

2015  
3  
总第729期

# 上海 SHANGHAI LAWYER 律师



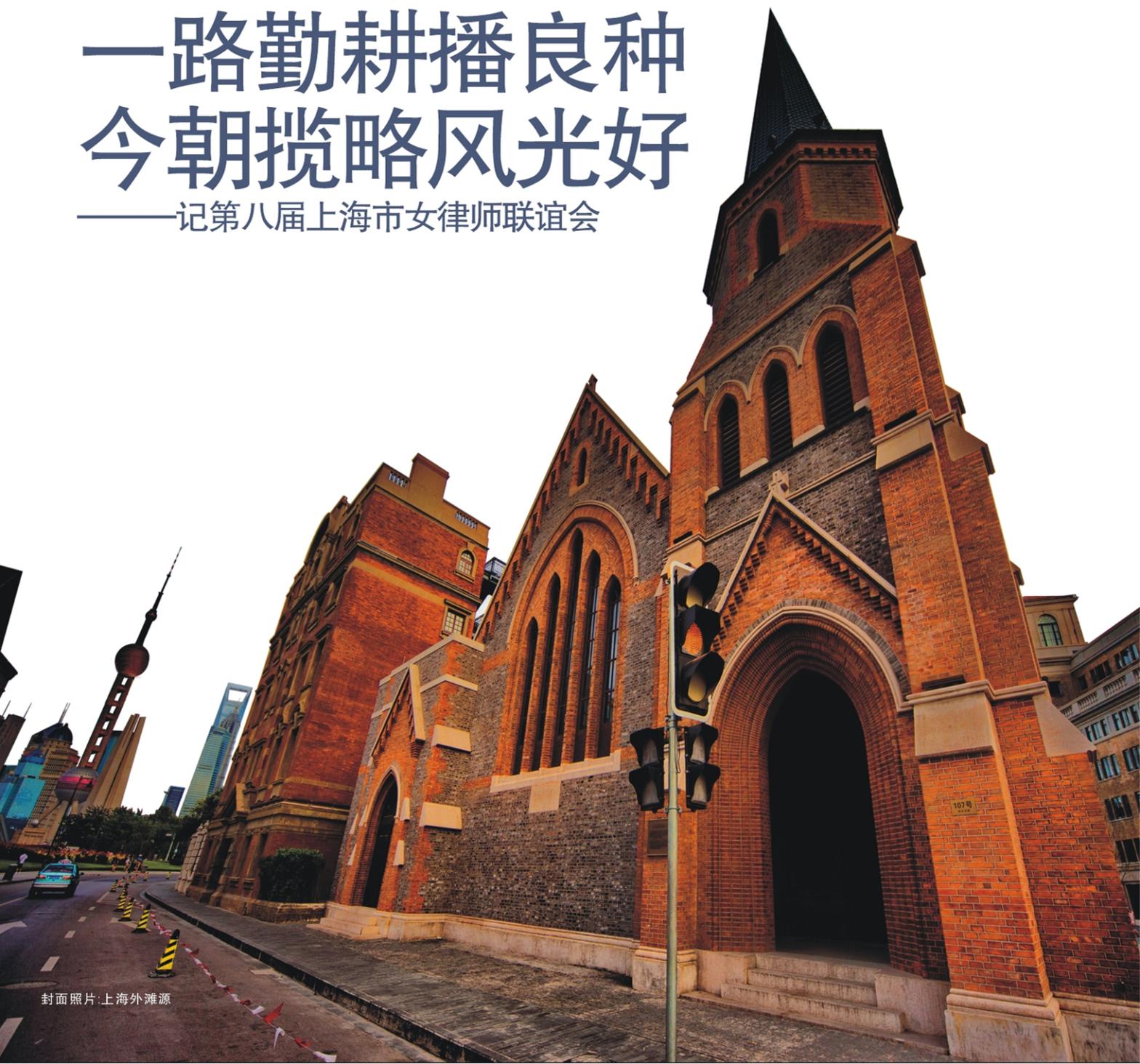
上海市律师协会主办

聚焦|思辨|感悟|互动

|聚焦|

## 一路勤耕播良种 今朝揽略风光好

——记第八届上海市女律师联谊会



1月31日,上海律师合唱团2015年新春音乐会正式演出。音乐会还邀请了上海老检察官合唱团、上海监狱管理局警官合唱团友情参演,演出节目丰富多彩,为观众带去了一台精彩的演出。



2月11日,山东省律师协会党委专职副书记龚再坤一行3人来上海市律师协会考察。双方就律师服务平台建设、政府法律顾问工作以及律师服务收费标准等方面展开交流与座谈。



3月10日,中国人民银行金融消费者权益保护局孙天琦副局长等一行五人来到上海市律师协会,就金融消费者权益保护领域的立法、公益诉讼、法律援助、纠纷的非诉调解等内容进行调研和交流。



3月11日,上海市第二中级人民法院党组成员、副院长吴金水等莅临上海市律师协会,就法院相关工作、两家单位的进一步合作进行座谈。与会人员主要就法院在诉讼服务与执行中遇到的问题,如诉讼保全、法院管辖、法官与律师的评价体系等展开讨论。



3月20日,上海市律师协会召开九届十五次理事会。会议经表决,通过了《市律协九届理事会工作报告》、《市律协2014年度会费预算执行情况报告》等报告规则及十届律师代表大会特邀代表名单、上海市律师行业2014年度贡献奖名单。

# 卷首语

## 铁肩担道义 巾帼展风采

上海市妇女联合会党组书记、主席 徐枫

党的十八届四中全会明确提出了“全面推进依法治国，建设社会主义法治国家”

的治国方略，而依法代表和维护妇女权益，促进男女平等是妇联组织的基本职能，而在法治国家的建设中，妇联组织也要做出积极的贡献。

一直以来，律师、尤其是女律师们是妇联组织增强妇女维权工作效能依托的重要力量。在上个世纪90年代，上海市妇联就与市女律师联谊会联合开设了法律服务窗口，组织女律师们提供义务法律咨询服务；2009年，上海市妇联和市女律师联谊会共同组建了一支巾帼律师志愿服务团在妇联维权窗口开展服务，女律师们凭借她们过硬的专业能力以及女性特有的细心和耐心，了解妇情民意、为民排忧解难，以柔情解开心结、以明理化解纠纷。目前，巾帼律师志愿服务团的成员已发展到200余人，2011年以来接待咨询达3818人次，巾帼律师们的无私服务彰显了她们们的社会责任感和无私的奉献精神，为维护妇女权益和维护社会稳定贡献了应有的力量。

女律师是妇联组织联系和凝聚的重要力量，在全面推进依法治国的大背景下，妇联组织期待与巾帼律师们开展更加广泛的合作，不断强化维护妇女权益的法治思维和法治方式。

我们希望，巾帼律师们发挥自身的法律专长，为推进妇女权益保障的相关



法律法规和公共政策的完善建言献策。多年来，妇联组织通过参与涉及妇女儿童利益法规政策的立项调研、审议听证、修订建议，通过“两会”渠道提出提案、议案推动妇女群众的合理诉求进入公共政策层面。近年来，我们还积极推动上海市法规政策性别平等评估机制的建立。律师们活跃在法律工作的第一线，对妇女维权存在的困难和问题有着广泛而深入的了解，提出的意见更加务实。我们希望律师团队能够成为我们法规政策评估的专家智库，为妇女权益的源头维护提供专业的支持。

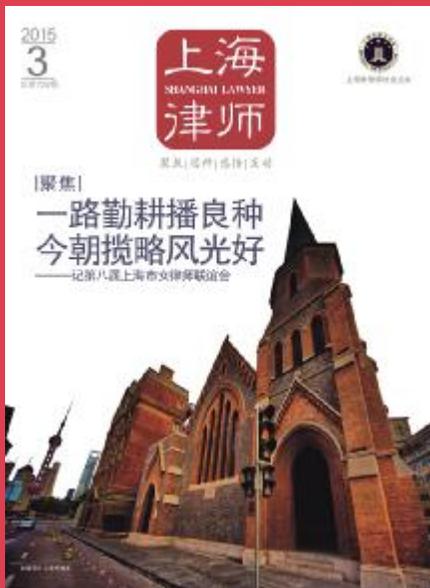
我们希望，巾帼律师们积极参与法治宣传，通过释法明理、以案说法、法律服务来引导全社会形成学法、尊法、守法、用法的良好环境。全面推进依法治国，就是要求坚持法治国家、法治政府、法治社会的一体建设。妇联组织十分注重法律宣传体系的构筑，利用重大节庆

日等宣传节点，宣传维护妇女权益的法律法规、政策措施，建立维权发言人制度，引导社会舆论，营造良好氛围。律师的职业实践以及其每一次提供法律服务的过程，都可以成为法制宣传的过程，都可以成为践行法治的过程。巾帼律师们要充分发挥其专业特长，努力成为法治宣传的主体，用更加丰富的形式、更加多样的渠道将依法维权的理念传播出去。

我们希望，巾帼律师们积极投身到社会公益活动之中，关爱弱势群体，在服务社会的公平正义中彰显人文关怀。“参加巾帼律师志愿团后，让来访的咨询者得到帮助，就是我们律师社会责任的体现”、“为了共同的心愿，带着优雅与平和，在巾帼律师志愿团这个平台上，我们履行着女律师的光荣职责，营造着真情与关爱”，这是在巾帼律师志愿团的交流会上女律师们发自内心的感慨。

妇联组织服务的群体都是来自社会的底层，为她们伸出援手是雪中送炭，巾帼律师们向来铁胆柔情，我们希望有更多的律师关注公益、投身公益，履行执业为民、服务群众和维护社会公平正义的宗旨及使命。

我们衷心地期待女律师们铁肩担道义、巾帼展风采，在维护社会的公平正义中发挥出更大的作用。●



## 《上海律师》月刊

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

编辑委员会主任:盛雷鸣

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

委 员:(排名不分先后)

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

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

本刊特约撰稿人:

王俊民 汤啸天 陈 默  
李颂联 王凤梅 彭念元  
游 伟

(内部资料 免费交流)



编辑部地址:

上海市肇嘉浜路 789 号均瑶国际广场 33 楼

电 话:021-64030000

传 真:021-64185837

投稿邮箱:E-mail:tougao@lawyers.org.cn

网上投稿系统:<http://info.lawyers.org.cn>

上海市律师协会网址(东方律师网)

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

上海市连续性内部资料准印证(K第272号)

本刊所用图片如未署名的,请作者与本刊编辑部联系

# 2015 3

## 目录

总第 729 期

### 卷首语 Juanshouyu

01 铁肩担道义 巾帼展风采 / 徐 枫

### 本刊关注 Benkanguanzhu

#### 聚焦

05 一路勤耕播良种 今朝揽略风光好  
——记第八届上海市女律师联谊会 / 上海市女律师联谊会

10 为上海女律师点赞 / 吕红兵

#### 风采

11 《律途》上的法治梦 / 邓以勒

#### 区县传真

15 深入推进法律援助惠民服务 / 张 圆

16 律师顾问助推静安新发展  
——静安区司法局扎实推进律师参与依法治区  
/ 静安区司法局

#### 人物 优秀青年律师

18 跨界创新不误正业 / 马晨光

#### 法律咖吧

21 从话剧《律途》泛议法治文化宣传  
/ 光韬 黄绮 王思维 赵秦 董芳菲 马远 韩璐 屠  
磊 邓以勒 瞿曦 王丹丹 计时俊 朱晶晶 王志童



《凤凰传奇》 摄影:蒋 祯 律师

# 上海市女律师联谊会与律工委 2015新春联欢会



2月13日,上海市女律师联谊会与六区律工委(浦东新区、静安区、黄浦区、长宁区、徐汇区和普陀区)共迎2015新春联欢会召开。市妇联徐枫主席、市人大外事委张丽丽主任等多位领导出席。市女律联在新春联欢会上为大家献演了一台自编自导自演的话剧《律途》。

## 法眼法语 FAYANFAYU

### 香港大律师之窗

26 专家证人在香港民事诉讼中的角色 / 谢卓贤  
视角

28 “对赌协议”纠纷法律实务研究  
/ 王军旗 杨燕婷

33 商业银行申请实现担保物权应注意的问题  
/ 许建添 张健

### 执业心语

36 律师在从事公益服务过程中应当遵循的基本原则 / 彭涛

### 案例精析

38 这份《房屋出售合同》是否已经实际履行  
/ 江净

## 律师实务 LUSHISHIWU

41 专利侵权行为的界定 / 刘民选

45 “高校—企业”技术转让的法律分析 / 商建刚

48 牵住展会中侵权者的“牛鼻子”——证据  
/ 吴民平

51 对华技术出口:几个你必须了解的问题

/ 瞿森

53 知识产权交易中搭售行为的法律规制

/ 王婉怡

56 涉及进口的技术实施许可合同中的几点问题 / 徐中民

## 人文万象 Renwenwanxiang

### 乐 Life

59 律途——律师所在的法治旅途 / 严嫣

60 话剧《律途》观后感 / 裘际玮

61 律师演律师 / 葛岩

### 随笔

62 读书于我而言 / 朱兴雷

### 业内资讯

63 市律协参加市政府法制办政府法律顾问制度建设座谈会等5则

### 新法速读

64 最高人民法院发布《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》

### 新法速递

封三《律师业务资料》目录 2015年第2期

# 本刊关注



2月13日,首部由上海律师自编自导自演的律政话剧《律途》在上海商城剧院演出,市妇联主席徐枫和市人大常委会外事委主任,上海海派旗袍文化促进会会长、原市妇联主席张丽丽等多位领导受邀出席。徐枫主席及张丽丽主任都对演出成功表示祝贺,徐主席在接受“上海法治声音”记者采访时,肯定了《律途》的立意、构思与内容,称赞是让观众有了普法学习的机会,认为“应该再进行演出,让更多的人能够看到。”张丽丽主任表示这部剧“案例选得好,剧情引人入胜。演出了律师探究实情、主张正义的执业精神。”两位领导都给演职人员点了“赞”!

聚 焦

●文 / 上海市女律师联谊会

# 一路勤耕播良种 今朝揽略风光好

——记第八届上海市女律师联谊会



第八届市女律师联谊会（以下简称“市女律联”）自2011年换届组建以来历经4年任期，在市区妇联、市区司法局、市律师协会及其区县律工委的支持和关心下，秉承历届理事会的优良传统，与时俱进、推陈出新，市女律联不仅在组织建设、能力培养及联情联谊联业中取得一系列成就，同时还坚持将女律师联谊会的品牌活动律师志愿团做大做强，将服务精神、志愿精神和公益精神深入贯彻到每一次活动中。

## 一、联情联谊联业提升女律师素养

### 1、举办各类讲座提升业务能力

业务能力作为律师执业之本，自然是女律联活动的重中之重。第八届市女律联高度重视业务能力的培训，多次开展执业展业为主题的沙龙活动为青年女律师的成长提供帮助。市女律联借律师公会百年之机主办“抚今追昔话百年——女律师纪念上海律师公会成立100周年交流座谈会”，邀请前会长倪彬彬等上海资深女律师与青年女律师对话交流。联谊会举办关于婚姻法司法解释三的专题研讨会。与会律师围绕出台婚姻法司法解释三产生的社会效果及具体条款展开了热议。此外，联

谊会还积极拓展业务培训的形式和范围，与市女检察官协会联合举办了新民事诉讼法与检察监督工作座谈会，以“法眼二维观——来自女检察官女律师的对话”为主题，就新民事诉讼法的修订展开了面对面的交流。参会的市检察院许佩琴副检察长表示，女检察官和女律师的联系平台要多多沟通交流，建立长效机制。上海市女律师联谊会组织女律师积极参加市妇联举办的“关注妇女民生 保障妇女权益 促进社会和谐——上海市维护妇女合法权益研究”论文征集活动，获得优秀组织奖。多篇女律师的论文在此次比赛中获奖。

### 2、组织沙龙及特色活动增进气质修养

女律师是律师界乃至整个司法界的一道靓丽风景线，市女律联积极组织各种礼仪、健康的沙龙和讲座，让女律师们能在繁重的日常工作业务之余，保持健康的生活习惯，培育优雅的气质品格。市女律联联合黄浦区女律师联谊会邀请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举办“商务礼仪、女性礼仪培训”为主题的自我提升沙龙课程，有针对性地讲述了如何培养女性礼仪以及在职场的商务礼仪，与客户相处等等日常这些常被我们忽视却又可以凸显我们文明礼仪的行为。市女律联联合静安区

2013 我志愿我幸福  
迎新会 - 诗朗诵

女律师联谊会特邀声音培训专家王俊翔老师举办了以“魅力嗓音、有效表达”为主题的自我提升沙龙活动,给女律师带来一场如何进行沟通表达、提高语言艺术及声线训练等专题的精彩课程。这使得每天工作以说话、表达为主的女律师们受益匪浅,对律师工作的专业形象建立、如何让沟通事半功倍具有极为深刻的价值。女律师厨艺大赛,通过让年轻女律师在规定时间内和金额范围内,现场自行设计烹制菜肴的比赛方式,展示了女律师“上得法庭下得厨房”的能力和风采。除此之外,市区两级女律联还多次举办了艾灸调理亚健康讲座、巧手烘焙沙龙、古琴演奏、翡翠鉴赏、茶艺沙龙、旗袍秀等丰富多彩的活动。并希望通过这种技能与兴趣结合的方式,为女律师们提供更全方位的提高机会,在繁重的工作之余给生活增添几分色彩。2014年市女律联还接受“上海市海派旗袍文化促进会”的邀请,成为该促进会的团体会员。通过弘扬旗袍文化,提升修养,展现上海女律师东方女性的雅致风采。

### 3、关心关爱同行重阳活动办出特色

市女律联延续对过整数生日的女律师寄送根据其生肖设计生动活泼、励志温馨贺卡的传统做法,以表联谊会的关怀之意。收到贺卡、贺礼的女律师倍感联谊会姐妹温暖之情,联谊会的凝聚力也得到了提升。

同时,每年重阳节都组织、邀请老律师报名参加重阳户外聚会活动、联欢联谊。老律师参加人数一次比一次多,2014年重阳节活动,参加的老律师人数达到整整100人。老律师们对市女律联举办的重阳活动不但踊跃参加,而且称赞有加,认为给老律师们构建了一个交流

叙旧的很好平台。

## 二、举办主题活动增强凝聚力和社会影响力

### 1、辞旧迎新凝聚姐妹情

为了增进女律师们的交流沟通和对新的一年的良好期待,市女律联在新旧年交替之际,邀请女律师举办辞旧迎新联欢会。分别举办了:写心愿卡形式的“祝福2012”、“我志愿我幸福2013迎新会”以及以化妆舞会形式举办的“追梦2014迎新会”。2015年又在区县律工委的支持下,与浦东、静安、黄浦、长宁、徐汇及普陀区的律师联合举办迎新会,并在迎新会上首演了上海律师自编自导自演的首部律政话剧《律途》,受到了全市律师广泛的关注和欢迎,也创新了上海律师法治文化宣传的新形式。形式新颖内容丰富的迎新会,不但让参加的女律师心情愉悦,受邀参加的男律师也都对活动称赞有加。与市女律联联合举办活动的区县律工委都非常肯定这种活动的思路和形式。

### 2、主题大会扩大社会影响力

本届市女律联积极动脑筋想办法,将“三八”节会员大会都设计了一个确定的主题,借助主题活动让会员大会更加吸引广大女律师,也同时扩大了女律联的社会影响力。2012年主题定位于“法治作品赛”,通过各区县女律师原创的法治小品节目预赛和决赛的形式,涌现了一批律师界的“演员”们。2013年主题定位于“春蕾助学爱心拍卖捐款活动”,以发动律师对新疆女大学生捐款的形式组织了一次现场爱心拍卖活动。活动非常成



2014年举办知识女性高峰论坛



2012年女律师与女检察官交流座谈

功,收到善款 51 万余元,受到活动主办方市妇联的充分肯定。拍卖活动中两届东方大律师都积极参与,以捐时间作为拍卖特殊标的的方式,既体现了东大们的爱心,又创新了慈善拍卖的形式。2014 年市女律联为了推动区县女律师工作的开展,首次与静安区女律联合作举办了“智慧、平衡、美丽她时代知识女性高峰论坛”主题大会,高峰论坛特别邀请著名作家、学者林华,著名电视剧编剧、作家、全国三八红旗手王丽萍以及著名艺术家、舞蹈家、名嘴金星作为论坛演讲嘉宾。同时,还邀请沪上知名律师鲍培伦、周知明和著名主持人骆新作为对话嘉宾与三位演讲嘉宾展开智慧对话碰撞。三位主讲嘉宾、三位对话嘉宾均表达了对上海女律师这一独立、智慧、靓丽的知识女性群体的支持和褒扬。本次论坛将位于静安区四季酒店可容纳 700 人的大厅塞得满满的,开创了女律师会员大会参会人数的高峰。本次高峰论坛在沪上纸质媒体及“上海法治声音”微信公众号上被广泛宣传,有效扩大了女律联的社会影响力。

### 三、坚持公益展示社会责任心

#### 1、广泛参与慈善公益活动

做慈善、热心公益活动一直是女律联的优良传统,本届女律师及联谊会多年来坚持进行捐资助学,并参加慈善拍卖等,持续地关爱社会弱势群体。比如女律师参加上海市妇联、上海市儿童基金会联合举办的“和平慈善晚宴”,为上海市儿童基金会募集善款;为云南儿童捐资建学校;全市范围内组织“春蕾助学”拍卖活动,为新疆喀什的女大学生捐款助学;通过市儿童基金会为四川雅安芦山县地震灾区的妇女儿童捐赠救援款,等等。此外,积极参与市妇联“与爱同行 2014 女性社会组织公益大行动”,与女医师、女检察官协会、女法官协会共

同承办“女法律工作者普法行动”,市女律联的多位律师为各企事业单位和各级妇女组织的妇女干部、社区居民等开展公益普法讲座。2014 年市女律联又配合市总工会女工委的工作,成立了“上海市总工会女律师志愿团”,将成为上海女工会干部培训和女职工维权的骨干力量。2015 年志愿团女律师将就“三期”女职工的维权专题为女工会干部开展多次培训讲座。女律师联谊会一直倡导人人参与、全民公益的理念,积极开展各类公益活动,并受到了社会广泛的好评。以实际行动为需要帮助的群体贡献了力量,充分展示了女律师们强烈的社会责任感。

#### 2、志愿奔赴西藏无律师县法律援助

近几年来,上海律师一直积极参加全国律协发起的对边远地区无律师县的法律援助,踊跃报名的上海律师中不乏女律师。继 2012 年 2 名女律师前往青海法律援助之后,2013 年到西藏地区的法律援助又有多名女律师报名,最终经体检和审查之后,选定的 4 名前往西藏的律师中,除了赵青松律师之外,其余唐既白、傅敏燕和黄淑红 3 人都是女律师,他们成为全国律协选派的志愿者律师,在西藏海拔最高的日喀则开始为期一年的援藏工作。刚到日喀则的律师们,面临当地高原反应严重,住宿条件差,生活用水全部要靠水桶拎的困难条件,但她们克服困难努力适应,体现了作为一个青年志愿者律师坚定的援藏决心。目前她们已经安全返回,她们的志愿者行动受到当地藏民的欢迎,志愿者精神也会鼓舞着更多的律师。

#### 3、巾帼律师志愿团等品牌活动越做越成熟

作为市女律联的品牌,巾帼律师志愿团曾被全国妇联、全国普法办评为中国“四五普法”先进集体;被评为上海市妇联女知联“一会一品”,项目评审专家对巾帼



2014年追梦迎新年会 - 四小虎舞蹈

志愿团的高度评价是：“具有长效机制、不可替代、可持续发展。”2011年8月通过公开招募，经过考察和筛选，志愿团扩展了人数（现

已达到200余人），实现按区县分组管理，划分为9个小组，各小组的组长和副组长认真负责，各小组分组活动与全体活动相互补充，加强志愿者律师间的沟通和交流，注重资深律师对青年律师的帮教相结合，夯实队伍，提升志愿团成员的专业知识和接待技巧，志愿团的工作受到市妇联领导的一致肯定。2013年起，为更好地服务需要帮助的女性，市女律联向上海市女性社会组织发展中心申请了女律联涉案法律援助项目，为经济困难或需要提供特殊法律帮助案件的女性及儿童提供法律援助服务，帮助贫弱、保障社会弱势群体的合法权益。该项目至今已经承接了二十多起援助案件，办案律师的认真负责与专业精神受到了当事人和妇联领导的肯定和赞扬。

#### 四、注重业内外交流促进女律联发展

本届联谊会注重业内外交流，多次组织女律师与浙江、江苏、河南及青海等地的女律师组织进行工作交流，充分沟通女律师的工作，就女律联及女律协如何更好地服务于女律师、女律师如何拓展业务、平衡工作与家庭的关系等问题进行了互动交流。联谊会还在上海市律师公会旧址接待了来沪参加论坛的台湾女企业家代表团一行。双方就海峡两岸的文化、法律和经济进行了交流和探讨。黄绮会长还代表市女律联受邀赴台参加了“第四届沪台妇女文化论坛”活动，与沪台两地妇女交流女律师如何参加社会公益承担社会责任。

#### 五、参政议政有能力有担当

上海律师152名市、区人大代表和政协委员中，女律师占据了1/3，其中市政协委员4名（1名常委）。她



2013年春助学拍卖活动 - 拍卖现场

们为民生问题向政府建言献策，撰写提案和议案为法制建设鼓与呼，为妇女、老人和儿童权益保护贡献着智慧。

两会召开之前，女律联举办座谈会，邀请资深人大代表和政协委员传授参政议政经验和体会，收集女律师中对提案议案的建议、想法和素材。律师们撰写的提案涉及依法治国，关注社会民生和妇女儿童维权。其中有获得市、区政协优秀提案的。林丽娟律师的“设立分居制度”提案不但获得优秀提案称号，还由长宁区政协层层报送至全国政协，并转呈国务院。积极参政议政，也是律师社会责任心的高度体现。

#### 六、推动区县女律联工作全面开展

第八届市女律联在注重开展市女律师工作的同时，发动各区县的理事着重推动本区县女律师的工作开展。一方面市女律联的迎新会、主题会及沙龙活动等与区县合办，带动区县女律师的活动开展；另一方面鼓励区县女律师组织的建立，让工作有组织有抓手。至今，浦东、静安、黄浦、普陀已经建立了区女律师联谊会，长宁、闸北、宝山、闵行等也成立了女律师工作部，区县女律师的工作日益蓬勃开展。浦东女律联每月一期的“例案析会”、静安女律联的艺术鉴赏及“律师好声音”大赛、长宁女律师与虹桥社区的结对“律动康乃馨”活动等等，黄浦女律联“关于城市家政服务行业发展制度化规范化发展的调研报告”获得区妇联一等奖。崇明尽管女律师不多，但在公益服务方面的贡献受到了区妇联的充分肯定。其他区女律联的活动也都丰富多彩，女律师的活动和工作渐渐成为区县律工委工作中不可忽略的组成部分。



2012 年女律师纪念上海律师公会成立 100 周年交流座谈会



上海市总工会女律师志愿团成立



2014 年老律师重阳节活动西山之行



2012 年沪浙女律师举行交流活动

### 七、成绩斐然硕果累累

2011 年到 2015 年,市女律联连续两次获得“上海市优秀女性社会组织”奖,多名女律师收获了全国、全市范围内的业内外众多荣誉,其中业内有:东方大律师、全国优秀律师、上海市优秀律师、市优秀女律师、市优秀青年律师、首届全国公诉人与律师辩论大赛中的最佳辩手奖,市律协行业贡献奖、2011 上海律师辩论赛十佳辩手及团体冠亚军、首届律协学术大赛辩护词一等奖等。业外有:全国五一巾帼标兵、全国三八红旗手、上海市三

八红旗手标兵、上海市三八红旗手、全国妇女儿童维权先进个人、市及区政协优秀提案奖,等等。此外,黄浦区女律师联谊会还荣获了多项妇女儿童发展课题研究奖项等。

四年来,第八届市女律联秉承“以人为本、服务为先”的原则和历届理事会的优良传统和的工作作风,勤勉务实,勇于创新,不断加强女律师间及女律师与社会各界的沟通交流,维护妇女儿童合法权益,推动女律师身心健康及事业发展,为促进法治建设、社会和谐贡献正能量! ●

## 全国及上海市三八红旗手光荣榜

### 2013-2014 年度全国三八红旗手

黄 绮 上海市尚伟律师事务所

### 2013-2014 年度上海市三八红旗手

林丽娟 上海市新华律师事务所  
刘响文 上海曾鑑清律师事务所  
马晨光 上海市协力律师事务所  
唐既白 上海瑞盛律师事务所  
徐松婷 上海徐松婷律师事务所  
周兰萍 北京市中伦(上海)律师事务所

聚 焦

●文 / 中华全国律师协会副会长 吕红兵

# 为上海女律师点赞

女律师联谊会出本书，嘱我写几句话，这可不是好写的！

突然想起有一次在女律师联谊会会议上我曾经说过的一句话：做律师难，做女律师更难，做优秀的女律师难上加难，在上海做优秀的女律师超级难！于是我说，为律师的书写几句话，难；为女律师的书写几句话，更难；为优秀女律师的书写几句话，难上加难；为上海的优秀女律师写几句话，真是超级难！一切都是因为，上海的优秀女律师，实在太优秀！

话说两头，言归正传。女律师，与上海这座优秀的城市还真是有缘！中国近代律师制度诞生百年，创立彼时标志性人物不可磨灭地有史良大律师，并由此其光辉形象铭刻在中国历史上。改革开放后上海律师协会首任会长韩学章同志，其音容笑貌不仅闪现在悬挂于上海律协会议室的油画中，也始终跃动在上海一代又一代律师的心里。上海首位执业律师会长朱洪超，其律师生涯的恩师也是一位女性，倪彬彬律师，倪老师去年十一月份刚刚仙逝，令我辈扼腕叹息并深深怀念。

说大了，还是往小里讲。其实，我本人的律师工作，自然也与女律师有缘。想当年上世纪80年代末大学毕业实习季，在当时的上海第四律师事务所，特别崇拜吴萍律师，风风火火，银铃声笑，庭上口才了得，用现在的话说堪称“女神”。我真正走向律师职业的带教老师也是四所的徐士英教授，跟她在1992年便经办了时为上海最大的股票交易纠纷案，她的勤勉作风、研究能力、治学精神为我树立了一生的标杆。而在1993年创办律师事务所后，进入行业有幸得到两位律师、也是律师行业管理者李海歌、刘小禾的关爱，至今每当给我们事务所年轻人介绍她们二位时

我总是颇为羞涩地说，这是我从事律师事业的两位“监护人”……

自己也慢慢成长起来了。2001年至2005年，我担任了上海律协副会长；此后在2005年至2008年，担任了上海律协会会长。因为工作关系，便更有幸与女律师们打成一片！一起共事的缪林凤副会长还时任市政协委员，刚直不阿，一身正气，成为我日后担任政协委员的榜样；钱丽萍副会长时任市人大主席团成员，两会期间主席台上一亮相，用老话说“杀死众多菲林”，用现在语说叫“帅呆了”；李慈玲副会长同样是“大姐大”，从缪会长、钱会长手中接过女律联合会的接力棒，承上启下，屡创辉煌；而今由黄绮副会长担任会长以及裘索、葛珊珊等担任副会长统帅的女律联，更是群星灿烂，繁花似锦，届满之际本书的出版，与其说是收官，不如说是新的起航。

不仅工作上成长了，自己的年龄也自然长大，步入本命，逼近五〇。差不多上下年级的女律师们如孙志祥、丁伟晓、王小咪、罗洁、金缨等正值事业如日中天，足以支撑上海律师半边天。更有年轻的后来者如谭芳、孙彬彬、岳雪飞、徐珊珊、韩璐等前赴后继、异军突起、大放光彩，正是“桐花万里丹山路，雏凤清于老风声”；而更有为更年轻的后来者，也已是“小荷才露尖尖角，早有蜻蜓立上头”。

其实，上海女律师事业的发展正是上海律师业乃至中国律师业发展的缩影。在这一征程中，女律师们一定有过“停杯投箸不能食，拔剑四顾心茫然”的忐忑，也会有过“欲渡黄河冰塞川，将登太行雪满山”的窘迫，或许期待“闲来垂钓坐溪上，忽复乘舟梦日边”的惊喜，但却始终怀有“长风破浪会有时，直挂云帆济沧海”的信念。而如今，当四中全会的法治东风吹

来中国律师业的春天的时候，上海女律师们正气宇轩昂、昂首阔步，走在大路上。

于是，我们眼中的上海女律师们，击浊扬清的豪气与宁静婉约的文静如此完美地互动，动若脱兔的灵气与静如处子的雅致这般无缝地结合；谈判桌前举手投足时无处不彰显才华，论辩场上眉宇颦笑间无时不挥洒自信；参政议政时提案字字珠玑一针见血，志愿服务中访贫问苦声声入耳饱含深情；走进法庭时她们是飒爽英姿的律政俏佳人，旗袍加身后她们乃闭月羞花抑或沉鱼落雁；在事务所她们是大P大主任叱咤风云，回归家庭她们摇身变为人妻人母人女万般柔情；不求“众芳摇落独暄妍，占尽风情向小园”的孤傲，却愿“一花独秀不是春，百花齐放春满园”的团圆；尽显“千里莺啼绿映红”的当下风采，不失“多少楼台烟雨”的心路历程，更怀“天下谁人不识君”的美好愿景……当我们为她们点赞的同时，她们也为自己点赞。正是这份自然与自信，让她们更美丽更动人！

记得有位法学家说，一个城市女律师的人数及其在律师队伍中的比例足以显示这个城市的文明程度法治层次，五千多名女律师及近35%的占比，是一个足以说明这种程度与层次的数字。上海这座优秀的国际化大都市，培养了这一支优秀的女律师队伍，而这一支优秀的女律师队伍，已经也正在为上海这座优秀的国际化大都市增光与添彩！

临近末了，想起习总书记喜欢的《论语》中的这句话：“士不可以不弘毅，任重而道远。仁以为己任，不亦重乎；死而后已，不亦远乎”。祝福上海的女律师，祝福上海女律联！“路漫漫其修远兮，吾将上下而求索”。●

风采 ●文/邓以勒

# 《律途》上的法治梦



话剧《律途》剧照

15年前的约定引出了15年后的相聚,来自不同专业领域的四个律师开始了奇妙的相聚。舞台之上,磨练和思考改变了四位律师,年少的约定终于有了答案。话剧《律途》试图在冲突中阐释梦想意义。而在话剧之外,律师这份代理着他人或生死或利益的职业,吸引着越来越多的关注和思考。律师对律师行业和法治梦想的探索 and 追求早已开始。

## 律政话剧:成功演出,好评如潮

作为全国范围内第一部由律师自编自导自演并且演律师自己故事的话剧,《律途》的两场演出可以用“惊艳”来形容。连续两天,共计近1700名观众观看了《律途》的首轮演出,上座率达到了百分之九十以上。大多数的观众都给出“出乎我的意外”、“没想到这么好”、“几乎可以和专业媲美”的评价。对于一部业余人士用业余时间打造的全新话剧来说,这样的上座率和观众肯定是对整部剧最好的肯定。

台上,演员们用心演绎着律师这个让人“恋恋不舍”的职业,台下,观众们的心被故事和故事背后的律师行业深深打动,这场话剧不仅仅是一次展示,更是一次

心灵的旅程。很多观众在演出结束后自发地在微信群、朋友圈、微博发表观后感,甚至还有热心的观众写邮件给主创人员表达祝贺,同时给出意见和建议。正像总导演在开场之初说的那样,如果《律途》的演出,真的在某一刻打动了您,都请您说出来,让我们大家一起来打造一出真正属于上海律师的话剧,述说着我们心中的理想。作为这次话剧的主办方,上海市律师协会副会长、上海市女律师联谊会会长黄绮对整个团队和演出都很满意,她觉得演出比彩排好,很多彩排问题迅速得到了解决。她觉得这真的是一支非常敬业的团队,很拼的团队,非常赞。

市妇联主席徐枫在演出后接受“上海法治声音”的采访时表达了对这部话剧的喜爱和赞赏,她觉得《律途》是律师们自编自导自演非常成功的一出话剧,故事好,角度选取好。律师们通过话剧来诠释自己的法治理念,正好契合了全面推进依法治国的宏大命题。这是律师们的法治梦,也是我们法治中国,法治社会,法治政府三者一体的梦想的呈现。她认为,《律途》同时也是一次普法教育,宣传了尊法、普法、守法、用法这样理念和精神。她希望这出好的戏可以再演下去,让更多的人通过

观看话剧能够得到普法的教育。全国政协委员、首届东方大律师、电视剧《金牌律师》的总编剧段祺华律师则评价说,“这部剧体现了律师的专业性,又将人文情怀融合在其中,从人出发,审视法律和人伦、人情、人性之间的关系,引人思考与回味”。上海市政协常委、上海市律师协会青年工作委员会主任胡光律师对《律途》给出了很高的评价,他认为这个剧的架构搭得非常好,立意很高,故事又非常接地气。“我觉得这个剧除了向法律人展示之外,应该更多地向我们的民众展示,因为这中间有很多的法律道理,我们这个社会非常需要自由的精神,法制的理念,对规则的遵守,对他人的尊重……所有的这一些理念通过律师,通过真实的案例去呈现,是非常好的法制教育片。”他说,“我完全没想到我看第二场,竟然又流泪了”。确实,很多观众像胡光律师一样,情绪被剧情深深吸引,心情也随之跌宕起伏,剧场里不时有阵阵欢笑,还有许多观众在高潮部分留下感动的眼泪,这一切都是这部所谓“业余”话剧的亮点所在。

《律途》演出的成功在于无论观众是怎样的群体,都在这出剧里找到了律师行业最吸引人的地方。近1700名观众中主要是同行律师,而这也正是这出话剧演出的最大压力。“都说内行看门道,来的都是律师,对案件的选择、细节的处理、表现的状态、表达的理念都会有很真实的反应和很高的要求。如果律师们满意了,我们的话剧就算是成功了。当然我们更希望大家能提出意见建议,让我们在大家共同的智慧下把这出话剧打造成真正能够表现上海律师风貌的作品。”总导演韩璐这样说。而事实上,参与和观摩这出话剧的律师们都被它感动到了。

上海市华夏汇鸿律师事务所主任计时俊律师是《律途》的特邀嘉宾之一,更是一位知名的大律师。他在表演后说到,律师在法庭上是一个职业,我们比较忠于法律;在台上则是一种演绎,是对法律的一种演绎。这种感觉完全不一样,作为律协排演的第一部话剧,我认为这种形式很好。这个剧目中含有四个背景,四个不同律师所做的案子,每个案子都是积极向上的,其中含有很多生活的东西,这不仅是一种经历,这对于律师本身的成长也是有极大帮助的。“我本身只是一名普通的律师,参演这部话剧,让更多的人了解律师真实的生活,为法制宣传做出贡献,让我觉得非常的荣幸。”饰演家事律师的董芳菲律师这样告诉记者。“很真实”、“很感动”、“看到了这个行业的热情、激情和理想”,是很多律师观众在演出后给出的评价。

同时,《律途》更是感染了许多行业外的普通观众。特别是一些观众带着自己的孩子来看演出,回去以后,很多小朋友都表示说将来长大要做律师。“《律途》让

我更坚定自己的法治梦想,道阻且长,吾辈上下而求索。”话剧结束后,一个法学院学生这样在自己的朋友圈写道。法治理想不仅是一群人的理想,更是一代人的理想,在司法改革的道路上,一代又一代的法律人薪火相传,生生不息。《律途》的演出正是表现了一代代法律人上下求索的法治梦,让人深深感动并愿意不懈追求。

《律途》是一次律师行业表达情怀和理想的大事件,是一次律师们大声说出内心正能量声音的大事件,更是一次法治宣传创新突破的大事件。正如全国律师协会副会长、上海市律师协会会长盛雷鸣说的那样,《律途》的上演是上海律师一次重要的文化活动,丰富了律师生活,展现了律师文化。事实上律师文化的繁荣与律师行业的发展水平息息相关,而律师文化建设得好也有利于提升行业凝聚力并促进行业的发展。

事实上,《律途》演出后,许多没有能够来观看演出的律师同行们纷纷表示希望加演,而来自行业内外各方面的演出邀请也是络绎不绝。到目前为止,上海市妇联、浦东新区团委、徐汇区司法局、江苏省律协、北京市律协等单位都表示了邀请演出的意向。观众们的需求无疑是一个文化作品最大的成功之处,《律途》受到的广泛好评不仅仅表现了大众对这一个作品的认可,同时也表现了大众希望更多了解律师行业的内心需求,更表现了社会需要更多这一类既表现法治精神又表达人文情怀的真情实感的艺术作品。

### 律师群像:不忘初心,怀揣理想

《律途》的演出手册上写着这样一段话,这是一个关于“四个律师,一个行业,一段职业旅程、一个法治梦想的故事”。剧情围绕一名刑事律师、一名涉外商事律师、一名婚姻家庭律师和一名援助西藏律师展开。问起为什么要这样选择角色定位,主创团队告诉记者,这是为了尽可能最大程度表现律师群像。现实中,律师们的专业定位和工作都不尽相同,而老百姓对这一点都不太熟悉,对律师的了解很有限,主创团队就是想要通过四个不同专业领域的律师来让更多人了解律师们的真实生活和工作状态,了解律师们的办案模式、思考方式和精神追求。当问及故事为什么会围绕一个延续15年的“谁是大律师”的约定展开时,主创们激动地说,我们想表达每一个律师都可以是大律师,只要他们勤勉努力、认真负责。我们也想表达,即使是再优秀和出色的律师也都是法治浪潮中的一滴水,不忘初心,方得始终。《律途》的创作就是从这一片初心开始。

律师群像,这四个字听起来简单,但要体现在一台不到两小时的话剧中就显得不易,而剧本则毫无意外成了剧组的头等大事。对于创作团队而言,如何在短时间



内打破观众的刻板印象,展示律师的真实形象并完成角色的塑造而又不对整个故事的流畅性造成影响,成为了第一只拦路虎。四个主角的身份关系、角色定位、人物冲突、案件选择都经历了主创团队无数次的讨论与修改。“对于展示律师群像的这一点,在编剧之初我们就达成了共识,但是我们很清楚,如果在一部剧中想要完整的所有律师的故事,显然对剧本的创作要求很高。”分场导演金文玮、邢西泠这样说道。在四个角色中,最先确定下来的是民事律师和刑事律师,在此之后总导演希望加入援藏律师来反映律师们的奉献精神,而金文玮则希望这部剧能体现上海律师的国际化特点。“有多少人知道我们有这样一批律师甘于奉献,做着法律援助的工作?又有多少人知道高大上的涉外律师工作中的艰辛和坚持?而这些哪一样不是我们作为律师引以为傲的?”主创们就是这样带着一份深深的情怀做着一点一滴的创作。最后成功塑造了对法律和生命格外尊重的刑事王律师,在婚姻家庭案件上极具专业精神的民事董律师,对中国企业走向世界有着深深责任感的涉外商事罗律师和带着奉献之心的援藏朱律师。真正让观众看到了律师这个“行业”,看到了他们的追求,看到了他们的初心。“用真实的内心演绎真实的故事。”当在被要求用一句话表达自己对于《律途》的感受时,王思维这样说道。

同时,整部剧特点之一是案件选取的真实性。比如,王思维律师在剧中饰演刑辩律师,而他本人在现实生活中也是一名专业的刑辩律师,剧本原型——那件曾经轰动一时的弑母案正是由他代理的。“在这之前我就听过这件案子,当这一次在话剧中看到原代理律师用这种方式为我们讲述这个故事的时候,我的心中立马多了一份敬意。”来自华政国际法专业二年级的张同学这样告诉记者。另外,人物形象的多面性也是本剧的特色之一。剧中,原本在大家的心目中应该严肃冷酷的刑事律师展示了自己温暖柔情的一面,而一向作为高大上代名词的涉

外商事案件恰恰又是四个故事中最俏皮的一部分。“在我看来,这部剧人物设定中最成功的一点就在于,剧中人物的形象与观众心目中的设定出现了戏剧性的落差。”胡光律师一语道破天机。

在不到两个月的时间里,《律途》从无到有,又能够成功演出,离不开“八方支援”。浦东、静安、黄浦、长宁、徐汇、普陀六个区的司法局和律师工作委员会都对《律途》的演出给予了很多精神层面和表演层面的支持。而由上海乃至全国知名的律师组成的专家顾问团更是成为了整部话剧的一个亮点。上海市著名律师翟建、陶武平,胡光,周知明、光韬、贾明君等,均是这次《律途》的顾问团成员。与一般的顾问团仅提供简单的指导不同,此次的顾问团成员也成为了话剧素材的直接提供者。而四名曾经参与了第一批上海对口西藏喀什地区法律援助活动的律师更是组成了援藏律师顾问团,从实际经历出发,为援藏律的定位和塑造提供了有力帮助。

### 本色出演:更多感动,更多挑战

《律途》剧组共有四十余人,其中大部分是律师。这些律师有法治作品大赛中表现突出的男女演员,六个区县律工委推荐的有特长的律师,来自华东政法大学人文学院的学生,还有来自上海市司法局及公证处的工作人员等等。而他们之间不乏上海市知名律所的主任、高级合伙人。与“工作伙伴”相比,《律途》的剧组成员更喜欢以“家人”作为彼此之间的定位,“we are 伐木累”这一句源自于一档综艺节目的台词成为了整个《律途》剧组微信群的名称,意为“我们是一家人。”

由于律师第一次参与话剧,为了克服各位律师在舞台表现力等诸多方面的不足就意味着演员们需要付出更多的排练磨合时间,而律师本身工作的繁忙则使得时间问题成为了最大的障碍。为期三个月的排演过程中,经常会出现这样的场景:舞台上一部分律师在精心地排

练,而在场下很多律师席地而坐拿出电脑开始工作。很多律师早上开完庭便立即赶到排练场,排到一半再去谈判,谈判完继续排练……在整个剧组,这样的场景比比皆是。“彩排不可以缺人,但每个人的戏份有多有少,有疏有密,即便这样大家还是会在第一时间赶到排练场,大家真的很负责也很敬业。”

在排练中期的时候,副导演金文玮不幸扭伤了脚,跟腱撕裂,要去做手术,为了话剧的排练,他一直拖着不肯就医,即使脚已经肿胀到无法走路,他还一直坚持参加彩排,认真地做好副导演的每一项工作。而另一个副导演邢西冷,排练期间恰逢他调换事务所,本身工作量很大,但他依然坚持带组排练。女主演朱晶晶身体虚弱,却不曾懈怠,直到成功结束表演,而邬晓鄢律师则常常从医院打完点滴后直奔排练场。

“我是很慢热的人,在参加的过程中慢慢的被大家的认真所感染,之后便真正的全身心投入到了整部话剧中来。非常高兴通过这次话剧让我有了一些舞台的经验,最高兴的是让我认识了一群非常好的朋友。”饰演援藏律师的朱晶晶这样告诉记者,她身体不好却在整个排演过程当中只字不语,很多演员都被她的敬业所打

动。“律师平时的工作非常辛苦,有时候在辛苦的背后常常会忘记我们为什么要做律师,这个话剧让我们找到了当初从学校毕业那一颗去追求理想追求公平正义的心,正所谓不忘初心,方得始终。”罗兴在整部话剧中饰演涉外商事律师,也是整部剧中最能体现“反标签化”的角色之一。

与此同时《律途》也收到了来自各方的支持。排练期间,正值各个律所一年一度的年会时节,为了演出,特邀演员屠磊律师调整了整个律师事务所的年度年会,建领城达律师事务所甚至为了《律途》的演出,两次换了年会的时间。在话剧的排演过程中,不时有女律师联谊会的领导、区县律工委的领导和大律师们来探班,甚至带来了蛋糕犒劳剧组。

“年底非常的忙碌,但很多大律师还有律协的领导纷纷过来探班,让我们非常的感动。在敬业的演员身上,在各方领导的支持中,我看到了他们对行业的热爱,对律师这份职业的理想,他们内心对于法治建设的情怀”,韩璐这样说“我们一起,希望为法治文化和法治梦想的传播添一双飞翔的翅膀。”●

(作者为华东政法大学学生)



《律途》演员谢幕



法律援助条例十周年黄浦区宣传活动

区县传真 ●文/张 圆

# 深入推进法律援助惠民服务

2014年,黄浦区司法局、区法律援助中心紧紧围绕党的群众路线教育实践活动,积极开展法律援助便民服务,通过建立服务标准体系提高法律援助律师办案质量,扎实推进社区法律援助服务“最后一公里”律师结对活动,让老百姓不出社区就能获得法律咨询和法律帮助,良好的服务赢得了好口碑,法律援助服务已成为社区居民身边的法律顾问。

1月至11月,区法律援助服务窗口共接待来访咨询人数2161人次,受理审批各类法律援助申请626件,接听“12348法律服务专线”咨询6347人次,24小时“小毛服务热线”接听来电咨询281个。收到群众表扬信11封,锦旗25面,评选出“每周服务明星”45人次,为受援人避免和挽回经济损失262.4万元。

## 一、完善便民服务长效机制,提高满意度

一是提升窗口接待服务质量,坚持做到“首问负责制”,服务态度热情诚恳,便民措施周到细致,咨询建议准确恰当,为特殊困难人群提供上门咨询、专家答疑等个性化咨询服务。

二是提升受理审批服务质量,根据困难群众的民生需求进一步扩大法律援助覆盖面;拓宽申请渠道,为农

民工等特定群体开辟“绿色通道”,精简程序和手续,加强工作站、联络点建设,实现服务零距离。

三是提升法律援助窗口接待咨询律师队伍的管理,严格落实骨干律师准入制度,通过“每周服务明星律师”评选,提高窗口法律咨询服务质量,提高来访群众和受援人的满意率。

## 二、加强与区相关部门沟通,扩大受援面

一是与区检察院民事行政检察科建立工作协作机制,引导符合民事行政检察受案范围的法律援助受援人通过检察监督程序依法维权,民行科则帮助符合法律援助条件的民事行政案件当事人申请法律援助。

二是与区劳动人事争议仲裁院互通信息,对仲裁院法律援助联络点的值班时间、方式进行了调整,共同推进劳动人事争议领域的法律援助工作。

三是加强与区民政、妇联、残联等社团组织的协调,夯实法律援助服务网络建设,确保弱势群体法律援助应援尽援。

## 三、推进刑事法律援助工作,维护合法权益

一是建立“轻案快办”法律援助工作机制。为配合



黄浦区法律援助律师为西二居委举办暑期青少年法制讲座



黄浦区法律援助业务培训

开展轻微刑事案件快速审理机制，与邦信阳中建中汇、李国机和华夏汇鸿等三家律师事务所签订《“轻案快办”法律援助工作协议》，由三家律所的法律援助骨干律师团队快速办理轻微刑事法律援助案件。

二是开展法律援助看守所值班律师工作。在黄浦区看守所设立法律援助“律师值班室”，积极为犯罪嫌疑人及犯罪嫌疑人家属提供法律咨询，为符合法律援助条件的犯罪嫌疑人转交法律援助申请。

三是构建刑事法律援助办案标准体系。组织区刑事法律援助专家律师编写了《刑事法律援助办案指南》，对刑事法律援助案件在侦查、审查起诉和审判三个阶段分别从制作会见笔录、撰写辩护意见（词）及卷宗归档材料等方面进行了程序规范和标准模板。

#### 四、加强法律援助宣传工作，提高影响力

一是开展多媒体法律援助宣传。6月18日，区司法局副局长方梅珍、区法律援助中心做客“上海黄浦”门户网站“在线访谈”栏目，围绕“群众满意为标准，法律援助惠民生”的主题，与广大网友进行了在线交流，访谈网页访问量超过了2.3万人次。

二是进一步发挥社区宣传阵地作用。充分用好社区结对律师资源，鼓励结对律师深入社区开展各类宣传活动和便民咨询服务。据不完全统计，今年以来，结对律师共上门走访社区420余次，电话联系沟通近1000次；解答居民法律咨询300余件，接待居民近1500人次；举办法制讲座近百场，参与调解社区矛盾纠纷40余件。

三是通过上街宣传和为民服务广泛开展法律援助宣传。组织法律援助骨干律师通过“南京路为民服务活动”、三八妇女节“法律在心中，维权在身边”妇女维权周服务活动、“九九重阳节”老年人维权服务活动等为社区老年和妇女提供法律咨询和服务。●

区县传真 ●文 / 静安区司法局

## 律师顾问 助推静安新发展

——静安区司法局扎实推进律师参与依法治区

2012年，静安区司法局以实施“依法治区三年行动计划”为契机，正式组建区依法治区律师顾问团、区政府职能部门法律顾问团。3年来，律师顾问紧密围绕区依法治区工作的总体要求，精心筹划、狠抓落实，律师参与依法治区工作取得初步成效。

### 一、工作成效

静安区司法局坚持以依法治区律师顾问团为主体，以政府法律顾问团为支撑，覆盖区内40余家职能部门。先后组织律师参与“建设法治城区，推动区域发展”、“美丽静安，低碳先行”等依法治区专题研讨会5场，动员律师积极参与信访矛盾化解和区内重大问题调研。2014年，共组织律师陪同区领导开展信访接待近50次，参与化解信访矛盾60余件，参与区内重大问题研究5起，参加专题会议20余次，提交书面参考性意见情况4份，参与政府职能部门规范性文件出台合法性审核9份。组织律师开展专题调研，提交书面报告13份，形成《静安区依法治区律师顾问团2014年度调研汇编》，充分发挥了律师在建设法治政府、服务民主法治等方面的积极作用。

### 二、主要做法

（一）多点深入，转变律师参与信访接待新方式

积极深化律师参与区领导信访接待工作制度，律师参与方式已由原先随叫随到式、简单陪同式转变为区领导配备固定律师的新方式，并逐步迈向信访案件法律意见书全覆盖，提高信访部门处理信访问题的准确性。通过律师参与信访接待，能够有效地通过法治思维和法治方法化解各类矛盾尖锐的信访难题，引导群众通过诉讼、仲裁、调解等方式合法理性地表达诉求。目前，区内部分矛盾较为突出的信访案件均由区优秀律师常态化跟踪服务，如上海正策律师事务所祝跃光律师参与某商城涉嫌非法吸收公众存款导致群体性信访案件、某市场开发过程中拖欠民工工资导致重大信访矛盾案件，万商天勤（上海）律师事务所陈凯律师参与某街道底层餐饮企业油烟扰民群体性信访案件等。

同时，区司法局积极引导律师把法律服务工作向基层延伸，以上海市兴业律师事务所姜涛律师为代表的一批律师志愿者，在基层一线服务于南京西路街道“福民法律中心”，帮助南西街道疏导了大量信访矛盾案件，变信访为“信法”成为下阶段各街道复制推广的样板。

（二）深度挖掘，发挥律师参与区重大决策新内涵

深入打造依法治区律师顾问团和政府职能部门法律顾问团两大工作平台，引导顾问律师紧贴静安区情、把握



召开律师参与依法治区工作研讨会



律师在“福民法律中心”进行法律咨询

静安发展的方向,将律师关注的重点从经济效益、法律价值延伸到法治建设和民生保障。努力建立“三个重大”关注机制,即要求律师顾问围绕我区民生领域中的重大项目、经济社会改革中的重大举措、依法治区工作中的重大进展,为静安区相关决策的出台和实施进行法律风险评估,提高区重大项目实施的合法性、可行性和安全性。

如今,静安区法治建设的各条战线均可看到律师的身影。比如,上海市沪中律师事务所王昊东律师提交的《关于陕西北路某酒店式公寓矛盾化解处理事项的法律风险评估意见书》、国浩律师(上海)事务所管建军律师提交的成都北路某新村修缮项目方案的法律建议、上海正策律师事务所祝跃光律师为区商务委、财政局部分规范性文件提供法律建议等。静安区律师已成为政府职能部门的好参谋、好顾问和好助手。

(三) 发挥优势,探索律师参与民生领域法律服务新渠道

引导律师践行职业所赋予的维护社会稳定的社会责任,以服务社会、服务民生为己任,参与人民调解等基层民生领域法律服务。律师服务渠道已不仅限于街道综治中心窗口接待法律咨询,而是根据律师自身专业所长逐步走进政府职能部门,配合其做好工地矛盾、劳资纠纷、医疗事故、非法集资等领域的纠纷化解,有效提高了区行业专业性人民调解的成功率。比如,上海正策律师事务所祝跃光律师参与某三甲医院扩建项目工地相邻矛盾化解、上海市国和律师事务所团队首创律师“坐堂”旧改基地有效推动67号、60号等地块房屋征收进程、上海百悦律师事务所李剑锋律师带队组建静安寺街道依法自治律师后援团等。

同时,静安区司法局努力推动律师服务向更广阔的民生领域辐射。如在普法宣传工作上,积极创新法宣渠道,打造新媒体普法微信平台“绎法空间”,已组织律师

就群租、食品安全等热点话题开展线上研讨会6场。在安置帮教工作上,注重整合资源,先后在南汇监狱、女子监狱设立“法律服务工作站”,上海市金石律师事务所唐勇等志愿服务律师定期开展“法律服务进大墙”,从法律的角度为服刑人员带去人性化关怀,开展法律帮教。

### 三、下阶段工作计划:扎实推进四大“平台建设”

一是进一步搭建沟通平台,切实发挥顾问团作用。在区法制机构、职能部门及律师顾问团之间形成长效交流机制,以定期开展研讨会、沙龙的形式加强顾问团与政府之间的对接,增进顾问团对政府需求的了解,使得律师参与依法行政工作可以与政府形成有效互补。

二是进一步搭建信息平台,为顾问团工作提供全方位的信息保障。定期发布政府当前工作重点等信息,积极协调相关单位为顾问团调研等工作提供相关决策文件、统计数据等内容,使得法律意见更具有针对性,从而更好地在重大项目社会风险法律评估等方面发挥积极作用。

三是进一步搭建履职平台,引导顾问团以前瞻思维主动跨前协同。鼓励顾问团直面静安发展新热点,绝不能“后知后觉”在接到委托后才被动研究,而是要“先知先觉”做到跨前一步,主动就政府依法行政开展调研,设计法律产品,提供法律意见,不断拓展律师参与依法治区工作服务领域。

四是进一步搭建调研平台,高度关注社会热点。社会在变,律师的服务领域、方法手段也要变。顾问团要加大对社会治理、科技创新等新领域法律实务的调研,努力制定法律服务规范和标准,为政府在新领域有效探索提供法律护航。●

## 人物简介

马晨光:上海市协力律师事务所主任。2014 年被评为第五届上海市优秀青年律师、2013-2014 年度上海市三八红旗手



人物 优秀青年律师 ●文/马晨光

## 跨界创新 不误正业

近来是辞旧迎新的日子, 纷忙了一年, 到了年底, 静心洗意、审视自己, 看自己执业 15 年来如何走到现在, 看友人如何步步为营闯荡如斯, 也就律师成长立业共论一番。私以为律师立业, 能走多远, 能创多大, 最重要的仍是格局。

律师工作总是很繁忙, 但我依然让自己经常走出律师圈子, 去结识朋友、去参与活动。教育、公益、参政议政、文化传播, 都有所涉猎, 一则是我本性好与人交往, 一则是切实感觉到跨界创新的重要性。多跨几个领域, 以法律为帆, 在不同的领域里航行, 能扩大眼界视野, 以期达到苟日新、日日新的境界。站在什么维度、做出什么选择, 决定了律师执业的态度与方式。

最初接触《民主与法制》财经版的封面话题, 是缘于老师潘跃新先生的引荐。原本只是作为嘉宾参与当年的一些热点经济问题的讨论, 诸如“网络借贷是机会还是陷阱”、“网店该不该交税”等, 与不同行业的嘉宾们进行交流学习。封面话题打破了以往法律人聊法律、财经人谈财经的局限, 探索法律、财经及传媒的跨界, 大家各自贡献自己的经验、知识储备, 相互学习, 共同探讨, 融各家之长, 向社会贡献智力资源。随着参与节目的深入, 《民主与法制》财经版封面话题完成了纸媒和电视传媒的双渠道放送, 我也有幸从嘉宾蜕变为主持人, 挑选每期的热点话题, 组织企业人、财经人、法律人一起探讨分析。随之不断地, 我更加强了作为一名法律人组织策划电视节目的思考——我加入这节目的初衷是什么, 希冀又是什么? 我不断地摸索与思考, 终于在内心找到了答案——以法律人的视角阐述法律人的思考, 向更广阔的世界传达法律人的声音。

我常与我所的年轻律师们交流, 对于新晋律师而言, 不外乎两方面的烦恼愁肠, 一个是自身经验不足, 积累不丰, 从书本学来高大上的法学理论接不上实务的接地气, 另一个是不知如何能够开创立业, 开拓案源, 维持客

户,营造品牌。前者更多是术的问题,有成例定法可以效仿学习,经过一段时间的训练和投入,就可以学到方法,找到感觉。而后者则是一门艺术,不单单是法律技能可以解决的问题,如何做人做事,如何营销自己,如何规划人生,如何布局 10 年,很考验眼光、也考验智慧。

下一盘棋有整棋盘的格局,做一个人有一辈子的格局,经常想想自己到 20 岁做了些什么,到 30 岁成了些什么,之后又求些什么,自己此生的格局如何。我在这里说些格局眼光之语,资历成就尚且不够,有妄谈之嫌。只不过依“笑人不妨,笑到是处便难,到可以笑人时则更难”的古语,我也不虞别人笑话,姑且把自己的心得体会拣一二件道来,求四方大家赐教,供后学参考。我想年轻时意气风发,立志要做一番事业,总是不差的,人既然有所求、有所欲,就得有个能知也能行的觉悟,做事能出十分力气就不藏一分,这里不煲如何拼搏奋斗的鸡汤,只是就格局来说如何在正确的方向上打拼,不走偏路、弯路,也能走出别人不能走的路。

格局大小很重要,如一盘棋的格局,空间大,棋盘大,棋子可以腾挪移转的地步大,生机就多,要注意给自己挑选、争取更大的平台去舞动。我至今仍觉得很庆幸的一个决定是做了巨匠律师学院的第一期学员。2002 年,我的老师潘跃新牵头开创,由上海对外经贸大学法学院、清华大学法学院和中华全国律师协会共同设立了巨匠律师学院。秉持“巨人之心,匠人之术”,这是国内首家律师学院,我是首期五十多名学员中的一个。当年我们五十多个人,大都是刚执业几年的小律师,抱着做一番事业的憧憬走了进来,有幸跟着京沪两地声名在外的学界、律界大佬学习了一年。出来后,我们这批人大多在京沪主流律所成了中坚力量,各有担当。当年在加入之初,确实感觉有些犹豫,毕竟是第一期,也不知道成效如何,又得放掉已经开拓的一亩三分地,投入一年时间去学习,心存疑虑,不知如何取舍,有幸最后作了报名的决断。巨匠这一年的投入,让我少走了几年的弯路。如果我要说从巨匠出来,学到了些什么,我觉得格局眼光、实务操作,心得体会众多,不能一一穷举。在巨匠学院,学得最好的是把法律的理论知识转化成了实务操作的能力,有众多业界领军人物毫不藏私地指导,怎么一步一步把业务做好做周到,其中精妙的思路、周全的考虑令人叹为观止。

报恩还情,反哺还愿,是我应做,也是愿做的。时隔 10 年,有幸当初的学员有能力去为巨匠做些贡献。2014 年,由上海对外经贸大学与协力律师事务所共同

重开设立,巨匠律师学院复校了。十年前的一帮律界、学界精英做了一件事情,让我收获颇丰,10 年后,我愿意用自己的能力让这件事情延续下去,让更多年轻人受益,为法学界输送新鲜血液。复校的巨匠学院,有强大的师资,有完善的教学,在办学模式上,分为基础培养、专业提高、海外见习的“三位一体”模式。我们希望用自身承办业务、从事教研的所得所获,汇聚法律界及财经界的有识之士,帮助学员在短期内汲取法律精华与实务经验,有能力直接参与法律工作,给律界输送实务型律师人才。更希望在巨匠学院,能够提升学员的眼界,扩大学员的格局,为 10 年后的律界培养出领军人物。

跨界,是不务正业,还是不误正业?我想是后者。法律与传媒的跨界、法律与教育的跨界,都离不开法律。如果法律人眼里只有法律而无世情,不明白法律为何而生,终究难成正业;法律人对社会多理解一分、对人性多理解一分,就能对我们的委托人、对我们做的事情领会多一分。在专业化选择和发展的道路上,面对不确定的未来,我们恨不能一夜之间就证明自己的选择的正确性,于是,有些人才写了几篇专业文章,才做了几次专业演讲,就急于看到市场的反响,数月未见成效,就开始怀疑方向错误。其实,无论做人做事,急于回报都未免太过幼稚。

在我从事的金融法律行业里,早已不是懂得几个金融术语就是金融专家的年代,知识更新的速度远远超过我们的想象,即便是掌握了最新的专业知识,如果不再深化学习,恐怕也只能被时代淘汰。因此,每一次业务研究,每一次同行交流,每一场专家讲座,我都始终抱着严谨的态度,全身心地投入,这既是对自己负责——因为专业乃律师立足之本,离开了专业知



## 传递法治力量 展现女律师风采

——市女律联赴崇明县开展“三八”节法治宣传系列活动

为纪念“三八”国际妇女节 105 周年,市女律联在黄绮会长、丁美红理事等精心筹划下,与崇明县妇联和总工会联合开展了“三八”节法治宣传系列活动,进一步助推崇明县妇女维权法律意识,提升维护妇女合法权益的层次和水平。

3月6日,春寒料峭,市女律联由副会长葛珊南带队、理事楼凌宇以及市律协陶丽萍等送法律进崇明,受到了广大崇明县妇女的热烈欢迎。

在崇明县庙镇的文化活动中心,近百名基层妇女干部及妇女群众济济一堂,听取了葛珊南律师关于婚姻家庭方面的法律讲座。

葛律师的讲座分为两个专题:一是婚姻家庭纠纷中的房产分割问题,其中既有恋爱纠纷的房产分割,也包括父母为子女结婚购房的离婚房产分割,还涉及一方婚前购房登记在双方名下的离婚房产分割,更有一方为情人购房以后离婚房产分割等问题,都是很具有现实教育意义的法律现象。二是经典民事案件与法律适用问题,这其中包括离婚后夫妻财产纠纷、房产买卖纠纷、继承纠纷以及人身损害纠纷等。

“以案论法,娓娓道来,生动易懂”是葛珊南律师此次讲课的特点。其中不少案例是她亲身经历办理的,所以人物情节、来龙去脉讲述都很清晰,她还适时地结合一些法律条文进行解释,这样法律条文就不再晦涩难懂了,给与会者上了一堂生动的法治教育课。

在崇明县的会议中心,近百名来自崇明县总工会及其下属工会的维权干部,学习了楼凌宇律师关于劳动合同法方面的法律讲座。

楼律师从实务解析角度切入,结合办理的大量案件,围绕劳动合同法及相关规定,对劳动合同的订立、履行、变更、终止和解除等方面涉及的法律问题作了全面而深入地讲解,并对工会干部如何帮助劳动者特别是女职工维护合法权益提出了有价值、可参考的实用建议。

在两个多小时的时间里,楼律师全程站着授课,精神饱满,准备充分,她毫无保留地让与会者分享了其在劳动合同法实践运用中累积的丰富的实务经验,同时,生动精辟地指出了许多在法律实践中容易被忽视的盲点和要点,得到了与会者的一致好评,收到了积极的成效。

因为奉献,所以美丽。崇明县多年以来一直是女律师人数稀少,目前也只有2名女律师。在崇明县执业的丁美红理事多年来坚持积极参与配合崇明县妇联和总工会做公益普法工作,受到当地政府和群众的高度肯定和赞扬。正值“三八”国际妇女节之际,市女律联由副会长葛珊南亲自带队送法下县,积极发挥法律工作者的职能优势,切实加大了法治宣传教育的力度。几位女律师都觉得这个节日过得格外充实和有意义。

(撰稿人:市律协公共关系部陶丽萍)

识,律师最大的价值将不复存在,这也是对客户负责——因为每一位客户都希望得到高质量、高效率的法律服务,唯有不断地精进自己的业务水平、深入了解法律服务市场、挖掘客户的法律需求,才能向客户提供更为优质的法律服务。不仅如此,为了更好地为我们的客户提供法律服务,我带领的并购金融团队创设了《协力金融法律评论》。同时,为了加强自身及团队的核心竞争力,在进一步理解客户需求、分析现有法律市场后,我决定将以往案件的法律服务内容进行归纳、总结、提炼,并结合我们自身的特点及优势,研发了多种面对不同企业、个人的专项法律服务产品,逐渐地从被动式服务模式转变为主动式服务模式,并在既有法律服务产品的基础上,根据客户的具体要求,为客户提供一套量身打造的法律服务。

对于我们的行业,什么是正业,在成为律师事务所主任后我有了更多的思考,对于事务所也投入了更

多的心血,并全方位地考虑发展规划、运营管理、品牌建设、行业责任等问题,思考的角度和方式与以往不同。说到行业责任,很多人选择做律师的初衷是能够用法律去帮助那些需要帮助的人,去维护法律尊严,去实现公平正义,但太多人走着走着就遗失了这样的初衷。没有哪个行业如我们这般前所未有的迷茫,只因没有哪个行业在这样的历史阶段被赋予了如此复杂而重大的法治责任。也许,我们行业的责任就是让更多人在努力的路上更容易实现初衷,所谓“不忘初心,方得始终”,对我们的行业同样如此。

跨界创新,是专业的动力和源泉,滋养在专业道路上不断精进的理想。专业的法律素养,护航法律人跨界创新,让更多人听到法律人的声音。跨界创新,方能不误正业,以跨界扩格局,以格局赢人生,与你我共勉。●

## 法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

# 从话剧《律途》泛议法治文化宣传

本期主持:光 韬 上海市律师协会宣传委副主任、上海汉商律师事务所律师

嘉 宾:黄 绮 上海市律师协会副会长、上海市女律师联谊会会长、《上海律师》杂志主编、上海市尚伟律师事务所主任

王思维 上海博和律师事务所律师、话剧《律途》演员

赵 秦 上海华夏汇鸿律师事务所律师、话剧《律途》演员

董芳菲 上海百悦律师事务所律师、话剧《律途》演员

马 远 话剧《律途》艺术指导

韩 璐 上海市乔文律师事务所执行主任、话剧《律途》总导演

屠 磊 上海九州丰泽律师事务所律师、话剧《律途》特邀演员

邓以勒 华东政法大学学生、话剧《律途》统筹

瞿 曦 上海秉盛律师事务所律师、话剧《律途》演员

王丹丹 高朋(上海)律师事务所律师、话剧《律途》演员

计时俊 上海华夏汇鸿律师事务所主任、话剧《律途》特邀演员

朱晶晶 上海市华诚律师事务所律师、话剧《律途》演员

王志童 上海市华诚律师事务所律师、话剧《律途》演员

文字整理:许 倩

光 韬:市律协宣传委的职能实际上是对社会宣传我们行业,并没有赋予法治文化宣传的要求,但是长期以来我们可以观察到我们的法制宣传形式都很陈旧,话剧《律途》的演出,突然让人眼前一亮,待会儿我们的话题还会扩张到法治文化上。在国外,律政题材的文艺作品特别多,但在中国很少。这两年国内律政题材剧多了一些,例如《金牌律师》、《离婚律师》还有《何以笙箫默》,表面上都是律政题材,实际上有些剧没有什么法律含量。我们这部话剧演出之后,我总结了一下,八个字:法律视角,人文情怀。话剧选了四个案例交叉推进,四个案例是不同领域的,其实里面的法律含量很高。人文情怀则是因为四个案例最终落脚点都落在“人”上面,从人性角度出发,从法律技术角度升华了,所以这就是我给这部话剧的定位。今天请大家过来,都是双重身份,一个是你们都是这部话剧的创作者,第二个你们又是律师,本身也是法律圈的人,站在这部戏以外,你们则是评论者,从这个角度我们来谈一下从创作、观众角度对这个戏的感受,或者扩张开谈律师文化、法治文化,第一部分放直观层面,第二部分再来讨论文化层面。

黄 绮:首先,请允许我以女律师联谊会会长的身份感谢大家给2015年女律师迎新会奉献了一台非常优秀的节目,今天代表市女律师联给《律途》团队颁发“荣

誉证书”,感谢大家为这台话剧的献演和法治文化作出的贡献。这部话剧排完以后,我相信每个参与者应该对律师在法治文化宣传中的作用感受特别深,所以特别邀请大家来研讨法治文化、律师文化应该有什么新的途径、新的方式去宣传比较好。

王思维:刚刚光律师说的我比较有共鸣,起初我来参加这个剧,并没有带很强的目的性,抱着玩一把的态度,但在参与过程中,我觉得我们的同行都有很可贵的品质,做一件事,都会把自己发挥到极致。在这样的氛围里,我个人也在被感染,在此过程中越来越投入。让我有点意外的是,非专业演员演了这部剧之后,评价居然还不错,而且收到了很多专业人士较高的评价,我有点喜出望外,我觉得我确实参与了一件很有意义的事。我在想如果我们深挖这个剧的意义,可能会对律师的职业形象或者法治文化宣传有积极作用,我个人也有些自己的想法。从比较粗浅的层面,对律师的宣传是对行业事件和动态的宣传,如果深挖,应当是对一种行业精神或文脉的传承。在这个问题上,我觉得这部剧其实能起到些作用,这部剧反映了很重要的一个中心思想,就是律师所追求的理想和情怀、法治梦想、在执业过程中通过自己的努力去实现,我觉得在这个层面上和我们所追求所谓的行业文脉的传承是一致的,相得益彰。

光 韬:刚刚王律师讲了两个层面的问题,第一个



本期主持:光轺



嘉宾:黄绮



嘉宾:王思维



嘉宾:赵秦

层次是从行业宣传的角度,第二个层次是文脉传承,这是他所理解的法治文化。

**赵秦:**先谈谈我个人对这部剧的感想,首先任何人做事本源是来源于他的兴趣,我觉得这部剧可以使人对律师或这个行业感兴趣,这个感兴趣可能来源于律师本身,也可能来源于在校学生或业外人士,从我个人经历来说,律师开始几年的道路很难走,要把更多优秀人才拉到律师队伍来也要使他们有兴趣,我觉得这部剧能够做到,会让人觉得律师行业好玩,同时又能实现自己的理想和抱负,能使人产生兴趣。第二,这部剧有宣传作用,我们都知道,在一个行业里,要做好,使个人和行业都得到认可,应当有正面宣传,让别人了解什么才是真正意义上的律师,这部剧本身题材源自于很多现实中的案例,参演的也是律师,从编剧角度将律师的正面形象都展现出来。比如在援藏案例中,律师在观念冲突时仍然坚持自己的理念,这在现实生活中有很多,这部剧很好地宣传了律师的正面形象。能使更多业外人士感受到这个职业的前途,也能使业内人士更好地扎根于这个职业,踏实努力地做下去。除了文化方面、法治方面,这部剧的现实意义也很大。第三,光律师前面说到现在很多法制宣传的形式过于传统,而这部剧在宣传层面上有创新,我们可能没办法花很多精力让律师演一部真正的电影或影视剧,但是通过一些小品、访谈、话剧,能从宣传上创新,这种创新对于宣传整个律师行业或能把律师行业推陈出新很有帮助,而现在不止是话剧,包括电视节目上《律师界》栏目的推出,也是一种宣传律师的创新方式。

**董芳菲:**我在这部剧里参演的是一个家事律师,我首先谈一下参演这部剧的感想。作为一个女律师,在这个行业里的性别意识是模糊的,因为你所面对的困难、承受的压力需要象一个男性去面对。原来我从没有想过作为一个女性律师对这个行业和社会包括法治建设需要承担哪些社会责任,但这部剧让我们确实确实了解到了,我在剧中代理的案子是在帮弱势的女性群体说话。

包括在创作这部剧的过程中,导演也和我说过这个角色想要达到目的是唤醒女性社会责任、社会意识,这部剧给我带来的最大感触是作为一个女律师在整个行业里所需要扮演的角色并不仅仅是从律师职业出发,而是需要保护这个群体,为这个群体承担一些社会责任,这是我参演这部剧给我带来的最大启发。就这部话剧给行业带来的影响,我认为这次话剧是法律行业和戏剧行业的一个合作和交流,从法治宣传角度出发,以后可以开展多层面的合作,和不同行业、不同协会开展交流,我相信一定能碰撞出一些火花来。

**马远:**自我介绍一下,我是个专业的喜剧导演,这次非常荣幸给大家做了艺术指导和技术支持方面的工作,能来参与一部法律题材作品,对我来说是一种回归,因为法律是我的第一专业。我觉得这次《律途》的意义是让普通大众再一次认识律师这个职业的作用和他们在工作过程中整个的思考包括情感投入,尤其是家事律师和刑辩律师。另外一个意义是在戏剧行业和法律行业彼此之间产生了影响,对于诸位扮演者的影响就在于自己对于职业的某种观念或思考能够通过自己扮演角色表达出来,这可能是戏剧对法律界的影响。反过来回到我们的本行,我们确实面对了大量的创作匮乏,所有的电视剧、舞台剧往往是泛娱乐化。我觉得也许应该由律师行业来创作一些真正的符合中国国情的律师作品,因为在国外,有很多电视剧都是其他行业的人参与剧本创作才能达到那么高的专业度,中国有那么多律师和经典案例。这就是我的一个感想,最后我愿意继续为律师协会和诸位律师做更多的技术支持,同时也希望有好的剧本在可以开放给我们的情况下,给我们一个创作或搬上舞台屏幕的机会。

**光轺:**马远刚才讲到一点,我特别有感触,在美国有大量律政方面的小说剧本就是律师写的,因为有些行业必须是在这个行业里摸爬滚打很多年的人才能把行业里精深的东西用通俗的表达方式展现给观众,因为观众看不懂太复杂的专业内容,必须把专业内容转换一



嘉宾:董芳菲



嘉宾:马远



嘉宾:韩璐



嘉宾:屠磊



嘉宾:邓以勒

下,这让一个电影学院出来的编剧转换,他无法操作。

**韩 璐:**在过去的两个多月,我自己收获的远比我付出的要多,我内心有特别多的感谢。其实我不能算是总导演,只能算是一个牵头人,正因为我担任了这个角色,我接触到的比在座的要多一些、全面一些。《律途》的成功献演,需要天时地利人和,靠了很多大律师和组织的支持,才有了这部剧,我们可以看到这背后的需求和需要。就是我们律师行业本身需要有这样的文化作品,展现律师内心对法律和法治充满了情怀和理想,需要有作品来表现这一面。除了每天经历这些案件的琐碎、繁忙、压力,甚至有时候怨恨,经历的这些挫折之外,我们依然需要一些东西来表现心里的那些最朴素的情感理想。而且这些东西表现出来以后,会倒着再推动我们自己还是要继续坚持下去。所以我觉得那么多大律师、年青律师还有领导那么关注支持这部剧,是因为我觉得我们整个行业都需要这些东西。从行业外的反馈来看,他们也想知道律师到底在做什么,是什么样的。之所以在剧里加上援藏律师的情节,就是因为其实有很多律师在吃苦耐劳,但是没有电视节目和文化作品在表现他们,无论是业内需求还是业外需求,还是我们自身坚持对职业理想的需求,这个话剧都很值得。

**屠 磊:**我在这个剧中客串了一个法官的角色,我很佩服大家,为了排这部剧,大家投入了那么多时间,放弃了工作,真不容易。我觉得演出很成功,完全不逊于我看过的任何一部由专业演员演的话剧,表情、台词、舞美都很到位,非专业人士能做成这样很不容易。法律不是儿戏,但每个法律人都很有戏,我们的生活也很有戏,现在把它真实地展现出来,能够吸引业内业外和整个社会的。

**邓以勒:**现在大家都是通过剧或者是其他小说的方式去了解律师,但对律师存在很多误解,所以希望用这部话剧来反应一些法治人的心声。作为一个法学院在校学生,我发现在座的和我心目中的律师不一样,比如最开始作为一个法学院学生,我心里也在犹豫要不要走法律这条路。但是当我看完《律途》,坚定了想要走律师这条路

的决心,每个人有不同的选择。当律师也有苦,我看到了这个行业里,无论大家付出了多少,他们都在坚持,有人说律师是物质的,但我看到的律师却是为了自己的梦想在坚持。在每个人的心中,都有自己的法治梦想,或大或小,我觉得这就是一个好律师和普通律师最大的区别。参与这部剧之后,心中很感慨,也学到了很多,我收到了很多反馈,就是大家希望能不能看一下这部话剧,能多看到这样的话剧,他们想了解真正的律师生活,不是由演员扮演,就是由律师自己本色出演,反映出真正的律师群像。

**瞿 曦:**在《律途》中,我客串了一个小三的角色,但我觉得这部剧没有象别的剧单纯描写大奶和小三的斗争,而是展现了一定的人文情怀,包括整个社会的伦理背后深层次的东西。我很荣幸在这部剧中认识了那么多同行,可以彼此分享痛苦,但我们还是在逆境中求挣扎,展现一些青年律师正能量的东西,这样才能推动我们在这个行业里继续往前走,所以非常感谢《律途》给了我这个机会参演到大家家庭的角色中。当然一些业界的朋友跟我说,这部剧是不是可以考虑在其他行业,比如金融业、妇联开放专场,向不同层面展现律师的风采,他们都想了解律师真正的酸甜苦辣。最后我想说,话剧虽然结束了,但我希望这是另一个新的起点。

**王丹丹:**我入行三年,算是一个新律师,从小到大我最想做的两件事,一个是当律师,一个就是当演员,所以有这么一个机会参演,我立即就答应了。有了这次的参演经历,我更加坚定了坚持律师梦想的信念,

**计时俊:**这部戏我认为是一个惊喜,第一,我从来没想到律师能编排一部话剧,毕竟话剧相对来说是一个比较专业的行业;第二,我很希望律师协会能成立话剧社。我们律政剧的主题应该是什么,这次选择的主题相当好,讲了青年律师的梦想以及如何评判一个人是不是优秀律师。不想做大律师的律师不是一个好律师,如果每个人都有一个大律师的梦想,那么一定是以大律师的要求严格要求自己。所有看过这部剧的人都有这样的评判,律师无所谓大小,只有年青律师和资深律师的区别,但是心中



嘉宾:瞿曦



嘉宾:王丹丹



嘉宾:计时俊



嘉宾:朱晶晶



嘉宾:王志童

的大律师应该存在,每个年青律师可以是大律师,但也一定要有自我约束、自我要求,我认为这样一种积极向上的正能量是能够让大家看到律师的成长过程,让我们看到律师应该奋斗的目标。至于在律师从业过程中,剧中律师受到打骂也让我们看到律师执业过程中的艰辛,从这部戏表达的正能量来说,让人看到了律师行业的艰辛,也看到了我们的梦想和努力,让更多人了解、崇拜律师,我相信这也是各位青年律师们所希望达到的目的。再说一下将来,我们是否要再排话剧、排什么样的话剧,我倒是建议应该排一些略带喜剧、破案、推理元素的剧,我们这次这部剧就很好,既让人笑,又让人哭,又让人知道剧里的含义。我们是律师,从这个角度去谈法治的概念,谈应该遵守的理念,又能够给大家带来笑声,如果能笑中有哭就更好,这是我的想法。

**朱晶晶:**首先非常感谢这部话剧,因为有一群志同道合的朋友在合力做这件事,而且把这件事做成了,我觉得这是件高兴的事。第二,我在戏中收到的评价是出乎意料,因为我自己的业务和影视界、戏剧界、文化界都很相关,我请了很多这些行业的朋友来看,他们没想到能演得这么好,我觉得这是一个比较高的评价。他们觉得从剧情上,这部戏很真实生动,从内容上普通观众都

觉得好看,在编排表演各方面也很自然,有这样的专业评价,我还是蛮高兴的。

**王志童:**我说一下感受,怎么让大众了解到我们律师,就象刚刚光律师说的,律师界和金融界从老百姓的角度来看是非常高等的两个行业,他们没什么机会跟金融或法律扯上关系,所以至少让老百姓和其他行业的人知道律师到底在做什么,这是我们最优先要考虑的问题,如何让老百姓来了解我们。从这个角度来看,我觉得做一些接地气的事情是完全可以的,让大家知道律师也是人,就有顺与不顺的时候,我们可以说一些律师和老百姓完全一样的地方。从另外一个角度来讲,法律毕竟是一个纯粹性的东西,如果大家觉得法律也不过如此,那就很可怕了,就象前面有些律师说的,对于法律这个问题,它是高大上的,法律是不可侵犯的,从律师的角度来折射法律,当律师真正到了法庭上或者做法律工作时,律师的权益是绝对不可侵犯的。再说一下表达形式的问题,我今天坐在这里看到那么多律师很有才华,是因为有话剧这个平台让大家来展示,而这个平台是一个行业或老百姓都很喜欢的,第一,很有意思;第二,没有距离感。在看戏这个潜移默化的过程中让老百姓了解到了律师界这个行业的一些具体信息。所以我个人观点就





话剧《律途》剧组成员因为对法治文化作出的贡献获得市女律联颁发的“荣誉证书”

是这种喜闻乐见的形式可以推广,只要大家开心,在欢笑过程中了解到律师和律师界。

**光 韬:**今天下午,我们讨论了方方面面,涉及到行业、理想情怀、法治文化,我想讲一点我的想法,这次《律途》话剧的演出所起到的社会反响,我想有一个从行业剧到法治文化的跨越,我们本身就是想做一部展示律师日常工作、行业风采的剧,但最终起到的效果可能比很多法制宣传形式好,这里就有一个名词:法治文化。法治文化到底是什么,我觉得当今中国比任何时候都特别需要法治文化,那如何定义理解,首先切入到一点,我们经常讲文化,文化是什么东西,如果让我给它做定义,我认为文化就是一种生活方式。那么法治文化是什么,其实就是基于法律思维的一种生活方式。当今中国,我认为特别需要一种法治文化,就是基于法律思维方式。为什么我说现在比任何时候都欠缺、需要法治文化,其实律师这个职业本身天然地希望这个社会是个法治文化浓郁的社会,我们这个职业才有用武之地,行业才有地位或者这个职业才受人尊敬,但这个过程还有很长的路要走。涉及到法制宣传这一块,我们的法制宣传经常是各种各样的案例,为了追求收视率和收视效果,最后都变成讲故事,恰恰忽略了理念的东西。我认为法制宣传中最重要的东西就一句话:法治面前,人人平等,这种理念的东西怎么通过一种载体的形式传导到每个观众、每个受众中去,需要潜移默化,形式多样。我觉得这次《律途》效果是好的,剧中的四个案例穿插,把所有的法律视角理念植入进去,改变观念比改变什么都难。在我们的执业过程中,除了工作之外有很多时间做的就是慢慢推动法治观念的转变,然后对法治文化的建设,法治环境的改善做一点点微不足道的工作,很多时候我们就在做这些事,可能看不到一点成绩,但整个社会就是这么前

进的。虽然是一件让人沮丧的事,但其实也是让人乐观的,只要往这条路上走,那就有希望,所以我也希望看到在座的各位包括《律途》剧组还有后续动作,有更好的作品出来。我们这次这部剧主要是针对律师,其实我们可以扩张到公检法,至少从形式上、从大的概念上讲,我们是强调法律共同体的,这方面值得做。

**黄 绮:**前面大家说的都非常真挚,从剧里剧外大家都谈了很多,我觉得律师应该是法治文化的主体,我们都是自己演自己,当律师演自己的时候,没有人可以比,我们就是专业人士演专业人士。在这个过程中,我是带着一种欣赏、一种享受去看完整部话剧。说到法治文化,我非常同意光律师的说法,他给法治文化做了一个总结,就是一种法律人的生活状况,这个描述非常准确,我们是法律人,我们的生活方式可以在法庭内外、谈判桌、舞台上等等,当然舞台上我们更多的是演绎和法治有关的舞台内容和文化。我觉得法治文化的弘扬主题应该就是我们律师和法律共同体的所有人,其实我们更有能力和资格做这件事,事实上我们已经做了,而且做得非常成功,回来以后我们也在总结《律途》真的是一个开始,肯定不会就此结束,更何况《律途》这部剧本身还没有结束。演出结束后,很多人都和我说剧本太好了,方方面面的领导在和我谈,不能只演这么一场。通过这样一部作品,我们演绎了法治文化应该如何去宣传,我觉得整个法治文化宣传的形式、途径、内容,都是很丰富多彩的。

**光 韬:**我想我们今天的讨论应该没有结束,之后还可以通过各种各样的形式进行交流。最后希望《律途》后续的故事能够继续发扬光大,大家后续的故事能更精彩,也祝愿大家在职业道路上创造更多精彩,谢谢大家! ●

香港大律师之窗 ●文 / 谢卓贤

## 专家证人在香港民事诉讼中的角色

### 引言

现今的民事诉讼日趋复杂: 讼辩双方除了会传召就事实作供的证人(即事实证人)外, 也有不少案件会邀请专家证人出庭作供, 协助法庭就案件作出正确的判决。

本文将主要就专家证人的身份, 探讨他们在诉讼中的角色。

### 证人和法官的角色

要明白何谓专家证人, 必须先了解证人及法官在诉讼中的角色。

当诉讼的其中一方希望依赖某一事件作为其案情的一部分时, 该方就有责任向法庭举证, 令法庭可以信纳该事



谢卓贤: 香港执业大律师

件是事实的一部分。要成功举证有很多方法, 除了依据文件、录像等的证物, 最常见的方法, 就是传召证人出庭作供。

事实证人是以自己的耳闻目见作供。而法官的工作就是对这些证供作出分析, 从而决定是否接受该诉讼方的案情。

由此可见, 传召证人作供的目的, 是希望他可以在庭上将事实供出, 令己方的案情有足够的证据基础, 能够被法庭接纳。而法官的工作就是要就诉讼方所提出的证据作出分析, 从而作出事实的裁断, 并应用适当的法律。

从法庭的角度而言, 分析证据完全是法庭自己的工作。故此, 事实证人自己对于证据的意见, 并不适宜在法庭的审讯中提出, 法官亦不会给予该类型的证供任何的比重。

其中一个例子, 就是于金钱纠纷的案件中, 如果与讼各方的争议点是其中一方有否缴付该笔金钱, 各方均会传召证人, 就缴付金钱的过程提出己方所认为的事实。而法官只需要分析各方的证供, 并就有否缴付金钱一事作出裁断。各方的事实证人对于该笔金钱有否被缴付的个人意见, 并不在法官的考虑之列, 亦不重要。

在简单的诉讼中, 法官的工作并不特别困难, 亦只会应用到法官个人的人

生经验及常识, 便可以主持公义。

### 专家证人的角色

但众所周知, 法庭并不单单是负责处理简单的案件。而事实上, 法庭所处理的案件当中, 有不少均涉及不同的专业范畴。故实际上, 法官对此等案件, 不能只依靠自己的人生经验及常识, 以及证人所提供有关事实的证据来作出裁决。对于此等复杂的案件中, 法庭亦可能缺乏有关的专业知识以作出正确的判断。

专家证人的作用正是在这类案件中, 为法庭提供协助。大致而言, 除了就事实的问题于庭上作供外, 专家证人亦可以于庭上发表在其专业认可的范围内与案件争议点有关的个人意见。

容许专家证人在庭上就自己的个人意见发言有以下的重要性。

第一, 在某些案件中, 与讼方需要证明的事项, 并不一定能够以耳闻目见的方式亲身经历。若所有证人只可以就其耳闻目见的事情作供, 该与讼方实难以胜出诉讼。例如, 在单位漏水的索偿案件中, 虽然漏水的事实可以耳闻目见得到, 但关于水的来源问题, 一般证人并不能就此作供。

第二, 与讼方需要证明的事项并非一定已经发生, 需要证明的事项也可以是未来可能发生的事。如果没有专家证

人,根本没有人能够预知或预测未来发生的事。例如,在人身伤亡的诉讼中,法庭往往会需要专家证人,协助估计原告人在往后日子所需要照料及照顾,以确定赔偿的金额。

由此可见,在现今的诉讼当中,专家证人在某些的案件中实在是不可缺少的一环。而专家证人的口供,也会在整场的官司中,起到关键性的作用。

跟一般事实证人不同,专家证人可以在庭上发表个人意见。这些意见,大多数是专家证人根据自己的专业分析庭上的证据所得。如上文所述,分析证据多是法官的职责所在。如果专家证人可以在庭上发表意见,这绝对有机会影响案件的结果,所以专家证人在审讯中往往举足轻重。

### 审讯中常见的专家证人

在香港的法庭当中常见的专家证人有以下的例子:

在人身伤亡诉讼当中,原告人往往需要专业医生的证据,以证明自己因为该意外而永久丧失的工作能力。另外,于少数的案件中,法庭亦有机会需要医生的协助,去决定某一位证人是否适合作供。

在土地的争议当中,与讼方往往需要测量师的协助,来确定地图所载的地段和实际的土地是否相同。如果是涉及赔偿的案件,测量师亦需要协助法庭定出该片土地正确的市场价值。

在处理有关金融的争议中,对金融市场有一定认识的专家亦有机会需要协助法庭分析与讼方的行为对市场的影响,从而决定被告是否有失当的行为。

在婚姻、遗产的诉讼中,如果一对夫妇是在多年前结合,法庭亦有可能需要中国习俗方面的专家意见,以决定与讼方和另一方的婚姻是否可以被承认,从而决定遗产分配的事宜。

从以上的例子可见,专家证人并不只限于普通人眼中的专业人士。

### 对专家证人的规范

作为与讼的任何一方,如果希望援引专家证据,该方必然希望其延聘的专家所给予的意见有利于己方。另一方面,该被聘的专家在情理上,亦有机会不自觉地偏帮自己一方。若果与讼双方均各自延聘各自的专家,当所有专家证人均采用这个心态的时候,法庭未必可以从针锋相对的专家证据中得到任何协助。有见及此,法庭在不少的案例中亦有对专家证人的责任作出明确的指引。例如:*National Justice Compania naviera SA v Prudential Assurance Co Ltd (The Ikarian Reefer)* [1993] 2 Lloyd's Rep 68。

另外,其中一个可行方法是根据《高等法院规则》第38条命令第4A条规则要求与讼各方共同委任一名单一共聘专家就争议提出意见。由于该名专家是双方共同延聘,而所有开支由各方共同负责,故此并不会存在专家自身倾向偏帮任何一方的情况。

虽然单一共聘专家可以解决部分问题,但并不适用于所有的案件。表面上诉讼的双方只是需要共同聘请一位专家,成本应该能够相应地下降。可惜单一共聘专家由于并不只受聘于其中一方,故此,该专家不能够于诉讼前或中途为其中一方提供意见。于较为复杂的案件中,律师团队于准备案件的初期,已经需要专家的参与。所以于这个情况下,双方已经各自有自己的专家,若然再委任一名单一共聘专家只会徒增诉讼的成本。

再者,双方纵使同意委任一名单一共聘专家,但并不代表与讼任何一方于不满意该单一共聘专家的意见时,不能向法院申请延聘自己一方的专家证人出庭作供。(见:*Daimler AG v. Helge Herbert Leiduck* [2014] 3 HKLRD 56) 若然法

庭批准该方的申请,另一方亦有相当大的机会作出同样的要求。于这个情况下,不但浪费法律费用,法庭亦需要相当的时间处理三位不同专家证人的口供。

故此,虽然单一共聘专家可以解决部分的问题,但并非适用于所有的案件。

同时,要解决专家偏见的问题,法庭对于专家报告的撰写以及对于专家操守亦有一定的要求。

首先,根据《高等法院规则》第38条命令第37A条规则的规定,专家所撰写的报告,必须由专家本人核实该报告内容的准确性,并于报告内作出有关的申述。

其次,专家证人的操守受《高等法院规则》附录D所载的《行为守则》所规管。《高等法院规则》第38条命令第37B条明文规定于延聘专家后,需尽快给予该名专家一份《行为守则》的副本。

纵使专家们受聘于与讼各方,但附录D的《行为守则》清楚列明,专家并不为受聘方行事。相反,专家对法庭有“凌驾性的责任,就关乎其专长范围的事宜公正无私及独立地协助法庭”。该《行为守则》并列明专家证人并不是任何一方的讼辩人,是对法庭,而非付款的人有着首要的责任。

而除非该名专家明白及愿意遵守该《行为守则》,否则,其报告或口供不得被法庭接纳为证据的一部分。

### 何时需要专家证人

虽然专家证人的证供在诉讼中可以起到很大的作用,但并不是每一单案件也适合把专家证人卷入其中。亦真正因为专家证人能够发表个人意见,所以法庭对于援引专家意见也作出了相应的规定。

根据《高等法院规则》第38号命令第36条的规定,除非所有与讼方同意,又或是法庭给予许可,否则与讼各方不

得于聆讯中援引任何的专家证据。法庭亦有相应的权力限制专家证人的数目。

要决定是否援引专家证据的考虑十分直接，不外乎要考虑该等的证据是否可以于证据条例第 58 条的规定下被界定为专家证据，以及该等证据是否能协助法庭正确决定案中的争议。（见：Wong Hoi Fung v. American International Assurance Co. (Bermuda) Ltd. [2002] 3 HKLRD 507）而由于民事司法制度改革的关系，当其中一方向法院申请许可时，法庭亦必定会从案件管理的角度考虑是否给予许可。所以当与讼方决定援引专家证据时，应该及早征求对方的同意，以能在需要时及早向法院作出申请。

### 仲裁

由于仲裁的普及，笔者在此也简述一下专家证人在仲裁中的角色。

与传统的法庭诉讼一样，与讼双方在仲裁时也可以要求传召专家证人作供，以协助仲裁庭作出正确的裁断。

但有别于传统的法庭，与讼各方对于仲裁庭的组成有更大的自由。为节省仲裁的时间及成本，与讼方多会选择对案件所涉的专业范畴有相当认识的人士担任仲裁员。于绝大多数情况，仲裁庭应当比传统的法庭更容易理解及掌握案中的要点。

由于仲裁员拥有专业知识，故此，未必需要与讼方传召专家证人协助，仲裁庭亦能凭借自己的专业知识作出裁决。当然，在依赖自己的专业知识前，仲裁员有责任听取与讼方有关的陈词。

由此可见，一宗于法庭需要专家证人的案件，并不代表仲裁庭的成员亦需要同样的协助。

### 结语

本文简单论述了专家证人在民事诉讼中的角色。当然，以上只不过是一个大致的介绍，当确实要展开诉讼时，所需的考虑必定更多。●

## 视角

●文 / 王军旗 杨燕婷

# “对赌协议”纠纷 法律实务研究

“对赌协议”在投资领域一度风生水起，独领风骚。

但是，在中国可能与“赌”有关的事很难登堂入室，“对赌协议”长期以来也一直未能在法律上给自己一个明确与合适的交代。在经历了一轮经济周期后，曾经风光的“对赌协议”违约纠纷出现高发态势。虽然立法上尚未为其正身，但司法实践已经有了良好的开端，学术界也有了更为理性的探讨。

自 2012 年底最高人民法院作出了中国对赌第一案的终审判决后，各法院及仲裁机构对于有关“对赌协议”履行纠纷所作的裁判以及由此引起的争议便屡见于网络和报端。而自去年至今相关案件的爆发更有井喷之态势，纠纷类型也层出不穷，不仅有因协议约定期限到期无法满足设定条件而触发对赌条款引起的商事纠纷，亦有投资方选择目

标公司不当、融资方财务造假甚至侵占、挪用资产等引起的涉刑事纠纷，现阶段该类案件已呈现出刑民交错、事实理由多样化且法律关系复杂的境况。我国现行法律体制下对于“对赌协议”本身并无任何明确规定，在此情况下，基于“对赌第一案”所设定的基调，“对赌协议”具体的各项内容的认定仍有赖于法院和仲裁机构对于现行法的理解和自由裁量。

笔者近年来参与处理过多起标的上亿元的“对赌”纠纷，略有感悟。有鉴于此，本文拟立足于投资者立场，从商事争议解决的角度出发，对现今的司法实践进行梳理分析，进而就“对赌协议”的条款设定提出分析和建议。

## 一、“对赌协议”常见内容简介

### 对赌协议（Valuation Adjustment



王军旗：德恒上海律师事务所律师



杨燕婷：德恒上海律师事务所律师



Mechanism, VAM), 又称估值调整协议, 行业通常定义是指投资方与融资方在达成协议时, 各方对于未来不确定情况的一种约定。约定的条件出现或不出现, 投资方或融资方可以行使约定的不同权利。所以, 对赌协议实际上是期权形式的一种。

对赌协议中所对赌内容多种多样, 在诉讼或仲裁中现最为常见的内容包括:

1. 业绩承诺对赌: 采用一定的财务指标 (通常为净资产回报率或净利润数额) 为衡量指标, 约定融资方在约定年限内达到约定的财务指标, 投资方给予相应的货币或股权奖励; 反之, 融资方应当按照约定的计算方法向投资方支付货币补偿、或向投资方转让股权、或向投资方回购目标公司股权;

2. 上市对赌: 目标公司在约定的期限内实现上市, 未能上市的融资方应当按照约定的计算方式向投资方回购股权, 通常预设回购率, 以投资金额为基数, 根据投入资金日期和回购要求提出日期间的年限按一定公式计算。

除上述两种最为常见的对赌内容外, 其他对赌内容还包括非财务指标的设定, 如专利权限期转让、管理层人员安排等。

**二、“对赌协议”内容的合法性分析——从诉讼或仲裁相对方的通常抗辩理由出发进行分析**

之所以最高院的“对赌第一案”

引发投资界和法律界轩然大波, 最根本的原因系现行法律中对于对赌协议的规定系盲区, 作为海外投资机构带来的舶来品, 对赌内容与我国公司法中对于股权回购内容的预设规定、证券法中对于上市公司股权转让的限制规定均有所冲突, 而从该案的判决本身亦可以看出法院对对赌协议的认定也是一波三折, 经历了从无效到有效的认定过程。那么, 根据现行法律, 对赌协议的效力究竟为何, 笔者不妨结合现收集到的案例中融资方主张对赌协议无效的抗辩理由来分析一二。

理由一: 对赌协议约定的业绩补偿和股权回购条款违反了公司法中关于同股同权、股东风险共担的规定, 为投资方设定了保底条款, 且高额的回购溢价违反了公平原则, 应属于违反法律强制性规定而无效。

对于该条理由, 表面上看起来的确有法律依据, 但实质是混淆了法律的适用情形。

《公司法》第一百二十六条明确提及了同股同权的原则, 第四十二条、第一百零三条提及了股东同股同权的行使情形, 从上述规定不难看出, 同股同权原则所适用的情形是公司股东在作出决策时, 在公司的经营管理中行使股东权利时, 同种类的股权/股份应具有同等权利, 而非适用于投融资双方作为股权/股份出让方和受让方之间在转股伊始、或融资方在入股前和投资方协商对于各自权利预设的情

形。对赌协议中的相关规定, 只要未超出或受限于法律规定的投融资方的股东权利, 即不存在违反公司法同股同权原则的情形。

股东风险共担系公司法的基本原则, 《公司法》第三条对股东承担责任作了规定。但根据该条, 基于公司系独立的主体, 股东风险共担所述所担责任的对象为公司, 也即该原则所适用的情形应为当公司出现经营风险、亏损等不利情形时, 股东对于公司应按持股比例承担相应的责任, 而非适用于股东之间责任划分的约定。而之于对赌协议, 所约定的是出现特定情形时, 股东对股东承担责任的情形, 并不适用该原则。

至于高额回购溢价违反公平原则, 笔者认为, 湖北省高级人民法院在其所判一案中的论述已可以充分说明该情形并未违反公平原则的理由, 现援引判决如下:

“由于投资方最初以溢价方式对被投资方进行增资而成为新股东, 则原股东在此种情况下首先将获得该溢价部分的相对股东收益。一旦企业运营的实际绩效达到预期, 原股东还可能实现再次获利。故投资方为化解自身商业风险, 通常会与原股东协商签订相应条款, 约定在预期盈利目标无法实现时, 重新确定双方的股权比例。该条款本身因商事交易的利益平衡而产生, 以当事人意思自治为前提, 具有其合理性。”

因此,在通观对赌协议全文,高溢价回购就如同投资方的高溢价出资,只是一个缔约上的商业安排,且在融资方的预期内,因此并不违反公平原则。

综上几点分析,股权/股份回购和业绩补偿的对赌条款并未与我国现行的公司法相违背。

理由二:对赌协议约定的业绩补偿,是投资人向目标公司投入固定资金后要求支付利益,属于名为投资实为借贷,应为违反了国家金融管制相关规定而无效。

该理由所涉及的主要依据为最高人民法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第四条中关于保底条款的规定,该条中,对于所投入资金认定为借贷的前提是“不参加共同经营,也不承担联营的风险责任,不论盈亏均按期收回本息,或者按期收取固定利润的”,这是也投资与借贷的本质区别。

就对赌协议而言,投资方签约的目的显然并非为按期收取利息,而是通过增资以增强目标公司实力,从而使目标公司达到协议设定的目标,系为了达到签约各方共赢的局面。

而就现行法律中,参考《中外合资经营企业法》及其实施条例,其中关于中方以土地使用权形式出资按期固定收取场地使用费的规定,亦是一种收取固定收益的情形,但认定该情形为借贷无疑是荒谬的,故不能仅凭能够收取固定收益即认定为借贷。

因此,从对赌协议的交易安排中,可以看出签约主体的意思表示系投资而非借贷,协议并不违反金融管制法律。而该种认定亦已在“对赌第一案”中被最高院所确认。

理由三:对赌协议约定的股份回购条款,违反了证券法有关上市条件

的规定,应为无效。

该理由主要从对赌内容出发,就涉及到以目标公司上市为对赌内容的对赌协议,在未能上市时触发了回购条款的认定。但该点理由混淆了对赌协议和有关上市规定间的关系,清理对赌协议是公司上市的必要条件,而非充分条件,公司上市一般会清理对赌协议,但通常目标公司因未能上市触发回购条款与未清理对赌协议并无关联。

《首次公开发行股票并上市管理办法》中对于公司上市设定了种种条件,在第十三条中对于发行人的股权结构和股份权属作了相应的要求。实践中对赌协议的存在可能导致公司无法被批准上市,但是从该规定本身来看,并未规定禁止公司在股权上存在该等安排。而现行的《证券法》等其他法律法规中,亦存在类似的对于拟上市公司股份安排的要求或指引,但均非对于公司本身作出该等设定的禁止。

因此,股份回购条款并不违反证券法的相关规定。

通过上述几点分析,可见频繁引发纠纷的股权/股份回购和业绩补偿条款并未违反现行法律规定,而该等条款的合法性亦已在现行司法实践中被认定,下文将结合相关案例进行陈述。

### 三、现今司法实践对于“对赌协议”内容的认定

对于投资者而言,因“对赌协议”履行所引发的纠纷,根据现已披露的案例和笔者所接触到的多起纠纷显示,基本上集中在出现了触发股权/股份回购或业绩货币补偿的情况下,协议相对方拒绝履行或不完全履行而引发争议进行诉讼或仲裁程序。在此阶

段,法院和仲裁机构对于整个案件的审查通常集中在:

a) “对赌协议”及对赌条款是否合法有效;

b) 对赌内容设定的触发条件是否已成就;

c) 根据对赌内容所应承担责任的主体和责任内容。

因各起案件的情况并不一致,而法院和仲裁机构在司法实践中对于案件的处理亦略有差别,故下文中根据上述对于争议焦点和审查重点的梳理,区分法院和仲裁机构进行介绍分析。

#### 1、法院系统对于“对赌协议”内容的认定

首先,对于“对赌协议”或“对赌条款”的效力,就有关股权/股份回购的内容而言,根据现有的司法判例,基本认定为有效。

虽然最高人民法院(以下简称“最高院”)在“对赌第一案”中并未涉及对股权/股份回购条款有效与否进行判定,但在该判决中,最高院对于对赌条款的有效性设定了一个基本的判定原则,即在充分尊重当事人意思自治和交易自由的前提下,该协议或该条款在并未违反现行法律规定、损害了目标公司债权人及其他股东的利益的情况下,应为合法有效。

此后,最高院在2014年的一起二审案件的判决中,再次贯彻了其所设定的此项判定原则,并且明确作出了对赌条款合法有效的认定。在蓝泽桥、宜都天峡特种渔业有限公司、湖北天峡鲟业有限公司与苏州周原九鼎投资中心(有限合伙)的其他合同纠纷([2014]民二终字第111号)二审案件中,就所涉及的对赌回购条款,最高院依次从协议和条款符合意思自治、回购条款不违反法律规定、回购条款的



设定过程不存在显失公平上，认定了协议和条款合法有效。

在近日上海市第一中级人民法院（以下简称“上海一中院”）作出的一起二审案件的判决中，就对赌协议和对赌条款是否合法有效的判定原则进行了更为明确的归纳和阐述。在上海瑞飒股权投资合伙企业与连云港鼎发投资有限公司等股权转让合同纠纷（[2014]沪一中民四（商）终字第730号）二审案件中，就所涉及的股权回购条款是否有效，上海一中院设定了四个应当同时遵循的原则，即鼓励交易、尊重当事人意思自治、维护公共利益和保护商事交易的过程正义。就该案而言，诉讼双方曾签署两份对赌协议，第一份协议包含了除诉讼双方、目标公司外的其他投资方，但第二份对赌协议则仅为诉讼双方和目标公司签署，并约定了更高的股权回购率，上海一中院根据判定的四项原则，确认了第一份协议中的对赌条款的效力，而第二份协议中的对赌条款则因损害了其他投资方的利益而被认定为无效。

上海一中院所设定的上述四个评判原则，是在与最高院的评判标准保持一致的前提下，根据现今的商业趋势而对于司法实践中法院在判定对赌条款效力的评判标准所进行的高度概括和明确。而该四个评判原则，通观相关案例中多个法院对个案所做出的认定，实际系全国各地法院对于对赌条款评价标准无形中所达成的共识。

与股权/股份回购的对赌条款相关的操作中，在实践中还存在一种情形，即在触发对赌协议中股权/股份回购条款的情况下，涉及回购事项的各方另行签订了股权/股份转让协议（以下简称“转股协议”）。虽然发生争议的事实同样为融资方未能按约定回购股权/股份，且转股协议脱胎于对

赌协议，但在法律上属于两个法律关系，即基于对赌协议而产生的投资法律关系，及基于转股协议产生的转股关系，而后一项转股法律关系的合法性显而易见。最高院在汪兆海、杨乃义与深圳中科汇商创业投资有限公司、大庆市中科汇银创业投资有限责任公司的其他合同纠纷二审判决（[2014]民二终字第107号）中，对于前述情形，在投资人依据转股协议而非“对赌协议”主张权利的情况下，否定了案件审理是投资关系，并不再审查对赌条款的效力，径行判决融资方履行转股义务。该判例绕过了对赌条款的审查，可以在诉前解决回购纠纷时借鉴处理。

除了股权/股份回购外，实践中所产生纠纷的另一常见对赌条款为业绩补偿条款，设定的补偿条件通常为货币补偿或股权补偿，而尤以货币补偿更为常见。最高院在“对赌第一案”中，对于投资方诉请的业绩补偿，直接肯定了业绩对赌条款的效力。

其次，对赌内容设定的触发条件是否已成就的认定，集中在投资方起诉时证据的收集上，更多的是法律技术操作层面的内容，因个案的触发条件和情形均不同，本文将不再展开详述。

最后，对于对赌内容所应承担责任的主体和责任内容而言，对于前者，

集中在目标公司是否应当承担责任的确认上。一般的对赌协议，签约方通常包括投资方、融资方（通常为控股股东、实际控制人）及目标公司，而在股权回购及业绩补偿条款的约定中，往往将目标公司设定为一并承担责任的，或对于融资方的义务承担担保责任。在最高院的“对赌第一案”判决出具后，目标公司向投资方补偿已被确定为违反了法律和公共利益而被认定为无效。因此，现阶段实务中投资方是否将目标公司作为被告列入诉讼可能主要取决于诉讼策略需要。

对于所承担责任的内容，即融资方是否应按照对赌条款设定的计算方法承担责任。虽然最高院在“对赌第一案”中直接依据对赌条款约定的计算方式支持了投资方的诉讼请求，但笔者留意到，最高院在该判决对于业绩补偿的认定部分，列明“迪亚公司（即融资方）对海富公司（即投资方）请求的补偿金额及计算方法没有提出异议，本院予以确认。”而其他法院在案件判决中亦有类似陈述。

回购溢价和业绩货币补偿实质是违约赔偿，而该案中最高院认可对赌条款约定的业绩补偿计算方式盖因融资方并未要求法院调低，因此在本案中，对于货币补偿标准法院实际并未有判断。如前所述，在回购溢价和业绩

货币补偿是融资方违约的情况下对于守约的投资方的损害赔偿,则损害赔偿的标准该如何界定,尤其是如果在同一案件中,投资方同时诉请股权溢价回购和货币补偿的情况下,在融资方提出调低要求时,法院是否会对于计算方式进行调整,以及法院面对投资方作为能够取得很高资金回报率的投资企业,判决的下调幅度是否仍囿于现今司法实践经常采用的同期银行贷款利率的四倍,遗憾的是,笔者暂未查询到同时主张溢价回购和业绩补偿的案例,而现有的单一主张溢价回购或业绩补偿的案例中法院未对标准作出任何调整。

## 2、仲裁机构对于“对赌协议”内容的认定

商事仲裁机构作为专门的针对商业纠纷的司法裁判机关,相较法院而言,更注重对于合同各方意思自治的保护,而裁判内容更趋灵活,赋予了仲裁员更多的自由裁量权。

首先,对于“对赌协议”或“对赌条款”的效力,无论是股权/股份回购条款还是业绩补偿条款,仲裁庭与法院的态度一致,均认为有效。仲裁庭对于该等协议或条款的认定标准亦与法院基本一致,即在充分尊重双方当事人意思自治的情况下,条款本身并无显示公平、违反公共利益或不合法的情形,应认定为有效。

其次,对赌内容设定的触发条件是否已成就的认定,同样涉及法律技术操作,在本节亦不展开。

最后,对于对赌内容所应承担责任的主体和责任内容而言,仲裁庭的态度和法院并不完全一致。

就责任主体而言,目标公司应否承担责任仲裁庭并未一刀切的进行认定。仲裁庭判断目标公司应否承担责任的前提,系签约时目标公司是否受

到了融资方的控制,通常量化的标准即签约时,目标公司是否仅签约的融资方唯一一个股东、实际经营是否为融资方所控制。如是,则目标公司系遭受融资方控制的主体,出于保护投资方的利益,目标公司亦应为责任主体。该观点所借鉴的系“刺破法人面纱”反向运用,认为在该种情况下目标公司的独立人格与融资方混淆,因而应当承担责任。当然,所承担责任的类型不会是股权/股份回购义务,而是对于股权/股份回购款的支付义务或业绩补偿款的支付义务。

就责任内容而言,针对溢价回购和现金补偿标准,仲裁庭对于资金的损失的认定,并不似法院般机械的认为上限为同期银行贷款利率的四倍,仲裁庭将该标准作为参照、结合案件损失方的实际情况进行自由裁量,突破四倍的裁决实际并不鲜见。现已裁决的案件中,也已出现了仲裁庭同时支持溢价回购和现金补偿的裁决。

## 四、“对赌协议”条款的创设建议

因本文着重从易引发争议的股权/股份回购条款和业绩补偿条款出发进行分析论述,故笔者就这两类对赌条款的起草,结合上文的分析和司法实践,简单提出几点愚见。

针对股权/股份回购的对赌条款,首先,对于回购内容的安排,在对赌协议签订后,可单独就股权回购内容,由双方签订股权/股份转让协议,可将协议设定为附条件生效,或在双方就回购事项产生初步争议时,争取与对方就此单独签订转让协议,届时可绕开对赌协议的内容,直接按股权/股份转让协议项下的法律关系向法院提出主张。其次,在对赌协议的其他条款设定中,如将目标公司上市作为对赌内容,

则建议添加针对上市安排的条款,一般操作为上市文件递交前回购条款终止、上市未批准回购条款恢复效力,确保回购条款不会成为目标公司无法上市的原因,从而确保投资方能够依据回购条件而行使权利。

针对业绩补偿条款,首先,考虑到很多投资方为财务投资者,无法掌控目标公司的实际经营状况,为了便于纠纷发生时举证,业绩所设定的指标建议是投资方确定能够获取,且能保证该指标的真实性。其次,业绩补偿的计算方式,不以复利计算,且以银行同期贷款利率的四倍作为上限参考。

上述条款的设定中,对于回购的义务主体,笔者建议仅设定为原股东和实际控制人,而不再将目标公司包括在内,确保回购操作主体的合法性。但如果拟将目标公司确定为责任主体,可尝试规定为目标公司对于原股东和/或实际控制人的债务承担担保责任,并要求召开相应的股东会/股东大会以符合公司法对于公司为股东担保的形式规定,但该设定方式因仍可能造成损害目标公司债权人利益的情形,是否能够得到司法机关认可仍有待下一步的司法实践去探索。

综上,对赌协议作为PE和其他投资机构广泛采用的投融资方式,已在司法实践中确定了其有效性,因本文篇幅有限,故仅就纠纷高发的条款进行了简要分析,而在案件进入诉讼或仲裁程序后,各触发条件的成就仍有赖案件代理律师对于证据的梳理和把握而决定案件的走向。随着中国司法行政色彩逐步退去,对于平等主体间意思自治的日渐重视,相信对赌协议的各项内容定能通过司法实践而逐步进行合法性调整,并通过立法或司法解释等方式确定其安全使用。●

视角

●文/许建添 张健

# 商业银行申请实现担保物权应注意的问题

2013年1月1日正式实施的《民事诉讼法》首次规定以特别程序作为实现担保物权的新途径,但仅有简单的两条法律条文,缺乏具体的操作规范。在经过两年时间后,最高人民法院于2015年1月30日公布了《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(简称“《民诉法解释》”),对实现担保物权特别程序进行了细化,使得实现担保物权特别程序规范又朝前迈了一大步,引起法律理论与实务界的关注与赞赏。

笔者长期从事商业银行不良贷款清收业务,非常了解实现担保物权程序对商业银行清收的作用。由于该程序在实现担保物权的效率、经济成本等诸多方面的优势,因此颇受商业银行欢迎。尤其是《民诉法解释》出台后,笔者接到许多商业银行提出的关于实现担保物权程序方面的咨询,表明大部分商业银行迫切希望通过实现担保物权程序进行清收。但是,笔者认为,现阶段实现担保物权程序还存在诸多问题尚待进一步明确,商业银行利用实现担保物权程序清收不良贷款时应当注意到这些问题,并且有选择地向法院申请实现担保物权。

## 一、实现担保物权程序与诉讼程序缺乏衔接机制

根据《民诉法解释》第三百七十二之规定,法院经审查后裁定驳回申请的,应告知申请人向人民法院提起诉讼。可见,当申请人向法院申请实现担保物权被驳回,案件无法自动转为诉讼程序,申请人应另行向人民法院提起诉讼。该规定可

能产生至少两方面问题。

一方面,增加了申请人的程序效率成本。申请被法院裁定驳回后申请人应另行提起诉讼,相当于申请人应当再经过民事诉讼的起诉、立案审查、受理等程序,使申请人选择实现担保物权程序的效率成本增加,不利于鼓励申请人选择实现担保物权程序,与实现担保物权程序旨在提高效率的初衷存在一定偏差。

另一方面,申请人的申请被法院裁定驳回之后,人民法院在实现担保物权程序中依据申请人的申请所采取的财产保全措施效力有待进一步明确。《民诉法解释》规定,人民法院受理申请后,申请人对担保财产提出保全申请的,可以按照民事诉讼法关于诉讼保全的规定办理。但《民诉法解释》并未明确当申请被驳回之后在实现担保物权程序中所采取的财产保全措施效力如何。如果申请被驳回后财产保全归于无效,有可能担保物被其他债权人在先查封,影响将来的处置(最高人民法院规定对参与被执行人财产的具体分配,应当由首先查封、扣押或冻结的法院主持进行,首封处置权和优先受偿权的矛盾问题也亟待最高人民法院尽快解决,本文不再赘述);也有可能查封失效之后担保物被非法转移而使担保物权人对担保物在法律上失去控制。

## 二、实现担保物权程序无法要求保证人承担责任

由于实现担保物权程序是由担保物权人以及其他有权请求实现担保物权的人向法院申请裁定拍卖、变卖担保财产,因此无法在实现担保物权程序中要求保



许建添:上海申骏律师事务所律师



张健:上海申骏律师事务所律师

证人承担责任,可能会产生以下问题:

第一,保证人脱保的概率增加。《担保法》规定,在保证期间如果债权人未要求保证人承担保证责任的,保证人免除保证责任。债权人向法院申请实现担保物权程序时,如果未及时另行要求保证人承担保证责任,一旦超出了保证期间,则保证人免除保证责任。因此,与以往债权人一般在起诉的同时会把保证人列为被告相比,实现担保物权程序容易忽略对保证人的追责,保证人脱保的概率增加。

第二,对于一般保证的保证人提起的民事诉讼可能须待实现担保物权程序终结后再审理。债权人对物的担保部分向法院提出实现担保物权申请的,可同时另行对承担连带责任保证的保证人提起民事诉讼,对此实践中没有异议。但在一般保证担保责任的情况下,实践中主流观点认为,由于保证人应承担的保证责任范围仅

是物的担保以外的债权额，故对一般保证的保证人提起的民事诉讼，应待实现担保物权特别程序终结后，继续审理并依法作出裁判。在此情况下，待债权人处置完担保物，不足部分再追究保证人的责任，在此期间保证人可能已经转移财产，即使债权人胜诉，也无法从保证人处执行到财产。

第三，另案起诉保证人也需缴纳诉讼费用，并且缴费的标准仍然按诉讼标的计算，当债权人希望同时主张实现担保物权与保证担保债权时，诉讼费用成本并没有节约。

### 三、被申请人能否提管辖权异议尚未明确

在实现担保程序中若被申请人提出管辖异议应如何处理，存在一定争议。有人认为应当保障当事人的权利，应允许被申请人向法院提出管辖异议申请。笔者认为，这涉及对管辖异议制度只适用于普通诉讼程序还是也适用于特别程序的理解问题。从立法上看，新民诉法修订后，管辖异议条款由原第2章“管辖”的第3节“移送管辖和指定管辖”部分，移到了第12章“一审普通程序”的第2节“审理前的准备”部分，故可认为管辖异议条款系针对一审诉讼程序作出的规定。而实现担保物权案件不是普通诉讼案件而是特别程序，故管辖异议制度无从适用。但是《民诉法解释》并未对此作进一步明确，实践中各地法院可能认识不一致而出现不同结果。如果允许被申请人提出管辖异议，那么实现担保物权程序便捷、高效的优势可能也会大打折扣。

### 四、申请人的律师费损失是否属于优先受偿范围存有争议

当债权人委托律师办理申请实现担保物权特别程序时，那么所产生的律师费损失是否属于优先受偿范围呢？由于《民诉法解释》仅对债权人申请实现担保物

权程序进行了细化，不可能也没有对律师费这样的问题进行明确，实践中也存在较大争议。支持者认为，根据《物权法》第一百七十三条之规定，担保物权的担保范围包括实现担保物权的费用，当事人另有约定的，按照约定。因此只要主合同约定律师费由债务人承担并且担保合同约定担保范围包括律师费的，担保物优先受偿的范围即应包括债权人为实现担保物权支出的律师费。反对者认为，债权人申请实现担保物权所发生的律师费应通过诉讼程序才能得到支持，理由是法院参考适用的各地律师服务收费标准均是针对诉讼案件而设定的，而实现担保物权作为特别程序不属于诉讼程序，法院裁定支持律师费属于优先受偿范围无据可依。

在此情况下，债权人聘请律师所产生的费用就存在不属于优先受偿范围的可能，债权人选择实现担保物权程序的成本进一步提高。

### 五、是否适用公告程序不明确

《民诉法解释》第三百六十八条规定，人民法院受理申请后，应当在五日内向被申请人送达申请书副本、异议权利告知书等文书。但是《民诉法解释》没有进一步明确，当通过正常途径无法向被申请人送达时，实践中有三种观点。第一种观点认为，应保障被申请人的知情权和程序参与权，送达是必经程序，从提高实现担保物权程序效率的角度出发，若下落不明无法送达的，应直接裁定驳回申请；第二种观点认为，送达系案件审理的必经程序，下落不明导致无法送达的，应比照普通诉讼程序采公告送达，公告后特别程序可继续适用；第三种观点认为，实现担保物权程序是非讼特别程序，不必比照普通诉讼程序以送达为前提，法院可在审查申请人提交的证据后酌情作出准予实现担保物权或驳回申请的裁定。

笔者认为，上述观点应该说都有一定的合理性。但是，如果适用公告送达，那么意味着实现担保物权程序在效率上的优势将大打折扣，也给部分债务人恶意逃避债务提供了机会，应当说与立法的目的是背道而驰的。由于《民诉法解释》对此问题未进行明确，给债权人选择清收方式造成一定困扰。

### 六、担保物有多个且所在地不同时，申请实现担保物权可能并不便捷

《民诉法解释》第三百六十四条规定，同一债权的担保物有多个且所在地不同，申请人分别向有管辖权的人民法院申请实现担保物权的，人民法院应当依法受理。该规定实际操作起来可能并不便捷。

一方面不同法院对实现担保物权程序的认识并不完全一致，尤其是在现阶段缺乏统一程序规范的情况下，不同法院是否受理申请、受理后如何处理、裁定书主文内容等均可能出现较大差异，可能直接影响申请人的权利。另一方面，即使法院裁定支持了申请人的申请，在后续执行过程中，不同法院执行力度、执行进度等也会有区别，申请人就同一个案件需要与两家以上法院沟通，显然会增加申请人实现担保物权的成本。

### 七、办理了强制执行效力公证的抵押合同等能否申请实现担保物权不明确

实践中，商业银行经常向公证处申请对抵押合同、质押合同等担保协议办理强制执行效力公证，并在借款人违约后申请公证处出具执行证书，商业银行再凭公证处的执行证书向法院申请强制执行。但是，对抵押合同能否办理具有强制执行效力公证理论与实践存在争议，即使是最高人民法院也曾出现前后不同意见的批复。在此情况下，对于已经办理强制执行

效力公证的抵押合同、质押合同等担保协议,商业银行能否为了规避执行证书效力存在的不确定因素而直接向法院申请实现担保物权?根据最高人民法院《关于当事人对具有强制执行效力的公证债权文书的内容有争议提起诉讼是否受理的批复》,债权人或债务人对经公证赋予强制执行效力的债权文书的内容有争议直接向人民法院提起民事诉讼的,人民法院不予受理。但是,实现担保物权程序是特别程序,人民法院是否应当受理?尽管对此问题可以从理论上进行深入研究探讨,但从实务角度考虑,相关规定的不明确必定给实现担保物权程序的实施带来障碍。

#### 八、裁定缺乏既判力,程序性成本进一步增加

根据《民事诉讼法解释》第三百七十四条第二款规定,对人民法院作出的准许实现担保物权的裁定,当事人有异议的,应当自收到裁定之日起十五日内提出;利害关系人有异议的,自知道或者应当知道其民事权益受到侵害之日起六个月内提出。人民法院经审查,异议成立或者部分成立的,作出新的裁定撤销或者改变原裁定;异议不成立的,裁定驳回。

这一规定旨在保护当事人及利害关系人的权利,因此赋予当事人及利害关系人提出异议的权利,以达到平衡各方利益的目的。但该规定也使法院作出的裁定缺乏既判力,债权人即使获得生效裁定,也可能因为对方当事人的异议而使裁定无法立即执行。若是利害关系人,则可自知道或者应当知道其民事权益受到侵害之日起六个月内提出异议。对于当事人或利害关系人所提的异议,人民法院应当进行审查,但《民事诉讼法解释》并没有规定要多久之内审查完毕。暂且不论利害关系人的异议能否成立,债权人所获得的实现担保物权裁定的执行效力

可能长时间处于不确定状态,随时可能因为利害关系人的异议而使裁定的执行被中止。当担保物为动产时,可能涉及到多种权利冲突,比如抵押权与融资租赁所有权冲突,那么利害关系人对准许实现担保物权的裁定提出异议的可能性更高,债权人选择实现担保物权程序的成本又进一步增加。

#### 九、商业银行可有选择地向法院申请实现担保物权

如前所述,在现阶段实现担保物权程序相关规定并不完善,商业银行申请实现担保物权时应当注意到其所存在的问题。在实现担保物权程序相关操作细则尚不完善的现阶段,为提高申请实现担保物权的效果和效率,并保障程序能够顺利进行,商业银行应对申请实现担保物权的案件进行认真筛选。笔者认为,对于以下几类案件商业银行可尝试向法院申请实现担保物权:

首先,债权债务关系清晰,担保物权清晰,担保责任明确且证据材料齐全,最好是多个担保物所在地或登记地在同一法院辖区。若担保物权产权存在纠纷的,不应向法院申请。对于不动产抵押物存在先租后抵情形,且承租人不愿意配合,影响抵押物处置的案件,不宜向法院申请实现担保物权。对于动产抵押物,若抵押物下落不明或者可能存在所有权、抵押权纠纷的,也不宜向法院申请实现担保物权,避免利害关系人向法院提出相关异议。对于多个担保物所在地或登记地不在同一法院辖区的,尽量不要申请实现担保物权,可减轻商业银行与不同法院沟通的成本,提高清收效率。

其次,向被申请人送达文书不存在明显障碍,或者被申请人恶意阻挠清收可能性较小的案件。一方面实现担保物权程序是否适用公告,目前各地法院实施情况不同。如果被申请人下落不明,与

其在实现担保物权程序中公告送达,倒不如在普通诉讼程序中公告送达。另一方面,如果被申请人对于商业银行的清收不理解、不配合甚至已经存在恶意阻挠情况的,不排除被申请人以提出各种异议拖延程序的可能,程序的效率可能降低。

再次,抵押物司法处置变现价值足以清偿剩余贷款的案件。由于实现担保物权程序并不能要求保证人承担保证责任,如果抵押物的价值不足以清偿商业银行的贷款,那么商业银行还是需要另案起诉保证人。在现阶段,如果选择抵押物变现价值较高的案件申请实现担保物权,有利于降低商业银行的清收成本。

除了对案件进行筛选以外,对于有保证人的案件,商业银行应确保在保证期间向保证人发函或向人民法院起诉,要求保证人承担保证担保责任,避免因超过保证期间而使保证人脱保。商业银行也要加强与当地法院的沟通协调,主动向当地基层法院提出实现担保物权申请,请求法院受理和审查,通过具体个案的积极推动,促使人民法院对这一特别程序的执行和实施。尤其是对于可能面临前述问题的案件,商业银行应当事先与法院沟通,在确定不存在障碍的情况下商业银行再向人民法院提出申请。在有条件的情况下,商业银行总部要及时向最高人民法院或者当地高级人民法院反映实现担保物权程序在实施过程中发现的问题,并提出意见或建议,争取理解和支持,促请最高人民法院或当地高级人民法院尽早出台有利于商业银行实现担保物权的更加具体的操作细则或指导意见。

笔者预测,实现担保物权程序将越来越完善是趋势,不久的将来最高人民法院或者各地法院一定会出台相关操作细则,届时商业银行的清收之路定会更加顺畅。●

执业心语 ●文 / 彭涛

# 律师在从事公益服务过程中应当遵循的基本原则



彭涛：上海申蕴和律师事务所律师

律师从事公益服务的行为是指，律师在执业过程中为了体现自己的社会价值、回报社会，为公众提供的无偿或者低于成本价的服务。

律师从事公益服务的形式，主要表现在法律援助案件的办理、以网络为载体为需求者提供法律咨询、以科技园区和工业园区为载体为入驻企业免费进行法律培训、以街道和居委会为载体为广大居民提供免费的法律咨询。

2009年以来，上海市司法局所属的各区县司法局大力推广的“双结对”工作，就是在全市范围内为律师事务所和律师搭建从事公益活动的大平台、大战场。所谓“双结对”是指律师事务所与街道（镇）司法所进行结对，律师与居（村）委会进行结对。律所在与司法所结对以后，定期安排律师到街道（镇）司法所或信访综合服务窗口免费解答法律咨询。律师与居（村）委结对以后，都定期的对社区进行走访，针对居民关心的问题，进行普法宣传。这个活动的开展使广大老百姓获得

了实惠，律师也在活动中提升了自己的形象获得了名气 and 口碑。

笔者所在的上海申蕴和律师事务所就是一个通过发展公益服务，进而壮大自己的典型。笔者在长期从事公益服务的过程中发现，律师从事公益服务不是你不收费就可以了，你还应该遵循很多的基本原则，这样你才可以得到基层政府的认可、老百姓的认可，才可以取得更大的社会效果。

律师需要遵循的基本原则是：

## 一、准确定位

律师在司法窗口或者信访综合窗口值班回答居民的法律咨询，虽然从你来说，仍然而且仅仅是个执业律师，从事的是与律师业务有关的公益服务，但是在普通老百姓眼里你可能在某种程度上代表政府，在政府眼里你是什么呢？你是个独立于政府和市民的第三方平台，因此在回答居民的法律咨询的时候，需要摆正自己的位置，适应在多重角色之间的变换，你不仅要从业务的角度回答居民的法律咨询，也要站在政府工作人员的角度给居民以安慰和正确的指引，在给出具体的法律建议的时候，更要从独立于政府和居民的第三方角度出发，给出正确的建议。在某种程度上你还要承担心理医生的角色，因为这里可能是一个居民宣泄的渠道，他们在希望解决问题的同时也需要心灵抚慰。

## 二、要多角度回答居民的法律咨询

你是个执业律师，你的任务是针对咨询者所提出的法律问题，给予他们专业

的解答，但是你的这种解答可能不同于你在律师事务所对客户进行的解答，为什么会有这样的不同？不同之处又在哪里？客户来律师事务所基本上是需要交纳咨询费的，在这个前提下，客户一般会带齐资料，并且会事先准备好所要咨询的问题，因此你在回答问题之前，对案件的了解会比较全面，而在窗口值班由于环境比较复杂，时间比较紧凑以及居民的证据资料可能带的不全甚至没有带任何证据材料，因此你在窗口回答居民的法律咨询时可能比较原则，甚至需要多角度回答以防止其它情况的出现，

## 三、要对居民进行正确的引导

居民来窗口咨询，大多数的问题类型主要集中在家庭纠纷、邻里纠纷、动迁纠纷、房产纠纷等少数案件类型上面。我们需要做的是静静的倾听，如果是在律师事务所，我们一般会引导咨询者进行陈述，而不会任由咨询者倾诉，但是在窗口律师一般不应该打断居民的陈述，先让居民把所有的怨气和不满都说出来，我们甚至鼓励居民多说，在居民把所有的事情都说完了，怨气都发完了，我们才可以就对方还没有说明白的问题进行发问。在问题都搞清楚以后，还要注意一点，以往在律师事务所我们一般都是引导居民进行诉讼，由于在窗口值班的特殊性，我们需要做的是先调解，如果调解不能解决问题的话，还有居委会的调解委员会进行调解，实在不行，律师也可能介入调解，在最终无法解决问题的情况下，才可能进行诉讼。还有居民由于他的局限性，往往看问题比较极端，在解决问题的过程中，一旦

遇到挫折往往会走极端，这个时候违规上访、堵政府大门等等过激的行动都会成为他们的选择。在律师事务所回答咨询的时候，律师很多都会采取不干涉的姿态，但是在窗口值班，一定要明确反对居民的这种做法，引导居民走正确的合适的途径解决问题，一旦发现居民有走极端的可能，要及时记录并上报。

#### 四、要多了解居民关心的民生政策

律师的执业能力和职业素养往往集中在对法律的了解和对解决问题手段的把握上面。但是在窗口值班、在居民区走访，仅仅满足于这点还远远不够，比如说国家对孤寡老人、困难户的扶助政策、政府对于刑满释放人员的管理监督方法、社区矫正政策以及居委会、业委会、物业公司三位一体运作方面各自的法律地位和职责等等，这些居民所关心的民生问题，都是律师重点了解的对象，律师只有真正了解了这些，才能准确地回答居民所关心的这些问题。

#### 五、多与相关部门协调沟通

居民在生活中所遇到的法律问题、政策问题也是我们政府机构所关心的问题，或者是他们正在做的事情，比如社保部门所从事的养老扶助问题、房产部门所涉及到的住房、公租房问题、城管部门所涉及的私搭乱建问题、业主委员会的运作问题、基层调解部门所关心的邻里纠纷、司法机关的社区矫正工作。这些问题事关老百姓的切身利益，这些问题解决得好对于维护社会稳定能起到关键性的作用，所以我们在对待这些民生问题的态度上，一定是不同于以往在律师事务所处理案件的态度，以往我们的律师遇到这类事情，一旦没有可诉性就会一推了之，但是在窗口值班遇到的大多是这类问题，我们的律师事先要多跟这

些部门沟通，了解相关政策，遇到问题不仅要耐心解答而且要记录在案，及时与相关部门通气，以便他们了解舆情，并对重点问题及时跟进。

在我们国家有很多弱势群体包括广大社区居民、中小企业十分需要法律扶助，国家层面的法律援助虽然能解决一部分问题，但是离社会需求还差得很远，这就需要我们广大律师都投身到公益服务当中去，为政府分忧、为老百姓解难。

专业律师从事公益服务是个长期的事业，每个律师事务所或多或少都会做，每个律师只要有机会也都会去做。要让律师能够遵循以上的基本原则，需要律师事务所做到以下几点：

第一、要大力宣传公益服务的重要性

律师从事公益服务不仅仅是个人价值和慈善心的体现，还有其重要的社会价值，在十八届四中全会大力提倡依法治国、依法行政、依法办事的大背景下，我们广大律师积极地走出去宣扬法治、扶弱解难无疑有其重大的社会意义。

以往律师界只从事高大上的业务、只为有钱人服务的传统思想应该改变。这些思想的转变应该从各个专业的律师都投入到法律宣传和公益服务当中去开始。律师思想的转变需要各级政府、司法行政部门、律师事务所协调一致方能奏效，我们要利用各种机会、各种场合进行公益服务的宣传，并且把律所的发展、律师个人的发展与公益服务结合起来，要让律所和律师知道，适当的公益服务对于律师个人发展有着重要的促进作用，可以树立律师的正面形象、可以使律师了解当地的文化、居民的思维方式等等，进而促进律师将来在办理相关案件过程中完善办案思路，多掌握办案方法，增加自己的业务素养，快速发展壮大自己。

第二、对律师要进行岗前培训

从我们上面所陈述的内容看，律师

从事公益服务绝不是一种简单的服务，大多数律师尤其是初次进行公益服务的，往往会犯一些带有共性的错误，一般表现在对政策的了解可能误导居民、对表达的方式把握不定进而激化矛盾等方面。这就需要以律师事务所为主体对律师进行岗前培训，在这方面律师事务所除了可以请老律师进行传、帮、带以外，也可以请老的调解干部来传授好的、行之有效的调解方法，也可以请社保干部、城管干部、社区矫正干部等专业干部来传授一些各个领域内的专业知识和工作方法，进而使我们的律师既掌握了专业知识也掌握了工作方法，一旦投入到公益服务当中去就会游刃有余。

第三、要完善公益服务制度

律师从事公益服务仅仅具备公益心和掌握相关从事公益活动的技能还是远远不够的，要使这项制度长期保持下去并且行之有效的话，制度上的保障绝不可少。在这方面政府、司法行政机关、律师事务所三方面的努力都十分重要。国家未来要在立法层面上为公益服务正名，如果有可能的话，及早制定《公益法》，使一切从事公益服务的人员有法可依并得到法律的保障。司法行政机关要及时进行行业指导，最好组建专门的行业委员会，可以叫公益法律服务委员会或者社区及中小企业法律服务委员会，对从事法律服务的律师给予业务指导和行业管理。律师事务所除了鼓励律师进行公益服务以外还应该在制度和经费上对从事公益服务的律师予以基本保障。

从事公益服务是各个行业、各个领域内的先进群体和人员都应该去做的事情，我们律师基于他的特殊性更是为老百姓所需要，我们有理由相信在提倡全心全意为老百姓服务的中国共产党的正确领导下，我们的公益服务会越做越好。

案例精析 ●文/江 净

# 这份《房屋出售合同》 是否已经实际履行

## 一、案情简介

本案就同一套系争房产租赁引起3个关联诉讼案件,从2001年起,从基层法院打到最高院,一审、二审、申诉或抗诉、再审和提审,最终执行,进行了17场诉讼,前后历时十余年,至2012年12月,L先生才从一中院拿到系争房屋的房地产权证,但有关租赁案的执行回转仍未执行。代理律师代理了L先生,S公司向最高院提起再审申请,最高院又依职权提审两个关联案件,最终我方三个关联案件都胜诉。以下是案情介绍。

B公司是A公司的控股股东,1999年3月,A公司董事会决议将其拥有的A大厦一二楼商场(以下简称“系争房屋”)全部分配给B公司。

卢森堡籍的L先生占上海S有限公司(以下简称“S公司”)100%的股权并为S公司董事长。

1999年6月22日起,S公司与B公司、A公司分别签订了《房屋租赁合同》及《补充协议》,后B公司要求S公司改租为售。2000年9月6日,双方签订了《物业转让协议书》(下称“转让协议”)。B公司在收到S公司房价总价的20%的同时与S公司签订房屋出售合同,同时该转让协议终止。

2000年9月27日至11月24日,S公司支付了10%的购买定金和三期房款,B公司以代收房款之名出具了收据后,S公司决定系争房屋由L先生购买。2000年12月20日,A公司与L先生就《出售合同》在公证处进行了公证,出售合同签订后,L先生在2000年12月22日至2001年5月25日支付了另一半的定金和五期

房款。以上房款均由B公司代收并出具收据。

2001年1月公证处出证前建议对利息条款作修改,A公司乘机单方取走了所有《出售合同》原件,之后A公司仍按合同约定收取房款。2001年4月16日,L先生发函给B公司要求办理产证。同年5月30日,A公司发函称,因公证处不予公证,故该转让合同不能生效,有关条款均无法履行。随后,A公司又发函要求L先生按照出售合同约定的价格,在30日内,以美元一次性付清剩余款并重新签订购房合同,L先生回函拒绝此要求。双方协商不成,同年6月25日,B公司拒收L先生支付的第十期房款,7月25日,A公司书面通知B公司让其退还L先生先前购买房屋的款项。同年7月31日,A公司将所收款项退至S公司的银行账户内。同年8月1日,S公司收到款项后又将该款项退还至A公司。但A公司拒绝接受。

2001年8月20日,A公司指令B公司退还L先生826多万元款项后,A公司即向徐汇区人民法院起诉S公司,B公司为诉讼第三人。理由是S公司从2000年9月起一直未付租金,属根本违约,请求解除租赁合同。

2001年9月27日,S公司因出售合同被对方拿去,无法说清不付租金的原因,以上述已经废止的转让协议,另行向一中院起诉B公司和A公司,要求对方履行转让协议,办理产权证,同时向法院申请租赁合同合并审理。

一中院判决S公司和B公司订立的转让协议无效。双方不服,上诉至上海市高院。上海市高院同样认为转让协议无效。

该案判决后,A公司诉S公司的租

赁合同案恢复了审理,该案经审理判决确认《租赁合同》及《补充协议》为有效协议,认为根据转让协议案件的生效判决,S公司停付租金事出有因,故判决不支持A公司的诉请;S公司应支付A公司自2000年9月至2002年12月止的租金。该案判决后,A公司与S公司都不服上诉上海高院。在L先生起诉至一中院要求A履行出售合同后,A公司撤回了此案上诉。

同时,B公司以不服转让协议案的判决,向检察院提出抗诉申请,抗诉申请要求改判:确认S公司支付的房款为L先生履行《出售合同》支付的房款,认定《转让协议》并未履行,实际履行的是《出售合同》。在L先生起诉一中院要求A公司履行《出售合同》后,B公司撤回了抗诉申请。

2003年4月3日,L先生在法院取得《出售合同》复印件、加上检察院送达的B公司抗诉申请书起诉A公司,要求履行双方签订的《出售合同》。办理房产转让手续。

一中院认为,双方签订的《上海市外销房出售合同》未履行,未经公证,合同未生效。且至今当事人未能就促使合同生效达成一致意见,据此判决:原告L先生的诉讼请求不予支持。

L先生不服上诉上海高院。同时,S公司就转让协议的判决向上海市高院提出了再审申请,2005年4月25日,上海市高院予以驳回。上海市高院在二审中认为原审法院认定《出售合同》未履行是符合客观事实的,判决驳回上诉维持原判。L先生不服二审判决向上海市高院提出再审申请,2005年3月16日,被上

海市高院驳回。

2004年5月27日,A公司再一次起诉要求S公司支付租金、解除《租赁合同》及《补充协议》,并且搬离A大厦的诉讼请求,最后一审二审法院判决支持了原告的诉讼请求。

2004年S公司和L先生以出售合同案向最高人民法院提起再审申请。

2004年7月,最高人民法院就买卖合同纠纷进行听证后决定立案审理。在审理中,最高人民法院认为该案件与S公司与A公司的租赁纠纷案和S公司与A公司、B公司房屋买卖纠纷案件相关联,因涉及同一套房产,故依职权对另外两个案件进行了提审。

## 二、争议法律焦点

- 1、公证是否生效。
- 2、《房屋出售合同》是否实际履行。
- 3、B公司与A公司是否恶意阻止《房屋出售合同》生效条件成就。

## 三、律师评析

本案最关键的是《房屋出售合同》是否已实际履行。

从合同角度来看,S公司和B公司

于2000年9月6日签订的《转让协议》,已经被L先生和A公司于同年12月20日签订的《出售合同》明确约定失效,B公司为此还出具了确认书表示同意。故B公司在《出售合同》签订后收取的定金和房款计422万元无疑只能是履行《出售合同》。

从事实上来看,S公司在《转让协议》中支付的定金和房款计384万元,经合同明确被L先生全部承受。事实上根据S公司董事会决议,公司以支票形式付款计1438927.52元,已在内部账目中扣除了L先生的利润,现金付款计2400928.36元,也由公司按应归还与L先生借款平账的方式结算完毕。S公司代L先生在《出售合同》中的付款计4426784.16元,其中以支票形式付款计1558912.36元,已在内部账目中以L先生预支利润结算;现金付款计2867871.80元,均系L先生以现金交款给S公司委托其付款。所以在《出售合同》中,虽然名义上的付款人和收款人还是S公司和B公司,但是他们并不是在履行已终止的《转让协议》,而是在履行《出售合同》,属于《出售合同》的代为履行人。这从B公司出具的“代收款”收据,A公司指令B公司将826多万元房款退给L

先生原委托账户,函告L先生已将826多万元房款退还等证据均足以证实。所以该《出售合同》已经实际履行。

## 四、结论

2009年12月16日最高人民法院对再审案和两个提审案件分别作出宣判:

判决撤销一中院和高院对于A公司提起的租赁案的一审和二审的判决,并驳回其诉讼请求。

判决确认《物业转让协议》无效,撤销判决由B公司支付利息的70%,并驳回S公司的诉讼请求。

判决撤销买卖合同案一审和二审的判决,认定《上海市外销商品房出售合同及补充条款》有效。L先生于本判决生效后三十日内向A公司一次性支付出售合同约定的定金和每期应付房款共4380303.68美元及相应孳息总和,L先生也可以按照《上海市外销商品房出售合同》及补充条款约定的计算方法以人民币支付;A公司在L先生支付上述款项后三个月内协助L先生办理相应的产权变更登记手续。●

(作者单位:上海市新闵律师事务所)

## 信息

# 黄浦区召开2014年度法律援助工作总结表彰大会

3月27日,黄浦区司法局召开2014年度黄浦区法律援助工作总结表彰大会。市司法局法律援助处处长、市法律援助中心主任关明泉,区司法局党委书记张伟舫,副局长方梅珍,政治处主任叶荣祺出席会议。各司法所、区律工委、区法律援助骨干律师、社区结对律师以及居委法律援助联络点代表等共计60余人参加会议。

2014年,黄浦区法律援助中心窗口共接待来访群众2300余人次,接答“12348”法律咨询专线电话6900余个,批准承办各类法律援助案件656件,为受援人挽回经济损

失近300万元,收到锦旗26面,感谢信11封,法律援助便民服务长效机制得到进一步完善,刑事法律援助工作得到稳步推进,法律援助服务标准化建设得到有益探索。

表彰大会宣读了区司法局的表扬决定,对10名区法律援助优秀律师、10件法律援助优秀案例和承办律师、18名社区结对工作先进个人以及20家居委法律援助联络点先进集体给予表扬。法律援助优秀律师和社区结对先进个人代表作了交流发言。



在由市律协主办，市律协知识产权业务研究委员会、会展业务研究委员会及信息网络与高新技术业务研究委员会承办的上海市律师协会知识产权宣传周活动“技术交易与维权”主题论坛上，与会律师各自介绍了在技术转让、技术交易实务及维权中遇到的问题、需要注意的事项等。本刊选择了部分律师的论文予以刊登。

# 律师实务



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

# 专利侵权行为的界定

《专利法》中规定专利侵权的条文为第十一条。一般而言,在讨论是否存在专利侵权时,会侧重讨论两个方面:一是侵权行为的性质,即被告的行为属于何种具体侵权行为,如制造、使用、许诺销售、销售或进口;二是被告的产品或方法是否落入了涉案专利权利要求的保护范围。其中,大部分诉讼案件需要解决的是第二个问题,为此延伸出了全面覆盖原则、中心限定原则、字面侵权、等同侵权、间接侵权、禁止反悔等等判定方法或原则。而对第一个问题,实践中则讨论较少。最近,本人代理的一个案件让我发现,第一个问题还是有不少内容值得探讨的。

案例简述如下:甲拥有产品发明专利,乙在甲的专利申请日之后,公布日之前制造出与甲方专利产品相同的产品并销售给丙,丙在甲的专利授权之日前已经开始使用该产品,并在授权后持续使用。

此案例中存在制造、销售和使用三种行为,那么这三种行为是否都或其中之一构成侵权,是本文需要讨论的内容。对于上述三种行为,本文作者的观点是乙、丙的行为不构成侵权,也无需支付任何费用。下面我将从“关于时间节点的说明以及相应的法律规定”、“各时间节点的法律意义”、“结论”及“从法理和立法目的上进一步展开论证”这四个方予以论述。

## 一、关于时间节点的说明

本文所讲的时间节点包括 1、涉嫌侵权行为的发生时间;2、发明专利的申请日;3、发明专利申请公布日;以及 4、发明专利授权日。

1、按照判定侵权行为的关联性排序,第一个时间节点是涉案发明专利授权日

《专利法》第十一条之规定“发明和实用新型专利权被授予后,除本法另有规定的以外,任何单位或者个人未经专利权人许可,都不得实施其专利,即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品,或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。外观设计专利权被授予后,任何单位或者个人未经专利权人许可,都不得实施其专

利,即不得为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口其外观设计专利产品”,根据上述规定,无论是发明专利、实用新型专利或外观设计专利,只有在“专利被授权后”,专利权人才有权主张权益,这是第一个时间节点。

2、第二个重要的时间节点是发明专利申请公布日,这一时间节点仅仅适用于发明专利申请

《专利法》第十三条之规定“发明专利申请公布后,申请人可以要求实施其发明的单位或者个人支付适当的费用”。关于此条规定,大家习惯上将发明专利申请公布日至发明专利授权日这个期间称为临时保护期。若他人在发明专利申请公布之后,发明专利授权日之前实施该发明,则发明专利申请人享有请求实施其发明的单位或者个人支付适当费用的权利。

另外,关于国际申请的临时保护期起算时间是以国际阶段的公布为准还是以国家阶段的公布为准之问题,专利法实施细则第一百一十四条规定:“对要求获得发明专利权的国际申请,国务院专利行政部门经初步审查认为符合专利法和本细则有关规定的,应当在专利公报上予以公布;国际申请以中文以外的文字提出的,应当公布申请文件的中文译文。要求获得发明专利权的国际申请,由国际局以中文进行国际公布的,自国际公布日起适用专利法第十三条的规定;由国际局以中文以外的文字进行国际公布的,自国务院专利行政部门公布之日起适用专利法第十三条的规定。对国际申请,专利法第二十一条和第二十二条中所称的公布是指本条第一款所规定的公布”。因此,对于国际申请,即 PCT 申请进入中国的,如果国际阶段是以中文公布的,则临时保护期的起算时间以国际阶段的公布为准;如果国际阶段是以外文公布的,则临时保护期的起算时间以国家阶段的公布为准。这里有一个潜在的规定,就是向中国申请专利,必须使用中文申请,因此进入中国的发明专利申请均以中文申请为准,公布时也是公布其中文版本。

3、第三个时间节点是申请日,申请日在专利的申请和授权上具有重大意义,也是计算专利权期限的起算点

《专利法》第二十八条规定:“国务院专利行政部门收到专利申请文件之日为申请日。如果申请文件是邮寄

的,以寄出的邮戳日为申请日”,该条规定了何谓申请日,而关于申请日的作用则具体体现在其它条文中。由于涉及条款较多,本文仅仅摘录部分条款如下:

《专利法》第四十二条规定:“发明专利权的期限为二十年,实用新型专利权和外观设计专利权的期限为十年,均自申请日起计算”,该条规定了专利保护期限的起算点以申请日为标准。

《专利法》第九条第二款规定:“两个以上的申请人分别就同样的发明创造申请专利的,专利权授予最先申请的人”,该条规定了先申请原则。

《专利法》第二十二条规定:“授予专利权的发明和实用新型,应当具备新颖性、创造性和实用性。新颖性,是指该发明或者实用新型不属于现有技术;也没有任何单位或者个人就同样的发明或者实用新型在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请,并记载在申请日以后公布的专利申请文件或者公告的专利文件中。创造性,是指与现有技术相比,该发明具有突出的实质性特点和显著的进步,该实用新型具有实质性特点和进步。实用性,是指该发明或者实用新型能够制造或者使用,并且能够产生积极效果。本法所称现有技术,是指申请日以前在国内外为公众所知的技术”,本条规定用于评价发明专利和实用新型专利申请获得授权的条件,其中申请日为判定的重要时间节点。

《专利法》第二十三条规定:“授予专利权的外观设计,应当不属于现有设计;也没有任何单位或者个人就同样的外观设计在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请,并记载在申请日以后公告的专利文件中。授予专利权的外观设计与现有设计或者现有设计特征的组合相比,应当具有明显区别。授予专利权的外观设计不得与他在申请日以前已经取得的合法权利相冲突。本法所称现有设计,是指申请日以前在国内外为公众所知的设计”,本条规定用于评价外观设计专利申请获得授权的条件,其中申请日为判定的重要时间节点。

还有其它诸多条款,在此不一一说明。

#### 4. 第四个时间节点是侵权行为发生日

前述第1-3条的时间节点均是静态的,而对于具体侵权行为而言,它有时是动态的,最典型的就是“使用行为”。由于“使用”是一个连续行为,不是一个点的行为,那么就产生一个问题,“使用”行为的动态时间点如何判定呢?是采用落入原则还是第一次时间点判别原则?另外,对于同一个产品,可能涉及制造、销售、使用等多个环节,那么判定侵权是采用各个环节分别判定,还是采用“只要前面行为合法即可覆盖后面行为”的合法来源原则判定呢?上述两个问题,是本文讨论的主要问题。

《专利法》第六十九条规定:“有下列情形之一的,

不视为侵犯专利权:(一)专利产品或者依照专利方法直接获得的产品,由专利权人或者经其许可的单位、个人售出后,使用、许诺销售、销售、进口该产品的;(二)在专利申请日前已经制造相同产品、使用相同方法或者已经作好制造、使用的必要准备,并且仅在原有范围内继续制造、使用的;(三)临时通过中国领陆、领水、领空的外国运输工具,依照其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约,或者依照互惠原则,为运输工具自身需要而在其装置和设备中使用有关专利的;(四)专为科学研究和实验而使用有关专利的;(五)为提供行政审批所需要的信息,制造、使用、进口专利药品或者专利医疗器械的,以及专门为其制造、进口专利药品或者专利医疗器械的”,这是典型的侵权行为排除条款。

另外还有关于免赔条款,《专利法》第七十条规定:“为生产经营目的使用、许诺销售或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品,能证明该产品合法来源的,不承担赔偿责任。”

但关于如何判定动态侵权行为,以及同一个产品各流通环节的问题,将在下文给予具体讨论。

## 二、各时间节点的法律意义

虽然法律规定专利的保护期限是从申请之日开始计算,但各个阶段的保护侧重是不同的,它们对应的时间节点的法律意义也不同。

1. 申请日的法律意义包括:(1)判别专利申请是否能够被授权;(2)计算专利权期限;(3)申请人具有的权益为排他申请权。

从专利法第9条第2款规定可以看出,申请日到发明公布之日专利申请人享有排他申请权,也就是通常所说的先申请原则。即,在申请人递交申请之后,其它申请人将无法申请相同的专利,即使申请也会被驳回,这就是排他申请权的意义。

虽然,专利权期限从申请日开始计算,但法律没有规定排他使用权(即授权后的完整排他权益)也从申请日开始计算。也就是说,在申请日之后,授权之前,对于他人正常使用与专利申请人相同的技术方案的行为,法律是不禁止的。关于这个问题,可以进一步从美国专利制度中的保护期限起算时间看出:美国原来的保护期限是从授权之日起算的,即使修改后的法律是从申请日算,但在保护权益的计算点也规定如果专利权无正当理由不给予授权的,其起算时间将从申请日三年后获取(具体时间以美国相关法律为准)。

2. 专利公布日的法律意义是确立了发明专利申请人在临时保护期内的权益。

因为外观设计专利和实用新型专利只有申请日和

授权日,中间没有公布日,因此只有发明专利有此规定,即专利法第13条规定的发明公布之日到专利授权之日享有临时保护权。

另外,对于该权利的解释,最高人民法院在其公布的典型指导案例中给予了全面的解释和说明,【最高人民法院公布的2011年知识产权审判案例指导中第39号典型案例,同时也是2013年最高人民法院发布第五批指导性案例第20号案例(最高院案号:(2011)民提字第259号,申请再审人深圳市坑梓自来水有限公司与被申请人深圳市斯瑞曼精细化工有限公司、深圳市康泰蓝水处理设备有限公司侵犯发明专利权纠纷案)】该案例中,关于“专利临时保护期内制造、销售、进口的被诉专利侵权产品的后续使用、许诺销售、销售行为的民事责任”的论述为:在临时保护期实施相关发明的,不属于专利法禁止的行为。

3、专利授权日的法律意义在于确立了专利权人享有完整的保护权益。

专利法第11条规定了专利权人享有的权益,也是专利权人用以维护其权益的主要依据。对于发明和实用新型专利而言,侵权行为包括未经专利权人许可的制造、许诺销售、销售、使用及进口五种行为;对于外观设计专利而言,侵权行为包括未经专利权人许可的制造、许诺销售、销售及进口行为。

但该条文没有进一步解释或说明,如果上述行为在授权之前已经存在,且在授权之后还在继续存在的,是否构成侵权?对于在授权之前已经签署了买卖合同,但尚未交货的行为如何界定?上述问题的实质在于:对于侵权行为的判断是以开始点为准,还是只要落入了授权日这个时间点即可呢?

4、对于具体的行为,比如以发明和实用新型产品专利的制造、销售、使用为对象进行分析,那么他们的时间节点的法律意义是什么?这其实也就是这些行为的法律生效时间以何时为准的问题。

首先对销售行为进行分析:如果有销售,必然最少涉及两方当事人,至少有一个载体就是合同(无论该合同是口头或书面),那么销售行为的法律效力,就是双方的合同效力。按照《合同法》及相关法规规定,书面合同自从双方签字盖章之日起生效,口头合同以双方达成合意,也即承诺到达为准,因此销售行为的法律生效节点为合同生效。

另外,销售行为是一个复杂过程,一般可能会包括双方接触、谈判、签约、交付、调试、培训、维护等阶段,但鉴于判定销售行为是否存在的主要标志是双方是否签署了销售合同,因此考虑销售行为是否侵权的时间节点,应当以双方合同签署时间为判定标准。也就是说,如



果销售合同签署时间早于专利授权日的,则不构成侵权,反之则侵权。当然这里还有一个点,如果就是授权日签署的呢?法律规定是“授权后”,按照法律从次日起算的惯例,应当也不侵权。进一步说,后面的交付、调试和维护均不构成侵权,其实这里面也是蕴含一个合法来源原则,因为后面的交付、调试和维护行为是基于在先的销售合同,也就是说后面的行为有合法来源的。

其次对使用行为进行法律分析:一般情况下,对于同一个产品的使用行为是一个连续行为,不是使用一次就结束了。该使用行为可能维持几个月、数年,甚至数十年时间。因此,如果要分析使用行为的合法性,应当从第一次使用时间节点来判断,即第一次使用合法,以后的使用均合法。其实对于使用者而言,使用的前提首先是获取专利产品,该专利产品的来源一般是自行制造或从第三方购买,但无论如何,如果通过正常的合法途径获取了产品,那么其后续使用或再销售该产品的行为就应当是合法的,其实就是合法来源原则。

一般情况下,关于使用有三种可能性,第一种可能性是第一次使用在专利授权之前,并且延续使用至专利授权之后;第二种可能性是第一次使用在专利授权之后,但在专利授权之前已经购买;第三种可能性是使用和购买或自行制造的行为都发生在专利授权之后。对于第三种行为,属于典型的专利侵权行为(除非是从专利权人处购买或其许可人处购买或经专利权人许可自行制造外)。在此不过多讨论,本人重点在于讨论第一种和第二种情况。

对于第一种情况,在有合法来源的情形下,如果第一次使用是不侵权,根据公平原则和市场占有理论,那么后续使用行为也不应当侵权,当然这里需要强调的是针对同一个产品,即该产品已经在专利授权之前已经合

法存在并使用。对于第二种情况,虽然第一次使用时在专利授权之后,但购买行为发生在授权之前,同样根据市场占有理论和公平原则,该使用行为是否合法应当取决于之前的购买行为的合法性,具体讨论参见前述销售行为的法律分析。

最后对制造行为进行法律分析:制造行为也与销售行为相关联,有时是先销售再制造生产,有时是先制造再销售,总而言之,制造行为大部分是与销售有关,但小部分是自己使用。如果在专利授权之前已经制造,那么因为制造行为已经完成,当然就不侵权了,但有时候制造行为也是需要一定时间才能完全完成,比如设计、采购、组装等,但最核心的是产品方案设计,因为该部分涉及到与专利保护的技术方案对比,如果方案设计已经完成并且开始生产销售的,则视为已经完成制造。关于如何判定方案设计已经完成并开始生产呢?这可能需要结合具体案例进行说明,但如果行为人已经就产品与第三人签署了买卖合同或类似合同的,并且双方认可了设计方案的,则视为方案设计完成并开始生产,如果双方进一步在合同中附有技术规格书、甚至图纸的,则完全视为已经完成制造行为。

### 三、结论

对于本文开头提及的案例,基于上述的分析,本文作者认为由于乙的制造和销售行为均在甲的专利公布之前(这当然是在甲的专利授权之前),因此乙的制造、销售行为不构成侵害甲的专利,也无需赔偿;由于丙的合法购买行为和第一次使用行为发生在专利授权之前,因此丙的持续使用行为也不构成侵权,同时也无需赔偿。

### 四、从法理和立法目的上的进一步论证

#### (一)市场占有理论或市场占有原则

市场占有理论或原则的来由,本文作者主要从专利法的目的和相关法律条文得来。

专利法的其中一个主要目的是以技术公开换取部分市场垄断,也就是2013年最高人民法院第五批指导案例第20号案例的评价中提及的“公开换取市场”原则,但市场多大,哪些属于市场,哪些不是市场,没有定论。

《专利法》第六十五条规定:“侵犯专利权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定;实际损失难以确定的,可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定”。也就是说,赔偿的依据就是市场,原本属于我的市场被你占了,那么本应属于我的盈利就是我的损失,用句流行的歌词就是“吃了我的给我吐出来”。

最后,根据《专利法》第十一条之规定,其市场的形成或垄断时间应从专利“授权后”开始的,也就是在“授权后”的专利有效期内,均是专利权人的市场,但授权前已经被占领的市场并不计算在内。

另外,所谓的市场就是产品用户,这里的产品用户是指产品生产后的使用者,不一定是最终用户,比如电视机显示屏的用户是电视机生产商,而不是购买电视机的家庭用户。

综上所述,本人所提及的市场占有理论是指“在专利授权之前已经被占领的市场”就不应当属于专利权人的市场,比如在专利授权之前已经将产品销售给产品用户了,或者产品用户已经使用了,这个时候这个市场(也就是产品用户)就已经被占领了,这个特定产品用户就不再属于专利法中提及的属于专利权人的市场了。同时根据专利投资回报理论,对于市场的回报,是从专利授权后(临时保护期另论)开始的,对于授权之前已经被他人占领的市场,是无权再要求追溯回报的。

因此,根据市场占有理论或原则,就本文开头提及的案例中的丙就是市场,但由于在甲的专利授权之前,乙已经将相关专利产品销售给了丙,也就是说丙这个市场已经被乙占领了,那么在甲的专利授权之后,已经被乙占领的市场不能被推翻再划入到甲的地盘。因此,据此原则,乙、丙的行为均不应当认定为侵权,也无需赔偿。

#### (二)合法来源原则

这里所指的合法来源不仅是指《专利法》第七十条所指的免赔条款,更是2013年最高人民法院第五批指导案例第20号案例的评价中提及的“旨在明确专利权人无权禁止他人对专利临时保护期内制造、销售、进口的被诉专利侵权产品的后续使用、许诺销售、销售”。

对于免赔条款,主要是免除了赔偿责任,而上述第20号案例则进一步明确了,如果在先的制造、销售、进口是在专利临时保护期内完成的,那么在后的后续使用、许诺销售和进口均不是法律禁止行为,无论上述的后续使用、许诺销售和进口发生在临时保护期或专利授权前还是授权后,专利权人均无权禁止。

按照举重明轻原则,如果在先的制造、销售、进口是在专利公布之前完成的,那么该些行为不但不为法所禁止,而且也无需支付任何费用,更勿论赔偿。北京市高级人民法院于2013年9月4日发布的《专利侵权判定指南》第88条“发明专利公开日以及实用新型、外观设计授权公告日之前的实施行为,不属于侵犯专利权的行为”的规定就是明证。那么同样按照举重明轻原则,如果在先的制造、销售、进口是在发明专利公布之前完成的,那么在后的后续使用、许诺销售和进口均不是法律禁止



商建刚：市律协信息网络与  
高新技术业务研究委员会主任

●文 / 商建刚

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

## “高校—企业” 技术转让的法律分析

行为,即“专利权人无权禁止他人对发明专利公布之前制造、销售、进口的被诉专利侵权产品的后续使用、许诺销售、销售”。

本文作者的所谓合法来源原则,就是针对同一产品,如果在后的使用、销售和许诺销售行为中的产品是基于在先合法的制造、销售和进口而来的,那么在后使用、销售和许诺销售行为是合法的。

因此,根据合法来源原则,就本文开头提及的案例中的丙的行为就是后续的使用行为,但由于乙的制造和销售属于在发明专利公布之前完成,即属于合法的行为,那么由于丙的产品是基于乙的在先合法行为获取的,据此原则,乙丙的行为均不应当认定为侵权,也无需赔偿。

(三)根据“法不溯及既往”的一般原则,“禁止他人实施其专利的行为”的起算点应当是指他人在专利授权后的行为,而对于已经完成的行为不具有追溯力。

首先,根据《中华人民共和国专利法》第十一条规定,发明专利被授权后,“为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品”的行为才被明确禁止。既然法律有明确的时间确定,那么上述行为不具有追溯力也是显而易见的。

其次,从反向论证,假设如果在后的使用行为属于侵权的话,那么最终责任承担肯定还是在先的销售者和制造者,换句话说,实际上是在追究专利授权前的销售行为和制造行为,那么这样的后果将是导致经济秩序的混乱,经济活动的无法预测和不稳定,这就有悖于一般法理原则。因此,即便从反向推论看,法律也不会更不能追溯在先的销售和制造行为。

因此,根据该原则,本文开头提及的案例中丙的行为就是授权后的使用行为,如果追究丙的行为,实质上是在追究乙的制造和销售行为,而乙的上述行为在发明专利公布之前即已完成,属于合法的行为。●

### 一、“高校—企业” 技术转让的政策背景

2006年2月7日,国务院颁布《国家中长期科学和技术发展规划纲要(2006-2020)》(国发[2005]44号,以下简称“《规划纲要》”),《规划纲要》中明确提出“大力推进产学研相结合,鼓励和支持企业同科研院所、高等院校联合建立研究开发机构、产业技术联盟等技术创新组织”。由此,“产学研”合作的科技发展道路正式在我国得以确立。

“产学研”即产业、学校、科研机构等相互配合,发挥各自优势,形成强大的研究、开发、生产一体化的先进系统并在运行过程中体现出综合优势。产学研合作是指企业、科研院所和高等学校之间的技术转让,通常指以企业为技术需求方,与以科研院所或高校为技术供给方之间的合作,其实质是促进技术创新,实现技术进步。

根据《联合国国际技术转让行动守则(草案)》中定义的技术转让,系指制造某件产品、应用某种制作方法或提供某项服务的系统知识的转让。仅涉及货物销售或租赁的交易不在此列。具体而言,技术转让包括一切形式的工业产权

的让与、出售和许可;提供可行性报告、计划书、设计图、模型、说明书、指南、配方、基本的或具体的工程设计、技术规范和培训设备、以及提供技术咨询和技术管理人员的服务及员工培训等技术知识和专家知识;提供工厂设备的安装、操作及运行所必须的技术知识和交钥匙工程;提供获取、安装及使用已经以购买、租赁或其他方式取得的机器、设备、中间产品(半成品)和/或原材料所必需的技术知识。笔者认为,技术转让中的技术是指一种系统知识,不仅包括专利技术申请权、专有权利的转让、许可,专利使用权的许可,被许可人在受让或许可约定的范围内实施权利,以及在高校许可或转让专利技术或技术秘密时将商标使用权一并转让的综合行为,也包括非专利技术的转让与许可(专有技术、技术秘密、技术诀窍等);甚至包括计算机软件的转让与许可等,这些都是世界知识产权组织中“知识产权”概念的范围。

高校与企业间的产学研合作方式以美国为例,主要有四类:一是单一的工业企业对大学研究计划提供资金,进行合作,该企业有权在大学研究的基础上进行研制工作;二是公司联合对大学研究计划提供资金,联合研制,共同取得成果;三是设立大学—工业合作研究中心,

如美国国家科学基金会(NSF)从20世纪70年代起就在许多大学设立大学—工业合作研究中心,为了加强跨学科与高技术领域的研究与开发,80年代又在大学建立工程研究中心;四是工业和大学联合建立实验室并共用。在美国,大学已经成为新知识、新技术的“孵化器”,更为重要的是,作为这种新知识、新技术的集中体现,科研成果和科技发明能够通过政府、高校与产业的有效合作迅速进行产业化,真正成为经济繁荣的“发动机”。根据美国大学技术管理人协会的统计,1980年美国颁布BAYH-DOLE法案以来,大学技术转让为全国经济作出了300亿美元的贡献,市场上超过1000种产品来自于大学科研成果。

## 二、我国“高校—企业”技术转让的方式及面临的问题

我国高校与企业之间的产学研合作主要是通过一次性转让、技术入股和直接投资等方式进行技术成果的使用权或专有权利的让渡和转移。一次性转让即是由高校与企业之间签订技术转让或许可协议,在实践中一次性转让也是最为直接与普遍的方法;技术入股是指高校将技术成果作价入股企业,企业通过分红的方式与高校分享利润收益;直接投资的合作方式包括合营企业、合作研发、特许经营、交钥匙项目等。

为了保障技术发明者的知识产权,我国政府也非常重视高校的知识产权管理和保护。我国《高等学校知识产权保护管理规定》规定主要利用高等学校的物质技术条件创作,并由高等学校承担责任的工程设计、产品设计图纸、计算机软件、地图等职务作品以及法律、行政法规规定的或者合同约定著作权由高等学校享有的职务作品,作者享有署名权,著作权的其他权利由高等学校享有。职务技术成果的使用权、转让权由高等学校享有。我国《专利法》也指出学校或个人接受其他单位或个人的委托完成的发明创造,除委托书中有约定除外,其专利申请权和专利权人属于完成或者共同完成的单位或者个人。两个以上单位或者个人合作完成的发明创造、一个单位或者个人接受其他单位或者个人委托所完成的发明创造,除另有协议的以外,申请专利的权利属于完成或者共同完成的单位或者个人,申请被批准后,申请的单位或个人为专利权人。从以上两法规中可看出,我国法律尚未明确的规定学校工作人员与其他单位人员合作中的知识产权归属问题,关于校企双方合作产生的知识产权归属,如果合作双方未事先达成共同协议的,专利权一般是归成果完成人所有。但在实践中面临着诸多问题,主要有以下三个方面:

### 1、专利保护意识不成熟

尽管我国高校的知识产权保护意识不断增强,但这种意识的提高和增强很大程度是基于一些政策的引导,并非真正意义上的知识产权保护观念成熟。为促进科技成果的产生与推广,《高等学校知识产权保护管理规定》、《科技进步法》、《关于促进科技成果转化的若干规定》规定:高等学校将其知识产权或职务技术成果转让给他人或许可他人使用的,应当从转让或许可使用所取得的净收入中提取不低于20%用于奖励完成成果产生及转化作出重要贡献的人员;由职务发明创造、职务技术成果完成人进行产业化的,可以从转化收入中提取不低于30%的比例给予奖励。为鼓励教师申请专利,一些高校还设立了专利基金,用于资助专利申请与奖励授权专利,并将专利申请和授权专利纳入业绩考核、职称评聘。但是,很多教师申请专利是受到职称、晋级、奖励的驱动,而不是从保护自己的发明创造的角度来考虑问题,导致高校中普遍存在专利申请量大而可用性低的现象。另一方面,虽然许多教师意识到应该对自己的科研成果进行保护,但却不知道该如何进行保护。如一些研究还未到产业化阶段就申请专利保护,过早公布了技术信息;而对于一些重要的产业化技术,只对某个个别技术申请专利,而未进行专利布局对相关外围技术和可能的应用范围进行专利技术开发和申请。

### 2、“高校”与“企业”的投机行为

在实践中大量有用的技术成果是技术秘密,虽然不受到专利法的保护但是具有保密性,因此技术秘密许可转让的事实难以被除“高校”和“企业”以外的第三方所知晓,造成了“高校”与“企业”投机行为:一方面,技术秘密一旦转移,“企业”可能就会以不需要该技术秘密为借口而终止合同拒绝支付许可使用费用;另一方面,“高校”也可能会隐瞒技术秘密的部分内容。

山东省高级人民法院在2007年6月作出的关于山东华信制药有限公司与华东理工大学技术转让合同纠纷案的判决中,在双方签订的《技术转让合同》中约定华东理工大学应当及时提供完整的新药临床研究申报全部资料,并且指导并协助华信公司进行临床研究所用样品和申报所用样品的生产。庭审过程中,华信公司要求解除合同,称华东理工大学没有转让技术成果,生产达不到合同约定的指标要求,也没有按照合同约定指导并协助华信公司完成样品制备及标准研究。法院认为,根据双方提供的证据表明在合同签订后,华东理工大学虽然派人到华信公司做过技术指导,并向华信公司交付部分技术成果资料,但没有提供证据证明完成合同约定的技术秘密的内容、要求指标、开发程度及技术指导内容且各个内容为不可分,在没有通过新药评审的情况下,华东理工大学已违反合同约定,应当退还华信公司



已经支付的技术转让费。因此,笔者认为,技术转让合同条款的有效设置与双方对合同的有效执行在技术转让过程中是非常关键的。

### 3、知识产权被滥用

而在技术转让交易中知识产权的滥用往往表现在:一方面专利技术持有企业违反合同约定,超越许可地区、期限实施专利或非法许可第三方实施专利,侵害供方专利权;另一方面转让方违反合同约定在同一地区多家许可专利技术,给受方带来市场方面的损失。在高校与企业的技术转让中主要体现为:企业超越其许可使用学校的知识产权,从中牟利,从而导致学校经济利益的损失;学校擅自将知识产权转让、获将核心技术泄露给第三方,从而导致企业利益的损失。

## 三、“高校—企业”技术转让的完善建议

对于高校与企业之间技术转让所面临的问题,笔者提出以下建议,以资为鉴。

### 1、“高校—企业”技术转让的法律中介机构

不少国家都有专业团队专门寻找有转让潜质的技术发明专利和实用新型专利。更为省时、省力且保险的做法是,通过专业、有一定经验的专利代理机构进行全程操作,不但可以享受到即时到位的法律咨询服务,而且也可降低交易风险,提高专利交易成功率。

#### (1) 德国——弗劳恩霍夫方法。

德国学者已经研究出一套专业的技术转让中介流程,这一流程是由德国著名机构弗劳恩霍夫协会研究所引入的。整个弗劳恩霍夫方法包括了合同调查、知识产权证书申领、副产品发明、技术改进以及企业战略指导等法律服务流程。通过这一中介机构,可以帮助企业和高校实现无缝对接。

#### (2) 英国——兰伯特方法

英国政府分别从知识产权内部和外部两方面进行

规定来明确大学与企业合作中的知识产权归属。英国高校如想拥有学生在校期间的知识产权,可在学生入校时签署相关协议,规定学生在校期间的知识产权归学校所有。除此之外,英国高校建立健全的人员激励机制,促进技术转让。英国高校的知识产权许可和转让的净收益分为三层,分别为高校、发明者学院和发明者本人。通常发明者学院和发明者本人分得的收益是相当高的,有些高校此比例高达 95%。

### 2、“高校—企业”专利技术转移的法律模型

就专利技术转移而言:首先,从专利的产权特征出发,专利转让有它的自身特点,可以是所有权的转让,也可以是使用权的转让。我们应同时关注专利转移的两种模式,一种是让专利权利进入流通市场,转让专利所有权。另一种是转让专利使用权。专利权人可以采用多种方式进行专利的实施许可,以达到专利技术转移及产业化。其次,要根据知识产权的私权特征,合理分离权益,即知识产权的归属要有利于技术的扩散。根据以上原则,专利转让合同的法律形式将会有很多种可能性,不同的所有权、使用权规定,都会影响专利最终的使用效果。而根据英国知识产权办公室提出的兰伯特理论,现在英国高校与产业之间的专利转让模式主要有:(1)高校保留所有权,对企业作出非独占许可。(2)企业取得所有权,高校可将知识产权用于学术、研究目的。(3)高校保留所有权以及用于学术、研究目的的使用权,同时对企业作出独占许可承诺。(4)企业取得所有权,高校没有任何使用权。从上述四个模型中,我们不难发现,其对学校权利的保留是一次递减的,也就意味着对企业的权利保留是递增的。在企业、高校技术转让中,我们需要充分考虑知识产权的实际情况、技术的研究阶段、以及经济利益的分配,从而在这些模型中作出更好的选择。



●文/吴民平

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 牵住展会中侵权者的“牛鼻子”——证据



吴民平:市律协知识产权业务研究委员会委员

作为新产品、新技术展示和推广的重要场所,企业往往青睐各种展会;与此同时,大大小小的展会也是知识产权侵权的高发地带。在展会活动中,知识产权权利人如何既能实现展示自己新产品,又能有效维护自身的知识产权?如何做到对侵权者震慑或实施有力的打击呢?作者认为应当在证据方面狠下功夫。

俗话说:打官司就是打证据,此话一点不假!各种级别、类型和规模的展会是企业展示自己新产品、新技术的重要舞台,企业往往不愿意错过这些重要的展会。但是,对于展会中的知识产权权利人而言,往往苦于无法获得关键性证据而使维权陷入“干着急”的状况。尤其某些权利人在经历千辛万苦,最后坚持把冗长的司法程序走下来,最终却因为证据不足而导致请求无法获得支持,这的确让权利人叫苦不迭。那么,如何在展会中有效地保护自己的知识产权?牢牢地牵住侵权者的“牛鼻子”呢?作为知识产权律师,本文作者试从证据的角度进行评析,以引起参展企业对证据在维权中重要性的关注。

## 一、证据在知识产权侵权纠纷中的重要性

展会是企业推广新技术和新产品,占据相关产品市场的重要途径和场所,因此也备受用心不良的知识产权侵权者所觊觎。对于展会当中的知识产权法律保护问题,无论是走知识产权行政投诉和调解维权,还是民事索赔抑或刑事诉讼,证据都是至关重要的成功要素。只要收集到合法有效的侵权证据,就等于牵住了知识产权侵权者的“牛鼻子”,既能在展会知识产权维权过程中占据主动,迫使侵权者撤展或主动缴械投降,又可以为己方产品在展会上顺利展出铺平道路。

## 二、知识产权侵权纠纷中证据的种类

证据是证明案件事实的依据,证据问题是诉讼等司法活动的核心问题,全部司法或诉讼活动实际上都是围

绕证据的搜集和运用进行。这只是一个有关证据的笼统的概念,具体到各类展会活动当中,知识产权权利人需要根据自有权利种类的不同,案件实际情况的差异,有选择性地归纳和收集证据。

### 1、参展中进行知识产权维权的证据

一般而言,为维护自己的知识产权或者应对他人的侵权投诉,参展商需要做好如下准备:

首先是权利人的身份证明:企业提供营业执照等主体资格证明,自然人提供身份证件,以表明自己的合法身份;

其次是知识产权权属文件:包括专利证书、授权公告文本、专利权人身份证明或者专利法律状态证明,商标注册证书,著作权登记证书或者能够证明著作权的法律文件,以证明权利人享有相关知识产权权利,如果自己不是原始的权利人,只是被许可使用者,还应当携带许可使用的协议等。

当然,盖好公章的空白授权委托书,对于企业参展人员前来处理侵权事宜具有较大的灵活性,辅以其他证明文件一道作为侵权取证的法律手续。

### 2、侵权的证据的收集

侵权证据是认定展会中涉嫌企业是否侵权的核心证据之所在,通常表现为:涉嫌侵权参展项目的名称、照片、实物、宣传册等,侵权展位现场的录音录像资料等。在对侵权证据进行取证时,需要注意以下几点:

首先,必须在侵权人发现之前就要拿到,否则侵权人很容易将证据销毁;其次,取证过程中避免惊动侵权人,避免发生直接冲突;第三,取证过程要有音像记录,偷拍偷录的音像资料都是有效的证据;最后,尽量借助外力固化,比如在专业律师的指导乃至陪同下,有些投诉人还带来公证机构工作人员进入展会现场进行取证。

### 3、侵权索赔证据

由于展会知识产权具有综合性、复杂性和紧迫性特点,展会知识产权的保护重点集中在禁止侵权人参展,制止侵权行为等情形。但是,展会时间较短,很多纠纷无

法在展会期间得到解决,展会结束后,侵权行为已经对权利人造成了巨大损害。权利人仅有证明他人侵权的证据很难使自身损失得到弥补。因此,在取证过程中,索赔证据的收集也至关重要。根据我国《著作权法》第49条、《专利法》第65条、《商标法》第56条等的规定,权利人在取证时还应当注意收集权利人受损数额或者侵权人获益数额的相关证据,作为索赔依据,同时保留为制止侵权行为支付合理开支的凭证。

在知识产权民事诉讼活动中,人民法院通常亦遵循上述逻辑对知识产权侵权案件的事实进行调查,并根据证据与待证事实之间的关系、证明力大小等做出裁判。因此,在准备和收集知识产权侵权证据时,权利人若能按照上述逻辑顺序,按照律师的指导有条不紊地准备和收集证据,往往能收到不错的效果。

### 三、如何对展会中的知识产权侵权行为进行取证

按照我国民事证据分类,证据的形式有以下七种:书证、物证、视听资料、证人证言、电子数据、鉴定意见、勘验笔录。一般而言,不同形式的证据,具有不同的取证要求。从展会知识产权维权的角度来看,书证、物证、视听材料等是较为常见的。书证及知识产权侵权者在展会上散发、提供的自我宣传及产品宣传册、产品使用说明书等资料;物证则是其在展会上直接展出的产品及配件;视听材料则一般是在展会现场通过谈话录音、现场录像等手段,对展会中侵权者的布展场景、位置以及现场交谈及活动的展示,有时候也存在现场交易等实况记录。可以说,若能将展会中这些侵权证据予以固定,后续的谈判、投诉或司法维权都将相对主动。下面我们来看对上述侵权行为进行取证时应当关注的几个问题。

#### 1、尽量采用公证方式取证

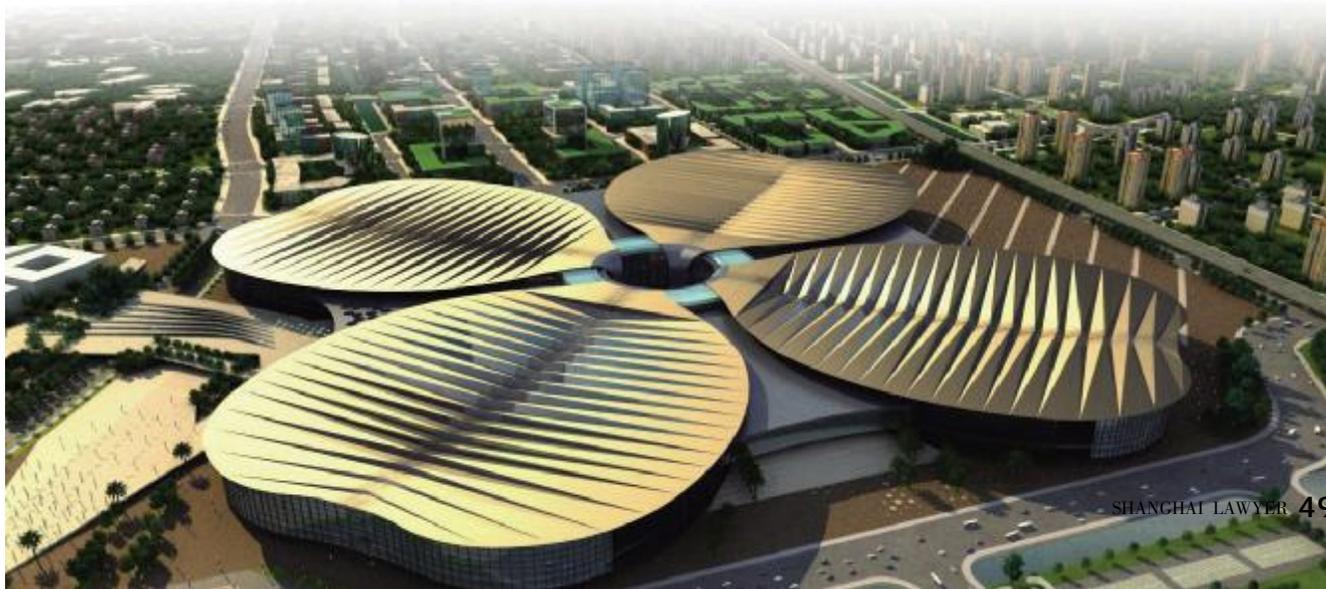
一般而言,权利人、代理律师、公证员、知识产权行政主管部门抑或是展会主办方都可以作为取证主体,但

由于对诉讼及非诉讼活动的了解和专业知识的积累优势,专业的知识产权指导下的取证方式更为可靠。但是,为增强在展会期间所取得证据的证明效力,可以申请公证机关对证据的收集过程、真实性等进行公证保全。公证机关的法定业务之一便是“保全证据”。《民事诉讼法》第59条规定:“人民法院对经过公证证明的法律行为、法律事实和文书,应当确认其效力。但是,有相反证据足以推翻公证证明的除外。”

#### 2、诉前证据保全

我国法律规定,权利人在符合条件的前提下,可以申请法院进行诉前证据保全。如果不能自行取得知识产权侵权证据且该证据有毁损、灭失或以后难以取得的可能性,知识产权权利人可以向法院申请诉前证据保全。最高法院《关于民事诉讼证据若干问题的规定》、《关于诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》、《关于诉前停止侵犯注册商标专用权行为和保全证据适用法律问题的解释》、《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》均对申请知识产权侵权的诉前证据保全进行了规定。

有关取证的法律保障这方面,欧盟的做法值得借鉴。《欧盟执法指令》(EC 2004/48)是欧盟委员会为保证《TRIPS 协议》在所有欧盟成员国民事司法领域的实施于2004年4月29日颁布实施的特别指令。根据《欧盟执法指令》,目前在欧盟各国通行的临时措施中,有关证据收集方法体现在《指令》第7条有关证据保全的措施的内容上:成员国“应当保证,即使在对案件进行审理的法律程序开始之前,当权利人已经提供能支持其权利请求的合理证据时,主管司法当局依权利人申请应当命令采取及时有效的临时措施保全与所指控侵权相关的证据,并对上述资料负有保密义务。此类手段可以包括有或没有取样的具体描述,或对侵权产品的没收,并且在适当的情况下还可以没收生产及/或配送这些货物的材料和设备以及相关的文件。如有必要,可以在



不通知另一方的情况下采取这些措施,尤其是当延迟执法可能会给权利所有人带来不可挽回的损失,或者存在证据被毁掉的风险时”。

可见,作为司法诉讼活动的重要手段,诉前证据保全往往能达到先发制人的效果。不过弊端在于,这类司法措施是否能采用的决定权在法院,实际当中存在较大难度。

### 3、申请法院调查

依据我国民事诉讼相关法律规定,权利人还可以申请人民法院调取证据。在知识产权侵权诉讼的过程中,当事人及代理人如因客观原因不能自行取得证据,可以申请法院进行调查取证。在涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实以及有关程序事项时,法院还可以主动依职权调查和收集证据,而无需当事人提出取证申请。当事人申请法院调查取证应当注意两点:一是申请调查的证据范围,必须符合法定情形;二是此项申请必须在法定时限内提出。法院通常采取的措施包括:对易拍照的被控侵权产品进行拍照;记录下被控侵权产品的技术特征;对易于调取的书籍、商标实物等进行扣押、提取等。

### 4、申请行政机关取证

在一些艰难环境的取证中,申请知识产权、工商行政等主管行政机关调查取证不失为一种好的选择。知识产权权利人在向相关的行政管理机关申请查处知识产权侵权行为的同时,可以申请调查收集有关证据。相关行政管理机关可以查阅、复制与案件有关的合同、账册等文件;询问当事人和证人;抽取样品;采用测量、拍照、摄像等方式进行现场勘验;涉嫌侵犯制造方法专利权的,还可以要求被调查人进行现场演示。例如,我国《专利行政执法办法》第五章对此类取证有专章的规定。

当然,作为展会取证的基本原则,如实记载侵权相关案件事实,让法院等司法机关更清晰、明确地了解到展会中侵犯知识产权的事实,这才是取证中始终需要把握的重中之重。

## 四、展会中取证的注意事项

诚如上述,知识产权侵权案件中证据的重要性不言而喻,但从知识产权律师的角度而言,作者仍建议企业在展会取证时应注意以下几点:

### 1、时机选择成熟恰当

若在展会开始前发现其他参展企业将展出涉嫌侵权产品的,应当在展会开始前完成取证,收集好我方的身份证明、权利证明,涉嫌侵权产品的名称、宣传资料、照片、实物等侵权证据,及时向展会有关部门投诉、主张权利,阻止其参加该次展会;若在展会期间发现其他参

展商展出涉嫌侵权产品的,应当在侵权人发现之前完成取证,并利用有效方式将证据固定,否则侵权人很容易将证据销毁。

### 2、方式选择具可操作性

权利人自行现场取证是较为便捷的取证方式,但自行取证时应当尽量避免惊动侵权人,避免发生直接冲突;为避免惊动侵权人,权利人可以选择委托律师进行取证;若权利人自行取证或者委托律师取证有困难的还可以申请人民法院或者行政机关进行取证(可以调查侵权人的相关合同、账册,作为索赔证据)。

### 3、锁定侵权内容讲究实际效果

展会维权过程中,由于实际情况的制约,许多视听材料都只能采用偷录偷拍等方式进行。从司法认定角度而言,偷拍偷录的音像资料都是有效的证据,因此权利人自行取证时可以进行偷拍偷录,将取得的证据进行锁定;权利人可以自行或在法律专业人士的指导下,借助外力固化上述视听资料等证据。首先,取证前要对侵权人及侵权产品有所了解,进行现场取证的应当在取证前了解侵权人展位的具体位置,侵权产品的外观、型号等,避免盲目冲动的取证行为惊动侵权人导致证据被销毁;对于现场录像拍照等取证行为,应当将侵权人企业名称,侵权产品外观全貌等都记录在内,形成完整的证据链条,避免证据不足的情形。

### 4、证据采集和提交应有所选择

权利人应当对收集到的所有证据进行整理,根据不同的事项、向不同的部门选择提供具有针对性的证据。例如,面对其他企业的投诉,应当向有关部门提交证明自身享有知识产权的身份证明和权属证明文件;面对他人侵权进行维权时,则除了向有关部门提交权属证明文件外,还需要提交侵权人实施侵权行为的相关证据以及索赔证据等。

## 结语

从企业角度来说,在展会上取证时间紧、任务重,因此难度可想而知。因此,作为知识产权律师,作者更建议企业在遭遇展会知识产权侵权时,要在第一时间咨询专业律师的意见,并尽可能在律师的指导下进行操作。对于侵权证据的取证内容、取证方式,以及证据的选择和提交,都有相对较为专业的讲究和取舍。为了达到更好的证明效果,权利人应该在事先做好充分的准备和评估,制定具有合法性和操作性强的维权方案。只有这样,权利人才能牢牢地抓住侵权者的“牛鼻子”,在与侵权者谈判、向有关部门投诉,以及通过司法程序维权等一系列活动中真正做到游刃有余。●

●文/瞿 森

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 对华技术出口： 几个你必须了解的问题



瞿 森：北京市金杜律师事务所上海分所律师

中国技术进口近年来一直是呈稳定上升的趋势。尤其是在“以技术换市场”的原则之下，技术贸易势必将呈现长期稳定上升的局面。对于从事对华技术出口的外国企业来说，为保证技术进口的顺利实施，对中国的技术进口制度有一个全面的了解是非常重要的。本文将着重对技术进口过程中最为常见的问题作简要的解答和分析。

## 一、中国技术进口的法律、法规主要有哪些？

目前，中国关于技术进口的法律主要有《中华人民共和国对外贸易法》与《合同法》。此外，中国还出台了《中华人民共和国技术进出口管理条例》、《技术进出口合同登记管理办法》（针对自由进口技术）和《禁止进口限制进口技术管理办法》（针对禁止进口限制进口技术）等法律、法规对技术引进的细节作了进一步的规定。其中，《中国禁止进口限制进口技术目录》会另行发布，并会进行定期的更新。

## 二、中国技术进口主要有哪些方式？

中国法律对技术进口的定义比较宽泛，包括专利权转让、专利申请权转让、专利实施许可、技术秘密转让、软件许可、技术服务和其他方式的技术转移。在实践中，“其它方式的技术转让”还可能包括将技术与机器设备买卖或服务结合起来的技术转让、直接将技术作为资本入股等方式的技术转让。

## 三、中国技术进口涉及哪些手续？

对于禁止进口技术的进口合同，合同可能会自始无效。对于限制进口的技术，需向商务部申请办理技术进口许可意向书及技术进口许可证后方能使合同生效。

而对于自由进口技术，则需在商务部或地方外经贸主管部门办理合同登记手续。虽然不办理登记手续不会导致合同无效，但可能导致进口方无法付汇或无法办理税收优惠手续。实践中，各地的商务主管部门对办理登记的操作手续会有所不同。因此，我们建议在办理相关

登记手续之前应及时与主管的商务部门及付汇银行进行一定沟通，避免造成无法付汇的问题。

在商务主管部门办理完相关手续后，进口方还需凭登记证书办理外汇、银行、税务等后续手续。

## 四、办理技术进口合同的登记是否有法定的时限？

根据《办法》的相关规定，技术进口合同应在合同生效后 60 天内办理登记，提成支付的合同除外。对提成支付的合同，应在首次提成基准金额形成后 60 天内办理登记，并在以后每次提成基准金额形成后办理合同变更手续。

“提成支付的合同”主要指通过“入门费加提成”方式支付许可费的技术进口合同，例如专利实施许可合同、技术秘密许可合同等。实践中，对于“入门费 + 提成”的技术合同的登记，应在合同生效后 60 天内就已经确定的“入门费”进行合同登记，并在每次提成基准金额形成后的 60 天内就增加的金額办理合同金额的变更登记。

## 五、进口技术的中国企业需具备何种资质？

中国企业要从事对外贸易必须获得政府部门的相关许可。技术贸易也不例外。一般来说，签订技术进口合同的中方主体必须具有对外贸易经营资质的经营者。一般的在华外商投资企业均具有对外贸易经营资质，而其他企业则一般必须经过申请成为合法的对外贸易经营者之后才有资格办理技术进口协议的登记手续。

当然，未获得对外贸易经营的资质并不会影响所签订的技术进口合同的效力，但可能会对办理技术进口合同的登记手续产生障碍。因此，为了技术进口能够顺利进行，外国企业可以与具有对外贸易经营资质的经营者、中国技术进口方签订三方协议，或是让技术进口方申请对外贸易经营者的资质。

## 六、是否允许无偿的技术转让或许可？

中国法律对此没有明确的禁止性规定，因此，双方

根据意思自治可以在合同中约定外方向中方无偿转让或许可实施的技术,但该等约定在某些地区的商务部门办理登记手续可能会遇到一定的障碍。例如,浙江省的商务部门对无偿转让的技术合同不予登记。

因此,我们建议在进行无偿的技术转让或许可的交易安排之前,因先向当地的主管机关进行咨询和沟通,以避免合同无法登记的情形。

### 七、对于技术许可费的计算方式是否有强制性规定?

我国对于许可费的计费方式没有强制性的规定。实践中,许可费的计费方式包括“一次总付”、“入门加提成”、“纯提成方式”、“产品数量乘以固定单价”等方式。但需注意的是,虽然许可费的计算方式也可以采用许多其他方式,但由于在进行技术合同登记时必须填写的《技术进口合同数据表》中关于许可费的计算方式中仅有提成费率的规定,因此,如约定其他方式的许可费计算方式需要与主管机关进行一些沟通。

我国目前对于提成费率同样没有强制性的规定。但是需注意的是,我国原对外贸易与经济合作部)在一些发布的文件中提出提成率一般不得超过 5%, 因此目前一些地区的主管部门可能还会将 5%的提成率作为一个广泛接受的标准。

### 八、外国企业向中国出口技术需要缴纳那些税种?

根据中国相关法律的规定,外国企业有偿转让或许可技术给中国的受让方,需要在中国缴纳所得税、营业税及印花税。该等税款应以源泉扣缴的方式由中国的受让方代扣代缴。鉴于此,外方应在技术进口合同中对合同总价中是否包含代扣代缴的税款做出明确的规定,以避免在实际履行合同的过程中产生不必要的纠纷。

此外,外国企业应就中国法下对于技术进口是否给予税收优惠政策或者其所在国是否与中国签订有双重征税或税收优惠的协定等问题咨询相关专家的意见。



### 九、哪些是可能被认为涉及技术垄断内容的无效条款?

中国法律对于外国企业利用优势地位实施技术垄断有较为严格的限制。如果技术进口合同的条款被认定涉及技术垄断,则可能导致合同无效,且该合同在主管部门办理登记手续时可能被认定为无效而无法获得批准,即使获得批准,也可能无法享受国家有关部门的税收优惠政策。

因此,有一些在国际技术交易中较为常见的合同条款在中国法下可能被认为构成技术垄断,外国企业应尽量不在合同中加入该等条款或充分了解加入该等条款后合同可能存在的风险。

目前,中国《反垄断法》对于技术垄断并没有明确的规定,但中国的《知识产权滥用反垄断指南》也已被纳入计划进行起草,需予以密切的关注。

### 十、如何有效保护自己的技术?

通常,在技术贸易中出口方较为常见的问题包括进口方超出合同约定的范围实施技术、或擅自将技术中包含的专有技术向第三方泄露、或者拒绝履行合同中规定的协助许可方进行审计等违反合同约定的行为。为减少和避免这种情况的发生,我们建议,外国企业在与中国受让方洽谈合同时,应根据双方的商业需要,明确被许可的主体、地域、产品、用途等范围,此外,应在合同中明确规定受让方及其雇员、关联方的保密义务及救济措施等。这样一旦产生纠纷,外国企业就可以依据协议明确约定追究被许可方的违约或侵权责任。

根据我们的经验,外国技术出口方由于对本国的法律更加熟悉,当出现纠纷时常常选择在本国进行诉讼或仲裁。这种安排看似对出口方有利,实际上却很难执行。因为,即使出口方获得胜诉的判决,也会发现要在中国执行该等判决十分困难。

因此,如果技术出口方担心中国的技术进口方存在违反合同约定的风险,并希望切实保障自身在合同下的权益,则建议最好选取适用中国法律,在中国进行诉讼或仲裁。

### 结语

综上,技术贸易是无形的贸易,因而也存在一些十分特殊的问题。外国企业在准备向中国技术出口时,建议对中国相关领域的法律规定及操作实践进行全方位的了解。从而在签订合同时就能够充分考虑到今后的执行问题以及中国法律对于技术进口的管理,以保证对华的技术出口能够顺利进行。●

●文 / 王婉怡

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

# 知识产权交易中搭售行为的法律规制



王婉怡：市律协证券业务研究委员会委员

知识产权交易是推动知识成果得到更广泛运用的有效方式,令成果的实施范围进一步扩大。在交易中,知识产权人常常通过设置“限制性条件”来限制交易对方对知识产权的使用或对知识产权的使用设置附加条件。知识产权交易中的搭售行为构成了一种典型的“限制性条件”,当这种“限制性条件”被认定为权利滥用时,就要承担一定的法律责任。为避免搭售损害知识采购方在交易中的自由选择权,避免阻碍市场竞争,对知识产权交易中的搭售行为给予适当的法律规制是完全必要的。

## 一、知识产权交易中搭售的含义及构成要件

### (一) 搭售的含义

目前,各国立法均一致地认为知识产权交易中的搭售构成了一种“限制性条件”,搭售的含义可概括为:在知识产品的采购方(本文简称“采购方”)要求获得目标知识产品时(本文简称“目标知识产品”),知识产品的供应方(本文简称“供应方”)强制采购方一并接受或使用其他的技术、产品或服务(本文简称“搭售物”)的行为。采购方接受或使用搭售物,实际上构成了其获得目标知识产品的前提条件。

需要注意的是,并非所有将两个以上标的捆绑在一起的转让或许可,都构成本文所要论述的应受到法律规制的“搭售”,故为便于阐述和理解,本文暂将法律实践所允许的捆绑称为“组合”,将受到法律规制的捆绑称为“搭售”。

### (二) 搭售的构成要件

一项知识产品的付诸实施,或多或少需要其他有形或无形条件的配合。若搭售物与这种配合根本无关,则很明显是强制交易,对此等情况进行法律定性较为容易;若搭售物与目标知识产品构成了某种配合,判断其是否构成搭售就会出现法律和技术上的难点。为此,有

必要就搭售的构成要件进行深入的探讨。根据相关的法律实践和学理研究,可将如下几项作为认定搭售的构成要件:

1、搭售在一起的目标知识产品和搭售物是各自独立且可以分离的。

搭售的表现形式非常多样并且技术性极强(尤其是在专利许可领域),仅从物理上是否可以分开、或者是否各自形成了单独的体系或权利、或者是否在实施上存在某种关联,是不足以判断目标知识产品和搭售物是否具有独立性的。

笔者认为,就独立性进行判断可按照“核心功能的性能分析法”进行,该方法的含义为:是否只有将不同产品组合在一起使用,才能完整地体现和发挥该交易所针对的核心功能。例如,蒸锅和锅盖只有组合在一起才能实现“蒸”的烹饪目的,不能因单独的蒸锅就可以盛水而认为锅盖构成搭售。这里需要解析一下“核心功能”的含义,笔者将其定义为与一产品的研发和生产目的及市场定位直接相关的,且区别与其他产品的功能。在前例中,“蒸”构成蒸锅的核心功能,而“盛水”则是蒸锅的非核心功能。所以,为实现蒸锅的核心功能,蒸锅和锅盖的一并销售并不构成搭售。

作为反例,最为著名的案例就是欧盟委员会在2004年就微软公司的知识产权搭售许可案开出了4.97亿欧元的巨额罚单。该案中,欧盟委员会认为微软公司将Windows操作系统和媒体播放器(Windows Media Player)捆绑在一起销售构成搭售。根据“核心功能的性能分析法”分析,Windows操作系统属于计算机软件中的系统软件,媒体播放器属于应用软件,两者的核心功能完全不同,并且没有媒体播放器,Windows操作系统的核心功能并不受到影响。因此,二者的捆绑构成了典型的知识产权交易中的搭售行为。

2、供应方具有市场支配地位,并故意利用这种支配地位进行不适当的捆绑,以期限和排除其他竞争者在

搭售物市场中的进入和竞争。这是反垄断法提出的规制要求。

首先,供应方具有一定的市场支配地位,是其搭售行为可能扰乱市场竞争的前提之一。这种支配地位可以表现为供应方提供的知识产品在功能或经济效益上存在唯一性或不可替代性,也可以表现为获得该知识产品的途径上的唯一性或不可替代性。其次,供应方应明知自己在目标知识产品市场上的支配地位,并且是故意利用这种地位而进行不同产品的捆绑。第三,供应方就不同产品的捆绑不是基于产品本身的完善,而是意图限制或排除其他竞争者在搭售物市场上参与竞争或占有份额。反之,若供应方并不具有市场支配能力,则其行为无法构成对采购方或竞争者的交易自由的限制,即便有恶意捆绑,也达不到搭售的侵害后果。

关于“市场支配地位”的界定,根据我国《反垄断法》第十七条、第十八条,“市场支配地位”是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件,或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。认定经营者具有市场支配地位的因素有该经营者在相关市场的市场份额及相关市场的竞争状况、该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力、该经营者的财力和技术条件、其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度、其他经营者进入相关市场的难易程度等。虽然,我国《反垄断法》第十九条规定了一个量化指标,即“一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的”,可以推定该经营者具有市场支配地位。但鉴于知识产品不同于一般产品,《反垄断法》的前述“二分之一”的标准在知识产权案例中能否当然地适用尚待探讨。从国际社会的法律实践看,市场份额不是认定具有支配地位的唯一依据,已经成为普遍性的共识。

3、市场竞争因搭售行为受到了影响。这也是反垄断法提出的规制要求。

搭售的重要结果之一,就是供应方将其在目标知识产品领域中的优势地位和利益延伸到了搭售物的市场领域,并由此可以形成在搭售物市场的份额占有和价格控制。以更量化一点的标准看,可以从如下两方面判断对竞争的影响:

(1)从市场主体上看,是否在搭售物市场中限制或阻止了其他竞争者的参与,即产生了进入障碍。仍以微软公司的案件为例,媒体播放器软件构成一件独立的产品,有很多供应商可以提供该应用软件,若在使用 Windows 操作系统的电脑中捆绑使用微软公司提供的 Windows Media Player,则限制了其他软件供应商在媒体播放器软件市场中的参与。

(2)从市场竞争力上看,供应方在搭售物市场中所获得的竞争力是来自搭售物本身的市场价值,还是目标知识产品之优势在搭售物市场中的强制性延伸。若为后者,则构成搭售。

4、采购方存在被强迫的情形。这是合同法、公平交易法提出的规制要求。

供应方利用其支配地位导致的后果是,即便采购方无意获得搭售物或另有获得搭售物的自愿交易的途径,但为获得目标知识产品,采购方不得不接受捆绑销售,有偿获得本不需要的东西,或丧失了与其他竞争者的自由交易机会。但如果采购方基于自身利益或需求的考量,自愿接受组合产品的交易,则不构成搭售。

5、不同产品的捆绑不存在商业上的合理性。

如果不同产品的捆绑,令产品或交易的质量/效率提高或费用降低,我们可以认为这种捆绑具有商业上的合理性,其目的是着眼于产品自身的性价比因素,而非仅仅针对占有市场份额。否则,这种捆绑将因不具有商业上的合理性,而受到效力上的质疑。

## 二、搭售的表现形式

就搭售的表现形式,尚无相关权威文件作出整理和表述,学界的分类方法也不尽相同。笔者认为,鉴于搭售行为的复杂性,对其表现形式的归纳可从如下两方面着手:

(一)根据搭售行为所涉及的具体产品,可以概括为“纵向搭售”和“横向搭售”。

1、所谓“纵向搭售”,即是将与知识产品的形成和实施构成某种意义上的上下游链条关系的产品进行搭售:如“设备+售后服务”、“方法+材料”,还有一种情形是要求采购方接收相应人员。

2、所谓“横向搭售”,即是目标知识产品与其他知识产品进行搭售,这里又可以细分为:

(1)相同性质知识产品的搭售:以目标知识产品是专利为例,如“搭售非核心专利”、“搭售同族专利”、“搭售无效专利”、“搭售另一专利”;

(2)不同性质知识产品的搭售:如将专利权、商标权或著作权等相互搭售的情形。

(二)根据搭售行为的操作方式,可以概括为“显性搭售和隐性搭售”、“契约式搭售和事实搭售”、“封闭式搭售与开放式搭售”。

## 三、规制搭售行为的法律实践

知识产权交易涉及对保护知识产权、保护消费者权益和维护市场竞争三者的博弈与平衡。从搭售法律规制的发展进程上看,各国的实践在总体上体现出了由认为

符合交易惯例,到认为捆绑行为本身当然地违法,再到基于“合理原则”的弹性监管的过程。

### (一) 评判搭售行为的原则

鉴于搭售行为涉及各种权利和利益的平衡,因此,对于知识产品交易中的捆绑不能采用一刀切的方式进行评价。我们应当看到在知识产品交易领域中之所以出现捆绑营销,有着一定的正当利益的需求,即知识产权的保护和有效实施以及知识产权人正当经济利益的实现,这在客观上对知识的创造和创新起到了一定的激励作用。

但事物总是有着两面性,不适当的捆绑,其实质就是令知识产品供应方的市场支配地位和经济利益产生“扩张”,即将供应方在目标知识产品市场中的交易机会或优势地位一并“扩张”到搭售物市场中,这种“扩张”会导致采购方在交易中的自由意志被侵害,其他竞争者的竞争机会被剥夺,从而影响整个社会的市场竞争秩序和知识进步。因此,对知识产权交易中的搭售行为进行法律规制是十分必要的。

在国际社会的法律实践中,一项重要的评判原则就是“合理原则”。美国司法部将该原则的含义归纳为:(1)知识产权许可中的有关规定必须是依附于许可协议中合法的主要目的,(2)限制范围不得超过为达到这一主要目的所必需的合理范围。满足这两个条件的许可行为视为是合理的,否则属于违法。再如,“《欧共体条约》也有类似的规定。

### (二) 国际社会关于规制搭售行为的法律实践

就目前知识产权交易中搭售行为的法律规制实践,可以国际公约、美国及欧盟的实践作为研判和借鉴的对象。鉴于关于国际公约、美国和欧盟的立法和司法实践已经有很多学术成果予以介绍,本文在此仅作概括性的介绍。

来自国际公约方面的规制可见《与贸易有关的知识产权协议》(通常简称为“TRIPS”)。该协议第8条2款规定,禁止知识产权人滥用权利;第40条2款规定,各成员国可以在与该协议的其他规定相一致的前提下,根据该成员国的有关法律和规章,采取适当的措施制止或者控制那些可能构成对知识产权的滥用、在市场上对竞争产生不利影响的订立许可合同的做法或者条件。例如,独占性回授条件、禁止对知识产权有效性提出质疑的条件、强迫搭售、一揽子许可。TRIPS被认为是目前规制知识产权领域之限制性行为的最重要的国际性法律文件。

美国规制搭售的法律实践可见如下领域:(1)《谢尔曼法》第1条、第2条以及《克莱顿法》第3条从反垄断法的角度对搭售作出了规定;(2)《1988年专利法修

正案》确立了“专利权滥用原则”在适用上要用“合理原则”进行分析的方法;(3)1995年《知识产权许可反托拉斯指南》。可见,美国的法律实践已经形成了从反垄断法和知识产权法两个体系进行“双重规制”的制度。

欧盟规制搭售的法律实践可见如下领域:(1)《欧共体条约》第82条(d)项规定,“订立合同时要求交易对方接受附带义务,而根据其性质和商业惯例,该附带义务与主合同并无联系。这种情况属于滥用支配地位的行为,为条约所禁止。”基于该项条款,最为著名的案例就是前文提及的欧盟委员会处罚微软公司案。(2)1996年发布的《技术转让协议集体适用欧共体条约第81条第3款的第240/96号条例》。该条例与美国《1988年专利法修正案》都确认了判定知识产权滥用时应当适用“合理原则”。(3)2004年发布的《关于将条约第81条(3)适用于技术转让协议的条例(第772/2004号)》,该条例对于搭售行为在知识产权交易中的限制性后果的判断作出较为明确的指导。

### (三)、我国规制搭售的立法现状

#### 1、我国关于搭售行为的法律规制立法如下:

##### (1)《合同法》:

“第三百二十九条 非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果的技术合同无效。”

##### (2)《技术进出口管理条例》:

“第二十九条 技术进口合同中,不得含有下列限制性条款:

(一)要求受让人接受并非技术进口必不可少的附带条件,包括购买非必需的技术、原材料、产品、设备或者服务;

(四)限制受让人从其他来源获得与让与人提供的技术类似的技术或者与其竞争的技术;

(五)不合理地限制受让人购买原材料、零部件、产品或者设备的渠道或者来源”。

##### (3)《反不正当竞争法》:

“第十二条 经营者销售商品,不得违背购买者的意愿搭售商品或者附加其他不合理的条件。”

##### (4)《反垄断法》:

第十七条1款“(五)没有正当理由搭售商品,或者在交易时附加其他不合理的交易条件”属于“滥用市场支配地位”的行为。“第五十五条 经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为,不适用本法;但是,经营者滥用知识产权,排除、限制竞争的行为,适用本法。”

(5)《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》:

“第十条 下列情形,属于合同法第三百二十九条

所称的“非法垄断技术、妨碍技术进步”：

(二)限制当事人一方从其他来源获得与技术提供方类似技术或者与其竞争的技术；

(四)要求技术接受方接受并非实施技术必不可少的附带条件,包括购买非必需的技术、原材料、产品、设备、服务以及接收非必需的人员等；

(五)不合理地限制技术接受方购买原材料、零部件、产品或者设备等的渠道或者来源”。

虽然知识产权交易中的搭售亦涉及专利权的合理使用,但在我国的《专利法》中未见就搭售行为的明确规制内容。

由以上立法可见,我国就搭售行为是有明确的禁止性规定的。

(四)关于我国立法的进一步完善

1、我国对知识产权交易中搭售行为之规制立法的缺陷。

比较国内外的立法实践,我国的现有立法过于原则且操作性不强,特别是在知识产权领域尚未建立独有的对限制性条件进行规制的法律体系,而知识产品相较于其他产品具有极大的特殊性,这种特殊性导致现有立法中对一般产品和交易的规制内容,不一定能够完全地适用于知识产权领域。在国内外知识产品交易极其频繁的今天,对相关立法进行完善已经成为一项必须尽快完成的课题。

2、关于完善我国立法的思考。

(1)就知识产权交易中的限制性行为的规制建立独立的立法体系,以适应知识产权交易的特殊性。

(2)不妨参考欧美的经验,在知识产权交易领域建立起有机结合的知识产权保护 and 反垄断的“双重规制”体系,以实现各种法律价值取向的平衡。

(3)在立法中进一步明确区分组合和搭售的原则和标准,尽可能地给出确定的量化指标或量化的计算方式,确立我国自己的“合理原则”,体现法律对知识创新的激励和对市场竞争的保护。●

●文 / 徐申民

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

## 涉及进口的技术实施许可合同中的几点问题

我国合同法第 18 章和《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》(以下简称“技术合同司法解释”)对技术合同及其纠纷的解决做了详细的规定。对于涉及进口的技术合同,外商在向国内企业作技术转移时,除应遵守合同法和技术合同司法解释等相关规定外,还受国务院 2001 年底修订的《技术进出口管理条例》的规范。

一般来说,外商和国内企业签订技术合同时,双方当事人比较关心且容易产生纠纷或在履行时出现风险的内容多集中在“权利(技术秘密)保证”、“侵权和侵权责任承担”、“限制性条款(包括改进技术的归属和无偿提供)”等条款中。该类条款涉及权利(技术)的归属,且其实施存在受到第三方权利限制的可能,所以需要双方当事人结合相关法律法规的规定作出明确的约定。

根据我国合同法等相关法律法规的规定,技术合同中包含了技术开发合同,专利权、申请专利的权利、技术秘密转让合同和专利、技术秘密实施许可合同以及技术服务合同等多种类型。为便于讨论,本文仅就涉及进口的技术实施许可合同(包括专利实施许可合同)的几点问题进行简单分析。

### 权利(技术秘密)保证条款

按照合同法第 349 条的规定,技术

实施许可合同的许可人在许可他人实施其提供的专利或技术秘密时,应当保证自己是所提供技术的合法拥有者。对于涉及进口的技术实施许可合同,许可人需根据《技术进出口管理条例》第 24 条第 1 款的规定,保证自己是所提供技术的合法拥有者或有权转让、许可者。

根据上述规定,技术实施许可合同中一般可加入类似“许可人保证其是专利(和/或技术秘密)的合法所有者(或有权转让、许可者)并且有权向被许可人授予相关许可。”的规定,作为权利(技术秘密)保证条款。需要注意的是,对于诸如:技术成果的共同所有人未经其他共同所有人的同意或追认即许可被许可人独占或排他地实施技术成果的情形;上一技术合同的被许可人未经授权转许可的情形;专利权有效期届满或被宣布无效的专利权人许可他人实施专利的情形等,按照合同法总则和合同法第 329 条等规定,属于无效或可变更撤销的技术实施许可合同。

合同法第 349 条除规定“技术实施许可合同的许可人应当保证自己是所提供的技术的合法拥有者”之外,还规定“技术实施许可合同的许可人应保证所提供的技术完整、无误、有效,能够达到约定的目标”。该条款的后半部分规范的是合同履行行为,技术实施许可合同的许可人提供的技术未能达到约定的目标的,属于合同违约而非权利(技



徐中民：市律协会展业务研究委员会委员

术秘密)保证条款规范的范围。许多技术实施许可合同的许可人为了避免非因提供的技术本身存在缺陷而被追究该违约责任,会在技术实施许可合同中要求被许可人具备和许可人同等的,可充分保障技术实施的软硬件条件,

以作为许可人保证其所提供的技术能够达到合同约定目标之前提。

此外,技术合同司法解释第 26 条规定,除非当事人间另有约定,专利实施许可合同许可人负有在合同有效期内维持专利权有效的义务,包括依法缴纳专利年费和积极应对他人提出宣告专利权无效的请求。该规定虽不属于权利保证条款的范围,但被许可人可要求许可人承担相应义务以保障预期利益不受损失。

### 侵权和侵权责任承担条款

合同法第 329 条规定,非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果(这里的“技术成果”包括专利、专利申请、技术秘密、计算机软件、集成电路布图设计、植物新品种等)的技术合同无效。其中,“侵犯他人技术成果的技术合同”是指由对该技术成果不享有转让权的当事人(包括技术合同司法解释第 20 条规定的,技术成果的共同所有人未经其他共同所有人的同意或追认即许可被许可人独占或排他地实施技术成果的

情形)未经权利人同意或追认签订的技术合同。对于由对技术成果 A 享有转让权的当事人签订的技术实施许可合同侵犯他人技术成果 B 的情形,一般不属于上述规定规范的对象。

一部分技术实施许可合同在权利(技术秘密)保证条款中要求许可人保证其是专利或技术秘密的合法所有人的同时,又基于合同法上述第 329 条的规定,要求许可人保证实施该技术不会侵害第三人的合法权益。这显然不属于合同法第 329 条规定的情形。专利权,即使是经实审的发明专利权,在授权后也存在部分或全部权利要求被无效的情形。如果许可人提供的是未公开的技术秘密,作为被许可人,其在被许可时就应当预见到该技术秘密存在被第三人申请专利从而被诉侵权的可能。所以,基于权利(技术秘密)A 签订的技术实施许可合同在履行过程中被诉侵犯权利 B 的,一般不宜因此认定该合同无效。但技术实施许可合同的被许可人为确保自身的利益,可以考虑在合同中加入诸如以下内容的条款。

“如被许可人因按照本合同的约定实施专利(使用技术秘密)被第三人诉称侵犯其知识产权,且因第三人的该侵权主张导致被许可人不能继续实施专利(使用技术秘密)的,则被许可人有权要求许可人:

为被许可人获得继续实施(使用)的权利。和/或对专利(技术秘密)的相关部分进行补正,使其不再侵权。和/或以不侵权技术替代侵权技术。和/或撤除侵权部分并相应减少许可费。

如上述措施不足以弥补被许可人所受损失,或不能达成本合同约定的目的的,被许可人可解除合同,并要求许可人赔偿损失。”

有关被许可人按照约定实施专利或使用技术秘密



造成侵害第三人合法权益时,承担侵权责任的主体问题,合同法第 353 条和《技术进出口管理条例》第 24 条第 3 款分别规定:“受让人按照约定实施专利、使用技术秘密侵害他人合法权益的,由让与人承担责任,但当事人另有约定的除外”。“技术进口合同的受让人按照合同约定使用让与人提供的技术,侵害他人合法权益的,由让与人承担责任”。另据合同法第 355 条“法律、行政法规对技术进出口合同或者专利、专利申请合同另有规定的,依照其规定”的规定,技术进口合同应适用《技术进出口管理条例》的规定。即对于涉及进口的技术实施许可合同,法定的责任主体为许可人。且当事人不能基于合同法第 353 条的规定另行约定。

为避免承担过重的侵权责任特别是赔偿责任,绝大部分许可人通过在技术实施许可合同中设置诸如以下内容的条款,对自己的责任范围作了限定。“技术实施许可合同的被许可人需按照合同的约定及合同附件中的技术标准严格地使用许可人提供的技术。对于因被许可人对技术进行变更、改进等非基于许可人的归责事由而被诉侵犯他人合法权益的,由被许可人承担由此造成的所有损失”;“被许可人发现实施本技术侵害他人合法权益或有可能侵害他人合法权益的,应立即通知许可人”;“被许可人发现实施本技术侵害他人合法权益或有可能侵害他人合法权益后未及时通知许可人或未按照许可人的指示及时采取相应措施,由此导致损失扩大的,该损失的扩大部分由被许可人承担”。“被许可人按照约定实施专利(使用技术秘密)被诉侵权的,其所受损失经客观认定后,由许可人以已支付许可费的累积额为上限向被许可人赔偿损失”。

#### 限制性条款 包括改进技术的归属和无偿提供)

技术实施许可合同的许可人在交易中通常占据优势地位。为防止许可人滥用其知识产权,限制被许可人自由竞争,合同法第 329 条和第 343 条规定,“非法垄断技术、妨碍技术进步的技术合同无效”。“技术转让合同可以约定让与人和受让人实施专利或者使用技术秘密的范围,但不得限制技术竞争和技术发展”。技术合同司法解释第 10 条基于合同法的上述规定,对属于“非法垄断技术、妨碍技术进步”,应作为无效事由的情形作了列举。其中包括限制技术改进、要求无偿转让或不对等提供改进技术;限制销售渠道和出口市场;搭售限购;禁止对技术的有效性提出异议等 6 种情形。

需要注意的是,技术合同司法解释第 10 条对上述 6 种情形进行列举时规定,部分限制性条款如非“明显不合理”、“不合理”、“并非实施技术必不可少的附带

条件”,则应结合实际情况判断是否构成无效事由。

我国合同法将技术实施许可合同分为“独占实施许可”、“排他实施许可”和“普通实施许可”这三种类型。除普通实施许可之外,专利或技术秘密的所有人按规定仅能许可一个受让人在某一区域范围内实施该项专利或技术秘密。在某一区域已存有“独占或排他实施许可”的情形下,“限制被许可人不能出口至该区域或在该区域销售”的条款,应认为属于合理的限制而不成为合同的无效事由。

此外,合同法第 349 条规定,技术实施许可合同的许可人应保证所提供的技术完整、无误、有效,能够达到约定的目标。如前所述,许多技术实施许可合同的许可人在技术实施许可合同中要求被许可人具备和许可人同等的,可充分保障技术实施的软硬件条件,以作为许可人确保其所提供的技术能够达到合同约定目标之前提。具体来说,某些技术实施许可合同中会设置要求被许可人同时引进(或指定购买)某种合乎技术标准原材料及辅助部件等的搭售限购条款。对于该类条款,一般来说只要是“合理的”、“属于必不可少的附带条件”,则按照技术合同司法解释第 10 条的规定同样不成为合同无效事由。

在技术实施许可合同的履行过程中,因双方当事人对合同的标的技术进行改进,从而获得新的技术成果的情形并不少见。有关改进技术的权利归属的问题,根据合同法第 354 条的规定,“当事人可以按照互利的原则,在技术转让合同中约定实施专利、使用技术秘密后续改进的技术成果的分享办法。没有约定或者约定不明确,依照本法第六十一条的规定仍不能确定的,一方后续改进的技术成果,其他各方无权分享”。对于涉及进口的技术实施许可合同,根据《技术进出口管理条例》第 27 条的规定,在技术进口合同有效期内,改进技术的成果属于改进方。按照上述规定,涉及进口的技术实施许可合同的当事人不得要求分享改进方技术成果的所有权。

相对于权利归属的强制性规定,改进技术的提供,即使是无偿提供,如下所示只要提供和实施条款是“互惠的”、“对等的”,即不构成无效事由。“在合同有效期内,如当事人双方对许可的专利(技术秘密)做出了改进,应及时通知对方,并授予对方免费使用该项改进的普通实施许可”。值得注意的是,技术实施许可合同的被许可人对许可人提供的专利或技术秘密进行改进,改进技术结合原技术更有利于产品生产的,合同当事人可转而签订交叉许可合同相互许可对方实施自己的技术。●

# 人文万象



乐 Lif ●文/严 嫣

## 律途——律师所在的法治旅途

《律途》——首部由上海律师自编自导自演的律政话剧，在2015年的初春里精彩乍现。

2月13日晚上，作为上海女律师联谊会特别策划、多区司法局鼎力支持的迎新活动——话剧《律途》，讲述了曾是同窗的4位律师，当年那个充满稚气的约定——“谁是最厉害的律师？15年后，谁是第一？”

没错，不想当大律师的律师，就不是好律师。这是每一个律师心中追逐的第一。然而，拼搏的15年、或者25年，甚至45年，又会是怎样的一番执业景致呢？这台话剧或者是个小缩影。

话剧《律途》中，4个稚嫩的小律师，成长了——带着自己的沧桑故事来完成当年的约定；精通涉外商事的罗律师赚得是盆满钵满，为家乡亲戚接了一笔涉外的生意，竟然阴差阳错被乡亲们当成汉奸律师，惨遭打骂和囚禁；擅长婚姻这类民事案件的董律师，刚接了一个新案子，委托方竟然是一段感情里的小三角色，而她自己正经历着家庭的裂变；刑事辩护的王律师，不计经济回报坚持多年刑辩，正全力以赴为一个弑母案的犯罪嫌疑人做辩护，而当事人

却一心求死；放弃了商业案件的朱律师，满心憧憬地前往西藏做了援藏律师，一心想改变当地人信访不信法的旧观念，在那里她结识新的人新的事，在太多不同和不懂中，她的感受亦是跌宕起伏。

话剧《律途》中这15年的尘埃落定，律师这份代理着他人或生死或利益的职业也吸引着许多的争议与思考，这些思考和磨练把4人从当年的天真年少变成现在有故事的人，而那个约定的答案，也伴随着4人的故事而揭晓答案——大家闭着眼睛、摸着良心举手表决，谁也未向自己投上那一票。终究，4人并没有决选出第一名……

当话剧落幕，剧场内千余名律师掌声雷动的时候，大家都为她的精彩和独特，叫好不己。的确，这是极完美的一场话剧：

故事源于真实案例——资深的东方大律师们包括翟建、陶武平、胡光、周知明、光韬、贾明军等各领域大家，奉献出他们手中承办的经典案例，把关话剧的故事脉络，力求跌宕而不做作。

律师演律师，全剧上上下下四十多个角色，几乎全是律师。本色出演看似简单，但大家需要克服工作的繁忙，排期演练，

更要学习舞台演出各种技能。绝非泛泛。

话剧的创作导演核心，在两个月的时间里从无到有，与浦东、静安、黄浦、长宁、徐汇、普陀6个区司法局和律工委的鼎力协作，觅得浦东青年律师联合会和华政沃原剧社的专业支持，加上大律师们的缜密把关，由国振盛华团队亲情制作。

这所有的不易与收获，正如上海律师协会副会长、上海女律师联谊会会长黄绮盛赞时所说，“这些年轻律师通过这出话剧证明了自己，估计他们要的就是这个！”

然而，在《律途》的那4位律师的执业旅途里，星星点点传递的信息，令在场的律师感同身受，甚至热泪盈眶，似乎也在印证、展示着，律途，也是律师所在的法治旅途——那其中的变化、闪光，更多的希望。

罗律师家乡亲人的不理解，从痛骂律师为了赚钱去“崇洋媚外、卖国求荣”，到体会到法律规则的力量和诚信经营的意义。这是百姓在经济发展的潮流中，不断地激荡与觉醒。

一个“被小三”的单纯女人，为了证明自己的真情和无辜而斗争，那份“不为食亡”的拧劲儿，告诉同样身为女人，那

个正因丈夫的背叛而痛不欲生的董律师什么是“女性尊严不可侵犯……”才有了那“掀开法律的机械和冷漠、捍卫贞操权利”的慷慨辩词。这是女性自我保护、自尊自爱的一场胜利。

孝子弑母，离奇供述。当认为刑辩没有用、法援律师没有用的一心求死之人，在一次又一次的会见里，刑辩律师的细心、敏锐、鼓励和“不放弃”下，他重现新的希望。哪怕只是极个别的觉察、发现，对每一个身陷囹圄的人来说，都意味着自由的希望。而一场公平、公正的审判，更是每一个错误得以纠正、接受处罚的起点。这样的认知、这样的不断确信，也在不断地呈现。

而最令人心胸豁达的——本想着“崇高而美好”的援藏律师，无私付出，撼动了藏民的落伍观念，定然是势在必得那个“第一”的时候，结果竟是“超然而脱俗”了。无论非讼、诉讼；无论刑辩、民商；无论公益、商业，只要在那法治进程的路途上，谁都那么不可或缺！每一个法律工作者，其实都在自己的执业中争奔第一，每一起案件用心用意、兢兢业业，那么大家都是自己的第一名、最棒的律师。自然他们4位律师是评不出——谁才是真正的第一名了。

如此大快人心、直抒胸臆的话剧，讲述了律师的15年执业旅途，在那舞台上，所呈现的一个个缩影里——或有意或无意，也传递了太多的信息——建国60年、改革开放30年、恢复律师制度30年……当代中国司法改革经历了一个波浪式前进、螺旋式上升的历史行程，而这一进程正是中国的法治化转型！中国的法治进程的旅途中，形形色色的法治事件推动着法治进程，个中必然会有坎坷，也有精彩；曾有蛰伏，更有惊变！

而在这其中，不可否认——定然有我们律师的所在，有我们律师的前行与敦促。社会与时代同进退，律师与法治共旅途，相信中国今后的法治梦，会是真正“律途”的意义所在。●

（作者单位：上海市海华永泰律师事务所）

乐 Life ●文 / 裘际玮

## 话剧《律途》观后感

观赏《律途》这部话剧，奇妙的感觉贯穿始终。

这是第一部由上海律师自编、自导、自演的话剧。台上的演员几乎全是律师，台下的观众十之八九也是律师。演出过程中的感觉相当奇妙，演员与观众仿佛瞬间穿梭了时空，两者之间很难找到清晰的界限——这部话剧里，律师就是演员，演的还是律师！究竟是律师成就了角色，还是因角色的成功而成就了律师？抑或，律师就是角色？角色就是律师？……

所谓的“编剧”，其实也“名不副实”。剧中的案情，大多来源于真实案例，又因律政剧的真实与严肃性所限，编剧进行艺术加工的空间非常有限。因此，真实、清新便自然而然地成为了这部话剧的特点。因为剧情来源于真实案件，所以没有了矫揉造作、故作姿态。综观全剧，呈现在观众眼前的，除了自然，便是专业。虽然缺少了些许舞台剧惯用的艺术表现手法，但却丝毫没有影响到此剧的质量。相反，该剧依旧动人，数度催人泪下——因为最真，所以最美！而且，与观看其他的演出不同，随着剧情的发展，观众们开始越来越难辨出自己究竟是在欣赏一部话剧，还是在舞台上

突然发现了工作中的自己？观后回味，或许两者早已融为一体：舞台上的那个角色，本是以千千万万律师为原型抽象出的个体，而观众席中的同仁们，正是那千千万万个律师的原型。演员根本无需通过表演引起观众的共鸣，律师这个共同的身份，便已是最大的共鸣点！

在这种奇妙的体验之下，一个半小时的话剧转眼便进入了尾声——其实，舞台上的4个律师角色，他们所经历的困惑、思索、顿悟和反思，不正是我和律师同仁们曾经经历或正在经历的困惑、思索、顿悟和反思么？

古语有云：“夫以铜为镜，可以正衣冠；以古为镜，可以知兴替；以人为镜，可以知得失。”如此想来，我不禁哑然失笑：这部上海律师第一次试水的话剧，虽然在舞台调度、演员表演、场景衔接等方面均还存有很大的提升和改进空间，但从舞台艺术追求的本质来讲，却已达到了其他剧目和表现形式所一直追求但往往难以企及的较高境界——源于生活，高于生活，并在剧目与观众间产生“镜面效应”，引人深思，使人回味无穷……●

（作者单位：上海钟颖律师事务所）





乐 Life ●文/葛岩

## 律师演律师

昨晚去上海商城剧院看了一部话剧。不是哪一个听说过的话剧团，而是上海市女律师联谊会自编、自导、自演，剧名叫《律途》的话剧。看的之前不怎么在意，业余的话剧，质量可以预料，不过是一杯白水；看过之后的感觉被彻底颠覆，这是一部编剧、导演、表演都非常成功的话剧，不是一杯白水，而是一杯玉液琼浆。虽然舞美简陋，音响、灯光效果也不怎么理想，但是毫不影响她的成功，毫不影响她的价值和她的美。

4位大学同学都选择做了律师，年轻的他们有个不失孩子气的约定：将来比一比谁是最厉害的律师，谁是第一。15年后，4位经历了职业沧桑的律师会聚在一起，各以一件执业故事比对当年的约定。

谢顶逾半的涉外商事的罗律师，因为一个涉外的仲裁案件，竟然阴差阳错被乡亲们当成汉奸律师，遭到打骂囚禁；被小三插足的民事婚姻董律师，正在经历婚姻裂变，她接到了一个新的案子，在法庭上竟然需要为被男人欺骗成为小三的女孩说话；老成持重的刑事王律师，此刻正全力以赴为一个弑母案的犯罪嫌疑人做辩护，可是自己的当事人却一心求死；15年后仍然无邪如初的朱律师，报

名前往西藏无律师县，做了志愿者法律援助律师，在太多的不同和不懂中，她找到了人生新意和志愿者律师的价值。

当年天真的少年变成有故事的人，鲜活真实，似曾相识，就像我们身边人发生的故事一样，比挑山女人离得更近一些。

律师属于精英人群，不仅是法律，其他方面他们中也有强者，编剧、导演、演员都是律师。

编剧金文玮，上海市金茂（昆山）律师事务所律师；导演韩璐，上海市乔文律师事务所律师；剧中演罗律师的律师姓罗，罗兴，上海市华诚律师事务所的律师；演董律师的是上海百悦律师事务所的董芳菲律师；演王律师的是上海博和律师事务所的王思维律师；演朱律师的是上海市华诚律师事务所的朱晶晶律师。

演戏需要装，演员是把别人的事装出来。他们不需要装，他们在说自己的事，他们扮演的角色和真实的身份近乎一体，戏外是谁戏里也就是谁，罗律师演罗律师，董律师演董律师，只不过把做过的事搬到舞台上而已。

可能有的人认为律师主要是懂法律，其实顶多说对一半。做一个律师，不仅要懂法律，更需要有道德、良心、人性。法律不是孤立悬空的，需要有道德、良

心、人性的支撑，支撑道德、良心、人性的正义。唯法律的律师不是一个好律师，也可以说不是一个称职的律师。《律途》告诉观众，律师不仅为法律而生，更是为正义而生。

罗律师代表外商赢得了官司，他不仅被打被囚，努力说服他做厂长的叔叔和在厂里打工的乡亲，最终，他们心悦诚服，违约赔款，企业倒闭了，人却站起来了；董律师是小三的受害者，在代理诉讼之际，她正遭受感情的重创，但是她并没有失去作为一个执业律师应有的理智，设身处地、感同身受地在法庭上为遭骗而无意中成为小三的女孩，追讨一个女孩应该有的尊严；王律师人高马大，似粗乃细，从犯罪嫌疑人陈述中细察案件的事实与人性的矛盾，二者悖理，必有其因，深追之下，果然寻到新的证据，证明犯罪嫌疑人不忍母亲遭受的病痛，弑母缘于爱母；朱律师志愿赴藏无律师的县，起先不被藏民理解，连司法局的干部也难以接受她的无私，苦闷的她在艰苦的环境下不弃初衷，以心换心，以情换情，最终获得藏民的接纳。

剧终谢幕，没有一个观众提前离场，台上台下，掌声接着掌声。我对坐在前一排的上海市女律师联谊会会长表示祝贺，她眼噙泪水回我，“谢谢，谢谢”！ ●





随 笔 ●文 /朱兴雷

# 读书于我而言

谈到读书,让我想起小时候。记得三年级的时候就开始看爷爷的大版书、武侠小说,之后就是琼瑶小说,可能我个性里部分侠客豪情和小女人姿态的最初来源于此。有位邻居姐姐曾经这样鄙视我:你那也算童年?我们的童年洗澡、打架、挖猪草、捉鱼……你呢?天天听你老妈说你在家里学习。童年虽不是她想象的那么枯燥,但很多小伙伴们做的有趣的事情,我参与得很少。我想是因为胆怯,因为爷爷认为家族弱小,总觉得会被欺负,性格里面那份自卑也许亦来源于此。更多时候我会埋头于那些大版书里面,甚至会用手电筒在被窝里面偷偷地看,感受着大侠们的豪情万丈和小女人的扭捏。可说到底还是那份胆怯、那份孤独让你活在虚拟的世界。

之后也会陆续读一些其他书,写一些感受,但是爱情却是过去十多年的主题,它就像一本大书,救赎着我的个性,甚至于我的家庭。从自卑,走向自信,从盲从走向独立。对于这用了将近十三年读的一本书,我依然表示感谢,那里有包容、了解,当然也有欺骗、伤害,可它教会一个蜗牛,勇敢地伸出它的触角去接触这个真实的、丰富的世界,更多地认识自己,了解自己,活出自己。而它确实易变的,不可捉摸的,跟任何的情感一样,有它的

周期的,非人力所能左右的……如何面对这样的无常?不知道。“随缘”一词有更多的无奈和恐惧,还有深深的孤独。

最近参加读书会,偶尔会对自己提一个问题,读书于我而言是什么?一个朋友在留言中这样说:人生观、性格、观念等已经不会因为一本书而改变。当时我为之一愣,我的回答是:读书的目的也不仅在于此吧。而读书对于我来说,意味着什么呢?今天一早与汤总一起刷牙,他问我在想什么?把我从书本的情节中拉回现实。上午与女友聊起来,我说我有一个愿望:有一个一居室房子,大大的落地窗,大大的书橱,大大的床,暖暖的被子……阳光普照的时候,满屋子阳光的味道,暖暖的;下雨的时候,下巴靠着双膝,依靠着玻璃窗,听着雨滴的声音,发呆……现在想想,那个大大的书柜里面满满的,就是我一辈子的伴侣啊,它们静静地矗立在你的周围,包容你的一切,爱护你的一切,永远没有背叛、伤害,而那个一居室,就是一个蜗牛的壳子罢了,那里最安全,最温暖。

读书对我而言,不过是找一个长久相伴的知己、伴侣罢了。书是最忠实的朋友、情人、伴侣……●

(作者单位:上海众律律师事务所)

# 业内资讯

## 市律协参加市政府法制办政府 法律顾问制度建设座谈会

2月4日,受市政府法制办邀请,市律师协会会长盛雷鸣、副会长周天平、君悦所刘正东等律师参加由市政府法制办组织召开的政府法律顾问制度建设座谈会。市政府法制办主任刘华出席并主持会议。与会律师对于政府围绕如何在政府法律顾问制度中发挥作用,提出了意见和建议。

2月7日,市律协自贸区法律服务中心召开2014年度总结会。一年多来,自贸区研究中心紧扣时代热点,开展了自贸区与律师业发展相关的课题研究,撰写完成了《上海律师行业服

务上海自贸区建设具体工作方案》的工作任务,并编辑出版了国内第一本自贸区法律法规汇编《中国(上海)自由贸易试验区法律法规政策汇编(中英文)》。

## 市律协自贸区法律服务研究中心 召开2014年度总结会

## 上海市律师协会启动上海律师业 史料收藏(馆)项目建设工作

上海是中国律师业发展的肇始发端之地,上海律师服务业至今已有一百四十多年的历史。3月,市律协九届理事会决定启动上海律师业发展历史记录暨上海律师

业史料收藏(馆)项目建设工作,力图系统和完整的梳理、记录和保护上海律师业的发展历史,为后人留下相对完整的珍贵的历史文献与档案资料。



## 法制先行——闸北律师积极参与法律咨询活动

为提升民众法律意识,解决民众生活中遇到的法律困惑,闸北区司法局先后于3月2日、3月4日和3月6日,分别联合妇联、天目西路街道、文明办、站管办等部门,组织

律师参与纪念“三八”国际劳动妇女节咨询服务活动、“创城锋向标之我的志愿文明之旅”主题活动以及“增强法治意识,保障和谐春运”2015年春运法制宣传咨询服务活动。

## 市中院吴偕林院长莅临市律协 交流座谈

3月13日,市中院院长、市知识产权法院院长、市铁路中院院长吴偕林等法官来访市律协,就跨行政区划法院、知识产权法院的改

革探索等问题听取律协意见并交流工作。与会人员围绕案件审理、日常沟通机制、律师代理等议题开诚布公,交换了意见。



# 上海国际经济贸易仲裁委员会

Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission

## 上海国际仲裁中心

Shanghai International Arbitration Center

上海国际经济贸易仲裁委员会（同时启用“上海国际仲裁中心”的名称，原名中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会，英文简称“SHIAC”，下称“上海贸仲”）是由上海市人民政府于1988年行文批准设立、并经司法登记的独立仲裁机构。其以独立、公正、专业、高效的仲裁服务为当事人解决争议，在国内外享有较高的声誉。上海贸仲受理当事人约定由上海国际经济贸易仲裁委员会或上海国际仲裁中心仲裁的案件，并继续受理按照当事人的约定应当由中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会仲裁的案件。

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

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

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

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

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

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

地址 (Address): 中国上海市金陵西路28号金陵大厦7层  
7/F, Jin Ling Mansion, 28 Jin Ling Road(W), Shanghai 200021, P.R.China  
电话 (Phone): 86 21 6387 5588  
电子信箱 (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 2015年第2期

### 上海篇

- 1.上海市人民代表大会:关于代表建议、批评和意见的规定(2015年修订)
- 2.上海市人民代表大会:关于代表议案的规定(2015年修订)
- 3.上海市人民代表大会:上海市实施《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法》办法
- 4.上海市规划和国土资源管理局:上海市地下经营性用途建筑面积计算及分类规则
- 5.上海市发展和改革委员会:上海市企业投资项目核准管理办法
- 6.上海市发展和改革委员会:上海市企业投资项目备案管理办法
- 7.上海市发展和改革委员会:上海市外商投资项目核准和备案管理办法
- 8.上海市发展和改革委员会:上海市境外投资项目备案管理办法
- 9.上海市发展和改革委员会:上海市核准的投资项目目录细则(2014年本)
- 10.上海市发展和改革委员会:上海市核准的投资项目目录(2014年本)
- 11.上海市发展和改革委员会:上海市核准的投资项目目录(2014年本)
- 12.上海市发展和改革委员会:上海市定价目录
- 13.上海市人力资源和社会保障局等:关于2015年调整本市城乡居民养老保险领取养老金人员养老金的通知
- 14.上海市人力资源和社会保障局:关于2015年调整本市镇保领取养老金人员养老金和征地养老人员生活费标准的通知
- 15.上海市人力资源和社会保障局等:关于2015年调整本市城镇企业职工退休人员基本养老金的公告
- 16.上海市高级人民法院等:关于本市适用“两高”《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的工作意见
- 17.上海市高级人民法院:民事法律适用问答(2014年第1期)
- 18.上海市高级人民法院:民事法律适用问答(2014年第2期)

- 19.上海市高级人民法院:商品房居住权纠纷研讨会综述
- 20.上海市高级人民法院:关于公布2014年度人身损害赔偿标准的通知

### 全国篇

- 【 诉讼法 】
  - 1.最高人民法院:关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定(2015年修订)
  - 2.最高人民法院:关于废止部分司法解释和司法解释性质文件(第十一)批的决定
  - 3.最高人民法院:关于巡回法庭审理案件若干问题的规定
  - 4.最高人民法院:关于办理死刑复核案件听取辩护律师意见的办法
- 【 证券保险 】
  - 1.中国证券监督管理委员会:上市公司收购管理办法(2014年修订)
- 【 财税 】
  - 1.国家税务总局:中华人民共和国发票管理办法实施细则(2014年修订)
- 【 房地产 】
  - 1.住房和城乡建设部:建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)
  - 2.住房和城乡建设部:建筑工程五方责任主体项目负责人终身责任追究暂行办法
- 【 安监工商 】
  - 1.国家工商行政管理总局:侵害消费者权益行为处罚办法
- 【 交通运输 】
  - 1.交通运输部:出租汽车经营服务管理规定
- 【 其他 】
  - 1.国家邮政局:邮政业消费者申诉处理办法

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/>

## 《荔波大小七孔》



摄影/文：董仑楚 律师

荔波大小七孔,樟江名胜区位于贵州省荔波县境内，它以喀斯特地貌所造就的奇山秀水，吸引万千游人，主要景观分布在“大七孔”、“小七孔”、“水春河峡谷”3个景区。小七孔景区定位：国家级风景名胜区AAAA级，中国最美丽的地方之一，世界遗产中国喀斯特。



# 上海仲裁委员会

## Shanghai Arbitration Commission

上海仲裁委员会是根据《中华人民共和国仲裁法》的规定,由上海市人民政府依法组建的常设仲裁机构。上海仲裁委员会以仲裁方式,独立、公正地处理平等主体的自然人、法人和其他组织之间的涉外及国内的合同争议和其他财产权益争议。

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

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

### MODEL ARBITRATION CLAUSE

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

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

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

## 新法速读

最高人民法院发布《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》

2015年2月4日,最高人民法院发布《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《解释》)。该解释自发布之日起正式实施。

《解释》全文552条,共6万余字,是最高法院迄今条文最长、内容最丰富司法解释,是对于2012年修改后的《民事诉讼法》在司法层面的深入解释,较好解决了民诉法实施中的疑难问题。

《解释》主要就以下法律适用问题作了新的具体规定:

一、对管辖问题作了详细规定,以减少管辖争议和管辖异议,促进各地人民法院依法及时、高效、便捷地行使管辖权;

二、对诉讼代理人资格、参加诉讼等

问题作出具体规定,以规范诉讼代理行为,有利于提高诉讼效率;

三、对举证证明责任分配原则、调查取证、逾期举证、质证、认证、证据的证明标准、证明力等问题作出了详细规定,并专门规定了当事人陈述、证人作证的需签署保证书制度;

四、对电子送达、留置送达等人民法院送达工作中的突出问题作出了明确规定,以规范人民法院送达行为,提高诉讼效率,保障当事人诉讼权益;

五、对保全担保问题作出了统一规定,以指导各地法院规范保全担保的适用条件以及担保的形式和数额;

六、完善了对妨害民事诉讼的强制措施的相关规定,依法加大对虚假诉讼,规避执行以及侮辱、诽谤、威胁、殴打审判人员等严重扰乱法庭秩序等行为的制裁力度;

七、初步落实了“立案登记制度”的要求,对符合民事诉讼法规定条件的起诉,规定应登记立案,以充分保障当事人的诉讼权利;

八、对按照小额诉讼案件审理的案件适用范围、审理期限、审理程序等作出了详细规定,在依法保障当事人诉讼权利基础上,促进审判效率和质量提高;

九、对公益诉讼、第三人撤销之诉、案外人申请再审以及执行异议之诉等制度作出了细化规定,同时进一步规范完善申请再审审查、再审审理程序;

十、明确规定了法院对执行行为异议、执行异议的审查处理程序,进一步规范人民法院执行行为,破解“执行难”、“执行乱”等问题。

(供稿:民事业务研究委员会)