

上海市律师协会 主办



SHANGHAI
LAWYER

卷首语 携手合作，共促青少年
健康成长发展/潘 敏

法律咖吧 人民检察院如何进一步加强
民事、行政法律监督工作
/谭芳 邱燕 潘瑾 李诺

聚 焦 · 思 辨 · 感 悟 · 互 动

2012
总第696期

6

专题研究

培育知识产权文化 促进社会创新发展

——本市企业知识产权资本
运营实务研讨会综述
/市律协知识产权业务研究委员会



本市隆重召开纪念上海律师 公会成立100年座谈会

冯国勤、王新奎和郑善和等出席并讲话

5月22日，中华全国律师协会会长王俊峰、会员部主任宁弘、《中国律师》杂志社副主编陈秋兰一行来沪调研，并就行业管理等问题与上海律协座谈。市律协会长盛雷鸣等接待了来访者。



4月23日，市政协副主席高小玫率队考察上海律师公会旧址陈列馆。市律协副会长、市政协常委黄绮陪同高小玫副主席一行听取了黄浦司法局副局长张婷婷讲解和介绍的有关情况。



5月23日，由市人大、市法宣办、市律师协会主办的2012年“市民与法——人大代表说法系列”讲座开幕式隆重举行。市人大常委会副主任王培生，市法宣办副主任，市司法局副局长蔡永健和市律协会长盛雷鸣等领导出席了开幕式。



5月8日，市检察院副检察长许佩琴等一行到市律协听取关于加强法律监督工作的建议。市律协会长盛雷鸣、副会长邵曙范，秘书长万恩标，纪律委员会主任蒋信伟及相关业务研究委员会的正副主任参加了座谈。



5月16日，市律协副会长邵曙范带队，纪律委主任蒋信伟、副主任沈伟民、张志君、维权委副主任陶武平等一行7人拜会了市公安局监管总队。监管总队总队长王琦、政委丁雄锋等11名监管总队领导接待了市律协一行。双方就建立沟通机制进行了商讨。

携手合作,共促青少年健康成长发展

共青团上海市委书记 潘 敏

胡锦涛同志曾经深刻指出:“一个有远见的民族,总是把关注的目光投向青年;一个有远见的政党,总是把青年看作是推动历史发展和社会前进的重要力量。”青年是国家的希望、民族的未来。尊重青年立业成才的美好愿景,满足青年成长发展的现实需求,才能为国家和城市的长远发展赢得青年、赢得未来。

青少年的成长发展,是党政关心、社会关注、家庭关切的焦点。做好青少年的教育、培养和发展工作,离不开党政部门的重视、社会各界的支持以及青少年个人的努力。上海共青团作为党领导的青年群众组织,认真履行共青团组织青年、引导青年、服务青年和维护青少年合法权益等四项基本职能,为促进青少年的健康成长发展做了大量工作,取得了一定成效。长期以来,上海律师积极发挥专业优势,认真履行社会责任,广泛参与和支持青少年事业,为促进青少年健康成长发展做出了重要努力并发挥了独特作用。

广大律师界人士倾力支持,热情参与青少年法制宣传教育,青少年知法、守法、学法、用法等法律素养日益提升。近年来,在市律协和广大律师的关心支持下,一批青少年法制宣传教育阵地建立起来,各种青少年教育基地、青少年宫、少年法庭以及律师事务所等成为开展青少年法制宣传教育的经常性场所;一批青少年法制宣传教育队伍汇集起来,各专业领域的律师和许多法律专业大学生纷纷加入青少年事务社工志愿者、“12355”维权志愿者俱乐部和法制讲师团,开展法律知识咨询、宣讲及培训等工作;一批青少年法制宣传教育项目创建起来,模拟法庭、案例分析、知识竞赛、文



艺演出等形式多样的主题活动常态化开展,不断推动法制宣传教育进机关、进乡村、进社区、进学校、进企业,有力提升了青少年的法治意识和法律素养。

广大律师界人士倾情奉献,志愿参与青少年服务维权事务,促进青少年健康成长发展的政策环境和社会氛围日趋改善。一方面,关注青少年的具体诉求,为解决青少年权益问题提供专业服务。“12355”上海青春在线青少年公共服务中心是共青团开展青少年维权工作的重要载体,自2005年成立以来,依托一支由300多名法律、心理等专业人士组成的志愿者队伍,为广大青少年提供法律咨询等各类维权服务近65万人次,并经常组织律师关注和介入“解救乞讨儿童”等社会关注的权益受侵害事件;发动律师事务所、法律援助中心等一批行业内单位积极创建“青少年维权岗”,实施青少年法律援助、罪错青少年帮教等项目。另一方面,聚焦青少年的普遍性诉求,为青少年成长发展争取出台相关的政策法规。在政协委员、人大代表以及青联委员中有一批热心于青少年事业的优秀律师,多年来他们积极通过提案、议案等渠道表达青年诉求、回应青年关切,坚

持为青少年事业鼓与呼,推动青少年相关政策法规的制定、完善与实施,如《上海市青少年发展“十二五”规划》的发布、推动《上海市预防未成年人犯罪条例》的立法工作等。

广大律师界人士倾心尽职,积极参与预防青少年违法犯罪工作,全市预防青少年违法犯罪工作体系日臻完善。预防青少年违法犯罪工作是一项系统工程,需要整合包括律师在内的社会各界资源。在上海市预防青少年违法犯罪工作体系建立之前,充分听取和吸收了律师界有关领导和专家的意见、建议,为建立符合中国国情、上海特色同时又兼具国际视野的预防犯罪体系打下了坚实的基础。体系建立之后,通过聘任律师界有关人士担任专家督导、编写专业书籍以及提供意见和建议等举措,完善了预防青少年违法犯罪工作的理论和方法体系,为推动上海市预防青少年违法犯罪工作向前发展发挥了积极作用。

当前,上海青少年事业发展既面临难得的历史机遇,同时也有不小的挑战。我们期待,共青团组织和青联、青企协等所联系的青年律师朋友们与广大律师界人士能够从高度的职业使命意识和社会责任意识出发,进一步关心青少年群体,积极参与青少年工作,在法制宣传教育、政策法规制定、权益维护和预防犯罪等领域更多支持上海的青少年工作,成为新时期促进青少年健康成长发展、维护社会和谐稳定的一支重要力量。同时,上海共青团组织也将发挥组织优势,整合资源、搭建平台,努力培养和凝聚更多的律师行业的优秀青年人才,助推上海律师事业长远发展,为服务上海经济社会发展大局作出新贡献。●



《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:(排名不分先后)

朱剑华 刘小禾 光 韬 李海歌
张 方 岳雪飞 洪 亮 贾明军
黄荣楠 谭 芳 葛珊南 孙彬彬
计时俊 吕 琰 张 毅 陈 凯
顾跃进 蒋信伟

主 编:黄 绮
副 主 编:刘小禾 庄 燕
责任编辑:杨培君
摄影记者:曹申星
美术编辑:大 愚
编 务:薛 侃

本刊特约撰稿人:

王俊民 汤啸天 陈 默
李颂联 王凤梅 彭念元
游 伟

(内部资料 免费交流)

编辑部地址:

上海市肇嘉浜路 789 号均瑶国际广场 33 楼

电 话:021-64030000

传 真:021-64185837

投稿邮箱:E-mail:tougao@lawyers.org.cn

网上投稿系统: <http://info.lawyers.org.cn>

上海市律师协会网址(东方律师网)

www.lawyers.org.cn

上海市连续性内部资料准印证(K第272号)

上海律师2012 6

总第696期 目录

S H A N G H A I L A W Y E R

卷首语

1 携手合作,共促青少年健康成长发展 / 潘 敏

本刊关注

聚 焦 5 律师要为上海推进依法治市,提高各项工作法治化水平作出应有贡献 / 冯国勤

7 律师应成为社会主义文化大发展、大繁荣的有力推动者之一 / 郑善和

8 追寻先辈足迹 传承法治精神
——本市隆重召开纪念上海律师公会成立100周年座谈会 / 思源

10 参与法律监督 律师有所担当
——市检察院到市律协座谈听取关于加强法律监督工作的建议 / 季 闯

区县特写 11 维护社会稳定 促进经济发展
——闸北大发展、大变革幕后的“第三方力量” / 闸北区律工委

人物·优秀律师

17 律师是我奋斗终生的职业
——记“上海市优秀律师”周天平 / 沈轶伦

人物·优秀青年律师

20 坚定地努力做一名诉讼律师 / 蒋 宏



《入戏》摄影:黄培明 律师



上海市律师协会召开“纪念上海律师公会成立 100 周年”新闻发布会

法律咖吧

- 23 人民检察院如何进一步加强民事、行政法律
监督工作 / 谭芳 邱燕 潘瑾 季诺

上海“全国优秀律所”巡礼

- 26 锦天城——打造汇聚精英的平台
/ 上海市锦天城律师事务所

警示台

- 29 托付信任换失望 滥用委托牟私利
/ 市律协纪律委员会

法眼法语

视角

- 30 建立多元品种的中国期货市场
——我国原油期货产品的开发与探索
/ 张永丰

执业心语

- 33 我的执业之路 / 周兰萍

律师公会百年专题报道

- 35 寻根之旅
——“上海律师公会旧址陈列馆”成立始末
/ 瞿世祺

专题研究

- 39 培育知识产权文化 促进社会创新发展
——本市企业知识产权资本运营实务研讨会
综述 / 市律协知识产权业务研究委员会
- 41 以本市创建创新型城市的视角——
浅谈知识产权司法保护的趋势 / 汤源源

- 43 从一起商标案件看如何完善知识产权制度
——由“iPad”商标引发系列案件讨论会
综述 / 市律协知识产权业务研究委员会
- 46 网络服务商对涉诉用户负有注意义务
——庄则栋、佐佐木敦子和上海隐志网络
科技有限公司侵害信息网络传播权纠纷案
/ 宋学东 刘军华 唐震
- 49 品牌特许经营的若干法律问题初探
/ 徐申民 吴月琴
- 52 从一起商标争议行政纠纷案看行政程序与
诉讼程序证据衔接之问题 / 刘峰 阮思坤
- 55 2011 年中国法院知识产权司法保护十大
案件简介
/ 市律协知识产权业务研究委员会整理

人文万象

他山之石

- 59 开阔眼界 增进交流 加强合作
——2011 上海律协考察团对德国、英国律
师协会与律所进行考察 / 黄绮

微·Talk

- 63 上海律师辩论大赛及法治作品表演赛妙语
集萃

乐·Life

- 64 新型旅游攻略 / 吴刚

新法速递

- 封三 《律师业务资料》目录 2012 年第 5 期

本刊关注



1912年12月8日,中国近代史上人数最多、影响最大的律师同业组织——上海律师公会宣告成立。2009年起,经过近千卷史料查阅、多次专家论证会和数次走访调查后,确定复兴中路301号大楼(背景图)即是上海律师公会旧址。

2010年12月7日,上海律师公会旧址陈列馆正式开馆,这也是国内首家展示中国百年律师业发展史的旧址陈列馆。陈列馆共发掘、展出23件实物、86件史料,生动再现了上海律师公会对近代中国民主法治的贡献。

2012年恰逢上海律师公会成立100周年,为进一步弘扬法治精神,明确时代赋予律师的责任与使命,打造独具一格的海派律师文化,上海市律师协会隆重开展以“法治、爱国、责任”为主题的纪念活动,通过主题征文,举办座谈会、研讨会和纪念大会等,“回顾历史,展望未来”,引导广大律师以前辈精英律师为榜样,传承优良作风,提高律师执业认知感,加强法律职业共同体的认同感,扩大社会各界对律师的信任感,推动上海律师业健康有序地向前发展。

聚 焦

律师要为上海推进依法治市， 提高各项工作法治化水平 作出应有贡献

——上海市政协主席冯国勤在纪念上海律师公会成立 100 周年大会上的讲话
(2012 年 6 月 1 日)



100 年之前在辛亥革命的推动下，中国近代史上人数最多、影响最大的律师同业组织——上海律师公会宣告成立了。

今天，我们在这里隆重聚会，纪念上海律师公会成立 100 周年，一起回眸 100 年来中国律师制度发展的曲折历程，共同探讨律师制度在中国特色社会主义法制建设中的重要作用。在此，我代表政协向为上海经济发展做出积极贡献的上海律师协会和广大律师表示衷心的感谢和亲切的慰问！

我国律师制度是中国特色社会主义司法制度的重要组成部分。律师队伍是落实依法治国基本方略和建设社会主义法制国家的重要力量。党中央、国务院历来高度重视律师工作和律师队伍建设，1980 年五届全国人大十五次会议通过律师的暂行条例，使我国律师制度以法律形式确定下来，标志着中国律师制度的建立和发展走上了法制化的轨道。1996 年，颁布了《中华人民共和国律师法》，2001 年、2007 年两次修订使我国律师制度日益完善。到 2010 年 11 月，中共中央办公厅、国务院办公厅转发了司法部关于进一步加强和改进律师工作的意见，对全面建设小康社会和社会主义现代化建设具有重要的地位和作用。指出了坚持律师工作社会主义方向的根本要求，也强调了对律师行业发展的扶持和保障的政策，充分体现了党中央、国务院对律师工作和律师队伍建设的高度重视。

改革开放以来，我国律师队伍随着我国律师制度的发展和完善不断壮大。从 1980 年起只有两家法律顾问处 43 名律师，发展到当前 1100 多家律师事务所和 13000 多名注册律师；从当初仅承办刑事、民事案件，延伸扩展到金融、证券、保险、投资、知识产权、城市建设、房地产、海事海商、并购重组等各个领域，业务从国内走向国际，上海律师提供法律服务的领域在不断拓展，水平在不断提高，取得





了令人鼓舞的成就。上海广大律师秉持良好的职业道德,自觉运用法律服务经济社会发展、服务人民群众,促进社会和谐稳定,为推动上海改革开放和现代化建设发挥了积极的作用。

上海律师工作取得的成绩,首先是市委、市政府的正确领导和高度重视的结果,也是社会各界大力支持以及律师行业协会正确引导的结果,更是全体律师辛勤耕耘、共同努力的结果。

当前,上海经济社会进入了新的发展阶段。刚刚闭幕的市第十次党代会明确了未来五年创新驱动、转型发展的总体要求、奋斗目标和主要任务。市第十次党代会报告把大力推进社会主义民主政治建设放在重要位置,并且提出“一个重点,三个下功夫”的要求。强调坚持党的领导、人民当家作主、依法治国的有机统一和以法制建设为重点。在发挥党总揽全局、协调各方的领导革新作用上下功夫;在拓宽协商求同、民主参与的渠道上下功夫;在公开透明及时回应社会和群众关切的问题上下功夫。报告明确指出,要深入推进依法治市,不断提高各项工作的法治化水平。报告还指出,要全面落实依法治国的基本方略,大力弘扬社会主义法治精神,维护宪法和法律的权威,不断提高运用法律手段,推动创新转型、化解社会矛盾、维护公平正义的能力,以及依靠法律和制度的加强对权利的监督和制约。并且明确提出要把上海建设成为全国法治环境最好的行政区之一这个目标。依法治市是上海推进创新驱动、转型发展的重要保障。法治是经济健康成长的重要基础,也是社会和谐的重要基础。所以,深入推进依法治市工作对进一步提高党依法执政的能力,推进执政方式的现代化,对于上海正将制度的软实力形成新的发展优势具有十分重要的意义。

本次党代会中有以下几点比较突出;一、创新驱动、转型发展是我们的主题;二、人的全面发展是我们的目标;三、党的执政能力的现代化是我们的保障。希望广大律师能够认真学习,深刻领会第十次党代会的精神,牢牢把握创新驱动、转型发展的总方针,积极拓展法律服务领域,提升法律服务质量,提高服务上海科学发展、创新转型的能力和水平,为上海推进依法治市,提高各项工作法治化水平作出应有的贡献。

近年来,越来越多的律师政协委员成为参政议政的

优秀代表,他们在推动社会主义民主法制建设方面具有独特的优势和作用。据统计,在上海律师队伍中间界政协委员超过 100 人,其中包括 11 名市政协委员,总体比例不算高。然而,律师界是政协委员发挥法律知识深厚、实践经验丰富的优势,尽心尽责地履行职责,成为上海各界政协组织履行职能、发挥作用的重要力量,应该说发挥的作用是好,是大的,是积极的。在每年政协全会上,律师界委员踊跃参与各项活动,努力建言献策,充分展示上海律师的风采。律师政协委员认真参与本市重要的地方性法规和政府规章、草案在市政协听取意见的工作,提出了很多专业性意见和建议,为上海法制建设作出了贡献。律师政协委员热情参与政协组织的委员在线法律服务活动,主动为群众答疑解惑,并且大力宣传法治理念,在化解矛盾纠纷,促进社会和谐中发挥积极的作用。律师政协委员围绕全市经济社会发展的重点问题和人民群众普遍关心的热点问题,深入调查研究,从法律的角度思考分析问题,提出了许多具有前瞻性、综合性和可操作性的意见和建议,对促进上海改革和发展、促进社会和谐起到了积极作用。虽然律师政协委员人数不多,但是在政协发挥的作用是很大的,很好的。

广大律师参与政协活动,为人民政协事业发展注入生机和活力,也为发挥自身的优势,推进社会主义民主政治建设拓展了空间和舞台。100 年前上海律师公会成立,律师前辈们积极为匡扶正义、建立法治的理想而奋斗,涌现出沈钧儒、史良等著名律师。100 年后的今天,中国特色社会主义法制建设取得举世瞩目的成就。历史总是在继承和创新中发展。我们站在新的历史起点上,要始终坚持党的领导、人民当家作主、依法治国的有机统一,坚定不移地走中国特色社会主义政治发展道路。人民是创造历史的真正动力,与时俱进是历史赋予我们新的要求。我们希望上海律师协会和全市广大律师高举社会主义伟大旗帜,着力构建法治为基、公平为本、人民为先、诚信为魂的社会管理体系。坚持和完善中国特色社会主义的律师制度,大力加强律师队伍建设,努力建设一支政治坚定、法律精通、维护正义、恪守诚信的律师队伍,为推进创新驱动、转型发展作出我们新的更大的贡献。●

(本文根据录音整理,标题为编者另加)

聚焦

律师应成为社会主义文化大发展、大繁荣的有力推动者之一

——市司法局党委书记郑善和在纪念上海律师公会成立 100 周年座谈会上的讲话
(2012 年 6 月 1 日)



今天,市律师协会、市社会科学界联合会在这里隆重举行纪念上海律师公会成立 100 周年座谈会,这是上海律师界的一件大事。在此,我代表市司法局党委,向前来出席座谈会的冯国勤主席,以及各位领导和专家学者表示最诚挚的敬意,向长期以来关心支持上海律师事业发展的各界朋友表示最衷心的感谢,向今天的到会的各位律师,并通过你们,向全市 14000 多名律师表示最热烈的问候!

100 年前,伴随着辛亥革命的胜利,上海就出现了近现代意义上最早的一批中国律师。他们为了保护人民权利、弘扬民主法治精神,发起设立了律师行业自己的组织——上海律师公会。上海律师公会存在的 30 多年间,不仅涌现了沈钧儒、史良等一批在中国历史上享有卓越声誉的律界英才,上海律师公会本身也积极投身于爱国图存、反抗侵略的伟大斗争中,在历史上留下了自己浓墨重彩的一笔。

目前,上海的律师业正处在历史的最好时期。近年来,市委、市政府对律师事业高度重视,市委主要领导多次对律师工作专门作出批示,市委、市政府及有关部门也专门制定了进一步发挥律师职能作用,促进律师事业发展的文件。随着上海推进“四个率先”、建设“四个中心”步伐的加快,随着人民群众法治意识的不断增强,律师在促进经济社会发展,维护社会稳定、创新社会管理中的作用日益凸显;而上海法律服务市场的巨大吸引力,使律师行业每年都在吸引着上千名优秀的法律人才加盟上海律师队伍,这也成为上海律师事业不断发展的不竭动力。

当前和今后一段时间,为了继续保持上海律师事业又好又快发展的大好局面,我们应当深入学习贯彻市第十次党代会精神,并通过此次上海律师公会百年纪念系列活动的开展,切实把思想统一到市委、市政府对当前形势的判断上来,把行动落实到积极贯彻市委、市政府的决策、部署和各项工作任务上来。广大律师要忠诚履



行社会主义法律工作者的职责使命,围绕中心,服务大局,依法促进经济平稳较快发展,切实维护国家和社会和谐稳定;要毫不动摇的坚持社会主义法治理念,自觉抵制西方错误的法学思想和政治观点,对社会主义法制进程中出现的各种问题有正确的认识,永远保持对法治的理想和追求;要努力形成健康向上、奋发有为的律师文化,积极发扬老一辈律师人所具有的优良传统和职业理念,主动契合“公正、包容、诚信、责任”的上海城市精神,完善律师职业道德和执业纪律体系建设,使律师成为社会主义文化大发展、大繁荣的有力推动者之一。

我希望并且相信,在市委、市政府的正确领导下,在社会各界的关心支持下,在全市广大律师的共同努力下,上海的律师事业一定会有更加辉煌的明天! ●

(本文根据录音整理,标题为编者另加)

聚焦 ●文/思源

追寻先辈足迹 传承法治精神

——本市隆重召开纪念上海律师公会成立 100 周年座谈会



1912 年 12 月 8 日,中国近代史上人数最多、影响最大的律师同业组织——上海律师公会宣告成立。

2012 年恰逢上海律师公会成立 100 周年。6 月 1 日,上海市律师协会会同上海市社会科学界联合会联合召开纪念上海律师公会成立 100 周年座谈会。上海市政协主席冯国勤出席会议并讲话;市司法局党委书记郑善和在会上致辞;市社科联党组书记沈国明主持了会议。市高院、市检察院、市社科联、市律协的领导、专家、学者、律师出席会议。

与会嘉宾热烈座谈,回顾上海律师发展史,探讨律师责任、律师精神和律师文化,展望上海律师业的发展前景。

缅怀先辈业绩

华东政法大学原副校长、中国法制史专家王立民教授阐述了中国律师在社会变革和进步中应运而生的风雨历程。他认为,上海律师公会是中国近代法制的产物,随着中国近代法制的发展而发展,并促进了中国近代法制事业的发展。

在上海律师公会的鼎盛时期,会员人数达 1300 多人。涌现出一批视国家存亡、民族利益为己任的杰出律师代表,他们以精湛的专业知识、高尚的人格素养,投身于弘扬法治、维护正义的律师事业,参与、见证并推动了中国的民主法治进程。

收回会审公廨,维护司法主权。上海律师公会先是于 1924 年与上海总商会派代表前往北京请愿,要求收回会审公廨,反映中国民众维护司法主权的诉求;随后又于 1926 年通电江苏省政府并经其同意,与驻沪领事团签署了《收回上海公共租界会审公廨暂行章程》,将会审公廨改为临时法院,收回了诸多司法主权;继而于 1929 年 3 月发布《关于收回法权运动之宣言》,中国政府与英、美、荷等国公使于 1930 年签订《关于上海公共租界内中国法院之协定》,彻底废除了领事官员出庭观审

制度;1931 年中国政府正式收回法租界会审公廨。

声援爱国学生,维护民族尊严。1925 年发生租界巡捕镇压爱国学生了“五卅惨案”,上海律师公会出任被捕学生的法律顾问。原告英籍律师将这一事件指控为“暴动”,而中国律师针锋相对:全副武装的巡捕面对的是手无寸铁的学生,说学生暴动完全是无稽之谈!法庭最终裁决“缺席者罚处拘禁,余人须将来恪守秩序”,案件就此了结,中国律师在法庭上维护了民族尊严。

推动全民抗战,挽救民族危亡。1932 年“一·二八”淞沪抗战爆发,上海律师公会通告全体会员,捐款捐物支援前线;致函各地律师公会,请求援助在淞沪抗战的十九路军将士;发起“月捐”,救济东北义勇军,向抗日将士捐款 34800 多元。1936 年,全国各界救国联合会(简称救国会)在上海成立,要求南京政府停止内战,释放政治犯,成立“救亡联合战线,共同抵抗日本帝国主义的侵略”。国民党当局以“危害民国罪”,将包括沈钧儒、史良、沙千里、王造时等 4 名上海律师公会会员在内的 7 名救国会领导人逮捕,制造了震惊全国的“七君子”事件,并公然提起公诉。上海律师公会组成由 21 人参加的辩护律师团,用大量事实说明被告从事救国工作,目的在于共御外侮,为“七君子”作了义正词严的辩护。在全国各界的强大压力下,国民党当局被迫撤消此案,释放了“七君子”。在中华民族最危险的时候,上海律师以高尚的爱国情怀和崇高的法治精神救亡图存,与全国人民一道夺取了抗日战争的伟大胜利。

在那风雨如磐的峥嵘岁月里,上海律师公会筚路蓝缕、披荆斩棘,组织律师以法律人的良知护国护法,彪炳史册,浩气长存!当新中国如东升的旭日照耀中华大地之时,律师公会的先辈们又在中国共产党的领导下,义无反顾地投身于建立法治、建设祖国的宏图伟业。建国后,沈钧儒曾任最高人民法院院长,后历任全国人大常委会副委员长、全国政协副主席等职;张志让曾任最高人民法院副院长,是新中国第一代大法官;史良是第一任司法部长,

曾任全国人大常委会副委员长、全国政协副主席等职；沙千里历任贸易部副部长、地方工业部部长、轻工业部部长、粮食部部长、全国政协副主席等职；韩学章曾任上海市人大法制委员会副主任，也是恢复律师制度后第一任上海律师协会会长、全国律师协会副会长。真可谓，律师精英勤参政，群星璀璨耀中华。这段历史，见证了上海本土律师的起源和发展，也见证了上海在中国律师发展史上的重要地位。

筹办百年庆典

上海市律协会长盛雷鸣在座谈会上向与会领导和嘉宾介绍了开展纪念活动的情况。他说，为了进一步弘扬法治精神，明确时代赋予律师的责任，上海律师协会以“回顾历史，展望未来”为主旋律，以“法治、爱国、责任”为主题核心，隆重开展上海律师公会 100 周年系列纪念活动：第一，组织主题征文活动，向法学专家、史学家以及律师征集纪实、缅怀和纪念文章；第二，邀请媒体记者参观律师公会，探寻律师发展史，展示律师对现代法治社会建设的作用；第三，举办系列座谈会、研讨会，传承律师精神，探讨律师职业价值；第四，编撰反映上海律师百年历史的画册，整理汇编上海律师发展史料，并作为青年律师的培训教材；第五，举办《上海律师大型史诗音乐会》，展现中国律师的核心价值理念和行业文化内涵，歌颂上海律师的业绩；第六，举行上海律师公会成立百周年纪念大会，总结和展现律师制度恢复三十多年来，上海律师业在推进法治化进程、服务“四个中心”建设方面的业绩和作用，激励广大律师以前辈精英为榜样，以维护当事人合法权益、维护法律正确实施、维护社会公平正义为己任，真正成为中国法治建设的倡导者、推动者、维护者。

传承法治精神

座谈会上，与会嘉宾就律师责任、律师精神和律师文化，进行了深入的探讨。

黄浦区司法局局长潘鹰芳说，界定律师的社会责任有两层标准，一是职业标准，即具备良好的法律素养，最大限度地维护当事人的权利，体现律师的本质属性；二是价值标准，律师只有服务大局、服务社会、服务民众，才能彰显律师的社会价值。

上海恒信律师事务所主任鲍培伦从普通律师的角度，谈了对律师责任、律师精神和律师文化的感知：律师是社会主义法律工作者，和 1949 年以前的律师虽然有诸多不同特质，但“爱国”则是中国律师始终不渝的共同信念，“匡扶正义”是我们值得传承的精神。作为知识阶层，在工作中的那种魅力和感染力，不仅仅体现在法律条文的娴熟，个案作业中的得心应手，更要提高到在文化的支配下，体现我们的一种情怀和律师良好的文化素养。

市高院副院长盛勇强说：100 年前我们的前辈外争司法主

权，内为民众请命，是中国法制事业的开拓者。召开这个座谈会，进一步加深了我们对律师制度、律师地位和作用的认识。律师用专业知识为社会提供专业服务，律师业是有中国特色社会主义的重要组成部分。

市检察院副检察长许佩琴说：加强律师队伍建设是维护司法公正、促进依法治国的重要举措，是执法为民、防止司法腐败的必要保证。律师已经成为维护社会公平正义的重要力量，是法律共同体的重要成员，在推进民主法制，促进改革发展，维护社会稳定，构建和谐社会方面等发挥了重要作用。

上海市律协副会长黄绮作了题为“厘清律师职业特征，履行法定职责，承担社会责任”的演讲。她说，律师职业具有“专业性、服务性、受托性”的“三性”特征，没有律师的司法制度是不完整的，没有律师参与的执法与审判，法律天平也不会保持平衡。“三个维护”体现了中国律师的价值回归和本质属性。今天的律师更应当“守道而忘势、行义而忘利、修德而忘名”，为民护权，为国护法，做公平正义的卫士和当事人合法权益的守护神。

迎接新的挑战

市政协副主席、全国工商联副主席、上海 WTO 事务中心理事长王新奎同志是一个学者型的领导，20 多年来一直在从事与全球多边贸易规则有关的工作，他以丰富的阅历和广阔的视野谈了当今世界的发展趋势和对法律服务的需求与挑战，并展望上海律师业发展的前景，主要是抓住机遇，迎接挑战。他特别强调，经济全球化的趋势是不可能改变的。他建议，社科联应提供平台，将上海律师业发展作为现代服务产业的重要组成部分，纳入到上海创新驱动、转型发展的总体框架中去。

追寻先辈足迹，传承法治精神。上海律师忠实履行社会主义法律工作者的职责，执业为民，诚信服务，将在加快上海“四个中心”建设和全面建设小康社会的伟大事业中铸造新的辉煌！ ●



聚焦 ●文 / 季 间

参与法律监督 律师有所担当

——市检察院到市律协座谈听取关于加强法律监督工作的建议



2009年10月,上海市人大常委会审议通过了《关于加强人民检察院法律监督工作的决议》(简称《决议》),通过地方立法的形式,有力保障并推动了上海检察机关法律监督工作的深入开展。

5月8日,为配合市人大开展对《决议》执行情况的专项检查活动,市检察院副检察长许佩琴带队,民事行政检察处、未成年人检察处、公诉处等检察院领导一行7人到市律协座谈听取关于加强法律监督工作的建议。市律协会长盛雷鸣、副会长邵曙范、秘书长万恩标、纪律委员会主任蒋信伟及相关业务研究委员会的正副主任参加了座谈。

广度、力度、厚度,法律监督全面加强

虽然宪法和法律赋予了检察机关广泛的监督权力,但是谈到检察机关的法律监督,律师原来普遍的感觉主要集中在刑事领域,有重刑轻民之感。这一格局正迅速得到改变,除了刑事案件的检察监督这块传统的领域,上海检察机关不断延伸拓展,在民事行政检察加大了力度。2010年以来,对刑事判决、裁定提出抗诉同比上升40%、法院改变原裁判同比上升70.1%。在民事行政领域,通过检察建议监督民事行政裁判、民事调解等89件。

除了这些直观的数字,市检察机关克服就案办案,积极探索延伸法律监督职能,拓展法律监督新领域,改进法律监督方式,努力扩大法律监督的效果。市检察机关在全国率先对刑罚变更执行探索同步监督、启动社区检察室试点工作监督、探索开展一类问题监督工作、在办案中高度重视挖掘案件背后具有普遍性的社会管理漏洞和问题,并创办了《上海检察情况反映》下情上达。

在广大律师关注的律师执业权利保障方面,市检察机关从2011年开始加强了律师接待室的规范化建设,各级检察机关设立专门的律师接待室,安排相应的人员和设备。在民事行政检察中,进一步完善律师代理申诉制度。各基层检察院在律师事务所建立民行检察工作联系点、通过多种形式听取律师意见。

角度、高度、深度,与会律师建言献策

听了市检察院在《决议》实施后本市加强法律监督

工作的简要情况介绍后,与会律师也分别结合自身在不同领域的执业体会,积极建言献策。

盛雷鸣会长对检察机关加强法律监督工作提出了许多建议,特别是在保障律师执业权益和法律的正确实施方面对检察机关的工作提出了自己的想法,比如建议检察机关加强对人民法院出台重大措施、制度改革的监督。针对目前律师普遍反映的人民法院过于强调调解工作带来的一些弊端,建议检察机关能调研并提出改进建议等。邵曙范副会长结合自身参与的一些信访案件的处理,认为检察机关如果对重大、群访和带有普遍性的案件,能从事后监督转为全程监督将会取得更好的效果。纪律委主任蒋信伟坦言检察机关对于律师违规会见的检察建议书推动了律师行业加大规范会见的管理力度,并认为对劳动教养案件的当事人权益、律师的执业权利应当加强监督。刑委会副主任叶杭生、潘书鸿分别就刑事案件各阶段的几个关键环节提出了加强监督的建议,如进一步维护律师的会见权、改善会见条件、刑事案件检察机关从既是“运动员”又是“监督员”转为相对中立的“监督员”等提出了制度设想。民事委员会主任谭芳认为检察机关很多工作做得非常好,而这些工作又需要律师的积极参与,应当加大在律师中的宣传力度。行政法委员会主任阮露鲁建议检察机关要关注行政案件的立案监督及日常执法监督工作。

责任、参与、奉献,律师应有所担当

与会律师的发言集中反映了广大律师普遍关注的一些问题。然而,这些问题的解决需要每位律师的主动作为。通过积极参与,让律师业务逐渐转向法治事业;通过普遍参与,让社情民意能在民主法治的框架内流动;通过点滴参与,让法律和制度能同法律人的理想共同成长。

诚然,律师在执业中常常因现有制度的不合理而产生不满,但能发现制度的欠缺、看到问题深层次的原因正是律师这个职业的价值所在。同时,也应当善于发现制度渐进和社会变革中各方的努力,用律师善意的建议同检察机关一起推动制度的完善,追求社会的公平正义。●



区县特写 ●文 / 闸北区律工委

维护社会稳定 促进经济发展

——闸北大发展、大变革幕后的“第三方力量”



邓小平同志曾强调：“稳定压倒一切”。稳定是社会和谐的首要条件，更是经济发展的重要保障。近年来，闸北区经济社会实现了跨越式、可持续发展，尤其在经济发展方面呈现出高增长的态势。然而高增长阶段下影响社会稳定、发展的因素势必增多，这就需要更加注重依靠法治来解决社会矛盾、协调利益关系。面对大发展、大变革环境下不断涌现出的社会矛盾，闸北律师在闸北区司法局、闸北区律工委的领导、组织下，以“第三方”的中立身份参与到维护社会稳定和促进区域经济发展中，勇于担当、敢作为，发挥自身独特优势，逐一破解了区域经济社会发展中的难题。

谋发展合力定细则

唐代著名文学家白居易曾说过：“仁圣之本，在乎制度而已。”制度的建立和完善是维护社会和谐稳定、实现经济又好又快发展的重要保障。

为了进一步发挥好律师维护社会和谐稳定、促进区域经济发展的作用，2010年12月27日，闸北区十四届政府第161次常务会议审议通过了《上海市闸北区政府法律顾问团工作实施办法》，这个在2001年全市最早试行的法律顾问团工作细则经过10年的磨砺得以正式亮相；次月，闸北区司法局出台了《闸北区律师介入动迁服务规则》、《闸北区律师参与专项矛盾化解工作实施办法》。这三个文件不仅汇聚了历年来闸北律师的工作心得，同时也标志着闸北区正式以文件的形式将律师纳入到社会矛盾化解以及区域经济建设体系中来。

“这些文件是闸北区人民政府、闸北区司法局、闸北区律工委多次组织有关部门领导、人民代表、政协委员、律师代表及专家、学者经充分探讨、研究、论证、实践后制定的。它们对律师参与法律宣传、动拆迁服务、矛盾化解、突发事件处理、信访核查终结及促进区域经济发展

等方面做出了详细规定，旨在凸显律师职业的专业性、服务性和公正性，健全和完善律师服务政府、服务社会的运作机制，有效地发挥了闸北律师维护社会和谐稳定、促进区域经济发展的作用。”参与三个文件制定工作的上海光明律师事务所主任俞建国律师介绍说。

如今，这些科学的顶层设计不仅规范了闸北律师以“第三方”中立身份参与社会服务的职责范围，也为闸北律师正确、有效地协助政府维护社会稳定、发展区域经济指明了方向，更为区域社会稳定、经济发展加上了一道厚重的保险。

源头防范诲人不倦

有句广告说得好：“多懂一点法，少惹一点麻烦。”可是百姓学法途径单一，中小企业也未普遍聘用法律顾问，怎么办？正所谓己欲立而立人，己欲达而达人。针对这些问题，闸北区司法局、闸北区律工委倡导全区律师事务所深入基层、企业，通过法律讲座、法律咨询等形式进行法律宣传，以求在源头上减少社会的不和谐因素。

2011年5月的一天，闸北区总工会举办的“新形势下的劳动关系协调”讲座现场热闹非凡，来自全区200多家单位的工会干部、职工代表参与了此次讲座。讲座由劳动法专业律师事务所——上海蓝白律师事务所主任陆胤律师主讲。为了提高讲座质量，陆律师坚持“少讲理论、多谈实际”的思路，在认真梳理经典案例的基础上深挖细节，以典型实例为主向工会干部、职工代表释明了法律与情理、法律权利与道德权利的差异，以及如何预防劳动关系中的纠纷和诉争等。讲座结束后，陆律师还特意留了30分钟时间给在场的听众提问，解答他们在日常工作中因劳动争议而引发的困惑。对于此类形式的法律讲座，主办方及听众都表示非常贴近工作实际，效果很好。而由律师主讲的类似以企业、职工发展为主题的法律讲座将长期在全区各个街道、镇以及企事业单



位举办,力求依靠理论及实例的宣传,在源头上努力增加和谐因素、减少不和谐因素。

此外,闸北区多家律师事务所深入各社区,与百姓面对面,积极开展法律讲座、法律咨询,另有 200 多名律师参加到社区调解志愿者队伍中。上海恒建律师事务所早年与闸北区临汾街道办事处签订了《临汾街道办事处关于社区法律服务工作的实施意见》, 该所律师利用双休日、节假日,不定期地开展法律讲座和法律咨询,为社区居民讲解新出台的法律,为外来务工人员、在沪发展和大学生创业提供法律咨询,解答与民生密切相关的法律疑问,受到社区群众的一致好评。当被问及法律进社区的意义时,上海恒建律师事务所主任潘书鸿律师是这样回答的:“律师不仅要在矛盾化解过程中起作用,还应当把法律知识传播给特定的对象,依靠法律知识的普及,努力在源头上防范、化解矛盾。”

全程介入步步用心

如今,处理维稳工作总是与解决民生问题密切相关,其难度在于各环节紧密相扣,倘有一个环节未能处理好,便会使整项工作陷入被动。为此,闸北区制定了重大事项“一条龙介入”的方案,与律师事务所或律师签订项目责任书,由律师事务所或律师全程参与专项工作。如此一来,不仅确保了在环环相扣的重大事项中参与人员的稳定性,同时也通过律师这一“第三方力量”推动了工作公开、公平、公正地进行。

“终于盼来这一天了!”地处闸北区桥东二期旧改基地内的虬江路徐家宅路口,年届六旬的李师傅手捧鲜花,坐在搬场车上不断挥手。在此住了 50 多年的他与另外几十户邻居一起,就要离开这让人依依不舍却又“晴天晒不到太阳,下雨天屋里进水”的老旧里。桥东二期项目是闸北区在本市中心城区面积最大的配套商品房基地,保障性住房项目规划建筑面积 177555 平方米,已列为近年来闸北区保民生、促和谐、谋发展的重点项目。中成永华律师事务所主任王剑烈律师看着喜笑颜开的动迁居民,回想起自己全程参与的此次动迁工作,心里总

算松了一口气。

2009 年 10 月初的一天,夏季拖着留恋的尾巴依然不舍得离去,而设在新马路的桥东二期动拆迁征询工作的现场更是热火朝天。当天,来咨询的居民络绎不绝,而咨询台上的矿泉水瓶却始终未曾开启。王剑烈和他的同事正应接不暇地解答着居民的疑问,这已是他们参加的第二轮征询接待工作了。李师傅和他的子女也是第二次找到王剑烈,对于这几个“熟人”,王剑烈丝毫不敢怠慢,因为他知道像李师傅这样在感情上很难接受动迁的居民大有人在,而李师傅的再次到来也意味着他的想法已有所改变。

在第二轮征询前,王剑烈的团队同闸北区有关部门及时总结第一轮征询工作,并对房屋面积和人口认定、安置方式、奖励办法等政策口径进行了进一步论证,精心优化安置方案,并通过公示、上门宣传和召开座谈会等形式向居民宣传政策。此后,又配合有关部门锁定安置补偿依据,力求使居民在心理上更容易接受动迁、减少后续动迁矛盾。也许正是由于这些更加贴近群众感情的征询方案以及律师们的耐心引导和专业解答,李师傅一家表达出了自己的拆迁意愿。二轮征询工作结束后,在规定的时间内,居民签约率达 75%,然而,王剑烈的团队丝毫没有放松,他们意识到还有很多后续工作正等着他们。

之后的实际拆迁阶段,王剑烈带领团队积极配合基地的动迁计划,努力向基地提供法律服务,包括但不限于起草补充协议、提供法律意见和参与听证、协调会等。动迁工作接近尾声,团队还就裁决程序及裁决书内容对各方进行释法、答疑,并在需要律师参加的强制执行工作中积极配合。正是由于律师步步用心地参与整项工作,2011 年初,基地 1966 户 6728 名居民、57 家个体户和 48 家单位的动迁工作全部顺利完成。

突发事件大显身手

突发事件,他们跑得比记者还快;润滑分歧,他们堪比“老娘舅”;针锋相对,他们学以致用。近年来,闸北区司法局、闸北区律工委积极引导律师努力为政府处理重

大突发事件和群体性事件提供法律服务,建立律师参与化解矛盾的培训机制,注重加强对律师调解理论与实务的培训,培养律师社会风险预警的敏感度,提高律师化解调解矛盾的能力,并不断健全律师参与重大突发事件和群体性事件处置相关报告备案、集体讨论等制度,充分发挥律师的职业优势,逐步把推动社会矛盾解决纳入法制化轨道。

2010年11月18日,天阴沉沉的,雨还是止不住地下,上海翰森律师事务所主任陈刚律师正与同事边用午餐,边收看静安区“11·15”特大火灾事故的跟踪报道。这时手机铃响了,电话里传来了清晰、急促的话音,“陈律师,某台资企业的员工要到市政府上访,请赶快过来。”陈刚挂了电话,饭还来不及吃完就匆匆忙忙地赶往事发地。

当陈刚赶到现场时,已有30多位员工拉起横幅聚集在市北高新园区内,他们即将前往上海市政府进行示威游行,讨伐之声已响彻园区,围观群众也越来越多,气氛空前紧张。为稳住众人情绪,陈刚立刻向众人表明了身份,员工们听说他是律师,便向其倒起了苦水。

经了解,公司拖欠员工薪水长达3年之久、欠薪总额达人民币100多万元,且问题一直无法得到妥善解决。陈刚意识到,当前一方面要立刻说服员工放弃去市政府闹访的念头,另一方面要协同园区工会与欠薪公司商讨解决方案。一番交流之后,陈刚诚恳地说道:“我想大家的目的是让公司把欠款还清,而不是去闹事。这几天,全市都在关注静安特大火灾事故,你们这一去,事情闹大了,拖延的时间可能更久。请大家相信我,我会协同集团工会尽力帮助大家,只要我们办事合法,理性维权,这件事就一定能够很快得到解决。”陈刚的交心话似乎说动了大家,员工们拿着陈刚的名片,纷纷表示相信这位中立人士。人群慢慢散去,陈刚却没有离开,而是协同园区工会联系到欠薪公司的台方高层,劝说对方尽快还清欠款。在协商过程中,陈刚反复向公司的台方高管宣传大陆法律、政策,强调公司欠薪后果的严重性。

在此后的一个多月时间里,陈刚陪同园区工会有关负责人不断奔走于区政府各有关部门之间,就处理这一事件提供了5份法律意见书。经过有关部门、陈刚律师与台方管理层的三次激烈谈判,员工们终于在2011年春节前拿到了欠薪。

春节期间,陈刚的手机里又多了许多拜年短信,这些便是拿到欠薪的员工为这位“讲诚信、勇担当、高效率”的闸北律师送上的新春祝福。

处理突发事件是维稳工作中最棘手的,如何迅速地稳住事态,公平、高效地解决问题,已然成为政府管理社会的一大课题。闸北区引入律师参与突发事件的应急处理,力求以律师专业的处理方式化解危机,保障受害者

的利益,促进社会公平、正义,从实践角度来看,已然取得了良好的效果。

扶危难胸中有丘壑

NBA停办尚可谈判,学校停办,那可伤不起!有些政府部门是独力难支,还得律师协助才能hold住场面。

威迅软件学院系社会力量办学,因资金链断裂、学院实际办学人失踪,导致学院彻底停办,近300名学生面临停课等困境,听课学生中又以外地来沪求学学生居多。

刘春雷律师事务所的余学金和汤新裕律师接到闸北区信访办的求助已是2011年10月21日周五下午六点,得知事态的严重性后,他们果断放弃周末与客户的约定,毅然无偿投入到该事件的化解中。

为妥善解决停课问题,避免矛盾进一步激化,两位律师陪同闸北区教育局有关人员于10月22日、23日集中接待了停课学生,他们对学生开展理性维权的宣讲并对区教育局开展的工作予以解释。经过两位律师耐心、专业地劝解,学生们表示愿意通过合法、合理的途径来表达诉求,但更希望继续得到求学的机会。针对欲走诉讼途径的学生,两位律师考虑到学生的经济负担,建议采取集体诉讼的方式。

同年10月25日,两位律师又参与了闸北区教育局召开的后续工作会议。会上,两位律师对区教育局准备的方案进行了深刻的分析,指出了其中的法律风险,并提出了补充意见:威迅学院虽已停办,但不意味着法人资格的丧失,若以接收学院的名义授课,或者由威迅学院委托接收学院继续授课,都将在法律关系上面临诸多不明确的因素,无形中增加了法律风险。因此,建议由接收学院、威迅学院和闸北区教育局签订三方协议,约定由威迅学院借接收学院的场地继续办学,授课老师仍然维持与威迅学院的劳动关系;接收学院代威迅学院支付授课老师的工资,场地租金及代付的工资日后则由区教育局与接收学院结算,同时由威迅学院径付教育局。

两位律师的专业意见得到了区教育局的采纳,威迅学院借接收学校场地成功地于11月初复课,学生们也得以继续他们的学习生涯。值得一提的是,该事件从头至尾,余学金与汤新裕律师不仅牺牲了个人时间,且未收取任何法律服务费用。

“一个人的价值,应该看他贡献什么,而不应当看他取得什么。”像余学金、汤新裕那样不计得失的闸北律师还大有人在。危难之中见真情,在群众无助、政府困惑之时,立足大局,牺牲自身的利益,千方百计为百姓解难、为政府排忧,这正是闸北律师的办事原则。



重效率信访出“亮剑”

近年来,由于缺乏有效的终结程序与办法,不少信访人明明“案结了”却“事不了”,不断地以同一事实或理由反复信访,缠访、闹访的事件屡有发生,导致行政申诉资源被不合理占用,信访工作效率大受影响。针对这一现象,闸北区按照市里要求,在全市率先试行信访事项核查终结制度,并引入律师参与监督,判明信访事项处理在程序、实体两方面是否存在差错和瑕疵,确定信访人实体权益是否受到损害,成功、妥善终结了多起持续缠访、闹访的案件,引起了市委、市政府的高度关注。市委副书记殷一璀也曾莅临闸北考察信访事项核查终结工作。

所谓信访事项核查终结制度,是指部分信访人未在法定期限内主动申请信访复查复核,或无视复查复核意见的效力,持续缠访、闹访的情况下,由行政机关提出申请,对信访事项主动核查,提出终结性处理结论。该项工作制度包括两个阶段,即信访事项核查阶段以及信访事项终结阶段。

2010年下半年,上海黄河律师事务所指派以沈继锋律师为首的律师团队,承担了闸北区重点信访案件的核查工作。这批案件全部涉及处理难度较大的动拆迁补偿安置。沈继锋律师长期从事信访核查工作,曾协助区信访办、区建交委、北方集团等部门和企业成功化解多起信访纠纷。而这批案件却让沈继锋疲于奔命。这批案件中,有一信访人常年缠访区政府有关部门,坚持要求重新安置动拆迁补偿。案件涉及的被拆迁房屋位于闸北区永兴路,由信访人的兄妹及母亲4人拥有。之前,其母亲和拆迁公司签下协议,并得到动迁补偿款。但信访人却声称自己未取得分文。为此,沈继锋与拆迁公司经办人员、信访人及其家属先后约谈了七次,并反复研究谈话内容,之后又奔波于多家银行之间查找蛛丝马迹,在细致的查证下,案件终于水落石出。在铁证面前,信访人不得不承认已取得家庭内部分割的动迁款。据此,在沈律师出具《信访核查报告》后,该信访事项得以彻底解决。

在闸北,还有多家律师事务所指派律师参与信访核查工作,他们之所以能顺利、高效地完成任务,是因为有这样一个信念在支撑他们:涉及民生的信访案件,必须办成经得起历史考验的铁案,只有这样,才能体现律师作为社会公信人士的价值,才能为政府执法提供合法、有效的依据,才能彻底化解矛盾、取信于民。

与信访程序中的复查复核相比,终结制度不再是行政机关的“一言堂”,其最大的亮点在于引入第三方监督和社会评议机制。而召开听证会就是其中的必经程序。公开听证评议的参与者,都是和双方毫无利益关系的人大代表、政协委员、律师以及其他公民。上海恒业律师事务所主任张慧卿律师长期义务担任信访事项终结听证会听证员,作为专业人士,他总会从法律角度来评议听证信访事项,如“信访人投诉所涉相关事实及请求是否合法、合理”、“信访办理单位的结论是否符合事实清楚、证据充分,符合法律、政策规定”、“化解方案是否恰当”等。正是由于律师专业、细致地评议,才最终为全体听证员表决是否同意申报核查终结提供了重要依据。

实践证明,闸北区引入律师参与信访事项核查终结工作,不仅提升了政府部门办理信访工作的效率,而且合法、合理、公正、科学地保障了公民权益,维护了社会公平正义,促进了社会和谐稳定。

“借风”化险整合资源

在重大矛盾化解及其他法律服务中寻求资源的整合,积极配合落实闸北区“南高、中繁、北产业”的规划,是闸北区司法局、闸北区律工委对全区律师提出的新要求。近年来,随着闸北的快速发展,资源整合和优化成了政府突破经济发展瓶颈的主要手段,而通过律师具有独到的经济活动能力的职业特点,在矛盾化解中实现资源整合,无疑是一举两得的好举措。

2011年初,地处不夜城繁华商业区的地平线手机通讯市场因场地出租方收回场地,导致超过600家商户面临无立足之地的绝境。一时间走投无路的商户们纷纷找



到闸北区政府寻求帮助。俗话说：人急烧香，狗急跳墙。为防止事情生变，上海恒建律师事务所郑绍平得知此事后，便积极参与到该事件的化解中。也许是“东风得与郑郎便”，与此同时，依靠广博的人际关系，郑律师得到了一条重要信息：临近手机市场的名品商厦因长期租赁纠纷尚有 500 多个铺位空置。可见，将通讯市场迁入名品商厦无疑是一举两得的好事。

然而，搬迁工作涉及大量法律事务。郑绍平先后参加了多次协调会，详细了解情况，几番彻夜草拟法律意见，之后又参与研究制定了通讯市场整体迁移的方案，并为手机市场经营方提供了包括修改公司简介、拟写给名品商厦业主的通知、名品商厦商铺委托管理合同等一系列的法律服务，最终使得地平线通讯市场迁移工作平稳顺利进行。一边是如愿以偿引进商户，一边是“借壳上市”绝处逢生，不止是双方得利，区域资源也得到了整合、优化。

降低风险力助转型

伴随着法律制度的不断完善、社会发展的日益科学，越来越多的历史遗留问题被暴露，社会经济风险也在不断增加。“建议函”作为闸北律师参政议政的有效手段，在帮助政府降低社会管理风险方面起到了重要作用。

上海名江律师事务所主任谢有明律师在代理多起经济纠纷案件时，发现闸北区挂靠政府部门的“红帽子”企业在市场运作中存在着诸多问题。据此，他专门向区政府发出律师建议函，从“红帽子”企业产生的历史背景、当前市场运作中存在的问题、迅速处理的必要性及具体操作方式等方面进行了分析、论证，并建议政府对“红帽子”企业进行摸底清理，根据实际情况，分期分批进行脱钩。区委、区政府主要领导收到建议函后十分重视此事，在感谢律师的同时，批示有关部门迅速、妥善处理了这个历史遗留问题。

闸北发展到今天，虽然历史遗留问题不断被解决，可是新产生的问题也在一定程度上制约着经济的发展。闸北律师在帮助政府降低经济风险的同时，也依托政府

部门搭建平台，从转变自身发展思路着手，积极与中小企业合作，力助企业降低风险、转型发展。

近年来，闸北区非公经济日益发展壮大，在促进经济增长、扩大就业、增加收入、活跃市场、促进消费、公平竞争等方面发挥了重要作用。但自金融危机以来，由于非公中小企业在防范法律风险、应对经济波动方面比较脆弱，遇到的经济纠纷明显增加，危及了企业的生存和发展。为扶持非公中小企业的发展，闸北区于 2009 年成立了“非公企业法律服务指导中心”，通过组织律师与企业的互动交流，让律师面对面为企业答疑解惑。同时，经常组织企业内部有关人员旁听与其工作业务相关的案件庭审，进一步增强了企业的法律风险防范意识。

此外，闸北区多家律师事务所在投入“非公企业法律服务指导中心”工作的同时，积极拓展自身发展思路，努力探索与中小企业合作的途径，帮助企业降低风险、转型发展。上海恒建律师事务所针对中小企业普遍存在的问题，组建了法律外包团队。与法律顾问不同的是：法律外包依托的是团队力量，实行事务所负责制，并针对专业问题，由专业领域的律师团队提供针对性的法律服务，弥补了律师个人单兵作战的缺陷。同时，对服务的类型、专业领域不设任何人为限制，定期派专业律师上门办公，与客户零距离沟通，及时发现企业潜在的法律风险。此外，律所还提供诸如资信调查、法律翻译及会务同传等增值服务，不仅免去了中小企业在有限预算内无法聘请专业素养较高的法务专职员工的困惑，而且在帮助中小企业降低发展成本和风险的同时，也在自身发展道路上寻找到了新颖、集约、高效的发展方式。

“天上碧桃和露种，日边红杏倚云栽。芙蓉生在秋江上，不向东风怨未开。”回顾过去，闸北的和谐稳定、经济社会的发展离不开律师这一“第三方力量”默默的奉献；展望未来，闸北律师必将继续沿着改革开放的道路，与时俱进，开拓创新，顺应新趋势、树立新理念、把握新机遇、迎接新挑战、确立新目标，在转型升级中奋发图强，遵循科学发展的规律，书写出更加光辉灿烂的新篇章。●





周天平

上海市周天平律师事务所主任
上海市律师协会副会长
上海市徐汇区政协第十三届委员

2005 年、2007 年分获上海市司法行政系统先进个人奖
2008 年获上海市司法行政系统先进个人奖并记三等功
2011 年获上海市优秀律师奖

人物·优秀律师

●文/沈轶伦

律师是我奋斗终生的职业

——记“上海市优秀律师”周天平



年前,全国省级层面首份全面反映律师义务履行社会责任的报告——《上海律师社会责任报告》发布。一手执笔起草该报告的现任上海律师协会副会长周天平律师说:“写这份报告就是要用一根红丝线,把无数颗熠熠生辉的珍珠串拢起来,将成千上万的上海律师自觉履行社会责任的成绩与贡献,向社会精彩展现。”

多年来,上海的广大律师们积极履行社会责任,在参与化解维稳、参与大调解、参与法治政府建设、参政议政、推进法律进社区、为特殊社会群体提供法律援助、开展法制宣传、投身公益活动等方面大显身手。在这些图卷中,周天平也参与其中并身体力行。然而,这位上海律师界知名的律师,并非对律师行业“从一而终”。经历归来去兮的他,究竟与律师这一职业,有着怎样的情缘?

一、法律是初恋专业

周天平是72届初中毕业生,进过家具厂,做过木匠。华东政法学院复校筹建时,筹建处人员拿着中央书记处的复校批文到他厂里订购办公家具,当时主管厂里生产业务的周天平一下子从这个批文中看到了中国法制的新春天,即刻开始自习迎考,第一志愿报考华政。巧得是,他的高考分数318分,正好是华政录取分数线线的上限。他成了华政复校第一届的本科大学生。他的人生经历中学过很多专业,但他对法律这个初恋专业始终情有独钟。

大学生时代的周天平,初露峥嵘,展示了他良好的口才和社会活动能力,担任了华东政法学院学生会宣传部部长,获得了上海市青年演讲比赛第一名。现在想来,似乎冥冥中注定,他同律师职业有缘:他在权威杂志《法学》上发表的处女作是《应将律师制度写入宪法》;他的毕业实习在上海市第一律师事务所;他的毕业论文是《论律师的职业道德》。

毕业后,他被分配到上海市法学会工作。虽然没有直接进入律师行业,但法学会的工作经历,却让他意外上了7年难能可贵的“在职研究生课程”。法学会日常的学术活动策划组织工作使他成为中国法律界执牛耳者:徐盼秋、曹漫之、齐乃宽、徐开墅、朱华荣……等权威法学家的得意弟子和得力助手。前辈大师的治学精神、大师风范让青年周天平备受教诲,法律功底与法学修养得到了很大提升,并树立了强烈的意识:研究法律、应用法律当如是。

1987年,周天平以上海前五名的成绩通过了国内举行的首届律师资格考试,开始了兼职的执业律师实践。凭借自己的努力和聪明,周天平在法学界渐渐小有名气。然而,出于看一看“山外山”、“楼外楼”的向往,周天平去了美国。

二、律师是终生职业

他在美国工商管理硕士生课程毕业后,成功经营了建材超市。但夜深人静时,他常常思念自己的“初恋”。最终,他下决心卖掉五家颇具规模的大型连锁建材超市,归队开办了个人设立的律师事务所。周天平律师事务所的规模不大,人员精简,但他们却始终保持着高水准,成功经办了一系列大案、难案,运作了诸多大项目。斗转星移,10年过去了,周天平律师事务所已迅速成为徐汇区的人均创收大户。谈及当年何以选择重回法律行业,周天平坦言难以割舍对法律的情结:“律师是一个能将你学到的各种知识与经验综合发挥的职业,也是我愿意为之奋斗终生的职业。”

在周天平眼里,法律项目越是复杂和困难,就越需要他去征服与挑战,除了用心把复杂的法律关系梳理清楚,周天平还会对法律项目涉及的所有操作环节和文书反复雕琢修饰。他乐在其中。这是在商场搏杀时,纵然获得再多经济收益也不能带给他的快乐。

至此,他知道,重新归来的自己再也不会离开。

三、律师不仅要为当事人排忧解难,更要立足于防患未然

法律面前,律师的作用体现在哪里?

周天平认为,对非诉讼项目,律师要为当事人谋取资源,且保障既得成果不可逆转;对诉讼案件,则要“急当事人所急,想法官所想。”所谓“想法官所想”,本质上就是想法律所想,需要律师站在法官的立场进行换位思考。

能否在纷繁的矛盾中,抓住重点,抽丝剥茧,最终达成矛盾与冲突的化解。周天平认为,有四种矛盾冲突:一是法律矛盾,需要律师据理力争;二是利益矛盾,需要律师找到双方的平衡点,确保利益兑现;三是理念矛盾,需要律师凭借自己的经验讲明法理、哲理和情理;四是情绪矛盾,需要律师变身为一位心理咨询师,做好心理调节工作。

在周天平担任法律顾问的单位中,不乏大企业、大公司。曾亲自从商的经验,使周天平能与商界人士进入同一话语体系,最终达成共识。他对企业经济交往中的各种法律关系有着较深的理论研究和丰富的实务经验;对企业股权结构、资产结构、经营结构、管理结构、人才结构的最优化配置,有较强的策划能力,对涉及企业法人犯罪和职务犯罪的刑事法律也有独到的研究。这也使他在与不少国内外知名企业总裁的交往中,不仅承接问题,排忧解难,还能给出见解,防患于未然。

他代理客户成功收购陆家嘴中商大厦,同时为银行清收了人民币 8.5 亿元的贷款,使项目三方获得共赢;他带领律师团队成功办理了某旅游区的城市经营法律事务,为客户取得了投资规模为 300 亿元人民币的主开发商地位,并为之提供长期法律服务。

“法律顾问的作用,首先是看清顾问单位的业务流程、内部管理流程和对外签约履行流程的瑕疵,主动补救,积极预防法律风险。但这仅仅只是一个方面。”周天平解释道:“企业家们对律师是非常信赖的,因此我们不仅要成为梳理和处理复杂法律关系的专家,也要当好经营与管理顾问,成为他们在决策活动中的好参谋。”

周天平说,自己年轻时曾通读马恩全集和《资本论》,虽未能成为个中专家,但阅读本身提供了极好的思辨训练,养成了高度概括能力。如今遇到再大的项目,再多的卷宗,周天平总能很快抓住细节和关键点,不遗漏任何一处可能存在的问题隐患。每到开庭的前一天晚上,他总会把案件中的事实、理由及相关法律条款在脑海中回顾一遍,保证对方律师在任何时候提出任何问题,都能胸有成竹地应答。周天平的顾问单位里有几家

知名的拍卖公司和典当行,在为他们代理的 6 起法律诉讼中,他全部以胜诉告终。

保持高效率的工作状态,也体现在周天平日常工作的每一个细节中。俗话说,好记性不如烂笔头,他把每天的安排都记录在有着强大商务功能的手机的日程表上,这样一来,手机会定期强制提醒,让其能合理、完善地安排每天的工作。因为下午一点半要赶去另一处开会,采访到中午时分,周天平叫来了简单的商务套餐匆匆加以果腹,以便提早赶到。他坦言:“我总是预留时间等别人,从来不让别人等我。”

周天平还非常善于发挥所里其他律师的帮助作用和行政人员的辅助作用,这也使得他们这个人数不多的小团队,有着极强的凝聚力和极高的工作效率,从而产生巨大的能量。

运用法律专业知识、企业管理经验和计算机信息系统原理,周天平还创设了合同信息管理系统和企业的职务犯罪、法人犯罪防范系统,这两个系统可将法律顾问单位的民事责任风险和刑事责任风险降低到最低限度。

四、社会责任感是律师的核心价值

“当一名律师有了社会责任感,他就会由此拥有不同的世界观、大局观,这种认识会对他的行为起引导作用,并影响他的职业理念和状态。社会责任感是律师建设的核心文化。”在接受媒体采访时,周天平表示:“律师是一支特殊的社会力量,拥有社会责任感的律师会发挥专业能力,为社会建设发展起重要的支持作用。”

早在美国留学期间,周天平就中国的最惠国待遇问题给当时的美国总统老布什和国会议员写信,老布什还以此信的部分内容,作为向国会说明给予中国最惠国待遇的依据。为此,《人民日报》海外版专门报道了此事。

回国之后,在创业的同时,周天平始终不忘关心社会,支持公益。他笑言自己是一个喜欢“管闲事”的人。每年,他都会向市政府、市人大提出一、二份建议书,其中大部分都予以采纳。非典期间,周天平积极向市领导提出“尽快制定分类行为的操作手册”的建议,获得市里采纳,并作为律协代表参加市政府、市卫生局组织的《操作手册》拟订工作。与此同时,为了能使律师履行社会责任形成系统化、理论化、制度化,周天平历时一年多主持编写完成了《徐汇律师的社会责任报告》,在理论上对“律师的社会责任”做出了明晰的界定,为律师积极履行社会责任提供了行动指南。他也带动自己的团队,积极化解了不少居民矛盾,维护了社区的稳定,以实际行动践行了法律人构建和谐社会的历史使命。

周天平还积极为“法律服务进社区”工作出谋划

策,认真配合徐汇区领导参与信访接待,在事务所与漕河泾街道进行法律服务结对的过程中,他的律师事务所律师每个礼拜都会去漕河泾街道义务服务一天:为漕河泾街道的突发事件及时提供法律建议,化解紧张的局面;引导情绪激动的老百姓用合理方式处理矛盾,最终获得妥善解决;为老干部局提供法律援助接待服务;参加信访接待……在结对至今的一年多时间里,从未缺席,街道碰到应急事件,需要求助律师,周天平和他的团队律师们也尽量保证随叫随到。

漕河泾街道某小区居民因家庭矛盾激化引发了特大杀人、纵火恶性案件。案发后,肇事家庭的亲戚和火灾殃及的受害邻居涌至街道讨说法、讨赔偿。周天平应声第一时间到场,在了解情况后,及时书面出具十条法律意见书,既厘清了复杂的法律关系,又理出了要注意的社会关系,并在此基础上提出了化解矛盾的处理办法和操作流程。随后,周天平还积极跟踪后续发展,义务为火灾受害居民代理民事赔偿诉讼,全程参与历时一年半,直至案结事了,维护了他们的合法权益,还给了社会一份安宁。

在周天平看来,这些都是律师社会责任感的体现,也是律师作为一支特殊的社会力量力所能及的。他也着重通过这些工作培养律所年轻律师的社会责任感。“年轻人常怀抱改造世界之志向,但从梦想到现实的过程中如何完成需要选对路径和方法。”他认为:“改造世界的基础是对社会的了解和适应,这包括对自身能力的了解和鉴别。而律师的责任感应当成为青年律师的核心价值观。”

五、律师工作如同音乐旋律一样必须尽善尽美

坐在周天平的车上。汽车刚一发动,与设备相连的音响立刻播放起古典音乐。

是的,这是周天平另一项广为人知的身份——古典乐迷。他爱听音乐,还常将自己喜欢的名家作品精选后刻录成 CD 馈赠亲友。

海归回沪不久,周天平即捐资 50 万元,帮助著名声乐大师周小燕教授发起设立了周小燕声乐艺术专项基金,并出钱、出力帮助周小燕每年筹办一场高水准的音乐会,受到市委宣传部、上海市文化基金会、上海音乐学院及许多著名歌唱家和音乐家的高度好评。去年,周天平还在徐汇“律师之家”举办了“法律与旋律、音乐与和谐”的第一次主题沙龙活动,他希望更多的律师能懂得领略古典音乐之美。

“古典音乐的美能够和人的心灵产生共鸣,启迪我在从事法律服务工作及其他各项工作时,都尽可能做到尽善尽美。”周天平认为,世间众生如同会发出不同声音的音符,而法律就是五线谱。糟糕的组合变成噪声,良好的组合变成音乐。那么,每一个音符应当参照五线谱,各安其位,彼此和鸣,惟此社会便如一首交响乐,能奏出和谐之声。律师和一切法律工作者,不妨将遇到的矛盾纠纷当成“作曲”去处理,解决一个案子,就是编了一首好曲子。一个人一生办了几个大案子,便能如谱写出几首好作品的音乐家一样,足以流芳百世。在这个意义上,音乐与人生,法律和社会,皆同此理。●

信 息 上海市律师协会关于开展“纪念上海律师公会成立百周年”主题征文活动的通知

为纪念上海律师公会成立 100 周年,上海市律师协会决定开展“纪念上海律师公会成立百周年”主题征文活动,具体要求如下:

1、征文内容:(1)回顾上海律师业百年发展历史;(2)探讨律师责任、律师精神和律师文化及传承;(3)展望上海律师业发展前景;(4)其他与上海律师业发展相关的内容。

2、征文要求:言之有物,立意新颖,字数不少于 3000 字。

3、征文范围:本市律师、司法行政部门工作人员及社会各界人士均可以投稿。

4、征文截止时间:即日起至 2012 年 7 月 15 日止。

5、征文评奖公布时间:2012 年 8 月 31 日前公布评奖结果。

6、参加征文寄送方式:Email:cyj@lawyers.org.cn

传真:64185837;地址:肇嘉浜路 789 号 33 楼

邮编:200032

7、联系人:上海市律师协会调研部 李旻 蔡苑菁

联系电话:64030000—150,129

上海市律师协会

2012 年 5 月 21 日

人物简介

蒋宏，曾获得上海市第四届优秀青年律师、虹口区首届优秀青年律师、虹口区司法行政系统先进个人等荣誉称号。现为上海市第九届律师代表大会代表、虹口区律师工作委员会副主任。

人物·优秀青年律师 ●文/蒋宏

坚定地做一名 诉讼律师



我一直将自己比作草根律师，三十多年前出生于小渔村，三四岁就去码头搬砖头、卖酱油帮衬父母，打小过的就是草根的生活，也习惯了草根的自由和坚强。

当我还在贫瘠的家庭中奋斗读书时，《法外情》中的刘志鹏大律师让我找到了共鸣。刘德华饰演一个从小在孤儿院长大的男孩，虽然清贫但始终生活在嬷嬷的无限关爱中，长大后踏入律师行业，刘志鹏大律师为了底层人群的正义而奔走战斗。这如同晨钟暮鼓，敲击了我年轻的心，也让我找到了终生为之追寻的方向。

不知不觉，我已踏入这个行业将近十年，深知在目前的环境下，做一名诉讼律师并不容易，不单单是法制环境有待改善，更由于普通百姓对于法律的信仰，还远远未达到及格线。因此，在纷杂的社会环境中，做一个坚持公平正义，坚持理想追求的诉讼律师，特别是一个女律师，更不容易。而正是这些不容易，更显现了如今的珍贵。

面对弱势群体应伸出援手

2006年夏天，我还是个刚独立执业2年的新律师，也刚刚做了几个月的母亲。但是有一天，几个远郊的渔民找到了我，请求我代理一起意外死亡事故。

当时我还在家中休养带孩子,我完全可以拒绝,或者按照律师常规收取律师费用。但是,考虑到当事人本身家庭条件困难,意外事故又给这个家庭造成了很大的伤害,我一点都未犹豫地主动提出担任他们的法律援助律师,不收取任何费用。

整整2个多月,我冒着酷暑奔波于事发黄浦江水面、远郊和肇事者厂区,调查访问,收集证据,分析案情,多次艰苦谈判,终于从最初肇事方对事故成因的否定,到最后为死者家属争取到了最高的权益,整个过程一波三折,但我始终坚持事实和法律的大前提下,有礼有节地处理事件,不仅得到了委托人的充分肯定,也得到了肇事方的高度认可!

虽然2006年我只是一个新律师,一个尚在生存线上奋斗的小律师,做这个案子,不仅未收取律师费,还搭进去上千元的油钱,但这都不妨碍我追求做一个具有普世价值观的律师!

面对恶势力决不低头让步

在前述法律援助案件结束的4年中,我从未与肇事方有过任何联系,但是我一直相信一个尽职尽责的律师,迟早会被所有当事人所认可。2010年4月,我接到了肇事方法律顾问的一个电话,询问我是否愿意接手一个棘手的案件。

委托人(原来的肇事方)将房屋租借给对方作办公使用,但对方当事人将600平方米的空间隔成了100多个小间,租给200多个外来务工人员。委托人试图自己去收回房屋,但是对方当事人时常进行暴力威胁,委托

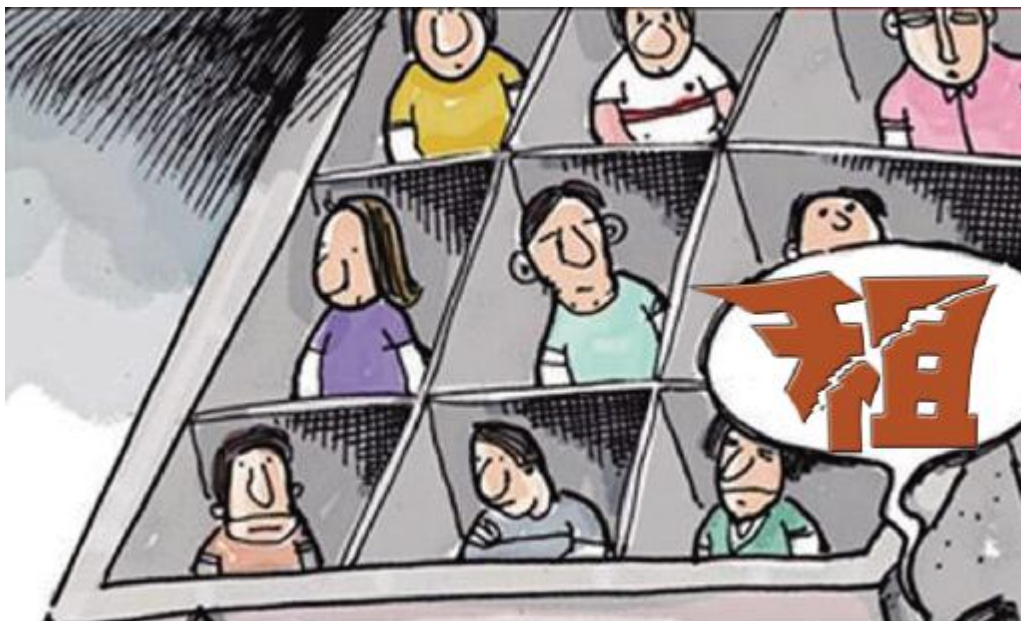
人也无法物色到合适的律师,多次内部会议后,想起来4年前为渔民尽心尽力工作的我。

确实,这样的案子,胜诉难度不大,但是执行清退工作却绝非易事,一方面要防止对方煽动群租客造成社会的不安定现象,另一方面又要防止重演上海“11·15”大火的悲剧,同时还要面临可能的人身威胁,收费又不高,鲜有律师愿意参与,参与的结果很有可能是经年累月的不了了之。

但是我的倔性子又上来了,我就不信这个世界真的那么多的“正不压邪”,我就不信通过正常的法律途径,就真的没有办法解决当事人的后顾之忧。

临危受命,我带领助理们(全是女孩子)亲自上阵。从一审到二审,2010年12月案件正式进入执行程序,当时气温在零下五、六摄氏度,我们坚持现场排摸,与200多名租住人员逐一阐述危害性、协商清退方案等等。一个多月的时间内,我所带领的这支“娘子军”以惊人的速度将所有住客清退完毕,现场高度掌控在我们的团队手中,没有发生一起摩擦事件,也没有发生任何安全隐患。这个案例不仅仅让委托人刮目相看,也让执行法官赞叹这些女律师“了不得”!可他们哪里能想到,我们在现场的一个多月时间里,遭受了多少次赤裸裸的人身威胁!坚持到胜利,全凭着一股不向恶势力低头的正义之气!

2011年4月,对方当事人对我的委托人提起了赔偿诉讼,3个月后的一次开庭中,对方当事人不仅再次对我进行人身威胁,甚至在闭庭后动手阻止我离开法庭!我知道他们是“狗急跳墙”,但我不会因此退缩,因为我是一个充满正义感、不畏惧恶势力的女律师!



面对“红图章”不盲目轻信

2009年,我的一个当事人因向承揽方定制一批半容积型号的锅炉,但在收货后安装时发现却是容积式型号的锅炉,因此我方当事人拒绝付款,承揽方因此起诉至法院。一审法院认定:该批锅炉承揽方提供了某设计院盖有红章的设计图纸,载明了设计依据的行业标准和设计产品名称为半容积型号,并有江苏的质检部门的证书钢印予以确认,因此认定货物符合定制要求,全部支持了承揽方的付款诉请。

我介入二审后,仔细研究了相关的证据,我对设计院的设计图纸和质检机构的质检证书产生了怀疑。带着这些问题,我和助理亲自到外省市的设计院,不仅仅是核实图章的真实性,而是要求设计院详细说明本案受托设计的过程、依据旧标准的理由,并要求核对所有留底文件。调查的结果是惊人的:承揽方利用以往委托设计的旧图纸,篡改了图纸右下角的产品品名后,以旧图纸需要为名,要求设计院加盖红章,设计院仅仅核对了图纸编号,未逐项审核即加盖红章。而法院核实时,设计院也仅仅查看了图章的真实性。事实上,设计院根本没有接到本案项下的产品设计委托,也没有针对本案定制要求出过图纸。“红章”形式上是真实的,但实质上是虚假的。

更为惊人的是对质检机构调查的结果。所有质检机构的留底文件均显示:产品是容积式的,而非半容积式的。那么附随钢印的证书上怎么变成是半容积式的呢?原来由于锅炉产品的特性,不可能都实物送检,所以承揽方将图纸等送检,因此质检部门留底文件都是容积式的。但是证书上所盖的钢印却是由质检机构授权锅炉生产厂家根据质检结果而自行刻制的!

这2个调查结果,几乎颠覆了我们对于权威机构的认知!本来只是觉得案件事实有蹊跷,但是完全没有想到调查结果却与表明证据完全相悖!所以说:对于案件关键事实的证据,不管其形式证明力多么强硬,如果有合理的怀疑,就要核实,不能盲目轻信公权力。

面对疑难案件莫轻言放弃

2008年,我接到一个案子,是一个借款纠纷。当事人曾经借款给一个河南人,也写了借条,但是现在除了借款人的身份证号码外,没有任何其他信息,包括借款人在上海是否有居住地、是否有财产、是否有工作单位都不知道。以借款案件起诉,按照被告所在地原则,要到河南去起诉,就算赢了诉讼,执行也是大问题。作为律师我

并不建议启动这样的诉讼。

当事人想到要到外地诉讼,也想放弃了。但是对于疑难案件不轻言放弃也是我的原则。在与当事人不断的交流过程中,我抓到了一丝线索,借款人曾经说过在金沙江路开过一家干洗店。调查工作就从这里开始!我们沿金沙江路记录下每个干洗店的名称,调取了所有的工商内档。在堆积如山的材料里面,终于找到了借款人的名字。但是这家干洗店的股东是一个上海老太太,借款人仅仅是代理经办人,不是股东,还是不能解决问题。但是直觉告诉我老太太和借款人之间一定有着某种联系。经过对老太太所有户籍资料关系人的调查,没有发现借款人,但是发现老太太的众多子女中,有一个女儿已婚也已经有孩子,但是户籍上没有任何女婿的资料。又通过对这个女儿的婚姻状况进行调查,发现这个女婿就是借款人,而且在婚后,以借款人妻子和岳母的名义买了一套住房!

我们以借款人和其上海籍妻子作为被告起诉,所有管辖的问题、保全的财产线索问题全都迎刃而解!看似一个疑难的死案子,通过不懈努力地调查,细节可以使不可能变成可能的。

用心关注年轻律师的成长

传统的刑事诉讼业务,因为执业司法环境有待改善,外部调查工作辛苦,律师费收入较低,且法律人才整合上更需要较长时间的培养,渐渐成为法律服务市场中的低端业务,也很难吸引到优秀的青年才俊,甚至每年都会流失很多优秀的年轻律师。

我一直认为,作为事业稍成、经验丰富的诉讼律师,有责任辅佐刚刚走上执业道路的年轻律师,我也身体力行地为我身边有志于成为优秀诉讼律师的年轻人提供微小的平台。2010年我创办了上海宏翰律师事务所,这是一家个人律师事务所,我招收了5位年轻的女助理,尽心尽力,用经验指导她们学习诉讼技巧,用制度引导年轻律师培养良好的执业习惯,发扬“传、帮、带”的优良传统,为年轻律师的发展提供助力。

我知道这一切会耗费我很多精力和财力,我也知道也许鸟儿翅膀硬了会飞走,我不在乎!如果这些年轻律师成才后,有更好的发展,这是我的成绩,也是我的荣耀。而如果她们若干年后,也这样对待更年轻的律师,就可以形成一个诉讼律师成长的良性循环。我相信上海的诉讼律师界如我想法之人不在少数,我更相信我们的努力不会白费!

道路是曲折的,但前途是光明的,与君共勉! ●

法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

人民检察院如何进一步 加强民事、行政法律监督工作

本期主持:谭芳 上海市律师协会民事业务委员会主任
嘉宾:邱燕 上海市人民检察院民行检察处副处长
潘瑾 上海市人民检察院民行检察处商事科科长
季诺 上海市律师协会房地产业务委员会主任



谭芳:众所周知,我国《宪法》规定了人民检察院是法律监督机关。但是检察院如何行使法律监督职能,尤其是对人民法院的民事审判和行政诉讼如何实施法律监督,对许多老百姓来说觉得比较陌生,甚至我们许多律师对如何就民事、行政诉讼案件向检察院提出申诉也了解得不深。今天我们就来谈谈人民检察院如何进一步加强民事、行政法律监督工作。

先谈第一个话题,检察院民事、行政法律监督的职能和范围。季律师,您对这项职能了解多少?代理过此类申诉案件吗?

季诺:我知道人民检察院是通过受理当事人和利害关系人不服法院生效裁判的申诉,对人民法院已经发生法律效力民事、行政案件的判决、裁定进行审查,对确有错误的判决、裁定通过抗诉启动法院再审予以纠正,对审判人员在审理案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的予以查处,对正确的判决、裁定予以维护和 Support 的方式来履行法律监督职能。但是,我本人却从未尝试代理过类似的申诉案件,主要的顾虑是感觉通过抗诉程序来监督人民法院的民事、刑事案件难度较高而且不确定性较大。今天很高兴有机会补补课。能否请邱处简单介绍一下人民检察院民事行政检察部门的职能和上海市检察机关民事行政检察部门的工作情况?

邱燕:民事行政检察部门是检察机关履行法律监督职责的一个重要部门,根据《民事诉讼法》和《行政诉讼法》的规定,我们主要是通过抗诉和检察建议,履行对民事审判和行政诉讼的法律监督。上海市检察机关各级民事行政检察部门自1990年5月成立,经过20多年的发展,民事行政法律监督职能进一步完善,从原来单一的抗诉方式进行监督,到现在可以采取抗诉、检察建议、纠正违法通知书等多种方式进行监督。人员队伍不断壮

大,业务素能不断提高,制度规范进一步健全,民事和行政法律监督力度、监督质量、监督效率、监督效果明显提升,较好地发挥了“维护司法公正、维护司法权威”,促进了民事、行政法律统一正确实施的职能作用。

谭芳:近几年来,人民检察院对民事、行政审判活动的监督范围似乎有所扩大,具体表现在哪些方面?

邱燕:是的。目前,为贯彻落实最高人民检察院提出的着力构建和推进多元化监督格局的工作要求,人民检察院对民事、行政审判法律监督的范围较原来仅针对人民法院已生效民事、行政裁判有所扩大:一是当事人或者其他利害关系人不服人民法院已生效的民事、行政判决、裁定申诉的;二是公民、法人或者其他组织检举人民法院及其司法人员在民事、行政审判和民事执行中的违法行为;三是人民检察院自行发现的损害国家利益和社会公共利益的民事、行政案件;四是当事人或者其他利害关系人认为人民法院涉嫌违法民事调解案件、行政赔偿调解案件和民事执行案件。

潘瑾:特别是近两年多来,在市检察院党组的高度重视和领导下,各级检察机关认真贯彻落实市人大常委会《关于加强人民检察院法律监督工作的决议》和最高人民检察院《关于加强和改进民事行政检察工作的决定》,对民事、行政检察工作的思想认识更加统一,更加重视,工作力度进一步加强,探索开展了针对民事审判和行政诉讼中适用法律不统一、不平衡,“同案不同判”等问题的类案研究和监督,使民事、行政检察监督由个案监督向类案发展,提升了法律监督的层次,探索了新的监督领域,开辟了新的监督途径,实现了监督规模的持续发展。

季诺:其实我也一直关注人民检察院监督职能的变化。我注意到与1991年的《民事诉讼法》比较,2007年修订的《民事诉讼法》在“检察院抗诉”部分有较大的



嘉宾:季 诺



嘉宾:潘 瑾



嘉宾:邱 燕



本期主持:谭 芳

修改,其主要将最高检制定的《人民检察院民事行政抗诉案件办案规则》以及最高院发布的《全国审判监督工作座谈会关于当前审判监督工作若干问题的纪要》中的规定以《民事诉讼法》条文的形式重述。2007年《民事诉讼法》关于抗诉制度规定拓展了抗诉程序的空间,而两位介绍的本市这方面的新探索和新发展更是让我有不少收获。

谭 芳:今年3月26日,我有幸受邀参加了最高人民检察院在上海市人民检察院召开的民事行政检察工作专项调研座谈会。我注意到,上海市人民检察院副检察长许佩琴在会上谈到了检察院对法院的民事调解、行政赔偿调解、民事执行活动实施法律监督,邱处能否再详细介绍一下。

邱 燕:目前,对于人民法院已经发生法律效力民事调解、行政赔偿调解损害国家利益、社会公共利益的,人民检察院以检察建议的方式要求人民法院自行纠正。将来,随着我国《民事诉讼法》的修订,也可以提出抗诉。

关于民事执行活动的监督,根据最高人民法院和最高人民检察院《关于在部分地方开展民事执行活动法律监督试点工作的通知》规定,上海作为试点单位之一,当前正积极开展这项工作,主要是下列五种情形:一、对人民法院收到执行案款后无正当理由超过规定期限未将案款支付给申请执行人的;二、人民法院在收到当事人、利害关系人依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零二条之规定提出书面异议或者复议申请,无正当理由未在法定期限内作出裁定的;三、人民法院自立案之日起无正当理由超过两年未采取适当执行措施的;四、被执行人提供了足以保障执行的款物,并经申请执行人认可后,人民法院无正当理由仍然执行被执行人其他财

产,严重损害当事人合法权益的;五、严重损害国家利益、社会公共利益的民事执行活动。对上述五种情形,人民检察院有监督权,但不是通过抗诉程序进行监督,一般情况下由同级人民检察院通过检察建议的方式建议人民法院依法纠正错误。对于五种情形以外的执行问题,如果确实存在错误,我们正在积极探索监督的方法。

季 诺:人民检察院受理民事、行政申诉案件是否与法院受理案件一样有管辖方面的规定?

邱 燕:有的。根据最高人民检察院和上海市人民检察院制订的有关民事行政申诉案件的办案规则,在案件管辖上有六项规定:一、不服区人民法院一审生效的和中级人民法院二审生效的民事行政判决、裁定的案件,原则上由一审法院同区域的区县人民检察院受理审查,特殊情况也可由市人民检察院或市人民检察院分院受理。二、不服中级人民法院一审生效的民事行政判决、裁定的案件,原则上由同区域的市人民检察院分院受理,特殊情况也可由市人民检察院受理。三、不服市高级人民法院一、二审生效的民事行政判决、裁定的案件,由市人民检察院受理。四、对于不服人民法院民事调解结案、行政赔偿调解结案的案件,以及不服人民法院民事行政执行活动的案件,可以向同级人民检察院申诉。五、为方便群众申诉,当事人一般应到有管辖权的检察院申诉,有困难或其他原因的,也可到无管辖权的检察院申诉,请他们接受后,将申诉材料移送有管辖权的检察院受理审查。六、民事行政申诉案件应当由作出生效裁判的人民法院的同级人民检察院立案,上级人民检察院认为必要时可以立案并作出审查处理意见和决定。

谭 芳:邱处前面谈到检察机关主要是以抗诉启动法院再审,那我们对法院作出的所有民事裁定是否都可以抗诉?

邱燕:不可以。根据最高人民法院相关司法解释,对于人民法院作出的三种民事裁定人民检察院不能提出抗诉:一是发生法律效力的不撤销仲裁裁决的民事裁定;二是发生法律效力的撤销仲裁裁决的民事裁定;三是财产保全和先予执行的民事裁定。

季诺:人民检察院办理民事、行政申诉案件一般经过受理、立案、提请抗诉和抗诉阶段,那么检察院对四个阶段的审查处理期限是如何规定的呢?

潘瑾:对民事、行政申诉案件,人民检察院控告申诉检察部门应当在自收案之日起7日内,移送有管辖权的检察机关民事行政检察部门审查处理并决定是否受理,或移送至其他主管机关处理。人民检察院应当自受理之日起三十日内作出是否立案的决定;对于人民检察院决定立案的案件,应当在调(借)阅审判案卷后三个月内审查终结,决定是否提请抗诉。上级人民检察院对于下级人民检察院提请抗诉的案件,应当在三个月内审查终结,作出是否抗诉的决定。疑难复杂案件或有其他特殊情况需要延长审查期限的,由检察长批准。以上四个阶段的处理结果,均要求向案件当事人告知。

谭芳:我们知道,我国新一轮《民事诉讼法》修改已进入二审稿,估计很快即将出台。这次征求意见稿中对检察监督权有了很多新的规定,具体体现在哪些方面?

邱燕:首先,明确人民检察院有权对民事执行活动实施法律监督。另外,地方各级人民检察院发现同级人民法院已经发生法律效力的调解书损害国家利益、社会公共利益的,可以向同级人民法院提出再审检察建议,也可以提请上级人民检察院向同级人民法院提出抗诉。

谭芳:下面我们来聊一聊律师如何积极参与和推动检察院的民事、行政法律监督工作。邱处,你们是怎样看待这个问题的?有哪些构想?

邱燕:律师和检察官虽然职能不同,但双方有着共同的社会价值取向,都是为了维护社会的公平正义、维护法律的尊严、维护当事人的合法权益。因此,检察机关非常希望加强与律师队伍的交流沟通,建立健全长效机制,邀请律师参加市检察院检委会民商事专业研究小组的活动,共同探讨研究“同案不同判”等类案的监督问题,努力在检察官和律师之间形成平等交流、互相监督的工作关系,加强法律职业共同体间的沟通协作,牢固树立社会主义法治理念,共同推动社会主义法治化进程。

季诺:邱处所提的检察官与律师平等交流和沟通协作并共同推动法治建设的理念我非常赞同,我想再了解一下具体的交流机制和沟通方式。

邱燕:近年来,上海各级检察机关通过与辖区司法局或律师事务所签订律师代理民事和行政申诉规范性文件、定期召开律师座谈会以及定期走访市律协、区县律师工作委员会等方式,建立健全了律师代理申诉制度。如今已与徐汇、浦东、金山、宝山、静安等15个基层检察院签订律师代理民事、行政案件规范性文件,涉及相关司法局5家、律师事务所270余家,在加大职能宣传力度的同时,听取律师对检察机关民事、行政检察监督工作的意见和建议,以更好地推进我们的工作。

谭芳:非常感谢各位嘉宾作客我们的“法律咖吧”,让我们更深入地了解检察院民事、行政法律监督的有关工作。而上海市律师协会民事业务委员会作为律师协会与检察院协作与交流的窗口,将在市律协的领导下,密切联系各专业委员会与检察院就有关专业领域的热点问题进行研讨,充分发挥律师作为第一线法律工作者的作用,成为法律监督环节中的重要力量。

谢谢各位! ●

(本文内容根据录音整理,为嘉宾个人观点)



上海“全国优秀律所”巡礼

●文 / 上海市锦天城律师事务所

栏目组稿人: 贾明军 iamingjun@iamlawyer.com



锦天城——打造汇聚精英的平台

编者按:为展示和宣传律师队伍在推进依法治国基本方略、加快建设社会主义法治国家以及促进社会和谐稳定等方面的作用和贡献,全国律协开展了“2008-2010年度全国优秀律师事务所评选活动”。经过评选,上海锦天城律师事务所等本市6家律师事务所获得“全国优秀律师事务所”荣誉称号。

这6家律师事务所虽然有大有小,但他们都各有千秋,在各自的领域内作出了不俗的业绩。本刊从本期起开设“上海‘全国优秀律所巡礼’”专栏,把他们成功的经验及作法介绍给大家,以期能对业内诸君有所启迪和借鉴。



上海市锦天城律师事务所(以下简称锦天城)是目前上海市规模最大、执业律师最多的律师事务所,并在杭州、北京、深圳、苏州、南京、成都、重庆、太原设立分所,现有合伙人182名,执业律师共564名。在执业律师中,具有博士学历的律师44名,硕士以上学历的律师353名。有133名律师曾在美国、英国、德国、加拿大、澳大利亚、日本、法国、香港等地留学或具有在国外担任律师的从业经历,约占事务所律师总数的24%。2011年,锦天城业务创收5.51亿,比2010年增长24%。2011年12月25日,锦天城再次被授予2008-2010年度“全国优秀律师事务所”的荣誉称号。

一、寻求共同理念,坚守民主建所、治所底线

律师事务所合伙人的理念一致、价值取向一致或基本一致,是合伙制律师事务所特别是规模事务所发展和壮大的基础。事务所管理模式的选择,以及分配机制的确定,都是国内律师事务所一直探索的问题。自成立起,锦天城就将“决策民主、权益清晰、鼓励合作、共创品牌、和谐发展”作为事务所建所、治所的宗旨,并以文字表述反映到事务所的主要文件中,以此作为选择合伙人的主要标准之一,将认同这一理念和具有相同价值取向的优秀律师汇聚到一起,并在制度建设上将这一理念落实到位。

例如:在锦天城的相关文件中,明确事务所主任不在事务所内部合伙人中推选,而是从行业中聘请德高望重的社会精英担任,在制度层面上解决了事务所主任在业务开拓中可能存在的管理权利私有化或者光环和荣

誉集中在一个人身上的问题,有利于解决众多合伙人担心自己会处于某个杰出合伙人阴影下或自己被边缘化的困惑,也有利于更多的行业精英加盟锦天城。又例如,在合伙人吸纳的程序上,明确规定必须有一名高级合伙人的保荐,除陈述保荐该名律师的充分理由外,也规定在一定期限内就该新进合伙人的相关风险管控承担连带责任。同时,强化入伙程序的复杂性、严肃性,由拟进合伙人当场陈述加盟理由,合伙人提问及合伙人现场无记名表决等等。这一系列制度设计的背后,反映了锦天城民主建所、治所的理念,也让事务所合伙人形成一个“没感觉”、三个“有感觉”。所谓一个“没感觉”,指不让推选出来担任事务所管理层的合伙人有做“领导”的感觉,而仅仅是一个服务者、召集人;所谓三个“有感觉”,一是指让所有合伙人在事务所内部有当家作主被充分尊重的感觉;二是指让新加盟的合伙人有进入事务所后完全与原合伙人一样平等参与事务所制度建设的感觉;三是指让所有律师对事务所有归属、有组织的感受。这些感觉不是虚幻的概念灌输,而是通过相关具体制度的实施来实现。尽管在事务所管理效率与民主决策之间还存在需要进一步完善的空间,但在锦天城内,这一感觉氛围已经形成,已经扎根在各合伙人的观念中,即锦天城始终将民主决策、民主治所放在第一位。

二、包容各种体制并存,鼓励相互合作

采用提成制还是公司制管理模式,一直是律师事务所发展中比较纠结的问题,锦天城结合目前律师事务所



管理的实际情况和锦天城律师多、高学历律师多、海归律师多的现实,从有利于业务开拓、有利于事务所内部稳定、有利于减少管理成本的角度出发,从事务所成立起,就不拘泥于事务所管理模式的简单划分,探索一种适合事务所发展,包容各种体制并存的新模式。这一模式的特点在于组织架构上,以高级合伙人作为核算单位和管理子平台,不在事务所层面实施完全公司制模式,避免成本、利益分配上模糊,减少矛盾和相互猜疑,并使个人创收与收益之间完全绩效挂钩,经营成本管理精细化,充分调动各合伙人、律师积极开拓业务的积极性和主观能动性。同时,针对各合伙人业务领域差异化的情况,对于资本市场业务、金融业务和知识产权、房地产开发等非讼业务,结合这类业务拓展必须依靠团队合作和配合才能完成的特点,借鉴“一国两制”的智慧,实行“一所多制”,鼓励和倡导开展非讼业务的律师整合所内资源,建立以接近公司制模式的非讼律师团队,强化工作纪律和业务规范,依托事务所内部的各专业委员会,建立较为规范的相关业务工作流程、文本格式、质量评价体系。因此,锦天城既有针对诉讼律师的类似提成制模式,也存在针对非讼业务,由几个合伙人组建的公司制模式或由某个合伙人通过模拟公司制模式组建的规模化专业团队。通过这几年的实践反映,这一包容性管理模式调动了事务所所有成员的积极性、主观能动性,适应和满足了客户的需求,加快了事务所在规模化、品牌化建设方面的进程。

三、搭建权利分享平台,健全风险梯级管控机制

随着律师事务所规模的扩大,合伙人、律师之间的熟悉程度、相互信任关系存在减弱的客观问题。因此,治理模式、分配制度和风险管控如何适应这一变化摆在了大家的面前,考验着律师事务所管理者的智慧。锦天城首先从温情化管理模式向制度化管理模式转型,在制度层面上参考我国《公司法》、《合伙企业法》等相关法律、法规的规定和目前上市公司的一些做法,以合伙人大会为事务所的最高权力机构,并赋予各个分所在管理、人才引进、分配机制上的一定自主权。事务所设管理总部统一管理上海办公室及各分所的品牌建设和市场整体拓展等工作,各分所自行通过民主方式推选人选组建管委会处理所在办公室的相关事宜。此外,结合权利分享的模式,建立风险梯级管控机制,即团队主管合伙人对团队所有成员产生的风险承担连带责任;若该合伙人承担该连带责任不足的,则由其所在办公室合伙人承担连带责任;若该所在办公室合伙人无力承担该风险责任时,则由事务所全体合伙人承担责任,构成事务所对各合伙人进行扁平化管理,各主管合伙人对下属团队律师进行垂直管理相结合的风险管控管理制度。同时,建立和健全业务管理制度,在业务管理上,制定了《立案管理办法》、《案件审核制度》、《律师办理刑事案件操作

规程》、《收案程序规定》、《重大案件讨论制度》、《完善利益冲突机制决议》等 100 多项制度。特别是办案质量监督机制,促进和提高了律师的业务水平和敬业精神,从而确保了律师的办案质量,极大地维护了当事人的合法权益,并进一步防范了事务所风险的发生。为使相关制度执行到位,促使律师平时能查阅学习,事务所将有关制度汇集成册印成手册,规定事务所律师都必须亲自签收领用。

四、推动整体专业强势,避免个人强权

锦天城作为规模化律师事务所,始终把打造专业强所作为发展的目标,把提升专业影响力和市场份额作为努力的方向。律师事务所发展中,经常存在单个律师、单个律师团队支撑事务所某一特定法律服务领域的现象,而一旦单个律师、单个律师团队发生变更,则导致事务所在该法律服务领域失去竞争优势。即便不发生变更,如存在封闭式、独占式模式,也会制约事务所在该领域的整体更快发展。因此,锦天城在法律服务专业建设上,遏制个人在事务所内部管理上的强权,同时积极引进相同细分专业的优秀律师,避免个别合伙人在业务领域上内部独占。从而在一些专业领域,逐渐在全国形成了有一定影响力和领先的优势,如反倾销业务、信托业务、证券业务、知识产权业务以及外商投资、银行金融、房地产业务等。除每个专业领域均有一定影响力的领军人物外,还带动了一批律师在这一领域的业务拓展,培育了一批年轻律师在这一领域得到快速成长。在证券和资本市场方面,锦天城是《亚洲法律杂志》评选的“年度最佳资本市场律师事务所之一”,在 2011 年中国境内首次公开发行项目法律顾问排行榜中,锦天城代理发行项目数量排名全国第四。最近,锦天城又被《证券时报》举办的“2012 中国区优秀投行”评选活动中评为全国三家“最佳 IPO 律师事务所”之一。在知识产权领域,最高人民法院公布的 2010 年度中国 10 大知识产权案件中,锦天城陈乃蔚律师团队代理的上海世博会法国馆“高架立体建筑物”发明专利案名列首位。除此之外,事务所还多次被国际知名法律媒体和权威评级机构列为中国最顶尖的法律服务机构之一,被亚洲法律杂志评选获得“中国律师事务所大奖”;被钱伯斯法律评级机构评选为“领先中国律师事务所”等等。

为打造专业强所,锦天城在提升律师专业水平方面还着重开展以下几项工作:

(一) 推动事务所专业委员会的建立

事务所近几年成立境内外上市业务委员会、并购重组业务委员会、国际贸易和争端解决委员会、房地产和基础设施业务委员会等 8 个专业委员会,通过专业委员会提升这一领域的律师专业水平,整合相关资源,沟通有关信息。并通过这一平台的专业辅助,使事务所在某一专业领域做到统一宣传、统

一服务标准、统一法律文书格式,统一竞标方案和报价,建立专业人才、专业信息的共享机制。

(二) 开展业务培训系列讲座,提高律师执业素质

2011 年全所举办专业系列讲座 30 多次,包括律师诚信建设、执业技巧、律师礼仪等基础培训以及证券与资本市场、建筑房地产反垄断等专业领域,授课教师既有事务所内部高级合伙人、资深律师,也有外聘行业专家。2012 年以来,相关系列讲座已开办 10 多次。

(三) 建立专业把关机构,防范风险发生

锦天城根据非讼业务专业要求强、风险责任大的特点,进一步健全业务质量和风险的内控机制。例如,针对证券业务,设立事务所内核小组,规定对事务所发出的相关法律意见书、律师工作报告均需经内核小组审核通过。

五、提升品牌价值,以品牌促进队伍规范化建设

锦天城近几年来,紧紧抓住上海四个中心建设给律师业发展带来的机遇,落实事务所业务发展纲要,除加快内部的专业整合外,抓好分所布局调整和拓展工作。按照“立足长三角、面向全国、整合业务、拓展服务、走向国际”的战略指导思想,先后成立了杭州、北京、深圳、苏州、南京、重庆、成都、太原等 8 家分所,初步奠定了作为全国性大所的基础,并抓好香港、美国、欧盟等海外分所的调研及筹备工作。同时,基于这几年对专业领域的深耕和优秀人才的引进,在规模和专业上逐渐形成较好的品牌知名度、美誉度。随着法律服务市场竞争日趋激烈,律师事务所的品牌价值日趋凸现,品牌在律师承揽业务、收费溢价和后台支持方面的作用越来越大。市场在关注和肯定律师个人能力的同时,尤其在非讼业务方面,更注重该律师事务所的整体经营状况、品牌影响力和后台支持程度。这一品牌价值的提升客观上推动了事务所内部队伍进一步规范化的进程。对于一些不愿遵守事务所规章制度、强化个人意志的律师而言,必须面临着一个选择题:或是保留个性,在冲撞规则的情况下离开事务所;或是在发展愿望和竞争压力下,继续留在锦天城的品牌下遵守规则,规范开展业务。因此,随着合伙人对品牌价值的认识愈来愈清晰和明确,各合伙人和律师的眼界、视野、胸怀和知识结构都发生了较大的变化,律师队伍的规范化建设也上了一个新的台阶。

六、抓住大所核心竞争优势,为客户提供整体法律服务

在产品同质化的今天,整体解决方案(也有人称之“一站式服务”或“系统解决方案”)带来的利益是多方面的,对方案的提供者而言,整合了资源,简化了客户流程,提高了效率,将会带来更好的客户满意度和忠诚度。对方案的接受者来说,

节约自己的时间,把所有问题一次性解决,更便捷、更高效、更省钱。锦天城紧紧抓住作为规模大所在行业中的差异化竞争优势,坚持专业服务创新和拓展服务市场的战略,寻找适合事务所的创新服务产品,提出了“锦天城一个律师不能解决客户所有问题,但所有问题能够在一个锦天城内解决”的口号,整合所内专业资源,向客户提供整体法律服务方案作为创新服务产品,在实践中获得了客户的肯定和赞誉。如:江西一上市公司的上市法律服务由事务所做上市业务的专业律师经办,上市后又发生产品在国外受反倾销调查,事务所又安排反倾销专业律师参与,获得了客户的好评。事实上,随着律师专业分工的细化,客观上专业律师无法解决非其熟悉领域的法律问题,而企业在发展过程中,涉及的相关法律问题和服务需求也是全方位的,包括融资、争议解决、劳动人事等等,都需要一家律师事务所提供整体解决服务,因此,创新驱动,已成为锦天城为社会提供更好法律服务的推动力。

七、努力塑造锦天城文化,推动事务所和谐发展

企业文化是企业发展的软实力,它是随企业发展而产生、成长、发展,企业文化也是一个长期形成和积累的过程。在塑造锦天城文化的过程中,合伙人带头和推动起着至关重要的作用。一是以身作则带、帮、教,如浓厚的学习氛围的形成,是基于合伙人率先报考北大、吉林、复旦等名校的研究生、博士生,带动了青年律师的学习热情。在超过百期的业务讲座上,由资深合伙人主讲他们的执业经验,讲专业、谈体会,这对青年律师快速成长很有帮助。二是积极开展各项活动,把党建工作与事务所的文化建设结合起来。这几年来,党总支组织两批党员和员工到井冈山开展革命传统教育,举办摄影沙龙、篮球比赛等活动,增加了集体的凝聚力。三是积极参加公益活动,履行事务所对社会的责任。一直以来,锦天城坚持热心公益事业,多次参与全国法律、法规的立法研讨、论证、起草和修改工作;参与浦东新区重大项目,为重大工程保驾护航;就社会关心的法律热点问题,接受电台、电视台、报刊杂志等媒体采访,阐述专业意见,为社会法治化建设贡献力量;积极参与市律协和市司法局及社区组织的各类助学、助残、抗灾、救灾募捐活动。锦天城设立了“华政奖学金”;有的律师以自己的稿酬设立了帮困助学基金;有的律师长期资助革命老区失学儿童;有的律师竭力帮助贫困学生,奉献爱心。特别是在 2010 年救助四川汶川大地震中,锦天城更是心系灾区人民,积极捐款、捐物共计 53 万余元;党员同志们还以交纳“特殊党费”的方式,向灾区人民捐赠达 57900 元。青海玉树大地震后,全所律师捐款 20 多万元。上海胶州路火灾后,全所律师捐助受灾居民 6 万多元。这充分体现了社会主义大家庭中“一方有难、八方支援”的浓浓情意。●

警示台

●文/市律协纪律委员会

栏目组稿人:市律协纪律委员会

托付信任换失望
滥用委托牟私利

一、投诉

江本女士和塚川女士(日本籍)向市律协投诉X律师事务所(简称X所)W律师,称委托W律师办理与某买家的房屋买卖,未料其却擅自告知买家终止买卖。投诉人认为W律师违反双方订立的委托合同,要求解除合同,退还律师费,但遭到W律师的拒绝。

二、调查与处理

经市律协纪律委立案调查查明:W律师以个人名义与江本及塚川女士签订了《业务委托书》,约定由W律师“代办有关座落于本市虹梅南路某处的产权房转让过户事宜及提供相应的法律咨询”。后W律师以“物业权利人之全权代理人”的身份与买受人签订了《房屋买卖协议意向书》,江本及塚川女士在场并支付了W律师78.5万日元报酬,W律师出具了日文白条收据,约定日后开具正式发票后送上。随后,江本及塚川女士将房产证、契税发票、钥匙、买卖合同及个人证明等一系列文件交付给W律师。回国后,办理了经日本东京法务局公证和中国驻日大使馆认证的《授权委托书》寄送给W律师。

W律师在接受委托并获取相关材料后,却未按照委托人的意思表示办理后续的房屋转让事宜,却擅自单方面通过电子邮件方式告知买受人终止出售房屋。买受人与江本及塚川女士联系,两人非常震惊,随即赶回上海找到W律师要求解除委托代理关系。回到日本后,又

出具了《关于中止委托合同的声明书》(以下简称《声明书》),通过EMS邮寄到X所,但

被以“查无此人”退回。同时,W律师继续以受托人的身份,代理江本及塚川女士与W律师的妹妹签订了《上海市房地产买卖合同》,将房屋低于委托人授权价格出售给其妹妹,并以代理人的身份与其妹妹向某区公证处申请就上述房地产买卖合同进行了公证。江本及塚川女士得知后,向上海市公证处就《声明书》进行公证,取消对W律师的一切授权。在市公证处出具了相关公证书后,江本及塚川女士将公证书送交房产所在地的交易中心进行文件备案,W律师滥用委托权,妄图谋取私利的企图遂被依法终止。但W律师的妹妹又分别向上海市第一中级人民法院及某区人民法院起诉江本及塚川女士,后撤回起诉。

另查明,X所提供的收案登记簿上并无相关案件的收案登记,也没有该案的收费入账和出具合法票据的记载。最终,W律师迫于压力分两次将私自收取的78.5万日元退还给江本及塚川女士。

同时,静安区司法局也对W律师立案调查,并作出了给予W律师停止执业5个月的行政处罚。鉴于此,市律协纪律委决定终结此案。

三、评析

这是一起较为罕见的滥用委托权,谋取当事人财物的违纪案件,W律师在此案中同时存在私自收案、私自收费,以及利用委托关系为自己谋取利益等违规行为。而我们在这里着重想谈谈律师如何对待当事人的信任和如何取舍利与义的问题。

律师接受当事人的委托,是任何律师业务开展的基础。当事人在委托律师的同时,也托付着对律师这一专业人士的信任和期望。律师接受委托,不仅仅是有权办案或者是有权获取律师费,更本质的意义是承诺当事人的嘱托,尊重当事人的信任,必须恪守与当事人的约定,尽心尽职地为当事人提供专业的法律服务。所谓“受人之托,忠人之事”,正是中华民族的传统美德,更是专业人士都应具备的基本职业素养。然而,W律师却将当事人对律师的信任换为其个人牟利的机会,甚至不惜损害委托人的权益,这是律师职业操守所不允许的,更是法律所禁止的。W律师的这一违规行为还为一般的公序良俗的评价所不齿!

义与利如何取舍?这是市场经济中人人会面对的问题。古人云:“君子爱财,取之有道。”律师提供法律服务,用自己的专业知识和智力劳动付出换取报酬,那是理所应当的,也是法律许可的。律师应当按规定和约定收取报酬,律师应当回避和舍弃蝇头之利、不当之利、违法之利,这就是律师的职业操守,也是律师执业的底线,是绝对不容逾越的。既然选择了律师这个职业,就应尊重和遵循律师的职业操守,要本着对律师职业的热爱,赢得行业共同的荣誉,用专业的服务、诚信的服务获得当事人乃至整个社会的正面评价,同时也换取律师自己的尊严和体面的生活。

如果说法治是一个社会文明的标杆的话,那么律师行业作为法治的一个窗口,律师的道德素质实际上也可以上升为一个国家的法治水准。作为一名上海律师,今后将越来越多地参与涉外业务,其代表着将是中国的律师,这不仅涉及行业的荣誉,还往往涉及到国家的荣誉和国家的法治水平。由此想开去,W律师的行为不禁使我们的脊梁冒出颗颗冷汗。●

法眼法语



视角 ●文/张永丰

建立多元品种的中国期货市场

——我国原油期货产品的开发与探索



作为世界第二大石油需求国,我国 2011 年石油进口量高达 2.04 万吨,但我国对国际石油定价没有影响力,长此以往,石油必将成为制约我国经济增长乃至综合国力提升的软肋。因此,推出更多的石油期货产品,特别是原油期货产品已刻不容缓。

期货产品主要分为商品期货与金融期货,石油期货属于商品期货的一种,而原油期货则是石油期货中最为重要的一种期货产品。原油期货是指以远期原油价格为标的的期货产品,由期货交易所统一制定,以原油为标的的标准化合约。

自 20 世纪下半叶以来,由于国际石油需求与供给失衡,造成多次石油价格大幅波动和石油危机,人们逐渐认识到了金融衍生品的重要性,于是石油期货应运而生。经过 30 多年的迅猛发展,石油期货已经成为世界上最大的商品期货之一,而原油期货在石油期货中占有极其重要的地位。

目前世界上重要的原油期货合约有 4 个:美国纽约商业交易所(NYMEX)的轻质低硫原油即“西德克萨斯中质油”期货合约(WTI)、高硫原油期货合约、英国伦敦国际石油交易所(IPE)的布伦特原油期货合约(Brent)和新加坡交易所(SGX)的迪拜酸性原油期货合约,其中以 WTI 和 Brent 最具国际影响力。WTI

原油期货是美国以及西半球其他期货市场常用的原油价格标杆,而 Brent 原油期货则是西欧、地中海和西非地区原油价格的标杆。

我国原油期货产品的早期探索

我国在石油期货领域已经有过探索经验。早在 1993 年初,原上海石油交易所成功推出了石油期货交易,其推出的标准期货合约主要有大庆原油、90# 汽油、0# 柴油和 250# 燃料油四种。后来,原华南商品期货交易所、原北京石油交易所、原北京商品交易所等相继推出石油期货合约,其中以原上海石油交易所交易量最大,占全国石油期货市场份额的 70% 左右。到 1994 年初,原上海石油交易所的日平均交易量已超过世界第三大能源期货市场——新加坡国际金融交易所,在国内外产生了重大的影响。由于早期期货行业发展极不规范,1993 年和 1998 年我国先后对期货行业进行了两次大规模的规范整顿,到 1998 年我国仅保留了上海、大连和郑州三家期货交易所。自 1995 年我国对石油实行政府定价后,石油期货的原油只能逐步退化,随后告停。但是,我国在石油期货领域的实践探索,为今后开展石油期货交易提供了宝贵经验。

2001 年,上海期货交易中心重新成

立石油期货开发小组,并于同年 11 月正式向中国证监会提交了关于恢复石油期货交易的申请报告。2004 年,国务院决定由上海期货交易所重启石油期货交易。同年 8 月 25 日,上海期货交易所推出了我国唯一的石油期货交易品种——燃料油期货。从燃料油期货上市的 8 年时间来看,燃料油期货已经实现了以期货交易推动现货交易的职能,其成功上市与平稳运行也极大地增加了投资者的信心。但是,燃料油期货只是石油期货中很小的一类,如果我国未来准备在国际石油市场拥有话语权,单单依靠燃料油期货是不够的,必须开发如原料油、汽油、轻柴油等其他期货产品。

我国推出原油期货产品的必要性

根据国际能源署的数据显示,我国已成为仅次于美国的世界第二大石油需求国,石油安全和能源战略问题已经成为影响我国经济正常发展的重大问题。虽然我国是世界第五大石油生产国,但较之于庞大的石油需求量,石油开采量远远不够,石油对外依存程度也越来越大。自 1993 年起,我国就成为了石油净进口国,2007 年石油净进口所占比例就超过了 50%,2010 年为 55.6%,2011 年则高达 56.3%,并且依然有逐年上升的



张永丰:上海市广发律师事务所
律师

趋势。根据权威机构预测,到 2015 年,我国石油缺口将达到 1090 万桶/日,到 2020 年我国石油对外依存度最高可能达到 76%,这个比例无疑已经严重超过了正常水平,意味着毫无定价权的中国面临高位震荡的国际原油将毫无招架之力。因此,石油将成为制约我国经济增长乃至综合国力提升的软肋。

石油的市场价格不是由现货市场决定,而是由期货市场决定的,国际油价目前是以美国纽约商品交易所(NYMEX)和英国伦敦国际石油交易所(IPE)的原油期货价格为基准价格。我国由于没有完善的石油期货市场,特别是缺乏原油期货产品,所以难以参与国际石油市场的定价,对于石油定价无话语权。

我国的石油消费量占到全球的 2%,但我们在国际定价权上的作用却微乎其微,甚至不如印尼、韩国,这意味着我国面临着巨大的石油价格风险。据数据显示,近 20 年来,因为中国没有原油定价话语权,中国等亚洲国家对中东石油生产国支付的价格,比从同地区进口原油的欧美国家要每桶高出 1 至 1.5 美元。另外,以中国的燃料油市场为例,尽管中国是亚洲最大的燃料油市场,但每天标志性的燃料油价格的定价权却在新加坡期货市场,形成亚洲燃料油价格的是每天不足 10 万吨的交易量,甚至几个

大油商之间的“小小默契”就可以操控亚洲燃料油市场几十万吨甚至上百万吨现货的价格。国内石油进口商及用户,每年都要因为这些造市行为白白损失几亿美元,甚至十几亿美元。

如果原油期货在中国推行成功,凭借其在大宗期货商品的主导地位以及我国市场的影响力,我国原油期货合约就有望成为亚洲原油市场的标杆,夺得国际原油期货定价的话语权。同时,由于政治、战争及储备量的影响,国际市场上油价波动频繁而剧烈,给众多现货企业带来了极大的风险,加之国内的定价机制欠佳,使得国内石油加工企业、消费企业以及贸易企业遭受到不小损失,推出原油期货后,就能发挥其套期保值功能,通过期货市场的操作来规避现货交易当中存在的风险。

我国推出原油期货产品的有利条件

近几年,国内原油期货上市的呼声愈演愈烈,监管层也多次在正式场合表示对原油期货的重视。国务院批转的发展改革委《2012 年深化经济体制改革重点工作意见》中指出,要“稳妥推进原油等大宗商品期货”。2012 年 4 月 17 日,证监会主席郭树清在 2012 年湖北省资本市场建设工作会议上也表示:“我国现在每年新增原油消费绝大部分依靠进口,进口量之大占到全球新增产量的 70%到 80%。目前亚太地区也有一些国家或地区推出了原油期货,但都是区域性市场。年内我国将继美国、英国后推出第三个全球性原油期货市场,以争夺原油定价权。”上海期货交易所也把原油作为 2012 年重点筹备的商品期货品种。

虽然我国石油行业还处于中石化、中石油和中海油三大国有公司的寡头垄断时期,并且根据期货的一般原理来说,

存在寡头垄断的行业并不适合发展商品期货,但是石油行业存在一定的特殊性。纵观国际石油期货市场,寡头垄断的情形并不少见,但却并未对石油期货造成实质性障碍,石油期货反而成为各石油寡头规避风险的重要工具。这是因为,一国的寡头垄断只能控制某一国家或某一地区的油价,目前还没有任何一家企业或组织能够控制整个世界的油价,各个石油巨头对价格的决定权会被世界石油市场稀释。所以,目前中国石油市场由中石化、中石油和中海油三大国有公司形成的寡头垄断局面并不会给原油期货产品上市带来太大的困难。

另外,我国在上个世纪九十年代曾推出过石油期货产品,且取得了良好的成果,交易品种涉及原油、汽油、燃料油等,总交易量达到 2500 万吨,几乎占全国石油期货市场份额的 70%,超过新加坡而成为继伦敦、纽约之后的第三大石油期货交易所。成功经验对于我国现今原油期货产品开发上市具有极强的借鉴意义。同时,我国目前已经拥有了一批专业的期货从业人员,为原油期货的开发上市提供了良好的人力资源保障。

合理设计原油期货合约

作为期货交易的基本,期货合约的重要性不言而喻。期货合约指由期货交易所统一制订的、规定在将来某一特定的时间和地点交割一定数量和质量实物商品或金融商品的标准化合约。由于其条款都是标准化的,所以期货合约具备很强的流动性,极大地简化了交易过程,降低了交易成本,提高了交易效率。期货合约的标准化条款一般包括:1、交易数量和单位条款;2、质量和等级条款;3、交割地点条款;4、交割期条款;5、最小变动价位条款;6、每日价格最大波动幅度限制条款;7、最后交易日条款;8、交割方

式、违约及违约处罚等。每一个条款的设计都要充分考虑到期货品种自身的特点以及期货交易主体的偏好,使合约的设计能够更加的科学、合理,得到市场的认可。所以,我国在制定原油期货合约时也是慎之又慎,许多方案均在讨论过程中,需要经过多方考量才能制定出适合中国期货市场的原油期货合约。目前,已确定的几条框架性方案分别是:美元计价、基准油、离岸交易、保税交割四大方面。

经过综合比较,鉴于原油期货旨在增强中国对国际油价的定价话语权,原则上以美元计价,以人民币结算。由于人民币尚不能自由结汇,为了吸引境外投资者,使其免受汇率波动风险,以美元定价是目前较为妥当的方法。基准油的选择将在国内石油公司中进行,但尚未确定具体为哪一油种。上海期货交易所目前正在加快推出离岸原油期货交易的进程,以吸引更多的外海投资者参与。由于保税区油库现货交易价格具有不含关税、增值税等税费的特点,更有利于形成国际社会普遍认可的原油基准价格,因此多数人支持保税区交割。

经过长期发展,美国、英国、日本等现已形成一定规模的期货市场的先进经

验,对于我国建立完善的期货市场来说,有着一定的借鉴意义,特别是在灵活的交割方式方面。美国纽约 NYMEX 的 WTI 原油期货由于接近现货市场,所以采用实物交割的方式;英国 IPE 的 Brent 原油期货采用实物交割和现金交割相结合的方式;日本、新加坡推出的中东原油期货由于远离现货市场,采用实物交割比较困难,所以采取现金交割的方式。同时,英国 Brent 原油期货交易方式中配有期货转现货和期货与现货调期的方式;日本汽油期货增加了协商交割和声明交割的方式。这些交割方式都使得投资者在交割中更为灵活和主动,值得我们思考和借鉴。

我国推出原油期货产品的相关建议

虽然寡头垄断不会对原油期货市场对产生太大影响,但是为了更好的市场运作和原油期货的长远发展,我们应该逐步改善目前我国的石油勘探开发、炼制以及石油化工等多数业务基本被三大石油公司控制的局面,降低石油企业的准入门槛,建立完善的原油流通体制。

目前我国期货市场的法律法规尚不健全,除了《期货交易管理条例》这一行政法规及相关部门规章与规范性文件外,没有更高法律层级的法律对其进行规范和监管,对许多细节性的问题及具体操作没有进行规定。所以,有关立法机关应尽快出台更多的法律法规,完善期货市场法律体系,健全监管制度。

我国期货市场的风险防范措施尚待完善,为了保障原油期货产品能够顺利推出、持续有效运行、抵御来自各方面的风险,要求我们建立健全期货市场的风险防范措施,尽量减小投资者的投资风险,控制来自国外金融领域的风险和不确定因素。

虽然我国推出原油期货产品依然存在不少障碍,但是根据目前的形势,中国急需与世界石油期货市场接轨,增加石油定价话语权和国际竞争力,减少能源进口危机和国外石油价格波动带来的不利影响。因此,我们应充分利用目前推出原油期货产品的有利条件,抓住时机,完善各项法律体系及监管制度,加强期货市场风险防范,以争取早日使原油期货产品落户中国期货市场。●

信 息 中华全国律师协会来沪调研律师行业管理工作

5月22日上午,中华全国律师协会会长王俊峰、会员部主任宁弘、《中国律师》杂志社副主编陈秋兰一行来到上海市律协,就行业管理等问题召开调研座谈会。上海市律师协会会长盛雷鸣,副会长陈乃蔚、邵曙范、黄绮、管建军、理事刘习赞、金立宇、陆胤、洪亮,监事长厉明,秘书长万恩标,副秘书长刘小禾、王旭峰和市律协部门主任等接待了王俊峰会长一行。

盛雷鸣会长首先对王俊峰会长一行来上海市律协表示热烈欢迎,对司法部、全国律协长期给予上海律师工作及律师行业发展的指导和帮助表示衷心感谢。盛雷鸣会长随后就上海市律协在行业管理中的创新做法、律师队伍建

设及发挥作用、律师行业党建及“万名党员律师为民服务”活动的开展等情况进行了介绍。

王俊峰会长充分肯定了上海市律协在律师工作中的创新做法和取得的成果。他表示,上海律师行业在全国的影响很大,上海市律协应该着重考虑怎样引导全体律师提升大局意识,更好地服务社会经济发展。他认为上海律师队伍在整体素质上在全国是最领先的,希望上海在引领全国律师行业发展上发挥更大作用,要向国际先进律师地区律师行业看齐。很多工作,比如对法律服务成本的研究上,可以先行先试,形成有益经验后报给全国律协,再向各省市进行推广。

执业心语

●文/周兰萍

栏目组稿人:刘小禾 liuxh@lawyers.org.cn

我的执业之路



2001年初,在顺利通过律师资格考试后,我加入了原星韵律师事务所上海分所,在几位前辈律师的带教之下,开始了自己的律师执业生涯。那一年,我23岁。

执业最初的困惑与执着

执业之初,我也很迷茫,很困惑。大致情形如下:靠着几个顾问单位,做着货款、劳动争议、工伤等案件;靠着朋友介绍,做着婚姻、人身伤害、刑事等案件;甚至为了解决案源问题,凭着一腔热情,我也主动拜访过一些陌生客户,只是收效甚微。应该说,在求索过程中还是看到了自己在慢慢进步,但是总觉得潜力没有完全发挥出来,业务量也上不去。

就在这个时候,一个偶然的机,我接触到了第一起工程款案件。涉案工程是当地的形象工程,2000年由时任某县的人大主任作为建设方代表与我方当事人签订了施工合同,该工程于2001年4月竣工验收,但此后,建设方一直拖欠工程款,我方不得不于2003年向当地法院起诉。

2004年8月23日,法院第一次开庭审理本案,庭审在辩论终结后结束。原本以为判决在即,没想到在庭审结束三个月后,法院竟受理了对方的反诉。反诉开庭审理后,情形一度对我方不利,法院向我方提出,以对方象征性支付工程款来调解结案,并暗示:若不接受调解,我方可能会遭受败诉风险。作为本案的唯一代理人,我积极应战,并

依法指出反诉没有事实和法律依据。同时,我们与当地媒体积极联络,寻求舆论支持。一审判决:支持我方全部请求,驳回对方在举证期限届满后提起的反诉。对方不服提起上诉后,二审维持原判。本案以我方当事人完胜告终!

本案中,一度出现当地行政严重干预司法的情形。但我对此已有充分预见,并作了最充分的准备:除了事实和法律依据上的充分准备外,还向当地媒体、地方人大等监督部门反映情况,甚至将当事人(台商)的涉外背景上升到政治高度,以此与行政干预相抗衡,争取法院依法公正判决。司法不独立的因素依旧存在,在判决前一个月,我和我方当事人感受到了来自法院的巨大的调解压力,在这种情况下,作为代理律师我综合梳理各方面因素、充分分析案情,同我方当事人一起顶住了压力,最终赢得了公正判决。

回头看来,很艰辛的这一仗却让我对未来信心倍增,也为我自己的专业化奠定了基础。

我的专业化之路与心得

人生最幸运之处莫过于有一位引路人在你苦苦寻觅之际为你指明方向并带你前行。对我来说,周月萍律师就是我的引路人,在她的影响之下,我下定了走专业化之路的决心。

(一)团队组建是关键。专业化过程中最难的莫过于人才的培养和储备了。专业化离不开团队服务、团队作战,只有团队化,律师才能为客户提供



周兰萍:上海市协力律师事务所高级合伙人,市律协建设工程业务研究委员会委员

更优质、高效、专业、系统的服务。在团队组建、磨合的过程中,观点不同、出现分歧是很正常的,重要的是彼此之间在价值观和人生观方面要互相认同。我们常常讲要待遇留人,事业留人,感情留人。为此,我们特别发起年轻律师“结对拜师”活动,让每一个年轻的律师助理都有自己的带教师傅。事实表明,师徒式的人才培养方式在提高团队战斗力的同时,也增强了团队的凝聚力。令人欣慰的是,凭着不懈的坚持,我们的建筑房地产律师团队为更多业内人士所知悉、认可,我也成为了团队的中坚力量。

(二)用心服务是根本。对于律师尤其是从事诉讼业务的律师来讲,案件的结果很多时候并不能由自己所自由掌控,但我坚持认为,只要方向和策略正确,就能最大程度降低客户的风险和损失。

记得有一家顾问单位的一笔旧账,2000多万元的工程款长期收不回来,他们多次找上门希望我们就诉讼的可行性进行分析。除了法律上的可行性研究外,我们还协助客户委托外部机构做了对方的信用状况调查,结果发现对方银行账户内只有7万余元。客户看到调查

结果后对是否诉讼举棋不定,我以自己的职业判断告诉客户,诉讼可能不一定有理想的结果,但诉讼是目前最好的选择,客户最终认可了我的分析意见,并决定诉讼。起诉后,由于财产线索有限,一审查封效果不尽如人意。由于案件实体相对简单,一审很快判决支持了我方的诉讼请求,之后事态的发展也在我们的预判之中,对方为了拖延时间又提起了上诉。眼看着对方老板买悍马购豪华别墅,投资的项目遍地开花,却故意拖延支付我方工程款,我认为我们必须另辟蹊径打破这一僵局。

在前期调查过程中,我们分明觉得对方在操作上很不规范,在仔细分析调查资料后,我们选择了双管齐下:一边积极应诉,一边投诉。考虑到对方老板是当地人大代表,非常要面子,我们牢牢抓住对方在集团名称操作方面的不规范之处,2009年底将投诉信及相关资料分别投向所涉的各主管部门,工商、公安、检察院、人大、国资委,从地方到中央,一一寄到!投诉信寄出之后,有一些主管部门书面回复我们所涉事项不属其管辖,其他的均石沉大海。但是我们锲而不舍,又起草了感谢信,再一次雨点般寄往各部门!寄出之后,我又主动赴对方所在地约请对方律师面谈,对方表达了对我们投诉的不满,同时也透露出了疲于应付各部门检查的讯息,看来投诉确实见效了!但是,第一次回合,没有结果。

2010年6月11日二审开完庭后,法官组织调解。我适时抛出了调解意向,并提出可以分期付款,前提是对方老板个人担保。令人惊喜的是,在艰苦的沟通之后,这一点对方居然同意了。后面的协商过程就简单化了,直达成令双方都很满意的调解协议。如今近2500万元的工程款,对方已主动履行完毕。

在这起案件的始末,我始终都与当事人保持了充分良好的沟通。在给客户提供建议的同时设身处地从客户的角度着想直至客户认可。在诉讼过程中,为了最大程度降低客户的风险,在主线推进的同时,多举并用,直至成功结案。

我们注意到,越来越多的客户在选择律师的时候,不仅考虑专业,也会对服务有所要求,客户付了费,就想知道也有权利知道我们为他们做了什么事,提供了哪些服务。在团队服务的过程中,如何通过沟通让客户感受到我们的专业能力和服务水平,这就对我们的沟通技巧也提出了较高要求。所以在我们与客户的沟通方式上,除了及时的电话沟通外,非常注重书面沟通和当面沟通,确保沟通效果。书面沟通包括案件法律分析,案件进展定期汇报,甚至案结后针对客户经营管理中的问题给予详尽的法律建议,等等。事实证明,诸多客户对我们的服务方式都有积极反馈,客户反映,他们从我们的书面材料中看到了我们的敬业,也从中受益匪浅。

我们最大的体会是,工作用心做到位,即便有时候没有十全十美的结果,客户仍然会理解我们,支持我们。

永怀感恩之心并坚持学习

执业至今已十年有余,我已从当初初出茅庐的年轻律师成长为高级合伙人,担当了一些社会职务,也收获了一些荣誉。

回首这些成绩,我内心无比感激。我要感谢原星韵律师事务所上海分所的同事们,是他们的悉心带教,让我顺利完成了律师基本执业技能上的积累。执业之初遇到的那些苦和累,是带教律师们的鼓励和支持让我坚持走了下去,他们不嫌不弃,时不时还要陪我长途跋

涉出差外地,这些点点滴滴无论什么时候想起来,都让我心怀感激。至今我还清晰地记得斯伟江律师对我的指点,因为我的第一专业是金融证券专业,有一次我跟斯律师谈起想往金融证券方向发展,斯律师的建议是在执业开始的几年内,不必要草率定位,先打好基本功,然后视自己的发展情况再定专业方向不迟。还有曹大鸣律师、王诵科律师、丁金坤律师、黄莹律师、吴建萍律师等人,他们在工作和业务学习上都给予了我很多帮助和指导,至今依然是我的良师益友。

我还要感谢协力律师事务所的同事和领导们,是他们的信任让我有幸成为事务所最年轻的合伙人,是他们的支持让我获得一些社会荣誉。人人常怀一颗感恩之心,只有心往一处想、劲往一处使,才能把我们的工作越做越好,把我们的事业越做越大!

律师还要勤于钻研新的业务知识,因为客户的需求是变化的,多样的,法律法规是在不断更新之中的,社会是在不断进步发展的;律师又是一个对综合素质要求比较高的职业,所以,我非常乐意随时随地向各行各业的专业人士学习,取其之长,补己之短,不断扩大自己的知识面,完善自己的知识结构。

现在我又开始学习研究金融证券业务,与现有的建筑房地产业务相结合,使得我们的法律服务更完善,更有竞争力。

学无止境,保持一种学习和探索的状态,可以让我们不断进步,在学习和成长中将体会到无穷的乐趣。

乾坤正初转,征程尚艰难。我同许多优秀律师之间还有很大差距,这些差距也正是我前进的动力,在专业化之路上,我要坚定不移地走下去。●

律师公会百年专题报道

●文 / 翟世祺

寻根之旅

——“上海律师公会旧址陈列馆”成立始末



梧桐树掩映下的复兴中路和黄陂南路转角，有一幢样式古朴的工商银行办公大楼。这幢外表朴素简约的大楼，就是当年赫赫有名的贝勒路 572 号——原上海律师公会办公大楼。

上海是中国律师的最早发源地之一。1912 年（民国元年）12 月 8 日，中国近代史上人数最多、影响最大的律师同业组织——上海律师公会正式成立。1926 年，因律师人数的迅速增加，原会所无法满足需要，上海律师公会决定自行购置办公场地。因为当年法租界这一特殊历史环境，上海律师公会决定选址贝勒路 572 号建立办公楼。1928 年，由上海律师筹款 75700 银元建造的办公大楼落成。可以说，这里既是上海律师的发源之地，也是中国律师的发源之地。从这里，走出了沈钧儒、史良、章士钊、沙千里、杨荫杭、邹韬奋、张志让、江一平等一批著名律师。

一、寻访上海律师公会旧址 “柳暗花明”

一次偶然的机会，原卢湾区司法局得知，上海律师公会的旧址就在贝勒路，即现在的黄陂南路。为探寻中国律师制度、上海律师制度的起源，传承发扬海派律师精神，培育当代律师文化，同时也为 2009 年的纪念恢复律师制度 30 周年活

动作准备，从 2008 年起，我们就开始了寻访上海律师公会旧址之旅。

我们最初得到的关于上海律师公会历史的资料极其有限。根据这些资料得知，当年上海律师公会的办公场所位于贝勒路 572 号，而贝勒路就是如今的黄陂南路。于是，我们派出工作人员，专门携带照相机对黄陂南路相关路段的老建筑进行拍摄，并将拍摄照片与仅有的一张律师公会办公用房老照片进行对比。经过反复比对，并没有发现与老照片相似的建筑物。经过数周的寻访，没有找到上海律师公会的办公场所。

正在寻找工作一筹莫展，几乎准备放弃寻找的时候，突然出现了转机。工商银行复兴支路支行在准备翻修营业大楼时，通过翻阅尘封的城建档案发现，这栋楼就是当年上海律师公会的办公场所。工商银行随即将此发现通报给了所在地的淮海街道，并表示愿意尽力保护这栋楼的原有风格，同时想借这栋楼的悠久历史来发掘和展示银行文化。

淮海街道在几周前就知道，我们在黄陂南路上寻找上海律师公会旧址，因此，及时将工商银行的信息通报给了我们。这真是踏破铁鞋无觅处，得来全不费工夫啊。

按理说，只要查找到门牌号码，就很容易找到旧址，可为什么近在眼前的旧址大楼，却费了如此大的周折去寻找呢？这主要有两方面原因：一是大楼外观发

生了变化。上海律师公会大楼建于 1928 年，楼高三层，为阿台科建筑风格。1929 年 10 月，律师公会正式入驻该大楼办公，一直使用至 1949 年。解放后，已停止活动的上海律师公会将房产交给刚刚成立的中国新法学研究会上海分会，同年 11 月，新法学研究会上海分会将大楼移交上海市人民政府，遂由银行使用至今。在实际使用中，楼层由 3 层楼加至 5 层，阳台、旋转大扶梯等也被拆除，楼貌特征完全改变。二是路名不一致，大楼位于黄陂南路和复兴中路的路口，现在所用的门牌号是复兴中路 301 号，而非黄陂南路，与贝勒路没有对上。

旧址虽然找到了，但前面已提到，大楼所有权已经变更，要将大楼恢复到往日原貌不实际，但就此放弃又会让这段律师发展的痕迹重新磨灭。我们积极主动联系协调相关部门，多方联手，实现了保护旧址的目标。其中，和工商银行的大力支持密不可分。当时，工商银行正准备重新装修复兴中路 301 号的复兴支路支行办公楼。在得知办公楼是上海律师公会旧址以及听取我们的建议后，工商银行决定在大楼的三楼专辟出 100 平方米的区域，用来建立上海律师公会旧址陈列馆。研究律师历史、文化保护等方面的专家学者和律师也对旧址保护工作投入了极大的关注。2009 年 7 月 10 日，华东政法大学、上海大学、上海社科院历史研究所、中华全国律师协会、上海律师协



会、区文保所等专业领域的专家集聚一堂,召开“上海律师公会旧址”文物保护专家论证会,会议对“上海律师公会旧址”的重要人文历史价值进行了肯定,并决定筹建上海律师公会旧址陈列馆。在多方努力下,“上海律师公会旧址”被正式登记为不可移动文物。此外,因为上海律师公会的会领导如沈钧儒、史良、沙千里等多为中国民主同盟的创始人和领导人,所以在这项保护历史文物、留存民族记忆的工作中,民盟也给予很大支持。2010年,原卢湾区政协第十二届四次会议上,民盟区委提交提案《关于上海律师公会史料陈列馆展览和管理工作的建议》,建议上海律师公会史料陈列馆尽快开馆。

当然,旧址被保存和旧址陈列馆的开馆,更离不开原卢湾区区委、区政府的关心和支持。在旧址被发现之初,当时的分管区长就积极参与到与工商银行的协调工作中,争取在旧址大楼中能划出区域建馆;在确定建馆后,该分管区长亲自参与建馆方案的制定,并到实地进行勘察和指导;原卢湾区区委、区政府也多次召开专题会议听取陈列馆筹建进展情况的汇报,并建立专项经费保障陈列馆的筹建。还有,市司法局也在保护过程中对我们进行了及时有益的指导,给我们提出了许多宝贵的意见和建议。

二、筹建上海律师公会旧址陈列馆“白手起家”

据我们所了解,上海律师公会旧址陈列馆是中国国内首家律师史料陈列馆。首家就意味着没有任何经验可以借鉴,而且建馆需要丰富的史料和实物予

以支撑。从决定建馆到陈列馆正式落成,我们大概用了一年多的时间。这个过程可以说非常艰苦。在筹建陈列馆的过程中,我们同时要在三个方面下功夫。

其一是史料的收寻、筛选和整理。筹建陈列馆之初,我们掌握的资料非常有限,只有几张代表律师以及一些老房子的照片。而我们所有的资料,都是依据一本书——上海社科院陈同教授的《近代社会变迁中的上海律师》,这成为我们按图索骥查找相关史料的最重要参考文件。但是,有关律师历史的档案存放是散在的、不系统的,因此,我们投入了大量的人力和时间在上海图书馆和上海档案馆查找。我们特地邀请上海社会科学院的程维荣老师和陈同教授,在上海图书馆和上海档案局内查询了几千卷相关档案材料。然后,由原卢湾区司法局再从这些相关档案中筛选、整理出建馆所需的材料。

其二是实物的收集。为了收集更多的馆藏展品,我们采取了“全面撒网,重点捕鱼”的策略。一方面,通过《法制日报》、市律师协会网站、区有线台等媒体向社会发出了上海律师公会实物征集启示;另一方面,我们将实物征集的重点放在了沈钧儒、史良、沙千里、张志让、吴凯声等著名律师后人的身上。

沈钧儒,“七君子”事件的代表人物,也是新中国首任最高人民法院院长。作为上海律师公会的重要人物,在筹建之初所获得关于沈钧儒的历史物品只有文字史料。经过多方打听,了解到沈钧儒的外孙——范苏苏(范长江之子),生活居住在北京。我们到北京拜访了范苏苏,并由此联系到了沈钧儒的孙女沈松、孙子沈宽和孙媳妇周秉德(周恩来侄女)。

他们对此事非常支持和热心,捐赠了一些沈钧儒身前的照片,沈钧儒日常工作中使用的公文包,同时指出中国国家博物馆内有沈钧儒的系列收藏品。尤其值得一提的是,在沈宽的介绍和帮助下,我们得到了国家博物馆的支持,复制了沈钧儒当年穿着的律师袍、佩戴的徽章、最高人民法院院长的任命书和“七君子”题词的扇面。以上大部分物品在国内均是首次展出,成为我们律师公会旧址陈列馆的珍贵馆藏。

史良,建国后第一任司法部长,为“七君子”之一,曾经担任上海律师公会常务理事和执行委员。2010年4月15日民盟上海市委举行了纪念史良同志诞辰110周年活动,我们被邀请参加了纪念活动。非常巧合的是,史良的女儿史小红也参加了此次纪念活动,当我们将筹建上海律师公会旧址陈列馆一事告知史良的女儿史小红和女婿刘硕(时任民盟中央组织部副部长)后,他们均表示非常支持,随即捐赠了数张史良的工作照和生活照。

吴凯声曾是上海大名鼎鼎的大律师,在民国外交史上也留下了他的名字,并曾经为陈赓将军担任过辩护律师。由于吴凯声的国民党身份,关于他的史料和实物非常有限。经过多种渠道打听和走访,我们了解到吴凯声的儿子吴立岚是上海华东师范大学著名的心理学教授。吴立岚教授得知上海律师公会旧址陈列馆将要展出吴凯声的生平事迹后,非常高兴,当即捐出了非常珍贵的吴凯声私人照片、当年使用的拐杖和衣物,他同时告诉我们,吴凯声非常喜欢他的孙子吴征。吴征和爷爷吴凯声有着同样的法国留学经历,而且和爷爷吴凯声在一



起居住了很长一段时间，是吴凯声最宠爱的孙子。吴征是阳光媒体集团创始人，他的夫人是著名节目主持人杨澜。我们到北京拜访了吴征先生和杨澜女士后，吴征先生非常慷慨地捐出了吴凯声当年撰写的《中国立宪问题》、《中国政府的外交政策及对不平等条约的审视》等两本法文专著复本，其中，《中国立宪问题》是第一本用法文向法国人介绍中国宪政制度的论文，现被法国国家图书馆收藏。

那年，恰逢世博会召开，按规定我们是不能离开上海的。但是为了尽快收集到实物建馆，为体现我们的诚意，在原卢湾区区委、区政府特批下，我们三上北京拜访名律师后人，那个过程虽然很累很辛苦，但结果却是值得的。

其三是陈列馆的布展。陈列馆的布展是最后、也是最重要的一个环节。而为了和1912年12月8日这个特殊意义的时间相吻合，我们一开始就将2010年12月8日定为正式开馆时间。但由于收集和整理史料、实物的时间超出了计划，到最后留给设计、施工的时间只剩下不到2个月了，这让我们倍感压力。原卢湾区司法局律工科的同志及分管副局长在那段时间内，除了完成日常性事务外，大量的时间和精力都扑在建馆上，加班成为家常便饭，有几次甚至还加班到凌晨，可大家都没有埋怨，因为在大家都觉得这是在做一件意义非常的事。

如何在100平方米的空间内尽可能完美地展示史料和实物，如何建成一个能够体现律师行业精神、符合律师职业定位、形式精致典雅的陈列馆，是我们亟待思考和解决的问题。我们走访了一大和二大会址、团中央旧址、龙华烈士陵园

园，学习这些优秀展馆的布展经验；邀请华东政法大学、社科院历史研究所、法学研究所等沪上法学、历史学、社会学方面的专家多次召开专家论证会，对陈列内容和建馆方案进行论证；我们对布展内容反复斟酌、精挑细选，20余次修改陈列大纲内容……终于，在2010年12月7日，上海律师公会旧址陈列馆顺利举行了简朴而隆重的开馆仪式，沈钧儒、韩学章、吴凯声的后人还专程从北京、苏州赶来参加开馆仪式。12月8日，陈列馆如期对外正式开馆。

三、上海律师公会旧址陈列馆开馆广受关注

上海律师公会旧址陈列馆以“那一天——起点和发展、那一段——执业与活动、那一代——突出的代表”为线索，以文字、实物、图片的形式全面展示了上海律师公会的发展史。第一部分“那一天”——起点和发展，讲述上海律师公会的成立，办公大楼的变迁和律师公会的发展过程。第二部分“那一段”——执业与活动，反映律师公会经历的不同岁月中律师所承办的经典案例。第三部分“那一代”——突出的代表，展现律师公会中具有影响力的突出代表，并在新中国法制建设中继续发挥作用的律师。

上海律师公会旧址陈列馆开馆至今，受到了社会各界的关注。参观者除了来自律师协会、政法院校、政法部门、政府部门等各行各业的团队，还有许多慕名而来的个人，这其中让我印象深刻的是一位老人，他从新闻上看到上海律师公会旧址陈列馆成立的消息后就立即找来。原来，老人的爷爷是民国时期的律

师，也是当时上海律师公会的成员之一，爷爷希望孙子长大以后成为一名律师，逝世前将证书、铭牌交给了他，但老人最终没有实现爷爷的愿望，他一直觉得十分遗憾，今天，他看到了上海律师公会旧址陈列馆，他感到激动万分，精致的展馆内，熟悉的徽章、证书、律师袍，让他仿佛看到了当年爷爷孜孜工作的身影……他非常感谢上海律师公会旧址陈列馆所做的一切，并向陈列馆捐赠了爷爷的律师证书、铭牌等物品，老人希望通过陈列馆的展示，可以将爷爷这一代的律师精神传承和发扬光大。

的确，上海律师公会旧址陈列馆的建立，对传承律师精神、促进律师事业发展有着非常重要的作用。我们已和上海律师协会合作，在陈列馆里举行了上海市新执业律师首次颁证仪式；与华东政法大学合作开展第二课堂，帮助法学专业学生深入了解上海律师发展史；制作陈列馆网站、宣传画册、纪念徽章等衍生产品，吸引更多的社会公众来馆参观。近期，我们还接待了上海市政协领导、香港律师协会会长，交流沟通律师业的建设与发展。今后，我们将希望将上海律师公会旧址陈列馆建成研究和学习中国、上海律师发展史的教育基地；传承律师精神、培育律师文化的重要平台；促进国内及国际律师行业交流沟通的主要渠道。

今年12月8日，是上海律师公会成立100周年纪念日。届时，我们将在市司法局、市律师协会的指导下，共同做好纪念上海律师公会成立100周年系列纪念活动，扩大上海律师公会旧址陈列馆的影响力，发挥其应有的作用。●

（作者为黄浦区司法局党委书记）



知识产权是指人们对其智力创造成果所享有的专有权利。根据《世界知识产权组织公约》，知识产权包括著作权及邻接权、专利权、发现权、商标权、制止不正当竞争权等智力创作活动所产生的权利。随着科技的发展和经济全球化进程的加快，知识产权日益成为决定一个国家核心竞争力的关键。知识产权的保护对于促进技术进步、文化繁荣和经济发展都具有重要的意义和作用。由于中国企业及个人对于知识产权保护意识不强，制度不够完善，导致近年来特别是加入 WTO 以来发生了大量的知识产权诉讼案件。加入 WTO 后，知识产权的作用已凸显出来，今后我国企业面临的知识产权纠纷将会不断增多，而围绕知识产权进行的竞争将成为全球化背景下企业竞争的最高级形式。那么，对知识产权的占有、保护以及如何很好地利用知识产权所形成的技术壁垒，参与越来越激烈的国际竞争，无疑是中国企业面临的重要问题，直接影响企业的市场竞争力。为此，本刊专门对“知识产权保护”开设专栏，邀请本市法官、律师撰文进行研究探讨，让广大读者对中国知识产权保护现状予以更多的关注。

专题研究

●文 / 市律协知识产权业务研究委员会

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

培育知识产权文化 促进社会创新发展

——本市企业知识产权资本运营实务研讨会综述



4月25日下午,由上海市知识产权局、上海市律师协会、上海市促进中小企业发展协调办公室/上海市小企业服务中心共同主办,上海市律协知识产权业务研究委员会、上海市律协信息网络与高新技术委员会联合承办的“企业知识产权资本运营实务研讨会”在上海青少年活动中心成功举行。与会嘉宾就知识产权文化和社会创新发展的主题作了精彩的演讲。

关于知识产权融资质押最新政策与动向

上海市知识产权局政策法规处处长陈志夏在演讲中强调,知识产权质押贷款是知识产权资本运营的重要内容,受到国家、地方政府的高度重视。《国家知识产权战略纲要》明确提出,要引导企业采取知识产权转卖许可质押等方式,实现知识产权市场价值。国务院发布的《国家中长期科学和技术发展规划纲要(2006-2020年)》第八项里面提出,要鼓励支持国家政策银行、商业银行和担保公司向高新技术企业、中小企业开展贷款及知识产权质押贷款业务。2010年8月,财政部、工业和信息化部、银监会、国家知识产权局、国家工商行政管理总局、国家版权局联合发布了《关于加强知识产权质押融资与评估管理支持中小企业发展的通知》。

陈志夏介绍说,2009年上海市人民政府办公厅转发了上海市金融服务办公室、上海市知识产权局、上海市工商行政管理局、上海市版权局、上海市财政局、中国银行业监督管理委员会上海监管局、中国保险监督管理委员会上海监管局等7部门联合制定的《关于本市促进知识产权质押融资工作实施意见》(沪府办发〔2009〕26号)。这个26号文件迄今为止,仍在有效指导我们知识产权质押融资工作,其中一项工作是关于开展知识产权资产评估。

陈志夏指出,上海是国内最早开始知识产权资产评

估工作的地区,并在国内各省市中是最早开始质押融资的。上海资产评估协会率先全国制定了《上海市知识产权质押评估实施办法(试行)》、《上海市知识产权质押评估技术规范(试行)》,这两个文件于2010年7月1日起正式实施。而浦东作为上海市的试点,基于目前质押贷款的操作方式,知识产权质押融资从2006年至今没有出现一笔坏账,出现这样的状况有利有弊。而闵行区、徐汇区采用了不同于浦东新区的质押融资模式,也取得了很好的效果。

重视商标资产运作、拓展商标投融资渠道

上海市知识产权学会副会长、原上海市工商行政管理局商标处处长邢冬生在演讲中指出:从上海城市角度来看,如何利用知识产权,尤其商标来实现城市转型实际上非常重要,品牌问题在上海城市发展过程当中,从上海过去的小渔港向国际中心城市转变起到了很大的作用。从律师提供法律服务的角度来看,企业商标的价值量越大,企业就更愿意重视。从有关的数据可以发现,商标的品牌已经成为一个国家战略性资源、一个城市的产业支柱。但是上海还没有形成自己的知识产权产业。

在谈到商标投融资的政策情况时,邢冬生认为,商标可以进行作价投资和质押。

对于商标作价投资,原《公司法》第24条规定,以工业产权、非专利技术作价出资的金额不得超过有限责任公司注册资本的20%,国家对采用高新技术成果有特别规定的除外。1999年国务院办公厅转发科技部等部门《关于促进科技成果转化的若干规定》的通知里,高新技术成果的作价金额提高到公司或企业注册资本的35%。2000年出台的《上海市促进高新技术成果转化的若干规定》规定,高新技术成果作为无形资产的价值占注册资本比例可达35%。合作各方另有约定的,从其约定。2006年,在上海市人民政府关于实施《上海中长期

科学和技术发展规划纲要(2006—2020年)》若干配套政策的通知(36条)里提到,知识产权作价投资入股最高比例可达到公司注册资本的70%。这在当时是全国最高的比例。2006年,上海市工商行政管理局、浦东新区人民政府发布的《浦东新区商标专用权出资试行办法》规定,在浦东新区范围内登记注册的有限责任公司和股份有限公司(不含外商投资企业),可以商标专用权作价出资入股。全体股东的货币出资金额不得低于公司注册资本的30%。

对于商标质押,《商标法》、《物权法》、《担保法》对于商标质押都作了相应规定。《国家知识产权战略纲要》也从政策上予以鼓励,引导企业采取知识产权转让、许可、质押等方法,实现知识产权市场价值。2009年,国家工商行政管理总局印发的《关于贯彻落实〈国家知识产权战略纲要〉大力推进商标战略实施的意见》中,明确支持企业以商标权许可、质押等方式开展经营活动,充分开发利用商标权的市场价值。同时,国家工商行政管理总局2009年发布的《注册商标专用权质权登记程序规定》中,规定国家工商行政管理总局商标局负责办理注册商标专用权质权登记。

关于商标投融资需要解决的问题,邢冬生认为要完善商标投融资,使其常态化。应建立权威品牌价值评估模型和评估机构,应当在银行业为商标专利权质押搭建方便之门的同时,有关部门也应建立公共商标服务的平台。

关于文化产权交易所与知识产权交易

上海文化产权交易所总经理张天介绍说:文化产权市场是文化要素、知识要素与资本对接的重要平台和重要通道。因此,文化产权市场是一个重要的载体。2011年12月30日中宣部印发了中共中央宣传部、商务部、文化部、国家广播电影电视总局、新闻出版总署等五部委联合发布的《关于贯彻落实国务院决定,加强文化产权交易和艺术品交易管理的意见》(简称49号文件),明确了国家将深圳文化产权交易所和上海文化产权交易所列为国家试点。

技术使用权进行合作中的相关法律问题

上海市华诚律师事务所合伙人朱小苏律师介绍了技术使用权出资的法律规定。《公司法》第二十七条规定,股东知识产权出资,只要符合货币化、可以转让的条件即可,但法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。而2011年《上海市工商局关于积极支持企业创新驱动、转型发展的若干意见》里特别提出开展专利使用权

的出资试点工作。

关于技术使用权出资的实践情况,朱小苏谈到了曾经发生过的一个案例,通过司法审判最终确认专利使用权可以作为出资形式。但在实践过程中,他认为真正实现了以知识产权为使用权的出资很鲜见,如去年徐汇工商部门曾有一例,同意以专利独占使用权出资,但除此之外上海实践过程当中很少。在与各个工商部门沟通过程中,发现工商部门不允许专利或者用商标使用权出资的原因和说法也并不一致。

对于如何解决技术使用权的出资问题,朱小苏认为可分为两种情况:

一是对于内资企业,一般建议用合伙企业方式取代原来有限责任公司的方式,解决知识产权使用权的出资,并在上海市工商局的范围里面予以接受。如果合伙企业资产不能对外清偿债务的情况下,各位合伙人要清偿有关责任的,就是作为债的担保功能;二是对于外资企业,采用合伙企业对于外资企业也是毫无问题的,但是外方一般不愿意承担无限责任。建议如果不能用合伙企业方式,可以考虑用中外合作企业的方式解决出资的问题,当然在这个前提下,就不是我们所谓严格法律意义上出资,而是合作方提供的一个合作条件了。

朱小苏特别指出技术使用权出资实务中要注意的问题。以中外合作企业为例,在实务当中要注意除了签订一个合作协议之外,一般都会建议再签一个知识产权的许可协议,对合作方式、技术使用权合作内容进行明确约定。在订立合同时,还需要注意改进技术的归属、新技术的归属、知识产权侵权或者无效等问题的事先约定。

中国将来的发展取决于我们的大脑

知识产权投资人唐海松先生在演讲中指出:中国现在面临非常巨大的挑战,最大的原因是我们从出口双手到出口大脑,中国的确有很多双手,但是单是通过廉价劳动力肯定不行。中国将来的发展,不是取决于资源和廉价劳动力,而是我们的大脑。

唐海松提到知识产权在国外有很多创新的想法和尝试。有企业自己不生产任何产品,站在第三人的角度,为权利人解决知识产权侵权问题。这样的公司促进专利越来越活跃,其产生的价值能占据全球专利市场一定的比例。还有一些专利代理公司的最新专利运营模式。而国内的企业就有很大的问题,因为他们在技术上面没有发展。

唐海松介绍了他们目前正在尝试的一种模式,是借鉴房地产按揭的思路。从美国或者欧洲收购一家商业银行,开拓一项新业务就是IP知识产权按揭。这种模式能通过商业银行促进市场的发展。●

●文/汤源源

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

以本市创建创新型城市的视角——

浅谈知识产权 司法保护的趋势



当今社会,传统产业的发展潜力日渐枯竭,社会经济面临发展瓶颈。在维持传统产业继续发展的前提下,以何种理念和支点推进经济结构性调整,成为城市与国家深化改革的重要课题。在此宏观背景下,一些城市提出了创建创新型城市的口号,旨在以创新为契机推动城市的进一步发展。

2011年,上海市政府在《上海市国民经济和社会发展规划第十二个五年规划纲要》中以单列一章的形式明确提出,要将“建设充满活力的创新型城市”作为“十二五”期间的主要工作任务之一。

创新型城市的创建,离不开对知识产权的保护。上海法院在知识产权司法保护方面所取得的成就是毋庸置疑的,其判决的一些知识产权案件在全国都有相当的影响力。但上海法院在知识产权司法保护方面仍面临着严峻的挑战。在上海市创建创新型城市的背景下,通过司法途径加强对知识产权的保护任重而道远。

过去二三十年间,知识产权在中国走过了不为公众所知、保护呼声渐高到强调保护的过程。在中国知识产权立法和司法审判机制趋于完善的今天,知识产权司法保护虽然不再是一个具有新颖性的话题,但其对于经济发展的推动作用却日益突出。

一、知识产权司法保护以“区别对待,宽严适度”为原则

创新型城市,意味着在这个城市中有更多的发明创造、更多的品牌以及更多的文学艺术作品。保障社会公众创新的积极性,是创建创新型城市的前提和必要条件。而如何保障社会公众的创新积极性,要从两个方面着手:一方面,继续加强对知识产权的保护;另外一方面,则是要鼓励竞争。

加强对知识产权的保护和鼓励竞争看似是一对矛盾的命题,但实际上,两者是相辅相成的。知识产权本就是知识产权人与社会公众之间的利益平衡的产物。不对知识产权进行保护,将遏制社会的创新风气,造成社会秩序的混乱以及社会资源的分配不均。而一旦过度强调对知识产权的保护,不当扩大知识产权的外延,势必造成垄断,不利于社会的进步和经济的发展。

最高人民法院知识产权庭庭长孔祥俊曾指出:“对于知识产权的保护,要区别对待,宽严适度。对创新的保护不能以阻碍他人的创新为前提,要以利益平衡作为节点。”所谓“区别对待,宽严适度”,其目的即在于在加强知识产权保护的前提下鼓励竞争。具体而言,笔者认为,在“区别对待,宽严适度”的原则下,知识产权司法保护实践将出现如下趋势:

第一,是否存在创新及创新的高度将对知识产权司法保护及其强度产生决定性的影响。在此情况下,对于因仿冒而引起的纠纷及因创新而引起的纠纷,法院的审判理念可能会有不同。对于因仿冒而引起的纠纷,法院将加强对于在先知识产权的保护,在最大程度上最大化地制止仿冒行为。而对因创新而引起的纠纷,法院将严格限定在先知识产权的保护范围,倾向于维持适度的市场竞争。

第二,根据知识产权纠纷的类型,法院在对案件事实进行查明时,考察的主要因素可能会有不同。对于商标侵权纠纷及不正当竞争纠纷案件,法院将更加重视对被诉侵权人的主观恶意的考察。如被诉侵权行为旨在引起相关公众的混淆或搭乘他人先市场信誉的,将被严格禁止。而对于专利侵权纠纷,法院会在考察涉案专利的保护范围及被诉侵权技术的技术特征的基础上,进一步考察被诉侵权技术与涉案专利的区别,以查明在先专利与被诉侵权技术的创新高度。

二、司法政策的指导作用及典型案例的示范作用将逐渐增强

近年来,最高人民法院发布了一系列关于知识产权审判的司法政策,如《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》、《关于全面加强知识产权审判工作为建设创新型国家提供司法保障的意见》及《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》等。这些司法政策,是最高人民法院在特定的经济形势对各地司法实践中所出现的一些新问题或典型问题的总结及分析,代表了最高人民法院对于此类问题及其处理方式的指导性意见。并且,令人欣喜的是,对于一些特定类型的案件,在这些司法政策中可以直接找到相应的处理方式。

司法政策已逐渐成为司法解释的有益补充。虽然,其不能直接作为司法裁判文件成为被援引的法律依据,但是,其内容已经体现了法院对某一特定类型案件的审判理念及审判思维。今后,司法政策在知识产权司法审判中的指导作用将进一步彰显。

除司法政策外,最高人民法院每年都会选取出知识产权司法保护方面的十大典型案例。通过向社会公布这些典型案例,从而总结当年度知识产权司法保护中已取得的成功经验,又体现了最高人民法院对于处理类似知识产权案件方面的认识。而司法政策的指导作用以及典型案例的示范作用也逐渐增强。2012年知识产权周到来之际,除最高人民法院发布知识产权司法保护10大案例外,各地亦纷纷发布辖区内10大知识产权典型案例。这些典型案件覆盖专利权、商标权、著作权等内容,均是公众关注度较高、社会影响力较大的知识产权案件,为各地知识产权律师在从业过程中处理类似案件时提供了办案思路与参考。

三、侵权损害赔偿额将继续逐步提高

最高人民法院早在2007年《关于全面加强知识产权审判工作为建设创新型国家提供司法保障的意见》中已提出要依法加大侵权赔偿和民事制裁力度。近年来,也有一些巨额损害赔偿的知识产权案件见诸报端。但是,在知识产权司法保护实践中,维权成本与侵权赔偿额的关系问题并没有得到很好的解决。可以说,在目前知识产权司法保护实践中,维权成本高、损害赔偿额低仍是一个不争的事实。

在许多案件中,权利人最终获得的损害赔偿额还难以涵盖其已支出的律师费用和调查费用,这也就造成了

许多权利人在遭遇侵权后不愿意通过司法程序去解决侵权纠纷的状况。一旦这种状况继续维持,势必会挫伤社会公众开展创新活动的积极性,也就不利于创新型社会、创新型城市的创建。

如何去处理这一问题呢?有些律师提出,立法机构应当修改中国民事法律关于损害赔偿额的计赔原则,在民事审判中引入惩罚性的赔偿原则。也有律师提出,在侵权损害赔偿的认定方面,法院要合理分配举证责任,对于侵权行为的持续时间、侵权范围应适度地采用推定的原则。笔者较为同意第二种观点,中国目前的发展状态还不适于采用惩罚性的赔偿原则。贸然引入惩罚性的赔偿原则,将会直接延缓产品更新的速度并且妨碍创新,不利于中国经济的进一步发展。在民事赔偿维持填平式原则的情况下,笔者认为,较为可行的方式是在司法保护实践中适度地采用推定原则。正如最高人民法院早在2007年《关于全面加强知识产权审判工作为建设创新型国家提供司法保障的意见》中所述:“有证据证明侵权人在不同时间多次实施侵权行为的,推定其存在持续侵权行为,相应确认其赔偿范围。”但究竟对于哪些待查明的事实可以适用推定原则以及推定事实的程度,仍有待司法解释、司法政策的释明以及各位律师的努力。笔者相信,在不久的将来,在上海法院审理的案件中,也将会出现类似于正泰案等关于损害赔偿额认定方面的知名案例。

四、对于专利侵权纠纷诉讼案件而言,法院对于诉前禁令的核发将更为谨慎

知识产权的权利滥用是近两年国内知识产权界的热门讨论话题。该问题提出的背景,是知识产权人滥用诉权、滥发侵权警告现象的不断增多。一些掌握知识产权数量较多、资金较为雄厚的企业,为了抢占尽可能多的市场利益,往往会以专利为工具打压市场上的其他中小竞争者。其中,最为主要的手段莫过于向法院申请诉前停止侵权措施,即所谓的诉前禁令。

在许多情况下,对于中小企业而言,其主要产品可能仅为一两件。一旦被法院裁定其中的某一款或几款产品停止销售,那么,对于这些企业而言,其受到的经济损失是难以估量的,甚至直接关系到整个企业的存亡。

为了服务于国内经济发展的大局,也为了保护市场竞争者的创新能力,许多律师呼吁法院谨慎核发诉讼禁令,而这一呼吁,也得到了不少法官的认同。

可以预料,今后上海法院对于诉前禁令的核发将采取更为谨慎的态度,尤其是对于那些申请人为国外大型企业而被申请人为国内企业的案件。

五、法院介入调查的案件数量可能会逐渐增加

随着普法教育的开展,社会公众对于知识产权及侵犯知识产权的法律责任的认知有了很大的提高。而那些侵权行为的实施者,也已经对被调查产生了防备心理与警惕意识。仅凭借知识产权权利人个人的力量,很难收集到足以证明侵权人正在实施侵权事实的证据,或者足以证明侵权品销售数量等证据。而管辖知识产权侵权案件的行政机关,如工商局、公安局、知识产权局等部门,因为执法资源有限、侵权行为隐蔽等方面的限制,也难以介入调查。知识产权权利人在遭遇侵权时取证困难的问题由此产生。

“谁主张,谁举证”是诉讼法的一项基本举证原则。知识产权权利人取证难的状况,直接造成了法院在很多案件中无法查明侵权事实、侵权行为持续时间及范围的状况,从而也就间接造成了知识产权维权难及侵权成本低状况。

《民事诉讼法》赋予了法院调查取证的权力。在此背景下,法院行使调查权,介入案件事实的调查,可以在一定程度上改善知识产权权利人取证难的状况。因此,作为改善知识产权权利人取证难这一状况的有益尝试,今后法院可能更易于核准当事人提出的调查取证请求,或者主动地行使法律所赋予的调查取证权。当然,受限于审判资源有限的状况,对于当事人提出的调查取证申请,法院可能会要求其提供相关的初步证据,或关于证据所在地点的准确线索。

对于创新型城市的创建,上海市政府正在摸索中前进。而如何在司法实践中对知识产权进行保护从而为创新型城市的创建保驾护航,也是一个在实践中不断摸索的过程。在摸索的过程中,难免会产生不同甚至相反的意见,但笔者相信,在法官、律师、学者等知识产权法律界人士共同努力下,如何加强知识产权司法保护这一问题终将得以解决,上海的知识产权司法保护状况也将进一步得以完善。●

(作者单位:上海市华诚律师事务所)

●文/市律协知识产权业务研究委员会

组稿邮箱:tougao@lawyers.org.cn

从一起商标案件看如何完善知识产权制度

——由“iPad”商标引发系列案件讨论会综述



3月13日下午,由上海市律协知识产权业务研究委员会、公司法业务研究委员会和信息网络与高新技术业务研究委员会共同举办的“由‘iPad’商标引发系列案件”讨论会在上海律协35楼报告厅举行。上海市律协知识产权业务研究委员会副主任刘民选主持会议,上海市律协副会长陈乃蔚出席研讨会并致辞。上海市律协知识产权业务研究委员会主任傅强国、市律协信息网络与高新技术业务研究委员会主任商建刚、市律协公司法业务研究委员会副主任金迎新参加了本次研讨会。会议还特别邀请了江苏省律协知识产权专业委员会主任汪旭东、浙江省律协知识产权专业委员会主任张民元作为嘉宾出席。

一、“iPad”案件引起律师界高度关注

陈乃蔚介绍说,“iPad”案件是一个近年来罕见的、热门的案件,引起了全国,包括法律界、经济界、科技界的共同关注。很多学术团体、高校相继组织有关“iPad”案件的研讨会。尽管我们在座绝大多数律师都没有代理这个案件,但是我们对这个案件表示出十分的关注,说明我们的法律服务跟社会的需要紧密地结合在了一起。

陈乃蔚指出,知识产权制度从深层次来说是一柄双刃剑。一方面它在维护权利人的合法权益;另一方面,作为科学进步的一项制度,它要有利于推动社会经济的发展、科技的进步、文化的繁荣。整个知识产权制度从诞生起就非常注重平衡,既保护权利人的利益,又要促进社会的发展。这才是这个制度的生命力所在。这次讨论会,沪上律师应从“iPad”案件的处罚,从如何完善知识产权制度、如何运用好这个制度来推动创新型国家的建设的层面上进行深层次的研讨。

陈乃蔚认为,对权利冲突的认识,应该分两种情况:一种是搭便车,即所谓的合理冲突。还有一种由于这种权利产生的条件和程序的不同,客观上引起冲突。但是在“iPad”这个案件中出现了一个新的问题,注册在先的权利人,对这个商标附加值确实没有真正做出贡献的。在这种情况下不能简单套用法律来认定侵权,应把对法律问题的认识提升到一个更高的层次。如果没有修法之前,可以考虑从司法解释的角度进行调整。他建议律师不要把自己简单当做是一个法律工匠,而应当更多关注国家政治生活中相关专业领域里的立法、修法工作,多贡献自己的智慧,最终也为律师的执业创造更好的环境!

二、与会律师委员畅所欲言,各抒己见

上海市律协知识产权业务研究委员会委员王小兵律师作了“商标转让的法律

行为成立与否体现在最终的商标转让合同”的专题发言。他首先介绍了其所在律所北京盈科(上海)律师事务所和《第一财经日报》一起联合举办的关于“iPad”商标研讨会中与会专家学者提出的观点:一是国内企业的知识产权意识正呈现出逐步增强的明显趋势,部分企业甚至可以在知识产权的战场上与跨国企业一较高低;二是知识产权现已成为企业竞争的工具,企业必须加以重视,而且未来企业商业竞争可能会越来越多地集中在知识产权方面的竞争;三是当商标的注册权利人跟商标价值的创造人冲突或者不一致时,该如何去保护这两者?是否只考虑维护商标权利人的利益,而忽视类似苹果公司作为商标的商品价值的创造人的利益;四是有部分学者提出,因为苹果公司的品牌足够大,即使将来不使用“iPad”商标,对苹果公司的市场推广也可能没有太大影响。但是如果法院判决苹果公司不能使用“iPad”商标,苹果公司将会因此而向深圳唯冠支付相应的前期使用费。同时,他认为,本案中唯冠是在行使正当的权利,至少在法律上是在行使它的权利。无论深圳唯冠是否全程参与了商标的转让谈判,最终没有在商标转让协议上签字或盖章,就不能够代表其公司本身的意志。商标转让的法律行为成立是体现在商标转让合同的结果。如果能够认定“iPad”是一个知名商品的特有名称的话,可以考虑以此抗辩深圳唯冠的商标权。

关于表见代理还是隐名代理的争议,上海市律协知识产权业务研究委员会委员刘春泉律师认为,杨荣山在这件事情的授权应该作为深圳唯冠公司的法定代表人,不是隐名代理,也不是表见代理。因此,本案存在第三种认定的方案。曾经有个案例,英国公司与中国大陆公司交易,也发生苹果公司类似的情况,最后上海的法院认定为共同交易,而不是现在苹果公司所说的集体交易。集体交易和共同交易是不同的。如考虑共同交易的思路,那么苹果公司在这个案件中,可以获得中国法律的救济。在谈到“iPad”有没有可能泛化成一种通用名称时,他表示以前也出现过两个近似商标并存的案例,如杉杉和彬彬西服、上岛咖啡等。案件最后通过并存来解决。本案是否可以通过并存的方案来解决,值得大家讨论。同时,他指出,对于公司上市以及重大产品发布,尤其对于科技型企业,应当建立一个知识产权专项审查制度或是上市公司专项审查。这对企业具有重要的保护意义。

上海市律协知识产权业务研究委员会委员沙海清律师着重谈到了两个不同的判决结果关键在于英美律师对中国法理解的差异。他认为,苹果公司在商标转让的过程中曾经征求过中国律师的意见,但是中国律师没有真正参与其中。在最后签订协议的时候,苹果中国律师并没有真正去提出一个决定性的建议。原因在于苹果

律师看到所有文件以后,认为这些材料已经足够证明转让合同是有效的。他还对香港与深圳判决的依据进行了介绍:根据同样的证据,为什么香港法官和大陆法官会得出不同的结论?从去年12月份深圳法院的判决书来看,主要问题应该是发生在英美律师对中国法的理解差异上。香港法官在看到这些证据以后,在判决书里用了“共谋”,认定有恶意,是串通的。而深圳中院的法官认定争议焦点在于是否构成表见代理的问题。因此,虽然是不同的结论,但是香港的判决和深圳中院的判决并没有冲突。关于认定“iPad”商标是否侵权的问题,他认为可以参考反向混淆理论。在本案中,所有的证据都能够证明唯冠的恶意或者共谋是很明显的。考虑到深圳唯冠没有使用过“iPad”商标,而且本身恶意,其反向混淆也不构成。即便“iPad”商标权属于唯冠,苹果公司“iPad”也可以与深圳唯冠“iPad”各自为“阵”,双方共存。

上海市律协信息网络与高新技术业务研究委员会副主任马远超律师指出,深圳唯冠构成滥用公司法人独立地位。他认为公司法人独立地位是指公司作为法律拟制法人主体,具有独立意志。这个独立意志有别于公司的股东和公司职员。公司法人具有独立地位是我国《公司法》的基石,但是在《公司法》修改之后,这个原则不再成为一个绝对性的原则,因为在《公司法》第20条规定,公司股东不得滥用公司法人地位,公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任逃避债务的,严重损坏公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。通过这个规定可以看到:第一,滥用公司法人独立地位是限于公司的股东;第二,公司对外债务承担相应责任。从这个规定里面得到一个信息,滥用公司法人独立地位这种行为是我国法律所禁止。而通过相关案件事实的还原,他认为深圳唯冠构成了滥用公司法人独立地位的原则,这是一个值得二审法官讨论的问题。

上海市律协公司法业务研究委员会副主任金迎新律师则认为,应当从《合同法》的角度认定商标转让合同生效与否。他指出,案件的争议归根结底还是商标转让合同是否生效的问题。如果确认转让商标的合同成立,并且生效,那么苹果公司的胜诉不言而喻,反之唯冠公司胜诉。深圳中级法院的判决是根据《商标法》的规定,这样的判决与《合同法》的理解是有差异的。既然杨荣山是唯冠多个公司的大股东、法定代表人,写了一个“准”字,而且对方也支付了对价,商标转让合同应该是成立的。如果按照《商标法》的规定,商标转让需要商标局的核准,那么转让地点和适用法律也是本案的关键。按照《合同法》的原理来讲,如果没有违反禁止性的法律规定,那么合同应该是成立的。这样的结果倾向于苹果公司,也有利于商业进步。



上海市律协信息网络与高新技术业务研究委员会主任商建刚律师指出,诉讼案件的办理关键还在于诉讼策略。他认为可以进行一个确认不侵权的诉讼。由于认定商标注册和认定商标侵权的法律依据不同,如果苹果公司无法从商标注册的角度受到法律保护,可以换一个角度考虑从使用商标、但不侵犯注册商标权利人的注册商标权的角度来争取这个案件。从整个案件的进展来看,他认为其中反映出一个诉讼策略的问题。当一个案件的多个程序几乎同时在进行的时候,律师需要在诉讼过程中反复思考全盘诉讼策略,特别涉及到跨境的,涉及到不同法院的案子当中,一个案件中的材料很可能成为另外一个案子中对自己当事人不利的材料。

上海市律协知识产权业务研究委员会主任傅强国强调,通过这起案件,中国律师在跨国公司的经营过程中的重要性逐步显现。任何一个跨国公司在中国经营,涉及到中国的法律问题,如果不咨询中国律师,就有可能犯这种错误。而且这个案子涉及的不仅是知识产权的问题,还涉及《合同法》和《公司法》的问题。国外知名品牌大公司,他们的法律部门和生产部门以及销售部门,往往会产生冲突。销售部门和市场部门认为可以推出市场的产品,法律部门往往会提出相关法律风险的建议,而苹果公司的律师在解决这些冲突的时候,可能没有很好地与中国大陆律师沟通,从而使整个事件演变成目前的局面。

三、外省律协嘉宾抛砖引玉,重在参与

江苏省律协知识产权专业委员会主任汪旭东律师将江苏省律协知识产权专业委员会对于该案件的讨论同与会律师进行了分享。他们认为,苹果公司不应使用“iPad”商标的行为承担赔偿赔偿责任。

第一,关于深圳唯冠的商标有没有转让给苹果公司。江苏省律协知识产权专业委员会的委员律师们都倾向于认同转让过程完成了。有没有在国家商标局进行最后的登记是另外一回事。江苏省高院曾发布过一份司法意见,其中对于公司重要人员,包括像法定代表人、特定部门的负责人,比如销售科的科长,或者销售经理,他们对外所签署的有关文件,即使在法庭上否认盖章或否认授权,也认定具有职务代表性,无需另外授权,法院可以

据此认可。而杨荣山是三个公司的法定代表人,他对外签署的文件,如果很明确地说代表哪一方,结果就很清楚。而如果没有明确的话,尤其是当他签署了一个“准”字,文件如果包含了他所担任的法定代表人的企业的商标,那么江苏法院对于这样的行为认定是不存在歧义的。

第二,关于发生在深圳的商标侵权诉讼。江苏省律协知识产权专业委员会曾经做过一个专门的调查,得出一个结论,绝大部分的消费者不认为“iPad”是一个传统意义的电脑、计算机,而是一个新的商品。由于我国《商标法》对于认定商标侵权主要依据两个因素:一是在相同或者类似的商品上,二是使用相同或者近似的商标。这种情况下,能否以此认定相同和类似的商品,绝大部分人认为两个商品并不相同。因此,苹果“iPad”是否构成侵权值得进一步探讨。

第三,关于赔偿数额的问题。即使法院最终认定苹果公司因使用“iPad”构成对深圳唯冠的商标侵权的行为成立,苹果也不应该有过多的赔偿责任,甚至没有赔偿责任。原因主要有两方面:一方面,苹果公司在本案中不存在传统意义上商标侵权搭便车或者傍名牌。尽管唯冠首先注册了这个商标,但是没有推出相关商品,没有使用这个商标;另一方面,“iPad”之所以深入人心,不是因为唯冠的注册,而是因为苹果公司的使用。因此,江苏司法界在这个问题上持肯定的观点,发生这种情况,基本上不会支持赔偿。在江苏出现过类似的判决,这个判决最后结果实际上驳回商标权人的起诉。按照江苏高院有关法官的说法,他们倾向于保护一切劳动,只要在这个商标上付出努力,就对得到的回报给予肯定。而且现在最高法院也存在倾向这种观点。

浙江省律协知识产权专业委员会主任张民元律师认为,苹果公司旨在策划一场“iPad”全球销售的大方案。他对整个争议事件中的事实和种种行为进行分析,认为唯冠告国内经销商的目的旨在纯粹炒作。苹果公司的法务从2006年已经开始策划商标收购案,策划了整整3年,很难想象苹果公司不清楚“iPad”商标的主体。而通过分析“iPad”在中国大陆真正的消费市场,张民元认为苹果的律师没有犯任何错误,他们只是策划了一个“iPad”全球销售的大方案。●

●文 / 宋学东 刘军华 唐 震

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

网络服务商对涉讼 用户负有注意义务

——庄则栋、佐佐木敦子和上海隐志网络科技有限公司
侵害信息网络传播权纠纷案



通常,提供 P2P 技术的网络服务商不会直接实施通过网络传播作品的行为,而是在客观上为网络用户传播侵权作品提供技术支持,起到了帮助侵权的作用。如果该网络服务商对此在主观上存在过错,将因间接侵权行为而承担共同侵权责任。本案的裁判说明,网络服务商对于其网站上发生过侵权诉讼的网络用户未尽合理的注意义务即为主观过错的一种表现形态。

一、案情简介

上诉人(原审原告):庄则栋、佐佐木敦子;被上诉人(原审被告):上海隐志网络科技有限公司(以下简称隐志公司)。

原审法院经审理查明:1998年7月至2008年7月,红旗出版社出版《邓小平批准我们结婚》一书,载明编著者为庄则栋、佐佐木敦子。

2010年3月26日,庄则栋、佐佐木敦子委托代理人张瑜进行证据保全。公证处出具的公证书证实,隐志公司经营的 VeryCD 网站上显示有作者为庄则栋、佐佐木敦子的《邓小平批准我们结婚》一书的有声读物,该有声读物发布者的网络用户名是 nobodyvssomebody,资源下载链接地址是 ed2k://file|%5B%E5%B0%8F%E8%AF%B4%E8%BF%9E%E6%。

在二审审理期间,上诉人的委托代理人向法院提交了用以证明网络用户 nobodyvssomebody 曾在 VeryCD 网站上发布《黑道》一书的有声读物而引发相关侵权诉讼的判决书;用以证明网络用户 nobodyvssomebody 为 VeryCD 网的高级用户;已上传了 88 个资源,涉及众多知名作家和作品的公证书;用以证明 VeryCD 网经营主体变更过程

的工商登记

资料以及用以证明

VeryCD 网应用技术的证人证言。被上

诉人则提交了用以证明 VeryCD 网的经营者没有修改网络用户 nobodyvssomebody 注册时间的网页截屏信息以及用以证明 VeryCD 网应用技术的证人证言。

二审法院经审理查明:VeryCD 网的创始人黄一孟、戴云杰等人,VeryCD 网由上海维西网络科技有限公司(以下简称维西公司)负责经营,网站负责人为维西公司股东兼法定代表人黄一孟,戴云杰系维西公司另一股东。2009年11月2日,维西公司将 VeryCD 网转让给由戴云杰担任股东兼法定代表人的隐志公司经营,并由隐志公司承继 VeryCD 网的所有权利。2009年12月22日,维西公司注销工商登记。根据工业和信息化部电信管理局、上海市通信管理局备案的网站信息,VeryCD 网站负责人于 2011年1月17日变更为戴云杰,但网站负责人邮件地址、手机号码等基本信息仍为黄一孟个人信息。VeryCD 网官方网站相关资讯显示黄一孟自 2003年9月至今为 VeryCD 老板及站点管理员。

VeryCD 网是基于 P2P 技术的互联网资源分享平台,网上资源的简介及链接地址等内容由网络用户根据网站设置的引导程序输入,网站根据网络用户的建议或者第三方网站的数据统计,对网络用户上传的资源进行分类。



当上传的资源可读性较强,点击率较高时,网站管理系统会自动将该资源加精,推荐到精华区。网站版面的广告内容由相应广告客户生成,广告页面存储在网站的服务器上,并由网站定期改动模版。

网络用户 nobodyvssomebody 在 VeryCD 网上的注册时间为 2005 年 3 月 29 日,为 VeryCD 网的高级用户(金光盘级,仅次于最高的电驴级)。自 2005 年 10 月 17 日至今,nobodyvssomebody 在 VeryCD 网上发布的资源有 88 个,分为“综艺”和“资料”两类,其中精华资源 82 个,普通资源 6 个。在精华资源中,资源名称涉及[资料]《红色警卫》郭吉成着(著)张瑶演播七集 MP3[ISO];[资料]《豪门惊梦》作者:梁凤仪演播:陈阿喜 22 集[ISO];[资料]《我的伯父周恩来》周秉德着(著),作家铁竹伟执笔 35 集 WMA 格式 [ISO];[资料]《大法官》张宏森着(著) 55 集 MP3[ISO]等众多作品。

2005 年 11 月 27 日,网络用户 nobodyvssomebody 在 VeryCD 网站上发布《黑道》一书的广播剧内容而引发崔亚斌诉维西公司、黄一孟侵犯著作财产权纠纷一案,该被告维西公司、黄一孟的共同委托代理人系时任维西公司职员的叶骥岗。

2006 年 1 月 13 日,网络用户 nobodyvssomebody 在 VeryCD 网站上发布《邓小平批准我们结婚》一书的有声读物,至庄则栋、佐佐木敦子公证保全侵权证据时止,该资源浏览的次数为 2315 次,收藏次数为 3 次。2010 年 8 月 18 日,庄则栋、佐佐木敦子向法院提起诉讼,状告隐志公司侵害其享有的前述作品的信息网络传播权,该案一审时隐志公司的委托代理人仍为叶骥岗(现任隐志公司职员)。

庄则栋、佐佐木敦子在一审时支出购书费 26.90 元,公证费 6260 元,律师费 1 万元。

二、审判结论

原审法院认为:涉案有声读物由网络用户 nobodyvssomebody 发布,并不储存在隐志公司的服务器中,资源下载的链接地址也不在隐志公司网站上,隐志公司的网站提供的是链接服务,故庄则栋、佐佐木敦子主张隐志公司直接侵权缺乏依据。同时,鉴于用户提供的链接内容是海量的,不可能要求隐志公司逐一下载用户的资源进行一一审核。而且,有声读物不同于影视作品,制作成本较低,一般爱好者也可将其自行制作的有声读物的链接资源上传至网上供网络用户分享。从用户发布的信息来看,不能当然地推断出,隐志公司明知或应知涉案有声读物未经权利人授权而仍然提供链接,故不构成帮助侵权。同时,鉴于隐志公司收到起诉状后对涉案有声读物名称关键字

进行了屏蔽,其已经履行了作为网络服务商的责任。据此驳回庄则栋、佐佐木敦子的诉讼请求。

二审法院认为,隐志公司经营的 VeryCD 网是基于 P2P 技术实现网络资源分享的网站。由于 P2P 技术的使用,网络用户能够实现点对点的数据交换,而不需要通过网络中心服务器进行中转。当 P2P 软件用户非法传播他人作品时,尽管提供 P2P 技术的网络服务商在客观上起到了帮助 P2P 软件用户传播侵权作品的作用,但不能以此客观结果来简单地判定提供 P2P 技术的网络服务商需要承担侵犯他人著作权的责任。根据《信息网络传播权保护条例》第 23 条有关“提供搜索和链接的网络服务提供者明知或应知链接对象侵权的,应当承担共同侵权责任”的规定,只有当提供 P2P 技术的网络服务商存在主观过错时,才会因为间接侵权行为而承担共同侵权责任。而判断网络服务商是否存在主观过错时,需要综合网络服务商的经营行为来进行客观化的认定。鉴于 VeryCD 网的网络用户 nobodyvssomebody 曾经引发他人与 VeryCD 网的著作权侵权诉讼,而经营 VeryCD 网的维西公司和隐志公司实际经营者高度混同,故隐志公司对网络用户 nobodyvssomebody 曾经涉嫌侵犯他人著作权的情况应当是清楚了解的;且网络用户 nobodyvssomebody 在 VeryCD 网上发布的资源涉及诸多名家著作,即使一名普通的网络用户,也能够意识到该用户发布的资源存在着重大的侵权嫌疑,更何况隐志公司作为一家专业从事互联网资源分享的网络服务商,更应当有能力发现该用户存在重大的侵权嫌疑。此外,网络用户上传资源的受关注程度与网络服务商通过出售广告位谋取商业利润的大小密切相关,上传资源的点击率越高,广告主投放广告的积极性也就越高,网络服务商也因此可以获得较高利润。而权利和义务的对等性也就进一步加重了网络服务商对点击率较高的所谓精华资源的注意义务和审查职责。本案的发生一定程度上就是因为隐志公司疏于履行作为网络服务商的注意义务,漠视其高级用户 nobodyvssomebody 涉嫌侵权事实的结果。综上分析,二审法院认为,隐志公司对网络用户 nobodyvssomebody 在 VeryCD 网上发布《邓小平批准我们结婚》一书的有声读物,侵害了庄则栋、佐佐木敦子享有的该作品的信息网络传播权,具有主观过错,应当承担共同侵权责任。同时,鉴于上诉人庄则栋、佐佐木敦子诉请被上诉人隐志公司赔偿 53 万元,但未提供其因侵权行为遭受的损失或者隐志公司因侵权所获利润的证据,故综合考虑作品类型、侵权行为性质、持续时间、侵权后果、隐志公司的主观过错程度等情节予以确定。据此判决隐志公司停止侵害庄则栋、佐佐木敦子享有的《邓小平批准我们结婚》一书的信息网络传播权;赔偿庄则栋、佐佐木敦子经



图为庭审现场

济损失及合理开支人民币 5.5 万元。

三、评析意见

本案主要的法律问题在于提供 P2P 技术的网络服务商是否应当对发生过侵权诉讼的网络用户履行合理的注意义务。由于涉及到网络技术及相应的法律适用问题,需要遵循“技术问题技术分析,法律问题法律解决”的审理思路做出判断。

(一) P2P 软件技术的应用特征

P2P 是英文 Peer to Peer (“点”对“点”)的简称,是本世纪初问世的一种新型的网络信息传播技术。P2P 技术的出现,使得信息传播摆脱了对网络中心服务器的依赖,网络用户能够相互之间进行数据交换,而不需要通过网络中心服务器进行中转。在 P2P 网络系统中,每个使用 P2P 技术的用户利用 P2P 软件都可以在本机的硬盘上设有一个“共享目录”(相当于一个文件服务器),如果其愿意与他人分享电影、音乐或软件等文件,就可以将这些文件拷贝至该“共享目录”中,只要这名用户打开计算机、保持联网状态并运行该 P2P 软件,其他任何同样使用该 P2P 软件的用户就可以通过输入关键词搜索到这名用户拷贝在“共享目录”内的文件,并可以将其感兴趣的文件下载到自己的计算机中。与传统网络信息技术相比,P2P 技术的明显特点在于:即使网络服务商的主服务器关闭,使用 P2P 技术的网络用户仍然可以从其他使用 P2P 技术的网络用户处获得所需要的信息。

(二) 提供 P2P 技术的网络服务商承担侵权责任的要件

P2P 技术并非单纯的恶意软件,更多的时候,它能够为网络用户传播交流资讯提供技术支撑,并促进互联网产业的发展。当然,P2P 技术也可能被网络用户用于非法传播侵权作品,从而侵犯了著作权人享有的信息网络传播权。但是,需要指出的是,当使用 P2P 技术的网络用户非法传播侵权作品时,尽管提供 P2P 技术的网络服务商客观上起到了帮助该网络用户实施非法传播侵权作品的

行为,但我们不能简单地据此认定该网络服务商需要承担著作权侵权责任。理由在于:提供 P2P 技术的网络服务商没有直接实施侵犯著作权人享有的信息网络传播权的行为,不构成直接侵权。至于该网络服务商是否因间接侵权行为而承担共同侵权责任的问题,其构成要件为:1、有直接侵权行为存在;2、客观上参与、帮助了直接侵权行为;3、主观上有过错。本案中,隐志公司的行为符合了上述前两个构成要件,关键在于是否符合第三个构成要件,即隐志公司是否存在主观过错。

(三) 网络服务商主观过错的判断标准

根据《信息网络传播权保护条例》第 23 条有关“提供搜索和链接的网络服务提供者明知或应知链接对象侵权的,应当承担共同侵权责任”的规定,判断提供 P2P 技术的网络服务商主观过错的标准分为明知和应知两类:1.明知。司法实践中,明知的认定主要表现为:一是 P2P 网络服务商自认其知道 P2P 用户实施侵犯著作权的行为,但其未采取措施消除这种行为,此为自认的明知;二是根据“通知—删除”规则,如著作权人发出确有证据的警告后,P2P 网络服务商仍未采取措施消除侵权行为,可以认定网络服务商构成明知,此为推定的明知。2.应知。所谓应知,是指根据 P2P 网络服务商的预见能力和预见范围,如果其应当预见到 P2P 软件用户存在实施侵犯他人著作权的行为,但由于其未尽到谨慎和注意义务,导致损害后果发生或扩大的,就应当认定该网络服务商存在主观过错。

本案中,隐志公司自始至终都否认其明知上传至其网站的涉案有声读物系侵权作品,且庄则栋、佐佐木敦子也未提供证据证明其向隐志公司发送了符合法律要求的警告,故现有证据无法证明隐志公司有明知其网络用户 nobodyvs somebody 实施侵权行为的主观过错。

但是,我们认为,隐志公司应知其网络用户 nobodyvs somebody 实施了侵权行为。理由是:第一,涉案用户已经引发过侵权诉讼,在前次侵权案件中,VeryCD 网的原经营主体系该案的被告,该案的委托代理人在本案一审时中仍为委托代理人,同时,VeryCD 网的前后经营主体实际经营者高度混同,因此可以推定隐志公司对其网络用

户 nobodyvs somebody 曾经引发侵权诉讼的事实应当是清楚了解的;第二,如果 VeryCD 网的经营者关注网络用户侵权情况的话,在发生侵权诉讼之后,就应当有意识地去关注一下该网络用户上传资源的情况。而该用户上传的资源多达 88 个,涉及诸多名家著作,正常情况下,该用户是不可能获得这么多作者合法授权的。因此,一般的网络用户都能够意识到该用户存在重大侵权的嫌疑,更何况隐志公司作为一家专业从事互联网资源共享的网络服务商,更有能力认识到该用户侵权的事实;第三,该用户系 VeryCD 网的高级用户,上传了 86 个精华资源,为隐志公司带来了相应的广告收益。而权利与义务的平等性加重了隐志公司的注意义务。据此,我们认为,隐志公司应当知道链接对象侵权,对侵权行为的发生存在主观过错,应当承担共同侵权责任。

(四) 侵权损失法定赔偿的酌定因素

本案中,庄则栋、佐佐木敦子并未向法院提交其遭受实际损失和隐志公司违法所得的证据,且在审理中明确主张按法定赔偿的最高标准计赔其损失。我们在审理中,重点考虑作品类型、侵权行为性质、持续时间、侵权后果、隐志公司的主观过错程度等情节予以确定。鉴于涉案作品为知名人士的著作,自 1998 年 7 月出版发行至今已经三次印刷,该作品的有声读物在 2006 年 1 月即上传至 VeryCD 网,因 P2P 技术的使用会被作为“侵权种子”反复传播,对涉案作品的正常销售产生直接影响,且隐志公司疏于履行自己的注意义务,对侵权行为的发生具有主观过错,故我们在参考了同类案件赔偿数额的情况下,酌情确定隐志公司赔偿损失 5 万元。同时,庄则栋、佐佐木敦子为制止隐志公司的侵权行为支出了调查、公证、律师费等合理费用,我们结合本案调查证据的难易程度以及二审时只针对一审诉讼请求进行处理等因素酌情确定隐志公司承担合理开支 5000 元。●

(作者单位:上海市第一中级人民法院)

●文/徐申民 吴月琴

组稿邮箱:tougao@lawyers.org.cn

品牌特许经营的 若干法律问题初探



特许经营是从国外引入中国的一种全新的营销模式,在中国虽然只有短短十多年的发展历史,但发展速度很快。由于特许经营的自身特点,再加上中国市场尚不成熟,特许经营门槛较低,特许企业良莠不齐,特许经营活动不规范,市场秩序混乱,以特许经营名义进行欺诈等违法犯罪活动时有发生。近年来,法院审理的特许经营合同纠纷案件数量呈大幅上升态势。由于特许经营往往为知识产权与经营模式等诸多经营资源结合的权利束的整体授权,合同纠纷的审理具有一定的特殊性与复杂性,根据 2008 年 4 月最高人民法院制定的《民事案件案由规定》,特许经营合同纠纷案件被列为知识产权纠纷案件。本文从一则案例的分析着手,对特许经营涉及的若干法律问题进行探讨。

A 公司是国外某家具品牌于 2008 年进驻中国设立的外商独资有限责任公司,核定的经营范围为“从事家具、家居用品的批发、佣金代理(拍卖除外)、进出口及相关配套业务(涉及配额许可证管理、专项规定管理的商品按国家有关规定办理)”。A 公司在中国尚未开设直营店,其品牌也正在中国申请注册商标。

2010 年,A 公司与 B 公司签订了“独家代理经销合同”,授权 B 公司在所在市辖区内开设专卖店,独家代理经销 A 公司供货的该品牌家具产品,并将其享有专用权的品牌授权 B 公司使用。同时,合同约定 A 公司以优惠价向 B 公司

供货,并提供统一的店面设计、装修方案、经营管理手册和持续的经营指导服务;B 公司在 A 公司统一的业务模式和规范下从事经营活动,并按 A 公司制定的全国统一零售价销售。合同还约定:B 公司应在合同签订时向 A 公司一次性交纳保证金 5 万元,每年应完成人民币 200 万元的经销目标,合同有效期 3 年。

该案例产生了如下法律问题:一是 A 公司作为外商投资企业是否能从事特许经营活动;二是 A、B 公司签订的经销合同是否属于法律上的特许经营;三是 A 公司是否符合从事特许经营的法定条件?如不符合,A 与 B 签订的经销合同是否为无效合同;四是特许经营未备案应承担怎样的法律后果。

上述问题的实质涉及特许经营的外资市场准入、特许经营合同性质的认定、合同无效的认定、合同备案效力等系列问题,这就需要我们国家从商业特许经营的法律规制、特许经营的法律性质和特征等方面逐一分析。

目前,国务院通过的《商业特许经营管理条例》以及商务部出台的《商业特许经营信息披露管理办法》和《商业特许经营备案管理办法》共同构成了中国针对商业特许经营的法规体系。

特许经营的外资市场准入

根据国务院《指导外商投资方向规定》及《外商投资产业指导目录》,特许

经营属于中国逐步开放的产业,列为限制类外商投资项目,并明确于 2004 年 12 月 11 日后允许外商投资。即对于外国投资者而言,在 2004 年 12 月 11 日前,中国内地的商业特许经营市场是封闭的,外国投资者在中国境内不得投资商业企业(独资或合营)从事商业特许经营活动。2004 年 12 月 11 日后,外国投资者在中国境内设立的外商投资企业从事特许经营活动的,需要向原审批机关申请增加特许经营范围。相应地,2004 年 6 月 1 日起施行的《外商投资商业领域管理办法》也明确了外商投资商业企业可从事包括佣金代理、批发、零售、特许经营 4 种类型的商业经营活动。

因此,A 公司作为 2008 年设立的外商投资企业,其经营范围可申请增加“特许经营”项目。如未增加即开展特许经营,属超范围经营。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释》第(一)项第十条的规定:“当事人超越经营范围订立合同,人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。”因家具产品并不属于国家禁止经营,或者限制经营、特许经营的项目,A 公司超越经营范围订立的家具产品特许经营合同,并不因此被认定无效。

特许经营合同性质的认定

目前,法院审理的案件中涉及特许经营合同的名称多为代理协议、授权经营合同书、经销合同等。在认定合同性质是否属于特许经营合同时,应当依照合同约定的权利义务是否符合特许经营合同的基本特征为判断标准。合同名称及合同中有关“本合同不属于特许经营合同”等类似约定一般不影响对特许经营合同性质的认定。

《商业特许经营管理条例》第三条规定,商业特许经营指拥有注册商标、企业标志、专利、专有技术等经营资源的企业,以合同形式将其拥有的经营资源许可其他经营者使用,被特许人按照合同约定在统一的经营模式下开展经营,并向特许人支付特许经营费用的经营活动。因此,特许经营需要有四个要素:一是特许人必须是拥有注册商标、企业标志、专利、专有技术等经营资源的企业;二是特许人以合同形式将自己拥有的经营资源许可被特许人使用;三是被特许人在统一的经营模式下开展经营;四是被特许人向特许人支付特许经营费用。因此,认定合同性质可以从这四个方面入手。

实践中,还应注意将特许经营合同与产品销售合同、知识产权许可使用合同区分开。特许经营合同是由知识产权、经营模式以及特许双方的监督、管理、支持、服务等

一系列关系和诸多要素构成的综合系统。特许经营合同可能既涵盖产品销售的内容,又包括知识产权许可的内容。但如果合同双方只涉及商标或者专利的许可使用,不涉及统一经营模式等内容的,则应认定为知识产权许可使用合同;如果合同双方仅仅存在产品销售关系,不存在监督、管理等因素的,则应当认定为经销合同。

本案例中,A 公司将其拥有的标志标识等企业经营资源许可给 B 公司使用,B 公司必须遵循 A 公司制定的统一店面设计、统一经营模式、统一零售价格。可见,虽然双方签订的合同名为“独家代理经销合同”,但从双方约定实质内容看,显然本案符合条例关于商业特许经营的规定,符合特许经营合同的上述四要素特征,是特许经营合同。

而在北京市东城区法院审理的张威诉太原开物艺术品有限公司合同纠纷一案中,虽然双方当事人合同约定的内容涉及特许经营内容(包括商标经营资源的授权使用和经营模式的统一要求),但实际履行情况只是一方从另一方以折扣购进产品并自行零售处理,双方发生纠纷的原因也仅是货物质量瑕疵以及发货时间违反约定,经法庭释明后当事人亦明确双方就是买卖合同关系,故法院最后确认该案所涉合同性质为一般买卖合同,未按特许经营合同纠纷案件处理。

特许经营合同无效的认定

特许经营的核心是无形资产的输出,一个特许人往往有为数较多的被特许人,特许人和被特许人之间信息不对称,潜藏着较大的风险,容易引起欺诈或纠纷。为此,《商业特许经营管理条例》明确了特许人从事特许经营活动应当具备的条件:应当拥有成熟的经营模式,并具备为被特许人持续提供经营指导、技术支持和业务培训等服务的能力。特许人从事特许经营活动应当拥有至少 2 个直营店,并且经营时间超过 1 年(“两店一年”)。此外,《商业特许经营管理条例》还确定了特许人信息披露制度和特许人备案制度。而实践中,特许人不符合“两店一年”的条件、没有注册商标以及不履行管理、指导义务等成为被特许人主张合同无效的常见理由。

(一)“两店一年”与合同无效的认定

《中华人民共和国合同法》第五十二条规定:“违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。”特许经营中“两店一年”的条款是否属于“法律、行政法规的强制性规定”?如本案例中,特许人不具备“两店一年”的条件,是否必然导致合同无效?对这一问题,认识有分歧:一种观点认为,该规定是市场准入的必备条件,属于效力性强制性规定,特许人不具备“两店一年”签订的合

同为无效合同;第二种观点认为,该规定属于管理性强制性规定,特许人不具备这一条件不影响其所签订的合同效力。

笔者认为,上述“两店一年”的条件,是从行政法规的角度对特许人的经营资质进行规定,目的是提高商业特许经营准入门槛,规范市场。同时,行政机关在对市场主体违反规定

从事商业特许活动进行处罚时,有法可依。因此,该条款属管理性强制性规定,但并不否认相关行为在民法上的效力。不具备上述经营资质的市场主体以特许人身份签订特许经营合同,从事商业特许经营活动的,不必然对合同的履行产生障碍,进而导致合同无效。只要合同系双方当事人真实意思的表示,并无其他瑕疵或无效事由,应为有效合同。并且从目前北京、上海法院审理的特许经营案件来看,大多不以特许人不具备“两店一年”为由确认合同无效。

(二)“商标未注册”与合同效力问题

《商业特许经营管理条例》列举了特许人拥有的资源,其中包括注册商标、企业标志、专利、专有技术等。本文案例中,特许人许可的商标正在申请注册,是否有权许可被特许人使用,是否影响特许经营合同的效力?

从该条例的规定来看,注册商标并不是特许人经营资源的唯一内容。特许人没有注册商标,但是拥有非注册商标、企业标志、成熟的经营管理模式等经营资源。并且,该条例并未否认非注册商标可以作为经营资源,特许人使用的非注册商标完全可以类推为企业标志。一些未注册商标如为驰名商标,较之普通的注册商标,是更为宝贵的经营资源,完全可以实现特许经营这种商业模式的目的。

因此,特许人的商标没有申请注册,或者正在申请注册,对合同的实际履行并不构成障碍。只要特许人拥有经营资源,并符合《商业特许经营管理条例》的其他条件,仍可以从事特许经营。特许经营合同只要是双方当事人意思自治的体现,不应轻易否定合同的效力。

特许经营合同备案的性质

《商业特许经营管理条例》第八条规定,特许人应当自首次订立特许经营合同之日起15日内,向商务主管部门备案,并规定了备案的程序以及备案时应当提交的文件、资料。

对于备案的性质,实践中一些人将其理解为是一种行政许可行为,即特许人只有通过商业特许经营备案,



徐中民:市律协知识产权业务研究委员会委员



吴月琴:市律协知识产权业务研究委员会委员

才具备特许经营资质。同时,通过备案的企业必然符合该条例的规定,其经营行为一定合法。那么,备案的性质到底如何?本文案例中,特许经营未备案,是否影响合同效力吗?对此,首先需要理解商业特许经营备案制度的立法背景与施行初衷。

由于特许经营活动存在复杂性,并且中国的特许经营市场刚刚起步,需要政府对特许经营活动进行一定的监督管理,以维护市场秩序,稳定社会经济行为。备案制度的施行是为了便于商务主管部门及时了解、掌握特许人的有关情况,有针对性地对特许经营活动进行规范、监督,有助于潜在的投资者了解特许人的基本情况,做出恰当的投资决策,也有利于形成对特许人的社会监督。同时,备案制度施行的初衷,是为了根本实现促进商业特许经营健康、有序发展,维护正常的市场交易秩序。同时,为鼓励特许经营活动的长足发展,加快中小企业、个人走上致富之路,《商业特许经营管理条例》对于特许人开展特许经营活动并未实行“审批制”。

备案并不属于事前的行政许可行为,其性质仅仅是一种告知性、公示性的事后确认的具体行政行为:通过行政法规的强制性规定促使特许人申报备案,将特许人的相关信息予以公示,使特许人处于公众及行政机关的监督之下,借以影响特许人的经营行为,其根本目的是为了规范特许经营行业发展,保障特许经营秩序的公平稳定。

特许经营从本质上讲是合同行为,是平等民事主体为设立民事权利义务而达成的民事合同关系,追求意思自治原则。该条例并未规定合同需备案才能生效。因此,特许人未将合同备案,可能导致的是行政责任的产生,而并不必然导致合同无效的民事后果。

除上述讨论的问题外,实践中有关特许人欺诈的认定、特许信息未披露的认定、被特许人任意解除权利的行使等诸多问题也存在争议。笔者建议:特许合同的双方当事人无论在特许经营活动的开展前、进行中、亦或纠纷发生后,如有疑问,都应积极寻求律师的专业意见,妥善应对与处理可能产生的纠纷,避免不必要的损失。●

●文/刘峰 阮思坤

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

从一起商标争议行政纠纷案 看行政程序与诉讼程序 证据衔接之问题



案情简介

原告某医药保健品有限公司曾于2003年9月2日向国家商标行政管理总局提交商标注册申请,申请注册“雷允上”文字为商标,指定使用在第5类医用口香糖、婴儿食品、婴儿奶粉、化学盥洗室用消毒剂、浸药液的卫生纸、中药袋、医用保健袋、橡皮膏、药枕、兽医用药等商品上。2006年1月21日,上述“雷允上”商标(以下简称“争议商标”)获准注册,商标注册号为3698884号。

2007年5月8日,上海雷允上药业有限公司(以下简称上海雷允上药业)以该“雷允上”商标侵犯其企业名称权对争议商标提出撤销注册申请。2010年3月29日,商标评审委员会做出商评字(2010)第06406号裁定,对第3698884号“雷允上”争议商标予以撤销。

2010年5月,原告因不服上述裁定,诉至北京市第一中级人民法院,要求判决被告国家工商行政管理总局商标评审委员会的裁定不成立,维持争议商标有效。北京市第一中级人民法院受理后,通知上海雷允上药业作为第三人参加本案诉讼。

案件发生后,我们受第三人上海雷允上药业委托,处理此案。在制定诉讼策略的过程中,我们发现,第三人在本案中主要面临以下风险:

(一) 第三人于本案行政程序中未充分举证证明“雷允上”商号的知名度。由于商标评审委员会作出撤销裁定的依据为“在争议商标申请注册前,申请人已在医药行业内使用‘雷允上’企业商号,并已具有一定知名度”,因此本案诉讼阶段的争议焦点无可避免地将集中于“雷允上”商号是否已具有一定知名度。但第三人在本案行政程序中仅提交了3份证据用以证明“雷允上”商号的知名度,且该3份证据均存在不同程度的瑕疵,证明力度较弱。同时,考虑到行政诉讼案件中对于举

证的特殊规定,第三人如于本案诉讼阶段提交新证据证明“雷允上”商号的知名度,很有可能不被法院采纳,并最终承担不利后果。

(二) 第三人不享有“雷允上”商标权利。由于历史原因,第三人对于“雷允上”商标不享有权利,仅拥有“雷氏”商标。同时,“雷氏”商标的外观及读音均与“雷允上”文字区别较大。因此,第三人于本案行政程序中提交的大量有关“雷氏”商标的证据有可能被法院认定为不能证明“雷允上”商号具有知名度,并最终不被采纳。

考虑到上述风险,以及第三人在行政程序中提交的证据较为薄弱,我们在研究了大量国内外著名判例,并分析了目前司法机关对于当事人于行政程序中应提而未提交证据的态度后,于开庭前仍旧进行了大量的证据搜集工作,并依照以下分类,向法院提交了大量于行政程序中未提交的证据:

1、争议商标注册申请日之前获得,且已在商标争议行政程序中予以提交的证据;2、争议商标注册申请日之后获得,且已在商标争议行政程序中予以提交的证据;3、争议商标行政程序举证期限后获得的证据。

北京市第一中级人民法院受理本案后,依法组成合议庭,于2010年10月12日进行了公开审理。

三方代理意见

原告于庭审中发表代理意见称:1、第三人提供的证据均为复印件,不仅缺乏相应的证明力,而且由于有关获奖认定的单位因违规被注销或是不具有权威性,不能有效证明该商号的知名度,即主要证据不成立;2、第三人从事经营的商品与争议商标核定使用商品不构成类似商品,即便该商号享有一定知名度,也不应该延伸到该范围上予以保护;3、被告在第06406号裁定中提到第

三人的《雷氏及图》商标被认定为上海市著名商标和中国驰名商标的所谓事实,不适用本案;4、第三人没有证据证明“雷允上”为其独创,有多家企业在1998年前以“雷允上”作为商号申请商标注册,这表明第三人对“雷允上”不享有商号权等在先权利,且“雷允上”不由特定的一家享有专属权,已经作为企业名称和商标名称获得普遍注册,原告不存在不正当竞争行为。综上,第06406号裁定认定事实不清,适用法律错误,请求人民法院依法予以撤销。

被告工商行政管理总局商标评审委员会派员参加了庭审,并答辩称,坚持第06406号裁定的观点,认为原告的诉讼请求和理由不能成立,第06406号裁定认定事实清楚,适用法律正确,作出程序合法,请求人民法院予以维持。

针对原告提出的代理意见,我们代表第三人当庭发表了如下代理意见:

(一)第三人在先使用“雷允上”商号。第三人创始于1734年,期间虽历经变故,但始终在使用“雷允上”商号,至今已有近三百年历史。从历史沿革来看,第三人使用“雷允上”商号的时间远远早于争议商标申请注册日期。

(二)第三人所拥有的“雷允上”商号于争议商标申请注册前即已享有较高的知名度。第三人于争议商标申请注册日2003年9月2日之前,即已获得了上海百强企业、中国保健食品100强企业等多项荣誉,在相关公众中享有较高的声誉;尽管第三人用于证明此事实的证据未在本案行政程序中提交,且根据《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第五十九条规定,在行政程序中依照法定程序要求应当提供而拒不提供,而在诉讼程序中提供的证据,人民法院一般不予采纳。但是,由于本案属于商标授权案件,其判决结果决定争议商标的使用是否会于相关公众中产生混淆,并直接影响社会公共利益,因此法院在审查第三人提交的证据时,应当综合考虑,以避免混淆、保护社会公共利益为最基本的出发点。故我们认为,法院应当采纳相关证据,认可本项事实。

(三)第三人所拥有的“雷氏”商标属于驰名商标,其直接提高了“雷允上”商号的知名度。从第三人已提交的近三十种第三人产品外包装上可以看到,第三人始终将“雷允上”商号与驰名商标“雷氏”并列使用。消费者在选购、使用第三人产品时,始终能够接受到“雷氏”产品由“雷允上”生产这一信息。我们认为,经过第三人的多年使用,消费者已经在“雷允上”商号与“雷氏”商标之间建立起了直接联系,“雷氏”商标的知名度能够极大地提升“雷允上”商号的知名度。同时,由于消费者



刘峰:市律协知识产权业务研究委员会副主任



阮思坤:上海市申达律师事务所律师

能够自“雷允上”商号联想到“雷氏”商标,因此,如争议商标投入使用,势必将引发混淆,使原本意图购买“雷氏”产品的消费者误购原告生产的产品,损害第三人以及社会公共利益。

(四)争议商标与第三人企业商号完全相同,且指定使用的商品范围与第三人企业营业范围相同,其注册和使用,将导致消费者混淆,造成市场混乱。争议商标为“雷允上”文字,与第三人的商号完全一致。同时,第三人的主营业务为药品,而争议商标的指定使用商品属于保健品,二者的销售渠道、购买群体、具体用途等方面均存在大量竞合。因此,争议商标如投入使用,必然将引发混淆,损害第三人及社会公共利益。此外,由于第三人的主营业务为药品,具有医治疾病的功能,而争议商标的指定使用商品均不具有此项功能,因此,一旦社会公众在第三人与被告的产品之间产生误认,有可能对广大消费者的人身安全造成严重威胁。

(五)第三人所拥有的“雷允上”商号目前仍然具有相当高的知名度,如争议商标获准投入使用,可能立即造成社会公共利益受到损害。根据第三人提交的第三人2008年度至2010年度的销售记录和广告投入单据,第三人的“雷允上”商号目前仍然具有相当高的知名度。因此,第三人恳请人民法院在审理本案时考虑此项事实,以避免判决结果对于现实流通领域造成不良影响。

(六)商标评审委员会决定撤销争议商标注册的裁定符合相关司法解释的精神。根据《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》,人民法院在审理商标授权确权行政案件中,对于尚未投入使用的商标应当从严把握授权及确权标准,以防止“搭便车”的现象产生。由于争议商标至今尚未投入使用,因此,商标评审委员会决定撤销争议商标注册的裁定符合这一司法解释精神。

(七)原告注册争议商标属于恶意抢注,不应得到

法院的支持。从原告注册的大量商标可见,原告一直将“童涵春”、“片仔癀”等在中药行业中知名度较高的商号、产品名恶意注册。原告从上世纪 90 年代末期开始成为第三人产品的地区经销商后,又先后注册了“雷氏”、“雨田允上”、“雷允上”、“雷氏”、“雷允御酒”等商标。因此,原告注册争议商标属于其一贯恶意的延续,不应得到法院的支持。

综上所述,第三人恳请人民法院驳回原告诉讼请求,维持被告作出的裁定。

法院判决

北京市第一中级人民法院在经过审理后,于 2010 年 11 月 8 日作出判决,认定本案被告作出的第 06406 号裁定审查程序合法,认定事实清楚,适用法律正确,依法应予维持,并判决维持被告国家工商行政管理总局商标评审委员会作出的商评字(2010)第 06406 号关于第 3698884 号“雷允上”商标争议裁定。

北京市第一中级人民法院认为:根据当事人的诉辩主张,本案的争议焦点在于争议商标的注册是否损害了第三人的企业名称权。

首先,第三人的成立时间早于争议商标申请注册日,其商号“雷允上”与争议商标完全相同,该商号并非常见的词语,亦无确切含义,具有一定的独创性。

其次,争议商标核定使用的医用口香糖、中药袋和兽医用药等商品与第三人经营的中成药、营养保健品等商品,同属医药行业,具有较为密切的关联,在功能、用途、消费渠道和消费对象等方面类似,应属于类似商品。

第三,对于第三人企业名称的知名度问题,综合第三人提交的证据可知,在争认商标申请注册日之前,第三人企业已经获得了上海百强企业、中国保健食品 100 强企业等多项荣誉,而且第三人于 2005 年被评为中华老字号企业,亦表明其至少在争议商标申请注册日即 2003 年之前已经在相关行业具有较强的知名度。另外,第三人的“雷氏”商标在争议商标申请注册日之前已具有相当大的知名度,而一般情况下,企业名称往往与商标在相关商品上同时出现,一并进行销售、宣传,所以第三人的企业名称亦会因此具有一定知名度。因此,本院认为第三人的企业名称在争议商标申请注册日之前,已经具有了一定知名度。

综上,争议商标的注册损害了第三人的企业名称权,违反了《商标法》第三十一条的规定,依法应予撤销。原告的诉讼理由没有事实和法律依据,其诉讼请求本院不予支持。

代理体会和评析

近年来,随着我国商标注册申请量的不断增长,商标争议行政诉讼案件时有发生。在这些案件中,我们不难发现,诉讼参加人在参与此类诉讼时,经常会遇到行政程序与诉讼程序证据衔接的问题。

根据《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第五十九条,被告在行政程序中依照法定程序要求原告提供证据,原告依法应当提供而拒不提供,在诉讼程序中提供的证据,人民法院一般不予采纳。同时,尽管法律对于第三人能否在诉讼程序中提交依法应于行政程序中提交而未提交的证据做出明确规定,但由于司法实践中通常认为第三人的诉讼权利不应超过诉讼当事人,且第三人于诉讼程序中提交的新证据不是行政机关做出行政决定的依据,故法院通常对于第三人提交的此类证据亦不予采纳。

由于体制原因,目前我国商标争议行政程序经常由商标代理机构代理,而非专业律师代理参与。碍于专业局限,商标代理机构在代理行政程序时,常常不能做到充分举证,且不注重所提交证据的证据形式。这导致律师在诉讼程序中常常无法仅凭行政程序中已经提交的证据来实现证明目的。更令很多律师无奈的是,由于上述法律规定的存在,律师甚至无法在行政诉讼阶段进一步提交新证据来证明自己的观点。本案即是这一类案件的典型代表。

为了破解这一迷局,我们于接案后进行了大量的研究及讨论。在参考了国内一些较有影响力的案例后,我们于诉讼阶段提交了数十份、数量达数百页的新证据,用于证明“雷允上”商号的知名度,并最终获得了法院的采纳。

我们认为,在商标争议行政诉讼中,法院对于新证据的态度不能一概而论,理由如下:

(一) 商标争议行政诉讼有别于一般的行政诉讼案件,其判决结果有可能损害公共利益。在美国国会报告解释《兰哈姆法》(《美国商标法》)时,早已对商标的根本目的有过界定,即保护公众,以便他们能够自信地获得他们所需要的产品,使公众在购买标示了一个特定商标的商品时,得到的正是他们所需要获得的。一旦商标的这一目的无法实现,则可能导致消费者无法购买到想购买的商品,无法享受意图享受的服务。从这一点来讲,商标争议行政诉讼的判决结果不仅关乎权利人的利益,更关系到流通领域中广大公众的利益。同时,根据《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第五十九条法条原文,对于依法应于行政程序中提交而未

提交的证据,人民法院“一般”不予采纳,这说明人民法院在是否绝对不采纳这类证据的态度上,还是有所保留的。我们认为,这种保留至少应包含基于公共利益的考量而采纳这类证据。

(二) 商标争议行政程序的特点决定了原告或第三人确有必要在诉讼程序中提交新证据。目前,随着我国商标注册申请数量激增,商标评审机构所能承受的工作量已无法满足这一变化,这导致商标争议行政程序耗时极为漫长。以本案为例,原告自 2003 年 9 月 2 日即已提交了商标注册申请,但商标评审委员会直至 2010 年 3 月 29 日方才作出撤销争议商标注册的裁定,期间历时 7 年。而 7 年时间足以使一个识别力较弱的商标获得了极高的显著性,也有可能使一个驰名商标彻底退出市场,这些变化最终都有可能对于判决结果造成影响。如果法院一味按照行政诉讼案件的传统审判思路,仅审查商标评审机构作出行政行为的依据,只考虑争议双方于行政程序中所提交的证据,那可能会使一个混淆公众的商标获得注册,也可能会使一个已通过使用而获得显著性的商标无法获得注册,并最终侵害到广大公众的利益。因此,我们在代理本案时,向法院提交了大量证据用于证明 2008 年至 2010 年期间“雷允上”商号所拥有的知名度,并陈述了争议商标如不被撤销,则可能引起混淆的观点,以影响法院作出判决时的态度。

同时,我们在举证过程中考虑到法院目前对于新证据的态度尚不明朗,便主动按照证据产生时间以及证据是否曾于行政程序中提交的标准对于证据进行了分类,使法院能够便利地决定采纳或不采纳何组新证据。

事后我们获知,上述证据的分类方式对于法院决定采纳哪些证据时确实起到了很大的帮助,并促使法院最终决定采纳其中一部分新证据,最终作出对于第三人有利的判决。●

(作者单位:上海市申达律师事务所)

●文/市律协知识产权业务研究委员会整理

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

2011 年中国法院 知识产权司法保护 十大案件简介

一、知识产权民事案件(7 件)

No.1 淘宝网商标侵权纠纷案

原告衣念(上海)时装贸易有限公司(以下简称衣念公司)因与被告杜国发、浙江淘宝网络有限公司(以下简称淘宝公司)发生侵害商标权纠纷,向上海市浦东新区人民法院提起诉讼,起诉请求判令淘宝公司作为侵权人承担连带赔偿责任。

一审法院认为,淘宝公司应当知道特定侵权人杜国发侵权行为的存在并有条件、有能力采取措施,但淘宝公司依然为其提供网络服务,故意为杜国发销售侵权商品提供便利条件,构成帮助侵权,具有主观过错,应承担连带赔偿责任,遂判决杜国发、淘宝公司共同赔偿衣念公司经济损失及合理费用共计 10000 元。上海市第一中级人民法院于 2011 年 4 月 25 日作出二审判决,驳回上诉,维持一审判决。

【典型意义】在网络用户利用网络交易平台销售侵犯商标权的商品时,如何确定平台提供者的责任是知识产权领域较新颖,同时也是争议较大的问题。在本案中确定了网络交易平台服务提供者承担帮助侵权责任的过错判断标准,即网络服务提供者对于网络用户的侵权行为一般不具有预见和避免的能力,并不因为网络用户的侵权行为而当然需承担侵权赔偿责任,但如果网络服务提供者明知或者应知网络用户利用其所提供的网络服务实施侵权行为,而仍然为侵权行为人提供网络服务或者没有采取适当的避免侵权行为发生的措施,则应当与网络用户承担共同侵权责任。

No.2 “拉菲”商标纠纷案

原告尚杜·拉菲特罗兹施德民用公司(以下简称尚杜公司)诉称被告深圳市金鸿德贸易有限公司(以下简称金鸿德公司)、被告湖南生物医药集团健康产业发展有限公司(以下简称健康公司)使用的“LAFITE·FAMILY”及“五箭头图形”商标、“lafitefamily.com”域名侵犯了其注册商标专用权;“拉菲世族”侵犯了其知名商品特有名称;被告在宣传中构成了不正当竞争,遂向长沙市中级人民法院起诉。

一审法院认为,被告的商品标识使用了与原告的注册商标相同的文字构成其商标的主要部分,构成近似,遂判决责令金鸿德公司立即停止侵权行为,停止使用“拉菲世族”文字,并赔偿损失 30 万元,同时判令其注销域名;责令健康公司停止销售

侵权产品和使用虚假宣传资料。金鸿德公司不服,提起上诉。湖南省高级人民法院二审认为一审法院有关侵权定性的认定正确,遂维持一审判决。

【典型意义】仿冒问题是广为社会关注的问题,本案体现了法院对于遏制仿冒行为的努力和知识产权司法保护的力度。法国尚杜公司所生产的 LAFITE 葡萄酒在国际上享有盛誉,其在我国销售时使用“拉菲”标识进行识别,但“拉菲”并非其注册商标。湖南省高级人民法院二审认为,尚杜公司生产的 LAFITE 葡萄酒在我国葡萄酒市场已具有较高的知名度,应认定为《中华人民共和国反不正当竞争法》所指的知名商品,“拉菲”系 LAFITE 葡萄酒知名商品唯一对应的中文名称,具有区别商品来源的显著性,根据我国《中华人民共和国反不正当竞争法》的相关规定,应认定其为 LAFITE 葡萄酒知名商品的特有名称,从而对该“拉菲”中文标识予以保护,有效地制止了“搭车”、“傍名牌”的不正当竞争行为。本案中明确了对于外国商品的特有名称的保护,应在中国境内为相关公众所知悉为必要,其知名度通常系由在中国境内生产、销售或者从事其他经营活动而产生,但该商品在国外已知名的事实可以作为认定其在中国境内知名度的参考因素。

No.3 “大运”与“江淮”汽车商标纠纷案

原告安徽江淮汽车股份有限公司(以下简称江汽公司)收到被告广州红太阳机动车配件销售有限公司(以下简称红太阳公司)要求其不得侵犯其注册商标专用权的律师函后,原告安徽江淮汽车集团有限公司(以下简称江汽集团)于2010年4月15日向安徽省合肥市中级人民法院提起确认不侵犯注册商标专用权纠纷的诉讼,江汽公司也提出作为原告参加诉讼。

一审法院判决江汽集团与江汽公司不侵犯红太阳公司的注册商标专用权。红太阳公司不服一审判决,向安徽省高级人民法院提起上诉,二审法院维持了一审原判。红太阳公司不服该判决,向最高人民法院申请再审。双方当事人最终达成和解协议,各自撤回了在最高人民法院的两个再审申请、在北京市第一中级人民法院的诉讼以及在商标局和商标评审委员会的多起争议,而且还就后续的商标注册和使用进行了约定。

【典型意义】本案体现了人民法院对“案结事了”目标的追求以及努力。本案主要涉及商标近似等问题的判断,案情本身并不复杂,但因涉及两个大型汽车企业,双方之间有多起关联案件,既有民事纠纷,也有行政纠纷,社会影响力较大,对本案判决结案并不能彻底化解当事人之间的纷争,而双方达成和解协议有利于各自企

业的发展和合作。基于这种认识,最高人民法院在充分释明的基础上,促成双方当事人达成和解协议,各自撤回了多起诉讼。本案的审查处理说明对于此类双方之间有多起关联诉讼和争议、具有较大社会影响力的案件,要坚持司法为民理念,正确运用“调解优先、判调结合”的办案原则,妥善处理纠纷,力争彻底化解当事人之间的矛盾,实现社会效果和法律效果的统一。

No.4 空调器“舒睡模式”专利侵权纠纷案

原告珠海格力电器股份有限公司(以下简称格力公司)以被告广东美的制冷设备有限公司(以下简称美的公司)等制造销售的“美的分体式空调器”侵犯其发明专利权为由,向广东省珠海市中级人民法院起诉,请求判令两被告停止侵权行为、赔偿损失以及合理费用。

一审法院认定美的公司擅自使用涉案发明专利方法,侵犯了格力公司的发明专利权,并依法判决美的公司立即停止侵权行为,停止销售、许诺销售侵权的产品,并赔偿格力公司经济损失200万元。美的公司不服一审判决,向广东省高级人民法院提起上诉。二审法院认为,对于同领域的普通技术人员来讲,控制芯片的RAM与记忆芯片属于等同的技术特征,构成侵权。其次,在没有相反证据的情况下,可以推知其余三款空调器亦具有“舒睡模式3”,因此构成侵权,遂判决驳回上诉,维持一审判决。

【典型意义】本案双方当事人均为国内知名家电企业,案情疑难复杂,社会影响大。二审法院正确适用相关法律及司法解释的规定,合理适用举证责任规则以及事实推定规则,在准确认定案件事实的基础上,就等同技术特征的认定、侵权赔偿数额的确定、侵权赔偿数额与法定赔偿最高限额的关系等疑难法律问题进行了深入的分析,说理充分、透彻,对同类案件的审理具有较强的借鉴意义。

No.5 百度MP3搜索著作权纠纷案

原告环球唱片有限公司等三大唱片公司发现其享有录音制作者权的128首歌曲在被告北京百度网讯科技有限公司(以下简称百度公司)的百度网站MP3栏目中提供了链接以及相应的在线试听和下载服务。三原告以百度公司的上述行为侵犯了其对上述歌曲录音制品享有的信息网络传播权为由,向北京市第一中级人民法院起诉请求法院判决赔偿其经济损失和合理费用共计6350万元。

一审法院认为,即使百度公司施予与其能力相当的

注意,也难以知道其所提供服务涉及到的信息是否侵权。因此,不能证明百度公司明知或者应知所链接的录音制品侵权,故判决驳回三大唱片公司的诉讼请求。三大唱片公司不服,提起了上诉。二审审理中,双方最终在达成根本版权许可协议的基础上,就涉案纠纷达成和解协议。

【典型意义】随着网络技术和网络产业的飞速发展,在线试听和下载音乐作品已经成为人们欣赏音乐作品的主要途径。但互联网上还存在不少未经权利人许可传播作品的现象。本案的成功调解,不仅使纠纷得以妥善处理,而且使权利人和作品的使用者达成长期合作,有效遏制了“网络盗版”的传播,从根本上维护了权利人的合法权益,激发了他们进行创作的积极性,同时又使网民得以欣赏到正版音乐作品,切实实现了权利人与社会公众利益的平衡,促进了文化产业和互联网产业商业模式创新。

No.6 “3Q”之争引发的不正当竞争纠纷案

涉案软件“360隐私保护器”由被告奇智软件(北京)有限公司开发,通过“360网”发行。“360网”由被告北京奇虎科技有限公司提供信息服务业务,但主办单位登记为被告北京三际无限网络科技有限公司。原告腾讯科技(深圳)有限公司等两原告认为三被告发布的针对QQ软件的文章捏造事实,损害其商业声誉,构成商业诋毁,故以不正当竞争为由向北京市朝阳区人民法院提起诉讼。

一审法院认为,“360隐私保护器”界面用语和360网站的360安全中心等网页中对QQ软件采取了不属实地表述事实、捏造事实的方式,具有明显的不正当竞争的意图,损害了原告的商业信誉和商品声誉,构成了商业诋毁。据此判决三被告公司停止侵权、消除影响、赔偿经济损失40万元。2011年9月29日下午,北京市第二中级人民法院宣布终审判决结果:三被告公司的行为构成不正当竞争,判决三被告停止侵权;三家公司需要公开发表声明以消除影响,并赔偿原告经济损失40万元。

【典型意义】本案的审理结果涉及数亿网络用户的切身利益,社会反响巨大,被称为“3Q”大战,充分体现了知识产权保护对社会发展和公众生活的重要影响。本案主要涉及用户业务不同的网络运营商在竞争法意义上竞争关系的界定,以及在互联网行业规则尚未成熟的情况下商业诋毁行为的认定。通过本案判决,人民法院对在互联网环境下的不正当竞争行为进行了阐释,从而对网络环境下的行业竞争行为起到了规范、指引作用,对互联网行业的健康有序发展产生了重要影响。

No.7 “开心网”不正当竞争纠纷案

北京开心人信息技术有限公司(简称开心人公司)经营一家提供社会性网络服务的网站——“开心网”(kaixin001.com)。2008年10月16日,千橡互联公司受让取得“kaixin.com”域名。北京千橡互联科技发展有限公司(简称千橡互联公司)和北京千橡网景科技发展有限公司(简称千橡网景公司)也开办了一家提供社会性网络服务的网站——“开心网”(kaixin.com)。2009年5月,开心人公司以不正当竞争为由将千橡互联公司告上法庭,要求其停止使用“开心网”网站名称,停用kaixin.com域名,赔偿经济损失1000万元,公开赔礼道歉,并承担诉讼费用。

北京市第二中级人民法院一审判决千橡互联公司、千橡网景公司不得使用与“开心网”相同或近似的名称,并赔偿开心人公司40万元。开心人公司不服,提起上诉。北京市高级人民法院二审认为,开心人公司的“开心网”(kaixin001.com)受《反不正当竞争法》保护,千橡互联公司在明知的情況下,使用该知名服务的特有名称“开心网”作为网站名称,在相同行业和领域中向公众提供社会性网络服务,使网络用户对二者提供的服务产生混淆,构成不正当竞争。故判决维持了一审判决。

【典型意义】社交网站是新兴的网络商业模式,它在给互联网用户提供便利的同时,也引发了有关互联网行业竞争秩序方面的种种问题。本案被誉为“社交网站竞争第一案”,受到广大网络经营者、网络用户和媒体的广泛关注。在本案中,法院确定了具有一定知名度的社交网站构成知名服务,其网站名称可以作为知名服务的特有名称受到《反不正当竞争法》保护的原则。本案的处理结果规制了社交网站的竞争秩序,对网络经营者具有一定的示范效应,起到了促进互联网行业规范有序发展以及进行合法、正当竞争的法律效果和社会效果。

二、知识产权行政案件(2件)

No.8 “卡斯特”商标三年不使用撤销行政纠纷案

李道之为“卡斯特”商标(即涉案商标)的商标权人。2005年7月,法国卡斯特公司兄弟股份有限公司(以下简称法国卡斯特公司)向国家工商行政管理总局商标局(以下简称商标局)申请撤销涉案商标,商标局决定撤销涉案商标。李道之不服向国家工商行政管理总

局商标评审委员会(以下简称商标评审委员会)申请复审。商标评审委员会作出了撤销商标局决定、涉案商标予以维持的决定。法国卡斯特公司不服,向北京市第一中级人民法院起诉。

一审法院维持了商标评审委员会的复审决定。法国卡斯特公司不服向北京市高级人民法院上诉,二审法院判决驳回上诉,维持原判。法国卡斯特公司不服向最高人民法院申请再审,最高人民法院认为,只要在商业活动中公开、真实地使用了注册商标,且注册商标的使用行为本身没有违反商标法律规定,则注册商标权利人已经尽到法律规定的使用义务,不宜认定注册商标违反该项规定。因此裁定驳回了法国卡斯特公司的再审申请。

【典型意义】李道之与法国卡斯特公司“卡斯特”商标之争涉及重大的市场商业利益,双方之间具有多项诉讼,本案涉及到商标权的存撤,是双方争议的基础,同时又由于本案涉及“三年不使用撤销”中的真实使用和合法使用等存在争议的要件判断,因此影响较大。最高人民法院在裁定中明确了“三年不使用撤销”制度的立法目的在于激活商标资源,清理闲置商标,撤销只是手段,而不是目的。只要在商业活动中公开、真实的使用了注册商标,且注册商标的使用行为本身没有违反商标法律规定,就不应撤销。针对合法使用问题,最高人民法院特别指出商标使用合法与否的评判规范仅限于商标法律规定,使用商标的经营活动是否违反其他方面的法律规定,并非《商标法》第四十四条第(四)项所要规范和调整的问题。

No.9 “抗β-内酰胺酶抗菌素复合物”发明专利无效案

广州威尔曼药业有限公司(以下简称广州威尔曼公司)是“抗β-内酰胺酶抗菌素复合物”发明专利(即本专利)的专利权人。针对本专利,北京双鹤药业股份有限公司(以下简称双鹤公司)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)提出无效宣告请求。专利复审委员会作出第8113号无效宣告请求审查决定(以下简称第8113号决定),宣告专利权全部无效。广州威尔曼公司不服此决定,向北京市第一中级人民法院提起行政诉讼。北京市第一中级人民法院一审判决维持第8113号决定。广州威尔曼公司不服一审判决,向北京市高级人民法院提起上诉。二审法院判决撤销一审判决以及第8113号决定,判令专利复审委员会重新作出无效宣告请求审查决定。双鹤公司不服二审判决,向最高人民法院申请再审,最高人民法院裁定提审本案。

最高人民法院判决撤销二审判决,维持专利复审委

员会无效决定及一审判决。

【典型意义】本案系我国医药领域内具有较大影响的一起专利行政纠纷案件,涉及该领域内的诸多典型法律问题,广受业界关注。再审判决就复方制剂产品专利的创造性认定、权利要求解释以及《专利法》规定的授权标准与相关行政法律法规中有关药品研制、生产的规定相互关系和专利说明书的撰写等法律问题,给出了重要的指导性意见。本案判决对于医药领域的专利申请、审查和保护均具有重要的指导意义。

三、知识产权刑事案件(1件)

No.10 非法复制发行计算机软件侵犯著作权罪案

被告人鞠文明在无锡市信捷科技电子有限公司工作期间,未经公司许可擅自下载了该公司的OP系列人机监控软件V3.0等软件。后于2008年8月与被告人徐路路、华轶合谋后,共同出资成立无锡市云川工控技术有限公司,用其非法获取的上述OP系列人机监控软件生产与信捷公司同类的文本显示器以牟利。2008年12月至2010年10月间,三被告人先后生产并向多家单位和个人销售了文本显示器共计2045台,销售金额计人民币448465元。2010年10月21日,三被告人被抓获。2010年11月下旬,鞠文明、徐路路在被公安机关取保候审后,伙同他人又以无锡市云川电气技术有限公司的名义生产、销售上述文本显示器计114台,销售金额计人民币25200元。

法院经审理后认为,被告人鞠文明、徐路路、华轶以营利为目的,未经著作权人许可,复制发行其计算机软件,情节特别严重,其行为已构成侵犯著作权罪,依法判决被告人鞠文明、徐路路、华轶犯侵犯著作权罪,分别判处有期徒刑三年并处罚金12万元、一年六个月并处罚金8万元、一年六个月缓刑两年并处罚金5万元,没收违法所得及犯罪工具等。

【典型意义】本案为认定事实复杂、审理难度较大的侵犯计算机软件著作权犯罪案件。本案判决通过对被控侵权软件与权利人软件的程序比对,并结合被告人擅自下载权利人软件的事实,依法认定了被告人的犯罪行为,并以软件价值为主的侵权产品整体销售价格计算非法经营额,以此定罪量刑,加大了对此类较为隐蔽的知识产权犯罪行为的打击和惩处,具有较好的审判指导意义,并取得了良好的社会效果。●

人文万象



考察团成员拜访英国伦敦律师公会

他山之石

●文/黄 绮

栏目组稿人:洪亮 hongliang1224@hotmail.com

开阔眼界 增进交流 加强合作

——2011 上海律协考察团对德国、英国律师协会与律所进行考察

2011 年的金秋时节,9 月 1 日至 10 日,上海市律协考察团由市律协副会长陈乃蔚带队,携市律协副会长黄绮、上海华亭律师事务所主任许强、上海九州丰泽律师事务所主任陈刚及市司法局黄立群处长一行,开始了对德国与英国的律师业考察之行。

一、德国法兰克福律师协会的参观考察

9 月 1 日清晨,考察团一行从上海浦东机场出发,经停迪拜转机后,于子夜时分到达了德国法兰克福。9 月 2 日一早我们就应邀来到了德国法兰克福市律师协会拜访。法兰克福市律协办公地是坐落在市中心的一幢古色古香的小楼,协会主席、两位副主席及理事等一行 5 人一起接待了考察团成员。双方落座并相互介绍后,德国方面首先欢迎上海考察团的到来,感谢上海律协安排了这次双方相互了解的绝佳机会。接着,陈乃蔚副会长作为考察团团长首先向对方介绍了上海律师的概况,还特别介绍了外国所在上海设立分所的情况:目前外国所在上海的数量已达 135 家,已经超过了北京(约 80 家),这充分说明了上海在

中国的中心地理位置和金融、经济中心的地位。特别是近年来不少德国知名企业在中国投资,由此,中德两国律师同行也有了更多合作及交流的机会,也由此促成了本次考察访问的成行。

陈副会长亲自向法兰克福市律协主席递呈了上海市律协会长盛雷鸣的亲笔信,并转达了盛会长希望能够与法兰克福律协就上海年轻律师的境外培养项目进行合作。陈副会长进一步阐述了上海律协派遣年轻律师赴德学习的宗旨与设想,并表示派遣年轻律师赴国外律师事务所实习,这是本届律师协会工作计划安排的实事之一,是一项十分重要的工作,目的是为了年轻的律师了解国外律师业以及律师事务所,学习境外律师先进和完善的法律服务技巧和方法等。法兰克福市律协副主席 LAUDA 先生肯定了这是一个很好的想法,可以让德国做中国业务的律所接受派来德国的中国年轻律师,并请杨晓冰女士具体谈谈想法。杨女士是来自中国北京的德国律师,任职于一家德国律师事务所,主要做德国与中国间的投资法律业务。杨女士肯定地表示,在德国有不少律所正在做或者想要发展中国律师业务,这类所应该会有兴趣接受来自中国的律师,这对双方都是有帮助的。陈副会长也表示会

对派往德国的律师背景情况向德国方面作个介绍,便于根据不同情况作出合适的安排与落实。双方并就可能涉及的费用、时间等细节问题略作了些讨论。法兰克福市律协主席盛情邀请上海市律协派员参加法兰克福市今年 12 月上旬将要举行的一个关于中国法律实务的研讨会,并希望出席者能进一步在研讨会上对上海市律协派律师到德国律所工作的项目有所介绍,便于法兰克福市律协具体落实这个项目。陈副会长表示一定将此信息带回上海市律协,并对法兰克福市律协愿意推荐这个项目给德国律所表示感谢,同时希望德国方面能在 12 月份之前就此事能有个初步回复意见。

法兰克福市律协主席接着向考察团成员介绍了法兰克福市律师协会的情况。该协会目前有 17500 名注册律师,35 名协会工作人员,管辖着法兰克福市以及黑森州的城市范围内的律师。法兰克福市的律师数量在德国是占多数的,反映了其经济地位。法兰克福市的律师能够处理世界上所有的法律问题,外省市的律师经常会来该市寻求专门法律问题的咨询意见。根据 WTO 的规定,法兰克福市允许外国律师来本地开设事务所,并在本地以律师名义从事执业行为。他同时介绍说,法兰克福市的律师协会主

要的工作是为中小型律所提供服务,包括帮助培养年轻律师,提供咨询服务等,因为大型律所往往自身有能力应付包括培养律师开拓业务在内的各项工作。

会晤中,上海市律协分管女律师和宣传工作的副会长黄绮向对方介绍了上海女律师的工作,介绍了上海女律师这几年在数量上的猛增以及工作业务上的大发展。黄副会长还向对方宣传了上海律协的“东方律师”网和《上海律师》杂志,引起了对方浓厚的兴趣。法兰克福市律协也交流了他们协会的网站及其功能,并介绍在他们便签信纸的顶头有一行图像,这就是他们网站中的各种咨询功能的宣传图片。同时表示,以后他们会再加上一个国际合作链接,并放上上海律协的网址,让德国律师可以直接进入上海“东方律师”网,了解上海律协的相关信息。受此启发,黄副会长也表示,回去后也可以考虑在“东方律师”网上增加“国际合作”栏目,及时反映过去与现在上海市律协与世界各地律协建立友好联系与沟通的各类情况和信息。

上海市律协特邀工作委员会主任许强律师介绍了上海律协本届邀请了在上海的外国律师事务所代表处加入特邀工作委员会的创新做法,介绍了特邀工作委员会的性质与功能在于让驻沪的外国律师以观察员的身份了解中国的法律及律师制度,交流和传递国外律师业的相关信息,为中国和国外律师的交流搭建平台。同时,许强律师还向对方问及在德国的外国律师是否可以加入法国律师协会的问题。法兰克福市律协副主席 LAUDA 先生明确回答说:在德国的外国律师可以成为德国律协的正式会员,而不是特邀会员。在被问及外国律师是否可以在德国解释德国法律时,LAUDA 先生告知:只有在欧盟获得律师头衔的,才可以解释德国的法律以及其他欧盟国家的法律。同时,LAUDA 先生还向考察团



考察团成员与德国法兰克福市律协主席等出席人员合影

一行介绍说,在德国律协的会员都是以律师个人名义注册成为会员的,律师事务所都只能在法院注册成立,律所不是律协的会员,这个做法不同于中国的律所都是律协团体会员的做法。

上海九州丰泽律师事务所主任陈刚律师也交流了该所曾聘请外国律师作为外国顾问的一些工作经验和感想,并表示希望德国的律师能够到该所进行工作交流,可以是短期的访问,也可以是长期的合作。

座谈之后,双方合影留念并互相交换了礼品。中午,法兰克福市律协主席邀请考察团一行在古老而又经典的歌剧院共进午餐,宾主交谈甚欢,临别相约尽快开始双方的实质性合作项目。尽管考察团成员们是带着整整一天长途飞行的疲劳开始的这段公务活动,但大家都感到精神亢奋,对交流中双方得到的信息和为我们能够顺利开展与法兰克福市律协开展合作项目的成功而欣慰,暂时忘却了旅途的劳顿。

二、英国伦敦英格兰及威尔士事务律师公会及两个律所的拜访经历

(一) 拜访英格兰及威尔士事务律师公会

考察团的第二站行程安排到了英国伦敦,9月7日,考察团一行首先拜访了英国伦敦市英格兰及威尔士事务律师公会。上午10点,考察团一行准时来到了英格兰及威尔士事务律师公会,接待我们的是该会副会长 Lucy Scott-Moncrieff 女士、国际部主任 Julia Bateman 女士以及亚太区顾问于准先生。出生于中国的



考察团团长陈乃蔚与德国法兰克福市律协主席交谈

于先生也是这次与上海市律协外事部具体安排考察团一行赴英国考察行程的人员。

英格兰及威尔士事务律师公会副会长 Lucy Scott-Moncrieff 女士首先向考察团成员介绍了英国律师分出庭律师和事务律师两种,事务律师一般不出庭,只是和出庭律师进行合作,以及做非讼业务。但近年来,事务律师也开始出庭了,事务律师和出庭律师两者有融合的趋势。作为事务律师公会,主要职能是作为行业的监管和利益的代表。为了实现律师公会对律师的监管职能,同时又避免被英国政府认为律师公会作为律师利益代表的利害冲突问题,在英国律师法案颁布之前,律师公会内部就成立了一个监管局,使得公会内部有了专门的律师监管部门,以实现对其的监管功能。她向我们介绍说,英国律师法案打算在今年10月之后颁布,规定允许非律师投资律师事务所,这对律师业将会引发不小的震动,大家都在静观其变。

陈副会长也向英国同行谈及中国律师业对业外投资目前法律是不允许的,官方持谨慎态度,我们将会关注英国律师法案该类规定出台后对律师业引起的

变化。陈副会长还介绍了中国律师业这些年来的若干变化情况,诸如事务所组织形式的变化,投资人成分的变化,合伙律师事务所中有限合伙的探索问题。此外,近年来有个很大的变化就是在中国律协对待外国律师事务所代表处设立的态度和政策变化上,随着中国政府政策的日益宽松,中国与国际间交流的扩大,外国所在中国大城市设立代表处及办事处的数量正日益增多。所以,上海市律师协会也率先在中国首先成立了特邀律师工作委员会,以此研究和推进中外律师的交流工作。顺着陈副会长的话,特邀委员会主任许强律师也向对方介绍了上海特邀律师公会的情况及上海律师与外国律师的交流情况,并表示希望英国威尔士在中国设立的代表处也能积极加入成为特邀会员。

Lucy Scott-Moncrieff 女士听了中国同行的介绍后,表示欣赏上海的做法,她认为伦敦是英国的法律之都,所以必须要有开放的态度,支持律师进一步地进行国际间交流。陈副会长接着表达了这次英国之行的另一个目的,希望上海和伦敦的律师事务所有更多的交流,希望伦敦的律所能够接受上海的年轻律师来短期工作与交流,并向英格兰及威尔士事务律师公会转交了上海律协盛雷鸣会长的亲笔信。Lucy Scott-Moncrieff 女士表示这是个非常有意义的想法和建议,他们需要和伦敦的律师事务所具体讨论细节,看以何种合适的方式来进行这类交流与合作,达到双方共赢的目标。

在融洽交流的气氛下,双方还谈到了两国律师及律师业发展的共性与不同点。Lucy Scott-Moncrieff 女士介绍说,目前英国约有 14 万左右事务律师和 3 万左右出庭律师,事务律师的运作模式更像是公司化的,而出庭律师多为个体化的。相对而言,出庭律师收入上的两极分化更为明显,贫富较为悬殊。比较起陈副

会长介绍的中国全国有 17 万律师的数字来看,目前两国的律师人数相当,但若论律师占全国人口的比例来说,中国律师的比例目前远远低于英国律师占全国总人口的比例了,由此可见,

中国的法律服务市场对中国律师来说有着极大的机遇和挑战。

Lucy Scott-Moncrieff 女士还介绍说,律师要求加入英国律师公会成为会员是没有国籍要求的,英国律师公会每星期都会举行律师入职仪式。律师公会欢迎律师参加成为会员。公会吸引律师的理念是:开放、欢迎。英国律师公会已经在律师心目中有了很好的品牌和口碑,律师公会也时时把服务律师作为工作的基本出发点,正如公会工作人员的名片所印的“Supporting solicitors”(支撑律师),这是公会工作的宗旨。

交谈之后,考察团成员跟随 Lucy Scott-Moncrieff 女士参观了英格兰及威尔士事务律师公会的办公室、图书室和接待中心等,经典的建筑、英国传统的内部装饰风格给大家留下了深刻的印象。

(二) 拜访英国 trowers & hamlins llp 律师事务所

从律师公会出来,考察团一行来到了 trowers & hamlins llp 律师事务所,这是一家在英国属于中等规模的综合性律师事务所。事务所有 25 个合伙人,总部设在伦敦,在英国曼彻斯特、埃克赛特以及伯明翰有 3 个分支机构。事务所主要业务为中东业务,在中东的阿曼、阿布扎



考察团一行参观英国伦敦英格兰及威尔士事务律师公会接待中心

比、迪拜、巴林、埃及以及沙特阿拉伯等地设有 6 个分支机构,员工共超过 150 人,并自 1960 年起,在巴林的办事处一直担任巴林政府的顾问。事务所在英国本土和在海外的业务收入各占 50% 左右。这家律师事务所地处伦敦金融区,有着相当好的地理位置和景观视野。

该所对中国考察团的到来非常欢迎和重视,事务所的高级合伙人 Jonathan Adlington 先生率领三分之一的合伙人出面接待并与考察团成员举行座谈,还专门为考察团一行制作了中英文对照的 ppt 和书面材料。

座谈介绍分成了若干个专题:国际部合伙人 Nicholas Edmondson 先生首先介绍了该所的对英国内部投资法律业务,主要是处理境外客户到英国投资,他们帮助许多中东的富商到英国来投资,积累了许多中东客户关系,目前正设法拓展远东业务。主要业务领域为:房地产、基础设施、私募股权、设立公司与合资企业等。中东业务的收入占到了整个事务所收入的 25%。

负责律师事务所管理的合伙人 Christopher Munday 先生给考察团成员介绍了整个律师事务所的管理工作,并着重阐述了律所管理中的风险管理问题,



考察团一行拜访英国 trowers & hamlins llp 律师事务所



考察团成员与英国 trowers & hamlins llp 律所合伙人交流

他们认为风险管理对事务所来说非常重要,而且风险管理的重要性需要整个事务所从合伙人到律师每个人的充分重视与认识上的接受。这种让大家接受的重要一点在于律所对审查的态度,审查不是为了责难员工,但不责难不等于不处理,而在于把错误公开、尽早解决。做好风险管理工作首先是要完善管理的程序性,有许多风险管理工作是事务性的,虽琐碎但重要。风险管理时,律所会涉及专门的计算机系统程序,每个案子立案后,系统会自动列出风险评估清单,相关数据与信息录入后,系统会作出各种风险提示。风险评估中最主要的内容是利益冲突问题。事务所会对每个案子与每个客户进行风险评估,并会有专门的流程审看评估记录,定期检查。通过这种努力,可以让事务所达到国家管理标准(Lexcel标准)。律师公会会有专人每年审计律所是否达到这个标准,而事务所本身也非常欢迎这种外在的审查,审查人有权随机抽取各类事务所的文件以做核查之用。目前该所的英国总部已经达到了Lexcel标准,海外分支机构还未全部达标,他们在进一步地努力中,参与达标的过程会对事务所的制度建设有着很大的帮助。

国际部主管、合伙人 Martin Amison 先生向考察团一行谈起了“中国与中东——法律服务”的主题,他认为在中东有许多中国公司和中国业务,中国业务的量而且非常大,2010年,中东和北非地区(MENA)对中国的贸易顺差达到20亿美元。石油化工产品、石油和天然气交易正推动着变化后的彼此关系。随着中国与中东贸易的迅速增长,相关企业需要律师提供各方面的法律意见,这就使得我们这个做中东业务的律所也将会和中国律所之间的合作机会日益增多。

非常巧的是,当天正是 Martin Amison 先生加入 trowers & hamlins llp 律师

事务所 30 周年的纪念日,让人感慨的是,在这个所的 25 个合伙人中,像 Martin Amison 先生这样所龄在 30 年以上的人还不在少数。

(三) 拜访英国 ALLEN & OVERY 律师事务所

从 trowers & hamlins llp 律师事务所出来,考察团一行接着又去拜访了一家英国著名的规模大所——ALLEN & OVERY 律师事务所,这是一家国际性律师事务所,成立于 1930 年,拥有约 4750 名员工,其中合伙人 480 名,在全球 38 个中心城市设有代表处,超过 70% 的业务涉及跨境法律服务。该所设有中国业务团队,由逾 200 名全球各地律师组成,在北京、上海、香港、伦敦、纽约和悉尼等办公室均有团队成员。该事务所协助欧洲、亚洲、北美和中东地区的公司、银行及金融投资者实现其在中国的商业战略。此外,也为中国知名公司与金融机构提供关于境外投资的法律意见。中国银行、中国国家开发银行、中国进出口银行及中国人寿等 20 余家中国重要单位都已成为了 ALLEN & OVERY 律师事务所的中国客户,可见该所在中国乃至全球的影响力。

走进 ALLEN & OVERY 律师事务所,整个大楼就是该所的伦敦总部所在地,按照国内的概念这完全就是一个大型企业的所在地了。它有自己的大堂接待、有专门的进出门卡,进入大楼,随着电梯的上下,你可以感觉到有非常多的部门和办公室正在有条不紊地工作着,就是以这样的规模和节奏,事务所每年的律师业务创收高达 11 亿英镑。

在一间大会议室里,负责中国业务的合伙人及团队部分成员和考察团成员一起交流了 ALLEN & OVERY 律师事务所的中国业务与发展。交流中,令考察团一行印象深刻的是该所负责文件系统及档案管理的合伙人 Ruth Ward 女士,她



考察团一行在英国 ALLEN & OVERY 律师事务所听取介绍



考察团成员与英国 ALLEN & OVERY 律师事务所律师合影

原来是专做银行法律业务的律师,多年前就已经不对外承接业务了,而是带领着一支团队专门开发有关法律文本业务的软件。该软件能够根据具体的客户需求,在输入客户信息及有关情况之后,为该客户提供一整套相关法律意见书或其他文件。这也是这家事务所在业务经验积累到相当程度后的一个提供规模化、集约化服务的科技结晶成果的体现。

座谈之后,考察团成员被邀请到该所的顶楼观景台俯瞰伦敦概貌,大家并以著名“子弹头”形状的伦敦金融中心以及其他著名建筑为背景,拍摄集体照片,留下了中英律师交流的美好纪念。

整个德国与英国的考察之行,让考察团成员受益匪浅,收获了异国律师的工作经验,交流了三地律协工作的感受,领略了这两个欧洲著名国家的风景名胜,留下了美好与难忘的回忆。●

微·Talk

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

上海律师辩论大赛及法治作品表演赛妙语集萃

■闵行弘闵队半决赛开场白——

我们这支队伍就如同足球场上的巴萨队,我们不乏“明星球员”,但更讲究的是整体作战,因为这是一个集体的比赛项目。而今天我们的对手是由各区县选拔出来的全明星联队。虽然他们自称为“复联队”,但是我想妇女能顶半边天,“复联”能顶一片天,所以我更相信他们是众星云集的皇马队。虽然巴萨和皇马的比赛结果我不知道,但是我绝对相信,今天我我双方会以一场精彩的比赛来带给大家一场思辨的饕餮盛宴。

我们知道现在流行唱红歌,而今天我们就借用毛主席的诗词,以朗诵红诗的形式来为各位介绍一下我们的队员。首先,一辩,邹娟娟,绵里藏针,如此多娇,无数英雄竞折腰;二辩,沈奇艳,犀利如刀,女子奇志,武装更比红妆俏;三辩,秦仲嘉,从容似水,尊前谈笑,独有英雄驱虎豹;队长,蒋晨,胸兵百万,立马横刀,欲与天公试比高。激扬文字,挥斥方遒,数风流人物还看今朝!

(闵行弘闵队四辩:蒋晨)

■没有在各个层面给予弱势群体的特殊保护就没有法律的公平正义!没有在各个环节对弱势群体的倾斜关注就没有法律的人权保障!没有在实践中对弱势群体的另行兼顾就没有法律的良善之光!

(宝山青联队三辩:李香武)

■律师这个群体和辩论有着不解之缘。是技巧之辩,也是真理之辩,展现的不是终极真理,有时空的范围。

(上海市恒信律师事务所:鲍培伦 律师)

■审判独立是实现司法公正的基础,是维护权威的前提,是司法公信力的源泉,是实现法治的真谛。

(闵行弘闵队三辩:秦仲嘉)

■我方认为男女平等就是制度上一视同仁、自然差异上区别对待,使他们都能不依附于他人而实现其权利义务。亚当和夏娃是两个要穿越高山大河的旅伴,追求着他们各自和共同的理想,只有协力同心才能到达幸福的彼岸!在旅途中有一个恶魔叫社会歧视,手下有3只戴着面具的狡猾狐狸想将他们引向歧途。大狐狸叫离间!他说只有你们俩平分了行李才能平等。它的面具叫做实质平等;二狐狸叫欺骗!他说夏娃身体弱让亚当背吧,走着走着,夏娃的双脚再也不能落地了。它的面具叫做男强女弱;三狐狸叫诱惑!他说夏娃已经不能走路了,你让亚当把他的行李给你,让他自己走吧!它的面具叫做倾斜保护。听从了任何一条谎言,他们的旅途就到了尽头。或许分得了对方的行李,却失去了平等。而要识破恶魔的诡计有一件法宝,就是《婚姻法》司法解释(三),它有两大神力:第一是一视同仁,它鼓励夏娃和亚当要共同承担家庭的责任,齐心协力共渡难关;第二是对自然差异区别对待,它给夏娃穿上一件外套能够和亚当一起面对风吹雨打、艰难险阻。靠着《婚姻法》司法解释(三)的指引,亚当和夏娃实现了平等、找到了幸福,而大狐狸吓得没了影、二狐狸吓得丢了魂、三狐狸吓得没了命。综上所述,我方认为《婚姻法》司法解释(三)有助于实现男女平等。

(黄浦知言队四辩:韩正)

法治作品表演赛精彩台词:

■徐汇区律工委《下一站幸福》:

作为一个女人,有谁愿意成天在外面风里来雨里去地奔波?有谁愿意被加班和压力催得日渐憔悴?半夜被困在没有电梯的工地上,有谁不会害怕?每天晚上加班回到家,看着早已熟睡的孩子,只能想象着她笑的样子,她依依呀呀的声音,又有谁不觉得心酸?可是,我们选择了律师这个职业,就必须收起自己的柔弱与温情。我们的当事人将他们的心血、命运甚至身家性命都交付给了我们,我们又怎能不为这份沉甸甸的信任而负起十二分的责任呢?

■浦东新区律工委《现代包公审案》:

加名不加名,本是小事情。丈夫不加名,肯定有花心。花心怎么办,看我老包主演的铡美案:姑且念你初犯,判你终生回家烧火做饭。

■长宁区律工委《上钩》:

我们是法律的维护者和践行者,是老百姓的护航者,我们的工作就是为了老百姓和当事人的生命财产安全,所以我做的只是我的职责而已。

■黄浦区律工委《起飞》:

我们女律师都是从这条路上走过来的人。我也曾经迷茫过、犹豫过,一度也曾想放弃,但是律师这个职业毕竟承载着我们年少时的梦想。这样的梦想是能随意割舍的吗?律师的承诺带给当事人的是镇定和放心,这就是律师价值的体现,这不就是当初我们选择律师这份职业的初衷吗?

乐·Life

●文/吴刚

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

新型旅游攻略



笔者喜好旅游但绝算不上是旅游达人,只是经常琢磨些非常规旅游之道,供广大同仁们分享。

律师平时工作压力极大,闲暇之余出去放松一下非常有必要。律师阶层有其特点:50岁以下即便不是海归,英文一点不会者也很少。而且平时出差多,走南闯北、见多识广,这些都是旅游中的优势。

一、参加境外旅行团,体验全新感受

上车睡觉、下车看庙加拍照。这是对国内旅行团行程之写照;欧洲游一个行程要跑六、七个国家,主要时间就是坐车,到处走马观花,间或还要遭受某些不肖导游的暗算;花样百出的购物和付费项目。我第一次境外游是去澳洲,悉尼的导游居然把免费项目当收费项目,受伤后回来网上一查,悉尼导游的恶形恶状业内早就出名。

2009年本人有幸参加了一次香港捷旅(JETOUR)组织的迪拜游,给我留下了深刻而震撼的印象。这次行程可以说的绝对的豪华游:全部入住当年全世界排名前50位的7星级酒店:帆船、亚特兰蒂斯、沙漠、皇宫(当时迪拜塔还在建设中)。全部费用才29000港币。说实话迪拜并无多少人文和自然风光,唯一的特色就是奢华。迪拜是落地签证,所以大陆团员到香港集中后和其他团员一起出发无任何技术上的难度。

帆船酒店是全世界酒店控的必去之地。我们住的标房有180平方米,上下复式,门外有管家随时服务。一套Heermes的卫生洗漱用品包括香水、拖鞋都是奢侈迷的最爱;二楼全海景的卧房,英国的床上

用品、自动升降的电视屏幕;还有硕大的浴缸,在里面泡澡就似梦幻般的享受。名声在外的海底餐厅也去光顾了一下,为了这顿晚餐还穿了套西装、打起了领结,8000元的花费也在预料之中,但味道未见得好到哪里去,那道浓汤感觉像加了盐的巧克力汁,我的比喻引来了团员们的哄笑。

亚特兰蒂斯酒店当年开业花费2000万美元的烟火表演已经令全世界为之瞠目结舌。整个酒店的主要墙体就是一个巨大的水族馆,规模之大可谓无以伦比。我从酒店楼上往下望去,只见一头小鲸鱼在水里悠闲的游着。

皇宫酒店的大堂用了50吨黄金,是不折不扣的金碧辉煌。四周的橱窗都是来自全世界的古董,其中不乏中国的文物。

沙漠酒店顾名思义是建在沙漠中,其异国风情尤其是在帐篷里举办的阿拉伯晚宴和惊艳的阿拉伯美女令人流连忘返。

整个行程没有任何付费项目(海底餐厅除外),香港导游兢兢业业、任劳任怨,虽然普通话蹩脚但是很努力,如果没有特殊签证的问题,参加境外尤其是香港的旅行社组织的旅游绝对是有品质保障的。香港旅游发展局对旅行社的管控监督非常严格,投诉处理也很及时,建议大家可以尝试一下。

二、境外自由行,全程 DRY

当今世界互联网如此发达,足不出户就可以通过网络在全世界预订酒店、租车和购机票。中国游客也是全世界公认最有消费能力的,所以办理各国的旅游签证易如反掌。比如美国签的都是一年多次往返的签证,欧洲根据申根协议签一个国家

的签证可同时在25个欧洲国家通行无阻。还有很多旅游产品,如RCI的分时度假、雅高卡等在国内都有销售,游客无需依靠任何旅游公司便可周游全世界。

境外自由行首先要查阅网上的旅游攻略,设计出符合自己的行程。很多旅游达人的经验非常宝贵,对游客很有帮助。比如欧洲游到了法国巴黎,我们就借鉴了他们的做法,不再自驾而是选坐地铁,并事前研究了巴黎如迷宫般地铁线路,不仅快速便捷而且随心所欲。行程确定后就是购机票和订酒店,全球订房网(HRS)、雅高卡、RCI都有类似的功能,机票订的越早越便宜。飞机到了目的地后租车是必不可少的,一般在飞机场附近都有Hertz等租车公司,在中国就可预定,但驾驶证必须事前办好公证。我们在夏威夷租的野马红色敞篷车,租金才每天38美元,驾驶它飞驰在夏威夷那如画般的海岸公路上,聆听着耳边巨大的引擎轰鸣声,是何等的惬意。现在很多外国租车公司居然有了中文的导航仪服务,可见老外多会做生意!

我们在夏威夷Kauai岛上订的全世界著名的高尔夫球场——普林斯威尔Princeville度假别墅风光秀丽、景色宜人。大伙每天早上到超市里采购,那里的食品非常便宜;上午划独木舟、徒步旅行,或坐游艇去不知名的海岛和海豚嬉戏,与海龟共舞;下午在Poipu海上游泳潜水,同热带鱼亲密接触。这些感受都是常规旅游所无法想像的。

有句话说的好:生命就该浪费在美好的事物里。希望我所介绍的这些另类的旅游方式能够让你走出案牍,融入到大自然的美丽怀抱中。●

(作者单位:上海市中夏旭波律师事务所)



中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会

China International Economic and Trade Arbitration Commission Shanghai Sub-Commission

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

仲裁示范条款:

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

MODEL ARBITRATION CLAUSE

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

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

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

新法速递 《 律师业务资料 》 目录 2012年第5期

上海篇

- 1.上海市人民政府:持有《上海市居住证》人员申办本市常住户口办法
- 2.上海市人民政府办公厅:上海市食品摊贩经营管理暂行办法
- 3.上海市财政局:上海市市本级国有资本经营预算支出管理暂行办法
- 4.上海市规划和国土资源管理局:关于贯彻实施《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》的若干意见
- 5.上海市城乡建设和交通委员会等:关于上海市沿街面商品住房阳台建设要求的意见
- 6.上海市城乡建设和交通委员会:城市生活垃圾分类设施设备配置导则(试行)
- 7.上海市城乡建设和交通委员会:上海市建设交通系统应急联席会议联络员工作办法
- 8.上海市工商行政管理局:上海市工商行政管理局推进网络经营企业网上亮照工作规则(试行)
- 9.上海市食品药品监督管理局等:举报有功人员奖励办法
- 10.上海市食品药品监督管理局:食品安全地方标准管理办法
- 11.上海市物价局等:上海市游览参观点门票价格管理办法
- 12.上海市司法局:关于新增实行“告知承诺”行政审批事项等工作的通知
- 13.上海市高级人民法院:上海法院着力推进司法公开的实施意见
- 14.上海市高级人民法院:上海法院关于规范法律适用、推进法律适用统一的若干意见

全国篇

【诉讼法】

- 1.最高人民法院:关于人民法院为防范化解金融风险 and 推进金融改革发展提供司法保障的指导意见
- 2.最高人民法院:关于国家赔偿案件立案工作的规定
- 3.最高人民法院:关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定
- 4.最高人民法院、最高人民检察院、公安部:关于依法严惩“地沟油”犯罪活动的通知

【民商】

商务部令:进出口许可证证书管理规定

【公安】

公安部令:中华人民共和国普通护照和出入境通行证签发管理办法

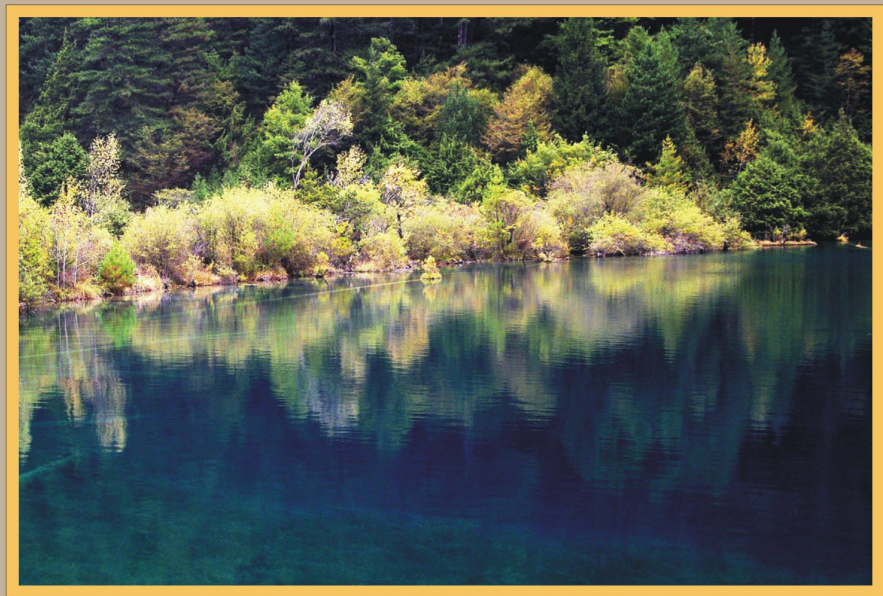
【财税】

- 1.财政部令:事业单位财务规则
- 2.财政部、国家税务总局:关于应税服务适用增值税零税率和免税政策的通知
- 3.财政部、国家税务总局:关于证券机构技术和制度准备完成后个人转让上市公司限售股有关个人所得税问题的通知

【其他】

国务院办公厅:关于积极稳妥推进户籍管理制度改革的通知

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



《静海倒影》 摄影：黄坚平 律师