

上海市律师协会 主办



SHANGHAI
LAWYER

卷首语 加强法律共同体建设共筑
社会主义法治大厦/陈旭

法律咖吧 畅议青年律师最低工资保障
/李旻 胡光 尹燕德 桂芳芳



聚 焦 · 思 辨 · 感 悟 · 互 动



上海市律师协会特邀会员入会仪式

2012年6月29日



专题研究

追究视听网站刑事责任问题研究 / 马远超

聚 焦

开律师行业创新管理之先河

——上海律协举行特邀会员入会仪式/思源



6月14日,上海市人大常委会委员、内司委主任委员杨全心,人大内司委主任委员助理郭盛,市人大代表倪正茂、陈晶莹、安培等一行10人来到市律协调研,听取律师对法律监督工作的意见和建议。



6月28日,市人大财经委主任委员袁以星、副主任委员任连友、委员季晓东等一行9人到市律协调研本市律师服务业发展情况。

5月24日,长宁区人民法院院长邹碧华、副院长恽秀范等一行5人来到市律协,就律师参与“化解信访矛盾”、“诉调对接”等情况进行调研,听取律师反馈意见。



6月8日,由OSR法律教育机构主管凯罗琳女士带队的荷兰律师代表团一行10人来访市律协。双方就成为执业律师所具备的条件、律师收费、全职律师和兼职律师的区别、律师执业的地域性以及特邀会员的相关问题进行了讨论与交流。



6月26日,由四川省律师协会副会长彭健带队的四川省律师协会考察团一行造访上海市律协。双方就律师执业环境、执业纪律等工作交流座谈。



加强法律共同体建设 共筑社会主义法治大厦

上海市人民检察院检察长 陈旭

今年恰值上海律师公会建立 100 周年,这在中国律师制度乃至中国法治建设的发展史上都具有重要的纪念意义。在此,我要借《上海律师》杂志向上海市律师协会和广大律师致以诚挚的祝贺和问候。

多年来,上海检察机关和上海市律协建立健全沟通合作的长效工作机制,我也曾多次带队来到市律协,与广大律师进行面对面的交流,这种交流让双方都受益匪浅。我欣喜地看到,近些年来上海律师队伍取得了长足进步,对于服务社会经济发展所作出的巨大贡献,特别是在促进社会公平正义方面,律师有着不可或缺、不可替代的重要作用。正如胡锦涛同志在论述律师队伍建设的重要性中曾经指出的那样,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。可见,在中国特色社会主义法制体系当中,律师已经成为维护社会公平正义的重要力量,是法律共同体重要成员。律师作为这样一个社会的阶层,是社会法律服务的提供者,是各类社会矛盾解决的参与者、协调者、预防者。因此,不论是从社会责任还是职业特点来看都要求律师在构建社会主义和谐社会中有所作为。

律师队伍的不断进步,对于检察官队伍的建设也是一种促进。我曾多次强调,律师整体素质的提高,对于检察官非但不是一种“威胁”,反而会促使检察官不断加强学习,促进检察官队伍整体素质的提高。可以说,律师与检察官之间是一种“相反相成”的关系,我们不必忌讳在具体刑事诉讼程序中,律师与检察官



是“针锋相对”的两方,但这种“争锋相对”恰恰是实现公平正义的必要手段。这种关系是一种辩证统一的关系,犹如构建一座大厦,梁与梁之间的力总是相对的,这样才能支撑起整座大厦,而我们所构建的这座大厦正是法治的大厦。

律师和检察官都是法律共同体的成员。尽管律师和检察官分工不同,职业属性不同,甚至在具体刑事案件中还存在某种职能上的冲突,但我们依然是一个法律共同体的不同组成部分。维系这个共同体的正是对公平正义的共同追求,和对法治精神的共同认定,都以法治的最终实现作为我们共同的奋斗目标。在这个意义上,我们共同承担着重大的历史责任。因此,加强法律共同体建设具有格外重要的意义。

检察机关按照律师法的规定,支持律师依法执业,维护律师合法权益,主动

汲取律协对加强改进检察工作的意见。近来,检察机关特别重视律师对于法律监督工作的意见,不断采取新的政策和措施,改进法律监督工作。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行申诉规范性文件、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。与我们徐汇、浦东、金山、宝山、静安等 15 个基层检察院签订律师代理民行案件规范性文件,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法律监督工作的意见和建议,以更好地推进我们的工作。

在今后工作中,律师队伍和检察官队伍应该加强协作配合,建立良性互动的工作机制。严格遵守检察官法和律师法等法律有关规定,恪守法律职业道德,共同维护司法权威和司法尊严。建立互相配合,互相尊重,互相监督的工作机制,检察官和律师要相互尊重各自的职业特点和诉讼的权利,进一步加强理解、支持和协作,检察机关通过建立定期的会商制度,完善律师接待制度,依法保护律师在代理中的各项权利,为律师的职业提供方便,支持律师的依法执业,维护律师合法权利。同时,在法律监督工作上,检察官也希望建立健全长效机制,邀请律师参加我们市检察院检委会民商事专业研究小组活动,共同探讨研究同案不同判等类案监督问题,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。●



上海律师 2012 7

总第 697 期

目录

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

卷首语

- 1 加强法律共同体建设 共筑社会主义法治大厦 / 陈旭

本刊关注

- 聚 焦 4 上海律协三大新举措引领业务研究委员会制度化创新
/ 市律协业务部
- 6 社会责任重于山 律师执业为人民
——上海“万名党员律师为民服务”活动集锦 / 彭念元
- 8 转变 沟通 合作
——市律协与市监管总队建立良性互动长效机制
/ 市律协纪律部
- 10 开律师行业创新管理之先河
——上海律协举行特邀会员入会仪式 / 思源

人物·优秀律师

- 12 理念先行 追求卓越
——记“上海市优秀律师”沈国权 / 严珊珊

人物·优秀青年律师

- 16 无依无傍我自强 / 刘巍嵩

《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)



《郁金香》摄影:张宏玲 律师

上海市总工会第三届法律顾问团聘任仪式 暨上海工会职工法律援助维权服务志愿团成立仪式



5月29日,“市总工会第三届法律顾问团聘任仪式暨上海工会职工法律援助维权服务志愿团成立仪式”举行。此次受聘的20名成员中有17名上海律师。

上海“全国优秀律所”巡礼之二

19 闪亮的“金石”

——记全国优秀律师事务所“上海市金石律师事务所”/上海市金石律师事务所

法律咖吧

22 畅议青年律师最低工资保障

/ 李 旻 胡 光 尹燕德 桂芳芳

区县特写

26 把握区域特色 创新开拓发展

——记奋进中的闵行律师/闵行区律工委

共筑和谐

30 提高政治敏锐性 凸显维稳责任感

——黄浦律师以创新精神为社会提供优质法律服务/潘鹰芳

警示台

33 违规会见频发生 行业自律要强化

/ 市律协纪律委员会

法眼法语

我的败诉

34 书证物证人证充分确凿 一审判决败诉二审调解/唐逸敏

视角

37 电子商务物流保理大有可为/陈会平

律师公会百年专题报道

39 律师的足迹 城市的记忆(上)

——写在上海律师公会成立100周年之际
/ 周 武

专题研究

43 “春晚”等综艺类电视节目的著作权归属

探析/柏立团

46 从诉讼法修改看电子数据鉴定发展

/ 商建刚

48 追究视听网站刑事责任问题研究/马远超

52 游戏虚拟道具交易平台设计及其法律规制 “空想”/韩 正

53 网络服务平台责任边界的再思考/高 俊

55 第三方支付沉淀资金法律定性难题

/ 刘春泉

56 智慧城市建设中网络信息安全的法律保障 问题/矫 健

59 尊重知识产权 促进域名应用

——2011上海域名论坛综述

/ 市律协信息网络与高新技术业务研究委员会

人文万象

他山之石

62 日本律师推动公害诉讼对我国律师界的启示/丁兴锋

微·Talk

64 2011上海律师辩论赛决赛妙语精选

新法速递

封三 《律师业务资料》目录 2012年第6期

本刊关注

聚焦 ● 文 / 市律协业务部

上海律协三大新举措 引领业务研究委员会 制度化创新





上海律协业务研究委员会的主要职能是指导和组织上海专业领域律师的业务研究。业务研究委员会水平的高低影响着上海律师整体的执业素养和水平,也直接反映了上海律师整体的法律服务质量和竞争力。

九届理事会对于业务研究委员会的工作一直相当重视,力图通过制度上的创新,使上海律协业务研究委员会的工作更上一个层次,于是三大新举措应运而生。可以说,上海律协原先已有的业务研究委员会委员面向上海全体律师报名、业务研究委员会主任自由竞聘并由委员无记名投票方式选举产生等制度,已经属于全国领先的创举,而这次新出台的三项举措,更是让上海律协业务研究委员会的制度化建设迈进了三大步:

一、出台《上海市律师协会业务研究委员会活动计分规则》

上海律协原先与业务研究委员会直接有关的规则规范有两部,分别是:《上海市律师协会业务研究委员会工作规则》,用以对业务研究委员会的整体工作予以规范;《上海市律师协会业务研究委员会经费使用规则》,用以对业务研究委员会的经费使用予以规范。

在这两部规则的规范和指引下,上海律协 31 家业务研究委员会相互协作、密切联系,频繁开展了形式多样、内容丰富的活动。单单 2011 年就举办各类活动 288 次,几乎每天都有 1 次可供律师参与的活动。

2011 年 12 月 30 日,业务研究指导委员会的年终会议上,有业务研究委员会主任提出,以活动次数作为衡量业务研究委员会工作绩效的标准不尽科学,对于坚持办精品、重质量的业务研究委员会来说不够公平。为完善业务研究委员会的考核标准,应使业务研究委员会

活动所取得的成果以具体分值来予以体现。建议一经提出,委员会便委托业务部着手研究,并起草完成了《上海市律师协会业务研究委员会活动计分规则》。经过反复征询意见,于 2012 年 4 月 16 日在上海市律师协会第九届理事会第七次会议上通过。

《计分规则》共计 20 条,将业务研究委员会活动分成内部会议、公开活动、出具法律法规修改意见、疑难案例讨论、编写行业法讯等 12 项内容,而每项内容又根据不同的情况和细节,给予不同的分值,使业务研究委员会的每项活动都能对应相应分值,受到了各业务研究委员会的欢迎。可以说,理事会在短短 4 个月的时间里,完成对一部新规则的调研、起草、征询和出台,其工作效率和执著态度值得肯定。

二、业务研究网络管理系统投入试运行

一家好的律师事务所,必然相当注重它的信息化建设。一家规模化或是专业化的事务所,必然拥有一套完备的信息化管理软件。而一个好的业务研究委员会更应加紧步伐实现信息化办公模式的变革。

为紧跟时代潮流,让业务研究委员会也拥有一套完备的信息化管理软件,弥补因时代快节奏发展而自然产生的技术空白,秘书处信息技术中心与业务部从今年 1 月起就合作设计,针对业务研究委员会的工作度身定做了一套信息化管理软件——业务研究网络管理系统,除实现部分基本功能外,还开发了不少附加功能。2012 年 5 月 17 日起,业务研究网络管理系统投入试运行。

投入试运行的网络管理系统除了能够实现活动申报、业务研究委员会通讯记录查询及自动生成、研究成果直接上传

等基本功能,还能实现活动通知自动生成、发布、经费使用情况查询、活动计分情况及排行榜查询等附加功能,并将逐步开发委员律师短信群发、活动签到表自动生成、律师签到自动记录等功能。

而对于律师个人而言,也可以在业务研究委员会委员报名期间,通过《律师之家》软件完成报名,大大简化了报名的流程,节省了律师的时间。

三、杜绝浪费,经费使用模式大变革

上海律协在业务研究委员会的成立之初,借鉴同行业和其它行业专业委员会的经验,在经费使用上采取了每家业务研究委员会均分平摊的方式,但这必然会产生业务研究委员会“吃大锅饭”,实际支出与实际需求不符,年终因预算尚有结余而突击花钱等不良现象。即便近几年出台《经费使用规则》,强调对经费使用的纪律,规范和完善经费使用的审批流程,仍难免业务研究委员会活动在年终相对集中的现象。

经会长会议讨论研究决定,2012 年起,各业务研究委员会的经费将由各分管会长统筹,不再是每家业务研究委员会对预算均分平摊,而是给予举办活动多、研究成果丰硕的业务研究委员会更多的经费支持,而举办活动少、没有研究成果的业务研究委员会,甚至可能得不到经费支持。通过这一方式,又在一定程度上对业务研究委员会活动的数量和质量提出了要求。

三大举措还只是开始,本届理事会还将继续注重业务研究委员会的制度化建设,使业务研究委员会真正做到引领行业专业研究、拓展业务、专业技能交流的作用。通过这一系列创新举措,提高业委会对律师业的服务质量,进一步提升上海律师的专业技能及社会影响。●

聚 焦 ●文 / 彭念元

社会责任重于山 律师执业为人民

——上海“万名党员律师为民服务”活动集锦



根据全国律协的指示精神,上海律协于4月中旬向全市各区县律师工作委员会、律师事务所下发了《关于开展“万名党员律师为民服务”活动的通知》,要求深入推进律师行业党建工作,充分发挥党员律师在服务保障和改善民生中的模范带头作用,掀起律师行业创先争优活动的新高潮。

两个多月来,各区县律师工作委员会纷纷制定活动方案,组织以党员律师为骨干的律师团队开展形式多样的义务法律咨询活动,在律师事务所党支部设立法律咨询岗,在社区、街道设立法律服务咨询点,安排党员律师值班,满足群众面对面的法律咨询需求。开展“律师服务社区行”活动,组织律师事务所与社区居委会结对帮扶,党员律师深入社区,排查纠纷、宣传法律、为民解忧;参与社区重大、复杂、疑难矛盾纠纷调处和维稳工作;积极投入社区法律援助,为未成年人、残疾人、老年人、外来务工人员、下岗失业人员和“零就业家庭”以及家庭纠纷、邻里纠纷、物业纠纷的调处提供专业的法律帮助,依法维护社区群众合法权益,促进社会和谐稳定。开展义务“法律体检”活动,组织律师事务所及党员律师为企业,特别是小微企业提供免费法律咨询,审查劳动合同和各类经济合同,出具律师函,为企业特别是小微企业合理使用资金,形成和谐劳动关系,防范生产经营风险提供法律帮助,并推动对小微企业提供优惠法律服务的长期化,形成长效机制。

闸北区律工委组织区内劳动法专业党员律师在大宁国际广场开展“庆五一、促和谐,劳动法义务咨询”活动,通过宣传海报、宣传资料、咨询答疑帮助群众了解《劳动法》,树立维权意识,化解劳动纠纷。同时,各律师事务所通过热线电话、法律咨询岗等多种形式搭建咨询平台,方便群众就近进行法律咨询。闸北区属律师事务

所与全区八街一镇 216 个居委会签约,开展联动调解结对法律服务,为各街镇每周五司法信访窗口接访提供法律咨询服务。各律师事务所指派党员律师参与闸北区非公企业法律服务指导中心工作,面对面为企业答疑解惑;组织企业人员旁听案件庭审,增强企业法律风险防范意识;组织党员律师参与“百名律师服务千家企业”活动,通过为企业依法经营提供优质高效的法律服务来促进区内中小企业的发展。

嘉定区开展“法律服务进民营企业”活动。区律工委指派党员律师分赴本区所属民营企业,与企业负责人、管理人员进行座谈交流,了解企业法律需求,及时提供必要的法律帮助;律师还主动结合自身办案经验、法律实务,指导企业如何运用法律手段维护自身权益,帮助企业有效防范与化解法律风险;与企业管理人员及其他员工座谈交流,采取以案说法的方式,向企业宣传与生产经营管理、劳动权益保护相关的法律法规,提供义务法律咨询与法律事务指导。

浦东新区律师党委充分发挥党组织在律所建设中的“引导、凝聚、服务、保障”作用,以“六个阵地”建设为抓手,深入推动浦东律师基层党组织和党员队伍创先争优活动。逐步实现各律所党组织都有党旗、党(总)支部牌子、党员活动室、党建宣传栏、党建学习资料以及党员电化教育设备;搭建主题实践阵地,为律师党员在金融、航运、大型项目建设等领域开展业务工作创造条件;建立展示形象阵地,在律师事务所试行律师党员挂牌上岗,开设律师党员示范岗、先锋岗,在律所办公网页上公布党员名单,不断增强律师党员的号召力、影响力和凝聚力;打造培育人才阵地,开展金融、航运律师人才保障政策调研,建立有效的发展通道和激励机制;通过各种信息载体,对有突出贡献的党组织、党员进行大力宣传;

加强律师文化建设,打造团队精神,切实引导、推动律师事务所规模化、专业化发展。

闵行区司法局、律工委召开律师工作会议暨“服务创新驱动,促进转型发展”研讨会,向全区律师发出倡议,要求大力加强律师行业行风建设,严格规范律师行业监管;加强协调,不断优化律师业发展环境;探索创新海派律师文化工作机制;组织开展党员律师亮牌服务,充分展示和领略党员律师的风采。

宝山区律师党总支在友谊路街道开展“创新争优学雷锋”活动,吴坤所、银星所、亚冠所、沪港所、钱翊樑所和范仲兴所等律所派党员律师参加各自结对街镇举办的学雷锋法律咨询,受到市民的欢迎,取得了良好效果。

徐汇区律工委为律师与徐汇软件基地搭建交流平台,与软件基地企业召开法律服务专题交流会,组织12家在人事劳动、企业上市、知识产权等领域具有业务特色的律师事务所参加活动,为与会的企业代表举办“公司知识产权保护漫谈”等方面的讲座。走进漕河泾开发区,召开“漕河泾开发区企业技术创新与知识产权保护交流会”,举办《专利侵权判定的相关基准和侵权诉讼应对策略介绍》专题讲座,与企业管理人员展开热烈互动。在徐汇律师之家活动基地举办“各地法院审理建筑工程施工合同纠纷指导意见讲析”专题沙龙活动,党员律师针对建筑工程施工合同中的重点要点为现场近50位企业代表解读各地法院的特别规定,为建筑施工企业提供法律服务。

虹口区指派律师为监狱服刑人员提供法律服务,震

旦律师事务所党支部8名律师在市律协副会长、该所主任兼支部书记邵曙范同志带领下,赴青浦监狱为服刑人员进行法律咨询服务,对他们提出的婚姻、赡养、动拆迁、债权、债务等民事方面的法律问题,作耐心、细致的解答。该所与青浦监狱共建法律服务基地已12年,为近900名服刑人员提供了义务法律服务。

长宁区律工委在区司法局的指导下,组织课题小组开展调研,撰写“律师参与创新型社会管理”调研报告,对律师参与管理的角色的定位、范围、模式与设想进行论述,对律师参与信访积案核查(动拆迁)工作的设想、律师参与社区法律服务工作的设想、律师担任政府部门法律顾问对经济转型升级和重大工程论证的服务模式等问题进行重点研究论证;力求总结出一套长效的、有典型意义的工作机制,以推动政府社会管理模式的变革与创新。

静安区律师积极参与“白领爱心义卖”活动,纷纷捐款捐物,义卖物品103件,成交46件,并将2000多元义卖款交由上海市慈善基金会静安分会注入白领驿家“爱心基金”账户,用于帮困送温暖及支援灾区。

上海律协将“万名党员律师为民服务”活动与持续开展“为民服务创先争优”活动紧密结合起来,发挥党员律师在弘扬律师行业核心价值观中的引领作用,完善上海律师行业为民服务的措施,搭建律师服务困难群众的平台,已在全行业掀起“为民服务创先争优”新高潮,积极推动广大律师创先进、争优秀,切实为基层、为社区、为人民提供优质高效的法律服务。●



聚焦

●文 / 市律协纪律部

转变 沟通 合作

——市律协与市监管总队建立良性互动长效机制



5月,由市律协副会长邵曙范带队,纪律委、维权委等一行7人应邀拜会了位于上海市第一看守所的市公安局监管总队。这是首次由公安部门主动提出与市律协建立良性互动长效机制。真是无巧不成书,市律协今年也已将拜会市监管总队争取建立长效合作机制作为一项重点工作。对于市公安局监管总队的主动邀请,我们既感到意外,又倍受鼓舞。这次拜会,拉开了市律协与市监管总队沟通合作的序幕……

一、令人耳目一新的监管理念

进入监管总队的大会议室,会场严肃庄重的布置及监管总队全套领导班子与会所营造出的气氛,令人感到对方对今天会议的高度重视,这种重视程度出乎我们的意料。双方在坦诚、轻松的氛围下,交流了两个多小时仍意犹未尽。会后,对于这次会议最深刻的印象,莫过于让我们感受到一种全新的监管理念。同为法律人,我们开始对坐在对面的监管战线上的公安民警表示深切的敬意和认同。是什么样的理念转变能给与会律师如此大的冲击呢?简言之:走向中立。从单一为侦查部门服务的看守所转变为既保障侦查工作的正常实施同时又保障人犯安全、权益不受侵犯、保障律师执业权利的司法中立型的看守所;从传统的封闭管理型看守所转变为主动开放型并能够接受社会监督的看守所。举目法治现代化的国家,这是共有的标志之一。《刑法修正案》在立法层面体现了保障人权与打击犯罪的平衡,体现了我们国家法治的进步。在法的实践层面,监管部门的理念转变则具有进一步的实质性意义,它是监管场所就刑事诉讼框架中本应有的功能和地位的回归,是新时期下中国特色社会主义公安监管理念的体现。走向中立,才能平衡各种法益;平衡,才能为公平正义的实现提供最坚实的基础。也许这种转变在理论层面上无所谓创新,也有人会认为理所应当。但在实践层面,改变原来的观念,则需要决策者高瞻远瞩的见识和高屋建瓴的智慧,更需要一种为法治进步而探索的勇气。

二、理念转变下的一动俱动

通过与监管总队的交流,我们看到了进一步深化双方合作的广阔前景,并对此充满期待和信心。这种感受,不仅来自于监管总队领导理念的转变,更来自于这一理念引导下的各项实质性制度和举措。这些制度和举措,与走向司法中立的理念相互呼应和印证。一是创新安全管理机制。对被监管人员情况进行综合评价,保障了被监管人员的权益,为日常管理提供科学的依据。二是综合治理机制。引入其他社会力量,比如医疗机构,改变了原来医疗资源薄弱的局面。三是监管工作公开化。主动聘请特邀监督员,可以随时进入监管场所进行监督。四是监管工作信息化。用最少的警力,借助科技手段达到监管工作最优的效果。这几个方面的特点,体现了上海监管工作人性化、精细化、数字化、科学化的特点,在一定的硬件、警力条件下增强监管工作的软实力。监管总队的工作方法值得我们学习。其不断将具体制度设想在监管工作中进行尝试,不惧承担一定的风险,小步快走,可谓有勇;其对于在个别看守所取得成效的制度举措,经综合评估改进后,从点到面,大力推广,可谓有谋。不难看出,正是理念的改变,推动了这些制度创新和举措。也正是广大监管干警对这一理念的充分认同,才有今天的主动作为和积极作为。

三、明确保障律师执业权利

由于监管总队领导的坦诚相见,我们将广大律师长期以来反映的问题也知无不言地作了反馈。比如个别区县看守所会见室少,律师会见要排长队;提审室与会见室资源配置不合理,能否考虑资源的合理分配利用;从市律协查处的一系列律师违规案件反映出诸如部分看守所储物柜及注意事项指引欠缺等问题。对于这些问题,监管总队总队长王琦首先明确保障律师的执业权利是监管工作的一项重要方面,也是今后监管总队的一项



重要工作。今年,监管总队已经将解决律师会见难作为下半年的一项重要工作,硬件和软件同时抓。监管总队已经对全市的看守所会见室情况进行了全面统计分析。另外,已经启动律师会见网上预约系统的建设。这项措施,主要是从技术层面通过信息化手段在限定资源下实现会见室利用的最大化,最大程度地优化律师的会见场所资源配置。受限于上海地区的土地资源情况,看守所的面积有限,会见室数量一定时期内尚无法满足广大律师的期望,这是需要广大律师理解的。但是从监管总队层面,已尽最大可能保障律师的会见权,也是能够让我们深切感受的。比如对于有条件新建的看守所,监管总队在审核建设方案时会充分注意会见室数量是否符合标准并考虑一定余量。对于一时难以改建的看守所,挖掘资源,或调配出一定数量的房间用于会见、或将现有的会见室一分为二增加数量、或新建一些会见室。对于修改后的《刑诉法》的会见制度安排,监管总队提前谋划,根据修正后的条文梳理了一系列问题和应对方案。另外,监管总队领导还谈到,希望广大律师和监管工作人员相互理解,相互尊重,对新法实施后出现的一些个别问题,要在法律的框架下尽可能地人性化操作。

四、会上务虚会后务实

会上的畅所欲言,直抒己见使双方领导层逐步相互信任,相互认同。这种认同是建立在相同的理念之上,虽角色不一,但我们追求法治、追求保障人权、追求社会公平正义的目标是完全一致的。这种相互信任和理念的一致,无疑是本次沟通最重要的成果。双方都感到,在今后的工作中开展实质性的合作对于双方的利益,对于上海法治的进步都是非常重要的。正当我们酝酿通过起草框架性协议将会议成果加以固定时,监管总队再次走在了我们前头,主动起草了《合作协议》,提议建立双方的联络员日常联系沟通制度、工作例会制度等。随后,监管总队副总队长黄志带队到律协就《合作协议》及深化落实各项具体制度进行了实质性的商议。这种雷厉风行的工作作风反映出了监管总队的工作态度,也反映出对我们律师合作的重视。在《合作协议》中,监管总队前瞻而大胆地提出了一些制度。如果有人认为保障律师的会见权是监管场所的法定义务,那么《合作协议》中的一些制度设计则充分体现了监管总队对律师执业权利保障的重视。比如,双方将逐步摸索,通过有组织的合作为律师深入监管场所发挥社会主义法治工作者的作用提供平台。

五、上下相随前景可期

市律协与市监管总队通过组织层面的良好沟通,为律师与监管干警这两个群体的合作搭建了一个广阔的舞台。舞台的背景就是我们国家民主法治的不断进步,而舞台的基础就是两个群体合作的制度设计。我们认为,双方要保持长期良好的合作需要一个良好的顶层制度设计。这种制度设计,要能够推进法治、要兼顾双方利益、要能预防可能出现的弊端、要有机协调个案处理突发问题,更重要的是要能得到基层第一线参与律师与干警的认可,最终要能得到社会和历史的认可。

作为行业协会,我们的权力来自于广大律师,我们的工作就是为广大律师服务,为律师业服务。这种服务需要我们全心的投入,更离不开广大律师的参与。这项工作,有利于通过两个群体的合作形成群体间的信任 and 良好关系。有了信任,就能相互理解,有了良好的关系,就能得到对方最大的支持,这对进一步推进律师会见权的落实是非常有利的,同时它也有助于打开律师刑事法律服务市场。刑事法律服务是一项传统而重要的法律服务,而这一领域的法律服务却日益萎缩,这对刑事法律服务的健康发展是非常不利的。现在问题不是因为刑事法律服务市场的需求不振引起的,而是因为缺乏渠道和桥梁连接潜在的市场和潜在的律师。对于在押人员,逮捕之后处于一种不确定的状态,情绪上难免会出现不安或各种反常,这对于日常的监管是不利的。而律师如果能够参与,一方面能够保障其应有的权利,另一方面能够在一定程度上缓解不确定状态造成的恐惧和不安,这也间接地帮助做好了监管工作。从法治的角度看,其更重要的进步意义是保障了刑事诉讼程序的顺利进行和在押人员的基本人权,体现了一个国家法治水平的标杆。

然而,任何事物的发展都有其曲折过程,对此我们也要有充分的思想认识和实践准备。限于某些条件和因素,诸如创新中的实践经验和硬件设置缺乏等等情况,还有待于我们在实践工作中不断地探索和逐步予以完善。但我们认为这项工作前景可期,我们也完全有信心做好它。我们希望广大律师予以更多的理解和支持,摆正个体利益与整体利益、眼前利益与长远利益的关系,着眼于行业、着眼于法治、着眼于未来,齐心协力,与我们共同做好这项工作。同时需要提及的是,希望广大律师能尊重现有的制度安排,严格遵守基本的会见规范,避免因低级的违规会见问题而影响行业整体的形象和行业的整体利益。●

聚焦

文/思源

开律师行业创新管理之先河

——上海律协举行特邀会员入会仪式



6月29日,上海市律师协会在富豪环球东亚酒店隆重举行特邀会员入会仪式,上海市司法局副局长刘忠定,上海市律师协会会长盛雷鸣,副会长邵曙范、黄绮、钱翔樑、管建军,市司法局律管处处长马屹,市律协秘书长万恩标等出席会议。绿宝石厅里,公司律师、公职律师、外资所驻沪代表处代表同社会律师欢聚一堂,亲切交谈,洋溢着“大家庭”的亲情和温暖。这是上海律师界社会律师同“两公一外”律师史无前例的“大聚会”、“大融合”!

上海市律师协会特邀会员工作委员会主任许强律师介绍了特邀会员工作的情况。他说,上海律协顺应时代要求,开全国律师行业组织创新管理之先河,率先引入“特邀会员”概念,通过招募“特邀会员”,以期达到两个目的:一是在上海法律服务行业内部为各类法律服务工作人员搭建一个研讨、学习和交流的平台,打破“两公一外”律师与社会律师因为在服务对象和范围上的不同而导致的缺乏沟通的现状,提供有效交流的渠道,从行业层面广泛整合法律服务信息和资源;二是通过交流平台的搭建和特邀会员工作的深入开展,进一步提升整个法律服务市场的服务水平和质量,促进上海法律服务业的健康发展。上海律协本着“自愿原则、契约式原则、包容性原则”,经过征询多方意见,反复讨论与修改,制定了《特邀会员工作规则》,并经理事会和律师代表大会审议通过;今天启动首期特邀会员入会仪式,热忱欢迎各位特邀会员加入上海市律师协会,标志着特邀会员工作取得了阶段性成果。他热情地欢呼:共同的职业让我们走到一起,共同的追求让我们携手共进!

在热烈的掌声中,上海律协会长盛雷鸣向首批23家特邀团体会员颁发会员证。他们是,9家公司:上海电气(集团)总公司、光明食品(集团)总公司、上海市城市建设投资开发总公司、上海上实(集团)有限公司、上海汽车集团股份有限公司、上海银行、上海农村商业银行、国泰君安证券股份有限公司、申银万国证券股份有限公司;14家外资所驻沪代表处:美国贝克·麦坚时国际律师事务所上海代表处、英国欧华律师事务所上海代表处、澳大利亚铭德律师事务所上海代表处、瑞典曼斯律师事务所驻上海代表处、美国众达律师事务所上海代表处、日本TMI律师事务所上海代表处、日本大江桥律师事务所上海代表处、法国德尚律师事务所上海代表处、香港李乔安许允立律



师事务所驻上海代表处、香港陈韵云律师事务所上海代表处、美国美迈斯律师事务所上海代表处、美国伟凯律师事务所上海代表处、德国 CMS 德和信律师事务所驻上海代表处、英国安理国际律师事务所上海代表处。此外，还有 23 名外资所驻沪代表处代表、77 名公司律师代表及 118 名公职律师成为上海律协的特邀个人会员。

盛雷鸣会长发表了热情洋溢的讲话。他说，在司法部、全国律协和上海市司法局领导的重视、关心和支持下，上海律协先行先试，在全国率先启动特邀会员工作，在特邀会员和社会律师之间搭建一个畅通有效的沟通平台，切磋律师业务，交流管理经验，举办各种热点法律问题的研讨和业务培训，开启了一个互相学习、取长补短、增强实力、共创双赢的新时代；作为国际大都会的大上海，应当有大的担当，应当构建这样一个与之相适应的开放式的大舞台，开展专业法律知识和法律实务操作的广泛交流，实现资源整合、信息共享和精诚合作，推动上海律师业的国际化发展。他表示，市律协将实施一系列的举措，组织“两公一外”律师同社会律师之间的广泛交流，吸收特邀会员参加各种业务研究会，拓展特邀会员的相关权利，使特邀会员真正得到实惠，体现“律师之家”的关怀和温暖。盛会长深情地寄语特邀会员：我们是一个屋檐下、一个平台上的“一家人”，希望大家多贡献“金点子”，群策群力，共同推动上海律师业的科学发展！

在随即举行的“交流、沟通、发展”主题座谈会上，社会律师与特邀会员们畅所欲言，直抒胸臆。上海电气（集团）总公司童丽萍律师表示：加入上海市律师协会，增强了公司律师的归属感，依托这样一个更广泛的业务交流平台，我们将更好地充实发展自身，走向美好明天！上海市质量技术监督局封春荣律师说：我们要以主人翁的责任感积极参加各项培训，交流业务，提高素质，共同发展。美国贝克·麦坚时国际律师事务所上海代表处张大年律师对市律协启动特邀会员工作促进交流发展表



示赞赏和支持，建议打造更宽广的交流平台，在人才培养、品牌建设、管理制度以及上海律师国际化进程等方面进行研究探讨，互相学习，共同提高；并表示，外资所愿成为市律协与世界交流的媒介，提供帮助和方便，在引进外资和实施“走出去”战略方面发挥积极作用，增进双方合作，创造共赢局面。胡光、刘文超等社会律师在发言中对特邀会员以“兄弟姐妹”相称，表示热忱的欢迎！他们认为，将“两公一外”律师吸收为特邀会员，实现优势互补，博采众长，交流合作，互利双赢，为上海律师业的蓬勃发展提供了良机 and 无限想象的空间，令人振奋和期待，可喜可贺，意义重大！

最后，刘忠定副局长发表了语重心长的讲话。他说，上海在改革开放中不断进步，上海律师业也取得了长足的发展，本土律师增长到近 14000 名，境外所的数量也占全国的三分之二。司法部在上海开展整合资源的试点工作，市律协经过多年的调研和探索，搭建了“两公一外”特邀会员交流平台，市司法局非常支持这项创新举措。我们衷心希望，社会律师和特邀会员借助这个平台开展业务交流，学习先进管理经验，实现合作和共赢，共同推进上海律师业的科学发展，为加快上海法治化进程和“四个中心”建设作出新的更大的贡献。●



沈国权

上海市锦天城律师事务所高级合伙人
曾担任中国证监会第七届、第八届股票发行审核委员会专职委员

“2008-2010 年度上海市优秀律师”
“2008-2010 年度全国优秀律师” 称号

人物·优秀律师

●文/严姗姗

理念先行 追求卓越

——记“上海市优秀律师”沈国权



不在庭审现场雄辩滔滔,而在书桌前运筹帷幄。随着社会经济的发展,非讼法律服务,特别是资本市场法律服务领域的比重越来越大。

正如《孙子兵法》所言,这些非讼律师“无智名、无勇功”,却为中国资本市场的发展做出了杰出的贡献。2008-2010年度“上海市优秀律师”、“全国优秀律师”、锦天城律师事务所证券业务领域的领军人物沈国权律师就是其中的佼佼者。19年的律师生涯中,他以与时俱进的执业理念和追求卓越的敬业精神,赢得了客户的尊重和业内的认同。

执业理念:“证券律师”要追求卓越

今年47岁的沈国权律师是正宗的科班出身,毕业于华东政法大学,法学硕士,专业为经济法。

1986年起,沈国权开始在上海市人民检察院研究室工作。1993年9月,他与他人合作创办上海市万国律师事务所。1999年至今为上海市锦天城律师事务所高级合伙人。

从业19年,沈国权一直积极投身于资本市场法律服务,并始终处于市场第一线,取得了骄人的业绩。他调侃自己属于“资格老”、“能力差”、“态度好”。“资格老”是因为沈国权从1993年开始执业,一直在证券业务领域从事法律服务,还担任过中国证监会两届发审委委员,见证了我国资本市场的发展、政策法规以及审核理念的变化。截至去年底,全国A股和B股合计共2342家上市公司,而由他完成的企业上市、重组项目,就有50多个。“能力差”是指自己不会做领导,尽管下面团队有20多个人,但他作为这样一个资历的资深律师,还喜欢直接在项目第一线与年轻律师一起处理具体法律问题,而不是仅仅接案子、协调关系。至于“态度好”,沈律师说,资本市场其实也很小,证券业务主要是靠服务态度、工作质量和市场口碑等途径而来,所以还得继续努力。

企业上市理念:整体把握、综合考量

长期坚守在第一线的从业经历,练就了沈国权律师

的一双火眼金睛:“看企业,我主要集中于三点:行业如何;团队如何,是否有理想和激情;公司的历史业绩表现如何。”

沈国权解释说,一个企业要上市,包括法律、市场、技术等各方面条件,法律问题仅仅是其中的一部分。多年的经验,让他更擅于把法律问题和行业本身发展,以及企业的核心竞争力等因素结合起来,进行综合考虑,从宏观上把握企业上市的各项条件,从而挖掘出企业自身的独特优势。

“也许,这就是我的不同之处,也是我的优势——不拘泥于法律问题,而更善于从整体上把握一家公司上市的可能性。”沈国权在让笔者分享他从业多年,一直保持良好业绩的秘诀时,如是说。

在股票发行项目方面,沈国权律师已成功办理上海陆家嘴股份公司、江西赣粤高速公路股份有限公司、山东民和牧业股份有限公司、深圳市燃气集团股份有限公司、山东丽鹏股份有限公司、山东新北洋信息技术股份有限公司、郑州华晶金刚石股份有限公司、安徽德力日用玻璃股份有限公司、苏州电器科学研究院股份有限公司等50多家企业的A股、B股首次发行和增发项目,行业涉及大型电厂、高速公路、大型钢铁厂、特色农业产业等。

2005年我国证券市场股权分置改革启动后,沈国权律师充分发挥自己专业优势与长期参与资本市场相关法律业务的经验,为众多企业出谋划策,参与股权分置改革方案的讨论研究及相关论证,办理了包括首批作为股权分置改革试点的上市公司申能股份公司以及烟台新潮实业股份有限公司等逾十家上市公司股权分置改革项目。

沈国权律师善于解决复杂的法律问题,在资产重组项目中能够发挥独到的作用。例如2008年4月恢复上市交易的一家ST上市公司,这个企业由于连续亏损已面临退市,重组方在投入上亿元资金介入后,由于重组方案涉及股权分置改革、上市公司收购、资产置换、债务重组、定向增发等诸多法律问题,在我国证券市场未见先例,故重组工作陷入困境。该重组方到上海找沈国权律师,希望聘请沈律师参与此项目,后在沈国权律师指导下,排疑解难,最终解决了问题,恢复上市。



近年来,以发行债务融资工具方式作为融资手段逐渐成为包括上市公司在内的许多大中型企业的选择之一,沈国权律师紧紧抓住市场热点,已经成功经办了十几家大型国企的数百亿元中期票据及短期融资券的发行项目,服务的公司包括申能(集团)有限公司、江西赣粤高速公路股份有限公司、中国商用飞机有限责任公司、中化国际(控股)有限公司、上海国际集团有限公司等。

任职发审委理念:公正公开,不谋私利

2005年至2007年,沈国权律师当选为中国证券监督管理委员会第七、第八届股票发行审核委员会专职委员。

“别人看到的是委员的大权,我感觉的却是肩上的责任。”回顾自己的履职经历,沈国权说,对资本市场负责、对证监会负责、对自己负责、对家人负责,这“四个负责”始终是他对自己的严格要求。

发审委的工作与全国几千万股民的利益息息相关,当选的条件也相当苛刻。中国证监会聘任的发审委委员共25名,其中律师委员全国仅5名,不仅在学历、从业资历及事务所创收金额上做了严格限制,还要求当选委员必须做过已上市证券项目20个以上,且不能出过问题。难能可贵的是,沈国权在此之前操办的30多个证券项目,涵盖了发电站、钢铁厂、高速公路、水泥厂、汽车等多个领域,无一失手,都是极其成功的案例。

虽然已经卸任,但谈到发审委委员任职期间的工作,沈国权笑着表示,证券市场的现状和小股东权益亟需保障,全国几千万股民对发审委寄予厚望,作为委员,必须兢兢业业认真判断申请上市的企业是否符合相关标准,严格把关,防止不具备资格的企业上市后损害广大投资者的利益,“我始终本着平常心做事,公正、公开、严格地对待每个项目,从不谋取私利,不带功利思想,完全凭专业知识去判断。”

此外,沈国权律师曾担任哈药集团股份有限公司独立董事。现仍担任上市公司新华传媒股份公司、东方财富网、浙江水晶光电科技股份有限公司和北京华录百纳影视股份有限公司等企业的独立董事,光大证券、中投证券、华英证券三家券商的外聘专家内核委员。

传道解惑理念:地方企业要善于利用资本市场

作为活跃在资本市场领域的法律服务专业人士,沈国权律师在获得客户高度赞誉的同时,其专业水准也得到业界的肯定。为了推动中国资本市场的良性发展,沈国权律师经常应邀到各地进行资本市场法律知识授课,以法律专家身份为各省市的一些地方政府无偿提供法律咨询,推动地方企业充分利用资本市场迅速发展壮大。

沈国权曾应河南省发改委、河南国防科工委邀请为军工企业作改制上市讲座;应温州市开发区商会、山东省文登市政府邀请为当地企业作关于资本市场发展的专题报告;应中国银监会非金融管理处邀请为全国各地的银监会非金融处干部作改制上市讲座,以及应中国信托业协会邀请作为专家进行演讲;应深圳证券交易所邀请为深交所在各地举办的上市培训班作专家现场答疑;应上海证券交易所邀请为上证所在宁波举办的上市培训班作专家授课。为伊春市政府、景德镇市政府等无偿提供相关国企重组、产权界定方面的法律咨询,为国务院国有资产监督管理委员会出台企业国有产权交易规则提供专家意见等。

基于在资本市场的杰出表现,律师行业的专业机构《亚太法律500强》(THE ASIA PACIFIC LEGAL 500)杂志每年对亚太地区的律师事务所及其各领域的杰出专业律师进行推选并以年鉴方式发布。沈国权律师作为中国大陆地区的律师连续6年被推选为中国资本市场杰出律师(每年7-8位)。2009年,他被“LawFirm50”网站推选为中国证券律师5年50人精英之一。2011年初,沈国权荣获“2008-2010年度上海市优秀律师”以及“2008-2010年度全国优秀律师”称号。

行业定位理念:上海律师应是“经济谋士”

目前上海有超过1.3万名的律师和超过1000家的律师事务所,上海律师队伍在全国的影响力不断扩大,而沈律师通过自身的长期努力为拓展上海律师在全国范围内的执业影响力做出了积极贡献。

沈律师的客户遍布全国各地,从东北至海南,从新

疆到云南,很多地区的客户正是因为沈律师的法律服务才了解、熟悉了上海律师。沈律师的法律服务经常是一些地区的首创,比如山东民和牧业股份有限公司是山东蓬莱第一家上市公司,安徽德力日用玻璃股份有限公司是安徽凤阳第一家上市公司……沈律师通过自身的卓越表现,为锦天城、为上海律师形象赢得了更为广阔的认同和赞誉。

多年执业经验让沈国权对上海律师的整体定位考虑得更多:“上海这座城市的律师要有前瞻性的眼光,尤其是在非诉专业领域,应发挥自己独特‘经济谋士’的优势。”

结合自己这些年来的经验体会,他解释说,上海目前有1万多名律师,如果大家都立足于传统诉讼业务,那难免挤占了彼此的空间,供过于求。不过,如果立足于上海这座城市经济、金融、贸易、航运“四个中心”的定位,从“经济首都”的概念出发走向全国,上海律师的天地就变得广阔起来。

律师是为市场经济服务的,随着市场经济的发展以及法律制度的不断完善,传统的合同纠纷在减少,律师越来越多地从“事后的司法救济”转变为“事前参与整个经济活动的策划和预防”。当企业在生产经营活动中出现了一些重大法律事务,如企业的合并分立,产权的界定和交易,股份发行转让,项目的招标、投标,技术的转让引进,企业境外投资等,作为一个企业家,不可能样样都懂,往往需要借助他人的智慧。律师作为专业人士,可以在这些领域帮助委托人规避法律风险,增加收益。

为此,他建议,上海律师应当充当“经济谋士”,走专家化道路,注重经济、金融领域的业务创新,发挥擅于解决争议、专业过硬的特长,通过律师的专业影响力,进行专家营销。

律所管理理念:坚持品牌化发展

沈国权律师作为锦天城律师事务所的创始合伙人之一,不但在个人创收业绩上每年名列事务所前茅,而且还积极参与事务所内部的管理工作,努力推动事务所品牌化、规模化建设。自锦天城成立以来,沈国权律师一直担任财务负责人。

谈起事务所管理,沈国权也有着自己的理念:“在市场供不应求的情况下,商品可以不讲品牌,而现在处在剩余经济供过于求的大环境下,品牌价值就显得尤为重要。我们都知道,品牌商品价格的构成中,除了研发、制造、市场营销之外,还包括30%-50%的品牌溢价,其实律师事务所的经营也是如此,我认为,律师事务所发展品牌价值,是大势所趋。”

锦天城作为上海最大的合伙制律师事务所,有超过500名律师,员工总数超过800人,因此大型律师事务所的管理模式,尤其是分配制度等财务管理制度始终是国内律师事务所关注的焦点。沈国权律师努力使相关财务处理在合法前提下做到公开、公正、公平,相关信息透明,通过推动事务所内部制度建设,确保各方利益,因此,多年来其工作获得全体合伙人的充分肯定。

培养新人理念:先学本领再闯天下

“年轻律师从学校走进社会的第一站就是事务所,事务所和带教老师好不好,会影响一个年轻人的一生。”沈国权律师一直十分重视对年轻律师的培养和帮助,从不吝于将自己在实践中积累的法律服务经验和技巧倾囊相赠,仅2009-2010年度就在事务所内部进行了四次专业知识讲座。

在浮躁的社会环境下,沈国权要求年轻律师安心先把专业做好,不要急于出去闯天下、接生意,“从事公司上市这样非讼业务,与企业管理层、股东打交道,需要有能够和一些精英对话的思路、阅历和经验,这是刚入行的年轻人并不具备的,所以无论为了团队发展还是个人成长,青年律师都应该先学本领,提升自我,想做一辈子律师就要对自己的未来负责,厚积薄发。”

在日常工作中,比起从业技巧来,沈国权更着重于青年律师“德”的培养,“年轻人要有维护公平正义、推动民主法治进程的理想和激情,要有正确的价值观,为什么做律师、做什么样的律师、怎样做个好律师,都是必须思考的问题。”

对于年轻律师在业务和职业发展方面的问题,他总是给予悉心解答。言传身教,润物无声,通过自身的榜样力量和对年轻律师的无私提携,赢得了青年律师的尊敬。

“一名成功的企业家和成功的律师,付出的精力和努力都是一样的,但从经济收益上衡量,或许差别很大,但我的自我感觉很好,因为作为这个行业内的精英,我为行业、为社会都做出了贡献。”沈国权感慨地说,这些年的从业经历让他感到非常充实,不过他仍旧对自己有着更严格的要求:“一是相比时代赋予我们律师的要求,我们还可以做得更好;二是从上海律师在全国应有的定位来说,我们的影响力还是弱了;三是以我的理想和梦想来看,还有很大的差距。”

虽然已近知天命之年,但沈国权律师仍愿意坚守在第一线,为推动中国资本市场和民主法治的发展贡献自己的力量。●

人物简介

刘巍嵩：上海金澄律师事务所副主任，党支部书记。现任徐汇区律师党委委员，上海市律师协会民事业务研究委员会副主任。

人物·优秀青年律师 ●文/刘巍嵩

无依无傍我自强



我的成长经历基本涵盖了很多青年律师所面临的困难，比如没有背景、缺乏带教老师、缺少业务来源，也没靠上什么“码头”。基本依靠自己的努力一步步比较坚实地走到今天，其间的各种心得和感悟也挺丰富，在这里和青年律师朋友们做些交流。

一、认认真真做事

（一）青年律师首先要有扎实的基本功，不能投机

遇到不少青年人，做助理时不愿意做婚姻家庭、人身损害赔偿等传统业务，觉得赚不了大钱，朝三暮四、朝秦暮楚，什么热门搞什么，不愿意跟师傅下功夫学点基础的东西。到现在，五年十年过去了，业务水平还是不过关。这样的年轻人可能一辈子都成不了优秀律师。我做助理时，对业务不挑不拣，所里安排什么就做什么，无论案件大小都认真完成。后来有些律师觉得这个年轻人还不错，就放手让我独立完成案件，这也促成了我日后还算扎实的基本功。

（二）不取巧，做好每件事

有些青年律师有个毛病，做案子看大小、看“人头”，大案子、大客户比较重视，其余的就比较马虎。曾经遇到一个青年律师，所里给了他不少机会，有次给了他一个银行客户。但初次合作，银行发出的都是小案子，他不太重视，案件处理得不好。此后，这家银行就把该事务所“封

杀”了,所里的其他律师想进也进不了。这个律师在所里混不下去,就换个城市发展了。

我刚做提成律师时,没有业务基础,所里有些没人做的小案子会交给我做。我从不嫌弃,不管律师费多少,都能全身心地投入。记得有个债务案件,才几千元标的,周一开庭,我周日晚上放心不下,还特地跑回所里查阅法条。自己的客户很多都是做这些小案子积累起来的。其实案子虽小,但不少客户却是颇有实力和资源的。

(三)不势利,服务为主,利益第二

青年律师刚执业时,可能生存压力较大,利益看得比较重。有些律师一心盯着大案子,小案子不愿去做。有些人不顾自己的资历,开很高的律师费。这些做法反而令人反感,效果也不好。我刚执业时,业务不多,所以很珍惜每个客户,不管案件大小,都能认真服务,收律师费也很规矩,不随意提高,也从不收取额外费用。俗话说:无心插柳柳成荫。越是对钱看得比较淡,客户反而很有好感,主动介绍给周边的人。自己的业务也就是这样慢慢滚雪球般壮大起来的。

(四)切忌急功近利而误入歧途

有些青年律师急于赚大钱、要搞大,会采取各种营销、公关、宣传手段。这种动机并不错,必要的营销手段也是现代服务业发展的手段。但问题是有些人本末倒置,把主要精力放在营销宣传上,忽视了服务质量。这种模式我并不认同,据我观察效果也不好。甚至有些律师沦为职业“忽悠”。我并不排斥必要的营销,也比较注意做好社会宣传。但这一切都以保障服务质量为前提,因此,执业多年来,极少与客户发生争议,发展得很平稳。

二、踏踏实实做人

(一)低调务实

人的性格是天生的、不能改。但我们展现给他人的形象是可以控制的,这是很有学问的。像自己这样没有背景和资源的年轻人要有发展,除了自己不懈努力外,还一定要处理好各方面的关系。其中很重要的一条就是不要过于张扬,始终保持谦虚谨慎的态度,这样可以减少对立面,获得最大多数人的认可和支持。

我的成长经历中,不去靠什么“码头”,也不奢求贵人相助。但自己始终保持谦虚的态度,得到了方方面面的支持,正所谓“得道者多助,失道者寡助”。有些青年律师,其实挺优秀,但过于张扬、甚至张狂,路反而越走越窄。

(二)知恩图报

一个人能不忘本、不忘恩是很重要的,也很难得。在你成长道路中对你有过帮助的人,不能因为自己发达了

就轻易忘记。我做社区服务时间比较长,有些居委会干部退休了,我还是会去看望她们,她们也挺感动。一旦大家对你的人格尊重、认可,你的发展之路也就越走越宽阔。

有些年轻人利益看得重些,或是比较势利,发达了就不念旧人了。世界有时是很小的,这些事在圈内流传会很快,时间一长你就成“孤家寡人”了。

(三)平淡对待荣誉

这几年,我获得的市、区级的荣誉有二十余项吧。有些人不舒服也会说些诋毁的话,单位内外都有过这样的事。其实,他们都想错了,这些荣誉都不是我自己争取的,我没有做任何“动作”,完全是组织授予我的。世上的事就是这样,抢着要的未必给你,不争不抢的反而有。我坚持的原则一直是:组织推荐的我去,组织没有态度的不要抢着去。老实人最终是不吃亏的。那些抢着要的同时,几年下来,组织也未必给过什么荣誉。所以,年轻人要平淡看待荣誉,“吃相”太难看的,不仅形象不好,也会影响大家对你的评价,时间长了,口碑就坏了。

(四)诚心交友

做律师自然朋友越多越好,所以如何交友也是律师的一个大课题。朋友有很多种,狐朋狗友、酒肉朋友、萍水之交、伯牙叔齐。怎么交,交什么朋友很重要。第一,不要因利交友,要诚心交友。有些年轻人交友太功利了,有利用价值的就使劲“贴”,没用了就扔,形同陌路,这种做法很危险。我也看到过这样的律师,到最后连一个真正意义上的朋友都没有,形影相吊。还想做多么多么大,就很飘渺了。第二,要善待朋友。无论朋友贵贱、贫富、健康还是患病、低谷还是巅峰,都要以朋友之情相待。朋友落难的时候要多施援手,雪中送炭。对别人好,人家才能对你好。有的律师眼睛只盯着上边,不善待身边的人,是要栽跟头的。第三,宁愿自己吃点亏。朋友相处,难免有人多付出些。做朋友不要太计较,有时吃点亏,但维持了朋友的感情,将来朋友可能会帮大忙。

三、如何成长和突围

(一)勤于思考,不断总结得失

青年律师要多思考,不能傻做。当解决了温饱问题以后,就要不断总结。成功的经验、失败的教训、以后的发展,每年都要抽点时间,从冗繁的业务工作中超脱出来,静静地想一想,以后的路怎么走。

(二)敢于付出成本,舍小利争大利

有些律师做了一辈子还是单打独斗,业务领域、人脉资源等等都维持原状,没有拓展。年轻律师要摆脱这种状态,就一定要争取升级换代。我执业两三年后,就开



始聘助理。当时大家挺奇怪,你自己业务也不大,为何要花那么大的成本养助理。但我认为非常值得。人的时间、精力是非常有限的,不付出一些成本,只能事事亲历亲为,就不可能再有时间去思考、去“充电”,拓展视野、开辟新领域都无从谈起,这种成本一定要舍得。我看到有些律师不舍得聘助理,每天自己做到很晚,你还怎么提高自己?所以,几年下来,有些律师还是提成律师,各方面提高都不明显,我已经开设自己的律所了。

(三) 如何寻找突破口

这是一个最难也最不能绕过的问题。找不到突破口就只能原地踏步。每个律师做法都不同,对年轻律师而言,我有几点心得说一说。

第一,人弃我取。很多年轻人都想做金融、房产、并购等,以此为主攻方向,我没有这么做。这些领域市场都已瓜分完毕,后来的律师要想分一杯羹谈何容易,进入的成本也很高昂,未必是我们能承受的。所以,我选择了一个非常冷门的专业——旅游法。因为没人感兴趣,就没有竞争,反而很容易进入。

第二,于无声处听惊雷。旅游法“冷门”,确实因为无利可图。早年有不少律师进入过这个领域,但都觉得

没有味道而退出。南京市旅游局的同志听完我的旅游法制课后很有感慨,他们以前邀请过几位律师从事旅游法工作,但一两年后都逃光了。我刚进入旅游法领域时,确实也没发现有什么业务可做,但一方面我动机比较单纯,没有想过要短期赚多少钱,另一方面,我也注意观察和了解。人要有一定的眼光和敏感性,这很重要。对行业深入了解一段时间后,我看到了很多的机遇。现在,这些机遇正被我逐渐地转化成实际的成果。

第三,全力投入,不为一时挫折而左右。刚从事旅游法时也是比较艰难的,有投入但没有明显的回报。和我一起从事这项工作的律师,有的就撤退了。但年轻人一旦确定主攻方向后决不能轻易放弃,不能因为暂时的挫折和低谷而退却,有时馒头再坚持多蒸五分钟就熟了。

第四,努力皆有回报。我的很多荣誉来自于从事的社区服务、党建等公益事业。做这些工作基本没有费用,当时事务所里不大有人愿做,正好我是个业务不多的年轻律师,所里就希望我去做。我并没有太多的能力,唯“认真”两字,反而做出了成绩,成了先进代表。我也因此获得了各方面的认可,建立起了很多良好的关系。后来,无论做业务还是自己开所,得到了方方面面很多的支持。

年轻人有时单纯点好,只要认真做,不知不觉中成功就降临了。

(四) 谋定而动,进退有据,关键时刻要敢于闯一下

年轻人做事前要先想好,条件是否成熟,如不成熟就要忍耐,不能冲动、蛮干。一着棋错,可能多年的努力就付诸东流。经分析觉得基本条件可以的,关键时刻年轻人也要敢下决心,不能患得患失,不闯是永远不会有新天地的。●

信 息

黄浦区司法局全面安排部署下半年律师工作

7月13日,黄浦区司法局召开2012年年中司法行政工作会议。区司法局局长潘鹰芳和区司法局党委书记翟世祺在会上分别作了讲话。

会议回顾了黄浦律师上半年在律师管理、人才培养、参与动拆迁服务等方面取得的成绩,并对下半年的重点工作进行了全面安排和精心部署。要求鼓励律师事务所做大做强,支持律所通过合并、兼并等方式向规范化方向发展,吸引高端法律人才入驻黄浦,推动律师业转型发展;继续举办

好“外滩金融法律论坛”,使之成为黄浦律师提升专业素养和执业技能的舞台;深化“名律师茶座”品牌活动,通过名律师主讲、律师交流互动等方式,给予更多青年律师在职业理念、专业素养、执业经验方面的培训和引导;加强律师事务所管理,规范律师执业行为,进一步加强对律师事务所的监督与管理,推进律师事务所规范化建设;与市律协共同举办好上海律师公会成立100周年系列纪念活动;指导、帮助律工委工作,发挥行业自律作用。



上海“全国优秀律所”巡礼之二

●文 / 上海市金石律师事务所

栏目组稿人:贾明军 iamingjun@iamlawyer.com

闪亮的“金石”

——记全国优秀律师事务所“上海市金石律师事务所”



2011年12月底,上海市金石律师事务所(下称金石所)与包括“锦天城”等在内的6家上海地区律师事务所被中华全国律协授予“全国优秀律师事务所”称号。

作为上海地区一家中等规模的综合性律师事务所,它究竟是如何能在与上海地区三十余家一流的律师事务所展开的竞争中层层过关,最后脱颖而出,获此殊荣的?

1998年3月,金石所成立于静安区南证大厦,创所初期其人员不足10人,办公面积不足200平方米,2年年业务创收不到200万。而目前,其已拥有近1000平方米办公面积,执业律师25名(其中高级合伙人6名,初级合伙人3名,授薪律师12名,提成律师4名),律师助理5名,行政助理4名,并且连续5年人均创收超过百万元,而且还获得“上海市司法行政系统先进集体(三等功)”、“上海市十佳律师事务所”、“全国优秀律师事务所”等诸多荣誉称号。还培养出3名“静安区十大杰出青年”、1名“上海市优秀律师”、1名“全国优秀律师”等杰出律师人才。

上述成绩的取得,完全取决于其合伙人的团结、规章制度的完善、业务结构的合理、服务理念突出、党支部凝聚力工程的推动等诸多综合因素。

一、健全规章制度 执行毫不含糊

拥有一整套完善的规章制度是所有优秀律师事务所所必不可少的。但不同的是,各个律师事务所在制度的执行上会各有千秋。

在金石所,如果你一旦成为一名正式员工,从第一天起,你一定要签收一本“员工手册”,其中各项规章

制度一应俱全。并且,行政主管一定会告诉你,务必牢记其中的“奖惩规定”。因为,作为一名律师,如果你未能着正装到所(周五除外)或忘戴领带,行政主管就会送你一张100元的罚单;如果你没能参加经常举行的各类集体活动或在刑事案件出庭辩护时不穿律师袍,你会收到一张近2000元的罚单;如果你因故不能参加每月一次的所内业务学习或研讨活动,则同样会面临500-1000元的处罚……这些罚款都将归入公共活动基金,由党支部支配用作事务所“凝聚力”工程专项资金。

当然,除了罚款外,金石所同样执行奖励制度,如果你在事务所举办的辩论赛中胜出,你会收获精美的水晶奖杯和1000元奖金;如果你的论文或书籍被正式出版或发行,则同样会受到奖励;如果你荣获“十大杰出青年”、“上海市优秀律师”、“全国优秀律师”等殊荣时,事务所的奖励和集体庆祝活动也是必不可少的。

这种常年坚持不懈形成的对规章制度的敬畏和遵守,造就了金石所的全体成员犹如一支正规部队,始终纪律严明、团结一致,并最终使客户对金石律师充满信任 and 敬重,从而奠定了金石所发展的基石。

二、业务结构合理 彰显综合实力

金石所已较好地构建起了以非诉讼法律服务为主,以传统诉讼业务为辅的法律服务体系,具备了较强的综合实力。

金石所为包括“中比投资基金”、“海富产业投资基金”在内的多家基金公司进行风险投资提供大量的专项法律服务,并成功为多家企业的私募投资、股份制



改制及股票发行等提供专项法律服务,其中经其参与服务并成功上市的就有南京云海、浙江双箭、无锡百川、浙江海利、武汉中元、芜湖长信、江西赣锋等十余家公司。

金石所还为上海二纺机股份公司股权分置改革、上海东方航空实业有限公司改制重组、“中环线浦东段”和“浦东国际机场北通道”银团借款 130.79 亿元等重大法律服务项目提供了优质高效的法律服务。

高级合伙人张平律师组织律师服务团队多次赴德国,成功为重庆轻纺控股(集团)公司收购德国萨固密集团(Saar Gummi Group)的股权及资产项目提供法律服务,该项目系中国企业收购德国汽车零件供应商中最大的一次收购,包含 21 个主协议、18 个副协议及 56 个附件,近日已圆满完成该项目。该项目被商务部视为中国公司海外并购的成功样板。

还有的高级合伙人在刑事辩护及交通事故损害赔偿方面的业务水平堪称一流,在上海具有影响力。

正是具备了这样的综合实力,使金石所不断有新的客户光临。近日,“华润集团”已派员对金石所进行了实地考察,并将金石所纳入其集团公司指定的备用律师事务所的名单。

三、坚持服务理念 树立金石声誉

“诚信、专业、高效”是许多律所共同的制度性的服务理念,金石所员工手册的扉页上也是这六字臻言。

金石所倡导每位金石律师有义务宏扬和坚持这一理念。

2011 年 10 月的一天傍晚,高级合伙人唐勇律师突然接到客户山西某煤碳集团公司法定代表人的电话,称几经谈判的位于重庆两江新区的土地开发项目股权转让协议已经达成一致,双方已约定在明天中午十二点钟之前在重庆市南岸区某银行内一手付款一手签约,书面协议需经唐律师审核后当场签署,并且已经订好了隔天上午一早从上海飞重庆的飞机票……接到这个电话时,正值他感冒高烧 39 度!但没啥说的,隔天一早他直飞重庆,由于身体不适,飞机降落时导致的双耳紧塞使他近乎失聪……



但到了银行大厅,他立即打起精神,与对方律师一起修改协议条款,并监督对方当场支付了8800万元首付款,亲自核对了银行汇款凭证,当场见证双方法定代表人在协议上签字,使双方圆满完成了本次转让。唐勇律师的这种职业精神,深受双方当事人敬佩。或许用唐勇律师自己的话更加实在,他说律师就是在赚取这种“血汗钱”的过程中,树立了职业律师的良好形象!

还有一位金石律师在办理完一起刑事辩护案件后,由于委托人对律师的辩护以及最终判决结果非常满意,专门带了5万元现金到所里对该律师表示感谢。但该律师明确告诉他合同之外律师不能向委托人收取任何钱款。该委托人请求律师以追加律师费的形式收取,该律师明确向该委托人表示,律师在原合同之外再行收取律师费这有违双方原来签订的聘请律师合同,与自己坚持的律师诚信原则不符,最终坚决拒收了这5万元。该律师的行为令委托人肃然起敬!

正是对“诚信、专业、高效”理念的坚持,使金石所以及金石律师赢得了良好的社会声誉,为事务所业务的开拓和发展打下了坚实基础。

四、彼此团结一致 共同协调发展

在金石所,虽然各个合伙人之间的业务侧重各有不同,但相互之间能够长期保持兄弟般情谊的,这在其他事务所中并不多见。

他们不仅在业务领域经常共同研究和讨论,而且碰到难题需要每个合伙人动用各种能力和社会资源时,他们都会毫不犹豫视同自己的事情一样。比如,金石所一名高级合伙人准备开展美国移民法律业务,另一位合伙人即帮助联系北美移民业务的资深外国律师,详细了解了北美移民政策及银行贷款等操作流程,使其很快成功与美国某律师事务所签订了合作协议,并顺利开展了该项新的业务。

去年底,一位高级合伙人在办理一起房产纠纷案时,遭到对方当事人派人跟踪和威胁,其他合伙人知道后即开车护送他回家,并纷纷予以宽慰和支持。并且大家共同对案件进行研究和讨论,最终促成了双方和解。

相互团结和支持,合伙人之间和律师之间建立兄弟般的情谊,这已经成为金石所的一大特色。

五、重视党建工作 凝聚全所人心

“凝聚力”工程在事务所至关重要,它是事务所能否长期和谐发展的基础。它的作用就是要使不同的律师团队之间,合伙人之间以及律师与助理人员之间建立起良好关系,相互亲如一家,真正凝聚起团队的力量。

于是,金石所合伙人会议决定以下列措施保障“凝聚力”工程的实施。

(一)党支部书记必须由高级合伙人担任,副书记则必须由普通律师担任,并由副书记组织落实各项活动。

(二)经费保障。首先,每年用于集体旅行的费用不少于10万元,该费用由高级合伙人承担;其二,罚款所得的公共基金,全部由党支部支配;其三,每年财政返税部分的尾款全部交党支部使用;

(三)党支部每年必须完成下列活动安排:1.每年必须安排一次由全体人员参加的远途旅行(包括出国)。至今金石所已经组织全体人员去了日本、泰国、香港、澳门、海南岛、张家界、云南丽江、浙西大峡谷、九寨沟、南京等地旅行。2.每位事务所成员生日时,党支部必须为其购买蛋糕,并组织在所全体成员唱生日歌。3.必须不定期经常性组织卡拉OK、聚餐、郊游、烧烤、电影等娱乐活动。4.合伙人党员律师应该对提成律师提供业务帮助。例如:该所高级合伙人党员律师王晓野将一起收费25万元的业务主动与某提成律师合办,案子完成后,王律师又主动要求将所收律师费一人一半。党支部书记唐勇律师将一起收费50万元的案件有意安排6名律师合办,增加了其他律师的业务收入。

上述这些活动,金石所党支部在合伙人会议的全力支持下,十年如一日地坚持着。由于在组织结构、活动经费、活动内容等方面作了明确规定,保证了党支部能够真正长期地开展“凝聚力”工程活动,使合伙人与律师之间、各团队之间、律师与律师之间、律师与行政助理之间建立起良好的关系,彼此相互了解,亲如一家,真正提升了金石所整体的团队实力,保证了金石所长期、稳定的发展。

长期以来,金石所就是这样以其特有的事务所文化和协调方式,凝聚人心、形成合力,最终成为了一家全国优秀律师事务所。●

法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

畅议青年律师最低工资保障

本期主持:李 旻 上海市律师协会调研部主任

嘉 宾:胡 光 上海胡光律师事务所负责人 上海市律师协会青年工作委员会主任

尹燕德 上海融孚律师事务所合伙人 上海市律师协会规划与规则委员会主任

桂芳芳 上海市嘉华律师事务所律师

文字整理:薛 侃



李 旻:本期法律咖吧的话题想谈谈新入行青年律师最低工资保障的问题,律协最近在进行调研,准备出台相关的办法,考虑将这个办法中的青年律师年龄定位在 35 周岁以下、执业年限在 5 年以内的执业律师。首先请三位谈一谈自己所了解的上海青年律师的生存状况。

青年律师生存情况喜忧参半

胡 光:这个话题一直备受关注,有些青年律师生存状况的确堪忧,主要体现在:1、工资水平低,有些甚至没有工资;2、缺乏指导,特别是业务技能的指导。由于没有最低工资的保障,这些青年律师常常只能盲目拼市场,然而如何拼市场也缺乏指导。在这样的大背景下全国律协和上海律协都十分关心这个问题,除考虑对青年律师在这些方面加强指导以外,还应该对他们的最低工资问题作出一个制度性的安排。

李 旻:桂律师作为青年律师,请你谈谈身边青年律师的实际生存状况。

桂芳芳:目前青年律师生存状况面临很多问题。从收入上来看很多是无底薪执业,另外,还要自己交社保,不少人处于无底薪、无保障的状态。其次,律师必然要参加一些社会活动,要去拓展自己的社会资源,但是如果经济窘迫的话就很难从容地拓业、展业,生存艰难的状况将制约事业的发展,事业发展受限又反过来使生存状况更加窘迫,形成恶性循环。我想用一句话总结:关注青年律师发展状况就是关注整个律师行业的未来。今天很希望和在座几位探讨这个问题,找到平衡的方案,即既能够保障青年律师的生存和发展,又能兼顾律所及其合伙人的成本核算问题。

李 旻:尹律师如何看待这个问题呢?

尹燕德:我对于前两位所说的青年律师生存情况堪忧的状况持不同的看法。上海青年律师的状况应该说还是处于比较好的状态。首先,还是有许多律师事务所采取的是有底薪的制度,并有自己的薪酬发放办法,在这些律师事务所中的青年律师既有薪酬保障又有培训保障,生存环境还是比较好的。但是无底薪的青年律师在上海也还占有相当的比例。从行业健康发展的角度考虑应建立涵盖全行业的最低工资标准制度。其次,必须意识到我们今天关注的这个话题和整个社会大背景的关系,人保部在“十二五”规划中已将最低工资标准纳入其中,这是我国各行各业走向市场化的正确选择,我们的行业也应紧跟时代步伐。最后,我们要从吸引人才的角度去观察。国外律师行业少有律师最低工资标准的讨论,是因为律师行业是规范的服务行业,是高收入行业。而在我国还需要改革开放去解决薪酬问题。我希望并相信,未来五年到十年这样的问题会在不断发展中自然而然地消失。

分配制度和诉讼类型对于青年律师的影响

李 旻:我给大家提供一组数据:现在上海执业律师将近 14000 名,35 岁以下有 7000 多人,占总数的一半;35 岁以下且执业年限 5 年以下的真正意义上的青年律师,也就是今天讨论的制度所针对的人群为 5000 人左右。另外,根据不完全统计,整个律师行业有 1100 多家事务所,80%左右的律师事务所实行提成制,20%左右的律师事务所是授薪制。按照这个比例,大约 40-50%的青年律师,也就是 2000 多名青年律师在提成制下生存,这是比较高的比例。那些无法维护基本生存需求的律师可能都无法维护律师的基本形象,毫无目的地拓展业务,这对律师行业形象也是一种影响。

桂芳芳：对于那些在公司制事务所执业的律师而言，制定最低工资标准是没有意义的。因为他们的工资收入肯定是比这个标准高出很多。所以讨论这个问题的话首先就要对在这两种分配方式下执业的律师进行区分。提成制律所的青年律师还是从事诉讼业务的居多，并且以单打独斗为主，没有团队。所在的律师事务所也多是主要做诉讼的小所。有的青年律师或许有一两家顾问单位的非讼业务，但是收费低，竞争激烈，为了拿到顾问单位只能压低价格，因此律师的收入也会降低。

李 旻：尹律师所在的融孚所是有规模的所，请谈谈贵所是采取什么分配制度的？

尹燕德：我所但凡 35 岁以下的律师都采取底薪加奖金的薪酬方式。据我了解在浦东有许多所都是采取这样的分配方式，以稳定青年律师队伍，吸引更多优秀的青年加入律师行业，增加事务所的竞争力。根据刚才桂律师所说提成制的情况，我想说明两点：一、提成制本身并不是坏的分配方式，只是长期沿用以后有些做法不适应时代发展。现在单纯提成制律师事务所虽没有给予青年律师工资保障，但还是有青年律师愿意接受，其原因在于，提成制这种方式导致了青年律师对未来有憧憬，想象着将来的收入会比工资制要高。尽管初期困难些，但是获得了一定的案源以后，收入往往高于工资制的律师。因此我们不能简单地讲提成制就没有保障，提成制的分配方式赌的是未来，而工资制的分配方式尽管眼前有保障，但缺乏对未来的良好预期。二、我们所谓的中小型所也未必都是提成制。许多中小所的专业特色也很明显，比如：公司业务、外商投资业务等等，他们采取的也是公司制的管理模式，即使是有些中小型的事务所在诉讼方式中也通过工种分工上的变化来逐渐改变以往诉讼型事务所律师单打独斗的工作方式。我认为解决这个问题要从行业的作业方式上进行改变。我们的目标是把案子做好，提供优质的法律服务。我们不是通过解决最低工资标准来解决我们行业上的问题，而是让行业机制的改变来解决这样一个问题。今天我们研究最低工资标准的制度既是适应社会需要，同时也是为了解决目前部分律师事务所的无底薪制度带来的困扰。

胡 光：在诉讼业务和非讼业务方面都存在强烈的理由要求设置底薪制度，而并非诉讼业务可以不要底薪。青年律师的优势是有激情，但缺少经验和指导。不论诉讼和非讼律师，如果不给予底薪保障，那么会出现两种问题：一、青年律师的执业纪律、与客户沟通处理不当等给他们自身以及他们所在的事务所造成的伤害，对整个律师业也是一大损害。而律师行业的特点就是一旦犯了错误，就会留下不良记录，影响甚至危及今后的发展。放眼全球，律师都对自身的执业声誉看得很重。有了底

薪保障，就能给他们一个相对安心稳定的执业环境，让他们不断向前辈学习、不断积累，规范做事。二、从事务所角度来看，如果对青年律师没有投入，那么就不会有长远的产出，律师和律所的粘合度会受到破坏。律师事务所对青年律师的指导和培养，会让事务所向着健康、可持续发展的方向，由此形成一个发展的良性循环。对整个行业都是一种提升。从这两个意义上讲，无论是从事诉讼还是从事非讼业务的青年律师都应有最低的工资保障。

李 旻：胡律师说出了制定最低工资保障的原始初衷。就现状而言，律师事务所的制度是具有决定性作用的。我们想从行业的角度掌握青年律师从业的想法和态度。

胡 光：另外，我想补充一下，提成制度并不会与最低工资保障水火不容，并不是就一定没有工资保障，对个别青年律师而言也许更喜欢提成制。要解决提成和最低工资保障之间的辩证关系，要有一个合理的方案。我们并不是反对提成制，而是要有一个预付款制。如果我们从 1-12 月由律所支付最低工资保障，然后年底计算提成时可以把这部分已经预付的最低工资保障进行抵扣，这样可以说是提成制的一个改进。

事务所与青年律师的生存状况紧密相连

李 旻：胡律师提到的，正好把我们后面要讲到的事务所的话题带了出来。青年律师能拿到多少工资，完全是事务所合伙人的态度决定的。而这又是和事务所发展状况息息相关，发展得有规模的事务所，合伙人会比较慷慨，并更有制度性的安排。另外，事务所运行模式不同也直接决定了青年律师的生存状况。可以说青年律师的生存状况与事务所的生存状况是密切联系的。

尹燕德：其实制定青年律师工资保障制度与事务所运营模式也有关系。事务所聘请青年律师的目的很重要，如果聘用他们只是为了增加创收，那么大多会发生无底薪的状况。如果是为了业务资源配置需要，这种情况下，事务所一定会采取底薪制。现在事务所的财务管理中有一个问题比较严重，那就是其他中介组织都有的成本核算制度，而律师事务所却恰恰没有，这会导致事务所的合伙人没有意识到成本构成中占有最大比例的就是人力资源的成本，而 80% 以上的提成制事务所并没有这个概念。因此，最低工资标准的设立可以唤起更多的合伙人建立起最基本的律师事务所成本概念这样一种意识。制定青年律师最低薪酬保障制度的意义还在于让律师事务所的合伙人意识到律师事务所的主要成本是人力资源成本而不是办公室的成本。



本期主持:李 旻



嘉宾:桂芳芳



嘉宾:胡 光



嘉宾:尹燕德

律所合伙人要做好角色转变

胡 光:也就是说律所合伙人扮演着三个角色:所有者、经营者和打工者。最早只把自己当个打工者,没有对于事务所可持续发展的概念。随着时间推移和经验增长,发觉事务所是要经营和管理的,逐渐上升到能够在经营上花心思的高度。事务所的合伙人不但要把自己定位为一个执业者和经营者,更要把自己当成一个事务所的所有人来看待。作为一个所有人就必须对事务所持续投入,进行成本的核算,让事务所可持续地发展,增加事务所的凝聚力。最低工资保障可以在这些方面起到积极的作用。

桂芳芳:最低工资标准的制定,不仅仅是为了青年律师的发展,也是从我们律师行业的发展来考虑的,我想就律师事务所的粘合度来谈谈,对此我有相当的感触。在我接触到的很多在中小所做的提成律师,他们根本没有团队概念,也没有归属感。这影响了执业律师在行业内的定位和对未来的期待。粘合度这个问题还是非常重要的,有利于律师和律所的持续发展。

制定青年律师最低工资保障办法有利于促进行业发展

尹燕德:律师行业在近几年内高速发展,在这个过程中一定会出现一部分运作规范的机构,而对于另一些不自觉、不规范的机构,我们制定这些制度是为了帮助他们慢慢规范起来,从而使整个行业更加健康有序地发展。第二个原因,我想还是有个比较现实的需求,就是说我们这个行业不断发展,人数不断成倍增长,新增人员基本来源于法学院学生,他们周围的同学可能进入不同的行业,而进入律师业的就会明显感到保障不足。不像

上世纪80年代很多人愿意来到律师事务所从事律师职业,这是因为当年的事务所对于律师的收入是有保障的,因此在相同条件下,年轻人愿意来到律师岗位发挥自身能力。设定最低工资标准,对于未来律师业的从业人员数量也有促进作用。根据人社部“十二五”规划,最低工资标准每年要增长13%,相信按照这个速度增长会给事务所合伙人带来很大的压力,这个压力就源于每家事务所在确定自己发展规划的时候没有一个明确的定位。第三点,生活水平在不断提高,不可能让青年律师面临自身生活水平不能提高的窘迫局面。我们希望未来的接班人,能够有更好的生活状态,所以我们老一代的律师或者合伙人要更加自觉地给予青年律师一个稳定、健康的生存环境。

胡 光:制定最低工资保障的标准也可能对行业内某些恶性竞争的乱象起到良好的抑制作用。在零成本用工、零成本运营的状态下就会出现律师提供粗糙的服务给市场的情况,这样对于整个行业的危害是很大的。最低工资保障也是为了维护律师最基本的形象,维护好律师提供的产品的基本质量。

尹燕德:上海作为一线城市,拥有比较发达的法律服务业,它必须具备示范功能,从这个角度来说,上海律师协会也应该迅速出台青年律师最低工资保障办法。

桂芳芳:据我了解,扬州已经建立了实习律师收入保障制度,标准是月工资不低于扬州最低工资的150%;对于青年执业律师则享受优惠的分配比例。

如何科学地制定青年律师最低工资保障标准

李 旻:制定青年律师最低工资保障办法有利于促进行业发展,大家都有这个共识。但是之后面临一个标准的问题,是参考上海市最低月收入?还是略高或大幅

度提高?刚才讨论的是定性问题,现在该考虑定量问题。当中要兼顾各方利益,不能让合伙人觉得事务所人力成本非常高,无法发展,同时也要兼顾青年律师,让其有生存的基础,先听听青年律师的想法。

桂芳芳:我先说两组数据:第一,就我所知,有的实习律师月薪只有1500元左右。第二,我计算了一下每个月在上海生活的平均支出:房租1000元、伙食800元、公交300元、服装500元,如果还要社交展业,那么这些加起来仅仅1500元的工资是远远不能负担的,上述需求可以作为一个参考。当然,给多少工资取决于律师能提供多少价值,这个就要看每个所的业务类型、收费标准、工作时间、工作强度以及律师自身的工作能力和工作态度,这些是有很大差异的。作为青年律师我们应该尽快提高我们的执业技能,端正工作态度,尽可能地付出,尽快提高我们自身的素养。

李 旻:我们也来听听合伙人的想法。

尹燕德:回到薪酬本身来说,第一,什么叫最低工资标准?它其实是和一个单位或者行业的平均水平有关的,在平均工资的40%左右可以定为最低工资,因此,首先要确定律师行业的平均工资是多少,才能考虑刚入行的青年律师最低工资标准。第二,在律师行业是有工资标准的。当年在进行律师事务所改革的过程中有一个概念,就是营业收入的30%可以作为工资成本。这是当年事务所从事事业单位进行改革的第一步,从事业单位转化为独立自主经营机构的时候司法局给出的一个标准。假如这个标准继续有效的話,是一个我们要考虑的指标。在这个标准下看看合不合适。青年律师占到整个事务所工资比例的多少是要进行仔细分析的,因为制定最低工资的时候还要考虑到四金,这个也是事务所支出成本的一部分。如果制定了最低工资标准的话,那对于整个行业也应该只是指导性的工资标准,而不是确定性的工资标准。因此在制定过程中一定要科学化,不仅仅考虑青年律师的消费。消费可多可少,这个要视个人情况而言,

所以应该是按照整个事务所的平均工资标准来考虑,才能确保这个制度能够顺利执行。另外,还需要进行宣传,由于律师行业是一个比较高端的服务行业,因此我们还要和社会中高端行业进行对比,作为参考指标。

胡 光:最低工资保障的标准会涉及到三个方面的问题,第一、合规的问题。作为律师行业,我们都无法对行业的未来——青年律师,在他们最需要律所支持的时候,在他们人生刚起步发展的时候,都不能向他们支付一个上海市的最低工资标准的薪酬,那么这样连合规都谈不上,也无法起到律师遵纪守法的榜样、楷模作用。第二,律师对于律师行业要有行业自豪感,这样才能越做越好。连城市最低工资标准的保障都拿不到,何来行业自豪感?第三,要做到青年律师和律师事务所双向的可持续发展,这个问题更多地会由市场来主导。律协是作为行业干预而不是行政干预参与这个机制的设立,而这个干预应主要为价值取向的干预,还不宜过多、过重,应该更多地让市场来调剂。因此,最低工资保障不能没有,但也不宜定得过高,从城市最低工资标准开始做起,允许事务所与事务所之间在合规的前提下存在差异,通过市场的力量有效地配置青年律师资源。也要有淘汰机制,不可能把所有的人都保护起来,要有一个优胜劣汰的自然发展过程,这就是市场的力量。反过来,律师事务所不能提供较高的工资就无法吸引优秀的人才,为了吸引人才那就会自然而然地提高工资,提高多少则根据各家律师事务所的规划,自身的原始资本积累,根据自身的专业特色来制定自己的可持续发展计划。通过市场取得青年律师和律所的可持续发展。把零成本运营逐渐淘汰出市场,这也是制定最低工资标准的目的。

李 旻:今天几位从感性和理性两个方面把青年律师工资保障这个问题分析得非常透彻,律协从行业的角度会进行后续调研,争取制定一个科学合理,兼顾各方利益的办法。感谢几位律师今天的参与!

(本文内容根据录音整理,为嘉宾个人观点)





区县特写

●文/闵行区律工委

把握区域特色 创新开拓发展

——记奋进中的闵行律师



闵行区位于上海市地域腹部，形似一把“钥匙”，是上海市重要的对外交通枢纽，是西南地区主要工业基地、科技创业区、航天新区、现代居住区和区域性商业、物流中心。闵行区现有 40 余家律师事务所，近 500 名执业律师。多年来，在市司法局、市律协的指导下，在区司法局的关心下，在区律工委的带领下，闵行律师在专业提升、律所管理、文化建设等方面取得了长足发展，并立足本区特色，为建设智慧、生态、宜居闵行提供法律保障，为转型发展中的矛盾化解贡献力量。

把握契机，健康稳步发展

年会论坛：求真务实，开拓创新。2009 年 1 月 4 日，全区律师在上海光大会展中心欢聚一堂，闵行区律师工作年会暨迎春联欢会隆重举行。区委书记孙潮发表了热情洋溢的讲话，他感谢全体律师在闵行经济社会发展中作出的贡献，并承诺区委区政府将继续关注、支持律师业的发展，营造好环境，让闵行的律师有更好的发展空间。孙书记的讲话赢得了阵阵热烈的掌声。自此，闵行区司法局、闵行区律工委已经在全区范围内连续组织召开了四届以闵行律师发展、业务研究等内容为主题的年会论坛。已经形成全区各律所主任、支部书记、区政府顾问团成员、区律工委委员等律师参加会议，区司法局局长主持会议，上海市司法局、上海市律师协会、闵行区委、区政府等领导及兄弟区县律工委主任受邀出席会议的常态模式。通过律工委主任作年度工作报告，总结行业相关工作；通过律师代表主题发言，交流专业经验；通过与会人员对特定主题的研讨，实现观念分享；通过表彰优秀律师，树立行业典型；通过领导寄语，展望发展方向。

推进会：意见出台，政策保障。当前律师在参与经济社会发展方面的作用越来越明显，闵行区委、区政府主要领导都有法律专业背景，有的是公职律师，对律师行业有着特殊的情怀。除了每年拨冗出席律师年会，闵行区委、区政府还从解决律师事务所实际困难和满足律师执业实际需求出发，给予各种支持。2011 年 9 月 20 日，由区委常委、副区长金士华主持召开闵行律师业发展推进会，区委副书记、政法委书记张路加及区政府相关职能部门领导、各镇和街道领导等参加会议。会议出台了《关于深入推进闵行律师业发展的工作意见》，确定闵行律师“规范化、专业化、品牌化”的发展目标，明确针对闵行律师的实际情况，研究制定税收等相关优惠政策；在办公场所租赁方面，给予优惠；在服务保障方面，制定配套措施；在外部执业环境方面，制定服务机制，不断完善政府购买法律服务政策，研究制定可操作的实施细则，使政策扶持力度与推动闵行律师业发展相适应。

因地制宜，服务地区特色经济

闵行区是上海最靠近市中心的郊区之一，地处上海西南部，有方便快捷的虹桥交通枢纽，有运行良好的工业经济，有朝气蓬勃的科技创业区，有 4000 余年历史的马桥古文化。根据地区特点，闵行律师积极开拓具有区域特色的专业法律服务，为各类企业决策咨询，为经济建设建言献策。

服务房地产企业：专业团队，专项服务。房地产业作为第三产业的重点行业，是闵行区重要经济支柱之一，闵行区有万科、绿地、房地集团等诸多大型房产公司。随着上海房地产业的不断发展，闵行律师为房地产市场提供的法律服务也逐步由解决房地产纠纷为主转为全方

位提供法律服务,涉及土地使用权有偿出让转让、组建项目公司、市政动拆迁、中外合资房地产项目、房地产转让、房地产融资、商品房预售、物业管理等几乎全部房地产律师业务。有的律师事务所已承办了数个大型建筑工程项目的全程法律事务,或者担任多家房产公司的法律顾问,在业界享有一定声誉。

服务社区:解决历史遗留问题,推进基层民主法制建设。根据闵行区域特点,闵行律师在为政府、为企业做好法律服务工作的同时,深入开展“法律服务下基层”活动,为社区建设服务。在改革和发展的过程中,由于当时客观条件的限制和主观法律意识的缺失,导致了各类历史遗留问题,涉及集体资产改制、土地动迁安置、环境污染整治以及人户分离带来的各种问题。针对这样的现状和需求,闵行律师以律所为单位,组建顾问团队,为各镇、街道提供团队式法律服务,坚持“法律服务既要立足解决现实问题,也要预防源头问题;既要立足解决当前问题,也要注重历史问题;既要重视问题的解决,也要注重意识的养成”的工作思路,协助各镇、街道处理经济发展和社会管理事务中的涉法问题。通过尽职调查,将各类问题引入法律框架,以妥善解决。同时,在招商引资、重大投资、集体资产处置等经济活动中,参与项目的洽谈与签约;参加重大会议,从合法性、合理性和信访风险等各方面进行客观的法律论证,并结合相关情况提供切实可行的决策意见,尽量减少发展中的后顾之忧。

勇于担当,维护地区和谐稳定

“引入社会力量(尤其是引入律师)来做群众工作,解决群众纠纷”,是上海在新时期做群众工作的一个创举,一个创新的制度。多年来,闵行律师不负重托,较好地完成了市、区各级政府交办的多项任务,可以说在维护稳定方面向政府、向企业、向民众交出了一份满意的答卷,也走出了一条具有维稳特色的业务拓展之路。

政府顾问:专业,高效,尽责。1999年,闵行区政府法律顾问团正式成立。2007年,由18名资深律师组成的新一届区政府法律顾问团投入工作。2011年,顾问团调整充实为25名律师组成,以更好地服务法治政府、法治社会建设。成立以来,顾问团牢记使命,认真履职,不负重托,在服务闵行经济社会发展、服务广大人民群众、服务社会和谐稳定、推进依法治区等方面,做出了应有的贡献。2009年,南方某报刊登我区经济统计数据有假,并为此作了相关报道,造成了不良社会影响。闵行区政府有关部门得知这一情况后,当即与顾问团律师联系。接到政府指令后,顾问团律师迅速反应,审慎考虑,在短时间内提出了解决此事件的方案,有效地维护了政府的



形象。

突发事件:叫得应,拉得出,做得好。1999年,“4·15”空难赔偿案揭开了闵行律师作为第三方参与调处群体性事件的序幕。长期以来,闵行律师不负重托,较好地完成了市、区各级政府

交办的各项任务。面对突如其来的事件和疑难复杂的群体性纠纷,闵行律师“叫得应、拉得出、做得好”。近年来,参与处理“莲花河畔景苑”倒塌事故、“倒钩”事件、“紫旺电器城”信访案、“东方国贸商铺业主”矛盾纠纷等,通过第一时间风险评估,专业缜密的方案部署,达到了较好的社会效果,在突发事件及群体性纠纷处理方面积累了丰富的技巧和经验。

政府购买服务:引导,规范,保障。为适应市场经济条件下政府履行公共管理职能的新要求,结合工作实际,闵行区司法局、闵行区财政局在全市率先出台《关于规范本区政府购买法律服务的意见》,通过规范政府购买法律服务项目的范围和形式,理顺服务程序、秩序,规范经费支付方式,建立公开、公平、有质、有效的服务机制,以形成具有闵行特点的政府购买法律服务长效运作模式。该意见的出台是对《关于进一步发挥律师在法治政府、法治社会建设中重要作用的若干意见》精神的贯彻落实,实践也证明其对引导律师参与专业性、行业性和群体性各类矛盾的法律服务工作起到了积极有效的推动和保障作用。

脚踏实地,志愿服务为百姓

闵行区现有青年律师志愿团、职工维权志愿团、女律师志愿团、残疾人维权志愿团、老干部维权志愿团、医患纠纷人民调解工作志愿团等6个律师志愿团,每个志愿团都有明确规范的运行制度,除常规值班接待咨询外,各司其职,在不同领域做到了不设空架子,为百姓办实事。



职工维权:维护个体合法权益,平息群体性劳资纠纷。在闵行区总工会和区司法局的组织下,志愿团参与调处了多起大规模群体性劳资纠纷,并取得了良好的社会效果。在维权的过程中,志愿团认识到,如果只一味强调为职工维权,而忽视了企业的合法权益,那么这种维权最终结果是企业垮了,职工的权益也得不到维护,故而必须强调依法维权、合理维权,双方的合法权益都要维护,反对以任何极端手段达到维权目的。

妇女维权:既是女律师,也是“老舅妈”。闵行区女律师志愿团已经走过了整整九年的时光,成立至今,组织了数以百计的普法宣传活动,解决了数以千计的妇女维权案件,提供了数以万计的法律咨询服务,为妇女同胞解决的困难已经数不胜数。譬如,在社会关注度极高的“汪洋父母权益纠纷案”中,汪洋的父母面对40万元的社会捐款争执不下,志愿团律师怀着对英雄的钦佩,用真诚和责任化干戈为玉帛,成功调解双方争端,说服汪洋的父亲尊重汪洋母亲的意见,一起把巨款捐给了复旦大学,让见义勇为者的爱心得以延续。

青年律师志愿团:站好每班岗,十年如一日。闵行区的法律援助青年律师志愿团自2002年4月成立以来,积极拓展志愿者服务队伍、领域和形式,以优质、高效的各类法律援助志愿服务为维护弱势群体的合法权益做了大量有益的工作。目前,志愿团律师人数已增加到92名,十年来共咨询接待当事人34097人次,办理各类法律援助案件4000余件,收到受援当事人赠送的锦旗100余面,感谢信100余封。随着法律援助工作的不断深入,志愿团将进一步发扬“奉献、友爱、互助、进步”的志愿服务精神,拓宽服务领域,深化服务形式,丰富服务内容,完善运作机制,不断地为法律援助事业添砖加瓦。

点滴做起,心系弱势群体

在服务地区经济发展、维护社会和谐稳定的同时,闵行律师也不忘关心弱势群体,并通过新形式,尝试新方法,以提供更加贴心周到的法律服务。

贴心服务:法律服务进驻看守所。在迎世博倒计时100天之际,闵行区律师工作委员会与闵行区看守所本着“保平安、迎世博、促和谐”的宗旨,开展“法律服务进驻看守所,便民利民促和谐”共建活动,闵行区律师工作委员会刑事法律服务咨询接待室举行了揭牌仪式,闵行区看守所法律援助工作站也相继成立。刑事法律服务咨询接待室和法援工作站的设立不仅为犯罪嫌疑人及其家属寻求法律服务提供了一个可靠的便捷渠道,也为我区律师尤其是年轻律师搭建了一个很好的锻炼平台,同时作为全市首家进驻看守所的规范化刑事咨询接待室,

其对法律服务市场管理的探索亦具有重要的意义。

专家门诊:律工委委员坐堂法律援助。自2010年起,闵行区律工委委员每周二上午座堂区法律援助中心窗口,参加咨询接待服务。在原有80多名青年志愿团骨干律师参与法律援助服务的基础上,闵行区律工委20余名资深律师加盟法律援助窗口服务,使困难弱势群体能够免费享受到“专家级别”的律师咨询服务,是区法律援助中心优质服务的一项制度创新,更是闵行律师热心公益、奉献社会的又一缩影。

活力自信,各类活动出佳绩

闵行区律工委成立之后,积极组织全区律师参加上海市律师协会及兄弟区县律工委组织的各项活动,从篮球、羽毛球、龙舟赛、话剧小品演出等文体活动到专业大练兵的辩论赛,均投入极大的热情,也取得了不俗的成绩。

篮球赛:力挫劲敌,黑马夺冠。为丰富律师业余生活,通过文体活动加强律师间跨区的交流与沟通,上海市律师协会浦东、长宁、静安、闵行四区工作委员会在上海海事大学篮球馆联合举办了“四区律师篮球联谊赛”。成立不久的闵行律师篮球队力挫劲敌,在分组赛中战胜颇具实力的长宁律师代表队,与战胜静安律师代表队的浦东队会合决赛,争夺冠军。经过紧张激烈的比赛,闵行队凭借球队的默契配合、主力队员的出色发挥,以“黑马”的姿态最终夺冠。其中表现突出的10号队员程晨律师荣获“最佳防守球员”称号。

辩论赛:勇往直前,荣登榜眼。2011年上海律师辩论赛开赛之际,闵行区律工委举办了首届闵行律师辩论赛,并选拔优秀辩手组成“弘闵”队参加市律协组织的辩论大赛。弘闵队一路过关斩将,通过紧张而激烈的初赛、复赛、半决赛,战胜老将坐镇的金山队、实力不俗的徐汇长缨队、卧虎藏龙的浦东3队、群星云集的复活联合队,从全市23支律师辩论队中脱颖而出,晋级决赛,与黄浦卢湾队争夺冠军。在2012年3月17日的决赛中,双方你来我往,共同呈献了一场智慧与语言的饕餮盛宴,最后弘闵队惜败经验更胜一筹的黄浦卢湾队获得亚军。在这个上海律师辩论风采华丽展现的舞台上,闵行代表队的成长与进步有目共睹,并且一路走来充分展现了闵行律师过硬的专业素养、出色的语言水平、扎实的理论基础、无限的创新精神以及同舟共济的战斗力。

党建引领,促进律师行业科学发展

2011年10月,闵行区司法局律师党委正式成立,这

意味着闵行区的律师党建工作迈入了崭新的阶段。近年来,闵行律师党建工作坚持用科学发展观统领工作,坚持“以党建促所建,以党建促业务”,发挥党组织的“引导、凝聚、服务、保障”作用,团结带领广大律师,统一思想、凝聚力量、扎实工作、锐意进取,为建设平安闵行、和谐闵行作出了积极的贡献。

组织体系:优化结构,推进党建工作全覆盖。律师党委根据实际情况,不断优化律师事务所党支部设置,对没有党员的律师事务所,选派政治思想觉悟高、能力强的党员担任政治指导员,宣传党的路线、方针政策,实现党的组织和党的工作全覆盖。目前共有律师事务所独立党支部 16 个,联合党支部 2 个。律师党委以律师执业管理信息化平台为依托,分别建立了律师事务所党组织和律师党员管理档案,实行动态管理。做到了哪里有律师党员,哪里就有党组织;哪里有律师,哪里就有党的工作。律师党委按照“坚持标准、保证质量、改善结构、慎重发展”的方针,抓好律师党员培养关。目前,闵行区已有律师党员 157 名,占全区执业律师的近三分之一。

思想教育:凝聚力量,打造积极、向上、健康的精神风貌。近年来,律师党委深入开展创先争优活动,在律师中唱响“为民服务”主旋律,推行党员律师公开承诺亮牌服务活动,自觉履行社会责任,在服务经济建设、参与社会管理和行业文明创建中发挥了模范作用。同时,律师党委寓教育于各项活动之中,如组织开展拓展训练、参加上海市律师行业龙舟赛、羽毛球赛等活动,进一步强化了党组织的凝聚力,丰富了全体律师和党员的文化体育生活,展示了律师党员的精神风貌、高尚情怀和良好形象。再如落实“五个一”活动,前往上海航天设备总厂联组学习、到南京大屠杀纪念馆、梅园新村纪念馆追寻革命足迹等活动,带动党员和全体律师端正执业思想、坚定政治方向。

服务社会:开展“创先争优”,促进律师业务工作发展。律师党委始终坚持把律师行业党建工作与业务发展相结合,引导和组织各律师事务所党支部和广大律师主动融入地区经济和社会各项事业发展大局,及时跟进经济社会各项事业建设,为闵行区域经济发展、社会稳定、服务群众和民主法治建设作出了积极的贡献,2011 年度全区律师事务所总业务创收近 2 亿元,与 2008 年同期相比上升 43%。近年来,闵行广大律师党员亮出身份,积极参加专项法律服务活动,主动参与社会维稳,为重点领域、重点工程和重点项目提供专项法律服务,形成了以律师党员为主的“1+20+6”律师服务团队,在处置群体性突发事件、复杂疑难信访案、历史遗留案件等方面发挥了积极作用。同时,律师党委注重通过各类评选活动,树立了一批律师行业先进代表,他们在律师业务拓



展、社会矛盾化解、社区法律服务等领域都取得了相当的业绩,在律师行业中起到了典型示范作用。

“十二五”时期是加快现代服务业发展的重要时期,也是律师行业发展的关键时期。中共中央办公厅、国务院办公厅已下发《转发〈司法部关于进一步加强和改进律师工作的意见〉》,上海市委办公厅、市政府办公厅已印发《关于进一步发挥律师在法治政府、法治社会建设中重要作用的若干意见》,闵行区委、区政府也已出台《关于深入推进闵行律师业发展的工作意见》,这些文件的出台是对律师工作的肯定和认可,也为行业的发展提供了有力的支撑,同时也意味着对律师服务提出了更高的要求。奋进中的闵行律师将把握机遇,内强素质,外树形象,推进专业化、品牌化、规模化、国际化建设,在规范建设中做好,在市场竞争中做强,不断进取,开拓创新,为闵行“十二五”发展,为上海“四个中心”建设作出更大贡献! ●

共筑和谐

●文/潘鹰芳

提高政治敏锐性 凸显维稳责任感

——黄浦律师以创新精神为社会提供优质法律服务



“撤二建一”后的黄浦,更加丰富了其历史的内涵和未来的外延。这里以独特的地理环境承载着上海古代城区史和近代开埠史,其间无数个“首创”,无数个“第一”,谱写了上海,甚至具有全国意义的“经典”。在这块土地上,孕育了“第一个律师公会”。时至今日,黄浦区司法局坚持以创新社会管理的理念,对 1500 多名律师倾注了关心和支持。去年黄浦律师在业务上办理各类诉讼代理案件 3918 件,非诉讼法律事务 2364 件,担任法律顾问 615 家,业务创收达 4.34 亿元。同时,也把维护社会稳定作为义不容辞的责任,组成专家团队担任政府法律顾问;为区政府实事项目提供法律风险评估;在区信访办接待室设立固定的“黄浦律师法律咨询室”,接待来访 66 人次,51 件咨询;参与重要信访件处理、重大信访矛盾化解;参与区四套班子领导包案化解工作,陪同区领导接待群众上访;参与化解信访积案 17 件,化解率在中心城区位居前列;参与信访核查案件 30 余件,出具法律意见书 30 余份;参与信访终结听证会 15 次,核查终结信访案件 13 件,实际效果显著,得到区委区政府领导的肯定和赞扬。

律师在维稳中扩大了视野,增强了关注民生的责任感,提高了政治觉悟,正在成为息讼宁人、构建和谐的人民调解员,化解群体矛盾、维护社会稳定的特殊专家,辅助政府依法行政的顾问,参政议政的谋士,全民普及法律知识的专业教师,公益事业和公益活动的志愿者。我们的主要做法是——

一、抓队伍建设,凝聚律师维护社会稳定的共同理念

近年来,首先注重发挥党支部的战斗堡垒和党员的先锋模范作用,局党委把健全律师行业党的组织领导体制,巩固和推进律师党建全覆盖列入主要议程,建立政

治联络员(指导员)制度。由局党政领导和党员干部 60 多名同志组成联络员队伍,通过“定点联系、定人指导、定期沟通”的工作方法,确保党建工作的各个环节落到实处。并按照规定成立了律师党建专项办公室和律师党委,发挥了覆盖全区 115 家律师事务所的 51 个党支部 449 名党员的积极作用。三年来,在与区委党校共建的司法行政党建工作培训基地开展了 30 多期主题教育培训讲座。

二、抓维稳模式创新,延伸法律服务的广度和深度

(一)为区政府实事项目提供法律风险评估。为加强区政府实事项目管理,规范实事项目实施流程,明确各方责任,完善长效机制,组织律师参与了区府实事项目法律风险评估。律师中包括了曾获“东方大律师”称号的江宪,荣获“上海市优秀女律师”称号的金缨等一批在行政法、民商事法、经济法、房地产法等领域经验丰富、具有专长且了解社情民意的多位优秀律师。他们组成团队,在排摸立项阶段,对项目的合法性以及潜在风险等进行初步评估;在组织实施阶段,就项目具体实施过程中可能涉及的法律、程序、现实风险等问题进行深入分析,并就规范程序、防范风险等问题出具法律风险评估意见书;在后续管理阶段,见证各方签署相关法律文书,明确各方在日常使用、维护过程中的责任,确保项目完成后的长效管理。

(二)全面介入信访结案终结工作。在司法行政部门的指导下,加大律师参与信访矛盾化解、终结的工作力度,扩大参与信访积案化解工作范围,协助推动信访事项的终结。

1. 建立完善律师参与信访工作的机制。把律师参与信访工作作为律师经常性的业务工作常抓不懈,承担起

律师应尽的社会责任。协同信访部门进一步完善律师参与信访的工作制度,进一步明确工作职责、工作程序、工作方式和纪律。认真组织律师学习《信访条例》等涉及信访工作的法律、法规、政策,保障律师有足够的时间、精力参与信访接待工作。

2、建立律师参与信访值班制度。选派1至2名政治素质高、业务能力强、经验丰富的律师于每周三、周四全天上岗值班。上岗律师应严格遵守信访部门作息制度,严禁空岗、漏岗、迟到早退。

3、确立律师参与信访工作应遵循的原则:与党和政府保持高度一致的原则;为群众负责的原则;遵守信访接待纪律原则;积极化解矛盾的原则。

三年来,选派的28名优秀骨干律师,作为中立第三方,全面介入区领导联系重点信访人工作。其中20名律师作为矛盾化解工作小组成员之一,为领导出谋划策,做好法律帮手;3名律师对信访案件开展核查工作,采取集中时间、集中地点、集中力量的方法,对列入核查终结目标的矛盾,逐件进行信访人谈话、材料审核,并提出律师核查法律意见书,推动矛盾的化解和终结;5名律师作为社会公信人士,与人大代表、政协委员一起参与信访终结听证,增强信访工作的公开度、透明度,提高核查终结的公正性。2010年9月,区委书记王文涛召开专题会议,肯定了“信访矛盾化解月”活动中,8名律师在参与37件动迁信访矛盾的核查工作中,通过“配合领导包案等办法努力化解,以化促稳;对存在程序性瑕疵的动迁,切实完善程序,并做好稳定工作,以稳促化”的作用和成绩。

(三)及时参与重大突发事件处理。在区重大突发事件中,律师及时介入实施法律评估,切实从源头上预防、减少和消除影响社会稳定的隐患。如区工人文化宫邮币卡市场在新大楼改建过程中,由于摊位供需不足,500多户经营户与文化宫就摊位租赁安置问题发生纠纷,成为全区重点矛盾隐患。华夏汇鸿律师事务所作为该项目的法律顾问,积极介入参与双方调解工作。律师充分听取了经营户意见,提出切实可行的法律执行方案。经努力,有274户经营户进入新大楼摊位,安置率达100%;138户经营户进入新大楼包房,安置率达到60%;其余经营户待老大楼改建后再进行安置。这起经营户与卢宫邮币市场历时几年严重的矛盾纠纷,通过律师的努力得到了圆满解决。

(四)积极参与社会矛盾纠纷化解。组织律师参与医患、物业、劳动、交通事故等社会突出矛盾纠纷的化解,尤其针对当前物业纠纷矛盾突出的情况,律师分别在三个社区就如何参与物业矛盾纠纷化解开展专题调研,完成3篇调研报告。同时,律师还直接参与街道调解

工作室、专业调委会以及各类群众团体、社会组织、行业性协会、区域性调委会工作,协调处理各类民间纠纷,从源头上预防和化解社会矛盾,有力地维护了社区稳定。

(五)推进政府部门配备法律顾问工作。为政府部门推荐相关专业领域律师担任常年法律顾问,更好地发挥律师在我区依法行政中的作用,引导其更深入参与政府工作的决策和服务,更好地发挥律师在服务政府、服务经济方面的作用,帮助政府部门完善行政执法程序,规范行政执法行为,提高依法履职能力。目前,已有11名律师担任了25个政府部门、街道、企业集团的法律顾问。

(六)积极开展“双结对”活动,发挥律师第三方作用,成为和谐社区建设的“中坚力量”。深化律师事务所与司法所、律师与居委调委会的“双结对”活动,确保律师服务覆盖到每个社区点。律师通过在社区开办“法律门诊”、开展法律咨询、参与矛盾化解等,维护社区群众合法权益。去年,律师上门走访社区388次,电话联系沟通650次,接待居民群众咨询1293人次,为居委干部提供法律咨询368次,举办法制讲座69场,参与社区矛盾纠纷调解43件。近几年,通过律师事务所与司法所、律师与居委会的双结对机制,黄浦律师的社区法律服务覆盖到了全区。经统计,70%的黄浦律师参与过社区公益法律服务。在社区,黄浦律师有四个不同的身份:

一是化解社区矛盾纠纷的“老娘舅”。2010年,黄浦区某街道发生了一起涉及高龄老人的家庭房产纠纷,老人在走投无路的情况下决定通过诉讼途径解决纷争。社区律师得知这一情况后,主动介入纠纷进行调解,律师在依法调解的同时,做了大量理顺情绪、平衡心理的工作,注重人文关怀和心理疏导。律师介入10天后,老人的家庭矛盾调解成功,老人专程送去锦旗,称赞律师“热心为民,排忧解难”。类似律师成功化解邻里纠纷、家庭纠纷、租赁纠纷的例子不胜枚举。近三年来,律师参与社区矛盾纠纷调解2500多件。

二是作为第三方积极参与到大调解格局中,在一些专业性较强的纠纷领域如医患、物业、劳动、交通事故等纠纷的化解中发挥了积极的作用。三年来,与街道调解工作室、专业调委会以及各类群众团体、社会组织、行业性协会、区域性调委会一起,协调处理各类民间纠纷18000多件,积极倡导依法维权的理念,从源头上预防和化解社会矛盾,有力地维护了社区稳定。

三是弱势群体的“法律援助员”。社区律师借助担任街道、居委法律援助联络员的优势,积极为符合法律援助条件的弱势群体申请法律援助,并提供相应的法律帮助。去年在辞旧迎新之际,农民工陈某为社区法律援助律师送来了写有“捍卫正义,维护公平”的锦旗,感谢律师不辞辛苦,在较短的时间内帮助其拿到工伤赔偿

款,让他们全家能过一个安稳的春节。原来,不久前,来沪打工的陈某在本区某工地施工时不慎从高处跌落,致左外踝骨折。陈某及其家属就工伤赔偿事宜与工程公司协商多次,但工程公司负责人百般推诿,陈某无钱继续医治,急需法律援助。社区律师得知这一情况后,及时帮助陈某申请法律援助,并代理这一法律援助案例。为了让受援人能回乡安心过春节,援助律师急人所急,在2011年元旦放假期间也继续与陈某所在公司进行谈判。功夫不负有心人,这起工伤赔偿纠纷终于在新春佳节来临之际得到妥善解决。

四是乐此不疲的法制宣传志愿者。三年来,特别是年轻律师走进社区后,他们就始终肩负着一项使命——开展法制宣传,提高居民法律素养。律师在社区设立“法律服务箱”或“律师信箱”,并定期开启,方便社区居民及时与律师联系,求得法律服务或帮助;发放法律服务联系单(卡)并在上面做出承诺,社区居民凭联系卡可随时到指定的律师事务所进行免费法律咨询和得到减免免费的法律服务;紧扣社区居民的需求,通过法律咨询、法制讲座等形式,把抽象枯燥的法律规定变为具体生动的实例,如举办婚姻法、动迁法规等专题讲座;将常见法律纠纷案例编写成法制小品,让居民有直观的感受;帮助社区居民建立“法律兴趣小组”,培养居民法制宣传骨干……2009年迎世博期间,为社区居民举办“迎世博百场社区法制讲座”活动,有效地提高了居民的法律素质和文明素养。

三、切实采取措施,解决律师维稳面临的问题

律师参与地区维稳投入了很多精力,取得了积极的成效。但是,我们也不能忽略他们在投身于这一工作方面面临的一些问题,要积极采取措施,将其在今后的实践中逐步予以解决:

第一,律师应该得到相应的、对等的回报。律师作为执业群体的一个部分,其从事社会工作时也需要考虑成本,律师在化解社会矛盾的过程中,有成本支出,例如金钱、精力、时间等等;也存在极大的风险,例如当事人不服时的逆反心理和化解矛盾过程中的肢体、语言冲突等等。而律师在这方面的付出如果不能获得相应的、对等的回报,势必会打击律师参与到矛盾化解工作中的积极性,影响化解工作的开展。

第二,注重对律师给予精神层面的奖励。律师是一个特殊的职业群体,一方面他们跟其他职业群体一样,希冀通过自己的付出得到社会的回报;另一方面,因为法律专业的特性,律师群体也都普遍怀有志愿服务社会的热情,通过所学所长回馈社会、帮助普通民众解决法律问题的是他们的共同心愿。在重视物质奖励的同时,也应该关注给予他们精神层面的鼓励。现实生活中,在诸如法律援助、法制宣传等等活动中,律师其实都是无偿付出的,他们耗费时间、精力来完成对基层民众的普法教育,其奉献精神无疑值得大力提倡。然而,相应地律师积极参与到化解社会矛盾的工作中来,是对社会的一种反哺式的贡献,理应得到社会的尊重和认可。

第三,舆论导向的支持、社会民众的认同和尊重。律师积极参与到社会矛盾的化解工作中来,本身就是律师精神的一种弘扬和对社会的一种回馈——尤其是在现在律师付出大量时间精力来从事社会矛盾的化解工作而并没有得到相应回报的状态下,所以,更应该积极引导并采取多种方法推进、扩大舆论媒体对律师这种工作精神的宣传,也应该引导、鼓励社会民众尤其是矛盾当事人对律师工作给予必要的尊重。

第四,司法行政部门要注重在律师队伍中弘扬正气,树立典型、加大对先进律师群体和优秀律师的表彰力度,努力在律师队伍中形成更加健康向上的良好氛围。●

(作者为上海市黄浦区司法局局长)



法日良法去语

我的败诉

●文/唐逸敏

栏目组稿人:葛珊南 gsn888@vip.163.com

书证物证人证充分确凿 一审判决败诉二审调解



从事专职律师二十余年,办理过上千个案子,有胜诉有败诉。除了经典成功案例,在我脑海中留下深刻印象的,还有一件曾代理过的涉外加工承揽备料欠款案,这是一个应当完胜的官司,一审却是完败。个中情形使我久久不能忘怀……

一、简要案情

2004年6月至2006年10月,苏州某移动通讯有限公司(简称B公司)向一家日本独资公司上海分公司(简称A公司)订购用于手机配套的专用按键板。约定:1、A公司根据B公司的订单进行生产以及原材料采购;2、货币结算为日元;3、付款条件:60天……合作初期,双方均能按约履行。2006年初,B公司单位内部体制发生了变化,产品结构进行了调整。2006年2月13日,B公司发送Email给A公司,要求其提供未结款及未了备货清单。当日,A公司就将B公司所需的清单发送给B公司。同年12月底,双方又在深圳C公司(该公司系B公司的控股公司)就如何解决未结备料欠款事宜进行了磋商,三方达成共识:2006年10月后,由C公司向A公司的关联公司(香港某公司)以手机扬声器提高单价摊销的差价,抵冲B公司的欠款。2007年1月1日,A公司根据谈判结果,归纳了一份总结性文件发送Email至B公司。2007年1月16日,B公司对此作出

确认。从2006年10月至2007年9月,B公司通过深圳C公司以上述方法分四次偿还A公司2774640日元,尚欠8760162日元。

2008年12月,我接受A公司的委托,将B公司诉至苏州某区人民法院:要求一、判令被告立即支付备料欠款8760162日元折合人民币573195元;二、赔偿由此而造成的经济损失179767.7元人民币(其中利息72528.43元人民币,库存报废预计损失107239.27元人民币);总计折合人民币810586.9元。

我向法院提供了11组证据共108页,包括1、工商行政管理局注册登记资料,证明被告主体资格;2、被告的订单、原告开出的发票、货物装箱单等,证明被告向原告发出的要约得到了原告的承诺和实际履行;3、2006年2月13日被告发送Email给原告询问拖欠款的数额及原告的回复,证明被告内部体制改革产品结构调整后双方核对以往发生的债务;4、2006年12月27日被告发送Email给原告对库存数的了解、深圳协调事宜及2007年1月1日原告回发Email给被告对深圳三方协调会的总结,证明被告单方取消订单原告要求被告履行三方会议精神并履行承诺;5、2007年1月16日被告发送Email给原告确认其对原告负债11534802日元及其订出的还款计划,证明被告欠款的事实;6、香港星电公司出具的情况说明,旨在证明双方当事人以自己的行动部分履行了三方会议约



唐逸敏:上海市益昌律师事务所负责人

定,被告欠款的法律事实;7、2008年2月5日原告发送Email给被告再次催款,证明被告拒绝履行义务,构成违约的客观事实;8、原告根据订单准备的备料成品滞留在原告保税区仓库内的照片,证明被告违约行为给原告造成巨大经济损失;9、有关证据的中英文翻译件,以强化原告提供原始书面证据的真实性;10、第三方Email公证书;11、证人王某当庭的证词,旨在强化被告的欠款事实和违约事实客观存在。

我满以为提供了如此翔实充分的书证、物证、人证,此案原告必胜无疑。

令人意想不到的是,从第一次双方证据交换,到庭前调解直至正式开庭,B公司的代理人提出的抗辩理由竟然是:1、原、被告间不存在加工承揽合同关系;2、原告提供的证据中,双方之间发送Email的李某、蔺某不是被告单位的人;3、三方代表在深圳C公司就有关解

决欠款所达成的调解方案,不能代表被告,参加谈判的人是被告控股公司的员工非被告公司人员;4、假设被告向原告发出过订单,并没有任何证据显示原告已履行了合同;5、假设原告发票翻译件是正确的,时间是2006年5月25日,原告诉请超过了诉讼时效;再说被告名称已经变更,原告开具发票的抬头的名称还是原来的名称,故跟被告无关。被告代理人在回答法庭提问时,除了“不清楚”、“不知道”,百般抵赖外,始终没有出示过一张反驳的证据。通过几次庭审,在被告拒绝调解的情况下,一审法院竟以原告诉请提出原、被告成立承揽合同关系、被告于履行中单方违约终止履行,造成原告货款损失、利息损失及税收费用损失的主张,未达证明标准,本院不予支持。驳回原告的全部诉讼请求。

二、本案的争议焦点

焦点一:本案被告主体是否适格?

被告认为,被告B公司不是适格主体,与原告之间不具有加工承揽关系。本代理人认为,现有证据和庭审查证明:原被告之间委托加工承揽关系依法成立,当事人具有民事行为能力,工商行政管理局资料清晰地印证了被告主体演变的过程,《民法通则》第44条规定:被告企业其他重要事项的变更,不影响原先的业务关系,其权利义务仍由变更后的企业法人承担。因此。被告是本案适格主体。

焦点二:本案双方合同关系是否成立?

(一)被告认为,与原告之间不具有加工承揽的法律关系且传真件系复印件不能成为证据。

本代理人认为:

1、自2004年初起,原告根据被告

提供开磨具的图纸要求,为其代开磨具,根据被告发来的订单进行批量生产,随后将产品存放在原告的保税区仓库,并在规定的期限内通知被告,再根据被告需求原告开具发票及提单,由被告向海关报税,原告将货委托上海C国际物流有限公司DDU苏州。然后,被告在60天的付款期限内结清款项。从建立业务关系起至纠纷发生前2006年10月,原被告间一直依照这种交易习惯,已经履行完了74笔,涉及金额约2.8亿日元,折合人民币1800余万元(有具体的书证予以印证)。

2、《合同法》第10条第一款规定:当事人订立合同,有书面形式、口头形式和其他形式。第11条规定:书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容形式。根据合同法理论,合同成立由要约和承诺两个部分组成。《合同法》第22条规定:“承诺应当以通知的方式作出,但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。”本案原被告形成了长期的、固定的交易习惯,在很长的时间里被广泛地使用。双方间委托加工的订单作为合同的要约,其主要条款明确,意思表示真实,从双方交易习惯看,订单的要约内容得到了原告的完全承诺。双方间不仅合同成立且早已履行彼此的权利义务。

3、众所周知,传真件及Email已成为当今社会人们经济交往中必不可少的使用工具。2005年4月我国《电子贸易示范法》、《电子签名法》首次确定了数据电文的证据地位。如何确认传真复印件的效力,热敏纸传真件难以长时间保存,保留复印件是一种通行的传真保管方法,如果对这类传真件仍一味要求提供原件,显然是缺乏科学依据的,也有悖于社会现实。更何况,传真作为一

种数据电文本质上就是复印件,没有必要提供所谓原件。

(二)被告辩称:传真发件人王某及发Email的李某、蔺某不是被告单位的人,无权代理被告。本代理人认为,工商注册登记材料明显反映:王某系被告公司最终投资者控股的公司全球开发部经理,蔺某系被告关联公司全球采购开发部采购专员。正由于这种特定的身份,在被告公司体制改革转制过程中,最终投资者完全有权并有充足理由委派王某、蔺某处理全资公司的债权债务及善后事宜。事实上,证人王某当庭的证词直接印证了控股公司委派人员处理的结果得到了当时被告的实际认可。

(三)被告又称:假设原告提供的证据都是事实,被告所欠款也没那么多,最多还欠原告5811800元日元。被告的这一观点,本身自相矛盾,但至少被告认可了三方协调方案。至于被告所认可的尚欠原告款项数,最有说服力的事实是,直至诉讼,所有的加工承揽的备料货物都存放在原告的保税仓库内。

(四)被告辩称:原告诉讼已过时效。原告认为被告这一观点有悖事实,原告从来就没有放弃过追讨,双方一直保持联系。三方协调会议后被告履行了部分还款义务,从最后一次履行还款日2007年9月5日至原告起诉之时的2008年12月,根本未超过二年的诉讼时效。被告的辩称不攻自破。

焦点三:原告提供的证据是否充分、可信、确凿?

被告认为原告所提供的证据不充分、不可信、不确凿。本代理人认为,最高人民法院《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第11条规定:案件同一事实,除举证责任倒置外,由提出主张的一方当事人首先举证,然后由另一方当事人举证。另一方当事人不能提出足以推翻前一事实的证据的,对这一

事实可以认定;提出足以推翻前一事实的证据的,再转由提出主张的当事人继续举证。第22条规定:一方当事人提出的证据,对方当事人认可或者不予反驳的,可以确认其证明力。第23条规定:一方当事人提出的证据,对方当事人举不出相应证据反驳的,可以综合全案情况对该证据予以决定。原告已经提交了足以证明自己主张的证据,证据和证据之间已经形成了一个锁链。被告除了回答不清楚、不知道外,没有向法庭提供过一份能反驳原告观点的证据。因此,原告的证据是充分、可信、确凿的。

焦点四:被告的违约事实是否存在?

被告称:双方合同关系不成立,因此也就谈不上违约的事实。原告认为,现有证据充分证明被告的违约事实客观存在。首先,2005年5月,被告企业内部体制改革,产品结构调整是引起其违约的诱发因素;其次,本案所涉备料是特殊产品,是原告根据被告要求,专门采购定制的,从委托订货到产品交付,有一个生产周期,原告必须采用备料方式来满足被告加工承揽的需求量。由于被告中途突然提出不要原告继续供货了,致使原告早为被告准备好的备品备料,至今积压堆放在原告的保税区仓库内,被告单方

取消订单的事实清楚,证据确凿。此节事实,除有双方承办人往来的Email,更有第三方香港公司证人证词,充分证明了被告不仅认可欠原告备料款的事实,且按三方协调会精神实际履行了部分义务即以双方关联公司提高交易单价方式抵充欠款2774640日元。对该事实,被告代理人在法庭已经承认。因此,被告的违约事实确实存在。

焦点五:被告的违约行为是否给原告造成了巨大的经济损失?

被告认为,原告的经济损失与被告无关。原告认为:原被告加工承揽关系由来已久,以往双方正常履行了合同义务。本案的形成就是因被告企业内部机构调整及产品结构变化,不再需要原来约定的产品,致使原告根据被告要求,通过海关采购进来的特制备品备料囤积在库。这是不争的事实,任何人无法抵赖。《合同法》第268条规定:定作人可以随时解除承揽合同,造成承揽人损失的,应当赔偿损失。原告的诉请于法有据。

三、二审公开审理后双方调解

原告A公司接到一审败诉判决后,坚决要求律师继续代理A公司上诉至苏州中院。上诉请求是撤销原判重新审理予以改判。然而在整个二审审理过程中,被上诉人的态度始终如前,有鉴于此,法

官同意我方的证据补强请求。我通过当地劳动保障局,查明了李某在B公司任グ间,被告为她缴纳四金的证据。同时,又通过互连网从被告B公司的网站查明了其IP地址,对照发现李某所发Email的IP地址与B公司网站的IP地址后缀完全一致。被告矢口否认李某不是其员工的谎言当即被戳穿。但被告在大量法律事实面前,仍不调解要求维持原判。我在与审判长沟通时,坚决要求撤销原判重新审理予以改判,把这场维护公平正义的官司进行到底。审判长耐心地听完了我的表述,非常平静地说:“从整个审理后的情况看,我完全从内心确认原告主张全部是事实,但是,被告代理人如此不顾事实一味抵赖,法院不太可能改判,即便撤销原判发回重审,诉讼过程漫长且成本高。目前根据法院掌握的情况,B公司为了逃避债务,公司成空壳,即便赢了官司执行到款也难。我尽量做B公司的工作,双方能调解解决是最好的”。我将法官的建议告诉了A公司,该公司决定由我代理决定调解方案。最后在审判长的努力下,对方终于愿意支付40余万元的货款(含诉讼费),并将所有存放在A公司的库存通过香港关联公司拉回,装运费由B公司承担。诉讼费一半由法院退回给A公司,双方十天之内履行完毕。●



视角 ●文/陈会平

电子商务物流保理大有可为



根据国内知名第三方电子商务研究机构中国电子商务研究中心 (100ec.cn) 2012年3月13日发布的《2011年度中国电子商务市场数据监测报告》, 截止到2011年12月, 中国电子商务市场交易额达6万亿元, 同比增长33%, 该中心预测未来几年我国电子商务服务产业将迎来其发展的“黄金年代”。电子商务在快速发展的同时, 也充斥着必须着手解决的诸多矛盾和问题。一方面, 与电子商务关系密切的第三方支付企业的沉淀资金像滚雪球般越滚越大, 仅“支付宝”一家企业日均沉淀资金额已经超过100亿元。另一方面, 在“银根”紧缩, 中小企业通过银行等传统渠道融资困难重重、资金“吃紧”的情况下, 第三方支付沉淀资金却躺在银行专用账户里睡觉, 资金运用效率低下、浪费严重, 招致有识之士的广泛批评。

在电子商务蓬勃发展的大背景下, 工商企业逐渐改变传统的经营模式, 充分利用电子商务手段不断延长经营时间、扩大经营空间, 经营效率迅速提高, 产业规模不断扩张, 对资金的需求也随之不断增长, 资金的巨大需求得不到有效满足已经成为电子商务企业亟待解决的难题。沉淀资金的闲置与工商企业资金短缺之间的矛盾的根本原因在于我国的金融创新不足, 金融制度与现代新型经营方式未能有效整合。目前, 电子商务企业、第三方支付企业和物流企业各自独立、分散经营, 企业整体规模小, 不能形成市场集中的合力, 难以实现1+1+1>3的积极结果, 影响了产业结构的升级换代和现代新型经营方式的加快发展。金融制度与电子商务、物流企业的

整合、创新发展已经成为这三个产业加快发展的现实需求。

金融创新正当其时

近年来, 电子商务规模的扩大, 推动与电子商务相配套的物流企业加速发展, 物流企业也逐步分工, 形成了专门为电子商务服务的物流企业, 电子商务企业与物流企业的关系日益紧密。实际上, 只要理顺电子商务企业、第三方支付企业和物流企业之间的关系, 稍作金融创新, 就可以很好地提高第三方支付沉淀资金的利用效率, 从而解决电子商务企业特别是中小电子商务企业的融资难题。这里所谓的金融创新就是通过对物流企业控制权的适当安排, 建立一套制度保障第三方支付资金运用的安全性、流动性和效益性, 使“死”的资金沉淀变成“活”的资金融通, 即利用应收账款担保开展保理融资, 为我国电子商务企业提供资金支持。

所谓保理, 按照一般的定义, 就是指保理商与债权方签署协议, 债权方将赊销方式下进行商品交易或提供劳务形成的应收账款, 转让给保理商, 由保理商对其提供贸易融资、销售账务处理、收取应收账款和买方信用担保为一体的综合性金融服务。电子商务物流保理的保理商就是第三方支付企业, 债权方就是通常意义上的卖家。在卖家已经发货, 买家尚未收货之前, 买家先将货款付至第三方支付企业账户, 但卖家并不能在发货的当时就能收到货款。在发货与收货付款期间, 卖家的发货行为实际上是一种变相的赊销, 这种赊销一般形成3-7天的

短期应收账款。随着卖家经营规模及应收账款不断扩大, 应收账款的规模不断扩大, 对公司外部的流动资金的需求愈加迫切。保理正是解决短期应收账款占用过多资金导致企业运转不灵的良方, 即由第三方支付企业收购卖家的应收账款, 相对而言, 就是由卖家以自己为买家的应收账款向第三方支付企业融资。

保理对于国人来说还是个新事物, 在我国国民经济序列中没有保理业, 我国长期以来没有保理业主体, 保理业务主要限于银行经营, 而且银行保理业务主要在国际贸易中开展, 开展国内保理业务也是最近几年的事, 但规模很小。2009年国务院批准建立天津滨海新区以来, 在国家“先行先试”政策的指引下, 天津市工商行政部门批准了多家投资主体多元化的保理公司, 但由于第三方支付企业主要云集于北京、上海、杭州等经济发达地区, 天津的政策对引导第三方支付企业金融创新的作用有限。因此, 要解决第三方支付企业为其他企业融资的制度障碍, 必须在国家层面上放开对保理业的银行垄断经营。

在条件尚未成熟的情况下, 可以放开第三方支付企业为自己的客户即卖家提供应收账款保理服务, 这是第一次创新。第一次创新放开了第三方支付企业经营保理业务, 第三方支付企业通过保理向卖家融资, 卖家获得的流动资金完全是基于自身的信用和靠买方的应收账款担保, 但是, 第三方支付企业的在货物不合格及退货的情况下的经营风险问题没有得到很好地解决。为了解决这个问题, 需要进行二次创新。第二次创新的重点是由第三方支付企业参股、控制物流

企业,或形成战略联盟,实现信息系统对接和资源共享。第三方支付企业通过这样的制度安排,有利于掌握和控制物流企业的运营,严格验收交送的货物,防范通货风险,及时掌握物流企业运送货物的状态,防范第三方支付企业所接受的担保物即应收账款是“瑕疵账款”或者“坏账”的风险,从而保障第三方支付企业这样的准金融机构的稳健经营。

经过两次金融创新,形成如下的事实和逻辑关系。即在电子商务环境中,买卖双方签订买卖合同,达成交易,第三方支付企业向买卖双方提供信用担保,保证买家在收货后付款,保证卖方及时发货。买方将货款付至第三方支付企业账户,在买方收货前,形成第三方支付企业专用账户中的沉淀资金,同时也是买方对利用第三方支付企业信用的反担保。第三方支付企业将该沉淀资金在买方收货前向卖方支付,形成第三方支付企业对卖方的融资。同时,卖方

将货物交付给物流企业,在货物交付买方前,货物的所有权归属于卖方,但占有权却转至物流企业。由于物流企业受第三方支付企业参股、控制或形成战略联盟关系,在物流企业收到货物的情况下,由第三方支付企业据此对卖家的应收账款进行保理融资,能够最大程度上避免自己的经营风险。

制度障碍尚待消除

虽然电子商务物流保理的确能解决电子商务企业的融资难题,但在我国目前商务环境下,仍然存在不少制度性障碍。这些障碍主要表现在以下几个方面:一是如前所述,我国国民经济序列中没有保理业,工商行政部门在登记时无法可依,导致意欲投资保理业资本特别是民间资本投资无门,无法获得合法的身份;二是保理业传统上由银行业经营,放开保理业经营,损害了银行业的既得利益,必然招致其强烈的反弹,阻力较大;三是保理和第三方支付行业的立法严重滞后,目前我国没有关于保理业经营的法律法规和规章,对保理的法律性质缺乏权威的界定,而第三方支付行业法律规范也仅有2010年中国人民银行颁布的规章《非金融机

构支付服务管理办法》,其法律位阶比较低,无法对基础性法律关系进行界定,不能适应第三方支付行业的发展需要。对第三方支付企业的法律地位、沉淀资金的法律性质都有赖于法律的明确规定;四是我国物流企业整体实力不强,而且细分市场不够明晰,专注于电子商务物流的企业普遍规模不大,知名度不高,影响了第三方支付企业与物流企业的深度合作。

发展路径已然清晰

大力发展电子商务物流保理,首先有赖于企业主动的制度创新,第三方支付企业可以借助其准金融机构的性质,具有较强的资金实力的优势,主动出击,积极投资电子商务物流企业,促进部分物流企业向服务电子商务企业的专业化发展;特别是当前在中央大力鼓励民间资本投资的情况下,第三方支付企业要善于吸收民间资本,增强自身实力,首先在国有垄断资本比较薄弱的新金融领域有所作为。其次,第三方支付企业通过利用物流企业在经营过程中占有承运货物的优势,可以以此为抓手加强风险管理,积极为电子商务企业提供融资。最后,立法机关和政府部门,应当积极应对我国电子商务快速发展的现实与挑战,把握电子商务的发展规律,大力激发民间投资的活力,科学立法,以健全的法律制度保障电子商务健康、快速发展,引导、促进金融创新,切实促进我国电子商务物流保理的发展。根据上述发展路径,可以期待,我国的电子商务物流保理业一定大有可为。●

(作者单位:上海瀛泰锦达律师事务所)

律师公会百年专题报道

●文/周 武

律师的足迹 城市的记忆(上)

——写在上海律师公会成立 100 周年之际

上海律师公会旧址(原贝勒路 572 号,现黄浦区复兴中路 301 号)



上海是一座历史名城,风云际会,多少先贤在这里呕心沥血,造福社会,惠泽人类。当人生谢幕,渐行渐远,他们的足迹依然留在城市的记忆里,城市的挂历并不以他们离去而单薄。记忆赋予城市以灵魂,只有了解过去才能更好地走向未来。

2010 年 12 月,上海律师公会旧址陈列馆举行开馆揭牌仪式。这座陈列馆的确定,是黄浦区司法局(原卢湾区司法局)花费近三年之力,北上南下,查阅近千卷史料、多次召开专家论证会、数次走访调查,皓首穷经的结果;也是弘扬城市精神,传承、建设律师文化的成果。

2012 年,上海律师公会迎来成立 100 周年之际,上海市律师协会开展了一系列的纪念活动。

现在,让我们穿越时空,看看这座坐落在复兴中路 301 号的建筑里到底发生过什么……

职业律师的出现和中国律师制度的兴起

公元前一世纪是罗马共和国和罗马帝国演变的时期,社会矛盾异常尖锐,罗马统治阶级为维护其统治秩序,制定了许多法律、法令和规定。与此相适应,社会上出现了学习、研究法律的

法学家阶层,这些人与统治阶级有千丝万缕的联系,他们时常就如何执法等问题向司法、行政官员提供意见。他们的研究成果和著述有些被统治者认可为法律。在社会上,他们向平民百姓解答法律问题,为诉讼当事人提供咨询意见,代理当事人参加诉讼。由于这些人的活动有利于统治秩序的稳定,公元前三世纪,罗马皇帝以诏令的形式确定了“大教倡”从事“以供平民咨询法律事项”的职业。同时,还允许委托他人代理诉讼行为,于是,“职业律师”正式出现了。

在中国古代,打官司要先向官吏递状子、陈述案情,但大部分人属于文盲,于是社会上一些文人干起了专门为他人写状子及其他文书的营生,民间便出现了“刀笔先生”。这些“刀笔先生”写状子,并不一定都熟悉法律知识,只不过是凭着读书识字的优势和“见多识广”的经验来进行,但也有的会给当事人出一些如何打官司的主意。

以上这些远不是严格意义上的律师制度,因为只有较为完备的诉讼代理(辩护)制度与职业法律家相结合,才能产生律师和律师制度。因而,中国古代虽有某些“代理诉讼”的现象和“助人诉讼”的人员,但由于政治、经济条件的限制,前者未进一步发展成代理制度,后者未形成职业法律家阶层,两者也从未在诉讼领域中结合。因此,中国

最后还是从国外引进了律师制度。

清末著名法学家沈家本主持制定、1910 年完成起草的《大清刑事、民事訴訟法》规定了律师可以参加诉讼,但因辛亥革命爆发,没有公布实行。

1911 年,南京临时政府起草了律师法草案,这是第一部有关律师制度的成文法草案,后因故未公布实行。

1912 年,北平政府制定了《律师暂行章程》和《律师登记暂行章程》,这是中国第一部关于律师制度的成文立法。章程公布后,中国律师职业慢慢兴起,至北洋军阀政府末期,律师达到 3000 人。

上海律师公会宣告成立

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——上海律师公会宣告成立。

从诞生之日起,上海律师公会就以一个职业组织的身份促进律师行业发展、规范律师执业行为,为“匡扶正义、建立法治”的理想奋斗,为推动中国社会的发展和进步留下了弥足珍贵的史页。

律师职业本身是辩护制度的产物。中国传统司法制度中没有这一职业。中国近代,伴随领事裁判权的产生,中国有了外国律师的执业身影。国人逐渐认识这一职业,并逐步产生了自己的律



1931年2月上海律师公会第四届全体执监委员合影(前排左三为沈钧儒)

师。于是,律师开始在上海出现。

中国的本土律师是在外来因素的刺激下产生的,而最早的华人律师都是留洋的学生。他们与传统的中国司法制度和政治体制背道而驰,体现了一种十分不同的社会趋向。在上海,虽然辛亥革命之前的租界就有本土律师活动的身影,但为数很少,他们一般都依附于当时的外籍律师事务所。

1912年1月初,南京临时政府司法部提法司任命陈则民等32名法政学堂毕业生为公家律师,并指出:如有原被告聘请他们,他们便可上法庭为其辩护。这是最早由中国政府公布的本土律师名单。其中陈则民、丁榕、蔡倪培等人当时就在上海担任律师,并且都是后来上海律师公会的重要成员,而丁榕、蔡倪培还曾先后担任过该公会的会长,他们也都是留洋的学生。此后,上海的本土律师逐年增加,成为司法现代化的一支重要力量。

1912年9月,北平政府颁布《律师暂行章程》,其中特别强调律师组织的地域性。规定:律师应于地方审判厅所在地设立律师公会,律师公会则以在该地方审判厅管辖区内的律师为会员。正是在这样的背景下,中华民国律师总会开始重新组织上海律师公会。随后,上海地区的律师组织格局开始有了明显的变化。

12月8日,上海律师公会在位于上

海小西门的江苏教育总会会所成立,并制定公会章程。由陈则民任会长,狄良孙任副会长,并有评议员张汝霖、庐尚同、江镇三、秦联奎、庄泽定、钱祖勤、丁榕等职员。与此前

各律师组织不同,上海律师公会明确地强调了它的地域性。从它的组织形式看显然是根据《律师暂行章程》的相关规定建构的。公会在通告中说:凡领有律师证书,已向高等审判厅登录,在上海设有事务所者,可按照本会章程入效。

1913年春季,律师公会改选金泯澜律师为正会长,陈则民律师为副会长。并于5月召开的上海律师公会大会上通过了修改公会条例各条款的决议,规定加入公会的具体手续(一)呈验已在高等厅登录的司法部律师证书;(二)缴足入会费。会费三十元(原中华民国律师会及江苏律师总会会员减半)。只有满足了以上条件才可成为公会的确定会员。当时公会会员约有30多人。

上海律师公会成立之后,曾一度在上海西门外神州法政专门学校内办公。后来公会会所迁往法租界的恺自迹路(今金陵中路)279号。随着会员人数的不断增加,原会所已无法满足需要,经1929年春季大会通过,决定以6万元的标准购买房屋作新会所。由于资金不足,执监会决定向会员募收最低限额为30元的特别捐款。同年5月,确定贝勒路572号(今复兴中路301号)为新会所,价格为36500元。外加修理、布置器具、增设大礼堂,预算概数约75700元。除去所有款项(包括募捐款),还需22000余元。为弥补不足,公会执监会决

定将所购新会所暂作抵押,并于1930年度起向会员收取会费由每月2元增至3元。自此,贝勒路572房产于1929年10月开始成为上海律师公会会所,

上海律师公会的组织架构

最初,上海律师公会成立时,经北京政府司法部立案,采用会长制,主要成员包括正副会长、以及8名常任评议员、4名干事。1927年经组织改组,其体制由会长制改为委员制,主要管理机构由执行委员、候补执行委员各15名,以及监察委员、候补监察委员各3名组成。由执行委员中选出的3名常务执行委员主持日常工作。自1935年开始,又适当增加了执行委员和监察委员的人数。抗战胜利后,为了符合新颁布的相关法律法规,将律师公会原来的执、监委员改为理事、监事。

作为职业组织,上海律师公会通过制定公会会则(1946年后改为公会章程)对会员提出具体要求。

1927年9月,上海律师公会秋季改选大会通过《上海律师公会暂行会则》,该暂行会则包括上海律师公会的职责,会员资格、入会手续与职务,会内职员及其选举、会员权利义务等内容。其中规定:“本会设立于江苏上海地方法院所在地,定名为上海律师公会”。“本会会员受当事人之委托或法院之选任得在指定之各级法院及特别审判机关执行律师职务”。“凡具有律师章程规定资格领有证书及登录者均得入会为会员”。“会员入会后按月纳经常费洋二元”。“执行委员15人议决及执行一切会务、常务委员3人主持会中一切会务、监察委员3人监察会中一切执行事宜”。“本会会员执行律师事务,办理民事案件、刑事案件与其他业务”。“会员执行职务不受法外之干涉”。



上海律师公会律师铭牌

随着上海律师公会的不断发展,人数不断增多,上海律师公会管理机构成员也逐渐增多。杨志豪、史良、朱素萼、韩学章等女律师还先后担任过公会管理机构的成员。

上海律师公会的发展经历了三个阶段,1913年至1927年为第一阶段,1927年至1941年为第二阶段,1945年至1949年为第三阶段。其中第二阶段为上海律师公会的鼎盛时期,会员人数迅速增长,成为当时全国最大的律师公会。其中女性会员也有明显增长,史良等女律师曾担任律师公会管理机构的成员。在这一发展过程中,律师公会一方面行使对会员监督职能,另一方面为会员职业发展提供多方面的帮助。

抗战结束以后,南京政府与美国方面成立“中国法律教育委员会”,以筹集款项,为中国法律人才赴美深造提供机会。该委员会委托上海律师公会选拔留美候选人,其资格包括30岁以下,身心健康、品行优良、获得法学学士学位、学识优良、精通中英文,经济上需要资助,在美国学成后能回国执行法律职务等。为此,上海律师公会致函上海法政学院,请其于该校法律系毕业生中选拔符合条件者及其候补者各一人并提交相应材料,以便转寄中国法律教育委员会甄选。

上海律师公会的“法律援助”

在旧上海,大批贫民生活在社会底层,遇到法律事务无力支付聘请律师的费用。为了维护法律的公平与正义,1924年4月,上海律师在国内最早提出设立法律援助机构的设想,成立了“上海律师援助会”,专门为贫民进行法律扶助。

随后,上海律师公会在进一步表达这一思想时指出:贫苦民众在法律上应



上海律师公会会员入会申请书



上海律师公会会员证书(1928年)



1912年12月9日《申报》登载的《上海律师公会通告》

受救助,是文明国家的通例,凡不能出资延聘律师的劳动团体及劳动群众,遇有困难民刑诉讼或订定重要契约及各种法律行为的协议,均可由救助机关派员代为辩护或负责为之代理,不取报酬。这样的思想,在30年代的中期得以在各地实行。

1928年7月,上海律师公会又讨论了组织法律援助机构的问题。

律师法律援助,即律师按照一定程序,义务为贫困当事人提供法律服务的制度。法律援助体现了上海律师扶贫济困、敢于担当的社会责任感。

有关法律援助组织的名称在不同时期有不同的表述。“上海律师援助会”用于20年代;“贫民法律援助会”用于30年代;“平民法律援助会”用于40年代。

1934年,中华律师协会发起组织贫民法律援助会。次年1月,上海律师公

会成立了下属的贫民法律援助会,并制定了扶助会的细则,开始进行法律援助的具体工作。抗战胜利后,恢复后的上海律师公会仍继续进行这项工作。从当时留存的法律扶助的案例记录来看,在接受法律援助的当事人中女性占了较大比重,尤其是那些被家庭抛弃的女性。通过这样的法律援助,使她们避免受到更大的伤害,充分体现了维护公平、正义的法律精神。

同时,《上海律师公会附设贫民法律援助会办事细则》规定:本会“由志愿加入之上海律师公会会员组织之”,“由抽签法预先抽定值日会员,每日一人,轮流按日接办请求扶助案件”;会员查实当事人“确系贫苦无力延请律师”,则应“无偿代为办理”请求扶助案件。会员承办扶助案件,应“依诚实执行职务。关于一切诉讼行为及法律行为均应代谋求助人合法利益,不受第三者之干涉”。●



专题研究

●文 / 柏立团

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

“春晚”等综艺类电视节目的著作权归属探析



一、引言

中央电视台举办的春节联欢晚会,作为每年除夕夜必不可少的一道大菜,已经陪伴着中国老百姓走过了 30 个年头。对于很多人来说,大年三十晚上观看中央电视台的“春晚”已经成为了一种习惯,甚至已经上升到了一种民俗。根据相关统计,2012 年春节联欢晚会的直播吸引了 7.7 亿中国观众的观看,可见“春晚”这个品牌在电视观众中强大的号召力。有了品牌知名度和影响力,随之而来的便是可观的经济利益。正是因为如此,许多网络媒体、音像制品商家等都希望能通过“春晚”分一杯羹,然而央视认为这种行为损害了其所享有的著作权。对于央视在其他节庆时举办的诸如元宵晚会等晚会以及各大卫视的跨年晚会等等电视节目,也面临着同样的问题。

那么,对于这类晚会节目来说,其是否属于著作权法所保护的客体?如属于著作权法意义上的作品,其又是属于哪一类作品?制作各类晚会的电视台在著作权法律关系中扮演着怎样的角色?他们又应怎样维护自身的利益?笔者将在下文中对以上问题进行探讨。

二、“春晚”著作权属性的争论

文艺晚会是观众喜闻乐见的一种节目形式,一般而言,晚会是由导演、演员以及各类技术人员参与,将歌舞、曲艺等节目以某种编排方式串联在一起,整体展现给观众的一种节目形式。首先,我们要明确这类节目是否属于著作权法意义上的作品。著作权法上规定的作品,是指文学艺术和科学技术领域内,具有一定独创性并能够以某种形式复制的智力成果。晚会由编导人员经过长期的策划筹备,以特定的某种方式将节目进行串

联,并在特定的灯光、音乐等背景的衬托下进行展现,不可否认晚会节目是具有独创性的。晚会节目可以通过光盘等媒介进行复制传播,可见其同样具备可复制性。那么晚会类节目自然属于著作权法意义上的作品,受到著作权法的保护。

对于上述较易达成共识,但对于“春晚”等节目属于哪一类作品的问题,在我国著作权法中,并没有清晰的规定,理论界也存在着颇多争论。综合而言,主要有以下几种观点:

(一)“春晚”属于以类似摄制电影的方法创作的作品

持这种观点的学者认为“春晚”等节目是电视台经过一系列的策划和组织才制作而成的作品,在作品中体现了电视台的独创性。如中国人民大学教授刘春田就认为:“‘春晚’不是汇编作品,而是原创作品,它就是中央电视台的作品。‘春晚’从策划到播出,考虑了很多的因素,这些因素不是某一个小品或者单个节目意识到的,央视借助了很多艺术和技术手段,整个是创作的过程,是另一层次的创作,不是简简单单录了一台晚会,所以‘春晚’是中央电视台自己的原创作品。”清华大学冯术杰博士认为:“现场所摄制的春节晚会,体现了电视晚会制作者的独创性,属于以类似摄制电影的方法创作的作品。春节晚会的制作方式与电影的制作方式在技术和性质上是相同的。”中央电视台版权处处长石村也曾在这次研讨会中强调了“春晚”的十大独创性:一是晚会贯穿有一个主题,所有工作都围绕这个主题进行;二是央视对“春晚”有数以千万计的投入;三是从始至终的整体音乐的设计;四是对许多报送作品的改编,由于央视导演组的参与使其更为精致;五是有一部分作品是由央视导演组委托创作的;六是舞台布景的设计,比如赵本山表演一个小品,他在央视这个舞台表演录制的效果和其他舞台上的效果是不同的;七是节目顺序艺术性的



柏立团：市律协信息网络与高新技术业务研究委员会委员

编排；八是录音录像过程中的设计；九是许多作品在“春晚”是首次发表；十是有整体上的串联词。

（二）
“春晚”属于汇编作品

《中华

人民共和国著作权法》第十四条规定：汇编若干作品、作品的片段或者不构成作品的数据或其他材料，对其内容的选择或者编排体现独创性的作品，为汇编作品，其著作权由汇编人享有，但行使著作权时，不得侵犯原作者的著作权。认为“春晚”属于汇编作品的主要观点是：虽然组织举办晚会的电视台在筹办过程中投入了大量的精力，并且在晚会的节目选择、编排、舞台灯光等方面都体现出了独创性，但是构成一台晚会核心部分的各个节目，并非由电视台原创，而是属于各节目主创人员自己的作品。电视台的工作主要还是体现为对节目的编排和串联，因此晚会整体属于汇编作品。

例如，在 2011 年央视国际网络有限公司诉上海激动网络有限公司侵犯其著作财产权的案件中，上海市浦东新区人民法院就将“春晚”认定为汇编作品。上海法院认为，“春晚”是一台综艺晚会，由多种形式的文艺节目构成，如歌曲、舞蹈、相声、小品、魔术、杂技等。上述节目虽均是独立的作品，但中央电视台需根据当年春节联欢晚会的主题和对节目内容的质量等相关要素，对所选送的节目进行筛选、编排、串词、衔接，最后形成每年一度、各具特色的央视春节晚会，上述过程体现了组织者对春节联欢晚会内容选择和编排的独创性，符合汇编作品的构成要件。

（三）“春晚”属于录像制品

根据《中华人民共和国著作权法实施条例》第五条第（三）项的规定，录像制品是指电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品以外的任何有伴音或者无伴音的连续相关形象、图像的录制品。这种观点的主要论点是：我国著作权法上的相关规定实际上将视频影像分为两类，一类是创作性较高的电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品，另一类是创作性较低的录像制品。而由电视台所制作的“春晚”等晚会类节目，其创作性尚未达到电影作品的要求，因此应作为录像制品加以保护。在 2010 年央视国际网络有限公司诉北京智通无

限科技有限公司的案件中，北京市海淀区人民法院的判决就体现了这一观点。海淀法院认为，“春晚”在表现形式上与电影作品相近，均由一系列有伴音或者无伴音的画面组成，并且在其摄制过程中，同样存在机位的设置、镜头的选择以及编导的参与，包含了大量的投入和辛勤的劳动，体现了一定的独创性。然而尽管如此，其作为以展现现场精彩表演为主要目的电视节目，在创作方法上仍与电影作品存在着较大区别。特别是在对拍摄内容的选择、舞台表演的控制、相关节目的编排等方面，摄制者并非处于主导地位，而节目的编导、摄像等人员按照其意志所能作出的选择和表达也都非常有限。由此决定了“春晚”所具有的独创性尚未达到电影作品所要求的高度，不足以构成电影作品，但是应当作为凝聚了一定智力创造的录像制品予以保护。

另外，在国外的相关立法中，对这类电视节目的界定主要有两种方式，一种是将影像作品统归为一类，即将电视节目与电影作为同一类著作权客体。如法国著作权法中，将这类电视节目与电影作品及以类似摄制电影的方法创作的作品统归为视听作品；另一种是单独规定电影作品，将除电影作品以外的影像作品另归他类。如美国版权法中规定，音像作品是由一系列有关的图像所组成，目的是用机器或装置例如放映机、观察器或电子设备将其放映的作品，如伴有声音则连同声音一起放映，不论体现这类作品的物体例如影片或磁带的性质如何。而电影是包含有一系列有关联的图像，在连续放映时——如伴有声音，连同声音同时放映——给人以活动的印象的音像作品。同时美国版权法规定，版权的客体之一为电影和其他音像作品。

三、笔者的观点

笔者认为，“春晚”不是以类似电影摄制方法创作的作品。如果将“春晚”归类于以类似电影摄制方法创作的作品，那么其著作权便归属于制片人。而“春晚”作为职务作品，实际上由央视担任制片人的角色，行使著作权。《著作权法》第十五条规定：电影作品和以类似摄制电影方法创作的作品著作权由制片者享有，但编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者享有署名权，并有权按照与制片者签订的合同获得报酬。电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品中的剧本、音乐等可以单独使用的作品的作者有权单独行使其著作权。在这样的设定下，央视对整体意义上的“春晚”享有完整的著作权，但是对于“春晚”中的各个节目而言，由于其构成了整个晚会的一部分，类似于构成电影作品的各个片段，难以将其界定为可以单独使用的作品。各节目本身的创作者

和表演者,其地位如同与电影作品的编剧和演员,而非独立意义上的著作权人。其所享有的权利仅限于署名权和获得报酬权,而不能单独地对其作品主张权利。这样显然不利于对作品创作者及演员的著作权进行保护。

将“春晚”定义为录像制品也有不妥。在英美法系中一般不区分著作权与邻接权,其法律规定中“音像作品”的概念是与“电影作品”相并列的,同属于著作权的客体,是著作权客体中两个不同的类别。而我国著作权法上规定的“录像制品”实际上是作为邻接权的客体,制作录像制品的录音录像制作者所享有的是邻接权而非著作权人所享有的完整的著作权。由此可见,如果将“春晚”归类于录像制品,那么电视台作为制作主体,并不具有著作权人的法律地位,这无疑忽略了电视台在晚会制作过程中所付出的独创性的工作,尤其是在晚会整体风格的策划、现场播出的安排以及节目串联的编排工作上所进行的再创作。

如果将“春晚”界定为录像制品,那么央视的身份也就是录音录像制作者。上文中提到过,录音录像制作者作为邻接权的主体,并不享有完整意义上的著作权。这点在相关法律规定中也得到体现。《著作权法》第四十条规定:录音录像制作者使用他人作品制作录音录像制品,应当取得著作权人许可,并支付报酬。《著作权法》第四十一条规定:录音录像制作者制作录音录像制品,应当同表演者订立合同,并支付报酬。《著作权法》第四十二条规定:录音录像制作者对其制作的录音录像制品,享有许可他人复制、发行、出租、通过信息网络向公众传播并获得报酬的权利。被许可人复制、发行、通过信息网络向公众传播录音录像制品,还应当取得著作权人、表演者许可,并支付报酬。在这样的定性下,央视的工作实际上被理解为只是将现场的演出固定在某种媒介上,也正因如此法律仅赋予了其著作权中的一部分财产权,并且该权利不能独立行使。这与央视投入大量精力和资源的实际情况是不相符的,没有体现出央视为制作“春晚”而进行的大量的独创性的工作。

笔者认为“春晚”应认定为汇编作品。首先,“春晚”类电视节目和电影作品有着明显的区别。虽然说一部晚会的制作同样需要导演、摄像等工作人员的参与,也需要对晚会中的布景、配乐、串词等等进行大量的创作,但是晚会毕竟不同于电影作品,主要区别在于构成晚会的基础是一个个独立的文艺作品,这些作品在其在晚会中展现之前就已经形成,而不是由晚会的制作团队为晚会专门创作。另外,晚会也缺乏类似电影制作所涉及的后期处理等工作。概而言之,“春晚”等节目的独创性尚未达到电影及以类似电影摄制方法创作的作品所要求的高度。其次,根据《著作权法》第十四条的规定,汇编作品的著

作权由汇编人享有,但行使著作权时,不得侵犯原作品的著作权。这样一来,对于晚会整体来说,制作其的电视台是著作权人,享有独立完整的著作权,并可以许可他人行使其中的财产权。对于晚会中涉及的每个单独的作品,其创作者仍享有对各自作品的著作权。在晚会中参与表演的表演者享有邻接权中的表演者权利。三者的权利可以同时得到保障。最后,电视台通过将本来独立存在的各节目整合在一起,形成具有整体风格、能够流畅地连贯在一起的一场晚会,主要是在节目的选择以及节目的编排上体现出了独创性,这使得晚会类节目符合于汇编作品的概念。因此,应将“春晚”等晚会类节目认定为著作权法第十四条规定的“汇编作品”。

四、对“春晚”等综艺类电视节目的著作权保护建议

前文已说明了“春晚”的独创性只能体现在它对内容的选择或编排的独创性上。按照著作权法对于汇编作品只保护表达而不保护思想的原则,著作权法对“春晚”保护的就是它的那种“独创性的选择或编排”的表达,而不是它所选择或编排的内容。因此,法院对侵犯“春晚”著作权的判决赔偿额之低也就不足为怪了。

对于制作晚会节目的电视台来说,应从以下几点着手保障自身的权益:首先,对于构成晚会节目的各个作品,电视台应与其创作者订立合同,保障创作者的署名权等著作权权利,获得用于之后制作录像、复制、发行、通过信息网络传播等活动的授权,确保其作为汇编作品著作权人的权利没有瑕疵。对于参与晚会演出的表演者,同样应订立合同获得用于录像、复制、发行、通过信息网络传播等活动的授权。其次,电视台可以作为著作权人对晚会的复制、发行、通过信息网络传播权进行合法的授权或转让。对于可能发生的侵权行为,例如未经授权的网络转播或提供下载链接等,合同中应明确电视台及电视台授权的主体可以作为著作权人提起诉讼,要求停止侵权行为并赔偿损失。

以上论点,对“春晚”这一类电视节目在著作权法意义上的定性以及电视台等制作单位对节目所享有的权利进行了简要的分析。随着老百姓日常娱乐生活的丰富,电视台节目也越来越多样化,其中牵涉到的著作权问题也越来越复杂化。现今我国的立法尚不够全面,对著作权法中的“作品”、“独创性”等概念也是仁者见仁、智者见智。可见,这方面的问题仍有待学界进行更加深入的讨论,以使我国著作权法的体系更加完整,更适应于现代生活的新发展。●

●文/商建刚

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

从诉讼法修改 看电子数据鉴定发展



随着计算机技术和通信技术在社会生活中日益广泛的应用和推广,电子证据在诉讼中的运用也越来越常见。相应地,电子证据鉴定在诉讼中也得到越来越广泛的应用和重视,尤其是在刑事诉讼领域。因为“电子证据同传统证据相比,本质的不同在于真实性方面:我们既无法用肉眼看出电子证据是否属实,通常也不能从电子证据本身入手判断其是否属实”,运用电子证据鉴定方式对电子证据的真实性、完整性及合法性进行鉴别就变得十分重要了。

一、问题的提出

2012年3月14日,第十一届全国人民代表大会第五次会议通过《全国人民代表大会关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》,新刑法的一大亮点是明确将电子数据作为一种独立的证据类型。而在全国人大公布的《民事诉讼法修正案(草案)》中,也明确将电子数据作为独立的证据类型。可以肯定,电子数据作为独立的证据类型将逐步为我国三大诉讼法所承认。之前专家学者们围绕电子证据的归类、法律地位的争论将告一段落。

有一种观点认为,电子证据在我国诉讼法地位的提升会带来电子证据鉴定业务的蓬勃发展。笔者以为这一观点有失偏颇,电子证据作为独立的证据类型对于电子证据鉴定业务的促进作用实质是非常有限的。在刑事诉讼领域,由于越来越多的犯罪呈现出高科技、智能化特点,电子证据及电子数据鉴定在办案案件中发挥着越来越重要的作用。但是,在民事诉讼领域,电子证据鉴定并没有得到广泛应用和推广。究其原因有两点:一是我国民事诉讼制度中缺乏合理的证据发现制度,二是我国民事法律未能给电子证据鉴定机构提供足够的法律保障。

二、电子证据的特点

(一)电子证据的易篡改性。电子数据,是指基于计算机应用、通信和现代管理技术等电子化技术手段形成的

包括文字、图形符号、数字、字母等的客观资料。电子数据是以电磁或光信号等物理形式存在于各种储存介质上的,这一特性决定了电子数据可被轻易改变或删除。只要存储介质上的电磁或光信号等物理形式发生变化,其代表的电子数据便会发生根本的变化,且这种变化从理论上说将因为数字信号的非连续性而既不可逆转又了无痕迹。

(二)电子证据的可复制性。电子证据必须依赖计算机等机器才能表现其内容,其内容的实质是储存在电脑中或其他磁性材料中如芯片、光盘、磁盘、优盘等。这决定了电子证据能够无限制地、快速地复制,且每个复制件与原件没有任何区别。

(三)电子证据的真实性。电子数据是以电磁或光信号等物理形式存在于各种储存介质上的,在没有遭受外界篡改的情况下,电子证据能够准确地存储并反映案件有关情况。即便是遭受篡改和毁损,在通常情况下,也可以由专门技术人员采取特殊手段加以恢复。真实完整的电子证据具有较强的证明力。

三、电子数据鉴定机构的电子证据保全

司法鉴定是从科学技术的角度帮助司法机关发现真实和确认证据,电子数据鉴定机构最基本最为传统的职能是提供电子数据司法鉴定。这一职能在刑事诉讼领域体现最为明显,但这仅仅是电子数据鉴定机构职能之一,在当前信息化日趋发展的时代,电子数据鉴定机构还可以利用自身优势承担电子证据保全的职能。

如前所述,电子证据具有虚拟性和易删改性,不及时加以保全,电子证据很有可能丢失。及时对存储介质或网络中现存的电子信息进行提取与固定,以防由于电子数据的易逝性导致电子数据被删除或修改的不利后果,对因误操作、误删除、误格式化、病毒破坏等人为原因或其他不明原因导致丢失或损坏的数据进行恢复,为权利人追究侵权人或嫌疑人提供证据支持,这是电子数据鉴定机构应当具备的职能。具体而言,电子数据鉴定机构可以开展如下业务为社会公众提供电子证据保全,

以供民事诉讼证据之用：(1) 计算机硬盘或其它存储介质电子数据提取固化；(2) 网络电子数据固化及获取；(3) 手机信息数据获取及固定；(4) 计算机硬盘或其它存储介质丢失文件恢复；(5) 文件、邮件、数据库、磁盘阵列恢复。

但是对于电子数据鉴定机构而言，其感到困惑或者忧虑的在于其电子证据保全职能未得到法律的明确认可，这无疑制约了电子数据鉴定机构此类业务的发展。

四、证据发现制度与电子数据鉴定

另外一个影响我国电子数据鉴定在民事领域大规模推广的因素是我国民事证据发现制度的欠缺。证据发现制度，是指在立法上授予当事人采用一定的手段和通过法定的程序向对方当事人及诉讼外的其他人所收集和发现证据连同其相关信息的一种证据收集制度。证据发现制度与电子数据鉴定到底有何关联？笔者以为，一个完善的证据发现制度有利于将电子数据鉴定引入到民事诉讼领域中，反之，即便民事诉讼当事人一方有需求进行电子数据鉴定，最终也会因为诉讼法制度的原因而无法引入。笔者以美国证据发现制度作为参考，阐述我国证据发现制度的欠缺如何影响我国电子数据鉴定的发展。

按照《美国联邦民事诉讼规则》第 26 条第 2 款(1) 项的规定，包括了除保密特权以外的任何与系属诉讼标的相关的事项。这些事项不论是关系到要求发现方的诉讼请求或抗辩，还是与其他任何当事人的诉讼请求或抗辩有关，也不论是书籍、文件或者其他物品，以及这些物品、材料的种类、性质、状态和所存在的地方，以及知悉任何发现事项的人的身份和住所，均属于发现的范围，即都应当开示。这是美国证据发现制度的范围，条文采用了排除法，而不是一般通常的限定法或列举法，可见适用范围之广泛。

按照《美国联邦民事诉讼规则》第 26 条第 1 款的规定，当事人除本身负有出示义务以外，可以运用于发现和收集证据的方法有五种：一是笔录证言；二是质问书；三是要求提供书证和物证；四是要求自认；五是检查身体和精神状态。这其中，要求自认是非常重要的方法，它是指一方当事人以书面方式要求对方当事人自认与案件有关的事实是否真实，或者有关文书是否真实的一种方法。若当事人对某一事实没有自认，后被查出，则该当事人将为其不诚信行为承担非常不利的后果。

综上所述，《美国联邦民事诉讼规则》规定了较多的证据发现方法和宽泛的适用范围，授予了当事人较大的收集证据的权利，并且这种权利的行使有着强有力的法律保障和支持。在这种背景下，在民事诉讼上若遇到电子证据问题，当事人可以根据证据发现制度要求引入

电子数据鉴定，而对方当事人不可以拒绝并在必要时必须予以配合，否则将遭受严厉的制裁，这样就确保了电子数据鉴定的充分介



商建刚：市律协信息网络与高新技术业务研究委员会主任

入。这里笔者举一个例子，中国公民某 A 在美国涉嫌诽谤被某 B 起诉至美国法院，在庭审中，某 B 声称某 A 在其公司内部发了一封针对某 B 的诽谤邮件。某 A 试图否认该事实，因为该邮件早已被删除。但在与笔者沟通后，某 A 最终自认了该事实。因为根据美国的证据发现制度，如果某 A 否认发过该邮件，则某 B 可以申请对某 A 及其公司员工的电子邮箱进行电子数据鉴定，一旦鉴定出某 A 曾发过该邮件，则某 A 不仅要承担电子数据鉴定费用，还要承担因其不诚信行为所带来的败诉风险。

同样的案例如果发生在中国，结果或许会有很大不同。因为根据我国民事诉讼法第 64 条的规定，“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”，若某 B 主张某 A 发过诽谤邮件，则其应当提供证据。但事实上，某 B 很难提供有效的电子证据，即便某 B 想采用电子数据鉴定的方式查出某 A 确实发过诽谤邮件，若没有强有力的法律支持，某 A 完全可以不予配合，最终的结果是电子数据鉴定没法进行。虽然我国民事诉讼法第 64 条第 2 款规定了法院在某些情况下可以依照职权调查证据，但在我国司法实践中，法院调取证据缺乏规范性和透明性。我国现在的民事诉讼制度并未赋予当事人足够的收集证据的权利，法院通常又不会根据案件需要主动调取证据，这些实际上是很多情况下当事人无法引入电子数据鉴定的重要原因。在没有程序法保障的情况下，电子数据鉴定作用自然大打折扣。

五、结语

新修改的刑事诉讼法明确了电子证据的法律地位，这无疑会促进我国电子数据鉴定的发展。但这并未从根本上解决我国电子数据鉴定在民事诉讼领域得不到大规模推广这一问题。电子数据鉴定在我国民事诉讼领域有着很大的发展空间，但这需要我国民事诉讼制度的完善，尤其是证据发现制度的构建。●

●文 / 马远超

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

追究视听网站 刑事责任问题研究



2011年10月13日,北京市朝阳区人民法院开庭审理了“openv.com”(天线视频)网站侵犯著作权罪案件,被告人包括天线视频网站的经营方北京赛金传媒科技有限公司(简称赛金传媒)及其董事长陈海涛、副总裁杨明、内容部主管郝宪强、首席运行官刘研及2名编辑主管、编辑等6人。检方指控,经鉴定,2008年至2010年间,该网站播放的侵权影视剧共5000余部,非法获利2000余万元,应以侵犯著作权罪追究赛金传媒及6名被告人的刑事责任。根据最高人民法院、最高人民检察院、公安部2011年1月10日发布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》,上述侵权情节已属于“特别严重情节”,可判处3-7年有期徒刑并处罚金。

此案为国内首起因视听网站侵犯信息网络传播权而作为侵犯著作权罪被提起公诉的案件(截至目前该案尚未作出一审判决),引发了国内外的广泛关注。广大著作权权利人人为之叫好,认为这标志着法律将以最为严厉的刑事手段保护版权人的合法权益;不少视听网站则为之惶恐,此后经营视听网站是否成为高危职业?不少知识产权学者提出质疑,追究非法信息网络传播行为的刑事责任是否科学?

本文从将侵犯信息网络传播权行为纳入侵犯著作权罪的必要性、合法性与可行性三个角度探讨追究视听网站刑事责任是否具有科学性。

一、追究视听网站刑事责任之必要性

(一) 视听网站之产业发展现状

目前视听网站行业呈现以下几大特点:第一,发展快、规模大。据报道,截至2011年底,中国网络视频市场规模达62.7亿元,同比实现翻番。中国网络视频用户达3.25亿,同比增加14.6%;第二,企业规模化。目前形成了以优酷网、土豆网、酷6网、奇艺网、PPTV、PPS、腾讯视频、新浪视频、网易视频等具有相当规模的视听网站,积聚了极大的人气;第三,版权管理乱象丛生。网站视听内

容完全实现正版化的凤毛麟角,版权诉讼层出不穷,乱象丛生,不仅视听节目版权人频繁起诉视听网站,视听网站之间也频繁爆发大规模



马远超:市律协信息网络与高新技术业务研究委员会副主任

民事诉讼。以上海为例,2011年上海法院一审受理的著作权纠纷案件中,网络著作权纠纷为1116件,占一审受理著作权纠纷案件的71.3%,其中718件涉及视频网站,占64.33%;第四,视听网站的收入单一,运营成本高,赢利困难。许多视听网站都处于亏损状态,或者艰苦支撑。以土豆网为例,2011年亏损面较2010年的3.5亿元再度扩大,全年净亏5.1亿元人民币。其主要成本是正版内容的采购以及带宽成本。另据报道,截止2011年11月,酷6已连续运营亏损13个季度。2010年酷6传媒总营收2156万美元,但亏损超过6千万美元,接近营收的3倍。

通过上述分析可知,主流视听网站目前普遍处于经营困局之中。视听网站收入主要依赖网页广告收入,为吸引网民访问其网站,一方面,需要投资研发视听内容网络传输技术,同时花巨资投入带宽、服务器等硬件投资,以保障视听节目网传速度流畅。另一方面,必须提供大量的视听内容,满足网民的观赏需求,但是采购正版视听内容的价格不断水涨船高,而法院判决侵犯信息网络传播权的民事赔偿额逐年降低。因此,视听网站为降低成本、争取赢利,行业内普遍存在未经许可盗播视听内容的现象。以内容完全正版化标榜的奇艺网,也不得不面临巨亏的尴尬境地。目前视听网站行业虽然处于行业上升期,但仍然十分脆弱。在版权人与视听网站的博弈中,视听网站

已经从普遍使用盗播作品,过渡到部分播放正版作品部分播放盗版作品,版权人已经分享到视听网站行业收益的一部分,视听网站仍较多处于亏损状态。

(二) 受害人之救济途径

视听作品的版权人是视听网站侵犯信息网络传播权的最大受害者。除了刑事途径之外,版权人可通过民事诉讼、行政处罚两种途径维护自身的权利。目前,在民事诉讼保护领域,法院对于版权人的赔偿金额普遍不高,最近几年更有逐步降低的趋势,目前处于赔偿金额整体较低的保护水平,引发版权人及其维权代理人怨声载道。在行政保护领域,行政机关对视听网站因为侵犯信息网络传播权而施以行政处罚的案例比较少见,重罚案例更是难觅踪影。2011年上海保护十大知识产权典型案例之一的“上海隐志网络科技有限公司擅自通过信息网络向公众提供他人作品和录音录像制品案”,Verycd网站因侵犯美国电影协会成员的多部影视作品的信息网络传播权,仅被处以2万元行政罚款。

可见,权利人已广泛寻求民事诉讼和行政处罚两种途径保护自身权益,但民事诉讼和行政处罚均没有真正的惩戒威力。如果法院判决较高的赔偿金或者政府处以较高的罚金,导致视听网站盗播的成本高于广告收入,视听网站自然失去了盗播的经济原动力。目前法院民事判决和行政处罚之所以处于目前的保护水平,有其平衡视听网站行业发展、权利人利益、社会公众利益的深层次原因,与上述分析的视听网站行业发展现状不无关系。在目前民事诉讼和行政处罚尚未完全发挥惩戒功能之时,是否有必要增设刑事惩戒?追究刑事责任,是最为严厉的法律责任,惩戒非法行为的最后手段。笔者认为,如有治理视听网站侵权行为之决心,通过民事诉讼、行政处罚两种手段足矣。如果无此决心,又何必增设刑事手段?

(三) 视听网站侵犯信息网络传播权之社会危害性

刑法意义上的社会危害性是指犯罪行为对国家、人民和社会利益所造成的危害,其危害程度已经达到必须追究刑事责任的标准。如果某种行为没有对社会造成危害,刑法就没有必要把它规定为犯罪。如果某种行为具有一定的社会危害性,可能仅由民商法或者行政处罚法调整,如果其社会危害性相当严重,就可能由刑法调整。分析视听网站侵犯信息网络传播权之社会危害性,关键在于讨论该行为是否具有社会危害性,因为其社会危害性不容回避、客观存在。关键在于:第一,其社会危害性有多大?第二,此等社会危害性是否达到需要追究刑事责任的程度?从本质上而言,侵犯信息网络传播权属于侵害版权人的财产性权利,破坏了社会主义经济秩序;版权人受损金额数量,可以通过某些方式予以量化

明确。从根源上而言,侵犯信息网络传播权,是互联网自由传播与版权合法垄断性冲突的产物。互联网的诞生,极大地方便了社会公众传播各类文学艺术作品,极大地激发了社会公众对欣赏各类文学艺术作品的的需求。版权,作为一种平衡创作者和社会公众利益权利的民事权利,天生具有一定限度的合法垄断性。

因此,侵犯信息网络传播权的社会危害性,与杀人、放火、诈骗等传统犯罪具有本质的不同。是否追究侵犯信息网络传播权违法行为的刑事责任,完全取决于一定时期国家政策的倾向性,并非普世价值所公认的犯罪行为。判定侵犯信息网络传播权的社会危害性是否达到刑事责任标准,需要综合考虑现实利益与长远利益的平衡,考虑社会利益和产业利益的平衡,考虑公众利益与群体利益的平衡。笔者认为,对于此类存在各方利益权衡、各方利益冲突、各方存在争议的刑事立法事项,应该在广泛征求社会公众意见的基础之上,由全国人大代表投票决定。

(四) 境外司法保护水平

1994年生效的《TRIPs协议》涉及追究侵犯著作权行为为刑事责任的问题,但没有具体规定是否单列信息网络传播权,也没有提及是否追究以网络传播行为侵犯著作权的刑事责任。1996年,《世界知识产权组织版权条约》(即WCT,下文简称《版权条约》)和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(即WPPT,下文简称《表演和录音制品条约》)两项国际公约在世界知识产权组织的关于著作权和邻接权问题的世界知识产权组织外交会议上通过,首次提出了在网络环境下追究侵犯著作权行为的概念,但并未明确是否适用刑法追究网络侵犯著作权的刑事责任。

1998年,美国通过《数字千年著作权法案》。该法案针对网络时代侵犯著作权犯罪特征做出了规定,明确规定未经权利人许可通过网络传输他人作品需承担责任;著作权权利人有权对其作品设置保护措施,而规避作品著作权保护措施和修改著作权管理信息整体性的行为则需要承担刑事责任;买卖用于规避作品著作权保护措施的设备和技术也属于侵犯著作权的犯罪行为。美国《版权法》中规定“发行权”的条款在文字上并未发生变化,但美国法院和学术界普遍接受了通过网络公开传播作品构成“发行”的观点。在著名的Napster案中,美国第九巡回上诉法院认为:P2P软件用户未经许可将MP3音乐文件置于“共享区”供其他用户检索和下载的行为构成“发行”行为,侵犯了版权人的“发行权”。美国最高法院在对“Tasini诉纽约时报案”的判决中再次确认:未经许可将作者的文章置于网络数据库中,使公众能够在线浏览或下载的行为构成了对作品的“发

行”。美国将传统的“发行”概念外延扩大到“信息网络传播”，并将非法网络传播行为纳入刑事犯罪范畴。这在国际立法中十分罕见。

此外，香港在网络环境下以刑事手段保护著作权最著名的案例是“陈乃明案”，也是全球首例因利用 BT 技术侵犯著作权犯罪的案件。2005 年，香港市民陈乃明未经权利人许可先后 3 次利用 BT 软件发布他人电影作品，被控在没有著作权人许可的情况下，非为盈利为目的，企图分发侵权复制品达到损害著作权人权利的程度。此案一审法院认为被告的行为是使用 BT 技术使得作品能够被公众获取，被告分发该作品的过程是一种积极的作为，同时被告的主观上也意图使公众获得该数据。虽然被告上传作品后，其作品是否被他人下载处于不确定状态，即便他人下载该数据被告也只是因为他人的下载行为而消极地向他人传输数据，但是下载该数据的用户的数据信息来源于被告，即便是他人通过间接方式获取该数据，也不能改变因被告的上传数据信息来源于的行为才产生此种后果的事实，即被告实质上实施分发行为的事实。在被告的行为构成分发行为的情况下，任何拥有适当设备的人都可以通过网络从被告之处获得侵权复制品。其结果对于其作品的著作权人所造成的损害是很明显的。陈乃明不服一审判决提出上诉，二审法院在维持原判的同时将《2001 年著作权条例》规定的复制品的范围扩大到数据形式的复制品。

从各国目前的立法以及司法保护情况看，给予刑事保护的方式分为两种，一种为将传统发行概念外延扩大到包含信息网络传播行为，目前美国、香港地区采用这种方式；另一种是在发行行为之外另设信息网络传播权（或者其他表述），将侵犯发行权与侵犯信息网络传播权等侵犯著作权行为均纳入追究刑事责任范畴，目前德国、法国、加拿大、澳大利亚采用第二种方式。除上述发达国家和地区之外，未见有其他发展中国家追究侵犯信息网络传播权刑事责任的立法或者司法保护模式。

综上，从现阶段我国视听网站产业发展状况看，一方面视听网站已经与视听内容版权人分享了产业收益，采购了一部分正版视听内容授权许可，另一方面视听网站普遍处于巨额亏损状态，无力全面实现视听内容的正版化；从受害人救济途径看，受害人与视听网站在民事审判与行政处罚两个领域展开了利益博弈，受害人未能从民事赔偿和行政处罚中得到强有力的法律保护；从视听网站侵犯信息网络传播权的社会危害性看，其危害性属于产业经济利益的博弈层面，并非社会公众普遍憎恶的非法行为，存在较大争议；从国际保护水平看，主要集中于西方发达国家给予权利人的信息网络传播权以刑事保护。因而，笔者认为，是否有必要

追究侵犯信息网络传播权的刑事责任，应当广泛征求社会公众意见，并由全国人大代表根据《立法法》规定的程序投票决定，不应由某一个或者某几个非立法机关擅自作出决定。

二、追究视听网站刑事责任之合法性

我国追究视听网站刑事责任，即将侵犯信息网络传播权列为侵犯发行权的犯罪行为，首现于 2004 年最高法、最高检发布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》。该司法解释第 11 条第 3 款规定，通过信息网络向公众传播他人文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的行为，应当视为刑法第 217 条规定的“复制发行”。信息网络传播权的概念，首现于 2001 年施行的《著作权法》第 10 条规定：“信息网络传播权，即以有线或者无线方式向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利。”第 47 条规定，“未经著作权人许可，复制、发行、表演、放映、广播、汇编、通过信息网络向公众传播其作品的，构成犯罪的，依法追究刑事责任。”可见，在 2001 年修改《著作权法》时，我国采用了将信息网络传播权发行权单独并列的立法模式，复制、发行、信息网络传播均为互相独立的法律概念。所谓“依法追究刑事责任”，是指依照我国《刑法》第 217 条的规定，即未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的，以营利为目的，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，即构成侵犯著作权罪。2011 年 1 月，最高法、最高检、公安部发布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》第 12 条规定，“发行”，包括总发行、批发、零售、通过信息网络传播以及出租、展销等活动。对此，笔者认为无论是 2004 年司法解释第 11 条将信息网络传播行为视为发行，还是 2011 年司法解释第 12 条直接规定发行包括信息网络传播行为，都缺乏合法性。

首先，信息网络传播行为不属于《刑法》第 217 条规定的“发行”。如前所述，《刑法》（1997）在起草制订过程中，在我国法律体系尚未出现以网络传播盗版作品的非法行为之概念，《刑法》中的发行概念没有涵盖信息网络传播行为。发行仅指通过销售或者赠与使得公众获得有形的盗版作品的载体。网络传播行为虽然在后果形式上与发行类似，即使得公众获得了盗版的复制件，但网络传播并不必然使接收者得到永久性复制件，也可能使接收者仅得到临时复制件，即在电脑内存中临时存在。即使我国《著作权法》修改以后，依然将网络传播行为独立于发行行为，并未将两者混淆，网络传播行为是

独立于发行行为的一种法律规制行为。

其次,最高法、最高检、公安部无权将刑法意义上的“发行”做扩大化解释。从《立法法》角度看,《立法法》第8条规定,犯罪和刑罚只能制订法律。第7条规定,制订和修改刑事法律的权力归属于全国人大。第42条规定,法律有以下情况之一的,由全国人民代表大会常务委员会解释:(一)法律的规定需要进一步明确具体含义的;(二)法律制定后出现新的情况,需要明确适用法律依据的。第43条规定,国务院、最高院、最高检可以向全国人大常委会提出法律解释要求。从《刑法》角度看,一方面,我国《刑法》明确规定了罪刑法定原则,法无明文规定不为罪。另一方面,我国《刑法》已经明确废除了类推制度,最高院作为最高审判机关、最高检作为最高检察机关、公安部作为最高侦查机关,并非立法机关,不仅没有立法权,而且没有法律解释权。从《人民法院组织法》角度看,最高院仅在如何具体适用法律时,拥有司法解释权。如前所述,信息网络传播行为并不属于我国刑法意义上发行行为范畴之内,即两者并非是从属概念关系,非上位概念与下位概念的关系。2004年,最高院、最高检还将信息网络传播行为“视为”发行,2011年最高院、最高检规定发行“包括”信息网络传播行为,违反了罪刑法定原则。

综上,在我国1997年刑法修改时,其发行行为并不包括信息网络传播行为;2001年著作权法修改时,也将信息网络传播行为与发行行为并列,发行行为也不包括信息网络传播行为。最高院、最高检拥有司法解释权,没有法律解释权,其将信息网络传播行为“类推”为发行行为,“规定”为发行行为,均属于违反《立法法》、违反《刑法》、违反《人民法院组织法》的行为。

三、追究视听网站刑事责任之可行性

法律面前人人平等,是我国法律制度的基本原则。所谓法律面前人人平等,是指任何人都没有超越法律的特权,对于违法行为,应当平等地适用法律一律予以追究法律责任;对于合法行为,应当平等地适用法律一律予以法律保护。根据2011年1月最高院、最高检、公安部发布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》,以营利为目的达到以下情节的,均构成侵犯著作权罪:1)非法经营数额在五万元以上的;2)传播他人作品的数量合计在五百件(部)以上的;3)传播他人作品的实际被点击数达到五万次以上的;4)以会员制方式传播他人作品,注册会员达到一千人以上的;5)数额或者数量虽未达到第1项至第4项规定标准,但分别达到其中两项以上标准一半以上的;6)其他严重情节

的情形。根据《刑法》第87条规定,法定最高刑为5年以上不满10年有期徒刑的,经过10年不再追诉犯罪。因而从理论上而言,过去10年内的侵犯信息网络传播权的犯罪行为都应当追诉其刑事责任。然而,众所周知,我国的视听网站行业内,绝不仅仅天线视频网站一家已经触犯上述追究刑事责任的最低标准。那么,我国的公安部门、检察机关、法院是否会追究其他视听网站尤其是国内知名视听网站的刑事责任呢?

2011年11月17日,最高人民法院研究室发布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(三)(征求意见稿)》第二条规定:“实施侵犯著作权行为,数额或者数量虽然达到前条第一款规定标准,但经著作权人制止后停止侵权,通过赔偿经济损失、赔礼道歉等方式取得著作权人谅解的,可以不予起诉或者免于刑事处罚,其中,情节显著轻微危害不大的,可以不认为是犯罪,但曾因侵犯著作权被刑事处罚或者被行政处罚二次后,再次侵犯著作权的除外。实施侵犯著作权行为,数额或者数量虽然达到前条第二款规定标准,但经著作权人制止后停止侵权,通过赔偿经济损失、赔礼道歉等方式取得著作权人谅解的,可以不认定为“其他特别严重情节”,但曾因侵犯著作权被刑事处罚或者被行政处罚二次后,再次侵犯著作权的除外。”

上述司法解释(三)征求意见稿,明显释放了与2004、2011年司法解释不同的刑事政策信息,明显放松了追究侵犯信息网络传播权犯罪行为的打击力度,体现了不同民意、不同利益之间的博弈和冲突的客观存在。如果有证据证明一些国内极为知名的视听网站侵犯信息网络传播权的行为情节符合了追究刑事责任的标准,当地的司法部门是否有勇气启动刑事立案侦查程序,也是值得怀疑的,至少目前来看,仅有天线视频网站这一家属于中等规模的企业被推上了刑事被告席。如果司法机关进行选择性地执法,部分或者个别的视频网站被追究刑事责任,部分或者个别的视频网站可以游离于刑事责任之外,如此一来,如何保障刑事法律的尊严?如何体现法律面前人人平等的原则?如何使得被追究刑事责任的当事人心服口服?

综上所述,在我国现有法律框架下,追究非法信息网络传播行为的刑事责任缺乏充分的法律依据。根据罪刑法定原则,我们不宜以司法解释的形式,将信息网络传播行为类推为发行行为,无论是“视为”发行行为,还是“属于”发行行为,均违背了《刑法》第217条“复制发行”概念的本义。是否追究非法信息网络传播行为的刑事责任,不应由最高院、最高检、公安部决定,而应当由全国人大及其常委会根据全国人大代表的多数意见决定。●

●文/韩 正

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

游戏虚拟道具交易平台设计 及其法律规制“空想”



随着国内网络游戏市场规模、产值的不断增长,网络游戏的玩家及网络游戏中虚拟财产价值和交易需要的客观性已经不容质疑。对于游戏虚拟道具(财产)的属性争议不休,物权说、债权说、知识产权说论战正酣,一时且无分晓。但是现实交易的需要、代练等灰色产业链的存在、黑客盗号的黑市交易隐忧、各大平台对游戏道具交易的三尺垂涎,已经将导弹和重炮打了出来。对法律人而言,拒绝新事物或者坐等某种法律规则从天而降是不现实的,总得找出一条破局之路,因此“空想”一番也无不妥,各位看官准备拍砖即可。

一、法律属性不明挡不住群众自我调剂的需要

按照商品的定义,可供交换的劳动产品即是。网络游戏虚拟财产是游戏运营商通过其知识产权和技术方案在游戏服务中的具体产物,说是劳动产品不假。这些产物模拟了现实的事物,与游戏中的主人公能够分离而构成虚拟的“财产”。游戏中的人物获得了“效用”即使得现实中的玩家获得了“效用”,按西方经济学也可作为商品。既然可以作为商品,对人有用,那不论其性质法律上如何规定,甚至无论规定与否,其也必然会形成市场。如果没有法律引导的规范市场,那么必然形成体制之外的私人调剂。私人调剂的规模大些,有些行规乃至组织的话,就是黑市。现在大多数网游虚拟道具的交易总是带着黑市的色彩,那么一旦出现问题,往往是交易者吞下苦果,涉及的交易平台则是高挂免责声明。

既然此种状况令运营商赚不到钱、平台上干的不安稳,交易者买的不放心,我们何不想象一下一个正常的市场应该如何定规矩。如果回忆一下商品、货币、证券市场是怎么一步步搞起来的,对我们是会有些启发的。

二、游戏运营商的节制是游戏道具正常交易的前提

建设市场,最终的事情是确定供求结构,说俗了就是卖什么、谁来卖、谁来买。这其中买卖双方一般都是游戏玩家,交易对象是游戏道具(含金币等),看似很清楚吧,可是事情偏偏不简单。虚拟道具么,都说了是虚拟的,那就和真实的物不一样。现实中的物不以主体的主观意志为转移,不会随意地产生、消灭,也受到自然资源本身的限制。而虚拟财产不具备此种确定性,其虽然不一定以交易双方的主观意志为转移,却往往以游戏运营商的覆雨翻云而变化。游戏中道具前紧后松,为了敛财出现道具通胀的情况比比皆是。再加上有时真有些技术漏洞,玩家用外挂程序一修改,道具可以复制增加,又增加了交易对象的不稳定性。

这样一来,既然有用的东西就有人追求可以交易,那么对于这些东西的定型、保管及量度上和安全上的制约就是必须的。游戏运营商对上述方面的放任,必然地使得交易不能健康发展。那么,对于那些客观上能够交易的道具,即根据玩家的意志可以转移的电磁记录,需要做到清楚玩家身份、标明道具识别信息、控制道具投放数量。运营商能做到这些,游戏玩家才能判断这些道具是不是能安全交易,会不会发生通胀,市场能否形成。如果运营商禁止场外交易的,那么应当考虑从技术上避免道具的转移或者账号的转移。否则只考虑如何从中得到好处,最后只能乱象横生。

三、平台运营商当好商厦管理员

有了交易者、交易对象,那么还需要的就是市场,也就是具体交易发生的场合与载体。黑市交易的特点是,绕过游戏运营者的知情和配合,交易者线下付钱,线上转移虚拟道具。因此,任何人、任何游戏道具都是没有任何市场门槛的。那么对于交易而言,也就没有可靠的交易保证。

正常市场的目的不在于消灭黑市(这不可能),而在于提供可靠和相对具有性价比优势的流通渠道。那么作为这样的市场,不可能对于商品和交易参加者没有基本的市场准入与交易规则。好的游戏运营商愿意

加入市场,使得自己的道具能够公开交易,扩大市场份额和游戏粘性,同时避免黑市交易带来的后续纠纷。一旦正常交易渠道受到监管,那么游戏运营商才进一步可能在技术上规避黑市交易的发生。对于游戏道具优劣的判定,只有在其通过市场准入后才能够提出结构性的要求以对其进行风险的评级和对交易者透明。在这种情况下,游戏运营商与玩家的协议,以及运营商与平台商之间的协议,再加上交易协议的结构化要求,使得虚拟道具在交易上能够进入封闭的法律风险控制范围,进而通过一揽子封闭的协议调整,避免了止步于其性质的争议。交易结构、流程和风险的技术性安排也才能在法律风险控制的目的之下得以实现。

四、监管机构的功能是制定规则

监管者在有了市场结构之后就能够比较容易地监管市场、制定规则。平台运营商的准入标准、结构化要求、技术安全要求、交易流程与法律纠纷控制的技术方案都能够应运而生。对于监管机构而言,学习、借鉴一下证券市场准入、交易停复牌的有关技术规范,那么一个相对而言容纳多种游戏道具的市场也是不难监管的。至于其中交易流程各方如何参与、如何以计算机技术形成安全的身份之别、代码和指令通讯、信息储存等恐怕难不住技术人员。而市场如何分割、运营商的利益如何在平台运营中体现则需要大家好商好量、配合摸索。

总而言之,规则是在各方力量和利益面前协调出来的,如果满足了各方的结构性需要,剩下的就是计算机技术与法律技术的组合。或许“空想”可以为解决现实问题提供一个可资参考、启迪思路的蓝本,期望同行发挥法律人的聪明才智,在这个领域里做些有益的探索,届时法律工作者自然有着更广更大的市场空间和业务需求。●

(作者单位:上海市金茂律师事务所)

●文/高俊

投稿邮箱:tougao@lawyers.org.cn

网络服务平台 责任边界的再思考



随着电子商务的不断发展,在线购物已成为人们日益重要的购物渠道。在网上交易量迅猛增长的同时,也出现了大量侵犯商标权的假冒伪劣商品。在界定诸如购物网站一类的在线服务提供商对此类商标侵权行为应承担何种责任义务之前,我们应首先明确在线服务提供商在此类交易过程中扮演何种角色,然后才能去找寻它与商标权利人之间权利义务平衡点。

电子商务发展早期,国外的案例通常将在线服务提供商视为一个中立性平台,它只是为在线交易提供网络服务,其本身并非在线交易的双方。我国电子商务正处于发展时期,加之我国现行立法对电子商务中商标等知识产权的保护并不完善,如果现在就过分加重在线服务提供商的义务和责任,将不利于我国电子商务的进一步发展。因此,参照近期国内外几个相关案例,我们认为目前比较合理的做法是让在线服务提供商对保

护商标等知识产权尽到适当合理的注意或审慎义务,即对被投诉的,具体的侵权行为者给予严厉惩戒,而不能一味地要求在线服务提供商突破其义务底线,不顾运营成本,对所有用户的商品都进行事先逐一排查。

2010年4月,美国第二巡回法院在Tiffany公司诉ebay公司网上销售侵权商品上诉案的判决中指出,ebay作为在线服务提供商,只是一个提供服务的中间人,其义务与对商品有重要意义的制造商和经销商不能等同。尽管ebay在广义意义上知晓其网站上存在侵犯Tiffany商标的商品,但ebay毕竟只是中间服务提供商,其不参与侵权商品的后续交易。因此,只有当ebay对侵权商品的认知达到“具体认知”(specific knowledge),而非“广泛认知”(general knowledge)时,即知道有特定的、具体的侵权者时,如果它不采取合理的救济措施,才有可能承担责任。

2011年7月12日,欧莱雅(L'Oréal)



高俊：市律协信息网络与高新技术业务研究委员会委员

公司诉 eBay 公司网上销售侵权商品这场旷日持久的商标侵权案也有了判决结果（C-32409）。欧盟法院认为，根据《欧盟电子商务指令》（e-Commerce

Directive）如果在线服务提供商在其用户实施的侵权行为中不是扮演中立者的角色，而是起到了积极的作用（play active role），主要是指帮助优化网店页面和商品促销，或对交易行为有控制能力，那么此类在线服务提供商就不能适用一般豁免（general exemption），而应对商标侵权行为承担相应的责任。只有当在线服务提供商限于对数据的自动处理，在技术上保持中立时，才可能适用《欧盟电子商务指令》的免责条款。另外，欧盟法院还进一步指出，即使在线服务提供商未起积极作用，但如果其在知晓侵权行为后未能及时删除相关数据或链接或者没有采取必要的措施阻止侵权的进一步发生，即违背了作为一个“尽职经营者”应履行的必要义务，也是不能免责的。尽管欧盟法院的此次判决倾向于加强对商标权利人的保护，但同时却强调，任何要求在线服务提供商对用户商品的所有数据进行主动监控或提供地毯式监控的救济都是难以获得许可和支持的。在线服务提供商应当做的是及时对已被投诉的具体侵权行为采取措施，以防止将来可能继续发生的侵权。

无独有偶。2011 年 4 月，上海市第一中级人民法院在号称“淘宝败诉第一案”的衣念（上海）时装贸易有限公司诉杜某某、浙江淘宝网络有限公司侵犯商标专用权纠纷上诉案的判决（（2011）沪一中民五（知）终字第 40 号）中也运用了与欧盟法院相似的理论基础。上诉法院之所以判决淘宝败诉，很重要的原因在于，淘宝急于行使一个“尽职经营者”的勤勉义务。淘宝多年来在连续接到衣念公司的侵权投诉后，除了对具体的多次被投诉者采取简单的删除链接的方式外并没有采取其他任何处罚措施，从而使得大量相同的侵权者能一而再，再而三地实施同样的侵权行为。很明显，淘宝的做法既违背了当时有效的《用户行为管理规则》中对多次侵权者进行限制发布商品信息、扣分、直至冻结账户等处罚措施的条款，也未尽到“尽职经营者”的勤勉义务，其主观上存在过错，因而应承担相应的责任。

从上海市一中院的判决理由中我们发现，作为在线服务提供商的代表，尽管淘宝在此次的商标侵权案中败诉，但其败诉的主要原因并非在于法院要求淘宝必须积极全面的进行事先调查，即法院并未在原有的基础上加重在线服务提供商的监管责任，而是在于淘宝对于那些只要不是疏忽就能发现的连续性侵权行为所表现出来的怠慢、懒惰的消极态度。从另一方面来说，作为在线服务提供商，淘宝的这种怠于行使其基本监管义务的消极态度是对侵权行为者的纵容，因而是不能被法律所容忍的。同欧盟法院一样，上海市一中院并没有要求在线服务提供商必须对所有的商品采取事先的地毯式监管，而只是要求其在一定范围内，对已知的、具体的、重复性的侵权行为者适用更为严厉的惩罚措施，这是在线服务提供商应该做到，而且也有能力做到的。

不可否认，一些在线服务提供商基于其寡头地位，确实疏忽了作为“尽职经营者”的监管义务，这是法律需要惩戒之处。但实际情况也并非像一些人描述的那样，缓和商标权利人与在线服务提供商之间权利义务的矛盾已经到刻不容缓的地步。尽管我们未作具体的数字统计，但从十几年来对相关案件的办案经验来看，我们认为在中国，电子商务中的商标侵权大部分还是集中在少数知名品牌上，我们并不能人为地夸大其矛盾程度。而在线服务毕竟也只是电子商务中的一个环节，它同交易中的其他环节地位应当是平等的，我们不能任意提高或降低其在交易环节中的地位。在线服务提供商凭借其自身所有的合理范围内的技术很难从诸如价格、质量、外形等对侵权商品做出实质性的判断，因而法律不能要求在线服务提供商不顾成本地去穷尽电子交易环节中一切可能出现的商标侵权行为，这是不合理也是不可能实现的。

基于此，法律应当尽可能地为在线服务提供商划出一条相对清晰的责任义务界限。

我们认为，在线服务提供商虽然不用进行积极全面的事先调查，但在对具体的被投诉侵权行为予以及时、恰当的处理时，还应在合理的谨慎范围内，对其提供的网站服务进行修整，可以像刘春泉学者提出的那样实行“推荐性后台实名制”，从而方便辨认在线商品销售者的身份，使得在线交易更加透明。同时，我们也应认识到，打击电子商务中的商标侵权行为还要更多地依赖公权力的介入，通过行政和司法等手段来判别哪些是侵权行为，并对其进行惩治。另外，商标权利人也应积极进行相应的监控。只有各个环节共同努力，对电子商务中商标权的保护才是最有力的。●

●文/刘春泉

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

第三方支付沉淀资金 法律定性难题



刘春泉：市律协信息网络与高新技术业务研究委员会委员



由于收付款的时间差,第三方支付机构手中始终掌握着用户一大笔资金,即通常所说的沉淀资金,沉淀资金及其利息归属和风险问题历来是广受关注的问题。前不久央行公布的《支付机构客户备付金存管暂行办法》(征求意见稿)又将此事推到媒体关注的前沿,因为在之前央行将备付金权属界定为用户所有之后,此次征求意见稿将利息确定为归支付机构所有并要求缴存利息收入的10%作为风险准备金,这难免让不少人产生疑惑,沉淀资金既然属于用户,为什么利息却属于支付机构呢?甚至有人质疑这样涉及众多企业和用户财产权益的重大问题,是不是一个部门规章或规范性文件就可以解决的?

笔者认为,涉及众多公民法人和其他组织的财产性权益,规章的确不能创设新法律对财产进行分配,如果要做,也需要更高层次的全国人大的立法来完成。但是,作为金融主管职能部门,央行对第三方支付事务进行法律解释则是符合现行法律规定的。至于解释是否可行,要看是否符合法律规定,是否具有科学性和广泛的说服力。换句话说,权威是自己干出来的。征求意见本身也是吸收公众意见,促进决策科学的一种表现。

按照民法的一般原理来说,财产的所有权与财产孳息的所有权是一致的。若本金属于用户,孳息很容易想到应该归于用户,那么为什么这次征求意见稿没有给用户呢?我认为在商业上是合理的,也是可行的。因为第三方支付用户的金额大部分账户都不大,资金时间不长,如果付息,操作起来也是麻烦事。更关键的是用户在第三方支付机构并非以获得利息为目的,而是要进行支付或者收款的信息服务。如果用户很介意这些资金的孳息,可以自行将资金转入自己的银行账户赚取利息。

然而,从大数法则来说,永远会有大部分用户的资金留在账户里,从而形成稳定的大额资金。所以,还有必要进一步探讨。

我们先看看第三方支付的大致商业流程:第三方支付

付的用户和商户,付款方发起付款时,通过自己的银行转到支付机构,或者现金交给支付机构获得支付卡信息凭证,向支付机构发出支付指令,支付机构将指令与收款人进行处理,最后通过支付机构的银行与收款方的银行完成资金交割。

在这个过程中,用户与支付机构是什么关系?支付机构与银行又是什么关系?前者肯定不是储蓄合同关系,因为支付机构不是金融机构,而是信息服务提供商。而且,如果是储蓄,则利随本清,付息是天经地义的。那么,在现行法律中,将其界定为什么法律关系最为准确或者接近呢?笔者理解规范性文件立法必须囿于现行大法在这种情况下的难处,基本同意征求意见稿关于“保管”的法律关系界定,虽然现行合同法中的保管合同基本上是源于有形物品(“物”)的保管而设定的权利义务,而第三方支付机构“保管”的却是货币,而且还可能不是现金纸币。在现行法律中,确实找不出比保管更接近的了。在保管中,保管人对保管标的为货币的灭失风险,具有赔偿等值货币种类物作为替代的法律义务,却没有支付利息的义务,这符合第三方支付业务的实践,也较容易为公众所理解和接受。至于支付机构与银行,则是储蓄合同关系,银行支付利息给存款人,这样前后连起来解释,也就是顺理成章的了。

那么,有人会提出来,把第三方支付沉淀资金解释为保管法律关系,会导致第三方支付机构利用账期拖延收付,从而达到自己融资和获得融资收益的目的。这种担心是合理的。也是基于这样的考虑,笔者认为现行的征求意见稿还需要完善,增加以下制度:

首先是这种支付清算的时间应该进行政策规范,以即时结清为主,延时结算为辅。不能即时结清的,对于应对收付的结算进行时间限制。支付机构按照业务模式有担保作用的,如支付宝对淘宝交易的担保作用,属于商业创新,应予以保护。但保护不等于不进行规范,央行应调研和设置时间要求,对买家付到支付宝但未确认完成

支付的资金，超出一定时间和金额的，或者在央行公布的计算时间外清算的，支付机构应支付利息或者支付违约金。

其次，必须明确，虽然把这种关系解释为保管，但这种保管应不受诉讼时效限制，即支付机构不得以超过诉讼时效为由，否认用户对支付账户资金的合法权利或者认为用户丧失胜诉权。这一点建议通过最高法院明确此类保管与存款相同，不受诉讼时效限制。

第三，对于即时结清和非即时结清的服务，收费应有差别，后者不能高于前者。因为后者形成沉淀资金产生孳息，包括提供了支付企业金融功能的可能。前者则纯粹为服务，几乎没有服务费用以外的商业收益。

目前来看，第三方支付收入来源主要有按照交易比例收取的服务费或者手续费，沉淀资金的利息等。随着未来监管和法治完善，笔者认为在配有保险等分摊风险的制度的情况下，可以允许第三方支付企业利用沉淀资金进行投、融资。当然，为了确保投资安全，必须像对保险资金投资进行限制一样，限制第三方支付沉淀资金投资的范围，控制风险，防止出现血本无归而损害广大用户权益。

本次征求意见稿对风险分担的设计是缴存风险准备金，笔者的建议是投保相应的保险，因为保险是成熟的现有资源，同样缴存的风险准备金金额，若投保保险，由于保险具有放大作用，可以实现更广泛更充分的风险覆盖能力。风险准备金的提法可能是因为目前没有相关保险产品，这提醒了在车险等领域竞争得头破血流的保险企业，电子商务领域保险的潜在商机就是潜在金矿，急需靠保险产品创新去挖掘。

为了防止企业开立拖拉机账户弱化监管，征求意见稿还规定五个以上账户，按照每增加一个账户，相应增加资金和风险准备金。这种利用规则引导市场主体博弈行为的举措，相对于以往许多一刀切的做法，显然是历史的进步。●

●文/矫健

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

智慧城市建设中 网络信息安全的 法律保障问题



当今世界，经济全球化，网络无国界。随着全球信息化和信息技术的不断发展，信息化应用的不断推进，信息安全形势日趋严重：一方面信息安全事件发生的频率大规模增加，信息安全问题日趋多样化；另一方面信息安全事件造成的损失越来越大。存在于网络中的国家政治、经济、军事信息，企事业单位的商业信息，公民个人信息都直接反映和表现为国家利益。确保计算机信息系统和网络的安全，特别是国家重要基础信息系统的安全，已成为信息化建设过程中必须解决的重大问题。相应的，保障网络信息安全也成为法律必须高度关注的领域。

在今日错综复杂的国际、国内形势下，某些西方国家需要互联网的自由来推动民主革命；而强化网络安全又会同保护个人隐私产生矛盾。各种情况对我国网络安全和社会安全的影响应得到足够的重视。本文主要从智慧城市建设中网络信息安全的法律保障问题中的技术创新、法律建设、安全教育几个方面做初步探讨。

一、法律制度对网络安全技术、产品创新的激励

现代化的信息手段对于人类的社会管理、生产活动、经济贸易、文化教育以至于战争方式都产生了革命性的影响。而我国由于在计算机操作系统的安全和

芯片的安全上的技术成熟度问题，例如包括一直困扰我国信息安全的技术上的后门或缩微无线发射装置等问题，让我们的计算机信息系统的安全掌握在别人手里。所以，加强技术上的安全防范能力是一个急待解决的问题。

在网络安全技术层面，随着信息技术的进步，信息化应用的不断推进，信息安全问题日趋多样化，用户需要解决的信息安全问题不断增多，解决这些问题所需要的信息安全手段不断增加，并且这些技术也在不断升级，不会一劳永逸。

那些信息化进程起步较早、水平较高的发达国家，其信息安全领域的研究水平和产业化程度已令人相当瞩目。从技术的角度，针对高速网络环境下如何获取网络数据实现网络监控——对网络流量可视、可控、可追溯，是网络安全技术目前所要解决的一个问题。美国硅谷一家公司开发的一种技术，以高性能专用集成电路芯片为核心，从技术上基本实现 ASIC 架构的对网络 L2-L7 层流量分析控制和安全管理，将防火墙的功能也纳入芯片中，采用 DPI 技术，可以全方位的优化用户的网络，迅速提升网络使用有效性和安全可控性，实现了网络流量的可视、可控、可追溯，实现了高性能流量安全管理，我们国内一些学校、医院还有一家电信公司都使用了它。它对用户的控制包括用户传输文件的时间和文件名、传输语音/视频的时间，可以控制用户的流量，防止用户影响工作、泄密、

占用带宽。这个产品可以针对全局、组、用户等限制与允许,日志查询功能强大,对局域网络的资料安全有很好的作用,实际上是实现局域网的可以控制。对这样的产品,我们国内的技术人员如何通过知识产权制度,实现该技术的推广、升级是可以考虑的。我们中国人是聪明的,我们在网络安全技术上的落后是可以改变的。

虽然技术层面的保护不是法律意义上的保护,但是针对技术上的落后,是可以通过法律层面的鼓励措施,促进技术的发展。从法律上、政策上对相关的行业、产品、人才给予扶持,包括财政政策上的支持。同时,对安全产品类标准应跟踪网络技术发展时时更新,这样才能在网络安全产品上有更多自主创新、自主知识产权的东西出来。比如像《国家知识产权战略纲要》中,在特定领域知识产权部分,可以专门针对网络安全产品做出发展战略。并对高技术企业深入宣传,让科技工作者知道国家的鼓励政策,有效利用政策迅速实现技术的进步。

二、法律建设:对网络信息系统实施定期信息安全风险评估制度的完善

2009年3月15日,央视3·15晚会曝光了海量信息科技网盗窃个人信息的实录,包括全国各地车主的信息,各大银行用户数据,还有股民信息等,令国人极度震惊。之后事关信息安全的事件层出不穷。信息安全问题是社会信息化发展过程中无法回避的问题。

网络个人信息的丢失和被非法窃取,网络隐私权被关注,从另一个角度看,这也是个人信息的安全问题。但是网络信息安全不只是公民个人权益,信息安全还涉及企业生存、金融风险防范、社会稳定和国家安全,它是物理网络安全、数据信息内容安全、信息基础设施安全与公共和国家信息安全等的总和,涉及的法律建设也是庞大的法律群。

由于信息安全问题直接影响到国家的安全利益和经济利益,因此西方各国通过颁布标准、实行有效的测评认证制度等方式,对信息技术和信息安全产品实行严格、有效的管理。即各个国家都会通过法律建立信息安全措施,作为一种法律制度,只是因技术、国力和认识的差距,安全措施有差别。在此重点谈谈网络信息安全风险评估制度的法律完善。

在信息系统评估方面,信息安全风险评估经历了一段很长时间的的发展过程。风险评估的对象从通信系统、操作系统、网络系统发展到涵盖技术和管理的整个信息安全保障体系;风险评估的方面从单一的保密性发展到了包括机密性、完整性、可用性和可追究性等安全特性,以及它们的保障程度;风险评估模型从借鉴其他领域的

模型发展到开发出适用于网络信息风险评估的专用模型;风险评估方法的定性分析和定量分析则不断被学者和安全分析人员完善和扩充。由于



矫健:市律协信息网络与高新技术业务研究委员会委员

风险分析与评估作为在信息系统安全工作过程中的一个重要环节,在整个信息系统的生命周期中占有十分重要的作用,关系到信息系统安全建设的成败。所以,对信息安全风险分析与评估方法的研究吸引了世界各国政府、相关研究机构及学者的兴趣,已经产生了一些研究成果,很多机构也已经开展了风险分析与评估业务。有关介绍可以参考冯登国等编著的《信息社会的守护神——信息安全》的有关章节。在中国,如中国国家信息安全测评认证中心上海测评中心就是为信息网络安全建设服务的。

有人说,网络信息安全是相对的,不安全才是绝对的。因此,当我们的网络信息安全计划和措施制定并实施过程中,由于技术和破坏者水平的提高,信息系统安全性会随着时间推移而发生变化,因此,在信息系统发生重大修改时,或没有修改但经过一个规定的时间段后,对信息系统安全性应评审一次,比如美国规定为三年。评审的方式可以是外界机构独立的审查,也可以是自检。评审时可以使用一些技术工具:如病毒检测软件、网络薄弱环节评估工具、或者黑客侵入测试工具等。这样对网络信息系统有前瞻性的掌控,避免安全漏洞、安全事件出现后才亡羊补牢。

我国涉及网络安全的法律、法规包括《治安管理处罚法》、《刑法》等几十部之多,对违反国家规定,侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统的,对计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰,造成计算机信息系统不能正常运行的都有相关的处罚规定。具体到信息安全测评的标准、法规,包括《信息安全技术网络脆弱性扫描产品测试评价方法》(GB/T20280—2006)、《信息安全技术防火墙技术要求和测试评价方法》(GB/T20281—2006)等一系列标准,为开展面向信息安全产品的测评工作提供了基本依据。国标《信息安全风险评估规范》(GB/T20984—2007),规定了风险评估的基本概念、要素关系、分析原

理、实施流程和评估方法等内容。

在此希望对网络信息安全测评制度不断完善,并以法律的形式强化。对网络信息安全测评在基础网络、重点单位之外,在其他网络部分,也要按标准程序进行。特别是要从法律人的角度,以法律的视角,关注、研究网络信息安全测评制度,促进相关法律制度、体系的完善,形成保证网络安全的包括技术、管理和法律在内的完整体系。

三、安全教育:有针对性地开展全民普法与专门人才培养

信息安全涉及的面和层次很多,必须形成全民的信息安全意识,才能有效保护国家信息安全。所以,信息安全教育要有针对性,从法律层面明确其重要性,通过足够的财力、人力资源投入,把网络信息安全教育制度化。

(一)普法性的宣传、教育

从义务教育阶段开始信息安全的普法教育;在高等教育、职业技术教育阶段,有相应的课程设置。对保有信息的单位,应明确信息收集、加工、管理和使用的规范。

1998年英国《数据保护条例》对商业公司处理个人资料有如下要求:向英国数据保护管理委员会通报自己的真实身份,说明处理个人数据的过程及处理该数据的目的;对处理的个人数据,该数据来源人有权得到经处理的数据,有权核对、纠正自己的数据记录,并有权制止某些情况的处理。对比我国商业公司收集处理个人资料的情形,可以发现我国的全民信息安全意识还是很缺乏的,对什么人可以收集自己信息、用途、查询等等,根本是没有明确的认识。信息安全是一个涉及面广、涉及层次多的问题。因此,要大力普及信息安全的有关知识,形

成全民的信息安全防范心理,才能有效地保护国家信息安全和个人信息安全。

(二)专门人才培养

从法律层面,建立人才培养机制。计算机信息系统涉及硬件和软件技术,网络技术。在职业教育、高校专业设置方面、在学科建设方面,都要考虑培养计算机信息安全技术人才,包括网络安全管理的人才的需要。我们培养出来的人才,不仅仅是普通的计算机、网络管理人才,还应该具有具有网络信息安全国际宏观视野的人才,以保障我们国家网络信息的安全。

四、在智慧城市建设中,信息安全是重中之重

早在十多年前,美国军方就将网络空间列为陆地、海洋、天空、太空之外的“第五空间”。北约也正在讨论是否要将传统意义上的防务同盟扩展到网络安全和基础设施保护领域。

据2012年2月6日人民网文章“慕尼黑安全政策会议聚焦网络安全”介绍,在第四十八届慕尼黑安全政策会议上,美国前中央情报局局长海顿说,一年多前的“震网”蠕虫病毒,足以让人回想起1945年的原子弹实验。因为这是人类历史上第一次由软件系统攻击造成物理破坏的先例,宛如出现了一种“新式武器”。

俄罗斯网络安全公司总裁卡巴斯基把网络安全问题归成四类:首先是网络犯罪,比如盗用信用卡;其次是网络黑客行为,政府机关如不加强管理,网络黑客容易演变成网络恐怖主义;第三类是网络间谍;最后是网络战争。卡巴斯基认为当前最重要的是加强网络安全意识教育,以及进行国际间对话。

这些观点足以进一步加深我们对网络安全的认识。总之,在智慧城市建设中,计算机信息系统是不可或缺的,信息安全问题更是重中之重,是否应该拿出当年研制“两弹一星”的态度,迅速把有关信息安全的技术、产品和管理体系提高到应有的水平。希望我国信息技术不断进步,有更多的创新技术出现,以切实保障我们的社会信息化状态不受外来的威胁与侵害,我们的信息技术体系不受外来的威胁与侵害。●





●文 / 市律协信息网络与高新技术业务研究委员会

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

尊重知识产权 促进域名应用

——2011 上海域名论坛综述



前言

2011 上海域名论坛是第一次由法律界、司法界和学术界就域名及其相关法律问题一起面对面进行探讨、寻找共识。同时,域名业界与法律界、学术界以及媒体进行了务实的对话。2011 上海域名论坛的召开有助我国域名的健康有序发展。本文是笔者根据域名论坛的专家学者之发言,结合自身的理解整理而成。

一、域名的本质

域名到底是什么,这是一个各方学者争论了 10 余年而未能达成一致认识的问题。我们对域名的法律定位,会直接影响到我们理解和适用域名争议解决机制。2011 上海域名论坛召开可以说澄清了域名的本质。与会专家学者一致否认了“域名权”的存在。否定的理由是权利法定,目前来说,在知识产权法体系中找不到“域名权”的法律依据。而根据陶鑫良教授的解释,所谓的域名纠纷是传统的商业标识权利,包括商标权、商号权、知名商品特有名称包装权、企业名称权、地理标识权等在网络环境中的反映,并不是“域名权”的纠纷。

与会专家学者否定了“域名权”的存在,并不意味着域名在任何情况下都不受法律保护。商业标志获得各国法律保护的来源无非两种途径,其一是商业标志履行法定注册或者登记程序后获得法律保护,例如注册商标及其注册商标权。其二是商业标志经直接或者间接使用或者宣传产生了商誉而依法得到法律保护,例如知名的未注册商标、商号、域名等,法律保护的其实就是凝聚在这类商业标志上的商誉。我国目前的法律虽然没有认可域名经注册或登记即可获得法律保护,但是如果具有独特性、独创性的域名经过使用或者宣传产生了知名度和美誉度,是可以把它作为一种民事权益来保护的。也即

是通过使用获得法律保护的合法权益。

总而言之,域名本质上其实就是一个寻址工具,但是这并不影响域名在满足一定条件的基础上上升为我们法律所保护的权利。

二、域名争议解决机制的法律属性

关于域名争议解决机制的法律属性,与会专家学者的一致观点是域名争议解决机制既不是法院诉讼也不是仲裁,而是一种特定的调解。

与会专家学者不认为域名争议解决机制属于法院诉讼或者仲裁的理由主要有两点。首先,域名争议解决机构从性质上将既不是仲裁机关也不是司法机关,它实际上是民间组织。其次,尽管域名争议解决机构以裁决形式作出决定,但其法律性质跟一般意义上的仲裁裁决和法院判决不同。根据 CND RP 的规定,如果域名裁决后一定期限内当事人未就同一争议域名的归属诉诸于司法程序,则域名注册商应依裁决转移或撤销争议域名。若被投诉人自裁决公布之日起 10 日内提供有效证据证明有管辖权的司法机关或者仲裁机构已经受理相关争议的,争议解决机构的裁决则要暂停执行,等待法院的判决结果。如果法院最终判决结果与域名争议解决机构所做出的裁决不一致,域名注册商应当以法院判决为准。这样说来,域名争议解决机构的裁决必须服从于人民法院或者仲裁机构发生法律效力裁判,其法律效力等级是比较低的。从这两点上看,域名争议解决机制既不是诉讼也不是仲裁。

与会专家学者认为域名争议解决机制是一种特定的调解,是基于域名争议解决机制与传统的调解有很大的相似之处,但又有自身鲜明的特征。域名争议解决机制实质上也是争议双方通过域名争议解决机构指定专家作为第三者,以《中国互联网络域名争议解决办法》及《中国互联网络信息中心域名争议解决办法程序规则》

作为依据,进行居中裁决,在这点上,域名争议解决机制与调解存在很大的相似性。但是与传统之调解不同的是,域名争议解决机制并不需要争议双方最终自愿达成协议,其裁决结果的执行是强制性的,并不依赖于当事人的自我约束。

实际上,域名争议解决机制是一种域名纠纷前的约定,在域名注册人与域名注册商达成协议的时候,域名与在先民事权益的冲突纠纷还没有产生,但是一旦纠纷产生了,域名注册人必须要按照注册协议约定,将该域名争议交由域名争议解决机构裁决。实际上,域名注册人与域名注册商之间的域名注册协议赋予了域名主管机构在一定条件下可以依照约定撤销域名注册人的域名或者转移域名注册人的域名的权力。

三、域名争议解决机制与域名司法程序之间的协调问题

按照域名争议解决办法的规定,只要在裁决期间或者裁决后,任何一方向法院提起诉讼,专家裁决都暂不生效。理论上被投诉人可以在域名争议解决专家做出裁决之前直接向有权法院提起诉讼。但是从目前的司法实践来看,在域名调解专家还没有做出裁决的情况下,被投诉人向法院提起诉讼的,法院将不予受理或者是裁定驳回起诉。法院这样做的理由有两点,一是目前的域名争议解决机构处理域名争议的效率是比较高的,大部分域名纠纷也都是在这个阶段解决了。如果允许被投诉人在投诉人已经启动域名争议解决程序但还没有裁定结论的情况下向法院提起诉讼,就等于是把运行良好的域名争议解决机制给架空了。二是原告起诉时,争议域名的注册人仍然是原告,在没有经过法定程序变更、撤销其注册人身份之前,原告仍然是域名持有人,在原告仍然掌控域名的情况下,原告起诉确认其名下的域名的权益是缺乏法律依据的。这是域名争议解决机制管辖与司法程序管辖之间的协调。

通常而言,域名争议解决专家做出裁定之后,对于投诉人、被投诉人而言还有一个司法救济程序。由于域名争议解决机制既不是诉讼也不是仲裁,司法救济程序并不是对专家裁决的司法审查。当事人一方可能提出如下三种诉讼请求:一、民事权属纠纷,即域名注册人主张其通过合法的注册和使用,已经产生了某种权益,他认为争议域名理当属于他;二、侵权纠纷,即权利人起诉被投诉人侵犯其商标权、商号权等;三、确认不侵权之诉,域名争议解决专家裁定转移域名,被投诉人不服裁决,到法院请求确认不侵权。这里有一个问题,若是法院做出不侵权的判决,而域名争议解决专家裁决又应该构成

转移,那该如何协调?域名专家学者的观点是域名争议解决专家裁决应当服从法院判决。

四、域名争议解决与确认不侵权之诉

确认不侵权诉讼在2008年最高院的《民事案由规定》当中有着明确规定,它是指行为人在接到知识产权权利人发出侵权警告之后,为了使自己与不特定人之间的权利义务关系处于明确状态,而向法院请求确定行为人的行为不构成侵权的一类民事诉讼。根据目前的司法实践和这类案件的特点,一般认为确认不侵权诉讼需要具备这样三个方面的条件:第一、当事人受到了知识产权权利人指控其侵权的警告,而他不认为自己的行为构成侵权;第二、知识产权权利人未向有权处理该纠纷的人民法院或者行政管理部门投诉;换句话说,就是权利人没有向有权部门提起争议的解决;第三、由于权利人未向有权部门投诉,可能会对被告人的权益造成损害,这种损害可能会使得他的权利处于不稳定状态,或者受到某种威胁。

在域名争议解决中,当投诉人向域名争议解决机构提起投诉时,对于被投诉人而言,他就受到了知识产权权利人的侵权警告。投诉人向域名争议解决机构申请裁决,由于该裁决并没有产生仲裁法、诉讼法的法律效力,所以当被投诉人不服该域名裁决时,可以认为权利人未向有权部门投诉,也即符合了确认不侵权之诉的第二个要件。如果被投诉人不服域名裁决,认为自己注册或者使用域名的行为并没有侵犯知识产权权利人的合法权益,可以向有权法院提起域名确认不侵权之诉。

根据最高人民法院关于审理域名侵权案的相关解释和规定,对于域名侵权的案件要看它侵犯了哪一类的法律关系,然后再根据行为的特征去适用商标法或者反不正当竞争法。那么,原告注册和使用争议域名究竟是属于商标侵权还是属于不正当竞争的行为呢?对于这个问题与会专家存有不一致的观点,陈惠珍法官认为原告注册和使用争议域名的行为不属于侵权商标权的行为,原告的行为不属于商标法上列明的九种商标侵权行为类别。它本质上是违背商业道德,违反诚信原则来注册了一个跟别人的字号、驰名商标翻译相同的,和商标相同的域名近似的域名,没有合理理由,构成不正当竞争。

商建刚律师对此持有不同的观点,他认为,不正当竞争行为的认定,通常以存在经营相同或者类似商品的经营者之间的竞争关系为前提,在绝大多数情况下,原告(域名注册人)与被告(也即知识产权权利人)之间从事的业务不同、经营范围不同,并没有形成竞争关系。况且,根据《反不正当竞争法》第二条第二款之规定:本

法所称的不正当竞争,是指经营者违反本法规定,损害其他经营者的合法权益,扰乱社会经济秩序的行为。这里面“违反本法规定”应当解释为仅指违反《反不正当竞争法》第二章的规定。如此说来,原告注册争议域名的行为并不属于《反不正当竞争法》规定的行为,认定构成不正当竞争是不合理的。

五、在先权益的范围问题

UDRP 规定投诉人仅仅可以商品商标或服务商标作为在先权益提起投诉。与 UDRP 规则不同的是,我们 CND RP 规则中,投诉人享有在先民事权益的名称或者标志的范围非常广泛,包括但不限于商标、商号、姓名、名称、域名。UDRP 规定投诉人仅仅可以商品商标或服务商标作为在先权益提起投诉。对于我国将域名争议解决中的在先民事权利由国际上通行的商标权扩大到包括姓名权、名称权在内范围的做法,与会的罗东川法官认为,我国可以借鉴和参考国际上的做法,但是也需要从我国的实际情况来考虑问题,仅仅用商标权不足以遏制或者阻止盛行的域名抢注行为,扩大投诉人的在先权益范围对于规范网络域名注册和使用的秩序还是有积极意义的。另外,罗东川法官还认为,对于民事权益的理解不应局限于法律法规中明确列举出来的类别,而应作一个开放的理解。

六、混淆性的认定标准问题

关于混淆性认定一直以来存在一种争论,即是采用一种纯文字的比较方式,还是采用一种综合因素的比较方式。所谓纯文字的比较方式是指仅仅考察争议域名与投诉人的商标、商号等在外观上、在发声上或意思显示上有混淆性相似的情况,仅把域名和相关商标进行比较,而不考虑其他任何情况。所谓的综合比较是指在认定争议域名与投诉人权利标识是否构成混淆性相似或者相同时,所有与投诉人商业标识相关的因素都应当被考虑进来,这些因素包括但不限于网站内容、商品被使用的领域、产品的类别、商品或服务的性质、它们的最终使用者、它们的使用方式及商品或服务之间是否存在竞争的情形、商标所注册的类别等。目前的域名争议裁决实践是基本支持采用纯文字的比较方式作为认定混淆性的标准的。

但是 2011 上海域名论坛中商建刚律师对此持有不同看法,他认为,如果采用纯文字的比较方式的话,混淆问题在域名争议解决机制中根本无需讨论,因为投诉人能够提起投诉肯定是认为争议域名与其在先商业标识

相同或者是相似,无非是在权利人商业标识上做些小的改动。商建刚律师引用了最高法院判决的法国鳄鱼诉新加坡鳄鱼案,最高院这个案例对于混淆作了一个全新的界定,即混淆性相似。他认为,所谓的混淆性相似是指造成混淆了才认定它相似,它实际上是根据造成混淆的实际效果来判断是否构成混淆;通常而言,我们是输入一个域名,进入该域名指向的网站,看看是不是我们需要的内容才决定要不要从事一项交易。在他看来,一个卖鞋子的网站怎么可能和一个银行网站造成混淆,真正会造成混淆的是那些所谓的钓鱼网站。

七、“恶意”要件的存废问题

陶鑫良教授在 2011 域名论坛上提出了废除现行《域名争议解决办法》中“恶意”要件的观点,主张现行域名争议解决的“相同或混淆性近似”、“无合法权益”、“具有恶意”的“三要件”并非必要;而“相同或混淆性近似”、“无合法权益”的“二要件”就足够满足域名争议解决的法律需求。理由主要是域名争议解决机制只是涉及争议域名的归属之争,毫不涉及其间可能发生的民事侵权赔偿责任(其间可能发生的民事侵权赔偿责任当事人可以依法另行提起诉讼或者仲裁等),而“具有恶意”是针对民事侵权行为之经济赔偿的衡量要件。既然域名争议解决机制不涉及赔偿问题,那么在仅仅解决争议域名之归属的域名争议解决程序中,考虑“相同或混淆性近似”和“无合法权益”这两个要件完全可以满足了,无需考虑“恶意”要件。

这一观点也得到了与会学者唐广良的赞同。他认为,“恶意”要求已经成为可有可无的“条件”,专家组的工作不是审查投诉人是否提供了能够证明“恶意”的证据,而是审理被投诉人是否提供了足以否定“恶意”的证据,或者足以证明“善意”的证据。实际上,只要投诉人有“在先权利”,而被投诉人又没有“权利或合法利益”,就应当支持投诉人的请求。实践中,仅仅因为被投诉的域名注册与使用“没有恶意”而驳回投诉人投诉的案件已越来越少。

但是罗东川法官对于上述观点持有不同看法。他认为,域名争议解决是一种类似于权利归属纠纷的审理,这跟民事侵权纠纷不同。在民事侵权纠纷中过错要件是必不可少的,但是在域名争议解决中是否需要删除“恶意”要件这还需要认真研究。与会的律师代表于国富、商建刚等对上述观点也表示出不同的意见,认为“恶意”要件还是有其存在的必要性。与会专家学者对这一问题并未达成一致意见。●

他山之石

●文 / 丁兴锋

栏目组稿人: 洪亮 hongliang1224@hotmail.com

日本律师推动公害诉讼 对我国律师界的启示



一、日本律师参与公害诉讼的背景

第二次世界大战以后,日本为了恢复战争带来的创伤,更为了能够赶上欧美发达资本主义国家,开始追求片面的经济增长。经济的急剧增长给日本的自然资源与环境带来了严重的损害,在全国各地的工业区地带,公害问题不断恶化,公害灾害的纠纷更是与日俱增。公害问题成为了日本国内日益尖锐的社会和政治问题,使得日本一下成为举世闻名的“公害大国”,如世界著名的八大公害事件中,日本就占到了四起。

公害事件的暴发表明日本的环境污染已经陷入难以控制的境地,公害问题成为了日益尖锐的社会和政治问题,但在1967年以前的日本,由于污染企业的特殊社会地位以及没有成功的先例,几乎没有律师愿意染指“必败无疑的公害诉讼”。以1967年6月的新潟水俣病诉讼为开端,日本相继展开了旨在救济受害人与根绝公害的一系列诉讼,这些诉讼唤起了广泛的社会舆论,牵动了地方政治和中央政治的改革,对相关法制的建立做出了巨大贡献。在致力于公害诉讼的活动中,日本那些富于道义和牺牲精神的律师们起到了重要作用,他们以持之以恒的努力,不仅为受害人赢得了赔偿,也推动了公害立法的完善,普及了社会公众的环保知识,有效促进了日本国民环境观的提升。

在推进公害诉讼及日本环境权运动的过程中,日本律师协会也起到了重要作用。律师协会在公害问题上发表的建议和意见以及对律师参与诉讼的支持,成为投身于公害诉讼的原告辩护团活动的后盾,对公害诉讼问题的解决发挥了巨大作用。律师协会通过主办、参与学术会议,促进了环境权研究与环境权运动的开展。日本律师及律师协会的做法,对在经济快速发展的掩盖之下,各地环境污染与破坏频繁发生并日渐严重的中国,不乏可供参考之处。

二、日本律师参与“四大公害诉讼”

由“四大公害诉讼”开始,日本律师广泛参与公害诉讼,通过对受害人的援助,极大地促进了案件的进展,也促进了公害诉讼理论与司法实践的进步,有效推动了公害立法的完善。以“四大公害诉讼”为例,可以看到日本律师付出的努力与取得的成果。

在四大公害诉讼中最先提起的是新潟水俣病诉讼。昭和电工的鹿瀬工厂在1965年1月之前将废水向阿贺野川排放,导致发生了新潟水俣病。1967年6月,受害人以昭和电工公司为被告,向新潟地方法院提起了请求损害赔偿的诉讼。为帮助受害者,新潟县律师协会坂东克彦律师等向居住于新潟县内的律师发出呼吁,号召参加支援“受害人”的诉讼。响应呼吁而参加进来的律师们相互

密切配合,在诉讼过程中,辩护团以专业的精湛的业务和高度敬业的精神提供了全程的服务。1971年9月,新潟地方法院做出了判决,由于双方并未提起上诉,一审判决确定生效,根据这一判决,昭和电工的加害者责任也被确定。本次判决就因果关系的确定等展示了新的观点,为此后的公害诉讼和集团诉讼所沿袭。

在四日市大气污染公害诉讼中,原告辩护团由来自四日市所在地三重县和相邻的爱知县律师协会的志愿者、主要承办劳资问题案件的东海劳动辩护团以及来自他县的律师等共43名律师组成。为确保诉讼成功,辩护团开展了艰苦细致的准备工作后,于1967年9月1日提起了诉讼。在经过54次开庭、法院直接实地查证1次之后,1972年2月1日该案判决,原告胜诉,同年7月24日判决生效。这次诉讼在追究被告责任的同时,也成为评断当时国家经济开发政策的舞台,判决几乎全面认可了原告的主张,对被告企业放任公害的体制予以了严厉谴责,明确了加害者的责任,判决内容具有划时代的意义。

1968年3月,富山县神通川流域居民因流自三井金属矿业神冈矿业所的废水导致骨痛病发病,该流域居民以三井金属矿业公司为被告提起了请求损害赔偿的诉讼,这就是骨痛病诉讼,该诉讼作为因镉等重金属污染而引发的大型公害司法审判案件受到了社会的广泛关注。

1967年夏,出身于骨痛病受害地的岛林律师,作为代理人收到了提起诉讼

的委托,但由于只身难以胜任,便向同行发出呼吁,众多青年律师积极响应,并于1968年1月从全国各地聚集在一起成立了原告辩护团,于3月9日提起了诉讼。为便于工作,当年10月,副团长近藤忠孝下决心在富山开设新事务所,此举受到了众多县民的盛大欢迎,并极大地促进了案件的进展,也得到了舆论的支持,共有345名律师为患者辩护,这个数字约占当时日本所有从业律师的3%,其中有20余名主力律师参加了诉讼的所有回合。在辩护团的极力争取之下,法院于1971年6月30日做出了原告胜诉的判决。

熊本水俣病的发生源是位于熊本县水俣市的氮肥股份公司的水俣工厂,原因物质是由该工厂排出的乙醛废水中所含的甲基汞化合物。氮肥公司对当地经济与地方财政具有决定性的影响力,从1956年熊本水俣病正式发现,到1969年正式起诉,期间虽有患者抗争,但由于双方实力悬殊,污染一直持续,患者不断增多,但都未得到应有的赔偿。

1968年9月,熊本县律师千场茂胜走访水俣,经再三努力,受害人终于转变了对诉讼的态度。在获得当地市民会议和工会组织的支持后,千场茂胜律师向同行们发出邀请,组成了九人的“水俣病法律问题研究会”,并开始正式着手组建辩护团。经过向全国律师发出呼吁,最终有熊本县内23名、全国200名以上的律师加盟,组成了“水俣病诉讼辩护团”。辩护团团长由熊本县律师界长老级的山本茂雄律师担任,由千场茂胜担任事务局长。1969年6月14日,受害人向熊本地方法院提起了以氮肥公司为被告,原告人数共112名的请求损害赔偿的诉讼。由于此次水俣病诉讼的提起,致使当时受到广泛关注的四大诉讼得以全部出台。1973年3月20日,熊本水俣病

诉讼判决做出,原告方胜诉。判决后,氮肥公司未上诉,判决确定生效。此次判决后,在日本“只要企业造成公害就有责任”的原则得以确立。

三、借鉴日本律师界经验,推动我国律师参与环境侵权诉讼

改革开放以来,随着经济的高速发展,我国各地环境污染问题逐渐显现,在部分地区甚至造成了严重后果。在遭受污染侵害的人群中,经济条件较差的农民是最大的受害群体,他们特别需要法律的保护,但由于经济困难,他们无力支付相关费用。近年来媒体频繁报道的各地“癌症村”就是一个个典型例子。日渐严重的污染导致人身、财产的损失已经成了一个严重的社会问题,然而,受害人通过法律途径维权困难重重,而为弱势群体提供法律帮助的法律援助制度此时也未能发挥作用。

当前我国环境污染面临的困境与日本当年的情况非常相似:经过经济高速发展期之后,工业企业污染严重,机动车数量激增,大城市机动车尾气污染日益严重。从地方政府与企业的角度来看,企业是污染的元凶,政府与企业共同受益,对解决污染未必有迫切的要求;受害人虽然有维权的需要,但却因经济困难与法律知识的匮乏而无所适从。

近年来,我国律师队伍逐渐壮大,目前全国已经有执业律师20万人,律师事务所1.7万多家,面对频频发生的环境污染侵权事件,律师界团结起来,为受害人提供服务将大有可为。目前虽然已有部分先行者开展了相关援助工作,但从全国的范围来看,现有的努力相对于需要只是杯水车薪。

当前,最为突出的问题在于诉讼活动的经费问题。日本律师在解决这一问

题时采取的以下措施值得借鉴:首先,对于饱受公害之苦的受害人来说,根本无力承担巨额的律师费用,所以原告辩护团在提起诉讼时,原则上不让受害人承担律师费用;其次,在向法院提起诉讼需要向法院支付有关诉讼费用时,尽量争取到诉讼救助制度的帮助,努力减轻受害人的负担;再次,原告辩护团与受害人一道,向支持诉讼的团体和个人呼吁捐款,全力筹集款项,此外,律师们还身体力行,自掏腰包,维持诉讼活动。

其次是律师办理相关案件的效率问题。办理环境侵权案件不仅收费困难,更因为案件涉及人员众多、取证困难,且被告方实力强大,有的甚至是地方经济支柱,如果地方政府及司法机关包庇与纵容,更会让诉讼困难重重。解决这一问题,需要司法行政机关与律师协会的大力支持,可以在污染受害严重集中的地区开设律师事务所,或鼓励当地现有律师事务所为受害人提供服务,方便律师就近办案;律师协会应充分发挥行业组织的统领作用,从人力物力财力上支持律师参与。

再次要充分发挥法律援助制度与司法救助制度的作用,并判决侵权企业承担律师费用。我国立法机关已经注意到律师参与环境侵权法律援助的重要性,并已在立法上有所体现,如2008年修订后的《水污染防治法》第88条第3款规定:“国家鼓励法律服务机构和律师为水污染损害诉讼中的受害人提供法律援助。”但由于缺乏配套措施,上述规定还难以落实。解决这一问题,可以《环境保护法》修改为契机,于该法中规定“国家为环境污染损害事件中的受害人提供法律援助,具体援助范围与方式由国务院规定。”对相关的诉讼费用,法院应酌情减免;对律师费用,应判决由被告承担。●

(作者单位:上海明伦律师事务所)

微·Talk

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

2011 上海律师辩论大赛决赛妙语精选

舆论对司法审判的影响是利大于弊还是弊大于利

正方:舆论对司法审判的影响是利大于弊

舆论是一种关注,这种关注带来的直接影响就是将案件置于阳光之下,让审判者更谨慎、让审判过程更透明,让司法机关能够觉察到社会的本质诉求所在。使得司法权不会受到不正当的影响,不会被滥用。

如果舆论永远都是赞美你们还会拒绝它吗?可是舆论的价值不就在批评与质疑吗?

舆论确实是有不同的声音,但恰恰是在这样一种空间里,任何一种言论就不再具有杀伤力。

真正自信的司法从不缺乏接纳舆论的勇气。而真正公正有序的司法审判,永远,也绝对不能依靠鸦雀无声来维系。

舆论不是洪水猛兽,舆论不等同于假新闻和恶意评论。舆论就像我们生活中的空气,打开窗,新鲜空气会进来,苍蝇也会进来,怎么办?装上纱窗就好了。

反方:舆论对司法审判的影响是弊大于利

舆论具有公众性、评判性和强大的威慑性,而司法以独立性、专业性、权威性和程序性为特征。缺乏对舆论的规范就极易产生弊大于利的情形。

舆论的负面作用在于整体伤害的现实性。一切的权利与自由均有边界,一旦越界就会构成干涉和伤害。

在个案公正的可能性上的利和整体伤害现实性的弊之间进行权衡,利大弊大,不言自明。

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

今天更应该做或者更需要做的是推动审判公开制度,以消除我们对司法的疑虑。是规制舆论的越界干涉以消除舆论的弊端。因为只有当舆论和司法真正形成一个和谐和良性的互动和互助,共同推进社会主义法制建设的时候,作为公平正义的最后一道屏障的司法审判,它才会变得更加坚强。

立法应当禁止还是保护人体器官有偿移植

正方:立法应当禁止人体器官有偿移植

所谓人体器官的有偿移植是指以盈利为目的、用对价去交换具有特定功能的、不可再生的器官,其实质就是器官买卖。

生命无价,作为生命的神圣载体,身体同样无价。而当人的器官被作为物,被放到市场上叫卖的时候,人就不再是人,而人和人之间也就只有着供体和受体的区别。

器官的有偿移植一旦放开,可能拯救个体的生命却践踏了群体的尊严。

一旦有偿,市场化接踵而来,在这样的情况下人伦被践踏,人类面临的是一场灭顶之灾。

如果器官买卖成为了受法律保护的制度,将使每个人都可能成为器官的供体。我们走在街上,如果揣着百万英镑在招摇过市,说不定什么时候就有个大汉跳出来,挥舞着利刃对我说:

“大哥,我要劫个肾”

器官移植一旦有偿就可能剥夺穷人生存的机会,因为富人买得起而穷人买不起。金钱成为生命的主宰,人类沦为金钱的奴隶。

反方:立法应当保护人体器官有偿移植

因为现行立法的缺失造成无法给器官捐献者任何补偿和保障,致使大量善良的捐献者们只能在献出好心之后换来无尽的伤痛和无助。这种让好心人流血又流泪的制度符合法律的公平正义吗?

争议的法律是不走极端的法律,偏激的制度难以代表真正的公平正义。

有偿移植是指合理的补偿,是一种社会的保障机制。

只有立法保障有偿移植才能免除捐献者的后顾之忧,才是全社会对器官捐献者崇高精神的褒扬。

有偿不是定价。我国法律也规定了死亡赔偿金的价格,但是这并不意味着人命是可以买的。

器官紧缺已经严重阻碍了器官移植的发展,而将大部分捐献者拒挡在门外的,恰恰是高昂的捐献成本。

捐献者为了他人的生命毅然捐献自己身体的一部分,为此却要承担高额医疗维护费用,又要面对身体机能和劳动力的双重下降,还要面对并发症和后遗症的双重风险,给予他们补偿,何错之有。

难道有了补偿,治病救人的心就不再高尚了吗?做好事留了名就不再是好事了吗?规定了抚恤金,连为国捐躯都不再伟大了吗?将高尚推向极端只会让我们与理想渐行渐远。



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6期

上海篇

- 1.上海市人民政府办公厅:关于贯彻执行《上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则》的若干意见
- 2.上海市人民政府办公厅:上海市幼儿园收费管理办法(暂行)
- 3.上海市人民政府办公厅:关于加强镇村集体经济组织经营性物业项目管理意见的通知
- 4.上海市城乡建设和交通委员会:上海市城乡建设和交通委员会行政规范性文件制定和备案规定
- 5.上海市财政局等:上海市科技型中小企业信贷风险补偿暂行办法
- 6.上海市住房保障和房屋管理局等:关于城市基础设施配套费征收和使用操作口径的通知
- 7.上海市国家税务局等:促进税收政策落实工作制度
- 8.上海市国家税务局等:境外注册中资控股企业居民身份认定管理规程(试行)
- 9.上海市国家税务局等:关于试点建立涉税争议前置处理机制的意见
- 10.上海市财政局等:企业安全生产费用提取和使用管理办法
- 11.上海市物价局等:关于规范本市餐饮业价格行为的若干意见
- 12.上海市发展和改革委员会等:市发改委等关于进一步规范本市集装箱运输收费行为的通知
- 13.上海市发展和改革委员会等:关于规范本市机动车安全技术检验收费的通知
- 14.上海市发展和改革委员会:关于本市区域性出租汽车运价管理有关事项的通知
- 15.上海市交通运输和港口管理局:关于上海浦东国际机场和虹桥国际机场净空保护区范围的通告
- 16.上海市食品药品监督管理局:关于进一步明确医疗器械零售连锁许可事项的通知
- 17.上海市教育委员会等:上海市教育培训机构学杂费专用存款账户管理暂行规定
- 18.上海市人力资源和社会保障局:关于调整本市工伤人员伤残津贴和生活护理费标准的通知
- 19.上海市人力资源和社会保障局:关于调整本市因工死亡人员供养亲属抚恤金标准通知
- 20.市人力资源和社会保障局:关于调整本市非因工死亡职工遗属生活困难补助费标准的通知
- 21.上海市人力资源和社会保障局等:关于调整万人就业项目等公益性岗位从业人员收入标准的通知
- 22.上海市民政局等:关于对本市自谋职业的城镇退役士兵发

放一次性经济补助的通知

- 23.上海市民政局等:关于对本市自主就业的城镇退役士兵发放地方经济补助的通知
- 24.上海市农业委员会:上海市农村集体经济组织产权制度改革程序实施办法
- 25.上海市农业委员会:关于完善本市村级集体经济组织收益分配制度的指导意见
- 26.上海市高级人民法院:第十一次检法联席会议纪要
- 27.上海市高级人民法院:关于本市法院办理正在接受审判的被告人是否停止行使选举权利的若干意见
- 28.上海市高级人民法院:关于进一步加强诉调对接中心工作流程管理的通知
- 29.上海市高级人民法院:上海市高级人民法院上海市妇女联合会关于加强合作建立健全妇女权益保护工作机制的会议纪要
- 30.上海市高级人民法院:专利侵权纠纷审理指引(2011)
- 31.上海市高级人民法院:关于贯彻落实《上海市人民代表大会常务委员会关于加强人民法院民事执行工作的决议》的若干意见
- 32.上海市高级人民法院:上海法院申诉审查工作若干问题的解答

全国篇

【财税】

财政部、国家税务总局:关于金融企业贷款损失准备金企业所得税税前扣除政策的通知

【交通运输】

- 1.校车安全管理条例
- 2.机动车交通事故责任强制保险条例

【劳动】

- 1.中华人民共和国军人保险法
- 2.女职工劳动保护特别规定

【交通运输】

- 1.校车安全管理条例
- 2.机动车交通事故责任强制保险条例

【劳动】

- 1.中华人民共和国军人保险法
- 2.女职工劳动保护特别规定

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/>。



《浮光掠影》摄影：张艳律师