

上海市律师协会 主办



SHANGHAI
LAWYER

卷首语 保持良性互动 维护司法公正

/应 勇

法律咖吧 带薪年假制度 想说爱你不容易

/陆敬波 张淑华 温陈静

聚 焦 · 思 辨 · 感 悟 · 互 动

2012

总第700期

10



专题研究

我国最低工资若干法律问题研究 / 林 峰

聚 焦

金风送爽上海滩 转型发展正当时

——对上海律师业转型发展的若干思考 / 盛雷鸣

9月17日，美国贝克麦坚时国际律师事务所主席李蔼德造访上海市律协。市律协对美国贝克麦坚时国际律师事务所对市律协各项工作的支持表示感谢。双方并将在人才培养以及律师事务所的管理方面加强合作交流。



10月19日，香港大律师公会主席林孟达资深大律师一行造访上海市律协。双方均表示希望能够加强联系，深化联系渠道，为今后进一步沟通打下良好基础。



9月17日，上海市律协特邀会员工作委员会举办了主题为“法律服务全球化过程中的机遇与挑战”的沙龙，就事务所发展全球化、法律实践领域的机遇与挑战以及法律服务市场发展的趋势等话题进行了讨论。



9月18日，上海市律协接待了北京市律师协会考察团一行。双方就律师行业税收征收方式和特别政策、律师税赋负担状况和征收效果等方面进行了深入探讨。



9月26日，英国赫特福德大学国际部东亚区营销经理 Hannah、Victoria 一行拜会上海市律协。上海市律协对赫特福德大学多年来致力于上海律师人才的培养给予充分肯定，并将继续选派优秀青年律师和实习人员到该校留学深造。

保持良性互动 维护司法公正

上海市高级人民法院院长 应勇

在依法治国方略深入推进、社会主义法律体系业已形成、人民群众对司法公正的期待不断增强的背景下,法治在社会生活中发挥着日益重要的作用,法律职业共同体的使命更加光荣、责任更加重大。作为法律职业共同体的重要力量——法官和律师更是责无旁贷,重任在肩。其中,处理好法官和律师的关系既是一个值得思考的理论命题,也是一个亟需关注的实践课题。

长期以来,上海的法官和律师坚持理性交流、保持良性互动,以优良的职业操守和高度的社会责任为维护司法公正、树立司法权威、提升司法公信做出了积极贡献。为进一步处理好两者的关系,使之处于一个更加和谐、规范、健康的状态,我觉得有三个方面比较重要。

一、秉承“和而不同”。法官和律师因法律而结缘,因诉讼而相逢,总体而言有诸多共同之处:都是精通法律专业知识并实际运用法律、服务社会的“法律人”,拥有共同的专业知识结构、共通的法律思维方式,共担维护社会公平正义的重任,在推进依法治国和构建社会主义和谐社会的进程中有着共同的责任和追求。但角色分工又决定了两者之间有诸多相异之处:法官作为案件的裁判者,其职责是“以事实为依据,以法律为准绳”,秉公办案,居中裁判,是法律规则的维护者。律师作为当事人的代理人,其职责是依法代表当事人向法庭提供对其有利的证据和意见,维护其合法权益,是当事人权益的维护者。古希腊先哲柏拉图曾经说过:“正义就是有自己的东西干自己的事情,只做自己的事情而不兼做别人的事情”。易言之,正义就是各就其位、各司其职、各负其责。因此,法官和律师务必担当好各自角色,做到相对独立、彼此尊重、以理服人、以法信人。

二、提倡“交而不易”。基于职业需



要,法官和律师工作上的交往不可避免;基于人之常情,法官和律师工作外的交往也是客观存在。但是失度的、不当的交往不仅会给当事人带来“合理怀疑”,还会埋下司法腐败的祸根,使“交往”异化为“交易”。为此,法官和律师的交往必然是有阻隔的交往,法官和律师的合作必然是有疏离的合作。在这方面,三大诉讼法都有相关的回避规定,最高人民法院和司法部也发布了《关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》,市高院和市司法局还制定了《关于规范法官和律师相互关系的若干规定》。为杜绝职业裙带引发的“瓜田李下”,前两年市高院也下大决心、花大力气构筑“隔离墙”——推行法官配偶为律师的一方退出机制,此举不仅得到了最高人民法院和上海市的充分肯定,也得到了市律师协会的理解和支持。全市法院113名审判、执行岗位的配偶、子女为律师的法官,已全部实现“一方退出”,受到社会各界的理解和赞同。为保持交往关系的健康、规范、正常、有序,我们提倡在交往过程中要坚守职业道德,严守法律底线,坚持“三多三少”:组织层面多交往,个人层面少来往;公开层面多交往,私下层面少来往;工作层面多交往,生活层面

少来往。

三、坚持“诚而不欺”。一定意义上,法官和律师之间既是一个平等合作的关系,也是一个相互监督的关系。如果在工作 and 交往中发现对方的问题和不足,务必做到实事求是、及时交流、认真沟通、坦诚相待。比如,市高院曾经就个别律师代理不规范的问题编发信息寄送市律师协会,市律师协会十分重视,专门来文回复,并向全市律师事务所下发《市律协关于律师在诉讼代理中存在问题情况通报》,要求全体律师遵守职业道德和职业纪律,维护职业形象和职业声誉,还向社会公众发布《法律服务风险提示》。市律师协会也曾向市高院反映过部分法院立案窗口不规范以及取证难的问题,市高院也很重视,专门召集相关法院立案庭举行立案工作例会,梳理情况、研究对策、解决问题,不仅出台了《关于加强立案工作若干意见的通知》,要求全市法院立案庭规范审查、统一标准、畅通渠道、便利诉讼;还出台了《关于立案审查阶段适用调查令的操作规则》,进一步方便了律师立案时证据的收集工作,受到了广大律师的欢迎。去年,我还曾就适法统一问题专门到市律师协会走访座谈,市律协的相关同志及部分律师给予了积极配合,不仅介绍了律师们反映的法律适用不统一的案例,还对相关案例的类型、成因等进行分析,对上海法院做好法律适用统一工作提出了许多很好的具体建议,为我们后来制定《上海法院关于规范法律适用、推进法律适用统一的若干意见》提供了很大的帮助。

希望法院能与市律协进一步建立健全多层次、立体化、综合性的沟通交流机制,使法官和律师在理性交流和良性互动中品读法律、研析法治,为把上海建设成为“法治环境最好的地区之一”贡献更大的合力。



上海律师

SHANGHAI LAWYER

2012 10

总第 700 期

目录

卷首语

- 1 保持良性互动 维护司法公正 / 应 勇

本刊关注

聚 焦

- 5 金风送爽上海滩 转型发展正当时
——对上海律师业转型发展的若干思考 / 盛雷鸣
- 8 以“学”促“术”寻找律界“达人”
——首届上海律师学术大赛启动 / 吕 轩
- 9 精心组织 积极履职 普法为民
——2012 年“市民与法”讲座半年来的情况回顾与总结
/ 市律协调研部
- 11 为进一步规范和促进本市律师事务所发展——
市律协制订《律师事务所管理指导手册》/ 市律协调研部
- 12 抚今追昔 忆当年执业路 不畏坎坷 律政佳人青春永驻
——本市女律师纪念上海律师公会成立 100 周年座谈会掠
影 / 吕 轩
- 区县特写 15 充分发挥律师职能作用 谱写和谐社会新的篇章
/ 青浦区司法局
- 人物·优秀律师
- 18 二十年风雨铸就成功路
——记“上海市优秀律师”王嵘 / 黄 文

《上海律师》杂志(月刊)

主 办:上海市律师协会
编 辑:《上海律师》编辑部

编辑委员会主任:盛雷鸣

副 主 任:陈乃蔚 邵曙范 黄 绮 钱翎樑
周天平 管建军 厉 明 万恩标

委 员:(排名不分先后)

朱剑华 刘小禾 光 韬 李海歌
张 方 岳雪飞 洪 亮 贾明军
黄荣楠 谭 芳 葛珊南 孙彬彬
计时捷 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)



《蜻蜓》摄影:范国强 律师



市政协委员参观上海律师公会陈列馆

人物·优秀女律师

- 22 用感恩之心努力做一名
服务大众的平民律师 / 林丽娟

共筑和谐

- 24 让每个人都能享受到阳光下的公平正义
——记上海炜衡法律援助中心
/ 上海炜衡律师事务所

法律咖吧

- 26 带薪年假制度 想说爱你不容易
/ 陆敬波 张淑华 温陈静

上海“全国优秀律所”巡礼之五

- 30 重大项目显身手 服务大局铸辉煌
——记前进中的上海市中茂律师事务所
/ 彭念元

警示台

- 33 劳动仲裁同所代理 利益冲突构成违规
/ 市律协纪律委员会

法眼法语

时评

- 34 宪法有效实施的前提在于宪法的“落地”
/ 殷啸虎

视角

- 35 律师与学术 / 季诺

新税手记

- 36 爱得深,才能走得远 / 戈慧

律海拾珍

- 37 谈判桌上的较量 / 萧鲁羊

律师公会百年专题报道

- 40 法治 爱国 责任
——1912年至1937年间上海律师公会的
政治参与 / 张丽艳

专题研究

- 45 我国最低工资若干法律问题研究 / 林峰
48 对扩大法律援助覆盖面及创新法律援助形式的浅探 / 林子云
50 农民工法律援助的问题及对策 / 张晶仁
53 未成年人保护理念之初探
——兼谈儿童最大利益原则 / 曾鑑清
54 论进一步健全残疾人法律援助保障制度
/ 郑祺
56 规范涉老民事诉讼程序之我见
/ 孙云康 张何心

人文万象

随笔

- 58 谋杀与创造接踵而来 / 马赛

他山之石

- 60 说谎的“自由” / 孙轶

微·Talk

- 63 鹅卵石与回音壁

乐·Life

- 64 美食爱好者的天堂——大溪地 / 黄绮

新法速递

- 封三 《律师业务资料》目录 2012年第9期

本刊关注



聚焦 ● 文 / 盛雷鸣

金风送爽上海滩 转型发展正当时

——对上海律师业转型发展的若干思考



欣逢上海律师公会百年纪念,翻开百年史册,回眸发展历程,心潮澎湃,感慨万分!百年沧桑崎岖路,三十三载风雨行。今天,面对全球化、信息化挑战和上海新一轮的改革发展,上海律师业又将面临一次飞跃、一次扬弃、一次转型发展。

一、认清形势,把握机遇,增强转型发展的紧迫感

中国律师事业的百年历程坎坷多舛,几度中断、几多劫难,直到改革开放后才迎来了阳光明媚的春天。三十多年来,上海律师业有了长足的发展,但与“四个中心”建设及国际大都会建设的要求仍很不相适应,律师事务所的国际化、规模化、品牌化建设明显滞后,国际金融、国际航运、国际贸易等高端法律服务人才捉襟见肘,律师业的发展亟待加快步伐,突飞猛进。

(一) 转型发展是上海律师业的一次扬弃

多年来,上海律师业的发展进程中沉淀下来一些问题,制约着律师业的进一步发展,需要通过转型发展加以根本解决。这些问题主要包括:

一是律师业专业化程度有待提高,绝大部分律师事务所仍处于“全科律所”状态,专业特色不明显,大多数律师仍然是“全科律师”,专业特长不强,什么案子都肯接、敢接,“包治百病”。

二是规模化程度不高。2011年,全市拥有100名律师以上和年业务收入超过1亿元的律师事务所分别是7家和8家,占全市律师和律师事务所总数的比例仅0.6%和0.7%;30名律师以上和年创收1000万元以上的律师事务所在全市占比也仅有6.6%和11.4%。

三是国际化水平差距大。涉外业务收入在行业的整体业务收入中所占份额很小;以涉外业务作为主营业务的律师事务所数量极少;有境外分支机构的律师事务所全市总共只有11家,不到全球最大律师事务所境外分支机构的1/6。

四是品牌化水平不高。全市还没有一家律师事务所的品牌具有相应的国际影响力;一些市内知名的律师事务所在全国的品牌效应也不明显;一些律师事务所业内有一定影响但在社会上知名度不高;有一定品牌效应的律师事务所总体上数量还太少。必须通过转型发展,扬长避短,解决上述这些问题,才能使上海律师业获得新的发展的动力。

(二) 转型发展是上海律师业的又一次机遇

转型发展是“四个中心”建设对律师业的发展要求,也是律师业在上海新一轮发展中发挥重要作用的新机遇。根据国家对上海的战略定位和要求,未来一段时期,上海将建设成为与我国经济实力和国际地位相适应、具有全球资源配置能力的国际经济、金融、贸易、航运中心;建设成为经济活跃、法治完善、文化繁荣、社会和谐、城市安全、生态宜居、人民幸福的社会主义现代化国际大都市。上述目标的实现,不仅对律师业转型发展提出了明确的导向和时间表,也对律师业转型发展给出了菜单和质量标准,可以说,形势喜人、形势逼人、时不我待。

二、明确目标,科学定位,坚定转型发展的正确方向

律师制度是司法制度的重要组成部分,律师是中国特色社会主义的法律工作者。根据这一定位,律师业

的转型发展不仅要遵循经济、社会的规律,更要服务于中国特色社会主义的法治建设进程,服从于我国司法制度的演进。我们应当从司法制度改革走向中去谋篇,从上海“四个中心”建设方位中去布局,从律师队伍实际状况中去破题。

律师业的转型发展必须依据于整个司法体制的改革和发展进程,不能背离社会主义的法治理念,不能背离整个司法制度的终极目标和价值取向,应当有利于坚持和完善中国特色社会主义律师制度,有利于建设一支政治坚定、法律精通、维护正义、恪守诚信的律师队伍;必须跟进“创新驱动,转型发展”的步伐,适应和服务“四个中心”建设。

未来一段时期,是上海发展的一个重要历史性转折期。这个转折期是发展动力大转变、经济结构大转换、城市功能大提升、社会结构大调整、开放格局大转型、区域关系大整合的时期;城市发展处在从投资驱动向创新驱动转变、从工业经济向服务经济转变、从传统经济中心城市向全球城市转变、从外向型向开放性转变、从建设小康社会向全面构建和谐社会转变。上海律师业的转型发展,要以上述转折期的特征和内在规律为依据,进行谋划和运作。

三、统筹兼顾,突出重点,加强转型发展的战略思考

综观本市律师业的转型发展,不仅仅是一个体制、机制问题,从战略层面运思,至少应该对于人才、机构、业务和经营等四个方面的转型加以思考。

(一) 实施人才优化工程,实现律师队伍的转型发展

律师业的转型发展,律师的“转型”是前提。律师是律师业的主体,要实现队伍转型,就得实施律师队伍的人才优化工程。

“优化”包括内涵和外延两个方面,前者主要通过队伍自我建设,实现律师队伍可持续的自我更新;后者主要通过不断吸纳和引进人才,改变整个律师群体的结构。

内涵式优化,就是通过有效的措施,实现律师角色的四个转变。在业务上,由“全科医生”转变为“专家医生”,引导律师走专业化道路,成为一专多能的法律工作者;由法律工作者成为法律职业人,培养律师自我意识和自我经营意识,养成慎独、诚信的人格;由法律人变为文化人,全方面的提升律师的人文素养,律师不是法律打工仔,应该成为社会的贤达;变单纯法律工作者为积极参政议政和热心社会公益的公民精英,引导

律师走出谋生的圈子,步入社会成为公民社会精英。人才优化的重点是实习律师、年轻律师、职业转折期律师。内涵式优化的主要途径和手段,是强化律师的教育培训工作。

律师培训要以人为本,按需施教,注重实务。要大力加强以“严格依法、恪守诚信、勤勉尽责、维护正义”为核心内容的律师职业道德建设,引导广大律师成为社会诚信建设的倡导者、推动者和示范者;要以提高律师服务能力为重点,加强对律师事务所负责人、合伙人、骨干律师和新执业律师的培训,帮助广大律师精通法律、熟悉国情、了解社会,不断提高业务素质;要转变培训理念,完善培训体系,健全培训机制,提高培训水平,拓宽培训渠道,创新培训方式,贴近培训需求。

市律师协会律师学院要充分发挥引领、示范和指导的功能,规范实习律师培训,强化青年律师培训,充实专题培训,丰富双休日培训;拓宽培训渠道,实行面授与远程教育、集中培训与岗位实践有机结合;施行律师继续教育网格化管理,扩大律师继续教育的平台,逐步完善律师培训系统与终身教育体系,最大限度地满足律师继续教育的需求。

外延式优化,就是弘扬“海纳百川”的海派律师文化,积极引进各专业、各类型的优秀人才加盟上海律师队伍,以优化律师队伍结构;积极探索青年律师“走出去”培养的模式,市律师协会今年制订了《上海市律师协会关于使用韩学章基金支持境外培训管理办法》及《上海市律师协会境外培训资金支持协议》,联系了6家境外律师协会和律师事务所,已有1名律师赴美国律师事务所实习,今后将有更多的律师成行,有望进一步提高上海律师的现代法律服务能力和国际竞争力。

同时,市律师协会努力改变目前社会律师包打天下的局面,力求形成以职业律师、公职律师、公司律师和外国所代表依法共融、和谐共进、互补共赢的法律服务市场格局;顺应时代发展的需求,市律师协会于2010年修改了《上海市律师协会章程》,增加了将公职律师、公司律师、境外律师事务所驻沪代表处代表可受邀成为市律师协会特邀会员的规定,并于今年向首批23家特邀团体会员颁发了会员证,还有23名外资所驻沪代表处代表、77名公司律师代表及118名公职律师成为市律师协会的特邀个人会员。

市律师协会在全国率先启动特邀会员工作,在特邀会员和社会律师之间搭建了一个畅通有效的沟通平台,切磋律师业务,交流管理经验,举办各种热点法律问题的研讨和业务培训,开启了一个互相学习、取长补短、增强实力、共创双赢的新时代,开全国律师行业组织创新管理之先河;有助于促进上海律师队伍的整体

融合和优势互补,提升上海律师队伍的综合素质和国际竞争力。

(二) 加强规范化、规模化建设,推进律师事务所的转型发展

律师业的转型发展,律师事务所的转型发展是关键。要严格按照司法部的要求,加强规范化管理,完善以决策程序、人员管理、风险控制、质量控制、受益分配等为重点的律师事务所内部管理制度,完善律师事务所管理职责的落实机制,明确律师事务所负责人、合伙人的管理职责,建立健全对律师事务所负责人的谈话提醒制度和问责机制。2012年7月,市律师协会经过近一年的调研、起草、修改、编撰工作,推出了《律师事务所管理手册》,为律师事务所的运作和管理提供指引,这是加强行业管理的一项重大举措,对指导、引领和推动律师事务所的规范化建设,提高律师行业的自律性管理能力和水平,保障律师事业的健康发展,具有重要意义。

在规范化基础上,重点抓好律师事务所的专业化建设和规模化建设。律师事务所的专业化是律师业专业化的核心,从本市律师业的现状来看,专业化主要包括以下三种类型:一是以某个在特定专业领域具有相当知名度的律师为核心形成的专业特色小所;二是在某些相关领域(一般涉及三到四个相关专业)具有较明显专业优势的中等所;三是在比较广泛的领域都有比较明显专业优势的规模大所。

律师事务所的专业化主要是建设拥有几支优势明显的专业律师团队的专业所。律师事务所的规模化建设,主要是合理发展规模大所,以改变目前规模所稀缺的现状;必须提升律师业的规模化水平,在扩张律师数量和业务规模的前提下,以专业化的整合为基础,通过资源优化配置,发挥各专业部门的专业优势和聚合效应,从而增强承接大型综合性法律服务业务的能力和国内国际的竞争力。讲规模化必须澄清两个观念:第一,规模化并不仅仅意味着大,通常以执业律师人数和年业务总量来衡量律师事务所的规模化水平,规模化的本质在于以专业分工协作为基础的资源优化配置;第二,避免把律师事务所的规模化建设绝对化,从本市律师业的状况和社会、公众的广泛需求来看,我们需要一些规模较大的律师事务所,但更多的需要符合社会各层次需求的中、小型律师事务所的协调发展。

(三) 拓展服务领域,推进律师业务的转型发展

律师业的转型发展,业务转型发展是根本。针对本市律师业的现状,推进律师业务转型发展,要做到两个转变:一是变以诉讼为主为诉讼与非诉讼并重;二是变以单纯的国内业务为既有国内业务又有涉外业务,且

涉外业务占有相当的比重。

目前,相当一部分律师事务所和律师的主要业务还是诉讼,这种状况必须扭转过来。只有诉讼和非诉讼并举发展,才能使两者相辅相成、互相促进,提升专业综合水平,也才能使律师事务所具有更强的抗风险能力。作为国际化大都市的律师业,必须大力提升其国际化的水平,而我们最大的弱势在于参与国际法律服务市场的竞争力太弱,一是涉外业务量太小,二是境外设立分支机构太少。上海的战略定位,是与我国经济实力和国际地位相适应,并具有全球资源配置能力的国际经济、金融、贸易、航运中心;提升律师业参与国际法律服务市场竞争的能力和水平,集聚境外优质律师机构和律师人才的水平,是律师业务转型的主要任务,也是我们推进国际化的主要着力方向。

(四) 提升服务品质,实现服务模式的转型发展

服务品质是转型发展的生命。法律服务产品的品质包括产品档次和服务质量。与发达国家相比,目前上海律师业服务产品不够丰富,服务品质不高,服务质量也不够理想。我们要通过服务市场细分、清晰市场定位、明确专业定位、高效优质服务,提升律师业的整体服务品质;通过拓展服务品种,充实服务内涵,优化服务质量,丰富服务档次,形成服务品牌并提升律师业的品牌化水平,实现法律服务的转型发展。

提高律师的法律服务品质,必须依靠律师事务所的科学管理。必须克服目前业内普遍存在的业务、事务管理不分的现状,进行流程再造,更新律师业务受理模式,改个人接案、跑案源为团队接案源,变由酒桌上接业务为向市场、向社会要业务。

四、真抓实干,稳妥推进,解决转型发展的战术问题

律师业转型发展的核心还是发展,在发展中求转型,在转型中谋发展。律师的转型发展不可能一蹴而就,千里之行,始于足下,必须真抓实干,稳妥推进,才能解决转型发展的战术问题。当前,我们应当抓紧做好以下工作:

一是加强对律师行业“营改增”试点的协调工作。我们已经对营业税改征增值税试点对律师业的影响开展了深入调研,正在积极与本市税务部门进行沟通协调,也向有关领导进行了汇报,力求最大限度降低“营改增”试点对律师业税收环境的负面影响。

二是进一步改善律师的执业环境。要借助修订的《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》颁布实施的契机,加强与公、检、法等政法部门的沟通协调,争取出台一些具

有可操作性的相关规定,进一步落实律师的执业权利,改善律师的执业环境。

三是继续努力推动政府购买法律服务。政府购买法律服务是市委办发[2010]16号文件明确规定的,市财政也已经列入年度专项预算,但各区县政府落实的力度还不平衡,我们将继续促进区县及乡镇政府提高对律师法律服务重要性的认识,推动各级政府部门将政府购买律师法律服务纳入年度财政专项预算,进一步加大对律师行业的扶持保障力度。

四是加大律师人才的使用力度。律师参政、议政、从政,是充分发挥律师作用的一个重要方面。目前,上海律师业参政、议政的主要渠道包括:当选为人大代表和政协委员、参与立法、担任政府法律顾问,作为社会志愿者参与各种公益活动也是一条途径。

五是加强律师行业的自律和监管。防止个别害群之马对整个律师业发展环境和社会形象的破坏;严格依法惩处违法违纪行为,提高整个律师行业的社会公信力,防止“劣币驱逐良币”的现象发生。

六是加强律师执业技能的培训,在辩论大赛的基础上,办好学术大赛,举办模拟法庭,通过各种生动活泼的大比武活动,提高律师的专业技能。

七是加强律师的宣传工作,充分运用市律师协会的宣传阵地和社会媒体,广泛而深入地宣传上海律师服务大局、服务经济、服务社会、服务法治建设及“四个中心”建设的业绩,让政府和社会进一步了解和认识律师工作的重要作用。

“长风破浪会有时,直挂云帆济沧海。”随着上海“创新驱动、转型发展”步伐的加快,上海律师业迎来了一个转型发展的好时机,上海律师业也必将会乘风破浪,开拓进取,夺取新一轮发展的新胜利! ●

聚焦 ●文/吕 轩

以“学”促“术” 寻找律界“达人”

——首届上海律师学术大赛启动



律师是法律专业人士的定位毋庸置疑,而对于专业人士是以“学者型”为方向还是“工匠型”为方向的争论却时有发生。其实这本该是个殊途同归的命题。这一点在上海律协近日启动的“首届上海律师学术大赛”活动中得到了印证。

为进一步提高上海律师学术理论素养和法律实践能力,为上海律师向社会展现自身执业素养和品位提供崭新的舞台,上海律协于本月启动了上海律师学术大赛,向全市 14000 余名律师广发“英雄帖”,征集律师们凝聚心力和汗水的劳动成果和智慧结晶。

所谓实践出真知,本次大赛也充分考虑到这一点,故相较于其他同类赛事,特别针对律师行业,在作品要求和参赛项目上都有所区分。大赛体现行业特点和自身优势,在要求注重理论基础和专业知识的同时,更偏重于律师的业务能力和实战积累。故将参赛范围收缩在上海市律师协会会员执业期间近 4 年内(2009 年 1 月 1 日 - 2012 年 12 月 31 日)发表的作品,即在院校学习研究的非执业期间的作品不在参赛范围内。大赛共设立 8 个单项项目,除论文类和著作类外,特别设立辩护词(刑事诉讼类)、代理词(民事诉讼类)、律师工作报告、法律意见书、尽职调查报告、调研课题报告 6 个具有本行业特色的项目。

从设计上而言,可谓精心打造、量身定做。从创意上来说,也是别出心裁、全国首创。从结果上,更期待涌现一系列优秀的、具有代表性、起到示范文本作用的律师作品,发掘一大批潜心理首于律师行业中的法律人才。

律师并非单纯的法律实务工作者,法律实践工作离不开深厚的理论支持,而扎根司法实践土壤的学术研究对法律实践同样有着积极的推动作用。正如全国律协副会长、上海律协会长盛雷鸣所说:“随着律师业务更趋多元化和专业化,对律师知识的专业化、精细化提出了更高的要求。不少律师在繁忙的业务之余,坚持研究总结,不时地成文、著作,上海律协也在主动为律师搭建思想碰撞、经验交流、总结学问以及展示律师形象的平台。”

赛事报名的具体方式与要求可以参阅“东方律师”网通知公告栏目中的《关于举办第一届上海律师学术大赛的通知》。作品接收截止日期为 2012 年 12 月 31 日。

本次大赛将一如既往,秉承“公开、公平、公正”的原则。经历初评、复评两轮评选,对各单项评选出一、二、三等奖,最终各奖项将于 2013 年 3 月揭晓。

我们所等的也许就是您!期待您的参与! ●

聚焦 ● 文 / 市律协调研部

精心组织 积极履职 普法为民

——2012年“市民与法”讲座半年来的情况回顾与总结



“市民与法”活动是由市人大常委会培训工委、市法宣办、市律协共同主办的面向市民、面向基层的普法教育活动,至今已经连续举办了9年。9年来,市律协精心组织,律师人大代表积极履职,“市民与法”活动普法为民,得到了社会各界的好评,“市民与法”活动已经成为市人大的明星工作之一,多次得到了市人大主要领导的表扬和肯定。

今年以来,市律协与市人大常委会培训工委、市法宣办多次召开工作协调会,就“市民与法”活动今年的工作主题、工作方式、时间节点、讲座老师人选等进行了讨论,确定了工作方案。作为主办方之一的市律协总结过去几年主办“市民与法”活动的经验,遴选专业强、素质高、积极履职和热心公益活动的律师人大代表组成讲师团参与“市民与法”活动;市律协还拨出专门经费为每一位讲座律师制作讲座课件,方便讲座律师的备课。近日,随着“市民与法”活动日程过半,市律协与市人大常委会培训工委、市法宣办再次举行工作会议,对半年来的工作进行了回顾与总结。

根据年初的工作计划,2012年“市民与法”讲座深入贯彻落实有关“六五”普法的决议精神和关于普法工作进机关、进社区、进学校、进企业、进乡村、进单位的要求,进一步深入基层,在群众中传播法制观念、弘扬法制精神,也为体现市人大近两年出台的地方性法规“立法为民、法系民心”的宗旨起到了很好的辐射效应。

5月23日,在华东政法大学附属中学举办了2012年“市民与法”讲座开讲仪式暨第一讲讲座。开讲仪式邀请了市人大常委会副主任王培生做动员讲话,市律师协会会长盛雷鸣做了主题发言,副会长钱翔樑律师作了《上海市养犬管理条例解读》的主题讲座,与会的300多位市民代表和华东政法大学附属中学的师生聆听了讲座。

半年来,市律协紧密配合市人大常委会培训工委和

市法宣办,围绕《上海市消防条例》、《上海市安全生产条例》、《上海市公共场所控制吸烟条例》、《上海市住宅物业管理规定》、《上海市拆除违法建筑若干规定》和《上海市养犬管理条例》等6部地方性法规,由8名市、区人大代表(其中6名律师人大代表、2名积极履职的明星代表)和4名分别来自市食安办、市公安局、市消防局、市安监局的有关负责人组成的讲师团走进社区(街道)、乡镇、学校和企业,截止到8月3日,共为包括浦东、黄浦、徐汇、长宁、静安、普陀、虹口、闵行、嘉定、金山、奉贤、青浦等12个区县在内的4500多位区、县、乡镇人大代表,机关事业单位干部,社区居民和乡镇村民、企业干部职工、学校师生举办了23场主题多样、内容扎实的讲座,受到了广大基层群众的欢迎和肯定。

总结半年来的“市民与法”讲座,主要呈现了以下三个特点:

一是主题贴近生活,基层积极响应。今年讲座的主题在充分听取了各区县、街道和乡镇提出的意见和建议的基础上,市律协与市人大常委会培训工委和市法宣办召开多次工作会议,结合本市社会经济发展及社会管理中遇到的重大民生问题,遴选出包括食品安全、物业管理、拆除违法建筑、消防、调解等6个热门主题下发至各区县,并得到了全市各街道和乡镇有关领导的积极响应,目前全市所有17个区县近50个街道(乡镇)报名参加了今年的讲座。

二是主讲人语言生动,案例喜闻乐见。今年,在市人大、市司法局和市律师协会领导的大力关心和支持下,“市民与法”讲座主讲人的队伍得到了极大的充实和提升,不但有钱翔樑、刘振东、徐晓青、厉明、金永红、李小花等市、区人大代表律师的继续参与,还有市人大代表中积极履职的明星代表柏万青、裴蓁代表的全情加盟,特别是市食安办顾振华副主任、市安监局李彩云处长、市公安局治安总队孙卫华副处长和市消防局杨波工程



师等各行业主管部门业务负责人的热情加入,更为“市民与法”讲座带来了一缕新鲜的气息。

在已经结束的 23 场讲座中,徐晓青、金永红、李小华 3 位律师凭借精深的法律功底,深入浅出地阐释着法律条文背后的精彩故事;顾振华、李彩云、杨波等领导和专家则用详尽的数据、令人振聋发聩的视频案例,将食品卫生、安全生产、消防 3 个全市人民共同关注的行业全景展示在了基层百姓的面前,在宣传三部法规的同时也警示着每个到场听众的心灵;市人大代表、电视台《老娘舅》节目特邀嘉宾柏万青和裴蓁今年共参与主讲了 12 场,他们用百姓的语言、身边的事例讲述着市井的故事,而调解、养犬、拆违等法规的精神也随着那些故事带来的喜怒哀乐,流淌进了百姓的脑海中,讲座气氛热烈而随意,两位“老娘舅”在台上时而怒斥不法行为,时而含泪劝解解释人的幕幕场景也迎来了台下听众每场近百次的热烈掌声。

三是组织者周到细致,听讲者认真参与。今年的讲座,各区县人大、司法局,各街道(社区)党工委、乡镇人大、党办都发挥了积极的作用,在组织区、县、乡、镇人大代表,机关事业单位干部,社区居民和乡镇村民、企业职工和学校师生参与“市民与法”讲座的过程中耐心细致,特别是 6、7 两个月连续酷暑,不少街道党工委和乡镇党委、人大的领导冒着 37、38 摄氏度的高温协调老师、落实布置会场,并积极准备发放消暑用品给广大听讲群众,为保证讲座的顺利进行提供了有力的保障。

随着讲座主题的调整和明星主讲人的加盟,今年讲座的听众热情格外高涨,在讲座过程中他们埋头笔记、踊跃提问、热烈鼓掌和热情的笑声充斥着整个会场,这种场面在以往的法律讲座中是比较罕见的。

今年后半年的“市民与法”讲座预计还有 26 讲左右,并将有 5 个区县陆续加入讲座的队伍中来。市律协在今后的工作中,将继续紧密配合市人大常委会培训工委和市法宣办的工作,进一步做好与各区县以及讲师团主讲人之间的协调工作,全力保证后半年的讲座在前半年工作的基础上保持平稳、突破瓶颈、提升质量,力争使 2012 年“市民与法”讲座为上海法治建设和普法工作做出新的贡献。●

聚焦

●文/市律协调研部

为进一步规范和促进本市律师事务所发展——

市律协制订

《律师事务所管理指导手册》



2012年7月,在市司法局领导的关心下,在市律协主要领导的指导下,在市律协律所规范与发展委员会课题小组的努力下,历时近一年的《律师事务所管理指导手册》编撰工作顺利完成,《律师事务所管理指导手册》印刷面世。

一、编撰的背景

目前,律师行业的发展存在着一种倾向,就是只重视律师个人的发展,而忽视律师事务所的整体发展;重视律师个人的收入分配,而忽视律师事务所的积累和长远发展;重视个人业务素质的提高,而忽视律师事务所的管理水平的提高。有些律师不把律师事务所作为事业在经营,而仅仅把律师事务所当做自己的一个办公场所,这样的想法导致某些事务所管理流于形式,律师在事务所之间流动过于频繁,事务所的组织架构和管理架构处于亚健康和不稳定的状态。

目前,上海市绝大多数的律师事务所都是中小型的,而经常遭到投诉的往往也是管理不规范的中小律所及其律师,为了改变当前这些律师事务所管理上出现的一些问题,市律师协会决定编撰一本《律师事务所管理指导手册》。该手册涵盖了律师事务所管理中的方方面面,适合90%以上的律师事务所,特别适合于中小型律师事务所的使用。

二、制订的过程

律所规范与发展委员会承担《律师事务所管理指导手册》的制订工作任务后,分管会长陈乃蔚和委员会十分重视,2011年6月、7月和12月先后三次召开

委员会全体会议讨论指导手册制订的原则、分工,确定时间结点、逐章逐节地讨论稿件等。

陈乃蔚副会长和委员会委员邀请了华东政法大学王俊民教授及其研究团队召开专门的课题讨论会,研究如何落实和推进《律师事务所管理指导手册》的制订决定,委托王俊民教授承担主要的起草工作,律师事务所规范和发展委员会、市律协调研部予以配合。

在2011年7月27日召开的律所规范与发展委员会全体会议上,陈乃蔚副会长和委员们逐条讨论和修改了王俊民教授的写作提纲。同时,由于本次写作分为“律师事务所行政管理”部分和“律师事务所业务流程管理”部分,委员会决定由律所规范与发展委员会的委员分头负责第一部分“律师事务所行政管理”的写作,王俊民教授负责第二部分“律师事务所业务流程管理”的写作和最终统稿工作。

去年11月底,在律所规划与发展委员会委员们和王俊民教授的共同协作和努力下,《律师事务所管理指导手册》完成了初稿,12月1日,律所规范与发展委员会召开全体会议逐章逐节地讨论了该手册的初稿。该手册初稿分为“律师事务所管理篇”部分和“律师事务所业务流程管理篇”部分,数十个章节,共计17万字,内容涵盖了律所规范化管理中所有可能涉及的环节和业务管理中的所有内容。陈乃蔚副会长和律所规范与发展委员会的委员们对初稿进行了认真地讨论,提出了很多很好的修改意见和建议。12月中旬,《律师事务所管理指导手册》完成了修改稿,在12月22日的律所规范与发展委员会的全体工作会议上,全体委员再次对该稿件进行了认真地讨论,提出了最终的修改意见和建议。2012年2月,王俊民教授

及其课题组向市律协提交了再次修改和完善后的稿件,律所规范与发展委员会的委员们再次对稿件内容进行了认真审阅,并对部分内容进行了调整和完善。

2012年6月底,《律师事务所管理指导手册》最终定稿。

三《律师事务所管理指导手册》的主要内容

该手册分为上编“律师事务所组织机构管理”和下编“律师事务所律师业务流程管理”两个部分。

上编偏重律师事务所的组织管理、行政管理、财务与资产管理等内容,具体包括:(1)律师事务所设立、变更、终止及考核;(2)律师事务所管理机构;(3)律师事务所人力资源管理;(4)律师事务所财务与资产管理;(5)律师事务所信息档案管理;(6)律师事务所风险管理;(7)律师事务所党建工作。

下编部分偏重律师事务所中的业务流程管理,具体内容包括:(1)律师业务推广管理;(2)利益冲突管理;(3)律师事务所接受委托与收案;(4)收费管理;(5)投诉管理;(6)法律服务质量管理;(7)律师业务风险控制管理;(8)案件的移交与结案;(9)重大疑难案件集体讨论与个人负责管理;(10)法律援助案件管理。

尽管这本《律师事务所管理指导手册》经过多次修改和完善,但是还会有一些不足之处,我们虚心接受本市广大律师提出的意见和建议,并根据实际情况,不断对该手册的内容进行修改、补充和完善,在今后不断推出新的版本,力争为全市律师提供一本有关律师事务所管理的权威的工具书。●

聚焦 ●文/吕 轩

抚今追昔 忆当年执业路 不畏坎坷 律政佳人青春永驻

——本市女律师纪念上海律师公会成立 100 周年座谈会掠影



在传统时代，法庭几乎是女性的禁区，20 世纪初，激烈的礼法之争还在为女性是否“可由公堂知会到堂供证”辩论不休。1912 年，中国历史上实行的第一个律师法规对担任律师最基本的条件这样规定：“中华人民年满 20 岁的男子。”这说明律师是一种男性专属的职业，女性则不得参与。直到 1927 年南京国民政府成立后所颁布的《律师章程》才将有关律师资格条文中的“男子”二字给删去了。

从此，历来由男权垄断的律师职业单一性别被打破，女律师们以其独有的细致、坚韧捍卫着人间的公平正义。

2012 年，中国女律师开启职业生涯 85 年后的今天，上海女

律师已超过 4200 人，占全市律师总人数的 1/3 左右。她们活跃在各个专业领域，为社会大众提供法律服务。

2012 年 9 月 7 日，丹桂飘香的申城初秋，沪上女律师纪念上海律师公会 100 周年座谈会正在上海律协会议室进行着。老中青三代女律师欢聚一堂，共享执业心语和感悟，气氛温馨而又融洽。

倪彬彬、黄艳英、罗文、沈秋君、顾韩君、林莉华是主办方请来的会议嘉宾。6 位老一辈律师或优雅婉约，或风趣开朗，谈起与法结缘的往事，回忆起执业初期的困惑和那些令人难忘的案例，她们的平和谦恭也掩不住眼神中的凌厉和兴奋。美人如玉剑如虹，习法之人间“把酒论道”，仿佛岁月静止，别无羁绊。



“我们不能选择当事人，但对待每件案子都要学会冷静和理性。”

——倪彬彬

1953 年，倪彬彬大学毕业取得执业资格，来到上海市司法局律师室成为了一名律师。彼时，新中国成立不久，法律人才匮乏，倪彬彬的第一件具有影响力的大案就是去北京审理日本战犯。在旁人看来千载难逢的机会她却焦虑不安：自己资历尚浅，而当事人老奸巨猾，所

有的案卷材料加起来比她还高，且日本战犯罪大恶极，如今既要控诉又要辩护，个人的民族情感和组织的命令使她内心里矛盾交杂。在最困惑、彷徨的时刻，组织的信任、领导的鼓励以及对法治的信仰帮助她走出了困境。

“虽然日本侵略者带给中国难以愈合的战争伤害，但是这些军人被军国主义蒙蔽，我们要对他负责，平等对待每一个当事人。”如今已走入耄耋之年的倪彬彬回想起当年的内心挣扎，告诫在座的青年律师：“有时，我们不能选择当事人，但对待每件案件都要学会冷静和理性，办案要认真、踏实。”当年的案件审结后，当事人被送回了国，不久倪彬彬收到了一封由司法部转交的感谢信。信中，当事人表达了深深的忏悔和谢意，并承诺用余生向和平道路前进。

鹤发童颜的倪彬彬温润优雅，和在座的女律师们交流起来神情专注，遇到感兴趣的问题还不忘记上几笔。身为女律师联谊会的发起人，她对女律师的关怀一如既往。



“我半个世纪的律师梦终于实现了，就好像范进中举一样兴奋。”

——黄艳英

1948 年毕业的黄艳英是解放前最后一批法律系毕业生，当年受到前辈女律师、“七君子”之一的史良的影响，对人文学科特别感兴趣的她选择报读法律系，也因为仰慕律师这一仗义人间的职业群体而立志成为其中的一员。

毕业前夕，她通过了“司法行政部司法资格圈定考试”，和当时许多法学院

的学生一样,计划先做一段时期的法官,再转行做律师。

在江西南昌地方法院的实习期仅过了4个月就迎来了全国解放。“我当时还不具备法官任职资格,是实习法官。解放后,许多老法官都陆续离开了岗位,但我仍然坚守。”作为在座最年长的女律师,87岁的黄艳英谈到经年往事语气是最坚定的。她对律师职业的尊敬和仰慕,使她走入法学殿堂,然而一个女子最澄澈、坚定的律师梦因时代际遇,竟换来半个世纪的等待与希望。

解放后,黄艳英随第一批留美海归的丈夫来到上海,改行在外贸公司工作。当她想着有朝一日能回归心中所愿的律

师职业时,文革的血雨腥风却很快席卷了她的世界。此后的30年,她被打成“反动王朝的卫道士”,尽管在外贸系统工作勤勉卖力,但最终还是被下放。如今,说起那段不堪的年月,黄艳英的语气里没有丝毫的幽怨,当年即便律师梦碎,人生最好的时光无奈远去,她依然乐观、洒脱地生活。然而1979年,当司法局的领导找她归队时,她犹豫了:“我这个律师很不全面,在外贸系统工作很多年,对国际方面的惯例认识的比较多。虽然在外贸研究所工作多年,以及国家的对外开放迫切需要法律人才,但我当时觉得自己不适合了。”黄艳英默默地说。但是领导最终说服了她。后来,她去华政的国际私法培训班脱

产学习了半年。也正是在培训班的学习,让她旧梦复炽。

黄艳英取得执业资格、一圆旧梦时已年近半百,她形容那段时光如范进中举,兴奋异常,失去岁月的紧迫感让她倍加珍惜,她更加热情蓬发、忘我工作。兜兜转转、阴差阳错,黄艳英的律师梦迟来了近半个世纪,但几十年的积累和沉淀却也让她成为了中国最早一代的涉外女律师。说到对律师职业的定位,她直言,律师是有偿提供法律服务的人,既然是服务就要忠实于委托人的委托。年近九旬,思路依旧清晰,观念紧随时代步伐,女律师黄艳英的人生,最好的和最坏的都已过去,之后的每一天都是胜利。



“做好律师工作需要三勤:勤动脑、勤动手、勤动脚。”

——罗文

1982年罗文离开法院转行成为一名律师。这位文革中的英语教师当年毅

然走下三尺讲台走上审判席成为一名法官,又决然抛下法槌成为了一名律师。罗文的“教师——法官——律师”轨迹也使她经历了人生的三次蜕变,她个性开朗健谈,业务又以刑事案件为主,这使得女律师罗文的人生多了一分侠气。

她直言从法官到律师的落差一度成为执业障碍,固定的思路一时转不过来,带给她的困扰着实不小。但是经过一段时间的磨练和体悟,使她逐渐适应了新的工作。她坦言当法官时庭审如同走程序,而成为律师后竭尽全力,最大限度的为当事人争取利益。

作为当时普陀区仅有的3位律师中的唯一女性,罗文愈加努力、勤勉的工作。80年代“严打”时,面对每天繁重的工作压力,她也曾紧张焦虑。在物质条件相当匮乏的年代里,她每天的生活都被

会见被告、阅卷、开庭填满,一个月几十件案子无法脱身,甚至一日三餐都匆匆对付,因此便有了“面包律师”的别称。

当年的“面包律师”们之所以忘我卖力的工作,大多是因为感恩。感恩能够重新回到律师队伍,在自己热爱的领域工作,好像所有的困难都能克服。罗文总结自己多年律师工作感想,归结为八个字:认真、踏实、仔细、耐心。此外还需要做到三勤:勤动脑、勤动手、勤动脚。她以此鼓励青年律师,在今后的执业中秉持正确的态度。事实是,这样的工作态度曾帮助她走过那段艰难时期,凭借着自己的坚持和韧性最终走出困局。

她最后希望在座各位律师多投身公益,多多奉献社会。一番肺腑之言让全场为之感动,七分韧劲加三分侠义,刑辩女律师罗文的传奇未完待续。

“新疆的生活于我,是一笔宝贵的财富。”

——沈秋君

1988年在通过人才交流办公室调回青浦之前,知青沈秋君在新疆度过了23年。当年响应国家号召支援边疆,她和她那一代知青相比,最幸运的莫过于在新疆没有从事过体力劳动,做了一段时期教师以后便进入兵团机关。在机关的那些年,沈秋君站在了一个更新、更高、更开阔的平台,直到现在,她依旧感念在边疆的生活,那对于她今后的律师职业是最宝贵的财富。

已是一家律所主任的沈秋君,社会生活也很丰富。她担任青浦区法律工作者协会副会长、青浦区侨联副监事长,忙碌并快乐着。她直言会适度减少案件的承接量,以便在社会工作上投入更加多的精力。

在新疆的岁月历练了沈秋君坚毅的品格,回到上海之后的执业为她打开了另一扇窗。如今她开始考虑退休,更多地参加社会活动为自己的人生再增加一种可能。我们好像现在就能看见,沈秋君的退休生活一样快意、潇洒。





“我想做律师，感受母亲的工作”。
——顾韩君

1980年韩学章被最高人民法院指定为姚文元的辩护律师时，她的女儿顾韩君未曾想过有朝一日自己也会成为一名律师。从小喜爱看苏联侦探小说的“律二代”，大学学的专业是统计，在风雨飘摇的年代里毫无用武之地，还因为父母受到冲击，自己也被牵连。1982年开始在华政图书馆的工作给了顾韩君一次转变的机会，那年她39岁，开始想到要将自己所学习的统计学和法学相结合。3年后，顾韩君交出了一本14万字的《司法统计学》，也有了开讲司法统计课的机会。为了更好的教学，也为

了更加贴近母亲一路走来的心路历程，不惑之年又重学法律，参加司法考试。

“母亲觉得我个性不太适合作律师，又缺乏社会经验。”顾韩君坦诚地说道，“退休后，学校仍想开设司法统计学的课程，但我心里仍然想做律师，体验母亲的一生。”在顾韩君的身上，我们看不到一丝矫揉造作，她真诚、朴实、热心、执着。她最终还是如愿成为了一名律师，走出学校到一个更为广阔的世界，她说虽是经历前所未有的挑战，但也使她脱胎换骨，更能理解母亲，也更亲近自己的家庭。

1966年初中毕业的林莉华来到了崇明农场，一呆就是五年。这位老律师中的小字辈在进入律所实习前已是处级机关干部，又是什么原因促使她决心放弃原本安稳的仕途，转身为律师的呢？

1982年林莉华全脱产准备全国成人高考，3年下来仍然没有当律师的打算，毕业前在当时的第二律师事务所实习，有幸遇到了郑传本律师。“当年郑老师在律师界已经非常有名，许多人想投到他的门下，竞争相当激烈。我初到二所实习，郑老师决定收下我，这令我自己也感觉很意外。”为此，她十分卖力地投入工作。如今已是主任律师的她对待所里每一位同事、下属都亲切热情、体贴关怀。对新人更是手把手地指导，平易近人，工作、生活中善待身边的每一个人。

恩师郑传本是林莉华走上律师道路的重要导师。他言传身教、毫无保留，春风化雨感染每一个学生。“我从一名机关干部成为一名律师，我铭记郑老师对我的知遇之恩。进入律师行业使我的生活大不一样了，通过不断的学习获得

了更多、更新的知识，我感觉人也变得年轻了。”回想起自己律师之路的起点，林莉华对恩师郑传本很是怀念和感激。

尽管30多岁开始执业，但她还是感叹赶上了好时候。在此，她告诫在座的年轻律师，不仅要跟着老师学，最重要的是自己要钻研。无论何时，书本学习都不能怠慢。工作能让人年轻，而不断地学习和努力工作，就能在竞争中不断提升自我、完善自我。在谈及男女律师的不同时，林莉华直言，女律师有自身特有的优势：“她们非常有韧性，做事又非常细心。”这是几十年执业中的切身体会，又何尝不是她自己的成长感悟？

“上海律师公会成立至今的百年历史，续写了一段段传奇，太多巧合相遇把那些曾经活跃在历史舞台的人和事紧紧联系在了一起，从中我们看到了百年精神的传承，我们也看到了生生不息的力量和希望。”黄绮副会长感叹道。

历史塑造了真正的律师，而榜样的力量会不断影响、感染着后来者不断完善自己，成为一名真正的律师。抚今追昔，我们感慨曾经的无奈、遗憾和伤痛，



“从机关干部成为一名律师，我铭记郑老师的知遇之恩。”
——林莉华

但当站在一个全新的起点，又会对未来充满期待与遐想。2012年正值上海律师公会成立百年，那些在推动法治建设进程中身先士卒的前辈律师们将永远激励着青年律师，传承前辈精神、担负社会责任。●



区县特写 ●文 /青浦区司法局

充分发挥律师职能作用 谱写和谐社会新的篇章



律师作为新社会阶层的一个群体,一个知识分子的重要组成部分,是实现依法治国、完善社会主义市场经济和构建和谐社会的一支重要力量。作为中国特色社会主义的法律工作者,多年来青浦区律师针对本地区经济社会发展的特点,坚持通过发挥自身的法律职能作用,在信访接待、调处矛盾纠纷、处置群体性事件等方面发挥了积极作用,承担起了服务经济又好又快发展、维护当事人合法权益、保障社会公平正义、促进社会和谐稳定的职责使命,取得了良好的政治效果、社会效果,为青浦和谐社会的构建谱写出了新的篇章。

组法律智囊团促经济社会发展

律师所具备的专业法律知识,娴熟的处理诉讼和非诉讼的工作能力,能够为政府依法行政和管理社会事务提供有力的法律保障。因此,自2000年7月始,青浦区司法局精心挑选了7位在民商法、刑法、行政法等领域具有专业特长的骨干律师组成区政府法律顾问团,以一对一的形式受聘为区长、副区长的法律顾问。自区政府法律顾问团成立以来,在区委、区政府的关心和支持下,各位律师一直认真履行职责,积极建言献策,切实发挥了法律参谋和智囊团的作用。一是在促进依法行政中发挥积极作用。区政府法律顾问团为政府依法决策、科学决策提供智力支持,先后为本区新农村建设、“一城两翼”建设等提供咨询服务,对政府涉法事务提出意见和建议,给政府和领导依法科学决策当好法律上的参谋和助手;二是在维护社会稳定中发挥积极作用。区政府法律顾问团充分利用自身法律专业优势,为信访接待及信访积案核查工作做好法律护航,并积极参与调处群体性社会矛盾疑难案件,引导信访群众依法表达诉求,通过法律途径解决问题,化解矛盾纠纷,为维护社会稳定提供专业的法律支持;三是在推动经济发展中发挥积极作用。随着青浦经济的发展,不可避免地出现类似征地补偿、动迁安置等问题,一定程度上制约了一些重大工程

项目的推进。为了使问题得到及时、公正的处理,顾问团成员出谋划策,在诸如浦仓路改建等重大工程项目中积极给予法律意见,通过自己的法律服务,为全区经济的发展做出了积极贡献。

2012年年初,新一届区委、区政府领导班子为贯彻落实中共上海市委办公厅、上海市人民政府办公厅印发的《关于进一步发挥律师在法治政府、法治社会建设中重要作用的若干意见》(沪委办发〔2010〕16号)精神,充分发挥本区律师在青浦“一城两翼”建设中的职能作用,积极为政府在法律规定范围内行使管理职能、依法行政提供优质高效的法律服务,青浦区成立了新一届区政府法律顾问团。新一届区政府法律顾问团是在原先的基础上调整充实后组建的,由8名政治思想好、业务精通、职业道德水准高的资深律师组成。顾问团成员以民事诉讼、刑事辩护、行政法、动拆迁等领域为主,同时增加了在金融、知识产权、建筑房地产等方面能力较为突出的优秀律师,他们曾分别荣获司法部“法律服务构建和谐”先进个人、上海市十大中青年法学家、上海市优秀女律师等多项荣誉称号,其平均执业年限更是达到了21年。与原法律顾问团成员结构相比,本届法律顾问团的理论及学术水准进一步提高,专业领域更加广泛,法律实践经验更加丰富。日后,新一届区政府法律顾问团将会进一步发挥自身的专业法律优势,围绕青浦区经济建设中的热点、难点问题开展工作,在政府重大项目决策、重大矛盾纠纷调处、代理行政诉讼及非诉讼法律事务等方面,充分发挥职能作用,建言献策,为政府依法行政和经济建设提供优质高效的法律服务。

倚第三方身份优势助社会和谐稳定

律师作为独立于政府机关和矛盾当事人之外的中立组织,由其介入信访接待或信访案件,有助于当事人息诉罢访及信访案件的化解或终结。为此,从2000年开始区司法局会同区信访办组建了由8名律师组成的律师志愿团,参与每周四区党政领导信访接待工作。仅

2012年1月至6月,本区律师共计接待了上访市民88批,504人次,其中接待集体上访市民20批、371人次,主要协助处理了劳动保障、动迁以及土地纠纷等,以第三方身份优势引导当事人通过法律途径解决问题,为政府部门减负分忧。

2010年4月,区司法局与区信访办再次联手,从本区律师中挑选了11名资深律师,组成“青浦区推进信访突出矛盾化解工作律师志愿团”,以期充分发挥律师专业、公正、独立的特点,走出一条解决信访突出矛盾的新路。志愿团成员抱着对社会、对政府、对信访当事人高度负责的精神,认真查阅原始资料,了解化解方案和化解过程,到矛盾发生地向群众了解情况,耐心听取信访当事人的陈述及诉求。在调查取证的基础上,对每个信访核查件集体讨论分析,并从公正的法律角度出具了《法律意见书》,为信访突出矛盾化解或者终结提供重要的法律依据,得到了区委、区政府领导的高度评价。

如其中有一位信访人,在动迁时对房屋面积的认定、安置方式等与动迁方存在诸多的分歧,常年上访区政府有关部门。上海东恒律师事务所主任李明律师在了解此案相关情况,多次到该信访人的住处向其解释有关的动拆迁政策,并与当地政府、动迁方协商沟通,根据其生活的实际困难,提出了给予生活上适当照顾的建议。由于律师具有独立的第三方身份,消除了该信访人原本对立的情绪,为最终该矛盾的成功化解奠定了基础。

其实许多信访人有着与上述案件中的信访人一样的心理状态,即对信访诉求具有既寄希望于政府,又不完全相信政府的矛盾心理。然而,律师的身份则不同,其作为一种非官方的社会法律服务力量,不隶属于任何一方当事人,拥有完全独立的第三方身份。因此,他们往往能够得到上访市民的信任,以局外人的身份、从法律的角度不偏不倚地对问题进行分析,消除当事人一些过激的想法,为后续工作的顺利开展带来便利。因此,近年来青浦律师参与信访工作的工作量正在逐步增加,处理纠纷的范围逐渐拓宽,在信访工作中的重要性也在逐级提高,真正起到了为政府部门分忧减负的作用。

靠专业优势巧化解群体性纠纷

当前,我国正处于经济社会转型的关键时期,由于各种复杂因素不可避免地会产生各式各样的矛盾继而引发群体性纠纷。对于群体性纠纷而言,往往涉及的人数众多、矛盾复杂,若处置不妥当,极易引发影响社会稳定的事件。而这时作为法律专业人员的律师若能及时参与到案件的处理过程中来,将会起到积极的正面作用。

某年初夏,青浦区100余名农民、城镇居民在某保

险公司保险代理人张某的反复动员下,纷纷出资参加某保险公司“团体定额型养老年金保险”。怎料,该保险公司保险代理人李某轻信原为某保险公司青浦营销部经理陈某的谎言,将1400余万元保险费交至他的手中,陈某又伪造保险合同、保单等,蒙骗保险代理人李某,将巨额保险费挪作他用且几乎挥霍一空,后陈某被判处有期徒刑15年,但1400余万元保险费却无法追回。案发后,某保险公司以其保险代理人李某未将保险费交至其保险公司为由拒绝向受害者作出赔偿,而保险代理人李某又无力赔偿。100余名受害者绝大多数是工薪阶层的普通百姓,他们将毕生积蓄作为保险费投保,如今这笔钱却又打了水漂,一场群体性事件蓄势待发。

上海市方正律师事务所主任沈秋君律师闻讯后,即参与委托代理,引导受害者通过法律途径表达诉求。经过多次与当事人的沟通,终于使受害者全部同意提起诉讼,从而将该保险纠纷事件纳入了正常的诉讼途径。虽然此案相对复杂,但在之后的一年多时间内,承办律师耐心与受害人沟通、解释有关法律法规并及时将案件进展情况告知受害人,使得受害者能耐心地等待法院的判决结果,未发生对某保险公司过激的行为。近百名受害者多次参加旁听庭审,均能做到秩序井然,从未与某保险公司及其代理人发生任何冲突。在法院的斡旋下,沈秋君律师代表受害者与保险公司达成共识,对134件案件进行分门别类,并将具代表性的4件案件先行起诉,并以这4起案件的判决结果作为其他案件和解解决的依据。经一审法院判决、二审法院调解,最终由某保险公司承担受害者本金(保险费)及利息,平息了一场可能会引发的群体性纠纷。

正如上述案件所体现的情况一样,群体性纠纷所涉及的法律关系相对复杂,如若由非法律专业人员来处理,可能无法完全厘清当事人之间繁杂的法律关系,而律师作为一个受过正规法律知识教育和系统培训的群体,拥有较为专业的法律理论知识,在参与此项工作时能充分运用自身的法律专业知识,抽丝剥茧,梳理各类纷杂的法律关系,一针见血地指出问题的症结所在。不仅如此,律师所拥有的法律专业的优势还能给予当事人信任感,引导当事人通过法律途径合法表达利益诉求,起到缓解各类群体性纠纷引发的积极作用。

扬援助精神用真情温暖弱势群体

与一般案件的律师费相比,法律援助案件的报酬的确可以用微薄来形容。然而报酬的少并不代表法律援助案件承办律师工作量的小,恰恰相反,律师身上的正义感让他们明白法律援助案件的当事人或多或少在生活



上都存在这样或者那样的困难，如果案件处理不当，将使得他们承受更大的损失。因此，法律援助案件的承办律师往往从不计较自己的报酬和工作量是否成正比，总是以高度的责任感，全心全力给予当事人法律上的帮助。大批资深骨干律师本着一丝不苟的工作态度亲自办理法律援助案件，为弱势群体提供优质法律服务，以最终实现法律援助所倡导的公平正义的精神。

2011年1月，青浦区练塘镇的一位中年妇女来到青浦区法律援助中心，向工作人员诉说自己是一名农村妇女，家庭贫困，两年前她遭遇交通事故，住院治疗举债数万元，肇事方虽然也付了部分医疗费，但无力足额承担按法律规定的赔偿金额，万般无奈之下，向区法律援助中心求助。青浦区法律援助中心的工作人员了解了有关情况后，即指派了责任心强、擅长处理人身损害赔偿纠纷案件的上海市中山律师事务所胡磊律师承办此案。接到此案后，胡律师随即与当事人谈话并了解了具体情况，发现本案有三个难点：

一是本案事故车辆是否投保尚未确认，当事人也仅仅说“应该有保险公司”。车辆如果在保险公司投了交强险，则保险公司在交强险限额范围内直接赔付当事人，保险公司的赔付能力当然比事故车辆的所有人及驾驶员强；二是本案当事人的相关赔偿标准是否适用城镇标准。当事人虽然系非农家庭户，但是事故发生后半年才转为非农户口的。而城镇标准可获得的赔偿比农村标准高出近一倍；三是本案当事人的赔偿标准是否适用2011年上海市的新标准。本案是在2011年1月18日立案受理，此时本市的上一年度城镇居民人均可支配收入等统计数据尚未有正式的统计局的文件下发，而2011年上海市的人身损害赔偿相关标准比2010年高出了10%左右。

理顺了思路后，胡律师决定对上述难点各个击破。首先，查明事故车辆是否投了交强险。胡律师电话询问了处理本起事故的派出所，但因时间久远，派出所也找不到当时的承办警官，接着胡律师试着和被告方联系沟通，在阐明利害关系、做通了对方的思想工作后，被告同意向法院提供保险公司的相关材料并向法院申请追加保险公司作为第二被告。其次，在写诉状前，胡律师上网查询了2011年1月16日韩正市长所作的《政府工作报告》，摘录了报告中有关本市上一年度城镇居民人均可支配收入等最新数据，并在请求事项中使用了最新的赔偿标准。在庭审过程中，法官也问到是否有正式的统计局文件，胡律师坚持认为虽然尚未有正式文件下发，但《政府工作报告》中透露的数据是真实可靠和公开的，可以作为定案依据。对此，法院采信了胡律师的意见，在

判决书中适用了最新的赔偿标准。

此外，被告对原告主张的残疾赔偿金适用城镇标准有不同意见，认为因原告事故发生后半年才转为非农户口，故应按农业户口计算，仅认可24648元（即按照2010年的农村标准计）。作为原告方的代理人，胡律师认为在同命同价、尊重人权的大环境和大原则下，既然在庭审结束前原告的户籍性质早已转为非农，那就应该适用城镇标准对原告进行赔偿。经过胡律师的多番争取，法院最终支持了原告的城镇标准赔偿请求，该中年妇女也得到了保险公司的赔付款83265.29元。

本案是一起典型的道路交通事故人身损害赔偿案件，为了使当事人在合法合理的前提下得到最大限度的赔偿，援助律师做足功课，运用了最新的统计数据在法庭上据理力争，在让受援人如愿以偿得到赔偿的同时，也使得当事人感受到法律援助律师的仁爱之心，用实际行动践行了法律援助的精神。

如今，青浦区律师队伍得到了迅速的壮大，律师事业取得了长足的发展。目前，全区共有律师事务所13家，执业律师127人。执业律师中，30至45岁的律师占律师总人数的60%以上；本科以上学历的律师超过总数的97%，擅长涉外经济、金融、房地产、知识产权等业务的律师日益增多，律师队伍结构日益优化。同时，青浦区律师在不断实现自身壮大的同时，将结合本区社会经济发展的特点，自觉践行“公正、包容、责任、诚信”的上海城市价值取向，坚定不移地当好中国特色社会主义事业的建设者、捍卫者，为加快推进青浦“一城两翼”建设、进一步保障和改善民生以及开创科学发展的新局面做出新的贡献。●



王 嵘

2001 年荣立市司法局司法行政个人三等功

2003 年被评为“上海市优秀青年律师”

2003 年荣获“上海市新长征突击手”称号

2011 年荣获 2008—2010 年度“上海市优秀律师”称号

人物·优秀律师

●文/黄文

二十年风雨铸就成功路

——记“上海市优秀律师”王嵘



高中时代的王嵘,根本没有想过要去读法律、当律师,而是一心渴望成为一名哲学家或历史学家。奈何天意弄人,参加高考因病发挥失常,直接导致他与某知名大学哲学系擦肩而过。遗憾之余,又逢亲人重病住院,他遂将全部精力转到病床前,日夜陪伴守护,直把填报大学入学志愿一事撂在一旁。眼看递交入学志愿表的时限将近,父亲急了,骑自行车直奔人民公园,在公园里各大学的招生摊位前转了又转,最终带回了一份华东政法学院的介绍材料,对他说:“你就报这所学校的法律系吧,说是今年要在上海招40名学生,我看你被录取的几率很大。”王嵘也没多想,顺手接过了材料。就是父亲的这次“乱点鸳鸯谱”,成就了多年以后的王嵘。

头角初露

1990年,王嵘以优异成绩从华东政法学院毕业,成为专职律师。执业之初的5年里,他先后承办了数百件不起眼的小案,积累了丰富的实务经验和社会经验,并在与其他律师合作的过程中博采众长,逐渐形成了自己的办案特色和风格。期间,他还赴安徽白茅岭劳改农场做见习管教干警,锻炼和提高了观察事物和分析犯罪心理的能力。王嵘平时大量读书、涉猎广泛,对多个部门法的理论深入钻研,又经常思考前沿问题;在法庭上,则注重证据分析,敏锐细腻、凌厉善辩。庭里庭外的长期锻炼,使得他脱颖而出,辩才和书面表达能力在青年律师中都显得极为出色。

辩才大展

王嵘早期在专业上侧重于诉讼。诉讼业务多涉辩论,王嵘视精彩的庭辩为律师业务王冠上耀眼的明珠,每次出庭,每场辩论,都以饱满的热情对待。

1991年底,王嵘被上海市司法局选为辩论队主要辩手,参加上海首次电视转播的“政法系统辩论赛”,最终市司法局代表队夺得比赛冠军。1999年上海市举办首届律师辩论赛,王嵘担任申达队教练兼场上队长,为申达队获得亚军立下了汗马功劳。

2001年4月,中央电视台、司法部和全国律协共同举办了“首届全国律师电视辩论大赛”,王嵘律师和陶武平律师被聘为上海律师队的教练。在约两个月的时间里,王嵘既充当辩论方案的设计者、辩词的撰稿人和修改人,又充当陪练,最后上海律师队夺得总冠军,为上海律师界赢得了荣誉,王嵘也因此而荣立本市司法行政系统个人三等功。2011年,在首届全国公诉人与律师电视辩论大赛中,由他担任顾问兼教练的上海律师代表队获得大赛冠军。同年,由他担任顾问指导的黄浦卢湾律师辩论队,在“上海市律师辩论大赛”中获得冠军。

重案磨砺

王嵘曾单独或与其他律师合作,承办过许多具有重大社会影响的诉讼案,如中船总公司第九设计研究院诉中国银行存单纠纷案、云都温泉浴场浴客触电死亡事故赔偿纠纷案、银河宾馆住客被抢劫杀害赔偿纠纷案、云南大学马加爵故意杀人案、作家朱建国与《收获》文学杂志社欺诈纠纷案、原告上海大雅文化传播公司及王仁定诉被告文汇出版社及余秋雨侵犯著作权案等。

在1998年的中船总公司第九设计研究院与中国银行存单纠纷案中,第九设计研究院等多家单位银行账户内的巨额存款被犯罪分子以变造的贷记凭证划走,有关银行拒绝理赔,形成纠纷。公安机关组织文书鉴定,得出了“付款凭证上留有的印鉴与银行预留的开户单位印鉴一致”的结论,使第九设计研究院等开户单位无法通过民事诉讼向银行索赔。王嵘接受开户单位委托后,大胆质疑原司法鉴定结论,巧妙地找到了证据之间的矛盾,

促使公安机关对“划款凭证上的印文具体形成方式”作补充微量物证鉴定,从而揭露了犯罪分子以高科技手段进行印文转印诈骗的犯罪事实,为开户单位提起民事诉讼奠定了基础。该案诉至法院后,王嵘庭辩出色,发言切中要害,其代理词中许多文字被法院原文照录为判决书中法院的“本院认为”意见。

在2005年马加爵故意杀人案中,王嵘与其他几位上海律师赴昆明义务担任被害人亲属的诉讼代理人。王嵘说,很多人误以为律师办刑案只是“替坏人说好话”,我们要通过代理被害人家属,来匡正这种不正确的认识,除了在法庭上揭示凶犯的残忍,强化对犯罪的指控外,还要通过庭审唤起公众对无辜被害人家属的人道关怀。办案过程中,王嵘从实际出发,指出马加爵不可能对被害人家属作实质性经济赔偿,如果附带民事诉讼很可能给杀人者凭空“赠送”一个以认赔博取同情的机会,对被害人毫无意义;若法院不能全额支持索赔,还容易使民众对司法机关产生误解。王嵘的分析让被害人亲属折服,他们没有提出民事赔偿请求。但在探访被害人亲属的时候,王嵘悄悄留下了自己的捐款。马加爵案庭审结束后,中央人民广播电台以王嵘的法庭辩论实况录音为主要素材,制作了专题新闻报道,香港报纸也称赞控方律师的辩论发言感人肺腑,扭转了前期公众对马加爵的无原则同情和对案件性质的曲解。

王嵘承办过很多重大敏感案件,如2004年农凯集团及周正毅操纵证券交易价格和虚报注册资本案、2005年中富证券公司非法吸收公众存款案、2007年上海电气集团副总裁韩国璋受贿案、上海电气资产管理有限公司程彦敏受贿案、2009年浦东新区副区长康慧军受贿及巨额财产来源不明案等。这些案件社会影响深广,律师辩护须承受较大压力。在承办这些案件时,王嵘庭前工作细致,庭审辩护发言有理有节、不空洞不浮泛。在办案过程中,既注重与司法机关之间的良性互动,也注重

对当事人的精神抚慰,体现了良好的职业风范,受到了当事人和司法机关的好评。

关注弱者

王嵘办案,大案小案一视同仁,不放弃对弱势人群的关注。2001年,他办理过一起疑难信访案件——浦东一沈姓个体户因违章搭建的营业用房被拆,持续多年上访,与当地一些干部群众产生了激烈矛盾。王嵘收阅信访投诉材料后,主动上门与沈某沟通。开始,沈某认为王嵘是受政府指派来的,立场一定会偏向于政府机关,很不配合。王嵘对沈某说:“我讲的每句话你都可以录音或者记录,我会负责认账,如果有文字记录需要签字也可以,但我对你没有任何要求,我不仅保证绝不做记录,还同意你随时反悔和改变自己的说法。”沈某听了,不解地问:“为什么?这样对你不是很不公平吗?”王嵘回答他说:“不,重要的不是对我公不公平,而是我能不能听到你的真话,听到你对事情的完整陈述!如果我不那样做,可能你什么也不想说。你不说,我连帮你的机会都没有。”沈某被感动了,把事情的原委和盘托出。面对沈某伤心无助的眼光,王嵘心情沉重。之后,他多次实地调查和访问,对沈某耐心解释、分析法律和政策,诚恳说明“拆违”的正当性和必要性,引导沈某正确衡量和估算拆违前后其已经实际获得的经济效益,也对沈某一家面临的具体困难给予确认。最后,王嵘根据第一手资料向市、区两级信访部门提出了解决矛盾的方案,使这件纠缠多年的信访案得到了妥善的处理。事后,沈某向区领导和市领导分别写了感谢信,感谢王嵘为民请命。市、区领导在总结这起信访案的经验时指出,王嵘办理此案,是执业律师介入信访纠纷的成功范例,在其与民交心、为群众排忧解难的同时,提高了政府威信,也树立了人民律师为人民的好风尚。

服务社会

王嵘长期坚持参加各种义务法律咨询和法律宣讲,把法律讲座开进了三资企业、里弄社区、大专院校、部队营房,甚至看守所。

2002年,浦东新区成立了法制宣传教育讲师团,王嵘是首批成员。在上海申达律师事务所期间,浦东法律援助中心的同志经常“麻烦”王嵘,但他随叫随到,从无怨言。王嵘还曾长期带领青年律师参与法律援助活动,使该所连续多年被评为法律援助先进集体,他本人也荣获“1995年至2000年度浦东新区法律援助先进个人”的称号。



2004年,德隆系崩盘对中国经济界产生了重大影响,上海爆发“金新信托”挤兑风波,众多投资者聚集在银行门口,群情激愤,危机一触即发。王嵘等律师按照有关部门的指示,在第一时间赶到现场为投资人提供咨询,化解矛盾。随后,王嵘又飞赴新疆乌鲁木齐市,对当地法院所涉诉讼案进行实地调查,并向主管部门出具了内容详实的律师调查报告,为政府确定妥善的解决方案提供了背景资料。

王嵘认为律师是法治文明的重要载体,宣传和倡导理性的法律思考是新一代律师的责任。他曾多次受邀担任电台、电视台法制节目的嘉宾,参与《法律与道德》、《案件聚焦》、《庭审纪实》、《社会方圆》、《有话大家说》、《周末断案》(安徽卫视)、《东方大律师》、《撞击》、《头脑风暴》等节目的制作或直播,对社会热点问题发表评论和看法,受到媒体和律师界的广泛关注和好评。

自担任黄浦区政府法律顾问以来,王嵘坚持陪同区领导接待信访,受到区司法局和区信访办的好评。他还积极参与地方立法活动,就相关问题主持开展专业研讨和立法辩论,为人大和政府提供参考意见。

提携青年

王嵘注重培养和提携年轻律师,认为这是促进行业发展的有效途径。与青年律师职业发展关系密切的活动,他经常关注并热心参与,每年都都为市律协、律师工作委员会、青联等部门的社会工作和公益活动花费大量时间、精力,先后担任过市律协规划与规则委员会委员、刑法研究委员会副主任、青年律师工作委员会委员和纪律委员会委员。市律协曾多次指定由王嵘担任调查员,承办律师违纪惩戒案件的调查取证与调解工作。王嵘靠他的精明强干和正身黜恶,对不少疑难案件的妥善处理作出了贡献,受到市律协纪律委的好评,也赢得了同行的尊敬。

市律协举办的支援西部省份的律师培训班,王嵘毫不犹豫地参加讲课;上海承办的“第二届中国律师论坛”,他连夜从外地赶回参与主持;浦东新区举办的“浦东律师论坛”,他参与筹划主题、规定规则和出任主持。在担任黄浦区律师工作委员会主任以来,他又牵头举办优秀青年律师与优秀公诉人之间的案例辩论会,并筹划主持了《名律师茶座》等活动,深受广大律师的欢迎。

常有其他事务所的年轻律师向王嵘请教问题,他总是有求必应,腾出时间,或热忱探讨,或详加指引。在很多青年律师的眼里,王嵘不仅是一位可敬的前辈,更是他们的知心朋友。

十多年来,王嵘多次代表上海市律协对外地同行进行业务培训,每年都受邀在上海律师学院向新执业的律师讲授诉讼实务课程,也始终被听讲的律师学员评选为最受欢迎的讲师。听过他课的青年律师普遍认为,王嵘讲课注重实际、例证丰富、信息量大,并且生动形象、语言感染力强。

探索未来

2008年,王嵘牵头创办了上海汉商律师事务所,在他的倡议下,该所实行一体化管理和全员工资制,致力于打造优秀的律师团队、探索律师事务所经营管理的新理念。一体化管理摒弃了行业中常见的提成制,在事务所内部实现资源整合和办案过程中的高度合作和融合。一体化管理的模式,可提升对客户的服务质量,集中资源拓展新的服务领域,有利于对青年律师的培养。但和提成制比较,合伙人牺牲较大,不仅收入下降,而且工作量投入加大。王嵘以身作则,甘于付出,带领合伙人在事务所管理体制和机制创新上大胆试验,全力推进一体化管理,使汉商模式成为上海市法律服务行业中一个可资研讨和借鉴的新标本。

为使所内青年律师尽快获得专业技能和经验,适应法律服务市场的需要,王嵘对培训工作亲力亲为,主持建立了办案信息平台、案件简报和研讨制度,合伙人经常向青年律师进行业务示范,并组织讨论,分享自己的业务经验和心得。

2008年,金融危机也打击了律师业,上海汉商律师事务所在这个背景下成立并逆流而上,人员规模和创收均不断扩大。也正是在这个背景下,王嵘意识到,为顺应社会 and 经济发展,服务于上海金融中心建设,应该拓展金融法律服务。在他的推动下,该所引进了金融法律服务团队,ALB法律周刊报道了这一新闻,新加坡、香港的一些著名外资银行很快将上海汉商律师事务所纳入了他们的法律服务提供商的名录。

如今,成立4年的上海汉商律师事务所已成为一家饶有特色的中型规模的律所,在金融、公司业务、投融资、不动产、知识产权和争端解决等领域拥有较强的专业实力,正积极为国家、社会的经济发展提供优质的法律服务。

“十年磨一剑,霜刃未曾试。今日把示君,谁有不平事?”这首贾岛的诗,是王嵘最喜欢的诗,也印证着王嵘从业至今始终不变的豪情壮志。过去的二十年,让王嵘喜欢上了律师这个职业。“再给我二十年,我依然深爱律师这个职业。”王嵘如是说。●

人物简介

林丽娟,上海市新华律师事务所高级合伙人。目前任上海市律协女律师工作委员会委员,女律师联谊会副秘书长;长宁区第十三届政协委员;长宁区律师工作委员会委员;长宁区女法律人才联谊会副秘书长;长宁区女企业家联谊会理事。获上海市第四届优秀女律师称号。

人物·优秀女律师 ●文/林丽娟

用感恩之心努力做一名服务大众的平民律师



《上海律师》杂志要求我找一张自己的工作照,给这篇文章做插图。我找了半天,满意的律师工作照一张也没有找到,只能在办公室里重新拍了一张。在翻阅 20 多年前在检察院工作时的老照片,仔细端详着年轻时穿着制服站在法制宣传讲台上那种意气风发的模样,感觉自己如今真的是老了。细细算来,自己从事法律工作已有 28 个年头了,做律师也整整 20 年了。

我是 1984 年招干进入检察院工作的,那年我才 18 岁。后由于夫妻同在一个单位任职,按照当时的人事制度规定,必须有一方离开检察院。于是在 1992 年,组织部门便把我调动到了上海市新华律师事务所。

从内心讲,我并不愿意来律师事务所,因为在当时律师的社会认知度低,收入报酬也不尽如人意。但既然是组织的安排,愿不愿意不都得去吗?所以,我当律师并不是出于我的意愿,是属于“被执业”的。

既然当了律师,就面临着一个业务定位问题。我在检察院控申部门及普法宣传工作期间,接触到很多由于不懂法或不懂得寻求法律保护而触犯法律或被侵权的当事人,如果他们身边有法律工作者去帮助他们,为他们维权主持正义,很多矛盾纠纷原本都可以化解,有

些悲剧也就不会发生。于是我就想：自己没有高深的法律理论功底，也不具有海归的背景，肯定成不了大律师、名律师。但是，为平民百姓提供法律服务，为他们排忧解难是我力所能及的，那我就做一名平民律师吧。

有了明确的自我定位后，我便先从我擅长的普法宣传工作入手。由于我在检察院工作时，主要承担的是普法宣传工作，所以，我到了律师事务所后，就牵头组织年轻律师成立了“新华热线”，主要以电话咨询及报纸法律问答等方式，为百姓提供无偿的法律服务。我与所里的一些年轻同事们利用节假日及公休时间，在短短的几个月里，接听了数以千计的咨询电话，为需要得到法律帮助的人们解答各种各样的法律问题，虽然很累且没有任何报酬，但我和我的伙伴们还是乐此不疲。“新华热线”由此成为了上海市司法系统一张法律援助的名片，服务团队被评为上海市“共青团号”及长宁区“文明班组”称号，我个人也被授予了“新长征突击手”的光荣称号。

各项法律援助活动是我最乐于参与的活动。在日常法律服务中，我对经济困难的委托人，不论案件大小，一概来者不拒。碰到客户经济困难，要求减少收费甚至免费的，我基本上都会答应的。前段日子，一位老农民因为我免掉了他按合同应付的律师服务费而要来磕头致谢，当然被我婉言谢绝了。在办理法律援助案件过程中，虽是免费或象征性收费的，但我和办理其他案件一样，也是认真负责、一丝不苟的。在一起劳动合同纠纷案中，我作为劳动者方的诉讼代理人，针对当事人的案情做了大量的案头工作，我详尽地研究法律关系和法律依据，最终帮助劳动者获得了法院的支持。此案被中央电视台“社会经纬”栏目作为一个劳动者维权的成功案例在全国播出。另外，同样由我代理的一起人身损害赔偿案，经过不懈努力，最后将该案以同类案件最高赔偿金额结案，该案也被上海电视台作为一起典型案例作了深入报道。执业20年来，我办理的法律援助案件就有数百起。

当然，服务光有满腔的热情还是不够的，同时又必须专业方面不断钻研。我是一位不甘于照旧的人，总愿意以新的尝试去解决问题，尤其是非常乐于运用多元化方式为当事人提供法律帮助，并且逐渐形成了自己的服务特色。我想：当事人的类型是多样的，并且每一个案例背后所隐含的矛盾焦点形式也是多种多样的，律师要做的其实就是帮助各种各样的当事人化解各种各样的矛盾。一味向当事人讲述法律、解释法律规定往往并不是最佳的解决问题的方式，因为当事人本身并不是法律工作者，矛盾的产生往往有心理层面的问题。所以，律师需要从解决实际问题出发，了解当事人真实的内心需求，并且去分析双方当事人产生争议或者无法达成交易

的核心问题在哪里，然后再通过自己的语言技巧将较为刻板的法律规定演绎成打开矛盾“心锁”的钥匙。

为了充实自己的理论基础，我利用业余时间自学心理学，并取得了国家二级心理咨询师的执业证书。形成自己的服务特色之后，通过解决当事人心理层面的问题便取得了非常好的办案效果，很多看似无法达成的交易被促成了，很多看似无法缓解的矛盾被解决了。我曾经为一家民办教育机构代理了一宗案件。该教育机构的部分学员认为这一机构的招生存在欺诈，办学存在重大瑕疵，要求退还3年学费并根据《消费者权益保护法》退一赔一。本次诉讼中，原被告在庭审之前的矛盾极其尖锐，而且原告人数较多，学生和学生家长基本全部到庭，是典型的群诉案件，但是我作为被告的代理律师，很好地掌握了庭审节奏和情绪把握，既有礼有节地表达了校方的观点，也没有进一步激化校方和学生之间的矛盾。最终，一审判决驳回了学员绝大部分的诉讼请求。原告在一审败诉后提起了上诉，并且扬言要到市区教育主管部门去群访，到新闻机构要求媒体介入和曝光。尽管并不担心媒体监督，但我觉得只要自己能够解决的问题，就不要将这一矛盾推向社会。在二审中，尽管一审基本获得了胜诉，我作为被上诉人的代理律师，并不仅仅一味地就案论案，而是积极地和学生家长沟通交换意见，一方面为他们剖析本案的法律关系和判决理由，另一方面也从一个家长的角度将心比心去听取上诉人家长的意见和开导上诉人家长。最终，这番工作起到了效果，家长们的思想工作被做通了，他们均不再坚持原先的诉讼请求，只要求校方能有些象征性地补偿。在此情况之下，我又积极地和校方沟通，并且说服校方在一审判决已有明确结果的情况下，额外对学员进行了一定的补偿。这一方案最终得到了原被告双方的认可，该案以和解撤诉结案，避免了一起可能发生的群体性事件。在我办过的案件中，不少对方当事人案件结束后，而且是在败诉的情况下和我成了朋友，这说明我的法律心理学还是蛮有成效的。

我认为：新时期的律师应该具有强烈的社会责任感，创建法治社会、构建和谐社会是我们每个律师的使命和责任。律师办案不能只注重经济效益，更应服务于大局，更应注重社会效应。所以，我在办理涉及世博会及涉及维稳的案件时，更是全身心地投入，倾注全部精力，力求妥善完满地解决争端，确保不发生影响稳定和和谐的事件。例如：长宁区一家区属企业在世博会筹备期间已被指定为客运服务商，但由于体制及人为因素，接连爆出30余起各类案件，有租赁纠纷、加工承揽纠纷、欠款纠纷、劳动纠纷等等，致使企业濒临破产。我接手此案后，多方奔走斡旋，经数十次谈判，一审、二审直至再

审。历时两年,最后在市主要领导的关心指导下,30余起纠纷最终得以圆满解决。企业恢复了活力,并顺利完成了世博会的客运任务。虽然工作量巨大且只象征性地收取服务费,但想到自己能为世博会尽一份绵薄之力,我内心充满了快乐。

作为一名女性律师,在社会生活中也总免不了会显露出女性所特有的关怀与体贴。我也非常乐于参加社会慈善公益活动,曾经代表上海市新华律师事务所长期对口帮扶三家弱智、贫困家庭,主动坚持定期上门问寒问暖,捐助必要的生活用品,努力为他们开辟新的谋生之路,让其脱贫脱困,因而被这些人们视为自己的亲人和朋友。

在今年长宁区第十三届政治协商会议上,我荣幸地当选为政协委员,并担任了区行风纪监督员。我想,这既是一个荣誉,更是一种责任。在这个平台上,我必须充分发挥自己的专业特长,关心大局、关注民生,提出高质量的提案和建议案,为推动政府依法行政和解决群众反映强烈的热点问题作出努力。近期,我已经抽出大部分精力介入了长宁区旧区改造基地动拆迁遗留问题的善后处理工作。我想:这既能为长宁区的发展建设做些促进工作,又能为百姓的排忧解难做些实事。一举两得,何乐而不为呢。

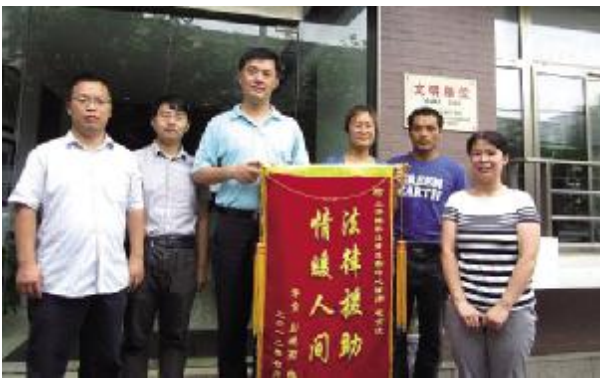
我常想:自己是十分幸运的。从一个高考落榜生直接进入政法机关,继而成为上海市新华律师事务所这一光荣集体中的一员。一路走来,得到了很多人的帮助。感恩与回报,是我最想说的两个词。我感激组织和前辈多年来的教育培养;感激客户们的信任;也感激那些法律援助对象,他们在逆境中的那种坚韧、豁达、乐观向上的精神同样也感染着我、激励着我,而回报社会、服务大众百姓是值得我用全部执业生涯去做的事业。我深知:平民律师,是一个非常崇高的称号,自己离这个高度还很远,但我会努力去接近它,我会用毕生的精力去践行自己的诺言。●

共筑和谐

●文/上海炜衡律师事务所

让每个人都能享受到阳光下的公平正义

——记上海炜衡法律援助中心



上海炜衡法律援助中心(简称法援中心)位于长宁区东虹桥法律服务园区三楼,是全国少见的由律所建立的法律援助机构。

虽然法援中心只有几间不大的办公室和几张朴素的办公桌椅,但是这里每天都有律师坐班,热心解答群众对法律问题的咨询,无偿为困难群体提供法律援助。法援中心的目标就是与弱势群体同呼吸、共命运,听取他们的诉求,为他们排忧解难。法援中心要让每一个人都能享受到阳光下的公平正义,体会到和谐社会的优越性。

分担国家法援负担 建立炜衡法援中心

早在2008年12月9日,在北京市司法局、大兴区司法局的大力支持下,北京市炜衡律师事务所和大兴区榆垓镇政府为落实“名镇加名所,共同致力于社会主义新农村建设”的共同目标,共同组建了“炜衡律师事务所榆垓地区法律服务中心”。

该法律服务中心成立以来,在“送

法下乡、普法宣传”口号的感召下,炜衡律师事务所派驻律师前往各村进行了现场普法宣传、法律咨询、发放法制宣传资料、设置法律宣传墙、举办法制讲座等活动,并送法进大、中、小学校和企业,开展各类普法培训。

炜衡法律服务中心为榆垓地区的法律援助做出了卓越贡献,但是也有其局限性。最大的问题就是该服务中心在设立之初援助区域限制在榆垓地区,覆盖面较小。为了解决这一问题,同时也为了推广法律援助工作,帮助弱势群体,担当社会责任,减轻国家法律援助中心的负担。炜衡律师事务所决定建立法援中心。2011年9月7日,在长宁区司法部门的支持下,长宁区民政局、区社会团体管理局决定准予法援中心成立登记。同年12月24日,法援中心正式挂牌成立,今年3月法援中心开始常态性地运转。

成立之初困难重重 各方支持保障运营

法援中心成立之后,面临种种困难,炜衡律师事务所为克服这些困难,做出

种种努力。

一是物力财力短缺。法援中心建立之初,得到了长宁区司法局的大力支持,得以进驻上海首家综合性法律服务园区——“东虹桥法律服务园”。在有了固定的办公地点后,为了维持初期的基本运营,炜衡律师事务所投入了大量资金。紧接着在经过律所申请之后,得到了中央专项彩票公益金法律援助项目的资金支持,这有效缓解了法援中心财政资金不足与法律援助需求量不断增加的矛盾,为法援中心长期运营提供了有力保障。

二是律师志愿者人手不足。起初法援中心只有一名常驻律师,但是在经过律所内部的发动宣传,也得到了所内不少高级合伙人的支持,涌现了一大批律师志愿者,他们会每周定期在法援中心值班,为来咨询的群众指导诉讼,为调解各类纠纷提供了卓有成效的帮助。

三是缺少知名度,无人问津。法援中心刚成立之时,每日难得有群众上门咨询,导致值班律师空有热情却无服务对象,白白浪费了人力物力。为改变这一现象,法援中心加了大宣传力度,并寻求社会各界的关注。法援中心在与长宁区司法局、华东政法大学沟通协调之后,确定法援中心与长宁区法律援助中心、华东政法大学大学生社会法律援助中心、华东政法大学劳动法律服务中心等展开合作,形成“以区法律援助中心为主体,社会法律援助为有效补充”的格局。法援中心得到了各机构的有力支持,逐渐改变了无人上门的局面。同时,随着接待群众的不断增加,法援中心的名气也随之不断提升,取得了一定的发展。

稳步发展取得成效 热心援助为民解忧

法援中心度过初期的困难期后,取得了一定发展。但是在发展过程中出现了律师志愿者流失严重,专业性不强;与其他法律援助中心援助对象重合等问题。如何解决这些问题,更加有效地推进法律援助工作,成为了法援中心研究的课题。

法援中心发现这一系列问题后,首先是对所有志愿者进行整顿,最终留下了一批真正热衷于公益事业的律师,这批律师有7人,他们是邱捷、付华华、金晓、廖晓红、郑雪玉、陶胜英、齐磊等。接着,又对所有受理的案件进行了核查,把不符合法律援助的案件退回。此外,律所的资深律师们抽出宝贵时间,每半个月举行一次讲座培训,讲座内容包括各部门法的专题讲座,经典案例讨论,成功律师经验分享,法援中心具体章程、条例学习等。这些培训提高了志愿者的专业素质,也使得志愿者熟悉了法援中心的各项规章制度。

法援中心为改变与其他法律援助中心援助对象重合,导致浪费法律援助资源的现象,一是将经济水平高于上海法律援助经济困难标准、低于城镇最低工资的群众纳入受援人范围;二是确定法律援助案件只涉及农民工、残疾人、老年人、妇女家庭权益保障、未成年人;三是法律援助不限定于长宁区,可以跨区,甚至必要的情况下可以出上海市。

在解决这些问题后,法援中心走了上一条稳步发展之路。截止到目前,运转半年以来,法援中心共接待法律咨询500余人次,接受法律援助案件17件,代写文书30余篇。

法援中心在解答各类咨询、受理各类援助案件时,都秉承着维护社会和谐的理念。援助对象在初次找到法援中心寻求帮助时,要么是遇到突发情况,茫然无措;要么是事情久拖不决,满腹怨气,负面情绪较多。法援中心往往会根据不同情况提供合适的解决途径,而不是单纯地依靠法律手段解决问题。有和解基础的案子,如家庭矛盾、消费者与商家之间的纠纷,法援中心会促成双方和解;不属于法院受理的案子,如人事职称评审争议,法援中心会告知当事人应当通过其他途径比如信访来解决争议,而不要把时间、精力花费在通过法律手段解决争议。

建章立制放眼未来 开拓进取不断发展

目前,法援中心还在制定一系列举措,以推动法援工作取得进一步的发展。

一是制定各种制度,维持律师志愿者的援助热情。法援中心正在制定内部的宣传推广制度来宣传每位为法援事业付出心血的律师,制定案件分配制度来为不同专业所长的律师分配援助案件,制定保障制度来保证律师志愿者从事法援事业时无后顾之忧,制定激励制度以表彰工作出色的律师志愿者;二是以法援中心为平台,与其他律师事务所开展合作,共同推进法律援助事业;三是送法进企业、学校和社区,为员工、学生和居民免费普法、解答法律咨询。

以上这些措施将会有效维持律师志愿者的援助热情,也让律师志愿者对这项事业更有认同感,使法律援助精神深入人心。

在今后的发展中,法援中心的目标是:推动法律援助事业向规范化、常态化、专业化方面发展;整合社会资源,运用社会力量更为有效地为困难群体服务;让法援中心成为培养青年律师的温床,培养出更多愿意投身法援事业的律师。●

法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

带薪年假制度 想说爱你不容易

本期主持:陆敬波 上海江三角律师事务所主任

嘉宾:张淑华 上海市劳动人事争议仲裁院仲裁一庭副庭长

温陈静 上海远业律师事务所主任

文字整理:许倩



陆敬波:两位嘉宾下午好,这期“法律咖吧”主题是从国庆长假旅游景区拥挤暴露出的问题,来谈谈我国带薪年假制度实行的现状。今年“十一”小长假恰逢中秋节,连休8天,长假期间高速公路的车流拥堵与景点的人流拥堵和我们今天谈论的话题是否有关系?有多大的关系?现存的带薪年假制度存在着什么样的问题?

我国现行带薪年假制度执行力不够

张淑华:从国家带薪年假制度的历史来说,时间是挺长的,原来的《劳动法》也有这样的规定,一直到后来2008年的时候出台了条例和实施办法,大家对此应该的有一个概念。但是政策的制定,最关键的还是执行的问题,从我们国家整个社会当中,对各种机关、企事业单位来讲,真正做到百分之百的落实还是存在着问题。我之前看到过个新闻,新闻上报道,这次黄金周做了个统计,采访了一些普通的劳动者,做下来的统计有70%以上的人是不准备休年假的,原因肯定是各种各样的,但是新闻报道统计出的数据还是证明了政策在执行上仍有空间。

温陈静:年假制度落实不到位的原因可能是多方面的,我做劳动争议这么多年,涉及到年假的争议,多数都是在结束劳动关系的时候才被提出,以补偿方式而且是以经济补偿为主。很多员

工在职期间,对于是不是能够提出年假,自己都有一定的怀疑度。首先,从企业的角度来看,企业重视程度不够。我在假期中问过一起来度假的其他人,为什么不利用年假出来,给我的回答是“企业不让休,我也不敢休。”这让我觉得很多企业对此也不是特别重视。我们观察到有很多企业自身对这块法律缺乏认可度,或者缺乏实施这个制度的动因,究其原因是法律对此的惩罚性不够。其次,从劳动者的角度来看,劳动者维权意识度也不够。年假法律实施的5年间我们所没有接到过员工在职期间因为“休年假”去打官司的,都是离职之后要求获得未休年假的折算工资。而且,在现实中许多员工形成了这样一种思维,虽然清楚有这个法律,但因认为公司未安排休年假未对他造成较大的利益损害,即使是损害,也是轻微的,所以当他去维权时,先会对这块的维权的风险进行评估,其结果是多数职工会为避免因维权引起企业的反感而放弃。再次,从劳动监察部门的执法来看,劳动监察部门的查处不够,没有主动地深入工厂、公司去调查用人单位的职工年假实施情况,只有在劳动者投诉的情况下,才会去调查核实,这在一定程度上也助长了企业的违法气势。这样来看,企业、员工及执法力度各方面都不够,才导致我们国家百分之七八十的企业确实存在着政策落实不到位的问题,也导致很多人很难去享受这个政策,所以只能选择挤在这

个时间一起出游。

陆敬波:对于制度本身需要有些什么样的完善提升?两位有没有什么观点。

张淑华:说到执法力度或者是在最后的监管上面,作为仲裁来讲,其实在对这个带薪年假制度上我们能适用的规定是非常明确的,在这样的诉请当中,遇到的争议不复杂,大部分情况是离职了以后再清算,这个带薪年假就涉及到时效问题,因为离职了以后有一年的时效,年假在条例和实施办法中规定是一整个年度的,用人单位和职工解除劳动合同以后,规定很清楚,是当年度的,那么在清算的时候,职工能够主张的权利也就是他当年度的年假。我们在实务中也注意到,很多员工在职的时候无法休年假,他能够清算的也只是最后一年的休假,这在政策上可以再斟酌一下。还有就是劳动者和用人单位在举证能力上、在谈判的地位上,不是完全对等的,在实务当中处理时,劳动者身上背负的举证义务没有办法实现,这也是他弱势的地方,而劳动监察部门目前主动监察的情况不普遍。

陆敬波:在举证责任问题上,劳动者的确处于弱势。劳动监察部门从条例的规定上来说,应该依职权主动监察,但实际状况则是基本都是被动监察,不告不理,还必须实名举报,但确实企业太多,能力有限。但我觉得,好多劳动关系方面的问题,都要靠劳动监察也不现实,我们有劳动监察条例和庞大的劳动监察队伍,但任何事情要靠行政力量介入不是解决问题



本期主持：陆敬波



嘉宾：张淑华



嘉宾：温陈静

的根本办法,比如说工会在带薪年假里有没有可以提高的地方。

温陈静：工会和劳动监察等各个机构如发挥作用将大大推动带薪年假的落实。虽然我不是很赞成用行政强制手段,但实际上在我们国家的现阶段,这种方式是很有效的。如果是政府主动推哪项制度,就像我们之前的劳动合同,在一个阶段强化性推动,企业如果被处罚过,将会印象深刻,现在在上海很少有企业未签劳动合同的,而在外地还是很多。同样,对实行带薪年假制度,政府机关如果就这个问题去督促查实,可能会在短时间对企业,特别是民营私企起到“强心剂”的作用,会对企业主动实行年假制度有很大的促进作用。但是,毕竟劳动监察部门的时间和精力是有限的,今后的发展趋势,还是在于职工应通过群体性维权途径、通过工会或职工代表大会的形式平等与企业对话谈判,发挥工会和职工代表大会的作用,变企业被动实施为企业主动实施,这样才能切实落实法律规定的权利及法律以外的权益。当然,我们现在的维权也是从基本权利到权益的一个争议,就年假来说,还是个权利,是法律规定的东西。如果工会或者职工代表大会能从正当途径先提出内部解决,这是个比较和谐的解决方式,工会或职工代表大会对于年假有明确要求的,也能很大地推动年假真正落地和实施。

现行带薪年假制度须完善

陆敬波：因此,集体协商制度很重要,我国劳动关系调整机制里,其实很多问题就是由于中间层次的集体协商这块缺位,上面的国家法律是刚性的,下面个体劳动合同这块也很强,中间则很弱。从一个健康的调节机制来说,应该中间是最强的,主要靠双方的协商谈判,我们一直在朝这个方向努力,要走的路还很长。年假制度没有落实,很重要的一个原因还是工会作用的发挥和集体协商机制的缺位,劳动监察部门没有那么多力量,只好靠自我维权,但如果是个人自我维权,会碰到问题,力量弱,投入产出低,又会得罪老板。另外一个问题是制度设计,不管是企业还是员工都很关心这样一个问题,这也直接涉及到今后带薪年假制度能不能得到很好的落实。这个问题是,当年度的年假如何休,谁说了算?按照年假条例的规定是用人单位根据生产经营需要,结合员工的本人意愿统筹安排年假。这个制度设计有没有问题,在审判或仲裁的过程中有没有遇到过这样的问题?对这个制度设计两位有什么观点。

张淑华：刚才陆律师讲的条例里的这一条,主语是用人单位,说明年假是由用人单位来安排的,主要的主导权还是在用人单位手里。举例来说,我们市仲裁员一般处理的都是注册资金在一千万美元

以上的外企,这样的用人单位相对来说规范,员工提出年假计划,一般是得到允许的,但如果到了一般的中小型企业或者劳动密集型企业、私营企业,部分员工有这个意识申请年假,企业可能就以自己生产经营不能安排为由拒绝。实施办法里有个更加系统、细化的规定,用人单位如果不能安排员工休假,员工也同意的话,最后有300%的经济补偿。还有条规定可能也会产生问题,就是用人单位安排员工休假,员工书面表示自己因为个人原因放弃休假,那么就按照正常工资支付。如果企业给员工签一份承诺书,让他承诺放弃年假,员工如果在职,为了保住自己的工作,或者为了将来的晋升,他可能会考虑签这份承诺书,因而放弃年假。

陆敬波：刚才张庭长讲了两个问题,第一个是年假安排的决定权问题,第二个是年假的放弃问题,这两个问题都很重要。现在的制度设计就是单位对于休假安排有决定权,但是要考职工本人的意愿,那么如何考虑职工本人的意愿,这方面又如何理解和操作?

温陈静：据我们从业中遇到的案例,首先,企业要给年假,后面才是探讨了年假的制度中休假的主动权问题。目前法律上设计是倾向企业的,倾向保护企业的生产经营。故而造成在实践中,多数企业就是根据自己的业务安排,而且不少企业都没有允许员工连续休完5天或10天年假,而是拆分开来给休。比如基础的五



天年假，每次给你一两天或两三天，甚至我们见过有些企业是按小时拆分的，法律给了企业很大的主动权，而且确实在现在用工成本较高的情况下，很多民营企业、小型企业更是要充分利用法律规则，很少考虑到员工的个人想法。其次，因为制度上对企业的倾向性，企业的主动权过高，这样就造成了在这个制度里面，员工的议价空间是很小的。如陆律师刚才举例的，员工很难在确定的时间内休假，因为法律上没保障，即便去主张，胜诉的可能性也比较低。我们接触的中小企业多数在春节或者其他一些企业觉得有可能需要停止生产经营的时间内让员工统一休假，而员工无法自由安排假期，导致其无法跟家人一起休假，只能安排在黄金周出行。

陆敬波：休假安排从条款上看，决定权在企业手上，也考虑了职工本人的意愿，从字面上看好像没什么问题，但考虑到职工意愿这条很可能成为摆设，这样决定权就成了企业的一种绝对权，就违背了立法的本意。所以考虑职工本人的意愿，怎么细化一下再提出，使其更具操作性，来平衡双方的权利义务。比如说，员工要请年假，必须提前告知单位，即员工有一个合理的通知义务，但只要如此告知了单位，单位就应当统筹安排，除非有特殊情况，而且这种特殊情况要加重企业的举证责任。这样通过细化制度，让“考虑职工本人意愿”这几个字能真正发挥出实际的作用，这是否有必要？

温陈静：非常有必要。从现在的实施状况来说，立法本意是考虑员工，但是确

实现在成了摆设。如果能够细化到员工有个合理的提出，有个更合理的安排，这对员工能够按照自己的意愿休假是个很好的落实。

张淑华：结合我们刚才谈到的集体协商，也可以在职工自己制定休假计划这块进行协商，有可能全体职工代表一起制定，然后大家轮流休息，或者在年前的时候制定个计划安排年休假，然后由企业统筹安排经营生产，这也是种办法。

完善带薪年假制度

陆敬波：集体协商制度如果真的能够落实的话，很多事就容易解决了。我收集了一下国外关于带薪年假安排的规定，英国带薪年假的安排是雇员可以自由决定休假时间，但也需要雇主的许可，按照提前通知的原则。法国是由雇主和员工共同商定，一般雇主需征询员工代表的意见，按照提前通知和不随意改动原则。美国则是在不影响企业运转的前提下，由雇主和雇员协商决定，一般遵循先报者和资历深者优先的原则。日本是雇员可按自己的意愿安排带薪年假，但如果假期影响到企业的正常运作，雇主也可以取消，一般情况下是两者协商。几个国家的制度都不太一样，但还是有共同的地方，就是员工在休假的安排上，自己的意志起到了很大的作用。如果我们国家的制度设计导致“考虑员工本人意愿”这条名存实亡，那么应当要完善。前面还提到一个放弃休假的问题，条例里明确规定员工要书面提出，那么在实践中有没有遇到员工被迫放

弃或者视为放弃的案例？

温陈静：我们见到的案例中确实有的公司有这样操作的。所谓书面放弃，法律有这样的规定，放弃指对自己权益的放弃，我相信大部分劳动者要做到工作狂这种程度的毕竟是少数，但却有企业看到这条规定，也是花了功夫的，做好了放弃的书面通知，要求员工签字，很多员工也是迫不得已或出于无奈签了字。这种情况下，毕竟是民事权利，放弃之后再想主张就比较困难了，像这种员工自己签过字的，基本上不会去仲裁，这也说明很多企业意识到带薪年假制度的存在，只不过做了规避法律的安排。年休假制度在国外资本主义发展初期就有，因为很多资本家认为不要让员工自我认同感过高，企业离开他还是能够正常运作的，给他假期让他离开一段时间，企业还是可以很好地运作，这是对企业的自我检验，这对企业是有好处的。同时，对休完假的员工，因为得到了充分的休息，使他们的工作效率、精神状态也有所提升，更有利于开展工作。所以我国的企业家还是要有更高的认识，即便现在我国规定的年休假时间不是很长，企业完全可以给出更长的年休假，不仅有利于员工工作效率的提高，而且这也是企业吸引优秀员工的一种重要方式。之所以现在有很多员工愿意选择外企或者国企，他们大部分也是认为此类企业福利待遇比较好。这样能够留住优秀的人才，因此企业家本身的观念需要改变，意识上需要改进。

张淑华：员工不休年假并不是件好事，如果一个企业离不开这个人，有可能

是一种危险。我们国家的企业家要有这样一个意识,作为企业家你不能仅仅把这个带薪年假当成是员工的权利或福利,其实两方面都是相对的。

陆敬波:除了刚才我们提到的通过让员工带薪年假检验企业离开这个员工是否能够正常运作,还有些其他的观点考虑,比如现在有些金融机构要求员工强制休假,在员工休假期间对其进行审计,这个制度是将企业和员工两方面都考虑到。带薪年假我们刚才谈了很多,这个事情是因为黄金周出现车流、人流拥堵而引起的,我就在思考一个问题,带薪年假制度和黄金周制度到底是什么关系,能相互取代吗?

张淑华:我认为肯定是不能相互取代的,两者是不矛盾的。其实我们国家的黄金周制度已经过一次改革,之前的黄金周更多。经过改革之后,现在的小长假变成一年只有两次,今年遇到中秋节,小长假是8天。这次黄金周出现车流、人流拥堵了以后,我也看了新闻报道,有几种声音,一种是说应该恢复到以前的制度,增加黄金周,这样就不会造成拥堵了。另一种专家的声音是说,黄金周要越来越弱化,强化年休假制度的落实,我认为这不一定是矛盾的。作为普通劳动者,肯定是希望假期越来越多,我国的年休假制度标准并不算高,因此黄金周是不是能更多些,年休假制度也是否能更强化些。

温陈静:我个人觉得这两块没有必要去替代或是弱化某一块,黄金周有其存在的价值,各个国家本身都有其国定假日。黄金周那么热,可能还有一些其他的因素,“五一”和“十一”这样的时间比较适合出游,这些时间全民放假,大人小孩都有时间,带薪年假如果完全取代黄金周,可能无法照顾到大众的情况。我觉得现有的黄金周完全可以保留,黄金周的存在还带动了很多经济发展,如果年休假能真正落实,有更多的假期,可能很多人不会选择在黄金周出行。我们经过三十多年的经济发展,很多人经济条件是变好了,但我们更希望员工有钱又有闲,有闲了还能够促进消费,带动企业的发展,这

对全社会都有好处。

探亲假制度与带薪年假制度相辅相成

陆敬波:两位的观点达成了共识,两种制度的功能性质都是不一样的,没法相互取代,应该是相得益彰的。除此之外,我们国家还有个很“古老”的制度——探亲假制度,我看媒体上似乎没人提到这个制度。我国的探亲假制度从80年代初建立到现在,一直都没有改,那时候的立法状况和现在是今非昔比,这个制度至今仍然有效,带薪年假制度和探亲假制度之间该如何协调?

张淑华:说到探亲假问题,在实务当中我们碰到的案子非常少,我学习了有关探亲假制度,发觉其出台时间比较早,而且当时出台的背景和现在我们国家经济社会的发展的背景大不一样了。当时规定中有一条是说,如果和父母或配偶无法团聚一个昼夜,是可以享受一定时间的探亲假。其实我们现在如果从交通工具上来看,不太存在有这样的距离,导致不能团聚一个昼夜。虽然现在探亲假制度仍然有效,但是在实际操作中机关事业单位还是有这种制度的,但是我遇到的这类争议非常少,因为政策的背景完全不一样了,在这么长的时间里,这条政策没有经过修改。

温陈静:我们确实有关于探亲假的咨询,但是真正涉讼打官司的案例,我们也没有接触过。我们向相关机构咨询过,现在比较统一的意见就是探亲假在事业单位和国企是有效的,私营企业包括很多外资企业都不接受探亲假,虽然探亲假现在是有效的,但实际实施的可能性非常低,像我们遇到的民企里面,从来没有一家企业愿意给员工放探亲假或者员工可以主张探亲假,因此对于大部分员工,探亲假制度是不适用的,在这方面法律上确实有很大的改进空间。按原来的探亲假来说,企业如果真给放了,负担是挺重的,因为探亲假时间相当长,由于现在用工成本不低,如果让企业再负担这一块,也是个很大的问题,如何衔接,我觉得法律确实需

要完善。

加大职工带薪年假制度的宣传

陆敬波:当时由于立法比较早,那个时候国企还叫全民所有制企业,法律适用的主体是全民所有制企业和事业单位,当时的交通条件也不是很好,这个制度到现在都没有改确实有些过时,有关方面应该予以关注。老的探亲假条例规定,这两个假期不能同休,但后来的年休假条例改了,两个假期之间互不搭界,路归路,桥归桥。谈带薪年假,我觉得还是要把国定节日、探亲假拉进来,综合考虑。最后回到带薪年假这个方面,既然是落实不到位,制度本身也存在问题,能不能提些建议,怎么来改变这种状况,让带薪年假落到实处。

温陈静:第一,在维权道路上、时效上考虑的话,应该很容易改革,所有在职期间的年休假都可以主张,因为它本身是工资性质的,可以折现。第二,在法律构建上,我觉得给劳动者应该更有主动休假的权利,在法律制度设计上应进一步完善。第三,涉及到劳动争议中间的这块力量,就是集体协商,在这种制度或政策上对于这块,我们国家已经有了一些基础规定,但是还需要进一步的扩大,增强其解决劳动纠纷的作用,让员工有更多的渠道争取自己的权利。总之,从这三个方面需要一个共同的力量去提升。

张淑华:我做个补充,我们的媒体在宣传力度上,不仅要宣传我们国家现在非常重视年休假制度的落实,还要宣传年休假制度的落实遇到的问题,可以采取些什么措施,普通大众对这点并不了解,有必要加大宣传力度。还有就是要对企业家和劳动者两方面做宣传,工会也可以参与到里面来,包括基层的、街镇的由政府出面进行宣传。

陆敬波:的确“徒法不足以自行”。感谢两位嘉宾的参与。●

(本文内容根据录音整理,为嘉宾个人观点)

上海“全国优秀律所”巡礼之五

●文 / 彭念元

栏目组稿人:贾明军 jiamingjun@iamlawyer.com

重大项目显身手 服务大局铸辉煌

——记前进中的上海市中茂律师事务所



成立于1998年的上海市中茂律师事务所（简称中茂所），迄今已走过了十四载不平凡的岁月。如今的中茂所，人才济济、星光闪耀，拥有执业律师及律师助理50余名，其中博士2人，硕士13人，多名律师为高等法律院校的教授，更有法学各专业的学术带头人、上海市优秀中青年法学家和东方大律师等人才；总部设于上海的中茂所，其法律服务和影响力辐射至全国各地，在北京、香港、深圳、成都、天津、厦门、大连、西安、济南、无锡等地设有分所或联盟所。14年来，中茂所以不动产建设、民商事、金融等法律业务为专长，以高度的政治素养和精湛的业务技能，服务大局、服务民生、服务社会、服务经济发展，为推进上海的法治化进程和“四个中心”建设贡献了智慧和力量，赢得了党和政府、业界及社会的高度评价，先后获得“上海市十佳律师事务所”、“上海市优秀律师事务所”、“上海市文明律师事务所”、“上海市规范建设优秀律师事务所”，并连续荣获上海市十佳律师事务所、上海市优秀律师事务所、上海市文明律师事务所、三届上海市司法行政系统先进集体、长三角地区工程法律服务突出贡献律师事务所等多项殊荣；中茂所的律师还荣获了“全国司法行政系统劳动模范”、“上海市十大中青年法学家”、“上海市十大平安英雄”、“东方大律师”、司法部先进个人等荣誉与奖项。

倾心倾力，服务重大建设项目

举世瞩目的上海世博会，是世界经济、科技、文化交

流的盛会，是展示中国和平发展以及上海国际大都会形象的舞台。在这个国家重大工程项目中，中茂所倾力服务世博会的筹备、举办直至撤展，是唯一全过程、全方位担任世博会法律顾问和提供法律服务的律师事务所。在历时七年半的时间里，中茂所的世博律师团队始终保持着24小时全天候的工作状态，加班加点成了家常便饭，甚至大年夜也在世博现场值班，累计服务时间逾5万小时，承办了近10个专项服务，代理诉讼案件近500起，起草和修改各种合同、协议、法律意见书等法律文件一万多份；提供的法律服务内容涉及土地储备、动迁安置、工程建设、参展及招商、特许经营、知识产权、志愿者工作、项目融资、参展援助、政策研究等方面，开创性地解决了大量疑难、复杂的新型问题。他们负责起草的《中国2010年上海世博会园区管线综合管沟管理办法（建议稿）》，将水管、污水管、通讯电缆等原本“各自为政”的铺设工程以“共同沟”的形式加以统一，成为世博建设工程的一项创举，最终被市政府采纳并形成法规。在世博会场馆建设中，需要动迁272家企事业单位，动迁居民达1.8万户，中茂所的律师团队日日夜夜地开展调查、疏导、协调和艰苦的谈判，成功地化解了各种矛盾，保证了场馆建设的如期进行。中茂所独创“6+3+X”服务团队模式，现场派驻6名律师处理日常法律事务并及时反馈重要信息；后方3名博士、硕士律师组成后援团，根据派驻律师反馈的信息和要求，针对重大、疑难以及前瞻性问题分析、研究，并提出最佳解决方案；全所其他律师则为机动部队，随时准备应对集中性、突发性事件和涉讼案件，这种模式保障了世博法律服务的及时

性、审慎性和周密性,取得了非常好的效果。七年半间,中茂所制定了相关规定对派驻现场律师进行严格的规范和考核,保证了律师团队在服务世博的七年半中无一起责任事故,其服务质量受到市委、市政府和上海世博局等部门的高度评价,中茂所也因此荣获了上海世博会“优质服务示范窗口”的称号,该所律师荣获上海世博会优秀志愿者、世博服务明星奖等荣誉,还被香港《文汇报》等众多媒体誉为“依法办博的践行者”。

中茂所紧紧围绕上海“四个中心”建设,为20余项涉及国计民生的重大项目提供法律服务。近年来,中茂所不仅承担了世博园区、虹桥商务区、上海迪士尼乐园三大项目的法律顾问工作,为城市功能提升、环境改善和经济转型发展提供了有力支撑,还陆续承接了第一高楼“上海中心”大厦、国家会展中心、上海中环线、黄浦江越江隧道工程、上海外滩地区交通综合改造、上海青草沙水源地区原水工程、龙华机场用地开发建设项目、沪闵轨道交通延伸段工程、苏州河沿岸旧区改造项目等上海市重大工程的法律服务工作,代理了总额1000余亿元的数十个银团贷款项目,还代理了相关上市公司股权划转、债券发行等数十个重大非讼项目。

在诉讼与仲裁领域,中茂所近年来承办的著名案件有:“海宝”著作权纠纷案、司法认定“海立”驰名商标案、资生堂化妆品商标侵权纠纷案、上海日立电器有限公司买卖合同纠纷案、最高院死刑复核不核准吴俊死刑判决案件、“温州文坛第一案”、上海“莲花河畔公寓”倒塌案、爱建证券高管涉嫌挪用资金及合同诈骗案、张钰诉《购物导报》社名誉侵权纠纷案等。

在法律顾问领域,中茂所的律师担任了湖南省人民政府、上海市金融服务办公室、上海世博局、上海申迪集团、上海市城投总公司、上海地产集团、上汽集团、上海博览会有限责任公司、日立电器、中国银行、交通银行、建设银行、香港捷华公司、香港亚太集团、新加坡丁氏集团等机关、大型国企和知名外企的法律顾问。

注重科研,专业研究成果丰硕

中茂所的律师非常注重科研,热衷于法学研究。他们认为,只有牢牢把握好法学的应用性特征,才能使法学研究达到规范社会秩序、化解社会矛盾的目的。中茂所的法学研究着力从实务中发掘问题,努力做到紧扣实务、源于实务、指导实务,该所专门成立了研究室,进行理论联系实务的研究,这在业内也是少见的。

中茂所的学术研究和业务实践领域为民商法,主要集中在重大项目建设及其融资和知识产权保护等方面,其学术创新点主要体现在两个方面:一是紧密联系实

务,始终围绕实务中出现的法律疑点、盲点和难点问题展开,努力将实务问题上升到理论高度,并使理论研究和指导实务工作;二是研究成果填补了相关法学研究和立法领域中的空白点,充分彰显了法学研究的价值和意义。近年来,中茂所的律师通过著名出版社出版了法律类学术论著20余本,发表的专业论文达600余篇。2007年由法律出版社出版的《土地储备法律问题研究》一书,针对我国土地储备制度的立法和实务现状,展开了严谨的理论求证和法律分析,对基础理论、法律关系、土地使用权取得、拆迁、安置、融资、前期开发等相关问题进行了系统研究,以学术论著的形式填补了我国在土地储备法律研究方面的著作类空白,对土地储备制度的完善和实务运作有很强的指导意义,受到了广泛的重视和好评;2008年由法律出版社出版的《市政工程建设法律问题研究》一书,是对承接的大量重大政府投资项目市政工程建设法律问题进行的系统法律研究,具有较高的理论和实务操作价值,填补了国内市政工程建设法律研究方面的著作类空白;论文《“代建制”工程管理制度研究》,深入探讨贯彻国务院关于工程投资和管理体制改革要求,在重大工程建设中推行“代建制”,开启了这种新型工程管理模式法律研究的先河,获得“第五届中国律师论坛”优秀论文奖;论文《公益性建设项目拆迁立法之探讨》,针对我国现行建设法规尤其是拆迁法规体系在公益性建设项目领域立法上的空白,提出针对性的建议,被业界广泛引用。在服务世博会期间,中茂所的律师承接了上海市建交委等部门委托的《中国2010年上海世博会园区管线综合管沟管理办法》和《中国2010年上海世博会园区土地使用管理办法》两个课题研究项目,研究成果得到了市政府相关部门的高度评价,还直接为上海市政府最终制定《中国2010年上海世博会园区管线综合管沟管理办法》提供了理论依据和基础范本,填补了该领域立法上的空白,对建造、管理和维护好世博园区综合管沟以及上海乃至全国地下空间开发利用的法制建设都具有前瞻性意义。

中茂所的律师深切地感受到:法学理论研究的最终目的是为了法律实践,实现与实务的对接是法学理论研究的灵魂,也是法学理论得以发展的源泉和动力。中茂所主任盛雷鸣紧扣实务开展法学研究,孜孜不倦地辛勤耕耘,以丰硕的研究成果完成了向学者型律师的转变,2010年获“上海市优秀中青年法学家”殊荣。

打造强所,推动“中茂”飞跃发展

“中茂律师事务所不求成为最大的律所,但必须是最优秀和最值得信赖的律所之一!”这是盛雷鸣给中茂



所的定位。他殚精竭虑地打造一支业务与作风都过得硬的团队,推动了中茂所的飞跃式发展。

中茂所高度重视党建工作,创造条件成立了中茂所党支部,在全所组织开展“护航世博,打造一流专业”、“奉献世博,组建一流队伍”和“服务世博,争创一流窗口”为主题的创先争优活动,充分发挥党员律师的先锋模范作用,大大提升了中茂所的凝聚力。中茂所党支部积极推进建章立制,陆续制定了《退费管理暂行办法》、《人事管理办法》、《公共助理管理办法》、《关于加强非讼项目法律建议工作的规定》、《授薪律师综合考评办法》以及发展规划、学习培训制度、疑难案件讨论制度、法律服务管理办法等特色化的规章制度,完善了完整、科学的制度规范以及各种工作机制,对事务所实施有章可循的有序管理。中茂所尊重人才,提携新人,坚持每月举办至少一次包括指导办案技巧、传授执业经验和提升专业能力的业务培训,老律师经常主动带领新人一同参加谈判和办案,努力为新律师创造实践和锻炼的机会,并倾力关心和资助青年律师以及工作生活上有困难的律师,年轻律师已经逐渐成为事务所业务团队的中坚力量。中茂所注重品牌化建设,提出了“专业水平至上”的业务发展要求,要求每位律师每年至少撰写一篇专业论文,还组建了多个不同专业的法律服务团队,有针对性地安排不同专业特长的团队进行服务,不断提高服务质量,从而确立了该所在不动产建设、民商事合同等法律服务领域的领先地位。

经历 14 年的风风雨雨和拼搏奋斗,中茂所从一家执业律师不到 10 名的无名小所,迅速发展成为一名拥有执业律师 50 余名、屡获嘉奖的品牌所,并于 2011 年被中华全国律师协会评为“全国优秀律师事务所”。

热心公益,履行律师社会责任

“律师要做社会的良心,这个社会才更有希望。”盛雷鸣如此树言。中茂所的律师以无私的奉献精神,发扬上海律师济困扶危的优良传统,忠实履行律师的社会责任,彰显着新时代上海律师的卓越风采。

法律援助,义不容辞。中茂所每年承办的法律援助

案件达几十件,多次开展各类大型义务法律咨询活动和讲座,并与司法所结对共建,为社区提供法律服务。

建言献策,维护公正。2009 年,中茂所的律师参与市领导调研信访突出矛盾核查工作,核查静安区信访突出矛盾案件 15 起;2010 年,中茂所的律师受邀参加韩正市长主持召开的座谈会,就《上海市旧区改造事前征询居民意见和居住房屋拆迁补偿安置暂行规定(草案)》提出了自己的意见和建议,受到市领导的重视和采信;受邀参加市人大常委会和市立法研究所联合举办的“世博立法评估”座谈会,就为保障世博会成功举办而制定或修改的部分地方性法规的实施情况、成效及各项制度设计的合法性等问题提出了建议。

宣传法治,不遗余力。中茂所的律师每年都为企事业单位、政府部门和政法机关、学校免费开设法制讲座;每年都要接受中央电视台、中央人民广播电台、《文汇报》、《法制日报》等媒体的采访,就社会事件所涉及的法律问题进行评点,不遗余力地宣传法律知识。

关心他人,无私奉献。中茂所的律师热衷公益事业,积极开展帮困助学活动,并多次向灾区和贫困地区、白血病儿童等捐款,为身患重病的律师开展捐款、轮流探视等爱心活动。

维护公道,伸张正义。中茂所的律师积极参与民商事诉讼工作,努力维护当事人合法权益。在一起诉讼案中,一家国有老公司经过一、二审和再审,其涉及金额达 700 余万元的权益仍未能得到维护,连工人工资也发不出,限于困境之中,该所律师接受委托予以免费代理,向最高人民法院申请提审,最终使该公司的合法权益得到了维护。

风雨兼程十四载,春华秋实又一年。上海正处于创新驱动、转型发展的重要关头,对法律服务工作也提出了新的更高的要求。中茂所将以更加昂扬向上的精神状态,踏上改革创新、开拓奋进的新的征程! ●

法良法语



今年是我国现行宪法颁布实施30周年。30年来,随着我国社会主义民主政治建设的进步和依法治国方略的贯彻落实,宪法在社会生活中的作用日益显现,公民的宪法意识不断提升,对宪法实施的期盼与呼声也日益增强。

现行宪法颁布30年来,为了适应我国社会主义市场经济和民主政治建设的发展,先后进行了4次修改,紧跟了时代的潮流,顺应了时代的要求。但与此同时,广大公民的一个普遍感觉是:宪法虽然离我们越来越近,但她依然是那样的神圣,那样的高高在上;宪法的光芒照耀着我们,但当我们需要她的温暖和光明

现实的贯彻实施过程中,才能切实有效地体现出来。只有当我们看得见、摸得着时,我们才会真正感觉到宪法的存在,宪法也才能真正发挥作用。30年来,宪法虽然不断“走近”我们的生活,但并没有完全“走进”我们的生活。当我们需要宪法关怀时,我们依然遥望着星空。我们需要的宪法,不仅是阳光普照,更要与我们相偎相依;宪法只有真正“落地”,才能得到切实有效的贯彻实施。当然,要做到这一点,还需要社会各方面的共同努力。

首先,作为执政党而言,必须坚持依法执政、依宪执政。在上海市第十次党代会上,上海市委书记俞正声指出:必须坚持以提高依法执政能力为重点,着力推

第三,建立和完善宪法实施机制。宪法的实施需要一整套相应的制度和机制的保障。我们必须承认,我国现行的制度与实践同宪法关于“维护宪法尊严、保证宪法实施的责任”的要求还有一定的差距。宪法颁布实施30年来,还没有一个具体的宪法解释;面临一些具体的违反宪法、侵犯公民合法权利的事件,宪法也往往显得是那样的无能为力。以至于我们的专家学者不断呼吁:宪法不能没有“牙齿”!因此,必须建立健全宪法解释、宪法实施、宪法监督的机制,从根本上保障宪法的贯彻实施。

当然,要让宪法“落地”,真正成为我们政治生活和社会生活中不可或缺的

时 评 ●文/殷啸虎

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

宪法有效实施的前提在于宪法的“落地”

时,却发现她又是如此的微弱;宪法效力是那样的高,但当我们需要她的关怀时,却发现她又是那样的遥不可及;宪法以保障公民权利为终极目标,但当我们需要她的保护时,却发现她又是那样的无能为力……前不久,我在本市《新民晚报》“东方大律师”版开设了“宪法背后的故事”专栏,介绍了现行宪法颁布30年来发生的一些有较大社会影响的与宪法相关的事例,没想到引发了市民的强烈关注。他们有的来信,有的径直走进我的办公室,向我介绍他们所亲身经历的事,与我探讨自己遇到的或者关注的“宪法问题”……有市民直接向我提出他们的疑问:宪法既然地位如此重要,效力如此崇高,但为什么我们却感觉不到她的存在?

这个问题,其实也是我们大多数人所普遍关心的问题。宪法的作用、宪法的价值、宪法的效力等等这些方面,只有在

进执政方式的现代化。依法执政的前提和基础是依宪执政,即执政党依据宪法的规定、宪法的精神和原则治国理政,按照宪法的逻辑思考和解决各种社会问题,汇集利益、表达要求、制定政策。并且在实际工作中,将《党章》中规定的“党必须在宪法和法律的范围内活动”落到实处,加强对权力运行的监督和控制。

其次,各级政府机关及其工作人员应当做遵守宪法的表率,以保障宪法的贯彻实施作为首要职责。政府的权力是人民依据宪法赋予的,政府履行职能的终极目标就是为人民服务,保证宪法规定的公民的各项权利和自由得到充分的实现。因此,对于各种因政府机关及其工作人员的滥作为、不作为而侵犯公民权利和自由的行为,不仅要健全和完善行政追责机制,更要建立健全宪法问责机制,给政府机关及其工作人员戴上宪法的“紧箍咒”。

部分,还应当从宪法的贯彻实施入手,在不断健全、完善宪法制度的同时,为全社会宪法意识的培育与形成和宪法的具体贯彻实施营造一个良好的社会环境和制度环境,加强社会主义民主政治建设,大力发展社会主义市场经济;加强宪法的权威性,维护宪法的严肃性,培养宪法至上的观念;通过各种民主的政治实践,锻炼公民的参政议政能力,培养公民的宪法意识;进一步加强宪法知识的教育与普及,推动和促进宪法意识向深层次、全方位的方向发展。同时,国家和社会对公民所进行的宪法意识的教育,必须紧紧地围绕着与公民切身利益相关的宪法问题循循善诱,使宪法意识真正地成为公民人格心理结构中必不可少的主体意识的重要内容。●

(作者为上海市政协常委、上海社科院法学研究所副所长)



视角 ● 文/季 诺

律师与学术



1912年12月8日，在辛亥革命的余烟中，中国近代史上人数最多、影响最大的律师同业组织——上海律师公会宣告成立。值此上海律师公会成立百年纪念之际，上海律协举办第一届上海律师学术大赛，我深以为然。

律师与学术的关系一直是一个仁者见仁、智者见智的问题。窃以为，这一问题关系到律师的价值和定位，是律师业的“本体论”问题。

律师首先当然是法律人，如果说法律是“善良和公正的技艺”（罗马法学家杰尔苏语），那么法律人就是掌握这门技艺的工匠。韩愈有云：“师者，所以传道授业解惑也。”律师之为“师”，需要经过严格的学术训练，通过复杂的学术考核才能够开门执业，为当事人排忧解难。

律师也可以是一名商人，尤其是近年来，有人大力提倡律师业应该商业化和产业化。甚至有观点认为商业化是中国律师业发展的趋势。但应注意的是商业化发展不代表抛弃职业原则。律师业不是一般意义上的服务性行业，他同时也是国家和社会民主机制不可或缺的一部分。

律师还可能是一名政治活动家。虽然鉴于我国目前的制度，可能大部分中国律师目前仍无法直接投身政治、担任公职。但随着市民社会的展开，越来越多的中国律师正在越来越积极地投身公共决策、民生等领域的政治、社会活动。

而我想说的是，律师更可以是，或应当是一名学者——这往往是律师为人所忽略的重要面相。中国律师的原型——

古代的讼师大抵可以在四民中属“士”，也就是读书人。近代以来律师一般都接受过高等教育，不少还曾留学欧美，称得上是知识分子。既然是知识分子，在运用法律技艺服务客户、参与社会之外，当然也可以像学者那样，利用学术手段创造法律知识。

律师是有条件创造法律知识的。和法官一样，律师也是具体法律活动的实践者。虽然学者是法学研究的主要力量，但“法学的发展至少并不为学院里的学者所专有，不是来自概念、理论的演绎或照搬；相反，法学发展的真正源泉，法律真知的真正来源，必定是法律的实践和社会现实。”（参见朱苏力《司法性质的过程》之《译者前言》）

丹宁勋爵也认为，“法律……应该成为一种法律的科学。正像科学家寻求真理一样，律师应该寻求公正；正像科学家通过很多实例自己得出一般命题一样，律师也应该通过很多判例自己建立一般的原则。”

近年以来，我们看到我国的法院涌现出很多专家学者型的法官，如知识产权法专家孔祥俊、行政法专家蔡小雪等等。但遗憾的是，似乎很少有律师被冠以“学术型律师”的雅号。这一方面与社会对律师的评价体系和标准有关；另一方面不得不说不说在商品经济的环境下，作为律师追求学术确实需要一份内心的坚守。其实律师和法官一样，对于创造法学这样一门实践学科的知识有着天然的便利性，因为律师和法官相比学者而言日常与最鲜活、最当下的法律现象亲密接触。因而律师能够最真切地从“法律受众”（也就是当事人）的角度体会法律

的实际运行对法律调整对象的影响，了解最实际的法学需求，最为高效地创造法律知识。其实，“法律的生命不在逻辑，而在经验”（霍姆斯语）。创造法律知识、传播法治理念应当成为律师的“时代精神”。

当然，律师对学术的追求应该有新的内涵。晚近以来，与学术研究一样，法律服务行业日趋专门化。我想律师的学术研究更多的是基于各自业务领域的、务实的研究。我们欣喜的看到，有一些律师在学术的道路上已经走在了前面。最近北京的田文昌律师和陈瑞华教授出版了题为《刑事辩护的中国经验》的对话录，即是很好的范例。对于商业律师而言，学术同样大有可为。君不见，在清华大学已故教授何美欢“商法救国”理念的感召下，诸多青年学子已然投身律师行业。只有每个律师贡献自己在学术上的“星星之火”，律师的学术大地才能“燎原”。

公会百年，抚今追昔。站在新的历史起点上，总结百年以来，尤其是晚近以来的经验，无疑能让我们对未来中国律师行业的发展道路获得更为清晰的认识。我盼望，在不久的将来，中国律师能够走进一个学术时代。到那时，社会眼中的中国律师群体是这样的：律师既能够作为商人生产法律服务，也能作为学者创造法学知识；律师既能够作为活动家以实际行动投身政治生活，也能够通过对法律学科的研究推动中国的法治进步。

谨以祝贺第一届上海律师学术大赛顺利召开！●

（作者单位：上海市方达律师事务所）



戈 慧:上海市开乐律师事务所律师

新锐手记 ●文/戈 慧

栏目组稿人:谭 芳 lawyer66@vip.163.com

爱得深,才能走得远

我怀着好奇而又忌惮的心情决定一头扎进这片“沼泽”。当然,在此之前,我无数次地告诫自己:切勿迷失自我。这一警示每时每刻悬于心际,以至于我在面对当事人“请客吃饭”、“把酒言欢”等慷慨之举时,从未敢掉以轻心。印象中,近2年的律师助理工作,虽不敢说觥筹交错,但也算是宴饮常有,2年间基本未曾酩酊大醉,脑袋、嘴巴一刻也不曾放肆。我也一直以此种要求约束着自己,亦即:“永不迷失自我”的追求之一。喝酒如此,金钱、美色面前亦应如是。律师行业精彩不断,同时陷阱、歧途也是近在咫尺,没有正确的理念和价值观,恐难成就。

磨炼篇·千磨万击还坚劲,任尔东西南北风

早有耳闻,律师功夫有两块:内功和外功。内功即办案业务水平;外功即公关等社交能力、人脉关系。作为徒弟,我自然要学习师父的全部功力,但樊先生再三告诫我:你还是一张白纸,最重要的是练内功——会办案才是你以后生存的基础。

两年的学徒生活(大多数同仁最难忘的实习律师阶段),我几乎天天有做不完的工作,案卷,案卷,还是案卷……一点点蹒跚学步。樊先生要求十分严厉,对案件事实部分的掌握要了然于胸,对法律条文的引用必须反复推敲、准确无误,对法律文书的写作要精细到不容许有一个错别字;对法官的庭审询问必须第一时间谨慎作答;对每一次开庭要在第一时间反思总结对方的优缺点,己方的优缺点……如此种种,难以

尽数。

一次次跌倒,樊先生又一次次地鼓励我站起来,然后又是“无情”地把我丢进硝烟弥漫的战场……“痛苦”地记得有一次在虹口法院开庭,因我疏忽一个数字,被师父当场训斥,卷宗被扔在地上,我无地自容,回来的路上被师父严厉责骂,我哭得泣不成声,但我自此不敢懈怠每一份证据材料。

感悟篇·山无棱、天地合,才敢与君绝

这个标题本是形容男女之间矢志不渝的爱情。朋友,你谈过恋爱吗?你体会过那种无怨无悔的付出吗?你体会过那种强烈占有的心理吗?是的,如果能把这种感觉用于律师事业,用于办案,那就能真正地去拥抱所钟爱的律师事业,真正地去办好每一个案子,“这是我的工作,这是我的案子,是‘我的’!”这是师父常对我说的一句话,很霸道,但引发的热情却吸引着很多很多的当事人。

结束语·路漫漫其修远兮,吾将上下而求索

回首自己的成长过程,很刻苦,因而有了过于投入办案而导致身体疲劳过度的本文开篇场面的出现;很幸运,因为遇到了樊颢律师一手将我训练成材,以致于现在自己在执业过程中可以游刃有余。

律师之路才刚刚向我铺开,经得起战斗,耐得住寂寞,守得住原则,只因我对律师事业爱得深沉。●



某个工作日的晚间,在仁济医院的抢救室里,我躺了一整晚。终于有一种“累”的感觉,无力、无惧,但信念还在:没有达到律师事业的理想高度之前,永不放弃!

作为一名独立不久的年轻律师,我感谢诸多当事人对我的信任和夸赞,为人处事也好,业务工作也罢,作为刚刚回到自己家乡——金山区司法局旗下独立执业的“新人”,我今天冒昧简述自己从跨入律师行业以来的经历,辛酸与快乐并存,希望能给年轻的同仁以启迪。

理念篇·出淤泥而不染,濯清涟而不妖

有句经典名言:“上帝如果给你关上了一扇门,那他一定会在另一个地方为你打开一扇窗。”高考,我无缘政法类名校,最终录取上海立信会计学院法律系。鸡头凤尾的原理,我深受法律系老师的青睐。之后,我遇到了最终引导我从懵懂学子走向律师之路的老师——樊颢律师,我称他樊先生。

什么是律师?樊先生这样解释:从你进入这个行业开始,你将见识到大千世界的缤纷多彩;你接触到的人将覆盖三教九流各类人士,你会亲眼见到社会最光明的一面,也会目睹最黑暗的一面;你会感受到人性的光辉,也会感受到人性最丑恶的一面。律师应该像莲花,深深扎根于淤泥之中,但清新脱俗。

律海拾珍 ●文/萧鲁羊

谈判桌上的较量



人物档案：

陈发银,1942 年出生,中共党员。1962 年毕业于上海海运学校,先后两任海船大副、船长等职。1972 年至 1973 年参加交通部、农林部、海军部“国际海上避碰规则调查研究小组”工作,任调研员;1974 年至 1975 年受聘于交通部参加交通部规章制度改革小组,参与制定《中华人民共和国沿海港口信号》和《关于外国籍船舶在我国港口发生船员伤亡和涉及我方员工伤亡事故的处理原则》等 12 项航海规章制度;1983 年从事律师执业,任上海市华联律师事务所海事部主任。1988 年被评为“上海市优秀法律顾问”,1995 年被评为“上海市杨浦区政法先进个人”。1998 年受国务院表彰,获国务院颁发的“政府特殊津贴证书”,同时获上海市杨浦区司法局“杰出贡献荣誉证书”。



你来我往,唇枪舌剑,是人们对律师在法庭上印象颇深的记忆。但在谈判桌上,律师的机智应对,雄辩滔滔,在某种程度上丝毫不亚于法庭上的交锋。本文讲述的就是一则发生在谈判桌上的故事。

海 难

浩瀚的大海,水天相接。

阴霾的天空中响起了“嘀、嘀……”急促的电报声。

在江苏省连云港市海洋渔业公司大楼的报务室,电报的击键声刚停,电报员就将电文送到了公司经理的手中:“渔区指挥船‘505’轮报告:5月6日16:48左右,门罗总统号将‘519’轮撞沉,沉没地点在东经125°4′、北纬28°27′30″。经过抢救,救起3人,还有17人下落不明。出事后肇事轮未立即停船,直到碰撞后半小时才驶回出事地点,但未采取任何营救行动。我们要求上船交涉,遭到对方拒绝。22:00,外轮突然关闭全船所有灯光,摸黑驶离现场。”

经理越看脸上的霜色越重。看到最后,使劲用拳头砸了一下桌子:“妈的,见死不救!”他从嘴里狠狠地吐出这6个字来。

事故发生后,连云港市海洋渔业公司决定聘请上海市华联律师事务所海事部主任、以擅长办理海事案件著称的陈发银律师作为公司的代理人,全权处理该起海事纠纷。

陈发银律师接受委托的当晚亲自去连云港市进行了4天4夜的调查研究,取得了目击者和“519”轮生还者的重要

证词。嗣后,又花了四昼夜的时间逐项审查了损失清单,与连云港市海洋渔业公司研究了解决该次海事纠纷的方针和步骤。

“根据掌握的情况,本次事故的主要责任在对方。解决这起纠纷,不外乎两个途径:一是诉讼,二是双方见面进行会谈。在连云港市海洋渔业公司的会议室里,陈发银说出了自己的看法。

“外方会不会来?”公司领导疑虑地问。

陈发银指了指面前的材料说:“总统轮船公司是一家有信誉的大公司,24条大船均以美国历届总统姓名命名。从他们发来的电报看,对方是会来同我们会谈的。”

“为什么?”

“信誉名声对一家国际性公司来说是很讲究的。17条人命的压力,舆论的压力,使他们有这方面的要求。”

电波在大西洋的上空往返传递。一天,一封电报送到了连云港市海洋渔业公司:“作为同行,我们最能体会海上蒙难的痛苦。我公司极希望能尽快在一个适当的时间和地点单独与你公司会面,以便商讨出公正的解决方案。美国总统轮船公司总裁蒂西·里恩”。

“他们想和我们单独见面?”公司领导有些不解。

“很清楚,他们不想打官司。”陈发银一针见血地说。“如此,我们完全可以采用庭外调解的方式。”

会 谈

上海市华联律师事务所海事部的



会议室内，中美双方当事人相对而坐。中方是连云港市海洋渔业公司经理祁臣钰、党委副书记牛玉山和上海市华联律师事务所律师陈发银律师等。美方是总统轮船公司首席法律顾问、公司总裁个人代表余法高律师，陈维德律师和英国(常驻香港)黎恩律师等人。

会议室的墙上挂着一只装潢精美的电子钟，上面显示的时间：下午 1:00 整。

经过了一番礼节性的寒暄和客套之后，话语很快切入正题。

墙上电子钟的时针指在了 3:10，陈发银的代理意见也已读到最后：“根据以上所述事实的经过和对事故原因的分析，可以看出，本起事故纯属门罗总统号轮一系列过失所造成。门罗总统号轮违反 1972 年《国际海上避碰规则》（以下简称《避碰规则》）第十八条关于“在航船应当避让从事作业的渔船”的规定，这是造成本起事故的根本原因；门罗总统号违反《避碰规则》第八条关于“避免碰撞的行为”的一系列规定而盲目右转，是造成本次事故的关键原因；门罗总统号轮违反《避碰规则》第六条、第八条和第十九条 b 款关于安全船速的一系列规定，是造成本起事故的重要原因；门罗总统号轮违反《避碰规则》第五条、第七条关于瞭望的一系列规定，违反第二十条和第三十条关于灯号和声号的规定，是造成本起事故的又一主要原因。而且，遗憾的是，门罗总统号轮肇事后，不采取救援行动，违反了《避碰规则》第二条关于“海员正常做法”的规定，是造成本起事故损失扩大的原因，按章应对后果承担责任。由此可见，本起事故，无论是从两船的性质或者从互见时的格局、态势，门罗总统号轮对本起事故的发生负有完全的责任。”

陈发银发言时，美方代表不安地按动着手指。发言完毕，黎恩律师朝陈发银一颌首：“我们很荣幸地听到了陈先生的讲话，能否提几个我感到不清楚的问题？”

陈发银伸手示意：“请。”

“是不是‘519’轮在右边，‘520’轮在左边？”

“是。”陈发银明确地答道。

“‘519’轮和‘520’轮有没有雷达？”

“‘519’轮有，‘520’轮没有。但它们是对船，一起行动。”

“很好。”黎恩说道。“按我的理解，陈先生讲到事故发生后，‘505’轮作为指挥船，曾向门罗总统号轮要求帮助而遭到拒绝。请问，它是怎样要求的？”

陈发银立即答道，“要求登船交涉。”

“用什么方式？”

“‘505’轮靠近后，其船长出面交涉……”

黎恩立即说：“请注意，这是因为语言不通，难以继续联系，而并非拒绝。但贵国报纸记者却用了‘拒绝帮助’这极不友好的字眼。我船至少在现场待了五个半小时，考虑到其他搜寻船只的安全，才放弃了努力而离去。”黎恩的语音逐渐高了起来。

陈发银听了之后，淡淡地一笑：“众所周知，我们的报纸是有新闻自由的，每个记者都有权写下被采访者的原话。门罗总统号轮在碰撞后没有立即停车，客观上是离开了现场。记者们的报道是有事实依据的。是非自有公论，我们这里且不详谈。我要强调的是，门罗总统号轮肇事后客观上是悄悄地离开现场。请问是不是？”

黎恩：“当然，是在夜里。”

陈发银接着问：“入夜以后，一艘在航的机动船，它应当显示号灯。作为处理海事问题的专家黎恩先生，您说对不对？”

黎恩感到不妙，还是回答：“对。”

“那么请问，门罗总统号轮离去时，为什么突然关闭了船上所有的灯？世界上难道有突然关灯，摸黑夜航的大商船吗？”陈发银用力甩出一叠纸，“这是所有目击者的证词，黎恩先生要不要过目？”

黎恩：“这……”

中方人员都极为振奋。

交锋

会谈仍在继续。

黎恩并不甘心：“根据刚才双方所报的船位，出事时双方船只的相对位置可以确定，是不是？”

“是的。可以这么说。”陈发银答道。

“正如你们所知，门罗总统号轮有现代化的装备，能及时提醒碰撞的危险。小渔船设备不好。我记得陈先生刚才说过，‘519’轮有雷达，‘520’轮没有雷达，是不是？”黎恩别有用心地问道。

“是的。不过请别忘记，这两只是对船，共同作业。至于门罗总统号轮有先进的雷达，这一点我无意否认，然而仪器是人操纵的，设备先进并不等于操作者没有疏忽或处置不当。”陈发银沉静地答道。

黎恩侃侃而谈：“门罗总统号轮拥有世界上最先进的劳兰系统两台，在两船相距 30 海里时，已经发现了前方两艘渔轮从本船左舷向右舷移动。但不知为什么临近时，贵公司的两只渔船又突然



转航改向左航行。就这样,不幸的事情发生了,‘519’轮撞到了门罗总统号轮上。”

在黎恩讲述期间,陈发银迅速在纸上画了一张航迹图。

他把航迹图举起来示意:“黎恩先生,照您的说法,两船相撞前的格局是否如此?”

黎恩不无得意:“很遗憾,事实是无法改变的。”

陈发银又举起另一张早就画好的航迹图:“我也不得不遗憾地说,事实并非如黎恩先生所述的那样,大量的证据表明‘519’和‘520’两轮正在捕鱼作业,是权利船。门罗总统号轮位于‘519’轮正横后22.5°高速前进,是追越船,也是义务船。根据海上《避碰规则》,是让路船。门罗总统号轮当时疏忽了望,加之当时有雾,看不清,直到行近的时候,才发现有船。它转航向右,这才撞上了‘519’轮。”

会议室内一片寂静。

陈发银提高声调说:“根据我国这一带海域潮流的影响,和作为对拖渔轮作业时的情况表明,我‘519’和‘520’两轮在当时向左转向是不可能的。不信的话,马上可以用同样的对船到出事地点实际操作。如果海上航向确如你们说的那样,我公司连一分钱也不要索赔!”会议室内的气氛立刻紧张了起来。

陈发银继续发言:“我认为,搞清楚事实是很重要的。渔船掉头和转向是不可能的。另外,‘519’轮长39.23米,总吨位262.55吨;门罗总统号轮长262.18米,总吨位40267吨。我相信,如果渔船撞到了门罗总统号,也不会一下子沉没,一下子死去17人。”他又义正词严地指出:“有一点必须申明,中国人决不会讨

饭吃,我们不需要恩赐,而是要求公正合理地索赔。”他站了起来。

中方代表都站了起来。

美方首席代表见状,急忙说:“陈先生,刚才我方没有讲清楚,我表示道歉。我个人的意见是,今天讨论谁的责任比例,对贵公司、死难者家属和我所在的公司都是没有好处的。我们的立场是,愿意负应有的责任。因为我们此行的目的,是分析索赔问题。我们承认,对这起事故有一些主要责任。为此,我们不想分清是谁非的问题,而是为了公正、妥善地解决你们的索赔。”

“对于顾问先生的坦率,我表示欣赏。友好公正地解决纠纷,是我公司所希望的。我们可以接受顾问先生的愿望,把责任问题搁在一边,就索赔金额进行协商。至于赔偿清单,我们已经准备好了。”陈发银不失时机地说。

“OK!”美方代表翘起大拇指:“我想,下次会谈是否换到我们的宾馆?”

墙上电子钟的时针指在了晚上11:00。

愤起

令人奇怪的是,关于索赔金额的会谈进程是如此地缓慢。对于中方索赔清单上的10个项目,美方要求先谈第8项,即遇难船员的丧葬费、补偿费、抚恤费和处理费。单就这一项,整整一天对方都在敷衍。

分析了美方的各种心态,陈发银认为:我方在谈判中必须坚持有理、有利、有节的原则,只要不丧失国格、人格,可以灵活一些。在经济谈判中,妥协也是一门学问。但是,中方的妥协是有前提、有条件、有限度的。

会谈中,美方黎恩先生对中方的丧事处理费项目开始发难,他说:“中方的丧事处理费为何那么多?一个死了丈夫的妻子,在招待所又吃又住,即便如此,3天时间也够了。还有一个18岁的船员死亡,他父亲和另外的儿子,为什么也在招待所住了那么多天,太浪费了。”

中方人员的脸色愤然,唯独陈发银反而脸露微笑。

黎恩继续激动地说:“死一个人就来那么多的人,住那么多天,就是用飞机把家属接到国外去解决问题,也花不了这么多钱。”

会议室内静极了,静得使人几乎感到窒息。

陈发银缓缓站起:“如果单从经济的观点看,黎恩先生的话,似乎很有道理。”他停了一下,猛然提高声调:“但是,你是否了解中国人的家庭感情,传统习惯?他们失去的是亲人,是人——是生命!这是用再多的金钱也换不回来的!”

陈发银话锋一转:“我注意到今天中午你们让两位翻译准备了一份备忘录,我提请各位先生注意,为了公正、友好地处理本次海事纠纷,我们愿意就事故经过、责任和赔偿金额签署一份协议书。为此,我们也准备了一份协议书草本,但我们反对不讲事实,不讲责任,不说赔偿,搞一份空洞的备忘录,我们希望你们能考虑我们的意见。如果你们抱着这种不友好的态度,我作为中方公司的全权代表,拒绝签字。”

掷地有声的发言令全场震动,每个人脸上都露出了不同的表情。

陈发银继续说:“这样,我们的协商到今天晚上结束。我们中国人是光明磊落的,我告诉你们,明天,我将做三件事:一、向上级建议,通过我国外交部提出抗

议,抗议你们的不友好行为;二、把我们的会谈记录,通过新闻媒介告诉社会,特别是黎恩先生所说的,妻子哀悼丈夫,只能有3天时间;因为有两个儿子,其中一个死了,做父亲的带着另一个儿子来奔丧连多住一天也不行。让全世界人民来评理,这是否有人道;三、根据国际惯例,我将代表17位死难者的家属和轮船公司,申请扣押你们18条船,除非你们拿出400万美元的担保!”

黎恩神态颓然。

美方首席代表急忙站起:“陈先生、对于您的情绪,我感到不安。我相信各位已做出很大的让步。希望我们能继续会谈。我诚挚地表示,如果有言语不妥的地方,我表示道歉。我代表总裁,再次申明本公司的诚意。陈先生,今天中午因挂长途电话,耽误了你们用餐。你们可能用西餐不习惯,晚上我们改用中餐。”

签约

此后,会谈逐渐走上了正轨,10个项目逐一谈妥。当然,中方和美方都各自做出了应有的让步。

签字仪式正式举行。在严肃的气氛中,中美双方的全权代表各自代表本公司签字。协议书规定:双方在不追究责任的前提下,美国总统轮船公司向连云港市海洋渔业公司给付227.9722万美元作为本起海事的全部最终解决。

海滩,残阳如血。沙坡高处站着中方谈判代表一行人,他们眺望着大海。

海上,一艘飘满白旗素幡的渔船缓缓地驶离港湾,甲板上站满了去海祭的男女老幼。他们将白色的纸钱,一把把地撒向空中。海面上一路漂满了一片片的白色祭品。

渔业公司的同志说:“从事故发生到签订协议,总共用了50天的时间,我们总算对死难者家属有个交待了。”

陈发银眼望大海、沉思无语。听到这句话,他依然没开口,只是转头看了一眼,又回过头去望着那远处的天边。

远处,水天一色。●

律师公会百年专题报道

●文/张丽艳

栏目组稿人:黄荣楠 huangrn@junhe.com

法治 爱国 责任

——1912年至1937年间上海律师公会的政治参与



1944年9月摄于民盟全国会议期间。左起:罗隆基、沈钧儒、张澜、左舜生、史良、章伯钧。



上海律师公会作为职业团体,成立于辛亥革命的大潮之中。虽然1912年《律师暂行章程》和1927年《律师章程》都严格限制了律师公会的活动范围,禁止其从事与法律无关的活动,但上海律师公会并不满足于法律性职业团体的定位,它希望在政治领域扮演更重要的角色。上海律师公会的政治参与分为两个阶段:第一阶段,1912年成立到1931年“九一八”事变前。在律师章程的限制与政治参与之间寻找平衡点,态度是谨慎的。第二阶段,1931年“九一八”事变到1937年。在抗日救亡运动的影响下,以积极的姿态投入到革命大潮中。总体来看,无论是谨慎的,还是积极的,只是政治参与方式的不同而已,法治、爱国和责任的精神则是一直贯穿其中。

一、谨慎参与:“九一八”事变前的上海律师公会

在这段时间里,上海律师公会虽然努力安于职业团体的定位,恪守《律师章程》对律师公会活动范围的限制,但身处上海,要做到这一点,却有很大的难度。

1919年的“五四运动”,是上海律师公会所遇到的第一个政治运动。这一年,愤于中国政府在巴黎和会上外交的失败,5月4日,北京学生举行了大规模的游行示威,并火烧赵家楼。北京政府对示威学生采取了高压政策,有一些学生被捕。政府的态度激起了更强烈的反抗,运动逐渐波及到全国22个省份以上的200多个大小城市,上海是其中之一。自

5月26日起,来自上海70所学校的2万多学生开始罢课;6月5日起,商人、店员、工人开始罢市、罢工,数目浩大的工商机构以外的公民也参加了罢工。这样,上海就成了运动的另一中心。

在这种空前高涨的政治热情笼罩下,身处其中的上海律师公会却表现得非常谨慎。5月7日,北京学生爆发示威游行的第三天,上海律师公会致电北京政府司法部,请求对被捕学生进行公开、公平的审判。同时,它还致电北京律师公会,请求其对被捕学生提供法律辩护。然而,除了这两份电报外,上海律师公会再没有其他任何的举动。很明显,在这场席卷全国的政治运动中,上海律师公会是从法律角度看待问题的,反映了它对《律师章程》有关律师公会活动范围的遵守。

1925年的“五卅运动”,则是对上海律师公会政治热情的另一次考验。在这一年的5月15日,中国工人顾正红被日本纱厂卫兵屠杀。为抗议日本人的暴行,5月30日,2000多名中国学生和工人在上海举行游行示威。与6年前的“五四运动”一样,整个上海又被搅动起来了。在强烈的反对帝国主义的气氛下,各种各样的公共性团体组织了无数次的抗议活动。

然而,与这些团体的积极参与相比,上海律师公会的沉默是显而易见的。当时,就有人致信《时报》编辑,责问在所有的社会组织都行动起来,反帝救国的关键时刻,为何上海律师公会保持沉默,并希望上海律师公会能够采取措施,援助受害者。

与此同时,上海律师公会的一些会员也对公会的冷漠表示不满。1925年6月6日和7日,时任常任评议员的王开疆向公会提出了一项议案。在议案中,他指出,虽然公会应遵守《律师章程》的规定,不应参与政治活动,但在此非常时

刻,提供帮助和支持是公会份内之事。

在各方的压力下,1925年6月9日,上海律师公会分别致电北京政府、江苏省政府、上海市政府。与同时期其他团体的宣言和通电相比,上海律师公会的通电显得更为平和。在通电中,它从法律的角度出发,分析了五卅惨案的过程,并认为租界捕房自卫的借口并不能成立,应负相应的刑事责任。这是上海律师公会在“五卅运动”中唯一的表态。

总体来看,上海律师公会在这段时间里的表现,尤其是在“五四运动”和“五卅运动”中的表现,突出地反映了它对《律师章程》中关于律师公会活动范围限制的遵守,即使迫于各方压力,不得不有所表示,也极力将其与法律事务联系起来,从法律角度分析问题并向政府提出解决方案,反映了它在《律师章程》的限制与政治参与之间寻找结合点的态度。

二、积极参与:“九一八”事变后的上海律师公会

对于上海律师公会的政治参与进程来说,“九一八事变”是一个转折点。此后,它开始以积极的姿态参与到政治生活当中,直到抗战爆发。

(一)“一二八”事变前后的上海律师公会

1931年9月18日,日本关东军蓄意破坏南满铁路柳条湖附近的一段路轨,并以此为借口,大举进攻沈阳。由于南京国民政府奉行“不抵抗”政策,致使日本军队在短短4个月里,就占领了东北三省。但日本人并不就此满足,1932年1月28日,日本海军陆战队又在上海制造了“一二八”事变。但南京政府却继续奉行“不抵抗”政策。1932年5月5日,在英、美等国的介入下,中日双方签署了《淞沪停战协定》。日本人的侵略,

政府的妥协退让,中华民族面临着亡国灭种的生死关头,全中国再次掀起了抗日救国的热潮。处在战火中的上海更是被抗日大潮席卷了。

与以往不同,上海律师公会对这两个事件作出了快速的反应,积极地投入到抗日运动中来。

1931年9月25日,“九一八”事变爆发6天之后,上海律师公会执监联席会召开紧急会议,商讨对付方法。李时蕊被推选为临时主席。在会上,李时蕊指出,虽然上海律师公会不应讨论法律以外的问题,但日本人侵略东三省,国难当头,任何一个社会组织都不应沉默。鉴于《律师章程》有关律师公会活动范围限制的规定,蔡倪培建议这次会议的有关决议材料应保密。但这一建议遭到了汤应嵩的反对,他认为,日军侵占东三省是非常严重的事件,如果上海律师公会还不有所表示,会遭到国人的质疑。

1932年2月,各团体救国联合会在上海正式成立。该联合会包括了来自各个社会团体的代表,目的是联合各界、各阶层的力量,共同抗日救国。上海律师公会也派沈钧儒、李时蕊、刘陆民三位代表参加了该组织。在汤应嵩看来,上海律师公会的代表在各团体救国联合会上不受重视,主要是因为上海律师公会没有一个公开的、鲜明的立场。对于所有会员来说,现在正是关键时刻,应积极向政府表明自己的立场,以共赴国难。汤应嵩的话得到了大多数会员的支持。在激昂的气氛下,执监联席会通过了如下决议:通电政府表明立场;救济东北难民;响应中华民国律师协会有关团结一致共同御辱的号召;请求各地律师公会召集特别会议商讨进行方法;召开上海律师公会特别会员大会以讨论采取进一步的行动。

1931年9月30日,上海律师公会召开了会员谈话会,专门商讨日军占领东三省的问题。经过激烈的讨论,决定成

表一：1931 年 9 月—1932 年 4 月上海律师公会函电一览表

发文时间	函件标题	函件内容
1931 年 9 月 28 日	致各会员函	为日兵侵占东三省事关民族存亡召集会员谈话会由
1931 年 10 月 6 日	致中央党部、国民政府电	为日本强占东三省请速定对日方针由
1931 年 10 月 13 日	致日内瓦施肇基部长电	为日本暴行国联如不作有效处置中华民族将另觅途径由
1931 年 10 月 19 日	致各会员函	为通告对外宣传日本暴行办法由
1931 年 10 月 19 日	致各会员函	为通告对日经济绝交办法由
1931 年 11 月 3 日	呈国民政府文	为呈请抄示中日两国国际间条约发交全国法团研究由
1931 年 11 月 9 日	致黑省主席马占山将军电	为电慰嫩江一役暴日胆寒盼继续努力由
1931 年 11 月 11 日	致国民政府电	为电请筹援黑省兵力以免陷于孤立由
1931 年 12 月	致上海市抗日救国会函	为推选俞鍾颐、伍守恭两律师为被殴工人担任义务辩护请予接洽由
1932 年 1 月 14 日	致国民政府电	为请消除内争速定办法一致御辱由
1932 年 1 月 30 日	致国民政府蒋介石、汪精卫先生电	为电请补充十九路军军费由
1932 年 2 月 1 日	致领袖领事克银汉、上海公共租界工部局及吴经熊、陈霆锐会员函	为请于最短期内采用有效方法根据租界危险由
1932 年 2 月 23 日	致各地律师公会函	为请一致募捐慰劳第十九路军前线将士由
1932 年 2 月 24 日	致国民政府电	为电请令张学良出兵收复关外失地由
1932 年 2 月 25 日	致日内瓦颜代表转联合国各国代表及各国律师公会及各国国会议员	为宣传日本在沪暴行由
1932 年 2 月 26 日	致洛阳军事委员会、行政院、南京军政部、参谋部	为十九路军孤军奋战请速增援昼夜来沪由
1932 年 3 月 9 日	致上海租界纳税华人会函	为工部局西捕干涉华人爱国运动请转函勿加干涉由
1932 年 3 月 10 日	登报通告本市受难市民文	为征集日兵在沪残杀焚烧暴行事实以便汇集宣传世界由
1932 年 3 月 14 日	致各会员函	为通知征集日兵在沪焚杀淫掠种种暴行之事实以便汇集宣传世界由
1932 年 4 月 6 日	致上海战区难民临时救济会函	为函复推举杨志豪、黄翰两律师担任义务辩护出庭由
1932 年 4 月 6 日	致王祖勋律师函	为慰劳杀敌由

立 4 个行动小组,分别负责下列工作:研究对日政策以供政府参考;对日实行经济绝交;组织抗日义勇军;对外宣传日本暴行。

按照 9 月 30 日会员谈话会的决议,在接下来的几个月里,上海律师公会开展了一系列的活动,从而在上海的抗日救亡运动中扮演了重要的角色。(“九一八”事变后上海律师公会刊发的主要函件参见表一)。

在短短的半年时间里,上海律师公会共刊发各类函件 21 件,与其在 1919 年和 1925 年的表现形成鲜明的对照。同时,这些函件的内容也不再局限于法理的分析,态度也变得更加强硬。这说明,上海律师公会在民族危机面前,已经不再拘泥于《律师章程》有关律师公会活动范围的限制,而是积极投入到救亡运动中来,已经成为一个坚强的人民抗日救亡阵地。

(二)“七君子事件”与上海律师公会

对于上海律师公会在“一二八”事变期间的表现,国民党当局并不是“无动于衷”,很快它就对公会假以颜色。1933 年 1 月,国民党上海市党部以“出席律师公会首先主张废止恭读总理遗嘱及向党、国旗行礼,并主使一般反动分子通电宣言诋毁党国”为由,将积极主张抗日的李时蕊开除党籍,并行文中央党部转咨司法行政部吊销其律师证书。虽然经过上海律师公会的强烈抗议,李时蕊最终并没有被起诉,也没有被吊销律师资格证书。但这一事件却是国民党当局对上海律师公会在“一二八”事变前后表现的一个警告。这个警告促使上海律师公会改变策略,虽然仍积极参与政治,但参与的形式和风格与“一二八”事变期间相比,已有所不同,更加冷静和富有策略性。这集中体现在

“七君子事件”上。

1931 年“九一八”事变后,日本加快了侵华的脚步。到 1935 年,华北的局势已经非常紧张,中华民族面临着亡国灭种的深重灾难。为挽救民族危亡,全国各地再度兴起了抗日救亡运动。沈钧儒等领导的全国各界救国联合会(以下简称“全救会”)便是其中之一。

1936 年 5 月 31 日至 6 月 1 日,“全救会”召开成立大会。大会选举宋庆龄、马相伯、沈钧儒、邹韬奋、李公仆、王造时、沙千里、史良等 40 余人为执行委员,沈钧儒、章乃器、李公仆、王造时、沙千里、史良等 14 人为常务委员。大会通过了《全国各界救国联合会宣言》、《抗日救国初步政治纲领》等文件,提出“一定要促进全国各党各派各实力分子,停止内战,一致联合,抗日救国”。

对于“全救会”的救亡活动,国民党政府当局如芒刺在背,必欲除之而后

快。1936年11月23日凌晨,上海市公安局派出8个特务小组,会同英、法两租界的捕房西探,分别到沈钧儒、章乃器、邹韬奋、李公仆、王造时、史良、沙千里的家里捕人。这就是震惊中外的“七君子事件”。

“七君子”被捕后,上海市公安局进行了紧锣密鼓的侦查。1937年4月侦查终结,全案移送江苏省高等法院检察处。1937年4月3日,江苏省高等法院检察官翁赞年以危害民国的罪名对其提起了公诉。案件进入到了起诉阶段后,沈钧儒等决定聘请律师进行辩护。在被捕的“七君子”中,沈钧儒、王造时、史良、沙千里等4人本身就是律师,当时都在上海执行律师职务,沈钧儒和史良还是上海律师公会的领导人。即便如此,“七君子”还是每人都聘请了三位辩护律师,组成了一个规模庞大的律师辩护团。具体参见表二:

表二:沈钧儒等案被告辩护律师一览表

被告	辩护律师
沈钧儒	张耀曾、秦联奎、李肇甫
王造时	江庸、李国珍、刘世芳
李公仆	汪有龄、鄂森、陈志皋
沙千里	江一平、徐佐良、汪葆楫
章乃器	陆鸿仪、吴曾善、张志让
邹韬奋	刘崇佑、陈霆锐、孙祖基
史良	俞鍾駱、俞承修、刘祖望

表中所列举的21位律师几乎都是上海律师,他们在当时的法律界都享有较高的声望,多为法界耆宿。如陆鸿仪律师曾任北洋政府全国最高审判机构大理院院长;张志让律师曾留学美国、德国,并曾任大理院推事、北京大学法律系兼职教授;张耀曾律师曾任北洋政府司法总长;李肇甫律师曾任北洋政府国会议员;汪有龄律师曾任北洋政府司法次长,朝阳大学校长;江庸律师曾任北洋政府修订法律馆总裁,北京政府学



1949年9月,中国民主同盟参加新政协会议全体代表合影。第一排左起第四人为张澜,第五人为沈钧儒,第七人为史良;第二排左起第一人为胡愈之,第三人为章伯钧。



解放后沙千里(右二)与家人摄于北京。



1949年1月,周海婴在沈阳给李富春和沈钧儒(右)拍摄的合影。

校校长;刘世芳律师东吴法学院资深教授、上海公共租界工部局华董;刘崇佑律师曾任北京临时参议院议员,第一届国会议员。可见,无论是数量还是质量,这个律师辩护团都堪称一流,为古今中外司法史所罕见。

针对检察官的起诉书,律师辩护团与各被告紧密配合,进行了精心的诉前准备,并草拟了长达2万余字的答辩状。在1937年6月11日和6月25日两次开庭审理过程中,各被告和辩护律师团与检察官、法官进行了坚决的斗争,并将法庭变成了宣扬爱国救亡的场所。

“七君子事件”发生后,得到了全国舆论的密切关注。在公众的压力下,也由于国内形势的变化,1937年7月31日,国民党当局不得不以“沈钧儒等各被告危害民国一案,羁押时逾半载,精神痛苦,家属失其赡养”为词,裁定停止羁押,交保释放。

表面上看,“七君子事件”期间,上海律师公会的表现极为低调。虽然参与该事件的4位被告、21位辩护律师,都是它的会员,但它从未就这一事件发表

过任何公开言论。但上海律师公会对此一事件的态度却通过不为人所注意的举动表现出来:首先,在1936年2月5日召开的执监联席会上,就上海律师公会是否参加“全救会”的问题进行了讨论,并决定会员个人可以以律师界的名义但却不能以上海律师公会的名义参加该组织;其次,作为知名的政治活动家,沈钧儒和史良从1932年和1933年起相继进入上海律师公会的领导层,而在他们被捕以后,从未有人提议撤消他们在公会中的领导职务;再次,在“七君子”被释放后,上海律师公会立刻通过了一个决议,为“七君子”中的4位,即沈钧儒、王造时、史良、沙千里举行了欢迎宴会,以示慰问。

可见,上海律师公会与这一事件的关系是非常微妙的。虽然在接到了国民党当局的警告后,上海律师公会开始留意自己的表现,但它并没有放弃政治参与,只是改变了参与的形式和风格,并更加注重采用策略,以免显得过于引人注目,但其对救国运动的赞许和支持却是显而易见的。●

专题研究



编者按:法律援助是指由政府设立的法律援助机构组织法律援助人员,为经济困难或特殊案件的人给予无偿提供法律服务的一项法律保障制度。自 2002 年起,本市推行了律师事务所律师代理申请法律援助的新机制,进一步畅通了法律援助的申请渠道,使法律援助更加方便困难群众。

根据法律援助的有关规定,法律援助的对象主要是老年人、残疾人、未成年人、农民工等弱势群体,他们文化层次较低,缺乏基本的法律知识和法律援助相关知识,因此更需要获得律师的专业法律帮助。本市广大律师在做好本职工作的同时,积极承担法律援助的义务,率先履行社会责任,为广大社会弱势群体排忧解难、释疑解惑,维护了他们的合法权益。

广大律师在办理法律援助案件的过程中或在向法律援助对象提供专业法律服务的事项中,不仅仅追求维护法律的尊严和当事人的合法权益,更是在案结事了之后,通过对案件或法律现状的深度思考、归纳和提炼,总结经验、开拓视野,将律师业务的生动实践上升为法律理论,撰写了有价值、有特色、有亮点的佳作,本刊特将这些文章予以刊登,以飨读者。

●文/林 峰

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

我国最低工资 若干法律问题的研究



林 峰: 市律协法律援助与社区
服务研究委员会委员



一、我国最低工资制度的现状

(一) 最低工资的含义

1、最低工资的概念界定。劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》(劳部发[1995]309号)第54条规定:劳动法第四十八条中的“最低工资”是指劳动者在法定工作时间内履行了正常劳动义务的前提下,由其所在单位支付的最低劳动报酬。

2004年1月20日,劳动和社会保障部在《最低工资规定》(劳动和社会保障部令第21号)第三条中对最低工资概念作了进一步明确:“本规定所称最低工资标准,是指劳动者在法定工作时间或依法签订的劳动合同约定的工作时间内提供了正常劳动的前提下,用人单位依法应支付的最低劳动报酬。本规定所称正常劳动,是指劳动者按依法签订的劳动合同约定,在法定工作时间或劳动合同约定的工作时间内从事的劳动。”

最低工资分为两种形式:一是月最低工资标准——适用于全日制就业的劳动者;另一种是小时最低工资标准——适用于非全日制就业的劳动者。工资实行计件制或提成等方式的用人单位,在确保劳动定额科学、合理的基础上,劳动者的工资支付也不得低于相应的最低工资标准。

2、最低工资制度的意义。建立健全最低工资制度并严格执行是政府调节企业工资分配的一项重要措施。作为一项基本的工资制度,其具有重要的意义:

首先,它有利于维护劳动者的合法权益,能更好地保障劳动者个人及其家庭成员的基本生活。它是个人尤其是初级劳动者物质生活资料的重要来源,同时它还能在经济发展的基础上逐步合理提高低收入劳动者的工资水平,从而推动社会整体工资水平的提高,改变我国长时期低收入分配的状况,提高人们的整体生活水平。

其次,它有利于扩大消费需求,增加有效内需,启动

并培育新的经济增长点,促进国民经济又好又快地发展。

再次,它也有利于改善工资分配关系,在一定程度上遏制部分企业乱扣滥罚、随意压低工人工资现象的发生,使我国企业工资管理和调整逐步走上法制化的轨道,促进社会公平,实现社会和谐。

最低工资保障制度的实施,对促进劳动力市场的发育,促进工资管理和工资支付的法制化,加强企业工资收入的宏观调控,制止部分企业过分压低职工工资,保护劳动者的合法权益,都发挥着积极的作用。

3、我国目前的最低工资制度。我国最早在1984年宣布批准承认国际劳工组织1928年制定的《确定最低工资办法公约》。1993年,劳动部制定了《企业最低工资规定》的行政规章,明确宣告了我国最低工资制度的确立。1995年1月1日起施行的《劳动法》第五章明确规定:“国家实行最低工资保障制度。最低工资的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定,报国务院备案。”2004年3月1日起实施的《最低工资规定》,对最低工资的适用、形式、组成、违反最低工资制度的救济措施和争议处理等作了明确的规定。

总体上讲,我国的最低工资制度已基本建立。我国最低工资制度实施以来,其受益面不断扩大,全国31个省、自治区、直辖市都实施了最低工资标准,最低工资制度已成为我国的一项基础性劳动保障制度。

(二) 最低工资制度存在的主要问题分析

最低工资制度实施以来,确实在一定程度上有效保障了劳动者的基本生活,在我国的社会经济发展中已经发挥着越来越重要的作用,但从全国各地的情况来看,最低工资制度在实施中仍存在一些不足,普遍性的问题主要有二:一是最低工资标准确定不够科学合理;二是企业在执行最低工资标准时采取各种手段变相违反相关规定。

1、最低工资标准确定及调整方面的问题

一从最低工资标准的确定方法来看,依据不统一,缺乏可操作性的规定。

根据《最低工资标准测算方法》规定:“确定最低工资标准一般考虑城镇居民生活费用支出、职工个人缴纳社会保险费、住房公积金、职工平均工资、失业率、经济发展水平等因素。确定最低工资标准的通用方法有二:一为比重法,即根据城镇居民家计调查资料,确定一定比例的最低人均收入户为贫困户,统计出贫困户的人均生活费用支出水平,乘以每一就业者的赡养系数,再加上一个调整数;二为恩格尔系数法,即根据国家营养学会提供的年度标准食物谱及标准食物摄取量,结合标准食物的市场价格,计算出最低食物的支出标准,除以恩格尔系数,得出最低生活费用标准,再乘以每一就业者的赡养系数,再加上一个调整数。以上方法计算出月最低工资标准后,再考虑职工个人缴纳社会保险费、住房公积金、职工平均工资水平、社会救济金和失业保险金标准、就业状况和经济发展水平等进行必要的修正。”

上述测算方法看似详细,实际上缺乏可操作性,没有就最低工资标准的确定明确其具体方法,而在现实情况下,各地最低工资标准的确定方法不一,如江苏省最低工资标准分地区而实行:2012年6月起一类地区上调到1320元/月,二类地区上调到1100元/月,三类地区上调到950元/月。而上海市范围内的最低工资标准自2012年4月1日起从1280元/月上调到1450元/月。可见各地区不仅确定方法和标准都不相同,而且随意性较大。

二从最低工资标准的确定程序来看,操作程序不规范,过于简单,缺乏透明度。

根据《最低工资规定》:“最低工资标准的确定和调整方案,由省、自治区、直辖市人民政府劳动保障行政部门会同同级工会、企业联合会/企业家协会研究拟定,并

将拟定的方案报送劳动保障部。方案内容包括最低工资确定和调整的依据、适用范围、拟定标准和说明。劳动保障部在收到拟定方案后,应征求全国总工会、中国企业联合会/企业家协会的意见。”

但在现实情况下,各地方政府在确定最低工资标准时,既不说明理由,也不征求意见;调整的依据、标准既不向社会公布,也没有召开听证会,一般情况下各地都只是简单地公布确定及调整的结果。

三从最低工资标准的调整期限及调整幅度来看,标准不统一,缺乏规范性。

金融危机爆发前,全国各省份基本上每年都正常调整一次当地的最低工资标准。金融危机发生后,截至2009年末,全国几乎没有哪一个省份调整过最低工资标准。依照《最低工资规定》,最低工资标准每两年至少要调整一次,然而受金融危机的影响,2008年、2009年人力资源和社会保障部提出:暂缓调整最低工资标准以减轻企业负担、稳定就业岗位,部分省市出现超过两年未调整最低工资标准的情况。

而随着2010年经济的回升,全国出现“最低工资调整热”。2011年全国共有24个省份调整了最低工资标准,月最低工资标准最高档增长幅度平均为22%。可见,最低工资标准的调整没有明确的标准和依据,随意性过大,缺乏规范。

另外,我国目前在最低工资标准的确定及调整方面还存在的问题有:绝大多数地区的最低工资标准尚未达到当地社会平均工资40%至60%的水平;部分地区最低工资标准调整不及时;少数地区没有制定小时最低工资标准;没有将劳动者的“三险一金”纳入制定最低工资标准的考虑因素等等。

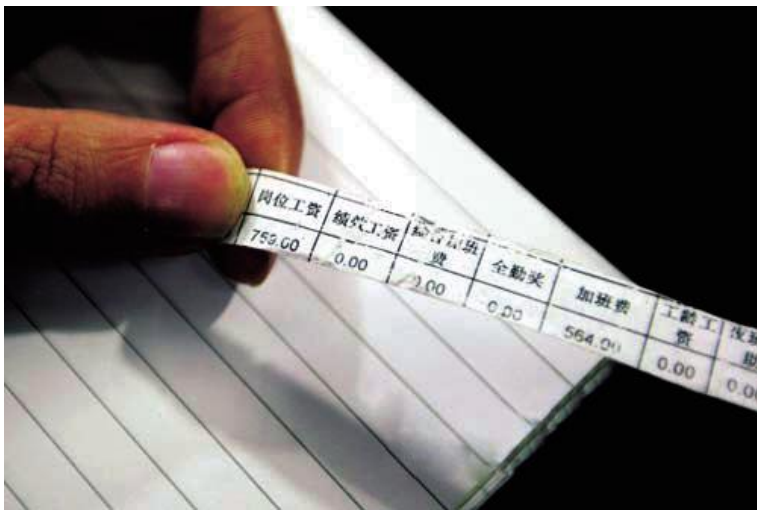
2.最低工资标准执行方面的问题。目前,我国在执行最低工资标准方面存在的主要问题有:

一是部分企业只按照最低工资标准确定劳动者的工资。

最低工资制度保护的是劳动者最基本的经济权利,保障的是劳动者及其家庭的基本生活,最低工资标准的适用对象主要应为非熟练工人或失业青年。然而,我国目前的现状是部分企业,尤其是大部分的劳动密集型企企业,普遍以最低工资标准来支付劳动者的工资,即以最低保障作为“上限”来使用。

二是部分企业以变相手段低于最低工资标准支付劳动者的工资。主要表现方式有以下几种:

(1)把加班费包括在最低工资标准中。依照国家法律规定,最低工资是不包括加班费的。但在实际工作中,一些单位为了掩盖向劳动者支付低于最低工资标准的工资这个事实,常常把加班费也统计到员工的工资中,



这样表面上员工的工资高于最低工资标准,实质上员工仍然没有受到最低工资的保障。

(2)以实行计件工资制为由向劳动者支付低于最低工资标准的工资,利用提高劳动定额变相降低工资水平。最低工资保障制度不仅适用于计时工资制,也适用于计件工资制。也就是说,即使在实行计件工资制的情况下,劳动者依然受到最低工资的保障。用人单位以劳动者没有完成劳动定额为由向其支付低于最低工资标准的工资,这也是一种违法行为。

(3)劳动者受处罚后的工资低于最低工资标准。最低工资保障是指劳动者在某一工资支付周期内实际拿到手的,可用于个人或者家庭支配的工资不得低于当地政府规定的最低工资标准。如果劳动者在该工资支付周期内需要用工资承担某种处罚责任,那么劳动者所得工资扣除罚款后的剩余部分仍不得低于最低工资标准;如果低于最低工资标准,则是对劳动者合法工资权益的侵害。

(4)向试用期劳动者支付低于最低工资标准的工资。劳动者获得最低工资保障,是全方位的保障,也是全时期的保障,不论劳动者是在试用期内,还是在试用期满,都应获得最低工资保障。也就是说,劳动者试用期间的工资,不得低于最低工资标准;如果低于最低工资标准,则是对劳动者合法工资权益的侵害。

综上所述,我国目前最低工资制度还存在许多方面的问题:国家宏观调控作用不够;各地区最低工资标准的测算制定不够科学合理;尚未形成与本地区经济发展状况相适应的最低工资调整机制;最低工资的立法层次较低;最低工资制度的强制性不足;最低工资制度执行的监督检查不力等等。

二、完善我国的最低工资制度

(一)最低工资制度的国外借鉴

国外最低工资制度已经历了一个多世纪的实践,目前已比较完善,其实施方式也灵活多样,在以下几个方面对完善我国的最低工资制度具有积极的借鉴意义。

1、全国性模式。全国性模式以法国为典型代表:最低工资制度覆盖全国范围,全国实行统一标准,国家定时调整最低工资标准,调整幅度一般以消费物价指数和平均工资水平指数为基础来确定。

2、行业性(工种型)模式。行业性模式以韩国为典型代表:根据国内不同的行业及工种确立不同的最低工资标准,其标准主要参考生活费用、同类工人的工资水平和劳动生产率来确定。

3、混合型模式。混合型模式以美国为典型代表:国

内各个地区制定不同的最低工资标准,除国家规定的最低工资标准外,各地区根据各自的情况,按照不同的标准对最低工资予以限定。

(二)我国最低工资制度问题的解决途径

1、明确最低工资的立法模式

首先,要明确制定最低工资标准的机构。目前,我国是由行政机关以政令方式来确定各地的最低工资标准。为科学、合理地制定最低工资标准,笔者认为应当成立最低工资委员会,由专门机构会同劳资双方代表组成最低工资审议会制定并调整最低工资的绝对数额;其次,要明确最低工资运行模式。根据我国各地区经济发展不平衡的情况来看,我国有理由实行混合型的最低工资运行模式;再次,要明确最低工资标准的确定方法,要科学合理地调整最低工资标准,程序要公开、透明。

2、明确最低工资标准的调整方式

首先,要明确最低工资标准的调整幅度,应当以上年度消费物价指数和社会平均工资水平为基础,来确定当年度的最低工资标准调整幅度;其次,要明确最低工资标准的调整时间或调整标准,一般最低工资一年调整一次。但是笔者认为,不当硬性规定调整时间,而应当根据经济发展状况不定时调整,为防止不及时调整而损害劳动者的生存权利,应当规定消费物价指数和社会平均工资水平上升百分比作为调整最低工资的标准,在达到调整标准的情况下必须予以调整。

3、明确违反最低工资标准的法律责任

要提高违法成本,加大行政执法的力度,大力打击违反最低工资标准的行为。长期以来,我国劳动立法的不完善放任了经济发展初期劳资关系的进一步恶化,也制约了社会经济的持续健康、和谐发展。我国劳动法制的滞后问题除表现在立法过于简单化、原则化外,还表现为司法与执法的松懈。因此,政府及立法机构需要运用完备的行政及法律手段来保障劳动者的合法权益。通过完善劳动立法,以使劳动力供求双方的权利逐渐趋向平等。健全并完善工资法律制度,保障劳动者的工资权,实现劳动者的人权。

三、法律援助中涉及最低工资的法律纠纷

有些企业不清楚最低工资制度所包含的内容,误将加班工资、特殊岗位津贴、社会保险费中个人承担部分等计入最低工资范围;有些劳动者误将基本工资认同为最低工资。由于劳资双方对“最低工资”的种种误解,造成大量的劳动争议案件。因此,在处理此类法律援助案件的过程中,往往需要承办律师向企业、劳动者做大量的调解工作及普法宣传,以化解此类劳资纠纷。●

●文/林子云

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

对扩大法律援助覆盖面及创新法律援助形式的浅探



当前,我国正处于进一步改革发展的关键时期,社会利益关系复杂,各种矛盾增多,各类纠纷频发,一些困难群众由于种种原因,仅凭一己之力难以有效维护自身的合法权益。法律援助制度是一种直接体现“为民精神”的制度。法律援助制度的建立,使困难群众能够借助国家力量,使原本没有能力获得专业法律帮助的公民,可以充分行使法律所赋予的权利,维护自身权益,使司法公正得以实现,社会公平与正义也得以彰显。

随着经济社会的发展和人民群众物质文化生活水平的提高,困难群众对法律援助工作提出了新的要求和期待。因此,进一步扩大法律援助覆盖面、创新法律援助形式,统筹协调各种社会利益关系,妥善解决各种社会冲突,对于化解社会矛盾,促进社会的和谐与稳定的发展具有重要的现实意义。当前,只有准确把握困难群众对法律援助的新要求和新期待,以创新性的思维,重新认识法律援助的科学内涵,才能使法律援助制度在服务民生和构建和谐社会中发挥出更大的作用。

一、强化法律援助宣传,做好法律援助工作的先导

法律援助宣传是广大人民群众了解法律援助制度的重要途径,只有广泛、深入地开展法律援助宣传,营造法律援助氛围,提高百姓对法律援助工作的知晓率,使更多的困难群众了解并运用法律援助维护自己的合法权益,法律援助制度才能更好地发挥社会效用,法律援助工作也才能步入良性循环的发展轨道。

在现今信息时代,我们应当通过整合各类资源优势,提高法律援助宣传工作的影响力。通过报纸、电视、电台等众多媒体,运用标语、橱窗、广告等多种形式,采取主题宣传和媒体宣传有效结合,形成全方位、全覆盖、全年度立体化宣传常态格局,不断提高法律援助的知晓率。并且,要充分发挥我们的组织网络优势,在全市各区、街道、居委会设立法律援助工作联系点,构建方便群

众的法律援助组织网络。利用张贴宣传标语、开辟宣传橱窗、召开广播会和开展法律援助主题咨询活动等形式,向公众广泛宣传法律援助制度,让广大群众了解法律援助的申请程序、条件、便民措施和投诉监督途径,有效提高法律援助的知晓率。

另外,在法律援助宣传内容上还应当注意到,法律援助的服务对象主要是困难群众,服务内容专注于与困难群众有关的常见法律问题,因此与一般意义上的普法有所区别,是一种更加专业化的法律援助服务形式。针对不同群体的不同关注,我们应当提供《劳动法》、《消费者权益保护法》、《妇女权益保障法》、《老年人权益保障法》、《残疾人权益保障法》、《农村土地承包法》等方面的法律援助宣传服务,为公民特别是弱势群体提供获得法律帮助途径方面的法律援助宣传服务,使需要帮助的人群充分了解法律援助的范围、条件和申请渠道等内容。

二、降低法律援助门槛,扩大法律援助覆盖面

随着经济社会的不断发展,困难群众对法律援助的需求不断增加,扩大覆盖面、更好地满足困难群众需求,已经成为法律援助工作的一项迫切任务。因此,应当及时调整法律援助对经济困难的标准,降低法律援助门槛,使更多困难群众能够得到法律援助,合理扩充法律援助事项范围,进一步发挥法律援助在促进民生问题解决中的积极作用。

由于法律援助制度在我国发展的时间并不长,且受到机构、人员、经费等方面的限制,目前的法律援助工作在一些方面还不能满足人民群众的需要。从目前来看,尚有很多困难群众由于不符合法律援助的条件而无法获得法律援助,也有很多符合条件的人由于不知道法律援助或者无法申请而得不到法律援助。

除刑事法律援助外,法律援助的对象是经济困难或者有其他特殊困难的群众,范围是赡养费、抚养费、扶养费、劳动报酬、工伤赔偿、人身损害赔偿等直接牵涉民生问题的案件。从目前国务院及各省市的规定来看,法律

援助的范围还比较窄,局限在赡养费、抚养费、扶养费、劳动报酬等维持公民基本生存的事项,这在法律援助发展的初期十分有必要,可以集中有限力量办群众最急需的事情。但随着经济和社会的发展,人民群众的生活水平和物质文化需求有了很大的提高,并且法律援助经历了十多年的发展,已经度过了它的初创期,应当与时俱进,将目标从保障贫弱群众的基本生存权转变到保障他们的“体面生活权”,通过扩大案件范围,将更多的与民生联系较为紧密的、困难群众需求最大的案件类型列为法律援助的范围。

根据目前各法律咨询窗口的统计数字来看,涉及婚姻家庭、劳动纠纷、房屋土地类纠纷是群众咨询的主要方向,这些事项与民生结合的最紧密,群众对这些法律服务的需求量也最大。而目前除了婚姻家庭中的赡养费、抚养费、扶养费和劳动纠纷中的追索劳动报酬外,其余类别的纠纷尚未纳入到法律援助的范围,致使有群众经常抱着希望而来,怀着失望而归,而这些问题与矛盾常常直接影响着人民群众的日常工作生活。为维护劳动者的合法权益,有必要将更多的劳动争议纠纷都纳入到法律援助的范围。另外,实践中发现,劳务纠纷、雇佣纠纷的受雇一方多为农民工,有必要将这类纠纷和劳动纠纷一样看待,列入法律援助的范围。

此外,农民工、妇女、未成年人、残疾人、老年人、城镇下岗失业工人、重大疾病患者应当是法律援助的重点救助对象,他们在维护合法权益时面临着两方面的困难:经济贫困与能力劣势。因此,在制定法律援助的条件时,不仅要考虑到这些群体在经济上的困难,还应考虑到他们在社会地位、体力、智力、健康状况等方面的弱势。因此,在经济困难标准方面,可规定上述人员提出申请的,经济困难标准在一般标准基础上可进一步放宽。甚至,在这些申请人无法或者很难开具经济困难证明时,经综合判定申请人确实经济困难的,仍可给予援助。

三、建立多样化法律援助服务体系,创新法律援助形式

法律援助工作是一项“功在党和政府,利在人民群众”的特殊公益事业,而仅仅依靠单一的法律援助工作部门显然是难以完成的。因此,应加强对外联系,广泛发动社会各有关部门共同参与,推动开发法律援助资源。加强与工会、妇联、共青团、残疾人联合会等社会团体、组织的联系和配合,在这些部门设立法律援助工作站,真正发挥这些部门工作职能的优势,以减轻法律援助中心工作的压力,扩大法律援助工作的覆盖面和社会影响面。除了现有的法律援助机构设置之外,还应在弱势群

体集中、法律诉求集中的部门,如劳动局、建委、法院、公安局等部门建立法律援助工作站,方便农民工、刑事案件被告人和被害人、犯罪嫌疑人等申请法律援助。逐步形成以法律援助机构为中心,以律师事务所、公证处、基层法律服务所为主体,并有社会有关部门共同参与的法律援助工作新格局。



林子云:市律协法律援助与社区服务研究委员会委员

比如,本届上海市律师协会法律援助与社区服务业务研究委员会在李东方主任和郑祺副主任的带领下,与上海市老龄工作委员会、上海市残疾人联合会、上海市第二中级人民法院、浦东新区消费者协会等单位 and 部门结对,各方紧密联系、密切配合、形成合力,充分发挥各自的职能及专业优势,建立了专门的法律援助工作窗口。利用该业务委员会委员在法律服务方面的优势,常年驻站工作,配合相关的部门,提供多样化的法律援助服务,开展面向广大居民的法律宣传、咨询活动,解答人民群众在工作和生活中遇到的法律问题,协助其化解各种矛盾纠纷,取得了很好的社会效益。

另外,随着我国经济体制和社会的全面转型,社会成员由原来的“单位人”开始转变为“社会人”,社区逐渐成为承担社会管理的主体单元。因此,法律援助宣传、服务进社区,也是实现依法治国、建设和谐社会的基本要求。

在社区开展法律援助工作的宣传、服务,应结合社区工作贴近群众、服务群众的特点,采取群众喜闻乐见、通俗易懂、便于接受的多种形式。要着眼于维护残疾人、老年人、未成年人、妇女等弱势群体的合法权益,将法律援助知识和信息送到他们身边,提高弱势群体的法律素质,增强弱势群体的维权意识。比如:利用“全国助残日”、“全国助老日”、“未成年人保护宣传日”、“三八”妇女节、“农民工维权周”、“3·15”消费者权益保护日、“法制宣传日”等重大节假日或国家重要法律颁布时机,由法律援助机构负责组织人员在社区开展法律援助的咨询宣传活动,通过现场咨询、印发宣传资料等形式,为小区居民送法上门。另外,可以聘请、组织律师和法律工作者担任社区法律顾问,定期到社区现场服务,义务解答群众的法律咨询,并且在发现矛盾纠纷后,与社区工作人员密切配合,及时组织调解,努力把矛盾纠纷化解在社区,做好本区域内的纠纷调处工作。●

●文/张晶仁

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

农民工法律援助的问题及对策



农民工一般是指户籍在农村但在城镇工作就业的人员,他们具有农民和工人两重身份。根据国家统计局农民工统计监测调查,2011年农民工总量为25278万人,比上年增长4.4%。大多数进城务工的农民,承担着最累、最苦、最脏、最危险的工作,却无奈地游离于城市社会正规的组织和制度之外,承受着种种歧视与不公。农民工维权问题已经成为社会关注的热点问题。

法律援助是指由政府设立的法律援助机构组织法律援助人员,为经济困难或特殊案件的人给予无偿提供法律服务的一项法律保障制度。律师作为法律援助的主要力量,依照《律师法》和《法律援助条例》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,依法维护受援人的合法权益。

现实中,农民工进入城市成为城市的建设者,但他们的合法权益往往受到各种侵犯而成为社会的弱势群体,比如拖欠劳动报酬、工伤事故、交通事故、医疗事故等。由于受教育程度和经济基础的原因,农民工聘请律师代理刑事、民事案件存在观念和经济上的困难,寻求法律援助已经成为农民工维护自身权益的一个迫切需要。

一、近年来我国农民工法律援助的法制环境

(一) 农民工法律援助的立法沿革

1994年原司法部部长肖扬提出我国建立农民工法律援助制度的设想;1996年5月15日《律师法》颁布,设专章规定了法律援助;2003年相关配套法规《法律援助条例》实施;2004年9月,司法部、财政部、劳动部等9部门联合出台了《关于贯彻落实〈法律援助条例〉,切实解决困难群众打官司难问题的意见》,从政策上解决了办理法律援助案件中与民政、劳动仲裁委、国土资源、卫生、工商、档案管理、司法鉴定等部门的协

调配合问题;2005年9月,司法部与最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合出台刑事、民事法律援助规定,建立了法律援助与公、检、法部门在法律援助工作中的衔接配合机制;2008年出台了倾向于保护劳动者权益的《劳动合同法》,更加规范了劳动合同的签订和履行;2011年出台的《刑法修正案(八)》,规定了恶意欠薪行为入罪。我国法律援助制度对农民工维权提供了基本的法律保障,为解决农民工维权难的问题带来了极大的便利,也有利于社会的稳定与团结。

(二) 近年来对农民工法律援助的法律保障有重大突破

1. 关于建设工程承包人拖欠雇佣的农民工的薪水问题

劳动和社会保障部与建设部2004年颁布的《建设领域农民工工资支付管理暂行办法》第十二条规定:“工程总承包企业不得将工程违反规定发包、分包给不具备用工主体资格的组织或个人,否则应承担清偿拖欠工资连带责任。”劳动和社会保障部2005年颁布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条规定:“建筑施工、矿山企业等用人单位将工程(业务)或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人,对该组织或自然人招用的劳动者,由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。”《劳动合同法》第九十四条规定:“个人承包经营违反本法规定招用劳动者,给劳动者造成损害的,发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。”过去,劳动者在劳动过程中遭遇拖欠工资,只能向雇佣他的雇主主张工资,即使案件胜诉,雇主往往是个人,既没有能力承担责任,又容易在执行中规避劳动者的追索。但是以上行政法规,尤其是作为法律的《劳动合同法》出台后,增加了发包人作为承担劳动报酬的责任主体,实践中建设工程项目的发包人往往经济实力雄厚,这样就大为增加了农民工追索劳动报酬成功的几率。



张晶仁：市律协法律援助与社区服务研究委员会委员

2、关于简化农民工追索劳动报酬的程序

2006年10月1日起施行的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》第三条规定：“劳动者以用人单位的工资欠条为证据直接向人民法院起诉，诉讼请求不涉及劳动关系其他争议的，视为拖欠劳动报酬争议，按照普通民事纠纷受理。”

在一些单位拖欠农民工劳动报酬时，往往以欠条的形式来拖欠支付时间，这些欠条本身是有债权确认的法律效力的。根据本条规定，农民工在诉讼时如果有工资欠条的，就可以越过劳动仲裁程序直接向法院起诉，节约了时间成本和经济成本。

3、关于拖欠劳动报酬最后的法律保障

2011年全国人大通过的《刑法修正案(八)》第四十一条规定：“在刑法第二百七十六条后增加一条，作为第二百七十六条之一：以转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者的劳动报酬或者有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬，数额较大，经政府有关部门责令支付仍不支付的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”在《刑法》修正前，一些企业主仅仅将拖欠工资视为一种民事责任，常通过转移、逃匿等方法拒不支付劳动者的劳动报酬，或者有能力支付而不支付。《刑法修正案(八)》将拖欠工资造成严重后果的上升到了给予刑法处罚的规定，不仅给那些想恶意欠薪的企业主以巨大的威慑力，也使农民工维权有了坚实的法律保障。

二、农民工法律援助中的常见问题

尽管我国各级机关不断通过立法、行政、司法措施加强对农民工法律援助的保护，但据有关调查显示，当权益被侵害时，许多农民工不愿选用法律程序救济，主要原因在于我国农民工法律援助还有诸多不完善之处。

(一) 农民工劳动合同签约率低、社会保障不到位

很多用人单位不与农民工签订劳动合同，也不为农民工缴纳社会保险。不签劳动合同，一旦发生纠纷，

农民工往往缺少证据证明劳动关系的存在而败诉。至于不缴纳社会保险，也经常是在农民工离开工作单位时才以诉讼方式向单位主张。仲裁、诉讼是事后救济，是维护权利的底线，劳动合同是实现底线正义的基础，而对农民工来说，这样的基础也总是一再得不到保障。一方面，我国的劳动力市场仍然属于买方市场，农民工找工作不容易，在劳动关系中处于弱势地位，不得不接受单位的恶劣用工环境；另一方面，有些地方及相关部门因服务于当地经济建设的需要，尚存在一种保护、偏袒用人单位的倾向和心态，在维护农民工权益及劳动执法上难以做到客观上的公正。正是由于这种外部客观环境的不利影响，用人单位侵犯农民工合法权益的现象极其普遍。

(二) 仲裁诉讼程序调查取证难、索赔难、执行难

农民工的一个高度密集的就业单位是建筑工程单位，这些单位在发包建设工程时经常存在层层转包的现象，而当农民工尤其是外地农民工与用人单位发生争议时，这些单位对于农民工的维权要求往往相互推诿扯皮，或者根本不予理睬。在农民工聘请的法律援助律师调查取证时不仅不予以配合，人为设置障碍，甚至还有对律师进行暴力威胁的。很多农民工在发生纠纷后不懂得如何收集、保全证据，对于除劳动合同外，如何证明劳动关系的存在缺乏基本的概念，导致即使有法律援助律师的介入也已经很难胜诉。农民工受到侵害后，企业和雇主会千方百计为自己开脱，拒不出证，一些农民工在遭遇侵权后还不信任企业所在地法律援助机构，返回家乡或通过家属向家乡法律援助机构申请法律援助，延误了维权期限。另外，在强制执行环节中，由于涉及农民工的案件数量多，而且被执行方往往在拖欠工资后逃匿，因此虽然胜诉也难以保证执行到位，也使农民工的维权在效果上降低了他们对司法机关的期望。

(三) 仲裁诉讼维权的时间成本和经济成本仍然较高，不能很好地维护农民工的权益

2008年开始我国出台了新的《劳动合同法》以及相关的实施细则和司法解释，对于劳动者的保护有了大幅度的提高，对用人单位在劳动合同的签订、履行、解除、举证责任等各方面增加了更加严格的约束。但是这些法律在保护农民工权益时仍显得有些力度不够。具体表现为：

1、时间成本。依据《劳动合同法》的规定，劳动争议的程序是仲裁前置及一裁二审制度，对劳动者是相当不利的，甚至被少数企业作为对付农民工的手段。部分用人单位会恶意拖延诉讼仲裁程序以延长司法机关处理纠纷的时间，达到拖垮农民工的目的。有的单位对

于劳动争议仲裁委员会的仲裁裁决即使是公正合理的,也要坚持起诉到法院,利用其相对丰富的资源,走完一审、二审程序,而农民工却根本没有时间和精力一直在诉讼中消耗。很多劳动争议案件诉讼中的企业作为被告还不出庭,法院公告送达期间为两个月,如果这些程序都走一遍,周期相当长,造成了农民工法律援助案件环节多、时间长,办案成本居高不下,从而加重了农民工的维权成本。劳动争议发生时,不少企业都口头同意解决问题,但故意拖延超过诉讼时效。即使没有超过时效,企业也会将拖延程序进行到底,以企业强大的经济实力和社会资源拖垮继续以打工报酬维持生存、流动性大的农民工,最后逼农民工签订不平等协议。

2、经济成本。法律援助机构为农民工当事人减免了法律服务费用,劳动仲裁委和法院也会考虑当事人的经济状况酌情减免案件的受理费,但是在一些农民工经常涉及的案件,如工伤赔偿、交通事故、人身损害赔偿案件中,需要做司法鉴定,要缴纳相应的鉴定费,这些费用又成为了农民工维权的一道障碍。另外,要求法院先于执行或者诉讼财产保全,必须向法院提供财产担保,而农民工原本收入就低,往往难以负担担保费,一些企业和债务人就会趁机转移隐匿财产。

三、对农民工法律援助的下一步解决措施

2006年,国务院在出台的《关于解决农民工问题的若干意见》中着重指出,做好对农民工的法律服务和法律援助工作,要把农民工列为法律援助的重点对象。对农民工申请法律援助,要简化程序,快速办理;对申请支付劳动报酬和工伤赔偿法律援助的,不再审查其经济困难条件。但对农民工开展法律援助是一项系统性很强的工作,具有很强的社会参与性,从根本上形成保障农民工权益的体制和制度才是治本之策。

(一) 增加对农民工法律援助的宣传

法律援助机构应当针对农民工自身的特点,制定宣传计划,定期宣传,把宣传重点放在与农民工有关的法律法规上,使他们了解就业、用工等方面的基本法律知识,让农民工感受到法律援助就在身边。比如可以联合劳动培训机构定期举办法律常识培训;定期开展各项活动和设立咨询站点进行普法教育工作,编制一些简单易懂的书籍、印发一些法律援助读本和宣传页,通过各种媒体包括电视和网络进行宣传等方式。通过法律宣传,从根本上提高弱势群体的法制观念和法律技能。

(二) 加强法律援助立法力度,提高法律援助权利救济效率

我国应尽快制定《法律援助法》。目前,我国实施

法律援助工作的主要法律依据仍然是《法律援助条例》,但它仅仅属于层次较低的部门规章,并且规定不够明确和清晰,需要进一步地加以完善。特别是关于农民工和农村法律援助制度,在《法律援助条例》中没有专门规定。结合我国的实际情况,首先应制定一部统一完善的《法律援助法》,以确保农民工法律援助制度的实行;其次要增加关于农民工争议解决的简易程序,减少农民工的投入;再次需改革农民工法律援助的条件与范围,降低农民工法律援助的门槛,使更多的农民工享受到该制度;最后必须降低农民工救济的成本,比如可以在减、免、缓交案件受理费的同时,再对相关的司法鉴定费、诉讼保全担保费用等也做相应的减免。

农民工有时之所以不将法律援助列为其寻求权利救济的首要选择对象,是由于目前的法律援助制度方式复杂,成本较高,又不能保证权利能够确定得到保护。要解决这一问题,就要从农民工的角度来分析法律的成本与效率,完善相关的制度。对于案件涉及标的小、案情简单、证据充分的案件进行简单申请后可直接受理,降低法律援助的门槛。同时,可以建立“集体援助制度”,比如在针对某一企业的案件,根据少数人的申请,如在案件中发现有大量的相似案件存在,即主动对其他农民工提出“援助邀请”,在征得其同意的情况下对整个群体进行集体援助,这可以极大地提高执法效率,简化申请程序。

(三) 多渠道筹措资金,为法律援助提供经济保障

我国现在还处于经济并不是十分发达的时期,所以要积极多渠道地筹措资金,建立法律援助经费保障机制,广泛开辟法律援助资源。主要的做法有:

第一、加大政府投入。政府财政拨款是法律援助经费的主要来源,世界各国大都将法律援助经费列入政府财政预算。我国也是一样,《法律援助条例》第三条规定,政府财政拨款是法律援助经费的主要来源。各级财政可以在现有的法律援助业务经费预算的基础上增加预算,专门用于农民工的法律援助工作。

第二、成立法律援助专项基金。为了弥补政府投入的不足,满足更多的贫困者对法律援助的需要,一些国家和地区设立了法律援助的专项基金。结合我国的实际情况,可设立专门的援助基金,广泛募集国内外资金,动员全社会力量参与我国法律援助事业的发展,充分发挥法律援助基金会的功能。

第三、动员社会力量,加大社会募集与捐赠。随着社会经济水平的发展,我国的慈善与捐助活动已有一定的规模和基础,应该加大宣传,动员有能力的组织进行捐赠。●

●文/曾鑑清

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

未成年人保护 理念之初探

——兼谈儿童最大利益原则



未成年人是祖国的未来和希望,对未成年人的关心、爱护和特别司法保护,让他们健康成长是全社会的共同任务。未成年人是世界各国均给予特殊保护的特殊群体,联合国相继出台了一系列旨在保护未成年人的公约与规则标准。我国积极遵循联合国关于少年儿童保护的各项公约与标准,七届全国人大常委会于1991年9月4日通过了《中华人民共和国未成年人保护法》。

《中华人民共和国未成年人保护法》将《联合国儿童权利公约》的“儿童最大利益原则”表述为“特殊、优先保护”,但是,有很大一部分的执法者以及公共事务管理者对这一理念的理解仅停留在口头上,内心深处仍坚守着非常错误的理念,即“养孩子、管孩子是父母的事”。因此,在制度建设、资源分配、公共设施建设规范等各个方面,未成年人都处于边缘化的地位,严重影响了我们国家未成年人的保护水平。

笔者曾经代理过一起未成年人的人身损害赔偿的法律援助案件,从损害事件的发生以及处理结果,真实地反映出一些执法者和公共事务管理者对未成年人保护理念的滞后现象。

2009年12月4日晚,4岁女童小圣进入上海市某路越江隧道入口处的顶棚上玩耍时,不慎从顶棚的采光洞口跌落隧道,此时,一辆正在行驶中的轿车没有采取任何避让措施,以致轿车底盘勾住并拖带已倒在隧道中央的小圣后继续行驶了约一公里,直至被前面一辆出租车



曾鑑清:市律协法律援助与社区服务研究委员会副主任

司机停车强行拦下,才避免造成更大的损害后果。小圣头部颅骨破裂、头皮缺损以及身体多处软组织挫伤,经上海交通大学附属第九人民医院急救,实施了三次手术,才挽救了其生命。

小圣父母离婚,她随母临时居住在某路越江隧道附近其母打工的某棋牌室。事发当天,母亲在安排好小圣睡觉后在棋牌室工作,小圣睡醒后与邻居小孩爬上某路越江隧道入口处顶棚玩耍而至事发。

笔者前往现场勘查后,发现尽管某路隧道周边的道路中心设有一些隔离护栏,但隔离护栏并没有全封闭,以致违章行人能够自由进入机动车道,进而攀爬上顶棚通行到马路的对面;与隧道顶棚相连的地面工作区由于管理不严,行人可以自由进入或借此工作区通行到马路对面,从而成为发生交通事故或其他事故的又一隐患;工作区虽有隧道摄像监控系统,但形同虚设,事发当时监控管理人员一直没有发现有人从顶棚跌下隧道,直

至警察为查明小圣是否跌入隧道而调取监控录像时,才知道事故已经发生;隧道顶棚与地面连接处,最低处不足80厘米,且没有任何防护栅栏,极易攀爬至隧道顶棚上方;隧道顶棚的透光孔,孔的直径在2米左右,没有设置防护网或者其他任何防护设施,一旦行人攀爬到顶棚上方,极可能发生类似本案的惨剧。

公共设施的管理者应当在硬件上保证公共场所使用的建筑物、配套服务设施和设备的安全可靠,配备相当数量合格的安全保障人员;应当在软件上负有危险预防义务,具有对不安全因素的明确警示或说明、劝告、协助、保护的义务和对危险源的消灭义务,对于已经或正在发生的危险,还负有积极的救助义务等。本案中,尽管道路中心设有一些隔离护栏,但不表示隧道管理者已经尽到其全部管理职责,鉴于现场勘查到的情况,可以认定隧道管理者没有尽到安全保障的义务。

最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十六条明确规定:“下列情形,适用民法通则第一百二十六条的规定,由所有人或者管理人承担赔偿责任,但能够证明自己没有过错的除外:(一)道路、桥梁、隧道等人工建造的构筑物因维护、管理瑕疵致人损害的……”本案隧道管理者不能证明其没有过错,因此,应承担赔偿责任。

另外,本案不是一起纯粹的交通事故,存在法律关系的竞合。隧道管理者存在着设计上的瑕疵、管理上的瑕疵和警示上的瑕疵,长期疏于对隧道周边环境尽到自己的管理职责,而轿车驾驶者在隧道行驶中疏忽大意,将小圣拖带着继续行驶约一公里。两个责任主体的行为导致了一个损害后果的发生,这就是民法上的不真正连带责任,或称不真正连带债务。所谓不真正连带责任是指多数债务人就基于不同发生原因而偶然产

生的同一内容的给付,各负全部履行之义务,并因债务人之一的履行而使全体债务人的债务均归于消灭的债务。

《侵权责任法》第十二条规定:“两人以上分别实施侵权行为造成同一损害,能够确定责任大小的,各自承担相应的责任;难以确定责任大小的,平均承担赔偿责任。”因此,隧道管理者和轿车驾驶员应当承担连带责任并按照责任大小履行赔偿的义务。

遗憾的是,尽管《侵权责任法》和最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》的规定,完全明确了隧道管理者和轿车驾驶员的“不真正连带责任”。然而在诉讼中,隧道管理者辩称,隧道入口在某路中央,有护栏及绿化隔离带,道路两侧分别有漆划的隔离护栏机动车道和非机动车道,隧道入口顶部不是市民游玩之处,小圣在交通要道上玩耍,并跨越隧道入口处顶部平台,违反了《道路交通安全法》,故其无任何责任。而一审法院则认同隧道管理者的辩解,确认其不承担责任,二审法院则在隧道管理者同意赔偿人民币3万元的情况下,判决维持原审判决。

本案至少有三个问题值得思考:其一,公共设施的设置标准和管理标准是否应当考虑到未成年人的因素;其二,司法部门在审理涉及未成年人的案件中是否把“儿童最大利益原则”作为审判原则;其三,相关的实体法律是否应该对涉及未成年人权益的部分做出相应的规定,以便司法机关在实践中有法可依。

笔者认为,执法者和公共事务管理者应当在未成年人保护的理念更新方面发挥模范带头作用,在日常决策中形成对未成年人特殊、优先保护的思维习惯。对未成年人的司法保护应当突破司法保护仅仅针对未成年人刑事犯罪的片面理解,进一步扩大未成年人司法保护的范畴,将民事、行政、治安方面的未成年人保护同样纳入司法保护的范畴,以此加强对其他未成年人保护机关的监督与约束,进而切实保护未成年人的利益。●

●文/郑祺

投稿邮箱:tougao@lawyers.org.cn

论进一步健全残疾人法律援助保障制度



残疾人在我国是一个庞大的群体,占全国总人口的6.34%。而且,中国残疾人受教育程度大大低于普通人群,大专以上文化程度的残疾人仅占残疾人总数的1.1%。残疾人受教育程度差决定了他们从学校获得法律知识的机会少,再加之由于身体或精神的缺陷,使他们获得法律知识的途径也有限,这些因素决定了当残疾人的权益受到侵犯时不知道如何保护自己的合法权益,即使想要维护自己的合法权益,也由于法律知识的欠缺而不予诉讼或无法提起诉讼。

《中华人民共和国残疾人保障法》颁布实施以来,国家为发展残疾人事业、改善残疾人状况采取了一系列重大措施,使中国的残疾人事业取得了巨大的成就。同时,我国在运用法律手段维护残疾人合法权益方面也取得了长足的进步。但是,我们也应该看到,由于受社会经济发展程度、人们的道德水平等多种因素的影响,漠视和侵害残疾人合法权益的现象仍然普遍地存在着。残疾人由于自身残疾和社会环境的影响,在社会中处于不利地位,他们参与社会活动的机会受到限制,获得平等权利的实现受到阻碍,成为社会中最困难的群体,其合法权益受到侵害时,往往难以得到及时有效的司法救济。因此,应该特别加强对残疾人的法律援助措施,以使残疾人的处境得到更好的改善。

虽然国家法律已经规定了应当对残疾人进行相关法律援助,但真正从法律

援助中受益的仍然只是极少数残疾人。如何更好地完善对残疾人的法律援助制度和措施,使更多的残疾人尤其是文化程度较低的残疾人得到法律援助,是摆在我们面前的一项重要的工作。完善和健全残疾人的法律援助制度还有许多工作要做,笔者仅从以下两个方面发表自己的观点。

一、充分利用社会资源,拓宽为残疾人提供法律援助的途径

在通常意义上,法律援助是一种司法救助制度,是国家对经济困难或特定案件的当事人提供减、免费用的法律服务的一项法律制度,是对社会弱势群体在法律事务中的无偿帮助。而各级层面的“法律援助中心”则是政府法律援助机构的正式名称,由省、自治区、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。它是由国家拨款设立的,专门为需要律师服务但因经济困难无力聘请律师的弱势群体,及其法律规定必须有律师提供法律帮助,而其本人又没有聘请律师的特定人员提供无偿法律服务而设立的一种专门的法律服务机构。

根据我国的相关法律规定,对残疾人作为法律援助的对象规定的内容有:1、盲、聋、哑和未成年人为刑事被告人或犯罪嫌疑人,没有委托辩护律师的;2、其他残疾人、老年人为公诉案件的刑事被告人或犯罪嫌疑人,因经济困难没有能

力聘请辩护律师的;3、盲、聋、哑和其他残疾人、未成年人、老年人依法请求国家赔偿、请求给予社会保险待遇或者最低生活保障待遇,请求发给抚恤金、救济金、赡养费、抚养费、扶养费,请求支付劳动报酬等,因经济困难没有委托代理人的。

由此可见,法律规定对残疾人提供法律援助的范围还是相对较小的。但是,随着时代的不断发展,无数残疾人为了实现自身的价值,为了创造社会财富和推动社会文明进步,自强不息,取得了令人肃然起敬的业绩。我们不应以既有的观念去看待和对待残疾人,应给予他们更多的关爱、尊重,把为残疾人提供法律援助看作是自己对社会应尽的责任,只有这样,才可能从源头上解决如何为残疾人提供法律援助的问题。如果仅仅停留在上述几项法律规定的项目内容上,已远远不能适应当今残疾人对于法律援助的需求。广泛动员社会力量共同参与残疾人法律援助工作,必定是今后的发展方向。

除了法律援助中心这一政府法律援助机构之外,其他社会团体和单位如工会、居委会、律师事务所、共青团、妇联、残联等,也可以设立相应的法律援助工作站,甚至是社会热心人士也可投资设立法律援助工作站。这些社会资源的充分利用,是补充政府法律援助资源的有效渠道。而这些社会团体资源,可以在政府法律援助机构的指导下有组织地聚合,在各自领域发挥效能。甚至,我们可以尝试借鉴国外的做法,由政府法律援助机构与这些社会团体签订协议,提供一定的经费补助,规定其服务的范围和工作量,定期指导、检查、监督其工作质量。这样,就可以使政府以有限的投入来调动非政府组织的积极性,拓宽法律援助的途径,并且也能够保证所有法律援助事务都处于政府法律援助机构的指导和监督之下。

例如,结合目前群众遇到法律问题大多愿意找居委会调解解决的国情,借鉴英国社区法律中心的做法,在居委会、村委会内依托人民调解委员会设置社区法律援助服务站。这样做,不仅方便了困难残疾群众,使其不用再“东跑西颠”去寻求法律援助,而且还更有利于扩大对法律援助工作的宣传,给更多的需要法律帮助的困难群众带去积极的信息。另外,街道、社区干部对本辖区的居民情况更为熟悉,由他们与法律援助的律师共同参与法律援助案件的办理,还能够有效地保证处理结果的最终落实。

目前,上海市残疾人联合会、上海市法律援助中心与上海市震旦律师事务所正积极研讨,筹措建立一个专门为残疾人提供法律服务的“志愿助残法律工作室”。充分发扬上海市震旦律师事务所作为多年来法律援助工作先进单位的优良传统,也充分借助郑祺律师“全国志愿助残阳光使者”这一荣誉称号的积极影响力,在事务所内建立一个专门为残疾人提供法律服务的工作室,

直接面对广大的残疾群众的法律需求,为其提供更专业的法律帮助,也为拓宽本市残疾人法律援助工作的途径做出积极的尝试。

二、建立专门的残疾人法律援助机构

《中国残疾人事业“九五”计划纲要》

(1996~2000年)中,就已经将“建立残疾人法律援助组织”作为该计划纲要的任务指标和主要措施。但是,目前在全国建立的专门服务于残疾人的法律援助机构无论从数量上还是规模上,均远远无法满足残疾人对法律援助服务的需要,而目前更多的做法仍然是由各级法律援助中心为残疾人提供援助和服务。

从当前涉及残疾人法律援助服务的案件来看,残疾人权益被侵犯主要表现为“三多”的特点:一是被侵害的主体中以智力、视力残疾人居多;二是以残疾女性居多;三是人身伤害案件多。智力残疾人由于缺乏是非判断能力、视力残疾人由于看不见人和物、女性残疾人由于更加缺乏反抗能力,这些弱点使本就处于弱势的残疾人合法权益更易被侵犯。对于残疾人这样一个有着特殊困难的群体来说,为其设立专门的法律援助机构十分有必要,它可以使专门机构的法律工作者增进对残疾人的了解、熟悉残疾人的特殊需要,以便更好地对他们提供法律援助和服务。同时,残疾人也可以直接向专门机构申请法律援助,这样可以减少中间环节,提高援助的效率。残疾人尤其是贫困残疾人还不懂得运用法律武器来维护自身的合法权益,专门机构的设立有助于残疾人方便行使自己的权利,便于残疾人了解和获得帮助。

这些专门的残疾人法律援助工作机构,除配置专业的工作人员外,还可以借助社会力量,聘请具备法律专业知识的公民、教育工作者、律师、科研工作者、政法机关离退休人员和法律专业的学生等有为残疾人奉献爱心的人士,建立起一支相对稳定的、具备法律专业知识的残疾人法律援助志愿人员队伍。同时,根据需要,通过对这些残疾人法律援助志愿人员的培训,提高他们的政治素质和业务能力,充分发挥他们拥有的专业法律知识的资源优势为残疾人提供法律服务,确保法律援助的服务质量。●



郑祺:市律协法律援助与社区服务研究委员会副主任

●文 / 孙云康 张何心

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

规范涉老民事诉讼 程序之我见



随着我国老年社会的来临,老年人权益法律保障日益受到立法重视,上世纪九十年代施行的《老年人权益保障法》对倡导尊老爱老、老年人权利保障起到了积极的作用。新时期,老年人权利保障更受到国家的重视,《国务院关于印发中国老龄事业发展“十二五”规划的通知》即要求:“加强老龄法制建设,推进老年人权益保障法制化进程,做好修订《老年人权益保障法》相关工作。”

法治社会里,法律是维护社会公平正义的最后一道防线,现实社会中,愈来愈多的老年人诉诸公堂讨说法。老年人诉讼维权为法定权利,理应得到社会的支持和鼓励,本文所指涉老诉讼,仅涉及民事诉讼领域。

一、涉老诉讼的基本特征

涉老民事诉讼,是指一方或双方年逾60周岁的当事人参加的民事诉讼,它具有以下几方面的特点:

一是案件范围相对集中。老年人大多退出职业岗位,一般情况下,不再从事经济活动,与他人发生经济纠纷的可能性少,而其民事诉讼范围涵盖赡养、遗产继承、房产、婚姻及邻里纠纷,大多发生在家庭成员或亲朋好友间。司法实践中,涉老诉讼标的不大,甚至为“鸡毛蒜皮”等小事闹上法院。

二是因积怨而生讼。观察涉老诉讼成因,发现有个规律:当事人矛盾积聚无解成诉讼。老年人受传统价值观中“和为贵”、“息事宁人”的影响,他们法律意识淡薄,非不得已不会积极选择法律途径解决纷争,许多情形下,诉讼是长期矛盾积聚的结果。由此,当事人容易受个人情感左右、意气用事,一旦涉讼,非讨个说法不行,若法院不根据当事人的诉讼特征,采取相应对策,很可能案结事不了,危及家庭、社会的和谐稳定。

三是当事人亲自应诉普遍。老年当事人为讨说法而来,排除身体等客观原因无法出庭的情形,他们不太情愿由他人代理诉讼。加之经济因素,老年当事人聘请律

师代理不常见,在有代理人参与诉讼的情形中,他们大多会委托近亲属协助诉讼。

四是诉讼能力弱、证据意识差。与其他当事人相比,老年当事人存在两方面的弱势。其一为诉讼能力较弱。首先是身体状况。老年人年老体衰,无法承受车马劳顿,无法忍受繁复的庭审过程;其次是精神因素。老年人思维功能退化,反应不够敏捷周密,无法承受精神集中紧张的诉辩对抗。其二为老年当事人证据意识差。他们在诉讼中习惯以事理说事,不按法理出牌,常常以说理替代证据,以为有理走遍天下,不明白诉讼证据的意义,在以证据定胜负的民事诉讼中,这对于老年人的处境极为不利。在未有代理人维护其合法权益情况下,举证能力差的老年人很可能有理赢不了官司,实体民事权利受到损害。

五是案结事未了突出。老年当事人程序意识差,实体公正观念固化强烈,如果法院不能将释疑解惑、调解工作做实做透,即便依法判决,终结诉讼程序,也难以真正定分止争,容易案结事不了。老年当事人可能采取程序外“维权”,申诉信访不断,矛盾依旧无法化解。

二、对涉老诉讼程序规范的设想

《民事诉讼法》未考虑老年人的诉讼特点,没有制定专门的涉老诉讼制度,不利于老年当事人的权益保护。笔者以为,鉴于老年人民事诉讼的特点,应在《民事诉讼法》中专门制定老年人民事案件诉讼程序。考虑到老年当事人的情况,制定某些特殊规范,如简化程序、便民利民、调解优先等,能起到很好的法律效果与社会效果。将实践中行之有效的做法上升为法律制度,有利于老年当事人权益保障的规范统一,也可促进社会尊老敬老观念的培育。笔者建议对老年人民事案件程序制度作出以下规范:

(一) 贯彻调解优先诉讼原则

现行《民事诉讼法》规定:“人民法院审理民事案

件,应当根据自愿和合法的原则进行调解,调解不成的,应当进行判决。”调解为民事诉讼的必经程序,涉老诉讼也不例外。涉老诉讼具有特殊性,法律未规定调解优先原则,建议对老年人民事案件程序制度作出明确规定:“对涉老诉讼实行诉调结合,调解优先、化解矛盾为原则。”

诉调结合、调解优先,是指法院在尊重老年当事人诉讼权利的基础上,更多地注重以调解方式终结诉讼,止分定争。化解矛盾就要求法院在审理涉老诉讼时,不仅要依法查明事实,更要厘清纠纷根源,工作重点前移后伸,查明前因后果,并注重诉讼程序终结跟踪工作,争取案结事了,避免新矛盾,确保社会和谐。

一是调解贯穿于诉前、诉讼程序的全过程。《最高人民法院关于进一步贯彻调解优先,调判结合工作原则的若干意见》要求:民事审判活动中,牢固树立调解优先理念,把调解作为处理案件的首要选择,自觉主动运用调解方式处理矛盾纠纷,把调解贯穿于立案、审判和执行的各环节,贯穿于一审、二审、执行、再审、申诉、信访全过程。调解优先作为最高人民法院的司法政策,在司法实践中发挥着化解社会矛盾,维护社会稳定,促进社会和谐的积极作用,但它终究不是法律规范。《民事诉讼法》规定:“调解达成协议,必须双方自愿,不得强迫。”司法实践中,对审理中的民事案件,法官在征询当事人的调解意愿时,得到一方或双方否定性表示后,一般不再调解,而径行裁决。

“调解优先”要求涉老诉讼自立案始,法院所有的诉讼活动均体现、贯彻在调解解决纠纷的理念中。它包括诉前调解:指涉老诉讼须经过立案前调解阶段,方能立案审理,法院可指导社会调解组织进行调解工作,化解矛盾。包括诉讼调解:指案件审理任何阶段,应以调解为优先。《民事诉讼法》第八十七条规定:“人民法院进行调解,可以邀请有关单位和个人协助,被邀请的单位和个人,应当协助人民法院进行调解。”《老年人权益保护法》第六条规定:“居民委员会、

村民委员会和依法设立的老年人组织应当反映老年人的要求,维护老年人合法权益,为老年人服务。”建议法律明确规定:人民法院对于涉

老案件,应该邀请老年人所在社区或依法设立的老年人组织的人员参与法院调解工作。

二是改变调解协议生效方式。现行《民事诉讼法》规定,除不需要制作调解书的4类情形外,调解书经双方当事人签收后,即具有法律效力。老年当事人情绪化倾向严重,司法实践中经常出现达成协议后反悔,甚至拒签调解书的情形,造成诉讼拖延。《民事诉讼法》第九十条规定,除几类特殊案件外,其他不需要制作调解书的案件,法院可以不制作调解书,当事人在调解笔录上签字后即发生法律效力。建议法律在老年人民事案件程序中可规定:在不影响当事人合法权益的同时,涉老诉讼达成调解协议的,法院可不制作调解书,当事人在调解笔录上签字确认即产生法律效力。

(二)设立老年法庭审理涉老案件

老年当事人具有区别于其他成年当事人的特殊生理、心理特质,审判机关有必要设立专门的审判庭,由熟悉老年诉讼特点的法官审理,类似于刑事审判中的少年法庭。事实上,对于涉老诉讼,法官单有法律知识的储备是远远不够的,还应有丰富的社会阅历与办案经验。随着涉老诉讼案件的增加,如何更好地维护其合法权益,并采取特色审判方式,各地法院都在探索中。以苏、浙、沪地区为例,上海市静安区法院早在上世纪九十年代初就设立了老年法庭,后由于机构编制问题更名,目前由民三庭专职审理涉老案件,富有特色并取得成绩。其他省



孙云康:市律协法律援助与社区服务研究委员会委员



张何心:市律协法律援助与社区服务研究委员会委员

市基层法院也有成立老年法庭审理涉老案件的。

设立老年法庭已是诉讼的迫切需要,也符合诉讼规律。由于缺乏法律制度的支撑,各地法院的老年法庭实际上属于老年合议庭,而非专门的审判业务庭,不利于老年审判业务归口管理与审判业务水平的提高。在老年法庭审判人员的配置上,法律应明确规定涉老案件应由熟悉老年当事人身心特点、具有办案经验丰富的审判人员担任。

(三)设置特殊的诉讼制度

民事诉讼程序由于其精密化的设计,使民事证据规则更多地注重于法律事实展示、证明的过程,当事人诉讼行为具有严格的规范,不按规则、法理出牌的结果,很可能是有理赢不了官司。老年当事人证据意识差,身心处于弱势,在证据战中处于不利地位,老年人民事案件程序设计应更多地考虑该情况,在举证质证、审理方式上应作出特殊的规范。

一是审理程序便利、灵活,讲究效率。考虑到老年人的身体条件,法院在立案受理、举证质证、开庭审理诸方面应采取灵活便利的做法。如主动上门接受立案,口头书面都应允许,开庭不拘泥于法院审理,根据实际情况,可以就近至老年当事人的生活社区审理。对解决生活、医疗等的诉讼,老年当事人无力交付诉讼费用的,予以缓交和免交。涉老诉讼在立案审理后,一般应速审速裁,维护其合法权益。如实践中,某些老年维权先进法院规定:涉老诉讼,一般适用简易程序,对

随 笔

●文 / 马 赛

栏目组稿人: 计时俊 jilawyer@sina.com

谋杀与创造接踵而来

——西方古典解谜类侦探小说简述

赡养、抚养案件,在一个月内审结,其他案件原则上也应在一个月内审结。

二是积极引导、协助老年当事人的举证行为。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》对诉讼当事人举证行为规范细致,当事人不懂举证、不善举证,将承担不利的诉讼后果。应该说,目前的证据规则在设计理念上并没有过多地考虑到老年诉讼当事人在精神、智力、身体方面的弱势,某些老年人缺乏法律基本常识,对证据类型、举证期限要求不了解,如果严格按照法律或司法解释对证据行为的要求,很可能使其承担不利的法律后果。为此,建议在老年人民事案件程序制度设计上,明确规定法院释明、协助其举证义务。释明责任是指,法院对于老年当事人,应根据诉讼请求依据的事实理由,尽到解释说明并积极引导其举证的义务。释明内容仅为程序范畴,包括对证据形式、规范解答和释疑,法院不应提供对裁决具有直接影响的诉讼建议。协助举证责任是指老年人诉讼能力弱,其无法收集证据的,可以比照最高人民法院的证据规定:“当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料,当事人可向法院申请调查。对此,法院有责任调查取证,维护其权益。”

(四) 规范老年人的诉讼代理制度

老年人诉讼,一般诉讼标的小,基于经济原因,聘请律师代理不常见,除亲自参加诉讼外,一般会委托其亲友代理。为预防公民代理人侵害老年人的合法权益,建议法律赋予法院对涉老诉讼代理人资格及诉讼行为的监督权,原则上公民代理人范围仅限定为其近亲属。对老年当事人本人不出庭,由代理人特别授权的案件,法院应严格审查,有义务向权利人直接释明诉讼的利害关系。此外,为保障老年当事人的合法权益,建议法律规定对于符合法律援助条件的老年当事人,享有法律援助的优先权,法律援助机构应指派熟悉老年当事人身心特点、办案经验丰富的律师代理诉讼。●



侦探小说在欧美一般称“Mystery Story”或“Detective Story”。就文学体裁而言,侦探小说与哥特式小说、犯罪小说、悬疑小说、间谍小说同属神秘文学的范畴,有一本著名的侦探小说杂志就叫做《Mystery》。

在西方,有记载的第一个罪犯是《圣经》中的该隐——该隐弑弟亚伯;而有记载的第一个侦探则是《圣经》里的先知但以理,他的故事记叙在《彼勒与大蛇》与《苏撒拿传》中。

我们一般都认为,爱伦坡(Edgar Allan Poe)是现代侦探小说的鼻祖,1841年的《莫格街凶杀案》是西方第一部侦探小说,C·奥古斯特·杜宾是爱伦坡创造的第一个著名侦探,但是杜宾探案的生涯很短,1845年爱伦坡就对描述这类故事失去了兴趣。我很晚才读到《莫格街凶杀案》,手中的版本是群众出版社2004年版,书中包括爱伦坡的《金甲虫》、《失窃的信》等代表作品。爱伦坡的作品都是短篇,这在一定程度上也影响到后来的福尔摩斯和布朗神父等探案系列。

爱伦坡的功绩之一在于他创设了以后侦探小说中的很多标志性特点,比如:创立业余侦探的怪僻形象、创立一个绝对敬慕侦探的朋友、让侦探的朋友记录叙述故事的形式、密室(Locked Room)案件、创立系列侦探、创立安乐椅神探等等。

几个月前,美国上映的一部新片《The Raven》(乌鸦)。影片主角就是爱伦坡,该影片讲述了凶手仿照他作品中的杀人方法犯下连环凶杀案,并且把多部爱伦坡的小说情节融入剧情。这部电影的片名实际上是爱伦坡于1845年所

发表的著名长诗的题目。

如果说柯南道尔爵士的福尔摩斯探案系列引领了西方侦探小说的第一个黄金时代,那么上世纪20年代到40年代则被称为第二个黄金时代。

在这个黄金时代的侦探小说家中,有三大大家,被称为“The Big Three”:阿加莎·克里斯蒂、埃勒里·奎恩和约翰·狄克森·卡尔。

最为普通读者熟知的应该是阿加莎·克里斯蒂(Agatha Christie),这位侦探小说女王在1920年发表了处女作《斯泰尔斯庄园奇案》,赫尔克里·波洛(Hercule Poirot)以及他忠实的朋友黑斯廷斯首次出场。阿加莎后来在自传中说,要是早知自己的写作生涯会持续这么久,一开始就不会把波洛的年纪设定得那么老了。在《帷幕》一书中,阿加莎结束了大侦探波洛的一生(该书1940年代初即完成,但直至1975年才出版),1975年8月6日美国《纽约时报》甚至在头版刊登了波洛的讣告。

奎恩(Ellery Queen),是一对表兄弟合用的笔名,他们笔下的侦探就叫做Ellery Queen。代表作有9部“国名系列”、4部“悲剧系列”,被视为古典解谜类侦探小说中难以逾越的高峰。奎恩兄弟对作品中的谜题有强烈的自信,每当故事进入高潮,就会以“挑战读者”的方式与读者们一较高下,这成为后世被人们津津乐道的经典桥段。

相对而言,约翰·狄克森·卡尔的作品引进大陆太晚,一般读者并不熟悉。

约翰·狄克森·卡尔(John Dickson Carr),是一位归化美国的英国作家,作品

风格也很英国化。在其 40 年的创作生涯中,有 90% 的作品都是关于“密室”的,他是一位一生悬命于不可能犯罪的侦探小说家。在不可能犯罪这个领域,可以说超越了他同时期的所有作家。

不可能犯罪 (Impossible Crime) 是古典解谜的代表,是侦探小说皇冠上的宝石,是最华丽、最让人(包括作者和读者)沉迷、最挑战心智的那种类型。

所谓“不可能犯罪”,就是指从逻辑上无法完成的犯罪。经典的不可能犯罪谜团主要包括:密室杀人、足迹消失、不可能的消失、预测未来、读心术、特定情况下的不在场证明,以及其他可判断的逻辑上无法达成的犯罪或者行为。岛田庄司说过,如果一名推理小说家从未创作过不可能犯罪的体裁,那么他就不配被称为推理小说家,这是推理小说家这种职业的自尊(大意)。

从爱伦坡的《莫格街凶杀案》开始,就出现了密室杀人的故事;《失窃的信》写的则是凭空消失。1891 年,一部伟大的不可能犯罪作品诞生了:伊斯瑞尔·冉威尔 (Isreal Zangwill) 的《弓区大谜案》(《The Big Bow Mystery》),国内在 2008 年才出版。这部书的伟大之处在于其开创性,作家在书中给出了密室案件的多种解答,可以看作是后来卡尔《三口棺材》(《The Three Coffins》)中密室讲义的雏形。与《弓区大谜案》同时期的福尔摩斯探案,也有密室题材的《斑点带子》;范达因的《金丝雀命案》与奎因的《中国橘子之谜》,都是精彩的密室作品;就连不以密室见长的阿加莎·克里斯蒂也著有《古墓之谜》。英国作家 G.K.切斯特顿的代表作品“布朗神父”系列 (Father Brown),其中不可能犯罪更是层出不穷,卡尔曾坦言受到过切斯特顿的影响。

如果说不可能犯罪是侦探小说的王道,那么密室就是不可能犯罪中的王道,而卡尔就是当之无愧的密室之王。对于这

位奇才,有无数拥趸,甚至连横沟正史这样的大师,都以与卡尔同名的作品《夜行》向这位密室之王致敬。

卡尔的一部密室长篇作品《亡灵出没在古城》,曾经在上世纪 80 年代被国内某出版社缩写成短篇(此做法实在无法理解),编入一本侦探小说合集出版。2004 年,译林出版社终于从台湾的“谋杀专门店”引进了卡尔的代表作——《三口棺材》。当年译林出版社从“谋杀专门店”引进的一批书中,有两本是最值得购买的,除《三口棺材》外,另一本也是古典密室杰作:卡斯顿·勒鲁 (Gaston Leroux) 的《黄色房间的秘密》,很久以前大陆有过译作该书的版本。这位勒鲁是谁?提起他的另一部作品,大家一定都晓得,就是大名鼎鼎的《剧院魅影》。

在《三口棺材》第 17 章的“细论上锁的房间”中,卡尔借书中主角菲尔博士之口,讲述了一大段关于密室案件类型和技巧的话,被后世的侦探推理小说家和推理迷恭称为“密室讲义”,后来的各种密室题材基本上都没有超出过这个范围。

上世纪 50 年代,卡尔还与柯南道尔爵士的儿子艾德里安·柯南·道尔 (Adrian Conan Doyle) 合写过一本福尔摩斯的仿作:《歇洛克·福尔摩斯的功绩》(The Exploits of Sherlock Holmes),上世纪 80 年代群众出版社曾出版过,吉林出版社于 2010 年又发行了新版,与去年大热的另一部福尔摩斯仿作——安东尼·赫洛维兹 (Anthony Horowitz) 的《丝之屋》相比,各有所长。●

(作者单位:上海汉商律师事务所)



他山之石

●文/孙 轶

栏目组稿人:洪亮 hongliang1224@hotmail.com

说谎的“自由”



2012年2月22日,美国最高法院开始审理一起特殊的案子——美国政府对被告阿尔法莱兹谎报军功的吹牛行为提起诉讼,这也是《冒充勇猛法》(Stolen Valor Act)于2006年被美国国会通过后的第一起因口头谎称军功和获得过勋章而被正式起诉的案件。

这起案件的推动者是公民组织“美国老兵协会”。该协会也是促成国会于2006年通过《冒充勇猛法》的主要推动力量。

在南北战争前,口头谎称军功或者子虚乌有地吹嘘获得过战功勋章并不算犯罪,只有佩戴不是来自真实军功的勋章才会触犯法律。所以,美国的冒充军功事件真可以说是司空见惯、层出不穷。据报道,有三分之一的军功是谎报的,谎称自己有军功的人士包括不少头面人物,其中还有在军界任职的。所以《冒充勇猛法》在国会通过时,连例行的听证都没有进行,就得到了一致的赞同。从此,谎称军功便成为一桩可以由政府来起诉的罪名。

阿尔法莱兹是美国克莱蒙市的一个用水管理区委员会的成员,也算是一个民选的公职人员。2007年,在一次开会的时候,他向听众介绍自己时说:“我在海军陆战队服役25年退休,获得过国会荣誉勋章”。同时,他还宣称自己在战斗中负过伤,在美国驻伊朗大使馆的危机时刻营救过美国大使。

事实上,他连一天兵也没有当过。

其实阿尔法莱兹在此前已经被告上过旧金山的地区法庭了,但法庭判决他无罪,理由是“把骗子当做罪犯来处理,是不符合美国宪法的”。

这次阿尔法莱兹的案子又被送到了最高法院,美国政府的起诉立场是:军功制度是不允许破坏的,而谎报军功的吹牛行为则玷辱了武装部队的荣誉,也在一定程度上懈怠了士气,已经触犯了《冒充勇猛法》,所以应当被判定为有罪。

但也有人认为,政府起诉阿尔法莱兹的行为违反美国宪法第一修正案所保护的言论自由。针对这种异议,美国政府认为,《冒充勇猛法》涉及的只是一种“单独而狭义”的言论,它针对的是“故意谎称获得军事奖励,而这种谎言是有理性者都能辨别的”,这种言论是不受第一修正案保护的。法律并不会因为惩罚谎称军功而对其他言论自由有不良的影响或限制,也不意味着“政府会惩罚不同的观点,或者政府会对公共讨论的是非扮演仲裁者的角色”。

被告阿尔法莱兹的律师辩称,阿尔法莱兹的言论的确是一个谎言,但不是一项罪行,因为吹牛、夸口并不像污蔑和诽谤那样会对他人造成伤害,因此应该受到言论自由的保护。国家的任何法律都应该以宪法为准绳,《冒充勇猛法》的颁布“虽然用意可嘉,但并不能因此就成为干涉言论的理由”,《冒充勇猛法》已经超过了必须干涉的范围”,与宪法第一修正案的精神不符,故不能以其作为判决被告有罪的法律依据。

美国的一些保护民权组织也对此忧心忡忡,阿尔法莱兹如果被判有罪,可能让政府有借口进一步管制公民的言论,甚至有政府滥用行政权利侵犯公民的其他各项人权之虞。

两种观点针锋相对,实质问题是美国宪法第一修正案保护的“言论自由”是否包括诸如“谎报军功”之类的“谎言”?为了解答这个问题,不妨把话题扯得稍远一些。

言论自由通常被认为是现代民主中一个不可或缺的概念,从民主政治的角度出发,“言论自由”一般地被认为不应受到政府的审查和干涉。言论自由作为一项基础性的权利,在诸多的基本人权中占据着无与伦比的重要地位。这是因为所有权利的保障都有赖于言论自由的实现,所以在和其他权利进行比较时,言论自由显然必须优先加以保护。对此,美国的第三任总统托马斯·杰弗逊曾深有感触地说过:我们宁愿要没有政府有报纸的美国,也不要政府却没有报纸的美国。

那么如果某种言论是错误的、荒谬的甚至是根本不存在的“谎言”或卑劣无耻的“谰言”的话,是否还有保护的必要呢?答案是肯定的!因为作为一项基本的人权,“言论自由”的法理基础是天赋的人权,即人生而平等。既然生而平等,则自然享有平等的发表自己观点的权利,其逻辑重点是“表达自由”而非“表达正确”。换句话说,言论自由的实质其实是自由的“表达”和表达的“自由”,确立言论自由的目的是不是追求真理,所



以应当允许有错误乃至谬误的存在。但通过对言论自由的保护，确实起到了可以不断接近乃至最终发现真理、修正谬误的巨大而积极的效果。十九世纪英国著名哲学家、逻辑学家和经济学家约翰·斯图亚特·密尔是这样说的：迫使一个意见不能发表的特殊罪恶乃在它是对整个人类的掠夺，对后代和对现存的一代都是一样，对不同意见那个意见的人比对抱持那个意见的人甚至更甚。假如那意见是对的，那么他们是被剥夺了以错误换真理的机会；假如那意见是错的，那么他们是失掉了一个差不多同样大的利益，那就是从真理与错误冲突中产生出来的对于真理的更加清楚的认识和更加生动的印象。他的话从正反两方面论述了压制、剥夺言论自由会造成人类无法认识、获取真理的恶果。

其次，社会对错误的言论自由的“容忍”，是现代民主社会所不可或缺的一种基本价值观。李宝灵教授是该观点的支持者，并且主张“自由言论原则涉及一种特别的行动，即为杰出的自制开拓出一个社会互动的领域，其目的是以发展及证明社会对控制被许多社会遭遇所唤起感觉的容纳度。”也许是因为翻译的关系，这句话有点诘屈聱牙。笔者的理解是：社会必须对那些违反主流观点的、超前于道德的甚至是不道德的、惊世骇俗的所谓“奇谈怪论”或耸人听闻的“危言”有最大限度的容忍，因为正如德国革命家卢森堡·R所言：“自由，永远是持异见者的自由！”法国历史学家、

社会学家阿历克西·德·托克维尔也指出：“人们对于自由地发表言论有所疑虑，可能不是因为害怕政府的惩罚，而是由于社会的压力。当一个人表达了一个不受欢迎的意见，他或她可能要面对其社群的蔑视，或甚至遭受猛烈的反应。尽管这种类型的言论自由的压制比政府的压制更难预防……”由此可见，那些被多数人认为错误的“异端邪说”（事实上也有可能是“真知灼见”），先天就存有被压制的可能而需要——如果不是“更需要”的话——被保护。

那么如何判断到底是异端邪说还是真知灼见呢？美国最高法院著名的大法官霍姆斯在美国联邦最高法院的一份判决的不同意见书中说：“若人们意识到时间已经推翻许多战斗性的信念，可能会比相信自己行动的根据而更加相信这一道理：吾人所欲求的至高之善，唯有经由思想的自由交换，才比较容易获得，亦即要想测试某种思想是否为真理的最佳方法，就是将之置于自由竞争的市场上，看它有无能力获得认可。”

这就是著名的“思想与观点的自由市场”的理论，是美国经典的言论自由理论。霍姆斯的潜台词是，所谓思想和商品的性质一样，或者毋宁说思想也是一种特殊的“商品”，检验一种思想是否正确、是否揭示了真理，必须如将商品投诸市场一样将思想也放在市场的环境中进行检验——即思想的市场。各种观点自由进入市场，进行自由交流和自由竞争，一段时间之后自然就会优胜劣汰，具有

内在说服力的观点赢得了较多的受众，反之则应者寥寥，这也就是我们常说的“真理愈辩愈明”，只不过背景放在了整个市场之中。而最有可能的结果是不同的观点适合了不同接受者的需要，因而呈现出一个意见多样化的局面。市场开放和自由竞争持续进行，因此多种观点都处在不断地被检验、被接受或被抛弃的过程之中。决定这一过程的背后力量不是强力而是理性，不是政府或某个领导人的理性，而是大众的理性。

当然，凡事总有例外，言论自由是应当有而且必须有界限的。现在几乎所有的学者对言论和出版享有“绝对”的自由、而不应受到政府的任何干涉的观点都不认同，言论自由应当且必须有所限制的看法已经成为绝大多数人的共识。一个大家都熟知的经典表述是：哪怕在对言论自由作最严格的保护的国度，也不会容忍一个人在戏院中妄呼起火，而引起公众的恐慌！

很自然地就会引伸出一个问题：言论自由既然是如此重要同时又必须加以限制，那么采取何种方式限制以及如何判定一种言论是否该被限制呢？前一个问题比较容易回答，国家通过对某些具有破坏性的言论表达的类型，如明显地煽惑叛乱、诽谤、发布与国家安全相关的秘密等等设立禁区；对言论表达的方式或渠道，即对新闻媒体、互联网络、游行示威等等进行限制，基本就可达到目的。

针对后一个问题，霍姆斯认为“……我们应当警惕，防止试图钳制我们所痛

恨的并确认是罪该万死的言论，除非这些言论如此迫在眉睫地威胁到立即扰乱法律的合法的和迫切的目的，以致需要立即制止这些言论才能挽救国家……”这里对何种言论需要加以限制设定了一个标准。根据这个标准来看，需要被限制的言论的范围是极其有限的（当然，这个标准是就一般情况而言的，在现实生活中，还存在着一些特殊情况。比如在美国发表对伊斯兰教的一些看法，只要不涉及亵渎和诽谤，或许不是什么大事，但在一些伊斯兰国家，说相同的话可能就会引发轩然大波，明显是属于受限制的言论的范畴）。

在具体操作时，目前广泛被采用的是“利益衡量法”。它作为一种分析和解决冲突的办法，其学术传统源于美国20世纪著名法学家庞德的社会学法学。庞德认为人类各种需要和利益之间是重叠的或冲突的，因此他主张通过进行利益衡量来解决利益冲突，即对两种或者两种以上相互冲突的利益进行分析和比较，找出其各自的存在意义与合理性，在此基础上作出价值判断，通俗一点说就是在“鱼，我所欲也；熊掌，亦我所欲也。二者不可得兼”时如何进行取舍的问题。

关于利益衡量的准则，庞德认为是以最小限度的阻碍和浪费来尽可能满足各种相互冲突的利益。即在权利冲突时，法律应当按照一种能够避免较为严重的损害方式来配置权利，或者反过来说，这种权利配置能使其产出最大化。

举例来说，最近日本名古屋市市长河村隆之大放厥词，发表“南京大屠杀很可能不存在”、“牺牲的人只是正常战争死亡”等罔顾历史事实的言论，引发全体中国人民强烈抗议的严重事件就是明显的一例。按照《辞海》对“谎”的定义：假话；骗人的话。那么河村隆之的言论其实也是一种“谎言”，那么他能否也以“言论自由”作为自己的护身符，为自

己的罪恶开脱呢？答案自然是毋庸置疑的——绝对不能！发表诸如美化希特勒、宣扬纳粹的言论，涉及种族歧视和对宗教信仰、宗教领袖的诋毁及侮辱性的言论，当然不在保护的范围之内，这类言论挑战人类的道德和良知的底线，违反了全人类的普世价值观。譬如德国，尽管也实行言论、集会自由，但还是于1994年9月联邦议院通过了《反纳粹和反刑事犯罪法》，禁止使用纳粹的各种标志、口号和敬礼仪式以及任何具有纳粹象征的标记符号、标语和徽章，希特勒的头像作为纳粹的最主要象征，更是被严禁使用。而对同情纳粹，对犹太人进行诽谤、攻击和恶意伤害者，或宣扬种族歧视、否认希特勒第三帝国大屠杀犯罪行为者，可依法判处3至5年徒刑。除德国、奥地利之外，比利时、捷克、法国、以色列、立陶宛、波兰、罗马尼亚、斯洛伐克和瑞士等国家，都对否认或者美化纳粹历史就是犯罪制定了明确的法律依据。社会对于别人的不宽容是不必宽容的，诸如对鼓吹大规模的伤害、甚至鼓吹种族灭绝者。剥夺上述人的言论自由，比起为了保护言论自由不受侵犯而容忍他们的胡说八道，两者孰轻孰重，是不言而喻的！

话题再回到本文开头所说的案子上来，阿尔法莱兹的“大话”显然和上述言论存在根本性质上的不同。几乎没有国家的法律对谎言作出禁止性规定。言论自由固然需要限制，但必须采取极谨慎的态度且限制的区域必须限定在最小和必要的范围之内。诚然，说谎不符合我们的道德准则，但却并不是一种犯罪，比起禁止说谎对“言论自由”原则造成的破坏所要付出的巨大社会代价而言，允许“说谎”对社会所造成的损失显然小许多，所以“说谎”仍旧可以纳入言论自由的保护范围。说到底，无论从哪一个角度来看，说谎的行为都不是一种违法犯罪行为，虽然是一种糟糕的、令人反感的

恶习。

更何况，阿尔法莱兹的吹嘘充其量只是夸口胡言，并没有涉及钱财的诈骗。也没有证据表明，听他吹嘘的人们就真的相信了他，并造成了对军功授勋制度和军队士气的实际损害。他的行为的直接后果不过是成为了别人茶余饭后的笑料和话柄而已。当然，如果阿尔法莱兹停止他那无聊、荒唐、令人讨厌的谎言，当然对整个社会都有好处。然而，要不是有《冒充勇猛法》的话，又有谁会去在意他的那些神吹胡侃呢？

这也正如阿尔法莱兹的律师在给法庭的辩词中所写的：“对往事夸张其词、信口妄言、酒会上的肆意胡侃，这些从来就不是政府管理的事情，也不应该因此担受犯罪处罚的恐惧。”的确是这样，因为阿尔法莱兹的吹嘘并未造成任何后果，政府若对此加以管理，有滥用行政权之嫌。坦率地说，如果类似的行为都要由政府来监管，那根本就管不过来，中国人是早就知道“防民之口，甚于防川”做法的荒谬性的！

综上所述，言论自由作为最最基本的人权，甚至可以说是其他各项人权、民主权利的“母权”，必须得到最大限度的保护。限制言论自由必须是在绝对必要和尽可能狭小的范围之内，同时必须谨慎地权衡各种利益，从而使其发挥出最大的社会效益。历史上的钳制言论、禁锢思想的专制制度已经使人类付出了巨大的代价，我们决不能重蹈历史的覆辙。

目前，这起饶有兴味的案件正在审理过程中，美国联邦最高法院势必先要审查《冒充勇猛法》是否违宪，然后才能对阿尔法莱兹的言论是否属于犯罪作出判决，这可能是一个漫长的司法过程，其最终的判决结果究竟如何，让我们耐心地拭目以待吧！●

（作者单位：上海市树声律师事务所）

微·Talk

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

鹅卵石与回音壁

(本栏目言论仅代表言论者本人观点)

北京市大成律师事务所上海分所 陶鑫良律师

许是汉字造得不好,啥都与“权”链接在一起。例如,权利:有权才有利;权力:有权就有力;权势:有权即成势,即使如“权衡”一词,据说也变成了“以权力交换来平衡”的意思。在这片黄土地上,“权”这东西似乎成了满地疯长的“超级海洛因”;更遗憾的是,几乎人人都有中毒的趋向,满大街多是已经吸上或拼命寻找的。

上海市海华永泰律师事务所 张天军律师

人们总是习惯于用自己的想法去想别人,用别人的想法来想自己,却很少用自己的想法想自己。因此,要么活在别人的想法里,要么让别人活在自己的想法里。自己却不能活在自己的真实里。所以,在诗里、在歌里,人们总在问:我是谁?从哪里来,又要到哪里去?

上海市联合律师事务所 曹志龙律师

在飞机上读《海伯利安》。这部取名自济慈未完成的同名长诗的作品,被称作太空歌剧一般的宇宙史诗,不管怎样,都十分对我的胃口。海伯利安系列的后两部书名也源自济慈的《安迪密恩》——可见丹西蒙斯是有多爱济慈。借用纪伯伦的话,丹西蒙斯是借这部书,将济慈之名,用

火铸写于天空。

上海远业律师事务所 温陈静律师

杭州之旅感触颇多,在西溪湿地坐着摇橹船,享受初夏的微风,喝了点啤酒,与可爱优雅的海女律师们畅谈人生,她们那爽朗的笑声至今还回荡在芦苇丛中……

上海韩明志律师事务所 韩明志律师

前天早上听广播报道好视力眼贴广告违法作不实夸大宣传。搞笑的是新闻刚结束好视力眼贴广告就在同一个台播了。这条恶心的广告每个台都在播,躲都躲不掉,只好关了收音机。电台为了赚广告费什么都不顾了,无语。

上海金源方程律师事务所 金纓律师

针对“表哥”事件:作为公务人员理当有所约束,无论是否正当来源,出席公务活动就要注意不是来作秀的……个人爱好可在私人时间,私人地点张扬个性……仆人拿主人的薪水,干活时间穿戴豪华还在主人的面前晃悠,成何体统!

上海汉商律师事务所 云敬欢律师

以下是两种提高成功机率的方法:1、更为具体。明确你想要实现的目标

标及实现时间。只说出大概的时间和目标是不够的,要具体到某天某时,这样就比较保险了;2、集中于你将要做的事,而非不会做的事。当试图改变行为时,你很容易受到坏习惯的干扰。这时,你需要将精力放在新习惯上。

上海九州丰泽律师事务所 屠磊律师

人们向你跪拜,只是因为你在的位置,不是因为你——说得好!但其实能处于一定的高位的往往还是有相当实力的。只是凡事不可偏妄,因为身处高位就认为自身实力一定强于不在位者就不妥了。

北京盈科(上海)律师事务所 傅明霞律师

势利者只有十分钟未来,志既有限,所得自然不会太多。势利,换位说,也可视为生存智慧的体现。区别在于,该智慧如一只制作粗陋的弓,无法拽满,故射程相对有限。

北京市大成律师事务所上海分所 郑志律师

法治的健全不在当下,但我们等得到!是随波逐流还是坚持梦想,这不仅是你自己的选择,更关乎中华民族之未来。骏驰天下,志在千里,相信中国“以人为本”的理念,会让我们过上真正属于自己的生活。

乐·Life

●文/黄 绮

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

美食爱好者的天堂——大溪地



著名好莱坞影星马龙·白兰度在大溪地拍完《叛舰喋血记》后就买了个小岛作为他退休之所,并娶了一个大溪地女郎;印象派画家、抽象主义大师保罗·高更更是不顾一切,离开巴黎,远涉重洋,来到大溪地岛上生活、作画,这里的蓝天、碧水、阳光、沙滩、鲜花、美女、海风……让他一画就是12年直至去世。这就是位于南太平洋的大溪地(Tahiti),一个听着就让人充满憧憬的名字,其正式名称应为法属玻利尼西亚。

大溪地的美食混合了玻利尼西亚和法国的文化,其魅力闻名天下,这里以海鲜和热带水果而闻名,着实是美食爱好者的天堂。在这里你可以尝到土灶中做出来的传统大溪地饭菜或声名远播的椰奶和柠檬泡生鱼。

独木舟送来丰盛的早餐

全世界的岛屿中,恐怕没有一处能像大溪地波拉波拉岛(Bora Bora Island)那样令人赞叹惊艳。当我们到达波拉波拉岛的四季酒店(Four Seasons Resort)时正是正午,耀眼的阳光下,海面一汪碧绿。因为火山爆发后形成了拱起的主岛和环礁,让波拉波拉岛附近的海面以白色沙滩为底形成了梦幻般的一片蓝绿色。远远望去,大片大片晶莹的宝石绿色,荡漾在我们的视野中……我们住进了酒店的水上屋(Overwater Bungalows),这是建在海上的房屋,推门开窗皆是海景,卧室大床正对着落地窗,窗外是无任何遮挡的海面和遥远的山峰,其私密程度足以让我放心地不用关闭百叶窗帘,

为的是可以躺在床上看到海上的日出,这水上屋堪称是世界上最浪漫的酒店客房了。清晨,我预订了送餐服务。起床后,起身来到落地门外的阳台上,面对纯澈透明的海水和初升的太阳发着呆时,一对大溪地男女划着当地特有的独木舟,从海上缓缓行驶来到面前,送上了我的早餐:散发着浓郁香气的咖啡,烤得金黄的吐司与丰富的南太平洋水果……这种令人陶醉的经历一生中能有几次呢?

画也是菜菜又是画

四季酒店在全球许多国家都有,上海的四季酒店就在威海路上。但是,波拉波拉岛上的四季酒店是独一无二的。我们是乘坐酒店的游艇在海面上乘风破浪航行到酒店的,酒店进出的交通全部是依赖水路的,陆地车辆在这里毫无用武之地。酒店的餐厅也在海边,酒店的装潢是很有亚洲风格的,但许多非洲木雕又散发着原始的自然。我们选择了户外的餐桌坐下,天色渐渐黯淡下来,临桌的日本式落地灯光也越发显得柔和。

我喜欢海鲜,晚餐基本都点了海鲜。等着上菜时随手抓起了桌上的小面包瓣来吃,不经意地嚼上一口,那皮脆内松的咬劲让我欲罢不能了。面包做得小小的,有些是带葱花的,有些是带葡萄和核桃肉的,似乎已经进化到二代法国面包了。

首先上来的开胃菜是鱼子酱,一片大大薄薄的雕鱼片上点缀着一颗苹果球,撒着鱼子酱。鱼片新鲜嫩滑,鱼子酱味道鲜美,苹果爽口,一切恰到好处。

接着呈上的椰香三文鱼色拉让我惊

叹了,非常独具匠心。一块方方的黑色石底板上对角用椰丝拉出一条粗粗的线将美食分开两边:右边放着一小堆长条的椰子肉,旁边一杯白色椰汁布丁;左边的一个碟子里盛放着伴了色拉酱的三文鱼,翠绿的豆芽撒在顶端。细细一看,居然那碟子是用黑蝶蚌的贝壳做的,背面还精致地雕刻了花纹,连搁在边上的小勺子也是用贝壳做的。这道菜绝对是标标准准的大溪地创意,黑色石板来自火山岩石,大溪地的山峰就是火山融岩的堆积。椰子树是大溪地最多的树种,黑蝶蚌是孕育大溪地黑珍珠的母贝,鱼那就更不用说了。大溪地的基本要素可以如此集结在这尺方菜碟之中也唯有大溪地的主厨可以做到了。

主菜可是我最钟爱的小龙虾了,去了头的小龙虾只留下了尾巴上的外壳,龙虾肉色有些晶莹带点粉红。拿起刀叉,顺着斑节纹路切上一段放入口中,很嫩很新鲜,带着丝丝甜意,厨师的功力就在这恰到好处火候中发挥得淋漓尽致了。

前面的各道菜式除了味道色相之外,我还非常惊讶它的布局,所有菜肴的布局都像一幅幅画作,有线条、有色彩、有留白。最后上来的甜品也是如此,椭圆型的白色磁盘上一杯摩斯奶、一个鲜奶球和一弯巧克力,各自独立婀娜,又互相呼应成趣。可见,大溪地的人文艺术已经融化到人们的生活之中了。当年,印象派画家保罗·高更在大溪地得到了绘画艺术的升华;今天,保罗·高更画作的艺术气息又滋养了大溪地的人们。●

(作者单位:上海市尚伟律师事务所)



中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会

China International Economic and Trade Arbitration Commission Shanghai Sub-Commission

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

仲裁示范条款:

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

MODEL ARBITRATION CLAUSE

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

地址:中国上海市金陵西路 28 号金陵大厦七层
邮编:200021
电话:86 21 6387 5588 传真:86 21 6387 7070
网址:www.cietac-sh.org

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

新法速递 《 律师业务资料 》 目录 2012 年第 9 期

上海篇

上海市住房保障房屋管理局:上海市廉租住房保障家庭复核管理试行办法

上海市住房保障房屋管理局:关于废止一批局规范性文件的通知

上海市民政局等:关于调整 2012 年一至四级伤残人员护理费标准通知

上海市人力资源和社会保障局等:关于实施《上海市人民政府贯彻国务院关于开展城镇 居民社会养老保险试点指导意见的实施意见》若干问题处理意见的通知

上海市财政局:上海市行政事业性收费项目登记和票据购买证管理办法

上海市财政局等:大型商业连锁经营企业财力分配办法

上海市国有资产监督管理委员会:上海市企业境外国有资产监督管理暂行办法

全国篇

【综合】

国务院令:对外劳务合作管理条例

国务院令:机关事务管理条例

国务院令:无障碍环境建设条例

【诉讼法】

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、中国证监会:关于办理证券期货违法犯罪案件工作若干问题的意见

最高人民法院、最高人民检察院、人力资源和社会保障部、公安部:关于加强对拒不支付劳动报酬案件查处工作的通知

最高人民法院、最高人民检察院、公安部:关于办理走私、非

法买卖麻黄碱类复方制剂等刑事案件适用法律若干问题的意见

最高人民法院、最高人民检察院:关于地方人民法院、人民检察院不得制定司法解释性质文件的通知

最高人民法院:关于税务机关就破产企业欠缴税款产生的滞纳金提起的债权确认之诉应否受理问题的批复

最高人民法院:关于铁路运输法院案件管辖范围的若干规定

最高人民法院:《关于审理人民检察院按照审判监督程序提出的刑事抗诉案件若干问题的规定》的理解与适用

最高人民检察院、公安部、民政部:看守所在押人员死亡处理规定

最高人民检察院、公安部:关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(三)

最高人民检察院:刑事申诉案件公开审查程序规定

最高人民检察院:关于办理不服人民法院生效刑事裁判申诉案件若干问题的规定

最高人民检察院侦查监督厅:《关于加强侦查监督说理工作的指导意见(试行)》

【财政】

财政部等:关于工伤职工取得的工伤保险待遇有关个人所得税政策的通知

财政部等:关于出口货物劳务增值税和消费税政策的通知

【安全生产】

国家安全生产监督管理总局令:烟花爆竹生产企业安全生产许可证实施办法

国家安全生产监督管理总局令:危险化学品登记管理办法

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



《重阳欢聚》 作者：曹中星