

2014
05
总第719期



上海市律师协会主办

聚焦|思辨|感悟|互动

|聚焦|

“小身材 大能量”： 推进律师执业便利化 提升律师职业尊严感

——市律协会长盛雷鸣谈“律师一卡通”



《鸟瞰上海》

4月24日,上海市金融工作委员会委员党委书记孔庆伟一行共8人到上海市律协交流座谈。双方主要就律师如何为金融行业发展和风险控制等方面提供法律服务进行了交流,并进一步明确了双方深入合作的具体事项。



4月24日,由天津市律协会长韩刚、天津市南开区司法局副局长任丽荣带队的天津市律协、天津市南开区司法局考察团一行8人赴上海市律协。双方就律师队伍管理情况、律师培训相关工作、律师队伍党建工作开展情况、律师工会建立情况等方面进行了深入探讨。



4月23日,上海市爱心帮教基金会与上海市律协签订“爱心帮教基地”合作协议书。通过整合社会资源,引入专业律师团队,引导、培育、吸收更多的社会力量和爱心人士关心、关注、关爱服刑人员,为服刑人员搭建社会工作平台。



5月8日,泰安市律协会长陶成军、泰安市司法局副局长任伟建带队的泰安市律协、泰安市司法局考察团一行6人赴上海市律协交流考察。双方讨论了实习人员考核、律所管理等工作。



5月20日,江苏省律协会长薛济民携考察团一行9人赴上海市律协进行交流考察。盛雷鸣会长就自贸区对律师行业的影响、政府购买法律服务等方面向江苏同行作了详细介绍,双方围绕考察主题作了热烈的探讨,对目前的律师业面临的热点问题提出自己的见解和看法。

卷首语

让我们携手推进 行业法律人才

复旦大学法学院院长 孙笑侠

中国的法学院长期以法官、检察官以及诉讼律师为培养目标开展法律教育,这种法科教育是以司法为中心导向的,可称为“司法导向型”的教育模式。这个培养模式已经实行了30多年。目前全国有630多家法学院系,每年十数万名法科毕业生,到司法机关应聘,面临的是公务员人事编制的限制,而到律所,则多数缺乏律师所需要的专业能力,进入不了主流的法务市场。因此,法科生的就业率自上世纪90年代中期以来,一直处于所有学科排名的末端。这被社会各界误解为:法科生饱和了,法学院招生太多了,法学教育质量差,法学没市场了,等等。

然而事实上,律师的法务市场是远远没有饱和,法务市场也是没有人事编制限制的。换言之,律师在中国还没有达到饱和的程度,关键是什么专业类型的律师。根据美国法律家协会(American Bar Association)统计,美国律师有114万人(截至2007年),约每300个美国人中就有一个律师。这其中多半是事务律师(Solicitor),即从事各行各业法律事务的非诉讼律师,即此处所谓的行业法务律师。中国律师面临的问题是,多数人挤在诉讼律师行列,而面对行业法务却因业务不懂而望洋兴叹。问题主要就出在法科教育的“司法导向型”模式和行业法务人才培养目标的缺位。

当下正在对“法治中国”作系统规划,法治国家、法治政府、法治社会,应当和法治行业构成四位一体,形成“法治中国”建设的新格局。各行各业都在推进法治化,各行业都有法务工作。行业分工日益成熟,法律的一个发展趋势就是行业法律规范的细密化。涉及行业的法律早已潜



藏于我们的法律体系,或者说已经在部门法的夹缝中勃兴,比如农业法、自然资源法、能源法、建筑法、交通运输法、邮政法、商业法、旅游法、食品法、金融法、会计法、房地产法、科技法、服务业法、教育法、医事法、公共卫生法、新闻与传媒法、体育法等等以行业为领域的法律制度。在目前法务市场中,既懂行业业务又懂法律的人才属凤毛麟角。这些领域的行业法制的发展空间还很大,行业法务的市场也很大。我们欣喜地看到,《上海律师》的办刊宗旨是“多行业,精专业”。这个“多行业”的提法,与复旦大学法学院的兼顾“行业法务人才培养”的教育理念高度契合,这并不是偶然的,它来自对市场经济与法治社会的生动活跃的本土土壤。

今年2月,司法部批准同意上海市司法局提出的《关于在中国(上海)自由贸易试验区探索密切中外律师事务所业务合作方式和机制试点工作方案》。这意味着中外双方律所可以签订协议、互派顾问结成“联盟”开展业务合作,共同提升自贸区的法律服务水平,主动向国际化水准

靠拢。中国自由贸易区建设需要更多的行业法务律师,也面临更多的国际竞争和挑战。明年(2015年)是WTO规则要求的中国法务市场向外国律师开放的启动年。因此,具有国际竞争力、具有行业法务专长的律师,才是有用武之地的。

教育部和司法部于1996年推出了复合型法律人才的培养,建立法律硕士专业学位培养制度,它也正是预见到各行业法务对律师人才的需求。复旦大学于2000年开展法律硕士专业学位的教育。法律硕士专业学位(Juris Master,简称JM)的学生至少具有两大优势:一是有其他专业或行业背景,他们来自经济学、金融学、管理学、国际关系、工程学、计算机、建筑学、文学、外国语、传媒学、医学等学科,他们原有的知识与法律专业知识在结合之后,其知识结构明显呈1+1>2的优势。这种复合型知识结构,通过律所的实践性训练,就能够成为复合型的技术能力。二是年龄与知识上的优势。他们进入法学院的时候,已经经过本科四年的学习,对社会、对人生、对法律都有了一个基本的认识,思想相对成熟,对法律条文的理解力增强了,也能够避免机械地对法律生吞活剥。

现在是到了法学教育转型的时候了,要从“司法导向型”向“行业导向型”转变。法律人才只有超越法律专业的藩篱,做复合型法律人才,才能走向更广阔的法务市场。行业法务日新月异,不断增长新业务、新理论、新知识、新技能。因此我们准备面向律师界开放一些课程和系列讲座,特别是法律硕士的培养,希望有更多的优秀行业法务律师能够支持和参与我们的法律教育改革,推进这项共同的事业。●



《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 琦 钱翔樑
周天平 管建军 厉 明 万恩标

委 员:(排名不分先后)

朱剑华 王 琮 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 琦
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

上海市连续性内部资料准印证(K第272号)

本刊所用图片如未署名的,请作者与本刊编辑部联系

2014 5

目录

总第 719 期

卷首语 Juanshouyu

01 让我们携手推进行业法律人才 / 孙笑侠

本刊关注 Benkanguanzhu

聚焦

05 “小身材 大能量”: 推进律师执业便利化 提升律师职业尊严感

——市律协会长盛雷鸣谈“律师一卡通” / 吕 轩

08 风采

用青春引领爱的脚步 用法律坚守家的幸福

——记上海律师业首个自闭症家庭关爱项目及青年律师慈善义工队成立 / 市律协公共关系部

区县专辑嘉定篇

09 发挥律师职能作用 推进社会治理创新 / 杲 云

10 嘉定律师积极服务法治政府和法治社会建设
/ 嘉定区司法局

14 律师事务所公司化管理的探索与实践

——记上海虹桥正瀚律师事务所 / 靳 宏

人物

16 促进业内交流合作 默默付出乐在其中

——对话岳雪飞律师 / 沈轶伦

区县传真

19 静安区司法局全面组织律师积极参与社会矛盾化解
/ 静安区司法局律公科

律所建设

21 聚焦中小律所的转型发展

——北外滩律师事务所管理与发展论坛 / 虹口区律工委



《蜜蜂》 摄影:李福亮 律师



4月28日,上海市高院、上海市司法局、上海市律协联合召开新闻发布会,通报“律师一卡通”绿色通道正式开通运行。经市司法局批准执业并完成年度考核,持有二代律师会员卡的本市律师可以凭卡在全市法院系统内获得“身份认证”。

法律咖吧

25 律师谈“技术交易与维权”

/ 钱晔文 钱军亮 沙海涛 商建刚等

律工委主任访谈录

30 结合地域特色 提高服务能力 进一步促进奉贤律师业的整体发展

——奉贤区律工委主任翁卫国访谈录 / 黎明

法眼法语 FAYANFAYU

香港大律师之窗

34 主问、盘问、覆问——从证人口中攫取的证据 / 萧淑瑜

视角

36 严堵宽疏 群治群租

——依法整治群租的探讨 / 唐文华

案例精析

39 一起“实用新型专利侵权案件”的启示

/ 段崇雯

专题研究 ZHUANTIYANJIU

41 自贸区知识产权行政执法创新初探

/ 傅强国 吴月琴

46 自贸区知识产权运营模式与形态 / 刘民选

49 台资企业如何应对商标抢注行为 / 王小兵

51 强化知识产权保护 倒逼国内企业创新

——浅谈国内企业在上海自贸区的创新发展新契机 / 吴民平

55 关于自贸区环境下的知识产权运营与保护的一点遐想 / 陈中军

56 试论网络游戏作品类型定性问题 / 傅钢

人文万象 Renwenwanxiang

他山之石

58 英国法律服务委员会简介 / 周文杰 随笔

61 桂林印象 / 金迎新

63 业内资讯

新法速读

64 最高法院出台司法解释明确商标案件管辖 新法速读

封三 《律师业务资料》目录 2014 年第 4 期



律师“一卡通”二代会员卡采用最新IC芯片，支持离线刷卡、身份信息读取、数字认证等多种功能，是律师专属的业务卡。该卡与律师身份一一对应，律师凭该卡可以在所有接入的司法局、法院、检察院、公安局（看守所）等律师业务相关单位使用该会员卡进行相应的操作。

申请流程

已接入应用：

上海法院律师服务平台



点击访问

功 能：上海律师可以就本人承办的案件在线提出申请立案、联系法官、提交材料、查询进度、签收文书等司法服务需求的二级栏目。

使用范围：上海所有法院

使用要求：需进行CA数字证书申请

平台规则：<http://www.shsfy.sh.cn/shfy/spt/bxqz.doc>

上海检察门户网站律师预约平台



点击访问

功 能：“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就本人接受委托的刑事案件诉讼中提出不需要逮捕犯罪嫌疑人意见、申请查阅、摘抄、复制案卷材料等事项目受理。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，确需律师随时随地第一时间掌握信息。

使用范围：上海所有检察院

使用要求：上海律师凭东方律师网会员账号登陆

平台规则：http://180_168.211.221.shsfy.doc

上海市律师会见预约平台



点击访问

功 能：上海市律师会见预约平台（以下简称：律师平台）由上海市公安局巡警总队负责建设维护。该平台为律师提供了通过互联网办理律师预约会见嫌疑人、被告人的便捷渠道，是上海市公安局落实公安部十九项便民措施的重要举措之一。

使用范围：上海所有看守所

使用要求：上海律师凭东方律师网会员账号登陆

平台规则：http://180_168.211.221.shsfy.doc

全市各看守所对外公开地址.xls

关于进一步保障律师会见权的告知.doc

更多应用，敬请期待。。。.

聚 焦

●文 / 吕 轩

“小身材 大能量”： 推进律师执业便利化 提升律师职业尊严感

——市律协会长盛雷鸣谈“律师一卡通”



4月28日下午,市高院、市司法局、市律协联合召开新闻发布会,通报“律师一卡通”绿色通道正式开通运行。经市司法局批准执业并完成年度考核,持有二代律师会员卡的本市律师可凭卡在全市法院系统内获得“身份认证”。据悉,这是上海市高院、市司法局、市律师协会三家单位运用现代信息技术手段,实现信息共享的有效举措,走在全国前列。那么所谓一卡通作何理解?这张卡对上海律师日常执业到底有何意义?如何使用?日前,本刊记者采访了市律协会长盛雷鸣。

记者:请问“律师一卡通”究竟是一张怎样的卡?

盛:其实这是一张上海律师的二代会员卡,由上海律协于2013年免费制作发放给上海全体执业律师。为更好地服务律师会员,上海律协一直致力于行业的信息化管理,秘书处还于多年前就专门成立信息技术中心,借助先进的信息技术手段,实现行业科学管理,也为律师执业提供便捷。一代会员卡早在2005年就开始使用,最直观的作用是替代了先前的培训盖章,律师培训开始数据化管理,实则发挥了基础的会员管理功能,开启了上海律协信息化管理的第一步。在此基础上,我们的会员管理系统不断完善,在市司法局的指导下,完成与市局的律师管理平台对接,数据档案日渐完善。目前,上海律协已建成强大的数据中心,会员卡也得以升级。2013年开始使用的二代会员卡里存储的信息包括律师执业类型、执业年检信息、执业状态、照片等。上述数据加密

存储,得有协会认可的专门设备方能读取。同时,卡片数据与协会会员系统、市司法局律师管理系统对接,保持同步更新,除律师的培训课时管理外,相关部门也可以通过该系统在线完成对卡片信息、律师身份的校验,实现动态身份认证。

记者:为何叫“律师一卡通”?

盛:所谓“一卡通”的落脚点,在于这个“通”字上。目前,上海律协已经与上海市高级人民法院、上海市人民检察院、上海市公安局监所管理总队等签署了技术标准应用协议,律师凭二代会员卡即可通过身份认证系统登陆“上海法院在线服务律师平台”、“上海检察机关律师服务平台”、“上海市公安局监管总队律师会见预约平台”。所以说,上海律协二代会员卡的功能已不局限于律师行业内部的数据信息管理,而是成功打通了公、检、法、司单位间有关律师执业数据的对接,“一卡通”也因此而得名。打个比方,一名律师经市司法局批准从一家事务所转到另一家事务所执业,在市司法局对其变更登记的同时法院的系统也作了更新;再比如,律师注销了执业证或者执业证被吊销的,即使手里的会员卡没有上交,法院也能在第一时间知道该人员已经不是律师,从而防止假律师、黑律师进入法院。

所以,准确地讲,“律师一卡通”是一个系统,是一个由上海市司法局、上海市律师协会借助最新的信息化技术,以上海市司法局批准的律师执业身份信息为核心,与公、检、法等法律职业共同体对接使用的律师执业



综合信息化应用系统，目的是为了实现在律师业科学管理、改善律师执业环境。

记者：这样看来“律师一卡通”系统的运行离不开法律职业共同体成员间的互相支持配合。能否介绍一下，这个系统构建的具体背景情况。

盛：近年来，市律协在市司法局的指导下，与公、检、法之间建立起顺畅的沟通渠道，一卡通系统得以在上海最先运行，也是这项工作的一个成果，要特别感谢公、检、法等单位给予的大力支持。

说起“律师一卡通”系统的构建，可以追溯到2011年市高院开通“上海法院在线服务律师平台”。这一平台要运作，一个关键点是要解决律师的身份认证问题。当时法院向42家试点律师事务所发放了U棒作为登陆使用的依据，这项工作拉开了市高级人民法院、市司法局和市律师协会信息化合作的序幕。这之后，市高院根据律师使用情况反馈，从便捷性、功能性、安全性角度对律师平台进行不断的调整完善和优化。同时，市律师协会借助信息化发展的成果，将律师会员卡升级为采用最新的IC双界面芯片技术的二代会员卡，这个卡集成了符合《电子签名法》的CA数字证书认证功能，使之同时具有接触式刷卡辨识身份和非接触式账号辨识身份的身份认证功能，较好地解决了律师身份动态认证问题，为上海法院“律师一卡通”绿色通道的开通运行打通了关键环节。

上海法院“律师一卡通”绿色通道的准备工作从方案调研、讨论商洽、软件设计、论证完善经过了半年多的时间，年前正式开通运行。为确保“律师平台”的规范化运作，市律师协会还与市高院针对会员卡设备的数据交换工作制定了统一的标准。

所以说，得益于日渐完善的执业环境，加之上海律协已有的在会员数据管理方面的良好基础条件，“律师一卡通”系统运行可谓水到渠成。

记者：所谓一卡通，顾名思义，就是便捷、快速，那么“律师一卡通”究竟能为上海律师执业带来哪些便利？

盛：对上海律师来说，有了这张卡，可以在全市接入“律师一卡通”系统的场所进行刷卡使用，也可以在相关网站通过律师身份认证后进行免注册登录。比如，通过“上海法院在线服务律师平台”，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；通过“上海检察机关律师服务平台”申请查阅、摘抄、复制案卷材料，向受理、查办案件所在地人民检察院申请预约等，通过“上海市公安局监管总队律师会见预约平台”预约会见嫌疑人、被告人。我们协会的东方律师网站上有“律师一卡通专题”，上面有详细的介绍。

这次市高院率先开通“律师一卡通”绿色通道，对上海律师去法院办理诉讼业务带来极大便利。我们从数据来分析，去年全年，全市律师办理各类案件16万件，其中诉讼业务近11万件，占律师全部业务总量的69%，可见，在律师服务多样化、律师服务产品创新化的今天，诉讼业务仍然是律师的当家业务。再比较市高院同期数据，全市法院受理的案件量是48.6万件，远超出律师代理诉讼业务的数量。这说明，在上海不断推进法治城市建设的进程中，律师在司法服务、诉讼服务等领域有着广阔的服务空间，也将继续发挥更大作用。而今后律师到法院，只要刷卡即可进入，不再需要出示证件进行核对和登记，加快了安检、立案、阅卷流程，极大地方便了律师诉讼，是法院落实司法为民的一项重要举措。

记者:这个流程的加快具体怎么体现?

盛:目前,全市每家法院均配备了5台律师会员卡读卡器,在法院安检窗口、立案窗口和档案阅览室统一安装。读卡器实现了对参与诉讼律师信息的识别和登记功能:安检时,律师出示会员卡并刷卡,程序自动显示该律师身份信息、职业状态及照片,读卡器进行数据读取并自动登记到法院旁听证管理系统,加快了通行流程;立案时,律师刷卡后,程序自动采集代理律师信息,登记到审判流程管理系统,加快了立案流程;阅卷时,同样的身份核实和录入加快了查阅档案流程。

记者:“律师一卡通”系统的开通对法律服务业的发展意味着什么?

盛:不要小看简单的“刷卡”功能,对于我们律师来说,意义深刻。以前律师进法院办案需要拿出执业证进行查验登记,有的法院还要求律师对着摄像头拍照,现在,律师一不需要安检,二不需要复印执业证,只要拿出会员卡,就可以和法院工作人员一样刷卡进入,这意味着,法定属于律师和法官共同的工作场所律师进出是自由的。律师作为职业共同体一员得到了高度认可,这是体现律师职业尊严的一个方面。

记者:“律师一卡通”和律师执业证两者的关系是什么?

盛:律师证是司法行政部门颁发的律师从事执业活动的有效证件,是核定律师身份的有效依据。而我们的“律师一卡通”是由上海律师协会免费制作发放给全体律师的会员专属卡,补充和辅助执业证的使用。

考虑到目前纸质的律师执业证无法承载更多的律师执业信息,也无法及时动态更新这些信息,上海先行一步,推出二代会员卡,是利用信息化技术手段,方便律师执业的一种主动创新,它承载的会员信息更新、管理均由上海律协在市司法局的指导下进行。所以一卡通并不是对执业证的否定,两者也不存在效力冲突问题。无论是上海律师还是外地律师,凭执业证进入法院无需安检等权利并没有被剥夺,只是因为二代会员卡实现了数据对接,相比执业证来说,使用二代会员卡办理各项业务更加快捷和高效。

记者:请问下一步,上海律师的一卡通功能还会有何拓展?

盛:我们一直在探索法律职业共同体的有效联络机制,“私下里慎交往,组织上多交流”,这是我们多年来遵循的一个基本原则。在这个原则基础上,我们认为运



4月28日发布会后,媒体继续就“律师一卡通”工作与市高院、市律协相关负责人交流。

用现代化科技手段,实现信息的充分沟通,是一个行之有效的举措,信息化系统的可追溯性、规范性、沟通及时性等特点都将得到很好的发挥。

下一步,我们将围绕律师执业活动的各个方面,以“一卡通”系统为基础,进一步扩大计入系统的外部单位,进一步挖掘系统各种功能,尤其是与公检法等法律职业共同体单位的业务管理系统的对接。比如,我们正在和市高院一起探索,律师在上海法院参加诉讼的过程中,如何运用好信息化手段,实现诉讼活动的高效规范。一方面是要通过市高院、市司法局、市律师协会三家单位的信息化合作,实现律师执业信息、会员信息和诉讼信息的数据对接;另一方面是要最大程度落实为律师参与诉讼提供便利上来,我们将进一步与市高院一起研究,争取分阶段实现网上立案、网上递交材料证据、网上申请延期开庭、网上申请证据保全、网上申请调查令等功能。

套用市局领导王协同志的话,“我们展望,律师行业与法院系统进行高度的信息化合作,最终实现法律职业大数据的处理和运用,才是“律师一卡通”系统的使命。”

所以,基于身份建立的连接,只是一个开始,建立法律服务业务的连接,提供一个完美体验的法律服务业务系统才是最终的发展方向。我们期望“律师一卡通”会员卡,成为一张名副其实的律师业务卡,用以连接所有的法律服务相关主体,用以接入各个法律服务相关专业系统。

通过“律师一卡通”系统推动和实现法律职业大数据对接,其背后体现的是法律职业共同体间的互尊互助。这几年在和法院、检察院和公安组织层面的交流中,我们深有体会,也越来越有信心。●

风采

●文 / 市律协公共关系部

用青春引领爱的脚步 用法律坚守家的幸福

——记上海律师业首个自闭症家庭关爱项目及青年律师慈善义工队成立



他们不盲,却对周围的人与物视而不见;他们不哑,却不知该如何开口说话;他们不聋,却对声响充耳不闻。他们就像天上的星星,活在自己的世界里,遥远地一颗一颗地亮着,独自闪烁。他们被称为“星星的孩子”,却并不具备电视剧《来自星星的你》中都教授那样的超能力。他们是自闭症患儿,他们需要全社会共同赋予其放飞梦想的超能力。

从2008年起,联合国将每年的4月2日定为“世界自闭症日”,以提高人们对自闭症和相关研究与诊断以及患者的关注,尤其是关注自闭症患儿,争取早期治疗积极干预,让这些“星星的孩子”走入人间,不再孤单。

4月20日,第四届“爱在城市——关爱自闭症”慈善音乐会在上海文化广场举行,相关部门领导、社会爱心人士及志愿者近2000人与上海自闭症患儿及其家庭代表共同参加了音乐会。音乐会期间,在上海市司法局、上海市慈善基金会、上海市律师协会、浦东新区司法局等单位共同支持下,活动举行了“星星伞——上海自闭症家庭关爱项目”揭牌仪式和“上海青年律师志愿服务自闭症家庭慈善义工队”授旗仪式。

这是上海律师行业坚守和践行社会主义核心价值观的又一次崭新尝试,引领上海律师,尤其是青年律师,学会担当社会责任,立意高远、立足平实,用自己的所学所长反哺社会,向全社会传递来自律师界的正能量。

音乐会演出前,上海市慈善基金会理事长陈铁迪与上海市司法局副局长王协、上海市司法局律管处处长马屹、浦东新区司法局副局长刘龙宝、浦东律师青联主席吕琰等亲切会谈。陈铁迪理事长向王协副局长了解了上海青年律师的发展现状,对青年律师通过捐款、公益法律咨询等方式投身慈善事业表示感谢。市委宣传部副部长陈东等音乐会主办方领导也特意赶来慰问志愿者。

本届音乐会由上海曹鹏音乐中心“天使知音沙龙”承办,并由年届九十高龄的著名指挥家曹鹏先生亲自担任现场指挥,自闭症孩子在志愿者的热情帮衬下,通过合唱、小提琴、钢琴、铜管等各种表演形式展示了自己的音乐才能,加强了他们与外界的交流。

音乐会期间,作为全上海第一个跨领域、开放式的自闭症公益服务平台,“星星伞——上海自闭症家庭关爱项目”举行了项目启动揭牌仪式。该项目将通过善款筹集、法律咨询、音乐康复、心理辅导、社区陪护等多种公益服务来帮助全上海2万多个自闭症家庭。上海市司法局副局长王协、上海市慈善基金会副理事长姚宗强应邀为项目揭牌,团市委青年社会工作部部长赵昕、上海报业集团新媒体发展研究中心主任汪莉等支持单位代表参加了揭牌仪式。

作为“星星伞”项目中承担公益法律咨询工作的主体,“上海青年律师志愿服务自闭症家庭慈善义工队”也同时宣告成立。上海市慈善基金会副理事长吴明向义工队队长、上海律协青工委副主任、浦东律师青联主席吕琰授旗。该义工队由上海律协青工委与浦东律师青联(律师团委)共同组建,作为上海慈善义工总队的团体成员,这也是全上海第一支专门为自闭症患者家庭提供公益法律咨询的志愿者队伍。上海律协青工委主任胡光、公共关系部主任陶丽萍、浦东青联秘书长沈聪、浦东律师团委副书记张力伟、浦东律师青联秘书长韩璐、副秘书长金达峰等义工队主要成员也参加了授旗仪式。

为了做好“上海青年律师志愿服务自闭症家庭慈善义工队”筹建工作,上海律协青工委在盛雷鸣会长、管建军副会长的指导下,由胡光主任召集,公共关系部负责执行落实,多次召开专题会议,讨论活动方案、组织架构以及运作规划。上海律协青工委副主任、浦东律师青联主席吕琰等多次前往上海市慈善基金会,与基金会副理事长姚宗强、副秘书长刘淑英等,沟通合作组建青年律师慈善义工队的诸多细节,要把好事办好,实事求是。

今后,义工大队将先行试点,不断完善机制后,逐步面向全市招募律师志愿者,让更多有责任心、有爱心、有才能的青年律师参与进来,共同为自闭症家庭提供法律咨询、文艺表演及其他相关公益服务,秉持义工队的口号“用青春引领爱的脚步、用法律坚守家的幸福”,帮助自闭症家庭走出孤独、走向阳光! ●

区县专辑 嘉定篇

●文 / 嘉定区委副书记、区长 杲云

发挥律师职能作用 推进社会治理创新



党的十八届三中全会将“完善和发展中国特色社会主义制度，推进国家治理体系和治理能力现代化”确立为全面深化改革的总目标，强调要创新社会治理体制，改进社会治理方式，激发社会组织活力。从“管理”转变为“治理”，意味着我国将逐步构建党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的多元化社会治理格局。社会组织作为社会治理主体之一，能够参与部分政府部门社会管理的职能，是增强社会发展活力、提高社会治理水平不可缺少的重要力量。律师行业是以维护当事人合法权益、维护法律正确实施、维护社会公平正义为价值取向的新社会组织代表，以其丰富的法律实践经验，熟知民意的优势以及客观中立的地位，参与社会治理，在服务改善民生、维护社会稳定、实现公平正义、促进经济发展、推动民主法治建设等方面将起到越来越多的积极作用。面对新形势、新任务、新要求，政府机关应当立足社会治理需求，坚持培育发展与机制保障并重，广泛动员、积极引导广大律师主动参与社会治理，共同化解社会治理难题，努力构建适应时代发展要求多元化社会治理模式。

一、注重引导，积极为律师参与社会治理搭建平台

一是要进一步畅通律师参与政府法律事务的渠道和范围。不断完善政府法律顾问服务体系，建立区、镇（街道）、社区（村）三级法律顾问服务架构，为政府部门依法管理、依法行政提供法律服务与保障。建立重大决策、规范性文件出台前法律顾问咨询论证制度，切实发挥律师“事前防范”作用，促进政府决策的规范化、科

学化与法治化。要鼓励律师积极反映社情民意，拓宽律师参政议政的途径。二是要进一步完善律师参与涉法涉诉信访工作机制。积极引导律师参与区、镇（街道）层面的信访接待工作，协助信访部门接待来访群众，做好解疑释惑、情绪疏导工作。加大律师对初信、初访矛盾的评估化解工作，促使信访矛盾及时解决在基层。认真组织律师参与信访积案的核查工作，对核查结果及时出具法律意见书，推动信访事项依法终结。三是要进一步加强法律服务与社会矛盾预防化解工作对接。发挥律师在化解民间纠纷、协调各方利益关系、调解社会矛盾等方面的重要作用，继续组织律师事务所与司法所、律师与村居委开展“双结对”、聘请律师担任调委会或调解工作室法律顾问或调解员，使矛盾纠纷解决纳入法治轨道，最大限度增加和谐因素，确保社会安定有序。四是要进一步加快推进覆盖城乡公共法律服务体系建设。创新公共法律服务供给模式，引入竞争机制，广泛吸收律师、公证员、基层法律服务工作者等社会力量参与公共法律服务体系建设，为人民群众提供便捷、优质的法律服务，切实满足人民群众基本法律服务需求。

二、完善机制，努力为律师参与社会治理提供制度保障

要及时总结、推广律师参与社会治理实践的做法和经验，研究、制定律师参与社会建设与管理事务相关制度规范、指导意见，形成协调有效、顺畅运转的工作机制，确保律师参与社会治理各项工作纳入制度化、规范化、常态化的管理轨道。要强化“政府购买法律服务”的意识，以规范运行和财政保障为重点，对律师担任政府

法律顾问以及参与信访、调解、法制宣传等法律事务给予必要的补助,进一步健全公平、公正、有效的政府购买法律服务长效运作机制。要推动律师与相关部门之间良性互动,在一定范围内实现信息共有、资源共享、意见互通,努力为律师执业营造良好的环境。

三、加强领导,确保律师参与社会治理工作的有序推进

一要强化组织协调。切实加强政府机关对律师参与社会治理各项工作的组织领导和统筹协调,充分调动各种社会资源,共同关心、支持律师参与社会管理与社会建设,不断提升律师在推进社会治理创新中的重要作用。二要强化人才培养。深入开展社会主义法治理念教育、职业道德及执业纪律教育,进一步增强律师的政治敏感感和执业责任感,引导律师依法、诚信、规范履行职责,努力建设一支政治坚定、法律精通、维护正义、恪守诚信的高素质律师队伍。围绕律师参与社会治理领域涉及到的法律政策、方式方法等问题,有针对性地组织开展专项培训,提高律师参与社会治理的工作能力与工作质量。三要强化宣传引导。发挥各类新闻媒体的作用,对律师参与社会建设和管理开展多渠道、多层次的宣传,对表现优秀、成绩突出的律师事务所和律师给予奖励与表彰,不断增强律师事务所与律师参与社会治理的积极性与主动性。●



区县专辑 嘉定篇 ●文 / 嘉定区司法局

嘉定律师积极服务法治政府和法治社会建设



律师受聘担任嘉定区工商联民营企业法律服务中心法律顾问

党的十八大指出,法治是治国理政的基本方式,提出了2020年前要基本建成法治政府的目标任务。习近平总书记强调,要坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设。近年来,随着我区经济社会的发展、“创新驱动、转型发展”的深入和法治城区建设的推进,区司法局积极引导律师开展政府法律服务工作,工作制度不断完善、服务队伍不断壮大、服务体系不断健全、服务领域不断拓展、服务成效日益显现。目前,全区共有31家律师事务所、267名律师,80余位律师受聘担任各级政府部门的法律顾问,占律师总数的30%,服务区域经济发展、服务弱势群体的公益律师更是超过律师总人数的半数以上。过去的三年中,我区律师为政府提供法律咨询500余次,参与涉法涉诉信访处置120余件,为政府科学决策、依法行政、促进经济发展、加强社会管理、维护社会稳定、推进社会主义法治建设作出了积极贡献。

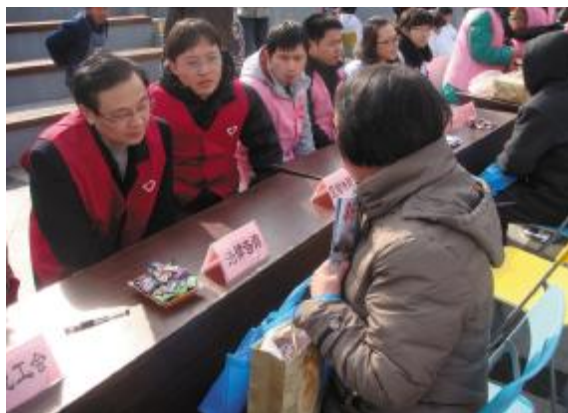
一、主动作为,服务大局,为维护社会稳定提供专业的法律支撑

(一)坚持参加区领导周四信访接待。自2000年成立了信访律师法律顾问团以来,我局坚持律师每周四陪同区领导信访接待制度,组织律师参与区领导信访接待,充分发挥律师懂法律、善调解的专长,协助相关部门处理了多起涉法涉诉信访案件,引导信访人通过合法途径解决涉法信访问题。近5年来,律师共参与区领导信访接待239次,接待群众来访362批2587人次。

(二)致力于化解动拆迁突出矛盾。成立了“动拆迁法律服务志愿团”,为保障动拆迁工作顺利进行,志愿团骨干律师深入动拆迁基地,参加联席会议、专家论证会等,在动拆迁方案制定、裁决、执行等各环节严把“法律关”,并认真做好动拆迁案件的法律咨询与委托代理工作。据有关部门统计,律师参与化解的信访突出矛盾中,信访当事人情绪平



律师为社区居民提供义务法律咨询



律师在“学雷锋奉献社会”志愿活动中为百姓提供咨询

稳,未发生重复到京上访情况,有力地维护了社会稳定。如上海志道律师事务所主任吴斌协调调处的一起群体性动拆迁信访案件。南翔镇某动迁安置小区上千户居民因无法办理产权证,近两年内前往本区、镇相关部门上访近 20 批次。区领导对这起群体性信访案件高度重视,要求相关部门立即解决群众反映的突出问题。2013 年 3 月,志道律师事务所主任吴斌受托参与此案的调处维稳工作。经多次实地走访,吴律师了解到,这起信访诉求涉及南翔某村的动迁配套商品房,该商品房建设系区政府为解决农民动迁安置问题而推出的项目。2009 年 5 月,上海某投资公司中标取得开发建设权,与区住宅发展中心签订了开发建设协议,并于 2009 年 6 月与区国资公司下属某公司签订了动迁商品房回购协议。2010 年 8 月,该公司获得《住宅交付使用许可证》后,以公司面临资金压力为由,一直未办理房地产初始登记(大产证),致使入住居民无法办理产权证(小产证)。但律师们了解到,区国资公司下属某公司已按协议支付了 6.6733 亿元回购款,但该公司拒不履行办理产证的义务。吴律师随即提出处理方案,由区国资委下属某有限公司敦促该公司立即启动产证办理程序,若该公司仍不履行法律义务,将通过法律诉讼方式予以解决。律师意见得到了区领导、区国资公司的认可。今年 3 月 12 日,律师向该公司发出了第一封《律师函》,后又对该公司进行了详细的法律责任说明。目前,该公司已启动办证程序,居民信访诉求得到了解决。

(三)参与重大矛盾纠纷的调处。针对新形势下维稳工作要求,我区律师从大局出发,积极参与各类群体性纠纷和突发性事件的解决,为维护社会稳定献计出力。如 2012 年末本区发生的华夏银行“中鼎”案件。该案涉及面广、数额巨大、影响恶劣,严重影响了社会稳定。上海林莉华律师事务所受托处理此案后,迅速成立了由林莉华律师主办,肖泽军、欧阳涛律师协办的律师团队。经与中鼎案担保方沟通,讨论确定资金监管、权益人见面会及权益收购的全部文本。后又多次参与权益人见面会和由担保方、银监局、市公安局及华夏银行等部门参与的专题会议,确定分组登记,分级甄别的工作步

骤,有序完成了对全部权益人的签约及款项支付工作,支付收购总价款 11190 万元。林莉华律师事务所律师团队连续工作近半个月,使这场震惊全市的华夏银行中鼎案件最终得以成功化解。

(四)建立律师参与维稳工作机制。一是建立了信访案件处理的长效机制。与区信访办等部门沟通协调,在全区范围内形成律师参与化解信访突出矛盾长效机制,区处理信访突出问题和群体性事件联席会议办公室统一制定下发了《关于引入律师参与调查和化解信访突出矛盾的工作方案》,将律师参与调查和化解信访突出矛盾工作形成制度化。同时,通过政府购买法律服务的方式,落实了律师参与调查与化解信访突出矛盾工作经费保障。二是建立了维稳工作组织机制。成立了由区司法局分管领导任组长,局律公科工作人员为成员的维稳工作领导小组,负责对全区律师事务所及律师参与维稳工作进行管理、指导、协调与监督。各律师事务所也分别挑选 2 至 3 名骨干律师组成工作小组,切实加强对事务所内部维稳工作的组织领导。形成了局领导全面抓、业务科室具体抓、律师事务所积极配合的工作格局,确保我区律师维稳工作的常抓不懈和有效开展。三是建立了维稳信息排查制度。各律师事务所坚持做到日常排查、定期排查与重要时期、敏感时期排查相结合,通过排查发现可能引起事态扩大和社会不稳定的情况立即上报至区司法局。每逢重大节日、重大活动及全国“两会”期间,律师事务所重点加强与承办案件或当事人有关的矛盾纠纷排查工作,对排查出来的不稳定因素做到早发现、早报告、早防范、早化解。四是实行重大敏感案件备案制度。律师在代理涉及重大敏感事项和有可能影响社会稳定的案件中,按照重大敏感事项备案制度要求,及时向区司法局报告备案。如中天信律师事务所杨普律师在咨询时了解到,因市容办拆除违章建筑引发纠纷致使三人受伤(其中一人重伤)。鉴于当事人有不满情绪,可能采取过激行为,杨律师将此案立即向区司法局报告并备案,局律公科及时跟踪案件进展情况,并做好相关工作,避免当事人发生过激行为。五是建立了重大案件快速处置机制。对于重大、复杂、疑难且可能影响地区社会



律师参加“法律服务在身边”大型法律咨询活动



律师开展“法律服务进军营”活动

稳定的案件,律师事务所立即将有关案情、事态进展及先行处理情况汇报给区局。区局在审核后认为需要有关部门立即采取防范措施加以解决时,及时与政府相关部门联动调处,确保不发生影响社会稳定的重大事件。如当事人向净正律师事务所周元律师反映,马陆镇某村委会在动拆迁过程中存在不公平行为,前后动迁户享受的权利差距较大,前期的动迁户(涉及90户)打算去市政府上访。周律师极力劝阻他们不要上访,考虑到当事人情绪极为激动,建议他们周四区领导信访接待时向领导反映情况。区局在接到周律师汇报后,律公科立即与区信访办联系,并建议信访办采取有关防范措施予以解决。六是建立了律师维稳工作考核与责任追究制度。区司法局将律师参与维稳工作纳入律师事务所年度考评范围,重点从律师代理案件的参与度、积极性、社会效果等多方面进行科学、客观评价。

二、跨前一步,深入基层,为维护群众利益提供贴心的法律服务

(一)组织律师事务所与司法所、村(居)委结对共建。自2007年起,区属律师事务所全部与基层司法所签约结对开展共建工作,将法律服务向基层延伸拓展。在“所所共建”的基础上,2010年起,全区所有律师事务所的律师先后与全区12个街镇的280多家村(居)委签约结对,并明确将律师参与调解社区矛盾纠纷作为签约共建的主要内容。在推进大调解格局构建进程中,积极动员律师加入到镇街道人民调解工作室担任“兼职调解员”,引导律师参与街镇、社区调解,为矛盾纠纷调处提供专业法律服务。此外,律师以志愿者身份深入农村、社区、企业、学校、机关、军营等地以宣传、咨询、讲座等形式,广泛宣讲涉及劳动关系、婚姻家庭、房产纠纷、伤害赔偿、动迁安置等与群众切身利益有关的法律问题,受到了社会的广泛赞誉。据统计,2009年至今,律师进社区、进村居共举办法律知识讲座80余场,解答法律咨询逾18000人次。

(二)组织律师参与法律援助服务,切实保障特殊群体合法权益。2010年8月,区法律援助中心开通残疾

人“阳光绿色通道”,截至2013年12月底,法律援助骨干律师团律师共计接待残疾人以及涉残家庭咨询779人次,办理残疾人案件55起。进一步加大刑事法律援助工作力度,2012年9月,区律师工作委员会在区看守所设置法律服务工作站,由16名专业律师组成的刑事法律援助骨干律师团律师每周二前往区看守所提供免费法律咨询服务。截至2013年12月底,律师共接待咨询238人次,协助生活困难者申请法律援助10余件。2013年4月,区法律援助中心委托上海君乐、建章、问学3家律师事务所前往本区9个偏远街镇提供上门法律服务。截至2013年12月底,共接待当地群众法律咨询489人次,转交及办理法律援助案件186件。

(三)积极搭建律师零服务群众平台。着力满足群众对法律服务的新要求、新期待,切实将便民利民各项工作举措落到实处。成立了区信访、工商联、妇联等律师志愿团,与区总工会、区看守所、区残联等单位联系,在不同工作领域内新成立了律师志愿服务点,在区劳动人事争议仲裁院开设了律师志愿服务点,区职工法律服务律师志愿团的10名律师每周一至周五上午为劳动争议当事人进行免费法律咨询接待服务。近年来,我区律师始终以实现“平安嘉定、和谐嘉定”为目标,积极为外来农民工提供法律服务。如2009年8月,我区孙丽莉律师代理的34名农民工追讨回拖欠工资案就是一起颇具影响的案例。位于嘉定区华亭镇某机械制造(上海)有限公司因经营不善,拖欠34名农民工工资和综合保险金合计55万余元。情绪激动的农民工企图以暴力方式来维护他们的权益。孙律师获悉此事后立刻赶往现场安抚情绪激动的农民工,告诉他们通过正当合法的途径来解决问题。经多方走访调查,孙律师了解到该公司所有的机器设备均已被嘉定海关和杭州中院予以查封,而且经有关人员初步估算后即使拍卖,也难以弥补巨额工资的缺口,案件一度陷入僵局。但孙律师没有放弃,继续就此案进行深入调查,终于她发现这批农民工的劳动关系是与上海某人力资源有限公司之间建立。于是,孙律师将该公司与劳务派遣公司作为共同被申请人,一并诉至嘉定区劳动争议仲裁委员会。区劳动争议仲裁委员会经过

审理依法裁决两名被申请人连带承担工资、经济补偿金,并依法补缴综合保险。临近春节,农民工们急于拿到被拖欠的工资回家过年。为了让农民工们可以安心回家过年,孙律师又主动代理农民工依法向区法院申请执行。在与法官多次沟通协调后,农民工们于春节前领到了拖欠许久的工资和补偿金。《法制日报》头版、司法部门户网站、中国网、新浪网等多家媒体均对此事进行了详细报道。此外,还有上海正大律师事务所蔡建华律师于2009年2月参与化解的一起马陆镇83名外来务工人员群体性劳动争议事件、上海林莉华律师事务所林莉华律师于2009年9月参与化解的一起涉及几十名回族人群众性纠纷等。

三、参与决策,制度把关,为依法行政提供及时有效的法律意见

积极引导律师事务所为重点工程、重点领域和重点项目提供法律服务,为各级政府和部门依法决策、依法行政、依法管理和依法办事提供法律意见。如2010年世博会期间,局属虹桥正瀚、东方正义和中天信等律师事务所积极以自身的专业优势,主动参与到世博会服务中。上海虹桥正瀚律师事务所被确定为上海世博会法律服务类推荐供应商之一。自接受国家电力公司华东公司的正式委托后,积极为世博会国家电网企业馆项目建设提供全方位的法律服务。在项目建设招标谈判阶段,该所结合以往办理类似场馆设计合同的实践经验,从降低客户风险、发挥承包方专长的角度出发,设计了一套较为合理的合同框架与方案,并指派了5位优秀的资深律师全程参与该合同的起草、修订与谈判。经过八次现场谈判、十几次合同修改,历时近3个月,该所最终促成国家电网企业馆设计合同的签订,为国家电网企业馆建设工程的顺利推进提供了强有力的法律保障。此外,虹桥正瀚律师事务所钟人鉴律师作为市律师协会世博法律研究委员会委员,多次参与该委员会举办的各类研

会,就世博筹备和举办过程中涉及到的相关法律问题积极参与讨论、发表独到见解,其意见得到有关部门的肯定。2011年,我区虹桥正瀚律师事务所接受上海市食品行业某大型国企委托,担任其投资收购澳大利亚某知名食品公司控股权项目的中国法律顾问。该项目总投资近20亿元人民币,是我国企业跨境投资的少数典型案例之一,得到各级政府及媒体的重视。该所选派熟悉境外投资并购的精英团队,就交易架构及细节等方面进行了无数次谈判及修改完善,最终促成双方正式签署交易协议,获得了澳大利亚政府的审批。

四、发挥优势,服务社会,为政府服务企业提供有益补充

一是开展“创新驱动、转型发展”法律服务主题实践活动。依托区工商联民营企业法律服务中心,组织党员律师定期走访区内民营企业、举办专题法律讲座、开展义务咨询,帮助企业有效预防与化解经营风险,为区域经济发展提供法律保障。二是搭建律师服务与企业对接平台。以“百名律师解百难,服务社会显公信”为主题,组织律师与区内中小企业建立“一一”对接关系,由律师及时免费为企业提供免费法律疑难解答和法律事务指导服务,及时宣传与企业生产经营相关的政策措施与法律法规,针对企业经营中普遍存在的法律问题或可能产生的潜在风险,向企业提供必要的风险提示与防范建议,帮助企业有效防范法律风险。三是创建了民营企业法律服务中心。2009年,以区域经济发展需要为导向,与区工商联联合成立了“区工商联民营企业法律服务中心”。形成由区工商联、区司法局齐抓共管,各街镇商会相互配合的管理模式。法律服务中心成立至今,共解答各类法律咨询50多起。2009年以来,全区律师为企业单位索回赔欠款13325.4万元,避免经济损失12566.9万元,业务创收59174.02万元,为推进经济建设、法治建设,维护社会稳定,作出了突出的贡献。●



律师应邀为民营企业进行法律知识培训



律师在嘉定区工商联民营企业法律服务中心成立大会上发言



区县专辑 嘉定篇 ●文 / 靳 宏

律师事务所公司化管理的探索与实践

——记上海虹桥正瀚律师事务所

上海虹桥正瀚律师事务所（下称“虹桥正瀚”）创立于1994年，2005年由原上海市虹桥律师事务所与原上海市正瀚律师事务所（1997年设立）合并后，更名为上海虹桥正瀚律师事务所。2012年，在广州设立分所。多年来虹桥正瀚获得了快速发展，2013年更是创造了合伙人人均律师费收入超过500万元的好成绩。

虹桥正瀚是国内少有的坚持纯粹“公司化”管理及分配模式的律师事务所，先后被上海市律师协会评为“上海市优秀律师事务所”并授予“上海市十佳律师事务所”称号，被中华全国律师协会评为“2008-2010年度全国优秀律师事务所”。

一、立足长远，坚定不移地走公司化之路

虹桥正瀚志高存远，致力成为一家伟大的律师事务所。无论选择多么艰难，过程中存在多少阻力，虹桥正瀚全体合伙人一直践行一体化公司制的管理模式。正是在这种信念的指引下，虹桥正瀚根据银行金融、建筑房产、并购重组、资本市场及重大商业诉讼等主要业务板块，设立了金融部、房产部、公司部、诉讼部、市场部等一级部门，并由业内资深合伙人出任部长，从平台到制度上全面实现了人员专业化、部门一体化、工作标准化及资源共享化。

虹桥正瀚全体合伙人、授薪律师及律师助理均实行薪资制，彻底告别了律师各自为政或以经济利益维系各律师间关系的模式。事务所实行统一收案，统一分配案件，业务创收归事务所统筹的制度。项目（案件）进入事务所后，将会由管委会下辖的业务委员会根据客户不同

的需求或服务项目涉及的不同业务领域，从各业务部门中遴选在专业、经验等方面最具优势的合伙人及律师，组成针对性的服务团队。通常一个服务团队至少包括1名合伙人，1—3名资深律师，1—2名拥有律师资格的律师助理和1名秘书。这样的安排充分发挥了每位律师及助理之专业优势，使每个项目（案件）都得以由最合适的律师团队办理，从而最大限度体现了事务所团队服务优势，确保客户的委托目的得到最大程度的实现。

虹桥正瀚早在设立之初就意识到，律师队伍的质量与经验是虹桥正瀚长期稳定发展的基础和保障。在“以人为本”的指导思想下，虹桥正瀚长期以来一直从国内外著名法学院校的毕业生中选拔优秀人才，并注重在实践中进行培训和培养。

正是依赖这样一支精心打造的专业、负责、稳定的律师团队，虹桥正瀚多年来一直在为众多客户提供高度专业、品质精细的法律服务，并赢得了客户的广泛称誉。近年来，虹桥正瀚先后被上海市司法局评为“文明律师事务所”、“司法行政系统先进集体”，并荣立集体三等功，连续两年被国际著名行业杂志《亚洲法律杂志》（ALB）评选为“发展最快的十家中国律师事务所之一”等。

二、总结经验，创新运用可视化工作法

每年虹桥正瀚都会承办大量高端商事案件。在办案过程中，我们产生了一系列思考：什么是最直接的信息表达，如何理清思路取得先机，如何梳理复杂事实、制定最佳诉讼策略等等。虹桥正瀚通过十余年的艰苦摸索，建立了一套行之有效的赢得诉讼的工作方法——可视

化工作法,运用一定的技术方法,将案件事实、法律关系、论证过程可视化,达到变复杂为简单、变局部为全局、变模糊为清晰的目的,大大提高了律师承办案件的能力和效率,增强了沟通说服力,实践中取得了很好的效果。

虹桥正瀚在办案中的“可视化”,达到了在案件事实归纳梳理、法律关系分析审查、论证逻辑讨论说服等全方位功效。通过“可视化”,将事实、法律关系和论证转化为可视信息,不仅有助于整理案情、理清法律关系,更为重要的是,可视化把冗长的文字与繁复关系整合为一目了然的视觉信息,增强信息说服力。

比如,虹桥正瀚曾承办的一起仓储合同纠纷二审案,客户作为被告一审败诉,该案事实繁多、法律复杂,承办律师阅看原审笔录时发现,客户一审仅以不构成表见代理抗辩,而对指示交付、合同相对性、担保效力、债的加入等复杂问题均未进行分析、讨论,致至表见代理被法院驳回后全面败诉。承接本案后,本所承办律师运用可视化方式,逐步梳理、分析案件事实,从客户无需返还货物、仓储合同未履行、无需承担保证责任等多个角度,制订了立体化抗辩策略,并形成一套庭审可视化材料,该可视化材料在庭审中发挥了至关重要的作用,将“层层设防”且坚固的抗辩理由全面向法庭呈现。最终二审法院驳回了原告的起诉。

可视化不是单纯的画图,其核心是运用视觉化方式展现所需要说明、分析、论证的内容,所以说可视化的运用可以涉及到律师业务的方方面面。比如,虹桥正瀚灵活应用可视化妥善处理了一件标的金额达到十几亿元的重大商业诉讼,可视化的实践中包括:用可视化让客户了解虹桥正瀚对案件的了解程度和分析能力;在拟定诉讼策略时用可视化找到最佳方案;运用可视化方法在短短一个小时内让客户董事会了解复杂的调解方案,掌握了调解与判决的利弊分析,最终作出决策,通过调解化解案件矛盾纠纷。

随着虹桥正瀚可视化工作法的逐步成熟,可视化也不仅仅局限在办案过程与内部专业培训中,我们更愿意与志同道合的同仁们分享我们的经验。2013年成立可视化5人工作小组,花费近400小时整合素材,制作课件。

2013年6月30日,可视化诉讼团队,首次受邀在上海环球金融中心大成律师事务所宽敞的新会议室内,为来自全国各地的律师同行做培训。面对满屋同行挑剔、质疑的眼神,可视化团队成员,将他们摸索了十多年的“如何运用‘可视化工作法’赢得诉讼”的宝贵经验,毫无保留地奉献给律师同行们。通过深入浅出的讲解分析,层层挖掘出可视化工作法的精髓,结合精彩的实战

案例,向同仁们展示了可视化工作法的强大力量,并为之提供了更广阔的办案方法与思路,在业界取得了热烈反响。

北京、宁波、长沙、深圳、成都、南京、漯河、潍坊、西安等全国各地律协或律师事务所,纷纷邀请虹桥正瀚可视化团队前往授课。近一年内,可视化小组参与数十场相关讲座与培训课程,全国各地已有3000多名律师或企业法律顾问参与培训,引起了强力反响。

三、坚持价值观建设,营造团结、积极的企业文化

虹桥正瀚的愿景是致力成为一家伟大的律师事务所,它应是行业的楷模,客户的终身事业伙伴,员工实现生命价值的舞台,其不应只是提供法律服务,而应与客户共同创造未来。虹桥正瀚的价值观是:“示人以真,正直诚信;团队合作,坚持共赢;持续改善,臻于完美;回报社会,承担责任”,并以此作为全所人员必须共同遵守的道德准则。

虹桥正瀚认为,企业不是机器,员工不是零部件,虹桥正瀚应该是一个拥有共同梦想并为之共同奋斗的团队。员工的驱动力并非来自压力,真正的动力是他们心中的梦想及对实现梦想的不懈追求。虹桥正瀚在为客户提供优质高效法律服务的同时,也力求关心和支持每位成员,为每位成员提供发展和提高的机会及必要的支持,如事务所每年会定期针对合伙人、律师、律师助理举行数次业务与素质等方面的培训,使每位成员与虹桥正瀚共同发展和进步,实现自己的人生价值和追求。这种文化也是虹桥正瀚能够得到不断发展的保障性源动力。

为营造虹桥正瀚良好、和谐的律师文化氛围,虹桥正瀚长久以来,坚持了合伙人每周定期碰头制度,利用午餐时间,讨论一周中遇到相关管理事项和项目问题,或互相分享专业知识与资讯信息,或通过讨论以确定开展律师文化建设的指导思想、工作重点和相关措施,对虹桥正瀚的律师文化建设活动进行全面的安排和部署,从而提高了开展活动的计划性和有效性。

为丰富律师业余文化生活,虹桥正瀚每年定期组织所内员工外出旅游,在游览过程中放松心情之余,也加深了律师之间的相关了解、关注,提升了集体意识与团队观念。同时,虹桥正瀚还不定期组织各种棋类、球类比赛,节日聚餐、每日下午茶等活动丰富员工工作、业务生活。通过开展多姿多彩的律师文化活动,提高了虹桥正瀚律师对服务社会的总体认识,增强了社会责任感、使命感,树立了坚定信念、崇尚法治、追求正义的价值取向,有效地促进了律所文化建设活动的不断深入。●

人物

●文/沈轶伦

促进业内交流合作 默默付出乐在其中

——对话岳雪飞律师

人物简介

岳雪飞：北京市岳成律师事务所上海分所主任，上海市律协宣传委委员、市女律联副秘书长，荣获上海市律师行业 2013 年度贡献奖。



作为九届律协对外宣传与联络委员会和女律师工作委员会委员，积极履职，认真参加委员会各项工作；作为《上海律师》杂志编委，长期担任杂志每期“法律咖吧”栏目的策划，在栏目背后默默付出，不计回报，是行业内诸多勤勉尽职律师委员们的杰出典范。

从北京岳成律师事务所上海分所的窗口望下去，是蜿蜒而过的黄浦江。对于主掌此分所的岳雪飞律师，这里是她最熟悉的景致，也是她工作的动力所在：作为律二代，这个东北姑娘于 2001 年孤身一人来闯上海滩。上海见证了她的成长，而她也参与并推动了上海律师业的发展和壮大。

记者：您在 2001 年刚刚拿到律师执业证时，就孤身一人来到上海打拼。上海的律师业给您的第一印象如何？

岳雪飞：北京与上海，分处南北两地，风俗文化都不相同。北京人性格开朗豪迈，讲义气、重友情，律师之间注重人脉的培养和维护。上海开埠时间早，又得改革开放风气之先，在上海做事更注重诚信、讲究规则，上海使人感到有盼头，因为这里充满无数机会。

我初到上海，没有客户，没有朋友，很久都没有业务，内心焦虑。但上海这座城市的“海纳百川”的精神，蕴含着让众人公平竞技的机遇。我深信自己，只要自身努力，便能有所成绩。果然，通过自己的努力，我开始有了自己的客户，也在业界建立起了一定认可度。通过在上海做律师，我也开始认识了许多上海籍律师和在上海打拼多年的各地律师。他们身上的勤奋、努力、讲究诚信和注重业务的风气，深深影响了我，也给我留下这座城市最鲜明的记忆。

记者：在上海律协，您承担了不少工作，这些事占据您不少时间。对于律师们来说，“时间就是金钱”，许多人埋头业务还来不及，您为何愿意花时间在律协的工作事务上？

岳雪飞：我认为，律师单打独斗的时代已经过去。如今



律师业务涉及各行各业,律师们彼此业务的范围也不尽相同。律师业务专业划分更为精细化是大势所趋。一些大案子、大项目,需要也必须由多所、多位律师共同合作。在当下的上海,经济和社会都处于转型期,许多新业务新领域层出不穷。律师的进步,离不开相互合作、沟通、交流、学习。只有和同行常常切磋、接触,才能让自己有所精益,也能在互相帮助中得到成长。

若远离同行,远离同行之间相互的合作,则一名律师很快会落到行业的平均水平之下,这是应当警惕的。而律协组织的各项活动恰恰是律师们相互交流、学习的一个很好的平台。

记者:您作为《上海律师》杂志编委,承担起杂志每期“法律咖吧”栏目策划。您怎么看待这份“正业”之外的工作?许多人说,同行是冤家。但你们每每组织律师倾力交流,好似不怕这句说辞。

岳雪飞:我初次接触上海市律师协会,就感到十分温暖。我初来上海,每每遇到疑难案件,我向其他同行求教,其他律师总是倾其所有,教我帮我,我深深感动。同时,也希望把这份互相帮助的情谊,带给上海更多的律师。

上海市律协,是律师们在上海的大家庭。而且,上海的律师注重学习和研讨蔚然成风,在许多新闻事件和热点案件出现后,市律协总是会第一时间组织召开研讨会和学习会。我为能身处这样的大集体而感到荣幸,也愿意通过为协会出力,得到更多学习的机会。帮助上海律师行业的整体提升。

从食品安全事件、儿童遭遇性侵事件、到上海自贸区建设,我们每一次寻找选题,组织“法律咖吧”,对我而言都是一次学习业务、向同行求教的机会,我十分珍视。有时我们拟定的选题也会因为种种原因不能落实,即便如此,我也会多问几个为什么,这样亦能从中学习到许多。

记者:作为女律师,在工作中也会遇到许多独特的困扰和瓶颈,作为女律师的一员,您自己如何处理这些问题,又如何为其他姐妹服务?

岳雪飞:律师,是社会中的一份子。我们通过接手案件,了解并感知着时代的变化和社会中的林林总总的问题。女律师的视角独特,往往能透过案件,关注到许多社会转型中存在的共性的问题。

我参与女律师联工作后,在和姐妹律

师的交流互动中,得到姐妹们许多启发。2014年4月4日,黄浦区妇联召开妇女儿童发展课题研究总结表彰会,黄浦区女律师联谊会课题组参与的课题调研报告荣获上海市妇联和黄浦区妇联颁发的多个奖项。其中《弘扬正确价值观 促进家庭和谐 保障青少年健康成长——关于通过文化产品促进社会主义核心价值观理念融入家庭思想道德教育的调研报告》获得上海市妇联课题研究优胜奖、黄浦区妇联课题研究二等奖。《打造职业女性美丽心灵的通道——现代职业女性心理援助之调研报告》荣获上海市妇联课题研究三等奖、黄浦区妇联课题研究二等奖。黄浦区女律师周忆凭借研究课题《未成年人监护权之法律研究》荣获黄浦区妇联课题研究三等奖。这些女律师,平日都工作繁忙,但也都不吝在推动社会进步中贡献自己独特的作用。

女律师们在工作中是律师,在生活中是女儿、妻子和母亲。因此女律师一直以来对妇女儿童的发展尤为密切关注。我所见所闻,知道课题组成员们都具有强烈的参与意识和责任意识,在相关课题的调研过程中表现出极大的积极性与主动性。她们充分发挥自身的职业特点,以女律师特有的视角对职业女性心理健康、家庭教育对青少年的影响以及未成年人监护权等社会关注的热点问题进行调研,并根据调研情况对研究课题提出了更具社会与法律实践性的意见和建议。她们以实际行动为妇女儿童的发展贡献了力量,充分展示了女律师们强烈的社会责任感。

至于女律师自身遇到的发展瓶颈,我觉得,这也是我们这代职业女性遇到的共同挑战。家庭和事业能否兼得,考验着一个人的平衡能力。我个人的建议是,女律师



要学会在工作的时候追求效率最大化。在事业进入稳定期后,可以通过在前方与同事,或者在后方与家人的合作磨合,寻找到兼顾家庭和工作的好模式。

我也有家人孩子,工作忙起来难免不能与他们朝夕相处。虽然不能常常一起吃晚饭,但我总是愿意早起做一顿相当丰盛的早饭,和家人边吃边聊。这是我寻找出的沟通平衡之道。有的姐妹律师,周末把孩子送去兴趣小组学习,自己则就近找咖啡馆去坐着,一边等待孩子放学,一边联系业务、看文件,这样也保证了亲子时间和工作效率。女律师应当善于这样安排时间,提高效率,方能两头不耽误。

记者:青年女律师羡慕这个行业的风光体面,也对这个行业有许多不甚了解的地方。作为过来人,能给予她们一些什么建议?

岳雪飞:女律联也定期召开座谈会和学习会,让女律师有更多学习的机会。我们也从小事着手,着力于提高上海女律师的整体水平。

比如有些女律师上庭时穿着露趾凉鞋、或者在夏天穿T恤办案子,这样的着装风格多有不妥。为此,我们便

召开了专门的礼仪培训班,还针对女性律师外出办案可能遭遇的情况,开办了“城市安全”讲座;又比如,我作为市律协实习律师申请执业证的面试考官,也会在实习律师培训中和青年律师进行沟通和提醒。

目前上海 100 多家大型律所、名所都有女性高级合伙人,女性合伙人更是不甚枚举,知名女律师广获业界尊重。我觉得上海这方水土没有半点性别歧视的基因,只要女性自身努力上进,上海是特别适合女性发展的福地。

记者:如今律师遭遇的职业压力很大,如何在前行中保持心灵的平衡,也渴望协会给予更多指导。

岳雪飞:是的。唯有同行才真正了解同行。我们女律联组织了“身心灵沙龙”,请来专业老师在心理调节、养身等方面给予律师指导和帮助。黄浦区女律师们还举办了“读书会”活动,鼓励律师多读书、读好书,养成阅读的习惯。

上海,是一座开放的国际化大都市;律师,又是不应该封闭的职业。我愿意以开放的心态,向同行们学习,与上海律师们共同成长。●

信息

携手共进·律动静安

——第一届静安律师运动会成功举行

四月的上海,充满着春天的气息,缤纷的花朵给静安增添了一道美丽的风景。“超越对手,超越自我”,在这个春天里,市西中学内响起了激烈的加油声,欢呼声,呐喊声。第一届静安律师运动会的欢声笑语飞扬在市西中学的每个角落,每一名参赛律师都洋溢着激情和无尽的骄傲,他们要在运动会中奋勇拼搏,展现自我。

本届静安律师运动会共有 28 支队伍,350 多名参赛选手。在项目设置上注重趣味性与竞技性相结合,包括“勇敢向前冲”、“共赴前程”、“旱地龙舟”、“运转乾坤”、“力拔山河”等 5 个团体项目,另设“趣味射门”、“欢乐飞镖”、“极速投篮”等个人项目。本次比赛不但是律师智慧和体力的角逐,还是团结和协作的完美比拼。

从运动会开始到结束,参赛的每一个团队、每一个运动员都热情高涨,彼此加油、欢呼、喝彩。比赛中,运动员们秉承重在参与、增强体魄的活动宗旨,奋勇拼搏,力争佳绩;赛场上,运动员们坚持团结协作、自我超越的竞技精神,赛出风格,赛出水平。

本届运动会增强了静安区律师的凝聚力,提高了律师参与活动的积极性,增进了律所之间的交流与互动,给律师们



搭建了一个展示才华、增进友谊、磨练意志的舞台,提供了一个“快乐运动、健康运动”的平台。运动会让律师们体验了运动的快乐、竞争的乐趣,对增强律师身体素质、推进静安区律师行业文化建设起到了积极作用。本次运动会不仅是静安区律师文化的一次大检阅,也是律师精神面貌的一次集中展示。今后,静安区司法局将把静安律师运动会打造成常态化工作项目,努力将其建设成律师行业精神文明建设的重要工作载体和凝聚静安区律师人心、提升全体律师士气、聚合律师团体力量的交流平台。



区县传真

●文 / 静安区司法局律公科

静安区司法局 全面组织律师 积极参与社会矛盾化解



静安区政协副主席、区司法局局长陈筱洁（前右）
为“静安寺社区依法自治律师后援团”揭牌

创新“法律服务进社区”服务品牌，挖掘基层法律服务内涵，全面参与信访矛盾化解、突发事件预警善后工作……近年来，静安区司法局深入贯彻《司法部关于进一步加强和改革律师工作的意见》（中办发〔2010〕30号）和《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》（沪委办发〔2010〕16号）有关精神，组织力量，深入推进，全面引导律师融入静安社会和谐发展，积极参与区域社会矛盾化解工作，取得较好成效。

一、创新驱动，打造“法律服务进社区”新品牌

早在2007年，静安就已实现律师事务所与街道、居委会“双结对”全覆盖。2008年起，静安区司法局以“法律服务进社区”政府购买服务的形式，进一步推动律师服务一线百姓。六年来，正策、德恒、高朋等30余家律师事务所参与了该项目的实行，坚持每周派遣律师至街道、每月派遣律师至居委会开展法律咨询，年均派遣律师约450人次、接待居民4500余人，每年开办大型法律讲座两场、社区人民调解员培训一场。2013年，“法律服务进社区”项目“一街一品”计划正式启动，在坚持做好基础服务的同时，坚持品牌战略理念，将项目服务质量推向了全新高度。

南京西路街道：打造静安福民法律服务中心。该中心的创新之处在于，采取“多元矛盾高效化解、一处化解”工作模式，充分整合了法官、警官、律师等资源，以兴业律师事务所为主体，律师与街道人民调解工作室、诉调对接分中心合署办公。该中心已成为南西街道法律服务进社区工作持续深入和长效开展的强有力的支点。

石门二路街道：首创律师“坐堂”旧改基地。组织国和律师事务所优秀律师团队常态化入驻静安区首个执行房屋征收与补偿新政的旧改地块67号地块拆迁基地，全程介入该地块按征收意见征询期以及协议履行工作，在法律的框架内对矛盾纠纷予以调解，使被征收户家庭内

部各方利益趋于一致，争取整体合法利益的最大化。最终该地块土地征收协议提前生效，解放牛网、凤凰网等网站均对此进行了相关报道，律师坐堂赢得良好社会反响。

静安寺街道：组建社区依法自治律师后援团。依托百悦、申浩、世通所等六家律师事务所组建法律专家团队，分门别类开展工作，顾问指导类，侧重对街道居委会涉法问题、业委会改建提供法律建议法律；法律宣传类，侧重开展法律咨询和法律讲座；矛盾化解类，侧重开展人民调解、参与制作调解书等法律文书。以社区依法行政、依法自治顾问身份，为静安“自治在社区”社会管理体系的构建提供法律服务保障。

江宁路街道：试水律师驻派出所参与警民联调。以政府购买服务的形式，由百悦律师事务所高级合伙人、资深律师带队，组建律师、民警、人民调解员三方共同参与的调解团队常驻街道派出所，针对婚姻、相邻权等纠纷以及轻伤害案件，全天候为基层群众提供法律服务，调解矛盾纠纷，努力营造律师行业快速发展、人民调解成功率节节攀升的双赢局面。

二、深度挖掘，拓展基层法律服务新内涵

近年来，静安区司法局积极探索多元化矛盾纠纷化解机制，做实做强基层法律服务工作，以法律援助、医患纠纷调解、安置帮教等内容为主体的基层法律服务体系进一步发展壮大。

（一）走进大墙，律师参与监狱服刑人员帮教

静安区司法局与南汇监狱共同打造静安律师“法律服务工作站”，连续四年开展“法律服务进大墙”，金石、申浩、捷华、沪家等律师事务所定期进监开展帮教工作，从法律的角度为服刑人员带去人性化关怀，增强其改造的信心与决心。下阶段将继续扩大工作范围，法律服务工作站将开进女子监狱，为进一步做好服刑人员管控帮教工作发挥积极作用。

（二）和谐医患，律师参与医患纠纷调解

组织具有医学、法学双学位并在损害赔偿领域具有



静安区司法局组织开展“法律援助手牵手，群众满意心连心”法律援助律师团巡回宣传活动

丰富经验的律师担任医患纠纷调委会兼职调解员，为医患双方提供法律咨询，发挥律师在法律程序、风险评估和赔偿计算上不可替代的作用，提高人民调解员的法律专业性，从而推动调解进程。2013年全年律师累计提供坐堂咨询服务超过1500小时，成功化解全区首例涉外医患纠纷、十年医患纠纷案等典型案例，为构建和谐医患关系发挥了重要的作用。

(三) 心怀公益，律师参与基层法律援助

进一步夯实区法律援助中心办案能力，将法援工作与青年律师孵化相结合，鼓励青年律师在基层法援工作中成长。2013年累计工作超过1200人次，代理援助案件近400起，接听12348法律援助热线咨询电话近5000次。先后深入社区组织开展“法律援助手牵手，群众满意心连心”法律援助律师团巡回宣传活动7场。成立张玉霞律师未成年人工作室，进一步做好未成年人法律援助和司法救助工作。

三、多点深入，探索信访化解工作新渠道

随着我国改革发展的步伐迈入关键时期，大量问题通过信访渠道反应出来，这使得信访工作任务日益繁重。在此背景下，静安区司法局将律师引入信访矛盾化解工作，多点入手，常态介入，成功化解多起疑难信访案件，律师参与已成为静安信访工作有效渠道。

(一) 项目化入驻信访联合接待大厅
积极会同区信访办探索律师常态化参与信访接待工作机制，2012年10月，设立“完善静安区信访联合接待大厅”政府

购买法律服务项目，泰吉十方、通浩律师事务所每周两次常态化入驻信访接待大厅，从法律角度帮助当事人正确解读涉法涉诉信访案件，公平公正剖析案件背后的成因，引导当事人通过合法途径表达自己的愿望和诉求。截至2013年6月底，信访办驻厅律师共出席接待130人次，累计工作近300小时，提供法律服务450人次。

(二) 制度化陪同区领导开展周四信访接待

建立健全律师参与周四区领导信访接待制度。推荐律师担任区信访办法律顾问，派遣具有多年行政法领域执业经验的优秀律师陪同区领导信访接待，为区领导提供法律意见和建议，配合政府信访部门及各方，为依法处理重大、疑难、复杂信访案件提供法律咨询意见。2007年以来，律师共计参与区领导周四信访接待近300人次，接待来访群众600批近1200人。几年来，在律师的参与下，成功化解多起信访难题，如刑释解教人员陈某等人的历史遗留问题，妥善调处上访老户虞某的动拆迁纠纷，这些已成为静安律师成功化解信访矛盾的缩影。

(三) 常态化开展信访积案核查

组织区内专业功底深厚、办案经验丰富、职业道德和政治素质过硬的律师参与涉法涉诉重信重访案件的研判、化解工作，先后选派22名专业律师参加中央政法委督办的涉法涉诉重信重访案件的研判、化解工作；选派10名律师为区内32件疑难信访案件出具法律意见书，为政府妥善解决相关案件提供了坚实的法律基石。

四、发挥优势，释放突发事件预警、善后新能量

当前我国处于社会矛盾凸显期，较易诱发现敏感性、群体性案件。为应对突发事件的挑战，静安区司法局引入律师参与预防、善后，以律师专业法律人才和独立第三方优势，从法律的角度配合政府处理，防止过激事件的发生，有效缓和、化解矛盾。

(一) 围绕突发事件预警做实法律

服务。

切实发挥律师在突发事件防范中的作用。制定了《律师在代理案件过程中重大事项报告制度》、《静安区司法局突发事件法律服务应急预案》等突发事件应对机制。建立健全常态化跟踪制度，加强对区内群体性、敏感性事件以及重大疑难复杂案件的关注和跟踪力度，针对重大火灾、交通事故、建筑安全、食品卫生等公共突发事件和群体性动拆迁、企业改制、劳动争议纠纷等突出领域，成立法律应急工作小组，确保在突发性事件发生时，能够第一时间为区领导指挥决策及部门处置方案提供及时、准确、权威的法律意见。

(二) 全力以赴做好“11·15”火灾善后处理工作

“11·15”火灾发生后，静安区司法局第一时间组织律师志愿者投身善后处理工作，较好的缓和了遇难者家属的情绪。火灾发生后仅半个月，132名律师志愿者们就接待来访火灾受灾群众咨询107批356人，在财产损害赔偿、房屋租赁买卖等方面为他们提供周到高效的法律救济。沪中、捷华律师事务所11名律师还担任政府法律顾问，为政府开展救灾帮扶和依法决策提供专业意见。静安律师细致、耐心的疏导和专业的法律意见，赢得了政府、群众的高度认可。时任市委书记俞正声同志作出批示：“感谢律师们对受灾居民的关注，对善后工作的帮助”。

十八届三中全会再次强调，要“加快发展和和谐社会”，“最大限度增加和谐因素”，“确保社会既充满活力又和谐有序”。深入推进社会和谐稳定，既是社会主义小康社会建设的时代要求，也是新形势下司法行政部门所肩负的重要职责。静安区司法局将进一步紧扣“法治筑和谐”的发展主基调，依托静安丰富优质的律师人才资源，鼓励、引导、带动广大静安律师正确认识社会利益结构调整带来的各类矛盾纠纷，自觉践行社会主义法律工作者的神圣使命，主动融入静安和谐家园建设，为加快推进静安现代化国际城区建设提供扎实的法治基础。●



律所建设 ●文 /虹口区律工委

聚焦中小律所的转型发展

——北外滩律师事务所管理与发展论坛

论坛背景

近年来,上海律师队伍发展迅猛,目前律师人数已经达到 1.6 万,事务所超过 1200 多家。但是品牌名所不多,或者说规模大所、专业强所不多,大多数还是中小所。中小所在发展过程中遇到了一些共性问题,如何转变发展模式,提高服务水准,突破律师发展的瓶颈,成为大家共同关心的话题。

虹口区律师业经过长期的发展,有了一定的基础,但在力量和规模上与本区作为中心城区、文化城区的地域特点和经济社会发展水平还不相匹配,律师事务所主要是中小型所,缺乏品牌名所、规模大所和专业强所,这几年来在律师行业发展上区司法局做了不少努力,进行了一些律所的合并和外区律所的引进,但还是感到遇到瓶颈、难有突破。近几年来,虹口区委区政府高度重视律师行业的发展,在积极倡导运用法治思维、法治方法、深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定的同时,也为律师这一社会法律服务中介提供了广阔的发展平台和展示舞台。去年底以来,曹立强区长多次就律师行业发展作出指示,要求加强研究、采取措施,切实加快本区法律服务业的发展。区司法局领导班子高度重视,积极部署,进行了广泛的学习调研,确立了今年律师工作会议的主题,即“结合区域实际,深入学习贯彻十八届三中

全会精神,直面挑战,突破瓶颈,积极推进虹口律师业创新发展”。

虹口区目前拥有 86 家律师事务所,其中执业 30 人以上的事务所只有 3 家,10 人以下的事务所 59 家,占总量近 70%。围绕中小型所的转型发展,探讨专业化、品牌化和规模化的实现路径,是全市律师行业普遍关心的问题,但对我区律师业发展的意义尤为明显。虹口区律师工作委员会在和市律协有关领导和部门的沟通协调下,决定在虹口区举办上海首届中小律所转型发展论坛,与今年虹口区律师年度工作会议一并举行。

4 月 25 日,由上海市律师协会虹口区律师工作委员会主办的“北外滩律师事务所管理与发展论坛——律师事务所的专业化、规模化、品牌化之路”举行。沪上知名大所及虹口、普陀、杨浦、宝山等区的精品所掌门人集聚一起,共同谋划中小律师事务所的转型发展之路,共享成功经验与体会。论坛由虹口区律工委副主任洪亮主持。

虹口区委常委、区委政法委书记杨莉到会致辞

虹口区是一个有着深厚文化底蕴的中心城区,近年来,虹口区加快产业转型发展步伐,已初步形成了蓝色航运、金色金融、红色商旅文化、绿色低碳和炫色文化创



意五色产业体系,这些发展离不开法律服务业的快速发展和广大律师的支持和辛勤付出。

近几年来,虹口区委区政府高度重视律师行业的发展,在积极倡导运用法治思维、法治方法、深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定的同时,也为律师这一社会法律服务中介提供了广阔的发展平台和展示舞台。希望通过此次论坛,能够进一步促进律师事务所的转型发展,围绕北外滩金融中心、国际航运中心的建设,大力加强律师事务所提供优质国际化、专业化、高端化的法律服务能力,有效扩大虹口区律师事务所的规模和体量,充分发挥律师在经济发展、法治建设中的积极作用,努力打造更多专业化、品牌化、规模化的律师事务所,实现律师法律服务行业的自身转型和创新发展。

市律协会长盛雷鸣作主旨发言

自信、自强、自律——中小律所发展的六字箴言

毋庸置疑,大型律所是一个城市法治进步的标志,带动了一个地区法律服务业的发展和进步,但是与此同时,我们千万也不能忽视中小所的贡献和发展空间。

聚焦中小律所的发展和管理问题,我有三个方面的观点。

首先,中小型律师事务所是律师行业的主力军。

从人数上看,去年上海有 1222 家律师事务所,其中执业律师人数超过 100 名的大型律所仅有 10 家,占比不到 1%。而与此相反,执业律师在 3 人以下的小型律师事务所共有 306 家,占比达到 25%,执业律师在 4—9 人的小型律所有 490 家,占比超过 40%,这是上海目前最庞大的一个律所类型。

从创收上看,全上海去年创收超过 3000 万的律师事务所仅有 54 家,占比不到 10%。而创收在 100 万至 1000 万的律师事务所共有 674 家,占比接近 60%。

事实上,这样的情况不仅仅出现在上海,整个国内的情况基本都是这样,更多的地区中小所的占比比上海还要高出许多。

这几年我随全国律协和上海律协访问团去过一些国家和地区,考察当地的律师行业,我始终发现,中小所是律所的主体,这样的情况在世界各地普遍存在。经济发达的国家和地区固然会产生大型律师事务所,但中小所依旧有其存在的空间和发展的机遇,这是由它所承载的价值决定的。

中小所适应了多层次的法律服务市场的需求,这是其立足之本。我们的客户不仅仅是世界 500 强、中国 500 强,不仅仅是超大型的国际控股集团和上市公司,我们还有更多的数以百万计的中小企业、社区法律和自然人的业务,在这个多层次、复杂化的市场里面,中小型律师事务所只要有明确的定位、专业的分工和相对稳定的客户源,就能闯出自己的一片天地。

此外,中小所是行业保持活力和充分竞争的源泉。从行业健康发展的角度,律师事务所确实需要一定的集中度,展现市场优胜劣汰的规则。但另外一方面,行业也应是一个实现良性、充分竞争的行业。尤其是在法律服务市场的上升发展期,如果出现了若干家大型事务所对多个业务领域的垄断,不仅对其自身发展不利,对整个行业发展总体上来说也是不利的。因为固化的市场地位不利于法律服务行业实现业务创新和质量创新,也不利于青年律师培养。

与此同时,中小所是履行社会责任的重要力量。目前大型律师事务所将其主要的客户都定位在跨国公司、上市公司或者特大型公司,专业范围也主要着眼于金融投资兼并等商业领域,较少关注与社会治理紧密联系的刑事、民事等传统业务。但在这些方面,中小所参与得显然更为积极、广泛和深入。在社会矛盾的化解方面,重大突发事件的处理方面,为律师行业赢得尊重和信任的绝大多数都是中小型律师事务所,在这一点上,虹口律师有非常好的经验。

其次,中小所应当顺应市场,找到合适自己的生存

和发展的道路。

诚然,上海律师要走专业化、规模化、品牌化的发展道路,应当有一批与上海国际化大都市形象相匹配的能够参与国际性高度发展法律服务的大型律师事务所。但是从另一个角度来看,我们也要尊重市场规律,根据自己的实力、人才储备和业务方向走适合自己的发展之路。固步自封是不对的,盲目扩张同样不可取。

专业化、品牌化是对所有律师事务所的基本要求,包括对中小所。而且从某些方面来讲,这更是中小律师事务所赖以生存的根本。规模化是中小型律师事务所一个可能的发展选项,但是规模化并不意味着简单地叠加,行业需要的是高质的规模化,比如合理的律师薪酬体系、培养体系,业务质量的管理体系和风险防控体系,比如真正的分工协作体制和一站式的法律服务综合解决方案,实现了这些,才能真正实现规模竞争。规模化并不难,但要实现高质规模化绝非一时,这需要整合过程中,参与各方不断的磨合。

第三,中小所应当充分重视管理。

律师行业正面临着激烈的市场竞争,这种竞争横跨行业内外及世界各地,在这样的市场环境下,没有行之有效的管理,律所尤其是中小所将会举步维艰。

上海律师特点鲜明,诚信执业、谨慎执业、规范执业,但缺乏长远规划和必要的管理投入,这样的特点必将影响到今后的发展。

必要的管理成本投入是必须的。在这方面,很多大型律所已经有了充分的认知,但是大部分的律所还没有意识到。一些律所甚至没有行政主管,也不会使用律协的会员系统,就连公章管理都非常混乱,这些都严重影响上海律师行业的整体形象。

中小所加强自身基础管理,不仅符合客户的期望和行业主管部门要求,也是发展的必要条件,如果客户看到的是一个管理困难的律所,那么何谈信任与认同?

近年来,如何真正监督指导大量的中小型律所做好基础管理工作,一直是我们市律协的重要课题。九届律协也花费了大量的人力财力物力在 2012 年首次发布了律师事务所管理指导手册,希望能够推动中小所的规范化建设。目前各方面对于这个管理手册的反馈都不错,协会也正在组织专门的团队对这个手册进行最新的修改。

综上所述,我认为,中小律所的发展,离不开六个字:自信、自强、自律,所谓自信就是要坚信自己仍然有市场机会,自强就是要不断地巩固自己的比较

优势和专业特长,自律就是要通过良好的管理形成和维护自身的品牌。

这六个字看似简单,但是真正要做到非常不容易。同样作为一名律师,我非常希望上海的中小型律师事务所能够在转型发展当中不断展现自己的价值,为上海的经济社会的发展作出新的贡献。

嘉宾发言:围绕主题,共同谋划

与会嘉宾分别从如何实现律所的专业化、如何构建律所的品牌、律所是否都要走规模化之路、律所的特色之路、中小所的转型和发展之路等不同视角展开论题。

朱黎庭(上海邦信阳中建中汇律师事务所主任):合并是专业所走规模化的有效路径。

上海邦信阳中建中汇律师事务所主任朱黎庭律师与大家共享了他们事务所两次合并的经验体会及具体的操作模式。他的体会是在全球化大背景下,专业所的生存固然没有问题,但专业所普遍规模较小,优势业务服务领域单一,法律服务覆盖面小,抗风险能力弱,整体竞争力不强,为大型客户提供综合服务机会少。如果想要有更好的发展,想要吸引更优质的人才,想要更具备抗风险能力和市场竞争力,律所必须有一定规模,有一套完善的制度保障。通过合并可以很快实现优势互补、业务互补,从而提高事务所综合服务能力和竞争力。实现事务所合并后的稳定发展关键是“人和”和“包容大气”。合伙人的思想、价值观不可能完全统一,但在一些核心制度上要达成共识,达到相对的趋同和相对的统一这是前提。另一方面就是要包容大气,如果能够包容的话,就可以把律师事务所内部管理做得更好。事务所合伙人积极倡导相互欣赏、相互尊重、相互提携、相互包容的事务所文化。

林东品(上海博和律师事务所主任):如何利用高校资源打造律师事务所专业化的品牌。



博和所主任林东品与大家分享了他们利用高校资源打造事务所专业化品牌的经验和做法,同时也探讨了律所专业化建设是否需要学术支撑的问题。博和所主要以刑事法律服务为主,其拥有丰富的、高校、科研机构的资源,这些对于律师事务所的发展都起到巨大的支撑作用。林东品认为,任何一个律师团队利用高校资源,与高校资源整合都是锦上添花的事情,但是需要建立自己的有层次、有知识结构支撑的强大的专职律师队伍,否则,这些所谓的高校资源就很难转化为律所发展的强大动力。高校跟律所在专业和实践层面上相互联动、相互影响,这是双赢的事。目前专业化已经成为律所发展的一个大势所趋,全科医生式的律师在市场上无竞争优势,而且律所的服务也越来越要求专业化和精细化。要把一个案件办好办实,除了法律上的依据之外还需要法理上的一些探讨和支撑。

陆胤(上海蓝白律师事务所主任):律所品牌化,实现“小而美”。

蓝白所从2007年成立至今,只做劳动业务。蓝白所主任陆胤与大家分享了他们从2007年成立到实现律所品牌化的发展历程。陆胤认为,一个律所的发展,品牌定位很重要,团队更重要。品牌包括个人品牌、团队品牌、律所品牌、联盟品牌和行业品牌,这么多的品牌中没有最佳的选择,适合自己的就是最合适的。律所的发展离不开团队的协作,团队的稳定和坚持决定了律所能够走多远,走多快,选择合适的人合伙是团队发展运行当中最重要的一个因素。

赵平(北京金诚同达律师事务所上海分所主任):以反倾销和反补贴为例,律师如何开拓国际贸易法律业务。

赵平律师谈到应该有三个方面的坚持。第一,建好一个团队,第二,修炼好外语水平,第三,保持吃苦耐劳的决心与毅力。上海正在建设国际经济、金融、航运和贸易的四个中心,这给律师业发展带来了巨大的机会,能不能利用这个机会把我们的专业、规模和水平做上去,这是需要我们来把握的。赵平建议全体上海律师,除了低头做事情之外还需要抬头看路,要看清楚将来的发展趋势在哪里,将来的法律市场在哪里,现在该如何去切入。要抓住那些大力发展的业务领域,做好相应的准备。

吕琰(上海融孚律师事务所合伙人):如何度过事务所合并后的排异期。

上海融孚律师事务所是由3家律所和一支团队合并而成,如今4年过去了,这家律所早已度过了合并后的排异期,进入迅猛发展期。事务所合伙人吕琰跟大家分享了律所合并后如何增强事务所凝聚力,实现2+2大

于4的效果。事务所合并后以党建促新所融合,党建和业务同时发展相互促进,把党建作为事务所整合各项工作的杠杆,加强了事务所整体凝聚力。4年来的实践证明,融孚所的党建工作不仅凝聚了队伍,更实现了融孚所工作和业务的全面提升。

薛国财(上海众华律师事务所主任):顺应形势,合并做强,推动律所跨越式发展。

上海众华律师事务所主任薛国财跟大家分享了他们的合并之路及心得体会。在虹口区政府,虹口区司法局领导的大力支持下,上海众华律师事务所与上海精诚海众律师事务所顺利合并,期间还有其他所的骨干力量加入。目前,众华所已是虹口区的第一大所。薛国财表示,在市场经济背景之下,律师事务所顺应市场需求并提供优质的法律服务是必要的。事务所可以借鉴企业发展经验,转换发展模式,根据市场需求进行产品研发、质量控制以及营销和售后服务。事务所的规范化、团队化、专业化、市场化都将是律所发展之路。希望能够通过合并,做大事务所这一平台,吸纳更多更强的优秀人才聚集,提高事务所核心竞争力,将事务所做强做大。

乔文骏(北京市中伦律师事务所上海分所主任):律所建设与律师成长。

乔文骏追溯了中伦上海分所2001年设立之初的场景,回顾了自己初任兼职律师四处碰壁的往事,分享了中伦所公开透明内部管理的秘密。乔文骏认为,一个律所的核心竞争力首先取决于你的战略定位,其次取决于你的专业人才。一名律师要使自己更好更快成长,不仅要有一个理想,要严格要求自己,还要善于学习不断进步,顺应社会和时代的变化。

未来的中国律师业,一定会有中国大所走向世界。但是对于整个行业来说,80%仍然还将是中小所。大所可能是一面旗帜,但土壤在中小所。

市司法局副局长王协作大会总结

律师事务所专业化、规范化、品牌化是全市律师发展的总体目标。专业化是搭建律师品牌的根本,律师事务所应该根据自身实际选择适合自己的发展道路,事务所的品牌化是通过规模,通过专业体现的。规范化问题对于所有的律所来讲都是重要的,无论是大型所还是中小型所都需要规范运作,需要有一套规章制度,需要公开、民主运作。王协表示,随着法治建设的不断推进,律所和律师将发挥越来越重要的作用。在这样的大背景下,无论是大型律所,还是中小律所,各有特色和优势。法治信仰的形成是一个过程,给律师业的发展带来很大的空间,上海律师继续深化转型,为共同实现上海律师业的持续健康发展作出更大的贡献。●

法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

律师谈“技术交易与维权”



本期主持:钱晔文 市律协展业务研究委员会主任、上海欧申律师事务所律师

嘉宾:钱军亮 上海市华诚律师事务所律师

沙海涛 市律协知识产权业务研究委员会委员、上海脱颖律师事务所律师

商建刚 市律协信息网络与高新技术业务研究委员会主任、北京大成(上海)律师事务所律师

朱晶晶 市律协展业务研究委员会委员、上海市华诚律师事务所律师

仲奕 市律协知识产权业务研究委员会委员、上海市润和律师事务所律师

王婉怡 上海欧申律师事务所律师

刘民选 市律协知识产权业务研究委员会副主任、市律协展业务研究委员会委员、上海市锦天城律师事务所律师

吴民平 市律协知识产权业务研究委员会委员、上海市海华永泰律师事务所律师

瞿森 市律协信息网络与高新技术业务研究委员会委员、北京市金杜律师事务所上海分所律师

沈丽 市律协信息网络与高新技术业务研究委员会委员、上海汉路律师事务所律师

文字整理:林利黛

钱晔文:正值第二届中国(上海)国际技术进出口交易会配套研讨会召开,暨上海市律师协会知识产权宣传周活动,今天律师们一起就技术交易法律问题作深入探讨与跨界交流。随着技术贸易开展,由技术转让合同产生的纠纷越来越多,我们首先来谈谈在合同的协商、订立过程中应该注意哪些事项? 具有哪些风险点?

钱军亮:在履行技术合同中对于改进技术会有相应技术取得的问题。

1. 关于改良技术

一般理解改进技术是对原技术做出改进或者改良活动以后,产生技术上进步都可以纳入改进技术,通常来讲就有两种可能性,一种可能性是通过改良活动以后产生重组性的技术,通过改良以后完全独立创造新技术。就此而言,法律并没有明确是重组技术还是完全的独立技术,是否通过改良活动形成的技术都可纳入改进技术范畴。

2. 关于新技术的归属

通常在合同中对最终改进技术的归属有约定。根据《合同法》和最高院司法解释,在合同当事人对改进技术归属没有约定的情况下,对其归属也有原则性规定。但是到底对哪些技术推动改良活动产生属于改进技术范畴,就这一点在业务中碰到过类似争议,在起草合同文字过程当中需引起注意。在改进技术范畴中经常会遇到回授条款效率的问题,《合同法》、包括《技术进出口管理条例》,对于有关非对等单方面回授是禁止性的规定。

通过技术合同产生改进技术,期间会碰到改进池的问题,某一技术所有人,把技术同时许可给多个受让人,后者或与出让人共同改进产生新的技术,或同时纳入所谓改进池或者专利池,分享改进技术成果,这就涉及到提示披露。因为作为技术合同具有相对性,作为被许可人只可以向相对方(许可人)要求继续使用改进技术。无法知晓权利人和其他的被许可人之间产生的改进技术,对此合同有关披露义务需要作明确界定。

技术合同双方在中外合作企业经营合同,以及所签的有关技术许可的附属文件中常约定,只要属于外方提供核心技术的改进部分产权一律归属外方,涉及包含



主持:钱晔文



嘉宾:钱军亮



嘉宾:沙海涛



嘉宾:商建刚



嘉宾:朱晶晶

《合同法》第329条规定的禁止妨碍技术进步的合同条款规定。但若双方约定,技术由合作企业所有,合作企业嗣后可通过回授方式转让给外方,中方在此案中提供辅助性技术,便产生了对等的条件(辅助性技术需归中方)。

司法解释禁止双方非对等的方式进行技术回授的规定。一般外方提供核心技术,中方提供核心技术以外的一些辅助性技术,技术实际改进人可能是中方、外方,或合作企业。司法解释进一步规定了“不对等”的几种情况,如属一方自行改进技术,对方不可无偿获得独占使用权。

沙海涛:对企业而言,知识产权非常重要,如在交易过程中知识产权调查部分没有做好,或未做到专业,损失将非常巨大,极有可能导致整个交易失败。

1. 知识产权尽职调查的目标

随着中国企业走出去步子越来越快,越迈越大,最初资源性收购转向技术类收购,技术类占交易额比重非常大。从买方角度:须确认目标公司知识产权、所有权、归属状态及权利内容;确认公司产权、所有权、归属状态、权利内容、确认权属关系有无瑕疵和法律问题,确认对企业业务的贡献度和在行业的竞争力,还要对资产进行评估,要预测潜在的专业风险。

卖方的角度:主要通过知识产权销售实现价值最大化,最大限度地减少出现买方存在潜在欺诈,或失去陈述责任,还要规避第三方可能提出的一些要求。

2. 调查的对象

作为律师要调查所有调查权项,除知识产权外,还涉及到不正当竞争、技术秘密。对此要分两大类,一类是与商誉有关的,商标、商号、企业名称等等,还有传统技术领域的域名、发明、实用新型、外观设计、著作权等。要对各项权限作具体调查:

首先是所有权归属,是否企业所有? 专有或共有,抑或仅有使用权? 如权利是第三方所有,则需考察许可方

式,许可方式不同直接影响权利行使。

还有地域性调查,知识产权有地域性,专利只在特定区域内有效。关于时效性调查,如一项发明专利在中国保护时间20年,期间要续费和维持权利,发明经过15年,剩余5年时间价值如何评估? 其中可能有很大的空间。

商建刚:对技术交易合同审查中的几个要点须报以足够重视。

一些技术可能在国外申请了专利,但在我国还没有申请,希望把所谓的专利申请权交给中国公司,律师在起草合同中不仅要考虑到中国申请专利,还要想到此技术可能要到国外申请专利,反销到外国。但若技术不成熟,花钱申请专利便没有价值,这些问题是律师服务过程当中应为当事人作的思考。

律师首先与技术方进行了充分的沟通,对国内可能涉及的侵权主体有一概念;其次确定关键词;再次锁定某些产品,在项目上进行检索。从多篇专利检索报告筛选出重点专利进行内容分析、等同分析和文意分析,最后认定涉及侵权的内容,提出规避方案。若相关专利内容涉嫌无效,采取相应措施。

约定许可的许可费计算方式有多种,一种方案是查账,合同法约定有关会计账目计算方法,国外已有一些公司专门做资产许可收费、记账、监管,中国尚没有此类企业。而且这一类许可合同的约定当中存在大量的不规范。

二是审批过程产生的问题,涉及进出口首先到银行办结汇,然后向科委报审批做结汇手续,如企业没有技术进出口权还需寻求相应的代理公司。许可合同在履行过程中基于新的情况,可能产生新的许可费用,每年许可费调整需重新备案,而结汇依据的合同可能与备案的合同不一致;此外,一方希望调整收费主体也会存在再次审批的过程,发生纠纷易出现多份合同不一致的情况。



嘉宾:仲奕



嘉宾:王婉怡



嘉宾:刘民选



嘉宾:吴民平

朱晶晶:技术交易合同谈判技巧的经验、心得积累交流。

1.谈判之前的准备

谈判准备不仅仅是律师需要做的,包括客户、整个谈判组,在进入重大项目谈判之前,都要做好:

(1)信息收集

将来签订合同交易对象公司背景情况。公司收购当中通常有尽职调查阶段,重大项目谈判之前,虽然不需要做到尽职调查那么详细,但也是需要对于对方公司背景进行一定了解,如公司投资方、关联公司。要对公司背景,包括其组织架构有一定了解,以高效的应对谈判中的情况变化。

在技术交易当中技术背景。对于一些技术,包括知识产权的背景信息收集也很重要。比如说专利持有者,是不是有许可的情况,背景方面的了解,在整个谈判过程当中也能够提高效率,以便做交易结构安排。如果公司不是专利的持有者,谈判的过程当中要进一步核实相关信息。

(2)谈判人员组成

首先确定谁来主要把握谈判节奏,谁来做最主要的决策。首先,此人要对项目最为熟悉,但未必职务最高,不建议最高职务者直接参与谈判,易造成谈判中的困境,使某些方面没有退路。宜具有较强的语言表达、心理素质好的人入选。

其次确定辅助人员,包括商务方面辅助人员,或者技术方面辅助人员。配备一名律师,涉外方面配备翻译,翻译一定要对项目有很好的了解,让该项目上英文较好的人担任最为适宜。

(3)谈判内容

首先认清交易架构,其次规划项目流程,确定时间节点,如验收时候和付款时间,再确定合同条款,此时更多是律师的工作,最后双方对合同条款进行最终修改,基于大家谈定的交易价格和项目流程的基础上,从法律

角度来框定一些双方的约定。

2.谈判方面技巧

其一,要分析谈判对手,了解其权限范围,以制定谈判策略。其二,确定角色分工,以便打破僵局,找到双方共同利益平衡点,化解双方立场问题。

仲奕:由软件合同谈技术合同履行实施。

软件合同的重点一是许可模式。一种是标准软件权利人和境内子公司同时向最终用户直接许可。这种情况下通常和总承包方联合进行招投标竞标的;第二种模式境外母公司将基础软件和专业软件授权或者许可给境内子公司,再分许可给总承包方,总承包方最后许可给最终用户,这是一种跨境许可模式。

二是税务安排。在国内软件企业当中,对跨境许可存在支付和税务安排上的误区,当他收到总承包方支付款项以后,通常企业会开具一张简单的增值税发票,进行单一的税制抵扣然后结账。这种通常情况下会受到税务局罚款,软件产品、第三方软件产品、技术服务都适用不同的税率、税种。之前技术服务是适用营业税,营改税将之改为6个增值税,软件产品是自研发产品应该是17%,其中至少应该区别服务和产品。为了避免此类情况,经验是支付和税跟合同走,重点是介绍交易框架和许可模式。必须仔细的去审查软件合同标的,软件合同标的分为两类:一类服务,第二类代码文档,这种分类法一是解决了税务方面安排;二是解决合同履行问题和知识产权问题。

第三是共有知识产权的问题,在这一交易模式当中,无论软件供应商还是总承包方在谈判委托开发软件,或者履行合同时,都称专有知识产权。但大部分情况下,是共有知识产权。现暂不主张双方在这种情况下共有知识产权。原因是无论对于软件供应商还是总承包方对于共有知识产权都不能单独实施。简而言之,如共有者不能单独使用知识产权,宁可在条款上作部分让步,让对方单独使用知识产权。



嘉宾: 瞿森



嘉宾: 沈丽

最后,大部分技术交易合同都是需要进行融资,通常采取上市的模式,在这种模式下,不建议用高比例违约金,在配合上市辅导过程当中,高额违约金意味着风险不可控,谈合同的时候须尽量把可预见的损失写明在合同当中。此时尽可能多的替代履行方案显得更为合理。

钱晔文:前面各位都谈了技术交易合同的订立、履行等,下面我们再来谈谈技术交易维权的法律实务。

王婉怡:知识产权交易中应小心“搭售”的问题。

2004年微软收到欧盟巨额罚单,因其在销售操作系统软件的同时搭售媒体播放器,两个软件当时作为一种捆绑,最终罚款高达4.97亿欧元。

1. 搭售的构成

如果买操作系统软件必须同时买媒体播放器软件,就构成一种强迫,微软在操作系统市场里构成垄断,如果你不用其媒体播放器软件,就符合技术便利或商业便利,就产生所谓强制。

搭售的概念强调供应方要有一定的市场地位,利用垄断地位的商业行为是否合法我们要考虑的。此时采购方可能存在被强迫,不接受搭售可能得不到所需商品,构成主观上的被迫性,这是区别法律上的搭售和通常捆绑销售最主要的要件。

最后,不同产品捆绑产生了不合理性。如果两个产品捆绑在一起,是为了提高产品性能,使技术的使用更便利,更有效率,更符合商业原则,此类捆绑认为消费者是可以接受的。

2. 搭售的表现形式

表现形式可以用几方面分类,如通常有设备搭售售后服务(专利)方法搭配材料;横向搭售,包括相同性质知识产品的搭售、不同性质知识产权的搭售。这个是比较学理的分法,还有一些隐性的搭售,排除消费者对于第三方提供商品的选择权。

搭售行为比较集中地体现在技术、专利许可,如作

为被许可方,处理合同时关注合同是否存在不适当的附属义务,或者不适当的附属条件。如购买销售方其他的一些服务、必备零配件之外的商品,

对于一个搭售行为做一个合法性评价的原则是合理性原则,捆绑是否产生技术上、商业上一种合理性,如果没有则可能有法律上的规制。规制搭售的法源包括对之有严格限制的美国法,国际公约包括《知识产权国际公约》,中国法上的规定可见于《合同法》《反垄断法》《技术进出口管理条例》《反不正当竞争法》,以及《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》。这些部门法构成统一体系,在我国形成了一个对知识产权领域限制性交易行为的规制。

刘民选:专利侵权认定和普通意义上的侵权认定不同,存在是否构成侵权行为的时间和法律节点。

发明专利分为申请日、公布日、授权日,在这几个时间节点,对于专利权人来说意义不同,根据我国专利法申请在先的原则,发明专利申请日赋予专利申请人排他的申请权。对于发明专利公布日法律有明确规定。第三个时间节点是授权日,字面理解是法律上完整的授权。

在三个阶段的法律含义下,如何认定侵权?发明专利申请日到发明专利公布日,生产、销售或者使用了同一产品,有没有构成侵权?在发明专利申请日之后生产的;在发明专利公布日销售的;在发明专利授权日还在使用的,如果对于同一个产品是不构成侵权的,这在最高院有相关案例,有具体解释,事实上其中还涉及行为的因素。

在对法律理解和法律认可的情况下,我们技术交易才有准确把握。在时间节点下对应的一个专利具有的稳定性,一般人来说申请之后可以做哪些事情,我们技术交易当中如何评估对方交易的情况。

吴民平:展会知识产权维权需让证据说话。

1. 维权的基本证据

维权时的基本证据分成三类:

权利证据——四海家具公司对家具外观进行外观设计专利的申请和保护。手握的外观申请专利,成为诉讼中“最硬”的证据。

侵权证据——展会中发生了何种侵权行为?除把侵权行为固定下来之外,还要分析侵权结果,后者通常不易认定,但是对定性有着非常重要的作用,因为会影响到案件金额认定和定性。

索赔证据——侵权行为造成多大伤害?是直接的还是间接的。通常情况下很难证明损失与获利,法定赔偿由法官裁量,新《商标法》把法定赔偿额调整到300万,

在此范围之内法官可以自由裁量。

2. 证据的取得

发现其他参展企业存在侵权行为,可以有几个选择:公证取证,经过公证采集到的证据效力最高。当事人在有选择的情况下尽可能做公证。诉前证据保全,短短三天时间取证,很多情况未来得及联系公证员就已经撤展,但诉前证据保全可以解燃眉之急。申请法院调查,取证时间非常有限的情况下如何保证取得相应证据?此时需要法院的调查令。申请行政机关取证,广义的取证机关,如进行的知识产权执法的公安局经侦大队,可以作为非常重要的取证主体。

3. 竞争中当事人需要注意的问题

展会特点是产品、人员、时间比较集中,要在这样一个场合解决问题有客观上的难度,首先建议确定保护方案,发现侵权迹象马上以维权方案应对。二是展会过程当中进行信息收集,哪几家同行卖同样产品,哪些产品在技术方面存在侵权,条件允许时通过公证的手段买回侵权产品,以便取证。三是沟通,包括与律师、技术人员、相关部门(如版权局、专利局、工商局)在合法范围之内沟通。四是在展会之后对证据进行评估,按照律师安排有序有选择地进行释放,然后确定索赔方案。

总而言之,展会当中维权,一定要让证据来说话,也应适时地让律师来说话。

瞿 森: 技术交易涉讼案件的应对“找原因、抓重点、重形式”。

1. 争议的原因

首先合同订立环节出现问题,尽职调查不充分是最常遇到的、引起所有纠纷的问题。如大众集团、宝马集团竞购劳斯莱斯汽车公司,最终大众以 8 亿美元价格将劳斯莱斯收入囊中,而最终将劳斯莱斯车推到市场上的是宝马。大众购入劳斯莱斯所有技术工人生产线,但收购范围里并不包括劳斯莱斯商标。而掌握商标权的宝马以大众收购价的 1/10 买入商标。所幸双方握手言合,2003 年之后宝马获得一揽子劳斯莱斯汽车知识产权。

2. 重点争议

近年来大量中国公司赴境外采购技术,而在付款期限上遇到限制。外方律师起草合同,签订合同 5 日内付清款项,实施过程中发现由于外汇政策,企业面临一系列手续,5 日内无法完成付款义务,完全不切合我国实际。

其次,合同履行过程中一方反悔,或者对合同条款理解不一致,或者出现形势变化,包括经济的变化、政策的变化、有第三人出来主张权利、公司经营出现问题,暴露出之前被遮掩过去的问题,都是产生纠纷的原因,当

然还有恶意的情况。

3. 纠纷解决

纠纷解决需注意有相关条款,诉讼、仲裁、ADR(替代性争端解决方式),或其他的解决方式。

关于管辖,如合同指定管辖法院为美国法院,可能面临对方在美国无可执行财产,相应判决在中国又得不到承认的问题;而仲裁条款非常灵活,对选择仲裁方式一定要充分利用仲裁提供给我们的灵活性。

此外,争议解决方式决定证据收集方式,首先考虑证据的作用,再思考如何收集和固定。需强调养成证据的意识,律师发传真,要把传真发送报告归集,法院寄出的 EMS,要将 EMS 单归集,固定有形的证明;电子证据大量通过电子方式完成,电子邮件等方式有没有得到仲裁时候的认可,有没有办法将来得到有用的证据,包括意外的证据,都是事先应当确定的。最后,涉及于域外的证据,要有该国的公证、认证手续。

沈 丽: 在广义的技术交易概念下,技术合同的高发案例集中在技术服务合同和技术委托开发合同。

从市场或者诉讼实务的角度来看,技术开发合同涉及的主体,IT 企业占较大部分。顺着这一思路,较著名的案例有 2012 年北京某涉 IT 服务的技术合同纠纷案件,某软件公司向某科技型企业提供技术服务,合同交易金额 40 万,技术服务内容主要涉及源代码开放和技术服务,案件诉讼过程当中,科技型企业提出反诉,请求要求合同解除。

法院争议焦点主要集中在:合同约定“合作方是某软件公司向某科技型企业开放某源码和甲方现有的服务知识产权,产品知识产权仍归甲方所有”,对于此条款,软件公司认为开放源代码属于提供技术服务,而科技型企业认为提供源代码区别于提供技术服务。

判决未支持某科技型企业提出的合同解除诉请,理由是合同中没有约定合同解除条件,据此法院根据《合同法》判断是否适用法定解除,而合同实施源代码开放或实施服务未规定履约期限,合同履行期限长达三年,法院认为虽然某软件公司未完全提供源代码,且没有提供相应服务,但作为接受方某科技型企业可要求提供服务这一方继续履行合同。

此案中,就合同的措辞、履行期限等反映出来的问题值得律师借鉴。

钱晔文: 今天的交流很有意义,感谢各位律师各抒己见、集思广益的讨论,谢谢大家。●

(本文内容根据录音整理,为嘉宾个人观点。研讨会详细内容可参见东方律师网。)

律工委主任 访谈录 ●文 / 黎明

结合地域特色 提高服务能力 进一步促进奉贤律师业的整体发展

——奉贤区律工委主任翁卫国访谈录

➡ 本届奉贤区律工委自 2011 年换届以来,在市律师协会的领导、在区司法局的监督、指导下,全面完成了市律协布置的各项任务,又结合区域特色和律师队伍特点,在法律服务社会、在服务型政府建设、在提升奉贤律师行业整体发展等方面取得了新的成就。奉贤区律工委准确把握奉贤律师行业的特点,紧紧结合奉贤区的地域特色,从提升整个奉贤律师行业发展的出发点和工作思路,来开展区律工委工作。为此,本刊记者对奉贤区律工委主任、上海理帅律师事务所主任翁卫国律师进行了一次专访。

一、准确把握奉贤律师队伍现状和特点

本刊记者: 奉贤区地处上海市的郊区,可能大家对奉贤和奉贤律师不太了解,能先介绍一下奉贤和奉贤律师吗?

翁卫国: 好的。奉贤区地处浦江南岸、杭州湾畔,幅员辽阔、人杰地灵,经济、文化、生态等各方面建设正蒸蒸日上。相传孔子的弟子子游来奉贤讲学,奉贤人敬奉其贤,遂得名“奉贤”。以敬奉“贤人、贤德”为主要内容的“贤文化”,已深入奉贤人心,蔚然成风。

奉贤律师自律师制度恢复、律师队伍重新建立以来,在奉贤这块土地上,伴随着奉贤政治、经济、文化等各项社会事业的发展,在奉贤“贤文化”的熏陶下,茁壮成长起来。奉贤律师队伍近几年来发展很快,有律师事务所 20 家,执业律师 129 名。分析奉贤律师执业的现状和

特点,我们发现:

一是律师业务主要集中在传统的诉讼、担任企事业单位法律顾问等方面。根据市律协的统计,全市律师服务收入 2013 年诉讼服务收入和非诉服务收入的占比分别约为 40% 和 60%,而奉贤律师诉讼服务收入的比例要远高于非诉服务收入比例。

二是青年律师及外省市来奉执业律师大幅增加。近几年奉贤新增的执业律师几乎全是青年律师和外省市来奉执业律师,青年律师和外省市来奉执业律师的业务拓展问题凸显。

三是由于奉贤律师业务主要集中在传统业务,对于律师团队服务的要求不高,造成奉贤目前律师事务所的规模大多不大,中小型事务所居多,缺乏对律师团队服务要求比较高的服务项目的竞争力。

本刊记者: 一个地区的律师状况往往和当地的经济、文化等社会发展状况相吻合。奉贤律师能卓有成效地服务于奉贤的各项建设中,肯定会有一些你们的特色吧?

翁卫国: 是的。奉贤律师较之中心城区律师虽有不足,但奉贤律师的特质和特长也非常明显:

首先,奉贤律师非常团结。奉贤的律师事务所和执业律师在数量上不多,平时又多在奉贤执业,律师间比较熟悉和了解,相互间形成了法庭上的对抗和法庭下是朋友的“战友”关系。正是由于奉贤律师的团结,使很多综合性的、大型的法律服务项目,能够在区律工委的召集



翁卫国

下,联合几家事务所乃至全区律师事务所来合作完成。

其次,奉贤律师纯朴和上进、律师队伍发展健康。一方水土养一方人。奉贤律师在民风纯朴“贤文化”盛行的奉贤土地上,秉承了奉贤人勤恳、善良、上进、纯朴的职业风范。在奉贤律师身上,都散发着热心公益、服务意识强、服务态度热忱、踏踏实实的工作作风等特质。一些律师业内的不正之风、社会上的不良习气,在奉贤律师身上几乎看不到。

二、把握好奉贤律师的特点,结合奉贤地域特色,努力提高奉贤律师业的整体发展

本刊记者: 奉贤的地域经济、文化等事业在飞速发展,全市律师业这几年也发展得很快。那么,奉贤区律工委在提高奉贤律师业的整体发展以适应奉贤地域经济、文化和上海市律师业的发展态势方



2013年5月,奉贤区人民政府法律顾问团正式成立



奉贤律师“法律进社区”活动启动仪式

面做了哪些工作?

翁卫国:奉贤律师在面对高速发展的奉贤经济文化建设和上海市全市律师业,强烈地意识到现代法律服务市场对律师服务业的要求也在不断提高。奉贤律师只有与时俱进地努力提高自己的法律服务综合能力,才能顺应现代法律服务市场的需求,才能跟上全市律师行业的整体发展进程。为此,区律工委首要的工作就是以修炼律师内功做起,从提升奉贤律师行业整体发展的高度出发,开展区律工委的各项工作。

本刊记者:您能给我们谈谈奉贤区律工委的具体做法吗?

翁卫国:我们的具体做法有:

一是请进来、走出去——提高奉贤律师的责任心和应对现代法律服务需求挑战的意识。

“生于忧患,死于安乐”! 勇于面对挑战并奋起努力,需要奉贤全体律师的共同认识和追求。2013年,奉贤区律工委以请进来、走出去的方式,开阔奉贤律师的眼界,提高对现代法律服务挑战的认识,表明提升奉贤律师业整体发展的决心。区律工委先后请来法律专家、其它行业的精英,来奉贤给奉贤律师介绍上海市律师行业发展的状况,介绍目前法律服务市场的需求等。特别是市律协盛雷鸣会长和厉明监事长在和奉贤律师的交流中,指出的对奉贤等郊区县律师存在的不足、对现代法律服务市场的飞速发展状况的介绍、对现代律师服务理念的认识等,都深深地引起了奉贤律师的共鸣。

“他山之石可以攻玉”。去年,区律工委组织了部分律师事务所主任和律师走访了徐汇的“律师之家”、杨浦的“中小事务所联盟”,见识了徐汇“律师之家”的业务研讨和专研意识,学习杨浦“中小事务所联盟”的事务所管理、建设、发展的经验。每一次走访和学习,无不触动着奉贤律师的职业敏感;每一次走访和学习,都让奉贤律师看到了自己努力的方向,树立了迎接现代法律服务需求挑战的决心和勇气。

二是积极参与与区内其它行业协会、组织的联动和共建,了解现代法律服务市场,拓展奉贤律师的法律服务平台和社会影响力。

区律工委意识到,律师只有走进市场、了解市场,才能更好地服务市场。几年来,区律工委分别与奉贤区南

桥镇女企业家联谊会、区总工会、区工商联、区私营企业协会、区侨联等其它行业、组织、协会建立了多种形式的合作和共建。指派区内女律师参与该联谊会组织的定期女企业家、女律师间的交流、考察等活动;指派具有劳动法专长的律师事务所和律师参与总工会的每周咨询值班;与区侨联共同设计、打造每年3月的侨法宣传月活动等。去年下半年,区律工委又与区金融产业园区签署了合作共建协议,设立“南上海律师产业园”,争取把“南上海律师产业园”逐步建设成为奉贤律师与奉贤金融企业间交流互动的平台。

奉贤律师在与区其它行业协会、组织的合作联动中,表现得积极主动、专业和敬业。奉贤律师的高昂热情、活跃的法律和专业知识,获得了其它行业、组织、协会的认可和推崇。这样的合作和联动,既让奉贤律师了解了现代法律服务市场的需求,也让市场了解了奉贤律师,扩大了奉贤律师的社会影响力,拓展了奉贤律师的社会服务舞台。区律工委将继续推进与这些行业组织的共建,并继续不遗余力地拓宽奉贤律师与其它行业组合的合作平台。

本刊记者:律师队伍建设和律师行业的发展,均离不开对青年律师的培养。请问奉贤的青年律师工作开展得如何?

翁卫国:奉贤区律工委非常注重青年律师的培养,以夯实奉贤律师业发展的基石。奉贤的地域经济状况、产业结构等客观条件,长期以来使奉贤律师业形成了事务所规模小、法律服务领域局限等特点。奉贤律师业的现状与全市律师业的集约化、专业化的发展趋势有一定距离。提高奉贤律师业的整体服务能力是当务之急,而提高奉贤律师整体法律服务能力、提升奉贤律师行业发展,乃至使之后继提速,青年律师是主力,青年律师的培养是关键。区律工委有义务、有责任为奉贤律师业的后续发展做出一些思考和贡献。

2013年4月,奉贤区青年律师联会在区律工委的倡导和组织下成立了,标志着奉贤青年律师的培养和发展进入了有序的规划性建设中。青年律师联谊会团结了全区的青年律师,商讨青年律师的培养和发展大计,共谋奉贤律师的明天和未来。青年律师联谊会成立以来,已举行了多场关于执业理念、专业培训、学术交流等

活动,极大地提升了青年律师们的存在感、责任感、使命感,增强了青年律师的自信心、上进心。去年下半年,区律工委会同青年律师联谊会,酝酿产生设立了各业务研究委员会,由青年律师担任主任挑头、资深律师担任顾问协助,推动青年律师在专业业务上的培养,并为设想的今后与市律协各业务研究委员会的衔接和联动奠定了基础。

奉贤律师业的发展,应当从每一名律师做起。前辈律师是引领,青年律师是主力,律工委是组织者,责无旁贷。

三、结合地方经济特色,服务地方经济建设

本刊记者:有好多律师在讨论:律师执业有没有地域性。中心城区的律师大多说:没有,因为律师执业没有地域限制。请问您是如何看待这个问题的?

翁卫国:我的看法是:有。中心城区律师执业的地域界限模糊,可以忽略不计,而郊区县律师执业的区域概念还是比较强的。所以,为奉贤经济建设提供法律服务和保驾护航,既是奉贤律师的责任,也是奉贤律师业务市场的主阵地和业务拓展的基础。

本刊记者:据我们了解,奉贤律师在法律服务奉贤

的地方建设中,开展过一些具体的活动,给我们介绍一下吧。

翁卫国:向大家介绍和汇报两项我们认为在地方建设中取得的效果不错的专项行动吧。

一是奉贤律师法律服务中小企业转型发展专项行动。奉贤区的经济产业结构中,以私营企业和中小企业居多,在奉贤经济建设中占有较大的比重。为奉贤区的私营企业、中小企业提供更多的优质法律服务,也是对奉贤经济建设的重要贡献。2012年,奉贤区人民政府为加快推进奉贤的经济发展,颁布了《关于快速推进中小企业转型发展的若干意见》。区律工委在区司法局的指导下,迅速作出反映,制定了《奉贤区法律服务中小企业专项行动方案》。区律工委向全体律师事务所以及律师作了《围绕中心、服务大局,充分展示律师的社会职能》的动员和部署;组织资深律师和专家律师来梳理中小企业转型发展中涉及的专业法律知识和相关法律法规;组织力量为在服务过程中遇到的疑难问题进行个案分析和会诊;组织律师到企业去进行法律宣传等送法上门的举措。奉贤律师在此次法律服务中小企业的专项行动中,增进了奉贤律师和企业间的广泛交流和沟通,增加了彼此的相知和信任,为奉贤中小企业的转型发展、为奉贤的地方经济建设,作出了奉贤律师的贡献。

二是奉贤律师全面参与“金汇大居动迁”法律服务。奉贤律师全面地、广泛地、深入地,为“金汇大居”动迁提供法律服务行动,是很值得大书一笔的。“金汇大居”动迁基地,是上海市政府设立的为全市提供动迁安置房的大型基地之一,动迁涉及企业1000余家,农户3000余户。为“金汇大居”动迁提供法律服务,是由上届律工委和本届律工委延续组织完成,历时3年。奉贤律师参与了前期政策的制定、宣传,参与了动迁签约前的动员、咨询,参与了动迁个案的调解、指导等整个动迁的全过程。区律工委动员了全区律师事务所,并组织了全体律师集体参与。区律工委组成了指导小组,按村为单位将任务分配到各律师事务所,有计划、有步骤地组织完成。

“金汇大居”动迁法律服务项目,是首次以区律工委的名义与法律服务对象签署《法律服务合同》,是首次由区律工委组织的有全区律师全部参与的法律服务项目,是首次由区律工委代表全区律师实施有偿法律服务的行动。奉贤律师为“金汇大居”动迁提供法律服务的行动,体现了奉贤律师的团结和凝聚力,开创了奉贤律师以区律工委为单位完成有偿法律服务的先河,并为今后的此类有偿法律服务项目积累了经验,也弥补了奉贤律师事务普遍规模较小而对重大法律服务项目缺乏竞争力的缺陷。奉贤律师全面参与“金汇大居”动迁



奉贤区律工委召开律所主任暨年度工作会议



奉贤区律工委与市协劳动法业务研究委员会共同举办大型法律咨询活动

项目,大大推进了该项目的动迁进程,为奉贤“金汇大居”动迁安置基地的建设作出了不可磨灭的贡献。

据区律工委不完全统计,由奉贤律师担任常年法律顾问的企事业单位不下 500 家,奉贤律师在为奉贤地方经济建设保驾护航中正发挥着越来越重要的作用。近期,奉贤区内上市公司——超日公司发生了全国首例公司债违约事件,区律工委也已在区司法局的指导下,组织力量介入纠纷的预防、咨询等工作。

四、以区政府法律顾问团的成立为契机,推动奉贤律师在服务性政府建设中的作用

本刊记者:听说去年奉贤区区政府法律顾问团也成立了,请您简要谈谈这方面的情况。

翁卫国:奉贤区的政府法律顾问团因一些客观原因,较之其它区县成立得比较晚。好在区政府法律顾问团终于在区司法局、区律工委的长期不懈努力争取和推动下,于 2013 年 5 月正式成立,并举行了隆重的成立仪式。区政府法律顾问团成立后,已经承接了区政府主要领导交办的“行政执法下移”“违法违章建筑处置方案”等项目的专项研究任务。每一项任务,都由区律工委牵头,认真负责,组织专业律师多次开展研讨会,及时向区相关领导及相关部门提供专业意见,出具书面法律意见书。主要由本区律师组成的区政府法律顾问团自成立以来,已获得了区领导和区政府相关职能部门的一致认可和信任。去年年底,区政府法律顾问团的经费也顺利得到了落实。

现在,奉贤区各级政府机关、职能部门对律师的作用愈发重视,大多聘请了奉贤律师担任常年法律顾问,有效地推进了奉贤服务型政府的建设。

五、做好律工委工作的体会

本刊记者:正像您介绍的,奉贤区律工委在这几年中,在提高奉贤律师业的整体发展、服务地方经济、服务服务型政府建设等方面做了很多工作,成绩也很明显。您作为区律工委的主任也请谈谈做好律工委工作的体会吧。

翁卫国:这几年,奉贤区律工委在完成市律协布置的各项工作外,在结合奉贤区的实际情况开展律工委工作方面确实取得了一些成效。这些成绩的取得,与以下几个方面密不可分。

一是区律工委的工作必须依赖全体律师事务所和全体律师。区县律工委是市律协的派出机构,市律师协会是律师的自治组织。区律工委只有能够代表和体现全体律师事务所和全体律师的意志,它才有生命力和感召力。本届区律工委主要由奉贤区的律师代表组成,市九

届律师代表大会中的奉贤律师代表是通过全体律师无记名投票民主产生的,得票多者当选。所以,律师代表是全体律师的代言人,区律工委要成为律师之家。为团结和凝聚全区律师事务所和全体律师,区律工委长期以来,坚持在有限的经费中拨出一部分,每年分两次,组织和补贴区内律师的旅游。2013 年起,区律工委又组织区内女律师进行妇科体检。区律工委几年来的工作和取得的成绩,无一不是得益于奉贤律师们的团结和支持。

二是区律工委的工作一定要得到区司法局的配合和支持。从区司法局对律师的行政职责来说,区司法局仅是具有行政管理、监督的职能。但区司法局相较于行业协会的区律工委来说,具有一定的政治身份和行政地位。区律工委的工作除主动接受区司法局的行政管理和监督外,同时要配合好区司法局的司法行政服务工作,更要借助区司法局的平台,来开展自己的各项工作,提升律师的社会参与度和影响力。奉贤律师这几年所参与的如法律服务中小企业专项行动、服务“金汇大居”动迁项目,都是在区司法局的大力支持和指导下进行和完成的。区律工委和其他行业协会、组织间的互动,也都缺少不了区司法局的大力推动。而区政府法律顾问团的成立和工作的开展,更是在区司法局的直接领导下才能得以实现。

三是区律工委委员要有奉献精神,区律工委建设要制度化。诚如前文所言,区律工委要成为全区律师的律师之家,其开展工作离不开全区律师事务所和全区律师的支持。那么,必须要使区律工委富有强烈的存在感,这样它对全区律师才会有感召力。为此,本届区律工委强调律工委委员的奉献精神,要求律工委委员首先要具备为全体律师服务的意识,有自觉奉献时间、奉献精力而毫无怨言的牺牲精神,有相互团结、不谋私利的品格。区律工委也逐步建立了会议制度、议事制度等,把区律工委的工作做成常态化、制度化、规范化。

本刊记者:看来您对做好奉贤区律工委的工作很有心得,相信您对奉贤的律师事业也很有信心吧。

翁卫国:律师是个有潜力、有发展前途的职业,奉贤区律工委有信心带领全区律师不懈地走在全市律师业发展的前进道路上,有信心带领全区律师紧紧地融入在全市律师的大部队中,有信心让奉贤律师因为自己是一名律师、一名奉贤律师而感到自豪。为此,区律工委还有很多工作需要去做,需要我们更加地努力。

借此机会,也拜托市律师协会、兄弟区县律工委和全市律师事务所、律师,给予奉贤区律工委的工作和奉贤律师更多的关心和支持。●

香港大律师之窗 ●文 / 萧淑瑜

主问、盘问、覆问—— 从证人口中攫取的证据



萧淑瑜：香港执业大律师、香港大律师公会会员、福利委员会委员、香港大律师公会新晋大律师委员会委员

笔者在去年夏天，曾有幸访问上海律师会，与上海青年律师见面交流。其中一位上海同行提出，作为香港新晋大律师，如何看待法庭工作和辩论工作的不同。当时笔者回答道，诉讼工作和辩论的最大分别，在于审讯期间需要和不同的人沟通交流，不单要说服法官，更要和来自不同背景、职业、年龄、阶层的证人们有良好交流，以取得对己方有利，或能削弱对方主张的证供。

在香港法庭，无论刑事或民事案件，证人都需要出庭作证，其供词才能为法庭所接纳。证人需要受到盘问的测试，在盘问之下，到底其证供是仍然坚定稳固、不受动摇，还是会出现自相矛盾之处、无法自圆其说？

每一位证人作证前，均需于庭上宣誓其所作之证供均属真实及为事实之全部，之后方能开始作证。而每位证人作证的过程可分为三个部分：

一、主问

证人一方的律师（如属刑事案件中

的控方证人，则由检控官发问）发问，以协助证人说出其证供，在此部分律师不得以引导方法、或是非题等方式诱导证人作答；民事诉讼中，因双方早已交换过书面证人供词，而法官亦有机会参阅，故大部分主问时间证人均会采纳其书面供词，在法官批准下以简短口头补充书面供词的不足或更新。但在刑事案件中，法官不能事先阅读控方证人供词，证人需要从头到尾，把事件以口述方式说明一遍。

在主问这方面，于刑事案件遇上的困难比较多。刑事案中的控方证人大致上可分为市民证人及执法者证人（如警察、入境处职员、海关关员及廉政公署人员等）。执法者证人均受过法律训练，一般来说比较熟悉法律程序，故此若作为检控官，在主问时不会遇上很大困难，但市民证人则不然。市民证人可能是案件受害者或目击者，大部分均是初次到法庭，不了解法律要求及程序，检控官需要花更多时间，协助证人说出台情。而且市民证人的年龄、背景、教育程度各有不同，牵涉的案件种类五花八门，要成功带

出案情，律师不能只有法律知识，更要对各行各业，社会上的变化都有一定的掌握，才能做到和证人有良好的交流。例如不同背景证人对同一事物的不同称谓、俗语、甚至是粗言秽语，作为律师，都必须要有理解及掌握，方能顺利由证人口中，带出己方案情，及协助法庭理解事发经过。

有时候，主要是在有陪审团的案件中，于证人说出台情前，检控官会先作开案陈词，阐释案情及将会传召的证人及其角色，但检控官所述只是「法律陈词」（submissions），而非「证据」（evidence），法庭只能够接纳由证人口中说出的事实，作为裁断的基础。

在主问带出一方案情后，另一方的律师就可对证人的证词提出盘问。

二、盘问

对方的律师对证人的口供提出质询，如证人说谎、作供不尽不实、供词不合常理、前后矛盾，盘问都能暴露这些证据上的缺陷。

盘问时，对方律师可巨细无遗地检

视、测试证人供词。透过不同的问题,以测试证人所述是否属实。若在盘问时能揭示证人证供的不足或缺陷,例如其证供前后矛盾(inconsistency)、其供词有内在不可能性(inherent improbability)及可能是近期捏造(recent fabrication)等,其证人可信性及可靠性将大大降低,而法庭亦难以接纳其供词。

盘问期间,律师多以是非题发问,目的是限制证人回答的内容,以及预测证人将会作出的答案。证人的答案被限制在“是”及“否”之间,但是否二字未必能准确交待事实全部,那么,证人就要待覆问之时,由己方律师“出手相助”。

三、覆问

覆问是证人作供的最后部分,由己方律师(如属刑事案件的控方证人,则跟主问一样,由检控官发问)作出提问,以澄清证人在盘问当中的答案。但覆问并非再一次主问,覆问期间不得提出新的案情或事实,只能澄清一些在盘问期间混淆了的情节;而且覆问和主问一样,律师不能以引导方式发问,只能以开放式问题(open-ended questions)协助证人澄清事实。

除了双方律师,法官也有权提出问题,以澄清一些证人表达不清楚的地方,或一些法官认为重要的议题。不过,尤其是在刑事案件的审讯,一般皆不鼓励法官作出过多提问,因此举有着法官“进入竞技场”(step into the arena)之嫌,难免造成一方觉得不公,严重的情况,更可成为一个上诉理由,推翻裁决。

当然,在取证原则上,民事案件和刑事案件的要求还是有所不同的。其中一项较大的不同,就是对待“传闻证供”(hearsay evidence)的方法。

刑事案件中,可以说除了极少数的例外情况(最常见的是被告人对执法人员作出之招认),一般均不接纳传闻证

供。亦即是说证人不能以“道听途说”的数据作供,其证词必须来自其所见所知。

反之,在民事案件中,证人可引述他人的说话,及引用其撰写者没有出庭作供的文件,作为自己证供一部分。

有些人认为,证人上庭作供费时失事,遇上复杂案件,如较大规模的公司股东纠纷、架构繁复的商业犯罪、证人众多的孩子抚养权争夺、甚至家人亲属之间的遗产执行,证人作供可能数以天计,甚至出现以月计的时间,致令审讯日子不停延长,良久未能得到裁决。为何不可以书面的证词代替呢,那不是简单有效得多吗?证人在签署书面证词时亦需宣誓以证并无虚言,那何故要多此一举令其于庭上宣誓,把书面证词再说一遍呢?

因为,书面证词由律师草拟,律师把当事人的指示整理,去芜存菁,往往能完美地嵌入法律要求当中。但事实并不尽然反映在书面供词上,一些背景资料,一些被去掉的细节,皆有可能由证人口中说出。这些关键性乃至决定性的事实,也许连当事人律师也并未为意,但却能在盘问之际带出。

然而,盘问的方向亦并非绝无限制,任由律师天马行空,所问问题必须与案情或案中须裁定的要点有关。除此之外,法庭亦对特定某些证人有着不同的保护措施。例如在性罪行中的受害人,辩方除非有理由说明和被告人有关,否则盘问不得揭露受害人性方面的过去历史,一方面不得让辩方以受害人之经历作为诋毁其可信性的证供,另一方面保护受害人的身份及私隐,从而鼓励受害人挺身而出指证侵犯者。

又例如,假若在刑事审讯中,控方证人有刑事纪录,例如不诚实的罪行,或和案件相关的罪行(如控方证人指证被告人不小心驾驶,但控方证人本身有多次交通相关的定罪或罚款纪录),辩方可

以决定是否于盘问时,在庭上把证人的刑事纪录揭露,以加强其辩护理由,又或削弱控方证人的可信性可靠性,使法庭不接纳其证供。值得一提的是,刑事案件中在定罪之前,为了避免先入为主,让被告人得到一个公平的审讯,法官都不会得悉被告人的刑事定罪纪录。但如若辩方攻击控方证人的品格,亦即以揭露刑事纪录来削弱其可信性,则控方亦可以于盘问时揭露被告人的刑事纪录。

另外,证人于庭上作供,而不是单单以书面供词作证据,可让法官/陪审团观察其言行举止、作供神态、对问题有否回避、有没有顾左右而言他等等,这些都是书面供词看不到的。一个证人如作供内容真实,理应能直接诚实回答对方问题,在盘问下亦不受动摇;但假若其供词内容避重就轻,捏造事实,则于被盘问时理应无法圆谎,出现前后矛盾,又或回避问题等情况。

证人出庭作证,的确增加了法庭行政工作,延长了案件的审讯时间,假如证人身在外地,那要求证人来港作证就更加困难了。但随着国际间关系密切、不论是经贸、家庭或刑事案件都有着越来越多的国际因素,法庭在这方面已有不少配合措施。除了亲身到境外取证,高科技如视像通话作供等对法庭取证的帮助亦变得不可或缺。可预见在国际间交往越来越频繁的情况下,对这些取证方法的需求只会有增无减。

纵使会使审讯时间延长、法庭行政工作加重,但证人出庭作供(live witness)对法庭了解案情事实有着非常重要的作用,使与讼各方都能有机会阐述己方案情、测试对方证供,获得一个公平的审讯及裁决,耗费了司法时间及资源亦实属无可避免。为了取得平衡,现时法庭已有不少实务指示及其他措施,可有效地节省证人作供时间,但这则是另一题目,在此不作详述。●

视角

●文/唐文华

严堵宽疏 群治群租

——依法整治群租的探讨



唐文华：上海市嘉华律师事务所律师

群租是近年来社会经济管理各种因素引发的一种社会现象，是市场经济发展中阶段性矛盾的产物。由于这种社会现象的迅速蔓延（尤其在北京、上海、广州等大城市更为突出和严重），已成为政府和社会各方高度关注的市场经济问题和社会管理问题。如何统筹协调因群租所折射出来的各种社会、经济、管理关系，有效解决由此而产生的突出矛盾，应该是政府及有关部门、相关当事人和社会各方共同依法参与城市治理的实践性课题。

一、群租的要素解析

1. 群租的定义和表现形式

群租，是指出租人或转租人将原一套或一间住房，违规改变房屋结构和平面布局、将房间分割改建成若干小间分别按间或按床位出租给两个以上承租人居住。

群租的表现形式：一、大都是由转租人（二房东）租下一套房按自然间分别出租；或简单间隔成若干个小房间后再分别出租；或直接摆下高低床住进好几个陌生人，成为实质意义上的集体宿舍或家庭旅馆；二、是由出租人将房屋分别向两个以上转租人或承租人出租，并订立两个以上租赁协议；转租人将承租的房屋全部或部分再转租给两个以上承租人，并订立两个以上转租协议等。

2. 群租的社会问题和突出矛盾

（1）过度占用原住宅内的社会公共资源。在群租的情况下，原来一户一套独

用的水电煤等生活设施变成了共用设施，楼内的电梯等或小区内的社会公共设施承载着远远大于原设计指标的使用压力。

（2）存在严重的治安、消防、公共卫生和房屋安全的隐患。群租房内往往存在违规拆除房屋承重墙、私自改变厨房、卫生间、阳台和地下储藏室等非居住空间，生活空间非常狭小，电线水管到处乱拉，废物满地、污水横流，存在严重的治安、消防、公共卫生和房屋安全的隐患，成为偷盗盗窃、火灾险情、流行疾病的多发之地。2007年，松江一群租房火灾致7名外来群租客死亡；今年5月1日发生在龙吴路的火灾，导致两名年轻消防战士牺牲，就是血的教训！

（3）相邻关系紧张、纠纷诉讼不断，直接影响文明城区、和谐社会建设。群租使居住小区正常的居住生活秩序遭到了严重扰乱，乱扔垃圾、随地吐痰等，使居住环境日益恶化；同时，进出人员混杂、有的群租房甚至成为违法乱纪滋生和藏匿之地；特别是成为某单位的集体宿舍后，陌生人频繁进出、电梯上下一刻不停，楼内乱停车，深夜梳洗、嘻闹，弄得邻居无法安宁，苦不堪言。群租使相邻业主之间、出租人、转租人、承租人之间的纠纷不断。据法院统计，近年来诉讼不止，且大幅增加。与文明城区、和谐社会建设要求格格不入。

3. 群租的起因和演变

（1）外来人员的居住需求为群租提供市场。随着我国城市化快速发展的进

程和地区、城市、城乡之间的差异及发展的不均衡性，大量的农业人口迅速向城市流动。这些人口的流动，为城市提供了丰富而廉价的劳动力资源并创造了大量财富。但是在获取和享受丰富劳动力的同时，城市内单位土地面积、公用设施、公共产品等所承载的人口压力随着时间的推移变得越来越大。外来务工人员除了在城市工作学习，还得居住生活，其中一部分人可能在城市长久居住。

群租对象即群租客主要由这样一些群体构成：一是外来务工人员，以个体或家庭形式承租群租房；二是单位聘用人员，由用工单位出面为员工承租或员工合伙承租；三是学生，由几个同学合伙在学校附近合租一套住房。其中第一、二类人员占绝大部分，他们收入不高，对生活质量的要求很低，吃得起苦，对住房的要求更低，只求能住得下，往往以高密度蜗居群租房为无奈的选择。群租房正是因为有需求，能供应，便逐渐滋生有市场。

（2）市场可供租赁产品的尚不完备使群租屡禁不止。随着城市旧区改造的加快，市区内能适合外来人员居住的小旧房子越来越少了；城乡结合部的农民房也在城市建设拓展中大幅度减少，单位特别是服务行业自有职工宿舍几近为零，租房市场供需缺口加大。又因2000年以来全国房地产市场持续旺盛、房价攀升，既刺激了商品房投资性消费热潮，为租赁市场提供了重要房源，又拉动了房屋租赁价格居高不下，使外来务工人

员等望而却步。

群租房的来源主要有两类构成：一是业主投资性购买的商品房；二是业主因动拆迁获得的安置配套商品房。这些业主或是等房价再涨博取利益最大化；或是通过租赁经营牟取长远利益；或是以租房待限售期届满再出手。

由于市场的需求和居住低标准能压低房租，从而萌发了将原住房分割出租的群租方式。因群租比合租或单独出租能获取更高的收入，便被纷纷仿效。在群租的利益驱动下，产生了两批专业推手：一是一批二房东专门从事群租业务。他们从业主那里租下房子分割后转租，赚取巨额差价。甚至结盟抱团，威胁物业和业主，致使一些业主房屋被群租而难以收回。二是一批不法中介催化撮合捞取中介费，使群租从集体合租、分割出租、旅店式经营到家庭宾馆等，迅速蔓延开来，从而引发各类问题和矛盾日益严重。

(3) 法规管理的滞后缺失使群租有机可乘。1999年12月27日，上海市人大常委会颁布《上海市房屋租赁条例》第三十条规定“承租人在承租房屋内擅自搭建的房屋不得转租”，但在行政执法中因该规定过于原则而难以落实。2004年8月市政府发布《上海市居住房屋租赁合同管理实施办法》，其中第八条对于人均承租面积标准进行了规定，人均建筑面积不得低于10平方米，或者人均使用面积不低于7平方米。那时候上海没有那么多高价新楼盘，也没有群租现象，只是对集体宿舍作出了规定，而且也没有处罚办法。2006年，上海群租乱象引发立法之争，3名律师提出建议书呼吁对群租行为设置可操作的制裁措施。但有关专家和立法部门认为，还要待条件成熟后才能决定。2007年6月，市政府发布了《上海市加强住宅小区综合治理三年行动计划（2007-2009年）》，提出将在3年内基本消除群租隐患。2011

年2月1日，住房和城乡建设部出台《商品房屋租赁管理办法》，对群租房进行了规范，但具体标准由各地规定。2011年6月20日，市政府发布了《上海市居住房屋租赁合同管理实施办法》，制定了关于群租的认定标准，随着整治的开展，一定程度上抑制了群租的滋生蔓延。但群租如同“顽疾”，监管一旦放松，群租又死灰复燃。究其根本原因还是市场需求，在当今高房价、高房租、缺乏有效供给产品之下，群租可说是“无奈而必然”的选择。

4. 群租的定性和认定标准

(1) 群租是一种擅自“居改非”经营家庭旅馆的行为。

所谓“居改非”是指将房屋的居住性质改为非居住性质。现行法律规定，擅自“居改非”属违规行为。

(2) 群租的认定标准。

现五种情形之一即可认定群租：①将单位集体宿舍设在住宅小区内；②将一间原始设计为居住空间的房间分割、搭建后出租，或按床位出租；③将原始为厨房、卫生间、阳台和地下储藏室等非居住空间，出租供人员居住；④任一出租房间的人均居住面积低于5平方米；⑤任一出租房间的居住人数超过2人（有法定赡养、抚养、扶养义务关系的除外）。

二、整治群租的工作机制

今年5月1日起，新修订的《上海市居住房屋租赁合同管理实施办法》（以下简称《管理办法》）正式实施，同时，市综治办等十部门联合制订《关于加强本市住宅小区出租房屋综合管理的实施意见》（以下简称实施意见）。《管理办法》和《实施意见》为进一步加强本市出租房屋的安全管理，加大对群租等突出问题的综合治理力度，提供了有力的法律依据和明确的工作指引。

1. 树立共同治理、堵疏结合的整治理念

城市生活共同体的有效运行，需要发挥每一个组织、每一位市民的作用，让广大市民参与城市治理，成为城市政府的伙伴和助手，这既是时代要求和世界潮流，也是宪法和法律赋予他们的权利，是运用法治思维和法治方式解决改革发展难题的表现。

就整治群租而言，是城市治理的系统工程的一部分，需要多主体有机、多种方式有依据的现代守法、执法理念和制度，才能更有效地维护城市形象、疏导市场需求、推动区域经济和社会发展，实现法律效果和社会效果的统一，这是行政管理创新和社会管理创新的共同要求和契合点。

2. 制定既接地气、又可操作的整治措施

(1) 机制落实。区县、街道（镇）两级建立和完善整治群租工作联席会议制度，并形成和完善综治办、法院、房管、公安、工商、税务、规划、城管、卫计、司法等相关职能部门各司其职、协同配合、依法处置的工作机制和综合协调机制。

(2) 宣传落实。充分运用发放宣传资料、专项会议、专题讲座、定点定时法律咨询解答、公告举报电话、乃至上门服务等各种方式，经常性地对广大业主、出租人、转租人、承租人、房地产经纪机构和经纪人等进行相关法律法规宣传、整治群租目的意义和重要性宣传；以案例为教训、寓教育于宣传，启发提高广大居民遵纪守法意识和依法维权觉悟。通过一系列的普法宣传，努力营造舆论先行，将法律武器授之于民；引导租赁当事人在签订租赁合同前对对方资格身份的审查、签订时对合同内容的核查、签订后对履行情况的检查，以免群租对其利益的损害。

(3) 人员落实。街道可配备专管员，勤学依法行政，条块结合、及时了解、确实掌握本辖区内群租的基本情况，

指导监督小区物业排摸群租隐患,安排志愿律师等开展法律宣传咨询等,接受居民反映或投诉,以点带面,分类整治,对隐患严重、居民反映强烈的突出问题,由街道组织职能部门联合执法。

司法部门可会同律师行业组织,在为政府领导及各有关部门提供依法行政、执法服务的同时,组织专业律师志愿服务团进小区定点定时开展法律咨询解答、居民依法维权告群租和出租人依法解除房屋被群租羁绊等法律服务,为小区物业、居委会和街道等整治群租提供法律支持。

(4)奖励落实。鼓励居民积极反映或投诉群租相关人;对实名投诉人要予以保密和保护,经核查投诉属实的应给以一定的奖励;对与群租等违法违规行为作斗争,且事迹突出的居民或工作人员应给以必要的奖励。

3、落实分工配合、流程清晰的整治工作

(1)发现受理。广大居民发现群租,可通过举报电话、短信网络、来信来访等各种方式方法,向所在街道或房屋管理部门投诉群租事宜。小区物业、业主委员会、居委会等发现或接到居民投诉群租的,物业人员应会同有关人员依法对被投诉的对象和房屋进行初步调查,予以劝阻、制止无效的,应当在24小时内报告业委会和有关行政管理部门。区县各部门应依托“大联动、大联勤”等各类平台,及时受理居民投诉和基层上报的群租问题。

(2)核查认定。房管、公安等部门受理群租案件后,应在规定时间内上门核查取证;还可以通过对房屋面积信息、实有人口信息进行比对的方式,帮助认定群租。要克服进门难、取证难、执行难等各种困难,重点针对二房东、黑中介,查明相关人与事。打击群租不是单纯赶人,认定群租后,也应采取人性化操作方法,

通过说服教育,让转租人和群租客自己拆除设施并搬家;检查整改情况,帮助进行善后。

(3)责令整改。对经教育仍不自行整改的,由街道(镇)协调相关部门,针对不同的违规行为,向租赁当事人出具《责令限期整改通知书》。责令整改期间,相关工作人员仍应主动关心整改情况,视情帮助整改及善后。

(4)行政处罚。对逾期不整改的违规行为,由相关部门依据各自职责,依法作出行政处罚决定。如责任人拒不履行,向人民法院申请强制执行。

对群租的处罚:①租赁当事人违反群租规定的处罚1万元以上10万元以下;对出租人在履行处罚决定前限制其房屋买卖,同时将处罚信息作为其不良记录,纳入本市公共信用信息服务平台;对转租人因违规行为抗拒执法的,由公安部门依法处以警告、罚款,直至拘留,受到行政处罚的,除记入信用档案外,还将建立“黑名单”抄告相关部门加强监管,并在房地产经纪行业内进行通报,不得为“黑名单”上人员居间代理房屋租赁业务;对承租人在群租整改前,将暂停办理承租人的居住房屋租赁合同备案、居住证和临时居住证等手续。②房地产经纪机构违反规定的处罚3万元以上10万元以下;③出租房屋不符合治安、消防等标准和要求的,由公安部门责令改正,并可处以1000元以上3万元以下罚款;出租人集中出租房屋达到一定规模,未落实相应安全管理责任的,由公安部门责令改正,并可处以1万元以上3万元以下罚款;造成严重后果的,处以3万元以上10万元以下的罚款。

(5)司法协助。鼓励业主或相关权利人对违规行为人以相邻妨害提起民事诉讼,需要向街道或有关部门申请给予《责令限期整改通知书》或《行政处罚决定书》复印件的,街道或有关部门可



予以配合;志愿律师可予以帮助。建议法院对涉及群租案件的审理,适用简易程序,认定《责令限期整改通知书》或《行政处罚决定书》(复印件)为对违规行为不利证据,依法从快处理纠纷;对向人民法院申请强制执行的案件,依法从快执行。

4、探索市场为主、疏导调控的整治新路

一方面,应加快通过公租房、廉租房、保障性住房等方式多条腿走路,逐步增加供给量、扩大覆盖面,适当放宽外来务工人员申请公租房条件,缓解市场供需之间的矛盾。另一方面,政府以优惠政策为导向,让企业、社会、个人各方携手,充分挖掘闲置资源,为这些中低收入人群修建专门的公租房、集体宿舍。这样的公租房、集体宿舍面积不宜大,建好基本的配套设施即可。这方面,香港地区、新加坡,本市静安区都有公屋、组屋、宿舍的经验可供借鉴。还可发挥国企作用,集中收租部分空置房闲置房后规范化经营出租等。多方面多渠道提供“夹心族”“蚁族”们有适当的栖居之所。●

案例精析 ●文 / 段崇雯

一起“实用新型专利侵权案件”的启示

案情简介

原告系某 A 实用新型专利权人, A 实用新型专利旨在保护某拉升设备, 其权利要求书的独立权利要求保护了包含若干技术特征的拉升设备, 被告系从事同类行业技术服务的厂家, 在提供技术服务中也需要使用同类的拉升设备 B。原告得知被告正使用 B 设备在外地某工地进行施工, 原告通过观察被告使用的 B 设备发现 B 设备与本方 A 实用新型专利比较相似, 原告认为被告使用的拉升设备涉嫌侵害其 A 实用新型专利权。原告立即委托公证处通过公证取证, 对存放在外地的 B 设备的结构进行了公证, 拍照确定了 B 设备的技术特征, 后到法院提起诉讼, 要求确认被告使用的拉升设备 B 侵害了原告的 A 实用新型专利, 要求被告停止使用设备 B 并赔偿原告损失。

争议法律焦点

本案争议的法律问题焦点主要集中在以下几点:

1、被告使用的拉升设备 B 是否侵害了原告的 A 实用新型专利? 如何判断存在侵害专利权行为?

2、如果构成专利侵权行为的, 原告可以获得哪些方面的赔偿?

律师评析

本案虽为比较常见的专利侵权纠纷案件, 但是对于是否构成专利侵权的判定涉及到技术特征的比对等, 较为复杂。作为原告代理律师, 在诉前多次与原告一起分析被告的 B 产品包括的技术特征, 由于某些技术特征并不与原告

专利完全雷同, 需要分析是否构成相似的技术特征, 且仅根据 B 设备的照片进行比对, 而非被告 B 设备拆卸零部件进行比对存在着一些盲区, 且该设备非量产设备, 无法从被告处购得, 故很难直接单方面确认是否构成专利侵权。当然, 如果庭前能够得到一份关于 B 产品是否侵害 A 专利的司法鉴定结论书对于诉讼而言是比较有利的专家意见, 但是原告考虑到单方委托司法鉴定不一定能够得到法院和被告的认可, 同时存在着通过照片比对而非具体零部件比对的盲区, 且鉴定费要花费数万元, 故原告还是坚持到法院诉讼后, 根据法院诉讼进程进行司法鉴定。

原告要求被告赔偿的范围包括两大方面, 一是侵权损害赔偿金; 二是原告为制止侵权的合理支出, 包括律师费、公证费、取证的差旅费等。

法院受理案件后, 为确定双方的争议焦点, 多次到被告厂房对 B 设备勘察。原告确认按照 A 实用新型专利的独立权利要求作为专利保护范围并以此与被告 B 设备进行比对。原告之所以选择独立权利要求作为是否构成专利侵权的比对点也是非常常见的, 因为一般作为一项产品专利而言, 独立权利要求的保护范围是最大的, 独立权利要求所涉及的必要技术特征也是最少的, 如果独立权利要求作为比对点仍不构成侵权的, 使用从属权利要求进行比对构成专利侵权的可能性会更小。由此引申出当初进行专利申请时所撰写的专利文件非常重要, 为了能够更大程度的保护专利, 对抗专利侵权, 通过专利申请获得更大的专利保护范围是必须的, 也可

为后续的专利维权打下坚实的基础。如何扩大专利保护范围的专利文本撰写技巧很多, 如尽可能在独立权利要求书中少列必要技术特征等。

经过司法鉴定, 司法鉴定机构认为由于原告的必要技术特征由权利要求书的包括: 某技术特征 1、某技术特征 2、某技术特征 3、某技术特征 4, 而被告的设备仅包括了相同的技术特征 1、2, 等同的技术特征 3, 未包括原告 A 实用新型专利独立要求的技术特征 4, 根据《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》规定: “第七条 人民法院判断被诉侵权技术方案是否落入专利权的保护范围, 应当审查权利人主张的权利要求所记载的全部技术特征。被诉侵权技术方案保护与权利要求记载的全部技术特征相同或等同的技术特征的, 人民法院应当认定其落入专利权的保护范围; 被诉侵权技术方案的技术特征与权利要求记载的全部技术特征相比, 缺少权利要求记载的一个以上的技术特征, 或者有一个以上技术特征不相同也不等同的, 人民法院应当认定其没有落入专利权的保护范围。” 由于被告 B 产品未包含原告 A 实用新型专利的全部技术特征, 得出了被告的 B 设备不构成侵害 A 实用新型专利专利权的结论。

结论

考虑到司法鉴定结论的鉴定结果对本方不利, 且原告认为司法鉴定结果还是科学、合理的, 原告撤回了起诉, 法院裁定准予原告撤诉。●

(作者单位: 上海瑞富律师事务所)



专题研究





傅强国:市律协知识产权业务研究委员会主任



吴月琴:上海市华诚律师事务所律师

●文/傅强国 吴月琴
组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

自贸区知识产权 行政执法创新初探

2013年9月29日,上海自贸区正式挂牌,开始在金融服务、航运服务、商贸服务、专业服务、文化服务以及社会服务六大领域扩大开放的探索,揭开了“转型中国的第二次改革开放”。建设自贸区旨在培养中国面向全球的竞争新优势,构建与各国合作发展的新平台,拓展经济增长的新空间。知识产权鼓励创新和保护竞争优势的内在机能,决定了其在自贸区制度建设中的突出位置。本文将对上海自贸区的知识产权执法建设图景进行初步的探讨,以供借鉴。

一、中国知识产权行政执法现状及问题

知识产权是带有公权性质的私权,中国知识产权保护采取的是行政管理机关与司法机关平行直接执法的“双轨制”。知识产权行政执法成为中国知识产权保护的一大特色。但目前我国知识产权行政执法存在以下几个方面问题:

(一)知识产权行政执法体制条块分割,执法权限过于分散

中国知识产权行政执法体制在总体设置上,专利授权、商标注册、版权登记分开管理,行政管理与行政执法一体化,并自成独立体系。知识产权行政执法工作涉及众多政府部门,公安、商务、文化、农业、林业、海关、工商、质检等有关单位的管理对象都与知识产权密切相关。每个部门都有自己的执法队伍,有些尽管规模小、人数不多,但“麻雀虽小,五脏俱全”,政出多门、交叉执法,分散管理等进一步导致政策法规相互冲突、执法标准高低不一的问题。总之,条块分割的知识产权行政管理体制不仅损害政府形象及法律尊严,也使市场主体在寻求法律政策保护时无所适从。

(二)地方知识产权管理设置不统一,有损执法权威

在知识产权的垂直管理上,实施中央统一领导与地方自主管理相结合的模式。而地方知识产权机构的设置上,标准不统一,地区之间发展不平衡。按照中国法律的规定,专利授权、商标注册和版权登记由国家局集中统一管理,省、市级机构负责行政执法。各地知识产权机构的设置往往不是靠制度来保证,而是靠地方政府重视程度来决定,这就导致了机构设置模式的多样化;而这些各异的机构设置模式一方面反映了各级地方政府对知识产权重视程度的差异,另一方面也导致地方知识产权管理机构发挥作用的不同,致使地区工作开展不平衡,差别较大,给地区之间的协作执法造成一定的交流上的障碍。

(三)知识产权行政执法部门之间执法权限不一、执法资源发展失衡

目前看来,专利和著作权领域的行政执法,无论在案件受理数量还是执法队伍规模上,均明显不及商标的行政执法。究其原因,第一,从专利管理机构建设、队伍建设、技术设施、交通工具、通信工具等执法条件来看,仍处于落后状态;第二,在专利侵权处理(专利假冒除外),由于专利管理机关没有行政处罚权,致使有些专利侵权者未得到应有的制裁,侵权现象屡禁不止;第三,行政执法手段和相关程序上缺乏操作性。

二、自贸区知识产权行政执法体制的创新

自贸区挂牌以来,制度创新产生的“磁吸效应”已显现,企业增加,市场活跃,国际投资、贸易交易量提升,知识产权纠纷类型和数量也将不可避免地增多。而自贸区先行先试的新领域、新模式、新业态以及有关法律法规的调整实施必然会带来新的法律问题,出现一些新型、疑难以及自贸区独特的案件。

为确保知识产权执法适应自贸区的新形势,克服现有条块分割的行政执法体制弊端,国务院在批准的《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》中明确规定,“深化行政管理体制改革。建立集中统一的市场监管综合执法体系,在质量技术监督、食品药品监管、知识产权、工商、税务等管理领域,实现高效监管,积极鼓励社会力量参与市场监管。

2013年9月22日,上海市政府颁布了《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》(以下简称《办法》)。该《办法》是依据国务院总体方案制定的地方政府规章,在自贸区知识产权行政执法保护方面有如下规定:

《办法》第四条规定了本市成立中国(上海)自由贸易试验区管理委员会(以下简称“管委会”)。管委会性质为市政府派出机构,具体落实自贸区改革任务,统筹管理和协调自贸区有关行政事务,其中包括知识产权方面的行政管理工作。

《办法》第五条规定了自贸区管委会的机构职责,其中包括负责自贸区内知识产权方面的行政管理工作,具体承担知识产权管理部门委托的专利代理机构申报初审和专利广告出证,境外图书出版合同登记,复制境外音像制品著作权授权合同登记,进口图书在沪印制备案等有关行政事务。同时,还负责自贸区内专利纠纷的行政调解和处理。

《办法》第六条规定了自贸区管委会综合执法机构依法集中行使原由本市知识产权管理部门依据法律、法规和规章对著作权、专利权方面的违法行为行使的行政处罚权,以及与行政处罚权有关的行政强制措施权和行政检查权。

《办法》第八条规定了海关、工商、质监、公安等部门设立自贸区办事机构,依法履行自贸区有关监管和行政管理职责,其中包括了涉及知识产权海关保护、地理标志、商标等相关内容的监管和行政管理职责。

《办法》第三十一条还明确规定了鼓励和支持专业机构提供知识产权调解、维权援助等服务,第三十七条规定了支持本市仲裁机构依据法律、法规和国际惯例,完善仲裁规则,提高自贸区商事纠纷仲裁专业水平和国际化程度,为发生在自贸区内知识产权纠纷提供调解、仲裁等多元化的解决途径。

由此可见,自贸区知识产权行政执法将呈现如下特色:

1、自贸区将建立起以管委会为核心的集中综合执法体系。管委会将履行自贸区专利权、著作权集中综合执法,行使行政处罚权、行政强制措施权和行政检查权。条块分割的知识产权管理和执法模式将有所缓解,有望在一定程度上改变执法部门过多、标准不一的现状。

2、工商部门将继续保留独立的商标及反不正当竞争方面的行政执法权限;自贸区内,现有的保税区综保分局翻牌成为自贸区分局。

3、海关、公安等部门将派驻或设立自贸区内办事机构,依法履行自贸区有关监管和行政管理职责。

4、自贸区行政执法将探索建立集中统一的市场监管综合执法体系,强化部门间协调配合,进一步明确各监管部门职能分工和合作机制,提升监管效能,共同营造自贸区统一开放、公平诚信、竞争有序的市场环境。

三、自贸区管委会行政执法权的法律分析

如前所述,国务院在批准的《总体方案》中,首次明确提出在自贸区内建立集中统一的市场监管综合执法体系。随后,上海市政府依据该总体方案制定了《管理办法》,具体提出建立自贸区管委会作为市政府派出机构,集中行使自贸区内专利权和著作权方面的综合行政执法等机构职责。由此,自贸区管委会依据《管理办法》设立,是否因此具有独立的行政主体地位?其集中行使专利和著作权方面的行政执法权,是否具有明确的法律依据?管委会依据市政府的规定进行行政执法,是行政授权还是行政委托?在自贸区法治和创新建设兼顾这一改革开放的新形势下,尤其值得我们深思和探讨。

(一)新设的管委会其行政主体地位的分析

上海市《办法》第四条明确了管委会为市政府的派出机构,具体落实自贸区改革任务,统筹管理和协调自贸区有关行政事务,其中包括知识产权方面的行政管理工作。派出机构是国家行政机关依法在一定区域内设立的分支机构或代表机构。政府派出机构是指政府或政府职能部门在一定区域或组织内设立、授权实施某方面行政管理职能的代表机构。那么,管委会作为上海市政府的新设派出机构,是否具备独立的行政主体法律地位呢?

管委会依据《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》设立,是根据宪法和组织法以外的地方行政性规章设立,一般不是独立的行政主体。但在具体履行特定的管理职责中,如有法律法规另行明确授权,则就该具体授权事项,管委会有可能取得独立的行政主体资格。但到目前为止,全国人大及其常委会并未制定任何法律法规对上海市政府或管委会进行行政授权。因此,管委会仅仅是上海市政府的派出机构。不具有独立的行政主体资格。

(二)管委会行政执法权的合法性分析

行政权力的法律来源一般包括两种情况:一是宪法、组织法规定的行政主体固有权,二是其他法律、法规对行政主体的授权。在行政主体的这两种权力来源

上,第一种权力是行政主体的基本权力,因为行政主体主要是根据宪法、组织法的规定设置的,其基本职权在其被设立时即被赋予,也可以说这种职权是与其身俱有的,所以称之为固有权。中国宪法、组织法规定的各级人民政府的职权就是典型的固有权。行政主体除了固有权之外,宪法、组织法以外的法律法规还可以授予其相应职权。但是这种职权不是与其身俱有的,而是后天的,因为这种权力的来源不是基于宪法和组织法的规定,而是基于宪法、组织法以外的法律、法规的规定。

上海市政府的《办法》规定管委会统筹管理知识产权方面的行政管理工作,具体包括依法集中行使原由本市知识产权管理部门依据法律、法规和规章对著作权、专利权方面的违法行为行使的行政处罚权,以及与行政处罚权有关的行政强制措施权和行政检查权。那么,国务院批准的《总体方案》和上海市政府颁布的《管理办法》,是否构成管委会知识产权行政执法权的法律依据呢?

(1)《总体方案》和《管理办法》不是法律法规,不构成法定授权依据

依据《立法法》以及《行政法规制定程序条例》的规定,制定行政法规,应当经过立项、起草、审查、决定、公布的法定程序,应当遵循立法法确定的立法原则,符合宪法和法律的规定。行政法规的名称一般称“条例”,或称“规定”、“办法”等。行政法规应报请总理签署,并以国务院令公布施行。

而《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》并没有经过上述立项、起草、审查、决定、公布的法定程序。方案系由国务院常务会议通过,国务院以国发[2013]38号发文颁布,并没有报请李克强总理签署,也没有以国务院令公布施行。由此,《总体方案》并不是国务院制定的行政法规,而是国务院批准的行政性规范性文件。单纯从规范性文件的制发主体来考量,《总体方案》的位阶属部门规章或地方政府规章。然而,从规范性文件的法律效力来考量,《总体方案》是经国务院批准才生效的,其法律效力似高于通常意义上的部门规章或地方政府规章。

而上海市政府颁布的《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》系依据国务院总体方案制定,由上海市人民政府常务会议通过,由市长杨雄签署,以上海市人民政府令第7号公布。因此,《管理办法》是上海市政府制定的行政规章。

《总体方案》和《管理办法》一个是行政规范性文件,一个是地方政府行政规章,并不是法律法规,其作为自贸区管委会的设立依据以及知识产权行政执法权的授权依据,在法律形式上有所欠缺。

(2) 全国人大及常委会未进行法律法规授权

目前,全国人大常委会在自贸区暂时调整实施的仅仅是《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》和《中华人民共和国中外合作经营企业法》有关行政审批的规定,并不涉及对知识产权法律法规有关规定的调整。

《专利法》明文规定了“管理专利工作的部门”是专利权保护行政执法的实施单位。而“管理专利工作的部门”是地方人民政府负有管理专利工作的职能部门。《专利法实施细则》进一步明确了“管理专利工作的部门”是指由省、自治区、直辖市人民政府以及专利管理工作量大又有实际处理能力的设区的市人民政府设立的管理专利工作的部门。在上海,这个部门是知识产权局。《著作权法》中对著作权的行政保护单位也有类似规定,即地方版权局。

然而,管委会并非上海市政府的职能部门,能否行使原先由知识产权局和版权局行使的职能,值得商榷。但无论如何,要将法律法规所设定的一项权力从一个部门让渡给另一个部门,地方法规是无法做到的。管委会依据《办法》而产生的行政执法权都存在与更高位阶法律相冲突的问题。

(三) 管委会行政执法的模式分析

退一步说,即使管委会的执法权力依据是合法的和充分的,那么这种执法模式是行政授权,还是行政委托?

A. 行政授权的分析

行政授权是指法律、法规将某项或某方面行政职权的一部或全部授予行政机关以外的组织,被授权组织以自己的名义行使行政管理职权,并由自己对外承担法律责任。依据《行政处罚法》第三章“行政处罚的实施机关”的有关规定,行政处罚由具有行政处罚权的行政机关在法定职权范围内实施。国务院或者经国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政处罚权,但限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关行使。法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织可以在法定授权范围内实施行政处罚。

行政授权具有以下法律特征:

(1) 行政授权的职权来源于法律、法规的明文规定,因此,被授权组织及所授职权的内容和范围等,均由法律、法规直接规定;

(2) 行政授权引起行政职权和职责的同时转移,被授权组织在接受行政职权的同时,必须接受行政职责;

(3) 行政授权的结果是被授权组织取得行政主体资格,能够在所授权限范围内以自己的名义独立行使职权和承担法律责任。

B. 行政委托的分析

行政委托是指行政机关在自己的职权范围内,将某一行政管理权委托给依法成立的管理公共事务的事业组织行使,被委托组织不能以自己的名义而只能以委托机关的名义行使受托职权,其委托行为产生的法律后果也由委托机关承担。《行政处罚法》第十八条规定,“行政机关依照法律、法规或者规章的规定,可以在其法定权限内委托符合本法第十九条规定条件的组织实施行政处罚。行政机关不得委托其他组织或者个人实施行政处罚。委托行政机关对受委托的组织实施行政处罚的行为应当负责监督,并对该行为的后果承担法律责任。受委托组织在委托范围内,以委托行政机关名义实施行政处罚;不得再委托其他任何组织或者个人实施行政处罚”。

一般而言,行政委托的特征有以下四个方面:

- (1) 行政委托的委托人必须是行政机关,而其他非行政机关的委托不能称为行政委托;
- (2) 行政委托中的委托事项必须是在行政机关的职权范围内,不能超出行政机关的权限范围进行委托;
- (3) 在行政委托中,被委托的组织一般只能是依法成立的管理公共事务的事业组织;
- (4) 行政委托中的被委托组织必须在所委托的范围内以委托机关的名义行使受托职权,其产生的法律后果也由委托机关承担。

C. 管委会行政执法权的模式分析

从《办法》具体的文字表述看,自贸区管委会似乎将以自己的名义,具体履行自贸区行政管理九大方面的职责;在集中统一的市场监管综合执法方面,以自己的名义集中行使专利权和著作权方面的行政处罚权,以及与行政处罚权有关的行政强制措施权和行政检查权。

如管委会以自己的名义履行行政管理职责,行使知识产权的行政处罚权,则接近于“行政授权”。被授权的组织因享有有关法律、法规所明确授予的行政职权,就能够以自己的名义实施行政行为,并独立承担法律责任。它既能够以行政复议被申请人的身份参加行政复议活动,又能够以行政诉讼被告的身份参加行政诉讼活动。在行政授权模式的解释下,管委会将体现“职权责”三者统一。但如上分析,行政授权,被授权机关其具体履行行政授权的职权来源,只能来源于法律、法规的明文规定,被授权组织及所授职权的内容和范围等,只能由法律、法规直接规定。获得行政授权的组织在行政法上具有独立的行政主体的法律地位。而管委会设立依据以及职责规定来源上海市政府规章,并不是法律法规。管委会本身为市政府派出机构,并非独立的行政主体。《商标法》、《专利法》、《著作权法》等单项知识产权法律法

规也并未对管委会知识产权执法进行具体授权。因此,现行情况下,管委会如以自己的名义作出任何知识产权执法具体行政行为,其作为行政主体地位的合法性和行政职权来源的合法性,将受到质疑。

如管委会作为市政府的派出机构,以市政府的名义履行行政管理职责,行使知识产权的行政处罚权,则接近于“行政委托”。管委会是在市政府委托的范围内行使职权,法律后果由委托机关承担,它也只能以委托机关的名义进行执法,本身没有行政法上的行政主体资格。《中华人民共和国行政诉讼法》第二十五条第四款明确规定,“由法律法规授权的组织所做的具体行政行为,该组织是被告。由行政机关委托的组织所做的具体行政行为,委托的行政机关是被告”。因此,因行政委托而产生的被委托组织,被委托组织在行政法上没有行政主体资格和行政诉讼被告资格,它只能以委托机关的名义行使所委托的行政职权,其代为行使受委托的行政管理权时所产生的法律后果,也由委托机关承担。从理论上讲,专利和版权由管委会统一管理,直接将专利和版权的保护提高到了市一级的层面,权威性大大增强。但随之而来的是市政府可能也会因此遭受快速增长的行政复议和行政诉讼案件之累。

综上,管委会作为自贸区集中行使专利权和著作权方面行政执法权的行政主体,尚不具备法律法规的明确授权依据,也未履行法定程序。其执法模式,是来源于市政府还是国家知识产权执法部门的行政授权,亦或行政委托,现有规定也语焉不详。管委会执法的合法性这一知识产权执法的根本性问题,如不予以尽早解决,必将影响管委会在自贸区执法的统一性、权威性,不利于法治精神的贯彻。

笔者建议,参照在自贸区暂时调整实施三资企业法有关行政审批规定的相关程序,由上海市政府与法律法规授权的国家部委进行协调,由国家知识产权局、国家版权局向全国人大提出议案,要求全国人大发布决定,在自贸区内调整相关知识产权单行法律法规有关行政执法主体的规定,依法授权自贸区管委会进行专利权和著作权方面的行政执法。

四、自贸区内知识产权联动执法的创新

为完善知识产权保护体系,整合知识产权行政执法资源,解决知识产权保护条块分割和部门之间不协调的问题,自贸区内也必然需要探索知识产权集中执法和联合执法新机制。

(一) 探索商标、专利和著作权行政执法的“三合一”

自贸区在知识产权的行政管理体制上可以进一步

予以突破,实行商标、专利和著作权行政执法的“三合一”,即行政执法完全统一由一个部门来实施。在现行法律规制下,管委会已集中行使专利权和著作权行政执法权。而商标仍由工商部门设立自贸区分局进行行政执法。海关、公安、法院和检察院仍依据原法律法规进行不同环节的执法。

如可行,在适当时候,工商行政管理部门在商标方面的行政执法,也可通过上述立法形式和立法程序授权给管委会,以真正实现自贸区行政执法的“三合一”模式。

(二) 建立知识产权保护联动执法机构

在现行管委会和工商执法特色下,笔者认为,可以借鉴浦东模式,在自贸区设立“自贸区知识产权保护中心”,实行一个窗口对外、一口式受理的行政执法模式。该中心可由自贸区管委员协调牵头,由自贸区工商分局、法院、检察院、公安分局、海关部门以及中国(上海)自由贸易试验区仲裁院等执法单位和仲裁单位组成联合执法办公室,并开通统一对外的保护热线,通过电话、网络、现场接待等方式接受市民和企事业单位知识产权保护方面的咨询和投诉,受理执法请求。该联合执法机制实质是一个窗口对外、一口式受理后,再将投诉和受理案件整理分类后,通知并转交相关执法单位核处理。行政执法权限并未转移,与现行自贸区授权管委会自身直接执法的模式有所区别。

(三) 尽可能地用法规形式规范联动执法

自贸区知识产权联合执法,作为刚性长效机制,笔者建议尽可能以法规形式固定下来。有关法规可以主要应对以下问题进行规范:一是行政联动执法的范围、权限以及协调意见的实施情况;二是联动执法的原则与纪律、责任;三是各种联动执法方式使用的条件、范围、协调意见的效力等;四是对那些有意阻碍协调行为的处理办法等等。通过法规形式规范联动执法行为,提高联动执法的质量,可以减少不必要的矛盾,提高行政效率。

(四) 建立知识产权执法信息共享机制

依据《办法》第五条的规定,自贸区管委会还负责自贸区内知识产权方面的行政管理工作,具体承担知识产权管理部门委托的专利代理机构申报初审和专利广告出证,境外图书出版合同登记,复制境外音像制品著作权授权合同登记,进口图书在沪印制备案等有关行政事务。

因此,可以由自贸区管委会牵头,加强其与自贸区每海关、工商、质监、公安等自贸区内知识产权监管机构之间的信息情报工作和联系,以缓解信息资源对监管工作的掣肘。通过在侵权货物

的认定、信息共享、人员培训等方面的联系和配合,在自贸区形成打击侵权违法行为的合力。通过海关执法国际合作,打击跨境知识产权违法犯罪行为,进一步增强自贸区各知识产权监管机构在知识产权保护事务中的影响力。

(五) 设置知识产权行政查处案件的处理简易程序

鉴于目前大量处理中的侵权案件,有相当大部分案件所涉及的侵权货物金额都不大,而此类案件的处理程序却没有和其他大额案件的处理程序区别开来,导致行政执法机关不能合理分配办案资源。而且,由于数额不大,权利人配合也不甚积极,由此又进一步加大了行政执法机关案件处理的难度。

为解决前述困局,可尝试在自贸区知识产权处理程序上进行创新。依据货物金额、侵权行为人侵权行为的性质、程度的不同,对侵权案件进行区分。对于那些数额不大、货物数量不高,通过简易程序进行处理,以提高行政执法的效率,方便行政执法机构将办案力量主要集中在大案要案的处理上。自贸区管委会可以发挥其在《办法》中规定的统筹管理职能,可以对侵权货物的数量范围设定一定的标准,对工商、质检、海关各机构在各自职权范围内查获的小额、小批量侵权货物实施简易执法程序。

五、结语

依据上海市知识产权战略规划,要在2020年前让上海成为亚太地区知识产权中心城市。自贸区是个享有特殊政策的区域,有更大的开放度,要求的是高效、便利、快捷,因而对知识产权行政执法机制上的创新有迫切需求。知识产权创新机制,在自贸区先行先试,必将为全国范围内的复制、推广积累经验。●





刘民选：市律协知识产权业务研究委员会副主任

●文 / 刘民选

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

自贸区知识产权运营模式与形态

中国(上海)自由贸易试验区的启动吸引各方关注,在这样一个自由贸易化程度较高的区域中,政府、企业、法律工作者相关业务的操作或经营都应当主动去适应自贸区所带来的新的知识产权运营模式和形态,并在此环境中把握时机,创造机遇。自贸区知识产权运营模式与形态正在逐步形成并发展,完善、健全立法是根本保障,建立征信体系是公平竞争的坚实基础,综合性和执法体系以及良好知识产权司法环境是顺应形势的必然发展方向。

2013年7月3日,中国(上海)自由贸易试验区(以下称“上海自贸区”)获得国务院会议原则性通过,两个月后的9月29日,上海自贸区举行挂牌仪式,标志着上海自贸区的正式启运。上海自贸区对金融、贸易、航运等诸多领域采取了开放政策,并且在政府管理及政策上实行改革创新,大胆进行先行先试。

一、关于自贸区的立法背景与趋势

自贸区现有的立法包括总体方案《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》、《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》、《关于在中国(上海)自由贸易试验区暂时调整实施本市地方性法规有关规定的决定》以及部门规章若干。这些已有立法的基本关系是:以总体方案为指导,管理办法为操作基准,决定为地方性法规立法调整的依据,各部分规章对各自管控领域给出具体的政策导向。

《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》是自贸区成立的纲领性文件,其中“为自由贸易提供规范的法制环境”是总体目标之一。上海自贸区所有先行先试事项都集中体现在《总体方案》中,但《总体方案》内容其

实已经超越了现行国家法律的规定,现有文件中,包括执法体制、监管体制、管理方式的内容都是先行先试,实际上都对上海现有的地方性法规带来了冲击。因此,在《关于在中国(上海)自由贸易试验区暂时调整实施本市地方性法规有关规定的决定》中,人大常委会赋予了上海通过地方性法规“暂时调整”法律冲突的问题。相关人士提出,《总体方案》出台后,经过对90多项先行先试事项进行的梳理,发现涉及到4部法律、15部行政法规以及3个国务院决定可能存在法律冲突的问题。因而,自贸区立法的进程还很长远。

在自贸区立法未健全前,可以直接提供给企业的知识产权行政保护指导较少,但我们可以结合全国现行的法律、法规及政策以及自贸区已有的政策文件,作出如



下知识产权运营和保护模式的设想。

二、建立综合性行政管理和执法体系,适应自由贸易新形态

知识产权本身是一种贸易壁垒,当知识产权的排他性应用到跨国生产经营当中时,一国的知识产权保护政策与进出口贸易联系起来了,产生了知识产权贸易壁垒。虽然没有现行法规和政策对自贸区的地域性质明确界定,但总体趋势还是将其作为一个“境内关外”的地域看待。所谓“境内关外”,就是指在一国境内开辟出一个由海关监管的专门区域,货物从这个区域通过海关关口进入国内企业就视同进口,而国内企业的货物通过海关关口进入这个区域就视同出口。对于企业而言,在自贸区的环境中,虽然获得了贸易自由度及投资便利性,但如果没有行政管理和执法体系的介入,也非常可能成为知识产权侵权的温床。

1. 海关知识产权保护是国际贸易中最不可或缺的一道关卡

对于国内知识产权的维权,我们大多会着眼于工商局、知识产权局这些行政机关开展工作,但自贸区涉及到货物进出口流转的问题,海关作为监管部门是企业源头遏制侵权的最佳选择。

在国际通行规则下,对自由贸易园区一般施行免于常规海关监管的理念,建立以企业诚信管理为基础的高效监管模式。一般也突出“自由”和“便捷”两个特点,从货物卸船到运输再到转运的整个过程,海关大多不加以干预,以确保货物通关顺畅。从上海自贸区的现行政策来看,以强调备案,弱化审批为倾向,因而,即使自贸区在货物高效流转的情况下,企业也可以依据我国现行《知识产权海关保护条例》,通过海关这一行政途径维权。特别是企业作为知识产权权利人可以先行在海关总署备案自己已有的知识产权,那么一旦侵权发生,海关可以依职权行使行政权力,包括对侵权嫌疑货品扣押、调查,甚至是处罚。

对于大多数企业而言,行政途径的维权是为之后通过司法途径将侵权行为彻底击垮的基础。因而,行政途径和司法途径的衔接就尤为重要,这一重要性特别体现于知识产权侵权的诉前保全问题上。依据《知识产权海关保护条例》第二十三条的规定,知识产权权利人在向海关提出采取保护措施的申请后,可以依照《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国著作权法》、《中华人民共和国专利法》或者其他有关法律的规定,就被扣留的侵权嫌疑货物向人民法院申请采取责令停止侵权行为或者财产保全的措施。海关收到人民法院有关责令停止侵权行为或者财产保全的协助执行通知的,应当予

以协助。因此,即使侵权发生在自贸区内,企业或代理律师仍然可以在海关查扣侵权产品之后,迅速向法院提起诉讼,把握好司法和行政的衔接机会,使企业知识产权保护机制更加完整。

2. 建立自贸区市场监管综合执法体系,统一执法,提升保护力

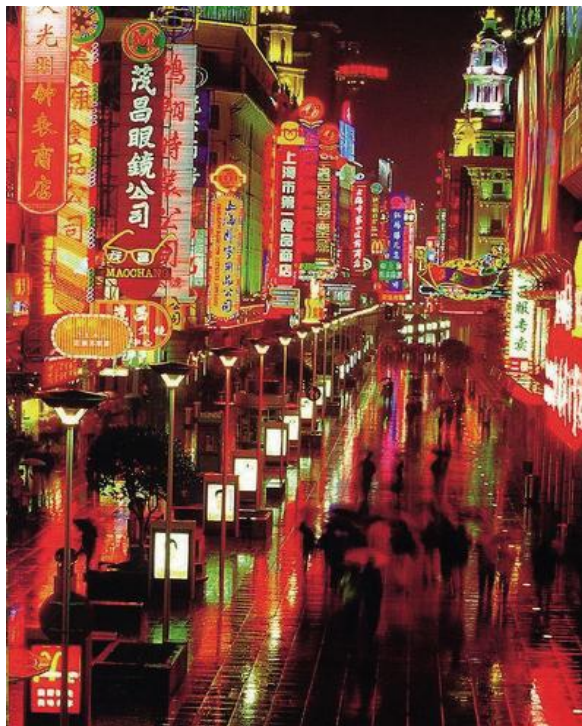
总体方案中提到,“要建立集中统一的市场监管综合执法体系,在质量技术监督、食品药品监管、知识产权、工商、税务等管理领域,实现高效监管,积极鼓励社会力量参与市场监管。”概括起来说,这一体系的特点是“一口对外”的协同机制,其中应当也包括了常规知识产权经营模式涉及到哪些行政机关的职能,如:工商局的假冒商标查处职能、知识产权局的假冒专利和专利侵权查处职能等。知识产权行政执法工作涉及众多政府部门,公安、商务、文化、农业、林业、海关、工商、质检等有关单位的管理对象都与知识产权密切相关,政出多门、交叉执法,分散管理造成知识产权协调管理必须疏通诸多环节,相互冲突的政策法规以及高低不一的执法标准,使市场主体在寻求法律政策保护时无所适从。

这一体系的建立为自贸区企业的经营活动提供了极大的便利,但无论是企业还是律师仍需待具体的出台后才能更合理地针对企业不同的情况来确定知识产权保护的方式。

综合执法体系的建立不但为企业提供了便利,也体现了更大的保护力度,各部门的通力合作所达成商标、专利、版权三合一的集中管理与执法的效果无疑是对自贸区知识产权保护环境的有力提升。目前上海市知识产权局向市委市政府积极建议,在自贸区里,应该依法有更大的保护力度,自由贸易试验区内决不能出现盗版猖獗的情况,国际上的趋势是自由贸易试验区内的知识产权保护力度将比区外更高。

3. 依法公开知识产权行政处罚案件信息,打造自贸区征信体系

国务院总理李克强 11 月 20 日主持召开国务院常务会议,通过关于依法公开制售假冒伪劣商品和侵犯知识产权行政处罚案件信息的决定。公平竞争是发展市场经济的基本要求。依法对假冒、侵权行政处罚案件实行信息公开,接受人民群众监督,是促进质量提升和产业升级、增强消费者信心、保护知识产权、鼓励创新创业的一剂“良方”,有利于维护公平竞争的市场秩序、保护消费者权益、提高执法公信力。要把假冒侵权行政处罚案件信息公开作为政府信息公开的重要内容,除涉及商业秘密和个人隐私外,适用一般程序查办的假冒侵权行政处罚案件信息应当主动公开。依法公开案件信息,包括违法违规的主要事实、处罚种类、依据和结果等,做到公开透明,并



及时回应社会关切。将行政处罚案件信息纳入社会征信体系,使假冒侵权者因信用不良“处处受限”。

根据国务院这一公开知识产权行政处罚案件信息的政策导向,相信在自贸区率先实行,保障自贸区知识产权环境,是势在必行的。另外,上海市知识产权保护工作的最大特色是重视知识产权保护的大局战略布局。2012年上海市又继续出台《上海知识产权战略纲要(2011-2020年)》。此次纲要,把加强知识产权行政保护列入重点。例如,深入开展打击侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品工作等,其中很重要的一点就是将企业知识产权侵权违法记录纳入社会信用联合征信系统。这一点从中央和上海地方上的发展目标完全一致,因此,自贸区知识产权保护制度的征信体系的建立已经完全有了政策依据。

三、优化自贸区知识产权司法环境,建立多元化解决知识产权纠纷新机制

近日上海高院在自贸区内设立了自贸区法庭,目前受理案件范围相对比较宽,当然也包括了知识产权案件。目前的情况下,如果在自贸区里面发生了知识产权纠纷,就司法来讲,主要是通过自贸区法庭来解决。随着案件数量的发展,未来可以研究是否需要设立专门的知识产权法庭或者知识产权法院,知识产权的刑事、民事案件都由专门机构来审理。

去年11月15日公布的《中共中央关于全面深化改革

若干重大问题的决定》提出,加强知识产权运用和保护,健全技术创新激励机制,探索建立知识产权法院。因而,也不排除自贸区内设立知识产权法院的可能性。这对于企业和律师知识产权诉讼的开展将会有巨大影响。

另外,在法院管辖未明确的情况下,企业和律师还可以选择仲裁这一途径解决知识产权纠纷。作为中国(上海)自由贸易试验区争议解决及法律保障的重要制度性安排,中国(上海)自由贸易试验区仲裁院由“上海国际仲裁中心”于10月22日设立,将为自贸区内当事人提供仲裁咨询、立案、开庭审理等仲裁法律服务。在法院诉讼规则未明了前,仲裁绝对是企业和律师的一个可选方案。

四、自贸区环境下的法律适用问题

自贸区知识产权纠纷发生以后,应该适用什么法律?第一,适用中国已经加入的相关知识产权国际公约;第二,中国现有的知识产权法律法规及相关政策。

自贸区环境下发生的知识产权问题大多涉外,依据现行的《涉外民事关系法律适用法》规定,“知识产权的归属和内容,适用被请求保护地法律”。“当事人可以协议选择知识产权转让和许可使用适用的法律。当事人没有选择的,适用本法对合同的有关规定。”“知识产权的侵权责任,适用被请求保护地法律,当事人也可以在侵权行为发生后协议选择适用法院地法律。”因此,如果自贸区仍然延续现行法律适用法,那么被请求保护地则成为了法律适用的重要连接点。这个连接点将很有可能直接指向自贸区的法律。目前,自贸区正处于筹划阶段,希望在三年中形成符合试验区发展需要和国际惯例的法律法规体系,并且立法的方式为上海地方性法规调整。这一问题是企业和律师应当重点关注的。

五、结语

综上所述,结合自贸区现有及将有的行政体系和司法环境,新的知识产权发展模式一定会与法律工作者碰撞出新的火花,也必然对法律工作者的职业能力、政策敏感度提出更高的要求。对企业而言,在自贸区知识产权运营模式发展伊始,就开始关注与挑战相关的发展方向,将有利于把握住更好的机遇。

上海自贸区的建设和发展必定形成一个全球性并且开放性的法律服务市场,对于境内的法律服务业将是一个巨大的机遇同时也是挑战,而经济发展层次越高端、越专业,对类似知识产权法律服务的专业性服务的需求更高。我们相信在政府政策和立法的不断完善和包括律师在内的广大法律从业者的努力下,上海自贸区的知识产权运营模式与形态乃至相关的法律服务产业定会获得可复制的成功模式。●



王小兵：市律协知识产权业务研究委员会委员

●文 / 王小兵

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

台资企业 如何应对商标抢注行为

自从大陆实行改革开放的经济政策之后，台湾企业赴大陆投资办厂一度成为一种潮流，内地丰富的自然和人力资源，广阔的市场前景都给台湾企业带来了无限商机。2010年6月29日，海峡两岸共同签署《两岸经济合作框架协议》（Economic Cooperation Framework Agreement, 简称 ECFA），使大陆与台湾之间的经贸往来更加频繁。

与此同时，与企业核心竞争力相关的知识产权（台湾称“智慧财产权”）保护，也成为绝大多数台湾企业进入大陆之前所首要考虑的问题，其中台资企业的商标被恶意抢注已经不容忽视。当然，商标抢注的现象并非大陆所独有，在世界其他国家和地区都会存在商标抢注现象，这种现象发生的深层次原因无疑是“傍名牌”的利益驱动。商标被抢注至少会对企业带来两种不利后果：一是企业产品不能以原有商标进入抢注地市场，如果要进入，只能另换其他商标，这对企业无形资产将造成无法估量的损失；二是抢注者可以把自己的产品冠以抢注的知名商标进入市场，挤压被抢注商标企业的市场空间，造成市场混淆。可见，商标被抢注直接影响着台资企业在大陆的正常经营活动，也直接影响着两岸的经济合作。

2010年6月19日，《海峡两岸知识产权保护合作协议》签署，这标志着两岸在提升知识产权的创新、应用、管理及保护方面取得了阶段性成果。《海峡两岸知识产权保护合作协议》在专利、商标、著作权及植物新品种等方面的保护上提出了纲领性的意见，但在面对商标被抢注的问题上，却显得力不从心。原因在于，该协议本身所提到的商标恶意抢注问题仅仅针对驰名商标，对于大量的非驰名商标被恶意抢注该如何解决，协议条款并未涉及。但这并不意味着，大陆法律对恶意抢注商标的行为束手无策。事实上，大陆的知识产权立法体系已经相对健全，通过大陆现行有效的法律、法规和司法解释，台资企业完全可以制止商标被抢注的行为，并使自身产

品顺利进入大陆市场。

以下笔者将结合大陆的知识产权法律制度，为台资企业应对商标被抢注行为提供一些解决方案，希望大家能够给大家一些启示。

一、布阵商标申请对抗恶意抢注

多数台湾企业在进入大陆市场之前，缺少“知识产权先行”的理念，所谓“知识产权先行”是指将企业核心知识产权在即将进入的市场区域内先行申请或注册，为产品的顺利进入扫清知识产权壁垒。之所以要“知识产权先行”主要是因为知识产权的地域性所致，也就是说每个国家或地区只对本国申请授权的知识产权提供法律保护，在他国或地区授权的知识产权并不必然获得本国保护。

所以，台湾企业在其产品进入大陆之前，应尽早将产品的商标先行在大陆申请注册，以获得大陆商标法的保护。这种商标注册包括在相同商品上申请，也包括在类似商品上申请。另外，对于将来可能会在其他产业领域用到的商标也要有针对性的在这些产业领域内先行申请注册，为企业未来的战略发展预留必要的空间。这种事先预防式的商标注册布阵策略，可以有效地防止他人恶意抢注，同时这也是成本支出最低的应对方式。

二、打造驰名商标对抗恶意抢注

按照大陆2001年《商标法》第十三条的规定：“就相同或者类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的，不予注册并禁止使用。就不相同或者不类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不予注册并禁止使用。”这是大陆商标法对驰名商标的保护，这里需要区分的是未注册的驰名商标和已注册的驰名商标在保护范围上的差异。

对于未在大陆注册的驰名商标,商标法保护的边界仅限于在相同或类似商品上排斥他人的恶意抢注,对于已在大陆注册的商标,法律对其保护的边界可以延伸至不相同或不类似的商品。这一方面告诉我们的企业应当对商标加大宣传力度,努力将自己的商标打造成驰名商标,另一方面也促使企业尽可能地将在台湾地区享有知名度的商标在中国大陆申请注册,争取成为“已注册”的驰名商标,并获得跨类别保护。大陆司法机构在认定驰名商标时,主要考虑以下因素:使用该商标的商品的市场份额、销售区域、利税等;该商标的持续使用时间;该商标的宣传或者促销活动的方式、持续时间、程度、资金投入和地域范围;该商标曾被作为驰名商标受保护的记录;该商标享有的市场声誉等。

三、使用在先知识产权对抗恶意抢注

对于未在中国大陆先行注册,同时也未达到驰名商标认定标准的商标,一旦被恶意抢注,如何进行保护?我们可以试图从知识产权权利冲突的角度入手加以解决。由于知识产权产生的方式和授权的机构不同,知识产权权利冲突不可避免,比如注册商标专用权与著作权、企业名称权、外观设计专利权、知名商品特有名称权等之间均可能存在冲突。

2008年2月18日,大陆最高人民法院颁布了《关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》,该司法解释是对大陆司法机构多年来审理知识产权权利冲突案件的归纳总结,为审理该类型案件提供了原则指引。该司法解释第一条规定:“原告以他人注册商标使用的文字、图形等侵犯其著作权、外观设计专利权、企业名称权等在先权利为由提起诉讼,符合民事诉讼法第一百零八条规定的,人民法院应当受理。”这使得大陆法院受理知识产权权利冲突案件有了法律依据。

在该司法解释颁布之前,虽然大陆2001年《商标法》第三十一条规定:“申请商标注册不得损害他人现有的在先权利,也不得以不正当手段抢注他人已经使用并有一定影响的商标。”但这只是针对国家商标局对商标注册的审查而言,并非大陆法院受理注册商标与他在在先权利冲突案件的法律依据。此前,企业商标被他人抢注后,以注册商标与在先权利相冲突为由提起民事诉讼的,很可能被法院告知不予受理,并建议原告通过行政程序撤销抢注的商标。而通过行政程序撤销已注册的商标,其难度和时间成本都令权利人望而却步。何况行政裁决并非终局决定,任何一方不服裁决,还可以向北京市第一中级人民法院提起行政诉讼,并可在一审判决后,上诉于北京市高级人民法院。这样繁琐的程序和裁判效率已经严重影响了权利人的维权进度,令许多台资企业主动放弃走行政程序撤销被抢注的商标,进而转向购买被抢注的商标或更改商标图案,以获得进入大陆市场的先机,这实属无奈之举。

该司法解释颁布后,对商标被抢注行为,台资企业又多了一条应对途径,而且可以直接向法院提起民事诉讼,要求抢注人停止使用被抢注的商标,并消除影响、赔偿损失。通过民事诉讼的途径维权,相对于通过行政程序撤销商标,更能节约时间成本,对企业来说,能更快见到成效。另外,权利人还可以在拿到生效判决后,依据大陆2001年《商标法》第三十一条和第四十一条的规定,请求大陆国家商标局商标评审委员会裁定撤销该抢注的商标,从根本上消除商标抢注所带来的法律风险。

采用知识产权权利冲突的方式对抗商标恶意抢注,原告应当注意对在先知识产权权利证据的整理和保存。比如:被抢注商标是图形商标,该图形本身若具有独创性,可认为是美术作品而享受著作权法保护,原告可以被抢注的商标侵犯其著作权为由提起民事诉讼。此时,原告首先要向法院举证证明自己对该美术作品(商标图案)享有著作权,此类证据包括但不限于该图案的创作手稿、委托设计合同、著作权登记证书等等。所以,企业应重视自身知识产权档案的管理和保护工作,以便在发生此类诉讼时,迅速、快捷、完整地将权利证据组织起来。

总之,商标被抢注并不可怕,通过正确的法律行动,包括事前预防和事后的补救措施,完全可以将商标被抢注给企业带来的不利影响降至最低。企业所要做的就是积极应对,而不是消极回避,否则就会助长这种“抢注”之风,这不但会给企业带来不应有的损失,同时也不利于两岸知识产权保护的合作。

(注:本文中提到的《商标法》相关条文系指2001年的《商标法》,2013年修正的新《商标法》对相应条文序号已做调整。)●



●文/吴民平

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

强化知识产权保护 倒逼国内企业创新

——浅谈国内企业在上海自贸区的创新发展新契机



吴民平：市律协知识产权业务研究委员会委员

设立上海自贸区是中国改革开放新时期的国家战略,是打造中国经济升级版的重要战略举措。在上海自贸区的建设和发展过程中,作为政府有关部门,应当加强知识产权保护力度,创造良好的投资和营商环境,为促进国家贸易投资便利化,转变政府监管方式等制度创新提供良好的法治保障。作为国内企业,应当加强对新产品和新技术的研发及知识产权投入,在政府高效监管和市场激烈竞争的双重机制下倒逼国内企业创新发展。用开放倒逼改革,用强化知识产权保护倒逼国内企业创新。

引子

2013年9月底,随着中国(上海)自由贸易试验区(简称“上海自贸区”)的挂牌,自贸区概念迅速成为国内外媒体和投资贸易领域备受关注的热门话题。围绕对上海自贸区的开放领域、负面清单管理以及知识产权保护等问题,各界人士展开了热烈的讨论和研究,知识产权界的官员、专家和学者也在积极探讨和研究上海自贸区知识产权法律保护的相关问题。简单归纳,有关知识产权保护问题,一直围绕在上海自贸区应当如何保护知识产权展开,主要是:政府监管主体和企业市场竞争主体在上海自贸区应当分别如何作为的问题上。

早在2011年年初,我国GDP总量已经超越日本,成为仅次于美国的世界上第二大经济体。不过,根据2013年年初公布的经济数据显示,2011年,我国人均GDP位居世界第87位,低于世界平均水平(63位)。2012年,我国人均GDP达到6100美元,但仍低于2011年世界平均水平。照此趋势,我国人均GDP达到世界平均水平还需要一段时间。可见,作为世界上最大的发展中国家,我国的经济发展总体水平与发达国家相比仍相对偏低。更为重要的是,我国企业的创新能力普遍比较薄弱。报道

显示,虽然我国已连续几年成为全球制造业产出最高的国家,但由于创新能力薄弱,我国企业在全球产业分工体系中大多处于价值链中低端,产业关键设备和核心技术对外依存度居高不下。那么,是否因为我国经济发展水平以及国内企业创新能力相对偏低,而因此降低在上海自贸区内的知识产权保护的力度呢?笔者以为恰好相反。以国内企业为视角,在上海自贸区内应当强化知识产权保护,这不但不会导致国内企业丧失竞争能力,反而可以通过政府监管和市场竞争的双重机制倒逼国内企业积极创新,培育自主知识产权,并逐步实现在科技创新领域与世界知名企业抗衡的目标。

一、自贸区制度创新需要强化知识产权法律保护

1、制度创新是上海自贸区开放的精髓

上海自贸区挂牌近两个月之际,外界对自贸区的研究和探索兴趣越发浓厚,自贸区的房产、公司注册等急剧升温。包括美国微软、国家电网,以及诸多国内外上市公司纷纷抢滩上海自贸区注册,中小企业投资者更是趋之若鹜。据官方资料显示,除首批25家获证企业外,仅10月1日至10月28日,上海自贸区共有208户新设企业获颁证照,其中内资企业188户,外资企业20户。截至10月25日统计数据显示,上海自贸区新设企业的注册资金总额已超过35亿元。

自上海自贸区挂牌以来,有关方面一再强调,上海自贸区不是要打造优惠政策的洼地,而是寻求制度层面的创新。上海市政府参事室主任王新奎表示,此次自贸区改革的核心原则为可复制、可推广。“在上海自贸区,没有特殊政策,没有优惠待遇,要求可复制、可推广。”上海市市长杨雄在出席“中国经济50人论坛”上海研讨会时透露,国务院总理李克强今年上半年在上海调研

时,曾三问上海市的主要领导,上海到底是要政策还是要改革,并强调一定要把改革放在第一位,制度创新放在第一位。

可见,未来在上海自贸区将围绕制度创新进行试验乃至试错,从而总结出可复制、可推广的改革开放经验服务全国。在政府大力倡导制度创新的前提下,上海自贸区的企业,尤其是国内企业亦应坚持创新发展的主线,增强知识产权保护意识,加大企业研发和知识产权投入,并以此作为其在自贸区创新发展的重要支撑。

2、强化知识产权保护是自贸区制度创新的必然要求

目前,上海自贸区根据国务院及相关政府主管部门的要求,在自贸区率先探索制度创新的新思路,决策层也已陆续推出包括总体方案、负面清单等促进贸易投资便利化的相关举措。据上海自贸区官网发布的《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》,上海自贸区将借鉴国际通行规则,对外商投资试行准入前国民待遇,研究制订试验区外商投资与国民待遇等不符的负面清单,改革外商投资管理模式。简单地说,就是要对负面清单以外的领域,将外商投资企业合同章程审批、外商投资项目核准改为备案管理(国务院规定对国内投资项目保留核准的除外)。将境外投资的一般项目和投资开办企业由核准和审批改为备案制管理。这一改革开放举措,无疑是要将外商投资企业与国内企业的竞争置于同一起跑线上,这对国内企业而言,必将是一个重大的竞争挑战。为此,国内企业更应当在制度创新的开放背景下,自觉开发企业创新发展的动能,加快自主创新发展的步伐,以创新的业务形态、创新的运营模式以及创新的技术改革和产品改进,在自贸区这一改革开放的新窗口树立国际市场品牌形象,确立自主知识产权竞争优势。否则,企业不但难以适应自贸区对外商投资的负面清单管理等制度创新模式,也将难以与其他具备知识产权优势的国外知名企业实现真正意义上的市场竞争。

可见,从上海自贸区的改革和发展思路来看,无论是在政府监管的制度创新设计层面,还是在国内企业的创新发展层面,加强知识产权保护都势在必行。

二、知识产权是自贸区企业竞争的核心要素

有人将中国的成功企业大致分为三种类型,一类是政策垄断型企业,比如,中国银行、工商银行;一类是资源垄断型企业,比如,中石油、中石化;一类是创新发展型企业,比如,华为、联想。笔者认为,这种分类方法具有很强的科学性,对面临着外部竞争压力及内在创新要求的上海自贸区国内企业具有很强的适用性。随着我国改

革开放逐步推进,一方面,市场改革开放将逐步缩小政策垄断的行业范围,实现各类市场主体的公平竞争;另一方面,由于资源具有不可再生性,企业不可能指望靠资源垄断永续发展。因此,除去政策和资源类垄断优势之外,国内企业谋求长期发展,必须打通华山天险一条路——创新驱动和知识产权保护。

1、国内企业的创新能力和水平亟待提高

从上海自贸区的改革方向去理解,制度创新,一方面是国家决策层对于自贸区政府监管部门的事后监管、负面清单监管等创新制度设计的要求;另一方面,也是市场经济对自贸区企业摒弃粗放式发展,转投科技创新发展的新要求。不可否认,美欧等西方发达国家的企业往往在知识产权保护方面具有先发优势,就这一点而言,国内企业存在着起步晚、意识差、投入少等问题。据国家知识产权局统计,国内有效专利中发明专利仅占15.3%,而国外有效专利中发明专利占到79.1%。“国内有效专利构成结构呈明显不均衡状态,创造水平及科技含量较高的发明专利比重处于较低水平,说明国内创新活动仍主要徘徊在外围技术领域,缺少核心关键技术上的突破。”

即便如此,不等于说国内企业在与外资同台竞技时毫无出路。据报道,在去年年底美国科技杂志《IEEE Spectrum》网络版周三发布了2012年全球企业专利实力排行榜上,国内企业华为、联想等均榜上有名。这在一定程度上表明,国内企业只要能坚持创新发展的思路,以自我优势为基础,寻求差异化发展的竞争策略,就能够在国际市场竞争中分得一杯羹。当然,与国外企业争夺市场竞争地位时,积极寻求知识产权法律保护,建立符合国内企业发展特点的知识产权竞争优势是不可或缺的竞争手段。这方面,韩国三星电子与美国苹果公司在智能手机领域的专利争夺就是最好的印证和启示。

2、强有力的知识产权保护是自贸区的基本法治保障

市场经济的内核是法治经济,良好的市场环境需要以法治加以保障。一直以来,美国等西方发达国家对我国的知识产权保护颇有微辞。由于外资企业在技术和管理上的优势通常以版权、专利、商标以及商业秘密等知识产权形式体现,其在与国内企业进行合资或独资过程中往往以知识产权作价入股,或对外进行知识产权授权许可、转让,即可实现其占领技术和行业竞争制高点的目的。

相应地,在进入自贸区投资之前,外资企业必然会将知识产权法律保护作为首要的投资考虑因素之一。有美国官员坦言,对于外商尤其是著名跨国公司而言,保护知识产权显得尤为重要。保护知识产权首先得要完善

相应的法律,最重要的是执行法律。同样地,知识产权保护水平的高低,也会直接影响到外商对上海自贸区的投资决策。缺乏强有力的知识产权保护,上海自贸区对外商投资的吸引和力度都将会大打折扣。仅国内企业拥趸的自贸区必然会失去国际自由贸易的初衷,这与自贸区制度创新和发展的改革方向也是背道而驰的。

3、知识产权保护是自由贸易的重要规则

由于我国已经加入 WTO,必须遵守入世承诺,国内市场对外开放正按照开放承诺逐步推进,在贸易、投资和知识产权保护等重要领域的国际化趋势已基本形成。我国政府在对外政策和法律制订等方面正在逐步或已经与国际接轨,各类市场主体的国际化程度日益提高。相应地,国际通行的贸易、投资和知识产权法律保护规则和惯例必然进一步趋同化。因此,在以 TRIPS 协议为基础的国际知识产权保护领域,也是上海自贸区建设过程中对相关政策和规则制订的研究课题。

正如国家知识产权局局长田力普为第七届中国专利周发表的书面致辞所言:知识产权制度是市场配置资源的重要方式,能够引导创新资源要素流动,参与创新资源优化配置。专利作为联接技术和资本的重要纽带,是创新成果转化为现实生产力的关键环节。当然,除专利之外,包括版权、商标和商业秘密等形式存在的知识产权都是企业创新成果转化为生产力的关键环节和要素资源,自贸区内尤其如此,这一点应当引起国内企业的高度重视。

三、强化知识产权保护是倒逼国内企业创新发展的新契机

“大市场,小政府”乃现代市场经济的应有之义。历史和实践已经证明,政府从来都不是资源配置的最佳机构。即使政府短时期内的政策规划能够胜过市场,长远来看,也会输给市场。在今年两会上,李克强总理在回答新加坡《联合早报》记者有关国家机构改革和职能转变方案的问题时亦表示,要把错装在政府身上的手换成市场的手,并直言要有壮士断腕的决心。目前,对于上海自贸区设立和改革方向,国务院等中央领导决策层已经意识到,中国改革开放已经进入深水区,必须以开放倒逼改革,从而促进全国范围经济改革的重大任务,上海自贸区正是在这样的改革背景下被提出和成立的。同样地,在创新发展和实施“走出去”战略层面,自贸区的国内企业同样也需要以创新的思维和勇气,通过政府监管和市场竞争机制引导乃至倒逼国内企业走上自主创新和知识产权保护之路。

1、加强知识产权司法保护将倒逼国内企业创新

除金融、贸易和航运领域之外,知识产权保护工作

将是上海自贸区的重要一环。那么,上海自贸区的知识产权保护应如何进行呢?2013年11月5日,上海市浦东新区人民法院自由贸易区法庭挂牌成立。据报道,自贸区法庭将结合自贸区创新改革的定位和特点,主要以审理与自贸区相关的民商事案件为主,其中就包括与自贸区相关联的知识产权案件。随后,2013年11月20日,中国(上海)自由贸易试验区国际商事联合调解庭暨

上海文化创意产业法律服务平台知识产权调解中心在自贸试验区揭牌成立,国际商事联合调解庭将帮助企业快捷、高效、经济、灵活地处理各种商事纠纷以及知识产权纠纷。上述有关知

识产权争端解决机构的相继设立,表明自贸区多元化的知识产权争端解决机制已逐步形成。

上海市知识产权局局长吕国强也表示,随着案件数量的发展,未来可以研究是否需要设立专门的知识产权法庭或者知识产权法院,知识产权的刑事、民事案件都由专门机构来审理。在自贸区外,围绕商标、专利、版权,行政管理与执法分别由三个部门实施。未来设想在自贸区内,能完成三合一,统一管理,既提高行政效率,又方便企业及知识产权权利人。有关知识产权保护的司法和行政保护措施为加强,将进一步提高自贸区知识产权行政执法保护的效率,加强知识产权司法保护的力度。

可见,在我国现有的知识产权法律保护制度框架下,未来上海自贸区管辖范围内的知识产权法律保护无疑将更为规范和严格。这对知识产权保护意识较低、投入较少、起步较晚的国内企业而言必将是一场严峻的考验。在上海自贸区这一更规范、更严格的知识产权保护格局,对于知识产权保护意识和水平均有待提高的国内企业而言,具有倒逼其创新发展的积极作用。

2、强大的知识产权竞争对手倒逼国内企业创新

在更为规范和严格的知识产权保护之下,国内企业若不能尽快适应自贸区制度创新的政策导向,积极创造数量更多、质量更高的知识产权,在未来的自贸区竞争中毫无优势可言。从首批注册在自贸区的25家企业来看,除银行等金融机构之外,微软和保时捷等外资企业



在知识产权的拥有和保护方面都算是佼佼者,这些外资企业在知识产权保护方面具有长期的积累和先发优势。此外,有报道称,28家上市公司斥资20亿元投资上海自贸区 and 深圳前海。从这些上市公司公开投资状况显示,上述投资主要都与技术研发、游戏及软件开发或品牌打造息息相关,这与知识产权保护则密不可分。可见,投资上海自贸区的国内企业必须具有较强的知识产权竞争优势,或计划在知识产权竞争领域加大投入。在知识产权领域缺乏竞争意识和竞争优势的国内企业,未来要在强手林立的自贸区占领一席之地的难度可想而知。

四、坚持创新发展,打造知识产权竞争优势

开弓没有回头箭,上海自贸区改革开放的巨轮已经扬帆起航。促进自由贸易是上海自贸区建设的应有之义,在知识产权保护领域,上海自贸区对知识产权创造、申请、维护、法律保护以及执行力度、效率应率全国之先,真正做到“可推广、可复制”。随着上海自贸区改革逐步推向纵深,国内企业应力争成为践行自贸区制度创新的主角,在知识产权法律保护领域,顺势而为,迎头赶上国际科技创新发展水平。

1、国内企业应当加大知识产权投入

早在2012年底,总部设在瑞士日内瓦的世界知识产权组织11日发布《2012年世界知识产权报告》说,中国专利局在2011年受理了约526412件专利申请,同年美国知识产权部门受理了约503582件。按专利申请受理数量计算,中国首次超过美国排名世界第一。国内报道称,2012年国内申请人的发明专利申请量、授权量分别增长了3.5倍和4.5倍;我国发明专利申请量居世界第一位;授权量居世界第三位;提出的PCT国际专利申请量居世界第四位。截至今年3月底,我国每万人口发明专利拥有量达到3.4件。与此同时,2012年,商标注册量继续保持世界第一;作品著作权和软件著作权登记量达到历史新高;植物新品种申请量在国际植物新品种保护联盟成员国中居第二位。

虽然这些世界第一当中还可能有一些水分,而且还应当考虑到其中很大一部分不属于国内企业知识产权申请的成份。但从另一个角度看,面对在知识产权领域中的这些数据,国内企业应当认真思考如何积极创新,以及如何通过专利申请、商标注册等综合的知识产权保护手段,创造出更多具有国际竞争力的创意版权、发明专利以及驰名商标品牌等知识产权。

2、积极运用知识产权融资等手段

知识产权是无形资产,其价值不但可以通过具体实施和评估等方式予以体现,未来包括以知识产权质押融资等多种渠道将进一步拓宽,企业不但要创造出

知识产权,更要学会保护好、运营好知识产权要素资产,尽可能使其在最大限度范围发挥竞争作用。国家知识产权局网站信息显示:2012年全国知识产权质押融资金额首破百亿元,达141亿元人民币。其同比增长56.7%,涉及专利数量3399件,同比增长74%。自2008年国家知识产权局开展知识产权质押融资工作以来,全国专利权质押合同登记量连续5年保持高速增长,质押金额年均增长78.8%,质押项目年均增长77.63%,涉及专利数量年均增长98.71%,全国实现2073项质押贷款项目,涉及7326件专利,质押金额合计385.7亿人民币。截至2013年初,国家知识产权局已在全国28个地区开展知识产权质押融资试点、投融资服务试点及创建国家知识产权投融资综合试验区,其中24个地区人民政府相继制定并出台了本地区鼓励和促进知识产权质押融资管理办法及实施意见,通过资助担保、贷款贴息、中介费补贴、风险补偿、绩效奖励以及考核评价等多种政策措施,积极探索和推动知识产权质押融资工作,基本建成以实现知识产权价值为目的的多层次、多元化和多渠道的知识产权质押融资体系。可见,国内企业一旦在高科技产品及技术领域确立一定的知识产权竞争优势,则不仅可以通过知识产权壁垒阻止其他竞争对手,还可以通过知识产权质押融资等渠道促进其融资需求,二者形成良性正面互动,有助于企业建立知识产权法律保护和企业融资发展相互促进的长效良性机制。

3、用好专业服务资源,创建自主知识产权

“迟做总比不做强。”随着上海自贸区专业服务领域的开放,包括专业的知识产权服务机构和知识产权律师在内的相关资源将呈现集聚效应,企业对该类专业服务的可获得性进一步提高,这就要求国内企业具有长远发展眼光,认清知识产权在上海自贸区竞争当中的核心要素作用。“不积跬步,无以至千里,”发展创新不设门槛,但也没有捷径可走。以往那种一味地追求发展规模、低价竞争等粗放式的产业,在上海自贸区将很难有发展空间。企业投资者若想在上海自贸区立足,放眼国际化的大市场以寻求更广阔的发展空间,就必须在知识产权方面做足功课、练好知识产权内功,尽快熟悉上海自贸区的政策和法律规则,以及国际贸易、投资活动中与知识产权有关的法律规则。强化知识产权法律保护,不但符合自贸区的内、外资企业的创新发展要求,也与上海自贸区制度创新的改革要求保持了高度的一致。只有通过政府监管和市场竞争的双重机制倒逼,国内企业才更有可能走出一条符合国际竞争要求的创新之路,上海自贸区制度创新试验的成功率才可能更高。●



陈申军：市律协知识产权业务研究委员会委员

●文/陈申军

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

关于自贸区环境下的知识产权运营与保护的一点遐想

2013年8月22日，国务院正式批准设立中国（上海）自由贸易试验区（下称“上海自贸区”），这是党中央、国务院应对全球经贸发展新趋势，更加积极主动开放战略的一项重大举措。自贸区的建立，必然在积极推进服务业扩大开放和外商投资管理体制改革，大力发展总部经济和新型贸易业态，加快探索资本项目可兑换和金融服务全面开放，探索建立货物状态分类监管模式，努力形成促进投资和创新的政策支持体系，着力培育国际化和法治化的营商环境等方面探索新思路和新途径，培育我国面向全球的竞争新优势，构建与各国合作发展的新平台，拓展经济增长的新空间。2013年8月30日，十二届全国人大常委会第四次会议审议批准了《关于授权国务院在中国（上海）自由贸易试验区等国务院决定的试验区内暂时停止实施有关法律规定的决定》，暂时调整《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》和《中华人民共和国中外合作经营企业法》规定的有关内容在自贸区中的实施。现在，上海自贸区已经进入了实质性运转阶段。

上海自贸区的起点高，立意深远；不仅探索国内改革开放的新思路和新途径，而且还有通向跨太平洋伙伴关系协议(TPP)局部开放试验的考量。虽然目前由美国主导的跨太平洋伙伴关系协议(TPP)被视为门槛最高的自由贸易协定，但是其以大幅度关税减免为核心的货物贸易、服务贸易、知识产权以及投资等领域优惠与合作对于全球贸易的深远影响不容小觑。在此背景下，笔者作为知识产权法律从业人员，对于上海自贸区环境下的知识产权运营和保护提出一点建议，供大家思考。

在上海自贸区“境内关外”的环境中，需要国外知

识产权权利的认可和运营。知识产权贸易与货物贸易、服务贸易一并作为国际贸易的三大支柱，随着货物贸易和服务贸易在自贸区内迅速发展，知识产权贸易自然也会成为贸易发展的需求。版权、商标、专利、专有技术（Know-how）等知识产权既可以与货物、服务一起形成价值增值部分，也可以单独成为交易的价值部分。而上海自贸区中金融服务领域的改革也为资本与知识产权的结合打下了良好的基础。但是，传统知识产权法律体系中对于权利的地域性有比较严格的要求，一般本国只承认在本国登记、注册、授权的知识产权权利，造成在国外地域难以使用本国知识产权权利来创造价值。在上海自贸区“境内关外”的背景下，可以考虑尝试以某种形式认可国外知识产权权利，无论其是否具有相应在中国登记、注册、授权的知识产权权利，并且允许国外知识产权权利在上海自贸区进行商业使用并产生经济价值。这不仅会有利于推动上海自贸区的货物贸易和服务贸易，也会有利于中国企业的结构调整、技术升级和海外发展。中国企业既可以使用国外知识产权权利“引进来”，也可以借着国外知识产权权利“走出去”。上海自贸区中的金融服务领域也有可能借此获得更多的价值增值部分。当然，由此可能对于传统的知识产权执法理论和实际管理的影响，也需要立法机构事先在法规设定方面给予平衡，便于实务操作。

知识产权权利的运营需要以知识产权的保护为前提。在有效的法律保护的前提下，知识产权的运营才能够产生真正的价值。2013年8月30日，十二届全国人大常委会第四次会议审议批准《关于授权国务院在中国（上海）自由贸易试验区等国务院决定的试验区内暂时停止实施有关法律规定的决定》，说明上海自贸区可以在

法律上“境内关外”。今后全国人大常委会也可以对于上海自贸区范围内的知识产权保护法律给予特殊处理。

跨太平洋伙伴关系协议(TPP)中的知识产权政策制度也一直是该自由贸易协定中争论较多、分歧较大的部分。主导跨太平洋伙伴关系协议(TPP)的发达国家对于知识产权保护提出了更高的要求,甚至考虑成立国际诉讼法庭,处理成员内、成员间的知识产权纠纷。

由于历史和立法的原因,我国的知识产权执法和保护与国外的知识产权保护有一定的差距。完全接受发达国家的安排可能并不符合实际情况。但是,我们可以在上海自贸区内,参照《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)为代表的国际高标准知识产权保护规则,借鉴其中的有益部分,应用到我们自身主导的知识产权执法和保护体系中,不仅可以应对《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)提出的高标准,而且还可以对于改革我国知识产权执法和保护提供建议。比如,可以考虑在上海自贸区内设立专门法院,集中处理版权、商标、专利、技术秘密,不正当竞争等各种知识产权案件,包括上文中提及的国外知识产权权利的纠纷和冲突,甚至可以成为知识产权案件异地审理的备选法院。在审理中,可以借鉴国外的证据开示(“discovery”)程序,由双方各自提供技术分析和财务记录,在庭审中进行质证和辩论;在最高人民法院关于加强人民陪审员参与诉讼的意见政策背景下,是否可以同时考虑引入律师相互指定人民陪审员的程序,保证审理的客观和公正,保证案件的执行。如果上述的知识产权审理模式能够得到其他《跨太平洋伙伴关系协定》TPP 会员的接受,那么这种模式不仅可以应对《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)提出的高标准的知识产权保护要求,也可以在 TPP 谈判中获得更多的谈判空间。

上述内容只是笔者的一点遐想,希望能够对于上海自贸区的知识产权运营与保护有一点参考作用。●



傅钢:市律协知识产权业务
研究委员会委员

●文/傅钢

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

试论网页游戏作品 类型定性问题

在一起著作权改编权侵权诉讼中,被告未经原告许可,将原告享有著作财产权的小说改编为网页游戏。而被告辩称,其制作、运营的网页游戏为一款软件,其软件表达的是指令代码,与原告的小说在表达上无可比性、无相似之处,因此不存在改编的情形。被告的抗辩能成立吗?

欲解决上述疑问,就必须严格依据著作权法的规定及相关理论,对网页游戏的作品类型进行准确的定性。

一、《著作权法》对作品的分类和定义

我国《著作权法》将经创作所产生的文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等作品分为若干类型,包括:“文字作品,口述作品,音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品,美术、建筑作品,摄影作品,电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品,工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品,计算机软件,以及法律、行政法规规定的其他作品”。

《著作权法实施条例》对上述各类作品给出了进一步的定义:如“文字作品是指小说、诗词、散文、论文等以文字

形式表现的作品”;“美术作品是指绘画、书法、雕塑等以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品”;“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品,是指摄制在一定介质上,由一系列有伴音或者无伴音的画面组成,并且借助适当装置放映或者以其他方式传播的作品”等。

对无法归入具体哪种类型的作品,《著作权法》将其归入“法律、行政法规规定的其他作品”。

二、网页游戏具有作品的特征

根据《著作权法实施条例》,我国著作权法所称“作品”,是指“文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果”。

最高人民法院《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二条也指出,“受著作权法保护的作品,包括著作权法第三条规定的各类作品的数字化形式。在网络环境下无法归于著作权法第三条列举的作品范围,但在文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的其他智力创作成果,人民法院应当予以保护。”

根据以上定义和司法解释,“作品”应满足两个特点,其一是“具有独创性”,其二是“能以某种有形形式复制”。因此,对于网页游戏开发者自行研发的、具有独创性的网页游戏,由于可被光盘、硬盘等有形形式复制,应属于我国著作权法所称“作品”的范畴。

三、网页游戏作品是复合作品

我国《著作权法》第三条规定了可以受到著作权法保护的作品类型,包括但不限于文字作品、美术作品等八种类型的作品。但这并不意味着一件作品中只包含一类作品,一件作品中也可能含有多种类型的作品。比如一本附插图的诗词鉴赏,其中的附图属于美术作品,而诗词则属于文字作品,因此这一本书虽然是一件作品,但其中却包含了两类不同种类的作品;又或者毛泽东亲笔写的一首诗词,如果从将其作为一篇书法看待的角度出发,其应作为著作权法上的美术作品获得保护,而如果从将其作为一首诗词看待的角度出发,其应作为著作权法上的文字作品获得保护。相同的道理,对于一款网页游戏,它也有可能包含了多种类型的作品。

被告指出,其开发网页游戏为一款软件,属于著作权法规定的软件作品。根据《计算机软件保护条例》第二条规定“本条例所称的计算机软件(简称软件,下同)是指计算机程序及其有关文档”;第三条规定“本条例下列用语的含义是:(一)计算机程序:指为了得到某种结果而可以由计算机等具有信息处理能力的装置执行的代码化指令序列,或者可被自动转换成代码化指令序列的符号化指令序列或者符号化语句序列。计算机程序包括源程序和目标程序。同一程序的源文本和目标文本应当视为同一作品。(二)文档:指用自然语言或者形式化语言所编写的文字资料和图表,用来描述程序的内容、组成、设计、功能规格、开发情况、测试结果及使用方法,如程序设计说明书、流程图、用户手册等。”可以看出,计算机软件仅指计算机程序和有关文档,其中计算机程序有源程序和目标程序两种表现形式,源程序是程序员用高级语言编写的,能够被其他程序员所理解,而目标程序则由高级语言转化而来,只能被计算机所读取,而无法为人所理解。从此判断,被告认为其制作和运营的网页游戏表达为指令代码,这是正确的。然而,这并不意味着被告的行为就无从构成对原告改编权的侵犯。

一款网页游戏中不仅包括属于计算机软件的部分,还包括不属于计算机软件的成分,因此只要是计算机程序和有关文档之外的部分,就不能归入计算机软件的范畴。一款网页游戏中除了计算机软件之外,还包括被计算机软件调用的媒体素材,比如角色形象、人物对话、背景音乐、视频等,以及人物形象、人物对话、视频等素材

相互结合、相互呼应后所体现出来的游戏脉络走向、故事情节、事件发展顺序、人物性格特征、人物关系设置等方面的内容,这些是玩家在电脑屏幕等媒体介质上看到的、听到的计算机软件运行之后的结果,这些既不是计算机程序,也不是有关文档,因此不属于计算机软件。但是,这些内容确实有可能构成著作权法上其他类型的作品,比如角色的形象或者场地的设计可能构成美术作品、人物对话可能构成文字作品、背景音乐可能构成音乐作品、视频可能构成影视作品。因此,一款网页游戏不仅包含一类软件作品,还可能同时包含其他类型的作品,不同类型的作品对应不同的客体,绝对不可混为一谈。也就是说,在一款网页游戏中,软件、软件的运行结果以及被软件调用的媒体素材是不同的客体,在著作权法上对应不同的作品类型,不可混淆。因此,一款网页游戏中,不同的客体可能构成著作权法上不同类型的作品,一款网页游戏是很多种类型作品的集合。被告提交的网页游戏软件著作权登记证书,只能证明网页游戏软件属于计算机软件,但无法排除其中还包含其他类型的作品。被告在仅将网页游戏中属于软件作品的部分与原告享有著作权的小说进行对比,而没有将网页游戏中其他类型的作品与原告享有著作权的小说的表达进行比较的情况下,直接得出网页游戏和小说在表达上不相近似的结论,这一推理是十分不充分的。判断网页游戏是否构成对小说的改编,还应当将网页游戏中除软件之外的其他作品,比如人物形象、人物对话、视频等美术作品、文字作品、影视作品相互结合、相互呼应后所体现出来的故事情节、事件发展顺序、人物性格特征、人物关系设置等方面的内容与原告享有著作权的小说进行对比,之后再得出结论。因此,被告的这一抗辩看待问题不够全面,有只见树木不见森林之嫌,是无法成立的。

综上所述,网页游戏作品是复合作品,其中含有多种作品形式,其与著作权法上的作品形式是不同的分类形式,不能简单地拿其中一种特征来代替其全部特性来给网页游戏作品下定义,去对比其本身具有的其他特性,这只是偷换概念的诡辩之术。●





他山之石

●文/周文杰

英国法律服务委员会简介

英国法律服务行业长达十年的规制体系改革，其中心议题之一就是如何协调法定规制与自我规制的关系，以促进建立一个公正、透明、高效、独立的法律服务行业。以2007年《法律服务法》为标志，在法律服务行业建立了新的规制体系。该规制体系的一个重要创新就是创设了一个独立规制机构——法律服务委员会（Legal Services Board），统一负责对英格兰及威尔士的法律职业群体进行规制监督。本文将对创设法律服务委员会的改革背景、机构性质以及内部治理结构进行简要介绍。

一、创设法律服务委员会的改革背景

2001年3月，英国公平交易办公室（Office of Fair Trading）发布一份关于“职业领域的竞争”的报告。该报告认为法律职业应当受到竞争法的规制，并要求取消对法律职业竞争的不合理限制。随后，英国政府在一份咨询报告中对法律服务市场中的竞争及规制问题予以了回应。该政府报告认为，目前法律职业的规制框架是“过时、呆板、过于复杂，且在问责制或透明度方面不够充分”，规制机构的权力与职能存在重叠现象，这种迷宫式的规制框架不能适应目前的市场变化和消费者需求。因此，英国政府认为

有必要对法律职业的规制框架进行彻底独立的调查。

2003年7月，大卫·克莱门蒂爵士（Sir David Clementi）接受政府委任，着手对英格兰及威尔士法律服务行业的规制框架进行独立审查。经过一年多的独立调研研究，2004年12月，大卫·克莱门蒂发表了题为“英格兰和威尔士法律服务行业规制框架的审查”报告，该报告提出以下几点建议：（1）建议创设一个新的法律服务规制机构——法律服务委员会，对事务律师协会（the Law Society）、出庭律师公会（the Bar Council）等自我规制机构的规制行为进行监督规制。（2）建议将维护法治、改进司法、保护并促进消费者利益等作为规制机构的规制目标。（3）建议自我规制机构进一步完善其内部治理结构，并且将其规制职能与代表职能分开。（4）建议设立统一受理消费者投诉的独立机构——法律投诉办公室（Office for Legal Complaints），该机构由法律服务委员会负责监督。（5）建议允许设立非传统律师事务所（Alternative Business Structures），此类律师事务所由不同类型的律师和非律师人员共同管理和所有。

2006年10月政府出台了《法律服务法》草案，经过漫长的国会立法程序和全面的审查，最终获得了国会立法通过。2007年10月30日该法得到皇家御准而

正式生效。2008年5月至9月，大法官陆续任命法律服务委员会的理事会主席和其他7名理事会成员，2009年1月1日，法律服务委员会正式成立，2010年1月1日开始全面运作。这标志着英国法律服务行业长达十年的规制体系改革完成，新的规制体系开始全面发挥作用。

二、法律服务委员会的性质及其职能

（一）作为独立规制机构的法律服务委员会

按照2007年《法律服务法》规定，法律服务委员会是一个独立规制机构，独立于政府、被批准规制机构和法律职业群体，并负责监管被批准规制机构（Approved Regulators）。作为独立规制机构，法律服务委员会的独立性主要表现在以下几个方面。

1. 独立于行政机关

法律服务委员会由司法部发起设立，承担规制全英格兰及威尔士法律职业群体的职能。其根据2007年《法律服务法》规定设立，具有独立的法律地位。该法赋予了法律服务委员会广泛的职能和规制权力。此外，法律服务委员会拥有专门的财政预算。

2. 独立于被批准规制机构和法律职业群体

如何保障法律服务委员会独立于

被批准规制机构和法律职业群体,需要处理好法律服务委员会的“独立性”与“专业性”关系。《法律服务法》明确规定法律服务委员会的决策机构——理事会的成员大多数必须是非法律界人士(lay persons),其中理事会主席必须是非法律界人士,该规定可以有效切断法律服务委员会与职业群体过于密切的联系。

3. 机构的组织形态与决策程序

法律服务委员会作为独立规制机构,其组织形态采取理事会的形式。按照《法律服务法》的规定,理事会由主席、首席执行官和若干名理事会普通成员组成。其重要决策主要以理事会会议的形式作出。采取理事会这种组织形式,可以避免独任制可能导致的规制政策因人而异、朝令夕改等问题,也可有效抵制政党和利益集团的不当干涉,从而有利于维持规制政策的连续性和稳定性,有利于实现公正规制,维护社会公共利益。

4. 机构成员的独立性

独立规制机构的成员独立性是保持机构独立性的重要方面。成员的独立性主要依赖于三个方面因素,一是机构成员的任期保障;二是机构成员的职位保障;三是机构成员避免政治影响。《法律服务法》在这三个方面都作出了详细规定。在理事会成员的任期方面,《法律服务法》采取了交叉任职的方式,即理事会各成员的任期各不相同,以此保证机构成员的稳定性,从而保障法律服务委员会的规制政策的连续性。在理事会成员的职位保障方面,《法律服务法》规定理事会成员的职位受法律保障,只有在法律规定的情形下,才可由大法官免除其职位。在避免政治影响方面,《法律服务法》规定理事会成员不得参与任何政治活动,包括参与地区议员的竞选。

(二) 法律服务委员会的规制目标

《法律服务法》第2部分第3条明确规定了法律服务委员会有促进实现规制目标的义务。这里的规制目标,是《法律服务法》第1部分第1条明文规

定的八项目标:(1)保护和促进公共利益;(2)支持法治的宪法原则;(3)改进司法;(4)保护和促进消费者利益;(5)促进法律服务行业的竞争;(6)鼓励独立的、强大的、多样化的及有效的法律职业;(7)增进公众对公民法律权利和义务的了解;(8)促进及维持并恪守专业原则。

(三) 法律服务委员会的规制权力

为确保规制目标的实现,以及监督被批准规制机构的规制行为,《法律服务法》第四章(“对被批准规制机构的规制”)授予法律服务委员会广泛的职能和规制权力。这些职能和权力大体上可分为四类:(1)依法作出某类决定。包括批准执业证的收费;批准被批准规制机构改变某些规制制度;有权向大法官建议设定新的被批准规制机构等。(2)对被批准规制机构进行监督、指导,包括为其设定或指导其设定绩效目标等,并对他们的不当行为予以惩戒。(3)协助其他机构制定并维持有关法律服务行业的规制、教育或培训方面的标准。(4)其它一般性的权力,即为促进其职能履行,法律服务委员会根据其自身判断可作出的任何决定,包括及时了解法律服务市场的发展动态,掌握市场信息,进行适当的评估和调查研究;向被批准规制机构绩效目标自我评估提供反馈意见;对损害规制目标的措施进行调查等等。

三、法律服务委员会内部治理结构

按照《法律服务法》规定,法律服务委员会应按照良好内部治理原则,健全其内部治理机构,包括采取理事会组织类型,设立有关专门委员会以及相关的议事程序规则,确保达到良好内部治理的要求。

(一) 法律服务委员会的组织架构

1. 理事会及其组成人员

法律服务委员会的决策机构是理事会。《法律服务法》明确规定,理事会由1名主席、1名首席执行官以及其他

7名至10名的理事会普通成员组成,并对理事会成员人数、任职资格及任职程序作出规定。

理事会普通成员的职位受法律保障,且非经法定事由和法定程序,不得免职。《法律服务法》列举了可免除其职务的法定事由,理事会成员如无合理理由至少连续6个月无法履行其职责、因犯罪而被定罪判刑、未获破产解除的破产人以及不合适担任职务或无法履行其职责的其他情形,大法官须向理事会主席商议后方可作出免除决定。此外,理事会普通成员中的非法律界人士在任职期间一旦成为法律服务行业从业人员,也应当终止其理事会成员职务。

2. 专门委员会

《法律服务法》附录1中规定法律服务委员会可根据实际情况设立若干专门委员会(Committees),同时对专门委员会成员任职资格作出了规定。专门委员会成员(包括专门委员会主席)均由法律服务委员会自行任命,专门委员会成员必须是法律服务委员会的理事会成员,专门委员会法定人数不得少于3人,且大多数成员必须是非法律界人士。专门委员会可根据实际情况下设小组委员会(Sub-Committees)。目前法律服务委员会内部设立了三个专门委员会,并明确其职责。

3. 消费者小组

《法律服务法》明确将“保护消费者利益”列为规制目标之一,并将其置于整个规制体系的核心地位。因此法律要求法律服务委员会必须设立消费者小组(Consumer Panel)。消费者小组由消费者或代表消费者利益的人所组成,并经大法官批准后由法律服务委员会任命,法律服务委员会必须指定消费者小组其中一名成员担任小组主席,具体任职条件由法律服务委员会决定。消费者小组主席及其他成员的任命期限为固定期限,且未经大法官批准,不得免职。

消费者小组的职能主要有两个方面:根据法律服务委员会的要求展开研

究并向法律服务委员会提供咨询建议。

（二）法律服务委员会的运作程序

法律服务委员会的决策机构是理事会，执行长官是首席执行官。法律服务委员会的运作程序，主要是指理事会的决策程序，即理事会的会议程序。按照《法律服务法》附录 1 第 21 条规定，法律服务委员会应当完善其内部治理机制，包括制定完善的理事会会议程序及有关事项，并规定根据该法制定的任何程序性规则都必须予以公开。据此法律服务委员会制定了《法律服务委员会程序规则》（以下简称《程序规则》），明确了理事会及各专门委员会召开会议的程序。

1. 召开会议的法定人数和表决要求

理事会应当定期举行会议，具体时间由理事会自行决定。但《程序规则》明确规定了理事会成员参会次数的要求，即在 1 年内，理事会成员参加会议次数不得低于总会议次数的 75%。

召开理事会会议。根据理事会主席的意见，当发生紧急情况时，理事会主席可召集会议。当有两个或两个以上理事会成员向主席提交召集会议的请求时，主席应在切实可行的情形下尽快召开会议。

会议的法定人数。理事会会议的法定人数不得少于 3 人，或者不得少于全体理事会成员的三分之一，其中包括“法律界人士”理事会成员和“非法律界人士”理事会成员。

理事会的决定一般应获得全体一致同意。未能达成一致意见的，应当通过投票表决的方式达成决定。参与投票人员应当是出席会议的理事会成员，投票结果由多数票来决定。根据投票结果，主席应当当场宣布是否通过有关决定。在票数相等的情形下，主席有第二次投票权来决定投票结果。

2. 利益冲突与人员回避

为保障理事会决策的公正性，《程序规则》明确规定了有关利益冲突事项和回避程序。理事会成员和所有员工都应当受到法律服务委员会关于利益方

面的政策约束。

如果理事会成员明知（或有合理理由被认为）与讨论的事项有实质性或相关的利益或职务关系，该理事会成员应当尽早向会议公开其利益或职务的性质。该理事会成员是否需要回避，由其他出席会议的理事会成员来决定。

四、法律服务委员会与司法部的关系

如上所述，法律服务委员会作为独立规制机构，在法律地位上具有相应的独立性，并通过采取理事会组织形式、明确理事会人员任职资格和条件等多种方式来保障法律服务委员会的独立地位。但是，在保障法律服务委员会独立性的同时，也需要解决法律服务委员会的可问责性，确保法律服务委员会向议会负责，以因应现代民主法治的要求。

《法律服务法》明确规定法律服务委员会通过大法官向议会负责。按照司法部内部主体划分，司法部对法律服务委员会的职责主要分为大法官的职责、司法部总审计长（Ministry of Justice Principal Accounting Officer）的职责和司法部发起设立司（Ministry of Justice Sponsor team）的职责，具体如下。

（一）大法官的职责

大法官的职责主要包括对法律服务委员的人事控制、财务控制以及向议会负责三个方面。

（二）司法部总审计长的职责

司法部总审计长的职责内容由《公共资金管理法》（Managing Public Money）第三章作出规定。结合《法律服务法》的规定，司法部总审计长的职责主要体现在两个方面：一是法律服务委员会的财政补贴向议会负责；二是向大法官提出建议的职责，建议内容包括法律服务委员会战略目标如何促进目前司法部的整体目标；与法律服务委员会的职责、义务和权力运行有关的规则和指引；向法律服务委员会支付有关公共拨款资金的条件。

（三）司法部发起设立司的职责

司法部发起设立司具体负责与法律服务委员会的联系，并负责向大法官和总审计长提出有关建议，建议内容主要包括：（1）监督法律服务委员会的行为，确保司法部监督行为的计划性、合理性和适当性，并对法律服务委员会履行其事务规划、货币总体价值与收益等事项作出评估。（2）支持大法官任命法律服务委员会的理事会主席和其他普通成员；（3）及时告知法律服务委员会有关政府政策以及未来发展规划；（4）关注法律服务委员会的理事会成员行为，必要时可要求理事会成员对已作出行为提供说明理由和保证。

五、启示

通过上述对英国法律服务委员会的介绍，可以为我们提供一些有益的启示。一是强化对事务律师协会、出庭律师公会等自我规制机构规制行为的监督。尽管英国法律职业群体的自我规制具有悠久的历史传统，但是这种自我规制体系也存在一些制度性缺陷，如法律职业群体的自我规制机构成员来自职业群体内部，自我规制机构被俘获的可能性大大增加，自我规制机构制定政策的正当性饱受批评。此外，自我规制机构往往有可能利用其权力设置竞争障碍，导致职业群体的高度垄断性，不利于统一市场的形成以及良好的市场竞争，对消费者利益和公共利益也缺少应有的关注。二是突出了对消费者利益的保护。2007 年《法律服务法》明确将保护消费者利益列为规制目标之一，作为法律服务委员会实施规制行为的法定目标和政策导向。在法律服务委员会内部设立专门的消费者研究小组，专职研究法律服务市场中的消费者利益保护问题。同时设立了法律投诉办公室（the Office for Legal Complaints），专门负责受理消费者投诉。●

（作者单位：上海市司法局）



随 笔

●文/金迎新

栏目组稿人:孙彬彬 sunbinbin@gmail.com

桂林印象

有人问我：中国最美的地方是何处？我不假思索地回答：广西桂林。或许有人不以为然，但依我多年的可能算少的游历却只能得出这个结论。于是，趁着甲午马年春节，我又一次来到了梦牵魂绕的桂林。一直以为“桂林山水甲天下”名句出自现代文人之口，这次来到桂林城中古代王城遗址，才知道此语系宋代嘉泰年间广西知府王正功所题诗句，现作为摩崖石刻被列为全国重点文物保护单位，座落在广西师范大学独秀峰校园内。天下闻名的漓江，是广西自治区的母亲河，是桂林市最靓丽的一张名片，也是桂林人永远的骄傲。几百里的水流如同画廊，吸引了多少中外游客，古有徐霞客写下游记，今有克林顿发表演说。漓江的阳朔县段更是青山绿水，让人目不暇接。怪不得张艺谋、王潮歌等著名导演也看上这里，策划了我国第一部山水实景剧《印象·刘三姐》，气势澎湃，七彩纷呈，现在每天观众爆满，口碑甚佳。桂林还是当年孙中山

先生筹谋北伐战争的所在，是这位革命先行者的福地。徐悲鸿先生曾在这里驻足四年，只为桂林的山水草木而折服，并创作了多幅不朽画作。现在悲鸿故居旁是著名的洋人街，许多外国朋友不远万里来此淘宝并泡吧。桂林近年还开发了一些新的景点，如龙脊梯田、龙胜温泉、二江四湖、日月双塔，都被列入国家重点景区，同样成为了桂林新的旅游亮点。以前每次到桂林，都是开会出差之余走马观花而已，这次假日得闲，总算可以来个深度探幽了……

探幽桂林，当然要从美名远扬的漓江开始。乘坐上舒适的豪华游轮，从七星岩旁的竹江码头出发，沿着上世纪周恩来总理、陈毅副总理途经的水路，徜徉在碧波荡漾的河流中5个多小时，也看不够两岸的青山翠竹和茂林，还有不时划着竹筏捕鱼的当地渔民，真感觉了“船在水中行，人在画中游”的美妙。此时此刻，又想起了小时候曾经读过的一篇课文的描述：漓江的水真静啊，静的让你感

觉不到它的存在；漓江的水真清啊，清的让你看得到水中游翔的鱼；漓江的水真绿啊，绿的让你以为是一块巨大的翡翠撒落人间。

游览了漓江，不能错过的另一个地方是象山公园。这座位于桂林城中心的公园是桂林的标志和象征，它紧依漓江最秀丽的支流桃花江，以形状酷似象鼻的山嶂为主体，每天吸引了无数游人，也是当地居民锻炼休闲的最近去处。

桃花江旁有个李宗仁官邸旧址，里面陈列了李宗仁的史迹资料，相当珍贵。众所周知，李先生就出生在桂林近郊，青年时就读于蔡锷任校长的广西陆军学堂，毕业后加入国民革命军，为北伐成功、抗战胜利立下巨大功劳，只是担任国民党政府代总统时拒签国共和平协议而留下终生遗憾。但他晚年毅然回归祖国，因而成为中华民族的一个佳话。无限热爱家乡的李宗仁先生已在上世纪六十年代作古仙逝，他生前留下两个遗愿：一是宝岛台湾回到祖国大家庭，二是桂林成

为世界旅游胜地。显然,他的第一个遗愿正由两岸人民在努力追求着,而第二个遗愿已经成为现实。如今的桂林已是举世闻名的优秀旅游城市,是联合国选定的国际旅游发展论坛永久会址。这样至高无上的荣誉在我国是唯一的,只有桂林才当之无愧地拥有。

夜游桂林环城水系,即近年开发的两江四湖风景线,毫不逊色于上海的黄浦江和香港的维多利亚港湾美景。所谓的两江即指漓江及其支流桃花江,四湖是指镶嵌在桂林市区及围绕周边的杉湖、榕湖、桂湖、木龙湖。这个景区的建成,其实是延续了北宋年代的一个真实景观。遥想当年宋朝盛世时期,桂林已是水系发达、山景葱茏的所在。这个工程项目从根本上改善了桂林的生态环境,弘扬了桂林悠久的历史文化,提升了城市的品位,实在是利在当代、功在千秋的伟业。现在整个水系全长 7.33 公里,水面面积达 39 万平方米,呈现了舟楫纵横、游人如织的盛况。此次实地再游两江四湖,仍然是心旷神怡、满目生辉。

既然号称是桂林深度游,那游览了两江四湖夜景后,必须联想到位于桂林郊外的兴安灵渠。灵渠早在秦朝即开凿,是连通湘江与漓江的人工大运河,在我国水利史上久负盛名,向有“北有长城,南有灵渠”的美称。来到灵渠,我

们不得不叹服古人的聪明智慧,为我们后人留下了宝贵的伟大工程,启迪了一代代中国人发奋图强的凌云壮志。这条湘桂大运河,曾经是华南地区重要运输动脉,现在对当地生态环境和观光旅游仍起着独特的作用。面对着这条清澈如镜的水流,我们只有发自内心的赞叹:美哉灵渠,壮哉灵渠!

桂林的一山一水,一草一木,已经深深地感染着世界各地热爱生活的人们。试问,有哪个故乡以外的城市,能让卓尔不群、才华盖世的著名画家徐悲鸿先生驻足四年光阴?我们凡夫俗子又有什么理由不爱上这座美丽的城市呢?

桂林作为具有悠久人文传统的城市,还有许多让人回味无穷的美食佳肴。相信看过央视纪录片《舌尖上的中国》的观众一定还记忆犹新。最出名的恐怕就是漓江啤酒鱼和已遍布全国城乡的桂林米粉了。是啊,来到了桂林,不喝桂花酒,不尝漓江鱼,不品一碗地道的米粉,不啃几个酸甜的罗汉果,不吃几块又酥又糯的马蹄糕,哪能算已体验过了这座特产和美味众多的城市呢!

桂林的闻名遐迩,还有一个重要原因,这就是它境内矗立着大小无数的岩洞。其中最出名的是芦笛岩、银子岩、七星岩和冠岩。桂林位于我国华南地区,成亿上万年的地壳运动,使这块土地形成典型的喀斯特地貌,蔚为大观,让人称奇。几乎就在市中心的芦笛岩景区,由于洞内流光溢彩的灯光照射,使里面的钟乳石变得美仑美奂,简直如同人间天堂,让人惊叹此景只疑天上有。此景区开放以来已接待了 120 多位中外国家元首、国会议长、政府总理,所以享有“国宾洞”美誉。中国浙江、贵州、云南甚至安徽等省份都有为数不

少并十分壮观的岩洞,但能与芦笛岩媲美的恐怕还没有吧?

桂林的山水让人神往,桂林的特产让人垂涎,桂林的人物也让人羡慕,真可谓物华天宝、地灵人杰。桂林自古以来就是华南重镇、广西要塞。秦朝置郡以来,虽战事不断,但江山代有才人出。明朝历代靖王设府于此,留下无数动人传说。鉴真和尚为去日本传播佛法,也曾看中桂林这块风水宝地修行年余,才有后来流芳百世的东渡故事。近代的桂林,曾作广西首府多年,多少文官武将、才子佳人,在此风云际会,助推和改变了中国的历史。中共建政后出任中国中央人民政府副主席的民革领袖李济深就在桂林工作战斗多年,民国时代的桂林三杰李宗仁、黄绍宏、白崇禧更是典型代表。而当代著名作家白先勇就是白将军的儿子,他的作品已是家喻户晓,他是我国文坛上不可多得的骄子。著名爱国民主人士梁漱溟先生也是桂林出生成长,因忧国忧民和才华出众而在中国历史上留下美名。一代枭雄蒋介石的公子蒋经国在任桂林专员时,与女大学生章亚若生出了一场“婚外恋”,轰动全国。他们的两个儿子章孝严、章孝慈长大后学有专长担任要职,前几年还专门从台湾来桂林祭奠亡母之灵呢!在抗日战争年代,中共中央在桂林设立了八路军、新四军联络办事处,处长就是大名鼎鼎的李克农将军。毛泽东主席称赞他:一个李克农,胜过敌军十个师。

岁月如白驹过隙毫不留情,年代的更替改变了世人的外貌与内心,但桂林依然美若天仙、神采飞扬。一晃几天假日即将过去,我只能面对天妒神羡的桂林感叹:再见了,桂林!待到八月桂花香时,我会再次踏上你的土地,抚摸你的山水,亲吻你的容颜……●

(作者单位:上海胜杰律师事务所)



业内资讯

上海市律协律师学院参加首届中国律师教育论坛

首届中国律师教育论坛暨庆祝中国人民大学律师学院成立四周年会议于4月26日召开。大会邀请了全国十二家律师学院和十二个省市律协参加会议。上海市律协副会长陈乃蔚向中国人民大学律师学院赠送由

上海市律协律师学院自主编写的《律师实务初阶教程》，上海市律协律师学院陈一沁代表律师学院发言，向大会介绍了律师学院的办学特色，得到与会者的认可和共鸣。

上海市律协参加2014华东六省一市律师协会秘书长联席会议

4月28日至29日，上海市律协秘书长万恩标及业务部金鹰前往安徽黄山，参加由安徽律协组织召开的2014华东六省一市律师协会秘书长联席会议。会议主要讨论了第

十二届华东律师论坛的筹备方案及相关问题，确定将于2014年10月在安徽合肥举办本届华东律师论坛。会议还对分论坛主题、论文的征集评选时间、奖项设置等进行了探讨。

女律师自我提升系列沙龙举办女性职场礼仪培训

5月9日，女律师联谊会联合黄浦区女律师联谊会，在上海市律协举办了以“商务礼仪、女性礼仪培训”为主题的自我提升沙龙课程。本次培训请到了上海教育电视台形

象设计主讲嘉宾、中国高级经理公关培训示范基地核心专家崔继红讲师，为女律师们有针对性的讲述了如何培养女性礼仪以及在职场的商务礼仪等。



上海市律协规划与规则委员会召开主任会议

上海市律协九届规划与规则委员会于5月28日召开主任会议。会议主要就规划与规则委员会2014年工作安排展开讨论，包括完成律师协会规则体系的

完善工作、完成《律师行业未来五年发展预测报告》（名称暂定），并将争取在陆家嘴法治论坛等研讨会或者论坛上与广大律师分享等。



上海市律协青工委开展以“我们一起成长”为主题的红五月活动

5月31日，上海市律协青工委以“我们一起成长”为题开展了2014年红五月主题活动。嘉宾律师和与会青年律师们面对

面地进行了互动交流，活动尾声，律师们参观寻访了爱国主义教育示范基地中共“一大”和“二大”会址纪念馆。



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

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

新法速读

最高法院出台司法解释明确商标案件管辖

为正确审理商标案件,最高法院日前印发《最高人民法院关于商标法修改决定施行后商标案件管辖和法律适用问题的解释》,该司法解释自 2014 年 5 月 1 日起施行。明确 13 类商标案件法院应当受理。

最高人民法院关于商标法修改决定施行后商标案件管辖和法律适用问题的解释》规定,人民法院受理以下商标案件:

- 1、不服国务院工商行政管理部门商标评审委员会作出的复审决定或者裁定的行政案件;
- 2、不服工商行政管理部门作出的有关商标的其他具体行政行为的案件;
- 3、商标权属纠纷案件;
- 4、侵害商标专用权纠纷案件;
- 5、确认不侵害商标专用权纠纷案件;
- 6、商标权转让合同纠纷案件;

- 7、商标使用许可合同纠纷案件;
- 8、商标代理合同纠纷案件;
- 9、申请诉前停止侵害商标专用权案件;
- 10、因申请停止侵害商标专用权损害责任案件;
- 11、因商标纠纷申请诉前财产保全案件;
- 12、因商标纠纷申请诉前证据保全案件;
- 13、其他商标案件。

解释还规定,对于在商标法修改决定施行前提出的商标注册及续展申请,商标局于决定施行后作出对该商标申请不予受理或者不予续展的决定,当事人提起行政诉讼的,人民法院审查时适用修改后的商标法。对于在商标法修改决定施行前提出的商标异议申请,商标局于决定施行后作出对该异议不予受理的决定,当事人提起行政诉讼的,人民法院审查时适用修改前的商标法。

(供稿:市律协知识产权业务研究委员会)

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
电子信箱 (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 2014 年第 4 期

上海篇

- 1、上海市人民代表大会常务委员会：关于修改《上海市人口与计划生育条例》的决定
- 2、上海市人民代表大会常务委员会：上海市养老机构条例
- 3、上海市人民政府：上海市医患纠纷预防与调解办法
- 4、上海市人民政府：关于本市行政机关负责人行政诉讼出庭应诉和旁听审理的指导意见
- 5、上海市水务局：上海市公共供水水质信息公开管理办法

全国篇

【 综合 】

- 1、国务院：社会救助暂行办法
- 2、国务院：关于取消和下放一批行政审批项目的决定
- 3、国务院：关于废止和修改部分行政法规的决定

【 诉讼法 】

- 1、最高人民法院：关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释
- 2、最高人民法院：关于修改关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的规定的决定
- 3、最高人民法院：关于审理涉及农村土地承包经营纠纷调解仲裁案件适用法律若干问题的解释

【 证券银行保险 】

- 1、中国银行业监督管理委员会等：商业银行服务价格管

理办法

- 2、中国银行业监督管理委员会：关于中国（上海）自由贸易试验区银行业监管有关问题的通知

【 海关 】

海关总署：中华人民共和国海关审定进出口货物完税价格办法

【 交通运输 】

- 1、交通运输部：关于修改《中华人民共和国船员培训管理规则》的决定
- 2、交通运输部：关于修改《中华人民共和国海上船舶污染事故调查处理规定》的决定
- 3、交通运输部：国内水路运输管理规定
- 4、交通运输部：国内水路运输辅助业管理规定

【 工商 】

- 1、国家工商行政管理总局：工商行政管理部门处理消费者投诉办法
- 2、国家工商行政管理总局：关于支持中国（上海）自由贸易试验区建设的若干意见

【 文教卫生环保 】

- 1、国家卫生和计划生育委员会等：医疗机构病历管理规定
- 2、国家卫生和计划生育委员会：院前医疗急救管理办法

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

《 南极冰海巡游 》



摄影/文：周 伟 律师

乘坐冲锋舟在南极大陆最壮丽的天堂湾巡游，天堂湾海域海面漂浮着大量碎冰，企鹅、海豹、小须鲸穿行其中，不时跃出海面甚至突然在你的身边冒现。