上海市律师协会 主办

上海律师

SHANGHAI LAWYER

2012 9 总第699期

聚焦·思辨·感悟·互动

卷首语 站高望远 引领发展/王俊峰

法律咖吧 关注《民事诉讼法》的新亮点 /施莉珏 徐澜波 侯荣康 罗兴

封面照片：上海市律协参加全国律师行业创先争优活动总结表彰电视电话会议

8 月 23 日，上海市律协会长盛雷鸣在上海市第三届城市治理论坛上作题为《扎实推动律师参政议政，为上海法治建设做贡献》的主题演讲。此文获得了前十名优秀案例的殊荣。

9 月 7 日，上海市律协女律师联谊会举办“抚今追昔话百年——女律师纪念上海律师公会成立 100 周年交流座谈会”，邀请上海资深女律师代表倪彬彬、罗文、黄艳英、顾韩君、沈秋君、林莉华与青年女律师对话交流。

8 月 15 日，天津市律协会长韩刚率团到上海市律协调研。双方就律师行业建设和管理方面的成功经验和创新性做法、政府关于扶持律师业发展的优惠政策和措施、律师税收政策现状及发展趋势等进行了深入探讨。

9 月 4 日，上海市律协接待广州市律协考察团一行。双方就律师事务所税收征缴、政府购买法律服务推动工作、律师协会监事会运作等工作进行交流。

9 月 13 日，陕西省律协考察团一行到上海市律协考察座谈。双方围绕律师事务所管理机制、事务所业务拓展模式、事务所青年律师培养方式等工作进行了交流探讨。

# 站高望远　引领发展

中华全国律师协会会长 王俊峰

近年来，上海律师行业全面进步，成绩斐然。

仲夏时节，为推动行业积极投入社会实践和公益服务事业，全国律协组织安排了赴沪考察调研活动。

在实际考察与交流过程中，上海律师勤勉敬业，朝气蓬勃，锐意进取，大胆创新，勇于担当的职业品格给考察团留下深刻印象。

毋庸置疑，随着国家的发展进步，大上海作为世界著名的商业金融核心城市，其影响力正与日俱增。在这样的大背景下，作为最具时代进步意义的上海律师队伍的发展壮大，尤为不同寻常。

上海律师整体素质居国内律师行业前列，现代法律服务意识与能力突出，国际化程度高，国际融入能力强。律师们深刻理解国情社情，有国家与社会发展的大局观，富于使命感和时代担当意识，热心社区群众服务工作和公益事业，自觉践行法律人的职责，勇于奉献与付出，为不断满足上海经济与社会的综合发展需求做出了非常突出的贡献。

随着科技进步与全球化浪潮，国际化与法治进步是当代人类社会进程的本质特征，也正是当前改革与发展的时代主旋律。在深化改革扩大开放的过程中，我们所处的国际、国内环境复杂多变，各种矛盾和挑战交织。律师作为一个以维护法律准确实施为使命的特殊职业群体，其对社会的和谐、健康与稳定，对国家司法、行政公信力的监督与建设，对社会公平正义的追求与信念，使其成为社会中最具公益担当和责任意识的精英集成。这种积极进取，变革求新的职业精神，使他们必然是社会中的进步力量和道德楷模。同时，这个行业也必然常常遭到社会上一些具有封建特权、保守和落后意识的成员或势力的反对和打压。调

研中了解到，上海律师业在深入社会实践，帮学助教，支援西部建设，提供法律援助等各项公益法律服务活动中表现突出，贡献良多。广大上海律师积极参与社会矛盾化解工作，参与信访接访和社区调解活动，在社会管理创新工作中表现出色。在刚刚召开的“1+1”中国法律援助志愿者行动2011年总结表彰暨2012年派遣工作新闻发布会上，上海市律师协会荣获“2011年度‘1+1’中国法律援助志愿者行动先进单位”，这是对上海律师积极投入“1+1”中国法律援助志愿者行动给予的肯定和鼓励。我高兴地看到这些年来上海律师队伍所取得的进步，特别是在服务社会经济发展方面，在促进社会公平正义、维护社会和谐稳定方面，上海律师已成为当地一支特殊的重要力量。

此次调研活动，我们实地考察访问了两家律师事务所，并同律师们进行了面对面的交流、学习和研讨，获得了宝贵的“一线”资料。实际情况表明，上海律师的综合发展状况优势明显，当仁不让地处在全国行业发展的引领地位，已经站在了历史的新起点。

我们寄望于上海律师的未来，放眼全球法律服务市场，凝才聚气，大胆创新，先尝先试，紧紧跟随“走出去”的步伐，提升综合法律服务能力，在更大的国际法律服务平台上发挥优势、施展才华，引领和推动全国律师行业的发展。与此同时，鼓励并呼吁上海律师继续坚持“走下去”的传统。当前，受经济等综合社会发展实际状况的影响，我国法律服务市场发展也存在着严重不均衡现象，地区间差异悬殊。上海律师业应该发扬先进地区的风范，增强担当意识，同经济落后地区的律师行业建立紧密联系和开展广泛交流，“走下去”为欠发达地区输送更多法律人才和执业经验，帮助提升这些地区的法律服务水平。此外，希望上海律师在规范行业管理、维护律师执业权利、青年律师培养规划、社会公益实践、深入开展国情社情政情教育等方面不断创新思路和工作模式，为全国律师行业的发展提供经验和示范。

此次访沪，恰逢上海律师公会成立一百周年。行业回望，正是上海律师，开启了中国律师的百年史。在沪期间，我们怀着无比崇尚与敬仰的心情，参观了新落成不久的上海律师公会旧址陈列馆。聆听、缅怀、浏览，面对精心收集的一件件珍贵的馆藏图片、文字和实物，我对那段历史有了更直观的认识。

走出陈列室，看今天之中国，早已旧貌换新颜。今天的上海律师已站在了全新的国际高度，新天地、新形势，新时代，新发展，必然带来上海律师业新的辉煌与跨越。

天将降大任于斯行业，祝上海律师大展宏图！

祝中国律师业坚守职业精神，自强不息！●

# 上海律师 2012 9

总第 699 期

SHANGHAI LAWYER


## 目录

### 卷首语


1 站高望远　引领发展 / 王俊峰


### 本刊关注

**聚　焦**


4 律法精英四度聚首　龙腾碧水奋勇争先 / 孙小尘

7 团结带领上海市律师深入开展创先争优活动 /上海市律师协会

9 智慧激扬百年律师制度　青春绽放不朽法治文化

——青年律师纪念上海律师公会成立 100 周年知识竞赛系列活动举行 / 市律协公共关系部

11 向前辈律师致敬

——青年律师纪念上海律师公会成立 100 周年知识竞赛参赛感悟 / 雷富阳


**人物·优秀律师**


12 社会突发事件的化解能手

——记“上海市优秀律师”张鹏峰 / 严姗隽


**人物·优秀青年律师**


16 律师执业过程中的几点感悟 / 王军旗

《小镇清晨》摄影:蒋信伟　律师


**《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 钱翊樑
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:许　倩

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
网上投稿系统:http://info.lawyers.org.cn

上海市律师协会网址（东方律师网）
www.lawyers.org.cn

上海市连续性内部资料准印证（K 第 272 号）

9月2日，由上海律协青年律师工作委员会举办的“向前辈律师致敬——青年律师纪念上海律师公会成立100周年”系列活动之“他们眼中的青年律师”座谈会及知识竞赛决赛在上海律师公会旧址陈列馆举行。


区县特写

18 发挥法律顾问团作用 助推区政府依法行政 / 金山区司法局 金山区政府法制办

上海“全国优秀律所”巡礼之四

22 集全所之力，提供最佳法律解决之道 / 上海虹桥正瀚律师事务所

法律咖吧

24 关注《民事诉讼法》的新亮点 / 施莉珏 徐澜波 侯荣康 罗兴

共筑和谐

28 律师事务所要积极发挥在法治建设中的重要作用 / 易 明

警 示 台

29 老所混乱埋祸根 新所初创担责任 / 市律协纪律委员会

## 法眼法语

我的败诉

30 不动产盗窃行为无法入罪 致民刑法律冲突效果负面 / 陈浩榕

视 角

32 重视传统与现实冲突的婚姻特点 正确处理好客观合法的婚前财产 / 王敬友

律师公会百年专题报道

34 为辩护人辩护 / 易 栖

时 评

37 制定“司法解释”宜公开征求各界意见 / 游 伟

## 律师实务

39 我国现行注册商标转让制度评析 / 阮 超

42 关于《进一步深化新股发行体制改革的指导意见征求意见稿》的一些建议 / 岳 云 周 峰

46 浅议法人分支机构的诉讼法律地位 / 李学科

48 中医特点的医疗纠纷现状纲要 / 吕 刚 孙乐民

50 公平与公正待遇标准 ——是否应根据东道国发展水平、政府能力和资源条件的不同而区别适用 / 金立宇

52 公司利用法人独立地位损害股东债权人利益法律研究 ——浅谈公司法人人格否认制度 / 张海燕 王桂学

55 律师如何为我国战略性新兴产业提供法律服务 / 曹志龙

58 自助游法律问题研究 / 李国栋

## 人文万象

他山之石

61 从《多一弗法案》下的“滥用”看金融消费者权益保护 / 徐珊珊

微·Talk

64 鹅卵石与回音壁

新法速递

封三 《律师业务资料》目录 2012年第8期

聚　焦

●文/孙小尘

# 律法精英四度聚首 龙腾碧水奋勇争先

2012 年 9 月 15 日，往日里平静的东方绿舟水上训练中心一派热闹场景，水面上虎跃龙腾，看台上掌声雷动。由闵行区律工委主办，上海市华亭律师事务所冠名赞助的第四届 2012 年度“ 律动·风采” 律师运动嘉年华之“ 华亭杯” 龙舟邀请赛正在这里隆重举行。龙舟赛一路走来，规模不断扩大，本次比赛又有律协特邀会员联合队与美国美迈斯律师事务所上海代表处代表队两支新队伍加入，参赛队伍总数达到了 11 支。经过激烈的比拼，最终长宁区代表队以两轮比赛 6 分 18 秒 74 的总成绩获得了冠军，首次参赛的特邀会员联合队和美国美迈斯队分获二、三名。

本次比赛已经是第四届龙舟赛，以“ 体育生活化，健康常态化” 为主题，围绕“ 创新、合作、交流、分享” 的宗旨，由长宁、静安、黄浦、徐汇、杨浦、虹口、普陀、浦东、闵行九个区的律工委及市律协特邀会员工作委员会组建了 11 支队伍参加比赛。队员分别来自中、美、法、日四个国家，几十个不同单位。选手们在比赛中充分展现了当代律师的精神面貌和运动风采，通过彼此的交流合作也加深了了解，增进了友谊。就像上海市律师协会周天平副会长在闭幕词中所说的：“ 让我们借着比赛的东风，在工作中发扬团结协作、积极进取的比赛精神，互相学习、取长补短、合作共赢，共同打造上海律师业更加美好的明天！ ”

闵行区司法局党委书记、局长金海民代表主办方为活动致开幕词，市律协理事、特邀会员工作委员会主任许强代表市律协特邀工作委员会致辞，闵行区人民政府副区长沈军出席开幕式并宣布比赛开幕。应邀出席活动的还有浦东新区政协副主席、浦东新区司法局副局长陈春兰；上海市司法局律管处处长马屹；市律协副会长陈乃蔚、黄绮、钱翊樑、周天平，市律协监事长厉明、副秘书长王旭峰以及各区司法局、律工委的领导和嘉宾。

## 赛前：奥运选手当教练

由于本次比赛的参赛队员都是来自各个律师事务所的律师，对于划龙舟多少有些陌生，出于对比赛的重视，也出于锻炼身体的目的，各个代表队在比赛前都组织了赛前训练。

9 月 1 日下午，闵行区律工委组织本区队伍前往东方绿舟水上运动中心参加龙舟赛训练。由闵行律工委文体部部长、领队高明律师带队，闵行区律工委主任许强律师、区司法局律公科科长等到场观摩鼓劲。

参赛队员们高度重视，大家放弃休息、不畏炎热、不顾日晒，全身心地投入赛前训练。通过训练，首次参赛的队员们掌握了划龙舟的正确方法，有经验的队员们也在训练中增进了技巧，力求统一节奏、齐心协力。在训练返程时，鼓手和队员们还在车上议论研究着战术，大家卯足了劲要在正式比赛中创出佳绩。

值得一提的是首次参赛的特邀会员联合队，特邀会员联合队是一支名副其实的多国部队，由来自上海电气、申银万国的公司律师以及美国贝克·麦坚时所上海代表处、法国德尚所驻沪代表处、法国基德所驻沪代表处、日本 TMI 所驻沪代表处的代表及工作人员组成。参赛队员们放弃周末休息，不畏似火骄阳，积极投入赛前训练。尽管是首次组队，但队员们在教练的指导下，克服了困难，通过反复练习，逐渐掌握了起桨落桨的要领。

特邀会员联合队的教练曾三次参加奥运会，队员们在奥运选手的指导下，熟悉了“ 起航桨” 要小幅度高频度加速，“ 大幅度划桨” 用于比赛中段，要尽可能拉伸身体加大划桨幅度，但速度不必太快、以及“ 冲刺桨” 需要兼具幅度和频度的不同桨频及适用阶段和划法。

## 长宁顽强夺冠　新队伍分列二、三

比赛当天，笔者随特邀会员联合代表队一起早早来到东方绿舟水上训练中心，队员们精神饱满斗志昂扬，队中几位女队员也已经全副武装，准备上赛场一展风采。

队员们到达赛场后，领取了统一的队服便开始热身和适应场地，与此同时，其他队伍也陆陆续续抵达了赛场，大家都表现出了极大的信心，纷纷表示一定能取得好成绩。

上午 8 时 30 分许，“ 华亭杯” 律师龙舟赛开幕仪式举行，随着闵行区人民政府副区长沈军的宣布，比赛正式拉开序幕。11 支参赛队伍身着不同艳丽色彩的运动服依次列队入场，面对观众席整齐排列。此时，运动场上响起了嘹亮的国歌，全体

起立。

东方绿舟的水上运动中心，水面开阔，风和日丽，秋高气爽。只见赛场上 11 支队伍色彩纷呈排列整齐，又见观众席上人头攒动坐得满满当当。很多律师带着家人一同前来观战，观众手里助兴的各色充气棒挥舞着煞是好看。比赛正式开始，11 支参赛队伍在工作人员的带领下登上龙舟，由码头划向起点。比赛赛程为 500 米，起点设在离观众席较远的一端，这样便于观众们观看最终冲刺的激烈场面。而划向起点的 500 米距离刚好成为了选手们的热身机会，有些队伍选择慢慢地划行以保持体力，有些队伍则不断地变奏划行继续熟悉着各种划行技巧。

比赛共分两轮，第一轮比赛 11 支队伍被分为两组比拼，第一组由虹口区律师队、普陀区律师队、静安区律师队、浦东新区律师队、黄浦区律师队以及杨浦区律师队组成。这一组的实力相当强劲，其中杨浦区律师队是上一届龙舟赛的冠军，而黄浦区律师队则是上届亚军。

比赛开始后，身穿黄色赛服的黄浦区律师队和身穿粉红色比赛服的杨浦区律师队占据有利位置一马当先，其他几支队伍也不甘示弱，紧随其后意图反超。然而上届比赛的冠亚军毕竟实力超群，在比赛进入中段之后优势逐渐增大，离终点 100 米处时，黄浦、杨浦及浦东代表队组成的领先小集团已经与其他队伍拉开将近一个船身的距离。

起初列于黄浦杨浦之后的浦东代表队在最后展示了惊人的冲刺力，从观众席上看，3 支领先队伍几乎同时冲到终点，最终黄浦区律师队以 3 分 17 秒 62 的成绩率先冲线。杨浦区律师代表队以 3 分 21 秒 23 紧随其后获得小组第二，浦东、静安、普陀、虹口队则分列 4-6 位。

第一轮第二组比赛开始了，这一组由闵行区律师队、长宁区律师队、徐汇区律师队，以及两支新加盟队伍——特邀会员联合队、美迈斯队组成。比赛伊始，长宁区律师队便确立了微弱的领先优势，而美迈斯队及特邀会员联合队则采用跟随战术，3 支队伍都不急于加速，而是互相观察对方情况，接近终点时，位于第三位的特邀会员联合队突然开始加速，无奈长宁律师队之前领先优势较大，最后屈居小组第二，美迈斯队获得小组第三。

第二轮比赛中，11 支参赛队伍被按照第一轮的成绩分为两组参赛，第一轮比赛中成绩排名前六的 6 支队伍编为一组，其余 5 支队伍编为另一组。根据本次赛事规则，比赛的最后成绩将根据两轮比赛的平均成绩排定最后名次。

首先出场的是由虹口、普陀、静安、浦东和徐汇五 5 支律师队组成的小组，尽管第一轮成绩稍稍落后，但是他们依然希望通过第二轮比赛的表现在总成绩上有所突破，激烈的角逐之后，静安律师队以 3 分 19 秒 78 的成绩在这一组中获得小组第一。

随后出场的则是实力较强的 6 支队伍，观众们纷纷翘首以盼，希望看到一场激烈的比拼。出发后，6 支队伍都不敢保留实力，一上来就全力以赴，一时出现了 5 支队伍齐头并进难分伯仲的激烈场面，5 条龙舟在水面上犹如蛟龙出水，在选手们的划动下不停向前跃进。特邀联合代表队的鼓手由于喊得太过用力，赛程还未过半嗓子就哑了，于是队员们自己喊口号保持节奏。

经过第一轮的比赛，队员们已经非常疲惫，但是大家不敢有一丝松懈，都全力以赴地划好每一桨，几乎所有队员的衣服都湿透了，可贵的是，比赛队员中还不乏女队员，她们和男队员一起奋力划桨。岸上的拉拉队也大声为队员加油，很多人冲下观众席跑到水岸边大声呐喊助威，好让队员听得到。

500 米的赛程转眼即逝，最终长宁律师队以 3 分 05 秒 20 的成绩再次赢得小组第一，而美迈斯队和特邀会员联合队分获二、三名。

最终，长宁律师队以 6 分 18 秒 74 的总成绩获得本次比赛的冠军，而第一次参赛的特邀会员联合队以 1 秒的优势领先美国美迈斯代表队终获第二名，美迈斯队获得第三名，上届亚军黄浦区律师队获得第四名，杨浦区律师队和闵行区律师队分获第五、第六名。

据了解，本次比赛最后一名的总成绩是 7 分 18 秒，而上届比赛的冠军成绩是 7 分 26 秒，成绩上的提高十分显著。

赛后，在场嘉宾为各个队伍颁发了奖杯，第四届“律动·风采”律师运动嘉年华之“华亭杯”龙舟邀请赛在观众和队员的欢呼声中圆满落下帷幕。

## 龙舟赛的前世今生

迄今为止，“律动·风采”为主题的龙舟赛已经举办了四届，第一届比赛仅有 4 支队伍参加，规模和参赛人数远不如今天。

2010 年 9 月 18 日，卢湾、浦东、长宁、徐汇、静安、闵行六区律师工作委员会联合举办了第二届“律动·风采”“融孚杯”龙舟混合团体赛和“大成”羽毛球混合团体赛。经过激烈的角逐，长宁区代表队获得“融孚”龙舟混合团体赛冠军。

2011 年 10 月 23 日，第三届“律动·风采”律师运动嘉年华在青浦东方绿舟上海水上运动中心举行。有长宁、杨浦、浦东、徐汇、虹口、静安、黄浦、闵行 8 支队伍参赛。嘉年华活动当天共吸引了八个区的三百三十余名律师参加。经过一天的激烈角逐，初次参赛的杨浦区龙舟队凭借出色的团体配合及团队精神获得了该届龙舟赛的冠军。●

司法部全国律师行业创先争优活动总结表彰电视电话会议于2012年9月18日隆重举行。吴爱英部长、赵大程副部长、政治部张彦珍主任及部有关部门领导，各省、自治区、直辖市司法厅（局）领导、律师协会、司法行政部门相关人员、受表彰的律师事务所党组织、党员律师代表等参加了表彰大会。

自2010年5月中央部署开展创先争优活动以来，上海市律师协会党委在司法部、全国律协、市司法局党委的正确领导和精心指导下，充分发挥基层党组织和党员律师的先锋模范作用，在推动科学发展、促进社会和谐、服务人民群众、加强基层组织的实践中积极作为，引导全体律师为服务社会和谐、经济发展，为服务上海世博会、“四个中心”和国际大都市建设作出了应有贡献。

在律师行业创先争优活动中，全市律师中涌现了一大批先进基层党组织和优秀共产党员。此次司法部全国律师行业创先争优活动总结表彰会上，司法部党组成员、政治部主任张彦珍在总结讲话中多次点名表扬上海律师在两年的创先争优活动中的优异表现，特别提到上海律师为上海世博会的顺利召开作出了巨大贡献。上海市律师协会党委还被司法部指定作为全国唯一一家律师协会党委介绍经验，为此盛雷鸣会长在大会上作了题为《团结带领上海市律师深入开展创先争优活动》的发言，获得高度评价；上海有12个基层党组织和32名党员律师被表彰。

聚　焦

●文/上海市律师协会

# 团结带领上海市律师深入开展创先争优活动

在上海市司法局党委的领导下，上海市律师协会认真贯彻落实中央关于创先争优活动的决策部署和司法部的总体要求，积极发挥行业协会的引导作用，把学先进、争优秀与推动律师业发展融为一体，团结和带领上海市全体律师深入开展创先争优活动，积极促进上海律师业科学发展。

## 一、充分发挥律师协会行业指导作用

创先争优活动开始后，我们迅速成立了以律师协会党委书记为组长的指导小组，制定下发了实施意见，广泛动员基层党组织和党员律师投身创先争优活动。根据活动进展情况，每年确定一个主题，进行一次动员，下发一套文件，设计一个载体，不断推进创先争优活动。一是组织开展“六个一”活动。即：组织一次党课评选、进行一次公开承诺、举办一次专题研讨、开展一系列专题评议、宣传一批典型、探索一套机制，提高创先争优活动的针对性和实效性。二是推动示范点创建工作。建立司法部领导联系点1个，上海市司法局领导联系点4个，区县司法局领导联系点50个。在各级领导的高度重视下，55个领导联系点分别被中央、司法部、上海市委表彰，成为律师行业的创先争优活动示范点。三是开展领导点评。司法局领导和协会领导多次带队对基层单位进行调研指导，带头到联系点开展领导点评，保证创先争优活动落到实处。四是加强舆论宣传。在东方律师网和《上海律师》杂志设立专栏，大力宣传上海市律师事务所和律师的典型事迹和先进经验。在闵行区司法局和上海政法学院召开现场会，用视频、展板等方式生动的展示了律师行业创先争优的成果和先进事迹。我们还开展了“党在心中”征文和“红色之旅”等活动，引导广大党员“人人学习党史，人人创先争优”，坚定理想信念、立足岗位，为党的事业增光添彩。

## 二、切实推进律师行业党组织建设

在上海市委组织部的大力支持下，健全完善律师行业党建工作“条块结合，以条为主”的管理模式，在全市16个区全部成立了律师党委或党总支，形成了市委（区委）组织部直接指导、市局党委专门指导、律协

党委具体抓的新格局。通过党组织牵线搭桥，律师事务所与全市222个司法所结对，与4837个居委会、村委员结对，为推动上海创新驱动、转型发展作出了突出贡献。注重基础建设，向社会招聘了专职党建工作者，为事务所党组织提供活动经费，对党组织负责人给予补贴，积极创建标准化“律所党员之家”，基本建立覆盖全市律师行业党建工作的保障机制。在已经形成党员管理教育基地化培训、远程化教育体系的基础上，依托浦东干部学院、一大会址、井冈山干部学院建立党员教育基地，采取开设党校律师分校、“彩信党校”、“党建论坛”等教育培训新形式，组织开展“微型党课”、“最佳组织生活”等活动，基本实现党员教育培训全覆盖。

## 三、积极服务上海经济社会发展大局

一是深入开展“世博先锋行动”。成立了以295名党员律师为主的“世博法律服务志愿团”，在世博会举办期间，每天有2名志愿者律师在律协值班接待咨询，随时参与应急处置。律协还组建了“世博志愿者工作法律顾问团”，起草、审核合同文本达4000余份，参与各类谈判和会议达600余次，为世博会的顺利举办提供了优质高效的法律服务，上海市律协先后荣获了“上海市迎世博志愿服务贡献奖”和“上海世博工作先进集体”等荣誉。二是积极参与社会矛盾化解工作。制定下发“关于深入推进社会矛盾纠纷化解工作的实施意见”，提出了20项工作措施，全面推进社会矛盾纠纷化解工作。积极组织律师参与市领导调研信访突出矛盾工作，充分发挥律师在法治政府、法治社会建设中的重要作用。完善律师参与信访接待处理的工作机制，以区县为主体，引导律师参与信访突出矛盾化解、终结、缓解工作。10位律师荣获了“上海律师调解化解社会矛盾先进个人”荣誉称号，并受到中央政治局委员、市委书记俞正声等市委市政府领导的接见。三是全面开展法律服务工作。全市律师为900多个政府单位、25000多家企业担任法律顾问，许多律师事务所扎根社区，组建专门工作团队从事社区法律服务工作，被誉为“家门口的法律顾问”。积极开展“法律服务进社区”活动，有2086名律师加入了上海市人民调解志愿者队伍，构建“开放式服务框架”，在居委会、司法所设立“律师信箱”，公开联系方式，定期电话咨询，定期上门走访，广泛开展法律咨询等“常规服务”，努力实现社区法律服务工作全覆盖。四是加强律师专业化建设。认真贯彻中办发30号文件和沪委办发16号文件，努力创造律师服务转型发展的条件，坚持办好每年的“陆家嘴”、“外滩”、“虹桥”等法律论坛，积极组织金融和航运法律服务课题调研，律师行业在先进制造业、知识产权、国际贸易、金融证券等现代业务领域中发挥的作用愈加明显。在上海迪斯尼、虹桥交通枢纽站等一系列重大项目中，都有上海律师的全程参与。上海律师业规模化、专业化、品牌化、国际化建设的格局已经初步形成。

在今后的工作中，上海市律师协会将把创先争优作为一项经常性工作，始终保持创先争优的精神追求，不断提高律师服务科学发展的能力和水平，大力推动律师事业持续健康发展，为实现经济社会的又好又快发展做出新的积极的贡献。●

### 上海荣获全国律师行业创先争优先进集体

- 北京市大成律师事务所上海分所党委
- 上海市嘉华律师事务所党支部
- 上海市捷华律师事务所党支部
- 上海李小华律师事务所党支部
- 上海市君悦律师事务所党支部
- 上海刘春雷律师事务所党支部
- 上海博和律师事务所党支部
- 上海市震旦律师事务所党支部
- 上海四维乐马律师事务所党支部
- 上海市华亭律师事务所党支部
- 上海沪港律师事务所党支部
- 上海俊豪律师事务所党支部

### 上海荣获全国律师行业创先争优活动先进个人

| | | | |
|---|---|---|---|
| 俞卫锋 | 张建国 | 韩明志 | 刘巍嵩 |
| 彭喜根 | 葛珊南 | 管建军 | 贾明军 |
| 南锦林 | 黄震尧 | 胡枝东 | 沈伟明 |
| 颜学海 | 金立宇 | 俞建国 | 董冬冬 |
| 李向农 | 应建设 | 洪　亮 | 金鹤山 |
| 张文杰 | 张军伟 | 姚丹文 | 朱广平 |
| 顾玉红 | 吴　斌 | 王天健 | 刘金涛 |
| 李　辉 | 田嘉康 | 卫根龙 | 黄亚忠 |

聚　焦　●文/市律协公共关系部

# 智慧激扬百年律师制度 青春绽放不朽法治文化

## ——青年律师纪念上海律师公会成立100周年知识竞赛系列活动举行

向前辈律师致敬！

2012年值此上海律师公会成立100周年之际，以崇敬的心情追寻历史的足迹，以坚定的信念传承前辈律师的精神，成为上海青年律师不可或缺的一堂法治理念教育课程。

市律协青年律师工作委员会历经数月的筹备，几易其稿完善方案，于2012年4月至9月倾情推出了青年律师纪念上海律师公会成立100周年知识竞赛系列活动，并在活动开展中精益求精地不断雕琢工作细节。系列活动不仅有知识竞赛的全市公开征题活动、初赛的选拔以及融趣味性和知识性为一体的决赛，更是以“传承前辈律师精神”和“他们眼中的青年律师”为主题开展了两期专题座谈会，以青春的名义，向前辈律师致敬！进一步增强上海青年律师的历史责任感、使命感，砥砺其成为中国民主法治建设的推动者、维护者。

### 创新载体浸润法治文化

如何以更为灵动的形式，丰富多彩的内容吸引青年律师了解上海律师业的发展史，关注上海律师业发展背后所蕴含的浓厚文化底蕴，积极粹取代代相传永不枯竭的精神动力，是市律协青年律师工作委员会酝酿2012年纪念上海律师公会成立100周年方案的基点与目标。经反复斟酌后，知识竞赛以其所具有的学习性、参与性、趣味性成为青年律师纪念方案的最佳选择。

青年律师零门槛参与带动优良学风。市律协青年律师工作委员会在东方律师网上提早两个月发布了本次大赛的报名通知，全市律师包括实习律师均可以参加比赛。报名的信息同步通知了各区县律师工作委员会以及全体青年律师工作委员会委员，请其带动本区的青年律师积极参赛。初赛更不拘一格地采用了开卷的形式，吸引青年律师能够投入大赛，唤起对律师业发展历史的学习研究。读书读史其实是读心读智，知识大赛本身倡导的就是以知识之光照亮青春，感知个人心灵的成长，坚守律师职业的信仰，更好地践行“爱国、法治、责任”的价值理念。

精选题目与赛场地点彰显缅怀寓意。高质量的试题是知识竞赛的基石。为广开思路，同时吸引社会各界对这段律师业发展百年历史的了解与认知，市律协青年律师工作委员会向各界人士广泛征集大赛题目，同时由张鹏峰副主任、王婉怡委员领衔了两个试题工作组同步出题，市律协公共关系部负责汇总以及校对出处，胡光主任、曹志龙副主任负责审核定稿。初赛结束后，胡光主任、曹志龙副主任、徐珊珊、张艳委员参与了阅卷工作。在决赛准备阶段，胡光主任、张鹏峰、曹志龙副主任、谭芳、张华、王婉怡委员还对小品题进行了审核，并提出了良多的宝贵意见。在决赛阶段，曹志龙副主任、孙彬彬委员担任了本次大赛的主持人。试题内容包括呼吁彻底废除外国在华领事裁判权，收回会审公廨，维护国家司法主权；抗日战争时期发起成立“救国会”，并为被捕的“七君子”辩护等，点睛了近代社会变迁中的上海律师业发展史；也包括上海律师参加林彪、江青反革命集团案件的刑事辩护工作、《上海律师》及“东方律师网”等上海律师业交流平台相继创刊和开通、上海市政府颁布《上海市律师管理办法》、两代上海律师辩论队在两项中央电视台播出的全国法律界极具影响力的专业辩论大赛上获得最高荣誉等，铭记了现代上海律师业发展闪光的大事记。本次决赛地点颇有深意地安排在了复兴中路301号大楼举行，这里曾是上海律师公会所在地。这幢久经沧桑的大楼不仅烙下了上海本土律师起源和发展的烙印，也见证了昔日上海在中国律师发展史上的重要地位，更将聆听到上海律师业进入全新时代蓬勃发展的铿锵足音。

法治小品纠错题寓教于乐。本次决赛饶有新意地引入了法治小品纠错题。来自闵行区律师工作委员会以及徐汇区律师工作委员会的青年律师为大赛精心准备了自编自导自演的《特殊的面试》和《别样的庭审》两个法治小品。青年律师们的表演亦庄亦谐、剧情内容饱满、人物性格鲜明、场景丰富多样，既有青年男律师反串阿姨式调解员让人忍俊不禁，也有将青年律师初涉职场面试时的窘迫

场景刻画得惟妙惟肖。每个小品都设计了若干法律知识纠错点，要求参赛律师具有扎实的法律功底、敏捷的反应能力，第一时间能够去伪存真，发现症结所在。令人欣慰的是参赛律师在这一环节的分数普遍较高，更有许多创新性答案，引得现场评委啧啧称叹，并给予额外加分。

## 前辈寄语饱含情深意长

“沿着前辈律师的足迹，领会律界开拓者的精神；与前辈律师面对面，开启时空的对话”。8 月 12 日下午，由市律协青年律师工作委员会主办的 “向前辈律师致敬——青年律师纪念上海律师公会成立 100 周年” 系列活动之“传承前辈律师精神” 座谈会在市律协会议室举行。

座谈会由市律协青年律师工作委员会副主任曹志龙律师主持，特别邀请了一级律师傅玄杰、第四届至第六届上海市律师协会副会长缪林凤律师、市律协青年律师工作委员会主任胡光律师担任嘉宾，不同年龄层面的资深律师与青年律师进行交流互动，追溯历史，探讨律师职业精神，职业价值等，为青年律师传道、授业、解惑。

谈起执业历程，傅玄杰律师可谓是在史良等大律师们的影响熏陶下成长，亲眼见证了中国律师制度的恢复，并谈起律师业刚起步发展时，自己锲而不舍，执着以求的历程，傅律师同时非常赞赏青年律师献身法治的精神；缪林凤律师认为青年律师应该珍惜并尊重律师职业，因为只有自我尊重，才能赢得别人对律师的尊重。

当提及如何在保证强大的脑力同时拥有充沛的体力时，已是耄耋之年的傅律师表示保持青春的秘诀在于拥有健康快乐的心态，而缪律师则坦言，简单生活就是王道。

曹志龙律师以三句话为结语：“为什么我的眼里常含泪水，是因为我对这份职业爱得太深沉。”“作为一名律师，我们要仰望星空，也要脚踏实地。”“一名青年律师，要学会做事先做人，成功先成才。”

梁启超曾言：“少年智则国智，少年富则国富，少年强则国强”。青年律师是上海律师业的希望与未来，对于当前青年律师的发展之路，了解得最透彻的莫过于前辈律师。9 月 2 日下午，由市律协青年律师工作委员会主办的 “向前辈律师致敬——青年律师纪念上海律师公会成立 100 周年” 系列活动之“他们眼中的青年律师” 座谈会在上海律师公会旧址陈列馆举行。

座谈会由市律协青年律师工作委员会副主任张鹏峰律师主持，特别邀请了第六届上海市律师协会会长朱洪超律师、首届东方大律师朱树英律师、首届东方大律师钱丽萍律师担任嘉宾，谈谈他们眼中的青年律师，并剖析执业领域的特色以及青年律师的执业前景，为青年律师未来的发展提供有益的建议。

主持人张鹏峰律师以霍姆斯的一句经典名言“法律的生命从来不是逻辑，而是经验” 引出了本次座谈会的第一个话题，请三位律师结合自己的经历和在场的青年律师一起分享“那些年，一起奋斗的岁月”。首先发言的朱树英律师笑谈自己 43 岁才从建筑业进军律师行业，较为幸运地结合了时代背景和特点，20 多年不断赶路、孜孜追求终于成为了建筑房地产行业的专业律师；钱丽萍律师则坦言性格决定命运，她从 “一本讲义走天下” 转为君和律师事务所主任的经历让在场的青年律师深深感受了巾帼不让须眉的豪气；而朱洪超律师则谈起当年曾得到韩学章等前辈律师的慧点，并和青年律师一起回味了自己从大学毕业到法律工作者再到律协会长的成长历程，一起回顾了他作为法治信仰的追求者、实践者、推动者的发展心路。

谈到对青年律师的寄语，朱树英律师强调专业和品牌是律师发展的必由之路；钱丽萍律师认为先打下广泛而扎实的基础然后找到适合自己的发展之路最为重要；朱洪超律师则希望青年律师要拥有法治的理念、专业的定位、良师与益友、成长的平台，他说首先能心怀法治梦想，因为只有内心足够强大，才能从容应

## 青年律师纪念上海律师公会成立 100 周年知识竞赛获奖律师名单

**一等奖：**雷富阳（北京天银（上海）律师事务所）

**二等奖：**周艺君（上海政明律师事务所）
孙慧婷（上海普盛律师事务所）
沈长明（上海徐伟奇律师事务所）

**三等奖：**蒋　烽（上海政君律师事务所）
刘　婧（上海市申中律师事务所）
袁凤翔（北京市华贸硅谷律师事务所上海分所）
陈　顺（上海市竞业律师事务所）
邱　捷（北京市炜衡律师事务所上海分所）
黄观洋（上海市康昕律师事务所）

**优秀组织奖：**徐汇区律师工作委员会
黄浦区律师工作委员会
闵行区律师工作委员会
（同等奖项获奖者排名不分先后）

聚　焦

●文/雷富阳

# 向前辈 律师致敬

## ——青年律师纪念上海律师公会成立100周年知识竞赛参赛感悟

一个偶然的机会使我有幸参加了“向前辈律师致敬——青年律师纪念上海律师公会成立100周年知识竞赛”。整个竞赛活动分为初赛和决赛，决赛又分为若干环节，对选手进行淘汰。整个竞赛过程既丰富多彩、生动有趣，同时又硝烟弥漫，处处是对选手反应能力、记忆力以及智力的考验。

相比竞赛的结果，我更为竞赛中学到的知识感到庆幸。弗朗西斯·培根曾经说过“读史使人明智”。通晓国家的历史可以让人产生对民族的热爱，熟悉职业的历史则可以唤起对职业的信仰。在准备竞赛的过程中，我对律师制度以及中国近代以来律师在社会中所起的作用有了一个全新的认识。这种认识让我不再人云亦云，而是对自己的职业有了更坚定的信仰。

律师制度古无而今有，中无而西有。通过陈同先生在《近代社会变迁中的上海律师》一书中细致入理的分析，我逐渐明白了律师制度是一定法律思想、法律制度的产物，它是与法治和权利不能分离的。借用陈老先生的一句话，律师制度是“伴随着对平等权利的追求和自然法的思想而产生的”。有了这些认识，律师制度的存在状况就不足为奇了。

近代以来，律师伴随着西方的入侵、领事裁判权的确立进入了中国。自律师制度在我国诞生以来，无数前辈律师为国家、民族的存亡、发展做出了无数优秀的事迹。近代中国的律师是很辛苦的，他们执业的范围很有限，能够引用的法律也常常缺位。在早期，他们更要不断应对来自外籍律师的挑战和外籍法官的蛮横对待。他们所处的社会很不稳定，在做律师营生之余还要为国家的命运而担忧、奔走。近代中国的历史上到处都留下了他们的名字。收回治外法权、五卅运动、救国联合会、“七君子事件”，这些光辉事迹的背后都有近代律师的领导和参与。

感谢上海市律师协会，让我有了这样一个学习历史的机会，使我对自己的职业有了更深刻的认识。在交流中我得知跟我一起参赛的青年律师也大都收到了相似的教育效果。

市律协的这次竞赛活动的组织体现了公平公开，具有科学性，能让青年律师在竞赛的同时有所收获。与竞赛相伴，市律协还组织了两场座谈会，让青年律师在参赛之余还有幸能与前辈律师进行交流，实令我辈受益匪浅。

最后，再次感谢上海市律协给予我辈青年律师一次生动的学习机会，也使我辈有幸在活动中结识，建立友谊。●

（作者系“向前辈律师致敬——青年律师纪念上海律师公会成立100周年知识竞赛”一等奖获得者）

对一切，而且律师本为诉讼而生，律师用诉讼的经验做好非讼业务，也可用非讼的方式做好诉讼。

张鹏峰律师以“世界是你们的，是我们的，也是他们的，但是归根结底是你们的”为寄语，给了年轻律师们莫大鼓励。

### 后辈感恩勇担时代重托

青年律师的成长，不仅需要有法律知识的积累、专业技能的提升，更要有正确的道德认知，自觉的道德养成，积极的道德实践，系怀民生的气度与胸怀。通过举办纪念上海律师公会成立100周年知识竞赛系列活动，旨在让广大青年律师不仅能从书本上了解上海律师业开拓者的创业艰辛和丰功伟绩，更能在现实生活中亲身感受到目前行业中翘楚律师的从容不迫、儒雅翩翩，追溯精神的动力。

常怀感恩之心。“前人栽树，后人乘凉。”青年律师理应珍惜并感恩前辈们经筚路蓝缕、艰苦卓绝的奋斗之后所带来的良好执业环境。作为纪念系列活动之一，青年律师工作委员会还开展了“予人玫瑰·手有余香——2012红五月感恩主题活动”，开宗明义地倡议广大青年律师发挥出青年法律人的先进带头作用，将自己的所知、所学、所长用于任何形式的志愿活动，做一件或一系列志愿服务工作，并总结期间的心得感悟，以发挥青年法律人的主动性、能动性和创造性，以实际行动展现人生价值，弘扬新风正气。在社区法律服务的窗口、在法律援助的第一线、在重大经济项目的现场……

常思奋起之志。“传统不是守住炉灰，而是热情火焰的传递。”法治文化如同一条源远流长的大河，惠泽了一代代法律人，更需要一代代青年法律人激情的注入和热情的参与，使其奔流不息，源源不断地提供思想粹质和精神动力。当前，上海律师在传统法律服务方面可能已呈饱和或过剩的状态，而与两个中心相匹配的法律服务能力尚显不足。同时，也缺乏国际性诉讼和仲裁的经验，特别是在海商海事方面经验不足。广大青年律师应利用自身善于学习的优势，积极拓展，提升自身的国际竞争力，服务社会的转型发展。

市律协青年律师工作委员会举办青年律师纪念上海律师公会成立100周年知识竞赛系列活动，不仅是为了找回历史的记忆，更是为了沉淀的律师文化背后所折射出的精神和理想。恰如分管青年律师工作的管建军副会长所言：今年是上海律师公会成立100周年的庆典之年，公会标志着中国律师在历史舞台上的璀璨辉煌。青年律师工作委员会开展本系列活动主要就是要学习前辈律师坚韧开拓的精神，了解和继承他们宝贵的精神财富，启发和引导青年律师未来的成长和发展之路。●

（撰稿人：陶丽萍　仲　峥）

张鹏峰

2007 年荣获上海市司法行政系统先进个人称号

2008 年获评闵行区十大优秀律师

2010 年荣获司法部先进个人称号

2011 年获评“2008-2010 年度上海市优秀律师”

2011 年获评“2011 年上海律师辩论大赛杰出贡献奖”

人物·优秀律师 ●文/严姗隽

# 社会突发事件的化解能手

## ——记“上海市优秀律师”张鹏峰

从公务员到律师，从宁夏转战上海，精于经济法领域，专长于公司、金融、房地产法务，经手千余起案件，其中百余起为经典案例，他是来自西北的“狼”，满怀豪气与霸气；

“莲花河畔景苑”倒楼案、“钓鱼式”行政执法案、虹桥机场噪音扰民案……临危受命，为各方排忧解难，他是处理公共突发事件的能手，有效化解社会矛盾；

带领闵行律师捧得上海律师辩论大赛的亚军奖杯，八个月赛程全程指导，废寝忘食，他是年轻律师们的“教练”，以“守望者”的姿态，为行业的传承和发展而努力；

他就是“2008-2010年度上海市优秀律师”——中夏旭波律师事务所主任、高级合伙人张鹏峰。

### 三次人生选择　从宁夏转战上海

回忆起自己的执业经历，张鹏峰律师不无感慨地说：“在我的人生中，做过三次非常重要的选择，第一次是放弃公务员工作，选择成为一名律师；第二次是放弃在宁夏律师业打下的基础，选择到上海重新发展；第三次则是选择落户闵行，创办自己的律师事务所。”

上世纪90年代，大学毕业后的张鹏峰回宁夏当上了公务员、捧起了铁饭碗。然而工作了一年，怀着对法律人的憧憬，他毅然递上了辞呈，回家准备当年的律师资格考试。“现在想想都有些后怕，我当时竟然在无工作无收入保障的前提下去参加这个考试。”

幸运的是，张鹏峰一举通过律考，取得了律师执业资格，踏上了漫漫律途。

当被问及如何度过“菜鸟”律师的学习磨合期时，张鹏峰律师笑着说：“在刚开始执业时，我也不了解律师实务，但每遇到一个案子，我都会细细钻研，将其中的每一个环节都研究透彻，不留任何死角，慢慢地，实务经验就累积起来了，同时在这细究的过程中也产生了自己的见解。”

到1998年，张鹏峰律师所在的律所已经成为宁夏地区的模范律师事务所，他本人的业务量也进入了当地律师的前三甲。在这样的当口，不满现状的他又做了一次惊人之举——前往上海发展。

此时，张鹏峰律师的妻子给了他莫大的支持，辞去自己的工作，于2000年初带着女儿一家三口来到上海。在家人的关心和帮助下，经过不懈奋斗，张鹏峰律师成功地在上海站稳了脚跟。

2005年初，张鹏峰律师决定选择闵行这片热土作为事业的第二次起飞点，发起创办了上海中夏律师事务所，2008年合并同区的旭波所成立上海中夏旭波律师事务所并担任主任。

在儒雅低调的外形气质下，张鹏峰律师内含着敢作敢当的心。当提到“来自西北的狼”时，张鹏峰律师笑得更开怀了：“这只是我这个北方人和老朋友开玩笑时的自嘲说法，借用了齐秦的一句歌词。当然，我本人也很推崇‘狼’文化中的精髓，比如狼的团队精神、狼的智慧、狼的忍耐力，这对我们律师职业有着很好的启迪。律师要把业务做精、做强，也需要学习狼的团队协作、处理问题的智慧和坚忍不拔的忍耐力。

### 精于经济法领域　经手千余起案件

杰出的业务能力是一名优秀律师的立身之本。无论是对自己的助理，还是所里其他律师，张鹏峰律师一直教导并要求他们以专业立身。执业近二十年，经办千余起案件，张鹏峰律师凭借其丰富的实务经验和专业精湛的业务能力在业内享有极高的声誉。

在公司法务尤其是投资、并购、国企改制领域，张鹏峰律师曾主办过业内具有较大影响的福建最大建材市场收购案、天津天邦超市收购案、上海造纸机械总厂破产案、中泰信托投资公司收购案、中美合资3M上海研磨有限公司清算案、中德合资上海申克试验机有限公司收购案，美资收购大隆链条公司案、丰田日野发动机有限公司收购案、上海富润房地产公司股权纠纷案、方正科技反收购案等数百个重大、疑难、复杂的大型企业并购、国企改制项目，获得了当事人的高度评价和信任。

在金融法务领域，张鹏峰律师亦具有很深的理论和实践功底，尤其在银行贷款、信用证、票据、结售汇、项目

融资、担保、不良资产处置、金融犯罪、私募基金等金融法务领域颇有研究。先后曾为交通银行、建设银行、渣打银行、民生银行、招商银行、广发银行、兴业银行、信达资产管理公司等金融机构提供法律服务，尤擅长于攻坚前沿、高端、具有挑战性的金融案件。

在房地产法务方面，张鹏峰律师同样有着丰富的业务经验，至今已主办了 260 余个房地产项目，其中近百个属超十亿元的大型项目，总标的额超过 3000 亿元人民币。如：上海国资经营公司广中路 701 号大型土地受让项目、上实集团飞虹路大型土地受让项目、“明园都市森林”土地转让大型项目、金桥兆丰大厦项目、电气集团华通开关厂大型土地转让项目、福州钢材市场大型联建项目、绿地集团康桥“海富花园”大型开发项目、虹桥商贸城烂尾楼项目、南昌大富豪地块、长沙五矿大地块、广西中铁旧城改建项目、上海最大的建材市场——杨高路建材商城的特大型在建项目等。

## 高效处理“倒楼案” 主动服务肯担当

虽然张鹏峰律师在业界的成绩早已有目共睹，但让他真正走入公众视线的，则是一系列社会突发案件的处理。

2009 年 6 月 27 日，闵行区“莲花河畔景苑”一幢 13 层在建住宅楼发生倒覆事故，随即公众对事因的探求、购房者的诉求、舆论的压力立马接踵而至。临危之际，张鹏峰律师受闵行区委、区政府之托，带领律所 20 多名专业律师组成律师团，第一时间赶赴现场接待。之后团队仅利用三天时间，便形成了事件处置的律师意见和风险评估报告，并建议区委、区政府将此案定性为民事纠纷，将政府定位为事件协调者，引导网络舆论趋于理性，协调各权利主体与开发商、托管第三方、银行、公积金中心等部门及时沟通。

张鹏峰律师团队组成现场接待、诉求登记、法律咨询、资料汇总等若干处置小组，分工协作，集体决策，累计工作超过 3200 小时，接待购房者 400 余户逾 2000 人次，最终制定出处置方案，并向社会发布。经过将近一年的努力，于世博会召开前夕，全部购房者领取了新房钥匙，震动一时的“倒楼”事件宣告圆满解决。

“要知道，突发事件本身已是一次伤害，这次伤害发生后如果再处置不当，则无异于制造了‘二次伤害’。如果说一次伤害尚有‘无法避免’的理由，那么‘二次伤害’则无论如何也难有‘尚可饶恕’的托辞。而律师在这种重压之下的主动担当，又平添了几分‘虽千万人吾往矣’的豪迈色彩！”谈起类似“楼倒倒”这样的突发事件处理，张鹏峰律师把它比喻为“在刀尖上跳舞”，虽然如履薄冰、如临深渊，但强烈的社会责任感一次次推动他在危急时刻站到台前。

“在突发事件中律师要敢于主动服务”一直是张鹏峰律师的执业理念。他解释说，一方面，律师的专业性、相对中立性、执业活动的广泛性决定了其在社会矛盾调处中具有独特作用，“可以说，处理社会矛盾、协调各方利益就是律师的专业。”另一方面，律师以第三方身份，受政府之托，运用其精通法律和擅长解决纠纷之优势，协调解决社会矛盾，也是一种新型的社会管理资源。

## 积极化解“倒钩案” 有作为才有地位

“钓鱼式行政执法案”是张鹏峰律师处理突发事件、化解社会矛盾的又一起经典案例。

2009 年 9 月，张晖以闵行区交通执法大队对其驾车载客行为作出的行政处罚决定“没有违法事实和法律依据，且程序违法”为由，向闵行区人民法院提起行政诉讼，自此拉开上海黑车“倒钩”事件序幕，随之大批黑车司机开始集中上访并采取过激行为，“张晖案”的审理再次使闵行区成为媒体和舆论的聚焦，该案的处理结果直接关系到闵行区其余上万起过往黑车案件甚至上海市 8 万余起过往黑车案件处罚结果的是否应撤销。

危难之际，张鹏峰律师带领团队以第三方身份介入案件的处理，最大限度地降低了来访者的敌意和戒备，针对事件走势进行准确分析和把握后，张鹏峰律师大胆提出“区别对待，逐个解决，有效区隔”的处置意见，围绕“取证方式不当”，以司法判决方式对“张晖案”进行了法律上的准确定性，也将该案与其他 8 万余件处罚案件进行了有效区隔，避免了连锁翻案效应的发生。

历时一年多，张鹏峰律师率领团队处理该类案件 1679 起，无一件退款；返还发放被扣车辆 134 辆，未发生任何修车补偿；成功化解 9 起群体来访事件；妥善处置了“张龙断指案”、“徐磊闹访案”等 114 个遗留案件，

最终创造了“无退款、无修车、无上访”的“三无”结果，使闵行区成为全市公认的“倒钩”事件处理最规范、最稳定、最有效的区县，获得了上海市委、市府领导的赞扬和市化解办及其他区县的高度评价。

怀着强烈的行业使命感和社会责任感，近年来，张鹏峰律师还妥善处理了虹桥机场噪音扰民事件、“359”地块纠纷案、万科诉恒大股权纠纷案等。其中，“钓鱼式行政执法事件”、“莲花河畔景苑倒楼事件”入选“闵行区大调解典型案例”，并以其影响力之大和工作成效之显著荣登“大调解成功案例”的榜首。

“现在是社会矛盾的多发期，正如狄更斯在《双城记》中所言‘这是最好的时代，这是最坏的时代’，面对突发事件，我们律师更应‘横刀立马，不教胡马度阴山’。我一直认为，身为律师，有作为才能有地位。如今，律师的社会地位仍然不高，要提高律师的社会地位，首先必须‘有作为’，而为党和政府排忧解难、化解社会矛盾、妥善处理公共突发事件和群体性事件，就是一种推动中国法治进步的‘有效作为’。”作为沪上最早参与突发事件处理的律师之一，张鹏峰律师表示，不同的律师都在为中国的法治进步而努力，而他在多年与党委、政府一路同行过程中，也通过自己的努力，以“润物细无声”的方式潜移默化地影响了政府的法治意识。

## 乐当辩论队教练　为新锐发展“守望”

2011年，上海市律师协会举办的“上海市律师辩论大赛”，成为上海律师界的一大盛事。

“要么不做，要做就要做好”，抱着这样的信念，张鹏峰律师担任起闵行区律师辩论代表队弘闵队的教练。从全市来看，闵行区法律资源不算多，在“强敌”面前，参赛的年轻律师难免“心中打鼓”，可张鹏峰律师则信心满满地告诉大家：“我们一定能进决赛。”

从小组赛到复赛，台前是年轻律师们雄辩滔滔、妙语连珠，幕后则是张鹏峰律师这位教练废寝忘食、运筹帷幄。为了兑现“进决赛”的承诺，在长达8个月的比赛中，张鹏峰律师放弃了大量的业务时间，投入了大量精力和智慧，充当好“军师”的角色。

2012年3月17日，闵行弘闵队果然站在了决赛的赛场上，虽然最终惜败于黄浦卢湾队，但亚军的成绩仍旧让闵行区欣喜不已。

当被问及为什么愿意不计回报的付出这么多去当这位“幕后英雄”？张鹏峰律师笑着说，这也是源于他的行业责任感——让闵行律师业后继有人。

说到年轻律师的成长，张鹏峰律师谈起了自己的体会：“我有三句话想送给所有的青年律师，一是‘专业乃立身之本’；二是‘要耐得住寂寞’；三是‘先做万金油，然后术业有专攻’。”

他解释说，首先，每一个青年律师都应当树立“专业立身”的意识，专业知识才是律师制胜的法宝。其次，当下社会普遍存在着浮躁和速成的不良氛围，而律师行业尤重实践，成功不是一蹴而就的，一定要脚踏实地，打好基本功，锻炼忍耐力。此外，很多青年律师一出校门，就早早地把自己定位在某一领域，这是要冒很大的风险的。青年律师初期以生存为先，各种案件都学习躬行，掌握各类基本案件操作技巧，在基本生活需求无忧之后，再结合律师自身的特色和市场需求加强某块领域的研究。

当然，对青年律师来说，更重要的是“价值观”的培养。“社会对律师行业的价值要求很高，期望这个行业能代表社会的公正和正义。每个律师都是行业的代表，都必须像爱惜羽毛一样爱惜自己的声誉，因为这也代表了整个行业的声誉。青年律师更应该对这个行业有着美好的憧憬，并坚守自己的价值底线。”张鹏峰律师说。●

信　息

# 金山区召开2012年法官与律师座谈会

日前，金山区司法局、区法院联合召开2012年法官与律师座谈会，主题是“加强诉讼引导和矛盾化解，全力维护社会和谐稳定”。区委常委、政法委书记刘其龙出席会议并作重要讲话。区法院党组书记、院长黎淑兰，区司法局局长平安兴、党委书记瞿龙平等出席会议。会议由区司法局副局长韩瑾主持。

刘其龙书记在讲话中用“选题精准、发言精彩、准备充分”12个字高度评价今年法官与律师座谈会的成效，充分肯定该区法官与律师在加强协作配合，合力化解社会矛盾、维护社会稳定方面所发挥的重要作用。

平安兴局长指出，要进一步加强律师与法官的沟通协调，为律师参与涉诉纠纷化解提供有力支持。黎淑兰院长指出，从共同推进司法改革和司法公正角度出发，要进一步促进法官与律师良性互动，规范法官与律师相互关系，建立科学有效的司法活动运行机制。

会上，法官、律师、司法所长代表进行专题交流发言。区法院、区司法局领导班子全体成员及相关部门负责人，区律工委全体委员、部分律师代表参加会议。

人物·优秀青年律师

●文/王军旗

# 律师执业过程中的几点感悟

**人物简介**

王军旗：德恒上海律师事务所高级合伙人，上海市律师协会宣传委员会委员、公司解散与清算破产研究委员会副主任，静安区青联委员；曾荣获“上海市第四届优秀青年律师”、市委市政府“世博工作先进个人”、“世博优秀律师”等称号。

作为青年律师的一员，本文谨以自己的职业经历和感悟与各位同仁一同探讨如何经营自己的律师人生。

## 一、夯实口碑　塑造品牌

如今的时代，地沟油、瘦肉精、毒奶粉、假冒伪劣产品等等问题总被一再提起，舆论的矛头时时指向这些不道德的行径。归根到底，是因为有关行业品牌被质疑因而被指责。看到类似话题的讨论时，再蓦然回首，身边的百年老店已经难以寻找，而口碑良好的百年老店更是难找，甚至有些耳熟能详的多年老店也不断传出负面新闻。

或许我们真的太需要百年老店了！一个熟悉的品牌就意味着一个放心的选择，正如每天都喝的牛奶，如果认定一辈子只喝一个品牌的牛奶，不仅是这个牛奶企业的荣幸，更是每一个消费者的荣幸。不用为选择哪一个品牌而疑惑而烦恼，那我们生活就会简单很多也精彩很多，我们能够把更多的时间用在更有意义的创造之中，也为别人创造值得信任的品牌。

回到律师职业这个话题，社会同样需要律师行业有经得起百年考验的品牌。如果一个当事人或者一群人说他

这一辈子只用一个律师，即便这个律师曾经败诉或有其他失败，但他仍然相信他的人品相信他的专业技术，这是多大的信任?!

显然，作为市场主体，律师或律所之间的竞争在如今的社会更加激烈，如何生存如何立足是摆在每一个同行面前的大问题。但我想，无论如何，律师的人品和专业技术是立足的根本，急于求成、一夜暴富都不现实，踏踏实实做好当下的事、认认真真经营自己的百年品牌才是根本。

尤其是对于青年律师，更需要在职业之初就树立良好的从业心态，我们需要逐步夯实职业口碑以树立长久品牌。或许这是个太大的话题，但这同样是一个必须关注的话题。

## 二、善待理想　促进法治

职业理想是人生理想中的重要组成部分，打理好自己的职业才能有快意的人生。做不做律师都可以去选择，我相信每个人都有一条路去谋生或致富，不必为此勉强做律师。除了特别幸运的少数人，大多数人做律师可能都不一定一帆风顺。当然，从另一个角度来说，缺少磨难的人生本身就是不完整的。既然在众多职业理想的取舍中选择了律师职业就要善待她，守候我们的理想，做好吃苦的准备，迎接收获的到来。

“你戴着荆棘的皇冠而来，你握着正义的宝剑而来。律师，神圣之门，又是地狱之门。但你视一切险阻诱惑为无物。”这是胡乔木先生对律师的评价，更是对律师职业的定位，令我辈回味无穷。社会对律师寄予厚望，赋予了这一职业高尚的使命，律师承载了人们对公平正义良知等太多的内容，想轻松胜任不大可能。我想我可能还难以胜任如此神圣的任务，但我会善待自己的理想。我喜欢做律师，这是我自己的取舍，我力争通过自己点点滴滴的努力，减少纷争，促进法治。

## 三、克服困难　脚踏实地

选择了律师这个职业，就得坚持，没有坚持不会有成就。

还记得我 1999 年初做律师助理时，还是一个刚领到律师证的“毛头小伙”。此前，我已在司法行政部门就职，但这份稳定体面的工作始终难以捕获我的热情，不到三个月，便辞职进入家乡一家小有名气的律所。因为我从一开始就知道，自己难以享受安稳无忧的生活。

远没想到的是，年少时对律师职业的美好憧憬，却在践行律师实务的过程中遭受了近乎毁灭性的打击。案源、法律技术、客户沟通、与司法实务部门的交往等等都和我理想中的模式有着天壤之别，饶是我对待工作再细心负责，仍走得跌跌撞撞，举步维艰，更无法挥走的是从心底泛出的那股挫败感。但是，我没有选择放弃，我总是倔强地认为，阳光总在风雨后，做好每一件小事定能做好大事。

不是每个律师都有机会总能做大案要案，这无法强求，但是执业过程中尤其是执业之初，一定要珍惜每一次做案件的机会，力争把小的事情做完美。记得第一次开庭前，为确保万无一失，我拟好自己的发言后，用录音机录下来，反复听，给自己找错误。一句话一个词，反复斟酌，一字一句都了然于胸之后，才肯上庭。时至今日，这种“自虐”式的工作习惯仍有痕迹，对于比较复杂重要的案子，为了保持更加良好的精神状态，前一晚，我会住到法院附近，这样也能准备得更充分。

## 四、注重技巧　理性对抗

没有对抗精神的律师可能并不是一个好律师，但是总是对抗的律师可能同样做不好律师。我们身处的社会还不够完美，法律制度建设以及司法环境的改善还需要法律人较长时间的奋斗，我们需要对抗以体现法治和尊严，我们也需要和谐以避免不必要的矛盾和成本。

作为主要从事商事争议解决业务的律师，或原告或被告，我只能站在一方的立场去履行维护当事人权益的职责。但是，对抗并不总是绝对的，追求胜诉的结果以体现法治的精神是律师职业的固有含义，但为当事人取得利益最大化的效果同样是律师职业的定位。胜诉有时候并不能解决全部问题，甚至可能带来更多的冲突。我们在接受当事人委托的案件时，首先要分析胜败的可能性，同时还要分析和解双赢的可能性，当和解时机出现又有双赢局面时，应在征得当事人同意后及时把握时机，充分利用个案机会实现企业、个人与社会的多赢局面。当然，必须要说的是，做一个没有原则的和事佬是万万不可的。

## 五、平衡利德　有取有舍

律师是社会治理中十分重要的一个环节，主要通过法律的手段去促进社会良好秩序的构建和贯彻。和大量的当事人直接交流，是沟通法与人的纽带之一。最大程度维护当事人的合法利益是法律赋予律师的神圣职责。律师作为法律职业共同体的组成部分，其主要职业价值之一是通过每一个个案来实现法律的恰当运

用。这个职业，承载着维护社会公平正义等职业使命，我理解这是这个职业的终极价值取向，当然，律师职业还具有一定的商业属性，但是决不能因追求执业活动的商业化，而偏离其终极价值取向。在两者之间寻求适当的平衡点，使得律师对经济利益的追求和对公共利益的伸张之间保持一种适度的平衡，是律师职业定位的中心问题。

我们目前所处时代的法治水平还处于逐步完善阶段，现阶段还不是一个法治成熟的社会，在这个特殊时期，社会各个领域都可能存在着各种各样的问题，律师行业也不可能一枝独秀、一帆风顺，有一些问题也可能积重难返，解决起来也难以一蹴而就。

无可置疑，建国以来，律师行业得到了令人欣喜的长足发展，同时也存在不足之处。现在社会上存在着对律师行业的一些消极看法，认为部分律师的价值观和行为方式不太恰当，对律师行业造成一些负面印象。比如，拿人钱财，与人消灾。作为法律专业工作者的律师，我们必须了解我们该遵守的职业道德和法律法规的禁止性规定，这是底线，“有所为有所不为”，应该成为律师执业过程中的共同准则。

乐观向前看，乐观向前走。先做好自己，通过解决个案中体现的想法和行为，引导客户，从而影响整个社会的风气。从一点一滴做起，关注社会道德，关注弱势群体，关注社会发展过程中的每一个重大事件，并且积极参与奉献，用法律专业优势去控制风险，去完善规则，积极参与社会活动，同时也丰富律师更深层次地构建服务社会的方式。这是我们行业生存与发展过程中必须长久关注的话题，需要我们继续努力。

以上为我这十多年来做律师的一点感悟，我相信一定有不成熟的地方。但，路还长，我们来日方长，有机会再叙。●

区县特写

●文/金山区司法局 金山区政府法制办

# 发挥法律顾问团作用 助推区政府依法行政

1997年10月21日，金山区在全市率先推出骨干律师担任区政府法律顾问举措，开启了金山区政府法律顾问制度新的一页。时隔十年，2007年金山区成立了首届区政府法律顾问团，自此，政府法律顾问工作由单兵作战转向团体协作，由单一的诉讼代理转向全方位的法律服务。法律顾问团成立以来，坚持围绕中心、服务大局，利用专业优势积极为政府各项工作出谋划策、排忧解难，成为金山法治建设一道亮丽的风景线。2007年以来，金山区政府法律顾问团共接受法律事务委托百余项，参加区领导信访接待245次，参与接待来访群众631批次4404人，其中集体来访221批次3735人。

## 认真履职获佳绩

政府法律顾问团组建以来，紧紧围绕政府关注、群众关心的问题，充分发挥法律顾问团专业优势，全面介入经济社会发展各领域，做到经济社会发展到哪里，法律服务工作就跟踪到哪里。如今，在重大项目的讨论论证、区领导信访接待、重大矛盾纠纷的调处中，都能看到法律顾问团律师忙碌的身影。

（一）提供优质法律服务，推进政府依法行政。根据政府工作实际需要，金山区坚持好中选优的原则配齐配强政府法律顾问，聘任的法律顾问团律师不仅具有良好的专业知识，还有丰富的实践经验，通过提供书面法律论证意见、参加现场协调会等形式，为区政府和有关部门提供优质、高效的法律服务。如顾问团律师曾对建设海岸线、围海造地建设项目提供法律咨询和出具法律意见书；顾问团律师周仁昌曾代理区政府参与诉讼，多次参与征地拆迁工作协调会，出具社会稳定风险评估报告等，为政府部门提早预防和依法解决矛盾纠纷发挥好参谋助手作用。

（二）参与重大矛盾调处，积极维护社会稳定。针对新形势下维稳工作的要求，区政府法律顾问团能够从大局出发，牢固树立社会责任感，积极参与各类群体性纠纷和突发性事件的解决，为维护社会稳定献计出力。如2008年7月28日，突发两名安徽阜阳籍儿童在金山区中央大道滨水生态区的景观湖畔嬉戏时不慎落水事件，虽经救援人员全力搜救，两名儿童仍不幸遇难。此事件被《解放日报》、《上海青年报》等多家媒体报道，在社会上引发广泛关注。事发后，溺亡儿童家长多次到区政府要求解决问题。顾问团的周仁昌、杨雪元、李武康律师从“保稳定、促和谐、迎奥运”的高度，立即建议进行证据保全，在及时查明案件事实基础上，提出处理意见，并全程参与了事件的调处过程，为最终迅速化解纠纷作出积极的贡献。

（三）参与区政府信访接待，推动信访事项化解。金山区成立法律顾问团之初，就推行成员律师参与区领导周四信访接待制度，充分发挥律师懂法律、善调解的专长，引导信访人通过合法途径解决涉法信访问题。如在接待漕泾讨薪工人代表、山阳拆迁村民代表时，顾问

区政府法律顾问团成员戴慧娟律师(靠窗右二)陪同金山区委书记杨建荣同志(靠窗右一)参与区领导信访接待当事人。

团律师积极配合区领导疏导缓解来访群众的过激情绪,认真解释相关的法律法规和政策规定,使群众弄清了解决问题的途径,有效防止了矛盾激化。又如在接待购房者代表和养殖户代表时,顾问团律师当场进行正确引导,指出解决问题的方法,并在事后多次进行免费非诉讼调解,最终促使事情得到圆满解决。另外,在信访接待中,律师还积极为区领导决策提供法律建议。2010 年 7 月,汪灏、周仁昌等顾问团律师参与了市领导联系区县推进信访矛盾化解工作,为金山卫镇国贸市场经营纠纷、吕巷镇生态林土地征用等信访案件出具法律意见书。2010 年 8 月,区司法局推荐 2 名顾问团律师担任区信访核查终结工作听证员,至今共参与完成 6 件信访事项核查终结工作,得到区信访办的高度肯定。

2012 年 1 月 19 日正逢周四信访接待日,四川籍来沪人员邓某等一行 10 多人群情激愤地来到区信访办讨要说法,原来邓某亲属黄某在上班时被搅拌机绞死,邓某等人向黄某所在单位枫泾某公司索赔 120 余万元,被用人单位拒绝,遂来到区信访办信访。当天汪灏律师陪同区领导接待,并受命协助有关部门处理此事。汪灏律师经过认真梳理,发现问题的主要症结在于双方对黄某死亡性质认定不一,黄某亲属认为应适用人身损害赔偿标准,而用人单位认为应适用工伤赔偿标准。随后两天汪灏律师马不停蹄奔走在死者亲属、用人单位及相关职能部门之间,一方面同镇司法所设法稳住死者亲属的情绪,另一方面听取职能部门意见,确定黄某死亡性质属于工伤致死,并疏导死者亲属通过调解方式解决问题。在汪灏律师和相关职能部门的共同努力下,黄某家属终于和用人单位达成协议,同意按工伤赔偿标准进行赔付 60 万元。一起群体性上访事件在区政府法律顾问团律师的积极参与下,得到了有效解决。

(四)参与专题法制讲座,提高干部法律素质。为了提高各级领导干部依法办事的观念和能力,顾问团律师充分发挥各自专业优势,积极协助区政府各部门进行法制宣传教育,参与针对各个层面领导干部的法律知识培训活动。如汪灏律师为金山区处级领导干部轮训班作了题为《依法行政 以案说法》的讲座;周仁昌律师为金山区村党组织书记专题培训班作讲座;陆增贤律师为镇妇女干部讲解与妇女维权工作相关法律法规等。

(五)深入开展调查研究,服务经济社会发展。为推动金山区经济社会又好又快发展,顾问团律师主动开展调研,认真分析总结发展中遇到的问题,并向区府领导提出高质量的建议,将相关事项的法律风险在可能的范围内降到最小,有力地促进了依法行政。如汪灏律师经过认真调研,就金山招商引资中投资合同管理,向区政府法制办递交了《关于在金山确定工业用地前期开发主体后加强投资合同管理的意见》,并根据有关法律规定制定了投资协议格式,被区政府领导采纳在全区推广应用,规范了金山区的招商引资行为。汪灏律师还结合自己的思考,撰写了《农村土地流转市场简论》刊登在《上海律师》2011 年第 4 期。

## 规范严谨促提高

站在取得的成绩面前,金山区政府法律顾问团工作并没有就此止步,而是将其作为冲向更高目标的起点,走上了一条科学化的发展轨道。在区委、区政府的关心支持下,在区司法局和政府法制办的联合推动下,金山区以《法律顾问团工作规则》的制定和实施为抓手,不断推进政府法律顾问制度的规范化、制度化建设,努力将政府法律顾问团这一资源优势用足用好。

金山区政府法律顾问团自 2007 年组建以来,积极为政府依法决策和攻克难关提供法律支持和服务,做了大量富有成效的工作,得到了区委、区政府的充分肯定。2011 年 6 月,区委办、区府办印发了《关于进一步发挥律师在法治政府法治社会建设中重要作用的实施意见》,要求组织律师积极参与政府法律顾问工作;2012 年 5 月,区政府下发《关于进一步推进依法行政的实施意见》,要求加强法律顾问团工作,建立重大行政决策合法性审查制度。

两个《实施意见》的出台,对推动金山区政府法律

2012年6月6日金山区委常委副区长姬兆亮对区政府法律顾问团提出要求

2012年6月6日区政府法律顾问团会议

顾问团工作的发展指明了方向，创造了机遇。为落实两个《实施意见》的规定，区委常委、副区长姬兆亮对加强区政府法律顾问团的规范化建设和作用的发挥作出明确指示，要求不断完善政府法律顾问团制度建设，做到以制度建设促管理、出成绩。对此，区司法局、区政府法制办负责同志多次进行专题研讨，并充分听取区律工委的意见和建议，认真总结以往工作中所取得的成功经验，深入查找存在的突出问题，以规范化建设和制度创新为中心，共同研究制定区政府法律顾问团工作规范。经过仔细研究、认真讨论、反复修改，形成了《金山区人民政府法律顾问团工作规则》（以下简称《工作规则》）初稿，《工作规则》于2012年5月25日正式出台。

《工作规则》包括工作机构、工作职责、工作制度、工作纪律、附则等五方面内容，是对《实施意见》的补充和细化。《工作规则》和两个《实施意见》一起构成了金山区政府法律顾问团工作规范体系，使政府法律顾问工作做到有章可循，有制可依，步入制度化、规范化管理轨道。尤其是《工作规则》的出台，不仅为金山区政府法律顾问团发展史记下了浓墨重彩的一笔，而且走在全市各区县前列。《工作规则》的规定较之以往工作实践有了以下三个方面的发展：

（一）法律顾问团的工作方式进一步完善。2007年金山区组建了首届政府法律顾问团，运作模式为区司法局根据律师专长，为每一位区政府领导配备一名法律顾问，按照区政府领导要求提供相应的法律服务。在这种模式下，法律顾问团律师间的协作配合较为松散，团队作用发挥受到一定限制。对此，《工作规则》明确由区政府法制办统一负责法律顾问团律师的聘任和任务的指派，区司法局则负责法律顾问团律师的推荐和日常管理工作。这就把政府法律顾问团真正纳入团队化运作模式，为充分发挥每一个律师专长，增强整个团体的凝聚力和战斗力创造了条件。

（二）法律顾问团的行为规范进一步明确。区政府法律顾问团组建以来，为区政府进行科学决策和处理重大问题作出了积极贡献。但因长期以来没有制定成文的行为规范，实践中法律顾问团律师多是按照行为习惯来开展工作，一定程度上影响了顾问团律师的责任落实和作用发挥。对此，《工作规则》首先规定了法律顾问团的工作制度，包括年会和专门会议制度、信息通报制度、政府法律事务统计制度等；其次规定了法律顾问团的工作纪律，包括禁止行为、回避规定、解聘条件等。通过健全和完善行为规范，努力提升顾问团服务法治政府、法治社会水平。

（三）法律顾问团的权益保障进一步落实。政府法律顾问团组建之初，顾问团律师提供的大部分法律服务是无偿的，即使有一些收入也是象征性补偿，顾问团律师可以说是义务为政府服务，但单纯依靠政治觉悟和奉献精神难以建立顾问团律师为政府提供法律服务的长效机制。对此，自2011年金山区开始设立法律服务专项资金，用于支付顾问团律师的工作报酬。《工作规则》进一步强调将顾问团经费纳入区政府部门预算予以保障，并按照专款专用原则进行开支，保障了政府法律顾问团各项工作的顺利开展。

## 明确重点谋发展

金山区政府法律顾问团工作经过5年的发展，已初步形成了具有金山特色的工作机制，并为2012年新一届区政府法律顾问团的发展、创新奠定了坚实基础。

2012年6月6日，金山区新一届政府法律顾问团聘任仪式在区会议中心隆重举行，区委常委、副区长姬兆亮出席会议，并为新一届法律顾问团成员汪灏、沈人类、杨雪元、田嘉康、戴慧娟、朱锦飘等六位律师颁发聘书。姬兆亮副区长指出，区委、区政府非常重视法律顾问团工作，成立区政府法律顾问团既是推进法治政府建设、依法行政工作的需要，也是发展经济的需要。姬兆亮副区长就进一步做好法律顾问团工作提出要求：一是坚定正确政治方向，进一步增强维护社会经济秩序、社会稳定的大局意识和责任意识；二是发挥专业特长，重点做好经济发展、城市建设、社会稳定、推进政府依法行政等四个领域的法律服务工作；三是遵守律师执业操守，坚持依法办事；四是区政府法制办、区司法局要为顾问团律师履行职责做好服务工作。

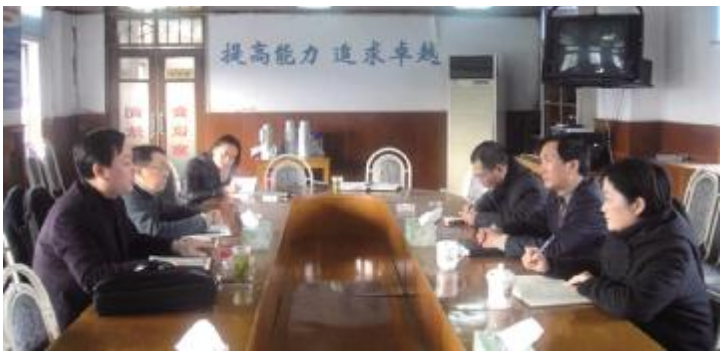
为落实区领导的要求，区政府法制办、区司法局、新

一届区政府法律顾问团经过认真研究，提出要将新一届顾问团工作与贯彻落实5月24日市司法局《关于在全市律师队伍中开展社会实践教育活动的实施方案》有机结合，通过开展社会实践教育活动，引导新一届区政府法律顾问团律师进一步增强对中国特色社会主义的政治认同、理论认同、感情认同，增强坚持走中国特色社会主义道路的自觉性、坚定性，进一步增进同人民群众的感情，进一步增强做中国特色社会主义事业建设者、捍卫者的责任感和使命感，切实在全区律师中起到带头作用。为此，明确了今后三个方面的重点工作：

（一）继续加大政府法律顾问团的工作力度。紧紧围绕区委、区政府中心工作，充分发挥政府顾问团参谋助手作用，为推进依法治理、服务经济建设、维护社会稳定等提供全方位法律服务。在这一过程中，区政府法制办要为法律顾问团律师了解区情创造良好的条件，拓展顾问团律师对重大事件判断的前瞻性和预见性，便于顾问团律师积极履行职责，主动开展工作，预防重大决策法律风险，做好事中法律服务。另外，政府法律顾问团要认真做好涉法信访接待工作，积极参与应付突发事件和社会风险的处理工作，有效疏导、分流处理化解矛盾纠纷。充分发挥政府法律顾问团在政府法律事务处理中的事前预防、事中监督、事后补救作用，不断提升政府依法行政工作水平。

（二）切实提高司法行政机关指导顾问团工作的能力。指导、监督管理律师工作和法律顾问团工作是区司法局的工作职责，对新一届区政府法律顾问团，一是增强指导工作的针对性。定期组织顾问团律师开展工作交流，对顾问团律师进行社情、区情的培训教育，引导顾问团律师紧紧围绕党委政府的工作中心、社会的热点、难点问题等方面提供法律服务。二是增强沟通协调工作的主动性。发挥好桥梁纽带作用，积极主动地与政府相关职能部门沟通协调，为法律顾问团开展工作提供便利条件。三是增强宣传法律顾问团工作的实效性。大力宣传政府法律顾问团的功能和作用，彰显顾问团在律师行业的引领作用，树立金山区律师队伍的良好形象，推进金山区律师队伍建设和律师事业的健康发展。

（三）大力加强新一届区政府法律顾问团自身建设。一是不断提高顾问团律师政治思想业务素质。引导律师深入学习社会主义法治理念，牢固树立大局意识、责任意识和服务意识，注重加强业务知识学习，及时了解国家大政方针政策和立法的前沿动态，不断完善知识结构，提高履职能力，为党政机关提供优质高效的法律服务。二是完善和落实顾问团律师的业绩考核机制。对顾问团律师的工作业绩定期进行考核，对顾问团律师的服务质量进行监管，对不宜从事顾问团工作的律师及时进行调整。三是建立健全各种动态管理机制。严格落实顾问团工作规则，完善工作秘密保护机制、接受委托事项的利益冲突审查机制等，对于工作成绩出色的顾问团律师个人，予以表彰奖励。●



2012年2月2日金山区司法局与金山区政府法制办研讨区政府法律顾问团工作

律师参加“三下乡”大型法律咨询

历年来拥有政府法律顾问数量最多的群成律师所

上海“全国优秀律所”巡礼之四

●文 / 上海虹桥正瀚律师事务所
栏目组稿人:贾明军 iamingjun@iamlawyer.com

# 集全所之力，提供最佳法律解决之道

上海虹桥正瀚律师事务所（以下称“虹桥正瀚”）创立于1994年，是上海第一批合伙制律师事务所之一，2003年由原上海市虹桥律师事务所与原上海市正瀚律师事务所（1998年设立）合并后，更名为上海虹桥正瀚律师事务所。经过18年的辛勤耕耘与敬业专注，虹桥正瀚现已成为上海市居于领先地位的综合性律师事务所之一，同时也是国内少有的实行纯粹“公司化”管理模式，并实现诉讼与非诉讼业务完美结合的律师事务所。正是基于一直以来的卓越表现，虹桥正瀚被上海市律师协会评为“上海市优秀律师事务所”、“上海市十佳律师事务所”，并于2011年1月，被中华全国律师协会评为“2008-2010年度全国优秀律师事务所”。

虹桥正瀚能有今天的成功，决不是偶然的。

## 一、立足长远，坚定不移地走公司化之路

作为国内少数实行纯粹公司制管理模式的律师事务所之一，虹桥正瀚志高存远，致力于成为一家伟大的律师事务所。无论选择多么艰难，过程中存在多少阻力，虹桥正瀚全体合伙人一直践行一体化公司制的管理模式。虹桥正瀚根据银行金融、建筑房产、并购重组、资本市场及重大商业诉讼等主要业务板块，设立了金融部、房产部、公司部、诉讼部、市场部等一级部门，并由业内资深合伙人出任部长，从平台到制度上全面实现了人员专业化、部门一体化、工作标准化及资源共享化。

虹桥正瀚全体合伙人、授薪律师及律师助理均实行薪资制，彻底告别了律师各自为战或以经济利益维系各律师间关系的模式。事务所实行统一收案，统一分配案件，业务创收归事务所统筹的制度。项目（案件）进入事务所后，将会由管委会下辖的业务委员会根据客户不同的需求或服务项目涉及的不同业务领域，从各业务部门中遴选在专业、经验等方面最具优势的合伙人及律师，组成针对性的服务团队。通常一个服务团队至少包括1名合伙人，1-3名资深律师，1-2名拥有律师资格的律师助理和1名秘书。这样的安排充分发挥了每位律师及助理之专业优势，使每个项目（案件）都由最合适的律师团队办理，从而最大限度体现了事务所团队服务优势，确保客户的委托目的得到最大程度的实现。

虹桥正瀚早在设立之初就意识到，律师队伍的质量与经验是虹桥正瀚长期稳定发展的基础和保障。在“以人为本”的指导思想下，虹桥正瀚长期以来一直从国内外著名法学院校的毕业生中选拔优秀人才，并注重在实践中进行培训和培养。经过十数年的倾力培养与优秀人才引进，虹桥正瀚当前的大多数合伙人及律师，或是拥有海外法律专业学位和海外法律服务工作经历，或是担任过国内知名大学法学院教师和企业高层领导，或是长期从事某个业务领域律师工作的资深律师。

正是依赖这样一支精心打造的专业、负责、稳定的律师团队，该所多年来一直在为众多客户提供高度专业、品质精细的法律服务，并赢得了客户的广泛称誉。近年来，虹桥正瀚先后被上海市司法局评为“上海市文明律师事务所”、“司法系统先进集体”，并荣立集体三等功，连续两年被国际著名行业杂志《亚洲法律杂志》评选为“发展最快的十家中国律师事务所之一”等。

## 二、诉讼与非诉讼优势完美结合，为客户提供一站式法律服务

随着全球经济的加速融合及中国经济的持续发展，虹桥正瀚一方面不断巩固在房地产、金融和商事诉讼仲裁等领域业已取得的传统优势，另一方面也紧跟经济全球化和服务专业化的新趋势，在外商投资、兼并收购、资本证券等领域取得了显著的成就，逐步成为一家能提供

一站式、全方位法律服务的大型综合律师事务所。

在诉讼业务上，多年来，在承办大量高端争议案件过程中，虹桥正瀚秉持诚实守信，客户至上，挑战极限，保留完美的理念，积累了大量的成功经验，被誉为“高端争议解决专家”。据统计，2009 年虹桥正瀚曾代理上海高院一审商事案件 6 件，约占该年度上海高院一审商事案件的 40%。2011 年，上海最大争议标的、高度疑难复杂的一件商事案件也由虹桥正瀚代理。虹桥正瀚有 8 名律师、顾问担任仲裁员，7 名合伙人、顾问曾经是高、中级法院的资深法官，他们精通商事法律，深谙重大、疑难商事案件的处理之道。在他们的带领下，虹桥正瀚培养了一支专业的诉讼律师队伍，在重大商业诉讼特别是金融、房地产及投资诉讼服务方面形成了专业特色。虹桥正瀚每年都会承办大量数亿甚至数十亿元标的案件，在高端争议解决法律服务领域，具有领先的成功经验。

在金融法律业务领域，虹桥正瀚现已是业内领跑者之一，在银行金融行业非诉讼领域具有领先优势与丰富经验。目前，虹桥正瀚的银行业务客户包括央行、中外资商业银行、融资租赁公司、信托公司、投资银行等金融机构，提供的服务涉及金融机构日常运作的各个领域，从为多家银行总行量身定制全套标准化合同文本，到银团贷款、并购融资、不良贷款处置、跨境业务、境内外联动贷款、衍生品交易、私人银行、债务融资、融资租赁和信托业务等等。

在公司法律业务领域，虹桥正瀚公司业务律师为众多国内大型金融、地产、医药、制造业、能源矿产、商业、服务业领域等集团及企业提供过重组、并购、私募投融资服务；代表众多境外客户在境内设立外商独资企业、中外合资合作企业及代表处；同时也为许多企业客户提供了诸如增资、股权转让、清算及变更董事、经营范围、组织形式等公司治理层面的法律服务。

在资本市场业务方面，由于近年来中国金融行业蓬勃发展带来的契机，虹桥正瀚的一些企业客户希望能在境内外证券市场上有所作为，同时另一些上市公司客户在规范治理、信息披露及投融资方面又存在较多的法律需求。在此背景下，虹桥正瀚积极开拓资本市场业务，以帮助企业客户实现境内外上市夙愿，协助客户充分借助证券市场，更好地突破企业发展瓶颈。与此同时，虹桥正瀚也为众多上市公司的日常治理、信息披露与投融资提供优质法律服务。

在房产建筑业务方面，虹桥正瀚自设立之初就是一家在建筑房产法律服务领域具有传统优势的律师事务所，早在 1997 年就开展了房地产专项法律服务，是国内最早开展房地产建筑法律服务的律师事务所之一。在十多年的执业历程中，虹桥正瀚为一大批大中型中外资房地产企业提供了大量的建筑房产方面的法律服务，并拥有一支经验丰富的资深律师团队。他们从事房地产法律服务十多年，不仅拥有深厚的法学理论功底和扎实的实务工作经验，还精通房地产建筑、建筑工程管理、工程造价等专业知识，能在法律服务实践中向客户提供更宽视野的专业法律服务，提供建设性和可操作性的服务方案，协助客户实现各类商业目标。正是因为在房产业务上的专业表现，2011 年 10 月，虹桥正瀚被评为“2010 年度上海十佳不动产律师事务所”。

另外，虹桥正瀚与政府机构、专业部门及与相关高等院校保持良好的工作关系，能够根据客户的要求，在项目服务、诉讼代理等方面提供全方位的、深入的法律方案、法律建议、诉讼策略等，还可应客户的要求，根据立法趋势，有预见性地为客户提供相关政策信息。同时，虹桥正瀚与香港、新加坡、欧洲、北美等地的知名律师事务所也保持着长期的协作、合作关系，能为客户的海外业务提供全方位的法律服务。

## 三、坚持价值观建设，营造团结、积极的企业文化

虹桥正瀚的愿景是致力于成为一家伟大的律师事务所，它应是行业的楷模，客户的终身事业伙伴，员工实现生命价值的舞台，其不应只是提供法律服务，而应与客户共同创造未来。虹桥正瀚的价值观是：“示人以真，正直诚信；团队合作，坚持共赢；持续改善，臻于完美；回报社会，承担责任”，并以此作为全所人员必须共同遵守的道德准则。

虹桥正瀚认为，企业不是机器，员工不是零部件，虹桥正瀚应该是一个拥有共同梦想并为之共同奋斗的团队。员工的驱动力并非来自压力，真正的动力是他们心中的梦想及对实现梦想的不懈追求。虹桥正瀚在为客户提供优质高效法律服务的同时，也力求关心和支持每位成员，为每位成员提供发展和提高的机会及必要的支持，如事务所每年会定期针对合伙人、律师、律师助理举行数次业务与素质等方面的培训，使每位成员与虹桥正瀚共同发展和进步，实现自己的人生价值和追求。这种文化也是虹桥正瀚能够得到不断发展的保障性源动力。

为营造虹桥正瀚良好、和谐的律师文化氛围，虹桥正瀚长久以来坚持了合伙人每周定期碰头制度，利用每周五的午餐时间，讨论一周中遇到的相关管理事项和项目问题，或互相分享专业知识与资讯信息，或通过讨论以确定开展律师文化建设的指导思想、工作重点和相关措施，对虹桥正瀚的律师文化建设活动进行全面的安排和部署，从而提高了开展活动的计划性和有效性。●

法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞　yuexuefei@vip.sina.com

# 关注《民事诉讼法》的新亮点

本期主持:施莉珏　上海市嘉华律师事务所
嘉　　宾:徐澜波　上海社科院法学研究所研究员
　　侯荣康　徐汇区人民法院法官
　　罗　兴　上海市嘉华律师事务所

## 重大修改涉及七个方面

**施莉珏**:2012年8月31日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过了关于修改《中华人民共和国民事诉讼法》的决定,备受瞩目的《民事诉讼法修正案(草案)》在几次修改之后,终于获得了通过,草案一共六十条,将在2013年1月1日起施行。我们可以看到,此次修改是民事诉讼法自1991年民诉法颁布实施以来第二次修改,但与2007年局部修改不同,此次的修改涉及民事诉讼领域各种制度,应该说是一次大修,今天,我们非常有幸地请到了上海市社会科学院的徐澜波博士、上海市徐汇区人民法院侯荣康法官、上海市嘉华律师事务所罗兴律师来共同解读民事诉讼法的修改给我们带来了哪些最新的变化,将会对民事诉讼带来怎样的影响?首先,我们先来看看此次民诉法有哪些重要的修改。徐博士,作为一名民事诉讼法的资深学者,是否请您先来为我们大致介绍一下此次民诉法的重大修改内容?

**徐澜波**:2011年10月24日,全国人大常委会法制工作委员在第十一届全国人大常委会第二十三次会议公布了民事诉讼法修正案的草案,其后经过向社会公开征求意见以及几次修改之后,形成了目前修正案。从修正案的内容来看,主要可以概括为以下七个方面:

1、完善诉讼调解衔接机制,增加了诉前调解的程序。2、进一步增强和保障当事人诉讼权利,比如包括增加公益诉讼制度、完善了保全制度、确立了裁判文书公开制度以及强化说理性的要求。3、完善当事人举证制度,此次规定将司法解释中的规定纳入了民事诉讼法的正式规定,将一些司法解释中不甚明确的内容上升到了法律高度。这方面内容非常详实,包括促使当事人积极提交证据,对于举证的时间和强制性规范做了进一步明确,同时,民事诉讼法第一次将鉴定证据可以质证进行了规定,原来的鉴定结论显然没有明确的实质质证内容,往往是鉴定什么结论,法院就怎么裁判。此次民事诉讼法修正案正式增加了当事人质证和当事人委托专家质证,是此次民事诉讼法的一大亮点。4、完善简易程序。包括设立小额诉讼制度、扩大简易程序适用范围、进一步简化审理程序,方便诉讼,提高效率。5、强化对民事诉讼的法律监督。包括增加监督方式、对于社会上争议较多、群众关心较多的虚假诉讼进行了法律上的首次规定,可以说是填补了这一法律上的空白,一定程度上可以达到震慑虚假诉讼的目的,对虚假诉讼的仲裁非常有利。同时,这次的修改扩大了监督范围、强化监督手段。6、完善审判监督程序。包括完善再审审级规定、完善申请再审检察建议或者抗诉程序、完善了审理的时限的规定,增加了检察院的主动抗诉内容,这也是法律上的一大亮点,我们应当予以高度重视,显然这样的规定是有利于检察院对于法院的法律监督,更好地保护当事人的合法权利。7、完善了执行程序。执行程序前两年修改过一次,但是此次修改吸收了前两次修改的内容,包括强化执行措施、制裁逃避执行行为、加大对拒不执行的惩处力度等。

## 更加公平地保护了诉讼权利

**施莉珏**:听了徐博士的分析,结合修正案的内容,我们不难发现,此次修改的力度和范围都很大,可以说是贯穿了民事诉讼的方方面面,那么作为民事诉讼程序中最为关键的一个部门——人民法院来说,此次修改,会给法院带来什么变化呢?是否请侯法官给我们做一个介绍?

**侯荣康**:这次民事诉讼法的修改,对于人民法院的审判带来了新的挑战,为当事人进一步行使和处分自己的诉讼权利提供了更为完善的制度保障,更好地保护了当事人的诉讼权利。

从立案阶段的小额诉讼,到审判阶段的举证质证,再到裁判文书的制作说理以及裁判文书公开等等方面

都进行了较大幅度的创新。公益诉讼的制度也给法院的审判带来了新的指导方向，并且也给法院的审判和调解工作指明了新的思路。

此次民事诉讼法的修改，从立案的管辖，证据的审核、质证、采信、法院判决之后的救济制度，都做了比较详尽的规定。我这里详细谈一谈民事诉讼法修改过程中非常亮眼的一个修改，就是对于虚假诉讼的惩治。

目前，在构建社会主义和谐社会的背景下，整个法院系统在处理民事纠纷时都比较注重调解，对于诉调对接方面以及一段时间出现的虚假诉讼和虚假调解，在民事诉讼法修改了之后确实点中了要害，这方面最为突出的是目前常见的“手搀手”的诉讼、“手搀手”的调解，在法院审理案件中应当给予极大重视。这种虚假诉讼、虚假调解不仅破坏了司法体系的完整，更是突破了社会的道德底线、破坏了诚信体系。在提倡调解下，当事人在案外如有利害关系，而其本身为了对抗第三人的合法利益，通过虚拟债务、或者他们所称的“技术处理”，到法院来进行诉讼，或者诉讼之后通过法院组织调解，以虚构债务或者虚假诉讼的方式制造债务，使得第三人的合法利益无法获得实现。法院目前审理过程中无法破译这种当事人之间的默契和合作。当审判法官具有一定的业务能力以及较强的责任心，在诉讼或者调解过程中通过蛛丝马迹能够明察秋毫其中的虚假成分，有可能会避免错案，有可能会避免案外人的合法权利受到侵害。比如，公司之间的债权债务纠纷，可能债务人会利用合作伙伴之间的默契，制造一些虚假的债务，使得本身可以兑现的合法债权无法实现。又比如假离婚，通过夫妻之间婚姻关系的解除，通过离婚后“净身出户”规避债务。还有甚者，诉讼中确实有真的离婚，但是为了使配偶少分共同财产，当事人也会通过与案外人之间制造夫妻关系存续期间的共同债务，来达到少分、不分夫妻共同财产的目的，使得合法配偶的财产权利遭受了非常严重的损害。还有一种较为典型的是，房产公司与自己员工签订虚假的房屋买卖合同，通过这种方式，向银行套取房屋贷款，然后到法院诉讼，声称员工买了公司的房子，实质是房产公司自己购买了自己的房子，目的是为了套取银行的贷款，此种情况下，作为善意的银行就很难兑现自己的债权。

在虚假诉讼和虚假调解的现象日益严重的情况下，一方面民事诉讼法对于这方面的修改是一个法律上的亮点，填补了这方面的空白，但是，如何依法裁判仍然是我们法院的重大课题。而民事诉讼阶段制造虚假案件或者作伪证的惩罚力度不够，没有达到法律应有的权威性和强制力，所以修改后的民事诉讼法在贯彻和实施过程中，一方面要给妨碍诉讼、作伪证、制造虚假诉讼的当事人严厉的惩戒、一方面要给案外的第三人救济途径。而庆幸的是，案外人如果发现有虚假诉讼情形的，可以在知道或者应当知道的六个月内向人民法院提出诉讼，即使有生效的判决书、裁定书、调解书，也可以主张其合法权利，此次修改的民事诉讼法给了案外第三人这样的权利，可以说是非常及时。

## 有利于律师为当事人更好维权

**施莉珏**：侯法官从法院审判者的角色出发，解读了民事诉讼法修正案中新创设的几个重要制度，同时也非常

本期主持:施莉珏

嘉宾:徐澜波

嘉宾:侯荣康

嘉宾:罗　兴

详尽地介绍了此次民事诉讼法修改过程中最为亮眼的虚假诉讼的惩治制度。确实,民事诉讼中的新制度给法院带来了新的挑战,今天,徐博士和侯法官从一个学者和一个司法裁判者的视角为我们解读了民事诉讼法的修改。相信新的民事诉讼法给法院带来了挑战,一定也会给律师带来挑战,那么同时,我相信也会带来机遇,那么作为民事诉讼中另一重要角色,我们的律师是怎么看待这次民诉法的修改呢?您对民事诉讼法修改是否也有一些独到的见解可以与我们一起分享一下呢?

**罗兴**:通读了民诉法的正式修正案,作为律师来说,从法律的修订中,发现了新的机遇,也给我们带来了为当事人维权的更好方式,比如,公益诉讼。另一方面,修正案也解决了我们律师在办理案件过程中的遇到的诸多难题,那么,我就从这两个方面谈谈我的看法。

首先,我想谈一下公益诉讼的问题。在民事诉讼法修正案颁布之前,在南京就出现了一位消费者,从银行取款一万元无故被吞,在寻求银行帮助的过程中却遇到了障碍,被告知需要两天左右才能处理。而心急如焚的这位市民便急中生智,谎称自己取款三千却从取款机中吐出了五千元,结果银行的工作人员在不到两小时的情况下维护自己的权利。作为消费者这样一个群体,维权的难度非常巨大。再比如说,针对一些食品安全问题和环境污染的问题,在原来的司法体系下,我们无法通过诉讼来保护公益权利,而只能通过群体性事件进行抗议,不仅不利于和谐社会的构建,更将导致社会的不稳定,例如前一段时间在启东发生的日资企业环境保护问题的群体性事件,可以说是缺乏公益诉讼的一个直接后果。从公益诉讼制度来看,在以往无法通过个案、具体维权诉讼维护的公益权利,往往我们的民众只能通过微博、网络等方式来寻求救济,但是,这样的救济方式却不一定是最为有利的方式,而在公益诉讼制度建立之后,我们可以通过明确合法的方式维护权利,更可以通过法院判决这样一个具有高度权威性的方式获得权利的救济。公益诉讼制度的建立必然将会在司法审判过程中出现很多经典案例,这些案例很有可能将带给我们的立法者进一步完善立法的依据,同时使得消费者维权、食品安全问题、环境保护问题不再是社会矛盾的突出方面,可以进一步将这些诉求纳入司法审判的体系,往往能够使得这些矛盾得到更为有利的解决。作为律师的一份子,我看到了一个新的机会。

侯法官给我们解读了民诉法创设的新制度,那么我就来谈谈民诉法修正案对于一些既有制度的修改和完善,同时对于以前民事诉讼中暴露处来的老问题,修正案也有了很大程度进步。

1、立案难的问题,民诉法修正案明确了人民法院对于不立案的救济措施,比如在立案不能获得法院允许的情况下,法院必须在 7 日内作出裁定,而对于裁定当事人可以上诉,这就解决了立案难的一个大问题,以后立案可以明明白白了。

2、申诉难的问题,民诉法此次修改大大完善了审判监督程序的内容,关于同案不同判等等现象可以通过检察院的监督得到救济,而上海检察院的民行监督更是对于此次民事诉讼法修改的最好践行。

3、以鉴定代审判问题,刚刚徐博士也谈到了这个问题,我想鉴定意见的质证是非常难能可贵的一个制度创设,当事人可以对于鉴定意见进行质证,更可以委托专家进行质证,对于鉴定代审判的难题,鉴定的质证方式更进一步细化,民事诉讼法确实向前迈出了一大步。

4、执行难问题,此次新的诉讼法的修改特别强调了执行过程中的法律监督以及对于拒不执行人的惩罚

措施,我想执行问题以后应当可以发生大的改善,更进一步保护了当事人的合法权益。

民事诉讼进行了大范围的修改,在之前未规定的地方进行了修改,对之前已经规定的内容进行细化,我想这样一部能够进一步细化和规范的法律的出台,彰显了民事诉讼法的进一步完善,并也显示了民事诉讼法的公平和公正性。

## 有些方面尚需进一步细化规范

**施莉珏**:谢谢罗律师,看来大家对于此次民事诉讼法的修改都有很多看法,六十条修正案的数量是巨大的,三位嘉宾给出的意见也非常宝贵,其中反馈的制度创新、制度改良都是前所未有的。但是,从另一角度,三位对于民事诉讼法的六十条修正案是否还有一些其他的建议可以与我们一起分享?

**徐澜波**:我学习了民事诉讼法的修正案的全文后,我有几个想法可以与大家分享,希望大家可以一同探讨。

首先,我想谈谈诉调对接程序。此次民事诉讼法的修改确立了诉讼调解对接程序,是一个进步,但是诉前调解的程序性的规定是不足的。或者说诉前调解是一个什么样的程序,定性是什么样的好像不太明确。比如,当事人本来愿意调解,后来在调解过程中不愿意了,当事人的后果是什么,没有呈现,具体的程序性规定不太完整,无形中确实增加了法院的负担。

第二,我想谈谈鉴定问题。鉴定原来作为一种证据,是一种非常特殊的证据,往往基本无法质证。但是,目前的鉴定结论修改为鉴定意见,赋予了当事人质证的权利,不质证就达不到证据认定的效力,这点非常好,但是这并不是对于鉴定意见的救济,这点我想以后我们在具体适用中,要做出明确区分。

第三,我想谈谈小额诉讼问题。小额诉讼一般理解为简易程序的一种,只是对于标的额有一个明确的标准。既然作为一个明确的程序,是否区别于简易程序和普通程序,而成为一个单独的程序,还是仍然是简易程序,仅仅是赋予了一个标的额的要求,显然不明确。例如,如果小额诉讼进行到一半发现无法审判下去,案件非常复杂的话,是继续审理还是转为简易程序或者普通程序。作为一个独立的程序,必须具有一定的识别性,应当有不同的法律后果,而目前的规定好像确实没有给我们明确的答案。国外的一些规定,可以给与我们更为重要的借鉴,我的意见是应当可以作为一个明确的、独立的程序。

最后,我想谈谈公益诉讼。公益诉讼是本次诉讼法修改的最大亮点,但是制度的设计是作为当事人一节的。往往造成一种误解,公益诉讼成为了一种新的主题,但是,从分类上,其实仍然是法人的一种,并无创新。但是,实质上公益诉讼解决的是利害关系,而不是当事人的问题。我想这应当解决的是利害关系对于诉的本质的概念,这样对于法院裁量应当有更大的帮助。

**侯永康**:我认为,诉讼法实质上是对于实体法的保护,我想对于诉权的保护我们要提高到非常高的高度。因为诉权是我们必须尊重的,而实体法和程序法都是对于当事人权利的保护。从民事诉讼法来说,对于当事人诉权的保护我认为可以更进一步。比如案由的规定,这个就不是某一个法官能够断定的,完全可以在立案案由的规定上降低门槛。同时诉讼过程中,有新出现的可以作为新案由的情况,完全可以进行宽容对待。比如,诉讼过程中发现公证文书有问题,而当事人却没有发现或提到,法官完全可以在诉讼中提出来进行合并审理,当事人完全可能无法获悉,或者无法理解公证文书的效力问题对于诉讼请求的影响,此时,法官应当给予指导。

另外,我认为在公益诉讼方面,应当给予更为宽容的对待,比如我们的律师在公益诉讼中做出的努力非常可贵。我认为公益诉讼的提起主体完全可以赋予更为宽泛的地位。

关于鉴定意见,我想关于鉴定意见的质证程序是否可以做进一步的细化和规范。

而诉讼中的调解程序和诉调对接程序中当事人反悔,但是其中的当事人陈述是否能作为证据,当事人反悔后如何继续进行诉讼,我想还是没有解决,期待进一步的司法解释能够明确上述的问题。

**罗兴**:我非常同意两位的意见,公益诉讼应当允许公民个人提起。不应当限制公民个人的诉权,以保持民事诉讼主体之间的诉权平等。这样,既可以有效遏制其侵害事实的发生,又有利于伸张社会正义,鼓励公民见义勇为。因此,建议将“公民个人”也纳入公益诉讼的主体。

民事诉讼都要涉及到诉讼费用。公益诉讼往往涉及诉讼标的都比较大,诉讼费用也相应的比较多,且又具有公益性,因此,在诉讼费用的交纳上,不应当采用预收制,而应当采用裁判后计收。并且,为了支持公益诉讼,如果原告胜诉,还应当将原告的律师费、鉴定费、误工费、食宿费等因诉讼所发生的必要费用,都要纳入诉讼费,由侵害方承担。如果原告败诉的,应当全部免除案件受理费。

在民事诉讼法中仅有一条关于公益诉讼的规定,显然不具有可操作性,有关公益诉讼中对知名和不知名的受害人的公告告知、受害人诉讼权利的主张和放弃、生效裁判中赔偿金额的分配和支付、诉讼费交纳的特殊性等等事项,也应当给予明确。●

(**本文内容根据录音整理,为嘉宾个人观点**)

共筑和谐 ●文/易 明

# 律师事务所要积极发挥在法治建设中的重要作用

近年来，上海市公民律师事务所在唐公民、殷畹秋、金永红等律师的带领下，充分发挥在担任政府法律顾问、参与化解突出信访矛盾、开展社区法律服务等方面的重要作用，为推动法治政府建设、服务社会民生作出了一定贡献。该所连续四届被评为上海市文明单位，2010年被评为上海市司法行政系统先进集体，2008-2009年、2011年获评区法律援助工作组织奖，2011年被评为浦东新区“两新”党组织先进集体。

## 一、以人大代表、政协委员身份积极参政议政

公民所主任金永红律师是上海市第十三届人大代表，每次参加人大会议，他都精心准备提案并积极发言。由于提案结合了他多年的办案实践，内容贴近社会民生，引起了《青年报》、《新民晚报》等各大媒体的关注与报道。2011年11月24日，金永红律师参加了上海市委书记俞正声主持召开的信访工作座谈会，会上他分析了信访工作面临的严峻形势，提出做好信访工作一方面要树立政府威信，正确引导信访人，贯彻“公正诚信”的价值取向；另一方面必须加大信访终结力度，做好信访听证工作，并提出了六个意见：一是思想认识要提高；二是听证程序原则上要充分公开；三是主持人应让信访人充分陈述观点；四是信访责任单位应有高度的责任感，必要时建议聘请律师代理；五是听证地点应相对固定，既方便百姓，又保证安全；六是对社会效果较好的听证会，应予以宣传。俞正声书记对金永红律师的发言表示赞同，并对律师参与化解信访矛盾工作给予高度评价：律师经过调查分析，结合有关法律法规提出的意见，对指导处理信访问题的作用是任何人都不可替代的。

公民所的律师具有高度的政治责任感。唐公民律师历任南汇区、浦东新区政协委员，唐海英律师历任南汇区第三届政协委员、浦东新区第四届政协委员，殷畹秋律师曾当选为上海市第十一届人大代表和上海市第八次党代会代表。他们重视人大代表、政协委员的身份，积极参政议政，依托法律专长提出了一份份关乎法治建设与社会民生的提案议案，许多提案议案被确定为政府“要件”采纳。如唐公民律师提出关于尽快完善临港地区法制建设的提案；唐海英律师提出重视浦东新区人文历史渊源、保护开发名人故居的建议等等。

## 二、当好政府法律顾问全力化解信访矛盾

多年来，唐公民、殷畹秋、金永红律师担任了南汇区、浦东新区政府法律顾问，参与区委区府主要领导的大接访，协助调查解决各类重大行政、民事及经济纠纷。如唐公民律师接受区领导的委托，在调查一件举报侵吞国家资产案中，通过向工商局等有关单位作细致的调查取证工作，获取了128页证据材料，出具了法律意见书，为领导依法处理问题提供可行性方案和建议。区领导对唐公民律师的工作充分肯定，多次在不同场合给予表扬。

近年来，公民所还作为第三方积极参与信访突出矛盾化解工作，切实履行好律师的政治责任与社会责任，为党和政府分忧、为百姓解难。2010年，公民所承办信访案8件，2011年承办信访案14件。对办理的信访案件，公民所主任和党支部书记亲自挂帅，组建工作小组，做到每件案件有人抓，每位参与律师都认真听取当事人和知情人意见，并查阅了大量资料，为化解信访矛盾尽心尽力，获得了新区信访办的肯定与当事人的信任。如在处理涉及航头鞋厂144名工人的群体性劳资纠纷中，殷畹秋律师和闵慧红律师仔细调查案情，宣传法律法规，努力做好企业和职工的思想工作，最终为工人追回了拖欠的工资款，平息了纠纷。

## 三、与街镇结对积极开展社区法律服务

公民所与万祥镇、航头镇、新场镇签订了“双结对”协议，积极为群众提供优质的法律服务。为做好社区法律服务工作，公民所组建了三个“双结对”工作小组，分别由金永红律师、唐公民律师、殷畹秋律师担任组长，各小组每周派律师到结对的镇司法信访综合服务窗口值班，利用服务窗口平台开展义务法律咨询，帮助协调化解信访矛盾，引导信访人通过法律途径解决矛盾；同时对疑难矛盾进行调查分析，向有关部门提出法律建议。每逢律师值班日，前来法律咨询的群众络绎不绝。公民所律师还配合司法所，参与社区调解、提供法律援助及协助开展安置帮教等工作。近半年来，公民所共派律师到窗口值班59次，参与处理矛盾纠纷121件，接待群众咨询489人次，取得了良好的社会反响。●

# 法眼法语

我的败诉 ●文/陈浩榕

栏目组稿人:葛珊南 gsn888@vip.163.com

# 不动产盗窃行为无法入罪
## 致民刑法律冲突效果负面

随着社会经济及法制建设的不断发展，不动产盗窃行为无法入罪这一情况所引发的法律问题及社会问题已日益凸显,笔者以自己代理的一起案例为样本来作些剖析。

### 一、案件判决凸显法律尴尬

龚某名下有一套位于本市浦东新区的房屋,登记的产权人为龚某一人。2008年,龚某之子伙同朋友丁某窃取龚某的户口簿,然后利用龚某的户口簿,以挂失龚某身份证的方式重新领取了龚某的身份证，又以挂失的方式领取了龚某的房产证。随后龚谋之子冒充龚某,与丁某一起至公证处办理了委托丁某出售房屋的公证委托书。至此,龚谋之子及丁某获得了出售龚某房屋所需的全部材料,即:龚某户口簿原件、身份证原件、房产证原件及公正委托书原件。

而后,龚某之子及丁某将房屋委托中介挂牌出售。买受人王某通过中介看到该房屋的出售信息后,即通过中介与丁某取得了联系。王某审查了龚某的户口簿、身份证、房产证及公证委托书原件,并亲自至房屋内查看,房屋内当时系由一租客居住。

王某按房屋买卖合同支付了全部房款,而后丁某将该房屋过户至王某名下。

龚某之子及丁某取得房款后均用于归还赌债。后因王某与龚某联系租客租金事宜,龚某发现房屋已被出售。龚某随即向公安机关报案，并向法院起诉王某,要求认定房屋买卖合同无效。

龚某之子及丁某被公安机关抓获后,以合同诈骗罪于2010年4月被定罪,刑事判决书同时认定王某为合同诈骗案的被害人。龚某起诉王某房屋买卖合同无效一案，一审法院于2011年9月判决房屋买卖合同无效，且王某不适用善意取得,应涤除房屋贷款后向龚某返还房屋。

当龚某向法院起诉买受人王某要求认定房产买卖合同无效后,王某委托笔者作为本案代理人。笔者接受委托后,在第一次开庭审理时即向法庭提出了丁某的行为属于表见代理及王某属于善意取得的代理意见。但就在本案第一次开庭后,丁某及龚某之子被公安机关抓获,本案也因该刑事案件而中止审理。

在刑事案件作出前述一审判决后,本案即恢复审理,龚某将刑事案件一审判决书作为新增证据向法庭提交,并主张基于该刑事判决认为王某系刑事案件被害人,故房产买卖合同无效。而笔者作为王某代理人虽在之后的庭审中向法庭提供了包括证人出庭作证形式在内的大量证据用以证实王某的整个买房过程已充分尽到了审慎义务且无任何过错,故应属于善意取得,但法庭最终还是认定因丁某的行为属于刑事犯罪，故本案不适用善意取得,并由此作出买卖合同无效的判决结果。

### 二、民刑冲突导致把握失衡

基于以上的案情及判决,我们不禁要问:王某为何不能依据善意取得获得房屋呢?根据《物权法》第106条规定,受让人只要符合“受让的善意”、“合理的价格”及“合法的登记”这三个要件,就可以认定善意取得不动产。但本案中法院又为何没有适用该条法律规定呢?细想之下可发现，由于刑事判决在时间上先于民事判决,导致了民事判决根本无法再适用《物权法》关于善意取得的法律条款。

陈浩榕:上海市协力律师事务所律师

首先,由于刑事判决认定王某为合同诈骗案的被害人,并要求龚某之子及丁某向王某返还赃款。这一判决实质上已经认定王某因未取得房屋,所以遭受了财产损失。而王某为何没有取得房屋,刑事判决没有说明,实质上也无法进行说明。

从合同诈骗案被害人的特征来看,一定是在犯罪行为中遭受实际财产损失的。如未遭受实际损失,则只能说明其在犯罪过程中“被骗”,而非“被害”。这是在诈骗类犯罪中一个基本的认识。

那么本案中的王某是否遭受了实际

损失呢？要判定王某是否遭受损失应当依据民事法律而非刑事法律。《物权法》第106条就是判定王某没有遭受损失的最好依据。但遗憾的是，刑事判决并未能考虑《物权法》关于保护交易安全的善意取得制度的规定，而是简单地认定王某因为被骗取了购房款而遭受了损失，进而认定王某为合同诈骗案的被害人。

其次，如再细究，我们可发现，龚某之子及丁某两人的行为其实属于典型的不动产盗窃行为，而正是因为不动产的盗窃行为无法定罪入刑，从而导致了刑事判决只能认定龚某之子及丁某构成合同诈骗罪，否则龚某之子及丁某两人将面临无法定罪的尴尬局面。既然只能认定两人构成合同诈骗罪，那么自然也就只有王某能被认定为被害人了。而民事判决正是受到了刑事判决认定的影响，无法再适用善意取得。因为一旦民事判决再适用了善意取得，则将非常明显地与刑事判决相矛盾，如判决认定王某因善意取得已获得房屋所有权则意味着王某并未遭受损失，遭受实际损失的将是龚某，这将对刑事判决结果造成根本性及颠覆性的影响。

## 三、司法缺陷带来负面效应

有人提出法院不适用善意取得可能是基于丁某并非通过合法的方式取得代理权，故不符合善意取得理论中的无处分权人，笔者对此不能认同。实践中对无处分权人确实有相应理解，一般指：承租人、保管人、共有人、代理人等。但这些理解主要是基于《合同法》关于合同无效的规定而产生的，本案中丁某是否通过合法方式取得代理权并不是适用善意取得制度的法定要件。且笔者以为，当法律理论解释法条时，关键在于符合该法条的立法本意。而善意取得制度的实质在于保护无过错第三方的交易安全。

纵观全案，上述刑民法律及判决上的相互冲突和相互迁就并非是因为在该领域缺乏相应的成文法律，深层次的原因是因为刑事司法实践在不动产盗窃方面的空白以及对于《物权法》不动产善意取得制度在司法实践中缺乏必要的指导所致。而这样的法律冲突所带来的社会影响也将是非常巨大的。

第一，本案的民事判决实质上否认了《物权法》关于不动产善意取得制度的有效性，其对于成文法适用的否认，必然影响全社会对法律指导及评价作用的认识，从而影响法律在社会中的公信力。

第二，本案的民事判决将对整个房地产交易市场的安全性带来极大的冲击。目前，有很大一部分的房产交易是通过委托代理人进行的。而经过公证的委托书是买受人判断代理人真实性的最重要的依据。本案的民事判决彻底打破了这最重要的可信依据，从而使得日后的房地产交易市场无任何安全性可言，即使是与产权人本人交易，亦将面临产权人本人被他人冒充的巨大风险。

第三，本案的民事判决将造成对各方义务及责任分配的不公平及不合理。就本案来看，龚某及王某确实都是无辜的受害方。但从自身义务的角度来看，王某在整个购房过程中已经穷尽了在现行法律框架下所有的可行的合法行为及义务。而龚某是否又穷尽了所有能保护其财产安全的行为及义务呢？当然，我们不能苛责任何一方是否存在过失。但从对比两方所尽的义务及所需承担的责任可看出，本案的民事判决确实存在不公平及不合理之处。

## 四、解决之道其实有章可循

本案确实是民刑法律冲突所导致的一个典型案例，而造成这一切冲突的根源就在于不动产的盗窃行为无法入罪。在刑法理论上对于不动产盗窃的争论也屡见不鲜。那么，不动产盗窃行为入罪在司法实践中是否可行呢？笔者认为，在目前的法律体系之下是完全可行的，以下从两个方面作一简要论述：

第一，如何确定不动产盗窃的既遂、未遂与犯罪预备。

目前刑法理论通认的盗窃既遂认定是“失控说”加“控制说”。即盗窃行为人实际控制了财产，而被害人实际失去了对财产的控制。那么，对于不动产盗窃而言，又如何认定“失控”与“控制”呢？

笔者以为，由于不动产不可移动性这一有别于其他动产类财产的特性，因此，将产权登记是否变更作为被害人是否失控是具有合理性的。一旦被害人名下的房产登记因行为人的犯罪行为被变更，则可认定被害人已对不动产“失控”。而行为人能将被害人的不动产权利登记进行变更，即可视为其已“控制”了不动产。虽然这一“控制”有别于其他盗窃中对财产的控制，不具有持续性，而具有瞬时性。但以此作为认定“控制”的依据同样具有合理性。因为根据《物权法》的规定，不动产的权利以登记为准，故将是否进行变更登记作为确认犯罪是否既遂具有法律依据及合理性。

由此而及，如果行为人已取得变更不动产权利人登记所需的全部材料及要件，但尚未办理变更登记，则可认定为犯罪未遂；如行为人尚在准备变更不动产权利人所需的材料，则可视为犯罪预备。

第二，认定不动产盗窃，是否会对社会公众的安全性造成影响？

在司法实践中，有不少人认为如果不动产可以盗窃，则民众在日常生活中可能产生不安全的恐慌，因为不知何时自己住的房子就会被偷了。加之现在房产价值极高，房产被盗可能会对个人乃至整个家庭的生活造成巨大甚至是毁灭性的打击。但笔者以为，法律的一个重要目的及作用在于公平地保护全体社会公众，如果认定不动产盗窃可能引起对权利人的风险，那么，因为不认定不动产盗窃而引起的对不动产善意取得制度的否定就会引发对房屋买受人的风险，就如本案中的王某。

再者，认定犯罪行为的目的并非是要对公众造成风险，而是为了更好地保护公众，能够有法可依地切实、公平地保护每一名社会公众的合法权益。同时，在明确相应的法律规定后，可以更有效地加强各个相关部门的监管及责任，如公证处、房产登记机关，从而真正促进法律对每个公民的公平保护。●

视　角

●文/王敬友

# 重视传统与现实冲突的婚姻特点 正确处理好客观合法的婚前财产

诚如（美）埃德加·特登·海默所说的“法律是一个带有许多大厅、房间、凹角、拐角的大厦，在同一时间利用同一盏探照灯照亮每一间房间、凹角和拐角是极为困难的，尤其当技术知识和经验受到局限的情况下，照明系统不适当或动力不完备时，情形就更是如此了。”这句话用于对婚姻法司法解释（三）出台以后各种社会反响的评价，正是恰如其分的注解。

根据有关部门统计，2010年我国各级法院审理的离婚案件达到1,164,521件，在民事案件中占有相当大的比例，而且离婚案件正在呈现出逐年上升的趋势。社会经济的发展使人们的生活水平有了质的提升，也改变了很多传统的观念意识，各种西方国家的思想在中国社会中快速传播和蔓延，其中也带来了拜金主义、享乐主义等不良思想，使人们过分追求物质享受。越来越多的人改变了传统的婚姻价值观，逐渐由原来的以情感为参考标准变为以物质财富为参考标准，由此而引起的婚姻纠纷和社会问题正在不断挑战着民众的道德底线。因此，重视传统与现实冲突的婚姻特点，正确处理好客观合法的婚前财产，对“修身，齐家，治国，平天下”，促进社会稳定，家庭和睦具有重要的现实意义和实践价值。

## 一、追根溯源看轨迹　与时俱进求适应

（一）人民翻身得解放，婚姻自由废枷锁。1950年颁布的第一部法律就是《中华人民共和国婚姻法》，该法针对当时的实际情况，确立了基本原则，废除了包办婚姻和买卖婚姻。

（二）改革开放解禁锢，离婚观念须正视。随着改革开放的发展，人们的思想观念也发生了前所未有的变化，特别在婚姻家庭观念方面，人们更趋开放，一些人更多地追求个性的自由和解放。1980年婚姻法，修改了结婚条件，提高了法定婚龄，扩大了家庭关系的范围，规定了离婚条件。

（三）经济生活多元化，家庭矛盾复杂化。之后，企业转换经营机制，向市场经济迈进，原来大量企业单位约束的组织人，演化成受市场波动影响的社会人。2001年修正后的婚姻法，增加了许多新内容，如夫妻应当互相忠诚；禁止家庭暴力；增设了无效婚姻和可撤销婚姻；明确了夫妻个人财产的范围；增加了离婚后父母对子女的探望权等等，尔后出台了两个司法解释，对一些条块作了进一步的补充和解释。

（四）贫富差异更突出，产权归属纷争多。改革开放出生的一代年轻人步入婚姻家庭，婚姻家庭呈现出更为复杂难以理清的关系，他们在接受改革开放的新观念、新思想、新成果，在接受新的时尚元素的同时，有些人也吸收了一些糟粕，行为超前，道德滑坡，责任心丧失等等，这些给社会带来了一系列安全隐患。针对现实婚姻家庭纠纷中多样性的问题，国家及时出台了婚姻法司法解释（三）。

## 二、传统和现实在冲撞　感情与义务在失衡

（一）生活方式新变化，婚姻关系新模式。在短短50多年的时间里，中国人经历了三次婚姻变革。过去，人们遵从同样的模式选择伴侣，走同样的阳光道路，过同样的幸福生活，犯同样的错误。而今天，人们力图显示自己的个性，不愿意再承载过去旧式婚姻的繁重义务；更排斥外力的影响，强调个人的感受和感情的结合；它追求更高的婚姻质量，因而变得更难以达到理想的状态。

“丁克”家庭的出现被认为是新婚姻革命的一大明显信号，它明显颠覆了以往人们对于婚姻的普遍认识——婚姻必须包含生育和养育后代的义务。个人的自我体现在婚姻中被一再地强调，而婚姻的社会化功能却被弱化了。他们有独立的工作和交际圈，不希望自己的生活质量下降，并在婚后也保持同样的生活习惯。他们不能容忍那种一直延续到上世纪90年代的传统婚姻生活：一旦结婚，两个人就缩进自己的小房子，天天买菜做饭，一天花4个小时以上做家务，有社交活动必须双双出席。一种简约主义开始在新的家庭中流行，家务被尽量精简，外出吃饭和雇佣小时工省下了大量的家务时间。而一项没法节约时间的家庭工作：照看孩子，被慎重的年轻人一再延后。

（二）传统内涵在消失，婚姻演变

更纯粹。在上世纪80年代，孩子和父母可能一直生活在同一个城市，孩子就在这个城市接受教育，然后顶替父亲的工作，他们也许就在父母的居所结婚，然后共同生活很长时间。而今天，一些子女从高中毕业以后，就前往异地求学，然后是异地就业。离开了父母的子女更难在婚姻问题上取得父母的帮助，从住所到帮忙介绍对象，到帮忙抚养下一代，这使他们的婚姻问题更加困难。在新的婚姻中，强调婚姻中个人的感受和感情的结合，与传统的婚姻相比，变得更不可预知和不稳定。

（三）网恋闪婚新兴起，婚姻稳固失基础。现代社会的开放，网络的兴起，使恋爱交往方式丰富多样。以前不可想象的在恋爱期间同居和性的随意满足竟然习以为常。恋爱期间，各种欲望的张扬，金钱、地位等多种因素错综复杂影响的同时，感情却失去了安身之地。婚姻成为不可预知和不稳定令自己不确定，也对对方感到不确定。

## 三、应运而生“解释三”公平保护财产权

（一）意志反映法理性，瞬息万变不离宗。任何一项立法都是该国人们意志的反映，是以现实的物质生产、物质交换的物质关系为前提的。西方马克思主义学者柯尔施指出：“法的关系正像国家的形式一样，既不能从它的本身来理解，也不能从所有人类精神的一般发展理解，相反，它们根源于物质生活关系。”

基于现代物质生活水平的提高，房产的不断增值，离婚诉求中房产的所有权裁定难而制定的，它将“婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，按照婚姻法18条第3项的规定，视为对自己子女的赠与，该不动产视为夫妻一方的个人财产。由双方父母出资购买的不动产，产权登记在一方子女名下的，该不动产则认定为双方按照各自父母出资份额按份共有，但当事人另有约定的除外”。使司法机关在处理纠纷时有了统一的裁量尺度和标准，从而促进了马克思主义一贯强调的男女平等、公平和正义。家庭关系是人与人之间的关系，当家庭成员互敬互爱，其乐融融，谁也不会去计较财产在谁名下，由谁使用，只有在家庭冲突发生时才有了矛盾，所以，它体现了日常生活行为规则的法律化，是规范冲突的准绳。

（二）针对时代新特点，以人为本定规制。近十年来，信息技术的突飞猛进，高尖端技术运用到了各个领域，家庭是社会的细胞组织，家庭也随着社会的发展，有了新的变化，多种社会力量的作用使人们的婚姻观念和行为呈现多元化价值取向。个别男女结婚的目的不是为了彼此营造好一个家庭，而是觊觎彼此的财产。还有相当一部分人缺乏应有的责任心，将婚姻视为儿戏，草率结婚，草率离婚。而当事人双方因离婚而涉及的与婚姻有关的问题如财产分割问题、子女抚养和探望问题等纠纷也会随之而来，在家庭财产分割难的背景下，司法解释（三）是现实的呼唤和时代的需求。

（三）司法理念当前瞻，指导实践更积极。当代美国法律哲学家博登·海默指出：“任何值得被称为法律的制度必须关注某些超越特定社会结构和经济结构相对性的基本价值，在这些价值中，较为主要的有自由、安全和平等”。随着信息和科学技术的发展和进步，人们将会接受和面临更多的新观念、新知识和新挑战，婚姻家庭也会面临前所未有的复杂和多变，其主要表现在：

1、随着医学和保健事业的发展，人口老龄化家庭会越来越多，未来的家庭模式也可能呈现以核心家庭为主，扩大型家庭为辅，而随着福利事业的发展，男、女独立性更趋强大，单个型家庭也可能成为主流型模式。

2、随着人们生活价值观的变化，未来家庭也可能呈现出多元化、情感化和复杂化，甚至可能会出现更多的只同居不结婚的婚恋观。

3、随着人们权利意识的增强和法律平等观念的深入，家庭成员之间的AA制，婚前财产公证和彼此的绝对自由空间及安全将会被越来越多的人所接受。

## 四、积极有为汇主流 美满和睦在人间

（一）协商一致析房产，净身出户非易事。离婚案件中一方婚前贷款购买的不动产应归产权登记方所有。女性都认为根据这条规定，对她们很不公平。其实，完整的理解是夫妻双方对房产可以协议处理，只有不能达成协议的，法院才会判决房屋归丈夫一方。婚前财产协议虽然不符合我们的传统观念，却的确是一个能够预防以后可能会出现的离婚时产生的关于财产纠纷解决的好办法。

（二）男女平等置婚产，按份共有需记载。在子女结婚时，即使双方父母出资购买不动产，产权登记在一方子女名下的，按照双方父母的出资份额按份共有，但是有约定的从其约定。这样就解决了父母以其积蓄为子女结婚买房，但是子女离婚时却要以夫妻共同财产分割，而不能保护实际出资的父母权益的悖论出现。实际上，也有女方家长出资买房的，这样对女性也是有了很好的保护。

（三）看大趋势知曲折，杞人忧天不可取。据美国的一家著名社交网站调查，结合权威部门的最新研究，总结出美国家庭离婚率呈降低趋势。1981年，每1000人中有5.3人离婚。2007年，这一比率已跌至3.6‰。有人说：“婚姻模式的变化和离婚模式的改变不会威胁婚姻的稳定，反而会提升婚姻的稳固性。离婚越来越少见，婚姻越来越稳固。”●

（作者系公职律师）

律师公会百年专题报道

●文/易　栖
栏目组稿人:黄荣楠　huangrn@junhe.com

# 为辩护人辩护

**人物档案**

王文正(1928年-)汉族,山东省莒县人。1944年小学毕业后当了一年抗日小学教师。1945年至1947年在莒县做青年工作。1948年2月至1948年8月,在华建建设大学学习。1948年9月至1949年2月,担任山东济南市四区街道干部。1949年6月至1952年6月,担任上海市榆林区接管会、区政府秘书。1952年7月至1954年5月,担任上海市闸北区政府办公室主任。1954年6月至1956年4月,任闸北区法院院长。1956年5月至1959年5月,任上海市律协筹备会副秘书长兼第一法律顾问处主任。1959年6月至1981年1月,在安徽、江苏、山东煤炭系统工作。1981年2月至1983年10月,担任上海市律师协会秘书长(1981年2月至8月在北京中央政法干校师资班学习,下半年负责上海军转干部培训工作)。1983年10月至1991年10月,任上海市司法局副局长。1990年6月至1998年6月,担任上海市律师协会会长。1991年至1994年,任全国律协副会长。1984年至2003年,任上海市法学会副会长。

1995年前后,全国各地发生多起律师合法权益受到侵害案件,如湖南彭杰律师被错误关押案、山西马海旺律师眼睛被抠伤害案、河北任上飞律师被非法拘禁案、河南冯志德律师被诬包庇案等,曾有家全国性律师刊物载文称,1995年是律师蒙难年。在“律师蒙难年”为律师辩护,不是一件轻松事。本文记录的就是当年发生在上海的一起案件。

## 一

1995年5月10日,一个很突然的消息传到了上海市律师协会会长王文正的耳朵里:某律师事务所的副主任律师陈某被检察机关羁押了。5月12日,陈律师被刑事拘留,5月22日,陈律师竟然被正式逮捕了!王文正几乎是大惊失色,为什么?怎么会?他立刻到律师事务所和区司法局详细了解情况。

“进行律师职业道德和执业纪律的教育检查和监督,保障律师依法执业,维护律师的合法权益”是律师协会的两个重要职责,一个当会长的不能不管,并且不能不作为大事来管。

事情原来是很平常的:1994年4月,陈律师接受委托,担任潘某贪污、受贿、挪用公款一案的辩护人。他看了卷宗,会见了被告人,对检察院提出的指控产生了异议,于是再调查这个案子的证人,结果,证人黄某、龚某和李某所作的证言与检察院认定的事实不一致。陈律师在开庭之前将三个证人的证言提交给法院。法院研究了证言,认为公诉的证据不足,事实不清,把案件退回给检察院,要求补充侦查。检察院重新找三个证人调查,没想到有的证人改变了证言,证人黄某在陈律师面前说他曾从潘某那里拿过1.5万元赶工费,这一回见了检察员就说他根本没拿过。法庭开庭,认定了检察院提供的证人证言,给潘某定了罪。

此案判定,此事应该结束了。但没过多久,事情出现了戏剧性的变化。

## 二

1994年12月,某区检察院向某区司法局发了《纠正违法通知书》(请注意,是“违法”)。通知书中说:本院在审查潘某案件中,发现被告家属委托的律师在履行律师职责期间,向证人收集证据

时违反法律规定，致使证人做虚假的证言，使本案未能即时审判，干扰了正常的司法活动，特通知贵局，请予以纠正。

司法局很认真，派人调查询问这件事，但并未发现陈律师有出格行为，所以不存在什么纠正不纠正的问题，因此未予复函。

1995 年 5 月，检察院突然对陈律师采取行动，羁押，拘留，逮捕，搜查了他的家和办公室。

经过数月的审讯，检察院向法院提起公诉，内容和《纠正违法通知书》大同小异，但有一点却是大大改变了："本院确认陈的行为已触犯《中华人民共和国刑法》第一百四十八条、第二十六条之规定，构成伪证罪。"

王文正觉得非常奇怪，违法和犯罪是有区别的，前一个通知书中很明确地说陈是"违法"，就算是"违法"，纠正就是了。前一个文件还未撤销，仅仅过了五个多月，后一个文件就突然认定陈犯罪了。内中难道不蹊跷吗?古人云：人胜法，则法为虚器；法胜人，则人为备位；人与法并行而不相胜，则天下安。难道律师介入某个案件使案件的审理有了反复，就可以定律师有罪了吗?

王文正认为：如果把陈定罪判刑，今后律师谁还敢为犯罪嫌疑人辩护呢?没有律师为被告人辩护，那冤假错案不是又要多起来了吗? 我国宪法和刑事诉讼法赋予被告人的辩护权不是落空了吗?

他赶紧把律师协会的几位负责人找来开会，决定指派两位刑事理论颇有造诣的律师为陈辩护，他们是华东政法学院教授叶松亭和王俊民，同时还请来苏惠渔等多位著名的刑法专家共同研究辩护思路和基本论点。

## 三

11 月 20 日，法院开庭审理陈律师伪证案，王文正紧闭着嘴唇坐在第三排，而本案的重要证人龚某和黄某却没有到场。

检察机关指控：陈律师在 1994 年 4、5 月受委托担任潘某某贪污、挪用公款、受贿一案辩护律师期间，违反法律规定和律师职责，唆使案件主要证人龚某、黄某、李某(均另行处理)等人故意作虚假证言，并将所制作的虚假证明材料提供给审判庭，致使公诉机关将该案提起公诉后无法正常审理，并导致该案审判机关以事实不清、证据不足退回公诉机关补充侦查而未能使被告人潘某及时受到法律制裁的结果。

当庭审调查一开始，便出现控辩双方观点不一激烈交锋场面。

公诉人将指控举证的起点定位在证明陈律师 "明知被告人向司法机关陈述的事实，仍然收集与此陈述不一致的事实，构成伪证"。

而辩护人提出辩护证明起点是：控方不能证明陈律师明知事实真相在前，何谓有在后的唆使他人伪证；明知当事人在此前的陈述，不能证明当事人的陈述便是事实真相。辩护人提出：陈律师没有唆使他人作伪证的主观故意和客观行为；证人即使伪证，并非因陈律师故意唆使引起；陈律师向法庭提供辩护证据是履行法定职责等，请求法院作出无罪判决，立即变更强制措施，释放陈律师。

法院采纳了辩护人的大部分意见，据说一审法院准备对陈律师作 "定罪免刑"的判决。但该案有一定的敏感性，只好向二审法院请示。庭审后第 10 天，陈律师离开拘留所，结束 6 个月 28 天被完全限制人身自由的羁押生活。

一审法院于庭审后将近 8 个月作出判决：检察机关指控陈律师唆使证人龚某某、李某作伪证的证据不足，本院不予确认。又认为，黄与其妻的证言及陈律师向法院提交的虚假证明笔录和由潘之兄签名的"保证书"直接、详细、具体地证实了陈律师教唆黄作伪证的全过程和伪证内容。尽管陈律师否认在为黄作笔录时，黄的妻子在场，并称对保证书之事一无所知，但黄与其妻均陈述同在现场，且双方对当时办公室内的房间结构、办公用具的陈设及在场人的坐姿、方位等细节陈述一致。据此，法院认为，黄与其妻的证言真实可信，当予采纳。一审判决："被告人陈某犯伪证罪，判处有期徒刑 7 个月"。

掐指一算，起诉指控陈律师有三起伪证行为，判决否定两起，认定一起，判处陈律师的服刑日期，比陈律师已被羁押日期多两天，是巧合还是人意?

陈律师接到一审判决，失望至极。

## 四

上海律师界听到这个判决如晴天霹雳！王文正虽然很安静地坐在会长办公室，但这个霹雳炸到了他的心底，形势已经变得相当复杂并且对律师们不利!这是错判啊，怎么能够对一个为维护法律的尊严而辛勤工作的律师定罪呢? 正直是一个人的起码价值，正直也是一个律师的起码素质，但是，真要做一个正直的人看来是很不容易的。它考验着王文正，也考验着所有还在为他人辩护的律师。

夜已经很深了，王文正坐在灯下，他用手指梳理着他的白发，也梳理着他的思路。突然间，40 年前的一幕幕赫然展现在他的面前——

1956 年，王文正调到上海市律师协会筹备会担任副秘书长和第一法律顾问处主任，他坚持原则，仗义执言，可是到了整风反右运动，他受到了严厉的批判，说他严重右倾，积极宣传"无罪推定"和"有利被告"论，并受党内警告处分(后来改为免予处分)。1959 年，他被调出上海，到江苏、安徽、山东煤炭系统工作。

这一去不是2年,不是12年,而是整整22年。人的一生总共也就三四个22年啊!一直到1981年春,他才回到上海。

也许,越复杂恶劣的环境造就越坚定越有个性的人,而越坚定越有个性的人,往往越容易遭受环境的各种打击——这就是人类的命运了。

## 五

6月21日,王文正在华东政法学院主持召开了一个举足轻重的会议——陈律师案专题研讨会,专题、专门、专一地关起门来研究陈到底有没有罪。出席研讨会的有律师协会的正、副会长,秘书长,几名著名的刑法学教授,一审辩护人,还有有名望的大律师像郑传本、李国机等等。会上,18位与会者一致认为一审判决有失公正,判决认定的事实经不起推敲,要求二审一定要开庭审理。律师协会指派郑传本和薛进展两位著名律师担任陈案二审的辩护人。

会开完了,王文正心潮难平,连夜他又以律师协会的名义写报告。在报告中他表明两个看法:第一,检察院先发《纠正违法通知书》,几个月之后就将陈律师逮捕,这是不正常的。检察院的解释是情况有了新的发展,可他们提供的主要材料都是把陈逮捕后收集到的;第二,律师要认真为被告人辩护,免不了与公诉人唱对台戏,如果落幕后就可以把律师抓起来,谁还敢真刀真枪地辩论呢?如果律师确实有犯罪嫌疑,也应当由上级或兄弟检察院来侦查,以防止先入为主和意气用事。

1996年11月25日,陈律师伪证案二审终于开庭,应律师协会的要求,法庭同意给100个席位让100名律师旁听。律师们鱼贯而入,但是悄无声息,个个神情严肃,心事重重。

庭审开始了,焦点是陈律师是否教唆黄某为潘某作伪证。双方唇枪舌剑,你来我往,争论异常激烈。控方仍然坚持原来的观点。郑传本律师从检察院提供的全部材料中发现,黄某作伪证的全过程和陈律师无关,一审法院判决书认定的陈律师唆使黄某作伪证的事实完全是编造的。

郑传本律师笔挺地站在法庭上,声音洪亮:审判长、审判员:从本案的全部卷宗,特别是今天庭审质证查明的事实,可以清晰地看出有两条明显的证据锁链:一条是客观存在的事实证据,证明陈与伪证无关;一条是指控与认定的"锁链",这是一条虚构编造、支离破碎、不堪一击的虚假锁链,其虚构编造的突出点在于:日期和地点上的虚构编造,集中反映在潘某之兄给黄某写《保证书》的问题上。黄某及其妻说是1994年5月14日上午在陈律师临时借用的律师办公室内作伪证笔录的当天写的,而陈说根本没有这回事;潘某之兄说是第二天5月15日黄某专门将潘约出,在外面写的。对此三人说法不一的材料,法院可以不对任何一种采取轻信的态度,但在潘某亲笔书写的原始凭证《保证书》上落款日期写明是"1994年5月15日"则是不容忽视的。在没有任何证据证明这"5月15日"的日期是潘某故意虚构或者过失笔误的情况下,是绝对不允许采信"14日"而否定"15日"的……

郑传本律师一环扣一环,一链接一链,把事实讲得非常清晰。

律师应该是法律最理想、最无可指责的解释者。沈钧儒老先生说过:"为律师者,必须崇尚德义,砥砺廉隅,精研法理,精练实务,而后可以胜任愉快,克尽厥职。"

王文正紧闭的嘴唇有了一丝别人很难察觉到的松弛。

## 六

二审庭审结束,过了两天中级法院的一位副院长约见王文正会长,仔细听取了他关于陈律师无罪的理由。副院长说,请你放心,审判委员会一定会认真考虑他的意见。

谁能料到,审判委员会开会时又出现了严重分歧。有主持无罪的、也有人仍然认为可对陈判刑。结果,只好请示市高院。

经过庭审调查,事实已经弄清。陈律师提交的证人证言确有瑕疵。所谓1.5万元的赶工费根本不存在。而黄某所以心甘情愿的为潘某分担罪责,原因有二:他是包工头,从潘某那里拿到加工任务,赚了许多钱,有报恩思想;其次是潘某三兄串通的结果。陈律师则毫不知情。据此情况就要给律师定罪,请问,如果公诉人向法院提供的证据被法院否定,是否要给公诉人定罪?

高级法院经过反复诉论,认为给陈律师定罪毫无依据。

1998年初,检察院再次对这起案件进行了复核,认为证据不足,根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百三十五条之规定,决定将此案撤销。

绝大多数读者看了都感到高兴。撤销就意味着罪名不成立。陈律师的眼角滚出了热泪,他紧紧握住王文正的手,能言善辩的他一句话都说不出来。三年了,王文正会长为此事整整奔波呼吁了三年!千辛万苦啊,一波三折啊,唇焦舌燥啊!

谈起此案的最后结果您是否满意的问题,王文正说:基本满意吧。有错必纠是党和国家一贯的政策嘛!陈的案子,给社会方方面面上了生动的一课,它在我国律师史上会留下令人深省的一页……●

时　评　●文/游　伟

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

# 制定“司法解释”宜公开征求各界意见

前不久,有媒体报道称,最高人民法院于今年7月底已经完成了《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释(征求意见稿)》的起草工作,“征求意见稿”正在全国法院系统内部征询意见。而据法院内部人士对外透露,该稿第250条是关于法院对违反法庭秩序的辩护人、律师代理人可以予以处罚的规定,其中明确写着法院可以对违反秩序的辩护人、律师代理人“禁止在六个月以上、一年以内出庭参加诉讼”。这一“内情”被披露之后,舆论哗然,业内质疑之声四起,当然更引起律师界的强烈反响。还有报道称,上海市律师协会刑事业务研究委员会及时组织有关人士,围绕这一新刑诉法司法解释“征求意见稿”展开了主题为“避免刑诉法二次立法问题”的紧急讨论,并呼吁废除这样的“越权”规定。

我注意到,前些天,已有几家颇有影响的报纸如《新京报》、《南方都市报》及网络媒体刊出了一些评论文章,几乎形成了“共识”,“一边倒”地对上述“征求意见稿”的这条规定提出了尖锐批评。

记得最高人民法院曾就制定涉及新刑诉法的司法解释对外发布过消息,并明确将广泛听取社会各界的意见。我想,“征求意见稿”目前在法院系统内部征询意见,应该只是其工作的第一步。由于法院执行新刑事诉讼法关涉是否遵从法律的基本精神和原则,也涉及刑事诉讼法其他当事人、参与者的利益,事关司法公开、程序正义乃至与公诉、辩护和案件新闻报道权及公众知情权等诸多关系,事实上,有些已远远不是法院的“一家之事”。因此,相信最高人民法院会在法院系统达成基本一致意见并形成司法解释“征求意见稿”的最终修改稿后,更广泛地听取包括法学界、律师界在内的社会各界的意见。

不过,话又说回来,虽然这次“征求意见稿”只是在法院系统内部征询意见,关于上述第250条的规定内容也是不经意之间被媒体所披露,但该稿所反映的我国司法解释中存在着的一些倾向性问题,却还是值得引起我们的高度关注。

大家知道,经本次全国人大修订通过的新刑事诉讼法,在对我国刑事诉讼制度的完善尤其是在保障被告人、犯罪嫌疑人及其辩护律师的合法权益方面,都取得了令人喜悦的成果,反映了时代进步对刑事司法科学化、民主性和人道、人性的新期待和新要求。而所有这些立法成果和社会期待,最终都必须体现于司法的整个过程之中,并由具体的执法者付诸行动。因此,作为法律文本与司法行动纽带和桥梁的新刑诉法司法解释,无疑承担着体现新的立法宗旨、贯彻新法基本原则和进一步细化、规范司法人员具体诉讼行为的重要使命。惟其如此,制定这样的司法解释,更需要做到慎重其事和细致周到。尤其是在新司法解释制定的指导思想上,必须“与法同行”,确立全新的理念,坚决杜绝本位主义和自我授权、越权行事的内容私下“潜伏”并在今后的司法实践中得以长存,造成后患。

在这方面,的确应当汲取以往实践中的经验教训,不能再在法律之外对司法机关以外的诉讼当事人、参与人设置更多的障碍,或者给予种种的“处罚”,切实防止“法律进一步、解释退一步、实践再退一步”的背离法治精神和法律要求的现象。比如,我国现行刑诉法已明确规定了在刑事侦查程序中律师可以为犯罪嫌疑人提供法律帮助的权力。但在司法实践中,却时常出现相关执法部门依照自己系统的“司法解释”或者“内部规定”,不允许律师在会见犯罪嫌疑人时向其问及案情等情况,这样做的结果,无异于使律师根本无法履行为犯罪嫌疑人提供法律帮助的职责。因为不涉及、不了解相关案情,就不可能为犯罪嫌疑人提供有针对性的法律咨询和帮助,也就意味着犯罪嫌疑人、被告人及受托律师的法定权利没有能够得到维护与保障。因此,这样的所谓“司法解释”,显然背离了刑事诉讼法的基本精神,甚至可以说也违背了基本常识和生活逻辑,当然不可能获得社会的认同。

为了防止司法解释曲解立法宗旨、变通执行法律,甚至出现扩张司法者自身权力、缩减或限制其他诉讼当事人、辩护人法定权利的状况,司法解释在制定过程中的公开透明、征询各界意见和接受社会监督就显得十分重要。同时,为了保证新刑诉法在明年得到正确而富有效率的实施,全国人大常委会也应统筹考虑对最高人民法院、最高人民检察院司法解释以及公安部制定的规范实行必要的法律监督,把司法解释视为国家司法行为的重要组成部分,将其纳入到新刑诉法准备工作情况的检查监督范围,加强其司法解释制定过程中贯彻新刑诉法立法精神和原则的指导,把可能存在的种种背离法律的“隐患”,消灭在“萌芽”状态,使体现于立法中的“尊重与保障人权”思想,全面落实于刑事司法的实践之中。●

# 律师实务

●文/阮 超
组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 我国现行注册商标转让制度评析

阮 超:上海市嘉华律师事务所律师

现行《商标法》第三十九条规定:“转让注册商标的,转让人和受让人应当签订转让协议,并共同向商标局提出申请。受让人应当保证使用该注册商标的商品质量。转让注册商标经核准后,予以公告。受让人自公告之日起享有商标专用权。”《商标法实施条例》第二十五条规定:“转让注册商标的,转让人和受让人应当向商标局提交转让注册商标申请书。转让注册商标申请手续由受让人办理。商标局核准转让注册商标申请后,发给受让人相应证明,并予以公告。转让注册商标的,商标注册人对其在同一种或者类似商品上注册的相同或者近似的商标,应当一并转让;未一并转让的,由商标局通知其限期改正;期满不改正的,视为放弃转让该注册商标的申请,商标局应当书面通知申请人。对可能产生误认、混淆或者其他不良影响的转让注册商标申请,商标局不予核准,书面通知申请人并说明理由。”以上两条,系我国现行注册商标转让制度的主要法律依据。条文不多,势必无法涵盖现行转让制度之全部,尤其是实践中的一些做法。笔者试图通过本文,对我国现行注册商标转让制度作简单评析,囿于篇幅,本文对相关的商标移转、非注册商标转让及申请待审商标的转让等相关论题不在本文中论述。

## 一、转让注册商标的实质要件——签订转让协议

根据《商标法》第三十九条的规定,可以得知,转让注册商标的实质要件是签订注册商标转让协议,即出让方与受让方应当达成对某注册商标转让的一致的意思表示,此处的转让协议应作广义的理解,即只要涉及转让注册商标的协议均应包括在内。实践中,除了专门就转让注册商标签订协议以外,关于商标转让的意思表示还常见于并购、重组、债务充抵、知识产权整体转让等协议中)。转让协议本身应当符合我国《合同法》的相关规定。转让协议与其他合同的特殊之处在于,其标的为业经注册或业已提交商标注册申请但尚未予以注册的商标(后者系根据国际条约的要求我国所履行的义务),出让方为注册商标的商标权人或商标注册申请人。实践中,由于商标局对于注册商标转让的申请并不要求提供转让协议,因此很多情况下,作为实质要件的转让协议并不存在,也给出让方和受让方双方带来了较大的法律风险。

最新的商标转让实践中,又出现了诸多商标局在向申请人制发受理通知书之后要求申请人补正提供经公证的同意转让声明或者转让协议的案例,虽然该做法对于完善我国注册商标的体系有一定益处,但目前却在依法行政的层面存在问题,截止至本文写就之时,商标局在其官方网站中国商标网(sbj.saic.gov.cn)上公示的商标转让条件中并无要求提交经公证的同意转让声明或者转让协议的要求,如果在申请书不予以补正而商标局作出不予转让的具体行政行为的情况下就涉嫌行政违法。

## 二、转让注册商标的形式要件——注册商标转让申请

根据《商标法》第三十九条的规定,注册商标转让只有经过商标局的核准以后才产生法律效力。即商标转让以产生商标专用权转移的效果适用登记生效主义。根据《商标法实施条例》第二十五条的规定,商标转让申请由受让人提起。该条文虽然清晰地指明了转让申请的申请人、避免了转让人和受让人之间对申请义务的扯皮,但也导致了许多问题,其中尤以稍后将在第五部分探讨的实质要件与形式要件的冲突最为突出,在此先按下不表。

转让申请经核准的,商标局会制发商标转让证明,

但并不会收回已经制发的商标注册证，受让人以商标转让证明作为其为商标权人的证明。而这又引发了稍后在第六部分将要讨论的权利公示瑕疵问题。一般来说，受让人应当要求转让人交付商标注册证原件。

## 三、转让注册商标的限制——类似商标的一并转让

根据《商标法实施条例》第二十五条的规定，“转让注册商标的，商标注册人对其在同一种或者类似商品上注册的相同或者近似的商标，应当一并转让；未一并转让的，由商标局通知其限期改正；期满不改正的，视为放弃转让该注册商标的申请，商标局应当书面通知申请人。”本条规定的出发点在于避免由于部分商标转让，导致消费者对于相同或类似商品上由转让人和受让人分别持有的相同或近似商标产生商品来源的混淆。但随着商标申请量的增加，商标局对于相同或类似商品的判断标准以及相同或近似商标的判断标准均有所改变，且有逐渐放宽之势，商标局对于《商品/服务分类表》的突破越来越少就是一明证。实践操作中，较多的类似商标一并转让的情形多见于在相同或类似商品上（但仍属于《商品/服务分类表》中的相同或近似类别）的保护商标。

笔者假设以下情形：转让人将注册在第 43 类指定商品/服务为餐馆的商标 A1 转让给受让人，但未将注册在第 30 类指定商品/服务为糕点的商标 A2 一并转让给受让人（A1 和 A2/ 的商标图样完全相同），由于根据《商品/服务分类表》第 43 类和第 30 类并非相同或类似商品/服务，因此商标局一般不会要求商标 A1 和商标 A2 一并转让，但作为普通消费者而言，仍然很可能将受让人的糕点误认为是转让人的餐馆出售的食品，而基于这一误认，转让人甚至可以起诉受让人商标侵权并获得胜诉（虽然近年来法院与商标局、商评委对于相同或类似商品/服务、相同或近似商标的标准渐趋相同，但仍然有所区别）。因此何为《商标法实施条例》第二十五条中所规定的“相同或类似商品/服务”、“相同或近似商标”，应当有一个更加明确的标准，并且应当与法院认定商标侵权的标准保持一致。否则商标转让这一初衷是为了作为稀缺资源的注册商标进行流转的制度反而会给转让人和受让人带来权利上的不稳定。试想，如果侵权诉讼中法院基于在相同或类似商品上使用与他人相同或近似的商标为由认定前述商标 A1 构成对商标 A2 的商标侵权，判决一旦生效，即证明 A1 与 A2 原本应当一并转让，而商标局未履行通知改正的义务，存在过错，受让人是否可以要求商标局赔偿损失？

## 四、转让注册商标的程序缺陷（一）——无法定救济途径

如前所述，转让注册商标采用登记生效主义，即需要商标局对转让申请是否予以核准作出准许或不予准许的具体行政行为。转让注册商标的申请有时被笼统地归为商标申请的一种，但不同于商标注册申请，对驳回决定不服的复议机关是商标评审委员会，行政诉讼的管辖法院是商标局、商评委所在地的北京市第一中级人民法院。根据《商标法实施条例》第二十八条的规定，对转让商标的核准与否的具体行政行为的复议并非商评委的职权。一旦转让人或受让人对商标转让核准的具体行政行为不服，该如何行使其救济权利？

笔者认为，根据行政法原理，既然是具体行政行为，就应当允许具体行政行为相对人对具体行政行为不服的提出行政复议请求或直接提起行政诉讼。不过，现行我国商标法律法规中并无任何一条可以作为对转让申请的准许或不予准许提起行政复议或行政诉讼的法律依据。又鉴于商评委本身无职权对此类具体行政行为进行复议，那么如果要进行复议是向其主管机关国家工商行政管理总局申请抑或是向国务院申请？所幸，受让人尚能直接向北京市第一中级人民法院提起行政诉讼，但由于法律法规规定的缺失，存在被不予受理的可能性。

## 五、转让注册商标的程序缺陷（二）——实质要件与形式要件的冲突

前已述及，转让注册商标的实质要件应是转让人和受让人就转让注册商标作出一致的意思表示，并通常以转让协议的形式体现这种意思表示。然而既然是协议，往往双方会在协议中约定双方的权利义务以及相应的违约责任，这也导致了转让注册商标的实质要件与形式要件相冲突的可能性。

笔者现假设如下情节：转让人与受让人就注册商标 B 的转让达成转让协议，协议约定受让人在协议签订后 7 日内向转让人支付第一笔转让费人民币 50000 元，转让人在收款后 7 日内配合受让人在相关的商标转让文书上签章，协议签订之日后 6 个月内受让人再行向转让人支付第二笔转让费人民币 50000 元。现距协议签订已 9 个月，受让人已支付第一笔转让费，转让人已在相关转让文书上签章，受让人已委托代理机构向商标局提交转让申请，商标局尚未予以核准。转让人催告受让人支付

第二笔转让费未果，现在该商标转让的效力如何？转让人能否主张转让无效或向商标局要求撤回转让或暂停转让核准程序？

现行商标法律法规对于此问题并无明确的规定。由于商标转让申请实际系由受让人委托代理机构主导，并由受让人作为申请人向商标局提出转让注册商标申请，事实上一旦申请提交，撤回申请的权利只能由受让人行使。当然，此种情况下转让人可以根据转让协议中相关的约定主张受让人的违约责任当无疑问，但能否据此撤回转让申请、行使类似于合同法上的不安抗辩权，抑或直接主张解除转让协议、在主张违约责任的同时撤回商标申请？

从法理上讨论，似乎这两种方法均可行，但实际操作则可能产生很多问题。并无明确的法律法规规定此种情况下商标局需要应转让人的请求暂停或终止对商标转让申请的核准程序；如果转让人和受让人对转让协议的解除或违约责任的承担存在争议而诉至法院，在法院诉讼期间商标局若核准了注册商标的转让，则一旦法院判决转让协议解除等可以让转让人重新获得注册商标专用权的判决，则转让人应当根据生效法律文书向商标局申请办理商标移转，这不但大幅降低了司法效率，也为转让人徒增成本（按照商标局的收费标准，商标移转的申请费用是由申请人即假设中的转让人承担），若商标局不核准注册商标的转让，则受让人应当依法有权对商标局的不核准行为提起行政复议或行政诉讼（此时将回溯到前文论及的救济途径问题）。

无疑，无论是转让人还是受让人对于该假设情景下对于自身权利的保护，似乎都看不到有效率的途径。而一旦形成漫长的连环诉讼，对于商标本身的使用上势必造成不良影响，可能一个红极一时的品牌就此沦落。

## 六、转让注册商标的程序缺陷（三）——权利公示的瑕疵

权利公示的瑕疵是转让注册商标程序的“先天性疾病”，病根在于商标局对于核准的注册商标转让并不收回原有的商标注册证重新制作，而只是制发核准转让的通知。如此情况下，一旦转让人不将原有的商标注册证交付受让人，就形成了转让人和受让人各执效力不一的权利证明的情况：转让人持有以其为权利人的商标注册证；受让人持有核准转让证明。虽然通过商标局的官方网站中国商标网（sbj.saic.gov.cn），可以查询相关商标的实际权利人及转让程序的时间等信息，但转让人持有以其为权利人的商标注册证这一事实无疑给第三方确认转让人是否具有商标专用权造成了极大的障碍和困惑，转让人若以此将系争商标许可给第三方（且该许可为普通许可、不经备案），则第三方基于对转让人及商标注册证的公示效力的信任，很可能作出涉嫌对受让人商标侵权的行为，这无疑使得第三方的权利处于极不安定的环境下。

## 七、小结和建议

由上可知，现行的注册商标转让制度在制度本身和法律法规的规定上都存在着诸多瑕疵。如果将商标转移、非注册商标转让及申请待审商标的转让等相关论题与之相结合展开讨论的话情况将更加复杂。笔者认为，商标局应当修改现有的转让申请文件和程序，增加商标注册证为商标转让申请的必要文件，相关法律法规应对转让人在转让程序中的法律地位予以明确，先从这两个较容易的切入点对现行的注册商标转让制度进行修改，以真正达成该制度增强商标流转性的建制目的。●

●文/岳 云 周 峰
组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 关于《进一步深化新股发行体制改革的指导意见征求意见稿》的一些建议

中国证券监督管理委员会（以下称“贵会”或“证监会”）于2012年3月31日发布了《关于进一步深化新股发行体制改革的指导意见》的征求意见稿，全稿明确了根据党中央、国务院关于今年经济工作的部署，深化新股发行体制改革是完善资本市场的重要任务之一。改革的主要内容是，在过去两年减少行政干预的基础上，健全公众公司发行股票和上市交易的基础性制度，推动各市场主体进一步归位尽责，促使新股价格真实反映公司价值，实现一级市场和二级市场均衡协调健康发展，切实保护和发展投资者的合法权益。

通观全稿的具体内容，证监会此次提出了六个方面的具体举措，对于新股发行体制的改革做了进一步的战略思考，新股发行定价、存量发行等新规则设计也引发了社会的广泛讨论与思考。在此，笔者作为从事证券业务的法律工作者，提出一些自身的思考和建议，希望对于我国证券市场的发展与资本制度的完善有所裨益。

## 建议一：在北京设立全国统一的新三板市场交易所

多层次的资本市场结构是衡量一个国家资本制度是否发达的标准之一，目前我国已形成了以主板为核心、以创业板和中小企业板为辅、代办股份转让系统（也称新三板）逐步成型的资本市场结构。近期除了A股市场发行体制改革进入实质性阶段外，新三板的扩容也提上了议程。

在现有资本市场框架下，数量众多的中小企业暂不具备公开发行上市条件，以私募方式引入直接融资又因为缺乏相应的市场平台效率很低，资本市场服务能力与实体经济发展需要之间存在明显差距。建立和发展场外交易市场，有利于进一步完善直接金融体系和多层次资本市场，更好地发挥市场配置资源的基础性作用，促进中小企业发展壮大。

证监会有关部门负责人指出，场外市场建设将从市场需求出发，总体设计、分步实施；今年将重点筹建统一监管下的全国性场外交易市场；初步考虑将会分两步走，第一步扩大到全国国家级高新技术园区股份公司，第二步扩大到全国的股份公司。截至去年底，全国共有88个国家级高新技术园区。

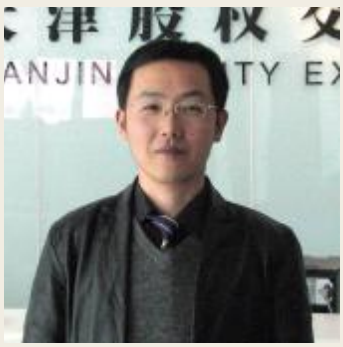
因此，根据上述事实和理由，我们建议，在中关村科技园区非上市股份有限公司股份进入证券公司代办股份转让系统的基础上，在北京设立全国统一的非上市股份有限公司进入证券公司代办股份转让系统的新三板市场，成立一个类似于上海证券交易所和深圳证券交易所的机构，负责非上市股份公司的股份的挂牌、转让、停牌、摘牌等事宜，制定机构的运行制度，维护交易制度的稳定和发展。

## 建议二：在北京新三板交易所挂牌施行注册制，待条件成熟后再将其扩大至主板和创业板

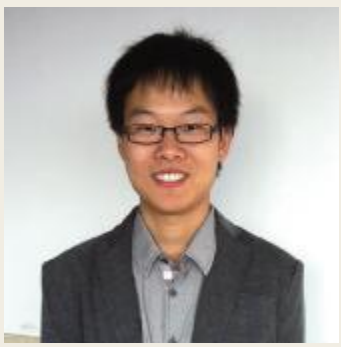
西方资本市场发达的国家证券发行上市通行的制度是注册制，目前从我国现实的国情出发，很难一步到位实现主板、创业板上市的核准制向注册制过渡，任何制度的转换都需要时间的摸索与创新，不过，由于我国的新三板制度扩容的准备工作一直在进行，国家不妨以新三板市场为试点，不再实行行政部门的核准挂牌，而是通过立法将能够挂牌的标准制定出来，让券商和证券服务中介机构承担实质审核的责任，申报的文件如果符合了立法所规定的形式条件，就可以挂牌转让。

在新三板施行注册制有几大优势：

（一）新三板发展不会冲击A股



岳 云:北京市君都律师事务所上海分所负责人



周 峰 北京市君都律师事务所上海分所律师

就新三板市场的功能和规模来看,首先,场外市场不是以融资而是以交易为主要目的,市场扩容效应很低。中关村试点6年来,企业定向增资金额仅有17.1亿元,且企业单次融资规模只有几千万元。其次,场外市场活跃度远不及场内市场。由于场外市场挂牌公司没有经过公开发行,股本集中度较高,交易涉及的资金量非常有限。从中关村公司股份转让试点情况看,去年以来成交金额只有7.32亿元,平均换手率3.4%,而同期场内市场换手率超过230%。再次,场外市场与场内市场投资者群体不尽相同。由于场外市场实行严格的投资者适当性管理,并且采用议价转让方式,公司更希望与企业具有产业和市场关联的产业资本和股权投资基金进入。中关村试点时,参与人主要为机构投资者,自然人主要是公司高管、核心技术人员和发起人股东。所以不必担心新三板发展冲击A股,也就有了试点的可行性。

(二)对于规范企业的内控有重大意义

注册制相对于核准制来说,最根本的是减少了证监会对上市申报材料的实质审查环节,目前证监会的发审委人员两个板块分别为25和35人,相对于众多急于上市融资的公司来说,60人的工作无法及时地处理拟上市公司的需求,造成大量的排队候车的现象。如果再加上新三板的审核,恐怕排队的队伍愈发拥挤。但如果新三板试运行注册制,就可以有效地解决很大一部分有迫切融资需求的企业的困难。但并不是说注册制就使得公司挂牌的门槛降低了,它同样有严格的标准和要求,这就从市场的角度要求公司必须加强公司治理结构的调整,强化内部风险控制制度、财务制度、资金使用制度等等一系列的配套措施。这样也有利于企业的长远发展。

(三)提高中介机构的责任,加强对中介机构的监管

注册制将证监会发审委的责任卸下之后并非就没有相应的组织和机构去承担该项职能了。对于投资者的保护也是当前我国资本市场必须予以考虑的重点,所以应该有相关的机构去承担对拟挂牌公司的资质进行实质审核,并对出具的报告承担保证责任。即使公司成功地挂牌,在其后存续的一个阶段,主办推荐券商同样有责任和义务督导企业的合法合规运营。会计事务所、律师事务所的公证公信力也必须加强,其出具的审计报告、法律意见书等要经得起市场的检验。

(四)加大了对违规行为的处罚,培育资本市场的诚信

立法的构想从来都是正义的,但往往法律执行下来的结果让众人失望与非议,很大一个环节就在于执法的不严。众多的经济学家论证过,违法的成本如果低于所得的话,恐怕没有人不会冒险行事;如果违法成本大大高于所得的话,那么敢于以身试法的人也不会多。新三板的挂牌由核准制转化为注册制要取得预期的效果,除了前述的几点之外,还应当加大对违法者、违规者、欺诈、隐瞒、虚构事实的企业、券商、其他中介机构的惩罚力度,这是十分必要的,也为整个资本市场的运作培育了诚信的品质。

以上四点都是发达国家资本市场繁荣的有利保障,如果我们改革的步伐迈得稳健,我国的新三板挂牌注册制的施行也许会为我国资本市场的繁荣贡献许多。

我们认为,在新三板施行注册制一段时间且积累了成熟经验后,择机再将注册制扩大到主板和创业板证券发行上,不失为稳妥的举措。

**建议三:参考仲裁员制度,将主板和创业板发审委名额皆增加至100人,提高审核质量和效率,避免暗箱操作**

我国主板市场和创业板市场虽然在目前的情况下难以实施注册制,但是并不意味着核准制就是非市场化的行为。资本市场的存在要能够为资金需求者提供良好的融资平台、为投资者提供充分的投资指导,有效地引导资金的配置流向。目前,我国IPO的核准制意图为资本市场提供较好事前审查,但是就目前证监会发审委的人员构成、人员数量以及提交上市申请的数量、两者之间的比例来看,发审委的工作强度是非常高的,而且容易引发腐败等行为。

《中国证券监督管理委员会发行审核委员会办法》第六条规定,发审委委员由中国证监会的专业人员和中国证监会外的有关专家组成,由中国证监会聘任。主板

发审委委员为25名，部分发审委委员可以为专职。其中中国证监会的人员5名，中国证监会以外的人员20名。创业板发审委委员为35名，部分发审委委员可以为专职。其中中国证监会的人员5名，中国证监会以外的人员30名。

根据证监会官方网站公布的收到的招股说明书（申报稿）的数量统计，2012年3月份收到共75份，以此为抽样调查的样本计算，2012年全年证监会将审核的份数在900份左右。60人的审委会，每次审核7人一组，虽说是随机选取委员，但根据概率计算，每人被选中的比例是持平的，也就是说60人基本可以分为8组或9组，全年审核900份申报稿，也就是说每组每个人一年要审查110份左右，这对于发审委来说是一个十分繁重的任务，委员们是否能起到实质审查的作用也就不是那么确定了。

而且，无论是主板还是创业板，其发审委的人员数量只分别为25人和35人，虽说随机抽取7人为一组审查申报稿及其他相关资料，但是每个委员被申报人预料成为该申报稿的审查人的概率是相当大的，上市的资源如此稀缺，根本不可能排除拟上市公司与委员们可能的“寻租行为”。

因此，无论是从提高实质审查的能力来说还是减少可能的腐败行为来讲，增加发审委的人员数量都应当是刻不容缓的。笔者建议将发审委的委员数皆提升到100人，可以区分不同行业和领域推举委员，汲取相关专业人士进入发审委，同样实行随机抽取7人成为一个小组，5票赞成票通过。这样，一方面，形成优胜劣汰机制，避免权力垄断在少数人手中；与此同时，也大大增加了拟上市公司可能的行贿或其他违法行为的成本；而且也能赋予发审委的委员们更充足的时间来判断所申报的材料是否真实、准确、完整，更好地维护资本市场的公正性与可靠性。

## 建议四、新股发行采取存量发行并未违反上位法

《关于进一步深化新股发行体制改革的指导意见（征求意见稿）》（以下简称“《意见稿》”），其中第四点“增加新上市公司流通股数量，有效缓解股票供应不足”引起了社会广泛的关注与讨论，有律师质疑“持股期满3年的股东可将部分老股向网下投资者转让”的规定同我国现行有效的《公司法》第142条和证券法第38条的规定相抵触。

（一）我国现行存量股份转让的规定

1.《公司法》第142条规定，发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起一年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让。

2.我国《证券法》第38条也规定，依法发行的股票、公司债券及其他证券，法律对其转让期限有限制性规定的，在限定的期限内不得买卖。

3.根据《公司法》、《证券法》的有关规定，上海证券交易所颁布了《关于上市公司相关人员持有本公司股份锁定和解锁的通知》，“首次公开发行上市和上市交易未满一年的上市公司需向我部提交相关人员持股加锁申请”；“加锁后的股票账户不能卖出持有的本公司股票，但能买入本公司股票及买卖其他公司的股票。”

4.深圳证券交易所颁布了《上市公司董事、监事和高级管理人员所持本公司股份及其变动管理规则》，都对锁定期内限制老股的转让做出了具体的规定。第10条规定，上市公司董事、监事、高级管理人员在委托上市公司申报个人信息后，中国结算深圳分公司根据其申报数据资料，对其身份证件号码项下开立的证券账户中已登记的本公司股份予以锁定。

上市已满一年的公司的董事、监事、高级管理人员证券账户内通过二级市场购买、可转债转股、行权、协议受让等方式年内新增的本公司无限售条件股份，按75%自动锁定；新增有限售条件的股份，计入次年可转让股份的计算基数。

上市未满一年的公司的董事、监事、高级管理人员证券账户内新增的本公司股份，按100%自动锁定。

无论是法律还是证券交易所的行业规则都是明确了公司公开发行股份前已发行的股份（俗称“老股”）自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让。隐含在这条规定背后的法理在于，股份有限公司的股票在证券交易所上市交易后，其价格往往比上市前的股票价格要高，避免新投资者以高价购入发行公司的股份后因公司可能的欺诈而受到损失，因而需要公司的老股东以一年的锁定期来担保公司、高管、实际控制人在招股说明书中所陈述的内容是真实、准确和完整的。

（二）台湾地区“上市审查准则“的借鉴

老股锁定的规则设计不仅为我国大陆地区所特有，我国台湾地区的“台湾证券交易所股份有限公司有价证券上市审查准则”（以下简称“上市准则”）也有类似规定，而且该上市审查准则于2012年1月20日进行了修正，对于老股锁定期的规定与2006年的版本不完全。

1.2006年版：第十条规定，发行公司之董事、监察人及股东依第一项规定提交集中保管之股票，依下列规定领回之：

属各人个别持股总额至少百分之五十，且总计不低

于第二项规定比率之部分，自上市买卖开始日起届满二年后始得领回五分之一，其后每半年可继续领回五分之一。但发行公司于上市买卖开始日起届满二年后至保管期间届满为止符合以下条件者，其董事、监察人及股东得于此期间全数领回集中保管之股票：

1）未违反申请上市时出具之承诺。

2）符合第四条第一项第三款第一目前段有关获利能力之要求。但申请上市时其获利能力有较高规定者，从其规定。

3）已依相关规定公告申报当年季报或半年报者，其季报或半年报所设算之全年获利能力亦应符合前款获利能力要求。设算全年获利之方式，应以该公司最近二年之同期财务报告，占全年获利比率之平均值为基准，予以逆推设算之。

2.2012年版：第十条规定，发行公司之董事、监察人及股东依第一项规定提交集中保管之股票，自上市买卖开始日起届满六个月后始得领回二分之一；其余股票部分，自上市买卖开始日起届满一年后始得全数领回。

台湾地区的规定同我国大陆地区的规定相比较，有几处基本不同。其一，并非所有股东的股份都需要进行集中保管，而是根据不同行业、股东在公司内的不同地位将部分持股交由证券集中保管事业集中保管。大陆地区要求是全体老股均应该进入锁定期，不得在上市交易之日起一年内进行转让。其二，我国对于需要锁定的股份的锁定期为一年，可以买进但不能卖出本公司股份；台湾地区的规定为发行公司之董事、监察人及股东依第一项规定提交集中保管之股票，自上市买卖开始日起届满六个月后始得领回二分之一；其余股票部分，自上市买卖开始日起届满一年后始得全数领回。也就是说半年之内不能转让老股，半年后可以转让二分之一，一年后也就解锁。

应该看到，台湾地区对锁定期的规定也在发生变化，台湾证券交易所股份有限公司有价证券上市审查准则2012年版本同2006年版本对比来看，新规定明显放宽了对锁定期的限制，使老股自上市之日起半年后就可以部分转让了。也说明，放宽对老股的锁定，加强其他监管措施是证券市场发展的方向，这对此次存量发行制度的改革提供了可供参考的版本。

（三）法理分析

公司法、证券法作为同资本市场联系最为紧密的商事法律，最重要的品格应当是“同时代的适应性”。法律本身就是对经济生活的反映与确认，将经过市场检验的规则纳入到法律的范畴，使之成为“标准合同”供市场使用，节约谈判、缔约与履约成本，从另外一个角度来讲，相对于瞬息万变的资本市场来说，法律具有一定的滞后性与延迟性，因而为保证资本市场的健康灵活发展，作为资本市场的存续与运作的提供法律保障的公司法和证券法就更加应该具有“同时代的适应性”。

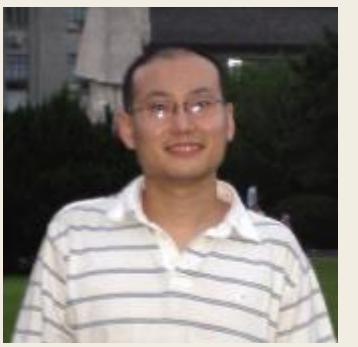
有关监管部门对资本市场的调查结论得出“增加新上市公司流通股数量，有效缓解股票供应不足”已成为解决资本市场所面临问题的有效手段时，法律应当为经济、金融的发展提供充足的保障，《意见稿》所提出的“持股期满3年的股东可将部分老股向网下投资者转让”的意见并没有违反现行法律法规，只是对其进行了根据资本市场发展而作的扩大解释。

之所以称为“扩大解释”而不是“抵触”是因为，老股的转让环节发生在网下发行的过程当中，是向网下特定的投资者进行的让与，其时间点不是发生在发行公司的股票在证券交易所上市交易之日或其后。因为公司法、证券法、交易所规则的规定，对于许多公开发行股份并上市的公司来说，一直是以一个严格、狭义的方式进行的理解与执行，所以在整个发行环节都未进行过股份转让，但并不是说在公开发行之前的股份转让是违法违规的。从严格意义上讲，股份的网下发行还处于公开发行之前的环节，并未处于公开发行及上市之后。所以意见稿中的规定并未与上位法发生抵触，可以进行如此表述。

路漫漫其修远兮，吾将上下而求索！我们希望以上四点建议能对我国资本市场的发展与完善贡献绵薄之力，在中国证监会的指导下与其他各行各业共同努力探索适合我国国情的资本市场体制！●

●文 /李学科
组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 浅议法人分支机构的诉讼法律地位



李学科: 上海源泰律师事务所律师

法人的分支机构是法人在某一区域设置的、完成法人部分职能的业务活动机构。分公司与分支行都是分支机构形式的一种。关于分支机构是否具备法人资格，此前学术界与实务界均存在较大争议，尤其是银行、保险等金融机构及国有大型企业普遍认为其所设立的分支机构是法人。在公司法等相关法律对此作出明确规定，尤其是《商业银行法》颁布后，分支机构的非法人资格明确了下来。该法第二十二条规定，“商业银行分支机构不具有法人资格，在总行授权范围内依法开展业务，其民事责任由总行承担”。然而，笔者认为，我国法律对于法人分支机构的诉讼主体地位及由此产生的相关法律问题却比较模糊，实践中存在截然不同的做法，相关问题有待进一步研究。

## 一、约定管辖中，是否可依据分公司住所地确定管辖？

根据我国《民事诉讼法》第四十九条第一款规定，“公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。”而根据最高人民法院《关于适用民事诉讼法若干问题的意见》第四十条第五款的规定，该“其他组织”就包括领取营业执照的分支机构。据此，法人分支机构具有诉讼主体资格应无异议。进而产生的一个问题是，在合同中约定由分公司所在地法院管辖是否有效？

笔者认为，既然分公司具有诉讼主体资格，那么合同约定争议由分公司住所地法院管辖应为有效。理由如下：第一，分公司虽不具备法人主体资格，但其作为法人依法设立并领取营业执照的合法分支机构，在法律上必然具有相应的民事权利能力和民事行为能力，即在核准工商登记的经营范围内从事经营活动，有权作为合同一方当事人签署相关协议。第二，根据《民事诉讼法》第二十五条规定，合同当事人可选择原告或被告住所地人民法院管辖。而分公司可以作为诉讼当事人成为案件的原告或者被告，故此，符合民事诉讼法规定，约定管辖自然有效。第三，由于约定管辖具有唯一性，所以约定分公司住所地管辖排除了总公司住所地管辖的可能性。

## 二、总公司在分公司诉讼中是否可作为共同被告或共同原告？

关于这个问题，各地法院存在不同的做法，差异很大。以是否同意总公司作共同被告为例，在分公司作被告且合法存续的情况下，有的法院会同意总公司作共同被告，而有的法院则不会同意，还有一些法院会审查分公司是否具有清偿能力从而决定是否同意总公司作为共同被告。以上做法在学理上均有依据可循，大致可归纳为“肯定说”，“否定说”与“审查分公司偿债能力说”。

“肯定说”认为，首先，公司法规定，法人分支机构不是法人，不具有承担民事责任的能力，最终债务还是由总公司承担；其次，《民诉意见》赋予分公司诉讼主体资格并不必然排斥总公司作为共同诉讼主体，而且《担保法司法解释》第一百二十四条即明确规定了在担保合同纠纷中总公司可作为共同被告；最后，原告有权处分其诉讼权利，选择有能力清偿债务的总公司作为共同被告。

“否定说”认为，根据民事诉讼法共同诉讼的规定，纯粹属于诉讼主体合并的共同诉讼是必要的共同诉讼，而必要的共同诉讼的共同诉讼人是享有连带债权和承担连带债务责任的民事主体。《公司法》、《商业银行法》等法律规定总公司承担的责任并非连带责任，而是自己责任。所以，总公司与分公司不能作为共同诉讼主体。

“审查分公司偿债能力说”认为，如分公司偿付能

力较差或没有偿付能力，为保护债权人利益，总公司为共同被告。

分析上述观点，笔者以为“否定说”法律依据更为充足且更具现实操作性，而另外两种观点皆存在问题，以下试析之：

（一）“审查分公司偿债能力说”没有法律依据，也不具现实可操作性。首先，根据我国民事诉讼法规定，立案审查并不审查被告偿债能力；其次，进入案件实体审理阶段，分公司作为被告的偿债能力并不在法院审理范围之内；最后，分公司债务由总公司承担已由公司法等法律明确规定，债权人利益并不因未追加总公司做被告而受有损害。故此，“审查分公司偿债能力说”无论在法律程序性还是法律实体上都是站不住脚的。

（二）“肯定说”与共同诉讼相矛盾，不合理加大当事人诉讼成本。正如“否定说”所指出的，总公司与分公司作为共同诉讼主体必然是连带责任，而根据现行法律规定，总公司对于分公司并非承担连带责任，而是自己责任。而且，分公司所涉诉讼均需以总公司作为共同原告或共同被告，总公司对于分公司之事事必躬亲，无形中将公司法对于分公司设置的便捷性涤除。关于《担保法司法解释》中对于在担保合同纠纷中追加总公司的规定，笔者认为，该法的规定是对于追加总公司的特别规定，恰恰印证了如无法律特别规定，不应追加总公司作为当事人。另外，结合《担保法司法解释》第十七条，对于分公司提供的保证，法律要求总公司书面授权，否则保证合同无效。据此，对于该法第一百二十四条的规定，可理解为追加总公司作为共同被告是为了查明保证所涉及的有无书面授权以及授权范围。

综上所述，笔者认为，在法律逻辑上，不将总公司作为共同诉讼主体纳入单纯的分公司所涉诉讼更为符合现行法律，在实践中，分公司作为单一诉讼主体参加诉讼也更有利于发挥公司法对于设置分公司便于公司经营的初衷，而且这样做也不会损害债权人的利益。

## 三、总公司承担责任的形式

与分公司诉讼法律地位紧密关联的一个问题就是总公司对于分公司承担的是何种民事责任。认清这个问题不但有利于确立分公司的诉讼地位，而且有利于我们对于总分公司法律关系的理顺。

实践中，法院对于总公司如何承担分公司责任的判决大体上有四种做法，一是判决分公司承担民事责任，二是判决总公司对于分公司承担连带责任，三是判决总公司对于分公司承担补充责任，四是径自判决总公司承担民事责任。

首先，根据我国公司法、商业银行法等法律规定，总公司对于分公司在授权范围内开展的业务承担的是自己责任。其次，无论是连带责任，还是补充责任，都须由法律明确规定，显然，并无法律规定总公司对于分公司承担连带或补充责任。最后，判决分公司承担责任在实质上就是总公司承担责任。

根据我国《民诉意见》第二百七十二条，分公司有偿付不能或偿付困难的情况，人民法院可在执行程序中直接裁定执行总公司财产。同时，笔者注意到最高人民法院与中国人民银行联合出台的《关于依法规范人民法院执行和金融机构协助执行的通知》对于法人分支机构的执行问题具有较大的借鉴意义。其中，该法第八条规定，“金融机构的分支机构作为被执行人的，执行法院应当向其发出限期履行通知书，期限为十五日；逾期未自动履行的，依法予以强制执行；对被执行人未能提供可供执行财产的，应当依法裁定逐级变更其上级机构为被执行人，直至其总行、总公司。每次变更前，均应当给予被变更主体十五日的自动履行期限；逾期未自动履行的，依法予以强制执行。”该规定在充分考虑维护经济秩序与保护债权人利益后，作出了权衡。既能在法院执行过程中防止一哄而上地赶到北京、上海等“总部集中地”查封、执行总公司财产，维护基本的经济秩序，又能防止将执行工作局限于分公司而导致债权人利益长期得不到维护的情况发生。对于该规定，同样可适用于其他法人分支机构的执行。

故此，对于分公司所涉诉讼，仅判决分公司承担责任并无任何不妥，在这种情况下，法院执行中可裁定直接执行总公司财产，对于债权人利益亦无损害。

## 四、结论

公司法规定法人可以设置分支机构的初衷就是为了扩大法人经营的地域范围，从这个角度上讲，公司法选择了效率优先。另一方面，公司法规定法人对其分支机构的经营行为承担责任，公司法同时选择了交易安全。在此基础上，民事诉讼法赋予了法人分支机构诉讼主体地位。综合本文论述，笔者认为，分公司不仅享有诉讼主体地位，而且还应享有单独诉讼的主体地位，判决分公司承担责任也不会损害债权人利益，可通过法院执行程序直接执行总公司财产。这对于促进法人以及其分支机构发展，维护交易安全，都是具有积极意义的。●

●文/吕 刚 孙乐民
组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 中医特点的医疗纠纷现状纲要

近年以中医为专业特点的医疗纠纷与日俱增,现将状况纲要概括如下。

## 一、诊疗常规的应用方面

中医诊疗常规是医疗临床诊疗行为标准化的需要,由卫生行政管理部门制定。制定的模式是参照现代医学各科的诊疗常规,其中病名、诊断、诊察方法等大多是现代医学的名称,治疗上则采用中医学理论,讲究辨证论治。中医基础理论认为“天人相应”、“人和自然是一个有机的整体”,而中国又是一个多气候、多地理特征的国家,所以目前的中医诊疗常规大多都是以省为单位制定的。虽然中医诊疗常规不是完全意义上的中医参考文献,但目前它已成为判定中医诊疗行为是否正确的准绳性蓝本,在具体案件中定性的依据,是司法鉴定中判明诊疗行为是否存在过错以及诊疗行为和损害后果间是否存在因果关系的重要参考文献。目前以中医为特点的医疗纠纷包括诉讼的,都是以此为基础而展开。法院的判决也是以是否违反中医诊疗常规为中心依据的。

## 二、中医护理方面

可以直截了当地讲,医学上没有完全意义上的中医护理。目前中医界,护理方面有个新名词叫“辨证施护”,意即应用中医学的辨证理论作为依据来实施护理,也讲究望闻问切、四诊八纲,但是辨证依从的是中医学理论,施护则是依照现代医学的护理方式,参照的是现代医学的《护理常规》。在具体医疗纠纷案件中包括诉讼案件,都是以现代医学的《护理常规》为参照蓝本进行案件定性,而撇开了中医学理论。法院判决也是以是否违反现代医学的护理常规为依据。目前已经形成的案例,针对中医护理方面的,一般都认为中医医疗机构或医疗机构的中医科没有实施中医护理,而要求退还一部分护理费用。至于认为没有实施中医护理而导致损害后果的,尚未有形成案件的迹象。法院立案均以医疗服务合同为案由,判决主要以医疗机构退还部分护理费结案,或调解结案。

## 三、产业环节

众所周知,中医和产业联系紧密,事业和产业之间没有明显的界线。个体中医业和其家产、祖业不可分,一张祖传秘方就是一个巨额财富,民间中医业就是这样世代传承,薪火相传。以中药为例,从原植物的种植、采集、储存、加工到后期的制作、包装、煎服、成药,涉及的产业可以说不计其数。其中每个环节都可能引发医疗纠纷,都是案件的切入点。目前已经出现的案例主要是集中在中药饮片的小包装上。小包装就是将一定量的中药饮片为个体制成小包发放给病员,这样可以提高配药速度,避免病员久候。这就对处方医师提出一个要求,就是其开出的中药剂量必须是小包装的倍数,否则中药房将无法配药。目前中医医疗机构解决此矛盾的方法是成立核价处,通过核价,调整处方用药剂量,使其和小包装剂量相适应。核价产生配药单,中药房根据配药单进行配药。流程设计得非常严密,但是呈现的问题也不小。核价处为了核价的便利时常改动处方剂量,中药房按照核价处出具的配药单配药,使病员最终服用的中药剂量不是原来医师处方的剂量。纠纷则围绕这一点,认为医疗行为引起病员的经济损失和可能潜在的人身损害。立案时以医疗损害赔偿和医疗服务合同纠纷为案由,或两者竞合。判决方面主要是医疗机构退还医疗费用,对于可能潜在的人身损害一般采用保留诉权,因为中药对人体引起的损害在定性和定量方面,以目前的科学技术尚无法衡量。

## 四、关于养生保健

美国学者麦克斯门预测,在本世纪,卫生事业中的人员比例,“医生中心模式”将从20世纪80年代的80%降至10%,而“保健中心模式”则由目前的20%升高到88%。这一预测已在近几年的中国显而易见。各地的保健康复中心、养老院层出不穷,再加上理疗服务、纤体会所乃至餐饮业、按摩院、洗脚房等等,都撑着中医学的旗号。然而,这些单位的主管部门并不是卫生行政部

门或中医药管理部门，相关的中医学技术规范对其不起指导和约束作用，而其本身又并没有统一的技术性指导规范，约束它们的仅仅是一般通用的法律法规。可以这样说，目前的养生保健服务，是一个技术性规范的盲点。此中形成案件的，绝大多数是以一般服务合同为案由，技术层次极为初浅。养生保健是医学尤其是中医学重要组成部分，自古有“上工治未病”的著名论断。《黄帝内经素问—四气调神大论》指明：“圣人不治已病治未病，不治已乱治未乱。”所以，养生保健应当归入医学范畴，其行为应当由医药卫生法规和相应的技术性规范予以约束。这一点目前还很欠缺，需要我们律师不断地通过案件积累，为主管部门提供支持和实践依据。

吕 刚：上海市康正律师事务所律师

孙乐民：北京盈科(上海)律师事务所律师

## 五、中医典籍的应用

中医存世数千年，典籍著作数万部，涉及理论不计其数。以辨证为例，有气血阴阳辨证、脏腑辨证、卫气营血辨证和三焦辨证等；治法方面，有以健脾益气为宗、又有认为“阳常有余阴常不足”而主张养阴为先、更有“汗吐下三法赅尽治病诠”之作。众多典籍在当今的中医界都有不同程度的应用。可以大胆地说，目前中医医疗机构，大到三级甲等，小到个体诊所，都在应用典籍理论和方药，中医诊疗常规不是唯一蓝本。解决这一矛盾冲突的方法目前是设立专家组，就专门的中医诊疗行为进行评定，和诊疗常规相出入的，经专家组评定只要不违反中医理论，就不存在诊疗上的过错。医学会的医疗事故鉴定和医疗损害鉴定就是一个典型的范例。虽然医学会的鉴定有很多地方有待完善，但它却是目前涉及范围最广、子科目最多的司法鉴定。作为律师，我们不应埋怨它的不完善，更不应该抨击它暂时的不足，所有事物都是在不断完善中前进的，应该用我们的专业知识去规范它、促进它。

## 六、我们的努力

自从《医疗事故处理条例》实施以来直至《侵权责任法》的颁布，律师和广大法律工作者在规范中医诊疗行为方面作出了不懈的努力，取得了显著成效。

（一）中医诊疗常规的制作和推行

在目前数版中医诊疗常规颁布之前，中医界没有通用的诊疗常规，大多是中医药大学系统为其附属医院制作或者几家同级中医医院联合制作一本中医诊疗常规，只是在一定范围里适用。这和中医庞大且纷杂的理论体系有关，在中医学里对一个疾病的认识以及诊断治疗的理论和方法都不是唯一的，单从辩证来讲，同一个疾病就有六经辨证、脏腑辨证、气血阴阳辨证等，大学系统的和个体中医诊疗思路相差很大，更有许多传统的派别之分，如经方派、时方派、小剂量派等，确实难以统一。近十年来，通过各方努力，从医疗纠纷中汲取了大量经验教训，终于制作出一部中医学自己的诊疗常规。它是以脏腑辨证为主导，气血阴阳辨证为辅助，病名和诊察方法尽量和现代医学靠拢。虽然仍有很多不足之处，但确实是一部中医学划时代的文献，又更是一部法律参照文本。从此，中医诊疗有法可依。

（二）主体资格的确定

主要反映在中医从事某个医疗行为的行为能力，表现最为突出的是手术问题，即中医医疗机构和中医师是否能从事外科手术。中医医疗机构二级以上的都有手术室，其中从事外科手术的大多是中医执业医师。中医是否能从事外科手术，自一开始就存在争议，因为在中医史上没有现代意义的外科手术，如华佗为关云长“刮骨疗毒”等都仅是文史文献记载，而非医学文献。这就引发争议甚至医疗纠纷，认为中医没有作外科手术的资格。虽然这是一个并不大的法律问题，但对医学界主要是中医界的震撼是巨大的。近十年来，通过律师和其他法律工作者的不断促进，主管部门、审判机构和各中医药大学指导部门无数次的沟通探讨，终于明确，在中医医疗机构西医外科从事临床诊疗工作的中医师具备从事外科手术的行为能力。这对维护医学界的稳定具有重要意义。

（三）特殊诊疗项目的审批

这方面主要是指 CCU、ICU 以及冠状动脉造影等特殊的诊疗项目，都需要主管部门专门的批准文件。近几年通过各方努力，大多数三级甲等中医医疗机构都已经获得批准从事特殊的诊疗项目，中医医疗机构可以在获批的范围内从事现代高科技的特殊诊疗项目。这可是一项划时代的突破。●

●文/金立宇
组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 公平与公正待遇标准

## ——是否应根据东道国发展水平、政府能力和资源条件的不同而区别适用

### 前言

公平与公正待遇标准起源于1948年的《哈瓦那宪章》。十九世纪六十至七十年代，越来越多的双边投资保护协定采用了公平与公正待遇标准。截至2009年底，各国共签署了2750份双边投资保护协定，其中绝大部分引用了公平与公正待遇标准及与其在语言表述上相似的其他标准，如充分保护和安全标准，作为对抗东道国违约的武器。但是直到二十一世纪初，公平与公正待遇才真正应用于投资者与国家仲裁，成为仲裁申请人提出请求和东道国承担责任的依据。

需要特别指出的是，仲裁判例用公平与公正待遇标准来限制东道国的主权，而不是用该标准来评判外国投资者和东道国之间的合同安排是否充分。作为一种限制公权力的观念，法治可以被理解为构成市场经济基础的制度之一。公平与公正待遇在国际投资条约中已成为提供保护的标准保障之一，经常被仲裁庭采用。作为限制东道国行使主权的方式，近来的判例逐渐扩大了公平与公正待遇的范围，使其涵盖了对国内法院，国内行政机关、甚至立法者的限制。

尽管没有明确的定义界定公平与公正待遇的范围，投资者与国家投资纠纷仲裁庭经常确认并引入具体的法律原则和概念来解释公平与公正待遇标准。例如，任意处置、合法或者合理的期待、稳定性、透明度、强迫外国投资者和拒绝提供司法公正，但同时却忽视了公平与公正待遇在不同条约中可能根据其上下文而有不同的解释。尽管多数条约从国际标准或者最低待遇标准的角度来规定公平与公正待遇，一些条约却对公平与公正待遇的适用规定了限制或者适用条件，例如为维持公共秩序之必要可限制适用公平与公正待遇标准，或者公平与公正待遇标准的适用应受制于国内法律和法规的规定。鉴于条约对该标准提出了限制或适用条件，仲裁庭在确定公平与公正待遇的含义时应该首先参考条约语言界定公平与公正标准的范围。

对不同发展水平的东道国区别适用的问题是该标准所涉及的为数不多的几个问题之一。Kreindler博士进一步解释说，区别适用意味着公平与公正待遇的分析可能需要考虑特定东道国具体的资源条件和投资管理经验。这种细微的差别似乎体现在了Genin v. Estonia, Generation Ukraine v. Ukraine (提到“经济的变迁”), Maffezini v. Spain (提到“坏的商业决策”), MTD v. Chile 和CMS v. Argentina (提到特定的危机状况)等案例中。

### 一、投资者与国家投资纠纷仲裁考虑了投资者行为的责任，因此排除了适用差别化的公平与公正待遇标准的需要

尽管仲裁庭在适用公平与公正待遇时，考虑了政府能力、行政程序、政府机构政策和实践的缺陷，甚至经济的变迁等东道国的实际状况，做出的裁决却没有采用差别化的公平与公正待遇标准。这些裁决最显著的特点是，仲裁庭在考察投资者的合理期待时，强调了投资者在未能意识到并重视特定东道国的法律和商业风险上应承担相应的责任。例如，Olguin案的仲裁庭指出，申请人的投资收益在起始阶段高得惊人，为33%。仲裁庭由此认为，投资者从事的行为近似“赌博”，并据此作出了制止不公平的“赌博”成功的判决。对投资者行为责任的考量排除了适用差别化的公平与公正待遇的必要。

首先，将公平与公正待遇标准适用于具体案例时，对东道国和投资者进行均衡审查以确定“公平”和“公正”的含义是适用该标准的内在要求。事实上，部分学者早已评论说，仲裁员倾向于同意，公平与公正待遇的适用取决于特定案件中呈现出的事实。在探求“公平”的客观具体的含义上，仲裁庭早已就一点达成了共识。在特定案件中呈现出的事实必然包括东道国的发展程度、

金立宇：北京市金杜律师事务所上海分所律师

政府能力和资源条件。换句话说，无差别化的公平与公正待遇标准本身就能够在应对东道国的某些实际状况时实现公平。因此，没有必要发展一套差别化的公平与公正待遇标准以应对东道国不同的发展状况、政府能力和资源条件。

其次，许多投资者与国家仲裁案例表明，仲裁庭在考虑特定东道国的经验不足及管理能力等状况时，经常将这些状况与投资者的行为结合考虑。而且通常是投资者的行为使仲裁庭认定投资者的合法或合理预期在东道国的特定状况下是否适宜，以及如何在投资者和东道国之间分配责任。显然，投资者的合理预期和行为并非凭空产生，其判断应基于东道国的特定状况。仲裁庭对投资者行为的分析自然而然地排除了适用差别化的公平与公正待遇标准的可能。因为差别化的公平与公正待遇标准强调考察特定东道国的状况，是与考察投资者行为相对的“硬币的另一面”。

最后，因为公平与公正待遇包含了各种下位法律原则和概念，差别化的公平与公正待遇将使其下位标准差别化。例如，对于某些最不发达国家，由于政府没有提供稳定和可预期的法律和商业环境的能力，投资者的合法预期必须受到限制。或者由于政府缺乏资源条件，投资者不能对透明性或者司法救济有预期。上述假设表明，在解释公平与公正待遇标准本已经存在模糊和不一致时，实行差别化的公平与公正待遇标准会加剧该标准在仲裁中适用的不一致性并使该标准的含义变得难以捉摸，最终导致公平与公正待遇标准的瓦解。上文中提及的案例的高明之处在于，仲裁庭将投资者行为放到特定东道国的具体情况中考量，而不是用差别化的公平与公正待遇标准为东道国开脱，而后者会引起仲裁实践的混乱。

综上，仲裁实践提供了平衡投资者和东道国利益的经验。公平与公正待遇标准不应该是一个无视东道国而一味偏袒投资者的标准。在适用该标准时，仲裁庭必须考虑所有相关状况，在保护外国投资和东道国对公共利益的责任之间取得平衡。例如，Waste Management II 一案的裁决书写道，“很明显，该标准在某种程度上是灵活的，必须适应每个案件的特定状况。”但这并不意味着仲裁庭必须越过被普遍接受的公平与公正待遇标准，而去适用差别化的公平与公正待遇标准。该标准是在宽泛的术语基础上形成的，这些术语具有的灵活性对公平与公正待遇标准是有利的，正如 Waste Management v. Mexico 的裁决书所提到的，仲裁庭可以利用这种灵活性寻求适当的仲裁结果。

## 二、为了应对解释公平与公正待遇标准时遇到的新挑战，公平与公正待遇标准本身应保持统一

双边投资保护协定等投资保护条约的繁荣，很大程度上是由于传统发达国家（传统资本输出国）希望弥补国际习惯法在应用于跨国公司在发展中国家投资时的不足和不明确。因此，发达国家认为一个国家的监管空间，如对跨国公司财产的征用，需要得到投资者国家仲裁的彻底审查。但是，过去二十年中的仲裁实践却反映出，发达国家的监管空间也有可能受到国际仲裁庭的审查和非难，并由此使发达国家负担巨额的损害赔偿金。投资者和国家仲裁对发达国家可谓是一把“双刃剑”。

此外，联合国贸易与发展会议在 2005 年的报告中指出，在过去的十多年间，投资者国家仲裁涵盖了所有种类的投资活动，包括私有化合同和国家特许。被质疑的措施包括应对经济危机的紧急状态法、增值税、将农用土地重新规划为商用土地、对危险废物处理设施的处置、剥离国有企业股权给外国经营者，媒体监管机构提供的待遇等。公平与公正待遇在这些仲裁案件中被仲裁申请人和仲裁庭广泛引用。环境、人权、公民健康和福利等问题的全球化，甚至金融危机加强了发达国家和发展中国家对监管空间的要求。例如，在亚洲和拉丁美洲相继发生的金融危机反映了各国对于投资条约给金融危机中的经济控制所带来的阻碍的担忧。

为了应对上述挑战，公平与公正待遇标准应该保持统一，原因如下：

首先，发达国家和发展中国家在扩大监管权力上逐渐取得一致，而差异化的公平与公正待遇标准将依据东道国的不同发展水平、政府能力和资源赋予其差异化的监管空间。发达国家不愿意看到仲裁庭赋予发展中国家更多的监管空间，因为它们也面临着与发展中国家同样的监管问题，如环境问题、金融危机等等。因此，公平与公正待遇标准在限制东道国监管权力中扮演的角色将受到限制，该标准将被解释得更抽象、更严格。

其次，国家监管权力的扩张将对公平与公正待遇标

准构成挑战。标准需要保持统一以作为在投资保护领域对国家监管权力的限制。外国投资者因为国家监管遭受的损失并非都是国际不法行为。作为仲裁庭对国家监管权力的行使的适当反应，无论是作为国际最低标准或是其他合理的审查标准的一部分，公平与公正待遇标准必须维持精确和统一。

最后，东道国可以通过在制定投资保护条约中的协商来限制公平与公正待遇标准。因此东道国没有必要在宽大的（差异化的）标准下为监管权力而斗争。近来的条约实践反映出，各国已经注意到公平与公正待遇标准的模棱两可留给仲裁庭过多的解释空间，因而各国需要从仲裁庭手中夺回解释的权力。在此背景下，投资条约正变得越来越复杂，不同的标准被写入条约，如将公平与公正待遇标准等同于国际最低标准，决定东道国监管权力的主观标准，例外和保障条款等。

综上，为了应对寻求投资保护和国家监管权力的平衡中遇到的新挑战，为了使公平与公正待遇得到包括发达国家和发展中国家在内的更多国家的接受，标准必须维持统一和精确。

## 三、结论

对仲裁判例的分析表明，由于对东道国实际状况的考量是公平与公正待遇标准的内在要求，差别化的公平与公正待遇标准没有存在的必要。通常，一个合格投资者的合理期待应当考虑到东道国的实际状况。近来的条约实践反映出，东道国扩大监管权力以应对各种国内公共需求和突发事件已成为一种趋势。解释和适用公平与公正待遇标准时，仲裁庭的自由裁量不应违背条约，而条约近来倾向于限制公平与公正待遇标准或者将该标准让位于某些由缔约国约定的制度。这一实践同样不会鼓励差别化的公平与公正待遇制度。●

●文 /张海燕　王桂学
组稿邮箱：tougao@lawyers.org.cn

# 公司利用法人独立地位损害股东债权人利益法律研究

## ——浅谈公司法人人格否认制度

### 前　言

我国公司法第二条确立了两大公司制度。第一就是法人独立人格制度；第二就是股东有限责任制度。本文以两大理论制度为基础，认为股东与公司共同对公司债务承担连带责任是股东有限责任否认制度，暂且称之为广义的公司法人人格否认制度；公司与股东共同对股东债务承担连带责任是公司法人人格否认制度，暂且称之为狭义的公司法人人格否认制度。而狭义的法人否认制度，目前在我国还是一个空白，急需建立和完善。

### 一、一个案例引发的问题

自然人甲欠自然人乙 1000 万元人民币，经乙多次催讨，甲方都未能归还，并且现在也不知道甲方所踪。经查询，甲方是多家公司的大股东，并且在负债期间，甲方曾对一家公司大笔增资 1800 多万元，可增资后没几天，该公司账面上就只剩下几万元，也没发现有什么固定资产和投资方向。乙方在诉讼期间，申请法院查封了甲的所有股权。

现在的问题是：

（一）甲方将钱不是用于还款，而是用于投资公司和给公司增资，一旦投资或增资完成，就变成了公司的财产，独立于股东财产，乙方无法要求公司退还这笔款用于还款。

（二）法院虽然查封了甲的股权，可没法查封甲作为股东的公司的财产。直接导致股权被查封了，可甲已经或可以继续将公司资产转移，公司变成了一个空壳，查封的股权已经没有价值，或者说股权价值不断缩水，而乙却没有什么有效的法律途径维护自身的权益。

公司变成了合法逃债的手段。

### 二、根据目前法律可能采取的途径分析

以上案例，可否利用公司法人人格否认制度来解决呢？仔细分析我国的法人人格否认制度，是指股东严重损害公司债权人的利益，应当对公司债务承担连带责任。而本案中是股东或者说是公司的行为已经严重损害股东债权人的利益，能否要求公司对股东债务承担责任问题。显然，公司法第二十条第三款规定是不能够适用的。还有没有其他法律途径呢？

从合同法律的角度分析，公司若放弃债权或债权担保或恶意延长到期债权履行期或无偿将财产赠送他人，或明显不合理低价转让他人，损害公司利益，进而导致股权价值缩水甚至丧失，股东债权人能行使撤销权或代位权么？撤销

权的构成要件,我们不再一一分析,但从撤销权的行使对象来看,债权人只能撤销债务人的行为,而无法请求撤销债务人作为股东的公司的行为。以撤销权理论来保障股东债权人利益,这条法路也不通。

同样的道理,若公司怠于行使到期债权,导致公司利益损失,进而导致股权价值缩水甚至丧失,股东债权人也无法通过行使代位权保障自身利益,代位权的行使也存在行使对象不对的问题。

刑事打击如何呢?是否构成恶意逃避债务,拒不执行判决裁定罪呢?首先,案件还在审理当中,还没有生效的判决或裁定;其次,甲将财产投资公司或为公司增资,法律需要平衡债权保护和正常的市场经济行为之间的关系,这部分财产没有被保全的话,甲方投资或增资行为是受法律保护的。若然后再将公司财产转移或赠送等,即使判决或裁定生效,可能也构不成拒不执行判决裁定罪。

从以上分析看,甲方利用公司的形式拒不履行债务,然后利用自己的影响力,通过公司将财产转移或赠送。而公司的行为滥用了法人的独立地位,以“合法形式掩盖非法目的”,严重损害了股东债权人的利益,既不用承担民事责任,也不用承担刑事责任,作为债权人很无能为力,但法律对此不能无动于衷。

## 三、建立特定情况下股东与公司共同对股东债权人承担连带责任制度的必要性

综上分析,在特定情况下,应当建立公司对股东债务承担连带责任的制度。

(一)法律应当保护公民投资的权利,但也应当保护其他公民的在先权利。当公民自由投资权利的行使损害了他人权利时,这种权利应当受到限制。在目前法律环境下,除非你事先查封或冻结了债务人的财产,否则,一旦投资完成,就会出现本案例中的情形。

(二)不能够让公司成为债务人合法逃债的手段。我国目前诚信体系尚未有效确立,逃债赖账的人可不是杨白劳,很嚣张,债主反倒很受气。当债务人投资公司后又恶意转移公司资产,导致股东债权人利益严重受损的,公司应当对其股东的债务承担连带责任。这种权利只有得到确认和救济,才能有效保护债权人的利益。

(三)作者认为,特定情况下,公司对股东债务向股东债权人承担连带责任,这是公司法人人格否认制度的另外一个方面,或者说,是法人人格否认制度的真谛。

张海燕:上海深度律师事务所负责人

王桂学:上海深度律师事务所律师

## 四、中国公司法人人格否认制度的制度性缺陷和构建、适用

(一)“中国公司法人人格否认制度”的制度性缺陷:名为法人人格否认制度,实为股东有限责任否认制度,未确立真正意义上的‘公司法人人格否认制度”。

《中华人民共和国公司法》第二十条第三款规定,公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。该款被公认为确立了我国公司法的法人人格否认制度。

按照目前我国公司法,中国的法人人格否认制度,是揭开公司的面纱,把股东和公司视为一体,让股东与公司共同对公司的债权人承担连带责任。

作者认为,公司法目前确立了两种情形,却只确立了一种制度;两种情形是指“滥用公司的独立地位和滥用股东有限责任”情形,一种制度就是股东有限责任否认制度。简称“两种情形,一个制度”。

规定了两种情形不必多言。为什么只规定了一种制度,而且是股东有限责任否认制度,而不是公司法人人格否认制度呢?所谓股东有限责任,是指股东仅以其出资额对公司承担责任,只要完成出资,股东对外就没有什么责任了。而公司法第二十条第三款“公司股东滥用……,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任”,是要求股东对公司债务承担责任,自然是对股东有限责任的否认,而不是对公司法人人格的否认。

而本文所说的“特定情况下,公司对股东债务承担连带责任”才是真正意义上的公司法人人格否认制度。公司作为法人,是指公司以其全部财产对公司债务承担责任。而法人人格否认,否认的不是公司以全部财产承

担责任，否认的是公司仅对公司债务承担责任，要确立的是公司以其全部财产对公司债务以外的其他债务承担责任，这才是公司法人人格否认制度的本意。

惩罚的是谁？决定到底是什么制度。让股东与公司一起对公司债务承担连带责任，惩罚的是股东，自然是股东有限责任否认制度。让公司与股东一起对股东债务承担连带责任，惩罚的是公司，自然是公司的法人人格否认制度。

不能够把股东和公司视为一体，就是否认公司的法人人格。本来股东牵涉其中，把公司拉进来，是否认公司的法人人格。而本来公司就牵涉其中，把股东拉进来，那是否认股东的有限责任。

（二）中国公司法人人格否认制度的构建和适用。

1. 股东有限责任否认制度和公司法人人格否认制度的新表述。

作者认为，股东有限责任否认制度和公司法人人格否认制度应当分别表述如下：

股东有限责任否认制度，是指股东滥用股东有限责任，逃避公司债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

公司法人人格否认制度，是指公司滥用公司法人独立地位，逃避股东债务，严重损害股东债权人利益的，应当对股东债务承担连带责任。

后者，正是急需确立的。

2.滥用股东有限责任、公司的独立地位与逃避公司债务、逃避股东债务和股东有限责任否认、法人人格否认的对应关系。

逃避公司债务，滥用的是股东有限责任。假设是滥用公司独立地位的话，公司还是要以全部财产对债务承担全部责任，逃避不了公司债务。所以确立的是股东有限责任否认制度。

逃避股东债务，滥用的是公司的独立地位。假设是滥用股东的有限责任，股东还是要承担全部责任，逃避不了股东债务。所以确立的是公司法人人格否认制度。

为什么股东的行为能逃避公司的债务，或者公司的行为能逃避股东的债务？一般是由于股东能够给公司的行为施加较大影响，甚至能够直接决定公司的行为，特别是大股东和在有限责任公司里面。虽然公司法确立了所有权和管理权分离的制度，但制度上的分离并不能代表人员上的分离，很多公司股东就是管理者，大股东就是公司法人，还有很多公司就是夫妻店。即使股东不是直接管理者，管理层最终是要执行股东会的决议的。

鉴于目前理论和实践中，已经将公司法的第二十条第三款规定称之为法人人格否认制度，作者暂且将之称之为广义的法人人格否认制度。将公司与股东一起对股东债务承担连带责任称之为狭义的法人人格否认制度。

3.中国公司法人人格否认制度的适用。

我国公司法对法人人格否认制度的规定过于原则和笼统，缺乏细致的规定，导致在实践中难以操作。

本文主要讨论狭义的公司法人人格否认制度，对于广义的公司法人人格否认制度的适用再另外表述。狭义的法人人格否认制度的适用，作者认为应当满足以下条件：

（1）、主体要件。有权提起公司法人人格否认的主体是股东的债权人，义务主体应当是作为债务人的股东和承担连带责任的公司。

（2）、主观要件。公司法人人格否认制度是否需要公司有过错？作者认为，虽然在公司法人人格否认制度的表述上都有“滥用”两字，但“滥用”两字应当主要体现在对资产处置行为的随意上面，强调的是有过失即构成，而不是恶意或重大过失，若要求股东债权人举证证明公司有恶意或重大过失，不符合法律精神，也不符合经济发展需要。或者是不论公司行为有无过失，只要严重损害股东债权人利益的，就应当承担连带责任，即适用无过错责任原则。即使采纳过错责任，在保护公司独立经营权的同时，为加强对股东债权人利益的保护，应当适用过错推定原则。

（3）、行为和结果要件。公司要有构成滥用法人独立地位情形，并且严重损害了股东债权人的利益。像本文第一部分所述案例，若债务人仅仅是将本应偿还债权人的钱拿去投资公司或给公司增资等，不能够适用公司法人人格否认制度。但若公司滥用了公司的独立地位，如虚构债务、放弃债权或债权担保、无偿赠送或以明显不合理低价转移公司资产给关联公司或个人，导致股权价值大幅度缩水甚至股权价值为零，严重损害了股东债权人利益的，应当在法律上赋予股东债权人救济权，要求公司承担连带责任。具体哪些情形构成滥用法人独立地位，需要在实践的基础上由最高院出具相应司法解释，以明确和统一裁量尺度。

## 结束语

公司法人人格否认制度的确立，让公司与股东承担连带责任，有利于打击恶意逃债行为，保护债权人的利益。但由于公司法的制度性缺陷和过于原则和笼统，实践中不仅难以操作，更缺乏明确的法律依据，迫切需要在实践的基础上加强研究，以期促进对债权的有效保护和我国公司法的完善。由于作者水平和阅历有限，以上观点难免有不足之处，只能起到抛砖引玉作用，期待同行指教。●

●文/曹志龙
组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 律师如何为我国战略性新兴产业提供法律服务

曹志龙：上海市联合律师事务所律师

随着我国“十二五”规划明确提出大力培育与发展战略性新兴产业，近来中国律师如何为培育与发展战略性新兴产业提供适合需要的法律服务，成为我们亟需解决的问题。产业的创新与转型，必然需要与之相对的法律服务的创新与转型，这既对律师提出了挑战，又为律师业的新发展提供了大好的机遇。

## 一、培育与发展战略性新兴产业法律服务产生背景

（一）培育发展战略性新兴产业的提出

2011年3月国家公布了对于我国未来五年可持续发展具有重要意义的《我国国民经济和社会发展十二五规划纲要》（即“十二五”规划），明确提出“培育发展战略性新兴产业”，并“以重大技术突破和重大发展需求为基础，促进新兴科技与新兴产业深度融合，把战略性新兴产业培育发展成为先导性、支柱性产业”。

“十二五”期间重点发展的新兴产业主要包括7种类型31项：

（二）大力培育与发展新兴产业已初现端倪，对我国经济的发展将产生根本性影响

——根据相关报道，目前，战略性新兴产业已在各地显现生机。重庆的两江新区正在成为战略性新兴产业的聚集高地，5年内两江新区战略性新兴产业的产值将达到2500亿元；在江苏无锡，物联网产业基地已经初露头角；安徽的平板显示、LED光电和光伏产业基地已初具规模，“十二五”末安徽的战略性新兴产业产值将突破1万亿元。

——据国务院发展研究中心测算：未来3年新能源产业产值有望达到4000亿元；2015年环保产业产值可达2万亿元；数字电视终端和服务未来6年将累计带动近2万亿元的产值。

（三）战略性新兴产业的现行立法

2000年，国务院以行政法规形式发布了《鼓励软件产业和集成电路产业发展的若干政策》，还通过了《清洁生产促进法》（2002年）、《中小企业促进法》（2002年）、《可再生能源法》（2005年）等，但在规范效力和实施效力上暴露出“软法”的负担，且无法对政府的行为进行有效的约束和控制。由此可见，我国产业政策法

| 序号 | 类 型 | 发展重点 |
|---|---|---|
| 1 | 节能环保产业 | （1）高效节能（2）先进环保（3）资源循环利用关键技术装备（4）产品和服务 |
| 2 | 新一代信息技术产业 | （1）新一代移动通信（2）下一代互联网（3）三网融合（4）物联网（5）云计算（6）集成电路（7）新型显示（8）高端软件（9）高端服务器和信息服务 |
| 3 | 生物产业 | （1）生物医药（2）生物医学工程产品（3）生物农业（4）生物制造 |
| 4 | 高端装备制造产业 | （1）航空装备（2）卫星及应用（3）轨道交通装备（4）智能制造装备 |
| 5 | 新能源产业 | （1）新一代核能（2）太阳能热利用和光伏光热发电（3）风电技术装备（4）智能电网（5）生物质能 |
| 6 | 新材料产业 | （1）新型功能材料（2）先进结构材料（3）高性能纤维及其复合材料（4）共性基础材料 |
| 7 | 新能源汽车产业 | （1）插电式混合动力汽车（2）纯电动汽车和燃料电池汽车技术 |

律化程度不高,对实施产业政策行为的约束规范和法律责任条款不明确。

## 二、战略性新兴产业特点

(一)战略性新兴产业的优点

1、内容和方法针对性强

我国战略性新兴产业是针对我国具体情况而提出的,例如为有效缓解经济社会发展的资源环境约束而发展节能环保和新能源产业;为加强我国在医药方面的自主创新能力,将生物产业作为战略性新兴产业等。此外,《国务院关于加快培育与发展战略性新兴产业的决定》明确培育发展战略性新兴产业应强化科技创新以提升产业核心竞争力,通过积极培育市场、深化国际合作、加大财税金融等政策引导和鼓励社会资金投入。

2.集战略性与新兴性一体

战略性新兴产业集战略性与新兴性于一体,金融危机下,战略性新兴产业一般应符合以下三个要求:一是产品要有稳定并有发展前景的市场需求;二是要有良好的经济技术效益;三是要能带动一批产业的兴起。

3.适应世界经济产业转型

美国出台《2009 年美国复兴与再投资法》,欧盟委员会提出《创建创新型欧洲》报告和欧洲广泛创新战略,我国也做出了《关于加快发展战略性新兴产业的决定》以及“十二五“规划。政府通过扶持和发展战略性新兴产业,以望提高国家或地区在经济全球化过程中的地位和产业竞争力,适应了经济产业转型的要求,顺应了世界经济发展趋势。

(二)战略性新兴产业的缺点

1.法律框架不健全,行政干预浓厚

西方经济发达国家除了制定《反垄断法》等一般法,还制定特别法促进产业发展,例如韩国基于出口主导型产业政策而颁行诸如《电子工业振兴法》、《软件产业促进法》等多项产业结构政策法律。而我国,多以行政指令或政策、决定对产业发展方向指导,市场的基础性作用和企业的主体作用发挥不够,缺乏法律责任和普遍约束机制。

2.地方政府不切实际,争先立项

国家发改委产业研究所调查显示,节能环保、生物、新能源以及新能源汽车产业成为各地“十二五”时期投资的共同方向,27 个省、直辖市、自治区的 100 多个城市提出要打造新能源产业基地,17 个省、直辖市将光伏产业作为本地区支柱产业。各地正在兴建的生物医药园多达上百家,但多数仍是采用传统模式运作。这些资源浪费和恶性竞争的行为严重阻碍了战略性新兴产业发展,难以形成协调、完整的产业链和产业体系,不利于中央的宏观调控。

3、缺乏自主创新意识和能力

目前我国正处于这种困境之中,急功近利,一味扩大企业规模,不注重核心技术人才和自主创新能力的培养,导致我国战略性新兴企业仍然处于产业链的低端,与国际战略性新兴企业的差距越拉越大。

4.未形成产业合作效益

我国各地在发展战略性新兴产业过程中缺乏协调,产业聚集不足,其互惠共生性、产业关联性、竞争协同性、知识资源互补性和组织开放性作用无法得到有效发挥,反而出现恶性竞争和互相排挤,由此造成我国高新科技产业开发区的数量在世界上处于领先地位,但大多数高新科技产业区的效益不佳。

## 三、律师可为培育与发展战略性新兴产业提供的法律服务

伴随着“十二五”规划明确提出大力培育与发展战略性新兴产业,我国战略性新兴行业得到了迅速的发展。对于律师行业来说既是机遇也是挑战。针对战略性新兴产业存在的法律问题及风险,律师需做的准备及可参与的业务有:

(一)在制度建设方面,积极参与立法和政策制定

战略性新兴产业具有地域性特点,除了中央政府作出的一些法律政策规定之外,各地政府也会根据其地域性经济发展特点制定具体政策规定。律师作为专业法律服务人员,可在对中央政府宏观指导了解的基础上,结合地区微观政策具体分析,在政府部门立法和制定具体政策时,通过适当渠道和形式将遇到的问题、相关法律法规的不足之处向有关部门反映,同立法、执法、司法机关及法律理论界保持沟通,提出意见或建议,推动我国战略性新兴产业法治进程。一方面有助于促进法规、规章之间的协调一致,实现集中化、系统化;增强法律、政策的透明度。另一方面有助于强化政府管理和协调的职能,为企业提供全方位的服务,解决政府管理部门办事效率低、协调能力差的状况,提高法律服务质量。

(二)在项目可行性研究方面,针对产业特征,律师可为项目的可行性提供法律服务

战略性新兴产业的战略性与新兴性决定了其发展需要律师提供新型的法律服务。由于战略性新兴产业的重要地位和影响,律师不仅要熟悉相关的政策规定,还要深入了解地区性的经济、市场、行业和产品等信息,为该产业在具体地区内的可行性做出评估。而战略性新兴产业的新兴性则要求律师时刻关注该产业的发展动态,适时调整和完善对该产业的法律建议和可行性评估,促进产业结构和发展方式的调整,使其产品保持稳定发展的市场需求,取得良好的经济技术效益,从而使得法律

得到更好的实施。

（三）在风险防范方面，为企业设立完善风险防范体系，保障企业健康发展

公司对法律风险往往估计不足或处理不当，从而带来相当严重的法律后果，有时甚至是颠覆性的灾难。为此，律师应该根据企业特点建立与企业自身的管理体系相容的法律风险防范体系，同时注重各个环节、各项内容及企业各个实施部门的统一协调，使其具有可操作性。除此之外，还应为企业制作法律风险年度评估报告，采用尽职调查、风险披露、方案论证、预案设计等方式定期全面调查和梳理公司经营所涉的法律事项，并就公司年度商业安排制定出法律风险防范重点，提出防范预案，有效贯彻实施事先防范和过程控制为主，事后救济为辅的法律风险防范理念，最终实现企业可持续性健康发展。

（四）在知识产权方面，为新型产业的知识产权申请与保护提供法律服务

战略性新兴产业资金和人才投入极大，自主创新能力要求高，成果多知识产权形式，价值含量极高，需加强对其知识产权成果的保护，需要律师在担任知识产权法律顾问时为客户制定专利战略、特许经营战略等，策划预警和防御方案等，为客户在技术引进、风险投资、资产并购、企业重组中的知识产权交易和处置提出法律解决方案，代理客户调查知识产权侵权人的情况及其财务资产状况。

（五）在政府的宏观调控和管理方面，为政府的依法行政提供法律服务

战略性新兴产业作为国家最新重点支持和发展的产业，随着我国一系列相关法律法规政策的逐步颁布和完善，深化国际合作、财税金融等政策扶持力度的加大，引导和鼓励社会资金投入等措施的完善，律师的作用越来越重要。无论是法律法规政策的解读和最大限度的有利利用，还是国际合作中双方合同的签订和协商，抑或是财税金融等扶持政策的充分贯彻实施，律师作为提供专业性服务的人才，可以为政府提供相关的法律服务，辅助政府有效实现其进行宏观调控的目的。

（六）在常规业务方面，律师可为战略性新兴产业企业的设立、重组、上市等业务提供法律服务

与其他传统产业企业一样，战略性新兴企业在设立及合并、分立、重组、公司税务、职工关系、企业破产和清算等方面也有一系列业务。律所还可以起草和审阅与战略性发展相关的法律文件，包括认股协议、股东协议、登记协议、业务合同等。

## 四、律师为培育与发展战略性新兴产业提供法律服务应注意的问题研究

（一）应及时更新和运用我国有关战略性新兴产业的最新政策指导和法律制度

作为政府最新重点关注和扶持产业，有关培育与发展战略性新兴产业的政策会一直不断地更新，法律方面的规定也会层出不穷，作为专业的法律服务提供者，面对纷繁复杂的政策、法规等，可能没有具体的适用标准，律师的执业能力面临很大的挑战。这时候就需要律师及时更新自己的知识库，对其进行消化和融合，同时结合自身的专业素养，站在企业的角度为其提供最有利的法律服务，实现企业合法利益的最大化。

（二）战略性新兴产业的新兴性对律师综合素质和知识的全面性提出了更高要求

战略性新兴产业中涉及到了很多与传统产业不同的领域，这也直接导致了其对相关法律服务内容的不同。“十二五”期间重点发展的七大新兴产业，涉及节能环保、生物、新能源以及新能源汽车产业等最新的高技术含量领域，其与传统产业中常规法律服务有很大的不同，相应地对法律服务者的专业知识要求也更全面，更严格，特别是对知识产权方面和财税金融方面的要求很高，这也是律师为培育与发展战略性新兴产业提供法律服务应注意的主要问题之一。

（三）战略性新兴产业的政府指导性对律师协调企业与政府间关系发出挑战

战略性新兴产业从提出到发展壮大，体现出了浓厚的政府指导性特征，这同时也是对律师加强企业与政府机关的协调合作关系的挑战。律师作为企业代表与政府进行沟通交流，加强企业与政府机关的协调合作，才能为企业争取最大的利益，这既是律师在为战略性新兴产业提供法律服务时面临的一项严峻的挑战，也是律师提高自身专业能力水平的发展机遇。

## 五、结 语

随着世界各国新技术产业改革的发展，我国也根据国情制定了“十二五”规划，提出培育与发展战略性新兴企业，但是相应法律法规的不完善，发展过程中产生的相关问题等极大地限制了我国战略性新兴企业的发展，要解决这些问题，除了需要政府的宏观调控，市场经济的微观规制和战略性新兴企业的自身调节之外，还需要律师运用专业知识为其提供大量的法律服务。中国律师事务所和律师们应当从不断完善自身法律知识、加强专业研究、开展行业和国际经验交流等方面，不断提高中国律师的专业化水平，不断开拓新的法律服务市场。●

●文 /李国栋
组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 自助游法律问题研究

李国栋：上海市嘉华律师事务所律师

2006年中国驴友索赔第一案一石激起千层浪，将自助游法律问题研究推向了高潮。本文以侵权责任法规范为请求权基础，通过对自助游活动中各主体的责任构成与责任承担，从实证与法理的角度提出了笔者自己对自助游活动的观点，并在最后介绍了自愿冒险制度的理论与意义，以此希望对自助游法律问题的研究与解答有所裨益。

## 一、问题的提出

（一）中国驴友索赔第一案

2006年7月自助游爱好者梁某在网上发帖，召集出去露营旅游，女孩骆某报名参加了活动。但没想到的是，由于山洪暴发，女孩不幸被山洪冲走。随后其家长将参加露营的12名驴友告上法庭，要求为骆某的死亡承担共同责任，并提出了15万元的经济赔偿要求和20万元的精神损害赔偿要求。

一审法院判决认为：梁某作为活动组织者，其行为具有营利性。同时作为活动的组织者，其对活动危险性应具有一定的预见意识。对于骆某的死，梁某主观上具有重大过失。同时其他11名参与者由于均没有提出防范风险的建议，也没有采取安全措施，均存在过于自信或者疏忽大意的过失，主观上存在过错。故判令组织者承担65%的责任（即16万元）而其他参与者承担15%（即4万元）的责任，骆某承担20%的责任

二审法院认为：按照《民法通则》第132条规定："当事人对造成损害都没有过错的，可根据实际情况，由当事人分担民事责任。"即承担"公平责任"，同时《最高人民法院关于贯彻执行民法通则若干问题的意见》第157条规定："当事人对造成损害均无过错，但一方是在为对方的利益或者共同的利益进行活动的过程中受到损害的，可责令对方或者受益人给予一定的经济补偿。"最后梁某被判补偿3000元，其余11名驴友被判每人2000元共计25000元。

该案一时间激起了千层浪，被称为"中国驴友索赔第一案"。正如一审判决书中所言：我国尚未建立起户外探险活动相关的制度和法律规定，如发生人身损害事故，没有一个责任认定机制。我国不是判例法国家，但该案的判决对我国今后同类的判决具有重要的示范意义。正是这样一种情况，使该案具有了特殊的意义。

（二）存在的问题

1.权利义务的不平衡。博登海默认为：从正义这一概念的分配含义来看，它要求按照比例平等原则把这个世界上的事物公平的分配给社会成员。正义的内涵在于公平，而权利义务的平衡是正义的基本要求，作为第二性义务的责任也应当与权利相平衡。自助游是一种松散的组织关系，如果将组织者出于热爱生活、渴望自然的善意组织行为作为其承担过重责任的源泉显然有失公平正义。

2.权益保护与自由保障的矛盾。诺齐克认为：自由是一种权利，权利保护的边界是他人的自由。参加自助游是个人的权利，如果对自助游参与者的判罚较重，无疑是对受害人权益的过分保护，法律的目的不是废除或者限制自由，而是保护和扩大自由。对自由的合理限制使人类步入了文明社会。但从权利的边界来看，对受害人的过分保护也是对他人参与自助游的自由权利的不当限制。

3.法律效果与社会效果的对立。法院的判决不仅应建立在法治原则的基础上，同时还应考虑其判决的社会导向性。自助游是一种新型的社会交流方式，如果对参与者的处罚过重，无疑是对自助游这样一种社会交流方式的打击，较重的处罚与现代社会生活的要求显然是相违背的。

## 二、自助游活动之责任构成与责任分配

本文主要以侵权责任法规范作为自助游活动中责任构成与责任承担的请求权基础而非合同法规范。对

于AA制的自助游活动中组织者与参与者之间是否构成合同关系在实务与学理上还未有定论，实务中被害人亦多以侵权责任法作为其请求权基础。

自助游案件大多属于多主体多责任基础的复杂侵权案例，在该类案件中存在两组法律关系：责任的构成与责任的承担。所谓责任构成即通常所说的过错责任、过错推定等。所谓责任的承担指对损害的填平。

（一）责任构成

自助游组织者之责任一般为不作为侵权，这种不作为侵权的义务来源在于其存在作为义务而没有作为。

学界对自助游组织者之作为义务来源分析，比较多的是从安全保障义务的范畴去讨论组织者的责任承担问题。同时从实证层面看，法院在判决时也诸多引用安全保障义务来界定组织者之责任承担。

安全保障义务从性质上可以分为：契约性义务和侵权性义务。所谓契约性义务指经过一个要约与承诺的过程，从而形成一种契约。虽然没有明确将安全保障义务约定在契约内，但行为人也应当承担相应的安全保障义务。我国《中华人民共和国合同法》第60条规定："当事人应当按照约定全面履行自己的义务。""当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。"这一规定可以说是我国契约性安全保障义务的法条依据。所谓侵权性义务指根据制定法的规定对安全保障义务人之法律规定而产生之义务，无需受害人与安全保障义务人之间存在契约关系。

根据我国《侵权责任法》第37条规定：除经营活动组织者外，群众性活动的组织者同样附有安全保障义务。在自助游活动中组织者能否承担侵权责任的焦点问题在于自助游组织者法律定位的缺失和权利义务的模糊使得法院在认定自助游事故责任时面临巨大的困境。有学者认为：从安全保障义务的产生背景来看，正是由于人们的社会关系日益密切，社会活动对他人的影响无处不在，为保护无辜的受害人，维护社会秩序，安全保障义务人的行为标准不得不更高一些，其避免他人因自己而受到损害的注意义务也应更广泛的存在。对此笔者观点如下：从制定法的角度看，现行法律没有对自助游组织者法律地位的规定。这为我们判断其在自助游事故中的责任造成了巨大问题。但从法理的角度分析，虽然自助游组织者对危险（非不可抗力危险）的发生相比其他参与者更具有预见性，并且在更大的程度上具有采取预防措施的可能性。但AA制的社会活动模式，从收益与风险的角度来看如果让没有营利意图与行为的组织者承担与其收益不相符的责任显然是不公平的。同时从避免和减轻损害的角度来看，组织者由于不同于一般企业并非具有雄厚的经济实力，故其避免和减轻损害的成本未必就比受害人低。故从法律意义上讲以自助游活动组织者负有安全保障义务而要求其承担相应的过错责任是有失公平正义的，从社会意义上看对自助游这种新型的社会交往模式的发展也是不利的。

所以在自助游活动中对于组织者不能因违反安全保障义务而要求其具有高于一般人的注意义务从而在没有法定免责事由时判定其侵权。对于AA制的自助游活动中的组织者只要尽到了一般注意义务即可认为其对于受害人的损害不构成责任。

（二）责任承担

1.双方无过错的情形。根据公平责任原则，虽然在不可抗力或者意外事件下可以免责，但如果在被害人同样没有过错的前提下，组织者与参与者还是需要承担一定的补偿责任。以体现《侵权责任法》的本质是一种救济法。

"公平责任是指在当事人双方对造成损害均无过错，但是按照法律的规定又不能适用无过错的情况下，由人民法院根据公平的观念，在考虑受害人的损害、双方当事人的财产状况以及其他相关情况的基础上，判令加害人对受害人的财产损失予以适当的补偿"。

公平责任具有三个方面的基本属性：第一，独立于无过错责任。行为人与被害人必须都无过错的情况下才适用；第二，适用公平责任只能是因为结果显失公平。侵权责任法的运作过程必须使得行为人、受害人和社会三者能够和谐共融。结果的显失公平可能是在经济结果上的不公平，也有可是违反善良风俗引发的不利后果；第三，公平责任的实现方式只是经济补偿。

自助游活动由于其活动地点易于产生人身伤亡事件，一旦产生事故对受害人家庭造成的可能是一种毁灭性的后果，故如果在组织者、参与者与受害人没有过错的前提下，让受害人独自承担损失是有违善良风俗的。

2.活动组织者与受害者都有过错的情形。我国民事侵权法律中已初步完成了过失相抵制度的构建。《民法通则》第一百三十一条规定："受害人对于损害的发生也有过错的，可以减轻侵害人的民事责任。"侵权责任法承继了上述规定的精神，在第二十六条规定："被侵权人对损害的发生也有过错的，可以减轻侵权人的责任"。

过失相抵制度的构成要件通常说认为：客观上损害结果的产生或扩大是侵权人的过失行为和被侵权人的过失行为共同所致的情形下，才能适用过失相抵。同

时对于同一的损害结果，不仅侵权人的行为是其发生原因，而且被侵权人的行为与该损害结果产生或者扩大也具有原因力作用。主观上被侵权人主观上有过错，这种过错包括故意与过失。虽然被侵权人的行为是损害结果发生或者扩大的共同原因，但是，如果被侵权人主观上没有过错，仍不能适用过失相抵，以减轻或者免除侵权人的责任。

故在自助游活动中，组织者与参与者同时符合过失相抵制度的主客观要件的前提下是可以减轻或者免除组织者的责任的。需要说明的是过失相抵，并非指侵权人与被侵权人的过失相抵销，而是指通过对侵权人与被侵权人的过失相比较，以确定侵权人与被侵权人的责任有无、大小及范围。

（三）关于免责

《刑法》第十六条规定：行为在客观上虽然造成了损害结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不是犯罪。我国《合同法》与《侵权责任法》中都没有关于意外事件的规定，故其作为一种免责事由多存在于理论上。实践中意外事件一般是刑法上的用语。所谓不可抗力在我国《合同法》上是指当事人不能预见、不能避免和不能克服的客观情况。“不能预见、不能避免与不能克服”的主体标准原则上以一般理性人的标准来判断。需要说明的是《合同法》规定不可抗力的功能在于促使人们从事交易时充分预测未来可能发生的风险，并在风险发生后合理地解决风险分担问题，那么侵权法中将不可抗力作为抗辩事由的主要目的即在于平衡个人之行为自由与处于不可抗力威胁下的大众利益。

意外事件与不可抗力的区别在于：

1. 不可抗力造成的损害是因为外在的非人为客观因素，而意外事件所造成的损害是因为行为人自身行为所造成的。

2.两者都有不可预见性，但不可抗力强调在签订合同的时候对事件的发生不可预见，但是随着日久，当事人可能会预见到事件的发生。而意外事件着眼点在于行为人自身行为的损害性，行为人的行为肯定发生了危害后果，但是这个危害是行为人当时预见不到的，强调的时间性比较短，就在事件发生的一定的期间内。

3.不可抗力是行为人没有办法抗拒损失的产生，所谓力不从心；而意外事件的发生是行为人根本不能认识到损害结果会发生，所谓“突发事件”。

在自助游活动中如果发生诸如案例中的不可抗力情形，其可以成为免责理由。故无论是组织者还是参与者都不构成侵权。但如果发生组织者或者参与者由于不可预见的意外事件，虽然《侵权责任法》没有将其作为责任免责事由，但由于组织者与参与者对意外事件的发生没有故意和过失，从而没能使侵权责任构成要件闭合，故也无需承担由于意外事件导致的被害人损失。

## 三、法律空白的填补——自愿冒险制度

自愿冒险在英美法上称为 Assumption of Risk，指受害人明知来自特定危险源的风险，却依然冒险行事，并由自己承担行为所产生的不利后果。

（一）自愿冒险制度的理论基础

自愿冒险不同于受害人承诺。王泽鉴教授认为：受害人同意应区别于自愿冒险行为，自愿冒险主要适用于过失侵权领域，所谓自愿冒险不应定性为受害人允诺作为违法性阻却的问题，而应当将其纳入过失的范畴。由法院衡量当事人对损害扩大的原因力，以合理地分配其责任。受害人同意是受害人故意“招致某种风险”，自愿冒险是“将自己置于风险之中”。受害人同意存在于故意侵权领域，而自愿冒险存在于过失侵权领域。从最终的法律后果上来看，受害人同意直接导致侵权行为的不成立，而自愿冒险行为并不阻却行为的违法性，依然成立侵权，只是免于承担损害赔偿责任。

（二）自愿冒险制度之创设意义

侵权行为法有两个相互冲突的价值取向，一个是权益保护，另一个是自由保障。通俗来讲即如果要自助游参与者承担责任的话，那么以后还有多少人去参加自助游呢？曾隆兴先生说：若对所有损害皆会负责，则有碍人类活动及经济之发展，例如商业上竞争活动，无法避免损害同业竞争人，但不能谓应对因商业活动失败而受损之人给予赔偿。

自愿冒险制度的确立可以阻止不具有自我保护能力的人参与到自助游活动中，将活动实施前的损害可能性降到最低，体现侵权责任法的损害预防功能。法国学者丹克说：法律不能防止人们不出现任何偏差，但能够阻止偏差活动的继续，最轻微的责任也能够给侵权行为人某种有用的警告，使其意识到自己活动的危险性。

## 四、结论

有关自助游活动的立法还未出台，只有《侵权责任法》中安全保障义务等规定。立法的相对真空导致实践中司法的无力。为此我们不仅要在现有法律体系内找到自助游活动的相关法律依据，同时为了规范界定自助游活动的法律问题，实现法律对社会发展的促进作用，通过制度的创新为自助游活动保驾护航。●

他山之石

●文/徐珊珊
栏目组稿人:洪亮 hongliang1224@hotmail.com

# 从《多—弗法案》下的“滥用”看金融消费者权益保护

2010年通过的《多德—弗兰克华尔街改革与消费者保护法》(“《多—弗法案》”)被称作是美国自大萧条以来最重大的金融变革。根据该法案,2011年7月21日美国消费者金融保护局(“CFPB”)成立了,它代表了美国保障消费者权益的最新力量,致力于杜绝“滥用”行为。

实际上,美国国会一直努力地在为消费者提供一个安全可靠的市场。创建CFPB并赋予它遏制“滥用”行为的权力,其目的不仅在于保障消费信贷市场,避免金融危机重演,也在于保护缺乏经验的金融消费者。美国国会对CFPB授权的重点在法案的第1031节:CFPB可根据关于金融产品或服务的消费者交易或要约的联邦法律之授权,采取任何行动……来防止责任人或服务提供商从事或参与不公平的、欺诈性的或滥用性的行为或操作。

本文将探讨这一授权对美国消费者保护法的影响以及《多—弗法案》所确立的反“滥用”原则对我国金融消费者保护的启示。

## 美国法原有的消费者保护规则

(一)联邦法中反“不公平”与反“欺诈”原则

美国国会初步尝试制定消费者保护立法是从“不公平”条款开始的。1914年美国国会成立了联邦贸易委员会(“FTC”),并在《FTC法》第五节指出:“商业竞争中的”不公平“行为现在被宣布为是非法的”。但国会未定义何谓“不公平”行为,参议院的州际交易委员会指出:要建立一个包含所有不公平做法的定义框架是不可能的。在这一领域,人类发明创造是没有限制的。即使已经具体界定和禁止所有已知的做法,一旦有了变数,就将要从头再来一次。如果美国国会一定要采取定义的方法,它就是接到了一个无休无止的任务。

实践中,FTC在不断解释和定义“不公平”行为。1980年,FTC调整了其对于“不公平”行为的解释并发布了沿用至今的定义,即FTC在决定是否宣布一个做法是不公平时,它会考虑消费者受到的伤害是否是:(1)实质性的;(2)大于抵消性措施给消费者或者商业竞争带来的利益;且(3)消费者自身无法合理避免。在解释定义的过程中,FTC提出,侵犯既定的公共政策本身就可能成为认定行为不公平的裁决的基础。对于FTC的解释,美国国会接受了“净社会效益”在内的标准,但对FTC解释公共政策的权力进行了限制。

本来“不公平”行为条款应适用于消费者保护和企业公平竞争两大领域,但是美国最高法院在1931年的FTC诉Raladam有限公司案中,将“不公平”条款的适用限制在救济受影响的企业的范围内。为了满足创立保护消费者的新法的需求,1938年美国国会通过了《韦乐—李》法,意图是保护消费者免受虚假宣传侵害。

多年以来,FTC已经对反“欺诈”的规制范围作了解释,它认为“欺诈”行为是一个(1)实质性的(2)陈述或遗漏(3)可能误导消费者在该情况下无法做出合理行为。

(二)州法和普通法上的“显失公平”原则

在美国国会开始消费者保护立法之前,普通法上早已确立了“显失公平”原则。该原则又经美国《统一商法典》引入现代法学领域内。然而,尽管该原则规制力度强大,但是很少适用。首先,它只能针对一个有偿合同;其次,显失公平的索赔难以取胜。虽然法院会审查显失公平,但是他们很少能找到实质性显失公平的证据,也就很少宣布合同无效。

## 《多—弗法案》带来的变革

2010年通过的《多—弗法案》从根本上修订了美国的金融消费者权益保护法,不仅改变了对“不公平”和“欺诈”的FTC定义,而且加入了一个强有力的新工具——反“滥用”条款。

(一)对“不公平”和“欺诈”的重新界定

依《多—弗法案》,美国消费者金融保护局(“CFPB”)可使用“任何授权手段……来防止一个人犯下或从事不公平的、欺诈性的、或滥用性的行为

或做法……”，从而保护金融产品和服务的消费者。

就“不公平”和“欺诈”的定义，《多—弗法案》并未接受 FTC 制定的现行规则。对于“不公平”行为，《多—弗法案》通过运用“公共政策”考量的权力拓展了 CFPC 的解释权：

……（2）考虑公共政策——在决定一个行为或做法是否不公平时，行政机构在考虑其他证据的同时，可能也会考虑既有的公共政策。这种公共政策的考虑，也可以不作为做出决定的主要依据。

对于“欺诈”，《多—弗法案》则未作任何定义，而把解释权交给了 CFPB。总之，因为美国国会拒绝了 FTC 的定义，所以 CFPB 便有可能放开手脚来根据《多—弗法案》定义“不公平”和“欺诈”做法。

（二）“滥用”概念的引入和界定

在塑造金融消费者保护领域的新风尚标时，奥巴马政府打算给 CFPB 充分的规制解释空间，因此在提交国会的立法草案中没有定义“滥用”。

众议院并未完全接受政府的草案，而只允许 CFPB 定义符合下列两项情况的行为属于“滥用”：

行政机构或主管官员只有在以下情况下可以确定行为或做法是 “滥用”：

（A）从合理的角度看，行为或做法有可能导致消费者无法了解金融产品或服务的条款及条件，或为了保护自己的利益选择或使用一种金融产品或服务；以及

（B）从合理的角度看，该行为或做法的广泛使用有可能导致金融系统不稳定和更大的风险。

众议院定义的特点在于，采纳了“净社会利益”标准，即要求受到质疑的行为必须导致金融系统不稳定和更大的风险，进一步地，该定义还要确认这种系统性损害具有合理的可能性。这显然是对 CFPB 的规制力度的缩减。

然而，最终被编纂入《多—弗法案》的参议院的定义去除了众议院所设的“净社会利益”限制：

……（d）滥用——根据本节规定，在提供消费者金融产品或服务的问题中，CFPB 不得宣布一个行为或做法属于滥用，除非该行为或做法——

（1）实质性地干扰消费者理解金融产品或服务的术语或条件，或

（2）不合理地利用——

（A）消费者对产品或服务的实质性风险、成本或条件的理解不足；

（B）消费者选择或使用金融产品或服务的过程中，保护消费者利益的能力不足；

（C）消费者认为本法调整对象会为其利益而行为的合理信赖。

可以看到，法案的最终条款不仅针对了消费者理解金融产品或服务的术语或条件的干扰行为，还提供了两条额外的确定“滥用”行为的根据，即“利用消费者自我利益保护的能力不足”和“利用消费者的合理信赖”。更重要的是，参议院摒弃了 “从合理的角度看……可能……” 的措辞和 “净社会效益”标准等对“滥用”解释的限制。

## 用“滥用”标准审视我国金融产品与服务市场

（一）常见的例子和目前国内的保护

一位网友的真实经历。“用交通银行信用卡有些年，知道这个信用卡的规矩就是如果你到时间不还钱的话，你不但会被罚上高额的利息，而且还要被扣上天价一样的滞留金，所以办了个自动还款，而且还天天惦记着借记卡上的钱是否足够，小心翼翼，以为这下双保险就平安无事了，但是最后上月还是被中了招。事情是这样的，因为上个月刷卡的金额比较大，导致借记卡的余额不够支付，3 日是还款日，我特地提前一天，在 1 日把足够的钱打入了信用卡，信用卡的钱再加上借记卡的钱绰绰有余，以为这样就可以高枕无忧了，但是千小心万小心，在查新一期账单的时候，发现我的账单还是被添加了一笔几百元的滞纳金和利息（备注是还款余额不足扣款未成功），这些记录都是 3 日加上去的，查借记卡上的钱分文未动，天哪，这个哪门子道理？也就是说，我把钱都准备好放在交行的银行卡上了，他们还是扣了我的利息和滞纳金，简直是天价的金额！打信用卡中心质问吧。于是打了他们的服务电话，他们居然告诉我要提前三天打款，自动还款协议有还款日提前三日的规定！这些无比愤怒的话，不说了，这种协议谁会注意还款日的条款，还要提前三天，简直是文字游戏啊！”

再看中信银行“蓝筹 2 号”引发的诉讼纠纷。在该产品宣传彩页上方的最醒目位置上标出“预期最高年化收益率为 36%(上不封顶)”。此外，“低风险投资收益积累安全垫”、“充分锁定下跌投资风险”等字样赫然在目。然而实际上，无论 2008 年的债券牛市，还是 2009 年的单边上涨行情，‘蓝筹 2 号’的净值始终亏损。

刘某的遭遇也颇让人同情。某银行向刘某出售人民币理财产品，描述如下：“人民币非保本浮动收益型投资产品；投资方向：由某证券公司作为投资管理人进行实际投资操作，银行代表本期产品全部投资者与该证券公司签署《受托投资管理合同》。”按约定刘某将 8.5 万元存到指定账户，到期后提取理财本金含利息只剩下 64315.41 元，损失

幅度超过20%。

除去以上个案，根据某法院审理理财产品侵害金融消费者权益的纠纷的经验，以下情形相当普遍：高压销售（又称“锅炉房”销售）；欠缺合理根据不适当销售，即违反“了解证券”规则，未对投资的证券进行详细调查；违反投资者特定适当性规则，如适合投机的证券卖给稳健的投资者；理财过程中违反数量适当性规则（又称“挤油交易”）、频繁过度交易……

虽然上述有损消费者权益的行为很常见，然而令人遗憾的是，它们都难以在我国目前的法律框架下得到有效纠正。对于那位网友的投诉，交通银行可以用“意思自治”、“契约自由”，消费者在签约时应该对“自动还款”的内容仔细审核来对抗；对于理财产品“蓝筹2号”有意回避风险的宣传，一审法院认为消费者应负有“谨慎”义务，而未支持其诉请；对于刘某，法院判决该合同有效，损失由刘某自己承担；对于审理中遇到的涉及理财产品的其他侵权行为，目前法院的态度相当模糊，一方面强调对消费者的保护主要体现在要求银行或其他金融机构承担举证责任方面，但同时强调“支持金融创新原则，谨慎否定合同效力”，“尊重商业惯例原则，审慎进行合法性评价”。

（二）“滥用”视角下的评判

然而，如果以《多—弗法案》1031节中确定的“滥用”标准来审视以上行为，结果则可能不同。

类似交通银行这样将信用卡合同写得有过多细节的做法是可能被CFPB根据第1031节宣告为滥用的。第一，交通银行使合同变得难以阅读，实质上是给消费者的理解造成重大干扰，使他们无法理解信用卡的条款和条件。事实上，消费者的迟付，往往是因为无法理解合同义务所致。对他们而言有很多不显眼细节的合同是一个实质性的干扰做法。第二，交通银行使用“自动还款”这样的协议名称，使消费者无法辨别不同信用卡下该条款的差别，无法作出更合适自己的选择。这涉及到不合理地利用消费者的自我保护能力之不足。如果消费者无法理解特定的附加条款，他们怎么能选择出最有竞争力、最合适的信用卡呢？因此，可以将写得又长又有很多不起眼细节的合同这一做法认定为“滥用”行为。

而中信银行的“蓝筹2号”宣传品可以被理解为是在阻止消费者阅读合同。通常地，消费者会停止阅读合同，哪怕这个合同中有大量的风险提示，因为合同前面加上如下的保证，比如：“请放心，根据X客户服务协议，您的X公司服务或帐单不会改变；您什么都不需要做的。”再比如标准合同之外的“重要摘要”、“特别提示”，如“低风险投资收益积累安全垫”、“充分锁定下跌投资风险”等。如果消费者读的只是提示或摘要而不是协议，往往会遗漏风险条款，而导致购买并不适合的产品。故意将应披露的重要信息变得不显眼或很难找到，都妨碍了消费者在海量信息中筛选与他们的责任有关的信息。

对于刘某败诉的案件，除合同条款外，如果法院根据某专门法来审查是否银行存在“滥用”，可能审理结果也会有不同。

再看“高压销售、欠缺合理根据不适当销售、违反投资者特定适当性规则，如适合投机的证券卖给稳健的投资者、挤油交易、频繁过度交易”，不难发现，它们与“滥用”所禁止的“不合理地利用消费者对产品或服务的实质性风险、成本或条件的理解不足；不合理地利用消费者选择或使用金融产品或服务的过程中，保护消费者利益的能力不足；不合理地利用消费者认为本法调整对象会为消费者利益而行为的合理信赖”都极其贴切。

## 建议与结语

依据《多—弗法案》的授权，尽管CFPB被授予了广泛的权力去规制“滥用”行为，但美国消费者尚不能将“滥用”的标准运用于民事诉讼之中。就此，笔者认为，如上文中所作的简要分析，《多—弗法案》中的“滥用”并无“净社会利益”这样的政策性、宏观角度的考虑，是完全可能由法院运用于民事诉讼之中并提供给消费者胜诉获偿机会的保护原则。

尽管对于我国大多数民众来说，“金融消费者”还是一个较为生疏的名词，但中国人民银行建立的个人征信系统显示，该系统已经采集了6.7亿人的个人信用基础信息，这表明直接接受金融产品或金融服务的人群占到了我国人口的50%。由此，笔者建议引入《多—弗法案》中的反“滥用”制度，并进一步创新，在特别商事法律（至少是行政法规）中确立金融产品和服务提供者不得“滥用”其优势地位损害消费者利益的原则，使其成为一项平等主体意思自治的例外规定，可以在民事诉讼中直接援引。这一借鉴将对我国这样的理财需求巨大、多数人为新消费者、而金融监管部门职责错综复杂的国家的金融健康、社会和谐具有重要意义。

他山之石，可以攻玉。为什么要等到出现系统性金融风险的时候才谈遏制“滥用”，才意识到我们的金融消费者处于弱势与金融产品与服务的提供者并不平等呢？●

（作者单位：上海市海华永泰律师事务所）

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）

**北京尚公（上海）律师事务所 汪媛媛律师**

抛物线,有最高点,也有最低点,只要不中断,就是很漂亮的曲线。曲线的人生比直线的人生更美好!

**北京盈科（上海）律师事务所 裴洁律师**

年少时,曾经以为,爱情是两个人的事,甚至是三个人,四个人的事。后来才明白,爱情是一个人的事。我们用爱情来成就自己。我们爱过一些人,互相影响,互相改变,一天,纵使分开了,那些改变和影响却永远留在自己身上,比爱情还要长久。无论如何,我们已经无法回到当年的自己了。

**北京市大成律师事务所上海分所 郑志律师**

最恨春光留不住。晨昏相连,无处可逃。岁月静无声,更漏催人急。在迅驰而永逝的时光面前,即如骄傲绚烂的青春也如此不堪一击。功名利禄不过是南柯一梦,在沉醉不醒的梦境中,唯愿尚能保持几分清醒。相比转瞬即逝的每一天,以及由此累积而成的短暂人生而言,还有何贪婪、痛苦和挣扎难以放下呢?洗洗睡吧。

**上海市天一律师事务所 刘路律师**

以前读《法律之门》的时候,从K先生知道了卡夫卡,一个忧郁、晦涩的人,现在有一种不同的感受,荒诞与理性,欲望与恐惧的辩证,正如“在巴尔扎克的手杖柄上写着:我在粉碎一切障碍。在我的手杖柄上写着:一切障碍都在粉碎我。共同的是:一切。”

**上海中夏旭波律师事务所 沈丹律师**

在网上买花花绿绿的自制明信片,突然萌生出自己制作法律明信片的想法,于是心血来潮在第一张写下Diane的话:we follow the laws, sometimes it's right, sometimes it's wrong, but we always follow the laws. 我相信,微小而美的方式会让小部分人真正感受到法律的安全感和隽美。

**上海汉商律师事务所 王嵘律师**

【首度大麦网购票成功之纪念】老夫聊发少年狂,先开机,后上网。鼠标轻点,银子越千冈。为到现场听佳曲,亲下单,购票忙。启田乙玲犹放歌,鬓微霜,又何妨。持麦晋江,何日我同唱?且盼清风邀明月,会心处,意悠扬。

**上海市海华永泰律师事务所 马靖云律师**

开完庭,又想起老师曾说过的一句话:做律师,可以输在判决,但不能输在法庭。律师赢在了法庭,该赢的案子自然会赢;必然要输的案子已不是律师所能控制的范围。律师为当事人争取利益,是在法律的框架下,争取“合法”的利益。只简单一味的追求胜诉判决,有可能会逾越律师的底线。

**上海嘉华律师事务所 谭芳律师**

失即是得,是一种痛苦,也是幸福。因为只有失去,空下的双手,才能拾起新的幸福。放不下自己是没有智慧,放不下别人是没有慈悲,每一个人都要懂得放自己一马,也要放别人一马,不要把生命浪费在钻牛角尖上。

**上海锦天城律师事务所 虞嘉律师**

某公司大股东,年轻有为,资产上亿,联系我要求作婚前财产公证,要保证如果日后离婚了,妻子从他这里拿不到一分钱。在这样的酷暑,我作为一个局外人,被此番大义凛然的言论惊到彻骨寒冷,这位女同胞,如此男人也愿嫁吗?

**上海市海华永泰律师事务所 徐珊珊律师**

我爱校园,我爱教师。虽然小初高只为考,尽管学位只在法律经济等热门,也常被问哪些知识有用,但是,年越长,心中越明的是,读书是为完善人格,唯知方心宽心静;而教师则是心灵的缘份,好老师激发我们求知路上体会喜悦。感恩,这一方净土,感恩,净土上伴引的老师。

# 中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会

China International Economic and Trade Arbiration Commission Shanghai Sub-Commission

中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会于1988年经上海市人民政府批准设立，以仲裁方式，独立、公正地处理平等主体的自然人、法人和其他组织之间的国际、涉外及国内（包括港澳台地区）的合同争议和其他财产权益争议。

**仲裁示范条款：**

“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交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 Commisson'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

Address:7th floor, Jinling Mansion, No.28 Jinling Rood, Shanghai, China
Zip Code:200021
Tel:86 21 6387 5588 Fax:86 21 6387 7070
Website:www.cietac-sh.org


# 新法速递《律师业务资料》目录 2012年第8期

## 上海篇


上海市人民政府：上海市并联审批办法

上海市人民政府：上海市电子政务管理办法

上海市人民政府：上海市道路和公共场所清扫保洁服务管理办法

上海市人民政府：关于批转市住房保障房屋管理局等五部门制订的《关于保障性住房房源管理的若干规定（试行）》的通知

上海市财政局：上海市市级事业单位国有资产清查核实暂行办法

上海市财政局、上海市金融服务办公室：本市鼓励中小企业开展股权托管交易有关财政专项扶持办法

上海市财政局、上海市监察局：上海市政府采购评审专家工作管理暂行办法

上海市财政局：上海市政府采购协议采购网上供货管理办法

上海市财政局、上海市文化广播影视管理局：上海市市级非物质文化遗产保护专项资金管理办法

上海市规划和国土资源管理局：上海市征收集体土地房屋补偿评估管理暂行规定

上海市规划和国土资源管理局：上海市征收集体土地房屋补偿实施单位及工作人员管理试行办法

上海市发展和改革委员会：上海市风电开发建设管理暂行办法

上海市交通运输和港口管理局：关于规范道路清障施救牵引行业管理的通知


## 全国篇


【综合】

全国人民代表大会常务委员会：中华人民共和国出境入境管理法

全国人民代表大会常务委员会：关于修改〈中国人民解放军选举全国人民代表大会和县级以上地方各级人民代表大会代表的办法〉的决定

【诉讼法】

最高人民法院：关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释

最高人民法院：《关于办理妨害武装部队制式服装、车辆号牌管理秩序等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的理解与适用

最高人民法院：《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》的理解与适用

【财税】

财政部、国家税务总局：关于进一步鼓励软件产业和集成电路产业发展企业所得税政策的通知

【安全生产】

国家安全生产监督管理总局：煤矿安全培训规定

国家电力监管委员会：电力安全事故调查程序规定

【卫生】

卫生部：医疗机构临床用血管理办法

【农林】

农业部：饲料和饲料添加剂生产许可管理办法


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/。

航道 单位 成绩 名次
1 闵行 03:27.76 4
2 特邀会员 03:18.21 2
3 徐汇 03:46.20 6
4 长宁 03:19.54 1
5 黄迈斯 03:20.03 3
上海市水上运动中心
Shanghai water sports center
管理型提效率
文化落地现效应

《百舸争流》作者：刘景象