

2015

4

总第730期



上海市律师协会主办

聚焦|思辨|感悟|互动

|聚焦|

而今迈步从头越

——上海市第十届律师代表大会第一次会议顺利召开



封面照片:上海七宝古镇

3月26日,应上海铁路运输法院邀请,市律协会长盛雷鸣等律师前往上铁法院,与上铁法院的法官进行交流座谈。与会人员围绕市律协如何与上铁法院强化合作,进一步合作推进法律职业共同体的建设展开讨论。



3月31日,“女职工维权案例分享会”举行。本系列讲座以“女职工生育期间权益保护”为题,市总工会副主席、女职工委员会副主任何惠娟与市女律联会长、市总工会巾帼志愿团团长黄绮律师一起为系列讲座揭幕,担任本次活动主讲的有温陈静、崔亚娜和凌凌宇3位律师。



4月1日,以会长章少辉为团长的欧洲华人律师协会代表团一行6人来访市律协。双方就两个律师协会今后的交流与合作进行了初步的讨论,并决定建立长期的合作关系。



4月1日,上海市人民检察院第三分院检察长陆建强、副检察长谈信友等来到市律协,与律师围绕“构建新型健康良性互动的检律关系,共同推进跨行政区划检察院建设”的议题交流座谈。



4月9日,上海市高级人民法院副院长顾伟强、立案庭庭长麦珏莅市律协,与律师围绕“如何完善上海法院律师诉讼服务平台等议题交流座谈”。

卷首语

构建新型健康良性互动的检律关系 共圆法治中国的梦想

上海市人民检察院第三分院检察长 陆建强

党的十八届四中全会第一次鲜明地提出了“法治工作队伍”的概念。这一全新的概念，

不仅包括立法队伍、行政执法队伍、司法队伍，而且包括律师、公证员、基层法律服务工作者、人民调解员和法学教育、研究工作者，对于加强法律职业共同体建设，培育法治文化，弘扬法治精神有着十分重要的意义。律师和法官、检察官一样都是法治工作队伍的重要组成部分，是法治建设的重要力量，肩负着共同的历史使命。在全面推进依法治国的历史背景下，在建设社会主义法治国家的伟大实践中，共同的责任和使命要求我们检察官和律师之间构建一种新型、健康、良性互动的检律关系，切实履行好中国特色社会主义法治工作者的职责使命，维护司法公正和法制权威。

上海市人民检察院第三分院是贯彻落实十八届四中全会精神，在全国成立的第一个跨行政区划的检察院。自2014年12月28日挂牌成立以来，我们在职能管辖、机构设置、办案模式等方面，进行了一系列具有跨行政区划特色的改革和探索。然而，跨行政区划检察改革不仅需要自身的努力创新，而且需要全社会的支持和帮助，特别是离不开律师界的支持和配合。在检察官与律师之间形成一种既各司其职、各尽其责，又相互尊重、相互支持，既相互信任、平等交流，又规范透明、互相监督的良性互动关系，是跨行政区划检察院建设的一项基础性、常态化工作。

当前，构建新型健康良性互动的检律关系，核心和关键是要做好两方面的工作：

一、要充分保障律师依法执业



的权利。

一是要严格执行最高人民检察院《关于依法保障律师执业权利的规定》（以下简称高检《规定》）。三分院将结合上海司法实际和跨行政区划检察的特点，将高检《规定》要求进一步细化，提高《规定》的可操作性，让律师的执业权利看得见、摸得着、行得通。

二是逐步构建案件程序性信息查询平台、法律文书公开平台、重要案件信息发布平台、辩护与代理预约平台等四个平台，保障包括律师在内的人民群众对检察工作的知情权、参与权和监督权。特别是要加强律师接待窗口建设，畅通律师接待渠道，及时听取律师意见，规范律师接待流程，增强司法办案透明度，方便律师参与诉讼。

三是健全对侵犯律师执业权利的救济机制。坚决执行新修订的《刑事诉讼法》第47条、第115条赋予检察机关的新职能，认真办理律师对公安机关、人民检察院、人民法院及其工作人员阻碍其依法行使诉讼权利的申诉或者控告，对存在的问题依法提出纠正意见。

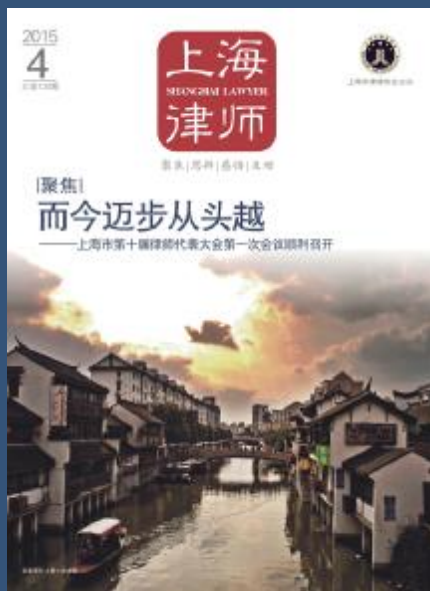
二、要建立检察官和律师之间常态化交流沟通机制。

一是发挥律师和律协的作用，开拓检务公开和司法为民的新渠道。检察院要充分借助律协的自办媒体——东方律师网、《上海律师》杂志、东方律师微博和微信等，开展检务公开和阳光司法活动，大力宣传三分院跨行政区划检察的职能管辖和典型案例，提高三分院跨行政区划检察工作的社会知晓度。并注重发挥广大律师社会接触面广、专业性强的特点，通过律师代理申诉向三分院提供跨行政区划管辖范围内的、有价值的监督线索。

二是共建业务培训和学术交流的新机制。探索建立专业咨询制度，研究聘请资深的专业律师为我们办理疑难复杂案件提供专家咨询意见；开展业务研讨、专题讲座等学术交流，探索建立检察官与律师交叉培训制度，交流探讨共同关心的法学理论和法律适用疑难问题；探索检察机关在律师群体中公开招录检察官，打通律师与检察官职业之间的交流通道。

三是形成化解社会矛盾的新合力。检察机关要注重发挥律师疏导和化解矛盾纠纷的独特作用，对办案中出现的矛盾和纠纷，加强与律师沟通，共同释法明理，答疑解惑，减少对抗情绪，增进理解，共同促进矛盾化解，共同维护司法权威。

党的十八届四中全会开启了法治建设的新篇章，我们法治工作者迎来了前所未有的发展机遇，在这个伟大的时代，我们检察官和律师将进一步增强职业认同感和信任感，携手并肩，为实现依法治国的“中国梦”而努力奋斗。●



《上海律师》月刊

主 管:上海市司法局
主 办:上海市律师协会
编 辑:《上海律师》编辑部

编辑委员会主任:盛雷鸣

副 主 任:陈乃蔚 邵曙范 黄 琦 钱翎樑
周天平 管建军 厉 明 万恩标

委 员:(排名不分先后)

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

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

本刊特约撰稿人:

王俊民 汤啸天 陈 默
李颂联 王凤梅 彭念元
游 伟

(内部资料 免费交流)



编辑部地址:

上海市肇嘉浜路 789 号均瑶国际广场 33 楼

电 话:021-64030000

传 真:021-64185837

投稿邮箱:E-mail:tougao@lawyers.org.cn

网上投稿系统:<http://info.lawyers.org.cn>

上海市律师协会网址(东方律师网)

www.lawyers.org.cn

上海市连续性内部资料准印证(K第272号)

本刊所用图片如未署名的,请作者与本刊编辑部联系

2015 4

目录

总第 721 期

卷首语 Juanshouyu

- 01 构建新型健康良性互动的检律关系
共圆法治中国的梦想 / 陆建强

本刊关注 Benkanguanzhu

聚 焦

- 05 而今迈步从头越
——上海市第十届律师代表大会第一次会议顺利召开,
俞卫锋、钱翎樑分别当选为新一届会长、监事长 / 吕 轩
- 07 姜平同志在上海市第十届律师代表大会第一次会议上的讲话
- 11 郑善和同志在上海市第十届律师代表大会第一次会议上的讲话
- 14 开拓创新 攻坚克难 谱写上海律师业全面发展新篇章
——上海市律师协会第九届理事会工作报告(摘要)
/ 盛雷鸣

- 19 九届监事会工作报告 / 厉 明

- 22 光荣榜

风 采

- 24 群贤毕至 名家荟萃
——上海律师现代京剧演唱会侧记 / 孙 轶



《蒸蒸日上》摄影:陈 运



上海市第十届律师代表大会第一次会议

2015年4月18日

4月18日,上海市第十届律师代表大会第一次会议召开。市委常委、市委政法委书记姜平,副市长白少康,市高级人民法院院长崔亚东,市人民检察院检察长陈旭和中华全国律师协会会长王俊峰等领导出席会议。

法律咖吧

- 26 律师与法官的良性互动关系是构建法律职业共同体的要求 / 光韬 黄绮 谭芳 岳雪飞
- 30 “希望让律师的执业环境越来越好” / 吕红兵
人物 优秀青年律师
- 32 感受平凡之路
——作为一名青年律师的成长思考 / 钱大治

法眼法语 Fayanfayu

香港大律师之窗

- 34 内地仲裁裁决在香港的执行(一)
/ 周立新 李世烈

视角

- 36 司法改革背景下法律职业共同体的构建
——以律师行业为视角 / 王思维

案例精析

- 40 浅析“公司人格混同”在实践中的运用
/ 吴海 夏心茹

专题研究 Zhuantiyanjiu

- 43 从依法治国大局看知识产权法院的设立
/ 方诗龙

- 46 对“王老吉凉茶”红罐包装装潢纠纷案一审判决的评析 / 王小兵
- 49 利用“个转企”变更登记途径助力直营连锁企业并购 / 李长宝
- 52 互联网技术创新、自由竞争和不正当竞争的合理界限探析 / 傅钢
- 55 高通滥用市场支配地位行政处罚案件评述
/ 朱小苏

人文万象 Renwenwanxiang

他山之石

- 58 英国法院如何解决案多人少的矛盾? / 张永红
乐 Life

- 59 《律政伊人》编辑手记 / 李莺
随笔

- 61 烽火太行忆左权 / 陈光明

业内资讯

- 63 上海市律师协会监事会举行年终总结会议等5则

新法速读

- 64 最高人民法院发布《关于办理死刑复核案件听取辩护律师意见的办法》

新法速递

封三 《律师业务资料》目录 2015年第3期

本刊关注

九届会长盛雷鸣(右)与新当选的十届会长俞卫锋(左)亲切握手



聚 焦 ●文/吕 轩

而今迈步从头越

——上海市第十届律师代表大会第一次会议顺利召开，俞卫锋、钱翊樑分别当选为新一届会长、监事长



2015年4月18日，上海市第十届律师代表大会第一次会议在国际会议中心开幕。市委常委、市委政法委书记姜平，副市长白少康，市高级人民法院院长崔亚东，市人民检察院检察长陈旭和中华全国律师协会会长王俊峰等领导出席会议。

大会对获得第三届“东方大律师”称号的丁伟晓、王嵘、叶杭生、吕毅、张鹏峰、张毅、陈乃蔚、赵靖、秦悦民和黄亚忠10位律师（按姓名笔划排序）及2011—2015年度“上海市优秀律师”、第五届“上海市优秀女律师”、2011—2015年度“上海市优秀律师事务所”、上海市律师行业2014年度贡献奖获奖集体、2014年度上海律师业好新闻获奖作品作者进行了表彰。

王俊峰会长代表全国律协对大会的召开表示热烈祝贺。他表示：近年来，在上海市委、市政府的正确领导下，上海律师队伍不断壮大，律师素质明显提高，律师工作走在了全国的前列。他希望上海广大律师紧密围绕中心、服务大局，认真履行职责，为服务上海推进“四个率先”、建设“四个中心”和社会主义现代化国际大都市做出积极贡献。

姜平同志作重要讲话。他指出：近年来，全市广大律师在司法行政机关和市律师协会带领下，紧紧围绕改革发展稳定大局和全市中心工作，把握正确方向，努力开拓创新，充分发挥专业优势，为上海民主法治进步和经济社会发展做出了重要贡献。

他强调：律师是法治建设的重要力量，在全面推进依法治国进程中具有非常重要作用，做好当前本市律师工作，要确保律师事业正确的政治方向，坚持党对律师工作的领导，把思想政治建设放在律师队伍建设的首位，进一步加强律师行业党的建设；要不断深化律师制度的改革创新，充分认识深化律师制度改革的重要性和紧迫性，稳妥有序地推进律师制度改革，紧密结合自贸区建设深化律师制度改革；要持续优化律师业的发展环

境，积极为律师服务业的发展创造良好的市场环境和政策环境，积极为律师职能作用的发挥创造良好的法治环境，着力打通优秀律师进入法官、检察官队伍的制度化渠道，积极为律师业的发展和作用发挥创造良好的舆论环境；要努力建设一支高素质的律师队伍，构建优势互补、结构合理的律师队伍，进一步提升律师职业道德素质，进一步加强律师人才建设。

盛雷鸣会长向大会作题为《开拓创新 攻坚克难——谱写上海律师业全面发展新篇章》的九届理事会工作报告。

报告从强化业务研究和职业培训，提升律师业务水平；做好维权与惩戒工作，加强律师队伍建设；推进法律职业共同体建设，改善律师执业环境；加强宣传教育工作，树立律师良好形象；推动律师参政议政，发挥律师在服务法治政府、法治社会中的重要作用；扩大对外交流，推进上海律师国际化进程；加强区县律工委建设，延伸行业管理职能；推进青年律师、女律师队伍发展，增强上海律师业整体实力；坚持依法治会，依规管理，完善行业自律体系；创新会员服务，履行社会责任等十个方面对九届理事会工作进行了回顾总结。

四年来，随着我国法治建设以及上海“四个中心”建设的不断加快，上海律师业也取得了可喜的进步与较快的发展。全市律师事务所从2010年的1064家发展到目前的1321家，增长24%，其中合伙所977家、个人所344家；有116家外地律师事务所在上海开办分所，另有境外律师事务所驻沪代表处153家。全市执业律师从2010年的12298人增长为16900人，增长37%，其中专职律师16246人、兼职律师654人。从学历上看，研究生以上（含博士）5933人，占全市律师总数的35%；另有公司律师、公职律师920人。四年中，全市律师共办理民刑行商事诉讼案件及非诉讼案件60余万件；承办法律援助案件5万多件。全市执业律师四年业务创收达346亿

第十届上海市律师协会 会长、副会长、理事、监事名单

领导机构

会长:

俞卫锋 上海市通力律师事务所

副会长:

周天平 上海市周天平律师事务所
管建军 国浩律师(上海)事务所
邹甫文(女) 上海昊坤律师事务所
王 嵘 上海汉商律师事务所
潘书鸿 上海恒建律师事务所
吕 琰 上海融孚律师事务所

理事会:

理事:(共 35 人,按姓氏笔划排列)

王 嵘 上海汉商律师事务所
田 波 上海众华律师事务所
吉剑青 北京炜衡(上海)律师事务所
吕 琰 上海融孚律师事务所
朱林海 上海市锦天城律师事务所
乔文骏 北京市中伦(上海)律师事务所
刘习赞 上海市君悦律师事务所

杜爱武 上海邦信阳中建中汇律师事务所
李向农 上海普世律师事务所
杨伟东 上海泰瑞洋律师事务所
杨 波 上海市德尚律师事务所
邹甫文(女) 上海昊坤律师事务所
张 艳(女) 上海原本律师事务所
张鹏峰 上海中夏旭波律师事务所
张慧卿 上海市恒业律师事务所
陈进龙 上海虹桥正瀚律师事务所
陈 峰 北京大成(上海)律师事务所
林东品 上海博和律师事务所
易国勇 上海市金桥律师事务所
金立宇 北京市金杜律师事务所上海分所
周天平 上海市周天平律师事务所
周 波 上海瀛泰律师事务所
胡 光 上海胡光律师事务所
俞卫锋 上海市通力律师事务所
洪 亮 上海市光大律师事务所
祝跃光 上海正策律师事务所
徐珊珊(女) 上海市海华永泰律师事务所

徐培龙 上海市朝华律师事务所
黄亚忠 上海市申江律师事务所
黄荣楠 君合律师事务所上海分所
曹志龙 上海市联合律师事务所
蒋 宏(女) 上海宏翰律师事务所
谢向阳 高朋(上海)律师事务所
管建军 国浩律师(上海)事务所
潘书鸿 上海恒建律师事务所

监事会:

监事长:

钱翎樑 上海钱翎樑律师事务所

监事:(共 7 人,按姓氏笔划排列)

吴家平 上海市远东律师事务所
陆 胤 上海蓝白律师事务所
陈 刚 上海九州丰泽律师事务所
金 缨(女) 上海市金源方程律师事务所
黄 绮(女) 上海市尚伟律师事务所
游闽键 上海市协力律师事务所
廖明涛 上海市汇业律师事务所

元,纳税近 45 亿元。

厉明监事长向大会作九届监事会工作报告。报告从“忠于职守——明职责,树理念,强化自身制度建设”、“尽职尽责——勤参会,督提案,认真履行监督职责”和“携手并进——听心声,聚智慧,加强交流与合作”等三方面对九届监事会四年工作进行回顾总结,并从监事会工作理念、工作方式、制度建设、工作内容等方面对新一届监事会提出建议与期望。

钱翎樑副会长作市律协 2014 年度会费预算执行情况报告及 2015 年度会费预算报告。

下午,律师代表分组审议大会各项报告。11 个小组的代表先后做大会交流发言,盛雷鸣会长随后结合交流发言中提出的主要问题作详细回答。

会议还表决通过了《上海市律师协会第九届理事会工作报告》、《上海市律师协会第九届监事会工作报告》、《市律协 2014 年度会费预算执行情况报告》、《市律协 2015 年度会费预算报告》,并选举产生新一届领导机构。

市司法局党委书记、局长郑善和同志代表市司法局党委,向四年来认真履职,积极作为,为上海律师业科学发展作出重要贡献的九届律协理事会、监事会

全体同志表示衷心的感谢!向新当选的市律协领导班子成员和受表彰的优秀律师表示热烈的祝贺,并向全市广大律师致以亲切的问候!

郑善和同志用跨越、奉献、创新三个关键词回顾了上海律师业四年的成绩。最后,他对十届律协工作提出三点希望:一、期待在开拓创新、敢为人先上有更大作为;二、期待在破解制约律师行业发展的瓶颈问题上有更大作为;三、期待在进一步彰显律师职业价值上有更大作为。

至此,第十届律师代表大会第一次会议圆满闭幕。●

聚 焦

姜平同志 在上海市第十届律师代表 大会第一次会议上的讲话

(2015 年 4 月 18 日)



各位代表、同志们：

今天，上海市第十届律师代表大会隆重召开，这是上海律师行业的一件大事，也是上海法治建设的一项重要工作。在此，我代表市委、市政府和市委政法委对大会的召开表示热烈的祝贺！向各位代表和全市广大律师致以亲切的问候！

四年来，全市广大律师在司法行政机关和市律师协会带领下，紧紧围绕改革发展稳定大局和全市中心工作，把握正确方向，努力开拓创新，充分发挥专业优势，为上海民主法治进步和经济社会发展做出了重要贡献。

一是律师业转型发展取得显著成效。广大律师积极参与、融入、服务上海经济建设，为上海“四个中心”和自贸区建设提供了有力法律支撑，同时保持自身快速发展态势，行业发展迈上了新台阶，实现了业务收入两倍于全市年均 GDP 增速，律所和律师数量不断增长，律师业务领域日益拓展。

二是律师社会功能发挥更加充分。广大律师认真贯

彻落实中办 30 号文件和市委 16 号文件精神，依托参政议政、信访接待、突发事件善后处置、大调解、法制宣传教育等十大平台，发扬奉献精神，履行社会责任，为保障人民群众合法权益、维护社会公平正义、促进社会和谐稳定作出了积极贡献，赢得了党委政府和人民群众的充分肯定。

三是律师整体执业环境不断改善。市委、市政府将法律服务业列入十大重点领域中介服务业，给予政策支持。本市政法各部门也出台了一系列保障律师执业权利、人身权利的规定，并建立了长效沟通合作机制和固定的信息共享平台，律师执业权利得到更加切实的保障。

四是行业协会的自律作用得到充分发挥。司法行政机关重视发挥律师协会的作用，积极转变职能，加强宏观管理和指导，有序退出微观具体事务领域，为协会作用发挥提供了广阔的舞台。律师协会深化和完善行业自律管理与服务，在推动全行业队伍、业务、文化、品牌 and 基础等方面建设上，做了大量富有成效的工作，成为全市作用发挥最好、管理最好的社会团体之一，在全国律师协会中的影响力不断提升。

律师是法治建设的重要力量，在全面推进依法治国进程中具有非常重要的作用。十八届四中全会对加强律师工作提出了明确要求，充分表明党中央、国务院对律师工作的高度重视，对广大律师的充分信任和热切期待。刚才，全国律协王俊峰会长对上海律师工作提出了十分明确的要求，希望新一届律协认真贯彻落实。下面，我就做好当前本市律师工作讲四点意见：

一、要确保律师事业正确的政治方向

在当代中国，中国特色社会主义道路是唯一正确的道路。律师事业是中国特色社会主义事业的重要组成部分，律师制度作为中国特色社会主义司法制度的重要组成部

分,必须始终坚持中国特色社会主义的正确政治方向。

一是要坚持党对律师工作的领导。坚持党的领导与全面推进依法治国是统一的,不是非此即彼的对立关系。依法治国的进程是在党的领导下逐步推进的,我们要全面推进依法治国的战略部署,只有在党的正确领导下才有可能实现。坚持党的领导,一方面,必须把党管律师的原则落到实处。涉及深化律师制度改革和律师工作的重大事项,必须经市司法局党委集体讨论决定,特别重大事项要向市委请示报告;市律协党委必须在律协工作中发挥政治核心作用,重大事项须经律协党委集体讨论决定。另一方面,必须善于运用法治思维和法治方式。在全面依法治国的新形势下,党领导律师工作的观念、体制、方法要更好地体现法治规律和要求。各级司法行政机关和市律师协会,要带头做守法的模范,牢固树立规则意识、程序意识和权力制约意识,善于运用法治思维谋划律师工作,善于运用法治方式解决律师工作中遇到的各种难题。

二是要把思想政治建设放在律师队伍建设的首位。十八届四中全会强调,要把拥护中国共产党领导、拥护社会主义法治作为律师从业的基本要求。当前及今后一个时期,律师队伍思想政治建设必须把“两拥护”的教育和实践作为重点,真正让广大律师深刻理解在当代中国坚持“两拥护”从业基本要求的极端重要性。要切实增强思想政治工作的针对性和有效性。律师队伍的思想政治工作方式、方法要适应和符合律师职业特点和队伍特征,既要把“两拥护”纳入律师继续教育课程培训体系,建立思想政治教育长效机制,又要努力采取容易为广大律师接受的灵活、有效方式,把教育和实践相结合,把思想政治教育与律师执业纪律、职业道德、职业伦理教育相结合,引导广大律师从内心增强对“两拥护”的政治认同、理论认同和感情认同。要坚持教育与依法管理相结合,要强化准入、退出管理机制。

三是要进一步加强律师行业党的建设。律师行业党建工作的重点应该放在律师事务所党建上。要选好、配强律所党组织书记,着力提高律所党组织书记的党建工作能力。要通过建立党组织服务律师事务所工作机制、党组织与律所管理层双向沟通机制等有效的工作机制,保证党组织充分发挥政治核心作用。要重视发挥党员律师的先锋模范作用,引领全市律师坚定走中国特色社会主义道路。

二、要不断深化律师制度的改革创新

30多年的实践表明,律师制度随着改革开放的不断深入,必将更加健全完善。

一是要充分认识深化律师制度改革的重要性和紧

迫性。党的十八大以来,党中央逐步形成了“四个全面”的战略布局。三中全会吹响了新一轮深化改革的“集结号”,四中全会则拉开了全面推进依法治国的大幕,两次全会都对深化律师制度改革提出了许多重要举措。日前,中办、国办印发了贯彻落实四中全会决定深化司法体制改革和社会体制改革的实施方案,在协调衔接三中全会改革任务和四中全会改革举措的基础上,为下一步深化推进司法和社会领域的改革绘制了路线图和时间表,其中,就加快形成公共法律服务体系、深化律师管理制度改革提出了明确要求。市委也正在就贯彻落实四中全会决定中涉及地方的各项改革举措提出责任分工方案。大约在下周,将会正式下发。关于司法体制改革,大家都知道,上海是全国司法体制改革的试点省市。昨天上午,我和崔亚东院长、陈旭检察长一同参加中央召开的司法改革工作的专题会议。孟建柱书记、周强院长、曹建明检察长都对上海已经推进的、正在推进的司法体制改革给予很高的评价。我们在市二中院、检察二分院和徐汇、宝山、闵行三个区的法院、检察院,共八个院试点的司法体制改革,已经基本完成。市委已经讨论决定,本月23日,市委将召开大会,全市所有的法院、检察院的司法体制改革将全面推开。从目前改革的进程看,司法体制改革,已经在八个院的试点进程当中,对提升法官、检察官素质,提高审判和检察工作的效率,全面深化审判运行机制改革和检察运行机制的改革,真正使人民群众感受到司法公信力的提高,有了初步的成效。上海高院和检察院已经在八个院试点工作的基础上,形成了一批可复制、可推广的改革基本规定和相应文件。这些文件我们正在抓紧做进一步的修订与完善。形成这些规范意见以后,将会在全市法院、检察院全面推广。中央和两高也对上海所形成的这些审判运行机制和检察运行机制的改革成果给予高度重视。周强院长和曹建明检察长昨天向我、崔亚东院长、陈旭检察长交待,希望上海的规范意见能够尽快上报两院,能够为全国的司法改革破冰探路。着力推进的法官、检察官的改革,也必将对律师工作的发展产生深远的影响。我们认为,年内出台的深化律师制度改革的意见,必将成为未来一个时期律师工作一个指导性文件。

二是要稳妥有序地推进律师制度改革。深化律师制度改革,内容很丰富,比如完善公职、公司律师制度,构建社会律师、公职律师、公司律师等优势互补、结构合理的律师队伍;切实保障律师执业权利,完善律师执业保障和执业权利救济机制;严格执行违法违规执业惩戒规定,健全执业管理体制;健全监管跨部门协调机制,加大律师行业监管力度;大力发展涉外法律服务业,等等,任务非常繁重。全市各级司法行政机关和市律师协会要认

真学习十八届三中、四中全会的决定,深刻领会其精神实质,结合上海律师工作实际,统筹规划,突出重点,有序推进,务求实效。要根据上海的实际,有条件尽快落实的,要尽快落实到位;需要等待中央顶层设计的,提前做好调查研究工作;有条件率先探索的,在征得中央相关部门同意后,积极争取把先行先试的任务放在上海;一时条件不成熟的,应逐步创造条件,积极稳妥推进。深化律师制度改革,涉及到方方面面,全市各单位、各部门特别是政法各部门,都要高度关注,积极参与,互相支持,互相配合。市司法局党委要做好统筹协调工作,注意增强各项改革举措的协调性。

三是要紧密结合自贸区建设深化律师制度改革。广大律师要更加积极主动地融入自贸区建设,为自贸区提供优质高效的法律服务。同时,要积极借助自贸区的平台,探索推进法律服务业的扩大开放。目前,自贸区中外律师事务所联营和互派法律顾问的政策已经制定,各项具体操作措施也已出台,已经有项目落地。下一步,一方面要继续扩大政策宣传推介力度,争取有更多的中外律师事务所参与扩大开放试点;另一方面,要认真做好落地项目的跟踪指导服务、调查研究和经验总结工作,帮助落地项目解决试点中遇到的困难和问题,多听各方面的意见和建议,包括加强与广东、天津、福建自贸区的沟通交流,取长补短,在此基础上不断完善政策,争取形成可复制、可推广的改革经验。

三、要持续优化律师业的发展环境

推动律师业的进一步发展,促进律师积极作用的充分发挥,不仅需要律师自身的努力,也有赖于一个良好的外部环境,这不仅是司法行政部门和行业协会的应尽职责,也是全社会的共同责任。本市政法各部门,多年来为依法保障律师执业权利做了很多工作,受到本市律师乃至全国各地律师的普遍欢迎和赞赏,希望各部门继续加大这方面的努力,让法律规定的律师执业权利在每一件案件中都能得到充分保障。

一是要积极为律师服务业的发展创造良好的市场环境和政策环境。税收和收费问题是广大律师关注度最高、敏感度最强的问题。近年来,上海司法机关配合有关职能部门对律师的税收和收费问题不断进行规范和完善,对促进上海律师法律服务市场健康发展发挥了重要作用。但是,随着形势的不断发展,也出现了一些新的情况。去年底国务院印发了《关于清理规范税收等优惠政策的通知》,今年全国人大修订《立法法》时进一步确立了税收法定原则。这就意味着,今后地方想通过税收或财政优惠政策来促进某一行业发展的可能性比过去要小了。换个角度说,我们认为它也有有利的一面,

有利于形成统一开放、规范有序的市场秩序。当然,律师行业税收征收中的成本核算问题,司法行政机关和行业协会可以做些调查研究,积极向有关部门提出政策建议,力争使之符合律师行业的特点。我们要继续扩大律师的业务范围,充分发挥市场在资源配置中的决定性作用,清除阻碍形成规范有序法律服务市场秩序的因素。要积极推动加大政府购买法律服务的广度和深度,在税收法定的背景下,更多地研究政府购买法律服务对律师业的发展和支撑,建立健全经费保障机制,采用政府购买和财政补贴相结合的方式,对律师担任政府法律顾问以及参与信访、调解、社区工作等公益性法律服务给予必要的补贴。

二是要积极为律师职能作用的发挥创造良好的法治环境。促进司法公正、维护司法权威、防止冤假错案,都需要更好地发挥律师的职能作用。近年来曝光的不少冤假错案,与律师的辩护意见没有得到足够重视、甚至人为压制律师依法执业的权利,都有一定关系。当前,还有一些司法人员对律师在维护司法公正中的重要作用认识不正确、不充分,对律师不够尊重、不够信任。市司法局今年计划联合法、检、公三家制定一份全面保障律师执业权利的规范性文件,这是我们建设法治上海的重要举措之一,市委政法委对此积极支持,已列入今年的工作要点,政法各部门都要密切配合、全力支持。要切实采取措施,依法制裁、打击侵犯律师人身权利的行为,保护律师合法权益。要认真落实《律师法》和新修订的《民事诉讼法》、《刑事诉讼法》,切实解决会见、阅卷、调查取证等方面的问题,为律师依法维护当事人合法权益提供便利。要依法整顿、净化法律服务市场,采取有力措施解决非法执业人员,从事法律服务的公司、机构的非法竞争问题。

三是着力打通优秀律师进入法官、检察官队伍的制度化渠道。4月15日,本市正式启动向社会公开选任高级法官、高级检察官工作,市二中院、检察二分院、徐汇区法院、徐汇区检察院分别选任三级高级法官、检察官,四级高级法官、检察官各1名,相关公告已在上海市公务员局网站、21世纪人才网上发布,平面媒体和广播电视也已发布该消息。从优秀律师和具有法律职业资格的法律工作者中公开选任高级法官、高级检察官工作,是上海司法体制改革的一个重要举措,也是建设完善法律职业共同体的重要举措,欢迎全市有志于从事审判、检察工作的优秀法律人才特别是广大律师能踊跃报名,积极参与上海司法体制改革。我也借今天这个机会,请在座的各位代表,更多地宣传上海司法体制改革和在律师中选任高级法官、高级检察官的工作。希望律师队伍中的优秀人才,能够参与司法体制改革,加入到我们正在

推进、深化的司法体制改革的工作中来,能够成为高级法官、高级检察官,在个人职业生涯中,有一个新的职业平台,更好地施展自己的才华。

四是要积极为律师业的发展和律师作用发挥创造良好的舆论环境。律师作为一种制度设计,源于辩诉平衡的原理。法庭之上,辩诉双方平衡对抗,法官居中裁判,只有这样,才能最大限度地维护公平公正。当前,社会上对律师职业定位、职业价值、职能作用的认识还不够全面,一些人对律师滋生排斥心理,有的还对律师依法执业设置障碍,希望司法机关会同市律协,进一步重视律师宣传工作,制定中长期宣传工作规划,整合宣传资源,有目标、有计划、有步骤、有重点地推进律师宣传工作,为律师事业的发展创造更好的舆论环境。要通过多种形式宣传律师制度、律师权利和义务、律师地位和作用,使广大干部群众了解、支持律师工作。要加大对律师队伍的正面宣传力度,表彰先进,弘扬正气,树立律师队伍的良好社会形象。

四、要努力建设一支高素质的律师队伍

上海律师队伍总体上是一支高素质的队伍,是党委、政府充分信任,人民群众普遍认可,并得到全国各地律师界普遍尊重的队伍。但同时,我们也要清醒地看到,与上海建设“四个中心”、全球科创中心和自贸试验区的新需求比,与上海建设现代化国际大都市的定位比,与人民群众的新期待比,我们的律师队伍还存在一定差距,需要不断努力、改进和提高。中央交给上海的任务是,在2020年基本完成“四个中心”的建设。对于“四个中心”建设,市委的定位是从2000年至2005年打基础,从2006年至2010年建框架,从2011年至2020年全面加速推进。目前,离中央交给我们“基本建成‘四个中心’”建设目标的期限,满打满算只有五年了。所以,我们需要全面推进“四个中心”建设。总书记又提出,上海要建设具有全球影响力的科创中心,自贸区的建设也是以上海作为试点,上海全面推进“四个中心”、科创中心和自贸区建设任务十分繁重。希望大家在持续推进建立一支高素质的律师队伍中,重点把握三个方面。

一是要构建优势互补、结构合理的律师队伍。十八届四中全会提出,要构建社会律师、公职律师、公司律师等优势互补、结构合理的律师队伍,正式把“两公律师”队伍建设提上日程。上海1995年在全国率先开展公职律师、公司律师试点,发展很快,“两公”律师在满足社会多层次、多领域的法律需求上发挥了不可替代的作用。但总体上看,与社会律师相比,规模还很小。市律协前些年在加强社会律师与“两公律师”的交流合作上作了一些探索,建立了特邀会员制度,今天也有部分特邀

会员列席会议。下一步,如何让“两公律师”的制度功能更好地发挥出来,如何实现“两公律师”和社会律师的优势互补,如何加强司法行政机关和行业协会对“两公律师”的行政管理和行业管理,如何实现与他们所在单位管理之间的衔接配合?这些问题都需要我们深入研究、积极探索。

二是要进一步提升律师职业道德素质。提升律师职业道德素质,一靠教育,二靠制度,三靠监管,四靠文化,要把四个方面有机结合起来,综合施策。律师职业道德教育要从申请执业时抓起,把职业道德教育列入申请执业人员培训的必训课程和实习考核的必考内容,并贯穿律师执业全过程。司法行政机关和行业协会要根据新形势新要求,健全执业纪律规范和职业道德规范,靠制度管人。对于违反执业纪律和职业道德的,要严格执业惩戒。同时,要充分运用好法律服务行业信用信息这个平台,发挥其加强社会监督、规范行业行为、促进行业发展的作用。要加强律师行业文化建设,培育以恪守诚信、勤勉尽责、维护正义为核心内容的行业文化,发挥文化潜移默化教化作用。

三是要进一步加强律师人才建设。律师提供的法律服务产品凝结着智力成果,律师业是典型的智慧行业、知识密集型行业,人才是其核心竞争力。从全国来看,上海是一个优秀律师人才聚集的高地,司法行政机关和行业协会也采取了不少举措,开展境外培训,拓展成才渠道,加强青年律师培养,等等,成效也很明显。但是,上海现有律师人才规模和层次,还不能完全满足经济社会发展的需要,比如,我们的涉外律师人才,金融、航运、国际贸易、知识产权等领域的高端律师人才,仍相对缺乏。我们必须进一步重视律师人才建设问题,运用引进与培养两种方式,进一步把上海打造成全国乃至全球有影响力的高端律师人才聚集地。要制定律师行业领军人才培养规划,分门别类建立律师人才库,拓展律师人才推荐和使用渠道。领军人才培养要特别重视上海急需的紧缺专业人才,通晓国际法律规则、善于处理涉外法律事务的律师人才,积极地推进上海律师的国际化进程。要高度重视青年律师的培养,积极采取措施,帮助他们解决执业初期面临的各种困难,搭建平台,创造条件,使他们在实践磨砺中尽快成长。

各位代表、同志们:“四个全面”的战略布局渐次展开,律师事业的发展面临着前所未有的大好机遇。希望全市广大律师主动把职业生涯、职业发展融入到“四个全面”的战略布局中,融入到上海改革发展的大局中,在服务经济社会发展事业的进程中,实现自己的职业理想和人生价值。

最后,预祝市第十届律师代表大会取得圆满成功! ●

聚 焦

郑善和同志 在上海市第十届律师代表 大会第一次会议上的讲话

(2015 年 4 月 18 日)



各位代表、同志们：

今天，我们相聚在浦江之滨，共同见证了上海律师业发展的重要时刻。各位与会代表不负重托，积极履职，认真审议各项工作报告，行使代表权力，圆满完成了大会各项既定议程。这是一次团结、奋进的大会，必将以其承前启后、继往开来载入上海律师行业发展的史册。在此，我代表市司法局党委，向四年来认真履职，积极作为，为上海律师业科学发展作出重要贡献的九届律协理事会、监事会全体同志，表示衷心的感谢！向新当选的市律协领导班子成员和受表彰的优秀律师，表示热烈的祝贺！也借此机会向全市广大律师致以亲切的问候！

四年来，在市委、市政府的正确领导下，在以雷鸣同志为会长的市律协领导班子的带领下，广大律师始终把这份崇高的职业与国家改革发展和民主法治建设紧密相连，坚持服务大局，奋勇开拓，精诚团结，砥砺前行，谱

写了全面发展的新篇章。

回顾四年来的成绩，我们可以用三个关键词来概括：

第一个关键词：跨越。四年来，律师行业的规模和结构实现了跨越式发展：截至 2014 年底，全市共有律师事务所 1321 家，增长了 24.2%；共有社会律师 16900 人，增长了 37.4%；律师业务收入 110.6 亿元，增长了 90.4%；年业务收入超亿元的律所达到 15 家，比去年增长 1.5 倍；律师人数 100 人以上的规模所达到 13 家，比去年增长 1.6 倍。这充分表明，上海律师业正加快走上内涵式发展轨道，上海律师的综合素质、业务水平和服务质量，都处于全国前列。

第二个关键词：奉献。广大律师积极践行社会责任，热情参与法治建设和社会治理，在每一部地方立法的背后，每一起重大突发事件处置的过程，每一个动拆迁基地的现场，都活跃着律师无私奉献的身影，你们不计报酬，辛勤工作，体现了新时期法律人应有的责任和担当。

第三个关键词：创新。主动转变理念，攻坚克难，在很多方面开创了先河。搭建律师服务“四个中心”和自贸区建设的广阔平台，在法律服务市场开放上实现了新突破；与公检法全部建立了长效沟通、信息共享平台和机制，有效解决了困扰多年的律师执业难问题；首创律师学术大赛、辩论大赛，创新律师人才培养机制，首次把公职律师、公司律师和境外所代表列为市律协特邀会员；精心策划打造《律师界》等专属媒体平台，上海律师的社会影响力和群众满意率不断提高。这些成绩有目共睹，各级党委政府看在眼里，群众记在心上，真心为你们点赞！

律师协会是律师自己的组织，是律师的代言人和利益的代表者。今天，我们选举产生了新一届律协领导班

子。这届班子将带领上海律师走向 2020 年,共同迎接全面建成小康社会的到来,可以说,使命光荣,责任重大。希望新一届班子继承和弘扬历届班子秉承的“法治、爱国、责任”的精神,薪火相传,继往开来,继续带领全体律师围绕大局、服务大局,在服务保障“四个全面”的战略布局中实现自己的人生价值和理想。希望新一届班子认真总结前一届班子好的经验和做法,一棒接着一棒,坚持下去,发扬光大,同时紧密结合新的形势和任务,开创性地开展工作,不断开拓上海律师工作的新局面。希望新一届班子自觉履行带头人的光荣职责,在协调上做好文章,当好党和政府联系律师的桥梁和纽带;在管理上做好文章,把律师协会真正建成自我管理、自我规范、自我约束的平台;在服务上做好文章,关注律师的民生和福利,关注律师中的困难群体,使律师协会成为全体律师之友,全体律师之家,不辜负广大律师的信任和重托。

十八大以来,党中央做出了“四个全面”的战略部署。目前,各个领域的改革渐次推开、逐步深入:国企混改改革拉开大幕,“一带一路”战略开始实施,亚投行等跨境金融机构纷纷创建,“互联网+”等新业态、新商业模式大量涌现,上海“四个中心”、科创中心和自贸区建设也正在大马力推进,力度之大、范围之广,令人无限期待。法治进程加快推进,各项实施方案逐步出台。可以肯定地说,未来一定是全面依法治国的黄金时期,一定是律师行业发展的黄金时期,更是法律人实现法治梦想的黄金时期,上海律师业的发展任重道远、天地广阔。

面对这份沉甸甸的责任,面对党委政府和人民的殷切期待,广大律师应该要有一种发展创新、勇于担当的自觉,也要有一种能发展、会发展的自信。这种自觉和自信,既基于对“法治兴、律师兴”的共识,也基于对全面深化改革必将带来全球范围法律业务重要机会的认同。同时,我们也要对上海律师业发展中的瓶颈和问题进行认真审视,保持足够的自省和自警,比如,面对律师业调整、合并、整合、提升的新阶段,规模化、专业化、国际化势不可挡的形势,我们是否有走出去的能力和迎接风雨的实力;面对国家和社会的期待和需求,我们是否能在满足社会需求和赢得社会认同方面求得平衡;面对以互联网技术的广泛应用为代表的信息化浪潮,我们能否在思维观念上、服务供给上及时跟进,等等。这些,都需要我们增强紧迫感和使命感,秉持时不我待的精神,进一步在时代浪潮中急流勇进,推动律师事业走向新的辉煌。

上午,姜平书记在讲话中对今后的律师工作提出了四个方面要求,希望全市各级司法行政机关、市律师协会和广大律师,认真学习领会,坚决贯彻落实。借此机

会,我再提三点希望:

一、期待在开拓创新、敢为人先上有更大作为

律师作为一支拥有高学历、高素质的专业队伍,从事具有现代性、创造性和复杂性的法律服务职业,必须始终站在时代前沿,对社会变革拥有敏锐的触觉。广大律师应当紧扣时代的脉搏,主动适应经济社会发展的步伐,用更广阔的视野和胸怀、更国际化的眼光和魄力,敢于尝试,敢为人先,推进上海律师业在业务领域、管理模式和人才战略上实现创新和突破。

要大胆创新业务领域和服务方式。大力拓展高科技、环保、文化等新兴产业的法律业务,探索深度对接其他行业实现“互联网+”之后的融入式、嵌入式法律服务,为自贸区建设、“一带一路”战略和亚投行等跨境金融投资、产业并购、海商海事、涉外知识产权等领域提供优质高效便捷的法律服务,不断创造法律服务的新产品和新业态。

要大胆创新律师事务所科学化管理模式。找准解决“重律师个人发展、轻律所整体发展”等问题的突破方向,探索制度化、标准化、信息化的管理路径,完善组织机构建设,进一步优化内部管理模式,努力规范律所特别是中小型律所的管理,激发内生动力。

要大胆创新律师人才培养机制。律师业是典型的智慧行业,人才至关重要。这需要司法行政机关和行业协会携起手来共同突破。要认真调研谋划,积极对接全市甚至全国的人才培养计划,制定紧缺领域的律师人才发展战略。目前,全市正在为全球科创中心建“人才池”,我们更要高度关注,主动跟进,借此东风,借船出海,引进、培养知识产权领域高端法律人才。我们既要关注和服务好关键少数律师人才,也要关注大量普通律师,特别是青年律师。青年律师是行业的未来。入职初期,他们会面临一些困难和困惑,协会要给予更多的精神上、物质上、政策上的支持。要多给他们创造展示和亮相的机会,帮助他们尽快成长成才。要积极开辟涉外高端律师人才的对口实务培训通道,近年来,律协在支持中青年律师出国实习培训方面做了很多工作,我们要继续开拓路径,胆子更大一点,力度更强一点,我们要把历年会费结余的部分用在刀刃上,用在战略人才的培育上,努力建设一支精通一门或者多门外语、通晓国际法律规则、善于处理涉外法律事务的高端律师人才队伍。

二、期待在破解制约律师行业发展的瓶颈问题上有更大作为

经过多年迅猛发展,上海律师业的整体水平已经处

于全国领先地位。但静下心来想一想,上海律师业发展有无瓶颈和短板,我们应该怎样对标找差。作为处于改革开放最前沿的上海,应树立国际视野和比较思维,既要与我们经济社会发展水平相当的省市比,更要放眼全球和世界,与法律服务业发达的国家和地区比。这样一看一比,相信很多律师都会得出和我一样的结论,正如同中国经济要转型升级一样,上海律师业也面临着紧迫的转型升级问题:传统业务领域竞争激烈,接近饱和,大家抢着做,但国际经贸、金融、海事海商等领域的业务则没有多少人能做,法律服务层次偏低,提供综合性、复杂性法律服务能力不强。此外,专业性不强、协同作战能力不高、参与国际竞争的能力较弱,等等。这些,都急待我们勇涉险滩,努力攻坚。

要大力探索规模化、专业化发展路径。目前,上海的规模大所所占比较小,团队和律师的专业竞争力从全球范围内看还有不小的差距。随着传统律师业务的竞争愈演愈烈,法律服务市场日益细分、精分,提供个性化、差异化的法律服务已经成为律所存续、发展的必由之路。要认真研究、探索通过联合、合并、重组等手段,逐步适当增加规模大所的数量。有个浅显的道理:因为小所不可能有大的客户。要瞄准上海城市定位和经济社会发展重点领域,有的放矢,做精做强专业律所,提高律师的专业化水平,切实满足改革发展要求。

要大力探索国际化发展路径。国际化涉及到“请进来”和“走出去”两个方面。就在本周三,全国首家中外律师事务所联营正式成立。我希望充分利用中外律所联营和互派法律顾问这一契机,通过紧密的交流合作,使律所和律师在业务能力和管理水平上有一个大的提升,真正实现双赢。另一方面,要在进一步摸清本市涉外法律服务基本状况的基础上,制定发展涉外法律服务业的政策措施,支持有条件的律师事务所到境外设立分支机

构。

三、期待在进一步彰显律师职业价值上有更大作为

律师要为“稻粱谋”,律师应该有商业头脑但绝不能成为商人;律师应该有对自己技艺的专注和执着,但绝不仅是法律工匠。律师是社会主义法律工作者,律师的职业价值不仅仅在于为社会创造了多少GDP,更应该在于能否忠实践行“维护当事人合法权益、维护法律正确实施、维护社会公平和正义”的职责使命。希望广大律师继续以饱满的热情和聪慧的才智,在促进司法公正、服务经济社会发展、深入参与社会治理上充分发挥职能作用。要依法履行辩护、代理职责,协助司法机关全面、准确地查明事实,正确适用法律,从实体和程序上维护司法公正,推动让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义。司法行政机关和市律协要努力搭建政府、企业、社会组织和律师沟通交流的平台,引导更多优秀的律师参与社会平安建设和基层社会治理。要探索建立服务重大突发事件处置长效机制,主动向党委政府提供切实可行的法律意见。要组织律师担任政府、学校、工青妇等单位的法律顾问,促进依法办事,防范法律风险。广大律师要积极践行社会责任,在维护法治平衡、消弭矛盾中实现自身的职业价值,真正成为社会公平正义的守护神。

各位代表,同志们:“长风破浪会有时,直挂云帆济沧海”。让我们时刻谨记律师入职誓言,积极投身深化改革开放和推进依法治国的时代浪潮,紧抓机遇,乘势而上,奋发有为,开拓创新,努力开创上海律师事业发展的新局面,推动上海律师成为先行者中的先行者,为创新驱动发展、经济转型升级贡献新的力量!

谢谢大家!●



聚 焦

开拓创新 攻坚克难 谱写上海律师业全面发展新篇章

——上海市律师协会第九届理事会工作报告(摘要)

上海市律师协会会长 盛雷鸣

(2015年4月18日)



则、活动计分规则,对年度工作表现突出的业务研究会予以表彰,对不符合要求的业务研究会则重新选举主任班子;二是业务研究管理实现信息化、网络化,量身定做的系统集成信息发布、委员报名、活动统计等功能;三是活动经费由平均分配改为统筹管理,给予活动质高量多的研究会更多经费支持,促进各研究会之间的良性竞争。

2、开展律师专业技能大比武活动。一是精心组织上海律师辩论队参加首届全国公诉人与律师电视论辩大赛,夺得全国冠军;二是举办上海律师辩论大赛;三是成功举办首届上海律师学术大赛,系全国律师界首创。

3、搭建律师服务“四个中心”建设的平台。一是参加上海金融法治环境建设联席会议,积极推进律师行业参与金融政策制定、金融创新及金融执法活动;二是持续举办“陆家嘴法治论坛”和“外滩金融法律论坛”等大型品牌活动,推动国际金融、航运中心法治的健全和完善以及专业律师队伍的建设;三是加入服务“两个中心”建设的专业机构,成为上海金融业界联合会和上海国际航运研究中心的理事单位,推动律师参与专业机构的活动;四是建立市律协自贸区法律服务研究中心,组织律师与自贸区管委会进行交流,积极推动上海律师参与自贸区建设。

4、推进继续教育,提升专业技能。律师学院在课程设置、培训方法和教材建设方面实施了一系列的探索和变革。一是围绕“四个中心”建设、上海自贸区建设、贯彻十八大及十八届三中、四中全会精神等举办专题培训班和主题报告等;二是转变思路,创新形式,推出精品课程;三是推进课程教材建设,编撰出版第一辑6本校本课程教材《律师实务初阶培训教程》;四是加强网络培训,为律师创设“时时可学,处处可学”的在线学习平台。

第二个方面:做好维权与惩戒工作,加强律师队伍建设

1、坚决维护律师执业权利,净化法律服务市场。一是以个案维权为抓手,加强制度维权,及时化解了律师

一、四年工作回顾

四年来,随着我国法治建设以及上海“四个中心”建设的不断加快,上海律师业也取得了可喜的进步与较快的发展。全市律师事务所从2010年的1064家发展到目前的1321家,增长24%。全市执业律师从2010年的12298人增长为16900人,增长37%。研究生以上学历5933人,占全市律师总数的35%。四年中,全市律师共办理各类案件60余万件;承办法律援助案件5万多件。全市律师四年业务创收达346亿元,纳税近45亿元。

四年来,第九届理事会是在市司法局党委的领导和指导下,不断提高责任意识、规范意识、效率意识,提升服务能力、执行能力和保障能力,认真履行《律师法》赋予的职责,坚持改革创新,努力加强律师队伍建设,推动了上海律师业的全面发展。

第一个方面:强化业务研究和职业培训,提升律师业务水平

1、推出三大举措,推动业务研究委员会制度创新。一是明确奖惩措施,修订并完善了业务研究委员会工作规

执业权利、人身权利被侵害的案件;二是努力净化法律服务市场,有效限制了非正常公民代理,维护了律师执业环境。

2、加强纪律惩戒工作,妥善处理各类投诉案件。一是增加了十多名区县调查员,每个专案由一名纪律委委员、一名区县调查员负责调查;二是纪律委委员参加理事值班。每周的“理事值班”由一名理事与一名纪律委委员共同处理投诉。

3、积极化解执业纠纷。本届纪律委同时承担执业纠纷调解工作,主要集中于调解律师与律所之间的纠纷,已有18件执业纠纷案件经过调解达成和解或者自行和解。

4、加强律师诚信建设。2014年,市律协配合市司法局建设并开通运行法律服务行业信用信息系统,进一步完善了律师违法违规执业惩戒制度和律师执业社会监督机制,切实提升了律师行业的诚信水平。

第三个方面:推进法律职业共同体建设,改善律师执业环境

1、与市公安局签署合作框架协议。约定律师在执业过程中如遭受人身侵权时,公安予以尽快立案调查并等同其他政法人员的保护力度。与市公安局监所管理总队签订合作协议,监管总队设立律师会见网上预约平台,全市看守所律师会见室增加了一倍,有些会见室还设置了专供律师记录使用的电脑,会见条件得到大幅度改善,律师会见权得到保障。

2、与市检察院签署协议并建立联席会议制度。市检察院制定并发布了《上海市检察机关依法保障律师执业权利的十条意见》,明确全市各级检察机关应高度重视和依法保障律师各项执业权利和救济权,加强律师接待窗口建设,依法纠正妨碍律师执业的违法行为,并为律师建立了阅卷预约快速通道。市检察院还开通“上海检察门户网站律师预约平台”,通过该平台确保律师随时随地第一时间掌握案件信息。

3、与法院系统建立了长效沟通机制。对广大律师反映较为集中的“立案难”问题开展调研,受到市高院的高度重视。市高院正式出台《关于进一步加强和改进立案工作的意见》,从依法保障诉权、方便群众诉讼、改进司法作风等三大方面切实解决律师普遍反映的“立案难”等有关问题,并陆续推出“12368诉讼平台”等一系列配套措施。同时,全市法院全面部署“律师一卡通”绿色通道,今年初又建立律师专业诉讼服务平台,大大方便了律师的执业行为,提高了律师的工作效率。

第四个方面:加强宣传教育工作,树立律师良好形象

1、强化自身传统阵地建设。一是办好《上海律师》杂志,以“重行业、精专业”为办刊宗旨,受到广大律师

的普遍欢迎和充分肯定。在2014年全国第二届律师协会会刊评比中,荣获“优秀奖”和“最佳传承奖”;二是东方律师网全面改进,四年来网站共发布信息达18000多个,年度访问量达800多万人次,同时加大对会员服务功能的开发。

2、加强行业的外媒新闻报道。依托中央驻沪和本市主要媒体及其政法条线记者,推进律师行业正面宣传报道,一是从2013年起编发《律协工作速报》52期,将市律协工作动态、律师行业热点、动向,以电子邮件形式提供给媒体记者;二是四年来共组织了13场新闻发布会,集中宣传市律协重要举措及活动;三是连续组织“上海律师业好新闻评选”活动,提高新闻媒体报道上海律协工作和律师业发展成果的积极性和主动性。

3、打造律师行业专属媒体新平台。一是加强与《新闻晚报》、《上海法治报》等平面媒体合作,推出各类律师行业新闻专栏;二是加强与电视媒体的合作,除继续和东方卫视“东方直播室”栏目合作,推荐律师担任节目嘉宾外,还开拓性地为第二届“东方大律师”制作了10集电视专题访谈片,在法治天地频道滚动播出;在上海电视台新闻频道播出上海律师辩论大赛决赛的盛况,充分展示了上海律师的职业风采。由上海市律师协会、法治天地频道联袂打造的《律师界》电视栏目于2015年1月5日正式播出,以纪实片的形式讲述上海优秀律师的精彩职业故事,真实反映上海律师的行业风采;三是拓宽宣传渠道,2014年8月1日,上海律协实名认证的微信订阅号——“上海律协”正式上线。

4、开展纪念“上海律师公会成立一百周年”系列活动。编纂《百年积淀——纪念上海律师公会成立100周年》纪念画册、《韩学章纪念画册》、《纪念上海律师公会成立一百周年征文集》;隆重举办纪念上海律师公会成立一百周年的大型史诗音乐会;召开纪念大会,全方位、多角度地向社会展现律师制度恢复以来上海律师业取得的主要成就。

5、组织开展第三届“东方大律师”和2011—2015年度“上海市优秀律师”、“上海市优秀律师事务所”、“上海市优秀青年律师”、“上海市优秀女律师”评选。将先进典型的表彰宣传工作与网站、杂志、微信公众平台等手段紧密结合,树立行业楷模,引领行业发展。

第五个方面:推动律师参政议政,发挥律师在建设法治政府、法治社会中的重要作用

1、四年来,153名各级律师人大代表和政协委员所提的议案、提案、书面意见和社情民意达358件,内容涉及国计民生的方方面面,为法治上海、法治政府出谋献策。

2、与市人大、市司法局携手开展全民普法活动。四

年来共举办《市民与法——人大代表说法系列》讲座120多场,帮助基层人大代表和广大市民了解相关法律法规,增强法治意识。

3、充分发挥上海市消费维权律师志愿团的作用,与市消保委、市旅游局共同开展专题调研;组织律师积极参与上海市“3·15”国际消费者权益保护日系列活动。

4、坚持每年组织律师进“两会”现场,为人大代表及政协委员提供法律咨询服务,得到市人大、市政协领导的肯定,市政协相关部门还专门致信市律协表示感谢。

5、加强与市委统战部知联会以及民主党派的联系,搭建律师参政议政的平台,将律师的呼声和研究成果带到上海“两会”甚至全国“两会”上,促进了律师参政议政以及行业发展。

第六个方面:扩大对外交流,推进上海律师国际化进程

1、加强和巩固与香港大律师公会的合作。2013年,市律协与香港大律师公会签署了友好合作协议,分别在上海和香港成功举办了2次法律专题研讨会,《上海律师》杂志专门开辟“香港大律师之窗”专栏,由著名香港大律师定期向上海律师介绍香港律师业和香港法律的情况。2014年,与香港大律师公会共同举办模拟仲裁庭活动,使参与活动的青年律师及法学院学生受益匪浅。

2、建立并拓宽与境外律师协会联系和交流的关系网络。与欧美日韩等地律协建立了良好的合作关系,除定期举办法律专题研讨会外,还建立了固定的、长期的青年律师培训机制。

3、开启“请进来”和“走出去”的双向模式,打造高素质律师队伍。一是邀请包括事务所合伙人、世界知名大学法学院教授、仲裁机构主席等境外法律人士来沪举办讲座,举办各类涉外专题研讨会和讲座20余次;二是推进青年律师境外实习项目,选送优秀青年律师出国培训和学习,并在资金上为优秀青年律师出国培训提供支持。

4、增设特邀会员工作委员会,建立特邀会员制度。促进两公律师与社会律师的交流合作,提升了上海律师队伍的整体实力。

第七个方面:加强区县律工委建设,延伸行业管理职能

各区县律工委结合本区县实际情况,有的创建了“律师之家”工作模式,受到司法部、市司法局领导以及兄弟省市律师协会的高度赞赏;有的开拓服务经济建设新兴领域,推进“法律维权便利”服务联动工作;有的与相关部门签署企业法律咨询服务战略合作协议,拓展政府购买法律服务的新渠道;有的建立“名律师工作室”

平台,加强对青年律师的培养力度,极大地推进了区县律师队伍的建设。

第八个方面:推进青年律师、女律师队伍发展,增强上海律师业整体实力

1、四年来,市律协共开展了124次旨在提升青年律师业务水平、发掘发现青年律师人才和丰富青年律师业余生活的活动。编写《上海市律师协会关于全面培养青年律师规划纲要(征求意见稿)》,确定以培养一支高素质的青年律师人才队伍为总体目标,对全面培养上海青年律师作了全面和系统的部署。

2、市律协女律师联谊会高度关爱女律师的身心健康、关注女律师的技能培训,并充分发挥女律师的重要作用,开展以执业展业为主题的各种沙龙活动。一是通过举办“三八”妇女节主题活动、春蕾助学爱心拍卖捐款活动、女法律工作者普法行动、知识女性高峰论坛、自编自导自演与律师有关的话剧等活动积极发挥女律师作用;二是成立“上海市总工会女律师志愿团”,成为上海女工会干部培训和女职工维权的骨干力量;三是积极参与参政议政,占全市市、区律师人大代表和政协委员1/3的女律师,为民生问题向政府建言献策,为妇女、老人和儿童的权益保护贡献智慧。

第九个方面:坚持依法治会,依规管理,完善行业自律体系

1、四年来,除修订协会章程、区县律师工作委员会工作规则等两个规章外,还制订了特邀代表规则、预备会员规则、行业贡献奖表彰奖励规则、特邀会员规则等11项规则。同时,对近三十个现行有效的规章制度进行了修改、审核和系统编订,编印了《上海市律师协会规则与规范汇编》,逐步使律协的行业管理有章可行,律师的执业活动规范有序。

2、加强律师事务所规范化建设。编撰并向全市律所免费发放了《律师事务所管理指导手册》,为指导和规范事务所建设发挥了重要作用。

3、设立律师执业考核委员会,严格考核流程。2013年,与市司法局共同建立上海律师数据综合性管理平台,依托此平台,市律协与各区县司法局分工协作,对考核内容进行分级审核,保质保量地完成了律师年度考核工作。

4、完善并严格执行预备会员规则,强化实习考核制度,规范实习人员工作流程,健全实习人员面试考核体系,严格执行工作流程与办事程序,设置实习人员面试考核标准的刚性指标,做到从源头上严格把关,提高律师队伍整体水平。

第十个方面:创新会员服务,履行社会责任

1、做好事、办实事,关注律师“民生”。从2013年开

始,每年向全市律师发放最新版《会员福利手册》,不断增加福利。一是行业保险项目:按时续保《律师执业责任险》和《团体人身意外险》。2014年市律协与中国人民财产保险股份有限公司签订《律师重大疾病保险协议》,覆盖25种重大疾病;二是行业救助项目:律师医疗互助金,实行律师救助金制度,帮助受到意外伤害或遭遇突发事件而发生经济困难的律师;三是律师行业年金保险制度;四是自选福利项目:实施“律师健康体检”,2014年市律协与爱国康宾健康体检管理集团达成合作协议,向全市执业律师提供一份超值的体检套餐。2013年与平安健康保险公司签署合作协议,以搭建平台的方式,向广大会员提供高端医疗保险服务。关爱老律师,坚持每年举办重阳敬老聚会活动,与老律师间保持着经常性的联系与沟通。坚持开展形式多样的文体活动,设立棋、牌、球、京剧、合唱团等12支文体团队,每年开展数十次丰富多彩的文体活动,并在与兄弟省市律师文体项目比赛中屡创佳绩。

2、推出律师文化建设新举措。市律协首推新律师入行仪式作为律师文化建设的重点实施项目,以培养和加强律师的职业荣誉感、归属感和使命感。2011年底,市律协还撰写并发布了《上海律师社会责任报告》,体现上海律师在履行社会责任中的积极作用,进一步提升了上海律师的形象。

3、加强与兄弟省市协会的交流。四年间,接待了北京、重庆、天津等二十多个省市律协的来访,开展行业管理及律师实务的交流互动。

4、贯彻落实全国律协关于援助西部律师的“百千千工程”计划。一是提前完成“百车计划”,一次性捐赠175万元的购车补贴;二是实施培养西部地区律师和律师事务所负责人的“千人计划”,先后在2013年和2014年举办两期“‘百千千工程’上海律协培训班”;三是落实“千场计划”,选派上海律师前往新疆、贵州等地,举办专题讲座。

二、感悟与体会

(一) 加强律师党建工作,为上海律师业全面发展提供坚强的政治保障

市律协党委按照市司法局党委《深入开展党的群众路线教育实践活动的实施意见》的要求,认真学习《党的群众路线教育实践活动学习文件选编》等理论读本以及中央八项规定,召开群众座谈会,听取各区县律师代表的意见,找出存在的问题和不足,研究制定整改措施,端正思想认识,改进工作作风,加强党委班子建设,不断推进行业管理。

但是,律协党委和区县律师党委(总支)及律师事

务所党支部没有建立直接的领导关系,对基层党建工作和律师党员缺乏联系与指导,部分党支部的组织生活形式单调,缺乏吸引力,亟待理顺关系,加强指导,充分发挥律协党委的战斗堡垒作用。

(二) 推动法律职业共同体建设,推进律师执业环境的持续改善

近几年来,在市司法局的指导和协调下,市律协与本市各级法院、检察院、公安局之间建立起来的交流合作长效机制日趋巩固,从根本上改善了律师的执业环境。此项工作必须长抓不懈,并应从制度层面予以进一步巩固。

(三) 加强业务研究,进一步提高上海律师的学术素养和整体实力

由于法治环境尚不完善以及受社会不良风气的影响,上海律师学术钻研精神还有待加强,值得我们加以重视和研究。同时,随着上海经济社会发展,对上海律师的精细化要求也不断提高。因此,我们在持续举办“陆家嘴法治论坛”、“外滩金融法律论坛”等大型活动的同时,成功举办了规模空前的上海律师辩论大赛,开创性地举办了“首届上海律师学术大赛”,编纂律师学院校本教材,提升了上海律师整体专业水平,引导广大律师的不断改进和提升执业观念和方式。

(四) 关注律师“民生”,努力建设“律师之家”

九届理事会遵循“以人为本、服务律师、凝聚人心”的服务宗旨,逐步建立了一套相对完善的律师福利保障体系,陆续推出一系列新举措,不断改善律师民生和律师执业环境,取得了一些看得见摸得着的成果,使广大律师感受到律师之家的温暖,对今后的行业管理工作产生深远影响。

(五) 上海律师业的发展亟需政策扶持

上海律师业走在全国的前列,上海律师的综合素质、业务水平和服务质量,均处于全国前列。然而,目前在行业管理和律师队伍建设中仍存在一些差距和问题,需要我们头脑清醒,高度重视,如律师事务所的规范化、规模化、专业化、品牌化建设明显滞后;极少数律师执业不规范,诚信度不高,违规违纪,造成投诉率居高不下等等。有些长期性的问题仍然困扰着律师业的发展:一是司法环境的改善还有很大的空间,亟需领导部门牵头,同公检法进行协调和协商,共同签署统一的保障律师执业权利的文件,进一步优化律师的执业环境;二是在现代法律服务市场的开拓方面难以取得重大突破,亟需借上海自贸区建设和司法体制改革之机,增加律师法定业务范畴;三是上海高端法律服务人才紧缺,中青年律师的出国实习专项培训基金及项目一直未能落实,紧缺人才的缺口单靠律师行业内部的继续教育培训机制难以

充分有效的解决,亟需政府部门从政策上给予扶持。

三、对协会今后工作的几点建议

(一) 学习贯彻十八大及十八届三中、四中全会精神和习近平总书记重要指示精神,加强律师队伍建设

党的十八届三中、四中全会通过了一系列决定,绘制了“法治中国”的路线图;习近平总书记多次就社会主义法治建设发表重要讲话,明确提出要积极推进律师队伍建设,这为律师事业发展指明了方向。市律协要抓住这一机遇,坚持把加强律师队伍建设作为行业管理的首要任务,团结和引导广大律师忠实于宪法和法律,忠诚履行宪法和法律赋予的神圣职责。要坚持把律师队伍建设摆在重要位置,加强律师行业党的建设,把拥护中国共产党的领导、拥护社会主义法治作为律师从业的基本要求,增强广大律师走中国特色社会主义法治道路的自觉性和坚定性,努力提高律师队伍的政治素质。

(二) 大力加强职业培训和业务研究,提升广大律师的理论水平和实务能力

我们要依托律师学院这一培训基地,组织开展多元化培训,并坚持改革创新,举办业务创新论坛、高级研修班、经验交流会,提升律师服务意识和服务能力。要适应发展趋势科学地组织和设置各类业务研究会,充分发挥其业务导向和引领作用;组织举办法治精品论坛,推动业务研究更加贴近律师、贴近社会,逐步打造上海乃至全国律师提升专业素养和执业技能的大舞台,形成上海律师队伍建设的亮点和品牌;要积极举办各种形式的辩论比赛、模拟法庭,建议每届举办一次学术大赛,扭转行业内一些“重人情、轻规则,重关系、轻专业”的不良现象,努力形成全行业注重专业研究和技能培养的良好氛围,提升广大律师的法学素养和实务能力。

(三) 大力培养涉外业务领军人才,提升上海律师国际竞争力

一是畅通渠道,积极开展对外业务交流。加强与境外律师组织的业务联系与沟通;二是建立支持优秀中青年律师出国实习培训的专项基金和项目,开辟对口实务培训通道,继续推进青年律师境外实习培训项目;三是推进培养体制机制创新,积极争取和推动政府部门从政策上给予扶持,力推政府将涉外律师人才队伍培养提升到国家人才战略的高度,高度重视法律人才的培养工作,出台相关政策,加大财政资金的投入,纳入政府的人才培养计划和整体规划。花大力气培养一大批熟悉国际惯例和规则的专业律师,建立一支具有国际视野、具备较高的涉外专业服务能力 and 良好社会诚信度的高素质律师人才队伍。

(四) 坚持改革创新,大力拓展法律服务领域

一是上海律师在传统律师业务领域竞争非常激烈,而在国际经贸业务、金融高端业务、海商海事业务等服务领域则业务量不多,许多“法定业务”不能落实,应积极推动各级政府从政策上加以扶持,以求在现代法律服务市场的开拓方面取得重大突破;二是在“四个中心”建设以及重大建设项目实施过程中,应积极争取各级政府支持上海律师全程参与,建立起律师前期介入和全过程服务的机制;三是要按照《全国律协关于实施“律师服务经济社会发展业务创新拓展工程”的意见》的要求,重点做好五大方面的业务拓展,为中国企业“走出去”和“一带一路”战略建设保驾护航。

(五) 继续推动律师参政议政,提升律师在依法治国中的重要作用

党的十八届四中全会《决定》使律师有更多机会参与立法工作;积极推行政府法律顾问制度有助于律师参与政府重大决策;建立从符合条件的律师中招录立法者、法官、检察官,使更多律师有机会直接参与党政机关、政法单位和人民团体的法律工作。

(六) 大力推动律所建设,提升上海律师整体实力

应加强对制约律所建设的薄弱环节进行分析和研究,找准解决“重律师个人发展、轻律所整体发展,重律师个人收入分配、轻律所发展积累,重个人业务素质提高、轻律所管理水平提升”等存在问题的突破方向,努力改善律所特别是占绝大多数的中小型律所的管理;加强完善行业准入制度,认真落实律师事务所对实习人员的统一管理和“带教”制度,切实改变部分律所管理流于形式的“空心化”现象;进一步完善《律师事务所管理手册》,提升律师事务所建设的合力与竞争力,为上海律师行业的整体发展打开瓶颈、拓展空间,提升上海律师整体实力和服务能力。

(七) 直面存在的问题,从啃“硬骨头”处发力

一是应加强律师对核心价值观的认同,进一步规范律师行为,加强律师自律,提高律师的职业尊荣、归属和集体荣誉感,着力培养律师做诚信社会的先行者、引导者;二是引导和动员广大律师积极参与司法改革,以优秀法官邹碧华为榜样,责无旁贷,勇于担当,为实现司法公正和社会公平正义而不懈奋斗;三是围绕中心工作,在提升为上海自贸区提供法律服务水平方面取得实质性的突破和进展;四是进一步加强区县律工委建设,加强建章立制,充分发挥区县律工委重要作用,再上新台阶;五是建立和完善律师行业社会评价机制、律师诚信档案和失信惩戒制度,实现社会监督,促进和推动律师队伍建设,增强社会对律师的认同感和美誉度。●

聚 焦

上海市律师协会监事会工作报告

上海市律师协会监事长 厉 明

(2015 年 4 月 18 日)



各位代表：

我受上海市律师协会第九届监事会的委托，向第十届律师代表大会第一次会议作九届监事会四年来的工作报告，请各位代表审议，并请各位领导 and 列席代表提出宝贵意见。

一、四年工作概况

本届监事会于 2011 年 3 月，由第九届律师代表大会选举产生，共有监事 7 名。

本届监事会在市司法局的关心和指导下，在市律协党委的领导下，在广大律师和律师代表的积极参与下，在历届监事会工作成果的基础上，坚持“全面关注、重点监督”的八字工作方针，有序开展常规工作、集中讨论重大议题、重点督办专项提案，认真履行了监督职责。

(一) 忠于职守——明职责，树理念，强化自身制度建设

1、组织监事认真学习，明确自身职责任务

监事会成立伊始，为了使新任监事尽快进入角色，监事会首先组织开展了学习活动。全体监事认真细致地重温了市律协的《章程》和各项规章制度，虚心诚恳地全面研究了历届监事会的工作经验，为顺利开展各项工作打下了坚实基础。上海是全国设立监事会最早的省份之一，监事会制度的确立构筑了上海律师行业管理“议、审、决、监、行”的基本框架，“理事会与监事会事先磋商机制”理顺

了理事与监事二者之间的互动关系；“抓大放小，监督有侧重”、“程序监督与实体监督、日常监督与专项监督、过程监督与事后监督相结合”的“三结合”工作原则确立了监事会的基本工作方式；“责任感、分寸感、原则性、灵活性”明确了监事会的基本工作理念。本届监事会一如既往地传承了历届监事会的好传统、好作风，创新了监事会工作机制。

2、树立接受监督理念，完善自身制度建设

牢固树立“监督者也要受监督”的理念。中央出台《八项规定》后，监事会认真学习，深入领会，在对市律协各项工作进行监督的同时，自觉接受广大律师和律师代表的监督。监事会于 2012 年首次向代表大会公示监事参加会议和活动的出勤记录，至今已公示了全部四年所有监事的履职情况，增强了监事会监督的公信力和权威性。

经过几年的摸索与实践，监事会对《工作规则》进行了修订和完善。特别是在 2014 至 2015 年度内，监事会加快了修订工作的步伐，组织开展了多次专题会议。监事会还多次听取不同群体对《规则》修订的意见建议，借鉴了兄弟省市的工作经验，集百家之所长，融上海之特色，监事会完成了规则修订。

3、同心协力克服困难，体现使命感和责任心

本届监事会由上届的 20 名减少到了 7 名，在人数减少了近三分之二的情况下，监事们充分发挥团队合作精神，分工明确，互相补位，采用“一对一”和“二对一”的方式，确保监事会工作全面覆盖市律协的各项工作。“一对一”是指由每位监事对应一位会长及其分管的工作；“二对一”是指 7 位监事互相交叉，每人协助另一位监事开展工作。

日常工作中，难免会出现监事会活动与监事自身业务发生冲突的情况，但是，各位监事都表现出了积极的使命感与责任心。比如，第四届律师协会（全国）监事会论坛在赤峰举行，由于会议重要、紧凑，监事们都暂时放下自己手中的业务，而在论坛结束当天，监事们又马不停蹄地投入到自己繁忙的业务中，有的监事会议结束当天就从赤峰直飞外地开庭；有的监事回沪后，直接入住机场宾馆，第二天一早又匆匆随团前往西藏日喀则慰问上海援藏律师。

(二) 尽职尽责——勤参会, 督提案, 认真履行监督职责

1. 着眼大局, 及时掌握律协动态

列席会议是监事会掌握律协工作方方面面的重要方式之一。为此, 在理事会制定规划、安排工作时, 监事会即第一时间建议: 关注青年律师的培养和业务能力的提高; 关心女律师、老律师和患病律师等特殊群体的工作和生活; 引导律师人大代表和政协委员对上海律师行业加大关注力度; 提高上海律师宣传的数量和质量; 尽快改变目前“重规则”、“轻规划”的现状; 加强各区县律工委互动交流, 等等。

2. 常抓不懈, 监督会费收支情况

监督会费的收缴和使用情况是监事会的主要工作职责之一。监事会列席财务委员会会议, 对预、决算等提出监督建议, 并在代表大会召开前聘请审计师事务所对会费收支情况进行全面审计。审计完毕后, 监事会还约谈审计人员, 认真听取他们对审计情况的意见建议, 第一时间以《监督建议书》的形式向理事会提出改进意见。

3. 重者恒重, 推进提案监督工作

跟踪督办律师代表提案、书面意见, 是监事会的重要工作之一。四年来, 监事会对九届律师代表大会期间的近百份提案和书面意见逐一进行了研究, 跟踪监督理事会办理。从最初的未分类, 到分三类, 再到分五类, 理事会提案分类逐步细化, 提案办理质量有所提高。监事会还特别邀请部分提案领衔代表参加专题座谈会, 并就广大律师集中关注的问题, 面对面地听取了律师代表的意见建议。

本届监事会呈现工作形式的多样化, 督办提案、召开专题座谈会是“请进来”, 监事会还“走出去”深入各区县律工委开展调研, “面对面”与会长、秘书长搭建平台会商沟通工作, 向理事会直接提出监督建议等多种方式、多渠道地汇集建议、反馈意见, 推动工作的落实和改进。

4. 有的放矢, 重视专项监督工作

日常监督与专项监督相结合是监事会的一项工作原则。监事会换届伊始, 就将市律协业务研究委员会委员、主任换届工作列为第一项监督工作, 督促理事会秉持公开、公平、公正的原则, 选拔出一批政治坚定、业务精湛、热心公益的委员。监事会全程参与并监督了全部 31 个业务研究委员会的换届工作。在 2014 至 2015 年度, 监事会对业务研究委员会进行了专项监督。监事会认为, 业务研究委员会既要研究本业务领域的前沿问题, 也要开展普及性研究, 起到指导广大律师的作用, 并建议业务研究委员会进一步加大业务指引的编撰, 发挥好引领带头作用。

2011 年是上海的辩论大赛年, 对于理事会追加首届全国公诉人与律师电视辩论大赛和上海律师辩论大赛二项经费的问题, 监事会进行了专项监督。公诉人与律师辩

论赛的开支控制在合理范围内; 而另一项上海律师辩论赛的经费, 理事会采纳了监事会的建议, 从相关联的预算经费项目中节俭开支、从严掌握, 不再追加预算外费用。

针对理事会确立的搭建律师服务“两个中心”建设平台、推动上海法院在线服务“律师平台”上线运行等多项工作, 监事会进行了重点监督。

(三) 携手并进——听心声, 聚智慧, 加强交流与合作

1. 实地调研, 深入了解区县现状

四年中, 监事会已先后走访了上海全部 17 个区县律工委。监事会的这项工作呈现四个特点:

一是常态化。监事会坚持将调研工作纳入常项性工作, 认真固化调研成果。

二是创新性。监事会主动了解掌握律工委创新运作模式的信息, 发掘典型事例予以推广。

三是求拓展。监事会拓展监督渠道, 举办了针对女律师、青年律师和老律师等特殊群体的专题座谈会。

四是重实效。监事会坚持把调研过程中发现的突出问题, 及时向理事会反馈并督促解决。

通过对区县律工委的调研, 监事们一致认为: 监事会应发掘更多典型性事例、寻找更多普遍性难题, 融监督工作于指导支持之中。

2. 专题座谈, 倾听律师代表心声

本届监事会首次召集了上海全部 7 个郊区县的法律师代表召开专题座谈会, 来自奉贤、金山、松江、青浦、嘉定、宝山、崇明等律工委的代表出席了会议。监事会特别关注郊区县律师、律工委的发展, 为此向理事会建议: 认真研究该群体带有共性的问题, 探讨并提出解决方法; 适时建立郊区县律师业务研讨、组织发展等研究机制, 推动上海律师业整体健康发展。

监事会还就青年律师成才遭遇的瓶颈问题, 专题召开了“青年律师座谈会”。监事会还就女律师执业困境、婚恋难题等, 专题召开座谈会倾听女律师执业群体的特殊问题。

3. “监事长信箱”, 专人查收畅通渠道

“监事长信箱”是监事会与社会各界联系的渠道之一, 监事会每天派专人负责查收邮件。对于来信反映的问题及时调查并报监事长, 根据职责分工分别递交市律协的相关职能部门处理, 并要求所有的处理结果都有反馈。

4. 交流合作, 探索监事会工作新模式

监事会历来重视与兄弟省市监事会的横向交流。本届监事会先后接待了到访的北京、无锡、广州三地律协监事会; 先后派员拜会了北京、江苏和四川律协监事会。本届监事会还派员拜访了全国律协听取指导意见; 参加了

六省市律师协会监事联席会议和第四届律师协会(全国)监事会论坛。

本届监事会还回访了上海律协援建的都江堰律师楼。2008年“5·12汶川大地震”后,都江堰律师办公楼有的倒塌,有的成了危房,为帮助都江堰律师业恢复重建,解决因地震受灾律师无法正常办公的现实问题,上海律协第八届律师代表大会和理事会根据全国律协的统一安排对口援助都江堰。都江堰归成都律师协会所辖,为此,上海律协于2009年出资在都江堰法院对面购置了以“成都律协”为产权人的办公用房,建成了“都江堰律师楼”,当年,都江堰全部四家律师事务所、39名律师全部搬入该楼办公。五年多时间过去了,如今该律师楼已成了地标性建筑,老百姓找律师,这里成了首选之地。令人欣喜的是都江堰律师业这些年也有了长足进步,当时的4家律所和39名律师,目前已增至7家律所和81名律师。

二、对理事会、秘书处的评价

监事会认为:九届律协理事会对广大律师和律师代表负责、称职的理事会。理事会秉持服务广大会员和推动行业发展的宗旨,认真完成九届律师代表大会确定的工作,进一步增强了行业凝聚力和影响力,工作成绩有目共睹,尤其是:以纪念上海律师公会成立100周年为契机,弘扬了法治精神,提升了律师形象;在全国范围内率先启动特邀会员工作;与各级法院、检察院加强交流,积极推动落实保障律师执业权利的各项措施,律师总体执业环境得到改善;举办了第一届上海律师学术大赛,在行业内营造出重学习、重研究、重创作的学术氛围。

监事会认为:市律协秘书处全体工作人员倾尽全力履行工作职责,全面贯彻“围绕中心、服务大局”的工作思路,全心全意为市律协和广大律师服务,很好地完成了理事会、监事会以及各专门委员会、业务研究委员会交办的工作,随着上海律师人数不断增长,市律协工作日益繁重,秘书处全体员工任劳任怨,在市律协工作中发挥了不可或缺的作用。

三、对新一届监事会的建议

(一) 围绕“四个全面”战略思想,提升监督意识与能力

党的十八大以来,习近平总书记提出了全面建成小康社会、全面深化改革、全面依法治国、全面从严治党的战略思想和布局。“四个全面”是党和国家的重大战略布局,也是律师工作着力发展、服务全局的历史重任。

作为行业自律管理的重要组成部分,希望新一届监事会在新形势下,紧紧围绕“四个全面”,进一步提出新思路、采取新举措,努力推动监事会工作取得新成效。

(二) 创新工作模式与监督意识,进一步规范监事会工作

本届监事会努力在监督形式、监督理念上开拓创新。比如,通过“一对一”、“二对一”的工作方式,克服了因人数急剧减少而造成的困难,体现了团队意识;专程回访都江堰律师楼,体现了监事会的责任意识;树立“监督者也要接受监督”的理念,每年律师代表大会上向全体律师代表公示监事履职情况,召集全部七个郊区县区的律师代表召开专题座谈会,体现了监事会工作的开放性与包容性。对《监事会规则》进行修订,推动监事会工作向规范化、专业化发展。

希望新一届监事会能够在历届监事会团结合作、规范务实的优良传统基础上,进一步开拓创新,兼顾监督工作的深度与广度,创设更为便利和有效的监督形式,实现多手段、全方位、广角度、常态化的监督。

(三) 探索监事会职权来源依据,不断丰富监事制度内涵

就目前情形来看,监事会职权来源尚存在三大缺憾:一是法律授权不明;二是律师代表大会授权不足;三是律师民意授权不够。目前,监事会所做的这些工作,并不是律协《章程》规定所能完全涵盖的。而监事会的工作想要做得更好,仅仅按部就班依照律协《章程》规定,是无法呼应广大律师期待的。在开展监督工作时,监事会需要开展充分的“尽职调查”,了解广大律师的真实需求,只有这样才能够更好地履行好监督职责。

建议新一届监事会进一步研究监事会制度存在的不足,完善监督规则。明确监事会职权来源并适当扩大监事会的监督范围,充实监事会监督内涵,更好地服务于上海律师业发展。

(四) 广纳谏言,倾听不同律师群体心声

本届监事会以监督律协财务制度为着力点,每年都安排对会费的审计。同时,监事会还广泛听取不同群体的意见建议,倾听他们的心声,了解他们的所思所想。

希望新一届监事会能够继续重点关注市律协的财务制度,充分履行好对会费收缴及使用情况的监督职责。同时,分层次地对不同律师群体所关注的问题予以专项监督。监事会应恪尽职守,自我加压,积极拓展监督渠道,努力拓宽监督范围。监事会要正确处理好与理事会的关系,“当诤友”、“献良策”,真正成为一支广大律师可信赖、可依靠的监事队伍。

各位代表:监事会的工作离不开大家的信任、理解和支持。进一步完善和创新行业自律组织的监督制度,促进上海律师业的健康发展,任重而道远。我们期待并深信,新一届市律协监事会工作将会做得更好!谢谢大家! ●

第三届“东方大律师”(10名)

(以下按姓名笔划为序)

丁伟晓(女) 上海欧申律师事务所
王 嵘 上海汉商律师事务所
叶杭生 上海市广庭律师事务所
吕 毅 上海市君悦律师事务所
张鹏峰 上海中夏旭波律师事务所

张 毅 北京市金杜律师事务所上海分所
陈乃蔚 上海市锦天城律师事务所
赵 靖 北京市中伦(上海)律师事务所
秦悦民 上海市通力律师事务所
黄亚忠 上海市申江律师事务所

2011—2015 年度“上海市十佳律师事务所”名单(10家)

北京市金杜律师事务所上海分所
上海虹桥正瀚律师事务所
北京市中伦(上海)律师事务所
国浩律师(上海)事务所
上海市通力律师事务所

上海市金茂律师事务所
上海融孚律师事务所
君合律师事务所上海分所
上海四维乐马律师事务所
上海市震旦律师事务所

2011—2015 年度“上海市优秀律师事务所”(20家)

上海虹桥正瀚律师事务所
上海市震旦律师事务所
君合律师事务所上海分所
国浩律师(上海)事务所
北京市金杜律师事务所上海分所
上海市金茂律师事务所
上海融孚律师事务所
上海市申达律师事务所
上海市通力律师事务所
上海邦信阳中建中汇律师事务所

上海四维乐马律师事务所
北京市中伦(上海)律师事务所
上海市汇业律师事务所
上海市君悦律师事务所
上海蓝白律师事务所
上海刘春雷律师事务所
上海里格律师事务所
上海市华诚律师事务所
上海市捷华律师事务所
上海普世律师事务所

上海市律师行业 2014 年度贡献奖获奖名单

上海市律师协会静安区工作委员会
上海市律师协会长宁区工作委员会
上海市律师协会杨浦区工作委员会
上海市律师协会虹口区工作委员会
上海市律师协会港澳台业务研究委员会

上海市律师协会信息网络与高新技术业务研究委员会
上海市律师协会医疗互助金小组
上海市律师协会宣传部
上海市律师协会纪律部

2011—2015 年度“上海市优秀律师”(10名)

(以下按姓名笔划为序)

马建军 君合律师事务所上海分所
王 荣 上海市道恒律师事务所
计时俊 上海华夏汇鸿律师事务所
朱广平 上海市天华律师事务所
张 艳(女) 上海原本律师事务所

陈 峰 北京大成(上海)律师事务所
林东品 上海博和律师事务所
唐 勇 上海市金石律师事务所
曹志龙 上海市联合律师事务所
彭 涛 上海申蕴和律师事务所

第五届“上海市优秀女律师”(10名)

(以下按姓名笔划为序)

孙彬彬 北京市中伦(上海)律师事务所
沈岱青 上海市华荣律师事务所
周月萍 北京市中伦(上海)律师事务所
岳雪飞 北京市岳成律师事务所上海分所
赵晓红 北京市金杜律师事务所上海分所

徐松婷 上海徐松婷律师事务所
董月英 上海市申达律师事务所
蒋 宏 上海宏翰律师事务所
韩 璐 上海市乔文律师事务所
楼凌宇 上海蓝白律师事务所

第五届“上海市优秀女律师”提名奖(10名)

(以下按姓名笔划为序)

王清华 上海市锦天城律师事务所
朱晶晶 上海市华诚律师事务所
吴静静 北京大成(上海)律师事务所
金 晓 北京炜衡(上海)律师事务所
高革慧 上海市华诚律师事务所

徐 菁 上海市诚至信律师事务所
贾 琪 上海中筑律师事务所
龚 琳 上海原本律师事务所
章煦春 上海瀛泰律师事务所
虞 莉 北京市高朋律师事务所上海分所

2014 年度上海律师业好新闻评选获奖名单

特等奖

获奖作品:《律师界——雪龙突围》
获奖人:SiTV 法治天地频道 裴 培

一等奖

1、获奖作品:《“一卡通”,联通法律职业共同体》
获奖人:人民日报社上海分社 郝 洪
2、获奖作品:《走出教条 走向实务》
获奖人:《法制日报》社上海站 孟伟阳

二等奖

1、获奖作品:《避免将法律过度“文艺化”》
获奖人:《文汇报》刘 栋
2、获奖作品:《上海律师协会:移动互联网开启法律服务新模式》
获奖人:新华社上海分社 黄安琪
3、获奖作品:《律师:让更多的人遵守法律,使整个社会法制观念提升》
获奖人:上海广播电台 程 琳

4、获奖作品《独家专访 | 上海四任律协会长谈“律师当法官检察官”》

获奖人:上海报业集团新媒体发展研究中心 王凤梅

三等奖

1、获奖作品《盼律师执业环境越来越好》

获奖人《新民晚报》宋宁华

2、获奖作品《青年律师为儿童撑起“爱心保护伞”》

获奖人《上海法治报》周寒梅

3、获奖作品《上海:自贸区内试点中外律师事务所“互派”和“联营”》

获奖人:中新社上海分社 陈 静

4、获奖作品《律师联盟撑起自贸区法律服务大平台》

获奖人《民主与法制》杂志社 胡 峥

5、获奖作品《黄绮:做个有使命的律师人》

获奖人《解放日报》沈轶伦

提名奖

1、获奖作品《“律师当法官”还有多少路要走》

获奖人《联合时报》顾晓红

2、获奖作品《上海自贸区:启动中外律所联营试点年内有望项目落地》

获奖人:上海广播电视台电视新闻中心 吴海平

3、获奖作品《上海:第六届陆家嘴法治论坛举行 聚焦移动互联法律服务》

获奖人:SiTV 法治天地频道 杨培 吴 昊

4、获奖作品《上海律师“两会”聚焦自贸区法治建设》

获奖人《上海法治报》刘 海

5、获奖作品《新《消保法》今日实施 市律协解读新法点》

获奖人《青年报》卢 燕

风 采

●文/孙 轶

群贤毕至 名家荟萃

——上海律师现代京剧演唱会侧记



早春二月,乍暖还寒。3月29日下午,上海律师就在这样一个日子里假座宛平剧院举行了一场现代京剧演唱会。最近几年,上海律协京剧社以举行年度公演的方式展现社员们的学习成果,为弘扬京剧艺术略尽绵薄之力。作为上海律协与各区街道合作,送法下基层、丰富社区居民文化生活的活动之一,今年在徐汇区枫林街道的大力支持下,一场别开生面的现代京剧演唱会就这样拉开了帷幕,并吸引了不少中青年律师和枫林街道的居民群众以及各界京剧爱好者。

在一阵紧锣密鼓、慷慨激越的开场曲之后,“大状”们依次登台亮相。第一个节目是李宏律师的《海港》选段,这曾经是上海人耳熟能详的“流行歌曲”。李律师的演唱豪爽诙谐,尤其是那句著名的“大吊车,真厉害……”、以及最后一连串意气风发的爽朗大笑,赢得了台下观众会心的笑声和热烈的掌声!随后是律协的李薇老师身着一袭紫色旗袍,仪态万方地登台演唱了《龙江颂》“手捧宝书满心暖”的名段,钟颖、张大炜、

楚辞三位律师的《白毛女》唱段,无一不是现代京剧中的精彩片段。江水英的深明大义、杨白劳的勤劳厚道、白毛女的朴实善良、大春的英姿飒爽都被表现得恰如其分。值得一提的是楚辞律师是少见的小生票友,唱的又是现代京剧中唯一以小生行当扮演的人物唱段,堪称难能可贵。接着,律协刘小禾副秘书长演唱了毛主席诗词《忆秦娥·娄山关》,这是京剧大师张君秋先生的著名作品。刘秘书长的黑丝绒演出服凸显雍容华贵,她的演唱更是韵味浓郁,观众在不知不觉中就被带入了一派“苍山如海、残阳如血”之悲壮意境。紧随其后的是钱丽萍律师的《江姐》“绣红旗”选段,这是过去在歌剧中家喻户晓的名段,但用京剧、而且是用沉郁苍凉的程派来演绎,的确相得益彰,在四位助演的配合下,飞针走线,慷慨悲歌,令人热耳酸心、荡气回肠。

整场演出的第一个高潮出现在《沙家浜》的联唱上,万洛民、栾晓丽、林莉华、张大炜、朱小苏、陈敏涛、李宏七名律师轮番粉墨登场。姑且不论精美的唱腔,单就扮相而论,足可让人眼前一亮。最引

人注目的是张大炜律师扮演的胡传魁,身材比专业演员还要大上一号,在台上气势不凡。林莉华律师扮演的阿庆嫂字正腔圆、朱小苏律师扮演的刁德一重若轻,从中看出都有比较丰富的舞台经验且经过认真排练。经典不愧为经典,那一段段优美的旋律、一幕幕熟悉的场景,让人百听不厌、百观不厌,这也许就是艺术的力量吧!紧接着是律协副会长黄绮的一曲《江姐》红梅赞,歌喉嘹亮、台风稳健;李薇老师的《杜鹃山》选段短小精悍、一气呵成;钟颖律师的《黛诺》选段,借鉴了少数民族的音乐旋律而又不失京剧的特色,这是一段非常别致的唱腔;钱军亮律师是律师京剧社唯一的乾旦,也是京剧社每次演出的一个亮点,这次他演唱的是《红云岗》选段“熬鸡汤”,虽然是第一次以程派演绎,却是唱得情深意长、委婉动听,完美地挑战了自己一把。改妆后,钱丽萍律师又唱了《平原作战》中的一段老生唱腔,显示出她多方面的艺术才能;万洛民律师二度登台,演唱了《红灯记》中的核心唱段“雄心壮志冲云天”,他义薄云天的亮嗓博得观众的阵阵喝彩。最后一个节目是陈敏涛律

师的《智取威虎山》选段“穿林海……”,把整场演出推向了最高潮。陈律师家学渊源,非但嗓音高亢、歌喉老到,而且身段边式、载歌载舞,使观众们赞叹不已。

其后所有演员上场集体高歌一曲“甘洒热血写春秋”,雄壮的歌声深深地感染了观众,一时间全场掌声雷动,献花者络绎不绝、场面蔚为壮观。老领导龚学平、蒋以任、朱达人、朱寄平,市政协副秘书长张丽和老艺术家李蔷华等走上台来与演员们一一握手,祝贺演唱会成功并合影留念。

更别具匠心的是,现代京剧演唱会结束后,京剧社还安排举行了一场各界人士京剧演唱会,与长期以来一直热心、无私地扶植、支持和关怀律协京剧社的各级领导、专业名家和名票们联欢。老领导蒋以任、朱达人以及86岁高龄的著名京剧表演艺术家李蔷华等先后上台献唱,将演出再次推向了高潮。观众们在享受京剧艺术美的同时,也深深地感受到国粹带来的震撼,全部演出直至下午五点才在观众们热情热烈的掌声、喝彩声中圆满结束。●

信息

“依法治国”高层系列论坛开讲

东风洒雨露,会人天地春。4月12日上午,上海市律师协会与复旦大学高级律师学院合作举办的“依法治国”高层系列论坛第一讲于云峰剧院举行,上海市人民检察院检察长、上海市法学会会长、复旦大学高级律师学院高级顾问、兼职教授陈旭受邀作主题演讲,为广大律师讲授“司法是法治的基石——以司法责任制为核心的司法改革视角”。

讲座中陈旭检察长指出司法体制改革是中国特色司法制度的奠基之举,坚持中国共产党的领导是中国司法制度的根本特征和政治优势。陈旭进而深度解析了司法改革上海方案的亮点和特色,其中包括:实行检察官、法官员额制;实行分类管理;落实司法责任制;实行检察官、法官单独序列;实行检察官、法官自然晋升制度;建立检察官、法官独立的薪酬保障体系;探索检察官、法官从律师中招录制度;书记员实行文员制;建立市遴选委员会;财政管理转变;实行省以下的人财物统一管理等内容。陈旭理论与实践紧密结合的精彩讲座受到了律师们的欢迎。

十八届四中全会通过的“全面推进依法治国”决定,是“四个全面”的重要组成部分,需要律师深入到法治的各个细节,去了解其中的深刻意义和内涵。复旦大学高级律师学



院是复旦大学汇聚全球和全国高端法律师资与法律资源的平台,此次上海市律师协会、复旦大学高级律师学院联合举办“‘依法治国’高层系列论坛——法治的全面与细节”,为广大律师邀请资深望重的实务专家和学者,围绕科学立法、司法改革、依法行政、律师的机遇与挑战等议题共同探讨我国的法治之路,为律师在新形势下解读政策、开拓视野、寻找机遇。

法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

律师与法官的良性互动关系 是构建法律职业共同体的要求

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合伙人

嘉宾:黄 绮 上海市律师协会副会长、宣传委主任、《上海律师》杂志主编、上海市尚伟律师事务所主任

谭 芳 上海市律师协会宣传委副主任、上海市华诚律师事务所合伙人

岳雪飞 上海市律师协会宣传委委员、北京市岳成律师事务所上海分所主任

文字整理:许 倩

光 韬:前段时间上海市高院的邹碧华法官去世,我注意到微博微信上对他表达哀悼的信息很多。听说他最后一场演讲是在全国律协的民委会的年会上,讲的是律师和法官的关系。我向圈里的律师朋友了解过,为什么大家对这位法官去世倾注了这么多哀思,据说他为改善律师和法官的关系,做了很多的努力。出于这样的原因,律师界同行对这样一位法官追忆很多,我想这里有一个很重要的话题,那就是律师和法官的关系,或者从大范围讲,律师现在处于什么样的执业环境下,从哪些层面上必须更多的给予改善,这是大家比较关心的一个话题。我也想听听三位对律师执业环境现状的看法,以及大家经常提到的建立法律职业共同体,也从这个角度来看现在的执业环境到底是什么样的,然后我们从哪些角度可以考虑去改善。

谭 芳:我先从邹碧华法官的最后一次公开演讲谈起吧,正好我也是一位亲历者。2014年11月,全国律协民委会和知识产权委员会的双年会在上海召开,我作为这次会议的筹备组成员,代表组委会邀请邹院长来为大会作主旨发言。上海高院作为全国法院系统司法改革的试点单位,邹院长是该院司法改革的具体操盘手,所以组委会经讨论决定邀请他来大会谈谈司法改革的相关内容。他当天演讲的题目是《司法改革背景下构建法律共同体的思考》,演讲让人耳目一新,律师们都非常震撼。那天的演讲共分为两个部分,第一部分讲法官和律师的关系。他认为,法官与律师应形成相互独立、相互配合、相互尊重、相互学习的互动关系。如何构建这一良性互动关系呢?他在第二部分从三个方面作了重点阐述。一、便捷律师工作。上海法院开通了互联网律师办案平台,律师可以在网上立案、申请延期、证据交换、申请调查令、诉讼保全和网上阅卷。邹院长举例说:每个案件律师只要减少一次跑法院,那么律师参与的20万件案件,就可以减少60万个工

作小时,节省10万次的车辆往返。二、解决立案难。邹院长介绍了上海高院尝试解决立案难的五项举措:运用12368诉讼平台;降低立案投诉率;运用信息化手段;进行立案工作改革;进行评估数据改革。三、力促权利可视化。针对审判权运行机制改革的三大难题,上海法院力促权力运行可视化、群众评价可视化、审判管理可视化。邹院长的演讲非常富有激情,很有感染力,PPT也很炫,内容又很新颖,整个演讲非常吸引人,瞬间就在朋友圈内被刷屏,在各个律师群里被广为传播,有人称邹院长是法官队伍里最好的产品经理。尤其在第二部分展示的诉讼服务平台,用的数据很抓眼球,比如节省了律师多少时间,减少了多少往返法院的次数。尤其值得一提的是,开庭排期的避让系统,完全是站在了律师的角度进行换位思考,让大家很感动。在场的400多名律师不仅觉得很震撼,而且感觉有地位、有尊严。我想,这就是法律共同体所带来的职业尊荣感。

光 韬:这里有两个小问题:一个就是所谓法律职业共同体,哪位能解释一下是什么概念?是学术上的概念还是在实践中管理体系或者管理方式的一个概念,包含了哪些内容。第二,我也从其他角度听说邹院长为什么会引起律师同行的关注和重视,关键还在于他对律师和法官的关系既有思考也有行动。还有另外一种声音说:这毕竟是极个别的法院领导或极少数法官的作为。但正因为稀缺,所以才珍贵,以至于有这么多的律师怀念他,你们是怎么看待这个问题的?

黄 绮:法律共同体和法律职业共同体不完全是一个概念。我说一下我个人对法律职业共同体的理解:首先一点,从我个人的角度看,我非常赞同法律职业共同体应该是由法官、检察官和律师组成的,而且应该是在一个平台上。关于法律职业共同体,我们在相关的法律法条上是看不到术语定义的,但是理论界都认同,这三者共同营造了



本期主持:光 韜



嘉宾:黄 绮



嘉宾:谭 芳



嘉宾:岳雪飞

共同体。其实在这三者里,彼此之间的地位和作用是不一样的,法院和检察院都是拥有公权力的,律师之所以被认同为共同体,是在于律师这个角色是在公正执法、公正司法中缺少不了的一个角色,少了律师,公正两个字是谈不上的。如果今天面对一个被检察院提起公诉的被告,法院在法庭上只有被告、检察官的情况下,直接进行审判,这个被告在维护自己合法权益上会缺乏手段,也缺乏法律机制的保护,即使被告是个专业人士,但当其被羁押的时候,也是没有可能为自己去调查取证的。而且大多数被告都是非法律专业人士,在这种情况下,其面对两个专业人士——法官和检察官,怎么可能去抗衡?在这样一个复杂的法律机制之下怎么去维护自己的合法权益,这就必须借助于律师的专业知识以及律师的执业权利,去维护其作为一个被告的合法权益。所以从这个角度上来说,如果能让判决是一个平衡了各方力量和公正的判决,律师这个环节是不能缺少的,如果缺少了,我认为这个判决谈不上公正。《律师法》明确规定,律师仅仅是接受当事人的委托,是一个拥有职业资格为当事人依法维权的角色,其具有的是私权利,如果说律师具有调查取证的权利,那也是在法院授权、法律许可之下去做的。所以在这种情况下,如果能让职业共同体的力量和律师的参与能够抗衡其所不具有的公权力,那么律师的执业环境非常重要。律师在执业中能够拥有帮当事人维权的手段,这在审判中是非常重要的,但这需要法律机制的保障,需要由审判者对律师权利的认可,这样才能真正保障律师的权利。如果只是认可有律师的存在,但是不认可律师的执业权利和环境保障的重要性,律师有可能就是个玩偶,起不到应有的作用。我的理解就是在法律共同体中,少了律师就不能认为法律共同体是平衡的,判决也不可能是公正的,这是我对法律共同体的理解。

岳雪飞:如果我们要求法官判案公平,我觉得律师其实就是维护公平的一个砝码。刑事案件中,公诉人是一个专业人士,被告人没有律师为其辩护,天平本身不可能达到平衡,即使法官能力再强,缺乏律师的帮助,无法保证

所有案件的判决都公平公正,律师是让法官判案公平的砝码,起到平衡的作用。为什么这么多律师都对邹碧华院长的逝世表达了哀思,说明了一个问题:我们现在的执业环境相对来说还非常的不理想。邹院长站在法官的角度为律师提供了一些律师执业得以改善的措施,所以我们现在很多律师认为他的去世不止是法官队伍的损失,可能也是对我们司法体制改革或法律职业共同体构建的损失。现在法官和律师之间的关系如果能达到良性互动,或者说达到法律职业共同体所要求的有共同的法律信仰、共同的法律思维、对案件事实和法律适用有共同的理解,双方相互之间能够消除分歧和误解,让所有案件的审理在一个统一的标准之下进行,那么可以更好地发挥律师的作用,让砝码在天平上起到作用,这也就是为什么我们一直谈到邹院长的逝世对律师界的影响。

光 韜:我听下来就是大家从学术角度呼吁建立法律职业共同体的初衷是为了保证法律的正确实施,保证法治目标的实现,不是单纯为了改善律师的执业环境,但是在客观上起到了作用,职业共同体改善了律师的执业环境。因为在这个共同体当中,有一部分是有公权力的,律师是没有公权力的社会组织,可能在这个共同体中,能和其他法官、检察官做到相互理解、相互支持、相互帮助、相互配合,对法律公正实施起到促进作用。这里涉及到律师的执业环境,客观地说现在律师的执业环境并不是很理想,在座的律师都有出庭经历,各位觉得现在律师和法官的关系以及在司法体系中的执业环境中,我们面临了哪些问题?

谭 芳:具体面临哪些问题,我想如果从诉讼流程来看,首先体现在立案上。立案难是我们无法回避的一个现实问题,虽然上海市律师协会和上海高院在解决立案难方面做了很多努力,也采取了许多措施,但实际上问题还是没有得到彻底解决。现在规定立案只是形式审查,但真正到了法院,立案法官多多少少还是会介入到实质审查中。所以,谈到执业环境的改善,律师在对立案难的问题上是最清楚的,什么时候真正解决了立案难的问题,我想

这个法律职业共同体才算真正有了起色。当时邹院长在最后一次演讲中谈到立案难的问题时,引用了《羊城晚报》上刊登的一幅漫画,画的是一个大肚子的孕妇,上面写着“注意,全体法官进入预产期。”这幅漫画播放出来,全场哄笑,律师们更是唏嘘,这些唏嘘里代表着多少委屈和辛酸,诉讼律师最清楚。当然,法院也正视到了这个问题的严重性,并且正在致力于解决这个难题。第二个面临的问题,就是律师在代理案件过程中与法官的正常联系与有效沟通问题。我们知道,法官联络律师很容易,但是律师联络法官就比较困难,在这一点上,律师和当事人没有什么区别,也没有其他便捷的方式。其实在一些法官的心目中,律师的地位和诉讼当事人毫无区别,更别提是一个职业共同体的概念。如果真的看成是一个职业共同体,法官就应该与律师有一个正常沟通的渠道和途径。在上海法院这个信息化诉讼平台中,代理律师可以直接与承办法官留言,这样就有了一个很好的窗口进行有效沟通,这是构建法律共同体的一个基础步骤。第三个面临的问题,就是法官与律师在法律适用上的共同认知。现在有很多案件,即便是最传统的婚姻家庭案件,律师往往有时候也无法预知法官究竟如何作出判决,判决结果与律师的预判往往大相径庭。而上海法院这个诉讼服务平台上有一个信息自动推送系统,除了案件信息的推送,还有之前类似案件裁判文书的推送以及关联案件的推送,我觉得这对于法律共同体中解决法律认知上的问题有着很重要的意义。最后面临的一个问题,就是执行难的问题,当然有些难题不是法院内部能够解决的,但有一部分难题,与执行法官没有形成法律共同体的理念也是有关的,事实上法官在执行案件中与律师更要做到执行信息的通畅,才有利于案件的执行。总之,除了上述谈到的问题,律师还有阅卷难、调查取证难等,都是在构建职业共同体时需要解决的问题。

岳雪飞:比如我们做诉讼案件,有时原被告各持一个观点,但法院作出的判决书既不是原告的观点,也不是被告的观点,而是另外一个观点,可是双方在庭审交锋的时候根本没谈到这个观点。邹法官推出来的这套系统,对于律师实务来说还是有非常多的帮助作用的。在这套系统出来之前,我们律师比当事人除了熟悉法条以及知道的案例多一点,还真的不知道法官会从哪个角度去判。这样会让我们心里感觉难受,让我们律师觉得和法官不是一个体系的,没有对法律共同体的理解,双方有歧义。长此以往,律师就会丧失信心,那么之后的当事人也得不到我们作为律师应该有的强有力的支持。还有些在司法体制改革之前,庭审中法官呵斥律师,将律师赶出法庭的事件时有发生。当事人和律师一起出庭,作为专业的律师,在法庭上法官对待他们的态度,其实也影响了当事人对律师的信心,这对法律的权威树立来说,我觉得是种负面的作用。大家都是学法律的,在这么庄严的地方,一个专业法官和专业律师之间没有相互尊重,甚至是立场上有对立,我觉得不应该是这样的。大家的立场应该是一样的,要保证法律的正确实施。其实这种改变的迹象已经有了,如果法官和律师要达到良性互动,必要的相互尊重肯定要有,想构建法律职业共同体,他们对法律以及正确实施的理解的标准应该是一致的。

黄绮:我接着前面两位律师的话来说,为什么律师的执业环境这么不如意?谭律师说了很多现象,岳律师也举了些例子,我觉得有个根源上的问题,就是律师的存在目标是什么,目的是什么。前面我们说了,这是一个共同体,这个共同体不是我们律师自己说就能实现的,我觉得这里最重要的一点,是这个共同体的另外两方有没有共同的认识,对律师在共同体里的出现和存在,他们的认识首先是不是正确。这个认识应该是什么样的认识?我认为律师在办案过程中,不能被等同于其委托人,不能等同于法官面对的当事人。律师接受委托,是一份工作,工作的意义实际上和法官、检察官工作的意义是一样的,我们都是为了法律的正确实施。如果没有律师的配合,法官和检察官不能真正实现法律的正确实施。当然律师主观认定的法条理解是正确的,这也没有用,需要法官在听取律师意见之后进行最终审判。所以在这个问题上,我认为相比较检察官,法官的认识度更重要一些,因为其具有裁判的权力,所以必须认识到律师是和法官同样重要的一个工作职业。当法官有了这样一个正确的认识之后,就不会认为律师是在代表自己说话,而是在维护法律的正确实施,也不会认为律师只是从当事人的角度去思考,这样才能维护法律的正确实施,所以法官必须有这样的认识。我举个例子:邹院长在世的时候,我参加上海二中院举办的一个研讨会,题目是“要让人民群众感受到每个案件的公



平公正”，这次研讨会高院参加领导就是邹院长。那天我的题目是谈要重视律师的作用和地位，我发言的主要内容就是如果能让人民群众感受到案件审理的公平和公正，首先要让律师感受到公平和公正。因为律师是连接当事人和法官的纽带，是对法官公平公正执法的感应器，如果律师都感受不到，律师的当事人和委托人也不会感受到。在我发言之后，邹院长就作了回应，他非常同意我发言中的观点。他有很强烈的意识，认为律师和法官是在同一个工作平台上。他在高院任副院长的时候，在其分管之内力推了信息服务平台，其中特别去完善了律师诉讼服务平台。在思考如何去做好这个平台的时候，他完全换位思考，站在律师工作和律师执业的角度上去想应该怎么去设计这个平台。所以，我认为对律师的执业环境的尊重和地位的考虑，首先要有这样一个认识，就是把律师作为法律共同体来考虑，把律师的作用作为一个和法院的审判工作、和检察院提起公诉的工作同等起来，目标是一致的，就是为了法律的正确实施。如果没有这点，我们再说完善律师的执业环境，让律师更有尊严，似乎就变成了法官对律师的恩赐。从个人角度来说，律师有个人的尊严；从职业角度来说，也不存在法官有权力给律师恩赐，律师只是在尽其本能做好这一份职业。

光 韬：我有这样一个感觉，就是法律职业共同体确实是个比较先进的理念，如果这种理念能付诸到行动中去，确实对改善律师的执业环境，保证法律的正确实施有着很大的正面作用。但是刚才各位也讲到了，现在仅仅是停留在理念的层面上，是不会起到作用的，只是改善了个体，如果能落实到制度层面上，从理念上升到一些具体的管理制度上，那对整个律师执业环境的改善作用是很明显和具体的。我们现在去看法律职业共同体这样一个提法，肯定不是一个管理体系，但刚才各位提到了像邹院长这样的法院领导，在他的工作实践中，做了很多具体的工作。那么是否能展望一下在下一步的司法改革中，有没有更多类似的举措，或者说是局部的试点，最终能发展成为一个全局性的管理措施？你们对前景有什么样的估计，对改善律师执业环境有着什么样的期待？

谭 芳：我接着刚才黄会长说过的那句话，即我们谈到的这些理念或者思想，其实并不是邹院长作为个人对某一个律师的重视，而是代表了一个群体对另一个群体的重视，这个重视是站在整个法律共同体的全局高度来思考的。所以在回答光律师这个问题之前，我还是回到邹院长的最后一次演讲。那次演讲中他有一句话让全场掌声雷动，经久不息。他说：“律师对法官的尊重程度，表明一个国家法治的发达程度；而法官对律师的尊重程度，则表明这个社会的公正程度。”记得当时也有外地律师提问，您现在构建的只是上海律师和上海法官的职业共同

体，如何去推动全国整个法律共同体呢？这个问题和光律师刚才的提问本质其实一样，我们对前景如何展望？我们注意到，最高人民法院专门成立了一个“邹碧华先进事迹”讲师团，到全国各地巡回演讲。我想，这个讲师团更重要的意义不是在于宣传邹碧华的事迹，宣传他是一个时代的楷模、一个杰出的法官。更重要的使命在于传播他的思想，让更多的人了解一名故去的法官，为中国的法律事业所付出的努力，以及未完成的事业。让法院更多的管理者、更多的法官、更多的法律人去思考未来如何继续那些未竟的事业，去传承这些思想。我想，有更多的法律人愿意为之去努力，那么法律共同体的建设是可预期的，法治的未来也是可预期的，我对此是充满信息和希望的。

岳雪飞：我想再补充一下，刚才讲了在司法体制改革下，其实很多法官已经倾向于认同邹院长的思想理念。对律师的尊重不是个人的恩赐，黄会长这句话说得非常好。我们平时做诉讼，和法官接触得比较多，有些法官已经身体力行地在一些细微的地方能够体现出其对律师执业的尊重。有很多像我这样从外地到上海来执业的律师，每逢过年都可能回家探亲。今年春节前，有个案件的承办法官电话通知我准备安排的开庭时间并询问我这个开庭时间会否影响到我回老家过年，虽然只是一件小事，这也体现了现在上海的法官队伍对律师队伍尊重的一些小细节，我觉得这样的细节多了，慢慢地冰总会融化的。

黄 绮：从律师的角度来说，我们都有展望、都有期许。一方面是希望提升律师的执业环境，但是我们更多的展望是希望能够真正成为法律正确适用中不可缺少的砝码。我们的终极目标是法律的正确实施。法律的正确实施需要一种力量、一个平衡点，需要有种种宏观和微观的方面，这是一个系统的工程，就是让法律能够真正实现正确实施。我觉得在期许里，律师的期许是最有价值的，因为律师是接受当事人的委托，去维护当事人的合法权益。我相信，法律的正确实施就是为了维护公民的合法权益。法官做的所有工作和目标就是这个，但法官是居中审判，而检察官是从一个刑事案件起诉的角度出发，但在最终在落实到民事主体权利的时候，律师其实是最直接的。所以在这种情况下，我个人认为，律师的期许价值完全不低于法院的价值。

光 韬：我们今天谈的是基于法律职业共同体的话题，从这个角度切入，来探讨律师执业环境的改善和大家的期许。我相信各位的感受是真实的，期待也是会实现的。但我还是想强调：在整个执业环境的改善或者共同体的建设中，律师还是应该首先立足于本身专业水平的不断提升。非常感谢三位嘉宾参与今天的法律咖吧。

（本文内容根据录音整理，为嘉宾个人观点）



编者按:2014年12月10日,上海市高级人民法院党组成员、副院长邹碧华同志在工作中突发心脏病,经抢救无效因公殉职。最近,习近平总书记等中央领导同志作出重要批示,要求深入学习宣传邹碧华同志的先进事迹和崇高精神。中央组织部决定,追授邹碧华同志“全国优秀共产党员”称号。本文是中华全国律师协会党组成员、副会长吕红兵律师在邹碧华同志先进事迹报告会上的发言实录稿。

●文 / 吕红兵

“希望让律师的执业环境越来越好”

各位领导、同志们:

大家好!我叫吕红兵,是中华全国律师协会副会长。

去年12月10日傍晚时分,上海市高级人民法院副院长邹碧华不幸离世的消息迅速传遍整个律师界。惊闻这一噩耗,律师们无不感到震惊和悲伤。

夜幕降临,我握着手机呆坐在办公室里,眼前浮现出与邹碧华生前交集的一幕又一幕。

“红兵,我们新推出了‘律师服务平台’,欢迎您提意见!”

“红兵,我们要共同努力,构建法官和律师的良性关系,打造新型的共同体。”

他恳切的话语,他精彩的演讲……一个又一个画面模糊了我的双眼。

那一晚,我的微信朋友圈被所有法律人的追思刷成了灰白色。每一张照片,每一段文字,都能引起大家的强烈共鸣,也一次又一次地触痛着大家的神经。那一晚,我和许多律师同仁都彻夜难眠,大家追忆着,思考着……

一直以来,法官与律师分属体制内和体制外两个不同的群体,各自有所封闭,缺少足够的认同,有时甚至相互轻视,惺惺相惜的相对较少。

2010年初,时任上海市长宁区人民法院院长的邹碧华,在听取纪检监察工作汇报时得知,有律师反映,一些法官在庭审中时常打断律师的发言,甚至呵斥律师,一些判决书对律师代理意见回应较少或回应时遗漏要点。

这让邹碧华很是感慨。他认为,律师与法官尽管职责分工不同,但双方作为法律职业共同体,化解社会矛盾、维护法律尊严、追求公平正义的目标是一致的,因而有必要在相互尊重的基础上建立良性的互动关系。

基于此,他亲自起草并主导推出了《法官尊重律师十条意见》。一个基层法院,能在全国家法院系统率先为保障律师权利出台正式文件,在律师界乃至法律界都引起了震动。

《十条意见》包括:庭审中法官不得随意打断律师发言,法官不应当当着当事人的面指责、批评律师,更不得向当事人发表贬损律师的言论,甚至连为律师预留车位、提供休息区、提供复印设施等细节,都收入其中。

这让我们做律师的心生敬佩和感动,并给予了积极的回应。长宁区律师工作委员会向全区律师发出了律师尊重法官的倡议书。上海律师学院在为新执业律师授课时,将做好庭前准备工作,在法庭发言时注意控制情绪,给予法官充分尊重,避免冲突等内容,均列入其中。

2012年,邹碧华在博客中写下了一篇题为《法官应如何对待律师》的文章,反思法官的角色意识,阐述了法律职业共同体建设对中国法治的重要性。

他写到:如果不能正确处理好法官与律师的关系,日积月累,必将动摇法治的根基——信任,司法的公信力将无从谈起。

邹碧华对律师的尊重,绝不是停留在一纸文书之上,而是凝结在他对律师的一言一行之中。一位老律师从深圳赶到上海开庭,在法庭上一时找不到一份证据材料,急得满头大汗,作为审判长的邹碧华,对他说:“您慢慢找,相信大家都会等着您。”老律师坐下来后很快找到了材料,顺利发表了代理意见。开完庭后,老律师说:“这位法官这么善解人意,今天是我发挥最自如的一次庭审。”

在我看来,邹碧华对律师的这份尊重,远远超出了对某一位个体律师的关心,其实是对律师职业的尊重、对律师行业的呵护、对法律制度的敬畏。

“希望让律师的执业环境越来越好。”我和我身边的很多律师,手机里都保存着这条截屏,这是邹碧华在去世前一天发出的最后一条微信朋友圈的留言,时间永远定格在2014年12月9日11时45分。这是他对当天试运行的上海法院“律师服务平台”写下的寄语。这句话,在我们心中成为永恒。

在邹碧华写下这句寄语的两周之前,全国律师协会民事委员会2014年年会在上海召开,他受邀作了《司法改革背景下构建法律共同体的几点思考》的演讲,“律师服务平台”的雏形,第一次闪亮在我们眼前。

邹碧华像是“法院的产品经理”,精心打磨着律师服务平台的每一个功能。在前期调研中,他曾派工作人员在全上海范围内调取了20万件有律师参与的案件,经过仔细核算,他们发现,若每个案件中,律师通过网上阅卷减少往来法院的次数,就能节省60万个小时工作时间,10万次车辆往返。为帮助律师识别恶意诉讼的情况,服务平台专门设置了“关联案件自动推送功能”,将同一当事人在上海法院系统涉及的案件制作一份清单推送给律师。还有庭审排期避让功能,免去了同一律师同一时间几个案件在不同法院开庭的困扰。

这个服务平台的推出,自去年7月启动,到11月邹碧华向我们展示,前后只用了短短的4个月!我惊叹于这种高效率,殊不知在这背后,需要邹碧华和他的团队倾注多少心血,又有多少个殚精竭虑的夜晚。

如今,上海1325家律师事务所的近17000名律师,都已成为了这个服务平台的受益者。

通过使用,律师们惊喜地发现,平台提供了从案件材料递交、缴纳诉讼费到获取案号的“一条龙”服务,实

现了真正意义上的网上立案。此外,申请诉讼保全、调查令,甚至证据质证、调解等事务也都可以通过平台来完成。为确保各项程序在可视化下进行,平台还专门设置了网上评价功能,法官与律师可以进行双向评价,以实现相互监督。

这个服务平台让律师感到了执业的幸福感,而这种幸福感,也会通过我们,传递给每一位案件当事人。这个平台,看似提高了律师的工作效率,其实是保障了律师的执业权利,从而最终维护了当事人的诉讼权利。

与邹碧华相识十余年,我觉得无论是作为法官还是法院的管理者,他总能站在整体的高度,为构建法律职业共同体做着不懈的努力。因为他清醒地认识到,各种法治力量都是为公众输送公平正义的平等一环,唯有珍视这种相生相存的价值纽带,才能凝聚起法律职业共同体之间的最大共识,才能赢得人民群众对法治的真诚信仰。

斯人已逝,幽思长存。得知他不幸离世的消息,上海的律师们陷入了无限惋惜和哀思之中,深圳律师协会专门为他默哀,湖南律师协会特别为他制作了悼念专辑……一位与他素昧平生的河南律师,特地乘火车赶来上海参加他的追悼会。

内蒙古律师协会会长巴布律师,就是在去年11月的那次全国律协民事委员会的年会上第一次见到了邹碧华。邹碧华主动对巴布说:“可以将内蒙古律师的身份认证资料传到上海,我们把名单纳入到‘律师服务平台’,这样内蒙古律师在上海办案就更方便了。”2014年12月13日,在邹碧华离世后的第三天,我在杭州开会时遇到巴布。回忆起当时与邹碧华短暂交谈的情景,这位内蒙古汉子紧紧握住我的手,竟泣不成声。

一位法官的离世,为何会引起如此众多法律人甚至老百姓的共同缅怀?回想起与他生前交往的点滴,其实不难找到答案。

从做人的角度看,他具备坦白的风格;从做法官的角度讲,他具备坦诚的品质;从做院长的角度说,他具备坦荡的胸怀。他的身上充满了理想和乐观的色彩,他是一位极具人格魅力的人。他以自己的远见卓识、专业素养、敬业奉献和对司法事业的无限热忱,让我们看到了整个法律界的共同价值观和最大公约数。

邹碧华曾说,每个人都是历史,如果能让自己完美一点,历史也会完美一点。

他用生命,让法治的天空更晴朗。而我们,就是要继承他的理想信念和实践创造,带着他心中的那团火,奋力前行。

这,就是我们对邹碧华最好的追思。

谢谢大家! ●

人物简介

钱大治:国浩律师(上海)事务所合伙人,第五届上海市优秀青年律师



人物 优秀青年律师 ●文/钱大治

感受平凡之路

——作为一名青年律师的成长思考

当获悉自己被国浩律师(上海)事务所推荐,有机会参与第五届上海市优秀青年律师评选的时候,作为一名行业后辈,毫无疑问,我非常地忐忑与犹豫:作为一名刚出校园就入律师圈,一待就是15年的青年律师,我感觉自己只是走着,也还是仍然走着一一条平凡之路。

15年间,当我作为一个初出茅庐的毕业生,正为自己到底是不是应该主动选择充满风险的自由职业之路而徘徊的时候,一个偶然的的机会,让我能够幸运地借调至行业协会工作,更能够幸运地有机会接触到了上海律师行业的顶尖群体。看到那一座座高山般的出类拔萃,见证那一次次睿智的思想碰撞,让我最终暗下决心,开始自己真正的专职律师生涯:“纵使只是资质平平,总也应当试试风雨吧。”

15年间,我经历了初为律师的胆怯和紧张:感受了第一个诉讼案件的“眉毛胡子一把抓”,感受了第一份法律意见书的“知其然却不知其所以然”,感受了课堂内书本教育与律师实务操作的巨大差异,也经历了坚持律师道路的艰辛和瓶颈。

15年间,我有幸能够拥有一段充分的成长时间,从入门级律师,转变为有限合伙人,并作为事务所最年轻的律师之一,加入了有限合伙人的队伍。在此期间,我作为负责律师,带领团队成功承办了包括境内IPO、境外H股上市、境外红筹上市、重大资产重组、上市公司收购、发行公司债券等各类业务在内的超过50多项资本市场公募融资案例;为IDG资本、涌金投资等各类股权投资基金的30多项私募股权融资案例提供了配套法律服务;为上海证券交易所、上海市人民政府机关事务管理局、东湖集团(上海市委接待办)、上海理工大学等数十家政府、科研、行业机构提供了持续的常年法律顾问服务。

在这里,我很愿意和其他青年律师一同讨论、分享15年来执业旅程中的些许个人心得。

一、优秀的青年律师,应当从点滴做起,以“自主学习的能力”作为律师执业生涯的基础要求

无论是对于诉讼律师,还是非诉讼律师而言,扎实的业务能力,都是律师生涯的基本功。目前的法学院教育与律师实务仍然存在不小的差异,这就首先要求我们青年律

师入行以后,从广泛搜集已经公布的案例开始,从广泛搜集法律意见书开始,认真学习经验、汲取教训。特别是对于非诉讼律师而言,即使所在的事务所已经建立有法律文本库,也必须自己归纳、整理、建立自己的“参考文本库”。这绝对不是“依葫芦画瓢”,而是用最短的时间了解、熟悉自己专业领域的最佳方式。

在案例整理的基础上,青年律师也还要对不断出现的新法律法规进行不断地学习。对于主要从事非诉讼业务的律师而言,更要养成自行整理、比对新旧法律法规和部门规章的良好习惯。特别是十八届三中全会以后,新规密集出台,对于青年律师而言,是一个学习的机会,更是一个很好的业务机遇。当你在客户面前能够体现出对法条的熟谙和理解时,相信一定能够获得其高度的认可。

二、优秀的青年律师,应当关注短板效应,以“全面的综合素质”为律师执业生涯的发展要求

我们经常会有所耳闻,部分青年律师执业伊始,就热衷于追求“高端、大气、上档次”,不屑于小标的项目、普通诉讼项目。殊不知,对于一名立志于长期从事律师工作的年轻人来说,执业生涯中所遇到的不同类型的案例,一定会给你带来完全不同的工作感受和弥足珍贵的执业经验。如果我们希望在律师行业长期发展,希望在律师界有所建树,这种感受和经历是弥足珍贵,甚至是不可或缺的。在国浩律师(上海)事务所开始专职律师生涯的我,除逐步参与作为事务所主营业务的非诉类案件以外,更有机会在刚刚执业的三年时间里,完成了从婚姻案件到刑事附带民事赔偿案件,从房屋买卖合同纠纷案件到大股东侵占上市公司资金案件在内的大小数十桩诉讼案件。其中,有部分是带教合伙人交办的,也有少许是自己开拓的。这样的经历,对于我以后全面认识到长期从事律师工作所必须具备的核心竞争力,全面认识到自己能力中的擅长与不擅长、性格中的优势与缺点,都起到了极大的作用。

同时,作为青年律师,我们也更应当充分关注所谓的“短板效应”。如果说我们每个青年律师的人格魅力,需要时间的积累和岁月的磨练,那么在初入律师行业的前几年时间里,思考问题过程中的周全、客户沟通过程中的成熟、待人接物过程中的真诚,就是我们青年律师的综合素养的外在表现。体现律师工作价值的载体无疑是承办案件的智力劳动成果,但是一个无法抓住机会获得客户信任、或者无法在谈判桌上清晰表达专业意见的青年律师,在以后的执业过程中获得锻炼的机会可能就会逐渐减少。律师获得客户认可,赢得市场声誉,不仅仅要依靠“值得他人信服”的专业能力,更加要有赖于“值得他人托付”的那份成熟与可靠。

三、优秀的青年律师,应当关注行业发展,以“广泛的研究能力”为律师执业生涯的更高要求

关注专业领域内的法治进程,并为所在行业和专业领域提供自身的智力贡献,是青年律师的更高要求,也是优秀律师的必备要求。律师作为社会法律执业群体的天然身份,决定其往往能够更加客观、更加公正、更加犀利地对待社会发展过程中旧制度与新发展的冲突。那么,通过关注最前沿法学问题,适时撰写研究文章进行建言献策,自然是律师做好本职工作的应有之义。

优秀的青年律师,更加应当以推动律师行业发展为己任。拓展律师服务范围、提高律师整体的法律服务水准,看似距离每个律师个体非常遥远,但是“行业兴亡,匹夫有责”,如果我们自认为是律师行业中的优秀分子,是精英团体,那么为行业发展提供力所能及的协助,也更是律师做好本职工作的应有之义。

四、优秀的青年律师,应当注重慎独修养,以“稳定的价值观念”为律师执业生涯的终身要求

稳定的价值观念,在社会转型时期显得尤为重要,也体现于我们工作中所遇到的种种细节。在我的工作中,会在资

本市场公募融资项目中,遇到发行人要求律师不予披露相应的违规事实,并允诺给予更高的律师费补偿,怎么办?也会在并购重组项目的尽调过程中,遇到被并购方要求律师针对某事项发表对其有利的专业意见,并允诺一旦并购成功将给予其他业务机会,怎么办?如果没有自我慎独的要求,没有稳定的价值观,一旦迷失其中,无疑将会对执业生涯产生长期的负面影响。

从另一个角度看,作为以非诉讼法律服务为主营业务的律师,通过努力工作,会有大量机会接触到国内外的投资银行、基金公司;通过努力工作,也有大量机会获得国内外一流企业、上市公司等诸多优质客户的认可;通过努力工作,更有大量机会了解资本市场的运作规律,看到私募基金投资成功的丰厚收益。在此环境下,我们是否能够安心扎根于律师职业而不曾动摇?是否能够依然保持对法律工作的一份执着和激情?是否能够真正把律师工作当成自己的心爱事业?这首先需要我们对自身工作的一份喜爱,但也更需要保留一份慎独的境界,维持一个稳定的价值观,让自己对自身的执业生涯进行一份价值投资,而不是短线炒作。

寥寥数语,无法全部表达我的感受。回望自己的执业生涯,我只是感觉到能够在一个幸运的年代,以幸运的方式,走着一一条幸运的道路:回望15年间,通过在律师协会的工作,有幸得到上海律师界泰斗、前辈级人物的指点与寄语,坚定了自己对律师行业发展的信念;通过在国浩律师(上海)事务所的长期工作,更有幸能够得到该所创始人耳提面命的培养,体会到作为事务所带路人的筚路蓝缕。引颈前瞻,后来之上的85后甚至90后,已在时刻注视、学习、检验着我们的工作。而我为这个充满活力的年轻行业,创造了什么,又留下了什么?埋头赶路,更要抬头看路,相信在不知不觉中,我想我将会从学习者蜕变成创新者,从爱心的输入者转变为援助的输出者,这些转变,是成熟,更是走向下一个目标的最好基础! ●



周立新:香港执业大律师,香港大律师公会大中华事务委员会委员



李世烈:香港执业大律师

香港大律师之窗 ●文/周立新 李世烈

内地仲裁裁决在香港的执行(一)

前言

1997年7月1日之前,香港是英国在亚洲的最后一个殖民地,当时中国内地的仲裁裁决是根据1958年《纽约公约》在香港执行的。

中华人民共和国政府于1997年7月1日恢复在香港行使主权,并根据《中华人民共和国宪法》第31条的规定,设立香港特别行政区。

在1997年7月1日香港回归之后,《纽约公约》继续适用于香港特别行政区。但由于《纽约公约》是一个国际条约,只适用于两个不同成员国之间裁决的执行。香港已是中国的一个特别行政区,故内地的仲裁裁决不能再根据《纽约公约》在香港执行。

为了解决香港回归之后这个法律上的真空状况,根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第95条的规定,在1999年6月21日,中华人民共和国最高人民法院与香港特别行政区政府签订《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》,主要条文如下:

1、在内地或者香港特区作出的仲裁裁决,一方当事人不履行仲裁裁决的,另一方当事人可以向被申请人住所地或者财产所在地的有关法院申请执行。

2、上条所述有关法院,在内地指被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院,在香港特区指香港特区高等法院。

3、申请人向有关法院申请执行在内地或者香港特区作出的仲裁裁决的,应当提交以下文书:(1)执行申请书;(2)仲裁裁决书;(3)仲裁协议。

4、有关法院接到申请人申请后,应当按执行地法律程序处理及执行。

5、1997年7月1日以后申请执行在内地或者香港特区作出的仲裁裁决按本安排执行。

中华人民共和国最高人民法院于2007年10月发出函件,确认在香港进行的“临时机构”仲裁程序(即非由国际仲裁中心等仲裁机构管理或监察的仲裁程序)所作的裁决,可在内地强制执行。

中华人民共和国最高人民法院于2009年12月发出通知,确定国际商会国际仲裁院或其他外地仲裁机构在香港所

作的仲裁裁决,可根据《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》的条文在内地强制执行。

在2000年至2009年期间,香港高等法院处理了84宗有关在香港强制执行内地裁决的申请,所有申请均获得批准。香港高等法院还处理了18宗撤销强制执行裁决的命令的申请,并批准其中5宗撤销原来命令的申请。在大部分该类个案中,有关各方都同意撤销原来的命令。

根据中华人民共和国最高人民法院的资料显示,在2000年至2008年4月期间,内地不同省市的人民法院共处理了33宗承认和强制执行香港仲裁裁决的申请,其中有24宗申请获得批准,9宗申请被拒绝。

仲裁条例

为了执行《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》,在2000年2月1日,香港特别行政区政府修订了当时的香港法律第341章《仲裁条例》,新加入第IIIA部分,包括第40A条至第40G条。

2011年6月1日,香港订立了新的香港法律第609章《仲裁条例》,废除了旧的第341章《仲裁条例》,并订立了一个单一制,即《国际商事仲裁示范法》,来同时规范香港本地及国际仲裁。

新《仲裁条例》第2条规定:“内地”(the Mainland)指中国的任何部分,但香港、澳门及台湾除外;“内地裁决”(Mainland award)指由认可内地仲裁当局按照《中华人民共和国仲裁法》在内地作出的仲裁裁决。

新《仲裁条例》第84条规定:(1)……仲裁庭在仲裁程序中作出的裁决,不论是在香港或香港以外地方作出的,均可犹如具有同等效力的原讼法庭判决般,以同样方式强制执行,但只有在原讼法庭许可下,方可如此强制执行;(2)原讼法庭如根据第(1)款批予许可,可按有关裁决的条款,登录判决。

新《仲裁条例》有关内地裁决在香港强制执行的条文予以保留,成为其第3部分,为第92条至第98条,其主要条文如下:

第92条规定:

(1)在本分部的规限下,内地裁决(a)可藉原讼法庭诉讼而在香港强制执行;或(b)可按强制执行第84条适用的裁决的同样方式,在香港强制执行,而该条据此而适用于内地裁决,犹如在该条中提述裁决,是指内地裁决。

(2)可按第(1)款所述般强制执行的内地裁决,须就一切目的而言,视为对各方具约束力,而任何一方均可据此于在香港进行的任何法律程序中,倚据该裁决作为抗辩或抵销,或以其他方式倚据该裁决。

(3)在本分部中,提述强制执行内地裁决,须解释为包括倚据内地裁决。

第93条规定:

(1)除第(2)款另有规定外,如已有人为强制执行某内地裁决,而在内地提出申请,则该裁决不得根据本分部强制执行。

(2)如内地裁决并未藉在内地或任何其他地方(香港除外)进行的强制执行法律程序获完全履行,则该裁决在该程序中未获履行的部分,可根据本分部强制执行。

第94条规定:

寻求强制执行内地裁决的一方,须交出:(a)该裁决的经妥为认证的正本,或该裁决的经妥为核证的副本;(b)有关仲裁协议的正本,或有关仲裁协议的经妥为核证的副本;及(c)(如该裁决或协议并非采用一种或两种法定语文)由官方翻译人员、经宣誓的翻译人员、外交代表或领事代理人核证的一种法定语文的译本。

第95条规定:

(1)除按本条所述外,不得拒绝强制执行内地裁决。

(2)如某人属强制执行内地裁决的对象,而该人证明有以下情况,则该裁决的强制执行可遭拒绝:

(a)根据适用于有关仲裁协议的一方的法律,该方缺乏某些行为能力。

(b)有关仲裁协议根据以下法律属无效:(i)凡各方使该协议受某法律规限(该法律;或(ii)(如该协议并无显示规限法律)内地法律。

(c)该人(i)并没有获得关于委任仲裁员或关于仲裁程序的恰当通知;或(ii)因其他理由而未能铺陈其论据。

(d)除第(4)款另有规定外,(i)该裁决所处理的分歧,并非提交仲裁的条款所预期者,或该项分歧并不属该等条款所指者;或(ii)该裁决包含对在提交仲裁范围以外事宜的决定。

(e)有关仲裁当局的组成或仲裁的程序,并非按照(i)各方的协议所订者;或

(ii)(如没有协议)内地法律所订者;或(f)该裁决(i)对各方尚未具约束力;或(ii)已遭内地的主管当局撤销或暂时中止,或已根据内地的法律撤销或暂时中止。

(3)如有以下情况,内地裁决的强制执行亦可遭拒绝:(a)根据香港法律,该裁决

所关涉的事宜是不能藉仲裁解决的;或(b)强制执行该裁决,会违反公共政策。

第97条规定:

律政司司长须藉于宪报刊登的公告,公布由中华人民共和国国务院法制办公室不时透过国务院港澳事务办公室提供予政府的认可内地仲裁当局的名单。

执行内地裁决的程序

根据香港法律第4A章《高等法院规则》第73号命令第10条规则,规定如下:

(1)申请许可:根据《仲裁条例》第84(1)条,以与强制执行判决、命令或指示相同的方式,强制执行仲裁裁决,或按该条例第87(1)(b)、92(1)(b)、8A(1)(b)条的规定。而按照该条例第84条,以与强制执行判决、命令或指示相同的方式,强制执行仲裁裁决,可单方面提出,但聆讯该申请的法庭可指示须发出传票。

(2)如法庭指示须发出传票,则传票可为采用附录A表格10格式的原诉传票。

(3)申请许可必须由誓章支持,誓章须附有以下文件作为证物:(a)(如申请是按《仲裁条例》第92(1)(b)条的规定,而按照该条例第84条提出)根据该条例第94条规定交出的文件;(b)分别述明申请人及所寻求强制执行和解协议、裁决、命令、指示或紧急济助所针对的人的姓名或名称及其通常或最后为人所知的居住或营业地点;(c)视情况所需而述明和解协议、裁决、命令、指示或紧急济助在申请之日未获遵从或未获遵从的程度。

结 语

在本文中,笔者主要是论述内地裁决在香港的执行的执行的历史及立法背景,并阐明香港法律第609章《仲裁条例》和第4A章《高等法院规则》的主要相关条文。笔者会另文透过案例分析,论述香港法院如何解释及执行有关的法律条文。●

视角 ●文/王思维

司法改革背景下 法律职业共同体的构建

——以律师行业为视角

在我国,法律职业共同体的概念始于二十世纪九十年代中期。该概念的提出,与当时我国的法治发展进程与社会法治环境密不可分。当时,经历了改革开放后近二十年的经济发展,人们的思想观念已经发生了较大变化,社会现实对法治的需求已充分积淀,法治已经成为时下中国不可回避的现实命题。而另一方面,时下的法律从业人员——法治建设的基础与具体实施者,则显现出职业化程度不够(如检、法队伍人员的构成)、专业基础单薄(无统一职业资格门槛)、人员思想陈旧(落后司法理念的残留)等与法治建设要求格格不入的诸多问题。此背景下,法律职业共同体概念应运而生。

通说认为,“法律职业共同体是由法官、检察官、律师以及法学学者等组成的法律职业群体,这一群体由于具有一致的法律知识背景、职业训练方法、思维习惯以及职业利益,从而使得群体成员在思想上结合起来,形成其特有的职业思维模式、推理方式及辨析技术,通过共同的法律话语使他们彼此得以沟通,通过共享共同体的意义和规范,成员间在职业伦理准则上达成共识。尽管由于个体成员在人格、价值观等方面各不相同,但通过对法律事业和法治目标的认同、参与、投入,这一群体成员终因目标、精神与情感的连带而形成法律职业共同体。”从上述表述可以看出,法律职业共同体并非具有实体组织机构和固定成员的有形主体,而是因法律人间所形成的精神上的共同体。其中,共

同的法律人格是法律职业共同体得以形成的基础,而这种共同人格,则需要漫长的时间跨度及充分的现实条件方能得以养成。

客观而言,自法律职业共同体概念提出至今的十余年时间里,除国家统一司法考试外,我国的法律职业共同体建设乏善可陈。虽然法学教育在这一时间段中蓬勃发展,法律执业人员的专业化程度也大大加深,但不同角色的法律人之间趋于一致的精神内核则远未形成甚至渐行渐远。这种现状有其深刻的社会原因,若要改变,需要从理念到制度进行深入到变革。而本轮司法改革,或许会成为促使法律职业共同体形成的新的契机。

一、现象——死磕是法律职业共同体现实境遇的戏剧化表现

近年来,无论是学术界还是实务界,无论是司法人员还是律师,都真真切切地目睹了这样一种现象:“死磕”。而这种现象在刑事司法实践中层出不穷甚至蔚然成风。生活语境中,“死磕”系北方方言,是表达和某人或某事作对到底,不达目的誓不罢休的态度。而死磕式的辩护,则是指律师在刑事辩护中,针对办案机关在程序上的违法行为,以较真的态度和方式所采取的针锋相对的抗争,其具体行为方式包括庭审中纠结于程序,寸土必争;庭审外利用网络或其他媒体,宣扬辩方观点,批判控方或审判方的观点,对辩方所认为的司法机关的错误给予攻击和揭露。有



王思维:上海博和律师事务所律师

时,死磕式辩护甚至伴随着例如“绝食”、“拉横幅”、“申请游行示威”等极端手段。

笔者无意对死磕行为的是非予以评判,笔者同时认为,刨根问底、掘地三尺的精神甚至恰恰是刑事辩护律师所必须坚持的职业精神。然而,我们必须认识到,死磕现象是当时当地的产物,从长远看,该种行为或现象为法治所带来的后果弊大于利。其最直接的危害后果之一,即必将造成律师群体与司法人员群体之间情感上的对立,而这种对立的加剧,则必然造成法律人的分裂与立法、司法及政策的异化。显而易见的例证是,在《刑事诉讼法司法解释(草案)》中,作为最高审判机关的最高人民法院赋予各级法院惩戒律师的权力。尽管正式出台的司法解释删除了相关规定,但这一做法至少显示出司法高层中存在着不同的声音。

死磕现象并非常态,亦非主流,但



是该现象却是我国法律职业共同体现状的一种集中反映。或者说,共同体成员间个别的不和谐因素,通过死磕现象,被戏剧化地放大并彰显。

二、现实——依然疏离的法律人

必须直面的现实是:尽管“法律职业共同体”的概念早已提出,但无论在制度上还是实践中,我国的法律职业共同体建设尚停留在概念阶段。

(一) 宏观角度:检、法队伍与律师队伍间的职业认同感尚未形成

笔者认为,法律职业共同体间应当存在为三个层次的认同:一是价值认同,即共同体内部各职业群体在法治理念、职业操守、职业目标等价值追求层面趋同;二是角色认同,即共同体间不同职业者对其他角色在法治框架中的意义予以肯定,对彼此在促进法治、实现公正等层面的积极作用予以认同;三是能力认同,即共同体个体成员对其他成员的专业知识、执业技能等予以肯定,理解和尊重对方的专业判断,正视不同的专业观点,并乐于倾听他人对自己观点的批评。

而实践并不尽如人意,检、法队伍与律师队伍在上述四个层面的认同感均严重缺失。首先,检、法队伍背负了法律价值以外的太多负担,这与律师仅仅追求当事人合法利益单一价值的思维方式极易产生矛盾。近年来发生的几起“死磕”案件彰显着两支队伍间误解的加深。制度设计上有意为之的职能对

立,在个别案件中演化为诉讼参与人个体成员的对立甚至不同职业角色的群体性对立;其次,共同体成员间专业能力差异确实存在,而专业能力的匹配是法律职业共同体形成的基础之一。另需强调的是:个别司法人员对律师专业意见的轻视同样不可忽略,个别办案人员对律师队伍专业素养、职业操守的怀疑态度也尚未清除。

(二) 微观角度:检、法队伍与律师队伍在个案中的互信与依赖同样缺失

三角形诉讼结构的要义在于控、辩双方平等对抗,裁判者居中裁判。良好的诉讼制度中,三方角色具有天然的依存关系。只有通过控辩双方充分发表意见、展开对抗,才能使裁判者兼听则明,做到裁判公正。在此前提下,我们认为:在良性的法律职业共同体的关系中,检、法队伍与律师队伍应当建立起良好的信任与依赖关系,这种关系体现为:其一,目标统一,即认同各方的执业行为均是服务于公平、正义等价值的实现;其二,正视对抗,即认清这种对抗系制度设计使然,是诉讼职能所必需,对抗仅局限于案件本身,不应及于个体或行业;其三,尊重彼此的观点,即对各方发表的专业见解,应当耐心对待,认真理解,慎重反驳;其四,职业操守的互信,即信任对方在执业过程中会遵守职业操守,在合法前提下支持对方工作,促进诉讼程序的顺利进行。

这种个案中的信任与依赖关系,在实践中同样尚未形成。以刑事案件为例(刑案所反映的问题最为突出),虽然

控、辩、审三方的关系在新《刑事诉讼法》实施后有较大的进步,但也远不及上文所述的理想境况——会见权尚有限制,调查取证依然是律师不敢触碰的雷区。更需强调的是:辩护人伪证罪,依然是高悬于所有辩护律师头顶的达摩克利斯之剑……

必须承认,法律职业共同体在我国尚未形成,律师队伍与检、法队伍关系的疏离,是不可回避的现实。

三、根源——不同角色主体法律人格的异化

如本文开篇所述,法律职业共同体的形成基础是不同角色法律人所共有的、趋于一致的法律人格。而构成这种人格的因素,是共同的价值目标、法治信仰、职业伦理、思维方式、实践技能等具体要件。笔者认为:上述趋同的法律人格,在我国的律师及检、法队伍中,尚未完全形成,甚至出现一定程度的异化。

(一) 律师角色的法律人格异化

在律师行业内部,阻碍律师角色与检、法队伍形成统一人格的障碍在于专业化不足。在法治发展进程中,律师队伍与检、法队伍的专业能力对比一直在变化之中。而就近年而言,律师队伍的专业化程度逐渐落后于司法人员。在法治建设初期,限于当时的政策导向与认识水平,司法工作被过多地赋予政治属性,其人员招募也往往以“政治过硬”作为首要条件,而对法律专业能力的考察则往往退居次席。与之相反,律师行业则较早地设立了国家统一律师资格考试,其

首要的考察要素是参考人员的法律知识。因此,在法治建设初期,律师的专业化程度往往超过检、法人员。而随着法治的进步,我国司法人员的教育背景大幅提高,进入检、法队伍也成为了各法律院校毕业生的首选就业方向。在入职后,基于体制内强大的组织力量,新晋司法人员的职业训练已十分规范和有效。而与之相比,律师的职业训练则依然局限于“师徒制”,以行业协会主导的职业培训依然不够充分和有效。更为关键的是,由于没有生存压力,检、法人员往往专一于某一领域的法律业务,而与之相比,律师(尤其是青年律师)迫于案源稀缺,收入微薄,不得不抓住一切可能的机会,在专业领域方面没有更多的选择余地。长此以往,便形成了“全科医生”式的粗放业务模式,缺少专业化、精细化等培养途径。

笔者认为:专业能力的对等是法律职业共同体形成的至关重要的因素。法律职业共同体所追求的价值一致,平等对话,互敬互信等,都是以专业能力的相当为基础的。而阻碍律师行业融入整个法律职业共同体的最重要因素,恰恰是专业化程度的不足和专业能力的欠缺。

(二)司法人员角色的法律人格异化

与律师行业相比,司法人员在专业化训练方面具有得天独厚的优势,而其法律人格异化的主要体现,则是价值目标的差异及导致这种差异的深层次的制度和政策根源。

长期以来,我国司法人员的角色定位始终难以确定。对于法官、检察官个体而言,其首先是一名公务员,其次才是司法工作人员;而对于司法机关领导而言,其首先是体制内的一名官员,其次才是较高级别的司法工作人员。这种定位导致司法机关和司法人员必须背负法律价值以外的其他价值。体现在实

践中,则会出现诸多值得反思的现象。例如,司法机关不仅需要处理案件,还要承担普法宣传、社会维稳、扶贫救灾、解决就业以及安置复转军人等诸多政治任务。而这些任务则必然导致司法机关在判处案件时,也不能单纯地考虑如何适用法律,而必须站在社会管理者的角度,追求法律以外的诸多价值的实现。这种思维方式与价值追求,便与律师所习惯地单纯以法律为标准,单纯追求当事人一方利益最大化的价值追求产生了矛盾。

必须看到,造成司法机关与律师群体之间价值追求差异的深层次原因是长期以来对司法机关和司法人员地位和作用的定位偏差。在今天,这种偏差已经为我国政策决策层所充分认识,并提出了相应的解决方案。应当说,去行政化已经成为此后司法机关诸多改革的大势所趋。使司法回归法律,使司法人员回归法律人,是解决司法人员法律人格异化的最根本途径。

四、改革——重塑共同法律人格的契机

笔者认为:本轮司法改革的诸多举措,不仅能够有效地解决以往我国司法实践工作的诸多不足,若推进得力,甚至可以成为重塑我国法律职业共同体形成的新契机。

(一)司法改革措施有利于律师专业化程度的提升

司法改革的多项措施,使得专业化律师的竞争优势更加凸显,而作为主要遵循市场规律的律师行业,该变化无疑会提升律师队伍整体的专业化程度。

首先,审判中心主义的确立促使律师队伍专业化的提高。审判中心主义是本轮司法改革中就审判方式改革的最重要举措。审判中心主义的推行,必然使得法律因素成为评判案件结果的最主要因

素。同时,庭审过程中各方当事人的发挥,也将在很大权重上影响案件的最终结果。在此情形下,律师对法律的专业判断和庭审技能,无疑会对案件结果起到更大的作用,这无疑对律师的专业水平提出了更高的要求。因此,专业化律师必然在此大环境下具有更多的竞争优势,而非专业化律师则要么发展为专业化律师,要么则因竞争力的不足而遭遇淘汰。

其次,员额制管理将促使团队化办案模式成为律师行业的主流,从而间接促进律师的专业化发展。本轮司法改革拟对司法工作人员实行员额制管理,将司法队伍区分为法官、检察官;法官助理、检察官助理和行政人员。这种区分,客观上必然形成了检、法机关办案模式的团队化,即一名主诉检察官或审判长带领多名助理形成办案组或合议庭进行办案的模式。而为实现专业和人员力量的匹配,律师的办案模式也极有可能发生上述变化,即一名资深律师(合伙人)带领多名律师或助理办案的模式。而团队化与专业化从来都是相辅相成的,团队化的发展所带来的必然结果就是专业性的提高。

因此,笔者认为:本轮司法改革的推行,将会促进律师队伍专业化程度的提高,从而为律师角色与司法人员角色融合为法律职业共同体扫清障碍。

(二)司法改革措施将促使司法回归本位

本轮司法改革的大方向是司法机关去地方化与去行政化,以及司法人员的专业化、职业化。显然,为实现上述目标制定的相关措施,将有益于司法角色回归本位,还原司法机关与司法人员的本来面目。而这一目标如能实现,则上文所述的司法人员价值目标的差异便可能逐渐消除。

首先,诸如财政垂直管理、审判中心主义和审判长、主诉检察官负责制等

措施,必然使得司法机关的相对独立性进一步加强,使得法律因素越来越成为其处理问题、办理案件的主要甚至唯一标准。而司法机关及司法人员之所以在价值追求上发生变化,根本原因在于其在法律以外所背负的其他行政或政治负担。上述举措的推行,一方面促使司法机关不在受制于地方政府或其他机关,另一方面减轻其法律以外的其他任务,从而使司法机关和司法人员更多地着眼于法律的正确实施,促使其将法律效果作为办理案件的首要价值目标。

其次,员额制管理、司法人员遴选和退出机制等措施的实施,其所展示的表象是司法队伍的职业化和专业化,而其隐含的深意则是司法人员的精英化。精英化的司法队伍所带来的必然结果是先进的司法理念,高超的司法水平及崇高的职业操守。若司法改革真正能够在职业保障、职业荣誉感、晋升渠道等方面为司法队伍精英化提供充分的保障,则上述设想完全可以实现。由此推论,由精英化的司法队伍所掌控的司法实践,必然体现着法律人所共同追求的法治价值,而原本占有极大权重的其他价值则必须退居次席。

因此,司法改革的顺利推行,也必将为司法人员价值目标的差异带来转变,从而为司法人员与律师群体融合为法律职业共同体提供契机。

五、路径——深化法律职业共同体合作的两点建议

法律职业共同体的构建不可能一蹴而就。一定程度上,法律职业共同体也需要一定的自然发育过程。该过程中,法治水平的提升与法律文化的积淀就好比土壤,而适当的措施就类似肥料。笔者认为,强化法律职业共同体间的横向合作不失为一种好的措施。

笔者认为:以下两种合作模式值得

推行。

(一) 建立律师与检、法机关的相互考核评价机制

传统语境下,律师对检察机关、审判机关的监督,更多地体现为个案监督,即在诉讼进程中,律师通过其执业行为影响法官对案件的判断,进而影响裁判结果。实践中,有律师介入的案件,检、法机关的工作确实会更为慎重和规范。笔者认为:这种个案监督应当成为主流,但也必须认清其弊端。律师与检、法机关在对案件结果的影响力上存在着明显的不平衡,因此个案监督不会消除司法寻租。要提升个案监督的作用,只有进一步强化律师对个案的影响力,以制度促使检、法工作人员在个案中进一步保障律师的执业权利,更加重视律师的各项意见。

笔者还注意到,对某一法律职业共同体成员的评价,往往会因评价者立场的不同而有所差别。例如,对于检察机关的办案人员,其办案效率、办案数量、诉判一致率、改判率等是检察机关对其考核的重要指标;而对于律师而言,其是否尊重律师意见,是否保障律师执业权利,甚至是否和善的与律师交流,都大大影响律师对其的评价。从这一角度说,客观地评价一位法律职业共同体成员是否优秀,不应当仅仅站在某一职业群体的单一立场,而应当从法律职业共同体的整体角度作出评价。这种评价,应当兼听法律职业共同体中不同角色成员的意见。

综合以上两点,笔者认为:通过建立律师与检、法机关的相互考核评价机制,有助于强化二者相互尊重、重视对方的意识,从而平衡律师与检、法机关对案件结果的影响力,进而增强律师的作用。这一设想的推进可以从以下几个方面着手:1、邀请律师参与检、法机关的听庭评议,示范庭等业务考核活动;

2、邀请律师担任优秀公诉人、优秀审判员等评优活动的评委;3、邀请律师参与审结案件的核查工作;4、邀请检、法人员参与律师、律师事务所各项评优或荣誉称号的评审工作;5、邀请检、法工作人员就重大案件及法律援助案件中律师的表现进行打分评价。

(二) 吸纳律师参与疑难案例讨论

实践中,检、法机关对其所遇到的疑难案件召开讨论会的情况时有发生。与会人员以本机关人员为主,偶尔也有召开检、法联席会议,但却鲜有律师的身影。这种现象有其现实成因,即检、法机关对律师参与讨论的顾忌。类似讨论中,研讨的焦点并不仅仅不局限于法律问题,往往涉及司法政策、办案口径等敏感信息,因此不宜由“外人”参与。而笔者认为:律师参与类似研讨,对案件处理十分有利。其一,虽然现实中影响案件办理的因素多种多样,但法律依然是其中至高的准则,政策、口径等其他因素对案件的影响,均应以不违背法律为前提。在这一点上,律师与办案机关的立场是一致的,律师的参与有助于消除法外因素对案件的影响;其二,律师参与还有助于与会者全面把握案件。实践中,参与讨论者往往并不直接参与庭审,更无机会直接接触案件当事人或代理(辩护)律师。对案件的信息的汲取,仅能通过承办人的介绍。而承办人在介绍各方观点时,难免会参杂自身的主观判断、功利需要或感情色彩,这种“加工”,本身就有可能使得当事人或代理(辩护)律师的意见变味。若吸纳律师参与讨论,由于律师职业思维的一致性,参与讨论的律师往往会更倾向于在讨论中表达律师的观点,提出律师的意见。由此,就弥补了与会者不参与庭审,不接触当事人与代理(辩护)律师的缺憾,有效帮助其得出全面、客观的案件结论。●



案例精析 ●文/吴海 夏心茹

浅析“公司人格混同” 在实践中的运用

案情简介

2010年6月,裕展公司与华东公司约定由华东公司为裕展公司加工男式裤子等服装,并约定了加工单价和交货期等事项,并于2010年6月28日通过银行转账的方式,由裕展公司支付预付款人民币40万元,双方往来过程中裕展公司均通过支票方式付款。

同时,通过裕展公司的业务员,华东公司还与万富公司发生业务往来,也是从事服装加工,华东公司一直将裕展公司和万富公司视为同一家单位。截至2011年底,根据华东公司的统计,与裕展公司、万富公司的总体账目是平衡的,也就是该两家公司的应付款已经支付完毕。

2012年,裕展公司向法院提起诉讼,认为双方加工费用应以实际发生的加工业务为前提进行结算,并认为由于员工操作错误,裕展公司多支付给华东公司40万元,请求法院判令返还。

一审法院认为没有充分证据证明华东公司与裕展公司就结算达成协议,

应当审查双方往来的全部过程,为此审查了华东公司与裕展公司之间的全部业务和款项往来,并判决华东公司返还裕展公司40万元。

华东公司不服一审判决,希望提起上诉,委托笔者代理二审。经仔细翻阅本案证据,笔者发现裕展公司支付给华东公司的款项中,2011年2月21日华东公司签收的一张金额为40万元的支票,华东公司开户银行提供的支票进账单显示,该支票的出票与盖章单位为万富公司,但是最终却从裕展公司账上划出款项,结合裕展公司与万富公司之间的关系,认为裕展公司与万富公司之间存在公司人格混同的情况,应当追加万富公司为本案第三人以便查明事实。二审法院支持该观点,认为一审判决遗漏当事人,撤销原判将案件发回重审。重审中,法院全面审查了裕展公司与万富公司之间的关系,最终认定两家公司存在公司人格混同的情况,并审查了华东公司与裕展公司、万富公司之间的业务往来和款项往来,认为华东公司并未多收款项,驳回了裕展公司要求返还40万元的请求。

争议焦点

笔者认为本案的争议焦点归根结底就是一个,即裕展公司与万富公司是否存在人格混同。若两家公司人格不混同,则应当分开结算,如裕展公司多付而万富公司少付,应当由华东公司先行将款项返还裕展公司,再向万富公司追讨;如果两家公司人格混同,则华东公司无需返还款项。

裕展公司及万富公司均表示两家公司是独立的公司,万富公司租赁裕展公司的场地开展业务,但是财务、账目、人员都是独立的。裕展公司也表示邮箱是基于租赁关系而提供给万富公司的便利,两家公司不存在混同的情况。

诉讼中的实际情况是截至诉讼前,万富公司不再实际经营,如果华东公司转而向万富公司追讨的话,将执行不到任何款项。

律师评析

公司人格混同,在很长时间内是一种学理观点,只有《民法通则》第四条

和《公司法》第三条第一款、第二十条第三款的笼统规定,在司法实践中没有评判的具体标准。本案中,由于华东公司在与裕展公司、万富公司进行业务往来之时,没有就合同的主体、执行人员进行明确区分,并且在交易过程中也没有明确划分两家公司各自的业务范围和款项。从经营的角度而言,华东公司一直认为是一家公司两套班子,因此在收取款项时并没有注意到付款主体的问题。

笔者在详细地查阅了三方的往来邮件、订单、结算单、发票等一系列文件后认为,是否能组织充分的证据证明裕展公司与万富公司之间存在公司人格混同的情况是本案的重要突破口。

本案在提起二审前,恰逢最高院发布了第15号指导案例《徐工集团工程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同纠纷案》,对公司人格混同的情形进行了明确的规定,归纳为人员、业务、财务等方面的交叉或混同。结合本案的实际情况,笔者提出了如下情节并围绕这些情节组织证据:

(一)两家公司办公地址一致。由万富公司的人员名片可知,万富公司与裕展公司的办公地址是同一地址,并且裕展公司与万富公司的员工在名片上均印刷有两家公司的名字,裕展公司在庭审中也承认万富公司曾租赁其办公场地,本案发生前搬离。因此,两家公司经营场所混同。

(二)两家公司人员一致。万富公司的营业执照显示,其法定代表人为秦某,经公证的邮件显示秦某使用的邮箱地址为 alan_qin@yuzhan.net.cn,而 yuzhan.net.cn 经查明为裕展公司的邮箱, www.yuzhan.net.cn 也是裕展公司的官方网站。庭审中裕展公司承认基于场地租赁关系,同意万富公司人员使用裕展公司

的邮箱,并且两家公司的工作人员对外发放的名片中也同时出现两家公司的名称。因此,两家公司工作人员混同。

(三)两家公司的业务一致。华东公司与裕展公司、万富公司在同一时期内均存在业务合作。从各方往来的邮件内容可知,裕展公司与万富公司在与华东公司开展合作业务之时并不区别两家公司的业务,两家公司均从事服装贸易。

另外,从华东公司与裕展公司、万富公司以传真方式签订的部分服装加工合同可以看出,合同使用裕展公司及万富公司双抬头,用哪一个公司做该笔订单的选择权完全在裕展公司与万富公司手上。回传给华东公司的合同,既可能加盖裕展公司的公章,也可能加盖万富公司的公章。因此,两家公司业务混同。

(四)两家公司在财务上存在交叉。2011年2月21日,华东公司签收了一张金额为40万元的工商银行上海分行支票,支票收款人为华东公司,有趣的是银行的支票进账单显示该支票的出票、盖章单位为万富公司,账号却是裕展公司的。诉讼中还发现这笔40万元的款项最终从裕展公司的账号划出。通过庭审中的发问,裕展公司承认当时两家公司的财务在一起办公,出票的时候是财务用裕展公司的支票错盖了万富公司的章、错填了万富公司的名称。据此可以认为两家公司在财务上也是混同的。

退一步来说,即便裕展公司与万富公司各自独立经营,分别向华东公司支付货款,由2011年2月21日的支票(也就是裕展公司主张错误支付的那一张支票)可知,从形式上来说,华东公司可以确认的是万富公司支付业务款人民币40万元,华东公司从支票的外观上只可能认为是由万富公司支付该笔

款项。而华东公司与万富公司也有业务往来,华东公司收到万富公司支付的款项,并以万富公司之名义入账,与裕展公司没有任何关系。在未查清该支票信息的情况下,要求华东公司向裕展公司返还该笔款项的请求难以成立。

至于万富公司与裕展公司对于该笔款项是否为盖错章、填错单、错付的或其他情况,应当由裕展公司向万富公司追索,而非向华东公司要求返还。故裕展公司向华东公司主张返还钱款没有事实依据,无法成立。

案件结果

在该案经过二审发回重审后,庭审中法官充分注意到笔者提出的关于支票为什么会发生错误的问题以及裕展公司对此的回答,认为华东公司2011年2月21日在签收人民币40万元的支票时,出票人处加盖万富公司的财务章和法定代表人私章,华东公司开户行出具的支票进账单显示的付款人也是万富公司。如有争议,华东公司并无义务将人民币40万元返还给原告。至于支票上后来又加盖了裕展公司的财务章和法定代表人的私章,从裕展公司账户付款给华东公司,说明裕展公司和万富公司当时财务混同。同时,裕展公司与万富公司的办公地一致,第三人的法定代表人秦杉使用裕展公司邮箱,以及签订的合同使用裕展公司、万富公司双抬头,客观上让华东公司有理由相信裕展公司与万富公司存在人格混同。

综上,裕展公司要求华东公司返还多付货款的事由法院无法确认,判决驳回裕展公司的所有诉讼请求。

裕展公司不服重审判决,上诉后二审法院驳回上诉,维持原判。●

(作者单位:上海市光大律师事务所)

专题研究



●文/方诗龙

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

从依法治国大局 看知识产权法院的设立

方诗龙: 市律协知识产权业务
研究委员会委员

2014年下半年司法领域的热点不断,也注定其会在中国法制史上留下精彩的一笔。其中头等大事当然是中共中央十八届四中全会通过了《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称全会《决定》),这是第一次把依法治国的方方面面提到中央全会上专题讨论;其次是全国人大常委会决定北京、上海、广州成立专门的知识产权法院,集中管辖相关知识产权案件,并将在2014年底挂牌。于是,全国人民对司法领域改革的热情和期待空前高涨,甚至有律师同行(但非知识产权专业领域的)对我恭维说,知识产权律师迎来了历史上最好的发展机遇。事实真的如此吗?我们不烦冷静、仔细地分析一下知识产权法院设置的现状,然后对照一下“依法治国”的使命看看、想想我们未来的道路和任务。

一、现行知识产权法院的设置框架和存在问题

依据《全国人民代表大会常务委员会关于在北京、上海、广州设立知识产权法院的决定》(以下简称人大《决定》)及《最高人民法院关于北京、上海、广州知识产权法院案件管辖的规定》(以下简称《规定》),我们不难总结出目前勾勒的知识产权法院体系的框架图:

(一)北京、上海、广州的知识产权法院相当于中级法院级别,类似于海事法院这样的专门法院。

(二)知识产权法院的管辖范围:1、专利、植物新品种、集成电路布图设计、技术秘密、计算机软件的第一审知识产权民事和行政案件(注意,这里只是有限列举,没有“等”字,也没包括技术合同纠纷);2、涉及驰名商标认定的民事案件;3、对国务院部门或者县级以上地方人民政府所作的涉及著作权、商标、不正当竞争等行政

为提起诉讼的行政案件。

(三)著作权、商标、技术合同、不正当竞争等知识产权民事和行政案件的一审仍由基层人民法院管辖,对其作出的判决、裁定而提起的上诉案件由知识产权法院审理。

(四)知识产权法院第一审判决、裁定的上诉案件,由知识产权法院所在地的高级人民法院审理。

(五)在知识产权法院设立的三年内,可以先在所在省(直辖市)实行跨区域管辖。

仔细琢磨上述管辖规定,在实际中不禁会产生很多困惑:

一是知识产权案件涉及民事、行政和刑事程序,人大《决定》非常明确,知识产权法院只管辖民事和行政案件,那就意味着与知识产权有关的刑事案件仍适用现行的《刑事诉讼法》,即由基层人民法院审判。举个例子,员工跳槽带来的侵犯技术秘密民事纠纷将由新设的知识产权法院管辖,但侵犯商业秘密刑事犯罪仍由各地公安机关侦查、检察院起诉、最后由基层法院审判。

二是知识产权民事案件的级别管辖,现行的规定基本上是根据案件标的的大小来确定受理法院的级别。比如,同样是商标侵权民事诉讼案件,上海就规定500万元以下的案件由基层法院受理、1亿元以上由上海市高级人民法院受理、500万元到1亿元之间的由中级人民法院受理(以上均适用于一方当事人不在上海市)。在知识产权法院组建后如何确定级别管辖呢?无论是人大《决定》还是最高院的《规定》,目前均未涉及此问题。比如一方当事人不在上海的、标的1亿元以上的商标侵权案件,今后是由基层法院管辖、还是由上海知识产权法院抑或上海市高级人民法院管辖?即使是专利案件,现在还是根据案件标的的大小区分级别管辖的,标的1亿元以

上的专利侵权案件不是由中级法院管辖,而是上海市高级人民法院管辖。那上海知识产权法院成立后,是否还根据标的大小区分级别管辖,还是专利案件一律由上海知识产权法院管辖,这些细节都尚不明确。这里面涉及对人大《决定》的理解问题,人大《决定》中说:“知识产权法院管辖有关专利、植物新品种、集成电路布图设计、技术秘密等专业技术性较强的第一审知识产权民事和行政案件。”到底是一种不论诉讼标的大小、影响大小的强制管辖,还是服从于现有《民事诉讼法》中“本辖区有重大影响的案件”(实践中具体体现为诉讼标的大小)由中级法院或高级法院管辖。从字面上理解人大《决定》应该是前者,但实务中笔者认为切实可行的操作仍是后者,即本辖区有重大影响的知识产权案件仍由高级法院直接一审。

三是北京、上海知识产权法院由于直辖市的原因,其组建相对容易些,市域范围也不是很大,故当事人方便程度也可以接受。但广州知识产权法院的组建和管辖就带来更多的一些问题。广东省相比直辖市而言要大很多,由于广州知识产权法院在广东省跨区域管辖,今后深圳、珠海、茂名等地的专利侵权民事案件都将要统一转移到成立后的广州知识产权法院管辖。但是,依据最高院的《规定》,广州知识产权法院对县级以上地方人民政府所做的涉及著作权、商标、不正当竞争等行政行为提起诉讼的行政案件并不实行跨区域管辖,各地的基层法院、中级法院对行政案件仍有管辖权。举例而言,对深圳市知识产权局作出的专利侵权处罚行为,深圳市中级人民法院仍有权管辖,但深圳的专利侵权民事案件将转移到广州知识产权法院管辖,相信这在实践中会带来不少困惑。

四是依据人大《决定》,新设的知识产权法院集中管辖专利、技术秘密等专业技术性较强案件的第一审知识产权民事和行政案件,但中国的《专利法》规定专利包括发明专利、实用新型专利和外观设计专利三种类型,尤其是外观设计专利,其技术性并不强,很多中级法院都能审理此类,最高院甚至已经指定了一些基层法院(如浙江义乌、江苏昆山、北京海淀等)也可以审理外观设计专利纠纷,各地的专利行政机关(知识产权局)处理、处罚外观设计纠纷也没问题。依据最高院的《规定》,北京海淀区法院已经不能再受理外观设计专利纠纷。如此类推,今后各地设立知识产权专门法院后,其他已经指定的基层法院也都可能不再审理外观设计专利纠纷了,除非人大另出新的决定。从管辖上来看,这到底是一种进步还是退步?笔者预计有些具体规则可能很快会明朗,但有些规则一直会存在一些“硬伤”,因为知识产权法院的设置一直在方便性与审判标准的统一性之间徘徊

不定。

二、完善知识产权法院体系应考量的因素

知识产权法院的设立,总体来说是由于知识产权专业性比较强的结果。但知识产权案件跨度很大,既有专利、商标、著作权、集成电路布图设计、植物新品种、不正当竞争、技术合同等不同类型的知识产权,又有刑事、民事、行政三种法律责任的案件,故总体来说,知识产权法院要解决的问题远比海事法院复杂,这也就是目前有关知识产权法院的设立和管辖问题比较多的原因所在。我们的确需要解决这些问题,需要探索适合中国国情的专门的知识产权法院,并与现行司法体系有机地结合起来。

知识产权法院设立之初,一直就有很多声音:有主张从基层法院起设立知识产权法院的,有主张从中级法院起设立知识产权法院的(类似现在的人大《决定》),有主张设立大区知识产权法院的(类似高级法院)。为探索适合中国国情的知识产权法院体系,我们不烦简单地梳理一下中国基本的国情和民众期待。

笔者一直以为,中国在司法领域的基本国情是:1、幅员辽阔;2、案件量非常大、且每年以惊人的速度增长;3、各地办案人员素质参差不齐,案件难以形成统一的审判标准。但其中“1”和“2”两个因素决定着我国的法院体系设置要尽可能地分散,审判职能要尽可能下放到基层,方便当事人办案,而“2”和“3”两个因素决定着我国要尽可能地将疑难案件往上移,以便统一审判标准,指导当事人的行为准则。我国的国情决定着我国不能照搬任何国家的司法体系,我们只能在方便性与统一性之间摸索适合我国自己的知识产权审判体系。所有的民众当然是希望既要方便,又要有统一性或者说公正性,但是当两者发生矛盾时又该如何取舍呢?我想答案是毫无疑问的,那就是要以统一性或者说公平性为优先原则。中国目前知识产权审判法院已经是遍地开花,呼唤统一审判标准、保证公平已经是当前的主要矛盾了,这也就是我们常说的成立知识产权法院、统一知识产权案件审判标准的原因所在吧。

今年出台的人大《决定》无疑是充分考虑了方便性与统一性两个方面,商标、著作权及不正当竞争案件仍由基层法院管辖是考虑方便性的要求,而对技术性比较强的案件在省级范围集中管辖是考虑了审判标准统一性的要求,但是人大《决定》中的知识产权法院设置方案明显又有欠缺,在方便性与统一性之间犹豫、徘徊,具体体现在:

(一)知识产权法院首先选择在北京、上海、广州设立,但这些地区的中级法院审判标准其实相对而言还是

不错的,中国其他一些省(市)更是急需统一的审判标准,比如江苏、浙江等省已经有很多法院可审理专利案件,更迫切的是要在全省设立统一的知识产权一审法院以统一审判标准,所以人大选择的试点地区并不是最急需需要的地区。

(二)在现有的人大《决定》中,知识产权法院的上诉法院仍是各省的高级法院,这样各省之间仍难形成统一的审判标准,这也是现在的人大《决定》被人诟病为最妥协、最无力的地方,中国目前更需要在全国范围内统一知识产权案件的审判标准,以突破省域的界限。

(三)现有的人大《决定》已经明确民事和行政案件要集中到知识产权法院管辖,但最高院的《规定》对广东省除广州市以外的中级法院的知识产权行政案件并未强制实行集中管辖,这不能不理解为又是一种妥协,实质上是违人大《决定》精神的。

顺着上述思路,不难很快得出结论,我国的知识产权法院体系需要在以下三个方面做出完善:

一是各省都要设立专门的知识产权法院(中院级别),以统一各省的知识产权审判标准。设立地点仍放在各省知识产权量最多的那个城市。笔者并不建议将北京、上海、广州的知识产权法院做跨区域延伸,搞成大区知识产权法院模式,这主要是考虑到方便性的要求,知识产权一审法院无法做到大区模式。我们不能照搬海事法院的模式,因为知识产权案件的数量比海商海事案件多很多。

二是中国要建立一个统一各省的中国知识产权高等法院,统一审理各省知识产权法院的上诉案件。

三是各省的知识产权法院把知识产权民事和行政案件都要集中管辖,不给知识产权行政案件额外开口,这有利于制约各地的行政执法权。

三、依法治国大局下的考量

中共中央十八届四中全会《决定》虽然比较原则、宏观,但毕竟发出了依法治国、依法执政的总动员令或者说至少表明了这样一种态度。在笔者看来,全会《决定》中提到的以下两项政策的落实将深刻地影响着中国目前的法院审判体系:一是改革司法机关人财物管理体制,探索实行法院、检察院司法行政事务管理权和审判权、检察权相分离;二是建立司法机关内部人员过问案件的记录制度和责任追究制度。完善主审法官、合议庭、主任检察官、主办侦查员办案责任制,落实谁办案谁负责。

笔者不清楚上述两项政策最终会落实成什么样的一些制度,但从全会《决定》中很明显地可以看出,中央将逐渐推进司法独立,并以司法独立保证司法公正。而

建立知识产权法院的目标,就是为了统一知识产权领域的审判标准,保障公平,这与司法改革的总目标是一致的。从手段上看,将知识产权案件集中到专门的知识产权法院管辖,就是想尽可能大幅度地减少地方行政体系对司法系统的影响,从法院体系上保障司法独立。专门的知识产权法院再辅以全会《决定》中提到的保障司法人员独立办案的措施,相信更有利于保障司法独立,从而实现司法公正。因此,无论是从目标上还是手段上看,知识产权审判系统的改革都是依法治国大局的一个重要方面,是整个法院审判体系改革的一块实验田,而且是新开辟的一块试验田。所有的民众都在期待在这块新开辟的试验田中获得最好的收成。所以,从这个大局看,我不得不说,目前人大《决定》通过的关于设立知识产权法院的内容,还是步子太小、顾虑过多、时间过长。中国实际上并没有三年的时间去观察北京、上海、广州三地知识产权法院的运作效果,我们必须从一开始就做出方案设计,然后在初期就需要在全国更大范围内推开,让更多的民众首先沐浴到知识产权法院的新风。因此,笔者在此呼吁全国人大常委会尽快进一步做出决定,将知识产权法院的设立进一步铺开,总的思路 and 方向是:

(一)全国更多的省份要尽快设立专门的知识产权法院,特别是知识产权案件量比较大的省一定要在2015年都设立专门的知识产权法院。知识产权的级别仍是中院级别,管辖范围仍是技术性比较强的案件的一审和商标、著作权、不正当竞争案件的二审,受理范围包括民事和行政案件。

(二)全国一定要设立统一的中国知识产权高等法院,统一受理各省知识产权法院的上诉案件。这样就绕开了各省的高级人民法院,有利于形成全国统一性的审判标准。

以上两方面的改革措施要马上、尽快地同步开展。笔者以为:上述进一步改革的实施成本并不高,难度也不大,只需要稍为铺开一下即可,但对整个知识产权审判体系的完善却是至关重要的,也很容易让更多民众看到司法改革的希望。所以,这个进一步的改革和完善措施不能再观察、再等等看了,全国人大应该尽快做出进一步决定,否则2014年设立的北京、上海、广州的知识产权法院很容易陷入泥潭中,招来更多的评论和责骂,陷入更多的思考和顾虑中,甚至最终有可能导致前功尽弃。在此,笔者也呼吁更多的专业人士要齐心协力推动知识产权法院体系的尽快完善,既不要为迈出的一小步而欢天喜地,也不要因为方案重重而止步不前。所有的专业人士都要明白中国司法改革的道路任重而道远,出路在于大胆地试,再不努力改革向前,总有一天就会被焦急等待的民众所抛弃。●

●文/王小兵

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

对“王老吉凉茶” 红罐包装装潢纠纷案 一审判决的评析



2014年12月19日,广东加多宝饮料食品有限公司(以下简称加多宝公司)与广州王老吉大健康产业有限公司(以下简称大健康公司)、广州医药集团有限公司(以下简称广药集团)擅自使用知名商品特有包装装潢纠纷案【案号:(2013)粤高法民三初字第1号、(2013)粤高法民三初字第2号】一审已见分晓。广东省高级人民法院一审判决加多宝公司构成侵权,并赔偿广药集团经济损失人民币1.5亿元,以及合理维权费用26万余元。该案因涉及两家知名企业和消费者耳熟能详的凉茶产品且涉案金额较高,被称为“中国包装装潢第一案”。

案件一经判决便引来媒体和业界的广泛争议,有支持判决结果的,也有对判决表示异议的。笔者仔细研读广东省高级人民法院的判决书后,认为法院的观点的确有不妥之处,现根据媒体公开的案件材料,结合我国现行法律、法规、司法解释,对本案作简要的法律评析,供各方参考。

一、一审法院法律适用错误之处

(一)一审法院错误地认定涉案知名商品所指向的对象

本案的争议焦点之一是确定涉案知名商品到底是什么,一审法院在判决书中对此争议焦点的推理论述存在以下错误:

1、一审法院将“知名商品”与“知名商品特有名称”混淆

一审法院虽在判决书中引用了《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》中对“知名商品”的概念,但其对“知名商品”的理解显然与该司法解释相左。一审法院认为:“知名商品是指不为相关商品所通用,具有显著区别性特征,并通过在商品上的使用,使消费者能够将该商品与其他经营者的同类商品相区别的商品名称。”

可见,一审法院的逻辑是“知名商品是商品名称”,这显然是将“知名商品”与“知名商品特有名称”相混淆。“知名商品”是一种产品或者服务,而“知名商品特有名称”是这种产品或服务的名字(标识),它是商品的代号,不是商品本身。两者的区别在于,知名商品的特有名称可以变更,但商品本身的性质不能改变,如商品本身的性质已经改变,则原有的名称应当随之变更,否则就会造成相关公众混淆或误认,损害消费者的合法权益。按照一审法院的观点,“知名商品”与“知名商品的特有名称”是同一概念,实际上是利用“特有名称”来替代“知名商品”,这显然是错误的。

2、一审法院将相关公众已区分开的“红罐”王老吉凉茶与“绿盒”王老吉凉茶混同

广药集团与鸿道集团就“王老吉”商标许可使用达成的协议中,已经明确了双方各自经营的凉茶应当有所区分,即包装有“红罐”和“绿盒”之分,且双方各自独立经营、推广。经过十余年的宣传推广,相关公众已经能够区分“红罐”王老吉凉茶与“绿盒”王老吉凉茶这两种商品。无论从配方、口味,还是生产商、包装、装潢等均



王小兵:市律协知识产权业务
研究委员会委员

不同,消费者已经将这两种商品区分开来,也能够清楚地认识到这两款产品虽然都叫“王老吉”,但本质上是不同生产者出品的两种不同商品。

可是,一审法院无视这种既存的市场现象,十分主观地认为消费者无法区分两家企业凉茶的“红罐”与“绿盒”包装、装潢,将这两种不同配方、口味的凉茶认为是一种商品,将法院的意志凌驾于市场和消费者意志之上。将市场已经明确区分的两种商品通过本判决又混淆在一起,误导公众认为两种包装的凉茶是同一种凉茶。

综上,一审法院错误地认定本案知名商品所指向的对象,混淆了加多宝公司生产的,使用王泽邦后人的正宗配方的“红罐”凉茶与大健康公司生产的“绿盒”凉茶之间的区别,将本案知名商品简单、机械地确定为“王老吉凉茶”显属错误。

(二) 一审法院错误地认定涉案包装装潢所指向的对象

对涉案知名商品特有包装装潢的界定是本案的另一争议焦点,笔者认为,一审法院在此问题的认定上存在以下错误:

1、一审法院抛开原告主张的权利范围,擅自界定装潢的指向对象

在(2013)粤高法民三初字第1号案中,加多宝公司作为案件原告,有权利要求法院保护其主张的特有包装装潢的权利范围,即法院作为居中裁判者应秉持公平、公正和不告不理的态度,按照原告主张的权利范围来审查其是否构成知名商品特有包装装潢以及被告是否存在擅自使用的不正当竞争行为。

在本案中,加多宝公司主张的特有包装装潢系加多宝公司设计并使用多年的“红罐”凉茶包装装潢,具体包括该装潢的图案、颜色、文字排列等元素构成的整体外观,而并不包括“王老吉”三个大字及“王老吉”商标图案。换句话说,原告在本案中主张的特有装潢是一种外观设计形式,即包装装潢采用何种色彩、何种字体、何种组合方式来呈现给消费者,至于字体本身的内容是“王老吉”还是“加多宝”或是其他名称,这并非原告所主张的特有装潢的内容。一审法院不顾原告主张的权利范围,擅自增加原告特有装潢的构成要素,导致原告权利范围变窄,损害了原告的合法权益。

2、涉案包装装潢的指向对象不应包含具体的文字信息

作为商品的包装装潢,相关公众所注意的是该装潢本身的色彩、文字排列、图案等因素构成的整体,至于具体文字内容本身,并非一定是装潢权利的范畴,即装潢上的厂名、联系方式、配料、使用方法、保质期、文字商标

等信息内容并不在装潢的保护范围内。如果这些具体文字信息都属于装潢范畴,那么被控侵权方采用不同的文字内容,但文字的排列、组合、位置均相同,是不是就不构成侵权?答案显然是否定的。

所以,涉案包装装潢的指向对象,不应涵盖具体的文字信息,而应当是这些文字的字体、放置位置、排列方式等体现外观设计要素的形式内容。一审法院将涉案包装装潢指向对象认定为“包括黄色字体‘王老吉’等文字……组成部分在内的整体内容”,显然是错误。

(三) 一审法院错误地认定涉案包装装潢的权利归属

一审法院在对上述“知名商品”、“特有装潢”认定存在失误的基础上,进一步适用法律错误,将涉案包装装潢的权利划归广药集团所有。从法院判决书来看,一审法院存在以下不当之处:

1、一审法院错误地认为商标与涉案装潢已融为一体

首先,如前所述,“王老吉”商标文字信息本身并非加多宝公司在特有装潢中所主张的权利内容,一审法院超越权限,擅自代替原告界定主张的特有装潢内容,确有不当。

其次,商标与特有装潢是两种完全不同的知识产权,其本身是相互独立,互不附属。两者完全可以由不同主体持有,各自作为商业标识,发挥区分商品来源的作用。一审法院将“王老吉”商标作为涉案装潢的一部分,认为不可分割,已经融为一体,没有事实和法律依据,是非常主观的臆断。

第三,一审法院的这种观点,实际上已经动摇了现行的知识产权许可制度。在本案中,法院也承认广药集团与加多宝公司仅仅存在商标许可协议,对涉案装潢的归属和许可使用并无明确约定。那么,当商标许可合同到期后,广药集团收回的也仅仅是“王老吉”商标本身,其将涉案装潢也一同收回缺乏合同约定和法律规定,也与一审法院自己认定的事实相矛盾。如按照一审法院的观点,广大商标被许可人将面临同样的风险,即商标许可合同到期后,不论被许可方使用的商品包装装潢归属于谁,基于商标与装潢“已融为一体”,则许可人可以完全收回,而无需支付任何对价。这种司法判决的随意性已严重动摇了知识产权许可制度的基础,会对知识产权管理和运营产生极其不良的示范效应。

2、认定装潢的权利归属应当重点考虑装潢的设计来源及实际使用者这两个因素

认定装潢权利归属应着重考察两个因素,即装潢的设计来源及实际使用情况。一审法院已经认定涉案红罐装潢的设计人系陈鸿道先生,并且早在设计完成之初就已经申请了外观设计专利。因此,红罐包装装潢的设计

来源与被告没有任何关系,被告也未对此包装装潢的设计付出过任何创造性的劳动。

另外,知名商品的特有装潢权利,系装潢的实际使用人在日常经营、推广商品过程中逐渐产生的一种权利,该权利与实际使用者紧密相连,脱离实际使用者谈论特有装潢权利是没有意义的。本案中,加多宝公司是红罐包装装潢的最初使用者,也是加多宝公司将该包装装潢推广到家喻户晓,所以涉案包装装潢与加多宝公司紧密相连,不可分割。

从上述两点来看,涉案包装装潢权利应当属于加多宝公司而非广药集团。一审法院无视上述两点重要因素,执意认定广药集团系涉案装潢的所有人没有任何事实与法律依据,也无法向公众解释:一个对某项知识产权的产生没有任何付出的企业,如何最终成为该项知识产权的所有人?

3、一审法院错误地解读了在先判决认定的主要事实

在本案中,一审法院引用了佛山市中级人民法院(2003)佛中法民三初字第19号民事判决书(以下称佛山中院第19号判决)及广东省高级人民法院(2003)粤高法民终字第212号民事判决书(以下称广东高院第212号判决),并认为:两级法院之所以认定加多宝公司是涉案知名商品特有包装装潢的权益主体,主要是基于广药集团与鸿道集团签订的商标许可协议,以及当时广药集团与加多宝公司之间相对于三水华力饮料食品有限公司而言属于内部关系,上述案件中无需对涉案知名商品特有包装装潢权属予以明确界定。

笔者并不赞同一审法院的这种解读——

首先,商标许可协议所规范的仅仅是“王老吉”商标的使用许可事宜,与知名商品特有包装装潢权利无关,两者没有必然关联。佛山中院第19号判决及广东高院第212号判决,完全是基于知名商品特有包装装潢这一权利基础进行的案件审查与判决。

其次,佛山市中级人民法院及广东省高级人民法院在相应判决中已经认定加多宝公司是涉案包装装潢的唯一权利人,该判决已经生效,一审法院不能随意推翻自己此前认定的基本事实。

第三,如一审法院所述,无需界定知名商品特有包装装潢的权利人,这是极不负责任的,法院在审理擅自使用知名商品特有名称、包装、装潢纠纷案件中,首先应当就原告是否是涉案知名商品特有名称、包装、装潢的权利人进行审查,如果法院连这一基本事实都不予界定,那么如何作出后续侵权与否的判决?

4、最高人民法院的相关判例也说明商标与特有装潢之间没有必然关联

在笔者代理的再审申请人上海艺想文化用品有限公司与被申请人上海帕弗洛文化用品有限公司擅自使用知名商品特有名称、包装、装潢纠纷一案中,被申请人上海帕弗洛文化用品有限公司在2003年获得案外人商标授权,自行设计了商品的包装装潢(并将被授权商标用在包装装潢上),再审申请人曾以被申请人涉嫌商标侵权为由,认为不应保护被申请人的特有包装装潢。但最高人民法院在该案民事裁定书中认为:本案的诉讼争点在于帕弗洛公司在书写工具上使用的商品名称、包装、装潢是否构成知名商品特有名称、包装、装潢,至于该商品上使用的商标是否侵犯了他人的注册商标专用权,不属于本案审理范围。遂未采纳再审申请人的再审理由。

这充分说明,最高人民法院在相关判例中也认为知名商品的包装装潢权利与附着在包装装潢上的商标图案本身是两个独立的知识产权,两者是可以分割的,不能在一个案件中将两者混为一谈,混淆案件的争议焦点。

二、关于加多宝公司下一步的诉讼策略

基于上述对一审判决的分析意见,笔者认为加多宝公司下一步的诉讼策略应当围绕以下几个方面展开:

(一) 通过各种方式,影响二审法院对涉案商品的区分

在本案中,一审法院从一开始就对“商品”和“商品名称”产生混淆,将两者等同,这极易造成法院将“知名商品”指向“王老吉凉茶”,而非加多宝公司主张的“加多宝公司生产的,使用王泽邦后人的正宗配方的‘红罐’凉茶”。事实上,加多宝公司此前虽然生产“王老吉凉茶”,但此“王老吉凉茶”并非广药集团一直生产的“绿盒王老吉凉茶”,两者存在本质区别,仅配方这一点就不一样。所以,二审阶段,需要通过提交新证据、技术鉴定、王老吉凉茶配方所有人出庭作证等方式让二审法院加深原、被告产品为不同商品的印象,从而引导二审法院将涉案知名商品指向加多宝长久以来生产的正宗配方“红罐”凉茶,而不是笼统地指向“王老吉凉茶”。

(二) 二审阶段,必须明确加多宝公司在本案中主张的特有装潢权利范围

基于一审法院擅自将加多宝公司主张的特有包装装潢的权利范围缩小(即包含“王老吉”文字),造成法院认定“王老吉”商标与涉案包装装潢已融为一体,无法分割的错误结论。二审中,加多宝公司必须向法院明确其主张的特有装潢权利边界,以及特有装潢的具体内容是什么。再简单地讲,就是涉案装潢包括什么,不包括什么。这样可以让二审法院更清晰地认识到加多宝公司

主张的权利范围,避免法院进行主观随意取舍。

(三)从市场和消费者角度,加强商标与涉案特有包装装潢可以分离的论述

一审法院认为“王老吉”商标(同时也是知名商品的特有名称)与“红罐”包装已融为一体,从市场和消费者认知的角度出发,两者不能分离,都属于广药集团的知识产权。二审中,需要针对一审法院的这一观点,通过市场调查数据和国内外司法判例,来论述“王老吉”商标与涉案包装装潢完全可以分离,不会造成消费者的任何混淆,且消费者也明确知道“红罐”包装装潢是加多宝公司的商品特有包装装潢,与广药集团没有任何关联。加多宝公司通过后续的宣传推广,也能确保两者分离不会对市场和消费者造成任何不利影响。相反,如果按照一审法院的观点,消费者今后所购买的广药集团“王老吉凉茶”与此前加多宝公司生产的正宗配方“王老吉凉茶”完全不同,却采用着同样的包装装潢,这显然会造成市场混乱,损害消费者的合法权益。

(四)可以考虑开辟第二诉讼战场

鉴于案件双方,包括一审法院对涉案包装装潢的设计人系陈鸿道先生并无异议,那么陈鸿道先生作为涉案包装装潢的著作权人也应当是没有异议的,加多宝公司或陈鸿道先生完全可以利用这一点以广药集团、大健康公司等侵犯其著作权为由提起诉讼。因为著作权相对于本案的知名商品特有包装装潢权属于在先权利,未经在先权利人的许可,任何侵犯在先权利的行为均应被判决停止。该诉讼一旦成功,则可以有力回击一审法院的判决及制止广药集团继续使用涉案包装装潢,同时也会影响到二审法院对本案的态度。

以上是笔者基于媒体公开资料对本案一审判决及二审诉讼策略的分析意见。据悉,加多宝公司在收到一审判决后向媒体表示会坚决上诉,我们期待最高人民法院对本案相关法律问题作出公正的回应。●

●文/李长宝

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

利用“个转企” 变更登记途径 助力直营连锁企业并购

连锁经营是一种商业经营模式,日益为国内众多行业经营者所接受、认可,并广泛被百货、超市、便利店、电子电器、食品等从业企业所采用,成为企业迅速占领市场、扩大经营规模的重要手段。

连锁经营的形式包括直营连锁、特许连锁(又称加盟连锁)、自愿连锁三种,在现实生活中,很多连锁公司是两种或三种连锁模式混合并存。世界百强零售企业采取的连锁模式中,有80%是直营式的,10%是特许经营式的,10%是零售合作社发展的。

在笔者服务的众多连锁企业客户中,无论是直营连锁还是特许连锁门店,其门店采用“个体工商户”组织形式的为数不少,而且即使在采用“个体工商户”组织形式的直营连锁门店中,也存在该门店(个体工商户)负责人并非连锁企业总部的出资人,而是由总部出资人的亲属、员工等其他人员作为个体工商户负责人的情形,也就是说,从实际出资的角度而言,此等门店的确是连锁企业的直营门店,但从法律上考察,此等门店又与连锁企业总部不存在投资、控股关系。采用“个体工商户”的组织形式设立连锁门店在设立程序简便、经营管理灵活以及税务负担较轻等方面确有其自身优势,但是,在连锁企业发展到一定规模,特别是准备着手对下辖门店进行整合以进行企业股改并挂牌、上市时,会面临着如何将众多下辖的个体工商户性



李长宝:市律协知识产权业务研究委员会委员

质的连锁门店,特别是直营门店纳入到总部资本、法律体系内的问题。

之前,由于个体工商户并非企业,如果要将个体工商户性质的门店纳入到连锁企业总部的资本体系内,只能采取资产(包括资产、业务、客户信息等)收购的方式,由总部企业或其设立的地区总部对该个体工商户的全部资产、业务进行收购并进而设立全新的直营门店,而原个体工商户办理注销。此种新设——注销模式,明显存在如下两个弊端:

一是新设的直营门店难以延续该个体工商户作为直营门店的经营历史,且该直营门店未履行完毕的合同义务或其他义务必须要征得相关权利人同意后才可能由新设的直营门店受让、承继;二是对于某些需要行政许可的行业,如食品行业,原门店的许可证照将无法由新设直营门店继续使用,不但增加了新设直营门店重新办理行政许可的工作量,更存在在相关行政许可被授予前,该直营门店的经营行为涉嫌违法的问题,无法

做到新设与注销门店间的“无缝链接”。

我国于2011年分别发布了《个体工商户条例》和《个体工商户登记管理办法》，上述规定较之以前的《城乡个体工商户管理暂行条例》而言，其中一个显著变化就是明确提出了“个体工商户申请转变为企业组织形式，符合法定条件的，登记机关和有关行政机关应当为其提供便利。”“个体工商户申请转变为企业组织形式的，登记机关应当依法为其提供继续使用原名称字号、保持工商登记档案延续性等市场主体组织形式转变方面的便利，及相关政策、法规和信息咨询服务。”（本文简称为“个转企”）

上述规定虽寥寥数语，却不啻为对于市场经营主体之一——个体工商户的行政管理旧有制度的颠覆性改变，其重大意义是打通了同为市场经营主体的个体工商户与企业之前存在的不可逾越的历史鸿沟，使前者可以通过“个转企”向后者顺利转换、无缝过渡。相较于旧有制度，“个转企”制度的核心在于“转”字，也即根据自愿申请原则，个体工商户可以将其组织形式“转变”（变更）为企业组织形式，当然，因为涉及的是组织形式“变更”，则“变更”后之企业将承受原个体工商户的权利、义务，相关资质、证照、经营历史、年限自然也可由变更后之企业承继。

但略感遗憾的是，上述行政法规、部门规章发布并实施后，在国家层面却未进一步对“个转企”出台具体的操作细则，致使数年后的今天，各地工商机关不但对此制度执行标准、流程要求不统一，甚至此制度在不少地方尚未得到有效实施。

就笔者所收集的资料显示，只有极个别的省、市发布了适用于当地的“个转企”操作规定，而该制度特别适用于连锁经营企业对所投资的个体工商户组织形式的直营门店进行整合，从而将众多总部出资的直营门店彻底纳入到自身的资本、法律体系内，达到资本关系与法律关系的统一，并进而为连锁经营企业的进一步发展、规范奠定了良好的基础。

结合地方性“个转企”操作规定，笔者对“个转企”的原则性操作归纳如下：

一、基本原则：自愿申请

“个转企”的目的并非创设一种新制度而彻底消灭“个体工商户”这样一种经营主体，而恰恰相反的是《个体工商户条例》出台的目的是为了地更好地贯彻国家鼓励非公有制经济发展的方针政策，进一步充分发挥个体工

商户服务经济社会发展和扩大就业的重要作用，因此“个转企”秉承的是自愿申请原则，是对自愿扩大经营规模、提升经营档次的投资主体提供的一种政策或法律扶持。

二、“个转企”制度赋予了申请“变更”的个体工商户自主决定变更为企业的权利

企业是对符合条件的市场经营主体的统称，具体到“个转企”，各地对变更后的企业组织形式有着不同的要求，一般地是规定变更后的企业组织形式为有限责任公司、合伙企业、个人独资企业，有些更进一步限定为个人独资企业或一人有限责任公司，对于限定范围更加严格的后者而言，笔者理解其规定的初衷是要严格遵循个体工商户往往是“个人经营”的自身属性，所以在办理变更登记这一环节排斥了除原个体工商户经营者以外的第三方的投资与介入，不过考虑到变更后的企业完全可以依法吸收其他投资人，从而将一人有限公司再次变更为合资有限公司、或者将个人独资企业再作其他组织形式的转变，此种转变既然与法不悖，则反不如在“个转企”的变更操作环节允许第三方投资者介入，一次性完成投资人希望达到的变更后的企业组织形式，以更好地服务于中小企业主。

三、“个转企”对申请人的要求

1. 该个体工商户应合法注册及正常经营。

2. 该个体工商户与转变后的企业应在同一县（市、区）行政区域内。

3. 该个体工商户不存在未结行政调查或行政处罚事项。

以上三项要求系目前地方性“个转企”规定中对个体工商户主体资格的共性要求，笔者认为上述要求是合理的，但以江苏省“个转企”的规定为例，其还提出了其他的要求，如：个体工商户要有自己的名称、经营场所不变等。对此，笔者认为上述规定的设置不尽合理。

首先，我国《个体工商户名称登记管理办法》第二条明确规定，个体工商户可以不使用名称。所以，要求申办“个转企”的个体工商户要有自己的名称与前述规定不符，大而言之，是侵犯了个体经营者对名称使用的自决权。而我们知道，企业是必须有名称的，且企业的名称完全可在“个转企”的企业新设环节通过“名称预先核准”的程序获取，根本无需强制要求变更前的个体工商户必须有名称。

其次，出于对“个转企”操作上的便利及审批的考虑，在个体户主体条件的共性要求中已明确了“该个体



工商户与转变后的企业应在同一县(市、区)行政区域内”,在此基础上,再要求“经营场所不变”似无必要。因为,一是只要变更前后的经营主体的经营场所未跨同一区县工商行政机关管辖区域,此种场所变更即不会带来操作流程上的繁复;二是对于变更后之“企业”而言,其有权自主决定对经营场所进行变更。因此,笔者认为在不增加操作难度的情况下,尽最大可能为“个转企”提供便利,使经营者能根据自己的意愿一次性完成全部变更事项应该是“个转企”制度所追求的目标。

四、操作程序

“个转企”虽要求形式上应采取“一销一设”的登记方式,即原个体工商户办理注销登记,同时办理转变后企业的设立登记。但正如本文前部所述,此“一销一设”的方式虽然与“个转企”制度实施前的“注销——新设”模式在形式上一样,但其法律性质却完全不同,此前的“注销——新设”模式中,新设的企业完全是“新设”的,与已“注销”的个体工商户不具备任何法律上、权利义务上的承继关系,而目前的“个转企”的“一销一设”模式,则明确赋予了“新设”企业对“注销”个体工商户的法律承继权能。具体操作流程为:

1、新设企业名称预先核准。此程序适用于之前的个体工商户没有使用名称或虽使用了名称,但其变更后的企业投资人不愿意沿用原个体工商户名称的情况。

2、原许可经营项目批准文件或证件的使用。新设企业经营范围内涉及前置许可的,工商行政管理机关可依据原个体工商户的合法有效的前置批准文件、证件予以登记,并限定新设企业在一定期限(如半年)内办理相关变更手续。如果系超出原个体工商户前置批准范围的项目,则应由该新设企业在设立前先行获得前置审批。

3、新设企业根据其组织形式的不同依法提交新设企业所需的设立文件。

4、新设企业在提交设立申请的同时,原个体工商户办理申请注销登记事项。

5、企业设立登记后,其登记档案应与原个体工商户档案合并归档,以保持市场主体的延续性。

结合前述“个转企”的操作流程,在连锁企业总部

准备整合其实际投资的个体工商户性质的直营门店时,可做如下处理:

一是连锁企业总部要先确定对下辖直营门店的管理架构。即是直接由总部管理直营门店,还是根据地区或行政区划设立不同的区域(地区)总部,而将直营门店纳入各区域总部资本、法律构架内管理。

二是确定新设企业的投资人。连锁企业的各直营门店一般采用子公司或分公司的组织形式,无论采取哪种组织形式,其投资人都是连锁企业总部或区域总部,不同的是,前者为新设子公司、后者为新设分公司。

根据现行地方“个转企”的规定,无论是否允许在“个转企”环节中引入第三方投资者,但原个体工商户经营人都是新设企业必不可少的投资者之一。因此,根据是否允许第三方投资人向“个转企”的新设企业投资要求的不同,操作方案也自然不同:

首先,对于不允许引入第三方投资者的地区,只能选择“两步走”的方式:

第一步,将个体工商户先变更为一人有限公司,股东就是原个体工商户经营人;第二步,由连锁企业总部或其区域总部通过股权转让将其变更为子公司或分公司。

其次,对于允许引入第三方投资者的地区,则可采取一步到位的方式,由连锁企业总部或区域总部出资与原个体工商户新设合资有限公司,但此合资有限公司要满足连锁企业总部或区域总部控股的要求。

当然,在上述变更之后,连锁企业仍然可以考虑通过“再次变更”的方式达到全资控股直营门店或将直营门店改造为分公司的目的。

总之,“个转企”这一在个体工商户与其他市场主体之间进行组织形式转换的制度必将在连锁经营领域发挥其特有的、不可替代的功能,也必将有助于连锁企业规范管理体系、借力资本市场、实现快速发展。因此,笔者建议各地工商部门应认真研究该制度的目的、要求,不但要尽快出台地方配套的操作规定,而且还应在保证“个转企”可操作性的同时,尽可能减少“个转企”在主体条件、范围等方面的限制,不但要将此制度落到实处,更要使此制度发挥出最大的功效。●

●文/傅 钢

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

互联网技术创新、自由竞争和不正当竞争的合理界限探析



傅 钢:市律协知识产权业务研究委员会委员

二十一世纪以来,网络技术的飞速发展,带来了网络经济的勃发,造就了巨大的网络相关市场,但随之而来的是大量网络相关的不正当竞争行为,严重扰乱了市场秩序。而我国现行法律法规对网络不正当竞争的规范少之又少,导致互联网界的不正当竞争行为有愈演愈烈之势。最近一段时间,在业内引发巨大影响的3Q大战、百度诉360插标案、优酷诉金山猎豹浏览器不正当竞争案等一系列互联网不正当竞争案先后判决。这些判决水平颇高,对于规范互联网行业的行为准则起到了积极且重要的司法指导作用。本文拟对网络不正当竞争案件中涉及到的几个重要问题予以梳理、分析,以求发掘共性,尝试探索网络技术创新、自由竞争和不正当竞争的合理界限。

一、基于竞争利益的竞争关系认定

原告之间存在竞争关系是认定不正当竞争成立的前提,然而在上述几个有影响力的案件当中,竞争主体的“跨界”成为主题词。比如百度诉360插标案中百度是搜索引擎服务提供商,360是网络安全服务提供商;优酷诉金山猎豹浏览器不正当竞争案中,优酷是网络视频服务提供商,金山猎豹是浏览器服务提供商。上述两案的被告都无一例外地提出了双方不存在竞争关系来作为抗辩的理由,但在这些案件中,法院都认定了彼此竞争关系的存在,并通过系列案例发展了对竞争关系的认定标准,值得未来的案件借鉴。

在2005年“湖南王跃文诉河北王跃文等侵犯著作权不正当竞争纠纷案”中,法院对经营者和竞争关系做了精辟的阐述。该案判决书中认为:《反不正当竞争法》的立法目的,在于维护公平的市场竞争秩序,因此凡存在竞争的商业化市场,都应该属于其调整范围。要确认双方的竞争关系,首先需要确认双方出于同一市场当中,其次需要确认双方基于该市场的经营行为对彼此的经济收益有影响。

优酷诉金山猎豹浏览器不正当竞争案判决书又对上述观点结合互联网的特点进行了更加明确的阐述,其认为:“传统行业对竞争关系的理解一般限于同业间的直接竞争关系,但是当前互联网经济由于行业分工细化,业务交叉重合的情况日益普遍,对竞争关系的了解则不应限定为某特定细分领域内的同业竞争关系,而应着重从是否存在竞争利益的角度出发进行考察。竞争利益主要体现为对客户群体、交易机会等市场资源的争夺中所存在的利益。……本案中,二被告提供过滤优酷网视频广告的猎豹浏览器,影响合一公司的交易机会和广告收益,使两个原本可以在各自领域并行不悖发展的企业存在现实的竞争利益。”该判决抛弃了狭义的市场分野,从存在竞争利益的角度去界定竞争关系,确定了法院对互联网不正当竞争的“长臂管辖”,更接近网络市场竞争的本质,也有利于解决当下网络市场竞争的乱象,对此类案件具有重要的借鉴意义。

二、网络产业自由竞争与不正当竞争的合理界限

我国的《反不正当竞争法》虽然列举了若干条不正当竞争行为,但都是主要针对现实社会而言,对于网络上的不正当竞争行为尚未有具体规定。结合互联网环境的特点解读及适用《反不正当竞争法》第二条的原则规定就是对互联网环境下自由竞争与不正当竞争的合理划界,是事关我国互联网产业走向的大事。

最高人民法院在“海带配额”不正当竞争案中为该原则性规定的适用提出了较有操作性的指导原则和条件。最高院认为,适用《反不正当竞争法》第二条的原则规定认定构成不正当竞争应当同时具备以下条件:

1、“法律对该种竞争行为未作出特别规定”

这一标准实际上是强调,《反不正当竞争法》第二条一般条款在规范性上属于法律原则。法律原则的适用在顺序上具有劣后的特点,只有“穷尽规则,方能适用

法律原则”。

2、“其他经营者的合法权益确因该竞争行为而受到了实际损害”

《反不正当竞争法》调整的不正当竞争行为当然要求会给竞争对手、消费者或者社会公共利益带来某种危害或者危害的可能,但是这种危害的损害后果究竟如何判断?

笔者认为,在大多数情况下,当损害并没有实际发生只是有发生的可能时,便足以判定对方的行为是否构成不正当竞争。必须明确的是,《反不正当竞争法》虽然致力于建立和维护一种基本的商业道德,禁止以违背商业道德的不正当方式和手段进行竞争活动,但它本身不能也无法消除竞争给竞争者所带来的某些损害,它只是强调竞争必须满足正当性要求。这种正当性所关注的是竞争方式和竞争手段,而不是竞争行为是否产生了损害的后果。所以,在不正当竞争纠纷案件的审判中应特别明确:损害以及损害的程度不能作为考察行为合法的标准,竞争方式和手段的合法与否,才是考察一种行为是否构成不正当竞争行为的核心与关键。

因此,在不正当竞争行为的构成要件中,“损害了其经营者的合法权益”,包括潜在利益和直接利益,只要证明了竞争方式和竞争手段的不正当性,对损害后果即可以采取推定的方式认定,不以举证实质损害为要件。

3、该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性或者说可责性

最高院在此有一个逐步阐明概念的过程:“对于竞争行为尤其是不属于《反不正当竞争法》第二章列举规定的行为的正当性,应当以该行为是否违反了诚实信用原则和公认的商业道德作为基本判断标准;在《反不正当竞争法》中,诚实信用原则主要体现为公认的商业道德;商业道德所体现的是一种商业伦理,是交易参与者共同和普遍认可的行为标准,应按照特定商业领域中市场交易参与者即经济人的伦理标准来加以评判”。该判断标准的要件为:

首先,划定“特定商业领域”的范围。判断正当与否的伦理标准并非是整齐划一的,而是必须纳入特定的商业领域,针对特定的主体、时间、空间维度进行衡量。具体到互联网在这一特定商业领域中,其行业标准、行业道德究竟是什么,原告应该进行充分的举证和说明,法院也有义务进行查明,并在判决书中予以明确。在3Q大战中,原告以工信部发布的《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》(以下简称《若干规定》)和互联网协会发布的《互联网终端软件服务行业自律公约》(以下简称《自律公约》)作为公认的商业道德进行了充分的阐述和举证,一审法院依此作出了判决。对于奇虎质疑一

审法院适用《若干规定》和《自律公约》的问题,最高院肯定了此案中行业的《自律公约》可构成《反不正当竞争法》第二条规定的商业道德,并将法院认可的自律公约限定在“不能违反法律原则和规则”的范围之内。最高院特别指出:“一审法院在裁判本案时援引的是《民法通则》、《反不正当竞争法》及本院相关的司法解释,对于《自律公约》的援用并不是将其作为法律规范性文件意义上的依据,实质上只是作为认定行业惯常行为标准和公认商业道德的事实依据。对于《若干规定》的援用,也仅是用于证明互联网经营行为标准和公认的商业道德。笔者认为,一二审中原告的举证和说明及法院的查明和阐释都是非常精当的,堪为此类案件的标杆。

其次,强调“经济人”的标准。在法治社会的市场条件下,各交易主体应是有限理性、追求利益最大化的个体。尤其是在《反不正当竞争法》提倡自由、竞争的理念下,更应鼓励市场主体在遵循公认商业伦理的同时,积极追求利润,创造个人财富。那种牺牲自我利益成就他人的高道德标准并不是法律的准绳。

最后,引入“伦理”的概念。“伦理”在此更多是意味着一种好的习俗、好的交易习惯,其是市场交易中公认为最低限度的诚实与信用标准。

在上述的基础上,结合互联网产业的特点,北京高院在百度诉360插标案的判决中进一步对互联网产业的行业惯常行为标准和公认商业道德进行了深入的分析与阐述,根据《反不正当竞争法》第二条的规定,网络服务提供者在经营互联网产品或服务的过程中,应当遵守以下五项基本原则:

第一,公平竞争原则。为了维护互联网公平竞争秩序,确保互联网产品或服务的自由竞争,原则上,所有互联网产品和服务的地位应当是平等的,任何互联网产品或服务都不能通过获取不正当竞争优势来改变公平竞争的地位。

第二,和平共处原则。网络服务提供者未经其他互联网产品或服务提供者的许可,不得擅自干扰其他互联网产品或服务的正常运行,不得干扰互联网产品或服务在网络用户终端的共存。

第三,自愿选择原则。其一,网络用户有自愿选择是否使用互联网产品或服务的自由,有自愿选择使用哪一种互联网产品或服务的自由。网络服务提供者不得强制网络用户使用其提供的或放弃使用其他网络服务提供者提供的互联网产品或服务;其二,在不损害他人合法权益前提下,在网络用户自由选择的情况下,互联网产品或服务可以成为非实质性侵权用途的工具用以修改他人互联网产品或服务。即使网络用户对干扰手段知情并主动选择,干扰他人互联网产品或服务的影响结果,

也只能局限于该知情并主动选择的网络用户。否则,擅自干扰他人互联网产品或服务正常运行可能会侵犯该互联网产品或服务提供者的合法权益,扰乱互联网的经营秩序。

第四,公益优先原则。互联网产品或服务的经营不能损害网络公众等社会公众的合法权益。确实处于保护网络用户等社会公众的合法权益,网络服务经营者在特定情况下不经网络用户选择和其他互联网产品或服务提供者同意也可干扰他人互联网产品或服务的运行。例如,为了保护网络安全,网络安全软件可以主动采取删除、组织等手段干扰网络病毒的正常运行。

第五,诚实信用原则。即使为了保护公共利益而采取干扰手段,也要确保干扰手段的必要性和合理性。如果能够采取不干扰他人互联网产品或服务正常运行的其他手段达到保护公共利益的目的,则不应当采取干扰他人互联网产品正常运行的手段。而且为了保护公共利益而采取干扰他人互联网产品正常运营的手段也应当以保护公共利益为限度,不可随时滥用和扩大,否则干扰措施的行为人违反了诚实信用原则,应当依法承担法律责任。

在互联网产品或服务竞争中应当遵守的上述五项基本原则基础上,应当认为:虽确实处于保护网络用户等社会公众的利益的需要,网络服务经营者在特定情况下不经网络用户知情并主动选择和其他互联网产品或服务提供者同意,也可干扰他人互联网产品或服务的运行,但是应当确保干扰手段的必要性和合理性,否则应当认定其违反了自愿、平等、公平、诚实信用和公共利益优先原则,违反了互联网产品或服务竞争应当遵守的基本商业道德,由此损害其他经营者合法权益扰乱社会经济秩序,应当承担相应的法律责任,前规则可以简称为非公益必要不干扰原则。

该五项基本原则所划定的界限堪称互联网产业自由竞争和不正当竞争的合理界限。以该五项基本原则去审视,当下互联网产业的竞争行为是否正当就可以比较清晰的做判断。比如,百度诉360插标案中,奇虎公司在百度搜索结果网页中进行插标,是修改其网页的行为,干扰了百度搜索这一互联网服务的正常运行,除非奇虎公司能证明该行为系保护公共利益之必要行为,否则应当经过百度的同意。而如果奇虎公司仅仅在其提供的360搜索的搜索结果中进行插标警示,借以增强其搜索服务的安全性和用户体验,并进而争夺百度的搜索市场,这样的竞争无疑是健康而有意义的。在优酷诉金山猎豹浏览器案中,浏览器作为用户登录网站、浏览网页的工具软件,其基本功能系真实全面地将相关网站内容展现给用户,除非有特殊的合法理由,不应增加、删减或

改变被访问网站向用户提供的服务内容。在用户通过猎豹浏览器访问优酷的网站时,优酷网址下的所有内容及模式都是由优酷支配的,金山猎豹的行为超越了自己的本分,刻意阻截了优酷的视频广告,破坏了优酷网完整的视频服务,截留了优酷的盈利点,进而挑战了原告的基础商业模式,其行为的不正当性是显而易见的。如果其行为不被叫停,几乎所有的浏览器软件提供商都会采取屏蔽视频网站广告的功能,这使得优酷等视频网站赖以生存的商业模式将遭到破坏,进而使得视频网站要么转向全面收费,要么死掉,最终损害的还是大众获取信息的机会。如果金山猎豹是基于现有视频广告过多过长的情况,由自己提供广告较短的视频服务,或者通过跟视频网站达成协议以向视频网站付费或资源置换的方式换取用户可在其浏览器中收看不播广告的视频,以增加猎豹浏览器的市场占有率,这样的竞争行为就是正当的。再比如在3Q大战中,腾讯的QQ本是一个正常运行的独立软件,奇虎公司以保护用户利益为名,推出扣扣保镖软件,诋毁原告QQ软件的性能,鼓励和诱导用户删除QQ软件中的增值业务插件、屏蔽原告的客户广告,其主要目的是将自己的产品和服务嵌入原告的QQ软件界面,依附QQ庞大的用户资源推销自己的产品,拓展360软件及服务的用户。被告在给原告造成了严重经济损失的同时推销自己的产品,增加自己的交易机会,当然构成了不正当竞争。

三、技术创新与不正当竞争

在一系列网络不正当竞争案件中,被告几乎都以技术创新为其行为做抗辩,并呼吁司法机构对其创新行为给予充分的宽容和发展空间。笔者认为:对创新行为给予充分的宽容和发展空间是必要的,事实上我国的执法与司法机关对互联网产业的创新已经采取了较为宽容的态度,但是这种宽容也是有边界的,值得保护的技术创新必须是从社会整体来看具有先进性、实用性和新颖性,能获得一定有益效果的积极行为,且技术创新应以不侵害其他经营者的正常合法经营为底线。从这个角度看,在上述案例当中,无论是插标技术还是广告屏蔽技术,被告所使用的技术其实都是普通的现有技术。从宏观来看,并未带来行业整体效率和体验的提升,并没有通过该技术把行业的“蛋糕”做得更大更有营养,其所作所为无非是不恰当的用切分竞争者的蛋糕的方式来讨好消费者,最终还是一个“食人自肥”的零和行为。

四、商业模式与不正当竞争

在上述网络不正当竞争案件中,被告都提出商业模式并非受法律保护的一项权利,从而对法院裁判的基

础予以质疑。笔者认为被告是在偷换概念,实际上司法机关在这里保护的并不是商业模式本身,而是公平合理的商业秩序。在市场经济条件下,商业模式只要不违法,不侵害公共利益,其他竞争者就无权干扰。正因如此,在QQ的商业模式是否受保护的问题上,最高院明确地指出:“这种免费平台与广告或增值服务相结合的商业模式是本案争议发生时,互联网行业惯常的经营方式,也符合我国互联网市场发展的阶段性特征。事实上,本案上诉人也是采用了这种商业模式。这种商业模式并不违反《反不正当竞争法》的原则精神和禁止性规定,被上诉人以此谋求商业利益的行为应受保护,他人不得以不正当干扰方式损害其正当权益。”在优酷诉金山猎豹浏览器不正当竞争案的判决书中,北京海淀法院也认为商业模式的优劣应该由市场选择决定,而非由其他经营者以破坏性手段,采取“丛林法则”的竞争方式进行评判。

结 语

网络环境下的不正当竞争行为,严重制约和危害了网络经济的健康发展,加之其具有不同于传统不正当竞争行为的特点,这给监管和规范工作提出了相当大的挑战。最近的一系列司法判决基于多年的理论研究和司法实践,创造性地提出了互联网自由竞争和不正当竞争的合理界限,值得互联网业内人士深入领会并遵守。这种通过个案创设的游戏规则,的确对产业发展有着非常积极的影响。但是要较为彻底的解决层出不穷的不正当竞争行为所带来的法律适用困境,还需对《反不正当竞争法》进行较为彻底的修改,尤其是通过立法对不正当竞争行为通过下定义的方式进行确定,并明确其认定条件。笔者也借此呼吁有关各方重视《反不正当竞争法》修法的迫切性和现实性,尽快完成修法。●

●文/朱小苏

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

高通滥用市场支配地位行政处罚案件评述

2015年2月10日,国家发改委历经14个月的调查,公布了对美国高通公司滥用市场支配地位的处罚决定,责令高通公司停止相关违法行为,并处罚款60.88亿元。处罚决定作出后,高通予以完全接受。截至2月14日,该笔中国《反垄断法》生效以来最大的罚单已经全部缴纳完毕。本案作为中国反垄断执法机构针对滥用标准必要专利行为的第一例行政执法案件,对如何理解《反垄断法》下依法行使知识产权,避免滥用知识产权并排除、限制竞争的行为提供了有价值的参考。

一、“滥用知识产权,排除、限制竞争的行为”的澄清

我国的《反垄断法》规定:“中华人民共和国境内经济活动中的垄断行为,适用本法。”该法进一步以列举式的方法明确了垄断行为包括垄断协议、滥用市场支配地位以及具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中的三种形式,但《反垄断法》的第55条又规定了“经营者滥用知识产权,排除、限制竞争的行为,适用本法”。因此,围绕该法第55条在学理上存在着不同的解读,甚至引发了对其必要性和合理性的批评。有观点就质疑,按照该条的字面理解,如果《反垄断法》要适用于滥用知识产权行为,必须认定两个事实,即:(1)滥用知识产权的行为,及(2)其排除、限制竞争的后果,而如何认定《反垄断法》下的“滥用知识产权”则一时成了各界关注的焦点。



朱小苏:上海市华诚律师事务所律师

伴随着国家工商总局研究制定《关于知识产权领域反垄断执法的指南》以及《工商行政管理机关禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》工作的展开,从工商部门的角度对该问题逐渐予以了澄清,即滥用知识产权排除、限制竞争行为,应是经营者不当行使知识产权,实施垄断协议、滥用市场支配地位等垄断行为,不是《反垄断法》规定的第四种垄断行为。尽管如此,鉴于我国《反垄断法》执法“三龙治水”的局面,国家发改委作为另一大执法机构在该问题上的态度也引人注目。而本次高通案明确“高通公司相关行为违反了我国《反垄断法》关于禁止具有市场支配地位的经营者以不公平的高价销售商品、没有正当理由搭售商品和在交易时附加不合理交易条件的规定”,清楚地表明国家发改委与国家工商总局如出一辙的态度,即在知识产权领域的反垄断执法,无需首先认定一个所谓的“滥用知识产权的行为”,而后再去审查该行为是否排除、限制了竞争,而是基于权利人行使知识产权行为对竞争的某种不正当限制,来认定该行

为是否构成《反垄断法》所禁止的垄断协议或滥用市场支配地位的行为,如果构成,则自然也属于《反垄断法》管辖的“滥用知识产权的行为”。申言之,《反垄断法》第55条的规定更多程度是一种宣示性质的表述,不具有直接适用的条件,而判断某知识产权行使的行为是否为《反垄断法》所规制,仍然需要通过论证该行为是否构成《反垄断法》规定的三项垄断行为加以实现。

换言之,即使权利人对某项知识产权的行使存在不当性或滥用,甚至其在一定程度上限制了竞争,只要其不构成《反垄断法》下的垄断行为,便无法通过《反垄断法》进行制约,但这并不意味着该些行为就被允许存在。例如,高通本次被查处的在其具有支配地位的基带芯片销售市场“附加不挑战专利许可协议有效性”的条款,被认定为滥用市场支配地位附加不合理的交易条件。若换作另一家普通的知识产权权利人在其许可协议中做出类似的约定,由于其在相关技术或产品市场不具有市场支配地位,该行为不必然构成对《反垄断法》的违反,但由于《合同法》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》规定“禁止技术接受方对合同标的的技术知识产权的有效性提出异议或者对提出异议附加条件”的技术合同条款系“非法垄断技术、妨碍技术进步”,该行为同样会因其不具备合法性而面临被无效的风险。实践中,类似的“滥用知识产权行为”更为普遍和广泛,在《反垄断法》以外,还可能受到《合同法》、《反不正当竞争法》和其他知识产权法律等的约束。在制定相关专利或技术的许可合同中类似“回授专利”、“不挑战有效性”等条款时,切不可单一地以《反垄断法》作为评判依据。

二、标准必要专利许可费率的“合理性”介入有限

根据媒体的报道,高通之所以接受反垄断调查是源于被举报“过度收取专利费”,而在最终认定的三项违法行为中,相较于滥用无线标准必要专利许可市场的支配地位搭售非无线标准必要专利许可以及滥用基带芯片市场的支配地位,在基带芯片销售中附加不合理条件两项非价格垄断行为,发改委作为负责价格垄断行为的执法机构,也确实在其行政处罚决定书中花费了更多的笔墨阐述高通滥用支配地位收取不公平的高价专利许可费的违法性,但却给人以隔靴搔痒之感。其认定高通“对过期无线标准必要专利收取许可费”属于“收取不公平的高价专利许可费”的行为,但从《专利法》的角度,一项专利技术一旦过期,即应落入公知技术的范畴,使用方无须就此再支付许可费用。所以,就“过期专利”而言,不存在收取专利许可费是否“不公平”或“过高”,而是是

否应该收费的问题。在高通案件中,高通之所以可以对过期专利收费,其症结在于在许可时其根本不提供专利清单,并将有效的和过期的专利、必要的和非必要的专利装在一个“黑箱”中一揽子许可,被许可人也因此丧失了甄别和公平协商的机会。同样,对于高通“要求被许可人将专利进行免费反向许可”,与国家发改委认定的属于“收取不公平的高价专利许可费”行为似乎相差甚远,免费反向许可更多是被许可人在为了获得高通的专利许可时被迫接受的一项合同条件。因此,国家发改委查实的多数违法行为均未触及许可费率的“合理性”这一核心症结,而更接近于《反垄断法》第17条第一款第五项规定的具有市场支配地位的经营者在交易时附加的不合理交易条件。

纵观对高通作出行政处罚的决定书全文,国家发改委对“过高收取专利费”这一真正属于其职权范围内的价格垄断行为,作出“当事人(即高通)在坚持较高许可费率的同时,以超出当事人持有的无线标准必要专利覆盖范围的整机批发净售价作为计费基础,显失公平,导致专利许可费过高”的认定,由此看,影响许可费“合理性”的因素取决于两点,即:(1)许可费率;(2)许可费的计费基础。特别是后者,高通一直以来饱受诟病,主要源于其拥有的无线标准必要专利虽仅涉及无线通信技术,但却以无线通信终端(手机)的整机销售价计算专利许可费的基础,而目前美国等西方国家已经越来越趋于以芯片这样的最小可销售专利实施单元(Smallest Salable Patent Practicing Unit,“SSPPU”)来计算。中国社科院的专家苏华也曾建议高通应遵照“最小可销售专利实施单元”的原则,以基频处理器或系统单芯片的价格收取专利许可费。然而,发改委最终所做的处罚决定却只是要求“不得在坚持较高许可费率的同时,以整机批发净售价作为计算无线标准必要专利许可费的基础”,间接地对高通以整机批发净售价收取专利费的计价方式予以了认可。

在另一方面,针对允许高通继续以整机批发净售价计算专利费的前提,即如何克服目前“坚持较高许可费率”的问题上,国家发改委更是讳而不言,将“皮球”直接抛给了高通自己。比较发改委行政处罚决定书下的处罚决定与高通主动提出的整改措施可见,双方对四项“显而易见”的非价格垄断行为所持的改正态度高度一致,但对于“许可费”这一核心问题,国家发改委仅给出了禁止性的态度,却没有实际内容,而是靠高通自行承诺“按整机批发净售价的65%收取专利许可费”的方式加以“帮助”解决。国家发改委在其《公告》中表示:“高通提交的一揽子整改措施满足了本机关决定和整改的要求”,但为何“按整机批发净售价的65%收取专利许可

费”就不再是“不公平的高价专利许可费”？申言之，就该 65%折扣的合理性，国家发改委没有给予任何的解释。

与之相伴的，是国家发改委在高通案件中也更灵活地运用了“整改承诺”机制。根据国家发改委的《公告》，高通公司系在“在反垄断调查过程中，主动提出了一揽子整改措施”。在反垄断法执法经验更丰富的欧盟和美国，当执法机关掌握证据用于指控涉嫌垄断行为的企业时，出于节约行政资源的考虑，可以将初步调查结果和相关证据向被查企业出示，被查企业在此情况下可以选择做出整改承诺，并由执法机关根据情况决定是否接受这样的整改承诺，并停止相关调查。我国的《反垄断法》第 45 条引入了类似的机制，规定被调查的企业承诺在执法机构认可的期限内采取具体措施消除该行为后果的，反垄断执法机构可以决定中止调查；企业履行承诺的，执法机构可以决定终止调查；否则，调查应得以恢复。实践中，在此前国家发改委就互联网专线接入价格情况的反垄断调查中，中国电信和中国联通曾向发改委提交整改方案和中止调查的申请。在 2013 年国家发改委对美国交互数字公司启动的滥用市场支配地位的调查中，后者也提出了整改措施并最终得到了国家发改委的接受，认为“提出的承诺措施能够消除涉嫌垄断行为的后果”，并因此中止了调查。由此可见，“整改承诺”一般应在反垄断调查尚未完结的阶段提出，从而达到在纠正违法行为的同时解约行政资源的效果。有意思的是，在高通案件的调查过程中，高通也曾在遭受国家发改委反垄断调查后不久提出过整改措施并申请中止调查，却在当时并未得到认可，但最终该案在做出具体行政处罚决定的同时，又很大程度地依赖于高通提出的整改措施方得落案，其中颇可寻味发改委在该过程中态度的转变。

众所周知，在标准必要专利许可的问题上，电信标准化协会所要求的“FRAND”原则（公平、合理、无歧视）在执行层面一直存在争议。国家工商总局在其《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定（征求意见稿）》中虽然也纳入了“FRAND”的原则，但由于该规定仍未正式发布，实践中如何解释和落实尚未可知。在被称为“中国标准专利第一案”的华为诉 IDC 案件中，广东省高院在全球范围内首次运用“FRAND”的原则直接确定许可费率，即比较 IDC 对苹果公司的专利许可费率（0.0189%）的水平，将其对华为专利的许可费率从 2% 直接降低至不超过 0.019%。但该案的判决引起了不小的争议，其原因在于每个被许可人的许可条件和范围并不相同，直接比较适用未必合适。显然，作为国内首个知识产权领域反垄断执法的案例，国家发改委在高通的个案中，采取了更谨慎的态度，而由于高通更复杂的许可费收取模式，也使得国家发改委在判断许可费率的问题上，缺乏

具有代表性的参照物。

在不能直接比对的情况下，国外的法院在认定许可费的“合理性”时，会分析被许可专利在整个产品价值中的比重，从而相应折算许可费率的多少。例如，在美国革新公司专利诉讼案中，法院认定在电子专利中，重要性居于前 10% 的专利所具有的价值占有相关专利价值的 84%，因此将最终单位产品的价格 1.8 美元乘以 84%，算出每单位产品为使用重要性居于前 10% 的专利应支付 1.51 美元的许可费。而在该个案中，重要性居于前 10% 的专利共有 300 项，革新公司持有其中的 19 项，因此按比例确定其收取的专利许可费率应为每单位产品 9.56 美分。但毫无疑问，在确定类似的价值比例过程中，需要大量专业的分析，且在很大程度上超出了《反垄断法》的范畴，需要专利和合同等其他法律专家的支持，远非发改委凭借一己之力就可以完成。

一方面，国家发改委指出了高通过度收取专利费的垄断行为，而另一方面，其又难以交代如何的费率标准就不属于“过高”。在这种情况下，高通主动提出的“整改”实则是为发改委解了围，国家发改委自然也乐于顺水推舟，对标准必要专利许可费的“合理性”确定问题上，采取目前回避的态度。也正是因为经历了这样骑虎难下的态势，笔者预计，在未来一段时间内，鉴于知识产权的特殊性，对待标准必要专利权利人收取许可费率的合理性，中国反垄断机构的介入和干涉程度将较为有限。

以上是笔者结合“高通”案的行政处罚决定，就知识产权领域的反垄断行政执法进行的简单评析和思考。毫无疑问，作为滥用标准必要专利行为的国内首例行政执法案件，很多知识产权与反垄断之间的胶着问题无法在上述文字中尽述。但重要的是，国家发改委在该领域迈出了坚实的第一步，而其中一些灵活的操作方式，也赋予了法律人进一步跟进和探索的空间。●



他山之石

●文/张永红

英国法院 如何解决案多人少的矛盾？

对于英国法官的工作量，笔者在《英国强制执行法》一书中曾作过统计分析。英格兰和威尔士人口 5500 万，共有全职法官 1825 名，其中巡回法官 626 名、地区法官 572 名。以 2011 年为例，英格兰和威尔士共 217 家郡法院受理的民事案件（不包括家事案件）为 155 万件。如果这些案件全部由法官办理，每个法官一年平均要办 850 件，这是不可能的，更不用说还有家事、刑事、执行裁决等案件也需要这些法官处理。

事实上，这 155 万件民事案件中，真正由法官审理的只有 27 万件，占 17% 左右，按法官总数的平均计算，每人每年办理 150 件左右，其他民事案件根本就没有进入法官的视线。其他民事案件主要是由法院官员（court officers）处理的。2011 年，法院官员共处理了 70 万件民事案件。法院官员是法院事务管理局的司法行政人员，不是法官。

英国实行的是法官与法院工作人员

分类管理的模式。法官是一个个彼此独立的个体，法院是由法官组成的裁判机构，不是我们概念中的“工作单位”或“用人单位”。为法院（法官）提供行政支持的是英国司法部下属的行政机构——法院事务管理局。法官与法院事务管理局的工作人员在法院这个司法活动中心一起工作，彼此没有行政上的隶属关系。这些在法院事务管理局工作的人员，称为法院官员和职员，他们是英国政府的公务员（civil servant）。

根据英国法律的规定，法院官员有有限的司法权。案件进入了法院，关键要看被告有没有抗辩。如果被告提出抗辩，案件才由法官审理。如果被告收到原告起诉状后，自认了原告的诉讼请求，或者被告收到原告起诉状后，没有应诉或应诉后没有提出抗辩，那法院官员可以依法作出“基于被告自认的判决”或“基于被告未应诉或未抗辩的判决”，这两个判决都属于行政性判决，因为这是由法院官员即司法行政人员作出的，不是法官

的司法裁决。在英国，法官的判决是由法官署名的，而行政性判决无需署名，只需在法律文书上盖上法院的公章即可。2011 年，这样的行政性判决，英国郡法院共作出了 70 万件，占民事收案数的 45%。

在这 155 万件民事案件中，法官办了 17%，法院官员处理了 45%，还有 38% 的案件是在诉、答阶段通过协商或双方律师协调解决的，要么由原告撤回了起诉，要么双方达成了和解。

所以，在英国，真正由法官审理的民事案件，是被告提出抗辩的案件，也就是上面提到的 27 万件案件。在这 27 万件案件中，最终由法官作出判决的只有 5 万多件，只占抗辩案件数的 19%，占民事案件总收案数的 3.3%，其余部分都是经法官处理，最后以调解或撤诉解决的。

我们能否借鉴英国的做法，授权法官助理处理一些没有抗辩的案件？这样做，不仅可以解决案多人少的矛盾，而且还可以探索建立起一种法院内部案件分

乐 Life

●文/李 莺

《律政伊人》 编辑手记



层审理的机制。

事实上,有争议才需要法官居中裁判,解决争议是法官的应有之义。对于被告没有抗辩的案件,完全可以由法官助理处理。所以,案件进入法院后,先由法官助理过滤一遍,能够解决的,尽可能不动用法官解决。对于一些争议不大的案件,如果能够调解的,也可由法官助理调解解决。对于由法官助理主持达成的调解协议书,法院作为一个由法官组成的裁判机构,作为法官的集合体,可以通过盖章确认的方式赋予其强制执行效力,无需个体法官或法官助理署名。

当然,为了调动法官助理的积极性,也可借鉴传统的做法,由法官助理作为“代理审判员”署名。对于法官助理处理不了的案件,由法官助理提交法官处理。这种做法也是有实践基础的,因为先由简易程序处理,3个月处理不了的,转普通程序,这是审判实践中通行的做法,也是最切合实际的繁简分流机制。

对于低级别法官处理不了的案件,要允许其移交至高级别法官处理,这也是英国的做法。在英国,如果低级别法官认为案件疑难复杂,可以移交高级别法官处理,高级别法官不会予以拒绝。

另外,不同级别法官的权限也是不同的。法官独立并不是说英国的任何法官都有相同的权力。事实上,级别较低的法官如地区法官,他们的司法权力也是有一定限制的。例如,在执行程序中,被执行人拒不按照地区法官的命令到庭申报财产,地区法官认为依法应当拘押的,需要移送上级法官(巡回法官)作出拘押令,这些都是法官级别的应有之义。这好比医院的麻醉处方权,不是所有的医生都有的。所以,让无抗辩的案件分流,让审理者裁判,让裁判者负责,让级别高者办难案,这样就可以在法院内部建立起一种分层审理的机制,人尽其才、各尽其用,从微观层面确保改革举措落到实处。

(作者单位:上海市高级人民法院)

因为一本《律政伊人》,认识了一群“很牛”的人:比她们漂亮的难有像她们能对辛苦工作甘之如饴;与她们一样能吃苦的少像她们一般有智慧;和她们一样智慧美貌能吃苦的,罕见她们那种投身公益、服务大众的蓬勃热情。

这是一群传说中“非常厉害”的人,但是当你和她们坐在一起,首先感受到的:这是一群女人,一群散发着温柔馨香、精致妩媚的女人,甚至她们的外表中还透出几分柔弱,让人心生怜惜。

当她们围坐在一起,莺声燕语,不是自矜于最近接了个大case,或者某个案件是怎么费尽曲折,而是“上次话剧《律途》演出观众反映都不错,后来我们一起去吃元宵庆祝了”,“你们最近微信上的那篇文章写的蛮有味道”……旁人看来,总有种“谈笑间,檣櫓灰飞烟灭”的感受。

这些表象,常常会让人忘记,这是一些上海滩声名远播的女律师,她们的辛苦、她们的不易,从云淡风轻的外表上,完全看不出来。

人们所看到的,是一群楞是能把二十四小时出过四十八种趣味的有意思的女人,是一群笑容满面、明媚灿烂好像永

远住在春天里面的不抱怨的女人,是一群无怨无悔活、出精彩绽放自己光彩的幸福的女人。

当你身在女律师联谊会,常常会有时光倒流的感觉,觉得自己好像又回到了纯真年代,大家会毫无算计芥蒂、不论名利、齐心协力地为集体的事情贡献一份自己的力量,只讲奉献,没有人计较回报。

她们中间仿佛有一团熊熊的火焰,燃烧着对生命的热情,燃烧着对事业的热诚,燃烧着携手同行的豪情,燃烧着对社会弱势群体的关爱……那明亮闪动的火焰总能吸引你离她们近一些,再近一些,让你发出“后悔没有做律师,后悔没有做女律师”的感慨。

她们就像著名散文家宗璞写的,是这春天里最美的紫藤萝瀑布:只见一片辉煌的淡紫色,像一条瀑布,从空中垂下,不见其发端,也不见其终极。只是深深浅浅的紫,仿佛在流动,在欢笑,在不停地生长。

阅读《律政伊人》,你总能感到灵魂的某个角落发出清脆的共鸣:

孙彬彬律师:姐妹们的出色背后,其实与我、与每一个怀有事业追求的中国女性一样,背负着更甚于男性的家庭

责任,有着兼顾工作生活的艰难与压力,有着不为人知的心力交瘁。但她们总是愿意笑着面对,以坚忍之心,努力工作、关爱家庭、完善自我,用智慧的方式为家人付出,用执著的态度面对工作,并保有女性对社会所独有的仁慈与爱。那些女性所应有的温柔、仁爱,因为智慧、独立的态度和律师工作更为丰富的人生阅历,反而变得更加动人,更有力量。

读到这一段时,我泪盈于睫。

真的,这并非一本只值得女律师来阅读的书籍,她适合于任何行业的职业女性,无论任何年纪,都能在其中找到触动心灵的语句,发出“原来可以这样做”的感叹。

初出茅庐的你,可能会从这几篇中得到启示:

王丹凤律师:在我刚开始工作时,时常为了加深别人对我的印象,而想成为千杯不倒,因为有人说酒量有多大,业务量就有多大。但是慢慢我才明白,要扩大自己的人脉关系,并不一定要靠应酬,我们可以通过多参加社团、活动来扩大自

己的影响。

丁美红律师:做律师难,做女律师更难。是的,我们常为律师业务的发展所困扰。曾经我也为业务拓展担忧过、困惑过。而有幸的是崇明县政府成立了法制讲师团,我报名参加了,但由于那时是义务法制讲座,有些律师不愿意参加。但从那时起,我每年去乡镇、机关、学校讲堂讲二十余场,虽然我为此牺牲了时间,但许多老百姓认识了我,律师业务不知不觉多了起来。

在事业的十字路口,这几篇也许会让你触类旁通:

罗洁律师:很多时候,一切限制来自于我们的内心。如果我们的内心认为办不到,主观上就先行放弃了。不去尝试,不去做,就永远不可能事成。其实,若干年后,当我们回首往事时,那些曾经的困难和进退两难往往就是上帝给我们的机会。而当你放弃了机会,机会也就放弃了你。

孙志祥律师:每个律师都会走过一段艰辛困苦的开拓之路,每个律师也一定都会经历工作上的沉闷犹豫期,怀疑

自己不适合做律师,怀疑自己永远走不出一条适合自己的路……我要说,正是因为这样的共性,更能考验我们,是不是能够耐得住寂寞?是不是能够坚持自己的特色?是不是能够不怕困难,调节好自己的心态,最终去迎接每一个崭新而美好的日子?

岳雪飞律师:人虽到中年,但“不把烟火气带进工作,不因工作上的压力影响生活”这句话仍深深打动了我也将成为我修炼的目标。

马晨光律师:也想时常用这段话提醒自己——说到对专业的投入,在专业化选择和发展的道路上,面对不确定的未来,我们都恨不得一夜之间就能证明自己的选择是正确的。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。

……

读完了这本书,总有意犹未尽的感觉,很渴望看到这些作者再写点续集:很想看张艳律师来谈谈她是如何做好时间安排的,如何能在养育三个孩子的同时做好自己的事业;很想看韩璐律师来写话剧《律途》背后的花絮,中间的趣闻;很想看葛珊楠律师写的巾帼律师团的那些事儿……一本《律政伊人》,很厚又太薄。

每次把这本书读一遍,总能感受到一种非同一般的真诚,没有特别华丽的辞藻,但是有实实在在的人生体会,真正正的职业经验。

她们就是中国职业女性,就在我们道路的前方,伸一伸手,仿佛就可以拍到她们的肩膀;睁大眼睛,就能看清她们的模样……她们是我们,我们也是她们,永恒的女性,指引人类前行的脚步。●

(作者单位:上海科技文献出版社)



随 笔

●文 / 陈光明

烽火太行 忆左权

左权将军，是我景仰的著名英烈。

左权（1905—1942），湖南醴陵县人。中国工农红军和八路军高级指挥员，毕业于负盛名的黄埔一期和苏联伏龙芝军事学院，1925年加入中国共产党，是文武双全、功勋卓著的一代名将。他出生入死，长期战斗在军事斗争的前线，表现出卓越的指挥才能，是1988年中共中央军委确定的与毛泽东、周恩来、朱德等一起被冠以军事家称号的33人之一。毛泽东称其为“两杆子都行的将才”，周恩来赞其“足以为党之模范”。

1942年5月，时任八路军前方总部参谋长的左权，在山西辽县指挥八路军总部冲出日军重兵合围的“大扫荡”时，在十字岭战斗中牺牲。名将陨落，震惊全国，山河失色，大地举哀。“左权是中共在抗日战争中阵亡的最高军事指挥员。1942年9月，将军牺牲地的辽县正式易名为左权县。

多年来，寻访左权将军战斗和牺牲的地方是我的一个夙愿。

初春的晋中，春寒料峭。4月初的一场雨雪，给久旱的太行山区带来了甘霖。我离开左权县城，汽车沿着蜿蜒纵深的山路进入太行峡谷之中，路况并不好，一路颠簸，但跃入眼帘的林立奇峰，深邃峭谷，雄峻壮观的太行景色，给长途跋涉的我带来了提振，车行45公里，抵达晋冀两省要隘、历代兵家必争之地的麻田镇。

麻田，巍峨秀丽，潺潺清漳河静静地流淌，两岸百丈峭壁拔地而起，麦田如串串翡翠镶嵌在深谷之中，素有“太行小



左权将军殉难处——徐向前元帅题写的“左权将军纪念馆”

江南“的美称。沿着镇中心南北主街道的两旁，悬挂着一幅幅的宣传牌，介绍着众多抗战时曾在这里工作、战斗和生活过的老一辈革命家和军事指挥员的肖像和简介。老区淳朴而自然，当天我入住在一户农家，主人安排了楼上一间整洁的房间，拿出崭新的棉被和床单，热情接待远道而来的上海客人。夜晚的山区，远离城市的繁杂和喧嚣，一片清寂和宁静。

抗日战争中，八路军转战太行山。从1940年至1945年，八路军总司令部、中共中央北方局等许多党政军机关驻扎在麻田，成为抗战时期驻扎时间最长的地方。朱德、彭德怀、刘伯承、邓小平、左权、滕代远、罗瑞卿和杨尚昆等曾在这里工作和生活，麻田成了当时华北军事、政治、经济和文化的中心。

八路军总部旧址位于麻田镇的南端，这里曾经掌握着半个中国的抗日战场。驻足左权将军生前办公和居住的院内屋落，环视陈设的桌椅、电话、地图、地形模盘和马厩等，可以想象作为时任总部参谋长的左权，谋略指挥，威震敌后，为抗战倾注心血的戎马岁月，感受他的严谨和睿智，儒雅与从容。著名作家刘白

羽曾在1942年的纪念文章中写道：“在八路军总指挥部里，左权同志的的确确是最繁忙的人。……”前人曾将朱德、彭德怀、左权这三位亲密战友比喻为最合套的三个齿轮，把华北抗日斗争这样复杂的机器运转的十分灵活。

第二天是清明节，一早打算去左权将军最后牺牲的十字岭祭悼，出乎预想，村民说还有六七十里山路且途险，不通运营车，建议我去路程差不多，但交通比较方便的河北涉县赤岸村的八路军刘邓129师师部旧址参观。我想既然已到了麻田，又值正清明，决定还是去，不要到了此地再留下遗憾，并请他们帮助联系雇了一辆当地的私家车。心灵的向往会很自然地引领脚步去追寻。

小车行进在太行深处陡峭的山路上，一路偶尔相遇一辆小车，遇到险峻路段小车贴着崖壁而上，山路像一条带子缠绕在山峰之间，我一边观察地形，一边遥想当年仗打到这个地方，可见八路军总部在敌寇重兵扫荡、穷追不放时的险恶处境和艰难紧张……前方出现了一小段水泥路，“到了”车主向后侧身对我说了声。站在高高的十字岭上，周围静得

出奇,满眼群山,逶迤莽莽,渺无人烟,当年战火纷飞、硝烟弥漫的战场,现在格外空旷和肃穆,唯有强劲的山风在疾吹,掀起了我的衣角。山顶上,徐向前元帅题写的“左权将军纪念亭”,翼然翘向蔚蓝的天,亭边的标志碑上刻着“左权将军殉难处”。我虔诚走去,驻足凝视,心情沉重,面向碑亭深深地三鞠躬,以表达深切的景仰和缅怀。战争将人民军队一位杰出的将领永远带离了运筹帷幄的指挥岗位,为了民族,为了掩护生死与共的战友,为了一箱重要文件,他的宝贵生命永恒定格在战死沙场的那一瞬间……

十字岭雄跨冀晋两省,东坡是河北涉县,西坡是山西左权县。我在岭顶眺望四周,东坡上,零星散布着几棵松树,树枝并不粗大,车主走过来,指着其中

一棵,告诉我,左权将军就是在这个树旁中弹的。当时战情万分危急,左权在指挥最后一批人员突围时,得知少了一箱文件,立即命令贴身警卫员离开他去抢救文件,突然第一发炮弹袭来,他冲大家喊:卧倒!接着又是第二发炮弹飞来,将军头部、胸部和腿部中弹,仰面倒下,三名党校学员见状,急忙将他抬到现在纪念亭的位置,将军鲜血涂地,壮烈牺牲。我曾无数次地观看过近年热播的电视剧《亮剑》、《八路军》和电影《太行山上》,其中都有左权战斗和牺牲时的片段描述,但当我亲临并置身于这块浸透着烈士鲜血的战地,此时此刻,心灵和思绪却是完全不同于屏幕带给的感受,将军血洒十字岭,将深深印刻在我的心里。痛惜的是,当时左权只要再往西走十米,过了这岭顶,就是敌军炮弹的死角了。

纪念亭内竖立着高大的纪念碑上刻有“左权将军永垂不朽”八个大字,四周分别碑刻着左权生前战友的悼念诗文,有朱德《吊左权同志在太行山与日寇作战战死于清漳畔》的挽诗:“名将以身殉国家,愿拼热血卫吾华。太行浩气传千古,留得清漳吐血花。”周恩来《左权同志精神不死》的悼文:“左权同志死在壮年,以他的志行才力,经验学识,所能贡献于国家民族,尽力于革命军队者正大。”以及彭德怀敬撰的左权同志生平碑志,刘伯承、邓小平合署撰写的长篇悼文《纪念我们的战友左权同志》和叶剑英《满江红·悼左权同志》的挽诗等,仰读碑文,情深意切,感人肺腑,催人潸然落泪。

一向不善言语的林彪,当年也写过一篇声情并茂的《悼左权同志》:“多少次险恶的战斗,只差一点我们就要同归于尽。好多次我们的司令部投入了混战的漩涡,不但在我们的前方是敌人,在我们的左右后方也发现了敌人,我们曾各亲自拔出手枪向敌人连放,拦阻溃乱的队伍向敌人反扑。子弹、炮弹、炸弹,在我们前后左右纵横乱落,杀声震彻着山谷和原野,炮弹、炸弹的尘土时常在你我的身上,我们屡次从尘土中浓烟里滚了出来……”。

即使到了晚年,刘伯承元帅仍常向身边的人讲述他与左权的生死之交。

左权将军唯一的女儿左太北生于1940年的太行山。1962年,在哈尔滨军事工程学院导弹系读书的她,第一次上了十字岭,来到她敬爱的父亲殉难处,俯身抚摸和亲吻了这块父亲血染的红土。

1942年,十字岭。这是一块承载沉重历史记忆的地方,印记了那个年代民族命运陷入空前危机,八路军指挥中枢面临生死险恶,遭受重大损失的悲壮惨烈之地。虽然那段血与火的历史已渐渐远去,但岁月的伤痕依然清晰。

如同许许多多的英烈一样,左权将军没有活到祖国胜利的这一天,没有活到1955年授衔时佩戴上耀眼夺目的将帅金星和勋章,而是带着满身的战火硝烟消失在历史的帷幕后面。他是人民的英雄、民族的脊梁。正如当年朱德总司令写道:“左权同志的这些功绩,是永远不会磨灭的。中华民族,中国人民,中国军事界,千秋万代,将永远崇拜这个模范军人。”

2014年9月,为纪念抗日战争胜利69周年,国务院公布第一批80处国家级抗战纪念设施、遗址和第一批300名著名英烈和英雄群体名录,“左权将军殉难处”和左权名列其中。●

(作者单位:上海市德尚律师事务所)



左权将军生前办公和居住的院内屋落



素有“太行小江南”之称的革命老区——麻田

业内资讯



上海市律师协会监事会举行年终总结会议

3月20日,上海市律师协会监事会举行了年终总结会议。会议审议了监事会工作报告(初稿),监事们就报告的体例调整、文字修改等方面提出了自己的意见和建议。会议还审议并通过了《上海市律师协会监事会工作规则(征求意见稿)》。

上海市律师协会派员参加全国律协“青年律师学习党的十八届四中全会精神研修班”

3月21日至22日,全国律协在北京举办了“青年律师学习党的十八届四中全会精神研修班”。司法部党组成员、副部长、全国律协党组书记赵大程等嘉宾应邀出席活动。上海市律师协会青年律师工作委员会副主任吕琰、第五届优秀青年律师田波参加了研修班的学习。



2015年第二期远郊律师培训班圆满结束

2015年第二期远郊律师培训班于3月20日、21日顺利举行,来自松江、青浦、金山和奉贤四个地区的近200名执业律师参加培训。本期培训班的课程涵盖了近期

上海市律师协会律师学院举办的受欢迎的课程,并结合当下热点和律师实务,受到了参训律师的欢迎和好评。



长宁律师参加“搭建沟通交流平台,营造和谐执行环境”法律人士座谈会

3月底,长宁法院执行局与区司法局联合举办了“搭建沟通交流平台,营造和谐执行环境”法律人士座谈会。九州丰泽、瑞富等十家律师事务所的律师代表参加会议。本次座谈会上法院执行法官与律师代表对执行工作中很多专业问题进行了探讨,对今后双方的沟通交流形式提出了很多可行性方案,取得了令人满意的成果。

上海市律师协会、市新闻工作者协会评出2014上海律师业好新闻

4月8日,上海市律师协会举行好新闻终评会。评委会根据作品新闻性、主题突出性、行业相关度及社会影响力等标准认真评议,并

经无记名投票评选出了12篇获特等及一、二、三等奖的作品,另有5篇作品获提名奖。



上海仲裁委员会

Shanghai Arbitration Commission

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

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

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

MODEL ARBITRATION CLAUSE

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

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

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

新法速读

最高人民法院发布《关于办理死刑复核案件听取辩护律师意见的办法》

2015 年 1 月 29 日,最高人民法院发布《关于办理死刑复核案件听取辩护律师意见的办法》(以下简称《办法》),《办法》自 2015 年 2 月 1 日起施行。《办法》共 10 条,是对《刑事诉讼法》规定的“最高人民法院复核死刑案件,辩护律师提出要求的,应当听取辩护律师的意见”的进一步细化,具体内容如下:

1、辩护律师可以向最高人民法院立案庭查询立案信息,立案庭能够立即答复的,应当立即答复,不能立即答复的,应当在两个工作日内答复,答复内容

为案件是否立案及承办案件的审判庭。辩护律师要求查阅案卷材料、当面反映意见的,可以直接与承办案件的审判庭联系。《办法》已经公布了相关审判庭的联系电话。

2、为方便辩护律师提交委托手续、辩护意见等书面材料,《办法》规定,可以经高级人民法院同意后代收并随案移送,也可以直接寄送至最高人民法院承办案件的审判庭,或者在当面反映意见时提交;案件尚未立案的,可以寄送至最高人民法院立案庭。《办法》已经公布了相关审判庭的通信地址。

3、辩护律师可以到最高人民法院办公场所查阅、摘抄、复制案卷材料。最

高人民法院已经设置了律师阅卷室。

4、辩护律师要求当面反映意见的,案件承办法官应当及时安排。承办法官当面听取辩护律师意见,可以在最高人民法院办公场所进行;为节约外地律师赴京的时间和费用,经双方商定,也可以在承办法官赴当地讯问被告人时,在当地法院办公场所听取律师意见。

5、案件复核终结后,受委托进行宣判的地方人民法院应当在宣判后五个工作日内将最高人民法院的裁判文书送达辩护律师。

(供稿:市律协刑事业务研究委员会)

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

示范条款一 / Model Arbitration Clause I

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

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

示范条款二 / Model Arbitration Clause II

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

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

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

新法速递《 律师业务资料 》目录 2015 年第 3 期

上海篇

1. 上海市人民代表大会常务委员会:上海市教育督导条例
2. 上海市财政局:上海市海(水)上搜救奖励管理办法
3. 上海市国家税务局等:上海市税收票证管理办法
4. 上海市食品药品监督管理局等:上海市食品摊贩经营管理办法
5. 上海市高级人民法院等:关于本市适用“两高”敲诈勒索刑事案件司法解释若干问题的意见
6. 上海市高级人民法院等:关于本市适用最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》的若干意见
7. 上海市高级人民法院:关于使用“全国企业信用信息公示系统”确定企业登记信息的通知
8. 上海市高级人民法院:关于执行异议审查若干问题的解答(二)

全国篇

【 诉讼法 】

1. 最高人民法院:关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释

2. 最高人民法院:关于民事审判监督程序严格依法适用指令再审和发回重审若干问题的规定
3. 最高人民法院:扣押与拍卖船舶适用法律若干问题的规定
4. 最高人民法院等:关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见

【 民商 】

国务院:中华人民共和国政府采购法实施条例

【 财税 】

1. 国家税务总局:税务登记管理办法(2014 年修订)
2. 国家税务总局:重大税务案件审理办法
3. 国家税务总局:一般反避税管理办法(试行)

【 国土房地产 】

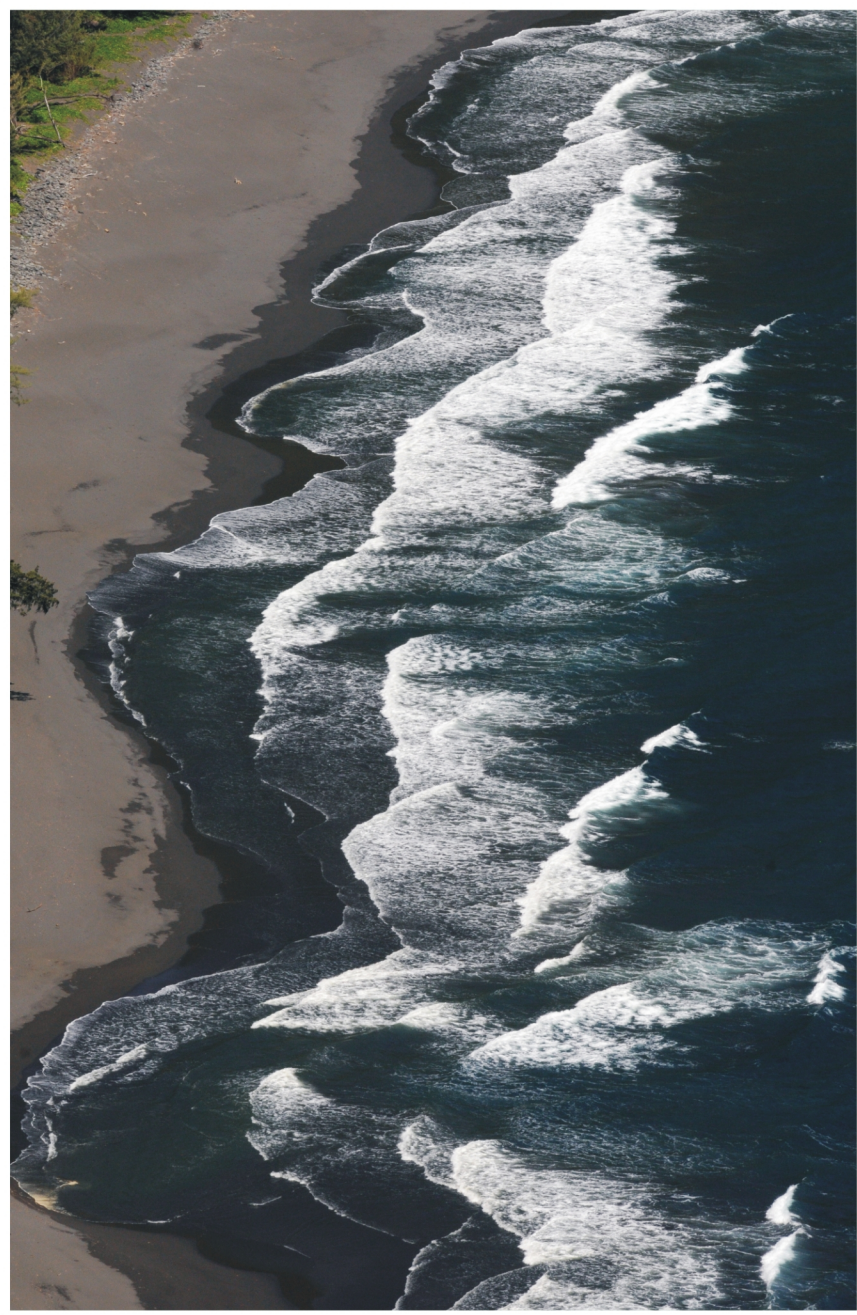
住房和城乡建设部:建筑业企业资质管理规定

【 文教卫生环保 】

国务院:博物馆条例

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/>。

《海水作画》



摄影/文：孔庆德 律师

海，总是在不息的涌动，荡涤一切。

海，总是在日复的潮汐，周而不始。

海，总是在无穷的变幻，做成画卷。

宽广波涌的海水，携手亲密的沙滩，在随意中共绘如诗的长卷，让你享受她的深邃和美丽；在刻意中供给潮汐的能量，让你感受她的力度和惊骇。有限的生命，唯经随意和刻意的雕琢，才能无悔。