,对于提高审判效率,降低当事人诉讼成本,合理利用司法资源,是具有重要作用的。在这次修订中设立了小额诉讼制度,并且当事人可以约定使用简易程序。第五是强化法律监督,主要是在检察院对民事诉讼实行法律监督以及法院的审判监督程序方面,增加了监督的方式和监督的范围。最后是在执行方面,强化了一些执行措施,并且加大了对拒不执行的惩罚力度。对于这次修订中的一些亮点,我们上海律师对其可行性以及在促进司法进步的意义这些方面也进行了讨论,律师们都有很多见解。

竺建平:关于这次修改的热点,我举些例子来说明。比如关于小额诉讼,征求意见稿中把标的额定在五千元人民币。如果五千元为小额的话,很多案件就会被强制适用小额诉讼,实行一审终审程序。全国律师在会议当中对这条修正案反响比较大,一方面讨论要不要实行小额诉讼制度,一方面是讨论诉讼标的定多少为好。我的观点是不赞成在现在的情况下实行小额诉讼的,因为小额诉讼在国外也只是一个过程,是未来要继续完善的一个制度,它的必要性是有待考证的。如果确实要实行小额诉讼的话,我们上海律师建议修订为:基层人民法院和它派出的法庭审理简单且小额的民事案件,实行一审终审。把小额的界定权下放给地方,这样做的好处就是避免地区差别大,一刀切弊端。同时又突出“案件简单”的要素。还有关于诉前调解,草案修订为“适宜调解的,先行调解。”这里出现了一个问题就是多长时间是“先行”?3个月还是6个月?如果是这样的话那就取代了审限。我们上海律师的建议是这样:人民法院收到起诉状

或者口头起诉,经审查,符合起诉条件且适宜调解的,受理后先行调解。当事人不愿意调解或者调解不成的,应当在一方当事人要求立案后7日内立案。这样的程序规定既符合当事人自愿调解的原则,又能避免久调不决的弊端。

麦欣:修法本是为了解决司法中的一些难题,比如立案难、事实发现难、执行难等等。但是修法并不是简化法律,一味的追求效率并不能解决难题,我们需要用一些科学的措施,就像刚才说到的强制答辩,尽管它在刚刚推行的时候可能会造成对法律不熟悉、不了解的当事人失权,但是如果我们进而把细节也处理得当,就不会再发生这样的问题。

张移:如果我们规定了强制答辩,那么答辩的方式方法如何规定?

麦欣:对于这一条,全国律协在建议稿中阐述得很细致,就答辩状内容,要求对原告主张的诉讼请求作出同意或不同意的明确陈述,如有争议,应当逐项陈述不同意的理由;同时要求对原告陈述的主要事实作出承认或不承认的明确陈述,如有争议,同样应当逐项陈述争议及其理由。这样就便于法官来总结争议焦点,总结了争议焦点以后就知道哪些举证是必要的,哪些是不必要的,从而节省司法资源。现在不论是律师还是当事人,甚至包括法官,调查取证的权利都十分有限,如果样样事实都需要取证来说明,对原告来说十分为难。很多时候原告实体权利难以得到保障,就是因为举证难,普通老百姓的法律素质普遍都不是很高,你要求他在履行合同的过程中每一个步骤都留下证据,这个难度实在是太

大了,相反被告只需要去寻找原告所列事实之中哪一项是没有证据证明的,进行抗辩就行了,这样的做法我们认为不太妥当。要想在案件的审判过程中提高效率,节约司法资源,并不是简单地把普通程序改成简易程序,而是把这些实实在在的程序做得更科学。

张 穆:我作为一名律师,从我的角度来看认为这些建议提得是非常好的,使诉讼程序更具专业性,技术性。但也因为这样,老百姓不请律师的话就很难参与诉讼了。

麦 欣:这个问题你提得很好,我们也确实考虑到了这一点。所以,我们也有建议,被告没有条件进行书面答辩的,或者法官认为虽然没有书面答辩但是应该给予答辩机会的,可以采取开庭答辩的方式。但是在开庭答辩时,也并不是让原告先提交证据,而是让双方先阐述事实,这些亲历的事实,老百姓都是可以说清楚的,无论是用生活中的语言还是法律的语言都是没有问题的,法官都能听得懂。在事实说清了以后大家就能去解决有争议的事实部分。

竺建平:这次上海律师提交的意见是这样:人民法院应当在立案之日起5日内将起诉状副本发送被告……被告不提出答辩状的,人民法院可以采信起诉状。这样的修订有利于合理分配举证责任,加快发现法律事实,找出争议焦点。

这次上海律师界还提出了除这54条修正案之外的4个立法建议。我向大家介绍一下:一是关于诉讼代理人的问题,原来的法条规定为:“律师、当事人的近亲属、有

关的社会团体或者所在单位推荐的人、经人民法院许可的其他公民,都可以被委托为诉讼代理人。”我们上海律师建议删去“经人民法院许可的其他公民”,这样除律师之外的、以营利为目的的代理行为,就不受法律保护,有利于规范民事诉讼代理秩序。第二个建议,是在现行的民事诉讼法第六十四条第二款后增加:“代理诉讼的律师可以向人民法院申请签发调查令。”律师法规定的律师执业权利包括向法院申请收集、调取证据和自行调查权。民事诉讼代理和调查取证是律师的重要执业活动,法院根据案情需要签发调查令,有利于体现法律对律师执业权的保护,也有利于遏制律师之外的、以营利为目的的代理行为。第三个建议是关于涉外案件的审理期限,我们认为涉外诉讼也应当有审限,可以比境内案件审限长,但也必须有限度。比如:一审不超过1年,二审不超过6个月。这样更能体现涉外案件的审理效率和国家主权的严肃性。最后一个建议是将现行民事诉讼法第二百三十九条中“外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉,需要委托律师代理诉讼的,必须委托中华人民共和国的律师”这句话中间改成“需要委托代理人代理诉讼的”,通过这样的规定,明确涉外诉讼代理人只能由中国律师担任,从而和国际接轨。

张 穆:上海律师界这次提的意见我觉得都很有道理,这个话题还有内容可以讲,但是时间有限。最后感谢两位嘉宾为中国法制进程作出的贡献,谢谢你们的热情参与。●

(本文内容根据录音整理,为嘉宾个人观点)





唐 勇

上海市金石律师事务所 高级合伙人
上海市律师协会 八届、九届理事会 理事
上海市律师协会 静安区律师代表团 团长
上海市律师协会 静安区工作委员会 主任
上海市律师协会 刑事业务研究委员会 副主任

人物·优秀律师 ●文/沈轶伦

恪守职业精神 彰显律师本色

——记“上海市优秀律师”唐勇



他,是上海市律协八届、九届理事会理事,同时担任着上海市律协刑事业务研究委员会副主任、上海市静安区律师代表团团长、静安区律师工作委员会主任、区司法局律师党委委员等职;

他,被评为“上海市优秀律师”,并两次获得“上海市司法行政系统先进个人(三等功)”称号,他还是上海市静安区“第六批优秀中青年拔尖人才”、“静安区先进(生产)工作者”;

他,是一名优秀的共产党员,在个人获评“静安区优秀共产党员”称号的同时,他领导的律师事务所更成为静安区司法局系统党建工作的一面旗帜,并以出色的综合业务能力,获评“上海市十佳律师事务所”。

他,就是唐勇律师。

1986年10月从事专职律师工作以来,唐勇律师在20多年的职业生涯中,以诚信、专业、高效的执业精神,树立起一名优秀职业律师的良好社会声誉和形象。

精湛业务技能 助力上海世博

上海世博会召开前夕,浦东新区政府承担着两项世博配套的重大工程项目,一项为“中环线浦东段”,另一项为“浦东国际机场北通道”,两个项目共计需向银行融资人民币130.79亿元。

作为这两个工程项目的具体实施单位,上海浦东发展(集团)有限公司承担了全部的融资和建设任务。为及时、合法、有效地获得银行贷款,尽快完成这一重大世博配套工程,浦发集团决定聘请唐勇律师作为项目专项法律顾问,由其组织律师服务团队,全面参与和包括工商银行、建设银行、国开行、农行等在内的20余家金融机构所进行的银团贷款谈判事务。

世博配套项目,容不得半点疏漏与马虎。当时,上海世博会召开日期已一天天临近,而项目相关的法律服务工作,仅需审阅和起草的法律文本就不计其数。期间,律师还需要根据与数十家银行一轮轮谈判的情况,准确、及时地对相关法律文本作出新

的调整与修订。

时间紧迫,重任在肩。

接受委托后,唐勇律师领导律师团队,开始日以继夜地工作。他组织律师参与各项谈判和会议,针对包括项目的合规性,项目的担保,银团贷款中的单项贷款合同起草所有法律文本并审核每一项合约条款,全面提出法律意见和建议;

作为项目的主导律师,唐勇律师更在工作中准确地把握住项目的重点和难点,充分利用委托人在项目中不断变化的地位进行谈判和协商,进而在维护委托人合法权益的同时,又很好地把握住了项目进度。

一次次挑灯夜战,一个个不眠之夜。唐勇律师和他领导的团队,以这样的工作精神换来了振奋人心的“回报”:在律师的积极努力下,经过反复多轮谈判和磋商,整个项目从启动到完成巨额放款仅历时3个月!这在当时贷款市场受银根紧缩政策影响较为严重的情况下,无疑是一个成功典范,很快便传为业界佳话。

唐勇律师及其领导的工作团队,正是通过优质高效的法律服务和忘我的工作精神,为上海世博会的顺利召开贡献出了职业律师的力量。正是有了此项目的成功,之后该集团15亿元企业债券的发行仍然委托了唐勇律师团队提供专项法律服务。

事实上,不仅仅是世博法律服务。作为目前主要业务集中在公司法律服务领域的执业律师,多年来,唐勇律师始终因其一流的服务和专业水平深受客户信任与尊重。

早在作为全国首例上市公司(原中华股份)董事长诉公司总经理侵权案件代理人的时候,唐勇律师便以其精湛的业务技能,在公司公章、执照等被总经理控制的情况下,代理董事长进行了诉讼,最终使其合法、有效地重新控制了上市公司。后来,这起在当时影响全国的重大案件,被改编成长篇纪实性文学作品《中华事变》,广为传播。

出色刑辩能力 经典不胜枚举

其实,在许多百姓心目里,唐勇律师不仅是一

名出色的公司法务律师，更是位一流的刑事辩护律师。他的辩护不仅思路清晰，表达准确，而且反应敏捷、口才出众，同时绝不狡辩、滥辩，或是哗众取宠。

在刑事辩护领域，他的业务能力和敬业精神同样广受同行、公诉人和法官的一致好评。2010年，唐勇律师还因此被聘为浦东新区检察院优秀公诉人评选活动的评委。

唐勇律师在刑事案件辩护中的经典案例，不胜枚举。比如，迄今他已成功为七起有重大社会影响的案件被告人作了无罪辩护，其中5名被告最终被无罪释放（包括：1、蔡××贪污案；2、陆××诈骗案；3、奚××侵占、挪用资金案；4、孙××虚开抵扣税款发票案；5、徐××偷税案），另外2名被告人的主要犯罪指控被法院直接判定无罪（包括：1、叶××贪污案；2、徐××职务侵占案）等。

2008年12月，在上海颇有影响的浦东原首富周晓弟伤害案中，唐勇律师接受第二被告人徐建刚（公司总经理）的委托担任其辩护人。当时，徐被指控三项罪名，其中最重的一项指控认定徐建刚侵占公司资金644.5万元。根据法律规定，如果这一指控成立，徐建刚仅因此罪名就应处10年以上有期徒刑。接受委托后，唐勇律师尽心尽责地展开了认真细致的工作。期间，他会见被告人十余次，调查证人5人，并被法院特许会见第一被告人周晓弟，取得了关键证言。最终，在唐勇律师的成功辩护下，该指控被一审法院直接判定无罪。

2006年6月，唐勇律师为凌剑锋故意伤害致人死亡案件的辩护同样堪称经典。当时，案件公诉人求处被告人10年以上有期徒刑。接受委托后，唐勇律师从因果关系入手分析案件，指出被害人的死亡系其自身疾病所引发，与被告人的加害行为之间无直接因果关系。最终，法院完全采纳了辩护人的意见，判定被告人凌剑锋不构成故意伤害罪。

正是由于多年来在刑事辩护领域成绩突出，在刑事诉讼实行“抗辩式”庭审方式试点工作中，唐勇律师被指定为由浦东新区公、检、法、司共同组织实施的“抗辩式”模拟法庭的辩护律师，为以后全面铺开的“抗辩式”庭审工作作出了贡献。

恪守职业道德 表率律师风范

在法官和公诉人眼里，唐勇是为数不多的坚持在所有刑事案件中身穿律师袍出庭的律师之一；

在案件当事人记忆里，唐勇是绝不收取聘请律师合同以外任何钱物，恪守律师职业纪律和道德的值得信赖的大律师；

在经济纠纷委托人印象里，唐勇是从不挑词架诿、

乐于积极调解纠纷的专业而亲切的法律人；

而所有这些作风，在唐勇律师自己看来，却是身为执业律师的基本操守和工作风范。

说起坚持身着律师袍出庭的原因，唐勇律师认为，职业律师不仅应该在工作中和出庭时做到西装革履、着装整洁，而且在程序严谨的刑事案件中着律师袍出庭，更是一种职业律师风范的体现和对法庭及法律的尊重。

在唐勇看来，执业律师的风范，还体现在对律师职业纪律和职业道德的恪守上。在办理徐清义挪用公款罪的案件中，由于唐勇律师成功辩护，将挪用公款罪辩成了挪用资金罪，并将公诉机关未予认定的自首经辩护后被法院认定为自首，结果被告人被判缓刑。被告人获释后，感激涕零，带了5万元现金特来向唐勇律师表示由衷谢意，但被唐勇律师断然拒收。为此，被告人又要求以自愿增加律师费的形式支付这笔款项给唐勇律师，仍被他拒绝。唐勇律师明确告诉他，未在聘请律师合同中约定的费用，一律不收。

2008年1月，胡俊华故意伤害致人死亡案，一审胡被判处9年有期徒刑，唐勇律师坚持为其上诉，并免收上诉费。二审开庭后，法官认为辩护人的部分辩护意见是成立的，同时要求被告人家属配合对死者家属作适当经济补偿，最后谈妥补偿费为14万元，被告人家属筹措到9万元后，实在无法借到剩余5万元，于是，唐勇律师决定将一审时收取的5万元律师费全部退给被告人家属，使其筹足14万元交给了法院。2008年6月，二审法院判决认定被告人胡俊华构成防卫过当，将一审9年徒刑改判为4年有期徒刑。唐勇律师出色的辩护及不惜牺牲个人利益的行为，感动了被告人及其家属，被告人在狱中写出感谢信，其家属特作锦旗感谢唐勇律师，但锦旗被其婉拒。

这就是一名优秀律师的职业精神，他以自己的行动在群众中树立了职业律师的良好形象。

2004年6月，当时上海市最大的建材市场——恒大建材市场的股东之间发生重大纠纷，争议标的达数亿元。作为恒大市场股东之一同时又是市场承包经营者的上海亿丰经济发展有限公司，聘请唐勇律师为代理人，铁了心要以诉讼方式解决纠纷。接受委托后，唐勇律师认为双方有条件进行协商，于是努力劝导委托人暂缓起诉。这一做法，在不少同行看来不可理解——既然当事人已明确委托你去打官司，身为律师又何必去做劝导当事人调解这种“吃力不讨好”的事呢？不过，唐勇律师却不这么认为。他说，经济纠纷当事人本已烦恼无限，且打官司费时费力、动骨伤筋，从本着真心实意为委托人考虑的角度来看，如果双方有调解的可能，律师就应该以自己的专业知识，尽力促成双方“握手言欢”。某种程度

上讲,这也是一名执业律师理应践行的职业操守和社会责任。

后来,经过双方十余次协商,最终争议双方以1亿多元的价格成功实现了股权转让,这起重大纠纷得以圆满解决。在正式签订股权转让协议并当场支付1亿余元股权转让款后的庆祝会上,争议双方的法定代表人都对唐勇律师不挑词架诉、积极进行调解的工作作风和执业精神表示出深深的敬意。

崇尚职业精神、树立律师形象,围绕这一执业理念,唐勇律师在平日工作中所做的远不止前述。

在办理上海酿造有限公司与上海骏茂贸易有限公司的动迁补偿款纠纷案件中,开庭这天,恰逢唐勇律师肾结石病发作而住院治疗。事发突然,唐勇律师完全可以向法庭提出延期的请求,而当事人也已同意安排其他律师代为出庭。然而,躺在病榻上,唐勇律师考虑再三,感到案件复杂,双方需质证的证据就近二十份。放心不下的他,二话没说,忍住病痛坚持亲自出庭,圆满完成了近6个小时的庭审过程。案件最终获得了胜诉,而唐勇律师自己却在开完庭的第二天重返医院,再次住院治疗。

热心公益事业 勇担社会责任

在做好本职工作的同时,唐勇律师还热心社会公益事业,积极参与法律援助。

他是全国法律援助试点工作的首批接待律师,并接手了全国第一起法律援助案件——顾蓓蓓抚养费纠纷案。办案期间,他三次风雨兼程,从上海自驾车赶往江苏启东为当事人催讨抚养费。那时,两地之间尚未通高速公路,来回一次非常不易,但唐勇律师从无怨言。正是他的努力与坚持,换来了案件的圆满解决。此事在当时受到了各大媒体的热切关注和广泛报道。

多年来,唐勇律师还受邀担任浦东新区法院特邀诉前调解员,多次为法院义务调解各类案件;

他还组织律师团队与上海市南汇监狱签订共建协议,设立义务咨询工作站,并亲自担任工作站站长,亲自接受在押犯人法律咨询;

他亲自带领律师队伍到静安区公园广场进行义务法律咨询,接待咨询100多人次;

他作为静安区政府法律顾问团成员,坚持周四陪同区领导做好信访工作;

他作为浦东新区川沙镇政府、高东镇政府的法律顾问,经常参与政府为群体性上访事件所进行的分析、对策会议,为相关政府领导的决策提供法律依据;

上海静安区“11·15”特大火灾发生后,身为静安区

律师工作委员会主任的唐勇律师,在静安区司法局领导下,迅速组织数十家律所主任和合伙人配合政府成立的各项小组开展工作,之后又参与组织成立了有一百多名律师参加的“11·15善后处理派遣律师”团队,派遣到所有政府工作小组中提供相应的工作,为社会和谐稳定做出了律师的贡献。

领导律所党建 展现党员风采

爱岗敬业、恪守职业操守,这一切坚持与坚守,在唐勇律师看来其实都是身为一名共产党员应该做到的“份内事”。

作为上海市金石律师事务所的党支部书记,他多次获得区委及区司法系统“优秀共产党员”称号,金石所的党建工作在他的领导下,已成为上海市静安区司法局系统党建工作的一面旗帜,真正做到了以党支部为核心,全面开展各项工作。

在平日工作中,唐勇经常将自己的业务交给其他青年律师办理或与他们合办,以帮助他们解决业务来源少的问题,并积极倡导其他合伙人这样做。在唐勇律师的示范和带动下,事务所合伙人党员律师在业务上对其他律师的帮助已成常态。去年,上海金石律师事务所获评“上海市十佳律师事务所”,这与唐勇律师所领导的事务所出色的党建工作不无关系。

如今,作为一名“上海市优秀律师”,唐勇律师一如既往地以政治坚定、业务过硬、崇尚职业精神、严守律师职业道德和纪律的标准严格要求自己,继续展现出职业律师的执业精神与风范。●



人物简介

陆胤:上海蓝白律师事务所首席合伙人,毕业于华东政法学院。现为上海市律师协会理事,上海市律师协会律师参政议政促进委员会副主任,劳动法业务研究委员会主任,中华全国律师协会劳动和社会保障法专业委员会副主任



人物·优秀青年律师 ●文/陆胤

只有舍得放弃 才能收获明天

——一名劳动法律师的专业探索之路



一个人的成就,不仅需要努力,也需要把握机会。通常而言,机会不是太少,而是太多。作为一名执业10年的青年律师,一路走来有不少的机会,但是我只抓住了一个。回想起来,之所以我抓住了这个机会,是因为我放弃了其他可能的机会。

一、业精于勤,更精于专——专业的选择

我1999年加入律师队伍,曾经对律师职业的理解就是能够为客户解答法律问题,就是打官司或者准备打官司;而服务的对象以及涉猎的领域也五花八门。执业之初,我的第一个出庭案件是一个指定辩护的刑事案件,虽然很努力地运用有限的所学去实践法律,但是相比较资深刑辩律师的雄辩,我的表现自己都觉得差强人意。而之后,也因为业务精力主要集中于经济类案件,刑事业务也就更为生疏,逐渐成为业务的禁区。

在做了两年经济律师后,除了感觉对诉讼的程序更为熟稔,在对法律知识的掌握和运用上总是难有质的提升。为此,我也曾经尝试去公司担任法

务,去参加WTO紧缺人才的培训,直到最后回到华政回炉攻读硕士研究生。

2001年与一位新加坡许廷芳大律师开展业务合作,交流中,他惊异于中国律师的年轻,并以30多年的执业经验告诫我,要做专业律师,而不要做产业律师。虽然当时不太明白其中的区别,但是专业律师开始成为我执业生涯中一个很朦胧的目标。恰在此时,我开始攻读劳动法方向的法学硕士,似乎劳动法专业律师是一个水到渠成的选择,其实不然。

伴随着房地产市场的升温,在2001年的时候,我已经是一个有一定业务积累的房地产律师,担任了近十家各类房地产公司的常年法律顾问。而劳动法业务也是我作为企业常年法律顾问所不得不面对的难题。一方面由于较为繁琐,另一方面也是因为标的很小,我和客户都不甚重视,很难想象将这类业务作为“主营”。

所以,走出专业化的第一步并非是头脑非常清晰的选择,有很多的机会主义成分。但是,是否能够坚持并发扬光大,这一定要依靠自己坚定的抉择。

在与导师从事劳动法业务的过程中,我开始逐渐感受到劳动法业务的潜力和乐趣,因此在2004年研究生毕业的时候,和导师一拍即合,共同到汇业律师事务所创立了一个劳动法部门。

从此,为了劳动法的业务专业化,我开始逐渐将非劳动法业务包括房地产公司的常年法律顾问转移出去,并将此作为我们团队业务发展的一项原则。

2007年,全国上下《劳动合同法》立法争论如火如荼,劳动法律服务市场也开始快速的成长。7月,我们的团队果断决定共同发起成立上海蓝白律师事务所(以下简称为“蓝白”)。这注定了从蓝白诞生的那一刻起,便已经与中国的劳动法律服务紧密相连,而不再与综合业务相关。

然而,真正运营一家为企业客户只提供劳动法律服务的律师事务所的道路却并不平坦。

律所成立伊始,蓝白就面临巨大的挑战:在当时的历史条件下,用人单位对于劳动法律观念淡薄,大多数企业还没有形成聘请律师事务所提供劳动法律服务或者是担任常年劳动法律顾问的习惯;并且,不仅上海乃至全国法律服务领域都还鲜有专门的劳动法律律师事务所,很少有人相信能够依靠劳动法律服务来支撑律所的长期发展。因此,蓝白的起步是非常艰难的,但是,蓝白的律师是一群对中国劳动法有理想、有目标、有追求的青年律师,他们相互鼓励、相互支持,始终坚持、持之以恒地向客户传递着专业劳动法律服务的理念。

应该说,《劳动合同法》的出台带来了劳动法律服务市场新一轮快速的发展,而蓝白以其专业化的定位和团队多年来的积累,很好地迎接了发展机遇。现在,蓝白在上海,乃至中国大陆的外资企业中已经有了一定的知名度,蓝白的客户遍及各个经济领域,他们对蓝白的专业化服务给予了高度认可,其中包括国际人力资源巨头万宝盛华、国际著名咨询公司罗兰贝格等机构。

2010年,蓝白被《亚洲法律2011》(Asialaw-profiles2011)评选为劳动法业务在中国市场推荐的律师事务所,在国际化进程中迈出了一大步。蓝白也将秉承其一贯的专业性,在劳动法领域服务中国,走向世界。

二、执业不忘律师使命——业务的选择

一端连着用人单位,一端连着劳动者。作为一名专业劳动法律师,执业生涯中我始终扮演着劳资双方沟通的“桥梁”。这也是当初创立“蓝白律师事务所”时对事务所名称所寄托的希望,蓝白的名称来自英文“labor”,也蕴含了蓝领与白领劳动者的两大群体。所采用的LOGO代表了劳动关系相互依存的双方“劳方”与“资方”,代表了劳资相互依存和利益的互补,更是代表了劳动关系的和谐基础。

在社会经济和生活中,任何规则的改变都可能增大矛盾纠纷产生的几率,就我国劳动关系领域而言,劳动争议的形势不容乐观,用人单位侵权现象严重,劳动者也提高了劳动保护意识,劳动争议因此频频发生,而劳动关系的稳定是社会和谐的基础与前提。作为专业的劳动法律律师事务所,在成立之初,蓝白就把“专业”和“公信”作为事务所秉承的信条,希望通过“专业”的劳动法律服务,为和谐的劳动关系提供具有“公信力”的保障。

因为客户主要以企业为主,常有人认为蓝白的“公信力”只是一个雇主立场的伪装。事实上,蓝白始终认为“劳动者权益保护是劳动法存在的唯一理由”。因此,如果劳动法律服务以损害劳动者权益为代价将是自寻末路。实践中,蓝白帮助企业规范其劳动管理行为,遵守劳动法律规范,从另一个方面也就保护了这个企业的员工。

因为坚持这一原则,必然在业务发展过程中会遇到很多意想不到的情形。2007年下半年,《劳动合同法》即将实施。某国驻华中小企业贸易促进会的代表找到蓝白,希望由其聘请蓝白作为顾问,为其在华投资的中小企业主提供劳动法服务。在服务过程中,

这些中小企业主关心的问题是“如何少付加班费”、“如何不缴社会保险”、“如何不签劳动合同”诸如此类,不到两个月,这个客户就与蓝白分道扬镳。

几年来,蓝白虽然面临着很大的发展压力,但是在客户发展方面,始终坚持蓝白的原则,最终让目标与理念相契合的客户与蓝白结成牢固的伙伴。

三、践行公益反哺社会——事业的选择

我在执业生涯中视“专业”和“公信”为律师的两大支柱,不管过去、现在、将来,始终将律师的社会责任置于经济效益之上。希望从不同纬度对中国的劳动法律进行深入研究,通过群策群力,贡献智慧,对推动中国法制社会的健康发展贡献自己应有的力量。

首先,随着专业业务水平的不断提高,专业律师作为独立的社会第三方开始在政府立法过程中发挥更加积极的作用。我也积极参与政府的立法活动与

行业法律法规的制定工作,为配合政府规范劳动关系,促进劳动关系和谐贡献自己的智力服务。

2007年初,我就与上海人才服务行业协会领导前往国家人事部参与《劳动合同法》的论证,就劳务派遣等相关法律规定提出了有益的修改建议,也向立法机关传递了蓝白的独立见解;从2007年开始,我就受上海市职业开发中心的委托,组织专家开发《劳动关系协调员》的职业标准和题库等,这也是国内第一个有关于劳动关系从业人员职业管理的标准。作为上海人才服务行业协会法务专业小组的负责人,从2008年到2010年,我参与了《人力资源派遣服务规范》起草,作为国内首个派遣行业的地方标准,服务规范关系到近300万派遣员工的切身利益。

此外,我还先后参与了《个体工商户条例》、《工伤保险条例》、《上海市集体合同条例》、《劳务派遣规定》、《劳动争议调解仲裁法》等国家和上海市的诸多立法调研;主持或者参与起草了“人力资源管理师”法律题库、“人力资源管理师”教材法律编、人力资源服务术语(草案)法律部分等多部法律法规。

在专注业务的同时,我在执业中也不忘自身肩负的社会责任,努力为和谐劳动关系的建设,为普及劳动法律的知识 and 意识而奉献;同时热心公益事业,为社会创造更多的价值。从2007年起,蓝白就在华东政法大学法律援助中心设立“蓝白奖学金”,为接受法律援助的在校学生提供劳动法的培训和实训机会,并为优秀学生提供求学的资助,帮助大学生树立正确、积极的人生观和事业目标。蓝白的律师也经常参与义务法律咨询,并通过相关的协会为中小企业提供义务咨询,帮助他们规范用工,保护劳动者的合法权益。这些都见证了蓝白践行社会责任的诺言,折射出蓝白“践行公益反哺社会”的强烈责任感。

我走过的10年律师职业生涯,是一名青年律师探索、成长的10年;是一个专业团队摸索、凝聚的10年;也是一个不断面临选择和放弃的10年;更是坚持梦想、坚守信念的10年。风物长宜放眼量,虽然10年来取得了一定的成绩,但是与将来的发展相比较,还只是万里长征迈出的第一步。而今迈步从头越,我将继续在劳动法专业律师的道路上探索、前进。●





春节前夕,受全国律协委托,盛雷鸣会长、陈东副秘书长亲切慰问李东方所的律师。

共筑和谐 ●文/董方

老年维权更需撑起法律援助的“保护伞”



在上海李东方律师事务所里,有一个“老年维权部”,定期会有专职律师等候在这里,为满怀希望前来咨询的老年人义务答疑解惑。在这家事务所里,没有豪华的装修和气派的会议室,但一面墙上层层叠叠悬挂的锦旗却格外引人注目。“这些都是接受我们法律援助的老人送来的,尽社会责任一直是我们的立所宗旨和执业理念。”事务所主任李东方律师介绍说,“我们本来打算用 1/5 的时间来做法律援助,现在基本上已经用到 1/2 的时间来做法律援助工作了”。

勇担社会责任 创建“老年维权部”

说起创建“老年维权部”,李东方主任称是机缘巧合。2003 年年底,李东方陪同事务所一名年轻律师到上海市老年人法律服务中心锻炼实践。在中心看到的一幕幕场景深深触动了她。李东方回忆说,“那天来咨询的老年人特别多,排起了长队,来自沪上各高校法学院的学生志愿者在尽心尽力地解答每一个问题。我在和那些老人的攀谈中得知,有的老人已经走访了很多部门,却始终无法得到妥善的解决,有一位老人还带来了法院的传票,竟然是子女将他告上了法庭!”以前很少接触老年群体的李东方无法接受眼前的一幕幕,“父母含辛茹苦将孩子抚养成人,没想到他们的晚年生活不仅得不到保障,更有甚者还会遭到子女的虐待,进而成为被告。他们的知识水平、经济能力决定了他们无法支付高额的律师费、聘请优秀的律师、与子女在法庭上据理力争。”看到老人拿着判决书手足无措、孤立无助的样子,李东方的内心震动了,她说:“我的专业是国际经济法,帮老年人

打官司,不仅‘专业不对口’,相反还会占据我大量的时间。但是,作为一个律师,不能仅仅看重经济效益,更应该注重社会责任。”之后,李东方便成为了上海市老年人法律服务中心的律师志愿者,她从每周定期为老年人提供咨询服务,逐渐发展到后来的为老年人提供免费的代书和诉讼服务。然而,随着接待人数的不断增多,李东方深感仅靠一个法律服务中心远远不能满足日益增多的涉老纠纷的调解。依托事务所的专业力量,成立“老年维权部”的念头越来越强。2006 年 7 月 1 日,在浦东新区司法部门和事务所同仁的支持下,上海李东方律师事务所老年维权部正式成立。

助老维权 乐此不疲

“老年维权部”创建后,在主任李东方律师的号召下,所内律师积极响应,主动报名加入助老维权的队伍,志愿律师的队伍不断壮大。目前老年维权部律师志愿者共有 6 名:李媛、张何心、谢文波、和晓科、刘贵林、李东方。这些律师志愿者们每周三、周六定期为老年人提供法律咨询服务,为需要法律帮助的来访老人义务书写起诉状,指导诉讼,并对老年人进行法制宣传,预防法律纠纷的发生,对来访老人因家庭矛盾而产生的纠纷,义务参与到家庭成员的调解中,使很多来访老人的家庭矛盾得到了化解,恢复了家庭和睦。老年维权部律师志愿者还为不符合法律援助条件的困难老年人提供义务法律帮助,代理诉讼。据统计,五年多来,事务所接待老年人义务咨询已逾 12000 人次,代写文书 1200 余篇(包括起诉状、上诉状、家庭协议书、草拟自书遗嘱等)。

老年人是一个特殊的弱势群体,针对行动不便的老

年人,老年维权部律师志愿者们还上门提供法律帮助。

家住浦东新区三林镇的刘老伯,瘫痪在家,想立一份遗嘱,但不知道如何书写,就打电话求助李东方律师事务所,李媛律师下班后立即赶到老人家中,耐心地指导老人如何立自书遗嘱。事务所出资为经济困难而付不出诉讼费的孤寡老人提供法律帮助,还将十余位孤寡老人作为律所帮助的对象,定期上门提供法律服务和给予生活上的关心。2011年5月份,事务所成功义务代理了101岁的章照英老人在闸北法院的讨回房屋动迁款一案。

李东方主任曾经接到过的一个电话,迄今都让她深受感动。退休教师马先生曾经就老年人再婚问题咨询过李东方。一年之后,李东方接到了马先生的再婚妻子的电话。“老太太泣不成声地告诉我,老伴刚刚去世了。去世前,老人取出已经被揉皱了的名片,费力地告诉她,如果以后自己的子女对她不好,让她一定要来找我。”回忆至此,李东方激动地说,“我接待过的老年人太多,如果不是这个电话,也许我已经把马先生的事情给忘了。但是我虽然忘了,老人却忘不了,就因为短短几十分钟的接触,他就愿意把自己的老伴托付给我,说明老年人对我、对我们这个老年维权部还是相当信任的。”

参与立法 积极普法

老年维权部律师们还积极参加由上海市老龄委等部门组织的相关老年维权工作的学习交流,参加关于修改《中华人民共和国老年人权益保障法》、《上海市老年人权益保障条例》等立法调研活动时,提出的建议也得到了有关部门的认可。

在为老服务的过程中,老年维权部的律师们发现多数老年人法律知识匮乏,缺乏自我保护意识。因此,老年维权部律师们建立各种宣传阵地,深入社区、敬老院,举办了有关老年人维权的法律知识系列讲座,向老年人进行普法宣传,指导老年人如何才能避免将来可能产生的房产、遗产等纠纷。听完讲座,老年朋友们都觉得受益匪浅、深受启发,老年人意识到在平日生活中多长个心眼,从实际情况出发,学会保护自身的利益。和晓科律师、李东方律师还担任东方广播电台“为民服务”栏目及上海电台《金色年代》“老年维权”栏目故事类栏目(FM 107.2千赫)特邀嘉宾,所有这些宣传都是事务所自发组织参与,不收取任何报酬。老年维权部律师们先后在《上海老年报》、《上海法治报》《新闻晚报》等媒体上发表老年维权文章50多篇,承担了《涉老法律纠纷调处手册》的撰写工作(由上海市司法局、上海市律师协会、上海市第二中级法院合作编写),编写了《老年人维权系列手册》,印制了50000份,利用节假日特别是重阳节开展社会活动,赠送给老人。老年维权部律师们还和复旦大学法学院进行合作,对上海市老年人法律问题进行了抽样调查,其调研报告提交政府有关决策部门和研究单位后,受到了好评。2011年9月,事务所还出资会同浦东新区建、华东法援三家单位在重阳节前夕举办大型的老年维权普法宣传活动。

五年来,老年维权部律师们在为上海老年人的维权和法律服务活动中付出了辛勤的汗水,同时也受到了社会各界特别是广大老年人的广泛赞扬,事务所仅表扬信就收到1200多封,锦旗110余面。《上海老年报》等多家媒体曾对李东方律师事务所老年维权部律师们的事迹作了充分报道。

“不图名利双收,但求问心无愧”,朴实的话语道出了李东方律师事务所律师们为人做事的一个准则。“一般来说,我们向老人提供咨询、调查、取证服务,根据老人的经济条件收取最低的律师费。对达不到免收律师费标准但又确实经济困难的老人,我们一律免收费用。”现在,逢年过节,李东方和她的同事们会接到记不得名字的老人打来电话、寄来贺年卡,甚至会收到老人亲手做的粽子、元宵,李东方说,“每当这时,就感觉到从事为老维权这份工作的价值所在,也坚定了我们继续做好助老维权工作的信念。”●

“不图名利双收,但求问心无愧”,朴实的话语道出了李东方律师事务所律师们为人做事的一个准则。“一般来说,我们向老人提供咨询、调查、取证服务,根据老人的经济条件收取最低的律师费。对达不到免收律师费标准但又确实经济困难的老人,我们一律免收费用。”现在,逢年过节,李东方和她的同事们会接到记不得名字的老人打来电话、寄来贺年卡,甚至会收到老人亲手做的粽子、元宵,李东方说,“每当这时,就感觉到从事为老维权这份工作的价值所在,也坚定了我们继续做好助老维权工作的信念。”●





静安区,可谓律师人数“大”区、地域面积“小”区。在总共才 7.2 平方公里的静安,却注册有 1760 余名律师,平均每平方公里有 250 余名律师,可谓中国律师第一密集区!如果再换一种算法,就是每 4000 平方米,就有一名静安律师,这个数字虽然比不上纽约曼哈顿每平方公里 4622 名律师的集中度,但与曼哈顿相类似的是,楼宇经济在静安区域内作用显著。

区县特写 ●文 /静安区律工委

创新发展下的静安律师



如何在有限的地域中谋求发展,是静安律师面对的首要问题。近年来,静安律师工作以贯彻落实科学发展观为指导,围绕“国际静安”建设发展方略和奋斗目标,为政府依法行政、为客户维权提供了优质、高效、及时的法律服务。在发展思维上,静安区司法局以“创新思维、探索发展”指导区律工委的工作,经过不断探索和实践,静安区律师工作形成了一条“勇于突破、自成特色”的发展之路!

创新发展之主导思想:党建是基础、方向要正确

静安区律工委深刻认识到,律师业务发展固然重要,但加强党对律师的领导和指导更为关键。2009年4月,静安区司法局成立了律师党委,进一步加强了对律师党建工作的组织领导。不懈的党建努力至今已卓有成效,截至2011年6月,静安区法律服务行业现有党支部62个,其中独立党支部51个,联合支部11个;党员535人,其中35周岁以下党员占59.8%,三分之一的党员拥有研究生以上学历,静安党员律师已经成为本区法律服务业不断蓬勃发展的中坚力量!

在律师党建工作中,静安律师始终坚持“以传统原则为基础、以方式创新为手段”,弘扬党的优良传统,加强党的建设。创新思维主要有:

一是创新载体。各基层党支部在建设过程中,纷纷开展了创意组织生活实例征集评选活动,创意的火花让各律所党支部焕发出勃勃生机。2011年,区司法局党委又在各律所党支部中推进新的工作方法,比如开展“微型党课”优秀实例评选活动,将支部活动的着力点下放到每个党员个人,让普通党员变“被动学习”为“主动学习”,让每一名普通党员都能有机会走上讲台,用自己的语言谈感想、讲体会,谈身边人、说身边事。努力通过党员的党课自己讲

这一方式,使党员能坐得住、学得进,促进党员自我教育与相互教育相结合、自我提高和共同提高相结合。灵活的党建形式收到了良好的效果,《解放日报》、《上海支部生活》、《凝聚》等报纸、期刊都先后对该项活动的开展情况进行了报道。

二是创新内容。各律所党支部在结合本所业务特色的基础上,开展了丰富多彩的党组织活动。如,沪家所、弘正所党支部深入街道社区,为基层群众提供法律咨询服务;捷华所党支部与武警开展共建活动,宣传国防知识教育、开展法律咨询等拥军活动。原本所党支部主动为客户公司举办“法律实务与裁员”研讨会,帮助企业妥善处理好裁员问题,安全“过冬”,受到客户公司的好评和赞扬等。

三是创新方式。为了能够及时传达贯彻上级组织的要求和精神,静安区各律所党组织都建立了电子邮箱联系渠道和手机短信联络平台,形成畅通的上情下达、下情上传通道,确保上级党委的各项紧急要求任务能迅速传达到各律所党支部及每名党员,使党支部的学习教育能始终与上级要求同步。另外,区里还组织各种律师喜闻乐见的活动,鼓励律师特别是青年律师的积极参与。如“静安区法律工作者双语演讲比赛”、“法律服务业微型党课实例评选”、“创意组织生活实例评选”等,极大地丰富和活跃了律师党员的生活。

借助不断的创新,静安律师的党建工作有声有色,党员的责任意识与先锋意识大大增强,有力地保障了律师业务正确的政治和思想方向,成为静安律师业发展的基础和核心!

创新发展之业务拓展:练好“内功”、精耕细作

上海律师的竞争发展已进入“白热化”。静安区律工委认识到,如果没有创新思维、特色模式,就无法适应现代

律师服务业的要求。静安律师应当结合自己的特点,探索一条成长与发展之路。

探索业务拓展之一:创办“律闻网”

随着时代的发展,电子商务的应用越来越渗入到法律服务领域之中。本着与时俱进的原则,静安律师打造了“律闻网”这一大型法律服务平台。作为第三方服务平台,“律闻网”在企业与政府、行业协会以及律师之间起到了沟通的桥梁作用,该项目还获得了上海市2010年科委服务业发展引导资金的立项和资助,市科委、区科委分别出资50万元作为一期建设投入。“律闻网”建成后,将是国内第一家专为企业提供全方位电子化法律服务的大型网站,企业用户可以通过网络便捷地享受法律法规检索、线上法律咨询、合同文件起草等各种法律服务,同时将大大降低律师的服务时间和价格成本。这种多对一的服务模式比起一对一的传统服务模式,具有无可比拟的巨大优势,将是未来法律服务发展的趋势之一。

探索业务拓展之二:“低碳经济”中寻突破

静安律师认为,随着人们环保意识的不断提高,“低碳”领域业务的不断发展,“低碳经济”将在国民经济中占有更大的比重。静安律师应加大谋划“低碳”发展战略、及时向“低碳”领域业务转型,从而率先涉足“低碳”领域的法律服务。由此,一些有眼光的律师事务所纷纷加入“创新发展、低碳转型”的创新之路上。以捷华所为例,该所专门成立了一支由4名合伙人、10名专职律师组成的环保新能源团队。2010年,该团队编写完成了《低碳中国》一书,由于角度独特、通俗易懂,受到了读者的广泛好评。

除在区域内推进“低碳”创新业务之外,静安律师还积极创造交流平台,推动省际“低碳”合作。2011年5月,静安律师前往西安市开展了以“低碳领域的律师法律服务”为主题的交流活动。捷华所分别与陕西法正平安律师事务所、陕西臻理律师事务所签订了《低碳法律服务合作框架协议》,并对来自陕西50多个律所的60余名执业律师进行了“低碳法务理论与实践”的专题培训,在全国树立了静安律师“低碳专业法律服务”的良好形象!

探索业务拓展之三:“楼宇经济”中显身手

静安区虽然地域狭小,但由于地处上海市正中心,写字楼林立,白领集中,“楼宇经济”是静安区经济发展的重要支柱。根据该区特点,静安律师积极开拓具有本区“楼宇经济”特色的法律服务之路。比如,针对“楼宇经济”开展的“合同能源”法律服务,就是其中卓有成效的工作之一。经区律工委与区发改委、区科委、区商委等部门深入沟通,捷华所等律师事务所开拓的合同能源管理法律业务有声有色,不仅促进了区域楼宇节能减排项目的顺利实施,而且增加了律师服务的业务创收,起到了一举两得的双赢效果。

除此之外,静安司法局与多家律所针对静安白领集中

的特点,针对白领推出了一系列法律服务,这些律所与“白领驿家”合作,暨服务了群众,又普及了法律,在静安白领中形成了良好的社会口碑。

创新发展之外向联合:“技能”输出、合作发展

虽然静安区律师业得到了快速发展,呈现出规模效应不断扩大、业务收入稳步增长、办案数量逐年增加的良好态势,但部分律师事务所丰富的人才资源却因受本区域法律服务市场饱和度的影响,难以转化成切实的经济效益。为突破这一“瓶颈”,静安律师一度也陷入迷茫之中。

2008年,国务院出台《关于进一步推进长江三角洲地区改革开放和经济社会发展的指导意见》,这为静安律师外向发展提供了新的历史机遇。近年来,长三角及其周边地区社会、经济发展迅速,经济活动十分活跃。随着高铁、动车的陆续开通,长三角逐步形成了一至二小时的经济圈。因此,无论在经济领域还是在法律服务领域都蕴藏着无限商机,长三角的地位不可忽视。而自改革开放以来,在一些二线城市经济蓬勃发展的过程中,大量的法律事务应运而生,亟需各专业的法律人士提供投融资、企业并购等方面的相关法律服务,从而保障当地经济持续、繁荣、稳定发展。

静安律师敏锐地认识到,在国家“大布局”的发展前景下,静安律师可以充分发挥自身的专业技能优势以及项目律师的中介功能,盘活律师的客户资源,提前介入、创造和捕捉“商”机。静安律师可以以“泛长三角”经济活跃地区为重点,以二线城市为突破口,结合当地产业发展前景和业态开发,通过市场前景调查、构建合作框架、联系资本合作、设计法律模型、出具法律意见书等方式,积极为当地经济建设和区域开发服务。

从2007年开始,静安律师就开始致力于开辟“以上海为根基,辐射长三角,瞭望珠三角,联合西南片”的战略思想,收到了积极的效果。

外向联合探索之一:与江苏、山东兄弟省份密切合作

2007年9月,静安区律工委组织5家律师事务所代表和部分投资界、企业界高管等一行11人,组成静安律师“泛长三角”经济项目考察团,赴江苏省江阴市和山东省菏泽市、郓城县等地进行了为期5天的考察、洽谈活动,受到了当地政府和业界的高度重视。

外向联合探索之二:与昆山等近邻经济“强”市互动发展

昆山市紧邻上海,是中国的“百强县”之首。2008年始,静安区律工委多次组织律师代表团赴昆山进行考察交流,并与昆山台商协会建立合作关系,这标志着静安法律

服务业开拓长三角法律服务市场已迈出了实质性的步伐。

除昆山市之外,2009年7月,静安区律工委还组队赴浙江诸暨进行交流考察。会议期间,两地律师共同签订了《合作备忘录》,约定以“互相宣传提升各自知名度、互为分享事务所资源和经验、互为提供司法领域的咨询和技术支持、互为协助开拓国内和国际市场、互为提供学术研究和司法调查”为原则开展相互协作。截至2010年7月,静安、诸暨两地已有近20家律师事务所签订了结对合作协议。

外向联合探索之三:在驻沪“企联”中寻机遇

鉴于各省、市驻沪企联数量众多,蕴含诸多法律服务机遇的情况,静安区律工委大力推进静安律师与各企联的互动交流。2009年4月,静安区律工委到杭州驻沪企业联合会考察,受到了杭州商会领导的热情接待,双方就联合开办知识产权论坛、静安区法律工作者协会与杭州驻沪企业联合会开展多方位合作、静安律师为驻沪浙商服务等问题进行了深入的洽谈,并达成了初步合作协议,为今后进一步合作奠定了基础。

外向联合探索之四:推进长江沿岸集群法律服务合作

2009年7月,静安区司法局、湖北省武汉市江岸区司法局、上海市律师协会静安区工作委员会、静安区法律工作者协会在上海共同举行了“共饮一江水、携手迎世博——沪汉中心城区法律服务合作签约会”。会上,各单位联合发布了《长江沿岸城市集群中心城区法律服务合作联盟倡议》。之后,静安区司法局和湖北省武汉市江岸区司法局代表两地法律服务业签署了《长江沿岸城市集群中心城区法律服务合作框架协议》,正式拉开了跨区域法律服务业合作的大幕。

2010年10月,静安律师还组织律师与重庆律师互动,参与举办“国际服务贸易高峰论坛之法律服务研讨暨对接会”,并签订了《长江沿岸城市集群法律服务工作框架协议》,旨在打造长江流域法律服务共同体。静安区域内的方达律师事务所、国浩律师集团(上海)事务所分别与重庆江都律师事务所、金牧律师事务所签订法律服务交流合作协议。

静安律师积极推进的外向发展的市场拓展战略,不仅扩大了静安律师在全国的美誉度,而且使得静安律师在全国的市场上寻得了契机,拓展了律师业务的范围。静安律师在外向联动的积极努力,正在取得丰硕的回报!

创新服务之立足本地:政府好“参谋”、客户好“智囊”

在外向发展的同时,静安律师在参与本区建设中起到了越来越重要的作用。静安律师不论在政治工作、还是在经济建设方面,一直起到了无可替代的积极作用。

服务本地之一:为本区建设添“金砖”加“银瓦”

根据静安区委、区政府“发展现代服务业、打造静安商务港、建设国际静安”的总体要求,静安律师除了在维护社会稳定、促进社会和谐方面发挥重要作用外,更在推动静安区域经济建设发挥了积极作用。近年来,静安法律服务行业发展迅速,行业规模不断扩大、产业能级迅速提升。据统计,2010年静安法律服务行业年营业收入逾12.06亿元,年税收贡献2.38亿,为静安区建设的物质保障作出了积极的贡献。

服务本地之二:区“委托律师招商”活动中显风采

律师是一个具有丰富社会资源的群体,特别是从事高端经济、金融业



参加重庆峰会与领导合影



静安区法律服务电子平台建设推进大会



静安区司法局与静安区科委领导在签约仪式上



沪汉中心城区法律服务合作签约会

务的律师,在各类行业领域内皆具有一定的影响力,并有着比一般部门人员更灵敏和多元化的经济信息网络。针对这一认识,静安区律工委在律师中积极推广“激活律师资源,参与区域招商”的理念,取得了良好的效果。

2008年,由金石所律师牵线,区司法局会同区招商部门与海富产业投资基金管理有限公司进行接洽,成功将海富基金引进静安。之后,又借助律师资源,为嘉懿创业投资有限公司、绿源投资基金管理公司上海办事处、上海仲裁委等一批符合区域经济定位和发展要求的优质企业和组织入驻静安穿针引线,为拓宽静安税收资源、推进静安区域经济建设,起到了显著的积极作用!

服务本地之三:律师“维稳”促和谐

除了在经济建设中大显身手外,静安律师在服务政府、“维稳”服务、矛盾化解工作中也起到了重要作用。目前,静安区所属各局、办均有律师法律顾问。“有事找律师”,在静安区行政系统内的观念已蔚然成风。而静安律师在促进社会和谐、参与社会稳定工作中也起到了积极的作用。比如,静安是上海的中心城区,近几年一直面临“旧城改造”,而拆迁问题就成为静安“旧貌换新颜”的重大障碍之一。拆迁问题关系群众的安居乐业,同时也直接关系到城市的经济发展,如何协调拆与被拆双方的矛盾,正确普及相关法律,确保政策法律有效实施,也是静安律师贡献所在。几年来,静安区的百悦、捷华、原本等律师事务所,积极参与区动拆迁矛盾化解工作,有效地推动了静安旧城改造工作的开展;再如,以“11·15”火灾为例,2010年11月16日上午,距离事故发生不到24小时,一支由132名律师共同组成的法律服务志愿者队伍就已集结完毕,并迅速投入到善后处置工作中。该事故的善后处理工作事务繁琐,法律关系复杂,但静安律师毫无怨言,一年来一直潜心积极努力、用心处理此次事件。

多年精心打造已铸就“静安律师”的品牌!

当前,1700余名静安律师奋战在各自的岗位上,正在用创新的精神、昂扬的斗志,谱写着一曲社会主义法治建设的激扬凯歌!展望大势,静安律师发展前景广阔;着眼现在,静安律师色彩缤纷! ●



编者按:2011年12月15日,华亭律师事务所30周年庆典在上海市华亭宾馆隆重举行。华亭所主任许强主持庆典。上海市司法界老领导、闵行区司法局领导、兄弟律师事务所律师代表等嘉宾百余人出席庆典。上海市律师协会会长盛雷鸣到会并讲话。他充分肯定华亭所是一家从国办老所成功改制并有30年历史的合伙所,作为我国恢复律师制度之后首批成立的律师事务所,30年稳定发展实属不易;华亭所是一家充满青春活力的现代所,专业优势不仅局限于传统的刑事诉讼业务,在国际贸易、金融证券、企业并购等领域亦颇有建树;华亭所是一家有着光明前途的品牌所,事务所制度健全,文化先进,有凝聚力、有规划、有想法,必将迎来更加美好的下一个30年!

律所建设 ●文/严姗姗

栏目组稿人:贾明军 iamingjun@iamlawyer.com

而立之年忆征程 务实争优求发展

——写在华亭律师事务所建所30周年之际



30岁,对于人生来说,恰是风华正茂、雄心勃勃的而立之年;30岁,对于一家律师事务所来说,也正是历经大浪淘沙,站稳脚跟笑看风云的时候。

1981年,华亭律师事务所的前身——上海县法律顾问处正式成立。作为我国恢复律师制度之后首批成立的律师事务所,改革开放30年来,华亭所伴随中国社会主义法治进程一起成长、成熟,经过三代华亭人的不懈努力,终于迎来今日的累累硕果。

历史沿革:6000元创业,30年发展

1978年3月5日通过的《中华人民共和国宪法》恢复了刑事辩护制度——被告人有权获得辩护。1980年8月,第五届全国人民代表大会通过《中华人民共和国律师暂行条例》,为律师制度的迅速发展提供了法律保障。1981年,经当时的上海县人民政府批准,上海县法律顾问处正式成立,该顾问处即为上海市华亭律师事务所前身,是我国恢复律师制度之后首批成立的律师事务所。

建所初期,上级主管部门划拨华亭所6000元开办费,华亭所当时的性质为国办所,组织部门先从法院系统中抽调了几位有志于从事律师工作的同志到华亭所担任律师,后又通过社会招考,吸收部分优秀青年充实华亭所律师队伍,事务所规模逐渐壮大。

由于条件所限,当时的律师工作条件非常艰苦,文书均靠手抄复写,遇到大案,阅卷长达十几天。外出调查,会见被告,不是公交车,就是自行车。有时为了一个外地案子,办案律师常常要在路上奔波数天。



那时候,干律师不仅是个脑力活,还是个体力活,律师超负荷工作却与律师的报酬不成正比。由于当时律师纳入国家人事编制,拿级别工资,每月工资仅30多元加5元奖金。没有坚韧的毅力和对律师事业的热爱,是无法胜任的。

有付出就有收获,当时一宗全市轰动的受贿案件在上海县政府大礼堂公开庭审,在律师的努力下,合议庭采纳了律师的辩护意见,将检察机关建议的3年刑期缩短为2年,并当庭予以判决,这在当时是非常难得的,意义十分深远。

上世纪90年代始,华亭所进入了迅速发展的成长期,是上海市第一家进驻五星级酒店办公的律师事务所。时任司法部部长的蔡诚1992年视察华亭所时,欣然题词“优质、高效、团结、清廉”。华亭人不辜负老部长殷切期望,经过数年的努力,终于使事务所脱颖而出,在1998年被评选为首批司法部部级文明律师事务所。

华亭所于21世纪初改制成为合伙制律师事务所,实行“两不四自”原则,即“不占国家编制和不占国家经费,自愿组合、自收自支、自我发展、自我约束”,开始了新一轮快速发展。

至今,华亭所办公面积达到1500多平方米,办公管理方面亦实现了自动化、网络化,事务所建立了局域网,还开设了自己的官方网站,并由专人负责信息更新和网络维护。

业务发展:助力经济建设,心系社会稳定

从成立开始,华亭所一直坚持在做好传统的刑事业务的同时,积极开拓新的业务领域。

上世纪80年代,华亭所任当时交通局等机关和企事业单位的法律顾问,根据这些单位的业务特点,华亭所大胆提出创建法律顾问室的建议,并协助县交通局、水利局、物资局、乡镇工业局、供销社及几大银行创建了

上海市第一批法律顾问室,开创了在国家机关和大型国有企业事业单位设立法律顾问室的先河,律师开始为经济工作保驾护航。

进入上世纪90年代之后,华亭所在担任企事业单位法律顾问和在民商事、金融、外贸等业务领域方面均取得了骄人的成绩,在业界声名鹊起。

在担任紫江集团、传慎集团、万科公司等大型企事业单位常年法律顾问的同时,华亭所为外资企业提供涉外法律服务,包括为行政机关就合资、合作、独资企业的设立做尽职调查,为审批外资企业设计流程,并出具独立的法律意见书和涉外意见书。华亭所是全市第一家从事这项业务的律师事务所,业务创收也开始在全市名列前茅。

进入新世纪,随着国家立法速度的加快和法制的健全,华亭所的业务也拓展到公司法律事务、房地产与建筑工程、国际投资与贸易、金融与保险、诉讼与仲裁等领域。事务所每年创收均保持20%左右的增长,2010年业务创收达到人均120万元,总创收约两个中型企业的产值。

面对当前律师服务市场竞争激烈的状况,华亭所继续积极开拓业务,整合业务优势,组建律师团队为政府、企业、社团提供法律服务。

2000年以来,华亭所组成6人团队为万科公司提供优质、深层次、全方位的法律服务,大到决策咨询,小到楼盘开盘的具体法律事务,均有律师全程介入,获得了万科公司的好评。与此同时,华亭所担任大型国企绿地集团的法律顾问,该集团重大决策、重大案件均由该所律师团队负责处理。

2011年1月始,华亭所组织大型律师团队,为闵行区马桥镇人民政府提供“法律外包”服务,除作为镇政府法律顾问外,还对镇直属单位和村、居委等基层组织提供法律宣传、咨询和调解服务。

在自身发展的同时,华亭所心系社会稳定,积极参

与化解社会矛盾。紫旺电器城信访纠纷案,几千人上访、闹访,法律关系错综复杂,被列为市级“世博维稳”案件,牵制了市、区领导很大的精力。华亭所参与协调处理,经过数月尽职调查,制定了一个“一揽子解决原则方案”,得到市、区有关部门和领导的好评及当事人的肯定。现在该方案正在稳步推进中,取得了较好的法律和社会效果。

制度建设:规范有序,诚信为民,零投诉

在社会激变的情况下,不少在上世纪八九十年代曾经辉煌一时的律师事务所因为种种原因而遇到了发展的瓶颈,而华亭所始终步伐稳健、一路向前,其中很大一部分原因,要归结为运行良好、结构严谨的事务所各项制度。

在30年的发展过程中,伴随着创建文明律师事务所、文明单位和优秀律师事务所,逐步建立起了一整套有关律师执业、行政管理、后勤保障、职工福利等规章制度。

在华亭所,无论主任、高级合伙人、合伙人,还是普通律师、新律师,彼此之间由制度制约,如何接案子、利益分配、内部晋升、人员流动,全都有一套详细明确的制度。这样既可以保证一个公平有序、良性竞争的工作平台,又可以让大家避免为利益分配之类的问题争执不下、明争暗斗。

良好的制度运行使得华亭所的内部氛围和谐、团结。这是一家几乎不会为利益分配而开会的律师事务所,事务所会议都是围绕着专业学习、案件讨论、规范建设等内容。由于没有了利益分配的后顾之忧,律师们更愿意把自己接的案子拿出来与同事分享,集思广益为当事人服务。

最近几年,事务所又结合律师集中教育整顿活动和工作实践,充实完善了部分制度,包括制定了《考评与奖惩办法》等制度,从规范律师的执业行为、执业纪律,做到制度约束人、制度管理人。多年来,华亭所无一例因诚信缺失而受到投诉的案例,继续保持了无一位律师被投诉处理的“零记录”。1997年起,事务所连续被评为“上海市文明单位”,2005年被授予“全国优秀律师事务所”称号。

团队培养:让名律师坐镇,给“小”律师机会

华亭所30年来始终坚持保持在40至50人左右的中等规模,既不盲目追求兼并扩张,又不因业务、人员的变化而发生萎缩,这与稳定、高效、和谐的团队有很大的

关系。至今,华亭所形成了老、中、轻三代律师通力合作、共同发展的人员结构,在事务所工作20年左右的老员工有五六人,进所工作10年左右的老员工有七八人。

从1985年第一届全国律师代表大会召开至今,华亭律师连续八届当选为全国律师代表大会代表,第一、二届为姚增荣律师,第三至八届为许强律师,这对一个事务所来说是一件非常难得的大事,值得庆贺和纪念。

华亭所接业务并非单打独斗,而是形成了以名律师为核心,5-6名骨干再配合其他业务能手的团队。名律师经验丰富、人脉广泛,能够“托住”团队、善于决策,骨干律师年富力强、精力充沛,业务能手外语、电脑能力强,头脑灵活,结合在一起,组合在一起,能够互补短长,共同将业务做好做强。在华亭所,这样的团队并没有明确的界限,而是因客户和业务需要自由组合、互相交叉。事实证明,在担任万科、马桥镇等企业 and 政府法律顾问的过程中,华亭所的团队服务得到了客户的一致好评。

与此同时,华亭所非常重视对青年律师的培养,每年都会引进优秀大学毕业生充实律师队伍。所领导为每一位新进所的青年律师指定老师带教,有的青年律师还被派到政府部门、企事业单位的法务部门去实践锻炼一两年或被送到境外学习深造。

在不断吸纳社会优秀青年加入律师队伍的同时,亦不忘提高本所律师的自身政治素养和业务素质,吸纳青年律师参与管理,当家作主。这期间,多名青年骨干律师被吸收成为中共党员。全所一半以上青年律师拥有硕士研究生学历,有双语能力。

很多年轻律师来了华亭所后愿意留下,一方面是认同这里的积极向上的企业文化和和谐的工作氛围,另一方面也是看中了这里的发展空间。

华亭所的一级合伙人可上可下。有些早就成为一级合伙人、负责分摊事务所成本的资深律师,由于年龄、精力或个人原因,不再适合担任一级合伙人,而有些年轻律师正值当打之年,业绩、能力非常出众,在华亭所,按照业绩标准,对于分摊事务所成本有压力的一级合伙人,可以退下来成为二级合伙人,专注于自己的业务,腾出的一级合伙人位置则由年轻人填补,整个核心管理团队始终保持在10人左右。得益于这套制度,至今十几名青年律师经过考核,相继成为了事务所合伙人、高级合伙人。核心管理团队中,有近一半的律师是30岁左右的青年人。

律所文化:和谐,稳定,奉献,共同进步

一家事务所到了而立之年,已经形成了稳定的律所文化。华亭所的所训是“优质、高效、和谐、诚信”,可以

说,律所文化包括完善的制度、稳定的团队和和谐的工作氛围,这也是其屹立 30 年的法宝。

1994 年 6 月,华亭所单独成立了党支部,党组织在事务所的管理和发展中起到引领和堡垒作用。党支部成立后主要抓了三项工作:一是健全组织机构,专门设有专职副书记;二是抓创先争优工作,为事务所制订创优计划,并号召和率领全体党员积极投入创优工作;三是注重培养和发展优秀青年律师加入党组织,不断为党的基层组织补充新鲜血液。华亭所党支部多次被评为“五好党支部”和“五好两新组织”。

除此之外,华亭所内部始终保持了良好、和谐的工作氛围。华亭所有个特别的“下午茶”时间,每天下午,在外忙碌的律师都会回到事务所,大家坐在一起喝茶或咖啡,聊聊彼此的案子,法律界的动态等等,在轻松愉快的氛围下交流业务。

当今社会竞争激烈、人心浮躁,这样轻松、和谐的工作氛围和“大方”的员工并不多见,但华亭所的律师们可以做到,这是因为大家都认同一点:合力把业务的蛋糕做大,比看紧自己的一亩三分地更好,分享才能带来更大的发展。

在自身不断发展的同时,华亭所不忘承担社会责任,参与公益事业,提升和完善团队的价值观。1997 年,事务所出资 10 余万元在大别山革命老区金寨县捐建了一所希望小学,当地群众将学校命名为“金寨县华亭希望小学”。在之后的十多年里,华亭所经常向该小学寄慰问金,接优秀师生到上海来观摩,还多次组织青年律师赴大别山探望该希望小学的师生,受到了孩子们的热情欢迎,也使青年律师深受教育。在这种精神的鼓舞下,华亭青年律师积极参加各项法律援助活动,事务所多次被评为“法律援助先进集体”。

展望未来:抓契机,勇创新,续辉煌

华亭所迈着坚实的步伐,走过了 30 年的光辉历程。党的十六大提出“拓展和规范法律服务”,胡锦涛总书记指出“要充分发挥律师作用”,这充分体现了党中央对我国律师业寄予的厚望。华亭所全体同仁在已经取得的成绩基础之上,确立新的发展目标,即加强事务所的制度化、专业化、规模化、国际化建设。

在制度建设上,华亭所将加强和巩固党建工作,坚持和完善民主治所、民主管理制度,健全和创新各项业务管理和行政管理制度,为事务所的进一步发展建立制度保障。

在原业务特色的基础上,华亭所将对原项目团队进一步优化组合,建立起具备专业能力的律师服务团队,



在公司、政府法律服务、房地产建筑、国际投资和贸易、金融保险等领域形成一批具有华亭特色的法律服务产品。

在规模化建设上,作为一家中等规模的强所,华亭所将根据自身业务发展特点,并结合地区律师业发展的大环境,整合区域资源优势,适当扩充事务所规模,实现事务所的规模化建设目标。

在国际化建设上,华亭所将通过引进和培养国际化的律师人才,全面提升事务所涉外法律服务能力。

今年是华亭所而立之年,全体华亭人将通过深入持久的制度化、专业化、规模化、国际化建设,力争将华亭所打造成为业界享有盛誉的专业所、规模所、品牌所。

法日良法语

执业心语

●文/赵平

栏目组稿人:刘小禾 liuxh@lawyers.org.cn

千里之行 始于足下

——兼谈青年律师成长的体会



在做律师之前,我在北方的一个中级法院工作,在当地生活得也不错。出于对上海大都市的向往,1999年,我辞职到上海来做律师。这对于我是一个巨大的挑战,也是事业的重大转折。弹指一挥间,12年过去了,中间也曾与几个律师共同开所,体会了创业的艰辛。我从律师助理、聘用律师一直到大所的合伙人,也算经历了律师的不同阶段。在此我把我的一些体会写出来,愿与广大青年律师共享。希望青年律师少走弯路,越走越顺利。

一、青年律师生存与专业化问题的冲突

青年律师从学校毕业并拿到执业证一两年后,就会面临不同的职业选择。一是继续给其他资深律师做助理,或者自己找业务做提成律师。无论哪种情况,青年律师都会面临巨大的生存压力。为其他律师做助理往往拿不到很高的薪水,工作时间会比较长,而且有些老律师不太注重培养新人,做助理往往和“打杂儿”的差不多,接触业务的机会不够,所以大多数人会选择做提成律师。而提成律师就会面临自己找业务的问题,因为有住房、应酬、家庭生活等各方面的经济压力,青年律师往往是只要有客户、有收入,什么案子都做,时间长了,容易向“万金油”律师方向发展,丢掉了专业化。

事实上,青年律师执业之初多接触一些领域,可以加深对各方面法律业务的认识,有助于找到适合自己的业务种类,了解自己的业务来源在哪里,对确定

未来的发展方向是有益的。但在这最初两三年的执业过程中,青年律师应当时刻思考,总结自己办理过的案件,要用长远的眼光来规划自己的前途,逐步确定自己未来的专业化领域。这时候往往是一个最痛苦的时期,一方面要维持生活,努力开拓客户和案源。本来时间就已经很紧张了,还要花时间和精力关注自己未来的专业领域,向这个方向努力,不得不放弃一些不符合自己发展方向的案源和收入。如果这个时期坚持不住,放弃了对专业化的追求,觉得收入还过得去,就会安于现状,时间一长就会变成自己的生存状态,向高端律师努力的理想渐渐磨灭,未来就很难有很大的提高。

二、如何走专业化道路

专业化应该怎么做?这些年做下来我的体会是:

(一)所选专业领域要与现有客户相关。凭空谈专业化很困难,因为没有实践的机会,仅靠读书,谁也无法成为真正的专家。现有的客户群往往与本人的能力倾向息息相关,从而成为决定未来专业化方向的一个重要因素。

(二)所选专业领域与自己的背景和资源优势有关。每个人都有自己的优势,就看怎样去发掘。如果依托自己的优势条件去开拓业务,专业化就相对容易,否则就会困难重重。比如,有理工科背景的律师发展专利业务,别人就很难与你竞争。

(三)要以长远的眼光看待所选专业的未来走势。选择专业时不能只关注现在的热门专业,因为这些热门领域已



赵平:金诚同达律师事务所高级合伙人,市律协国际贸易与反倾销业务研究委员会主任

经有太多律师在其中占据一席之地,青年律师很难挤得进去分一杯羹,毕竟从经验上就已经输了一大截。目前我国经济的高速发展带来了层出不穷的法律问题,新的法律业务领域也越来越多,青年律师应该注意选择目前不太热门而在未来有发展的领域,现在抓紧时间进入并占领市场,就会赢得先机,经过努力很可能成为未来该领域的领军人物。当然也不能选择太超前的领域,否则可能该领域还没有发展起来,律师就因为生存压力而难以为继了。这种情况下就需要青年律师留心社会热点,善于发掘市场。

三、要了解青年律师的发展规律,不要轻易放弃律师行业

目前在律师行业存在一种现象,就是很多青年律师做几年之后,积累了一定经验就转到公司做法务工作了。相比较而言,公司法务待遇较高,收入稳定,压力也比较小。当然,在公司做法律工作有其优势,每个人都有自己的情况,不能一概而论地要求所有青年律师坚持到底。但很多青年律师转行不是因为喜欢公司法务的工作,而是因为看不到做律

师的前途。我个人认为,律师的成长过程有个“三五八十”的规律,就是说做律师的前三年是付出的时期,得到的较少,主要任务是学习,积累办案经验。在这个阶段生活会比较清苦,面临巨大的生存压力,有时维持基本的温饱都存在问题;同时所做的工作较杂,技术含量不高。而第三至第五年是开始发展的时期,青年律师开始成为主办律师,或开始单独接办案件,特点是收入有了一定的提升,同时工作任务较繁重。第五至第八年是开始收获的时期,一般收入会有较大的提升,业务量和客户群也逐渐趋于稳定。另外,在第七至第八年的时候发展往往会遇到瓶颈,这个时期十分重要,一定要想办法突破瓶颈;如果突破了瓶颈,发展也还顺利,那么在第十年左右职业生涯会有较大的突破,上升到一个新的阶段,从而取得比较大的收获。前两个阶段是青年律师放弃律师行业的高峰期,第一个阶段是因为生活过于清苦,看不到未来;第二个阶段是因为外界的诱惑较大,可能离开律师行业马上可以得到高薪、高福利。而到了第三个阶段,青年律师开始进入收获的季节,工作状态会比较稳定。这个规律可能会因为每个人的情况不同而有差异,但大体的阶段都是相似的。

青年律师如果热爱律师这个职业,将其视为自己值得为之奋斗的事业,那么就不应因一时的困难和迷茫而放弃,而应该了解自己所处的每个阶段的特点,及时调整自己的计划,遇到问题时多思考,多向前辈请教,考虑成熟后再做决定。另外,目前社会上的诱惑很多,尤其是金钱的诱惑。做律师应明确一点,律师不是一个能赚大钱的职业,更应把自己定位为一个专业人士,而不是一个企业家或生意人。青年律师一定要摆正自己的心态,不要把时间浪费在羡慕嫉妒别人腰缠万贯上,应低头多看看自己脚下的路。事实上,中国经济的发展与强大给

了青年律师很大的发展空间,应该坚定信心走下去。

四、律师业的未来是青年律师的,青年律师一定要有远大的理想

我们经常引用毛主席的话:“世界是你们的,也是我们的,但是归根结底是你们的。你们青年人朝气蓬勃,正在兴旺时期,好像早晨八九点钟的太阳。希望寄托在你们身上。”这是一个客观规律。无论老律师多么优秀,多么伟大,律师业的未来肯定是青年律师的,但问题是青年律师是否能抓得住成长的机遇,长江后浪推前浪,将来肩负得起律师业的大梁。在这个过程中,青年律师有远大的理想十分重要。托尔斯泰说:“理想是指路明灯。没有理想,就没有坚定的方向;没有方向,就失去前进的力量。”

青年律师要想获得长足发展要做好几个方面的准备:

(一)专业化准备。应该在某一方面建立专长,在某一领域做大做深,不仅要有丰富的实践经验,还要积累深厚的理论知识,同时还应抓住各种机会到外面参加进修、培训等,以开拓自己的眼界,成为这个领域的专家,避免成为“万金油”律师。青年律师学习能力强,善于接受新生事物,所以能够涉足的领域多、范围广,应谨慎选好自己的专业方向。

(二)要有坚持下去的决心。有时候成功就在于再坚持一下,只要认准了自己的目标,发展路径上可以有一定的微调,但尽量不要改变大的方向。虽然年轻人时间比较充裕,但频繁地改变自己的发展方向不利于长期发展。既然选择了律师职业,就应该有面对压力、迎接挑战的准备,学会面对挫折和失败,不要轻易放弃。

(三)工作中做人要大气,善于合

作,愿意放弃一定的利益。未来的律师行业是以团队服务为主体的,团队中每个人都都要取长补短,尽量发挥自己的能力。而一个团队要实现合力的最大化,就需要每个人有合作精神和奉献精神。要学会不计较眼前小的得失,用长远的眼光看问题。在团队利益实现最大化的同时,个人的利益也会得到保证。

(四)在工作中要学习事务所的管理。不仅做好律师,还要具备一定的管理能力,这是青年律师应当注意的。如果有做合伙人律师甚至独立开所的目标,那么在日常工作中就更应注意学习事务所的管理,注重积累管理方面的知识。一家律师事务所或一个团队要想做大做强,管理者的素质至关重要。目前在中国的律师事务所几乎没有职业经理人的情况下,合伙人律师的管理才能对事务所的发展前途起着决定作用。很多律师事务所遇到瓶颈期后越开越小,甚至倒闭,主要的责任在于管理者。

(五)要有远大的理想,做好未来的职业规划。作为一个青年律师,或者说作为一个年轻人,都要为自己制订未来的职业规划。这个规划要包括自己在一年、三年、五年、十年、甚至二十年要实现的职业目标。这个目标当然可以根据实际的情况进行调整,但理想往往可以决定你能够走多远。

最后有几句话送给青年律师:

“律师是实现正义的职业,目的不是赚钱。

“从小事做起,从小处做起,从小案做起。

“要有远大的理想和目标,不因为挫折而动摇。

“好律师不可能速成,小聪明不能成大器。

“九层之台,起于垒土;千里之行,始于足下。

“会当凌绝顶,一览众山小。●



编者按:当前,我国劳动关系矛盾呈现复杂化、尖锐化、群体化等特征,处于矛盾凸显期,建立多元化、多渠道的纠纷解决机制,是化解社会矛盾,构建和谐社会的必由之路。ADR模式,就是解决劳动争议机制的有效渠道之一。但是,我国由于劳动争议调解组织本身存在着较多问题,调解效果并不甚理想。本文试从分析劳动争议调解组织存在的问题入手,阐述律师参与劳动争议ADR的可行性,并提出相应的制度构想,以完善现有劳动争议调解机制,化解劳资矛盾,促进社会和谐发展。

视角 ●文 / 李华平

建立多元化多渠道的 纠纷解决机制

——论律师参与劳动争议ADR的可行性与制度构想



Alternative Dispute Resolution (ADR),这一概念根据字面意义译为“替代性(或代替代性、选择性)纠纷解决方式”,亦可根据其实际意义译为“审判外(诉讼外)纠纷解决方式”或“非诉讼纠纷解决方式”、“法院外纠纷解决方式”等。ADR模式,就是解决劳动争议机制的有效渠道之一,在各国、各地区被广泛运用并发挥着重要作用。事实上,这种非诉讼纠纷解决方式,即调解制度,在我国历史渊源已久,曾被西方国家誉为“东方奇葩”。但是,我国在解决劳动争议机制中,由于调解组织本身存在着较多问题,调解效果并不甚理想。

我国劳动争议调解组织存在的问题

劳动争议调解,是指在劳动争议调解机构的主持下,依照法律、法规、政策和道德规范,在查明事实、分清是非的基础上,通过疏导、说服、劝说,促使争议双方互谅互让,进行协商,自愿达成协议,从而消除争议的方法和活动。可见,劳动争议调解机构是独立于劳动关系双方当事人之外的第三方,且应当是通晓国家法律、法规和政策,有着丰富调解技能,能够促使争议消除的组织。而从《劳动

争议调解仲裁法》规定的三类调解组织来看,分别在客观公正性、专业性和自愿性上存有一定的问题,难以达到调解纠纷化解矛盾的良好效果。

一、企业劳动争议调解委员会的组成先天不足,客观公正性存有问题,难以化解劳动关系矛盾

《劳动争议调解仲裁法》规定,企业劳动争议调解委员会由职工代表和企业代表组成。而发生劳动争议的双方当事人就是职工和企业,职工代表本身就是企业的一员,调解的客观公正性如何保障?职工难以信赖该调解组织的调解。《劳动法》还规定,劳动争议调解委员会主任由工会代表担任。尽管法律没有明确规定工会是居中调解和主持方,但是该条款的表述表明工会是“第三方”。而《工会法》明确规定,工会代表职工的利益,是职工利益的代言人。这样,起居中调解作用的“第三方”缺位,调解的效果可想而知。

事实上,尽管《劳动法》、《劳动争议调解仲裁法》都规定了企业内部可以设立劳动争议调解委员会,但是由于没有强制性规定,企业基本上没有设立。近日,人力资源和社会保障部出台《企业劳动争议协商调解办法(征求意见稿)》规定,300人以上的企业应依法设立劳动争议调解委员会。如果没有解决



李华平:上海市嘉华律师事务所律师,市律协劳动法业务研究委员会委员

客观公正、居中调解这一问题,企业即使设立劳动争议调解委员会,也难以起到第一道防线的效果,还是形同虚设。

二、基层人民调解组织人员的劳动法律知识相对欠缺,专业性较差,影响调解质量,难以化解劳动关系矛盾

《人民调解法》规定,村民委员会、居民委员会设立人民调解委员会,人民调解委员会是依法设立的调解民间纠纷的群众性组织。确实,村民委员会、居民委员会设立的人民调解委员会在及时、便捷化解民间纠纷,防止矛盾纠纷的激化和升级等发挥了重要的作用。

但从实际情况来看,人民调解委员会调解的民间纠纷主要是公民之间的婚姻、家庭、邻里、继承、物业、民间借贷等

简单的涉及人身、财产权益方面的民事纠纷。劳动纠纷与其他民事纠纷相比较,是较为复杂的争议,对其进行处理的知识结构和政策水平有较高的要求。他们不但要通晓国家相关的民事、行政、劳动法律法规,而且还要了解国家有关政策;不但要有相当的理论知识,还要有一定的实际工作能力。而人民调解员的文化程度参差不齐,多数调解员虽热心公道但文化程度偏低,劳动法律知识欠缺,难以胜任劳动纠纷的调解工作。2006年,上海市高级人民法院、上海市司法局共同制定了《关于规范民事纠纷委托人民调解的若干意见》(沪高法[2006]34号),委托人民调解的八类民事纠纷中也未包含劳动纠纷,由此可见一斑。

三、乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织,具有行政性,在调解中容易忽视“自愿”原则,难以真正消除和化解矛盾

根据《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》规定,乡镇、街道办事处属于政府和政府派出机关。由乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织,隶属于乡镇、街道办事处,具有行政性,在组织调解中往往忽视“自愿”原则,追求效率,容易导致以压促调,引起当事人的不满,产生新的社会矛盾。

律师参与劳动争议ADR的可行性

基于我国劳动争议调解组织存有客观公正性、专业性和自愿性等问题的现状,引入律师参与劳动争议ADR机制,能有效解决现有调解组织的存在的问题。从操作性上而言,律师参与劳动争议ADR,具有可行性:

一、化解社会矛盾,维护公平正义是律师职责所在

《律师法》第二条规定,律师应当维护当事人合法权益,维护法律正确实施,维护社会公平和正义。律师参与劳动争议ADR,化解社会矛盾,就是维护社会公平正义,是律师职责的所在。

“十二五”期间,上海在坚持“创新驱动,转型发展”的道路中,需要解决包括和谐劳动关系等诸多民生问题。律师参与劳动争议ADR,能够发挥律师的独特专业优势,是化解社会矛盾的有效举措。

二、律师具有专业法律知识、有较为丰富的调解经验,参与劳动争议ADR,能够胜任化解矛盾工作

《人民调解法》规定,人民调解员由人民调解委员会委员和人民调解委员会聘任的人员担任。人民调解员应当由公道正派、热心人民调解工作,并具有一定文化水平、政策水平和法律知识的成年公民担任。人民调解委员会委员聘任律师担任人民调解员,有法律依据,具有可操作性。

律师均是大学本科以上,具有较高文化和政策水平,且通过国家司法考试的法律工作者,有着较为丰富的调解经验,可以站在客观公正的立场上,依据法律法规和事实,分清责任,支持纠纷当事人的合理意见,劝说其放弃不合理的请求,促成双方和解,能够有效防止矛盾纠纷的激化,足以胜任劳动争议ADR工作。

三、律师是独立的第三方,不具有行政性,参与劳动争议ADR,符合调解的自愿原则

自愿的原则是我国人民调解制度的核心。之所以要强调“自愿”,是因为人民调解不仅依据法律,更多的则是依据公序良俗;人民调解不仅讲法,更多地讲理、义、情;所以人民调解更多要求“自愿”,而不是强制。

相对于劳动关系当事人,律师是完

全独立的第三方。同时,律师所在单位——律师事务所,是民办非企业,也不具有行政色彩,不会让劳动关系当事人因存有压力而违背自愿调解原则,也不存在以压促调的情形。

律师参与劳动争议ADR的制度构想

一、各区县司法局成立的劳动争议调解律师团,与本区域的劳动行政部门、街道办事处、工业区管委会等部门进行对接联动,接受相关部门的委托,组织调解

以徐汇区为例,由徐汇区司法局成立专业性的劳动争议调解律师团,调解员全部由专职律师组成。徐汇区司法局负责与徐汇区劳动行政部门、十三个街道办事处和乡镇、漕河泾工业开发区进行对接联动,接受委托,安排劳动争议调解律师团参与劳动争议ADR,发挥事前预防、事中调处、事后化解矛盾纠纷作用。尤其是针对群体性劳动纠纷以及社会影响重大的裁员、工伤事故等纠纷,区司法局可安排劳动争议调解律师团主动与各相关部门联系,第一时间参与矛盾化解工作。

为确保劳动争议调解律师团能够及时便捷、公正公平、专业高效地开展工作,区司法局负责对其进行常态化的管理、监督和考核,并可委托上海市律师协会劳动法业务研究会进行业务指导。

二、各区县司法局负责选拔劳动争议调解律师团成员,设立调解员名册

各区县司法局负责选拔参与劳动争议ADR的调解律师,确定遴选标准,择优选用。在设定律师调解员的遴选标准上,可参照《劳动争议调解仲裁法》和《人民调解法》有关仲裁员和人民调解员的标准。

仍以徐汇区为例,律师调解员的遴

选标准为：(1)本人自愿报名，并经律师事务所同意推荐；(2)公道正派、热心人民调解工作；(3)熟悉劳动法律知识，每年办理劳动争议案件20件以上；(4)律师执业满三年；(5)无任何不良执业记录。只有符合上诉标准的律师，才可纳入劳动争议调解律师团，建议设立任期为一至二年，可以连选连任，设立律师调解员名册。

2010年，徐汇区司法局和徐汇区人民法院共建徐汇区诉调对接中心，由徐汇区司法局推荐律师参与人民调解。这一创举，反响热烈。但笔者认为存在两个问题值得探讨。第一，参与诉调对接中心的5名律师都是实习律师，还不是执业律师，调解经验不够丰富；有的根本还没有办过案件，尚处在学习阶段。而诉调对接中心是化解矛盾、解决问题的机构，不是法律实务实训基地，需要的是成熟的专业调解人员。第二，安排在诉调对接中心工作的时间为6个月。长达半年的时间让执业律师放弃手中工作，全身心投入到诉调对接的公益工作，可操作性不大，这也是导致只是安排实习律师到诉调对接中心全日制工作的原因。

因此，笔者认为，劳动争议调解律师团不应采用诉调对接中心模式，而应参照商事仲裁模式，设立律师调解员名册，根据案件要求从名册中选派律师参与劳动争议ADR。这样既能保证调解员本身拥有较为丰富的实践经验，又能解决执业律师无需为了参与人民调解而不得“中止”执业的矛盾。

三、各区县司法局制定劳动争议调解律师团执业回避制度和惩戒制度，并将调解员名单向社会公布，接受社会监督

为确保参与劳动争议ADR的公正性和公益性，劳动争议调解律师团成员应当遵守《劳动争议调解仲裁法》和《人民调解法》的有关回避制度。另外，



基于律师的身份特殊性，建议在此基础上再增加两条回避制度：第一，律师调解员不得调解本人所在律师事务所其他律师代理的案件，不得调解律师事务所担任当事人常年法律顾问的案件。第二，在任期内及任期结束后一年内，律师调解员不得在本区仲裁和法院系统代理劳动争议案件。

与劳动争议调解律师团执业回避制度相配套，各区县司法局还应根据《律师法》等规定制定相应的惩戒制度。律师调解员在任期内怠于履行调解职责、玩忽职守或违反回避制度的，各区县司法局依法给予行政处分和行政处罚，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

四、把律师参与劳动争议ADR纳入律师提供法律援助范畴，参照律师办理法律援助案件方式，各区县司法局采用公益性和政府购买服务相结合的方式，给予相应的精神和物质激励。

《律师法》第四十二条规定，律师、律师事务所应当按照国家规定履行法律援助义务，为受援人提供符合标准的法律服务，维护受援人的合法权益。为鼓励

律师积极参与劳动争议ADR，应将其纳入律师履行法律援助义务范畴。

各区县司法局应采用公益性和政府购买服务相结合的方式，给予相应的精神和物质激励。在评选“上海市优秀律师”、“先进集体和个人”等司法行政系统评优推优中，律师履行法律援助义务，参与化解矛盾应占有相当的比重。同时，律师参与劳动争议ADR中，会牺牲较多的时间和精力，在遵守回避制度过程中也可能造成直接或间接的损失，建议参照法律援助方案，给予一定的物质补贴。

结语

笔者认为：律师参与劳动争议ADR，并不是对现有劳动争议调解组织形式的颠覆，而是有益的补充，是探索建立多元化、多渠道的纠纷解决机制的尝试。律师参与劳动争议ADR，是“发扬传统、坚定信念、严守纪律、执业为民”的实践与创新，应值得推广。●



闫 艳:上海博和律师事务所律师

新锐手记 ●文/闫 艳

栏目组稿人:谭 芳 lawyer66@vip.163.com

怀揣大律师的梦想 践行小律师的精致

——参加青年律师宣誓仪式有感



……“我志愿加入律师队伍,成为中华人民共和国律师和上海市律师协会会员,忠于宪法,遵守《中华人民共和国律师法》和《上海市律师协会章程》,恪守‘严格依法、恪守诚信、勤勉尽责、维护正义’的律师职业道德,为维护当事人合法权益、维护法律正确实施、维护社会公平和正义而努力奋斗!”……

神圣庄严的宣誓誓词开启了我们青年律师职业征程的崭新篇章。曾经付出的努力和对这个称呼的无限向往化成千滋百味涌上心头。遥想我等同学少年,风华正茂、意气风发之际,在法学院的课堂上聆听着律师职业的种种变迁,从古希腊的白袍智者到英格兰的法律贵族,再到法庭上挥斥方遒的出庭律师,我们向往着手提正义宝剑的律师形象,这一刻,我们即将实现心中的梦想。

大律师寄语

带领青年律师宣誓的首届东方大律师翟建老师为我们树立奋斗目标指明了方向,他希望大家把当一个名副其实的大律师作为自己的目标。成功律师的标准在他看来分为五类,一是大律师,二是名律师,三是“大”而且“名”的律师,四是“大”而不“名”的律师,五是“名”而不“大”的律师。

在这样的划分中,“名”的标准是比较浅显的。然而,作为大律师的“大”,标

准就不那么简单。在他的心目当中,能被称为大律师的人,首先要有博大的胸襟;其次,要拥有高度的智慧和情商;再次,要在各自业务领域内是高手。他们是社会安定与和谐的忠实维护者,而不是社会动荡的推波助澜者,尽管后者也许很容易出名;他们是一群兢兢业业、脚踏实地的法律工作者,而不是那些浮躁的、激进的“斗士”,尽管后者更容易扬名。

当然,作为大律师,一定得拥有善良的人品、高尚的情操和足够的修养,因为大律师一定是能够获得公众和同行尊重、尊敬的人。

尽管大律师的要求很高,但我们可以通过自身不懈地努力去一步步接近并最终达到。而且,尤其令人欣慰的是,律师队伍中可以容纳无数个“大”律师,尽管这些大律师也许“大”而不“名”。我们的队伍中有了足够的大律师,我们的事业才能进步,我们的生存环境才能改善,我们的社会地位才能提高。

小律师感悟

作为一名执业新人,我们更能感受到的是一种自豪、热情和鼓舞。从实习律师成为一名合格的小律师,怀揣着成长为一名大律师的梦想,最终做一名真正出色的律师,实现人生和职业的完美结合,这需要我们实践,更需要我们奋斗。

(一)安心做一个小律师

一是加强知识储备,丰富知识结构。

青年律师的发展是一个漫长而艰难的过程,需要长期不懈的努力。我们要具有吃苦的准备和积蓄力量的信心,将执业初期视为夯实基础、加强知识储备以及技能培养的黄金时期,而不用过多在乎创收。青年律师应充分地利用好执业最初期的时间,加强对法律学科、社会学以及涉案学科的学习,丰富并及时更新自己的知识结构。同时虚心向每位老师请教,细心学习每位老师的优点,努力把自己培养成为具有广博知识与娴熟执业技能的优秀律师。

二是培养务实平和的良好心态。执业初期的青年律师,在重视业务技能培养的同时,更要注重对自身成长心态的考验与培植。只有注重心态培养,才能厚积薄发。我们应摒弃浮躁,脚踏实地做好基础工作,青年律师在开拓业务的初级阶段,实际上就是一个韬光养晦的过程。过程虽然艰辛,但是,一旦我们青年律师在积累过程中培植了坚韧不拔的意志,应当是终身受用。新执业律师初期没有丰富的经验和社会资源,确实难以为自己的业务拓展铺平道路,甚至感到远大的职业理想和抱负在寂寞中逐渐变得模糊起来。这时我们要告诉自己,淡泊得以明志,宁静可以致远,青年律师步伐可以急促,但心态不能急躁,守得住这份寂寞,未来一定是美好的。

(二)做足小律师的精致

小律师的风采就是那份真实的感受,大多数成功律师也都经历过小律师

的年华。在大多数人看来,律师是充满智慧的人。法律人的智慧并不是一蹴而就的,它需要深厚的法学知识、社会实践、工作阅历以及对社会生活的观察等多方面的积淀。同时,更需要将法律与现实生活融会贯通进行理性的思考,不然将很难获得智慧。律师间的差距,往往不是体现在专业技能上,而是体现在思维方式上。我们青年律师一定要注重积累、认真思考,办理案件时,不要局限于问题本身及解决的方法,还要想到问题背后的原因和深层次的东西。

在竞争日趋激励的律师行业中,青年律师需要不断传承、不断创新——传承中有扬弃,创新中有汲取。创新的动力来源于对律师职业的信仰与热爱,只有通过总结经验进行总结和拓展性地运用,实现创新,才能形成独特的亮点使自己有竞争力。

青年律师要有意识地培养自己的专业化方向,在执业初期可以不是专业领域的律师,但应成为有专业精神的律师。

合理的职业定位和长远的专业规划将是我们未来成长道路上不断前进的动力和方向。我们可以结合自身的特点、专业水平、综合能力、所处环境等因素,对自己的专业有一个合理的定位。同时,作为上海的青年律师,身处“四个中心”建设的时代背景下,应当捕捉当前经济发展的最新脉络和动向,在全面系统学习业务知识和技能的基础上,必须有所侧重地研习积累更新所确定专业领域中的相关知识、行业背景、操作模式,将自己置身于具体的专业领域中,使自己的法律知识与具体领域的专业知识完美结合。

(三)思索小律师的理想

律师的职业生涯确存在着多重矛盾:追求胜诉还是追求正义?律师的增加是带给人们更高品质的法律服务,还是沦为庸俗的消灾工具?我想,如果律师执业不能用公益道德衡量是非善恶,那么法治如何能取得公众的信赖和支持呢?律师除了应具备专门的法律技术知识,还需要具备审慎的美德,只有具备审慎

的美德才能树立起对职业理想的追求。

一位美国法学家在揭示美国法律职业的精神危机时指出,那些把法律作为一种世俗的谋生方式的律师易造成理想的陷落。商业时代下,律师的职业理想和职业美德正在被金钱一点点吞噬。律师不应当仅仅充当一个法律工匠,不应把职业追求完全放在满足客户的个人需要上,而应当对公众利益发生兴趣,对维护社会的公平和正义充满激情。

青年律师不仅要充分理解法律的内在力量,也应当增强为公众服务的精神,对于法律职业者而言,服务精神、公共意识与专业技能同等重要。律师的执业品行,倡导我们承担起对社会的责任,推动律师关注社会公益事业。青年律师更要具有社会责任感,去帮助需要获得法律帮助的人,去改变一些可以改变的事,用温情的关怀和理性的思维实现法律人的社会责任和价值。

小律师的世界,宁静而不失精彩! ●





2011年10月13日,佛山两岁小女孩悦悦在路上被一辆面包车撞倒并碾压,18个路人先后经过,但都未施以援手,而期间小悦悦又被另一辆车碾压过去,经抢救无效死亡。对此,公众无不谴责18个见死不救的路人,并且迅速地得出了社会道德沦陷的论断。此外,还有些法律人士和专家呼吁为“见死不救”立法设罪。对此,笔者以为:

一、“小悦悦事件”只是个案非典型,路人行为不代表社会道德沦丧

个案和典型的差异在于是否有代表性。18个路人在该事件中表现出了极度

二、“见死不救”入罪需谨慎

该事件发生后,有社会人士怒民族之不争,呼吁设立“见死不救罪”,从法律层面上打击和杜绝见死不救的行为。笔者理解这种心理,但觉得急切入罪并不可取。首先,该事件目前反映出来的更多的是一种道德层面的问题,如要强行入罪,可能负面影响更多。其次,虽然多国有关于见死不救的立法,但首先是设定了很多的前提,如查明情况是否紧急、是否会对救助者和被救助者造成危险、是否存在故意等等,可见各国对此的立法也是相当谨慎的。由于要预先分析各种前提,故对于施救者、旁观者和法官都有具备各种常识的高要求,我国目前还

不会积极施救。很明显,如果施救行为不会对施救者本身造成重大损害的,每一个路人都会毫不犹豫地采取行动。因此,我们应排除施救者的后顾之忧,正面的鼓励更有利于促成善意的发生。加拿大安大略省2001年颁布的《见义勇为法》就有一条规定:“自愿且不求奖励报酬的个人,不必为施救过程中因疏忽或不作为所造成的伤害承担责任。”如果我们社会多一些鼓励“见义勇为”的法律法规、地方规章政策,对于社会是一个很好的导向,必定能大大减少见死不救的行为。

四、客观事实靠证据,盲目用情不可取

公众大多吸收的信息包括“小悦悦

时 评

●文/王展 朱作洋

栏目组稿人:光 韬 guangtao@hansen-partners.com

绝不能拿“个案”当“典型”

冷漠,但我们不能无限地放大这种冷漠效应,更不能直接将此事件的冷漠归咎于社会道德的缺失,甚至有人直接谴责社会的道德沦丧。当笔者说“这只是个别现象”时,一定会有人跳出来向我举出更多的案例试图说服我。但请不要忘了,除了小悦悦事件、摔倒老人无人扶的情况,还有更多的见义勇为的鲜活事例,所以,小悦悦事件毕竟是个案。每个事件都有其与众不同的情形,我们作为二手、三手甚至N手资料的承接者,无法完全了然还原整个真实的过程,所以我们更应该抱着客观的精神审视信息。社会有冷漠的路人,更有舍己救人的英雄,还有我们这些抱有正义感的公众,因此我们不该去谴责和哀叹社会道德,而应从自身来更好地维系和提高道德水准,避免悲剧的再次发生。

不具有这种全民普及的应有素质。但可针对相关专业性行业及执法部门设立实施该类罪名,如医生、专业打捞人员、救援队员、消防等公务人员,避免行业乱象、以利为先,因为他们完全具备分析上述前提的专业素质。最后,依据个案设罪,会妨碍刑法的权威性和严肃性。一旦就“见死不救”设立罪名,如果发生交通事故上老人孕妇摔倒造成伤害,是不是也要对“不让座”的行为设立罪名呢?

三、与其惩罚“见死不救”,不如鼓励“见义勇为”

为何会有见死不救行为的发生?该事件后,有媒体随机采访了民众,大部分民众表示会毫不犹豫地施救,而也有一部分人坦言出于担心会被受害者讹上而

事件”,都是通过媒体报道,但这些报道基本都有倾向性,并不能反映全部真相,更不能当作法律上的客观事实。“谁主张,谁举证”,法律上的客观事实由证据来支撑。就拿轰动一时的“彭宇案”来说,法官的判决逻辑是“彭宇未撞人为什么要扶人”,所以认定了“彭宇撞了老太太”。但笔者以为这只是证据规则在个案适用中的偏差,并不说明证据规则本身错误,更不代表普遍的司法倾向,这是笔者作为法律工作者的基本的判断。当然,“是谁撞的老太太”这一真相究竟如何谁也不得而知,除非有当时的录像为证,否则媒体报道不能代表真相,公众根据媒体报道就盲目用情切不可取。●

(作者单位:上海联业律师事务所)



中国国际经济贸易 仲裁委员会上海分会

China International Economic and Trade
Arbitration Commission Shanghai Sub-Commission

中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会成立于1990年3月15日,为中国国际经济贸易仲裁委员会的组成部分之一。

仲裁示范条款:

“凡因本合同引起的或本合同有关任何争议,均应提交中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会,按照申请仲裁时该会现行有效的仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的,对双方均有约束力。”

MODEL ARBITRATION CLAUSE

"Any dispute arising from or in connection with this Contract shall be submitted to China International Economic and Trade Arbitration Commission Shanghai Sub-Commission for arbitration which shall be conducted in accordance with the Commission's arbitration rules in effect at the time of applying for arbitration. The arbitral award is final and binding upon both parties"

地址: 中国上海市金陵西路28号
金陵大厦七层

邮编: 200021

电话: 86 21 6387 5588

传真: 86 21 6387 7070

网址: www.cietac-sh.org



新法速递

《律师业务资料》目录

2012年第1期

上海篇

- 1、上海市人民政府令:上海市建设工程监理管理办法
- 2、上海市人民政府令:上海市建设工程检测管理办法
- 3、上海市人民政府:上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定
- 4、上海市人民政府:关于调整法律援助对象经济困难标准和扩大法律援助事项范围的通知
- 5、上海市政府:上海市户籍人户分离人员居住登记办法(试行)
- 6、上海市交通运输和港口管理局:上海港口经营管理实施办法
- 7、上海市住房保障房屋管理局:关于规范动迁安置房房地产交易登记有关问题的通知
- 8、上海市住房保障房屋管理局:关于加强物业定期维修等资金管理的通知
- 9、上海市住房保障和房屋管理局、上海市民政局:加强本市住宅小区业主大会、业主委员会建设的若干规定
- 10、上海市住房保障和房屋管理局、上海市民政局:上海市居住房屋租赁合同登记备案操作规则(试行)
- 11、上海市财政局、上海市国家税务局、上海市地方税务局:关于调整本市增值税、营业税起征点的通知
- 12、上海市卫生局:关于在本市开展医师多点执业试点工作的通知
- 13、上海市高级人民法院:立案问题解答
- 14、上海市高级人民法院:关于执行修改后的《民事案件案由规定》的通知
- 15、上海市高级人民法院:关于进一步规范法院公告送达工作的通知
- 16、上海市高级人民法院:2011民事法律适用问答(一)
- 17、上海市高级人民法院:2011民事法律适用问答(二)
- 18、上海市高级人民法院:关于公布2011年度人身损害赔偿标准的通知
- 19、上海市高级人民法院:关于调整上海法院一审涉外、涉港澳台民商事案件管辖的通知
- 20、上海市高级人民法院:关于一审知识产权案件管辖的规定

全国篇

【诉讼法】

- 1、最高人民法院、最高人民检察院、公安部:关于信用卡诈骗犯罪管辖有关问题的通知
- 2、最高人民法院:关于印发《关于海事法院人民陪审员选任工作的意见(试行)》的通知
- 3、最高人民法院:关于非法集资刑事案件性质认定问题的通知
- 4、最高人民法院:《关于审理证券行政处罚案件证据若干问题的座谈会纪要》的通知
- 5、最高人民法院:《关于审理证券行政处罚案件证据若干问题的座谈会纪要》的理解与适用
- 6、最高人民法院:《关于依法制裁规避执行行为的若干意见》的通知
- 7、最高人民法院:关于2011年作出的国家赔偿决定涉及侵犯公民人身自由权计算标准的通知
- 8、最高人民法院:关于审理走私犯罪案件适用法律有关问题的通知
- 9、最高人民法院:关于印发《民事申请再审案件诉讼文书样式》的通知
- 10、最高人民法院:关于审理涉及中国农业银行股份有限公司处置股改剥离不良资产案件适用相关司法解释和司法政策的意见
- 11、最高人民法院:关于人民法院加强法律实施工作的意见
- 12、最高人民法院:《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》的理解与适用

【公安、刑事、司法行政】

- 1、最高人民检察院、公安部:关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)的补充规定
- 2、公安部令:公安机关强制隔离戒毒所管理办法

【财税】

- 1、国务院令:中华人民共和国车船税法实施条例
- 2、国务院令:中华人民共和国船舶吨税暂行条例
- 3、财政部、国家税务总局:营业税改征增值税试点方案

【交通运输】

- 1、交通运输部令:关于修改《公路建设市场管理办法》的决定

【文教、卫生、环保】

- 1、国家广播电影电视总局令:有线广播电视运营服务管理暂行规定

【农林、水利】

- 1、国务院令:饲料和饲料添加剂管理条例
- 2、水利部令:水文站网管理办法
- 3、水利部令:生产建设项目水土保持监测资质管理办法

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

专题研究



●文 / 李宪明

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

关于制定

《中华人民共和国信托法》 司法解释若干问题之探讨



《信托法》颁布实施 10 年来推动了我国金融信托业务的健康发展,在国民经济和社会生活中发挥了重要作用。但是,我国信托制度是法律移植的结果,需要与现行法律制度有个融合、适应的本土化过程。在这个过程中面临的矛盾是,一方面,经济和社会发展对信托制度的需求日益迫切;另一方面,信托配套制度建设滞后,整个社会对信托制度的认识和接受程度不够,严重制约了信托制度功能的发挥。

为更好地适用《信托法》,规范信托活动,需要人民法院根据信托实施过程中出现的新情况、新问题,对《信托法》的理解和适用作出解释,指导信托实践。

一、制定《解释》的意义及可行性

我国《信托法》借鉴了国际上信托制度发展、演进过程形成的有益经验,继受了信托制度的价值功能和基本原理,同时,根据中国的基本国情,对信托制度作了改进和发展,在社会生活中充分发挥其作用。但是,在信托制度本土化过程中,也留下了一些误解和歧义。

(一)制定《解释》是使《信托法》具有可操作性的需要

《信托法》是我国民事法律制度的组成部分。考虑到我国信托实践活动时间短,各地经济文化发展不平衡及传统法律意识等因素,与其他民事法律制度一样,《信托法》的制定也存在过于原则性的问题,体现了中国特色的特点。因此,制订《解释》能够确认《信托法》立法本意。在《信托法》实施过程中,这种过于原则性和缺乏可操作性的特点,容易引起人们理解和认识上的分歧。通过对《信托法》的司法解释,由司法机关依据对《信托法》立法本意的适当理解、判断、识别,确认《信托法》的立法本意,能够最大限度保持《信托法》的适用与立法本意一致。

另一方面,制订《解释》能够深化《信托法》立法本意。因为经济和社会发展出现了一些新情况,在信托立法

时没有预见到,通过司法解释能够填补《信托法》的漏洞和空隙,有效协调我国社会经济转型时期法律的稳定性与社会生活不断变化之间的突出矛盾。

通过司法解释发展民事法律制度在我国已有大量先例,实践证明是可行的。例如《民法通则》、《合同法》、《担保法》、《婚姻法》、《继承法》、《物权法》及《公司法》、《保险法》、《商标法》等特别民事法律制度。这些法律是适应我国社会经济发展的需要相继颁布实施的,具有宜粗不宜细、摸着石头过河的特点,在颁布实施后都出台了相应的司法解释。司法解释已成为保障民事法律制度正确适用的重要手段。2003 年,最高人民法院制定了《关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的解释》、《关于审理期货纠纷案件若干问题的规定》和《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》。这些解释根据国家整顿和规范市场经济秩序工作的需要,适时推出,为我国期货市场、证券市场的有序发展提供了法律保障。

(二)《信托法》的先天不足

1. 模糊表述,回避敏感的问题。例如,制订《信托法》时,考虑我国法律传统和人们理财观念的接受程度,在“信托”定义中使用“委托给”的概念,模糊了传统信托中关于委托人应将设立信托的财产“转移给”受托人的法律属性。对于委托人来说,从文字上看没有丧失对设立信托的财产的所有权,心理上容易接受信托了,但在信托活动中,为在法律性质上区别开信托与代理、行纪制度,解决信托登记与信托税收等配套制度需要对信托给出一个明晰、准确的定义。从普及《信托法》的角度看,实践证明,由于人们对信托制度与传统类似民事制度的区别缺乏科学、清晰的认识,阻碍了信托制度的推广和实施。

2. 个别制度不适当。我国《信托法》规定,受托人遇到不能亲自处理信托事务的特殊情形时,可以委托他人代为处理,但在责任承担上要求受托人对他人处理信托事务的行为承担责任。对于该规定,一般理解为,法律上代理人只对受托人负责,不直接对受益人负责;对于受托



李宪明：市律协信托业务研究委员会主任

人，在根据信托文件规定或遇到不得已事由而另行委托他人的情况下，仍然要对代理人的行为承担责任。实际情况表明，上述规定不利于保护受益人利益，对受托人有失公平，同时也会挫伤人们运用信托制度的积极性。

3、信托制度功能限制过多。作为一种财产管理制度，信托在法律结构上有巨大的灵活性和广泛适用性。例如，宣言信托，财产所有权人可以通过单独行为，以自己为受托人设立信托，无需财产权的转移；双重信托，委托人与受托人设立了一个信托后，受托人运用信托财产以自己为受托人再设立一个信托。宣言信托与双重信托在促进社会公益事业发展、进行金融创新等方面能够发挥积极作用。但我国《信托法》规定设立信托应当采取信托合同、遗嘱及法律、行政法规规定的其他书面文件形式，在没有相关法律规定或司法解释的情况下，否定了宣言信托这种特殊形式，双重信托也缺乏直接法律依据。

（三）我国社会经济快速发展的制度需求

改革开放 30 多年，中国经济发展和社会结构发生了历史性的变革。《信托法》颁布实施以来的 10 年，中国社会经济发展的实际效果日益显现，但在体制转轨和社会转型时期普遍存在的矛盾和挑战也日益突出。社会环境和形势发展变化之快在信托制度的发展过程中是史无前例的。根据变化了的情况、不断涌现的新问题适时对《信托法》的适用作出司法解释，是信托制度发展的重要方面。

从目前情况看，信托制度在以下几个方面已经发挥了重要作用：（1）发展社会保障制度，构筑和谐社会；（2）解决救灾助学、扶助弱势群体、保护环境，发展公益事业；（3）发展多层次资本市场，扩大企业直接融资渠道。但是，由于《信托法》缺乏具体化、可操作的配套制度，信托在这些领域的制度功能远未发挥出来。

社会保障制度在构建和谐社会中发挥着基础作用，具有调节收入分配、维护社会公平、保障社会成员的基本人权和社会权利、促进社会团结与和谐等方面的作用。为此，党中央和国务院提出了适应人口老龄化、城镇化、就业方式多样化，逐步建立社会保险、社会救助、社会福利、慈善事业相衔接的覆盖城乡居民的社会保障体系的发展目标。民事信托本身就具有养老和抚养的功能，在家庭成员或近亲属之间安排财产的管理和分配。营业信托领域，我国已通过信托制度进行企业年金基金管理，取得了良

好成效。但从社会保障的现实需求和信托的实际作用看，信托的制度功能远未发挥出来。信托登记、信托税收等配套制度建设不到位，限制了信托制度在社会保障领域的广泛应用。

公益事业方面，同样需要信托的深度参与。在我国社会经济发展的过程中，庞大的人口规模造成了与之相伴的巨大的社会需求。这些需求不断变化，无限增长，而社会拥有的公益资源却极其有限。与美国、英国等国家相比，我国公益组织的发展处于起步阶段，公益事业主要依靠国家的力量。培育健康、有效率的公益组织需要一个长期过程，在巨大的社会需求面前，公益信托能够迅速发挥积极的作用。我国《信托法》设专门一章，15 个条款规定了公益信托制度，广泛适用于救济贫困、救助灾民、扶助残疾人、发展教科文卫、医疗卫生和环境保护事业。但由于对信托基本制度理解和运用上的歧义，以及信托配套制度建设落后，近 10 年来公益信托的发展却非常有限。

（四）有效处理信托纠纷，引导信托制度健康发展

近年来，与信托活动相关的各类纠纷案件呈现数量多、增长快的特点。据不完全统计，2002 年至 2010 年底，人民法院受理的一审信托合同纠纷案件共 300 多件。这类案件一般都涉及复杂的法律关系，处理难度大。在法律上，需要梳理和解决《信托法》与诉讼法、《公司法》、《合同法》、《担保法》、《物权法》等法律的衔接问题。但各地法院对《信托法》的理解偏差较大，存在错判、误判的情况。这一方面不利于保护信托当事人的合法权益，挫伤人们运用信托制度的积极性；另一方面，也会误导整个社会对这个系统的理解和运用，阻碍信托制度的科学发展。本来是法律允许的信托活动，却可能被认为是法律限制或禁止的。反之，违背信托基本原理或常理的安排，却被误认为是信托制度的应有之义。

在社会影响方面，信托公司管理的信托财产一般都超过百亿以上，投资者人数达到数千人，有的信托诉讼涉及人数多、标的额也较大，甚至容易引发突发性和群体性事件。人民法院审理信托诉讼案件面临新的压力和挑战。

通过司法解释，能够规范各级人民法院对《信托法》的理解和适用标准，明确具体用语的含义，统一裁判尺度，维护法律的权威，保障《信托法》的正确贯彻实施。

二、制定《解释》的原则

（一）充分发挥信托的制度功能

信托是一种专门的财产管理制度，在民事活动和市场经济活动中有其特殊的功能价值。《解释》应当突出体现信托制度特征的制度安排或功能价值，使之与我国现有的代理制度、行纪制度、公司制度等区别开来，便于人

们理解和运用。财产转移制度、信托受益人制度、信托财产独立性制度构成了信托制度设计的基本方面。信托适合于长期财产管理安排,因其法律结构复杂、强大的权利转换功能而具有灵活性和广泛适用性价值。不同职业或能力的人、各种形态的财产或在不同时间的财产管理、处置需求,都可以通过信托制度实现。

不仅在民事领域有广泛的应用,在现代金融业信托已成为重要支柱之一。在我国社会经济快速发展,社会结构不断变迁的特殊历史时期,应充分发挥信托制度在财产管理、资金融通、促进社会投资、增加社会公益事业发展方面不可替代的作用。

(二) 立足于中国社会经济发展的需要

信托制度的产生源于社会生活、经济活动实践,也要服务于实践需要。在金融方面,加强多层次资本市场建设,建立一个功能多元化、品种多样化的完善的现代资本市场体制是金融改革和发展的一项主要内容。信托机构一直是我国资本市场领域的一支重要力量,在维护市场稳定、活跃投资方面发挥重要作用。《解释》应当解决好《信托法》与《证券法》、《公司法》等的衔接和配套制度建设问题,为信托机构参与多层次资本市场建设扫清制度障碍。

(三) 借鉴国外有益的经验

信托制度具有国际性。商事信托领域,信托制度是基于国内统一市场需要而形成的统一的交易规则,同时与国际市场惯例相衔接。在民事信托领域,英美法系和大陆法系国家的信托制度发展,在考虑本国经济发展、文化背景和法律传统的特殊需求时,都保留了信托制度的本质属性。美国、日本、韩国等国家《信托法》的制定、修改和完善过程中的经验教训可以为我所用。

三、关于《解释》的建议

(一) 委托人设立信托是否需要将信托财产转移给受托人

法律条款:【信托法第二条:本法所称信托,是指委托人基于对受托人的信任,将其财产权委托给受托人,由受托人按委托人的意愿以自己的名义,为受益人的利益或者特定目的,进行管理或者处分的行为。】

在信托制度传统中,委托人设立信托时,需要将信托财产转移给受托人。我国《信托法》第二条对信托的定义回避了这个问题,使用了“委托给”的概念。主要理由是,考虑中国本土的法律传统,如果规定委托人一旦将财产设立信托,就是财产权交给受托人,丧失其对该财产的所有权,人们就不再敢于设立信托了。但是,这一定义在实践中引起了很大争议。

从《信托法》的规定看,信托财产转移是信托有效设立的前提条件。

第一,受托人要以自己的名义管理、运用和处分信托财产。如果没有财产移转行为,在我国现行法律制度下无法做到以自己的名义管理和处分财产。

第二,受托人因承诺信托取得财产是信托财产。如果信托财产不转移到受托人名下,不能形成法律上的取得财产的效果。

第三,信托终止时,信托财产归属确定后,信托财产要转移给权利归属人。从结果看,在信托设立后管理阶段,都应有财产转移的过程。

第四,在信托对外关系中,信托设立时的信托财产登记在委托人名下,信托财产管理运用过程中受托人运用信托资金购入不动产、股权,使其成为信托财产,登记在受托人名下。这种结构将导致认定某财产是不是信托财产的标准出现双重标准,不利于信托参与交易的便捷和安全性,反而带来混乱。

从立法本意看,我国《信托法》并没有否定信托财产应当转移给受托人的法律特征。只是基于中国特色的社会、经济和文化背景考虑,使用一个“委托给”的模糊概念,更符合中国老百姓的心理,可能便于人们对信托制度的接受。但是,近10年多的信托活动实践表明,在法律上没有给信托一个明确的定义,没有明确信托财产是否需要移转给受托人,反而使人们更糊涂了,分不清信托与代理等其他类似制度到底有什么区别,阻碍了信托制度的推广和实施。

就整个信托制度而言,对信托的定义是信托制度的根本性问题,决定了信托的基本法律特征,是人们在信托活动中正确理解和运用《信托法》的基础。模棱两可的信托定义不利于《信托法》的普及和实施,影响信托登记、信托税收等配套制度的建设,财产权信托、公益信托等业务无法正常开展。

建议:设立信托,委托人应将其财产权转移给受托人。

(二) 【信托法第十一条】信托目的合法性的认定标准

法律条款:【信托法第六条:设立信托,必须有合法的信托目的。】

【信托法第十一条:有下列情形之一的,信托无效:(一)信托目的违反法律、行政法规或者损害社会公共利益;】

信托目的合法性是《信托法》对信托活动的基本要求,各国法律一般都禁止规避法律的信托活动。我国《信托法》对信托目的合法性要求进行了原则性规定(第六条),同时,对信托目的违法情形做了典型性例举。第十

一条规定,下列信托活动无效:信托目的违反法律、行政法规或者损害社会公共利益、委托人以非法财产或者本法规定不得设立信托的财产设立信托、专以诉讼或讨债为目的设立信托;第十二条规定,委托人设立信托损害其债权人利益的,债权人有权申请人民法院撤销该信托。

由于信托目的合法性是我国《信托法》确定的基本原则,除了已列举的信托目的违法情形之外,其他任何被认定为违反法律、行政法规或者损害社会公共利益的信托活动都可能判断无效。

但是,目的合法性是个宽泛的概念,概括地讲信托目的合法性原则,可能使信托关系中一些合理的受托人财产管理活动被解释为直接或间接规避法律的限制性规定,导致信托目的合法性原则被滥用,因此,需要有具体可操作的认定标准。

判断哪些信托活动的目的违反法律规定,应当依据现行法律制度的规定和国家的社会经济政策。信托目的的具体内容是丰富、多样的,不同领域、不同团体和不同背景的人可能会形成不同的目的,规制人们社会经济活动的法律制度往往会基于法律传统、社会经济发展需要等做出一些限制性规定,例如人数、期限、参与资格等。区别哪些目的的信托活动为法律所禁止,一个思路是对现行法律强制性规范进行法律价值分析。例如,《公司法》规定,有限责任公司由五十个以下股东出资设立。其目的在于保障有限责任公司的人合性特点,使那些志同道合、有相互信任基础的人共同出资、共同经营。如果有限责任公司人数过多,就会接近股份公司,削弱了其人合性的特征。根据《中外合资经营企业法实施条例》规定,邮政公司是禁止外商投资的产业,这类规定是出于维护国家安全、保护民族产业发展的需要,禁止外资参与相关产业的投资经营。《公司法》和《中外合资经营企业法实施条例》的规定在目的上、违法后果上截然不同。信托公司设立信托计划募集资金投资持有有限责任公司股权,如果公司的直接持股股东人数与信托计划的受益人人数超过五十人,可以认定信托目的违法,但对信托公司持有公司股权进行价值分析,可以发现这类投资对有限责任公司的人合特征冲击不大,而其活跃投资,丰富财产管理市场的作用巨大,不应当认定这类行为无效。

另一个思路是借鉴《合同法》关于效力性强制性规定与管理性强制性规定的区别。效力性规定是指法律及行政法规明确规定违反该类规定将导致合同无效的规范,或者虽未明确规定违反之后将导致合同无效,但若使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益的规范。这类规范不仅旨在处罚违法行为,而且否定违法在民商法上的效力。

管理性强制规定是指法律及行政法规未明确规定违

反此类规范将导致合同无效的规范。此类规范旨在管理和处罚违反规定的行为,但并不否认该行为在民商法上的效力。

对于一些管理性强制规定禁止的活动,如果通过信托实施能够弱化对管理性强制规定的冲击,有利于社会经济的发展,应当认定信托活动有效。

从国际上信托法发展的趋势看,一般都对信托目的违反法律导致无效的情况进行了限定。日本信托法对信托目的合法性要求规定了具体标准,例如,根据法律不得一定财产权利的人,不得以受益人身份享有与该权利相同的利益;信托不得以进行诉讼行为为主要目的等。

基于上述思路,建议对信托目的合法性判断确立如下标准:

(1)信托目的本身如果违反法律、行政法规的效力性强制性规定则信托合同无效,信托也属无效。

(2)如果信托目的是为了法律、行政法规限制和禁止的主体通过受益权的形式取得特定信托财产,该等主体可能取得特定信托财产,从而违背了法律和行政法规强制性规定的立法宗旨,该信托应属于无效。

(3)如果违反的法律和行政法规的某些规定本身已经丧失客观合理性,且信托设立未侵犯第三人合法权益或损害社会公共利益,可以确认信托有效。

(4)如果信托目的或信托合同仅违反了行政规章,应施以行政处罚,但不能仅依据违反行政规章而确认信托无效。

(5)如果委托人和受益人因管理、运用和处分信托财产的法律资质条件受到限制,通过设立信托借助受托人的特殊资质达到增值性投资目的(属于财富管理,而非购并控股),并且信托文件限制了受益人和委托人在信托终止时“按照信托财产原状归属”,则不宜以信托目的规避法律为由确认信托无效。

我们认为应该区分“法律资质条件受到限制”和“法律、行政法规限制和禁止的主体”对信托效力的不同影响。“法律资质条件受到限制”系指某类主体虽然可以允许从事某行为,但应符合一定的条件才能取得该等资质,此时,合法成立的主体因不具备某些条件不能直接从事的行为,可以委托符合该等资质的受托人通过设立信托来达到财富投资目标,或者在自身条件符合法定条件后经过法定程序(法定程序不能因设立信托而规避,信托终止时应履行该等程序,例如履行审批程序,)而达到信托目的。“法律、行政法规限制和禁止的主体”是指该类主体不具备行为资格,而不是指该等主体的某些条件不符合规定,因此,原来受限主体无法也不能通过信托来弥补其条件性缺陷。

(6)如果委托人和受益人因管理、运用和处分信托

财产的法律资质条件受到限制，通过设立信托借助受托人的特殊资质，只是在合理期限内为了锁定投资目标和等待资质成就，并且信托文件规定只有受益人和委托人符合法律资质的条件下经过法定程序，才能在信托终止时“按照信托财产原状归属”，此时，为效力待定之信托，不能一概以信托目的规避法律为由确认信托无效。但是，如果有证据表明在信托存续期间，委托人和受益人实质性控制了信托事务的决定权（例如股权作为信托财产时，受托人完全听命于委托人和受益人），信托完全沦为当事人规避法律的工具，则应该允许法院揭破信托面纱，宣布信托无效。

（三）专以诉讼或者讨债为目的设立信托的认定

法律条款【信托法第十一条：有下列情形之一的，信托无效：专以诉讼或者讨债为目的设立信托；】

《信托法》禁止专以诉讼或者讨债为目的设立信托，立法宗旨在于避免兴讼或滥诉，滥诉有悖于信托制度的基本功能。禁止以诉讼为目的设立信托在大陆法系国家或地区比较普遍，日本、韩国和我国台湾地区都有类似规定，立法理由一般是保证公民、法人诉讼权利的正确行使。例如，日本律师法禁止律师以外的人士处理法律事务，民事诉讼法禁止律师以外的人士担任诉讼代理人，不允许他人介入当事人间的纠纷以获取不正当利益。在司法实践中，对某一信托是否已诉讼为目的的认定，法院一般根据设立信托的当时背景、受托人情况及与委托人和受益人的关系、诉讼利益的分配等因素综合判断。关于诉讼的范围，不仅限于民事诉讼，也包括司法程序进行的破产申请、强制执行申请、非诉讼事件的申请等事项。

从我国金融机构处置不良信贷资产的实践来看，以信托方式处理不良信贷资产是资产管理公司惯常操作的方式。具体操作方式为资产管理公司将不良信贷资产委托给信托公司设立结构化财产信托，其中的优先级信托受益权由社会投资者认购，资产管理公司认购劣后信托受益权。中国华融资产管理公司、东方资产管理公司与信托公司合作开展过类似业务。立法上，中国人民银行和银监会颁布的《信贷资产证券化试点管理办法》为不良信贷资产的证券化预留了空间。

我国《信托法》不仅规定了不得以诉讼为目的设立信托，还扩大了范围，禁止以讨债为目的设立信托。从司法实践看，该条规定范围过宽，且难以掌握尺度。

基于上述考虑，建议通过司法解释明确，不能一概否定带有诉讼或催讨债务行为的信托的效力。如果设立信托目的在于通过诉讼或讨债获取不正当利益，应当认定无效。如果信托设立的目的主要是管理运用信托财产，诉讼或讨债是管理方式之一，应当有效。

判断某个信托是否通过诉讼获取不正当利益，或讨

债是主要管理方式，需要依据信托活动的具体背景情况和性质。根据国外的信托诉讼司法实践，一般考虑以下因素：一是受托人是否以讨债为职业；二是诉讼是否为信托财产的惟一或主要管理方式；三是委托人与受托人是否存在信赖关系；四是自信托设立至追讨债务的时间间隔，设立信托后立即提起诉讼容易被认定为诉讼信托。

（四）受托人审慎义务的标准

法律条款【信托法第二十五条：受托人应当遵守信托文件的规定，为受益人的最大利益处理信托事务。受托人管理信托财产，必须恪尽职守，履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务。】

【信托法第三十六条：受托人违反信托目的处分信托财产或者因违背管理职责、处理信托事务不当致使信托财产受到损失的，在未恢复信托财产的原状或者未予赔偿前，不得请求给付报酬。】

【信托法第三十七条：受托人违背管理职责或者处理信托事务不当对第三人所负债务或者自己所受到的损失，以其固有财产承担。】

审慎管理信托财产是信托公司处理时应当遵循的基本原则。我国《信托法》规定：“受托人管理信托财产，必须恪尽职守，履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务。”由于信托公司作为受托人是基于与委托人的信任关系管理信托财产的，应当根据信托文件的规定，为受益人的最大利益管理信托财产，处理信托事务。否则，因处理信托事务不当致使信托财产受到损失的，信托公司应恢复信托财产的原状或者给予赔偿。

如何判断信托公司是否履行审慎管理义务？这是信托活动中困扰信托当事人的难题，也是在信托案件中让法官头痛的事，需要根据具体信托事务、信托财产、当时的背景等来判断。

对于是否履行审慎管理，一般的抽象标准包括以下几个方面：首先是遵守信托文件的规定。受托人管理信托财产、处理信托事务的行为应当是为了受益人的利益、服从于信托目的。信托公司为所欲为地随意管理信托财产，为自身或第三人谋取利益，就违背了信托文件的规定。但是，遵守信托文件的规定并不意味着信托公司只能根据信托文件的条文亦步亦趋。信托文件不可能穷尽信托活动中的所有情形，不能规定信托公司的每一个行为，而是要求信托公司严格根据信托文件规定的信托目的进行活动。

其次是善良管理人的注意义务。信托公司首先要做到，以管理自己固有财产同样的技能和注意管理信托财产。但是，作为专业受托人，做到这一点还不够。信托公司还应恪守善良管理人的注意义务，其含义是依据事务处理或交易活动上的一般观念，具有相当知识和经验的人

对于一定事件所能做到的注意程度。就像一家之父一样,既富有经验,精通人情世故,又具备管理家业所必要的良苦用心和勤勉。这种注意义务高于信托公司管理固有财产的注意义务。

再次是专业技能。具备必要的专业技能是善良管理人注意义务的一部分,只是要求程度更高。社会经济结构复杂化、专业分工细化,使得人们在社会活动中对专业技能和专业知识服务的需求增加。信托公司作为具备国家许可的资产管理资格的专业理财机构,工作性质具有高度的专门性。判断信托公司处理信托事务是否尽到了审慎管理业务,要参照同业的管理能力和业绩,看其是否符合相同职业或行业中一个合格的且具有普通谨慎的从业人员在相同或相似条件下所应采取的行为标准。这里的同业,不一定限于信托同业,也可能包括金融同业或与所管理的信托财产相关的资产管理机构。所谓的标准,不是统一的,而是在不同的职业或行业领域有不同的标准;

《信托法》实施以来,我国资产管理市场日益发展,信托公司业务的数量和管理资产规模增长迅速。在市场推动和监管政策的引导下,信托公司的主动管理型业务越来越多。但是,相关纠纷也日益增加。目前,已经出现一些证券投资或房地产投资的信托产品亏损,投资人要求信托公司承担管理责任,赔偿损失的纠纷。如何有效地解决纠纷,保护各方的合法权益,促进这个行业的规范发展,是我国金融信托领域立法和司法实践面临的重大课题。这些也正是在法律法规中需要进一步完善的地方。

建议:受托人管理信托财产、处理信托事务,要参照同业(包括相同职业或行业)的管理能力和业绩,达到同业中一个合格的且具有普通谨慎的从业人员在相同或相似条件下所应采取的行为标准。

(五) 受托人依法将信托事务委托他人代理的,对他人处理信托事务的行为承担的责任

法律条款:【信托法第三十条:托人应当自己处理信托事务,但信托文件另有规定或者有不得已事由的,可以委托他人代为处理。受托人依法将信托事务委托他人代理的,应当对他人处理信托事务的行为承担责任。】

我国《信托法》规定了受托人亲自处理信托事务制度和委托他人代为处理信托事务制度。受托人首先应当亲自处理信托事务,同时允许在特定条件下将信托事务委托第三人代为处理。这一规定和其他国家信托法的规定大同小异,但从我国《信托法》实施的实际情况看,以下方面有待进一步完善:

第一,如何界定“不得已事由”。《信托法》第三十条第1款规定,出现不得已事由的,信托受托人可以委托第三人代为处理信托事务。那么究竟什么属于“不得已事由”?需要进一步明确。可以参考《民法通则》第68条和

《民通意见》第80条关于转代理的规定。代理人在紧急情况下,可以未经本人同意而转托他人代理。所谓的“紧急情况”是指,代理人由于急病、通讯联络中断等特殊原因,而不能办理代理事项,又不能与被代理人及时取得联系,如不及时转托他人代理,会给被代理人的利益造成损失或者扩大损失的。

第二,受托人委托他人代为处理信托事务的构成要件。根据我国《民法通则》、《合同法》,受托人委托他人代为处理信托事务,需要有明确的委托代理意思表示。但是,由于信托关系的特殊性,以及人们对信托缺乏认识,近几年发生的信托诉讼案例中,已发生一些案件当事人和法院,将信托关系中委托人保留全部或部分信托事务管理权的情况与委托代理混淆,据此追究信托公司的责任。

根据《信托法》,受托人权利义务的来源主要有两个方面,一是法律规定,二是信托文件的约定。信托公司要按委托人的意愿以自己的名义,为受益人的利益或者特定目的管理或处分信托财产。委托人在信托文件中赋予受托人什么样的权利,受托人就应行使相应的权利,履行义务。委托人保留的权利,受托人不能享有,否则就是违反信托文件的规定。委托人保留管理权的,委托人直接或间接处理与信托相关的事务,不构成受托人委托他人代为处理信托事务。

第三,受托人委托他人代理的责任。根据《信托法》的规定,受托人依法将信托事务委托他人代理的,受托人应当对他人处理信托事务的行为承担责任。这里存在两个问题:

受托人委托第三人代理信托事务,可能基于信托文件的约定,可能因出现不得已事由,究竟哪种情形下受托人应对第三人处理信托事务的行为承担责任?还是两种情形下,受托人均应对第三人处理信托事务的行为承担责任?受托人依照信托文件的规定委托第三人代理信托事务,实际上已经事先获得了委托人的同意,和出现不得已事由而委托第三人代理信托事务不同,理应区别对待。

受托人究竟是只负选任和监督责任,还是对第三人处理信托事务的行为承担责任?根据民事法律一般原理,委托第三人处理信托事务时,受托人的职责范围应当是选择适当的代理人人选,在代理人违约时追究代理人的责任,并以追究代理人责任取得的利益为限纳入信托财产。但是,受托人对因代理人过错造成的损失不应承担赔偿责任。从《日本信托法》和《韩国信托法》等的规定看,受托人对于代理人只负选任和监督责任。而我国《信托法》规定对第三人处理信托事务的行为承担责任,加重了受托人的负担,增加了受托人退出信托法律关系的难度。

建议:委托人设立信托时,可以依法保留与管理或处分信托财产相关的权利,受托人应当根据信托文件的规定处理信托事务。

受托人对他人处理信托事务的行为承担责任的情形包括,没有根据信托文件的规定和具体信托事务的需要,选择有胜任能力的适当的代理人,没有对代理人进行必要的监督。

(六)信托成立的法律后果

法律条款】《信托法》第八条:采取信托合同形式设立信托的,信托合同签订时,信托成立。采取其他书面形式设立信托的,受托人承诺信托时,信托成立。】

信托是一种民事法律行为,信托成立是指委托人为一定信托目的设立信托法律关系的行为成立。但是,信托涉及当事人之间复杂的财产关系和权利义务关系,受益人在信托成立时可能还不存在或不具有行为能力,信托成立的时间与委托人向受托人交付信托财产的时间可能不一致。仅仅明确了信托成立的条件,并没有解决信托成立的法律后果问题。

(1)信托成立后,委托人是否有义务向受托人转移信托财产,受托人是否享有主张赔偿责任的请求权?在他益信托情况下,受益人可能只知道信托设立的事实,但并不清楚委托人何时交付信托财产,受托人是否有义务为了受益人的利益要求委托人交付信托财产或者在委托人迟迟没有交付时主张信赖利益的赔偿?

(2)信托成立后,受托人是否负有忠实义务,要履行善良管理人的注意义务,为受益人的最大利益处理信托事务?

(3)根据第十二条规定:委托人设立信托损害其债权人利益的,债权人有权申请人民法院撤销该信托。这种撤销权,自债权人知道或应当知道撤销原因之日起一年内不行使的,归于消灭。据此规定,委托人的债权人行使撤销权的有效期间自信托成立时起算,还是委托人向受托人交付信托财产时起算?

(4)根据《信托法》第四十四条规定,受益人自信托生效之日起享有信托利益,信托成立与信托生效是什么关系,在委托人没有向受托人交付信托财产的情况下,受益人是否有权向受托人主张信托利益?

(5)信托财产的破产隔离效果自信托成立时发生,还是委托人向受托人交付信托财产时发生?

根据我国传统民事法律制度的规定和民法理论,规定信托生效制度可以解决信托成立的法律后果问题。

我国《民法通则》没有区分民事法律行为的成立与生效,认为法律行为不是有效的即为无效,有效的才受法律保护。但在以主体自由、平等为特征的市场经济时代,非此即彼的简单规定已不适应社会现实需要,我国《合

同法》反映了这种社会发展的需求,区分了合同成立与生效制度。英美法规定信托成立要具备三个确定性条件,确定或可得确定的委托人的信托意思、信托财产和受益人,与信托生效有不同的构成要件和法律后果。日本信托法区别了信托成立与生效,一般原则是在信托成立时信托生效,但有附条件或附期限的,在条件成就或期限届至时生效。

从我国《信托法》的规定看,信托成立与信托生效是有区别的,这种区别在《信托法》的第十条、第十四条和第四十四条中,均有所体现。

《信托法》第十条规定:设立信托时,法律、法规要求对信托财产办理登记手续而未办理的,应当补办登记手续;不补办的,该信托不产生效力。本条没有明确登记手续的办理是否会影响信托的成立。因此,根据第八条第3款,信托合同签订时,虽未办理登记手续,信托依然成立,待办理登记手续后,信托生效。

再看《信托法》第十四条:“受托人因承诺信托而取得的财产是信托财产”。这里明确了信托财产产生的两个要件,即受托人承诺信托和受托人取得信托财产。尽管因受托人的承诺,信托成立,但受托人仍未取得信托财产权,此时,委托人手中准备交付信托的财产尚不具备信托财产的独特法律属性,以信托财产为核心的信托当事人之间的权利义务关系便无从谈起。第四十四条更明确规定:“受益人自信托生效之日起享有信托利益。信托文件另有规定的从其规定。”

建议:信托成立后,受托人取得委托人交付的信托财产时生效,信托文件另有约定或法律另有规定的除外。

(七)宣言信托与双重信托的合法性

法律条款】《信托法》第八条:设立信托,应当采取书面形式。书面形式包括信托合同、遗嘱或者法律、行政法规规定的其他书面文件等。】

【《信托法》第四十三条:受托人可以是受益人,但不得是同一信托的唯一受益人。】

我国《信托法》规定,设立信托应当采取书面形式,包括信托合同、遗嘱或法律、行政法规规定的其他书面文件。这一规定沿袭了日本、韩国等大陆法系国家传统,禁止宣言信托。基本出发点是考虑刚刚移植信托制度的特殊国情,人们缺乏理解和运用信托制度的基本意识和能力,引入这种信托特例,容易被用来规避债务,损害债权人利益。

尽管如此,宣言信托的价值还是得到了人们的认可,尤其在公益信托或以抚养、教育为目的的民事信托领域,宣言信托有其便利性和高效率的优势。日本学者自上世纪70年代开始研究在信托法中引入宣言信托制度,2006年日本信托法修改时,承认了以信托宣言方式设立信托

的合法性。我国台湾地区信托法规定,法人为增进公共利益,可以经过决议外宣言自为委托人及受托人,并邀请公众作为委托人加入。

人们认为,宣言信托的弊端也是可以控制的。2006年日本信托法规定了三方面措施防止滥用信托。一是以信托宣言方式设立信托应当采用公证书或其他书面方式;二是委托人的债权人可以对通过简易手续设立的宣言信托的信托财产主张权利;三是委托人的债权人可以不经一般信托的撤销程序,直接对信托财产强制执行。

大陆法系国家对宣言信托制度的发展对我国有一定借鉴意义。我国社会的现实状况是,一方面人们缺乏对委托他人理财的信任基础,一般都更倾向于相信自己或亲人,另一方面具有乐于助人的优良传统,但公益捐赠事业欠发达。在这种背景下,宣言信托能够扬长避短,推动公益信托、抚养教育等民事信托的发展。

双重信托是指第一个信托设立后,该信托的受托人作为委托人将信托财产再设立第二个信托,受托人是第一个信托的受托人。对于双重信托,一种观点认为,我国《信托法》未做规定,应当理解为不允许设立双重信托。

从法律上看,双重信托与我国现行的信托制度并不矛盾,作为一项民事活动,法律未作规定的,就可以从事。实践中,我国信托公司已经开展了大量类似或属于双重信托的业务,例如,母子信托结构。从法律上确认双重信托,有利于促进信托产品设计,促进金融信托创新活动。

对于双重信托,一种歧义是按我国《信托法》双重信托容易被理解为一种宣言信托。形式上看双重信托的委托人和受托人是同一人,但实质上是两个不同的法律主体,不能等同于宣言信托。法律上认可了宣言信托也就消除了这种歧义。另一种歧义是双重信托违反《信托法》四十三条的规定,从条文的本意看禁止指定受托人为唯一受益人,防止信托财产的管理、运用和处分权与信托收益权归属同一人,受托人运用信托财产以自己为受托人再设立信托的,不属于这种情况。

建议:【关于信托法第八条】委托人以自己为受托人设立信托的,应当到公证机构或律师事务所办理公证或见证,取得相关书面文件。

关于【信托法第四十三条】受托人可以是受益人,但不得是同一信托的唯一受益人,受托人以信托财产再设立信托的情形除外。

(八)受托人违背管理职责或者处理信托事务不当对第三人负有债务的,第三人在执行阶段对受托人固有财产的追偿权利

法律条款:【信托法第三十七条:受托人违背管理职责或者处理信托事务不当对第三人所负债务或者自己所受到的损失,以其固有财产承担。】

本条规定根据我国民事法律制度的过错责任原则,确定了受托人违背管理职责或者处理信托事务不当时的责任承担原则,具体包括以下几种情况:

(1)受托人对第三人所负债务,不能使用信托财产偿还,应当以受托人的固有财产承担。

(2)受托人自身所遭受的损失,不能用信托财产承担,应当以其固有财产承担损失。

根据本条规定不能确定诉讼法上的第三人对其所遭受损失的责任追究程序。对于委托人或受益人,可以直接要求受托人以固有财产承担责任。对于第三人,可以直接要求受托人以信托财产赔偿损失,或者在信托财产不足赔偿时要求以受托人固有财产赔偿,或者直接要求受托人以固有财产承担。从《信托法》立法本意看,本条规定是关于信托关系内部信托财产与受托人固有财产之间赔偿责任的承担原则,对于第三人也适用,第三人可以向受托人主张以信托财产或固有财产承担赔偿责任。但是,据此并不能得出结论,认为第三人可以在执行阶段直接要求受托人以固有财产承担责任。

从国外信托法的规定看,日本信托法规定受托人处理信托事务对第三人所负债务,原则上以信托财产和受托人固有财产共同承担,第三人可以直接对受托人的固有财产采取强制措施。但是,2006年修改后的信托法规定了限定责任信托制度,在发生以信托财产承担债务的情况时,除非受托人处理信托事务时有不法行为,禁止对受托人的固有财产采取强制执行、临时扣押、临时处分等措施。

根据我国近几年信托活动的实际情况,确认是否存在受托人违背管理职责或者处理信托事务不当的情形,要在信托关系内部才能查清,主要依据信托文件的规定或委托人、受益人、托管人等信托活动的直接参与者反映的情况。信托关系外部的人士由于掌握的资料或信息有限,容易做出片面甚至错误的判断。另外,由于我国缺乏信托法的传统,整个社会对信托制度的认识程度不够,在一些信托诉讼案例中,司法机关多从传统法律制度的角度判断受托人是否尽职,忽视了信托关系的特殊情况。基于上述考虑,在我国信托制度发展的早期阶段,为鼓励信托活动,普及信托法,不应赋予第三人在执行阶段直接向受托人主张以其固有财产承担赔偿责任的权利。

建议:受托人违背管理职责或者处理信托事务不当对第三人负有债务的,第三人可以向人民法院起诉要求受托人以固有财产承担责任,但不得未经诉讼程序在执行阶段直接执行受托人的固有财产。●

●文/孙 瑜

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

试论我国法律框架下的 信托公示



孙 瑜: 市律协信托业务研究委员会副主任



《信托法》实施已有十载,我国信托业虽呈蓬勃发展之势,但信托登记始终是积压在信托业心头无法挥去的阴霾。《信托法》第十条规定:“设立信托,对于信托财产,有关法律、行政法规规定应当办理登记手续的,应当依法办理信托登记。未依照前款规定办理信托登记的,应当补办登记手续;不补办的,该信托不产生效力。”但事实上,至今没有一部法律、法规或部门规章具体规定哪些财产应当办理信托登记手续,具体的登记机关和登记方法为何。为破解困局,上海市浦东新区政府于2006年设立了上海信托登记中心负责信托登记相关事务,但该登记是否即属于《信托法》上之信托登记,不无疑问。本文从登记的上位概念——公示着手,指出现有登记制度的不足与缺陷,并探讨了在现有法律框架下的信托公示方法及其效力问题。

一、信托公示的目的与功能

信托一经设立,大致可以产生两个方面的效果:一是信托财产的所有权发生变动,二是信托关系人之间产生权利义务。前者意味着信托财产因信托而独立。信托财产本属于委托人之财产,但基于信托,其所有权从委托人处转出。同时,受托人虽然基于信托在名义上取得信托财产的所有权,但信托财产与受托人固有财产仍相区别。换言之,委托人、受托人和受益人的债权人原则上均不能对独立的信托财产进行追索或强制执行。后者则意味着委托人、受托人、受益人三者基于信托法律关系,产生了由受托人为信托目的管理和运用信托财产的权利义务关系。信托就是一种财产信赖关系,也是一种财产管理方法。所以从某种角度而言,信托关系是以信托财产为中心的法律关系,而信托财产的独立性则是信托最重要的特点。信托财产的独立,意味着信托财产独立于

受托人的固有财产,并具有对抗第三人的效力,即物权的效力。

在物权法上,为保护真正权利人的利益,法律通过设立公示制度,以保障善意第三人的利益。信托法为了保护交易相对人的利益,平衡真正权利人与保护交易安全,也有藉由公示制度的必要。信托公示的目的与功能,具体如下:

第一,通过公示方法使得信托财产所有权由委托人到受托人的让渡。信托财产本属委托人所有,委托人将信托财产权移转给受托人,受托人由此取得信托财产的所有权,是受托人按信托合同形式管理和处分行为的前提。缺乏必要的公示方法,既可能发生委托人擅自处分信托财产的问题,也可能导致受托人处分受到交易上的障碍。

第二,通过公示方法使得第三人对财产属信托财产的事实有所知晓或有知晓的可能。信托成立后,受托人虽然是法律上的所有权人,但信托财产并非受托人的自由财产,受托人在管理、处分信托财产时,必须受到信托合同和信托目的的拘束,而信托的实质利益为受托人所享有。对应的,受托人在管理信托财产时产生的债务负担,应当由信托财产加以清偿,而不及于受托人的固有财产。这种“名不符实”的财产状态,严重影响到债权人对债务人的清偿能力之判断。为使因交易而产生利害关系的相对人避免将受托人的固有财产纳入债务清偿范围,因高估债务清偿能力而受损,有必要通过公示,使得第三人对交易对象和财产的信托性质在交易之始即有所知晓或有知晓的可能。

二、信托公示的含义

学术界对于信托公示的讨论多集中于信托登记。就《信托法》第十条所指登记之性质,理论上一直有两种观

点:第一种认为,鉴于我国尚无专门的信托登记机关和信托登记程序,《信托法》上之登记当然应指现实法律体系中业已存在的信托财产权属登记。第二种观点则认为,信托登记应是指对信托的设立及成立进行登记,从而确认信托的存在。但由于法律法规没有单独设立信托登记机关,故应当认为现有的权属登记机关就是办理信托登记的机关。笔者认为,上述观点均有不足。

(一)公示是登记的上位概念

根据《现代汉语词典》的定义,“公”就是“使公开”的意思,“示”是指“把事物摆出来或指出来使人知道”。公示并非物权法的特有原则,“公示原则之采用,实不仅物权而已,矿业权、水权、著作权、商标权与渔业权等无体财产权亦以登记为其公示方法,固无论矣。其余如法人成立之登记、债权让与之通知、夫妻财产或管理权之登记、离婚之登记等均属此项原则之表现,只因公示原则在物权变动领域中,于理论或实务上均发挥其最大之机能,是以成为物权法之重要支柱之一。”公示方法依法律对权力的要求不同而不同,具体有占有、登记、交付等。信托登记或物权登记均属于公示的具体方法,是公示的下位概念。

上述判断的意义在于,对《信托法》第十条所指的“登记”不论采用前述哪一种观点,均不能据此认为法律法规规定信托财产不需要办理登记的,即不要进行任何公示。比如信托财产为货币资金时,因货币为特殊动产,其所有权变动不需要办理登记,但仍需要交付作为其公示方法。委托人未将货币交付受托人的,该货币财产因欠缺公示不能成为信托财产,不能取得从委托人财产中分离出来的法律效果,也就不能避免委托人债权人的追索。

(二)信托公示与财产权属变动公示不同

信托财产之所以需要财产权属变动公示,在大陆法系学者看来是较为容易理解的。古罗马法奉行“所有权遍及全部不得属于二人”规则,即一个人或者是所有主,或者不是所有主”。后来逐步演变成为大陆法系物权法的基本原则,即“所有权之本质,为所有人之自由处分力。所有人虽于其所有物上设定他物权,将物之收益完全委任于他人,乃为所有权全面支配之一作用。故一物上惟一有所有权之成立,此为一物一权主义。”而英美信托法上,信托财产可以同时存在普通法和衡平法上的双重所有权。英美信托法进入大陆法系后,“双重所有权”与“一物一权”原则发生冲突,所以大陆法系信托法必须将信托财产所有权通过公示方法,要么明确归属于委托人,要么明确属于受托人,以防止因权属不明,妨碍交易。绝大部分大陆法系国家都采取了将信托财产通过公示将所有权变动至受托人名下的方式。

但据此就将信托公示等同于财产权属变动之公示,理由不够充分。因为财产权属变动之公示不能满足信托公示的需要,具体有三:

第一,财产权属变更公示不能满足对抗受托人之债权人的公示要求。按照我国法律规定,如果作为信托财产的财产转移需办理登记手续,则信托设立时,一般需将信托财产转至受托人名下,在登记机关显示的信托财产的所有权人是受托人。实践中各信托公司也是这样做的。但是由于登记机关一般不对财产是否属于信托财产加以登记记载,故在登记内容上不能体现出信托财产独立于受托人的固有财产。在交易时,相对人基于登记、占有等外部公示,极有可能将信托财产视为受托人的固有财产,高估受托人的清偿能力,而与之发生交易。一旦受托人破产或负债,善意相对方要求对信托财产进行追索时,委托人或受益人也就很难找出理由加以对抗。实践中,此类案件并不罕见,而且司法实践也倾向于对未办理登记的财产不视为信托财产,这对信托制度的发展极其不利。

第二,财产权属变更公示不能满足受托人对信托财产行使追及权的公示要求。《信托法》第二十二条规定,信托财产的受让人明知受托人违反信托目的而接受该财产的,委托人有权要求返还信托财产。委托人的该项权利系信托财产独立性的应有之意。但受让人作为交易相对人也应当受到法律相应的保护。故所谓受让人“明知”应是指交易相对人在交易中对标的物属信托财产且其对信托合同约定的目的知道或应当知道。由于当前的权属登记在记载内容上从不记载信托合同的内容,所以受让人即使查阅了财产权属登记也不可能知晓信托财产和信托目的。将信托登记理解为权属登记,《信托法》第二十二条的立法目的将全部落空。信托目的实现是信托制度赖以存在的基础,受托人违反信托目的处分信托财产时,如委托人无法行使追及权,受托人就有可能利用这一低成本的制度漏洞,肆无忌惮地处置信托财产。这显然不符合《信托法》的立法目的。

第三,我国财产权属登记机关不适合担任信托登记机关。由财产权属登记机关同时进行信托登记,的确可以省去第三人分头查询的不便利。但这种理想模式并不现实。正如物权法立法时曾有学者建议设立统一物权登记机关一样,这一合理的立法建议碍于国情最终未能实现。从我国现有登记机关的职能和审查方式来看,要求权属登记机关从事信托登记缺乏现实可行性。以不动产登记为例,我国的不动产登记采取的是以形式审查为主,实质审查为辅的模式。在房地产登记实务中,登记机关一般仅就法律规定所需的文件进行形式要件的审查,而不就物权变动的原因关系进行实质性审查。如房屋所

有权变动中的买卖合同、借款抵押中的借款合同和抵押合同,房地产登记部门通常不会对该合同的效力加以审查。这种做法也是合法、合理的。因为合同效力评判是法对于当事人意思表示的价值评判——即法的肯定或否定,它属于司法权范畴,它需要裁判者具有极高的法律素养,还需要借由司法调查、取证等手段透过形式合同查明事实真相。在我国法律体系内,房地产登记人员既缺乏法律判断的技术能力,也缺乏查证事实的手段。要求登记机关对不动产登记进行实质审查欠缺合理性,而信托公示却恰恰要求登记机关必须具备这种实质审查能力。因为信托本身除了物权发生变动外,一旦设立还将在受托人和受益人之间产生依据信托目的管理信托财产的债法上的权利义务。所以信托公示除了需要将财产记载为信托财产之外,还必须对信托合同本身甚至是主要条款加以审查并登记。现有的登记机关通常无法完成上述内容的登记,故要求权属登记机关同时从事信托登记不符合我国现实国情。

三 《信托法》上“信托登记”的含义

信托法虽使用了信托登记一词,但其实质含义是否即属于本文所述的信托公示?笔者以为答案是否定的。

自2000年《证券投资基金法》和2001年《信托法》实施以来,十年期间,我国从未就信托登记作出立法规定,也没有任何部门规章对其予以规定。也就是说,信托业即使想要去办理信托登记也无章可循,无门可入。可以说,《信托法》第十条自《信托法》2001年10月实施以来并未得到实际执行。

实践中,为了应对法律空缺,信托公司一般采取以下几种选择:一是不实施任何登记行为,仅在信托文件中规定了信托登记事宜;二是在信托文件中规定了信托登记事宜,同时又签订了信托财产买卖(转让)合同,以此进行“过户登记”,目的是暂时代替“信托登记”;三是特意用质押、抵押登记等“替代性登记”措施并配以公证手段,权当“信托登记”;四是通过上海信托登记中心之类的民间机构进行信托登记。

但无论采取上述哪种方式,要么欠缺基本的公示方法,要么登记机关主体不是法定登记机关,上述变通措施都不可能实现《信托法》第十条所指的足以产生法律效力的信托登记。而且,如前所述,现有的财产权属登记机关登记审查的范围和登记内容仅限于权属变动的登记,而对信托公示所要求的内容既不予实质审查,也不会登记在案,故在现实法律世界,很难找到一个符合理想状态的由权属登记机关办理的“信托登记”样本。

如果再一味坚持《信托法》第十条所指信托登记为

财产权属机关在权属变动登记之外还需要进行信托内容和信托对象登记,则十年来总额高达上万亿的信托都将因欠缺生效要件而被判定为信托不生效。这应该可以称为“法律强奸生活”。

笔者认为,对《信托法》第十条所指的“信托登记”一词不妨将之看成为实现信托而进行的权属变动登记。即法律法规规定,财产权属变动需办理登记的,基于信托属要物行为,信托财产必须转移至受托人,否则不生效,故需依法办理为了实现信托而进行的权属变动登记。

四、信托公示方法和效力

如前所述,信托公示是信托登记的上位概念,信托登记也是财产权属登记的上位概念。在理想状况下,同一登记机关既办理信托公示意义上的登记,同时又办理财产权属变动的登记,此时财产权属变动登记是信托登记的内容之一。但如果财产权属变动登记机关不能或不愿意办理信托登记,此时信托登记和财产登记就是两种独立的登记。

以下根据公示方法的差异,就不同的信托公示和权属公示在信托法上的效力分别加以阐述:

(一) 权属公示及其效力

1、权属登记为财产权属变动的法定要件

从《信托法》第十条来看,立法者认为信托登记在法律法规规定需要办理登记时属于生效要件;反之如法律法规无登记要求的,则不属于生效要件。同时,我国信托法理论认为,信托为要物行为,即信托财产交付为信托生效要件。故可以认为,《信托法》第十条所指的登记系指法律法规规定信托财产的权属变动需办理登记的,权属变动登记为信托的生效要件,以落实信托的要物行为特性。

如不动产、上市公司股权等作为信托财产,其权属变动必须依法进行不动产所有权变动登记和股东名册变动登记(由证券交易所办理),财产权属变动登记即为信托的生效要件。不登记者,信托即不生效。

2、权属登记为财产权属变动的对抗要件

很多财产权属的变动是以交付、背书等其他方式作为公示方法的。虽然登记不是权属变动的生效要件,但有时法律会特别规定,不经过登记者不得对抗第三人。此时,登记仅会产生对抗效力,却不影响权属变动。如机动车、轮船、飞机、土地承包经营权等,交付作为公示方法,足以满足上述物权发生变动的法律效果;但不登记的,不得对抗善意第三人。上述财产作为信托财产的,即使未办理权属变动登记,也应当认为信托已发生效力。

但由于欠缺财产权属变动登记,不得对抗善意第三人。

3、权属登记既不是财产权属生效要件也不是对抗要件

对绝大部分动产的所有权变动,《物权法》规定交付为其公示方法,所以将动产和货币作为信托的,只要委托人实施交付,就应当认定信托已满足了生效要件,信托财产的所有权也已经发生了变动。由于法律对绝大部分动产所有权的变动并未设立登记制度,也不存在登记机关,故第三人如基于占有的外观效力,善意信赖占有外观而将之认为属于受托人财产的,法律应当予以保护。

当然,这种状态对信托制度无疑是致命的,所以在信托法律关系中,除了需要考量财产权属变动意义上的公示效力之外,还需要结合信托公示,审查其法律效果。

(二) 信托公示及其效力

1、未满足财产权属公示要求下,仅履行信托公示的

要物性是信托的重要特征,财产权属变动是信托的生效要件。委托人如仅签订信托合同,但并未将信托财产实际转让受托人的,信托不能生效。故如果一个欠缺财产权属变动公示要求的信托,不论是否经过信托公示,信托都不能发生法律效力。但是借鉴《物权法》上的区分原则,信托的原因行为如信托合同本身,可以承认其已经发生法律效力。委托人如嗣后又实际转让信托财产的,信托可以在转让后发生法律效力。

2、满足权属变动公示要求下,未履行信托公示的

信托财产的独立性在于信托财产独立于受托人、委托人和受益人的财产而存在,尤其独立于受托人的自有财产而存在。信托公示的一个主要目的,就是为了在财产权属公示仅产生信托独立于委托人的公信效力外,产生后两种独立性的公信效力。换言之,信托公示虽然不是信托的生效要件,但可以保护与信托财产交易之第三人,不至于受到不测损害。

当然,第三人知道或应当知道信托,知晓交易财产性质和受托人清偿能力时,即使不存在信托公示,对于第三人,法律也无特殊保护的必要。

概言之,信托生效后,即使未实施信托公示的信托财产仍可以主张信托财产的独立性,只是不能排除善意取得的适用。比如,甲将100万元以信托方式交予乙进行股票交易,受益人为丙。乙违反信托合同,将之作为商品期货保证金,交易发生穿仓。期货商丙为善意不知信托关系,平仓后将交易保证金清偿债务。如该信托未经公示,丙之善意信赖就应当予以保护。

3、满足权属变动公示要求下,履行信托公示的

信托公示的方法由于法律未予规定,且不属于信托之生效要件,故当事人可以采取其认为合理的任何方式

为之。比如登报公告、民间机构登记、在信托财产上标注信托字样、向关联交易人告知、在营业场所公告等等。公示的内容则应当是将信托法律关系的当事人、关系人、信托财产内容和信托条款本身加以公示。

信托公示虽然不是信托的生效要件,但可以使得信托产生对抗效力。该对抗效力的射程由公示方法的力度所决定。比如都发生在新疆的信托关系,仅在上海信托登记中心办理信托登记,法律就应当保护在新疆发生善意交易的第三人的交易安全。同理,信托财产为动产且上已标注信托,即使第三人远在美国,法律极有可能以其知道或应当知道财产属信托财产为由,承认信托财产的独立性。

特别需要指出,在信托公示中,受托人身份和受托人行为也可以作为一种特殊的公示方法。比如受托人为信托公司时,其身份即决定了其所占有、处分的财产具有信托财产的可能。任何谨慎的第三人都应当审慎对待,通过询问、查询等方法都可以获知信托财产的真实面目。

受托人行为主要是指分别管理行为。如受托人将信托财产和固有财产分别管理,账面齐全的话,分别管理行为本身也可以作为一种公示方法,取得对抗第三人的效力。这对从事有价证券投资为目的的信托极其重要。因为,受托人持有有价证券往往需要通过频繁进行买卖才能实现信托目的。如一律要求其不断进行信托公示和财产权属公示,必然会使人不堪其烦。故现代信托法理论认为,受托人将信托证券与固有证券分别存放在不同证券账户,分别做账管理,此时排除受托人的债权人对该财产的执行,并不会构成对债权人的侵害,也应当扩张地认为分别管理行为满足了信托公示的要求。

五、结论

法律上的公示并非仅有登记,也并非必须法定。比如结婚作为产生重大身份关系的事件,自古即需要践行特定之公示,或依法令、或依习惯。中国古代并无婚姻登记制度,但需依“六礼”为之——即纳采、问名、纳吉、纳征、请期、亲迎。六礼的目的就在于使得邻居亲朋皆知,亦即公示。信托公示也是如此。公示方法欠缺法律明文规定,当事人得自由为之。但公示方法与其所生对抗效力,应依据诚实信用原则加以平衡判断。既不能过高认为信托公示具有绝对对抗第三人的效力,也不能认为信托公示不具任何对抗效力。不同强度的公示就会产生对应强度的对抗力,此即公平! ●



冯加庆：市律协信托业务研究委员会副主任

●文 / 冯加庆

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

和信托业一起长大



从对信托法律业务的懵懵懂懂到站在全国性的讲台为人授课,转瞬已近十载。想当初,自己以一个具有证券法律业务资格的律师开展信托法律业务时,只是将信托法律业务当作证券法律业务的辅助,全然不知信托法律业务也是一个律师的蓝海。作为一个信托业参与者,现撷取自己亲身经历的点滴以映心声。

一、记忆犹新的业务创新

2002年,我刚刚从事信托法律业务时,在信托业务模式上一直遵循前例不敢有太大的变化,更谈不上进行业务创新。随着参与处理的信托法律业务越来越多,也经历了许多创新,虽然有的已经过去多年,但还历历在目。

(一) 商业银行担保的巨额信托计划发行

2005年前的房地产信托市场的单笔业务规模较小,超过2亿元就算是大手笔,银行也基本不参与房地产信托业务,要发行信托公司也只是靠自己客户积累。

2005年新华信托上海城开万源城项目集合资金信托计划的发行改变了历史,撼动了沉睡的银信合作市场。该信托计划创下信托业有史以来的两个记录,一是最低发行规模为8亿元,最高规模为10亿元;二是引入中国农业银行上海市分行作为信托贷款的担保方。除此之外,银行还通过代理推介的方式为信托计划的发行起到了重要的作用,实质性地银信合作了一把。

当时我作为出具法律意见书的律师,对于商业银行为信托计划的信托贷款方提供担保的合法性事宜进行了大量的案头研究工作,也征询了监管部门的口头意见。从律师的角度出发我们认为法律上并无禁止性规定,作为商业银行从事该担保业务不存在合法性问题。但从商务角度观察,商业银行对信托贷款进行担保则是极为罕见,这么大的规模在当时可能绝无仅有。经过了一番周折和较长时间的等待,信托计划最终募集成功。

尽管后来监管部门在大量信托公司模仿的情况下,从审慎的角度叫停了商业银行为信托贷款提供担保这种业务模式,但对信托公司、企业来说在一段时间内是创造性地开辟了一条融资的新渠道,对发行规模超过5亿元以上的信托项目,信托公司也开始有了足够的信心。

(二) 限售流通股股权受益权的创新业务推出

由于受2002年中国证监会关于5%以下法人股限制过户规定的制约,2001年-2002年热极一时的法人股自主委托拍卖市场终止后,5%以下法人股的转让也随之停顿。但从法人股持有人和投资者双方看,都有热切的业务需求。我们预计随着股权分置改革进行,法人股的价值及作为融资工具以及其他特定目的的地位逐渐凸现。在相当一段时间内,将会有大量的围绕法人股的信托业务出现。

在2004年,我们主动联系中融信托、上海信托,对法人股信托投资业务的可行性进行了法律分析。我们将围绕法人股可能发生的信托业务基本模式划分为融资类、投资类、平台类三种,就上市公司限售流通股的股权受益权能否成为信托财产及限售流通股质押等问题进行全面研究。我们认为:根据我国民法基本理论,财产具有占有、使用、处分、收益四项权能,各项权能相互作用、彼此独立,皆能分割对应、衍生出相应的权利,收益权能的分离具备充分的法律理论基础。股权的财产属性表现为股东获取股息红利、享有转让股权获得收益的权利,故基于股权财产属性的权利通称为股权受益权。股权受益权其本质是一种财产权,股权受益权可以从股权中分离并予以转让。

根据《信托法》第十四条的规定,法律、行政法规规定的禁止流通物以及经有关部门批准以前的限制流通物不得成为信托财产。据此,限售流通股因公司法第142条“上市一年内不得转让”的规定而无法成为信托财产。但是,股权受益权不同于限售流通股,并不属于禁止或限制流通物,其转让并不直接导致限售流通股转让的法律后果。因此,上市公司限售流通股的股权受益权符

合成为信托财产的条件。

经过多次的探讨和争鸣,许多信托公司接受或发展了我们的观点,从而进行了大量的股权受益权信托融资投资业务,在2007年-2009年,上市公司限售流通股股权受益权投资信托计划成为各大信托公司中参与较为广泛、结构相对成熟的业务产品,随后在监管部门的正式文件中也列入股权受益权的字样。目前,尽管对股权受益权的法律定义并无官方意见,但股权受益权已从限售流通股扩大到流通股、非上市公司的股权,成为信托业务的一个重要标的物。直至今日,我们并不能确定是哪一家信托公司操作信托受益权信托项目第一单,但可以很肯定的说,信托受益权信托业务的诞生也有我们一定的贡献。

(三)信托公司协助人民法院执行的首案尝试

2010年,我们办理的交银信托的一个信托项目中遇到了某区人民法院向交银信托送达协助执行通知书,要求交银信托冻结、扣划信托计划受益人即被执行人相应信托资金,面对突如其来的协助执行,信托公司怎样予以协助,怎样保护信托计划受益人的权益,可是破天荒的第一次,没有任何明确的法律法规或司法解释可以直接适用。

经过分析后,我们认为信托公司在协助人民法院执行过程中只需根据法律法规的规定及人民法院法律文书载明的要求办理相关手续即可,对案件的实体内容无审查义务。该案属于信托计划终止后信托利益分配前的特殊阶段的协助执行,受托人按照信托合同的约定对信托财产进行清算、分配,确定受益人应当获取的信托利益。在此期间内,虽然拟向受益人分配的信托利益仍由信托公司控制,但在法律上信托公司与受益人之间不再为信托法律关系,而只属于代保管,所以,拟向受益人分配的财产不能被认定为具有法定独立性的信托财产,与受益人的其他财产无区别。信托计划终止后,人民法院对于受益人作为被执行人的案件,可以强制执行受益人依据信托合同应当取得的相应信托利益。《金融机构协助查询、冻结、扣划工作管理规定》(以下简称“《管理规定》”)中对于金融机构协助有权机构强制执行相关财产作出了具体规定,但《管理规定》中所指的金融机构为经营存款业务的金融机构,包括政策性银行、商业银行、城市和农村信用合作社、财务公司、邮政储蓄机构等。虽然信托公司并不是《管理规定》中所指的经营存款业务的金融机构,且法律法规并没有对于信托公司协助有权机构强制执行作出规定。鉴于信托公司作为金融机构这一客观事实,信托公司在履行协助义务时可以参照《管理规定》的有关规定。为避免产生不必要的纠纷,信托公司在履行协助人民法院扣划相应款项时应当注

意相关操作细节以免发生失责行为。

从谨慎尽责角度出发,作为交银信托首起协助人民法院执行案件,信托公司要求我们律师前往人民法院协助处理相关事宜。作为从未遇过的新类型案件,我们欣然受命,经过与执行法官的沟通,律师指出了人民法院适用执行依据援引法条的不当之处,并请人民法院更正有关法律文书的错误。通过本次信托公司的协助执行,该区人民法院按规定将该案进行上报形成了当地执行有关涉及信托公司协助执行的办法。

二、未能忘却的创新失败

亲身经办的数百个信托案例中,也有许多失败的案例,除去那些因商业因素而未能完成的项目外,很多是因为创新太大或监管层未认可。虽然肯定不是反面教材,但是每次进行信托项目创新时我会常常记起它们。

(一)信票的尝试

上市公司有股票、保险公司有保单、企业有债券,信托公司是否也可以推出信票,信托公司能不能再往标准化、证券化方面走一步。2009年期间,我们和几家信托公司进行信票业务的研讨。初步确定的业务模式是:全体委托人基于对受托人的信任,认购信票并交付认购资金于受托人,由受托人将信托资金加以集合运用,用于股权性、债权性以及其它形式的投资,以管理、运用或处分信托财产形成的收入作为信托利益的来源,为投资者获取投资收益。受托人可以全部信托财产为基础资产,做出优先受益权与一般受益权的受益权结构化安排,为投资者提供不同类别的投资工具。为了进一步提高信票的流动性,信票可以依法转让或者向金融机构进行质押。

尽管大家讨论得轰轰烈烈,甚至还草拟了部分法律文件。考虑到信票推出可能涉及其他监管部门的管辖范围,信托公司和律师向监管部门进行非正式请示,但是监管部门迟迟未作任何表示,只好理解为监管部门不支持,信票创新尝试就此无疾而终。通过这件事我们明白,创新没有监管部门的支持单靠热情和勇气是无法进行的。

(二)无语的资产支持票据之信托受益权转让

2008年底,针对企业通过在银行间债券市场发行特定资产支持非金融企业债务融资工具(含短期融资券、中期票据,以下合称为“资产支持票据”)信托版中涉及信托受益权转让等一系列相关问题,我们同浦发银行、上海信托一道进行研究。

在资产支持票据的交易结构中,最受投资者、监管部门及其他各方关注或最容易产生争议的问题可能是支持资产的信托受益权转让这一过程是否存在侵害发

行人的其他债权人的行为,从而可能因发行人的其他债权人向司法机关提起诉讼或仲裁而导致信托受益权转让被撤销。我们认为,我国民法通则、合同法、破产法及其司法解释均未明确规定债权人行使撤销权的具体适用方式,在司法实践中存在一些隐含但极其重要的条件和情形,可以成为债务人(发行人)抗辩的理由。将财产权信托引入债务融资工具的发行是在现有法律框架下设计的一种使票据持有人享有发行人特定资产优先受偿权的保障性制度安排。

我们和浦发银行、上海信托一起以公路收费权作为支持资产对资产支持票据进行细化,对信用基础的困扰、资产支持票据的定位等事宜进行全方位研究,得出了以公路收费收益权为基础的资产支持票据中设立信托计划不存在法律障碍结论,并且准备了部分法律文件。

但是研究归研究,最终人民银行、银行间交易商协会并未进行实质试点,不管是信托版的资产支持票据还是其它模式,都未能得到有效推进。看来,一个监管部门都不好敲定的事情,跨部门更是难以进行。

三、信托创新探索进行中

在与信托业内探讨的时候,有时有人问我一些具体信托项目的意见,我只能实事求是的说,也许今天可以,明天就不行了;也许今天不行,明天就行了,自己只是一个具体操作业务的律师,很多事情的对错是无法回答的,但是我们始终是勇于探索的。

(一) 信托受益权的纵向切割

2009年,我们在操作一个股权投资集合资金信托计划时,投资者提出,优先劣后的横向结构分层能不能再进一步,能不能对信托财产或信托利益进行纵向切割,即明确投资者所享受的信托利益可以是特定标的物或特定标的物所对应的利益。

对于投资者的想法,我们囿于固有观念的约束,第一感觉是不行,但是转念一想,从法律角度进行一些规范,何尝不可。在征得信托公司的同意后,在信托法律文件中设计了信托受益权纵向切割一节。现在这个信托文件约定的期限即将届满,在没有法律禁止的情况下,如果投资者坚持要进行信托利益的纵向切割,在可以操作的情况下如果信托公司满足了投资者的需求,如果一旦被监管部门知悉,是被打板子或者是被誉为创新完全不可知,只好在忐忑中前行。

(二) 信托受益人大会的完善

2008年,由于证券市场的急剧变化,在2006年、尤其是2007年成立的信托计划中许多技术指标已经不能

适用,必须通过召开信托受益人大会修改信托文件或直接决定提前终止信托计划,我们提供法律服务的华微电子股权受益权投资集合资金信托计划就遇到这样情况。对于信托受益人大会召开的具体操作流程、相关制式文件,没有一个明确的指引可以套用,好在我们为同样适用信托法基础法律关系的证券投资基金提供过相关法律服务,在吸收了上市公司股东大会的要素后,我们和信托公司一起完成了一整套操作流程和格式文件,在全国第一次召开的信托受益人大会上使用。

随着信托受益人大会召开次数的增加,操作流程和格式文件越来越规范,但是我们仍然觉得需要监管层出台一个操作指引或者像中国证监会一样来发布一个格式和准则,这样在碰到审理信托受益人大会决议合法性、有效性的争端解决案件时,也好有一个裁判的标准;在实践中,不是已经发生过一个信托计划中信托受益人和受托人各自召开受益人大会而决议结果相悖的案例吗。

作为一个年轻的信托业,需要众人的孜孜不倦的探索;作为一个为信托业提供法律服务的律师,和它一起经历了许多,想起一首歌:一棵小白杨、它长我也长。●



人文万象

他山之石

●文/张克江

栏目组稿人:洪亮 hongliang1224@hotmail.com

交流借鉴 深化合作

——上海市律师协会代表团赴西班牙意大利考察报告



上海市律师协会于2011年9月11日至20日组织考察代表团对西班牙、意大利的司法行业进行了考察交流。此次考察团由上海市律师协会副会长邵曙范律师为团长,上海市律师协会副会长钱翎樑律师、上海市律师协会法律援助与社区服务研究委员会乐伟中副主任、上海市律师协会理事江宪律师、上海市律师协会理事王萍律师、锦天城律师事务所张克江律师共6人组成。在为期10天的考察行程中,考察团一行对巴塞罗那律师公会、西班牙顾博律师事务所(Cuatrecasas, Goncalves Pereira)、米兰法院及米兰律师公会、罗马最高法院及罗马律师公会、意大利NCTM律师事务所进行了考察和交流,让人受益匪浅。

一、拜访巴塞罗那律师公会, 展望未来合作

根据行程安排,代表团在9月12日第一站拜访了巴塞罗那律师公会,公会主席 Pedro L. Yufera 先生带领几位律师亲切会见了代表团一行。会见中, Pedro L. Yufera 先生首先代表巴塞罗那律师公会欢迎上海律师考察团的到来,然后向我们详细介绍了巴塞罗那本地的律师情

况,邵副会长作为本次考察团团长在会见中作了主要发言,他不仅详细介绍了上海本地律师的执业现状,还对全国律师业执业环境、执业待遇与发展机遇进行了详细说明。期间,我们向 Pedro L. Yufera 先生询问了巴塞罗那律师公会工作人员的身份情况,比如其本人是全职还是兼职,以及巴塞罗那律师公会里的副主席等其他职务是全职还是兼职。Pedro L. Yufera 先生告诉我们西班牙同上海一样,律师公会主席和副主席都是兼职的,平时在各自的律师事务所工作,在公会安排活动时,才参加相关活动。

在谈到双方的未来合作时, Pedro L. Yufera 先生表示,由于巴塞罗那律师公会和上海律师协会已经草签了合作协议草案,将等待上海律师协会的会长与巴塞罗那律师公会主席最终确认协议内容并审批签署最终的合作协议。对于这份最终的合作协议, Pedro L. Yufera 先生代表巴塞罗那律师公会表示出无限的期待,希望在此基础上能够在未来的合作方面展开更多的学术交流与实践交流。最后,邵副会长借此机会与 Pedro L. Yufera 先生就巴塞罗那和上海律师协会以后的合作,包括青年律师互派,法律周刊及最新法律信息交换等问题进行了富有建设性的讨论,这些讨论都将影响并

促进最终合作协议的签署。

会后,邵副会长与 Mr. Pedro L. Yufera 分别代表上海市律师协会及巴塞罗那律师公会交换了礼物并合影留念。



邵曙范副会长与 Mr. Mr. Pedro L. Yufera 交换礼物并合影留念。

随后,巴塞罗那律师公会工作人员带领代表团参观了巴塞罗那律师公会图书馆。根据图书馆馆长的介绍,该图书馆收藏几千册法律书籍,并保存有西班牙最古老的法律图书。图书馆主要供律师及法学院注册的学生学习和阅读。面对整齐有序的法律专业书籍,考察团趁机对巴塞罗那律师公会图书馆的馆藏资源及读者服务进行了深入了解,并就图书馆的现代化服务模式等问题与巴塞罗那律师公会图书馆相关负责人进行了较深

层次的探讨。参观完毕,考察团成员心中产生了一个问题:中国的律师协会是否也可以建立类似的图书馆,为广大律师及注册的法律爱好者服务呢?就中国目前的现状来看,上海律师协会要在这个问题上迈出第一步,任重而道远。



巴塞罗那律师公会图书馆

二、参观西班牙顾博律师事务所,交流同行经验

考察团此行的第二站为西班牙最大的律师事务所之一——顾博律师事务所(Cuatrecasas, Goncalves Pereira)。9月14日,考察团来到了顾博律师事务所,这是一所拥有近1000名律师、主要从事税务、投资、公司、劳动等业务的优秀律师事务所,在西班牙声名卓著。

考察团在邵副会长的带领下与顾博律师事务所几名主要合伙人进行了会谈。整个谈话过程十分融洽,并不时传出欢快的笑声。起初,顾博律师事务所的主要合伙人对律师事务所的设置进行了详尽介绍,并热烈欢迎上海律师代表团能够访问顾博律师事务所。邵副会长借此机会阐述了此次考察的目的,并表示上海律师协会希望与国外优秀律师事务所在律师的培养方面有更多的深入合作。顾博律师事务所一位主要负责人表示,随着中国经济的不断发展,中国的律师业不断崛起,上海作为中国的经济中心,律师业务明显高于全国其他地区,国际

诉讼业务与法律服务业务更是占据了全国业务的大半以上,顾博律师事务所希望在这样的环境下能够有越来越多的律师为中国企业服务。邵副会长对此表示热烈欢迎,同时也希望有越来越多的上海律师可以同西班牙的企业合作,两国律师在此基础上能够互相学习共同进步。基于目前的经济现状,设想是否可以上海律师协会为基础,建立一个可以专为拥有国际业务的公司服务的知名律师库?律师库里不仅有中国律师,还有外籍律师,从而可供企业选择。这对现阶段的上海律师协会来说,应该不是个难题。

会见结束后,邵副会长代表上海市律师协会与顾博律师事务所交换了礼物并同该所主要合伙人合影留念。



代表团在认真听取顾博律师事务所几位主要合伙人的介绍。

三、拜会意大利米兰法院,感受两国差异

我们此行的第三站为意大利米兰法院。在意大利的短短几天时间里,我们都由意大利 NCTM 律师事务所的律师同仁全程陪同。9月16日,我们来到了米兰法院。在米兰法院里,我们发现律师公会在法院里设有办公室,当我们向米兰律师协会询问这个问题时,他们解释说律师协会在外面有自己的办公室,但由于有些问题需要跟法院沟通协调,因此通常在法院里会设有几间律师公会自己的办公室。我们也趁机询问了律师公会

的职能,根据公会里相关工作人员的介绍,律师公会不仅仅是律师的服务机构,同时兼具律师执业监督、处罚的职能(而我国该功能只有司法局才能行使)。如果某个律师在执业过程中从事了违法或违反执业纪律的行为,律师公会可以依法对其进行处罚,甚至暂停或吊销律师执照。此外,如果某个律师跟客户就收费问题产生争议,客户认为律师收费过高而不付律师费时,律师也可以先向律师公会申请审查其收费标准是否合法,然后根据律师公会的审查结果直接向罗马最高法院起诉,并要求客户支付律师费。这里不禁让我们想到国内的法院现状,国内是否也可以在相应的法院内设立类似的办公室呢?一项新的司法举措要在一个国家或一个地区推行,需要各方面的完善与配合,上海律师协会或许可以在这方面引导律师进行探讨。

在法院里,我们受到了米兰律师公会主席 Mr. Paolo Giuggioli 的热情会见。Mr. Paolo Giuggioli 代表米兰律师公会代表团对代表团的到访表示欢迎。会见期间,邵副会长向 Mr. Paolo Giuggioli 先生介绍了上海律师业的执业现状及发展前景,Mr. Paolo Giuggioli 先生也向代表团介绍了米兰律师业的执业情况。根据 Mr. Paolo Giuggioli 先生的介绍,我们得知,在米兰执业的律师共有2万名左右。此外,在意大利,现在已经取消了诉讼代理人和律师相区别的代理制度,现在由取得执业证书的律师统一行使之前的律师和诉讼代理人的职能。我们对意大利律师的考试和执业资格的取得很感兴趣。米兰律师公会的工作人员在了解我们的问题后,解释说在意大利一个法学院毕业的学生,在一个资深律师的指导下,一般经过2年的实习,就可以参加律师资格考试。不同于国内律师、法官、检察官的统一司法考试,意大利的律师考试和法官、检察官的考试是分开的、独立的考试。通

过了律师考试以后,就可以取得执业证书并从事律师业务了,但如果一个律师想要在最高法院出庭,则需要执业6年以上。此外,律师在取得执业证之前,可以以实习律师的身份在一些低级别的地区法庭出庭。最后,在谈到上海市律师协会与米兰律师公会以后的合作时,双方都充满期待。会见结束时,邵副会长代表上海市律师协会与 Mr. Paolo Giuggioli 交换了礼物并合影留念。



米兰律师公会主席 Mr. Paolo Giuggioli 先生与邵副会长合影。

四、拜访罗马最高法院,深入比较深化合作

(一)总结两国司法现状,寄予未来深化合作

9月19日,NCTM 律师事务所的律师陪同代表团参观了本次考察的第四站罗马最高法院——CORTE DI CASSAZIONE。在罗马法院里,代表团受到了罗马律师公会主席 Mr. Saunders Kahler 的热情会见。Mr. Saunders Kahler 代表罗马律师公会对我们这群来自东方的客人和同行表示非常热情的欢迎。

会见期间,邵副会长与罗马律师公会主席 Mr. Saunders Kahler 先生就以后的交流和合作进行了深入细致的讨论。罗马律师公会工作人员表示曾经在2005年来到过上海,与上海市律师协会进行过交流,对上海市筹办世博会的情

景印象深刻。因为罗马也在筹办2014年世博会,希望我们代表团能给些中肯的意见和建议。此外,Mr. Saunders Kahler 先生就罗马律师公会的发展,罗马律师业的现状和未来发展向代表团进行了详细介绍。罗马律师公会工作人员还向我们详细介绍了意大利的法院体系。在意大利,罗马最高法院叫 CORTE DI CASSAZIONE,最高法院在审查下级法院 CORTE D' APPELLO 的判决时,会由相关审判庭对案件涉及的法律进行审查。在听取我们关于中国最高法院审查案件的权限时,我们被告知罗马最高法院只能对案件中对法律适用正确与否做出解释,而无权就该案件的事实进行确认。另外如果一个案件可能涉及多个审判庭,罗马最高法院也会调动多个审判庭共同审查下级法院 CORTE D' APPELLO 的判决,并对该判决作出维持或撤销(全部或部分)的裁决。由于意大利和中国一样是成文法国家,罗马最高法院在个案中作出的解释不具有法律效力,对其他案件无约束力。另外,意大利法院体系与中国法院体系的一个很重要的不同就是在罗马最高法院 CORTE DI CASSAZIONE 之上,还有宪法法院——CORTE COSTITUZIONALE。宪法法院 CORTE COSTITUZIONALE 的功能主要是对宪法作出解释,在意大利法院审理案件过程中,如果认为某个问题需要宪法法院作出解释时,宪法法院 CORTE COSTITUZIONALE 会根据法院的请求而做出解释。与罗马最高法院 CORTE DI CASSAZIONE 不同的是,宪法法院 CORTE COSTITUZIONALE 作出的解释具有直接法律效力,其他案件中法官可以直接引用宪法法院的解释为法律依据作出相应判决。此外,重大刑事案件和行政案件都分别由 CORTE D' ASSISE 和 TAR TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE 两个独立的法院进行审理,

前者审理重大刑事案件,后者审理行政案件,各自的上诉法院分别是 CORTE D' ASSISE D' APPELLO 和 CONSIGLIO D' STATO。而宪法法院 CORTE COSTITUZIONALE 也可以对 CORTE D' ASSISE D' APPELLO 和 CONSIGLIO D' STATO 在审理中遇到的问题进行解释,该解释同样具有直接法律效力。这两国法院系统的差异构成了中国与意大利司法系统的主要区别,纵观两国司法的过去与未来以及整个西方司法系统的设置,上海律师协会在对外交流的同时,是否可以多为中国司法系统的完善摸索出一些实质性的建议?这成了我们考察团成员思考最多的问题。

另外,代表团及邵副会长向 Mr. Saunders Kahler 先生介绍了上海律师业的执业现状及发展前景,双方都表示未来应该进一步加强学习交流和业务合作。会见结束时,双方交换了礼物并合影留念。



罗马律师公会主席 Mr. Saunders Kahler 先生及罗马律师公会工作人员会见代表团成员。

(二)参观法院感受历史,旁听开庭体味人文

会见后,在罗马律师公会工作人员及 NCTM 律师事务所同行的陪同下,代表团参观了罗马法院。作为意大利的最高法院,罗马法院具有悠久的历史,并一直秉承法律面前人人平等的理念和目标。罗马法院的正门气势恢宏,左手打开法典、右手扶剑的正义女神迎接着八方来客,天平代表“公平”,宝剑代表“正义”,前额垂直的秀发代表“诚实”亦即

“真相”，而蒙眼闭目，则表示审判要“用心来观察”。对那些执掌宝剑和天平的人来说，诱惑无处不在，金钱、权势、人情每时每刻都在考验着这个社会的司法制度，而钱、权、情三方面的因素也无时无刻不在诱惑这个社会中的每一个人，似乎只有蒙眼闭目用心观察才能将一切看得真切。代表团中的每个人都被这庄严神圣的历史底蕴深深感触，沉浸在浓浓的公平与正义氛围之中。

在罗马律师公会工作人员的协调下，我们还有幸旁听了罗马法庭的开庭。开庭的法官首先对我们这群来自东方的客人表示欢迎，随后就如往常一样开始了正常的庭审过程。整个庭审就如这座历史悠久的恢宏建筑一样，处处显露着司法的庄严与至高无上，令我们这些远方的来客不禁体味到古罗马的些许人文迹象来，似乎我们都可以穿越时光隧道打破中西文化壁垒去追寻那古老而又多彩的古罗马庭审，每个人都不由得心驰神往起来。



罗马律师公会主席 Mr. Saunders Kahler 先生向代表团详细介绍罗马法院。

五、访问 NCTM 律师事务所，憧憬未来深化交流

19 日中午，NCTM 律师事务所邀请代表团、罗马律师公会主席 Mr. Saunders

Kahler 先生及罗马律师公会工作人员以及中国驻罗马使馆工作人员、新华社等国内比较有影响力的媒体驻罗马办事处的工作人员，在 NCTM 律师事务所进行了简单的午餐和酒会。代表团成员与意大利同行们就中国与意大利法律体系、律师行业异同等多方面的问题进行了详细的沟通和交流。意大利同行们对这次沟通交流给予了很高的评价，并希望上海律师协会以后还能举办类似的交流活动，不仅将交流放在两国律师执业的比较上，而且希望有朝一日能够在律师的培训与准入、案件探讨、律师协会的作用等方面有更深入的合作。代表团成员对这些提议都非常赞成。邵副会长多次热情地向意大利律师同行发出邀请，希望可以有意大利籍律师作为顾问到上海的一些律师事务所交流，无论是短期访问还是长期合作我们都会积极支持。在交流模式方面，我们双方还可以随着交往的深入，在现有的代表团访问基础上，探讨出更多适合于青年律师成长、既经济又实用的途径，便于我们广大青年律师更快更好地成长。

意大利当天的天气非常好，优雅的

白云镶嵌在湛蓝的天空。代表团全体成员、罗马律师公会工作人员、中国驻罗马使馆工作人员及部分国内媒体驻罗马办事处的工作人员及 NCTM 律师事务所的部分工作人员集体合影，为中意两国律师交流留下了珍贵的纪念。

9 月 20 日下午 2 点左右，代表团一行回到上海。我们感到这是一次非常愉快、高效、庄严、感触颇多的考察。通过参观、访问、座谈、旁听、阅读资料等形式，在领略西班牙与意大利的风土人情历史底蕴的同时，我们对西班牙和意大利的司法制度尤其是律师制度有了一定了解，同时也加深了国外同行对中国司法现状和律师现状的了解。中国律师行业还处于初级发展阶段，在律师准入、律师培养模式、青年律师的发展、律师协会的作用及整个司法环境方面都有许多亟待改进的地方。类似的考察交流不仅拓展了我们律师的眼界，也为将来的中国律师与西方律师的深入合作打下了良好的基础。●

(作者单位：锦天城律师事务所)



代表团成员、罗马律师公会工作人员、中国驻罗马使馆工作人员、部分国内媒体驻罗马办事处工作人员及 NCTM 律师事务所的部分工作人员集体合影。

微·Talk

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

鹅卵石与回音壁

(本栏目言论仅代表言论者本人观点)

上海申达律师事务所 刘峰律师

有时候上帝是很公平的,得到和失去是平衡的。没有哪种生活方式一定最好,这是由每个人的理想不同造成的,否则,这社会就没意思了。这才有了对比,这才有了冲突,才有了感人之处。

上海协力律师事务所 傅钢律师

10万中国开发者感恩乔布斯:累计分成10亿元。按照苹果去年6月公布的数据,苹果累计为全球开发者分成25亿美元,而中国开发者从中分到约10亿元人民币。乔布斯已确立了移动互联网基本的游戏规则,未来几年,整个世界可能依旧会按照他开创的这条道路发展下去,而在中国,这已经是一个日渐蓬勃的朝阳产业。

上海海燕律师事务所 刘洋律师

一游人到小镇一旅馆,拿1千元给店主挑了个房间。他上楼时,店主拿1千元给屠户支付了欠的肉钱;屠夫去猪农那还了猪钱;猪农还了饲料款;饲料商去付清召妓的钱;妓女赶紧去旅馆还了房钱;这1千元又到店主手里。这时游客下楼说房间不合适,拿钱走了,但全镇债务都还清了。——【资金流动的神奇力量!】

天册(上海)律师事务所 吴江水律师

说李鸿章是汉奸绝对是天大的冤枉,说他是俾斯麦同样没有道理。他所处的环境和知识结构、价值观决定了他只能象他自嘲的那样,是个优秀的裱糊匠,却没有魄力和能力以及条件和机会,创造俾斯麦那样的纵横捭合使德意志成为真正国家的伟业。而有些人虽有机会和条件,却同样虚耗光阴一事无成。

上海中夏旭波律师事务所 沈奇艳律师

生活就是你自己的的一面镜子,你如何对待它它便如何回报你;两个人也好,一个人也罢,重要的是你能不能

寻找到生活的乐趣,房间里穿梭而过的凉风,阳光照耀下刚拖干净的地板,一锅煲好的汤……

上海华夏汇鸿律师事务所 赵秦律师

80后偷偷变老的几种表现:1.不怎么爱发短信了;2.有时候挺喜欢独处的,上上网,自得其乐;3.喜欢隐身了,不怎么爱在群里发言了;4.小孩都开始叫自己叔叔或者阿姨了;5.看到小朋友在玩耍的时候会觉得童年真美好;6.没那么愤青了,遇到不公的时候,会告诉自己,社会就是这样。除了3,其他我都符合了啊。

上海朝华律师事务所 徐培龙律师

新中国邮票在“文革”时期有两类:一是1967年到1970年“文革”初期发行的无志号票,即“文革”票;二是1970年到1973年发行的“编号票”。在共计21套95枚编号票中,发行量相对较少。1000万以下的10套,其中有5套在200万以下。发行量最小的《庆祝阿尔巴尼亚劳动党成立30周年》,仅为125万套。

微博转载

【国学12道】1孔子:为人之道;2老子:处事之道;3庄子:养性之道;4孟子:君臣之道;5荀子:学习之道;6孙子:韬略之道;7管子:教练之道;8韩非子:统驭之道;9鬼谷子:权谋之道;10大学:修身之道;11易经:天地之道;12禅宗:死生之道。

律师职业的单向度性,是指律师基于其职业特点,在服务活动中会从尽可能有利于委托人的角度去理解法律的规定。律师的独立性和单向度性,决定了律师能在提供法律服务的过程中发现现行法律的不足和瑕疵,并以此作为突破口促使法律进一步完善,从而更高效地维护民众的权利,更好地维护正义,捍卫公平和自由。●



乐·Life

●文/邢路

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

爱上古典音乐



挤出嘈杂的人群,穿过地铁闸机,像冲锋一样赶在关门前最后一声“嘀”声之前跃进地铁,在接踵摩肩的乘客中间,费力抽出双臂把耳机塞进耳朵,于是,莫扎特第二小提琴协奏曲的旋律像活泼的山泉一样,闪烁着晶莹的光芒,跃动着、回旋着,涌进我的耳朵,也涌进我的心田……一段时间以来,我习惯在嘈杂的环境里,用莫扎特的音乐调整自己的情绪。长久以来,我习惯了在闲暇时,用各种类型的古典音乐,去契合或者调整自己或激动、或平和、或兴奋、或沮丧、或高兴、或悲伤……的种种情绪。古典音乐对于每一个爱好者而言,不是一种娱乐,而是一种能够直接与心灵对话的良友。

或许有的朋友会说:古典音乐啊,哎呀,太高深了,听不懂。其实,这是受了那些所谓的专业人士的误导。音乐固然是认识、解释世界和人生的另一种语言、另一种符号体系,但古典音乐最主要最直接的魅力,首先还在于她给听众带来的感官上的愉悦。悦耳动听的旋律、色彩绚烂的声效、层次丰富的音响、鲜明浑然的律动,无疑会给听者带来有别于其他任何音乐形式的听觉盛宴。即便对于从来没有接触过古典音乐的人,当他们听到约翰·施特劳斯的《蓝色多瑙河》、柴可夫斯基的《花之圆舞曲》、莫扎特的《土耳其进行曲》、比才的《哈巴涅拉舞曲》、苏萨的《星条旗永不落》这些或优美或摇曳或质朴或华丽的古典音乐名篇时,他们也会情不自禁地说:这音乐真好听!

古典音乐是好听的,这无疑为古典音乐最直接的引人之处。然而古典音乐的魅力远不止于此。绝大多数的古典音乐,特别是无标题音乐,实际上都是某种情绪变化和情绪对比的反映。因此,虽然很难用语言去准确描述一个乐句、一个乐段“讲了什么意思”,但是古典音乐对情绪的这种动态化反映,却可以最准确地捕捉一个人复杂思想的动态过程,展示多层次的情绪侧面。你会发现,你在情绪上和思维上的每一点诉求,都会在浩如烟海的古典音乐文献中,获得毫无罅隙的回应:如果你喜欢徜徉在音乐的理性美中,希望音乐合乎你缜密的逻辑思维,那么请你倾听巴赫的十二平均律钢琴曲、无伴奏小提琴曲;如果你希望在音乐中听到生命的不息活力,希望从音乐中不断汲取乐观、典雅、高贵的养分去滋养你的精神,那么就听莫扎特的作品吧;如果你的思绪已经超越了对自我的关注,而关怀人类的苦难和福祉,那么贝多芬的交响曲,会帮助你深刻思索人类的命运,特别是那首号称“用四十年的泪水和汗水浇开的欢乐之花”的第九交响曲,会让你领略到对全人类充满大爱的意境;也许你会说,我不想那么多沉重,我只希望听到甜美的、明媚的、欢快的音乐,能愉悦我的身心就行,那么,来段施特劳斯家族的波尔卡或者圆舞曲怎么样?每年维也纳新年音乐会所演奏的施特劳斯家族作品,被认为是新年到来之际最美好的节日礼物;而柴可夫斯基的音乐,会满足你对深邃开阔的意境和大气磅礴



邢路:上海浦瑞律师事务所律师

的气势的追求;马勒的作品,则是对“辉煌”这个形容词的最佳注脚;遑论,那一出出精妙绝伦的歌剧,除了悦耳的旋律外,还能让观众领略那时、那地、那人、那风情……够了,这些足够了,如果有一首古典音乐让你觉得悦耳、好听,那就听下去吧,如果听着听着,你会觉得在某方面若有所动,那么,你已经“听进去”了。

走进古典音乐,宛如走进一座琳琅满目的花园,那些巴洛克乐派的、维也纳古典乐派的、浪漫主义乐派的、民族乐派的、印象派的音乐奇葩,无不在同时代思想文化精髓的滋养下,绽放出人类文明最绚烂的花朵。不入园中,怎知春色如许,走入园中,那你会觉得心旷神怡,美不胜收!如果只是远远地看,那你永远不可能体会个中美妙,从而会与这种心灵最忠诚的朋友,失之交臂。现在,就请坐下来,从手边最方便的古典乐曲开始聆听,让古典音乐来打动你的心灵,过一段时间你会发现自己已经逐步逐步地爱上了古典音乐! ●

随笔

文/半岛斋主

栏目组稿人:计时俊 jilawyer@sina.com

同事老岳



老岳是我1988年刚做兼职律师时的同事,那时候律师事务所是国有性质的,叫做法律顾问处。

老岳没有上过大学,是当兵转业的。上世纪八十年代的转业兵都充实了政法队伍,老岳就这样当了一名律师。我清楚地记得刚认识他的时候,他手端茶杯软绵绵地站着,对所有人都笑眯眯的,看起来像是一个与世无争、十分亲和的老大哥。其实,这只是一个表象。没有多久,就有同事告诉我,他十分反对兼职律师。他的理由非常简单,兼职律师在本工作单位拿一份工资,在律师事务所又拿一份提成,好处都让他们得了。后来,所里聚会,大家喝得面红耳赤的时候,我问老岳,听说你反对我们兼职律师啊。他憨憨地笑了,不否认这是他说的话,他酸酸地说,你们是小鸡拴在门槛上——里外叨食啊!

老岳为人随和,除了讨论案件,其他的话不多。那时候还没有利益冲突回避机制,我记得老岳办过一个案件,一审他代理原告赢了,二审原告为了省钱没有请他,他又代理了被告,结果被告二审也赢了。同事们在所里笑,说老岳战无不胜。老岳笑眯眯得意地说,谁让原告二审不请我的。由于所里的领导也都是当兵转业的,所以老岳的当兵资历没有什么好炫耀的。只有一次,大家在一起喝酒,酒至半酣的时候,在众人的撺掇下老岳唱起了38军的军歌:钢铁的部队,钢铁的英雄,钢铁的意志,钢铁的心……嘿!勇猛地向前进。唱歌时老岳一反以前的谦恭形象,挺着腰板,歌声中充满激情,如果不是他手中端着酒杯,前襟留着饭渍酒迹,你完全可以想象一个战士的威武形象。但是,平时在工作中,老岳就没有威风了。一次,我给事务所的主任老李汇报案件,老岳推门走了

进来,李主任冲他翻了翻白眼。老岳不感兴趣,不但坐了下来,而且不分火候地插话。这时候,李主任发话了。他板着面孔对老岳说,谁让你进来的,出去。老岳这时候大概才迟钝地感到形势不对劲,讪笑着十分尴尬地出去了。

老岳由于性格好,同事们都喜欢拿他开玩笑。一次,同事们在一起喝酒,他说自己的小姨子要来了。老朱就开他玩笑说,人家说小姨子是姐夫的半拉屁股,正好嫂子也不在家,你的机会来了。老岳手拿着烟卷,眯缝着眼睛笑着解释说,哪有机会,人家跟着人哩。大家一听都跟着起哄,说老岳还真有寡人之疾的爱好。老岳父亲去世的时候,所里的领导前往吊唁,回来后说老岳又创造了一个歇后语。原来,按照中原地区的习俗,长辈去世孝子除了披麻戴孝以外,吊唁的客人来时要上前跪迎,还要嚎哭以示哀痛。后来,随着时代的变迁,有些孝子就偷工减料,往往是待吊唁的客人到了眼前才迎上前作出欲下跪的样子,客人用手一扶,孝子趁势就站了起来。所里的领导去老岳的农村老家吊唁的时候,老岳作为孝子也不得不按照风俗上前跪迎,但是所里的同事并不上前搀扶,待老岳实实在在地跪下去并且哭出声后,才伸手把他扶起来。老岳一被扶起来,哭声马上就没有了。领导故意问他,你怎么不哭了?老岳不好意思地回答,那不是程序嘛。于是,老岳的行为又被总结成一个歇后语:老岳哭爹——按程序办。

老岳喜欢喝酒,实际上在改革开放的初期,当地场面上能否混得开的标志之一就是看请你的酒席有多少。所里的律师只要在外面有应酬,就会互相喊着结伴去喝酒。没有客户请,律师相互之间也会找点理由一起喝酒,这方面老岳是

个模范。他经常宣称,我喝谁的酒,就是看得起谁。一般人请我,我还不回去呢!老岳喝酒有许多轶事,来所咨询法律事务的客户早上8点一上班就来了,老岳又是抽烟,又是喝茶,慢悠悠地解答到中午11点多。咨询完了,客户一看表,对他说,岳律师,快12点了,咱们中午一起吃饭吧。这个问题的回答老岳一点都不慢,他爽快地说,中啊。按照当地习俗,喝酒要行酒令过关,与每个人划拳猜枚定输赢。到了饭店,凉菜和酒一端上桌来,客户就问老岳,岳律师,您看谁先过关?老岳袖子一撸,我先过关。五魁首啊!六六顺!酒店就响起了热烈地猜枚声。还有一次,全区的律师开研讨会,大家都知道老岳喜欢喝酒,就纷纷上前敬酒。不知老岳心里面是否知道大家在灌他酒,或许是他实在太好这一口了,反正是有酒必喝,来者不拒。一直喝到大家酒足饭饱地走了,老岳还像个大熊猫似的,瞪着水汪汪的眼睛,呆坐着一动不动死了似的。

后来,老岳真死了,而且是两次脑溢血。第一次他骑自行车上班,骑到半路上就蹬不动了,被路人发现送往医院抢救。那时候,我已经离开了事务所。在他住院治疗期间,我听到消息后去看望他。老岳身体看上去恢复得还不错,神智非常清醒。我笑着问他,你这病是不是喝酒喝得?他摇摇头,笑着说以后不喝酒了。没有想到,过了不到一年,就传来了他死亡的消息,那时候他还不到退休年龄,上海正好是阴雨绵绵的梅雨季节。

现在随着年龄的增长,我的酒量也下降了。只要和朋友们一起喝酒,有时候我就想起了老岳,同时还有他憨厚的笑容。●

(作者单位:上海市德尚律师事务所)

■ 作品欣赏 李海歌

瞬间的定格

西藏：多年心驰神往，一旦实现梦想。来到“天上西藏”，贴近“阿妈胸膛”。登上布达拉宫，无比威严壮观。蓝天白云佛寺，犹入人间天堂。



甘肃：鸣沙山中一奇观，飞沙不落月牙泉。历来水火不相容，沙漠清泉两相全。敦煌绿洲碧波扬，神奇造化世人叹。



宁夏：静卧了千年之久的西夏王陵——东方金字塔，神秘的城堡。亦沙亦湖的宁夏沙湖——上苍赐予，人类杰作。江南之灵秀，塞上之雄浑。



洋山深水港区：在东海大桥通车及洋山深水港一期工程竣工前夕，笔者欣然前往参观。豪景宏图，美不胜收。遥想来日，热土一片。东方大港，前景无限。





西藏阿里风景 摄影：寿如林