

二〇〇九年十二月

青岛市优秀律师事务
山东省优秀律师事务

走进万桥



目 录

法制要闻

最高法纪检监察部门权威解读法院工作人员处分条例
我国出台方案半年内将撤销数千家驻京办
新《律师事务所名称管理办法》有关问题答记者问
最高法出台审理行政许可案件司法解释
哥本哈根气候峰会谈判各方矛盾加剧 中国声音被忽视

万桥快讯

万桥所顺利召开 2009 年度工作会议
李勇律师被聘为 12315 申诉举报指挥中心常年法律顾问
万桥律师应邀点评“体验式消费”的相关法律问题
万桥律师应邀参加市检察院优秀工作亮点评选活动

律师风采

韩 涛 律师
解筱莉 律师

以案说法

卖房"中途悔约", 法院判决继续履行

理论研讨

跟单信用证主要当事人之间的法律关系分析

律师随笔

由李庄案谈刑事辩护律师的自我保护

法制要闻

最高法纪检监察部门权威解读法院工作人员处分条例

法制网记者 袁定波

近日，最高人民法院颁布了《人民法院工作人员处分条例》。一部统一、全面、适用方便的纪律规范是人民法院反腐倡廉建设的又一把利剑。

明确何谓法院工作人员及特定关系人

最高人民法院纪检监察部门负责人今天在接受记者采访时指出，条例首次对何谓人民法院工作人员、特定关系人等做了说明。

条例明确，人民法院工作人员是指人民法院行政编制内的工作人员，人民法院事业编制工作人员参照本条例执行，人民法院聘用人员不适用本条例。

与此同时，条例还规定，特定关系人，是指与人民法院工作人员具有近亲属、情人以及其他共同利益关系的人和关系密切的人。

过半数分则条文约束审判执行中违纪行为

违反规定，擅自对应当受理的案件不予受理，或者对不应当受理的案件违法受理的；违反规定会见案件当事人及其辩护人、代理人、请托人的；违反规定为案件当事人推荐、介绍律师或者代理人，或者为律师或者其他人员介绍案件的，这些行为都将受到条例的纪律约束。

记者注意到，在分则的七节中，不仅将违反办案纪律、廉洁纪律及失职行为分别作了专节规定，而且与执法办案活动相关的条文共计有 45 条，占分则条文总数的 52.9%。

"在条例起草过程中，我们注意突出了司法工作的特色，把审判执行工作中的违纪行为作为纪律约束的重点。"这位负责人表示。

新增法院领导干预过问案件将受处分

条例规定，违反规定插手、干预、过问案件，或者为案件当事人通风报信、说情打招呼的，给予警告、记过或者记大过处分；情节较重的，给予降级或者撤职处分；情节严重的，给予开除处分。

这位负责人告诉记者，在条例的起草的过程中，注意到结合人民法院反腐倡廉建设中出现的新情况，在分则中增加了对法院领导干部插手干预过问案件、法院工作人员向审判执行人员行贿或者介绍贿赂、殴打辱骂涉诉上访人以及"严重超出规定办理期限等条款，从而使纪律规范更加严密。

加重处罚枉法裁判等百姓反映强烈司法不廉行为

条例规定，故意违背事实和法律枉法裁判的，给予降级或者撤职处分；情节严重的，给予开除处分。相比之前的有关规定，对枉法裁判行为加重了处罚。

"针对群众反映强烈的司法廉政问题，条例通过调整处分起点档次和最高档次等方式对包括枉法裁判在内的违法执行、违法调解以及司法不作为等行为加重了处罚。"该负责人说。

这位负责人指出，处分的幅度是综合违纪行为的主观过错情况、行为的危害性以及情节、后果等几方面因素来决定的。对主观恶性较低、危害较小、情节以及后果不严重的行为，一般给与记大过以下的轻处分；故意行为、危害性较大以及情节、后果恶劣的，给与降级以上的重处分，构成犯罪的被判处刑罚的，则一律给与开除处分。

"条例的颁布实施，为规范人民法院工作人员的业内外行为提供了制度依据。"该负责人说。

来源：法制网

我国出台方案半年内将撤销数千家驻京办

为即将迎来农历新年而异常忙碌、红火的近万家各地机关驻京办，近日迎来了一个关系其生

死去留的消息。

据悉，有关主管部门刚出台一个关于加强和规范各地政府驻京办事机构管理的红头文件。信息显示，在未来的6个月内，数千家驻京办将被撤销完毕。

撤销范围涉及：各地方政府职能部门、各开发区管委会以及其他行使政府管理职能单位以各种名义设立的驻京办；县、县级市、旗、市辖区人民政府以各种名义设立的驻京办。

2005年7月23日，《瞭望》新闻周刊发表《“驻京办”：地方第二行政中心？》一文，详细地揭开了“驻京办”存在的腐败沉痾，立刻在社会上引起强烈反响，引起中央高层的关注。

此后，本刊长期跟踪驻京办问题，多次以《“驻京办”节前忙与痛》《驻京办整顿谜团》《“驻京办”去向悬念》等为题，追踪驻京办现象的细节与走向。

在关于进一步规范驻京办事机构设置方案出台的第一时间，本刊采访了多位专家作深入解析。

涉及数千家驻京办被撤

据不完全统计，目前在北京，副省级以上单位的驻京办有52家，市级单位驻京办520家，县级单位驻京办5000余家。如果加上各级(主要是省)政府职能部门及各类开发区管委会设的联络处(或办事处)、各种协会、国有企业和大学的联络处，各种驻京机构超过1万家。

而高层信息显示，此次方案仅对省、自治区、直辖市、计划单列市、副省级市人民政府驻北京办事处，新疆生产建设兵团驻北京办事处，经济特区人民政府驻北京办事处，予以保留。已经设立的地级市、地区、盟、州人民政府驻京联络处，确因工作需要，经所在省(区、市)人民政府核准后，方可保留。

也就是说，将有数千家“保留”之外的驻京办面临被撤销的命运，时限是“6个月内完成”，届时各省(区、市)人民政府要将有关情况报送国务院。

北京大学政府管理学院李成言教授对本刊记者说：“被撤销的驻京办，不能以任何名义和任何形式在北京设立新的办事机构，或者派驻人员以驻京办事机构名义开展活动。地方各级政府及其部门、地方各级机构编制管理和财政部门不得为违规设立的驻京办事机构审批编制、核拨经费。一旦违反规定要严肃处理，并追究有关人员的责任。”

国家行政学院公共行政教研室主任竹立家教授表示，很多县级的驻京办变成了接待站，背离了驻京办应有的主要职能。“由于县级单位的工作协调关系，主要集中在地市一级和省一级，其与中央各部委之间直接发生的关系并不多。让它们在6个月内撤销，应该说时间还是很宽裕的。”

近年来，驻京办存在的腐败问题和种种违规行为，引起了中央高层的关注。2006年，调查整顿驻京机构被中纪委列为重点任务之一。

2006年1月5日，中共中央政治局常委、中央纪委书记吴官正在中央纪委第六次全会上明确指出，要“防止和解决一些地方和企业驻京办事机构存在的请客送礼等不正之风”。

2006年2月27日，国务院机关事务管理局(下称国管局)召开廉政工作会议，各省驻京办负责人参加。会议决定，由中纪委负责调研驻京办，由国管局具体酝酿拿出改革方案并择机公布。

2006年11月，国管局官方网站发布调研报告，提出对52家副省级以上政府办事处和大型国企驻京办事处的整顿与改革思路。

2007年初，中共中央政治局常委、中央纪委书记吴官正在中纪委第七次全体会议上，三次提到了驻京办的腐败问题，要求纪检监察部门协助有关部门整顿和规范地方党政机关及国有企业驻京办事机构，认真开展专项清理，切实加强监管。

从2006年至今，驻京办去留悬念已有4年。驻京办改革也曾被圈内人士称为“搞不动的东西”。如今，随着新方案雷霆下发，悬念终于尘埃落定。

职能归位公共服务

在受访专家看来，改革开放以来，各地驻京办在加强地区间协作、服务本地区经济社会发展、处置突发事件、维护首都稳定方面发挥了积极作用。但与此同时，也存在驻京办机构设置过多过滥、职能定位不准确、公务接待不规范、监督管理机制不健全的种种问题。如何让驻京办回归应有的职能，是此次改革的又一重点。

“保留的省级、地市级政府驻京办应尽快进行职能转型，在为地方经济发展、为当地群众公共服务、流动党员管理、首都社会稳定维护、承办地方和中央部署任务等方面发挥重要作用。”南开大学博士生导师齐善鸿教授接受本刊记者采访时表示。

按照新方案要求，驻京办的主要职能可以归纳为以下五点：一是承担派出地党委、政府委托的工作，为本地区经济社会发展服务；二是承办中央和国家机关有关部门交办的事项；三是配合北京市政府做好维护首都稳定的工作；四是实行政企分开，强化公共服务和社会管理，努力为本地区基层组织、社会组织和群众在京活动提供相关服务；五是协助流入地党组织做好本地区在京流动党员的教育管理服务。

后三点职能尤其引人注目。近年来，一些驻京办挂上了“群众工作办公室”的牌子，在工作重心上作了一定的倾斜。数千家驻京办撤销后，原来已经承载的这部分职能，将由哪些渠道和机制加以消化，仍然值得观察。

源自早年“同乡会”和“会馆”的驻京办发展至今，已不是简单意义上的一个机构而已，其身上还附着着复杂庞大的附属行业。

据国管局有关人士介绍，目前仅 52 家省级驻京办就有工作人员约 8000 人，其中机关约 1300 人，所属宾馆、饭店、招待所约 6700 人。“再加上各省厅局、地、市县以及各地企业驻京办人员，会是一个巨大的数字。”

据不完全统计，各级政府驻京办的资产在 2001 年就超过了 100 亿元，仅 2002 年，这些驻京办在购房、建房上的投资和日常经费开支就高达 43 亿元，平均每家 482 万元，比上一年分别增长了 23.5% 和 21%。

有关专家算了一笔账：“如果一个驻京办每年的经费保守地按 100 万元计算，所有驻京办每年需要的全部经费就在 100 亿元以上。”

这些经费除驻京办工作人员工资、福利开支外，其中不少是用于“公关”所产生的费用，或是用于地方官员来京接待的开销。由于财政管理上漏洞多，驻京办主任对这些钱有绝对的支配权，花销起来很随意，也为腐败提供了制度缝隙。为此，新方案还要求切实加强驻京办廉政建设。

“要求明确驻京办的职能定位，对驻京办进行政企分开，是个很好的方向”，竹立家说，驻京办客观上还是有一些迎来送往的服务性工作。“但是，驻京办的这部分功能也要适应经济社会发展要求，切实转变职能，实行政企分开，强化公共服务和社会管理，积极推进公务接待和后勤服务社会化改革”。

“地方驻京办，不是地方领导驻京办，既要服务领导，也要服务群众”，国家行政学院政治学教研部副主任龚维斌教授说，“驻京办应努力为派出地群众在京活动提供相关服务。让外来务工者等广大群众，也能通过驻京办来解决自身面临的一些问题。”

此外，驻京办也被赋予了协助流入地党组织做好本地区在京流动党员的教育管理服务工作的职能。“这是一大进步”，竹立家认为。

三方共管责任明确

驻京办的问题，不只是数量庞杂的问题。其内部的责权不清，以及监督管理体制不健全，是造成驻京办腐败问题的最重要原因。齐善鸿教授说：“国管局、派出地和北京市对驻京办的管理职责要明晰，监管要到位，防止出现相互推诿，管理出现真空的现象发生。”

受访专家解读道，按照“谁派出、谁监管”的原则，派出地政府应切实承担起对驻京办

事机构监管的主体责任。这包括严格驻京办事机构设置，健全监管制度，落实党风廉政建设责任制；加强预算、财务和资产管理，将驻京办事机构国有资产收益及其他非税收入纳入派出地财政管理，每年对驻京办事机构进行审计，并不得违规使用财政资金在北京新建和购置具有经营、接待服务性质的场所。

按现行体制，省级及经济特区政府驻京办的有关管理及协调，属于国管局负责。因此国管局也应对大幅“瘦身”后的驻京办担负起相应的管理协调职责。

“国管局应负责拟定相关规章制度和管理办法。加强省级及经济特区政府驻京办事机构的党团工作，协助派出地政府抓好廉政建设，必要时会同审计署对省级及经济特区政府驻京办事机构审计情况进行抽查”，龚维斌说，“我们知道，同体监督效力不强，必要时需要引入国管局、审计署的力量介入，作为监督的外部保障”。

此外，北京市对驻京办的核准和年检、工作户口和工作居住证管理等问题担负一定的责任，应为驻京办事机构在京开展工作提供便利。

“各地驻京办自身要加强管理，建立健全财务和资产管理制度，严格遵守财经纪律，确保行政事业性资产的安全完整和合理使用。要认真执行行政机关国内公务接待管理规定，加强公务接待管理，不得超标准接待，严格控制经费支出。同时要与国务院、派驻地以及北京市‘密切联系’。”李成言教授建议道。

在专家看来，这种密切联系表现为，加强沟通协调，建立信息通报机制，定期通报驻京办事机构廉政建设、履行职责、执行财经纪律等重要情况。

“驻京办问题远非一撤了事那么简单。原有的数千家驻京办所肩负的沟通联络、接待服务、信息汇总等职能，存在客观需求，需另辟渠道加以满足”，龚维斌说，“如果一些根本性问题没有解决，它还会以各种形式长期隐性存在”。（记者杨琳李松）

来源：《瞭望》新闻周刊

司法部律师公证工作指导司负责人

就出台新《律师事务所名称管理办法》有关问题答记者问

法制日报记者 张亮

为贯彻实施新修订的律师法(以下简称新《律师法》)，进一步加强律师事务所名称管理，规范律师事务所名称使用，司法部日前出台了新的《律师事务所名称管理办法》(以下简称新《名称管理办法》)。1月12日，《法制日报》记者就有关问题采访了司法部律师公证工作指导司负责人。

问：为什么要出台新《名称管理办法》？

答：新《律师法》在调整、完善律师事务所组织形式的同时，进一步完善了对律师事务所的许可管理制度，包括名称管理制度。司法部1995年制定的《律师事务所名称管理办法》(以下简称原《名称管理办法》)已不能适应实施新《律师法》的需要，许多内容也滞后于律师管理工作实际，因此有必要根据新《律师法》的规定，认真总结律师事务所名称管理的实践经验，从规范名称管理、便于公众识别、促进律师事务所发展、维护正常法律服务秩序的角度出发，对原名称管理制度作出调整，制定出台新的《律师事务所名称管理办法》。

问：新《名称管理办法》包括哪些主要内容？

答：新《名称管理办法》共分六章三十条。第一章总则，规定了立法目的和依据、律师事务所使用名称的权利和义务，确立了律师事务所名称预核准制度。第二章律师事务所名称规范，主要规定了律师事务所命名的规则及名称禁止使用的内容和文字，并调整了律师事务所所名的命名方式。第三章律师事务所名称预核准，主要规定了律师事务所名称(包括变更名称)预核准的程序以及预核准名称的效力。第四章律师事务所名称的使用，主要规定了律师事务所使用名称应遵循的原则及有关要求，明确了限制变更名称的情形，首次规定禁止在律师事务所名称中或者名称后使用或者加注“律师集团”、“律师联盟”等文字。第五章律师

事务所名称的监督管理,主要规定了司法行政机关对律师事务所名称使用的监督管理制度以及对违规使用名称行为的处理机制。第六章附则,主要规定了名称检索系统建设、本办法生效日期以及对原使用的不符合新办法要求的名称的调整措施。

问:新《名称管理办法》为什么要建立律师事务所名称预核准制度?

答:新《律师法》第十八条规定,省级司法行政机关审核批准律师事务所设立的期限由原来的30日调整为10日。为提高许可审查的质量和效率,避免因名称审核、检索周期过长,导致审核机关难以在法定期限内完成律师事务所设立许可工作,新《名称管理办法》根据以往实行的设立律师事务所须先进行名称检索的做法,确立了律师事务所名称预核准制度,在第三条第一款规定,“设立律师事务所,应当在申请设立许可前,按照本办法的规定办理律师事务所名称预核准”。在第三章明确规定了名称预核准的程序,包括预核准的申请方式、名称审核及检索方法、核准程序,要求律师事务所变更名称也应当事先申请预核准,规定经预核准的名称在六个月内有效。经预核准的名称,是省级司法行政机关在办理律师事务所设立许可时核准其名称的依据,所以,在第十六条规定“申请律师事务所设立许可时,申请人应当提交《律师事务所名称预核准通知书》。省、自治区、直辖市司法行政机关在作出准予设立律师事务所决定时,核准使用预核准的律师事务所名称,并在行政许可决定书和颁发的《律师事务所执业许可证》中予以载明”。

律师事务所名称预核准不是一项独立的行政许可,而是司法行政机关为了提高行政许可工作效能,在实施律师事务所设立许可之前,就规范律师事务所的命名而设置的一项前置性审查及服务措施,一方面可以便利律师事务所设立人按照新《名称管理办法》规定选择本所使用的名称;另一方面可以确保司法行政机关在法定的许可期限内高效完成对律师事务所名称的核准工作,并避免出现律师事务所重名及其他命名违规情形。

问:新《名称管理办法》对律师事务所的命名方式上做了哪些调整?

答:原《名称管理办法》第四条规定:“律师事务所的名称应当由字号+律师事务所组成”。司法部在认真总结律师事务所名称管理实践经验的基础上,从便于公众了解、识别律师事务所的设立所在地及许可管理机关,也为更好地保护律师事务所名称专用权考虑,新《名称管理办法》调整了律师事务所的命名方式,在第六条规定:“律师事务所名称应当由‘省(自治区、直辖市)行政区划地名、字号、律师事务所’三部分内容依次组成。”同时要求名称中使用的“地名”不含行政区划称谓(第二十七条)。如“新疆天阳律师事务所”,而不用称“新疆维吾尔自治区天阳律师事务所”。

为了规范律师事务所的字号,新《名称管理办法》依据国家的有关规定,从律师工作特点、名称专用权的保护及保持正常的律师业务竞争秩序出发,并结合近些年在名称管理实践中出现的新情况、新问题,明确规定了选择字号不得使用的十三个方面的内容和文字,相对原《名称管理办法》,禁止性的规定更加完备、具体,便于掌握和操作。此外,为便于公众记忆、识别,新《名称管理办法》没有要求将律师事务所的组织形式体现在名称之中。当事人和公众可以通过查阅律师事务所执业许可证(副本)、律师事务所推介材料、登录司法机关或律师事务所网站等途径了解律师事务所的组织形式。

问:新《名称管理办法》为什么要调整律师事务所分所的命名方式?

答:原《名称管理办法》第九条规定:“律师事务所在异地设立的分所,其名称为律师事务所名称+地名+分所”。司法部在立法调研时了解到,目前设立分所的方式,既有由总所在异地派驻律师或吸纳当地律师设立的传统方法,也有总所采用兼并、合并等方式将异地律师事务所改造为分所的做法,后一种方式有增多的趋势。在听取意见中,多数律师事务所反映,原分所命名方式不利于分所开展业务、拓展规模。因此,为了鼓励有条件的律师事务所设立分所,引导、促使一批律师事务所做大做强,拓展业务领域,提升服务能力,实现规模化发展,同时参照国外律师事务所分支机构命名方法,新《名称管理办法》将律师事务所

分所名称调整为,“由‘总所所在地省(自治区、直辖市)行政区划地名、总所字号、分所所在地的市(含直辖市、设区的市)或者县行政区划地名(地名加括号)、律师事务所’四部分内容依次组成。”按新的命名办法,如果“北京尚品律师事务所”在深圳市设立分所,其分所名称应当为“北京尚品(深圳)律师事务所”。

问:新《名称管理办法》为什么不允许在律师事务所名称中使用或加注“律师集团”、“律师联盟”等文字?

答:目前确实有若干个不同地区的律师事务所采取“联合”、“联营”或建立业务协作关系等方式组建所谓“律师集团”或“律师联盟”的做法。但这种称谓缺乏法律依据,实践中的做法也各行其是,很不规范。为促进律师行业公平竞争发展,新《名称管理办法》取消了在律师事务所名称中或名称后使用或加注“律师集团”或“律师联盟”的做法,以严格按新《律师法》规范律师事务所名称的申请和使用。现有的所谓“集团”、“联盟”,如各成员所属于或能够厘清总所与分所关系的,可以适用《律师法》关于律师事务所设立分所的规定进行调整,并按新的分所命名方式变更其名称。

问:新《名称管理办法》为什么规定律师事务所名称预核准有效期,对律师事务所变更、注销的名称做了哪些禁止性规定?

答:为避免律师事务所设立人在选报的名称经预核准后又在较长时间不申请设立许可,从而长期占用名称资源,影响其他设立人申请使用同一名称,新《名称管理办法》第十五条规定:“经预核准的律师事务所名称自申请人收到《律师事务所名称预核准通知书》之日起六个月内有效。有效期满,设立人未提交律师事务所设立申请的,预核准的律师事务所名称失效。”

为了防止新设立的律师事务所利用其他所被变更前或被注销前所使用的名称在社会上已形成的认知效应,造成对公众的误导,新《名称管理办法》第二十四条规定:“律师事务所获准变更名称,或者因终止被注销的,其变更或者被注销前使用的名称,自获准变更或者被注销之日起三年内,省、自治区、直辖市司法行政机关不得核准其他律师事务所使用。”

为维护律师事务所名称的严肃性,避免一些律师事务所利用变更名称方式,规避行政处罚的后果或者应承担的法律责任,也为防止律师事务所过于随意地变更名称,新《名称管理办法》第二十二条规定:“律师事务所有下列情形之一的,不得申请变更名称:(一)受到停业整顿处罚,期限未了的;(二)发生终止事由的;(三)本所取得设立许可后不满一年的,但发生变更组织形式或者分立、合并情形的除外。”

问:新《名称管理办法》在加强律师事务所名称监督管理上做了哪些规定?

答:为加强律师事务所名称管理,规范律师事务所名称使用,新《名称管理办法》第十九条规定:“律师事务所使用名称从事执业活动或者其他活动,应当遵循诚实信用的原则,不得违反法律、法规和规章规定”。律师事务所使用的名称应当与司法行政机关核准使用的律师事务所名称相同。如果律师事务所违反规定使用名称,由县级司法行政机关给予批评教育,责令改正,并对其整改情况进行监督;情节严重的,由所在地设区的市级司法行政机关或者直辖市(县)司法行政机关依据《律师法》和司法部的有关规定给予相应的行政处罚。同时,为了规范律师事务所名称管理行为,新《名称管理办法》第二十六条规定:“司法行政机关违反本办法规定办理律师事务所名称预核准或者核准的,上一级司法行政机关应当责令其改正。”

问:新《名称管理办法》什么时间开始施行?

答:吴爱英部长于2010年1月4日签发了司法部令第120号,发布了新《名称管理办法》。为了做好新《名称管理办法》的学习、宣传和实施准备工作,司法部决定新《名称管理办法》自2010年3月1日起施行,原《名称管理办法》同时废止。此外,为了确保按新《名称管理办法》统一、规范全国的律师事务所名称,并调整目前存在的不符合新规定要求

的命名方式，新《名称管理办法》第三十条第二款规定：“本办法施行前律师事务所名称不符合本办法有关规定的，应当自本办法施行后一年内按照本办法的有关规定予以变更。”

法制日报北京 1 月 12 日讯

来源：法制网——法制日报

最高法出台审理行政许可案件司法解释

公民可起诉上级机关批准行为

法制网北京 1 月 3 日讯 记者王斗斗 最高人民法院今天公布了《关于审理行政许可案件若干问题的规定》，根据这一司法解释，当事人不服行政许可决定提起诉讼的，以作出行政许可决定的机关为被告；行政许可依法须经上级行政机关批准，当事人对批准或者不批准行为不服一并提起诉讼的，以上级行政机关为共同被告。这一司法解释自 2010 年 1 月 4 日起施行。

最高人民法院副院长江必新分析说，按照解释，公民、法人或者其他组织不仅可以起诉受行政许可法规范各类行政行为，还可以起诉事实上具有最终性的过程行为、上级机关批准行为、下级机关初审行为。另外解释增加了两种新的诉讼类型：补偿诉讼和查阅权诉讼。这些内容都明确无误地传达出要求行政审判增强诉权保护力度的信号。

“解释之所以在被告怠于举证时给予第三人补充证据的机会；之所以设定新旧法选择适用的例外情形；之所以在不予许可决定违法时有条件地授权法院判断原告是否符合许可申请条件，并为行政机关重新作出的决定规定方向；之所以规定行政赔偿诉讼可以一并解决相关民事赔偿问题；之所以明确行政补偿标准，其目的无非是为了把权利的司法救济尽可能地做到位。”江必新说。

解释优先选择当前审判实践亟待解决的重点，主要解决 9 个问题：查阅权诉讼的原告范围及判决方式问题；以各类通知为典型的过程行为的可诉性问题；多阶段许可及统一办理行政许可的适格被告问题；前置行政行为的审查程度问题；新旧法的选择适用问题；被告逾期举证的处理方式问题；不予许可决定案件的判决方式问题；多因一果的赔偿责任问题；行政补偿诉讼的时机、标准和程序问题。

来源：法制网——法制日报

哥本哈根气候峰会谈判各方矛盾加剧 中国声音被忽视

各种草案相继露面 哥本哈根会议一波三折

昨日是谈判的第四天，几天来哥本哈根上空一直阴云密布。正在贝拉中心举行的气候峰会的谈判，也正如这阴沉的天气，丹麦泄露的文本草案在发展中国家中引起广泛的愤怒，而小岛国图瓦卢的抵制又令谈判节外生枝。会议的最后日程越来越逼近，而谈判各方的矛盾却似乎越来越尖锐。

文/本报特派哥本哈根记者方利平、吴倩、李颖

丹麦文本：企图绑定和分化发展中国家

图瓦卢新协议：发展中国家不再同一声音

新的草案：《京都议定书》“升级版”

最近两天，场内外的由各种非政府组织发起的抵制行动越来越活跃，昨日，在会场外，20 多名青年男女穿着短裤，赤裸地站在刺骨的寒风中，热烈地呼喊：“2050 年，你会怎样呢？”“不要让我们呆在寒冷中”，呼吁各国领导立即采取行动，促进会议取得成果。人们的失望，来自谈判的缓慢进展，如今，在减排目标和资金、技术支持方面，发达国家方面没有任何具体承诺，而各方的分歧却越来越显露无遗。丹麦草案和小岛国图瓦卢的抵制，成为最近两天会场内外的焦点。

非洲代表尖叫“自杀”抗议

最近两天，西方媒体泄露出的“丹麦文本事件”，在会场内外引起了很大骚动。丹麦文本

草案背离京都议定书规定的"共同但有区别"的原则，给富裕国家更多的权利，企图绑定和分化发展中国家，并将联合国在未来气候谈判中的角色边缘化。引起发展中国家和广大非政府组织的强烈不满。

77 国集团轮值主席、苏丹常驻联合国副代表迪·阿平也表示："文本掠夺了发展中国家公正、公平分享大气资源的权利。"发展中国家已准备好"反制"措施，在稍后两天会见分晓。

非洲代表被泄漏出的丹麦草案激怒了，泛非洲气候司法联盟在贝拉中心主大厅游行尖叫："两度：自杀。一个非洲，1 度。"引起了贝拉会议中心众多媒体的关注。"我们非常伤心，我们的希望被发达国家破灭。"一名男子大声喊道。

而世界自然基金全球行动项目主任 Kim 在接受记者采访时也指责称："丹麦主持下的谈判，正聚焦于取悦富裕和强权国家，而不是服务于大部分国家，我们要求一个公平和具有雄心的解决方案。"

有环保组织在一份声明中表示，此次谈判的主要障碍是，发达国家至今不愿在正式谈判文本中承诺大幅减排，同时为发展中国家提供长期资金支持。丹麦需要去努力消除障碍，而不是制造不信任。

中国代表团团长、发改委副主任解振华透露："基础四国和发展中国家集团也起草自己的谈判文案。中国坚持在《联合国气候变化框架公约》和《京都议定书》之下继续进行谈判，反对抛开先前的谈判案文另起炉灶。"

中国与会 NGO 感觉被下套

为推动谈判取得成功，发展中国家会前便纷纷公布了各国自主减排的目标，而会议进行了好几天，各方消息显示，发达国家仍然态度消极，这引起发展中国家民众的极度不满，一个来自中国的非政府组织李先生向记者表示："我们充满诚意地来，发达国家却依然迟滞不前，我们感觉整个谈判就像发达国家下的一个套，是一个骗局。"当本报记者将此问题传达给中国代表团副团长于庆泰时，他回答称，目前发达国家的表现让人失望。

小岛国抵制再起波澜

除了丹麦文本的争议外，小岛国的抗议也让谈判再起波澜。9 日，小岛屿国家和一些更容易受到气候影响的非洲国家提出，应签订一个比京都议定书更为严格的有法律约束力的协议。图瓦卢甚至要求谈判暂停直到问题可以解决。

发展中国家集团在这个问题上出现分化是极其不寻常，因为发展中国家一向是有一个统一的声音。9 日下午恢复会谈后，这个问题似乎被搁置，图瓦卢代表团走了出来。少数相关国家将继续在幕后对此问题进行私下讨论。有业内人士指出，图瓦卢背后可能有欧盟的身影。

丹麦文本和图瓦卢协议的波澜尚未平息，又一草案被抛出。该草案文件显示，《京都议定书》的"升级版"可能成为 2020 年前抗击全球变暖行动的指南。《联合国气候变化框架公约》执行秘书德波尔昨日强调，《京都议定书》将获得支持，也必须获得支持。

中国代表团多次要求陈述意见被置若罔闻

本报讯（记者方利平、吴倩哥本哈根报道）除了谈判本身，会场当中还有诸多事宜已引起了中国及其他国家不满。中国和沙特阿拉伯代表指出，在全体会议上的标示只提到 COP15，但还应当提及 COP/MOP5。

沙特阿拉伯代表强调对这个问题的敏感性，因为众所周知，一些缔约方想要免除协议。

同时，另一些事件也令中国方面表示失望，中国官员被拒绝进入会场，随后他的徽章被没收。本报记者亲眼目睹，中国代表团多次要求陈述意见而被置若罔闻。

来源：大洋网-广州日报

万桥快讯

万桥所顺利召开 2009 年度工作会议

2010 年 1 月 16 日，山东万桥律师事务所 2009 年度工作总结会议在崂山养生院成功举办。

带着丰收的喜悦和对硕果累累的 2009 年美好的回忆，全体律师愉悦的参加了本次大会。会上，辛大伟主任代表管委会向大会作了年度工作总结报告。2009 年度，全体万桥律师针对特殊经济形式，精于谋划，积极拼搏，用他们的智慧和汗水换来了丰收的一年。这一年，全所业务布局更趋合理，机制制度日趋稳定，专业团队建设卓有成效，业务总量较去年也实现了质的跨越。

2009 年，成功属于勤劳的万桥人，他们中涌现了一批以孙金凤、韩涛、周海滨为代表的优秀律师；2009 年，精彩属于专业建设日益精湛的万桥团队，他们中有交通事故法律服务团队和金融业务团队脱颖而出。如同考评委员会宋雷律师所言，2009 年，优秀的万桥律师给客户和同行都留下了良好而深刻的印象，这就是对万桥人辛勤工作的最好的肯定。

会上，优秀律师和优秀业务团队的代表分别作了典型发言。

当晚的晚宴进行的精彩有序，趣味游戏、抽奖活动的穿插进行让晚会的气氛热烈、祥和而又喜庆。

“海到无边天作岸，山登绝顶我为峰。”2010 年，相信勤劳睿智的万桥人将创造会出更大的成绩，迎来更多的辉煌。

李勇律师被聘为 12315 申诉举报指挥中心常年法律顾问

2010 年 1 月 16 日，我所合伙人会议主席李勇律师被聘为青岛市工商局 12315 申诉举报指挥中心常年法律顾问。

青岛市工商局 12315 申诉举报指挥中心成立于 2004 年 11 月 24 日，自成立之初就得到了领导的高度重视，并以其发挥的积极作用获得了社会各界的良好评价，现已逐渐发展成为以现代信息技术为保障，指挥灵敏、反应迅捷、处理及时、执法到位的消费者申诉举报指挥综合平台，充分实现了维护消费者合法权益的卫士作用。

作为青岛市政协委员，李勇律师热诚关注民生，积极服务社会，现无偿受聘担任该中心顾问，既是其对 12315 申诉举报指挥中心“亲情服务、维权万家”这一服务理念认同，也是李律师实现其自我价值、践行一个政协委员职责使命的良好见证。

万桥律师应邀点评“体验式消费”的相关法律问题

日前，我所青年律师姜国强应《财经日报》之邀就“免费美容致残”类案件的相关法律问题进行了解答，提醒消费者及商家在进行相关活动注意自己的权利义务。

近年来，商家为了拉拢消费群体，在开业初期或是节假日时期策划发放免费体验券吸引顾客参与消费，这种“体验式”消费如今越来越流行，而由此引起的纠纷也日益增多。姜律师提醒市民在注意自己主合同义务的同时，商家应当尽到自己的安全保障义务，确保其提供的商品和服务符合保障消费者人身和财产安全的要求，这也是其诚信经营、远离风险的基本保障。对于消费者而言，在消费过程中要尽到保护自己人身及财产安全的注意义务，以避免造成不必要的伤害及陷入纷争。

万桥律师应邀参加市检察院优秀工作亮点评选活动

12 月 21 日，青岛市政协委员、青岛市人民检察院专家咨询委员、我所合伙人会议主席李勇律师应邀作为评委参加了青岛市人民检察院 2009 年全市检察机关优秀工作亮点评选活动。

为更好的发挥检察机关职能作用，切实作到服务大局、关注保障民生，"强化法律监督，维护公平正义"，提高检察工作水平，形成"求突破、抓亮点"的浓厚氛围，推动"打造动车型

集体、争创一流检察机关"活动的深入开展，青岛市人民检察院在全市检察机关开展了优秀工作亮点评选活动。

一年来，全市各项检察工作扎实务实，在履行法律监督职责中形成了诸多特色和亮点，例如即墨市人民检察院创建了"四个联系办公室"确保工作重心下移，服务阵地前移的服务理念得到落实，为创建和谐警民关系提供了有力保障；市南区人民检察院创建的"阳光检察"服务品牌，实现了检查职能由专政管理型向执法服务型的根本转变，今年"阳光检察"更被评为青岛市服务名牌，他们让检察工作更透明的理念已经被落实到行动中并得到了人民群众的认可和欢迎；为落实山东省高级人民检察院深入推进改革，强化执行监督工作的要求，黄岛区人民检察院作为青岛市人民检察院、市中级人民法院的强化执行监督试点单位，在民事执行监督工作方面进行了大胆的尝试，在区法院设立了检查官办公室使民事执行监督工作常态化，为服务经济社会科学发展提供了有力保障，并受到了当事人的一致好评；市院反贪局深入查办重点领域职务犯罪，全力推进了"四保障一强化"的工作目标；市院公诉一处针对青岛市毒品犯罪新变化开展的调查研究切实可行，得到了省委领导的肯定，对促成部门健全联合办案工作机制，打击犯罪，预防犯罪起到了良好效果。

如此诸多工作亮点在会议上由各基层院、市院各部门主要负责人进行了多媒体汇报，评审委员会进行了现场打分。评选活动最终成功举办，圆满实现了总结和推广工作亮点，促进任务落实，推动全市两级检察院建设再上新水平的活动目标。

律师风采



韩 涛 律 师

律师热线：13687625705

在线交流：ht3527@163.com

教育背景：

毕业于中国海洋大学法学院，获得法学学士学位。

主要工作经历：

2001 年—2005 年 3 月，青岛市市南区劳动和社会保障局劳动争议仲裁委员会专职仲裁员；

2005 年 4 月—2008 年 3 月，山东铭丰律师事务所劳动、人事法律事务部主任，律师，市南区劳动争议仲裁院兼职仲裁员；

2008 年 4 月-2010 年 1 月，山东万桥律师事务所劳动法律事务部主任。

2010 年 1 月至今，山东万桥律师事务所劳动法律事务部主任，合伙人。

主要业绩及业务领域：

专业从事劳动、人事法律事务，具有丰富的劳动法律服务实践经验。针对劳动争议案件的复杂性及劳动法律法规政策的纷杂性，能够凭借多年的实践经验，灵活地运用法律、法规、政策，全方位、多层次、多角度地发现、分析、解决问题，并在最大程度上维护和实现当事人的合法权益。

为多家大中型企业的规章制度及人力资源管理环节进行了法律审查，有针对性的出具了可行的法律意见，取得了良好的效果。

担任多家大中型企事业单位的常年人力资源专项法律顾问，参与了大量劳动争议案件的处理和企业人力资源管理规章制度的制定，为各类企业提供了劳动法律事务培训。

社会职务：

市南区劳动争议仲裁院兼职仲裁员

青岛市律师协会劳动保障专业委员会委员

论文著作：

撰写的《劳动争议案件仲裁与诉讼程序衔接立法势在必行》获 2006 年山东省律师理论研讨三等奖

主要荣誉：

青岛市司法行政系统先进个人

服务理念：

高效 优质 专业 追求卓越



解筱莉 律师

律师热线：13583256633

在线交流：yani6567@163.com

教育背景：

2002年6月毕业于山东大学法学专业，法学学士；2007年9月至今，西安交通大学经济法专业，法学硕士在读。

主要工作经历：

2002年8月—2006年2月，山东源合律师事务所 律师；

2006年3月-2010年1月，山东万桥律师事务所 律师。

2010年1月至今，山东万桥律师事务所律师，民商法律事务部主任。

主要业绩及业务领域：

拥有扎实的法学理论知识和丰富的律师执业经验，擅长处理金融（保险）、劳动争议、房地产及建设工程、知识产权等民商事法律事务。

现担任多家企业的常年法律顾问，以其良好的职业素养为客户提供专业、优质的法律服务。曾为中国青岛建设银行股份有限公司青岛市分行、华夏银行青岛市分行、一汽解放青岛汽车厂、青岛华能大厦有限公司、青岛太平洋置业有限公司、欧文斯科宁（中国）投资有限公司等多家企事业单位提供专业领域的诉讼和非诉讼法律服务。

主要荣誉：

2007年度民盟青岛市委参政议政先进个人。

论文著作：

《论缔约过失责任》

《浅议独立董事制度》

2007年参加民盟青岛市委法制专业委员会课题调研活动，主持撰写《关于来青务工农民社会保障现状》的调研报告，共计约2万字。

社会职务：

青岛市律师协会民事专业委员会委员；

青岛法学会会员；

民盟青岛市委法制专业委员会委员。

服务理念：

勤勉、高效、务实

以案说法

卖房"中途悔约", 法院判决继续履行

委托人: 李鑫

代理律师: 范志强 孙心琳

案由: 房屋买卖合同纠纷

【案情介绍】 2009年8月18日, 李鑫通过中介与张强签订《房地产买卖契约》, 约定购买崂山区九水东路637号12幢2单元302户房屋, 成交价格为50万元。契约约定了具体付款日期、金额和方式。契约第七条载明, 本契约签定后, 乙方(张强)中途履约, 应书面通知甲方(李鑫), 甲方应在三日内将乙方的已付款(不计利息)返还给乙方, 但购房定金归甲方所有。甲方中途履约, 应书面通知乙方, 并自悔约之日起的三日内将双倍定金及已付款返还乙方。同日, 李鑫也按约定支付一万元的购房定金。然而, 在签订合同第三日, 中介通知李鑫要求双倍返还定金解除契约, 就此双方为房屋买卖合同履行问题发生争议。

【律师办案过程及代理意见】

本案的焦点问题有二: 一是合同的效力; 二是对方的解约行为是否成立, 委托人是否有权要求对方继续履行合同。

我们接受李先生的委托后, 首先, 协助委托人通过电话录音的形式, 搜集到对方之妻对讼争房屋的买卖是知道并同意方面的证据, 补正了合同的瑕疵; 然后, 提起诉讼后第三日, 就协助法官成功地保全了讼争房屋, 以保证合同具备履行条件。本案开庭审理过程中, 我们提交录音证据能够清楚地证明对方之妻是同意卖房的, 合同合法有效毋庸置疑; 对于第二个焦点问题, 我们辩论意见的主要为, 一是对方未按约定书面通知解除, 解约程序存在严重瑕疵; 二是约定解约不能排除守约方要求继续合同的法定权利。庭后, 我们又提交代理词, 针对本案的焦点问题进行详细深刻地分析, 具体如下:

对方拒绝委托人继续履行要求的理由是, 其已按照契约第七条第一款的约定解除了契约。那么, 对方解约行为是否成立呢? 这要看契约是否约定对方有单方解约权, 对方的解约是否合乎约定, 以及解约的效力。

我们认为, 对方解约的行为依法不能成立, 具体理由如下:

首先, 契约也未约定并赋予对方单方解约权。

既然契约合法有效, 无法定情形, 双方不能解除, 应依约全面履行自己的义务。更重要的是, 对方主张解约所依据的契约第七条, 也未赋予对方单方解约权。我们仔细分析契约第七条第一款, 甲方(对方)中途悔约时, 并没有明确约定对方在支付双倍定金及已付款以后, 即可使合同归于消灭, 不必征得相对方委托人的同意。既然契约中没有明确约定, 那么就不能凭空想象对方就可擅自可解除合同。因为根据《合同法》第8条规定, 依法成立的合同, 当事人是不得擅自变更或者解除合同。由此看来, 该条款没有赋予对方有单方解约权。考虑到双方所使用的契约文本系二手房买卖示范文本, 亦可从交易目的探究双方真实意思表示。委托人签订契约就为取得房屋, 并为此也付出了高额的中介费及预交了过户所需税费。对方也早在2009年6月委托中介挂单出售后, 一直未做出任何变化, 其卖房变现的目的十分明确。双方签订契约时均希望交易能够顺利履行, 而不会设置单方有随时解除的权利。否则, 双方的交易处于极度不稳定的状态, 完全不符合当事人缔约的目的。

其次, 退一步讲, 即便认定对方有单方解除权, 对方的解除也不符合约定。其一, 对方未按约定书面通知委托人, 从程序上来讲是不能成立的。庭审中, 对方辩称中介已代为电话通知。我们认为, 依据《合同法》第六十条"当事人应当按照约定全面履行自己的义务"的规定, 中介通知不能取代对方通知的义务, 更不能代替"书面通知"的方式。其二, 对方未提交

任何证据证明契约已解除,即证明其已向委托人支付双倍定金或因委托人原因未能支付双倍定金。

最后,对方解约并没有排除委托人要求对方承担继续履行法定的权利。《合同法》第 107 条规定,当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。根据上述法律规定,继续履行是违约方承担法定违约责任的方式之一,是指违约方根据守约方的要求,在自己能够履行的条件下,对原合同未履行的部分继续履行,而不论是否承担赔偿金或违约金责任。具体到本案,对方违约拒不履行自己的义务,而第七条第一款也未排除委托人要求继续履行的法定救济权利,在契约存在能够履行的基础上,应根据委托人的要求其承担继续履行的违约责任。

综上,我们认为:双方签订的契约合法有效,对方单方解除的行为是不能成立的。对方以各种理则拒不履行契约的做法,违背诚实信用的基本原则,破坏了正常的市场交易秩序和安全,应当受到法律的禁止;作为守约方的委托人,相关权益应当受法律的严格保护。另外,根据最高人民法院《关于当前形势下进一步做好房地产纠纷案件审判工作的指导意见》的精神,也强调了要"制裁恶意违约行为,保护购房人利益。"和"共同维护诚信的市场交易秩序"。因此,委托人的诉讼请求合理合法,应予以支持!

【法院审判】

崂山法院经审理,采纳了我们的代理意见。

崂山法院审理认为,对张强所主张的诉争房屋系被告及其妻的共同财产,因房产证权属证书中记载的所有人系张强,且无共有人,张强有权与李鑫签订该房屋买卖合同,该契约合法有效。双方签定的房地产买卖合同系双方真实意思的表达,其中第七条系双方对有关合同解除的约定,因张强未按约定书面通知悔约,悔约行为是不成立的。据此,崂山法院判决双方应继续履行签订的《房地产买卖合同》。

【办案小结】

本案是一起二手房买卖纠纷。双方所签订的买卖合同是二手房买卖中常用的文本,某些条款约定不明确,对购房者不利,比如合同解除的问题。在房价持续上涨的情况,卖方在利益的驱动下借此要求解约,往往使购房者利益严重受损,破坏了正常的交易秩序。本案在法院判决后,对方最终按合同约定将房屋卖与委托人。因此,律师建议在购房时应仔细审查合同,相关条款尽可能约定更明确些,甚至可考虑委托律师参与进来。

【办案律师】

范志强 中南财经政法大学法学学士。青岛市司法系统先进个人,青岛市法律援助律师团成员。主要业务领域交通事故、房地产、劳动争议、等多个领域。

联系电话: 13780606735 Email: fanzhiq520@126.com

孙心琳 南开大学理学学士;青岛大学法学硕士。拥有丰富的外贸、证券、企业管理和法律教学经历,现兼职大学法学教师。擅长处理交通事故、离婚、继承、房地产纠纷、证券业务、经济合同纠纷等民商事法律事务。

联系电话: 15315326969 Email: lawssun@163.com

理论研究

跟单信用证主要当事人之间的法律关系分析

山东万桥律师事务所 王玉纯

(此论文获 2009 山东律师论坛民商类二等奖)

内容摘要：文章分析了跟单信用证的主要当事人开证申请人、开证行和受益人之间的权利义务关系，论证了跟单信用证的开立依赖于基础合同和开证申请书，但跟单信用证独立于后二者并对后二者进行修改和补充，其最终目的是支付后二者约定的货款，因此，在跟单信用证的主要当事人之间的法律关系中，开证行和受益人之间的法律关系处于核心地位。

关键词：跟单信用证；当事人；法律关系

跟单信用证 运转涉及的当事人通常有：开证申请人、开证行、通知行、受益人、付款行、议付行、承兑行、保兑行和偿付行；[1]其基本的当事人为：开证申请人、开证行、通知行和受益人。通知行决定通知跟单信用证时，必须审核并确信其真实性，准确反映所收到的跟单信用证或其修改，通知行的行为不会对跟单信用证及其它各方当事人间的法律关系产生实质性的影响。因此，跟单信用证最主要的当事人是：开证申请人、开证行和受益人，在三者之间形成了既相互联系又相互独立的法律关系，对三者间的法律关系进行深入分析，有助于准确界定跟单信用证的法律性质。

一、开证申请人和受益人的权利义务关系分析

开证申请人与受益人之间的关系，实际上就是买方与卖方之间的买卖合同关系，开证申请人和受益人在其签订的合同中约定了以跟单信用证方式结算，才导致了跟单信用证的内立。因此开证申请人与受益人之间的关系是跟单信用证的基础法律关系。

(一) 开证申请人开立跟单信用证的义务

开证申请人必须按时申请开立跟单信用证。合同明确约定了开证时间时，开证申请人应执行约定；合同没有约定开证的具体时间时，开证申请人应按照惯例在合理的时间内申请开证；开立的跟单信用证应符合合同约定，跟单信用证条款通常应与买卖合同规定的一致。

(二) 受益人提交单据的义务

在国际贸易中，买方通常采用拟制交付方式履行交付货物的义务，在采取跟单信用证付款方式时，根据合同受益人应履行交付跟单信用证规定单据的义务。

跟单信用证付款方式可以有效地保障受益人取得货款，受益人通常会自觉地向付款行提交符合跟单信用证要求的单据以取得货款。在单证不符并且开证行拒收单据情况下，受益人一般先尽快修改不符点争取再次交单，无法再次交单时多说服开证申请人和开证行接受不符点，都不成功时才与开证申请人协商转为其它付款方式。

二、开证行和开证申请人的权利义务关系

开证行与开证申请人是公认的合同关系，[2]开证行和开证申请人之间权利义务的基础是开证申请人签署的开证申请书，通常认为双方因此建立了开立跟单信用证的合同关系，并就相关事宜达成了一致。

(一) 开证申请人的义务

开证申请人的主要义务归纳起来就是及时、足额地向开证行支付开证资金、开证费用并提供相应担保，明确具体地及时做出开证指示或修改跟单信用证指示，及时审核、承付单据，及时付款赎单，在开证行发生垫款时及时根据约定付款或办理进口押汇。

(二) 开证行的权利和义务

1. 及时按照与开证申请人的约定开立、修改信用证。

开证行必须严格按照开证申请人的指示开立、修改信用证，否则开证行应自行承担相应法律后果，并将可能面临开证申请人的索赔。实务中，改证费是按次支付，开证行一般会主

动配合开证申请人改证，以增加收入。

2. 根据开证申请书和信用证合理、谨慎、及时和独立审核单据。

开证行审单的基础是开证申请书，开证行审单出现错误承付时开证申请人有权拒绝付款赎单，因此通常认为审单是开证行对开证申请人的义务。[2]38、[3]

在开证行由于过错不当付款后，申请人放弃单据及货物的救济措施是最普遍的救济手段。然而开证行是否仍有权得到开证申请人偿付？美国多数法院倾向于尊重开证行善意做出的、认为受益人提交的单据与信用证相符的决定，也就是说，如果根据银行惯例或法院的解释，开证行在付款时已尽了合理的注意，即使开证行在单证不符情况下付款，开证行对此也不承担责任。[4]

3. 经审核确定受益人交单不符时，开证行有独立做出拒绝单据和付款的权利。

对不符单据的拒付是开证行履行审单义务的一项结果，是开证行的正当权利。当开证行与开证申请人意见不一致时，开证行没有征求开证申请人等其他当事人意见的义务，开证申请人也不能强迫开证行接受存在不符点的单据，开证行为了保护自身利益，有依客观情况决定的自由。[5-6]因此，最高人民法院《关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》第7条规定：“开证行有独立审查单据的权利和义务，有权自行作出单据与信用证条款、单据与单据之间是否在表面上相符的决定，并自行决定接受或拒绝接受单据与信用证条款之间、单据与单据之间的不符点”。[7]

在福建高院（2000）闽经终字第058号中国北方工业厦门公司诉福建兴业银行厦门分行信用证纠纷案中，因受益人提交的单证不符，开证行厦门兴业银行在7个工作日内向交单行明确指出了单据不符点并保留单据听候处理，在开证申请人厦门北方公司无力付款赎单情况下，开证行按照交单行的指示退单拒付；福建高院认为，开证行为避免风险，做出退单的决定，并无不当。[8]

4. 当开证行因受益人“相符交单”而履行了付款义务之后，若申请人未能付款赎单，则开证行有权处理单据或单据项下的货物，所得款项不足以弥补其损失时，开证行有权向申请人追偿。

三、开证行和受益人的权利义务关系

开证行与受益人之间的权利义务严格按照跟单信用证条款及在跟单信用证中约定适用的UCP有关规定确定。

（一）开证行的权利和义务

1. 跟单信用证一经开立，开证行即受其约束

跟单信用证一经开立，开证行即在受益人“相符交单”时，不可撤销地承担承付义务，这是跟单信用证区别于合同的本质特征。

2. 开证行应按照独立审核和表面相符的原则及时审核单据

根据UCP的规定和实务惯例，跟单信用证一旦开立即独立于买卖合同，直接约束开证行和受益人，开证行独立地按照跟单信用证的要求和UCP以及国际银行审单标准实务（简称“ISBP”）的有关标准审核受益人提交的单据，自行决定是否为“相符交单”而不会理会开证申请人。

开证行审核单据的首要标准就是“表面相符”原则。开证行在审单时仅以单据和跟单信用证为基础决定单据表面是否相符，“表面相符”意味着开证行应审查单据与跟单信用证、单据之间甚至单据内部是否在表面上一致。

单据“表面相符”的原则在实务中形成了单据“严格相符”的惯例，也就是受益人提交的单据必须严格符合跟单信用证的要求。在1926年Equitable Trust Co. of New York v. Dawson Partners Ltd.案中，Sumner法官认为：“对单据而言，不存在几乎一样或差不多的余地，商业交易不可能按照除此之外的其他途径进行”，而使开证行未能得到申请人的偿付。

[9]Summer 法官的评述，是对严格相符原则的高度概括，为后来许多案例所引用。

在最高法院（1999）经终字第 432 号潮连物资（香港）有限公司诉中国农业银行湖南省分行信用证纠纷案中，讼争的信用证第 2 条约定：“由申请人发出之货物收据，申请人签字必须与开证行持有之签字样式相符”；开证申请人华隆公司在开证行预留的货物收据签字样本为：在同张样本上盖有两个华隆公司的公章，其中一个章附有“武斌”的签名，另一个章附有“易峰”的签字。受益人将信用证项下的单据提交给开证行要求议付，开证行审单后发现受益人提交的货物单据只有华隆公司公章和易峰一人签字，遂以“货物收据上之签署有异于开证行所持的签署样式”为由予以拒付。最高法院认为，本案开证行发现不符点以后，通知了开证申请人，在开证申请人拒绝接受不符点的情况下，拒绝承兑付款，开证行无过错，不承担责任。从本案判决可以发现，最高法院坚持的审单标准是极为严格的，甚至比银行界的通行标准更严格，几乎到了“镜像”程度。[10]

严格相符标准受到了银行界和司法界的普遍尊重，但是受益人第一次交单的不符率居高不下，必须重新审视并进一步完善严格相符标准，使其能够满足国际贸易的实际需要，因此，审单标准趋于宽松。[11]“严格相符”惯例出现了松动，如拼写或打字错误并不影响单词或其所在句子的含义，则不导致单据不符。[12]因此 UCP600 第 14 条 d 款规定：“单据中内容的描述不必与信用证、信用证对该单据的描述以及国际标准银行实务完全一致，但不得与该项单据的内容、其他规定的单据或信用证相冲突”。[13]

开证行审核单据必须在合理的时间内完成。审单时限，UCP500 第 13 条 b 款为“不超过从收到单据翌日起算七个工作日”，[14]但是在一些案件中，法院判决认为迅速审单的时间长达六周，这样离奇的判决遭到了批评。[15]中国大陆的判例并没有涉及审单的合理时间问题，中国的银行界也没有发展出像美国纽约或英国伦敦或中国香港那样的合理时间，中国大陆的法院也没有明确的判例。[16]

对受益人而言，开证行的义务是审单必须按照信用证的约定、UCP 和 ISBP 规定的标准进行，审单是开证行的权利而不是义务，开证行放弃审单或接受单据不符点，意味着其放弃了按照 UCP600 和 ISBP 规定审单或拒绝单据的权利，因而必须向受益人支付信用证项下货款。

3. 出现不符交单或存在不符点时，开证行可以自行决定联系开证申请人接受不符点，也可以及时、适当地拒绝单据并根据约定或惯例保存或处理单据

根据实务操作惯例，开证行审核单据发现交单不符或是单据存在不符点时，开证行可以根据其判断决定联系开证申请人接受不符点；也可以在收到单据的合理时间内以电讯等快捷方式通知受益人：拒绝付款或承付，表明开证行拒付的每一个不符点；并根据惯例采取适当的方式处理单据。开证行未能按照上述方式行事，就丧失了宣称单据存在不符点或交单不相符的权利，换句话说，开证行不得拒绝承付单据。

在纽约州 *Creaciones Con Idea v. Msshreq Bank PSC* 案件中，开证行的拒付通知仅表明“不符单据”而没有指出具体不符点，法院判决不算足够的拒付通知。[17]在美国 *Voest-Alpine Trading USA Corp. v. Bank of China* 的案件中，中国银行因只给出不符点通知而没有拒付的意思，被法院认为拒付不合格。[18]

4. 在跟单信用证有效期内并且在其规定的交单日前，开证行仍有义务接受受益人修改后的单据并审核

在信用证的有效期内并且在跟单信用证规定的交单日前，受益人修改单据后再次提交单据，开证行有义务接受单据。开证行经过独立审核又发现不符点，国际商会银行委员会认为，开证行须再次发出不符点通知，否则，开证行将被排除主张不符点的权利。[19]

5. 受益人“相符交单”时，开证行应接收单据并承付

收单承付是开证行在跟单信用证法律关系中最主要的义务，受益人“相符交单”时，毋

庸置疑开证行应根据跟单信用证的约定承付。开证行决定向受益人承付与否的唯一条件：受益人构成“相符交单”——受益人提交的单据、提交单据的时间和方式符合跟单信用证的约定。开证行放弃不符点，在收到单据后没有或超过合理的时间指出单据不符点并拒绝单据，以及指出单据不符点、拒绝单据的方式不符合惯常做法和 UCP，开证行也有义务承付。

6. 跟单信用证终止后仍收到单据时，开证行有妥善处理单据的义务

受益人超过跟单信用证规定的时间交单，跟单信用证已经终止，开证行不再承担承付义务，但是根据诚信原则开证行仍应采取适当方式妥善处理单据。在天津高院（2002）高经终字第 51 号唐山汇达集团进出口有限公司诉中国光大银行天津分行信用证纠纷案中，天津高院认为，开证行天津光大银行压单长达六个月之久有违诚信原则及后合同义务。[8]13-23

（二）受益人的权利

权利和义务相对应，开证行的义务也就是受益人的权利。

有些学者认为，受益人一经接受跟单信用证，即负有向开证行“相符交单”的义务；美国的个别判例如 *First National Bank of Chaska v. Shakopee Gavel Inc* 案，法官认为受益人对开证行承担提交真实单据的义务。[20]受益人不向开证行“相符交单”，如上所述，违反的是其与开证申请人之间基于买卖合同等基础合同产生的拟制交货义务，丧失的是通过跟单信用证获得货款的权利，但是根据合同交货后仍然可以向开证申请人请求支付货款，受益人根据跟单信用证的要求向开证行提交单据只是获得跟单信用项下货款的条件。

即使受益人恶意伪造单据进行信用证欺诈，开证行在根据跟单信用证和 UCP 付款后也没有向受益人的追索权，在开证行审单没有过错时开证申请人仍应付款赎单。[20]270 因此受益人对开证行不承担任何义务。

四、跟单信用证主要当事人之间关系的关联分析

（一）跟单信用证独立于基础合同，但是修改、补充基础合同

有的学者认为，不可撤销跟单信用证和据以产生或作为该信用证基础的其它合同、协议和安排相互分离和独立；跟单信用证的一条根本原则是：跟单信用证与基础合同相互独立。[21]

事实上，跟单信用证的独立性原则是指：跟单信用证的开立是以买卖合同作为依据，是根据买卖合同的规定而开立的，但是，跟单信用证一经开立，就独立于买卖合同，不受买卖合同的约束；跟单信用证也不受开证人和开证申请人之间关系的影响。这一原则来源于 UCP500 第 3 条的规定，英文原文仅说跟单信用证独立于买卖合同或其他合同的交易，并不意味着买卖双方完全不受跟单信用证的约束和影响。[22]

跟单信用证的独立性不包括基础合同相对于跟单信用证的独立性，基础合同不能独立于跟单信用证，而应该受到跟单信用证内容的约束，跟单信用证的内容与基础合同不一致在一定条件下构成对基础合同的修改。[23]

在开立跟单信用证之前开证申请人、受益人就跟单信用证的条款达成一致，在合同履行过程中双方修改了跟单信用证，受益人也按照改证通知的要求提交了单据，或受益人接受了与合同约定不完全相符的跟单信用证并提示了单据，那么，开证申请人、受益人双方就跟单信用证条款已达成了一个乃至数个修正协议，并相应修改或补充了基础合同，该变更或补充对双方均是有约束力的。

（二）跟单信用证独立于开证申请书，但是同样对后者做出修改和补充

开证行依据开证申请书对外开立跟单信用证后，当开证行对跟单信用证的修改超出开证申请书约定并为受益人明示或默示接受时，就构成了对后者的修改和补充。但是按照最高法院在个别案件中的观点，跟单信用证的修改无论如何也不可能构成对开证申请书的修改、补充。

（三）基础合同、开证申请书和跟单信用证的关系

基础合同之为基础,不仅在于后二者基于基础合同产生,还在于基础合同的达成、尤其是履行才是开证申请人和受益人双方的目的所在;开证申请书只是开证申请人履行其在基础合同项下义务的手段;跟单信用证是开证行履行开证申请书的结果,开证行履行跟单信用证的义务——在受益人“相符交单”时承付,也达致开证申请人履行基础合同义务的结果。

从三者的关系来考察,通过开证申请书这个手段产生了跟单信用证,而开证行履行跟单信用证导致的是受益人取得基础合同约定的价款,从而实现了开证申请人履行支付基础合同约定货款的义务,因此跟单信用证从始——基础合同约定跟单信用证付款的金额、时间和条件,到中——开证申请人和开证行根据基础合同约定而达成开证申请书,至终——开证行承付和受益人取得货款,开证申请人和开证行履行各自义务的中心和目的是按照约定支付货款,而受益人始终都是在享受权利——按照约定取得基础合同项下的货款。

因此,在开证申请人、开证行和受益人的关系中,开证行和受益人之间的关系处于核心。

注 释:

①可撤销跟单信用证在实务中几乎不使用,除非另有说明,本文的研究对象为不可撤销

②跟单信用证开证申请人和受益人之间存在着买卖合同等基础合同关系,本文只论述与跟单信用证有关的权利和义务。

③为保持文章结构的完整性,开证行审单的标准、做法和要求将在下文详述。

④1933年国际商会通过了《商业跟单信用证统一惯例》,先后进行了多次修订(没有特指版本时,统称“UCP”),并为一百多个国家的银行采用;1993年国际商会做了修订后以其第500号出版物(下称“UCP500”)公布,于1994年1月1日实施;2006年10月,国际商会通过了《ICC跟单信用证统一惯例》(2007修订本),并以其第600号出版物(下称“UCP600”)公布,自2007年7月1日起实施。

参考文献:

[1] 姚新超.国际贸易惯例与规则实务[M].北京:对外经济贸易出版社,2005:735-742

[2] 何家宝.论开证行与开证申请人的法律关系[J].上海金融,2002(10):37

[3] 蔡文婷,王继芳.浅议信用证下开证银行的审单义务及其相关责任[J].特区经济,2005(4):265

[4] 姜立文.信用证开证银行付款中的违约责任探讨[J].上海金融,2006(10):66

[5] 徐冬根.论信用证开证银行的独立拒付权[J].国际经贸探索,2006,22(2):84

[6] 焦娟.信用证方式中的银行审单责任探析[J].广东经济管理学院学报,2006,21(4):74

[7] 最高人民法院.关于审理信用证纠纷若干问题的规定[J].中华人民共和国最高人民法院公报,2005(12):6-7&O1531;

[8] 金赛波.中国信用证和贸易融资法律案例和资料[M].北京:法律出版社,2005:304-310

[9] Richard King. Gutteridge & Megrah's Law of Bankers' Commercial Credits [M]. 8th ed. Landon: Europa Publications Limited, 2001: 182

[10] 刘佳.浅谈我国严格相符的审单标准[J].科技情报开发与经济,2007,17(5):147

[11] 徐学银.论信用证审单标准的新发展[J].上海企业,2007(10):68

[12] 国际商会.关于审核跟单信用证项下单据的国际银行标准实务(ISBP) [M].高洁,陈力平译.北京:中国民主与法制出版社,2007:25

[13] 国际商会.ICC跟单信用证统一惯例:2007年修订本[M].国际商会中国国家委员会编译.北京:中国民主与法制出版社,2007:35

[14] 杨良宜.信用证[M].北京:中国政法大学出版社,1998:288

[15] William Hedley, Bills of Exchange and Bankers' Documentary Credits[M]. 2nd ed.

London: LLP, 1994:287

[16] Jin Saibo. A Review of Key Letter of Credit Leading Case in PRC, IFSA of USA[J]. Documentary Credit World, 2001(April) (Update Version)

[17] Creaciones Con Idea v Msshreq Bank PSC, 1999 U S Dist LEXIS 6914(S D N Y May12, 1999)[USA][J]. IIBLP, Annual Survey of LC Law & Practice 2000:301-2

[18] Voest-Alpine Trading USA Corp v Bank of China, 2000 U S Dist LEXIS 8223(S D Tex 13 March 2000)[USA][J]. IIBLP, Annual Survey of LC Law & Practice 2001:273

[19] Gary Collyer. Opinions of the ICC Banking Commission 1998-1999. ICC publication No. 613:40

[20] First National Bank of Chaska v. Shakopee Gavel Inc, 2001 Minn App LEXIS 1181[U.S.A][J]. Institute of International Banking Law & Practice, Annual Survey of LC Law & Practice, 2002:236-8

[21] 黄亚英.信用证独立性原则及其适用[J].深圳大学学报:人文社会科学版,2005,22(6):57-58

[22] 王咏梅.论信用证单据不符对买卖双方权利义务的影响[J].安徽农业大学学报:社会科学版,2005,14(4):52

[23] 尹雪萍.浅析信用证独立性原则的单向性[J].河南司法警官职业学院学报,2006,4(2):101

[作者简介] 王玉纯 南开大学哲学、经济学双学士，西安交通大学经济法学硕士，山东万桥律师事务所合伙人。擅长公司、证券、投资和外贸法律事务。曾被评为青岛市司法行政系统先进个人，现为青岛市律师协会公司法律专业委员会委员。

律师热线：13706348561

在线交流：kingwd85@163.com

律师随笔

由李庄案谈刑事辩护律师的自我保护

谢政敏

最近，北京律师李庄因替黑社会老大龚钢模提供辩护，反被罗织罪名，逮捕入狱，受到审判。消息传出，舆论哗然，众多法律界人士对李庄案给予了强烈的关注，笔者作为一名律师，对李庄律师的不幸遭遇深表同情。但是，纵观李庄律师的执业行为，笔者认为也存在一些不当之处，谨载文以记之，与各位同仁共同探讨，有不当之处，还请李庄律师及其他业界同仁批评指正。

首先，律师在刑事辩护中，要妥善处理律师与司法机关及其工作人员的关系。律师制度是我国司法制度的重要组成部分。律师与司法机关的工作目标是一致的，都是为了维护法律正确实施，确保犯罪分子受到合法、公正的审判，避免受到错误的刑事追究，根除冤假错案的发生。所不同的是，律师的工作侧重点是维护被告人的合法权益：即依据事实与法律，提出当事人应当从轻、减轻、免除刑事处罚或无罪的辩护意见，供法庭参考采纳，以维护被告人的合法权益，使其不致受到错误的刑事追究，以维护司法公正，维护法律权威避免冤假错案的发生。而司法机关的工作除了维护被告人的合法权益外，还承担着打揭露打打击犯罪，使犯罪分子受到应有的处罚的任务。两者任务目标都是一致的，律师为当事人提供辩护是为了保证司法机关更好的履行职责，避免使被告人的合法权益受到侵犯，避免冤假错案的发生，而司法机关要想正确行使司法职权，确保不发生冤假错案，离不开律师的辛勤工作，需要倾听律师的辩护意见，对案件进行正确定性，两者相辅相成，不可分割。律师在执业行为中，要正确认识司法机关的司法活动，尊重司法机关及其工作人员，配合司法机关的正常工作。这既是作为执业律师应当具备的起码风度，同时，也可以为自己的执业行为创造良好的环境。而李庄却将自己生生地和司法机关对立起来，处处与司法机关作对。仅就李庄在庭审过程就可略见一斑。李庄当庭要求司法机关回避，又要求全体公诉人、全体法官，甚至要求法庭书记员也统统能回避。当然，在刑事诉讼中申请回避是被告人的权利，但这种权利不可以滥用，如果李庄律师有证据证明法官、公诉人、书记员或其他诉讼参与人与本案存在利害关系，当然可以申请其回避，但纵观庭审过程，李庄律师自始至终没有提出一个证据来证明这些人与案件存在利害关系，只是一味地申请回避，因李庄的申请行为，导致法庭庭审数次休庭。我们不仅要问，李庄律师这种行为的目的何在，究竟是为了查清案件事实，还是为庭审制造障碍，李庄的这种行为对自己又有什么好处，能够帮助法庭依法查明事实吗？

其次，律师在执业活动中，要注意保护自己，既要坚持原则，敢于同强权斗争，又要注意斗争的方式和策略，尽量避免与司法机关发生正面冲突，避免自己成为众矢之的。在当前法治环境不是很好的情况下，律师在执业活动中更要注意保护自己，如果自己都保护不了，谈何维护他人的合法权益呢？纵观李庄律师在执业活动中，确实是大义凛然，令人叹服，但给笔者的感觉却是勇猛有余，策略却略显不足。不错，在刑事辩护中，当然要有坚持原则，不畏强权的那种凛然气概。但是，在坚持原则的时候，更要注意工作方式、工作技巧，要注意态度。在正常执业行为受到干扰时，要据理力争，如果无效的时候，应当及时退出，切忌激化矛盾。退出后，要积极向有关部门反映情况，寻求帮助，必要时向媒体反应，征得社会的支持，但切忌和司法机关和具体工作人员发生正面冲突。李庄律师则不然。他在会见遭到阻挠后，与警方产生激烈的争吵，甚至在会见龚钢模时，龚钢模供述其遭受了刑讯逼供后，龚直接指着监视的警察问龚，是不是他对进行了刑讯逼供？这种直接挑衅行为不但不利于李庄律师的正常执业行为，反而会激怒司法机关，为自己的执业带来更大的麻烦。

第三，律师在刑事辩护中，要注意内敛、含蓄，不可过于张扬。律师是利用自身专业知识，为受托人提供法律服务的法律职业人员，律师面对的是公权力机关，在中国当前法治环

境不是很理想的情况下，执业风险无处不在，所以律师在刑事辩护中要时刻注意防范这种风险，谨言慎行，要言之有据，不说过头的话，不做过头的事，以免被授人以柄，给自己带来不利。相比之下，李庄律师表现就差强人意。不论是在当事人面前，还是政法机关及其工作人员面前，李庄都表现得傲气十足，动辄就称自己有背景，有后台。据报道，李庄律师在河北办理一起案件时，在法庭上直言不讳，称其刚就此案件与省政法委领导交换过意见，政法委领导的意见和他是一致的，并当庭要求公司人放明白点，他可以在当事人申请国家赔偿时替公诉人说说情，网开一面。在法庭上如此张扬，如此目中无人，试问李庄将政法机关放到了何等位置？李庄的这种张场、炫耀无处不在，只能引起政法机关的反感甚至愤怒，其成为众之适矢的，也就不难理解了。

李庄律师为他人提供辩护，依法履行职责本无可厚非，但李庄律师在执为中不注意工作方法、工作技巧，人为地将自己与政法机关对立起来，不但对他的辩护工作无丝毫帮助，还惹怒了司法机关及其工作人员。当前律师刑事辩护职业环境恶劣，尤其是刑法第 306 条如高悬之剑，令律师的刑辩之路充满了风险。在这样的法制环境下，李庄律师遭受诘难，锒铛入狱，也就不难理解了。作为业界同仁，我们一方面强烈呼吁有关部门公正处理此案，尽快释放李庄律师，同时也希望业界同仁以李庄为诫，妥善处理好与政法机关及其工作人员的关系，在执业中要注意保护自己，斗争也要讲究方式、注意策略，切忌过于张扬。衷心希望李庄律师早日获释，也衷心希望业界同仁在刑事辩护的道路上一路走好。

来源：实务 转载：中国律师网