

2016

4

总第 742 期

上海律师

SHANGHAI LAWYER

律师队伍，
党和人民可信赖的重要力量

打造高素质知产司法保护
法律职业共同体

缓刑期间制造 5.7 亿疫苗惊天大案



上海市律师协会主办



《上海律师》月刊



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)

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

俞卫锋

副主任

周天平 管建军 邹甫文 王 嵘

潘书鸿 吕 琰 钱翎樑 陈 东

编委会

岳雪飞 计时俊 马晨光 叶 萍 田庭峰

朱小苏 李海歌 连晏杰 吴静静 周 忆

郇恒娟 施克强 顾跃进 葛珊南 严 嫣

主编

邹甫文

副主编

黄荣楠 刘小禾 庄 燕

责任编辑

王凤梅

摄影记者

曹申星

美术编辑

高春光

编 务

许 倩

(内部资料 免费交流)

本刊所用图片如未署名的, 请作者与本刊编辑部联系

律所变革：主动 创新 规范

文 | 管建军(上海市律师协会副会长)

律所管理与发展模式是一个广受关注的话题。

在快速发展变化的市场环境下，纯粹的绩效模式(Eat what you kill)和纯粹的按点数论资排辈模式(Lockstep)都面临变革压力。变革的方向不是非此即彼，而是相互吸收有益元素。从现实情况看，即便是采用同一模式，不同律所在具体执行中也不完全不同，各有其可取之处和适于自身之处，可以借鉴而无法简单复制。

除了“模式因素”之外，个人认为，高质量的合伙人队伍和专业团队、高附加值的客户、适度合理的专业分工与合作、强大的宣传和品牌塑造、合理有序的后台支持系统等，均是保障律所持续良好发展不可缺少的组成部分，这其中也离不开优秀的管理。成功的律所管理模式，至少需要具备以下要素：一、富有凝聚力的管理团队；二、合理的内部分工；三、战略规划能力；四、在业务拓展、利益分配、市场宣传以及其他制度设计方面充分调动合伙人、律师及员工的积极性；五、对制度和决策强有力的执行；六、不断创新和变革的能力，根据市场变化和现实需求对制度不断作出修正和革新。

任何模式下的事务所管理和发 展都需要不断创新，创新包含服务理念、管理方式、律师文化等多方面的创新，发展也包括了上述多个层面的发展。在 互联网化、国际化、多元化的时代，无论大所小所，即便是处于传统优势的律所，如固步自封，缺失进取之心和变革之心，就可能会逐步丧失优势而在市场竞争中陷于不利态势，所谓不主动变革，就会被市场变革。市场博弈中，今天的小所、弱所，明天可能成长为大所、强所，而网络化信息化的变革环境，法律服务市场的开放趋势，也令律所博弈的格局更加复杂和多变。

与此相对应的，行业规范和管理也需要不断加强和创新。上海律师业一直走在全国的前列，近年来上海律师事务所和执业律师的数量、创收等均有持续的增长，律师的业务水平和服务质量也处于全国前列。然而，上海律所在规范化、规模化、专业化、品牌化建设等方面与兄弟省市一些优秀律所以及国际律所相比，仍有很大提升空间。作为律师行业的自律管理组织，行业协会应加强对制约律所发展建设薄弱环节的研究，在强化律所管理基础性规范工作的同时，关注律所的发展趋势，提升律所管理水平和效率，研究探索律所管理新模式，关注研究互联网、国际化等各种新变革下律师事务所的机遇、挑战及应对方略，努力改善包括中小型律所在内的律所规范管理，进一步提升律师事务所建设的合力与竞争力，进一步完善律所管理体制机制，提高行业自律管理能力，为律师行业的整体发展拓展空间，进一步提升上海律所的整体实力和服务能力。

变革促进发展，变革无处不在！

目录 contents

本期关注

- 4 律师队伍，党和人民可信赖的重要力量 / 吕轩
- 7 打造高素质知产司法保护法律职业共同体
/ 上海市律协知识产权业务研究委员会
- 10 把发挥好律师作用作为衡量法治建设成效重要标准 / 吕轩
- 11 《关于依法保障律师执业权利的实施办法》

优秀律师

- 18 士不可以不弘毅，任重而道远 / 陈峰

法律咖吧

- 22 缓刑期间制造 5.7 亿疫苗惊天大案 / 许倩 整理

律所管理

- 30 传承凝聚梦想，希望就在前方 / 金茂律师事务所



律师实务

- 34 私募基金合规化进程启幕 金融律师九万里风鹏正举 / 马晨光
37 莫让低价“萝卜章”敲上私募意见书 / 赵艳春 徐梁

专题研究

- 40 “全科医生”：知识产权律师新机遇 / 刘峰
44 对商标抢注者的“逆袭”说不 / 李肇
47 商品通用名称正当使用抗辩的构成与认定 / 傅钢 尹腊梅
50 商标侵权“规范使用”与“停止使用”如何适用 / 臧云霄

SHIAC 专栏

- 54 俄罗斯仲裁法律制度简介 / 上海国际经济贸易仲裁委员会商事仲裁研究中心

香港大律师之窗

- 58 投资失误，在普通法里有保障吗？ / 张信灵

新锐手记

- 60 热情坚守，律师也能成“匠人” / 林雅聪

乐 LIFE

- 62 静心品修身之道 好字写精彩人生 / 陶丽萍
63 冈比亚行记 / 顾剑栋





孟建柱16字勉励广大律师，并希望广大律师要成为“五种人”

律师队伍，党和人民可信赖的重要力量

第九届全国律师代表大会举行 吴爱英强调律协要成为“律师之家”

■文 | 吕轩

3月30日，第九次全国律师代表大会在北京开幕。中共中央政治局委员、中央政法委书记孟建柱，国务委员、中央政法委副书记、公安部部长郭声琨，最高人民法院院长周强，最高人民检察院检察长曹建明，中央政法委委员汪永清、耿惠昌、吴爱英、陈训秋、傅政华出席会议。来自全国的300余名律师代表参加了会议。

五点希望勉励律师

孟建柱勉励广大律师敬畏法律，忠于事实，诚实守信，执业为民，他希望广大律师做当事人合法权益维护者、社会公平正义保障者、国家治理现代化推动者、经济社会发展服务者、全方位对外开放促进者，用自己的聪明才智和辛勤汗水，努力服务人民、报效祖国。他提到，实践证明，我国律师队伍是党和人民可以信赖的队伍，是建设中国特色社会主义事业的重要力量。

孟建柱等领导同志为100家获“全国优秀律师事务所”称号、200名获“全国优秀律师”称号的先进集团和个人代表颁奖。



孟建柱提出16字希望

上海代表认真履职

3月31日上午,第九次全国律师代表大会进入第二天。上午,大会分十二个小组对《第八届全国律协理事会工作报告》、《第八届全国律协理事会财务工作报告》、《中华全国律师协会章程(修订草案)》等进行讨论。

上海代表21人、云南代表12人、特邀代表1人作为第八组在中厅会议室进行讨论。

上海市律协会长俞卫锋代表主持分组讨论。

代表们认为,孟书记对律师队伍的总体评价是“可以信赖的重要力量”,这个评价分量很重。当前正值律师行业发展的重要时期,代表们围绕在依法治国大背景下,如何抓住时机,促进律师业更快更好地发展,进一步提升法律服务整体质量,认真履职,积极讨论,为行业发展建言献策。

代表们关注的话题包括:进一步保障律师执业权利、加强行业自律研究、对西部律师开展精准扶持;团结更多可以信赖的力量搞好全国律协的各项工作;加强全国律协的宣传工作,宣传律师正能量;加强女律师工作,对基层广大女律师的身心健康给予更多的关心;在“一带一路”战略的影响下,加强与境外交流,特别是常态化的交流;建议专业委员会为“一带一路”法律服务、帮助中国企业走出去制定相应攻略;将“两公一外”律师纳入行业协会的服务与管理范畴;加强律师参与涉访涉诉的工作,建议全国律协成立相关专业委员会;全国律协以全国层面定位,推进行业发展,比如完善税收制度、开展国家战略研究等;珍视行业传承,将行业发展的历史、优秀老律师们的执业经验保留下来、传承下去;通过律师维权、加强各省区市协调、网站建设等工作,让律师会员们能够进一步体会到全国律协的关怀等等。

上海代表团团长、特邀代表王协交流时谈到,“孟书记讲话中对司法行政机关应加强和改进律师服务和管理、指导和监督的要求,我们应当切实落实。除了如何宣传保障律师执业权利,关键还要有具体的行动。讲话中提出的司法行政机关如何推动发挥好律师工作在党和国家工作大局中的作用,我们也在工作中不断地重新认识,并努力把工作做好。”



上海律师代表团讨论场景

数说律师队伍建设

编者按

2016年3月30日,第九次全国律师代表大会在京召开。第八届全国律师协会会长王俊峰向大会作报告。报告对四年来全国律师行业的发展情况做了回顾,今天小编就通过一组数据为您解读报告内容。

数说律师队伍建设

基本情况



全国执业律师人数已超过
29.7万人

与四年前相比增幅达
38%



律师事务所达到
2.4万多家

与四年前相比增幅达
20%



全国党员律师
8.6万名

担任党的
十八大代表 **3**名

全国共有 **1445** 名律师担任各级人大代表

4033 名律师担任各级政协委员

其中有 **27** 名律师担任全国人大代表、政协委员

自身建设

- 1 组织各地律协举办新刑诉法面授培训班和讲座367场,培训律师和实习人员11.5万人次。
- 2 在北京等8个省区市建立律协公益法律服务中心,为律师从事公益性法律服务提供平台。
- 3 建立了由348名律师组成的涉外律师第一批人才库。组织三期涉外律师领军人才培训班,培训297名律师,选拔114名优秀律师赴国外进行集中培训。
- 4 全国和各地律协共受理投诉案件9415件,经调查核实,对1483名律师进行了处分。其中,给予训诫处分的770件,给予通报批评处分的547件,给予公开谴责处分的140件,取消会员资格的26件。
- 5 准予实习人员共10万多人,开展集中培训394期,8.2万人参加实习考核,7.5万人一次性通过考核,一次性通过率91%。

数说律师工作

服务工作

四年来,全国律师

共办理诉讼案件
29.7万多件

办理非诉案件
300多万件

为 **50** 余万家
政府和企业事业单位
担任法律顾问

办理法律援助案件
154 万多件

提供公益法律服务近
1000 万件次

全行业业务收入
2000 多亿元

行业发展

- 1 首次制定《律师业务指导目录》,组织专业委员会编制业务指导目录460多个。
- 2 举办法律顾问与法治政府建设研讨会等100余场专题培训和研讨活动。
- 3 组织专业力量参与《民法总则》等100多部法规司法解释的制定和修改工作。
- 4 制定《律师为政府投资项目提供法律服务操作指引》等5个业务指引。
- 5 全国和各地律协共受理维权案件556件,妥善解决471件,保障律师依法执业。



新一届领导班子产生

大会审议通过了《第八届全国律协理事会工作报告》、《第八届全国律协理事会财务工作报告》和《中华全国律师协会章程(修订草案)》,选举产生了第九届全国律协理事会、常务理事会、会长和副会长。王俊峰再次当选为第九届全国律协会长。

上海代表团产生 8 名理事:

吕红兵、盛雷鸣、俞卫锋、吕琰、刘正东、朱林海、邹甫文(女)、张铭(女)

其中 3 人任常务理事:吕红兵、盛雷鸣、俞卫锋

吕红兵、盛雷鸣连任副会长

律协要做“律师之家”

4月1日,司法部部长、党组书记吴爱英出席闭幕式并讲话。吴爱英说,全面依法治国,为彰显律师制度价值提供了前所未有的历史机遇;“十三五”时期经济社会发展,为发挥律师职能作用提供了新的广阔舞台,我国律师工作正处于大有作为的重要发展时期。

吴爱英要求,广大律师要积极为全面建成小康社会建功立业,要努力提高政治素质和职业素养。律师协会要满腔热情服务广大律师,切实维护律师执业权利,大力加强自律管理,不断加强律师协会自身建设,打造“律师之家”。

司法行政机关要切实履行对律师工作的监督指导,坚持把律师工作放到党和国家工作大局中来谋划和推进,把握律师工作规律,充分发挥律师协会在律师行业管理中的重要作用,深化律师制度改革。

2011-2014年度“全国优秀律师事务所” (上海)

上海市通力律师事务所
上海虹桥正瀚律师事务所
国浩律师(上海)事务所
上海邦信阳中建中汇律师事务所
上海市华诚律师事务所

2011-2014年度“全国优秀律师” (上海)

张鹏峰	上海中夏旭波律师事务所
王 嵘	上海汉商律师事务所
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
黄亚忠	上海市申江律师事务所
张 毅	北京市金杜律师事务所上海分所
丁伟晓(女)	上海欧申律师事务所
秦悦民	上海市通力律师事务所
陈 峰	北京大成(上海)律师事务所
赵 靖	北京市中伦(上海)律师事务所
谢向阳	高朋(上海)律师事务所
童丽萍(女)	上海电气(集团)股份有限公司



打造高素质知产司法保护法律职业共同体

上海市律协联合市法学会、浦东法院共商知产保护新模式

■文 | 上海市律协知识产权业务研究委员会



4月26日下午,由上海市律师协会、浦东新区人民法院、上海市法学会联合主办的“打造高素质知识产权司法保护法律职业共同体,推动上海科创中心、自贸试验区建设”研讨会在浦东新区人民法院召开。

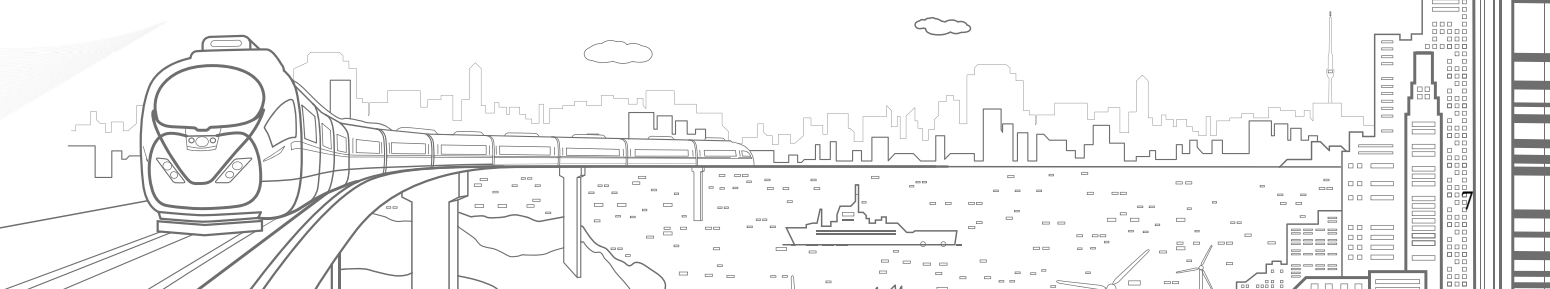
研讨会大咖云集。出席会议的有国家知识产权专家咨询委员会委员、上海大学知识产权学院院长陶鑫良教授,浦东新区法院党组书记、院长张斌,党组成员、副院长朱丹,上海市律师协会会长俞卫锋、副会长王嵘,市律协知识产权业务研究委员会主任刘峰,市法学会研究部主任张志军等,会议还邀请了五十多位知识产权专家、学者和律师。

作为落实法律职业共同体的实事工程,在研讨会正式开始前,浦东法院副院长朱丹、民三庭庭长徐俊陪同市律协会长俞卫锋、副会长王嵘、知识产权业务委员会刘峰主任及数十名律师参观了律师自助立案室、律师休息室、律师阅卷室,同时还向律师们展示了法院中华文化墙及院史

馆。俞卫锋会长还饶有兴趣地在院史馆电子题词板上写下“祝浦东法院更上一层楼”。

研讨会正式开始后,浦东法院党组书记、院长张斌首先致辞。他表示浦东新区法院一直致力于推动在法官和律师之间形成彼此尊重、平等相待、相互支持、相互监督、正当交往、良性互动的新型关系,并采取了一系列措施以强化保障律师执业权利。在我国实施创新驱动发展战略和知识产权强国战略背景下,加强知识产权司法保护法律职业共同体的建设,不仅有利于提升知识产权法官与律师的执业水平,而且有利于营造良好的知识产权司法保护环境,更有利于推进上海自贸试验区建设和具有全球影响力的科技创新中心建设。

上海市律师协会俞卫锋会长在致辞中表示,在“4月26日世界知识产权日”的当天举办这次研讨会意义重大。我们国家目前正在转型发展、供给侧改革,知识产权将在





推动我国经济发展中占有越来越重要的比重，这需要越来越多的知识产权律师和法官积极参与，更需要加强法律职业共同体的建设。中央政法委书记孟建柱提出律师和司法人员构建新型关系的24字方针，这其中首先提到“彼此尊重，平等对待”。尊重是源于对专业的尊重，也源于对对方一些困难的理解。建议法律职业共同体今后要积极互动，交流主题不仅仅限于知识产权、自贸区、科创中心，范围应扩大到律师和法院工作的各个方面，并且建立常态化的长效机制。

随后，与会嘉宾分别围绕本次研讨会的四大主题“法官与律师新型关系的构建”、“知识产权临时性司法保护措施的适用”、“知识产权纠纷举证责任的分配”和“知识产权侵权损害赔偿”进行了分享。

主题

1

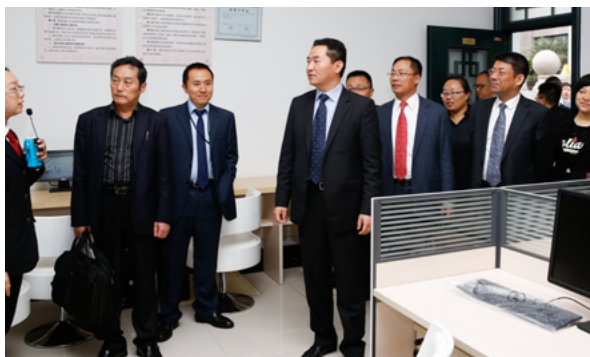
“法官与律师新型关系的构建”

职业共同体落实24字方针

主持人上海市律协副会长王嵘表示，今天他能来参加这次研讨会，本身就是法官与律师新型关系的体现。本来有开庭冲突，但相关法院得知举办这样一个研讨会，立即给予了支持。这说明法律职业共同体已经在落实孟书记的24字方针，那就是“彼此尊重，平等相待，相互支持，相互监督，正当交往，良性互动”。浦东法院副院长朱丹介绍



了法院近年来在推进构建法官律师新型关系方面的主要做法和措施。一是制定了《关于建构法官和律师新型关系促进法治文明进步的工作指南（试行）》和《便利律师参与诉讼六条措施》；二是优化服务，在律师自主立案、庭审排期阅卷、司法公开、12368 诉讼服务等方面保障律师权利；三是相互协作、加强业务交流。市律协知识产权业务研究委员会副主任刘民选律师介绍了专为这次研讨会而进行的调研，拿出了一份《律师和法官新型关系的调研报告》，并用亲身经历介绍了建立法官与律师新型关系的体会。同时建议法院应从领导层关注和鼓励法官和律师的正常业务交流，建立交流机制。浦东法院民三庭庭长徐俊表示，法律职业共同体的建设应通过重大疑难复杂案件的办理，明晰法律标准和行为界限，不断产生与这个伟大时代相适应的伟大判决，共同推动法治进程，促进法治文明，树立法治权威。浦东律工委杨伟东律师希望法院和律师之间可以建立一个通道，互相监督和探讨，真正实现共同发展。



主题 2

“知识产权临时性司法保护措施的适用”

诉前行为保全三大审查要件

浦东法院民三庭叶菊芬法官介绍了浦东法院在把握不正当竞争纠纷诉前行为保全的审查要件：一是申请人具有胜诉可能性；二是不采取保全措施会对申请人造成难以弥补的损害；三是采取保全措施不会损害社会公共利益。上海市锦天城律师事务所高级合伙人丁华律师与大家分享了在制止知识产权侵权时，法院禁令和行政机关采取的行政措施的不同之处，并提出了完善法院司法禁令的建议。民三庭法官杜灵燕表示，对不正当竞争行为出具禁令应持谨慎态度，只有对确实明确具体的、能够直观判断的侵权行为，如果不及时制止会对申请人造成难以弥补损害的，才可以出具诉前禁令。

主题 3

“知识产权案件举证责任的分配”

建议就举证妨碍制度研讨试点

上海市律协知识产权业务研究委员会副主任傅钢律师通过具体的案例与大家分享了知识产权侵权诉讼中证据的特点、证明标准及举证责任分配的基本原则。如：涉Telnet远程取证及网游游戏著作权纠纷案中举证责任的分配，网游游戏侵权纠纷中权利人取证时无法通过被告游戏全部关卡，能否主张整个游戏侵权等问题。浦东法院民三庭邵勋法官与大家分享了行为意义的举证责任和结果意义的举证责任之间的差异，并建议诉讼当事人要充分利用

各种途径证明其主张。同时也指出，法官应适时公开心证，避免裁判突袭。段和段（上海）律师事务所合伙人刘春泉律师建议法官在事实认定、判决理由和法律适用方面，应该更加注意程序公正，进行充分的质证和法庭辩论。北京市海问律师事务所上海分所吴大文律师表示商标和专利法修改稿中已经初步涉及证据开示和举证妨碍，但缺乏可操作的细化规定，建议法律界对证据开示制度和举证妨碍制度进行研讨和试点。

主题 4

“知识产权侵权损害赔偿”

如何不再“赢了官司输了钱”

上海市律协知识产权业务研究委员会主任刘峰表示，在知识产权侵权案件的审理过程中，如何认定侵权损失一直是困扰着法官和律师的难题。损害赔偿问题解决不好，有时就会出现“赢了官司输了钱”的现象，不仅不能有效保护权利人的合法权益，同时也无法起到震慑侵权、保护良好的经济秩序和竞争环境的作用。在司法审判中，对知识产权的保护还往往涉及到国家利益。刘峰同时从律师的角度对目前知识产权惩罚性赔偿提出了自己的观点和建议。浦东法院副院长朱丹针对《商标法》修改后的知识产权惩罚性赔偿详细阐述了法院的审判思路，内容涉及六个方面：一是惩罚性赔偿的适用范围；二是适用的条件；三是计算惩罚性赔偿的基数如何确定；四是要特别注意有两种赔偿金（如法定赔偿）是不能作为计算惩罚性赔偿的基数；五是赔偿金的数额范围；六是惩罚性赔偿的适用程序。

国家知识产权专家咨询委员会委员、上海大学知识产权学院院长、博士生导师陶鑫良致闭幕辞。陶教授称这个知识产权研讨会是几年来参加的第一个由法院、律师双方的“娘家人”、领导出面组织的如此高规格高标准的研讨会。原来都是点对点、个体对个体，这次是群体对群体。知识产权案件的复杂性和知识产权权利边界的模糊性要求打造高素质的法律职业共同体，而知识产权领域的法官、律师有条件率先打造高素质的法律职业共同体，浦东新区具有打造高素质知识产权司法保护法律职业共同体的历史积淀和区位优势，建议上海法院与上海市律协进一步加强合作，共同打造法律职业共同体的航空母舰。

全市律师工作会议全面部署新形势下律师工作 把发挥好律师作用作为 衡量法治建设成效重要标准

■文 | 吕轩

4月20日，上海召开全市律师工作会议，贯彻落实全国律师工作会议精神，就做好新形势下律师工作作出全面部署。本次会议由上海市高级人民法院、市检察院、市公安局、市司法局等联合召开，这在本市律师事业发展史上尚属首次。上海市委常委、政法委书记姜平，上海市高级人民法院院长崔亚东、上海市检察院检察长张本才、上海市公安局副局长陈臻等出席会议并发表讲话。

姜平书记在会议中强调，要把发挥好律师重要作用作为衡量法治建设成效的重要标准，加大政策扶持力度，深化律师制度改革，重视律师队伍建设，促进律师事业发展，服务法治上海建设。

姜平指出，近年来，广大律师为上海民主法治进步和经济社会发展做出了积极贡献。当前在“四个全面”战略布局中，全面依法治国具有基础性、保障性的作用，律师事业面临着前所未有的发展机遇。各相关部门要切实增强做好新时期律师工作的紧迫感和责任感。既要重视保障律师执业权利，积极构建司法人员和律师的新型关系，也要加强律师执业纪律和职业道德教育，教育引导广大律师遵守宪法法律，忠于事实真相，严守执业纪律，坚持谨言慎行，切实做到依法诚信公正执



业，共同促进社会主义法治文明进步。

姜平强调，律师队伍建设是关系律师事业发展的关键性、根本性问题。要切实加强律师队伍建设和党建工作，建设一支政治坚定、精通法律、维护正义、恪守诚信的过硬队伍。要聚焦重点业务、新兴业务、高端业务领域，实施律师行业的领军人才培养规划，推进专业化分工，发展规模化的律师事务所，为服务经济社会发展提供更加坚实的人才保障。

上海市司法局局长郑善和全面回顾了过去五年律师工作取得的成绩，就贯彻落实中办、国办意见、全国律师工作会议及本次会议精神，推动上海律师工作改革发展进行了部署。

据了解，“十二五”期间，上海律师人数超过百人的律师事务所由6家增加到18家，年业务收入超过1亿元的律师事务所由6家增加到19家，增幅分别为200%和220%。上海律师行业去年业务收入增速是上海GDP增长

值的三倍多，人均业务收入多年位居全国第一。与此同时，上海律师行业在全市17个重点行业行风测评中始终位居前列。

上海市律师协会会长俞卫锋代表全市律师向上海市各政法单位表示感谢，他表示市律协将力争在推动建立律师和司法人员新型关系、规范律师执业行为、依法保障律师执业权利以及组织引导律师发挥职能作用上有新作为，进一步加强协会自身建设，充分发挥协会自律管理作用，推动本市律师事业发展取得新的进步，绝不辜负党委、政府的高度信任和人民群众的殷切期待。

本市各级政法机关相关负责同志，市律师协会理事会、监事会全体成员及律师代表共220余人参加会议。会上还印发了《关于进一步加强和改进律师工作的意见》、《关于依法保障律师执业权利的实施办法》、《关于建立律师工作联系机制的意见》、《关于进一步加强律师队伍建设的意见》等4份文件。



上海市高级人民法院、上海市人民检察院、 上海市公安局、上海市国家安全局、上海市司法局

关于依法保障律师执业权利的 实施办法

第一条 为切实保障律师执业权利，充分发挥律师作用，贯彻落实最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于依法保障律师执业权利的规定》，制定本实施办法。

第二条 本市政法机关在工作中应当牢固树立依法保障律师执业权利的意识，不得妨碍律师依法履行辩护、代理职责，不得侵犯律师执业权利。

第三条 本市政法机关和律师协会均应当进一步健全本单位的律师执业权利救济机制。

律师因依法执业受到侮辱、诽谤、威胁、报复、人身伤害的，公安机关及相关政法单位应当及时依法处置并依法追究加害人员责任。

第四条 本市政法机关应当为律师履行辩护、代理职责创造便利条件，进一步完善律师办理法律事务及提出意见建议的处理流程，方便律师与办案人员的联系。

本市政法机关和律师协会应积极采取措施，加快以信息化手段验证律师身份并进一步扩大互联网和信息技术在律师办理法律事务过程中的应用。

第五条 办案机关应当依法告知当事人权利，告知权利的内容包括：当事人有权委托辩护人、诉讼代理人，法

律援助条件，法律援助中心联系方式等。

羁押在已设置法律援助工作站的看守所内的犯罪嫌疑人、被告人将法律援助申请交给看守所的，看守所可以将申请转交驻所法律援助工作站。办案机关发现犯罪嫌疑人、被告人属于依法应当提供法律援助的情形的，应当在五日内通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。

第六条 辩护律师接受犯罪嫌疑人、被告人委托或者法律援助机构的指派，或者解除委托或指派的，应及时告知办案机关，需要律师助理协助会见的，应将律师助理身份一并告知办案机关，以便办案机关核实其身份。

辩护律师系犯罪嫌疑人、被告人的监护人、近亲属代为委托的，应在初次会见犯罪嫌疑人、被告人时首先征求其是否同意委托的意见，犯罪嫌疑人、被告人不同意委托的，应当立即终止会见，委托关系解除。辩护律师系犯罪嫌疑人、被告人本人委托的，无需履行上述手续。犯罪嫌疑人、被告人不同意会见代为委托的辩护律师的，看守所应当要求犯罪嫌疑人、被告人出具或签署书面文件，并将该书面文件原件转交代为委托的律师，不予安排会见。

犯罪嫌疑人被羁押在看守所的，办案机关收到辩护律师接受、解除委托或指派的告知，应当立即通知看守所。

办案机关收到律师助理身份告知后应立即核实其身份并将结果告知看守所。

辩护律师向办案机关申请了解犯罪嫌疑人、被告人涉嫌或者被指控的罪名及当时已查明的该罪的主要事实，犯罪嫌疑人、被告人被采取、变更、解除强制措施的情况，侦查机关延长侦查羁押期限等情况的，办案机关应当在五日内答复辩护律师。辩护律师认为办案机关答复不全面的，可以申请办案机关予以补充。

办案机关作出移送审查起诉、退回补充侦查、提起公诉、延期审理、二审不开庭审理、宣告判决等重大程序性决定的，以及人民检察院将直接受理立案侦查案件报请上一级人民检察院审查决定逮捕的，应当在作出决定三日内告知辩护律师。

第七条 除尚在侦查阶段的危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪案件外，辩护律师及其律师助理到看守所会见犯罪嫌疑人、被告人的，看守所除查验参加会见人员的律师执业证书或实习证、律师事务所证明、委托书或者法律援助公函外，不得附加其他条件或者变相要求辩护律师提交法律规定以外的其他文件、材料，不得以未收到办案机关通知为由拒绝安排辩护律师会见。

市公安局设立网上预约会见平台，但不得以未预约会见为由拒绝安排辩护律师会见。

看守所除有下列情况外，应当当时安排会见，不安排当时会见的，应向律师说明原因：

（一）犯罪嫌疑人、被告人因身体原因正在接受治疗，不能会见的；

（二）犯罪嫌疑人、被告人当日已无时间或无闲置会见室再予安排会见的；

（三）要求会见的律师可能存在同时代理犯罪嫌疑人、被告人和被害人，或者同时为二名以上的同案犯罪嫌疑人、被告人担任辩护人的情况，需要进一步查证的；

（四）有证据表明律师执业证书、申请律师执业人员实习证、律师事务所证明、委托书或法律援助公函的真实性存在疑问，或律师助理身份未经办案机关核实，需

要进一步查证的；

（五）已有二名辩护律师会见过犯罪嫌疑人、被告人，需要进一步核对委托关系的；

（六）不可抗力原因或违反看守所管理的法律、法规和规定的其他情形的；

因前述原因无法当场安排会见的，应在四十八小时内安排会见并及时将安排会见的时间通知律师，经查证律师的会见申请违反规定的除外。

看守所应当在保证犯罪嫌疑人正常作息和监管秩序的前提下，充分保障辩护律师履行辩护职责所需的会见时间和次数。特殊情况下，经犯罪嫌疑人、被告人及看守所同意，也可以在其他时间会见犯罪嫌疑人。

陪同辩护律师会见犯罪嫌疑人、被告人的律师助理曾协助会见同案其他犯罪嫌疑人、被告人的，以及其身份未经办案机关核实的，看守所可以禁止其参与会见，但不影响辩护律师的会见。

犯罪嫌疑人、被告人被指定居所监视居住的，办案机关应当在律师告知接受委托或指派后四十八小时内，将指定居所地址告知辩护律师。律师有权会见被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人，具体程序参照前述规定执行。

第八条 在押犯罪嫌疑人、被告人提出解除委托关系的，办案机关或看守所应当要求其出具或签署书面解除委托的文件，并通过办案机关在三日内转交被解除委托的律师或其所在的律师事务所。被解除委托的律师可以要求会见在押的犯罪嫌疑人、被告人，当面向其确认解除委托关系，看守所应当安排会见；但犯罪嫌疑人、被告人拒绝会见的，看守所应当要求犯罪嫌疑人、被告人出具或签署书面文件，并将该书面文件原件转交被解除委托的律师，不予安排会见。

在押犯罪嫌疑人、被告人的监护人、近亲属解除代为委托辩护律师关系，但委托关系已经过犯罪嫌疑人、被告人本人确认的，看守所应当允许新的代为委托的辩护律师会见，由犯罪嫌疑人、被告人确认新的委托关系；犯罪嫌疑人、被告人不同意解除原辩护律师委托关系的，新的代为委托的辩护律师应当立即停止会见，不再履行辩护

律师职责。犯罪嫌疑人、被告人不同意会见新委托的辩护律师的，看守所应当要求犯罪嫌疑人、被告人出具或签署书面文件，并将该书面文件原件转交代为委托的律师，不予安排会见。

第九条 办案机关应将尚在侦查阶段的危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪案件所涉及的犯罪嫌疑人名单事先通知看守所，看守所据此不安排会见，未事先告知看守所的，看守所不得以需要核对案件是否属“三类案件”为由阻止律师会见。

律师申请会见“三类案件”犯罪嫌疑人的，侦查机关应于三日内作出是否许可的书面决定，并告知联系方式。许可会见的，应当向辩护律师出具许可决定文书，因有碍侦查或者可能泄露国家秘密而不许可会见的，应当向辩护律师说明理由。有碍侦查或者可能泄露国家秘密的情形消失后，应当许可会见，并及时通知看守所和辩护律师。对特别重大贿赂案件在侦查终结前，侦查机关应当许可辩护律师至少会见一次犯罪嫌疑人。

侦查机关作出许可会见的决定应注明有效期，辩护律师在决定有效期内可多次会见犯罪嫌疑人。在有效期内，侦查机关也可以随时撤回许可会见的决定，并通知辩护律师和看守所。

“三类案件”的范围，以最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部的规定为准，办案机关不得自行解释、限制律师会见。

第十条 自案件移送审查起诉之日起，辩护律师会见犯罪嫌疑人、被告人，可以向其核实有关证据。辩护律师向犯罪嫌疑人、被告人核实证据时，可以向其出示证据的原件、复印件或照片，但应当注意保护证人、鉴定人和办案人员的隐私。

第十一条 辩护律师会见在押的犯罪嫌疑人、被告人，可以根据需要制作会见笔录，并要求犯罪嫌疑人、被告人确认无误后在笔录上签名。

辩护律师会见犯罪嫌疑人、被告人时可以使用看守所提供的电脑等设备。

第十二条 辩护律师会见在押的犯罪嫌疑人、被告人

需要翻译人员随同参加的，应当提前向办案机关提出申请并提交翻译人员身份证明。办案机关应当及时审查并在三日内作出是否许可的决定。许可翻译人员参加会见的，应当向辩护律师出具许可决定文书，并通知看守所。不许可的，应当向辩护律师书面说明理由，并通知其更换。办案机关许可翻译人员参加会见的决定文书多次有效。必要时，办案机关可以撤回许可的决定。办案机关撤回许可的决定，也应当向辩护律师说明理由。

翻译人员应当持办案机关许可决定文书和本人身份证明，随同辩护律师参加会见。携带翻译人员会见的，不影响辩护律师带一名律师助理会见。

第十三条 看守所应当及时传递辩护律师同犯罪嫌疑人、被告人的往来信件。看守所可以对信件进行必要的检查，但不得截留、复制、删改信件，不得向办案机关提供信件内容，但信件内容涉及危害国家安全、公共安全、严重危害他人人身安全的以及涉嫌串供、毁灭证据等情形的除外。

辩护律师可以以信件往来的方式传递犯罪嫌疑人、被告人处置其合法民事权利所需要签署的法律文件，急需或不宜通过信件方式传递的，经看守所同意，辩护律师可以在会见时交由犯罪嫌疑人、被告人签署并带出，但出入均应经过看守所检查。

第十四条 辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，可以查阅、摘抄、复制本案的案卷材料，人民检察院检察委员会的讨论记录、人民法院合议庭、审判委员会的讨论记录以及其他依法不能公开的材料除外。侦查机关应当在案件移送审查起诉后三日内，人民检察院应当在提起公诉后三日内，将案件移送情况告知辩护律师。案件提起公诉后，人民检察院对案卷所附证据材料有调整或者补充的，应当及时告知辩护律师。辩护律师对调整或者补充的证据材料，有权查阅、摘抄、复制。辩护律师办理申诉、抗诉案件，在人民检察院、人民法院经审查决定立案后，可以持律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函，到案卷档案管理部门、持有案卷档案的办案部门，查阅、摘抄、复制已经审理终结案

件的案卷材料。

辩护律师提出阅卷要求的,人民检察院、人民法院应当当时安排辩护律师阅卷,无法当时安排的,应当向辩护律师说明并安排其在三日内阅卷,不得限制辩护律师阅卷的次数和时间。本市检察、审判机关应设立阅卷预约平台,可以向律师提供电子化案卷,但律师要求查阅原件的,应当提供原件。

人民检察院、人民法院应当为辩护律师阅卷提供场所和便利,配备必要的设备供律师复制案卷材料使用,法律援助案件应免收工本费。律师带律师助理协助阅卷的,还应向办案机关提供律师执业证书或实习证书及律师事务所证明,由办案机关核实其身份。该律师助理不得再协助同案其他犯罪嫌疑人、被告人的辩护人查阅该案案卷。

第十五条 辩护律师提交与案件有关材料的,办案机关应当在工作时间和办公场所予以接待,当面了解辩护律师提交材料的目的、材料的来源和主要内容等有关情况并记录在案,与相关材料一并附卷,并出具回执。辩护律师应当提交原件,提交原件确有困难的,经办案机关准许,也可以提交复印件,经与原件核对无误后由辩护律师签名确认,但在开庭期间应当向法庭提交证据原件。辩护律师通过服务平台网上提交相关材料的,办案机关应当在网上出具回执。辩护律师应当在现诉讼阶段结束前向办案机关提供原件,核对并签名确认。

第十六条 在刑事诉讼审查起诉、审理期间,辩护律师书面申请调取公安机关、人民检察院在侦查、审查起诉期间收集但未提交的证明犯罪嫌疑人、被告人无罪或者罪轻的证据材料的,人民检察院、人民法院应当依法及时审查并在三日内作出是否调取的决定。经审查,认为辩护律师申请调取的证据材料已收集并且与案件事实有联系的,应当及时调取。相关证据材料提交后,人民检察院、人民法院应当及时通知辩护律师查阅、摘抄、复制。经审查决定不予调取的,应当书面说明理由。

第十七条 辩护律师申请向被害人或者其近亲属、被

害人提供的证人收集与本案有关的材料的,人民检察院、人民法院应当在七日内作出是否许可的决定,并通知辩护律师。辩护律师书面提出有关申请时,办案机关不许可的,应当书面说明理由;辩护律师口头提出申请的,办案机关可以口头答复。

各级司法机关应为律师向案件有关单位和个人调查与承办法律事务有关的情况提供便利,不得阻挠律师调查,有关人员要求司法机关同意其接受律师调查的,应向有关人员说明律师调查无需相关司法机关同意。

第十八条 辩护律师申请人民检察院、人民法院收集、调取证据的,人民检察院、人民法院应当在三日内作出是否同意的决定,并通知辩护律师,也可以委托律师调取,委托律师调取的,应向律师开具人民法院委托律师调取证据的调查令。辩护律师书面提出有关申请时,办案机关不同意的,应当书面说明理由;辩护律师口头提出申请的,办案机关可以口头答复。

第十九条 辩护律师申请向正在服刑的罪犯收集与案件有关的材料的,监狱和其他监管机关在查验律师执业证书、律师事务所证明和犯罪嫌疑人、被告人委托书或法律援助公函后,应当及时安排并提供合适的场所和便利。正在服刑的罪犯属于辩护律师所承办案件的被害人或者其近亲属、被害人提供的证人的,应当经办案机关许可。

第二十条 在民事诉讼中的律师及行政诉讼中非代表被诉行政主体一方的律师,因客观原因无法自行收集证据的,可向人民法院申请调取证据,经审查符合规定的,人民法院除自行调取外,也可以委托律师调取,委托律师调取的,应向律师开具人民法院委托律师调取证据的调查令。

律师申请调取证据的,人民法院应在三个工作日内作出是否调取的决定。

启动司法程序所必须的证据材料,律师无法调取的,可向人民法院申请诉前调查令,人民法院应在三个工作日内作出是否签发诉前调查令的决定,情况紧急的,应尽快

做出决定。

第二十一条 侦查机关在案件侦查终结前，人民检察院、人民法院在审查批准、决定逮捕期间，办案机关应当主动听取辩护律师的意见并记录在案。人民检察院审查起诉、第二审人民法院决定不开庭审理的，应当确定时间、地点通知当面听取辩护律师意见，辩护律师不能当面提出意见的，可以书面提出意见。

辩护律师要求当面反映意见或者提交证据材料的，办案机关应当安排时间接待辩护律师，并制作笔录附卷。辩护律师提出的书面意见和证据材料，应当附卷。

第二十二条 辩护律师书面申请变更或者解除强制措施的，办案机关应当在三日以内作出处理决定。辩护律师的申请符合法律规定的，办案机关应当及时变更或者解除强制措施并告知辩护律师；经审查认为不应当变更或者解除强制措施的，应当告知辩护律师，并书面说明理由。

辩护律师依法向人民检察院提出羁押必要性审查申请的，人民检察院应当及时审查，并将审查结果告知辩护律师。

第二十三条 辩护律师在侦查、审查起诉、审判期间发现案件有关证据存在刑事诉讼法第五十四条规定的情形的，可以向办案机关申请排除非法证据。申请排除非法证据应当以书面形式提出。

辩护律师在开庭以前申请排除非法证据，人民法院应当在十五日内审查，必要时可以进一步听取辩护律师的意见。经审查，人民法院对证据收集合法性有疑问的，应当依照刑事诉讼法第一百八十二条第二款的规定召开庭前会议，就非法证据排除问题了解情况，听取各方意见。

辩护律师申请排除非法证据的，办案机关应当听取辩护律师的意见，按照法定程序审查核实相关证据，并依法决定是否予以排除。

第二十四条 辩护律师提出的召开庭前会议、回避、补充鉴定或者重新鉴定以及证人、鉴定人出庭等申请，人民法院应当在开庭前及时作出处理决定并为辩护律师预留必要的准备时间，并告知辩护律师。

第二十五条 人民法院应当至少提前三天确定开庭日期并通知律师，通过电话等方式告知的，还应书面通知律师。律师因开庭日期冲突等正当理由申请变更开庭日期的，人民法院应当在不影响案件审理期限的情况下，予以考虑并调整日期，决定调整日期的，应当及时通知律师。

每名律师可以向人民法院申请带律师助理参加庭审的，人民法院核对身份无误后，应当准许。律师助理可以在辩护人席、代理人席就坐，但仅能从事相关辅助工作，不得发表辩护、代理意见。

第二十六条 本市有条件的人民法院应当建立律师参与诉讼专门通道、专门的律师更衣室、休息室或者休息区域，并配备必要的桌椅、饮水及上网设施等，为律师参与诉讼提供便利。

律师进入人民法院参与诉讼确需安全检查的，应当在通知开庭日期时一并告知，并与出庭履行职务的检察人员同等对待。

第二十七条 法庭审理过程中，律师对审判人员、检察人员提出回避申请的，人民法院、人民检察院应当依法作出处理。对律师的回避申请，庭审法官、出庭检察官认为有必要与律师进一步沟通的，可以休庭进行沟通。

第二十八条 法庭审理过程中，经审判长准许，律师可以向当事人、证人、鉴定人和有专门知识的人发问。发问应当围绕案件事实、证据、法律适用进行，律师发问与案件无关的，审判长可以进行提示并听取律师就发问与案件的关联性进行的简短说明。

第二十九条 法庭审理过程中，法庭可以引导律师在庭审的不同阶段分别有侧重的就证据的真实性、合法性、关联性，从证明目的、证明效果、证明标准、证明过程等方面，进行法庭质证和相关辩论，但应当保障律师就上述各个方面均有机会发表意见。律师发表的意见与案件无关的，审判长可以进行提示并听取律师就意见与案件的关联性的简短说明。

第三十条 法庭审理过程中，律师可以就案件事实、证据和适用法律等问题，进行法庭辩论。法庭辩论应当

给予律师对公诉方提出的意见进行回应的机会。

第三十一条 法庭审理过程中，法官应当注重诉讼权利平等和控辩平衡。对于律师发问、质证、辩论的内容、方式、时间等，法庭应当依法公正保障，以便律师充分发表意见，查清案件事实。

法庭审理过程中，法官可以对律师的发问、辩论进行引导，除发言过于重复、相关问题已在庭前会议达成一致、与案件无关或者侮辱、诽谤、威胁他人，故意扰乱法庭秩序等情况外，法官不得随意打断或者制止律师按程序进行的发言。法官认为律师的发问、辩论构成上述情况的，应当先提示律师，律师可以做简短的申辩。

对公诉人或对方当事人、代理人不断发表重复或与案件无关的意见，律师在开庭过程应举手示意审判长或主审法官，经审判长或主审法官同意发言，可以提出中止发言的建议。

第三十二条 法庭审理过程中，律师可以提出证据材料，申请通知新的证人、有专门知识的人出庭，申请调取新的证据，申请重新鉴定或者勘验、检查。在民事诉讼中，申请有专门知识的人出庭的，应当在举证期限届满前向人民法院申请，经法庭许可后可以出庭。

第三十三条 法庭审理过程中，遇有被告人供述发生重大变化、拒绝辩护等重大情形，经审判长许可，辩护人可以与被告人进行交流。交流一般当庭进行，辩护人可以离开辩护席与被告人沟通。

第三十四条 法庭审理过程中，有下列情形之一的，律师可以向法庭申请休庭：

- (一) 辩护律师因法定情形拒绝为被告人辩护的；
- (二) 被告人拒绝辩护律师为其辩护的；
- (三) 需要对新的证据作辩护准备的；
- (四) 其他严重影响庭审正常进行的情形。

第三十五条 辩护律师作无罪辩护的，可以在声明保留其无罪辩护意见的同时，在假定被告人有罪的前提下，当庭提出或庭后提交罪轻的辩护意见和相应的量刑意见。辩护律师的辩护意见，不影响对被告人认罪态度的认定。

第三十六条 人民法院适用普通程序审理案件，应当

在裁判文书中写明律师依法提出的辩护、代理意见，以及是否采纳的情况，并说明理由。辩护律师作无罪辩护，但又同时提出罪轻辩护、量刑意见的，判决书中应将两种意见均予写明，并分别说明是否采纳情况及理由。

第三十七条 诉讼中重大程序信息，依法应当采取书面方式告知的，还应同时通过电话等方式口头告知律师。当事人未委托律师代收诉讼文书的，应当在诉讼文书送达后三日内通知辩护、代理律师并告知送达情况。

第三十八条 法庭审理过程中，律师就回避，案件管辖，非法证据排除，申请通知证人、鉴定人、有专门知识的人出庭，申请通知新的证人到庭，调取新的证据，申请重新鉴定、勘验等问题，当庭提出申请或者对法庭审理程序提出异议的，法庭原则上应当休庭进行审查，依照法定程序作出决定。其他律师有相同异议的，应一并提出，法庭休庭一并审查。法庭决定驳回申请或者异议的，律师可当庭提出复议。经复议后，律师应当尊重法庭的决定，服从法庭的安排。

律师不服法庭决定保留意见的内容应当详细记入法庭笔录，可以作为上诉理由，或者向同级或者上一级人民检察院申诉、控告。

第三十九条 律师申请查阅人民法院录制的庭审过程的录音、录像的，人民法院应当准许。

第四十条 侦查机关依法对在诉讼活动中涉嫌犯罪的律师采取强制措施后，应当在四十八小时以内通知其所在的律师事务所或者所属的律师协会。未采取强制措施的，也应当及时通知其所在的律师事务所或者所属的律师协会。

第四十一条 律师认为办案机关及其工作人员明显违反法律规定，阻碍律师依法履行辩护、代理职责，侵犯律师执业权利的，可以向该办案机关或者其上一级机关投诉。投诉应由办案部门以外的其他部门调查处理，并公开联系方式。

办案机关应当对律师的投诉及时调查，律师要求当面反映情况的，应当当面听取律师的意见。经调查情况属实的，应当依法立即纠正，并在六十日内答复律师，做好说明解释工作，并将处理情况通报其所在地司法行政机关。

关或者所属的律师协会。

第四十二条 在刑事诉讼中，律师认为办案机关及其工作人员的下列行为阻碍律师依法行使诉讼权利的，可以向同级或者上一级人民检察院申诉、控告：

（一）未依法向律师履行告知、转达、通知和送达义务的；

（二）办案机关认定律师不得担任辩护人、代理人的情形有误的；

（三）对律师依法提出的申请，不接收、不答复的；

（四）依法应当许可律师提出的申请未许可的；

（五）依法应当听取律师的意见未听取的；

（六）未依法准许、安排律师与被羁押、监管的犯罪嫌疑人、被告人会见、通信的；

（七）其他阻碍律师依法行使诉讼权利的行为。

律师依照前款规定提出申诉、控告的，检察机关依法受理并由控告申诉部门审查处理。申诉控告对象为人民法院、公安机关、国家安全机关、司法行政机关的，向同级检察机关提出；申诉控告对象为检察机关的，向上一级检察机关提出。人民检察院应当在受理后十日以内进行审查，并将处理情况书面答复律师。情况属实的，通知有关机关予以纠正。情况不属实的，做好说明解释工作。

人民检察院应当依法严格履行保障律师依法执业的法律监督职责，处理律师申诉控告。在办案过程中发现有阻碍律师依法行使诉讼权利行为的，办案的检察官应当告知本院法律监督部门，由法律监督部门依法、及时提出纠正意见。

第四十三条 办案机关或者其上一级机关、人民检察院对律师提出的投诉、申诉、控告，经调查核实后要求有关机关予以纠正，有关机关拒不纠正或者屡纠屡犯的，应当由相关机关的纪检监察部门依照有关规定调查处理，相关责任人构成违纪的，给予纪律处分。

第四十四条 律师认为办案机关及其工作人员阻碍其依法行使执业权利的，可以向其所执业律师事务所所在地的设区的市或直辖市的区级司法行政机关、所属的律师协会申请维护执业权利。对于在本市发生的需要维护执业权利的紧急情况，律师可以向本市司法行政机关、律

师协会提出申请。律师的维权申请合法有据的，市律师协会应当建议有关办案机关依法处理，有关办案机关应当将处理情况及时反馈市律师协会。

本市各级法院、检察院、公安机关、国家安全机关对律师执业活动中的行为予以行政、司法处罚的，应当及时告知律师所属的律师协会。

本市各级法院、检察院、公安机关认为律师、律师事务所在执业活动中存在违反法律法规的行为，可以向其所在的设区的市或直辖市的区、县司法行政机关反映情况，提出处理建议，认为律师、事务所在执业活动中存在违反行业规范的行为的，可以向其所属的律师协会反映情况，提出处理建议。

本市各级司法行政机关、市律师协会持介绍信调查核实律师权益保障或者违纪有关情况的，办案机关应当予以配合、协助，提供相关材料。

第四十五条 本市政法机关应当建立市、区县两级律师工作联席会议制度及相应的工作机制。

第四十六条 依法规范法律服务秩序，严肃查处假冒律师执业和非法从事法律服务的行为。对未取得律师执业证书或者已经被注销、吊销执业证书的人员以律师名义提供法律服务或者从事相关活动的，或者利用相关法律关于公民代理的规定从事诉讼代理或者辩护业务非法牟利的，依法追究责任，造成严重后果的，依法追究刑事责任。

第四十七条 本规定所称“办案机关”，是指负责侦查、审查逮捕、审查起诉和审判工作的公安机关、国家安全机关、检察机关和审判机关。

本办法所称“本市政法机关”是指本市各级人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关和司法行政机关。

第四十八条 本规定所称“律师助理”，是指辩护、代理律师所在律师事务所的其他律师和申请律师执业实习人员。

申请律师执业实习人员是指为申请律师执业而在律师事务所实习并持有设区的市及以上级别律师协会颁发的实习证书的人员。

本规定所称“日”除另有说明外，均为工作日。

第四十九条 本实施办法自发布之日起施行。

士不可以不弘毅，任重而道远

■文 | 陈峰

从地方大学法律系毕业走进部队，我从未后悔，但也从未动摇过成为一名法律人的信念。八年的部队经历、几近严苛的反复锤炼，与十多年的律师执业经历，都是生命中不可或缺的一部分，共同成就了今天的我。

对我而言，律师，不仅仅是一份职业，更是一种责任，一种信仰，是值得为之奉献终身的事业。



陈峰 律师

北京大成（上海）律师事务所主任、党委书记。第十届上海市律师协会理事、律所规范与发展委员会主任、浦东新区律师工作委员会副主任。上海交通大学凯原法学院兼职教授、华东政法大学研究生院兼职硕士研究生导师。

>>>>>> 矩不正，不可为方 <<<<<<<<

常有初次见面的陌生人会问我：“你是律师吧？”问及原因，总不外乎是一种感觉，一种气质。这种将法律人区别于芸芸众生的独特气质，便是法律思维的显化。

法律思维，绝不能仅仅运用于工作中、法庭上，而应当是一种根植于法律人血脉之中的观世界之方。法眼观天下，见山不是山，见到的也许是承包经营权，见水也不是水，见到的也许是水资源。

法律人之眼，穿透纷繁复杂的表象，看到的是支撑起社会百态的规则。而法律人行事，必循规蹈矩。无论是个人行事、日常生活，还是法律工作、客户服务，遵守规则是最基本的底线。矩不正，不可为方；规不正，不可为圆。执业十多年来，面对再大的诱惑，从未稍有逾规越矩，这是我坚守的原则，也是我对律师职业的尊重。

>>>>>> 心心在一艺，其艺必工 <<<<<<<

十多年前，我的团队承接了上海城投的第一个 BOT 项目——金山海川自来水一期项目。面对全新的挑战，我带领自己的团队夜以继日地投入到工作与学习中：项目管理、工程术语、自来水行业惯例、BOT 结构、合同文本……需要学习的东西太多太多。在将近一年的时间里，仅《特许经营权合同》和《供水合同》就先后历经了十七次谈判，厚达数百页的合同文本也是二十三易其稿。在项目竣工和通水仪式上，当项目负责人宣布正式开始供水的那一瞬间，想起将近三年的艰辛工作，想到金山区人民今后喝上的洁净自来水中也有自己的付出，刹那间百感交集涌上心头，我不禁潸然泪下……

以此为基础，通过不断努力、钻研建设工程和基础设施项目法律服务事务及相关理论，我几乎成了 BOT 方面的专家。近年来，仅基础设施项目 PPP 模式的项目（其中包括 BOT、TOT、BOO、BOT+EPC、BOT+BT 等模式）我就承接了近 20 个，其中就有本轮 PPP 热潮中，被誉为国内最大的 PPP 项目——投资总额达 120 亿元的上海市青浦重固镇新型城镇化项目。

律师，不能仅仅是法律专家，还应该是哲学家、社会学家、演说家、工程师……虽然平时工作非常繁忙，经常往返于机场酒店之间，但我的行李箱中始终有个角落专为书籍预留：其中不仅有法律专业的书刊，更涉及行业技术、人文历史、哲学艺术、政治经济……林林种种的各类书籍陪伴着我不

断开启的旅途。只有持续不断地浸润与塑造，才能成就更加完满的自我。

还记得当年为日商岩井株式会社出具对其参股公司上海葛洲坝——日商岩井融资租赁有限公司债转股项目法律意见书的那天，正是平安夜。为了意见书中的一句措辞，我独自在办公室踟蹰许久，浑然不觉时光流逝。当神来之辞从脑中跃然而出，我难以抑制心中的激动，忍不住在五步见方的办公室里来来回回转了上百圈。那薄薄不足四页纸的一份《法律意见书》，承载的不仅仅是客户的重托，更承载着我对律师职业的专注与热爱。离开办公室时已经是凌晨3点……

执业以来取得的业绩，来源于我对法律信念的坚持，来源于我对法律理解的精益求精，更来源于那一个个为了客户利益殚精竭虑的不眠之夜，来源于那一封封深夜甚至凌晨发出的邮件……

心心在一艺，不仅仅指的是专注于律师职业，更重要的是要专注于自己选择的业务领域。大多数律师刚入行时并没有太多选择余地，迫于生存压力经常是来者不拒，多多益善。但在职业发展过程中，就应当逐渐开始有意识、有选择地承接项目或案件。百艺通不如一艺精，有时候，舍弃比取得更难。

我个人专注于基础设施与融资、汽车产业法律服务和公司法律业务。与此同时，也舍弃了许多很好的项目。不是不能做，只是我宁愿在自己选定的田中深耕细作，无暇顾及他处肥田。

>>>> 苟日新，日日新，又日新 <<<<

法律及其他专业理论知识、丰富的实务经验，是律师立身之本。每一个律师都必须持续关注法律法规的颁布及修订，不断更新与充实自身的知识储备，才能不被时代所淘汰。同时，还应当结合业务范围，不断学习、钻研、更新业务领域内的其他知识，甚至业务领域外的新知识，才能不断提高素养、深入挖掘已有业务领域或拓展新领域。

近年来，我为多家世界500强和中国500强企业提供着持续不断的法律服务，也负责及参与过淮矿现代物流有限责任公司破产重整项目、丰立集团有限公





司破产重整项目、高远系债务重组项目等多个重大项目，这些项目的涉案金额均在百亿元以上。

耕耘法律服务业十数载，虽已过不惑之年，对待业务我依然如履薄冰、不敢懈怠。就好比一家企业，如果十数年都不更新升级产品，抱残守缺，固步自封，如何与时俱进？

伴随着国家“一带一路”战略的提出，我们的基础设施法律服务团队已经为国内企业“走出去”的多个基础设施项目提供了跨国专业法律服务，比如埃及安永穆萨煤电项目、孟加拉国 Tetulia 光伏项目、埃及阿斯旺光伏项目、还有某国家的海上风电项目等。这些项目的取得，当然离不开大成律师事务所海外办公室的协助配合。

在汽车产业法律服务领域，我服务的企业有十多家，这就要求我必须时刻关注汽车领域最前沿的知识和资讯，比如最近受到极高关注度的无人驾驶汽车的法律问题，其中关于自动驾驶车辆的概念问题、自动驾驶车辆制造者、自动驾驶车辆的安全规定、自动驾驶车辆的责任与保险法律问题等等。

法律条款是保守的，但法律人对于知识的猎取却是不能停滞的。博观而约取，厚积而薄发。选择了律师职业，就是选择了学无止境的人生。

>>>> 海不辞水，故能成其大 <<<<

志存高远，海纳百川。大成上海历届的管理层不恋栈权位，自我革命，塑造了大成上海开放、包容、民主、平等的文化氛围，这样一种独特的事务所文化已经在大成人的身上打上了深深的烙印，融入了大成人的血脉之中。

2010 年，我非常荣幸地加盟了大成（上海）律师事务所，与全体合伙人共同参与和见证了大成快速稳健的发展过程。没有一个优秀的平台，任凭个人如何努力，也难以取得卓越的成就。其实大成（上海）律师事务所里比我优秀的律师还有很多，我个人最多只是其中的一个代表而已。可以说在这过去的 6 年里，我为大成、大成为我，我与大成共成长。

数千年来，我国一直传承着“天人合一，物我不二”的哲学思想，崇尚交融和谐的圆满境界，注重功能、关系、动态平衡与整体宏观。而西方基于追本溯源的哲学精神，逐步建立起归纳演绎的逻辑思维，注重结构、实体、机械逻辑与局部微观。这种天人合一与格物致知在本源上的哲学差异，导致了中西方在思维方式和处事方式上的根本性差别。大成文化秉承着我国圆融、随和、包容的哲学思想，如果与西方公理化的逻辑思维融合互补，必将爆发出巨大的能量。而大成

与 DENTONS 国际律师事务所的合并，正是这样一种契机。我们从未像现在这样，拥有如此广阔的机会和将我们中国的法律服务输出到世界各地的可能。反观我们的近邻日本，在曾经 GDP 引领全球排名第二多年的背景下，竟然没有一家法律服务机构进入全球 100 强，我想，这跟日本民族过于细致与保守的思维方式不无关系。大成通过合并 DENTONS 国际律师事务所已经跃居全球规模最大的律师事务所，我想这一定只是中国的律师事务所迈入世界 100 强的第一步，随后一定会有更多的中国律师事务所前赴后继。

>>>> 岂曰无衣？与子同袍 <<<<

律师作为专业人士，在传统看法里，有点像个个体户，单打独斗，自负盈亏。而大成则成功地引领了律师事务所发展的规模化方向。

作为一家规模大所，用什么方式和组织来凝聚人心，是摆在大成上海管理层面前的一个课题。经过事务所管理层的论证，在上级各级党组织的关心下，上海市第一家律师行业基层党委——中共北京大成（上海）律师事务所委员会成立了，我个人有幸当选第一届党委书记。经过 5 年的发展，全所党员人数已经从最初的 83 名发展到如今的 204 名，下辖党支部数也发展到了 13 个。在定位党委在事务所中的作用时，在上级党组织的指引下，党委班子明确党组织在事务所中不属于领导机构和权力机构，而是起着政治核心与价值引领作用，通过党委班子和全体党员的凝聚力和战斗力来确保事务所发展的正确方向。许多优秀的党委班子成员和党员都通过民主选举进入事务所核心管理层，我本人也荣幸地名列其中，这充分证明了党组织在事务所中强大的生命力和群众基础。

在大成这样一个合伙人自己当家作主，人人皆参与共建的大家庭中，我们有自己的足球队、合唱团、青年之家、骑行队、羽毛球队、篮球队、游泳队、高尔夫球队等将近 20 个文化社团。这些社团构成了大成文化建设的核心平台。我非常荣幸地曾经担任文化建设委员会的召集人，并两次以领队的身份带队参加在克罗地亚、布达佩斯举办的第十六届、第十七届律师世界杯。

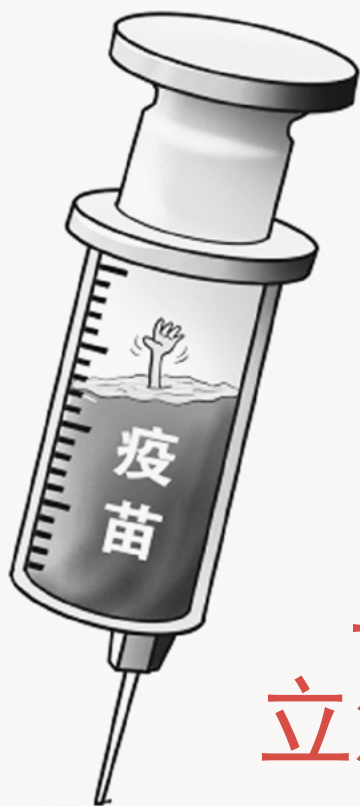
我依然清晰地记得，2012 年 6 月 8 日，在十六届律师世界杯的首场比赛中，当大成足球队以 3:0 完胜阿尔及利亚队，取得首场胜利时，在场所有大成都沸腾了，球员和啦啦队员们紧紧的拥抱在一起、进球功臣被抛向天空、五星红旗和大成的队旗在场内飞奔，泪水伴随着激动的心情挥洒球场……在回营地的大巴上，嘹亮的《打靶归来》一遍又一遍响起……

第二天，我发现自己的嗓子已经沙哑，发不出声音了。那次出征，最终我们取得了两胜进七球的成绩，远远超过了赛前比照国家队定下的“进一球，平一场，赢一场”的比赛目标。

结语

从事律师职业近 15 年，取得的成绩属于过去，归功于我执业的大成律师事务所，也离不开家人的支持。执业律师道路，任重而道远，唯有继续前行，不忘初心。





矫正失效
罪名过轻
监管漏洞
立法缺失

缓刑期间制造5.7亿疫苗惊天大案

■文 | 许倩 整理

本期主持：

卢意光 上海市律协医药健康业务研究委员会主任、上海市联合律师事务所合伙人

嘉宾：

刘庆伟 上海市律协医药健康业务研究委员会委员、上海市新华律师事务所合伙人

张黔林 上海市律协医药健康业务研究委员会委员、上海大邦律师事务所合伙人

王思维 上海市律协刑事业务研究委员会委员、上海博和律师事务所合伙人



卢意光 律师

■ 卢意光：

今天我们来聊聊庞某非法经营疫苗的事件。这件事影响很大，警方从2015年3月开始介入，波及24个省份、近300名涉案人员，涉案金额5.7亿元，涉及至少25种未经冷藏、严格冷链储存运输的成人、儿童两用疫苗。2016年3月19日，山东省食药监局公布了向庞某等提供疫苗及生物制品的上线线索107条，从庞某等处购进疫苗及生物制品的下线索193条。这个事件引起很多问题和争议，我们今天主要探讨其中引申出来的一些法律问题。

庞某缓刑期间重新实施犯罪，缓刑监管措施为何失效？

■ 卢意光：

首先我们注意到这件事的背景，2009年因非法经营疫苗被判刑以后，庞某还在缓刑期间，就制造了这样一个大案，让我们觉得很吃惊，所以想听一下各位的意见。张律师，您看为什么在缓刑期间还会有这样的事发生。

■ 张黔林：

根据媒体的披露，庞某在2009年被判非法经营罪，判处有期徒刑三年，缓刑五年。但是，她从2010年就开始实施犯罪行为，一直到2015年案发为止，持续时间长达五年，涉及的地域范围广，涉案金额巨大，牵涉的人也非常多。那我们就要问了，在缓刑期间她是如何能够重新实施犯罪的？对被判缓刑的罪犯现在有什么监管措施？

1996年的《刑法》对被判缓刑的罪犯在缓刑期间如何进行监管，只有一句话，即：公安机关交由基层组织或所在单位考察。以前在这块工作上做得不是很细，往往缓刑后就不了了之。2003年，最高法、最高检、公安部、司法部共同发文，在六个省市开始进行社区矫正的试点工作，这六个省市是北京、上海、天津、江苏、浙江、山东（庞某所在就是山东），由司法行政机关具体负责被判缓刑罪犯的监管。对缓刑犯的监管涉及到四个部门，第一个是法院，出判决书确定具体适用对象；第二个是司法行政机关，具体负责社区矫正；第三个是公安机关，司法行政机关在社区矫正过程中发现有人重新犯罪了，提交公安机关，由公安机关进行处罚；第四个是检察机关，在整个社区矫正过程中，要由检察机关进行监督。

所以从2003年开始，至少是在这六省市中，对被判缓刑的罪犯进行社区矫正。试点工作进行了六年以后，2009年在全国正式推广。所以山东从2003年开始就应该按照司法部的规定，对缓刑的罪犯进行社区矫正。根据中央政法委文件和上述两高两部的规定，社区矫正是一种非监禁的刑罚执行方式，对判处管制和缓刑的罪犯不能不管不问，要采取多种方式进行监管和教育，要根据不同犯罪类型、家庭情况制作档案，以及针对性的教育方案。在这个案件中，当地的司法机关应当对庞某进行社区矫正，及时了解她的思想动态和行为，如果这些工作都做到位了，我个人觉得，至少会发现一些端倪，庞某的行为可能不至于如此失控，以致于犯下这么一个惊天大案。所以，我觉得当地的司法行政机关应当反思一下，在对庞某进行社区矫正的过程中，有没有工作不到位的地方。

2012年《刑事诉讼法》进行了修改，明确规定把缓刑的罪犯交由司法行政机关管理的社区矫正机构负责执行，使之法条化。《刑法》修改后，两高两部又出台了社区矫正管理规定，规定比以前更加详尽，甚至细到每个月受到的教育不能少于8小时，参加劳动的时间也不能少于8小时。但据我了解，规定虽然有了，但在实际操作中，还是有不重视和工作不到位的情况。我的看法是，从庞某在缓刑期间仍然能制造这么一个案子，应当引起我们很多反思，其中也包括对社区矫正工作重要性的反思。

■ 王思维：

再进一步探讨，理论上讲判处缓刑的主要考量因素

应该是行为人的^①人身危险性，或者是行为人再犯罪的可能性。如果存在再犯罪的可能，便不适宜适用缓刑。本案中庞某于2009年被判处缓刑，2010年就开始实施新的犯罪。这至少说明2009年判决中判处缓刑适用条件是不具备的。如果再对照事实细节，在2009年案件中，庞某的犯罪金额是400多万，法定最低刑是五年以上，不出意外其基准刑应该远远超过五年。即便存在减轻处罚的情节，也很难从五年以上直接减到判三缓五。要反思这个案件为什么会发生，可能从当年判处缓刑的时候，就已经埋下了伏笔。至于张律师讲到的社区矫正过程中的一些问

题，其实从实践的经验来看，把缓刑、假释、暂予监外执行等这类需要入矫的人员交由司法行政机关管理，从现在的条件来看很难保证质量。我举个例子，一个司法所社工只有1到2名，而要面对至少几十名入矫人员，按照社区矫正的工作要求，这个社工每天只负责一件事情，找入矫人员对象谈话，时间就已经排满了，此外还有大量的案头工作要做，有关部门给予社工的保障、工资待遇等又十分微薄。如果把犯罪控制过多地寄托于社区矫正，可能有些强人所难，虽然《社区矫正法》已经纳入了五年立法计划，但毕竟硬性条件还达不到标准。

二类疫苗行政监管上的漏洞

■ 卢意光：

在适用缓刑和缓刑社区矫正等问题上可能还有值得讨论的地方。我们看另外一个背景，本次涉案的12种疫苗均是第二类疫苗，没有第一类疫苗，说明第一类疫苗的流通监管还算比较完善。刘律师，从你的角度来看，为什么第二类疫苗会出现这样的问题？又有哪些监管方面的问题值得我们思考？

■ 刘庆伟：

我们国家疫苗分两类，一类疫苗和二类疫苗，一类疫苗是由国家控制，由国家拨款进行专项生产、流通使用，全过程控制，而且都是由国家买单的，即对接种者而言是免费的。除此之外就是二类疫苗，这些疫苗可能涉及到新技术，包括国家考虑到非必须的，是有偿接种的。正是因为有偿，有盈利的空间，造成了目前的状况。刚才两位律师说得很好，从法律上说，一个被判处缓刑的对象或犯罪分子，在矫正过程中，居然重操旧业，继续违法犯罪行为，之所以产生这样的状况，说白了就是违法成本的问题。为什么二类疫苗容易出问题？我国2005年颁发的有关疫苗经营监督管理、疫苗储存运输管理规范，最重要的就是疫苗流通和预防接种管理条例，这是国务院制定的。实际上对疫苗流通、生产、接种，在10年之前已经有过详细的规定，不可谓不细，但是事实上这类管理从目前来看，我认为已经不适应整个

形势的需求，时至今日，互联网技术与当时相比已经有了质的发展，此次疫苗事件，疫苗销售面之广，金额之巨，主要原因是庞氏母女通过QQ群搭建起了庞大的供销网络，进行所谓的体外循环。也就是说按照原来的相关条例规定，疫苗属于国家生产流通使用，是封闭的，没有许可证、相关证件，是不可以碰的，但是事实上因为是二类疫苗，供给的对象几乎是特定的，而疫苗本身因为季节性、时效性的问题，生产厂商去库存的逐利性与一些偏远地区的接种需求之间滋生了“商机”；还有，由于我们国家区域太大，包括山区等一些偏远地区，也有接种疫苗的需求，如何实现和保障最后一公里的冷链运输，从技术上还有待于探讨和突破。另外在监管上，强度和难度相当大。当然还有一些不法分子就是因为考虑到违法成本比较低，所以在此过程中，庞氏母女通过这样一种方式，经营的数量之巨大，舆论哗然，惊动了中央。这事实确实很严重，我认为这个问题必须得到重视和解决，而且关于违法成本，两位律师刚刚谈到了刑法的问题，现在从非法经营罪对他们进行相关处理，我认为没太大问题，应该是可以构成的，问题的关键是，即便是非法经营罪，这是个“口袋罪名”，属于其他经营类的罪名，最终由有关部门来认定，但是我们仔细看一下这个非法经营罪，情节严重构成犯罪的，也就是五年以上和五年以下两个档次。

■ 卢意光：

我想接着刚才的话进一步了解，站在你的角度，你觉得疫苗监管措施已经无法适应整个形势的需求，现在流通监管上出这么大一个漏洞，您觉得存在什么样的问题？

■ 刘庆伟：

我补充一下，因为大部分疫苗接种，实际上从某种

意义上来说，在外地，疾控单位既是“运动员”，又是“裁判员”，也就是说他自己在使用疫苗，但是反过来他又在监控疫苗，这肯定是有疏漏的。因为疫苗商品的特殊性，一般来说，医院很少用，接种的基本都是防疫部门或隶属于疾控部门，属于自己管理又自己使用。还有一点，我们查阅了相关条例，如果违反这类规定，相应的处罚最多是取消使用权利，剥夺许可证书，我认为这种处罚显然违法成本太低。

侦查权与公众知情权的平衡

■ 卢意光：

这个案件入选了 2015 年度公安部打击食品药品犯罪十大典型案例，2016 年 2 月 2 日向社会通报以后，引起社会的普遍恐慌，也引起国内外高度关注。最近甚至有个别社交平台还教大家如何去香港打疫苗。2016 年 3 月 18 日，国家食品药品监督管理总局的新闻发言人表示，该局高度关注山东疫苗案件，已经责成山东省食品药品监督管理局会同公安、卫生计生部门立即查清疫苗等相关产品的来源和流向，第一时间向社会公开相关信息。次日，由山东方面公布了 300 条线索，包括涉案人员的姓名、所在地、手机号码等信息。在这里就有个问题，这个案件事实上还在侦查过程中，但迫于百姓希望及时了解疫苗走向的压力，又要向社会及时公开信息。我们怎样平衡侦查权和老百姓公众的知情权，王律师，您怎么看这个问题？

■ 王思维：

这个问题是这个案件中一个蛮突出的现象，当这个案件被媒体曝光的时候，老百姓包括我个人第一反应就是，我们小孩用的疫苗到底有没有问题，疫苗流向的 24 个省份到底是哪些，是流向医院、诊所还是私人医疗机构？这些问题在当时都不清楚，因此，当时在网上有非常强烈的群体情绪，公众认为，国家有关部门必须要把去向向社会公开，否则我们就觉得自身安全受到了很大威胁。可理智地想一想，这个案子在媒体曝光的时候，依然处于侦查阶段。作为全国性案件，如果过早将侦查信息或公安机关所掌握的疫苗去向公布的话，可能也会暴露侦查机关将来的侦查方向，会对将来的侦查工作带来不利。这确实是一

对矛盾。这对矛盾如何平衡，我个人想法就是在类似案件中，缓解群体情绪、保障公共安全和保证侦查顺利进行之间，应该有主次选择，并不是所有案件信息的披露都会导致侦查程序不能顺利进行。比如说哪些地方、哪些疫苗可能存在着潜在风险，这样的信息并不会直接指向某一个具体的犯罪嫌疑人，不会直接暴露侦查机关的侦查方向，将这种信息公之于众并不违背侦查的秘密性。而我们看到，本案中，在老百姓提出这样的诉求之后，山东警方很快公布了庞氏母女下线的名单和手机号码，我觉得这种公布反而是不恰当的，侦查的秘密性主要体现在侦查的具体信息，要查哪些人，谁已经被列为潜在的犯罪嫌疑人了，这些信息反而不适宜公布。而老百姓所关心的是到什么地方打哪个疫苗是可能有危险的，这在公布的信息中却没有提到。当然，这确实需要一个很智慧的平衡，而在本案中，我觉得做得还不够好。

■ 卢意光：

现在目前的法律法规对保障这两个权利之间有没有一些明确的规定？

王思维：

从立法角度，明确的立法还不存在，但并不是法律规范不存在，就不能去衡量两者之间的价值。与社会公众身心健康、自身安全这种价值相比，我觉得侦查机关工作的便利性应当让位于更高的价值，这应该是一种无需立法规定的正常的价值选择。

该案罪名的适用与打击该类犯罪的有效手段

■ 卢意光：

2016年3月20日，国家食品药品监督管理局在官网上发布了两条通告，其中有一条是说，不具备经营资质而经营疫苗是违法犯罪行为，依法最高可处五年以上有期徒刑。3月22日，最高人民检察院将非法经营疫苗系列案件作为挂牌督办案件要求各级检查机关、侦查监督部门切实做好这一案件的办理工作。从这些信息中我们可以看到，虽然案件还在侦查阶段，但是从各机关的阐述来看，涉案庞某似乎已经认定为构成非法经营罪。我们也注意到最近诸多法律方面的人士围绕本案适用非法经营罪还是生产、销售假药或者劣药罪进行讨论。从犯罪构成要件分析，用什么样的罪名更加合适，从维护公众安全、打击这类犯罪的有效手段进行分析，有没有更好的建议？这个问题我想先听一下张律师的意见。

■ 张黔林：

我看了一些同行和专家的观点，有些认为构成非法经营罪，有些认为构成生产、销售假药或者劣药罪。虽然现在侦查机关是以非法经营罪来立案侦查，但并不意

味着将来检察机关也是按照非法经营罪来指控，不排除变更罪名的可能性。药品管理法对假药和劣药有明确规定，与这个案件有关的几种情况是：变质的、被污染的药属于假药，超过有效期的药属于劣药。由于这个案子时间跨度太长，而且大多数的疫苗肯定已经被使用了，证据很难取得，如果是庞某案发时被查获的药中，经检验是假药或劣药，那我觉得可以适用生产、销售假药或劣药罪，否则只能以非法经营罪起诉。从刑法来看，生产、销售假药或劣药的罪名要比非法经营罪重，最高刑可以是死刑和无期徒刑，而非法经营罪最多就是五年以上有期徒刑。现在最重要的问题还是取证，很难认定已经用掉的这些药到底是假药还是劣药，而非法经营罪只要实施了非法经营的行为就可以认定，所以我觉得将来很可能还是会以非法经营罪定罪。

■ 刘庆伟：

我补充一下，疫苗看似是一个小的药品，但是因为它的特殊性，接种者多是婴儿和儿童，虽说此次事件中并



未涉及疫苗造假等，失效疫苗本身对人体也并不会构成伤害，但有一点不能忽视，有些特殊用途的诸如狂犬病疫苗，如果疫苗是假的或无效的，感染病毒者没有得到及时的救治，也会因此造成死亡。曾经有过案例（2005年7月广东省韶关市翁源县城镇泉岭村，被狗咬伤的两名男童在翁城镇计划生育服务所接受人用狂犬病疫苗接种无效后死亡），所以说不能小觑。现在国家单列的罪名，生产销售假药的，最高判处死刑，生产销售劣药则是无期徒刑，非法经营罪原来是从投机倒把罪分出来的，量刑幅度相对较低，所以这次疫苗事件如果以非法经营罪来论处，违法成本显然偏低。我倒是认为可以考虑当初治理食品安全问题，两高曾经发过一个相关的司法解释，扩大整个解释面或提高量刑幅度，另外可以考虑对有关疫苗做一个修正案，设置高压线，谁都不能碰，碰了就会导致违法成本提高，所以我觉得这件事必须引起有关立法部门重视。因为从现有情况来看，判处缓刑的人居然可以再次犯下如此大案，对我们的反思是违法成本太低，即使犯了罪，最多就是再判刑，但是获利与违法成本相差巨大，而且现在是利用互联网技术全面覆盖，对犯罪者而言，影响不大。对具体涉及到的管控部门、使用部门、运输部门来说，查处以后也没有什么太大的影响。但是案件造成的后果很严重，所以我认为确实应该建议有关部门对这个问题切实认真地进行研究，在修正有关法律方面应快速介入。

■ 王思维：

可能我在这个问题上和两位律师的观点有些不同。刚刚刘律师反复讲到的违法成本问题，我觉得这确实是症结所在。犯罪的收益和风险不成比例，行为人可以冒着很小的风险获得很大的收益，在这个诱惑面前，才会发生庞氏母女在缓刑考验期以内重新实施犯罪。而问题在于，违法成本到底是哪些因素构成的，刑罚的轻重当然是一方面，但恐怕不是最重要的因素。非法经营罪的最高刑是十五年有期徒刑。这样的刑罚不算轻，任何一个有理性的行为人，如果他认为只要实施了这个行为，



张黔林 律师

就必然被查获，一旦被追究，就有可能被判处十五年有期徒刑，我相信大部分人绝不会再去冒险。学界曾经有过一项针对毒品犯罪服刑人员的调研，目的是考察毒品犯罪法定刑到底有多少威慑力。我们知道毒品犯罪无论从刑事政策上，还是从立法上都是重罪。在这个调研中，我们看到大部分毒品犯罪的行为人并不是惧怕刑罚，他们是觉得自己不会被发现。由此看来，我们要增加某一行为的违法成本，关键问题不在于设置多重的法定刑，而在于被查处的几率有多高。贝卡利亚在200多年以前就提出，“刑罚的威慑力不在于刑罚的严苛性，而在于刑罚的必然性”。这才是问题的关键所在。结合本案，一位缓刑考验期内的犯罪人实施新的犯罪行为，案值达到5.7亿。而这个行为居然在2010年到2016年长达六年的时间里都没有被发现。这才是本案需要反思的，我们的刑法典再怎么完备，如果刑法执行不具有必然性，那么一切都是零。

另外一个问题，刚刚刘律师也谈到了另外两个可能会对对应的罪名，生产销售假药罪和生产销售劣药罪。其实刑法修正案（八）当中对其有过修改，生产销售假药罪由原来的危险犯变成了行为犯，使刑法的介入阶段提前了。就本案而言，并不是这个重罪名规定不合理无法适用，而是证据上无法证明存在“假药”、“劣药”。哪怕刑法修改了，证据还是取不到，这个罪名依然不能定。所以，问题的关键还是回到之前所谈到的刑法适用的及时性和必然性问题，在犯罪发生之后要及时发现和查处，才能够有利于证据的保全，使得刑事立法的目的能够达成。



刘庆伟 律师

■ 卢意光：

从各位律师讨论的情况看，本案到底是适用非法经营罪还是生产销售假药劣药罪，主要是证据的问题。从这里我想到另外一个问题，侦查机关的取证已经如此困难，如果聚焦到某一位具体受害人，他要主张药品和他受到的损害有因果关系，是否会更加困难？大家在受害人民事救济方面有一些什么想法或建议？

■ 刘庆伟：

原来关于疫苗接种管理规定有提到，如果因为接种了疫苗有问题或产生不良反应，由地方政府做一次性补

疫苗受害者民事救济的途径

偿，但是这种条例的救济手段我认为是微乎其微的，而且随意性强，极不规范，也易滋生腐败。某种意义上来说，现在还不能按照民事侵权法的法律救济途径，所以我认为这是块空白。以前也曾有过关于输血型乙肝的案例，后来政府开了个口子，基本上以政府一次性补贴解决这个问题，我认为在疫苗案中，有可能政府会借鉴这样一种方式，但是最终我认为必须要解决民事救济（纳入可诉范围）这样一个问题。因为刑事问题刚才谈了很多，有争议的地方无外乎就是孰轻孰重及违法成本的问题，但是民事救济是一个很大的空白点（第一步是纳入可诉范围，之后还要解决诉讼对象、举证责任、赔偿标准等一系列问题）。2005年制定的关于救济的规定仅仅是一个原则性的，由当地政府结合具体情况做一次性补偿，设置一个具体标准，这个规定有比没有更糟糕，因为这个规定还有效，那么损害发生后，你只能走这条途径，反而把民事诉讼这条路堵死了。

疫苗案引发行政监管体系制度设计的思考

■ 卢意光：

国务院总理李克强日前对这个案件作出重要批示，要求落实疫苗生产、流通、接种等各个环节的监管责任，堵塞漏洞，保障人民群众的生命健康。这事件也引起世界卫生组织的关注，并在2016年3月22日作出回应。认为涉案超温或失效的疫苗不会对人体产生毒性反应，等待调查结果公布，时刻准备为中国提供支持。3月28日，世界卫生组织再次发表声明，称对中国的疫苗质量体系很有信心，建议除了增加更多的疫苗进入免费领域之外，在二类疫苗领域，政府可以增加一些科技投入，杜绝引起此类事件的再次发生。我想最后大家讨论一下从制度上怎样杜绝这种事的发生。

■ 张黔林：

在药品管理法中，一类疫苗和二类疫苗是按两个不同的体系来流转的，法律对一类疫苗的流通规定非常严格，很少有空子可钻，而二类疫苗的流通则市场化，所以这次出问题的都是二类疫苗。虽然药品管理法等法规上对疫苗等药品的流通都有明确的规定，但是落实过程中却常常有漏洞可钻。这次上海很不错，疫苗没有出问题，因为上海对疫苗是统购统销的，进来的渠道和出去的渠道全在掌控之中。所以说这个问题归根到底是药品流通过程中如何进行监管。我觉得一类疫苗和二类疫苗目前按两套不同的流转体系，虽然存在一定的合理性，但山

东疫苗案件后可能要重新再审视，疫苗毕竟和其它药品不同，受众面太广，现在正是因为二类疫苗的流通出现了这么多漏洞，所以才会给这些药贩子非法经营或销售带来便利，我觉得立法上要重新检讨，是不是要把标准再提高一下，再引进更多的监管措施。

■ 刘庆伟：

我补充一下，现在世卫组织说了，就我们国家目前的情况，希望把一些二类疫苗归为一类疫苗，由政府来支撑和管理，从源头上遏制二类疫苗的利益链。我认为以现有的我国财力包括我们国家的实际情况，政府确实应该出手，不能任由市场进行自我调节，这样监管成本很高。我倒是认为，我们可以把原来的一些二类疫苗归类成一类疫苗，由国家统购统销统配，就像上海一样，全程进行监控，而且因为其无偿性，不会产生腐败的温床，



王思维 律师



这块确实有待于法律法规的健全。另外一点关于制度的问题，这里面深层次也涉及到我们国家的医改问题，因为现在整个医药市场，流通分两大块，百分之八十是直接进医院的，百分之二十进医药零售单位，为什么有百分之八十全部进医院，就是因为这些医疗单位以药养医。我认为现在适时应该改了，可以通过这个事件警示一下，这是一个逐步的方向，分几步走，包括像现在社区，低水平全覆盖社区医疗管理，我觉得社区医院完全不需要靠药养医，可以借助地方或医药零售企业。如果医药不分离，或以药养医的话，就容易成为腐败的温床，是医患关系紧张的根源，这对整个医改是一个重大的、亟待解决的课题，这是我说在制度方面，通过疫苗事件可以引起制度上的顶层设计和改革方向，有待管理方面对此引起高度重视。

■ 王思维：

刚刚听了两位律师讲了之后，我在想，问题疫苗无论是质量优劣，最终是流向市场和使用者，如果我们要去控制问题疫苗的发生，可能阀门需要关紧。如果从医的角度去解决药的问题，或许能够在根源上把解决问题，如果所有使用疫苗的单位都没有对问题疫苗的需求，是不是这个违法市场自然就消除了。

■ 卢意光：

大家的讨论非常精彩，我从中受到了很多启发，我们会继续关注事件发展，也谢谢三位嘉宾能来参加法律咖吧。

（根据录音整理，系嘉宾个人观点）



传承凝聚梦想，希望就在前方 ——记上海市金茂律师事务所

■文 | 上海市金茂律师事务所

在践行优秀律师事务所规范化、品牌化、专业化、规模化以及律所文化建设的发展道路上，上海市金茂律师事务所建所二十八年以来，秉承“以人为本，合则有道”的宗旨，稳健发展、逐步壮大，树立了金茂业务领域国际化、律师队伍精专化、律所建设规模化的特色。

在2015年上海市优秀律师事务所评选活动中，上海市金茂律师事务所不负众望，荣获“2011—2015年度上海市十佳律师事务所”荣誉称号。在未来的发展道路上，金茂所将继续坚决拥护党的十八届四中全会制定的“依法治国”重要方略和十三五规划整体布局，致力于树立上海律师的精神风貌，服务民众、贡献社会，为法律共同体队伍注入活力、热力和能力，群策群力，迎头奋进，书写更宏伟更壮丽的时代篇章。

▶ 矗立黄浦江畔，树立典范形象

坐落于外滩的上海市金茂律师事务所成立于1988年12月，是一家从事专业法律服务的大规模合伙制律师事务所。现有在职员工136位，其中执业律师105位，包括一级律师2位、高级律师7位、具有各类仲裁机构仲裁员资格的律师4位。

走进金茂所在上海市黄浦区汉口路266号申大厦19层的办公室，荣誉墙上律所历年来取得的奖牌和锦旗，在温暖的阳光下熠熠生辉：1990年司法部授予金茂所“全国先进合作制律师事务所”荣誉称号；1993年司法部、证监会首批认定金茂所具有证券法律业务资格；2000年司法部、证监会首批认定金茂所具有从事

拥有境内权益的境外公司股票发行和上市法律业务资格，上海市司法局授予金茂所“文明律师事务所”荣誉称号；2005 年中华全国律师协会授予金茂所“全国优秀律师事务所”荣誉称号，2007 年上海市司法局授予金茂所“上海市司法行政系统先进集体”荣誉称号，中国银行间市场交易商协会（NAFMII）接纳金茂所为首批中介机构会员单位；2010 年上海市商务委员会、上海市司法局首批认定金茂所为“上海市专业服务贸易重点单位（法律服务类）”；2011 年上海市人民政府授予金茂所“上海市文明单位”荣誉称号，上海股权投资协会、上海市担保行业协会接纳金茂所为会员单位，环境保护部中华环保联合会授予金茂所“环境维权志愿律师事务所”称号；2012 年上海上市公司协会、上海小额贷款公司协会接纳金茂所为会员单位；2013 年上海市人民政府授予金茂所“上海市文明单位”荣誉称号，中国服务贸易协会商业保理专业委员会接纳金茂所为会员单位，浦东新区商业保理专业委员会推选金茂所为副主任单位；2015 年上海市高级人民法院授予金茂所企业破产管理人资格，上海市互联网金融行业协会接纳金茂所为会员单位，国家知识产权局授予金茂所专利代理机构资质。2015 年 4 月 18 日，在上海市第十届律师代表大会第一次会议上，上海市委常委、政法委书记姜平同志亲自向金茂所主任毛惠刚律师授予“2011—2015 年度上海市十佳律师事务所”荣誉证书并颁发奖牌。这些闪光的足迹，都代表着金茂二十八年来不平凡的历程。

坐落于外滩的上海市金茂律师事务所成立于 1988 年 12 月，是一家从事专业法律服务的大规模合伙制律师事务所。

2005 年 7 月，金茂所获准在香港特别行政区开设分所，成为少数拥有香港分所的内地律师事务所之一。二十多年来，金茂所与美国、加拿大、英国、瑞士、比利时、挪威、韩国、新加坡的多家法律服务机构建立起了互信稳定的长期合作关系，并与日本东京岩田合同律师事务所、法国巴黎西蒙律师事务所建立了合作联盟。

由于金茂所在专业领域取得的杰出业绩以及在国际同业之间的良好声誉，金茂所多次获得国际性专业荣誉，包括 Asia Law、Legal 500 等专业国际法律刊物，多次将金茂所列为中国排名最高、声誉最佳的的律师事务所之一。2012 年，国际知名的法律评级机构 Chambers & Partners 将金茂所推荐为中国商事法领域最高等级的律师事务所之一。



第五届华东政法大学国际法学院“金茂奖学金”在金茂所颁发

► 业务分工明确、洞悉市场先机

作为一家大规模合伙制律师事务所，金茂所的法律服务门类齐全。全所业务范围包括金融证券、外商投资与公司、基础设施与房地产、矿产能源、环境保护和医疗卫生、知识产权和信息技术、劳动法、海上运输和物流、国际国内争议解决、海峡两岸法律服务十大板块，可谓“群芳争艳”，基本覆盖了业内各个重要的法律领域。

在这十大板块之下，金茂所成立了十八个专业小组，每位合伙人可自由选择加入两个小组，并可成为一个小组的召集人。各小组的召集人负有在每月午餐交流会上向全所律师介绍本专业领域最新发展状况和典型案例的职责。在这套分工体系之下，金茂所的各位合伙人都形成了自己的业务特色，并在所内形成分工协作的良好氛围。如劳动法组，由三位合伙人组成，其中一位合伙人是上海市劳动人事争议仲裁委员会的兼职仲裁员。该小组多次组织所内外的劳动法专业培训，积累了良好的专业声誉。2015年5月，该小组获上海市总工会聘任为常年法律顾问。

从2011年开始，金茂所每年都会选择一个市场上新出现的业务领域，投入人力物力进行研究和开拓。2011年是保险资金运用，2012年是商业保理，2013年

是互联网金融，2014年是资产证券化，2015年是环境保护法。年度重点研发战略为金茂的发展提供了澎湃动力，在这些新业务领域，金茂均取得了在全市甚至是全国的领先地位。如保险资金运用领域，据中国保监会统计的数据，截至2015年底全国共注册599单保险资金投资计划，其中金茂所提供服务的超过70单。

► 重视人才传承、坚持以人为本

上海市政协常委、原上海市律师协会副会长黄绮律师在出席金茂建所23周年暨乔迁新址庆典致词时说，金茂所给她最深的印象，就是两个字——“传承”。黄绮律师一语中的，这也是金茂所永葆活力的秘诀所在。

在金茂现有的105位律师中，“40后”8位，“50后”6位，“60后”8位，“70后”35位，“80后”38位，“90后”10位。这样完整的年龄结构体系，在整个上海律师行业都是比较罕见的。更为罕见的是，1988年金茂所的四位创始人吴伯庆、刘卫真、陶守均、袁杰，直到今天还相聚在金茂，这也是上海律师界的一段佳话。

这些罕见的现象，要归功于金茂的宗旨“以人为本，合则有道”。人合，始终是全体金茂律师的共识。每一代金茂律师，都重视“传帮带”，重视对青年律师的培养，重视为青年律师提供充分的发展空间。在金茂所，青年律师晋升合伙人的道路通畅，金茂当前最年轻的合伙人出生于1987年，还不到30岁。有志于为律所管理做出奉献的合伙人，可以参加三年一届的执行委员会选举，只要获得大家的认可，就能够成为律所的执行合伙人。现任执行委员会中，就有一位执行合伙人出生于1977年，当选时只有36岁。唯才是举，不拘资历，在金茂并不仅仅是一句宣言，而是日常践行的事实。

金茂所不仅为青年律师提供发展空间，还努力为青年律师提供各种境内外培训机会。例如，从2012年

唯才是举，不拘资历，
在金茂并不仅仅是一句宣言，
而是日常践行的事实。





上图：金茂所参加“学雷锋便民服务活动”



下图：金茂所开展所内业务培训

开始，金茂所已经有3位青年律师先后参加了英格兰及威尔士大律师公会举办的中国律师培训计划(BCTS)，在英国伦敦的法学院、律所和司法机构接受实习培训，并全部回到金茂所执业。深入国际环境的实习，大大提升了青年律师的全息视野，对于青年律师的综合素质成长、世界观和全局观的形成具有相当的裨益。金茂现有律师中，三分之一以上具有类似的海外学习经历和工作背景。可以说，归巢之后的海归律师，反哺律所的志向，学成带来的先进竞争力，为推动金茂所的国际化、规模化和专业化建设，起到了不可替代的作用。

为储备专业人才，促进法律教育，金茂所自2011年起在华东政法大学国际法学院设立“金茂奖学金”，至今已经连续发放5届，同时金茂所还与华东理工大学法学院建立实习基地长期合作。金茂所昆山分所亦效法总所，于2015年12月在苏州大学王健法学院设立“金茂奖学金”。名牌院校为金茂所提供了源源不断的优质生源，2015年加入金茂所的应届毕业生中，就有7位来自华政国际法学院。

► 注重社会公益、支持双拥工作

金茂所现有中共党员43名，支部党建工作一直非常活跃，除了支部会议、组织生活学习之外，金茂所党支部还经常组织党员外出参观爱国主义教育基地、开展时政教育，及时了解国家的政策导向、关心国际国内形势。

金茂所与名闻遐迩的“南京路上好八连”的共建工作是一面光辉的旗帜。2013年6月，在驻沪武警部队和黄浦区司法局的组织下，金茂所与“南京路上好八连”——武警上海市总队一支队十中队建立了共建关系。两年多来，金茂律师每个月都会来到位于上海市人民政府的中队驻地，为全体官兵讲授法律知识，风雨无阻，从无间断。部队每年的新兵入伍、老兵退伍仪式，金茂所都会出席。每年八一建军节，金茂所都会出资购买慰问品赠送全体官兵。全体金茂律师用自己的真心，谱写了一曲新时代的军民情、鱼水情赞歌。

金茂律师通过为政府机关提供法律顾问服务、参与法律共同体的建设，为构建社会主义和谐社会做出了自己的贡献。2014年—2015年，多位金茂律师受聘担任上海市区两级政府、多个政府部门法律顾问，在提供法律服务、积极建言献策的工作中，金茂律师将发挥更多的积极作用。例如在2015年外滩踩踏事件的善后处理工作中，5位金茂律师参加了法律援助工作，他们耐心细致的工作作风和精益求精的专业技术，获得了社会各界的关注和肯定。

成绩属于过去，希望还在前方。当前，国内的律师行业正处于大发展、大变革、大重组的浪潮中，执业律师上千位、营业收入过十亿的大所不断涌现，一些优秀的国内律所已经开始与国外大所强强联合，走上国际性大所的发展道路。对此全体金茂人都有着清醒的认识。二十八年来，金茂坚持“以人为本，合则有道”的宗旨，以代代相传的传承精神，坚持走在沪上律所的前列。新一代的金茂律师，将继续坚持金茂的宗旨和特色，向着更加宏伟的目标，继续向前进发！

私募基金合规化进程启幕 金融律师九万里风鹏正举

■文 | 马晨光

2009 年是我国私募投资基金行业的大发展“元年”。其时，凭借在组织形式和管理体制方面的独特优势，有限合伙制初入私募股权投资基金领域，即得到广泛的推崇和适用，为私募基金行业开疆扩土、高歌猛进提供了制度上的便利，由此刺激私募基金大繁荣，大大满足了我国巨量民间资本迫切的投资需求。



马晨光

上海市协力律师事务所主任，上海市律师协会基金业务研究委员会主任，上海市浦东新区人大代表。业务方向为金融、公司并购、公司治理等

私募基金的迅猛发展的另一面，是金融监管的犹豫和混乱。近年来，我国正尝试各金融机构从分业经营向混业经营转变，而由于我国金融监管体制实行分业监管，各个监管部门对私募投资基金业务的立法处于分置状态，这种多头监管体制在一定程度上导致了国内目前私募基金管理行业的混乱状态，私募基金的监管经历了从各地金融办、证监、行业自治的过程。宏观看来，中国金融行业进入发展快车道，各商业性金融领域的业务边界逐渐模糊，混业经营的必要性逐渐凸显，在分业经营的监管思路下形成的资质壁垒也逐渐下降，对通道业务的打击逐渐显现，同时，各金融机构开始寻找自身真正的独特性及核心竞争力；考虑到提升经营效率的需要、市场新环境下分业监管机制的不适应性、以及建立混业监管的大金融机制的市场呼声，中央已经将金融监管体制的变革提上议程。

参考欧美等成熟市场的实践经验，金融领域从分业监管到混业监管的过渡，对于私募投资基金行业，意味着形成以行业协会（基金业协会）自律监管为主、单一政府监管机构（证监会）为辅的新体系。这种监管体制有利于提高监管的公平和效率，同时保证行业运转的灵活性，进一步激发私募投资基金领域的发展活力。

行业乱象频出，敲响监管警钟

单如上文所言，由于行业本身和外部监管两方面的原因，在私募基金行业快速发展的同时，各种问题和风险愈演愈烈，甚至整个行业陷入“一放就乱、一管就死”的怪圈。例如，有些机构利用私募基金管理人登记身份证明，故意夸大歪曲宣传，误导投资者以达到非法自我增信目的；还有的利用私募基金在社会上的神秘感，以“私募基金”之名行 P2P、民间借贷、担保等非私募基金管理业务之实，甚至从事非法集资等违法犯罪活动。这些行为严重损害了投资者和行业整体的利益。再者，分业监管状态下，受监管严格的金融主体往往把目光投向通道业务，由此滋生出为数不少以通道业务为主的私募基金公司。这种短视的姿态与金融创新的大流南辕北辙，通道基金公司难以在此类业务上看到未来。



过去的 2015 年是私募投资基金野蛮生长的一年，也是这个行业真正经受市场冰火洗礼和淬炼的一年。2015 年 11 月 1 日，私募基金行业曾经的风云人物徐翔因涉嫌通过非法手段获取股市内幕信息，从事内幕交易、操纵股票交易价格被查，昔日业内传奇泽熙资本折戟沉沙。2015 年 11 月 23 日，基金业协会首次公布 12 家失联（异常）机构，而这份失联名单至今仍在不断续写。2015 年 12 月 25 日，证监会通过新闻发布会证实，考虑到已挂牌新三板私募基金管理机构频繁融资的金额和投向引起了社会的广泛质疑，决定叫停私募股权投资机构挂牌新三板。2016 年 1 月，北京、天津、成都、深圳等多地在一定程度上、甚至是实质性地暂停了私募管理人及私募基金相关企业名称及经营范围的商事登记注册。

毫无疑问，私募投资基金行业已经群魔乱舞、乱象频出，加强行业有效监管势在必行。2016 年 2 月始，基金业协会在短短几天内接连发布多个重磅文件，从《私募投资基金管理人内部控制指引》到《私募投资基金信息披露管理办法》和激起业内大讨论的《关于进一步规范私募基金管理人登记若干事项的公告》，无不体现出基金业协会对私募基金合规工作的强烈重视。可以预见，上述文件的出台将终结私募基金的“野蛮时代”。

引入律所服务，助力行业自治

随着私募基金行业募集资金的迅猛增加、行业规模日渐扩大和社会影响不断突出，加强对其监管势在必行。如何提高监管的质量和效率、降低行业和投资风险，是基金业协会面临的重要课题。

截至 2016 年 2 月末，据基金业协会官方网站公示的信息，已登记的私募投资基金管理人达 26072 家，其中 8950

家为最近一年内的新增机构，机构数量的年度增幅达 52%。与此同时，基金业协会作为一个行业自律组织，本身在人力物力成本、执法权限和力度上受客观因素限制，面对基数庞大、增速惊人的私募基金管理机构，仅凭协会一力应对来自全国各地基金管理机构的新申请登记和后续审查，难免独木难支，不易保障评估结果的真实、准确和高效。

引入律师事务所这一独立、高效、合规性强的中介服务机构进行尽职调查，增加提交法律意见书的要求，无疑将显著提高申请机构违规登记行为的成本，由此更好地保证提交申请信息的质量与合规性，分担协会的监管压力，使审核评估工作如虎添翼。

机遇挑战并存，律师审慎面对

在基金业协会吹响号角的行业有序化进程中，基金律师们被赋予进行实质性审查的使命，不得不说这是专业法律服务在市场化经济这局大棋中的一轮进击，给了金融律师行业一份“新年大礼”。但在欢喜接纳这份大礼的同时，我们尤须谨记，出具这份《法律意见书》，意味着在这个急需拨乱反正的市场中，律师和事务所不仅仅是协助客户完成自查与自我完善、涉及和执行整改、督促客户后续规范经营，更是在私募投资基金行业的合规化发展大局上扮演举足轻重的监督者角色，助力基金业协会扩大监管范围、提升监管效率、推进私募基金行业的积极正向发展。

作为提供第三方法律服务的律师行业、每一家律所、每一位专业律师，承担着行业责任、律所责任和专业责任，相信每一个有责任心的律师都不会用自己的声誉去背书风险，除了律师们无价的执业信誉，出具这份意见书本身在技术层面的难度也不容小觑。且不论万千家基金管理人从规模到性质千姿百态、大殊大异，不可能套用现成制度文本，也不论实质审查工作量巨大、无法只单纯审查机构负责人打印盖章的文件材料；单就基金业协会对这份《法律意见书》提出的基本要求本身，已经深藏沟壑，甚至可能已经超出了律师作为法律工作者的知识维度和执业范畴。

从基金业协会近期发布的《私募基金管理人登记法律意见书指引》来看，一份《私募基金管理人登记法律

意见书》至少包含十三项内容,涉及申请机构的登记信息和经营情况、公司治理情况、以及风险和内控管理制度等多个方面。

其一,经营情况方面,包含对申请机构运营现状的考查、专业化经营的判断和业务外包的合法合规性评析。其中涉及及分辨私募基金管理人主营业务及是否存在业务冲突、发现外包业务制度和实操操作中隐藏的风险,包含了繁杂细密的金融知识、经济税收术语、投资概念和评估标准等。要出具此项法律意见,律师不仅需要丰富的金融专业知识储备,考查之后构思设计解决方案的环节,更少不了深厚的实战经验。

其二,公司的治理情况分析,必须对考查申请机构的股东、关联公司和实际控制人等一连串主体进行穿透核查,还要审查基金管理公司中高管职位的设置和现担任高管职务人员的资质,这个尽职调查过程也必将耗费大量的人力、物力和时间。在完成尽职调查之余,律师还需帮助客户针对不合规的部分设计和执行调整方案,对于牵涉范围广、包含主体多、法律关系复杂的情况,事态发展的可能性和延伸出来的工作量更是难以预测。

其三,就风险和内控制度而言,包含信息披露、内部交易记录、防范内幕交易和利益冲突、合格投资者风险揭示和宣传推介制度等大量内容。在考查和评论之外,为了尽量促成客户的申请顺利通过,必然涉及根据目标企业情况因地制宜地调整、改进、甚至设计和建立合法合规、适当并且可执行的各项制度。其中牵涉企业管理、组织框架、资金活动、人力资源、合同管理等诸多方面,不一而足。更不免要与客户进行几个回合的拉锯磨合,再加上各项制度设立后的执行与公司内部培训,此项工作可说是高成本而任务艰巨,是对律师乃至律师事务所执业能力的一大挑战。

如果忽略上述工作内容的复杂和耗时,一味低价竞争、为求速成甘做“橡皮图章”,必然将严重销蚀律师行业的专业性和美誉度;对于客户而言,若只以价格为衡量标准,忽视合作律师的专业性、责任感、工作效率等靠谱程度指标,即使取得了形式上的“法律意见书”,可能最终得到的只是“审批不合格”的一纸拒信,随后耗费更大量的人力物力成本修修补补,最后付出的是合理律师费用几倍的申请成本。

因此,为实现律师和申请机构双方的利益最大化,笔者倡议律界同仁以审慎的态度面对这项来自基金业的新业

务,充分展开尽职调查、结合调查结果帮助客户完成对公司内部制度的自查与完善,在上述基础上出具专业的法律意见书。价格战、团购、无下限不是也不能成为律师行业的标签,我们的目标和宗旨永远是提供专业、高效、优质的法律服务;我们应该比任何人都坚信,自己兢兢业业、认认真真的付出完全值得合理的回报!

强化专业能力,助力私募发展

从操作的角度看来,基金业协会发布的《私募基金管理人登记法律意见书指引》仅从整体上列明了律师工作需要关注的模块,但未对各板块项下具体内容不同合规情形的处理(如允许存在、需要整改、禁止出现等)进行明确的限制和要求。这既是给律师和事务所留下了操作空间,也设置了一块考验执笔人专业素质能力的试金石,要求执笔律师对私募基金行业内外部的宏观环境、监管新举措的背景和导向、基金业协会后续的审查和判断口径等多个方面的信息有综合的了解和专业的判断。

进一步而言,私募基金管理人登记和私募基金备案是私募基金自律管理的第一步,但绝不是“一备了之”。递交申请之后的追踪跟进、登记和备案成功之后的运营维护、甚至基金管理人内部发生变动调整等方方面面都需要专业律师的法律服务协助。具体来说,在私募基金计划成型的初始阶段,已经可以开始引入律师参与和评估投资的可行性分析,审查机构设立及经营范围是否符合国家相关法律法规的规定,为管理公司筹划私募基金设立模式,起草设立全套相关文本;在运营过程中,律师可以根据投资方的要求,提供各方面的法律咨询服务,甚至参与目标公司的治理结构设计,以求最优化客户的管理权力、同时实现投资者投资利益的保护,维护基金项目和基金管理的合规、高效运转。最后,针对私募基金的退出,律师可以作为专业人士辅助设计最佳退出通道,以放大收益、减小损失,并起草全套交易文本,以及协调、协助交易各方完成相应的法律程序等。

2016年,基金业协会已经开启了私募投资基金行业合规化进程的大幕。显而易见,在私募基金行业今后的发展中,律师这一角色不仅不可或缺,且重要性仍将大大提升。由此,律师团体须与基金业协会加强沟通互动、共同努力,帮助私募基金行业在风云激荡中砥砺前行!

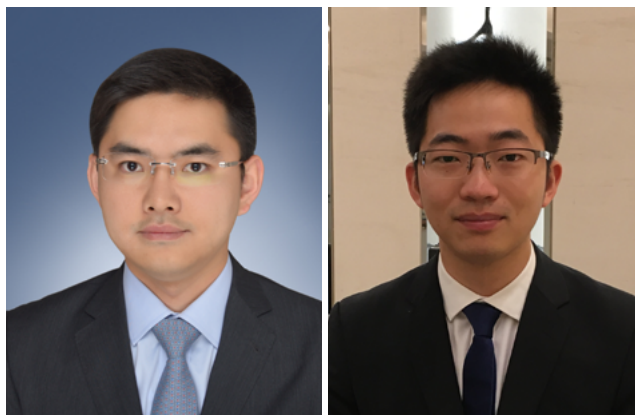


私募基金公司法律意见书“砍价团”应声而出，
低价竞争可能带来问题重重

莫让低价“萝卜章”敲上私募意见书

■文 | 赵艳春 徐梁（上海市锦天城律师事务所）

基金业协会 2016 年 2 月 5 日发布《关于进一步规范私募基金管理人登记若干事项的公告》，要求新申请私募基金管理人登记、已登记的私募基金管理人发生部分重大事项变更，需通过私募基金登记备案系统提交中国律师事务所出具的法律意见书。该公告一经发布，律师行业对基金业协会送出的“新年大礼包”产生了浓厚的兴趣。不过，这真的是基金业协会给律师业送来的“新年大餐”吗？



赵艳春

上海市锦天城律师事务所律师，上海律协基金研究委员会委员、浦东律师青年联合会委员。业务方向为私募基金、资产管理、房地产等。

徐梁

上海市锦天城律师事务所实习律师。

中国基金业协会负责人就发布《关于进一步规范私募基金管理人登记若干事项的公告》答记者问中明确表示，两年以来，在私募基金行业快速发展的过程中，各种问题和风险也不断凸显，不容忽视。这些问题对私募基金行业形象和声誉造成了恶劣的社会影响，危及私募基金行业的长远发展和全局利益。主要表现在：一是滥用中国基金业协会的登记备案信息，非法自我增信，甚至从事违法违规行

为；有的私募基金“挂羊头卖狗肉”，借此从事 P2P、民间借贷、担保等非私募基金管理业务；有的借私募基金之名从事非法集资等违法犯罪活动；还有的倒卖私募基金管理人登记身份，非法代办私募基金管

的情况,甚至长期“失联”。四是违法违规经营运作。有些机构公开推介私募基金,承诺保本保收益,向非合格投资者募集资金;有些机构不能勤勉尽责,因投资失败而“跑路”;更有甚者,借私募基金名义搞非法集资,从事利益输送、内幕交易、操纵市场等违法犯罪行为。

可以说,私募基金行业隐藏着较大的风险。如何有效监管私募基金,降低行业风险,成为基金业协会面临的重要课题。但基金业协会作为基金行业的自律性组织,本身在执法权限、执法能力以及执法力度上均存有较大困难,无法依靠其自身力量实现行业监管的全覆盖。因此,基金业协会将一线监管的责任转移到律师事务所等第三方独立机构。为此,基金业协会于2015年期间曾经在北京展开试点工作,由基金业协会聘请律师事务所对新入会的私募基金管理人进行尽职调查。但基金业协会向律师事务所支付的律师服务费较低,律师事务所对此却要承担很高的风险,收益与风险并不匹配,很多律师事务所不愿意承接该业务。如今基金业协会将律师事务所的选聘交给市场,由基金管理人自行选聘,按照市场价格支付报酬,可以激发律师事务所的积极性。但两种方案中,基金业协会将直接监管责任转移给律师事务所,这一点是没有发生任何变化。



为明确律师事务所出具的法律意见书的范围，基金业协会在《关于进一步规范私募基金管理人登记若干事项的公告》中同时公布了《私募基金管理人登记法律意见书指引》。律师事务所需要根据该指引，在充分尽职调查的基础上，要求法律意见书对申请机构的登记申请材料、工商登记情况、专业化经营情况、股权结构、实际控制人、关联方及分支机构情况、运营基本设施和条件、风险管理制度和内部控制制度、外包情况、合法合规情况、高管人员资质情况等逐项发表结论性意见，并对私募基金管理人登记申请是否符合中国基金业协会的相关要求发表整体结论性意见。但该指引对于律师审慎要求的主观标准较高，缺乏客观标准，大大增加了律师发表法律意见的困难，也增加了律师发表法律意见的风险。例如，该指引第（三）项要求就申请机构是否符合《私募投资基金监督管理暂行办法》第22条专业化经营原则，说明申请机构主营业务是否为私募基金管理业务；申请机构的工商经营范围或实际经营业务中，是否兼营可能与私募投资基金业务存在冲突的业务、是否兼营与“投资管理”的买方业务存在冲突的业务、是否兼营其他非金融业务。”主营业务如何认定？是否可能存在业务冲突？这些问题在某种程度上已经超出了律师职业能力的判断范围。如果律师就此发表法律意见，需要大量的时间进行审慎调查和审慎研究。

该指引第（四）项要求请说明穿透后其境外股东是否符合现行法律法规的要求和中国基金业协会的规定。目前，关于外资资产管理公司的法律法规不健全，外资的监管很多是遵循监管机构的窗口指导意见。因此，律师就此发表是否符合法律规定的意见易与监管机构的窗口指导意见发生冲突。

在律师对基金业协会规定管理人登记需提交法律意见书欢欣鼓舞之际，关于律师出具法律意见书的报价也“百花齐放”，从数千元、数万元到十几万元不等，甚至有机构利用互联网思维组织了“私募基金公司法律意见书砍价团”。虽然当前律师服务费的收取已经基本实现由市场调节，部分律师低价收费不违反相关规定，但我们认为低价竞争可能带来如下问题：

（1）对私募基金管理公司而言，低价收费可能导致律

师事务所无法充分进行尽职调查并按照《私募基金管理人登记法律意见书指引》中要求的内容逐条发表法律意见，最终导致基金业协会未核准私募基金管理人的登记及变更；

（2）《私募基金管理人登记法律意见书指引》第一条的规定，经办执业律师及律师事务所应当勤勉尽责，根据相关法律法规、《律师事务所从事证券法律业务管理办法》、《律师事务所证券法律业务执业规则（试行）》及中国基金业协会的相关规定，在尽职调查的基础上对本指引规定的内容发表明确的法律意见。

《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第三十一条规定，律师、律师事务所从事证券法律业务有下列情形之一的，中国证监会及其派出机构可以采取责令改正、监管谈话、出具警示函等措施：（一）未按照本办法第十二条的规定勤勉尽责，对所依据的文件资料内容的真实性、准确性、完整性进行核查和验证……第三十九条规定，律师事务所从事证券法律业务，有本办法第三十一条第（一）项至第（八）项规定情形之一的，由中国证监会依照《证券法》第二百二十六条第三款的规定实施处罚。

《证券法》第二百二十六条第三款规定，证券登记结算机构、证券服务机构违反本法规定或者依法制定的业务规则的，由证券监督管理机构责令改正，没收违法所得，并处以违法所得一倍以上五倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足十万元的，处以十万元以上三十万元以下的罚款；情节严重的，责令关闭或者撤销证券服务业务许可。

根据上述法律法规，若律师未勤勉尽责，将面临被基金业协会通报、监管部门谈话、责令改正或被处以罚款，情节严重的还将被撤销服务业务许可，同时这也将影响律师及律师事务所的声誉，可谓得不偿失。

因此，我们认为，要求私募基金管理人聘请律师事务所为私募基金管理人登记和重大事项变更出具法律意见书虽然为律师行业开辟了一项新的业务，但是这也要求律师在对私募基金管理人充分展开尽职调查的基础上出具法律意见书。若并不展开充分的尽职调查或无视尽职调查结果而只是在法律意见书上盖一个“萝卜章”，最终将损害客户以及律师事务所双方的利益。

技术事实调查认定体系人员定位可借鉴医疗诊断机制 “全科医生”：知识产权律师新机遇

■文 | 刘峰

2014 年底，我国颁布了《关于知识产权法院技术调查官参与诉讼活动若干问题的暂行规定》，不仅在法院系统内产生了热议，也引起了整个法律职业共同体的极大关注。

近年来，建设“知识产权强国”成为国家战略，尤其是 2016 年 3 月国务院牵头设立“建立知识产权战略实施工作部际联席会议”制度，将进一步引发我国新一轮科技革命的兴起。与此相伴随的，是大量新型技术类案件数量的显著上升。然而技术事实查明机制一直是制约法院审理技术类案件的瓶颈。如何让技术调查官制度在技术事实查明机制中发挥作用，技术调查官制度是否给知识产权律师带来机遇，成为法律职业共同体关注的焦点。



刘峰

北京大成（上海）律师事务所高级合伙人，上海市律师协会知识产权业务研究会主任，上海市法学会知识产权研究会理事，业务方向为知识产权、公司法、金融及衍生品。

一、推出技术调查官制度的背景

（一）我国原有技术事实查明机制的困境

技术事实查明机制，简单地说就是在法院审理有关专利、植物新品种、集成电路布图设计、技术秘密乃至通信、医药、化工、网络等技术性极强的案件时，合理有序地通过不同渠道、使用不同方法完成对于技术事实认定的具体运行方式。

在日本，学者研究显示，关于专利无效的诉讼有 95% 涉及技术的判断，而关于专利侵权的诉讼有 60% 涉及技术的判断^①。可见技术事实查明不仅关键，且在专利诉

讼中的覆盖面较广。可是这些事实认定具有鲜明的专业色彩，要求远高于普通民事案件中的事实认定。一个技术从业者即便资历再深也不可能熟悉所有的技术领域，更何况是法学科班出身的法官和办案律师。

1、原有技术事实查明机制缺陷明显

在颁布《关于知识产权法院技术调查官参与诉讼活动若干问题的暂行规定》之前，我国实行的技术事实查明机制实质是“3+1”模式。即：司法系统的“3”——司法鉴定、专家陪审员及技术咨询专家；以及诉讼当事人委托的“1”——专家辅助人。

^① 强国华：《试论中国知识产权法院技术调查官制度的建构》

这种模式存在较多缺陷,比如:

司法鉴定虽然可信度高,但成本高、时间长、不利于提高效率;且司法鉴定的目的只是给出当事人之间关于技术事实的争议鉴定结论,而并不是为法官认定技术事实提供直接帮助。

专家陪审员制在我国为参审制,但是专家时间协调较为困难,无法满足日常频繁的庭审需要,就我国目前的现状而言,陪审员陪而不审的情况不在少数;而且在适用案件的范围、专家陪审员的选择与回避等相关事宜还有待进一步完善。

技术咨询专家可以给法官提供技术支持,但该咨询程序当事人并不参与,判决文书中也不会提及,无法保证咨询专家一定与案件没有利害关系。

专家辅助人,类似于国际商事仲裁中的法庭之友,但由于其为一方当事人提出申请并承担出庭费用,所以专家辅助人可能会站在诉讼中一方的立场上发表意见,从而具有偏向性。

2、审理人员中技术人才不足

我国法官大多是法学科班出身,根据东方网统计,上海具有理工科背景的法官数量仅有几十人。尽管这些法官有物理、通信、电子等教育背景,但还是会遇到与美国、德国相似问题:这些法官的数量不足以应对井喷的知产类案件量以及知识面无法完整覆盖。

3、技术类案件数量迅速上升

根据法制网的报道^②,2014年人民法院受理知识产权一审案件116528件,比2013年上升15.6%。此后,最高人民法院公布的数据显示,2015年全国受理知识产权案件总数为123493件,上升5.98%;审结119511件,上升8.46%。其中,上升幅度最大的是不正当竞争案件和专利权纠纷案件。

随着上述案件数量的快速增长,涉及复杂技术事实认定和法律适用的新类型疑难复杂案件大量涌现,案件审理难度不断加大,给知识产权审判人员及诉讼

参与人带来了前所未有的挑战。

(二) 其他国家(地区)可供借鉴经验

世界各国对于技术事实调查给出了不同的解决方案。其中英美法系国家的查明机制主要是专家证人、技术助理及技术陪审员制度;而在大陆法系国家中,对于技术事实的认定常见于专家法官、技术调查官制度。其中,技术法官制度以德国为典型,技术调查官制度则以日本为代表。我国台湾地区的技术审查官制度与日本的技术调查官制度类似,而韩国则是对德国和日本的制度进行了有机结合,形成了一种综合性制度。

1、美国

尽管美国在遴选法官的过程中,已经积累了一定量有技术背景的专业法官长期从事知识产权案件的审判,但是由于这部分法官数量上比起专利诉讼的需求量还有很大缺口,技术范围上也不能涵盖所有领域,所以美国的法院中设置了技术助理,并聘请了技术专家用以辅佐法官进行相关案件的审判。

2、英国

在英国,专利法院的法官有权决定采用专家证据、要求技术陪审员参审或者聘请技术顾问^③。其中技术陪审员根据法官的指令参与诉讼并作出技术报告,由法院向当事人送达,但技术陪审员不出庭以言词为证,也不接受交叉询问,这种模式保障了当事人在技术事实认定程序中的基本权利。而专家证人作证的要求十分严格,且法院有权决定是否最终使用由专家证人提供的证据。

3、德国

德国目前采用技术法官模式。技术法官在德国的法官之中是一个比较特殊的群体:他们不但拥有法官的资格,还必须拥有特定领域的技术专长。在德国的联邦专利法院中,普通法官与技术法官的比例几乎达到了1:1^④。根据德国《专利法》规定,技术法官必须在德国或者欧盟境内的大学或者相关科研机构毕业,

^② 法制网, http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2015-04/20/content_6050496.htm?node=20908

^③ 见: The UK Civil Procedure Rules, Part 35

^④ 韦贵红、阎达:《域外知识产权法院的设置与运行》

并通过技术或者自然科学相关方面的国家级或学院级考试，且至少在自然科学或技术领域有5年以上工作经历。也就是说，要成为德国的技术法官，不但需要经过法律专业的学习、通过德国的司法考试，还需要在其他某一专业领域有所建树，并工作满五年。技术法官可谓是双重精英人才，他们负责技术事实的认定工作，却也能在法律适用方面享有与普通法官一样的表决权。有了技术法官，德国在处理相关案件时能大大提升审判效率，可是相对的，其选拔标准极高，大大增加了选任难度。

4、我国台湾地区

台湾地区设置“智慧财产法院”，统一受理台湾地区的知识产权案件。根据台湾地区的“智慧财产法院组织法”第十五条规定，智慧财产法院设技术审查室，置技术审查官。技术审查官承法官之命，办理案件之技术判断、技术资料之收集、分析及提供技术之意见，并依法参与诉讼程序。也就是说，这一制度与德国最大的不同在于：德国的技术法官是具有专业领域技术知识的法官，而技术审查官或者调查官则是具有专业领域技术知

识的人，他们与主审法官进行配合，为法官提供技术分析作为辅助。根据台湾地区《智慧财产案件审理法》第四条规定，技术审查官可以根据法官的命令执行以下职务：第一、为使诉讼关系明确，就事实上和法律上之事项，基于专业知识对当事人为说明或发问；第二、对证人或鉴定人为直接发问；第三、就本案向法官为意见之陈述；第四、于证据保全时协助调查证据。但以上职责并不包含任何审判职责，仅仅是为法官提供咨询意见，供法官在认定事实时参考而已。

5、日本

日本知识产权高等裁判所配备有技术调查官与专家委员会。技术调查官受聘于法院，属于司法辅助人员，领取法院薪资；而专家委员则是非常任人员，由法院从自然学科教授、在科学院工作的技术专家、专利代理人、专利审查官中选任，按照案件的难度和案件数量获得劳务报酬。这两种方法结合，减缓了法院的财政负担、弥补了技术人员的短缺、覆盖了更多的技术领域，解决了技术事实审查中的几大难题，然而这些技术调查官和专家委员会给出的技术报告内容供法官参考使用，不向当事人公开，当事人的知情权受到了限制。

很明显，我国推出技术调查官制度主要借鉴了我国台湾地区和日本的经验。

二、推出技术调查官制度后的新问题

（一）模式升级“4+1”

《关于知识产权法院技术调查官参与诉讼活动若干问题的暂行规定》载明：“技术调查官属于司法辅助人员”，“知识产权法院审理有关专利、植物新品种、集成电路布图设计、技术秘密、计算机软件等专业技术性较强的民事和行政案件时，可以指派技术调查官参与诉讼活动”。自此技术调查官制度在国内的知识产权诉讼中正式登场，形成了“4+1”模式，即：司法系统的“4”——司法鉴定、专家陪审员、技术咨询专家

和技术调查官；以及诉讼当事人委托的“1”——专家辅助人。

（二）人员不足定位困惑

2015年，北京、广州、上海的知识产权法院分别设立技术调查官一职或设立技术调查室。其中：北京首批聘用了37名技术调查官，从公布的名单来看，分别是来自清华、北大、中国航空工业集团、中国科学院等单位的专家。虽阵容豪华，其实数量仍将无法满足正常的庭审。技术调查官可用人员不足仍然是制约审判效率的“瓶颈”，这也从另一个角度反映了法院对于技术调查官究竟如何定位存在困惑。

三、应对当前新问题的建议

（一）借鉴医疗诊断机制重新定位人员

爱因斯坦曾经说过：“不要用制造问题的方法来解决”。所以，我们必须跳出原先的固有思维。笔者认为，医疗体系中的诊断机制很值得借鉴，我们可以对目前“4+1”的技术事实调查认定体系人员参照医疗体系进行重新定位。比如：

技术调查官：相当于社区医院的“全科医生”，负责前期预检、日常的诊断处理等。全科医生的级别要求不高，主要为主治级医生以上、可到主任级。相对应的，该等级的技术调查官主要负责技术事实调查中的常规工作，能够参与日常的庭审、审判工作即可。

专家陪审员：相当于在专业领域学有所长的高水准医生，其级别要求为主任级医生以上、可到教授级。专家陪审员对技术事实审查的把握相当于“专家门诊”，同技术调查官一样，他们也是能够参与日常开庭及审判工作的群体。

技术咨询专家：属于在专业领域中的“权威”，级别要求为教授级以上。技术咨询专家不必参加日常的庭审，只负责对疑难问题进行解答。

司法鉴定人员：是拥有专业的仪器、设备，能进行检测、分析的专业人员，他们需要拥有相应的从业资质。司法鉴定按时、准确，是技术事实审查制度的坚强后盾。

重新梳理定位后，我们发现对于日常的技术类案件，技术调查官、专家陪审员、技术咨询专家及司法鉴定人员基本能够做到分工明确、各司其职。

（二）大案疑难案件采用“会诊”制度

医疗体系中，对于疑难杂症有一个特殊的机制——专家“会诊”制度。法院遇到特别重大、疑难杂症案件时，也完全可以借鉴这种“会诊”制度，不仅可以跨法院，还可以跨地区，甚至跨国界“会诊”。

（三）多渠道解决人员不足难题

梳理了技术调查官的职能后，人员的来源就是最大的问题，笔者认为可以通过外部聘用、遴选及行业协会推荐等方式。

外部聘用：兼顾专职和兼职两种方式，人才来源可着眼于国家机关、行业协会、大专院校、科研机构、企事业单位和律师队伍等。

遴选制度：可借鉴台湾地区《智慧财产法院约聘技术审查官选聘办法》，确定选聘方式、教育资质、技术资质、薪酬待遇、聘期、业务范围、业务考核等。

行业协会推荐：如在向社会遴选的过程中，还可要求行业协会推荐。

（四）律师协会可推荐技术调查官

应该说，律师行业中有大量拥有专业技术背景的人员，如专利代理人、网络信息技术工程师、机械工程师等。他们具有较多的优势，如：懂法律、懂技术；能够理解法官的意图，除了辅助法官从事技术事实认定事务外，还可积极配合法官通过技术事实认定的手段进行调解；有能力协助制作法律文书，对涉及技术的内容运用技术和法律的语言进行描述。由此可见，拥有专业技术背景的律师其实非常符合技术调查官的选拔要求。

随着“法律职业共同体”的作用更加深化，法官、检察官、律师、法学家之间的互动更加顺畅，一大批有奉献精神的律师也愿意为司法实践出力。拥有专业技术的律师加入，且不占用法院的员额，不仅有利于快速填补目前法院技术调查官人员不足的缺口，而且在充分适用“回避”等科学制度之后，更加有利于法院对知识产权审判质量与效率的进一步提升和完善，同时，这也将成为知识产权律师发展的新机遇。

对商标抢注者的“逆袭”说不

——浅析新商标法施行后首例互联网P2P企业商标在先使用权案

■文 | 李肇

2014年年末，耗时约一年、历经一审二审程序的合肥某网络科技有限公司（以下简称“合肥某公司”）诉上海拍拍贷金融信息服务有限公司（以下简称“拍拍贷公司”）侵害商标权纠纷一案（以下简称“本案”）终于在上海市第一中级人民法院尘埃落定。这是2014年5月1日新商标法正式施行后，涉及互联网P2P行业的首例适用新法增加的第五十九条第三款“在先使用权”作出裁判的案件，具有一定的典型意义，入选上海市高级人民法院发布的“2014年上海法院知识产权司法保护十大案件”。

一、案件经过： 从“抢注”到“逆袭”

P2P（即“peer-to-peer”^{拍拍贷 PPDAL}或“person-to-person”）是近几年来在互联网上兴起的一种个人对个人的民间借贷融资模式，简称为“网络借贷”。2006年底，曾在微软担任安全技术主管的顾少丰和几个朋友开始投资组建中国第一个从事P2P个人信用借贷的网站。顾少丰等创业者从“P2P”、“借贷”两个词语中获得灵感，为他们创立的网络借贷平台设计了自己的商标品牌——“拍拍贷”，英文为“ppdai”，组合标识为“拍拍贷”。拍拍贷网站“ppdai.com”的域名于2007年4月注册，同年8月正式上线运营，而上述商标也一直在类金融服务上使用至今。由于拍拍贷网是中国第一家网络民间借贷平台，因此自创立初始就获得了前所未有的关注，2007年—2012年期间，拍拍贷被包括中央电视台、上海电视台、《解放日报》、《南方周末》、《福布斯》、人民网、腾讯网、搜狐网、新浪网、

全景网、凤凰网、网易、英国路透社等众多媒体多番报道，并获得了诸多荣誉。“拍拍贷”商标通过媒体的报道已经为相关公众所了解，取得了较大的影响力。但是非常遗憾的是，因种种原因，当初在创立拍拍贷网时并未及时将“拍拍贷”等标识申请商标注册，这为本案埋下了伏笔。

2009年2月，张某实际控制的广州市某办公设备有限公司（注册资本人民币3万元）抢先向国家工商行政管理总局商标局申请注册“拍拍贷”^{PPDAL}商标，指定使用服务项目为第36类中的“分期付款的贷款、金融贷款、金融服务”等，该商标于2010年9月被核准注册，注册号为第7188389号（以下简称“涉案商标”）。2013年6月，广州市某办公设备有限公司又将涉案商标转让给张某实际控制的另一家公司即本案原告合肥某公司。广州市某办公设备有限公司、合肥某公司均未能提供证据证明其实际使用过该商标。



李肇

北京市集佳律师事务所上海分所律师，上海市律师协会知识产权专业委员会委员，业务方向为知识产权、合同法、公司法。

2009年起,随着业务日益成熟和发展壮大,拍拍贷公司开始重视商标布局,围绕“拍拍贷”、“ppdai”申请注册一批核心商标,却意外发现在第36类的“金融贷款、金融服务”等服务项目上“拍拍贷”商标已被他人抢注(即涉案的第7188389号商标),于是于2013年2月,以商标被抢注为由向国家工商总局商标评审委员会提出了商标争议,请求依法撤销该涉案商标。同时,拍拍贷公司也曾与合肥某公司在案外接触,希望能够协商购买涉案商标,但是因对方要价过高而不得不放弃了购买。可是令拍拍贷公司始料未及的是,高价出售商标未果的合肥某公司随后竟然发动了一场“逆袭”。

2012年12月,合肥某公司以侵害注册商标专用权为由向上海市浦东新区人民法院起诉拍拍贷公司,要求判令拍拍贷公司停止在其网站及公司名称中使用“拍拍贷、PPDAI”字样,本案由此发生。而在本案一、二审的调解过程中,合肥某公司依旧开出天价调解条件,致使调解亦未果。在查清大量证据事实的情况下,2014年8月上海市浦东新区人民法院作出一审判决,驳回合肥某公司的诉讼请求。合肥某公司不服,提起上诉。2014年12月上海市第一中级人民法院作出终审判决,驳回上诉,维持原判。

二、典型意义: 遏制针对创新型企业商标抢注

经法院审理归纳,本案中双方的争议焦点集中在拍拍贷公司主张的“拍拍贷、PPDAI”商标的在先使用抗辩是否成立。我们现将一、二审法院围绕案件争点作出的裁判要旨简要归纳如下:

首先,拍拍贷作为国内率先开展个人对个人的信用借贷业务的平台,自2008年起国内众多媒体对其进行了大量报道,并多次出现“拍拍贷”及“ppdai.com”字样,尤其是在一些报道配图中的拍拍贷网页上显示有“拍拍贷”标识(而相反的,合肥某公司却未能证明其早于拍拍贷网使用涉案商标)。因此,法院认定在涉案商标申请注册之前,拍拍贷网在类似服务上使用的“拍拍贷”标识已经具有一定影响,且在相关公众中已经产生识别服务来源的作用,

故合肥某公司无权禁止拍拍贷公司在原使用范围内继续使用。

其次,合肥某公司在一审诉讼请求中要求拍拍贷公司停止使用含“拍拍贷”字样的企业名称的主张,法院认为鉴于拍拍贷公司突出使用“拍拍贷”并不侵害合肥某公司的注册商标专用权,另根据新商标法第五十八条的规定,将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用,误导公众,构成不正当竞争行为的,依照《中华人民共和国反不正当竞争法》处理,故对合肥某公司以拍拍贷公司突出使用“拍拍贷”字号侵害商标权为由,要求拍拍贷公司停止使用企业名称的诉讼请求,不予支持。

上海市高级人民法院在点评“十大案件”时将该案的典型意义归纳为:“拍拍贷网”是国内首家P2P网络民间借贷平台,由于其创新的经营模式,该网站自创建以来就广受关注。本案通过依法保护拍拍贷公司在先使用并有一定影响的未注册商标,遏制了针对创新型企业的商标抢注等不诚信行为,提升了创新型企业的知识产权保护意识。

三、办案启示: 企业应增强商标布局意识

本案中,商标抢注者利用手中抢注的注册商标公然发动“逆袭”,向未能及时注册商标的实际权利人提起侵权诉讼,从而企图获取其所期待的巨大利益。如果让抢注者的这一目的得逞,那么诚实信用原则将无从维系,而社会的公平正义也将受到挑战。因此,当我们接下本案的委托时,就坚定了要维护拍拍贷公司合法权益的决心。当然,光有决心是不够的,还必须运用一些有效的方法来具体指导案件的办理。

1、借鉴“罗卡定律”指导证据收集

既然本案中的主要争议点是商标的在先使用抗辩是否成立,那么我方就必须提交充分证据来证明在涉案商标2009年2月申请注册之前,我方已经使用商标并已具有一定影响。但是由于时间距今相隔较久,加之拍拍贷当时正处于创业初期,很多资料保存不完整,因

此证据收集工作起初进行得并不顺利,甚至于一头雾水、无从着手。为了迅速理清证据收集思路,我们适时地借鉴“罗卡定律”来指导搜证工作。

罗卡定律(英文:Locard exchange principle, Locard's theory),也称罗卡交换定律,是被誉为“法证之父”的法证学家埃德蒙·罗卡(Edmond Locard)于上世纪初创建的。它的原理是“凡两个物体接触,必会产生转移现象。即会带走一些东西,亦会留下一些东西”。罗卡定律原本是用来指导刑事案件中在犯罪现场的取证鉴证工作,但是它的原理同样可以运用到本案的搜证中。我们相信如果我方当事人当年使用过该等商标,并且具有较大影响,那必然会留下痕迹。按照这个思路,我们让当事人公司当年参与创业和运营的人员仔细回忆当时的情况,不放过每一个细节和线索。我们顺着这些线索,找到了当时刊登过的共计十余篇主要报纸、杂志的新闻报道和多段电视台的报道视频,这些报道在客观上都能够有力证明我方当事人在先使用商标并具有一定影响。同时,我们根据网站类公司运营中的一些特点,找到了当事人在当时创办拍拍贷网时与第三方网络认证机构、身份信息核查服务机构、支付宝等网络服务机构签署的合同、协议。另外,我们还通过公证机关成功提取并保全了当事人负责人在当时发给合作伙伴讨论拍拍贷网站(ppdai.com)建设事宜的电子邮件,进一步证明我方当事人的在先使用。上述这些证据组成了一个强有力的证据链,证明了我方对商标的在先使用并具有一定影响。

2、区分请求权基础分别应对

本案中合肥某公司的诉讼请求为“要求拍拍贷公司停止在其网站及公司名称中使用‘拍拍贷、PPDAI’字样”。我们检视这一诉请时,发现其实它应该包括了两个不同的请求权,第一个是请求停止在网站中使用被控侵权商标,第二个是请求停止在公司名称中使用“拍拍贷”字号。经过分析,上述两个请求权有不同的请求权基础,前者的基础(即依据的法条)是新商标法第五十七条第(二)款,即“未经商标注册人的许可,在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标,或者在类似商品上使用与其注册商标相同或近似的商标,容易导致混淆的”,上述

行为属于侵犯注册商标专用权。本案的情况属于在类似商品上使用近似商标。而后的请求权基础除了前述法条外,还有第五十八条,即“将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用,误导公众,构成不正当竞争行为的,依照《反不正当竞争法》处理”,这是一条准用性规则,即符合前述情况的应依照《反不正当竞争法》的规定处理。

在一审庭审中我们通过区分原告的请求权,明确提出原告要求被告停止使用公司字号的请求,依据新商标法第五十八条规定,应依照《反不正当竞争法》处理,但是原告仍坚持只依照《商标法》中的侵害商标权的理由来处理,最终没有得到法院支持。

最后,本案也给我们留下了一些有益的启示。首先,本案再次凸显了商标布局的重要性。企业应充分引起重视,增强商标布局意识,尤其是对于大批创业型企业,更要重视商标的基础注册、成长性注册和防御性注册,投入相对较少的成本,构建权利的多维度布局保护体系,避免遭到“抢注”甚至“逆袭”。其次,企业还应加强内部的商标档案管理工作,及时记录、保存与商标相关的备考情况和各类原始材料,尤其是妥善保存能够证明商标使用方面的材料,这样可以为日后的维权积累充分的证据,做到有备无患。

商品通用名称正当使用抗辩的构成与认定

——“三国杀”商标侵权案引发的思考

■文 | 傅钢 尹腊梅



傅钢

上海市协力律师事务所合伙人，上海市律协知识产权委员会副主任，上海市创意产业协会知识产权专委会副主任，业务方向为知识产权、公司顾问、并购金融。

尹腊梅

上海市协力律师事务所兼职律师，华东政法大学知识产权学院副教授，业务方向为知识产权法、电子商务法、民法。

一、“三国杀”是游戏？是商标？

既是游戏名称，其艺术变体又同时是合法有效的注册商标，能否因为其具有商标和商品名称的混合属性，就被缩小其商标权保护范围？近日，一款名为“三国杀”卡牌游戏其权利人在商标维权时，就险些遭遇“滑铁卢”。在打假过程中，“三国杀”商标权利人发现，侵权标识不仅有和涉案商标一模一样的“”还有其他各种奇葩变形体，例如“”（为

行文方便，本文以下简称“杀三国”）、“”（简体的纵向排列的三国杀），且均为“三无”产品（无厂家、无防伪信息以及无其他商标），于是便以后者构成商标侵权为由将售假的商店起诉至法院。结果，一审判决的结果让权利人实难接受：一审法院认为，“三国杀”作为游戏名称，更多地会成为消费者区分不同种类游戏的依据；如果被控标识与涉案商标一模一样的，则构成侵权；而像杀三国、简体纵向排列的这些变形体被控标识，法院则认为，在三国杀系一款游戏名称的前提下，该标识更多的会成为相关公众选择游戏种类的依据而非区别来源的依据，即该标识的使用并非一种商标性使用，故不构成侵权。

权利人在一审失利后委托我们作为其二审的代理律师，我们在综合分析了一审判决以及双方证据之后注意到，一审法院潜意识中将“三国杀”当做了卡牌类游戏的通用名称，并且在适用通用名称正当使用抗辩规范的时候存在逻辑上的缺陷，才会出现上述观点。因此，二审环节的争议焦点是一审判决关于三国杀系卡牌类通用名称的认定是否正确，关于被控标识“”等系对三国杀这个词的正当使用的认定是否合理这两个问题。

二、商品通用名称的认定条件

在文化产品领域，特别是游戏市场，权利人将游戏产品的名称注册为商标的情况非常普

遍,这是因为,区别于一般的商品,那些含有较多智力设计因素的大型网络游戏、身份类游戏,特定的游戏名称就等同于一个包含了游戏规则、身份线索、卡牌或游戏人物形象在内的综合体的统称,游戏玩家通过游戏名称去识别这个游戏和那个游戏的区别。然而,问题随之而来,一枚商标,是否因为其同时是游戏名称,而丧失其作为商标的本质属性,即显著性,即用以区分不同游戏提供商的功能?

关于通用名称如何认定,《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》(法发〔2010〕12号)中指出:

“人民法院在判断诉争商标是否为通用名称时,应当审查其是否属于法定的或者约定俗成的商品名称。依据法律规定或者国家标准、行业标准属于商品通用名称的,应当认定为通用名称。相关公众普遍认为某一名称能够指代一类商品的,应当认定该名称为约定俗成的通用名称。被专业工具书、辞典列为商品名称的,可以作为认定约定俗成的通用名称的参考。约定俗成的通用名称一般以全国范围内相关公众的通常认识为判断标准。对于由于历史传统、风土人情、地理环境等原因形成的相关市场较为固定的商品,在该相关市场内通用的称谓,可以认定为通用名称。”

也就是说,商品通用名称是为国家或某一行业中所共用的,反映一类商品与另一类商品之间根本区别的规范化称谓,要么源于法定、国家标准或行业标准,要么源于社会的约定俗成。

据此,我们主要通过下面几个方面来收集相应的证据证明“三国杀”并非卡牌类游戏的通用名称:

第一,从“三国杀”词汇的发展历史以及它与相关概念之间的逻辑关系来看,本案中,“三国杀”这一词汇系上诉人2008年原创并运用于其推出的卡牌产品,在此之前,我国的词典、论文、媒体上并不存在“三国杀”这一词汇。“三国杀”并非通用词汇,该词汇与卡牌产品之间本身不存在必然联系,同为三国主题的身份类卡牌游戏,不同的提供者采用了不同的游戏名称作为标识,如“英雄杀”、“三国斩”等。因此,“三国杀”并非该类卡牌游戏的通用名称,具有显著性。桌游产品的名称确实有可能作为通用名称,例如“斗

地主”、“德州扑克”以及其他游戏(诸多是地方性特色的棋牌或纸牌游戏),但“三国杀”是由上诉人原创的,在此之前也没有“三国杀”这个词语,因此“三国杀”根本不可能约定俗成地成为通用名称。

第二,从客观的市场格局来看,上诉人公司在市场上独家经营“三国杀”系列游戏,获得了多项荣誉,取得了很高的知名度,而且由于“三国杀”游戏为上诉人公司所独立开发,至今尚无其它公司出品同样以“三国杀”命名的游戏,故相关消费者看到“三国杀”标志,就会联想到上诉人公司,“三国杀”标志与上诉人公司之间自始至终都保持着唯一对应关系。

第三,从商品名称和商标混合这一属性来看,“三国杀”作为上诉人独家研发的游戏之名称,兼具特有产品和品牌混合属性,具有指示商品来源的意义,无论按照最高人民法院颁布的类似典型案例提出的司法精神,还是按照各地法院在类似案件中达成的共识,均不能认定为通用名称。最高人民法院2011年知识产权年度报告中的典型案例“佛山市合记饼业有限公司与珠海香记食品有限公司侵害商标权纠纷申请再审案”(2011民提字第55号)中曾认定,独家经营和使用的具有产品和品牌混合属性的商品名称,具有指示商品来源的意义,不能认定为通用名称。具体到游戏产业,独家开发的游戏名称具有识别商品提供者的作用,具备商标应具备的显著性特征,不属于商品或服务的通用名称,已成为多地法院的共识。例如在2014年“上海久游网络科技有限公司诉广游信息科技(上海)有限公司侵害商标权纠纷一案”中,原告是“劲乐团”游戏的运营商,其注册商标为一款蓝色美术艺术体的“劲乐团及图”,被告在商业活动中擅自突出使用“劲乐团”的标识,原告指控被告侵害其商标专用权。被告抗辩其使用的字体为普通的宋体或黑体,不会导致混淆,而且被告和原告的游戏均引自韩国“02JAM”游戏,被告对该中文标识的使用仅是为了指明其代理运营的中文的游戏名称,从而抗辩不侵权。对于该抗辩,二审法院上海市一中院亦科学指出:

“本院还认为,若被控侵权标识的使用系表明某类服务的共同特点或服务的通用名称,则该标识的使用不应被认定为商标侵权行为。然而,根据上诉人在二审中提交的证据可见,同为提供手机音乐打击节奏类游戏服务,不

同的运营商采用了不同的游戏名称作为服务标识,如:‘节奏大师’、‘乐动达人’。因此,对于手机音乐打击节奏类游戏而言,‘劲乐团’并非该类游戏服务的通用名称。由于上诉人曾在国内以‘劲乐团’为名作为其从韩国 O2MEDIA 公司引进的 PC 版‘O2JAM’音乐打击节奏类游戏的中文名称,该中文名称系上诉人自行命名。在上诉人经营该游戏期间,‘劲乐团’游戏获得了一定奖项。因此,相关公众对以‘劲乐团’为名的音乐打击节奏类 PC 游戏服务系由上诉人提供,具有了相应的认知。被上诉人在类似服务上使用与本案注册商标近似的标识,且非该类服务的通用名称,会因相关公众对‘劲乐团’与上诉人之间已建立的联系而造成混淆和误认。”

三、商品通用名称正当使用抗辩的构成要件

《商标法》第 59 条规定,“注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号,或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点,或者含有的地名,注册商标专用权人无权禁止他人正当使用”,这就是所谓的“通用名称或者通用术语抗辩”,即在涉案注册商标构成通用名称或者产品通用术语的情况下,被控侵权行为人可以据以主张不构成侵权的抗辩。

由于游戏产品的商标往往又同时是游戏产品的名称,因此在游戏领域,常常会有被控侵权行为人主张通用名称抗辩的情形。对此,最高法院曾有一个复函,即(2008)民三他字第 12 号函《关于远航科技有限公司与腾讯计算机系统有限公司等商标侵权及不正当竞争一案的复函》中指出:

“一、根据《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十一条第三款的规定,商品和服务是否类似,应当根据商品和服务之间是否存在特定的联系,以及是否容易使相关公众混淆进行判断。至于你院请示案件中所涉商品和服务是否类似,应根据案件的具体情况,结合网络游戏软件使用和网络游戏服务的目的、内容、方式、对象等具体情形,作出认定。

二、对于在一定地域内的相关公众中约定俗成的扑克游戏名称,如果当事人不是将其作为区分商品或



服务来源的商标使用,只是将其用作反映该游戏内容、特点的游戏名称,可以认定为正当使用。你院请示案件中涉及的相关问题是否属于上述情形,请结合案件的具体情况,依据商标法实施条例第四十九条的规定,作出认定。”

该复函与商标法第 59 条规定精神上是一致的。也就是说,要构成通用名称正当使用抗辩,必须符合两个条件:一是被正当使用的标识限于通用名称。二是行为人“不是将其作为区分商品或服务来源的商标使用,只是将其用作反映该游戏内容、特点的游戏名称”。

在“三国杀”案件中,被控侵权的产品上,均以醒目且突出的字体使用了与涉案注册商标相近似的标识,没有自己的商标,更没有厂家信息和防伪标识。因此被控侵权产品对涉案注册商标的使用不可能构成“不是将其作为区分商品或服务来源的商标使用,只是将其用作反映该游戏内容、特点的游戏名称”,如果将最高院上述复函所确立的规则视为大前提,那么也必须有符合该规则所称之要件的客观事实即小前提,才能得出“正当使用”这一结论。该案中,并不存在相应的小前提。

通过严密举证和充分说理,我们成功地在二审期间,为“三国杀”商标权利人挽回了不利局面。最终,这一起诉讼以二审法院撤销一审判决,改判被控侵权标识构成侵害“三国杀”商标权而告终。

该案所涉及的通用名称认定的程序及实体要件都非常具有典型意义,可为同类案件借鉴。

商标侵权“规范使用”与“停止使用”如何适用

——“赛诺菲”商标侵权及不正当竞争案的启示

■文 | 臧云霄



臧云霄

上海隆天律师事务所主任，徐汇律师界妇联执委。业务方向为知识产权法、民商法、公司法。

一、案情背景

原告是一家知名跨国医药集团，也是首批进入中国的外资医药集团之一，于上世纪八十年代初期即进入中国市场并在北京设立办事处，最早在中国将“赛诺菲”作为中文字号使用。原告在中国大量投资设厂，其在中国投资的公司均以“赛诺菲”作为企业字号。“SANOFI”和“赛诺菲”并非英语或汉语中的固定词语搭配，为原告独创的标识，不仅分别作为原告的英文和中文企业名称，同时还是原告的主要商标。除人用药之外，原告在上世纪九十年代初期就在第5类“兽用药”上申请并注册“SANOFI”和“赛诺菲”等多个商标。

被告为一家由国内自然人投资设立、从事动物饲料加工的企业，其不仅将“赛诺菲”作为企业字号使用，而且还在工厂厂牌、宣传册、产品外包装上多处使用“SAINUOFEI”、“赛诺菲饲料”，标注“www.sainuofei.com”和“合资企业”等字样。其中，sainuofei.com 域名原为被告备案，经原告投诉，该 sainuofei.com 域名已经转移给原告并归原告所有。但被告仍一

直在产品外包装、宣传资料上标注该域名。被告法定代表人曾以个人名义在第31类动物饲料上申请注册“赛诺菲”中文商标，后原告向国家工商行政管理总局商标局（以下简称“商标局”）提出异议，最终经国家工商行政管理总局商标评审委员会（以下简称“商标评审委员会”）认定动物饲料与兽用药在功能用途、销售渠道等方面密切相关，属于类似商品，不予该商标核准注册。

原告认为被告构成商标侵权和不正当竞争行为，为此向法院起诉要求停止侵权行为，并要求停止使用含有“赛诺菲”或与之近似的企业名称。一审法院判决认定被告构成商标侵权和不正当竞争行为，判决被告停止使用含有“赛诺菲”字样或与“赛诺菲”近似字样的企业名称，同时判决被告支付一定金额的赔偿。

二、争议焦点

本案虽属传统的知识产权侵权案件，但笔者在处理这个案件过程中发现仍有一些问题值得研究，如本案侵权商品与注册商标核定

使用商品并非《类似商品和服务区分表》(以下简称“分类表”)同一类别情形下如何认定属于类似商品、不正当竞争行为的认定、企业名称和商标冲突情形下停止使用企业名称的条件等问题,都有讨论的意义和必要。

(一)关于商标侵权的认定

本案被告使用的标识与原告注册商标标识构成近似没有太大争议。是否构成侵权的关键是判断侵权产品即“动物饲料”(属于分类表第31类)和第5类的“兽用药”是否属于类似商品。

虽然商标评审委员会的异议裁定书认为,二者在功能用途和销售渠道等方面密切相关,属于类似商品,但行政确权案件和民事侵权案件有其特性,司法机关是否会当然采纳行政机关的结论并不确定,因此,商品类似仍需进一步证明。在案件准备时,律师注意到一个小细节:侵权产品外包装的产品标贴上一般都标注“含有药物饲料添加剂”字样。什么是“药物饲料添加剂”,是否对明确被告产品属性有帮助?为此,律师对“药物饲料添加剂”进行搜索并检索到国务院的《饲料和饲料添加剂管理条例》,其中规定“药物饲料添加剂,是指为预防、治疗动物疾病而掺入载体或者稀释剂的兽药的预混混合物,一般指兽用生物制品、兽用化学药品、抗生素、兽用添加剂等。”同时,该条例还规定,“对药物饲料添加剂的管理,依照《兽药管理条例》的规定执行”。至此,可以充分证明被告产品中含有药物成分,在功能用途等方面与兽用药密切相关。该证据并加之商标评审委员会结论,足以证明构成类似商品。

(二)关于是否构成不正当竞争

构成不正当竞争是被告承担停止使用企业名称的关键,本案律师主要从如下几方面向法庭阐述说理。

第一,原告标识的独创性和显著性。“赛诺菲”和“SANOFI”在汉语和英文中均非固定搭配,而是原告独创。被告不管是将之作为商标使用还是作为企业字号使用均难有合理且正当的解释。

第二,原告在中国享有较高知名度。不管是商标侵权还是不正当竞争的判断均需考虑“容易导致混淆、误认”的结果。而原告知名度对法院判断是否是“容易造成混淆、误认”起着至关重要的作用。为此,本案律师提供大量证据证明原告在人用药和兽药领域的知名度。繁重的证据整理工作虽然耗时耗力,但无疑能起到很好的证明,对建立法官的内心确信起到很好作用。

第三,被告攀附和利用原告知名度的恶意。本案律师多方搜索、在多种资料中寻找蛛丝马迹。功夫不负有心人,终于寻找到几个关键间接证据证明被告法定代表人原告存在一定关联。在强大的证据面前,被告也承认其法定代表人确实知晓原告的知名度。

第四,容易混淆和误认的认定。原告在人用药和兽用药领域已经具有一定的知名度,原告在中国投资的企业均以“赛诺菲”作为企业字号使用,消费者已经将“赛诺菲”与原告之间建立唯一、确定的指向。而被告动物饲料含有兽药成分,被告经营范围与原告存在重合性,因此,被告擅自将“赛诺菲”作为企业字号使用,必然会造成相关公众对于二者的市场主体、商品和服务来源产生混淆误认,使原告利益受损。特别是,原告广泛的知名度和“赛诺菲”文字的独创性,无疑大大增加了混淆或误认的可能。

(三)被告是否应当停止使用企业名称

《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2002〕32号,以下简称“商标案件司法解释”)第一条规定“下列行为属于商标法第五十二条第(五)项规定的给他人注册商标专用权造成其他损害的行为:(一)将与他人注册商标相同或者相近似的文字作为企业的字号在相同或者类似商品上突出使用,容易使相关公众产生误认的。”

《最高人民法院关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2008〕3号,以下简称“权利冲突司法解释”)第4条规定,

商标

停止
使用

“被诉企业名称侵犯注册商标专用权或者构成不正当竞争的，人民法院可以根据原告的诉讼请求和案件具体情况，确定被告承担停止使用、规范使用等民事责任。”

根据商标案件司法解释，将他人注册商标作为企业字号突出使用的，会被认定为商标侵权行为，法律对商标侵权行为的规定是停止突出使用（即规范使用即可），但无法要求停止使用企业字号。根据权利冲突司法解释，企业名称侵犯商标权或者构成不正当竞争的，要根据具体情况确定被告是停止使用还是规范使用。原最高人民法院副院长曹建明在一次全国法院知识产权审判工作会议的讲话中指出：“企业名称因突出使用而侵犯在先注册商标专用权的，依法按照商标侵权行为处理，企业名称未突出使用但其使用产生市场混淆，违反公平竞争的，依法按照不正当竞争处理。”

根据前述司法解释，如果企业名称的注册使用并不违法，只是突出使用字号的，判决规范使用企业名称，也即停止突出使用行为即足以制止侵权行为的，可以不判决停止使用或者变更企业名称。但如果不正当地将他人具有较高知名度的在先注册商标中的文字注册登记为企业名称，明显具有攀附他人商誉故意的，由于注册使用企业名称本身就违反诚实信用原则，所以不论是否突出使用均难以避免产生混淆，对此应当判决停止使用或者变更企业名称。本案中，被告将原告享有一定知名度的“赛诺菲”作为企业字号经营与原告类似的

商品，容易引人误认，具有明显的搭便车故意，违反了诚实信用原则和公认的商业道德，不停止使用企业名称不足以防止市场混淆，为此，本案应判决被告停止使用赛诺菲字号。

在王将商标侵权案件中，我们可以从另外一个角度对法院判决“规范使用”还是“停止使用”的思路有更充分的理解和认识。

王将饺子（大连）餐饮有限公司（以下简称“王将公司”）与李惠廷侵犯注册商标专用权纠纷一案中（最高法（2010）民提字第15号），最高人民法院对这个问题给出了详细解释。虽然在具体事实上，王将案件与前面讨论的案件事实不尽相同，但从判决思路可以看出最高院对“企业名称未突出使用但其使用产生市场混淆”的认定实质。王将案件的大体案情如下：2003年李惠廷经商标局核准注册“王将”商标。2005年王将公司成立。2006年王将公司向商标评审委员会提出撤销李惠廷“王将”注册商标的申请，其理由是日本王将株式会社在先成立、享有盛名，李惠廷明知而抢注了日本王将株式会社的商标和字号。2008年商标评审委员会作出了维持李惠廷“王将”商标的争议裁定书。2007年李惠廷将王将公司起诉到法院，认为王将公司将“王将”作为字号注册为企业名称，并在经营活动中使用“王将”等标识，王将公司的行为侵犯其商标专用权，要求判令王将公司停止侵犯商标侵权行为，变更企业名称等。该案经法院一审、二审均认定王将公司在企业名称



中突出使用原告注册商标的行为，属于商标法规定的给他人注册商标专用权造成其他损害的行为，构成侵犯商标权，同时认为王将公司在经营中使用“王将”等服务标识，亦侵犯了原告注册商标专用权，判令王将公司停止使用含有“王将”字样的企业名称，并停止使用“王将”和“王将”字样的服务标识。

最高人民法院再审认为：注册商标和企业名称均是依照相应的法律程序获得的标志权利，分属不同的标志序列，依照相应法律受到相应的保护。如果不正当地将他人具有较高知名度的在先注册商标作为字号注册登记为企业名称，注册使用企业名称本身即是违法，不论是否突出使用均难以避免产生市场混淆的，可以根据当事人的请求判决停止使用或者变更该企业名称；如果企业名称的注册使用并不违法，只是因突出使用其中的字号而侵犯注册商标专用权的，判决被告规范使用企业名称、停止突出使用行为即足以制止被告的侵权行为，因此这种情况下不宜判决停止使用或者变更企业名称。规范使用企业名称与停止使用或变更企业名称是两种不同的责任承担方式，不能因突出使用企业名称中的字号从而侵犯商标专用权就一律判决停止使用或变更企业名称。

最终最高人民法院认定，虽然李惠廷的“王将”商标注册在先，但其仅在黑龙江省哈尔滨市实际使用，且在王将公司注册登记企业名称时并未具有较高知名度。同时，由于王将公司是日本王将株式会社投资成立的，

王将公司以王将为字号注册其企业名称，具有一定合理性。如果王将公司在经营活动中规范使用其王将饺子（大连）餐饮有限公司的企业名称，不足以导致相关公众的混淆误认。因此王将公司注册使用企业名称本身并不违法。最高人民法院最终改判王将公司在以后的经营活动中规范使用其企业名称，停止突出使用“王将”和“王将”等侵犯李惠廷注册商标专用权的行为，采取必要的措施，以避免混淆误认的发生。

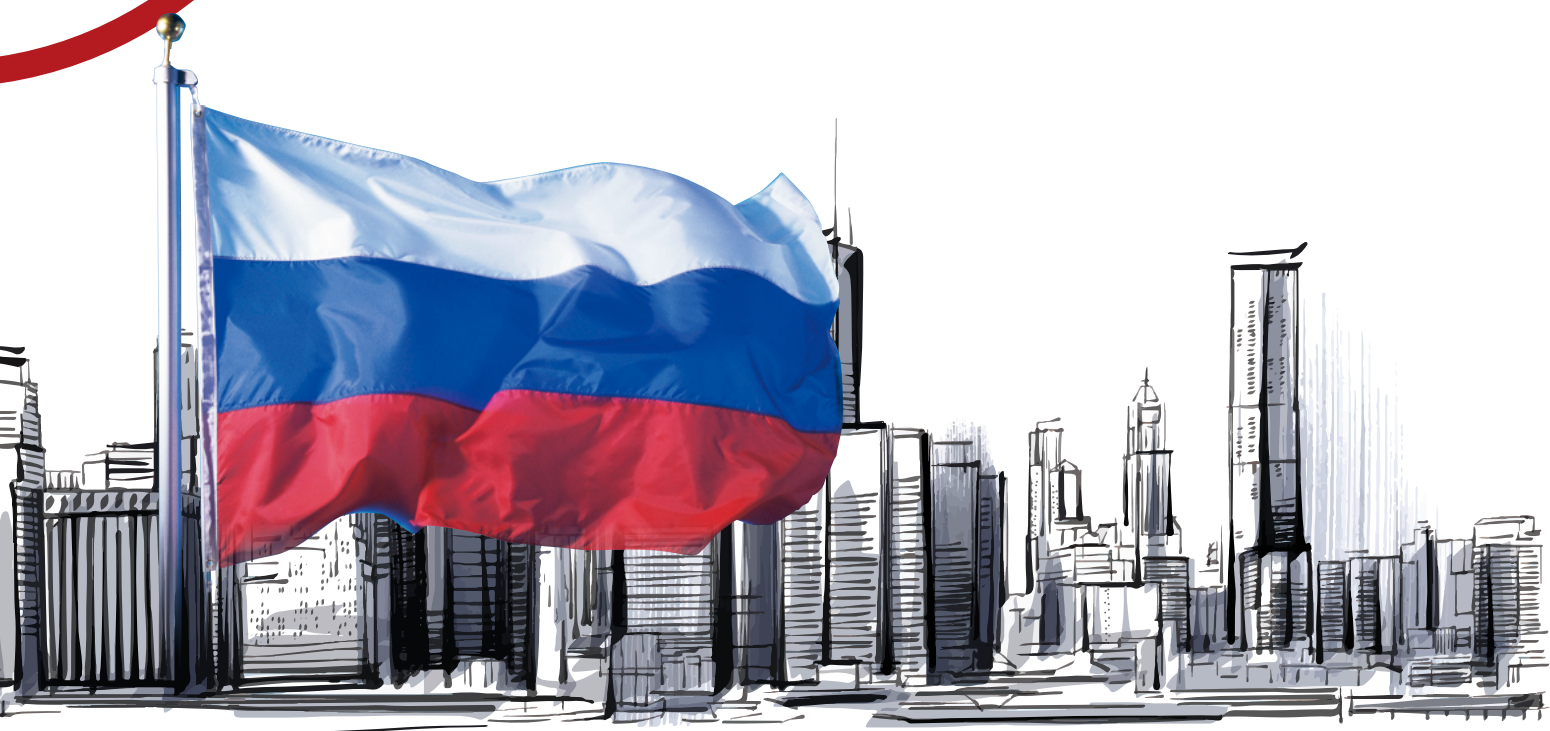
最高人民法院再审判决书的说理部分清晰地分析了“停止使用”和“规范使用”的适用标准，对如何考虑权利冲突司法解释中的“案件具体情况”做了进一步分析，对以后处理类似案件有很好的启发。

三、办案启示

除前述法律上的争议焦点之外，在本案的处理过程中还有如下的启示：

1、企业在初创品牌时，应尽量使用独创的标识作为商标，以便将来维权时争取更大的保护范围。根据商标案件司法解释规定“判断商标是否近似，应当考虑请求保护注册商标的显著性和知名度”。因此，商标的显著性对维权有着非常重要的作用。用现成的或抢注他人的文字或标识虽然最初可以节省推广的成本，但品牌壮大之后势必存在被控侵权的风险或者在维权时面临侵权与否的尴尬。国产乔丹品牌的经历无疑是一个非常生动的注脚。也有很多案例显示企业因为当初选择商标的轻率，在本来应该能轻松胜诉的案件中一波三折、险象环生，甚至输掉本来可以胜诉的案件。

2、诉讼成功的关键在于证据，企业应尽量保留日常经营的各方面材料。实践中很多原告虽然占有法律上的先机，但苦于无法提供充足证据，往往导致败诉的结果，着实令人惋惜。国内企业应当学习跨国公司的管理经验，在经营的同时千万要做好品牌创立、使用材料的管理工作。



俄罗斯仲裁法律制度简介

■文 | 上海国际经济贸易仲裁委员会商事仲裁研究中心

仲裁,在苏联时期就是一项重要的争议解决制度。但是,苏联时期的仲裁,主要是“国家仲裁”,或称“行政仲裁”,即由国家扮演仲裁员的角色,仲裁权与行政权相互交叉、重叠,并非是现代意义的商事仲裁。当然,苏联时期也存在现代意义的商事仲裁,1932年,苏联中央执行委员会和人民代表苏维埃决议通过,在全苏仲裁委员会下特别设立全苏商会对外贸易仲裁委员会和全苏商会海事仲裁委员会(现今的俄罗斯联邦工商总会及俄罗斯工商总会国际商事仲裁院和海事仲裁院),这两个仲裁机构的职能是解决苏联和其他国家在国际贸易中产生的争议,其运行方式也接近现代意义的商事仲裁。相信中国的读者对上述情况很容易理解,因为苏联法律体系对中国影响深远,中国也曾学习苏联建立起了相似的仲裁制度。

苏联解体后,市场经济的引入促进了现代意义的商事仲裁制度在俄罗斯的形成与发展。目前,俄罗斯已经建立了较为完备的仲裁法律制度。其中,调整国内商事仲裁的法律主要是《俄罗斯联邦仲裁庭法》,调整国际商事仲裁的法律主要是《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》。

由于《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》规定,“在当事人同意将争议提交仲裁时,该法仅适用以下争议:(1) 发生在国际贸易和其他形式的国际经济关系中的合同争议及其他民事法律关系争议,只要一方当事人的营业地在俄罗斯境外;以及(2) 在俄罗斯联邦领土内设立的从事外国投资的企业、国际联合会与国际组织之间的争议,这些组织的参与者之间的争议,以及这些组织和俄罗斯联邦其他法律主体之间的争议。”即《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》的适用范围不仅包括普遍意义的“国际争议”,还包括在大多法域中通常被认为属于“国内争议”的争议(争议各方当事人的营业地均在俄罗斯联邦,但其中至少有一方当事人由外国人投资)。因此,对于非俄罗斯籍的商事活动主体而言,需要了解的是俄罗斯的国际商事仲裁制度。所以,下面我们就围绕“可仲裁事项”、“仲裁协议”、“仲裁庭组

成”、“临时措施”、“仲裁裁决的承认与执行”这五个商事仲裁中最核心的要素对俄罗斯国际商事仲裁制度进行简要的说明,最后再简单介绍一下俄罗斯仲裁法律制度最新的发展情况。

一、法律框架

俄罗斯的国际商事仲裁制度是以《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(下称“《示范法》”)为蓝本建立起来的。前文提到的《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》于1993年颁布实施,其文本与《示范法》十分接近。除该法之外,2002年颁布实施的《俄罗斯联邦仲裁程序法典》、《俄罗斯联邦民事诉讼法典》也是俄罗斯国际商事仲裁制度的重要法律渊源。在有关仲裁的国际条约方面,俄罗斯是《承认和执行外国仲裁裁决公约》(下称“《纽约公约》”)、《欧洲国际商事仲裁公约》、《关于以仲裁方式解决经济与科技合作关于中产生的争议的公约》的缔约国。

二、可仲裁事项

无论是《示范法》还是《纽约公约》都将“可仲裁事项”的界定权交由各国国内法律,即规定“哪些事项可以通过仲裁的方式解决”是一国行使主权的体现。同时,在国际商事仲裁中,一国法律是否允许某项争议通过仲裁的方式解决,直接关系到所涉仲裁裁决能否在相关国家得到承认与执行。因此,了解一国法律对“可仲裁事项”的规定对国际商事仲裁的使用者来说十分重要。

前文已经提到《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》规定,“(1) 发生在国际贸易和其他形式的国际经济关系中的合同争议及其他民事法律关系争议,只要一方当事人的营业地在俄罗斯境外;以及(2) 在俄罗斯联邦领土内设立的从事外国投资的企业、国际联合会与国际组织之间的争议,这些组织的参与者之间的争议,以及这些组织和俄罗斯联邦其他法律主体之间的争议。”均可根据当事人之间的协议提请国际商事仲裁。另外,《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》的附件一《有关俄罗斯联邦工商会国际商事仲裁院的规定》对“合同争议或其他民事法律关

系的”进行了更具体的规定,“任何货物买卖,劳务服务,货物、劳务交换,货物、人员运输,商业代表和代理,租赁,科学技术及其他智力成果的交流,工业及其他工程建设,许可证业务,投资,金融,保险”均属于“合同争议或其他民事法律关系”。

尽管《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》规定了较为广泛的适用范围,但在俄罗斯法律体系中,一般认为,消费者争议,劳动争议,知识产权的登记和授予争议,不动产争议,法人或其他非法人组织的设立、登记、解散、清算等争议,与国有资产有关的争议都属于不可仲裁事项。其中,关于“不动产争议”、“法人或其他非法人组织的设立、登记、解散、清算等争议”、“与国有资产有关的争议”与外国投资者息息相关,特别值得注意。

三、仲裁协议

在商事仲裁中,仲裁协议是排除法院管辖权,赋予仲裁庭对特定争议管辖权的依据。因此,了解一国法律对于仲裁协议的要求就十分重要。通常来说,一国法律对于仲裁协议的要求可以分为形式要求与内容要求。

形式上,《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》对仲裁协议的要求与《示范法》及大多数国家法律一致,即要求仲裁协议必须是书面的。同时,对于“书面形式”的认定十分宽松,除载于当事人各方签字的文件中的仲裁协议符合“书面形式”的要求外,载于双方往来的书信、电传、电报或供协议记录的其他电讯方式中的仲裁协议也符合“书面形式”的要求。另外,如果双方当事人一份书面合同中约定“参照”某项载有仲裁条款的文件,并且该“参照”足以使该文件中的仲裁条款构成当事人间合同的一部分,那么当事人间的该份书面合同也可被认定为包含仲裁条款。更进一步的是,启动仲裁程序后,如果在仲裁申请书与仲裁答辩书的交换中,一方当事人称双方当事人间订有仲裁协议,而另一方当事人对此并不否认,则可以据此认定双方当事人间存在书面的仲裁协议。

内容上,《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》并没有明确规定仲裁协议须具备哪些事项,但毋庸置疑,仲裁协议必须载明当事人将现存的或可能发生的某项争议提

交仲裁解决的意思表示。对于俄罗斯而言,需要格外注意的是,“仲裁法院(Arbitration Court)”与“仲裁庭(Arbitration Tribunal)”这两个词汇的区别。在上世纪80年代末的社会变革中,俄罗斯的国家仲裁制度演变成了商事法院制度,因此当今俄罗斯专门处理商事案件的法院的官方名称中仍保留了“仲裁”两字,为“仲裁法院”。“仲裁法院”与“宪法法院”、“普通法院”共同组成了俄罗斯的法院体系。因此,在俄罗斯,仲裁法院是法院,并非是仲裁庭。

四、仲裁庭组成

在商事仲裁中,承担争议裁判者角色的是仲裁庭。因此,选任仲裁员的程序显然是商事仲裁中十分重要的部分。

与《示范法》一致,俄罗斯不禁止临时仲裁,也不强制当事人选择仲裁员名册内的仲裁员。《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》规定,当事人可以在仲裁协议中约定仲裁员的人数,如果当事人对仲裁员的人数没有约定,则仲裁庭由三名仲裁员组成。当事人还可以在仲裁协议中对仲裁员的产生方式进行约定,如果当事人对仲裁员的产生方式没有约定,(1)当仲裁庭是独任仲裁庭时,由双方当事人共同选定独任仲裁员,如果双方当事人不能就独任仲裁员的人选达成一致意见,独任仲裁员由俄罗斯联邦工商总会国际商事仲裁院主席团指定;(2)当仲裁庭是三人仲裁庭时,由双方当事人各自选定一名仲裁员,如果一方当事人在收到另一方当事人指定仲裁员的要求后30日内没有选定仲裁员,则由俄罗斯联邦工商总会国际商事仲裁院主席团为其指定,首席仲裁员由双方当事人各自选定的仲裁员共同指定,如果双方选定的仲裁员没有在30日内指定出首席仲裁员,首席仲裁员同样由俄罗斯联邦工商总会国际商事仲裁院主席团进行指定。

对于仲裁员的回避,《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》规定,当事人可以在仲裁协议中对仲裁员回避程序进行约定,如果当事人对仲裁员回避程序没有约定,则拟提出回避申请的当事人应当在知悉仲裁庭组成或了解到仲裁员存在任何应当回避的情形后的15日内以书面形式向仲裁庭提出回避申请,仲裁庭应就是否回避作出决定,若

该回避申请被驳回,提出回避申请的当事人可以在收到驳回通知之日起30日内,请求俄罗斯联邦工商总会国际商事仲裁院主席团就是否回避作出终局决定。

另外还需要介绍的是,俄罗斯联邦工商总会于2010年参照《国际律师协会关于国际仲裁中利益冲突问题指南》制定了新的有关仲裁员的中立性与独立性规定,由于篇幅限制,此处不再详细引述。

五、临时措施

临时措施对于国际商事仲裁的重要性不必赘言,在俄罗斯法律体系中,有权作出临时措施的主体有三个,第一是仲裁庭,《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》规定,除非当事各方另有协议,仲裁庭经一方当事人申请,可以命令任何当事人对争议标的采取仲裁庭认为必要的临时保护措施,仲裁庭可以要求当事人任何一方提供有关此种措施的担保;第二是法院,虽然《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》并未对仲裁程序中当事人是否有权向法院申请临时措施作出规定,但2002年通过的《仲裁程序法典》明确规定了仲裁当事人既可以在仲裁程序进行前也可以在仲裁程序进行中向俄罗斯法院提出保全措施申请;第三,也是特别需要介绍的,俄罗斯联邦工商总会国际商事仲裁院主席团也有权根据当事人的申请作出临时措施决定,俄罗斯联邦工商总会国际商事仲裁院主席团此项权力来源于俄罗斯联邦工商总会国际商事仲裁院的章程,该章程属于《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》的附件,为该法的一部分。

六、仲裁裁决的承认与执行

不同于大多数国家,俄罗斯并没有对仲裁裁决的承认与执行进行“外国裁决”、“国内裁决”的划分,而是分为了“国际裁决”与“非国际裁决”,凡是对《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》适用范围内的争议作出的裁决皆为“国际”裁决,无论该裁决作出地是俄罗斯境内还是境外,也即无论是“外国仲裁裁决”还是“本国裁决”,只要裁决所涉争议属于《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》规定的范围,其承认与执行都适用相同的规定。关于《俄罗斯联邦国

际商事仲裁法》的适用范围,前文已经多次介绍过了,即《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》规定,“在当事人同意将争议提交仲裁时,该法仅适用以下争议:(1) 发生在国际贸易和其他形式的国际经济关系中的合同争议及其他民事法律关系争议,只要一方当事人的营业地在俄罗斯境外;以及(2) 在俄罗斯联邦领土内设立的从事外国投资的企业、国际联合会与国际组织之间的争议,这些组织的参与者之间的争议,以及这些组织和俄罗斯联邦其他法律主体之间的争议。”

那么,如何在俄罗斯启动一项“国际裁决”的承认与执行程序呢?根据《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》的规定,第一、时间上,申请承认与执行仲裁裁决的申请应当在仲裁裁决发生法律效力后的3年内提出;第二、管辖上,申请承认和执行仲裁裁决的当事人应向债务人营业地或住所地的俄罗斯联邦仲裁法院提出请求,如果地点未知,则应向债务人财产所在地的俄罗斯联邦仲裁法院提出请求。第三、形式上,申请承认与执行仲裁裁决时,应向仲裁法院提供仲裁裁决和仲裁协议的原本或者经过有权机关认证过的副本,如果仲裁裁决和仲裁协议不是用俄语书写的,必须提供经过有权机关认证的俄语翻译版本。第四、救济上,若当事人对仲裁法院就承认与执行仲裁裁决申请作出的决定有异议,可以在该决定作出之日起1个月内,向有管辖权的仲裁法院提出上诉,除此上诉外,俄罗斯仲裁法律制度中还提供了一项独特的救济途径,即当事人在该决定生效之日起3个月内,还可以向俄罗斯联邦最高法院申请复审,也即下级仲裁法院有关承认与执行仲裁裁决的决定有可能在生效后被俄罗斯联邦最高法院更改。

至于拒绝承认与执行仲裁裁决的理由,《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》的规定与《纽约公约》基本一致,此处不再赘述。值得注意的是,普遍认为,俄罗斯仲裁法院在对仲裁裁决的承认与执行中存在滥用公共政策的情况,存在着诸多俄罗斯仲裁法院以违反俄罗斯联邦公共政策为由拒绝承认与执行相关仲裁裁决的案例。通过这些案例,可以发现俄罗斯仲裁法院对于公共政策的界定缺乏统一的标准,令人难以预测。不过,从相关案例中也可以看出,越是高级别的仲裁法院,对商事仲裁的态度越友好、越开放。

七、俄罗斯仲裁法律制度的新发展

我们注意到,2013年以来,俄罗斯启动仲裁法律制度的改革,2015年12月29日,俄罗斯总统签署了《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》修正案等一系列关于仲裁法律制度的法案。其中,《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》修正案将于2016年9月1日起生效。

俄罗斯仲裁法律制度此次的改革,主要涉及以下几点。

1、扩大了《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》的适用范围,除适用于目前规定的“发生在国际贸易和其他形式的国际经济关系中的合同争议及其他民事法律关系争议,只要一方当事人的营业地在俄罗斯境外”、“在俄罗斯联邦领土内设立的从事外国投资的企业、国际联合会与国际组织之间的争议,这些组织的参与者之间的争议,以及这些组织和俄罗斯联邦其他法律主体之间的争议”外,《俄罗斯联邦国际商事仲裁法》还将适用于“履行商事关系的大部分义务的地点位于俄罗斯联邦境外的争议”、“与争议事项关系最密切的地点位于俄罗斯联邦境外的争议”。

2、确定了过去被认为在俄罗斯不可通过仲裁解决的“法人或其他非法人组织的设立、登记、解散、清算等争议”的可仲裁性。但同时规定了“该类争议必须约定机构仲裁进行仲裁,禁止通过临时仲裁解决该类争议”,规定了“若该法人为俄罗斯法人,则所涉的该类争议的仲裁地必须位于俄罗斯境内”、规定了“俄罗斯战略企业清单上的主体所涉的该类争议不可通过仲裁解决”等限制性要求。

3、将前文中“仲裁庭组成”部分介绍的俄罗斯联邦工商总会国际商事仲裁院主席团协助当事人确定仲裁员人选的权力与对当事人要求仲裁员回避的申请作出决定的权力交由仲裁法院行使。

4、要求在俄罗斯境内从事仲裁活动的仲裁机构向俄罗斯政府申请许可,如果在俄罗斯境内从事仲裁活动的仲裁机构未通过俄罗斯政府的审批、获得俄罗斯政府颁发的许可证书,则其在俄罗斯境内作出的仲裁裁决将被视为临时仲裁裁决。

另外,该次改革还涉及仲裁员的豁免权、对选择担任仲裁员的退休法官进行补贴等事项。总体来看,俄罗斯该次仲裁法律制度的改革,体现出了俄罗斯支持仲裁的态度。

投资失误，在普通法里有保障吗？

■文 | 张信灵

最近股市不稳，很多投资者损失惨重。在香港，往往有不少投资者把自己的财产交给私人银行家管理和投资，最后因私人银行家的理财投资疏忽和失误而蒙受重大的损失。顾客虽因损失惨重而起诉银行或投资疏忽的私人银行家，但这类案件往往失败收场，而失败的原因起源于最初与私人银行家的所属银行开户时（或后来投资任何产品前）签订的一系列开户文件和服务合同里，卸除私人银行家因投资疏忽而引起损失的法律责任的明订摒除条文（exclusion clause）。笔者将会仔细探讨这类案件里，负责投资理财的私人银行家在法律上就投资失误或疏忽等行为，对顾客所需负的法律责任。

合同法



张信灵

毕业于英国牛津大学法律系，主要业务方向为民商法，参与过许多不同种类型的民事案件，包括公商业法、物权法、商业监管、司法覆核及家事法等。香港大律师公会大中华区事务委员会委员、新晋大律师常委会委员，曾参与上海律协举行的模拟仲裁。

私人银行家和顾客在法律上彼此的责任是被开户和投资产品时所签的各种合约约束。普通法里的合同法规定，只要一方在其知情及同意下签订合同，不论他有没有清楚地理解合同的内容和条款，都会受到合同的约束。香港的法院在 Wing Hang Bank Limited v Crystal Jet International Limited & Ors (unrep, HCMP 5014/1999, 30 Apr 2002) at §41 判例里就此的说明如下：

“简单的说，一个人如选择在没有阅读文件内容的情况下签署该文件，他以后将不能对该文件的条款作出任何投诉，而法律也将会把他视为已同意文件的内容和条款。如不这么判定，将会在商业社会里造成巨大的打扰和混乱。”

所以，顾客并不能尝试用“签约时看不懂英文”，“银行一方没有把合约条款解释清楚”等抗辩理由去尝试推翻合同的有效性。

虽然合同一方在正常情况下会受到合同明订条款的约束，但在普通法的合同法里，合约其中一方可以要求法院“加入”他们没有写在合同上但希望加入的隐含条款（implied term）。换句话说，在此类案件里，因私人银行家而损失严重的顾客往往会向法院表示，虽然合同里有明确的摒除条文，卸除私人银行家对严重疏忽的法律責任，但法院应在合同里“加入”适当的条文保护顾客利益（如私人银行家应尽一切应尽努力，谨慎地为顾客做出投资，并应在作任何投资之前，清楚地咨询顾客和对顾客解释该投资或产品的风险）。

在普通法里，要法院在双方已签妥的合同里后加隐含条款并不容易。理由是，法院需要尊重合同双方设定合同条款的自由，而“后补”条文进合同的做法具有一定的侵入性。从过往的判例能看出，法院只会在以下的情况里加入隐含条款：

1. 一方所要求加入的隐含条款是合理及公平的。
2. 该隐含条款对合约里业务的功效（business efficacy）是必须的。如果没有隐含条款，合约会失去商业上或实际运作的凝聚力。换句话说，如双方在没有该隐含条款时仍能有效地履行合同里的条款，法院就不会加入隐含条款；

3. 该隐含条款是很明显的, 明显到双方在签署合同前均同意不需任何明文的规定。双方在签署合同前的真实意图是指法律上假定一个合理的人在双方的立场上签订合约时的意图。

4. 该隐含条款一定可以清楚表达出来;

5. 该隐含条款一定不能与明订的条款有所抵触。

所以, “隐含”的意思是, 虽然合同里没有明示, 但该条文不是法院自行强制后加进去的, 而是已隐含于合约条款中或在签署合同时双方必然会同意的。而法院在考虑是否应加入隐含条款的时候, 需要仔细地分析合约条款, 并不会轻易用隐含条款去拯救因一方议价力差或疏忽所引致合约中出现对一方的不利或问题。至于以上五项原则, 是

否必须要全部符合、大部分符合, 或者是考虑的比重是否一样? 从案例上看, 似乎没有只符合一个条件的成功例子。最终所涉及的是一种价值的判断和以上五种条件在个别案件里彼此之间的比重。

在投资疏忽的案件里, 法院通常都不会在投资合同里加入隐含条款, 因加入隐含条款往往会有违合同里的明订摒除条文。但这是不是就代表严重疏忽的私人银行家就不需为顾客惨重损失而背上法律责任呢? 私人银行家虽然因受到合同的保护而不需要在合同法里负上法律责任, 但他在普通法的侵权法里 (tort law), 对顾客有谨慎责任 (duty of care) 吗?

侵权法

谨慎责任在侵权法中, 是要求一个人在做出一件预料会损害其他人的作为时, 必须遵从标准而合理的谨慎之法律责任。假使被告在法律上并无此责任, 尽管被告作出了严重疏忽行为而侵犯了原告, 导致其蒙受损失, 原告仍不能就有关伤害被告疏忽。

要成功起诉一件疏忽案件, 谨慎责任只是构成疏忽作为的原则之一。原告合共必须证明四个“疏忽要素”, 缺一不可:

1. 谨慎责任: 被告人有照顾原告人的责任。这是指法律上的责任, 不是道义上的责任;

2. 被告人违反了这种谨慎责任;

3. 原告人因而蒙受伤害或损失;

4. 伤害或损失必须是违反责任带来的直接后果。

法院怎样鉴定被告对原告是否有谨慎责任呢? 这涉及被告与原告的关系。法庭已建立判例指某些人士有照顾相关人士的责任, 如道路使用者对其他道路使用者; 酒店对住客; 雇主对雇员; 教师对学生; 父母对儿女; 生产商对消费者; 医生对病人; 律师对其客人。在著名的英国判例 *Donoghue v. Stevenson* [1932] UKHL 100 (又简称“啤酒瓶内蜗牛案”) 一案中, 原告与友人进入咖啡店, 友人买了一瓶啤酒给原告。原告喝啤酒的时候, 竟发现一只腐败蜗牛残骸从瓶子内倾倒出来。瓶子出厂时已封好, 直至顾客饮用前才打开。原告因此染上肠胃炎。由于那瓶啤酒不是原

告付款的, 所以她和生产商并无合约, 只能根据侵权法控告制造商疏忽, 而法庭需要审视在法律上, 生产商是否有照顾原告的责任。法院的判决是被告生产商有向原告作为最后消费者的照顾责任, 并在判词里写下了一段著名的“邻人原则”:

“你爱你的邻人成为法律。你不能伤害你的邻人。你必须采取合理的照顾, 以避免你能合理预见的伤害加诸你的邻人。然则, 谁在法律上是你的邻人? 答案似乎是那些人, 他们是如此接近及直接受你的行为所影响, 致使你在做或不做任何事情之时, 必须想起你的行为对他们的影响。”

其后在 *Caparo v. Dickman* [1990] UKHL 2 中, 法院重订了“邻人原则”, 确认谨慎责任的存在, 必须符合以下三点原则:

1. 可合理预见的伤害;

2. 原告与被告有非常邻近的关系;

3. 须公平、公正及合理地履行此责任。。

那私人银行家有没有对顾客的谨慎责任呢? 法院的判例指出, 如双方已签订合同, 他们的关系也就理所当然地被此合同约束。换句话说, 一方不可能在侵权法里需要对另一方负的责任比合同里所规范的广。侵权法并不能给予蒙受损失的顾客更多的帮助。这虽然是一个对顾客很严酷的结果, 但笔者认为, 法院的判决最终是为了尊重双方签署合同时自订条款的自由, 而此自由是商业社会的根基。

热情坚守，律师也能成“匠人”

■文 | 林雅聪

缘起：学渣的阳光小道

“女孩子做律师很辛苦，你为什么会选择做律师？”很多人都问过我这个问题。关于这个问题的答案，需要追溯到十几年前。

那年，我十二岁，在应试教育的体制下，我是个学渣，各科成绩要么特别不突出，要么特别突出地差，以至于我对自己都有种破罐子破摔的放逐态度。直到某次期中考，我的政治成绩突然挤上了榜首，而考试的内容正是法律。那一刻，我发现，原来我能够把一门功课学好。

当时年少的我就想，如果我学习法律，将来做什么呢？那时鲜少玩电脑、打字还是靠着一指禅走遍天下的我在网络上查了许久，最终，我看到了我的未来——我要当一名律师。也正因如此，我慢慢的走出了学渣的低谷，走出了属于我自己的阳光小道。

遥想当年，若非学渣，我不会因为那一次“登顶”心驰神往而找到人生的方向。

回到这个问题——为什么一个女孩要选择做律师这份工作？

因为，我有幸在很久以前就找到了自己的梦想，而梦想与性别无关。

当然，我之所以在那之后的十多年中对于律师这个梦想坚定不移，在一定程度上也是受了港剧的影响，虽然现实与剧情总是相差十万八千里。

历练：菜鸟的十万个为什么

三年前，当我手捧实习律师证时，内心是激动的——十一年的准备，我终于敲开律师行业的大门。激动过后，有着彷徨和不安——学生生涯已经结束，我面对的是一个无法玩笑、没有硝烟的战场。我实实在在地感受到了那句话——人生没有彩排，每天都是现场直播。因为，但凡我们失之毫厘，当事人的境遇就很有可能差之千里。

初时，每接到咨询电话，内心都是惶恐不安，回答问题战战兢兢，尤其涉及到公房、动迁等完全没有接触过的问题，更是一个头两个大。

初时，每拿到一个案子，都恨不得把所有的法条再过一遍，却始终未果。

初时，查阅判例，只看是否有相同或相似情形，胜负率如何，却始终不知其所以然。

初时，我始终沉浸在沮丧中。

我想，我需要学会思考，以求改变。

于是，每每研读判决书时，我学会思考，为什么法院裁判如斯？其事实与法律依据分别是什么？为什么法律会做此规定，其背后的立法精神又是什么？胜诉方胜在什么地方？双方分别提交了什么证据？证据最后被认可的原因何在？若作为该案的代理人，是否有更恰当的突破点？若作为风险防控一方，又应当在什么时间做出什么样的行为以规避风险，实现目的……



这样的思考虽然让阅读速度从急速冷冻成龟速，然而成效无疑是显著的。研究判决书所形成的思考习惯逐渐对办案产生了积极的影响。

记得，当时有个案子，因有一当事人是无民事行为能力人，需要居委会指定监护人，而我们数次同居委会沟通，均无功而返。为此，我反复思考，监护人是否必须由居委会指定？为什么居委会不愿意指定监护人？是无法可依吗？还是因为案件当事人让居委会头疼？在查到居委会指定监护人的法律依据时，我又想既然现在必须由居委会指定，若居委会拒不指定又当如何？最终，通过同街道的沟通与普法，才使得案件得以顺利进行。

当然，这里所说的十万个为什么可不是不停的制造问题，而是通过“为什么”将所要解决的复杂问题一步步细化，并分步加以解决。

成长：冰球手的同理心感悟

加拿大著名冰球运动员韦恩·格雷茨基有句名言：“一个好的冰球手，冰球在哪里他就在哪里；一个伟大的冰球手，冰球要到哪里他就在那里”，对于律师而言，要预测“球”会到哪儿，了解各方是怎么“发球”的，至关重要。

一个案件，不同主体的诉求是不同的，没错，不是当事人，是主体，包括法官、原告、被告、代理人等一切与案件相关的人。法官寻求的是案件的客观真实，原、被告各有其诉求，作为代理律师，则是希望通过法律来寻求当事人利益的最大化。

那么，如果我站在其他主体的立场上，会有不同的收获吗？答案很显然是肯定的。当站在法官的角度审视案件时——这依赖于前文所述对于判例的解读，因为跳出了为当事人服务的思维定式，更容易发现证据链和事实的不足，在案件陷入僵局甚至死局时更容易找到突破口。站在当事人的立场，更能够理解当事人的需求，以提供准确的服务；在同当事人沟通案件时，如果能够将当事人带入不同的立场，对于客观的分析案情则能事半功倍。站在对方及对方代理律师的角度，能知道该如何应对己方提出的证据，又可能摆出什么样的事实和依据。这个过程简直就像是自编自导自演了一出好戏，妙不可言。



林雅聪 律师
上海喜睦律师事务所 律师
业务方向：家事法 公司法

坚守：只做一件事的匠人

曾经，我认为，工作就是工作，玩乐就是玩乐，两者是对立不统一的，甚至于幼稚得非得在工作 and 玩乐当中划出一条“三八线”；而如今，换一个角度，工作成为自我的一种延伸，二者的界限逐渐模糊。

这两年流行起一个词：匠人——一辈子做一件事，并把这件事做到极致、力求完美。对于匠人，无论他们生活如何，我都由衷钦佩，因为他们始终热爱并坚守他们的工作。其实，一定程度上，律师也可以成为一名匠人——对于工作热情并坚守，让每一个工作都变得精致，为自己的优秀作品而自豪骄傲。

和许多年轻律师一样，我尚在寻找到属于自己的专业化方向之路上摸索。但我热爱我的工作，现阶段的目标就是“受人之托，忠人之事”，让工作更细致，坚持在每天的工作中学习与进步。

巧合的是，我的执业证是在“5.20”这一天领到手的，当时还跟同事开玩笑说“工作才是我的真爱”，现在想想，说不定还真是这样！

静心品修身之道 好字写精彩人生

——黄浦女律联首届书法班开班随感

■文 | 陶丽萍

应黄浦区女律联会长金缨邀请，受市女律联会长邹甫文委托，我很荣幸地参加了黄浦区女律联首届书法班的开班仪式，体会了一番女律师们的书法情怀，感触良多。



陶丽萍

上海市女律联副秘书长
上海市律协办公室主任

快与慢的平衡之道

市女律联不定期进行女律师执业与生活状况调查，其中有一项指数始终居高不下，那就是情绪焦虑分值。女律师们普遍感到工作压力大、节奏快，焦虑情绪比较突出。而一味地忙碌并没有让大家生活得更好，有时反而让一切更糟。

其实，如果能每天坚持静下心来做一件小事，在这个过程中，感受生活与工作忙碌之外的平静，书法就恰恰是有这种“静以修身，俭以养德”独特魅力的“小事”。

练习书法必须全神贯注、持之以恒，还必须善于观察。在书法班的第一堂课上，老师并没有直接教大家笔画，而是让大家全身心地融入运笔写圈、提笔按点……看似和写字毫无关联，其实是着力锻炼手的控制和感觉，培养的是耐心和兴趣。

这些正好能帮助女律师们有意识地慢下来、静下来、凝心思考，去浮躁、化戾气、平衡心态，让大家从中找到合理的支点，在工作和生活中更加有获得感和幸福感。

深度的思考有时远比勤奋更为重要。

传统与创新融和的独特底蕴

黄浦区是一个非常有底蕴的地方，上海律师公会，百年积淀，发源于此。而书法是中华优秀传统文化的瑰宝之一，黄浦区女律联独具匠心

地以书法培训班为切入点，进一步创新了女律联活

动的形式，这种功夫在诗外的素质培养，传统

与创新融合的联情联谊方式，引发了女律

师们的共鸣。书法是讲究气韵的，这与

秀外慧中的女律师们相得益彰。

作为一名女律师，即使有很高的学历，精通电脑技能，但如果不能得心应手地写好自己民族的文字，那也是一种文化缺失。书法不仅是写字本身，还关联其他中国文化——古文、诗词、历史、人物……字写好了，文化修养也慢慢加深了。

在纷繁复杂的世界里，让我们素简前行，不慌不忙地努力一场。练就一手好字，书写精彩人生！

冈比亚行记

■文 | 顾剑栋



少时家贫，然心怀梦想，望有一日周游世界。可地球这么大，国家这么多，懵懂少年于是暗暗定下目标：至少游历百国。以当时的经济条件而言，似乎可望不可及。怕别人笑话，这样的期望只能深埋心底。直到1999年走上律师执业之路，经济渐渐宽裕，又趁自由职业之便，终于可以间或踏上圆梦之旅。自2002年走出国门至今，我已到过53国，虽距实现梦想尚有不小差距，但事实最终也证明勤奋努力定将有所回报。多年游历中更以2014年5月的冈比亚之行尤令人难忘。

冈比亚共和国位于非洲西部大西洋沿岸地区，它西邻大西洋，北、东、南三面被塞内加尔紧紧包围，国土面积才1万多平方公里，是非洲大陆最小的国家。我很小就对美国黑人作家亚历克斯·哈利的历史记传性家史小说《根》爱不释手，《根》的起点就是冈比亚，但2014年该国与我国没有恢复外交关系（注：2016年3月17日中国刚与冈比亚恢复大使级外交关系），致成行过程颇曲折，最后特地绕道英国取得冈比亚的签证才得以从英国乘机飞抵冈比亚。

当飞机从非洲大陆北部天空缓缓划过，看着舷窗外茫茫的大陆，从灰白色到黄色，是从戈壁过渡到撒哈拉大沙漠的独特色彩。冈比亚渐行渐近，想到成行的不易，我的心也随之激动起来。

此行我首先参观了冈比亚唯一一处位于冈比亚河沿岸的世界遗产詹姆斯岛。冈比亚因冈比亚河得名，它贯穿其境，该河沿岸就是大西洋黑奴贸易的起点，从十六世纪开始，从这里有一千万黑人被囚禁在船里贩卖到美洲成为黑奴。1618年英国人在冈比亚河口詹姆斯岛建立了殖民据点。17世纪末法国殖民者也到了冈比亚河北岸。抚摸着已经锈迹斑斑的大炮，回想非洲人民这段用血泪写就的历史，再联系当今世界各国非裔的生存现状以及非洲经济发展，令人不禁思绪万千。如今的资本主义强国，当初大都采取赤裸裸的暴力手段，如武装占领、海外移民、海盗式的掠夺、欺诈性的贸易、血腥的奴隶买卖等实现了资本的原始积累。时至今日，这些国家仍旧一方面允许和承认殖民地、半殖民地独立，另一方面通过培养或扶植代理人，从经济、军事等与国运息息相关的途径对非洲国家实行控制。这在一定程度上加剧了非洲国家的贫穷落后。

这种贫穷落后体现在冈比亚生活的各个方面。冈比亚本身资源贫乏，人口密度大，经济较落后，主要以旅游业为主，其次为转口贸易和农业，仅有少量的工业零星分布。



顾剑栋

上海剑栋律师事务所主任，杨浦区律师事务所联盟党支部书记，杨浦区律师工作委员会委员。曾获上海两新组织市优秀党员，杨浦区（青年）优秀律师等称号。业务方向为民商事等。

随着周围国家的关税不断降低,冈比亚本国关税不断提高,已失去了低税港的优势,货物转运量严重萎缩,首都班珠尔市场日益萧条。农业主要以种植水稻玉米为主。但本国居民较为懒散,土地利用率很低,大片土地空闲荒芜,有限的耕地也仅在雨季种植,粮食不能自给自足,主要依靠进口。

虽然经济落后,但冈比亚全国设有 270 个扫盲中心。小学实行免费教育。2002-2005 年教育经费就已占 GDP 的 2%, 占全部财政支出的 8.9%。

在该国最兴奋的事是我向当地一所伊斯兰小学(冈比亚信奉伊斯兰教)捐赠了图书、学习用品等实物,该校学生大都是孤儿。校长亲自接待了我,并陪我参观教室,和孩子们一起为我唱起英文字母歌,以示感谢。看着孩子们一双双黑白分明的大眼睛,听着他们虽然发音不那么标准却真诚的歌声,让我觉得地球是圆的,生活在地球上的我们心是连通的。他们中间也许亦有很多人怀揣看似无法完成的梦想,比如环游世界,比如助人为乐。我知道,只要通过坚持不懈的努力拼搏,有些看似不可能的梦想注定会实现。

因为, 20 多年后, 那个懵懂少年, 终究来到看到冈比亚——人类最远古家乡非洲黝黯世界一隅。





上海国际经济贸易仲裁委员会

Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission

上海国际仲裁中心

Shanghai International Arbitration Center

上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）设立于1988年，以独立、公正、专业、高效的仲裁服务为当事人解决商事争议。

上海国际仲裁中心受理案件除传统商事争议外，还涉及私募股权、互联网金融、融资租赁、航空服务、文化体育、能源与环境权益等新型案件。案件当事人遍及全国各地及世界上72个国家和地区，仲裁裁决依据《纽约公约》已在40余个国家和地区得到承认和执行。上海国际仲裁中心《仲裁员名册》共有仲裁员858名，分别来自61个国家和地区，其中中国内地仲裁员534名，占62.24%；外籍及港澳台地区仲裁员324名，占37.76%。

近年来，上海国际仲裁中心分别设立了中国（上海）自由贸易试验区仲裁院，上海国际航空仲裁院，金砖国家争议解决上海中心，中非联合仲裁上海中心及产权交易仲裁中心，为当事人提供更具针对性的专业调解、仲裁等争议解决服务。

上海国际仲裁中心始终坚持国际化和专业化的发展战略，服务中国（上海）自由贸易试验区及“一带一路”国家战略，助力上海国际经济、金融、贸易、航运中心及科创中心的建设。

示范仲裁条款

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

www.shiac.org

地址：中国上海市金陵西路28号金陵大厦7-8层（200021）

电话：86-21-63875588

传真：86-21-63877070

邮箱：info@shiac.org



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）22313917

邮政编码：200041

网址：www.accsh.org

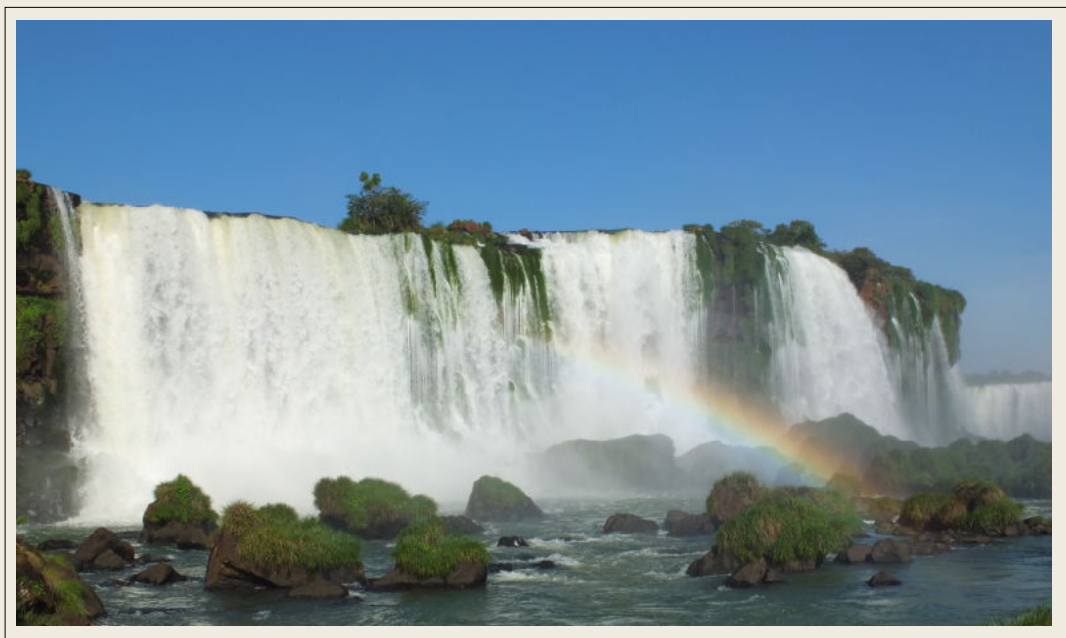
Address: 23/F No. 755 Weihai Road Shanghai P.R.C.

Tel: 86 21 52920022

Fax: 86 21 22313917

Zipcode: 200041

Website: www.accsh.org



挂雪（章煦春律师）