

上海市律师协会 主办



SHANGHAI  
LAWYER

**卷首语** 加强业务合作交流  
共创国际仲裁品牌/岑富荣

**法律咖吧** 如何落实和保障收入分配  
公平和效率的平衡  
/李继斌 陈忠德 黄琦 竺琴等

# 上海 律师

2013  
总第708期

# 6

聚焦 · 思辨 · 感悟 · 互动

**专题研究** 知识产权侵权赔偿亟待科学评估的有效介入 / 刘峰

**聚焦**

## 持技术之笔 挥洒刑事诉讼新篇章

——本市检察机关律师网上预约平台全面开通/季 闯



4月24日,市律协举办2013年第一期通讯员培训班。复旦大学新闻学院教授黄芝晓为学员们主讲了《怎样写好新闻——兼谈新媒体写作》。



5月26日,女律师联谊会联合长宁区律工委组织了一场女性城市安全基础知识讲座,并邀请了上海市公安局刑侦总队训练指导讲师、亚太区多国刑事侦查机构培训师、国际空手道中国师范龚寒老师为女律师们授课。



5月28日,市律协参加上海金融业联合会二届五次理事会。上海市常务副市长屠光绍到会并讲话。



5月28日,市律协与全美律协国际法分会联合举办了题为“为知识产权保驾护航”的讲座。



5月31日,民革市委和市律协召开合作课题开题会议。今年双方的合作调研课题初步定为《政府法律顾问团在推进上海法治政府建设中的作用》。

## 加强业务合作交流 共创国际仲裁品牌

上海国际经济贸易仲裁委员会(上海国际仲裁中心)主任 岑富荣

在经济全球化的背景下,仲裁日益成为最为有效和最受欢迎的国际商事争议解决方式。世界上主要的经济、贸易、金融、航运中心都有发达的仲裁制度和机构,都是具有相当影响力的国际商事仲裁中心。新加坡和香港更是提出建成“亚洲仲裁中心”的口号,上海积极推进建设“四个中心”的国家战略,亟需积极打造自身国际仲裁品牌,建立与“四个中心”建设相适应的国际商事仲裁中心。

近期,中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会经上海市政府批准更名为上海国际经济贸易仲裁委员会,同时启用上海国际仲裁中心的名称,确立了上海国际仲裁中心新的机构定位,为机构长远和可持续发展注入了新的动力,对于推动上海国际仲裁中心深入服务于上海“四个中心”建设具有重要的现实意义。

上海国际仲裁中心成立于1988年,是本市早在1994年《仲裁法》颁布前就已引入国际商事仲裁制度的涉外仲裁机构。经过25年的发展,上海国际仲裁中心立足上海,依托江、浙及长三角地区外向型经济发展的独特优势,以独立、公正、专业、高效的仲裁法律服务在境内外当事人中赢得了较高声誉,涉外及国际仲裁业务快速发展,专业服务水准稳步提升,成为服务于我国经济社会发展和现代化建设的重要商事仲裁机构。上海国际仲裁中心受理案件的当事人已遍及全球66个国家和地区,仲裁裁决依据



《纽约公约》已在40多个国家和地区得到承认和执行。2008年至2012年的5年间,上海国际仲裁中心受理案件的争议金额总计人民币206亿元,平均个案争议金额人民币810多万元。五年间,上海国际仲裁中心受理双方均为境外主体的国际性案件73件,位居全国前列。上海国际仲裁中心的仲裁规则吸收了近年来国际仲裁发展实践中的先进经验和做法,是国内仲裁机构中开放程度最高的仲裁规则之一。上海国际仲裁中心的仲裁员名册由625名仲裁员组成,其中外籍及港澳台仲裁员共199名约占三分之一,来自39个国家和地区,国际化程度位居全国仲裁机构之首。

律师是仲裁条款最为有效和忠实的推荐者。作为社会专职的法律服务提供者,广大律师在仲裁活动中所起的作用是非常显著的。上海国际仲裁中心近年来的稳步发展也依托于上海律师队伍的

不断壮大和律师业务的快速增长。

上海国际仲裁中心历来重视发挥律师在仲裁业务中的作用。上海律师界中的诸多精英人士担任了上海国际仲裁中心的仲裁员,他们专业的法律素养和丰富的实务经验受到了业界的好评。今后,我们也真诚地欢迎上海律师界中更多的优秀律师加入到仲裁员的队伍中。另一方面,众多上海律师在代理仲裁案件过程中所展示的专业水平和优良素质,也在不断检视和推动着上海国际仲裁中心仲裁服务水平的不断提升。

上海国际仲裁中心与上海市律师协会有着长期交往和友好合作。我们派员定期为律师学院进行培训讲座,与市律师协会各专业委员会进行专题研讨。“东方律师”网也经常及时报道上海国际仲裁中心仲裁业务的最近发展情况。

仲裁机构与律师界都担负着推进法治建设、构建和谐社会的时代使命,应共同为促进社会公平与正义,维护社会安定团结,服务我国经济社会发展和现代化建设大局发挥重要的作用。

今后,上海国际仲裁中心与上海律师界、上海市律师协会应进一步发挥各自优势,相互支持、良性互动、协作共赢,牢牢抓住我国改革开放的战略机遇期,为实现律师业与仲裁业的深度发展,为营造上海经济社会发展良好的法制环境、打造上海国际仲裁品牌、积极推进上海“四个中心”建设的国家战略作出各自应有的贡献。●



# 上海律师 2013 6

总第 708 期 目录

SHANGHAI LAWYER

## 《上海律师》月刊

主 管:上海市司法局  
主 办:上海市律师协会  
编 辑:《上海律师》编辑部

编辑委员会主任:盛雷鸣

副 主 任:陈乃蔚 邵曙范 黄 绮 钱翎樑  
周天平 管建军 厉 明 万恩标

委 员:(排名不分先后)

朱剑华 王 琼 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:许 倩

本刊特约撰稿人:

王俊民 汤啸天 陈 默  
李颂联 王凤梅 彭念元  
游 伟

(内部资料 免费交流)

编辑部地址:

上海市肇嘉浜路 789 号均瑶国际广场 33 楼

电 话:021-64030000

传 真:021-64185837

投稿邮箱: E-mail: tougao@lawyers.org.cn

网上投稿系统: <http://info.lawyers.org.cn>

上海市律师协会网址(东方律师网)

[www.lawyers.org.cn](http://www.lawyers.org.cn)

上海市连续性内部资料准印证(K第272号)

## 卷首语

1 加强业务合作交流 共创国际仲裁品牌 / 岑富荣

## 本刊关注

聚 焦 5 持技术之笔挥洒刑事司法新篇章

——本市检察机关律师网上预约平台全面开通 / 季 间

7 上海律师业: 监督指导和自律管理并进

——访上海市司法局副局长、市律协党委书记刘忠定 / 吕 轩

9 上海市律师协会与民革上海市委员会通力合作——

共同为上海社会法治发展再做贡献 / 市律协调研部

10 关于实习律师面试考核的一些思考 / 周 波

12 真情延续 爱佑明天 医法互通助力未成年人权益保障

——庆“六一”儿童健康、法律义务咨询活动侧记 / 吕 轩

局长视窗 14 拓展与规范并举 引进与培育齐抓 法治与稳定兼顾

静安区司法局全面推进律师行业有序发展 / 王 安



《静》摄影:陆东霞 律师

# 一切为了孩子



6月1日,“为了孩子,为了未来——儿童健康、法律义务咨询”活动在上海儿童医学中心举行。市女律师联合会和市律协未成年人权益保障委员会的律师在现场提供义务法律咨询。

**区县传真** 18 黄浦区律师首次援助强制医疗案——  
全市首例强制医疗法律援助案件圆满解决  
/ 黄浦区司法局

**法律咖吧** 20 如何落实和保障收入分配公平和效率的平衡  
/ 李继斌 陈忠德 黄琦 竺琴等

## 人物·优秀女律师

25 没有年龄,没有性别,只有“拼” / 陈玮

**人物** 27 对话张嘉生律师 / 赫少华

**警示台** 29 咆哮法庭扰秩序 司法礼仪莫忽视  
/ 市律协纪律委员会

## 法眼法语

**视角** 30 辩护人庭审查问系列文章之六——  
论庭审查问的避忌 / 王俊民

32 我国泛驰名商标制度应当走出迷津 / 陶鑫良

35 我国检察机关民事检察监督的范围、方式与程序 / 丁宏

**执业心语** 37 在路上 / 王婉怡

**案例精析** 39 华能澜沧江水电资产证券化案例分析 / 刘洪光

40 从 PE 角度梳理解读海富投资诉甘肃世恒等  
增资纠纷案 / 袁丽娜 肖家烽

## 专题研究

43 知识产权侵权赔偿亟待科学评估的有效介入 / 刘峰

46 简析知识产权诉讼证据认定的几个热点问题 / 傅钢

50 关于知识产权诉前临时措施的法律思考 / 陈迎瑞

53 对电影《人再囧途之泰囧》版权侵权及不正当竞争案的法律分析 / 王小兵

58 从一起判例探讨 OEM 中商标侵权的认定及抗辩 / 原素雨

## 人文万象

**岁月回眸** 61 上海, 让我不老 / 郑洁

**微·Talk** 63 鹅卵石与回音壁

**新法速递** 64 市环保局等 15 个部门联合发布《上海市环境空气质量重污染应急方案(暂行)》等 2 则

**新法速递** 封三 《律师业务资料》目录 2013 年第 5 期



# 本刊关注



聚焦

●文/季 闯

# 持技术之笔 挥洒刑事诉讼新篇章

——本市检察机关律师网上预约平台全面开通

“人民检察院审查批准逮捕,可以询问证人等诉讼参与人,听取辩护律师的意见;辩护律师提出要求的,应当听取辩护律师的意见。”“人民检察院审查案件,应当讯问犯罪嫌疑人,听取辩护人、被害人及其诉讼代理人的意见,并记录在案。辩护人、被害人及其诉讼代理人提出书面意见的,应当附卷。”新修订的《刑事诉讼法》充实丰富了原有的刑事诉讼架构,进一步重视了律师这一角色在诉讼活动中的作用,为刑事诉讼的进步描绘出了蓝图。如何将这蓝图落实到法制实践中,不仅关注到律师的执业权利,更联系着法律的尊严和法治的进步。

面对新的局面,本市检察机关适时握起技术之笔,充分运用现代网络技术,在上海检察门户网站建立起具有预约、查询等功能为一体的网络信息平台,逐一化解难题。这种可操作性、长效性、制度性的举措,非常具体地反映出本市检察机关对新《刑事诉讼法》相关原则和制度安排的理解和重视,反映出本市检察机关对律师职业的尊重。

顺应新法,践行司法为民。全面贯彻修改后的《刑事诉讼法》带来了一系列新的课题:如何对进一步深化检务公开,如何增强检察工作透明度,如何切实方便和保障律师的诉讼权益,如何依法接受外部监督,促进检察机关公正廉洁执法?能不能解决这些课题,多大程度上解决,关系着检察机关践行司法为民宗旨能力和诚意。这就是律师网上预约平台建设的背景。

新的背景需要新的思路和方法。经过反复酝酿,市人民检察院选择了网络这一平台,充分利用网络扩大律师与检察机关之间的联系渠道,全面推进网上人民检察院信息服务窗口建设,提升人民检察院信息化应用水平,创造为民、便民、利民的条件,不断满足律师对落实执业权利的需要,不断满足人民群众对司法的需求。

行业协会全程参与积极配合。预约平台建设伊始,市

人民检察院就明确了一个原则,平台建成之后是为广大律师服务的、为一线的检察官服务的,这两个群体应当始终是建设的重要参与者。从大的框架到小的细节,这两个群体认为合不合理、方不方便、科不科学,最终决定着他们接不接受,决定着平台今后的生命力。在市人民检察院与市司法局、市律师协会就平台建设初步交流之后,立刻引起了司法行政机关和行业协会的高度重视。维权工作是广大律师最关心的工作,制度维权又是重中之重。由检察机关发起的这项工作,行业协会如果顺势而为,对于律师执业权利维护工作无疑是一天赐良机。

在技术上,市司法局和市律师协会经过这些年的不断建设和改进,在律师基础信息的收集利用方面打下了扎实的基础,具有规范的数据结构、管理流程和较高水平的软件。这为市人民检察院的预约平台建设提供了一个良好的背景。市律师协会在这方面积极提供支撑和保障,市人民检察院也认真听取和重视市司法局和市律师协会在技术环节方面的意见。比如在登录这一入口环节,原来的设计是律师要上平台注册,填上一系列信息,再与行业协会提供的数据进行比对来判断有效性。现在律师只要用市律师协会的会员号和密码,无需注册就能登录。当然后台的数据验证也采取了更科学高效的方法。

在专业上,预约平台的雏形初现,市人民检察院就召开专题会议,邀请了司法行政机关、行业协会,包括刑事业务委员会专业的刑辩律师听取意见。会上,市人民检察院对拟将推出的网上预约相关功能进行了演示。对于初次看到平台的与会律师,普遍的反应是备受鼓舞。虽是雏形,但是该预约平台流程清晰,考虑周全,体现了检察机关信息化工作的水平及很强的服务意识。本着更高的期望,与会律师直言不讳,从专业的角度,就增加律师告知办案机关接受委托功能、手机推送功能、批捕阶段听取律师意见功能等问题提出了意见和建议。

试运行反馈积极。在听取了律师和检察官意见,得



到了充分肯定之后,结合反馈的建议,市人民检察院对预约平台的项目、流程、技术手段进行了进一步的梳理和细化。今年2月,网上律师预约平台开始试运行。市律师协会根据市人民检察院的要求,由刑事法律研究会配合测试。试运行期间,共计受理律师预约203件,回复184件;共有93个律师事务所115名律师登录平台提交预约申请。参与试运行的律师普遍反映平台操作方便、快捷,对人民检察院此项司法为民举措表示欢迎,书面表扬累计20余件。

在试运行过程中,本市各级检察机关结合工作实际,为律师提供更为高效、便捷的服务。普陀区人民检察院在受理了全市检察机关首例网上预约申请后,对预约平台的使用情况进行跟踪反馈,并要求工作人员提前将案卷材料摆放在阅卷桌上,减少律师等待时间。浦东新区人民检察院针对办公地点分散、案多人少的情况,充分依托律师预约平台,将各办公点受理的案件全部纳入预约接待范围,做到“一次预约、多点联动、统一回复、就近接待”,形成一站式接待工作模式,律师满意率达到100%。嘉定区人民检察院开通了自主研发的律师接待服务系统,审核“三证”、调取案卷、翻拍材料、刻录成盘等整个阅卷过程均可轻点鼠标来完成。该系统经进一步完善后,将在全市检察机关推广。长宁区人民检察院还专门邀请律师代表召开座谈会,认真听取他们对律师预约平台、检察机关提供阅卷服务等工作的意见建议,以进一步建立完善工作规范,依法保障律师的阅卷权、知情权等权利。

签约开通正式启用。5月3日,市人民检察院与市司法局、市律师协会签订《关于信息化合作事项的协议》,并正式开通运行本市检察机关网上律师预约平台。至此,市人民检察院主导、各方悉心培育的预约平台开始了正式的航程。这是全国省级检察机关中首个开通的覆盖全

市三级检察院的网上律师预约平台,今后本市注册律师轻点鼠标即可在线预约阅卷或接待申请等诉讼需求。

预约平台是市人民检察院落实新《刑事诉讼法》的一项创新工作,但围绕新《刑事诉讼法》如何落实律师的权利,市人民检察院是全方位考虑安排的。除了预约平台,经市人民检察院统一部署,目前,本市各级检察院均设立了统一规范的律师阅卷室,并将接待律师阅卷工作分成资格确认、查询、预约、接待四大部分,细化、规范了各个环节的操作流程。在阅卷室内,设有律师等候专用座椅、茶几和饮水机,并统一制作了“案件管理工作流程图”、“律师阅卷须知”和“接待律师行为规范”张贴告知,便于规范、监督检察机关履职和律师执业行为。

包容呵护共同扶持。预约平台的建设和开通,凝聚着市人民检察院从领导到具体工作人员的智慧和辛勤工作,诚意可鉴。从目前的设计,体现出了以律师为用户主体之一的周密考虑。作为一项全新的制度实践,需要不断的改进和完善才能到达一个成熟的阶段。这个过程更需要律师的参与。作为律师,我们不能把该平台仅仅看成是市人民检察院的工作,对于不足之处,少一些苛责和旁观。而是要把平台的完善当作法律职业体共同的事业,对于暂时的问题多一些包容,多一些建设性的建议,多一些参与。●

#### 附:操作流程

- 1、本市注册律师作为刑事案件的辩护人、诉讼代理人,可以通过上海检察门户网站(<http://www.shjcy.gov.cn/>)向受理、查办案件所在地人民检察院提出预约申请。
- 2、进入网站后在“网上办事”栏目点击“预约平台”。
- 3、进入“预约平台”后点击“律师预约”,输入市律师协会提供的律师用户名及密码进行登录。
- 4、律师身份验证成功后,页面会自动显示律师姓名、身份证号、执业证号及所在事务所。
- 5、点击“律师预约”下方的“在线预约”,进入后点击“某某检察院”(选择受理、查办案件所在地检察院)就可以填写预约单。
- 6、填写预约单时犯罪嫌疑人/被告人姓名、案由、诉讼参与人类别、诉讼阶段、预约事项类别是必填项。拟预约时间请选择2-4个时间段,以方便安排。
- 7、刑事诉讼律师预约单左侧的预约事项填写完毕后,注意打勾确认右侧的律师信息。
- 8、预约界面右上角有“预约查询”,点击进入可以查询本人的所有预约记录,同样在查询界面也可点击“在线预约”进行预约。



聚 焦

●文/吕 轩

# 上海律师业： 监督指导 和自律管理并进

——访上海市司法局副局长、市律协党委书记刘忠定

党的十八大报告明确提出：要“加快建设社会主义法治国家”，这无疑为律师业的发展注入了新的动力。律师作为推进法治化进程的重要力量，律师行业的发展程度是法治社会建设和发展的重要标志。建设法治社会，必须积极发展律师事业，创新和提高律师行业的管理能力。

在新的历史阶段，如何遵循律师行业的发展规律，不断开创律师工作的新局面，司法行政机关对进一步创新管理模式、提升工作理念又有何部署？近期，笔者采访了上海市司法局副局长、市律协党委书记刘忠定。

●刘忠定

▲笔者

▲刘副局长，您在司法行政系统工作多年，结合您的工作经历，能否谈一谈对律师及其作用的想法？

●我从事司法工作已有34年，其中，在法院20年，在司法行政机关14年，通过和律师朋友的广泛联系和接触，有一些感悟和认识。

应该说我们国家对律师及其作用的认识是经过一个比较长期的发展过程的。首先律师是一个舶来品，在当代西方，律师普遍被视为一种职业。而且律师这种职业在出现的早期，普遍被视作“法律贵族”，有一种职业上的优越感。我们说律师是一种职业，一方面它是一种专业，律师掌握着法律知识，是法律专家；另一方面它是一个行业，律师业是个特殊的行业，在行业准入、奖惩和管理方面有一整套自己的机制，在社会上发挥着重大的影响和作用。

我认为，首先律师是推进民主法治建设的重要力量。在诉讼活动中，没有律师的参与，诉讼活动是无法进行的；其次，律师是推进市场经济发展的重要力量。律师在经济方面发挥的作用越来越广泛，几乎每一个经济领域都有律师的参与。非讼法律服务大多数都是经济领域

的，我们特别感觉到的就是过去在对外谈判中，外方请的多是各类律师：比如投资律师、税务律师、商务律师等，而我们谈判参加代表比较多的是财政局长、发改委主任等。经过我们反复的宣传，现在市、区领导都对律师在重大项目、重大投资谈判中的作用比较重视，也越来越认可了；最后，律师是推进社会和谐稳定的重要力量。在维护社会稳定、促进社会和谐方面，上海律师业发挥了很好的作用。2010年，在俞正声、韩正同志的指导和帮助下，市委、市政府发了一个“16号文”——《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》，在上海和全国影响很大。

随着民主与法治建设的进展，随着经济的发展，随着社会的进步，律师会发挥更大的作用。如果没有民主法治的进步，不把律师制度作为整个法律制度的一部分，在法律上对它认可，那么也没有律师的地位。如果没有经济的发展，经济部门本身不需要律师，社会上也消费不起律师。这些因素都推动着律师业的发展。

▲在司法行政系统工作的这些年，能否和我们分享一下对律师管理工作的经验和体会？

●我觉得司法行政机关对律师工作的管理体现在两个方面：一是要依法对律师工作进行监督指导，二是要推进和完善行业自律管理。

根据《律师法》的规定，我们对律师的管理，从行政管理角度主要有三个方面：执业准入、日常监管和奖惩。根据建设法治政府、服务政府的要求，对律师的管理应该说是把服务贯穿于整个管理过程的始终。在现阶段的大背景下，在现有条件下，没有司法局作为行政机关对律师工作的助推，而仅仅依靠行业的力量，目前还是有些问题的。当然，我们希望以后律师行业能够实现更高水平的自律管理。

我们了解到不少区县司法局，就律师的税收问题、执业环境问题、维权方面问题、对外交流问题做了大量

的工作。就市司法局来讲,像《刑事诉讼法》里的取证难、会见难、调查难的问题、律师社保方面的问题以及收费方面的问题等,市司法局也做了不少工作。今后,司法行政机关在推动和完善行业自律管理方面还将继续努力。

▲能具体谈谈上海律师行业“两结合管理”的主要特点和做法吗?

●现在总体上我们研究“两结合管理”,是两个机关即司法局作为行政管理机关,行业协会作为行业自律的机构,分别充分行使各自的职权。

一方面,司法行政机关要充分信任、充分授权。除了行政管理权以外,只要是属于律协的职能,比如行业维权、奖惩、业务培训、研讨、对外交流等等,都是由律协自己独立地开展工作。

另一方面,我们也指导律协形成完善的自律管理机制。律协本身按照自律管理。首先,是规则管理,形成了很多规定、规范和规则。目前,市律协已经形成了以章程为核心的行业规则体系,总共是39个文件。而这些文件中有36个都是在2010年以后又重新修订或者新制定的,这说明行业的规范化管理已经达到了一定的水平;其次,指导律协形成正规高效的运转机制。从日常的运转来说,市律师协会无论是代表大会、理事会、会长会、监事会,还是各工作委员会、各业务委员会会议都是由律师担任会长、监事长,由各个委员会主任来召集的,各个区的律工委是由律工委主任来召集的,关于这一点,应该说上海是走在全国前列的。

“两结合管理”目前来说还是有优势的,这个优势要发展好发扬好,还要继续地保持下去,让它发挥更大的作用。司法局依照法律规定能够把行政管理方面的事情做好,其余全部交给律师协会。特别是律师行业实施的民主化管理,我觉得非常好。

▲在新的形势下,您如何看待上海律师业前进的目标方向,您认为上海的律师事务所如何提升核心竞争力?

●我认为,上海的律师事务所将成为内地最有竞争力的法律服务机构群体之一。近年来,我们根据市政府的要求,对上海律师业的发展瓶颈作了一系列的调研,最终确立了律师事务所专业化、规模化、国际化、品牌化的“四化”目标,力争提高上海律师事务所的核心竞争力。

我们经常谈到律师事务所的规模化问题,实际上对上海这个法律服务市场来说,我们不能片面地发展规模大所,我们既要鼓励规模大所,又要扶持和引导专业强所、精品小所,因为法律服务市场是多元多层次的。但目前来看,对上海这么一个国际化大都市来说,规模化的大所似乎偏少了一点。随着世界经济格局的不断变化,

中国各类企业普遍的“走出去”,面向国际市场进行海外扩张或者投资,迫切需要国内律师事先提供法律风险防范和评估。所以,希望我们国内的律师事务所能够积累投资、兼并、上市、反倾销等国际化业务和涉外业务的经验。因此,在规模化、国际化方面,我们应该好好打拼,组建一些有国际竞争力的大所和强所,努力培养这方面的能力来接受这个挑战和任务。

▲上海是改革开放的排头兵,近年来上海律师也取得了长足的发展与进步。去年是上海律师公会成立100周年,站在一个新的起点上,您对上海律师与律师工作有什么要求和期待?

●我认为,今后一段时期,上海将成为亚太地区最重要的法律服务中心之一。上海律师业也将随着上海城市的发展而不断发展。上海作为经济中心、金融中心、贸易中心、航运中心,将会源源不断地吸引国内外众多投资者。上海本身就是许多大型国有企业、跨国公司中国或亚太地区的总部,而且身后就有广阔而又富饶的长江三角洲地区,是中国人口最密集、经济最繁荣、社会最发达的地域,对律师业来讲,这无疑是海量的、潜在的客户资源,只要我们用心开拓,就一定能够取得丰硕的成果。

上海要成为亚太地区最重要的法律服务中心,对上海的律师业来讲,一方面,在“四个中心”服务方面的能力要加强;另一方面,那就是我们的市场越来越开放,面临的挑战越来越大,这两点对我们都提出了要求。

就提升能力而言,我们首先关注的还是律师人才的引入和培养工作。我们还是要大力加强律师队伍的建设,着力加强人才培养,优化人才结构,重视引进、选拔和培养既懂政治经济、又懂法律;既精通国内法、又熟悉国际贸易规则的复合型法律人才,为上海的“创新驱动、转型发展”提供优质的法律服务。我们希望继续探索更多的海外培训渠道,选送更多的律师走出国门,学习发达国家执业律师丰富的执业经验,进一步提升上海律师队伍的整体实力,为上海“四个中心”的建设储备更多的人才资源。

我相信,未来上海律师业仍将会拥有国内最好的发展环境。这源于市委、市政府及各区县党委、政府的领导对律师工作的一贯高度重视。依靠市委、市政府对我们律师工作的支持,给我们创造更好的环境、政策保障。我觉得,今后无论是从外部环境还是内部条件,上海的律师业仍然会保持一个稳定健康的发展态势,发展速度可能有快有慢,但发展质量一定会有所提高。上海一定要成为全国律师业发展最健康的地方,以及为社会各个方面提供法律服务质量最高的地方,上海律师队伍也要成为全国最健康的律师队伍。在这点上,还需要全上海律师的共同努力。●

聚 焦

●文 / 市律协调研部

上海市律师协会与民革上海市委员会通力合作——

# 共同为上海社会法治 发展再做贡献

党的十八大报告提出了全面推进依法治国,重申了加快建设社会主义法治国家,并强调了法治在推进经济体制改革、政治体制改革以及党建和社会建设上的作用,强调了法律在社会管理和国家建设中的作用,这是党中央对依法治国在新形势下的新部署,是治国的机制方略和行动纲领。从十八大报告可以看到,法治是中国今后现代化建设的各个方面的治国方略。依法治国和法治国家建设,必须落实在整个社会管理活动中。在这个大背景下,民革上海市委会与市律协的合作适应了国家发展的需要,顺应了中国发展的法治时代。

## 签署《合作备忘录》

时间:2013年1月9日

地点:上海市律师协会

中国国民党革命委员会(简称民革),1948年在香港成立,是由中国国民党民主派和其他爱国民主人士所创建、具有政治联盟特点、致力于建设有中国特色社会主义和祖国统一事业的政党,是中国共产党领导的多党合作和政治协商制度中的参政党。民革上海市委会是民革在上海的地方组织。截至2013年4月底,民革上海市委会共有党员5367人,社会法治是民革市委会的主要工作方向之一。

上海市律师协会是依照《中华人民共和国律师法》由上海市的律师组成的社会团体,受上海市司法局的指导和监督。截至2013年4月底,市律协共有律师个人会员14781人,律师事务所团体会员1172家。

2013年1月9日,上海市律师协会与民革上海市委会签署《合作备忘录》,双方商定将在制度性交流、课题调研合作、参政议政、人才培养与培养等六个方面开展密切合作。市政协副主席、民革市委主委高小玫,市司法局党委书记郑善和,民革市委副主委董波,民革市委副主

委、徐汇区副区长朱成钢,民革市委副主委兼秘书长李栋樑,民革市委社会法制委员会主任、市人民检察院一分院副检察长王光贤,市司法局律管处处长马屹,市司法局办公室副主任冯铨,市律协参政议政促进委员会主任游闽键,市律协秘书长万恩标、副秘书长刘小禾、王旭峰、陈东,市律协调研部主任李旻、蔡苑菁,民革市委调研部部长潘敏、缪鹏年等参加了签字仪式。

签约仪式由钱翊樑副会长主持。盛雷鸣会长首先代表市律协致辞,向民革市委领导在2013年新年伊始就来到市律师协会签署双方的《合作备忘录》,并且一直以来关心和支持上海律师业的发展表示感谢。随后,高小玫主委和盛雷鸣会长代表民革上海市委会和市律协签署

了《合作备忘录》。

签字仪式上,市司法局党委书记郑善和与市政协副主席、民革市委主委高小玫分别发表了讲话。

郑善和书记表示,市司法局党委非常重视律师工作,加强与民主党派的沟通是本市律师业更好发展的重要基础,本次《合作备忘录》的签署进一步加强了律师业与民革上海市委会的合作关系,提升了律师参政、议政和从政的能力,希望民革市委会在今后的工作中继续支持司法行政工作和律师行业的发展。

高小玫主委表示,感谢市司法局对本次签约仪式的见证与支持,本次《合作备忘录》的签署使得民革市委会与上海市律协的合作有了制度性的保障。民革上海市委会与上海市律协的合作有天时、地利、人和的优势,双方要在今后的



合作中密切配合,使得合作富有成果、卓有成效,为上海经济社会的发展和法治建设作出贡献。

### 部署具体合作事宜

时间:2013年4月28日

地点:民主党派大厦

2013年4月28日下午,市律协与民革市委在民主党派大厦14楼会议室举行了高层座谈会。民革市委主委高小玫、副主委董波、副主委兼秘书长李栋樑,民革市委社会与法制委员会主任、市人民检察院一分院副检察长王光贤,民革市委调研部部长潘敏,市律协会长盛雷鸣、副会长钱翎樑,市律协参政议政委主任游闽键、市司法局律管处副处长忻峰、市律协副秘书长王旭峰、调研部主任李旻等参加了会议。

本次座谈会是依据2013年年初民革市委与市律协签署的《合作备忘录》的约定而举办的。在本次会议上,双方具体讨论了2013年的合作计划、分工以及时间节点等。双方商定2013年重点在四个方面展开合作:

一、合作开展课题研究;二、合作举办研讨会等活动;三、加强人才交流和推荐;四、加强宣传方面的合作。

经过热烈地讨论,双方确定了年度合作课题的具体方案,还对共同举办的活动等进行了规划。

最后,盛雷鸣会长和高小玫主委分别进行了讲话。

盛雷鸣会长感谢民革市委对市律协的关心和关注,表示市律协将全力与民革市委一起做好双方商定的各项合作事项。

高小玫主委表示,民革市委高度重视与市律协的合作,双方应当发挥各自的优势,通力配合,促进双方的共同发展。

没有规矩不成方圆。国家的发展、社会的进步都离不开法治,依法治国已经成为我们国家治国的基本方略,市律协将与民革市委通力合作,并肩努力,为上海的民主法治进步与社会经济的健康发展贡献自己的力量。●

## 聚焦 ●文/周波

# 关于实习律师 面试考核的一些思考

自2011年起,市律协为完善实习律师管理制度,对每一位申请执业的实习人员进行面试考核。面试考核旨在规范实习律师的实习活动,考察实习律师是否熟悉掌握律师职业道德、职业纪律及业务基本技能,是否初步具备了独立职业能力,进而全面提升执业律师的执业技能和服务水平。

自被选为考官专家库的成员以来,我已参加了四次实习律师面试。按照考核规则,我们从语言表达和仪表仪态、职业道德和职业素养、律师实务、沟通协调和应变能力四项,考察实习人员的举止、涵养、语言叙述能力、对律师专业知识的掌握理解和运用以及对实际事务操作能力和沟通协调能力等。面试不合格的人数很少,但是考核结果并不乐观,实习律师素质良莠不齐,相当一部分实习人员存在着各种问题,有表面上的着装不正式,态度不端正,也有深层次的法律知识面窄,法律功底不扎实,对律师职业缺乏长远的规划等。这一方面与实习律师的知识储备、个人素质息息相关,但也与目前的一些机制问题有着深层次的关联。以下是我结合几次面试作出的一些思考,希望有益于实习律师考核制度的进一步完善。

### 一、专业过度细分,难窥律师工作之全貌

很多实习律师在刚刚进入律师事务所后,被分派到不同的专业团队,跟随带教老师从事某一专业领域的工作,过早地

被细分为技工律师,对专业范围外的东西不闻不问、一无所知。今年来,律师行业倡导法律服务细分化、专业化,但是对于实习律师而言,过早地被局限在一个小的专业范围内既不利于其自身的发展,也会对整个行业的法律服务水平造成不良的影响。试想,做非诉业务的律师连诉状都不会写,做诉讼的律师对尽职调查完全没有概念,那么其在以后的执业过程中如何能独当一面、取得当事人的信任?

我曾在香港的一家大规模的律师事务所培训过一段时间,他们的实习律师有两年的实习期,要从诉讼部门到非诉讼部门转一圈下来,每个岗位大概起码呆三个月左右的时间,每个部门的律师在带教的时候都会对这些受训律师的表现作出评价和建议。实习期满后,实习律师对各种业务部门的工作都有了较为深入地了解,再结合个人兴趣与导师们的建议选择执业的方向和领域,这对他们个人的成长有着非常好的助益。实习律师刚刚入行,对整个行业状况和律师业务缺乏基本的了解,市律协和律师事务所如能积极创造条件,让实习律师对各类型的案件都尝试一下,将能在帮助实习律师掌握基本执业技能的同时,更加准确地找准自己的专业方向。

### 二、培训机制不够完善,实习律师专业技能堪忧

按照《申请律师执业人员实习管理规则》的规定,实习律师的培训主要由律

师事务所和带教老师共同完成,律师事务所负责组织实习人员的实务训练、定期组织业务培训,带教老师指导实习律师掌握律师执业业务规则、进行律师执业基本技能培训。但除少数大规模的律师事务所在这些方面做得比较好之外,大多数律师事务所仍是采取师傅带徒弟的传统方式培养实习律师,很少为青年律师的发展制定系统的培训计划。实习律师基本处于自发、无序的状态,缺乏统一的组织安排,以从事复印、整理卷宗等辅助性工作为主,最多请求跟着指导老师出庭旁听,做做会见笔录。这种边缘化的方式极大地延长了业务学习的进程,致使实习律师成长缓慢,很难独当一面。同时,很多带教老师主要忙于自身业务的拓展,没有积极地承担指导实习律师业务技能的职责。有些带教老师甚至唯恐教会了徒弟瓜分了自己的业务,对实习律师不进行指导。而部分实习律师甚至没有老师带,只能靠自己东学一棒子,西学一榔头,对业务一知半解,办案流程不规范。

从律师事务所和带教老师的角度,指导实习律师也有其苦衷。一方面组织培训不仅仅需要挤占律师的业务时间,还需要投入精力、成本,实习律师由于缺乏实践训练,实务能力差,指导老师一个小时就能完成的工作,交给实习律师处理,可能要花上三四倍甚至更长的时间去指导修改,造成时间精力的浪费;另一方面,律师事务所花时间、成本培养实习律师,很多实习律师拿到执业证之后立马就跳槽,白白花费了功夫,为他人作嫁衣裳。

但一个律师事务所要健康发展,人才资源是至关重要的,年轻律师无法迅速成长,律师也就无形成有竞争力的团体,最终损害的也是律师事务所的长远利益。而资深律师单单靠一己之力,缺乏年轻律师的协助,也很难让业务有长远的进步。只有培养好年轻律师,建立完善的人才梯队,才能够让律师事务所在激烈的市场竞争中占据一席之地,这就需要律师事务所和带教的老师都更加具有责任心和奉献精神。同时,年轻律师也应更勤思好问,主动学习,全面学习资深律师思考问题的方式、处理问题的理念以及与客户沟通的方法,在逐步增强执业技能、提升自我价值的同时,通过优秀的业务能力积极回馈律师事务所和带教老师,形成律师事务所与律师个人共同发展的良好局面。

### 三、行业生态欠佳,实习律师欠缺长远规划

在面试过程中,我们发现很大一部分实习人员没有从事律师工作的长期计划,有一些是先拿到执照再说,走一步看一步,或者是谋划拿到律师执照后转行从事其他工作,这与行业生态是密不可分的。

首先,与同是法律行业的法官、检察官相比,律师的社会地位不高,社会形象一般。法官、检察官在整个法律环

境中占据着绝对的优势地位,更能吸引有法律职业资格年轻人,律师往往是法学专业毕业生求职时的最后选择,在当不了法官、检察官的情况下,找律师事务所实习。

其次,要成为一名优秀律师的道路十分曲折。律师行业竞争压力大,20%的优秀律师占有整个法律服务市场80%的业务量,年轻律师可谓在夹缝中求生存,要崭露头角必须经过较长时间的摸爬滚打。同时,律师工作对从业人员各方面的素质要求都很高,法律功底、沟通能力、社会关系、写作水平每一方面都不可或缺,但要当好一个好律师需要付出比常人更多的努力,需要有足够的勇气与激情。

第三,实习律师刚入行,案源少、薪资低,大多数律师事务所没有为实习律师提供基本的物质保障,有些律师事务所甚至不与实习人员签订劳动合同,仅仅发放一些生活补贴。实习律师仅靠办案提成难以自食其力,生活状态窘迫,学习休息时间少。从外地来的律师生活压力比本地律师更大,并面临着更多生存技能的考验。无案源、无生活来源、无社会资源的现实状态使实习律师的生存面临巨大的心理压力,很多实习律师迫于生计改入他行,这对律师人才资源造成了严重的浪费。

由于律师事务所实行市场化运作,对实习律师的物质支持比较有限,司法行政机关和行业协会应当对实习律师予以更加积极的扶持政策,在实习律师执业的初期给予他们固定的物质保障。在日本与德国,实习律师均享受准公务员的待遇,政府向其支付不低于公务员水准的报酬,使之不必为生计担忧。目前,在国内要给予实习律师公务员待遇不合实际,但采用司法行政机关与行业协会划拨专项经费向实习律师支付一定的薪酬补贴还是有可行性的。同时,实习律师的门槛设置也要相应提高,拿到法律职业从业资格不应是成为律师的唯一标准,有意愿长期从事律师工作、对律师行业有热情的法律专业人才才可以成为实习律师的一员。律协可以考虑在申请实习证的阶段进行初步考察,筛选出具备优良素质与强烈意愿的申请者,让有限的资源实现最优化利用,整体提高实习律师的素质。

青年律师是律师业的新生力量、后备力量,为律师业的长远发展提供了人才支持。青年律师的发展问题,关乎整个律师行业的未来。怎样把他们尽快培养成政治合格、业务精通、技能娴熟、服务规范的律师,是律师行业面临的重要课题,实习面试考核制度是一种有益的探索,是对整个律师行业的将来负责任的一种创新。在不断完善实习律师考核形式、程序的基础上,切实加强对实习律师的业务培训、提升实习律师执业技能、完善培训考核机制,将是推动实习律师及整个行业发展的关键所在。●

(作者单位:上海瀛泰律师事务所)

聚焦 ●文/吕轩

# 真情延续 爱佑明天 医法互通助力未成年人权益保障

——庆“六一”儿童健康、法律义务咨询活动侧记



“医者意也，在人思虑。”行医者，贵在思考，透过表象看到本质。律师以法治利器，维护当事人的合法权益，为社会制度建设谏言献策。医者、律师凭借其自身的专业技能、仁心侠骨，救病患于水火，助弱者于危难，为广罗大众提供专业帮助。

## 你的需求 我的追求

6月1日上午，上海儿童医学中心门诊大厅。

为了迎接“六一”儿童节，宣传和普及未成年人健康及法律知识，上海儿童医学中心、市女医师协会、市女律师联谊会以及市律师协会未成年人权益保障业务研究会联合举办了“为了孩子，为了未来——庆‘六一’儿童健康、法律义务咨询”活动。一场医法互通的现场咨询为今年的儿童节带来了内外双重保障。

咨询会当天，细雨连绵，可还不到上午9点，上海儿童医学中心的门诊大厅内，等候咨询的幼儿家属已排起了整齐的长队，在原本就人流拥挤的大厅里尤为显眼。今年正值上海儿童医学中心成立十五周年，此次儿童健康、法律义务咨询活动是院庆系列活动之一，院方的重视、医务人员配合以及各主办单位之间的沟通协调为活动的顺利开展提供了坚强的后盾：上海儿童医学中心专门派出呼吸内科、消化内科、儿童保健科、儿外科、儿骨科、心内科、眼科等特色专科的资深儿科医学专家现场坐诊；市律师协会全力配合，特别安排未成年人权益保障研究委员会和女律师联谊会从事未成年人权益保障工作的8名资深律师，零距离与家长和孩子沟通，为他们提出的法律问题答疑解惑。

今年，上海儿童医学中心已在全市范围内举办了5场以儿童医学为主题的义务咨询。但是，医学和法律、医师和律师联合义务咨询这样的形式还是第一次尝试。跨界组合的好处在于优势互补，通过不同领域的资源整合达到专业运用上的互通，双管齐下，为前来咨询的市民提供全方位、多层次的服务。这既满足了患儿及其家长的迫切需求，也符合医学、法律职业工作者的价值追求。

## 你的信任 我的责任

“葛律师，我外甥女死得真冤，请您一定要帮帮我们

呀！”有这样一位神色焦急的妇女找到女律师联谊会副会长葛珊南律师。这位市民的外甥女因为头疼入院治疗，吊了几瓶盐水后离奇死亡，尸体很快就火化了。家属不能接受这样的事实，维权又处于弱势地位，无力与专业机构对簿公堂。

这是一起典型的医疗纠纷案件，却不得不引发广泛思考。随着社会大众维权意识的日益高涨，当医疗机构和患者之间出现纠纷时，患者一方往往处于弱势。取证难、鉴定难、周期长一直都是维权路上的阻碍。葛珊南律师针对其具体情况，建议患者家属先与医院沟通，复印相关诊疗记录，进入诉讼程序后申请医疗事故鉴定。此外，葛律师还当场联系了有相关案件实践经验的律师，并嘱咐该咨询者务必带好具体材料，将详细情况告知那位律师。这位妇女被葛律师的细致、热忱、敬业的精神所打动，想起逝去的亲人、维权路上的艰难和律师给予的帮助，该妇女流下了感激的泪水。这一天，同样的情景在咨询现场不断重现，为细雨中的申城增添了不少的温情和感动。

助弱者于危难。尽管律师提供的帮助可能无法真正去抚慰失去亲人的痛楚，但是律师的职责在于维护当事人的合法权益，委托人的信任就是律师的责任。

## 你的关心 我的决心

最近一段时期，全国范围内针对未成年人人身侵害的案件频发，引发了上海儿童医学中心女医师协会分会执行会长严勤医生的关注和担忧：“当医院收治被侵害的儿童，治疗是最基础的手段。可是，那之后呢？”严会长一直在思考这个问题。如何在第一时间为受人身侵害的未成年人提供帮助？如何疏导受侵害的未成年人，使其在今后的成长道路上不念过去、不畏将来？

上海儿童医学中心女医师协会分会一直都有这样一个设想：为每一位被送医的受害未成年人开辟一条“绿色通道”，以提示卡片的形式给予指引。“这张卡片上有相关部门、专业人士的联系方式，便于咨询和寻求帮助。”严勤提议。

这种想法，与市律协未成年人权益保障研究会的委员律师们不谋而合。

自2012年起,市律协未成年人权益保障研究委员会就开始立足于未成年人法律实务问题的研究,在探寻切实有效的解决方法的同时,进一步利用自身资源优势与市青保办、团市委及其他社会组织密切合作。在研究会首任主任黄绮副会长的带领下,研究会自成立以来一直与团市委“12355”青少年保护热线保持着合作关系,不仅在部分区县开展了多项大型公益咨询活动,而且不少委员律师还切身参与到相关的维权咨询工作中,并取得了一定的成效,在基层群众中间赢得了良好的社会反响。

市律协未成年人权益保障研究委员会主任傅平律师,同时也是上海市未成年人保护专家咨询小组的成员,他对于严勤会长的提议很是赞赏:“市律协未成年人权益保障研究委员会集结了一批在未成年人维权方面有着丰富经验和实践技艺的资深律师,近年来通过不断与团市委、市青保办和市红十字会等相关机构的交流、研讨,建立了健康、友好的合作关系。相信市律协未成年人权益保障研究委员会能发挥纽带作用,为未成年人的权益保护工作贡献一份力量!”

这场“为了孩子,为了未来——庆‘六一’儿童健康、法律义务咨询活动”吸引了数百位家长和患儿前来咨询,原定2小时的活动,因人数众多,主办方不得不将活动时间一再延长。中午12点,咨询的人群才渐渐散去。

看着家长和患儿脸上的愁云逐渐消散,所有筹备和参与此次咨询活动的主办方人员都倍感欣慰。本次咨询活动的顺利举行是法律和医学领域分享交流、创新合作、资源整合、优势互补的有益尝试,也是今后与其他不同领域继续深化实践、探索协作的经验积累。

走出儿童医学中心,雨已停了。

孟子云:幼吾幼以及人之幼。当全市儿童欢度“六一”儿童节之时,请别忘记还有许多同龄的孩子正经受着病痛的折磨,还有许多家庭正面对着残酷的考验。我们所做的还非常有限,而思考探索的可能却是无限的。●

## 关爱下一代 我们一起在努力

——杨浦律师所联盟与随迁子女共庆“六一”国际儿童节

在“六一”国际儿童节到来之际,首届《新闻晚报》法治文化沙龙第二期“六一”特别活动——“当一天政法小记者”在杨浦律师所联盟举行,13名来自新大桥中学的随迁子女学生在志愿者的带领下,参观律所,听大律师讲法律知识,听记者讲新闻采写,开展法制知识竞赛。



杨浦律师所联盟党支部书记、上海剑栋律师事务所主任顾剑栋律师与同学们分享了他的法律梦。顾律师深入浅出地讲解了几部跟未成年人相关的法规法条;上海陈迎瑞律师事务所主任陈迎瑞律师也跟同学们分享了他关于人生和法律的心得。发言中,陈律师引用习近平总书记关于“中国梦”的原话,鼓励在场的同学们:“要志存高远,增长知识,锤炼意志,让青春在时代进步中焕发出绚丽的光彩。”

当天的活动还特意为孩子们设立了青少年法律知识竞赛,面对“疑难杂症”,同学们变身成为小法官,用刚学到的法律知识,为这些案件诊断。大家都积极举手抢答,现场气氛欢乐热烈。杨浦律师所联盟的周奇律师随后进行了专业的点评和剖析,让同学们了解到了很多未成年人法律保护的相关知识。

## 凝聚力量 关注成长

——市律协未成年人权益保障研究委员会协办“共青团12355在行动系列公益活动黄浦专场”

5月29日上午,市律协未成年人权益保障研究委员会作为协办单位,参与了“凝聚力量、关注成长——2013年度上海共青团12355在行动系列公益活动黄浦专场”。同时,市律协未成年人权益保障研究委员会主任、新华律师事务所律师傅平,研究会副主任、精诚海众律师事务所律师吕炳,研究会秘书、新华律师事务所律师蒋振伟作为志愿者为市民提供了义务法律咨询。

在活动现场,各主办、协办单位围绕未成年人权益保障的主题,为市民提供了包括心理和法律咨询、家庭教育咨询、健康咨询、消费维权、治安防范宣传、社保咨询、便民服务、婚恋交友招募、金融服务等在内的多项服务。



未成年人权益保障是一项长期的工作,参与此次活动的律师表示,希望借助有关活动的推进和展开,增强市民的维权意识,切实有效地保障未成年人的合法权益。



局长视窗 ●文/王安

拓展与规范并举 引进与培育齐抓 法治与稳定兼顾

# 静安区司法局全面推进 律师行业有序发展



王安:1965年出生,法学博士,1987年7月参加工作,曾长期在本市法院系统从事审判和行政管理工作。2006年11月起担任静安区司法局局长。曾组织编写《劳动争议案例精选》、《社会治理下的社区矫正》等书,并在《人民司法》、《法律适用》、《人民法院报》、《上海审判实践》等学术报刊杂志上发表论文、文章二十余篇。

近年来,静安区司法局牢牢把握区委“开放促发展、法治筑和谐”的主基调,把握立足点、找准切入点、寻求突破点,努力打造律师发展的核心竞争力,取得了良好的发展态势,律师队伍的规模位居全市第二,律师行业规模所、品牌所、特色所集聚的发展格局初步建立,律师参与法治城区建设、维护区域稳定的机制日趋成熟。

## 一、拓展与规范并举,律师行业发展战略进一步明确

(一) 突出管理、强化监督,律师行业规范化建设长抓不懈

一是强化年检制度。认真学习、深入解读《中华人民共和国律师法》、司法部《律师执业管理办法》、《律师执业管理实施办法》等法律、规章和行业规范,结合每年律师事务所及律师的年度考核工作,充分履行司法行政机关对律师行业的管理职能。对未能及时提交年检材料、不符合考核标准的律所、律师做到严格把关,确保律师行业的规范化水平。

二是突出管理监督。定期开展区内律师事务所规范化管理监督工作,就律所章程、合伙协议、档案管理、利益冲突审查、分配激励、投诉查处等制度及“三上墙”情况开展自查、抽查。

三是完善分类管理。重视对事务所发展的调查研究,根据事务所的现状、规模大小、基础工作强弱、服务领域分布,对其开展分类指导。对于诚信好、办案质量高、社会声誉佳的律所侧重开展以帮扶为导向的服务工作,帮助律所尽快做大做强;对于被投诉较多的律所侧重开展以执业监督为主导的管理工作,帮助律所尽快走上规范化之路。

(二) 品牌战略、内涵发展,律师行业发展不断深入

一是坚持品牌战略。大力引导律师行业发展结构的调整,围绕“建设规模所,扶持专业所,稳定中等所,规范小型所,宣传品牌所”这一主线,推动本区律师事务所规模结构进一步合理化。在此基础上,坚决贯彻实施“品牌”战略,以“打造一批能够提供跨地区、跨行业乃



至跨国服务的大型律师事务所“航母”为远景，积极推动区内律师事务所采用各种形式开展规模化重组，着力培育一批在全国乃至在国际上有影响的“品牌”律师事务所，发挥行业先锋的拉动、辐射作用，提升整个静安律师业的活力和竞争力。

二是坚持业务结构优化。静安区法律服务业理念先进，尤其是投资并购、IPO上市等非诉讼业务领域已在国内乃至国际形成了一定的影响力。然而该类业务的发展受到证券市场的影响过大。为增强本区法律服务业金融风险的防范能力，区司法局引导律所在做实主要业务方向的同时，结合知识产权、海事海商等领域拓展业务宽度，提倡律所多元化、综合化发展，着力培育一批具有业务特色的专业所，以适应各个层面的法律服务需求，形成规模所、专业所共同发展、共同促进、共同提高的结构布局。

三是坚持外向开放、内涵发展。当前，静安区法律服务业已具有一定规模，基本实现了“由小到大”的转变。在此背景下，区司法局认识到过去“重数量”、靠引进律所做大律师服务业的发展理念已不再适应区情的需要，要进一步提高本区法律服务业的能级，必须坚持走一条以质量提升为核心的内涵式发展为主、引进兼并为辅的律师业转型发展壮大之路。通过引进符合静安发展的律师团队，跨行业吸收高学历、紧缺型人才等途径，实现本区法律服务业“由大到强”的新一轮发展目标。在区司法局的有意引领下，本区律所已开始重点引进一批熟稔金融、航运、国际贸易、知识产权等专业

知识、与“四个中心”建设契合度较高的外向型、复合型的律师人才。

(三) 多方联动、落实政策，律师行业发展环境日趋优化

一是对接税务局妥善解决律师行业“营改增”的过渡难题。区司法局主动对接区税务部门开展税收专项培训，使律师正确解读政策。同时，邀请区税务局有关领导一起走访部分律所，就“营改增”对行业的影响开展调研，将律所对“营改增”的顾虑和执行中遇到的实际困难转达给税务部门，为双方架设了沟通磋商的桥梁。去年下半年，又组织召开了区司法局、区税务局和区律工委三方座谈会，就增值税执行情况再次进行细致地沟通。目前，区内律师行业已实现平稳过渡，“营改增”新政已开始发挥其对律师行业的减税扶持作用。

二是对接投资办落实财政扶持政策。区司法局与区投资办等单位建立了沟通协商机制，先后起草了《关于继续加强对静安区律师行业财政扶持政策的申请》、《上海市静安区司法局关于推进法律服务业发展的若干意见》，确保对律师业的财政扶持政策得以落实，为静安律师队伍的进一步发展创造了良好的条件。

三是对接区公安分局保障律师的执业环境。为落实《市委政法委专题会议纪要(2)》的有关精神，区司法局与区公安分局就加强静安区律师执业过程中人身权利保护的有关问题开展了专题研究，建立区公安分局、区司法局和区律工委联系沟通及例会制度，切实保护律师在执业过程中的人身权利。

## 二、引进与培育齐抓, 律师人才高地理念进一步树立

(一) 量身定制、个性培育, 律师人才梯队初见雏形

一是着重开展律师队伍人才梯队的建设, 已初步建立由领军律师、骨干律师、青年律师组成的律师人才梯队, 积极推荐律师参加区内优秀人才评选, 并获得首届“静安杰出人才”提名奖, 多名律师连续多次获得“静安领军人才”、“中青年拔尖人才”等称号。

二是充分考虑不同年龄段律师独特的需求, 量身定制个性化服务。对于青年律师, 侧重成才孵化。开展“静安区青年律师生活与职业发展状况调查”, 依托司法所、区医调委、区法律援助中心等司法行政资源打造青年律师孵化培育基地, 帮助他们克服执业初期的艰难。通过执业道德教育、法律实务专项培训和骨干律师的传、帮、带等途径逐步培育一支数量充足、专业门类齐全、发展后劲大的青年律师人才后备队伍; 对于中青年骨干律师, 侧重职业升华。举办了如“静安律师如何登大洋彼岸——在北美开展业务所面临的挑战”国际高端商务法律论坛等系列律师沙龙、专业研讨会和高端业务培训, 着力打造一支有能力为国际金融投资、知识产权保护、反倾销、海事海商、环境保护等新型业务领域提供优质法律服务的律师队伍; 对于老年律师, 侧重人文关怀。区司法局结合上海律师公会成立百年的时机, 开展“迎百年华诞、庆九九重阳”老律师慰问活动, 亲切关怀律师的老年生活, 鼓励老律师为全区的社会发展、社会稳定和本区律师业的传帮接代、薪火相传发挥余热。

(二) 党建引领、着重宣传, 领军人才培养筑巢育凤

一是认真开展创先评优活动, 在律师行业形成学习

先进、崇尚先进的良好风气。2012年, 区司法局在区属律师范围内组织开展了静安区十佳律师评选, 对于政治素质高、专业技术好、能够顾全大局、诚信执业的律师予以表彰。

二是积极推荐律师参政议政, 鼓励具备全局观和强烈社会责任感的律师参选“两代表一委员”。目前, 本区有一名律师当选市第十次党代会代表, 两名律师当选市第十二届政协委员, 一名律师当选区第九届党代会代表, 七名律师当选区政协委员, 两名律师当选区人大代表、四名律师当选区青联第八届委员会委员。

三是完善领军律师重点宣传体系。以《静安律师》、《上海律师》、《法苑》、“东方律师”网为主要宣传平台, 依托各大媒体、报刊, 加大宣传力度, 进一步提升静安律师的社会影响。2012年, 区司法局除每季度出版一期《静安律师》杂志外, 还在《静安时报》上开设了《静安律师》专栏, 每月一期集中宣传优秀的律师领军人才。

## 三、法治与稳定兼顾, 律师参与社会管理创新模式进一步深化

(一) 搭建平台、整体承接, 律师承接政府购买服务成效显著

一是初步搭建承接平台。2008年, 本区成立了以区内律师为主要会员的社团组织——静安区法律工作者协会。经过五年不断的自我提升, 协会后勤配置、律师配备均已到位, 目前已成功承接了“法律服务进社区”、“初创期小企业法律服务”、“信访联合接待大厅律师接待”等政府购买服务项目, 初步形成了整体承接区政府购买法律服务主要项目的态势。相比以往的零敲碎打式的、各政府机关自行寻找法律顾问单位的做法, 现在这



种通过一体化运作的模式有利于监督管理,并深入推动了区政府购买法律服务工作的开展。2012年本区律师累计为区内各街道服务470人次,接待法律咨询群众4500余人,区内高级律师参与区领导信访接待近50人次,参与医患纠纷人民调解工作超过500小时。此外,还积极探索律师参与楼宇调解、双语调解等创新模式,赢得了人民群众的高度评价。

二是承接服务项目稳定,质量日趋提高。静安区法律工作者协会成立五年来,区司法局严格管理,确立了一整套工作制度,如服务律师制度、律所资格审查制度、权利义务制度、工作开展制度等。同时,组建专门队伍加大对项目运作过程和效果的监控,定期开展群众满意度调查,确保承接质量稳步提高。

(二)科学评估、建言献策,律师介入依法治区工作日趋成熟

一是鼓励律师做好依法治区工作的建言者。区司法局组建了区依法治区律师顾问团,召开了静安律师参与依法治区研讨会,并就预防职务犯罪、落实依法行政、国有企业监管、合同能源管理等内容提交了专项法律建议书,行政调解效力、城区旧改工作的法律建议书也已在调研中。作为独立的第三方专业法律服务人才,律师顾问团已成为政府法制工作的专业“外脑”和外援力量,律师协助政府科学评估、科学决策已逐步常态化。

二是鼓励律师做好重大事项决策社会风险的评估者。近年来,区司法局已形成一套完善的律师参与重大事项社会稳定风险处理机制,曾组织律师调研撰写了《关于律师参与重大事项社会稳定风险处理机制的分析报告》,并就“105地块保障性住房项目”撰写了《静安区105地块街坊就近安置配套房建设项目社会风险法律评估报告》,较好地避免了105地块动拆迁可能诱发的不稳定因素。今年,区司法局精心挑选一批有资质、有能力、有经验的律师,进驻石门二路街道67号地块旧改基地,全程评估防范该地块旧改工作的社会风险,助推本区“法治旧改、阳光旧改、和谐旧改”目标的实现。

三是鼓励律师做好突发事件的应对者。当前正处于社会的转型期,易出现敏感性、群体性案件。区司法局尝试将律师引入突发事件的应对体系,从法律的角度配合政府处理突发事件,引导人民群众通过合法的途径表达自己的愿望和诉求,防止过激事件的发生,有效化解矛盾。近年来,区司法局牵头制定了《律师在代理案件过程中重大事项报告制度》、《静安区司法局突发事件法律服务应急预案》等突发事件应对机制,建立了突发事件常态化跟踪制度,调动律师资

源加强对区内群体性、敏感性事件以及重大疑难复杂案件的关注和跟踪力度。针对重大火灾、交通事故、建筑安全、食品卫生等公共突发事件和群体性动拆迁、企业改制、劳动争议纠纷等突出领域成立法律应急工作小组,确保发生突发性事件时,能够及时为区领导指挥决策及部门处置方案提供准确权威的法律意见。“11·15”火灾发生后,区司法局组织132名律师志愿者第一时间投身善后处理工作,通过细致、耐心地疏导和专业的法律意见,较好地缓和了遇难者家属的情绪。仅仅2010年11月15日至30日短短的半个月,律师志愿者就接待来访火灾受灾群众咨询107批356人次,在财产损害赔偿、房屋租赁买卖等方面为他们提供法律救济。截至2012年上半年,律师志愿者已为“11·15”火灾善后工作服务超过500余个工作日,共参与专题会议126次、协助出台赔偿方案10余项,为受灾居民理赔谈判、协议书签署等善后工作奠定了基础。

(三)组建队伍、完善机制,律师参与组团式法律服务深入人心

一是组建静安区司法行政系统党员志愿者队伍。目前,全区党员律师近600人,具有较好的法律志愿者服务基础。区司法局从中挑选出精干律师参加区司法行政系统党员志愿者队伍,从律师擅长的法律领域、本人的服务意向、可参加服务的时间等多个方面入手,全面梳理掌握志愿者队伍的整体情况。对志愿者的服务进行跟踪管理,及时收集社区群众的反馈意见并进行完善,切实把志愿者队伍的常态化管理落到实处,更大程度地发挥好系统内党员志愿者的服务优势。

二是拓展组团式法律服务进社区平台。区司法局牵头统筹整合律师行业资源,主动融入静安区域化大党建格局,搭建“组团式法律服务进社区”平台,把律师同人民调解、法律援助等有机结合起来,积极引导律师党员主动对接社区百姓需求,强化执业为民理念,提升为民服务水平,实现资源互动,功能互补。律师事务所与全区73家社区居委会全面实现了结对共建。

几年来,区司法局的律师工作取得了一些成绩,随着党的十八大的胜利召开,尤其是“全面推进依法治国”、“坚持维护社会公平正义”等法治理念的提出,律师行业迎来了巨大的发展机遇。静安律师业承担着以法律服务为载体、全面服务静安经济建设的重要责任。区司法局将引导广大静安律师正确树立为客户负责的职业责任意识、为行业负责的行业责任意识、为社会负责的社会责任意识,围绕中心、服务大局,为创建静安现代化国际城区作出积极的贡献。●

区县传真 ●文 / 黄浦区司法局

黄浦区律师首次援助强制医疗案——

# 全市首例强制医疗法律援助案件圆满解决

新修订的《刑事诉讼法》中在特别程序中专门设置了“依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗程序”，对严重精神病患者实施强制医疗是维护社会公共安全的现实需要。日前，黄浦区法律援助中心接到了全市首例强制医疗案件的援助申请，区司法局高度重视、法援中心、承办律师积极配合、不懈努力，案件最终圆满解决。

## 多方努力，办案过程有序高效

3月14日，黄浦区法律援助中心接到区人民法院《指定辩护函》（2013黄浦刑医字第2号），为精神病人史某强制医疗案指派律师担任诉讼代理人，为其提供法律援助。区法律援助中心在第一时间报请区司法局相关领导。区司法局立即将此案作为重点监控案件，指示区法律援助中心安排专人予以全程密切跟踪。区法律援助中心在众多专业扎实、援助经验丰富的律师中反复筛选，当日就指派上海曾鑑清律师事务所刘响文、龙华两位律师承办此案，并要求承办律师详细记录办案过程，认真探索研究，与区法律援助中心加强沟通，高质量地办好案件。

接受指派后，两位援助律师主要开展了以下工作：1、业务准备。检索和熟悉相关法律法规，收集相关案例，仔细研读，并多次组织案情讨论，确定代理思路。2、了解案情。到法院阅卷，复印相关材料，与承办法官沟通交流；赴上海市安康医院会见受援人（即本案的被申请人）；与受援人父母谈话交流。3、实地参观、走访了安康医院的医疗场所，并向受援人的主治医生详细询问受援人病情。4、撰写代理词，准备开庭材料。5、参加庭审，提出代理意见。

## 同意强制医疗的代理意见被法院采纳

援助律师与区法律援助中心多次交换意见后，重点从以下两方面提出了代理意见：

关于被申请人行为的社会危害性分析。代理人认为被申请人史某在司法鉴定前，因在市政府大院东北侧的围墙外将汽油、举报信、石块装入塑料袋内点燃后扔进

围墙内，致院内车库顶棚发生火警，被采取刑事强制措施，放火罪的客观方面表现为实施放火焚烧公司财物的行为；行为人一是实施了放火行为，二是放火行为危害公共安全，即已经造成了危害公共安全的结果，或者虽未造成危害公共安全的结果，但已经对公共安全造成了现实的危险。本案中被申请人的行为具有一定的危险性，但危害的程度值得研究。主要理由为：1、现有证据不能证明本案车库顶棚可以独立燃烧；2、被申请人的危害行为未造成严重后果。

关于被申请人是否应强制医疗的问题。会见被申请人后，代理人为了进一步确认被申请人病情的真伪，详细询问其主治医生，了解其临床反应、诊断依据、治疗过程、治疗效果以及精神病病理及康复可能等，并与被申请人的父母进行长谈，了解其家族病史、病因、作案前有无精神异常、以前是否经过精神病诊断和治疗、被申请人是否配合治疗，以及家庭的监护能力等情况，得出以下结论：1、被申请人患有严重的精神病已是客观事实，不仅有精神病司法鉴定为依据，还得到其近亲属及专业人员的一致确认；2、被申请人无论是否采取强制医疗，都应当接受医疗，不能放任自流，否则无法预估或避免其社会危害性；3、其近亲属及整个家庭的监护能力有限，尤其在被申请人不配合医疗的情况下，很难做到让被申请人自觉接受医疗；4、被申请人的家庭成员一致要求被申请人接受强制医疗。

据此，援助律师提出了以下代理意见：基于对被申请人本人负责，对其亲属负责，对整个社会负责的态度，应当尊重被申请人家庭的意愿，同意对被申请人强制医疗。最终法院决定对被申请人予以强制医疗。

## 对援助律师和法律援助机构启示颇多

首先，熟悉并理解“强制医疗”的相关法律规定。办理此类案件的法规依据主要有《刑事诉讼法》、《公安机关办理刑事案件程序》、《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》以及最高人民法院关于适用《刑事诉讼法》的司法解释等。其中，既有司法机关办案程序性的规定，也有司法机关审查内容的列举，司法机关审查所指自然可以成

为援助律师代理时审查的内容,但需要律师转换一个思考角度。

其次,应审查被申请人的暴力行为是否已经达到犯罪程度。强制医疗作为非刑事处分的诉讼方式,适用的主体是不负刑事责任者,受到处罚的人并没有构成刑法上的犯罪,而是基于其对社会的危害性和本身固有的人身危险性才展开的必要的诉讼。强制医疗对象尽管不负刑事责任,但强制医疗本身毕竟是一项限制与剥夺涉案精神病人人身自由的社会防卫措施,一旦被决定强制医疗,他的人身自由将受到限制。因此,援助律师作为代理人首先应当审查被申请人的行为,是否符合犯罪构成要件中犯罪客体及客观方面的规定。由于强制医疗实施的前提是被申请人实施的暴力行为针对两类“安全”:一是公共安全,二是公民人身安全,并且必须达到犯罪的程度。那么,对于实施危害其他类型安全,或者危害行为未达到犯罪程度,可能属于违反《治安管理处罚法》的精神病人,显然不属于特别程序的适用范围。

再次,应重视审查被申请人的精神状态。司法精神病鉴定是现行刑事强制医疗程序启动的前提,只有经司法精神病鉴定认定为不负刑事责任能力的精神病人才能适用强制医疗。可见准确、公正的司法精神病鉴定可以有效帮助区分行为人是否属于不负刑事责任能力的精神病人,避免将某些为逃避罪责而假冒精神病的犯罪人员当成精神病人处理,或者将某些患有精神病的人当成正常犯罪人员刑事处罚的情形,以保证正确适用刑事强制医疗程序。因此,援助律师办案时应重视审查案件是否经过法定程序委托有资质的鉴定机构鉴定,鉴定人

是否具备司法鉴定人的执业资格,鉴定内容是否属实并符合专业的相关规定等等。如果对鉴定持有异议,并有证据证明,可以考虑提出重新鉴定的申请。

最后,应综合分析,以利确定适当的代理方向。在强制医疗案中,由法院决定是否对被申请人予以强制医疗,但并不决定且无法决定强制医疗的期限。因此,法定代理人和诉讼代理人当庭要么表态同意或不同意强制医疗(或者提出“强制医疗的证据不足”代理意见),没有其他选择。在此情况下,援助律师在代理强制医疗案前首先应摆脱刑事案件辩护人的习惯思维,正确理解“强制医疗”的实质内涵。作为一项刑事特别程序,强制医疗是对肇祸精神病人所采取的约束性措施,强制医疗机构对其保护大于惩罚。诉讼代理人的职责是维护被申请人的合法权益,如果被申请人不具备良好的辨别是非的能力,其个人意愿不能成为律师的代理依据。

由此可见,代理强制医疗案件,对于援助律师而言不仅要熟悉强制医疗所涉及的法律法规,分析判断被申请人所实施暴力行为的法律属性,还要根据强制医疗案件的特殊性,了解被申请人的精神状态以及其亲属的监护能力,以判断是否应当采取强制医疗的核心内容,同时有针对性地收集相关证据,以便在参与诉讼时有理有据。对于法律援助机构而言,一要重视对办案律师人选的把关,二要重视对办案全程的密切跟踪,三要重视对办案经验的及时总结和交流,使法律援助能真正在维护这些特殊受援人的合法权益中发挥出积极的作用。●

(撰稿人:骆燕)

信 息

## 长宁区司法局加大管理服务力度 推动区域律师业发展

长宁区司法局加大管理服务力度,推动区域律师业的进一步发展。

一是通过调研走访与召开座谈会等形式,积极听取区内各律师事务所关于营业税改征增值税政策的意见,并主动搭建与区财政、区税务、区人社、商务等部门的沟通平台,争取推动律师业发展的各项扶持政策,同时对因税改而造成税负增加的部分律师事务所适时进行补差,确保长宁区律师业发展不因政策变动而产生较大波动。

二是坚持问题导向理念,创新服务管理机制,对区内律师事务所开展全方位、全时段、全覆盖与零距离的贴身服务,多渠道帮助律师事务所解决办公、人才等实际困难,切

实消除阻碍律师业进一步发展的各种瓶颈问题。

三是通过与区科委、区商务委、区工商分局等部门及有关街道合作,搭建业务交流沟通平台,为长宁区律师事务所积极争取参与处理本区政府部门、公司企业法律事务的机遇,不断培育促进发展的增长点,推动长宁区律师业的稳步发展。

四是落实好区相关人才政策,切实解决律师在配偶就业、子女教育、住房、医疗保障等方面的实际问题,全面掌握律师队伍的人才信息,为科学合理发挥律师专业作用奠定工作基础。同时,向区人大、区政协、区工商联、区青联等部门不断输送优秀律师人才,通过参政议政,不断推进长宁区的民主法治进程。

## 法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

# 如何落实和保障 收入分配公平和效率的平衡

本期主持:李继斌 上海市法学会党组书记、副会长  
嘉宾:陈忠德 上海市企业联合会副会长、秘书长  
黄琦 上海市总工会法律部副部长  
竺琴 上海市高级人民法院民一庭法官  
乔蓓华 上海市第二中级人民法院民三庭法官  
叶维弘 上海市人力资源和社会保障局综合计划处处长  
李磊 上海对外经贸大学法学院副教授、法学博士  
王全兴 上海财经大学法学院教授、博士生导师  
温陈静 上海远业律师事务所律师  
张先超 上海华拓控股集团有限公司人力资源中心总经理  
文字整理:陆胤 陈佳楠



李继斌

李继斌:今天,我们将通过上海企业法治论坛这个平台来讨论“企业发展与收入分配法律问题”,力求通过研讨企业在发展中的工资形成机制和薪酬保障机制中的热点和难点问题,为促进企业发展和保障员工权益建言献策。

### 企业发展中的工资形成机制研究

陈忠德:我国政府高度重视改善民生,积极推进员工工资水平的继续提高。工资增长机制的建设是提高员工合法收入,关系到促进企业发展的重要课题。因此,研究企业发展与收入分配的关系,探讨工资增长机制这一法律规范的途径和方式,保证员工收入增长在法律规范的轨道中有序运作,非常有意义。

李磊:我主要从学术的角度讨论对于初次分配,政府到底要遵循哪些基本的原则。

首先,我提出两个问题:第一,主流观点认为,在市场经济的框架下,政府对于收入分配的调节应当是注重二次分配的作用而非一次分配。但现在政府对于社会收入分配的调节重心是否需要从二次分配扩展到一次分配?第二,政府对于收入分配调节的原则是什么,过去我们提倡“一次分配讲效率,二次分配讲公平”,后来有人提出“初次分配也要讲公平”。政府的“手”是否要伸到前面一层领域去?

西方经济学关于政府对于收入调节分配问题的探讨过程是自下往上的。最早关于市场均衡理论以及早期的发展经济学理论的解释,并不注重效率本身而是关注怎样消除不平等。第二阶段的“市场失灵”和政府干预收入分配理论认为政府可以介入到劳动力市场的原因在于市场失灵,干预方法主要针对二次分配。第三阶段的“政府失灵”和政府有限干预理论认为政府干预应当被限制在二次领域,因为政府作为一个利益群体,本身也会失灵。2008年金融危机之后的新干预主义以美国为首,美国出台了《多德·弗兰克法案》,授权美联储限制金融企业的高管收入。

其次,总结以上的经济学理论,可知:第一,收入分配领域的确存在不平等的情况,且这种情况可能在一国范围内较长时间存在;第二,西方经济学理论支持政府干预收入分配,但仅限于“二次分配”领域;第三,在收入分配领域,政府和市场有清晰的边界,一般情况下不相互干涉。改革的深入就是把市场的东西还给市场;第四,金融危机后,西方发达国家削减了公共开支,从而影响了二次分配。但政府对初次分配的影响依然有限。

与西方完全相反的是,中国政府的干预遵循着:“全面强干预——干预强度弱化——停滞不前”的路径。在进行市场化改革前,政府全面干预收入。社会主义市场经济确立后,逐渐从一次分配向二次分配过度,从直接干预向间接干预过度。但是这种改革停滞至今。原因如下:第一,

传统的行政权力主导的惯性依然强大;第二,国有企业仍然在国民经济中占有主导地位;第三,户籍制度、城乡收入差别等固有问题依然难以解决;第四,腐败、寻租等问题阻碍了收入分配领域市场机制作用的发挥;第五,政府在税收和社会保障方面的科学性和执行力不强;第六,中国传统中缺乏通过谈判解决问题的思维。西方有许多问题通过谈判解决,包括工资。一次分配主要通过企业自身解决,而企业主和工会与工人之间的矛盾可以通过谈判方式来解决。

最后,提出几点建议:第一,政府对于分配的调节坚持以调节二次分配为主,调节初次分配为辅;第二,调节初次分配坚持间接调节为主,直接调节为辅。间接调节的方法有多种可能,比如每季度公布工资增长指导线,以及构建完善可行的工资谈判机制;第三,调节初次分配在法治的框架下进行;第四,调节初次分配应加强民间力量,使之成为政府调节的有效补充。

**张先超:**企业发展与收入提升表面看起来相互矛盾,实际上它们是统一双赢的关系,相互依存、共同发展。

第一,员工收入现状的分析。

改革开放 30 年来,职工收入在政府、企业和员工三者的收入中是最低的。造成这种现象的原因有四点:一是从经济增长方式看,中国过去三十年的经济增长方式中,投资比例较大带来资本性收入偏高,出口偏大带来财政收入较高,消费比例低反映出职工收入偏低;二是从产业结构方面看,我国第一产业落后,第二产业薄弱,都是造成收入低的因素。第三产业比例较低,则是造成职工总体收入较低的主要原因,因为其所对应得高收入人群数量少;三是从中国人口红利的盈余看,劳动力市场供大于求,市场作用使得劳动力价格较低,拉低了劳动者的收入;四是人均劳动生产率看,大多数员工的劳动技能不高,从事的工作附加值较低,生产效率低下。

第二,国家政策对企业发展与收入提升的作用。

其一,改变经济增长方式。经济增长方式必须转变为消费拉动为主要动力,增长方式由粗放增长转变为集约增长;其二,调整产业发展结构。将产业结构调整为:集约发展农业、做大做强工业、增加高端服务业的比例;其三,完善保障体系,消除消费顾虑。建立完善的社保体系,提升大众的消费能力、扩大内需;其四,调整分配结构、缩小收入差距。政府应降低垄断性、资源性企业的高收入,提升竞争性中小企业的职工收入,同时对中小企业给予收入性政策补贴或税收减免等。

第三,企业对企业自身发展与提升职工收入的投入。

其一,提升企业经营管理水平,增强盈利能力;其二,调整产业结构,促进企业自身转型升级,增加高附加值产品的盈利比例;其三,提高人均劳动生产率。加强员工技

能培训,提高人均劳动生产率;其四,提倡积极的企业文化,充分挖掘人力潜能,提高员工的价值贡献率。

第四,劳动政策法规对企业发展与收入提升的影响。

从长远看,规范的劳动政策法规会推动企业发展和提升劳动收入,但短期效果并不明显,理由如下:大部分劳动法规制度,就制度设计本身而言,不是提高企业的守法成本,而是提高了企业的违法成本。此类法规比较容易引起关注,唤醒劳动者的维权意识,对违法企业造成舆论压力,从而导致企业违法成本的提高。这必然促使企业加强人力资源管理,以防范违法违规损失的发生。在企业人力资源成本提高的同时,企业人力资源的质量优化、企业效率和获利能力都能获得成长。以长远和整体的眼光看,企业积极能动地执行相关法律,会起到降低企业产品的单位成本,提高企业总收益的作用,但短期看确实增加了企业的成本。

**黄琦:**深化工资制度改革需要推进工资集体协商制度,在推进工资协商制度中工会的任务和作用保护劳动所得。工资是企业的人工成本,是劳动者的劳动报酬和主要经济来源。工资的保障功能是满足劳动者基本生活需要的重要保障。工资的激励功能是激励劳动者劳动积极性和创造性的基本手段。工资的调解功能是实现劳动力资源优化配置的有效手段。

我国的企业工资分配原则是:市场机制调节是基础;企业自主分配是形式;集体协商确定是方法;政府监督指导是保障。

西方国家集体谈判制度是以团结权、集体谈判权和集体争议权为法理依据的。而我国一些经营者认为,自己的制度分配权为什么要由劳资双方来决定?为此,我们把国际集体谈判理念融入到我们的企业当中时要结合中国特色形成我们的“集体协商制”。市场经济条件下,企业享有经营自主权,在不违背国家法律法规的情况下,企业可以自主决定相关事项。但企业是资本和劳动等生产要素的结合体,企业分配权应由资方和劳方共同享有,由劳动关系双方协商共决。

中国工会推进集体协商制度的背景来自于《工会法》、《中国工会章程》的明确规定,工会的基本职责是维护职工的合法权益。社会主义市场经济体制的建立、劳动关系领域的深刻变化使中国工会面临劳动报酬在初次分配中比重持续下降和劳动争议迅速增加两个问题,促使工会建立健全了工资集体协商机制,以促进劳动关系的和谐稳定。

上海市总工会依据 2008 年正式实施的《上海市集体合同条例》,积极谋划、全面推进本市企业建立集体协商制度。截至 2012 年 12 月底,全市共签订集体合同 29776 份,覆盖企业 168531 家,覆盖职工 5838580 人;签订工资



专项集体合同 23948 份，覆盖企业 155960 家，覆盖职工 4472208 人。

我国的工资集体协商制度刚起步，需要社会各方面的大力支持，为使上海经济社会更持续和谐发展，我们面临的探索实践任重而道远。

**王全兴：**收入分配是很复杂的问题，涉及的面很广、问题很多。工资分配机制实际上有两个层次：第一，工资水平的层次；第二，工资支付保障机制。当讲到分配收入系统，仅集体谈判、劳动合同等是不够的。比如，中小企业提高工资水平的能力并不足，国家要采取手段让中小企业有能力提高工资水平，并且是在不减少就业岗位的前提下。再比如，劳动者的技能提高后才会有提高工资的机会，这是国家财政、教育的任务。因此，我们要采用《劳动法》和其他经济法以及社会保障法等手段相结合的机制。

关于不同劳动者群体之间收入公平的问题。首先，体制内职工工资不是国家创新重点，我们要关注体制外职工。工会代表全体劳动者，尤其要代表体制外劳动者的合法利益。这样我们的制度才有用；其次，现在问题严重的是小微企业。已有机制如集体协商在小微企业的具体操作要另想办法。重点是行业、区域进行工资集体协商，不同主体之间采取不同的措施。

我们能否利用控制企业的作用来促使被控企业遵守《劳动法》和提高员工的工资水平？这是企业管理的问题，也是公共领域社会责任的问题。如果施工单位出现问题，建设单位是否可以提出要求施工单位不拖欠员工工资？这其实是一种社会机制。政府能利用社会力量解决问题就应利用社会力量。

### 企业发展中的薪酬保障机制研究

**叶维弘**《关于深化收入分配制度改革的若干意见》中提出了四个主要目标：第一个目标是城乡居民收入实现倍增；第二个目标是逐步缩小收入差距；第三个目标是收入分配秩序得到明显改善；第四个目标是收入分配格

局趋于合理。

居民的工资性收入是居民收入的主要来源，是居民收入增长、居民收入差距的主要影响因素。同时，由于大多数的社会从业人员在企业工作，企业工资的增长对实现居民收入增长、缩小居民收入差距尤为重要。

这些分配目标可以通过以下举措实现：

一是提高最低工资。但由于按照最低工资的水准招不到合适的员工，企业并不十分在意最低工资的调高。但最低工资的调整会对其他面带来影响，比如加班工资等。然而，目前企业来自员工的压力更多地在于保险问题，如社保包不包含等，上海的最低工资完全不包含社保费。因此，从提高中低收入水平来讲，只能是提高最低工资。

二是建立工资增长指导线。我们现在有平均线，有上线和下线，分别针对有增长工资能力的且工资水平较高的企业、有增长工资能力的但工资水平不高的企业以及工资水平没有赶上物价增长的企业。三线同行，我们希望一线职工的工资增长不要低于本企业工资平均增长的幅度，高管工资收入增长不超过企业职工工资平均增长的幅度。

三是规范劳务派遣。新《劳动法》在四个方面修改了劳务派遣的内容：首先，对劳务派遣的单位要实行行政许可，即经人事部门批准方可设立；其次，强制规定劳务派遣人员只能在“临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施”；再次，限制劳务派遣的数量；最后，规定劳务派遣工实现“同工同酬”，即相同岗位采用相同的劳动报酬分配办法。

四是提高社会公益性服务行业的工资水平。这些行业经济效益不突出，需要通过加大财政投入来提高员工的收入。

五是采取工资集体协商制。这项制度的覆盖面在扩大，在初次分配当中有一定的作用。但分配协商之后的实行是更难的问题，提高实效比扩大覆盖面更难。

**竺琴：**劳动争议诉讼案件本身没有特别的诉讼法，程序上基本沿用《民事诉讼法》的相关规定，所以《民事诉讼法》的修改对劳动争议诉讼案件审理的影响是比较



陈忠德



黄琦



竺琴



乔蓓华



叶维弘

大的。以下几个方面值得关注：

第一个是关于电子证据的审查和认定。目前，聊天工具尤其是电子邮件被广泛应用到企业的用工管理中。在《民事诉讼法》修改之前，上海审判实践中主要是依据《合同法》关于书面形式的解释、诚实信用原则、劳动合同是否实际履行等原则来定义电子邮件订立劳动合同的效力。新《民事诉讼法》在证据中增加了“电子数据”这一新的证据类型，并且独立于书证、物证等证据形式之外，对劳动报酬案件的事实认定、证据审查以及认证等起到了关键作用，也为上海之前的审判实践提供了法律依据。但电子证据与传统证据相比，在表现形式、真实性判断和证明力等认定上存在不同。比如说，其存储、读取都对电子设备有高度依赖性；容易被删改，且删改后不留痕迹。比如说对于电子证据原件的识别、对电子证据完整性的认定，是否一概否定电子副本的效力等。这些问题在仲裁和诉讼过程中，我们需要借助专业鉴定等辅助方法。

第二个是逾期举证的法律后果问题。《民事诉讼法》修改后对当事人逾期举证的法律后果进行了规定。但该规定较为原则，审判实践中，对于追索劳动报酬案件中逾期提供的工资单、考勤记录、增减工资的口头或书面承诺等证据是否应当采信，具有争议。条文也有点模棱两可。逾期举证的是应当不予采纳还是采纳但予以训诫、罚款？这些都给实践带来了问题。因为仲裁与诉讼对证据认定并不完全相同，仲裁程序中已提交的证据，在法院诉讼中可能要求重新提供，在仲裁程序中没有提供的证据，可能在诉讼程序中作为新证据来认定，造成个别当事人故意隐匿对自己不利的证据，或者改变一个不利的因素，或者使在诉讼过程中的证据和仲裁过程中的证据截然相反，利用二次举证的机会来搞证据突袭，做出有违诚信的一些行为。《民事诉讼法》修改后如何防范这些问题还需区别对待。首先，要明确当事人负有及时提供证据的法律义务；其次，对在举证期限内提供证据确有困难的，法院必须要适当延长举证期限；最后，对于没有正当理由逾期提供证据的，需要结合当事人的主观因素进行判断，目前掌握的原则以训诫教育、经济处罚、民事制裁为主，慎用证据失权。对于当事人确实是属于恶意逾期提供证据的，或是企图利用突袭证据获得诉讼利益的，我们应当认定为证据失权。

第三个是劳动争议案件适用小额诉讼程序的问题。一般劳动报酬争议案件可能涉及劳动仲裁、一审、二审，个别用人单位把二审作为获取劳动和解的筹码，迫使劳动者为了尽快拿到劳动报酬而部分放弃合法利益。小额诉讼程序的目的是帮助当事人以最小的诉讼成本来获得最快的诉讼救济，同时缓解法院目前司法资源有限的现

状。小额诉讼程序和普通程序并列为独立的诉讼程序，规定在特别程序中，实行一审终审。上海也为此制定了《上海法院开展小额诉讼审判工作实施细则》，细则明确：劳动关系清楚，仅在劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿金或者赔偿金的给付金额和给付时间上存在争议的劳动合同纠纷适用小额速裁。

把劳动争议案件列入小额诉讼程序中可能是基于这些考虑：一是适用小额速裁的前提是劳动关系清楚，对于是否给付没有争议，争议主要集中于给付金额和给付时间；二是根据上年度就业人员平均工资 30% 以下的标准，确定今年上半年小额诉讼案件金额标准为 1.5 万元。这个诉讼金额对当事人的利益影响不是很大；三是案件事实复杂，权利义务关系不明确、争议较大、标的额发生变化的案件还是可以转换为简易或普通程序；四是劳动争议仲裁前置使争议的基础事实有了程序和实体的保障。

第四个是限制公民代理范围的问题。缺乏法律专业知识和技能、高收费、恶意诉讼、上访缠讼等“黑代理”现象在群体性外来务工人员追索劳动报酬的案件中尤为突出，影响到正常的司法秩序与纠纷化解的效果。修改后的《民事诉讼法》对委托公民代理的要求更为严格。首先是增加了基层法律服务工作者、所在社区推荐的公民；其次是取消了“经人民法院许可的其他公民”这一开放性条款。这限制了市场上劳动争议代理机构以公民代理人的身份来从事诉讼代理业务。实践中，我们认为，对于基层法律工作者，一般是指符合司法部规定的执业条件，经核准执业登记领取《法律服务工作者执业证》，在基层法律服务所工作的这些人员。对于社区推荐的公民，全国人大认为只限于本社区公民，最高人民法院认为不限于本社区居民。《民事诉讼法》修改的目的是打击“黑代理”，而非限缩正常公民代理的范围。因此，对于实践中不同户籍地址公民之间因缺少户籍资料而无法证明系亲属关系的问题，证明的方式不应仅限于户籍资料（户口本），还可以是其他如公证证明、房地产权证等能够证明个人家庭成员关系的资料，建议限制不宜过严。

**温陈静：**欠薪维权在实践中是比较多的，也是员工维权的主要关注点之一。

首先，由于在劳动关系中，劳动者和企业地位不平等，劳动者在实践中举证困难。

无痕劳动关系是指企业与员工建立劳动关系之后不签劳动合同，不留任何证据，工资发现金。当企业操作不规范时，员工在发生争议后，难以举证劳动关系。

书面做低工资是指实际用工过程中，有些企业在劳动合同中对劳动报酬不做具体约定，仅约定不低于当地



人物简介

陈玮：上海中建中汇律师事务所合伙人、虹口区工商联执委。2011年获评“上海市第四届优秀女律师”称号。



人物 优秀女律师 ●文/陈玮

# 没有年龄， 没有性别， 只有“拼”

我是一名80后的女律师，也是中建中汇律师事务所最年轻的合伙人，和同龄人相比我读书早，工作早，做合伙人也早，我的信念是没有年龄，没有性别，只有拼搏。

## 第一篇章 勇气拼出市场

和所有年轻律师一样，我在刚执业时也面临着没有市场的局面，律师职业重老轻少的传统也让我步履维艰，但是我始终努力在困难中求生存，在思考中求方法，在劣势下求变通。终于在一个“拼”字下，我用了不到半年的时间开拓了第一片市场。

拼出业务——年轻律师刚踏上工作岗位时，没有很好的人脉基础，同龄的朋友也刚踏上工作岗位，市场资源稀缺，这些都促使我决定用自己独特的方法“拼”出客户。

中建中汇律师事务所是以房地产业务为特色的，于是我顺理成章地抓住了这一业务专长，一有机会就参加各大房产会、房产论坛，主动在房产会和房产论坛上认识买房者和卖房者；认识只是第一步，第二步是熟悉，我将每个新交的朋友都做了梳理，逐个拜访，在交朋友的过程中，让朋友了解自己的工作，了解自己的业务专长，再由朋友介绍新朋友，不断扩大自己的社交面；每天的业余时间，我基本都是在与朋友的交谈中渡过的，通过一段时间的积累，我结交了许多房产界的朋友，了解了很多房产界的实务需求。每次和朋友交谈过后，我都要做详细的记录，内容从总结客户的需要到近期房产界的动态再到法律服务的切入点，无不涉及，然后根据这些总结的内容，猛补专业知识，不断向事务所内有经验的律师请教，功夫不负有心人，很快我就积累了一批的客户。从执业第一个月开始，做到了月月有客户，月月有增长，“拼”出了属于自己的业务。

拼出大舞台——执业伊始，由于经验方面的缺失，客户自然无法把大官司放心地交托。我渴望成功，但我也深深知

道欲速则不达的道理，深深知道只有采取循序渐进的方式才能达到目标。于是，只要可以做的小官司我都接，不问报酬，不问辛苦，不问路途。我曾一个人只身跑到北京去打一个交通肇事官司，也曾一个人乘着长途汽车每日往返于昆山和上海之间，为客户协调房屋租赁事宜。只要可以积累经验，我就不计辛劳地办案。在执业的第一年，我跑遍了上海所有的基层法院，积累了大量的诉讼经验。慢慢地，客户开始交付一些比较重要的事务，很多客户的朋友，甚至原来的对手都慕名而来，于是小官司做成了大官司，小客户做成了大客户，不放心变成了安心，我靠着自己的努力终于“拼”出了一块自己的舞台。

### 第二篇章 诚信拼出信任

律师是强调“信用”的职业，对当事人负责，诚信执业，是律师不可缺少的职业素质。我在做每个案件时，都努力以“诚”为本，对当事人负责，对案子负责，对自己负责，抓住每一个细节，从程序上到案情上，从案情上到法律上，每一个细节都用一百分的认真去对待，力争把案子做得漂漂亮亮，把当事人的利益保护得妥妥当当。

2008年，我代理了一个借款案子，委托人邵某约定出借给涟水公司一笔巨款，并约定了钱款用途。未料涟水公司拿了此款后，不但私自挪为他用，并且一直拖延还款。更没有料到的是，拖欠借款的涟水公司竟然恶人先告状，将委托人告上了仲裁庭。

在代理该案件后，我立即对涟水公司的工商、税务及涉诉案件等进行了全面的调查，调查发现涟水公司已负债累累，正在寻求收购，财产已被部分查封，于是我果断地提出财产保全。

一方面，在财产保全中要求对未交完土地款的土地进行查封。当时法官也对此类土地是否能查封提出质疑。但我向法院指出，虽然土地未交完土地款，但土地已拍卖至涟水房产名下，签订了土地出让合同，土地使用权在土地管理部门未解除土地出让合同前应属于涟水房产，只是土地款未付清，涟水房产才未能拿到权利证，房产交易部门才没有记录，但这并不影响土地的查封，法官可从原始的土地档案收录部门着手，查封土地的宗地号，防止涟水公司付清土地款后，马上转移土地使用权，侵害当事人的合法权利。经过与法官的多次沟通，法官接受了我的观点，与土地档案收录部门协调，查封了土地的宗地号，保全了土地的使用权；另一方面，对涟水房产法定代表人的股权进行查封。在调查过程中，我获知涟水房产正在寻求收购方，于是又申请查封了作为借款合同担保方的涟水房产法定代表人的股权，向收购方披露了委托人债权的情况，并向其提出只有在首先偿付委托人债务的前提下，才能成功收购公司，这样为案件的顺利执行占得了先机。

此外，由于借款合同约定的借款利息和违约金总额明显高于银行贷款利息的四倍，当事人在气愤之余没有对利息做出合理的评估且期望值过高。于是我为委托人全面分析了案情，并解释了国家对于民间借贷利息的规定，让当事人对自己的利息收入有了合理的预期。同时，我看到了本案借款方存在着明显的恶意，按照法律规定，这种情况是可以要求涟水房产多承担一些利息的。庭审中，我将这些观点适时地表述给了仲裁庭，有理、有利、有节地表达着己方的请求，既不强词夺理，又据理力争，最终获得了仲裁庭的支持，为委托人争取到了有利的裁定。在执行中，我又与法院多次沟通、积极配合，与收购方多次协商，终于一次性为委托人执行到了所有的款项。

### 第三篇章 专业拼出成功

律师是专业性很强的职业，对于各方面的能力都有非常高的要求，并且需要不断地学习、不断地充实。我充分认识到了这一点，也做到了这一点。在平常的工作中，我从不满足于已掌握的专业知识，总是在不断地学习，注意掌握新出台的法律法规，熟悉各类经典案例，积累各方面的办案经验，充实业务知识，努力提高执业水平。

我曾办理过一起股权转让纠纷，案情极其复杂。接受委托后，在充分询问和了解了当事人要达到的目的后，我将本案的复杂案情和证据一一理清，发现对方公司在股权转让的过程中存在着很多违约行为，委托人完全有理由拒付款项，于是我设计了全面的诉讼方案，扭转了委托人在整个案件中处于不利地位的局面。通过诉讼技巧的运用，致使对方不得不重新回到谈判桌上，但由于我方持有有利证据，委托人在重新谈判时始终占有主动，取得了令人满意的效果，而我再一次以自己的专业赢得了客户的好评。

### 第四篇章 社会责任感拼出律师新形象

律师是一份强调社会责任感的职业。律师的社会责任感，不仅仅在于维护当事人的合法权益，还在于如何利用所掌握的专业知识，为社会大众服务，关怀和帮助有需要的人，而不强调个人得失。我自执业以来，无论工作和家庭事务多么繁忙，总是积极参与律协组织的社区法律服务，多次为社区居民设摊解答法律问题。同时，我还担任了虹口区青年联合会和虹口区工商联执委，免费为区内的企业、个人提供法律服务，多次参与青联、工商联举办的公益活动及各种会议，并为这些活动及会议提供免费的法律服务。

工作之外，我经常与其他年轻律师一起分享开拓市场和办案心得，对于他们请教的问题，从不隐瞒；对于他们在办案过程中出现的问题，从不回避。我相信强烈的责任感一定能“拼”出80后律师的新形象。●

人物

●文/赫少华

# 对话张嘉生律师



## 人物简介

张嘉生:四维乐马律师事务所合伙人;上海律师协会现代物流业务研究委员会主任、中国海事仲裁委员会仲裁员、上海律师协会海事海商业务研究委员会委员,任九届市律协律师执业考核委员会委员,并作为热心专门委员会的工作且表现较为突出的委员律师获得上海市律师行业2012年度贡献奖。

**本刊记者:** 律协委员会的平台及其他社会头衔,对你从事律师业务有哪些帮助或者哪些影响?

**张嘉生:** 交流的机会和平台增多,但压力也大,一些称号和荣誉,你要尽力去做到,要爱护名声,即爱惜自己的羽毛,不能愧对自己。其实很多的荣誉,都是别人找上门的,自己很少去主动地申报。如货运代理,尤其处在上海,同时代理几家世界知名物流企业的法律顾问,做相关的法律业务尽职尽责些,别人就会认为你不错,渐渐便有了一些称号或业界名声,算是专业知名度。有些本有法律顾问的公司,后来找我做顾问,我首先会对这个公司说,若是之前的

律师做得不错,专业上可以,就没有必要更换顾问律师,且作为同行,这样也不大好。但顾问单位认为,请哪个律师是他们的权利,也提到之所以换律师,也是基于原先的律师专业服务并不专业。所以,律师开拓客户的渠道有多重,但在维护客户的利益时必然少不了专业化的服务。从短期成效上看,有些关系户相对会近水楼台先得月,能否长久持续,还是要看专业度的。有时,我们没有获得客户,存在各种原因,但可以肯定的是其中的专业度终归还是未能达到一定的层级。

**本刊记者:** 确实这样,你刚才多次提及的专业及专业度,众所周知,律师专业化是个趋势,作为国际货运、现代物流等领域的资深专业律师,你是怎么理解和看待青年律师的专业化?

**张嘉生:** 专业化道路,并不是凭空设计出来的,需要知识储备和机缘。就我个人而言,90年代,执业于东吴律师事务所,当时主动要求从事货运代理业务,有幸担任了几家货运代理公司的法律顾问,加上个案承办效果不错,对方当事人事后也会联系我要求提供服务,于是客户群渐渐积累和发展起来,像滚雪球越滚越大,还受聘担任了全球排列之前的几家物流公司的法律顾问。从业多年来我的体会是,要通过提供高质量的专业性服务从而赢得客户,否则,若寄希望于关系户,恐怕只能是一时之利。

专业化后期收益虽然不错,但早期成本也不小,必须耐得住寂寞,忍得住清贫。在选择走专业化之路前,要审视自己的目标与定位,是已经想的相对清楚,还是掺杂着更多的盲目和浮躁,不同的价值观和世界观,必然产生不同的想法,定位不清楚、目标不清楚,路就难走,容易半途而废。

**本刊记者:** 说到定位,结合专业化的

话题,便无法绕开一个老生常谈的话题,即诉与非诉的区分,而诉与非诉又常常会引出低端与高端业务的争论,莫衷一是,你是如何看待的?

**张嘉生:** 宽泛而言,诉讼之外均是非诉,包括顾问单位等。很多人常说的非诉律师,多是项目律师,更多与商业结合,注重文本、框架。年轻律师,一部分羡慕非诉业务,如并购、上市等,容易只看到高端的收益性结果,却往往忽视高投入、高耐力、高风险。同时,容易迷失在流程化的业务线中,有时成就感和个案全局感相对不足,当然诉讼律师也有各种酸甜苦辣。

所谓高端、低端,只是相对而言。高端,只是暂时的高端,依赖于经济形式的丰富和强大基础;低端,却是不可或缺的,与人民大众直接牵连更频繁些。社会分工越来越细,蛋糕便越来越大,高端就需要更多的知识支撑,譬如金融,需要花费更多的精力去获取此类知识。同时,高端毕竟只是小群体,竞争很激烈。就律师工作而言,是否要放弃所谓低端,背水一战,关键是如何理性地认清自己,客观定位自己,否则青春易逝,尾大不掉,届时可能因脸皮较薄,无法放下身段重新开始而自毁。

**本刊记者:** 也就是说,在律师业务方向的选择上,要结合自身状况而定,不要人云亦云,要选择适合自己的专业方向。

**张嘉生:** 专业的形成依赖于客户群,而客户的类型,往往又取决于你的专业。就我个人而言,专业化(现代物流)主要是基于自己早年的工作经历(港务局装卸区),在此方面沉浸的时间较长,专业知识的积累较多,于是在2008年8月由法律出版社出版了专著《国际货运代理业务中的法律风险防范》。所谓专业律师,往往是在某类个案中接触较多,在此类

案件中是专业的，但并不意味着他只能从事该领域，有时其往往会借助某类案件的专业性，以专业客观的形象展示于客户，客户会认为你这位律师很专业，今后会介绍不同客户的各种案件到你这里。律师服务，也讲究回头率，你本身要甄别潜力客户，可以选择为客户提供综合性的专业化意见，也可以将不擅长的案件介绍给其他律师，关键是要客观地评价自己，要尽力而为但不能大包大揽，否则会弄巧成拙。

**本刊记者：**客户类型会影响到律师的专业走向，对于年轻律师来说，更是如此。但无法回避的是，年轻律师缺乏客户，反而希望更快、更准确地选择专业化，以你本人曾在港务局工作而后做律师的经历，是否会建议律师先在企业工作？

**张嘉生：**条条大路通罗马，但不同的道路会有不同的路程，没有标准的。作为律师，社会生活经验、人脉都是必备的，无论是从企业进入律所，还是直接从校园进入律所，都需要有一定的时间去储备知识和经验，不同的只是在哪个环境中去获得这些而已。

现在的年轻律师，与我们当时的生活环境和理念均不同。比如八十年代那时我在港务局工作，待遇也算不错，当时领导也善意提醒，法律作用不大，但自己还是自学法律从而成为律师。当时选择做律师，主要是出于热爱，是要实现自己的抱负，不存在为了要多挣钱而去做律师的想法。但在现在的市场经济下，年轻律师的生存压力比较大，在兴趣和热爱之外，会夹杂着许多其他的考虑。

**本刊记者：**青年律师在执业初期会面临各种困难，譬如上文所提到的客户来源、专业化、经济压力等，其实有一条路倒是两全其美，一揽子解决问题，即遇到好师傅，但现实是伯乐难找。

**张嘉生：**凡事都讲究内因和外因，宏观而言，机会是公平的；微观角度讲，我们自己要准备好。资深律师带教青年律师，一个现实的问题，带学生是要花成本的，要选好老师，或拜对山头，但老师有时未必选择你，为什么没有选择，他选择的条

件是什么，你是否具备，为什么不具备？另外，传、帮、带也要依赖律协等在制度上进行改革，但怎么改？譬如经费拨款，能否保证用在刀刃上等等。

**本刊记者：**也就是说主要还是要修炼好内功，成为千里马，但又不能一味地去等待时间的沉淀。年轻律师如何增加经验和积累阅历呢？

**张嘉生：**我以为还是不能急功近利，比如医生，相比30、40岁而言，50岁的医生相对更受欢迎，不仅仅跟专业有关，还有赖于客户的认知和感觉，年轻或许在赢得客户信任上存在弱势。所以，要脚踏实地，不能脚跟未稳就一味想着出名、承办大案件。

年轻律师要注意沉得住气、学会坐冷板凳，不要两三天就转了兴致。做业务本身是需要一个时间的沉淀过程，许多概念、术语，不是你跟随一两个案件就能熟练的，事事皆学问，三教九流的知识都要了解些，边边角角的知识积累多了，框架就搭起来了。我们本身是从业务中出来的，很多东西上手比较快，但年轻律师往往缺乏对客户行业的认知，许多法律外的术语是陌生的，短时间内是难以消化的。其实又回到先前的定位问题，要客观地分析自己是困难的，但又是必须的，用什么样的方法来分析呢？用辩证法的观点去看待问题，自己的兴趣是什么、平时的喜好是什么？客观地分析自己，再去选择自己的路。

**本刊记者：**许多道理知晓已不容易，做到更难。律师行业可谓状况多、压力重，如何找到泄压的渠道呢？

**张嘉生：**需要胸怀和眼光，归根到底也是世界观和价值观的问题。辩证、唯物地去看，生活只是历史长河的一部分，存在皆有合理性。律师工作虽强调技能，但在技能之外，更要协调，借鉴他人的经验，接受他人的指点，释放压力，平复情绪，不能将情绪裹起来放在心里，不排遣。化解压力，平时要注重学习，包括网络、书本、交流，要认识到尺有所短寸有所长，要多看到别人的长处，保持一种谦逊，而不要自认为高大，不耐烦去倾听别人的意见和

建议。

**本刊记者：**这还是一个准确定位的问题。其实，从实习律师走向执业律师的过程中，更不容易定位。可以谈一谈你在律师协会执业考核委员会的工作感受吗？

**张嘉生：**对青年律师的种种境况，我在考核委员会中的感触颇深。执业证是律师一年级的开始，尤其要加强学前教育（实习考核）。不希望年轻律师走入误区，尤其是认知上的误区，现在的考核相对强化职业道德，譬如周记及面试考核，有些考生对律师责任是相当模糊和混乱的，很多观念不知是从何处得知的？一些人认为拿到实习证，只要熬过一年，便可申领执业证，去承办案件，而不去考虑执业律师究竟需要何种的素质和能力，加大了执业的风险性。犹如建房子，基础不牢固，容易出现倾斜等各种不良状况，众所周知，修缮比重塑更难。投资与投机，往往只是一念之差，资深律师需要去多指点，传授某些执业中的经验和教训。

**本刊记者：**在授课中，资深律师谈这些，尤其是提及职业道德、责任感时，是否会遇到年轻律师情绪上的抵触？

**张嘉生：**年轻律师在理性分析自己的问题上，缺乏生活和社会阅历，这与年轻是成比例的。年轻律师往往只认为代沟问题，但有些东西是不会变的，社会发展有一定的规律性，使命责任和职业道德等许多规律性的东西，是需要慢慢去适应，而不是先去改变，若是改变，也是改变自己去适应规律性的东西。作为律师，虽说每天解剖自己，三省吾身会显得夸张些，但要学会不停地修正自己，学会约束自己。

资深律师要注意表述方式和自身定位，而不是说教姿态。年轻律师有时排斥的是一种说教和形式，而不是内容和经验。要尽量趣味化，要接地气，若只是把知识僵硬地阐述，便失去了传道解惑的本义，照本宣科是件乏味的事情，无论是对讲述者还是倾听者。也就是说要用通俗的语言、浅显的道理，引起听者的兴趣和思考。

**本刊记者：**谢谢张嘉生律师在百忙之中接受本刊的采访，希望有机会再作进一步的交流和对话。●

# 法目良法语

视角

●文/王俊民

辩护人庭审查问系列文章之六——

## 论庭审查问的禁忌



### 一、不当换位

在刑事诉讼庭审中,不当换位是指控诉、辩护双方相互转换其法定诉讼地位的行为。辩护人庭审查问是根据事实和法律证明控方的证明不能成立,或证明有利于被告人的事实与情节,目的是便于法庭客观全面地了解案件事实真相,分清是非曲直,作出公平正确判决,使被告人的诉讼权利和合法权益得到应有的保护。应当禁忌逾越辩护人的职责界线,把专门维护被告人合法权益的辩护人转换为揭发被告人罪行的指控者,在执行辩护职能的同时,又执行了控诉的职能。辩护人庭审查问不当换位的情形如下:

#### (一) 发问揭露

庭审调查中,控辩双方应该针锋相对就有关被告人的犯罪、刑事责任和刑罚以及其他法律问题展开举证质证。辩护人应着力提出有利于被告人的材料和意见,尽管不可能面面俱到,但必须以维护被告人的合法权益为宗旨和方向。辩护律师可以从认定事实方面进行发问,如果起诉书对被告提出控告的根据与事实全部不符,可作无罪辩护;如果部分不符,可作减轻罪责的辩护,或要求法庭延期审理,补充调查。辩护律师也可以从适用法律方面发问,如起诉书所认定的罪名与犯罪事实、性质、情节不符(例如过失杀人起诉为故意杀人)。但不能把通

过阅卷和会见犯罪嫌疑人、被告人等活动了解到的被告人未被起诉的犯罪行为通过发问予以揭露,从而造成诉讼职能的混淆和刑事辩护的功能紊乱。

#### (二) 滥作他罪

他罪辩护是指辩护律师在否定公诉人指控的某一罪名的同时,指出被告人构成另一罪名。并不是所有的他罪辩护都是不可取的,当辩护人指出的是一个相对于指控罪名较轻的罪名,且作为否定重罪指控的手段时,他罪辩护仍是在行使辩护职能,但当提出的新罪名和指控罪名轻重难分伯仲时,辩护律师就有充当控诉人之嫌,有悖于辩护职能。

### 二、不当披露

所谓不当披露,是指在法庭调查或者法庭辩论中,辩护律师披露了不宜公开的、不利于司法机关工作或损害国家利益、当事人利益的事情。辩护律师在履行辩护职责的过程中,除应依法提出在定罪量刑上有利于被告的材料和意见外,还应严格遵守《律师法》《国家秘密保护法》《刑事诉讼法》等法律法规有关律师保守秘密的各项要求,对于因履行职责而了解到的各项保密材料,辩护律师不应向外界透露。不当披露主要包括:

一是国家机密。保守国家机密是每一个公民的宪法义务,作为正义的守护者,辩护律师更应该保守国家秘密。对于

涉及国家秘密的刑事案件,人民法院应不公开审理,涉案的辩护律师也应严格防止国家秘密的泄露。尤其在调查取证或法庭论辩中,切忌泄露国家秘密。不得引用国家尚未公开的文件、数字或者某种事件作为论据。

二是侦查手段。辩护律师可以指出侦查上的失误,但无需叙述侦查过程,更不宜从侦查手段和方法上为被告人辩护,否则会泄露侦查秘密,给相关侦查人员或以后的侦查工作带来难以预期的损失。譬如辩护律师在发问或者辩论时应当充分注意到警方线人或者卧底警探的保密问题。

三是案卷材料上的信息。辩护律师通过查阅案卷会了解到有关被告人、被害人的照片以及其他私人信息,对此要严格保密,不能泄露,否则就犯了“不当披露”的错误。

四是举报人、检举揭发人要求保密的事项。举报人、检举人的姓名以及他们要求保密的事项,务必做到保密,不得通过任何方式泄露出去。律师既要利用举报人、检举人所提供的材料或线索,又要做到别人无法猜测到提供线索或材料的人。

五是当事人的隐私、经济秘密。在论辩中,如果案件确实涉及到个人隐私问题,在不提不足以证明论题时,只能模糊处理,一语带过为宜,不可以尽兴发挥。在经济案件以及侵犯知识产权犯罪案件

中,对涉及到的经济保密事项,如科技设计图纸、生产配方、重要数据以及当事人的商业秘密等,均不得向外披露。

### 三、错误诱导

所谓诱导发问,是指“向证人提出直接或间接表明提问的特定回答,假定诉讼程序中有争议的事实存在,或假定提问前证人尚未作证的事实存在的问题。”诱导性询问在问题中含有答案,被询问者只需回答“是”或者“不是”,或者被询问者选择回答问题本身就意味着对某个暗含假定事实的承认。不管是直截了当的“是非”诱导,还是隐而不发的特指诱导,诱导性询问的目的都是通过提问者的诱导,使被询问者的证词里具有询问者期待的内容。

目前我国刑事诉讼法律法规禁止诱导发问,最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第213条规定,询问证人时“不得以诱导方式发问”。而且在第二款中将此项规定的适用范围扩展至被告人、被害人、附带民事诉讼的当事人、鉴定人以及有专门知识的人。诱导性询问只是一种询问和质证的方式,并不是所有诱导性询问都应一律禁止。最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》第438条规定:“讯问被告人、询问证人应当避免可能影响陈述或者证言客观真实的诱导性讯问、询问以及其他不当讯问、询问。”

根据发问者的主观意图,诱导性询问可分成以下四种情况:一是恢复记忆的诱导,即通过诱导使证人迅速记起某些事实;二是矫正陈述的诱导,即当证人的当庭陈述因紧张、口头表达能力差等原因与其欲表达的事实有出入时,通过诱导以矫正之;三是诘问证人的诱导,即通过诱导使证人的回答出现相互矛盾以削弱其证言的证明力;四是违背记忆的

诱导,即通过诱导暗示证人故意或使证人不自觉地作出违背自己记忆的陈述。违背记忆的诱导妨碍了证人的客观陈述,不利于审判活动的公正进行。因此,不能一概认为诱导发问方式都会影响审判活动的公平和公正。相反,诘问证人的诱导有利于防止证人作虚伪陈述,从而发现案件的客观事实,而恢复记忆的诱导和矫正陈述的诱导除利于案件的事实发现外,还有助于提高庭审效率。

原则上辩护人不应提出诱导性问题,但在具体情况下,应根据情形作不同处理:在举证发问中绝对禁止提出诱导性问题;在质证发问阶段,是否禁止诱导性询问的申请权交给控方,由法官裁断,相对禁止诱导发问。最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》第438条第2款规定:“辩护人对被告人或者证人进行诱导性讯问、询问以及其他不当讯问、询问可能影响陈述或者证言的客观真实的,公诉人可以要求审判长制止或者要求对该项陈述或者证言不予采纳。”辩护人合理利用庭审规则在质证发问阶段是否诱导发问或进行性质难以判断的“擦边”发问时,取决于公诉人是否提出异议以及法官的裁断。

### 四、纠缠枝节

因为主观判断、法律素养、认识水平或者其他因素的影响,控辩双方在法庭发问中难以避免会出现逻辑或语言上的瑕疵。对于每一个疵误,双方都可以明确向对方和法庭提出,但不应一味纠缠。抓住案件中细枝末节的问题穷追猛打,进行毫无意义的发问争辩,就是纠缠枝节。围绕细枝末节问题发问,不仅无助于辩护,还会影响庭审效率,引起法官不满。

一是纠缠程序瑕疵。程序问题有程度上的区分,并不是所有问题都有进行论辩的必要。有些程序问题属于程序问题上的细枝末节,没有必要给犯罪嫌疑

人、被告人或其他诉讼参与人造成明显的程序违法感觉。对于程序不规则或轻微程序性违法现象,辩护律师可以提出,人民法院和人民检察院应通过完善监督和内部奖惩机制尽量防范和纠正。

二是纠缠无关情节。辩护人应就案件的关键问题展开发问,使那些不清楚或者不很清楚的问题,通过发问一目了然,真相大白。辩护律师的问话应与公诉人针锋相对,使其具有鲜明的重点性、针对性和反驳性。离开案件主要的争议事实,离开控方的观点和主张,纠缠对案件事实认定或法律适用无关的情节,不仅影响法庭审理的正常进行,降低辩护质量,同时也容易伤害对方感情,引起法官的反感。

三是纠缠口误。庭审发问的口头表达,“一言之间重于九鼎之重”,文字及口头用语驾驭能力是法律人的必备素质。庭审查问中,对诉辩双方出现念错字或用语不当的现象可以提出,但点到为止,绝不可借题发挥。否则不仅会转移论辩焦点,影响论辩效果,还有失法律人的形象。如控方证人在回答控方提问时把“上当受骗”一时说成“上骗受当”,发生口误,只要不是关键问题所在,无需纠正或重复,更不应借此在质证发问中设计问题,嘲弄控方证人。

### 五、粗言恶语

恶语伤人,是指在辩护律师发问中,语言粗鲁恶劣,进行人身攻击,挖苦、调侃、伤害对方的行为。律师法庭发问有着极强的法律性、严肃性,不允许有轻浮、滑稽、粗鲁的举动,要求举止端庄,语言文明、简洁、规范。庭审发问中,辩护人如果对控方或控方证人发问用语粗俗,或者伴随不礼貌的动作、表情,就会酿成令人敏感的刺激,伤害对方的自尊心,引起对方的强烈反应。

庭审发问才能的发挥要体现六个统

一,即:问与答的统一;事实与法律的统一;文才与口才的统一;儒雅与执着的统一;仪表与风度的统一;规范与发挥的统一。

### 六、发问离法

庭审发问必须遵守“以法律为准绳”的原则,不能脱离程序法、实体法和有效的法律规范解释及现行政策。发问离法是指无论发问预期还是问点不是无中生有就是不着边际,莫名其妙。

如对实体性问题,离开《刑法》分则条文中“应当”、“可以”等词语的立法原意进行发问。如某被告人出于报复实施放火犯罪行为,只是由于行为人意志以外的原因未能得逞的犯罪未遂案,发问中把《刑法》规定的“可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚”说成“必须”比照既遂犯减轻处罚;还有的把《刑法》中“对中止犯,应当免除或者减轻处罚”的规定说成“必须”免除处罚。只强调《刑法》分则具体条文的规定,忽略了《刑法》总则对它的指导、制约关系;只注意了《刑法》具体条文的规定,忽略了有关立法或司法解释。

### 七、辩论性发问

辩护人在发问时,不应使用讽刺或怀疑的口吻,这样的口吻会迫使证人努力解释矛盾,因而产生辩论,从而无法达到通过发问得到事实的目的。

辩护人在发问时,应最大限度地防止与被发问对象之间的对立,将双方的争议转化为问题与问题的讨论或利益与利益的协商。

辩护人把自己不相信的证词和其他有矛盾的证据并列起来,此类发问往往会演变成一场辩论。辩论性的发问不仅不合适,而且很危险。不合适是因为辩论应该发生在法庭调查结束之后,即在所有事实都了解清楚之后,而不是在证人出庭时进行;危险在于有风险,即证人会觉察到对己方不利,尔后在他的证词中针锋相对地辩驳。●

视角 ●文/陶鑫良

# 我国泛驰名商标制度应当走出迷津



陶鑫良:北京大成律师事务所上海分所律师

二十多年来,驰名商标的认定与保护是我国知识产权制度及其践行历史进程中的一个热点、焦点与难点问题,也成为了一大误区与迷津。而“驰名商标不驰名,千方百计求认定;泡沫广告满天飞,政绩工程放卫星”,越来越成为事实的写照。最近一次是今年元旦前后国家工商行政管理总局一次性“批量公布”了行政认定的699件驰名商标,其认定的许多驰名商标如“血必净”、“鹤庆乾”、“方远”、“邦强”等等,知名度和美誉度委实有限,恐怕为其戴上“驰名商标”的桂冠的确有点“小脑袋大帽子”,名不符实。一方面,我国行政认定和司法认定的驰名商标总数已经累计数千计,我国各地行政认定的著名商标已累计数万计;另一方面,“跨国公司大旗飘,长驱直入洋商标;世界品牌中国造,名牌价格何其高”的形

势和我国“商标大国早建成,十年全球第一名;商标虽多名牌少,质量数量不对称”的状况仍然没有得到根本性的改变。

笔者观察到:始于上世纪八十年代中期而已经延续了二十多年的我国驰名商标制度的历史进程,其对于启蒙与启动我国政府、企业和公民以及全社会的知识产权意识,推动与提升我国企业商标与品牌战略和策略等方面,曾留下了一定的历史功绩和积极效果。但我国驰名商标认定与保护的制度设计及其实践运行,至今仍相当程度迷失于“主动认定、批量认定”的误区,仍然未能冲出“企业不正当广告资源之疯狂追逐”和“地方政府泡沫化政绩工程之病态追求”的迷津,再加上一些中介服务机构的推波助澜与穿针引线、个别掌权人员的权力寻租与贪赃枉法,致使驰名商标之认定异化成为部分企业的不正当广告“强势资源”和一些地方政府的泡沫化政绩“亮点工程”,融汇成近年来在我国驰名商标认定、保护方面愈演愈烈的一系列怪现象。前几年我国曾出现过“康王”驰名商标等一连串虚构案情,假造诉讼以骗取驰名商标司法认定或者行政认定,进而将骗取认定的驰名商标异化为巨大的广告资源,转向市场进行不正当商业竞争的典型案例。

笔者注意到:我国的驰名商标制度规范主要经历了两个阶段:

第一阶段自1986年10月国家工商行政管理局《驰名商标认定和管理暂行

规定》颁行至 2001 年 11 月现行《商标法》施行，曾经步入违背国际惯例的“一案认定，全国通用；一次认定，三年有效”之“批量行政认定”的重大误区。第二阶段自 2001 年 12 月现行《商标法》施行至今，虽然在《商标法》层面上我国驰名商标之认定已溯本清源和拨乱反正，回归至驰名商标行政个案认定和司法个案认定的模式。根据我国驰名商标制度的历史演进和现行《商标法》等的相关规范，目前在我国，驰名商标应当属于“被动认定、纠纷认定、个案认定、需要认定、事实认定、动态认定”和“个案申请、个案认定、个案适用”，即为解决具体商标纠纷的个案，“一案一认定，认定本案用，他案可参考，不宜做广告”。依法不应当再存在“一次认定，数年有效；一旦认定，全域适用”。然而，目前事实上在我国存在着一个已严重扭曲、凸显异化的多层次、多侧面的包括“驰名商标”、“著名商标”等等的泛驰名商标制度及其运行体系。

一是在全国范围内由国家工商行政管理总局商标局、商评委在商标异议案件、商标争议案件与商标行政管理案件的处理中行政认定的驰名商标；或者由最高人民法院指定的人民法院在商标侵权及不正当竞争诉讼案件中司法认定的驰名商标。如 2012 年 4 月国家工商行政管理总局系统就一次行政认定了驰名商标共计 599 件。

二是各省、市、自治区各自认定的省级“著名商标”；有的省辖市、区、县各自认定的“知名商标”。例如 2011 年全国各省市就认定了约 2 万多件著名商标。

三是还有一些品牌评选活动及其产物也完全可以纳入泛驰名商标制度体系，例如浙江省、福建省、重庆市等已经出台的“知名字号（商号）”，再如曾由国家与地方质监部门对应组织的“中国名牌”、“中国世界名牌”以及各地的

“上海名牌”、“广东名牌”等。

根据调研，发现在上述我国泛驰名商标制度体系中，一方面，“著名商标”、“知名商标”、“知名商号”、“中国名牌”、“中国世界名牌”以及地方名牌，都仍然遵循着“统一申报、主动认定、批量公布、定期保护”的认定原则和规则；另一方面，从表面上看，随着 2001 年顺应 WTO 的《商标法》第二次修改，我国“驰名商标”的行政认定与司法认定仿佛已经拨乱反正、正本清源，走出了早期“一案认定，全国通用；一次认定，三年有效”的重大误区，似乎回归到“个案申请、个案认定、个案适用”的国际通例。然而，在当前驰名商标行政认定的具体运作及其操作程序中实行的“批量公布、集中宣传”的做法，其结果使得社会上与消费者继续产生或者强化对驰名商标“一案认定，全国通用；一次认定，长期有效”的错觉，进一步造成了消费者认知的混淆和市场面的误导。

其实，根据各国通例，驰名商标认定只是对商标纠纷个案解决过程中对涉案商标在特定的案情、空间与时间之“三维组合”坐标系下的驰名状况及其是否需要因此加强保护的个案事实的暂态认定，是解决商标与不正当竞争纠纷的办案手段，而决不会缘此产生稳定的普适的一种“超级版”的商标权利。独具特色的我国现在践行的“泛驰名商标”认定与宣传模式，恐怕找不到其他国家的“他山之石”可供借鉴。君不见，在国内外那些举世瞩目、誉满天下的著名品牌广告中，找不到是某国“驰名商标”的标记，甚至于从不出现“驰名商标”、“著名商标”的字样。因此，一些外国知识产权学者面对中国如火如荼、方兴未艾的“泛驰名商标”现象，往往瞠目结舌、大惑不解。

笔者认识到：当前我国驰名商标认定与保护及其广告宣传，其实已陷入了

将驰名商标的认定及其利用，异化成为了企业不正当广告基础材料和地方政府泡沫化政绩亮点工程的迷津，与我国《商标法》中已经正本清源的现行驰名商标法律规范南辕北辙，逆向实施。

我国当前驰名商标认定与保护的关键问题，并不在于驰名商标司法认定的个案滥觞或者驰名商标行政认定的个案扭曲，而在于在制度化的构架下，企业将驰名商标的个案认定事实，扭曲为不正当广告之强势资源的疯狂追逐；地方政府将驰名商标的认定数量，尊崇为泡沫化政绩工程之明星指标的病态追求，这才真正是当今驰名商标司法认定和行政认定误入迷津且愈演愈烈的诱因和病根。所以，问题的根本主要不仅仅在驰名商标司法认定或者行政认定个案中的标准纠偏和程序规整，而是应该寻根问底，提纲挈领地解决其制度根源，从根源上有效遏止恶性的社会需求，减少不必要的、越来越多的、异化了的驰名商标认定申请。否则，无论集权于国家工商行政管理总局的驰名商标行政认定，还是分散于数十个指定管辖法院的驰名商标司法认定，在目前对驰名商标申请人提供相关材料之可靠性与诚信度的期望值不能太高的背景下，面对驰名商标认定申请所提交的大量证据及其数据材料，面对很可能发生的申请人举证不实、所报浮夸，甚至不择手段，虚构案情，虚构证据，恶意串通，制造假案来申请驰名商标认定的情况，面临着去伪存真和去粗存精的艰巨任务，存在着不可能动用过多资源来严格甄别相关证据等方面的条件限制，常常会发生认定失误的可能风险。所以，对驰名商标的认定，可能无法也不应当铸造出“放之诸案而皆准”的与标准化丝毫不差、千案一律的“精密模具”。

我国目前进一步明确和细化了驰名商标的认定指导标准和认定规范程序仍然是必要的，但即使再如何明确与细化

驰名商标的认定标准和认定程序,也难以阻止上述驰名商标认定之恶性申请的继续膨胀,却依旧可能是“道高一尺,魔高一丈”,也可能仍然挡不住企业对不正当强势广告资源之疯狂追逐和地方政府对泡沫化政绩亮点工程之病态追求的利益取向和社会诱因。治末未治本,除草难除根,可能仍然会“烈火烧不尽,狂风吹更生”。

如何冲出当前我国驰名商标保护的迷津?如何促进我国驰名商标保护的理性回归和依法定位?笔者认为:应当减少越来越多的不必要的驰名商标认定之泡沫申请,有效遏止急骤膨胀的恶性社会需求,为我国当前非理性的驰名商标认定之申请总量及发展趋势“减肥”和“瘦身”,这也许是走出目前我国驰名商标保护之迷津的合理方向。只有对症下药才可能釜底抽薪,只有釜底抽薪才可能清淤治本。当前最重要的问题不仅仅是严格驰名商标的认定标准和认定程序而扬汤止沸,更重要的是从根本上有效遏止急骤膨胀的驰名商标认定申请之恶性社会需求而釜底抽薪。

笔者在这里重复早几年前就曾在承担我国《商标法》第三次修改之论证课题的研究过程中提出的九条建议:

第一,尽快在《商标法》《广告

法》《反不正当竞争法》或者其他相关法律法规规范中,规定禁止在任何广告中笼统使用“中国驰名商标”或者“驰名商标”的字样。

退一步说,即使允许企业宣传其在个案中曾被认定为驰名商标的事实,也必须严格“个案化”和“事实化”,即必须说明是在何年何月何日,在谁告谁的哪个行政或诉讼案件中,因为哪些具体原因与根据,具体由哪个机构认定了哪个商标在该案中为驰名商标,进而在该纠纷解决中得到了怎样优化保护的全面信息。

第二,最近一段时期在行政认定驰名商标文件和司法认定驰名商标的判决书中都需要“警示性”地强调说明:企业不能籍此在广告宣传中进行单独的、突出的“中国驰名商标”或者“驰名商标”字样的宣传。

第三,切实普及现行驰名商标法律法规,让全社会知悉驰名商标的“被动认定,纠纷认定,个案认定,需要认定,事实认定,动态认定”和“一案一认定,认定一案用,他案作参考,不能作广告”的主要原则和基本知识。

第四,取消当前驰名商标行政个案认定后的“批量公布、集中宣传”的做法。

第五,取消颁发任何关于驰名商标的牌匾、证书及类似文件。

第六,全面废除目前仍然坚持的“集中申报,批量认定”和“一次认定,数年有效;一旦认定,全域保护”的著名商标、知名商标等其他制度。

第七,结束并且不再“复活”与驰名商标或者著名商标性质雷同、情况相仿的“中国名牌”“中国世界名牌”及各地的名牌类评选制度。

第八,明确规定不再将驰名商标与著名商标、中国名牌、各地名牌等认定的数量作为各级政府的政绩数据甚至考核指标,不列驰名商标或者著名商标排行榜,各级政府报告中不出现已获驰名商标数量或者著名商标数量等的表述。

第九,明令禁止各级政府不能对行政认定或者司法认定的驰名商标、著名商标、知名商标以及中国名牌与地方名牌获得单位发放奖金。

我国《商标法》的第三次的修改,或许将成为刚建立的本届人大常委会知识产权立法工程的第一块里程碑。我们期待着,在我国《商标法》的第三次修改中,冲出误区,冲破迷津,进一步提升与完善我国驰名商标之优化认定及其强化保护的制度安排。●

## 信息 《上海市专业服务贸易重点单位 (法律服务类) 认定管理办法》发布

为推动本市专业服务贸易的发展,促进律师事务所等相关单位积极开展国际间的交流与合作,推进上海国际贸易中心建设,上海市司法局和市商务委员会共同制定了《上海市专业服务贸易重点单位(法律服务类)认定管理办法》,于2013年4月正式发布。

根据该管理办法规定,本市专业服务贸易重点单位(法律服务类)的认定及相关管理机构是上海市商务委员会和市司法局;承接境外客户委托,提供法律相关专业服务的律师事务所可以申请认定;申请的律师事务所必须满足净资产30万元以上、运营三年以上(含重组前设立年限)且通过司法行政机关的律师事务所年度考核、年专业服务业营业

额3000万元以上且年专业服务贸易出口额20万美元以上等条件;认定工作原则上每年进行一次;经认定的专业服务贸易重点单位(法律服务类)有效期为三年,期满后可重新申请认定,期间需接受每年一次的年度考核,考核不合格或在考核中弄虚作假的将被取消资格。通过认定的专业服务贸易重点单位(法律服务类),可申请并优先享受国家和本市有关支持服务贸易发展的政策。

此前,本市已根据2010年颁布的《上海市专业服务贸易重点单位(法律服务类)认定管理暂行办法》,分两批共认定了16家律师事务所成为专业服务贸易重点单位(法律服务类)。

视角 ●文/丁宏

# 我国检察机关民事检察监督的范围、方式与程序



2012年8月31日，第十一届全国人大常委会第二十八次会议通过了关于修改《中华人民共和国民事诉讼法》的决定。修改后的《民事诉讼法》围绕进一步落实宪法规定的法律监督职责，拓展了检察监督范围，增加了监督方式，强化了监督手段，优化了监督结构。正如全国人大常委会法工委副主任王胜明指出的：“加强检察院对民事诉讼的法律监督，是这次修改《民事诉讼法》的重要内容。对监督的范围、方式、手段，都大大地往前迈进了一步。”

## 一、民事检察监督的范围

修改后的《民事诉讼法》第十四条规定：“人民检察院有权对民事诉讼实行法律监督。”该条修改之后，民事检察监督的范围更加明确。从原本的监督“民事审判活动”，扩展到修改之后的监督整个“民事诉讼”，除生效民事裁判之外，将符合条件的调解书、民事执行活动、法官违法行为等也纳入了检察机关的监督范围。具体范围如下：

### （一）生效民事判决和裁定

修改后的《民事诉讼法》第二百零

八条第一款、第二款规定：“最高人民法院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第二百零条规定情形之一的，或者发现调解书损害国家利益、社会公共利益的，应当提出抗诉。地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第二百零条规定情形之一的，或者发现调解书损害国家利益、社会公共利益的，可以向同级人民法院提出检察建议；也可以提请上级人民检察院向同级人民法院提出抗诉。”可见，生效民事判决和裁定是检察监督的范围之一。对于具有《民事诉讼法》第二百零条规定情形之一的生效民事判决或裁定，检察机关应当进行监督。

### （二）损害国家利益或社会公共利益的调解书

法律依据同样为《民事诉讼法》第二百零八条，但修改后的《民事诉讼法》仅将损害国家利益、社会公共利益的民事调解书纳入检察监督的范围。但可能存在违反自愿原则、损害第三人利益等情形的调解书，实践中为数不少。检察机关对此应当有所为而有

所不为。首先，应倡导当事人进行私力救济。符合条件的，由当事人自行申请再审，或者由第三人提起撤销之诉；其次，对于当事人申请再审或提起第三人撤销之诉后形成的法院裁判，检察机关可以行使法律监督权。而当事人和第三人均没有依据《民事诉讼法》的规定进行相应救济的，属当事人和第三人的处分权范围，检察机关原则上不进行监督干预。

### （三）审判人员的违法行为

《民事诉讼法》第二百零八条第三款规定：“各级人民检察院对审判监督程序以外的其他审判程序中审判人员的违法行为，有权向同级人民法院提出检察建议。”对于何为违法行为，法律没有给出明确定义。我们认为：审判程序中的决定、支付令违反法律规定的；审判人员接受当事人及其委托代理人请客送礼或者违规会见当事人及其委托代理人的；审判人员实施或者指使、支持、授意他人实施妨害民事诉讼行为等等，均属于审判人员的违法行为，检察机关可以检察建议的方式进行监督。审判人员的违法行为涉嫌犯罪的，应当将犯罪线索移送检察机关相关职务犯罪侦查部门。

#### （四）民事执行活动

《民事诉讼法》第二百三十五条规定：“人民检察院有权对民事执行活动实行法律监督。”法律的规定虽然较为原则，但是并未对检察机关的民事执行监督权作出限制。因此，检察机关对人民法院的执行裁定、决定和执行行为均有权进行监督。具体而言，人民法院的执行裁定或决定违法的情形主要有如下几种：追加、变更被执行人的裁定错误；不予执行、中止执行、终结执行裁定不符合法定条件；采取强制措施决定不符合法定条件等等。而所谓执行行为违法的情形，主要有违反规定拍卖执行物的；强迫、欺骗执行当事人和解的；违法解除已经采取的执行措施的；被执行人提供足以保障执行的款物后仍然执行原查封、扣押财产的等等。

#### （五）检察机关应当监督的其他事项

主要是针对危害国家利益和社会公共利益事项的监督，采取支持起诉和督促正确履行职能等形式进行。检察机关是国家的法律监督机关，对于侵害国家利益、社会公共利益的案件，检察机关可以支持有诉权的当事人向人民法院提起民事诉讼。当国家和社会公共利益遭受民事不法行为侵害，负有监管职责的部门或单位不履行或怠于履行职责时，检察机关可以督促有关监管部门或者单位及时正确履行职责，如提起民事诉讼等方式，通过民事司法救济对国家和社会公益进行有效地保护。

## 二、民事检察监督的方式和手段

《民事诉讼法》修改后，检察监督的方式更加完善，从单一的抗诉，到抗诉与检察建议并存，实践中还探索了《纠正违法通知书》等监督方式。随着司法体制机制改革的不断推进，民事检察监督的方式将会不断完善。同时，修改后的《民事诉讼法》强化了民事检察

监督的手段，赋予检察机关调查核实权。

#### （一）民事抗诉

民事抗诉，是指检察机关认为法院发生法律效力民事判决、裁定确有错误或者违反法律、法规规定，民事调解书损害国家和社会公共利益，提交法院通过再审予以纠正的制度。关于抗诉制度的规定，《民事诉讼法》的规定分布于第二百零八条、第二百一十一条等条文。抗诉是检察机关监督民事裁判和调解书的最重要的方式，其法律效力直接作用于法院。对于检察机关提出抗诉的案件，法院应当再审。

#### （二）检察建议

修改后的《民事诉讼法》规定了检察建议的监督方式。作为一种监督措施的检察建议，目的在于实行同级监督，提高监督效率。值得一提的是，检察机关对案件进行审查后，可以选择“抗诉”或者提出“检察建议”的方式进行监督，当事人对此并无选择权。

检察建议的适用范围比抗诉更加广泛，除了在审判监督程序中发挥作用的“再审检察建议”之外，检察建议还可以用于开展民事执行监督，帮助人民法院发现其他审判程序中审判人员的违法行为，提醒法院或者企事业单位或者行业主管部门改进工作等等。根据相关规定，对于检察机关的检察建议，人民法院必须回函进行答复。检察机关也将采取积极措施，确保检察建议的监督效果落到实处。

#### （三）纠正违法通知书

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于对司法工作人员在诉讼活动中的渎职行为加强法律监督的若干规定（试行）》规定了纠正违法通知书的监督方式。检察机关发现同级人民法院的审判人员或者执行人员在履行职务时具有相应违法情形的，可以向同级人民法院发出纠正违法通知。

#### （四）民事检察监督的调查核实权

本次《民事诉讼法》的修改增加

了“人民检察院因履行法律监督职责需要，可以向当事人或者案外人调查核实有关情况”的规定。民事检察调查核实权的启动有依职权和依当事人申请两种形式。调查核实针对的情形为：一是民事判决、裁定、调解书可能存在法律规定需要监督的情形，但案件基本事实通过阅卷及审查现有材料难以认定的；二是审判人员在审判程序中可能存在违法行为；三是执行活动中可能存在违法情形等。值得指出的是，检察机关行使调查核实权应当在《民事诉讼法》的框架下行使，不能打破民事诉讼的证据规则。民事检察调查核实权的行使可以采取询问，查询、调取、复制相关证据材料，勘验，委托评估、鉴定等措施进行。应杜绝通过刑侦手段进行民事检察调查核实的情况发生，规范检察权行使。

## 三、民事检察监督的程序

#### （一）当事人申请民事检察监督的程序

修改后的《民事诉讼法》第二百零九条将当事人向法院申请再审作为申请检察监督的前置程序。具体程序为：当事人在不服生效民事判决、裁定或调解书的情况下，需在六个月内向人民法院申请再审。在人民法院驳回再审申请、或者逾期未对再审申请作出裁定的、或者再审判决、裁定有明显错误的情况下，才可以向检察机关申请监督。此规定的目的在于引导当事人充分行使法律赋予的救济手段。同样，对于民事执行监督，法律规定可以向人民法院提出复议、异议但当事人并未提出，而是径行向检察机关提出民事执行监督申请的，检察机关一般也引导当事人先向法院提出复议或异议。

当事人申请检察监督的时限，一般应自人民法院驳回再审申请或者再审判决、裁定发生法律效力之日起两年内提出。申请检察监督的材料，主要应当包括：监督申请书、身份证明和原审判决书等相关法律文书，以及证据材料

等。委托他人代为申请的,应当提交授权委托书和代理人的身份证明。当事人申请检察监督,以一次为限。

当事人提交的监督申请书应当记明下列事项:1、申请人的姓名、性别、年龄、民族、职业、工作单位、住所、有效联系方式,法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务、有效联系方式;2、其他当事人的姓名、性别、工作单位、住所等信息,法人或者其他组织的名称、住所、负责人等信息;3、申请监督请求和所依据的事实与理由;4、申请检察机关调查核实的事项以及理由等。

#### (二) 检察机关的处理程序

检察机关发现案件的途径,主要有当事人申请监督、控告和举报、自行发现、有关机关交办和转办等多种。根据最高人民检察院的有关规定,检察机关对民事申请监督案件实行同级受理的办法,即由作出生效判决、裁定、调解书和执行案件的人民法院所在地的同级人民检察院控申部门受理。

检察机关受理案件之后,应当在三个月内审查终结,借阅案卷的期间,鉴定、评估、审计、翻译的期间,中止审查的期间、当事人和解的期间等不计入审查期限。确有特殊情况需要延长的,由本院检察长批准。

检察机关案件审查过程中,应当听取案件当事人的意见,必要时可以听证或者调查核实有关情况。案件应当经集体讨论形成处理意见,由民事行政检察部门负责人审核后报检察长批准,必要时提请检察委员会讨论决定。检察机关对审查终结的案件,区分情况作出下列决定:1、提出抗诉;2、提出检察建议;3、提出纠正违法通知;4、终止审查;5、不予监督。●

(作者单位:上海市人民检察院民事行政检察处)

## 执业心语 ●文/王婉怡

# 在路上



王婉怡:上海欧申律师事务所律师

作为一名入行十多年,不敢妄言资深,亦不算年轻的律师,有着一些于我个人而言很重要的执业体会,希望能引起同仁的共鸣。

“在路上”,我想和大家分享的不是杰克·凯鲁亚克体的小说《On the Road》,也并非高晓松写的那首歌,只是觉得“在路上”体现了我对律师职业的理解——比如方向清晰又富于变化,有崎岖亦有平坦,有同行亦有孤独,有正路亦有歧途,有掌声夹道亦有寂寂无名……这条路原本是怎样的非行路人可定,但我们至少可以选择怎样去下走。

### 一、用心制作的旅行攻略—— 执业规划

律师行业不是低着头走路,捱到一定时间就行的。入行时以及在今后的一路上,我们需要不断地审视执业环境,不断地随着情势调整行走的路径和方式,不断地令目标更加清晰或者作出修正,不断地对自身情况作出评判和提升。如果能把旅途中可能的目标、行程、方式、

境遇等事项事先规划一下,对我们的旅途会有很大的指导意义。执业规划就好像一份好的旅行攻略,虽然不至于完全决定路上的每一个细节,但至少让我们不会太过盲目,不会太莽撞。所以,无论进入律师职业是基于理想还是机缘巧合,无论是刚刚起步还是已经历经了很多,制定执业规划应该都用得着,也都来得及。

执业规划的内容因人而异,例如:

(一)确定从助理、聘用律师开始的各个成长阶段的总体时间目标。业界有种说法:对于刚出校门的人来讲,从助理成长为聘用律师一般需要至少三年的时间。当然,由于基础条件、机遇、努力程度等因素的不同,会有些或早或晚的实例,如果进程推动得比较快而且基础扎实,那值得庆贺,如果太过追求成长速度则是无益的,律师毕竟是个需要积累的行业。

(二)确定每个成长阶段的具体目标,例如助理阶段要实现专业技能的提升,培养独立办案的能力;聘用律师阶段要努力开拓案源等等。

(三)确定专业方向。就这一点在业界是存在不同认识的,“全科”还是“专才”?哪个应该成为努力的方向?根据我的经验,作为专业人士当然是掌握的技能越多越好,但毕竟个人精力有限,“大而全”的目标可能无法企及。为此,不妨结合自身的条件、境遇和喜好,先确定一个或几个可以达到的专业性较强的目标,然后围绕这些目标逐步辐射出去,拓展到交叉专业甚至更外围的专业。这样,不仅压力会小一些,而且最终搭建的专业结构是丰富而稳固的。当然,因为生存或工作条件的要求,我们可能需要在一段时期内作“全科医生”,但这并不影响我们沿着既定的规划向前走。

## 二、必要的且实时更新的食物——知识和技能储备

作为专业人士，我们能够藉以展示自身职业价值的就是对法律的运用。无论是否拥有可以傍身的其他技能或资源，当我们作为执业律师闪光时，势必是在法律范畴内获得了成就。专业知识和技能的有无、多寡和强弱，是我们最可倚仗的，有时可能也是唯一能够倚仗的东西。还好，“好好学习”——这件我们从小做到大，甚至有时觉得厌烦的事，恰恰是自己最能够掌控的东西。无论是懈怠时、困惑时、愤懑时、浮躁时、自满时，“好好学习”都可以让我们静下来，想清楚，获得更多的动力和自信。所以，走上律师的道路，要学的将更多、更深，要一路学下去。曾经听过一句话：“手中有粮，心里不慌。”可能有点土，但道理是然。食物准备好了，就算沿途遇到不如意，也能凭自己的能力扛过去。

说到食物，春种秋收是不变的规律。因此，知识和技能的汇聚是来自点点滴滴积累的。我们可以更多地研读条文、判例和专业论著，更多地参与或观摩专业实践，更多地观察和思考社会生活，更多地反思已经完成的工作是否可以做得更好。我们可以把知识和技能的积累视作执业旅途的风景之一，或许它没有财富和荣誉那么鲜亮，但它带给我们的自信和成就感就像风景中的绿色一样，让人舒畅和踏实。

## 三、功能强大的指南针——执着的信念

旅途再美好，也总会遇到或大或小的障碍，来自社会、业界、自身和生活的种种因素都可能让执业之路不那么顺畅，如果还想走下去，信念会给我们指出方向。

首先，对执业环境要有信念。这是我们选择律师职业就必须接受和坚守的，不仅仅因为我们身在其中，更因为律师

行业是这环境的一部分。我们不象小说家，在潜心写作时可以暂时拒绝与外部环境的互动，可以有想象；我们不象科学家，可以在客观世界里寻找想要的结果。作为律师，我们是执业环境的执行者、承受者，也是改造者，我们与大环境之间是有它和我的关系。因此，没有对执业环境会一路向好的信仰，执业旅途就会呈现灰暗的色调，这份职业也会丧失它应有的意义。

其次，对自己要有信念。无论诉讼还是非诉业务，每个律师都时刻面对对错、输赢、好坏的竞争和评价，有时我们费尽心力却难以获得想要的结果。在那一刻，人难免会对自己产生质疑或否定。由此，眼前变得混沌，路和风景都看不到了。这时，我们需要相信自己的能力，相信强大的对手和困难会成为实现自我提升的机会，相信很多事情会因为我们的努力和坚持而变得越来越好，甚至可以相信好运终将来到。一句话，好的执业律师应当是一个对自己有信心的人。

## 四、可以行万里路的鞋子——踏实而执着的工作

所有的路都是一步步走出来的。理想也好，信念也罢，不转化为一个个脚印就都是空的。我们可以做的事情很多，例如：认真对待每一项工作，无论案值多寡、影响大小，它都是一个独立的体系，要让它展现出应有的美；及时对每一次实践进行反思，这中间汲取的经验和发现的不足对今后的工作会构成借鉴；对重复性的工作保持必要的热情，哪怕只是令其中的一个用词更加贴切和精准；甚至是为来访的客人以最适当的方式倒一杯水，这至少也是办公和社交礼仪的积累。无论前景是否足够明朗，先用心地做好眼下的工作，踏实很重要，浮躁是魔鬼。

执着是成功的因素之一，它所体现的长期坚持远胜过一时的万丈豪情。当我们在执业时，或许感到成果迟迟不来，目标遥不可及，从做律师助理或新律师

开始，很长一段时间没有质的飞跃，再比照同等年资的其他朋友，人家可能已经绽放了阶段性的灿烂，可自己仍旧不明不暗。这时，无论你是否实现突破的幸运，坚持都是需要的。律师行业大浪淘沙，中途主动或被动离开的不少，作为一名律师，在这个行业经历了起起伏伏之后，能够说声“我还在”，就已经是一种成功。况且，有时候多走两步，风景就真的不一样了。

天道酬勤，如果不想更换旅程，就好好地往前走，无论步子大小，我们都在前进。

## 五、旅途中的安全标志——足够的自我约束

无论哪个行业，都是有可为，有可不为。作为熟悉法律规定和社会价值取向的执业律师，我们更清楚哪些事情是绝对不能做的。不触及底线，既涉及法律和律师行业的尊严，亦关乎个人的执业安全。所以，这一路上，我们要经常作出判断和取舍，对于不能去的地方，诱惑再大也该懂得放弃。如果顺着诱惑走，可能有去无回了。从长远计，此时的“放弃”失掉的只是风险，获得的是在律师道路上长久的生命力，我愿意选择后者。

有些安全标志是别人已经既设的，例如行业规范，那是对历史的总结，建议你相信它。有时，既往的经验可能不足，那我们可以回归人类良善的价值观寻求答案；有时，诱惑确实太大，纠结一下还问题不大，只要脚的方向是正确的。

执业律师的旅途很长，给自己足够的时间去体会，别为了一棵绚丽的罌粟花而放弃前面的景色，甚至放弃了自己。

我很高兴自己有执业律师这段经历，它令我体会到的东西很多，有些感悟不仅有助于职业的发展，也适用于人生的其他方面。可能你我的情况不同，感想也有所差异，但有一点我相信是可以达成共识的：律师，是一份很值得体验和为之努力的职业。●

案例精析 ●文 / 刘洪光

# 华能澜沧江水电资产证券化案例分析

资产证券化是指发起人将缺乏流动性但具有某种可预测现金收入属性的资产或资产组合出售给特定发行人,通过创立一种以该基础资产产生的现金流为支持的金融工具或权益凭证,在资本市场上出售变现该资产支持证券的一种结构性融资手段。本文将通过分析华能澜沧江水电收益专项资产管理计划(下称澜电收益),简要概述该项目情况,并分析其创新和不足之处。

## 案情简介

### (一)项目基本情况

2006年5月,澜电收益在深圳证券交易所成功发行。该项目以云南华能澜沧江水电有限公司拥有的专项计划成立之次日起5年内特定期限(共38个月)漫湾发电厂的水电销售作为基础资产,发行总规模为20亿元的受益凭证。其中,优先级受益凭证总规模为19.8亿元,刺激受益凭证为2000万元。优先级受益凭证分为3年期、4年期和5年期3个品种。其中,3年期和4年期为固定利率品种、5年期为浮动利率品种。

### (二)项目创新

该计划在信用增级方面借鉴了海外成熟市场的先进经验,同时采用了多种内外部信用增级措施,实现了重大创新。其中,固定浮动收益率与现金流分层技术都成为本案例的亮点。从原始权益人的角度看,上述两种措施提高了资本效率,降低了融资成本;从投资人的角度看,其投资会带来稳定的可预期收益,总体降低了投资风险。

另外,项目还设立了优先级和次级产品,由原始权益人认购2000万元次级

受益凭证,在计划期满优先级产品本息全部得到偿付后才能享受计划收益,从而实现了信用提升;采用分期限设计,将优先级产品分为三期,存续期限分别为三年、四年和五年;外部信用增级方面,由中国农业银行对澜电收益提供无条件不可撤销的连带责任担保。

## 律师评析

澜电收益是我国资产证券化实施项目中首支水电建设成功的案例,对当时同类型企业有着极大的指导意义,但与此同时也存在着相对的缺陷与不足。

### (一)对公司的益处

一是优化融资结构。目前,在水电建设中,国内贷款和自筹资金的间接融资方式是绝对主角,而市场化的融资方式利用很少,融资成本较高。该计划拓宽了水电站项目的融资渠道,优化了发电企业的融资结构,丰富了发电企业的融资手段。

二是降低融资成本。该计划通过资产证券化平台,采用超额抵押、现金储备、优先/次级等内部信用增级和农业银行提供不可撤销担保的外部信用增级的方式为华能澜沧江水电有限公司带来了20亿元的低成本资金,据测算,该项目与同期银行贷款相比,资产证券化融资为其节约融资成本1.9亿元左右,效益明显。

三是提高融资效率高。资产证券化只需证监会审批,审批时间仅需要2个月到半年;而企业债券发行需要向国家发改委审批额度,证监会批准,审批时间长达9个月到1年。

四是未改变资产的所有权。在目前资产证券化的模式下,发电厂出售未来一定时间的现金收益权,但实物资产所有权并没

有改变,这一点对大型水电项目尤为重要。

### (二)缺陷分析

一是未实现“真实销售”。在当时该项目的具体操作中,华能澜沧江水电有限公司与招商证券之间的实质是一种信托法律关系,因此一定时期的收益权并未脱离原始权益人而进入澜电收益。由此可见,该案例中的基础资产并未实现真正意义上的“真实出售”。

二是信用增级主要依靠第三方担保。由于基础资产并未实现“真实出售”,一旦原始权益人发生破产等情况,已经证券化的收益权是否能不随原始权益人的破产而继续为投资人提供现金流缺乏法律保护。因此,在这个交易结构中,由担保机构对原始权益人提供不可撤销的连带责任担保的外部信用增级。

三是未能实现表外处理。为了减少资产转让有关的潜在税务责任,如重复征税等,发起人向第三方担保人提供反担保,以“确保”没有会计上的资产转让发生,这种安排必然是一种表内处理,无法实现基础资产的表外融资。

## 结论

虽然澜电收益作为我国资产证券化早年成功的实践经验,取得了极大的成功,却也对我国如何进一步完善相关法规,清晰界定企业资产支持证券,规范发行机构,使企业资产证券化有法可依带来了巨大的挑战。由此可见,证券公司资产证券化业务由试点业务转为常规业务发展已成为现实需要。

为此,中国证监会于2013年3月15日正式颁布实施《证券公司资产证券化业务管理规定》。该规定不仅解决了企业资产支持证券的界定问题,特殊目的载体的形式也留下了多样性的可能,给交易结构的灵活安排留下了空间。而证券可多途径公开转让交易的规定,对企业资产证券化的全面实施也是极大的激励和鼓舞,具有巨大的积极意义。●

(作者单位:上海融孚律师事务所)

案例精析 ●文 / 袁丽娜 肖家烽

# 从 PE 角度梳理解读 海富投资诉甘肃世恒 等增资纠纷案



本文梳理了近来媒体和 PE 界十分关注的 PE 投资中业绩补偿条款的效力一案,即海富投资诉甘肃世恒等增资纠纷案的案件来由、审理结果、最高人民法院对于业绩补偿条款的倾向性意见,以及 PE 投资中业绩补偿条款的风险防范要点。笔者仅对该案例作一般性的分析,系个人见解。

## 一、案情简介

### (一) 增资入股

2007 年,苏州工业园区海富投资有限公司(PE 投资机构,简称海富投资)与甘肃世恒有色资源再利用有限公司(目标公司,简称甘肃世恒)、香港迪亚有限公司(甘肃世恒原唯一股东,简称香港迪亚)、陆波(甘肃世恒的实际控制人)签署增资协议,约定海富投资向甘肃世恒现金增资 2000 万元人民币。增资后,甘肃世恒变为中外合资企业。

增资协议第 7 条第 2 款,即业绩补偿条款(媒体报道多用对赌条款来简称本条内容,笔者以为不妥。实际上,对赌条款包括业绩补偿、上市时间对赌、股权调整等多种方式,本条内容只涉及业

绩补偿,并未涉及其他对赌条款,因此不宜以对赌条款笼统地称呼)约定:若甘肃世恒 2008 年净利润完不成 3000 万元人民币,海富投资有权要求甘肃世恒补偿,若甘肃世恒未能履行补偿义务,海富投资有权要求香港迪亚补偿,并约定了补偿金额的计算方式。

### (二) 诉讼程序及结果

2008 年,甘肃世恒净利润不足 3 万元人民币,远未达到约定水平,由此触发了增资协议中的业绩补偿条款。

1、一审。经协商无果后,2009 年,海富投资将甘肃世恒、香港迪亚、陆波诉至兰州市中级人民法院,要求支付协议补偿款 1998 万元人民币。2010 年,一审判决驳回海富投资的全部诉讼请求。

2、二审。海富投资不服一审判决,向甘肃省高级人民法院上诉,请求撤销一审判决,支持其诉讼请求。2011 年,二审判决撤销一审判决,甘肃世恒与香港迪亚共同返还海富投资 1885 万元人民币及利息。

3、再审。甘肃世恒和香港迪亚不服,向最高人民法院申请再审,请求撤销二审判决,维持一审判决。2012 年,最高人民法院判决撤销二审判决,香港迪

亚向海富投资支付协议补偿款 1998 万元人民币,驳回海富投资的其他诉讼请求。

## 二、法律争议焦点

根据三级法院审理中原、被告的诉讼理由、抗辩理由,当事人法律争议焦点如下:

(一) 业绩补偿条款是否违反了合营各方根据注册资本的比例分配合营企业利润的规定?

(二) 业绩补偿条款是否损害了公司股东、债权人的利益?

(三) 业绩补偿条款是否属于名为联营、实为借贷?

(四) 业绩补偿条款涉及控股股东的部分,是否具有法律的约束力?

## 三、律师评析

对上述法律的争议焦点,在三级法院判决理由的基础上,结合法律法规,笔者的分析如下:

一是关于争议焦点(一)。《中外合资经营企业法》第 8 条规定,净利润根据合营各方注册资本的比例进行分配。

本案中,业绩补偿条款是公司业绩

未达标时的补偿责任,并非对利润分配的直接约定。双方在合资合同和章程中均规定,合资公司的税后利润按持股比例分配。但是,业绩补偿条款属于投资取得相对固定的收益,脱离了公司的经营业绩,从而在实质上违反了上述规定。

二是关于争议焦点(二)。《公司法》第20条规定,股东应当遵守法律、行政法规和公司章程,依法行使股东权利,不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益;不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。

根据《公司法》的规定,股东享有若干股东权利,如知情权、分红权、退股权等,但是股东应依法行使股东权利。就分红权而言,股东从公司取得投资回报的途径仅限于分红这一法定途径,而不应通过其他方式。本案中,当事人之间另有约定,但该约定并不符合《公司法》的规定,在实质上使得公司法人的财产减少,侵害或可能侵害了其他股东和债权人的利益。

三是关于争议焦点(三)。最高人民法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》中规定,联营一方向联营体投资,但不参加共同经营,也不承担联营的风险责任,不论盈亏均按期收回本息,或者按期收取固定利润的,是明为联营,实为借贷,违反了有关金融的法规,应当确认合同无效。

上述解答出台于1990年,是对1986年《民法通则》有关条款的解答。而PE投资在我国是一项新生事物,如要适用上述解释,则首先必须明确联营的概念。根据《民法通则》及上述司法解释,联营有三种形式:法人型联营、合伙型联营和协作型联营(合同型联营)。甘肃世恒是企业法人,不符合合伙型联营、协作型联营的特征。而从《民法

通则》将联营与企业法人、机关、事业单位和社会团体法人并列的立法体例,也可以看出联营与企业法人应当是并列的两个概念。根据《民法通则》第41条的规定,企业法人包括全民所有制企业、集体所有制企业、中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业。因此,甘肃世恒作为中外合资经营企业,属于企业法人,也不是法人型联营。此外,本案是股权投资,海富投资既不收回本金和利息,也不收取固定利润(在利润达标情况下,按持股比例分配),因此也不能满足明为联营、实为借贷的行为特征。

根据以上分析,本案不适用上述解释,认定本案属于明为联营、实为借贷没有适用的法律前提。

四是关于争议焦点(四)。业绩补偿义务实际上涉及了两方,即目标公司和控股股东。上述前两项分析的出发点都是目标公司,分析结果为业绩补偿条款不具有法律约束力都是针对目标公司而言的。但是,第三方(包括控股股东)承担业绩补偿义务,并不损害目标公司或目标公司债权人的利益,不违反法律的禁止性规定,根据《合同法》的规定,合法有效。

#### 四、结论

最高人民法院作出了如下认定,并据此作出判决:

(一)PE投资中,部分资金计入注册资本,部分资金计入资本公积金的做法,不属于明为联营、实为借贷。

(二)业绩补偿条款涉及被投资的目标企业的,属于投资取得相对固定的收益,脱离了经营业绩,损害了公司和债权人的利益,该部分无效,对目标企业不具有法律的约束力。

(三)业绩补偿条款中涉及控股股东等第三方的,不损害公司及债权人的

利益,不违反法律的禁止性规定,有效。

#### 五、律师建议

本案系新类型案件,十分具有指导意义。根据当事人的诉讼请求、抗辩和各级法院的判决,结合PE投资的律师实务,我们总结出PE投资中业绩补偿条款的风险防范要点如下:

(一)业绩补偿条款的补偿义务人,可选择控股股东、实际控制人或其他关联方,但不宜选择目标公司。

(二)业绩补偿条款的补偿义务人,应尽量选择境内企业,不宜选择境外企业。

(三)尽可能同时在增资协议、合资合同和公司章程中约定业绩的补偿条款。

(四)如审批或登记机关不接受在合资合同、公司章程中写入业绩的补偿条款,则在其中明示增资协议的效力,使得其中业绩补偿条款不至于被取代。

(五)将增资协议与合资合同、公司章程一并向审批机关报批。

本案中,最高人民法院改判香港迪亚向海富投资支付协议补偿款,但鉴于香港迪亚是境外企业,可以预见,要实现上述判决,海富投资将面临冗长的司法程序,以及判决得不到执行的风险。同时,考虑到甘肃世恒年利润仅有3万元人民币,海富投资持有的股权价值相对于其投资成本已大幅缩水。

对于PE行业而言,本案再审判判的结果可谓有忧也有喜:虽然PE无法再与目标企业约定业绩调整条款,但最高司法机关明确表示,其与控股股东、实际控制人等第三方约定的业绩调整条款受到法律的保护。●

(作者单位:德恒上海律师事务所)

# 专题研究





刘峰：市律协知识产权业务研究委员会副主任

●文/刘峰

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 知识产权侵权赔偿 亟待科学评估的有效介入

近年来,随着知识经济的迅猛发展,经济领域中知识产权的含量逐年提升,由侵权引发的知识产权纠纷数量也呈现爆炸式上升的趋势。根据最高人民法院的数据显示,2008年至2012年,全国法院共受理和审结知识产权民事一审案件245264件和237796件,年均分别增长37.57%和37.41%。特别是刚刚过去的2012年,增长率分别为45.99%和44.07%,是我国加入世贸组织以来增幅最大的一年。

为了切实保护权利人的合法权益,充分发挥知识产权在经济发展中的重要作用,我国陆续制定了一系列法律、法规和规范,加大了对知识产权的保护力度。但是,在知识产权侵权案件的审理过程中,如何认定侵权损失却日益凸显出矛盾,并一直困扰着法官和律师。

## 一、知识产权侵权案件遇到的问题

在知识产权侵权案件的审理过程中,主要需要对两大事项进行认定:一是侵权事实的认定,即是否构成侵权;二是损害赔偿金额的确定。对于第一项“侵权事实的认定”,我国相关的规定比较完善,并且在审判实践中也逐步摸索出专家证人、专家咨询、技术鉴定等程序和手段,侵权事实的认定已经得到了较好的解决。但当法官经过开庭审理查明全案的事实情况,依据侵权损害赔偿的归责原则、侵权行为构成要件确定了侵权行为人的侵权责任以后,如何满足受害人的赔偿请求,如何确定第二项侵权行为人的“损害赔偿金额”,就成了一个十分现实的问题。

对此,由于我国立法规定比较原则,可操作性不强,因此成为知识产权侵权案件审理的重点和难点问题。损害赔偿问题解决不好,有时就会出现“赢了官司输了钱”的现象,不仅不能有效地保护权利人的合法权益,同时也无法起到震慑侵权,保护良好的经济秩序和竞争环境的作用。

## 二、知识产权赔偿立法的现状

### (一) 世界各国常用的赔偿原则

目前,国际上通行的侵权赔偿原则主要有四种:全部损害赔偿原则、法定损害赔偿原则、法官斟酌裁量赔偿原则和惩罚性赔偿原则

1、全部损害赔偿原则,也称为全面赔偿原则,是现代民法的最基本的赔偿原则。德国学者首先将全面赔偿作为原则提出,并成为德国民法典损害赔偿规定的基础。它是指对侵权人的侵权行为,无论其主观是出于故意或过失,是否受到行政处罚、刑事制裁,均应对给受害人造成的财产损失、精神利益损失承担全部赔偿责任,即权利人损失多少侵权人就赔偿多少,赔偿应以侵权行为所造成的损失为限。

当今的《与贸易有关的知识产权(包括假冒商品贸易)协议》(即TRIPS协议)第45条中规定的“赔偿由于侵犯知识产权而给权利所有者造成的损害”,侵权者向权利所有人支付费用“可以包括适当律师费”等规定,均是全部赔偿原则的体现。

2、法定损害赔偿原则,是指由知识产权法律明文规定的不法侵害知识产权所造成的损害,应赔偿损失的具体数额(或数额幅度)。鉴于知识产权保护对象的特殊性,其损害事实及后果的不易确定性,不少国家的知识产权立法规定了知识产权侵权损害赔偿的法定赔偿制度,即规定实施某种侵权行为,应当赔偿的数额。这在著作权立法中尤为突出。如美国《版权法》第504条规定,侵权人对其所侵犯的每一部作品,可负担250至10000美元的赔偿;情节严重的可提高到每部作品5万美元。我国台湾也规定如被害人以侵害情节向法院请求,但又不宜证明其实际损害额的,可在新台币10000元以上50万元以下酌定赔偿额。《与贸易有关的知识产权协议》中也有法定赔偿金(预先确定的损害赔偿费)的规定。

3、法官斟酌裁量赔偿原则。在知识产权侵权领域,人们试图通过立法将赔偿数额规定出精确的计算方法,但知识产权的特殊性决定了赔偿数额不可能象其他民事权利一样规定的那么精确,所以在具体的审判案件过程中,法官自由裁量权的使用不可避免。

4、惩罚性赔偿原则。由于知识产权的无形性,导致了其很容易受到其他民事主体的侵害,且追究侵权人的责任难度也相对较大。很多权利人在有些情况下综合衡量后,也放弃了诉讼的权利,任由侵权人侵害其权利。因此,很多国家提出应该在知识产权领域引入惩罚性赔偿原则,对侵权人判决几倍甚至是几百倍的赔偿,以威慑侵权行为。

#### (二) 我国的立法选择

我国目前选择的是主要是两种:一种是全部损害赔偿原则,另一种是法定损害赔偿原则+法官斟酌裁量赔偿原则。笔者认为,基于目前我国的具体情况,采用前述原则具有较大的合理性,理由有二:

1、任何国家的法律都代表或者维护本国利益,知识产权的立法原则更是如此。知识产权的保护,不仅是保护一个企业或个人,更重要的是体现国家利益。我国的知识产权创新和领先优势并不明显,大量有价值的发明创造,均不是控制在国人之手,如果采用惩罚性的赔偿原则,会导致我国为了他人做出大量的牺牲,反而无法对本国知识产权的发展提供良好的环境。最明显的就是TRIPS协议,这个协议也是各个国家争论妥协的结果,最终采用了最低的标准,而非采用惩罚性的原则。

2、我国的法律构建是基于大陆法系,所以大陆法系的态度值得我们重视。大陆法系目前之所以采用了全部损害赔偿原则,主要是认为惩罚性赔偿就其性质而言,近乎一种私人罚款。如果允许在私法领域中对民事违法行为进行惩罚,就会混淆公法与私法的界限。其实一个国家之所以有震慑力,不仅是高额的金钱赔偿,还有行政的手段和刑事手段。如果一个国家用行政、刑事手段保护了个人的罚款利益,显然没有任何的法律依据,甚至惩罚性赔偿原则的提出会被认为是不可思议的。所以在大陆法系一直不支持惩罚性赔偿原则,仅仅采用全部赔偿原则。

#### (三) 我国立法原则产生的副作用

我国目前的立法原则对于现阶段中国知识产权发展的现状是合适的,但在实践中的确也出现了很大的问题。经过统计,法院的审判实践绝大部分仍采用了法定赔偿加法官酌情裁量赔偿的原则,很少采用全额赔偿的方法。之所以不能采用全额赔偿,最主要的原因是法院难以确定权利人的被侵权损失,也难以确定侵权人的侵权获利。在酌情裁量赔偿的判决书中,赔偿10万至20

万元人民币的就算是很不错的结果了。大量这样的判决导致的结果,就是侵权人会感到自己的侵权成本并不高,受到的惩罚也不大。所以,侵权人会换一个产品,或者换一个侵权对象继续侵权,这反而导致了我国目前的知识产权侵权更加屡禁不止。

### 三、知识产权评估的困境

#### (一) 知识产权评估目前涉足的领域

##### 1. 知识产权的资本化运作

近年来,知识产权评估在中国受到广泛的关注,已经在很多领域表现出优势,主要集中在知识产权资本化方面。比如:(1)在技术交易等知识产权贸易过程中的知识产权价值评估;(2)投资过程中知识产权作价入股或增加注册资本时的知识产权价值评估;(3)融资过程中知识产权质押贷款时的知识产权价值评估等。

##### 2. 知识产权评估在诉讼中的运用

知识产权目前在司法实践中也逐渐开始运用,主要常见于:(1)商标侵权中的商标价值的评估;(2)发明专利中的专利价值的评估;(3)商标、专利、著作权等许可使用费损失的评估等等。上述这些在司法审判中,无论是原、被告双方还是法院,都认为这是可行的方法。但对于其他类别的案件,我们发现知识产权评估存在比较大的困难,完全不能满足目前日益增长的、每年高达40%增长率的知识产权诉讼的需要。

#### (二) 知识产权评估在诉讼活动中遇到的问题

##### 1. 诉讼当事人需求强烈

我们举一个例子,原告起诉被告侵犯了原告的实用新型或者外观设计,按照法院的规定,原告应当向法院明确其提出赔偿金额的依据,即应当明确究竟采用哪种赔偿方式。目前法院比较认可的方式有三种:(1)原告的被侵权损失;(2)被告的侵权获利;(3)向法院申请按照法定赔偿标准为限给予赔偿。由于第(1)、(2)两种赔偿方式均需要充分的举证,且该举证还需要经得起庭审的考验,所以让很多原告望而却步,不得不选择第(3)种赔偿方式。由于我国法定赔偿的金额并不高,现在也没有把法定赔偿的上限、下限往上调整,除了《专利法》规定为100万元人民币外,其他的如《商标法》、《著作权法》等均规定上限为50万元人民币。所以,经过法院综合平衡之后,一般判决赔偿的金额都不高。因此,诉讼当事人对于评估的需要非常强烈。

##### 2. 评估事务所遇到的困难

为了解开评估事务所长期缺位于司法审判的谜底,笔者在2012年走访了很多家会计师事务所和评估事务所,和他们探讨评估如何介入知识产权案件司法审判的问题。我们发现,评估公司也存在较大的困难。

### (1) 原告因侵权行为而受到的损失较难确定

对于原告因侵权行为而受到的损失认定最为困难。原告一般认为自己销售额的减少、利润的下降就是被侵权而造成的损失。但要经得起法庭的检验,还需要论证这种销售额的减少或利润的下降与侵权行为存在必然的因果关系,就必须充分考虑到以下三种因素:一、销售额的减少或利润的下降是市场的正常反应;二、有的原告的管理水平比较高,由于采用了通过科学有效的管理,把损失降到最低,没有出现销售额和利润的下降;三、更有甚者,有的原告即便受到了侵权,但其销售额不减反增,利润不降反升。

对于上述情况,被告往往会说,看来原告并没有损失,所以请求法院无需赔偿。

### (2) 被告的侵权获利取证困难

很多原告会向法院申请证据保全,查封被告的财务账册及原始凭证。但这就需要有一个重要的前提,即被告公司必须是一个诚信的不会做假账的公司。否则,即便获得了财务账册等资料,也会因为数据不准确而无法计算出被告的侵权获利。

### (3) 评估公司还面临着技术障碍

假设前述的(1)、(2)两种情况均不存在,评估公司可以获得完整真实的数据,也完全有可能无法做出有效的评估。例如:需要评估出被告侵犯原告实用新型或外观设计的侵权获利,根据会计师事务所和评估公司的解释,这需要分两个步骤:第一步是做审计,第二步是做评估。

审计是评估的前期准备工作,审计单位需要获得被告的有形资产、无形资产及完整的财务资料。众所周知,有形资产和无形资产都能够带来获利,因此下列三部分基础数据的正确性就尤为重要:(1)被告的有形资产(土地、厂房、设备等)的投入情况,这是企业通常意义上获得盈利的重要前提条件;(2)被告自己的无形资产(商标、专利、版权、技术秘密、销售网络及优秀的运营管理等)情况,这能为今后的评估区分出对获利的各项贡献因素;(3)被告完整的财务账册和原始凭证的资料等。在这三项基础数据都获得的情况下,才能够审计出前面我们所说的这两项结论:一是被告单位在侵权期间的全部获利,二是侵权产品分摊到的全部获利。其实这只是做了一个基础工作。

正式进入评估阶段,评估公司的工作就是评估出被告通过其侵犯原告实用新型、外观设计而带来的获利。这一部分是目前评估公司认为技术障碍最大的部分。因为,评估公司会按照下列顺序进行评估:

**A、进一步将全部资产包括有形资产和无形资产(主要指知识产权)与其所带来的利润建立对应关系。**

按照评估的理论,任何企业的全部利润与其投入的全部资产应该相对应,也就是企业投入土地、厂房能带来的利润、投入资金可以带来的利润,投入自有的品牌、投入有效的管理、投入成功的销售模式、销售网络都可以带来的利润。所以,评估公司在做这一项工作时相对比较顺利。

### B、确定被告侵权行为带来的获利

对于评估公司来说,若评估对象为“因实用新型、外观专利权侵权行为所取得的利润”,评估公司将作如下处理:

**a、**在前一步得到的被告侵权期间全部利润的基础上,先扣除被告有形资产投入带来的利润,也就是被告土地、厂房、设备,包括所有有形资产带来的利润。这项工作应该没有争议。

**b、**剩下的,应该就是无形资产带来的利润。无形资产带来的利润包括品牌、专利、实用新型、外观设计带来的利润,还包括运营资金的投入和强大的销售网络带来的利润等所有无形资产带来的利润。评估公司需要对这一部分无形资产带来的利润按照每一项无形资产做出的贡献进行切割和分配。具体的分配方法为:由评估师按照经验,确定出对企业利润有贡献的无形资产类别,并将业务流程和盈利模式进行书面描述,然后制成调查问卷,请20名有资质的资产评估师进行各种无形资产的权重打分,汇总并平均权重打分后,得到该实用新型和外观设计专利对产品利润的贡献份额及比例。

通过这个份额和比例,评估公司最终计算出被告的侵权获利=该侵权产品的全部利润×侵权实用新型和外观设计专利对产品利润的贡献份额及比例。

但对这个分配过程,会计师事务所明确地告诉我们,在庭审当中会遇到巨大的阻碍。因为它是一个人为的分配过程,它的方法是由评估师按照自己的经验,对知识产权在企业或产品利润中的贡献做出经验性的判断。例如:侵权产品的利润为100万元人民币,但这100万元人民币中有多少是品牌带来的、多少是专利带来的、多少是外观设计或者是实用新型带来的、多少是销售网络带来的,要进行一个专家打分,人数不少于20人。20位专家中对于实用新型和外观设计,有人认为是5%,有人认为是15%,有人认为是21%,有人认为是6%、有人认为是8%,然后大家进行加权平均,最终得出的结论可能是7.99%,但这7.99%是否就一定正确呢?所以,在庭审过程中,被告的确会对其不利的评估结果强烈反对,认为这种经验判断并不一定是一个正确的模式,也并不一定能够代表一个行业的标准。

评估公司对此也特别表示,辨识有贡献的无形资产这项工作,目前仍然主要依靠评估师的经验完成,也没

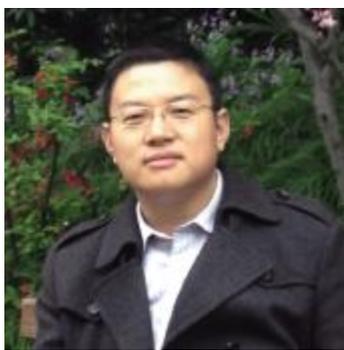
有明确的行业标准，这是一直困扰评估公司的难点。

#### 四、国外目前可以借鉴的方法

应该说，知识产权价值评估在国外的的发展已有相当长的时间了，已经建立起了较为规范的操作程序和评估规则，目的是尽可能用数据客观地反映知识产权评估结果。当通过自身、现有的数据无法进行比对和评估时，评估机构通常还可以利用下列两种数据进行比对或直接运用于评估：一是政府相关统计、审计部门统计的各个行业的合理回报率；二是广泛的公众调查统计获得的各个行业、各类产品的利润率。

结合刚才的案例，评估公司对于被告侵犯原告实用新型和外观设计所获得的利润评估，就无需采用 20 名专家的加权计算方法了。评估公司可以假设被告侵犯原告知识产权的行为发生后，其他条件没有发生变化，只出现了一个可能导致利润变化的变量（侵犯了原告的实用新型和外观设计），所以可以将被告侵权后的利润率与下列数据进行比对：（1）与被告侵权之前的利润率进行比对，若高于侵权之前的利润率，则可计算出被告的侵权获利；（2）与政府相关部门统计的各个行业的合理回报率或与经过公众调查统计获得的各个行业、各类产品的利润率进行比对，这样即便发生行业或产品盈利能力整体上升或整体下降，也能通过曲线的比对计算出被告侵权后带来的实际盈利情况。

应该说，目前我国此类的基础数据还十分匮乏。虽然国家统计局、国家知识产权局等能够定期公布一些数据，但评估人员很难从浩如烟海的数据中检索、分析出一些有用的信息。此外，一些资讯软件高昂的使用费也限制了评估师的正常使用。信息的匮乏无疑制约了知识产权评估的准确性和可靠性，资产评估依据的基础数据缺乏直接导致了知识产权评估公信力大打折扣。●



傅钢：市律协知识产权业务研究委员会委员

●文/傅钢

组稿邮箱: [tougao@lawyers.org.cn](mailto:tougao@lawyers.org.cn)

## 简析知识产权诉讼证据认定的几个热点问题

### 一、知识产权侵权诉讼中证据的特点

#### （一）证据具有“无形性”

知识产权的客体为智力成果，即知识产品本身的“无形性”，决定了对其构成侵权的行为也具有“无形”这一特点。

#### （二）证据具有“技术性”

知识产权侵权诉讼证据往往会有较高的技术成份，给收集和判断带来了一定的困难。

#### （三）证据具有“时间性”

知识产权一般都具有一定的价值有效期，知识产权仅在法律规定的期限内受到保护；知识产权诉讼证据又特别容易灭失，上一秒存在的证据可能在下一秒即消失无踪。

#### （四）证据具有“隐蔽性”

由于知识产权的特点决定了对其构成侵权的证据往往不易取得或不易取得全部证据，被告极易转移、隐匿侵权证据，证据的隐蔽性突出，进而使法院很难客观全面地了解侵权的真相，因此必须根据知识产权诉讼证据的特点采取相应的证明

标准和认定规则。

### 二、知识产权侵权诉讼的证明标准

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 73 条的规定确定了我国民事诉讼中的“高度盖然性”证明标准。“高度盖然性”标准主要为大陆法系国家所采用，是指证明虽然没有达到使法官对待事实确信为绝对真实的程度，但已经相信存在极大或非常可能真实的程度。也就是说，在民事诉讼中负有举证义务的当事人，其最终所证明的结果能达到一般正常人在具有普通常识的情况下，认为具有某种必然的或合理的盖然性。

在司法实践中特别需要注意的是，《关于民事诉讼证据的若干规定》并不意味着所有的民事案件均只能适用“高度盖然性”证明标准，法官仍需根据案情作出具体判断，必要时可以根据当事人的举证能力和公平原则，适当降低证明标准。

司法实践中法官运用高度盖然性证明标准应注意以下几个方面的问题：

#### （一）运用时不能违背法定的证据

规则。

(二)运用“高度盖然性”证明标准定案的依据必须达到确信的程

度。(三)依据“高度盖然性”证明标准认定案件,不允许仅凭微弱的证据优势认定案件事实。

(四)“高度盖然性”原理证明标准仍然要求最终认定的证据能够相互印证,形成一条完整的证据链,得出唯一的证明结论。

(五)法官应在判决书上明确、具体地阐述认定事实的根据和理由。这是保障司法公正与实施“高度盖然性”证明标准的客观载体。“高度盖然性”规则更要求法官对认定待证事实存在与否的理由在判决书中详加说明,这样易于使当事人理解法官认定的事实只是形式真实,而形式真实虽然符合法律规定,但与客观真实之间是存在着差异的,以及其所承担的举证责任与诉讼风险之间的辩证关系,从自身的因素寻找败诉原因,促使败诉方服判息诉,减少社会各方对法官的误解,维护人民法院的司法权威。

### 三、知识产权民事诉讼举证责任分配的基本原则

知识产权民事诉讼举证责任分配的基本原则大致如下:

(一)当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。

(二)在实体法或者最高人民法院的司法解释中对举证责任分配做出明确规定的情况下,举证责任分配按法律或司法解释予以确定。

(三)在法律没有具体规定,依现有规则又无法确定举证责任承担时,根据公平原则和诚实信用原则等确定举证责任的承担。

### 四、知识产权诉讼证据认定的几个热点问题——以著作权案件为例

#### (一)权利证据的举证与认定

主张权利的人首先必须是标的物的权利人,原告应举证证明自己是所主张著作权的权利人。我国相关法律对著作权权利归属证明问题做了规定。《著作权法》第11条第4款规定:如无相反证明,在作品上署名的公民、法人或者其他组织为作者。最高人民法院《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第7条规定:当事人提供的涉及著作权的底稿、原件、合法出版物、著作权登记证书、认证机构出具的证明、取得权利的合同等,可以作为证据;在作品或者制品上署名的自然人、法人或者其他组织视为著作权、与著作权有关权益的权利人,但有相反

证明的除外。可以看出,法律对如何证明著作权人规定了几个规则:

1、原告提交证据证明作品上署有其名的,即推定原告为著作权人,除非有相反证据推翻。此规则的运用应注意以下三点:

一是上述具有推定效力的署名必须是正式的署名,符合行业惯例和大众习惯,让人确信那是作者的署名;二是所署的名既可以是真名,也可以是笔名、假名、艺名等,但是对于后者,应该提供证据证明笔名、假名、艺名等与作者之间的一致性;三是所谓作品既包括作品的原件,也包括作品的复制件。

2、原告提交了所主张著作权的作品的底稿、原件、合法出版物、著作权登记证书、认证机构出具的证明、取得权利的合同等,查证属实的,可以认定原告为著作权人;被告否认原告为著作权人的,应由被告举出相反的证据反驳。

3、以署名的方式对权利人进行推定或者以上述证据对权利归属进行证明的,可以被逆转、被推翻。以署名的方式认定作者的身份毕竟是一种推定,在有相反证据足以证明署名并非作者的情况下,这种推定可以被逆转。作品的底稿、原件、合法出版物等证据,不能查证属实,或者被告举出了相反的证据予以反驳的,也可以推翻原告的主张。

下面我们看一下有关这一证明规则的一个典型案例:

原告方是近几年在知识产权领域通过系列的著作权维权诉讼而为人熟知的华盖创意(北京)图像技术有限公司(以下简称北京华盖)。

北京华盖在华提起的系列案件就有多达几千起,有法院以北京华盖网站的涉案图片上的“gettyimages®”水印为《著作权法》意义上的“署名”、网页下方声称的版权日期“copyright:1995-2011”作为其享有著作权的时间,而北京华盖网站上所有的图片都有类似的标注。

被告经查看北京华盖的美国母公司 GETTY IMAGES, INC.的官方网站发现,原告及其母公司将其网站上所有的图片都打上水印(无论著作权归属),而在图片下方相关信息栏中的“copyright”有的标示为 GETTY IMAGES, INC.。大多数则标注为其他版权人。这说明图片上有“Getty Images”水印的,并不能证明该图片的著作权归属于 GETTY IMAGES, INC.,即该水印不能认为是《著作权法》意义上的“署名”,只有“copyright”有的标示为 GETTY IMAGES, INC.的才属于该公司享有著作权的作品。

北京华盖网站上对涉案图片的信息介绍与 GETTY IMAGES, INC.网站的介绍不一致, GETTY IMAGES, INC.网站上并没有标示“copyright”,仅标示了“credit”,而“credit”标示为案外第三人(Datacraft),华盖的中文网站隐去了“credit(作者)”的信息。经被告进一步查询,发现该图片

的真正权利人是一家日本 atacraft 公司。经电子邮件联系 Datacraft 也确认其享有系争图片的著作权, 经查询该公司授权的网站的涉案图片像素更高。

被告进一步举证:北京奥运会主场馆鸟巢、水立方建成于 2008 年, gettyimages.cn 网站下却显示“版权所有: 1995—2011”。事实上, gettyimages.cn 网站中每个图片下均显示“版权所有: 1995—2011”, 其应该是指该公司设立的时间, 但对对应 gettyimages.com 网页并未显示此内容。

从 2008 年作为上市公司的美国盖帝向美国证监会提交的 2007 年年度报告[5]中其对自己的“Intellectual Property (知识产权)”等部分的介绍可知, 美国盖帝自认为对于网站上的绝大部分图片其仅享有分销权, 而图片的著作权仍然在原始著作权人手中的事实。

在被告举出上述证据后, 北京华盖所惯用的权利证据被击穿, 主动撤诉。

因此, 在具体的案件中, 如果被告方提出了足够的“相反证据”, 法院应该要求类似北京华盖的原告出示进一步的权属证据, 这对于发现案件真实是很有必要的, 防止一方“浑水摸鱼”, 通过诉讼获取不正当的利益。

## (二) 侵权证据的认定

### 1. 侵权网站的归属证据认定

司法实践中法院通常依据 ICP 备案信息或者网页中有关网站经营者的标示来确定侵权网站的归属, 而这可能是不充分甚至不准确的。

侵权网站中一般会有 ICP 经营许可证、文网文证、工业和信息化部 ICP/IP 备案信息、网页中有关网站经营者的标示、域名注册信息、网页版权标注、IP 地址备案信息等, 要根据这些信息本身的特点来确定认定的标准。

#### (1) ICP 经营许可证、文网文证

在我国实行经营性网站行政许可制度的前提下, ICP 经营许可证、文网文证具有国家行政主管部门确认的效力, 其在认定经营性网站的归属时具有较强和直接的证明力, 法院可以直接依据 ICP 经营许可证和文网文证上记载的“经营单位名称”认定侵权网站的所有人身份。

#### (2) ICP 备案信息

由于国家有关电信管理部门对非经营性网站的备案只进行形式审查, 而不进行实质审核。因此, ICP 备案信息并不具备行政确认的效力, 其作为网站归属的证据证明备案信息内容不真实时, 该备案信息的证据效力可以被推翻。同样的, 经营性网站在取得 ICP 经营许可证后, 需要进行信息备案, 对此备案信息的证据效力, 应等同于非经营性网站 ICP 备案信息的证据效力。

此外, 根据国家的相关规定, 经营性网站在取得 ICP 经营许可证后, 还应持该 ICP 经营许可证向企业登记机关办理登记手续。因此, 经营性网站除了进行 ICP 信息备案

之外, 还应当向所在地的工商登记机关办理工商登记备案手续。对此工商备案信息, 虽然根据有关规定要求应当与 ICP 经营许可证的内容严格一致, 但是在证据的证明力问题上, 同样由于工商登记机关不进行实质审查, 因此不具有直接的证据效力, 而只能作为网站归属的初步证据。

#### (3) 网页中有关网站经营者的标示

通常, 在网站的尾页会有诸如“联系我们”或其他显著标示表明网站的经营者, 这也可以作为认定网站经营者的证据。当然, 网页中有关经营者的标示也并不具备绝对的证明力, 当有相反证据足以推翻其证明效力时除外。

#### (4) 网页中的版权标注

一般情况下, 网站所有人会在网站中标明版权所有, 权利人以此作为网站归属证据的, 应当认定具备初步的证明力, 但是在有相反证据证明的情况下是可以被推翻的。这是因为“版权所有”声明可能仅仅标示的是设计网页整体结构、风格等著作权的权利主体, 而不是网站的所有人。在实践中, 网站的版权归属与网站权利归属可能是同一的, 但也并不必然重合。

#### (5) 域名注册信息

当网站经营者与其域名持有人具有一致性时, 域名注册信息可以作为认定网站归属的证据之一。但是, 实践中同一网站对应多个域名, 多个域名又归属于不同持有人的情形大量存在, 此时域名持有人与网站经营者发生分离, 两者并非同一主体。故域名注册信息不能作为认定网站归属的直接证据。

#### (6) IP 地址备案信息

由于 IP 地址的分配管理具有较强的技术性和灵活性, 因此, 不能直接从 IP 地址备案信息中判断网站所有人。

综上所述, 我们可以得出结论: 法院可以直接依据 ICP 经营许可证和文网文证上记载的“经营单位名称”认定侵权网站的所有人身份; ICP 备案信息仅具有初步的证明力, 当有相反证据足以证明其记载内容不真实、不正确时, 其证明力可以被推翻; 网页中有关网站经营者的标示及版权声明的证明力与 ICP 备案信息相近, 如果不一致可以作为共同被告; 而域名所有人信息和 IP 地址备案信息仅具有参考意义。

## 2. 公证书的证明力

知识产权证据通常通过公证书的形式予以固定, 公证书应具备与其证明效力相当的、严谨的制作过程。对于具有瑕疵的公证书的证明力如何认定是具有十分重要的意义的。实践中, 有些判决根据《民事诉讼法》第 69 条的规定, 简单地将公证书作为认定事实的根据, 对于相对一方对公证书提出的质疑, 往往要求其提供充分相反证据推翻公证证明, 而对公证书本身已经存在瑕疵则较少

就具体情况作具体的分析。

笔者认为,在司法实践中对瑕疵公证文书效力认定需要区分是属于重大瑕疵还是可以予以合理解释的瑕疵。对后者法官一般应该认可其效力的,而对前者则可以依法排除其效力。比如下面这个案例:原告发现一网吧在网上非法复制、下载其享有版权的电影作品,遂委托公证人员以消费者身份至该网吧公证保全,并对公证过程制作了公证文书。该证书所记录的网吧名称与被告一致,但地址为某某路22号,而被告位于某某路23号。同时,某某路22号为另一家网吧。这样的公证书存在重大瑕疵,被告即便不提供相反证据,其效力也是无论如何不能被认定的。

对于网页公证的证据,最高人民法院通过申诉案件最高人民法院(2008)民申字第926号民事裁定建立了一个公证证据审查规则,必须引起从事相关业务的律师及法官的重视:对于当事人提供的相关公证证据,人民法院在必要时可以根据网络环境和网络证据的具体情况,审查公证证明的网络信息是否来自于互联网,并在此基础上决定能否作为定案依据。因为,在技术上确实存在可以预先在本地电脑中设置目标网页,通过该电脑访问互联网时,该虚拟的目标网页与其他真实的互联网网页同时并存的可能性。当公证行为是在公证处以外的场所进行,公证所用的电脑及移动硬盘在公证之前不被公证员控制,且公证书没有记载是否对该电脑及移动硬盘的清洁度进行检查的情况下,法院认为此类公证书虽能证明在公证员面前发生了公证书记载的行为,但还不足以证明该行为发生于互联网环境之中。相关案件的代理律师在指导当事人做公证时必须避免上述瑕疵,法官在对待相关案件时也应该对其可能存在的虚假证据予以重视。

### (三) 知识产权侵权诉讼赔偿证据的举证与认定

《著作权法》第48条规定了权利人的实际损失额;侵权人的非法获利额;50万元人民币以下酌定的赔偿数额证明和计算标准。然而,在司法实践中实际损失、非法获利通常难以证明,通常许可使用费难以简单类比和认定,故几乎全部判赔都适用法定赔偿来确定。这客观上造成了法官裁量权过大,法官压力大,胜败方都不服;裁判尺度不统一,同案不同判现象较多;判赔额普遍偏低,难以制止恶性侵权等负面效应的出现。对于这样的情况,除了通过修法进行完善外,相关案件的代理人积极举证,法院采取灵活、公正的证据认定规则也具有十分重要的意义。

实践中也有部分高额判赔的案例,比如北京市第一中级人民法院(2005)一中民终字第3465号民事判决大恒公司诉成都拓能公司著作权侵权案判赔1800万元人

民币。在中粮诉嘉裕公司“嘉裕长城”葡萄酒商标侵权案中,北京市高级人民法院一审判决:被告赔偿经济损失15527479元人民币;最高人民法院二审判决:被告赔偿经济损失10614090元人民币。在这两个案件当中,法院应原告要求及时准确地进行诉讼证据保全,并根据获得证据采取公允客观的原告损失或被告获利的计算方式,使得高额判赔具有坚实的基础,胜败方皆服。

在一起网络游戏侵权案件中,原告广州光通通信发展有限公司是《恶魔的幻影》(又名《传奇三代》,又称传奇3G或传奇3)游戏在中国大陆地区的运营商,被告谈文明、刘红利、沈文忠编写外挂软件并设立网站销售。光通公司报案后,谈文明等被抓获。生效刑事判决书认定,谈文明等通过信息网络等方式经营上述外挂软件的金额达人民币2817187.5元人民币。2007年8月9日,法院终审判处3人2至6年有期徒刑。刑事判决书生效后,光通公司向三被告提起民事诉讼,要求三被告赔偿经济损失249万元人民币。审理过程中,双方达成调解,三被告赔偿原告249万元人民币。

类似案例给原告律师以下一些启示,值得关注:

- 1、对侵权者上下游企业远交近攻,利用各种方式设法取得原材料采购合同,加工合同、销售合同等证据。
- 2、学会借力取证,在初步掌握证据的基础上,请求工商、公安、质检开展行政执法,取得库存数量、进出库价格等证据。这些通过行政执法途径取得的证据在民事诉讼中会发挥重大的作用。
- 3、申请法院对案外人调查取证,比如对银行、支付宝、上下游企业、代理商的合同等进行取证。
- 4、向法院申请证据保全,争取查封被告财务账册。
- 5、借鉴《恶魔的幻影》案的作法,采取先刑后民、先行后民的维权。

综上所述,知识产权诉讼证据相对于传统的民事诉讼证据有其自身的特点,无形性、隐蔽性、技术性等特点使法院很难客观全面地了解侵权的真相,因此必须根据知识产权诉讼证据的特点采取相应的证明标准和认定规则。法院在认定知识产权诉讼证据时,需要运用全面、客观审核认定证据的原则,综合案件的全部证据予以审查判断:对有相关证据互相印证的事实予以认定;对相互之间矛盾的证据,应结合案件情况,判断各自证明力的大小,并对证明力较大的证据予以确认。以前对于知识产权诉讼有较强指导作用的《关于民事诉讼证据的若干规定》在当前的诉讼中似有不被法院重视的趋势,在新的《民事诉讼法》出台后,其适用如何把握急需最高人民法院进一步地予以明确,以尽量减少诉讼的不确定性。●



陈迎瑞:市律协知识产权业务研究委员会委员

●文/陈迎瑞

组稿邮箱: [tougao@lawyers.org.cn](mailto:tougao@lawyers.org.cn)

# 关于知识产权诉前临时措施的法律思考

知识产权民事诉讼诉前临时措施,是指知识产权权利人或利害关系人在提起民事诉讼之前,依法请求法院采取的诉前证据保全、诉前财产保全和诉前禁令等救济措施。不同于终局性救济措施,诉前临时措施制度的建立,为知识产权权利人提供了较为有效的诉前救济途径,对于保护知识产权权利人的合法权益,及时制止知识产权的侵权行为,具有重要的意义。

## 一、中外知识产权诉前临时措施的比较

《与贸易有关的知识产权协议》(简称 TRIPS 协定)第 50 条规定的临时性措施,作为知识产权有效的保护措施,是国内外知识产权保护的重要课题,受到广泛的关注,各国都试图建立一套更有效、更稳定的临时措施体系。笔者试从我国与德国的诉前临时措施进行比较,以探究我国完善诉前临时措施发展方向。

德国立法中临时措施主要包括以下几点:

### (一) 假扣押

1、对物假扣押。不实施扣押,将使未来的支付判决或裁定的强制执行受到危险的,交付保管人保管、命令当事人为一定行为或禁止为一定行为。

2、对人假扣押。对物假扣押被排除在考虑范围之外,且权利人无任何其他具有相同效果的选择的,可以在保障其损失时实施拘捕及其他限制人身自由的措施。

### (二) 临时处分

1、保障性处分。如果现状变更,当事人的权利将不能实现,或明显地难于实现时,对争议标的物实施保障性的处分。

2、规范性处分。该预先性规范对于避免重大损害、防止急迫的强暴行为,或保障权利和睦来说成为必要时,才能对有争执的法律关系实施该种临时处分。

3、证据保全。证据将归于消灭或其使用受到严重影响时,允许采用勘验、询问证人或鉴定的证据保全。

从德国相关立法上可以发现,其诉前临时措施统一建立在民事诉讼法律之中,所有的财产权都可以通过假扣押、临时处分和证据保全来进行诉前临时保护。知识产权是典型的财产性权利,所以无论是著作权还是专利权,都能得到临时措施的保护。

由此可见,德国在临时措施方面,力求一种系统性和统一性,而与之相比,我国在知识产权临时措施方面采取逐一规定的方式,分别针对具体的知识产权类型进行逐一的规定和司法解释。从针对性上看,我国知识产权诉前临时措施的分类是成功的,但我国知识产权临时措施法律规范分布过于分散,在体现了针对性的同时,缺少了相应的系统性与统一性。

同为诉前临时措施,诉前禁令、诉前财产保全及诉前证据保全都分别适用各自不同的程序,而综观三种临时措施程序,实则没什么太大的区别。由于知识产权临时措施本质上具有一致性,所以在充分照顾必要差异的基础上,可以试着从现有的程序规范中,总结出一套系统的临时措施程序,这样既可减少和避免适用中存在的不必要的差异,又能减小组合使用三种临时措施时的难度。更重要的是,这有助于我们在临时措施问题上增强法律本身的稳定性,提高效率。我国已经在临时措施的补充规定和司法解释方面积累了足够的经验,且具备了将这些成功经验系统化的必要条件,应当适时地对临时措施规定进行立法上的整合,以达到更高的水平。

## 二、我国法律关于保护知识产权诉前临时措施的相关规定及遇到的问题

诉前临时措施的法律依据为我国《著作权法》《商标法》和《专利法》的特别规定。其中诉前禁令和财产保

全措施分别为《著作权法》第50条、《商标法》第57条及《专利法》第66条所规定,诉前证据保全措施为《著作权法》第51条、《商标法》第58条及《专利法》第67条所规定。这些临时措施用简单的关键词概括,还仅限于诉前禁令、诉前财产保全、诉前证据保全三项。对于出现的日益复杂的知识产权经济领域,显然还是有疏漏不足的,从全领域、全覆盖的角度探索立法的相关规定是当务之急和长远之策必须考虑和兼顾的。

现在诉前临时措施在适用中遇到的主要问题大致有以下几个方面:

(一) 临时措施在专利、商标及著作权适用上的司法解释均规定对申请人申请错误造成被申请人损失的,被申请人可以请求申请人赔偿。但实践中对何谓申请错误,存在着不同的理解。一种观点认为,一旦临时措施被撤销或经过案件审理后申请人败诉的,申请人的申请即构成申请错误,应当承担申请错误的赔偿责任;另一种观点认为,只有在申请人主观上有过错或存在滥用诉权的情况下,才存在申请错误。在申请人不存在主观恶意的情况下,即使临时禁令措施被撤销,也不是其申请错误,不应当承担赔偿责任。实践中出现较多的情况是,申请人依据一个有效的专利提出禁令申请,但在案件诉讼中专利被宣告无效,在这种情况下能否认定申请人的申请构成错误,争议比较大。申请人在案件审理中败诉的原因是复杂的,或者是程序的原因,或者是证据的原因,或者是其他可能的各种原因,导致诉讼请求得不到法院的支持。笔者倾向于第一种观点。

(二) 依据司法解释的要求,对当事人符合法律规定的申请,法院应当在48小时内作出书面裁定。对于如何理解这一规定,实践中存在争议。一种意见认为,48小时不能以申请人正式提出禁令申请的时间作为起算点,而是应当从申请人的申请符合法律规定开始计算;另一种意见认为,司法解释关于裁定作出的时间的规定是依据《民事诉讼法》的规定,法院在48小时内作出裁定是以接受当事人申请作为时间起算点。笔者认为,48小时的起算点应从接受当事人申请时起开始计算。然而在审判实践中,对于当事人诉前临时措施的申请在48小时内审查并作出裁定,在多数情况下是比较困难的。这种程序的延迟也会导致实际损失的扩大,给诉讼和执行带来不公正的结果。

(三) 与其他生效判决、裁定的执行一样,诉前临时措施的执行也是审判实践中遇到的最棘手的问题之一。目前,对诉前临时措施的执行也主要由知识产权法官承担,在目前的执法环境下,采取执行措施往往具有一定的风险性,需要得到法警队、执行庭、立案庭等部门的配合与协作。执行有关诉前临时措施案件需要人民法院的

执行公务证,而知识产权法官办理执行公务证的渠道和手续相对不畅和繁琐,这需要法院系统自身整合力量,完善相关机制。

(四) 诉前临时禁令不同于诉前财产保全和诉前证据保全,它起到了临时性调整当事人之间权利义务关系的作用。所以,对于被申请人来说,在被法院禁止为一定行为的情况下,虽然有申请人提供的担保,但其权益因禁令所受到的影响是巨大的,目前给予被申请人的救济途径还不够充分。

### 三、完善知识产权诉前临时措施的思考与建议

我国立法受大陆法系影响较多,根据大陆法系国家的现行立法规定,在知识产权法领域主要存在两种请求权:侵权损害赔偿请求权和知识产权请求权。我国知识产权诉前临时措施的完善要注意这两种方式的综合运用,做到适应变化,与时俱进,不断赋予其新的内涵。因此,要考虑到新的诉前临时措施以正面支持权利人合法权利为主,辅助以兼顾未明确侵权责任人利益的立法条款,也就是要给予未明确侵权责任人或善意取得的侵权人提供调解、补偿解决纠纷的权利。现有诉前临时措施可以从以下几个方面予以补充考虑:

(一) 诉前禁令中涉及的措施内容太过抽象,在实际判断时不易执行,往往是权利人的申请得到了满足,而被申请人的有关行为却没有受到任何遏制。笔者认为应将诉前禁令予以细化,可设计多种临时措施停止侵权行为,使诉前禁令具有针对性。如在网络侵权方面可采用停止提供有关接入服务,断开网络连接,注销有关网络用户账号,去除侵害人在权利作品上设置的技术加密或数字水印等技术障碍。这样,诉前禁令就有了明确的针对性,并可发挥其在特定领域的法律作用。

(二) 我国诉前临时措施在不断地完善的同时,又一直被局限于知识产权领域,考虑到知识产权保护与反不正当竞争的密切关系,在《民事诉讼法》修订后,在反不正当竞争案件中引入诉前临时措施终于有了法律依据。但诉前临时措施在反不正当竞争案件中仍然面临着几个问题:一是反不正当竞争案件诉前禁令的申请人都是经营者,经营者之间存在竞争关系,如果对诉前禁令的适用把握不当,容易被经营者利用该措施打击竞争对手;二是在反不正当竞争案件中,权利人的权利界线模糊,不经审判很难判断,如在商业秘密中的技术信息和经营信息,不经过充分的举证、质证甚至专家鉴定,往往难以判断其为商业秘密,而诉前禁令则要求一般应在48小时内作出初步审查判断,执行难度相当大。考虑到以上两点因素,若要在反不正当竞争案件中使用临时措

施,应当严格审查申请人提交的证据,认真评估胜诉的可能性以及造成难以弥补的损害的可能性。另外,在担保数额上,要充分考虑如果申请错误,可能造成的直接损失及有关的间接损失。在反不正当案件中临时措施适用还应及时予以填补充实。

(三)在法院行使诉前禁令和诉前财产保全时,可以允许被申请人单方采取反担保。在实践中,经常会遇到错误申请,这些错误申请严重影响了被申请人的正常生产经营活动,并影响被申请人的商业信誉和企业形象。为了及时维护被申请人的合法权益,可以不需申请人同意,在未明确法律责任和法院未作出生效判决阶段,在被申请人提供财产担保,并承诺定期提供销售记录、在库产品登记和财务收支账册后,允许被申请人继续实施相应的民事权利行为,待法院判明结论后,过错方承担法律和经济赔偿责任。

#### 四、诉前临时措施中律师实务另类作用的探索和实例启示

律师在执业实务中,根据知识产权案件的性质,正确适时应用诉前临时措施,依靠法院的强制力量,起到防止侵权损失扩大的作用,属于常态性的办案手段。但律师如果能发挥主观能动性,因势利导恰到好处地运用诉前临时措施,及时有效地处理相关纠纷,就会产生诉讼结果不一样的益处,也是符合权利人利益的另一种办案思路。首先应当肯定,诉前临时措施无疑是为了重在维护知识产权权利人的正当权力,打击各类侵权行为,及时防止侵权行为造成更大损失而发挥的积极作用。但在办案实际中,化干戈为玉帛,变对手为伙伴,在采取诉前临时措施时产生正面效应,由对抗状态转为合作情形也会随机出现,我们应当抛弃固有的非敌即友、诉讼决定结果的思维模式,将原则性与灵活性相结合,在谋求不违反法律规定,实现利益的最大化。在取得双赢效果的结局上,发挥协调功能和撮合作用,使诉前临时措施成为纠纷解决的助推力量 and 对抗化解的有效措施,也成为权利人“不战而屈人之兵”的选项方法,同时给被申请人创造“不打不相识”的机会,进而使对手发展成为合作的伙伴。

笔者曾办理过的案件证明,律师在这方面是可以有所作为的。例如,上海现在已成为国际会展中心,在会展期间,每年多次发生申请人要求法院采取临时措施对被申请人予以撤展的案件,其中也会发生一些临时措施的错误申请。建议在未明确被申请人具备侵权责任的情况下,在被申请人提供了足额财产担保和一系列生产销售证据,承诺如明确法律责任后愿意承担全部经济赔偿责任,法院应允许被申请人继续从事会展民事行为。当然

已有明确证据表明被申请人是恶意侵权则不属此列。2011年夏季上海举办了大型国际商品展销会,有一家民营企业(以下简称该企业)在展会上发现外地一家大型国营企业仿冒了类似该企业的毛巾、浴巾系列图案的专利商品,展销门面很大,中外订单客户盈门,由于该企业陷入资金困境,已无能力延续生产。笔者得到该企业的法律求援后,首先提请该企业申请法院诉前临时措施,并发出律师函,不料在法院临时措施未批准实施前,这家大型国企主动找上门来,要求合作,表示已有国内外诸多订单,企业也有大型生产设备,展出的毛巾、浴巾系列商品虽与该企业有所雷同,但属于独立设计不属仿冒,如能合作可以商谈条件,经过多次谈判双方终于达成了销售分成协议,该企业也将闲置的系列毛巾、浴巾图案专利商品,允许有偿转让生产,该企业每年可得到可观的利润分成,双方纠纷圆满解决。

在知识产权反不正当竞争案件方面,笔者认为应当允许在采取诉前临时措施阶段,在权利人同意的情况下,侵权人可以以合理价格将侵权物品或复制侵权物品的设备,作价转让给被侵权人,以免除或抵扣侵权民事赔偿责任和标的;或是在当事人协商同意的情况下,以相当于许可费的赔偿金代替销毁侵权设备的费用。达成调解后,权利人可作撤销诉前临时措施申请。在知识产权领域,当未向法院起诉前或在申请诉前临时措施阶段,权利人基于维权成本和其他原因与侵权人私下达成和解,这类案件时有发生,就像闯红灯者侥幸逃过处罚一样,法律也无法干预,那么在未明确法律责任的情况下,借鉴德国“假扣押”的概念,我们是否可以在实体上设计“假和解”的方式,在采取诉前临时措施阶段双方自愿达成和解,法院审核后予以有限或全部准许,法院的责任在于审核这种和解是否违背社会公共利益和法律禁止条款。笔者认为,在诸如盗版光碟、图书等文化产品领域和医药食品领域以及关系国防科技等领域,应当严格实施打击侵权方针不变绝不通融;而在某些民族工业、生产制造等领域和小额标的知识产权纠纷上可以考虑权利人与侵权人通过自愿协商调解解决纠纷,待纠纷解决后,诉前临时措施即告解除。这和交通事故中小型纠纷自行和解、快速解决不予立案,以便利道路畅通是同样的道理。

诉前临时措施的申请,还应明确一定的时限效力,如规定申请批准后30日内,须申请按照我国《民事诉讼法》的规定转为一般民事保全措施,申请人必须提供法定的担保手续,申请人逾期不办理的,诉前临时措施视为撤销,使诉前临时措施在实效的运用上更加科学,也可及时防止和纠正滥用错用的情形,这对于利用诉前临时措施达到恶意竞争等不良商业的企图,起到有效地遏



王小兵:市律协知识产权业务研究委员会委员

●文/王小兵

组稿邮箱: [tougao@lawyers.org.cn](mailto:tougao@lawyers.org.cn)

# 对电影《人再囧途之泰囧》版权侵权及不正当竞争案的法律分析

制作用。

另外,知识产权案件在权利人申请临时措施后,案件又存在反不正当竞争刑事性质,此类案件不因适用“先刑后民”而中止法院的民事审理,法院应该继续独立审理,先明确民事法律和经济赔偿责任,按期结案,如侵权人要承担刑事责任,另要经济赔偿处罚,可刑事附带民事诉讼,在刑事程序中独立解决,与民事判决不相关联,民事判决已体现的赔偿部分与刑事案件的赔偿处罚,要体现不相重叠的原则。在知识产权案件中,不采用“先刑后民”的做法,有利防止侵权损害结果因刑案审理的延长而扩大化,也会减少因刑案侵权人获罪而无法弥补赔偿损失的可能性。笔者代理过此类案件深有体会:上海某家高科技企业(以下简称该企业)拥有修复各类磁卡反复使用的先进专利技术,在委托其他厂家生产机器设备后,被盗取了核心关键技术,不久与该企业有意向签订生产合同的客户纷纷提出撤销签约,经查是与另一家新公司以更低的价格签约,而这家新公司的合伙人正是该企业委托生产机器设备厂家的工程技术人员,其在盗取专利技术后组建了新公司,很快生产了相类似的仿冒机器设备,并骗取了大量的生产订单。该企业迅速申请诉前临时措施,进入诉讼程序,后因这家新公司窃取该项专利技术申请了某区科技创新基金,申请仿冒产品数额超过50万元人民币,构成刑事犯罪嫌疑,公安部门介入侦查,启动刑事程序,于是中止了法院的民事案件审理,刑事性质因属复杂疑难,延期一年才得以结案,期间欲签生产订单的客户由于不明真相,不知责任谁属,不敢签约。恢复民事审理判决后,承受的经济损失无法全额追索,只能将侵权设备在执行中予以抵扣赔偿。所以,如果法院民事案件采取先期了结,判令新公司构成侵权和经济赔偿责任,将侵权设备销毁或作价赔偿,客户的生产订单就会恢复,损失就会减少。建议已采取诉前临时措施和进入诉讼程序的知识产权案件,不宜适用“先刑后民”的审理规定。●

电影《人再囧途之泰囧》自2012年12月12日公映以来,创造了华语电影的票房纪录,然而就在近期,电影《人在囧途》的制片方武汉花旗影视制作公司却将电影《人再囧途之泰囧》的出品方光线传媒股份有限公司、光线影业有限公司、影艺通影视文化传媒有限公司、真乐道文化传播有限公司告上法庭,并索赔人民币1亿元。此案已在北京市高级人民法院立案。

根据光线传媒股份有限公司的《重大诉讼公告》,原告的民事起诉状基本内容为:

(一)原告认为被告故意进行引人误解的虚假宣传,暗示、明示两部片子的关系,故意将《人再囧途之泰囧》与《人在囧途》进行对比,是《人在囧途》的续集、升级版,将《人在囧途》的成功转移到《人再囧途之泰囧》上,构成不正当竞争。

(二)原告认为被告在全国各地的宣传广告中,直接、大量、无数次擅自使用《人在囧途》特有的名称。

(三)原告认为将两部电影进行比

对中可以发现,无论电影名称、构思、情节、故事、主题还是台词等多处,两部电影实质相似,构成对原告著作权的侵犯。

(四)原告认为根据公正的《中国电影报》显示,截至2013年1月27日,被告票房收入是12.52亿元人民币。上映期间,被告股票大幅升值。根据被告等公开的消息,被告获利43%,即5.38亿元人民币。原告的诉讼请求为:1、被告不正当竞争行为构成侵权;2、立即停止侵权、消除影响、赔礼道歉;3、赔偿原告经济损失1亿元人民币;4、承担本案的诉讼费。

从新闻媒体的报道来看,此案主要涉及4个方面的法律问题,即:1、被告是否构成虚假宣传的不正当竞争行为;2、被告是否擅自使用了原告知名商品的特有名称,从而构成不正当竞争;3、被告出品的电影《人再囧途之泰囧》是否侵犯了原告电影《人在囧途》的版权;4、如果被告构成侵权及不正当竞争,则应承担何种法律责任。

以下,笔者就上述4个问题作逐一地分析:

## 一、关于被告是否构成虚假宣传的不正当竞争行为

我国《反不正当竞争法》第九条第一款规定：“经营者不得利用广告或者其他方法，对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。”虚假宣传行为是我国《反不正当竞争法》规制的对象，其立法目的是规范市场主体对商品的宣传行为，禁止以各种手段对商品作引人误解的虚假宣传，从而损害相关公众及其他竞争者的合法权益。最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第八条规定：“经营者具有下列行为之一，足以造成相关公众误解的，可以认定为《反不正当竞争法》第九条第一款规定的引人误解的虚假宣传行为：1、对商品作片面的宣传或者对比的；2、将科学上未定论的观点、现象等当作定论的事实用于商品宣传的；3、以歧义性语言或者其他引人误解的方式进行商品宣传的。”

需要注意的是，构成不正当竞争行为的虚假宣传应当是“引人误解”的虚假宣传，换句话说，即便是虚假宣传，但宣传的后果并未“引人误解”，则不属于不正当竞争，法律对其并不规制。对于是否构成引人误解的虚假宣传，则应当根据日常生活经验、相关公众一般注意力、发生误解的事实和被宣传对象的实际情况等因素进行综合认定。

笔者认为，本案被告方对《人再囧途之泰囧》的宣传行为，构成引人误解的虚假宣传，属于不正当竞争。理由如下：

（一）从电影名称上看，容易使相关公众认为《人再囧途之泰囧》系《人在囧途》的续集，两部电影之间存在关联关系。《人在囧途》公映在前，其已经取得了不错的票房和口碑，在广大观众中已经形成了一定的影响力。被告拍摄的《人再囧途之泰囧》与原告方没有任何关系，却在电影名称中使用原告电影的名字，而且将“在”改成“再”，容易使观众认为电影《人再囧途之泰囧》是《人在囧途》的续集，两部电影存在一定的关联关系，进而认为两部电影的制作方系同一单位或至少存在关联。

（二）从被告对外的宣传来看，被告曾多次对外宣称两部电影存在关联关系。光线传媒董事长王长田曾称，因有前面的一个品牌，光线传媒才选择投资。而导演徐峥也说过，《人在囧途》本身具有一定的市场熟悉度，故而选择做《人再囧途之泰囧》。其实被告剧组赶赴泰国之前的开机宣传中使用的电影名字是《泰囧》，然而不久之后，便更名为《人再囧途之泰囧》，并开始在各种场合宣传中称其是《人在囧途》的续集、升级版等。更为甚者，2013年1月20日，由北京市广电局和光线传媒牵

头的《泰囧》研讨会上，《人再囧途之泰囧》投资方光线传媒董事长王长田透露，“囧途”的故事将被拍成系列电影，《人在囧途3》最晚将于2014年与观众见面。这进一步佐证了被告意图使相关公众误认为不论是《人再囧途之泰囧》还是《人在囧途3》都是《人在囧途》的系列电影，它们之间是有关联性的。

（三）从客观效果上看，相关公众已经产生了误解。由于《人在囧途》此前的良好口碑，再加上被告在电影公映前及公映期间的刻意宣传，在《人再囧途之泰囧》上映期间，的确会有部分观众冲着其是《人在囧途》的续集而去观看的，两部电影的主演（徐峥和王宝强）没有变化，更加会使观众误认为两部电影存在关联关系，两部电影的制作方系同一单位，或至少存在关联性。

综合以上，笔者认为被告对电影《人再囧途之泰囧》的宣传，系对商品作片面的宣传或者对比，以歧义性语言或者其他引人误解的方式进行商品宣传，这足以造成相关公众的误解，构成引人误解的虚假宣传，属于不正当竞争行为。

## 二、关于被告是否构成擅自使用原告知名商品特有名称的不正当竞争行为

原告在本案中起诉被告的另一种不正当竞争行为是“擅自使用他人知名商品的特有名称”。该类不正当竞争行为系我国《反不正当竞争法》第五条第二款所规定的，即经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易，损害竞争对手：擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品。因此，认定是否构成“擅自使用他人知名商品的特有名称”需要满足以下4个法律要件：1、该商品系知名商品；2、该商品的名称系特有名称，非通用名称；3、未经许可，擅自使用该特有名称或相近似的名称；4、造成购买者混淆，误认为购买的是该知名商品。以上要件必须同时满足，才构成此类不正当竞争行为。结合本案事实，笔者分析如下：

对于第1个要件，电影《人在囧途》是否应当认定为知名商品，答案是肯定的。“知名商品”如何认定，需要考虑哪些因素，在我国《反不正当竞争法》中没有提及。但是，最高人民法院在《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》中明确了认定“知名商品”应当考虑的因素和认定原则，即在中国境内具有一定的市场知名度，为相关公众所知悉的商品，应当认定为是《反不正当竞争法》第五条第二款规定的“知名商品”。人民法院认定知名商品，应当考虑该商品的销售时间、销售区域、销售量和销售对象，进行任何宣传的持续



时间、程度和地域范围,作为知名商品受保护的情况等因素,进行综合判断。原告应当对其商品的市场知名度负举证责任。笔者认为,对商品是否知名应当进行“综合”判断,而不能仅仅参考某一个因素。从维护合法权益,保护和培育市场品牌,维护正常的市场竞争秩序,制止不正当竞争行为的角度出发,司法机关对“知名商品”的认定标准不应过于严苛。

最高人民法院在申请再审人上海艺想文化用品有限公司与被申请人上海帕弗洛文化用品有限公司擅自使用知名商品特有名称、包装、装潢纠纷一案中也认为:“知名性要求的本质在于,在商品具有一定知名度的情况下,除一些特殊的情况外,商品的特有名称、包装和装潢一般会具有区别商品来源的作用。《反不正当竞争法》对在相关市场上已经具有区别商品来源作用的商品特有名称、包装和装潢进行保护,赋予其制止他人搭车模仿的权利,其目的在于为知名品牌的培育和成长创造有利空间,防止因仿冒行为影响知名品牌的发展。因此,认定《反不正当竞争法》第五条第二款所称的‘知名商品’是为保护具有区别商品来源意义的商品特有名称、包装和装潢服务的,只要其在相关公众中具有一定的知名度即可,并不要求为相关公众广为知晓。”本案中,电影《人在囧途》于2010年6月4日在全国上映,虽然遭到众多国内外大片的夹击,《人在囧途》却杀出了一片

血路。刚上映的首周票房就破了千万元人民币,总票房约5000万元人民币。该片由徐峥、王宝强、左小青、张歆艺等国内知名演员联袂主演,获得了很好的口碑,且国内众多视频网站也纷纷上传了该部影片供广大网友在线或下载观看。按照最高人民法院对“知名商品”认定的标准和观点,原告拍摄的电影《人在囧途》应当被认定为“知名商品”。

对于第2个要件,笔者认为,“人在囧途”可以被认定为原告电影的特有名称。认定权利人商品的名称是否属于“特有名称”,应当把握三个原则,即:1.该名称应是特定商品或服务的名称,脱离了特定的商品或服务讨论“特有名称”没有意义;2.该商品的名称是否具有显著性,即是否可以起到与其他同类商品相区分的功能;3.权利人是否在先使用,如果权利人在先使用了具有区别商品来源的显著特征的商品名称,那么该“名称”应当认定为商品的“特有名称”。“人在囧途”作为原告电影的名称,与其他电影的名称显著不同,该名称在其他电影作品中没有出现,体现了原告对其电影作品所付出的创造性劳动。特别是电影作为一种特殊的商品,其传播速度、范围均优于其他一般商品,再加上原告对其电影的推广、宣传,故应当认为“人在囧途”已经具有了区分商品来源的显著性(在某种程度上,与商标的法律属性类似)。另外,原告是首先将“人在囧途”这一名称

使用在电影作品上的,远远早于被告的使用。综合以上,应当认定“人在囧途”系原告知名商品的特有名称。

对于第3个要件,笔者认为,被告使用的商品名称与原告的名称不相同也不近似。按照最高人民法院的相关司法解释,认定与知名商品特有名称相同或者近似,可以参照商标相同或者近似的判断原则和方法。本案中,被告电影《人再囧途之泰囧》与原告电影《人在囧途》,只有三个字是相同的,其余的汉字均不同。从被告电影的宣传海报及新闻发布会现场来看,被告电影名称突出的是“泰囧”而非“人再囧途”,而且无论是被告还是媒体常常将被告电影简称为《泰囧》,这说明被告电影名称的主要部分应当是“泰囧”,而不是“人再囧途”。观众去电影院买票观影,也常常呼叫“泰囧”而不是“人再囧途”。尽管两部电影名称中存在相近似的部分,但从被告使用其电影名称的行为以及区别被告电影商品来源的功能上看,两部电影名称不存在近似。

对于第4个要件,笔者认为,被告使用《人再囧途之泰囧》这一名称不会造成购买者的混淆。首先,如第3个要件的分析,原、被告双方出品的电影名称不相同也不近似,因此相关的电影发行方、影院及广大观众完全可以将这两部电影区分开来;其次,两部电影的档期相差两年半,客观上不会造成购买者对这两部电影本身产生混淆;第三,被告在宣传中将《人再囧途之泰囧》说成是《人在囧途》的续集或升级版,尽管这属于虚假宣传,但也说明了被告并不希望消费者将两部电影混为一谈,让公众认为是同一部电影;最后,尚无证据证明,某些消费者本打算看电影《人在囧途》却因为两部电影名称近似而误买了《人再囧途之泰囧》的电影票,损害了原告方的市场份额。

因此,笔者认为,由于被告使用的电影名称与原告不相同也不近似,且被告所使用的电影名称客观上并未造成相关公众的混淆,故被告的行为不属于《反不正当竞争法》所规制的擅自使用他人知名商品的特有名称。

### 三、关于被告是否侵犯了原告电影作品的著作权

电影作品,是指摄制在一定介质上,由一系列有伴音或者无伴音的画面组成,并且借助适当装置放映或以其他方式传播的作品。电影作品的形成是一个比较复杂、系统的智力创作过程,它是由众多作者共同创作的综合性艺术类作品,一部电影可能涉及编剧、导演、音乐、摄像、美工等多方面的创作。电影作品是我国《著作权法》所保护的客体,但按照著作权侵权判定理论,《著作权法》保护的是思想的表达而不保护思想本身。具体到电影作品中,《著作权法》保护的是电影作

品所呈现的故事背景、故事情节、人物、画面、台词、音乐、美术等视觉和听觉效果的外在表现形式,只有上述因素相同或实质相同的前提下,才能判定侵犯了原电影作品的著作权。

本案,电影《人在囧途》与《人再囧途之泰囧》在上述几个方面都存在很大的区别。《人在囧途》以中国春运为背景,讲述了春节将近,玩具集团老板李成功(徐峥饰)回长沙过年,同时在情人曼妮(李曼饰)的逼迫下,准备过年后跟老婆(左小青饰)离婚。结果,在机场遇到前往长沙讨债的“资深”挤奶工牛耿(王宝强饰)后,霉运不断。两人经历了一段“囧途”后,李成功对之前人生进行了反思,对社会、家庭、下属都有了改观,与妻子团圆,牛耿也拿到债款,大家皆大欢喜。而《人再囧途之泰囧》的故事大部分发生在泰国,电影讲述了商业成功人士徐朗(徐峥饰)发明了一种叫“油霸”的神奇产品——每次汽车加油只需加到三分之二,再滴入2滴“油霸”,油箱的汽油就会变成满满一箱。徐朗的同学,兼对项目有分歧的竞争对手高博(黄渤饰)想把这个发明一次性卖给法国人。但徐朗坚决不同意,他希望深入开发研究,把“油霸”发扬光大,得到更远的收益。由于两人股份相同,唯有得到公司在泰国的最大股东周扬的授权书,方可达到各自的目的。徐朗、高博先后赴泰国找周扬。飞机上,徐朗遇到了王宝(王宝强饰),别有心机地徐朗想利用他来摆脱对手高博的追赶,可他不仅没甩掉王宝,还引发了一连串闹事。最终,大家摈弃了商业利益,回归亲情、友情、爱情。

两部电影无论在故事背景、故事情节、人物设置、台词、服装、拍摄画面、音乐等方面均有很大不同,系各自独立创作的电影作品,应分别受到《著作权法》的保护,《人再囧途之泰囧》不构成侵权。

对于原告所主张的其对“人在囧途”的电影名称享有著作权,被告擅自使用了原告的电影名称,构成侵权的观点,笔者并不认同。首先,我国《著作权法》对是否应当保护文学艺术作品的名称没有明确规定,对作品名称加以保护没有法律依据;其次,“人在囧途”如果脱离了电影本身,该词汇并不具有独创性。“人在某途”这样的构词方式早已有之,如“人在旅途”、“人在仕途”、“人在归途”等等,而“囧”这个字也并非原告所独创。原告将两个并非独创的词合并在一起,也不应赋予其独创性;第三,“人在囧途”作为电影名称并不属于我国《著作权法》意义上的作品,公众如果仅看到“人在囧途”四个字而不看该部电影,并不能将其与电影所要表达的故事内容、情感和主题思想进行联系,因此单独的作品名称不能称之为“作品”。云南省高级人民法院在上诉人赵继康与被上诉人曲靖卷烟厂关于电影剧本《五

朵金花》著作权侵权及不正当竞争纠纷一案中认为：“《五朵金花》剧本是一部完整的文学作品，‘五朵金花’四个字仅是该剧本的名称，是该剧本的组成部分，读者只有通过阅读整部作品才能了解作者所表达的思想、情感、个性及创作风格，离开了作品的具体内容，单纯的作品名称‘五朵金花’因字数有限，不能囊括作品的独创部分，不具备法律意义上的作品的要素，不具有作品属性，不应受《著作权法》的保护。在《著作权法》领域，不同作者基于各自的创作可以产生名称相同但形式、内容不同的作品；在不同领域则产生性质不同的权利，不能适用《著作权法》的调整，否则将会妨碍社会公共利益，与《著作权法》的立法原则和精神不符。”笔者对上述司法观点予以认同，“人在囧途”作为电影名称与其电影作品是浑然一体、密不可分的，应当与电影作品一起作为一个作品整体来判断侵权与否，而不应把电影名称与电影作品割裂开，单独仅就电影名称本身来判断是否构成著作权侵权是不恰当的。

在此，笔者需要向读者区分两个法律概念，即知名商品特有名称所具备的“显著性”与文学艺术作品所具有的“独创性”不是一回事。前者强调的是权利人在特定商品领域对商品名称的持续使用、推广、宣传，而使该商品名称具备了区分商品来源的作用，产生了与其他同类商品名称相区别的功能；后者强调的是文学艺术作品系作者独立创作而非抄袭模仿，该作品体现作者的创造性劳动，与公有领域的作品存在一定的差异化。上述两个概念之间并无必然联系。举个例子，“长城”（假设未注册成商标）葡萄酒经过权利人的长期宣传、使用，“长城”已经产生区分葡萄酒品牌的功能，具备了“显著性”，则“长城”可以作为葡萄酒的特有名称，但“长城”一旦脱离了特定商品，就是一个通用的词汇，本身不具备“独创性”。笔者之所以区分“显著性”和“独创性”的不同含义，主要是说明，“人在囧途”虽然可以作为具备“显著性”的知名商品特有名称，却并不必然因此而成为具有“独创性”的作品。

综上，笔者认为，无论是从电影作品的表现形式上还是从单独的作品名称上，被告的《人再囧途之泰囧》都不构成著作权侵权。

#### 四、关于被告应当承担何种法律责任

原告在本案中要求被告承担的法律 responsibility 主要是停止侵权、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失。由于被告应当承担何种责任以及责任的大小与被告是否构成著作权侵权及不正当竞争行为的定性有很大关系。笔者并未看到双方的证据材料，仅就媒体的报道来分析本案，故笔者对被告应承担的法律 responsibility 也仅建立在上文分析论证

的基础上。

对于停止侵权的法律 responsibility，由于被告的行为并不构成著作权侵权，故被告不应承担停止侵权的法律 responsibility。由于被告构成虚假宣传的不正当竞争行为，故法院应当判令被告立即停止不正当竞争行为，禁止在今后的宣传、推广中宣传《人再囧途之泰囧》是《人在囧途》的续集或升级版。

对于消除影响的法律 responsibility，由于被告的虚假宣传行为确实已经造成相关公众对两部作品的制作方和关联性产生误解，故被告有义务在媒体上或通过其他方式向公众澄清事实，以消除自己的虚假宣传行为给原告带来的不利影响。有人认为，由于《人再囧途之泰囧》的票房、知名度远高于《人在囧途》，原告并未产生不利影响，反而由于《人再囧途之泰囧》的上映而给原告及原告的电影带来好处。笔者并不赞同这种观点，消除影响在多数情况下固然可以理解为消除“不利影响”，但更重要的是对相关事实的澄清，还原告及公众一个客观的事实，不要再让公众陷入继续的误解，从这个角度上说，它不以“有利”还是“不利”为标准。况且，如果不进行事实的澄清，相关公众会基于《人再囧途之泰囧》的高知名度和被告的虚假宣传而认为电影《人在囧途》也系被告所出品，这显然已经侵害到了原告对《人在囧途》所享有的合法权益。

对于赔礼道歉的法律 responsibility，通常来说，赔礼道歉仅限于对人身权利侵害所应承担的法律 responsibility。本案原告在诉讼请求中似乎并未提及被告对其人身权的侵害，如果原告在证据材料中也未举证证明被告侵犯了原告的人身权利，那么被告不应承担赔礼道歉的法律 responsibility。

对于赔偿损失，原告要求被告赔偿 1 亿元人民币，对于该笔赔偿的计算方式，笔者不得而知，但根据我国知识产权侵权赔偿计算的司法实践来看，上述赔偿不太可能得到法院的支持。原告很难证明被告的不正当竞争行为给其造成的损失具体有多少。况且，两部电影的档期相差两年半，被告即便构成不正当竞争，那么给原告造成的损失也是有限的。因此，本案中法院很有可能适用法定赔偿标准，在人民币 50 万元以下酌情认定。

以上是笔者根据现阶段媒体公布的材料，对电影《人再囧途之泰囧》涉嫌著作权侵权及不正当竞争案件的法律分析，希望抛砖引玉与业内同行进行更深层次的交流。●

补正：本刊 2013 年第五期《QFII 参与我国期货市场的利弊分析及建议》一文作者之一姚思，应为姚思静，并向作者致歉。——编者



原素雨：市律协知识产权业务研究委员会委员

●文 / 原素雨

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 从一起判例探讨 OEM 中商标侵权的认定及抗辩

## 一、案情简介

2011年,原告香港A公司向厦门市中级人民法院提起诉讼,诉称被告二厦门C公司向厦门海关申报出口的一批罐头产品上标有 ISKA 标识,海关认定该批罐头侵犯了原告的商标专用权,做出没收并给以行政处罚的处理。另据原告调查,该批产品是被告一德国B公司委托被告二厦门C公司定牌加工生产的。据此,原告认为被告一、被告二共同侵犯了原告的商标专用权,诉至厦门市中级人民法院,要求两被告立即停止侵权、销毁侵权产品、赔偿损失。

经过法庭调查,法院查明涉案 ISKA 商标在中国大陆最早是由广西D公司于2001年申请,2002年获得注册,2008年广西D公司又将涉案商标转让给香港A公司。并且,广西D公司的法定代表人与原告香港A公司的法定代表人苏某系亲生父子关系。法院进一步查明,德国B公司早在原告商标申请之前就已经在希腊、俄罗斯、欧盟等国家注册、使用涉案商标,但未在中国大陆申请登记注册。德国B公司从1997年开始长期委托中国大陆企业为其贴牌加工产品。并且,自1998年至2006年期间,原告的法定代表人(公司的唯一股东)苏某曾先后以包括广西D公司在内的多家厂商的名义与被告德国B公司签署合同,为德国B公司贴牌生产产品(贴牌的商标均为涉案商标)。

2011年12月,法院作出一审判决,认为苏某通过其父亲开办的广西D公司注册涉案商标的行为无疑是商标抢注行为,但是否应当撤销,应通过商标行政程序解决。但法院又特别指出,诚实信用是商业活动应遵循的基本原则,任何违反诚信的行为均不应受到法律保护。据此,法院作出驳回原告香港A公司全部诉请的判决。一审判决后,原告上诉至福建省高级人民法院,认为一审法院援引《商标法》第31条作为法律依据驳回原告诉请属于适用法律错误,法院无权适用该条款;法院引用诚实信用原则是搞道

德审判。2012年6月,福建省高级人民法院作出终审判决,驳回上诉,维持原判。

## 二、各地法院对 OEM 中使用商标的行为是否属于商标侵权存在不同的认识

OEM 俗称贴牌加工,是指在来料加工、来样加工和来件加工业务中,由境外委托方提供商标,境内受托方将其提供的商标印在所加工的产品上,并将加工后的产品全部返还给境外委托方,境内受托方不负责对外销售,仅收取加工劳务费的一种生产组织方式。

近年来,在 OEM 过程中出现了很多商标侵权诉讼案件,其根源是因为 OEM 过程中加工方使用的商标在国内和国外具有两个不同的权利人,国外的权利人委托国内加工方生产后,在海关申报出口时,被国内的权利人发现或海关直接查扣。国内的权利人随即指控该产品侵犯了其在中国境内的注册商标专用权。而对此类在 OEM 过程中使用商标的行为是否构成商标侵权,各地法院存在不同、乃至完全相反的观点。

### (一) 支持 OEM 构成商标侵权

一些法院认为,只要使用了与权利人在中国注册的商标相同或相近似的商标,即使其委托人在国外拥有商标权,产品也全部出口,也构成侵权。其理由是商标具有地域性,委托人仅在国外登记注册未在中国注册,在中国不享有商标权利。根据我国《商标法》第52条的规定,未经商标权利人的许可,在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的行为属于典型的侵权行为。比较典型的案例如2005年浙江省高级人民法院判决的瑞宝公司“RB”商标纠纷案等。

此类案件中,被告通常会抗辩其产品全部出口,不在国内销售,国内的消费者不会产生混淆,没有损害权利人在中国的利益,不构成侵权。而法院则是按照现行《商标

法》的规定进行认定,并没有将国内消费者是否产生混淆作为侵权构成的要素进行考量。

### (二) 否定 OEM 构成商标侵权

一些法院认为,商标的基本功能使消费者区分商品或服务的来源,所以消费者是否可能产生混淆是认定商标侵权的基本前提。OEM 产品不在中国国内销售,不会引起中国消费者的混淆,所以不构成侵权。比较典型的是上海申达音响电子案,该案的一审及二审法院均认为:“商标的基本功能是区分商品或服务来源的识别功能,侵犯商标权其实质是对商标的识别功能的破坏,使得一般消费者对产品的来源产生混淆、误认。”据此认为涉案商品全部出口到国外,只在中国境内具有商品来源的识别意义,并不在中国境内发挥识别商品来源的功能,从而认定不构成侵权。

2009 年 1 月,最高人民法院知识产权庭在苏州召开“知识产权审判如何应对金融危机对实体的冲击暨服务外包法律论坛”,据会后形成的会议纪要记载,各方对此问题的观点看法不一,甚至相互矛盾。工商和海关的观点较为一致,均认为构成侵权。北京市高级人民法院知识产权庭的意见是认为商标侵权应该以混淆或造成混淆的可能性为条件,OEM 中不会构成混淆,不侵权。浙江省高级人民法院却认为如果使用的商标相同就构成侵权,如果不相同,对是否近似要从严把控。福建省高级人民法院则认为应从严把控,如有合理抗辩理由,则不认定为侵权。即使认定侵权,未造成损失的,应仅判决停止侵权和支付合理费用。最高人民法院知识产权庭对此争议未做明确的表态。

### 三、最高人民法院的态度

最高人民法院对此类案件是否构成侵权一直未予明确表态。2009 年 4 月,最高人民法院发布的《关于当前经济形势下知识产权审判服务若干问题的意见》指出:“…妥善处理当前外贸‘贴牌加工’中多发的商标侵权纠纷,对于构成商标侵权的情形,应当结合加工方是否尽到必要的审查注意义务,合理确定侵权责任的承担。”

这是截至目前为止,最高人民法院首次在对外正式发布的文件中涉及到 OEM 中的商标侵权问题,但实际上对是否构成侵权还是没有明确表态。2012 年,最高人民法院知识产权庭庭长孔祥俊发表了《论我国商标司法的八个关系》一文,在文章中对该表态的背景又做了进一步的解释:“该意见实际上又是未作表态的表态,即还是有态度的,尤其是允许对此类行为的定性和处理进行进一步研究探索。而且,只说到构成侵权的处理问题,言外之意还可能有不构成侵权的情形。”该文章直接透露出最高人民法院对此类案件的谨慎态度:“在法律规定不清晰或者有两种以上的解释而需要逐渐廓清其内涵时,或者法律滞后于社

会发展的需要时,或者干脆出现法律空白时,法院的裁判就有很强的实验性、尝试性或者试错性,需要探索和创造。在这种情况下,同类案件不同判决(同案不同判)的情形在所难免,即必然出现法律适用的差异性。尤其是对于达不成共识的争议较大的问题,我们常常是慎重表态,但不排除先在个案裁判中尝试和试验,待条件成熟时再统一标准。‘定牌加工’中商标使用行为的定性就是著例。”

由此可见,最高人民法院认为两种观点都有道理,还未能达成共识,或者认为当前的探讨还不够深入,所以迟迟不予正式表态,把权限交给各地法院自行处理,这就直接导致了同案不同判的现状。

值得注意的是,2012 年最高人民法院在一份关于株式会社良品计画与商评委的再审决定中,首次明确表态:“认为商标的基本功能在于商标的识别性,即区别不同商品或服务的来源,因此商标只有在商品的流通环节中才能发挥其功能。二审法院认为良品计画委托我国大陆境内厂家生产加工第 24 类商品供出口,且宣传、报道等均是在我国大陆境外,不属于《商标法》第 31 条规定的‘已经使用并有一定影响的商标’符合《商标法》的立法原意。”这被认为是直接否定了定牌加工中的商标使用行为在中国境内的法律意义。该判决一出,许多律师同仁及一些专家纷纷撰文,认为最高人民法院对 OEM 中的商标使用行为给出了定性,OEM 中的的商标使用不是《商标法》意义上的商标使用,不会构成侵权。

但笔者认为,仅凭此一份行政判决还不能简单的推论到侵权案件中。该案件是商标行政案件而非侵权案件,所争议的法律条款是《商标法》第 31 条而非第 52 条。最高人民法院认为贴牌加工行为中的商标使用不符合《商标法》第 31 条本义中的商标使用行为,并不必然否定其不属于《商标法》第 52 条中的商标使用行为。

事实上,孔祥俊法官在《论我国商标司法的八个关系》中也已经提到了“良品计画”案,但在随后的论述中也明确表示最高人民法院在“定牌加工”中的商标使用行为的定性还没有达成共识,允许各地法院作进一步的探讨。这进一步表明,“良品计画”案中所指出的贴牌加工行为中的商标使用不属于《商标法》意义上的使用的定性,在目前应仅限于《商标法》第 31 条,还不能直接类推到《商标法》第 52 条,即侵权案件中的认定。最高人民法院对此类侵权案件中的商标使用行为的定性还是没有明确表态。

### 四、建议

从孔祥俊法官的文章中可以看出最高人民法院的态度很明确,对 OEM 中的商标使用是否构成侵权不予表态,待各地法院作进一步探讨,达成共识后再做规定。笔者认

为这种态度不是很妥当,最高人民法院作为司法机构而非立法机构,对司法实践中的争议不应回避,也无法回避,应当早日给予明确的意见。同案不同判造成的危害,比做出一个未来可能被修改的司法解释带来的危害更大,损害了法律的严肃性和司法的权威。事实上,最高人民法院对很多司法争议焦点的观点也都有过不断修改调整,甚至直接推翻先前观点的先例。

笔者认为,OEM中的商标使用行为在一般情况下应当构成侵权,但同时法院在个案中也应给予使用方足够的抗辩空间。

(一) 通常情况下,OEM中未经国内权利人的许可使用商标,构成商标侵权

1.OEM中的商标使用是符合《商标法》意义上的使用

《商标法实施细则》第3条规定:“商标的使用,包括将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上,或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中。”可见,法律已经对商标使用行为作了非常明确的定义,而贴牌加工行为毫无疑问应属于一种商业活动中,即使不构成销售,至少也构成生产行为,而无论是生产还是销售,均属于商业活动。因此,贴牌加工过程中使用商标的性质应属《商标法》意义上的商标使用行为。

2.OEM中的商标使用行为也可能在相关公众中产生混淆

在OEM过程中,产品全部出口,在国内不进行销售,国内的消费者确实不可能产生混淆。但笔者认为,混淆的主体不应仅限于最终消费者而应泛指相关公众。相关公众的范围并不局限于最终的消费者,也应包括产品的生产者 and 销售者。在OEM过程中,生产、加工、销售环节的从业者也存在对商标产生混淆的可能性,从而损害商标的识别功能,对商标权利人造成损害。

《商标法》第52条明确规定了“未经商标注册人的许可,在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的”,属侵犯注册商标专用权。从法条本义上看,商标侵权的构成并不以混淆作为前置条件。只要是未经商标权利人的许可,使用其商标就构成侵权。笔者认为,某些法院或专家将消费者产生混淆作为构成侵权的前提条件,属于对法条的扩张解释,并没有明确的法律依据。

(二) 如果使用方有合理的理由,应认定不侵权

通常情况下,行为人在OEM过程中只要未经权利人许可使用其注册商标就构成侵权,而无需考虑是否会引起消费者的混淆。但这并非意味着所有的情形均构成侵权,如果行为人有合理的抗辩理由,则仍可以认定为不侵权。正如本文一开始所介绍的案例,如果在案件中发现权利人

(原告)明显违反其他法律规定的,比如该案件中所提到的明显的恶意抢注行为,被告使用在先,也可以作为不侵权的抗辩理由。

笔者认为,尽管学者对《商标法》的功能和目的有“排他性权利”之说、“防止混淆、保护消费者权益”之说、“保护商誉”之说等各类观点,但无论任何一个观点,都不应忽视一个基本逻辑,即权利的取得应当是合法正当的。法院在审理涉及OEM侵权案件中,至少应考虑采信如下抗辩理由:

1、如果原告的商标系以不正当手段所得,则应认定不构成侵权

这是源于“如果实质内容失去正当性,个人不能通过形式获利”的原则,即“一方不得以牺牲别人的利益为代价获得不正当的利益”。从实质上说,凡称其为权利的,必然是合法产生的,非法获取的利益只能是一种事实,不能成为法律上的权利。在此类案件中,尽管按照当前的司法行政体系,法院不便于直接否定权利人对商标的所有权,给予撤销,但可以根据现行法律的其他条款和原则,在个案中对其进行合理的限制。被告据此进行的抗辩,应当予以采信,从而阻止、减少恶意抢注行为的发生。

2、如果原告的商标与被告在先的合法权利构成冲突,被告以在先权利进行抗辩,也不应认定构成侵权

在现实案例中,可能出现原告的商标权与被告在先的外观设计、版权、字号、包装装潢等其他权利构成冲突的案例。笔者认为,对此类案件应该按照最高人民法院的司法解释进行处理,即“要正确理解和适用《商标法》第31条关于‘申请商标注册不得损害他人现有的在先权利’的概括性规定。人民法院审查判断诉争商标是否损害他人现有的在先权利时,对于《商标法》已有特别规定的在先权利,应按照《商标法》的特别规定予以保护;《商标法》虽无特别规定的,但根据《民法通则》和其他法律的规定属于应予保护的合法权益的,应当根据该概括性规定给予保护。”针对此类案件,被告以合法使用在先权利进行抗辩的,法院应予以采信。至于涉案商标因为与被告在先权利构成冲突,是否应予以撤销,则应通过其他诉讼程序或行政程序予以处理,但在侵权案件中,应当认定侵权不成立。

综上,笔者认为在《商标法》未对商标侵权的构成要件做明确修改的前提下,OEM过程中未经国内权利人许可使用商标的行为通常都构成商标侵权,但使用方也可以利用其他法律条款、原则和司法解释进行合理抗辩。这样既维护了法律的严肃性,又避免了简单适用法条所可能带来损害真正权利人利益的弊端,阻止商标恶意抢注的泛滥。●

# 人文万象



岁月回眸

●文/郑洁

栏目组稿人: 岁月回眸 李海歌 lihaige@lawyers.org.cn

## 上海, 让我不老



郑洁: 上海市普若律师事务所律师

看他(她)是不是一以贯之地坚守信念,并用一生的作为去践行自己曾经树立的人生目标。

那时,我曾是一个热血青年,热血让我心生理想,理想迫使我发愤追求。于是,我因心怀理想而期许着,又因心有追求而坚信着,这一切,凝成了我对人生的不变信念。

一路走来,大多的岁月,我走在改革开放的春天里。我没有忘记,是身边的一个个同行者,以无私、忘我的工作热情和高尚情操,深深地影响着我。于是我知道,自己该怎么去做一个真正的人。

### 一、上海使我倍感亲切振奋

上世纪九十年代初,我与丈夫一起,作为人才引进,从外省来到了上海这座举世瞩目的大都市。当时我想,如果仍让我干老本行,轻车熟路,该多好啊。可是,到黄浦区人事局报到的那天,主持工作的副局长兼党支部书记接待了我,并把我安排在区人事局工作。面对完全陌生的工作环境和事务,我的内心不免有点纠结,怕自己做不好这个工作,辜负了领导的期望。书记似乎看出了我的心思,对我说:“人事工作与你原先干的监察工作,看起来虽然不完全一样,但是工

作的原则、党性的要求是一样的,相信你能够胜任这个工作。”一番话打消了我的顾虑。

最让我难忘的是,我走上新工作岗位后的第一个星期天。夏日的骄阳,把城市烤得连吹过来的风也都是热的。这天上午,在市委党校学习的区人事局局长利用休息日的时间,顶着炎炎烈日,骑自行车来到我们位于延吉新村的住处家访。面对局长的不期而至,望着他一脸汗津津的样子,我被深深感动了。局长询问了我们的生活情况后,又说了许多工作上的事,要我好好干。说实在的,我只不过是刚从外地调入黄浦区人事局工作的普通人,却受到领导的如此关心,感觉上海是一个使人亲切振奋的城市。事后我想,局长作为一位领导,他对同志的热忱、关爱,对工作的认真、负责,他留给我的第一印象,成了我的学习楷模,成了我日后对自己的一个要求。

没有了顾虑,又有楷模在前,当然还有科里、局里的许多同事的影响,我终于轻装上阵、全身心地投入了工作,并融入了这个集体之中。很快,我熟悉了人事工作的各种要求与流程。我的工作赢得了同事与领导的赞许。几年以后,我被提拔为科长。

2010年3月,当我成为一名执业律师时,感受最深的是:上海是成就理想、追求梦想的城市,内心情不自禁地要对上海说一声谢谢。

一路走来,我已经进入了花甲之年。我明白,树木以年轮记录它度过的每一个春夏,人以年龄记录着他(她)经历的每一个秋冬,年龄似乎并不说明什么,唯一可以记录他(她)所走过的每一步,就

我没有因此而满足。我知道与时俱进对于我而言,意味着什么。于是,在我年过半百的时候,出于工作的需要,毅然决然选择了利用业余时间系统学习本科法学专业。我的这一想法得到了分管我们科的副局长的支持。三年的业余学习生活,让我尝到了成人学习的辛苦。我利用一切可以利用的时间,终于取得了法学专业本科文凭。由于掌握了大量法律知识,从而使我的工作又上了一个台阶。

## 二、上海使我保持进取之心

想不到的是随后几年,工作环境与原先相比大相径庭,在有些方面外地来的与本地的同事不享有同等待遇。对来自外省,又是外地人的我被边缘化。人生遇到了这个挫折,重新审视自己走过的路,感觉到:虽然遇到不公平,有时候,吃亏是福,不要认为人就一定要最大限度地争取利益,世间的事情,很多不是以利益来衡量的,有时争就是不争,不争反而是争。用积极的心态面对挫折,克服挫折,同时,保持进取之心,脚踏实地地从容进取。

也就是这时,我有机会到街道参加黄浦区保持共产党员先进性教育活动督导组的工作。当我深入到街道社区、工厂、企业、居委等各行各业,接触到许多基层的人和事,倾听到他们的声音、希望与要求,感觉到我们的社会在这个层面,需要有更多的法律工作者以专业的法律知识为他们服务。想到自己上世纪八十年代后期,曾经在外地中级人民法院行政审判庭工作过一段时间,现在拥有一张法学专业的本科毕业证。又回想自己成长的轨迹:农村知青到矿山、学校,到工厂、法院,再到机关,又从外地到上海,工作阅历也可说比较丰富,加上我与法律又有缘,既然社会这么需要法律工作者,我应该使自己成为一个

法律工作者,以专业的法律知识为社会、群众服务。此时此刻我脑子里产生了一个“想法”——要让自己成为一个法律工作者!人生的历练激励我更进一步地朝前走。

2006年8月退休后,我参加了司考培训班。虽然很累,但很充实,读书使人感觉心里很平静,而且内心深处经常体会到一种自信感。这种自信的感觉,让我仿佛回到了学生时光,仿佛从内到外都充满了力量,走到哪里都充满活力。连续三年的忘我读书,已形成了一种生活惯性,我感谢这段学习历程带给我的收获,这是我一生最值得骄傲的资本。这几年,我最大的收获就是,内心的那种紧迫感,不想让时间虚度,尽可能让自己以最好的状态全身心地投入到学习法律中去。特别是对周围的一些闲杂琐事,完全置之度外,几年下来,我的人生观与世界观有了很大的改变,仿佛脱胎换骨似的。我真的为自己的变化而开心:2007年参加司考得了330分,2008年得了356分,2009年得了381分。通过不断地学习,感觉到压在自己身上的一个沉甸甸的包袱卸下了,我深深体会到——知识是成就人生理想的阶梯。

## 三、上海使我成为一名律师

我能成为一名律师,是上海造就了我。我在律师这个行业还是个新兵,经过实践,让我想明白了,律师是个不断学习的职业,不仅不断学习,还要不断提升自己的修养。我要做个什么样的律师,那就是,做个问心无愧的律师。做刑事辩护业务也好,做民事代理也好,律师做事的原则都是一样的,做事如做人。首先要认识律师的职责是什么?律师是接受当事人的委托,为客户争取最大的合法权益为宗旨的。通过对法律的运用,达到一个理想结果的过程。律师服务于无形,但过程可以全面掌握,小心谨慎,注意细节,周

全考虑。

目前,我是上海市女律师联谊会巾帼律师志愿团团员,上海市妇女法律援助中心的值班律师,也是浦东新区法律援助中心律师志愿者。每一个来访者来到法律援助中心,他们反映情况时,我都会仔细倾听,并耐心引导,积极帮助他们依照法律途径解决问题。在法律援助工作中我深深感到,在提供法律服务的过程中,来访者对我们非常尊重。同时,进一步认识到法律援助工作,作为上为政府排忧、下为百姓解难,依法维护弱势群体合法权益,努力促进社会公平正义的重要性,也坚定了我做好法律援助工作的信心。以援助介入办案,使我积累了一定的工作经验和工作方法。法律援助是我从事的事业,社会上还有不少弱势群体,在生活中非常需要帮助。我希望能最大限度地帮助别人的过程中实现自身的价值。

在当前的社会背景下,许多人对于律师的工作和业务一知半解,一些司法机关及其工作人员的行为也不尽规范,这都无形中为律师的工作增加了障碍和难度。为了一个证据,我在基层派出所受到了户籍警察的刁难,第一次被拒绝,第二次被搪塞,第三次找了派出所领导才将事情办成。我深刻地认识到,律师本来是解决疑难问题的,因此你要面对、你要战胜,而不是怨天尤人,责骂法治不健全,抱怨官员贪污渎职。

我们面对的是一个广阔的法律服务市场,有许多新的领域等着我们一起开拓,法治社会的建设等着我们出力。在日常生活中谦和平淡,不要咄咄逼人;参与维持社会的公平正义,兢兢业业。要尽力做好每一天的工作,争取每一天都有收获,每一天都让自己成长。始终怀着对法律的虔诚,对我国法治社会的建设充满信心,以专业的法律知识为群众服务,为社会的和谐稳定努力工作。●

微 Talk

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

# 鹅卵石与回音壁

(本栏目言论仅代表言论者本人观点)

## 上海市郑传本律师事务所 周雪莲律师

喜欢去有几百年光阴的旧城,旧城是有记忆的,沿着她的记忆回想,多半会是惆怅的。若恰巧遇到午后懒散的阳光,恰巧这些阳光散落在斑驳的旧城墙上,那惆怅便满怀了,像跌进了旧时光里。有着人间天堂美誉的三亚,虽说少了荡气回肠的故事,但美景与美食还是极为赏心悦目的。

## 上海市中茂律师事务所 吴丹君律师

得意时告诉自己足够努力才对得起自己的好运,失意时告诉自己得到的多必然也须付出的多,没有什么能来得理所当然。青春是一场美丽的梦,憧憬希冀简单可以轻易击碎那些轻视傲慢狭隘,无意惹一身尘,掸掸肩灰,浅浅一笑足已。

## 上海市欣隆律师事务所 刘望将律师

又该出发了,告别家乡,告别父母。“恐归感”消失了,倒有了几分不舍;“累”过去了,倒多了几分感恩。相亲也好,“被相亲”也罢,都是亲友的一份关爱与期待,不管怎样地寻寻觅觅,但愿心中永怀感恩,带着期待,更好地生活!

## 上海市中茂律师事务所 林思明律师

产品、作业、风控、文本、财务、外管、税务、行业细分,具体业务的每一个环节、细节都很关键。近年来一门心思扑在上面研究,且在为客户服务的实践中不断总结,再梳理。舍弃了不少非保理业务,放弃了不少朋友聚会,这个过程是寂寞的,但也是充满快乐的。我所想做的,是从保理专业律师到保理专家律师。

## 上海瀚英律师事务所 周熙律师

今天开心之至。一是,下午和母校夏雨诗社一帮子人在一旧时老洋房会所里神侃;二是,以前律所一帮子老同事来祝贺瀚英开业,大家喝酒神侃。人生到处知何似,恰似飞鸿踏雪泥。在某一时刻大家相遇相知,真是难得的福分,难得的幸福。

## 北京盈科(上海)律师事务所 董冬冬律师

乘高铁赴京参加盈科总部一项关系盈科长远发展战略规划的实施大会。车行山东家乡地界,见春雪覆盖田野村落,冬日银光穿透稀疏枝桠,粗壮山体露出峥嵘骨骼。北方冬日与江南绿意、柔和、潋滟的美,形成鲜明对照。

## 上海沪家律师事务所 顾继云律师

永恒的爱情真的只是存在于一瞬间吗?我相信永恒!但一定是要用心经营——除了用心、体贴、还有很重要的一点是双方要共同进步,彼此欣赏!不停的变化会让对方觉得你身上蕴藏着无限的潜力。女孩们,千万不要让自己停下奋斗的脚步!千万要好好的爱自己!爱好自己,才能被爱!

## 上海市协力律师事务所 周兰萍律师

人生就像做项目。出生:立项;征婚:公开招标;相亲:邀请招标;自由恋爱:议标;提亲:投标;女方/家长:业主/投资人;男方/家长:项目经理/承包商;婚前约定:合同谈判;办结婚证:签订合同;婚后安排:施工组织设计;生孩子:工程完工;一周岁:质保期;白头偕老:达到设计使用年限。

## 北京市大成律师事务所上海分所 刘逸星律师

依法治标准,至少有几千项行政审批标准需废除。五年轮替的一届新政府,铆足了劲在新官上任之初才废除71项。这种百分之几的纠错结果,足见官僚体制的盘根错节、固步自封。或者可以依此预见,要达到依法行政或纠错成功,如果顺利的话还需百年的工程,且不考虑期间反复的可能。

## 上海沪家律师事务所 王小成律师

复旦投毒事件,再次彰显出我国素质教育存在的问题,尤其从贫困家庭、贫困地区走出的高才生,高学历、高分数的背后,或多或少会伴随心理素质培养的缺失。所以,教育机构应当在教书的同时,要更加重视育人,增加心理学的内容,教会学生怎样去适应社会,处理纷繁复杂的与人相处之道,自我调整失衡的心理。



# 上海仲裁委员会

## Shanghai Arbitration Commission

上海仲裁委员会是根据《中华人民共和国仲裁法》的规定,由上海市人民政府依法组建的常设仲裁机构。上海仲裁委员会以仲裁方式,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涉外及国内的合同争议和其他财产权益争议。

根据法律的规定,当事人选择以仲裁方式解决争议,应当达成仲裁协议。如果您考虑选择由上海仲裁委员会作为解决争议的仲裁机构,请在订立合同时采用如下仲裁协议条款:

“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,均应提交上海仲裁委员会按照该会仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的,对双方当事人均有约束力。”

### MODEL ARBITRATION CLAUSE

“Any dispute arising from or in connection with this Contract shall be submitted to Shanghai Arbitration Commission for arbitration which shall be conducted in accordance with the Commission’s arbitration rules. The arbitral award is final and binding upon both parties.”

地址:上海市威海路 755 号文新大厦 23 楼  
电话:(8621)52920022 传真:(8621)22313993  
邮政编码:200041  
网址:[www.accsh.org](http://www.accsh.org)

Address: 23/F No.755 Weihai Road Shanghai P.R.C.  
Tel: 86 21 52920022 Fax: 86 21 22313993  
Zipcode: 200041  
Website: [www.accsh.org](http://www.accsh.org)

### 新法速读

#### 市环保局等 15 个部门联合发布《上海市环境空气质量重污染应急方案(暂行)》

2013 年 4 月 1 日,由上海市环保局会同市发展改革委、市经济信息化委、市建设交通委等 15 个相关部门联合拟定的《上海市环境空气质量重污染应急方案(暂行)》(以下简称《应急方案》)经市政府正式批准后发布。《应急方案》规定:当全市 24 小时空气质量指数(AQI)达到 201~300 或大于 300 时,本市将发布重度污染或严重污染预警信息。市民将可以通过多种渠道及时获取公众健康提醒、户外活动建议、绿色出行倡导等重污染预警信息。全市中小学和幼托机构也将通过市教育督导短信平台同步获知污染状况和健康提醒。

在具体应急措施上,《应急方案》规定:发生重度污染时,重点源燃煤电厂将选用优质煤发电;石化、钢铁、化工、焦化、水泥等工业重点源将采取限产、限污等措施;VOCs 排放重点企业和区域将禁止各类开停车、放空等作业;运输散装

建筑材料、工程渣土、建筑垃圾的车辆等交通污染源将禁止上路行驶;扬尘面源原则上停止作业;易产生扬尘污染的物料码头、堆场和搅拌站也将停止作业,并做好场地洒水降尘工作;全市范围将严禁农作物秸秆露天焚烧。发生严重污染时,应急措施的力度将进一步强化,黄标车将禁止上路行驶,党政机关停驶 30% 公务用车;禁止燃放烟花爆竹。此外,市政府还将视具体污染程度,决定采取学校和幼托机构停课、机动车扩大限行等措施。

(供稿:市律协环境资源业务研究委员会)

#### 商务部发布《关于 2013 年全国吸收外商投资工作的指导意见》

2013 年 3 月 14 日,商务部发布《关于 2013 年全国吸收外商投资工作的指导意见》(以下简称《指导意见》),自发布之日起实施。

《指导意见》分析了近期跨国直接投资的总体趋势,指出:“跨国公司国际

化程度持续提高,现金持有量创历史新高,未来可能出现新一轮跨国投资增长高潮。同时,金融危机后跨国公司加大在新技术、新能源、新材料领域的投资,为我国吸引外资提供了新机遇”,“跨国公司依然看好在我国的长期投资前景”。

《指导意见》提出,2013 年将推行外商投资在线办事系统和格式化审批;鼓励跨国公司设立地区总部、财务中心、共享服务中心、营运中心等功能性机构;引导外资依托云计算、物联网等新技术发展生产性服务业新业态;稳步扩大医疗、养老机构等生活性服务业开放;积极推动深圳前海现代服务业示范区、珠海横琴新区、广州南沙新区、福建平潭综合试验区等区域先行先试等。

可以预见,2013 年商务部将围绕《指导意见》提出的总体工作目标,出台细化政策。外商投资法律服务领域也将会有新的变化。

(供稿:市律协国际投资与反垄断业务研究委员会)



# 上海国际经济贸易仲裁委员会(上海国际仲裁中心)

Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission (Shanghai International Arbitration Center)

中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会经上海市人民政府批准,现已更名为“上海国际经济贸易仲裁委员会”,同时启用“上海国际仲裁中心”的名称。受理当事人约定由上海国际经济贸易仲裁委员会或上海国际仲裁中心仲裁的案件,并依法继续受理按照当事人的约定应当由中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会仲裁的案件。

### 示范仲裁条款

“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,均应提交上海国际经济贸易仲裁委员会仲裁。”

“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,均应提交上海国际仲裁中心仲裁。”

### Model Arbitration Clause

Any dispute arising from or in connection with this Contract shall be submitted to Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission for arbitration.

Any dispute arising from or in connection with this Contract shall be submitted to Shanghai International Arbitration Center for arbitration.

地址:中国上海市金陵西路28号金陵大厦7层

电话:86 21 6387 5588

电子信箱:[info@shiac.org](mailto:info@shiac.org)

传真:86 21 6387 7070

网址:[www.shiac.org](http://www.shiac.org)

Address: 7/F, JIN LING MANSION, 28 JIN LING ROAD(W), SHANGHAI 200021, P.R.CHINA

Phone: 86 21 6387 5588 Fax: 86 21 6387 7070

E-mail: [info@shiac.org](mailto:info@shiac.org)

Website: [www.shiac.org](http://www.shiac.org)

## 新法速递 《 律师业务资料 》 目录 2013 年第 5 期

### 上海篇

1、上海市人民政府:关于延长《上海市人民政府关于印发上海市融资性担保公司管理试行办法的通知》有效期的通知

2、上海市人民政府:关于调整本市城镇职工基本医疗保险统筹基金和小城镇基本医疗保险基金最高支付限额的通知

3、市人力资源社会保障局:关于调整失业保险金支付标准的通知

4、市人力资源社会保障局: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

5、市人力资源社会保障局:关于调整本市因工死亡人员供养亲属抚恤金标准的通知

6、市人力资源社会保障局等:关于本市基本医疗保险2013 医保年度转换有关事项的通知

7、上海市国家税务局等:上海市税务系统行政处罚听证程序暂行办法

8、上海市教育委员会:上海市教育委员会系统高等学校科技成果转化及其股权激励暂行实施细则

9、上海市高级人民法院:关于办理赌博游戏机犯罪问题的若干意见

10、上海市高级人民法院:关于办理黑社会性质组织犯罪案件若干问题的规定

11、上海市高级人民法院:关于将犯罪嫌疑人、被告人在本市看守所羁押表现纳入量刑庭审内容及与其处遇相挂钩的工作意见

12、上海市高级人民法院:关于专题研究打击家装领域部分“敲墙”人员违法犯罪的会议纪要

13、上海市高级人民法院:关于规范食品安全犯罪案件检验鉴定工作的会议纪要

14、上海市高级人民法院:刑二庭关于涉外刑事案件审判工作的意见

15、上海市高级人民法院、中国银行监督管理委员会上海银监局:交流涉银行从业人员、信用卡犯罪判决信息实施意见

### 全国篇

#### 【 综合 】

国家发展改革委等:关于废止和修改部分招标投标规章和规范性文件的决定

#### 【 诉讼法 】

1、最高人民法院、最高人民检察院:关于办理盗窃刑事案件

件适用法律若干问题的解释

2、最高人民法院、最高人民检察院:关于废止 1997 年 7 月 1 日至 2011 年 12 月 31 日期间制发的部分司法解释和司法解释性质文件的决定

3、最高人民法院:关于废止 1997 年 7 月 1 日至 2011 年 12 月 31 日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件(第十批)的决定

4、最高人民法院:关于违法的建筑物、构筑物、设施等强制拆除问题的批复

5、最高人民法院等:关于依法加强对涉嫌犯罪的非法生产经营烟花爆竹行为刑事责任追究的通知

6、最高人民检察院:军人违反职责罪案件立案标准的规定

7、最高人民检察院:关于办理核准追诉案件若干问题的规定

8、最高人民检察院等:关于加强军事检察机关与地方检察机关协作工作的意见

9、最高人民检察院:关于在看守所设置同步录音录像讯问室的通知

#### 【 证券 保险 】

1、中国证券监督管理委员会:证券投资基金销售管理办法

2、中国保险监督管理委员会:关于修改《保险公司次级定期债务管理办法》的决定

#### 【 财税 】

1、国家税务总局:网络发票管理办法

2、工业和信息化部:关于废止《税控收款机生产企业资质管理办法》的决定

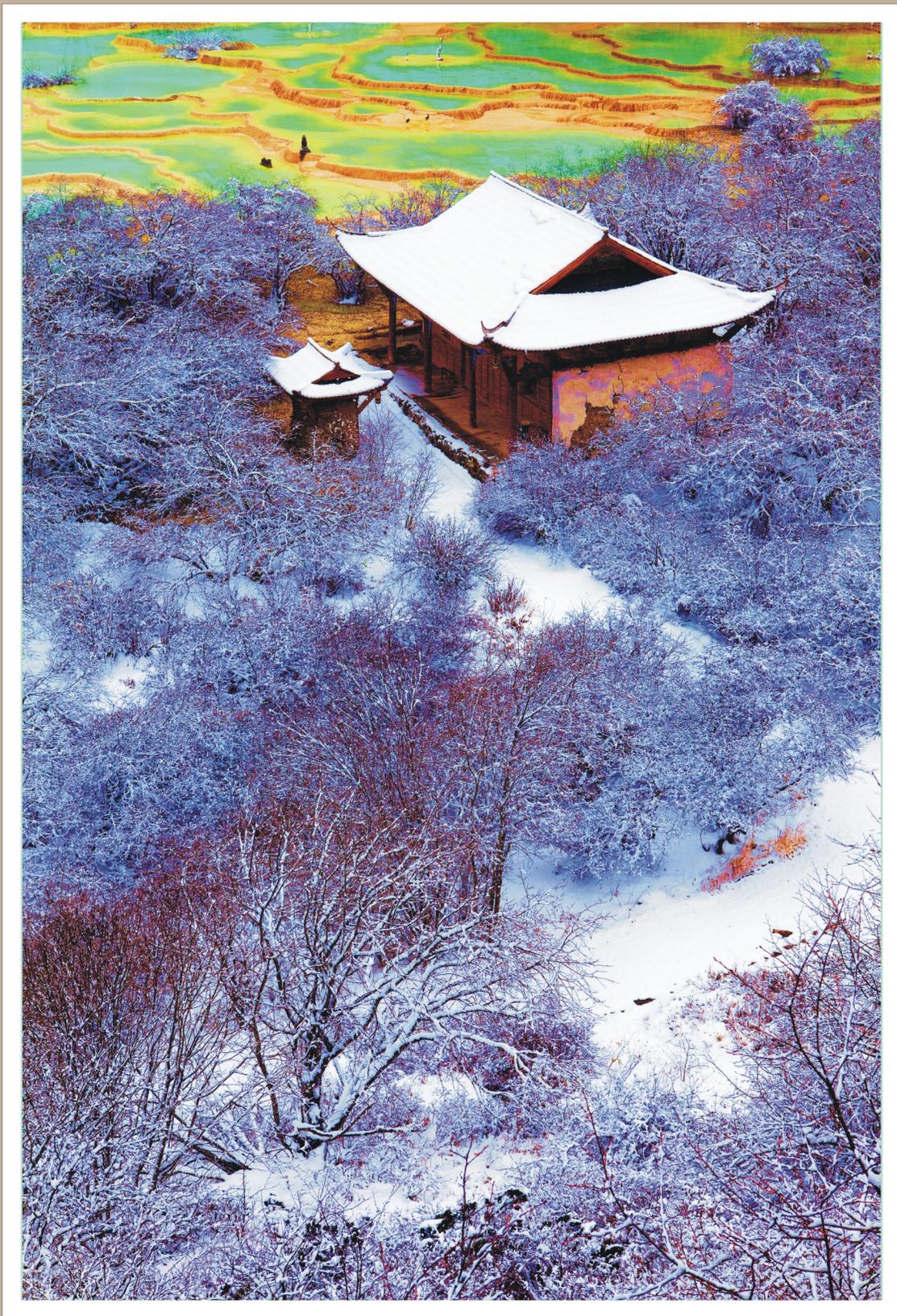
#### 【 民政 】

1、民政部:社会组织登记管理机关行政处罚程序规定

2、民政部、中国残疾人联合会:关于残疾军人享受社会残疾人待遇有关问题的通知

3、民政部:烈士安葬办法

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



《雪域黄龙》 摄影：王晨波 律师