

2014
10
总第724期

上海 SHANGHAI LAWYER 律师



上海市律师协会主办

聚焦|思辨|感悟|互动

|聚焦|

分享信息和经验 加强交流与合作

——市律协监事会参加第四届律师协会（全国）监事会论坛综述



封面照片·上海外滩

9月24日,上海市律协隆重举行重阳节敬老活动。上海市律协副会长陈乃蔚、钱翎毅、周天平、秘书长万恩标,副秘书长刘小禾、陈东和上海市律协老会长王文正与近70位老律师欢聚一堂,共度佳节。



9月31日,上海市司法局举办了以“践行核心价值观 共筑美好中国梦”为主题的上海市司法行政系统综合汇演,并发布了上海司法行政之歌。上海市律协召集了上海律师合唱团、新律师方阵以及优秀青年律师代表在内的近百人参加了本次综合汇演,喜迎新中国成立65周年国庆。



10月15日,上海市律协召开九届十三次理事会。会议讨论并通过了第三届“东方大律师”、2011—2015年度“上海市优秀律师”评选活动的方案、2011—2015年度“上海市优秀律师事务所”评选活动的方案以及关于开展第五届“上海市优秀女律师”评选活动的方案。



10月24日至25日,由上海市律协与江苏、浙江、安徽、福建、山东、江西省律师协会联合主办,安徽省律师协会承办的第十二届华东律师论坛在合肥举行。上海市律协组团参会,提交的15篇论文获奖。



10月31日,市总工会女工委召开“2014年上海工会女职工维权工作会议暨年度调研成果发布会”,会上聘请了7名律师成为市总工会女律师志愿团成员,并颁发了聘书。市总工会女律师志愿团是继妇联“巾帼律师志愿团”之后的又一支女律师志愿者队伍。

卷首语

律师要在实现公平正义中发挥更大的作用

上海市社会科学界联合会党组书记、专职副主席 沈国明

党的十八届四中全会提出了中国特色社会主义法治道路的总目标，那就是建设社会主义法治体系，建设社会主义法治国家，依法治国、依法执政、依法行政共同推进，法治国家、法治政府、法治社会一起建设。这为我们全面落实依法治国方略，加快建设社会主义法治国家的进程指明了方向。

在法治建设中，律师的作用是十分重要的。十八届四中全会在《决定》中第一次提出了“法治工作队伍”这个概念，将律师作为提供法律服务的人员列入其中，表明中央对律师工作的重视，同时也是对律师队伍寄予厚望。我认为，这样重视律师，至少有三层含义。

首先，充分肯定律师的作用和做出的成绩。几十年来，律师为推进民主与法治事业做出了很大的贡献，律师提供的法律服务，大大降低了市场的交易成本，减少了经济运行中的风险，也有效地保护了公民的人身和财产权利，避免了不少冤假错案的发生。有人至今对律师这个职业存有错误的看法，例如，将律师视作专门为坏人讲话的人，或者将律师视作唯利是图、不分是非的职业。他们完全不了解律师工作的艰辛。律师或在商务谈判桌上、或埋首合同文本，都殚精竭虑、字斟句酌地为当事人把关，维护他们的合法利益，甚至国家利益；他们在庄严的法庭上依据法律辨析事理，提出自己的见解，开展辩论，为的是还原真相，阐明法律宗旨，保护当事人的合法权益。这些，都不是轻而易举的事情，因为我国缺



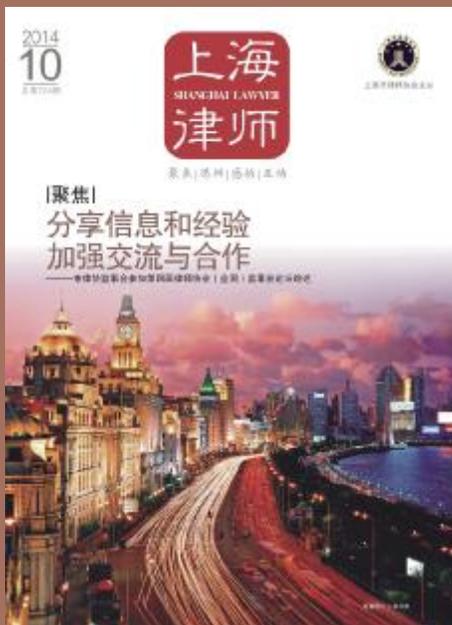
少法治的传统，国家机器或者社会舆论都可能对律师造成巨大的压力。我国法治，若没有律师执着地奋斗，不会达到目前的发展水平。

其次，作为法治工作队伍的一部分，十八届四中全会对律师队伍的政治素质、业务能力等方面提出了一定的要求，这是很必要、很有针对性的。律师具有相对自由的职业特点，但是，并不是谁也不该管、谁也管不着的，所谓的自由都是相对的。现实中的，的确有些律师缺乏对法律的敬畏，眼中只有钱，为打赢官司拉法官下水，违法胡来。一个称职的律师，应该是有社会责任感和坚定的法治意识的，应该恪守职业道德，遵从法律，有一定境界和情操的，不会把自己的职业仅看作“稻粱谋”，当成谋生计的饭碗。律师是公平正义的守护者，也是司法公正的促进者，应当坚持正确的法治立场，正确运用法律，有效行使法律赋予的执业权利，促进司法公正。

上海市律师协会针对律师的职业

特点，多年来在行业自律方面所做的工作很有成效。今后，更需要按照十八届四中全会的要求，改进工作，用社会主义核心价值观加强队伍建设，让律师确立并践行“忠诚、为民、公正、廉洁”的政法干警核心价值观，根据政治过硬、业务过硬、责任过硬、纪律过硬、作风过硬的要求，把上海律师建设成信念坚定、职业为民、敢于担当、清正廉洁的队伍，进一步提升律师的整体素质，提高律师行业的社会公信力，提高社会的满意度。在这个过程中，律师协会自身的工作能力和水平也将得到提高。

第三，期待律师在实现公平正义中发挥更大的作用。十八届四中全会提出了探索建立法律职业从业者之间良性流动和开放的人才吸纳机制，提出建立从符合条件的律师、法学专家中招录立法工作者、法官、检察官制度。这为律师参与司法，进而参与国家治理提供了通道，律师有了一个可以施展才华、发挥才干的更大舞台。有理由相信，一些功成名就并富有社会责任感的律师会做这样的选择。他们的加盟，将促进法官、检察官队伍素质的提升，这些律师自身的优势在司法机关也可以得到发挥。他们对司法工作不陌生，对司法流程很熟悉，对法官、检察官也有一定了解，甚至知晓一些法院、检察院工作的短板，法院、检察院借助于他们的力量，可以提升工作的能力和水平。这项制度的设立，表明中央和全社会对律师加入司法队伍有一定的期待，我们衷心期待早日实现零的突破，上海的律师朋友可能在全国率先吗？ ●



《上海律师》月刊

主 管:上海市司法局
主 办:上海市律师协会
编 辑:《上海律师》编辑部

编辑委员会主任:盛雷鸣

副 主 任:陈乃蔚 邵曙范 黄 绮 钱翎樑
周天平 管建军 厉 明 万恩标

委 员:(排名不分先后)

朱剑华 王 琼 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)

本刊所用图片如未署名的,请作者与本刊编辑部联系

2014 10

目录

总第 724 期

卷首语 Juanshouyu

01 律师要在实现公平正义中发挥更大的作用 / 沈国明

本刊关注 Benkanguanzhu

聚 焦

05 分享信息和经验 加强交流与合作

——市律协监事会参加第四届律师协会(全国)监事会论坛综述 / 市律协公共关系部

06 上海律协监事会制度的沿革和创新 / 厉 明

08 刍议监事会对律协业务研究委员会的监督

——以上海市律师协会为例 / 杨 波

风 采

10 我眼中的律政剧——《金牌律师》/ 史 晶

12 《金牌律师》背后的故事 / 段祺华

区县专辑 徐汇篇

13 顺应新要求 共筑法治梦 / 郭 俭

14 凝心聚力强服务 勇于担当促和谐 / 徐汇区司法局

18 汇聚英才 共创伟业 / 琿 烨

律所建设

21 商务律所的创建、发展与国际化

——从《中伦的秘密》谈起 / 刘思达 田佳敏



《水墨山水》 摄影:江宪 律师



10月19日，“全国工程质量治理两年行动”依法推进会隆重召开。本次会议由中华全国律协建设工程与房地产专业委员会和上海市律协共同主办，会议主题涉及律师行业配合政府主管部门加大治理工程质量及整治转包等违法行为的推进力度、为各类建筑市场主体提供迫切需要的律师专业服务和推进相应法律修订及完善工程质量立法三个方面。

法律咖吧

- 25 家族信托在中国面临的机遇和挑战
/ 谭芳 李宪明 李晓茂 李辰阳 柴艳丽 李超
- 人物 优秀青年律师
- 33 变化与随想 / 牟笛

- 51 利用未公开信息交易罪司法认定的若干问题探讨 / 寇树才
- 54 新三板市场的形成及法律业务 / 仇懿鋈
- 56 对于法院改变起诉罪名作有罪判决的争议和探讨 / 叶杭生

法眼法语 FAYANFAYU

香港大律师之窗

- 36 香港高等法院原讼法庭的海事司法管辖权
/ 方兆文
- 视角
- 39 进一步开展上海司法体制改革试点工作的构想(下)——基于律师行业视角
/ 潘瑜 牟笛 王思维 马朗 袁洋
- 执业心语
- 44 论房地产律师如何提高自己的专业素养
/ 宋安成

律师实务 LUSHISHIWU

- 47 《关于在先查封法院与优先受偿债权执行法院处分查封财产有关问题的解答》简评
/ 许建添 张玮栋

人文万象 Renwenwanxiang

- 58 诗歌
风筝心语(外一首) / 申兵
随笔
- 60 “西”游记
——西雅图波音 737 接机之旅 / 吴静静
- 乐 Life
- 62 茶之悟语——品茶的意味 / 章煦春
- 业内资讯
- 63 市女律联举行“自我提升”沙龙活动等 6 则
新法速读
- 64 最高人民法院颁布《关于审理工伤保险行政若干问题的规定》
新法速递
- 封三《律师业务资料》目录 2014 年第 9 期

本刊关注



聚焦

●文 / 市律协公共关系部

分享信息和经验 加强交流与合作

——市律协监事会参加第四届律师协会(全国)监事会论坛综述

2014年8月中旬,第四届律师协会(全国)监事会论坛在内蒙古自治区赤峰市举行。本次论坛的主题为“完善律师协会监督机制,充分发挥监事会职能作用”。来自全国19个省、自治区、直辖市律师协会的监事会共计130余名代表参加了本次盛会。上海律协全体监事在监事长厉明的带领下参加了本次大会,与北京市、广东省、江苏省、内蒙古自治区等兄弟省、市、自治区律师协会监事会代表一起深入研究并探讨了律师协会监督制度的理论,交流并分享了现阶段律师协会监事会工作的信息和经验,彼此加强交流与合作,进一步推动并完善律师协会监事会制度建设的实践。

大会在举办了简短的开幕仪式之后,最高人民法院司法改革办公室副主任蒋惠岭就司法改革议题做了专题演讲,内容包括司法改革对律师工作的新期待等。

在主题论坛上,上海律协监事长厉明代表上海律协监事会作了题为《上海律协监事会制度的沿革和创新》的主旨演讲。他回顾了上海律协四届监事会历时12年监督工作的发展历程,概括的特点是“一脉相承,各有侧重,并互为补充”。厉明不仅畅谈了近年来律协监事会制度实践所取得的一些进展和发挥的积极作用,更是从上海律协监事会制度出发,并从全国各地律协监事会制度的横向比较着眼,提出了进一步完善律协监事会制度的

必要性和迫切性,得到了广大与会者的共鸣。

大会在历届监事会论坛的基础上还有所创新,在主题论坛结束之后,还同时开设了“监督与自律”和“律师与法治”两个分论坛。上海律协监事杨波在主题为“监督与自律”的第一分论坛上,发表了《刍议监事会对律协业务研究委员会工作的监督》的主题演讲。他研究分析并积极建议律协监事会监督工作的领域能深入拓展到与广大律协会员密切相关的业务研究委员会的工作中去。上海律协监事长厉明、监事田波在主题为“律师与法治”的第二分论坛上,分别担任了点评嘉宾。

上海律协监事沈伟明、陈进龙、林东品、金缨等也参加了本次论坛。

在论坛正式召开前,第四届律师协会(全国)监事会论坛预备会议在内蒙古自治区赤峰市举行。会议审议了本次论坛的议程,讨论并修订了《律师协会全国监事会论坛章程》,上海律协监事沈伟明参加了会议。

本次论坛进一步探讨了律师协会监事会的制度、地位、职责、作用的理论和实务等问题,推动了律师协会监事会制度的建设和完善,促进监事会制度在律师协会内部权力运行中所发挥的制衡与协调作用,推进律师行业的自律,增进了各省、市、自治区律师协会监事会之间的交流和友谊。●



聚 焦

●文 / 上海市律师协会监事长 厉明

上海律协监事会制度的沿革和创新



上海律协从2002年开始设立监事会,至今前后共四届历时12年。设立之初,监事会在全国各省市律协中尚属新鲜事物,大家没有明确的概念,也没有先例可供参照,一切都是摸着石头过河。上海律协第一届监事会成立后,作为首届监事之一的我,与大家一起议论如何办好监事会,却找不到任何现成的样板可以参考,于是经过热烈争论,比较一致的意见是,从全体当选的监事在竞选时所发表的两分钟演说词中寻找答案。归纳当选的各位监事的竞选演说后发现,广大律师赞同当选监事们的竞选演说而投了赞成票,就是希望通过监事们履行竞选承诺,实践监督职责,把律协建设成一个节俭、透明、高效、廉洁的行业组织。因此,在此后的十多年里,上海律协历届监事会虽然探索和尝试了各种不同的工作模式和监督方法,但是监事会监督工作的着重点和落脚点始终是放在满足广大律师这样的期望之上的。

目前,全国很多地方已经建立或者正在积极筹建监事会,各地律协沿用的基本框架是“议、审、决、监、行”五位一体,或者“议、决、行、监”四位一体的模式。在这样的行业管理模式下,监事会要加强监督职能,一届四年(有的律协三或五年)中,应当保持工作基调的相对稳定和监督工作的承前启后,为此,上海律协监事会每一届都确立了自己的工作原则并前后呼应:“理事会与监事会事先磋商机制”(第一届);“程序监督与实体监督相结合、日常监督与专项监督相结合、过程监督与事后监督相结合”的三结合原则(第二届);“责任感、分寸感、原则性、灵活性”(第三届);“全面关注、重点监督”的八字方针则是本届监事会确立的工作原则。上海律协四届历时12年的监事会工作是一脉相

承,各有侧重,并互为补充的,保持了监督工作的一以贯之,从而确保了监督职能的充实、强化。

在本届4年任期内,监事会传承了历届监事会的优良传统,并尝试采用新的工作方式,采取律师们喜闻乐见的形式,以期能够更好地履行职责,服务于广大律师。

实地调研了解区县现状:

监事会走访区县律工委,在听取律师代表对于理事会、监事会工作意见的同时,还收集了大量有关各区县律工委探索创新运作模式的有益信息,在开展律师工作方面的有益经验及工作特色。

监事会调研工作呈现四大特点:

一是常态化。坚持将调研工作纳入监事会的常规性工作,定计划、定地点、定课题、定人员,全体监事与秘书处公共关系部工作人员齐齐出动,潜心倾听会员诉求,认真固化调研成果。

二是创新性。调研中,监事会不仅注重收集会员的意见和建议,更是主动了解掌握了各区县律工委探索创新运作模式的大量有益信息,积极发掘典型性的好事例予以推广。

三是求拓展。监事会不断拓展新的监督渠道,举行了针对行业特殊群体的专题座谈会,发现了不同执业群体面临的特殊问题。女律师较为关切:大龄女律师的婚恋问题,女律师怀孕、分娩、哺乳等三期保护问题,执业中的人格尊严和人身安全保障问题,外地来沪女律师的生存发展问题等。青年律师格外关心:案源开拓困难,系统培训机制欠缺,健康保障及婚恋以及留学回国青年律师获取行业就业信息渠道不畅等。老律师更加关注:能建立相应为老律师服务的平台,开展适合老律

师身心特点的活动;及时收集整理沪上知名老律师的执业经历、经验感悟等资料,促进上海律师业的传承与发展;关心老律师的晚年生活,着力解决老律师面临的实际困难等。监事会监督工作始终聚焦会员的民生问题,致力于推进所有会员在本行业的执业中收获更多幸福、赢得更多尊严。

四是重实效。监事会坚持把调研过程中发现的突出问题,及时向理事会反馈并督促解决,如律师反映较集中的会费结构性调整,科学编制预算的问题;加强对老律师、女律师、青年律师以及患病律师等行业特殊群体的扶持和关爱的问题,等等,都受到了理事会的重视与采纳。

监事会首次召集了上海全部7个郊区县的法律师代表开展专题座谈会,听取他们对理事会和监事会工作的意见和建议,来自奉贤、金山、松江、青浦、嘉定、宝山、崇明等区县的律工委代表出席了会议。监事会特别关注郊区县律师、律工委的发展,向理事会提出建议:认真研究该群体带有共性的问题,探讨并提出解决方法,以推动市律协对不同区域律师、律工委更有针对性地进行分类指导;适时建立郊区县律师业务研讨、组织发展等的研究机制,推动上海律师业整体的健康发展。

从全国范围来看,各地监事会的定位和功能还是有一些差异的,目前来看,监事会的职权还有不明确的地方。律协的大小事务,监事会哪些可以管,哪些不可以管呢?监事会的权力来源在哪里?这些都有待监事会制度的进一步完善后予以确立。就目前全国各地监事会的情形来看,监事会制度主要存在三大缺憾有待改进。

第一大缺憾是,法律授权不明:

《中华人民共和国律师法》第四十六条赋予了律协有八项职责,但是,律协的这八项职责,哪些是属于理事会,哪些是属于监事会的,法律的授权显然是不明确的。而八项职责本身也还有待细化。司法部、各地司法厅局制定的行政规章中也很少涉及这类授权。

有的律师同行引用《公司法》中关于监事会的相关规定来研究律师行业组织的监事制度,并罗列了监事会可以享有的种种职权。这样的研究可以为修改《律师法》提供借鉴。但是,律协的监事会目前显然不能直接引用《公司法》的规定来行使监督职责。

还有的律师同行认为,监事会可以通过制定《监事会工作规则》赋予监事会新的职权。如果这样的《监事会工作规则》是由监事会自己制定的,显然监事会不能通过以给自己增设职权的方法,扩大章程赋予监事会的职权。

第二大缺憾是,律师代表大会授权不足:

目前,律协监事会的授权全部来源于律协《章程》的规定。以上海为例,律协《章程》共授权监事会有六项

职权,我们把这些工作比喻为“四菜一汤一甜品”:1、监督代表大会决议执行情况;2、监督会费收缴和使用情况;3、提议召开临时代表大会;4、列席理事会各种会议;5、聘请会计师事务所对会费收缴和使用情况进行审计;6、向理事会发出《监督意见书》。

其他省市律协监事会职权有的比上海多,有的比上海少。为了使监事会能够发挥更大的作用,目前唯一可以做的就是修改章程增设监事会的职权,但是由于章程相对稳定,启动修订章程的程序非常困难。因而,对各地律协监事会来说,确实需要改变律师代表大会授权不足的遗憾,以增加监事会的职权。

第三大遗憾是,律师民意授权不够:

本届监事会设立之初,各专业委员会进行换届选举,继续实行由选举制替代任命制。在某些业务研究委员会的选举中,出现了个别律师结成小团体排挤同行的情况,违反了公平的原则。这样的事情,对照监事会的工作权限,只有“列席理事会各种会议”比较接近。显然,监事会无权主导这样的选举,而且纠正这样的行为的手段也有限。然而,监事会如果不介入并纠正选举中的问题,将会对理事会乃至整个律协不利。所以,在这种情况下,监事会在接到律师投诉后主动出击,在收集情况并进行了必要的调查后,及时向理事会提出修正的要求,把问题解决在了萌芽状态。在这件事情上,监事会实际上扩大了自己“列席会议”的职权。

事后,监事会总结了经验,觉得在目前民意需求和民意授权不匹配的情况下,应当探索并获取这种“扩权”行为的合法性。后来,在多种场合下,监事会建议可以在律师代表大会会议期间或者闭会期间,由律师代表提交提案,直接要求监事会办理,从而使监事会获得合法的民意授权。

目前,监事会所做的这些工作,并不是律协《章程》规定其工作职责所能完全涵盖的。而监事会的工作想要做得更好,仅仅按照律协《章程》规定的工作职能按部就班地履职,同样也是无法更好地保障广大律师利益的。在开展监事会的监督工作时,我们需要开展前期的“尽职调查”工作来了解广大律师的需求,听取广大律师的心声。只有了解律师行业和协会的全貌才能够更好地履行监事会的监督职权。

上海律协监事会发展至今,是在一点一滴的积累中,从零发展到现在。每一届监事会都将所有经验浓缩为简洁的语言,这些都是监事会的瑰宝,需要保留并传承,但甘于现状也无法最好地维护律师的权益及推动律协的发展。只有通过经验的积累,相互间的学习,创新监事会制度,才能让监事会成为律师行业健康发展的重要力量。●

聚焦 ●文/杨波

刍议监事会对律协业务研究委员会的监督

——以上海市律师协会为例



2002年4月13日,上海市第六届律师代表大会第二次会议修改通过了《上海市律师协会章程》(以下简称《律协章程》),将监事会制度引入律师协会行业管理的体制中,并且从执业律师的代表中选举产生了监事会。尽管监事会比理事会晚半年诞生,但它开启了上海市律师协会自律机制的大门,设立了上海律师行业管理“议、决、行、监”的基本制度框架。至2014年,上海市律师协会监事会已经发展至第九届监事会,并且监事人数减至史上最少的7人。虽然本届监事会确立了“全面关注、重点监督”的八字工作方针,但是在对业务研究委员会的监督工作中仍然捉襟见肘。从目前的情况来看,监事会主要围绕着理事会、秘书处、各专门委员会的工作进行监督,还未能深入到业务研究委员会的工作中,即使是涉及到一些业务研究委员会的工作,监督工作也常常感到力不从心。

监事会是基于“不受制约的权力必然滥用”的原则而设立的行业监督机构。虽然监事会在行业管理、制度建设和律师权利维护等方面都取得了骄人的成绩,但是仍然存在着工作软肋。本文仅以上海市律师协会为例,刍议监事会加强对业务研究委员会工作监督的

重要性。

一、业务研究委员会是律协联系律师会员的纽带和桥梁

从律师协会的组织架构看,律师协会的权力机构是律师代表大会及其常设机构理事会,监督机构是监事会,执行机构是秘书处,还有下设机构专门委员会和业务研究委员会。在上述机构中,与广大律师会员联系最紧密的就是业务研究委员会,这是由业务委员会成员产生的机制所决定的。律协理事会(包括会长、副会长)、监事会成员由律师代表选举产生;秘书处由律协设立,秘书长由理事会聘任;专门委员会由律协理事会设立,主任由会长或者副会长担任;而业务研究委员会的组成则遵循“专业性、自愿性”的原则。“主任人选由本市执业5年以上并且在本市律师事务所担任主任、副主任、合伙人的律师委员自荐,并经竞选或者推选产生,由分管会长报会长会议审议批准”、“副主任人选由主任在委员中提名,由分管会长报会长会议审议批准”、“委员由从事或有志于从事相关专业领域律师实务研究,并具有一定业务研究能力、热心于律师业务研究工作的律师组成”(参见《上海市律师协会业务研究

委员会工作规则》第8、9条,以下简称《工作规则》)。由此可见,相比律协的其他机构,业务研究委员会成员产生的过程中,律师会员个体的能动性表现得更为明显。

业务研究委员会的职责关系到律师会员执业技能的提高,从而也决定了它是广大律师高度关注的机构。《工作规则》第二章“研究委员会的职责”中规定了业务研究委员会的11项工作范围,明确业务研究委员会的职责就是:“为组织广大律师参加律师业务研究,提升上海律师整体执业素质和水平,提高服务质量和竞争力”(参见《工作规则》)。广大律师作为个人会员,其权利之一就是:“参加律师协会组织的学习、研究和经验交流活动”(参见《律协章程》)。由此可见,业务研究委员会“开放性律师业务与法律研究组织”的性质,及其推动律师业务研究和疑难案件研讨的职责,决定了它是律师协会联系广大律师会员的重要纽带和桥梁。

二、监事会对律协业务研究委员会的监督亟待加强

首先,《律协章程》对于监事会监督业务研究委员会工作没有具体的规定。《律协章程》第七章“监事会”第三十至第三十七条中,并无涉及监督业务研究委员会的条款,其中第三十条规定监事会监督职责仅是:“(一)监督理事会及秘书处执行代表大会决议的情况;(二)监督会费的收缴和使用情况;(三)向理事会建议召开律师代表大会临时会议;(四)列席会长会议、理事会会议及各专门委员会会议,履行监督职责;(五)章程规定或律师代表大会授权的其他监督职责。”由此可见,律协“立法”的先天不足使得监事会对于业务研究委员会的监督没有依据。

其次,《上海市律师协会监事会工作规则》也未能弥补监督的空白。《上海市律师协会监事会工作规则》除了第四条“加强行业内部民主自律制度的建设,推进行业和谐、有序、健康发展”的工作宗旨可泛泛援引为包括对业务研究委员会的监督职责外,三十五个条款中同样没有涉及监督业务研究委员会工作的规定,这样监事会对于业务研究委员会工作的监督难免流于空泛。

再次,律师个体会员希望参与业务研究委员会的工作。上海市律师协会现有近16000名律师,32个业务研究委员会。各业务研究委员会的工作有些在律协的官方网站上报道,在每年的律师代表大会上都以书面材料的形式进行工作述职。但是,即便如此业务研究委员会的工作覆盖面和影响力都是有限的。本届监事会在每年区县走访调研的工作中,通过区县律师工作委员会组织的座谈会可以看出,很多区县律师尤其是年轻律师关注

业务研究委员会的工作,渴望参加业务研究委员会组织的各项活动,但是他们不知道何时有活动,也不知道如何加入。

三、监事会对律协业务研究委员会的监督意义重大

律师协会作为社会团体法人,是律师的自律性组织。在律师协会十五项的主要职责和任务中,其核心是支持律师依法执业,维护律师的合法权益;总结、交流律师工作经验,提高整体执业水准;制订律师教育规划大纲,开展律师执业前培训和执业后的继续教育,制订实习律师的培训大纲和教材;组织律师和律师事务所开展对外交流。监事会加强对业务研究委员会工作的监督,不仅是履行监督职责,更是推动律师行业高质量发展不可或缺的重要手段。

首先,监事会应当督促律师协会对监事会监督业务研究委员会的工作建章立制。规章制度是律协内部的法律,也是律协领导机构和全体会员共同遵守的契约。监事会要想在监督业务委员会的工作中发挥更大的作用,就必须有法可依、有据可循。所以,监事会应当将监督业务研究委员会的建章立制工作放在一个重要的位置上,通过总结监事会多年工作的经验,将代表全体律师意志、体现律师事业科学健康发展的思想形成工作规范,推动监事会工作进一步的规范化和法制化。

其次,监事会应当对业务研究委员会组织机构的设立进行监督。2011年4月26日,本届监事会成立伊始即以监事会监督建议书(九届[2011]监字001号)的形式向理事会指出:业务研究委员会“面向全市律师招募委员的工作方法,是一次重要而有益的尝试,为推进本市律师专业化建设和发展起到了积极的作用。但需认真研究并克服该种组建模式可能存在的不足之处。如:个别业务研究委员会由于委员人数过多无法正常开展研讨活动、个别业务研究委员会开展活动惠及面窄业务指导作用弱化、个别竞聘产生的业务研究委员会主任在该业务研究领域不具有权威性等等。为此,监事会建议:一、进一步研究组建工作的方式,完善招募工作的流程,规范委员以及研究会主任产生的条件;二、秉持公开、公平、公正的理念,形成良好的氛围,选拔出一批政治坚定、业务精湛、热心服务的委员,并在委员中产生在业内具有影响力的业务骨干担任各研究会的负责人。”本届监事会这一举措引起了理事会的重视,推动了业务研究委员会换届工作的顺利进行。

再次,对业务研究委员会的具体工作进行监督。由于没有制度依据,监事会不列席业务研究委员会的会议,对于业务研究委员会的工作只能通过律协的官方网

站和杂志即时了解,通过每年一度律师代表大会的会议资料概括了解。对于业务研究委员会年度的具体工作无法监督,也无力监督。为了改变这种状况,可以考虑通过活动备案制、结果发布制以及《监督建议书》等形式履行监督职责。

活动备案制,是指业务研究委员会在举办活动前,需通过有效途径向监事会备案,由监事会自主决定是否派遣监事列席会议进行监督。

结果发布制,是指业务研究委员会在举办活动后,应当及时形成会议纪要,总结活动的成果,发布于律协官方网站或者杂志上,让更多的律师能够了解会议所取得的成果,切实保证律协工作服务于全体会员的宗旨得以落实。

《监督建议书》,是指监事会在履行监督职责的过程中,对于律协工作需要加强和改进的方面通过书面形式提出监督意见。上海市律师协会第八届监事会始用以《监督建议书》或者《监督意见书》的方式对事关上海律师根本利益之专项性工作监督。实践证明,《监督建议书》是监事会履行职责的重要载体,对于理事会的工作有警钟意义,对于具体工作的匡扶有指导作用。

孟德斯鸠曾经指出:“要防止滥用权力,就必须以权力约束权力。”监事会的工作之所以重要,在于我们身上寄托着全体会员的期待。虽然监事会对于律师协会领导机构的监督已经形成了较为规范的运行机制,但是监督工作还没有深入拓展到律师业务当中,更没有形成规范的工作机制。而律师业务素质的提升是关系律师事业发展的重要条件,也是律师事业健康发展的基础。如果监事会的监督工作不扩展到律师业务领域,就无法与广大律师同呼吸、共命运,自然会限制监事会监督工作的开展,甚至失去监事会履行监督职责的最大意义。为此,监事会必须加强对律协业务研究委员会工作的监督。

(作者为上海市律师协会监事)

风采 ●文/史晶

我眼中的律政剧

《金牌律师》

《金牌律师》的热播引发了圈内外的广泛关注与热议。有关关注就有吐槽,尤其是业界的法律人对该剧的评价褒贬不一,有人夸赞剧情精彩,看到了我国司法改革、律师业发展的希望;也有人只是局限于现实,批评电视剧中的律师“不够专业”。借此机会,我想来谈谈我眼中的律政剧和我眼中的《金牌律师》。

何为律政剧?

笔者认为所谓的律政剧就是描述律师这一群体执业和生活的电视剧。无论是美剧《傲骨贤妻》、英剧《皇家律师》、日剧《胜者即是正义》、韩剧《听见你的声音》还是港剧《律政新人王》等,律政剧都以其独特的魅力吸引了大量影迷们的关注。但是,由于电视剧审核等要求,在《金牌律师》开播前,中国大陆还从未有过一部真正意义上的律政剧。

律政剧归根结底属于电视剧中的行业剧。而电视剧是一种适应电视广播特点、融合舞台和电影艺术的表现方法而形成的艺术样式。换言之,电视剧是一种艺术创作,而非生活纪实。有人抱怨说《金牌律师》不符合国内法庭的现状。而我认为作为一部律政剧,《金牌律师》需要反映的不是国内法庭庭审的现状(如果要看真实的法庭庭审的观众,可以看《庭审纪实》等反映真实庭审的纪录片和专题片),而是人们理想中的法庭。通过《金牌律师》,我们可以看到我们理想中的司法改革的方向。正如出品人段祺华律师说得那样,《金牌律师》是一件艺

术品,而艺术往往是高于生活的。

律师在法庭庭审中的地位和作用

业界资深律师认为,我国是大陆法系国家,法庭审理案件有严格的既定程序。发问、提交证据都要按照严格的程序和法庭的安排。我国的律师不可能像英美法系国家的律师那样在庭审中有那么高的自由度和自主性。

在实践中,确实如那些律师所言,我国是法官主导的庭审方式。但是作为一部律政剧,如果《金牌律师》的法庭戏中凸显的是法官的主导性,而非律师的积极作用,那么笔者认为,这就不是严格意义上的律政剧,或许称之为“法官戏”更为合适。

段祺华律师指出,我们理想中的中国法庭应该是让法庭审判从法官中心制向抗辩制发展,不仅仅要强调精英法官,更要强调精英律师,强调对抗制。原告和被告的律师是對抗的,由双方举证,法官应该倾听,居中裁判。只有这样才能实现司法公正。

法庭位置摆设的问题

有的律师指出《金牌律师》中法庭的布置不对,原告、被告应该跟法官座位成90度。事实上,我国最高人民法院对各类案件中法庭的布置有明确的规定。主要有《最高人民法院、最高人民检察院关于人民法院审判法庭审判台、公诉台、辩护台位置的规定》、《最高人民法院关于法庭的名称、审判活动区布置和国徽悬挂问题的通知》、《最高人民法

院关于人民法院法庭专用设备配置的意见》、《人民法院法庭专用桌椅式样》和《人民法庭统一标识设置规范》等。

根据《最高人民法院关于法庭的名称、审判活动区布置和国徽悬挂问题的通知》的规定,人民法院开庭审理民事、经济、海事、行政案件时,审判活动区按下列规定布置:

审判活动区正中前方设置法台,法台的面积应满足审判活动的需要,高度为 20 至 60 厘米。法台上设置法桌、法椅,为审判人员席位。审判长的座位在国徽下正中处,审判员或陪审员分坐两边。法桌、法椅的造型应庄重、大方,颜色应和法台及法庭内的总体色调相适应,力求严肃、庄重、和谐。

法台右前方为书记员座位,同法台成 45°角,书记员座位应比审判人员座位低 20 至 40 厘米。

审判台左前方为证人、鉴定人位置,同法台成 45°角。

法台前方设原、被告及诉讼代理人席位,分两侧相对而坐,右边为原告席位,左边为被告座位,两者之间相隔不少于 100 厘米,若当事人及诉讼代理人较多,可前后设置两排座位;也可使双方当事人平行而坐,面向审判台,右边为原告座位,左边为被告座位,两者之间相隔不少于 50 厘米。

就书记员的位置,根据规定,有条件的地方,可以将书记员的座位设置在法台前面正中处,同法台成 90°角,紧靠法台,面向法台左面,其座位高度比审判人员座位低 20 至 40 厘米。

《金牌律师》中,双方当事人平行而坐,面向审判台。这种布置不仅符合上述法规规定,而且在实践中北京、上海很多中院的民事庭也是这样布置的,只是很多人还不了解。此外,国际上流行的是原被告并排坐,和法官面对面。

法庭的颜色问题

有观众吐槽,法庭应该是深色的(如《离婚律师》中的法庭),而非《金牌律师》中所展现的浅黄色法庭。事实上,根据《人民法院法庭建设标准》等,目前最高人民法院对于法庭内的总体色调设置没有强制要求。实践中,北京、上海部分中院的民事庭采用的就是浅黄色色调的法庭。

律师在审判期间随意走动的问题

部分律师眼里《金牌律师》等律政剧另一主要的不专业“槽点”在于剧中律师在法庭上走来走去、随意发问,这

在我国法庭上是不可能出现的。

根据《人民法院法庭规则》的规定:诉讼参与人应当遵守法庭规则,维护法庭秩序,不得喧哗、吵闹;发言、陈述和辩论,须经审判长或者独任审判员许可。该规则将“不得随意走动”的对象限为旁听人员。根据《上海市高级人民法院法庭纪律规定》第八条第一款的规定:开庭时,审判人员、检察人员、书记员、司法警察以及诉讼参与人应当关闭通讯工具或调到震动位置,不准打电话、吸烟、喝茶或随便离开指定的座席。如有特殊情况要离开的,须经审判长或独任审判员许可。

也就是说,根据相关法庭纪律规定,律师作为诉讼参与人不是不可以在法庭上走动,只是须经审判长或独任审判员许可。

盘问证人或当事人

有律师吐槽说盘问证人可以,但盘问当事人是不可以的。这种说法不符合我国的相关法律规定,也不符合司法实践。

《民事诉讼法》第六十三条第一款规定:证据包括:当事人的陈述、书证、物证、视听资料、电子数据、证人证言、鉴定意见、勘验笔录。第六十八条规定:证据应当在法庭上出示,并由当事人互相质证。可见,当事人作证不同于一般的证人证言,应属于当事人的陈述,当事人的陈述作为证据的一类同样需要接受质证。

现实中,原告、被告可以作证,而且对于原被告当事人的陈述可以进行质证。事实上,在各国司法实践中,原告和被告是案件最大的证人,因为双方对案件的真实情况最清楚。认定案件事实的突破点往往都在盘问原告、被告时。

还有人质疑原被告不能坐在证人席上,其实原被告作证时单独坐在证人席上而不是跟律师坐在一起,这样可以使原被告在被对方律师盘问时处于孤立状态,没有律师的帮忙只能说真话,这样更有利于查明案件的真相。●



9月23日,上海市委宣传部文艺处等举办电视剧《金牌律师》研讨会。

风采 ●文 / 段祺华

《金牌律师》背后的故事

今年6月，被称为我国首部真正的律政大戏《金牌律师》第一季“离不离律师事务所”在东方卫视的播出，引来众多观众和网友的热烈追捧，进而引起各界的热议。很多圈内外人士都问我，作为一位律师界元老级的人物为什么要在这个时候跨界，来投资制作律政电视剧？因为当时正忙于几个跨境大案在国外开庭和起草《金牌律师》的第二季“谁是继承人”的剧本，我无暇作答，趁着这几天休假我想给关心我和《金牌律师》系列的人们讲讲这部律政剧背后的故事。

我打小就是个文学青年，写过诗歌、小说。后来进入法学院读法律，便暂时把文学梦在心底深处理了起来。1988年为了更好的深造，我自费去了美国华盛顿大学法学院留学。

当时我先在纽约大学读美式英语，等待法学院的通知。那时的中国留学生都很穷，为了贴补生活费，我只能白天读书，晚上打工。打工的地点是美国曼哈顿东部上城区的一家杂货店，我的工作是为客人提供录像带出租的服务。不久，我发现来借电影和电视剧录像带的人群基本上都是联合国的基层工作人员，他们就住在附近一带，而且是单身汉居多。因此成人影片是最受欢迎的，其次是好莱坞 new release 的新片子，接下来是经典片。为了更好地向顾客介绍影片的内容，我向老板娘提出能否借些带子回去让我先看一看。那老板娘是个台湾移民，很小气。她说要借可以，半价优惠，客人借一天是 1.99 美元，你借算 0.99 美元。我说这是为了工

作，也要收钱？老板娘死活不肯松口，最后同意我不付现金，每月发工资时扣。就这样打了半年多工，不仅使得我的英语口语能力突飞猛进，还为我肚子里装进了近百部的美国电影和电视剧。

记得比较有意思的事情是，当初尽管 3X 的成人片收视率最高，排队的租客最多，但他们似乎都寡言少语，显得有点不好意思。我问老板娘为什么会这样，美国不是性开放的社会吗？老板娘说，你不真正了解美国人，大多数美国人还保持着清教徒的传统，有着正统的价值观。看看现今的中国影视剧市场，人们更多地被收视率和票房数所绑架，狗血、低俗甚至以打擦边球式的裸露来博取观众的眼球，价值呢，已经很少有人关心了！这大概也是高大上的有着正面价值观的律政剧或电影几乎没人去做的原因吧。

我当时还年轻，看的最多的当然也是最刺激官能的成人片，不过两个星期后那份新鲜感就过去了，后来再也不愿看成人片了，觉得挺恶心。于是便看了大量的好莱坞新片和经典片，以至于就是到了今天看到国内一些大牌导演的大片，我还是能清楚地指出某个精彩镜头是从美国哪部老电影中抄袭或者说得客气一点，是借鉴过来的。

现在回首去看，我想这段二十多年前的在曼哈顿打工的经历还真是我现在做《金牌律师》系列电视剧和电影最初的滥觞，正是这段珍贵的打工记，在我人生的历程中结下了与电影和电视剧最初的情缘。●



区县专辑 徐汇篇 ●文/郭俭

顺应新要求 共筑法治梦

十八届三中全会提出“建设法治中国，必须坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设。”这次召开的四中全会将议题确定为“依法治国”，更是将法治建设提升至前所未有的新高度。律师是社会主义法治建设的重要力量，在推进法治政府建设、维护公民合法权益、促进社会和谐稳定、创新社会治理等方面发挥着不可或缺的作用。当前，徐汇区国际化大都市一流中心城区的建设正处于关键时期，徐汇区委、区政府十分重视发挥律师的专业作用，积极引导律师履行社会责任，不断完善政府法律顾问制度，推进律师全程服务政府各项工作、深度参与社会管理创新，取得了良好的法律效果和社会效果。

一、服务大局，发挥律师推进法治政府建设的专业作用

多年来，徐汇区始终坚持在法治政府建设中发挥律师的专业作用，通过购买法律服务的方式已建立起较为完善的政府法律顾问制度，区政府、政府各部门及所有的街道（镇）均已聘请常年法律顾问，区政府还聘请了30名资深律师组成法律顾问团。律师对区域内的项目投资、工程建设、协议签订等的合法性审查，切实增强了政府行政行为的合法性、合理性，有力地推进了政府部门的依法决策、依法行政、依法管理和依法办事。随着改革进入深水区，如何改进政府管理体制和监管模式，制订权力清单、负面清单和责任清单都需要坚守“法律底线”，徐汇区将进一步完善政府法律顾问制度，更加广泛、更加深入地运用律师力量来推动法治政府建设。

一是完善律师参与法治政府建设的制度设计。要按照徐汇区《关于在推进法治城区建设中进一步发挥律师作用的实施意见》的要求，进一步完善政府法律顾问制度，拓展发挥政府法律顾问作用的渠道和范围，为政府依法行政提供支撑，促进政府管理方式向依法规范、公开透明、便民高效转变。

二是健全合法性审查制度。要加大重大决策和重大项目等合法性审查的力度，在政府重大工程决策、重大项目安排、重大民生工作和大额资金使用的合法性和可行性问题上，更多地听取律师的专业法律意见。要引

导律师在区域产业创新驱动、转型发展等领域发挥更大作用，积极推进律师服务参与区“十二五规划”实事工程、滨江开发建设等区域重大项目建设。

三是完善律师参与信访制度。继续坚持律师参与区领导信访接待制度，律师参与重大疑难、敏感性案件的处理工作。进一步推动律师参与信访代理工作，选

聘律师作为信访代理员，核实信访事项，反映信访诉求，提出意见和建议，促成信访事项的妥善解决，运用社会力量和社会资源促进社会矛盾依法化解。

二、聚焦民生，打造律师参与法治社会建设的服务平台

近年来，徐汇区全面推进“律师进小区”活动，为每个居委会配备1名律师，打造起一张覆盖全区309个居委会的公共法律服务网络，及时回应人民群众日益增长的法律需求，不断夯实法治社会建设的群众基础。

一是要进一步整合公共法律服务的资源。积极推进律师参与徐汇区委“满意在徐汇、服务在基层”的工作机制，为“两代表、一委员”回应群众诉求提供法律支持。充分发挥各类平台作用，大力整合社区法律顾问团、小区律师、司法信访综合服务窗口等社区法律服务资源，鼓励引导律师为群众提供公益性法律服务。

二是要进一步拓展律师参与公共法律服务的领域。组织更多律师参与到法制宣传、法律援助、人民调解等工作中来，鼓励律师以开设法制讲座、提供法律咨询等多种方式，满足群众的日常法律需求；招募更多具有办案经验、热心公益的律师为困难群众和特殊群体提供法律援助，维护当事人合法权益和司法公正；引导律师积极参与社区矛盾纠纷化解，发挥兼职人民调解员、居民区法律顾问等角色作用，维护社区和谐稳定。



郭俭：徐汇区委常委、区委政法委书记

三是要进一步提高公共法律服务的质量。在医患纠纷、道路交通事故、物业纠纷等较专业的领域，要充分发挥律师的专业特长，由律师提供专业的法律意见或参与纠纷化解。发挥“律师之家”、青年律师人才培养基地等平台的培训交流作用，加强法律援助案件的质量评估检查，提高律师办案的技能和水平，努力为人民群众提供优质高效的公共法律服务。

三、把握方向，确保律师事业发展的健康有序

要全面准确把握十八届三中全会精神，充分认识国家法治现代化在国家治理体系和治理能力现代化进程中的地位与作用，以律师工作职能作用推进国家治理体系和治理能力现代化，按照“坚持信念、精通法律、维护正义、恪守诚信”的目标建设高素质的律师队伍。

一是要加强律师行业党的建设。发挥党在律师行业的领导作用，努力为律师充分发挥职能作用提供政治和组织保证。要结合当前正在开展的党的群众路线教育实践活动，在律师队伍中开展理想信念教育，增强律师的政治敏感性和社会责任感，引导律师履行更多的社会责任，贴近群众、深入群众，为群众提供更好的法律服务。

二是要加强行业信用体系建设。建立和完善本区法律服务行业信用信息系统，以公开促规范，利用舆论监督手段促进本区法律服务行业执业水平的提高。加强执业监督，通过开展职业道德和执业纪律教育、日常督导检查、违法行为处罚等，减少失信行为的发生。

三是要加强执业环境建设。制定规范和保障本区律师依法执业的相关规定，切实维护律师执业的合法权益。充分利用新闻媒体专题报道等载体，多角度、多视点地宣扬在业务上发挥骨干作用、在服务上发挥示范作用的律师，弘扬典型人物和事迹，为律师执业营造良好的舆论环境。●

区县专辑 徐汇篇 ●文 / 徐汇区司法局

凝心聚力强服务 勇于担当促和谐

徐汇区是律师业发展较为迅速、律师服务资源较为丰富的中心城区之一，现有律师事务所136家，执业律师1955名。近年来，徐汇区司法局注重服务引导、注重平台搭建、注重传递法治正能量，不断整合区域内的律师资源，充分发挥广大律师的专业优势和法律服务功能，使之已成为促进经济社会发展、推动依法治区、构建和谐城区的重要力量。

一、促进依法行政，参与社会管理创新，努力推进法治政府建设

在徐汇区建设法治政府的过程中，区司法局充分利用广大律师的专业特长，通过积极向政府建言献策、监督把关行政行为，为各级政府和部门依法决策、依法行政、依法管理和依法办事提供法律意见，增强了政府行政行为的合法性、合理性和主动性。每年为区政府、各街镇提供法律意见近百件，参与疑难个案调处120余件。

一是促进依法行政和依法办事。如在区政府拟定“龙吴路搅拌站关闭公告”的过程中，王庆珍等律师就行文主题和公告内容从法律层面提出了意见和建议，使“公告”既保护了老百姓的合法权益，又尊重了企业的自主经营权。2011年，杨波、王庆珍、唐文华、李家麟等律师应区长的要求对田东佳苑公租房申请审核办法进行法律审核；欧阳润、廖明涛律师就区政府与民航华东局、中国商飞公司在徐汇滨江核心区建立上海航空器适航审定中心和上海国际航空服务中心的

合作框架协议提供法律意见。2012年，在处理上海兆能股权投资管理有限公司与不特定投资者融资后出现资金链断裂无法偿还2.68亿元融资款的事件中，吴冬律师提供的专业法律意见为政府降低了行政风险。

二是及时为行政类法律的执行提供意见。如对区政府拥有行政强制权的各职能部门在《行政强制法》实施过程中所遇到的有关问题和如何实施，徐汇区司法局组织了徐晓青、杨波等多名律师与各职能部门深入讨论《行政强制法》执行中的细节与重点，就规范执法主体、明确时限要求、理顺送达程序、规范执法行为和执法文书等形成专题报告后报送区政府，提供了“及时雨”。又如，李家麟律师十多年来始终关注动拆迁（征收）相关的法律法规及政策的出台与修改，并应邀在区政府第164次常务会议上作了《国有土地上房屋征收与补偿条例》的讲座。去年《上海市集体土地房屋补偿暂行规定》颁布后，李家麟律师在参加区政府相关部门多次组织召开的徐汇区旧区改造中适用该规定的讨论会上，从法律的角度为《上海市集体土地房屋补偿暂行规定》在徐汇区的贯彻落实提出了许多法律意见，有效促进了徐汇区征收补偿工作的依法开展。

三是主动为各委办局提供菜单式法律服务。为从源头上遏制徐汇区的“群租”现象，徐汇区司法局主动对接区房管局有关群租问题治理的法律服务需求。联合区房管局、海一所共同签订三方协议，通过政府购买法律服务的方式，为华沁小区聘请群租纠纷专项法律顾问。



徐汇区区委书记莫负春为区政府法律顾问团颁发聘书



徐汇区教育局系统举行法律顾问签约仪式



徐汇区开展“律师之家”沙龙活动

法律顾问参与小区的群租矛盾纠纷化解、为纠纷当事人提供法律咨询服务、为房屋管理行政部门提供有关法律意见、草拟必要法律文件等,达到了预期的目标。为解决某单位未“参公”分流人员的矛盾化解工作,联合区建交委、区行政服务中心与金澄所共同签订三方协议,起草了聘用合同、协议等系列文件,参加了相关部门的协调会,审核确定法律文书和相关问题,为化解工作提供法律意见和处理方案,并参与了谈话,解答了相对人提出的相关法律问题等,得到了双方的认可。

二、注重沟通疏导,全力化解矛盾纠纷,维护社会发展稳定大局

随着城区建设和改革措施的不断深化,新情况、新问题和矛盾日益增多。在徐汇区司法局的组织引导下,律师精通法律、善于协调的职业优势逐渐凸显出来,在政府与信访人和纠纷群体间形成了缓冲带,避免政府直接成为信访人的对立面和攻击对象,使一些涉法信访案件特别是一些群体访、重复访、老大难访案件及时得到了解决,维护了徐汇区改革发展稳定的大好局面。

一是组织律师陪同区领导周四信访接待工作。自2005年起,徐汇区就建立了律师参与区领导信访接待机制,在处理解决群众信访问题上提供了良好的法律支撑。近5年中,律师陪同区领导共接待群众上访468批次,共2655人次,其中群体性上访104批次,共2031人次。如多次上访无果的漕河泾街道钦州路111弄1—3号84户居民群体性信访案,在周天平律师的引导下,他们运用正确的方法维护了自己的权益。特别是李家麟律师以其深厚的法律功底和以诚待人的工作作风,在彻底化解区信访老户徐某夫妇长达12年之久的紫阳基地(现东方曼哈顿)动迁矛盾这一市区二级重点遗留矛盾之一中,起到了不可替代的作用,赢得了信访人的尊重,并给区政府写来了感谢信。

二是组织参与区领导联系重点信访人专项工作。2011年,徐汇区司法局组织18名律师参与了区领导联系重点信访人的专项工作,共涉及60件信访件。律师不仅积极参与会商、研判、协调等工作,及时提供有效的法律意见和建议,而且还在每周三上午专设了律师接待窗口,经过近两年的努力,化解25件信访案件、终结35件,终结率达100%。其中,在化解李家宅涉及74户、居民222人的群体性信访案件中,周天平律师不仅以“独立第三方”的身份参与,而且确立了“开发商让利定向捐款”的化解思路。他提出的六步操作步骤化解方案被区委、区政府全部采纳。为此,周天平等律师多次与群访居民代表约谈沟通、下发调查问卷、调阅和核对114份动迁材料,摸排上访居民信息并针对每户居民制作信息数据卡片确定房屋产权及化解人数信息等。经过多年的努力,最终按照“统一代理、统一诉求”的原则以及“代收代付定向定额捐款”的方式,使李家宅原居民群体性质的上访已基本化解。

三是建立信访、纠纷疑难案件处理机制。为了建立律所参与信访案件处理的长效机制,徐汇区司法局组织浩信所进驻区信访办,参与信访突出矛盾的调研、核查,配合开展信访案件,特别是疑难案件的处理等。同时,又组织律师以调解员的身份,参与各类矛盾纠纷的处理。如区司法局会同区建交委成立了全市首家动拆迁矛盾纠纷人民调解委员会,欧阳润等律师以人民调解员的身份参加调委会的工作,完成了徐汇区建业里基地9户搬迁矛盾调解和案件的核查工作;参与了中央联席办交办的马某等三个动迁矛盾信访案件的核查和2444基地相关信访矛盾的调解工作。《人民日报》、《上海法治报》等媒体对此工作进行了报道。今年,又联合区信访办成立了主要由律师组成的欧阳信访代理工作室,参与信访代理、核查、答复、听证等工作,已为信访人提供法律咨询48人次,信访代理23件,办结案件2起。

三、聚焦群众需求,维护社会公平正义,全面开展公益法律服务

徐汇区司法局积极组织、引导律师投身于公益法律服务,主动融入社区公共法律服务体系、主动送法到基层、主动保障弱势群体在法律面前享有平等权利,继续深化为民服务理念,优化服务流程,切实为广大群众提供“零距离”的优质法律服务。

一是“法律进社区”活动不断深化。在“法律进社区”于街镇层面的全覆盖以来,为了使法律服务更直接地融入居民的日常生活,贴近居民的需求,2010年起又组织47家律师事务所、309名律师与13个街镇、309个居委实行“一对一”的结对服务,在《徐汇报》上公布结对情况的同时,在各小区宣传栏张贴印有结对律师照片和联系方式的海报,将法律服务送到了居民的家门口,实现了全区居委法律顾问的全覆盖,并由“法律进社区”向“律师进小区”纵深发展。在“法律进社区”的活动中,每年举办法制讲座400多场、接待群众法律咨询近万人次。有的律师在参与司法信访窗口的接待中,周六、周日也不休息;有的律师通过参与“楼组老娘舅”的组合模式,与居委调解干部、社区民警一起化解了居民的多起矛盾纠纷,基本实现了小矛盾不出楼组,就地化解。刘巍嵩、张乐乐律师还成功化解了金色港湾保姆跳楼案、江南新村群租房漏电致人死亡事件两起非正常死亡案件。

二是服务基层的渠道不断畅通。近年来,在徐汇区司法局的关心下,始终有区总工会、区劳动协会、区工商联、区老干部局等多支法律顾问团活跃在基层,律师们用法言法语为基层和群众提供法律咨询,妥善化解各类纠纷,维护群众的合法权益,做到了顾问团的法律服务工作常态化。如:区劳动协会法律顾问团坚持每月一次坐堂服务,接待会员单位的咨询。三年来,还接受电话咨询共480人次,代理劳动争议75起,并在参与协会各联组活动时,提供案例进行分析指导。顾问团先后深入到隧道工程、新路达、交大昂立等近30家企业开展了法律讲座和面对面的法律咨询,受到企业的热烈欢迎。区老干部局法律顾问团每年接待老干部来访200多人次、来电咨询400多人次,调处个性化案件约13件、代理维权案件3件,得到了区老干部局和老干部们的认可和信任。

三是法律援助覆盖面不断扩大。前两年,当外来务工人员因合法权益得不到保护而引发的各类问题直接影响了社会的和谐时,徐汇区司法局积极整合律师资源,在全市率先成立了区总工会法律顾问团,设立了专门为进城务工人员服务的法律援助工作站,律师以法

律援助的方式代理外商投资的某贸易有限公司因经营原因希望破产清算,涉及29名员工的群体性劳资纠纷案等多起案件,均取得了很好的成效。今年,主动对接区民政局,组建了法律援助为老服务律师志愿团,主动与全区37家养老机构对接,设立法律援助联络点,为养老机构的老年人提供预约上门、无偿法律咨询、代理申请法律援助、定期开展法律知识讲座等各项法律服务。同时,为更好地贯彻落实新修订的《刑事诉讼法》,积极推进轻微刑事案件的快速审理机制,在徐汇看守所建立法律援助联络点,组织律师每周一次在看守所家属接济区为犯罪嫌疑人和被告人的家属提供法律咨询,对于符合法律援助条件的,及时帮助其申请并获得法律援助。目前,律师已接待咨询共计41人次,办理法律援助案件4件。

四、创新服务平台,对接优质专业资源,不断拓展服务品牌效应

徐汇区的“律师之家”自2011年5月19日揭牌以来,以“凝聚律师、服务律师、宣传律师、培养律师、发展律师”和“两个转化”为目标,搭建“信息沟通、律所合作与发展、服务企业、经验交流与传授”四个平台的初衷得到了较好的体现。

一是活动的载体形式进一步丰富。“律师之家”至今已组织活动161期,其中:接待领导调研、指导工作5期,编辑活动简报156期,编辑出版了《律师之家沙龙精选集》。随着活动的深入,徐汇区司法局的活动主题也得到了不断的拓展,目前已开设活动的内容有:专业研讨、行业交流、经验交流、律所管理、企业咨询、业务拓展、疑难解答、政策信息、律师党建、休闲娱乐等10类主题,并推出了“律师事务所主讲月”,从选题到讲课,均由律所设计完成,使更多的律师事务所和律师直接参与“律师之家”的活动。目前,参加“律师之家”活动的律师已达4732人次。

二是专业的魅力进一步显现。活动不仅根据不同的内容精心设计相应的形式,如授课形式、对话形式、座谈形式、模拟法庭形式和头脑风暴形式等,除在提升活动的吸引力外,还不定期地对律师的参与情况进行汇总分析,针对律师群体的需求,特别是中青年律师关注的热点、执业中的难点和专业上的盲点,及时调整活动的内容,以更加贴合律师的实际需求。同时,把上海法律界的资深律师,如盛雷鸣、吕红兵、鲍培伦、周天平、刘大力、翟建、游闻健等请进了“律师之家”,保证活动的专业化。此外,为了让律师更好地找到法律服务的结合点,除了邀请徐汇区发改委、区商务委、区金融办和区科委等部门与律师沟通互动,向律师第一时间

传递区域经济发展政策、规划外,还组织毕马威华振会计师事务所、海外留学人员服务中心、区中小企业促进中心等进行互动,在企业管理、企业运作、规范经营、防范市场风险等方面提供对口的法律服务,注重活动的全面性。

三是资源优势的对接进一步落实。为了实现把律师的专业优势转化为推进区域经济社会发展的优势、把律师的客户资源转化为区域经济的项目资源的“两个转化”工作,徐汇区司法局定期邀请区发改委、区商务委、区科委等政府部门及相关负责人参加“律师之家”的活动,及时将本区的经济发展规划、产业扶持政策、经济项目建设等情况向律师事务所进行通报,座谈交流,推动了政府与律师事务所之间服务资源和客户投资意愿的实时对接。先后促成了君合所上海分所与华泾镇制定了战略合作计划书、嘉华所为徐汇区南部医疗中心的建设提供全程法律服务,胡光、君合、汇鼎、金澄、锦坤等律师事务所先后引进6家客户资源注册徐汇。在推进徐汇区现代服务业发展和区域经济建设的转型中,为金融办培育金融市场和引进金融企业、为商务委打造股权投资服务平台提供专业的法律服务等。

四是品牌效应进一步拓展。三年多来,“律师之家”得到了上级领导和外省市同行的高度关注与充分肯定。司法部、市司法局、市律协以及徐汇区四套班子等主要领导均莅临“律师之家”调研、指导工作,并对“律师之家活动基地”活动模式给予了很好的评价。同时,也与新疆、南京、大连、江西等地的同行进行了交流。尤其是司法部副部长赵大程在视察了“律师之家”活动基地后指出:徐汇区的“律师之家”是一种崭新的工作理念和创新的模式,不仅为律师提供了交流、学习、研讨的平台,更重要的是能立足于法治建设、立足于司法行政事业特别是律师公证事业发展大局、立足于徐汇区具体社会环境,改进工作方式,用符合潮流的新的管理理念、工作方式和作风,更好地服务人民群众、服务律师公证队伍,在全国很有推广和借鉴的意义。

五、夯实工作基础,注重特色创新,大力提高律师队伍整体实力

律师工作除了面临着不少“两新”组织中共性的问题外,还表现在律师的职业特点造成集中难、人员流动频繁造成管理难、思想多元造成教育难等现象。为此,徐汇区司法局在抓好律师行业党的基层组织、人才队伍等建设的基础上,始终以开拓的思路、创新的视角,积极探索新途径、新方法,不断推陈出新。这些做法和经验还被《组织人事报》、市司法局“简报”和区《组工通讯》等刊登。

一是抓党建特色,工作方法多样。徐汇区司法局结合律师行业的特点,在探索了包括党员理论学习、服务群众、谈心激励、党建督导等十项制度成果,总结了“党建八法”即“培训法、三联法、挂靠法、签约法、送学法、督导法、凝聚法、结对法”这一整套规范有序的党建运行机制的基础上,又提出了“四有三满意”的基层党建目标;推出新建党支部“三送”、党员政治生日祝贺、提高律师党支部党费返还比例等一系列新举措,不断提高律所党支部的凝聚力、战斗力和创造力。现已建立律师党委1个,律师事务所党支部50个(其中独立支部46个、联合支部4个),党员675名。

二是抓培训基地,提升服务新内涵。徐汇区司法局不仅成立了全市首家区级律师人才培训基地,重点培养青年律师人才,至今已先后开设了8期培训班,培训内容包括政策指导、职业道德、党性教育等主题,累计培训律师300余名,许多律师通过培训后已成为律所的合伙人和业务骨干,成为徐汇律师队伍的中坚力量。此外,在区人民法院的支持下,在区人民法院诉调对接中心设立了律师人才实践基地,每半年选送一批律师脱产参与人民调解工作,目前已有7批学员近40人完成了实践锻炼。同时,为了更好地创新教育培训的形式,和区委党校深度合作,在区委党校挂牌成立司法行政培训基地和律师党校,依托党校的师资和场地资源开展本系统的常规性培训和专项培训;利用区委党校的科研力量,对司法行政系统的社会管理创新等项目和律师党建工作进行理论研究。

三是抓网络应用,探索工作新路径。利用手机普及、方便、快捷等方面的优势,开通“彩信党校”、微信群,以图文并茂、容量较大的彩信为载体,定时发送时政类、学习类、宣传类、祝福类彩信,其已成为思想政治工作全新的教育宣传平台。将各律所主任、党支部书记、工会主席、基地学员、全体律师的手机、邮箱分门别类整理成群组,根据不同的需要发送文件、通知、简报;在基地学员中利用QQ等即时通讯群,发布各种通知、信息,组织在线同步讨论,共享文件等,大大提高了工作效率。

四是抓服务指导,设置工作新架构。整合全系统资源,建立了以领导班子成员为组长,党委、纪委、律师党委、律工委和有关职能科室成员组成的四个服务指导组,对片区内的律师事务所进行多元化、精细化、个性化的组团式服务指导。服务指导组经常深入联系点,通过听取意见、解答问题、讲授党课、检查政风行风和规范化建设、推进主题教育活动等形式,全面帮助指导律所开展工作,化解基层的热点和难点问题,总结推广好的经验做法。●

区县专辑 徐汇篇 ●文/琿 焯

汇聚英才 共创伟业



2014年9月26日,汇业律师事务所(以下简称汇业)建所15周年暨广州分所成立庆典在广州皇冠假日酒店举行,国务院法制办、商务部、交通运输部、工商总局、外管局、银监局和广州市司法局、律师协会等单位的领导,数十家跨国公司、国家级开发区、国有集团、高等院校的代表,以及来自汇业各分支机构合伙人等100余人出席了庆典。庆典期间,汇业还发布了“2014年中国外商投资政策解读”研讨报告,详细解读了2014年中国外资并购、反垄断、知识产权、劳动用工等最新政策动向。

15年前,汇业成立伊始,创始合伙人杨国胜律师敲开了某美资跨国公司法务部的大门。杨律师被问及:“我们凭什么信赖一个刚刚成立的小律所,你们有能力为我们跨国公司提供法律服务吗?”杨律师从容回答:“美国也只有区区200年的历史,毫不影响美国今天成为世界顶级大国。”15年后,这家跨国公司仍然是汇业的客户。

如今,汇业已经发展为一家全国领先的、以公司业务法律服务见长的综合性律师事务所,拥有200余名执业律师及专业人员,在上海、北京、广州、南京、成都、兰州、太原以及美国亚特兰大设立了分支机构。

一、聚焦核心业务,突出综合优势

(一) 始终保持核心业务领先的专业水准

汇业在并购、外商直接投资、境外投资等领域,常年为数十家跨国公司提供高效、优质的法律服务。汇业代表统一食品企业收购上海汇源项目、代表白猫集团与和记黄埔合资及增资项目、代表某能源集团15亿美元投资俄罗斯输油管线项目等均顺利完成。如白猫集团与和记黄埔合资及增资项目中,吴冬律师代表白猫集团,全程参与了合资增资方案设计、谈判磋商、与政府部门的协调沟通,起草了与本项目相关的全部中英

文法律文件,并最终通过了商务部的审批,顺利完成了合资及增资。郭庆红律师曾担任多家世界500强企业的中国区法律总顾问,在企业并购、外商投资、企业法人治理、企业合规等方面拥有丰富的实践经验。

汇业在银行、保险与信托法律业务领域拥有良好的口碑,对中国最新金融政策的走向把握娴熟。汇业律师先后代表上海某银行发50亿元二级资本债项目、某港资银行30亿元并购融资贷款项目、某财保上海公司衍生品合规项目、某国资信托公司设立20亿元房地产投资信托基金项目等均顺利完成。

汇业知识产权团队善于利用新技术为客户提供全方位、个性化的服务,已建立完善的知识产权综合管理体系、全国/全网侵权监测系统、侵权赔偿评估体系,帮助多家企业设计、管理其知识产权。杨国胜律师代理法国鳄鱼与新加坡鳄鱼商标侵权与不正当竞争案、统一企业驰名商标认定;潘志成律师代理普拉达诉《华商报》社、陕西东方源投资发展有限公司商标侵权及不正当竞争案;魏青松律师代理艾利与四维侵犯商业秘密纠纷管辖权异议上诉案等多个案件入选最高人民法院的年度典型案例。

汇业是上海高院指定的有资格从事破产清算业务的12家律所之一。王树军律师已经担任数十家国内大中型企业集团的破产管理人,外资企业清算业务也走在了业界的前列;张培鸿律师在刑事辩护与犯罪预防业务领域拥有良好的口碑,曾办理过力拓员工侵犯商业秘密和商业贿赂案、某全球五百强企业走私普通货物案等多起有影响的案件;潘志成律师在反垄断法律业务已享有一定的知名度,多次为国际知名企业提供产品经销协议及定价行为的《反垄断法》合规性专项法律服务;廖明涛律师则擅长处理重大工程纠纷,在一起涉及黑白合同、代垫资分包、工程质量、工程烂尾、工程款优先权、工程鉴定等错综复杂问题的案件中最大

程度地挽回了施工企业的损失。

(二) 即时满足客户多样化的法律服务需求

作为一家商业法律服务为主的律所,汇业已建立了完整的专业群和较广的服务网,能够随时响应客户的多样化法律服务需求。汇业在商业领域具有敏锐的洞察力,能够满足企业从可行性研究、准入设立、商业运营、投融资到破产清算的一揽子法律服务需求。正因如此,汇业已经与众多企业建立起战略合作关系,深度介入企业商业发展决策及战略制定,辅助客户成长为行业先行者。

汇业通过举办主题演讲、研讨活动、内部期刊、移动平台等方式,为客户提供最新的法律法规更新信息。汇业每两个月组织一次面向社会的主题培训活动,如近期举办的保护商业秘密、反对商业贿赂等培训,很好地总结和回应了企业的法律服务需求。汇业微信公众平台“汇业法律观察”,每日定期更新最新法律法规、法治热点,由律师进行专业解读或汇编相关资料,通过微信平台第一时间到达每一位客户的手上。凭借良好的管理机制及内部协作系统,汇业能够在全国主要城市为客户提供无差别的法律服务质量,随时响应客户日益增长的扩张需求。

(三) 随时关注新兴业态的热点法律

汇业在能源与环保领域,生物、医疗与健康领域,以及互联网、娱乐与传媒等新兴行业保持着较为前沿的法律服务,并多次参与相关领域法律法规的制订及调研工作,也承接了多起新型业态领域的案件,如杨艳辉律师代理的南通垃圾焚烧热电联产 BOT 项目、杨见钧律师代理的浙江电网主辅分离等重大并购重组项目、汪兆军律师代理的上海水务资产经营公司下属自来水公司合资案和原水股份重组案以及代表某美资医疗器械公司合规审核项目、黄春林律师代理的车轮互联 B 轮融资项目、黄金鹏律师代理的某互联网金融企业全程合规审核项目和赵曙东律师代理的某影视公司合规及股权纠纷案等。

二、创新管理机制,打造服务平台

(一) “判例式”动态决策体系

每一个人生都不可复制,每一个企业发展都有自身的脉络。自设立以来,汇业坚持按照律师管理法律法规、律所章程及合伙协议不断完善日常管理制度。汇业律师深刻理解到只有不断变化的、动态的制度创新,才能适应律所不断变化的竞争环境,汇业按照“一个事项、一个决议,一个决议、一项制度,一项制度、一段管理”的轨迹深化了自身的制度设计。如,某青年律师有出国留学深造的需求,如何资助;某律师家属病重,如何慰问;律所

微信公共群开通后,如何运用公共平台等等。这些针对性的问题经合伙人会议讨论都形成了决议,并最终成为了制度、变成了规范,同类事宜均参照执行。

随着移动办公的兴起,合伙人会议不再局限为现场会议,更多地是通过 OA 系统、邮件、微信等表决通过。合伙人或合伙人会议秘书可就特定事项形成讨论稿,通过网络征求意见,待意见初步统一后,由合伙人会议秘书确定表决的时间结点。通过这种形式,不仅提高了制度制定的透明度,也有利于后期的实施与执行。

(二) “信息化”质量控制体系

汇业律师有一个共识:律所的制度可以不断创新、服务必须与时俱进,但有一点必须坚持始终如一,那就是严格的质量控制。唯有如此,才能赢得市场的认可,才能赢得客户的尊重。每个汇业律师均被要求自觉遵循“质量就是生命线,质量就是竞争力”的理念,这也是汇业新律师入职培训的第一课。

按照“前端培训—立项审核—项目辅导—签章核准—事后稽查”的控制模式,汇业建立了全流程可跟踪的质量控制体系。案件从进入汇业的那一刻起,每一个阶段均与汇业 OA 系统对接,以信息化系统为平台建立案件全程跟踪程序。以立项审核为例,汇业律师所有接收的项目或案件,均必须通过 OA 系统办理冲突检索和立项申请;发现冲突的,必须严格按照《冲突检索与回避机制》处理;审核人员发现项目不符合汇业业务定位的,必须严格按照《业务退回机制》处理。全流程每一个客户和每一项业务均有唯一的 ID 号,每一项业务均会通过系统跟踪 PUSH。

(三) “组团式”客户服务体系

汇业的客户多为外资企业或国内大中型企业集团,汇业的业务多为并购、投融资、破产重组等综合性法律事务。客户的法律服务需求不仅具有专业性,更具有多样性,任何一个团队都无法满足客户的全部法律服务需求,如一项并购交易,可能涉及公司结构、知识产权、员工安置、并购融资贷款等诸多法律事务。

因为汇业的组织架构并非一体化的公司模式,而是合伙人领衔的团队模式。为此,汇业十分注重激发团队间的合作积极性,强化团队的协调能力,利用好自身的规模优势和综合优势。汇业制定的《团队间业务合作指引》,详细规定了协调委员会职责、内部合作原则、资源共享机制、利益分配机制、内部计时采购机制、责任承担机制。《团队间业务合作指引》实施后,组团式服务成为常态,客户信赖度与粘性进一步提高。如,顺应当前反商业贿赂和反垄断领域加强行政执法的要求,汇业刑事辩护、劳动法、公司法等方面的律师组成专门团队;围绕企业合规机制的深度法律服务,设计了“期权激励设计与

合规”、“商业秘密风险防控”、“知识产权侵权全网监测与打击”等产品。

三、重视人才培养、强化人文关怀

(一) 行业人才以专业入手

为满足日益增长的业务发展需求，汇业非常重视外部人才的引进，除重视“大趴”、“重量级”的人才，汇业更加注重引进“年轻化”、“专业型”的青年律师。这类律师具有的共性是：他们在知名律所或企业经过良好的职业训练，具有一定的专业特色，年轻而富有活力，成长前景广阔，能力足够独当一面等等。

汇业近年来引进了一大批专业能力强的青年律师，他们已经在各自的领域形成一定的知名度，业务涵盖海关、海事、银行、PE/VC、基金、反垄断等“新、尖、精”的业务领域，团队互补性强、融合度高，客户稳定，不少年创收已逾百万元，已经在汇业形成了相互支撑的专业群。

(二) 培养人才与发展同步

“引得进、留得住”，这是人才战略的核心。为此，汇业建立了一套相对完善的人才培养与晋升机制。人才培养方面，汇业培训分为入职培训、常规职业技能培训及留学深造。以常规职业技能培训为例，包括执业技能培训与专业知识培训，其中执业技能培训包括差旅安排、文本制作软件与技能、演讲与交流等培训，每季度一次邀请所内外专业人员培训；专业知识培训结合每个业务群组，根据最新的业务进程及法律、法规热点，每2周一次培训，邀请所内外资深律师或专家培训。

在人才晋升方面，汇业则建立起了“律师助理—律师—资深律师—合伙人（授薪/分红）”的晋升通道，解决了业内常见的授薪律师“天花板”效应，增强了团队的稳定性。迄今为止，汇业三分之一的合伙人是通过该通道由律师助理晋升而来的。

(三) 关心员工从点滴做起

汇业律师引以为豪的一点是：“汇业帮助解决了困扰很多家庭的医疗问题、教育问题、住房问题。”汇业建立了内部医疗互助金制度，员工医保报销后的自费部分由汇业医疗互助金支付；汇业建立了留学与深造补贴制度，每人每年给予5万元的补贴；汇业建立了免费贷款制度，为每个购买首套自住房的员工提供30万元的免息贷款。

此外，汇业员工慰问计划（结婚、生子或重大变故等）、退休关怀计划（补贴、年金等）、家属慰问计划、旅游计划、运动与健身计划等，无不体现着汇业对员工的人文关怀。

四、积极参与法治建设，践行社会责任

(一) 投身公益法律事业

汇业律师始终以参与法治建设为自身使命，勇于担当、敢于担当律师在社会主义法治建设进程中的责任。杨国胜、吴冬律师等担任区政协委员或人大代表，认真履行参政议政的职责；廖明涛律师是政府法律顾问团成员，主动为政府依法行政建言献策；周开畅、邱加化等律师积极参与国家与地方立法活动，先后参与了保险法、劳动合同法、电子签名法等法律法规的制定活动；汇业律师常年参与法律援助活动，为困难群众提供法律服务。

汇业律师每年参与大量的法律公益事业，一些经典案例已经成为推动中国法治进程的标杆事件。例如，吴冬律师主办的邓维捷诉中国银联、交通银行、建设银行、工商银行跨行查询收费案，南方航空公司机票不标注虹桥、浦东机场名称案等都在很大程度上推进了行业规范。

(二) 参与社区治理创新

2005年，汇业率先与徐汇区斜土街道签约，在20个居委会建立了“法律进社区、律师进小区”的社区法律服务机制，汇业律师把法律服务送到居民家门口，唐建安、丁龙兵、汤淡宁、郭亚飞等一批汇业律师常年活跃在社区，近10年来始终坚持为社区居民提供法律咨询，开展法制宣传活动，参与调解社区纠纷，在社区治理中积极发挥律师的专业特长，在社会矛盾的调处中发挥律师的“减震器”作用，累计举办了200余场次法律咨询、宣讲公益活动，累计服务达5000余人次，有效地化解了社区基层矛盾，汇业也因此受到司法部的表彰。

(三) 助跑法学教育事业

汇业非常关注和支持中国法学教育事业的发展，汇业在复旦大学、交通大学、华东政法大学、南京大学等常年设立卓越奖学金，为那些卓有洞见、敢于挑战的法律学人提供必要的经济帮助。截至目前，汇业累计支持学生达50余名。

此外，汇业的校园援助计划还包括为西藏墨脱、日喀则，重庆万州等地贫困山区学生捐款帮助等。

涓涓细流，终究汇聚成河。汇业人点点滴滴的积累，一步一个脚印的发展，不仅提升了自身的专业服务能力，也得到了社会各界的支持和认可，为此汇业先后荣获了司法部化解社会矛盾优秀律师事务所、上海市司法行政系统先进集体、上海市优秀律师事务所、Law-firm50排名推荐等奖项。这既是对全体汇业人的肯定，又是对每个汇业人的鞭策。奋斗无止境，未来更美好，全体汇业人将以更强烈的责任意识、更专业的法律技能服务社会、服务客户！●

律所建设 ●文 /刘思达 田佳敏

商务律所的创建、发展与国际化

——从《中伦的秘密》谈起

自 1989 年第一家涉外商务律师事务所——君合律师事务所在北京成立至今，中国的商务法律服务市场已经发展了 25 年。在 2012 至 2013 年间，金杜、中伦、大成、海问、通商、方达等一批合伙制商务律师事务所都迎来了建所 20 周年的庆典，那些 20 多年前鼓足勇气“下海”的青年律师们已经成长为在中国甚至国际法律服务市场上呼风唤雨的资深合伙人，而他们所创建的事务所也从只有几个合伙人、连电脑都要共用的“小作坊”发展成具有成百上千名律师、多个境内分所乃至海外分所的“航空母舰”。套用一句经常用来形容中国经济的话，我国的几个顶级商务律师事务所用 20 年的时间走完了英美大所 100 多年的历程。然而，在这 20 年里这些事务所内部究竟发生了什么，一直是一个圈外人不得而知的秘密。

由法制记者申欣旺所著，中信出版社 2013 年 5 月出版的《中伦的秘密——中国顶级律所 20 年风云录》一书，为理解中国商务律师事务所的发展历程提供了一个难得的个案。这本书不但较为完整地呈现了中伦律师事务所（以下简称中伦所）从 1993 年创办以来的发展史，而且通过对该所多位合伙人与律师的采访，生动地勾勒出了几代中国商务法律人的成长环境与个人经历。在这篇短文里，我们将从事务所分配机制、青年律师成长、法律服务国际化三个问题入手，对以中伦所为代表的大型涉外商务律师事务所的发展模式和方向进行一些探讨。

事务所分配机制：利益均享还是成本分摊？

分配机制对于律师事务所的意义，不亚于心脏对于人体的意义。由于合伙制是一种“人合”而非“资合”的体制，不良的分配机制可能会造成大批合伙人与非合伙律师的流失，乃至使整个事务所分崩离析。而分配机制的形成，则在很大程度上取决于律师事务所的类型与规模。纵观世界各国，律师业的发展大都从个人执业和小规模的简单合伙开始，而随着非诉讼法律服务的发展才

逐渐出现律师数量成百上千并采用“计点制”等复杂分配机制的大型律师事务所。中国律师业的发展史却几乎相反，从上世纪九十年代初开始试点合伙制起，司法部就一直大力倡导律师事务所朝规模化、国际化的方向发展；到 2000 年左右，北京、上海等地已经有了一批律师人数上百的大型事务所，甚至还出现了国浩等跨地域的“律师集团”。与此相映成趣的是，直到 2007 年《律师法》修订后，个人律师事务所才正式在中国律师业的版图上出现。

在这个独特的历史背景下，包括中伦所在内的几个涉外商务律师事务所从成立初期就积极效仿英美大所常用的“利益均享”的分配方式，也就是俗称的“公司制”。在 1993 年开业时，中伦所的分配办法硬性规定：任何人的创收带进事务所之后自己先兑现 30%，其余 70% 由事务所统一支配，其中减去一年的经营成本（包括工资、房租、办公成本等）后剩下的可分配利润由合伙人进行等额分配。这一充满了理想主义色彩的分配机制虽然貌似与国际接轨，但在事务所发展的初期明显缺乏可以支撑其实施的外部环境，导致几位创始合伙人都颇有非议：创收多的合伙人觉得自己挣的钱分给别人，吃亏了；创收少的合伙人也有意见，因为“人都有尊严，不希望占别人的便宜”。

“利益均享”模式所造成的直接后果是中伦所的一位创始合伙人的离开，而到了 1996 年底，该制度在中伦所的合伙人之间所造成的矛盾已经很难调和，于是新的分配制度诞生了：个人份额由从前的 30% 增大到 70%，而事务所大盘子中的份额则相应减少到了 30%。这一俗称“提成制”的类似于“成本分摊”的分配模式在当时受到了一致的认可，减少了合伙人之间的矛盾，也能更有效地激励大家发展各自的业务，却也使中伦所的凝聚力明显下降，合伙人人心渐渐涣散，成为了事务所发展缺乏后劲的主要原因。另外，如书中的中伦所的创始合伙人张学兵所言：“这种分配制度有个大前提，大家的专

业领域不要太趋同,否则就会出现合伙人之间打架、恶性竞争的状况。”

在中伦所的发展能力不足问题愈发明显的时候,事务所的分配机制借 2000 年与金通律师事务所合并的契机再次进行了调整,合伙人创收的 60% 的收入进入事务所,后来又调整到 65%,这笔钱用于解决年薪制后律师的工资、房租和为合伙人的工作提供服务。虽然仍然没有达到创所之初的 70% 的比例,但基本上又从“成本分摊”的模式转向了“利益均享”的模式。

同时,张学兵在美国伟凯(White & Case)律师事务所访问一年、深入了解了国外大所的内部制度之后,便开始逐步推行“利润计点制”:将合伙人的资历、专业、业务创收等因素结合在一起来计算决定其年度收入的点数。但这一改革也并非一帆风顺,陈文、张德荣等几位资深合伙人于 2003 年决定离开中伦金通律师事务所而“另起炉灶”创办中伦文德律师事务所,就与合伙人分配机制问题上的分歧有关。到了 2005 年,中伦所通过了全新的《合伙人分配指引》,将全所业务收入分为一级分配池、二级分配池、资历分配池、可分配利润的分配池、收入的分配池等几部分,让不同资历、不同贡献的合伙人都能在这个利润分配体系中找到自己的位置。

在非合伙律师的薪酬制度上,中伦所也同样经历了“利益均享”与“成本分摊”之间的左右摇摆。创业伊始,中伦所实行的是律师年薪制,而在 1996 年分配机制改革时,律师的薪酬制度也随之改成了拿效益的提成制,也就是基本工资加办案提成的奖励制度,提成比例在 5% 至 10% 左右。2000 年之后,中伦所的律师薪酬制度则借鉴了“计点制”的做法,将所有律师按照毕业时间和工作时间分为不同年级,由事务所统一管理,律师们不用在做某件事之前先考虑能挣多少钱,而更多的是要考虑如何把自己的业务做好,因为奖金取决于事务所的效益和律师平时的工作表现。

可见,中伦所 20 年的发展历程中,分配机制经历了两次重大调整,而“利益均享”与“成本分摊”两种模式的利弊在这两次调整中体现得十分明显。对于规模不大或者创立初期的律师事务所而言,片面追求所谓的“公司制”或“计点制”其实并不一定有利于发展,因为在合伙人总数较少、彼此之间的业务合作也不多的前提下,“利益均享”模式只会造成更多的矛盾,而让各个合伙人“自食其利”(eat what you kill)反而能更好地发挥个人的业务积极性。只有当事务所达到一定规模、合伙人之间的劳动分工与业务合作也日趋紧密的时候,以“计点制”为代表的“利益共享”模式的优势才能充分地体现出来。而实现这一模式的根本前

提,一方面是资深合伙人必须有足够大的心胸,愿意把属于自己的业务和利润分享给其他合伙人乃至非合伙律师;而另一方面,资历较浅的合伙人也必须尊重资深合伙人为事务所发展所做的历史性贡献,而且要形成对自己在事务所未来收入逐步增长的良好预期。

事实上,即使在英美国家,完全实行按合伙人资历分配的所谓“锁定等级”(lockstep)制度的商务律师事务所也并不多见,大多数事务所都采用了介乎于“自食其利”与“锁定等级”两个极端之间的混合分配机制。目前,我国商务律师事务所的分配机制同样非常多元化,即有“锁定等级”的金杜、海问等律师事务所,又有律师总人数已经超过 3000 人却仍坚持“提成制”的大成律师事务所,而君合、中伦等实行“计点制”的事务所的计点方式上也各有不同。换句话说,“利益均享”与“成本分摊”之间的矛盾在任何一家律师事务所中都会存在,“公司制”未必一定强于“提成制”,关键是要找到适合事务所自身需要的分配机制。

青年律师成长:从黄金时代到青铜时代?

《中伦的秘密》一书中所贯穿的另一条主线,是几代青年律师的成长问题。以张学兵、吴鹏、朱茂元为代表的第一代中伦所的律师,大多是在上世纪八十年代末或九十年代初进入律师行业的,他们和君合、海问、金杜等律师事务所的创始合伙人一样,是中国商务法律市场的奠基者。这一代律师既体会到了创业的艰辛曲折,也感受到了梦想涌动的澎湃热情,以及在处女地开垦播种的希望喜悦。更重要的是,他们独享着中国律师事务所发展的“黄金时代”。在改革开放和全球化的背景下,中国经济自上世纪九十年代中期起持续高速增长,与此相应,外商投资、并购、房地产、商事仲裁等涉外商务法律领域的发展也是日新月异,这为中国第一代商务律师提供了几乎是空前绝后的巨大职业发展空间。

以朱茂元律师为例,他 1992 年从北大法律系本科毕业后,经过两年辗转来到中伦所工作,虽然没有直接参与律所最初的创建,但在几年时间里就迅速成长为了中伦所房地产业务的顶梁柱。而几乎与朱茂元同龄的中伦所上海分所的创始合伙人乔文骏律师,也是从华东政法学院毕业后在上海的一家涉外律师事务所工作了 8 年,2001 年留美归来加入中伦所时虽然刚过而立之年,却已经是上海律师界的风云人物。而中伦所的创始合伙人张学兵律师,在 1992 年和其他 4 位律师一起创建中伦所时年仅 26 岁,在不到 10 年的时间里,中伦所就发展成了拥有上百名律师的顶级大所,而 35 岁左右的张学兵则已经成为中国律师业内最有影响力的

商务律师之一。

这样的传奇经历自然会让如今的青年律师们羡慕不已,但必须认识到,我国第一代商务律师所处的“黄金时代”早就一去不复返了,想在今天的法律服务市场上复制他们当年的成功,几乎没有可能性。即使是在世纪之交进入君合、金杜、中伦等大型律师事务所的第二代中国商务律师,也只是赶上了“白银时代”,因为涉外商务法律服务市场的制高点已经被他们的师傅们牢牢占据了。

以在书中被称为“中伦二代”的王飞律师为例,他1998年从北大法律系本科毕业后直接进入中伦所工作,师从当时只有29岁的朱茂元律师。此后的十几年,正是我国房地产市场的腾飞期,王飞等“中伦二代”的律师在几年内就成了事务所的业务骨干,并顺利晋升为合伙人,2010年王飞还被任命为中伦所的人力资源总监,负责新律师的招聘和培训工作。然而,直到今天,这些奋斗了十几年的“二代”律师们也还无法取代张学兵等“一代”律师的“江湖地位”,因为中伦所的几位创始合伙人还不到50岁,离退休还有很长的时间。身处“白银时代”的第二代商务律师们虽然挣了不少钱,也在事务所内获得了一席之地,但想真正达到事业的巅峰,则要比他们的前辈付出更长的时间和努力。

那么,在近年来加入中伦所等大型律师事务所的第三代中国商务律师的职业前景又如何呢?由于采访对象大多是合伙人,《中伦的秘密》对新一代青年律师的生存状态并没有特别关注,这也是本书精彩纷呈的故事中留下的一点缺憾。事实上,与前辈们相比,第三代商务律师在教育背景方面已经有了明显的提高,除了本科都毕业于国内顶尖法学院校之外,大多数人都有在英美等国的海外留学经历,不但遍地都是“老流氓”(L.L.M.),而且很多都有纽约律师的资格,近年来取得美国各大法学院J.D.学位的人数也日趋增长。然而,这一代律师所面临的就业市场竞争要比前两代律师都激烈得多,即便是挤进了君合、金杜、中伦等“顶级”律师事务所,也只是一小部分人能最终晋升为合伙人,不少人在工作几年后则会选择企业法务等压力更小或者对其本人而言更有发展前景的出路。

虽然我国商务律师的薪酬在过去十几年里已经有了大幅度地提升,但北京、上海等大城市同样飞涨的房价和物价还是让这些心怀梦想的青年法律人充分体会到了“青铜时代”的现实感。经常有老律师抱怨如今的年轻人都太过功利,其实这在很大程度上并不是律师个人的原因,而是过去十几年来法学教育“大跃进”所引发的法律服务市场供求关系失衡所导致的。另外,除了几个从事涉外业务的国内所之外,不少优秀法学毕业生

都对到外国律师事务所驻华代表处工作趋之若鹜,但他们经常忽视的一点,是由于司法部的限制性规定,这些外国所在华的规模都很小,所处理的法律事务也较为简单,有志于律师业的年轻人在其中所受到的专业训练未必一定强于君合、中伦等顶尖国内所。

可见,身处“青铜时代”的新一代青年商务律师所面临的的是一个较“黄金时代”和“白银时代”更为成熟的法律服务市场,这个市场为他们所提供的职业选择更多,既可以在外国所和国内所之间相对自由地流动,又可以从事公司法务等相关工作;但另一方面,其职业生涯的上升空间和速度却较前两代律师明显减小了,要获得与前辈们同样的成就,不但必须付出几倍的努力,而且还需要有足够的运气和机遇。这个严酷的现实,是当代青年法律人在选择进入商务律师事务所时必须认清的。

法律服务国际化:征服世界还是立足本地?

从中伦等商务律师事务所在1990年代初创办时起,外商投资、并购等“涉外”业务就是中国法律服务市场上最为高端的业务类型。在最初十年里,即使是君合、金杜等顶尖的国内律师事务所,在涉外法律服务中也只处于给外国所“打下手”的辅助地位,直到2000年代中后期,尤其是2008年全球金融危机之后,外国所与国内所之间的劳动分工和权力关系才有了实质性的改变。一方面,外国所的中国境内投资业务明显减少,服务质量相对于国内所也不再具有竞争优势,其工作重点逐渐转向了国内企业的海外投资业务;另一方面,金杜、中伦、大成、德恒等主要国内律师事务所在这一时期都开始在境内和海外大规模扩张,律师总人数和办公机构的数量急剧增加,其中大成律师事务所的律师总人数已经超过了3000人,而金杜律师事务所更是在2012至2013年间以“瑞士联盟”(Swiss Verein)的形式与澳大利亚的Mallesons Stephen Jaques和英国的SJ Berwin两家外国律师事务所合并,形成了中国的第一家国际性律师事务所King & Wood Mallesons。这样的发展速度不但让我国境内的200多家外国所驻华代表处望其项背,甚至在国际律师界都开始产生了影响,许多人都预测,在不久的将来中国将出现几家在全球范围内具有影响力的国际性律师事务所。

这样的全球化浪潮自然也影响到了中伦所。如《中伦的秘密》中所介绍的那样,与君合、金杜等律师事务所相比,中伦所的国际化进程起步较晚,其在上世纪九十年代主要是以房地产和日本业务为主,到2003年左右才有一批在英美大所工作过的律师相继加入,而直到2006年才在东京设立了第一家海外分所。但此后的几

年里,中伦所的国际化脚步迅速加快,在香港、伦敦、纽约三个国际金融与法律服务中心都设立了分所,同时也从外国所吸引了几位重量级的外籍国际业务合伙人。在金杜所通过与外国所的合并迈出了国际化的关键一步之后,关于君合、中伦等律师事务所是否会步其后尘的传言甚嚣尘上,甚至传出了这两个事务所正在洽谈合并的消息。

毫无疑问,只有 20 余年历史的中国律师业正在迎来一个国际化发展的关键时期,在我国企业纷纷走向国门、在全球经济舞台上扮演愈发重要的角色的同时,中国的商务律师事务所是该像金杜所一样勇敢地走出去、以我为主征服世界,还是该像君合、海问等所一样占据国内法律服务市场的制高点,同时与多个外国律师事务所密切合作?这个问题是包括中伦所在内的大型涉外商务律师事务所在未来一段时间都必须认真思考的。

事实上,中国律师业目前所面临的国际化机遇与挑战,与美国律师业在上世纪七十年代的状况有许多类似之处。在上世纪中叶,美国的顶级商务律师事务所规模也并不大,而且大多集中在纽约,但从 1970 年左右起,这些律师事务所的规模都开始高速增长,而总部设于芝加哥、洛杉矶、休斯顿等地的一些事务所在律师人数和办公地点等方面更有后来居上之势。以芝加哥的 Baker & McKenzie 为例,这个事务所虽然在美国国内并非最精英的律师事务所,但从创立伊始就采取了国际化的发展战略,在世界各主要商务中心城市纷纷设立分所,目前已发展为在全球范围内有 70 多个办公室、律师总人数超过 4000 人的知名律师事务所。但与此同时,一些纽约的精英商务律师事务所却并没有盲目跟风,其中最极端的例子是 Cravath Swaine & Moore,这家历史悠久、精英辈出的事务所至今也只有纽约和

伦敦两个办公室,却在反垄断、并购、证券等最为高端的法律服务领域享有盛誉,其合伙人平均收入也让众多同行望其项背。

这两个美国所的发展经验,基本上代表了法律服务国际化进程中的两种典型模式,而绝大多数商务律师事务所的发展模式都介乎于二者之间,试图在规模和声望之间寻求一个平衡点。目前,中国商务律师事务所的发展模式也已经出现了明显的分化,君合、海问、方达等律师事务所的发展策略较为保守,有些类似于 Cravath,而金杜所的发展策略则较为激进,有些类似于 Baker & McKenzie,假以时日,这两种模式对于律师事务所管理体制以及律师培养等方面的影响将会逐渐显现。

当然,法律服务国际化并不只取决于各个律师事务所的发展策略,全球经济形势和国家政策都会对这一进程产生至关重要的影响。中国商务律师事务所在过去 20 年里的跨越式大发展,在很大程度上受益于中国经济的腾飞,并且受到了司法部发展规模化、国际化大型律师事务所的扶植性政策的大力支持。涉外商务法律服务市场的未来走向,也同样取决于中国经济的走向。同时,司法部是否会继续维持对外国律师事务所在中国大陆执业的限制性政策(如不得从事中国法律事务、不得聘用中国律师等),也是一个未知数。一旦法律服务市场按照我国加入 WTO 时的承诺对外国律师事务所全面开放,羽翼尚未丰满的国内所能否抵挡得住外国所的冲击,也将会在很大程度上影响法律服务国际化的未来走向。事实上,金杜律师事务所与英、澳两家外国所的“瑞士联盟”,已经突破了司法部的限制性规定,虽然这个“联盟”是由金杜律师事务所主导的,因此得到了司法部的默许,但如果今后某家外国所用同样的“瑞士联盟”结构与一家国内所合并,则将轻而易举地规避掉司法部的规定而全面进入中国市场。

因此,中国商务法律服务市场的全面开放,只是一个时间问题。而对中伦等在国内市场占据领先地位的律师事务所而言,加快国际化的脚步固然重要,但同样重要的是要在国内站稳脚跟,进一步优化事务所的管理体制、分配机制和律师培养体系,不断提高自身的服务质量,而不是等到“狼来了”的那一天,造成大量人才向外国所流失,甚至整个事务所都被兼并掉。在这个意义上,《中伦的秘密》其实还没有写完,未来的 5 至 10 年将是中国商务律师事务所真正与国际接轨的关键时期,将会发生什么新的故事,我们拭目以待。●

(刘思达为威斯康星大学麦迪逊分校社会学系、法学院助理教授,美国律师基金会研究员;田佳敏为威斯康星大学法学院博士研究生)



法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

家族信托在中国面临的机遇和挑战

本期主持:谭芳 上海市律师协会民事业务研究委员会主任、上海市华诚律师事务所律师

嘉宾:李宪明 上海市律师协会信托业务研究委员会主任、上海市锦天城律师事务所律师

李晓茂 上海市律师协会未成年人权益保障研究委员会委员、上海中夏旭波律师事务所律师

李辰阳 上海市公证协会遗嘱信托公证课题组主编、上海市普陀公证处主任助理、公证员

柴艳丽 中国农业银行总行私人银行部财富顾问部总经理

李超 景淳投资管理有限公司渠道部经理、高级理财顾问

文字整理:许倩

什么是信托和家族信托

谭芳:大家好!我们知道,目前中国的富人越来越多,创一代也到了要或者将要交班的时候。在这样的背景下,我们的创二代是不是可以顺利接过创一代的接力棒呢?是不是都有兴趣传承父辈们辛苦打造的这个家族企业了?除此之外,越来越多的人开始发现,中国的私人财富究竟通过什么方式去传承,这个课题已经到了迫在眉睫,需要解决的时候了。所以,近两年以来,英美法系下的家族信托逐渐开始受到中国高净值人士、私人银行和信托机构,以及法律人士的高度关注。家族信托作为家族财富管理具有特殊作用的一种法律制度和传承工具,欧美国家许多耳熟能详的家族,如洛克菲勒家族、肯尼迪家族,都借道家族信托成就了家族财富的基业常青。

但是,家族信托在中国是否可行呢?今天我们就来讨论一下家族信托在中国面临的机遇和挑战。在座嘉宾都有各自的行业背景和专业经历,我想邀请各位结合你们各自的专业视角来做一个深层次的探讨。那么什么是信托?什么是家族信托?我知道李宪明律师是全国人大修改《信托法》专家组的成员之一,这也是我们上海律师的荣耀。在讨论之前,先请李律师来谈谈信托的法律定义,并介绍一下国内的家族信托在发展过程中有哪些特点,法律架构是如何设计的。

李宪明:我想把我对于信托和家族信托的理解跟大家交流一下。《信托法》2001年颁布的,10月1日实施,信托制度实施到今天也就是14年时间,很短。这个制度有个最突出的特点,就是它的破产隔离作用,所以说在中国法律体系当中引入信托制度之后,对整个法律体系是一个颠覆性的建设,但也有破坏作用。首先是对司法制度有颠覆性冲击,我们国家原来没有这种制度,是从西方国家不断

演化过来的,从英国到美国,再从美国到日本,然后又到中国,横跨了两个法律体系,从衡平法到大陆法,但这种制度有衡平法的基因,这是第一个冲突;第二个冲突是破产隔离对中国现行法律体系的冲突。为什么有破产隔离?就是因为有双重财产关系,《信托法》是衡平法的所有权,一物二主,但在中国是一物一权,到了国内就“水土不服”了,因此引进之后,对我们的《公司法》、《合伙企业法》、《物权法》、《担保法》等民商事法律关系都是根本的挑战。在财务上,正常情况下一个企业只能有一本账,但是在信托公司必须有两本账,一个是固有财产的,一个是信托财产的,这就是它的特殊性。信托制度对我国现有法律制度有冲击,也有很大的建设作用,对整个社会生活影响也非常巨大,所以说我们以前很多社会活动因为没有《信托法》而无法开展,最早的就是和个人息息相关的企业年金。年金必须有信托制度的支撑,因为年金是养老用的,企业和个人各拿出一部分钱交到账户里,退休之后使用。但是企业可能会破产,个人也可能会缺钱,企业破产后钱也不能被债权人执行,所以就需要有一个破产隔离制度,钱一旦放到这个账户里,无论是企业破产还是个人想提取,都动不了,必须要有个独立账户、独立制度来保护,信托制度就起到了这个作用,所以必须有信托制度。

还有一个就是信贷资产证券化。这个业务是从2005年开始的。应该说现在国内有很多涉及国计民生的事务安排都需要有信托制度的支持,包括信贷资产证券化、企业年金和社保基金。回到家族信托上来,为什么也需要信托制度呢?传统的做法上有代理、行纪,为什么还需要建立信托制度?在没有《信托法》之前,实际上中国的行纪就是信托制度,他跟信托非常类似,但还是有着重大差别,这点就是因为行纪和代理都适合于事务管理。行纪也适合财产性的事务管理,但主要在贸易领域,动产可以,



本期主持:谭芳



嘉宾:李宪明



嘉宾:李晓茂



嘉宾:李辰阳

不动产就做不了。信托无论是动产、不动产还是知识产权各种制度,都可以用来设立信托。家族企业的传承为什么需要信托制度呢?就是因为核心资产要有一个破产隔离的作用,民营企业年纪大了或在经营企业的过程中,为了保障自己和家人的生活,因此要把财产设立信托,否则就会出现像2008年苏浙一带很多民营企业家在破产后导致其家人和自己的生活都缺乏了保障。

还有一种就是企业的传承,有很多民营企业在创业之初,民营企业家很有能力,但是他们的子女不一定有能力或对家族企业感兴趣,企业家又不想放弃自己的企业,想继续经营下去,那么他们就必须企业的所有权上做区分,经营者和企业财产真正的受益人要分开,他们的子女作为受益人,但对企业没有直接的所有权,并不直接干涉企业的经营,这样的安排也需要破产隔离起作用。因此,家族事务的安排、家族财产传承,都对信托制度的需求非常迫切。中国开展家族信托业务的需求强劲,但是受到信托配套制度缺乏的影响,开展得并不顺利。刚才我讲的家族信托有破产隔离的作用,破产隔离需要有制度的支持:

第一个制度是涉及信托财产登记,但与信托财产登记相关的制度在中国目前应该还是个空白。这其中又牵涉到几个问题:一是过户问题。一般的家族信托往往都是以财产权、股权、房产、票据作为信托财产,将财产委托给受托人,这就需要有过户制度,如果是资金信托很容易,从委托人的账户直接划到受托人的账户,但如果是房产,就得有一个非交易过户的制度。目前非交易过户限于继承、赠与等方式,相关机构不接受根据信托文件办理非交易过户;二是办理过户之后,要有信托财产的登记或信托公示。按照我国有些法律,比如房产、专利权,不登记不产生权利转移的法律效力。房产登记是取得权属的前提,因此原来委托人名下的房产过户到受托人的名下,为了保证跟受托人的财产区分开来,以保证信托生效,就必须登记这是个信托财产,目前这个制度没有。

第二个制度是税收制度。房产一过户,有契税、增值税很多税种,但是委托人设立家族信托与投资融资不一样,持有财产的核心目的不是主动投资、保值增值,而是做好财产的分配、后续的管理,是一种事务管理,这样就要求承认信托的管道作用。《信托法》颁布实施以来,在理论研讨层面上,国家财税机关人员或学者基本都认可信托的管道作用,即财产从委托人名下到受托人名下,只要没有发生实质性的交易,不会增加税负。但是如何来判断?在哪个环节征以及征收的基数?这些问题并没有解决。因此,目前在家族信托业务开展的时候,只能说将其中一部分的财产拿出来,主要是资金、金融资产,还包括一些人寿保单。如果真正涉及到家族信托,有一块是企业的传承,因为财产类型比较多,动产、不动产都有,这对信托登记、信托税收制度的要求很高。

目前国内家族信托的运作模式

谭芳:感谢李律师关于对信托和家族信托等非常专业的介绍。我们知道境外的家族信托其实是非常成熟的,比方说李嘉诚家族。很巧,我们今天请到了这样一位嘉宾,他曾经在李嘉诚的长江实业公司工作过,对李嘉诚的家族信托有一些了解,而且对国内的家族信托也非常有研究。有请李超先生就你所知道的国内家族信托相关的架构和运作模式中的一些问题和大家分享,谢谢。

李超:好多人都会问我们投资什么,说实话我说不出来,我只是卖我的思想和规划,在这里很感谢谭律师给大家这样一次机会,来对家族信托进行交流。前面李律师说了很多关于国内信托的部分,我很赞同他的说法,只有在立法达到了之后,我们才能正正规规地去做事。现在有很多客户包括在座的可能有些从业人员会对私人信托非常感兴趣。客户现在在乎的是什么?我首先来说两点:第一就是安全性的问题,第二就是潜在的税收问题。在节约钱的情况下,如何帮客户去操作?在我们公司或现在从



嘉宾:柴艳丽



嘉宾:李超

事的业务中会运用并操作到一些离岸架构、离岸信托的情况。前面李律师提到关于家族资产传承的问题,以及什么样的东西可以放到信托架构中去,在我这边可能会涉及到的一些动产、不动产以及金融和金融衍生品,这些都可以放在其中。在实际操作中不知道各位律师有没有遇到过中国国籍之外的客户,在处理这些国际性问题上,我们国家目前对类似于像具有美国国籍的人查得非常严。所以,在这当中如何去操作?我们更多的是借助于海外离岸架构中税收的避免、一些属地的功能去帮其操作。

我准备了几个问题想和大家探讨一下:第一,据我所知在上海信托或平安信托已经开设了私人信托项目,但是他们接受的所有资产可能更多的是金融资产或现金,在最正统的英国流传下来的私人信托中可能更多的是一种人性化的设计,在我的从业经验中,很多就涉及到孩子的问题;第二,就是我们目前什么样的人适合做受托人?以前的情况是有很多人都请自己非常信任的亲戚朋友或家里一些关系比较好的去做受托人,其实在离岸信托中,我觉得是一些中国的专业机构在做受托人,原因是这个家族信托的目的就是为了资产安全,当资产受到极端情况的侵害时,自然人是否有这样的法律知识和法律常识去对抗可能潜在的问题?所以这些人的知识层面可能和专业机构不是对等的。通过我多年来的工作实践分析,如果今天家族信托能在国内立法,那么什么样的人才是真正需求家族信托的呢?在所有从业人员中,可能大家都认为高资产、高净值的那些人是我们的标准客户,而我却认为那些高资产、高负债的人非常适合做资产隔离,只不过资产隔离在家族信托之前还有一道简单的可以完成的工序,因为这类人群可能就不想自己的生活因为破产而受到任何损失。我们以前在浙江温州那一带做市场调研时能够接受这个理念的客户在80%以上,这类人我相信以后会成为家族信托中的很大一个客源。但是还有一类人,就是我们所称的高资产、高净值客户到中产阶级中间的这类人,他们的资产量非常

大,但是他们所需要的服务并不一定涉及到家族企业的传承,而是简单地对于个人资产规划方面以及婚姻因素的一些关注点,而其他部分在我们和私人银行客户经理或一些总行经理交流时,更多的是涉及到客户的税收问题、国籍问题能否带来帮助或者能否提出一些中肯的建议。

家族信托中有哪些具体的需求

谭芳:谢谢李超先生的详细介绍,您对国内家族信托的思考对我们也很有启发。那么,目前国内的高端客户在家族信托中到底有哪些具体需求?他的需求又是通过什么路径去实现的?今天我们也邀请到了中国农业银行总行私人银行部的柴总,据我所知农行的私人银行部很早就开始在开展家族信托的服务了,那么具体的实施情况如何?目前碰到了一些什么样的困难?你们又是如何推进这项工作呢?下面有请柴总跟大家分享。

柴艳丽:很高兴今天参加这样一个讨论,我和大家谈谈我们这边接触到的市场和客户关于家族信托的一些需求情况。大家都知道财富人士在近几年特别是在改革开放三十年以来,富一代正在向富二代进行财富传承。我们这边有大量的客户反映,以前他们可能和银行、各家金融机构谈得比较多的是财富增值以及追求高回报的问题,可是近两年来谈得比较多的是如何保障财富传承下去。我们专门就这个群体的需求做了量化的统计,在前些年排名第一的可能是增值的需求,现在则是传承和保障的需求。那么家族信托的概念在境内市场出现以后,越是超高净值的人群,家族信托这个名词的提及率往往达到50%以上,向下一个阶层的提及率也有40%,可见咱们这个市场和客户的需求已经很明确了,我们在境内市场相关的金融机构包括律师这个行业都面临着如何应对这个需求的问题。从监管这个层面来看,我们有这方面业务拓展前期的一些论证和考察,监管单位也是在推进包括信托行业在内的行业的转型发展,并导引这方面业务发展的方向,而且从以前的以商事信托为主的信托业的发展态势来看,也是鼓励向民事信托保护国民财富的角度去引导业务的方向。刚才两位讲的,从成熟的海外市场的家族信托可以运作实现的功能来说,国内目前因为还是个初创的市场,但在满足客户的一些传承、资产保护、税务筹划,还有投资理财、保密信息安全等方面的需求在目前的法律环境下都能有所涉及。可是从最大程度上满足客户的需求来说,还有不少差距,虽说现在我们的功能有安全性保障、能有效灵活地传承,可是放在其中的资产类别却非常有限,主要能放入的可能就是现金类资产、理财产品等。而客户最为关心的或者资产形态占比比较高的有形资产,比如不动产这块、公司股权这块经常会有大量的需求得不到满足。另外,在税务这块也

没有特别明晰的说法,我们未雨绸缪以做客户的规划为先,未来可能比别人快一步,会有更大的实惠,但现在没有明确的说法,放入的资产是属于非交易性过户还是以后要征税?资产通过专业机构打理以后,增值的部分以及未来向受益人分配的部分税收是怎样一个体现?目前都很不明确。实际上现在我们的客户有两个特点:一方面是年龄到了五六十岁的创一代向创二代交接的过程中,无论是其本人还是其家族成员都非常急切的想把传承或资产隔离等事项摆到议事日程上进行探讨;另一方面是他们又觉得目前我们能给其提供的服务很不够,现在有些客户在做尝试,倾向于投资理财的功能,他们既有期待,又觉得不满足,目前就是这样一个现实的市场。

信托公证业务如何介入和操作

谭芳:谢谢柴总的精彩发言。听了您的介绍,我相信在座的律师同行们对家族信托产生了更为浓厚的兴趣,因为你们的这一块服务里包含着律师服务的很多空间。家族信托是实现财富传承的一个重要工具,那么我们知道,在家族传承的过程中,有一个部门是无论如何忽略不了的,那就是公证机关,据我所知,我们上海的公证协会对此也专门成立了一个课题组,叫做遗嘱公证信托课题组。我们今天也有幸请到了这个课题组的主编李辰阳公证员,据我所知,他在这些方面有着很深的思考和研究,所以我们想知道公证行业对于信托公证有哪些具体的操作案例,你们的具体研究方向和研究课题是什么?课题组成立的最主要的目的是什么?将来的信托公证业务如何介入、如何操作?

李辰阳:公证员和律师在许多方面都有合作,在遗嘱

信托方面实际上合作得更加紧密,因为信托结构、信托合同设计大部分都是律师完成的,而且大部分是有境外工作经验的律师完成的。讲到信托,就会讲到遗嘱,信托分生前契约信托和去世后的遗嘱信托。10月份是上海公证行业发起的免费遗嘱公证的公益服务月,在咨询中,我们就发现有部分人群有这方面的需要,因此信托不光是一个家族、有钱人玩的游戏,基层百姓也有这样的需求。我大致总结了一下,有三部分人群有这种需要:第一种就是刚才大家讲的有钱人、企业家,这种人往往除了破产隔离之外,与其本人和其家庭背景也有关系,比如其有两次婚姻、多次婚姻的情况;第二种是存在非婚生子女,而且可能是两三个的问题,要保护非婚生子女的利益,可以通过信托的方式;第三种是由于中国的特定历史,夫妻只生育了一个子女,因此造成了不少家庭只有一根独苗,也因此会产生失独家庭,这样的家庭如果作为企业家,肯定要考虑传承的问题。还有就是孤老养老的问题,以前通过遗赠扶养协议的方式,但是现在社会养老机构越来越多,那就要通过信托的方式,老年人可能表达不出信托的意思,但我们理解就是一种信托上的含义。

那么现实的需求就是财富的增加到了传承的阶段,有这样一个需求。最主要的是我觉得因为英美法系国家经济强势,英美法系的信托制度伴随着投资渗入到传统大陆法系国家。现在中国人和外界接触面广,资产进行全球化配置,信托制度在国外生根发芽,大家非常向往。但为何国内能够成功的案例又较少呢,原因在哪里?是因为更多的家族信托都是在境外架构的,所以现在国内有很多境外的一些信托机构在大力推广他们的产品。刚才三位嘉宾讲了一些原因,我的看法如下:第一个是信息的



对称,公众对信托到底是什么不详,以为是理财产品。刚才有个调查说是50%的比例,那可能是对高资产配置的人群,但是对大部分人,占比可能很小,在整个人群占的比例所知程度是比较低的,包括我们法律界有一些对信托还不是很了解的人;第二个是中国的企业家都比较自信,他们对自己的资产安排使得其很难相信别人,这是个社会习惯问题,也是整个社会的诚信问题,反而是社会底层老百姓出于对遗产税和赠与税的恐惧,到公证处来咨询寻求保护的很多;第三个是目前的信托主要用于资金方面,我们最大的困惑点就是对记名财产转让有法律上和税务上的障碍,再加上家庭资产传承方面缺乏对下一代的教育,因为我们从小接触的教育就是好好读书,但是从来没有家长教育过子女如何做好财产的安全传承;第四个是信托给别人的概念只是规避遗产税和赠与税,通览各国税务部门,信托不是避税的工具,目的只是合理地减少税款支出,重复纳税。为什么税务上没有对信托财产起草对应的配套举措,比如不动产转让契税、营业税、土地增值税,包括现在上海和重庆实施的房产税,一大原因就是社会舆论不接受,有财产的人竟然还可以通过信托的方式达到规避税收的目的,公众无法接受;第五个是信托遗嘱可能存在的欠缺,信托遗嘱有个遗嘱的问题,信托是依附在遗嘱上的,如果遗嘱无效,这个信托安排就失败了,特别是《继承法》呼吁修改的声音很大,将来有可能会出现一个制度,就是继承中的特留份制度。目前我们的《继承法》没有特留份的规定,假设哪天法律修改规定了特留份,在修法之前设定的信托结构是不是在未来会产生无效的问题,这是个安全性问题。还有就是受托人不接受作为受托人带来的隐患,你相信一个人,在遗嘱信托中设计了这样一个角色,但其未来不愿意接受,这也会带来问题;第六个就是成熟可信的信托资产管理机构和职业经理人不存在,因为上世纪80年代改革开放至今只有短短的三十年,财富增加也就是这三十年,财富管理人士还没有成熟。

国外信托的优势在哪里呢?因为我们公证处经常碰到海外移民的当事人,有一部分就是运用信托的方式转移资产,问他们为什么在国外做信托:第一,对一个大的家族来说,有全球资产配置的需要;第二,境外的信托产品丰富,我们现在只有资金信托,没有其他记名财产的信托;第三,最主要的就是安全问题,这些需要信托的人主要不是为了增值的目的,首要的是资产安全,安全保障的前提是法律制度的安全。比如在英国这个信托发源地,信托历史已有几百年,在信托法律制度方面很完备,已经形成了很多有效保护委托人或受益人的案例。而在中国除了商事信托有一点外,民事信托几乎没有。还有个问题就是信托的期限,你可以发觉咱们中国的信托一般做个三到五年,最多十年,但是一个家族的传承是一代、二代、三代的问题,我们

的信托产品只涉及五年、十年,远远满足不了客户的需求。因此国外信托和国内信托存在很大的差距,这是我们中国法律人需要努力的方向。

家族信托如何保护未成年人的权益

谭芳:辰阳老师不愧是公证领域的专家,跟我们分享了很多信托公证上的实际案例,这些案例对我们民事业务研究会下面的财富传承课题组非常有帮助,希望可以向你们请教。我注意到,刚才他谈到了在继承制度中有一个未成年人的特留份问题,我们今天也请到了上海律协未成年人权益保护委员会的委员李晓茂律师,我想问的是,家族信托除了财富传承的功能,对于未成年人的权益也可以起到一定的保护作用,你们平时在这方面的研究和实践中,对家族信托对未成年人的权益保护有哪些具体案例,到底起到了哪些保护作用?可以和大家分享一下吗?

李晓茂:刚刚讲到家族信托,我正在办这样一个案子。我一个当事人已经75岁了,他在上海的不动产大概价值将近5个亿,现在他的儿子和媳妇离婚,已经一审判决了,但是我这个当事人非常不放心,因为他有4个企业加上那么多的不动产,他交给儿子觉得不放心,想交给他的孙子,孙子目前就读幼儿园大班。他和其爱人与我商量,以后可能会让他老婆和我共同管理他的财产,因此可能涉及到信托问题。家族信托对未成年人的保护确实很重要,现在包括一些离婚案子,两方父母都放弃财产,通过法律机构将财产留给小孩,对他的财产如何来管理已成为迫在眉睫的事情。我对家族信托的个人理解是“受人之托,代人理财”,是一种财务管理的工具。未成年人权益方面主要来源于两个方面,一个是赠与,还有一个就是财产继承。未成年人保护与家族信托的优势在哪里?第一是有利于管理未成年人的合法财产,保护未成年人法定权益。作为一个孩子来说,得到这么多财产后如何管理,我觉得引入家族信托有利于管理其个人财产;第二是有利于未成年人财富的增值保值,请专业人士来打理有利于此;第三是能独立于第三人或法定监护人。财产中有关未成年人的部分,其法定监护人包括其他的案外人都不得随意处置,如果引入家族信托,可以由第三方对财物进行管理。在将财产赠与给孩子以后,有时会有人想办法侵害未成年人的权益,在这种情况下,我们认为如果引入家族信托,对于未成年人的财产保护是一个非常有效的手段。

我讲一下目前法律上对此规定的空白点:第一,未成年人如何将其法定财产进行委托,取得委托人的法律地位,这是非常重要的。刚才讲到的一个幼儿园大班的孩子在未来一段时间内,将可能会拥有几个亿的财产,他如何管理,有没有进行家族信托的资格,因为未成年人大部分属于限制民事行为能力人或无民事行为能力人。第二,如

何判断家族信托存在的风险,这也是很多当事人在把财产给孩子的时候,资产如何激活?有个很好的途径就是家族信托,能够让财产进入正常的渠道,但是如何掌控风险,这是我们中国人一般首先会考虑到的重要因素。第三,对于家族信托的顾虑。一是财富的阳光化,一旦进入到信托,可能会对未成年人的个人财富隐私进行曝光,这就需要家族信托专业管理机构做好保密工作;二是管理财富人员的专业化;三是财富增长的有效性。

关于信托财产所有权的问题

谭芳:刚才的一轮谈话,各个嘉宾都从自己的专业领域和视角谈了很多深刻的见解,深受启发。可是,我们在帮助客户进行家族信托的法律架构时,不得不面对的一个问题,就是信托财产权属的问题,这是一个目前在法律界争议比较大的问题。当我们的委托人把他们的财产交付给受托人的时候,财产权利到底有没有发生转移?这种转移究竟有没有风险?受不受到法律的保护?我相信柴总应该也会遇到很多这样的财产高净值人士,之前表露出要做家族信托的莫大兴趣,跃跃欲试,可能最后你告诉他们交付了财产,所有权将不再属于其之后,他们觉得失去了控制,觉得不安全,会提出很多顾虑。那么先请李宪明律师就关于信托财产所有权的问题跟大家做一些专业上的解读。

李宪明:权属转移确实是争议很大的问题,在《信托法》制定的时候,第二条有关于信托的定义,这个定义大家如果研究一下就会看到和日本、韩国包括美国的《信托法》不一样,用了个委托人把财产权委托给受托人的表述。其他国家或地区规定得比较清楚,明确设立信托的财产应当转移给受托人,所以就留下了这么个伏笔。但是这个争议到目前为止大家认识都比较一致,就是应该转移。当时的立法初衷主要是考虑到中国的传统文化,父亲对儿子不信任,那对第三人就更不信任了。所以让中国老百姓将财产委托给第三人,移转并过户到其名下,这让老百姓很难接受,不如模糊一点。但是从《信托法》后面的条文来看,都是按照移转来做的,因为如果不移转,跟代理没什么区别,仅靠行纪代理关系完全就可以解决了。从目前的信托实践来看,将财产真的过户到了受托人名下也是可以做到的,包括我们做的家族信托业务,房产、股权也有过户的,可以通过合并、分立重组、买卖等一些特殊方式过户,法律风险也可以得到控制。如果财产过户到受托人的名下,即使没有做信托登记,如果拿出证据证明,如信托文件、过户手续等,也会受到法律的保护,支持信托财产的独立性。当然,会比较麻烦,有很多不确定性。另外,信托财产独立性有很多制度安排来保障,分别记账是第一个,第二个是分别管理,如果是动产,则必须放在不同的地方,人员、部门独立。这些配套制度保障了信托财产的独立性。因

此可以明确两点:第一是无论设立什么信托,应当符合信托财产独立性的法定条件;第二是在中国现行法律制度和司法环境下,财产移转的后果是有保障的。信托独立性是有条件的,不具备这些条件,当然不会起到破产隔离的作用,但也不能因此否定信托本身对破产隔离制度的价值。

谭芳:谢谢李律师的解读,解释得非常清楚,没有所有权的顾虑了,那么新的问题又来了,像在这种情况下,那些高净值人群把信托财产移转给受托人后,受托机构如果破产了或有其他债务危机时,会不会危及到委托人的信托资产?中国对于家族信托这块没有实际的判例可以去分析,那么我们看到在很多的商事信托中,有很多公开的案例显示大部分法院对信托财产的移转持支持的态度,但是也有一些案例对信托财产的转移是不支持的。如果适用在家族信托中,就存在许多不确定性和不安全因素。所以在这样的一个过程中,对于高净值人群将几千万元甚至上亿元的资产交给受托人的时候,可能有两点要担心:第一将来他们如果出现债务危机,这笔受托资产能够真正起到资产隔离的作用吗?第二如果受托人出现债务危机或者破产,信托资产会不会也因此受到追溯?在这点上,法律上或者一些判例中,李宪明律师有哪些可以与大家分享的?

李宪明:从委托人的角度来讲,破产隔离有个前提条件,如果是自益信托,没有破产隔离的作用,他益信托是可以的,家族信托一般也都是有的,很少是以本人作为唯一收益人的,即使其往往也是受益人之一,所以一般都是他益的。

从委托人的角度看,破产隔离的问题不大,但是有很多比较细的条件,比如债权人认为你是逃避债务,一般民商法里都有规定限制。如果信托设立是2014年10月1日,但是你的债务在此之前就产生了,而且设立信托之后你已经资不抵债了,那么债权人就可以行使撤销权,这在《信托法》和《民商法》都有规定,所以只要别踩法律的底线,包括特留份,该留的没有留,那么继承人就可以来主张权利,因此也不能违反《婚姻法》的规定。只要信托目的不违法,信托财产来源符合《信托法》的合法要求,那么信托就不会被撤销或不会被拒绝对破产隔离的要求。

从受托人的角度看,实际上法律有着比较明确的规定,判例也有,但是有很多操作性的问题,大家反复强调的为什么要请专业律师、公证人员给客户提供服务,就是在设立信托的时候一定保留好证据,把信托生效、破产隔离的条件完全满足。如果不满足,那么在实践中,信托公司包括基金管理公司的固有财产被法院冻结的就会很多。我们现在更多的是委托人的信托财产出现了问题,把受托人的固有财产给查封了,而刚才谭律师讲的这种情况比较少,就是受托人破产了,连累到信托财产的,但信托公司要破产很难。这就是为什么在实践当中,信托产品

有个刚性兑付的原因。

第二个问题就是刚才李晓茂律师提到的受托人的选择,我们倒是建议在中国目前的情况下,最好选择金融机构做受托人,个人、有限合伙企业、工商企业都不太适合,这是因为信用和自身的责任很大。我们律师做受托人没问题,这在英国、中国香港都很普遍,但在中国大陆这种司法环境还不太适合,就是因为没有配套制度。但是我想在未来信托登记制度或者是信托税收制度出台之后,受托人的范围可能会越来越广,目前适合做受托人的基本上就几个,就是信托公司、基金公司、证券公司、保险资产管理公司包括商业银行等,商业银行目前也是企业年金基金管理的受托人,金融机构做受托人,公信力、对委托人财产保护的力度会更强,因为毕竟设立的时候就经过了一系列严格的条件,监管有银监会、证监会、保监会,比较全面。

家族信托在本市的具体实践

谭芳:非常感谢李宪明律师给我们作的专业介绍。刚才也谈到私人银行在这些方面的问题,也是客户平时会遇到的问题,那么在客户提出担忧和顾虑的过程中,柴总你们是怎么和客户去做解释的,然后又怎么让他们信任你们,愿意委托你们来为他们处理家族信托的事务?你们作为受托人,私人银行有这样的部门还是要去委托第三方的信托公司来作为受托人,这部分的具体实践是怎么做的?

柴艳丽:我很高兴和大家分享一下目前境内商业银行包括我们金融同业机构的信托,还包括律所,我们这样一个联合团队是通过怎样的途径来落实目前客户的需求从事我们中国式的家族信托的。我们银行前期也开办了这样一些业务,在前期业务的论证过程中,就刚才大家提到的问题,我们都不得不回避。前期应该说大家最为关心、认识清楚而且能够接受的一个过程,就是信托资产的归属,所有权转移到哪了。我们银行现在推出的这项服务,搭了这样一个初步的架构,在整个业务中,我们属于专业顾问的角色。因为中国市场对银行特别像国有银行背景的大行是存在最高信任度的,客户做家族信托包括跟私人银行的关系也体现在这,国外成熟市场也有这个特点。为什么一个大的企业或家族有这样的事务,宁愿去找私人银行而不是律所,其实很多事务可能也有相似的职能或者相似的功能可以联合其他机构组成一个团队共同来完成,但是银行更倾向于百年老店的功能,特别是在企业层面,我们是伴其成长的一个过程。所以在选择这方面事务的时候,对银行的信任度在整个金融机构里是排在第一位的,所以有这方面的需求会第一时间和我们提出来,然后让我们给他们做参谋建议。我们的信托服务从大的方面讲主要有两大职能,一是作为顾问给客户分析他们的需求,比方家族传承、隔代传承、婚姻财产保护等,这些方面客户不明确要如何来实现,所以客户会和我们

商量,然后我们会给出一个方案对接他们的需求。落地实施运作这个实务的架构未来在投资管理人方面还会做更多的事,目前还是会同合作机构来做。比方刚才李宪明律师说到的,目前金融机构里适合做受托人的包括自然人和金融机构,但比较好的选择是保证这个架构能够平稳运转,能够真正实现客户的需求,比较合理的选择还是信托公司包括未来的银行,这样可以有专业方面的支撑,客户上述几方面的需求也可以在我们这个架构里有比较全面的解决方案。所以,我们目前是选择业内包括监管部门比较推崇在这个行业里领先探索和推出这项服务的信托公司来合作,客户是委托人,我们是顾问,按照我们的建议方案给信托公司设立独立的信托资产账户,实际上他们也不属于信托公司,也不受信托公司经营状况的影响,未来信托公司如果破产,资产也是独立的。接下来的运作,我们做了方案之后,目前能放入的资产也主要是现金、理财产品之类的,所以涉及到资产配置的建议,也是专业领域内的事情,这个方案还是我们来做,另外资金的托管也是放在商业银行的。这里还有个刚才大家说的有很多民事信托事务的一些需求,在这个方案里也要体现:一块是金融,一块是非金融。

家族信托在中国的未来如何发展

谭芳:感谢柴总与我们分享了他们的具体做法。最后,请每位嘉宾能用两到三分钟的时间给我们大家概括一下今天谈到的家族信托未来在中国的发展,我们从各自行业、现在的专业可以为家族信托做些什么?实践中如何发展?立法、修法上有何推进?先请有过一些案例实践和深入思考的李辰阳主编谈谈。

李辰阳:从公证的角度来谈,目前信托最大的障碍就是登记问题,信托登记不解决,信托财产的所有权转移问题就解决不了。可能大家知道上海有个上海信托登记中心,是上海金融办下属的一个事业机构,我们和他们进行过沟通,他们主要做的是商事信托登记,对民事信托包括个人作为申请人的信托是不接受的,而且他们最终目标是做商事信托收益权转让这个要素市场。因此,从公证这个角度怎么解决登记的问题?在《信托法》没有修改之前,利用现有的法律如何突破难题?现在登记主要有三个方案:第一个是统一登记,设立新的信托登记机构;第二个是分别登记,记名财产到房产局、工商局、商标局、专利局等不同部门登记;第三个是统一登记、分散备案。从我们这个遗嘱信托课题组成立之后,一直在思考如何解决登记问题,后来我们找到了一个法律依据,《公证法》第12条规定:“根据自然人、法人和其他组织的申请,公证机构可以办理下列事务:1、法律、行政法规规定由公证机构登记的事务。”现在法定登记机构如果从全国人大立法的层面上来说,能找得到的也只有《公证法》这样一条规定。正好有这

样一个时机,两年前做这个课题的时候,还没有中国公证遗嘱库信息查询平台,而在2014年1月4日第一份公证遗嘱上传到中国公证遗嘱库后,已经有140万条的遗嘱信息。目前中国公证遗嘱库信息查询平台是第一期,是1.0版本,未来2.0的版本已经设想增加信托遗嘱这个登记类型。信托统一登记的难题在于重新设立一个机构的难度太大,就好像不动产统一登记迟迟不能出台,是因为牵涉的部门太多。分散登记产生了一个问题,就是不是每个部门、每个地区包括一个县级的登记部门、税务局或能解决这样的一个问题,因为现有法规归属不同的系统部门分管,登记协调的难度很大,信托当事人的登记成本会很惊人。因此根据《公证法》第12条的规定,公证部门可以作为信托遗嘱的登记机构,因为信托遗嘱本身归根到底就是一种遗嘱的形式。日本的《信托法》也是在2006年才引进的,日本大量出现的是生前的自益信托加去世之后的他益信托遗嘱。因为传统的大陆法系国家引进信托制度的时间都比较晚。中国的商事信托发展水平并不逊于其他国家,只是在民事信托方面发展迟缓。因此依据现有的法律规定,公证机构作为登记机构可以解决信托登记,依托中国公证遗嘱库信息查询平台达到公示的目的,通过公证机构还可以将信托文件由“私文书”转化为“公式文书”。这就是我想谈的信托的前景问题。

谭芳:李超先生,刚刚您谈的涉及到离岸信托和境外信托,我们今天探讨了家族式的中国信托,你们将来在这方面的推广有哪些好的建议呢?

李超:前面各位嘉宾提到了很多关于离岸信托的东西,大家知道比较多的可能是香港的离岸信托或由香港作为平台的离岸信托,就我从业这么多年来,香港的信托源于英国,但是香港在离岸信托方面落后国际水平差不多5到10年的时间,相对于新西兰、澳大利亚等国家,这些国家的离岸信托可能会更先进一点。我在从业的时候经常会想一个问题,我们是一家投资理财公司,我不是律师,也不是法院的,那么我所处的角色是什么,我自己给自己的定义是站在客户这边,为客户想办法保护好他们的资产,但有时候也会从律师的角度换位去考虑一些事情。在中国境内什么样的人适合做受托人,在境外从事一些离岸信托业务的,有很多信托公司,大都是汇丰集团、渣打集团下面的,但是也有一些老牌的属于瑞士哪家银行下面的,对我们这边一般来说,所处的角色只是为客人提供意见,而信托的成立可能还要几年的时间。目前国内的家族信托接受的物种相对来说比较单一,在这样的情况下,我们可以去做一些高配置、更加灵活的东西,会找些在境外就是单独的不做资产托管的信托公司,这些公司有可能会把资产放到有名的银行里。还有一点就是离岸信托在我们国内目前可能还是信托主体比较靠前的位置,但是在将来,我相信

国内的立法、私人信托一定会借鉴于离岸信托中更加灵活的机制、更格式化的东西去做安排。中国分好几类人群,第一类像律师这个行业,第二类像商人这个行业,第三类有可能是和金融公司划边的这些行业。其实高资产人群他们的资产已经通过各式各样的方法去处置了,他们用的方法可能跟信托类似,在我国以后可能更多的受益人群是西北地区的或高资产净值稍微下面一点的人群,所以我们的功课还有很多,这个需要通过私人银行去做,也可能需要通过我们这样的机构,最重要的还是通过立法,所以我对离岸信托和涉外信托的认识基本就此。

谭芳:谢谢李超的发言。李晓茂律师对于未成年人权益保护方面,在家族信托这块包括立法上有一些什么样的思考和建议?

李晓茂:我觉得家族信托和我们律师的关系要着重解决两个问题:第一要消除当事人对财产所有权转移的顾虑;第二就是要解决税收问题。我觉得这两个主要方面解决了,对我们律师来说,就是一个很大的业务突破的渠道。律师可以帮忙选择信托机构,评估法律风险,出具法律意见书。

谭芳:对于家族信托在我们中国未来的发展前景,以及在立法建议上有什么样的修改?有请最权威的信托法专家李宪明律师来给大家做最后的总结。

李宪明:我想讲两点,第一,立法在中国是可以期待的,但是信托的配套制度建设、税收问题非常复杂,刚才我们讲的信托登记涉及到过户、公示、权利的确权,涉及到国家机关十几个部委。银监会在2011、2012年做过这方面的努力,我们可以期待,但是不要把它当成做业务的一个前提条件;第二,依法治国应该说给我们整个国家将来会带来历史性的机遇,包括我们说的资产管理和家族信托业务,希望在座的无论是律师还是金融机构,可以从现实的法律制度的框架,基于制度本身给我们当事人进行规则制定,因为合同本身就是规则,大家做的多了就成了法律,所以当务之急需要中介机构把现状、法律问题研究清楚,从合同开始把家族信托业务开展起来。我想这种创新的机会会越来越多,因为现在监管、立法的思路已经发生了改变,法律没有禁止的可以去。我们的资产管理业务,家族信托业务恰恰在这方面的问题非常多,没有禁止,但是我们要去尝试,关键是如何设计好,同时这种设计又有一定的生命力,能够可持续,能够复制,这就是我的一点寄语,请大家共同努力。

谭芳:我们的主题讨论环节到此结束,感谢五位嘉宾的真知灼见和对从事各个行业以及家族信托在中国这方面的前景发展提出了非常深入的思考,再次对他们参与我们的探讨表示衷心的感谢。●

(以上内容根据录音整理,未经本人审阅)

人物简介

牟笛：上海胡光律师事务所律师，第五届上海市优秀青年律师。



人物 优秀青年律师 ●文/牟笛

变化与随想

对于自己这次获得“优秀青年律师”的荣誉确实有些意外。几年工作下来，虽自认勤奋，但相对这份沉甸甸的肯定，我还是觉得自己所付出甚少、所得甚多。

更何况，所有获奖的优秀青年律师中鄙人的经验是最浅的——评选要求最低五年的工作年限，我碰巧多出一天而已。但即便如此，回忆五年来的工作经历仍让我感慨万千。不仅是因为曾经历过的那些焦虑、压力和痛苦，也因为盘点之下才发现在自我塑造的同时竟也做出过那么多的自我否定。

我想，应该由其他获奖律师来分享他们在执业中获得的真知灼见，而我只能记录下自己执业经历中几个小小的变化。这样的记录当然谈不上有什么经验价值，但如果能碰巧契合青年律师在成长中的一些规律，引得读者会心一笑，也算它还有些文献价值以资参考。

一、急与不急

我起了个大早，却赶了个晚集。

1997年上大学，本科、硕士、博士。除去在家赋闲一年考研，整整在法学院待了十年。2008年毕业时，我已年满30岁。兴冲冲步入职场环顾左右，先我一步踏入职场的同学们已纷纷转入职业发展的快车道。而我跳出浸淫十年的学术圈一头扎进陌生的律师圈，虽顶着“三十而立”的身份，面临的却是“百废待兴”的现实。

更不济的是找到工作的第二天买了房，虽说凭借父母的积蓄解决了首付，还是在一分钱工资没拿着的情况下背上了几十万元的银行贷款。算月供的时候不得已选了30年的最长期限，看到屏幕上2037这个数字不禁倒吸一口

凉气——2037年啊,台湾该回归了吧?国足该世界杯冠军了吧?中东和平该实现了吧?如果这些神迹都能显现,我或许能按时还完这笔巨债。

外人的说法也不断带来新的催促。一听说是博士毕业当律师,往往会收获“厚积薄发”的祝福。开始觉得受用,但仔细一琢磨,其实也是大干快上的期待。否则几十年才混出个模样顶多能算是“厚积厚发”,和“后知后觉”距离不远矣。

总之,我其实是带着巨大的焦虑步入了律师行业。这份焦虑有的来自自己,有的来自他人,但终究成为落在身上实实在在的压力。

好在我终究还是顶住了内心的骤然响起的鼓点。安慰自己,30岁入行,虽比别人晚了三、五年,但勤奋些,或许能赶得上。实在不行,就比别人晚几年退休,总归能把实际工作年限扯平。长路漫漫,为时未晚。

事实上,真正卷入律师工作后才发现,飞速旋转的节奏之下,所谓后进焦虑完全是个伪问题。执业以来,我曾经为棘手的工作焦虑、曾经为自己能力的不足焦虑、曾经为客户的处境焦虑,却唯独没顾上为自己的年纪和资历焦虑过。应接不暇之间,我职业生涯的头一个五年已悄然过去。然落幕,乍一盘点,不仅早已提前达成独立办案的目标,竟然还收获了一份5年前不曾幻想过的荣誉。虽说本文一开头的谦虚并非惺惺作态,但四下无人的角落里,其实还是为自己窃窃高兴过几回。

二、辩与不辩

本科时,我曾是个辩手,参加过很多比赛,也获得过不少的肯定。然而从硕士阶段开始,或许是被学术研究改变了思维方式,我日益对辩论的价值产生了怀疑。发展到后来,甚至走向了辩论的对立面。也就是从那时开始,我开始着力锻炼自己长时间、体系性的表达能力。所采取的方式,就是给人讲课。好在武汉是一个遍地大学的城市,我总能在不同的地方找到讲课的机会。

我给自己定下的规矩是认真备课,讲课期间绝不看讲义,全凭记忆和逻辑归纳填充课程内容。从一个科目、一节课起步,逐步过渡到同时讲三个科目、一次四节课中途无休(可苦了我当时的学生们),到最后讲考研法学综合及司法考试的时候已经能够达到能将所有法学科目串讲、连续一周从早八点讲到晚十点的程度。历经这样的蜕变,我言语表达中的对抗性色彩越来越淡漠,而分析性、条理性和稳定性则得到了质的提升。

但在从事了几年诉讼实践后的今天,我深切地意识到,仅就言说效果来看,辩论式表达和授课式表达其实都并不完全适合庭审的需要。辩论式表达的缺点在于它的节奏与庭审节奏完全脱节,那种你一言我一语

的高速交锋在庭审中基本毫无用武之地。此外,辩论比赛中亮点式的发言在严肃的法庭氛围中顶多只能偶尔为之,断然无法支撑起一次完整的庭审陈述。我苦练得来的授课式表达虽然能在庭审中得到更多地运用,但有时却显得太过冗长,并且不利于凸显重点,尤其不适合上诉等集中针对特定问题的庭审案件。

在不断寻找更好的表达方式的同时,我的注意力逐步被引向口头表达以外的领域。我渐渐意识到,求真、求信的庭审中,表达能力其实只是一种工具,案件的根基基础还是在于事实和法律的分析能力。我个人在过去几年的庭审经历表明,但凡庭前工作严谨细致的案件,庭审表达效果无一例外都能让自己满意;而那些准备相对仓促的案件,也无一例外地做不出好的陈述。

直到今天,尽管我个人的庭审风格已渐渐趋于稳定,但仍然能从每一次庭审中收获无穷的思索。对于表达和表达以外能力的探索注定将贯穿我职业生涯的始终。某种程度上,这也恰恰是这份工作所带给我的最大乐趣。

三、会与不会

刚工作时曾被问:感觉如何?扭捏了半天文绉绉作答:知识上有盲区。复被追问:多大的盲区?只得哭丧着脸老实说:盲人那么大的盲区。现在想来,既然是刚工作,无知实为常态,谈不上丢人。只不过我身为一个头顶博士学位的大龄青年,心理又格外脆弱,难免就要比别人多承受几分痛苦。

几年下来,好歹也勉强算是半个有经验的律师了。但要论不会的东西有多少,知识的盲区有多大,比起刚工作时竟是有增无减。只怪法律行业日新月异,每天都有新问题不断涌现。无论是如何勤奋追赶,自己所掌握的那点东西在整个知识体系中所占的比例其实仍在不断缩减。

但毕竟是有长进的。最显著的标志就是现在能大大方方、心安理得地声称“我不知道”。这份坦荡源于我终于明白,无知的尴尬并不在于有多少东西你不知道,而在应该知道的东西知不知道,以及别人都知道的你知不知道。某种程度上,甚至可以说知道就是为了不知道。而一旦通过经验积累摸清了“知道”的合理边界,那感觉仿佛顿时腰不酸了腿不疼了,碰巧知道就炫耀一下锦上添花,确实不知道就如实交代,事后好好做研究。

所以说,在会与不会的问题上,知识储备固然重要,但更重要的是要不断调整心态。最忌讳的莫过于重压之下铤而走险,不懂装懂。这看似简单的辩证法说起

来容易,真经历起来实在是充满了挫折与艰辛,可谓我执业以来曾遇到过的最大挑战。

四、为与不为

没工作之前,我真不知道自己这么勤奋。工作前两、三年,除节假日外在家吃晚饭的次数没超过20次,也几乎从没有在夜里11点半之前回过家。听人说起某天通宵工作,第二天睡了一天总是默默嗤之以鼻,因为我自己从来是在通宵加班之后再继续正常工作一天,有的时候还继续再战一个通宵。

在如此工作的强度之下,当我有一天破天荒下午五点走出办公室时竟茫然地不知如何是好。看见夕阳西下觉得分外新鲜,就在街上漫无目的走了两个小时。外人看来枯燥的内容和残酷的节奏对我而言却是甘之如饴,我甚至真切地感受到每天工作时间低于十个小时会引发一种奇异的倦怠感。

那时候的想法很简单:做最多的事,积累最多的经验。

两、三年之后,所里的诉讼业务初具规模,开始有了成立专门部门的必要。也就在此时,我战战兢兢地接过了诉讼部负责人的头衔,由个体户升级为小组长。又一两年,诉讼部人手从三人上升到九人。人丁兴旺的同时,我的工作内容和节奏也在此过程中悄然变化。

组里只有两、三个人的时候,我既因为没有施展组长权力的习惯,也因为不好意思麻烦别人,时常默默把事情做得一干二净,剩下组里其他人闲得翻白眼。到组里有了四、五个人的时候,干完所有的事情俨然已是不可能,于是便独自把主要工作、疑难工作消灭干净,剩下

些起草授权委托书之类的活留给组里其他的同事。一段时间下来,自己还是累个半死,同事也深感不受信任,我作为小组长的能力受到了严重质疑。

转变发生在一次特殊的紧急任务中:四天,必须完成数万份文件的审阅、分组、编辑和清单制作,其中大部分工作还必须用英文完成。空前严峻的情况把我逼出了从具体工作的执行转而去制定工作方案和方法,以便提高团队的整体文件处理效率。意想不到的,全新的工作方法反而激发出我统筹工作的灵感。尽管最终我本人处理的文件数量尚不及其他同事的十分之一,但整个团队反而提前一天完成了全部工作。在客户的褒奖声中,我完成了对自己的重新定位,在为与不为之间找到了新的方向。

随着执业经历的延续,除上面记录的变化之外,或许我未来还会经历更多的变化;而即便是已经发生的这些变化,也难保不会继续变化下去。正是这些不断跳动的音符将我的职业履历汇编成一曲激昂的旋律。不知不觉之间,我与我的工作,以及我所工作的这座城市渐渐互相融入了彼此。

在被这份工作改变的同时,其实我和千千万万的律师一样,也在改变着这份工作。我们这些人,有的亢奋、有的沉静,有的勤勉、有的洒脱,有的激进、有的策略,但无不是在用各自不同的方式构想、推测、设计直至勾勒着中国法治的未来。我最大的幸运是能在这样一份精彩的事业中结交一大批各自精彩的人物,与他们相拥取暖、畅想未来。有幸于斯,又何必在乎这究竟是最好的时代还是最坏的时代?重要的是,这就是我们的时代。●

信 息

松江区司法局注重 加强律师行业党的基层组织建设

今年以来,松江区司法局以开展第二批党的群众路线教育实践活动为契机,不断夯实律师行业党的基层组织建设。

一是选准配强书记。做好律师事务所新老党支部书记的交替工作,选拔培养党性强、业务精的青年骨干律师党员挑起律师事务所党支部书记的重任。

二是落实全面覆盖。本着就近方便的原则,将未成立党支部的律师事务所里的党员明确其具体的管辖支部,或分片组成律师事务所联合党支部,使律师党建覆盖到全区33家律师事务所,做到律师事务所开到哪里,党组织就延伸到哪里。

三是坚持工作结合。加强律师党建的日常管理,在办理行政审批的同时,督促律师党员及时结转组织关系,梳理“口袋党员”,使每位律师党员都找到了“娘家”。

四是深化群实活动。落实联系点制度,区司法局领导班子的5名成员深入到13个律师事务所党支部进行调研,全程参加各律师事务所党支部的专题组织生活会,并现场对党支部工作给予指导、提示。

五是搭建活动平台。建立律师党员服务工作站,开通党员党建远程教育终端,为律师党员的教育培训提供场所和平台。

香港大律师之窗 ●文 / 方兆文

香港高等法院原讼法庭的海事司法管辖权



方兆文：香港执业大律师

简介

在香港，根据香港法例《高等法院条例》第12A条的规定，高等法院原讼法庭行使海事司法管辖权，而程序事项则受香港法例《高等法院规则》第75号命令的规管。根据实务指示1·1海事案件审讯表，由一专职法官掌管海事案件审讯表(统称为海事法官)，也可由其他的指定法官参与审理。现任的海事法官为吴嘉辉法官。此外，区庆祥

法官和欧阳桂如法官也审理海事案件。

根据该实务指示，所有非正审申请均由海事法官取代高等法院聆案官掌管。此外，海事司法常务官也根据第75号命令履行其职责，例：根据《高等法院规则》第75号命令第18条第(10)款规则评定碰撞损害的申索(见例：Calandra Shipping Co Ltd v Noor Maritime Ltd [2014] 2 HKLRD 242)。

在这里应该指出，对于由海商合同的诉讼而争议金额在港币100万元以上的，如租船合同、海上保险等案件，根据商业案件审讯表的实务指示SL1·1，是由商业案件审讯表的法官审理(见例：The Hanjin Marseilles [2001] 2 Lloyd's Law Rep. 735)。

海事管辖权

《高等法院条例》第12A-E条源于英国1981年的《高级法院法令》第20至24条。根据《高等法院条例》第12A条的规定，原讼法庭在下列情况下行使司法管辖权：

(a) 对船舶的管有或拥有权或其中任何份额的拥有权的申索。

(b) 任何船舶的共同东主之间因该

船舶的管有、使用或收入而产生的任何问题。

(c) 就船舶的按揭或押记或其中任何份额而提出的任何申索。

(d) 就船舶所受损坏而提出的任何申索。

(e) 就船舶所造成的损坏而提出的任何申索。

(f) 就船舶、其装备或设备的任何缺陷所导致的人命损失或人身伤害而提出的任何申索，或就以下的人的错误行为、疏忽或过失所导致的人命损失或人身伤害而提出的任何申索：一是船舶的东主、承租人，或管有或控制船舶的人；二是船舶的船长或船员，或船舶的东主、承租人或管有或控制船舶的人须对其错误作为、疏忽或过失负责的任何其他人。而该作为、疏忽或过失，是就船舶的航行或管理而发生，或是就船舶装上、运送或卸下货物而发生，或是就任何人登上或离开船舶或船舶运送任何人而发生的。

(g) 就船舶所运送货物的损失或损坏而提出的任何申索。

(h) 因与船舶运送货物或船舶的使用或租用有关的任何协议而产生的任何申索：1、根据1989年救助公约提出者；

2、根据就救助服务而订立的合约或关于救助服务的合约而提出者；3、性质属于救助（但不属于第1或第2种的范围内）者，或任何相对应的关于航空器的申索。

(j) 性质属于船舶或航空器的拖曳的任何申索。

(k) 性质属于船舶或航空器的领港的任何申索。

(l) 就供应予船舶作操作或维修用途的货物或物料而提出的任何申索。

(m) 就船舶的建造、修理或设备或就船坞的收费或应缴费用而提出的任何申索。

(n) 船舶的船长或船员就工资(包括从工资中拨出的任何款项，或经总监裁定为须作为工资予以支付的任何款项)而提出的任何申索。

(o) 船长、付运人、承租人或代理人就船舶的代垫费用而提出的任何申索。

(p) 因一项属于或声称属于共同海损作为的作为而引致的任何申索。

(q) 因船舶抵押借款而引致的任何申索。

(r) 就船舶的没收或充公、或就现正或曾经企图由船舶运送的货物的没收或充公、或就船舶或任何该等货物在检取后的归还、或就海军特权下的财产而提出的任何申索。

(s) 根据《商船(防止及控制污染)条例》第7条而产生的任何申索。

再者,根据第12A条第(3)款的规定,原讼法庭也处理根据以下法令或条例向原讼法庭提出的任何申请及由船东或其他人根据以下法令或条例而提出的任何诉讼,用以限制他们在与船舶或其他财产相关连的法律责任的款额:1、适用香港的1894至1979年英国《商船法令》;2、《商船条例》;3、《商船(油类污染的法律责任及补偿)条例》;4、《商船(注册)条例》;5、《商船(限制船东责任)条例》;6、《商船(本地船只)条例》;7、《燃油污染(法律责任及补偿)条例》。

除此以外,原讼法庭也可以对下列

行为进行强制执行:一是船舶之间的碰撞;二是2艘或多于2艘的船舶中有1艘或多于1艘进行或没有进行船舶操纵;三是2艘或多于2艘的船舶中有1艘或多于1艘不遵从碰撞规例所产生的损坏、人命损失或人身伤害而提出的申索的任何诉讼。

需要注意的是,在某些情况下,对于航空器的申索亦归属于高等法院原讼法庭的海事管辖权。不过实际上,高等法院对航空器行使海事管辖权的案件是绝无仅有的。在前任海事法官芮安伞法官任职海事法官期间(即2008年中至2012年中),高等法院没有一起针对航空器的对物诉讼。

诉讼各方若对于原讼法庭的海事管辖权有所争议,举证责任在于寻求法院司法管辖权的一方去证明(The Rolita [1989] 1 HKLR 394)。

对物诉讼或对人诉讼

《高等法院条例》第12B条规管海事管辖权的行使方式。一般而言,所有个案可以以对人诉讼的方式进行。此外,对第12A条第(2)款(a)、(b)、(c)项或(r)项所述的任何该等问题,可在针对与产生该申索或问题相关连的船舶或财产时提出对物诉讼,该诉讼须凭借对物诉讼令状而提出,并在该令状发出时提出。

在任何案件中,如就所申索的款额而在任何船舶、航空器或其他财产上有船舶优先权或其他押记,则可在原讼法庭针对该船舶、航空器或财产提出对物诉讼。

此外,如属第12A条第(2)款(e)至(q)项所述的任何该等申索,而(a)项明确该申索是与某船舶相关连而引致的及(b)项明确在对人诉讼中会对该申索负上法律责任的人(即有关的人),在诉讼因由产生时是该船舶的东主或承租人,或是管有或控制该船舶的人,则对物诉讼(不论该申索是否引致在该船舶上有船舶优先权)可在原讼法庭针对该船舶提出(如在该诉讼提出时有关的人是

该船舶的所有份额的实益拥有人,或根据光船租约是该船舶的承租人)。

就性质属于航空器的拖航或引航的申索而言,如在提出对物诉讼时,有关航空器是由若该申索是在对人诉讼中提出则会负上法律责任的人所实益拥有的,则可在原讼法庭针对有关航空器提出对物诉讼。

对物诉讼通常针对船舶,但也可以针对有关申索的其他相关财产包括物料、货物、燃料、运费等等。然而,在实际操作上,针对其他财产的对物诉讼很少发生。在前任海事法官芮安伞法官任职海事法官期间,只有一起针对货物的对物诉讼案件。

凭借着《高等法院条例》第12B条的规定,1952年出台的《统一海船扣押某些规定的国际公约》成为香港特别行政区的法例。

鉴于对物诉讼的法律依据是《高等法院条例》第12B条,因此为诠释此文引起了频繁的法律诉讼。

在The Djatianom [1982] 2 HKLR427一案中,高等法院原讼法庭裁定当时的《最高法院条例》第12B条第(4)款(b)项中的“承租人”一词,不只是船舶的租约承租人,也包括期租承租人。

在The Tian Sheng No. 8 [2000] 2 Lloyds Rep. 430一案中,香港终审法院裁定《高等法院条例》第12B条第(4)款(b)项中“拥有人”一词的意思是指该船舶的注册拥有人,所以并不包括船舶未注册的实质拥有人。

在The Halla Liberty [2000] 1 HKC 659一案中,高等法院原讼法庭确认《高等法院条例》第12B条第(4)款(b)项中“船舶”一词是包含复数的意思。因此,法庭允许对一共七艘船舶(包括肇事船舶和它的姊妹船舶)发出对物诉讼令状。

在The Convenience Container [2007] 3 HKLRD 575一案中,高等法院上诉法庭考虑《高等法院条例》第12B条第(4)款(b)、(i)项中对“实益拥有人”一词的定义,界定“实益拥有人”一语代

表法律上或衡平法上的拥有人。上诉法庭于法律汇报第 606 页指出：“第 12B 条第 (4) 款 (b) 项中实质拥有权的概念，已在无数案例中裁定为船舶法律上的或衡平法上的拥有权。

在 *The Decurion* [2012] 2 Lloyd's Rep. 309 一案中，芮安牟法官首次于普通法司法管辖区内界定《高等法院条例》第 12B 条第 (4) 款 (b) 项中“控制”一词的定义(因为《高等法院条例》第 12B 条第 (4) 款 (b) 项源于英国 1981 年的《高级法院法令》第 21 条,为其他普通法管辖区域所参照共享),为当事人能否指示船舶事管有人(即船长及船员)去执行航行所需的行事(在一般情况下而言控制船舶为船舶的承租人)。而高等法院上诉法庭在审理本案上诉时([2013] 2 Lloyd's Rep. 408)认同芮安牟法官对“控制”一词的定义。

对于“姊妹”船舶的对物诉讼

此外,《高等法院条例》(第 4 章)第 12B 条第 (4) 款同样允许逮捕“姊妹”船舶。如任何如属第 12A 条第 (2) 款 (e) 至 (q) 项所述的任何该等申索,而 (a) 项明确该申索是与某船舶相关连而引致的及 (b) 项明确在对人诉讼中会对该申索负上法律责任的人(即有关的人),在诉讼因由产生时是该船舶的东主或承租人,或是管有或控制该船舶的人,则对物诉讼(不论该申索是否引致在该船舶上有船舶优先权)可在原讼法庭针对任何其他船舶,而在该诉讼提出时有关的人是该其他船舶的全部分额的实益拥有人。

船舶优先权

《高等法院条例》第 12B 条第 (3) 款中有一“船舶优先权”(注:在《高等法院条例》第 12B 条第 (3) 款称为“海上留置权”)的概念。但什么是船舶优先权?

Jervis 法官在 *The Bold Buccleugh* (1851) 7 Moo P.C. 256 一案中对“船舶优先权”作出的经典定义如下:

“船舶优先权”是来源于大陆法的, *Tenterdon* 勋爵明确定义船舶优先权是指法律程序下对物诉讼的特权,及 Story 法官指出海事法庭在对物诉讼的程序中可强制执行它,而且只有海事法庭有能力强制执行它。这个特权是附随着该物(即船舶)的,在它附随着该物的那一刻是不完整的。但当由对物诉讼的法律程序付诸实行时,它会(变为完整并)复归至附随着开始的那一刻(成为优先的申索权利)。

Barnes 法官在 *The Ripton City* [1897] P. 226 一案中界定传统的“船舶优先权”为:

- 1、船员的工资及代垫付费用;
- 2、海难救助报酬;
- 3、由船舶所带来的损害(如碰撞);
- 4、船舶抵押借款及船货抵押借款。

船舶及船货抵押借款都是船东为执行航程,利用船舶借钱(船舶抵押借款)及货物借钱(船货抵押借款)。然而,船舶抵押借款及船货抵押借款在当今通讯发达的年代已为过时。最后一起有关船舶抵押借款的案例是于 1965 年的 *The Conet* [1965] 1 Lloyd's Rep. 195 一案。

此外,根据《商船(海员)条例》第 94 条的规定,船长的工资及代垫付费用等,与船员的工资及代垫付费用同样拥有船舶优先权的申索权利。

应注意的是,在普通法下,共同海损申索是一项不具有船舶优先权的申索权利。

在 *The Halcyon Isle* [1981] AC 221 一案中,英国枢密院司法委员会在审理从新加坡上诉法庭上诉的案件中裁定船舶优先权是一程序权利而非实体权利,所以会根据法院所在地的法律 (*lex fori*) 来决定某一诉讼请求是否拥有船舶优先权的申索权利。

船舶留置权

与船舶优先权相关的是船舶留置权(注:在香港称为“管有留置权”)。船舶留置权是普通法上赋予修船人的留置权。船舶留置权涵盖修船人根据船东或他们

授权下的人的指示完成船舶修理工作的价格。

为了有效地作出船舶留置权的申索,修船人必须管有该船舶。然而,根据法院的逮捕令,向执达主任(为一法院人员)交回管有的船舶,修船人的船舶留置权是不会因转交船舶与执达主任而消失。

船舶售卖所得收益的分发次序

若船舶是根据售卖令而出售,售卖所得的收益分发次序如下:

- 1、执达主任的执行费;
- 2、申请逮捕一方直至逮捕一刻的费用(如诉讼费费用、维持逮捕的费用、船舶评估费和拍卖成本等);
- 3、船舶优先权;
- 4、船舶留置权;
- 5、按揭,基于日期作为优先次序;
- 6、法定对物诉讼的债权;
- 7、对人诉讼的债权;
- 8、船东。

海事法庭

最后必须指出的是,在香港“海事法庭”一词有着特别的法定涵义。《商船条例》第 52 条授权香港特别行政区行政长官可凭借签署的委任令及香港印章委任一个法庭(称为海事法庭),对涉及船舶的灾害事故进行调查,或对船舶的船长、副长或轮机员等的不称职或行为不当的控罪进行研讯。海事法庭由一名法官(即终审法院首席法官、终审法院法官、高等法院首席法官、上诉法庭法官、原讼法庭法官、原讼法庭特委法官及原讼法庭暂委法官)或区域法院法官或裁判官组成,并在两名或两名以上的裁判委员的协助下进行调查或研讯。该等裁判委员须由行政长官委任,并且须为香港商船船长或为具有航海、轮机或其他特别技能或知识的人,但对于任何涉及或看来相当可能涉及取消或暂时吊销船长、副长或轮机员的证书的调查或研讯,该法庭至少须由两名具有香港商船经验的裁判委员协助。

在随后的文章中,本人将会与读者讨论对香港、上海和伦敦作为海事仲裁地的选择。●

视角 ●文/潘瑜 牟笛 王思维 马朗 袁洋

进一步开展 上海司法体制改革 试点工作的构想(下)

——基于律师行业视角



【前期回顾】作者从律师行业的角度出发，对作为司法体制改革的试点城市——上海，如何通过发挥律师这样一支具备专业法律知识和丰富实践经验的专业人才队伍的强大力量，来达到进一步增强上海司法体制改革试点工作的力度、取得更好改革效果这一目标。作者通过对法律职业共同体的现状与目标的分析，以及如何建立法律职业共同体成员间常态化有效沟通的具体途径等方面，指出上海司法体制改革必须要有律师参与，并阐述了只有律师与公、检、法系统加强沟通、交流与合作，真正实现法律（法官、检察官、律师）职业共同体的一体化，才能为法律职业共同体携手建设法治上海开启新的篇章。

三、完善法律援助制度——以刑事诉讼法律援助为视角

（一）法律援助的宗旨——不仅仅是帮困

1、西方国家法律援助制度渊源及宗旨

现代社会法律援助制度中的援助，指的是律师向被援助者提供的法律专业知识或技能方面的帮助。从这个意义上讲，法律援助制度的发展，是建立在一国法治及律师制度的发展基础之上。

西方国家的法治构建的过程表明，

法律条文或判例的不断增多和完善，以及诉讼程序日趋复杂和诉讼模式天然的对抗性，使得打官司的专业化及其程度也渐次形成和提高。这也使得离开律师或其他法律专业人士帮助的法律诉讼，几乎寸步难行。律师事务所普遍具有的私立性和盈利性，决定了不是所有人都能力聘请律师进行诉讼，故此，国家层面上设立法律援助制度成为必须。问题是，国家设立法律援助制度绝不是帮困或者赋予政府充当施舍者乃至法律救世主的角色。

1966年的联合国《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款规定：在受刑事指控时，人人完全平等地有资格享受下述最低限度保证——为自己辩护或请律师辩护或指定法律援助。这表明，联合国把获得法律援助视为一国之公民应享有的基本公民权利和政治权利。

此外，从法治国家的诉讼架构上看，如果缺乏律师的有效参与，势必会有损于法律的程序和实体正义，这一点在刑事诉讼中表现得尤为明显。因此，西方国家的刑事诉讼案件中，基于维护正当程序观念和无罪推定原则，法律辩护被认为是（国家的）一项强制性义务，多数国家规定有“对刑事案件中所有有可能被判刑而又没有聘请辩护律师的被告，公设辩护者机构有义务向其提供法律援助。”比如英国，法律援助制度的建立便

是基于政府有义务确保公平正义的司法程序、保障公民的合法利益的公正原则。

综上，不难看出，国家立法上设立法律援助制度，理念层面上是为了保障基本人权或曰公民权，技术层面上是为了通过保障公民的诉讼权利进而实现司法的程序和实体正义。

2、我国法律援助宗旨及立法完善

从立法上说，我国的法律援助制度创始于国务院2003年颁行的《法律援助条例》（国务院令385号），这部行政法规也是迄今为止我国国家层面上颁布的有关法律援助的效力最高的规范性文件。

该条例第一条即开宗明义地指出：“为了保障经济困难的公民获得必要的法律服务，促进和规范法律援助工作，制定本条例。”尽管在随后的第三条中规定了“法律援助是政府的责任”，但整部法规的立法基调仍然是“帮困”，并为此设立了严格的经济困难认定标准和审查程序。

俗话说，纲举目张。与法治精神契合的立法理念即是一部法律之纲，本文从刑事诉讼法律援助的角度，对我国法律援助制度的立法理念或宗旨提出三点建议：

其一，是保证公民权。

2004年十届全国人大二次会议通过的宪法修正案，把“国家尊重和保障

人权”写入宪法。2003年国务院制定的《法律援助条例》理应以新修改的宪法为指导原则,切实把保障人权的理念融入到法律援助制度的立法中去。

这首先意味着政府在水法律援助中是绝对的义务主体,而不是充当支持者乃至施舍者的角色。法律援助制度表面上看是政府为援助对象提供免费的法律服务,实质上是通过维护公民基本的诉讼权利来实现对公民基本人权的保障。

其二,是程序正义。

以刑事诉讼为例,在专业而强大的控方面前,犯罪嫌疑人、被告人如离开律师的帮助,就会使整个诉讼架构失衡,并最终影响个案中的实体公正。正如美国联邦最高法院大法官布莱克所言:“在我们的对抗式刑事审判制度中,任何一名被指控到法院而又因为太穷而无力聘请一名律师的人,只有取得国家提供的律师协助,才能获得公正的审判。”

我国现行的法律援助制度显然没有在立法上确立上述理念,这使得我国的刑事法律援助仅仅局限于贫困者、弱势群体(老、幼、病残)和极少数特殊案件(可能判处无期徒刑、死刑的案件)。事实上,是否贫困与是否有能力支付律师费,这是两个概念。实践中绝大多数犯罪嫌疑人、被告人是属于不符合《法律援助条例》规定的贫困标准而又不属于弱势群体和特殊案件的情况,但这些案件中的犯罪嫌疑人、被告人同样需要国家出面帮助其维护诉讼权益。

其三,是购买律师服务的理念。

《法律援助条例》第六条规定:律师应当依照《律师法》和本条例的规定履行法律援助义务,为受援人提供符合标准的法律服务。并同时在第二十四条规定:法律援助办案补贴的标准由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门会同同级财政部门,根据当地经济发展水平,参考法律援助机构办理各类法律援助案件的平均成本等因素核定。

从上述规定可以看出,司法行政部

门是以制度管理者和财政拨款项所有者的角度来考虑问题的,完全忽视了律师事务所的私立性、盈利性和律师职业的市场化,这也是律师办理一起刑事法律援助案件只能拿到数百元最多不超过数千元“补贴”的根源。

事实上,在我国尚未建立起“公设辩护人”(由国家发给薪酬、专门办理法律援助案件的刑辩律师)制度的情况下,法律援助机构在绝大多数场合只能从私立律师事务所中选择律师作为“法律援助律师”。换言之,在私立律师事务所与法律援助机构之间,把办理法律援助案件视为律师事务所或律师的个体责任或义务,违背了律师事务所和律师作为独立的市场主体的属性。因此,应当是政府从私立律师事务所购买法律服务并将之用于法律援助案件,而不是给予律师类似于精神鼓励性质的财政“补贴”。

(二)我国现行法律援助制度的弊端及完善措施

我国以《法律援助条例》为基础构建起来的法律援助制度体系,至少存在如下五个方面的不足之处,本章将逐一阐述这四个方面的不足并给出相应的完善措施:

1、《法律援助条例》效力位阶过低,不利于法律援助制度的实施和推广

《法律援助条例》只是国务院制定的行政法规,如上文所述,法律援助制度的设立初衷和效用,决定了法律援助制度是涉及到国家立法、行政、司法等各个层面上的大事,绝非依靠作为行政机构的国务院一己之力就能够胜任的。因此,统筹司法部、公安部、最高人民检察院、最高人民法院和全国人大等各方力量,从全局出发,由全国人大或其常委会制定一部法律,势在必行。

2、适用范围过窄

从刑事诉讼法律援助的角度看,适用范围过窄,不利于平衡社会矛盾和构建法治社会。

下图是全国历年法律援助数据图(节选):

项目	单位	2010年	2011年
案件批准总数	件	727401	844624
民事案件	件	610198	726826
刑事案件	件	112264	113717
行政案件	件	4939	4081

结合最高人民法院的工作年度报告(2010年),2010年各级人民法院新收一审、二审、再审刑事案件884737件,审结885316件。不难看出,2010年我国刑事法律援助的案件在法院审理的所有刑事案件中,占比不过十分之一。

法律援助律师除维护援助对象的法律权益外,往往还充当着普及法律常识、缓解犯罪嫌疑人及其家属对抗代表着国家公权力的控方的角色。日本向藤昭教授就曾指出:“多数罪犯只将法律以及司法制度看作是处罚自己的工具,但是由于辩护人热心地维护被告人的权利,反而可以使他们认识到,法律制度是维护他们的权利的工具。可以使罪犯改变其对法律以及社会的态度。”

近年来,因刑事案件审理结果不公以及审理过程中出现的刑讯逼供等而引发的群体性事件屡见不鲜,这与我国大多数刑事案件缺乏律师的有效参与(被告人及其家属无从预见和判断案件结果的公正与否)不无关系。

在此情况下,我国的《法律援助条例》在思路如依然坚持侧重于严格限制刑事法律援助的适用范围,就显然非常的不明智。换言之,与其耗费大量的人力、财力资源去事后维稳,不如事先扩大刑事法律援助的适用范围,普及法律常识并从源头上保障被告人的诉讼权益,唯此才有可能最大程度地减少这一领域内的社会矛盾。

3、法律援助主体过于单一

根据《法律援助条例》第五条规定:直辖市、设区的市或者县级人民政府司法行政部门根据需要确定本行政区域的法律援助机构。法律援助机构负责受理、审查法律援助申请,指派或者

安排人员为符合本条例规定的公民提供法律援助。

据此,各地司法行政部门下设的法律援助中心,一条龙式地包办了整个法律援助事务。这样的规定,忽视了法律援助对象以及援助事项性质等方面的复杂性和多元性,这也注定了法律援助中心在具体工作中力不从心乃至消极怠工的局面。

同样以刑事诉讼法律援助为例,刑事案件侦查、审查起诉、审判等环节的法律援助事务,涉及到看守所、公安、检察、法院和律师协会等多方机构,各机构之间如何衔接配合以及相应的失职责任等,都需要做出明确可行的规定。

4、法律援助律师的资质及考核

直到2013年,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部才在《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》的通知第二十六条中,笼统地规定了“法律援助机构依法对律师事务所、律师开展法律援助活动进行指导监督,确保办案质量”。

即便是这样原则性的规定,也只涉及到法律援助律师的考核,至于法律援助律师的资质,几乎没有可行性的规定。法律援助律师的办案资格直接关系到办案质量,尤其是刑事法律援助案件,如果允许没有任何刑事法律知识背景和办理刑事案件经验的律师从事刑事诉讼案件的法律援助,办案质量和被告人的权益将如何保障?

与私法领域的律师委托事务不同,法律援助案件毕竟是在消费纳税人的钱,有效可行的质量监督机制必不可少。在设定法律援助律师资质的基础上,不妨引入当事人及其家属考核法律援助律师的机制,相对于公、检、法乃至律师协会而言,法律援助对象对援助律师的服务质量的优劣最有发言权。

四、增设律师作为第三方参与的法定程序

(一) 增设律师参与程序的必要性

和意义

《律师法》在2012年进行过一次修订,该修订对于辩护律师的会见权适当放宽了权限:律师一经委托,即可对犯罪嫌疑人和被告进行会见。同时,阅卷的范围也扩大到了所有的证据材料。可见,在司法体制不断完善的过程中,律师已经被赋予越来越多参与到程序中的权利。

然而,法院和检察院的工作负荷仍然偏重。在很多程序中,法院和检察院都需要进行审查并作出裁定或决定。每年递增的收案数使法院不得不缩短花在每个程序上的工作时间。在程序上耗费时间和精力之不利之处在于:检察院和法院对于调查取证没有动力,而判案的精力被过度分散,并且时常需要承担过于主动或过于消极决策产生的不利责任。

针对这些问题,上海市高院在听取上海多家律师事务所律师的意见后认为,让承办案件的律师参与一部分的程序并承担相应职责,分散法定程序的工作负荷,法院才可以更好地集中力量在案件实体审查和法律分析之中,以进一步保证社会主义司法的公正、高效和权威。而上海高院副院长顾伟强以及立案庭、执行庭的部分法官也分别在不同场合,特别是与律师的交流座谈中,表达出对这一看法的认同和实施构想。

1、分担法院、检察院的部分调查职能,实质减轻法院、检察院人员不足的压力

近年来,检察院和法院因人员不足、案件逐年递增而导致工作压力越来越大,相反在调查取证、司法鉴定等程序中,律师的参与度却明显不高。现在调查取证工作通常是由法院专门的部门负责,审理案件的法官也较少参与调查取证,这样专人专事的工作方式虽然在一定程度上提高了法院的工作效率,但是也使得调查法官无法了解案件取证的紧迫性,造成延误取证或者取证不全甚至取证失当。

这样的矛盾局面也显现出一种趋

势,即律师应当更多地参与法定程序,分担检、法的工作量,提高其效率。律师、检察官和法官都具备专业的法律资质,其中律师作为具有执业资格的法律人士,检察院和法院可以合理地信任律师,并授予律师在诉讼程序中的一定权利,且相应地承担责任。

2、律师对案件的熟悉与分析有助于对程序的行使与否作出更准确的决定,对案件的最终结果的公平性及效率性均有促进作用

律师作为案件的代理人,对案件实体的了解较为深刻,可以根据案件实体来确定是否启动某项法定程序,如是否对该案进行鉴定、是否采取财产保全等。法院对财产保全及鉴定等程序都需要进行审查和裁定,但是以法院的工作量而言,无法事事兼顾,因造成保全错误等引起被申请人之不满,法院也将承担巨大的精神压力。而律师作为专业法律执业人士,对案件有着深入的理解,可以由其为委托人提起程序之申请。对于提起程序申请中产生的不当之处,通过除当事人外,律师也承担其中一定责任的方式予以规范和限制。这样一来,不仅减轻了法院的工作负荷,也缓解了法院的精神压力,更重要的是可以维护法院的公正、中立且严明的形象。

3、律师参与可以与法院形成相互监督,增强审查的公正性

律师参与到检、法之法定程序中,其好处还在于可以提升社会的参与度,促进司法透明化。检察院和法院作为国家机关,其对一些程序直接进行裁定,不免引起社会对司法程序的质疑。而律师作为一个独立的专业社会群体,可以代表社会参与一些诉讼法定程序,由此形成一种良好的社会监督体制。当然,律师被附于了一部分的参与权和决策权,也需要在检察院和法院的合理监管下,而不至于滥用力。这种相互监督、相互制约的体系将促进司法程序更为公平、公正。

这种相互监督的体制还需要立法来进一步规范化,期待未来的诉讼法律和《律师法》的修订能体现出这一思路。

(二) 增设律师参与相关司法程序的具体方案

具体来说, 律师参与诉讼司法程序, 可以应用到在财产保全、调查取证、司法鉴定、执行等各个环节上。

1、财产保全

财产保全可分为诉中和诉前财产保全。首先, 诉讼中的财产保全的启动方式有二: 其一, 根据对方当事人申请, 并由法院裁定; 其二, 法院认为有必要时主动启用财产保全程序。

另外, 在利害关系人因情况紧急, 不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的, 可以在提起诉讼或者申请仲裁前向对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施, 而申请人应当提供担保。

对于诉前财产保全, 我国《民事诉讼法》对“情况紧急”的审查标准并没有具体的规定, 一般在实践中, 法院也没有一个客观的衡量标准。所以, 法院对财产保全的申请也仅作表面审查, 只要有初步的证据如被申请人有抽逃资金、隐匿财产、毁灭证据等行为即可认定为“情况紧急”。

对于法院所作的形式审查, 可能引起的问题和责任也很多, 容易引起被申请人对法院的不满情绪。但是, 法院在受理案件前也只能作出形式上的审查。可见, 形式审查并无法正确判断是否应当启动程序, 不如直接“揭去面纱”, 由律师来启动财产保全。律师根据其对该案件的熟悉和了解, 认为确有必要的, 即向法院申请并启动财产保全程序, 财产由法院冻结并保全, 申请方提供足额担保, 法院经审查发现保全申请没有或有不正确, 有权立即解除保全, 并按照法律规定由申请方承担不利后果。采用这种方式相当于由律师进行了是否启动财产保全之实质审查(一般律师在提起申请前即已经认为有足够理由支持保全申请), 所以律师享有权利和负有责任。法院授予律师启动权, 分散了责任承担, 是值得推行的。

当然, 在立法上需要完善律师权利

及责任的相关规定, 对律师有权申请启动的财产保全程序, 法院应当采取保全措施, 对于恶意造成对方损失的行为, 律师相应也应当承担不利后果及责任。如此既能尽快完成保全, 及时保护当事人的权益, 同时省却了法院的审查时间, 切实减轻了法院的负担。在此机制下, 法院也并不丧失主导权, 律师的行为除了受到法律规定的约束, 法院也有权依法追责。

2、调查取证

对于律师的调查取证权, 《律师法》有明文规定: “受委托的律师根据案情的需要, 可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据或者申请人民法院通知证人出庭作证。律师自行调查取证的, 凭律师执业证书和律师事务所证明, 可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况。”

上述规定给了律师非常广泛的调查取证权, 既可申请司法机关取证, 也可凭律师证和律所证明自行取证。但是, 在实践中律师的调查取证权往往会受到不少限制。

(1) 律师自行取证困难重重

无论对于律师或司法机关, 律师的自行取证工作的顺利开展都将为案件的顺利进行带来诸多裨益。但实践中, 律师的这项工作却显得困难重重。

其一, 律师在非诉讼业务中的调查取证权难以保障。除了诉讼业务外, 律师还从事着大量的非诉讼业务, 这项工作没有申请司法机关取证的余地。实践中, 有的尽职调查律师因无法取得被调查公司的工商登记资料, 而选择先进行一次“只为取得法院调查令”的诉讼, 凭法院调查令调取登记资料后再撤诉。这样, 即造成了司法资源的浪费, 也增加了律师和当事人的负担。

其二, 即便是在诉讼案件中, 因为律师自行取证权依然受到“不当”的限制, 使得“因客观原因不能自行取证”的情形异常广泛。因律师取证缺乏强制力, 导致许多主体不配合律师的工作, 造成了法院的调查部门(如保全组)疲

于奔命的现象。有时一起案件的调查可能涉及到十几家被调查单位, 确实给法官增添了许多负担, 并且还经常因为调查不完整而造成当事人的误会。

为此, 有必要在几大诉讼法中增设相应的制度, 如规定对于不涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料, 相关单位(包括政府机关)和个人, 均有义务配合律师取证; 不予配合的, 视为妨害司法的行为, 法院应当根据律师的申请, 对相关单位和个人给予处罚或者采取强制措施。

(2) 律师申请司法机关依职权取证同样存在阻力

相比自行取证, 申请司法机关取证是律师更为常用的取证手段。而实践中, 这种取证权利的行使依然存在阻力。

其一, 在民事诉讼领域, 上海在全国范围内较早地推行了“调查令”制度, 领风气之先, 大幅缓解了法院调查部门的工作压力, 也确实为律师取证提供了巨大的便利。但是在实践中, 还是有不少被调查人不予配合。另一方面, 律师实际可持令调取的证据材料也相对有限, 比如中国人民银行保存的企业和个人征信信息, 即使律师持法院调查令要求调取, 中国人民银行也往往不予配合。为此, 法院有必要加强对妨害司法措施的执行力度, 立法层面也有必要明确和扩大调查令的使用范围。

其二, 至于刑事诉讼领域, 辩护律师面临的取证难问题就更为突出。《刑事诉讼法》对辩护律师的调查取证权进行了规定, 但在实践中辩护律师的该项权利确实难以行使。

上述问题产生的一大原因在于制度设计的瑕疵, 即现有制度对律师申请司法机关取证进行了限制。虽然《刑事诉讼法》第四十一条规定了律师申请司法机关取证的权利。但是, 最高人民法院于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释(法释[2012]21号)对辩护律师申请法院取证的权利做了“限缩解释”。第五十二条规定: “辩护律师直接

申请人民法院向证人或者有关单位、个人收集、调取证据材料,人民法院认为确有收集、调取必要,且不宜或者不能由辩护律师收集、调取的,应当同意。人民法院收集、调取证据材料时,辩护律师可以在场。”何为“确有收集、调取必要,且不宜或者不能由辩护律师收集、调取”,司法解释中没有规定。实践中,因对上述问题的理解不同,法院拒绝律师取证申请的情况时有发生。

对比英美法系的国家,如美国,辩护律师与检察官可运用的侦查技巧基本相似,可以进行证人会见、勘验检查、科学实验,等等。在美国,律师可以配备调查员或委托私家侦探来进行侦查活动。但在我国,调查员或侦探的身份和法律地位并不明确,没有法定的“侦查权”。一些民营机构常常以“社会事务调查”“商务调查”或“婚姻咨询调查”等形式进行一些法律边缘的活动。如果调查行为违反相关法律规定,则采集到的相关资料难以作为证据被使用,相关人员自身甚至可能面临刑事调查或者追诉。

笔者认为,在刑事诉讼领域,有必要给予辩护律师更大的调查取证权。在现阶段的立法层面上,除了前面已经提到的对于不涉及个人隐私、商业秘密、国家秘密的材料,有关单位和个人有配合律师取证的义务的规定外,在刑事诉讼领域,还应增加特别规定,即规定凡是已向侦查机关提供过证据材料的单位或个人,均有义务配合辩护律师的核实取证工作,否则应当承担妨害司法的责任,法院应当根据辩护律师的申请对相关单位和个人给予处罚或者采取强制措施。

3、司法鉴定

司法鉴定其实可以说是调查取证的一种方式。在民事诉讼领域,律师能否自行启动鉴定程序,法律没有明确规定。实践中,对于律师能否自行委托鉴定,律师自行委托鉴定的鉴定意见能否作为证据使用,各地法院的态度并不一致。

另一方面,法律规定律师可在举证期限内申请法院启动鉴定程序。未能在法院指定的期限内提出的,负有举证责任的一方要承担不利后果。但是,即使律师在指定期限内提出鉴定申请,其许可标准至今没有明确规定。如果法院不同意,没有相应的救济程序,申请一方还要承担举证不能的不利后果。

在刑事诉讼领域,从法律的规定来看,律师不但无权自行委托鉴定,甚至无权申请司法机关委托鉴定,只有权申请补充鉴定或者重新鉴定。根据《刑事诉讼法》第一百四十六条的规定:“侦查机关应当将用作证据的鉴定意见告知犯罪嫌疑人、被害人。如果犯罪嫌疑人、被害人提出申请,可以补充鉴定或者重新鉴定。”可见,是否同意辩护律师关于补充鉴定或重新鉴定的申请,决定权仍取决于法院,而当法院不同意申请时,也没有任何的救济途径。

从法理上来讲,鉴定意见是证据的一种,只是具有一定的专业性。既然律师有权自行收集证据,自应有权自行委托鉴定,得到的鉴定意见自然能够作为证据使用。如现阶段还无法全面放开律师自行委托鉴定的权利,至少应当尝试确立鉴定听证程序,规定对于法院不同意启动鉴定的情形,律师有权申请听证,法院应当听取律师的意见。听取意见后,法院仍不同意启动鉴定的,应当以裁定的形式作出决定,并说明理由,对于该裁定,申请鉴定的当事人可以上诉。

此外,在民事诉讼中,申请鉴定的时间限于举证期限也有不妥,因为法院一般给予双方相同的举证期限。如此,收到对方证据后,即便律师认为有必要针对对方的证据进行鉴定时,但举证期限已过,无法再行申请鉴定,还要承担举证不能的不利后果,这是显失公平的。所以,有必要适当延长律师申请鉴定的期限,比如规定在一方收到对方证据或者发现新证据后的三十天内,有权申请法院委托鉴定。

同时,还有必要加强事后监督。对

于明显存在问题的鉴定,除了刑事诉讼中可以申请重新鉴定外,在民事程序中也应当建立好重新鉴定的监督程序。鉴于鉴定是一项非常专业的程序,建议由专业人员组成鉴定审查委员会,对于需要重新鉴定的申请进行审查,并出具是否有必要重新鉴定的意见。法院则根据意见决定是否重新鉴定。鉴定审查委员会可以邀请各个行业及鉴定机构较为资深的鉴定专家来作为审查人员。这样的设置不仅有利于监督鉴定的结果,同时将专业问题留给专业人士,将更加体现鉴定这一程序的意义所在。

4、法院执行

在执行阶段,律师可以帮助法院更有效率地执行判决。首先,律师所掌握的信息较多,可以向法院提供并协助获取一定的财产信息及其他线索,如对方当事人可供执行的账号等。法院可以通过向律师发放“协助执行调查令”,即授予律师一定的调查权利,以便通过律师掌握的线索进一步展开调查并达到协助执行的目的。

上述几大诉讼程序的重要环节,如果能由律师参与到检察院和法院的工作中去,相互协助、相互监督,可以增加诉讼效率并维持公平及公正。同时,也建议在立法中明确加强风险控制,严格规定滥用力之后果及责任。这样,律师、检察院和法院在这一良性制约下,将更好地发挥司法体制的效力。

综上,增设与律师相关的法定程序,是一条仍需摸索的必经之路。“摸索”在于立法和相互信任的协作体系仍未建立,律师的参与在于等候一个坚实的“立法”作地基。但是,纵观各国的法律体制,并考虑到目前我国检察院和法院的工作负荷,律师的参与及协助又将是一条正确而有益的“必经之途”。相信律师作为一群专业的法律社会人群,能够以高素质及良好的协作态度来“携手”检、法,因为法律体制的进步将是所有法律人的共同进步。(完) ●

执业心语 ●文 / 宋安成

论房地产律师 如何提高自己的 专业素养



宋安成:北京盈科(上海)律师
事务所律师

所谓素养,是指由训练和实践而获得的技巧或能力。而房地产专业律师的素养,就应当是房地产律师处理各类房地产诉讼和非诉案件的技巧和能力。作为房地产律师,需要什么样的素养呢?笔者根据自己多年来的房地产律师的执业经验,对此进行诠释。

首先,是和大家分享专业素养对律师执业的巨大意义,主要体现在以下两点:

一是好的专业素养可以打通与客户沟通的专业屏障。作为一名房地产专业律师,一定要具备与客户娴熟沟通的能力。如果一个律师听不懂客户在讲什么,那将非常糟糕,因为它不仅会严重影响到与客户的正常沟通,还会在客户那里

失去信任感。对于初涉房地产业务的律师,这可能是常见的事情,而每一个从事房地产专业业务的律师,也一定或多或少遇到过对客户提到的专业问题自己不知所云的尴尬场面。早年时候,笔者给一家上海当地的民营商业地产商提供服务。有一次,笔者代表地产商与一家策划公司谈招商合同,老板在谈判中提出招商后的“坪效”(每3.3平方米的年销售额)要达到多少钱时,笔者一下子没反应过来这是一个什么概念。恐怕现在仍然会有一些刚入行的专业律师不理解这一概念。如果一名房地产专业律师没有一定的专业素养,往往当客户谈到一些专业概念、开发流程、操作模式时会一头雾水,而这种情况又不便当场请教客户。而如果律师注意了自己在专业方面的积累,提高了自己的专业水准,这种尴尬的情况则会减少,甚至完全有可能避免“学艺不精”的限制而影响与客户的沟通。

二是正确地把握案件的动向,更好地洞悉法律风险。作为一名专业律师,应当有“初生牛犊不怕虎”的胆识和勇气,但对案件未进行专业分析,便匆匆得出结论或凭感觉分析又过于鲁莽。不管是诉讼还是非诉案件,要想将其做得让客户满意,专业律师一要精通法律,二要熟悉专业知识,二者缺一不可。在此,笔者再举一例说明:笔者的一位房地产开发

商客户同时卖给一购房人两套房屋,面积、房型全部一样,但是在交房时却发现一套房子里面有一根近40厘米的柱子,另外一套则没有。业主马上找到开发商,认为我们测绘有“猫腻”,要求退房并赔偿,并声称要向媒体曝光。开发商的营销部认为问题比较严重,一下子没有了方向,向笔者咨询。笔者结合其具体情况给出了两点意见:首先从专业角度讲,按照房屋测绘的相关规定,房间里面的柱子是可以算做购房人的自用面积的,所以多了一根柱子房屋的面积与少一根柱子房屋面积相同并不违规;其次从法律角度讲,就算面积出现问题,面积误差如未超过总面积的3%,则达不到解除合同的条件。营销部门根据笔者的两条意见,与对方进行了沟通,对方不再要求退房或要漫天要价赔偿。考虑到事情发展下去可能对营销造成的影响,笔者进一步建议开发商进行适当的补偿,尽快将问题彻底解决。

上面谈了专业律师素养的重要性,下面笔者再与大家交流一下专业律师如何提高自己的专业素养。在此,笔者从三个方面谈起:

(一)应当积极主动学习房地产相关的专业知识,及时充电

房地产涉及的专业领域比较广泛,包括房地产金融、土地出让与转让、建设工程、房屋营销、物业管理等等,这实

实际上与房地产的产业链条比较长不无关系。作为一名专业律师,不仅仅要从自己所承办的非诉和诉讼案件中积累经验,更为重要的是自己要主动学习房地产相关专业的理论知识。就笔者本人来说,不仅在执业之余考取了《国家物业管理师》、《国定二级建造师》的证书,还十分关注一些大型房企的动向,关注房地产重大的业内新闻。同时,笔者还要求自己的助理积极学习房地产相关知识,考取了与房地产相关的一些专业证书,大大提高了我们整个团队为客户的服务能力。笔者认为,律师主动学习的内容有两个方面:一是对房地产专业法律知识的学习。房地产虽然在中国高速发展了20年,但并未发展成熟,这就导致其在发展过程中会有很多新的问题,这些问题都要国家通过立法和出台政策来解决。国家的立法纷繁复杂,包括法律、法规、地方立法等各个层面,而政策则更具有多变性,这些都要求律师加强学习,否则一定会落伍;二是对房地产专业知识的学习。房地产土地前期开发、项目施工、项目营销与物业管理,这四个环节都有一定的专业性。比如说项目施工,宏观方面会涉及到工期、质量、价款,微观方面会涉及到工程签证、定额、清单等等,如果律师不能很好地理解这些概念的内涵与外延,就无法很好地为客户提供专业的法律服务。例如,若不知道上海93定额与00定额的区别,就没有办法确定在诉讼案件中是适用93定额还是00定额。由于律师工作非常繁忙,专业知识的获得主要是靠默而识之的方式积累,而不能像学生时代通过专门、系统的学习而获得。所以,要想成为出色的房地产专业律师,就一定要积极主动地学习,海绵吸水式地积累经验,厚积而薄发。

(二) 强化与房地产从业人员之间的交流与学习

作为律师,可以从专业书籍上学习法律和与法律相关的专业知识。但不可否认的是,从书本上学的知识是静态的、格式的,而房地产开发的现实过程是动态的、多变的,所以我们不能生搬硬套地用拿来主义处理问题,必须了解房地产行业的实际操作,而这些实际操作的知识很难从专业书籍上获得。另外,房地产开发的每个环节,都充满着潜规则,房地产律师作为专业人士,对房地产开发知道的越是深刻,对这里面的潜规则知道的越多,那么针对房地产开发的重要环节所出具的法律意见书就更为实用。以开发商“拿地”为例,按照目前的法律、法规的要求,开发商出让取得土地应当通过“招、拍、挂”的形式进行。但是,大多数的土地,即使是北京、上海这些房地产市场发展相对成熟的地方,“招、拍、挂”之前的开发企业基本已经内定,特别是商业地产、工业地产几乎无一例外。所以,作为一名专业律师,如果不了解这些潜规则就为房地产开发企业的拿地行为出具《尽职调查报告》的话,一定会犯下比较低级的错误。而这些潜规则从什么地方学习呢?可以从房地产从业人员中学习,从房地产公司总经理到其下面的每个员工中学习,他们都会告诉你房地产开发“背后的故事”。所以,专业律师要和他们交流、向他们学习,不能让自己学来的知识在法律实务中水土不服,而要将其运用的游刃有余、左右逢源才行。实际上,从律师执业本身而言,将条条框框的法律灵活运用到规则与潜规则极为丰富的房地产开发需求中,让客户真正减少和避免法律风险,也正是一个律师价值的所在。

(三) 从具体案件处理中积累专业知识

作为律师,从自己办理的具体案件中积累专业知识的最大好处是:可以牢记案件处理中所了解、学习的专业知识,

而不是如同书上看到的一样不久会忘记。从具体案件中积累专业知识的方式有两种:一是认真做好每件案件,穷尽事实与法律。就诉讼案件来说,打官司就是打证据,如果没有充分的证据法官是不会支持律师的诉求的,而证据就是法律事实,法律事实多了,法官才会依据证据优势的原则支持诉求,反之则不可。一个案件取得证据的过程,实际上就是律师学习房地产专业知识的过程。比如说物业管理费的案件,该类案件会涉及到物业费收取是否应当按实结算的问题,而是否按实结算又涉及到物业管理的两种收费模式:包干制和酬金制。如果是酬金制度又涉及到物业公司如何计成本的问题,这些事实查清的过程,实际上就是律师学习的过程。律师将自己学习到的物业管理专业知识,并结合案件的事实情况,通过法律关系诠释出来,让法官支持自己的诉求,这就是律师要做的事;二是对自己做过的案件进行认真总结。我们律师都没有什么空闲时间,有人说律师的工作是“开不完的会、开不完的庭、吃不完的饭、改不完的合同”,这实为一个成熟律师繁忙工作的真实写照。由于律师工作的性质使然,让律师去对自己做的每个案件进行总结客观上是非常困难的,很多同行甚至认为是不现实的。但是,通过近十年的执业历程,笔者对自己处理的典型案例,总是会将其整理成集,作用有三:一则加深了对案件和相关法律的认识;二则总结案件就会大大提高自己的专业水平;三则写的案例放在网上大大提高了自己的人气。

总之,社会是发展变化的,房地产行业也是发展变化的,律师的房地产法律服务也是发展变化的。而房地产律师应对这些变化,提高执业水平的捷径就是不断地积累和学习,永不停息方能置自己于不败之地。●



法律人 律师实务



许建添：上海申骏律师事务所
律师



张玮栋：上海申骏律师事务所
律师

●文 / 许建添 张玮栋

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

《关于在先查封法院与优先受偿债权执行法院处分查封财产有关问题的解答》简评

2014年8月29日，上海市高级人民法院出台了《关于在先查封法院与优先受偿债权执行法院处分查封财产有关问题的解答》（以下简称《解答》），引起各界关注。笔者结合从事银行催收业务的实践经验，对《解答》作简要的介绍与评价。

一、《解答》出台的现实背景

实践中，同一被执行人在不同地区、不同审级法院经常出现同为被告或被执行人的情形，经常出现对特定财产（以下简称查封财产）享有优先受偿权的债权（以下简称优先受偿债权），相应债权人（以下简称优先受偿债权人）进入执行程序后发现此前查封财产已被其他法院（以下简称在先查封法院）在诉前、诉中、申请执行前或者仲裁前、仲裁中以及在执行中在先查封、扣押或者冻结（以下简称在先查封）的情形，导致优先受偿债权与在先查封债权关于查封财产处分权的冲突。这一冲突严重影响到优先受偿债权的实现，是《解答》出台的现实背景。

背景一：优先受偿债权案件因“无处分权”或“无益拍卖”而陷入僵局

一方面，当优先受偿债权案件中查封财产已被其他法院在先查封时，依据《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》（以下简称《执行规定》）第91条的规定，优先受偿债权的执行法院对查封财产并无处分权；另一方面，当查封财产设定了担保物

权等优先受偿债权时，拍卖保留价在清偿优先债权和强制执行费用后可能所剩无几。

对于在先查封案件的申请执行人而言，无法从查封财产的处置变现中受益，该拍卖为无益拍卖，故该申请执行人一般不会申请对查封的财产进行拍卖。在这种情形下，根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》（以下简称《拍卖、变卖规定》）第9条的规定，除非申请执行人申请，人民法院不得进行拍卖，并且应当重新确定拍卖保留价，拍卖保留价应当大于优先债权及强制执行费用的总额。故而在先查封法院不会对该查封财产进行处置。

由此形成了无论是在先查封法院还是优先受偿债权的执行法院均无法处置查封财产的僵局。

背景二：优先受偿债权的实现受制于在先查封案件的进展

根据《执行规定》的要求，在先查封法院对查封财产享有处分权，如果在先查封法院因某些原因不启动或者拖延处分查封财产，则优先受偿债权的实现则将受制于在先查封案件的进展。甚至部分在先查封案件系债务人与第三人恶意串通伪造的诉讼，或者第三人在申请保全后怠于及时行使债权或者人为将债权诉讼过程复杂化，并且通过与债务人和解的方式达成还款期限很长（如10年甚至20年）的还款协议，将每期的还款额度压低，约定在还款协议未履行完毕前不解除对财产的查封等。此时，在先查封案件迟迟未进入执行程序，在先查

封法院也无法及时对查封财产进行处置, 优先受偿债权只有待在先查封案件审结并且进入执行程序后才有可能实现。

背景三: 实现优先受偿债权的成本增加

因受制于在先查封案件的诉讼进展情况, 实现优先受偿债权的时间成本可能会增加。但更为重要的是, 由于查封财产的拍卖程序应根据在先查封债权人之申请, 在先查封法院才可能启动。由此为在先查封债权人在与优先受偿债权人协商查封财产处分权转移的谈判过程中增加了要价砝码, 使在先查封债权人敢于向优先受偿债权人“漫天要价”, 甚至催生出部分普通债权人恶意抢先查封, 用于向优先受偿债权人索要“让渡费”。当在查封财产无法清偿被执行人的全部债务时, 这样的方案使得优先受偿债权人虽享有法律上的优先受偿权, 但在事实上却与普通债权人无异。事实上, 优先受偿债权人为了尽快实现债权, 其与在先查封债权人协商时, 不得不作出让步, 给予在先查封债权人一定的补偿, 使实现优先受偿债权的成本进一步增加。

为解决优先受偿债权与在先查封债权关于查封财产处分权的冲突问题, 实务部门、部分行业协会以及各银行不断呼吁最高人民法院以及上海市高级人民法院能够出台相关的指引或规范, 以期解决相关问题。在各方的呼吁下, 上海市高级人民法院终于出台了《解答》。

二、《解答》的主要内容

(一) 优先受偿债权的主要种类

根据《解答》的规定, 优先受偿权的债权主要包括对查封财产依法享有抵押权、质权、留置权等担保物权的债权, 依法享有优先受偿权的建设工程款以及依法享有船舶优先权的债权等依法享有优先权的其他债权。

在实践中, 上述优先受偿债权在执行过程中均有可能碰到与正式查封(即首封)债权相冲突的情况, 但目前存在冲突的主要是抵押权, 并且抵押权人几乎都是银行为主。

(二) 确定财产处分法院的原则及考虑因素

一是方便执行原则, 即原则上由财产所在地法院负责处分, 避免由查封财产所在地法院以外的执行法院处分查封财产而产生的执行不便。

二是终局执行原则, 即原则上由首先进入终局执行法院负责处分, 避免因有关案件未进入终局执行而造成的执行迟延。

三是无益拍卖禁止原则, 即原则上由优先受偿债权在先查封、扣押或者冻结顺位在后的法院负责处分,

避免出现先查封法院对查封财产进行处分并清偿优先债权和强制执行费用后无剩余的可能。即在先查封法院对于所查封的财产进行变现处置后, 去除优先受偿的债权后无余值的, 则不能以各种理由阻挠有优先受偿的债权法院对查封财产进行变现处置。

四是公平保护原则, 即原则上在根据债权性质公平保护各债权人合法权益的同时, 也要公平保护被执行人的合法权益, 以避免优先受偿债权随着迟延履行期间的增加而增加, 从而损害其他债权人和被执行人的合法权益。目的在于减少债务人承担利息罚息的损失, 加快处置速度。

基于上述原则, 在确定查封财产的处分法院时需要综合考虑以下因素: 第一, 查封财产的种类及其所在地; 第二, 优先受偿债权与在先查封债权之间的优先顺位; 第三, 在先查封债权所处的诉讼阶段; 第四, 在先查封债权的数额、优先受偿债权的数额与查封财产的价值之间的关系。

(三) 确定查封财产处分法院的三种情形

基于前述原则和综合考虑相关因素后, 《解答》对如何确定查封财产的处分法院进行了明确, 可分为三种情形, 即“一个原则”和“两个例外”:

“一个原则”: 即在先查封法院与优先受偿债权的执行法院均系上海法院的, 原则上应当由已经进入终局执行且享有在先优先受偿权的债权的执行法院负责查封财产的处分。

“两个例外”: 即在上述的处理原则之外, 以下两种情形下应当由在先查封的法院处分查封财产: 第一, 在先查封的债权即为享有在先优先受偿权的债权, 其虽未进入执行程序, 但查封财产在依法清偿在先查封的债权以及执行费用等后无剩余的; 第二, 在先查封债权对查封财产已经进入财产变现程序, 且查封财产在依法清偿在先的优先受偿债权以及执行费用后能够全部或者部分清偿在先查封债权的。

显然, 与《执行规定》第91条由在先查封法院处分财产的规定不同, “一个原则”、“两个例外”则以在先优先受偿债权的执行法院处分为原则, 在先查封法院处分为例外, 这不能不说是一个重大突破。

(四) 查封财产移送处分的程序规则

一是如何办理查封财产的移送处分手续。根据《解答》的规定, 若案件应当由进入终局执行且享有在先优先受偿权的债权的执行法院处分查封财产的, 优先受偿债权的执行法院应当发函给在先查封法院, 在先查封法院应当在收到函件后7日内作出回函并将查封财产移送优先受偿债权的执行法院处分。若在先查封法院与优先受偿债权的执行法院一方系上海法院以外的

外地法院的,则也应按照《解答》所确定的原则和情形审查是否应当移送查封财产的处分权,在操作时也应该由优先受偿债权的执行法院函请在先查封的法院索要处分权。

事实上,在《解答》出台之前,司法实践中不少法院之间已经就查封财产处分权移送问题进行了沟通,并且也是按《解答》类似的流程进行操作的,即先由优先受偿债权的执行法院先发函给在先查封法院索要处分权,在先查封法院若同意的则可作出回函并将查封财产移送优先受偿债权的执行法院处分。实践证明这一模式比较合理,因此《解答》予以采纳。

二是是否移送查封财产处分权由在先查封法院依职权审查。根据《解答》的规定,是否将查封财产移送优先受偿债权的执行法院处分应由在先查封法院根据《解答》所确定的原则和情形依职权审查作出,无需征得查封债权人的同意,但应当向其告知移送情况并释明将查封财产移送给优先受偿债权的执行法院进行处分的理由。同时,根据《解答》所确定的原则和情形应当将查封财产移送优先受偿债权的执行法院处分的,不受在先查封执行当事人之间达成执行和解协议、在先查封法院依法裁定暂缓执行或者依法裁定中止执行等情形的影响。

笔者认为,《解答》赋予在先查封法院对是否将查封财产移送优先受偿债权的执行法院处分有依职权审查的权力,是指在先查封法院在审查时无需征得查封债权人同意,而非指在先查封法院的审查结果可约束优先受偿债权的执行法院。

三是移送查封财产处分权产生争议时的解决程序。根据《解答》的规定,当在先查封法院与优先受偿债权的执行法院就移送查封财产产生争议的,应当先行协商处理,协商不成的,报请共同的上级法院协调处理。至于可能产生哪些争议,《解答》没有明确。笔者认为,实践中可能出现的争议主要包括:是否应当移送、拒绝移送或附条件移送等。

另外,与外地法院就是否应当将查封财产移送上海法院进行处分产生争议的,优先受偿债权的执行法院可以书面报请上海市高级人民法院执行局进行协调处理。

三 《解答》对于解决实践中查封财产处分权的冲突问题具有积极作用

(一)《解答》为实践中法院间查封财产处分权移送提供了指引

如前文所述,在《解答》出台之前,上海地区各法院之间甚至与外地法院之间已经具有许多查封财产处分权移送的先例,而且这些先例的操作流程基本上也是采用由优先受偿债权的执行法院函请在先查封法院将查

封财产移送优先受偿债权的执行法院进行处分。但是由于缺乏统一的指引或规范,在先查封法院可能同意也可能不同意移送,或不及时移送,并无规则可循。

而《解答》出台后,上海地区法院之间对查封财产处分权的移送具有指引规范。根据《解答》明确的原则和情形,何时应当进行移送、移送流程等都将具有一定依据可循,使司法标准趋于统一,可在一定程度上提高执行效率。

(二)查封财产处分权的移交不再受制于在先查封案件债权人的限制

在《解答》出台之前,许多案件的在先查封法院拒绝向优先受偿债权法院移送处分权,很多情况下是因为在先查封案件债权人不同意移送,除非优先受偿债权人能够满足在先查封债权人一定的条件。而对于债务人制造虚假诉讼并在先查封财产以阻挠优先受偿债权人执行的,优先受偿债权人甚至与在先查封债权人协商的机会都没有。查封财产处分权成功移送的案例背后往往不仅需要法院之间的反复协调,更需要优先受偿债权人与在先查封债权人之间的反复沟通、协商甚至是达成某种交易(比如优先受偿债权人为使财产尽快处分而不得不同意向在先查封债权人支付一定的“让渡费”)。

《解答》出台后,查封财产处分权的移送仅需向查封债权人告知移送情况并释明理由即可,而无需征得查封债权人的同意。同时,在先查封案件执行当事人之间达成执行和解协议的,也不影响查封财产处分权的移交。今后,在查封财产处分权的移交时,优先受偿债权人可直接通过法院协调即可,而无需征得在先查封债权人的同意,“让渡费”等也可能成为历史。

(三)查封财产处分权的移交不再受制于在先查封案件诉讼阶段的限制

在《解答》出台之前,如果在先查封案件尚未进入执行程序,则优先受偿债权的执行法院一般不会向在先查封法院发函索要处分权,即使优先受偿债权的执行法院发函予在先查封案件相应的承办法官,其也会以案件尚未进入执行程序为由不予理会。在此情况下,只要在先查封案件未进入执行程序,优先受偿债权的执行法院便无法就查封财产处分权问题展开协调。

但是根据《解答》的规定,原则上应当由已经进入终局执行且享有在先优先受偿权的债权的执行法院负责查封财产的处分,至于在先查封案件处于哪个诉讼阶段可以在所不问。

(四)在先查封不再是启动评估拍卖程序的前提条件

根据《执行规则》个规定,原则上由在先查封法院对查封财产进行处分,因此一般情况下在先查封是启动

评估拍卖程序的前提条件。但在实践中大量优先受偿债权案件申请执行时抵押物已经有了在先查封, 优先受偿债权的执行法院往往直接以查封财产已有在先查封而本院不享有处分权为由不再继续执行, 使许多优先受偿债权案件的执行受阻。但《解答》出台之后, 优先受偿债权法院可依据《解答》函请在先查封法院移交查封财产的处分权, 即虽未在先查封, 优先受偿债权执行法院也可就查封财产启动评估拍卖程序。

总之,《解答》围绕实践中查封财产的处分权问题,以问答的形式对相关问题进行了明确,对于解决实践中查封财产处分权的冲突问题具有积极的作用,从而有利于公平保护各方债权人的合法权益和提高执行效率。

四《解答》存在不足,可能造成新的“执行难”问题

(一)《解答》仅供参照执行,不具有强制约束力

由于《解答》既不是正式出台的法律、法规,也不是最高人民法院颁布的司法解释,因此在实践中上海地区的法院可以参照执行,但《解答》不具有强制约束力,如果某法院或某法官拒绝执行《解答》,其并不会因此而承担任何法律责任。同时,除了法院外的其他司法机构或行政机构也可能不认可《解答》的内容,特别是对被查封的财产在房地产交易中心办理登记过户时,仍需获得在先查封法院的配合方能办理解除查封等手续。

(二)《解答》存在一定的区域限制

目前,《解答》只供上海地区的法院参照执行,外地法院可完全不参照《解答》移送或接收查封财产处分权。虽然外地一些省市高级人民法院已就解决查封财产处分权的冲突问题出台了相关解答、规定或指引,但均仅供各自辖区范围内的法院在实践中参照执行,在现有条件下跨省(或直辖市)的法院之间协调查封财产处分权移送仍然缺乏统一的操作规范或指引,部分法院可能仍然会拒绝移送或不及时移送。因此,有必要由最高人民法院出台统一的司法解释对相关问题进行规范。

(三)操作层面缺乏规范,可能会造成新的“执行难”问题

虽然《解答》可以供实践中参照执行,但基本上只是一个框架性指引,在操作层面上缺乏具体规范,甚至《解答》出台之后可能会造成新的“执行难”问题。

一是无益拍卖的认定缺乏规范。《解答》明确在确定查封财产的处分法院时需考虑无益拍卖的禁止原则,但如何认定无益拍卖没有明确。按照《拍卖、变卖规

定》第9条的规定,只有当查封财产经过司法评估并确定保留价之后,依据本次拍卖保留价的计算才能确定其是否属于无益拍卖。根据《解答》的规定,如果要确定是否由在先查封法院处分查封财产,就必须先确定查封财产价值在扣除优先受偿债权之后有无残值,这就产生“先有鸡还是先有蛋”的问题。一方面,必须经过司法评估才能确定查封财产是否有残值进而确定由哪家法院对查封财产享有处分权;另一方面依据现有的法律和司法解释,司法评估必须由对查封财产享有处分权的法院主持进行。如果未经司法评估程序,如何确定查封财产在扣除优先受偿债权之后有无残值?在今后的执行过程中,法院之间很有可能就此问题产生争议。

二是索要查封财产处分权的函请程序不够明确。虽然《解答》规定函请索要处分权的程序是由优先受偿债权的执行法院发函给在先查封法院,在先查封法院应当在收到函件后7日内作出回函,但这一规定在操作中可能存在问题。

一方面,发函对象不明确。“收到函件”是指具体承办人收到函件还是在先查封法院收到函件?如果没有明确具体哪个部门,函件直接发予在先查封法院收发室,由收发室再转交到案件的具体承办人手中,在7日内完成材料转交、案件审查再回函,实践中是基本上不可能做到的。

另一方面,在先查封案件处于执行前的其他诉讼阶段时应当如何发函未明确。如果在先查封案件已经进入执行阶段,实践操作中一般是向在先查封案件的执行承办法官发函。但如果在先查封案件还在诉前、诉中、申请执行前或者仲裁前、仲裁中时,应当如何发函?应发函给对查封财产执行查封措施的法官还是审理案件的承办法官(上海地区实际审判分离,财产保全由专门法官执行)?如果在先查封案件已经审结但未进入执行程序的,又应如何发函?此类问题在《解答》中均无解答。

三是在先查封法院与优先受偿债权的执行法院之间可能互相推诿。按照《解答》之要求,在先查封法院无权直接向优先受偿债权法院发函移送处分权,而必须由优先受偿债权的执行法院先发函。如果优先受偿债权的执行法院认为应由在先查封法院处分查封财产的,优先受偿债权的执行法院自然不需要向在先查封法院发函。当在先查封法院认为应由优先受偿债权的执行法院处分查封财产,而优先受偿债权的执行法院认为应由在先查封法院处分查封财产时,应当如何处理?在此情况下,无论是在先查封法院还是优先受偿债权的执行法院均可能不采取任何措施,也不会报请共

同的上级法院协调处理,案件很有可能形成新的死结。在此情况下,在先查封债权人与优先受偿债权人应当如何获得救济,《解答》也未予以明确。

此外,受其出台背景及目的所限,《解答》对于解决实践中的“执行难”问题天生就具有局限性,其只能解决部分问题而无法顾及其他“执行难”问题,比如现房(即无法清场)、一套房、户口问题等。因此,笔者认为,《解答》的出台难以在短期内使执行案件发生质的推进,如果落实欠妥,还有可能使法院之间互相推诿而形成新的“执行难”问题。

五、关于银行执行案件的建议

综上所述,《解答》既具有积极作用,也存在一定的不足。相比较于《解答》出台之前,笔者认为《解答》的积极作用大于其不足,不足之处仍应寄希望于立法机关、司法机关能够充分吸取实务部门的建议并逐步完善立法和司法。结合《解答》的规定,关于银行催收的案件,笔者建议如下:

第一,对正在执行的案件进行重新梳理,对于享有在先优先受偿权但非首封的案件与承办法官沟通,争取由承办法官发函予在先查封案件的法院,看是否具有推进执行程序的可能。

第二,首封仍然重要,《解答》中虽然规定了可移交查封财产处分权的情况,但正如前文所分析的,在先查封法院有可能拒绝移交处分权或优先受偿债权的执行法院拒绝接受在先查封法院向其移交处分权,因此在今后的催收案件起诉时仍然有必要争取正式查封。

第三,若未能首封而仅为轮候查封,则银行应及时与首封债权人协调并关注抵押物的查封顺位,尤其是不同法院对于启动评估拍卖程序的标准把握不一,如能作出充分协调,则有可能及时推动执行程序。

综上所述,《解答》虽无法完全解决“执行难”的问题,但对于加快执行程序,规范执行环节具有一定的作用。其具体效果,还有待在实践中检验。●



寇树才:国浩律师(上海)事务所
律师

●文/寇树才

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

利用未公开信息交易罪 司法认定的 若干问题探讨

利用未公开信息交易罪是《刑法修正案(七)》增设的新罪名,作为《刑法》第180条第四款,列于内幕交易罪和泄露内幕信息罪之后。该罪名设立的立法动因在于在查处内幕交易罪的过程中,还存在一种违反证券和期货市场公平、公正、公开的原则,严重破坏市场秩序,非法利用一些对证券期货价格有重大影响信息的行为,如基金管理人的“老鼠仓”交易行为,而该类信息又不属于《证券法》第75条所规定的“内幕信息”,不能用内幕交易罪予以规制。为完善证券、期货市场的刑事法律规范,2009年2月28日,《刑法修正案(七)》新设了利用未公开信息交易罪,与内幕交易罪一起组成了我国证券期货内线交易犯罪的《刑法》规范体系,完善了打击利用未公开信息交易的刑事法网。

该罪名设立以来,全国各地法院审理了一批利用未公开信息交易的案件,对完善证券和期货市场的监管,保证市场的公平、公正起到了良好的效果。但由于立法仓促,立法所基于的司法经验较少,导致不少条文表述不够完善,在实际

运用该罪名时存在司法实践中的一些争议和疑难问题。

一、“未公开信息”的认定问题

根据《刑法》对利用未公开信息罪罪状的描述,具备主体资格的人员“利用因职务便利获取的内幕信息以外的其他未公开信息”,从事非法交易活动,情节严重的,构成该罪。该条文采用了排除性的方式,把内幕信息以外的适格主体利用职务便利所获取的信息都列入了本罪未公开信息的范围。概念的外延无限广泛,而概念的内涵却是空白,这就为司法实践中如何判断是否该罪应规制的未公开信息带来困难。

笔者认为,从立法目的和该条款与其他条款相协调性出发,“其他未公开信息”应从以下几方面认定:

第一,应与内幕信息具有同等市场价值。既然法条在定义中引用了“内幕信息”的概念,说明该等信息对于金融市场具有与内幕信息同等的重要性,利用该“其他未公开信息”的行为与利用内幕信息交易行为具有大体同等的社会

危害性。内幕信息是对证券期货市场的价格有着重大影响的信息,同样“其他未公开信息”也应该是对市场有重大影响,能够影响相关证券期货特定交易品种价格变动的重大信息。

第二,应与内幕信息具有同样的尚未公开的特征。内幕信息是法律要求以特定方式、特定时间公开的信息,内幕信息在以法定形式披露之前属于保密信息。“其他未公开信息”虽然法律并不要求以特定方式披露,但根据市场交易规则和交易行为的性质,该信息只能由特定人员知悉,由交易行为在市场中逐渐释放。利用职务便利知悉“其他未公开信息”的人员有义务保守秘密,不得利用和泄露。

第三,“未公开信息”是内幕信息以外的信息,是不属于内幕信息的信息。内幕信息一般是指证券的公开发行者即上市公司的重大事件或重大经营管理信息,《证券法》第75条以列举方式作了具体的规定。“未公开信息”仅指除此之外的影响证券价格的重大信息,如金融投资机构准备重金持仓某证券品种或期货合约品种的信息等。

第四,“未公开信息”具有时效性。“未公开信息”形成之后,即影响资本市场价格的重大投资决策等已经最终确定,至该信息在资本市场释放前的信息。在此时间内“未公开信息”具有保密性。

在司法实践中往往出现是否属于“未公开信息”的争论,争论的焦点在于是否信息对市场价格有重大影响,以及信息是否已经公开。笔者认为,应当依据“未公开信息”对交易量的实际影响和其在执行中的不同时间点与相关交易品种价格变动的相关性,结合前述内幕信息的四特征来分析判断。

此外,值得注意的一个问题是立法对“未公开信息”规定的不统一。在《刑法》设立未公开信息交易罪之后,《刑法》上确立了“未公开信息”的概念,但与之相对应的《证券法》并无相关的概念,而仅有“内幕信息”这一概念。也就是说,《证券法》第75条规定了“内幕信息”,对其之外的“其他未公开信息”并未提及。《刑法》规范是调整主体行为的最后手段,其前提是相应的民事、行政法律规范已具备,但由于行为和后果的严重程度,民事和行政的制裁手段已不足以恢复受损的社会关系,此时才应动用《刑法》制裁。民事、行政法律对“未公开信息”行为的规范缺失,必然带来司法实践的困惑,如光大证券的乌龙事件。

光大证券在发生误操作事件之后,应立即向相关部门报告,履行法定的披露义务,但光大证券及其工作人员却利用该信息进行逆向操作,并在股指期货市场

卖空止损,这是一起典型的利用未公开信息的交易事件。但证监会在行政执法的过程中,基于《证券法》无利用未公开信息交易的规定,而只有内幕交易的规定,只能认定为内幕交易的违法行为并作出相应的行政处罚,这就直接导致行政法律直接与刑事法律对同一行为的性质判定相冲突。因此,修改《证券法》,增设禁止利用未公开信息交易的规定及相应的行政处罚是当务之急。当然,根据现有法律规定公安机关应主动立案,追究相关当事人利用未公开信息交易的刑事责任。该问题不是本文的涉及范围,不作深入探讨。

二、利用未公开信息交易罪的法定刑问题

《刑法》第180条第四款设定了利用未公开信息交易罪的法定刑:相关人员利用未公开信息交易或明示暗示他人从事相关交易活动,“情节严重的,依照第一款的规定处罚”,即法定刑按照第一款内幕交易罪的法定刑。而内幕交易罪设定了两个档次的法定刑:“情节严重的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金;情节特别严重的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。”究竟利用未公开信息交易罪的法定刑是一个量刑档次,即“情节严重的,处五年以下有期徒刑”,还是应当认定为两个量刑档次,即“情节严重的,处五年以下有期徒刑”、“情节特别严重的,处五年以上十年以下有期徒刑”?在司法实践中存在针锋相对的两两种意见。

坚持一个量刑档次的人认为:既然《刑法》第180条第四款只规定了“情节严重”一个量刑情节,没有规定“情节特别严重”的情节,则只能认为利用未公开信息交易罪只有“情节严重的,处五年以下有期徒刑”一个量刑档次,本罪的最高法定刑为五年,这是罪刑法定原则的应有之义。

坚持两个量刑档次的人认为:《刑法》第180条第四款规定的“情节严重的,依照第一款规定处罚”中所述的“情节严重”属于罪状描述,是构成犯罪的要件,而不是量刑依据。量刑依据是第一款的规定,即分别依据犯罪情节的轻重裁量:情节严重的,处五年以下有期徒刑;情节特别严重的,处五年以上十年以下有期徒刑。

应当说,此种争论的出现,完全是由于立法者在设定法律条文时表述不清楚所致。在没有相关的立法解释和司法解释出台之前,只能按照法律解释的原则决定利用未公开信息交易罪的量刑争议。

笔者认为,利用未公开信息交易罪的量刑应为一个量刑档次,即最高法定刑为五年。理由如下:

首先,《刑法》中所使用的概念应该统一。在同一法律条文中使用的“情节严重”这一概念,其含义应当统一。既然《刑法》第180条第四款只规定了“情节严重”这一种量刑情节,就应当严格按照其量刑所依据的《刑法》第180条第一款的法定刑中“情节严重”的相对应的刑罚处罚,否则“情节严重”在同一条文中就是不同的法律概念,有悖于逻辑规则。

其次,从《刑法》第180条第一款规定的内幕交易罪和第四款利用未公开信息交易罪两罪的社会危害程度看,内幕交易罪的社会危害性明显高于利用未公开信息罪:内幕交易罪中的内幕信息是上市公司本身的重大信息,直接影响证券价值,肯定影响证券的市场价格,对证券市场的影响具有直接性和必然性;而内幕信息以外的其他未公开信息则仅对证券价格有影响,不影响与证券相对应的上市公司的净资产和赢利性,其对价格的影响是暂时性的,而且容易受其他市场因素的影响而对证券价格无影响或影响不明显,即其影响力具有间接性、暂时性和或然性的特点。基于所利用信息的不同,两种行为所体现的对证券市场的影响,即社会危害性也有不同。依据罪行相适应的刑罚原则,在法定刑的设定上应有所区别,利用未公开信息交易罪的法定刑设定为“五年以下”已为足够。

因此,认定利用未公开信息罪只有一个量刑档次,符合刑法条文本义,符合罪刑法定原则。笔者所看到的利用未公开信息交易罪的已有判决,也基本上量刑在五年以下有期徒刑。

三、违法所得如何认定的问题

违法所得对于利用未公开信息罪来说,既是判断其是否情节严重的重要依据(决定是否犯罪),也是判处罚金的数额依据(一倍以上五倍以下),还影响着五年以下有期徒刑范围内刑期长短的裁量,而且违法所得对内幕交易罪、泄露内幕信息罪有着同样的意义。

司法机关在确定违法所得的金额时,均是按照行为人利用未公开信息买入和卖出相关证券品种的价差来计算的。例如:张某在任职某基金公司高级经理期间,利用其职务便利,知悉基金公司决定在某日购入A股票,张某即于前一天在自己控制的亲友的股票账户上大量买入A股票,当公司资金巨额买入A股后,股价升高,张某再伺机出售获利。买入和卖出A股的价格差即为张某的违法所得额,但此种计算方法存在明显的弊端:

一是此种计算方法可能放纵犯罪行为。行为人在利用未公开信息买入股票后,如果遇到股价下跌的市场行情就可能亏损而没有违法所得,尤其是买入和卖出时间相隔较久容易出现亏损的情况下,就无法追究行为人的

刑事责任。而实际上行为人由于先于公司买入,其亏损价格肯定低于公司的亏损价格,行为人也是获益的。而且,根据《刑法》180条的规定,该罪名的成立并不以行为人获利为前提,只要行为人实施了利用未公开信息进行交易行为,情节严重的就构成犯罪。实践中行政执法部门和司法部门对未赢利的违法犯罪行为未予追究,就是这种计算方式的必然结果,如此处理有违法律的规定。

二是此种计算方法忽略了利用未公开信息卖出的行为。利用未公开信息交易的行为不仅包括买入行为,还包括卖出行为。仍以前述为例,如果张某知道公司将卖出A股票,公司大量卖出的行为必然导致股价下跌,张某利用得到的该信息先于公司卖出A股票,其卖出的价格必然高于公司卖出的价格,而计算买卖价差的方法却未对利用未公开信息卖出的行为作出评价。

三是此种计算方法不符合违法所得这一法律概念的本义。《刑法》上所谓的违法所得应是指犯罪行为所直接导致的行为人的获利,即犯罪行为和违法所得之间应具有直接的因果关系。而行为人利用未公开信息买入后至卖出前证券价格的变化,掺杂了市场变化、送配股等多种因素,往往不是犯罪行为一个因素所导致,甚至和犯罪行为无关联。甚至在基金公司卖出后,行为人仍持有该股票,则该股票在基金公司卖出后的增值应与犯罪行为无关。

四是此种计算方法不符合法理。该罪名规范的是利用未公开信息交易的行为,一旦该行为实施,即应由《刑法》第180条予以规范,但采取此方法,该利用未公开信息的行为是否应予《刑法》规范还要看行为人何时卖出股票及以何种价格卖出股票,卖出行为及卖出的时机左右着犯罪行为是否被追究,切断了犯罪行为和刑事处罚之间的必然性。

鉴于上述原因,笔者认为:违法所得额应区分买入和卖出两种情况分别计算:

一是如果行为人利用未公开信息买入证券,计算违法所得应以行为人利用未公开信息交易买入的平均价格与未公开信息所属的投资机构买入同一只证券的最高价格之差,再乘以行为人买入的总股数来计算。即违法所得额等于机构买入的最高价减去行为人买入的平均价,再乘以行为人买入的数量。

二是如果行为人利用未公开信息卖出证券,计算违法所得应以行为人卖出的平均价与公司卖出同一只证券的最低价之间的差额,再乘以行为人卖出的总股数来计算。即违法所得额等于行为人卖出的平均价减去机构卖出的最低价,再乘以行为人卖出的数量。●



仇懿鎰：上海市嘉华律师事务所
律师

●文 / 仇懿鎰

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

新三板市场的形成及 法律业务

随着新三板扩容后市场对其的持续热捧,以及各大券商及中介机构的积极推介,截至今年9月17日,新三板的挂牌企业已经累计达到了1115家。同时,今年8月份共51家挂牌公司进行了股票发行,涉及金额高达33.71亿元,创历史新高。作为一直关注并服务于新三板市场的法律从业者,笔者在与众多对新三板市场感兴趣的企业客户以及同行的交流中经常被问及如新三板为什么叫新三板?它与我们熟知的主板、创业板有什么区别?要如何才能在新三板挂牌?在新三板挂牌后究竟对企业有什么好处和帮助?律师在办理新三板业务时主要的工作是什么?等等。有鉴于此,笔者希望通过本文对新三板的前世今生以及一些核心问题做一次梳理。

一、新三板的由来

从2001年到2013年的13年间,三板市场经历了从“老三板”到“新三板”再到现在的“全国中小企业股份转让系统”三个阶段。虽然现在的全国中小企业股份转让系统还是被称为“新三板”,但这时的新三板已经和曾经的新三板有着极大的不同。

中国证监会2001年开展了代办股份转让系统,股票来源基本是不具备上市条件的公司和从沪深股市退市的公司,后被称为“老三板”。由于“老三板”挂牌的股票品种少,且多数质量较低,再次转到主板上市难度也很大,故而被称为“垃圾市场”,这一印象对代办股份转让系统的定位和发展带来了十分不利的影响,正因如此,新三板应运而生。

2006年1月14日,经国务院批准,中国证监会批复同意推出了仅针对北京中关村园区非上市的高科技企业进行股份流动的市场,即当时的“新三板”,其学名非常的复杂和冗长,叫做“中关村非上市股份有限公司进入证券公司代办股份转让系统进行股份转让试点”,自此,我国在探索建立多层次资本市场体系的道路上正式迈开了第一步。

2012年8月3日,证监会宣布扩大非上市股份公司股份转让试点。2012年9月7日,证监会与北京市、上海市、天津市、湖北省四地政府分别签署了新三板扩大试点合作备忘录。至此,北京中关村科技园区、上海张江高科园区、天津滨海高新科技产业开发区、武汉东湖新技术开发区等四个高新技术园区的企业均可以在新三板挂牌转让。

2013年12月14日,国务院在发布的《国务院关于全国中小企业股份转让系统有关问题的决定》中明确规定:境内符合条件的股份公司均可通过主办券商申请在全国股份转让系统挂牌,公开转让股份,进行股权融资、债权融资和资产重组等。

2013年12月27日,证监会修订和发布了7项配套规则,标志着股份转让系统试点扩大至全国的工作正式启动,不再受高新园区的地域范围限制。

至此,新的“新三板”完全形成,即“全国中小企业股份转让系统”(下文简称的新三板均指此系统)。

二、新三板在资本市场中的位置

我国资本市场从20世纪90年代发展至今,已经发展为由主板(含中小板)、创业板(俗称二板)和新三板以及区域性股权交易市场、证券公司主导的柜台市场共同组成的多层次资本市场体系。

新三板的出现和发展,丰富并完善了我国多层次资本市场的结构。由于主板以及创业板对发行人的营业期限、股本大小、盈利水平、最低市值等方面的要求标准较高,上市企业多为大型成熟企业,具有较大的资本规模以及稳定的盈利能力。而新三板相对宽松的挂牌标准,尤其在盈利水平、股本大小方面的放宽,几乎就是为大量处于成长期的创新型中小企业度身定制的,提高了这些企业股份的流动性,对于解决一直困扰着中小企业融资难的问题也是一种积极的尝试。同时,其具有的转板机制,也能很好地解决场外市场与场内市场的联通问题,给无论是场内市场的企业还是场外

市场的企业都提供了更多的选择空间。

三、新三板挂牌的好处

新三板自扩容以来,在市场上引起了如此之大的反响与其给企业带来的可见的和可预期的好处是分不开的。

(一) 完善企业治理结构

一次在新三板的挂牌过程就相当于一次小的 IPO 的过程,企业需要包括券商、律师事务所、会计师事务所等专业机构帮助企业完成挂牌前的准备工作,是在专业机构的帮助下对于企业在成长过程中出现的问题的一次集中问诊。其对于优化企业治理结构,解决企业存在的法律、财务问题,发现企业潜在经营风险等都有极大的帮助。甚至可以说,无论最终企业挂牌与否,一次这样的集中检查和问题发现,对于企业未来的健康发展也是非常有价值的。

(二) 拓宽企业融资渠道

企业在经历了一轮严格的准备和审查程序后完成了在新三板的挂牌,其即可通过定向增发的方式来进行融资。由于在新三板挂牌而带来的企业信用等级的提升,更是会增加银行对企业的授信额度。

(三) 提高股份流动性

挂牌后企业的股票可以在市场上自由交易,会吸引相当多的投资者的关注。尤其在 IPO 刚刚开闸,众多拟上市企业正在苦苦排队等待的时候,其给股权和风险投资机构提供了新的投资机会和退出通道。而随着做市商制度的退出和不断完善,新三板市场的流动性将会获得进一步的提升,这对于企业和投资者都是一个双赢的局面。在笔者服务的新三板挂牌企业中即有在挂牌前引入股权投资机构的成功案例。

(四) 实施股权激励,稳定核心团队

新三板上的很多企业会在挂牌前实施核心团队的股权激励计划,授予核心成员一部分公司的股权,该部分股权在企业成功挂牌后的价值往往会有较大的增幅,以此不仅使核心团队在公司的发展过程中获得了实实在在的好处,也使其从企业员工的身份转变为企业股东的身份,不仅稳定了人心,更提升了工作的热情 and 责任心。

(五) 增加企业品牌价值

新三板扩容后是一个全国性的股份交易市场,企业在这样的市场中挂牌,有众多关注的目光,可以很好地宣传企业,提高公司的知名度,有利于进一步拓展公司业务。这一点从众多企业在新三板挂牌后,百度搜索次数的井喷式增长即可印证。

四、新三板挂牌中的法律业务

(一) 挂牌准备阶段

在此阶段中,律师主要应当进行如下工作:1、律师进场,对公司进行详尽的法律尽职调查;2、在充分尽职调查的基础上,律师与公司、其他中介机构共同讨论确定重大法律和财务问题的解决方案,股份有限公司设立前的重组方案以及股份有限公司设立方案;3、就重大法律和财务问题实施解决方案,包括股权重组、股权调整、引进战略投资者、进行增资、进行业务重组、规范关联交易、解决同业竞争等;4、对公司人员进行新三板相关知识的培训;5、协助公司召开董事会决议改制,协助公司召开股东会审议改制方案并做出决议。

准备阶段通常是企业挂牌进程中最重要的阶段,在这个阶段律师需要充分审查企业从设立到挂牌前的各个环节,尤其包括企业设立、登记、股东变更、章程,股本总额以及变更登记情况,股东出资情况,是否发生过合并、分立、重组、资产置换、不动产资产规模、经营记录方面有无重大问题,是否存在股权转让限制以及企业的财产和财产权状况,企业近期生产经营情况,是否发生重大债权债务情况,经历的诉讼、仲裁、执行、行政处罚等情况,税务、环保、产品质量、技术标准情况等。准备环节发现的问题,律师需要会同其他中介机构一起协商出解决的方案,甚至有些情况下企业在经营中出现的问题会直接导致中介机构作出放弃挂牌的决定。

(二) 改制和挂牌阶段

在此阶段中,律师主要应当进行如下工作:1、起草股份公司设立所需的全部法律文件;2、协助公司召开创立大会;3、协助公司召开第一届董事会、监事会第一次会议;4、协助公司办理变更为股份有限公司的申报手续;5、协助公司董事会、股东大会决议挂牌;6、出具公司挂牌所需的《法律意见书》;7、协助将备案材料报全国中小企业股份转让系统备案;8、协助办理股份集中托管。

改制阶段中,律师需要按照法律和公司章程的约定,协助公司出具同意赴新三板挂牌的一系列内部决议,确保决策程序的合法合规。

(三) 成功挂牌后

在此阶段中,律师主要应当进行如下工作:1、协助挂牌公司年报、半年报的制定;2、协助挂牌公司完成重大事项的信息披露;3、协助公司进行定向融资;4、参与转板与退出。

企业完成在新三板的挂牌后,即成为了公众公司,需要依照法律的规定履行重大事项的披露义务。这时,律师的工作内容也从协助企业挂牌转变为协助企业的日常经营,承担起对于企业重大事项发表法律意见的常年顾问角色。

五、新三板法律服务中的合作模式思考

对于执业律师而言,同企业建立起长期合作关系往



叶杭生：上海市广庭律师事务所律师

●文 / 叶杭生

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

对于法院改变起诉罪名作有罪判决的争议和探讨

往是从帮助企业解决具体法律纠纷的诉讼事务开始的。而随着行业发展的不断细化，其对于律师的知识面和专业水平的要求也在不断提高，单个律师已经很难为企业提供全方位的法律服务，在律师行业中最明显的表现即专业诉讼律师和专业非诉讼律师的出现。

笔者在从事新三板法律服务的过程中，多次遇到过为拟挂牌企业提供过或正在提供诉讼法律服务的律师同行，他们基于多年的诉讼经验，为企业提供了周到专业的诉讼服务，充分保障了企业的经济利益。但是，当企业基于发展的需要，希望更多地融入资本市场时，诉讼律师就遇到了很大的业务瓶颈。俗话说隔行如隔山，诉讼与非诉讼的界限往往也会导致经验丰富的律师束手无策的情况出现。

这时候，就凸显出了律师间跨领域甚至跨律所交流以及合作的重要性。当然，作为客户即是生命的律师行业，很多律师出于丢失客户的危机感而对律师间的合作持保留甚至是不信任的态度，这一点是可以理解的。但是，就如在新三板服务中的法律业务，非诉讼律师更多地是针对企业的挂牌业务提供法律服务的，而一家企业的业务不可能仅仅就是新三板挂牌这么一个业务，其在经营过程中遇到的各种问题同样离不开诉讼律师的支持和服务。不同业务领域的律师基于支持和维护客户利益的共同目标而结成工作团队，不仅对于客户来说是更负责的做法，而且对于不同业务领域律师间的自我学习和提升也有极大的好处。

就在笔者撰写本文时，上海市人民政府刚刚印发了《关于本市进一步促进资本市场健康发展实施意见的通知》，其中再一次强调了推进企业在多层次资本市场的上市挂牌。在这样的政策背景下，新三板是众多中小企业走向真正资本市场的切实可行的途径，这一市场的健康发展离不开律师的专业服务。不同领域的律师也应该跟随市场趋势，加强合作，力争在更大的层面上获得客户利益和律师业务的共同进步。●

《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百九十五条规定：“在法院庭审结束后，合议庭进行评议，根据已经查明的事实、证据和有关的法律规定，分别作出以下判决：（一）案件事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人有罪的，应当作出有罪判决；（二）依据法律认定被告人无罪的，应当作出无罪判决；（三）证据不足，不能认定被告人有罪的，应当作出证据不足，指控的犯罪不能成立的无罪判决。”

在司法实践中，有时会发生上述三种情况之外的另外一种情形，即在法院经审理后，根据查明的事实和证据，认为公诉机关指控被告人所犯的罪名不能成立，但有可能构成了涉及其他罪名的犯罪，对于上述情况如何处理，我国《刑事诉讼法》中并没有明确的规定。《刑事诉讼法》修改后，由公、检、法、司和国安部及全国人大法工委等六部委所作的司法解释中，也没有对此作出规定，只有最高人民法院在《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第二百四十一条第二项对此作出规定：“起诉指控的事实清楚，证据确实、充分，指控的罪名与法庭审理认定的罪名不一致的，应当按照审理认定的罪名作有罪判决。”根据这一规定，各级人民法院在审理一审

刑事案件中，即使认为公诉机关指控的罪名不能成立，也可以以其他罪名对被告人作出有罪判决。

对于这一条司法解释，法律界存在很大的争议。虽然在《刑事诉讼法》修改以前，各地法院实际上也是这样操作的，但不少法律界人士认为在新的《刑事诉讼法》颁布后，在程序上应当比以前更规范，许多辩护律师也认为最高人民法院的这一司法解释，实际上是变相剥夺了被告人的辩护权利，当然也包括被告人聘请的律师辩护的权利。

因为，公诉机关在向法院提起公诉时，所提供的材料和证据一切都是围绕为了证明被告人犯有公诉机关指控的犯罪。在庭审中，被告人享有针对起诉书所指控的犯罪事实和罪名为自己辩护的权利，辩护人也是依据公诉机关指控的犯罪事实和罪名为被告人作无罪或罪轻辩护的。有时候辩护人对公诉机关指控被告人的犯罪事实与证据没有异议，但认为其不构成控方所指控的罪名，辩护人一般都会作无罪辩护。如果辩护人认为被告人可能构成其他罪名，即使比控方指控的罪名量刑更轻，也不会去主动指出，更不会去为控方未指控的罪名作辩护。在此情况下，最后法院判决的结果是既不采纳辩护人的意见作无罪判决，也不支持公诉机关指控被告人犯罪的罪

名,而对被告人作出了适用其他罪名的有罪判决。对判决认定的罪名,实际上是在被告人没有行使辩护权的情况下作出的。

还有一种观点认为,上述情况已经超出了《刑事诉讼法》规定的三种情形之外,应由全国人大作立法解释或以修正案的方式予以补充,最高人民法院无权对此作司法解释。

对此,笔者认为上述意见有一定的道理,但在司法实践中,法院改变公诉机关指控的罪名作出有罪判决,也应当分为两种不同的情况。

第一种情况:法院作出改变公诉机关起诉罪名的有罪判决,所依据的犯罪事实和证据与公诉机关指控的罪名所依据的是同一犯罪事实和证据,所有的事实和证据,已经在法庭上经过了充分的质证和辩论,法庭也已经充分听取了控辩双方的意见,法院最后也是依据庭审内容作出有罪判决,只是在罪名的适用上有了改变。例如:公诉机关指控某被告人构成了强奸罪,法院经审理后查明认为该被告人不构成强奸罪,构成了猥亵妇女罪,也有可能原来指控的罪名是猥亵妇女罪,而法院审理后判决适用强奸罪,这种情况在实践中多有发生,如故意杀人罪和故意伤害罪,抢劫罪和抢夺罪等。

第二种情况:法院最终作出的有罪判决的罪名与原来公诉机关所指控的罪名所依据的犯罪事实与依据完全不同,这种情况在实践中也有发生。如某被告人被公诉机关指控犯有非法经营罪,法院经审理后认定被告人的行为不构成非法经营罪,但在审理过程中发现被告人有伪造企业印章的行为,最后判决被告人犯有假冒企业印章罪。而在整个庭审过程中,控辩双方都是围绕被告人是否构成非法经营罪进行质证和辩论的,对于被告人假冒企业印章的事实只是作为其中一个证据进行了质证,双方都没有对被告人是否构成伪造企业印章罪发表过任何意见。

针对上述两种不同的情况,笔者认为应当区别对待,分别采取不同的处理方式:

一、对于第一种情况,鉴于控辩双方对于同一犯罪事实与依据已经进行了充分的质证和辩论,虽然法院认为被告人不构成公诉机关指控的罪名,但基于同一犯罪事实和证据,已经符合另一个罪名的构成要素,法院据此作出了改变原来指控罪名的有罪判决,无论量刑比原来指控的罪名轻还是重,均没有剥夺被告人的辩护权利。退一步说,即使公诉机关撤回起诉后改变原来的罪名再起诉,法庭审理的实质内容并没有发生变化,反而因此造成了审判资源的浪费。如果被告人对法院判决的罪名不服,可以在上诉时提出。

二、对于第二种情况,法院就不能直接改变原来的

罪名作出有罪判决,虽然最高人民法院的司法解释中也规定了当法院在作出改变原来指控的罪名作出有罪判决前,应当听取控辩双方的意见,保障被告人、辩护人行使辩护权。必要时,可以重新开庭,组织控辩双方围绕被告人的行为构成何罪进行辩论。但因为原来庭审中双方质证和辩论的内容与改变后的罪名所依据的事实与证据完全不相同,仅对适用罪名进行辩论,仍然不能充分保障被告人的辩护权利,必须对新的罪名所依据的事实和证据重新开庭审理,让控辩双方有充分发表意见的机会,具体操作上可采用以下几种方式:

(一)判决公诉机关指控的罪名不成立,作无罪判决。公诉机关以新的罪名重新起诉,因为依据的犯罪事实和证据完全不同,不存在一案两诉的问题。

(二)由公诉机关主动撤回,再以新的罪名起诉,撤回原来的起诉证据,围绕新的罪名重新提供新的证据。

(三)在目前的情况下,可以按照最高人民法院的司法解释操作,由法院告知控辩双方有可能使用新的罪名,但必须要重新组织开庭,并由公诉机关围绕新的罪名提供有关证据,在对新证据经过质证后,由双方充分发表意见,最后由法庭认定并判决,但必须给被告方充分的准备时间。

笔者认为上述三种方式,第一种目前尚难以做到,但应当是作为今后努力的方向,只有这样才能提高办案机关的工作质量和效率,提高打击犯罪的准确率;第二种方式从理论上是完全可以做到,但因为工作量的增加和内部考核机制等因素,有一定的阻力;第三种方式是当前实际采用最多的,但在合法性和保障被告人的辩护权利上确实存在很大的缺陷。需要指出的是,在实践中有的法院承办人员因为考虑到改变罪名会给公诉机关办案人员内部考核带来负面影响,同时也为减轻工作量,主动去做被告人及其辩护人的工作,要求被告人在不改变原来罪名的基础上接受有罪判决,交换条件是比照改变后的罪名在量刑上作适当从轻或减轻。在实践中大部分被告人都会同意这种做法,他们的辩护人因为从被告人的利益出发也不会反对,但这样做的后果是给执法的严肃性和保证办案质量带来了很大的伤害,同时也经不起法律和时间的检验,如果判决生效后,被告人提出申诉,并以同样案例被判无罪作为参照,受理部门将如何应对?

从以上的事实可以看出,虽然我国《刑事诉讼法》几经修改,在保障被告人合法权益上已经有了很大的进步,但仍存在诸多问题。这些问题的存在,既有立法上的原因,也有执法上的问题,还有法律工作者观念上的因素,这些都需要我们不断地去努力、去改变。●

人文万象

诗 歌 文/申兵

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

风筝心语

题记:9月16日早晨,送外孙去幼儿园。途中见人放飞风筝,高入云端众人观看,突来灵感强记腹稿,当夜润色遂成此篇。

你是我地上的锚,我是你天边的星,
彼此呼应有着无法割舍的骨肉亲情。
在追天的路上,你让其远就远,你要我近就近;
即使飞上九天揽月,我也要听从你手上的指令。

因为我们是命运的共同体,一根红线串起的两颗丹心,
一颗在地放飞永生的盼望,一颗在天追寻属灵的生命。
在你仰望的眼睛中,我看到一江秋波的深情;
在我舒展的身姿里,你寄托渴望腾飞的愿景。

趁着好风你速速地放行,催生我胸中凌云的豪情,
披着彩虹我款款地回归,涌动你心底浪漫的温馨。
你的希冀有了我的顺从,才有这运筹帷幄的敏灵;
我的生命有了你的牵挂;才有这进退自如的身影。

我深知飞得再远再高,那红线依然牵在你的手心,
我害怕那突变的风云,会吹断这根美妙的丝弦。
哦,朋友,无论发生什么情形,请你千万别松手,
因为这根红线承载着我全部的理想、信仰、爱情和生命。

如果哪一天,你不小心让我坠落,
我也抱定决心,摇摇晃晃地向你靠近。
用我最后的能量,乘驾着清风滑行;
让我破残的身躯,在你的怀中长眠!



冰

你是大自然造化的精灵，你是上天创造的奇妙作品。
你来自柔和透明的清水，也曾升华成飘逸的白云。
你水仙般清纯的心灵，在与污秽的抗争中更加晶莹；
你白玉似洁净的躯体，在与严寒的对峙里更加坚挺！

你是青云的姐妹，你是碧水的结晶，
你是报春的信使，你是抗寒的精兵。
在邪情肆虐的污浊中，你坚守着圣洁的童贞；
在私欲横流的寒潮里，你绽放着高贵的灵魂。

那蓝色穹苍下莲花般飞翔的云朵，
是你不甘堕落独守孤傲的高雅前生；
那绿色原野上绸缎般荡漾的碧波，
是你春风化雨普泽天下的庄重新生！

三九严寒的磨砺，让你随和的本性变得如此执着；
九级狂风的吹打，将你轻柔的外形变成这般坚硬！
你那刚硬的内心，也曾有碧水的柔情；
你那冷酷的外表，也曾有暖阳的温馨！

我愿化作一股暖流融化你的刚硬，
让你重展优雅清丽的贵族风情；
我愿变成一缕清风吹走你的孤傲，
让你再现柔和谦卑的迷人品性！

愿柔和太阳的照耀能温润你的全身，
让你在金光闪烁的锐变中，化作甘霖滋润万千美妙的生命；
愿和熙春风的吹拂能苏醒你的柔情，
让你在万紫千红的簇拥下，变成碧水辉映生机盎然的美景！

(作者单位：上海知诚律师事务所)

随 笔

●文 / 吴静静 “

“西”游记

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

——西雅图波音 737 接机之旅



2014年2月26日,我第一次来到西雅图,走进了波音商用飞机交付中心。

在航空租赁领域服务多年,“经手”了一架又一架飞机,从波音到空客,从庞巴迪到湾流,从737到A320,从Challenger 850到G280,每一架飞机的型号、参数和价格都已烂熟于心。也正因如此,这些身价不菲的庞然大物和整个精细严谨的交易过程在我心里是“扁平化”的,就好比我们屏幕里生动活泼的画面在程序员眼中都是1和0一样。

因此,此次能获得波音公司邀请,前往西雅图亲身经历飞机交付,是一次从“扁平化”到“立体化”的珍贵体验。而作为律师,能在现场见证各项文件签署,目睹交易的正式完成,也有一种小小的成就感。

此次西游,我们一行正好四人。带队的是我们的客户,一家国有大型租赁公司高管和业务经理,我和我的助理作为专项顾问随同前往。在正式踏上西游征途之前,我先介绍一下背景。随着近几年国家对于融资租赁,尤其是飞机租赁的重视,加上我国民用航空市场的蓬勃发展,中国飞机租赁市场的活跃程度越来越高,大型租赁公司的数量越来越多,实力也越来越强。伴随着全球市场尤其是中国市场与日俱增的需求量,波音与空客的机位越来越紧张,制造商较长的交付周期和航空公司迫切的运力需求形成了矛盾。因此,中国的航空公司也在寻求新的购机方式,目的就在于

尽快取得“现货”,投入市场。其中的一个重要方式,就是“二手机”的融资租赁。

对上述二手机之所以要打引号,是因为这种方式并不是严格意义上的二手机融资租赁,因为飞机是全新的,但飞机要“过一手”。传统的融资租赁涉及三方,制造商如波音为卖方,租赁公司为买方和出租人,航空公司作为承租人。而在这一模式中,交易主体涉及四方,增加的一方是已获得机位且即将进行飞机交付的公司,一般是租赁公司和航空公司。这样一来,通过一份飞机购买转让协议,租赁公司作为出租人从前者处取得飞机购买协议项下的购机权益,波音公司直接向承租人——航空公司交付飞机,航空公司如愿以偿取得“现货”,在最短的时间内投入运营。我们此次前往波音完成的正是这样一单交易。

一、西雅图市

飞机降落在西雅图——塔科马国际机场,走出通道的时候,波音的接待人员已经等在了那里,随后他驱车带我们前往住处。

一路上风景宜人,湛蓝的天空令人心旷神怡,远处可以看到壮观的瑞尼尔雪山,白雪皑皑,巍峨连绵。瑞尼尔雪山海拔4392米,是北美第二高峰,令人想不到的是,她还是一座活火山,只不过现在正处于休眠期,上一次火山喷发还得追溯到1840年。瑞尼尔雪山常年笼罩

在云雾里,使人无法看清她神秘的全貌。

大约半小时后,我们抵达了入住的酒店,航空公司的领导和机组人员已早于我们几天入住,这几天一直忙碌于飞机的试飞和验收工作。由于飞机的交付时间为第二天,当下无事,因此大家决定去市里转一转。

不一会儿车来了。上了车我们对司机说带我们去市区。司机一愣,问:“你们是要去西雅图吗?”我们也一愣,问:“我们现在不就是在西雅图吗?”司机摇了摇头:“不不不,这里不是西雅图。”这下我们是真恍惚了,赶紧追问一句:“那这是哪儿?”答曰:“Renton。”在之后的交谈中我们了解到,原来Renton(中文翻译为伦顿)和西雅图一样,都是华盛顿州的一个市。尽管当我们提到波音时第一时间想到的是西雅图,但其实Renton在波音的发展中占据着重要的位置。这里是波音737系列飞机的最终组装地,也在这里诞生了波音第一架喷气式飞机——波音707。

在搞清楚我们在哪儿这个问题后,对于西雅图和Renton我们有了更清晰的认识。虽然一开始双方的表述不同,但目的地都是一致的——西雅图市区。由于时间有限,我们没有去著名的太空针塔、西雅图水族馆和瑞尼尔雪山国家公园,而是去了更具有当地生活气息的派克市场。

派克市场最出名的地方可能在于这里正是星巴克的诞生地。1971年,世界上第一家星巴克在此开门营业,西雅

图年轻的设计师从中世纪木刻的海神像中得到灵感,设计出了经典的双尾美人鱼形象,几经演变,成为了今天的标志。如今,这家星巴克依然每天开门营业,并且成为了一个著名的景点,每天来这儿品尝咖啡、购买纪念杯的游客络绎不绝。和波音“迁都”芝加哥不同,星巴克的总部始终在西雅图,这也是西雅图人民的骄傲之一。

二、波音商用飞机交付中心

第二天一早,搭乘波音公司的大巴,我们终于踏入了波音的 Everett 制造基地。园区很大,有最为重要的制造工厂,也有具有科普教育意义的航空博物馆,还有油漆厂、大型纪念品商店,以及我们的第一站,商用飞机交付中心。

交付中心并不大,放在国内就是一栋不起眼的矮矮的办公楼。我们跟随波音工作人员来到一个小型会议室,门口的门牌上已经放上了此次交易各方的公司标志。

尽管这天是周三,但大楼里很安静,和我们当初想象的忙碌完全不同。在简单地寒暄一番之后,宾主落座,正式开始交机文件的签署和交付。包括波音、两家租赁公司、航空公司和民航局在内,共计五方约 20 人。不一会儿,波音工作人员推了辆平板车进来,开始一车一车往里送材料,一共送了大概三车——虽然没堆满,但每一单飞机购买和租赁项目涉及文件之多也可见一斑。

人员就位,材料齐全。波音方面的项目负责人按照文件清单一份一份地分发材料,各方依次审阅、签字、整理,然后端端正正地放入纸箱。

通过一上午紧张的忙碌,整个文件签字和交付仪式终于在下午圆满结束。

三、波音 737 工厂

在飞机交付完成后的当天下午,波

音公司邀请我们前往波音飞机总装厂参观。在进入工厂之前,我们首先看到场外停放着一架又一架的机身,呈现出最原始的样子,没有涂装,没有喷漆,没有机翼,没有内饰,就是长长的一条,包裹着一身绿皮。

踏入工场,走上二楼参观楼层俯瞰整个厂房,带给我们的是极大的震撼。厂房一排有 6 扇大门,每个高 25 米,宽 107 米,相当于一个美式足球场的大小,厂房总面积相当于 7.5 个足球场,已被吉尼斯世界纪录确认为世界上最大的建筑。

从二楼可以看到机身在送进工厂之后,开始在一个一个库内如流水线一般进行组装。发动机、零配件、机翼、尾翼、焊接、安装、涂装,每架飞机从进场到组装完成一共要经历大约 10 个库。现代化的工业设施可以安排多架飞机同时组装,以最大的效率保证在最短的时间内飞机出厂。

我们在一个个库中看到飞机从原始的机身一直到最后华丽的涂装,尽管严格意义上来说这里只是组装工厂,但能看到这样完整的一个过程还是令我们有些震撼的,不得不感叹波音先进的现代化工业技术。

在巨大的厂房和飞机面前,工程师们显得特别渺小。看到这么多工程师在忙碌着,我不禁问起波音导游:这里面是否有中国的工程师?听到这个问题,导游眼前一亮,开始侃侃而谈,正是在他的介绍下我们才知道,原来早在波音成立之初,就有一位中国人做着这份酷炫的工作,而且如果没有他,也许波音的故事会是另一个版本。他就是王助,不仅是当年波音的工程师,更是波音的首任工程师。

王助毕业于麻省理工学院,获航空工程学硕士学位。1916 年,威廉·波音在西雅图创立“太平洋飞机制造公司”(波

音公司前身),希望麻省理工的教授给他推荐一位毕业生,王助被极力引荐,成为波音的首任工程师。

波音的第一架飞机“B&W-1”销路不畅。王助在此基础上设计出一架双浮筒双翼的“B&W-C”型水上飞机,第二年成功地试飞。该机作为波音公司制造成功的第一架飞机,开辟了美国第一条航空邮政试验航线,美国海军部认为兼具巡逻艇和教练机的双重功能,一次就订购了 50 架,为波音公司带来 57 万美元的收入,波音公司从此站稳了脚跟,逐步发展成为世界上最大的飞机制造公司。

一战结束后,王助回国先后创立了中国首个正规飞机制造厂,设计制造了中国首架水上飞机、培养了中国首批航空工程制造人才,在飞机设计、组装、修理、制造、航材研制等领域功勋卓著,为中国航空工程事业做出了不可磨灭的贡献。

2005 年,波音飞机博物馆特地举行了王助专题展,今天在这里还陈列着王助的个人资料、老照片和肖像的铜匾。对我们而言,如果说刚才只是纯粹感叹西方飞机制造业之发达,那王助所带来的浓浓中国元素则无疑平添了我们的自豪之情。

三天的西雅图之旅短暂而充实,一晃而过,感触良多。作为一名律师,在波音亲身经历这一次飞机的交付过程,能感受到中国的租赁公司和航空公司在全球航空产业中的地位越来越重要。而作为一名普通的中国公民,我见识到了波音飞机制造之先进高效,感受到了那股视觉和听觉的双重震撼,也发现了那一笔浓墨重彩的中国元素。因此,我也愈加期待将来我国的国产飞机能在世界上占据一席之地。●

(作者为:北京大成(上海)律师事务所合伙人)

乐 Life

●文 / 章煦春

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

茶之悟语

——品茶的意味



不知从何时开始,自己突然对泡茶有了浓烈的兴趣。无论是与好友相聚,还是独自一人,当舒舒服服地坐下,用清凉甘甜的山泉水来泡茶,就着炉烟,舌尖的苦味弥漫于整个味蕾,转瞬间却甘甜无比,不仅是种奇妙的享受,令人回味无穷,更可让我缓缓放下心中的烦恼。

作为一名律师,在法庭上的唇枪舌剑,在日常工作中的快节奏状态与静心品茶、慢节奏的生活,似乎是矛盾而不可调和的。在上茶课时,初时接到客户电话,总觉得所谈话题与茶课氛围格格不入,无法融合,甚至对一同学茶之人和授课老师心存歉意。所幸我从未因此想过放弃,反而在学习的过程中,渐渐感悟到品茶的乐趣,把心情从匆忙的节奏感里沉淀下来,用心去体会生活的惬意。

品茶的环境首选清新雅致之处,专业的茶室通常会特意营造一些氛围,让人感觉到鸟语花香。可是,在茶室品茶只能是偶尔为之,我们大部分的时间仍然是在钢筋水泥的写字楼内。其实,环境是可以创造的,在窗台边,在办公桌旁种树养花,营造出一片翠绿的光景,当阳光从落地窗洒进来时,也为室内带来了婆娑的树影、花影。在地板上摆放几个矮几,再放上几个古朴的茶具,简单而温馨的品茶环境就营造出来了。冈仓天心在

《茶之书》中曾描述茶道大师千利休对品茶环境的理解,千利休之子辛苦打扫庭院后对父亲说:“父亲大人,已经没有东西好清理了,小径已经刷洗了三次,石灯笼与树梢上都撒了水,苔藓和地衣看起来生气勃勃,洋溢生机,哪怕是一根小树枝,或者是一片落叶,都不能在地上找到。”千利休却不禁斥责道:“蠢蛋,庭径不是这样打扫的。”一边说,一边步入庭中,抓住一颗树干摇晃起来,园内顿时洒满红黄落叶,片片皆是秋之锦缎!可见,所谓的清新雅致并非徒有清静,更要有了一份美感与自然。

好友相聚,布置一场温馨的茶席是非常惬意的。在布置茶席时,要充分考虑色彩、材质、造型的要素,才能将不同的茶具、茶则、壶承、茶巾、水方等调和成一个整体。一张纯麻茶布、一块枯木、一颗海边拾得的石块,都能成为茶席中极佳的亮点。生活不是靠昂贵的物质堆积的,只要用心,哪怕是大自然的一草一木也能给我们带来意想不到的惊喜。

泡茶前,选一把适合的茶壶尤为重要,适合并非指昂贵的名家之壶才能泡出令人回味的茶汤。我曾试过用一把无论外表还是材质均属上乘的所谓名家之壶冲泡凤凰单枞,结果宜兴紫泥的厚重完全掩盖了茶香,茶汤入口非但苦涩不堪,而且让人感觉燥热。反而用一把价值

仅500元的朱泥壶时,朱泥胎薄、升温快的特质完美的带出了茶香,茶汤虽苦却香气迷人,随之而来的回甘很甜,茶杯中飘散出来的奇妙幽香更是让人回味无穷。我通常用紫砂茶壶泡普洱,用朱泥壶泡岩茶,用白瓷壶泡红茶。当然,用何种壶泡何种茶,可以说是仁者见仁、智者见智,没有统一的结论,但这不就正是品茶的乐趣吗?有时我也会用不同的壶泡同一款茶,出来的茶汤滋味也是截然不同的。茶杯对于茶汤的香气和滋味影响也是巨大的,我曾试过同一款茶倒入不同的茶杯中,特别是不同材质的茶杯中,香气和滋味也是完全不同的。

将茶叶倒入茶则,向友人介绍茶品后,应当首先注水温杯,用滚水把茶壶温热,去除冷气,可以发散茶香。然后将温水倒入茶海,用茶针将茶叶拨入茶壶,再将茶海中的温水倒入茶杯温杯。茶具的温度对茶香影响甚大,特别是在寒冷的冬日,注意提升茶具的温度是保持茶香的关键。

用并不昂贵的茶壶泡出一壶令人惊叹的茶汤,努力从中发现生活中的美好事物;花一点时间来提升自己审美的品位,可以在短暂的生命中创造出新的乐趣。●

(作者单位:上海瀛泰律师事务所)

业内资讯

市女律联举行“自我提升”沙龙活动

9月21日,上海市女律师联谊会联合黄浦区女律师联谊会举办了艾灸调理亚健康讲座,邀请到了范长伟老师担任主讲嘉宾,百余名各区县女律师参加了本次活动。

范老师从现代人为什么会亚健康、艾灸和人们的关系以及关于艾灸的起源文化、效果和秋季养生等方面,为大家进行了详细的讲解和分析。



“民革上海市委会法律服务工作站”举行揭牌仪式

9月23日,“民革上海市委会法律服务工作站”揭牌仪式暨知识产权实务研讨会举行。民革上海市委会副主任、秘书长李栋梁,社发部副部长周卫平和民革徐汇区委副主委张纓等参加了揭

牌仪式及研讨会。本次揭牌的“民革上海市委会法律服务工作站”将设立在上海汇鼎律师事务所,为广大市民群众、尤其是民革党员,提供咨询等法律服务。

本市律师会员福利又添新项目

9月30日,上海市律协与中国平安财产保险股份有限公司上海分公司正式签约,为全市律师投保“重大疾病保险”,这是一项实实在在的惠民工程。根

据协议,此次保险共覆盖25种重大疾病。欲了解《重大疾病保险协议》的内容,可登录“东方律师”网,用个人用户名和密码进入会员系统,进行查询。

上海市律协律师学院分别于10月9日至11日、10月18日举行专题讲座及培训班,特邀全国政协常委、民建中央副主席、上海市政协副主席周汉民,市人大常委会法工委主任、华东政法大

学教授丁伟,中华全国律师协会建设工程与房地产专业委员会主任、住建部“转包等违法行为界定标准课题组”负责人朱树英等多位嘉宾讲课,共1000多人次的律师参加了培训。

上海市律协律师学院举办“自贸区金融创新法律实务”专题培训班及建筑工程律师实务讲座

市女律联举行一年一度的老律师重阳节活动

10月12日,上海市女律师联谊会又在江苏省苏州市的西山举行了一年一度的老律师重阳节活动,参与人数达到

了100人。席间老教师们交谈甚欢,自发地为大家送上了滑稽戏、小合唱等节目助兴。



市律协成功举办第一届上海市律师事务所以行政人员趣味运动会

10月25日,由上海市律协主办的“共建和谐—多彩律协”2014年第一届上海市律师事务所以行政人员趣味运动会成功举

办。来自浦东新区、杨浦区、长宁区、静安区、闸北区、黄浦区、虹口区等七个区的律所行政人员近百人参加了此次活动。



上海仲裁委员会

Shanghai Arbitration Commission

上海仲裁委员会是根据《中华人民共和国仲裁法》的规定,由上海市人民政府依法组建的常设仲裁机构。上海仲裁委员会以仲裁方式,独立、公正地处理平等主体的自然人、法人和其他组织之间的涉外及国内的合同争议和其他财产权益争议。

根据法律的规定,当事人选择以仲裁方式解决争议,应当达成仲裁协议。如果您考虑选择由上海仲裁委员会作为解决争议的仲裁机构,请在订立合同时采用如下仲裁协议条款:

“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,均应提交上海仲裁委员会按照该会仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的,对双方当事人均有约束力。”

MODEL ARBITRATION CLAUSE

“Any dispute arising from or in connection with this Contract shall be submitted to Shanghai Arbitration Commission for arbitration which shall be conducted in accordance with the Commission’s arbitration rules. The arbitral award is final and binding upon both parties.”

地址:上海市威海路 755 号文新大厦 23 楼
电话:(8621)52920022 传真:(8621)22313993
邮政编码:200041
网址:www.accsh.org

Address: 23/F No.755 Weihai Road Shanghai P.R.C.
Tel: 86 21 52920022 Fax: 86 21 22313993
Zipcode: 200041
Website: www.accsh.org

新法速读

最高人民法院颁布《关于审理工伤保险行政若干问题的规定》

2014年6月18日,最高人民法院颁布了《关于审理工伤保险行政若干问题的规定》(以下简称《规定》),《规定》共10条,于2014年9月1日起实施。相应的,最高人民法院还公布了4起工伤保险行政纠纷典型案例。

《规定》细化了工伤认定中的“工作原因、工作时间和工作场所”,“因工外出期间”以及“上下班途中”等问题,还对双重劳动关系、派遣、指派、转包和挂靠关系等5类特殊的工伤保险责任主

体做了明确规定。

其中如下内容值得关注:

一是明确了4种应当被认定为“上下班途中”的情况。分别为:“在合理时间内往返于工作地与住所地、经常居住地、单位宿舍的合理路线”,“在合理时间内往返于工作地与配偶、父母、子女居住地的合理路线”,“从事属于日常工作生活所需要的活动,且在合理时间和合理路线”和“在合理时间内其他合理路线”。

二是明确了“因工外出”的具体情形,包括“职工受用人单位指派或者因工作需要在工作场所以外从事与工作职责有关的活动期间”,“职工受用人单位指

派出学习或者开会期间”,“职工因工作需要的其他外出活动期间”。并指出:“职工因工外出期间从事与工作或者受用人单位指派外出学习、开会无关的个人活动受到伤害,社会保险行政部门不认定为工伤的,人民法院应予支持。”

三是明确了工伤劳动者与两个或者两个以上单位有关联时,工伤保险责任的承担单位。

四是明确了职工因第三人的原因受到伤害或导致工伤等不同情形下的工伤保险待遇的给付。

(供稿:市律协劳动法业务研究委员会)





上海国际经济贸易仲裁委员会

Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission

上海国际仲裁中心

Shanghai International Arbitration Center

上海国际经济贸易仲裁委员会（同时启用“上海国际仲裁中心”的名称，原名中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会，英文简称“SHIAC”，下称“上海贸仲”）是由上海市人民政府于1988年行文批准设立、并经司法登记的独立仲裁机构。其以独立、公正、专业、高效的仲裁服务为当事人解决争议，在国内外享有较高的声誉。上海贸仲受理当事人约定由上海国际经济贸易仲裁委员会或上海国际仲裁中心仲裁的案件，并继续受理按照当事人的约定应当由中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会仲裁的案件。

示范条款一 / Model Arbitration Clause I

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

Any dispute arising from or in connection with this Contract shall be submitted to **Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission** for arbitration.

示范条款二 / Model Arbitration Clause II

“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交上海国际仲裁中心仲裁。”

Any dispute arising from or in connection with this Contract shall be submitted to **Shanghai International Arbitration Center** for arbitration.

地址 (Address): 中国上海市金陵西路28号金陵大厦7层
7/F, Jin Ling Mansion, 28 Jin Ling Road(W), Shanghai 200021, P.R.China
电话 (Phone): 86 21 6387 5588
电子信箱 (E-mail): info@shiac.org
传真 (Fax): 86 21 6387 7070
网址 (Website): www.shiac.org

新法速递 《 律师业务资料 》 目录 2014年第9期

上海篇

- 1.上海市人民代表大会常务委员会:上海市村民委员会选举办法
- 2.上海市人民代表大会常务委员会:上海市文物保护条例
- 3.上海市人民代表大会常务委员会:上海市建筑市场管理条例
- 4.上海市人民代表大会常务委员会:关于修改《上海市防汛条例》的决定
- 5.上海市人民政府:上海市共有产权保障住房(经济适用住房)准入标准和供应标准
- 6.上海市人民政府:关于调整和完善本市廉租住房政策标准的通知
- 7.上海市住房公积金管理委员会:上海市提取住房公积金支付房屋租赁费用实施办法
- 8.上海市住房公积金管理委员会:关于本市提取住房公积金支付房屋租赁费用设定家庭月工资收入规定比例和月提取限额的通知
- 9.上海市住房公积金管理委员会:上海市低收入经济困难职工家庭提取住房公积金支付物业服务费实施办法
- 10.上海市住房公积金管理委员会:关于本市低收入经济困难职工家庭提取住房公积金支付物业服务费设定月提取限额的通知
- 11.上海市公安局:上海市居住房屋租赁治安消防安全若干规定
- 12.上海市公安局:上海市公安派出所消防监督工作规定(2014年修订)
- 13.上海市国家税务局等:上海市税务行政复议和解调解实施办法
- 14.上海市民政局等:关于调整本市2014年城镇义务兵及其家属优待金标准的通知
- 15.上海市高级人民法院:关于转发上海市统计局发布的《2012年度上海市职工平均工资》的通知
- 16.上海市高级人民法院:关于进一步做好人民陪审员参与审理基层法院受理的一审涉外、涉港澳台商事案件工作的通知
- 17.上海市高级人民法院:关于无法清算案件终结裁定中相关内容如何规范表述的研讨综述
- 18.上海市高级人民法院:关于清算赔偿责任适用诉讼时效问题的研讨综述
- 19.上海市高级人民法院:关于商事案件中如何处理公司代表权问题的解答

全国篇

【综合】

- 1.全国人民代表大会常务委员会:关于修改《中华人民共和国军事设施保护法》的决定
- 2.全国人民代表大会常务委员会:关于修改《中华人民共和国保险法》等五部法律的决定
- 3.全国人民代表大会常务委员会:关于修改《中华人民共和国安全生产法》的决定
- 4.全国人民代表大会常务委员会:关于修改《中华人民共和国预算法》的决定
- 5.全国人民代表大会常务委员会:关于授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开展刑事案件速裁程序试点工作的决定
- 6.全国人民代表大会常务委员会:关于在北京、上海、广州设立知识产权法院的决定
- 7.全国人民代表大会常务委员会:关于设立烈士纪念日的决定
- 8.国务院:关于修改部分行政法规的决定

【诉讼法】

- 1.最高人民法院:关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定
- 2.最高人民法院:关于执行程序中计算迟延履行期间的债务利息适用法律若干问题的解释

【证券保险】

中国证券监督管理委员会:创业板上市公司证券发行管理暂行办法

【财政】

财政部等:电话销售彩票管理暂行办法

【工商质监】

国家工商行政管理总局:商标评审规则

【其他】

工业和信息化部:中国(上海)自由贸易试验区外商投资经营增值电信业务试点管理办法

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/>

《我寻梦在俄罗斯的街头》



摄影/文：顾 冶 律师

我寻梦在俄罗斯的街头
耳边 萦绕着天鹅湖的旋律
眼前 却分明是黄莺在啾啾
皇村的红叶翻飞 一如普希金的诗笺
纤夫肩上的勒痕 已顿作列宾的满脸泪流

我寻梦在俄罗斯的街头
红场的长明火中 依稀看见无数实弹受阅的礼兵
哼着《深海》的旋律 走向人生的辉煌 生命的尽头
失明的柯察金 饿昏的瓦西里
那是我精神上的初恋 我曾为你们梦牵魂游

我寻梦在俄罗斯的街头
恍如又在《我的大学》里逗留
文学 绘画 音乐 电影
苦难 顽强 坚韧 自信
我用呼吸去感知 我用目光去触摸
再加上我的……镜头