

上海市律师协会 主办



SHANGHAI  
LAWYER

**卷首语** 开放、合作与国际化  
是全球律师业发展的必然  
趋势/管建军

**法律咖吧** 如何破解困境儿童法律  
保护的难题  
/黄绮 杨永明 任焯越等

聚 焦 · 思 辨 · 感 悟 · 互 动



**专题研究**

**自媒体时代微博言论的边界**/商建刚

**聚 焦**

**共建交流合作平台  
营造良好法治环境**

/彭念元



**“百千千工程” 2013上海律协培训班**



7月4日,华东政法大学研究生院院长杨志孝、党委书记邵军等拜访上海市律协。双方就新形势下,如何加强和改进华东政法大学研究生课程的设置、完善研究生教育,以及华东政法大学研究生院与市律协合作培养研究生的可行性等问题进行了探讨。



7月6日,山东省律师协会一行9人在会长苏波带领下访问上海市律协并举行了座谈。与会人员围绕律师协会建设、实习人员管理、律师事务所管理等议题展开了深入的讨论。



7月22日,市高院召开群众路线教育实践活动律师代表座谈会。市高院领导及市高院各部门主要负责人、各基层人民法院副院长等听取了律师对市法院工作情况、工作作风,特别是“立案难”、“执行难”等问题的意见和建议。



7月26日,由南通市司法局副局长、南通市律协党委书记周锦南带队的学习考察团一行10人赴上海市律协考察调研。双方主要就协会自身建设、律师事务所规范化建设等方面进行了探讨。



7月29日至30日,以香港大律师公会副主席谭允芝资深大律师为团长的香港大律师公会代表团一行8人来沪访问。为上海律师举办了两次主题讲座,与上海青年律师代表进行了座谈交流。

## 开放、合作与国际化 是全球律师业发展的必然趋势

上海市律师协会副会长 管建军

欧洲律师联盟主席 Lutz Simon 先生在今年6月于德国法兰克福举行的全球主要城市律师协会会长会议上指出,法律服务市场的国际属性对执业律师的业务能力提出了更高的要求,一国的律师需要更多地跨越国界参与国际业务与国际合作,因为经济和社会生活不再只是一国单向的发展,而已经日益走向国际化和全球化。英国牛津大学近期出版的《明日律师》(《Tomorrow's Lawyers》)一书也指出,法律服务业的开放、现代信息技术等因素对于法律服务业和法律服务理念有着重大的影响和挑战,需要律师多方位、多途径、多种类、跨国界地提供律师服务,以适应于律师业的明天。可以说,开放、合作与国际化已经是全球律师行业发展的必然趋势。

面对经济全球化的加速,中国律师服务业既迎来了广阔的发展空间,也面临着严峻的挑战。首先,顺应全球经济贸易发展的新趋势,中国将进一步扩大对外开放,法律服务业也将面临着进一步的对外开放;其次,在全球化的背景下,越来越多的中国企业走出去,参与跨境交易与国际竞争,需要中国律师提供高水平的法律服务。但目前中国本土律师中熟悉国际游戏规则的国际复合型法律人才,在数量和质量方面,与国际同行相比还有一定的差距,缺乏广泛的竞争优势,中国本土律师实际所能发挥的作用与现实需求之间存在一定的差距。以上海为例,上海作为中国内地最为开放的法律服务市场之一,在上海的境外律师事务所驻华代表机构数量常年位居中国内地第一,而上海本地律师事务所的数量、国际业务能力和综合实力在中国内地律师事务所中也一直是名列前茅,



但横向比较境外律师事务所上海代表处与上海本地律师事务所的数量、雇员人数、业务总收入、人均营收等指标,我们可以发现,尽管境外律师事务所上海代表处的总数仅相当于上海本地律师事务所数量的12%—13%,代表机构的代表和雇员人数仅相当于上海本地律师事务所从业人员的10%,但其总体业务收入却超过上海本地律师事务所的35%,境外律师事务所上海代表处在人均营收、管理成效、营销技术和国际竞争力方面均远远超过上海本地律师事务所。

国际化的背景下与强手共舞,需要共舞者具备同样国际化的视野和专业能力。顺应上海律师业的开放和竞争态势,上海市律师协会做出了一些努力、推出了几项举措:

一是青年律师境外实习培训项目。截至目前,上海市律师协会与多家境外律师协会及境外律师事务所达成了接受上海青年律师赴境外实习的意向或安排,目前已经选送多名律师赴美国、加拿大等地实习。我们希望通过选送优秀青年律师到境外从事律师实务方面的培训,进一步拓展上海律师国际化的视野,

打造高质量的上海涉外律师队伍,提高上海律师的整体职业素养和执业水平。

二是促进本地律师事务所与境外律师事务所驻上海代表处之间的交流与合作,并率先推出“特邀会员”制度。目前已有近二十家外资所驻上海代表处成为特邀团体会员,数十名外资所驻上海代表处代表成为特邀个人会员。我们希望通过交流平台的搭建和“特邀会员”工作的深入开展,进一步提升上海整个法律服务市场的服务水平和质量,促进上海法律服务业的健康发展。

三是与世界主要城市的律师协会签署合作协议,在信息交流、培训、互访、共同研讨等方面建立长期稳定的合作关系。此外,上海市律师协会还先后多次派代表参加全球主要城市的律师协会会长会议及其他国际律师组织会议,加强与国际同行的交流与联系。

培养一大批具有国际化思维方式、国际业务经验和国际竞争力的高起点、高素质律师人才,不仅仅是上海一地的需求,更是全国律师服务业发展的必然和现实需求,同时也是中国经济发展的现实需求。我们非常高兴地看到,司法部和全国律协已将加速培养具有国际视野的高端律师人才、提升我国律师的国际竞争力,作为一项全国层面的重要工作进行规划和部署,可谓高瞻远瞩,适逢其时。我们衷心地希望,通过全国和各地的律师协会、各家律师事务所和各位律师的共同努力,能够整体提升中国律师的国际业务能力,使得中国律师能够在更广阔的国际舞台上施展才华,并更好地服务于我国的经济发展,在维护国家经济安全、维护全球化背景下的中国企业合法权益方面发挥中国律师更大的作用。●



## 《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 开放、合作与国际化是全球律师业发展的必然趋势 / 管建军

## 本刊关注

聚 焦 5 共建交流合作平台 营造良好法治环境 / 彭念元

6 深入开展交流合作 推动执法规范化建设

——市公安局副局长江宪法在《上海市公安局、市司法局、市律协合作框架协议》签订仪式上的讲话

8 以“三个加强”贯彻落实新《刑事诉讼法》的实施

——市司法局副局长刘忠定在《上海市公安局、市司法局、市律协合作框架协议》签订仪式上的讲话

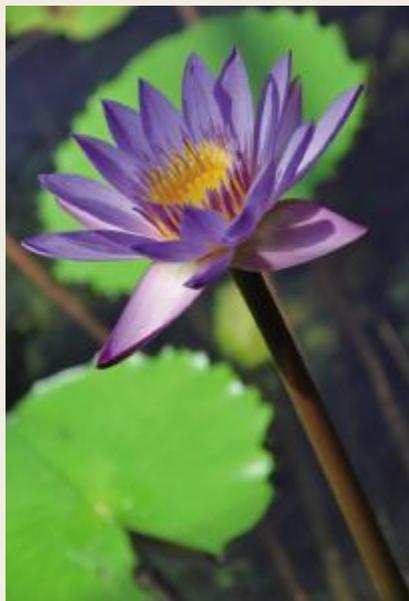
9 追求共同的法治信仰 建立更深层次的信任

——市律师协会会长盛雷鸣在《上海市公安局、市司法局、市律协合作框架协议》签订仪式上的讲话

10 营造女性文化殿堂 守望幸福心灵家园

——女律师自我提升系列沙龙巡礼 / 陶丽萍

局长视窗 11 强化四个服务 助推行业发展 / 王 军



《完美》摄影:张玲律师



# 上海律师协会

## SHANGHAI BAR ASSOCIATION



7月23日,市人大常委会副主任薛潮一行到上海市律协调研,主要就当前和今后几年市人大监督“两院”工作等方面的内容与律师代表热烈探讨。

### 区县传真

**14** 金山区律师充分发挥法律专长和社会责任心——  
积极投身社区的安置帮教工作

/ 金山区律工委

**16** 黄浦区援助律师成功办理黄浦区首例当事人  
和解公诉案件 / 黄浦区司法局

**18** 有想法 有办法 有章法

——普陀区律工委主任周朝华访谈录 / 孙 语

### 律所建设

**22** 积极探索中小律所管理发展创新之路 / 陈迎瑞

### 法律咖吧

**24** 如何破解困境儿童法律保护的难题

/ 黄绮 杨永明 任焯越 田熊 杨雄

### 人物·优秀女律师

**29** 放飞法律人的梦想 / 沈伟萍

### 法眼法语

#### 香港大律师之窗

**32** 仲裁:香港案例点评 / 陈庆辉

#### 案例精析

**34** 机动车和行人之间的意外事故 机动车需要承担全部赔偿责任吗? / 杨燕亭

#### 视 角

**35** “国五条”及其细则对房地产交易的影响及相关  
法律纠纷分析 / 宋安成

#### 新锐手记

**37** 一个青年律师的成长 / 毕 玥

### 专题研究

**39** 自媒体时代微博言论的边界 / 商建刚

**41** 拟上市公司知识产权风险预防与危机应对  
/ 马远超

**44** 简评“茅台、五粮液因实施价格垄断被罚”  
之合理合法性 / 李隽松

**46** 信息网络环境下非独创性数据库的司法保  
护 / 柏立团

**49** 团购网站的法律地位 / 王 展

**53** 三网融合的融合度、法律与监管机制的思考  
/ 矫 健

**55** 高新技术企业股权激励的几点浅见  
/ 余理平 熊智巍

### 人文万象

**乐·Life** **58** 我的世界杯之旅 / 李国栋

**岁月回眸** **59** 我为部长打官司 / 陈连生

**他山之石** **61** 如何用制度规范法官与律师的关系

——美国纽约州的做法和经验 / 孙佑海

**新法速读** **64** 商务部和环境保护部联合发布《对外投资合  
作环境保护指南》等 2 则

**新法速递** **封三** 《律师业务资料》目录 2013 年第 7 期



# 本刊关注



聚焦 ●文/彭念元

# 共建交流合作平台 营造良好法治环境

几年来,上海市律协积极探索,力求从制度层面维护本市律师执业过程中的合法权益。第九届理事会更是将此定位为重点工作,力求尽最大努力,在实质上有所突破。通过坚持不懈的协调努力和反复的沟通交流,与公、检、法系统建立了固定的、常态的信息交流和联络机制,开展了一系列的互动与合作,持续推动职业共同体建设,为广大律师的执业活动营造良好的法治环境。

十多年来,市律协坚持聘请市公安局法制办领导担任协会的维权委员会顾问,通过协调沟通积极维护律师执业权益。2011年,市委政法委下发关于维护律师人身权的专题会议纪要后,市律协和全市区县公安机关建立了律师人身权保护快速联动和协作处置工作机制。2012年,市律协与市公安局监管总队建立了协作机制,就规范律师会见行为、保障律师会见权以及网上预约系统的合作等问题进行了磋商,并拟定了合作协议;在市公安局监管总队的高度重视和大力支持下,律师会见权得到了进一步的规范和保障,不仅将大房间隔断成单独的会见室,并安装空调,甚至将提讯室的录音摄像设备关闭后提供给律师使用,律师会见室翻倍增加,会见条件明显改善,获得律师的广泛好评。

2012年,市律协与市检察官协会建立沟通协作机制,签署了《上海检察官协会与上海市律师协会建立沟通协作机制的若干意见》,建立和完善沟通协作机制,通过联络员制度、情况通报和意见建议反馈机制、合作开展调研与培训、共同参与涉法涉诉信访矛盾化解等途径,推动检察机关更好地履行法律监督职责,保障律师依法执业的权利。今年5月3日,市人民检察院、市司法局、市律协共同举行了《关于信息化合作事项的协议》签约仪式暨“上海检察门户网站律师预约平台”开通仪式。市人民检察院党组副书记、副检察长陈辐宽,市司法局副局长朱久伟,市律协副会长邵曙范在合作协议上签

字,并开通运行律师预约平台,这是市人民检察院、市司法局、市律协为推进《刑事诉讼法》的正确实施、保障律师执业权利的一项重要举措。“上海检察门户网站律师预约平台”覆盖全市三级检察院,是集预约、查询等功能为一体的网络信息平台,本市注册律师可通过平台对接接受委托的刑事案件诉讼提出不需要逮捕犯罪嫌疑人的意见,申请查阅、摘抄、复制案卷材料等事项,向受理、查办案件所在地人民检察院申请预约,检察机关工作人员将在受理后同时通过网上、短信方式予以回复,确保律师随时随地第一时间掌握信息。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,更好地实施民事、行政等案件的专业性法律监督。广大律师对市检察院的人性化服务和保障律师执业权利等方面的努力给予了高度评价,表示将积极参与到推进合作协议的各项工作中去,保障《刑事诉讼法》的正确实施。

市律协开发并制作二代会员卡,用于上海检察院网上预约阅卷、上海法院律师专用通道和网上立案系统的身份验证。2011年,上海法院在线服务“律师平台”正式上线运行,凸显了三大特点:一是面向专业化群体,针对性地为律师提供服务,对通过“身份认证”的律师事务所开放,专门接受律师就本人承办的案件在线提出申请立案、联系法官、递交材料、查询进度、签收文书等司法服务需求;二是建立集约化平台,对“在线服务”栏目的功能进行整合,形成了一个实用性强,操作简便的工作平台;三是形成监督制约体系,市高院通过申请、推荐、审查和终审的严格程序,确定使用“律师平台”的律

师事务所名册。获得“身份认证”的律师事务所对其所代理的纠纷将可直接在线提出立案申请、联系法官、递交材料、查询进度、签收文书等,方便律师参与诉讼代理。市律协与市高级人民法院、市司法局共同合作,制定了《上海法院在线服务律师平台工作规则(试行)》,共同组织举办了上海法院在线服务律师平台的专题培训,加强网上立案的制度化建设,并力争从明年开始为全市律师推出“一卡通”服务,全市法院将统一配备律师通道自助登记系统,律师凭会员卡就可实现刷卡自助登记,使律师进出法院更为便捷;在法院立案、阅卷等工作流程中,也可刷卡直接登记律师信息等。“一卡通”项目将大大方便律师参与刑事、民事诉讼活动。

6月13日,市公安局、市司法局、市律协联合举行了“合作框架协议”签约仪式暨2013年度三方协作会议。市公安局副局长江宪法、市司法局副局长刘忠定、市律协会会长盛雷鸣分别代表三方签署了合作框架协议,并发表了热情洋溢的讲话。在“合作框架协议”签约仪式后,市公安局法制办主任邢培毅和市律协会会长盛雷鸣分别通报了相关工作。

根据协议内容,市公安局和市律协每年将根据需要不定期召开工作会议,就共同关注的有关法律实施、重大政策以及社会管理等方面的热点、难点、新类型问题进行沟通交流,共同开展调查研究;市律协聘任公安系统相关领导担任协会维权顾问,市公安局聘任律师担任公安机关执法监督员;建立区(县)律师工作委员会与区(县)公安分局律师人身权保护联动处理机制,市公安局与市律协共同规范和保障律师参与刑事诉讼活动的各项合法权利。从而进一步规范律师执业行为,保障律师执业权利,进一步加强公安机关执法能力,保障刑事诉讼活动的正常进行,共同维护社会公平正义。●

聚 焦

# 深入开展交流合作 推动执法规范化建设

——市公安局副局长江宪法在《上海市公安局、市司法局、市律协合作框架协议》签订仪式上的讲话

(2013年6月13日)

经过了这么多年,我对律师职业的崇敬,对这份职业的热爱,对律师工作崇高性的认识,始终没有改变。刚才听了盛会长的介绍,上海律师业得到了很大发展,15000多名律师、70亿元人民币的创收,这和当时我在市司法局管管处当处长时的情况完全不同了。当时,上海只有600多名律师、3000万元人民币的收入,这的确是很大的变化,全体律师付出了很大的努力。在律师的社会地位越来越高、作用越来越大的背景下,建立公律合作,签署合作协议,对改善律师的执业环境,为公安机关更好地承担社会公共管理、公共服务的责任,是非常有必要的。借此机会谈谈自己的两点体会。

## 一、为什么要建立公律协作的机制

当这个话题被提出的时候,我是大力支持、积极推动的。今天我们市公安局各个相关业务部门的负责人都来了,对这个机制都非常支持,都抱着很大的热情参与这件事情。为什么我们会这么认真地推动这个事情呢?从大的方面来说,和国家的法制建设进程有关,和我

们上海的法治地位有关。上海要营造一个良好的法治环境,离不开公安、法院、检察院、司法局和律师,因此,必须要建立一个良好的合作机制。

关于建立公安机关和其他单位的协作会议机制,我们已有先例,我们和检察院的合作已常态化,现在即将召开的是第二十二次公检会议了。公检会议的内容主要是围绕诉讼环节,畅通刑事诉讼渠道。公律协作机制建立后,公安机关与律协如何通报工作?如何共同开展调研?都是很值得探索的。在现有已经达成合作协议的基础上,如何探索完善公律协作机制,就我们公安机关来说,在这方面应更加主动些,我觉得有两项工作首先要开展起来。

一是要推动建立起公律研讨机制。从工作层面上来说,无论是个案,还是类案,双方参与研讨,都是很有必要的。在前一段时间本市的维稳工作中,就有许多律师协助参与,为双方今后在个案、类案方面开展更深入的研讨开了一个好头。

二是要完善保障律师依法执业的机制。在律师执业过程中,我们两家是对手也是共同体。说起谁是“强者”谁是“弱者”,老百姓总以为警察是“强



者”，但是，警察站在社会的角度上更容易曝光，站在这个层面上讲警察也是“弱者”。下一步在保障律师依法执业的工作机制上，怎样维护律师的执业权利，为律师的执业创造更好的条件，肯定对公安机关的要求多一点，对此我们要多做研究，这包括个案、类案，更多的可能还是个案。我相信今天签订的协议一定会很好的执行。

建立公律协作机制，有利于确保法律的实施，更好地维护当事人的权益，也会推进公安机关的执法规范化建设，化解社会矛盾，这是一件“多赢”的事。比如，新《刑事诉讼法》的实施就要求公安机关的看守所必须为律师会见创造条件。借助对律师执业保障的客观要求，公安机关也大大推进了场所的改进、机构的建设。再如，我觉得除了要维护好当事人的合法权益外，还有一个是通过我们之间的合作更好地解决老百姓之间纷争的问题。要创造一个良好的法治环境，除了我们自身严格执法以外，维护当事人的合法权益、缓解各种各样的社会矛盾，确实还需要我们两家进一步加强协作，履行好各自的职责，共同维护好法律的实施。

同时，公律协作机制也是上海公安社会管理工作上的一个创新。以前我们主要是和检察院合作的比较多，今年我们除了和司法局、律协有这样一个协议以外，我们也准备和法院进一步推进合作。实际上，公安机关在日常工作中也感觉到社会管理和需要律师的方面是非常多的，我有几个建议：

一是今后公安机关出台的与诉讼活动有关的规范性文件，最好能和律协多沟通。

二是涉及到公共管理政策的规范性文件，在制定过程中也要和律协多联系。举个例子：交通事故的处理必须要本人到场，我遇到好几位律师向我反映处理交通事

故非得要其当事人到场的问题，律师的有些当事人身居要职，非常忙，办这个事情都要自己带着证件去，有时会觉得抽不出身。公安部门制定政策的时候能不能考虑一下这个问题，比如委托代理或采取其他方式。当然制定该政策有制定的道理，我们不是否定这个规定，但是制定的公共政策涉及到权益保护、权益行使的，可以来征求我们律师的意见。

三是在社区工作当中，需要搭建社区建设公共平台。我们 15000 多名律师分布在上海各个社区，在搭建社会公共平台的过程中，怎样吸收社会优秀律师参与，这对推动制度建设是有好处的，这方面可以尝试。

四是希望律师要多提意见，帮助公安机关提高执法水平。公安部在孟建柱部长上任以后提出了加强执法规范化建设的三年计划，上海公安机关率先在全国完成了执法规范化建设，各项指标都达到要求。我们希望律师能够帮助我们推动执法规范化建设，在提升我们公安机关执法水平方面给予我们更多的帮助。

## 二、下一步要怎么推动发展

今天我们签了两个协议，有两件事情是马上可以做的：

第一，关于本次市公安局聘任的律师执法监督员工作。这些律师执法监督员都在市律协或者区县律工委担任一定的职务，或者是市人大代表、政协委员。他们都具有很高的执业水平，希望我们的执法监督员能够更加积极主动地行使监督权力，真正做到敢于监督、善于监督，做到实事求是、客观公正。公安机关要把律师的执法监督作为我们“开门评警”的一项工作内容。市公安局非常重视行风监督员，每年召开行风监督员的报告会，让他们来点评上海公安机关执法当中存在的问题。希望在下一步的“开门评警”活动中，能够更多地见到律师参与到公安机关的监督活动当中，指出上海公安机关执法当中的问题。

第二，关于公安机关做好保障律师执业权益工作。希望全体民警能高度重视维护律师执业合法权益这项工作，站在国家法治建设的高度，不断增强做好律师维权工作的责任感。希望与会律师与我们在座的公安机关各个相关业务部门的负责人能够多沟通，我一定支持大家的工作。

总的来说，希望本市公安机关、律师协会在这次协作会议的基础上开展更加广泛、深入的交流合作，共同促进双方执法、执业水平的提高，共同建立一个高效、公正的司法环境。

谢谢大家！●

（本文根据录音整理，标题为编者另加）

聚 焦

# 以“三个加强”贯彻落实新《刑事诉讼法》的实施

——市司法局副局长刘忠定在《上海市公安局、市司法局、市律合作框架协议》签约仪式上的讲话

(2013年6月13日)



尊敬的江宪法副局长，各位同志、各位律师：

今天，我们来自公安、司法行政还有律师行业的三方代表，在这里签署合作框架协议。这既是贯彻落实修正后的《刑事诉讼法》的重要工作，也代表着三方之间的工作互信又更向前迈进了一步。这种互信来之不易，可以说今天这个协议是一个标志性的事件。在此，我代表市司法局对协议的成功签署表示热烈的祝贺。大家都知道，江副局长和律师行业还是有渊源的。若干年前，江副局长也曾经是律师行业的管理者，相信对于律师职业有着比一般领导干部更为深刻的理解，对律师的难处也有更深刻的体会，当然，这也意味着他更加愿意倾听我们律师的呼声，支持我们律师的工作。

近年来，一方面，在市委政法委的领导下，公安机关与司法行政机关、市律协的沟通渠道一直是比较顺畅的。去年3月份以来，在贯彻落实《刑事诉讼法》的相关协调会议上，各方都能认真听取对方的意见建议，各方共同推进了若干规范性文件的制定，并形成了一种定期化的协调会晤机制，这也是我们今天能够签订这个协议的基础。另一方面，我们深深感到，上海公安干警的执法素质和综合水平在全国来讲是非常高的，这点我们非常有感触。无论是作为办理刑事案件的辩护人或者诉讼代理人，还是作为一个普通老百姓，本市律师对于上海的公安干警还是非常尊重和认同的。大家因为职业定位的不

同，在刑事诉讼的活动中可能更多地是作为间接的“对手”出现，律师在辩护中可能会挑战办案机关形成的初步结论。但本质上大家的目标都是一致的，都是为了惩恶扬善，使正义得到伸张，不放过一个犯罪分子，但也不冤枉一个无辜的人。即便对于犯罪分子，也要使他能够承担与其行为相对应的刑事责任，这个是对犯罪分子的公平对待，也体现了法治的精神。

对于律师来讲，在这个协议签署后，要在刑事诉讼活动中，更多地使办案机关感受到律师较高的专业能力和职业道德水平，不断增加办案机关对律师的信任程度。我觉得，律师行业还需要做好以下几项工作：

第一，要加强学习。如果把《刑事诉讼法》、“两高一部”的司法解释及规章，还有“六部委”颁布的《关于实施〈刑事诉讼法〉若干问题的规定》所有的条文加在一起，总共是1962条。这么多法条，即便是通读一遍，也要花费很长的时间，这还没有加上本市为了贯彻实施《刑事诉讼法》出台的一系列规定。上海律师不仅要熟练掌握这些法条，更要注重从整体上把握立法精神和法律原意。

第二，要加强自律。权利和义务是对应的。比起以往，新修订的《刑事诉讼法》和相关法律、司法解释显著扩张了律师在刑事诉讼活动中的权利，但同时这也意味着律师要比以前承担更多的义务和更大的责任。律师要办好刑事案件，要取得办案民警的尊重，就一定要从严要求自己，严格遵守法律法规还有办案

机关的规定，避免犯一些原则性的或者比较低级的错误，特别是在会见当事人的时候。只有认真遵守相关规定，防止一些违规行为的发生，律师才能获得更多的尊重。上海的司法大环境相对较好，律师行业与相关政法部门始终保持着良好的工作互信，这是长期以来各级司法行政机关、行业协会和广大律师共同努力的结果，大家一定要倍加珍惜。

第三，要加强沟通。任何法律的实施都是一个长期的过程。在实践中，因为工作惯性、地域差异、执法人员素质等原因，《刑事诉讼法》的实施可能还达不到理想状态。律师在实践中，在执业活动中碰到这种情况，一定要理性看待，与执法、司法部门保持良好的沟通与互动。现在公安机关和律协双方都互聘了执法监督员和维权顾问，一些典型的普遍性的问题，完全可以通过这个渠道来进行反馈，一些有争议的案件也可以通过这个渠道来探讨。特别是对疑难复杂案件的研讨我认为很好，公安带着大量实践中存在的问题而来，律师是带着专业技能的法律工作者，双方充分实现优势互补。

我希望这个框架协议签订以后，大家相互之间通过这样一种组织性的定期化的安排，能够真正多一些交流，多一些理解，不断把这种合作引向深入，形成一种长效机制，并通过各自的工作共同推进上海这座城市的安全与稳定。

最后，祝愿大家合作愉快，谢谢大家。●

( 本文根据录音整理，标题为编者另加)

聚 焦

# 追求共同的法治信仰 建立更深层次的信任

——市律师协会会长盛雷鸣在《上海市公安局、市司法局、市律协合作框架协议》签订仪式上的讲话

(2013年6月13日)



尊敬的江宪法副局长及来自公安战线的各位警官朋友,各位律师同仁:

今天是一个值得纪念的日子,经过我们双方共同努力,完成了合作框架协议的签署,实现了律师协会长久以来的夙愿。之前,市律协在市司法局的指导和帮助下,与法院建立了组织渠道,每年和市高院、中院、市检察院进行互访,互通信息,开展合作。去年,还和市检察官协会签署了《上海市检察官协会与上海市律师协会建立沟通协作机制的若干意见》。今天和市公安局合作框架协议的签署,实现了律师协会和本市的公、检、法职业共同体在组织层面上全面建立沟通渠道和合作平台的目标,这对于律师业的发展意义深远。

上海的法治程度、社会文明程度走在全国的前列,离不开公安干警的无私奉献和默默付出。从律师执业环境的层面上来看,我们深切地感受到,在市公安局领导的带领下,在全体民警的努力下,上海公安在精准执法、人性执法、文明执法方面不断地取得了进步。律师的工作和公安的行政执法、刑事司法息息相关。作为行业自律组织,律师协会工作的开展也需要公安机关的理解。虽然合作框架协议是今天签署的,但是长期以来公安机关给予了我们大力的支持。市公安局法制办的相关领导和干警,长期担任上海市律师协会的维权顾问,在律师人身权维护个案方面第一时间帮助我们联系协调具体单位,通过组织上的沟通妥善地处理了不少案件。去年年底,市律协与市公安局监管总队签署了《共同规范

律师执业,保障律师执业权利合作协议》。通过短短一年的合作,市公安局监管总队务实的工作作风以及对律师工作的支持给我们留下了深刻印象,对于广大律师反映的问题一一反馈,并不断出台切实举措维护律师的会见权,改善律师的会见环境。今年在很多场合,很多律师自发地反映会见权得到了明显、实质的改善。从“两法”之一的《刑事诉讼法》不断修改之后,对律师权益的维护在会见权这一块最重要的保障,公安机关起到了至关重要的作用。

特别是2011年市委政法委下发了关于维护律师人身权的专题会议纪要后,市公安局帮助我们与全市的区县公安机关建立起了律师人身权保护快速联动和协作处置工作机制。在合作协议签署的准备过程中,帮助我们做了大量的工作。今天的协议,为市律协和市公安局经侦、治安、刑侦总队的合作搭建了一个巨大的平台。虽然,警官和律师两者身份不同,但我们都是法律职业的共同体,有着一致的目标。相信我们今后能够通过开展具体的合作和交流成为朋友,也希望我们的律师能够为你们的工作分忧解难,集合我们双方的人才和智力优势应对一些疑难复杂的问题,解决一些普遍性的问题。

就在这个月连续两天我们双方就有过两次合作。6月6日市警察协会来市律协就减少执法冲突、加强执法风险防范进行了调研。参加的律师除了市律协刑委会外,其他的都是从办理过相关刑事案件中随机选择的律师,没有做过刻意安排。这些律师的直抒己见,体现出

了律师对公安工作的理解,体现出了律师超脱个案之后对深层问题的思索,一定程度上反映了目前上海律师的社会责任感和执业水平。6月7日,市律协受市公安局法制办的邀请,指派律师为市公安局《刑事诉讼法》专题培训授课,对刑事诉讼中民警出庭应诉技巧和应当注意的事项与民警进行交流。这都是之前没有过的。从中我最大的感动是市公安局领导对律师的信任。虽然律师行业的特点决定了这支队伍会存在良莠不齐的情况,也会出现会见时违规情况的发生。但是我觉得上海的绝大多数律师是理性的、有社会责任感的,是可以信任的。作为一个相对成熟的行业协会,加上市司法局的指导和监督,我觉得市律协作为一个组织是值得信任的。刚才邢培毅主任介绍的由市公安局起草的两个工作意见,为相互之间的信任奠定了基础。

事实上,人民警察和律师,社会分工虽有不同,但这些表象不能遮掩我们两个职业之间的共同点。法治是我们共同的信仰,社会的文明进步是我们共同的追求。我们深入到社会生活的方方面面,只是观察的角度有时会不同。尊重法律、勤勉敬业、善良正直是两个群体中优秀代表的共同点,彼此角色互换,仍然是优秀的。两个群体通过今后进一步的合作,以开放的心态,加深了解,能够逐步建立起更深层次的信任。这对上海律师业的发展,包括对上海法治建设进程的推动将会起到积极的作用。

谢谢大家! ●

(本文根据录音整理,标题为编者另加)



聚 焦

●文 / 陶丽萍

# 营造女性文化殿堂 守望幸福心灵家园

——女律师自我提升系列沙龙巡礼

自 2011 年 4 月八届市女律师联谊会（以下简称女律联）成立以来，为了更好地传承历届女律联的优良传统——让集体的关爱和温暖传递到每一位女律师，新一届女律联班子在会长黄绮，秘书长谭芳的带领下，群策群力、百花齐放。诸项情系女律师发展、护航女律师执业的创新举措应运而生，其中“女律师自我提升系列沙龙”宛如“映日荷花别样红”，以其清新、清丽的人文魅力，吸引了沪上女律师的广为关注和积极参与。

## 源起：传递美丽正能量

着眼于更全面、真实地了解沪上女律师群体的执业和生活情况，女律联不定期地开展问卷调查工作。多次调研问卷都指向了一个不争的事实：女律师群体的情绪焦虑普遍比较突出，有较强的职业危机感和较大的工作压力。

于是，女律联在会长黄绮的指导下，由副会长罗洁分管，副秘书长孙彬彬牵头，并在市律协公共关系部的积极配合下，精心打造了“女律师自我提升系列沙龙”，邀请社会各界专家学者担任主讲嘉宾，以交流、分享、体验等多种形式，进行思想交锋、情感交流、文化交融，为沪上女律师搭建了一座没有围墙的文化殿堂，助其追求自我的完善和更高品质的文化生活，学会更好地爱自己、爱他人，提升自己的正能量，实现女律师们的美丽梦想。

## 实践：内外兼修气自华

“内修心，外修身”之“内外兼修”的理念是“女律师自我提升系列沙龙”逐渐形成的品牌烙印。罗洁和孙彬彬在内的活动组织者，始终以女律师们的需求和口碑作为不断前行的动力。她们为每期沙龙的成功举办都倾注了大量的心血、动用了诸多的人脉、投入了不少的休息时间。因此，每期沙龙都立意新颖，分层次地满足不同

女律师的需求。

“越压越有力——压力的分析与课程”聚焦了女律师们普遍感到的压力问题。知名心理学课程讲师运用自测表、分析图表、视频讲解，为女律师们深刻剖析了压力的来源、压力的不同类型、压力人格特质分析和压力解决的不同个体方案，并进一步就化解身体压力的小妙招、面临负面事件的转变思维模式以及建立健康生活方式等有趣、有益的话题与女律师们展开讨论。

“我们与孩子的相处之道——亲子关系课程”满足了已为人母的女律师期待更好地教育子女，平衡事业和家庭关系的迫切需求。亲子关系教育专家为女律师们讲解了如何以正确的方式去爱孩子，解析了有关亲子关系和由亲子关系投射于自身的种种困惑。

“让我们一起变身律政俏佳人——化妆服饰搭配课程”契合了女律师们爱美的天性。女律师作为典型的职业女性群体，适度的修饰、得体的着装，不仅是关爱自己、更是尊重他人的表现。资深化妆师、造型师邀请参加课程的多位女律师担任现场模特，近距离以实例讲解了化妆与造型的技巧并进行了教学演示。

“寻找幸福密码之绽放的快乐——女性成长课程”引导女律师们敞开心扉、提高自身的幸福指数。著名女性问题专家、学者通过精彩的图片测试、经典话语分析、自我经历分享等方式向女律师们剖析了从不同视角看待事物、自我暗示、感受发展的规律等与个体幸福感有关的话题，并对都市人群目前可能普遍存在的抑郁问题进行了解读。

“茶文化与茶艺赏析课程”带领女律师们体会了中华民族博大精深茶文化的内涵。资深茶文化专家、茶艺导师从饮茶姿势开始介绍中国的茶艺传统，以茶仙卢仝的“七碗茶歌”为线索，辅以舒缓的音乐和香气怡人的普洱茶，引导女律师们领略“喉吻润、破孤闷、搜枯肠、发轻汗、肌骨清、通仙灵、清风生”的全过程，给平时沉

浸在紧张忙碌工作中的女律师们开辟了一段静思冥想的个人空间,以体验生命的平和宁静之美。

“女性城市安全讲座课程”直击女律师们可能在日常生活中不为关注的安全隐患。上海市公安局刑侦总队训练指导师就地震和火灾的避险常识、突发人身侵害的自我保护方法以及对抗侵害的简单工具、手法等方面,以鲜活的案例和现场示范开展了一场生动、实用的安全知识授课。女律师们积极参与操练,对“开停车三秒注意原则”、“八字抵抗法”、“抵御突发侵害的五个步骤”等有了充分的认识。

### 展望:每天进步一点点

“女律师自我提升系列沙龙”从创办伊始就不以量取胜,而是更看重于活动的品质以及传递的正能量。每期沙龙从策划到举办,女律联班子都要经过主题反复酝酿、嘉宾重点落实、通知提前上网、课程内容精心设计和现场认真布置等若干环节。2013年,“女律师自我提升系列沙龙”还首次走出市律协,走进区县律师工作委员会,更近距离地将丰富多彩的活动惠及平时忙碌于工作的女律师们。全新的模式已在长宁区律师工作委员会所辖的东虹桥法律服务园区完成了初秀,受到了女律师们的认可。

素质的提升无法在一朝一夕完成,需要不断地学习、理解、吸收和积累。因此,开启“女律师自我提升系列沙龙”对上海女律师们素质教育的普及和提高上是一次崭新的尝试,同时也将会是一场持久的文化工程,日日相继、久久为功,凝结了女律联班子的智慧和远见。

“‘女律师自我提升系列沙龙’将视野投向了女律师们的生活品质和幸福指数,希望律师姐妹们能从中汲取力量,生活幸福,工作顺利!女律联也要努力把该项活动打造成沪上律师界一张靓丽的文化名片。”女律联会长黄绮如是说。●

## 局长视窗 ●文/王 军

# 强化四个服务 助推行业发展



王 军:长宁区司法局党委书记、副局长

党的十八大报告明确提出建设职能科学、结构优化、廉洁高效、人民满意的服务型政府。政府管理规范,投资成本低,办事效率高,服务环境好,就能吸引更多的资金、技术和人才,促进经济社会的健康可持续发展。

近年来,为进一步加强服务型政府建设,加强对企业和单位的服务,长宁区政府明确提出了“服务发展、服务转型、服务企业、服务人才”,即“四个服务”的工作要求。长宁区司法局紧紧围绕落实这“四个服务”,立足司法行政

工作职能,结合本区法律服务业的实际特点,加强行业服务管理,创造有利条件、营造良好氛围。

### 围绕中心重点 服务发展大局

长宁区司法局充分发挥律师事务所、公证处的法律服务职能,着力营造良好的法治环境,打造和谐稳定的社会氛围,推动长宁区域特色经济的健康发展。

(一)主动对接区域发展,打造特色产业

根据长宁区委、区政府重点发展现代服务业的工作目标和要求,区司法局指导区内律师事务所和公证处开拓与上海“四个中心”和长宁“东虹桥国际商圈”建设相关领域的法律服务,通过全面扶持和吸引金融证券、投资贸易、知识产权、海事海商等高端法律人才和精英团队加盟长宁,让法律服务业的发展紧紧围绕上海“四个中心”的建设和区委、区政府的中心工作,积极开展相关的法律业务。长宁区法律服务业由此形成了以高端非讼业务为主的鲜明行业特色,在业内具有较强的竞争力和影响力。

(二)当好政府法律顾问,促进依法行政

认真贯彻落实中办发[2010]30号文《司法部关于进一步加强和改进律师工作的意见》和沪委办发[2010]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》的精神,组建成立了长宁区政府法律顾问团,聘请区内20名不同专业领域的资深律师担任区政府法律顾问,邀请区领导与法律顾问律师面对面沟通,定期开展学习培训和工作交流。区政府法律顾问律师积极建言献策,当好法律智库参谋,为区政府及相关部门的重大决策、重大项目工程提供法律意见和建议。区政府相关委办局、街道镇也聘请区内律师事务所担任本单位的常年法律顾问,有力促进了政府依法行政、民主决策和科学发展。

### (三) 积极创造条件,提升发展理念

组织律师学习了解长宁区的“十二五”规划,考察虹桥临空经济园区和虹桥商务区核心区重点项目,提升律师对区情民意的知晓熟悉度和服务意识,激励律师以专业知识服务区域经济社会发展。如组织区内从事知识产权业务的专业律师事务所,参与长宁区知识产权战略纲要的制定及区内企业知识产权法律服务,为打造智慧城区提供专业支撑。

## 推动执业为民 服务社会和谐

当前我国正处于社会转型时期,各种矛盾纠纷错综复杂,社会管理面临诸多挑战。长宁区司法局注重发挥律师、公证员的第三方力量的作用,组织引导律师、公证员积极参与政府相关法律事务。实践证明,律师、公证员作为专业的法律工作者,以其专业的知识、中立的立场,以第三方的角色,参与矛盾纠纷和敏感事件的处理,有利于化解矛盾,定分止争。

### (一) 建立健全政府购买法律服务的工作机制

切实发挥律师和公证员在化解社会矛盾中的作用。出台了《长宁律师参与区法律事务工作补贴办法》,为律师参与处理政府法律事务提供了制度保障。成立区法律服务业协会,整合区内律师、公证、法律援助等各种专业力量,为集中有效地发挥法律服务职能作用奠定了坚实的工作基础。以2012年为例,共组织律师完成区信访办交办的信访核查案件47件,参与处置突发公共事件2起。组建旧区改造(房屋征收补偿)律师工作组,参与旧区改造基地征收补偿方案的听证、政策法律的咨询解读和家庭矛盾突出个案的调解,为推进旧区改造(房屋征收补偿)工作发挥了应有的作用。组织22名律师积极协助区领导化解信访疑难案件,定人、定案、定责、定目标,有效提升了信访疑难矛盾的化解率。指导瑞富律师事务所历时22个月成功化解一起18年的信访群访积案,为创造和谐稳定的经济社会发展环境发挥了积极

的作用。

### (二) 深化完善政府、高校、律师事务所共建联建工作机制

按照党的十八大提出的加快形成“党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障”社会管理体制的要求,以长宁区社会管理创新试点为契机,加大区校合作的广度和深度,积极整合统筹区域内高校、律师事务所的优势资源,实质性地推进与华东政法大学的共建联建项目。以华东政法大学东虹桥法律服务园为载体,成立长宁区青年律师成才基地、华东政法大学社会管理综合治理研究院长宁区研究基地和长宁区公务员法律专项培训基地。推进区律工委与华东政法大学签署共建联建协议,实现高校科研优势与行业实务经验的有机结合。自2011年以来,组织12家律师事务所19名资深律师走进校园,为华东政法大学本科生开设律师实务技能课程;组织13名律师为华东政法大学编撰《民商事诉讼代理教学纲要》实务课程教材。与华东政法大学研教院合作,在律师事务所建立研究生科研实训基地,并以此作为优秀毕业生充实到律师队伍中创造了条件。

## 管理服务并重 服务律所发展

多年以来,长宁区司法局坚持解放思想、实事求是,热忱服务于律师事务所和律师的发展。

### (一) 坚持以服务促进管理,寓管理于服务之中

法律服务业是现代服务业的重要组成部分。近年来,在积极推进依法治区建设的过程中,长宁区把发展法律服务业作为建设服务政府、法治政府的重要内容,尊重律师事务所的市场主体地位,遵循市场经济的内在规律,关注其生存状态与发展的需求。

如在营业税改征增值税政策的实施过程中,长宁区司法局通过加强调研走访、召开座谈会等多种形式,积极听取律师事务所关于营业税改征增值税政策实施的意见建议,会同区财政、税务、人社、商务等部门,加强服务指导,加大支持法律服务业发展的力度,及时对接市、区的要求,对因税改而造成税负增加的部分律师事务所进行财政补贴,确保法律服务业不因政策调整而产生较大波动,鼓励律师事务所做大做强。

### (二) 坚持问题导向理念,为律师事务所排忧解难

长宁区司法局积极落实措施完善服务机制,完善领导定期走访和重点企业沟通机制,加强对规模所、专业所,特别是中小所的走访,细化联系沟通机制,多渠道帮助律师事务所解决办公、人才等实际困难。在日常服务管理中,坚持“全方面、全时段、全覆盖、零距离”的工作法,想律师之所想、急律师之所急,换位思考,跨前服务,切实消除律师事务所的发展之虑。



针对律师事务所的具体情况,有针对性地加强工作指导。如帮助一些有发展潜力的律师事务所调整合伙人,增强律师事务所的综合实力。对一些新设立的律师事务所安排入驻东虹桥法律服务园区内孵化。再如,北京市炜衡律师事务所上海分所原来长期在区外办公,办公场地狭小,发展受到限制。为帮助该所发展,长宁区司法局多管齐下,一是局领导带队走访炜衡所北京总部,争取总部的资金、政策与人力的支持;二是积极向区领导汇报,为其在区内筹措落实了办公用房;三是积极帮助北京市炜衡律师事务所上海分所整合资源、引进人才团队。2011年,该所创收1175万元,同比增加了10倍;2012年创收3224万元,同比增加了174%。目前,该所的执业律师已达65人。

(三) 搭建平台创造机遇,为法律服务业发展创造条件

进一步拓展律师参与本区政府法律事务、重大工程和有关企业的法律服务工作。通过与区发改委、区金融办、区商务委、区科委、区工商分局、区工商联等部门及有关街道合作,搭建业务交流沟通平台,不断培育促进发展的增长点。针对当前小微企业法律服务缺失的现实问题,联合区社工委、区商务委、区工商联以及区属部分律师事务所,帮助区小微企业联合会与区法律服务业协会结对合作,搭建带动青年律师成才与小微企业共同成长的平台。组织青年律师定期进驻区消保委开展法律咨

询,帮助区消保委化解消费者的权益纠纷。

#### 创新项目机制 服务人才建设

法律服务业的发展,人才建设是根本。通过落实硕、博士实践基地,青年人才房租补贴和高管人才奖励等综合性政策扶持配套,为区法律服务业发展培育优秀人才。切实帮助解决好律师人才的配偶就业、子女教育、住房、医疗保障等实际问题。全面掌握律师队伍的人才信息,为科学合理、及时便捷地运用律师专业的作用奠定了工作基础。创造条件,为律师、公证员发挥专业智慧、参政议政畅通渠道。现有13名律师、公证员分别担任市、区级人大代表、政协委员,为推进民主法治建设做贡献。近年来,2名律师先后被评为全国优秀律师,2名律师先后被评为上海市十大杰出青年,2名律师被评为“东方大律师”,3名律师被评为上海市优秀青年律师,3名律师被评为上海市优秀女律师。

多年以来,长宁区司法局切实按照构建服务型司法行政机关的要求,深化“四个服务”的工作举措,不断完善工作机制,推进法律服务业的规范与发展,切实帮助解决律师事务所发展过程中的实际困难,凝聚和吸引了更多律师人才扎根长宁,服务全国。法律服务业创税保持每年15%以上的复合增长率,律师人均创收多年位居全市第一,呈现出良性的发展态势。

展望未来,长宁区司法局将进一步深化“四个服务”工作,不断提升工作实效,增强服务监管能力。继续坚持分类指导、科学管理。坚持发展综合大所、专业强所、精品小所的工作思路。坚持以提高律师、律师事务所的品质与服务能力为重点,推进长宁区法律服务业再上新台阶,为上海和长宁区的经济社会发展作出新的贡献。●

区县传真 ●文 / 金山区律工委

金山区律师充分发挥法律专长和社会责任心——

# 积极投身社区的安置帮教工作

近年来,金山律师在区律师工作委员会的有效组织下,积极参与对社区服刑人员和刑释解教人员的帮教工作,秉持“帮教一个对象,挽救一个家庭,平安一个社区”的良好意愿,充分发挥律师的法律专长和社会责任心,帮助社区服刑人员和刑释解教人员融入社会,为社会稳定和谐奉献力量,为构建“创业金山、宜居金山、和谐金山”作出积极的贡献。

## 一、加盟社会帮教志愿者协会成为生力军

在金山区律师工作委员会的积极组织下,金山律师异军突起,迅速成为金山区社会帮教志愿者协会的生力军。金山区社会帮教志愿者协会成立于2007年11月14日,是由志愿从事社会帮教工作的社会各界人士、机关、企事业单位组成的非营利性社会团体。工作对象为社区服刑人员和刑释解教人员。截止至2012年,本区五年期内刑释解教人员2373人(其中刑释2084人,解教289人),帮教率99.75%,安置帮教工作为预防和减少刑释解教人员重新违法犯罪、维护社会稳定发挥了独特的积极作用。2012年12月10日,金山区社会帮教志愿者协会第二届会员代表大会在区政府会议中心召开。会上,金山区律工委主任、群成律师事务所主任汪灏当选为本届理事会副会长,郁志焱、金奉科、杨雪元、沈人类、庄丽红、李青等六位金山区的律师事务所主任当选为理事会理事。金山律师对于安置帮教工作的支持,进一步发挥了律师在和谐社会、法治社会建设中的积极作用,完善了社会服务网络,弘扬了广大社会帮教志愿者的奉献精神。由于金山律师的有力加盟,金山区社会帮教志愿者协会的力量更加壮大,目前有个人会员556名、单位会员25家。

经金山区律师工作委员会与金山区社会帮教志愿者协会积极协商,切实明确了律师志愿者在安置帮教工作中的工作范围为:一是对服刑和在教人员回归社会前、回归社会时加强思想教育、提供义务法律咨询;二是依法引导和扶持刑满释放、解除劳教人员的就业问题;三是对刑满释放、解除劳教人员进行帮助教育,落实其可能重新违法犯罪的预防措施;四是有助于发挥律师业

务特长的其他志愿帮教事项。

## 二、缓解安置帮教经费难关

随着安置帮教工作的深入,随之而来的困难也渐渐显露。金山社会帮教工作一直面临着经费困难的问题,协会经费有两部分组成:一部分为会员会费,另一部分为社会捐助。帮教志愿者都是义务工作,自己出钱出力甚至帮助帮教对象安排工作,靠现有会费和社会捐助开展此项工作有很大的困难,对此,金山律师志愿者想方设法,积极协助解决这一难关。协会理事会副会长、金山区律工委主任、群成律师事务所主任汪灏律师作为区政协委员,于2011年2月提交了一份《关于设立安置帮教基金的建议》的提案,其中对于安置帮教工作经费问题提出建议:一是区级、镇级财政安排专项资金用于此项工作;二是由有关部门发文,区属国有和镇属集体企业捐助协会资金;三是由区级层面出面协调社会各界“有钱出钱,有力出力,有岗位出岗位”。该提案内容受到了各方的关注与重视,并取得了阶段性的成果。

2012年11月21日,上海市第十三届人民代表大会常务委员会第三十七次会议通过了《上海市安置帮教工作规定》,其中第三条指出:“各级人民政府应当加强对安置帮教工作的领导,将其纳入国民经济和社会发展规划,并将安置帮教工作经费纳入同级财政预算。”围绕《上海市安置帮教工作规定》的出台和落实,汪灏等金山律师志愿者继续深化前期成果,进一步向区有关部门提出确保安置帮教经费落实的细化措施,大大缓解了协会的经费困境,使得安置帮教工作能够继续有力而持续地发展。

## 三、创出多种志愿帮教模式

金山律师志愿者的加入有效地增强了专业法律帮教,进一步加强开展了对安置帮教人员的系列学习宣传活动,帮助特殊对象普及法律知识,推进了各项要求的落实,并创出多种帮教模式。

积极参与就业帮教与安置帮教,始终是金山律师安置帮教工作的重中之重。2012年金山区先后有5名刑



汪灏律师与金山区司法局领导  
慰问帮教对象

释解教人员被安置在协会的过渡性就业基地或通过协会推荐找到了工作。协会还充分利用有限的资金扶助生活困难的帮教人员，帮助他们渡过难关，树立生活的信心。其中，金山律师志愿者在积极参与对这5名刑释解教人员的帮教时，有针对性地宣传与安置帮教对象密切联系的基本法律知识，开展结对模式，实行“一帮一”、甚至“多帮一”的帮教工作模式，有效普及了刑释解教人员的户口办理、社会保险、就学、就业指导、技能培训、参加工作及自主创业等相关问题的规定，并对参与过渡性安置基地建设的公民、法人和其他组织，宣传按照相关规定可享受的补贴和优惠政策，加强其对安置帮教对象的帮困扶持力度。

金山律师还在参与相关镇的安置帮教工作中积极探索新模式。金山律师在参与金山区亭林镇安置帮教工作时，与亭林司法所联合，闯出了构建社会帮教阶梯式管理模式的新思路，即围绕“一个中心、两个层面、三级管控、四个片区”的原则，组织律师帮教志愿者对刑释解教人员开展帮教工作。以预防和减少其重新违法犯罪为中心，在重点帮教对象“一对一帮教”和一般帮教对象“一对多帮教”两个层面上，均有三个等级落实管控工作。在第一个层面存在司法所、片区负责人、律师帮教志愿者三个等级；在第二个层面存在村居司法行政工作综合服务站、村居安置帮教联络员、信息员三个等级，并将亭林镇分成四个片区，每个片区指定两位负责人具体负责落实部署本片区志愿者的帮教工作，这种方式得到了律师帮教志愿者的积极响应。在律师志愿者管理的新模式下，律师志愿者和司法所在帮教对象不稳定因素排摸和处置方面表现得更为积极主动。

#### 四、开展进大墙帮教活动有声有色

2013年3月14日，群成律师事务所王丹凤、何群华两位律师在金山区司法局的带领下，与其他帮教志愿

者们一同前往上海市五角场监狱，对15名金山籍服刑人员开展狱内帮教活动。活动上律师志愿者等介绍了本区经济社会建设发展情况及安置帮教工作情况，并就他们回归后面临的生活、就业和住房等所关心的实际问题进行了现场解答，还分别与服刑人员签订了结对帮教协议书，交谈了解了他们的生活、改造及思想状况，给他们带去了家人的问候与期望。两位律师志愿者送上了有关法律和心理学的书籍，重点进行了有关法律知识的宣传和解答，受到了金山籍服刑人员的欢迎。服刑人员纷纷表示要好好改造，争取早日回归社会。

对于一个犯罪判刑被剥夺自由的人来说，刑期是有期限的，而思想改造、遵纪守法却是一辈子的事情。要让这些曾经涉足犯罪泥潭，“免疫”能力不强的失足者，真正做到脱胎换骨，成为一个对社会有用的人、法律意识强烈的人，这是一件十分复杂而又艰苦的工作，但金山律师及其他志愿者在组织部门的领导下仍一如既往地贡献着自己的力量。

在取得明显成绩的基础上，金山律师志愿者满怀信心地提出了下阶段安置帮教、志愿帮教“四个更加”的工作思路，即：律师志愿者更加走近安置帮教对象，把法律传播到最需要法律的人的身边，有利于增强其法律意识，增强其回归社会、做守法公民的信心；律师志愿者更加注重提高帮教质量，确保帮教的法律含金量，有效预防其重新犯罪，最大限度地增加和谐因素，最大限度地减少不和谐因素，维护社会的和谐稳定；律师志愿者更加注重社会责任感和社会形象，不断传递社会正能量；律师志愿者更加注重在社会帮教志愿者协会中作用的发挥，有效助推协会的蓬勃生机。

我们相信，在“四个更加”的努力实践中，金山律师志愿者一定会持续成为社会帮教事业中一道亮丽的风景！ ●

区县传真

●文/黄浦区司法局

修订后的《刑事诉讼法》第 277 条规定对于符合条件的公诉案件,犯罪嫌疑人、被告人真诚悔罪,通过向被害人赔偿损失、赔礼道歉等方式获得被害人谅解,被害人自愿和解的,双方当事人可以和解。实质是当事人对民事部分达成和解,并表达对刑事部分如何处理的意见,由办案机关根据具体情况对案件作出处理。本案是修订后的《刑事诉讼法》于 2013 年 1 月 1 日实施后,黄浦区人民法院在刑事案件审理中,对公诉案件中适用“当事人和解程序”的首例案件。

## 黄浦区援助律师 成功办理黄浦区首例 当事人和解公诉案件



该案的起因是由于夫妻反目为仇所至。丈夫周某系东北来沪经商人员,其妻李某因与之有矛盾出走在外,周某四处找寻不着。2012 年 7 月 20 日,周某在本市黄河路偶遇其妻及妻弟,夫妇俩遂当街理论起来,未料言语冲突升级为肢体冲突,警方接警到场处置。后经法医鉴定,周某造成其妻李某轻微伤、妻弟轻伤,周某被取保候审,案件经检察院审查起诉,移送至黄浦区人民法院。同年 12 月,黄浦区法律援助中心指派薛荣民律师事务所朱震林律师担任被告人周某的辩护人。

援助律师在法院阅卷时得知,本案两名被害人已向法院递交了附带民事诉讼起诉状,各自要求被告赔偿故意伤害案损失 3 万元。经过仔细分析案情,援助律师认为,被告人周某对其妻弟的伤害构成轻伤,构成犯罪,因此其妻弟具备附带民事诉讼原告人的身份;但周某对其妻子的伤害构成轻微伤,不构成犯罪,所以其妻李某附带民事诉讼原告人的身份在法理上并不成立,要赔偿只能提起民事诉讼。

但问题在于,被告人周某和被害人李某系夫妻关系,且双方婚内未有清晰的财产约定,用夫妻共同财产赔偿夫妻中的一方,这在法理和逻辑上又讲不通。法官也把这些情况告知了李某,但李某并不罢休,又向法院

提起了离婚诉讼,说等法院判了自由身,分割完财产,再提起民事赔偿诉讼。李某的想法看似有理,但要达成所愿并非易事,如果周某在离婚诉讼中说不,那么李某的离婚诉讼很有可能会进入到六个月后的下一轮,而下一轮的结果仍不能确定,再之后还要启动民事赔偿诉讼——又是一个漫长的程序,还有执行程序,这时间和诉讼成本,李某能承受吗?说李某的打算行不通,是因为本案还有一个值得注意的问题。一般情况下,刑事和附带民事部分可以分开审理,但对于本案,法庭则认为并不符合分开审理的条件,因为对于被告人周某的量刑必须考虑其在民事赔偿中的态度、赔偿数额及被害人的谅解程度。考虑到本案纠纷双方是夫妻、妻弟关系,法庭认为或许还存在柳暗花明的转机。

基于此,承办法官在被告人和被害人之间做了不少调解工作,希望双方能和解,但二李的态度非常绝决,既要一分不少获得赔偿,又要周某坐牢。法官无奈地对援助律师说,请律师从中做做工作吧,如果调解不成,刑事审判开庭就要根据李某提出的相关诉讼程序的进展而定,等到什么时候就不好说了。

援助律师在办公室约见了被告人周某,周某表示了求缓刑的想法。朱律师告诉他,这个案子如果要判缓刑,取得被害人谅解不可少,谈到二李要求其赔偿 6 万元,

周某激动起来，一阵国骂之后说：“绝对不可能，我最多只拿得出1万元，我不怕坐牢，要是我坐牢，他们一家也别想活！”随着谈话的深入，朱律师发现面前这个黑壮汉子其实有着和外表截然不同的内心。当问到此次纠纷的起因时，周某把家庭金钱恩怨录一笔笔、一桩桩娓娓道来，要求律师判断孰对孰错，周某还特别提到，2011年他和丈人在老家为借钱盖房一事曾打过一场官司。一个东北壮汉居然把家庭矛盾的诸多细节记得分毫不差，一方面令朱律师感到匪夷所思，另一方面也提醒了朱律师或许可以从情感方面打开和解的通道。

第二次约见周某，朱律师看到了那张黑龙江省巴彦县法院的调解书，2011年因建房借款纠纷周某和他的丈人对簿公堂，最后在法院的主持下，双方签了调解协议，丈人承诺于2013年3月前支付给周某16万5千元。于是，朱律师提议，既然周某对丈人有16万5千元的债权，那么二李的赔偿数额是否可以考虑从这笔即将到期的债权中予以扣除呢？周某表示悲观，因为他已经通过法官提出过这个解决方案，但被二李严词拒绝。周某再次表示，对于二李的伤害他只能拿出1万元，请律师再去和二李协调，底线是全部放弃这笔债权也可以。

几天后，朱律师把二李约到办公室。不出所料，一谈到亲情、轻罚这些关键词，二李便对周某申讨起来，甚至表示宁可不要钱，也要把周某送进牢。提到债权抵扣赔偿款的设想，二李也是严词拒绝说别的账和他们无关，又提醒律师别可怜周某，周某有钱，他们一起开项茶叶店的十几万本金都被周某卷走了。原来，诉请的赔偿款还夹带着其他的怨恨，但朱律师却听出了弦外之音，由爱生恨的转折点就在这6万元上。

思考分析了与周某和二李的谈话，朱律师决定先试着联系周某的丈人，也就是二李的父亲。电话打到东北老家，朱律师把债权抵扣赔偿款的设想说了，并给老人分析道：“巴彦县法院出具的不是判决书而是调解书，说明欠债还钱的事儿是周某和你两人自愿应承的，目前你们还是一家人。2013年3月债务到期，你把钱付给周某和付给自己的子女又有什么两样呢？”老人表示愿意考虑。过了两天，老人回复说基本同意律师的建议，问朱律师怎么抵法，朱律师说二李要求赔偿6万元，周某也同意赔付6万元，这6万元就从这16万5千元的账里走，老人表示要再和子女们商量一下。

见事情有了转机，朱律师又找来二李，中肯地分析了事态的发展，就刑附民部分，法庭对被害人的诉请不一定会全部支持，即使支持了，还有一个判决执行的问题，赔偿款何时能到位不好说。另外，李某提起的离婚诉讼刚启动，以后的程序何时能结束并不明朗。谈话后的当晚，李某给朱律师打来电话说关于债权抵扣赔偿款的

事，姐弟俩听父亲的，但有两个条件：一是周某必须放弃全部的债权16万5千元，二是周某必须同意离婚。纠纷一方终于松口了，朱律师趁热打铁把李某的要求告诉周某，谁知周某听了不仅不高兴，反而说妻子他们见钱眼开，还要再和家里商量一下。这令朱律师大感意外，于是告知周某放弃全部债权抵扣二李的赔偿款是他原来的主张，笔录上有他签字，另外律师也没有把周某的底线告诉二李，周有反悔的自由。

其实双方并不糊涂，周某明白如果没有二李的谅解，没有积极赔偿的态度，自己获判缓刑的希望不大。况且周某在取保候审期间还新开了一家茶叶店，要是判了实刑，茶叶店的生意恐怕是要泡汤了。双方经过几个回合考虑，想法渐趋一致：周某最终决定放弃对其丈人的全部债权，并同意离婚；二李则同意撤回附带民事诉讼，并出具对周某的谅解书。朱律师见双方意见一致，及时把相关文件准备好，又与主审法官取得联系，建议法院就附带民事部分再召集双方沟通一次。2013年1月8日，双方当着法官的面，在和解协议、谅解书及撤回附带民事诉讼申请书上签了字。根据新《刑事诉讼法》第278条及司法解释第505条的规定，本案的审判长又召集双方，再次制作了由法院主持下的和解协议，并由双方签字生效。这样，被告人周某故意伤害案附带民事部分顺利解决，为刑事部分的开庭排除了障碍，合议庭法官称赞援助律师的工作非常有效。

2013年1月22日，被告人周某故意伤害案开庭，控辩双方对事实部分均无异议。法庭辩论中，援助律师一一列举了被告人从轻和减轻的情节，并根据被告人的情况，向法庭提出本案可以适用新《刑事诉讼法》及司法解释的相关规定，建议对被告人周某免除刑事处罚。审判长转而询问公诉人的意见，令援助律师意外和兴奋的是，公诉人回答：“没有意见，同意！”这是朱律师执业以来，第一次听到公诉人在庭审中对辩护人免除刑事处罚的建议毫无保留地给予肯定的回答。1月28日，法庭宣判被告人周某故意伤害罪成立，免于刑事处罚。听到宣判后，周某开心地表示马上买火车票回老家，和父母一起踏踏实实地过一个年。

回顾本案，被告人周某因故意伤害行为导致的刑事责任与民事赔偿与其和被害人的特殊关系以及家庭矛盾交织的现状，一方面成为了双方当事人和解的难点，另一方面也成为了和解的突破口。援助律师与双方当事人充分交流，对案情仔细分析琢磨，说服家庭成员从中协调，进而一气呵成地开展了行之有效的调解工作，最终促成了双方的和解，体现了援助律师较强的办案能力，具有很好的示范效果。●

（撰稿人：朱震林）

区县传真 ●文 / 孙 语

# 有想法 有办法 有章法

——普陀区律工委主任周朝华访谈录



近年来,普陀区律工委在制度建设、服务政府和律所管理方面充分履行职能,积极探索,成绩显著。本刊记者日前对普陀区律师工作委员会主任、上海市朝华律师事务所主任周朝华进行了一次专访,请他就以上几方面的工作谈谈自己的感想和体会。

## “没有规矩,不成方圆”——建立制度,规范运作

**本刊记者:**普陀区律工委近年来在工作的规范性上取得了许多成绩,请周主任给我们谈一谈这方面的工作感想。

**周朝华:**我区律工委通过深入地调研与讨论,经五次修改并征求市律协的意见后,制定和完善了《普陀区律师工作委员会工作制度》,为区律工委的规范运作奠定了坚实的基础。

首先,我们建立了区律工委会议制度。大家知道律师的工作都很忙,到底什么时候安排开会呢?区律工委的会议基本定为两个月召开一次,时间为双月第一个星期的下半周,这样每位委员原则上会将开会的时间留出来,形成预约惯例,制度上有了保证,也避免了会议出席率低的困境。此外,秘书在会议召开前会将会议召开的时间、地点及会议议题提前通知给委员,委员需要及时反馈信息,明确能否到会。2012年本区律工委组织召开律工委委员会议8次、主任会议2次,主任、委员出席率达80%。

会议的出席率提高了,那么如何提高会议的质量呢?我们建立了区律工委议事制度。区律工委会议主要采用主任会议、全体会议两种形式。集体决策“三重一大”事项时,根据实际情况召开区律工委全体会议研究决定。讨论决策事项时,先由分管副主任或相关委员介

绍情况,然后由与会委员充分发表意见,并说明理由。讨论时,主任不能首先表明自己的观点,应先听取其他委员的意见后再阐述自己的想法。因故未到会的委员可以以书面形式表明态度。议事中坚持民主集中制,按照少数服从多数的原则决定事项。

**本刊记者:**在具体就某一项活动开展研究、形成决策的过程中,是如何保证讨论的效果和会议的质量呢?

**周朝华:**关于议事方面,我们有明确的规则。一个委员提出某项议案,是通过还是不通过,以前大家不好意思提出异议,很难发表意见。现在我们按议事规则,每个人都要表态和发表意见。每一个参与人都要有自己真正的意思表达。我们现在正逐步做到:持相同意见或不同意见时,要求委员们讲出理由。这既要求提出议案的委员在提出之前认真加以研究策划,也要求与会委员认真考虑事项的可行性,实际参与决策。这样经过商议后通过的事项才更完善,更有执行力。

另外是集体决策。重要的事项要先发表意见,再表决。有的事项大家都很认可,一致通过;有的事项会有不同的意见或者反对的。如有一次一位分管委员提出参加某一个活动,需要用多少经费,开会时先介绍了相关情况,之后大家各自发表意见,最后每个人表态。表态下来的结果是,11个委员中,5个同意,2个弃权,4个不同意。因为没有过半数委员的同意,这个议题项目就没有通过。委员做判断的标准是这个活动跟区律工委的关系到什么程度,每个人都有自己的判断。发生争议的时候按照少数服从多数来处理,严格按程序办,这样也避免了凭兄弟感情决策的情况发生。

**本刊记者:**周主任,在区律工委的费用使用上,有什么经验向我们介绍的?

**周朝华:**费用使用说得直白些就是“怎么花钱和不允许花钱”的问题。我们也建立了区律工委经费管理



普陀区开展“名律师社区行”活动



上海普世律师事务所党支部驻新渡口基地党员志愿者工作室举行揭牌仪式

使用制度。坚持用钱要先向区律工委报告并通过区律工委会议讨论,经费支出需经两个以上经手人签字并由区律工委主任审核,年终由全体律工委委员确认,通过严密的程序规范经费的使用。

分管的委员或者负责承办的委员要发挥主观能动性,想法把钱花在刀口上,即要讲为什么花这个钱,还要讲怎么花这个钱。表面看起来只是多了一个预算,一年用多少钱,有哪几个项目,实际上多了一份责任。调动了每个委员的积极性,加强了相互监督和制约的作用。

此外,我们经常会邀请专家、教授讲授专业知识,邀请政府行政人员介绍工商、税务等知识,请法官、检察官交流办案心得。对这样的讲座交流活动,我们有明确的规定,邀请专家的费用是固定的,不能超过这个预算。如果邀请更高级别的专家,可能需要区律工委与律所合作,区律工委出一部分,律所出一部分。有了经费规则就减少了大家的争议,使大家做事情都心中有数。

### “有作为,才能有地位”——发挥优势,服务区域经济建设发展

**本刊记者:**普陀区的法律顾问团在近年的区政府工作中崭露头角,并获得了较高的评价。法律顾问团是如何参与到区政府工作中的?

**周朝华:**为了扩大律师参政议政的能力,普陀区成立了区政府法律顾问团,法律顾问团目前由26人组成,其中24位是专业律师,2位是行政人员。法律顾问团成立后,区政府非常重视,以区政府文件的形式发布了《普陀区人民政府法律顾问工作制度》,充分肯定了法律顾问团的地位和作用。此后,为了使法律顾问团参政议政能真正落到实处,区政府发文《普陀区人民政府法律顾问团列席区政府会议的实施意见》,要求法律顾问团列席区政府会议,预防和化解法律风险,保障政府行政行为合法有效。该《实施意见》根据律师的专业分工,确定了区政府法律顾问组的成员;明确了法律顾问列席区政府会议的主要职责;确定了法律顾问列席区政府会议的范围。

**本刊记者:**我们知道以往律师的参政议政,象征意义大于实体意义,普陀区的法律顾问团是如何实现真正

地参与其中的?

**周朝华:**法律顾问团目前主要通过列席常务会议和专题会议的形式发挥作用。《实施意见》出来以后,就有一个明确规定,区政府每年有24次常务会议,法律顾问团每次派一名律师轮流列席参与。在会议的位置安排上,和区长、副区长同坐在主席台上,下面参加常务会议的都是各职能部门,无形中提高了律师的地位。列席参与使律师能够及时了解区政府的最新工作状况,并有机会对具体的政府工作献计建言,进一步规范政府依法决策、依法办事、依法行政的行为,促进依法治区工作的深入开展,加快法治普陀的建设。

另外,对于区域范围内的重大项目或主要社会问题,区政府有关部门召开专题会议时,会安排听取法律顾问及其他专业律师的意见。比如关于中远两湾城群租问题的治理,从2006年中远两湾城四期交房以来,群租便成了这个超大型小区挥之不去的烦恼。为了摘掉“上海第一群租小区”的帽子,区政府专门组织召开了专题会议,由副区长和区公安分局局长牵头,各相关部门参与,法律顾问团也列席参与,并在会上提出了中肯的意见。目前,中远两湾城的群租情况已得到了妥善的处理。

**本刊记者:**政府要求律师参与依法治区,大家都有一些困惑,但普陀区在律工委的参与下,组成了这样一个法律顾问团,为进一步推进依法治国、依法行政跨出了重要的一步,而且通过制度保证律师实质性地参与政府行政,其作用将会逐步显现。周主任,律师积极地参与到政府的行政工作中来,那么政府在发展区域重点项目时会不会想到律师?

**周朝华:**是的,区政府在发展区域重点项目的时候确实想到了律师。2011年,法律服务业作为现代服务业的重要组成部分被列入区8项重点支持目录和区政府采购目标。以此为契机,区律工委牵头组织区内数家在金融证券、股权投资、文化创意、国际贸易方面具有专长的律师事务所与长风生态商务区及经济园区开展结对。律师的参与一方面为政府的招商引资保驾护航,另一方面也扩大了律师的业务资源。

**本刊记者:**区律工委在这个过程中主要起到了什么作用?



在老年人维权周活动中普陀律师现场为老年人释疑解惑



“普陀法律人之家”举行揭牌仪式



青年律师开展娱乐互动活动



举办青年律师成才  
素质与营销技巧讲座

**周朝华:**区律工委积极引导律师事务所加强对本区域形势发展和法律需求的研究,充分发挥自己的专业特长,开发更具有竞争力的法律服务新产品,帮助律师事务所发掘市场机遇,积极组织律师为“一河五区”重点区域开发建设提供服务。通过组织参观学习、调研等方式为区律师业搭建服务平台,目前有些律师事务所已经或正在与长风生态商务区、华大科技园区、天地软件园、新曹杨商务区、真如副中心开发办、谈家二八文化商务港等园区建立了法律服务战略合作关系。同时,在区司法局的引导下,2013年区律工委正以律师组团的方式为建设智慧桃浦商洽法律服务事项。目前律师服务业占全区经济的比重正逐年上升。

今后,我们将会紧扣上海实现“四个率先”、建设“四个中心”的大局以及普陀区加快经济转型发展的有利机遇,提升律师服务助推经济发展的能力,使律师更多地参与到区域经济发展中来。

**本刊记者:**有作为,才能有地位。我们看到了普陀律师在加快区域经济发展中确实作出了较大的贡献,同时也增进了自身业务,实现了共赢。

### “交流有平台,沟通无障碍”——设立平台,加强沟通

**本刊记者:**普陀区律工委在组织律所律师沟通交流方面,是如何开展工作的?

**周朝华:**区律工委主要根据自身发展的情况来组织律师工作,做到联系律师事务所和律师,加强交流。

在律所的交流方面,我们设立了“四个平台,两个主要场所”。

“四个平台”方面:一是律师事务所主任例会制。一般每年要召开两次主任例会,沟通情况,相互交流;二是律师午餐会。参与人不一定是主任,合伙人或者有兴趣的律师也可以参与,交流氛围轻松,形式多样不拘束;三是青年律师沙龙。青年律师的交友面和交流面相对狭窄,建立这样的平台,为广大青年律师提供了展示自我的舞台,增加了青年律师与青年企业家和公、检、法、司中青年干部等的互动机会,拓展了交流学习的渠道;四是女律师联谊会。通过与区妇联和区工商联女企业家协会的交流,开拓了执业视野,加强了女同志间的交流。2012年区律工委共组织律师午餐会2次、青年律师沙龙2次、女律师联谊会2次、律师业务培训交流研讨会6次,内容涉及《刑事诉讼法》讲座、青年律师怎样成才、女律师的拓业展业、律师事务所的管理与发展、民事检察的相关规定等,参加的律师十分踊跃,受到了广泛的好评。

两个主要场所:一是区公证处的多功能室,现已作为“普陀法律人之家”的场所以正式启用;二是法律援助中心的会议室。此外,普世律师事务所的会议室,也可以作为区律工委交流办公的场所。

四个平台机制,使律所、律师的交流常态化;两个场所在物质上保障了交流的顺利,既解决了以前借用场所的烦琐,也节约了区律工委的支出。

**本刊记者:**我们经常看到普陀区的某律所具体承办

了某个讲座等活动,在这方面周主任有哪些经验向我们介绍?

**周朝华:**普陀区律工委的特色是将工作任务下移,发挥律师事务所或对活动议题有兴趣的律师的积极性。比如通常举办一个讲座,主办方是区律工委,承办方是律师事务所,甚至是一位或数位律师,这样就调动了各方面的积极性。

此外,把交流活动延伸到律所和律师。尽可能地扩大活动的参与人数和活动的收益面,把活动搞成开放式。徐汇的“律师之家”是完全开放式的,这点值得借鉴,但是组织这种活动是要耗费大量的时间、人力和物力的。我们设想一下,我们普陀有70几家律所,每年如果有10家律所愿意承办活动,那区律工委就会很轻松了。就像现在的市律协有各个专门委员会、业务委员会,如果全让秘书处来承办这些活动,很难办到。我们没有专门的委员会,就要发挥各个律师事务所的积极性了。

**本刊记者:**目前各个区大律所、小律所规模不一,数量很多,普陀区是如何确保管理的有效性和信息沟通的及时性的?

**周朝华:**其实区律工委对律所或律师不存在管理关系,区律工委与这两者应该是服务与联系的关系。一个组织要将服务与联系工作直接延伸到个体,需要相当的人力配备,就目前区律工委的现状而言,是很难做到的。因此这几年我们首先尝试加强与律师事务所之间的交流,律所有这种意识,又会把这种交流扩大到律师,这是一个过程。如果跳过律所,直接联系到律师这一层,那么

对律师的管理和联系会产生脱节。目前的困境是,不少律所缺乏服务与管理律师的意识,有关制度要求也不太明晰,现在我们就要强化律所的这项功能,引导其承担信息中转站的职能,加强对律师的交流沟通。对此我们有针对性地做了一些工作。

首先是走访了律所。我们在全区开展了律师事务所走访温暖月活动,走访的对象覆盖大、中、小型律师事务所,兼顾老所和新所,共计40家,占全区律师事务所总数的55.6%。采取问卷调查、个别访谈和座谈会等形式,深入了解律师行业的需求,帮助律师事务所解决实际困难和突出问题,重点关注律师事务所和律师人才的成长,引导律师行业健康发展,积极服务区域经济社会建设。

其次是建立了联络员制度。普陀区有79家律所,发一个通知给大家,可能是否收到信息都不清楚。区律工委发布的信息通过联络员及时传达给律所,联络员及时上报月报表、律所活动信息、敏感案件等信息,这就保证了信息沟通的有效性。

再次是设立了邮箱。邮箱具有中转作用,转发区律工委下发的通知。市律协有很多的秘书,每天专门发邮件、打电话,区律工委没有那么多的人手,不可能把相关的通知都发到每个律师那里,但是我们可以发到律所的邮箱,要求律所发挥中转的作用,使信息和沟通尽量对称。

**本刊记者:**谢谢周朝华主任在百忙之中接受本刊的采访,也希望普陀区的律师再接再厉,再创佳绩。●

## 信 息

# 美丽静安 低碳先行

## ——2013 低碳与法律实务研讨会

由上海市静安区发展与改革委员会、上海市静安区司法局联合主办,上海市捷华律师事务所承办的“美丽静安 低碳先行——2013 低碳与法律实务研讨会”日前举行,来自政府相关职能部门的工作人员、复旦、同济等高校的著名学者、节能公司的技术骨干以及低碳法务领域的资深律师齐聚一堂,共同商讨静安“低碳商业商务实践区”建设的新思路。

研讨会上,各方代表以静安区节能减排工作的紧迫性和技术可行性为切入点,集中探讨了低碳法律实务的必要性,充分肯定了其作为节约能源新路径、新模式的社会价值。



律所建设 ●文 / 陈迎瑞

# 积极探索中小律所管理发展创新之路

2011年3月28日,杨浦律师所联盟组建成立,这在当时全市乃至全国律师界都是首创之举。联盟的特点是合署办公、成本均摊、资源共享、统一管理。杨浦律师所联盟凭借多家个人所的经济实力,租借了五A级商务楼,大为改善了中小个人所的办公条件和职业形象。现在杨浦律师所联盟运作已有整两年,承蒙各方鼎力相助,各所团结共处,发展势头蒸蒸日上,社会声望节节攀升,“求木之长者,必固其根本。欲流之远者,必浚其源泉。”究其本源,得益于体制机制的创新形式,受惠于杨浦律师所联盟各所律师智慧创造的管理模式。

## 一、视管理创新为服务助推动力

近几年,律师行业中小个人所大量涌现,面临的党建覆盖、制度监管、青年带教、履行社会责任等问题都未有效解决,杨浦律师所联盟的出现正是一次有益的破题尝试。

杨浦律师所联盟在两年的运作过程中,着力注重在思想理念、专业能力及业务发展三个方面加强管理。

一是树立“先公益服务获取社会认可,再建立专业品牌拓展业务”的思想理念。杨浦律师所联盟先后为定海街道、大桥街道开展义务法律咨询服务,大型社区法制讲座培训,对口居委民事调解等公益活动,洗涤了“一切向钱看,创收为追求”的市侩观念,树立了中国特色社会主义法律工作者忠诚为民、奉献社会的核心价值观,获得了社区领导和社会公众的广泛赞誉。实践证明:思想境界的提升,必定有助于律师坚持正确的执业方向,出色地完成各项法律任务。

二是打造学习研究型团队,以“走出去请进来”的方式提高专业能力。杨浦律师所联盟邀请具备专业化、规模化、国际化经验的律所传授指导经验,同时鼓励主任律师赴美国、加拿大、澳大利亚、新加坡等涉外律所参观学习,还分别承担了律师协会各专业委员会的工作,不断传递法律界的新信息、新热点,打开专业眼界,形成广阔视野,有利于提高律师的业务素养。

三是形成团队合作跨所办案的机制,使业务发展呈现增长势头。杨浦律师所联盟组建后解决了刑案个人所无法会见的困难和跨省办案的难题,曾有一案在上海和

黑龙江两地办案,有了两个律所的合作,经济案件的专业力量不仅加强,而且深得当事人的满意,也增加了业务收入。

杨浦律师所联盟采用的这种分则各个律所根据分工注重专业特色发展,合则成为综合专业团队,在需要时联合办案这种新型合作管理模式,大大节省了人力管理成本,为联盟各律所发展起到服务助推的作用。所以,再优越再精细的管理模式,如果脱离实际,也只是纸上谈兵,管理制度要创新,需要具有针对性,有益操作性,增加实效性。

## 二、化管理服务为融合凝聚平台

杨浦律师所联盟组建之初,大家秉持平等互惠共同发展的理念,规定对跨所管理制度和决定重大议题必须做到:一是公开透明,没有暗箱操作;二是平等协商,没有隐性权力;三是尊重否决,没有多数特权,使大家在心齐气顺的氛围下合作办事。

律师行业是各路英豪荟萃、八仙本领各异的精英聚合之地,需要互相尊重谦和包容,方能愉快共处长久生存。律师所联盟,作为联合体,团结合作应是核心主题所在。

杨浦律师所联盟提倡以大气谦让的风格处理所际利益冲突,以平等礼待的态度建立人际关系,以宽松融合的氛围形成集体互助环境,以容忍失败的气度善待需要帮助的成员。杨浦律师所联盟提倡两种文化:一是合作具有奉献精神,二是包容具有宽厚胸怀。还特别设计了“一票否决制度”,对于跨所的议题和制度,必须由全体主任充分讨论,权衡利弊,分清得失,一致同意后方可通过,只要一所主任不同意就放置留待后议再定。律师都是知晓法律的人员,自有标准是非观念,尊重否决权就是尊重联盟的团结和民主,大家必须予以精心维系,不要让任何一位管理参与者留下不快,尽量避免不团结的因素存在,联盟成员的步调一致比什么都珍贵。

联盟管理创新的途径最主要体现在跨所活动的举办,以利形成团结凝聚的作用,杨浦律师所联盟据此投入了很大的精力,安排筹办各类活动,力求每次活动突出不同的主题,至今仍基本保持每两个月举行一次大的跨所活动,收到了明显的实际管理作用。如举办党建教

育活动、爱国主义教育主题活动和社会公益广场咨询活动,召开专题业务交流会议、深入社区开展法制培训活动、举行科技园区公益服务活动,邀请各级领导视察指导活动、举办先进律所经验介绍会议、开展联盟主任律师工作交流活动、定期组织文化休闲聚餐旅游活动以及“十八大”学习交流等活动等等。我们认为,任何一次跨所活动都是管理理念的展示和管理效能的释放,一个律所如果长久不搞集体活动,管理制度就会形同虚设,也不会有积极进取的前景。杨浦律师所联盟已在“东方律师网”上播发了这方面的8篇通讯,及时与律师同仁共享团结奋斗的工作经历和管理探索的实践体会,也非常高兴得到了业界的反响,从中获得了教益和启发,为律师业的健康发展营造了献计出力的网络氛围。

### 三、将管理制度创务实发展之新

杨浦律师所联盟的管理制度,着眼于将个人所从传统作坊型和单打独斗型,向专业化和规模化的团队合作方向转化,又将各所主任的管理优势通过轮值负责制发挥出来,使联盟整体多视角多方位受益,还将青年律师带教培养作为长远发展的目标提供了制度安排,具体做了以下努力:

第一、专门设立了7个专业部门,由主任律师根据自己的专业特长领衔带队。其范围已涉及非诉专业领域,如知识产权、涉外贸易、海事航运等,也为办理传统类业务、深化专业含量打下了坚实基础。联盟内提倡跨所专业合作和团队办案,已成功办理了不少跨所专业的案件,并借助联盟平台,为各合作律所带来了明显的效益。以前专业性单一的陈海杰律所也在劳动争议领域的原有基础上得到了进一步的发展。

第二、建立主任轮值季度负责制度,展现不同律所的管理亮点。各所主任轮到自己季度负责时,将杨浦律师所联盟像一个整所一样进行管理,落实各项制度实施,协调各所利益冲突,发挥了各所主任管理的专长。如有的主任对于休闲旅游有特长,就在自己所任时期内展现出来,安排这类活动;有的主任以专业交流和会务研讨见长,就在自己的能力范围内聘请专家开展交流;有的主任社会关系广泛,就广邀政界领导、业界精英前来参观指导,充实联盟人脉关系,提高社会的知名度。季度轮值制度既使管理不留空当和盲点,又体现了联盟不同律所的管理特长。

第三、建立管长远的主任带教制度,培养青年律师健康成长,以利律师业后继有人。杨浦律师所联盟各主任在本所内要亲自带教青年律师,随身真帮真教,贴近办案辅导,负责培养成长,如某一主任律师具有专业特长,适合另一所的青年律师的业务培养,也可申请跨所

带教。

上述三项管理制度的实施,给联盟带来了学术研究气氛浓厚、团队办案形成合力、管理风格呈现多元、以老带新帮教成长的可喜景象。

### 四、以管理作用铸攻坚克难之剑

杨浦地区因属贫困病弱人口多,旧区改造任务重,大型国企转制后出现了许多科技园区,大部分中小民营企业都处在创业孵化阶段,如此区情特点,决定了传统和诉讼纠纷业务为主,竞争激烈,案源不足。针对这种状况,杨浦律师所联盟着力从两种方式开拓业务:第一,服务杨浦民生,关注百姓疾苦,着力社会公益服务作为品牌建设,继而打造成为传统领域业务的大品牌和常青树;第二,瞄准杨浦中小企业经济发展的热点,为高科技园区各类法律需求提供精细的专业服务。

杨浦律师所联盟凭借各所的组合力量,改变了个人所由于人数少无法履行社会责任状况。杨浦律师所联盟在所在地区定海街道开展了义务法律服务活动达200多次,开通了24小时居民热线律师电话咨询涉及20多万人口,参加街道社区动拆迁和治安维稳工作取得了良好的社会政治效果。杨浦律师所联盟各所还为区域经济转型发展贡献力量,先后为上海知识产权园区、上海五高科工业园区、中国大学生上海实训基地和杨浦区大桥街道工业园区内的中小企业免费担任义务法律顾问,解决他们在创业和经营中遇到的法律难题,惠及2000多家中小企业。

现在不断有动拆迁房产纠纷、知识产权和股权纠纷客户主动上门聘请联盟各所的律师担任案件的代理人,使各所在熟悉的专业领域里各施所长,游刃有余,克服业务不足的瓶颈,扩大了案源的辐射范围,使各所增添了可持续发展的后劲。

与时俱进,推陈出新,以开放的姿态吸纳更为有效的管理思路,才能不断提高管理质量和实效。杨浦律师所联盟所采用的创新管理模式,既将律所的资源化零为整形成合力,又保留和发展了个人所的专业性,实现了现代管理学上的“双赢”。两年来,杨浦律师所联盟内的律师分别获得了上海市司法行政系统先进个人奖、上海市司法行政系统优秀共产党员称号、法律岗位标兵奖、区律师系统先进党支部奖、区十大律师提名奖、区优秀律师奖、区优秀共产党员奖,还有的当选为区政协委员,市律协各专业委员会副主任、委员等,上述荣誉的取得证明了联盟的管理制度起到了引领上进、催人奋进的良好效果。●

(作者单位:上海陈迎瑞律师事务所)



法律咖吧

栏目编辑人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

# 如何破解困境儿童法律保护难题

本期主持: 黄 绮 上海市律师协会副会长  
 嘉宾: 杨永明 上海市教育委员会青少年保护工作处处长  
 任炽越 上海市民政局社会福利处副处长  
 田 熊 上海市妇女儿童工作委员会办公室常务副主任  
 杨 雄 上海社会科学院青少年研究所所长  
 文字整理: 许 倩

黄 绮: 今天非常高兴请到了本市儿童保护领域的部门领导和专家学者一起来聊聊关于困境儿童的话题。谈困境儿童,首先应对困境儿童有个定义,民政部《关于开展适度普惠型儿童福利制度建设试点工作的通知》刚刚出来,《通知》明确指出适度普惠型儿童福利制度的重点应放在困境儿童方面。《通知》中确定了试点工作的原则,即本着“适度普惠,分层次、分类型、分标准、分区域”的理念,然后再按照“分层推进、分类立标、分地立制、分标施保”的原则和要求,立足当地经济社会的发展状况、儿童生存与发展需要和社会福利制度的发展,全面安排和设计儿童福利制度。“分层次”,是将儿童群体分为孤儿、困境儿童、困境家庭儿童、普通儿童四个层次。“分类型”,是将各层次儿童予以类型区分,孤儿分社会散居孤儿和福利机构养育孤儿2类;困境儿童分残疾儿童、重病儿童和流浪儿童3类;困境家庭儿童分父母重度残疾或重病的儿童、父母长期服刑在押或强制戒毒的儿童、父母一方死亡另一方因其他情况无法履行抚养义务和监护职责的儿童、贫困家庭的儿童4类。“分区域”,是把全国分成东部、中部、西部。

田 熊:困境儿童是我们国内的概念,在联合国儿童

基金会称之为“处境困难的儿童”,分成10类。民政部讲的三类儿童也在其中,还包括被遗弃儿童、受虐儿童、受侵儿童、孤儿、被拐卖儿童、受暴力儿童、受剥削儿童,我们在工作中又增加了单亲儿童、留守儿童、流动儿童、服刑人员子女等,受艾滋病影响的儿童也包括其中。

黄 绮:我觉得《通知》中对困境儿童三类分类有点狭义,我记得杨所长以前写过一篇文章对困境儿童的分类比较宽泛。《通知》里说的三类困境儿童只是加上了流浪儿童、残疾和重病儿童,但是这类困境儿童都有父母,和孤儿是有区别的,那么杨教授当初的五类困境儿童是如何划分的?

杨 雄:从大类上说,我和民政部的意见还是比较一致的,一类是自身困境,比如孤儿;还有一类就是家庭困境,比如有父母,但是父母无力抚养、判刑或者患重病。我当时举了五类,有精神病、重度精神病的子女,包括事实孤儿、吸毒家庭。我当时下这个定义主要是从人群上考虑的,这五个群体比较典型,人数多,因此更加急需救助。

黄 绮:困境儿童不管是分三类还是五类,他们都是非常需要获得帮助的,但目前对他们的救助尚不完善,法律的缺失是原因之一。杨处、任处是在实际部门工

作的,你们认为现实中的难点和特殊性在哪里,可否与我们交流一下?

**杨永明:**流动人口出现后,产生了很多问题。困境儿童的问题是其父母问题的一个反映,也是社会问题和制度问题的反映。家庭、社会、制度,从我们部门的角度,可以尽力而为守住这个岗位,但是面对这三个方面产生的源头,我们无力而为,这是第一个考虑的问题。第二个问题我要考虑的是,不管用哪种方法来应对,你必须知道引发困境的原因在哪里,我很同意刚才的分类、分层次这样一个思路,因为引发的原因是不一样的,如果政府全盘托底的话,我认为这个思路是有问题的。第三个考虑的问题,我认为是关于其特殊性不应该强化,而是要强化它的难点在哪里。我们最大的难点就是自1949年以来,政府无论如何搞改革,始终有一种政府控制、政府托底、政府来统筹解决这样一个思路,这是困扰我们这项工作的最大难点。这么多社会问题、家庭问题的产生,都要政府来解决,这种观念本身是有问题的。积极的思路应该是在制度的引领下,想办法用社会的资源、力量来化解社会矛盾。

我们的一些问题家庭、问题家长人为地造成一些问题孩子,然后扔给政府,这无论从伦理、道德、法律上都是不应该出现的。因为这样一个控制性、托底性的思维,容易产生错误的导向。我们要建立一个引导型、复位型的化解思路或者社会力量,尽可能地用社会力量来解决这些社会问题。这个群体是客观存在的,怎么化解也是要按照一定的规律去做。我们现在无论怎样来设计这个框架,都不能摆脱初级阶段、可持续发展这个前提。目前存在一个比较普遍的问题,就是超越了初级阶段或者是不符合可持续发展的要求去提出问题。这从另一面看,局部可能是合理的、符合法律要求的,但是从整体上看,导向是有问题的,也不利于整个社会的制度完善。都说此类问题法律上有缺失,我梳理过,法律对这些事项都有规定,但是都没有办法兑现,只有涉及到公共安全的群体,才可能去兑现。

**任焜越:**这几天对困境儿童议论得很多,我想起了一件往事:1993年,上海的《解放日报》曾经发表过一篇关于对困难老人群体的报道。因为在这之前,我们对所有的孤寡老人都照顾得非常好,没想到一些有家庭、有子女、生活在困难边缘的老人的生活状况比孤寡老人还要糟糕。这个现象披露以后,就引出了后来出台的低保制度,认识到我们的孤寡老人是需要保障的。但除了孤寡老人以外,很多低收入的老年人也需要保障,所以上海的低保政策一下子在全国铺开了,这真的为我们的老年人、为整个社会的发展做出了很大的贡献。

怎么会想到这件往事呢?我们现在对孤儿、流浪儿童

的救助保护都做得比较好。黄绮律师和杨雄所长都是市政协委员,今年他们都写了有关儿童福利立法的提案,我在答复两位的提案时介绍了很多,但是我们的一些困境儿童就不一定能列入政策性的制度保障里面。我想,就目前的情况来看,困境儿童可分成三大类:一类是孤儿,一类是流浪儿童,还有一类就是事实上没人照料抚养的儿童,这一类的原因有很多。我们前几年按照民政部的要求做过调查,比如说父亲死亡、母亲失踪的,或者母亲弃养的,或者父亲死亡、母亲服刑的,或者父亲死亡、母亲重残的等等共有十多种。现在对儿童福利的政策不少,但都分散在各个部门,用社会学家的话来说,是“碎片化”的,我们的教育、民政、医疗卫生、公检法等部门都有涉及,不同的部门为不同类别的儿童进行管理和提供服务。比如孤儿、流浪儿童是民政部门负责,服刑人员子女是由综治办下面预防青少年犯罪这样一个部门在管,司法部门也在管,所以很多工作责任就分散在各个部门。

出了那么多事情,媒体也很关注。要进一步做好这项工作,我个人有这样几点建议。首先,这件事必须由政府主导,必须要建立强有力的集中领导,以政府的行政力量形成工作机制,这样才能推进工作;其次,现在很多的政策法规操作性不强,很难落地。我最近在媒体上看到,《未成年人保护法》有这样一条内容:如果父母亲失去监护能力,经有关部门或有关人员申请,法院能够判决其转移监护。那么由谁来提出申请,有关部门到底是指哪个部门?南京在两个小孩饿死悲剧的整个过程中,有关部门也时不时地在进行关心,但是最后都没做到底。如果按照部门归类,其父母为吸毒人员应该归到禁毒办。上海禁毒办的工作就做得相当好,他们如果发现这样的情况,肯定会跟进的。因为我曾经当过禁毒办的联络员,上海有个各单位组成的禁毒委员会办公室,如果父母都吸毒,可以汇集各部门的合力予以帮助。

**杨永明:**我是兼这个办公室的副主任,这是个协调议事机构,有责任分工。我举个例子,上海也发生过类似南京的事件,父母都涉毒,母亲还是个小学老师,涉毒以后都应该抓的,小孩只有二年级,怎么办?我跟禁毒办协调,从孩子的角度考虑,要留一个,还要给其生活保障。我们跟禁毒办有个不成文的约定,父母两个都涉毒的,孩子又很小,只能抓一个;如果孩子大了,有不良行为,那工读学校可以托一把,如果是寄宿制学校,那么学校可以负责。关键要把活做细,因为我们社会力量的培育,跟西方国家有着很大的差异。有人建议社区办暑托班,鼓励志愿者参与,我觉得应该让出这个主意的人先去做一个星期的志愿者,把小孩带到自己家里,他肯定不愿意。孩子进了暑托班,万一出现安全、疾病问题,谁来负责,没有法律保护。

**任炽越:**我觉得,禁毒办是个协调机构也好,是个牵头部门也好,总要有个部门去管,如果像发生在南京的事件,最后大家都不管,教育部门也是不会跟进的。因此要在政府的主导下,各个部门形成相关合力。还有就是我刚才说到的现在的政策法规还不够具体,操作性不强,我觉得一定要制定一些操作性强、有权威性的政策法规。就中国目前的状况,可能制定的政策法规不一定要级别很高,但一定要管用,有操作性、有权威性。

**黄 绮:**现在都说《民法通则》第16条关于监护权的规定很滞后,但从法律的角度上来说,规定父母不能承担监护责任时“有关部门”要承担这样的宽泛规定是可以的,但关键是你行政机构设置上要去建立这个部门,法律已经给你预设了框架,在行政上把这个部门建立起来就可以依法工作了。但在现在在没有“有关部门”的情况下,你必然会看到法律无法实施。

**杨永明:**“有关部门”如果不能笼统地写,就要有具体的部门名称,这样一旦部门名称发生了变化就需要修改法律了,所以还是用“有关部门”的表述比较好。

**田 熊:**在制定政策、起草法律的时候,确实我们都愿意用“有关部门”来表达,如果写明责任单位,工作起来就会局限于这几家单位,其他部门可以不管,但如果写了“有关部门”,就有更多的单位、部门可以一起参与,这是给法律执行留有余地。现在的社会趋向精细化,工作的分类也越来越细化,要求操作也要细化,更有实效。

**任炽越:**我举个例子,今天上网看了个微博,非常有感触。按说上海对流浪儿童救助保护工作是做得比较好的,但是我们也碰到过困惑。现在地铁里经常会碰到一些有父母或其他亲属带着未成年人乞讨。地铁是有法规规定禁止乞讨的,他们也很想整治,但就是屡禁不止。现在没有一条法律法规说流浪未成年人不能乞讨,我不知道国际上是怎么规定的。去年“微博打拐”时,民政部召开座谈会,很多搞这项工作的同志都有个共同想法,就是是否可以规定未成年人不能乞讨?据了解,现在国务院颁布的《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法(修订案)》已经报到国务院法制办了,但是迟迟未出台。我想最近发生了一系列事情,可能国务院法制办也在慎重考虑是否加大修订的力度。实质上我们现在的《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》已经滞后于流浪乞讨人员救助管理工作的现状了。2003年该办法刚实施时,是因为当时生活困难外流浪乞讨人员的比例大概占百分之二十几,现在的比例是百分之十也不到,绝大部分是职业乞讨者。在这样的情况下,如果《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》的修订还是按照原来的思路,那么这个办法出来还是滞后的,我们应该考虑怎样对这些职业乞讨进行分类管理。所以

我觉得对困境儿童同样需要有一些有权威的,操作性和针对性都比较强的政策法规。

**黄 绮:**妇儿工委的田主任一直想梳理一下在儿童保护这方面的法律,包括源头上的监护制度,这是很有必要的。目前的《民法通则》、《妇女儿童权益保障法》和《婚姻法》中都有儿童保护的相关内容,但其中最直接的法律是《未成年人保护法》,但这个法律没有可操作性,多是些宣誓性的条文。如果再理下去就是政策。梳理法律这件事好做,问题是理完了以后怎么办,还是要完善立法。

**任炽越:**前不久,杨主任邀请我参加本市《未成年人保护条例》的修订座谈会,我认为时机很好,现在未保工作的需求那么大,很多工作都需要法律法规来保障。我曾经在民政部召开的座谈会上讲,目前修改《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》是一个很好的机会,但是现在看来本次的修改还只是补丁式的,有很大的局限性。我看到民政部的法规制定计划,好像“儿童福利条例”已列入了明年的立法计划。除了政府主导形成机制,不断地完善法律、法规、政策外,我还有个很重要的建议,就是要在社区层面,建立青少年的服务中心,可以采取政府购买服务的方法,请一些社会组织来具体运行。香港在这一点上就做得很好,他们每个社区都有青少年服务中心,是由社会组织来做的,如果我们每个社区都有这样一个机构的话,那么南京的悲剧肯定不会发生。而且还要依托我们这样一个社区服务中心,建立一支青少年社会工作者队伍。

**黄 绮:**困境儿童问题的难点大家都看到了,但是解决问题的突破口在哪?我觉得还是机制的不健全,需要一个顶层设计的制度,这个制度是一个机制上的建设,这需要法律的完善。

**杨永明:**前两天我解剖了一个麻雀,就是根据现在接二连三出现的儿童问题,去考察一下可行性。我原来住的小区,每到暑假总有居委会组织一些人来办个暑托班,是靠献爱心或按照政策要求来办的,参加的每个孩子一个月交个两三百块钱,现在没有了,问题在于现在办暑托班,法律上要求有资质,而且房子就这么大,场所有限。另外,很多来的孩子,不知道他们的身体状况如何,原先都是靠诚信来担保的,孩子出事家长负责,但现在如果出了纰漏,责任都归在暑托班。所以说,如果没有法律政策的支撑,不利于社会基层力量的整合或作用的发挥,而这些组织恰恰是就近解决困境儿童、困难家庭儿童最有效、距离最近的一个方法。

**田 熊:**我昨天从市妇联的微博上看到,市妇联提供了一张全市各县区共同推出的“放心家园”暑托班的菜单,共有61个教学点。这些教学点大致分为三类,一类是妇联办的,一类是社区文化中心办的,还有一类是



本期主持:黄 缙



嘉宾:杨永明



嘉宾:任焯越



嘉宾:田 熊



嘉宾:杨 雄

利用学校办的,且收费的极少,大多数都是免费的。暑假有两个月,有的暑托班包含了整个暑假,有的可能就办一个月,还有些是短期的。时间是从早上7点到下午5点,也就是父母的上班时间。我在想,有些工作可能大家都要去参与,不是说一定是分配到哪家单位,由谁来主管,有些事情大家一起去做了,就有可能在做的过程中制定一些政策,然后形成法律。我们现在立法滞后是因为都是出了事才会想到去立法,其实如果有些工作有前瞻性的话,可能法律的效应马上就跟上去了。我们都要立足岗位,尽力而为。部门越多,分工越细,但也会有部门交叉或管不到的地方,因此需要相关部门的工作最好都往外再延伸一点,不断填补工作的空白,做到无缝衔接,形成一个持续发展的过程。

**任焯越:**我们和市妇联合作得很好,在一些救助管理站设立了反家暴的妇女儿童庇护中心,不但对妇女,对儿童也开放,可惜来的人不多。如果孩子在家中受到暴力,可以来中心寻求庇护。尽管里面床位不多,但是来的人很少,市妇联多次在报纸上宣传,而且宣传篇幅也不小。我觉得这是个理念问题,很多夫妻打架,特别是上海人,老婆是不愿到这种地方去的。据我了解,目前绝大部分是外来媳妇来求助的。

**杨 雄:**我在想有两个问题可以进一步讨论,一是在操作层面上,部门的政策可能有个系统的管理问题,现在上海管理青少年的机构至少有二十几家,这是历史沿革、计划体制的原因。十八届三中全会就要召开了,希望把政府和市场的关系、政府和社会的边界要理清楚。最近我从北京领了个任务,做一个进一步发育社会“自组织”的研究,终极成果我已经交到了北京。我们对“自组织”这个概念琢磨了半天,一般的概念是社会组织,社会发展到现在,有大量的“自组织”,不登记,但是在做自己感兴趣的事。今天上午我在和几位博士讨论,他们有很多同学是从美国、日本、香港回来的,都有这种意识,自己成立个组织,尽些社会义务。现在我们整个政府和社会怎么通过法律、政策把系统的管理理顺,目前的情况就是碰到事情了大家都管,大家又都不管,怕管了以后,涉及到自己的部门利益,这就需要有一个顶层设计

的系统管理思维。二是除了梳理法律,我觉得还要梳理我们职能之间的关系通道。现在涉及的部门很多,要有个管道的梳理,因为英国、美国是无缝对接,通过判例解决。我们可以成立这么一个小组来研究系统管理。法律是有了,但是操作性不强,问题出在哪里?要把它们全部都找出来。美国、英国有这类案件发生以后,都会有机构不断地跟进,比如讨论监护人的问题、法律修改怎么解决以及剥夺监护权的问题等。

为什么提出适度普惠,而不是普惠,这就是中国的国情,这点我同意杨处长的意见。上海算是中国发达地区,但要全部兜底也兜不下来。当然我们还要摸清情况,我为什么提出事实孤儿,因为这个人群比较典型,急需救助,做了可以有亮点。我坚持适度这个原则,有些事情先做起来,一步步放开,城市化也是这样,一步到位的捷径是没有的。从理念上,对于儿童问题,国家要主导,但主导不等于包办。习近平总书记也说了,是托底,不是全包,宏观调控,微观放活。这个托底我理解就是那些最最需要救助的穷人,然后分清情况,根据中国的国情来解决问题。

还有一个就是操作问题。我后天要接待一个从英国回来的研究社会服务的教授,我想请教一下台湾是怎么做的?我看了他们很多的操作层面,非常细。一个案件发生以后,谁先跟进,跟进之后谁评估,评估以后归谁管;如果要起诉,起诉主体是谁,判了之后谁接盘。不像我们现在,主体找不到,法律没法判,或者判了之后由于伦理问题逃避责任,这些都需要在法律层面之间互相衔接好。上海已经进入了一个需要精细管理、精确设计的时代,通过一两个成功的案例判了之后来探索可能性。要建立现代社会组织体系,政府购买服务“四个放宽”以后,一批社会组织会发育起来,政府要给予政策保护,法律和民政、社工都要衔接,不要让懂法律的人不懂社工,懂社工的人找不到法律的根据,要做一些系统化的、精细的分析。成文法有时候解决不了问题,南京的事件出来后,可以做个很好的判例,解剖一下,让公众来讨论,这比抽象地讨论法条要好得多。要从方法论上考虑这个问题,否则还是浮在宏观层面上。

**黄 绮:**田主任一直想做课题,就是要梳理法律。其实光梳理法律是远远不够的,法律以及这个法律框架下的各个相关机构包括有可能参与工作的社团机构的职责制度都要一起进行梳理,都放到这个课题里去。梳理法律很简单,但如果涉及到刚才杨教授说的那些,就不是那么简单了。

**任焜越:**为了答复杨教授的议案,我曾经与社团局进行了沟通,了解了一些情况。据了解,上海现在从事青少年的社会组织有好几百个,这些社会组织到底在干什么事,这也可以梳理。刚才田主任说了,暑期为青少年服务的组织有许多个,我们这块资源到底有哪些,如何利用这些资源?我觉得杨所长归纳得很好,政府肯定要主导,法律法规要跟进,还要充分发挥社会组织的作用。

**田 熊:**政府主导从国际社会来说就是要求政府做到“儿童优先”,或称之为“儿童利益的最大化”。要满足儿童利益的最大化,这里有个分步走的问题,因为这与经济基础、现实社会、老百姓需求等等相关。当前我们可以说制定《儿童福利条例》的时机已经到了。最近出了一些儿童受侵害及意外伤亡事件,领导都非常重视。我们妇儿工委在这方面可以做的:一是强化儿童优先的意识,积极推进完善相关法律法规。促进儿童优先意识在全社会的树立,并在健全和完善儿童保护法律法规体系上下功夫;二是大家讲到的,其实有些法律是有的,但是执行不到位,我们要协调相关部门加大法律法规的执行力度。对一些法律操作性欠缺的,通过司法解释去具体细化,要在执行力度上下功夫研究,每家单位履行职责做到位了,执行效力相对会强一些;三是加强儿童保护的工作机制建设。虽然顶层设计的关键在于体制、机制和法制的思考,但实际操作和工作做法也是非常重要的。上海总体来说各部门之间的合作很好,通过进一步健全工作网络机制的建设,不断地联合、联手、联动形成有效的工作合力,就能够更加适应新时代困境儿童保护工作的需要,而这个机制建设需要大家共同去研究实践,在磨合中不断完善,关键是让困境儿童获益,在这个问题上,我们的责任非常重大。

**黄 绮:**我们今天是围绕困境儿童这个方面去展开研讨的,实际上我们谈的是整个社会的儿童保护的问题。困境儿童遇到的问题其实也是整个儿童保护遇到的问题,但现在我们看到的立法等方面都是很粗放的。今天在座的三位行政领导都回复过我关于青少年问题的提案,趁着这个机会,我可以再一次有机会和各位主管领导作进一步的沟通。我们今天的讨论是很有成效的,碰撞中大家都贡献了智慧,妇儿工委田主任就一直想做未成年保护的法律课题,她也是最适合牵头做这个课题的,我们都可以配合她,我也很愿意做些具体的工作。

**杨永明:**我觉得有两个思路可能要理一理。第一,我们把自己假设为国家领导人、设计者,解决这个问题,实际上也是整个国家制度发展的突破口,这个问题的出现是社会制度、政策体系当中的漏洞,为解决这个漏洞无论提出什么办法,前提都是不能脱离初级阶段,不能离开可持续发展,超越历史阶段,永远办不好,没有可持续发展,越搞越乱。第二,困境儿童问题的解决无论通过哪种方法,都应该具备五个方面的进展,才可能把问题解决,即你这套措施方案一定要有利于遏制产生困境儿童的源头,特别是家庭;要有利于公民诚信意识、诚信体系的建设;要有利于整个法律政策当中的制度衔接,包括不断的提升完善;要有利于相关职能部门的履职监督;要有利于社会自主组织的发育。我认为从这五个方面去研究、破解这个难题,才有可能把在这个体制、历史阶段下产生的问题比较好地去化解它。先天原因产生的困境儿童问题,法律已经在解决;后天原因产生的困境儿童且危害公共安全的,我们也在解决;破坏伦理道德的,我们还没办法解决。政府对“法”和“德”这两个方面的作为都不能缺失。政府还有个职能,就是要进一步地提高全社会的伦理道德水平。

**杨 雄:**全国在家庭教育方面的宣传也做了很多工作,包括全国妇联以及各个省的家庭教育普及。我的讲课至少就有十万人次听过,包括民工子女,我们做了大量的普及工作。劳动部和团中央开展了家庭教育指导员的工作,至少已有好几万人拿到了证书。现在这些工作各个部门都在做,我觉得这两年家庭教育理念方面比过去要好多了,特别是在“德”的教育方面,现在还在不断地推进,家长的观念已经有所改变,这件事还需要我们今后不断地去做。

**田 熊:**今天讨论这个问题,我觉得对困境儿童保护有三个工作契机要抓住:第一个就是刚刚讲到的要争取人大纳入五年立法计划;第二个是对法律、机制等进行梳理;第三个是要研究有些部门说到的“强制报告制度”的通道,研究其主体、情形及受理、庇护等程序。

**杨永明:**做课题的目的就是要有突破口,我不主张马上就立法,我建议要通过这个课题就近解决眼前的问题,突破点在于社会自主组织的培育和发展。解决社会问题,不可能仅靠政府的力量,还应发挥社会组织的作用,政府、法律、政策可以为社会组织的培育创造条件,但真正起作用的应是社会组织。

**黄 绮:**今天非常荣幸能邀请到几位儿童问题的领导和专家到上海市律师协会参与“法律咖吧”,讨论困境儿童的法律保护问题,你们冒着酷暑前来传经送宝,我代表市律协及《上海律师》杂志再次诚挚地感谢大家。●

(以上内容根据录音整理,未经本人审阅)

人物简介

沈伟萍：上海市君悦律师事务所合伙人，上海市第四届优秀女律师，上海市法学会会员，国家二级心理咨询师。



人物 优秀女律师 ●文 / 沈伟萍

# 放飞法律人的梦想

1995年，32岁的我做出了人生的一项重大抉择：改行当律师。职业生涯从零起步谈何容易，但是我秉承对于法律的信仰，通过自学考试取得了华政法律大专文凭，开始追逐一个法律人的梦想。

执业初期，我给自己的定位是：在经验上比不过老律师、在理论上比不过全日制法学院毕业生的努力学习型律师。“三人行必有我师”，我放低自己的位置，不断向身边的律师同行们学习。

历经15年的磨砺，我形成了自己的核心价值观：对客户负责、对社会负责。在服务客户时，努力做到对每一个案件认真仔细、精益求精、尽善尽美；在服务社会时，不仅仅将律师的社会责任体现在法律的“两个维护”上（维护当事人的合法权益，维护法律的正确实施，维护社会的公平和正义），通过积极参与化解调节社会矛盾、投身社会公益事业，更将律师的社会责任涵盖面推演得更为广泛。我在律师职业中的不懈追求和辛勤耕耘，努力实现自己的目标：做一名对客户负责的好律师，做一名对社会负责的法律人。

在十六年的执着追求中，我代理了形形色色的案件，不单单为企业经营出谋划策，更多地为社会基层的普通老百姓排忧解难。我渐渐感到：仅仅帮助他们解决法律问题还远远不够。于是，我不但参加各类的法律业务培训，还要求自己实现继改行做律师后的第二次飞跃：成为一名心理咨询师。我放弃了业余休息时间，刻苦学习心理学，取得了国家二级心理咨询师的资格，并成为君悦律师心理支持工作室中的骨干力量。

两次飞跃后的我不仅发挥出了自己的法律特长，又将心理学的知识充分运用于办案之中，取得了意想不到的良好效果，特别是在参与与政府交办的化解调解社会矛盾的案件中，法律和心理学充分结合切实起到了“减压阀”的作用。在办理静安区“东八块”动拆迁信访矛盾案件时，上访户钱某某因动迁上访矛盾突出多年得不到

解决,情绪激动抵触较大,与律师约见时大吵大闹。我运用心理学的知识和蔼可亲地对当事人进行安抚,耐心地听取他的倾诉,然后有针对性地“晓之以理、动之以情”,接着进一步“以案说法”,不仅逐步平息了当事人对立、抵触的情绪,而且让当事人愿意听我说理,愿意开始进行理性思考。继约谈之后,我又多次和当事人联系,努力做当事人的工作,最终顺利地解决了该起信访矛盾纠纷,帮助当事人从非正常的心理、生活状态中回归到了正常的心理、生活状态。在办理动迁信访矛盾案件中,我从不计较个人得失,连续加班加点,经常工作到子夜甚至凌晨,确保按时圆满地完成任务。因连续熬夜而神色憔悴的我疲惫地微笑着:自己是化解社会矛盾的“减压阀”!而所做的一切又有效地维护了社会的和谐稳定,彰显了律师在法治政府、法治社会建设中的重要作用。

我对于诉讼标的上千万元人民币的商业案件和诉讼标的的不大的普通民事案件一视同仁,我还经常跟自己带教的实习律师们分享:“案子没有大小,诉讼标的的案子其实‘麻雀虽小,五脏俱全’,作为一个合格负责的律师,必须要认真精致地完成每一个案子。”

有一天,我接待了一位慕名而来的黄女士。黄女士处境很不好,一边要和丈夫打离婚官司,一边要面对丈夫在离婚诉讼期间擅自将一家三口共有的房屋卖给了他人的纠纷。黄女士不得已开始了苦涩的“追”房历程。

十年前,黄女士带着与前夫所生之女再婚,再婚后一家租房居住,生活清贫但感情尚好。可是时日一长,双方为家庭琐事经常争吵。2008年,丈夫户籍所在地的房屋进行动迁,拆迁人对其一家三口安置了一套二室一厅住房。但双方为新房装修及购买家具等事宜再次发生争吵,后其丈夫独自一人搬入新房居住。不久,黄女士向法院提起离婚诉讼,但其丈夫却以夫妻感情尚未破裂为由不同意离婚,后法院判决不支持黄女士的离婚诉请。判决后,黄女士经我提醒到房产交易中心查询,意外得知丈夫已经在离婚诉讼期间擅自将他们唯一的财产(即动迁时安置的房屋)出卖给了他人。一时间,黄女士束手无策,眼睁睁地看着自己安生立命的房子竟然成了他人的财产,还能追得回来吗?

接受黄女士的委托后,我对房屋买卖的过程进行了相关调查。发现其中的四个疑点:首先,黄女士丈夫与下家所签订的买卖合同中对交房时间、付款方式和期限及违约责任等主要条款均没有约定,不符合一般二手房交易的习惯;其次,其丈夫的户口在已经签订付款协议后迁入该房屋,直至离婚官司开庭前夕才迁出,有悖常理;再次,在对个人而言价值重大的房产交易的过程中,买卖双方洽谈却很简单,且买房人未看房就先签订了付款



协议,显然不合常理;最后,60万元人民币的房款全部采用现金方式支付,且说不清现金来源,这也难以让人信服。

于是,我向法院提起了确认他们所签房屋买卖合同无效的诉讼请求。理由是:一、该房屋虽然登记在黄女士的丈夫一人名下,但属于一家三口的共有财产,未经共有人的同意,其丈夫无权单独处置。况且其丈夫在离婚诉讼期间签订房屋买卖合同,主观上具有明显的恶意;第二、作为下家的第三人是恶意的还是善意的呢?所谓善意是指第三人不知道也不可能知道房地产登记权利人与真实权利人不一致。结合之前调查的疑点以及相关的证据,足以说明买房人不是善意第三人。因此,综合判断:房屋买卖合同无效,并且买房人不属于善意第三人,不能主张对房屋的所有权适用善意取得的原则。

法院最终采纳了我的代理意见,作出房屋交易无效、恢复原状的判决。

之后,黄女士向法院提起离婚的诉讼也得到了支持。离婚判决生效以后,黄女士又向法院提起对这套房屋进行析产的诉讼,法院最终判决房屋归黄女士和她女儿所有,她们向男方支付30%的房屋折价款。

正是我尽心尽力、细致周到的工作,使得黄女士的案件总算有了一个圆满的结局。黄女士反复向我致谢,而我回答:“法律是公正的。”

无论是担任企业法律顾问还是作为弱势群体的老百姓的代理人,我对待受理的每一件法律事务,无论案件大小、收费多少,都一丝不苟、兢兢业业。执业16年来无一投诉,并受到众多当事人的好评。我经常说:律师职业是神圣的,律师工作如医生动手术、工程师做设计一样是件精细活,所以要把每个案件当作一件工艺品精雕细琢,不断付出艰苦和细致的努力,要能甘做“苦行僧”。正是在这种“苦行僧”精神的引领下,我充分发挥

自己全面而敏捷的思维能力、严谨而细腻的工作态度、丰富而专业的办案经验,在受理的案件中,大部分民事纠纷案件使纠纷双方达成调解协议,既为当事人争取到了合法权益,同时为当事人节约了宝贵的时间和精力,令当事人非常满意,得到了当事人的一致好评,同时也得到了同行与媒体的肯定。

我在认真履行律师职责、努力为经济社会发展及维护社会公平正义做好法律服务的同时,以强烈的社会责任感积极参与公益活动,情系民生、服务民众,多次担任《东方大律师》特邀嘉宾参加电台直播及现场法律咨询,先后为 300 多人提供免费法律咨询,保护弱势群体的合法权益。还在百忙的工作中抽出宝贵时间,主动投身于“君悦社区讲坛”,经常到长宁区天山、新华、华阳等街道社区为居民进行婚姻、家庭、继承以及保护老年人合法权益等方面的法制宣传和义务法律咨询,参与听课及咨询的人数达到 1000 多人次。为了专门针对这类面向普通老百姓的法制宣传,我精心制作了通俗易懂的案例宣传演示稿,得到了社区居民的高度评价。为此,我荣获“2009 年度君悦社区服务贡献奖”、“2011 年度君悦优秀社区服务律师”等称号,并在 2011 年 7 月 1 日

庆祝建党 90 周年之际光荣地成为一名中共预备党员。

此外,我一直热心于社会公益事业,在女律师联谊会组办的捐助西北“母亲水窖”活动中,积极参与,又做“义工”、又捐钱物;还积极参与汶川、玉树大地震的捐款活动。在解放日报报业集团举办的“敬老日”法律义务咨询活动中有我的身影;在慰问世博安保功臣武警九支队法律服务进军营的行列里也有我的热忱。

在上海市君悦律师事务所这个大家庭中,我是一位广受欢迎、助人为乐的热心大姐,无论谁有困难我都尽力相助。君悦律师心理支持工作室成立后,我积极发挥主干作用,利用自己的专业优势为青年律师服务,针对青年律师由于职场、生活等压力大易引起心理焦虑的现状,我经常与青年律师促膝谈心,帮助缓解其心理压力,并毫无保留地将自己多年的办案经验、体会和大家分享,因此同事们都戏称我为君悦所热心的“大姐大”。

我曾经说过:自己已经将成为一个法律人的梦想变为现实,并将继续秉承法律的信仰,放飞梦想,切切实实做一名对客户负责的好律师,做一名对社会负责的出色法律人。让从事律师职业的我们一起在法治的天空中振翅高飞! ●

信 息

## 市律协就诉讼案件

# “立案难”问题启动专项调研工作

就近期广大律师反映比较集中的诉讼案件“立案难”问题,7月初市律协通过“东方律师网”向全体律师广泛征求案例开展调研,并召集律师召开专题会议,听取具体意见。

7月12日下午,诉讼案件“立案难”问题专题会议在市律协召开。市律协副秘书长王旭峰主持会议,会长盛雷鸣到会并讲话,市律协行政法业务研究委员会和市律协民事业务研究委员会主任、副主任及委员 27 人参加会议。

各参会委员律师都做了前期调研和准备,并能提供具体案例。会上,律师们对“立案难”难在哪里、为什么难等做了充分表述并提出建议。归结原因,参会律师指出,“立案难”既有深层次的制度问题,也有操作层面的问题,同时也存在人为的问题。参会律师提出建议,希望法院公开立案条件审查标准、出具收件凭证和书面裁定、严格遵守法定立案期限等,并希望能与法官建立起畅通的对话机制,共同维护法律的正

确实施。

盛雷鸣会长指出,市律协是律师的娘家,是律师们自己的行业自律组织,维护和改善律师的执业环境和执业权利是律协的一项重要工作。本届律协近两年来一直在多方关注和协调解决律师们普遍反映的执业权益问题,在会见、阅卷等问题上已有了一定的改善。“立案难”问题是继调查、阅卷、会见“三难”问题后又一困扰律师依法执业的难题,特别是老三难问题在市律协和有关部门的努力下得到逐步改善后,近一年来“立案难”已成为突出矛盾并受到律师的较多反映。为加强律师执业权利保障,市律协研究决定,下一步将重点推进“立案难”问题的改善。目前,市律协已经通过“东方律师网”向全市律师广泛征集具体案例。本次专题会议之后,市律协将对律师们反映的情况进行分析整理后,通过有关途径与相关部门进一步沟通协调。

# 法日良法语

香港大律师之窗 ●文 /陈庆辉

## 仲裁:香港案例点评

→ 在香港,除了在法庭诉讼以外,调解和仲裁都在纷争解决的环节里占据着举足轻重的地位。自从2009年4月2日推行的民事程序改革以来,香港法院都相当重视调解、仲裁和诉讼的互相配合。笔者希望通过以下的一篇拙文,以文会友,也把一些香港的案例,以深入浅出的方式,和上海的读者以及法律同业互相交流。

根据香港施行的普通法制度,法院颁布的判例是有约束性也有相当的指导作用。案例,简单来说是由三部分组成的。

案例的第一部分是双方的案情撮要。这一部分一贯是反映了双方律师和大律师团队呕心沥血办理的案情和相关法律(包括成文法和案例)。法庭在细心阅读了卷宗和听取了证人的证言(如有的话)以后,作出了一个概括的案情大纲。在普通法的世界中,案例是汗牛充栋、比比皆是。第一部分的概要有着开宗明义、立竿见影的作用。香港的法官在准备这一部分时的努力和心血,是有目共睹的。

案例的第二部分通常是法庭对相关法例的选择和定夺。举个例子,如果甲方提出了两个案例去说明一个法律原则,而对方的大律师却举一反三,提出了六个案例,那么,法官就要面对案例的对弈去评选出在该案应被适用的案例。第二部分是一个案例的精髓所在,因为每个案例的案情和事件都不尽相同。可贵的是能在相类似的案例中,

选出适用的法律原则。

笔者曾拥有一张由英国印制的法律书签。上面描绘了一位英国资深大律师一番语重心长的教诲:“打官司,如果案情对你方不利,就要打有利的法律;如果是法律对你不利,就要在案情上下功夫;如果是案情和法律都对你方不利的话,就要在公平、公正的方向下功夫!”

案例的第三个部分就是把适用的法律和确定的事实案情这两者都结合起来作出最终的裁定。视案情而定,一篇案例,少说也要20到30页密密麻麻的判词才能说得清楚。为了继续与其他普通法国家的案例交流和接轨,香港大部分的民事判决书都是用英文撰写的。其另外一个好处是在作法庭案例研究时,可是更快和容易地找出相关的案例。香港的民事案例都是在颁布给诉讼双方以后,公布在香港律政司的网站上。读者如有兴趣的话,不妨上网搜索一下。

随着内地和香港两地经济的高速发展和配合,民事纠纷不断地体现着两地的特色。在香港,作为一个亚洲举足轻重的仲裁中心,越来越多的中方机构或公司或人士选择把民事纠纷选择在香港诉诸法律。合同上,如果有相关于在香港作仲裁的条款,各方都可在纠纷产生以后,在香港举行仲裁,如果合同上写了香港法例适用和香港法院有管辖权的,各方可以选择在香港的法院对簿公堂。

笔者想跟大家此次分享的是国内

仲裁机构的仲裁书在香港执行的一个案例点评——高海燕一案。

故事发生在2004年的9月。高海燕女士和她的丈夫,通过他们俩所持控的公司与一家内地公司合作,成功地拿到了中国一个煤矿场的发展权。2004年12月,高氏夫妇把自己控股公司的5成股本卖给了一家名叫安哥拉的外资公司。他俩把剩下的5成股本转给了一家名叫白骏(译音)的外资公司,白骏公司是以高氏夫妇信托人的名义代替他俩持有。换言之,在股权转移以后,煤矿场7成的发展权是由安哥拉公司和白骏公司平分秋色,每方各持5成。

不幸地是在2005年白骏公司率先出招,在香港状告,意图推翻煤矿场的发展合作协议。安哥拉公司也不甘示弱,2005年在香港提诉。两宗案件都押后审讯。

在2008年7月和8月,高氏夫妇与坚耐有限公司(译音)达成了股份转让协议和补充协议,把他俩在煤矿场7成的权益全数转让给坚耐有限公司。随后,坚耐有限公司再把煤矿的权益出让给另外2家公司。

情势越加复杂。在2009年6月,高氏夫妇在香港法院提诉,声称股权转让协议和补充协议都是在坚耐有限公司做出失实陈述的情况下达成的。他们指控达成协议时,坚耐有限公司明知他俩正接受刑事拘留,乘人之危,用不合理的价钱就把煤矿场的权益拿到了手。

后来,香港法院判定股权转让协议和补充协议都包括了争议必须在中国

大陆境内仲裁且适用中国大陆法律。香港法院指令关于股权转让协议和补充协议不能在香港诉讼。

2009年的9月,坚耐有限公司在西安开始了仲裁程序。三位仲裁员,一位来自北京,另外两位来自西安。高氏夫妇也积极参与了西安的仲裁并反诉坚耐有限公司,主张仲裁庭指定股权转让协议和补充协议无效。

仲裁庭于2009年12月第一次庭审,后经过双方的同意把审讯押后以待双方进行磋商和调解。

2010年3月27日,仲裁机构的秘书和其中一位仲裁员在西安的香格里拉大酒店会见了坚耐有限公司的代表。两人在晚饭桌上建议坚耐有限公司应该考虑向高氏夫妇作出2.5亿元人民币的补偿。坚耐有限公司其后拒绝接受这个调解方案。

双方重新回到了仲裁庭继续仲裁。

仲裁庭在2010年6月颁下仲裁书,简言之,高氏夫妇大获全胜,股权转让协议和补充协议无效。另外,仲裁庭建议坚耐有限公司向高氏夫妇作出5000万元人民币的补偿。

坚耐有限公司不服,向西安市中级人民法院起诉,要求推翻仲裁结果,但未成功。

高氏夫妇拿着他俩的胜利果实到香港法院要求向坚耐有限公司执行。在香港的仲裁判决执行程序正式拉开。

原审时,高氏夫妇遇到了挫折。在2011年4月12日,原审法官颁下判词,颁令仲裁书无效。因为在仲裁过程发生了一些在香港法律中认定为违反了公众利益的差错。就是说当仲裁机构的秘书和其中一位仲裁庭的仲裁员如上所述,“积极跳进了调解圈”。而且,他们在香格里拉大酒店的所言和行为已经在客观的角度下,被法庭认为是“表面上”失去了公允。所以该仲裁书在香



港不能执行。在原审时,双方都委聘了资深大律师参加庭审。

这个判决在香港法律的专业人员和仲裁工作人员当中,是非常震撼和有影响力的。笔者犹记得在2011年9月中旬在澳门举行的大中华仲裁论坛上,有好几位讲者都围绕着这个判决,作出讲解和描述。

高氏夫妇不服,向香港高等法院上诉法庭提出上诉。上诉庭的庭审是在2011年11月2日举行。在一个月后,上诉庭颁下判词,判令高氏夫妇的上诉得直,他们可以在香港执行该仲裁书。

上诉得直的主要理由如下:

1、当仲裁机构和一位仲裁员参加香格里拉的晚饭和坚耐有限公司的代表磋商时,是依据了仲裁机构关于调解程序的安排。

2、当晚发生的事情并不会构成仲裁方“表面上”失去公允的证据。

3、就算是仲裁庭已经被客观地认为欠缺公允,坚耐有限公司都已经放弃了依赖该理由去攻击仲裁判决的机会。

4、坚耐有限公司在仲裁庭庭审继

续的时候,向仲裁庭提出异议去投诉他们当晚的所言所行已经不能够令人信服,仲裁庭会公平、公正、不偏不倚地依照案情判案。

5、关于仲裁庭欠缺公允的异议已经在西安市中级人民法院审理和审结,香港法院通常会尊重仲裁地法院的意见和判决。

总而言之,香港法院只能在极为特殊和特定的情况下,才能以仲裁判决是违反了执行地的公众利益,拒绝协助执行该仲裁判决。

有趣的是,上诉庭三位大法官的其中两位后来成为了香港终审法院的大法官。在原审时,代表高氏夫妇的其中一位资深大律师现在已经成为了香港高等法院的大法官。而原审法官,已经离开了香港法院,担任本地一所法学院的高法教授。

这些变迁也正好反映了香港大律师队伍的一个特色。●

(作者系香港执业大律师,香港大律师公会列仲裁员和调解员)

案例精析 ●文 / 杨燕亭

# 机动车和行人之间的意外事故 机动车需要承担全部赔偿责任吗？

## 案情简介

2012年1月4日，原告（4岁，系学龄前儿童）在浦东某路北侧公交车站站台由北向南行走下台阶时，摔倒至机动车道，适遇某公交公司驾驶员黄某驾驶大客车行驶进入公交车站准备靠站，大客车右侧中轮碾压原告左小腿，造成原告受伤。同年2月10日，浦东交警认定原告系学龄前儿童在道路上通行时，监护人未盡管理、保护职责造成事故，其行为违反了《道路交通安全法》第64条第1款之规定；黄某驾驶机动车疏于观察原告动态，未确保安全行驶造成事故，其行为违反了《道路交通安全法》第22条第1款之规定。据此认定原告承担事故主要责任，黄某承担事故次要责任。

在2012年4月1日，黄某收到一份浦东交警事故审理科的《自查意见》：根据上海交警总队案件自查通知相关要求，对该起事故进行了自查。经支队集体讨论，认为该起事故符合道路交通事故的特征，因幼儿从事发地北侧公交车站走下台阶时摔倒至机动车道的行为属于突发性行为，其监护人及驾驶员黄某对原告的行为均不能事先遇见，应属于意外事故，故撤销原道路交通事故认定并重新作出事故认定。同年4月16日浦东交警作出本事故属于交通意外事故的认定。

原告因交通事故受伤在治疗终结后，作了伤残鉴定。法医认为其左足1至5趾完全缺失，构成九级伤残。左大腿、左小腿、左足及右踝部、右足底皮肤

片状真身疤痕（已达体表面积5%），构成十级伤残。

之后，原告诉至法院要求保险公司承担有责交强险责任，黄某单位公交公司承担交强险外全部的赔偿责任。

## 争议法律焦点

庭审中原被告双方对于被告在本次事故中是否要承担交强险外的全部赔偿责任展开了激烈的辩论。

原告认为在交通事故中，机动车造成非机动车、行人人身伤亡的，且机动车和非机动车、行人均无过错时，应该适用无过错责任归责原则，由机动车承担全部责任。本案中，虽然交警部门认定本次交通事故是意外发生，双方均无过错，原告的受伤事实却和公交车辆撞击行为之间存在因果关系，故应该由被告承担事故的全部责任。

在适用法律上，原告律师强调《民法通则》第106条第3款规定：“没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。”结合《道路交通安全法》第76条的规定：“机动车与非机动车、行人之间发生交通事故，非机动车驾驶人、行人没有过错的，由机动车一方承担赔偿责任……”

本市司法实践中对于机动车和非机动车之间意外事故倾向原告所

说的无过错责任归责原则。因此，本案的辩论关键点在于要推翻意外事故的认定结论，认定本案并非是一起意外责任的交通事故，而是一起有责事故。因此，笔者庭审时主要从两方面来论述：

首先，不认可第二份事故责任认定，认为该事故责任认定的程序和内容均不合法。根据《道路交通事故处理程序规定》，交通事故责任认定书的制定只有两种法律途径：认定和复核。复核是指当事人对道路交通事故认定有异议的，可以自道路交通事故认定书送达之日起三日内，向上一级公安机关交通管理部门提出书面复核申请。而本案中在事故责任认定书已经出具的情况下，通过交警队内部自查过程，变更事故责任的认定没有任何法律依据。整个自查程序是脱离在法律的规定以外的。



视角 ●文/宋安成

# “国五条”及其细则对房地产交易的影响及相关法律纠纷分析

其次,强调原告的监护人未履行监护职责。通过调阅本次交通事故的相关人员笔录、道路监测录像,据以证明监护人确实未履行监护职责的行为和本次交通事故发生存在因果关系。因为,原告脱离了监护人的监管范围,监护人没有及时带领、伴随原告,放任原告自行行走,原告继而摔倒被公交车碾压致伤。原告的母亲作为孩子的监护人,根据其认识能力及当时公交车站的具体情况,其虽无法遇见原告摔倒致被公交车碾压受伤这一具体事件,但应当能遇见到放任原告在公交车站自行行走可能导致的危险,但其却没有及时采取措施带领、保护原告,主观上存在疏忽大意。并阐述了《道路交通安全法》第64条对未成年人监护人监护职责的立法目的和意义。

## 律师评析

在处理机动车和非机动车之间的交通事故中,经常会遇到事故责任认定结论为意外事故或者责任无法认定的情况。在这类案子中,作为被告方的代理人,要尽力、尽快、尽早固定或调查原告在本次事故中存在过错的证据。以此争取让法院认定非机动车一方确实在本次事故中存在过错,继而根据过错责任大小来承担双方的赔偿比例。最终,法院还是采纳了本律师的观点,认为本次事故不符合意外事故的特征,对交警部门的第二份事故责任认定的结论不予认同。法院按照双方过错的比例情况,判决被告在交强险范围外承担50%的赔偿责任。

## 结论

法院还是采纳了本律师的观点,认为本次事故不符合意外事故的特征,对交警部门的第二份事故责任的认定结论不予认同。法院按照双方过错比例的情况,判决被告在交强险的范围之外承担50%的赔偿责任。●

(作者单位:上海市勋业律师事务所)



宋安成:北京盈科(上海)律师事务所律师

2013年2月20日,国务院召开常务会议,会议确定了五项加强房地产市场调控的政策措施,称之为“国五条”,2月26日,国务院出台《关于继续做好房地产市场调控工作的通知》(国办发2013第17号文),称之为“国五条细则”。“国五条”及其细则的基本内容从根本上是重审以前的调控政策,但是其更为严格的限购政策和20%差额所得税的具体要求,着实给当下火爆的房地产市场带来了极大的震动。

笔者认为,目前可以肯定的是,“国五条”调控细则将进一步遏制住房投资投机性需求,挤压住房投资炒作泡沫,其原因有三:

一是明确了限购的范围。明确了城市限购范围是整个城市的行政区域内

的所有一手、二手房屋。在此之前有一些地区,如海口规定的限购政策是限购市区的楼盘,而不限购郊区的楼盘,现在按照“国五条细则”的要求,是不可以再这样操作了。还有一些地区,限购只限购普通住宅,而不限购高档住宅,现在也不符合“国五条”的要求。“国五条”的细则实质上是严肃了限购的纪律,对之前一些地方政府,特别是一些中介部门弄虚作假,千方百计地逃避限购,导致原来的限购政策执行不尽人意的状况进行了整顿。

二是卖房子的卖方应当缴纳差价所得20%作为所得税。这并不是一个新的政策,相对于老政策的主要区别是取消了原来卖方的选择权,即,原来规定了两种纳税方式:一个是纳税人按照差额所得的20%纳税;另一个是纳税人按照销售总价的1%—2%纳税,纳税人可以从这两种方法中择其一缴纳纳税款,而实践中其实多数人都选择了1%—2%。这次明确说要按照20%,就是按原买价与卖价之差适当扣除合理成本后的差额所得的20%纳税,显然这个税额上升了,将极大地影响二手房的交易,进而影响置换类业主购买新房。

三是“国五条细则”规定对于城市房价上涨幅度过高、过快的城市,在购买第二套房时要提高其首付的比例,同时要提高房贷的利率。现在的比例已经是6成首付了,如果实行7成、8成首付显然对房地产市场的投资行为会有较

大的抑制。当然,不可否认的是,“国五条”真正的影响可能要等到各地地方性政策的落地,但是“国五条”及其细则实际上未留下多少空间给地方政府也已是确然的事实,3月30日京、沪两地细则的出台也印证了这一点。

笔者认为,随着“国五条”及其细则通过地方政策的细化落地,其可能会带来一些新的房地产交易法律纠纷。在此,笔者根据以前调控政策实施后房地产交易纠纷的一些变化,在此谈谈新政落地后可能会随之而来的法律纠纷,与各位读者交流。

### 第一类纠纷:限购政策会使有些已经签订合同的房屋交易不能进行。

上文提到,按照国务院“国五条细则”的要求,限购区域应覆盖城市行政区域内的所有新建商品住房和二手住房;购房资格审查环节应前移至签订购房合同(认购)前;对拥有一套及以上住房的非当地户籍居民家庭、无法连续提供一定年限当地纳税证明或社会保险缴纳证明的非当地户籍居民家庭,要暂停在本行政区域内向其售房。按照国务院的要求,限购要“一刀切”,甚至更为严格,而现在各限购城市实行的限购大多不符合这一要求。如果国务院这一“一刀切”的限购政策落地,将使得限购的群体大大扩大,在一些限购城市会使已经签订合同,但材料尚未交至房地产交易中心的买卖双方的交易无法完成。从法律上讲,“国五条”及其细则可以勉强解释为“不可抗力”,但是如何解除合同、如何退房款、如何承担一方的损失、谁延期办理手续遇到政策调整的过错认定,司法实践中买卖双方都可能会产生争议,如果无法协调解决,进行司法诉讼可能是不得已的选择。对于此类案件,法院一般的处理是:如果各方均无过错,法院将

判令合同解除房款返还,收受房款的一方可能要承担一部分利息;如果一方有过错导致合同延期履行,有过错的一方要根据自己的过错程度对无过错的一方承担一定的赔偿责任。

### 第二类纠纷:严格执行20%差额所得税带来的税收承担纠纷。

在“国五条细则”出台之前,几乎所有的城市都是执行“总价1%或2%的所得税政策,但如果严格按照“国五条细则”执行20%差额所得税新政的话,不仅总价1%或2%的政策可能会成为历史,二手房交易的成本亦会大幅提高。比如说,原来60万的房子,不到五年增值到160万元(实际上在一、二线城市非常正常),其按照老政策无非是1%缴1.6万元或2%缴3.2万元的税,但是如果严格按照新政执行,就是20万的税收。如果按照常规的卖家“到手价”来说,刚需的买家可能无力承受,如果由卖家承担,其肯定也不愿意割肉。如果合同未约定清楚,就可能会产生纠纷。法院对于这类纠纷处理的原则无非是有约定按照约定,无约定按照法定。在笔者遇到的一些新交易的案例中,已经出现了“如果税收政策调整,双方应当另行协商税收承担问题,协商不成的,任何一方可以解约”的约定。所以笔者建议,新的房产交易,应当针对税收问题做出更为明确的约定,经免在政策调整后发生争议。

### 第三类纠纷:严格的限购政策导致开发商以量换价调低房价,导致业主退房。

如果房地产限购政策实行“一刀切”,在已经实行限购的城市房价在调控政策的影响下可能会一路下跌,与下跌行情相伴而生的,是一波接一波的业

主“退房”维权潮。但需要指出的是,这种方式不符合当下提倡的契约精神,并非明智之举。必须承认的是,即使开发商做出让步,但购房者争取到的利益,也极为有限,更何况有许多理由让开发商对“房闹”现象置之不理。

这里,需要提醒购房者的是,如果单纯地从控制风险角度出发,购房者可以跟开发商事先签订“保价条款”,或者约定自己可以承受的违约责任以防万一。

首先,是要求开发商在某个特定时期内进行“保价”。也就是说,可以跟开发商事先约定,在购房之后的一年甚至两年时间内,只要同等品质的物业价格出现下跌情形,便可根据事先签订的“保价协议”来解决出现的问题。还有另外一种“保价”方式,即房价降幅超过某标准,如10%,便可要求开发商补偿差价。这种方式对开发商来说易于接受。

其次,是约定违约责任。比如双方约定,以总房价的5%作为违约金,因此一旦房价跌幅超过5%,购房者可以选择终止买卖行为,因为相比较履行合同来说,终止买卖可以防止自己承担更大的损失,两害相较取其轻,购房者可以根据实际情况做出对自己更为有利的选择。当然,这种方式是对等的,如果房价涨幅超过5%对开发商有利时,他们也有可能选择违约,或者要求购房者加价,因此选择这种“保价”办法时,购房者一定要做好心理准备。

最后,笔者要强调的是,“国五条”及其细则能否真正对房地产交易带来实质性的影响,进而带来一些新的房地产交易中的法律纠纷,笔者认为取决于各地细则的具体规定及执行的情况,从目前各地出台的细则来看,“国五条”及其细则给房地产市场带来的影响可能比预想的要低的多。●



毕玥：上海市秋实律师事务所  
律师

新锐手记 ●文/毕玥

栏目组稿人：谭芳 lawyer66@vip.163.com

# 一个青年律师的成长

我来自于普陀区一个以传统经济类诉讼业务为主的小所，执业时间也很短，对于律师行业创新，我很难发自内心的去谈什么深刻的体会。但是之前，王嵘律师的一句话启发了我，他说：“一条往西去的路，也同是一条往东去的路。”是啊，创新的根源和核心，其实首先是理念的创新；而作为像我这样一个非常年轻的以传统的诉讼为主业的律师，我要做的，首先应该是立足于每天的琐碎案牍，将创新的精神，实实在在地运用于每个案件，甚至于案件的每个细节，从而真正做到从点滴的累积开始，慢慢上升到面的高度。

小时候看到过一个很著名的，也应该是关于律师创新思维的故事，至今记忆犹新。古希腊智者派讼师普罗，和学生欧提约定：上学先付一半学费，剩下一半待其毕业后打赢第一次官司时再付。但其学生毕业后，一直不打官司，拖欠着那一半的学费。普罗于是向法院提起要求支付学费的诉讼，并当庭很得意地对他说：“若我赢了，按判决，学费你得付我；若你赢了，按照我们之前的合约，你也应该付我学费。”但学生泰然自若地回答道：“不，老师。若你赢了，按照之前的合约，我自然不用付你学费；若我赢了，按照判决，我当然也不用付你学费。”这就是法学史上著名的“半费之诉”的故事，而这个学生最后成为了古希腊最有名的讼师。正如这个故事告诉我们的，只要我们能够突破思维的定式，将创新的思路运用到解决每一个问题的实践当中，结果可能就

将是颠覆性的改变。而作为一个青年律师，这是我们能够做到的，也是必须做到的。

2009年我曾代理过一个有着严重心脏病的台湾籍当事人的刑事案件，他因涉嫌在河北收购一家国有棉纺厂时进行诈骗，而被刑拘。由于该棉纺厂濒临倒闭，数千员工曾徒步去北京上访，所以当地政府对该案非常重视，由政法委牵头，公、检、法浩浩荡荡地组成了数百人的专案组，从全国各地抓捕了数十名涉案人员。在那个非常炎热的夏天，我在河北的某个公安局门口顶着烈日徘徊了三天，甚至连面见承办警官、递交会见申请的要求都被悍然拒绝。在当事人的合法权益被粗暴剥夺的绝望之中，我突然在其家属的启发下想到了当事人作为台湾人的特殊身份，从而想到了国台办，后来通过向国务院国台办的反映并通过国台办的协调，我的当事人在一周内得以取保候审。正是那个案子让我深刻地领悟到了律师办案一定不能拘泥于固有的思路，越是处于绝境，越是要另辟蹊径。在经验欠缺的情况下，我们要以年轻人特有的思想活力争取在每个案件中找到新的突破口，在一条前人已经无数次踏平的路上踏踏实实地去发掘和摘取新的果实。

今天，我们每

个人站在这里，都是慷慨陈词斗志昂扬的，可能我们脑海中都固有着不可动摇地对法律尊严的追逐和捍卫的信念；我们血管里的每一滴热血都激情流淌着在大是大非面前去追求公平正义的决心。但作为一名青年律师，我们感受更多的，应该是艰难的考验和严峻的竞争。也许我们每天清晨要闻鸡起舞，拎着厚重的公文包辗转奔波于公交与地铁站台，但即使汗流浹背收入微薄，我们也一定是西装革履腰杆挺得笔直，因为我们要维护作为一个律师的职业尊严。而年轻的我们或许要无数次地面对强大到不可名状的对手、复杂到难以解决的问题而深感手中没有公权力在握的无助，但我们仍然毫无畏惧地勇往直前，因为我们坚信，这个国家的法治化进程为我们的行业创造了前所未有的，而且必将更加公平的机遇和明天！

是啊，烈火般的战斗，似我们的青春。让我们高声地歌唱，踏着创新的足迹，勇敢地，向前进！●





# 专题研究



商建刚：市律协信息网络与高新技术业务研究委员会主任

●文 / 商建刚

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 自媒体时代微博言论的边界

## 一、问题的提出

据中国互联网络信息中心发布的《第 29 次中国互联网络发展状况调查统计报告》，截至 2011 年 12 月底，中国网民数量突破 5 亿，达到 5.13 亿。这其中，微博作为新兴互联网应用迅速扩散，目前有近半数网民在使用，成为网民获取新闻信息的重要渠道。从某种意义上讲，我们已经进入了微博时代。在微博平台，网民得以借用现代化、电子化的手段，向不特定的大多数或者特定的单个人传递规范性及非规范性的信息。每一个网民都可以是信息的创造者、传播者及接受者，“媒体”这一概念在微博时代已经被赋予了新的含义，自媒体时代的兴起是一种趋势。在这种背景下，网民的言论自由可以说被无限放大，随心、随处发微博不仅方便快捷，更成了当下网民的时尚。尤其是在中国，由于平面媒体以及其他媒体的言论管制，微博成为当前最重要的言论平台之一，至少它已成为即时新闻最重要信息源头的聚散地。

但是硬币的另一面是由于微博言论的高度自由化及缺乏必要的监管，网络欺诈、侵犯他人隐私、谩骂恶搞、虚假消息和色情暴力等不道德甚至是不法行为充斥其间，并且由于互联网的传播，造成了十分恶劣的影响。因此，如何实现自媒体的良性发展，让微博用户为自己的行为负责，遵守相关法律规定，理性约束自身的言行，是当前微博治理中面临的一个重要课题。

## 二、“言论自由无边界”是个伪命题

由于某些因素，言论自由在我国公众心中长期占据着道德高地，只要提及限制言论自由，就可能被认为是站在“民意”的对立面上。不少人认为，言论自由应当是无边界的，他们很可能引用伏尔泰的名言“我不同意你所说的，但我誓死捍卫你说话的权利”来支持其观点。但是笔者以为那些倡导言论自由无边界的人其实是误解了言论自由的内涵。我们所推崇的“言论自由”，最早

兴起于欧美国家，比如在美国，美国宪法第一修正案创设了表达自由的权利。但是美国创设这一权利的初衷，是为了解除政府对公共事务讨论施加的种种限制，也就是说言论自由是在对抗公权力的背景下产生的，其适用范围也是有限的，并不能无限适用到私权利领域内。美国宪法所说的“言论自由”也与不少人理解的说话表达不受限制是有很大不同的。

事实上，言论自由是一把双刃剑，在促进民主政治发展的同时，也可能对国家、社会以及他人造成伤害。正如美国大法官卡多佐所说：“作为一个法律概念，自由包含了一个潜在的矛盾。最严格意义上的自由是对法律的否定，因为法律就是约束，无约束则导致无政府状态。另一方面，打破约束的无政府状态将使自由成为强人和寡廉鲜耻之人的专有物。”因此，洛克说：“自由不是‘人人都可为所欲为’。”从当今世界范围看，各国都对某种不适当的言论加以禁止，甚至在《刑法》中设置若干以语言作为行为方式的犯罪。因此，所谓的“言论自由无边界”其实是一个伪命题。

## 三、微博实名制是理性约束微博言论的有益尝试

鉴于目前微博平台上呈现泛滥趋势的不道德甚至是不法言论，各国试图寻找有效的方式来加以约束和监管，其中一种方式是推行微博实名制。各国推行实名制的初衷是，希望实名制能将微博空间与现实社会对接起来，促使微博用户为自己的行为负责，遵守相关的法律规定，理性约束自身的言行。

但是在全面实行网络直接实名制的韩国，直接实名制对抑制网络诽谤和谣言方面并未达到预期的效果。2010 年 4 月，首尔大学一位教授在其发表的《对互联网实名制的实证研究》中称，该制度实施后诽谤跟帖数量从 13.9% 减少到 12.2%，仅降低 1.7 个百分点。这样的数据无疑是对网络实名制“抑制谣言和诽谤的初衷”的有力质疑。除了网络谣言和网络暴力没有得到改进之

外,韩国网络实名制还经常遭到“钳制言论自由”的抨击,加之直接实名制带来的“隐私威胁”,迫使韩国政府叫停了网络实名制。

韩国的案例表明实名制在理性约束微博言论方便的作用比较有限,但是微博实名制仍然可以说是一次有益的探索。即便如此,仍有国家和地区在探索通过间接实名制的方式来管理微博。

#### 四、网民发表公共言论的自由受法律保护

笔者认为,表达自由最终能够创造一个更加有力的公民社会、更优良的政治制度,但是这种表达自由更多地应当限定在对公共事务的讨论,及对国家工作人员涉及公共事务的批评和舆论监督上。允许人民批评和舆论监督国家机关及国家工作人员,有利于推动公众、媒体“对公共事务的讨论”,促进我国政治的良性发展。因此,网民在微博上发表公共言论不应当被设置不合理的限制。

对于国家工作人员的舆论监督和批评,在涉及到名誉权、隐私权保护的时候,法律应当降低保护标准。因为舆论监督政府官员实则是对政府、对公权力的监督,如果设置较高的保护标准,比如,在发表评论之前负有对信息真实的核实义务,未履行该义务而对政府官员做出负面评论即构成名誉侵权,则势必将置公民于或歌功颂德、或噤若寒蝉之境地,评论自由几无可能。但是完全与公共事务无关的名誉侵权、隐私侵权,受害者仍然可以追究其法律责任。

#### 五、发表非公共言论应尽到合理注意义务

值得注意的是,当前微博言论侵犯名誉权、隐私权的案例大多不是针对国家机关及国家工作人员,而是普通的公众、名人或者是普通的法人单位。比如在国内微博第一案中,奇虎 360 董事长周鸿祯在新浪、搜狐、网易等网站的微博,连续发表了大量炮轰金山公司的言论,其中包括,“金山在于兵案中作伪证”、“金山想兼容是为了搞破坏”、“金山老员工葛柯被排挤”等微博,最后被判构成名誉侵权。在江西微博第一案中,抚州市临川区的市民吴某因为在微博上的一篇文章和被告杨某在网络上展开了一场口水仗,被告在微博上对吴某进行了人身攻击并公布了他的真实单位、姓名和手机号,并且将一些包含损毁内容的文字发到吴某单位的官方官网和领导及同事的微博上,最后被判构成名誉侵权。再比如当下被炒得沸沸扬扬的邹恒甫微博揭黑事件,目标直指北京大学。这些受害方并非国家机关或者是国家工作人员,所涉及的事情也与国家公共事务没有直接关系,那么对于这种情况,我们应当如何划定“言论自由”的边界呢?

笔者认为,微博用户在发表非公共言论时,即言论

不涉及国家机关、国家工作人员、公共事务时,应当尽到合理的注意义务。这里面笔者借用英国 Atkin 爵士的“邻居规则”来阐述本人的观点。Atkin 爵士的“邻居规则”的原文是“你应当爱你的邻居,这一规则表现在法律上便是:你不应该伤害你的邻居。由此,律师们将会问:谁是我的邻居?对此应该限制于如下回答:你必须尽到合理的注意以避免任何可合理预见会伤害到你的邻居的作为或不作为。那么,法律上究竟谁是我的邻居?对此的答案应该是:在我打算为或不作为所争议的行为时,与我如此之近以致我应该合理地预见到会受我的作为或不作为之直接影响的人。”

同样地,在微博用户发表非公共言论时,不应该伤害到其“邻居”。比如在被称为国内“微博第一案”的金山起诉奇虎 360 董事长周鸿祯名誉侵权一案中,周鸿祯在网络和现实中有一定的知名度,应自觉遵守法律法规,但却在能预见到涉案微博文章能对“邻居”金山公司造成损害的情况下,仍发表大量有损于金山公司的言论,显然没有尽到善良管理人的合理注意义务。在邹恒甫微博揭黑事件中,邹恒甫作为北京大学曾经的教师员工,并且在社会相关公众中有一定的影响力的名人,应当预见到其微博言论可能给中国最高学府北大的声誉造成重大影响。尤其是在没有证据证明其爆料情况属实的情况下,更应当克制言论,尽到善良管理人的合理注意义务,而不是散布谣言和搞恶意的攻击。从这个意义上讲,笔者认为邹恒甫的微博言论已经构成侵权,如果法律最终追究其法律责任,我们也不应当认为这是对言论自由的不合理限制。完全不受限制的言论自由,可能会让每个人都成为受害者。

但是我们对于合理注意义务的理解不应过于机械,合理的注意义务是非常弹性与灵活的概念,应当在具体的案件中予以认定。微博发布者本身的影响力是一个需要考量的因素,例如,一个微博“达人”对于其微博言论可能造成的严重后果应当具有更高的可预见性,一个普通的微博用户发表的诋毁言论可能并不会引起太多的关注,其对后果的可预见性并不会太高。另外,发布微博言论者与言论指向对象之间的紧密性也是确定合理注意义务的重要要素。周鸿祯作为金山公司的同业竞争对手奇虎 360 的负责人,在利用微博评价竞争对手时更应当审慎,因为奇虎 360 与金山公司之间的关系是如此紧密,以致于周鸿祯的“不当言论”会直接显著地影响到竞争对手。同样地,作为曾经的北大雇员,邹恒甫与原先雇主之间存在着显而易见的紧密关系,其与北大的渊源极易使公众相信这种内部爆料,如果邹恒甫没有充分的证据而随心地在微博上揭黑,那么应当认为其没有尽到合理的注意义务。●



马远超：市律协信息网络与高新技术业务研究委员会副主任

●文/马远超

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 拟上市公司知识产权风险 预防与危机应对

拟上市公司作为相对优质的企业，尤其是对知识产权较为倚重的创业板拟上市公司，正越来越多地成为国内外知识产权人的狩猎对象，频繁陷入知识产权法律“陷阱”，难以自拔。个别拟上市公司就倒在知识产权枪口之下，止步于审查阶段。例如不久前被证监会创业板发行监管部列为终止审查的上海瑞创网络公司，就因为软件版权纠纷，在2012年向微软公司支付了高达3600万元人民币的赔偿金。深圳凯立德公司被曝由于陷入多起版权诉讼，2012年10月被中止审查。苏州恒久、新大新材这些由于知识产权法律问题而未能完成上市大业的公司，早已成为上市辅导过程中的反面案例教材。

## 一、拟上市公司面临的知识产权法律风险

证监会在《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》第十四条第三款明确规定：“发行人应当具有持续盈利能力，不存在下列情形：……发行人在用的商标、专利、专有技术、特许经营权等重要资产或者技术的取得或者使用存在重大不利变化的风险。”企业的知识产权属于无形资产范畴，通常包括企业的商标、专利、版权、域名、商业秘密、字号、企业名称等。对于不同的企业而言，不同的知识产权对其具有不同的战略或者战术价值。例如对于生产型企业而言，专利、商业秘密通常更为重要；对于服务型企业而言，通常企业标识、商标品牌更为重要；对于互联网企业而言，可能版权、域名相对重要。一旦企业的生存发展、主要业绩有赖于某项或者某些知识产权，此类知识产权无疑应被视为企业的核心资产。此类核心资产的安全性风险评估，显然是证监会和广大股民们关心的问题。

拟上市公司的上市辅导期，也是企业面临诉讼的高发期。此类诉讼往往与应收账款、产品销售等运营管理无关，此类诉讼风险通常可控、可预期。然而，知识产权

诉讼往往会突如其来，让人猝不及防。知识产权诉讼有可能是他人干扰上市计划的一种竞争手段，例如来自于同行业内的竞争对手；也可能是知识产权人借机进行高额索赔，有的软件公司就把拟上市公司列为软件反盗版的重点对象；还有可能是由于企业日常没有注重知识产权的管理，在临近上市前夜风险爆发，瞬间浇灭创业团队的上市梦想。拟上市公司的知识产权法律风险，通常出现在以下几个环节：

### （一）自身知识产权的登记注册

1、哪些需要进行登记注册？对于拟上市公司而言，企业LOGO、企业名称、产品名称、商业标识、形象符号都可以纳入商标注册的考虑范畴。有的企业甚至将产品包装注册为商标，例如泸州老窖就把自己的酒瓶注册为商标。在完成对需要注册的商标内容筛选之后，需要考虑将这些商标注册在哪些商品类别。如果不加思索地注册到所有的商品类别，或者将无关紧要的标识注册为商标，会极大浪费公司的资源。如果为了省事、省经费，而把应该注册的商标没有申请注册，又可能因小失大，留给他人抢注的机会。除了注册商标之外，哪些技术，哪些产品外观、包装可以申请注册为专利？也是企业需要认真面对的问题。与申请注册商标比较而言，申请专利的过程复杂的多。通常而言，企业最核心的技术秘密不应申请专利，例如可口可乐公司的饮料配方，始终未申请专利。一旦申请专利，就意味着该技术秘密必须向社会公开。对于技术秘密而言，究竟选择哪些技术方案、技术环节、技术参数在申请专利过程中公开，哪些部分继续以商业秘密形式予以保护，需要反复斟酌、权衡利弊之后才能决策。有的拟上市公司对于自身知识产权注册登记的态度淡漠。例如，世纪鼎利(300050)公司竟然到2010年1月份上市时还没有自己的注册商标；也有的公司成立了十几年没有申请过专利，为了在上市过程中把自己包装成“高科技”企业，临时突击申请专利。据媒

体报道,某能源公司一天申请了 19 项专利,其中 18 项是外观专利、1 项是发明专利,发明人就董事长一个人。

2、在哪些地域申请注册?产品或者服务出口型企业尤其需要重视这一点。商标专用权与专利权具有地域性,即仅在登记注册的地域有效。一项在中国内地注册登记的商标或者专利,在美国并不当地受到保护,通常需要根据美国法律在当地重新进行申请注册,方受美国法律的保护。反之亦然。如果在海外市场被他人抢注了商标,意味着将要付出极为惨重的代价,甚至可能意味着失去当地的整个市场。国外的同行们很有可能运用抢注知识产权的方法,将中国企业挡在市场之外,这是常见的市场竞争手段。如果要在海外申请撤销对方的登记注册,或者寻求购买对方的知识产权,或者得到对方的授权许可,都将付出极为沉重的经济代价。如“同仁堂”商标,从上世纪 80 年代末开始,先后被日本、美国、韩国、荷兰、挪威、瑞典等多个国家的企业抢注;而天津著名饮食品牌“狗不理”包子,也早在 24 年前就被日本抢注。“红星二锅头”在瑞典、爱尔兰、新西兰、英国等国家被同一家英国公司抢注,“大白兔”商标在日本、菲律宾、印度尼西亚、美国和英国被抢注。另一方面,在美国、欧盟或者日本申请一件商标或者一项专利所花费的费用比起国内申请费用而言,金额大的多。所以,需要认真考虑如何在有效使用经费和有效保护企业自身知识产权之间取得平衡。

知识产权作为一种合法的市场垄断权利,已成为衡量企业市场竞争力和发展前景的重要指标。对于拟上市公司而言,尤其是创业板上市公司,是否已经申请注册了商标和专利权,申请了多少数量,申请的质量如何,都是衡量该公司是否具有发展前景的重要参考。

#### (二) 自身知识产权的日常管理。

公司将商标注册申请、专利注册申请提交以后,并非意味着就万事大吉了。除了可能有被商标局或者国家知识产权局直接驳回的风险,还有可能遭受竞争对手等提起异议程序,要求驳回注册登记的申请。即使公司获得了商标注册证或者专利证书,也不能就此高枕无忧。注册商标一旦获批,不需要缴纳年费,但是专利权需要每年缴纳年费,如果一时疏忽没有缴纳,意味着专利的失效。此外,如果注册商标三年不使用,或者侵害他人在先的权利,他人也有权申请撤销商标。对于专利而言,实用新型与外观设计专利都未经实质审查而获得授权,其专利稳定性并不强,他人可提起宣告专利无效程序进行知识产权围剿。如果公司怠于应对,就可能最终丧失专利权。苏州恒久在招股书里公布了有机光导体、有机光导体管体 5 项专利,但其后这 5 项专利在 2009 年没有缴费,而其声称正在向国家知识产权局申请“光导体用

含高分子材料的新型阻挡层”、“改善有机光导体光疲劳性能的方法”的两项发明型专利也在 2008 年 4 月被视为撤回。但是,苏州恒久的证券律师并未发现上述风险,未能予以及时披露。于是,苏州恒久就在上市前夜,其 2000 万股新股被拦在了 A 股门外。因而,拟上市公司应当对正在申请注册登记、已经注册登记的知识产权进行有效管理,如果疏于管理,极有可能酿成重大恶果,最终自食其果。

#### (三) 侵犯他人知识产权的风险

拟上市公司在管理好自身知识产权的同时,同样需要尊重他人的知识产权,防止由于侵犯他人知识产权而引发法律纠纷。企业在发展之初往往疏于对知识产权的管理,可能埋下侵犯他人知识产权的隐患。当企业积极谋求上市时必须排查企业运作过程中是否存在知识产权“炸弹”,以免在最意想不到的时刻、在上市最为关键的时刻,突然引爆。如果一项知识产权诉讼指向公司的主营业务,后果不堪设想。暂且不谈败诉之后的后果,即使在立案之初、诉讼过程中,就有可能带来致命的杀伤力。原告如果有意阻挠被告上市、给被告施加压力,可以动用法律程序冻结公司资金、产品、原料,也可以根据 2013 年新实施的《民事诉讼法》申请“禁令”,在法院判决之前即可要求被告不得从事某一行为。知识产权诉讼涉及的领域十分广泛,既有可能依据版权、商标、专利提起诉讼,也有可能依据《反不正当竞争法》、《反垄断法》提起诉讼,让拟上市公司防不胜防,疲于应付。

## 二、拟上市公司知识产权风险防范

### (一) 知识产权尽职调查

在上市辅导期,券商、证券律师通常都会对拟上市公司做尽职调查。但其重点往往不在知识产权,因此在该领域容易出现纰漏。一方面,这是由于企业、券商和证券律师往往对知识产权尽职调查的重要性认识不足所造成;另一方面,知识产权尽职调查是一项专业性很强的工作,缺乏必要的知识产权法律背景、技术背景的券商和证券律师,往往难以胜任知识产权的尽职调查。

知识产权尽职调查,就好比是对拟上市公司在知识产权领域进行一次全面、彻底的“体检”,其目的是排查潜在的知识产权风险,为解决与应对知识产权法律风险提供决策依据。知识产权尽职调查步骤包括:

首先,由证券律师与知识产权律师共同组建知识产权调查团队。一个成熟的知识产权尽职调查团队,至少应当包括精通知识产权法律制度的律师,有时需要有掌握专利技术背景的技术人员、可以准确评估知识产权市场价值的评估师参与。而整个尽职调查团队,一般由知识产权律师主导,统筹调查事项,最终由证券律师与知

知识产权律师共同向当事人提交尽职调查报告。

其次,制订知识产权尽职调查计划。知识产权律师将结合上市进度、潜在风险大小等因素制订一份详细的尽职调查计划。这份计划至少应该包括以下内容:1、被调查主体对象,例如明确调查哪些主体,包括拟上市公司本身、母公司、子公司等关联主体,发明人、设计人、管理层,甚至其配偶、子女等个人关联主体;2、被调查权利对象,明确调查哪些知识产权。例如明确专利权、商标权、版权、商业秘密等知识产权的一项、多项或者全部范围;3、调查时间进度;4、拟上市公司各部门的配合义务。例如需要各部门披露哪些信息、提供哪些文件资料;5、重点调查事项,一般为拟上市公司需要特别关注的事项,涉及拟上市公司主营业务和主要业绩的知识产权;6、调查团队内部人员分工;7、沟通日程计划。

再次,实施知识产权尽职调查计划。在实施过程中,调查团队的基础性工作为检索、整理、审核有关知识产权的书面文件资料。同时,调查团队还需进行实地调查,以便核实知识产权权利的实施、使用情况和保密保管情况。有时,还会要求调查团队与拟上市公司的发明人、设计人进行沟通,以便进一步核实知识产权的权利归属、稳定性和创造性。

最后,出具知识产权尽职调查报告。尽职调查报告应当载明知识产权调查的时间节点、范围、对象、步骤、方法、知识产权现状、存在问题、潜在风险、市场价值等内容。如有必要,报告中应当提出专业性的建议和解决方案,以便拟上市公司全面、准确地了解自身的知识产权现状以及潜在的风险,判断是否可能引发阻碍上市进度的知识产权风险。

## (二) 实施知识产权管理

在完成知识产权尽职调查的基础上,随后针对自身的知识产权现状以及潜在的风险,制定一套符合企业自身需求的企业知识产权管理制度并付诸实施。

实施知识产权管理,首先需要明确知识产权管理部门的职责。知识产权管理涉及公司的领导层、研发团队、人事部门、法务部门,甚至专门的知识产权部门,这是一项综合工程,绝非某一个人、某一个部门可以包揽全部的事项。除了企业内部人员,通常也需要借助外力的协同,例如商标代理机构、专利代理机构、知识产权律师等;其次,需要明确知识产权管理的构架。有的企业根据知识产权挖掘、注册登记、运营管理、诉讼维权等角度进行职责分工,这是考虑到知识产权在诞生、流转、维护、维权等不同阶段需要不同的专业人员承担责任,进行专业化分工。也有的企业根据版权、商标、专利等知识产权分类进行管理,这是考虑到不同类别的知识产权具有各自的特性,懂版权的人员未必精通专利,懂专利的人员

未必精通版权,对于企业特别倚重的知识产权类别,成立专门的版权部或者专利部进行统筹管理。也有的企业将上述两种构架动态组合关联;再次,需要制订知识产权管理年度预算。知识产权的申请注册登记、年费缴纳、发明奖励、聘请律师以及外包服务等方面都需要费用投入,离开预算支持的知识产权管理制度只能停留在纸面上,不可能发挥其现实的作用。

拟上市公司选择何种的知识产权管理模式,完全取决于企业自身的实际情况,需要结合企业的发展阶段、企业对知识产权的依赖程度、企业知识产权人才储备、企业知识产权管理经费预算和知识产权风险大小等各方面因素综合予以考虑。

## 三、拟上市公司知识产权危机应对

面对突如其来的知识产权危机,拟上市公司如何应对?如前所述,如果拟上市公司曾经聘请律师做过专业的知识产权尽职调查,并实施了企业知识产权管理,爆发知识产权危机的概率就会大大减少。但是,即使像苹果公司、三星公司这样已经建立有成熟、完备的知识产权管理制度的企业,仍不可能完全预防知识产权的突发性危机。当你的竞争对手或者“知识产权海盗”亮出“知识产权之剑”时,唯有沉着应对、努力化解。

拟上市公司遭遇的知识产权危机通常有两种:内部危机和外来危机。所谓内部危机,是指由于内部知识产权管理不善,导致知识产权被抢注、被泄露、被无效、被撤销、被丑化等情形。内部危机主要由贯彻落实知识产权管理制度予以解决;所谓外来危机,是指他人主动挑起知识产权争端,通过非诉讼方式进行警告、威胁,甚至讹诈,也可能是采取诉讼、行政程序等极端方式,借助司法强制力首先发难。在此重点讨论外部危机应如何应对。

拟上市公司一旦收到对方的律师函或者法院传票,首先要分析对方意图、诉求何在,对方究竟是为了阻挠上市计划,还是为了借机索要一笔赔偿维护自身权益,或者其他目的。摸准对方的真正意图,有助于制定正确的应对方案、摆正心态;其次,评估知识产权危机对上市计划的妨碍程度。这需要听取证券律师与知识产权律师双方的意见。如果对企业上市计划构成实质性妨碍,则需要予以战略层面的准备和筹划。如果对企业上市计划不构成实质性妨碍,那么仅是一项战术性诉讼活动,不必过于忧虑;再次,组建危机应对团队,至少包括证券律师、知识产权律师、企业分管负责人等成员。进一步讨论制定具体的应对计划和策略,在技术操作层面上寻求完美的解决方案。爆发一次知识产权危机并不可怕,可怕的是公司不吸取教训,一而再再而三地卷入知识产权诉讼,这是拟上市公司的大忌。●



李隽松：市律协信息网络与高新技术业务研究委员会副主任

●文/李隽松

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

# 简评“茅台、五粮液因实施价格垄断被罚”之合理合法性



蛇年伊始,据多家传媒报道,我国价格垄断主管部门:国家发展和改革委员会价格监督检查与反垄断局——想“出手时就出手”:茅台、五粮液因实施价格垄断被罚 4.49 亿元人民币,所罚金额是上年度这两家著名酒类企业销售额的 1%。对此消息,很多网民大声叫好,更有专家学者称其为“我国《反垄断法》实施四年半以来第一次公开介入纵向垄断案件的调查,意义重大。”

但茅台、五粮液等企业在市场营销中对公司产品施行多年的“限价令”规定是否必然属于我国《反垄断法》所规制的行为?因截至目前,有关本次处罚的公开资料极少,笔者只能试着从《反垄断法》对纵向协议的规制角度,就该事件的合理性或合法性等方面泛谈一二!

## 一、茅台、五粮液等企业“限价令”之性质

按目前可以看到的资料,在本案中,茅台、五粮液等企业的“限价令”要求其下游销售企业在转售其白酒产品时,不得低于公司规定的价格。很明显,此类“限价令”属于《反垄断法》理论之纵向协议或纵向价格垄断行为,更确切地说属于“维持转售价格”(Resale Price Maintenance,以下简称 RPM)的行为,即是指产业链上游企业对下游企业转售的产品或服务的价格保留控制权的一种合约安排。

RPM 按其对转售价格的具体约定又可细分为限定特定转售价格、限定最低转售价格、限定最高转售价格、限定转售价格区间等,并无公开资料能够指明茅台、五

粮液等企业的“限价令”属于以上何种 RPM。

RPM 基本上属于企业对其品牌产品销售价格的控制,如果要论述其对竞争的限制,其实质上主要限制的是品牌内 (Intra brand) 的竞争而非品牌间 (Inter brand) 的竞争,这也是为何 RPM 在国际反垄断界曾引起广泛争议,并导致针对 RPM 的反垄断执法政策不断演变的根本所在。在可能限制品牌内竞争之外,RPM 本身的合理性有可能对商业本身带来一些益处。譬如:鼓励拥有品牌的企业在市场不确定的情况下建立销售网,稳定下游自身品牌商品的定位与定价,稳定品牌内竞争且最终促进与其他品牌竞争;可强化品牌内的非价格竞争,避免品牌内服务和信誉方面搭便车 (free-riding) 的现象;可强化品牌形象,防止无序打折或上下游的双重加价效应等危害品牌利益等现象的出现。

## 二、美欧反垄断法当局对纵向协议整体之态度

美国反垄断法当局对纵向协议的态度有非常大的转变。简而言之,就是从适用当然违法 (per se illegal) 原则转向基本适用合理性原则 (rule of reason)。在早期涉及纵向协议的反垄断案件,如 Dr.Miles, Albrecht 及 Schwinn 案中,都是适用当然违法原则的。但从上世纪 70 年代起,由于受芝加哥学派的影响,美国司法当局在 Sylvania 案中首先对不涉及价格的纵向协议适用合理性原则,在后来的 Khan 案中更是宣称最高零售价限制不适用当然违法原则。到了 2007 年, Lee-gin 案则明确了最低零售价限制亦适用合理性原则。这也意味着,美国

反垄断法当局如今对所有涉嫌垄断的纵向协议皆适用合理性原则进行分析:只要企业能够解释其如此协议的原因不会妨害竞争,反垄断法不会禁止此类行为!

欧洲竞争法当局的态度与美国实质类似,企业可以就其纵向协议按《欧盟运行条约》第 101.3 条(原《欧共体条约》第 81.3 条)提出抗辩理由,要求豁免。而且欧洲还针对纵向协议制订颁布了一揽子豁免规定(block exemption regulation)。

### 三、我国反垄断体系关于纵向协议之规定

我国《反垄断法》的立法目的非常宏大,与美欧反垄断法律之相对简单的立法目的颇有不同。我国《反垄断法》开宗明义指出:反垄断的目的在“预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争,提高经济运行效率,维护消费者利益和社会公共利益,促进社会主义市场经济健康发展。”有外国反垄断学者曾就此指出,如此多方位的立法目的,在以后的执行中肯定会有冲突。这种冲突在茅台、五粮液案中已能有所体现。

具体到纵向协议,我国《反垄断法》规定的纵向垄断协议包括:(一)固定向第三人转售商品的价格的;(二)限定向第三人转售商品的最低价格的;(三)国务院反垄断执法机构认定的。但《反垄断法》对上述条文的适用作了但书,即经营者能够证明所达成的协议属于下列情形的,不适用第十四条,即:(一)为改进技术、研究开发新产品的;(二)为提高产品质量、降低成本、增进效率,统一产品规格、标准或者实行专业化分工的;(三)为提高中小经营者经营效率,增强中小经营者竞争力的;(四)为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的;(五)因经济不景气,为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的;(六)为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的;(七)法律和国务院规定的其他情形。而且其还规定:属于前款第一项至第五项的情形,经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争,并且能够使消费者分享由此产生的利益。

按笔者对上述《反垄断法》条文的理解(不论及《反垄断法》非常宏大之多方立法目的),我国《反垄断法》对涉嫌纵向垄断协议的规制,整体上采取的是“合理性原则”(rule of reason),即使涉嫌违法行为符合上述第十四条的规定,但只要企业能够提供证据证明,其并不当然违法(per se illegal),因此企业固定或限定转售价格的行为并不当然违法,也不会受到《反垄断法》的实质规制。

由国家发展和改革委员会制订并颁布,于 2011 年 2 月 1 日起施行的《反价格垄断规定》事实上佐证了笔

者的看法,即对待价格垄断行为应适用合理性原则。但值得注意的是,《反价格垄断规定》明确指出,价格垄断行为包括:经营者达成价格垄断协议或具有市场支配地位的经营者使用价格手段排除、限制竞争。笔者无法确知本案中的价格垄断属于以上两种行为中的哪一种。若属于前一种,则似乎下游经销商并未在案件中提及并受处罚;若属于后一种,则茅台、五粮液属于“具有市场支配地位的经营者”吗?

### 四、茅台、五粮液案中的合理与合法性问题

茅台、五粮液案至今为止,除极为简短的宣布处罚的消息外,对整个案件的其他信息公布几乎为零。笔者建议,国家有关部门应当首先公布该案的具体案情。在其案情描述中,至少应该包括当局认定的相关市场、被处罚企业的违法行为、该等违法行为对相关市场竞争所造成的妨害等。这不仅是依法行政的当然要求,而且堂堂经济大国的中枢部门也不应予人有一种“葫芦官判葫芦案”的印象。

另外,该案处罚的合理、合法性亦存在很大疑问。

首先,如前所述,茅台、五粮液等企业是否属于具有市场支配地位的经营者?如尚不属于,则按前述《反价格垄断规定》,被处罚企业应是经营者间达成(纵向)价格垄断协议的,那么协议存在于不同独立企业之间还是具有关联关系的母子或总分公司之间?

其次,即使以上被认定为毫无疑义,即经初步判断茅台、五粮液等企业行为落入《反垄断法》的规制范围,则茅台、五粮液等企业仍有权按《反垄断法》第十五条的规定进行例外性抗辩。例如“因经济不景气,为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的”可成为当前条件下的重要理由。而且茅台、五粮液等名酒的知识产权保护一直存在问题,假冒其品牌产品大行其道,适当的 RPM 措施正是企业对其正规销售渠道的约束行为。企业行为的经济合理性是反垄断抗辩中最重要的法理基础。

此外,作为一个受具体行政行为重大影响的企业,应敢于与懂得维护自身的合法权益!而且若企业放任此类被行政处罚行为的发生,按最高人民法院《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》,涉案企业很可能在未来被牵涉进无穷无尽的民事诉讼中。

总之,笔者认为,只有有理有据的合理合法之行政处罚,才是真正具有重大意义的反垄断的案件!处罚涉嫌违反《反垄断法》的企业不应成为问题,但应当保证该种处罚程序与实体具有的合理性、合法性。企业亦应当明了自身的合法权益、合法经营。建设我国健康的反垄断法律的执法氛围任重而道远! ●



柏立团：市律协信息网络与高新技术业务研究委员会委员

●文/柏立团

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

# 信息网络环境下非独创性数据库的司法保护

数据库的建立需要权利人投入巨大的人力、物力与财力,然而随着信息网络的发展,侵权变得极其容易,利用“网络蜘蛛”等网络数据采集技术可以非常便捷地将数据库复制并传播,数据库的制造成本和侵权成本之间的差距极大,对于竞争者而言盗用对手成果所带来的经济利益具有难以抗拒的诱惑。一方面,我国并无关于数据库保护的单独立法;另一方面,在信息网络环境下数据库侵权变得容易的情形下,给权利人的举证和维权带来了技术上的难题。2012年3月至今,笔者代理了上海钢联电子商务股份有限公司起诉侵犯其数据库的互联网运营商的一系列不正当竞争纠纷案件,从而积累了一些心得与经验。

## 上海钢联数据库介绍

上海钢联电子商务股份有限公司(简称“上海钢联”)系一家中国上市公司,成立于2000年,是专业从事钢铁行业商业信息及增值服务的互联网平台综合运营商。上海钢联拥有员工千余人,其中七百余每天通过电话、电子邮件、MSN或QQ等即时电子通讯工具面向15000家企业,采集全国60多个城市的钢铁、能源、矿业、有色金属等的51个大类273个小类的产品信息。获得这些信息后,上海钢联进行编辑整理,根据钢材的产品类型、地域、基准价、价格变化区间等,以数据表的形式向客户提供钢材及相关产品的价格数据。这些数据信息存储于其服务器中,用户通过上海钢联旗下运营的网站([www.mysteel.com](http://www.mysteel.com)),可以获得这些信息。具体为:用户需要先注册成为其会员,缴付费用后(根据其登录权限的不同,费用为每年5000—30000元)即可获得用户名和密码。登录[www.mysteel.com](http://www.mysteel.com)后,输入用户名和密码,根据权限的不同,可以看到“钢材频道”、“特钢频道”、“钢管频道”、“不锈钢频道”、“炉料频道”、“钢厂频道”等频道的市场行情、综合资讯、统计资料、钢厂

资讯等内容。上海钢联的核心竞争力在于:全面的数据采集能力与信息积累、提供信息的权威与便捷。经过十多年的运营,借助于其数据库的竞争优势,上海钢联于2011年6月成功上市。

目前,国内大约存在30余家类似的从事提供钢材价格信息服务的网站,该等网站有的直接抄袭上海钢联的价格行情信息数据库,有的则打乱顺序,重新编排整理发布,严重损害了上海钢联的竞争利益,于是上海钢联委托律师提起诉讼。

## 案由的选择

### 诉点一:是否构成汇编作品

根据我国《著作权法》的规定,汇编若干作品、作品的片段或者不构成作品的数据或者其他材料,对其内容的选择或者编排体现独创性的作品,为汇编作品。数据库要想作为汇编作品而受到著作权的保护,就必须在对“内容的选择或者编排”上具有独创性。就本案而言,笔者分析,上海钢联依据城市和品种而采集的钢材产品价格即时信息无论是从内容的选择还是编排上,能否达到我国《著作权法》所规定的独创性的标准,不同的法院、不同的法官可能会有不同的认识。我国的“出版发行名录案”、“电视节目预告表案”,法院都以不具独创性而不予著作权保护。而在美国著名的Feist出版公司与Rural电话服务公司一案中,美国最高法院判定Rural公司编辑出版的电话号码簿中的黄页部分(按字母顺序排列),因缺乏“至少的创作”而不受著作权保护。

退言之,即使法院最终认定该等数据库具有独创性而为汇编作品,但汇编作品保护的仅仅是其内容选择的独特性和编排的独特性,并不保护数据库的内容。而数据库的内容才是制作者真正的关心所在。

### 诉点二:是否构成商业秘密

商业秘密作为一种特殊的知识产权,它是以权利人

自己采取保密措施为前提进而获得法律保护的一种权利。权利人并不具备排他的独占权,只是禁止他人采用不正当的手段或者违反合同的约定获取、披露与使用。商业秘密作为一项法定权利,只有具备法定条件的技术信息和经营信息才可能称之为商业秘密。

我国《反不正当竞争法》所称的商业秘密,是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。根据该条款,上海钢联收集的数据库确能够为其带来现实的经济利益,具有实用性。同时,上海钢联与其用户的合同中均规定了“保密条款”,因此亦采取了保密措施。争议在于“是否为公众所知悉”上。

尽管就每一条信息而言,上海钢联所发布的信息确属于公开信息。任何一个人只要联络相应的供应商,均可以获知该等信息。但是数据库作为信息的集合体,其并不为其所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得,该等信息亦非“无需付出一定的代价而容易获得”,因此本应属于“不为公众所知悉”而应受商业秘密法律保护。问题在于,目前已经有三十余家网络运营商原封不动地抄袭了上海钢联的数据库,并公开发布于其网站上。如果我们起诉A公司,则A公司可以抗辩称该等信息是从B公司网站上获取的。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》中明确规定,如果“该信息从其他公开渠道可以获得”、“该信息已经在公开出版物或者其他媒体上公开披露”则被视为已经为公众所知悉,从而难以受到商业秘密法律制度的保护。

因此,如以侵犯商业秘密起诉,上海钢联的诉请可能难以得到法院的支持。

### 诉点三:援引《反不正当竞争法》兜底条款起诉

我国《反不正当竞争法》第二条规定:“经营者在市场交易中,应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则,遵守公认的商业道德。”我国反不正当竞争的司法实践已经接受了该条款为一般条款(又称“兜底条款”)的说法。即,某种不正当竞争行为虽不属于《反不正当竞争法》第5条至第15条所列举的不正当竞争行为,法院仍然可以直接引用一般条款予以判决。在北京金融城网络有限公司诉成都财智软件有限公司不正当竞争纠纷案、青岛伦敦国际乳胶有限公司诉杰士邦卫生用品有限公司不正当竞争案中,法院均援引了《反不正当竞争法》的兜底条款予以判决。

就数据库的保护而言,有两起判例对中国法官的影响很大。其中一个是为大陆法系国家的德国的判例。原告是一家向建筑业相关利益方提供信息服务的企业,其发行的《建筑经济信息报》只供读者定期订阅,这份

信息报每个月可以向读者提供8000余条信息,内容及建筑项目的规划、招投标结果、竞标情况及相关公告信息。在这些信息中,有6%左右来自公开出版物,为此,原告每天要查阅分析1000余种媒体资料。其他90%以上信息来自于原告工作人员的细致收集,为此原告的员工定期向建筑业主、建筑企业、建筑师和建筑设计企业进行查询。原告同16000多名建筑师保持联系并对初步获取的原始信息进行整理。原告雇佣了41名编辑,每月支付的薪水达20万马克。被告也发行《建筑信息报》,但其所使用的信息均系抄袭原告,自己没有实质性的投入。联邦最高法院认为,原告的《建筑经济信息报》构成了实质上的数据库,原告虽在收集、编辑信息上投入了大量的人力、物力及财力,但该等数据库对信息的选择和编排是通常的方式而无独特之处,因缺乏创造性而无法受到著作权法律的保护。但被告行为系剽窃他人劳动成果的行为,而且持续地有计划地发生,因此构成不正当竞争。

另一个判例是上海霸才数据信息与北京阳光数据公司技术合同纠纷案。北京市第一中级人民法院认定SIC实时金融信息为商业秘密,并判决被告承担侵权责任。北京市高级人民法院终审判决认为,一审认定事实及适用法律均有误,SIC实时金融信息作为一种新型的电子信息产品应属电子数据库,在本质上是特定金融数据的汇编,这种汇编在数据的编排和选择上并无《著作权法》所要求的独创性,不构成《著作权法》意义上的作品,不能受到《著作权法》的保护。但阳光公司作为特定金融数据的汇编者,对数据的收集、编排,即SIC实时金融信息电子数据库的开发制作付出了投资,承担了投资风险。该电子数据库的经济价值在于其数据信息的即时性,阳光公司正是通过向公众实时传输该电子数据库的全部或部分内容而获取收益,阳光公司对于该电子数据库的投资及由此而产生的正当利益应当受到法律的保护。

结合现有法律及司法判例,笔者决定依据《反不正当竞争法》第二条的兜底条款,以“其他不正当竞争纠纷”为案由进行起诉。同时,即便上海钢联的数据库构成汇编作品而可以适用《著作权法》予以保护,也依然可以适用兜底条款予以起诉。因为二者适用法律不同,与一般的著作权侵权相异,这种诉讼不会存在竞合的问题。一个保护的是其独特的编排与内容的选择,一个保护的是数据库的内容。

### 庭审情况及争议焦点

确定诉点后,笔者代理上海钢联在上海、北京、广东、江苏等各地中级人民法院针对不同的被告进行了一

系列的起诉。

#### (一) 上海钢联的举证情况

第一组证据:《第一财经日报》、新华网、网易、新浪网、《中国证券报》、中央电视台“东方时空”栏目、《北京晨报》、中央电视台“新闻联播”栏目对 Mysteel 数据库的报道,证明原告及原告的产品、服务及其他经营成果在市场上具有很高的知名度,并为相关购买者所知悉。

第二组证据:高新技术企业证书、高新技术成果转化项目认定证书、被认定为科技小巨人培育项目的证书、信用 3A 证书、上海市著名商标证书等 16 个证书,证明原告的数据库及与之相关的服务获得了相关行业主管部门的认可,具有很高的知名度,具有竞争优势。

第三组证据:原告的业务结构、人员状况、电话费用账单,社会保险费用缴纳证明、具有证券从业资格的会计师事务所出具的审计报告,证明原告为完成数据收集、数据库建立、数据分析等经营成果投入了大量的人力、物力及财力。

第四组证据:被告侵权证据(公证书)及双方系竞争者的证据。

第五组证据:损失证据。

#### (二) 被告答辩及举证情况

各被告为了反驳原告的诉请,均通过公证程序截取了刊登在第三方网站上的涉案钢材价格行情信息,证明其网站上刊登的信息系来源于第三方,进而证明该等数据库及数据信息并非原告上海钢联所有,上海钢联不是适格的原告。

对于该等抗辩,原告上海钢联补强了证据,提供了第三方的资信调查报告书,报告书显示该等第三方网站运营资本低、人员规模及业务规模狭小,进而证明该等运营商无能力建立涉案数据库,而原告每年花费的资讯采集成本为数千万元人民币。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》明确提出了“人民法院应当以证据能够证明的案件事实为依据依法作出裁判”,规定如果一方提供证据的证明力“明显大于”另一方提供证据的证明力,就可确认证明力较大的证据。根据证据的高度盖然性原则,原告上海钢联的证据已经达到了“明显优势”的程度,应免除其继续的举证责任,此时的举证责任应转移至被告。

#### (三) 争议的焦点

不同法院的主审法官在总结争议焦点时,均将其归纳为:上海钢联对系争数据库是否拥有权利以及拥有何种权利;上海钢联的数据库是否具有独特性,被告是否属于竞争者。对于第三个争议焦点比较容易厘清,争议较大的是前两点。

##### 1、上海钢联对系争数据库的权利

上海钢联认为,其对系争数据库投入了巨大的人力及财力,尽管该等信息数据库可能缺乏我国《著作权法》规定的独创性从而不能获得《著作权法》的保护,但是作为经营成果理应受到我国《反不正当竞争法》的保护。上海钢联对该等经营成果应享有署名权以及劳动成果受益权。退一步而言,即便法院最终认定系争数据库为汇编作品从而适用我国著作权的保护,但汇编作品保护的仅是内容选择与编排的独特性,而不保护数据库的内容。原告引用《反不正当竞争法》的兜底条款要求被告停止侵犯系争数据库的内容的不正当竞争行为与《著作权法》的形式保护并不冲突。

#### 2、关于独特性

对于上海钢联的价格行情数据库,该类数据库追求在钢材及相关产品领域内信息的全面性与即时性,以穷尽有关数据信息为目标。数据穷尽得越详细、发布时间越快捷,该数据库的价值越高。这个独特性并非《著作权法》意义上的“独创性”,仅指竞争法上的独特性或竞争上的独特性,它在客观上体现为上海钢联的数据库具有比较显著的区别性特征和与众不同的特点。这个独特性体现在上海钢联的钢材价格行情数据库在市场上具有非常高的知名度,为利益相关者所知悉,能够为上海钢联带来竞争优势与竞争利益。上海钢联的数据库被大规模地抄袭本身就体现了其独特性与竞争力。

### 数据库保护的现实问题

前述各案经过庭审,均以和解而告终,尚未形成生效的司法判决。当然,这本身是由于对于法律适用的选择以及举证上说服了法官。细析本案,我们发现,在现代信息技术的条件下,数据库保护立法的滞后与数据库制作者举证的困难依然是困扰数据库制作者的两大难题。

#### (一) 数据库保护的立法滞后

我国并无对于数据库保护的单独立法,根据个案的不同,需要以侵害商业秘密、侵犯汇编作品的著作权以及反不正当竞争等法律予以保护。但是无论适用哪种法律均有缺陷。首先,以汇编作品而言,我国《著作权法》保护的是其独特的编排而不保护其内容,而数据库的内容恰恰是其核心所在;其次,就商业秘密而言,在信息网络环境下侵权变得相对容易,在同时存在多个抄袭者的情形下,根据最高人民法院的司法解释,将被视为已经为公众所知悉从而难以构成商业秘密;再次,尽管在理论上《反不正当竞争法》可以为数据库的保护提供补充,但实践中操作性差,受法官个人知识与经验的影响较大,从而使其权利处于一种不稳定的状态;最后,司法实践中法官倾向于使用法定赔偿标准,而这个标准实在太低。信息网络环境下数据库投资的巨大性与数据库内

容复制的简便性之间的矛盾彰显了我国对数据库保护立法的不足。

德国关于数据库的立法可以为我国提供有益的借鉴。德国将有独创性的数据库作为“数据库作品”直接予以著作权保护,对不具有独创性的数据库作为邻接权予以保护,而保护原则为“额头出汗”。德国《著作权法》第 87A 规定:“本法所称之数据库是指经系统或有序的安排并能通过电子方式或其他方式单独获取其素材的作品、数据或其他独立素材的集合,并且在对素材的获取、检验核实或表述输出方面具有定量或定性的实质性投入。”在德国,“数据库作品”和“数据库”是两个不同的概念,前者以独创性为要件,受著作权保护;而后者以实质性投入为要件,受邻接权保护。

#### (二) 数据库制作者举证困难

在信息网络环境下,利用成熟的抓取工具,抄袭、盗版变得越来越容易。一个耗费巨大投资成本建立起来的数据库仅需几分钟即可被竞争对手复制与传播。这种不劳而获的行为严重损害了公认的商业道德与诚实信用的原则。在存在众多抄袭者的情形下,制作者要想举证数据库为自己独有,在举证上几无可能。这使数据库制作者的权利处于极度不稳定的状态,从而严重打击了其投资的积极性。在这种情形下,法官必须合理分配举证责任并利用证据的高度盖然性原则才能解决这一问题。如果被告诉称其数据库来源合法,则被告不但需要自证,而且法院需要结合被告所称的来源方制作数据库的可能性,利用证据的高度盖然性原则进行判断。如果数据库制作者提供的证据的证明力明显大于被告,则可以认定证明力较大的证据支持的事实盖然性优势。在上海钢联的一系列诉讼中,从庭审情况来看,法官内心倾向于认定上海钢联的证据优势,但慎于运用盖然性优势原则,从而导致其宁愿花很大力气做工作让原告和解而不愿意出具判决书。●



王展:市律协信息网络与高新技术业务研究委员会委员

●文/王展

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

## 团购网站的法律地位

### 一、问题的由来

笔者最近代理的两起与网络团购有关的案件中,发现目前团购网站的法律地位比较混乱,认识不一。

**案例一:**京东商城网站 1 元旅游团购擅自违约撤单,消费者将该网站及“驴妈妈公司”诉至金山区人民法院。

2012 年 3 月,京东商城网站团购频道出现“1 元团购绍兴自由行”等 2 款旅游团购产品,在该产品信息上标注了“驴妈妈公司”。10000 多名消费者在线订购并且向京东商城支付了 1 元团购价款后,京东商城网站以短信方式向消费者发送了团购凭证。然而当消费者要求“驴妈妈公司”提供旅游服务时遭到了拒绝,而京东商城网站的解释是该产品页面为测试网页,由于工作人员的失误所致,所以也不同意履行订单义务。并且,京东商城网站通过系统操作,以用户申请的方式强行取消了 1 万多名消费者的订单,自动完成了退款手续。为此,消费者诉至上海市金山区人民法院,要求京东商城网站经营者继续履行订单义务,同时因“驴妈妈公司”和京东商城就该旅游产品的合作性质并未对外公示,京东商城网站上对团购产品的发布规则,团购交易合同的成立、生效及其他团购规则均未涉及,对于消费者而言,只能认为该团购产品信息系由“驴妈妈公司”和京东商城网站经营者合作推出的,进而要求“驴妈妈公司”作为共同被告承担连带责任。

笔者相信,该案的最终司法裁判必将对团购网站与商家之间的合作关系及团购交易合同关系的主体、性质作出认定,进而对团购网站的规范性运作包括产品信息的发布等管理起到指引作用。目前,该案仍在法院受理中。

**案例二:**团购产品信息涉嫌侵犯摄影作品著作权纠纷案。

原告欧某为摄影作品的作者。2010 年 5 月,原告发现某团购网站一款旅游团购产品信息中擅自使用了该作品。因该团购产品信息标注的商家为上海某旅游公司,于是原告将该团购网站运营方及旅游公司一同作为被告起诉至法院,要求承担侵权责任。

被告网站运营方认为,该网站仅为第三方电子商务交易平台,原告起诉后网站已经及时删除了涉案图片,因此不同意承担侵权责任。

被告旅游公司认为,涉案图片信息并非由其发布,所以也不愿意承担侵权责任。

本案的争议焦点在于:涉案摄影作品的侵权主体的认定?亦或,团购网站在团购交易中的法律地位?也就是说,如果团购网站本身属于交易主体(卖方),而旅游公司只是提供旅游服务的合同履行方,则团购网站应当承担直接的侵权责任;如果团购网站不是交易主体(卖方),只是提供网络服务的第三方电子商务交易平台,则应当由旅游公司承担直接的侵权责任,然后根据团购网站的行为判断其对侵权行为的发生

是否有过错来确定其是否应当承担帮助侵权责任?该案经一审、二审判决,均认定团购网站系第三方服务平台,既未参与涉案团购产品的运营,也未从该团购产品中获得直接收益,对团购平台中的信息内容已经尽到了合理的注意义务,并在收到原告的起诉状之后就立即采取措施将涉案图片删除,故而不承担侵权责任。

## 二、团购网站自身法律定位的现状

根据笔者对目前比较知名的团购网站用户服务协议的分析,目前团购网站对自身法律定位分为两大类:一是根本没有定位,二是有定位。就没有定位的类型而言,有些根本未涉及到团购服务及团购规则的条款,如美团;有些则涉及到了团购规则的条款规定,如拉手网、糯米网。就有定位的类型中,既有将自己定义为“团购信息服务的提供者”,如窝窝团;又有将自己定位为“为用户与商家进行团购交易的第三方网络交易平台”,如58团。由此可见,团购网站对自身的法律定位不一。

## 三、网络团购的定义及服务模式分析

### (一) 网络团购

目前查询到的定义有三种:

定义一:从消费者的角度——网络团购,是指一定数量的消费者通过互联网渠道组织成团,以折扣购买同一种商品。

定义二:从团购网站的角度——网络团购,是指团购网站借助互联网,将具有相同购买意向的零散消费者集合起来,向商家大批量购买,求得最优惠的价格。

定义三:从商家的角度——网络团购,是指商家通过团购网站向群体消费者提供优惠的商品和服务,消费者得到优惠的价格,而团购网站从中赚取佣金。

这三种角度分别反映了网络团购活动的组织者的身份及组织方式的差异。

对于上述定义,笔者认为:

1、网络团购是每一个消费者首先看到团购网站上的产品信息后自发点击购买的,任何一个消费者都不是组织者,所以并非“定义一”认为的是消费者通过网络组织成团。

2、网络团购是先有团购产品(包括产品名称和确定的价格)后有消费者点击参与购买的,并非“定义二”认为的团购网站先将消费者组织起来,再向商家以优惠价格大批购买商品或服务的。

3、任何一个网络交易平台上都可能出现商品打折交易的情形,其结果是消费者得到优惠的价格,商家也从销售中赚取费用,至于交易平台既可以向商家收取固定的进场费,也可以按成交金额抽取佣金,这只是交易

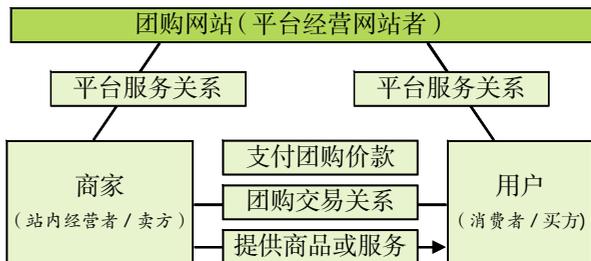
平台确定的盈利模式不同而已,所以“定义三”也不能反映团购服务和其他网络交易模式的本质差异。

### (二) 团购网站的服务模式

从理论上讲,团购网站的服务模式有三种:

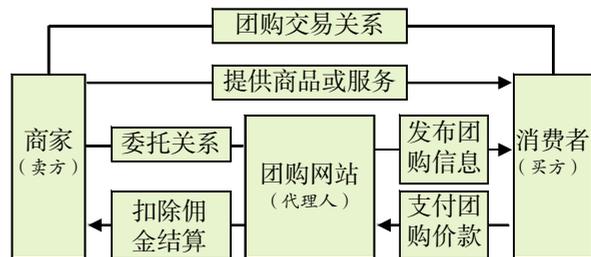
1、团购网站作为第三方为买卖双方进行团购交易提供平台服务。由商家设计团购产品,并且自行发布到团购网站上,消费者在团购网站上点击参与团购,并向商家付款,商家在团购成功后通过团购网站平台系统向消费者发送团购凭证,然后消费者凭团购凭证至商家进行消费。在此情况下,团购网站只是第三方网络交易平台,团购网站经营者为平台经营者,而商家为站内经营者,团购交易合同在商家与消费者之间成立,团购网站赢利点是赚取平台服务费。(详见图示一)

图示一



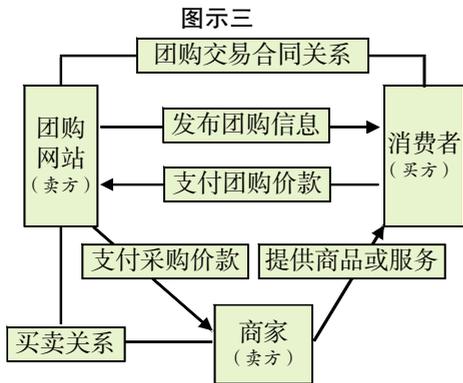
2、团购网站作为商家委托代理人参与商品买卖。团购网站接受商家委托在团购网站平台上发布团购产品信息,在消费者确认订单购买后代商家向消费者收取团购价款,然后消费者持团购凭证至商家进行消费,团购网站收款后扣除商家应予以支付的代理佣金后将团购价款转付给商家。在此情况下,团购网站作为代理人的行为后果均由商家承担,团购交易合同在商家与消费者之间成立,团购网站的盈利点是赚取代理佣金。(详见图示二)

图示二



3、团购网站以自己名义买卖商品。团购网站与商家签署采购协议,约定好采购的商品名称、最低数量、价格、交付方式。比如消费者持其团购凭证来消费等,然后以该协议为保证,自行设计团购产品并发布到团购网站平台上,消费者购买后向团购网站支付团购价款,然后消费者持团购凭证至商家进行消费,最后是团购网站按照自己与商家的采购协议向商家支付货款。在此情况下,团购网站从商家处采购商品或服务,然后将其出售

给消费者, 团购交易合同在团购网站与消费者之间建立, 团购网站的盈利点是赚取差价款。(详见图示三)



#### 四、团购网站法律地位的判断

##### (一) 判断方法

法律关系分析法系法律区别于其他学科的最基本思维方式, 而法律行为是导致法律关系或权利义务关系产生、变更和消灭的事实依据。因此, 团购网站的法律地位及其权利义务关系, 必须从分析团购网站上发生的网络法律行为入手。网络法律行为包括网络交易行为和网络服务行为两大类。根据第三方网络交易平台在提供平台服务过程中“不参与交易”的原则, 网络交易行为应由交易双方实施, 并在交易双方之间产生网络交易合同关系; 而网络服务行为应由网络交易平台运营方实施, 并在交易平台运营方与交易双方之间产生网络服务合同关系。

目前, 消费者在团购网站上购物的常见流程是: 1、在团购网站上看到某款团购产品信息; 2、消费者决定购买该款团购产品后根据团购网站的提示完成订单确认并向团购网站支付团购价款; 3、如购买时团购已成功, 则团购网站向消费者提供团购凭证; 4、消费者凭团购网站提供的团购凭证至商家进行消费。

然而, 由于商家与团购网站之间的合作协议并未对外公示, 团购网站拟定的团购网站用户协议过于简单, 以及团购网站交易规则的缺失, 使得我们对于在团购网站平台上发生的很多网络法律行为的主体、方式和性质无法作出准确的判断。比如: 1、团购产品信息到底是团购网站还是商家发布的, 亦或是团购网站接受商家委托发布的? 2、团购网站是代商家收取团购价款, 还是以自己的名义收取团购价款? 3、团购网站与商家结算时, 是赚取产品差价款, 还是佣金, 或是收取平台服务费? 4、向消费者开具发票的是商家还是团购网站?

但是, 从证据角度讲, 笔者认为, 如果团购网站上并没有商家发布团购产品的登录界面, 而团购产品信息也未明确表明上述产品信息系由商家发布, 则该信息就应当被认定为由团购网站本身发布的; 如果团购网站在收

取团购价款时, 并未明确表明其系代商家收取, 或者系出于第三方监管性质收取, 那么该行为就应当被认定为团购网站以自己的名义收取团购价款。基于这两点, 消费者完全有理由主张其系与团购网站建立团购交易合同关系, 只不过双方约定由第三方商家来具体提供商品或服务。根据我国《合同法》第六十五条的规定, 当事人约定由第三人向债权人履行债务的, 第三人未履行债务或者履行债务不符合约定, 债务人应当向债权人承担违约责任。所以, 一旦商家未能履行提供商品或服务的, 消费者有权向团购网站主张违约责任。

结论: 对于团购网站的法律地位, 应当以团购网站在消费者购买团购产品过程中实施的网路法律行为为基础进行分析定性, 并且原则上团购网站参与实施的网路交易行为越多, 其被认定为团购交易合同的卖方主体资格的可能性就越大。

##### (二) 示例

###### 1、糯米网 ([www.nuomi.com](http://www.nuomi.com))

该网站在《用户协议》中“II、团购业务专用条款”中规定: “1、糯米网所发布的每一款产品信息皆为真实有效的产品信息, 由糯米网与商户签订的协议作为保证; 2、糯米网有权决定糯米券价格、团购成功最低限购数量、每位用户每次购买糯米券数量限制和每次团购销售的糯米券总数限制等, 并保留随时修改的权利。”该协议就糯米网在团购交易合同中所处的法律地位以及其与商户之间的合同关系性质并未作任何明确。此外, 糯米网就消费者权益保证作出承诺, 比如过期退款、不满意先行赔付等。消费者在该网站进行团购, 付款也是直接支付给糯米网。

笔者认为: 糯米网是与其与商家签署协议为保证, 将自行设计该产品的团购价格、团购成功最低人数等交易条件及其他相关信息发布到糯米网上, 消费者向糯米网付款购买后持有糯米券至商家进行消费。因此, 对于消费者而言, 与其建立团购交易合同关系的卖方主体应当是糯米网, 商家只是该团购交易合同中约定代糯米网履行合同义务的第三方而已。

###### 2、58 团购 (t.58.com)

在《58 团购用户服务协议》中, 58 团购经营者将 58 团购定义为“发布团购信息并为用户和商户进行团购交易提供的网络平台。58 团购仅仅作为用户和商户进行团购交易的第三方媒介平台, 不参与任何团购交易。”也就是说, 58 团购经营者已经通过该协议明确告知消费者其系与商户建立团购交易合同, 58 团购不参与团购交易。

但事实上, 58 团购还是作为团购价款的收取主体参与到了交易行为中, 而且在该网站上并未发现商户发布团购产品信息的登陆界面及商家发布信息的规则, 所

以消费者有理由认为团购产品信息也是由 58 团购网站自行发布的,加之该网站本身作出的关于退款方面的有关承诺,58 团购绝对不是纯粹的第三方媒介平台。

## 五、对团购网站的法律建议

### (一) 目前的规范性管理文件

2012 年 3 月 12 日,国家工商行政管理总局《关于加强网络团购经营活动管理的意见》(工商市字〔2012〕39 号)其主要内容是:

#### 1、规范主体资格,把好网络团购市场准入关。

团购网站经营者应当依法办理工商登记注册并领取营业执照,在其网站主页面醒目位置公开营业执照登载的信息或者其营业执照的电子链接标识。

#### 2、加强行政指导,督促团购网站切实履行责任义务。

(1)对团购商品(服务)供应者的经营主体资格和团购商品(服务)质量建立审核制度;(2)以合同形式明确与团购商品(服务)供应者、消费者之间的权利、义务和责任;(3)团购商品(服务)供应者商业秘密和消费者个人信息保护;(4)不正当竞争行为禁止;(5)保护消费者合法权益;(6)记录、保存交易信息;(7)规范团购促销活动。

#### 3、加大监管力度,维护网络团购市场秩序

(1)建立团购网站经营者主体数据库;(2)积极开展网上巡查,查处网络团购违法行为;(3)制定和推广合同示范文本;(4)进一步完善消费者权益保护机制;(5)鼓励支持团购网站加强自律。

### (二) 目前的团购服务规则

很多团购网站的团购服务规则大同小异,主要包括三个方面:

1、团购产品价格及数量。即定价权在团购网站,而非商家;2、团购凭证的取得及使用。包括团购凭证的有效期、团购产品的供给,对于团购凭证的转让问题,则明确规定不能转让。发票的开具主体是商户,团购网站不负责;3、退款问题。退款的主体是团购网站。

### (三) 律师建议

1、在《网站用户服务协议》中明确团购网站的法律地位。具体可以参照《58 团购用户服务协议》,明确 58 团购仅仅作为用户和商户进行团购交易的第三方媒介平台,不参与任何团购交易。

2、“以不参与交易”为原则,规范自己的团购服务行为。

目前,团购网站普遍存在参与交易的行为,必须予以纠正:

(1)团购产品的设计及定价行为;(2)团购产品信息的发布行为;(3)团购价款的收取行为。

### 3、完善团购交易规则。

#### (1) 团购产品信息的发布规则

A、由于消费者并不了解商家具体是如何在团购网上发布团购产品信息的,因此在发布规则中首先应当明确商家的发布方式及发布通道。

B、对于团购产品中的及时更新信息,比如将“已购买人数”更改为“已购买份数”,并且对“已购买份数”进行定义,即将已经确认订单并且付款的份数计入已购买份数,而仅仅确认订单而未付款的不计入。

C、在团购产品信息发布及更新方面,增加“剩余可售团购产品数量”。因为如果团购交易合同的成立以消费者确认的订单为准,那么确实不排除很多消费者同时下单的可能性,而一旦在线下单付款的消费者过多,完全超出了商家可以提供商品或服务的能力,对于商家而言必然存在巨大的风险。

#### (2) 团购交易合同的成立及生效规则

A、将用户确认订单视为团购交易合同的成立,将用户付款作为团购交易合同成立后生效的条件或条件之一。

B、对“团购交易合同的生效及不生效”的几种情形进行明确。比如按是否设定团购的最低份数确定生效条件,即设定了团购最低份数要求的团购产品,消费者确定订单并付款后,如果份数尚未达到,则团购交易合同虽成立但未生效,必须在有效期内达到团购最低份数(团购成功)后团购交易合同才生效,如果有效期届满后未达到规定团购最低份数的要求,则团购交易合同始终不生效,已经付款的则在几个工作日内退款到原付款账号;对于未设定团购最低份数或者消费者在付款时团购份数已经满足要求(即团购已经成功)时,则团购交易合同成立后立即生效。

#### (3) 团购凭证的取得与使用规则

A、团购凭证的重新定义。团购凭证应为“卖方在团购交易合同生效后通过团购网站平台系统自动向消费者出具的至商家要求提供商品或服务的交易凭证。该定义主要是对团购凭证的发放主体进行明确,即卖方而非团购网站给买方出具的交易成功凭证,只不过卖方在手段上是借助于团购网络平台。

B、关于团购凭证的转让规则,建议按照团购凭证的类型作区别对待,即验证码型的团购凭证可以转让,商家在提供商品或服务时只需要审查验证码是否与团购网站提供的相符即可,而无须审查持有人的真实身份,如果因消费者对验证码保管不当导致泄漏的,则由消费者自行承担保管不当的责任;对于身份证型的团购凭证,原则上不得转让,但是如果消费者本人向商家出示原件后应当允许其转让。●



矫健：市律协信息网络与高新技术业务研究委员会委员

●文/矫健

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

# 三网融合的融合度、法律与监管机制的思考

从技术、经济的角度看,应尽快推进我国三网融合的脚步,在此进程中,研究把握三网融合的融合度,建立与技术进步趋势尽可能同一的政策、法律制度和监管机制,建立独立的专门管理机构,避免各管理部门只从其代表的行业利益出发,而是站在更高的社会利益、国家利益的角度统筹、协调,科学地解决各种矛盾,以适应信息社会发展的需要。对此,本文从以下几点进行论述。

## 一、为因应技术进步而三网融合,各国或地区政策、法律的变革

随着数字技术的发展,使传统数据通信等电信业务与传媒业务界限模糊。电信与传媒业务的跨业经营成为一种新兴的经营形态。不但传统的网络服务者(ISP)可以通过互联网提供广播电视等服务,有线电视业者亦可利用其大量的线路频宽,对有线电视用户提供数据通讯服务。然而上述应用虽因数字科技的成熟在理论上成为可能,但却因很多国家现行的传媒与电信法律制度在事实上不能相互进入。原因是各国或地区对电信与广播电视等产业的管理,都是以媒介的种类划分对象,进行不同的管理。因此,对于各种新兴多媒体的领域,没有适当的法律规范可作为主管机关以及业界的依循标准,必然由于法律的障碍和利益的冲突而困难重重。

由于技术进步的推动,一些国家或地区对电信与有线电视等产业之间跨业经营与整合的政策、法律有了较大的调整和改变,反映出各国顺应技术发展而及时做出理性的选择。

### (一) 美国

美国在1995年底之前,不但电信、有线电视、无线广播电视使用不同的技术各自发展,各种科技间泾渭分明,法规上也原则禁止不同媒体间的跨业经营,成为三网融合事实上和法律上的障碍。1996年《通讯法》修正

通过后,大幅修改了过去数十年的信念,取消了各种媒体间跨业经营的限制。1996年的《通讯法》中,原则上取消了电信产业与有线电视产业跨业经营的限制,然而与有线电视业者跨入电信产业比较,该法显然对于电信业者跨入有线电视产业课以较多的限制。这一立场有人认为与美国电信业者之资产与竞争力远大于有线电视业者有关,笔者认为还与电视业承载的“内容”与社会大众的关系上更加复杂,电信业经营者对此部分还需通过渐进的过程累积经验和认识,因为这部分社会责任的要求更多。

规则的改变立即引发了行业的整合。1998年,美国电信业龙头AT&T与美国第二大有线电视业者TCI宣布于1999年合并,合并之后TCI成为AT&T旗下的一家子公司。AT&T与TCI合并之后,提供“@Home”服务,亦即利用有线电视线路提供高速上网服务。

此后,AT&T又与Media One于1999年决定进行合并,合并后的公司成为美国最大的有线电视公司。

AT&T购并TCI之后又与Media One合并,可以看出三网融合已成为必然的趋势。美国政府对于产业整合也是乐观其成的。

### (二) 德国

德国政府因意识到数字时代信息相关法规即将面临重整,因此在1997年8月施行了《联邦资讯与电信服务架构性条件建构规制法》,简称《多元媒体法》。该法涵盖了电信自由化、电子交易安全保障、隐私权保护、保障青少年免受不良资讯影响、制裁网络犯罪等各个层面,范围可谓极广。德国的立法肯定了电信自由化及网络业务开放的重要性,循此,德国电信从1989年开始逐步开放,在1998年元旦全面放开前,德意志电信在德国政府的支持下,竭尽全力扩张“三网”融合的电信服务业务。

还有其他国家和地区类似的融合案例,在此不一一罗列。总之,这些国家电信产业跨业经营与整合及相关

政策和法律的变革,反映了世界信息技术的发展潮流,对我国推进体制创新,实现我国信息产业的跨越式发展有着重大的启示。

## 二、我国三网融合的现状及相关政策与法律

2010年6月30日,国务院公布了北京、深圳、上海等12个城市和地区为三网融合的试点地区,标志着我国三网融合的正式启动。

电信网、广播电视网和互联网是我国三大信息基础设施,其中基础网络建设主要集中在电信网和有线电视网方面。IP技术的发展,使得电信网与计算机网的融合以及有线电视网与计算机网的融合,进展较为顺利。而电信网与有线电视网的融合,却存在较多的障碍。这些障碍包括技术因素及市场因素,但最主要的还是法律及体制因素。

关于电信行业与有线电视行业的融合比较复杂。电信业由国务院信息主管部门监管,广播电视应由国家广电总局监管。根据《广播电视管理条例》的规定,广电网络的规划、建设和行业管理属于广电总局的职权范围之内,而根据1998年九届全国人大《关于国务院机构改革方案的决定》及《中华人民共和国电信条例》的规定,广播电视传输网络由国务院信息产业主管部门进行统筹规划与行业管理。法律规定的矛盾与冲突导致了在现实中广电部门与信息产业主管部门各自为政。部门权利配置的矛盾,不但导致了信息基础设施的重复建设,更严重地阻碍了三网合一的发展。

然而,对权力范围的划分是阶段性的,随着技术融合趋势的加快,广电总局和信产部之间的管理界限已越来越不清晰,其监管范围和权限不可避免地发生重叠和交叉。表面上看,业务的监管是两大部门之间的权限矛盾,实质上是科技的发展要求我们必须重新制定管理体制与规则。

## 三、三网融合与融合度问题

三网融合涉及的电信业务经营者,主要从事各种电信业务的活动,包括电话服务、电报服务、数据服务、图像服务以及多媒体通信服务等等。电视行业则从事采编、制作、播放、传输广播电视节目,属于传媒产业。互联网则可以提供信息检索、数据处理、声像点播、远程医疗、远程教育、电子商务等众多业务。

关于三网融合,经过几年的讨论和推进,有一些问题认识是深化了。从目前的试点来看,各经营者主要从方便用户的网络购物、付费等方面着手,还有IPTV等业务。从经营者的角度看,尽可能选择赢利项目,选择用户

有兴趣的业务也无可厚非。因为目前刚刚开始由政府主导下的试点,融合的网络、业务还是非常有限的,一切刚刚开始。但是,随着融合的深入、各方开展的业务种类的增加,自然会出现新的问题,即三网融合的融合度与监管机制问题。因为有些业务是不能相互进入的,对涉及国家安全、社会稳定的,如军事国防、党政机关的保密通信业务、广电系统的一些特定新闻播报业务,互联网、电信企业是不能进入的。当然,通过其网络的转播是另一种性质,我们讲的是内容的制作,这方面一定要有限定。关于网络地图,事实上涉及国家的安全,不可以任由互联网企业随意制作上传,一定应有原则限定。此外,关于消费者的保护也有更高的要求。

三网融合在技术、物理层面上,不可能完全融合,在管理体制方面也有不同的职能要求,因为毕竟三网各自有其特殊性。电信网络具有强烈的公益性,保障电信网络和信息安全事关国家安全。所以,目前世界上绝大多数国家对电信业都由中央政府直接管理。而教育、科研部门和军队有各自的非经营性互联网,其对安全性的要求是不言而喻的,也不是可以开放进入的。按照国家的统一要求,所有和内容有关系的集成播控平台的建设必须由广电部门负责,对节目内容的播控审查由广电部门负责。尽管从民主政治的层面讲言论自由,但是从国家、社会的角度,还有许多因素要考量。前段时间出现的互联网、手机网络涉黄事件,也反映出经营者在经济利益与社会效果之间取舍的迷茫。所以,笔者认为对内容的管理是非常重要的,我们的管理机构、经营者、用户都应该规范自己,至少不要忽略青少年的生长环境。

## 四、我国三网融合的政策与法律取向及监管机制

我国三网融合的政策与法律取向及监管机制建立的原则应该是顺应技术发展的。

有线电视和电信业在自由化和国际化的推动下,垄断市场一一解禁,产业内的竞争也日益激烈,如何降低成本、提高收益是企业得以存活的最重要因素。传统电信通讯的内容是以语音为主,由于数字科技的进步,互联网的发达,则增加了以数据为主的服务内容。在可预见的未来,数据、图像、语音等多媒体信息,将会是传输服务的主流。有线电视网被认为是解决信息高速公路“最后一公里瓶颈”的最佳传输媒介,因此其与电信网的融合对于推动电信领域的普遍服务,缩小我国的“东西数字鸿沟”及“南北数字鸿沟”具有重要的意义。技术进步的脚步是不会停歇的,关于三网融合还在探索、实验阶段,无线网络、物联网又向我们走来。在此趋势下,应将各类传统的电信、传播通讯服务,均视为信息整



余理平:市律协信息网络与高新技术业务研究委员会委员



熊智巍:北京盈科(上海)律师事务所实习律师

●文/余理平 熊智巍

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

## 高新技术企业 股权激励的几点浅见

体产业中“数字信息传播服务”的一环,以“数字整合产业”的理念,取代过去依不同服务内容划分不同的产业,再分别制定其管制措施的传统观念。在国家三网融合的试点中,积累跨业经营与整合的相应经验,以建立初步的新规则体系。

在行业管理、政策与法律的变革过程中,学者王郁琦在《资讯、电信与法律》中介绍了德国《多元媒体法》对电信业者的分类,及给我们在数字时代媒体管制分类新的思考方向。抛开传统依媒介不同进行分类的方法,改为依业务性质进行分类,对不同性质的业务,设计不同的管制法规;对同一性质的业务,纵使利用不同媒介进行传播,仍然可以采用同一模式的管制法规。这样可以适当解决因媒体数字化后传统传播法规无法有效适应的问题。在传播媒介均采用数字化传送之后,将“电信与媒体服务”视为一个产业,再依业者所经营的业务性质究竟是属于内容提供者、提供存储空间仅供内容提供者播放各类内容的服务提供者、或是仅提供器材让网络使用者进入互联网中取得各类资讯等不同服务,分别制定规则。如果业者同时经营两种或两种以上的服务,则可同时以不同的法律进行管制。这样的管制政策可以全面涵盖过去依传送方式分属于不同产业而现在各项信息均以数字化传送的各项服务,并且清楚地区分不同业务间的责任归属而分别进行管制。

在世界科技大潮面前,应不应该允许跨业经营已不是一个问题。当发达国家已开始进一步关注开放跨业经营后市场竞争秩序的维护、消费者的保护等问题时,我们要顺应技术发展的方向,尽快准许我国电信行业与有线电视产业间的跨业经营与整合,建立与技术进步趋势尽可能同一的政策和法律制度,以适应未来信息社会发展的需要,而不要因观念或既得利益的争执而贻误了产业整合与发展的的大好时机。●

股权激励制度没有一个放之四海而皆准的通用范本和模式,其制度方案均应结合公司具体的股权结构、治理结构与治理状态的实际情况而具体设计和运用才能达到预期的效果。

对于刚起步的高新技术企业,由于创业初期资金紧张,作为一种新型的薪酬补充制度和人才鼓励措施,股权激励制度是能够吸引并留住优秀人才的最好办法,并逐步得到从公司所有者到经营团队的采纳和运用。在最近的工作中,笔者承接了两起高新技术类单位股权激励项目:A公司为了留住关键人才,对研发团队进行股权赠与;B公司为了提升公司管理和研发水平,从世界500强企业中高薪引入运营团队,并承诺给与股权激励。

在处理这两起相似却又有区别的股权激励项目时,笔者能够感受到大股东及激励对象的热忱、期待、顾虑和担忧。一方面,股权激励方案要切合企业的现状和发展战略;另一方面,又要充分兼顾和平衡大股东和激励对象及激励对象之间的利益平衡,使激励和约束相结合,权利与义务相匹配。对于一个新加入公司的团队,特别是将负责公司领导岗位的团队,如何在做好股权激励计

划的同时,又能使新团队与老员工有良好的整合?笔者认为有以下几点因素需要考虑:

首先,新团队占据了公司主要的高层职务,对此公司原有中层的反弹较大。B公司已有近20年历史,公司的中高层干部大多是跟着董事长C先生一起创业的元老,对于公司的成长发展做出了突出的贡献。此时突然引入一个全新的管理团队并且担任要职,部分干部出于晋升机遇受阻、对于外来团队缺乏信任等原因,产生了比较大的情绪波动。对于新团队的管理方式也心存不满,甚至发生几名骨干干部准备离职的情况。

其次,外籍团队的行事作风与本土思维难以兼容。C先生聘请的团队人员,都在海外知名企业拥有丰富的从业经历,每个人都是资历能力俱佳的出众人才。他们在工作中带有强烈的跨国企业行事作风,认真、严谨、高标准、严要求。这些工作模式和工作作风是一个成熟企业的标志。但是,对于像B公司这种传统的民营企业,原有工作模式早已定型,具有明显的家族式管理模式和风格,部分员工特别是骨干干部对于原有模式不愿意轻易变革。这些问题给新团队的工作带来了很大的困难。

第三,Enterprise Resource Planning

(企业资源计划,简称ERP系统)的推进,使得本土团队产生了更大的抵触情绪。作为一个先进企业,需要一套完整的ERP系统,用数字化的方式反映公司运营情况、整合公司资源、保障公司各个环节都能顺利流畅地运行,并且及时发现问题、处理问题。推行ERP系统可以有效厘清员工的权责,优化工作效率,提升公司效益。B公司的初衷是好的,但是现实情况却与初衷产生较大的反差,经营团队虽然花了一整年时间推行ERP项目,但目前只能说是初见成效。

最后,新的经营团队与原有员工巨大的工资落差,也使得大部分中层骨干更加心生不满。B公司参照世界500强标准给予外籍人士以高薪本无可厚非,但是对于国内员工特别是中高层干部而言,从事相同等级或略低一级的岗位,在待遇上却会相去甚远。这给本土中层员工带来了极大的心理落差。特别是在运营团队进入A公司的一年内,一贯保持良好收益的公司却面临亏损,导致很多本土员工将矛头指向了新引进的团队,加剧了双方之间的隔阂。

可以说,B公司所面临的不仅仅是一个简单的股权激励项目,更是一个公司内部各个团队间融合的问题。如果单纯地为几位外籍人士制定一份股权激励方案,该方案可能最终因没有中层的配合而无法落实,所谓的股权激励只能是镜花水月。

有鉴于此,在提供股权激励法律服务项目的过程中,笔者和B公司大股东经过多次沟通,认为解决上述股权激励障碍的唯一办法,是调整股权激励计划,扩大股权激励对象。这项股权激励方案更改的意义在于:

(一) 将中层骨干一并纳入股权激励范围,稳定中层干部人心

将股权激励计划的覆盖面,由运营团队扩大到公司中高层骨干,并且未来逐步扩大到公司重点培养对象。原有计划是建立在一个小范围的基础上,即对于运营团队这一少部分高层干部的激励。从目前的情况来看,该团队成员实际上已经享有了超越公司原有员工的待遇,却还没有做出满足公司要求的业绩,此时再一味地重申对运营团队的激励,不仅增加了他们的工作负担,也会导致运营团队与本土员工之间的进一步分裂。

可以说,将股权激励计划的覆盖面延伸至公司的中层骨干,这不仅是考虑到对公司功臣元老以往贡献的肯定,更是对运营团队和本土团队的平衡和融合,也是B公司对新老员工一视同仁的充分体现,为日后逐步实施的公司梯队建设及上市前的员工持股计划做铺垫。

(二) 保障运营团队利益,凝聚公司人才力量

实施扩大化的股权激励计划,势必会影响到B公司原先对运营团队的承诺,要使股权激励能够顺利进行,项

目的承办律师必须与运营团队充分沟通交流,取得他们的理解和配合。股权激励计划缩减的只是部分激励数量,而并非改变了激励计划本身的初衷。对于运营团队的相关激励计划,是一个漫长而循序渐进的过程,可能前期的激励会相对较少,但随着公司的发展,随着激励指标数量级的放大,运营团队实际所获得的,仍然将是可观的回报。同时,鉴于运营团队本身的薪酬待遇已经非常可观,而其在去年的工作业绩并不尽如人意,所以适当地修正原先过高的激励制度,也是符合双方的现实情况。

公司此次扩大激励对象,也是出于对运营团队的保护,希望运营团队能够尽早有效地和本土团队融合起来,形成凝聚力。只有形成了凝聚力的团队,公司才能逐步走向快速发展的路径。而如何认识到这一点,需要B公司大股东、运营团队和中层团队就公司的发展目标达成共识。

运营团队都有海外企业的工作背景、丰富的学识和经历。所以我们之间在探讨这些制度设计和现状问题时,团队成员都予以认可和配合,体现了职业经理人的素质。

从公司长远发展的角度考虑,以此次股权激励计划为基石,逐步拓展未来的公司人才梯队建设计划。B公司是以上市为目的的公司,也是以长期稳定发展为目的的企业。所以,完善人才梯队建设,不断培养忠诚于公司的高素质人才,也是B公司追求的目标。对于年轻有为、敢想敢冲的中层和基层骨干,要适当地给予其发展空间,让他们在岗位上勇于承担责任,有所作为。同时,对于他们的积极表现,给予适当的激励措施,补充他们的报酬所得,也使他们有意愿长期留在公司工作,形成一支稳固的、具有战斗力的队伍。

笔者为高新技术类公司承办股权激励项目后,有以下几点浅见:

一是律师在股权激励项目服务过程中,除了提供专业的法律服务外,更需要在大股东和激励对象间起到沟通桥梁的作用。虽然律师相对于公司内部员工而言是外部人士,但作为企业的法律顾问,对于公司情况也有相当的熟悉程度,同时在业务的开展过程中,也会与中高层干部们打交道。这就赋予了律师以熟悉公司情况且具有超然地位的双重身份。因此,律师可以借此作为一个第三方参与到公司治理的过程中,在股东、运营团队、中层干部中起到一个“居间”的作用。运用专业知识和谈判技巧,为三方分析原因,在三者之间搭起沟通的平台和桥梁,听取各方对公司未来发展前景的意见和建议,统一思想和工作目标,阐明道理,在企业治理方向上提供全方位的专业法律服务。这也是一个拓展律师服务业务的契机。

当然,运营团队也须有担当意识,主动与中层干部

多做沟通,听取他们的意见。中层干部是公司的基石,维系着公司方方面面的正常运作,运营团队可以帮助公司老员工们开拓眼界,了解行业的发展动向,阐述对公司未来发展的设想和计划。而大股东则应该起到粘合剂的作用,从统领全局的高度审视各方的工作,以鼓励、表彰、批评、教育等方式,做好双方特别是老员工们的思想工作,凝聚整个公司的才智,形成一支有战斗力的团队。三者之间高效顺畅的沟通交流平台,是阐述意见、形成共识、化解矛盾、达成统一目标的保证,最终实现人才的心与公司的未来联系在一起,一起发展,一起成长。

二是完善底层制度建设,明确绩效考核机制。一个业内领先的企业,需要拥有与其规模相适应的管理能力,才能在保证公司正常运转的基础上,挖掘内部潜力,优化资源配置,实现企业效率与效益共同提升的目的。对于传统的民营企业而言,管理能力与管理水平的欠缺,是阻碍民营企业向现代化企业前进的最大障碍之一。民营企业通过白手起家采用的是家族式的管理方式,符合当时生产力的实际需要。但是在企业生产力、生产工具以及生产效率大幅提升的今天,家族人情式的管理模式显得落后,而ERP系统及其他现代化企业采用的管理模式,代表了未来企业规模化、制度化的发展方向。作为一种公司管理的底层制度建设,ERP系统的广泛实践和运用,清晰地反映了公司运营过程中的节点控制,及时有效地监控业务流程并反馈问题,为运营团队优化业务流程提供依据,显著提升了公司的运营效率。所以B公司大力推行ERP系统,正是出于对公司长远发展的角度考虑的。

但B公司中层骨干产生的抵触情绪,就是出于对这种变革的不适应。严格、复杂、规范化的操作流程,使得习惯于相对松散管理制度的员工们,一时间不能适应这种严格的规范,所以才会使得ERP系统在运行过程中产生各种问题,系统运行也不够稳定。因此,对员工加强培训,提高对ERP系统的认知,让员工了解ERP系统对于公司运营及个人岗位责任明确的好处,通过奖惩措施鼓励员工规范使用ERP系统。

同时,通过ERP系统采集的数据,也是股权激励计划的重要依据。经过客观公正采集的数据,是评定运营团队业绩的关键指标。如果ERP系统出现问题,就将导致数据失真,可能会影响到股权激励计划的实施。而ERP系统也是考察员工工作绩效的方法,评定绩效奖金的依据,关乎员工的切身利益。当股权激励甚至员工持股规模的逐步展开,通过ERP所采集的数据,将会对公司内大部分员工产生重要的影响。所以,通过沟通、培训、实践,将ERP系统整体推进优化,对公司的发展有着重要的意义。

三是整体激励与核心成员的个别激励相结合。每个新团队加入公司,都会产生融合的过程。譬如,研发型团队需要拿出有说服力的产品,做好与其他部门的沟通工作,这使得他们相对容易体现工作业绩并获得公司上下的认可。并且激励范围仅限于一个团队内部,具有封闭性和私密性。但是,管理型团队的加入,将会遇到更多的挑战。A公司与B公司两份股权激励计划的重点区别,就在于此。

对于管理型团队,笔者认为一个相对扩大对象的股权激励计划,或许更适合公司的需要。作为管理团队,首要任务是在了解公司情况的基础上,与公司中层干部建立互信的基础。一个外来团队管理公司内已经有十多年资历的老员工,很容易引起老员工们对于新团队的不信任和反感。所以,实现一个互信的基础,笔者认为需要的是适度公开透明,并且对为公司付出多年努力的员工予以鼓励,给中层干部们传达出正能量,期望他们能与新团队融洽相处,为公司继续做出更大的贡献。因此,将中层骨干纳入股权激励计划,其一是对中层干部们进行薪酬补偿和激励,希望他们继续努力为公司服务;其二要做到公开透明,表示公司对管理团队与原有员工一视同仁,建立互信的基础;其三须将公司的发展方向写入计划,统一思想,明确目的,希望公司上下都能朝着这个既定的目标前行;其四应对管理团队起到限制和制约的作用,平衡管理团队和中层干部之间的权限责任,防止因管理团队过分追求业绩而导致公司发展的不平衡。

四是物质激励与精神激励是股权激励的双重保障。股权激励计划是一种薪酬补偿措施,本质上属于物质激励的范畴。对于激励团队、激励公司骨干力量长期为公司服务,需要物质激励和精神激励双管齐下,也就是企业文化的建设。对于能力出色的人才,有可能不仅仅是物质上的需求,也有精神上的需求,包括发展空间、荣誉感、成就感等心理需求,也有对企业文化环境的认同。这就需要在公司做好“物质文明和精神文明的双丰收”。通过晋升、表彰、鼓励以及公司集体活动等,为员工提供一个良好的工作环境和氛围,带动其工作积极性的提升。

五是约束和激励必须并轨进行。股权激励是公司与其董事、高级管理人员及其他雇员等激励对象以股权为基础建立的一种激励和约束机制。股权激励不同于单纯的薪酬激励制度或业绩奖励制度,其作用除了使激励对象能够分享到公司发展的收益成果以外,还强调对激励对象形成利益趋同的长期和一致性约束机制。股权激励制度的产生,实质上就是要解决在现代企业制度产权与经营权分离的特质下,公司经理人与股东之间所形成的“委托代理关系”的关键性问题,即利益不一致和信息不对称而导致的“道德风险”问题。●

# 人文万象

乐 Life

●文/李国栋

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

## 我的世界杯之旅



2012年欧洲杯足球赛激战正酣之际,我们律师界的足球“世界杯”也在克罗地亚的罗维尼开赛了。律师足球世界杯是律师界规格最高的国际性足球大赛,从1983年开始每两年举办一次,参赛队伍多达七十多支。这次由大成律师事务所上海分所赞助并组织的“上海律师足球队”是第一次参加这一项赛事,这支队伍由上海市嘉华律师事务所的蒋凌华律师作为队长及核心组建,集结了上海律师界的一批足球好手,经过近一年的策划、报名、组织和训练,正式踏上了征途。作为当时刚刚拿到律师执业证、热爱足球的我来说,这就是实现梦想的“达人秀”舞台,心中充满了对于胜利和荣誉的渴望。至于比赛举办地罗维尼的小镇风光,我也想好了要多拍一些照片以资留念,却未曾予以过多的关注和期盼。

经过三十多个小时的飞行,辗转迪拜、布达佩斯、萨格勒布,最后终于到达了目的地罗维尼。由于旅途劳顿,当时满脑子想的都是一到酒店就好好地睡一觉。可当我们走过下榻的度假村海滩,所有的疲倦却瞬间被抛诸脑后了:不知不觉中海鸥的鸣叫已回荡在耳边,闭上眼睛都可以感觉到天高海阔——身心和周围的美景融为一体,唇间气息化作海风,轻抚着海浪,由远及近,起起落落,一直绵延到天空,这才真正意识到自己已经身处一个美得令人感动的地方……我没有事先做过功课,没有任何关于当地风土人情的知识,没有写满笔记本的游览计划,一切的感受都源自随性而原始的感觉,没有偏见、没有拘

束。码头、海鸥、海港、教堂、帆船、山坡、金色的阳光、啤酒、小巷、自行车、石阶、坐在小店门槛上的美女、会耍戏法的冰激凌店的伙计、牵着牧羊犬向你打招呼的欧洲老夫妇、模仿李小龙嚎叫的咖啡馆的老板……这些人和景汇成了之后十几个日夜中不断闪现的印象的河流,成为泼在心灵的画板上抹不掉的颜料,就像走进天才艺术家的画廊,每一幅作品都让你驻足欣赏;就像落入七彩丝线编织的梦乡,每一条路都通往一个天堂。这里就是“世界杯”的“战场”,却不见硝烟弥漫,剑拔弩张。陌生人互致问候,萍水相逢者相拥歌唱,平静而欢愉。最美的景色就是这样,让你凝神谛听,却忘了举起手中的照相机。

这个美妙的小世界让我们体会到了对足球的别样情怀和创造的灵感,而功利心却被抛诸脑后。当我在最后一天的颁奖典礼上看到冠军巴西队近乎癫狂的载歌载舞、击节庆贺时,我感叹他们竟然可以这般快乐。他们对足球的热爱已经融进了血液之中,荣誉是对他们出众技艺和非凡创造力的嘉奖,却不是他们快乐的根本原因。对他们来说,每一场比赛、每一次触球本身就是最大的享受——他们是来享受足球的,而不是来拿冠军的。

还记得第一场面对球风老辣的意大利队,我们被打了个措手不及,被对手三球击败,几乎毫无还手之力。场上大多数球员明显不适应这样高水平的比赛,难免有些灰心丧气。但是赛后经过总结教训,球队重新调整了部分球员的场上位置和球队的战术打法,更重要的是大家

被要求放下之前一定要“为国争光”的思想包袱,专注于如何发挥出自己应有的水平,展现中国律师的精神风貌。经过这样的“减负”之后,队员们仿佛去除了沉重的枷锁,身体显得更加轻盈矫健,后面的比赛明显发挥得越来越好,整个球队敢于在进攻方面投入兵力,而非一味地消极防守;队员们也敢于做动作,敢于和对手进行对抗,完全体现出了我们的特点和实力。在这个过程中我们看到的是球队越来越充满战斗力,队员们相互间越来越信任,配合越来越默契,踢的越来越接近纯粹的足球。

自从来到这个地方后,大家一起为美丽的风景而陶醉,一起为比赛的得失而争论,小小的罗维尼将平日分散于上海各家律师事务所、对足球都有一份执着之爱的大律师、小律师们紧紧联系在一起。当大家拼到最后一刻,赢下阿尔及利亚和日本代表队的时候,都感到发自内心的快乐。快乐的不是赢得了荣誉,而是感动于大家一起享受了足球带给我们最简单的快乐。足球就应该这样快乐,生活更是如此。

离开的那一天,在开往机场的大巴上,疲倦的我没有睡觉,而是将头凑在窗口,贪婪的欣赏这很快就将于我生活中不复存在的景色,吸吮这清明爽朗的空气。这样还不够,我开始播放自己最爱的歌曲,希望以后再听到这几首歌的时候,脑海中就会出现这些色彩斑斓的画面,即使只是散落的拼图,只是微小的,却可以让波澜不惊的生活泛起涟漪的水滴。

(作者单位:上海市嘉华律师事务所)



陈连生：上海市建纬律师事务所律师

## 岁月回眸

●文 / 陈连生

栏目组稿人：岁月回眸 李海歌 [lihaige@lawyers.org.cn](mailto:lihaige@lawyers.org.cn)

# 我为部长打官司

伴随着一场场唇枪舌剑，经历了一次次成败输赢，于律师行业这匆匆数十载的摸爬滚打，可谓磨砺了我的意志，挖掘了我的潜能，亦丰富了我的阅历。虽褪去了初入行时的莽撞青涩，如今的我也已多了几分成熟稳重，但每每被当事人问及与某某法院、法官是否有关系时，我却止不住叹息，如今多数的当事人虽向律师寻求法律帮助，但背后却隐含着对于律师价值的否定，他们所相信的不是法律与律师，而是所谓的系统与权力。而每当感慨至此，我总不由地想起多年前的此时所代理的一件民事纠纷，以及那位至今仍令我尊敬与缅怀的长者，我的委托人——前卫生部部长钱信忠。

## 一场官司——从部长到被告

他生于辛亥革命，长在抗日战争，身为一名红军战地外科大夫，挽救了无数战士的生命，为革命的胜利贡献了智慧和青春。不仅获得过两枚一级军功章，更被群众敬誉为“太行山上的活神仙”；他是新中国建国后受衔的第一批少将，也是共和国历史上惟一的两任正部长；他身兼中顾委委员，卫生部部长、党组书记，国家计划生育委员会主任、党组书记等多重要职，以“卫生机构也要按经济规律办事！”的口号吹响了我国医改的号角，揭开了新中国卫生事业新发展的序幕，是我国红色卫生事业当之无愧的

奠基人；他曾留学苏联获得医学博士，潜心钻研医学并荣获联合国首届人口奖；他的高瞻远瞩带动了我国医学科学研究和中医研究院的建设，他所带头创建的中国协和医科大学，至今仍为祖国的医学事业培养着一批又一批的优秀人才，即使退出政坛后，他依旧心系祖国的卫生保健事业，先后创建了中国医学基金会、中国防止性病艾滋病基金会、中国老年保健协会等社会团体组织，执着地为国人的健康而热心奔忙……

他就是钱信忠老先生，这样一位拥有传奇人生，为新中国的建立和中国卫生事业建设奉献毕生精力，“革命一生，奋斗一生，鞠躬尽瘁一生”的长者。而也正是这样一位令人敬畏，恐怕做梦也无法让人将其与诉讼案件的被告联想到一起的白发苍苍的和蔼老人，却因为“钱信忠部长侵占民宅”一案，在社会上造成了一定的影响，甚至受到了有关领导的重视。

据该案的两原告称：其与被告钱信忠皆为叔侄关系。1951年3月，两原告之母，被告钱信忠之嫂刘某与钱信忠共同出资建造了平房4间，由其二人共同共有并居住和管理。上世纪70年代，因河道工程动迁，上述原建的房屋搬迁至现址宝山区某镇。原告称，房屋搬迁后，其母刘某仍为户主，并仍居住、管理该房屋，至其病故后便将房屋转交于原告钱某管理、绿化。后因上述房屋成为危房，2004年时原告钱某便与被告钱信忠商

量共同翻建，并接受被告钱信忠委托全权处理此事，由其代为填写翻建申请表。但考虑到未分家及钱信忠长辈的身份，原告钱某仅在申请表上填写了父母和钱信忠两家人的名字，并在村民委员会批准后将上述申请表寄给了钱信忠。但2006年，被告钱信忠却在两原告均不知情的情况下突然意欲拆房翻建，原告也是在被告的行为被邻居阻止后才得知这一情况的。而在同年8月，原告钱某到当地房屋管理所查询档案时，才赫然发现档案中的申请表并非自己原先所填写的那份，申请表上也只有了钱信忠一家人的名字。为此，原告认为，其母刘某对上述房屋享有权利，而在其过世之后其权利也应该由原告继承，因此便以被告钱信忠侵占民宅为由，起诉法院要求确认上述房屋由原告与钱信忠共同共有。

## 两次庭审——靠证据说话，依法律裁判

“钱信忠部长侵占民宅！”虽然在接到钱老之女的委托，欲让我代理该案还钱老一个清白之前，我对该案也已有所耳闻，但当钱老之女亲自找到我并向我说明情况之时，我还是抑制不住内心的激动与诧异之情。激动的是作为一名执业律师，能为这一极具传奇色彩并受人敬仰的前卫生部部长打官司，可谓是一种荣耀；而诧异的是，既然如此一位曾身居要职、极具能耐的“大人物”，即便其已离休，但只要他一句话，想要助

其一臂之力的有权有势之人也应大有人在,又何必找律师通过法律的途径解决此事呢?

而在代理该案并与钱老及其家人接触的过程中,我找到了这一答案。

原来,钱老虽不从事法律工作,也对具体的法律专业工作不甚了解,但作为一位老无产阶级的革命家,钱老却严格自律、洁身自好,并以身作则,对自己和家人都坚决要求做到不以权谋私,不“打招呼”、“托关系”,凡事以德服人、以理说话。而就法律问题,钱老同样坚决地秉持依法治国、法律面前人人平等这个“理”,将其对法治的信仰与对法律的尊重切实落实到行动,从而坚决拒绝中央依靠权力手段调查解决此事,而是相信我这毫无关系可言的律师将会用证据阐明事实、用法律手段平息纠纷,最终还他一个清白。

于是,面对原告所提供的并未提交房屋管理所审核的仅其单方面填写的《上海市宝山区农村居民建房用地申请表》以及原告证人钱某对建房用地乃刘某借用其之地而并未提供其他任何证据佐证的证言。为了搜集充分的证据驳斥原告的观点,并证明系争房屋的所有权归属,我多次与钱老的家人分析讨论案情,从而得知刘某原有房屋其实并非本案争议房屋,而当时实际也并未拆除。动迁后刘某虽在钱老的房屋中居住并进行管理,但实际也经其生前多次表示仅仅只是因钱老公务繁忙而代为看房而已。刘某并非房屋的产权人,而其生前也从未向钱老要求主张过任何房屋的权利。钱老之侄为何突然提出要主张房屋的所有权,并为此将钱老告上法庭,钱老全家亦对此惊异不已。

而在了解案件基本事实的情况下,我便着手积极找寻有关证据,并亲自前往宝山区当地的房屋管理所等相关主管部门进行尽职调查。经过不懈努力,

终于在堆积如山的材料中查阅翻找出了包括《宝山区宅基地勘丈记录表》、《宝山区农村宅基地使用权申请登记表》、《上海市宝山区农村居民建房用地申请表》、《宝山区农村个人住房建设申请表》、《宝山区农村个人住房建设工程规划许可证》等在内的证明文件,以证明其中的申请人、权利人均显示为钱信忠一人,而非原告钱某所称的与刘某的共同共有。同时,为了使得证据链更加完整,也为驳斥原告钱某所称该房屋翻建前乃刘某生前与钱信忠共同建造的一家之辞,我又通过钱老女儿提供的线索找到了钱老的表兄弟周某,经其当庭作证,证明周某作为当时的操办人,并未在建房过程中拿到刘某任何钱款,该房屋也并不存在建造于刘某所借的土地之说,并通过上述证据,有效驳斥了原告的片面之辞。

据此,一审法院经过审理后认为,由于争议房屋的宅基地使用人在上世纪90年代登记时为被告,现有房屋也是由被告提出的翻建申请经相关主管部门批准后新建,因此被告对现有房屋享有权利。而原告之母早于宅基地登记、现房屋建造前死亡,不是现有房屋建造时候的申请人、出资人,对现有房屋不享有权利。原告以他母亲对现有房屋享有权利为由,主张与被告共同共有现在房屋,缺乏事实和法律依据,故判决不支持原告的诉讼请求。后虽经钱某兄妹不服而提出上述,但二审法院经审理查明,仍然认为原审事实清楚、证据充分,认定事实无误。原告钱某的母亲生前虽然居住于系争房屋,但原告钱某兄妹却并没有足够的证据证明其对现有房屋享有占有、处分的权利之主张。因此二审法院亦判决驳回上诉,维持原判。

至此,我也谨遵钱老及其家人的叮嘱,仅仅站在法律工作者的角度,完成了作为一名尽职的律师所应当做好的

每一件事情,在排除任何私人关系与权力干预的情况下,圆满地了解了此案,也算还了钱老晚年的一个清净。

### 几点感悟——让法治理想照进现实

“法律必须被信仰,否则它将形同虚设。”伯尔曼的名言至今听来仍掷地有声。

虽因经办该案件所以与钱老及其家人的沟通过程稍显短暂,但我却依旧深深为钱老对法律的信仰、对权力的敬畏、对自身的廉洁自律所折服。自一审至二审,钱老及其家人从未向我提出任何涉及依法审判之外的额外要求,也从未动用过自己的关系去打招呼、托关系,但他们却不止一次地强调要我按照法律与事实办案。钱老及其家人不仅以实际行动证明了其对依法治国、限权政府的信仰与表率,最终令原告输得心服口服,也着实驱散了我心中曾有过的迷茫与顾虑。

近年来,“房叔房婶”、“朱令案”以及一些干部子女“火箭提拔”等无视依法治国的大政方针,无视法律,以权谋私的事件屡屡被爆出,甚至成为了老百姓们茶余饭后的谈资。但是在对这些官员腐败问题嗤之以鼻的同时,也从侧面反映出了上至官员下至百姓的一股“有权好办事”的不正之风。权力的滥用正严重危及着司法的权威,使得相较于在法律面前,多数人仍然更愿意相信只有通过权力才能维护权利。而这种法治权威的无力感,其来源正是在于部分官员对自己手中权力无节制的滥用,以及对法律信仰的缺失。

然而与之相对比,作为一位曾经位高权重的国家机关工作人员,钱老却时刻谨记并以身作则,丝毫不逾越公权的界限一步。在他与他的家人的身上,我不仅看到了老一辈无产阶级革命家所

他山之石 ●文 / 孙佑海

栏目组稿人: 洪亮 hongliang1224@hotmail.com

# 如何用制度规范 法官与律师的关系

——美国纽约州的做法和经验

传承下来的质朴与执着,更看到了钱老身为一个老党员、老部长的清廉与自律。钱老及其家属用实际行动向我们诉说着,官员不同于一般老百姓,其代表国家行使权力,官员更不是商人,必须谨记不以追求利益为首要目的。法律不是艺术的创作,可以任由驰骋且不着边际;权力也不是个人的奴仆,可以肆意挥霍却无所制约。正如习近平总书记就法治工作所作的发言中所云“要将权力关进笼子”,官员在老百姓面前首先应是人民的公仆,其次才是国家权力的行使者。而同样,身为律师,我更感责任重大,毕竟法律是公平正义最后的防线。律师与法官一样都是法律的使者、正义的守护人。在以树立司法的权威为责任,以促进司法公正为目标,以维护当事人合法权益为任务的宗旨之下,如果连我们自己都对法律权威的信仰产生怀疑,又何谈让当事人信仰或遵守法律。

社会法学派的代表人物霍姆斯大法官曾言:“法律的生命不在于逻辑,而在于经验。”在执业过程中所积累的办案经验固然宝贵,但与当事人相处时所获得的人生感悟与经验却更具价值。在办结这一案件后的第二年,钱老便与世长辞了,听闻他走得很安详,“就像是一次去远方的旅行”。然而斯人已逝,风范长存,钱老为人处世的清廉作风,以及他对于法治的信任及法律的信仰却至今铭记我心,也成为了我坚定从事律师这一行业的鼓励与信念。

在事隔多年后的今天,有感而发挥洒此文,一愿钱老一路走好,也愿钱老带给我的感悟能为更多律师同胞所聆听与共勉,更愿更多的当权者能以钱老为榜样,时刻践行依法治国、依法办事,使之不再是口号与表面文章,而能够真正得以成为全民的信仰与行为的准则。●

如何用制度规范法官与律师的关系?美国纽约州的做法和经验,其核心就是设计一种制度,使法官和律师之间既互相监督、又互相支持,合理规范两者之间的关系。这些制度始终贯穿着民主原则、制约原则、公开透明原则和程序实体相结合的原则。美国纽约州的做法在全美具有代表性。

## 一、律师参与法官任职资格的审查

### (一) 纽约州法院机构设置简介

纽约州的法院共分为四级,州上诉法院在这四级法院中处于最高级别,在州上诉法院之下还设有上诉庭、特殊上诉庭和基层法院。州上诉法院通过审理特定案件来阐明适用于全州范围的法律问题。其所受理的案件,通常已经过了两个下级法院——基层法院和上诉庭或特殊上诉庭的审理。除了与联邦问题相关的案件是由联邦最高法院作出最终裁决外,对于纽约州的法律如何适用,州上诉法院作出的裁决为最终裁决。近年来,纽约州上诉法院每年对约 175 个案件作出书面裁决意见,对其他大约 1200 个民事案件和 2800 个刑事案件的上诉请求作出不予受理的决定。

### (二) 律师参与对州法院法官的任职资格审查

纽约州上诉法院共有 1 名大法官

和 6 名法官,每位法官的任期均为 14 年。这些法官均由选举产生,而候选人主要有两类,一是申请连任的现任法官,二是律师。纽约州上诉法院官方网站上公布了资格评估和选举规则。根据规则,对于申请成为法官的候选人,“司法选举资格审查独立委员会”(Independent Judicial Election Commissions)主要从以下五个方面去考察:1、法律专业能力;2、性格;3、是否独立和正直;4、是否享有公平和不持偏见的声誉;5、礼仪和耐心等。凡经司法选举资格审查独立委员会评估认为符合条件的律师和现任法官,由该委员会将名单和评估结果向选民公布。赢得选举的候选人经过州长指定,正式成为纽约州的法官。

根据《统一法院系统管理规则》第 150 编,每一个司法辖区的“司法选举资格审查独立委员会”均应由 15 名委员组成,其中绝大部分为执业律师。

### (三) 法官一般具有执业律师的经历

纽约州上诉法院的 7 名法官均有过或长或短从事律师职业的经历。例如罗伯特·史密斯法官(Hon. Robert S. Smith)自 1968 年法学院毕业起至 2003 年被选举为法官之前,一直在纽约市的宝维斯律师事务所担任执业律师,其间也在哥伦比亚大学法学院担任访问教授的职务。而维多利亚·格拉菲法官(Hon. Victoria A. Graffeo)在从事了 4 年的执业律师之后,即开始担任政府律师和检察官等职

务,直至被选举为法官。法官的律师执业履历都可以在纽约州上诉法院的网站上查询得到。

通过考察上述选举规则和法官的履历,我们并未看到美国以法官、律师、检察官、法学教授等身份对法律职业人进行割裂和静止的分类,以及法律人在每一个类别上的线性的职业发展。相反,美国的律师和法官,乃至政府律师、检察官、法学教授等均属于法律人的一部分,工作跨度很大,只是承担的具体职责有所不同。更重要的是,美国鼓励和支持法律人在上述不同岗位之间的自由流动,并通过上述的流动,最大化地从以前的职业经验中获益。我们看到的是法律人在不同岗位之间互相联通的、多向流动的、网状的法律职业发展路径。

## 二、律师参与法官的惩戒

目前,纽约州负责调查法官操守,并惩戒法官不当行为的机构为“纽约州司法操守委员会”(New York State Commission on Judicial Conduct)。该委员会所运用的惩戒规则以及该委员会的成员构成清晰地体现出律师群体对法官群体的监督机制。

(一)“纽约州司法操守委员会”行使对法官的惩戒权

与其他制度一样,纽约州法官惩戒制度也经历了逐渐发展完善的过程。1974年以前,法官惩戒完全由法院自行实施。对于下级法院法官的操守调查与惩戒,由位于纽约州法院体系第二层的上诉庭负责,而对于较高级别法院法官的调查则需要由临时成立的特设法庭(Court on the Judiciary)负责。在这一阶段,既没有专门的法官惩戒部门,也没有专门的法官惩戒制度。

1974年至1978年,纽约州法官惩戒制度经历了密集的改革,并对州宪法

进行了两次修改。1974年纽约州立法机构成立了“临时州司法操守委员会”。该机构职权非常有限。1976年修改州宪法,将该委员会更名为现在使用的“纽约州司法操守委员会”,并设置了9名委员。该委员会有权调查对法官的申诉,但是它只有“私下警告”法官的权力,而对于“谴责”、“中止”或“免职”等较严厉的惩戒措施,仍需要由法院通过特定程序来实现。1978年纽约州再次修改州宪法,将委员会成员扩大为11人,并极大地增强了委员会的职权,使其可以独立进行调查申诉,并可以决定“公开警告”、“谴责”直至“免职”

或“强制退休”。委员会的决定是终局的,除非被惩戒的法官提出上诉。

1978年至今,“纽约州司法操守委员会”的职权没有发生重大变化。

(二)律师在“司法操守委员会”中居于重要地位

如上所述,“纽约州司法操守委员会”共有11位委员,每1委员任期4年,并可连任。州长可委派4位委员,首席法官可委派3位委员,州议会发言人、州议会少数党领袖、州参议院主席(多数党领袖)和州参议院少数党领袖各可委派1人。州长委派的4人中,1人应为法官,1人应为律师,另外2人应既

非法官也非律师。立法机关领袖所选派的委员均不得为法官或退休法官。首席法官应从各级法院中各委派1位法官。该委员会自行选举产生1位主席和1位副主席。

目前,“纽约州司法操守委员会”的构成如下:

选派人	选派委员数	是否为律师的要求
州首席法官	5	其中两人为非律师
相关上诉庭的首席法官	5	其中两人为非律师
州律师协会主席	1	无限制
四个地区律师协会	各1	无限制

委员会成员	委派人	委员的职业
Thomas A. Klonich, 主席	首席法官	律师(原为法官)
Terry Jane Ruderman, 副主席	首席法官	法官
Rolando T. Acosta	首席法官	法官
Joseph W. Belluck	州长	律师
Joel Cohen	州议会发言人	律师
Jodie Corngold	州长	非法律专业人士
Rochard D. Emery	州参议院少数党领袖	律师
Paul B. Harding	州议会省数党领袖	律师
Richard A. Stoloff	州参议院主席	律师
David A. Weinstein	州长	法官
空缺	州长	非法律专业人士

如表所示,“纽约州司法操守委员会”成员中超过半数为律师,而法官人数则为三分之一。

另外,“纽约州司法操守委员会”任命一位主管法官作为操守调查工作的管理人,该管理人应为律师,由其任命并管理委员会的常设机构与职员。这一机构的成员往往具有执业律师的经验,并负责开展对法官投诉的实际调查工作。

(三)关于《纽约州法官惩戒规则》

纽约州关于法官惩戒的规则主要是指《统一法院系统管理规则》第100



编“司法操守”。该规则几乎一字不差地采纳了纽约州律师协会编制的《司法操守守则》(Code of Judicial Conduct)。

### 三、法院管理律师执业资格的取得和登记

律师在美国取得“执业资格”的实质就是由特定的法院系统向律师发放职业许可,允许该律师在该法院系统开展法律业务。美国各州都有自己的法院系统,也都有各自的“许可律师执业”的规则。在某一个州取得执业资格的律师并不必然自动获得在其他州执业的资格。有些州之间通过互惠协定允许在外州获得执业资格的律师避免重新参加完整的资格考试,而这类协定并不存在标准版本,往往因州而异。下面以纽约州为例来介绍律师获取并维持“执业资格”的标准及程序。

#### (一) 法院管理律师“执业资格”的取得

纽约州关于律师取得“执业资格”的规则由《纽约州上诉法院规则》第520编规定。根据这一规则,律师取得纽约州“执业资格”的实体标准主要包括三个方面:一是获得适格的法律教育,最为常见的情况是取得适格法学院的J.D.学位(法律博士而非法学博士);二是参加并通过专门的资格考试;三是接受关于性格以及是否适合从事这一职业的评估,包括背景调查。在这三个方面之外也有一些例外的规定。

按照纽约州的做法,适格的法学院

是指由美国律师协会(ABA)批准的法学院。如果没有接受过经美国律师协会“批准的”法学院的法学教育,申请人则必须证明其符合下列三种例外情况,才有资格参加律师执业资格考试:一是在律师事务所或法律诊所学习过特定的年限,并取得美国律师协会批准法学院的一定学分;二是毕业于美国非经批准的法学院且在外州执业过特定的年数;三是在国外法学院接受过等同于J.D.学位的法学教育。

纽约法律考试委员会(The New York State Board of Law Examiners)主管纽约州的律师资格考试。该委员会成立于1894年,由纽约州立法机关设立,并由纽约州上诉法院主管,至今已有一百多年的历史。委员会由5位委员组成。这5位委员均为由纽约州上诉法院委任的资深执业律师。纽约州律师资格考试的通过率常年稳定在76%至80%之间。根据《纽约州上诉法院规则》的第520编第10节,符合特定例外情况,并经过严格的程序审查后,未经资格考试的申请人也可以获得纽约州的律师执

业资格。

获得纽约州律师执业资格还需要向上诉庭(纽约州法院体系第二层)指定的委员会提交由有声望的人出具的“关于申请人道德、性格及是否适于从事律师职业的宣誓书”。这一宣誓书往往需要由熟知申请人的资深律师出具。

符合以上全部条件的申请方可取得纽约州的律师执业资格。

#### (二) 法院管理律师资格的登记

任何获准在纽约州执业的律师包括公司内部律师,都要在法院进行登记。这一登记要求是普适的,而不管该律师是否定居于纽约州,是否在职或退休,是否在纽约州或任何其他州或国家实际执业。按照《统一法院系统管理规则》第118编,律师应每两年登记一次。登记后,律师可以要求相关的上诉庭出具《资质良好证书》,该证书是律师证明其具有执业资格的唯一官方证明文件。

由于法院有效管理着律师执业资格的取得和登记,对律师形成了有效的制约,因此律师对法官自然十分尊重。

(作者单位:中国应用法学研究所)



# 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

### 商务部和环境保护部联合发布《对外投资合作环境保护指南》

2013年2月18日,商务部和环境保护部联合发布《对外投资合作环境保护指南》(商合函[2013]74号,以下简称《指南》)。

《指南》是为指导中国企业进一步规范对外投资合作活动中的环境保护行为,及时识别和防范环境风险,引导企业积极履行环境保护社会责任,树立中国企业良好对外形象,支持东道国的可持续发展而制定的非强制性规范。

《指南》从建立企业环境管理制度、员工环保培训、环境影响评价、生物多样性、社会影响评价、达标排放、环境监测要求、环境尽职调查、危险废物管理、环境事故预防与应急、生态恢复、清洁生产、绿色采购等方面对企业的环境保护行为提出了指导性的意见和建议,并鼓励企业研究和借鉴国际组织、多边金融机构采用的有关环境保护的原则、

标准和惯例。

《指南》对于为企业规划海外投资和经营方案,特别是环保方面的制度安排,促使企业顺利取得东道国审批并维持良好经营有重要的参考价值。

(供稿:市律协国际投资与反垄断业务研究委员会)

### 国家广电总局发布《关于加强海峡两岸电影合作管理的现行办法》

国家广播电影电视总局于2013年1月发布《国家广电总局电影管理局关于加强海峡两岸电影合作管理的现行办法》,规定了海峡两岸电影合作管理的相关事宜。该现行办法明确将台湾影片界定为“根据台湾有关条例设立或建立的制片单位所拍摄的,拥有50%以上影片著作权的华语影片。该影片主要工作人员组别中台湾居民应占组别整体员工数的50%以上”。

如需引进台湾影片,必须符合以下

条件:1、由中国电影集团公司进出口分公司统一进口;2、经国家广电总局电影审查委员会审查,取得《电影片公映许可证》后,方可发行放映,不受进口影片配额限制;3、坚持引进思想性、艺术性较好与技术制作水平较高的优秀影片,坚持引进不同类型、题材、艺术风格的影片。

对于两岸合作摄制的电影,则要求:1、联合摄制的电影,故事情节和主要人物须与两岸有关;2、联合摄制的电影,聘用境外主创人员,应经广电总局批准,其中饰演影片主要角色的主要演员中,大陆演员不得少于总数的三分之一,其他主创人员可不受比例限制;3、经总局批准,合作摄制的电影底片、样片的冲印及后期制作,可不受特殊技术要求的限制,在台湾完成;4、可享受国产影片相关待遇。

(供稿:市律协港澳台业务研究委员会)



## 上海国际经济贸易仲裁委员会

Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission

## 上海国际仲裁中心

Shanghai International Arbitration Center

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，原名中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会，英文简称“SHIAC”，下称“上海贸仲”）是由上海市人民政府于1988年行文批准设立、并经司法登记的独立仲裁机构。其以独立、公正、专业、高效的仲裁服务为当事人解决争议，在国内外享有较高的声誉。上海贸仲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。

### 示范条款一 / Model Arbitration Clause I

“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。”

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

### 示范条款二 / Model Arbitration Clause II

“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。”

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

地址 (Address): 中国上海市金陵西路28号金陵大厦7层  
7/F, Jin Ling Mansion, 28 Jin Ling Road(W), Shanghai 200021, P.R.China  
电话 (Phone): 86 21 6387 5588  
电子邮箱 (E-mail): info@shiac.org  
传真 (Fax): 86 21 6387 7070  
网址 (Website): www.shiac.org

## 新法速递 《 律师业务资料 》 目录 2013年第7期

### 上海篇

- 1、上海市人民代表大会常务委员会：上海市地面沉降防治管理条例
- 2、上海市人民政府：上海市人民政府工作规则
- 3、上海市人民政府：上海市行政机构设置和编制管理办法
- 4、上海市住房保障和房屋管理局：关于保障性住房房源调整的房地产登记有关问题的规定
- 5、上海市财政局等：上海市道路交通事故社会救助基金筹措办法
- 6、上海市环境保护局：关于开展环境影响评价公众参与活动的指导意见（2013年版）
- 7、上海市民政局：关于公布继续有效的规范性文件目录的通知
- 8、上海市民政局：关于废止和宣布失效一批规范性文件的通知
- 9、上海市民政局：关于延长《上海市民办非企业单位名称管理暂行规定》等规范性文件有效期的通知
- 10、上海市教育委员会：上海高校食品安全督查员管理办法（试行）
- 11、上海市高级人民法院：关于审理知识产权大、要案的若干规定
- 12、上海市高级人民法院：关于审理特许经营合同纠纷案件若干问题的解答
- 13、上海市高级人民法院：关于知识产权刑事审判工作若干问题的意见
- 14、上海市高级人民法院：关于国有土地上房屋征收案件有关问题的意见（试行）
- 15、上海市高级人民法院：关于印发《民事裁定书样式（适用于拆迁补偿协议强制执行案件）》的通知
- 16、上海市高级人民法院：关于印发《行政裁定书样式（适用于征收补偿决定经生效判决确认后申请强制执行案件）》的通知

- 17、上海市高级人民法院：2012年上海法院第二季度申诉审查工作座谈会纪要
- 18、上海市高级人民法院：关于进一步加强申诉审查工作的若干意见
- 19、上海市高级人民法院：关于集中查询被执行人银行存款有关问题的协作纪要
- 20、上海市高级人民法院：关于集中查询被执行人存款有关问题的写作备忘录
- 21、上海市高级人民法院：关于选择财产所在地法院作为执行管辖法院有关问题的解答

### 全国篇

#### 【综合】

国务院：国务院工作规则

#### 【“两高”、司法行政】

- 1、司法部令：司法行政强制隔离戒毒工作规定
- 2、司法部令：关于修改《律师事务所管理办法》的决定
- 3、司法部令：关于修改《香港特别行政区和澳门特别行政区律师事务所与内地律师事务所联营管理办法》的决定
- 4、最高人民法院：人民法院司法警察条例
- 5、最高人民检察院：人民检察院司法警察条例

#### 【证券、保险、外汇】

- 1、中国保监会：人身保险电话销售业务管理办法
- 2、国家外汇管理局：海关特殊监管区域外汇管理办法
- 3、中国人民银行：关于实施《人民币合格境外机构投资者境内证券投资试点办法》有关事项的通知
- 4、证券监督管理委员会令：关于修改《外资参股证券公司设立规则》的决定

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



《撒网》 摄影：金南强 律师