

内部资料·免费交流 上海市律师协会主办



上海律师

SHANGHAI LAWYER MAGAZINE

2011
第5期
(总第893期)
5

继承与革新

——写在《上海律师》改版之际/刘忠定

提高门槛 细化规则 严把入门/吴 坚 张嘉生 商建刚



自律 律师业发展的基石

/季 闻

快速 便捷 低廉的审判方式——“小额速裁”初显身影/贾明军

表彰上海市第四届优秀青年律师暨第四届优秀女律师/龚 瑾

完善资源支撑体系健全律师党建长效机制/浦东新区律师党委

真诚与技巧的融合——律师沟通艺术随想/叶金荣

上海律师的“腔调”——上海市律师协会京剧社小记/朱小苏

被控海量侵权 百度该担何责

——互联网时代的版权保护研讨会/上海律协信息网络与高新技术业务研究委员会

继承与革新

——写在《上海律师》改版之际

上海市司法局副局长、上海市律师协会党委书记 刘忠定



从1981年5月起,上海市律师协会开始编辑并向全市律师发放《上海律师》月刊,至今已有三十年的时间。三十年来,《上海律师》总计出版了682期,总发行量超过了100万份,已经成为行业协会自办刊物的一个标杆,类似刊物很少能出其右。三十年来,《上海律师》杂志同成千上万名上海律师一道,共同见证了上海律师行业所走过的风雨历程和所取得的光辉成就。目前,《上海律师》已经成为我市律师行业进行业务研讨、信息交流、文化展示、业绩宣传的主要平台,并在全国律师行业同类刊物中具有广泛影响力;《上海律师》也成为一代又一代律师的精神食粮,鼓舞着本市广大律师在建设社会主义法治国家的伟大征途上不断前进。

为了推动《上海律师》杂志更好的服务广大律师,新一届律师协会决定对《上海律师》进行改版。在此次改版中,我们试图在继承《上海律师》杂志以往积累的优良传统和成功经验的基础上进行创新;我们试图体现“多行业,少专业”的特点,让《上海律师》的宣传平台、引导平台、监督平台的效用最大化。总体而言,有下面几点期待:

一是希望《上海律师》能够在党委

政府和广大律师之间建立起联系的纽带。对于党中央、司法部及其本市一些关于律师工作的要求以及促进律师业发展的政策措施,《上海律师》理应及时发布和宣传,使广大律师能够深刻领会、学习相关文件精神,以便更好的发挥政策的引导功能,坚决保证律师工作正确的发展方向。

二是希望《上海律师》能够引导广大律师积极服务经济社会发展全局。今后几年,有关律师法律服务参与“四个中心”建设的情况,有关更好的发挥律师在法治政府、法治社会建设中作用的情况,有关律师参与调解化解社会矛盾纠纷,参与社会管理创新等事关律师行业整体发展的重要信息,《上海律师》理应浓墨重彩的予以关注,更好的体现律师业在社会主义现代化建设和和谐社会建设中的重要地位。

三是希望《上海律师》能够更加贴近行业,发出行业共同的心声。《上海律师》理应更多的探讨事关行业发展的大事,反映行业关注的热点、焦点和难点问题。会长、副会长的每个年度的工作设想,律师行业社会保险金的规范缴纳,青年律师的培养,律师行业准入和退出机制的完善等等,都可以多种形

式开展讨论,形成共识,让广大律师真正参与到自身行业的发展中来。

四是希望《上海律师》能够成为律师行业文化建设的主阵地,不断塑造海派律师应有的良好形象。《上海律师》在宣传典型、表扬先进的同时,也要发挥一定的警示作用,通报一些业内存在的问题,使广大律师切实引以为戒。对于在每年律师事务所年度检查考核及律师执业年度备案中反映出来的典型问题,对于在行业惩戒中发现的一些典型案例,对于律师执业过程中出现的典型风险,《上海律师》理应予以重视,通过业内监督的方式不断提升行业的自我净化能力。

“万事开头难”。《上海律师》将从第五期开始内容上的改版,到第七期完成版式上的更新。现在呈现在大家面前的是开始改版的《上海律师》,尽管可能和广大律师的期待还有一定的差距,可能还需要在以后的工作中不断改进。但是,我相信:在各级司法机关和社会各界的大力支持下,在市律师协会和编辑团队的不断努力下,《上海律师》将会继续激扬思想的火花,展现律师的风采,一定会越办越好、越办越成功。■

SHANGHAI LAWYER

2011 5 目录

2011 年第 5 期 总第 683 期

上海律师

《上海律师》杂志(月刊)

主 办:上海市律师协会
编 辑:《上海律师》编辑部

编辑委员会主任:盛雷鸣

副 主 任:陈乃蔚 邵曙范 黄 绮 钱翔樑
周天平 管建军 厉 明 万恩标

委 员:(按姓氏笔画排列)

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 葛珊珊

主 编:黄 绮

副 主 编:刘小禾 潘毓霞

责任编辑:杨培君

摄影记者:曹申星

美术编辑:大 愚

撰 稿 人:王旭峰 陈 东 庄 燕 陶丽萍
曹 频 李 旻 黄 嘉 贾明辉
朱箭飞 彭念元 潘 瑜

本刊特约撰稿人:

王俊民 汤啸天 陈 默 李颂联
刘 栋 王凤梅

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

E-mail:tougao@lawyers.org.cn

上海市律师协会网址(东方律师网)

www.lawyers.org.cn

上海市连续性内部资料准印证(K 第 272 号)

卷首语

1 继承与革新

——写在《上海律师》改版之际/刘忠定

本刊关注

焦 点

4 自律 律师业发展的基石 / 季 间

6 快速 便捷 低廉的审判方式——

“小额速裁”初显身影 / 贾明军

8 表彰上海市第四届优秀青年律师暨第四届优秀女 律师 / 龚瑄

党旗飘扬

11 完善资源支撑体系健全律师党建长效机制

/ 浦东新区律师党委

16 打造民族特色制度创新的律师事务所

/ 同一源(上海)律师事务所党支部

律政三人谈

18 提高门槛 细化规则 严把入门

/ 吴 坚 张嘉生 商建刚

东方大律师人物特写

22 参与信访接待的模范 维护社会稳定的精英

——记“东方大律师”邵曙范 / 彭念元





上海律师合唱团在5月26日上海司法行政系统纪念中国共产党成立90周年青年红歌赛中获得第一名

区县之声

24 求创新 助转型 谋发展 / 长宁律工委

庭外话语

执业心语

26 真诚与技巧的融合

——律师沟通艺术随想 / 叶金荣

视角

28 奢侈税离我们还有多远 / 严锡忠

我的败诉

30 无妄之灾怎么消

——两例败诉案的纠结 / 严锡祥

32 一起“假药”行政处罚案 / 吴海

律政新人

35 成才的思考 / 王展

36 力量在风中回荡 / 高泽

法苑人文

随笔

38 上海律师的“腔调”

——上海市律师协会京剧社小记 / 朱小苏

域外

40 血证如山未必铁证如山(上)

——辛普森杀妻案回顾 / 杨宸

穿越时空

42 历史的审判“特别的辩护” / 劳阳

法律实务

专题

45 2010年中国法院知识产权司法保护十大案件评析 / 曾文

48 被控海量侵权 百度该担何责

——互联网时代的版权保护研讨会

/ 上海律协信息网络与高新技术业务研究委员会

52 企业上市应注意的知识产权问题

/ 商建刚 林丹蔚

55 碰撞的火花

——“信息网络及高新技术与劳动法的碰撞交流会”综述 / 劳动法业务研究委员会 信息网络与高新技术业务研究委员会

57 2010年十大网络法律事件评析 / 毕铭

59 “360”腾讯之争研讨会综述 / 上海律协信息网络与高新技术业务研究委员会

60 盛大文学诉百度著作权侵权案的办案体会 / 游闽键

实务

业内动态

62 提案答复 要案点击 协会信息

编者按:目前,上海律师从业人数过万,律师事务所数量过千。这样一支庞大的队伍靠什么来管理?靠什么来维持一定的社会评价?答案是律师的“自律”、律师事务所的“自律”以及行业“自律”的结合。离开了“自律”,我们行业的发展就缺乏基石、缺乏动力。

焦点 ●文/季 闻

自律 律师业发展的基石

日前,市司法局副局长刘忠定、律师管理处处长马屹一行到市律协,就律协纪律工作委员会专项工作与九届纪律委员会领导班子进行了座谈。

教育为主、惩戒为辅

《律师法》第四十三条第一款规定:“律师协会是社会团体法人,是律师的自律组织”。“自律”是律师协会最本质的属性,是律师协会最重要的职能。

“自律”包含了两个层面的内容:一是职业道德和执业纪律,二是相关的配套制度。虽然每个律师的各项业务毫不相关,但由此引起的社会评价却是相互影响的。良好的社会声誉需要我们共同维护,而个别律师的违纪行为必然会引发负面的社会评价。因此,个别律师的违规违纪不仅侵犯了相对人的权利,也是对全体律师声誉的侵犯。

上海市律协历届纪律委员会一贯将“教育为主、惩戒为辅”的工作目标作为宗旨。而本届纪律委员会在历届委员会确有成效的基础上,工作思路又有了不少重要的创新。这些创新尽管还是围绕着“教育”入手,但重点却是预防性的教育。

而对于违规违纪个别律师的处

理,首先,适当的惩戒不仅是应该的,而且是必要的;其次,是教育。惩戒过轻则会形成不良的导向。

“专业能力”和“社会地位”是我们立足的两个根本。广大律师在发展业务的同时,要始终谨记自己是一个“法律人”,要有高于一般社会水平的道德水准才会有高于一般社会水平的社会评价。在全体律师的支持和理解下,相信本届纪律委员会的这些创新,一定能够开创纪律工作的新局面。

提高效率,提升层次,正本清源

副会长邵曙范对市局领导到会就律协纪律工作专项听取汇报表示感谢。他说,行业的纪律工作承载着信任和荣誉、更承载着沉甸甸的责任。

随后,蒋信伟主任代表纪律委员会就本届纪律委员会的工作总体思路及具体措施向市局领导汇报:本届纪律委员会将在市司法局的监督指导下,围绕投诉处理、个案查处、警示预防、规范执业四个方面展开。把提高效率,提升层次,正本清源作为工作目标

提高效率首先是扩容。初步设想为两个“1+1”模式,即理事值班采用

1名理事加1名纪律委委员;专案调查采用1名纪律委委员加1名区县律工委推荐的调查员共同调查。充分调动行业资源,为各项工作的开展打下坚实的基础。其次是抓办案文书,特别是调查报告的规范化、模式化。提高效率是提升工作层次的基础,同时体现了行业对违规违纪查处的力度和决心。

提升工作层次,即将工作重心从处理投诉、个案查处逐步转向警示预防、规范执业。具体的工作措施有:

一、设计投诉查处管理系统,将数据信息化,为针对性的开展警示预防、规范执业提供数据支持;

二、就投诉、专案中反映出的问题及时编发警示;

三、加大职业道德培训;

四、与相应的专业委员会共同制定聘请律师示范合同;

五、聘请“行风督察”;

六、加大对律师行业纪律工作模式、规则的研究。

通过上述工作,正本清源,维护律师业的整体形象,为律师业的健康发展奠定基础。

沈伟民副主任认为,面临纪律工作的新形势,加强基础工作具有重要意义,要在规则范围内大胆创新。

张志君、罗洁两位副主任在发言



局领导与纪律委分管会长及正副主任座谈

中谈到,目前律师行业对违规违纪的预防工作存在缺失,工作的前瞻性不高,起点不高,要切实加强这方面的工作。要把新执业律师及事务所主任作为执业道德教育的重点群体,前者可塑性强,入门时要扶正;后者直接影响到一个事务所的所风。此外,加强教育和惩戒个案不能偏废。

盛雷鸣会长在总结中强调,对突出的、普遍的、呈迅速上升趋势的违规违纪行为应当及时、严肃处理;纪律委的工作既要充分民主、又要能够有效集中,要主动接受市司法局的监督指导;加大投诉分析,为执业道德培训提供素材。

市局领导认真听取了纪律委员会领导班子的汇报,对本届纪律委员会的工作思路予以肯定。

马屹处长认为,本届纪律委员会的不少工作思路与司法行政不谋而合,做好这些工作具有现实意义和长

远意义。

定位准确 目标明确 工作要更上一层楼

最后,刘忠定副局长就纪律委员会的工作谈了八点具体要求:

一、自身准确定位。律协的纪律委员会要形成一支相对固定的专业化队伍,要成为行业自律的专家,对其中表现好的干部,可以成为今后律协领导班子的储备人才。

二、明确目标要求。八届纪律委员会的工作做得很好,本届要在此基础上更上一层楼,要走在全国前列。

三、着力形成机制。要形成良好的、有效的、能够长效发挥作用的投诉处理机制。

四、要抓特色工作。每年要重点抓一项能对整体工作起带动作用、促进作用的特色工作。

五、及时发布警示。通过《上海

律师》和“东方律师网”就工作中反映的问题及时发布警示,防微杜渐。

六、加强相关培训。纪律委员会的主任、副主任要兼任律师职业道德、执业纪律的讲课工作。

七、专案适当处理。要按照规则给予适当的处分,但目前普遍的反映是处分不到位。处理要及时,处理过程中要做好与投诉人的沟通工作。如果规则影响了效率,就要研究修改规则,规则要服从工作的实际需要。

八、引入业外监督机制。聘请“行风督察”,第三方的视角有利于帮助我们发现问题。

与会的九届纪律委员会领导班子表示,在市司法局的监督指导下,在全体律师的支持理解下,相信本届纪律委的这些创新,一定能够开创纪律工作的新局面。■

焦点

●文/贾明军

快速 便捷 低廉的审判方式——

“小额速裁”初显身影

编者按：日前，上海市高级人民法院副院长盛勇强率队到律师协会，就上海法院系统贯彻最高人民法院《关于部分基层人民法院开展小额速裁试点工作的指导意见》的有关情况，与上海市司法局副局长刘忠定一行进行了座谈讨论。

盛勇强介绍了“小额速裁”的推进与实施进程，希望能有更多的律师参与到“小额速裁”之中。

刘忠定表示，“小额速裁”便于当事人参加诉讼，节省司法资源，值得推广。上海律师要积极推进这一新型的诉讼模式，为促进法律的公正实施，及时、有效维护当事人的合法权益而努力。

随着人民群众经济生活水平及法治意识的提高，目前法院民庭受理案件的数量越来越多。而从其中相当一部分案件的情况来看，有些案件当事人的争议虽然大，但案件标的额却不高，权利义务关系也较为明确。由于调解不成，只得向法院提起诉讼。而起诉法院之后，双方当事人则又需面对繁琐的诉讼程序。在这种情况下，有些当事人会选择“息事宁人”不再追究；但是，也有不少当事人会选择靠“自己的方式”解决问题；更有甚者，还因此发展成为刑事案件。

根据有关数据统计，在我国人民法院所受理的所有案件中，有70%的案件都是民事案件，而全国法院系统民事审判人员占全部审判人员的比例却不足30%。这一情况，已经造成了司法资源的紧张以及大部分一线民庭法官处于高强度的审判工作状态之中。现状使人们深感需要针对此类纠纷建立一种新型、省时、省力的审判方式。

国家立法部门以及最高人民法院也注意到了这个问题。

近期，最高人民法院下发了《关于部分基层人民法院开展小额速裁试点工作的指导意见》（以下简称《指导意见》），安排部署在全国90个基层人民法院开展“小额速裁”试点工

作。同时，该《指导意见》要求各级人民法院要积极探索在基层人民法院适用“小额速裁”程序审理民事案件，进一步合理配置审判资源，最大限度地满足人民群众的司法需求。由此，“小额速裁”这一新型的审判模式将走进我们的视野以及办案实务中来。

其实，“小额速裁”制度在许多国家已经形成了一套较为成熟的法律机制。比如，英国在1993年就建立了“速裁庭”制度；日本也对此类案件审理有了明确规定。从各国的实践经验来看，通过建立“小额速裁”制度，不但可以方便争讼当事人、减轻当事人诉讼成本，同时也可以在很大程度上缓解司法资源紧张的问题，使法院的审判资源配置更加合理。

“小额速裁”的界定与特点

根据上海市高级人民法院相关法官的介绍，目前，上海市高级人民法院拟将一定数额之下、争讼权利义务关系较为明确简单、且当事人双方均同意按特殊简化程序审理的案件，界定为“小额速裁”的范围。根据目前上海高级人民法院的决定，“小额”的具体含义为涉诉案件标的额为人民币5万元以下（含5万元）。

结合最高人民法院的相关规定，

“小额速裁”具有如下特点：

一、案件适用范围突出“小”。

“小额速裁”的适用范围是“法律关系单一、事实清楚、争议标的不足一定金额的给付诉讼案件”。适用“小额速裁”的案件类型主要包括：权利义务关系明确的借贷、买卖、租赁和借用纠纷；身份关系明确，仅在给付的数额、时间上存在争议的抚养费、赡养费、扶养费纠纷；责任明确、损失金额确定的道路交通事故损害赔偿和其他人身损害赔偿纠纷；权利义务关系明确的拖欠水、电、暖、天然气费及物业管理费纠纷；劳动关系明确的给付工资、加班费纠纷以及其他可以适用“小额速裁”的案件。同时，最高人民法院的指导精神，也对不属于“小额速裁”的案件范围作了列举，比如，涉及人身关系、集团诉讼及劳动关系的案件原则上不适用“小额速裁”。

二、审理期限“短”。

目前，根据最高人民法院的指导意见，法院适用“小额速裁”审理民事案件，应当在立案起一个月内审结，不得延长审限；庭审可不区分法庭调查、法庭辩论阶段，可当庭宣判；若案件在一个月未能审结的则应转而适用普通程序继续审理。



三、诉讼收费“低”。

按“小额速裁”审理的民事案件,收费比照我国《诉讼费用交纳办法》所确定的标准减半收取。座谈会上,上海高级人民法院法官透露,上海实施“小额速裁”后,拟收取的费用可能比最高人民法院的规定还要低。

四、庭审形式“活”。

“小额速裁”开庭方式简便灵活,法院可以根据当事人的申请安排在晚间、休息日进行调解或者开庭;此外,在诉讼的过程中还可以采用视频系统询问证人等。

五、调解机会“多”。

“小额速裁”制度在起诉、审理和裁判等过程中都会注意保证当事人的知情权、程序选择权和对裁判判决结果不服的救济途径,并强调把调解原则贯穿于“小额速裁”的全过程,争取将民间内部矛盾用调解的方式化解,以减纷息诉,降低诉讼成本,起到促进社会和谐的目的。

六、案件审级“少”。

当事人对于法院适用“小额速

裁”作出的一审判决不服,可以在收到判决书之日起十日内向原审法院提出异议申请。经审查异议不成立的,原审法院在三日内裁定驳回异议;经审查异议成立的,法院应当裁定撤销原判,并适用普通程序对案件进行审理。由此可见,“小额速裁”将实行“一审终审”制。这将对现行诉讼制度的重大突破。

根据最高人民法院的统一安排,各试点法院已于2011年5月1日起开始“小额速裁”试点工作,并根据试点业务实施情况,酌情对《民事诉讼法》提出相应的修改意见。

上海地区“小额速裁”程序的适用

一、上海法院“小额速裁”标的界定为5万元。

根据最高人民法院的要求,对“小额速裁”的标的额规定为人民币1万元,但允许各地根据当地的发展水平等因素确定,最高不超过5万元。现上海市高级人民法院最终确定的标准为人民币5万元及以下。

二、上海4个法院为“小额速裁”试点法院。

在最高人民法院确定的全国90个开展“小额速裁”的试点法院中,有26个法院是属于最高人民法院直接试点指导的法院。目前,浦东新区人民法院、宝山区人民法院为26家试点法院之一。

除此之外,上海市高级人民法院直接进行试点指导的法院为杨浦区人民法院、金山区人民法院。

除以上4个法院之外,上海市的其他法院暂不开展“小额速裁”的试点。

“小额速裁”制必将积极影响上海律师行业

一、减少律师工作程序、简化律师工作方式

“小额速裁”程序较之一般的诉讼程序来说,有着审限时间短、程序简便灵活、当事人的权利义务关系较为明确等特点,这势必会在一定程度上减轻了律师的工作量。此外,法院在适用“小额速裁”程序时更加注重人性

焦点 ●文 / 龚 琯

表彰上海市第四届 优秀青年律师暨 第四届优秀女律师

化,会尽量采用便于当事人及律师的方式开展案件审理活动,因此,律师可以自主地调整工作情况,适当选择一些较为简便、灵活的工作方式,从而减轻了律师执业的负担。

二、降低当事人诉讼成本,减少律师执业风险

由于“小额速裁”案件立案方式便利,调解裁决及时,开庭方式灵活,诉讼费用低廉。因此,一旦当事人选择通过“小额速裁”解决争端,不但可以如期地获得法院公正的判决,且又无须投入过多的财力与精力。同时,由于“小额速裁”的案件主要通过当事人自愿选择的方式解决,避免繁琐的诉讼程序,因此,律师可以更顺利地开展工作并尽可能地减少自己的执业风险。

三、更大程度实现律师为当事人维权的职业使命。

“小额速裁”制度能最大限度地便利当事人、减轻诉讼负担,并能大幅度缩短案件的审理周期,使得当事人能在最短的时间内解决自己的争议纠纷。因此,律师应该用通俗易懂的方式就“小额速裁”程序区别于一般诉讼程序的部分,如审理方式、当事人的权利义务、相关法律后果等向当事人进行充分说明,引导当事人选择最适合的争端解决机制。这样不但可以更好地维护当事人合法权益,也可以完成法律赋予律师的神圣职责。

因此,“小额速裁”程序简便、有利于减轻当事人经济负担,便于当事人参加诉讼;同时,又能够节省司法资源,值得推广。对于广大上海律师来说,需要积极了解、推进这一新型的诉讼模式,在加强自身学习的同时,积极向当事人推介宣传,为促进法律的公正实施、及时、有效维护当事人的合法权益而努力。■

(作者单位:上海沪家律师事务所)

为进一步推动上海律师人才梯队建设,为上海律师业发现、培养优秀的青年律师人才,在律师行业形成创先争优、学习先进、崇尚先进的良好风气;

为激励和带动全体女律师不断提高职业道德和业务素质水平,树立女律师的良好社会形象;

2010年8月至2011年3月,市律师协会、市女律师联谊会开展了第四届优秀青年律师的评选活动暨第四届优秀女律师的评选活动。

优秀青年律师的评选活动,由市律师协会常务理事以及前三届上海市优秀青年律师代表组成上海市第四届优秀青年律师评选委员会负责。

优秀女律师的评选活动,由市律师协会和市女律师联谊会主办并成立了上海市第四届优秀女律师评选委员会。

经过组织推荐、资格审查、初评、公示、终评等评选程序,市律师协会决定:授予徐珊珊等20名律师“上海市第四届优秀青年律师”称号。

另外,林威、田波、陈岱松、周郁生、金冰一、周兰萍、金达峰、章琦、吴飞霞、吴陈伟10位律师荣获“上海市第四届优秀青年律师”提名奖称号。

市律师协会、市女律师联谊会决定:授予林丽娟等20名律师“上海市第四届优秀女律师”称号。

另外,邹菁、钟斐颖、王清华、李东方、曹绮、张菊香、徐菁、虞莉、贾琪、刘响文10位律师荣获“上海市第四届优秀女律师”提名奖称号。

市律师协会号召全市律师特别是青年律师能以优秀青年律师为榜样,忠于宪法和法律,诚信守纪,勤勉敬业,钻研业务,不断学习新的知识,迎接新的挑战,进一步服务上海“四个中心”建设,为“创新驱动,转型发展”,实现上海“十二五”规划发展目标做出新的更大的贡献!

市律师协会、市女律师联谊会号召广大女律师以优秀女律师为榜样,学习她们的先进事迹,进一步增强责任意识,立足本职,胸怀大局,以良好的专业素养、踏实的工作作风、饱满的工作热情,奉献进取的敬业精神和追求社会公平正义的价值取向开展律师工作,为维护妇女权益、推动经济社会和谐发展和民主法治建设的不断进步作出不懈的努力。

上海市第四届优秀青年律师



徐珊珊



曹志龙



韩璐



卢意光



陈凯



洪亮



商建刚



孙彬彬



陆胤



屠磊



张华



郑志



韩明志



刘巍嵩



戎朝



王军旗



陆国飞



费宏博



徐培龙



蒋宏

上海市第四届优秀女律师



林丽娟



金 纓



葛珊南



谭 芳



王婉怡



张 艳



罗文嫔



钟 颖



时军莉



张晓璐



唐逸敏



李 红



陈 玮



周菊妹



韩春燕



马靖云



张 勤



蔡 岚



邹甫文



沈伟萍

党旗飘扬

●文 / 浦东新区律师党委

完善资源支撑体系 健全律师党建长效机制

作为上海市律师最为集中的一個区,浦东律师业伴随着改革开放的进程得到了长足的发展。在社会转型的大背景下,2004年6月,浦东新区成立了全市第一家区(县)律师党委,截至2010年10月,共有律师党员928名,律师党组织106个。

在尊重律师行业特殊性,适应律师职业特点、适应队伍特点的基础上,律师党委积极探索实践,重点针对律师党组织工作资源不足的情况,从切实加强投入和整合入手,通过完善资源支撑体系,从而健全律师党建长效机制,为律师党建工作不断注入新的生机和活力。

律师党组织工作资源,是指律师事务所党组织所拥有或能够为其使用的资料的来源,是开展党建工作的基础。从狭义上讲,包括人、财、物、场所等物质资源,从广义上讲,还包括各类组织、工作制度、政策法规、精神财富等。这些资源都是对律师党建工作的一个个支撑性要素,它们相互联系、相互作用,共同构成了律师党建的资源支撑体系。

近日,我们根据新区社工委要求成立课题组,就如何进一步发掘、整合、利用各类资源,为加强新区律师党建工作提供必要的资源支撑进行了调研,形成了一些思考。

基本情况和做法

浦东律师党建工作的组织体系

主要由新区律师党委、律师党总支以及律师事务所独立支部和联合支部组成。其中包括律师事务所党总支3个,律师联合党总支2个,律师事务所独立党支部87个,律师联合支部14个。

在做好律师党建工作过程中,我们力求开发并整合一切资源,健全浦东律师党建工作长效机制,制定出台了《浦东新区律师党委关于贯彻十七届四中全会精神,加强和改进律师党建工作的决定》,有效地提升了律师党建工作整体水平,促进了浦东律师业自身的不断规范和发展。主要表现在:

一是广大律师对党的重大方针政策的高度政治认同;

二是律所和律师,尤其是党员律师,对党的路线方针政策高度拥护,能够在法律服务中自觉接受党的领导,在维护大局、维护社会公平正义中发挥自己的作用;

三是律所党建实践中几乎100%的组织全覆盖和工作全覆盖、律师中的党员近40%的高比例参与等现象,充分证明党建工作对律师队伍的有效整合与引导,并且基本掌握了律所在重大社会事件中的行为取向。而且在律师行业也得到普遍认同。

四是律所在服务经济发展、提供公共服务、反映公众诉求、维护社会稳定、推动法治建设和精神文明建设等领域发挥了越来越重要的作用,成

为浦东现代服务业一支重要的力量。

一、整合政治资源,提供组织支撑,理顺律师党建管理、运行机制

浦东、南汇两区合并以后,新区对党建工作体系作了调整和优化,浦东新区律师党委作为两新组织党委,接受新区社工委指导。2010年5月,新区律师党委召开全区律师第二次代表大会,选举产生新一届律师党委领导班子,进一步抓党建、带队伍、促发展。

一是整合律师管理资源,把党的组织建设与律师执业许可对接,实现组织覆盖、工作覆盖两个百分之百。在律师来浦东申请执业的第一时间,律师党员及时编入党支部。向新区司法行政机关申请设立新所的,同时向律师党委报送党员律师组织关系接转情况及组建党组织计划。新区司法行政部门在办理党员律师转所手续时,将执业关系和党组织关系同时接转。无正当理由又拒不办理组织关系转入的,延缓其通过年度考核,在评优评先表彰等活动中实行“一票否决”制。

此外,针对浦东地域面积较大、所多、人散的特点,划分了七个党建工作协作片,由片区工作联络员负责召集、协调片区内党建活动,为加强党建工作提供了新的平台和发展空间。近年来,还不断对律师党组织建设进行探索,整合17家小型律所党支部,成立了浦东第一个事务所联合

党总支。

二是调动律所领导资源,建立律师党组织与合伙人的沟通平台,使党的工作和律所工作统一到一个轨道上。律师党组织在律师事务所建设中的定位是“引导、凝聚、服务、保障”。律师事务所中,非管委会的党(总)支部书记可以列席管委会会议,非合伙人的党(总)支部书记可以列席合伙人会议,对律师事务所的重大决策事项提出意见和建议,努力实现党组织政治核心与合伙人业务决策的统一。

三是提供政策资源引导,通过“浦东律师业领军人才”奖励等,鼓励律所发展党建工作。在每年“浦东律师业领导人才”奖励计划中,拨出约10%的款项,专门用于奖励党建工作先进律所,起到很好示范引导作用。此外,按照新区《关于进一步加强和落实新区党群工作经费管理的通知》精神,制定了《浦东新区律师党建工作专项经费使用管理暂行办法》,

对律师党支部每年给予工作经费,对党(总)支部书记每年给予工作津贴。此外,党员党费全额返还党(总)支部用于党建工作。

二、开发人才资源,提供人力支撑,健全律师党建人才持续成长机制

一是重视党员干部的选拔任用。原则上推荐符合条件的律师事务所主任或合伙人担任党(总)支部书记,实施党务所“一岗双责”。同时,加强培养,及时对优秀青年律师党员,有意识地通过交任务、压担子,使其快速成长为律师党务干部的后备力量。此外,从实际出发,坚持因所而异、因人而异,开展党务工作能力培训。

二是试点“党务助理”制度。有条件的律师党组织,在主任(或合伙人)兼任党支部书记的基础上,由事务所行政主管,或律师助理、秘书担任党务助理,配合支部书记做好日常党务工作,协助组织党建活动。同时,许多律所还十分注重把社会上有经

验、有良好个体素质的领导人才吸引和参与到律所党务人才队伍中来。

三是大力发展优秀青年律师入党。把律师作为优秀治国人才的重要来源,制定和落实组织发展计划,加大对入党积极分子、预备党员和党员的教育和培养。高度关心青年律师的成长,发挥资深党员律师的引领和示范作用,指导青年律师在政治和业务上成长。

三、丰富教育资源,提供载体支撑,健全律师党建教育、培训机制

一是针对行业特点,增加新颖、多样,实效性强的“快餐”式教育手段。通过网络、电教等平台,广泛运用电子邮件、远程信息交流等新型、“短平快”活动方式,增强工作时效性和渗透力。律师党委每周1-2次向支部书记和党员发送党建信息的手机短信。在浦东律师诚信信息管理系统上开设党建专栏,交流经验,运用“博客”形式开展党员互动交流。

二是开展“五个一”教育工程,实



夕阳映浦江(摄影:曹申星)

现组织活动常态化、制度化。即各律师事务所每月组织一次党课教育或参观学习,每季度开展一次民主讨论,每半年进行一次社会实践,每年由律师党委举办一次书记集中轮训,两年开展一次律师党建先进典型评选。通过教育活动,加强社会主义法治理念教育,加强律师职业道德、执业纪律教育,不断强化律师队伍的政治意识、大局意识和责任意识,牢固树立“三维护”、“三拥护”和“三个至上”的观念,做一名合格的中国特色社会主义法律工作者。

三是借助革命传统教育资源,建立井冈山律师党员教育培训基地。浦东新区律师党委与井冈山吉安律师协党委签订党建工作“结对共建”协议,定期组织律所党组织书记、律师党员前往举行党课教育、助学帮困、参观学习活动。深入开展警示教育,加强对律所党组织和党员律师的监督,及时掌握并严肃处理党员律师的违法乱纪行为,逐步完善律师队伍诚信建设,律师考核和奖惩机制,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。

四是夯实阵地资源,提供基础支撑,健全律师党建工作服务、激励机制——

1、创建标准的活动阵地。各律师事务所因地制宜,加大投入,努力做到“六个有”,即有一间党员活动室(或党员活动区域)、有一个党建宣传栏、有一面党旗、有一块党(总)支部的牌子、有一批党建学习资料、有一套党员电化教育设备。确保党员教育有课堂、学习有园地、活动有场所。

2、搭建主题实践阵地。以服务大局、服务社区、服务群众作为律师党建工作的题中之义。充分发挥党组织对律师业务开展的协调保障作用,把党建工作与业务建设结合起来、发挥党组织作用,为律师党员在大型项目建设等领域开展业务工作创造条件,

全方位发挥律师党员的先锋模范作用。

3、展示形象阵地。在律师事务所试行律师党员挂牌上岗、开设律师党员示范岗、先锋岗、在律所办公网页上公布党员名单等做法。并认真总结经验,不断增强律师党员的号召力、影响力和凝聚力。

4、利用宣传阵地。通过各种信息载体,以及报刊、杂志和各类媒体,对在维护法律尊严、服务社会和谐、促进社会公平正义中有突出贡献的党组织、党员进行大力宣传,扩大党员律师的影响力和知名度,提高社会各界和广大群众对律师行业的信誉度。

5、立足文化阵地。培育良好的律师精神,加强律师文化建设。中国特色社会主义律师文化是律师的灵魂,各律师事务所着眼于精神文明建设,用健康向上的律师文化主导、凝聚律师思想、打造团队精神、培养社会责任感。党员律师带头践行文明新风,为律师事务所创建文明单位发挥示范引领作用。

资源配置中存在的难点和成因分析

我们在加强律师党建过程中的资源保障举措已取得了一些成效,一定程度上促进了党建工作的有效开展。但是,从工作整体发展的要求来看,还不能完全解决律师党建资源支撑问题。

为此,我们在分析律师党员队伍情况和党建工作现状的基础上,我们又选取了不同类型、不同规模的律师事务所中的60名律师进行随机性调查,对其中20名律师进行了重点访谈。从而对律师党建工作资源情况和问题进行了分析。被调查律师中,具有本科和研究生学历的分别占66.7%和33.3%,属于知识精英行列。共产党员21名,占35%,民主党派和无党派群众39名,占65%。

一、律师基层党组织在党建资源安排上的自主性和主动性不够

法律服务行业是一个知识密集、智力水平高的领域,律师的业务水平既决定着收入,也决定了律师在法律界的地位。据调查,青年律师对于“在律师事务所建立党组织持什么态度?”的调查结果,18%的人认为没有必要,26%的律师持“无所谓”态度。在价值取向上,律师在成为“先进者”与“成功者”之间,首先选择的是成功者,其内容包括专业水平、社会声望与财富,这是他自己与家庭亲属对个人的期望。浦东的律师基层党组织中绝大多数律所的党务工作者为兼职,在实践工作中,他们对法律业务的认同要高于对党务工作的认同。同时,由于律师职业的特点,党务活动只能选择休息日等时间段,参加组织生活的党员少,由于工作忙休息少,容易造成党员律师的无暇顾及。

二、律师党组织自身可支配的资源还没有得到充分发掘和利用

由于律所与律师之间的雇佣与被雇佣关系,党对律师的影响力,也要借助律所才能发挥间接作用,“体制外”的特征决定了效果不理想,尤其是针对非党员律师,几乎没有约束力。特别是党组织不能提供工作岗位,党组织不发工资,党的物资支撑也非常微薄。另外,基层党组织可支配的资源空间有限,无法对律师产生足够的吸引力,难以快速扩大影响力。比如在承接上级党和政府的法律项目、业务培训、法律顾问、委托(或指定)代理、财政转移支付等方面,党组织较难进入这些领域,进而借以发挥作用。

三、上级党组织对律师党组织提供的资源,与实际需求还不完全适应

目前,我们的党建工作在适应律所这类市场主体的新型资源调配方式、平台和载体还比较缺少,制度性

的安排也还不够。特别是在律师党组织以及党员队伍中培养、选拔干部人才的政治渠道还不畅通,没有建立起长效机制。调查中,45%的律师表示愿意担任人大代表或政协委员,近33%的律师认为党政官员、人大代表、政协委员两者都可以考虑。

四、党和政府的税收、人才等政策资源没有充分兼顾律师的经济属性和社会属性

律所的组织属性具有双重性的特征,既有社会性,也有经济性。但是,党和政府的政策在制定和实施中有所偏重。一是现行政策多侧重于律所的经济组织属性,而少针对新社会组织的政策倾斜。二是在人力资源政策上,现有政策多倾向于通过市场机制进行调节和配置,在资源调配和人才培养等方面还很欠缺。第三,政策工具多是针对律所作为经济主体而设计的,社会主体的活力因素尚未得到充分激活。比如,第三方政策机制、以补贴换项目、律师维护社会稳定、参与社会管理等,仍然有待于继续深化。激励政策上,律师得到政治荣誉的激励还很少。调研发现,上海市每年的市级劳动模范或其它表彰对象中,律师的比例基本处于最低层次。这是不符合转型期中国社会的实际情况的。最后,政策协调不够,特别是操作层面上环节多、繁琐复杂,效率低。

合理资源配置、加强资源支撑、健全长效机制的建议

我国的司法制度改革催生了新型的律师事务所组织,形成了社会主义制度下的新型律师队伍,并开始确立了律师的政治、经济与社会地位。可以说,党的改革开放政策使律所组织和律师队伍都发生了根本性的改变,党的领导是成功的,党的影响力是深刻的。如何进一步开发资源、整合资源、利用资源,健全律师党建工

作长效机制,我们提出四方面的措施建议。

一、人大、政协以及青联、妇联等人民团体要向优秀律师,尤其是优秀党员开放

为律师这支国家民主法治建设中重要的高素质力量,提供更广阔的发挥作用的舞台。

1、适当增加律师尤其是党员律师在人大、政协中的比重。

2、吸引进入工青妇等群众组织。通过本人自愿、组织推荐,把热心社会工作、党务工作的党员按照法定程序充实到工青妇等各级领导岗位。为“转方式、调结构”、建设和谐社会服务。

3、推荐进入政府法律顾问团。政府法律顾问团作为必经程序参与政府重大决策的法律论证,参与审查、修改、讨论重大经济合同,参与处理政府法律事务。

4、党组织要积极吸纳优秀法律人才,以政治资源项目等购买服务的方式,为律师的成长提供帮助。

二、充分发挥社会团体资源,实现好律师的自律协调功能

1、律师党委要与浦东律工委、女律师联谊会、律师青年联合会等组织加强沟通、协调。把协会作为扩大党在律所、律师队伍中影响力的一个重要阵地,作为了解律师队伍思想政治状况和落实党的要求的重要渠道。协会等组织应当忠实履行党的使命,完成党交给的任务。

2、律师社会团体组织要体现律师的利益,关心律师的所需所求,维护律师的正当权益。

3、协会要促进律师在市场经济竞争中的自律。积极开展“社会效益观”教育。杜绝“经济效益第一”的不正之风,坚持服务质量第一、社会信誉第一,保证自己的行为无损于律师的职业形象。

三、建立司法局牵头,由税务、财

政、社团、律工委等共同组成的律师党建联席会议,作为律师党建工作指导平台

由于律所党组织力量薄弱,律师行业党建需要动用执政资源,由领导挂帅形成合力,支撑律所党的工作。

1、联席会议要研究律所的生存环境与工作困难。围绕法律政策环境、司法环境、市场环境以及社会舆论环境等深入开展调研,掌握第一手资源,切实解决律所的发展问题,为律所的发展提供方向性保障。

2、联席会议要研究律所党组织建设与党的工作的主要问题。就律所党建目前存在的党务干部缺乏和党建力量薄弱、活动方式吸引力弱、党建工作连贯性差、活动经费缺乏、党务工作时间无法保障等等问题进行沟通协商,以创新的思维推动律所党建工作,更好地服务律师、凝聚律师,为扩大党在律师队伍中影响力,提供组织保障。

3、联席会议要对律所党组织提供指导和服务。联席会议要在充分调研和发扬民主的基础上,结合律所的个性化特征,探索“菜单选择、资源配送、项目管理”的党建模式。将党建任务设置成多元化、可选择的菜单,给予相应的资源配置,同时鼓励党建工作自主创新,加强任务执行的全过程的跟踪和管理。

4、联席会议要研究如何发挥政府部门与协会各自的优势与资源,帮助解决律所党建的各种问题。明确把律师行业党建工作作为职能部门尤其是司法局党建目标责任制考核的重要指标。在司法局的牵头下,帮助协调解决律师调查取证难、会见难、阅卷难等问题。同时充分利用协会的覆盖面广、工作方式灵活等特点,加强对律师队伍管理、监督、帮助,通过办案质量跟踪反馈、律师执业信息数据库、法官与律师良性互动机制等制度建设,促进律师队伍服务大局、诚

信执业。

四、提供渠道,让律所党组织参与各种方式的服务,协助政府管理,为党的工作与地位提供支撑

1、联席会议可以通过党组织了解律所需要的服务项目,有意识地将律所党组织当作信息沟通的桥梁。一方面,通过党组织了解律所运营的情况、政府支持等需求。另一方面,律所如果希望获得税收减免等相关政策、行政等资源,应将党组织作为信息传递渠道之一。

2、要创造条件,使律所党组织参与行政力量与资源的运用,为律所党组织提供帮助。发挥党组织“代言人”的作用,通过党建渠道加强政策宣传,在政府新的政策出台时,建立向支部书记通报制度,及时将优惠措施先告知支部书记,通过书记向合伙人转告。发挥党组织“联系人”“协调员”的作用,在上级党组织的支持下,由党组织牵头协调事务所和政府部门及其他区域单位之间的关系。发挥党组织“后勤部”的作用,对于子女教育、医疗、住房等律师关心的问题,由党组织创造条件帮助联系解决。

3、律师党委要积极参与律所的年会、联谊等活动,以党组织的名义加强行政资源的支持,促进党组织和律师的沟通交流,提高党组织的影响力。其次,联合律所党组织,开展律所团队对外服务活动。比如组织活动可以与社区司法援助、法院最新案例和行政机构最新政策宣传相结合。再次,开展各种形式的内部服务活动。为律师提供优惠信息服务。比如利用彩信简报等形式,及时更新党员律师最为关心的福利信息、与律师日常工作和生活密切相关的政策法规。■

(本文获2010年度上海市社会建设和“两新”组织党建优秀调研课题三等奖、浦东新区“两新”组织党建优秀调研课题一等奖)

信息

“五四”精神薪火永续,法治建设生生不息

——记浦东青年律师党团员义务法律咨询日活动



2011年“五四”来临之际,为进一步弘扬“五四”精神,践行社会主义法治理论,提高青年律师的社会责任感,浦东新区律师青年联合会、浦东新区陆家嘴司法所共同举办了“五四青年节浦东青年律师党团员义务法律咨询日”活动。

浦东新区司法局党组书记、局长李泽龙,新区司法副局长、律师党委书记金更良等领导向参加活动的青年律师表达了节日的问候和鼓励。

参加现场咨询的有融孚所、大成所、通力所等11个党总支(支部)和申达所、韩明志所、浦栋所3个团支部共30名青年律师党团员。此外,还开通了相关律师事务所的法律援助热线电话。

此次义务法律咨询日活动亦是浦东律师青年联合会“2010-2012彩虹行动”系列活动之一。“彩虹行动”是由浦东新区司法局、浦东新区律师党委共同主办,浦东律师青年联合会承办的浦东新区青年律师创业发展扶持计划,旨在奖励在律师工作生涯中取得一定成绩的青年律师。

党旗飘扬

●文/同一源(上海)律师事务所党支部

打造民族特色 制度创新的律师事务所

同一源(上海)律师事务所成立于2003年,现有律师和律师助理29名,涉及汉、维、回、彝、满5个民族,先后有4名维吾尔族律师在上海所工作,共有党员21人。近年来,同一源(上海)所党支部在律师党委领导下,积极发挥律师事务所政治核心作用,在维护民族团结、服务新疆企业、促进律师事务所发展方面提供了有力的组织保障。2010年,同一源(上海)律师事务所被评为浦东新区文明单位,党员律师赵永军、张建国荣获浦东新区律师业领军人才奖,党员律师吾买尔江·买买提荣获上海市律师化解社会矛盾十杰律师称号,并荣立上海市司法行政系统三等功。

发挥政治核心作用,在“7.5事件”中坚决维护民族团结

成立八年来,同一源律师事务所始终把发挥党组织政治核心作用放在突出位置,通过深入开展党建工作,凝聚和维护民族团结。律所管理中坚持一项特色,即凡遇重大事件必及时召开全所会议,由党支部把方向、做决策。新疆“七五事件”发生后,律师事务所党支部迅速反应,果断采取措施,有力地维护了民族团结。

快速反应,确保人身安全。2009年7月5日晚,在北京的党总支书记赵永军和上海分所支部书记张建国律师得知新疆乌鲁木齐发生打砸抢烧严重暴力犯罪事件后,迅速与新疆所律

师取得联系,要求滞留在半路上的律师就地找宾馆住下,远离危险地段;通知所有律师次日不要外出;同时与在乌鲁木齐的维吾尔族律师取得联系,了解他们的人身安全情况和思想状况。正在乌鲁木齐工作的维吾尔族律师、老党员艾尔肯·艾买提及时将家人召唤回家,并做好有关情况说明和思想安抚工作。

旗帜鲜明,维护民族团结。7月6日中午,党总支紧急召开电话会议,对新疆和上海分所的党员提出了四项要求:一是坚决与党中央、新疆维吾尔自治区党委和政府保持高度一致,拥护中央、新疆维吾尔自治区党委和政府采取措施处理和平息事态,旗帜鲜明地反对民族分离主义和非法宗教活动,不信谣、不传谣,在公开场合发表言论必须与中央媒体的报道一致;二是驻新疆的律所自7月6日起在家办公三天,远离危险地段,尽量不要外出,并要提醒家人提高防范意识,注意人身安全;三是关心维吾尔族律师的人身安全,了解他们的思想状况,及时解决他们遇到的困难;维吾尔族党员律师要多向周围群众宣讲事实真相,教育群众维护各民族共同团结奋斗、共同繁荣发展的大好局面,珍惜和谐稳定的社会政治局面;四是各分所党支部要及时将所里人员的思想情况向党总支和所在地的上级党组织汇报。在党支部的指导关心下,包括维吾尔族律师在内全体党员均表示,坚决拥护党中央和自治区党委政府采取的断

然措施,实现了思想统一。

发挥作用,依法维护社会稳定。7月7日,律所接到新疆维吾尔自治区驻上海办事处电话,告知有20余名穆斯林群众因财产受骗将到上海市人民政府门前静坐。党支部高度重视,书记张建国律师、副书记吾买尔江·买买提律师立即赶到该办事处,一方面对穆斯林群众进行普法宣传,向他们宣讲新疆乌鲁木齐发生打砸抢烧严重暴力犯罪事件的真相;另一方面,义务为这些穆斯林群众起草法律文书,帮助他们用法律手段维护合法权益,逐步取得了穆斯林群众的认同,成功劝阻了这起群访事件,维护了“七五事件”后的社会安定团结。

发挥特色优势,竭诚为新疆企业提供优质法律服务

同一源(上海)律师事务所是从新疆走出来的第一家律师事务所,已在上海、北京、新疆设有分所。在党支部带领下,同一源上海所律师发挥集团所的特色优势,竭诚为新疆来沪企业和各族群众提供优质法律服务。

发挥地域优势,积极为新疆企业来沪投资提供优质法律服务。党员律师赵永军长期担任新疆维吾尔自治区经贸委、国资委、中国银行新疆分行、中国工商银行新疆分行等单位的法律顾问,带领同一源律师团队为新疆企业来沪发展提供了大量优质高效的法律服务。新疆在上海开办的一家窗口公司与某房地产开发企业上海联建

某大厦过程中发生纠纷, 诉争金额4000余万元, 新疆公司胜诉后因种种原因无法执行, 在新疆引起广泛关注。赵永军律师接受新疆公司委托, 历经2个多月的调查取证, 撰写大量分析文章和汇报材料, 为此案的最终解决付出了艰辛努力, 最终上海市高级人民法院终审判决, 新疆公司执行回转了2500万元资产。新疆某大型企业想在上海投资办厂, 但对上海的投资环境不甚了解。同一源所党员律师悉心讲解相关政策, 出具了多份法律意见书, 既为新疆企业节约了投资成本又加快了投资进度。

依托公益平台, 主动为新疆在沪中小企业发展提供服务。党支部先后与新疆自治区、生产建设兵团在沪办事处建立联系, 累计提供法律服务、法律咨询近700余次。2007年, 上海市新疆商会正式成立, 同一源上海分所被推选为秘书长单位。依托这一平台, 同一源律所党员律师们悉心为新疆籍在沪近百家企业提供了常年义务法律宣传服务, 并积极促成了几十位上海企业家两次组团考察新疆投资环境, 新疆有关单位也在上海举办了两次投资说明会, 带动了新疆与上海两地的经济往来。新疆现有1017家中小企业在上海发展, 同一源所为他们提供法律服务已显示出良好的端倪。

促进社区安定, 为新疆在沪务工的各族群众提供法律帮助。新疆有数万名少数民族群众居住在上海, 同一源党支部积极为这些在沪务工的各族群众提供法律帮助, 为维护新沪两地社会稳定和经济繁荣发挥了突出作用。他们免费向在沪务工的新疆少数民族食宿较集中的宾馆、餐厅发放法律宣传资料近万份。并在办案过程中, 主动与新疆少数民族在沪开设的公司、店面建立了63个联系点, 为来沪务工的少数民族群众提供法律咨询服务保障, 确保了社区安定和谐的生活环境。党支部还主动承担了张江地区

法律服务工作站的接待工作, 派党员律师带头承担值班任务, 5年来坚持每周一次义务值班, 为看守所中的少数民族当事人提供法律援助, 依法保障他们的合法权益。

发挥管理协调作用, 保障服务律师事务所发展

同一源所党支部始终坚持党建与业务发展相结合, 主动探索支部管理协调机制, 发挥党支部凝聚、保障、服务作用, 为律师事务所集团化、品牌化发展和提升律师队伍素质发挥了重要作用。

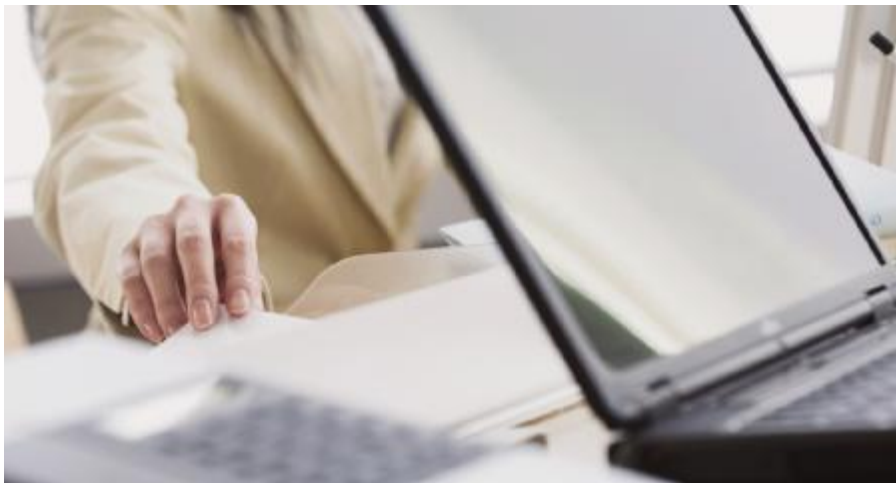
围绕事务所发展目标, 深入开展党建工作。党支部坚持民主生活会和党内学习制度, 通过召开学习会、座谈会等形式, 及时向党员律师开展时事政治学习教育。对《同一源律师事务所管理规范》、党支部工作制度等10余项制度进行了制定和修改, 推动律所通过ISO9001:2000管理体系认证, 促进了事务所规范化管理。2008年, 针对集团所的发展实际, 同一源总所成立党总支, 由首席合伙人赵永军律师担任党总支书记, 合伙人张建国任党总支副书记、并任上海所党支部书记, 为律师事务所做大做强提供了有力的政治保障。

创建学习型事务所, 提高律师队伍素质。党支部注重取高经, 先后组织

全体人员到上海优秀律师事务所和名优企业实地考察学习, 取众家之长, 激发律师的奋斗精神。每月召开一次主题沙龙会, 发挥青年党员的作用, 开阔律师视野。其中, “同一源·上海中法文化沙龙”邀请了来自法国格勒诺布尔第二大学、北京大学等国内外著名高校的部分博士、MBA、EMBA学员以及上海部分企业家参与。党支部还积极鼓励支持青年律师、助理们参加再深造, 并制订了奖励政策, 为提高事务所的队伍素质发挥积极作用。

拓展公益事业, 树立事务所品牌形象。2006年起, 同一源所党支部主动承担浦东法律援助热线接听工作, 并开设党员律师示范岗, 带动全体律师为群众提供法律咨询解答1723人次。创办了企业法律在线电话咨询网和电子信箱网“双服务网”, 并可用6种语言为国内外企业客户提供法律在线咨询。党支部还积极开展扶贫帮困等社会公益活动, 党员律师积极参加义务献血和公益募捐活动。通过这些公益和优质服务, 既为党员律师服务社会搭建了平台, 也为事务所发展积累了品牌优势。

经过八年发展, 同一源所已经由过去的固守新疆源头拓展为现在以推进浦东业务区域发展为重点, 在东西联动、服务长三角、服务全国方面进一步拓展了业务空间。■



律政三人谈

提高门槛 细化规则 严把入门

——对实习人员申请执业进行面试引出的话题

●本期主持：吴 坚 上海段和段律师事务所

嘉 宾：张嘉生 上海四维乐马律师事务所

商建刚 北京大成律师事务所上海分所

文字整理：薛 侃

吴坚：本次“律政三人谈”节目请来了张嘉生律师和商建刚律师。两位都是申请律师执业人员实习管理考核委员会的成员。我们今天主要讨论的话题是“提高门槛，细化规则，严把入门关”这个话题。

今年，上海市律师协会根据全国律师协会颁布的《申请律师执业人员实习管理规则》的精神，对实习人员申请执业进行面试考核。我首先想知道，作为实习律师面试考官的两位律师对这个规则颁布的目的和它的一些规定，有什么看法？

严把入门关不仅是律师协会的权力，更是行业自律职能和责任的体现

商建刚：我认为：第一、它是行业自律规则，并不是一个法律法规。这符合行业协会加强自我管理的要求。行业协会自己把队伍管理好了，就有了一个牢固的基础。行业协会出台这个文件实际上是行业协会加强自我管理的一个权利，一种需求，从行业来讲是一件好事。

第二、从效果来讲，它更像一个仪式。它的仪式效果可能比考核更重要。我们和每个考核对象一次大概只有15分钟左右的面试时间，在这个时间内你希望全面地去考察一个人是否合格、是否具备律师执业的条件，其实是很难的。但它仪式的作用是非常大的，就好像一个人拿到毕业证、硕士学位一样。让几位执业十年以上的老律师来做一个面试，问一些问题，这样在年轻的准执业律师与老律师之间就会有一个沟通，会有一些提醒、勉励、批评、建议。这个过程就像他人生一个快照一样。因此，我认为它仪式的作用比较大。相比较我自己执业的时候就没有这

个过程。如果像现在有面试这个过程，就会觉得拿到执业证是不容易的，是有人考核的。考核的过程本身就是一个鼓励过程。过了，恭喜你，说明你是很棒的，大家在激励你。这就是仪式的效果。

第三、从考核本身来说规则不是特别明晰，到底如何判定合格或者不合格并不清楚。因此，对规则我们还应加强学习、了解和细化。

吴坚：从全国律师协会颁布这个规则来讲，是赋予了各地律师协会一个权利，但其实是一个职能，仅是行业自律的一个职能。从行业管理的角度来讲，加重了我们的责任。

商建刚：我们讲行业自律，行业自律就应该制定很多行业规范、行业规则，以后在评定一个律师是否为合格律师、优秀律师，是否违反律师职业道德操守？不是依据业外人士的评判，而是依据行业自身制定的规则。我觉得行业自己制定的规则总比业外的评判更加适应我们的行业。从这个角度讲，行业规则根本上还是保护律师自己的行业，所以我对行业自制规则始终是抱着一种欢迎的态度。

如果你爱这个行业，你就应该严格要求这个行业，它才能够健康、可持续性地发展。



吴坚：商律师，我的理解是你相对比较年轻，那么像张老师这样比较资深的律师怎么来看这个规则？

张嘉生：我不仅同意，而且很赞赏商律师讲的这些话。这个规则除了你们讲的之外，我认为它重要的是开始真正要求律师自己管理自己，要求律师协会怎样为律师队伍的发展作一些准备。我们现在对实习律师进行这些工作，目的也就是要先把基础抓好。

我是老律师，在我们那个年代的律师完全是靠自律。

现在，律师协会如何把好律师队伍的入门关，如何让这些规范性的东西格式化地去运作，完全可以把它当做一种尝试。如果这种尝试是有利的，我们就应该细化它，让它具有可操作性。我觉得现在的规则可操作性不强，具体的条款还比较粗。落实到每一个人，情况是不一样的，因此特别需要细化。

吴坚：就条款的细化，张老师有什么好的建设性意见？

严把入门关的规则需要细化，使之更具有可操作性

张嘉生：我们面试的程序，是从实习律师进入律师事务所实习开始到最终能否进入律师队伍的最后一关。

规则要求从入门也就是实习人员进入律师事务所的时候开始，这是一道关口。如果我们律师事务所在招收实习律师的时候都能够稍微审查、观察一下这个人是否适合做律师，起码大概的观察，对实习律师的发展是会有很大益处的。

第二关是实习律师指导老师的问题。有句话叫：“误人子弟”。如果老师只有“半瓶水”，学生就不会学到什么东西；如果老师是“一瓶水”，那么学生最多只能得到“半瓶水”。

我以前做过老师，所以这个问题

感受很深。如果指导老师对实习律师带教不用心，不去关心他，不去指导他，不去支持他，不去注意他的发展，只不过把他当成事务所的劳动力或仅仅是挂靠，都是十分不可取的。所以第二关是很重要的问题。

第三关是考察。作为实习律师，他在事务所里具体做些什么，这就是事务所的考察、管理、监督问题。

第四关才是我们面试考官。这个过程应细化成两个部分：一是书面审查，二是面试。而面试关应该是最难的，无论对考官还是实习律师来说都难。因为实习律师不知道我们要问什么，想了解什么。我在想，这四道关口从起点到最后面试如果都能够把它严格地细化、管理好，那么我们年轻律师队伍的建设会有更大的起色。

商建刚：张老师讲的我也深有体会。我很庆幸在从事法律工作的初期碰到一位好的老师，从他那里我学到

了作为律师的基本功,这让我终生受益。

现在,相比较我们事务所的一些部分律师,我就觉得他们像是在“踢野球”。虽然他们不乏精彩、不乏灵光,他们的技巧和某方面的才能也是相当高超的,但是他们为什么不能取得很好的业绩,无法取得持续的客户,无法取得稳定的收入?我曾问他们:“你们执业的时候有没有老师,内心有没有一个认可的老师?”很多人回答:“很遗憾我没有老师。”

我认为,没有老师就是没有传承,没有传承就没有发展。这些律师是从零起步的,而不是站在前人的肩膀上继续发展。所以,指导老师实际上起着非常大的作用。

吴坚:传统的“传帮带”问题,其实是一个靠师傅带,靠资深律师带年轻律师,但这始终是个性的,遇到好师傅有偶然性。我们是否可以建立一个机制性的措施更好地解决“传帮带”问题。

刚才张老师提到的把入门关延伸到律师事务所,把律所的管理和律协的管理结合起来,这也需要形成一个机制性的东西。

培养律师要走出传统的“传帮带”模式,应建立一种机制性的措施

张嘉生:我觉得应该形成一个机制性的东西。全国律师协会既然颁布了这么一个规则,它的目的就是为了让整个律师队伍的建设能够长治久安,能够一直延续发展。当然在发展过程中需要更多地去细化、完善。

再说学生的问题。我们要评判他们的综合素质如何,有时候评判到最后,可能认为也不一定能成功,比如他的悟性还不够高等等。我始终觉得律师需要综合素质,法律知识只是基础,其他诸如执业素养、政治素质等更重要。我们面试的目的是关注实习

律师怎么样去做好一个律师,并非培养他办案的技巧,那是下一步的事情。我认为,重点在于培养他要有一个正确的世界观、人生观和价值观。面试当中,许多实习律师连“三个维护”都不知道,更遑论律师的使命。这种情况应该引起我们的警惕。

商建刚:就我参与面试考核的经历来说,有约10%的实习律师来自从事涉外业务的律师事务所,这些人我看能力还是很强的。但大部分人还在从事传统的业务:如婚姻家庭、交通事故、损害赔偿等,这些律师的生存状况普遍很差。对提到的律师事务所的支持问题,他们普遍回答没有支持。当我问他们怎么营生时,回答中暴露出来很多问题,比如私自接案、公民代理等。我想,律师事务所在律师成长过程中的责任是什么呢?不明确。所以有的时候不是实习律师的天资问题,而是律师事务所的体制问题。有多少律师事务所有一个保障青年律师发展的机制?

培养律师要从政治坚定、维护正义、恪守诚信三方面下功夫

吴坚:商律师是否觉得涉外所在招收实习律师的时候有一次筛选,然后指导老师又有一次筛选,因此这些被筛选出来的实习律师比那些“野路子”的或者缺少指导老师指导的实习律师在能力上要强?

商建刚:我觉得从事涉外事务的律师的优势在于语言。语言当然是一个能力,但我们所说的能力,还应包括解决和分析问题的能力。他们就一定比那些以中文为主要语言的律师强吗?也不一定。也许那些“踢野球”的律师觉得外语能解决生存的问题,但他们没有好的机会面对好的客户。这就要靠事务所的机制。有些律师事务所是“放养型”的,认为实习律师就是廉价劳动力,拿了执业证之后就

和师傅没关系了。所以才会流行一句话:“教会徒弟饿死师傅”。

吴坚:这句话为什么能够流行?因为律师主要是个体的,没有形成普遍机制性的培养机制,这种情况很普遍。我们能否在律师事务所层面上,律协层面上建立一些机制性的东西?不要只培训一个两个人,而应该是批量地培训。

麦当劳号称中国连锁企业的黄埔军校,中国许多连锁企业的高管都是从麦当劳出去的。我曾问过麦当劳公司的高管,如果若干年后你培训的人跑到你竞争对手那里去你怎么办?麦当劳公司的高管对我说:“第一、我们不怕;第二、我们鼓励。如果只有我们一家做连锁是没有市场的;另外我们这个培训是机制性的,培养出来的这批人总归有人会走,有人会留。我要留的人一定是这批人当中最好的。”

我们律师也是一样,仅靠一个律师做事要饿死的,一群律师做才能做出一个市场。我们律师业需要一个培训机制。光靠师傅带的话肯定会发生“教会徒弟,饿死师傅”的情况。

张嘉生:要建立律师事务所的培训机制是好的。但,现在上海一千多家律师事务所参差不齐,很多律所都达不到我们刚才说的要求;其次,现在律所招收实习生的来源有不规范的情况发生,良莠不齐,这也是一个难题。

我想,律协在招收实习律师这个层面上可不可以制定一个硬性规定,比如界定律师事务所有没有资质或者资格招实习生,包括律师事务所的指导老师有没有资质或者资格去带实习律师。

商建刚:我同意张老师的观点,但操作起来会有难度。按什么标准来区分或者规定怎么样的律所才能招收实习生?律师按执业年龄还是符合什么规定才能招收实习生?难度很

大。刚才吴坚律师谈到机制,我觉得自律管理的机制是很好的。比如我所在的大成所规定:只有合伙人以上的律师才能招收助理,非合伙人律师是不能招收助理的。

张嘉生:我认为应制定一些可行的制度。现在指导老师5年的执业时间要求太低。还有一个问题就是对实习律师的培养、指导,我们的侧重点在哪里?

规定上有四个原则性标准:一是法律精通;二是政治坚定;三是维护正义;四是恪守诚信。法律精通作为一名入门实习律师最底层的基础。你要实习,我们就还要考察你是否政治坚定,是不是维护正义,是不是恪守诚信。因为这三个问题中政治坚定对国家很重要,维护正义对社会和老百姓很重要,恪守诚信对当事人和自己很重要。如果不能很好地做到,那你就是害了你自己和整个律师队伍。

所以说,我们的指导老师和律师事务所培养青年律师就要从这三个方面多下功夫。

实习时间总共就一年,在这一年里再教授办案的技巧是没有意义的。现在的年轻人在学校里学法律,但对于政治经济学、哲学都不当回事儿。但要做好一个律师,这些知识是十分重要的。这是基础。一个人如果学会正确分析事物,那他成长会很快。用哲学的话来讲就是运用历史唯物主义和辩证唯物主义去分析问题,任何事物都应该历史地去看,这样才能客观公正;辩证地去看才能分清是非。这是指导老师要去教授的内容。

吴坚:张老师说的很有道理。我想到另外一个话题,就是两位作为考官在面试的时候一般从哪个角度、标准去考察他?

考核面试虽然个人各有侧

重,但始终要有使命感和责任感

张嘉生:我一般关注政治素质和职业道德素质,这是实习律师是否符合入门条件的问题。还需要关注的是实习律师是否知道职业纪律。我发现好几个实习律师在实习期用公民代理或者在判决书、裁定书上已经打上“律师”了,连概念都没有搞清楚,这些都是不应该的。我始终觉得基础打好了,你的将来就是可以预测的。

商建刚:我主要考察诚实、诚信。你可以有个性,我们可以观点不同,但应有一个要求“底线”,那就是不能撒谎。

我碰到过一位实习律师的个人实习小结是抄袭的,她不承认。但正巧在她前面面试的是和她一个所的,两个人写的基本上一样,而这位女实习律师的实习小结中的入职日期前后对不上号(和另外一位实习律师入职日期相同),因此我认定她是抄袭的,最后我对她进行了训诫。我一直认为:诚信是年轻律师必须要具备的。有些人不重视细节,但细节往往决定成败。我建议律协提供一个示范版本,告知实习律师具体的格式,或许能缓解抄袭的问题。

吴坚:两位律师觉得面试考核对我们考官来说意味着什么?

商建刚:通过面试考核这个平台,我也收获了很多信息。第一个感觉就是回到了自己执业的初期,这对自己也是一个精神的洗礼。他们的理想就是自己当初的理想,实现了,现在怎么办?人往何处去的问题一直在考验着我。和这些实习律师交谈后,感到自己还应该再努力一点,谦卑一点。

张嘉生:我始终带着一种使命感和责任感,我一直觉得有一股压力:怎么办?如何让实习律师纳入正轨?我们这代老律师之后年轻律师能否跟上来?

商建刚:我觉得张老师过虑了。

我们现在处于“微博2.0”时代,强调是互动而不是一种传递。传递是单向的,互动是双向的。在制度建设中,律师协会没有必要去制定一个律师培养的标准,而是律师协会要提出一个要求,要求每个律师事务所有一个人才培养的机制,并且将这个机制上网公示,到律协网站上备案。这样一个管理模式比律协出台一个千篇一律的规定效果要好得多。这就是互动。我对自己的助手们有一个“七年人才培养计划”,七年之后一定要出师,否则我的人才也流动不起来。

吴坚:政治方向很重要,如果一个律师迷失了政治方向,那将是很可怕的。

最后,请两位律师就自己对实习律师面试考核的看法作一下总结。

张嘉生:“严把执业关”的题目对我们来讲有点太重了。我们希望律协能够抓好入门关,我们希望通过我们的努力使我们后续的人才能够跟上。这是我的想法。

商建刚:面试考核是一项“实事”工程。我们实实在在地服务于每个即将加入律师行业的个体,无论如何这对律师协会还是考官来说都是有深刻意义的。我个人也十分重视这件事情,如果帮不了一个社会一个行业,但可以帮助一个人也是好的。第二,我们也是刚刚接触这件事情,虽然我也紧锣密鼓地做了三次面试考核工作,但是很多规则,很多技巧还有待学习和提高。我认为,如果有机会能让我们这些考官们和律师协会的管理者,包括负责律师主管的领导们多多探讨,肯定会让面试考核工作达到最好的效果。

吴坚:“严把入门关”是个重要的课题,对于上海律师来说这是一个新的挑战。希望律协对面试过程中的一些规则和程序细化并加以完善,这对每个申请执业的实习律师来说都是实事工程。■



人物 ●文/彭念元

参与信访接待的模范 维护社会稳定的精英

——记“东方大律师”邵曙范

2009年9月,一个秋高气爽的日子,震旦律师事务所邵曙范律师受上海市委邀请,在市委中心组扩大会议上作“疑难信访矛盾的形成和化解”的报告。他根据自己十多年来致力于化解社会矛盾、维护社会稳定的实践与经验,从疑难信访矛盾的形成原因、政策适用的争议、疑难信访矛盾的化解等方面进行阐述,条分缕析,有理有据,并提出了推动依法行政、维护社会稳定的若干建议,得到了俞正声书记、韩正市长等市委领导的充分肯定和赞赏。

十多年来,邵曙范以高度的政治意识、大局意识和社会责任感,坚持不懈地投身于化解社会矛盾、构建社会和谐、为民解难,为依法行政、促进社会矛盾的化解和预防、维护社会稳定作出了重要贡献,受到市委、市府及信访群众的好评,被称为“不在编的信访干部”;荣获“上海市调解化解社会矛盾先进律师”并记个人三等功、上海市司法行政系统“十大平安英雄”、上海市司法行政系统先进个人并记个人三等功、新时期“红烛”精神先进个人、优秀党务工作者以及市委、市府信访办律师志愿团优秀律师等光荣称号,2010年被评为“东方大律师”。

动之以情 晓之以理

作为1999年市司法局与市委市府信访办组建的上海市律师志愿团

的首批成员,邵曙范律师十二年如一日,风雨无阻,坚持不懈,为上访群众提供法律咨询,为困难群众无偿提供法律援助,维护老百姓的合法权益;积极协助信访办妥善处理涉法群体上访矛盾突出的案件,推动政府依法行政,竭尽全力化解各种错综复杂的矛盾,以高度的使命感、责任心、大局意识以及兢兢业业、无私奉献的敬业精神努力维护社会稳定。

在日常信访接待中,邵曙范律师发现不少上访人员因法律知识缺乏,法制观念不强,不清楚如何保护自己的合法权益,而只是单纯地向政府有关部门求助,于是他真心诚意地向上访者提供法律咨询,引导他们通过正确的法律途径维护自己的合法权益。许多上访者为劳动报酬、加班费等多次上访,而不懂这些劳动争议问题只有60天的时效,往往造成超过时效使矛盾更趋复杂而缠访不休。邵曙范律师反复向他们宣讲法律规定,劝他们赶紧提起劳动仲裁,并可向当地法律援助中心申请法律援助。通过耐心解释和人情入理的引导,使很多上访者的问题得到了妥善解决,有效地维护了群众的合法权益。

2006年底,邵曙范接待了一个李姓中年男子,李某诉说其与邻居姜某因公用部位使用发生口角,姜某当晚纠集十多人冲进他家,二话没说拿起热水瓶砸向他17岁的女儿,致使女儿面孔及前胸严重烫伤。李某声泪俱下

地说:“我女儿在读高三,才17岁啊!以后怎么见人,怎么生活啊!如果政府再不处理,我一定要为女儿报仇,与姜某全家拼个鱼死网破!”邵曙范听后深为震惊,如果答复曰:“你可要求公安机关严肃处理”,也可简单了之;但他敏锐地意识到,此事如不及时妥善处置,将会使矛盾激化,酿成恶性案件。他语重心长地劝说李某:“我也是个父亲,我十分同情你女儿的不幸遭遇,也理解你此时此刻的心情,你要相信政府有关部门一定会依法处理的。你不能以牙还牙,否则你犯了法,对你女儿将是更大的打击和伤害,你女儿会怨恨你的。”并表示可以无偿为其提供法律援助,维护他女儿的合法权益。第二天,李某如约来到震旦律师事务所,邵曙范当即为其女儿起草了给公安机关以及上海市青少年保护办公室“要求严惩违法犯罪嫌疑人姜某的报告”;青少年保护办公室十分重视,多次派人慰问李某的女儿,公安机关对姜某处以行政拘留和罚款的处罚。后来,李某又多次找邵曙范诉说:一看到女儿的脸,就十分烦躁和愤懑,真想去揍姜某全家,也要他们尝尝这种痛苦。邵曙范苦口婆心地做工作,要他千万不能做出格的事,稳定他的情绪,并在其女儿高考后,无偿代理李某女儿向姜某提起民事诉讼,使李某的女儿得到了应有的赔偿。邵曙范的真诚、热心和耐心帮助,使李某一家非常感动。邵曙范通过近十个月的数十次

工作,化解了一次可能产生矛盾激化的严重事件,维护了社会的稳定。

讨还公道 化解群访

一天,上百名股民聚集在山东驻沪办事处门外,数十个民警在现场做工作;而该办事处则大门紧锁,人去楼空。股民们群情激奋:山东驻沪办的领导答应今天接待我们,现在却不见一人,表明他们不愿解决问题。

接到市信访办的电话后,邵曙范律师急忙在第一时间赶赴现场,一边稳定股民的情绪:“我受市信访办的委托,一定维护你们的合法权益。”一边向他们严肃指出,在这里聚集影响社会治安,可以到我们律师事务所商量。股民们听从了邵曙范的劝告,全部来到震旦律师事务所。

事情的原委是这样的:1992年山东省某公司以定向募集方式设立股份有限公司。在募股过程中,出现了原定向法人发行的股票由个人购买的“法人股个人化”现象;上海近百名股民购买了该公司的股票,金额达数千万元;但该公司却未按照国务院有关规定重新进行登记,股民的股权成了“空中楼阁”,股民们不得不多次到市政府和中国证监会上海证管办上访。

邵曙范律师运用自己熟识的证券专业法律知识,向股民分析此案的法律关系及如何维护自己的合法权益。邵曙范多次赴山东济宁实地了解公司现状,并向山东省有关部门建议:由于公司不规范操作及公司现状,引起上海股民的强烈反响,已成为影响上海和山东社会稳定的因素,希望妥善处理。同时,多次与当地体改部门协商,提出对公司进行资产重组的专业化建议,得到了山东方面的重视和认可。在两年多时间里,邵曙范律师在事务所召开了有市信访办干部参加的十多次座谈会,向股民通报赴山东的情况,得到了股民的理解和支持。通过艰苦努力,终于使股民的权益得到确认,维护

了他们的合法权益,平息了这起群体上访案。

尽心尽责 依法维权

某公司在报纸上刊登招商广告,称其为上海市政府某委下属单位,将在苏州开办苏州满福来超市。消息一出,就吸引了数百余名供应商前来供货,其中大部分是来自上海的个体工商户。但是,超市开办5个月就倒闭了,引发了一场轩然大波。

作为供货商的个体工商户大多是一些小本经营者,眼睁睁地看着自己辛苦经营积累的一点资本化为乌有,落得血本无归、倾家荡产的下场,真是欲哭无泪。无奈之下,他们多次到市信访办集体上访,甚至指责政府部门纵容下属企业设置圈套,欺诈骗取,要求有关部门给予严惩和经济赔偿。

邵曙范律师多次与市信访办领导开会研究化解方法,出具相应的法律意见,并提出以事务所作为化解矛盾的场所,以免无休止到市府上访,造成不良影响。他邀请二十余名供货商代表到震旦律师事务所召开座谈会,稳定他们的情绪,帮助他们分析讨论解决问题的办法,指明他们相应的合法权益,并愿意无偿代理他们参加法院受理的破产案;诚恳耐心的开导和入丝入扣的法律分析,赢得了供货商们的理解,数百名供应商同意他无偿代理该破产案件,并表示在他代理期间不再到市府上访。

邵曙范十余次到苏州与当地政府、法院协调案件的处理,竭尽全力维护当事人的合法权益。在苏州法院召开第一次债权人会议时,因当时超市曾遭哄抢,部分账册遗失,当地的会计师事务所表示无法审计,当场数百名供货商情绪激烈,认为其中有诈,扬言要再次到有关部门上访,致使会议无法正常进行,数十名警察赶到现场维护秩序,矛盾再次激化。邵曙范及时与法官沟通后提出:根据法律规定,作为

破产案件应当查清相关债权、债务、资产等状况,方能依法进行下一步的破产审理,并建议请上海的会计师事务所“会诊”,争取出具审计报告,得到法官的支持。但是,邵曙范马不停蹄地寻找了多家会计师事务所,均因部分账册遗失,都表示难以审计;山穷水尽之际,邵曙范突然想到:作为超市,其进出货物一般均由电脑记录,只要电脑还在,就应该有原始数据。到苏州与法官联系,果然这些原始数据还完好无损保存在电脑里。带着这些原始材料,他又一次踏上了寻找会计师事务所的艰苦路程;经过多次努力,上海的一家会计师事务所经过认真仔细地审阅相关材料,出具了一份比较完整的审计报告,得到了法院采纳,终于查清了该超市所有的债权债务以及固定资产、库存商品,并尽可能实现商品变现价值最大化。供应商对审计结论十分满意,他们纷纷表示:原以为市政府请的律师一定是做样子的,没想到邵律师不但不收分文,还这么投入,花了几十个工作日来帮我们的忙,我们完全相信邵律师,相信市信访办。

在邵曙范接受此案到结案的一年多时间内,供货商无一人再到市政府上访,众多供货商虽然分到的债权比例不到5%,但供应商代表还是满含深情地向市信访办和震旦律师事务所赠送了锦旗,用“无偿援助,尽心尽责”八个大字表达心中的感激之情。

服务大局 维护稳定

邵曙范从1999年起就担任上海市委、市府律师团律师,十多年来,他参与接待信访群众8千余人次,无偿协助维稳部门处理和调解、化解了“苏州满福来超市破产案”、“苏州塔陵纠纷群访案”、“菊花大厦购房者群访案”、“大都公司租赁群体性纠纷案”、“恒祥公司职工安置群访案”等数十起在本市有着较大影响的涉法群访案件;近几年来,他带领震旦所律师

区县之声

●文 / 长宁律工委

求创新 助转型 谋发展



承办了千余件动拆迁案件，其中十余起群体案件涉及到世博、虹桥枢纽、越江隧道、轨道交通等重大项目以及浙江、江苏、四川、辽宁等地，通过艰苦细致的工作，使60%的案件通过非讼调解达成和解。他充分发挥职业律师特长，以深厚的法律功底和丰富的实践经验，厘清各种矛盾中错综复杂的法律关系，客观分析案情，找出问题症结，并提供无偿代理，进行法律援助，依法保护当事人合法权益；在此基础上，有效地开展劝阻信访工作，明显地减少和终止了当事人的集访、缠访，协助市信访办等维稳部门化解了不少疑难信访矛盾。

2009年6月，根据市委、市府关于律师参与市领导调研信访突出矛盾的指示，邵曙范作为市委主要领导调研的法律助手，带领震旦所律师率先参与到市领导调研突出矛盾的试点工作中去，日以继夜、加班加点，对“姚虹西路群访”、“金月花”等五十余个突出疑难的矛盾进行全面梳理，核准情况，参与化解信访积案，出具调研、核查、评估《律师意见书》，为俞正声书记更好地了解、判断矛盾法律性质和法律关系，决策处置化解矛盾的方法，提供了大量有价值的法律依据，很好地发挥了参谋助手作用，也为全市在11个区以及15个律师事务所全面开展这项工作提供了经验，起到了榜样和引领作用，受到市委办公厅、市联席办、市信访办、市司法局、市律协等单位和部门的高度好评。

邵曙范律师以化解矛盾为己任，以维护稳定为天职，为百姓释疑解惑，为政府排忧解难，努力践行新《律师法》赋予中国律师维护当事人合法权益、维护法律正确实施、维护社会公平正义的神圣职责，忠实履行当代律师服务大局、服务政治、服务法治政府和法治社会建设的崇高使命，堪称参与信访接待的模范、维护社会稳定的精英。■

日前，长宁区召开律师工作年会。市司法局副局长、市律师协会党委书记刘忠定，区委常委、政法委书记刘玉鹏，区人大副主任鲁德喜，副区长周正，区政协副主席吴文娟，市律师协会会长盛雷鸣出席会议。市、区司法局、有关部门负责人及百余名律师代表参加了会议。

会上，长宁区委常委、政法委书记刘玉鹏充分肯定了律师业对长宁区域经济社会发展所做出的积极贡献，对律师工作提出了具体要求：

要始终坚持党对律师工作的领导，确保律师事业又好又快发展；要充分发挥律师职能作用，努力为经济社会发展提供优质高效的法律服务；要坚持加强律师队伍教育管理，努力打造一支高素质的律师队伍，使长宁律师业在新的起点上继续走在全市前列。

抓住机遇 促进行业发展

2010年，长宁区继续按照“现代服务业集聚走在前列”的指导思想，大

力扶持和促进律师业的发展，着力为世博会的举办提供优质高效的法律服务和营造和谐稳定的社会环境。全体长宁律师在科学发展观的引领下，抓住本市“四个中心”和长宁“国际贸易承载区”建设的新机遇，坚定信心、争先创优，为区域经济社会发展做出了应有贡献。

一、在转型发展中求效益

在做大做强规模的同时，中小型所突显专业定位，表现活跃。截至2010年底，长宁区现有律师事务所90家，执业律师990名，创税首次突破亿元大关，人均创收继续保持上海前列。

二、在管理创新中求突破

集思广益出台促进长宁律师业发展的新一轮扶持政策，牵头区律工委和北京炜衡上海分所、北京天银上海分所等律师事务所签约入驻东虹桥法律服务园，分别以签署框架协议形式与区法院、区检察院建立了沟通协商机制。

三、在服务民生中求拓展

组建“世博法律服务志愿团”为参



区常委、区政法委书记刘玉鹏



市司法局副局长刘忠定



市律协会长盛雷鸣

展者、参观者提供公益性法律服务,化解和核查 91 件信访突出矛盾。区律工委因此荣获市“世博先进律工委”称号;5 家律所和 14 名律师被评为市“世博先进集体”和“世博先进个人”。刘习赞、颜学海被评为第二届“东方大律师”;徐姗姗等 3 人荣获第四届上海优秀青年律师称号;林丽娟等 3 人荣获第四届上海优秀女律师称号。区属律师参与社区和楼宇各类咨询 584 人次,参与周四信访接待 114 人次。

四、在创先争优中求凝聚

建立健全律师党建工作机制,深入开展创先争优和警示教育活动,会同区委党校建立律师党员培训基地。推动律师队伍政治素质提升。君悦所被确定为司法部“创先争优”工作联系点,并作为唯一一家律所在全国律师行业党建工作会议上作了交流发言。

创新机制 推动服务建设

2011 年长宁律师工作的总体目标是:深入贯彻中央、国务院两办和市委、市府两办文件精神,不断探索律师服务经济发展和参与社会管理创新的新机制、新途径和新手段。

一、在调结构促转型中做大做强律师业,全力服务区域经济建设。

全面启动律师业新一轮扶持政策,加大重大工程、重要项目招投标中购买法律服务的工作力度。依托政府法律顾问团的平台优势,进一步放大东虹桥法律服务园的辐射效应,支持律师事务所拓展国际金融、反倾销反垄断等高端业务领域。

二、切实发挥职能作用,有序引导



区律工委向区司法局递交义拍款项



法律援助先进获奖者

律师参与社会管理创新。

鼓励律师以第三方的身份,参与社会稳定风险评估、动拆迁和信访接待等维稳和化解工作。继续深化律所与司法所的“双结对”工作,不断拓展“法律维权进楼宇”的活动形式,有效满足基层群众的法律需求。

三、以创建全国文明城区为抓手,指导律师行业自律发展。

着力抓好律师业行风测评工作,切实提高窗口单位的服务质量。有序推

进市第九届律师代表大会换届选举工作,指导组建新一届律工委班子。

四、扎实开展创先争优活动,不断强化律师行业党的建设。

以迎接建党 90 周年为主线,结合“创新驱动、转型发展”主题实践活动,继续在律师行业中开展创先争优活动。加大对青年律师和高端人才的培养力度;引导律师以人大代表、政协委员等身份参政议政和参与各类公益活动。■

执业心声 ●文/叶金荣

真诚与技巧的融合

——律师沟通艺术随想



作者简介

叶金荣,1986年从事律师工作,现任上海市荣业律师事务所主任,并任上海市长宁区企业家法学家联谊会常务副会长。曾获2001-2002年度上海市司法行政系统先进个人;2008-2010年度上海市优秀律师评选入围终评50位候选律师之一;并当选六、七、九三届律师代表大会代表。

生活中,人与语言须臾不可分离,语言是人与人之间沟通的主要方式。美国语言学家萨丕尔说过:“人类不仅仅生活在客观世界中,也不仅仅像一般人所理解的那样,生活在社会活动中,而更大程度地是生活在特定的语言之中”。这在律师职业生涯中更是得以充分体现。

执业二十余年,在办理案件中无论与客户,抑或法官,还是律师同行等人接触,深刻体会到语言沟通是一门艺术,需要我们去悉心体会、用心思考、致力表现。语言沟通的技巧直接影响到人与人之间的关系,直接影响到事业的成败。每一位律师都渴望成功,而无疑,卓有成效的沟通艺术是事业成功的助推剂,是一名成功律师必备

的基本素质。本文拟以律师沟通的主要对象为视角,谈谈体会。

客户

客户是律师主要面对的人群。律师与客户的沟通主要是通过交谈来进行,包括首次交谈、办案中的交谈、结案后的交谈等等。不同阶段的沟通需要不同的侧重点,需要不同的方式和技巧,但在这些诸多不同的背后,却需要有一点永恒不变的,那就是内心的真诚。真诚是人类共同的东西,不论民族和国家;真诚是通过语言能内心感受的,是人与人之间有效沟通的基础。

律师所面对的客户可以用丰富来形容,每一位客户都是不同的,每一位客户遇到的事情也都是不尽相同的,如何与客户处理好关系,如何在案件的办理过程中与客户始终能保持良好的沟通,甚至于比处理案件本身更需要我们去深入思考。

首次接触客户,耐心聆听尤为重要。虽然律师的工作十分繁忙,但是对于一个不愿意听客户讲述他所碰到的麻烦的律师来说,客户对其是会很难以建立起信任感的。当然,耐心聆听并不是任由客户滔滔不绝地讲述。律师要用自己的智慧判断及时适当引导客户围绕案件重点来叙述,要通过提问等方式引导客户对重点问题进行详细陈述,要让客户感受到律师是用心在听,感受到律师对他尊重和真诚,这是让客户信任的基础。

第二步,客户的信任是有目的要

求的,也就是要能帮助他解决问题,处理纠纷。换句话说就是对律师专业水平的信任。这也是需要在首次接触时要让客户感受到的,我们有扎实的专业知识、缜密的法律思维,能在客户陈述时迅速抓住重点,并通过提问、解释等等方式帮助客户围绕争议焦点厘清法律关系,提出处理纠纷方案,让客户感受得到律师的专业。当然,这不是纸上谈兵,不是讲述一下方法就能实际运用的,这需要时间及经历的积累和沉淀,需要我们不断的思考和总结。

首次接触建立起来的信任是薄弱的,在案件办理过程中的沟通是使这种信任得以加固和延续。虽然律师会同时办理几个案件,但是客户总希望律师全身投入就办理他一个案子,能做到客户这样的期望的律师才是客户真正信任并愿意托付的人,也是律师赢得长期客户的关键。这就需要律师与客户之间保持及时地恰当的沟通。什么时候需要电话联系、什么时候需要约到事务所面谈、什么时候需要去登门拜访,都要根据具体情况作出处理。

比如说,案件办理中的一些流程性的事件,可以通过电话或邮件等方式及时告知客户,一是节约时间提高工作效率,二是这种方式足以使客户及时知道情况的同时也体会到律师的真诚服务。但是如果遇到案件中出现重大的可能影响结果的情况或直接关系到客户的利益的事件时,仅通过电话沟通就显得过于轻率,这会影响客

户对律师的评价,会降低律师在客户心中的信任度,这就需要律师与客户面对面地交谈。

有些客户喜欢拍胸脯的律师;有些客户却喜欢实事求是、全面分析利弊的律师。作为律师也要学会洞察不同的客户的心态,当然这并不是说律师要完全迎合客户的心态,喜欢好话就只讲好话,这样建立起来的信任只是脆弱的短暂的,经不起时间和实践的检验。

对于这样的客户就需要我们使用丰富的语言艺术,慢慢引导他的思维,让他逐渐接受有些不利因素的存在。并且要善于察颜观色,探明其症结所在,以便我们能恰当地提出我们认为能够避免和克服的可以尝试的方案,或者提出几条不同的但能达到同样效果的路径。

对于喜欢实事求是的客户,他可能会根据律师的判断作出取舍,那么律师的判断无异于一份裁判文书。这就不能单单凭嘴上功夫了,需要律师以扎实的专业功底,作出谨慎而较准确的判断,但也不能忽略仍可争取的方案。律师要表现出韧性、要有非盲目的自信,需要换位思考,和客户站在同一位子,尽力寻找解决问题方案。

客户是上帝,当然这有些夸张,但客户对于律师来说是至关重要的。这一点是肯定的。客户既是律师的服务对象,也是律师的资源,如何维护好开发好资源,最基本的是要和客户保持良好信任关系,这就需要有效的沟通艺术,需要律师的真诚服务。

法官

对于诉讼律师来说,除了客户,就是和司法机关的人打交道了。当然,司法机关的人主要指的还是法院的法官,因为一般来说案件最终都由法官作出裁判。如何跟法官保持良好的有效的沟通对于案件的处理有着关键影响。虽然我国目前对于律师和法官的

沟通在法庭之外缺乏一个平台,律师和法官的沟通方式会有很多限制,但律师和法官的沟通还是可以在正常的渠道内进行。律师和法官的良性互动,对于矛盾的化解、优质司法服务的形成是非常重要的,也是非常有效的。

真诚也是律师和法官沟通的法宝。律师和法官都是法律工作者,都是为社会主义的法制建设服务,大家的目标是一致的。通过真诚有效的沟通,能促使案件的处理既顾全了国家大局、又保护了人民群众的利益。法官对案件的处理既要依据法律法规,又要考虑大局、考虑社会的稳定和谐,现在提倡调解结案,而律师作为当事人的代理人,在调解工作中起着不可或缺的作用。律师如何扮演好这个中间人的角色,就需要与自己的客户沟通,要有技巧地沟通,客观地引导客户做出正确的选择;当然更需要与办案法官沟通,重要的是律师的专业水平,尽量通过简单清晰的表述分析,使法官对案件有清晰的了解,便于法官做出正确的公正的判断,便于法官做协调工作,使客户的利益能合法地最大化。

与法官保持良好沟通,能让律师及时掌握法官的思路,及时知道案件的走向,便于及时做出决策,也有助于律师和客户之间的信息及时互通,会使客户对律师的信任度增加。律师和法官的沟通、律师和客户的沟通,两者之间是有着不可分裂的互相促进效果的。作为律师如何把握好度,如何把握好节奏、如何把握好语言技巧,这是一门学问,需要律师在经历中思考,在思考中实践,在实践中体味。

对手

对手,是律师对抗的相对方。有同行;刑事案件中有检察官;还有客户,当然是对立的客户,但也有可能是潜在的将来的自己的客户。对手是相对的,在战场外,对手可能就是朋友、是

战友。

与对手在法庭上更多的是讲证据、讲事实、讲法律,是用比较直接的方式进攻或防守。当然,在这里语言艺术也很重要,诚恳有据的语言能让人心悦诚服,精辟入理的分析能引起听者的兴趣,适当的调侃能放松神经。在法庭上的沟通不是双方的,而是三方的甚至是更多,与任何一方的沟通都是有明确目的的。在这里,充足的准备工作是非常重要的,可以说,沟通的技巧就是在进入战场前对案情的充分了解和充分的思辨考量、假设,案情和法律了然于胸才能游刃有余。

法庭上的沟通是激烈的,是展现律师智慧的最好方式,但也是传统的方式。现在律师的战场更多地转移到法庭之外,谈判就是另一种主要的方式。当然,在法庭上也会有谈判,但主要是在法庭调解阶段,更多的谈判是发生在法庭之外。谈判是迂回的,是语言、策略和心理的较量。律师在谈判中的真诚和技巧非常重要,与对手接触后就需要进行互动,从互动中了解对方,以便于对谈判的方式和策略进行定位。

经历过诉讼的律师在心理素质和临场反应上都经过了磨炼,更能适应谈判的氛围。但谈判与诉讼又是不同的,在诉讼中和对手大部分都是以敌对开始,而在谈判中却应尽量避免这种方式,否则很可能会使双方沟通的基础破灭。

对手就是潜在的客户,尊重是最基本的原则,在言语上尤为要注意。要以理服人、以德服人,把今天的对手变成明天的客户,这是律师个人魅力的重要体现。

非知之艰,行之惟艰。沟通艺术是作为一名律师在执业生涯中要始终学习摸索的东西,更要在不断的实战中实践,经历数不清的失败的痛苦和成功的快乐,才能运用自如。■



作者简介

严锡忠 上海左券律师事务所合伙人。市律协税法业务委员会主任、市法学会财税法学研究会副会长、上海交大税务研究所副所长。2002 年荣获“上海市法律援助先进”个人,2004 年荣获首届“浦东新区十大杰出青年律师”,2008 年荣获上海市第三届十佳青年律师。

2011 年的上海车展,除了车模争奇斗艳,一掷千金的富豪也不寂寞。5 辆价格各 4700 万的阿斯顿·马丁限量车型 ONE-77 被国内富豪“秒杀”一空。中国已成为全球豪华汽车购买力最强的国家之一。除此之外,欧洲的名牌店早已成为国人经常光顾的场所;美国、日本的豪宅亦遭中国富人疯狂抢购。在中国,奢侈品消费已经成为一个社会潮流。

与此形成鲜明对照,按照每人每天 1 美元收入的联合国贫困标准,中国仍有 1.5 亿贫困人口。5 辆阿斯顿·马丁可以使完全赤贫的 10 万人吃饱一年的肚子。中国的人均 GDP 仅有美国的 1/20 不到,而奢侈品消费却与美国相当。巨大的贫富差距,迫使人们不得不考虑是否动用税收手段——开征奢侈税,来平抑这种吓人的差距。

视角 ●文/严锡忠

奢侈税离我们还有多远

哪些是奢侈品?

一般认为,奢侈品就是非生活必需品,一种超出人们生存与发展需要范围的,具有独特、稀缺、珍奇等特点的消费品。按此定义,不仅像灵芝、虫草等中草药补品应归入奢侈品,时下短缺的茅台、五粮液恐怕也属于奢侈品了。有人补充说,具有炫耀特征的非生活必需品才是奢侈品。依此而言,不事张扬的富翁在郊外购置的豪华别墅恐怕就不在奢侈品之列了。

经济学界,通常以产品的需求收入弹性为依据来界定奢侈品,若弹性值大于 1 以上,则列为奢侈品的范畴。即人们对该产品需求量的增长高于人们收入的增长。

但从奢侈税立法的角度而言,各国一般不直接定义奢侈品,而是采用列举方式。在人们印象中,豪宅、豪车、游艇、飞机、名表、名包、名牌服装等,都属于奢侈品。但要准确列举奢侈品是困难的。因为,随着时代的变迁,奢侈品也会变为大众消费品,例如早期的笔记本电脑、家庭影院等,早已飞入寻常百姓家。所以,奢侈税立法并不是一劳永逸的,开征的早期阶段一般是少量列举,然后逐步扩展范围。

台湾地区即将征收“特种货物及劳务税(即奢侈税)”,征税对象即采用列举方式,包括销售单价逾新台币 300 万元(合人民币 68 万元)的小客车、游艇、飞机、直升机、超轻型飞机及逾 50 万元(合人民币 11 万元)以上的家具;龟壳、玳瑁、珊瑚、象牙、毛皮及其制品(非属保育类野生动物及其制品除外);每次销售价格 50 万元(合人民币 11 万元)以上的入会权利(如高尔夫

会员证);1 年以及 2 年内转手的非自用住宅。

可以预言,中国如果开征奢侈税,基于谨慎原则,可能会采用试点方式,早期阶段的试点对象可能会限于少量商品,如豪车、游艇、豪宅等。奢侈税征税对象一般不会扩展至非消费性商品,例如字画、古玩等收藏品及股票、期货、金银等投资性产品。

奢侈税能否止住奢侈之风?

关于奢侈品或奢侈行为本身是否具有正当性,不乏争议。但无论从人类文明的主流价值观念出发,还是从当今欧洲已经出现的对奢侈品激情消退现象的判断,“止奢倡廉”,对中国这样一个文明古国,仍具有深刻的意义。

很多人认为,征收重税,可以立竿见影地止住奢侈之风。

从世界各国、各地区奢侈税税率来看,像 NBA 联盟按工资帽以上特定数额 100%课征的情形毕竟还是少数。如对价格超过 3 万美元的汽车,美国也只是加征 10%的奢侈品税。台湾地区拟实施的奢侈税最高税率为 15%,瑞典的税率为 20-25%。无限制地提升奢侈税率是不现实的,过高的税率可能会遏制整个奢侈品行业,反而消灭本地税源。也会逼迫本地奢侈品消费者转而寻求境外消费。而较低的税率对富人的影响是有限的,尤其是处于快速转变中的中国,中国富豪从谷底跃向巅峰的速度越快,无论是他本人还是这个家族对新奇的渴望与体验的冲动就越强烈。快速创业的成功,对富豪们的信心与决策的魄力构成正向刺激,因此,区区几百万的汽车已经不算

是豪车了,当要抢购 4700 万元的豪车时,10%乃至 30%的奢侈税岂可挡道?

奢侈税更多地体现的是社会价值取向的意义。即被课征奢侈税不是一件光荣的事情,与社会所倡导的节俭的主流价值观是背道而驰的。一个人被多次课征奢侈税,或许是一件羞于启齿的事。也许奢侈税开征以后,福布斯排行榜的看点已不再是财富排行榜,而是奢侈税纳税大户排行榜,这一数据如果公示,全社会恐怕都会津津乐道之且唾弃之。

这一价值取向是否能够真正得以体现,还取决于立法的严谨与否、执法的贯彻与否。例如,1988 年国务院发布了《中华人民共和国筵席税暂行条例》,采用从价征收方式,一次性消费人民币 200 元至 500 元的,按消费价格 15-20%征收筵席税。其目的是抑制奢侈浪费之风,促进社会风气的好转,但直到 1994 年,全国总共才征收了 87 万元,公款大吃大喝也未有丝毫改观。这说明,不科学地立法,奢侈行为仍然可以改头换面地进行。即使立法严密、科学,由于奢侈品是一个高利润行业,行业利益如果与地方利益相关联,则控制奢侈行为之难,恐怕又会陷入类似控制房价的窘境。

但无论是立法环节还是执法环节存在的问题,这些问题本身并不排斥奢侈税的价值取向意义。或许可以认为,富人们到境外奢侈、到公海上奢侈、偷偷摸摸地奢侈,也算是对奢侈税法的一种尊重吧,至少他们感觉到那不是光明正大的行为。果如此,道亦不远矣!

奢侈税能否调节收入分配?

一些人认为,开征奢侈税的意义并不是象征性的意义,或者社会价值取向的意义,而在于有利于调节社会收入分配,有利于缩小贫富差距,具有具体的经济意义。当然也有人会为此附会上一些社会价值意义,诸如,“中

国的富人买奢侈品如买菜,然而其交纳的个人所得税却甚至远低于算术平均数”,“现在大部分中国的富人都有浪费的情况,一个人的消耗要顶上好多个普通百姓,所以应该要他们多缴税,这样才体现中国是个社会主义国家”等,由此得出结论,“开征奢侈品税,让富人的消费转化为对国家税收的支持,是理性的选择”。这种附会的观点,也许只是一厢情愿的想法。

如果将开征奢侈税的意义定位于经济功能,而非社会价值功能,则可能会出现非常有趣的现象:开征奢侈税者恐怕并不希望富人们克勤克俭,而是希望那些愚蠢的富人们前赴后继、勇敢地跳入奢侈税的陷阱,只有这样,才有可能产生足够的税源以达到调节社会收入分配的功能。在这样一个征税指导思想下,立法机关在选择征税对象上,对那些人们爱不释手的商品可能会课以重税,例如化妆品。而对那些高价商品或者说需求弹性较大的真正奢侈品,由于人们对价格的敏感性,立法机关反而会担心富人购买欲望的退却,所以宁愿谨慎地选择低税率,例如珠宝、名表,如果课以重税,富人们一旦选择海外市场,打击的则是本国的市场。这样就导致真正的奢侈品仍然大行其道,而爱美的人们正常消耗“日用品”时,却要忍受高价的痛苦。这种奢侈税,多少有些变味。

因此,开征奢侈税,立法者必须十分清醒地确立奢侈税开征的价值取向,否则会开出完全不同的花朵。如果根据人云亦云的说法,开征奢侈税是为了调节收入分配,缩小贫富差距,那很可能奢侈税仅仅停留于商品价格的组成部分,而无法起到遏制、阻却奢侈消费的行为。甚至有些地方部门会反对曝光奢侈行为,因为那样会减少税收。

现行的消费税是否就是奢侈税?

在讨论中国是否开征奢侈税之前,有必要澄清一个问题,即现行的消费税是否就是所谓的奢侈税。如果是,那么讨论是否开征奢侈税就毫无意义。

从征税对象而言,根据《中华人民共和国消费税暂行条例》(2009 年 1 月 1 日修订)第一条“在中华人民共和国境内生产、委托加工和进口本条例规定的消费品的单位和个人,以及国务院确定的销售本条例规定的消费品的其他单位和个人,为消费税的纳税人,应当依照本条例缴纳消费税”之规定,消费税的征税对象为消费品。消费品的范围包括十四类:烟、酒及酒精、化妆品、贵重首饰及珠宝玉石、鞭炮焰火、成品油、汽车轮胎、摩托车、小汽车、高尔夫球及球具、高档手表、游艇、木制一次性筷子、实木地板。消费税率从 1%到 45%不等。消费税的征税对象似乎已经广泛触及了所有奢侈商品,其高达 45%的税率正是奢侈税所努力追求的遏制效应。尽管如此,我们仍然发现,现有消费税之下的消费品仍然不能涵盖所有的奢侈行为,比如属于不动产类的豪宅、属于服务类的高尔夫会员证等,都不属于消费税的征税对象。准确地讲,消费税针对的只是增值税调整对象之下的物品,而不是营业税调整对象之下的服务或不动产等。这就导致以消费税代替奢侈税,必然存在结构性缺陷。

当然,更激进的想法是,奢侈税的征税对象不仅与消费税不同,甚至与增值税、营业税的征税对象也不同,它不应当针对某一物品或服务征税,而应针对行为征税。举例而言,有人一辈子才饕餮大餐一顿,有人却天天饕餮,如果仅针对物征收奢侈税,所有人,无论一次还是数次,均需缴纳奢侈税,穷人也都要为其偶尔甚至绝无仅有的一次体验付出高昂的代价。莫泊桑笔下的主人翁为购买一根项链辛劳了一辈子,恐怕也难逃奢侈税的再度折磨。所以,按物征税,难免机械、呆板,如同剥夺了

百姓参观故宫的权利。科学的做法是,奢侈税的征税对象应当是那些连续的、超过一定限度的奢侈行为——这些纳税人才是真正的富人。

从征收方式而言,消费税重在生产环节征收,消费品进入流通领域以后,消费税作为价内税,已成为价格构成之一部分,最终消费者并不清楚价格之中有多少税费,对税费的痛楚感觉不直观、不明显,而对于奢侈税而言,一般均认为在消费终端环节征收更具有意义,甚至应该将其设计成价外税,让消费者直接感知奢侈所付出的代价。

现有消费税如果不进行全面彻底的结构性改革,尚难替代奢侈税开征意欲实现的价值取向。

何时会开征奢侈税?

既然奢侈税是一个独立的税种,而节俭又是人类永恒的价值观念,奢侈税恐怕不是开不开征的问题,而是何时开征的问题。

如果立法者将开征奢侈税的指导思想,定位于社会价值取向,根据以上分析,立法者将会十分清醒地认识到,不能寄望奢侈税实现多少财政功能,它只具有象征意义。而在我国目前围绕经济建设的大格局下,奢侈品市场正方兴未艾,属于一个新兴的市场,它不仅具有带领民族品牌追赶潮流品牌的导向作用,还可以带动精品加工,解决大量就业,改善就业人员收入等。如果仅仅是为了“精神文明建设”,而过早地扼杀一个行业,无论对于地方经济,还是民族品牌发展,都无好处。何况,富人花的是自己口袋里的钱,人们的好恶可能更多是心理感受层面的,而并不影响一般人的实际利益。如果立法者仍然属于经济大潮的推动与参与者,又能清醒地体认奢侈税的价值取向功能,则难以有人会认真地推动这一精神文明建设,奢侈税开征恐怕也是遥遥无期之事。

如果立法者将开征奢侈税的指导思想,定位于财政分配功能,则奢侈税无疑将会形成一个有力的财政税收来源。特别在当前民众强烈呼吁减税的大背景之下,诸如股票环节要求削减印花税、建设金融中心要求减少流通环节的税收障碍、工薪阶层要求大幅度减少个人所得税、房产税也是众说纷纭,为了保证财政收入的稳定,呼应民众的吁求,政府势必会有所割舍,所谓“失之东隅”、“必收之桑榆”,但要开征一个新税种,谈何容易?但最为百姓称道的、最没有障碍的,莫过于奢侈税了。就世界范围而言,很多政府正是借开征奢侈税道义之名,行财政敛钱之实,这种名不符实的做法,当然会导致奢侈税渐行渐远,最后消失在林林总总的商品价格之中,直至与今天的消费税无异。消费税或许就是奢侈税蜕化的产物。果真如此指导思想,奢侈税恐怕离我们很近、很近。■

我的败诉

●文/严锡祥

无妄之灾怎么消

——两例败诉案的纠结

从业二十多年,经办诉讼案件不下千余件。做诉讼代理律师,最终判决非赢即输,因此从两方代理律师来看,总有一方是败诉,概率似乎是百分之五十。所以律师遭遇败诉,也是一种“常态”,不应因此而感到郁闷。但作为一个有责任心和进取心的律师,败诉往往也可以比胜诉更能悟出不同的门道,学到更多的东西。

何谓败诉?我自认为分为两大类,一种是本就处下风的官司,从事实和法律规定来看,对自己代理的一方不利,输官司在所难免。作为代理律师应尽力而为,尽量为自己的当事人减少损失,争取利益就是了。另一种是未能按现有法律框架,有效达到预期的目标,这是真正的败诉,也即民间和业界所称的“冤枉官司”。本人所办的两例此类败诉案件,着实使我纠结良久。

一、老太太摔伤却未能获得过错方的赔偿

陆老太已90余岁,常年住在上海一幢三层楼的老式洋房里,平日里还有年近70岁的女儿相伴左右,照顾她的生活。陆老太虽年事已高,但是思路清晰,日常的生活起居大部分都可以自理,甚至还能操持一定的家务,邻居们都用“神清气爽”来形容这位90多岁高龄的老人,均称实属不易。老太太住房的南面有一个大晒台,为三楼几户居民共用。几年前,某物业公司因漏水对该晒台进行了大修,在晒台上铺了一层厚十几厘米的水泥,导致出入晒台的台阶高差由原先的15厘米增加到了25厘米。陆老太久未从此台阶的门内进出,2009年某日她从晒台返回室内时,因台阶落差过大而摔倒骨折,后经司法鉴定为八级伤残。陆老太手术完出院后,只能终日卧病在床,不仅日常生活完全不能自理,精神上 also 遭受了巨大的创伤。两个70岁上下的子女伺候90多岁的老母亲,三个老人的生活全部乱套,陷入严重的困境。为此陆老太子女向维修晒台的物业公司提出了索赔。而物业公司不予理睬,只是在陆老太摔伤处偷偷地补添了一级木制的临时台阶。因



作者简介:严锡祥,中共党员,上海海若律师事务所首席合伙人。执业近30年,承办过2000多件各类民事、商事等案件。九十年代初,主攻房地产领域,对该领域业务谙熟。因有法律和经济管理教育双重背景,故常能跨界思考问题。

此,陆老太于2010年12月向该物业公司提起了人身损害赔偿的诉讼。

作为原告的诉讼代理人,我提出了以下观点:

1.被告具有过错行为。陆老太在经该物业公司修缮晒台时增高10厘米以上的台阶踏步上摔伤,《中华人民共和国民用建筑设计通则》(GB50352-2005)对台阶高度明确规定:“公共建筑室内外台阶踏步宽度不宜小于0.30m,踏步高度不宜大于0.15m”,本案被告某物业公司在对原告陆老太居住的房屋外晒台进行修缮时,使得其中一级台阶新增高度0.1m,导致了内外台阶的高度差高达近0.25m,严重超标。物业公司补添了一级台阶的做法,显示其也意识到原来台阶高度存在的不合理性。这一不合理是可以由现有的简单技术弥补的,但是在案发之前,不知是由于为了节省修缮成本还是修缮时的疏忽,对该存在隐患的台阶未作任何弥补处理,也正是这一过错行为,才导致原告陆老太摔倒受伤。

2.陆老太在修缮过的台阶处行走没有过错,不应承担责任。该台阶属公共部位,尽管晒台有两个出入口,但均是晒台进出的通道,陆老太偶尔走其中的一个也是正常行为,在摔伤前众所周知,她身体健康,神志清醒,因此行走此道,毫无过错。法庭审理中对原告进行的鉴定,也反映出原告“仪态尚整,情感尚协调”,且从问答中也可可见其思维清楚,对答切题。她从事基本生活所需的行走是没有过错的,本人和家属不应承担责任。

但法院最终的认定和判决却是:

——本案系争房屋房龄较长,维护修缮时受房屋自身限制较多,若要求其按照现行新建建筑物的国家标准进行修缮,并不符合本案的实际情况,且现台阶高度难以认定存在明显瑕疵。

——涉案房屋于2006年9月已经修缮完毕,原告及其家属对晒台层高增加的客观情况、原告的身体状况是知晓的,一般而言,原告及其家属能够通过自身注意避免危险的,其应当切实履行自身安全注意义务,现其放任危险或者不小心造成损害后果发生的,原告应自行承担因本人过失造成的损害后果。

因此,法院作出了驳回原告诉讼请求的判决。

此判决大大出乎我的意料。一般按常理,此类案件,作为弱势受伤的一方,且被告又存在明显的一定的过

错,法院会判被告承担全部或至少一部分责任,进行一定的赔偿。败诉之后,作为原告的代理律师,我一直在思考为什么会出现这个结果,要分析法院的判案思路,不得不先回归本案的背景。

发生案件的这种老式洋房,上海还留有上千幢。这种老式洋房里通常住着四五户人家,有的甚至七八户,而且以60岁以上的老年人居多。本案看似只是涉及一场意外,但是处于和陆老太相同生活状态的人成千上万,此案如果法院判赔这道门一旦打开,今后就会有成批的类似案件涌上法庭。说实话,像这种上世纪30年代以前的老式建筑,要彻底按照现行的安全、技术标准来整修是不可能的,这不仅牵涉到修缮成本和人员安置成本,就是以现有的技术来说,也难以做到使其建筑标准达到现在新造的房屋一样。尤其是一些消防设施,目前能做到的也只是简单的预防和勉强的补救。因此,由于早年建筑设计的缺陷给当代人带来的生活不便和影响在所难免,像本案陆老太一样,遭受意外伤害的人即使不能说多如牛毛,恐怕也不在少数。但是法院为了简单地保护物业管理单位的利益和可能带来的麻烦,宁可牺牲无辜一方的利益,这是不妥的。因此,除了司法部门应该在司法实践的制度设计上进行司法救济,作为律师也应考虑可行的变通和调解方案,配合法院走出判决的“两难”境地,从而实现己方一定利益的保障。

二、婚姻中遇骗,损失惨重,司法却难以救济

李女士与孙某(男)在MBA培训班中相识。认识之初,孙自称是名校高材生,未婚,是公司的高管,为了有更大的发展,进修企管课程。如此的钻石男,很得李女士青睐,两人闪婚成家。结婚之后,孙以项目投资巨

大,资金暂时短缺为由,多次向李女士借钱周转。为取得对方信任,孙还拿出了他所称的与合作方 A 集团的合同文件,上面有双方的签字盖章。既然是夫妻,又有盖章生效的文件相证,李女士对丈夫投资需要资金一事深信不疑,多次拿出自己的婚前财产借给丈夫投资周转,累计达一百多万元人民币。直至某日,李女士在打扫房间时,偶然发现丈夫平日时时上锁的书房抽屉打开着,里面竟然有大大小小不下 20 枚公司印章和私章,其中也包括合作方 A 集团的公司公章和其法定代表人的私章。隐情暴露,李女士大吃一惊,急招丈夫回家说明缘由。孙倒也干脆,面对败露的丑行,一口承认过去的陈述都是假的,而且以往还因有此前科而被处罚过。现在想找个好点的女孩成家立业,重新做人。并称时至今日,愿意听凭李女士的任何发落。痛不欲生的李女士为此到处走访,要求惩办这个骗子。但得到的答复是:因为他们是夫妻关系,无法认定是男方骗她钱。

事已至此,李女士只能采用最直截了当的解决方式——尽快办理离婚手续,割除“毒瘤”。意想不到的是,在民政部门登记离婚生效后的一周内,李女士却接到了法院的传票。

原告是孙的朋友,声称孙在数月前因做生意所需向其借了人民币 30 万元,并出具了孙所写的借据和收条。因借款时间是在李女士和孙婚姻存续期间,故将她一并告上法庭。

我接受李女士委托,担任其诉讼代理人。本案中李女士的无辜和孙某的劣行十分清楚,而且借款的虚假性也显而易见。诉讼按程序如常进行,不出所料,第一被告孙某一直不露面。作为代理人,我煞费苦心,从各种不同角度对借款证据进行了驳斥,并对其虚假性进行了充分的分析和揭示。然而,因原告又轻易取得了借据上孙某签名真实的鉴定,我方还是无可挽回地遭遇了败诉。而且原告早已根据同为被告的孙某提供的线索,查封了李女士的财产,顺利地执行到了她的财产。为此李女士大病一场。对这个败诉,我也一直耿耿于怀。

这样的案件,这样的婚姻悲剧,让人感叹。而作为一名律师,一名司法共同体的成员,我又情不自禁地这样思考:审理涉及夫妻双方共有财产的案件,应该如何保护当事人的合法权益。从保护善意第三人的角度出发,《婚姻法解释(二)》第二十四条规定:“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权

利的,应当按夫妻共同债务处理。”按照我国婚姻法的这个规定,作为配偶,就有义务承担相应的责任。让人担忧的是,以本案为例,虽然夫妻双方已经离婚,但是男方完全可以和第三人串通,伪造出在婚姻关系存续期间的借条,并以此为由,向女方索要财产,孙某就是这样轻易达到了目的。照此办理,如李女士还有财产可榨,第二张、第三张借条,第二场、第三场官司还可能继续出现,这对女方的伤害是不可估量的。

婚姻纠纷中出现上述情况不是少数现象,伪证情况也常有发现,这是司法实践中的一个盲区。对此,我一直在探索走出盲区的法理依据。2010 年 11 月,《婚姻法司法解释三(征求意见稿)》一出,我就特别关注与之相关的夫妻离婚时对外债务处理的新的司法解释,但直至其正式颁布,仍未见有所突破。

我的上述两个败诉案件,涉及的其实均是弱势群体和相对强势管理部门之间及可能善意的第三人和无过错的配偶之间的利益衡平原则如何在司法实践中体现的问题。所以,这些案件反映的核心问题,还是法院审理原则和司法救济原则的制度设计问题,律师似乎难有很大作为。但我想,作为执业已有几十年经历的老律师,既不能光着眼于“一城一池”的得失,也不能对这些问题熟视无睹。作为司法共同体成员中的一份子,在办案之余,应为我国法制建设、司法制度的发展尽自己应有的责任。

俗话说“春江水暖鸭先知”,作为在司法实践第一线的法律人,我们对案件有着与审判人员不同的审视角度,理应为司法制度建设提供有参考价值的、建设性的立法建议。这是我在上述两个案件败诉后新的体会和发源于内心的自我要求,我也已经将之付诸行动。■





作者简介:吴海,光大律师事务所合伙人。华东政法学院法学学士、同济大学在读法律硕士,具有国家二级心理咨询师资格、助理古玩鉴定员资格。2001年7月开始执业。曾获“上政杯”上海司法行政系统辩论赛亚军、总决赛优秀辩手,虹口区律师检察官辩论赛最佳辩手。

在食品、药品安全日益引起人们重视的今天,假药就成了一个非常敏感的话题。因为假药意味着对人身健康乃至生命权的漠视,生产者也应当受到法律的严惩。针对包括假药在内的药品生产、流通、销售领域,卫生、药监等部门都制定了相当多的规范性文件。随着时间的推移、立法技术的不断完善和新情况新问题的层出不穷,规范性文件也会修改或为新的文件所替代,在这过程中作为生产企业、销售企业就会遇到各种各样的问题。

此外,还涉及到执法部门的执法理念问题。笔者没有在政府部门的工作经验,也不便揣测行政部门能否从收到的罚款中以返还的名义分得一杯羹。但一个地方的行政部门的执法水平、执法态度将直接决定该地的投资环境,进而决定该地的经济发展水平。

笔者遇到的这个案子发生在安徽省一个地级市(以下称“B市”),由该地级市的食品药品监督管理局直接执法,此案我代理了听证、一审、二审程序,B

我的败诉 ●文/吴海

一起“假药”行政处罚案

市食品药品监督管理局进行了行政处罚,一、二审法院均维持其处罚决定,下面对此案做一些分析。

一、简要案情

上海A药厂,生产一种口服溶液,根据该口服溶液的说明书,其适应症为“用于普通感冒或流行性感引起之发热。也用于缓解轻至中度疼痛如头痛、关节痛、偏头痛、牙痛、肌肉痛、神经痛、痛经”。A药厂在外包装上,除写明了“适应症”的内容外,还标注了“适用于发烧”的字样。

2008年9月2日,B市食品药品监督管理局对该市C医药公司的检查中,发现C医药公司销售了A药厂与2006年10月和2007年2月生产的两个批次的外包装标有“适用于发烧”字样的口服溶液。

B市食品药品监督管理局认为“适用于发烧”字样与说明书标示的适应症不一致,违反了《中华人民共和国药品管理法》相关条款,对C医药公司处以没收违法所得10万元,并处货值金额3倍的罚款30万元,合计罚没款40万元的行政处罚。在行政诉讼中,B市食品药品监督管理局将2006年的《药品说明书和标签管理规定》(被称为24号令)作为其实施处罚的依据。

对于该行政处罚,C医药公司表示不服,认为存在如下问题:

首先,本案包装、标签问题应适用2000年的《药品包装、标签和说明书管理规定(暂行)》(被称为23号令),而非2006年的《药品说明书和标签管理

规定》(被称为24号令);

其次,根据《关于实施〈药品包装、标签和说明书管理规定〉(暂行)有关事宜的通知》(国药管注〔2000〕519号)规定,外包装由省级药品监督管理局核准后方可印制,B市食品药品监督管理局如要处罚应查明上海市食品药品监督管理局未核准外包装。

再次,适用《药品管理法》第四十八条进行处罚,属于适用法律错误。

最后,违法所得的认定存在错误。

二、相关法律规定

由于本案涉及到药品管理领域的法律、法规,具有较强的专业性,在此需要专门进行罗列和分析。

1《药品管理法》第四十八条第三款规定:“下列情形视为假药(六)所标明的适应症或者功能主治超出规定范围的。”该条款是B市食品药品监督管理局进行行政处罚的法律依据。

第五十四条规定:“药品包装必须按照规定印有或者贴有标签并附有说明书。标签或者说明书上必须注明药品的通用名称、成份、规格、生产企业、批准文号、产品批号、生产日期、有效期、适应症或者功能主治、用法、用量、禁忌、不良反应和注意事项。”

第七十四条规定:“生产、销售假药的,没收违法生产、销售的药品和违法所得,并处违法生产、销售药品货值金额二倍以上五倍以下的罚款;有药品批准证明文件的予以撤销,并责令停产、停业整顿;情节严重的,吊销《药品生产许可证》《药品经营许可证》或者《医疗机

构制剂许可证》;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”

2、2000 年国家药品监督管理局颁布《药品包装、标签和说明书管理规定(暂行)》(局令第 23 号令)第十五条:“药品的包装、标签及说明书在申请该药品注册时依药品的不同类别按照相应的管理规定办理审批手续。已注册上市的药品,凡修订或者更改包装、标签或说明书的,均须按照原申报程序履行报批手续。”

3、2006 年国家食品药品监督管理局颁布《药品说明书和标签管理规定》(局令第 24 号公布),对 23 号令的部分内容做了修改。

4、2000 年国家药品监督管理局还颁布了《关于实施<药品包装、标签和说明书管理规定>(暂行)有关事宜的通知》(国药管注〔2000〕519 号),第四条规定:“各药品生产企业应按照《规定》要求,对照检查所使用的包装、标签和说明书,凡不符合要求的,要重新设计,并报经所在地省(区、市)药品监督管理局核准后方可印制使用。”

5、2006 年,国家食品药品监督管理局颁布《关于实施<药品说明书和标签管理规定>有关事宜的公告》(国食药监注[2006]100 号),第二条规定:“2006 年 6 月 1 日前批准注册且 2007 年 6 月 1 日前生产出厂的药品,其说明书和标签符合《药品包装、标签和说明书管理规定(暂行)》要求的,可以在药品有效期内销售使用。”

三、案件存在的相关问题分析

1、应当适用 23 号令还是 24 号令的问题

《关于实施<药品说明书和标签管理规定>有关事宜的公告》(国食药监注[2006]100 号),该文件第二条规定:“2006 年 6 月 1 日前批准注册且 2007 年 6 月 1 日前生产出厂的药品,其说明书和标签符合《药品包装、标签和说明书管理规定(暂行)》要求的,可以在药

品有效期内销售使用。”

通过庭审可知,被告进行处罚的药物均为 2007 年 6 月 1 日前生产,因此对其生产、销售均应适用 23 号令的规定,而非 24 号令。

2、药品外包装是否需要经过审批的问题

《药品包装、标签和说明书管理规定(暂行)》(23 号令)第十五条规定:“药品包装、标签及说明书在申请该药品注册时依药品的不同类别按照相应的管理规定办理审批手续。已注册上市的药品,凡修订或更改包装、标签或说明书的,均须按照原申报程序履行报批手续。”

《关于实施<药品包装、标签和说明书管理规定>(暂行)有关事宜的通知》(国药管注〔2000〕519 号)第四条规定:“各药品生产企业应按照《规定》要求,对照检查所使用的包装、标签和说明书,凡不符合要求的,要重新设计,并报经所在地省(区、市)药品监督管理局核准后方可印制使用。”

上述文件明确规定,按照 23 号令生产的药品外包装、标签都是经过相关省级药品监管部门审批的。既然是需要经过审批的,则 B 市食品药品监督管理局应当首先查明系争药品的外包装是否经过审批。如果适用 24 号令则无需审批,外包装是否合法的责任由生产厂家负责。

3、是否应当适用《药品管理法》第四十八条规定对 C 公司进行处罚

B 市食品药品监督管理局依据《药品管理法》第四十八条规定,认为所标明的适应症或者功能主治超出规定范围的,所以按照假药论处。

通过庭审可以知道,系争药物外包装上印有明确的适应症范围,被告也确认外包装上的适应症并没有超出说明书的范畴。而是认为标明的适应症以外的内容违法,用 B 市食品药品监督管理局出庭应诉的工作人员的话说就是“非典型性违法”。

其实,此话正表明其混淆了“适应

症”和外包装的规定。也就是说,系争药品标明的适应症并没有超出规定范围,现在的问题是系争药物的外包装有没有违法。

因此,笔者认为进行处罚所适用的法律是错误的。

4、听证程序问题

在 B 市食品药品监督管理局的听证程序中,主持人为曹某,其并非本案的调查人员。但是通过一审该局提供的内部讨论记录可以知道,曹某在听证举行前,还主持了对案件处罚的合议,并在合议中认为:“此案事实清楚,处罚也适当,按照上述的补充意见,我认为就更加完美了”。因此曹某对于此案的观点早已明确,且倾向性明显。

《行政处罚法》第四十二条第(四)项规定:“听证由行政机关指定的非本案调查人员主持;当事人认为主持人与本案有直接利害关系的,有权申请回避”。

《药品监督行政处罚程序规定》第三十八条规定:“听证主持人由药品监督管理部门主管领导指定本机关内部的非本案调查人员担任,一般由本机关法制机构人员或者从事法制工作的人员担任。”

第三十九条规定:“当事人认为听证主持人和书记员与本案有利害关系的,有权申请回避。”

但是在听证过程中,C 医药公司只知道曹某并非调查人员,而无法知道其曾经主持案件合议,系与本案有直接利害关系,因此无法在听证程序中提出回避申请。但据此在一、二审过程中认为听证程序违法的意见,法院均未采纳。

5、关于违法所得如何认定的问题

针对药品监督管理行政处罚中“违法所得”计算方式认识不一的情况《中国医药报》曾于 2003 年 11 月 29 日组织专版讨论,在这次讨论中,除有人坚持认为计算“违法所得”应包括成本和获利外,也有人从国家法制统一方面考虑,认为“违法所得”应扣除成本。其理由是最高人民法院《关于审理生产、销售伪劣产品刑事案件如何认定“违法所得”的批

复》中规定：“全国人民代表大会常务委员会《关于惩治生产、销售、伪劣商品犯罪的决定》规定的‘违法所得数额’，是指生产、销售伪劣产品获利的数额”。最高人民法院在《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中也规定：“违法所得数额”是指获利数额。同时，国家质量技术监督局在《关于实施〈中华人民共和国产品质量法〉若干问题的意见》中也规定：本法所称违法所得是指获取的利润。

国家食品药品监督管理局《关于〈药品管理法〉〈药品管理法实施条例〉“违法所得”问题的批复》中规定：“一般情况下，《药品管理法》《药品管理法实施条例》中的‘违法所得’，是指‘实施违法行为的全部经营收入’。《药品管理法》第八十二条、第八十七条规定的‘违法所得’是指‘实施违法行为中收取的费用’。《药品管理法实施条例》第八十一条规定的‘违法所得’是指‘售出价格与购入价格的差价’。”

这一规定对于什么是违法所得作出了多种规定，从而产生同是违法行为，所得额认定却是不统一的情况，导致了事实上的法律适用的不统一，并给各地食品药监部门在行政处罚上很大的自由度。

此外，《立法法》第八条规定：“下列事项只能制定法律：（六）对非国有财产的征收”。

将营业额分开看，就是由成本和利润组成。任何人不能从违法行为中获利，如果是违法行为取得的收入，则应当没收；如果是原来通过合法行为取得的合法财产（即成本部分），则如果没收应视为一种征收行为，须通过法律规定。

综上，即使要进行行政处罚，“违法所得”也应当以销售收入减去购进成本计算，而不应当按照全部货值计算。

四、结余和感想

做律师的有两个通识，一是代理行政案件的原告非常难赢；二是异地的案子难打。本案可谓两难兼具。

通过上述分析可以知道，B市食品药品监督管理局在行政处罚听证过程中，由与本案有直接利害关系的人担任听证主持人，明显违反了相关听证程序规定。但是，作为听证申请人事前无法阅看内部评议记录，无法知道这一点，也就无法提出回避申请，法院以C医药公司没有在听证程序中申请回避为由认为行政机关没有程序违法。笔者认为这需要在立法层面进行修改，将申请回避改为主动回避，从而避免类似情况的发生。

此外是关于违法所得认定自由裁量权的问题，目前我国对于什么是“违法所得”问题，各个部门有自己的看法。有的将范围最大化，从而可以罚款、没收的数额也最大化。这样在行政执法过程中就留下了极大的空间，容易导致法制的不一和权力寻租。

还有就是涉及食品、药品管理的案件，其专业性非常强，很多适用的是部门的规章，在承办此类案件中需要律师熟练掌握相关法律、法规、规范性文件，并要就有关技术问题请教专业人士。这一点我所的专业团队提供了良好的支持，因此高效专业的团队是食品、药品案件诉讼律师所必需的。■

律政新人

●文/王展

成才的思考



作者简介：王展，2002年毕业于复旦法学院。2004年开始执业。次年，创设联业律师事务所，后任主任至今。执业之初专攻房地产服务，期间主编《买房114》。2006年开始涉足网络知识产权，其中搜狐短信侵权全国第一案入选上海2008年度十大知识产权典型案例。

专业要定位 不做“万金油”

同很多新人一样，我一开始从骨子里瞧不起“万金油”式的律师；但是，我也同很多新人一样当过相当长一段时间的“万金油”。是的，我们都知道该做“专业律师”，也都很想做“专业律师”，因为只有做“专业律师”，才能有发展。可是在巨大的生存压力面前，作为新人真的敢对“案子”挑挑拣拣吗？如何解决生存与发展之间的矛盾，成为我们年轻律师在选择专业方向上面临的普遍困惑。

6年的执业经历告诉我，做一名专业律师离不开团队合作。

从做律师的第一天起，我就告诉所有的朋友们，我是一名房地产专业律师。因为在事务所做实习助理期间，我研究了几乎所有的房地产法律条文，编写了购买法律服务手册，在房地产时报上发表了上百篇房地产专业小文章，接触了大量房地产案件，所以，在我执业之后自然选择了房地产作为自己的专业方向。

由于我在房地产时报上的一篇文章，上海一家知名装潢公司打电话找我咨询，我怕我的资历不够，我让年长一点的同事一起接洽，于是我有了自己的第一个顾问客户。

当一个朋友咨询我离婚官司的时候，我告诉他，

“我是房地产律师,对离婚案件并不熟,只能对离婚中的房产分割提供咨询意见,如果真的要办整个离婚案件,我们所的刘律师非常精通,我可以把你介绍给他”。之后,我和刘律师合办了律师生涯中的第一个离婚案件。

当一个朋友告诉我,他的朋友是一家公司老总,他让这位老总有什么案件可以给我做。我告诉这位朋友,非常谢谢你,但是如果再帮我介绍,你可以说:“我朋友A是一名房地产专业律师,如果你有这方面的案件,我可以介绍你找他。”

开拓新业务 须有“新思维”

我们介入网络知识产权领域的第一个案子,是代理《上海相亲人》作者诉搜狐公司侵犯网络传播权纠纷案。由于搜狐读书原创频道未经许可载有《上海相亲人》简介和72章文字作品;搜狐社区啃书一族论坛版主(网名为“八厘米的蔚蓝”)将《上海相亲人》第1章至第32章转贴于论坛,并创建了“连载”。为此,原告李学兵委托本律师经公证取证后向上海市第二中级人民法院提起了诉讼。上海二中院对此也十分重视,组成由副院长B为审判长、高级法官C为主审的合议庭,最终认定搜狐公司构成侵权,赔礼道歉并赔偿原告经济损失4万元。

该案被媒体称之为2006年7月1日《信息网络传播权保护条例》(以下简称《条例》)实施后全国侵犯信息网络传播权索赔第一案,并入选2007年度上海市版权侵权“十大典型案例”。

办理这个案子反映出我们青年律师对于一个业务新领域的逐渐摸索过程,并且还给我以如下启迪——

一、开辟新业务要“有意识”

作为律师应当具备一种判断力,即哪些能够成为业务。由于法律是调整法律主体之间利益关系的规则,一部新的法律诞生就一定会涉及到新的利益关系的构建。因此,一部新法律往往就能催生一项新的业务。我们通过研究《条例》与之前最高院解释发现,以前关于转载的规定是,只要你付钱,你就可以转载。但是《条例》则规定未经许可不得转载,不管你付不付钱。所以,我们判断出《条例》的出台,必将催生出著作权人维权的高潮。

二、开辟新业务要“先学习”

新业务的开展既有偶然性,也有必然性,这种必然性就是平时的知识储备与不断学习。早在《信息网络传播权保护条例》(草案)公布之时,我们就组织事务所部分律师进行了研究,从该《条例》与之前司法解释的差异,到“避风港”规则设定等等。通过研究为我们后来操作该类案件提供了知识储备。

三、开辟新业务要“有创新”

我们在最短时间内推出了稿酬网(www.gaochou.com),作为我们开拓网络知识产权业务的平台。同时,在办案思路进行了如下创新:

1、风险收费。尽管著作权法规定必要的律师费作为合理支出可以要求侵权者承担,但是司法实践中法院一般不会对判决书中单独予以列明。那么,在赔偿标准不确定且相对较低的情况下,很难按照标的进行收费。为此,我们确定了风险代理的收费模式。

2、打管辖。打官司首先是打管辖。如果能在上海进行诉讼,将大大降低权利人的维权成本。本案中,我们经向网络公司专业人员请教后,通过技术手段查询到了搜狐的IP地址和服务器在上海电信某机房,属于二中院管辖区域,遂起诉至二中院。尽管被告提出了管辖异议,但是

经与二中院及高院多次沟通后,最终确定在上海管辖。该案开创了依据服务器所在地进行管辖的先河,自此,我们在上海相继起诉了新浪、腾讯等门户网站。

3、以调解为主。由于网络的特点,同一侵权者往往同时侵犯众多权利人的网络传播权。这样,我们就可以同时代表多位著作权人,相较于每个权利人而言维权成本比较低,因此我们通过这个案子之后操作了多批案件,但是我们通常会先起诉一个案子,然后寻求调解。

4、制作开庭PPT。由于绝大部分证据是电子证据,为便于电视台拍摄及很多旁听人员了解案情,我们在开庭之前花了大量时间制作了PPT在庭审中播放,内容包括民事起诉状、证据材料及辩论的主要观点,并且对证据材料中的关键内容予以显著标注,此举取得了良好的庭审效果,获得了法官及旁听人员的一致好评。

四、开辟新业务要“会借势”

新法律的颁布,对于民众而言必然有一个普法的问题,而媒体是最好的普法平台。因此,我们开辟新业务必须与普法相结合,与媒体宣传相结合。我们通过上海乃至全国媒体的广泛合作,将该案打造成为《条例》实施后全国信息网络权索赔第一案,并通过广大媒体对该案的报道,获得了社会的广泛关注,使该案成为我们网络知识产权众多案例中最具典型性的案例之一。

上述几点思考主要是针对业务定位与开拓方面的。当然,对律师来讲,不管业务大小,都得认真办理,从而积累经验,积累口碑;当发展遇到瓶颈时,必须通过团队合作加以解决。这是我作为青年律师在生存与发展中获得的基本经验。■

律政新人

●文/高泽

力量在风中回荡

汽车制造作为一个战略性行业,它的发展水平与现代化水平,代表的不仅仅是工业能力,更体现了一个国家的经济力量和国家尊严。纵观近半个世纪以来的中国汽车业历史,国家通过严格的准入制度将这一行业牢牢掌控着。然而,一位来自浙江台州的年轻人,不信这个邪,1993年他怀揣着造冰箱、搞装修挣来的第一桶金,准备造汽车,从摩托车到客车再到民用轿车,他用一条长达八年的曲线救国道路,最终实现了自己的梦想。他,就是吉利汽车现任董事长——李书福。

当时,很多人都问他,李书福,你凭什么叫汽车?你有资金么?你有技术么?李书福用七个字回答了他们,力量在风中回荡。在他看来,所有资本力量技术力量并不是固定在纸面上的数据,而是在风中流动的,只要你有信仰,越来越多的有同样信仰的人就会聚集在你身边,最终形成一股可以撼动一切的力量。

作为一名法律人,职业的特殊性决定了我们相比于其他行业,有更多的机会接触到社会的一些阴暗面,有更多的可能面对不公正的现象,也有产生很多的无奈。但是我相信,大多数的人,不管现实如何,都坚信将来一定会更好。毕竟从历史上看,一个财力型的社会必将导致一个更为民主的上层建筑,而国家现在从“国富”到“民富”的转变,本身就吹响了体制改革的前奏。将来是美好的,现实却往往令人心灰意冷,无论是早些时候的跨省追捕案,还是近期舆论上炒得沸沸扬扬的天价过路费案,当两个农民辛辛苦苦忙活了八个月,却欠下了368万元巨额的通行费,这样的数字对比所折射出的民生之痛,实在让怀抱司法梦想的人们在现实面前闹了个灰头土脸。在这样的不公与无奈面前,我们所有的,或许只有将来会更好的信念。每当我自己觉得惶惑或者动摇的时候,就会想起李书福和他造汽车的故事,想起李书福对将来的信念,当然更会想起这句话,力量在风中回荡。

很幸运的是,我们身处于嘉华所



作者近照

这个大家庭之中。在这里,我们有各种各样的交流平台,可以在青年律师沙龙研讨业务,也可以在嘉华律师所刊上开展文采,这样的平台,既在专业上为青年律师答疑解惑,同时资深律师的言传身教也是对我们精神上莫大的鼓舞。

来到嘉华所已经两年多了,最大的感触就是,如果原来力量在风中回荡只是自身的感受与信仰,提醒自己无论现实怎样,都不可以不负责任地放弃,提醒自己做好自己的本分就是做好了上海律师的万分之一,提醒自己要相信只要自己有信仰,我们的小团队有信仰,就会有越来越多有信仰的人聚集在一起……而在嘉华所的这两年,却让我更深刻地感受到,当这么多有信仰的律师聚集在一起,是一股多么积极向上的力量。

上个月,我被指定负责一起具有重大影响的行政诉讼案件。虽然之前也办理过一些民商事诉讼,但是行政诉讼还是第一次,流程也不是太熟悉,拿到案卷后,我反反复复地研读材料,不厌其烦地请教其他资深律师,生怕辜负了当事人的殷切期望。这件事被事务所行政诉讼部的负责人看在眼里,就主动与我商量,准备在青年律师沙龙里组织一次模拟法庭,期望通过模拟法庭的演练,一来帮助律师们熟悉行政诉讼的审理

流程,二来为我方当事人在证据的提交上和我们在将来的辩论方向上查漏补缺,寻找更有利的事实和法理依据。

其实,这个案子只是我,只是我们这个团队的案子。但令人感动的是,短短几天里,整个行政诉讼小组的律师们就行动了起来,没有人去区分这是“你的”还是“我的”客户,每位律师都像对待自己的客户一样尽心尽力地在做着准备,加班加点在讨论和研究证据。沙龙上,还邀请到了事务所三位合伙人在模拟法庭中担任合议庭的法官,并组织了由六名律师组成的庞大的被告律师团,与作为原告代理人的我进行强势对抗。严格的程序与庄严的氛围同真实的法庭相比有过之而无不及。原被告代理人各抒己见,几乎将委托人在庭审中可能遇到的所有问题及对方可能出现的所有刁难的情况全部演练了一遍,为最终的顺利开庭奠定了坚实的基础。通过模拟法庭,我们将法律服务过程最大限度地展示在当事人面前,认真的态度和专业的精神获得了他们高度的评价和信任。

这仅仅是一件小事。这样的故事几乎每时都会在嘉华所发生着。在这里,你听不到任何抱怨与不满,有的是如何群策群力,最大限度维护当事人利益的智慧与探讨;在这里,你看不到在现实中四处碰壁后的无奈与放弃,有的是同仁们温暖的鼓励和关怀;在这里,你同样感受不到灰心失望的氛围,有的是大不了从头再来的默契与信念。

力量在风中回荡,是我一生的执业格言。力量在风中回荡,衷心希望微笑的力量,向上的力量,积极的力量永远在事务所回荡;在我们执业的道路上一直回荡。■

(作者单位:上海嘉华律师事务所)



随 笔 ●文/朱小苏

上海律师
的“腔调”

——上海市律师协会京剧社小记

说起律师,自然浮现在脑海的或许是审判庭上的唇枪舌剑,亦或是谈判桌前的据理力争,但你可以想象这样的他们涂上油彩,扮起戏装,咿咿呀呀地演唱京剧的样子吗?上海市律师协会中就有这样一群律师和协会法律工作者。作为全国各地律协中唯一的一支律协京剧社,依托协会搭建的良好平台,他们每周四晚6点半至9点半准时在均瑶广场的35楼聚会,暂别日间的尘嚣,换上另一种心情演绎京剧这首“古中国的歌”。

在他们之中,有如君和律师事务所主任钱丽萍这样沪上闻名的市人大代表律师,作为首届“东方大律师”中唯一的女性,或许是受其自身严谨缜密、柔中见刚的办案风格影响,担任京剧社社长的她所钟爱的京剧情(砚秋)派旦角唱腔恰也以缜密绵延、幽咽委婉、绵里藏针为艺术特色;有如律协副秘书长刘小禾这样的协会领导,其所演绎的京剧张(君秋)派旦角甜美大气,一如她生活中宽厚平和的工作作风;有如孙仁荣律师事务所主任孙仁荣、钟颖律师事务所主任钟颖这样自立门户、特色鲜明的个人所主任律师,各自推崇的麒(麟童)派老生和梅(兰芳)派旦角艺术,均以其浓烈的个人表演风格,成为了中国戏曲表演体系的代名词;有如华亭所的万络民、中广所的李宏、中天阳所的栾晓丽、协会工作人员李薇这样从业几十年,在相关专业领域各有建树,见证了上海

律师制度发展与繁荣的资深律师和法律工作者,学唱的谭(鑫培)、马(连良)派须生、李(多奎)派老旦、梅派青衣亦久享梨园正脉之誉,影响广泛;还有如华诚所的钱军亮、朱小苏、尔立所的曹竹平这样的青年律师,尝试着在浩如烟海的京剧艺术中领略和欣赏,一如他们在律师职业发展道路上的求索和成长。这群法律工作者爱上京剧,或许是不期而遇,又或许是天性使然,总之,法律与京剧这一庄一谐的两种文化,在他们身上得以碰撞,迸发出了一道奇妙的色彩!

上海律师认真,唱起京剧
来亦是如此

戏谚有云“要练惊人艺,须下苦功夫”。律协京剧社的律师们虽把唱戏作为放松解乏的一种方式,却远不满足于此,而是争取将每个字、每句腔都揣摩到位。有时为了一个音韵的平仄,一个板眼的快慢,彼此不惜较真到面红耳赤。此时律师天生之辩才便展露无疑,其状之激烈,不亚于庭上交锋。若仍然没有结论,索性直接上网,调出原唱求证,以作裁断。那时,唱得与原唱相同者,欢呼雀跃,如上诉赢得改判般高兴;唱得有差错者,垂头丧气,和输了场官司一般。若是自己的唱给别人叫上一句“好”,那感觉之惬意,实如梁实秋先生所说“使全身血液的流行都为之舒畅匀称”。更奇特的是,若是您有兴趣在周四现场观看

他们演唱,会发现几乎每个人都会在唱戏时架上摄像机、录音笔等“取证”工具,绝非出于自恋,而是为了把自己的演唱记录下来,拿回家仔细聆听,从中存其精粹,知其不足,进而加以修正和完善。因此,台上短短几分钟的唱段,在台下虽没有十年之功,甚而演绎还远未臻高境,却也是反复研习,尽心推敲。个中之意味,如办案并无二致,虽不能保证每个案件最终都能胜诉,但过程力求尽善尽美。

上海律师好学,唱起京剧
来亦是如此

戏谚有云“名家无专师”。面对京剧这门博大精深决不亚于法律的国粹艺术,除了临摹自学,向“录(音机)老师”请教外,有时别人正确的点拨往往更能起到醍醐灌顶的效果。在这种情况下,无论是著名律师,或是律政新人,往往都乐于虚心听取京剧社里他人对自己演唱所提出的建议和意见。为此,剧社中律师之间一学一授、一问一答的画面屡见不鲜,如觉受益,哪怕仅一字之正,也欣喜若狂,连连称谢。有时为了纠正一句唱,这些平日素以能说会道闻名的状师,往往须反复吟唱,其状与牙牙学语的婴孩如出一辙。更有好学者,随手带着曲谱或笔记本,边听边记,架势与办案做现场笔录一般无二。若剧社偶有京剧名家到访,这群平日里尽为他人答疑解惑的律师,此刻哪还有半分架子,一霎时均成



了程门立雪的学子，围着老师求教不停，其好问若渴之态，虔诚毕恭之样，任凭太白转世妙笔生花，也难以名状。更有孜孜不倦之辈，索性向一些梨园前辈登门递帖，直接拜入门下，以求深造。其意之所诚，专业演员，也不过如此。

上海律师团结，唱起京剧亦是如此

戏谚有云“角色无大小，全当正戏唱”。如同现今律师办案越来越讲究团队协作，通过事务所一定的引导，鼓励律师之间进行配合，由不同专业和领域的律师组成专向服务小组，为客户提供单个律师所不能提供的服务一样，一出戏的演出成功，主演者的艺术才能固然重要，但配演者的衬托辅助也非常关键。如果配演者马马虎虎，主演者的艺术再好，整台戏的演出也难论精彩。律协京剧社虽由十年前初创时的三两个人，发展到如今行当较为齐全的十几位律师，但毕竟不比专业的京剧院团或票房，为此互相的合作便尤为重要。好在大家对所谓的主角配角都满不在乎，于是经常可以看到如这边李宏律师前一场还绘声绘色地演绎着《苏武牧羊》中的当家老生“苏武”，转眼便在钟颖律师主演的《贵妃醉酒》中配演只有一两句白口的“高力士”；而那厢刘小禾秘书长早

一刻还在台中央演唱着《状元媒》中“柴郡主”的核心唱段，过一会儿又在钱丽萍律师表演的《江姐·绣红旗》中溜边配演一名“牢友”群众。若是恰逢哪天琴师或鼓师请假，律师中有能拉的或会敲的，还得临时救场做一回乐队替补，且人人认真严肃，一丝不苟，这台上“全台一盘棋，一台无儿戏”的精神，较之某些专业院团发挥得更为出色。更有台下没轮上演唱的律师，奔前跑后，为听众端茶倒水，忙得也不亦乐乎。

上海律师奋进，唱起京剧亦是如此

戏谚有云“台上见真章”。律协京剧社自成立以来，班子从无到有，人员由少到多，步步走来，个中甘苦自知，却从不曾滞步不前。剧社的每一位成员，从初学时只知“民法刑法”，不晓“西皮二黄”为何物，唱来荒腔走板，到如今每人都能跟着胡琴像模像样地唱上几段经典名段，应该说人人都取得了不小的进步。但京剧是舞台的艺术，如若永远闭门造车，没有经过场上的锤炼和观众的点评，终不能“再上层楼”。为此，协会京剧社近年不断“走出去”，先后与上海市人大、市政协、上海政法大学、市老年大学、市女子监狱、浦东新区、市程派研究联谊会等单位开展了联谊活动，并为市司法

局和律协的多次重要会议奉献了一批精品节目。2009年岁末，恰逢上海市律师协会恢复成立三十周年之际，律协京剧社整体打造了一台祝贺汇报演唱会，用这种特殊的方式为协会庆生，受到了业内外的一致好评。今年，正值中国共产党成立九十周年暨辛亥革命百年纪念，也为庆祝京剧社建社十周年，京剧社又在六月再次推出一台京剧汇报演唱会。形虽简而情真，艺虽疏而志诚。十年磨剑，不求锋芒毕露于黠齷，唯盼展沪上律师之风貌，扬华夏瑰宝之神采。通过一次次的对外演出，律师们的艺术才能得到了提高，“上海律协京剧社”的品牌正在不断打响。

有人说“京剧与法律，都在描摹生活，但却是人类加工过的生活。人与人之间的心智也许并无天壤之别，作为心智产物的京剧与法律，就这样共享了人类的情感和理性”，这何尝不是二者本质上流淌相近气韵的原因，又何尝不是为何京剧这朵中国传统艺术的奇葩会在上海市律师协会得以生根发芽，并日益成长的最好解释？为此，真诚地希望您若周四晚上有暇，不妨请来律协稍坐，听上一段皮黄，领略一番上海律师别样的“腔调”。■

（作者单位：上海市华诚律师事务所）

域 外 ●文/杨 宸

血证如山 未必铁证如山^上

——辛普森杀妻案回顾



实体公正是个体公正，程序公正是整体公正。这一观点已得到业界的普遍认同。程序问题在诉讼中之重要可见一斑。如果办案重实体而轻程序，不仅要败诉，非但办不成铁案，更难免要被人诟病。这方面，轰动全球的辛普森杀妻案或许能给人带来一些思索。

“世纪审判”

辛普森杀妻案是美国司法史上的一个里程碑。许多人都说这是无罪推定的最大漏洞。这场被誉为“世纪审判”的案子在美国可谓家喻户晓：克林顿总统推开了军机国务；前国务卿贝克推迟了演讲；华尔街股市交易清淡，长途电话线路寂静无声；数千名警察全付武装，如临大敌，遍布洛杉矶市街头巷尾。CNN统计数字表明，大约有一亿四千万美国人收看或收听了“世纪审判”的最后裁决。不仅在美国本土，辛普森案在全球的知名度也是极高的，即使在我国，它也被作为经典案例选入各种教材。

尽管当时媒体的报道铺天盖地。但是不得不说的是，当时媒体对于该案的各种报道实际上带有大量的误导信息。凡是通过媒体途径了解案情的人，几乎无一例外地认为辛普森就是杀人凶手，只不过是因为他运气非常好——辛普森重金聘请了最豪华的律师团队，同时利用了无罪推定的法律漏洞才逃过一劫。但是事实恰恰相反，在辛普森案被判决前，也就是“世纪审判”开庭前，业内人士几乎都早就

预测到辛普森会被无罪释放。原因很简单，那就是本案程序上的漏洞过大，导致本案的大量证据无法被采信。

黑人明星

本案的关键人物辛普森在美国并非无名之辈，相反，他是社会上的名流，否则本案也不会如此受人关注。

辛普森1947年生于旧金山市的黑人贫困家庭。大学期间，他曾获得全美大学橄榄球联赛的最高荣誉奖海斯曼奖。进入职业联赛后，他也是队伍中的绝对主力，并创造过了单赛季带球冲刺2003码的记录（该记录至今未被打破），被誉为橄榄球职业比赛史上的最佳跑锋。须知在美国，橄榄球的受欢迎程度就和中国乒乓球一样，这样一位明星级球员更是家喻户晓。同时，作为一名出身贫寒的黑人，在美国获得如此巨大的成就，可以说是美国中下层黑人心目中的偶像和榜样，他的影响力简直不可估量。不仅仅是体育界，辛普森还是一知名饮料的广告代言人，另外他还一些电影中担任角色，在演艺界也算小有名气，可以说是社会上的知名人士。

深夜血案

案件发生1994年6月12日的深夜。

一条狗在街上狂吠不已，爪子上沾满血迹。这使得一对散步的夫妇心生疑惑。他们尾随这条狗来到了一幢高级公寓楼前，结果发现了两具鲜血

淋漓的尸体。这下他们吓得魂不附体，立刻狂敲隔壁房屋的大门想报警。但是，深更半夜如此急促的敲门声却让户主以为有上门的劫匪，他们立刻打911电话报警。洛杉矶市警署两位警官接到报警后火速赶到现场，发现这是宗恶性人命案后，他们便呼叫重案处的刑警前来增援。

刑警赶到现场后，经初步调查，证实被害的白人女子名叫妮可，是黑人橄榄球明星辛普森的前妻；被害的白人男子名叫戈德曼，是附近一家意大利餐馆的侍者，他是来送妮可掉落在餐厅里的太阳眼镜的。两人死因是利刃割喉致死。妮可的脖子几乎被割断；戈德曼应该在现场与歹徒进行了激烈的搏斗，他身中30余刀，死于颈部静脉断裂和胸腹腔大出血。凶杀现场血腥弥漫。由于过于残忍，警员到场后将现场的一块床单盖住了被害人。

疑窦重重

警方觉得有必要将案件告知妮可的前夫辛普森（实际上两人当时仍有来往），于是一名叫福尔曼的警员带队前往，他认识辛普森的住处（曾因辛普森对妮可实施家庭暴力而去劝阻过）。于是几名警员就来到了离案发现场不算太远的辛普森的住宅。但是按铃后无人回答，警员围绕这房子的院墙进行搜索，意外地发现门外的白色汽车上不显眼处有微小的血迹。这使他们紧张起来，生怕车主也发生意外。于是福尔曼自告奋勇翻墙进入辛

普森的家中侦查。大约 20 来分钟后，他带着一只沾血的手套等多个证据出来了。警员认为此事非同小可，二话没说就全数进入辛普森的家中进行搜查。这一举动惊醒了在辛普森家中居住的房客。在后来的证词中，房客称深夜他听到客厅有一声巨响（后调查发现是客厅的空调被碰倒）。另外，辛普森预约了 11 点钟的出租车载他赶往芝加哥。司机提前 20 分钟到达，但是按门铃无人应答。直到 10 点 50 分左右辛普森才出来应答并称自己在沐浴。

辛普森在芝加哥的旅馆接到了警方的电话后立马收拾行装，一大清早就赶回加州。虽然他的律师竭力反对辛普森单独接受警方的询问，但是辛普森表示希望和警方合作，尽快找出真正的凶手而接受了询问。询问时警方发现辛普森的左手手指有割伤。辛普森解释说这是他当时听说了尼可被杀的消息后过于激动，打碎了酒店的玻璃所致。警方在经过调查后发现，辛普森婚后曾多次对妮可实施家庭暴力，警方也曾多次上门调解。

离婚后辛普森虽然一直试图破镜重圆，但妮可和本案的被害人戈德曼来往密切，这使得辛普森十分嫉妒，因此他有作案动机。另外本案发生在晚上 10 点左右，辛普森在 9 点左右和朋友吃完饭分手后，一直到 11 点预约的出租车司机来按门铃应答前，据他自己说是在客厅里睡觉且没有证人证明。驾车往来仅有 3 公里远的凶案现场从时间上来说也来得及，因此他也有作案时间。最关键的是，现场提取的多样证物上，比如手套上的血迹和被害人一致；辛普森住宅里的血迹和汽车中发现的毛发、纤维，经过 DNA 检验，被证明是被害人妮可、戈德曼身上的。因此，虽然本案最关键的凶器没有找到，但警方根据这些线索，对辛普森发出了逮捕令，并要求律师陪同他主动投案。

6 月 17 日，辛普森并没有如期出现在警局，而是被人目击开着汽车飞驰在洲际公路上。警方当即决定辛普森由嫌疑犯变成了逃犯，他们出动了 3 个郡的警力进行追捕。之后的故事便是家喻户晓了。那种只有出现在好莱坞大片中的追车镜头活生生地发生在现实之中：飞驰的汽车里坐着有重大杀人嫌疑的逃犯，后面是呼啸追来的大批警车。美国的 3 大电视网：ABC、CBS、CNN 同时终止了一切节目的播放，他们派出专用的直升机在空中记录下了这一切。全美国坐在电视机前的人几乎都目睹了这惊心动魄的一刻。最后，辛普森在开车进入自己的住宅后，还是向警方投案。

血证如山

正是由于这段公路飙车的镜头被转播以及辛普森的知名度，使得该案被社会和媒体广泛的关注。由于在犯罪现场和辛普森的住宅发现了大量的血迹、毛发。经过检验和比对 DNA 又是一致的，使得媒体在报道该案时惯性地用“血证如山”之类的词眼来表述。

本案主要证据主要包括并不仅限于以下：

1. 血手套。本案极为重要的证据之一。血手套的一只在犯罪现场发现，另一只则是福尔曼警探翻墙进入辛普森的住宅后发现的。两只手套被认定为一双，且这副手套和妮可数周前送给辛普森的系同一品牌。手套的血迹经 DNA 检验与被害人妮可和戈德曼一致。手套上还检验出戈德曼衣服上的残余纤维和毛发。

2. 袜子。又一极为重要的证据。犯罪现场留有一只袜子，另一只袜子也是福尔曼警探在辛普森家发现的，根据检验，袜子上的血迹与辛普森一致。且被害人戈德曼衣服上的纤维同样在袜子上被检验了出来。

3. 鞋印。犯罪现场留有的脚印尺

码与辛普森的鞋子尺码相同，经过比对，辛普森是出售该品牌鞋子百货大楼的常客。

4. 犯罪现场外的血迹。犯罪现场后门有一处血迹。该血迹处于后门，因此属于不在现场的干净血迹。经过警方化验，该血迹系辛普森本人的血迹。

5. 汽车上的证据。辛普森的汽车上如方向盘、车门等多处有零星血迹。经检验发现包括辛普森、两被害人的 DNA。犯罪现场的衣服上还发现了辛普森汽车中毛毯的纤维成分。

6. 住宅中的证据。福尔曼警探在翻墙进入后，除了发现了袜子和手套外，在走廊、浴室等处也发现了血迹，经检验这些血迹和辛普森的一致。

7. 被害人戈德曼是一个身材非常高大的小伙，在犯罪现场身中数十刀说明他曾经与犯罪分子搏斗过。要制服高大的戈德曼，犯罪分子必须有过人的体力和体魄。而作为前橄榄球员的辛普森恰好也符合这一条件。

大量的证据表明，辛普森有充分作案的动机，没有不在场的证明，也有作案时间。而本案最吸引人的地方正如媒体所述，血证如山！

案发现场的手套是辛普森的，袜子是他的，手套和袜子上的血迹经检验也是他的；在他的住宅内发现了凶案现场的血迹和毛发，在他的白色汽车内也同样有这些残留物；甚至警方还找到一名证人，他说曾在案发前看到一辆白色汽车停在被害人的家门口。经过一系列法律程序后，“世纪审判”开始了。辛普森出重金聘请了豪华的律师团队，包括著名的华裔鉴定专家，被誉为“当代福尔摩斯”的李昌钰先生。这支豪华的律师团队当时被人们称为“梦之队”。

虽然辛普森的律师团队个个都享有盛名，但是法庭上历来只讲究证据，究竟本案的证据到底出现了哪些致命瑕疵致使一个犯罪嫌疑如此之重的人可以被判决无罪？■（未完待续）

穿越时空

●文/劳阳

历史的审判“特别的辩护”

公元1980年11月20日至1981年1月25日,在北京进行了一场中国现代史上最引人注目的刑事审判——对林彪、江青反革命集团案的审判。

这次后来被参与者称为“特别辩护”的刑事辩护,是我国历史上律师这一职业第一次出现在全国数亿民众的共同视野里,而他们所服务的对象,则是在十年浩劫中罪大恶极的“四人帮”。

在这场历时两个月的审判过程中,十余名刚刚恢复执业资格的中国律师被指定为涉案的文革主犯进行辩护,而其中上海律师就有五名。

京城绝密之行

1980年10月,韩学章和张中受命秘密进京。张中后来回忆说,那次京城绝密之行在律师协会范围内就是他和韩学章两人,是当时的市司法局局长鞠华亲自点的



韩学章(1912-1997)北京市人,中共党员,著名律师。1939年从事律师职业。1946年担任中国共产党领导下的《联合晚报》常年法律顾问。被誉为当时上海的“民主律师”。

解放后,她曾担任上海市高级人民法院民庭庭长等领导职务。律师制度恢复后,任首届、二届上海律师协会会长及中华律师协会副会长。

1980年参加审理林彪、江青反革命集团案的辩护工作,并领导上海优秀律师参加上海审判“四人帮”骨干分子辩护工作,均依法辩护成功,受到国内外人士的一致赞誉。



张中(1924-2008)安徽省凤阳县人。1955年从法院系统调入上海律师协会。1980年重回上海律师协会后曾任上海市第一法律顾问处主任,被指定担任姚文元的辩护人。

他先后任全国律协理事,上海律协常务理事等职。为恢复上海律师制度和培养法律人才作出过卓越贡献,桃李满天下,有“新中国第一代律师的代表人物”之称。

将,另外还有华东政法学院的苏惠渔、朱华容教授,以及市法学研究所的肖开权研究员。韩学章和他也不知道这次北上的使命,但一种神秘感使他们隐约觉得此番京城之行定有大任于斯。

到了北京,他们即去司法部报到。接待他们的是司法部副部长陈卓和律师司司长王汝琪。当他们被安排在国务院第二招待所时,谜底才被揭开,原来是审判林彪、江青反革命集团。

这可是轰动世界的一件大事,也是全国人民盼望已久的事。当时审判前的准备工作紧锣密鼓,公安预审、检察院等总共数百人封闭式地集中一道,其中律师20人。这些律师全是被“钦定”的。有意思的是有两位律师听说要为罪大恶极的反革命集团成员辩护,怎么也接受不了,不来报到。所以,最终决定出庭辩护的律师为18人。

据韩学章回忆,当时她的想法是“被指定去为臭名昭著的林彪、江青反革命集团主犯辩护,思想感情上实在难以接受。”韩学章的丈夫顾维雄教授荣获法国法学博士学位,“文革”中身心受到严重摧残,韩学章对此记忆犹新。然而,韩学章想到作为一名人民律师,有责任为健全社会主义民主与法制而努力,而“四人帮”一案具有如此的重大意义,需要她挺身而出。于是,她毅然接受指定。

而张中则认为,这不是感情问题,而且必须严格遵守法律,既然我国恢复了律师制度,就得按照法律办事,任何被告人在诉讼过程中都应当依法享受一切权力,包括聘请律师辩护。这关系到国家法制的健全,关系到国家的



韩学章、张中为“四人帮”成员姚文元辩护在秦城监狱会见姚文元

声誉。所以,不能因为“四人帮”祸国殃民,罪恶滔天就剥夺他们的权利。

张中说,江青、陈伯达、姚文元、吴法宪、李作鹏、江腾蛟等都接受了律师出庭辩护,而王洪文却说不需要律师,他说,起诉书的材料比我实际的罪行轻,我不要律师。

我国的法制建设进程到今天,人们对律师的辩护已习以为常,可在30多年前的1980年,那还是十分新鲜的一件事,况且要为祸国殃民的“四人帮”辩护,该辩些什么、护些什么呢?那确实是非常艰难的一件事,压力不小。一个刚刚从人治的困境中解脱出来的国家,是太需要“法治”了。审判“四人帮”,全国人民瞩目,这正是宣传法制的最好时机。作为新中国第一代律师,他和韩学章没有感到压力。但究竟为谁辩护,他们心里都没有底。因为在宣判之前的封闭式集中时间,不是看某一个人的材料,而是林彪、江青两个反革命集团的所有材料都要看。最后,韩学章和张中被指定为姚文元辩护。

律师团成员拒绝为江青辩护

外国记者的嗅觉相当灵敏,当国务院第一招待所封闭式集中刚刚开始运作,他们就找来了。日本记者最先发现,非得要来采访。审判活动还没开始,且这是一项绝密工作,当然不能接受采访。为了躲避国外记者,所有参加审判活动的人立马转移到国务院第二招待所,并在招待所大门口增加解放军站岗人数,做到了保密工作万无一

失。

当江青获知自己有权委托律师辩护时,马上表示要请著名律师史良。当时,史良已经80高龄,不可能出庭辩护,所以江青的这个要求无法满足。当法庭审判人员向她言明这个情况后,她也接受了为她指派的辩护团成员张思之律师。张思之律师吃足了江青的“苦头”,会见时,一会儿说张律师声音不响,一会儿又说张律师声音太轻,百般刁难,无理取闹,弄得张思之律师左右为难,无法开展工作。于是,法庭又为江青换了一个律师,换上的是傅志人律师。江青仍是无理取闹,她要求傅律师代替她在法庭上讲话和回答问题,还说:“我要你讲什么,你就讲什么。”傅律师无法接受江青的无理要求,最后也拂袖而去。律师团成员都拒绝为江青辩护,后来开庭时,江青没有律师为她辩护。

张春桥、黄永胜、邱会作也没有委托律师辩护,并拒绝接受法庭指派的辩护人。最终,林彪、江青反革命集团的10名主犯,只有姚文元、陈伯达、吴法宪、李作鹏、江腾蛟五人接受了律师辩护。韩学章、张中为姚文元辩护;甘雨霏、傅志人为陈伯达辩护;马克昌、周亨元为吴法宪辩护;张思之、苏惠渔为李作鹏辩护;王舜华、周奎正为江腾蛟辩护。

两次会见姚文元

韩学章与张中曾先后两次会见姚文元,核对了了解一些事实。由于秦城监狱在郊外,路途较远。他们早上6时起

床,9时赶到那里。上午谈两个小时,下午也谈两个小时。当姚文元得知张中和韩学章都是上海人时,非常惊奇。他基本上承认了自己的犯罪事实,但认错不认罪。姚文元在监狱的日子过得不错,吃的胖胖的,满脸油光光的,那一副丑态怎么也掩饰不了。

他们第一次会见姚文元时,姚文元已在高墙中度过了四年光阴。透过监房上的洞门看到,姚文元双手垫在脑后,两眼向上直翻,正在苦思冥想。当从提审人员处得知律师要找他谈话时,他脸部肌肉紧绷,显得十分紧张。

他们的谈话进行得并不顺利。姚文元一再重复这样的“三部曲”:一是变有罪为无罪,二是变重罪为轻罪,三是变罪为错。他口口声声地说:“我有错误,我要自我批评、我要向受害者赔礼道歉。”显然,姚文元是认错不认罪。韩学章严正地对姚文元说:“你的罪行是严重的。作为律师,只能根据事实和法律为被告人作辩护。法律是公正的,决不能颠倒黑白,混淆是非。”后来,在法庭上,姚文元还是上演这套三部曲。

虽然对律师的询问是“有问必答”,但是姚文元在这一过程中抵赖的特征却是非常明显的。在“四人帮”横行的时候,身为中央政治局委员的姚文元分管文化宣传系统,而且他起家靠的就是引发“大争论”的《评新编历史剧〈海瑞罢官〉》《评〈三家村〉》等文章。这些文章,使无数人遭批斗甚至被迫害致死。可以说,姚文元的杀人武器就是他手中的笔。然而,姚文元的交代材料却写得逻辑混乱,颠倒是非。

韩学章、张中极其认真地研究了起诉书,在面对高可盈尺的几大堆的卷宗中,查阅了所有关于姚文元的案卷材料,对姚文元的罪行有了基本了解。

韩学章、张中在两次长时间会见被告姚文元之后,听取法庭调查,核实

了大量人证、物证后发现了一个重要疑问：被告人姚文元的反革命行为与上海武装叛乱之间没有必然的因果关系。抱着这个想法，他们将对姚文元的调查及准备做的辩护与有关人员进行了交流。有的同志明确表示不同意见，认为姚文元与江青、张春桥、王洪文同罪，非处以极刑不可，没什么可辩护的；有的同志担心地提醒他们，不要为坏人减轻罪责，免得犯政治错误。韩学章、张中也考虑到辩驳姚文元这一罪状确实事关重大，更何况起诉书也是经过检察方多年慎重调研提出的。然而律师的职责使他们还是坚持以事实为根据、以法律为准绳，认真负责地为姚文元辩护。

韩学章和张中开始起草辩护词。这辩护词真不好写。他们认真研究了二战后审判德国战犯和日本战犯时律师的辩护词，觉得过于冗长，不够精湛。最终，他们为辩护词定下了一个原则，那就是以事实为依据，以法律为准绳，力求精湛，力求针对性。他们对辩护词修改了好几次，在出庭前，还演练过多次，不断调整语气和语速。

为姚文元辩护

1980年12月29日，韩学章律师和张中律师来到庄严的法庭，为被告人姚文元做了联合辩护发言，明确指出：起诉书对姚文元参与策动上海武装叛乱这一罪行的指控不能成立。在辩护词中他们对这一点作了如下陈述：

审判长、审判员：法庭一定会注意到这样一个事实，本案是一个反革命集团案件。我们在确定反革命集团中的各个犯罪人的刑事责任时，既要把反革命集团的主犯与从犯加以区别，又要把各个主犯之间在反革命集团中所处的地位和所起的作用加以区别。江青是这个反革命集团的首犯，被告人姚文元是这个反革命集团的主犯之一，这一事实已经被充分的证据所

证明。需要指出的是，被告人姚文元的某些犯罪活动是在江青指使下实施的……

特别检察厅起诉指控张春桥、姚文元、王洪文犯有策动上海武装叛乱的罪行。起诉书第46条等指控被告人姚文元于1976年5月7日在北京对上海写作组成员陈冀德说：“文化大革命是暴力，天安门广场事件是暴力，将来的斗争也还是暴力解决问题。”陈冀德回上海后向马天水、徐景贤等人作了传达，因而起诉书认定，这是为上海武装叛乱进行舆论准备。我们查阅了1980年8月29日陈冀德写的证据材料，情况是这样的：1976年5月7日，陈冀德向被告人姚文元汇报她在济南参加鲁迅著作注释工作座谈会的情况后，在谈到天安门事件时，被告人姚文元曾讲过上述起诉书引用的这句话。被告人的这一句话说明什么问题呢？他说文化大革命是暴力，天安门事件是暴力，将来的斗争还是暴力解决问题，他的这句话反映了他当时的思想认识。请法庭注意，被告人姚文元讲这句话是在1976年5月，正是天安门事件被“四人帮”镇压之后，正是“四人帮”猖狂一时、得意忘形的时候。在那个时候，可以说被告人姚文元完全没有预料到在1976年10月他们将会覆灭，他也更没有料到那时他们会要在上海策动武装叛乱。因此，可以这样说，被告人的这个讲话与后来的上海武装叛乱并没有必然的因果关系。为了说明这个问题，我们还想引用另一个重要的事实，请法庭考虑。那就是被告人姚文元与陈冀德谈话时说：“不要记。”这说明被告人姚文元的这句话只是平常的谈论，而不能证明是什么阴谋，更不能证明这与以后的上海武装叛乱有直接的关系。

关于策动上海武装叛乱问题，根据12月13日法庭调查中出示的证据和证人证言，已经证明张春桥、王洪文是上海反革命武装叛乱的策动者。早

在1967年7月，张春桥就指示王洪文在上海建立由他们控制的武装力量，张春桥提出“以枪杆子保卫笔杆子革命”。1976年2月，王洪文说：“上海民兵是我和张春桥搞起来的。”“我是抓住不放的，你们可给我抓好。”王洪文1976年9月23日在电话中对王秀珍说：“你们要提高警惕，斗争并未结束，党内资产阶级是不甘心失败的。”法庭调查时，徐景贤供认在“四人帮”覆灭前夕，9月28日张春桥向马天水、徐景贤、王秀珍等人下达了指令，说上海要“经受大考验”、“要打仗”。于是“四人帮”一垮台，徐景贤、王秀珍等人按照张春桥、王洪文的指令，立即策动上海武装叛乱。上海武装叛乱是张春桥、王洪文长期经营帮派武装的必然结果。被告人姚文元对这一罪行是不应负刑事责任的。

今天，当我们从头至尾认真拜读这份辩护词之后，觉得这份辩护词逻辑性极强，且实事求是，将不属于姚文元的罪行严格加以区别，实在是一篇不可多得的辩护词。

最高人民法院特别法庭经过审理，最终采纳了辩护人对被告人姚文元不构成策动武装叛乱罪行的无罪辩护其他罪名的从轻辩护意见，以阴谋颠覆政府罪，组织领导反革命集团、反革命宣传煽动罪和诬告陷害罪，数罪并罚，判处被告人姚文元有期徒刑20年。

韩学章、张中在历史的审判中体现出了一名律师的正义形象，他们始终坚信“在法律面前人人平等，惟有客观事实才是最高的权威”。为后继者树立了榜样。

张中在回忆这难忘的这段经历时说：当时我们完全抛开个人的情感，为了法律的公正，为了法制的健全，为了中国律师的形象，义无反顾地担当起了这个神圣的使命，这在当时对恢复中的我国律师制度起到了极为重要的推动作用。■

专题 ●文 / 曾文

2010 年中国法院 知识产权司法保护十大案件评析

编者按：在今年的知识产权保护月到来之际，2011年4月24日，最高人民法院召开新闻发布会，发布了2010年中国法院知识产权司法保护十大案件和五十个典型案例。在此，我们整理了十大案件并作出评析，供广大律师参考。

十大知识产权案件最高人民法院审结3件，高级人民法院审结4件，中级人民法院审结2件，1件为基层人民法院审结的刑事案件。最高人民法院新闻发言人孙军工表示，“这些案件充分体现了人民法院依法平等保护当事人权益的司法原则。”

一、知识产权民事案件（7件）

1. 上海世博会法国馆“高架立体建筑物”发明专利案

原告王群以被告上海世博会法国馆（以下简称法国馆）、中国建筑第八工程局有限公司（以下简称中建八局）建造的上海世博会法国馆建筑物侵犯其“高架立体建筑物”发明专利权为由，向上海市第一中级人民法院起诉请求判令两被告停止侵权行为、赔偿损失、消除影响。

一审法院认为，法国馆建筑物内的房间均设置在坡道的表面，而未延伸至坡道的四周空间，这与原告专利权利要求1中记载的技术特征之一“空间支架四周空间及表面设置有若干房屋单元”既不相同，也不等同。法院驳回王群诉讼请求。一审判决后，王群提起上诉。上海市高级人民法院二审认为一审法院有关侵权性质的认定正确，遂判决驳回上诉，维持原判。

评析：本案是上海世博会期间涉世博的专利侵权案件，受到社会的广泛关注。审理法院经现场勘验法国馆的涉诉侵权技术特征，依法准确解释专利权利要求，作出了法国馆未构成专利侵权的判决。本案判

决体现了人民法院依法平等保护当事人权益的司法原则，维护了上海世博会的正常运行秩序，获得了良好的社会效果。

2. “鳄鱼”商标案

2000年5月，（法国）拉科斯特股份有限公司（下称“法国鳄鱼”）以（新加坡）鳄鱼国际机构私人有限公司（下称“新加坡鳄鱼”）侵犯其注册商标权为由提起诉讼请求法院被告立即停止侵害，并判令二被告赔偿经济损失人民币300万元；判令二被告消除影响；判令二被告承担本案全部诉讼费用。

北京市高级人民法院一审认为，新加坡鳄鱼之行为不同于刻意仿冒名牌奢侈品的假冒行为，其在主观上并无利用法国鳄鱼司的品牌声誉，造成消费者混淆、误认之故意；新加坡鳄鱼的系列商标标识经过在中国大陆市场上大规模、长时间使用后，客观上也已经建立起特定的商业声誉。根据整体比对、综合判断的原则，法国鳄鱼与新加坡鳄鱼的系列商标标识作为整体，二者之间已经形成了显著性的区别特征。两者无论在实际购买商品时还是在商品售出后使用中均不会导致消费者的混淆和误认，遂判决驳回拉科斯特公司的诉讼请求。法国鳄鱼不服一审判决，提起上诉。最高人民法院于2010年12月29日作出二审判决，驳回上诉，维持原判。

评析：本案系法国“鳄鱼”与新加坡“鳄鱼”系列商标纠纷案中最为业界关注的一起，最高人民法院通过对此案的

裁判，明确了此类具有复杂历史渊源的案件的裁判原则，对各级人民法院裁判此类案件具有重要指导意义。在该案中，最高人民法院指出，侵犯注册商标专用权意义上的商标近似应当是指混淆性近似，即足以造成市场混淆的近似。由于不同案件诉争标识涉及情况的复杂性，认定商标近似除通常要考虑其构成要素的近似程度外，还需要根据案件的具体情况，综合考虑被诉侵权人的主观意图、注册商标与诉争标识使用的历史和现状等其他相关因素，在此基础上认定诉争商标是否构成混淆性近似。

3. 伊莱利利公司吉西他滨及吉西他滨盐酸盐专利案

（美国）伊莱利利公司（以下简称伊莱利利公司）的三项专利构成生产制备吉西他滨盐酸盐和吉西他滨的完整技术方案，伊莱利利公司向江苏省高级人民法院提起诉讼称，江苏豪森药业股份有限公司（以下简称豪森公司）未经许可使用涉案专利方法制备了吉西他滨和吉西他滨盐酸盐并对该产品进行了促销，构成侵权。一审法院通过委托鉴定，确认豪森公司所处理的关键混合物与涉案专利不同，判决驳回了伊莱利利公司的诉讼请求。二审法院根据化学理论等证据推导出鉴定结论关于被诉侵权技术方案中相关技术内容的推定具有事实基础，并维持一审判决。

评析：本案中，二审法院根据化学理论基本知识、结合专利说明书、被诉侵权

人提交的补充确证实验结论以及杂志发表论文披露的技术内容等证据,认定鉴定结论关于被诉侵权技术方案中相关技术内容的推定具有事实基础,一审法院采信鉴定结论并无不当。

本案明确了只要有充分的事实基础,并不排斥通过推定查明被控侵权技术方案中的相关技术内容。同时强调指出,只是在涉及新产品制造方法发明专利的侵权纠纷中,才由被诉侵权人承担证明其产品制造方法不同于专利方法的举证责任。

4. “天府可乐”配方及生产工艺商业秘密案

天府可乐集团与肯德基国际控股公司(百事公司子公司)于1994年1月签订合资合同,合资设立重庆百事天府饮料有限公司(以下简称百事天府公司),约定了双方出资、合资公司生产天府可乐饮料和浓缩液、天府商标作价人民币350万元转让给合资公司并就此另行签订合同、纠纷协商不能解决则提交仲裁等内容。2009年,天府可乐集团向法院提起诉讼,请求法院判决,确认天府可乐配方及其生产工艺商业秘密属于其所有,判决百事天府公司立即停止使用涉案商业秘密,立即归还涉案商业秘密的技术档案等。

天府可乐浓缩液乙料的成分、配方及其生产工艺构成商业秘密;仅依据天府可乐集团合资期间知悉和同意百事天府公司使用涉案商业秘密,不足以证明天府可乐集团同意将涉案商业秘密作为注册资本投入到百事天府公司;但应当认为天府可乐集团许可百事天府公司使用该商业秘密,在本案判定之前百事天府公司对涉案商业秘密的使用不构成侵权。现在天府可乐集团以权利人身份明确表示不再同意百事天府公司使用涉案商业秘密,并表示不愿意协商许可问题,其请求应予支持。

据此,法院判决确认天府可乐集团是涉案商业秘密的权利人,百事天府公司停止使用涉案商业秘密并返还其从天府可乐集团取得的与涉案商业秘密有关的资料,驳回其他诉讼请求。

评析:本案中双方当事人围绕案件管辖、请求保护的技术是否构成商业秘密

及其权利归属、是否侵权等主要问题均有争议,本案判决全面客观地认定了事实,从法律、司法解释和相关规定入手,界定性质,明确要件,细致分析,综合评判,说理严谨充分。一审宣判后,被告请求在审判案件的合议庭见证下自动履行判决义务,原告公司及其部分职工专门到法院致谢,实现了法律效果和社会效果的统一。

5. 干扰搜索引擎服务不正当竞争纠纷案

青岛奥商网络技术有限公司(以下简称奥商公司)在中国联合网络通信有限公司青岛市分公司(以下简称联通青岛公司)的合作下,开展“网络直通车”业务,其提供的“搜索通”服务可以实现如下效果:在联通青岛公司所提供的网络接入服务网络区域内,当网络用户在互联网上登录百度公司搜索引擎网站进行关键词搜索时,优先出现网络直通车广告位(5秒钟展现),在5秒后原搜索窗口自动展示原始搜索请求的搜索结果。百度公司以不正当竞争为由向青岛市中级人民法院提起诉讼。

一审法院认为,奥商公司和联通青岛公司在联通青岛公司提供互联网接入服务的区域内,对于网络用户针对百度网站所发出的搜索请求进行了人为干预,使干预者想要发布的广告页面在正常搜索结果页面出现前强行弹出。该干预行为系利用搜索服务提供者的服务行为为自己牟利,易使网络用户误认为该强制弹出的广告页面为搜索服务提供者发布,并影响了搜索服务提供者的服务质量,损害了其合法权益,违反了诚信原则和公认的商业道德,根据反不正当竞争法第二条的规定,应当认定其构成不正当竞争。遂判决奥商公司、联通青岛公司停止针对百度公司的不正当竞争行为,赔偿经济损失20万元并消除影响。山东省高级人民法院二审维持了一审判决。

评析:本案裁决关于反不正当竞争法上的竞争关系不以经营者属同一行业或服务类别为限的认定以及对反不正当竞争法原则条款的正确运用和把握,进一步深化和丰富了对反不正当竞争法的理解。原审法院在审理过程中,发挥网络技术专家证人的作用,合理运用证明责

任规则,解决了技术事实查明问题,对同类案件的审理具有较强的借鉴意义。

6. “红肉蜜柚”植物新品种权属案

原告林金山以其应为被告福建省农业科学院果树所(以下简称果树所)、陆修闽、卢新坤所获“红肉蜜柚”植物新品种的权利人之一为由,向福建省福州市中级人民法院提起诉讼,请求判令其为该品种权的品种权人。

一审法院认为,林金山发现了可培育“红肉蜜柚”植物新品种的种源,为后续培育新品种做出了重大贡献,同时林金山成功地对该变异品种进行了嫁接、培育。为保护农民育种的合法权利和研究人员育种的积极性,林金山亦应享有“红肉蜜柚”植物新品种权。遂判决林金山享有“红肉蜜柚”植物新品种权,驳回林金山的其他诉讼请求。果树所、陆修闽不服该判决,上诉至福建省高级人民法院。

二审法院认为,在果树所与案外人签订的《科技合作协议》以及向福建省非主要农作物品种认定委员会提交的《福建省非主要农作物品种认定申请书》中,均将林金山列为育种人之一。植物新品种保护条例规定,委托育种或者合作育种,品种权的归属由当事人在合同中约定;没有合同约定的,品种权属于受委托完成或者共同完成育种的单位或者个人,林金山作为“红肉蜜柚”的共同育种人,亦应享有该品种权。遂判决驳回上诉,维持原判。

评析:本案涉及植物新品种权属纠纷中较为普遍的问题,社会关注度高。本案判决对于育种活动中,如何依法合理保护种源发现者、实质参与者的合法权益,具有重要意义。

7. LED照明用集成电路布图设计案

南京源之峰科技有限公司(以下简称源之峰公司)与案外人华润半导体国际有限公司(以下简称华润半导体公司)订立协议开发1360集成电路。

源之峰公司对华润矽威科技(上海)有限公司(以下简称矽威公司)销售专利产品的PT4115芯片进行了反向剖析,形成1360集成电路的布图设计,并提供给华润半导体公司,获得10万元设计费。华润半导体公司委托第三方生产1360

管芯并优先销售给源之峰公司,源之峰公司将管芯封装后,编码成 6808、6807 等系列集成电路向市场销售并获利。

矽威公司以源之峰公司侵犯其集成电路布图设计专有权为由,向江苏省南京市中级人民法院提起诉讼。

该院认为,源之峰公司通过反向剖析的手段,复制了涉案 PT4115 布图设计的全部,并提供给华润半导体公司进行商业利用,未经权利人许可,其行为构成对 PT4115 布图设计专有权的侵害,遂判决源之峰公司立即停止侵犯 PT4115 集成电路布图设计专有权的行为、赔偿矽威公司经济损失以及矽威公司为制止侵权行为所支付的合理费用共计 23 万余元。双方当事人均未上诉。

评析:本案是侵犯集成电路布图设计专有权纠纷的典型案,涉及权利保护范围的确定、侵权判定方法等基本法律问题,为此类案审理提供了宝贵的经验,也是人民法院司法保护集成电路布图设计专有权的具体体现,得到该行业的普遍认可。

二、知识产权行政案件(2 件)

8. 本田汽车外观设计专利无效案

本田技研工业株式会社(以下简称本田株式会社)是“汽车”外观设计专利权(简称本专利)的专利权人。石家庄双环汽车股份有限公司(以下简称双环公司)、河北新凯汽车制造有限公司破产清算组(以下简称新凯公司)分别向国家知识产权局专利复审委员会(以下简称专利复审委员会)申请宣告本专利无效。专利复审委员会宣告专利无效。本田株式会社遂向北京市第一中级人民法院提起诉讼,法院最终认为,对于汽车整体外观而言,二项专利虽存在细微差别但尚不足以使一般消费者对两者整体外观设计产生明显的视觉差异。因此,有关专利与对比专利构成外观设计相近似并确认专利无效。

本田株式会社向最高人民法院申请再审。最高人民法院裁定提审本案,并认为就本案诉争的汽车类型而言,因此类汽车的外形轮廓都比较接近,故该共性

设计特征对于此类汽车一般消费者的视觉效果的影响比较有限。相反,汽车的前面、侧面、后面等部位的设计特征的变化,则会更多地引起此类汽车一般消费者的注意。这些差别对于本案诉争类型汽车的一般消费者而言是显而易见的,足以使其将本专利图片所示汽车外观设计引证汽车外观设计的整体视觉效果区别开来。因此,上述差别对于本专利与引证汽车外观设计的整体视觉效果具有显著的影响,二者不属于相近似的外观设计。遂撤销专利复审委员会无效决定及原一、二审判决。

评析:本案裁判进一步予以明确,即基于被比设计产品的一般消费者的知识水平和认知能力,对被比设计与在先设计进行整体观察,综合判断两者的差别对于产品外观设计的视觉效果是否具有显著影响。本案裁判有助于法律适用标准的统一。

9. “杏花村”商标异议复审案?

山西杏花村汾酒厂股份有限公司(以下简称山西杏花村公司)拥有第 147571 号“杏花村 杏花村牌及图”商标(即引证商标一),核定使用商品为第 33 类的白酒,1997 年 4 月 9 日被商标局认定为驰名商标。

安徽杏花村集团有限公司在第 31 类的树木、谷(谷类)、酿酒麦芽等商品上提出第 3102476 号“杏花村”商标(即被异议商标)注册申请。山西杏花村公司向国家工商行政管理总局商标局(以下简称商标局)提出异议。2010 年 1 月 11 日,商标评审委员会作出裁定:对被异议商标在酿酒麦芽商品上不予核准注册。山西杏花村公司不服,向北京市第一中级人民法院提起诉讼。一审法院判决维持商标评审委员会第 186 号裁定。

二审法院认为:“杏花村”与酒的联系,并非始自山西杏花村公司对引证商标的使用、宣传。杜牧的著名诗句早已使人们将“杏花村”与酒商品联系在一起,由此对引证商标一的保护也不应不适当地扩大,尤其是不应当禁止他人同样地从杜牧诗句这一公众资源中获取、选择并建立自己的品牌,只要不会造成对引证商标一及山西杏花村公司利益的损害

即可。安徽杏花村集团有限公司在树木、谷(谷类)等商品上申请注册被异议商标,并不足以导致相关公众误认为该商标与引证商标一存在相当程度的联系,因此判决维持一审判决。

评析:本案判决进一步明确指出,只有足以使相关公众认为对使用诉争商标的注册、使用人和驰名商标注册人具有的相当程度的联系,从而减弱驰名商标的显著性、贬损驰名商标的市场声誉,或者不当利用驰名商标的市场声誉的情形,驰名商标注册人才能禁止他人注册和使用。本案二审判决对于在具体情形下如何判断是否对驰名商标造成损害作出了合理的分析,对于解决此类问题有一定的指导意义。

三、知识产权刑事案件(1 件)

10. 制售假冒洋酒案

被告人刘兆龙系自原籍来京务工人员。2009 年 3 月至 9 月,被告人刘兆龙在北京市大兴区黄村镇海子角村平房一条 10 排其暂住地,未经注册商标权人许可,自行购买原料酒、酒瓶、酒盖、包装箱、封盖机等物品后,通过灌装方式自制芝华士、红牌、黑牌、人头马、百龄坛、杰克丹尼、马爹利、轩尼诗、皇家礼炮酒,通过物流托运方式销往郑州、石家庄、西宁等地,经营数额达 201 507 元。2009 年 9 月 12 日,公安机关在检查过程中将刘兆龙查获,起获酒瓶、包装箱、原料酒、封盖机、未及销售的部分酒水等物。

法院经审理后认为,被告人刘兆龙未经注册商标所有人许可,在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标,且假冒两种以上注册商标,非法经营数额在 15 万元以上,其行为已构成假冒注册商标罪,系情节特别严重,依法判决被告人刘兆龙犯假冒注册商标罪,判处有期徒刑四年,并处罚金人民币十五万元。

评析:本案是一起典型的知识产权刑事司法保护案例,尤其是罚金与徒刑并处,且罚金较重,有利于从源头遏制被告人再犯的可能性。本案件的判决充分体现了我国保护知识产权的决心和刑事打击知识产权犯罪的力度。■

专题 ●文 / 上海律协信息网络与高新技术业务研究委员会

被控海量侵权 百度该担何责

——互联网时代的版权保护研讨会



编者按:2011年3月15日,贾平凹、刘心武等50名作家联名发表了一篇《“3·15”中国作家讨百度书》的文章;3月24日,作家及出版社代表与百度进行了一次谈判。

当天晚间,代表之一的路金波在微博上告知谈判破裂,之后韩寒也就此发表了两篇博文。一时间,社会上对此议论纷纷。

李彦宏随后发表了一个言论:“百度如果不能解决文库的问题,就把它关掉。”并删除了部分有名作家在百度文库中的文章。

百度文库与作者的版权之争以及百度上一些版权保护的问题在网络及社会上引起了轩然大波。

2011年4月21日,上海市律师协会信息网络与高新技术业务研究委员会和知识产权业务研究委员会一起就百度文库所涉及的网络版权保护事宜,联合举办了互联网时代的版权保护研讨会。

上海市版权局上海市新闻出版署版权执法处薛彬处长和上海市文学艺术著作权协会副秘书长许其勇受邀参与了研讨会。出席会议的还有上海市律师协会信息网络与高新技术业务研究委员会主任商建刚、副主任刘春泉,知识产权业务研究委员会主任富强国及其他近二十名著作权方面的专业律师。

本次研讨会由上海市律师协会信息网络与高新技术业务研究委员会主任商建刚主持。与会人员重点对本次百度文库事件所涉及的相关法律问题展开了探讨。

“避风港”条款在中国的适用

与会律师认为,“避风港”制度(权利人发现在某一网站上出现了侵

权文章,权利人可将该文章的上传者起诉至法院,法院会要求网站披露上传人的IP地址和注册信息,并将披露后的信息送到电信部门,最终确定上传者)是从美国引进的,但不管“避风港”原则怎么定,必须要有一个合理使用制度,使“避风港”原则无论如何不能超出合理使用制度的法律规定。

合理使用制度规定了十几种的合理使用行为,它并不绝对禁止使用;有的可以免费使用;有的可以付费使用。合理使用制度就有这样一个含义在里面,可以根据具体情况来确定怎样运用。

商建刚:当我们就这起事件围绕着“避风港”条款的适用进行讨论时要看到,中国并没有“避风港”制度发源地美国那样的社会、法律环境。

我跟美国的律师探讨过,他说:“如果在美国,一个版权被侵权的话,一定不能诉网站的,一定不能是Google的责任,一定是诉上传的人。”在中国是找不到上传人的,他说在美国是找

得到的。比如说在Google上出现了这篇文章,你就诉在Google上发表这篇文章的人,法院把这个东西送到Google,Google就披露他的PI地址和注册信息,再把资料送到电信部门,然后就找到这个人。

美国有一个“discovery”的程序来找到这个人,让提供链接服务、提供存储服务、提供搜索服务的这三类人能够享受“避风港”原则的保护,最后由实施侵权的人承担责任。

中国最大的问题是什么呢?百度有一堆的服务器,但不承认是他的,然后百度用这些服务器干盗版的事。

从民事诉讼的角度来讲,在中国打这种官司就很难,那么版权执法部门可不可以要求百度“你把你有多少服务器告诉我”,然后版权执法机构自己去查验,如果发现了这个服务器是百度实际控制的(通常服务器是没有域名的),那就要追究李彦宏的刑事责任了。但如果百度不承认其控制侵权文章所在的服务器,便因此不能要求百度披露上传者的IP信息等,最终也就无法追究上传者的责任了。

刘春泉:“避风港”原则是从美国引进的,但目前国内的互联网规定和立法已经不需要“言必称美国”了。中国目前互联网侵权行为的现状,实际上已经超出了美国的互联网环境。中国社会发展的阶段和美国不一样,在中国内部,虽然上海可能与美国的一些地方差别不大,但是它与中西部的



研讨会会场

差距却是非常大的。在中国许多地方和美国的差距这么大的情况下，如果一味把美国的案例学过来的话，无法确定是否能解决中国的问题。

我觉得中国的学界也好、法律实务界也好，都非常需要研究这些问题。比如说百度的问题，在 IT 业界，谁都知道，连老百姓都知道百度是一个充满争议的公司，或者说是有原罪的公司。互联网巨头的公司之间都在说，腾讯基本上是没有原罪的公司，百度就是一个有原罪、大家争议比较多的公司。

为什么他会引起那么多的争议呢？

当年的 MP3 搜索，曾经一度占搜索量的 25%~30%，这就是他为什么打了十多年的官司一直不肯放弃。现在为什么在 MP3 上有妥协，因为他的商业的模式，他的企业发展到现在已经进入了一个新的阶段了。

吴秋芳：国内目前的立法中，对“避风港”原则其实并不缺乏规则，问题在于我们怎么应用好这个规则。比如百度的抗辩认为：“如果有通知就去删除”，但如果没有通知，这种情况下

如何处理？如果这个侵权太明显的话，哪怕没有被通知，百度也应当有义务删除。

新颁布的《侵权责任法》对这一部分规定似乎比《信息网络保护条例》更要严格一点。

薛彬：百度文库扮演的角色到底是服务提供商还是一个内容提供商，这是我们看它到底适合不适合使用“避风港”原则的前提。我觉得这个问题我们一定要提交司法部门，要告诉他们百度到底是什么样的角色，这个角色分清楚了，我们才能用合适的原则去规范它。

每个法律的适用环境是不一样的，各个国家的法制基础也不一样，所以在我国适用“避风港”条款也与国外不同，我们现有环境与国外的差异比较大。

我跟很多网络公司都有联系，Google 上的哪一篇文章侵权了，我跟 Google 讲，Google 会提供相关的材料给我们。但是对中国的网络公司，我们就不一定能做到。

我们的网络备案非常简单，有人

拿一个假身份证、提供一个假电话完全可以做一个网站了，查不到的。比如说服务器在上海（因为我们上海是一个大量服务器接入地），我要找到登记人，但是电话打过去没有这个人。我们用美国这一套操作的程序（适用“避风港”程序）在这里就进行不下去。

还有，我们会碰到所谓的服务器问题，如果服务器在中国境内的话还好查，服务器跑到境外了你怎么查？没办法查的。

上海有一个案子，是一个外挂，涉嫌侵犯著作权罪。当事人说：“你们再晚一个礼拜，我的服务器就到外面去了，你查都查不到。”因为服务器上面才会有整个商业的脉络，你查不到这个服务器就一筹莫展了。所以我觉得刚刚讲到的“避风港”适用环境，还真是要有中国特色。没有中国特色，实际操作会有很大的难度。

百度的商业模式是否合规

与会者认为，百度不仅仅提供搜索引擎，它下面有很多例如 MP3、游戏频道，百度文库，包括百度百科，所有流量

排名在第一页的都是百度的产品。有理由相信,他是在利用这个市场的垄断地位去帮助自己的产品进行盈利。

庄毅雄:对于本案来说,我更关注的是百度被互动百科告的那个“反垄断”案件。

百度为什么会出现那么多社会问题,就因为百度的市场占有率在国内来说是完完全全第一的,用户如果在国内搜索任何的信息都是要通过百度这个平台。对于互联网来说,它一个窗口、一个入口就决定了整个市场规模、整个盈利规模最关键的一点。用户在互联网搜集信息都是要通过百度这个入口的话,那百度所负载的东西就有很大的权力去引导用户找到他所需要的东西。

如果退回到以前,没有百度文库,搜索结果是什么?是当当,是卓越,在这种情况下,作者是盈利的。百度文库一出来之后,他把自己这些流量利用了。如果没有百度文库,现在百度的态度也会软下来了,他觉得是要通过一种机制让作者在百度上能够赚钱,但是通过这种机制也还是无法解决根本性(的垄断)问题,因为将来作者要依靠百度去赚钱,还是无法摆脱百度的垄断地位。

所以我认为这是一个生态链的问题,要最终解决的就是百度自己的产品在百度搜索当中互相链接的问题,如果百度没有这个垄断地位,他就可以把自己的产品客观地排名。这样一来,当当就有可能逐步排在百度前面了。我相信那样的话作者也是能够赚钱的。我个人觉得,互动百科告百度“反垄断”那个案件,是从根本上解决所有百度问题的一个关键性案件。

刘春泉:百度目前已经做到全球网络公司市值排名第三,但其推出的百度文库很显然在重复原先 MP3 的商业模式。

商业逻辑和法律逻辑是不一样的,企业家看到的是商业逻辑,法律人

看到的是法律逻辑,这就是我们之间最大的差别。

商业逻辑是,当年 MP3 搜索的时候,我们的唱片业协会、电影业协会打了 10 多年的官司,10 多年打下来,百度赔出去的费用绝对不超过 100 万,最大的一个金额判了 6 万多块钱,大部分的案子加起来不超过 100 万,但是维权人付出的成本加起来绝对超过 100 万。

这么多年来,由于 25~30% 的流量,对广告的盈利贡献远远超过不知道多少个 100 万了,这就是企业家看到的。但是作为全球网络公司市值第三的百度还在沿袭以往的初时发展的模式,这种做法是令人无法认同的。

比较一下当年的 Google 图书馆,Google 图书馆最终因为版权问题无法再在中国立足,这是尊重版权的行为。正如韩寒说的:“原来讲道理的被我们赶走了,不讲道理的,大家觉得挺好。”

这是中国法制的悲哀,作为中国的律师应该怎么去解决这些问题呢?

傅钢:盛大文学诉百度这个案子是我跟刘律师代理的,盯百度已经一年多了。百度是一家比较缺乏商业诚信,甚至是有损良心的互联网公司。他的很多商业模式,你深入进去研究的话都存在很大的问题。

我觉得同样是百度公司的产品,在百度百科关联到这么密切的程度,(百度)你说你不知道绝对是撒谎。盛大有一部作品,在盛大发了 5 分钟之后,手打版就出来了。盛大是用的页面格式,所以百度专门组织了一批人手打出来放到百度上,供网友观看。这就证明他的明知或者应知已经足够了。

说百度文库构成间接侵权,我觉得是没有问题的。

盛大起诉他之后,他也是一直在抗辩。像“通知删除义务”这一块,他说:“我删除的原则是你先发了符合法律规定的通知函。”盛大发的那些通知

函基本上都是跟国家相关部门沟通过,他还是说不合格,说“你没有把每一个页面都打印下来,告诉我们这个是侵权的”。

按照我们一般理解的原则,只要符合法律形式发给你,你就删除。如果被删除方有异议再提出反证,可以再恢复,大概是这样一个程序。由此我觉得这个公司真的是蛮有问题的。以现有的政策、现有的法律规定起诉他,只要证据充分,我觉得胜诉的概率还是比较大的。当然在北京有一些特殊的情况,百度宁愿花几十倍、几千倍、几万倍的钱去公关,也不愿意赔偿权利人,不愿意与权利人进行任何利益的分享,这就是问题之所在。

薛彬:百度很多的实际操作行为如产品的设计、产品的定位等已经使之不单单是一个服务提供商,实际上它也在做内容,包括百度用 Wab 的手段,或者跟其他人通过合约、契约的方式,让文本可以直接上传。遇到这类问题,我们要看它行为的本意是什么。

许其勇:从企业来说,百度认为自己没有触犯法律,所以它才会继续以这种模式做下去。在百度音乐这一块,百度实际上已经把很多产业打垮了,现在就有点杀鸡取卵的行为,短期来看利润是很丰厚,但这种做法对创作行业有不利的影响。很多人做了一些创作,需要投入很多,但是百度复制传播非常容易,所以要靠法律制度去推动商业模式更加合规,很难要求百度自觉做到这一点。

对侵权要加大处罚力度

与会者比较赞同百度文库侵权应予以惩罚赔偿。

大家谈到,现在食品安全也是这个问题,他不怕你,你罚我好了,我关了再开一家。不像美国有资格限制,你这样干的话一辈子再也不能做了。百度现在就无所谓。所以关键是法律制度上的问题,你没有这种动力促使他

去做这种改变。如果有一种法律制度推动,比如说能迫使他进行惩罚性赔偿,就能够让他觉得有必要尽量避免这种诉讼。

也有律师认为,要百度承担起全面审查上传作品是否有版权、有没有侵权,要求似乎过高。

刘春泉:应该尝试立项研究一下知识产权赔偿问题。因为企业是经济利益导向的,假设引进了惩罚性赔偿,百度任何一个案件的败诉,要按利润多少比例赔出来的话,那么百度每推出一个产品都会严格审查,防止出现侵权问题和法律漏洞。

因为知识产权保护不力,实实在在尊重知识产权的人反而吃亏。上海互联网的企业很规范,但如果没有相应的制度规范市场,保护守法者,结果就会是老实人吃亏。

我们的律师要研究,我们的政府也要研究,怎么让老实人不吃亏。

这方面现在有很多探索我觉得是非常好的,就是我们怎么样让企业在不付出太高成本的情况下,如果别人使用了他的资源(版权)而不向他付出合理的、必须的成本的话,那些人就要付出很大的赔偿。所以我有一个建议:少抓人,多赔钱。对于这些大老板,你想把他抓起来可能性不大的。

傅钢:在百度文库这件事情上,很多作品用现有的规则已经足够进行规制了。虽然有“避风港”原则,有通知删除,但若是网络服务提供商在提供信息存储空间时,就已经明知或应知存在侵权情况,则不再适用“避风港”原则。

在百度上有很多内容可以证明其是明知侵权的,比如说有一个百度风云榜,会对小说等等文学作品进行分门别类的排榜,在风云榜当中前100位可能有80~90%是盛大文学的小说,像《斗破苍穹》在一两年里都是排名第一的,但是在百度文库当中可以看到《斗破苍穹》的不同版本、不同章节。

在排行榜上长期位列前10,或者前100的作品,百度就应该有一个应知的义务。不仅如此,排行榜的页面会跟贴吧、百度百科、百度空间等等板块做一些关联,比如说《斗破苍穹》这部作品,在其后面是详情,再后面是百度百科,通过百度百科可以看到里面关于这部作品的作者、首发站、现在的更新状态、主要的情节、主要的人物等一应俱全的内容。百度文库中的文字与百度百科、百度贴吧等百度产品关联到这么密切的程度,百度若说不知道,那绝对是撒谎。

庄毅雄:要百度主动去审核用户的投诉是不可能达到的。因为审查所耗费的精力、人力是极大的。如果让百度去承担更多的社会责任,去帮助用户审查这个有没有版权、这个是不是侵权、这个是不是有其他的民事侵权行为的话,我个人觉得对于百度来说不是特别公平。

游云庭:政府版权管理部门和司法机关要重点打击大公司做的“踩红线”的互联网共享产品。有这种行为的企业就应该重罚,具体怎么罚?不但应该要求惩罚性赔偿,还应该要求百度或者其他的侵权企业提交产品设计文档以及相关产品源程序。对于这样一家市值超过4000亿人民币的大企业而言,他做盗版影响力特别大。为什么?中国百分之七八十的搜索都在上面完成的,他做盗版对互联网的恶劣影响就会特别大,对版权人的伤害也

是很大的,这种企业就应该重罚。

刘一舟:我们上次在上海高院也有一次知识产权的研讨,很多律师都谈到一个问题,就是惩罚性赔偿。说在这个环节里面,侵权的人里哪些是可以抓得到让他进行惩罚性赔偿的,我们应该好好研究。赔偿到什么程度,比较理想的是能逼迫他在建立自己的文库时就考虑到应该怎么做。而现在他愿意在诉讼里面去赔偿,每一次都愿意赔偿,而且一面赔,一面仍然把这些产品设计出来,这就是说没有赔到他的肉里,这些赔偿对他来说都是小钱。因此,一些公司在设计产品的同时,可能就有个报告出来了,对侵权风险有一个全面的评估,说自己因侵权当被告时会花多少律师费、多少诉讼费、每一本书赔多少、我们在什么样的情况下怎么做等等。我相信肯定有,面对这种情况,就要狠狠地罚他,这样可以比较积极地阻止这种情况发生。

薛彬:目前正在准备建立一个版权信息库,企业自愿把自己拥有版权的作品拿到版权局来备案,然后每家企业可以通过自己的密钥到信息库查询版权的归属。如果没有查询就有侵权行为的话,就要进行惩处。因为即便作为一个技术服务商,我觉得他还是应该有一个进行合理审核的义务的。

研讨会经过了两个小时的激烈讨论,参会人员均充分发表了自己的看法,会议在热烈的气氛中落下帷幕。■



积玉(书法作品) 上海融孚律师事务所 张金成

专 题

●文/商建刚 林丹蔚

企业上市
应注意的
知识产权问题

多家企业因为知识产权问题上市受阻

苏州恒久,2010年招股说明书披露其共拥有专利5项,并列明了这5项已授权专利的信息。但事实上这5项专利均因未缴年费而被终止失效。苏州恒久因此被证监会要求核查相关问题,至今未能上市。

星网锐捷,在已获核准首次公开募股(IPO)的情况下公告称,公司自查发现部分实用新型专利和外观专利存在因未续缴年费等原因已被终止,亦有部分正在申请的专利在审查阶段发生变化,其法律状态与招股意向书内容存在差异,决定暂缓A股发行。

新大新材,因与河南醒狮的专利纠纷被暂缓上市。

吉林永大,因与伊顿公司签署了《共用品牌许可协议》,被授权使用世界知名电气品牌“EATON”,被证监会认为其自身不具备完整的业务体系和直面市场独立经营的能力。

山东信得科技,首发申请未获通过,原因在于该公司许可其实际控制人潍坊信得无偿使用其所有商标1年,发审委认为其关联交易定价不公,损害了拟上市公司的合法权益。

据最新数据统计显示,仅2010年,国内就有61家上市公司因知识产权信息披露问题,在上市途中遇阻被否。如今,无论上市成功与否,无论是境内拟上市公司或境外拟上市企业,

无论是主板上市企业还是创业板、国际板上市企业都不应该忽视知识产权的作用,否则知识产权将越来越多地成为企业上市时的一块短板。

境外企业来华上市应注意的知识产权问题

1.做好知识产权规划

大多数的公司在上市前没有考虑无形资产的规划,根据《首次公开发行股票并上市管理办法》第三十七条第五项和《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》第十四条第三项的规定,无论是在主板发行上市的公司还是在创业板发行上市的公司,若“发行人在用的商标、专利、专有技术以及特许经营权等重要资产或技术的取得或者使用存在重大不利变化的风险”,则构成其发行上市的实质性障碍,可能导致无法顺利上市或上市后违反承诺或出现侵占上市公司利益事件。如上文提到的苏州恒久、星网锐捷、新大新材均因此而影响了上市的进程。

我们建议,公司应聘请专业知识产权律师、专家对拟上市公司准备使用的无形资产的权属和法律状态进行审查,使公司股票顺利发行,按计划上市,避免因无形资产纠纷影响公司的上市融资进度。

(1).确认无形资产要素

确定应该规划的无形资产要素。

专利权、商标权、厂商名称、技术秘密、经营秘密等无形资产要素,都应该列入规划的范围之内。特别是上市公司的名称,是经济实体的第一笔无形资产,一般公司的名称只要公司的工商行政管理部门批准就可以了,但上市公司还要经过社会公众股东的认可。例如,2003年富通昭和的名称是国家工商行政管理部门批准的,国家证券管理部门批准其计划发行4000万股,每股定价4.88元,预计募集资金1.85亿元。

但是,该公司名称就是因为有“昭和”两字与日本侵华时代天皇的年号相同,被社会公众质疑和谴责,该公司至今都没有上市。

(2).确定无形资产的权利状态

知识产权相对于传统上的有形资产,尚属新生事物,而且极具专业性和复杂性,比如拥有专利证书并不代表该专利持续有效,如果未缴年费维持将被终止;比如商标申请与获得注册商标属于截然不同的法律状态等。因此,若上市公司对于有关信息掌握得不精确,就容易出现前文提及的苏州恒久、星网锐捷、新大新材等公司的情况。

我们建议拟上市公司在上市前对已有的无形资产的法律状态、存续年限、法律风险等进行一个整体的评估与规划。

(3).规划无形资产进入上市公司

的计价

发起人的无形资产进入上市公司应该明确收费还是免费无偿使用;如果免费,是永久还是短暂;如果收费,是一次还是分期;收费计价方式是绝对额收费还是相对额收费;交换的方式是股份还是现金。

根据国家知识产权局网站公布的案例,一家拟上市公司就是因为与实际控制人在商标交易中的定价被发审委认为其关联交易定价不公,损害了拟上市公司的合法权益而被否决上市。

除了以上比较重要的知识产权规划的内容外,拟上市的公司也应当根据公司未来经营的模式确定无形资产进入公司的方式等。

2.准确披露公司知识产权信息

上市公司信息披露的准确性原则要求对外披露信息的内容须与实际相符,无误导性陈述。一些上市公司担心利益受到不利影响,对不利信息的披露避重就轻,或玩弄文字游戏。

比如,2007年阿里巴巴赴港上市时,其招股说明书中将已经出现的“阿里巴巴”商标争议风险,描述为“可能出现”,遭受媒体质疑。

南开越洋公司2010年2月4日发布公告,宣称汉王科技2010年的招股说明书“故意将天津高院关于管辖权的判决说成是南开越洋起诉被驳回,误导公众以为‘汉王科技侵权纠纷’已了”。但事实真相是,天津高院并未对侵权案件本身做任何判决,而只是通过管辖权裁定将案件转至香港仲裁。

虽然目前我们没有发现其因此而受到中国证监会处罚,但这实际上是严重违反有关信息披露的相关规定。根据目前对于“国际板”的相关规则报道,“国际板”规则将主要参考境外有关规则。我们建议境外企业来华上市还应当准确披露公司知识产权信息。

3.及时披露公司知识产权信息

上市公司信息披露的及时性原则要求在法定时间内及时完成对外信息披露,但目前来看很多公司并没有做到这一点。

如华谊兄弟2009年年报披露的公司商标注册情况显示,截至报告期末(指2009年年底)公司注册或待审的商标标识“华谊兄弟”、“HUAYI-BROTHERS”、“HYBROTHERS”共计36件。但检索商标局官方网站发现,截至2009年年底,华谊兄弟一共申请了51件商标,可见华谊兄弟并未及时披露包括2008年11月即已申请的“非诚勿扰IFYOU ARE THE ONE”等商标。

4.真实、准确披露知识产权信息

根据《上市公司信息披露管理办法》第二条的规定,信息披露义务人应当真实、准确、完整、及时地披露信息,不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。由于知识产权本身的复杂性、虚拟性,目前有关企业有意无意披露了可能导致误读的知识产权信息。

比如有的上市公司对本公司及其控股子公司的知识产权信息合并披露,但又未相互区分或分别介绍,导致无从观察上市公司及其控股子公司各自拥有的知识产权情况;部分公司习惯于避重就轻地披露有关知识产权诉讼。

江汉石油钻头股份有限公司(000852江钻股份)董事会于2008年5月29日发布“重大诉讼公告”披露,称因自然人幸发芬侵犯公司商业秘密一事引发诉讼,虽然公司将侵犯商业秘密罪所涉的刑事案件完整清晰地进行了表达,但对于诉讼标的以及更大的知识产权民事纠纷案件却只字没有披露。

中华人民共和国国家知识产权局在《上市公司知识产权信息披露质量分析》中也特别提及,中国平安2007年招股说明书只是笼统地披露了截至

2006年9月30日,公司及控股子公司已取得注册商标共169项。

5.完整披露知识产权信息

由于知识产权权益是公司发展的重要信息,上市公司还应当完整地披露知识产权信息——包括披露知识产权权益获得、丧失、转让的信息。

一般来说,对于知识产权获得方面的信息一般公司都会及时披露,如濮阳濮耐高温材料(集团)股份有限公司(002225濮耐股份)能够及时公布企业获得专利权的信息。2009年6月24日该公司发布公告:该公司获得了两项发明专利;2009年9月1日该公司又发布公告,该公司获得国家知识产权局颁发的三项实用新型专利证书。

但一些公司对于失去的知识产权不会履行披露的义务,如中国宝安集团股份有限公司(000009中国宝安)20多个“宝安”商标因到期未续展,被国家商标局撤销,未见该公司发布公告。无独有偶,深圳中恒华发股份有限公司(000020深华发A)约10个商标失效,也未见该公司发布公告。

6.谨慎处理与股东的知识产权关联交易

根据《上海证券交易所关于上市公司收购母公司商标等无形资产信息披露问题的通知》的规定,对于申请发行上市的公司,如果大股东没有将商标所有权转让给股份公司,证监会要求必须采用以下两种处理方式中的一种:

第一,在发行前大股东应将商标所有权(有偿或无偿)转让给发行申请人,如果在发行前无法完成转让程序,双方在发行前应首先到商标转让主管部门登记,随后公司在招股说明书中承诺完成期限;

第二,对大股东授予发行申请人永久(有偿或无偿)商标使用权的情况,要求大股东在招股说明书中承诺“允许发行人对商标拥有永久无偿使用权或将商标无偿转让给股份公司;以后

如果向第三方转让,应以保证股份公司无偿使用为前提。”对已经上市的公司,证券监管部门要求在接大股东转让商标时,应该严格按照有关针对关联交易的规定,请独立的财务顾问发布独立财务顾问报告并披露商标权这项无形资产的摊销年限及对上市公司未来经营的影响等工作。

7.妥善对知识产权进行估值

根据《首次公开发行股票并上市管理办法》第三十三条第四项的规定,在主板发行股票并上市的公司,其“最近一期末无形资产(扣除土地使用权、水面养殖权和采矿权等后)占净资产的比例不高于20%”。

依据这一规定,知识产权占净资产的比重不能高于20%,否则就不符合在主板发行上市的条件。当然,这一限制性规定仅仅是针对在主板发行上市的公司作出的,对在创业板发行上市的公司并没有类似的限制性规定,这是由于在创业板发行上市的公司本身就具有高风险、高成长性的特点。

对于主板上市的企业之所以作出这样的规定,主要是基于无形资产这一“无形”性特点。尽管知识产权等无形资产是企业核心竞争力的体现,但是,其价值的大小很难量化,而且随着市场环境的变化,又有被新的技术取代的风险,使原有的知识产权变得一分不值。因此,如何对知识产权进行妥善的估值,也是拟上市公司需要关注的问题。中国证监会会计部主任孙树明在世界评估组织联合会第四届评估师大会间隙接受中国证券报记者采访时表示:“对无形资产进行评估,依靠传统的资产评估方法可能不能完全反映创业板上市公司的真实价值。为此,需要资产评估行业认真研究如何合理评估无形资产的价值,进而对企业进行定价”。

知识产权价值与该知识产权的原创开发成本和产权登记及权利维护等费用额之和不一定相等。由于知识产

权产生的特殊性和形成过程的复杂性以及其价值的内敛性(其价值不便从外观上判断,主要体现在其使用过程中所产生的未来预期收益中),其价值往往难以用社会必要劳动时间来衡量,成本法一般不宜作为评估知识产权的方法。

如果委托评估的知识产权有(或有类似的)足够数量的正常市场转让(所有权转让或使用权转让)或许可交易案例,而这些交易案例均为正常交易或可修正为正常交易,且这些交易案例资料均易合法取得,这类的交易市场价格可以作为评估依据。

但实际情况是,知识产权的交易各方往往不愿意披露相关交易的细节,特别是交易的价格等,常见的知识产权评估方法为收益法。在选取收益法进行评估的过程中,实践与理论研究中,普遍认为有以下问题需要注意:

(1).收益期限的设定

毫无疑问,知识产权的收益性取决于其专用性、排他性,对于工业知识产权收益能力,技术的先进性、完善性也是很大的决定因素。技术的先进性对于工业知识产权的影响可以说是决定性的,可以瞬间将某一知识产权收益期限变为零。

目前,我国知识产权的法律对大部分知识产权约定的保护期为10至20年。而根据统计数据显示,在商业化过程中一项知识产权的经济寿命仅为5至12年。

因此,在对知识产权的有效收益年限进行预估时,应当考虑以上的因素,委托有关知识产权专业机构对待评估知识产权进行检索和分析,以确定比较合理的知识产权收益期限。

(2).收益指标的选取

在收益法评估实践中一般采用净利润或现金流量的收益指标。无论在选取任何一种收益指标对知识产权进行价值评估时,都应当注意到知识产权自身并不能单独创造出巨大的利

润,故须将其他有形资产的功效所产生的现金流分离出来。常用的分离方法有:割差法、超额收益法、分成率法。

相关法律法规

为了便于读者对有关知识产权披露问题的理解,我们整理了部分与上市公司知识产权(无形资产)披露、估价有关的法律法规名称,供读者参考:

《上市公司信息披露管理办法》;

《中国证券监督管理委员会股票发行审核委员会审核工作指导意见》(2004年1月20日证监法律[2004]9号);

《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第11号——上市公司公开发行证券募集说明书》(2006年5月8日证监发行字[2006]2号);

《信息披露规范第1号——招股说明书》(2006年5月18日证监发行字[2006]5号);

财政部颁布的2006年《企业会计准则第6号——无形资产》和配套的《企业会计准则第6号——无形资产应用指南》;

2000年12月上海证券交易所颁布的《上海证券交易所关于上市公司收购母公司商标等无形资产信息披露问题的通知》;

《深圳证券交易所关于规范上市公司和关联人收购商标等无形资产信息披露的通知》;

《公开发行证券的公司信息披露编报规则第17号——外商投资股份有限公司招股说明书内容与格式特别规定》;

《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第28号——创业板公司招股说明书》(简称28号准则)

(作者单位:北京大成律师事务所上海分所)

实务

●文/劳动法业务研究委员会 信息网络与高新技术业务研究委员会

碰撞的火花

——“信息网络及高新技术与劳动法的碰撞交流会”综述

随着信息网络与高新技术的发展,信息网络与高新技术企业在劳动人事方面遇到了许多“高技术”的难题;而另一个方面,劳动关系的运行和管理也面临着信息网络和高新技术发展所带来的挑战。为了帮助律师更好的了解信息网络与高新技术在劳动法上的应用,以及解决信息网络与高新技术企业所面临的相关劳动人事运行机制方面的困惑,信息网络与高新技术业务研究委员携手劳动业务研究委员共同举办“信息网络及高新技术与劳动法的碰撞交流会”。

研讨会就网络高新技术企业常见的境外离岸公司股权激励是否属于劳动法规定的“特殊待遇”、如何处理高新技术企业与员工的竞业禁止纠纷,特别是如何进行竞业禁止调查与证据固定问题、如何处理公司核心 IT 技术人员离职、交接事宜,特别是如何避免技术人员离职对企业正常经营产生影响、企业内部电子证据的保全、电子证据的辨别和比较等问题进行了深入浅出的探讨,提出了很多有见地的意见和建议,对广大律师颇有启发。

一、关于境外离岸公司股权激励问题

对于网络高新技术企业中常见的境外离岸公司股权激励问题,信息网络与高新技术业务研究委员会部分委员提出,目前大量的网络高新技术企业存在签发境外离岸公司股权作为员工服务期对价的情况,但离岸公司股权是否属于公司给予员工的

服务期对价、是否可以剥夺提前离职员工的期权等新问题不断涌现。

劳动业务研究会委员们对此认为,虽然《劳动合同法》只规定了培训可以设定服务期,但是《上海市劳动合同条例》关于特殊福利可以设定服务期的规定并未明确废止,司法实践中的理解依然可以对先予支付的现金、实物等特殊福利设定服务期。但是,司法实践中,特殊福利需要具备相当的“特殊性”而非普遍性;此外,而境外离岸公司的股权往往因为其公司未直接上市或公司注册问题,导致该等股权较难估价;最后,期权等可得利益本身具有很强的不确定性,通常不能理解为一项既定且先予支付的特殊福利。因此,关于员工股权激励是否可属于“特殊待遇”还有待于进一步研究和法律的进一步规定。

二、关于如何妥善 IT 关键技术人员离职移交

随着技术的发展以及企业对网络技术的大量采用,核心 IT 技术人员往往控制着企业信息网络的关键钥匙,可以轻而易举地令企业的系统陷入瘫痪,经营陷入困境,造成巨大损失。鉴于此,众多委员都认为 IT 关键技术人员的监管以及离职交接是司法实践中的难题。会议过程中,劳动业务研究会的委员们提供了一个关于公司核心 IT 技术人员离职交接的案例与参会委员分享。

在分享的案例中,某公司因某技术人员工作效率低且多次违反公司

规章制度考虑解雇该员工,但考虑到该员工掌握了公司重要交易系统的密码、程序、数据等,公司对该员工的离职做了周密的安排,包括利用多次的技术升级的机会,使该员工掌握的公司核心交易系统信息失效等方法,最终实现了平稳、顺利地离职与交接。信息网络与高新技术委员会的委员也认为,信息安全从来不是一个法律问题,而是一个管理问题。

此外,劳动业务研究会也与信息网络与高新技术业务研究会就技术人员完成离职移交的标准进行了探讨。工作人员,包括 IT 类工作人员,离职时移交的不仅应包括工作物品与材料的移交,还包括工作内容的移交。即 IT 类人员在离职移交时不仅应将有关技术数据移交给继任者,还应向继任者移交履行职务所必备的技术知识。当然,目前这个并没有法律法规层面上的规定,因此需要律师帮助企业在劳动人事制度中对 IT 类人员的离职移交要求做一个比较明确的规定。

三、“商业秘密”的界定问题

劳动业务研究会的委员提出,我国法律上对“商业秘密”的界定有一些争议,实践中也存在许多盲点。商业秘密的定义存在于许多法律规定中。一般企业会在与员工的劳动合同中明确定义该企业的商业秘密范围,可能有些并非属于商业秘密,不符合《反不正当竞争法》中关于商业秘密的规定。双方发生争议后容易采用不



同的法律对商业秘密的定义进行抗辩。

大家都觉得这是理论与实践的差异,可以由劳动仲裁解决,也可以经过民事诉讼进行解决。采用民事诉讼进行解决纠纷相比其他方式更严格、严谨。

四、有关竞业禁止的问题

目前许多企业尤其是高新技术企业都会采用竞业限制的合同约定,因此由于违反竞业限制约定的争议也呈现上升趋势。作为原雇主,支付了竞业限制补偿,但是离职员工依然前往竞争企业工作,可谓人财两空。但是在维权上,企业在这种情况下难以举证证明员工工作的事实,无法维护自己的合法权益。

就此,与会委员在讨论中例举了各种调查取证中的棘手情况和经验。譬如委派客户与其接触、委托猎头招聘等手段获取合法有效的证据等方式。

此外,有委员也提供了一个双方律师围绕着在竞争对手工作的事实激烈对抗举证的竞业限制案例。从中衍生出对于劳动关系认定生效判决的既判力问题。

从目前的竞业限制制度设计来看,这个制度无法起到威慑侵害商业秘密的恶意跳槽,不仅因为取证困难,还因为诉讼周期长,而无法有效、及时制止其违法行为。而从另一方面看,企业也存在滥用竞业限制的情形,恶意限制劳动者就业,破坏劳动者的职业生涯,事实上也造成了社会人力资源的有效积累。

因此,在现有《劳动合同法》所规定的竞业限制规定基础上,应当研究进一步细化的实施细则,明确竞业限制的范围、地域、期限、补偿标准,也对违反竞业限制的行为增加处罚的力度和时效性。

五、有关企业域名归属的问题

信息网络与高新技术专业研究委员会提出,有些网络科技企业设立初期,委托员工注册域名并由员工个

人管理,其注册、管理手续、费用均由员工个人名义发生。当该员工离职,企业将与员工就域名的归属常发生纠纷。

对此,有委员认为很难索回,因为从登记记载的归属来看都是员工个人的,企业很难拿出证据证明其对该域名拥有权利。

劳动法业务研究会的委员则提出可以从职务行为的视角进行切入,结合双方劳动关系的履行,证明其行为系企业指示的职务行为而非个人行为,且该域名为企业所实际使用。

信息网络与高新技术专业研究委员会委员们也提醒,《著作权法》、《专利法》上的职务作品与上述职务行为并非同一概念,需要加以区别。

六、企业内电子证据的保全

信息网络与高新技术专业研究委员会也就处理劳动争议案件中,电子证据固定与保全、电子证据搜集与调查,特别是电子邮件追踪技术等问题,与劳动业务研究会成员进行了交流。

商建刚律师指出,通常进行网页公证应当注意以下关键步骤:第一,必须验证用于取证之用的电脑终端是正常连接到互联网,为此必须进行 ping 认证。第二,用于取证时所用的时间是北京时间,为此必须访问一次“北京授时中心”的网站。第三,必须清除取证之用电脑终端的“缓存”。第四,必须建立新文件夹,并逐步保存公证对象。■

编后语:两个不同领域的业务研究委员会,跨专业地共同探讨同一个边缘交叉的法律问题,求得更深入的研究成果,这是一种非常有意义的尝试。本期推出的两篇综述之一就是由两个业务委员会在同一个研讨会上碰撞出的思索火花,对广大律师颇有启发。我们期待着这样的研讨会多一些,律师业务研究的方式也更丰富些。

专题 ●文/毕 铭

2010 年十大网络法律事件评析

编者按:2010 年中国的网络世界熙熙攘攘,从一月的“Google 退出中国”到年末的“3Q 之争”,各种事件纷杂紊乱,让人眼花缭乱。为了透过网络热门事件,条分缕析并揭示各种事件背后所包含的深层次法律问题,上海律协信息网络与高新技术业务研究委员会评选出了“2010 年十大网络法律事件”,并对每一事件加以律师点评,在此呈现给各位律师。

一、2010 年 1 月,谷歌退出中国

事件回放:2010 年 1 月 13 日,Google 首席法律顾问大卫·多姆德在官方博客中宣称,去年 12 月中旬,他们侦测到一次来自中国、针对公司基础架构的高技术、有针对性的攻击,这次攻击导致其知识产权被盗,加上其他一些原因,导致谷歌已经决定不愿意继续对谷歌中国网站的搜索结果进行审查。“这可能意味着谷歌将要关闭中国网站,并可能撤销在中国的办事处。”

2010 年 3 月 23 日,Google 高级副总裁大卫德鲁蒙德发布博文“新的中国策略(更新)”宣布,停止对谷歌中国搜索服务的“过滤审查”,并将搜索服务由中国内地转至香港。这在中国互联网市场无异于投下了一颗重磅炸弹。作为世界上最大的互联网公司,谷歌进入中国市场后一直表现出了严重的水土不服,每一步都充满了挫折与坎坷。这其中既有与百度的生死肉搏,也有缠身不断的版权纠纷。更为致命的是,谷歌中国在中国入华以来,一直因冲击中国法律黄线屡受警告:2009 年 1 月,被通报“涉黄”并责令限期整改;2009 年 6 月,再次被通报涉黄并在 CCTV 上连续集中曝光……让谷歌纳闷的是,为什么在全球市场独占鳌头的搜索业务,一旦到了中国就如陷泥淖了呢?

点评:言论自由表达受限制亦或是市场竞争失败?网络管制的合法性从何而来?中国网络法律环境的相关问题应当引起人们的深思。

二、肯德基秒杀门

事件回放:2010 年 4 月 6 日,肯德基(中国)宣布,由于个别网站出现假电子优惠券,公司临时取消分时段“秒杀”超值优惠活动,导致许多手持第二、三轮优惠券的顾客在兑现相应食品时被拒,引发消费者不满。随后,有网友在网上创建“肯德基秒杀门”词条,质疑肯德基“假券”说法,并发帖大呼“还我半价全家桶”。此事在网民中引起了巨大反响,肯德基官方随后发表声明对之作出响应。

点评:从之前戴尔、卓越等因网站定价错误单方面取消用户订单,到肯德基取消优惠券,涉及到电子商务合同订立的方方面面,网站出现定价错误是否可以作为撤销合同的理由,是否应当对电子商务中相对强势的卖方在立法上做出规制,以及电子商务立法的完善等问题都值得我们深思。

三、国家工商行政管理总局正式公布《网络商品交易及有关服务行为管理暂行办法》

事件回放:经过了一个多月的社会公开征求意见之后,国家工商行政管理总局正式公布了《网络商品交易及有关服务行为管理暂行办法》(以下简称《暂行办法》),以规范网络商品交易及有关服务行为,保护消费者和经营者的合法权益,促进网络经济持续健康发展。而游戏虚拟物品交易作为网络商品交易的重要组成部分也将不再无法可依。《暂行办法》分为 6 章、44 条,对网络商品经营者和网络服务经营者的义务、提

供网络交易平台服务的经营者的义务、网络商品交易及有关服务行为的监督管理等进行了规定。该办法将于 2010 年 7 月 1 日起施行。

点评:网络商品和服务交易无地域限制的特征决定,过去实行的以地域管辖、级别管辖为主要特征的监管措施和方式已不能完全适应网络交易的要求,必须以网络信息化为手段和依托,实行全国互联网一体化监管,通过全国一体化监管的措施和手段实现监管目标。虽然此次《暂行办法》对具体登记的细节尚未明细,但《暂行办法》的出台是我国网络实名制的首次着陆,对我国今后网络监管制度具有重大的示范效应。

四、国家版权局、公安部、工业和信息化部“剑网行动”

事件回放:根据《2010 年中国保护知识产权行动计划》的部署,7 月 21 日,国家版权局、公安部、工业和信息化部联合召开新闻通气会,为期 3 个多月的 2010 年打击网络侵权盗版专项治理“剑网行动”在全国正式启动。这也是继 2005 年以来开展的第六次打击网络侵权盗版专项行动。针对此次行动三部门作出了积极应对和全面部署,确定了巩固机制、快速反应、发动群众、集中打击、源头治理的整体思路及五大工作重点,同时还发布了《2010“剑网行动”侵权盗版案件举报奖励办法》

点评:国家三部委“剑网行动”,旨在进一步维护网络版权,打击违法行为。业内分析认为,此举对于进一步促

进国内网络视频行业的正版环境具有积极作用。但对企业以及整个行业来说,如何在正版化的同时寻找到有效的盈利模式,从而促进整个产业健康、长远发展,也是今后必须明了的任务。

五、“狗日的腾讯”——对腾讯模式的思考

事件回放:2010年7月,《计算机世界》刊登了一篇题为《“狗日的”腾讯》封面头条文章。文中把腾讯作为互联网公敌进行批判,将互联网商业竞争写成了不可调和的恩怨。详细叙述了联众、360公司等与腾讯之间的恩怨情仇。该文言辞辛辣、“刀刀见血”,并伴有联合创始人鲍岳桥等“受害者”声泪俱下的哭诉。

点评:该文实际上是作为互联网“公敌”的腾讯被进行的一次“总清算”。多年来,腾讯依靠其跟随策略消灭了一个又一个的竞争对手,甚至开始逐渐影响到相关行业的竞争。知识产权法虽然无法管辖观念抄袭,但当问题涉及到行业的健康发展时,反垄断法和反不正当竞争法是否能多给些力?观念抄袭和窃取商业秘密的界限问题是否值得我们研究呢?

六、三网融合、物联网等新兴战略性产业

事件回放:2010年1月13日,国务院总理温家宝在主持召开国务院常务会议,决定加快推进电信网、广播电视网和互联网三网融合。2010年10月,新一代移动通信、下一代互联网智能终端、物联网等新一代信息技术产业被列为战略性新兴产业。

2010年10月10日《国务院关于加快培育和发展战略性新兴产业的决定》指出,新一代移动通信、下一代互联网智能终端、物联网等新一代信息技术产业被列为战略性新兴产业,将获得扶持发展。该《决定》称,战略性新兴产业是引导未来经济社会发展的重要力量。发展战略性新兴产业已成为世界主要

国家抢占新一轮经济和科技发展制高点的重大战略。

点评:信息网络行业新兴产业的崛起需要法律为其保驾护航,律师、学者以及官员应当为之做出自己的贡献。

七、2010年10月,蒙牛员工安勇伙同公关公司利用网络水军打击伊利“QQ星儿童奶”的伊利商誉受损案

事件回放:2010年10月19日晚,部分网络论坛传出消息,称曾引起轩然大波的“圣元奶粉致儿童性早熟事件”,是奶业巨头蒙牛及其公关公司所策划用以打击竞争对手的手段。同时另一奶业巨头伊利公司也指控蒙牛对伊利旗下产品QQ星儿童奶、婴儿奶粉,进行有计划的舆论攻击。截至10月24日,蒙牛诽谤门案件侦破后,涉及蒙牛诽谤门的蒙牛未来星品牌经理安勇、北京博思智奇公关顾问公司郝历平、赵宁和马野4人被批捕。蒙牛诽谤门案的批捕机关是呼和浩特市检察院。4嫌疑人所涉均为“损害商业信誉、商品声誉罪”。

点评:商业竞争无可厚非,各种网络推手此起彼伏也不足为虑,但当一家知名企业越过法律的底线,对竞争对手抹黑时,是他们忘记了反不正当竞争法这把达摩克利斯之剑,还是这把剑其实不能伤人?

八、3Q之战

事件回放:2010年11月3日晚,腾讯发布公告,在装有360软件的电脑上停止运行QQ软件,将两者绵延已久的矛盾瞬间激化。本次事件涉及腾讯、盛大、金山、傲游以及360等业界知名厂商,影响面波及中国绝大多数网民,引起了各方人士的关注。

点评:神仙打架,百姓遭殃。轰轰烈烈的3Q之战涉及到反垄断、反不正当竞争、侵犯隐私权以及合同违约等诸多部门法领域,有许多待解的问题值得探究。

九、微博爆发

事件回放:2009年8月份中国最大的门户网站新浪网推出“新浪微博”内测版,成为门户网站中第一家提供微博服务的网站,微博正式进入中文上网主流人群视野。2010年以来,以新浪微博为首的微博网站火速兴起,融入了越来越多平常人的生活当中。这一年,从世界杯的评球、记者被跨省抓捕、方舟子打假到11月份上海的大火,微博不仅让我们听到了这个社会成功人士的呻吟,更让我们普通百姓更加真切的参与到这个国家的现代化法制进程当中去。

点评:公民的言论自由在微博上终于更加“实在”的现了形。即使仍然有各种审查,老百姓的声音已经开始进入我们的耳中,在法律监督“不给力”的当下,微博可以充当急先锋,为法律监督体制的完善出一把力。

十、麦考林海外上市引发集体诉讼

事件回放:顶着“电子商务第一股”光环的麦考林,刚刚在美国纳斯达克上市一个多月,还未从喜悦中回过神来就在美遭到了集体诉讼。据外媒报道称,12月4日,美国律师事务所KahnSwick&Foti(以下简称KSF)及其合伙人宣布,已对麦考林提起集体诉讼。当天,美国罗森律师事务所也宣布以股东名义向麦考林发起集体诉讼。KSF指出,麦考林IPO时公布的《股票注册上市申请书》以及《招股说明书》中包含或允许包含重大错误或误导声明,这些做法违反了《1933年证券法》。而对于麦考林来说,除了应对诉讼外,还有可能面临巨额赔款。

点评:随着中国电子商务的迅猛发展,中国电子商务、互联网等概念企业纷纷登陆海外资本市场,一方面,中国互联网企业海外上市有助于提升企业在国际市场的影响力和竞争力,树立国际品牌,然而,另一方面,上市后的中国企业如何适用海外上市规则治理企业,则成了企业亟需解决的事宜。■

实务

●文/上海律协信息网络与高新技术业务研究委员会

“360”腾讯之争 研讨会综述



2010年9月27日,360推出个人隐私保护工具360隐私保护器,专门曝光“窥私”软件,由此引爆360与腾讯之争。

11月3日,腾讯与360的战争更是达到高潮。腾讯发布公告称:“在360公司停止对QQ进行外挂侵犯和恶意诋毁之前,决定在装有360软件的电脑上停止运行QQ。”这也预示着,用户必将在腾讯和360之间“二选一”。

2010年11月,腾讯正式起诉360不正当竞争,要求奇虎及其关联公司停止侵权、公开道歉并作出赔偿。遂即,北京朝阳区法院受理此案。“隐私”正式走上公堂,使这场备受关注、牵扯进安全软件行业多家企业的竞争对手之争全面升级。

面对二者愈演愈烈的态势,上海律协信息网络与高新技术业务研究委员会于11月4日召开“360腾讯之争”研讨会,就二者之争引发的相关法律问题进行探讨。资深网络人士、哈佛大学伯克曼中心研究员毛向辉,上海市律师协会信息网络与高新技术业务研究委员会及其他近百名律师出席会议。

研讨会吸引了新华社上海分社、上海法治报、新民网、文汇报、上海广播电视台、新闻晨报、新闻晚报、上海商报、第一财经、21世纪报、IT时报、上海外语频道等数家新闻媒体的全程参与。

一、扫描行为是否侵犯用户的隐私权

与会人员针对腾讯、360对用户电脑进行扫描,其行为是否涉嫌侵犯用户的隐私权,如何证明其侵权,扫描行为

是否一定侵权等问题进行了讨论。

绝大多数与会人士认为:从用户的角度而言,二者行为都有可能涉嫌用户隐私权的侵犯。二者利用用户的信任,在未经用户许可及在用户不知情的情况下,对用户电脑中的相关信息进行扫描,涉嫌侵犯用户的知情权和隐私权。作为有道德及法律底线的商业公司,应该明确让用户知道,是否扫描了用户硬盘,扫描了哪些内容?对哪些内容进行了利用和处理?只有公开这些信息才是对用户负责任的态度。

信息网络与高新技术业务研究委员会副主任刘春泉则用形象的比喻“用户的电脑又不是他们两家的菜园子,想进就进,想出就出,”来表示他对两家公司行为的不满。

国浩律师事务所王律师却认为,不能仅凭扫描行为就认定相关公司侵犯个人隐私。就扫描行为而言,首先要界定其扫描的范围,是扫描电脑硬盘,还是其他部分;其次要界定扫描行为是否属于技术上的必要行为;再次,要对扫描后对相关信息的利用行为进行界定,是否对相关信息进行不当利用,要界定其行为的正当性。

二、二者之争是否侵犯用户的权益,用户应该如何维权

与会人员针对腾讯强迫用户在装有360软件的电脑上停止运行QQ的行为,此种行为是否侵犯了用户的合法权益,如果用户利益受损,是否可以提起诉讼,如何提起诉讼等相关问题上进行了探讨。

与会人员一致认为,腾讯强迫用

户在装有360软件的电脑上停止运行QQ的行为侵犯了用户对软件的合法使用权,并涉嫌违约。

首先,用户下载并使用任何软件,是用户个人的权利;用户与软件提供方构成独立的合同关系;软件提供方之间不能因为行业竞争的关系或者利用其行业支配地位来限制用户的选择,损害用户的权益,侵犯用户对软件的合法使用权。

其次,从法律上进行分析,腾讯提供QQ即时通讯服务,用户下载腾讯QQ软件,接受协议从而使用QQ即时通讯服务,本身就形成了法律上的合同关系。此种合同关系并不因为腾讯即时通讯服务的免费性质而受到影响。现实生活中,用户基于对腾讯服务合同的信赖,长期使用腾讯即时通讯服务并在此基础上形成的诸多利益,理应受到腾讯的尊重与保护,也理应受到法律的有效保护。腾讯仅因为行业竞争,就强行终止服务,其行为涉嫌违约。

三、二者之争是否涉及垄断?腾讯单方面停止对装有360软件用户的QQ服务是否属于滥用市场支配地位,涉嫌不正当竞争

关于二者之争是否涉嫌垄断,腾讯单方面停止对装有360软件用户的QQ服务是否属于滥用市场支配地位,涉嫌不正当竞争等问题,与会人员也展开了积极讨论。

上海大邦律师事务所胡玮律师认为:腾讯的“二选一决定”涉嫌违反《反不正当竞争法》和《反垄断法》,其

实务 ●文/ 游闽键

盛大文学诉百度
著作权侵权案的
办案体会

涉及的法条是《反不正当竞争法》第12条“不得违背购买者的意愿搭售商品或者附加其他不合理条件”以及《反垄断法》的第三章“滥用市场支配地位”。

然而，曾经作为上海第一例反垄断案件的原告律师商建刚律师则表示并不乐观。他认为实务上存在一个前提问题很难解决：“怎么样去证明具有市场垄断地位？只有证明了具有市场垄断地位，才可以去判定是不是滥用了市场垄断地位。到目前为止中国所有的判例，没有一个案子输有没在滥用垄断地位的争议上，而是输在能不能认定被告存在市场垄断地位上。”商建刚律师进一步表明，“滥用市场垄断地位也是商业、企业之间的竞争，是一个告另外一个，跟用户没有关系。”

律师之间唇枪舌剑的探讨将本次研讨会推向一个又一个高潮。会议最后，上海律协信息网络与高新技术业务委员会主任商建刚律师对本次事件做了总结，并对我国信息网络的发展提出了建议：

第一、360、腾讯二者恶性竞争，使用户的隐私权及合法权益受到了极大的侵犯。用户应积极维权，相关部门要强化互联网法制化及规范化建设，完善各项技术标准，有效维护用户的合法权益；

无论是360还是QQ，两家恶性竞争，最终损害的是广大用户的合法权益。任何一位律师、网民，凡是使用两家公司软件的人，都有权运用法律手段来维护自身的合法权益。

针对一些律师提出的管辖和证据的困惑，商建刚律师结合其在互联网行业的丰富经验，和与会律师进行了分享和交流。同时，他也呼吁，相关职能部门要吸取本次事件的教训，强化互联网法制化及规范化，有效维护用户的合法权益。

第二、此次事件涉及垄断及不正当竞争的问题，互联网行业要加强自律建设，营造公平竞争、有序发展的市场环境。

两家公司基于共同的利益需求，利用各自在市场上形成的支配地位，直接针对对方，攻击对方，都存在一定垄断行为。

对于实务中的操作，商律师根据自己的实务经验给予了一定的提示。同时，他也指出，互联网行业要加强行业自律建设，企业间要以公平竞争为准则，企业要恪守用户利益至上，并以法律许可为行为底线，在追求利益的同时，不忘对社会公平、正义、价值的追求，勇担中国发展的历史责任与历史使命。

截止本文发稿之日，北京朝阳法院已对腾讯公司诉360隐私保护器侵权案进行了宣判，法院判决，北京奇虎及其关联公司等三个被告停止发行使用360隐私保护器、连续30日公开消除因侵权行为对腾讯造成的不利影响、赔偿40万元，并在360网站上删除相关言论。■

近期，盛大文学诉百度著作权侵权案一审宣判，该案引起了社会各界的高度关注，网称“百度版权门事件”。新华社、《解放日报》、东方卫视、人民网等上百家平面、电视、网络媒体全程对本案进行了跟踪报道。一审宣判后，新华社、人民网以及境外数十家媒体发布了对本案的详尽报道，称本案大大提升了中国网络知识产权保护水平，是近年来著作权维权领域“里程碑”式的胜利，该判决书被称为“史上最给力的判决”。

作为盛大文学的代理律师，在案件代理过程中，我们始终坚持市、区司法局提出的专业化、规模化、品牌化建所的要求，在凸显专业、树立品牌等方面扎实探索。

一、案件代理基本情况

百度，中国最大的搜索引擎服务提供商，在其迅速发展的过程中，百度推广、百度搜索、百度WAP、百度文库等都饱受侵权争议，然而在多起侵权诉讼中都能以“避风港原则”抗辩，全身而退。

盛大文学与百度的纠纷由来已久。百度的不作为，导致盛大文学重点作品的被盗链、盗用现象严重，盛大文学和作家损失巨大。盛大文学向百度发函要求删除盗版链接的要求迟迟得不到有效的回应和处理。

2010年1月，正式接受盛大文学委托，我和傅钢律师代理其对百度发起诉讼。我们在众多的侵权事实中，选取了5部较有代表性的作品。3月，由盛大文学旗下上海玄霆娱乐信息科技有限公司起诉百度侵权一案由卢湾区法院正式立案。玄霆娱乐信息科技有限公司是国内原创文学门户网站“起点中文网”的运营商，也是《斗破苍穹》《凡人修仙传》《卡徒》《近身保镖》《天王》5部小说的著作权人，玄霆娱乐信息科技有限公司据此主张其权利。

经过多次庭审，2011年5月10日，卢湾区法院作出一审判决，认定百度的行为分别构成直接侵权和间接侵权，判令其立即停止侵权，赔偿原告经济损失共50万元人民币，并赔偿原告为制止侵权行为所支出的合理费用

44500元;承担本案的诉讼费用10300元。虽然50万元的赔偿尚不足以弥补权利人的实际损失,但这个金额已经是著作权案件法定赔偿的最高额。

二、代理心得

本案之所以能够在尚无先例的情况下取得胜诉,律师主要从诉讼策略和诉讼技巧等方面进行了突破和探索:

1、寻求新的连接点,突破管辖限制。在代理本案的过程中,我们创造性的选择起诉属于百度联盟成员并就搜索流量所带来的利益与百度有分成的上海隐志网络科技有限公司(www.verycd.com)作为共同被告,这样解决了上海法院管辖权的问题。

2、集中力量破解“避风港原则”难点。针对百度一直采用的“避风港原则”来规避侵权责任的方式,我们组织专业力量反复研判“避风港”原则的界定和适用。所谓“避风港原则”是指网络服务商必须“不知道也没有合理的理由应当知道”侵权事实的存在,才能获得“避风港原则”的庇护。因此,在收集和组织证据时,我们重点收集可以证明百度对侵权情况存在“应知”或“明知”的证据。

在本案中,百度公司提出,权利人发送的删除通知不符合《信息网络传播权保护条例》第14条之规定。百度公司认为,搜索结果链接地址随时都有可能发生变化,其无法根据这些地址予以删除。作为权利人代理律师,我们从《著作权法》、《信息网络传播权保护条例》立法原意以及法律条文作出详尽的解释,并结合已有的判例予以说明,只要权利人已经明确表示其从未授权其他任何网站刊载该作品,且提供了相关的权利证据,其他搜索结果所显示的网站内容均为未经许可的侵权行为,网络服务提供商完全有义务据此断开侵权链接。法院审理后采纳了原告的观点,此举将大大降低权利人维权的成本,也大大降低

了被告“视而不见”抗辩的空间,具有积极的实践指导意义。

3以细节为突破,认定百度直接侵权。在诉讼过程中,我们一

直在观察百度的商业模式,尤其是其对系争5部作品侵权的状况,也不断对其侵权事实进行公证固定,光完成的公证书就有几十本之多。我们发现,在wap.baidu.com网站中也存在大量的侵权行为,而这个网站域名及服务器均为百度所有,为此,我们认为百度的行为不仅涉及间接侵权还涉及直接侵权。虽然百度公司提出,其只是实施了web向wap转码的行为,没有对其他网站的内容进行任何的改变,也没有在线提供作品,故不应承担直接侵权责任。但是律师通过仔细的比对发现无线频道的搜索结果并非机器搜索的客观结果,而是经充分的人工编辑的结果,百度不仅改变了搜索结果,还存储了搜索结果的内容,同时百度公司还将被诉侵权的作品放置于其wap.baidu.com小说频道的首页或其他主要页面中,为其设立专门的排行榜,并设立专门的推荐榜对其进行推荐,引诱用户点击侵权作品。

庭审结束后,我们又针对百度提出的技术中立抗辩专门提交了代理意见,从技术方面、法律方面全面向法官阐述百度对侵权所持的明显的故意,并对其无线频道提供作品的行为构成直接侵权重点向法官进行阐述,提醒法官从著作权的本质和信息网络传播权的定义出发去审视被告的行为,而不被其用繁冗的技术摆下的“迷魂阵”所迷惑。这一观点最终为法院所采纳,法院据此认定百度构成直接侵权。

4、与社会良好互动推动依法依规



维权工作。在本案诉讼期间,作家针对百度的维权活动也在2011年3、4月份达到高潮。3月15日,贾平凹、沈浩波等50名作家联名发表《“3·15”中国作家讨百度书》,称百度文库在没支付版权费的情况下,免费提供文档作品下载服务,对中国原创文学造成了伤害。压抑已久的权利人纷纷声讨百度,但百度仍然以“避风港原则”为由拒绝承担责任。

在各类维权活动日益高涨的社会背景下,引导各类诉求寻求依法途径解决具有很大的现实意义。我们在代理过程中,通过与媒体的良好沟通以及与网民的良好互动,不断表达依法依规维权的观点,将愤怒的社会情绪引导到法制轨道上来。

案件的胜诉,从司法层面对百度的诸多侵权行为进行了定性,判决也表明了法院系统希望维护权利人利益的鲜明态度,反映出政府以及司法界对知识产权保护的高度重视,得到了诸多作家、作协和社会公众的广泛认同。中国文学著作权协会常务副总干事张洪波说,盛大文学诉百度一审胜诉具有象征意义,这反映了司法机关维护法律尊严、司法正义、著作权人合法权益的决心。

本案现处于上诉期,但我们有信心赢得二审,我们将继续通过律师的积极有效作为,取得良好的法律和社会效果。■

(作者单位:上海协力律师事务所)

提案答复

上海市第九届律师代表大会第一次会议 提案 001 号 2011 年 3 月 26 日

案由:提议市律协尽早尽快建(设)立社会生产、生活的安全生产监管及危害预警机制的业务研究委员会。

提案者:廖佩娟等

内容:近年来在我国的社会生产的一些重要领域和重要环节中屡屡出现了重大责任事故,闵行的“倒楼”事件,静安“11.15”特别重大火灾事故,由此引发了对市场交易秩序中的生产流通环节中市场机制、体制、法制和行政及社会监管等方面存在较为严重问题的高度关注。同时,在社会生活中,食品的生产安全方面亦屡屡出现“无糖月饼中毒案”、“苏丹红事件”、奶粉 22 种(婴幼儿)配方奶中检出的“三聚氰胺事件”、“地沟油事件”、“山东淄博的制售假酒案”、“瘦肉精健美猪事件”、日本大地震引发的我国 3 月 17 日抢盐现象等,均反映出我国生产领域与食品安全生产监管体系体制上出现了“九龙治水”、“职责不清”之局面,从而使监管上经常出现重叠和空白的情形。立法不足,执法监督如何进行,应对危害的预警如何进行,行政、法制、舆论与对策如何进行,均值得进行专项之研究剖析,以指导社会生产、生活安全监督体系之有序建立和运作,律师的职责和作用均应列入研究之列。

001 号提案答复

廖佩娟等代表:

您在上海市第九届律师代表大会第一次会议上提出的“关于尽早尽快建(设)立社会生产、生活的安全生产监管及危害预警机制的业务研究委员会”的提案收悉,经认真研究,市律协将您的建议留作参考,现答复如下:

针对当前社会生产、生活发生的一些事故,如何建立起安全生产监管及危害预警机制值得专题探讨。您提案中所涉及的内容涉及到目前已经成立的 31 个业务研究会中已经涵盖的业务领域(比如建筑工程、医疗卫生、劳动法等);我们认为您提案中建议成立的安全生产监管及危害预警机制的业务研究委员会的职能可以由现有的相关业务研究会先承担起来进行研究,待时机成熟后再统筹考虑成立您所建议的业务研究会。

最后,我们衷心感谢您对协会工作的关注与支持!希望您一如既往地对我们的工作提出意见和建议,谢谢。

上海市第九届律师代表大会第一次会议 提案 002 号 2011 年 3 月 26 日

案由:继续建设建立开拓律师业务市场战略研究的机制,设定每年能争取解决某一领域之实务(法律)而引领上海律师走出业务开拓之“瓶颈”。

提案者:钟颖等

内容:市律协作为律师行业的自律社团,在准确把握政治方向坚持党的领导的前提下,应当始终将律师业务市场的开拓和业务引领作为本行业的主要研发之关键,这是市律协工作的“主业”,这不仅仅是一个课题,更重要的是全体律师同仁们的生存之根本。建议确定几个专业研究委员会剖析某专业市场及领域的各个方面,并提出实务性的、可操作的方案,其中包括但不限于市场类型、市场份额、服务对象、司法裁决、政府的行政及经济手段之干预、律师介入的情形以及律师业务之预测和发展趋势等,以期及早解决律师业务原有的“顺其自然、自生自灭”之状态,使律师业作为政府扶植的服务业之一的行业得以不断壮大和发展,为社会做更大更多之贡献。

这种开拓可以通过各现有的专业研究委员会进行专题研究,成为各专委会的一个研究功能与课题。

002 号提案答复

钟颖等代表:

您在上海市第九届律师代表大会第一次会议上提出的“关于开拓律师业务市场,解决律师业务发展瓶颈”的提案收悉,经认真研究,市律协采纳您的建议,现答复如下:

您提案的内容站在战略高度和发展角度触及了律师行业如何突破业务“瓶颈”问题,符合目前“创新驱动、转型发展”理念,您所提建议也是新一届律师协会各业务研究委员会转型方向之一,更是规划规则委未来三年的工作要点之一。规划规则委在认真调研和充分与境内外同行交流后,着力考虑在律师业创设符合目前经济发展的服务产品及服务产品标准化进行探索。近期规划规则委考虑将采取一定措施,为上海律师介入企业产权交易、产权界定、碳交易、新能源等领域进行探索,期待能有突破。

最后,我们衷心感谢您对协会工作的关注与支持!希望您一如既往地对我们的工作提出意见和建议,谢谢。

上海市第九届律师代表大会第一次会议 提案 003 号 2011 年 3 月 26 日

案由:提议:市律协能在 2011 年或及早改善律师持法院“调查令”调查取证难之执业环境。

提案者:朱必放等

内容:律师执业环境中“调查取证难”是全体律师多年来期待尽快得到改善的重大愿望,律师调查取证难已成为我们律师执业中的难点之一,如何增强法院的“调查令”制度之权威性,以保证律师调查取证一权的实现。为此,市律协应当尽早进入研析主题,大量的律师参与的司法实践表明:虽然法律对律师的调查取证权有所规定,但我国法律对律师调查取证权的规定目前尚无法落实到实处,有些部门对此尚不知晓,“律师调查取证权形同虚设”,无论刑事案件、民事案件还是非讼案件均涉及到此问题,其中拒绝接受律师持“调查令”的行业和部门不乏少数,银行、税务机关、电信部门、相关的业务部门或单位均会因己方之利而设定“保密”,随意限制或禁止律师取证工作。建议改善律师调查取证难之执业环境,可以先从法院“调查令”着手进行研究,制订方案,会同各方面深入进行协调,以逐步建立和完善律师良好的执业环境。可以先行从房地局、银行、电信部门着手调研、协调。

003 号提案的答复

朱必放等代表:

您在上海市第九届律师代表大会第一次会议上提出的“关于改善律师执业环境,改善调查令作用”的提案收悉,经认真研究,市律协采纳您的建议,现答复如下:

一、律师调查难问题一直存在。调查取证是律师开展业务的一个重要组成方面,对事实掌握的欠缺直接影响到律师对案件的判断和法律的适用,进而影响到法院的判决。调查取证难一直是律师普遍呼吁的问题,也一直是市律协维权工作关注的问题。

二、要全面分析律师调查取证难的原因。律师的调查取证难是各种因素交叉影响的结果,比如:诉讼模式的转变增加了律师调查取证的工作量,律师的社会地位决定了律师的公信力进而影响到调查取证相对人的配合程度,律师的执业技巧影响着调查取证的效果,法院调查令的权威性、政府信息公开制度的完善、银行电信等部门有关法律规范与律师调查权法律规范的冲突等等。因此,调查令只是其中的一个方面,赋予调查令以法律强制力以及规定不配合持证人调查的法律责任固然能够有效解决调查难问题,但是在面对特定对象时尚存在一定的现实困难。

三、市律协已就调查令进行过专题调研。2006 年,七届律协维权委与有关法学院校联合开展了调查令专题调研,2007 年 3 月形成了 3 万余字的“关于进一步完善并试行调查令制度的研究报告”并作为会议材料提供给广大代表。该调研过程中,得到了市高院研究室的大力支持,曾召集全市三级法院部分法官参与。

四、市律协将采纳提案建议,从调查相对方角度开展调研。我们认为,对相对方不配合的原因进行调研具有现实意义,在目前的法律体系下,我们应当多从自身找原因促进调查取证难的改善。

最后,我们衷心感谢您对协会工作的关注与支持!希望您一如既往地对我们的工作提出意见和建议,谢谢。

上海市第九届律师代表大会第一次会议 提案 004 号 2011 年 3 月 26 日

案由:关于将“礼仪讲座”纳入律师执业培训的建议。

提案者:王志达等

内容:律师作为一个与人打交道的职业,其着装、行为规范、言谈举止受人关注,但很多律师谈判、出庭时着装不规范,对办公室、出庭、谈判礼仪知识知之甚少,影响了律师业整体形象,故建议将“礼仪讲座”作为每年律师培训的内容,有利于树立律师良好的形象。

004 号提案答复

王志达等代表:

您在上海市第九届律师代表大会第一次会议上提出的“将礼仪培训纳入执业培训讲座”的提案收悉,经认真研究,市律协采纳您的建议,现答复如下:

提升礼仪修养对律师树立良好的形象确实很有必要。市律协将继续督促律师学院完善、加强这方面的培训。

最后,我们衷心感谢您对协会工作的关注与支持!希望您一如既往地对我们的工作提出意见和建议,谢谢。

要案点击

1、著名音乐人高晓松醉驾被判案：2011年5月9日晚22时许，高晓松驾驶一辆英菲尼迪越野车在东直门十字坡附近连撞多辆车。经交警检测，他每百毫升血液中酒精含量为243.04毫克。17日下午北京东城法院一审判决高晓松拘役6个月并处罚金4000元。这是醉驾入刑以来最有影响的名人案件，具有标志性意义。

（信息来源：凤凰网娱乐频道）

2、百度被判侵权案：盛大文学诉百度著作权侵权案一审获赔50万元，该案引起了社会各界的高度关注，网称“百度版权门事件”。一审宣判后，新华社、人民网以及境外数十家媒体发布了对本案的详尽报道，称本案大大提升了中国网络知识产权保护水平，是近年来著作权维权领域“里程碑”式的胜利，该判决书被称为“史上最给力的判决”。

（信息来源：中国知识产权报，2011年5月18日，第10版）

3、云南首例环保公益诉讼创下民事赔偿之最：2011年5月31日，云南省高院通报了昆明三农农牧有限公司、昆明羊甫联合牧业有限公司因为环境污染，被昆明市环保局、昆明市检察院提起公益诉讼，一审被判处向昆明环境公益诉讼救济专项资金支付417万余元以及评估费13万余元，并停止对环境的侵害。据悉，这是目前为止国内环境公益诉讼案件中最大金额的民事赔偿。

（信息来源：法治日报，2011年6月2日，第8版）

协会信息

1、新一届律协业务研究委员会顺利完成组建

根据市律协《章程》及《研究会工作规则》等规定，九届律协31个业务委员会组建工作于2011年4月13日正式启动。市律协通过在东方律师网站发布通知、以短信群发等方式，在全市律师范围内广泛动员报名。至5月4日报名截止日，共收到报名材料1715份。

报名材料经律协秘书处业务部初审及会长会议审议后，最终确定31个研究会的委员名单共计1207人，占全市律师人数百分之十以上。

5月26日至6月2日，各业务研究委员会主任陆续通过激烈竞选的方式产生。

2、上海律协成立特邀会员工作委员会，此项举措在全国还属首例

经过长时间的讨论和调研，律协九届三次理事会近期通过了关于成立特邀会员工作委员会的决定。该委员会的委员由上海律师代表、公司律师代表、公职律师代表及境外律师事务所驻沪代表处代表共同组成，相关规则的制定正在进行当中。

此项举措在全国尚属首例，这有利于上海法律服务市场的规范和管理，同时有利于上海律师与其他境内外律师同行的交流与合作。

3、上海律协开始着手青年律师“送出去”培养模式

本届外事委员会的一项主要工作便是探索本市青年律师送出去培训模式。通过内部探讨和外部调研等方式的结合，根据上海律师事务所和上海青年律师的实际和特点，制定了出国培训助学金制度的初步方案；同时，律协努力开拓多种渠道为律师提供进修及实习的机会，如作为访问学者到国外大学深造，联系境外的律师事务所为上海律师提供在境外实习的机会等。

该方案将在完成调研后于近期付诸实施。

庆祝律协京剧社成立十周年



钱丽萍律师

钟颖律师

刘小禾律师

孙仁荣律师

朱小苏律师

钱军亮律师



5月19日,市二中院王信芳院长一行来市律协,市司法局副局长刘忠定及协会领导与二中院领导就相关工作问题进行了交流探讨。



5月31日,市律协九届三次理事会召开会议决定增设特邀会员工作委员会,负责公司律师、公职律师等特邀会员的相关工作;会议还通过对九届一次律师代表大会提案的答复。



5月中旬,市律协举行推进律师行业缴纳社保金规范化工作调研座谈会。与会的律师事务所介绍了各自的缴纳情况,并对如何做好社保金的缴纳工作提出了方案及意见。



5月中旬,九届宣传委召开第一次会议,就新一届律协的宣传工作进行规划和布署。同时讨论研究了《上海律师》及“东方律师网”的改版事宜。



日前,九届监事会第三次会议听取了律协业务部关于业务研究委员会换届组建工作的情况报告,履行监事会的监督职责。



日前,律协31个业务委员会均以委员竞选方式产生了各自的主任。竞选业务委员会主任是本届律协延续上届律协工作思路产生业务委员会主任的有效做法。图为环境资源研究会主任竞选现场。