

SHENZHEN LAWYERS



深圳律师

非常视线 专业见解

民事诉讼法修改特别关注

律师应对IPO“违法行为”审查策略

律师，不仅要慢慢来



中华人民共和国

法人
FARIN MAGAZINE

民事诉讼法

NO.

37

2011年12月

深圳律师协会主办
法人杂志社协办

周永康在与全国律师协会新一届理事会成员座谈时强调：

坚定正确政治方向 自觉承担社会责任 不断提高执业素质 始终恪守职业道德

新华社北京12月25日电 中共中央政治局常委、中央政法委书记周永康25日上午在北京人民大会堂同新当选的中华全国律师协会第八届理事会成员座谈。他强调，律师协会要团结带领广大律师坚定正确政治方向，自觉承担社会责任，不断提高执业素质，始终恪守职业道德，为加快建设社会主义法治国家发挥更大作用。

会上，司法部副部长赵大程和新当选的全国律协会长王卫华、常务理事程伦、理事修保先后作了发言。

周永康说，律师是我国社会主义法治建设的一支重要力量。近年来，我国律师制度不断完善，律师队伍日益壮大，发挥的作用日益广泛，律师工作取得了显著成就。广大律师自觉坚持律师是中国特色社会主义法律工作者的定位，依法规范执业，代理了大量诉讼案件，办理了大量非诉讼法律事务和法律援助案件，为维护当事人合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平正义，促进社会和谐稳定，服务经济社会发展作出了积极贡献。

周永康对广大律师提出四点希望。一要坚定正确的政治方向，在发展中国特色社会主义事业中发挥更大作用。始终坚持党的领导，坚持走中国特色社会主义道路，坚持用中国特色社会主义理论体系武装头脑，牢固树立社会主义法治理念，把个人的价值追求与党和人民的事业紧密联系在一起，把个人的前途命运与国家民族的前途命运紧密联系在一起，坚定不移地做中国特色社会主义法律工作者。二要自觉承担社会责任，在维护社会公平正义中发挥更大作用。坚持以人为本、执业为民，带着对群众的深厚感情做好法律服务工作，切实维护当事人合法权益，认真履行法律援助义务，积极开展公益法律服务活动，让困难群众享受到社会公平正义的阳光，感受到社会主义法制的温暖。三要不断提高执业素质，在服务经济社会发展中发挥更大作用。积极适应形势的发展变化，加强学习培训和知识更新，努力精通国际法律和外语，不断丰富国际诉讼经验，更好满足日益增长的多层次、宽领域法律服务需求。结合加强和创新社会管理，发挥法律专长，积极参与化解社会矛盾、构建和谐社会、开展普法宣传教育、维护群众合法权益等工作，促进依法决策、依法行政和公正司法。四要始终恪守职业道德，在推动形成良好社会风尚中发挥更大作用。深入贯彻落实党的十七届六中全会精神，加强律师核心价值观和职业道德建设，在执业活动中正确处理与国家工作人员和当事人的关系，严格遵守律师法规和执业纪律，以良好形象赢得当事人的信任和全社会的尊重，同时发挥好法律服务对社会诚信和公共道德的保护引导作用。

周永康指出，律协协会是律师的自律性组织，是党和政府联系广大律师的桥梁和纽带。全国律协要发挥好桥梁纽带和新修订的律协章程，认真履行职责，加强律师行业党的建设，把握政治方向，规范律师执业行为，维护律师执业权利，加强律师执业监督，积极为广大律师提供良好服务，促进律师事业健康发展，努力开创律师工作新局面。希望全国律协新一届理事会加强自身建设，提高行业管理水平，团结带领广大律师锐意进取、开拓创新，努力建设一支政治过硬、业务过硬、作风过硬、人民认可的律师队伍。

周永康强调，各级党委、政府要加强对律师工作的领导，及时研究解决律师工作改革发展中的困难和问题，为律师事业健康发展提供有力保障。司法机关要充分尊重和保护律师执业权利，依法为律师阅卷、会见、调查取证、出庭等提供便利，为律师发挥职能作用创造良好执业环境。司法行政机关要健全工作机制，落实扶持政策，加强律师队伍建设，推动律师事业科学发展。

座谈会开始前，周永康亲切会见了出席第八次全国律师代表大会的全体代表，对会议取得圆满成功表示热烈祝贺，向全国20多万律师表示亲切问候。

最高人民法院院长王胜俊、最高人民检察院检察长曹建明、全国政协副主席李金华参加座谈和会见。

（来源：中国政府网）



新春致辞

文 深圳市第七届律师协会理事会

喜爆送玉兔，吉桃迎金龙。值此2012年新春来临之际，深圳市律师协会第七届理事会全体理事向全市律师朋友致以亲切的问候和美好的祝福！向时刻关注、鼎力支持深圳市律师事业发展的各级领导、社会各界人士致以真诚的谢意和崇高的敬意！

2011年，是深圳市律师事业承前启后、科学发展的一年，也是求真务实、成就精彩的一年。这一年，在市司法局的正确领导下，经过全市律师的辛勤工作，深圳市律师事业取得了新的成绩。“十二五”发展规划纲要精炼出炉，谋划全局，开篇良好；“三难”问题逐步走上破解之路，律师执业环境得到良好改善；区管律师工作全面展开，新型行业自律管理模式初见端倪；“十年千人”人才培养工程顺利实施；大运律师志愿服务团、深圳市妇联律师志愿团应运而生、积极工作，帮贫助残、捐资助学等公益活动扎实开展，深圳律师的社会形象大幅提升；调研工作广泛深入，《深圳律师专业实务系列丛书》等一批科研成果填补了空白；宣传工作有声有色，遍地开花，深圳律师在央视、深视法治节目中频繁亮相……这一年，深圳律师为全市经济社会发展做出了积极贡献，为深圳律师事业的发展树立了崭新的里程碑。

2012年，深圳律师面临新的机遇和挑战，充满新的希望与期待。我们将以中办30号文件为指导，深入贯彻落实周永康书记在全国律师协会新一届理事会成员座谈会上的讲话精神，乘着第八届全国律师代表大会的东风，坚持“办实事、求实效、重服务、谋发展”的工作理念，创新思维，敢于争先，勤奋工作，努力拼搏，继续实施“十二五”发展纲要，推动深圳律师事业全面发展。着力开展民生工程，扶持青年律师发展，谋划落实律师行业年金制度；着力强化维权工作，倾心破解老“三难”，保护律师执业安全，优化律师服务环境；着力加强律师队伍建设，全面提高律师综合素质，推动律师事务所规范化建设；着力创新行业自律管理模式，完善民主议事机制，深化区管律师工作；着力拓宽律师服务领域，广泛开展协调与交流，推动“公设辩护人”等制度的设立，开拓惠及全行业的业务发展空间。

回眸2011年，深圳律师奏响了奋勇争先、开拓创新、意气风发的豪迈乐章；迈进2012年，我们满怀豪情、信心百倍、干劲十足。让我们携手共进、风雨同舟，共同谱写深圳律师事业新华章！

最后，衷心祝愿大家在龙年里虎啸龙吟、龙马精神，恭祝大家万事如意、身体健康、阖家吉祥！



法人

主办：深圳市律师协会
协办：法人杂志

粤内登字B11277号



本刊随《法人》杂志赠阅发行

编委会 主任	余俊福
编委会 成员	于秀峰 王丽娜 梁建东 蔺晓青 李智强 张 斌
主编	于秀峰
副主编	李智强 王 红
栏目编辑	周争锋 俞 飞 陈 伟 杨新发 舒 笑 兰 天
编辑/记者	陈 夏 谭古丽
美编	刘晓莹 赵 佳
电话	0755-83025939
传真	0755-83025177
地址	深圳市深南大道4001号 时代金融中心20楼
邮政编码	518034
电子信箱	lxnews@szlawyers.com

视线 VIEW

P4



- ⊙ 钱是越来越不敢借了
- ⊙ 广东规定裸官不得任正职
- ⊙ 达芬奇案中案的背后
- ⊙ “呼吁医生涨工资”为何刺耳

热点 HOTSPOT



P6 民事诉讼法修改难尽人意

P7 民事诉讼法“执行措施”修改浅议

P9 民事诉讼法修改之浅见

P12 民事诉讼法的修改
与保障律师执业权益

P14 民事诉讼法修改与环境律师权益

P15 民事诉讼法修改建议

P16 民诉法修改对改善律师执业环境的影响

论道 DISCOVERY

P17 恶死不若爱生，立法不如释法(下)
——《医疗机构管理条例》第三十三条的法律解释

P20 有限责任公司股权激励
方案的设计与思考

P23 我国律师职业转换之若干思考



实务 PRACTICE

P26 保护自己讨价还价的能力
——如何利用知识产权的制衡策略

P29 简述《深圳市物业专项维修资金管理规定》

拍案 CASE AND EXAMPLES

P31 技术创新OR侵权帮凶?
——浅析全国首例P2P视频播放器开发者
侵犯著作权纠纷案

P35 律师应对IPO“违法行为”审查策略
——以创业板IPO成功案例作为借鉴

P39 同居期间购置房产应明确产权份额

生活 LIFE

P40 律师，不仅要慢慢来

P41 纪念我的外公



P44 到丽江发呆去

资讯 INFORMATION

钱是越来越不敢借了

最高人民法院12月6日发布了《关于依法妥善审理民间借贷纠纷案件 促进经济发展维护社会稳定的通知》，要求各级人民法院积极践行能动司法理念，充分发挥审判职能作用，妥善化解民间借贷纠纷，促进经济发展，维护社会稳定。该通知第七条规定人民法院在审理民间借贷纠纷案件过程中，要依法全面、客观地审核双方当事人提交的全部证据，从各证据与案件事实的关联程度、各证据之间的联系等方面进行综合审查判断。对形式有瑕疵的“欠条”或者“收条”，要结合其他证据认定是否存在借贷关系；对现金交付的借贷，可根据交付凭证、支付能力、交易习惯、借贷金额的大小、当事人间关系以及当事人陈述的交易细节经过等因素综合判断。发现有虚假诉讼嫌疑的，要及时依职权或者提请有关部门调查取证，查明事实真相。经查证确属虚假诉讼的，驳回其诉讼请求，并对其妨害民事诉讼的行为依法予以制裁；对于以骗取财物、逃废债务为目的实施虚假诉讼，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

(人民法院报)

随着我国宏观政策持续紧缩，中小企业业主贷款难的问题日益突出，民间借贷已经由“地下”走到“地上”。随着民间资本越来越大，民间借贷风险逐步显现，此类纠纷大量进入法院审理，而目前我国尚未对此类纠纷有专门的法律规范。在此背景下最高院出台该通知。

应该说在此时出台该通知让各地的法院在审理民间借贷纠纷中有统一的尺度十分有必要。为了打击虚假诉讼，禁止出借人将利息预先在本金中扣除，禁止双方约定利率超过四倍，该通知在举证规则上做出的修改，无形中加大了借贷方的举证责任，特别是熟人之间，亲属之间现金关系的借贷。按照最高院的通知，原来就凭一张借条就能认定借贷关系，现在要凭交付凭证、支付能力、交易习惯、借贷金额的大小、当事人间关系以及当事人陈述的交易细节经过等因素综合判断。如此规定，误伤了不少真实存在现金借贷的借贷人的权益，估计以后借钱都要先小人后君子，钱是越来越难借了。

(广东信荣律师事务所 周争锋律师)

广东规定裸官不得任正职

2009年11月25日，深圳市出台《关于加强党政正职监督的暂行规定》和《党政领导干部问责暂行规定》，规范对各级领导干部用权、用钱、用人的监督为重点，最大限度地减少以权谋私、权钱交易的制度漏洞，在推进反腐倡廉建设方面再开多项国内先河。在2012年1月5日的广东省委十届十一次全会上，与会代表全票通过了《中共广东省委关于加强市县领导班子建设若干问题的决定》，当中明文指出，“裸官”不能担任党政正职和重要敏感岗位的领导职务。这是继2009年深圳率先为“裸官”设限之后，广东再进一步扩大范围推行这项举措，以此加大制度反腐的动作。

(综合媒体报道)

所谓“裸官”，是指配偶、子女均已移居国(境)外的官员。官员本应与自己所在国家的人民同享乐共患难，这应当是任何政治体制下对官员的基本要求，而奉行共产主义理想的官员道德标准应该更高，爱国情操也要更高，“裸官”显然背离了这一基本要求。况且，几乎所有的“裸官”都没有把配偶、子女送往热爱的朝鲜、非洲这类第三世界国家，而是送往被他们称为敌对势力的欧美资本主义国家。很难想象，仅凭官员正常的收入能供养一家人在国外的生活？由此看来，“裸官”的背后，几乎都意味着腐败。

“裸官”现象在中国并非一个新问题。在世界政治舞台上，无论是民主国家还是专制国家，其实都无法容忍所谓的“裸官”现象。试想想，在一个国家掌权做官，靠这个国家的纳税人供养，理当爱这个国家，爱这个国家的人民。如果把妻儿老小都送往异国他乡，享受另一种生活，这样的“裸官”在任何国家其实都做不下去，没想到中国是个例外。为什么会允许“裸官”现象长期存在？中国究竟还有多少幸福的“裸官”？这或许是一个值得全社会深思也值得官方检讨的问题。

(人民网 蔡慎坤)

达芬奇案中案的背后

被央视《每周质量报告》曝光的达芬奇家居公司，试图用潜规则“封住媒体之口”，并为此付出1000多万元的“公关费”。在发现希望落空之后，一怒之下，将此前秘密录下的与掮客和记者谈判的内容公之于众，使得那些长期运行于公众视线外的媒体与资本的龌龊行径浮出水面，相关人士面临被刑事指控的危险。

(法治周末)

只要是权力，都有可能腐败。媒体拥有强大的话语权，也不例外。中国企业的成本中有相当一块比例是“交易成本”，包括公关费、交际费乃至贿赂费等，数量之大，甚至超过生产成本。中国企业所承受的这些非生产性负担，大大高于法治成熟国家的企业。在“上层建筑”中，除政治权力外，因为它不仅影响民间舆论，引导消费者，也影响政府执法。由于不少企业都存在违法行为，为媒体“选择性监督”环境，曝光还是不曝光，曝光后抹平还是不抹平，产生巨大的寻租空间。对象又是企业，肥硕待宰，权力极其容易计价变现，媒体人很难抵挡诱惑。面对公关危机，不同的企业有不同的应对。有的企业走高官路线，从权力上层突破；有的企业直接与记者和媒体接触。当然，区别不大，区别只在于钱送给谁，给高官，还是给记者。

美国著名的媒体人李普曼在《公众舆论》一书中说：新闻报道缺乏客观标准和行为准则，民众就如柏拉图的穴居野人看到的世界只是墙上的舞蹈的影子。达芬奇家居案提醒我们：我们作为读者，就是柏拉图的穴居野人，因为我们的媒体为了百万黑钱可以抛弃良知，那么，如果是其他更加强大的诱惑与压力，他们又会如何扭曲事实呢？

(中国政法大学教授 王涌)



“呼吁医生涨工资”为何刺耳

“医务人员的工资本来就应该比别人高，问题是高多少。我认为应该高5-10倍，这样医生才能有尊严地活着，医改才能成功。”近期，广东省政协委员、省妇幼保健院副院长王硕这番言论在网络上引起了争议。

(东南网)

原本从市场规律的角度出发，医生应该获得何种待遇，应该由政府按照劳动力成本，比如一名医生的实际培养成本和他们的医疗资历来计算。除此以外，还应该从各种医生岗位中，医生具体实施诊疗的时间、技术难度、消耗的体力与脑力、面对的职业风险与压力等综合因素，来确定工资收入的高低。但遗憾的是，在现有的劳务标准评判体制下，国内医生的劳动价值更多体现在能够创造多少业务收入上。他们时常被当成“业务员”，拿着很低的底薪，然后主要收入由创造多少业务收入、由卖药卖器械来决定。最后，自然而然制造了经济对立的医患关系，患者多失去，医生才能多获得。这种对立还体现在以下这些方面。从医疗的本质来看，原本应该是“病人越健康，生病越少，住院次数越少，医生的收益越多”。但在医生劳务价值被错误定义的背景下，出现的却有可能是相反的怪现象，只有生病的人越多，患病越严重，医生才越受益。最后造成的结果是，医生们无比热衷于做发病诊治的工作，而不愿意做发病预防及管理的工作。在这种错位的冲动下，疾病发病率得不到有效控制，病人越来越多，医生提供的医疗服务越来越多，但医患关系却有可能朝相反的方向走。

因此，只有尽快结束这种落后的劳务补偿关系，使医生们的待遇由其实际的劳动力价值来决定，而不是由“创造了多少经济收入”及“用了多少药物器械”来决定，如此，医生的高收入不但不“与民争利”，反而可能会增加公众的福利，才有可能令医改破冰前行，打造医患双赢的社会局面。

(新华网评论 吴帅)



民事诉讼法修改难尽人意

文 广东德纳律师事务所 刘芳律师

我国的《民事诉讼法》自1982年开始试行，到1991年正式颁布实施，至今已有二十余年。在如此漫长的时间里，除了2007年以修正案形式对再审程序和执行程序做过小幅修改之外，再无变动。

本次修改被称为大修，总共修改54处，涉及证据制度、审前程序、检察监督、公益诉讼、再审、执行程序等8大方面，也有不少亮点，是我国民事法律制度的进一步发展和完善。但是，纵观全文，笔者仍然感到此次修改难尽人意。下面笔者仅就电子数据作为民事诉讼的规定加以阐述。笔者认为，将电子数据作为民事诉讼证据缺乏可操作性。

电子数据是指基于计算机应用、通信和现代管理技术等电子化技术手段形成包括文字、图形符号、数字、字母等的客观资料。其中包括电子签名、电子邮件、网上交易、聊天记录等。将电子数据作为单独证据采信，是此次《中华人民共和国民事诉讼法》修正案（草案）新增的内容之一。

在互联网快速发展的今天，此次民诉法修改将电子数据作为证据，体现了与时俱进的立法精神。但是，电子数据作为证据缺乏可操作性，由此带来的司法风险不能小视。

电子证据与普通证据最大的区别就是其网络虚拟性，网络语言存在着易删除和易修改性，因而，如何对其真伪进行核实调查，就成为其中关键。

作为诉讼证据的电子数据应保存下来，但微博私信、聊天记录的保存只能通过视屏截图、纸质打印等副本形式转换，赋予电子数据副本和原件同等的法律效力，也需要法律的突破。然而电子数据的副本更易修改，真伪鉴定更复杂，这预示着司法风险和不确定性相应增加。在网络实名制都难以普及的当下，轻易地将微博私信、QQ聊天记录作为诉讼证据，这种理论脱离实际的做法，是法制理想主义和法制浪漫主义的表现。

请看网上流传的说法：“如果你今天在QQ聊天的窗口对某位网友说：‘你借给我的2万元钱，我1个月内归还’。那么，万一起了纠纷，这句话可以作为呈堂证供”。假如真的这样，其后果是将会导致虚假诉讼的增加。因为无论QQ聊天还是电子邮件都不是实名制，一个人可以注册多个QQ号和多个邮箱，如果这个人想伪造债务，他可以用自己不同的QQ号和邮箱互相发送信息称某某欠他多少钱，那么他就

可以拿着这些所谓的电子证据向法院起诉某人，如果那样，如何判断这个债务的真伪就成了法官审判的难题。被起诉的人要想证明这个邮箱和QQ号不是他的也需要费一定的周折。为了查明真相，往往要查清这个QQ号和邮箱是从哪个IP地址里发出的或是哪个IP地址接收的，发出（或接收）的IP地址如果是私人住宅倒也好办，查明这个住宅的住户就可以了。但是如果是在办公场所的IP，问题就复杂了，要查明这个办公场所里哪个人发出的（或接收的），这个人与使用这个证据打官司的人是什么关系？如果这个电子证据是在网吧里发出的，那情况就更复杂了。而根据民事诉讼中“谁主张、谁举证”的原则，普通用户要想举证很难，要想查明这个事实，就需要动用侦查手段，运用侦查手段调查民事案件，这显然是不妥当的。这样的证据不仅会难倒当事人和律师，也同样会难倒法官。所以，在当前网络实名制还没有实行、对于虚假诉讼还没有形成惩戒机制的现行制度下，就推行用虚拟的网络数据作为诉讼证据，这是立法的根本错误。就像现行的婚姻登记条例，取消了婚姻登记需要介绍信，由当事人承诺自己是未婚并承诺与结婚的对方不属于直系血亲和三代以内旁系血亲并声明自己没患有禁止结婚的疾病就可以登记结婚，实践证明，在当今人们的诚信缺失而又没有对虚假承诺进行法律惩治的制度保障下，这样的错误立法不但导致了大量骗婚、重婚、假结婚的发生，也导致了离婚率的大幅上升，从而带来许多社会弊端，像这样脱离国情的立法教训应当记取。

而事实上也已经证明了，电子数据作为证据在实施中存在很多障碍。比如《电子签名法》虽然已经实施了近七年。但在司法实践中却很难实施。谁来给电子签名做鉴定？哪家法院有管辖权？谁来颁发电子签名？认证机构的法律责任等一系列问题，都还有待于大量配套规章和司法解释的补充完善。因此，民事诉讼法修正案把电子数据一律作为证据是不可取的。

那么电子数据在什么情况下可以作为证据呢？那就是经过公证的电子数据可以作为证据。目前通行的是网页公证。但是QQ聊天和电子邮件即使进行了公证，也无法保证它的客观真实性。因为个人的邮箱和QQ聊天记录是可以修改的。所以公证处在做电子数据公证时也比较谨慎，他们规定凡网上的资料是公开的，不用密码就能打开和浏览的便予以公证，否则不予公证。

《民事诉讼法》“执行措施”修改浅议

文 广东华协律师事务所 羿锋律师

“执行难”是现今公众反应很强烈的一个问题，造成这种情况的原因很复杂，有些是社会方面的原因，有些是有法不依的问题，但也有因为《民事诉讼法》“执行措施”规定得不完善甚至有缺陷而导致的原因。笔者根据自己代理民事执行工作的亲身体会，认为亟待对现行《民事诉讼法》“执行措施”中的条款进行修改、完善

一、将现行《民事诉讼法》第二百一十八条修改为：

“被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权向有关单位、个人查询被执行人的财产、收入情况，传唤被执行人。申请执行人申请人民法院向有关单位查询被执行财产情况的，人民法院应及时查询，接受被查询的单位必须予以配合，人民法院应及时将查询结果告知申请执行人。”

现今，当申请执行人拿着民事判决书到法院申请执行时，往往被告知要求提供被执行人的详细财产线索，例如被执行人的开户银行、银行账号、房地产详细地址、证书号、车辆牌照号等，否则法院将裁定中止执行。

银行存款、房地产、车辆、股票、股权等是现今中国公民主要财产形式，但现实生活中申请执行人往往不知道被执行人有什么财产，或者只知道一些财产的大概情况，例如被执行人可能在什么银行开设了账号、在什么区域有房地产等等，却无法知道这些财产的详细情况，例如账号、房地产的具体位置等等，而银行、房地产管理、车辆管理等单位又不允许申请执行人仅凭被执行人的名称或者姓名查询其银行账号、房地产详细情况等财产信息，申请执行人申请法院查询被执行人上述财产信息时又往往得不到准许。而法

院虽然有职权查询，但往往又不会主动去查询。之所以出现上述情况，是因为现行《民事诉讼法》“执行措施”中并没有规定法院和有关部门的法定查询义务，在此情形下法院便有理由不主动查询被执行人的财产信息，有关单位也就理直气壮地拒绝申请执行人的查询申请。许多有被执行财产并且可以执行的案件因此不能执行，申请执行人望财产兴叹，民怨沸腾，长此以往，将会大大动摇公众对通过司法解决纠纷的信心，危害深远。解决这一问题的有效方法就是修改现行《民事诉讼法》“执行措施”中的相关规定。

查询被执行人诸如银行账号、房地产、车辆等财产情况其实非常简单容易，只要法院向相关的人民银行、房地产管理部门、车辆管理部门发一个“查询函”，被执行人的财产情况马上就清楚了。通过修改相关的条款，促使法院履行相关的查询职责，申请执行人就能及时清楚被执行人的财产情况，被执行人的财产将无所遁形，这将有效地解决目前的“执行难”，也使得我国的民事诉讼法律执行程序的合理性和实用性向前迈进了一大步。

另外，现行《民事诉讼法》“执行措施”中只规定了“人民法院有权向银行、信用合作社和其他有储蓄业务的单位查询被执行人的存款情况”，没有规定向金融机构之外的例如房地产管理机关、车辆管理机关、工商

机关、证券机构等部门查询被执行人的财产，前款已阐述了法院的查询义务，因此这部分的规定应相应修改。

二、将《民事诉讼法》第二百一十九条、二百二十条合并修改为：

“被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权扣留、提取、查封、扣押、拍卖、变卖、抵债被执行人应当履行义务部分的收入或其它财产，但应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需费用。

采取前款措施，人民法院应当作出裁定，并发出协助执行通知书，相关单位、个人必须办理。”

相关司法解释对民事执行程序中的流拍财产增加规定了“抵债”这一执行措施，实践表明这是一个非常有效的措施，但现行《民事诉讼法》并无此项规定。为增加这一措施的法律效力，有必要将其增加到《民事诉讼法》中。

现行《民事诉讼法》并未规定在“查封、扣押、拍卖、变卖”时法院要“发出协助执行通知书”，也没有规定“单位、个人必须办理”，但现实中法院在“查封、扣押、拍卖、变卖”时都会向房地产、车辆管理、拍卖等单位发出“协助执行通知书”，这是一个重要的执行措施，法院目前的做法实际上是“于法无据”，为此需将此规定补上。

三、《民事诉讼法》“执行措施”章中增加一条：

“多份生效法律文书确定金钱给付内容的多个债权人分别对同一被执行人申请执行，执行的财产不足清偿全部债务的，按照担保物权、采取了财产保全措施的债权、普通债权的顺序受偿。执行的财产不足清偿财产保全措施的债权的，按照各债权比例受偿。执行的财产不足清偿普通债权的，按照执行法院采取执

行措施的先后顺序受偿。”

现今，当执行的财产不足清偿全部债务，而申请执行人中既有具有担保物权的债权人，又有采取了财产保全措施、普通债权的债权人时，法院的做法往往是不区分申请执行人的债权种类、是否在诉讼时采取了财产保全以及申请执行的先后顺序，一律按照债权的比例受偿，这种做法既违反相关法律规定也显得非常不公平。因为法律规定担保物权优先于采取了财产保全的债权和普通债权，这种优先权也应在民事执行中体现，而采取财产保全的目的就是为了保障申请执行人在执行时受偿，而且申请执行人在申请财产保全时往往交纳了保证金作为担保，付出了代价，因此采取了财产保全的债权应比普通债权优先受偿，相关的司法解释对上述做法已有一些规定，为增加这一措施的法律效力，有必要将其增加到《民事诉讼法》中。

四、《民事诉讼法》“执行措施”章中增加一条：

“鼓励举报被执行人的财产情况，对举报人进行奖励和保密，奖励金从被执行人的财产中优先支付。”

俗话说“群众的眼睛是雪亮的”。被执行人的财产隐藏得再隐蔽，也会有人知道，现今网络上流行的“人肉搜索”非常有效就是证明，但是要调动公众举报的积极性，光凭公众的自觉和兴趣是远远不够的，必须制定相应的法律规定，通过法律的规定调动起公众举报的积极性。公众举报被执行人财产的做法已有司法实践，效果也非常好，尤其是通过网络发布悬赏公告。增加鼓励举报的法律规定，还能体现出法院执行工作的公开性、广泛性，将公众对法律的社会监督职能具体化、个案化，而且当通过其他途径不能查询到被执行人财产时，举报往往就成为寻找被执行人财产线索的唯一有效途径。

民事诉讼法修改之浅见

文 广东星辰律师事务所 梁敏律师

总的看，民事诉讼法规定的基本原则是正确的，条文规定大多是可行的，对保证人民法院依法审理民事案件，保护当事人合法权益，维护社会和谐稳定，发挥了重要作用。但是，随着经济社会快速发展，民事案件数量不断增多，新的案件类型不断出现，《民事诉讼法》相当数量的规定已经完全不能适应市场经济中各利益主体的现实司法需求，有必要进一步予以完善。本文重点关注的以下各项，是作者在长期民事诉讼实践中经过深入思考、总结而成的成果，仅代表个人观点。

一、关于公（见）证机构的民事诉讼主体资格、案由、管辖问题

随着国家市场经济改革的不断深入以及对外经济交往范围的不断扩大，我国、国外政府部门、公民、法人、其他组织等民事主体，对民事主体具备的某种资格、单方进行的民事法律行为（典型的如授权委托行为）、发生的其他法律事实进行公（见）证的需求也不断增加；公（见）证书也经常成为民事法律关系建立、变更、消灭和司法机关强制执行的重要依据之一。但是，如果公证书的内容不真实或者违法，目前并没有法律救济途径可供选择。基层法院对涉及撤销（维持）公证书、确认公证书无效（有效）、以公证处为一方主体的诉讼究竟的民事诉讼还是行政诉讼看法不一。因此，有必要在民事诉讼法修改时增加有关内容。

建议：

1、增加相应案由为：公（见）证书真伪、效力纠纷。

2、管辖规定增加一条：公（见）证书真伪、效力纠纷由被告住所地、公（见）证机构所在地法院管辖；其他民事纠纷已经确定管辖法院，涉及追加公（见）证机构为诉讼当事人的，由该已经确定管辖的法院管辖。

上述建议的直接法律依据是《公证法》第六条规定了公证处承担法律责任的性质，即“公证机构是依

法设立，不以营利为目的，依法独立行使公证职能、承担民事责任的证明机构。”其次，公证处的公证行为对申请公证主体的民事权利、义务有重大影响，如果该等行为违法、造成其他民事主体损失，法律又没有规定司法救济途径或手段，这种现状在任何法制国家都是难以接受的。

二、关于调解

我国民事诉讼法规定的调解制度一直以来被认为是具有中国特色的诉讼制度，可以有效地化解纠纷并提高法院的结案率；其积极作用不可否认。但调解制度带来的消极作用同样不可忽视，这主要表现在以下几个方面：

1、目前的司法调解，经常把民事法律关系及其纠纷中复杂的权利、义务和责任的界定，简单归结为争议主体之间相互给付金额的确定。容易造成是非不分，当事人容易反悔。显然，以提高调解成功率来提高法院结案率，一定会架空现行《民事诉讼法》第二条规定的“……保护当事人行使诉讼权利，保证人民法院查明事实，分清是非，正确适用法律，及时审理民事案件，确认民事权利义务关系，制裁民事违法行为，保护当事人的合法权益，教育公民自觉遵守法律，维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业顺利进行”的立法目的，使之永远无法达成。

2、民事调解程序的简单运用，使得法院处理民事纠纷的专业性水准逐步降低，最终使法院判决的权威性逐步丧失。

3、调解往往使无理但闹的欢、在诉讼中明显处于劣势但“成功运作”诉讼的一方当事人获得最大的得益；经常给社会造成一种印象，就是不管是否有理，谁会闹，谁后台硬，谁的诉求就会得到支持；长此以往将会导致社会公众普遍蔑视本应正常运行的法律规则，只将法律程序作为“运作”获益的手段，最终导致法律普遍地不被社会遵守。

综上，进一步完善调解制度，势在必行。因此，建议将原法定必经的调解原则，修改成可选择进行的

原则；将第八章做相应修改。即：

将第九条修改为“人民法院审理民事案件，可以根据自愿和合法的原则进行调解；调解不成的，应当及时判决。”

增加“开庭审理后进行调解的，人民法院应当将审理中归纳的争议焦点、已经查明的案件事实、认定事实应当依据的法律法规、解决争议所依据的法律法规书面向当事人释明。”作为第八十五条第二款。

将原八十六条修改为“人民法院进行的调解，可以在合议庭主持下当庭调解，也可根据当事人协议，决定将调解交由依法设立的其他调解机构进行调解。”

删除原第八十七条；

增加“调解应当制作调解笔录。调解笔录应当如实记录；调解过程中当事人曾经达成共识的事实主张，新权利主张，权利放弃；当事人、利害关系人各方就争议的民事法律关系中权利、义务新的配置方案达成的共识等内容。”为八十七条。

将原八十八条修改为“调解协议应当包括：参加调解的各方当事人自然信息、案件争议焦点，案件所属民事法律关系的性质、案件基本事实、法定权利义务分配、达成调解协议时各方调解参加人的权利义务再分配方案等内容。（第一款）

调解协议的内容，不得违反法律规定。（第二款）”。

将原八十九条第一款修改为“调解达成协议，人民法院应当制作调解书。调解书应当直接对调解协议作出确认或写明诉讼请求、案件的事实和调解结果。”

三、关于被告应当进行书面答辩的问题

现行民诉法第一百一十三条第二款规定“被告提出答辩状的，人民法院应当在收到之日起五日内将答辩状副本发送原告。被告不提出答辩状的，不影响人民法院审理。”关于被告不进行书面答辩对法院审理案件有没有影响的问题，笔者认为：

民事诉讼当事人之间地位平等，这就决定了在诉讼中双方的权利、义务应当对等；原告起诉时完全表明了对纠纷的看法、态度和期望得到的处理结果（诉讼请求）并提交了所掌握的证据；如果法律不强制性要求被告进行书面答辩并提交支持其答辩的证据，则违反双方在诉讼中权利、义务应当对等的原则，从而造成争议双方法律地位实际上不平等。

被告不提交书面答辩状以及支持其答辩的证据，

不能使司法机关迅速查明争议焦点，明确双方诉讼理由，正确审查双方之间的法律关系；对诉讼正当、公平的进程有明显的负面效果。

综上，修改建议如下：

将一百一十三条修改为“人民法院应当在立案之日起五日内将起诉状副本发送被告，被告在收到之日起十五日内提出答辩状或反诉状。”（第一款）；“被告提出答辩状或反诉状的，应当在本法规定的期限内对其答辩或反诉主张提出证据；人民法院应当在收到之日起五日内将答辩状、反诉状、答辩人、反诉人提交的证据材料副本发送原告。（第二款）。“被告不提出答辩状、反诉状以及证据材料的，视为被告承认原告的诉讼请求和理由、放弃反诉、对答辩、反诉理由中的主张没有提供证据证明。”（增加的第三款）。

四、关于当事人处分自己诉讼权利的制度保障

现行民事诉讼法第十三条规定了当事人有权在法律规定的范围内对诉讼权利、民事权利进行处分，但缺乏相应制度予以保障。笔者认为：当事人处分诉讼权利集中体现在起诉权、撤诉权、起诉后变更权等的制度保障上。原告起诉时可能因认识不当造成对法律关系、诉讼请求以及理由等不当设置，应当允许并保障原告在认清并确定后对原起诉进行变更。原告对原起诉的各项进行调整后，符合民诉法起诉条件的，法院应当予以受理，法院认为不应受理的，应当裁定驳回，原告有权就该裁定提出上诉。

修改建议：

现行《民事诉讼法》第十三条增加第二款“原告起诉受理后，有权对原起诉中的被告、诉讼请求、事实与理由进行变更，变更后符合本法规定的受理条件的，应当受理；变更后不符合本法规定的起诉条件的，裁定驳回；原告可依照本法的规定对裁定提出上诉。”

五、关于回避制度

应当建立无因回避制度，所谓无因回避，是指法律赋予当事人不附加任何理由的回避申请权，对于这种回避申请法院在必要的限度范围之内应当无条件同意。无因回避制度在很多国家实行，我国应借鉴这一机制，允许任何一方当事人在一个诉讼审级当中行使一次无因回避申请权。建立无因回避制度的理由是：诉讼中经常遇到法官有偏袒一方当事人的言行，另一

方当事人就法定有因回避情形举证很困难，为确保民事案件都能得到公平的审理，需要给予感觉自己受到不平等对待的一方当事人有限次的无因申请回避权。有人建议每一诉讼给予各方各三次无因申请回避的机会，笔者认为这可能会使诉讼效率降低，不利于民事纠纷及时得到解决，因此建议给予各方当事人一次无因回避申请权较为适宜。

六、关于审判制度

笔者认为三级终审制的民事审判制度较为合理。现在的司法实践降低了当事人申请再审的门槛，二审终审制度下的终审败诉方提起再审很容易，再审提升一级审理由于种种原因没能普遍实行，事实上形成了二审级的三（次）审制度，由终审法院审查自己先前作出的生效判决，无论改判与否都违背法理。

七、其它建议

1、民事案件的终局判决应当全权交由合议庭作出，审判委员会作为容易被权势操控的非直接审理案件的机构，不亲自参加个案审理，却可以对个案进行最终裁判，不符合国际惯例。实践中常见审委会改变本院生效判决根本不讲理由，以集体决定的方式否定法定裁判组织——合议庭的决定，这明显违反法治原则。因此，民事诉讼法的修改，特别是审判监督程序的修改，应该与其他法律的修改（例如刑事诉讼法、人民法院组织法、法官法等）相配套、衔接，即：应当对人民法院组织法也做相应修改，民事判决无论处于何种审级，都不能交由审委会讨论并最终作出；否则，怎么修改也难以完美。

2、关于合议庭的“合议笔录”是否属于国家机密的问题，笔者认为：民事案卷记载平等主体之间的纠纷处理过程的材料，应该包括“合议笔录”；作为记载民事个案处理意见的“合议笔录”，是法官对案件各个方面的真实认识、意见的记录，代表了法院对于法律条文的有权解释，不仅不是国家机密，反而是当事人通过个案进一步了解实然法律，评判自己先前行为的是非对错的生动教材；是法官展现司法专业水平有效载体；更是建立公平司法、阳光司法、实现司法文明、社会进步的“推进剂”。因此，建议修改民事诉讼法的同时应当对相关法律、法规、司法解释、司法文件同步进行梳理、修改，使之相互衔接、配套，以使社会主义法制体系更加完善。此外，长期困扰社会公众的潜

规则还包括，民事案件的案卷竟然分为“内卷”和“外卷”，其中“内卷”中还可能还有“内内卷”。案件当事人经申请只允许查阅、复制外卷。这显然是给权力干预司法预留的制度安排；事实上，进入内卷的材料除了众所周知的“指令再审函”外还包括“领导批示”、其他非合议庭成员的权势人士给法院领导的企图干预合议庭决定的信函等，这都与现代法治文明、司法公开、阳光司法的要求格格不入，应该改变。建议：民事诉讼法的本次修改，应当将民事案件的卷宗形成（入卷材料种类）、装订、转递、保管、查阅、复制等专章作出规定，其中，应当将“个案案卷只能设立一个，全部案卷经当事人（包括其代理人）申请允许查阅、复制”作为基本原则。

3、关于民事判决书

现行民事诉讼法规定的判决书的内容阐明法律、说明道理等方面过于简单。建议将现行民事诉讼法第一百三十八条第一款修改成如下：

“判决书应当写明

（一）案由、诉讼请求、争议的事实和理由；

（二）判决确定的案由、争议的实质法律关系；

（三）当事人各自主张的事实、各自提交的证据及其证明目的，判决采信的证据和采信理由及法律依据、不予采信的证据和理由及法律依据；

（四）诉讼代理人代理意见的要点，判决采纳或不予采纳诉讼代理人意见的情况和理由；

（五）判决认定的事实、理由和适用的法律依据；

（六）判决结果和诉讼费用的负担；

（七）本判决是否终审判决、上诉期间和上诉的法院。”

修改理由：为维护判决书的权威性，应当加强判决书的说理部分；鉴于有越来越多的律师代理民事诉讼，而律师与法官同为法律共同体的成员，律师代理诉讼过程中，经常会将争议焦点归纳、认定事实的正确方法、对案件处理的意见及法律依据、诉讼程序正当与否等专业意见作为代理意见提交；因此，有必要要求判决书予以专业的回应；国际上先进法制的国家和地区，包括我国香港，民事判决书都会详细叙述争议及案件审理过程，回答所有各方当事人及其代理人提出的疑问（包括证据、程序、实体及应当适用的法律），这样的判决书才能令人信服，先进法律国家、地区的成功经验应该为本次修法所借鉴。

民事诉讼法的修改与保障律师执业权益

文 广东普罗米修律师事务所 陈群律师

笔者认为，民事诉讼法的修改无疑对进一步保障律师执业权益进而保障公民的诉讼权利是有利的，从现有的修改意见及大量的修改建议看，主要体现在这几个方面：

一、严格限定公民代理

所谓公民代理，其实就是没有律师资格证（或法律职业资格证）和律师执业证的公民，以“公民”身份接受当事人的委托作为代理人参与到各类诉讼、调解、仲裁程序中，其法律依据是《民事诉讼法》第五十八条：“当事人、法定代理人可以委托一至二人作为诉讼代理人。律师、当事人的近亲属、有关的社会团体或者所在单位推荐的人、经人民法院许可的其他公民，都可以被委托为诉讼代理人。”当时的立法宗旨是基于当时执业律师人数很少且在老少边穷地区没有执业律师、不能满足诉讼当事人的诉讼代理需求、为了让所有有需要的诉讼当事人都能够得到法律学识与诉讼技能上的支持而特别作出的制度安排。现在的情况已与当初有巨大变化，律师队伍的人数、分布、素质等等，完全可以满足人民群众的诉讼需求。

然而，如今，“公民代理人”已成了非律师参与诉讼及仲裁活动并牟取经济利益的“合法身份”。公民代理人广泛参与各类法律事务，所涉包括民事诉讼、行政诉讼、刑事诉讼，劳动争议仲裁、民商事仲裁、人事仲裁，专利、商标、土地招拍挂等等，以民事诉讼、劳动争议仲裁及专利商标事务为主，尤其是劳动争议仲裁。

这部分人，多数以“代理”为主业或常业、极少数以“代理”为辅业或兼业；大部分人以“公民”为“代理”时的名义和身份、少部分人以“专家”“学者”“研究人员”“咨询公司从业人员”“专利代理人”“商标代理人”名义及身份出现、更有一支“半正规军”——“法律工作者”人数可

能超过律师，甚至直接成为一些县级法院及派出法庭的隐名书记员或人民陪审员、顶岗办事、合谋分成。

这部分人无须参加严苛的“司法考试”、无须交纳数额不低的律师年费及管理费、无须接受司法行政机关及律师协会的监督管理、无须纳税、不用交费、他们自称或号称“律师”、他们在法院或其它相关机关、机构的案卷里是“代理人”、—当事人当他们是“律师”、社会上非法律职业的人也以为他们是律师。他们在代理时收取比律师或高或低的“代理费用”及杂费，成功了，自己落实惠；失败了，则由真正的律师背黑锅——出了纰漏闯了祸却一走了之，当事人找不到他们、他们不用承担直接责任，名誉减损全由律师担着。这种行为扰乱法律服务市场和法律服务秩序，败坏法律服务风气和法律人相互关系，降低法律服务水平，有律师之“名”与“利”，却不用承担律师之责任与费用，甚至可能故意败坏律师形像和声誉。

所以，民事诉讼法修改建议中关于“限制公民代理”的呼声很高，所提出的措施、建议也很多，主要为：

（一）明确地严格地规定公民代理的条件和程序

1、刑事案件、共同诉讼案件、专利案件、商标案件、法律援助范围内案件等等重大的敏感的复杂的案件，禁止公民代理；

2、普通案件可代理，但不得收费、不得获取任何经济利益；

3、不得以各种“顾问”名义涉足企业法律服务；

4、每人每年内累计最多代理三个案件；

5、凡无律师执业证者出庭，须公证委托关系及出庭案号案由、无收费无收益的承诺书，两公证书均须提交法庭并附卷，缺任何一份，法庭即应支持

对方当事人对出庭人的异议。

（二）加强对违法的“公民代理”的查处和打击，提高违法违规成本

1、公证处须按月按人汇总前述公证并向司法行政机关报告、抄送有关法院仲裁机构、劳动争议仲裁院；

2、司法行政机关须根据公证处报告对公民代理进行监督检查；

3、有关法院、仲裁机构、劳动争议仲裁院须检查核实本院公民代理情况；

4、司法行政机关应当加强对律师的管理和教育，律师协会应当加强对律师事务所和律师的自律教育、自主管理，严禁律师与公民代理人合作、为公民代理人提供便利；

5、司法行政机关应当对所发现的违法违规的公民代理情形进行严肃的处理。

（三）加强律师的正面宣传力度，让人民群众了解律师

律师要珍惜自己的职业资格和职业声誉，国家要多从正面宣传推介律师。

二、维护、保障律师的调查取证权

要发挥律师作为法律专业人士在诉讼中的优势，就应当保障律师的调查、阅卷、取证权。长期以来，三大诉讼法、《律师法》及一些行政法规、规章对律师的“三大权”多有规定，然而，现实中，这些权利的实现却并不容易、并不切实。在律师去行使调查权的时候，只有去行政机关调取譬如身份信息、房产信息等可以以律师身份公开调查并可能得到支持，而去企业事业单位及外企调查，律师身份就并不管用，有时候甚至会惹麻烦，不如以客户、以看房人等等身份方便；本次民诉法修改，在人民法院是否为律师签发调查令这一点上，基本达成共识，今后，律师在民事诉讼中有望通过申请人民法院调查令的方式强化、实化律师调查取证权，但要想真正解决律师调查难的问题，还有待时日。我最近申请河北某法院调取交警卷，法院同意了、派出副庭长及一法官去交警队，我同往。结果仍然遭到交警刁难，费了不少口舌，才看到一纸交通事故认定书、不给复印、更不给调走、我坚持才被允许拍照。也就是说，在一些落后的闭塞的地区，行政机关各自为政、夜郎自大、无视法律规定，连法官都不受尊重、得不到配合，更何谈律师调查取证？

至于律师阅卷权，以本律师的执业经历看，在民事诉讼中，“阅卷难”的问题正在逐步解决，阅卷不像调查取证那么困难和曲折。只要律师把握好时间和方式，阅卷是可以实现的。

三、维护、保障律师的知情权、申请权和参与权

民事诉讼中，有法定期间和法院指定期间，其中的法院指定期间其实是可变期间。律师在接受委托后、结案前，需要与承办法官有多次沟通、接触、有多次各种文书往来，诉讼实践中，一个律师不大可能在某一时段只承办一个案件，那么，就经常有律师遇到重庭的情形、举证时限紧迫的情形，于是，律师就应当向受案法院提出延期举证申请、延期审理申请。然而，多数情况下律师的申请难以得到法院的支持，尤其是延期审理的申请。我们理解，人民法院承办法官要考虑审限、合议庭组成人员的调配、法庭的安排等，但，如果充分尊重律师的执业权利、当事人的诉讼权利，适当延期是完全可以且可能的，不同意延期更多的是法律规定不明确不具体。

还有一点，律师接受委托且向人民法院提交相应手续以后，未被依法通知开庭时间、举证时间，或以通知当事人代替通知律师。这种情况下，就恐怕出现遗漏出庭、错失举证时机等问题。

对于人民法院指定期间的变动、诉讼文书向代理律师送达等，应当在本次民事诉讼法修改时考虑并明确规定，许多律师在民诉法修改征求意见期间就提出了这些问题，最后在全国律师协会的修改建议中也有相应意见。

四、律师费转付，应当逐步推开

在诉讼中，由败诉方承担律师费，于法于理于情都是应当。律师费应当成为败诉者的诉讼成本，不应由胜诉方承担。在深圳，《深圳经济特区和谐劳动关系条例》已明确规定了劳动争议案件的律师费转付。律师费转付是诉讼文明的体现，是诉讼公平的体现，应当实行律师费转付。民事诉讼法修改，也应考虑这一点。可以先在劳动争议、婚姻家庭案、侵权案中规定，再全面推开。

总之，《民事诉讼法》的修改与律师执业权益息息相关、与人民群众的诉讼权利息息相关。要想社会公平公正，就既应当保障实体权利，也应当保障程序权利，而诉讼法的修改就是保障程序公正的最好途径。

民事诉讼法修改与环境律师权益

文 上海市建纬(深圳)律师事务所 陈旭绯律师

自改革开放以来,随着经济建设的发展,我国环境案件(事件)有愈演愈烈之势,综观近些年来发生的环境污染案件,不难看出,许多环境污染案件呈现出环境破坏大、致害范围广、受影响群众多、社会影响恶劣等诸多特点。环境是人类生活的重要载体,环境的破坏危害的是全人类的利益。然而在我国,环境维权之路却走得异常艰难。

环境律师的现状

就拿近几年发生的几个大的环境污染案件来说,例如,2004年四川沱江特大水污染案件、2005年吉林松花江水污染案件、2010年福建紫金矿业重金属污染案件以及2011年渤海湾溢油海洋污染案件,等等。这些环境污染事件发生后,都不仅给那些受害地区的群众带来了身体上现在的和潜在的损害,尤其是给我们的环境造成了极大的破坏。众所周知,环境的容量是有限的,自然生态有它自己的平衡点,严重的环境污染事件常常打破自然原本的平衡,造成了极为严重的生态破坏。而环境的修复则不是可以一蹴而就解决的,不仅需要很多的金钱还需要极其漫长的过程,可以说严重的环境污染事件,其修复的经济成本和时间成本都是极其巨大的。然而,上述的几起环境污染事件最终都是污染者只花了极少的代价就不了了之,渤海湾溢油海洋污染案件的维权虽然艰难但仍在进行之中。

究其原因,与环境公益制度的缺失有很大的关系,比如说2005年吉林松花江水污染案件和今年的渤海湾溢油海洋污染案件,在这两个案件中,都有律师向人们法院提起过环境公益诉讼,但最终都因受制于现行的《民事诉讼法》第一百零八条的“当事人适格”制度,即民诉法第一百零八条规定:“起诉必须符合下列条件:(一)原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织;(二)有明确的被告;(三)有具体的诉讼请求和事实、理由;(四)属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。”而不能被人民法院受理,使得很多导致环境严重污染的案件,其致害者得以公然逍遥法外,而这些主张环境公益的律师也被认为是“挑讼”或“想出名”。这一现象既使得公民的环境权无法得以主张,环境正义难以实现,同时也违反了环境法领域内的“谁污染,谁负责”也即“污染者付费”的原则,更严重的是造成了环境的不断恶化,贻害子孙后代。这种情形下,很多公益律师,尤其是环境公益律师对此虽然痛心疾首,但却又无可奈何,松花江水污染案件和渤

海湾溢油海洋污染案件都是在事实清楚,证据确凿的情况下起诉的,但其代理律师最终承受的都是人民法院不予受理的悲哀。

民事诉讼法修改与环境律师权益

民事诉讼法草案的出台,让热爱公益的环境律师看到了曙光和希望。环境公益案件在民诉法草案中被列入人民法院的受理范围。中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)(十一届全国人大常委会第二十三次会议初次审议 2011年10月29日公布)第八项规定:“增加一条,作为第五十五条:‘对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,有关机关、社会团体可以向人民法院提起诉讼。’”,这意味着,在我国,环境公益诉讼制度将正式建立。相信,如果这一条款被正式写入民事诉讼法,那么环境律师寻求环境正义的维权之路再也不会被认为是“挑讼”,针对环境污染事件,环境律师可以合法地拿起法律武器,要求环境污染致害者承担破坏环境的担法律责任,同时对我国环境的保护将起到推动作用。

“他山之石”:美国环境公益制度

西方世界的环境保护,在一定的程度上得益于环境公益诉讼制度的推行。比如说美国,美国的“公民诉讼”制度就是我们常说的公益诉讼制度。美国法律在1970年的《清洁空气法(Clean Air Act)》中确立了公民诉讼的条款,后经1972年的《海洋倾废法和噪声控制法》、1973年的《濒危物种法》、1976年的《安全吸用水法和资源保护与恢复法》、1977年的《有毒物质控制法等环境保护法》等对环境公民诉讼制度进行了进一步完善,目前美国的“公民诉讼”制度已经运用的非常广泛,对环境的保护也起到了很大的作用,同时也有大批环境律师从中受益。依据美国对公民诉讼作的规定,它将“公民”定义为“其利益正受到或可能受到不利影响的一个或多个人”。美国的环境公益案件运作模式,主要是社团组织,尤其是环保NGO组织常常作为环境污染案件的诉讼当事人参与到环境污染案件的诉讼中,而同时这些环保NGO组织又聘用有一大批环境法方面的专业律师队伍来帮助他们进行环境公益诉讼。

目前,在我国的民诉草案中,确定了环境污染案件中社会团体可以作为诉讼参加人,一旦草案通过,那么中国的环境律师势必也可以借鉴美国的模式来合法地开展环境维权工作。

民事诉讼法修改建议

文 广东中安律师事务所 钟胜荣律师

现行民事诉讼法第五十八条第二款规定：“律师、当事人的近亲属、有关社会团体或者所在单位推荐的人、经法院许可的其他公民都可以被委托为诉讼代理人”。

建议：修改时在该条后增加一款作为第三款：“本条第二款规定的律师之外的其他公民代理参加诉讼的，前述代理人应当与委托人共同到法院当场出具无收费声明”。

理由：现在律师之外的普通公民代理诉讼的现象比较多，其中大部分的公民代理人其实并不是当事人的近亲属、有关社会团体或者所在单位推荐的人，而是职业的“专职代理人”。这些“专职代理人”中许多并非法律专业人士，却对外以“律师”宣称而且公然向当事人收费，严重扰乱了法律服务市场秩序，损害了律师的行业形象和声誉，也不利于人民法院诉讼的正常进行。因此，有必要进行整顿和限制，从不允许收费的角度入手，在经济上压缩此类人员的生存发展空间。

现行民事诉讼法第一百八十一条第二款规定：“最高人民法院、高级人民法院裁定再审的案件，由本院再审或者交其他人民法院再审，也可以交原审人民法院再审”。

建议：修改时在该款取消“或者交其他人民法院再审，也可以交原审人民法院再审”的规定，即再审案件“只能由本院再审”

理由：如果交由原审人民法院再审，那么原审法院审监庭审理后如认为需改判，就会因为顾及到原合议庭的“面子”等问题而不敢或不想改判，有的生效案件还是本院主管院长签

发的，此类案件由于关系到“领导权威”就更难改判（实践中经常出现承办再审案件的审监庭法官拿着案卷向作出原判决的合议庭及所在庭的领导甚至分管院长汇报，请示是否改判的可笑场面。试问，从维护自身利益、避免承担改判责任的角度出发，作出原判决的合议庭会同意改判吗？）。所以，交由原审法院再审的案件即使确有错误，实际上大部分还是很难改判的，这样不仅达不到“有错必纠”的效果，还徒增当事人的负担。同样，其他同级法院也会顾虑到维护同级原审法院的声誉面子，往往不愿意改判。而最高法院、高级法院的业务水平确实比下级法院高，也没有人情面子方面的顾虑，所以，他们发现原判决确有错误时，就会比较顺利地作出改判，从而更有利于维护司法公正。

建议：修改时在民诉法第六章“证据”部分增加一条规定：“诉讼中，当事人可以针对对方当事人的一审答辩理由、一审判决理由、上诉理由、二审答辩理由提交新的证据”。

理由：诉讼实践中，对方当事人一审中提出的答辩理由、上诉理由、在二审中提出的答辩理由往往超出了自己原先设想，而此前提提交的证据仅仅是针对自己原先设想提交的，这时为保障公平，就有必要规定该方当事人有权针对对方的答辩理由、上诉理由提出新的证据。同样，一审判决判决自己败诉时，判决理由也往往会超出自己原先设想，这时为保障公平，也有必要规定败诉的当事人有权针对一审判决理由提出新的证据。

民事诉讼法修改对 改善律师执业环境的影响

文 谭古丽

为自己的权利呐喊

律师团体要趁民法修改的机会，为自己的权利喊出自己的声音，让社会了解律师工作所需要的保障。

作为一个基本大法，民法能够为律师调查权以及律师的基本诉讼权利，提供法律保障。在律师法里面，有关于律师独立行使调查权的约定，所以律师的调查权是受法律保护，但在实践中，律师没有得到特殊的保护，甚至不如一般的公民。譬如律师到房管局、车管所查询信息，或者去工商局查询工商档案本来是件很简单的事情——普通公民拿个身份证就可以查询，而律师去的话，除了要看律师执照以外，还要有律师事务所的开函两个证件，这无形给到外地进行前期调查的律师带来诸多不便。实际上，独立行使调查权，不一定要到法院打官司了，才能够让律师调查档案。举个例子：有些收购案子——并不是打官司——律师需要在并购前作些前期调查，比如要到工商、国土、房管以及银行，对企业整体的资信情况，作调查，这种情况还要拿法院的立案证明就很可笑的。因为根本就不是打官司，怎么拿法院的立案证明呢？于是很可笑的事情出现了，当大的并购案都需要进行调查时，有时候我们律师还要隐藏律师身份，以公司副总的名义，或以其它部门的名义来接触，反倒可以整个调查更顺利些。这种对比与落差正是体现出，律师的特殊调查权并没有得到法律的提升，反而因律师身份为自己的调查增加了层层障碍。

限制律师权利，实际上就是对私权利，公民权利的一种践踏。因为律师就是维护公民私有权利的，把律师的调查权限制住了，就等于把其它公众的权利限制住了。本来通过正常的途径，正常的社会分工，公检法代表公权，那么公民通过律师行使自身的一种权利，如今公权不断地扩大，而且又把律师的权利限制在一定范围

内，这就等于间接地把公民的权利缩小了，那公众的权利更没办法实现了。反过来说，如果律师权利得到维护，实际就是对民众权利的维护。因为律师维护是一种私权，而非公权，他接受委托人的委托来行使私权，如果国家不赋予这种权利的话，根本调查不了，了解不到，那么私有的权利靠谁来维护呢。

律师虽然也有《律师法》，也有约定律师的权利，但是现实生活中并没有落实到位，是一个执法的问题。目前在中国这样的环境，在纯粹的律师事务所工作的律师越来越难做了，他的空间越来越狭窄。现实情况是，很多律师都会在其它公司任职，或者自己做生意。这也是社会分工的必然分化——你维护不了这个群体的基本人身和生命权利的话，那么律师群体就会像洪水那样导致必然分流。

北京百瑞深圳律师事务所 安东律师

应对律师权益予以保护

如今全国律师的执业环境都很差——这个是不争的事实。在法律职业共同体里，律师的权利是最不受重视的。比如说，公检法系统有“妨害公务罪”去追究刑事责任。而律师作为非当事人去处理案件时，和一般的公民一样，并没有获得特别的权利。职业性质与权利两者，在法律设计上，和定位上都是不对等的。

此外，律师所承担的社会角色，是构建和谐社会的法律共同体的一份子。殴打律师现象层出不穷，每年都有，律师权利保护方面在近年来有所恶化，要探讨职业环境的话就要看具体哪些方面。因为现在律师的人身权利都无法保障，遑论什么会见难，阅卷难了。

因此，应该对律师的权益予以特别保护。律师的权益得不到保护的话，意味着公民的权益也得不到保护。

广东君强律师事务所 俞飞律师



恶死不若爱生，立法不如释法(下)

——《医疗机构管理条例》第三十三条的法律解释

文 广东通远律师事务所 罗锦祥律师

例8：患者昏迷且病危，在场丈夫签字拒绝动手术。

答：医疗机构应当采用第二方案的不作为处置。患者昏迷后是无民事行为能力人，在场丈夫成为她的监护人，《民法通则》第十一条规定患者本人“可以独立进行民事活动”的权利已经转由作为监护人的丈夫行使。该法第十四条也规定：“无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。”监护人的判断等同于患者本人的判断，他签字拒绝手术的行为有效。除非有权机关决定，其他任何人无权以监护人的行为不利于患者本人利益为由剥夺他们的监护职责和权利。医疗机构应当尊重监护人的权利，否则，在例7中，可以相同的逻辑和理由剥夺患者“可以独立进行民事活动”的权利，擅自作为。

例9：患者昏迷且病危，在场患者父亲签字同意动手术，在场丈夫却签字拒绝动手术。

答：《民法通则》第十七条规定：“无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人，由下列人员担任监护人：（一）配偶；（二）父母；……”，《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》第十四条第一款规定：“人民法院指定监护人，可以将民法通则……第十七条第一款中的（一）、（二）、（三）、（四）、（五）项规定视为指定监护人的顺序。前一顺序有监护资格的人无监护能力或者对被监护人明显不利的，人民法院可以根据对被监护人有利的原则，从后一顺序有监护资格的人中择优确定。被监护人有识别能力的，应视情况征求被监护人的意见。”

参照上述规定，医疗机构在无相反证据或有权机关作相反认定前应当推定患者的丈夫为她的监护人。

患者父亲由于监护顺序在后，与患者丈夫同时在场时不是患者的监护人，在监护人签字拒绝动手术的情况下，他的签字同意动手术行为无效。医疗机构应当认可作为监护人的丈夫签字拒绝动手术的效力，采用第二方案的不作为处置。

例10：患者昏迷且病危，在场的只有患者姑姑，她签字拒绝动手术。

答：医疗机构应当认为“无法取得患者意见又无家属或者关系人在场”，采用第三方案的作为处置。根据并参照《民法通则》第十六、第十七条规定和《参照最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》第十二条“民法通则中规定的近亲属，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、外祖父母、孙子女、外孙子女”的规定来看，姑姑并非“近亲属”，而是“关系密切的其他亲属”，并不能当然地成为患者的监护人。即使她愿意承担监护责任，在没有经过相关法定程序认可之前就不是监护人，不是第三十三条中可以履行监护职责的家属或关系人，她代患者签字拒绝动手术的行为无效。

但是，医疗机构采用第三十三条某个方案暂行处置相关事例之前后，有关人员或单位均可依法采用其他法律途径寻求救济，再由医疗机构依法采用方案处置。

四、第三十三条的第三方救济

《民法通则》第十八条第一款规定：“监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。”人身权益特别是生命权益，是比财产权益更重要的权益，既然有规定监护人“除为被监护

人的利益外，不得处理被监护人的财产”，那么监护人除为被监护人的利益外，不得处置被监护人的生命或其他人身权益也可以解释成法律条文的应有之意。但是，任何一种法律解释，在扩张或者限缩时都要自觉地为自己划定边界，否则不可避免普遍适用上的失败。

第三十三条在实践上是医疗与法律的综合问题，适用过程中凸显了医患之间内在紧张关系，必须通盘考量相关因素。医生仅以医学上的生命或其他人身权益判断利益和行事，未必符合法律上生命或其他人身权益的利益，医生只能守法解决明显属于“医疗”的问题，如没有法律规定和授权的情况时，擅自决断“法律”问题已经超出他们可以自主决定的权限。总体来说，需要结合相关法律一起考量，个案个析，当医生一方和患者一方意见相反时，只能由作为第三方的有权机关打破僵局，依法救济。

除公安局等有权机关核实患者的家属或关系人身份或在合理怀疑基础上由有权机关依法鉴定相关人员的民事行为能力外，第三十三条的第三方救济主要有如下两种方式：

1、经有权单位依法同意为监护人

在例10中，如果姑姑愿意承担监护责任，可以参照《民法通则》第十六条或第十七条的规定，经“未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会”或“精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会”同意而成为患者的监护人，若成为监护人的姑姑签字拒绝动手术，医疗机构应当采用第二方案的不作为处置。

如姑姑未被同意为监护人，则参照《民法通则》第十六条或第十七条的规定，担任监护人有争议的，由居民委员会等有权单位依法在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。没有上述监护人的，由民政部门等有权单位依法担任监护人。

2、法院依法撤销监护人资格

根据《民法通则》第十八条第三款规定：“……人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。”包括医疗机构一方在内的其他人员或者有关单位，在监护人对患者本人的利益认定与医疗机构严重相悖，也与通常情况下患者本人认定自己的利益严重不符时，均可以向法院申请撤销监护人的资格。

若法院撤销监护人的资格，由于监护人已经不是第三十三条中可以履行监护职责的家属或关系人，于是：

例8中的丈夫并非法律上的适格家属，其不作为

无效，由于不再具备第二方案的医疗机构不作为条件，而是“无法取得患者意见又无家属或者关系人在场”，医疗机构应当采用第三方案的作为处置。

在例9中，由于患者丈夫被撤销监护人资格，在场患者父亲自动填补成为可以履行监护职责的家属，成为患者的监护人，“无法取得患者意见时，应当取得家属或者关系人同意并签字”，医疗机构应当认可在场患者父亲此时签字同意动手术的效力，采用第二方案的作为处置。

若法院受理后依法发布临时性的指令或采取其他临时性措施，医疗机构应视该指令或措施的具体内容适用第三十三条的“特殊情况”。

五、紧急避险和无因管理

在“无法取得患者意见又无家属或者关系人在场”时，医疗机构应当适用第三方案的作为处置，从中可以看出这里的立法本意实际已经包括紧急避险情形在内，抽象的第四方案的“特殊情况”同样可以解释为已经包括紧急避险等各种情形在内考量。我们可以发现，不适用第四方案就不适用紧急避险条款，可以适用紧急避险条款必然也适用第四方案。适用“遇到其他特殊情况”的前提是能够根据其他法律排除第三十三条前三种方案的当然适用，紧急避险的适用也遵守同样的前提。无因管理的适用亦是同理。

例11：患者昏迷，在场的家属签字拒绝动手术，医疗机构可否以紧急避险为由对患者强制动手术？

答：患者昏迷后是无民事行为能力人，在场的家属成为她的监护人，《民法通则》第十一条规定患者本人“可以独立进行民事活动”的权利和第十四条规定的法定代理权已经由监护人行使。如果不能根据其他法律排除第三十三条前三种方案的当然适用，医疗机构就不能以紧急避险为由对患者强制动手术，应当采用第二方案的不作为处置。

例12：患者昏迷，患者家属签字拒绝动手术，医疗机构采取强制措施对患者动手术时家属制止其行为，家属可否以正当防卫为由辩护？

答：不能根据其他法律合法排除第三十三条前三种方案的适用前，医疗机构本应采用第二方案的不作为处置，相应地与患者家属的不作为保持一致。医疗机构采取强制措施对患者动手术故意违反第三十三条的不作为义务，成立“正在进行的不法侵害”。

《刑法》第二十条第一款规定：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行

为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。”对于制止“正在进行的不法侵害”行为，家属可以正当防卫为由辩护。

例13：昏迷且病危的孕妇已怀胎九月，孕妇的丈夫签字拒绝动手术，可否以为抢救胎儿而非抢救孕妇的理由动手术？

答：《继承法》第二十八条规定：“遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。”但即便在视九个月胎儿为“人”的基础上结合相关法律进行解释，此胎儿无民事行为能力，仍是“未成年人”。根据《民法通则》第十六条第一款的规定，孕妇的丈夫是此胎儿的监护人，他的签字拒绝动手术行为有效。医疗机构应采用第二方案的不作为处置，或如本文前述寻求第三方救济。

例14：昏迷且病危的孕妇已怀胎九月，孕妇的丈夫签字拒绝动手术。假设已经有立法规定：“孕期为七个月以上的胎儿，除非直接危及孕妇本人的生命健康，否则不得堕胎。”

答：由于一定孕期禁止堕胎的该项法律规定可以排除第三十三条前三种方案和《母婴保健法》第十九条规定适用，医疗机构应当认为“遇到其他特殊情况”，采用第四方案的作为处置，不排除在抢救胎儿过程中为保住胎儿而同时抢救孕妇。

六、结语

医生可以用专业的科学知识为患者诊断与治疗，可是他们也有七情六欲，也有可能违法犯罪或侵害患者及其监护人的正当权益。第三十三条在医患双方之间分配了救死扶伤、自主决定和监护的各自权责与义务，就象开一扇门需要同时具备两把钥匙，医疗机构一方和患者一方各执一把；再辅以及其他法律，作为第三方的有权机关也可以加入其中对医患双方依法予以制衡。不管立法本意如何，客观上事前防范了任何一

方不受限制地为所欲为。

现行法律法规对相关机构人员的行为都有相应规范，可以追究医疗机构或者监护人的违法犯罪、侵权违约等行为并予以相应制裁。医疗机构一方提出订立的“恶意串通，损害第三人利益”或“以合法形式掩盖非法目的”的合同条款违反《合同法》第五十二条规定而无效，“造成对方人身伤害”或“因故意或者重大过失造成对方财产损失”的免责条款违反《合同法》第五十三条规定也无效，等等，所以患者一方的法律权益也有相应保障。诸如此类，都说明在全面、综合地考量各种法律的基础上，只要结合事态发展运用好相关证据和情理，许多实践问题都可迎刃而解。所急切者，在于吸取实践的经验教训，医疗机构、公安局、法院等在有权范围内就各自紧急处置程序的对口衔接。胎儿权益等特例是否应纳入国家立法亦可结合其他予以筹划。

将医疗的权责简单地归于医生或患者或其他，或者不切实际强加立法打破各方权责的均衡，都是人治的妄为，不是法治的出路。治病救人靠人操作，法律也要靠人解释和执行，无论怎样的制度都抛弃不了“人”。我们不能指望在人间建立天堂，人性恶的一面就决定没有完美至善的制度，为了遏制这些恶，人们寻求分权制衡解决，可是分得部门或程序少了不放心公平公正，分得部门或程序多了又关乎效率成本，始终是个难解之题。法律实践的背后往往都有多种深层次的社会因素，有赖于整个国家的综合治理与救济，不能指望建空中楼阁般虚论高议就可一蹴而成。与其没有立足实践深刻理解相关法律就好高骛远立法，导致更多的人处于危险之中而造成更大恶果，不如脚踏实地解释运用好现行法律，依法处理好相关事例。

我们可以高呼珍爱生命，但是必须尊重自由与承担责任，否则我们自身的生命就不是自由与负责的生命。若是既不自由又不负责任，又何以理解并珍爱他人的生命？



新锐观点

有限责任公司股权激励方案的设计与思考

文 北京市德恒（深圳）律师事务所 隋淑静律师

一、问题的提出

A有限责任公司，经营范围为IT及资讯服务领域。为有利于吸纳优秀人才，稳定管理团队及营销专才，A公司控股股东拟在公司推行员工股权激励方案，提出以下三个基本要求并委托律师进行设计：

1. 控股股东以低于市场的价格向符合条件的员工转让公司股权或期权；
2. 员工自签署协议之日起2年内不得转让其股权或期权，但员工以其对A公司的持股比例享有分红的权利；
3. 员工因任何原因自签署协议之日起2年内离开公司，将自动丧失股权或期权，并且投资不予退还。

二、他山之石：两种股份有限公司适用的员工激励模式

以员工持股方式进行员工激励，更多见于股份有限公司，操作中主要常见以下两种模式：

（一）职工持股计划模式

职工持股计划（Employee Stock Plan），是指由公司职工认购本公司部分股票，从而享有股东权利的一种形式。职工持股计划中，职工拥有的是股票的所有权，是一种既得权，该权利的成立条件已全部实现，职工享有全部的股东权利，包括参加股东大会，行使表决权，领取股息红利等，当股票价格下跌时，职工持有的股票价值是下跌后的股票市值。换言之，除了在身份上的特殊性——与公司之间存在劳动合同关系外，职工股东与其他股东在权利义务上并无不同。

在我国企业改制中出现的职工持股，是指企业职工和经营者持有本企业股份而成为企业所有者的投资行为。它包括两种投资方式，一是以自然人直接投资形成的直接持股，二是以职工持股会会员间接投资形成的间接持股。

实践中，职工持股表现为以下几种形式：上市公司的内部职工股、定向募集公司的内部职工股、由集体企业内部积累形成的内部职工股、股份合作企业中职工投资形成的内部职工股等。目前，我国上市公司已不再采用工会持股或员工持股会等员工持股形式。

（二）股份有限公司的“股票期权”模式。

股票期权（Stock Option），又称认股期权（Share Option）、经理股票期权（Executive Stock Option），是指给予经理人员在未来一定时间内以一定价格（这种价格是契约约定的，一般不低于赠与日的市价）购买一定数量公司股票的选择权。持有这种权利的经理人员可以在规定时期内以股票期权的行权价格购买本公司股票（即“行权”）。在行权以前，股票期权持有人没有任何的现金收益，行权以后，其收益为行权价与行权日市场价之间的差额。

股票期权起源于美国，它作为企业一项新的金融创新，已在美国大多数上市公司得到成功实践和推广。它具有如下法律特征：1、它是一项选择权，享有该权利的经营者，在法定或约定期限内有权决定是否行使，而不负有到期必须行使该权的义务；2、它是一种买入期权，在法律性质上属于期待权；3、它的适用对象，是公司内部的特定人员，主要是

公司的经营者；4、它所指向的对象，是本公司的普通股股票；5、在多数情况下，它是由公司无偿赠与给经营者，对经营者而言，属无偿取得；6、经营者股票期权计划应经过股东大会批准。

股票期权制度的目的在于长期激励，该制度具有传统薪酬制度所不可比拟的优越之处，具体体现在：股票期权可以降低股东—经理之间的委托代理成本，解决内部人控制问题；由于股票期权行权期的限制（许多公司对经理股票期权附加限制条件），加大了经理离职的机会成本，增强了企业管理团队的稳定性，有助于经理行为长期化。

在传统的股票期权制度设计上，注重股票期权的授予与行权的一般程序，股票期权计划的内容，通常包括了股票期权的授予与行权、授予时机和数目、行权价的确定、权利变更及丧失、股票来源以及对股票期权的管理等具体条款。股票期权计划授予后，并不能够立即执行，需要在授予期结束之后才能行权。授予期又叫等待期，长短由股票期权计划规定，一般不少于两年。¹

三、借鉴：有限责任公司股权期权方案

有限责任公司，与股份有限公司尤其是上市公司相比，有其不同特点，主要表现在闭锁性及兼具资合性与人合性等。但在追求公司发展目标，关注人力资源要素对公司利润增长的贡献，对经理层、重要岗位员工实行激励与约束的目的上，有限责任公司与股份有限公司并无二致。在此基础上，本文认为，股票期权制度虽然通常用于上市公司，但其激励目的与手段，制度的设计与经验，对于有限责任公司设计股权激励方案，具有他山之石的借鉴意义。

● 股权激励方案的标的：是现实的股权还是期权

在设计股权激励方案中，第一个需要明确的问题，是选择股权还是期权对员工实施激励。如选择股权，则受让的员工一经股权转让或增资扩股即享有现实的股权，即获取现实利益，这种情况不利于对员工未来行为进行激励与约束，同时也不能满足A

公司控股股东提出的第三个条件，即“员工因任何原因自签署协议之日起2年内离开公司，将自动丧失股权或期权，并且投资不予退还”。原因在于，当员工通过合法途径获取A公司股权后，根据股东平等原则，任何其他股东都无权亦无法剥夺其权利。

那么，如不选择现实的股权，可否给予员工“干股”进行股权激励呢？所谓“干股”，是指实践中一些民营企业对有特殊贡献员工给予的创业股与贡献股，“干股”持有人可以参与公司利润分配，但不享有对公司的经营管理权及其他股权，离开公司时，不再基于“干股”享有分享利润的权利，且并不办理股权变更的工商登记。可见，“干股”的本质，实为公司薪酬体系中的员工奖励金，而不属于公司法意义上的股权。由于公司股东会可以随时通过股东会决议，变更“干股”奖励方案，所以对员工而言既缺乏稳定有效的保障，也无法产生股权激励的效果。

因此，股权激励方案确定激励的标的不是现实的股权，而是股权期权。

● 股权期权的授予者：控股股东

西方国家的股票期权制度，股票的主要来源是增发新股、预留股份及公司的库藏股（Treasury Stock）等，有限责任的股权激励方案，同样需要解决股权的来源问题。经与A公司控股股东讨论，确定股权期权由控股股东向符合条件的特定员工授予。

因此，股权期权协议的双方主体，为控股股东与特定员工。

（三）股权期权的定义与权利内容

学理上关于股票期权法律性质的认识，观点不一。有的认为股票期权“属于一种单务法律行为，是形成权而非债权”³；也有观点认为“股票期权在授予时，仅相当于公司向经理人员发出的一个选择权要约。该要约一经作出，公司即应受约束。”虽然学理上的争论各有其视角与逻辑，本文认为，实务设计的要点是设计思路清晰与权利义务明确，当事人的意思表示真实确定，以免因歧义而引致纠纷。

1. 关于股权期权的定义

根据A公司控股股东提出的要求，本文在股权期权协议书中明确：其一，股权期权在协议书中的定义，是指员工在特定的行权期内是否行权（受让股权）的选择权；其二，股权期权不是单务的，员工在取得股权期权时应支付相应的对价。

2. 关于股权期权的权利义务内容

分析A公司控股股东的第一个要求，“以低于市场价格向符合条件的员工转让公司股权”，其实质的目的在于通过职工向公司的投资行为，提升职工对公司的忠诚度，增强公司经营团队的稳定性。为此，A公司控股股东同意，签署股权期权协议的员工有权自取得股权期权之日起享有按股权期权占股权比例分红的权利。

因此，本文将股权期权的权利内容设计为：

- （1）股权期权持有人享有是否受让股权的选择权；
- （2）自股权期权转让协议书签署之日起享有按照股权（期权）比例行使表决权与分红的权利。

这种设计，既符合控股股东的目的要求，亦不违反公司法与合同法的规定：股权期权持有人按比例行使公司事务管理的表决权，可视为受到A公司控股股东合法委托授权；股权期权持有人按比例享有分红的权利，同样属于A公司股东承诺以部分公司盈利对特定员工施行奖励。

同时，股权期权的主要义务设计为：（1）员工为获取股权期权及将来行权而支付定金若干，即为A公司控股股东所要求的员工投资；（2）员工应在约定的期限内连续受聘。

（四）股权期权的行权

关于员工股权期权的行权，本文设计了两个行权条件：（1）员工在公司服务期限要求满两年；（2）员工在公司服务期间的业绩条件。

考虑到行权约定的完整性与可操作性要求，股权期权方案亦具体设计了行权期限、行权方式、行权价格与支付，及违约责任等条款。

（五）股权期权方案的法律文件构成

本文认为，股权期权方案的完整法律文件应包括：

- 1. 关于股权期权的协议书。
- 2. 关于批准股权期权计划的股东会决议。

此外，针对有限责任公司的股权转让中，其他股东依法享有优先购买权的问题，股权期权方案中还明确了有限责任公司全体股东通过股东会决议，批准股权期权激励方案，对于因实施员工股权期权

激励而发生的股权转让行为，其他股东放弃优先购买权。

3. 修改A公司章程的法律文件。

考虑到股权期权协议书签署后可能发生公司股东变动的问题，股权期权计划包含了修改A公司章程的内容，即在章程中增加关于实施员工股权期权激励方案的部分，使章程关于股权期权激励方案的约定，适用于A公司的新股东。

四、结语：设计有限责任公司股权期权方案的思考

本文以股份有限公司中适用的职工持股模式与股票期权制度模式为借鉴，在有限责任公司中设计了股权期权激励方案。这个方案与其说是一种继承，不如说是根据传统制度的精神以及目前现行法的规定进行了变革与改造。本文致力尝试的，是在遵守现行法的前提下，在公司授权性规范的范围内，作为商事主体的有限责任公司可以更积极地创造性地做什么。当然，尝试表明的只是努力，手段之于目的或许总会有一定差距。

本文的设计方案，由于首先需要完成设计要求，必然在设计思路有所局限，如我国《公司法》规定了有限责任公司股东人数为五十人以下，由此必然导致股权期权激励方案的容量有限，无法满足公司发展壮大到一定阶段的需求。

除此，A公司控股股东提出的设计要求也有值得商榷之处，如其第三个要求“员工因任何原因2年内离开公司，将自动丧失股权，并且投资不予退还”，关于将该点内容列入协议条款的争议问题，一是控股股东授予股权期权要求对价（定金）本身是否合法有效；二是不论任何原因员工在两年内离开公司，其所支付的股权期权定金不予退还，是否合法有效。

本文认为，控股股东向员工授予股权期权，收取定金，员工取得相应的经营管理权与分取红利的权利，权利与义务相对应，不违反法律，根据当事人意思自治应认为合法有效。而不论任何原因员工离开公司，其所支付的定金不予退还，则在一定程度上有违公平合理原则。

综上，本文设计的股权期权激励方案，不论是效颦也好，还是对西方法律制度的移植与借鉴也好，著者权将其当作一只螃蟹，在法律许可的框架内大胆尝试罢了，期望就教于诸位方家同行。



我国律师职业转换之若干思考

文 广东君凯律师事务所 刘文君律师 胡红珍律师

文章摘要：律师作为法律职业共同体中的重要力量，在我国现有体制下无法进行有效的职业转换，形成巨大的人才浪费与社会资源浪费。本文透过律师职业转换的困境分析，谋求我国加大政治体制改革、司法体制改革，尤其是着眼于建立一套公开透明、高效廉洁的文官制度，以突出人大领导下的公开选举，人大考核与聘任；强调建立独立的司法体制依赖于独立的人事考核与工资福利体系。如此消除各项制度障碍，其实质是还政于民，党的领导如何在社会管理体制改革中体现与淡化，真正实现精简的文官制度，管理从纪律完全过度到法治轨道上来。这是律师职业转换的重要制度支撑。作者的大胆设想可能受到来自于意识形态的无形制约，所论之观点可能稍有偏颇。

关键词：法律职业共同体 司法改革 律师 职业转换

我国恢复律师制度以来，目前已拥有20.4万人的律师队伍，自2001年建立和实施国家司法考试制度至今，司法部成功组织实施了九次国家司法考试，共有41万人通过考试取得法律职业资格，为国家法治建设储备了大量的司法人才，据统计，以法官、检察官、律师、法学家为主的法律职业共同体正在形成并对社会的影响力越来越大。律师作为共同体中的一支独特的力量，如何在国家法治建设过程中发挥更大作用，实现其法律信仰的价值目标，如何通过更广泛地选择职业实现服务社会、服务市民的理想，是困扰律师职业转换的一个恒久话题。

一、我国法律共同体的现状描述

1、法律职业共同体的概念

法律职业共同体概念的产生源于美国科学史和科学哲学家托马斯·库恩（Thomas Samuel Kuhn）关于“科学共同体”定义的提出，在我国法学理论界，也有专家、学者如霍宪丹、刘亚等^[1]，提出了这个概念，但没有对它进行明确的概念界定。目前我们通常认为是指以法官、检察官、律师、法学家为核心的法律职业人员所组成的特殊的社会群体。该群体是经过专门法律教育和职业训练，并具有统一的法律知

识背景、模式化思维方式、共同法律语言的知识共同体；他们以从事法律事务为本，有着共同的职业利益和范围，并努力维护职业共同利益的利益共同体；该群体成员间通过长期对法治事业的参与和投入，尤其是基于对法律的信仰而达成了职业伦理共识，在精神上形成高度统一的信仰共同体。

2、法律职业共同体的基本特征

第一、法律职业共同体使用一种特定的语言符号、概念系统（法律话语），是法律所特有的思考手段及传递手段，以形式化、专业化的特征把外行人排除在这一共同体之外；第二，法律职业共同体受过相同的法律教育和职业训练，拥有共同的知识背景和实践传统，拥有独特的思维方式，拥有追求社会公平与正义的共同价值目标；第三，法律职业共同体拥有对法律信仰的精神信念；第四，法律职业共同体拥有一种自我约束、自我评价、自我管理的运作机制。

上述四个特征可以概括为法律专业、法律思维、法律信仰、自我管理十六个字的特征。以此考察我国的法律共同体似乎还不达标，尤其在法律信仰层面上存在硬伤。

3、我国法律职业共同体内职业转换的现状

在西方法治化国家，形成了较为成熟和稳固的法律职业共同体。相比之下，我国法律职业共同体的构建存在先天不足、后天失调的状况，法官、检察官、律师之间的关系微妙，有的甚至渐行渐远、冲突加剧，法律职业共同体间的职业转换并不以其共性（即四个特点）起决定作用，反而更多的是取决于利益需求，而不是社会价值的提升，不具备国际惯例上的积极意义。

在我国，法官、检察官放弃公职从事律师业务即被认为是“下海”，这种现象也极为常见，其缘由主要是出于经济利益、自由度的考量，每年全国有多少“下海”的法官与检察官，无法找到准确的统计数据。与此相反，却极少有律师“上岸”当法官、检察官。上述现状一方面说明，人们通常将律师定位为商人，而非将其定位为与法官、检察官同属法律职业共同体的法律人；另一方面说明，在我国法律职业共同体间进行职业转换仅是一条单行线，并非双向交流模式。其主要原因

有几点，其一、律师的收入与工作自由对法官与检察官具有一定吸引力；其二、法官、检察官的社会地位、收入、工作环境对律师不具有吸引力；其三、律师职业转换面临的体制障碍无法使一些有抱负的律师纳入法官、检察官的群体中。这种现象在法律职业共同体成熟的西方国家实属罕见。英美国家实行的是律师准入制度，法律职业共同体以律师职业为核心，除此之外的其他法律职业则均由从律师群体当中选拔或晋升的优秀分子来担当，美国三分之二的国会议员都有律师职业经历，法官则基本上来源于优秀律师。相比我国的律师职业，经常让人雾里看花，许多“下海”做律师的法官、检察官，心态长期无法调整过来，他们无法想象律师社会地位如此之低，相对于他们过去的工作，“被求”与“求人”反差很大，尊严受到极大挑战。

二、律师职业转换的可能性与必要性

虽然我国律师鲜有通过职业转换华丽转身成为法官、检察官，但是律师作为法律职业共同体中的典型代表之一，进行职业转换确有其可能性和必要性，正如李曙光教授所说：“法律职业共同体中的职业工作者具有对法律和法治的共同认识，遵循共同的标准和规范。在这样一个‘法律职业共同体’中，人员是互通的，职业角色可以相互转换”。这也许是李教授一厢情愿之想法，现实情况并非如此。当然这不妨碍我们论证职业转换带来的利好结果：

1、律师职业转换可以推动司法体制改革，实现司法独立。

我国律师行业一直秉承着资格准入制度，对律师法律知识要求较高。从1986年起即实行全国统一资格考试，律师队伍均具备系统的法律知识；而据有关资料记载，1979年法院工作人员近70%的初中以下文化程度，受过法律专业教育的不足5%，到了1998年，最高人民法院宣布已有80%以上的法官达到大专以上文化程度，但是也有的人指出，这些达到大专以上文化程度的法官绝大多数是通过法院业大、函授、专业证书班等途径速成的，法官、检察官队伍整体法律知识仍有待提高。直到2001年我国出台国家统一司法考试制度，规定了法官、检察官必须具有高等院校本科学历且通过国家统一司法考试获得资格者始可担任，同时也规定通过该考试方可申请律师职业资格。国家统一司法考试制度统一了法律职业的准入途径，为法律职业共同体的形成创造了有利条件，意味着允许律师在一定条件下转换成法官、检察官。这样的自由流转有利于提高法律工作职业化水平，早日实现司法独立。

2、资深律师具有丰富的法律职业经验和办案技巧，推动法官职业化，去掉法官的行政色彩。

霍姆斯大法官曾说过：“法律的生命，不在于逻辑，而在于经验”。目前我国法官、检察官的培养模式往往是从刚毕业的大学生中选拔，然后慢慢培养，他们往往没有任何社会阅历，更没有法律职业经验。我国是成文法国家，尽管可能有较为充分、全面的法律规定，但是制定法的刻板僵化和社会生活的灵活多变产生的矛盾必须由法官来妥善解决，这导致法律职业经验在司法过程中发挥着巨大的作用。资深律师从业多年，人生阅历和法律职业经验丰富，如果能够顺利进行职业转换，成为法官、检察官，有利于提升司法队伍的整体水平，他们不易于主观臆断，有利于正确处理案件、维护司法公正。

3、允许律师进行职业转换，有利于扩充职业空间，减少司法腐败。

目前，我国司法腐败的重要原因之一在于收入没有竞争性，这就容易导致个别司法人员心态失衡、以权谋私。资深律师在执业期间往往收入较高，积累较多的财富，如果改任法官或检察官，他们心态相对来说更加淡定平和，不会因为生活所迫等利益因素贪赃枉法，他们对待律师、当事人的态度和手法都会更趋人性化和合理化，而不是官本位化。

4、允许律师进行职业转换，有助于推动中国用人体制改革。

相对于美国的资深律师可以参政，竞选议员、当法官，实现法律人的人生抱负，中国律师的发展空间很有限。往往入门不久的律师，和经纶老手抢同一碗饭吃。老前辈不让路，后辈们的发展空间也就被压缩了。允许律师在法律职业共同体中进行职业转换，就可以给后辈律师更多的发展空间，培养更多优秀的律师，然后为其他法律职业、公共服务领域输送优秀成熟的法律人才，形成人才流动良性循环，有效地推动我国管理体制变革。

三、我国律师进行职业转换的体制障碍

从表面上看，我国现在实行的国家统一司法考试已经消除了从律师到法官、检察官的法律制度壁垒，但是从实际情况来分析，全国范围内执业律师转变为法官、检察官的真是凤毛麟角。法律政策制定与制度设计不协调，是造成职业转换发生困难的主要原因，当然也存在其他多方面因素的制约。

1、法律及体制性障碍

一方面，我国《公务员法》把法官、检察官并入公务员行列，法院、检察院招录人员必须通过国家司法考试和公务员考试双重考试，使得法官、检察官的选拔具有浓厚的行政色彩，却忽视了专业特点。另一方面，我国《法官法》、《检察官法》规定，地方各级法院院长、检察院检察长由地方各级人大选举和罢免，副院长、审判委员会

委员、庭长、副厅长和审判员、副检察长、检察委员会委员和检察员由本院院长提请本级人大常委会任免，法官、检察官的选拔具有封闭性，由此产生法官、检察官在司法工作中容易滋生地方保护主义倾向，不利于维护司法公正和权威。

律师由于身份非公职化，如果想要转身成为法官、检察官，必须跻身千军万马的公务员考试队伍之中，参加公务员考试，并且根据现行体制来看，即使通过了公务员考试，也不能当然的成为法官，还需要按照公务员的晋升制度，慢慢“成长”。这对于一位久经沙场、身经百战的律师来看，似乎很难接受这种幼稚的做法，几十岁的人与一群大学生坐在一起参加公务员考试，抛开年龄限制不说，也不一定真能考得过年轻的学子。如此僵化的、一刀切的用人体制让在体制外的律师或者商界精英很难回流到体制内为社会服务，这是我国目前人才流动机制的尴尬，这也是律师进行职业转换的最大阻碍。

2、公众社会评价之障碍

社会环境和群众基础也是律师进行职业转换的重要支撑力量，律师能否顺利进行职业转换，还受到普通民众对律师形象和评价的影响。在中国，律师这一职业并不是单纯的法律人角色，而是兼有法律人和经纪人的双重角色。律师必须靠为客户提供法律服务而获取经济收入，这本无可厚非，但是有些律师不择手段过度的追求经济利益以致给普通民众留下“唯利是图”的印象。在普通民众对律师认可度不高的情况下，允许律师进入公共权力体系之内，恐怕很难获得普通民众的信任和支持。

3、其他社会体制的障碍

根据我国现行法律，即使准予律师“上岸”，仍存在很多问题需要解决。首先、2002年以前，我国律师准入制度是律师资格考试，很多资深律师并没有通过司法考试，依据全国人大的答复，律师资格考试不能代替国家统一司法考试，因此，没有通过国家统一司法考试的律师，根本无法顺利的进行职业转换。这方面原因会随着时间的推移，慢慢消失，仅影响到一批人的利益，这部分人等到这项体制突破后已进入暮年。其次、也是最大的问题，律师进行职业转换后，将面临如何确定职位、待遇、晋升、退休等问题，这些在现行公务员体制下很难得到解决。除非法官与检察官均脱离行政化管理，按独立人事体系、社会保险福利制度运行。这涉及到司法体制改革的深层次问题。

四、我国律师实现职业转换的改革构想

1、建立中国特色的文官制度，必须将党的领导与文官管理关系处理妥当，管理过程中党纪应让位于法律。

具有中国特色的社会主义国家，在已经实行三十年

改革开放并取得举世瞩目成就的今天，面临政治体制改革，其实质上是执政党要学会放权，将党的领导、政府管理、国家管理的界限明朗化，不能实行大一统管理，管的过死过紧，降低了政府管理效率，行政机构臃肿，行政成本高昂，给国家带来严重的财政负担，束缚了国家发展的动力。党要放权，回归到政党的本来面目，不得与民争利，立足于为政府、国家培养优秀的政务官员，从繁荣的管理中脱身，将官员中的党纪管理完全让位于法律、制度管理。执政党注重官员的品德培养，而放弃其事无巨细的政务管理。如此的管理变革才能为社会管理体制变革奠定良好的政治基础，是推动政治体制改革的有效前奏。

2、加大司法体制改革，突出法律职业的独立性，将法官、检察官从行政管理体制中解放。

司法活动去意识形态化，以保障司法的真正独立，才能彰显司法的价值取向。司法活动的价值在于为社会创建公平与正义，司法活动的每个主体不受任何政治派别的干预，突出其专业性、独立性、神圣性，保证其按司法活动的规律运行，成为社会公平与正义的最后一道防线。

3、借鉴西方法治国家法官、检察官遴选制度，构建我国法律职业共同体内部自由流转的制度。

破除法律共同体中设置的行政体制壁垒，将法官、检察官、律师纳入非公务员体制管理，除律师职业之外，法官、检察官的收入与福利纳入独立的财政预算体系，与地方财政分离；人事选聘、任免均实行内部管理考核，首长任免由上级人大任免，人事管理与地方行政管理实行分离。律师执业达到一定年限即可申请法官、检察官职业，完全由法院、检察院内部考核机构进行考核任免，一旦获得选聘，律师证即可申报停业，在五年服务期内不得离开现有职位。业绩优秀者可以获得终身法官或检察官职责，也可以参选法院院长或检察院检察长，效忠市民与政府。

4、建立律师承担政务工作、担任行政首长的外部流转机制。

将公务员与行政首长实行分类管理，公务员应按《公务员法》执行，但行政首长应由人大常委会组织从社会各界精英中遴选，其中律师执业10年后，可以参选其执业区域内的行政长官职务，投身政界服务市民，服务国家。律师参选行政长官实行任期制，如果竞选成功，应由人大常委会与律师签订四年期的聘任合同，如果业绩显著，可以连选连任。考核应由人大常委会独立的行政长官考核委员会考核。

如上所论述，建立一套开放透明、高效廉洁的文官制度，是律师职业转换的最有效保障，也是实现律师将专业付诸于社会、付诸于政务，为民服务的最为可靠的制度基础。



保护自己讨价还价的能力 ——如何利用知识产权的制衡策略

文 广东惠邦律师事务所 孙大勇律师

著名作家刘墉曾讲了这么一个耐人寻味的故事。小李住上了高楼，为摆放盆花，遂请人在窗外钉花架。师傅上门那天，他特地请假在家监工。张师傅带着徒弟上门，叮叮当当，不一会就完工啦。小李担心的问花架是否结实？张师傅拍着胸脯说，三个大人站上去跳都没问题，我保证20年不会出任何问题。小李听后马上找来纸和笔，要求张师傅签名保证。张师傅看到小李满脸严肃的样子，正在犹豫时，小李便说：“如果你不敢写，就表示不结实。不结实的东西，我是不敢验收的。”张师傅只得勉强写下保证书，放下笔后，对徒弟一瞪眼：

“把家伙拿出来，出去再多钉几根长钉子！出了事咱可就吃不完兜着走啦。”说完，师徒二人又叮叮当当忙活了半个多小时，检查了又检查，方才完工走人。

这个故事告诉我们什么呢？如果你想跟人家讨价还价，那么在你还有这个能力的时候就要抓紧行使。试想小李把钱完全付给张师傅，张师傅还会写保证书、钉长钉子吗？进一步的，我们可以认识到，在其他条件没有变化的情况下，付款前和付款后，小李处在两种不同的地位时，其讨价还价的能力是完全不同的。这说明，讨价还价的能力跟谈判者所处的地位有关，而谈判者所处的地位往往又跟自己对该地位的选择有关。简单的说就是，我们要想在跟别人的讨价还价中争取主动，那么我们要注意选择好、控制好谈判地

位。认识到这一点，对企业知识产权的建设和保护具有非常积极的意义。

在当今社会，企业要在发展过程中立于不败之地，知识产权的建设和保护应引起足够的重视。在知识产权游戏规则已被更多公司、企业所了解和认识的今天，谁能通过对企业知识产权的建设提高自己的谈判地位，谁就能够在企业经营、竞争过程中拥有更多的主动权。

关于专利

众所周知，专利可以用来对企业研发创造的技术进行保护。通常，在某个业务领域，谁拥有的专利多，谁就有比较强的竞争力和控制力，如华为、中兴公司便是典范，而索尼公司更是制定了“商业活动所至之处，知识产权保护必须所及”的知识产权战略和方针。因此，凡是科技型企业都应考虑在专利建设方面下点功夫，花点时间和精力，有意识的根据企业自身的实际情况实施专利布局：

一、公司应当首先实现专利从无到有的突破。

专利制度再多么好，再多么能促进公司的发展，它也仅是针对有专利的公司而言，公司只有拥有了一定数量的专利，方能谈到如何利用专利的问题。

二、公司应当注意保护自己的核心专利技术，并注意加强基础专利的外围固防工作。对核心专利技术，公司应当作为基础专利进行申报，围绕着该基础专利，公司还应当申请一些改进型专利，以防

止竞争对手将改进型技术抢先申请专利，并对自己的基础专利形成合围之势。因为一旦竞争对手对公司的基础专利进行了改进并申报了专利，那么公司在实施自己的基础专利时就会受到竞争对手改进型专利的牵制，无法大展拳脚。

三、主动出击，对竞争对手的基础专利形成合围之势。我们要防止竞争对手对自身的基础专利形成包围，但在条件合适的情况下，我们要主动出击，将竞争对手的基础专利进行包围，形成专利包围圈，以牵制竞争对手对其基础专利的实施。

四、拆分技术，扩大保护。企业针对一个特定的产品所完成的技术方案一般具有多个发明点。每一个发明点都可以成为统领一件专利的领头羊。若将专利的保护范围以圆来表示，则围绕着不同的领头羊可以画出不同的圆圈，圆圈所圈定的区域可以视为专利的保护范围。可以想象的到，以不同的领头羊为圆心所画出的圆圈当出现重叠的情形时，重叠部分的区域就是产品整体技术方案专利的保护范围。很显然，每一个领头羊的地盘都比重叠的区域要大。这说明了，以不同的发明点为领头羊来申报专利，可以获得比以整体技术方案来申报专利更大的保护范围。这一点，海尔经验值得学习。如海尔在开发“小小神童即时洗”微型洗衣机后，第一次申报专利即达12项，至今已推出第九代产品，每一代产品都形成了全面专利保护，前后共获国家专利26项，从外观到内部结构所有新技术的应用均通过专利申请方式获得了市场保护。

五、专利分体，方便许可或者转让。公司申请专利后，可以在一件专利的权利要求书中记载至少一项独立权利要求和基于独立权利要求的数个从属权利要求。一般而言，从属于同一个独立权利要求的从属权利要求可以记载在一件专利中，这样可以节省专利费用。但有些情况下，为了许可或者转让的方便，公司可以有意将从属权利要求单独拿出来作为一件专利申请进行申报。这样，若把基于独立权利要求的专利看作拥有连长的权力，那么基于从属权利要求的专利则可以看成是拥有排长的权力。公司把排长的权力授权或者转让后，仍然可以通过连长的权力对被授权方或者被转让方进行制约，另外还可确保被授权方或者被转让方的权力运行仅限于排长的权力范围。

很显然，通过以上的专利策略，公司可以在无形中提高自己的谈判地位，遇到对手侵权竞争或者遭到对手实施打击时，公司就可以把自己的专利武器抬出来，同对手展开讨价还价。

关于商标

企业准备打自己的品牌首先就必须注册商标。但是，若公司仅仅注册了公司目前正在销售的产品商标，显然是不够的。若公司没有前瞻性的眼光，同时注册联合商标、防御商标并进行商标延伸，随着时间的推移，公司的主动地位就有可能变动被动地位，从而丧失跟竞争对手讨价还价的能力。

联合商标是相对于最先注册的正商标而言，是指商标所有人在自己生产和销售的相同或者类似商品上注册几个近似的商标。如杭州娃哈哈有限公司除了注册“娃哈哈”商标外，又在同类商品上注册了“娃娃哈”、“哈娃娃”、“哈哈娃”、“笑哈哈”等联合商标。通过这种联合商标的注册，可以有效的防止竞争对手打擦边球，确保公司始终处于竞争的主动地位。

防御商标又称防护商标，防御商标是指较为知名的商标所有人在该注册商标核定使用的商品（服务）或类似商品（服务）以外的其他不同类别的商品或服务上注册的若干相同商标，为防止他人在这些类别的商品或服务上注册使用相同的商标。原商标为主商标，其余为防御商标。

在现实的市场活动中，常常有人不想自己付出辛勤努力，而是随意复制或模仿他人具有独创性的商标，尤其是具有一定知名度的商标，使用或注册在与该商标核定使用的商品或服务之外的其他类别的商品或服务上，企图借用知名商标品牌多年苦心经营而形成的影响力“搭便车”，以欺骗公众，获取不正当竞争的利益。这种“克隆”商标的现象是当今市场活动中较普遍存在的，它极有可能引起消费者对商品出处或企业的混淆，严重影响商标权所有人的商标信誉或企业信誉。虽然对商标“克隆”的现象，中国的相关法律法规文件已有相应法律上的规定和特殊保护措施，但是它仅限于“被公众所熟知”的知名度较高、显著性较强的商标，而且其“知名度和显著性”程度不高或尚无法确定的商标来说，则无法保护。为此，出现了注册防御商标来进行自我保护。防御商标在公司品牌保护方面可以克服侵权事实认定困难的缺陷，及时、有力的保护商标权利人合法权益，美国“可口可乐”商标在一切商品上都进行了防御性注册就是一个成功典范。

关于商标延伸

商标延伸是企业将现有的、成功的商标拓展到新的产品或服务领域的过程。商标延伸的形式多样。有的属于产品类别的延伸，如海尔公司将“海

尔“商标从冰箱、空调扩展到微波炉、洗衣机、电视机、计算机、手机等产品；雀巢公司将“雀巢”商标延伸到巧克力、奶粉、饼干等产品上。另一些则属于不改变产品类别而只是在产品的口味、形态和包装等方面变化的改进型产品的延伸。如美国万宝路公司将“万宝路”商标从一般的万宝路过滤嘴香烟扩张到万宝路薄荷烟、万宝路淡烟和万宝路适中口味香烟。

实践证明，商标延伸已经成为企业实施知识产权战略和营销战略的重要手段。当然，企业在进行商标延伸时应当具有前瞻性的眼光并审时度势，否则商标无法延伸，还可能引来诉讼纠纷。例如深圳某公司专业销售电解离子水设备，在电解离子水产品上，该公司享有商标专用权。为扩大影响，该公司开始向客户赠送、出售桶装电解离子水，并在水桶上标注该注册商标。深圳公司的做法引起广州某公司的注意，一纸诉状将该深圳公司告上法庭。广州公司声称其在桶装水上注册有一商标，深圳公司的商标并未核定使用在桶装水上，深圳公司使用在桶装水上的商标由于与广州公司的商标构成近似，因此法院最终认定深圳公司商标侵权事实成立，依法应当停止侵权，并向广州公司进行侵权赔偿。

在这里，深圳公司在商标延伸时，由于没有预先进行商标注册，而该广州公司却先行注册，结果深圳公司的商标延伸之路被挡不说，还天降官司，承担了商标侵权的赔偿责任。

关于版权登记

我国著作权法同其他国家著作权法的规定和《伯尔尼公约》的要求一样，对著作权实行自动保护原则，即作品创作完成后即享有著作权，不需要履行任何登记手续。

但在著作权法实施过程中，很多作者提出希望将自己的作品在著作权行政管理机关登记，对其著作权有形式上的确定，以进一步明确著作权的归属，在发生著作权纠纷时也可作为初步证据。一些

作品的使用单位也反映：如果实行形式上的登记，将对作品的使用提供便利。可以说作品完成后，作品权利人若能及早进行版权登记，在作品的未来保护中就可以占据主动地位。例如某公司开发完成了一套电池测试仪的内置软件，产品投向市场后取得了良好的社会效果。在巨大的金钱利益诱惑下，不法商贩通过拷贝电池测试仪内置软件目标代码的方式进行盗版销售。该公司为维护自己的合法权益，遂将不法商贩告上法院，要求停止侵权并赔偿其经济损失。由于该公司开发的该套软件程序并未进行软件著作权登记，因此该公司在主张软件著作权时显得相当被动。一边是法院要求提供全部源程序以证明该公司确享有涉案软件的著作权，一边是该公司对涉案软件著作权源程序保密性的担忧。该公司认为涉案软件著作权源程序涉及该公司的生死存亡，一旦泄露，后果将不堪设想。故此，该公司最终提交的涉案软件著作权的源程序做了加密处理，但声明在法院需要打开验看时只要该公司的相关人员在场，即可提供密码。基于对法律的不同理解，法院认为该公司的做法属于拒绝提供涉案软件源程序的做法，属于未能举证其对涉案软件享有著作权的情形，并据此驳回该公司的起诉。我们撇开法院的认定是否正确的争论不谈，若该公司能够事先进行软件著作权登记，则省掉了很多麻烦。一方面软件著作权登记并非强制要求提供全部源程序，因此通常具有比较好的保密性，另一方面，软件著作权登记证书是权利人享有软件著作权的初步证据，若相对方无相反证据，一般权利人无须提供其他开发证明即可确认其对涉案软件的权属，权属举证责任大大减轻。

通过上述专利申请、商标注册以及版权登记的描述来看，企业在经营过程中所处的知识产权地位往往跟其对该地位的选择有关。只有预先做好规划，安排好知识产权的申请、注册乃至登记工作，一旦发生竞争纠纷，公司便可处于主动地位，从而可通过企业知识产权的管理获得非常良好的竞争优势。



简述《深圳市物业专项维修资金管理规定》

文 广东星辰律师事务所 俞仕华律师

《深圳市物业专项维修资金管理规定》【深府（2010）121号】（以下简称《规定》），已于2010年9月10日颁布施行。物业专项维修资金，作为“房屋养老金”，涉及到千家万户的切身利益。《规定》共五章34条，它的出台和施行，在社会上——度引起了强烈的反响。笔者试从《规定》的主要内容、存在问题以及法律建议三个方面作简述。

主要内容

1、明确物业专项维修资金的所有权归业主，管理和使用需业主决策

根据《规定》，物业专项维修资金属业主所有，专项用于物业共同部位、共用设施设备保修期满后的维修、更新和改造。

《规定》明确，物业专项维修资金的管理，遵循按幢立账、专户存储、核算到户、专款专用、业主决策、拨付快速、手续便捷的原则。

《规定》还明确，市管理机构应当通过招投标方式确定物业专项维修资金专户银行，建立信息化管理系统，对物业专项维修资金的收取、存储、使用、增值和查询等进行统一管理。

2、房地产开发企业欠缴物业专项维修资金可能被暂停开发资质

根据《规定》，本规定实施后竣工的房地产项目，建设单位在办理房地产项目初始登记前，必须按照规定交清该项目应交纳的首期归集的专项维修资金。

未按规定交清首期归集的专项维修资金的，市房地产登记部门应当暂缓办理该项目相关登记手续；情节严重的，市管理机构可以依法提请市房地

产管理部门暂停该单位房地产开发资质。这是个深圳创新性规定，比较激进。

3、物业专项维修资金可增值

根据《规定》，任何单位和个人不得侵占、挪用物业专项维修资金；不得以任何理由和形式，将物业专项维修资金用于本规定及物业服务合同约定以外的用途。

《规定》明确，物业专项维修资金自存入银行专户之日起按银行活期利率计息，利息转入物业专项维修资金滚存、使用。市管理机构在保证物业专项维修资金正常使用的前提下，可以依法对物业专项维修资金进行增值运作，增值方式限于组合存款和购买国债，不得用于其他投资。

4、原房屋本体维修基金，可组织清算

根据《规定》，本规定实施前，物业服务企业代管的原房屋本体维修基金（即住宅维修基金）可由业主委员会与物业服务企业共同组织清算。清算后的原房屋本体维修基金余额，业主大会可以决定继续由物业服务企业代管至使用完毕为止；也可以决定移交给市管理机构指定的物业专项维修资金专户。

5、业主欠交物业专项维修资金将被催交并计息

《规定》明确，业主未按照本规定交纳日常收取和续筹的物业专项维修资金，由业主委员会负责催交，也可以由业主委员会委托物业服务企业代为催交。业主拖欠物业专项维修资金的，应当按拖欠金额加计同期银行贷款利息。

另外，《规定》还明确了备用金、共济金、维修方案及使用流程等内容，其中不乏有备用金这样的创新性规定。

存在问题

1、主体缺——多数小区没有成立业主委员会

这部《规定》中很多内容，比如组织物业专项维修资金的清算、催交、使用等很多方面都需要小区有一个较强势的业主委员会来开展大量的工作。而眼下深圳的现实是，成立业主委员会的小区并不多，据统计，约有九成多的小区没有成立业主委员会。由于小区没有业主委员会，所有《规定》中的有些方案实际上无法得到实施或执行。比如业主未按本规定交纳日常收取和续筹的物业专项维修资金，以前可由物业服务企业负责催交，现在规定由业主委员会负责催交，或者由业主委员会委托物业服务企业代为催交，如果该小区没有成立业主委员会，那么应该由谁来负责催交呢？

2、清算难——本体维修基金多是糊涂帐

深圳市房屋公用设施专用基金管理中心于2006年11月经市编委批准成立，并于2007年3月30日正式挂牌。在此之前，深圳没有专门的机构来监管房屋公用设施专用基金，长期处于空白地带。

之前，房屋本体维修资金一直都由物管企业按月代收、管理和使用，多数业主只知道交钱，至于这笔钱有多少，怎么用不怎么过问，多数业主也从未申请使用过房屋本体维修资金。众多小区的这部分本体维修资金是一笔糊涂帐，要清算，谈何容易啊？

3、追缴难——老旧小区开发商常推脱

深圳自2006年8月1日启动全市房屋公用设施专用基金收缴工作，几年来对全市所有房屋项目进行了“地毯式”的清查追缴。一些老旧小区的开发商通常以时间过去太久，超过时效等理由拒缴维修基金，有些开发商甚至破产了或者不复存在了。本《规定》规定的区主管部门予以追缴或协助追缴不一定有效果。

4、使用难——为何要提高使用门槛

《中华人民共和国物权法》第76条规定筹集和使用建筑物及其附属设施的维修资金应当经专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主且占总人数

三分之二以上的业主同意。

而《规定》确定物业全体共有部分的维修、更新和改造需要使用物业专项维修资金的，应当经业主大会依法表决同意。这就提高了物业专项维修资金的使用门槛，与国家的法律相冲突。

5、报帐程序复杂——物业服务企业成本增大，风险提高

根据《规定》，对物业出现重大安全隐患或者发生渗漏等紧急情况需要维修做了程序上的规定，业主申请→业主大会表决→物业服务企业组织实施→区主管部门和街道办事处备案多等程序相当复杂。如此下来，物业服务企业的管理成本增加，风险也提高。

法律建议

1、大力推动小区业主委员会成立

承上，如果没有业主委员会，《规定》中的许多方案是得不到真正落实和实施的，政府应大力推动小区业主委员会的尽快成立。业主委员会成立事宜，应作出街道办及社区工作站年度考核指标之一，物业服务企业不配合业主委员会成立甚至制造麻烦的，街道办及社区工作站可以向物业行政主管部门申请降低或取消其资质。

2、建立信息化管理系统，允许业主查询

深圳市房屋公用设施基金管理中心应当尽快建立信息化管理系统，随时公布每个小区、每个业主的物业专项维修资金的动态情况。

业主可以自己，也可以委托执业律师查询本小区、本幢物业专项维修资金交存、使用等账户信息。

3、适时出台实施细则

出台实施细则，对《规定》施行近一年来出现的问题作及时补充和修改，比如简化报帐程序、统一物业专项维修资金使用办理流程、规定追索物业专项维修资金的案件，当事人提出诉讼时效抗辩的，不予支持等等。



经典案例

P2P技术自问世之日起，就注定要扮演天使与魔鬼的双重角色。一方面，它打破了以服务器为中心的互联网格局，以该技术为核心的各种下载软件和流媒体的应用，推动了网络经济快速发展，广大网民视其为“神器”、“福音”；一方面，版权人视其为大规模侵权的洪水猛兽，罪魁祸首，口诛笔伐，知识产权领域一场又一场侵权与反侵权的较量此起彼伏。在各方的力量角逐中，P2P软件开发者常被视为侵权的“始作俑者”而诉诸公堂，但，P2P应用软件是否真的具有“原罪”，其研发者的责任如何正确认定，技术创新与版权保护之间如何求得平衡？笔者将代理的视频播放器开发者侵犯著作权纠纷系列案为例，对这些问题做出简要的分析和探讨。

技术创新还是侵权帮凶

——浅析全国首例 P2P 视频播放器开发者侵犯著作权纠纷案

文 北京市京都（深圳）律师事务所 侯志纯律师

【案情与背景介绍】

华夏视联控股有限公司（以下简称“原告”）经电影权利人授权，取得电影《十全九美》在中华人民共和国境内独占性享有该剧的信息网络传播权及对第三方侵犯该剧信息网络传播权行为进行法律责任追究的权利。电影在国内公开上映后，原告发现：通过巴巴在线电影网站（域名：babady.com）搜索电影《十全九美》，可以显示《十全九美》的影片简介，点击播放后弹出窗口，根据提示安装深圳快播科技有限公司（以下简称“被告”）自主开发的播放器后即可免费观看完整的《十全九美》影片。2009年7月，原告向人民法院起诉，诉称被告与

巴巴在线网站通过向公众非法传播影片，侵犯了原告对电影《十全九美》享有的独占性信息网络传播权。请求判令侵权方立即停止侵权行为，连带赔偿原告经济损失人民币50,000元、为制止侵权行为支出的合理费用人民币4,000元。其他权利人同时立案起诉的类似案件还有8宗。

本案被告快播公司是由奇虎360周鸿祎、腾讯创始人曾李青等投资于2007年成立，是一家以网络流媒体技术开发与应用为核心的高科技公司，也是中国WEB2.0理念的倡导者与实践者，其致力研发基于准视频点播内核的、多功能、个性化的播放器软件，集成了全新播放引擎，支持自主研发的准视频

尽管表面上该案件原告所诉请的赔偿金额并不算高，但如果被告最终败诉，那么其商业模式和主营业务之合法性将遭受严重质疑，整个P2P技术以及相关平台的研发也不可避免地受到牵连，某些互联网创新技术的命运可能因此而改变。

点播技术。目前快播的Qvod播放器是国内最受欢迎的万能播放器之一，下载量达6亿余次，每天的用户数量4千万，并在国内高清网页点播技术提供方面，取得70-80%绝对市场份额。

【社会影响与难点】

笔者作为被告的代理人，通过初步的调查后，清楚地意识到：尽管表面上该案件原告所诉请的赔偿金额并不算高，但如果被告最终败诉，那么其商业模式和主营业务之合法性将遭受严重质疑，整个P2P技术以及相关平台的研发也不可避免地受到牵连，某些互联网创新技术的命运可能因此而改变。可以毫不夸张地说，从立案之日起这个案件就已经不仅仅是一个普通的著作权侵权纠纷，而是一个可能引发巨大社会影响与强烈示范效应的引子和导火索：

（一）该案的胜负可能决定了被告的生死存亡。

“被告”是一家围绕在线点播系统进行技术开发的公司，其产品线包括：视频播放器、资源服务器、网吧管理服务器等软件，这些软件都是基于互联网的视频种子而进行视频在线点播的软件，产品的多样化是针对不同类型的用户做出了功能上的区分和强化。不难想象，如果法院最终认定被告侵权，被告必须立即停止侵权行为，很可能意味着被告的视频在线点播技术与相关产品的应用与研发都不得不停止，这对于一家以视频在线点播技术的基础的科技企业无疑是毁灭性的打击。2001年，美国的Napster案：Napster是一个基于p2p技术应用的网站Napster专门提供交换MP3格式音乐的服务，由于Napster帮助用户共享和下载大量有版权保护的音乐，因而被唱片公司视为天敌。环球唱片、贝塔斯曼、时代华纳等唱片巨头联合起诉Napster，控告它协助网络盗版。最后美国第九巡回上诉法庭裁定Napster侵权，禁止Napster及其用户交换或使用具有版权的音乐文件。Napster被关闭后通过拍卖，被Roxio公司收购。假如法院最终认定被告侵权的话，那么等待着被告的可能与Napster类似的命运。

（二）该案件可能给P2P网络技术开发商以及产业相关环节带来“牵一发而动全身”的巨大冲击。

目前，除了被告开发的软件外，还有微软的media player、老牌播放器real player以及韩国的KMplayer等都是基于P2P技术的互联网视频点播软件。可以想象，假如被告公司真的

不幸被“挑落马下”，法院判决的示范效应将强力刺激版权人维权的神经，来自版权人的诉讼将纷至沓来，对于国内从事相同或者相似技术软件开发的产商而言，恐怕要时不时地担忧侵权诉讼这把达摩克利斯之剑何时会落到自己头上。再者，从国家利益与民族企业的角度而言，假如快播因败诉而式微，那么国内高清网页点播技术的市场结构将会重新分割，国外的软件巨头可能在短时间内抢占市场份额，这对民族产业也无疑是一个沉重的打击。

（三）对相关产业内的技术创新有一定程度的负面作用。

技术创新与版权保护总是处于持续的角力关系之中，版权保护一方面保护、刺激了创作者的利益和动机，一方面又在一定时间和地域上造成了知识和技术的垄断。当版权保护处于上风时，技术创新则在一定程度上受到抑制。假如被告最终败诉，则意味着技术创新在与版权保护的角力中处于下风，有可能意味着背后强大的监管风暴的来临，这必然对被告所处行业所处地域的技术研发与创新将带来一定程度的不利影响。

（四）本案的难点，除了技术与举证方面外，还在于广东省高院2006年作出的一个类似的案例。

北京慈文影视制作有限公司诉北京正乐佳科技有限公司侵犯著作权纠纷案。尽管我国是成文法而非判例法国家，遵循先例原则在我国不适用，但是这不意味着最高法院和上级法院最终判决在司法实践中不会发挥事实上的约束力。实际上，这些案例被公布后，法官裁判案件时遇有同样情形，一般倾向于依先例作出裁决。一般来讲，发布这些指导性案例的上级法院将不会允许不同的裁判作出，而下级法院若作出不同的判决，则可能会被撤销。广东省高院这个终审案例入选了2007年北京市十大知识产权案例，其影响力和示范效应是十分巨大的，对于本案的合议庭的影响也是可想而知的，如果本案的受理法院倾向于参考上述的案例，那么对于被告方将是极为不利的。

【代理思路】

本案的焦点在于被告间接侵权责任是否成立，

是否具有主观上的恶意。笔者根据我国现行的法律规定以及国内外的相关判例,针对原告的指控提出了如下代理意见:

(一) “实质性非侵权用途”规则

1984年美国最高法院在“索尼案”所确立了一项具有深远影响的规则:不能仅仅因为一种具有“实质性非侵权用途”的产品被用于侵权,就推定该产品的提供者有意帮助他人侵权。

“实质性非侵权用途”规则的意义,在于确立了工具本身的中立性,为工具研发者提供侵权责任的抗辩。工具可以给人们生活娱乐提供便利,也可以用来侵害他人的合法权利,其本身无法实施侵权行为。侵权人利用工具实施侵权行为,只取决于使用者的目的和意图,与工具本身无关,只有人的行为,才具有道德上的可归责性,也能够成为法律评价的对象。当然,具有“原罪”的工具应被排除在外,一样工具本身如果可以并且只能用于侵权而不可能用于其他目的,比如专门用于盗取他人账号的木马程序,那么其开发和传播的行为本身就具有违法性,无论最终是否被他人用于侵权,都应当承担法律责任。

对本案被告而言,其提供的仅仅是一款播放器软件,该软件的下载安装是开放式的,而且是免费的,任何人都可以在被告官方网站上及软件下载网站上下载安装快播,被告无法选择安装使用者。该播放器既可以被用于播放某些已经得到版权所有者许可下交换某些视频,也可以被用于播放一些已进入共有领域的作品或者作者自愿传播的作品,当然,也可以被用于播放未得到许可的影视作品。因此,被告的软件是具有“实质性非侵权用途”的。

另外,被告提供的软件具有明显的可替代性,用户可以基于性能选择该软件具,也可以选择别的软件比如微软的media player、realplayer作为播放工具。被告研发的点播技术与美国Adobe公司的Flash点播技术相同,在司法实践中,使用Flash点播技术的视频网站优酷网、土豆网经常被诉侵权,但极少有人将为其提供视频点播技术的Adobe公司作为共同被告,这也是基于这种技术、软件具有“实质性非侵权用途”,法院不能仅依据这种技术、软件具有侵权的潜在可能,就认定该技术及平台的提供者要为用户的侵权行为承担侵权责任。

(二) 被告不存在诱导、帮助、教唆侵权的主观故意和客观行为

在Napster侵权案中,法院判决侵权并不是因为他P2P 软件的开发者,而是因为它为用户提供了目录

索引服务,为直接侵权者提供了便利的平台。在这些网站经营者的网站上虽然没有侵权的作品,但是有用户发布的共享文件的目录索引,这种目录索引无疑给终端用户侵权提供了极为便利的条件,使其毫不费力就可以下载、传播未经授权的音乐文件。因此,法院认定Napster存在着诱导、帮助侵权的主观过错和客观行为,构成间接侵权。

在北京慈文影视制作有限公司诉北京正乐佳科技有限公司侵犯著作权纠纷案一审中,终审法院最终认定正乐佳公司侵权责任是因为:该网站对其影视频道栏目内的影视作品进行了多层次、体系化的分类,对于其影视作品传播平台之内的影视作品已进行了选择和编排;该网站设置的“下载人气榜30强”栏目中电影《七剑》位居其首,且注明电影《七剑》的导演、主演、类型、片长、加入时间、人气指数、内容简介等信息,正乐佳公司对于其影视作品传播平台之内的影视作品进行的选择和编排显非根据PP点点通软件所有在线网络用户的硬盘共享文件实际情况即时进行,且正乐佳公司将电影《七剑》列入“下载人气榜30强”栏目显存故意。

上述两个案例,法院其实都认可了涉案的软件具有“实质性非侵权用途”,最终还是判决侵权责任成立,这是因为他们存在着为直接侵权者提供了便利和帮助的行为,具体表现为在其经营的网站上对他人的作品进行了人为的选择和编排,具有明显的诱导性和主观恶意。

但是对于本案被告而言,尽管被诉的侵权网站确实在使用其开发的软件,却并不意味着被告有侵权行为,更并不意味着其主观上有恶意。首先,被告既没有经营电影网站,也没有与电影网站合作,被告只是研发和推广快播,该软件没有任何播放内容,也没有提供播放内容的平台;其次,被告自有平台没有做任何影视节目的编排、整理、集合,没有任何收视、点播、下载等的排行推荐和热门渲染,也没有任何关于影视节目本身内容的简介;最后,尽管被告采取相应的过滤工具或监控技术以及合法使用的声明,但实际上其无法也没有义务控制和审核使用者用该软件播放和观看的影视作品的内容和性质。总之,被告主观不存在诱导的意图,不应当被认为存在过错,所以被告不构成间接侵权。

(三) 原告的证据不足以证明被告存在主观过错

基于举证责任的基本规则,原告必须举证证明被告主观上存在过错,被告向法院提供的主要证据是浙江省杭州市西湖公证处提供的公证书,但就

其证明的对象和证明的内容而言，只能证明侵权用户使用了该软件，不能证明被告为用户实施侵权行为提供了便利和帮助，更不足以证明被告的主观过错。因此，原告应当承担举证不足的后果。

【法院判决】

鉴于案件的技术性和新颖性存在着较大的审理难度，且判决结果又对被告有着近乎生死攸关的决定性影响，后续的社会影响也广泛而深远，本案引起了受理法院的高度重视，由知识产权庭庭长亲自担任主审法官，多次组织开庭，积极向技术专家咨询，研究国内外法学理论，结合我国国情和知识产权保护政策仔细研究，表现出了极为严谨和审慎的态度。在本案的审理过程中，上级法院也非常重视，知识产权庭领导与资深法官以及相关的专家都出席旁听。另外，有业内人士也出现在了旁听席上。

最终，法院并未简单、机械地参考广东省高院的案例作出判决，而是在查清事实的基础上，采纳了我方的代理意见，一审判决认定被告不存在着主观上的过错，不构成间接侵权。之后，原、被告双方均未提出上诉，判决生效。

【总结和反思】

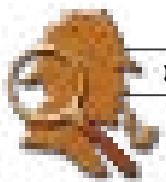
从本案以及国内外有关P2P软件侵权责任的案

件，我们可以总结：法院判令为网络用户提供点对点P2P软件服务商构成间接侵权，并不在于软件开发商研发、提供软件的行为本身，主要的是其在自己的门户网站上提供了涉及他人合法著作权的分类整理、信息排名、内容简介等内容，实际上是为用户侵权提供了直接的便利、帮助，使得终端用户轻而易举地实施侵权行为。这种诱导、教唆侵权既有主观上的故意，又有客观的行为，完全符合间接侵权的构成要件，应当承担侵权责任。

从我国目前的版权保护制度来看，在保护水平上同国外发达国家相比还有一定的差距，我国法律不认为P2P软件研发和提供给公众具有违法性，不强制要求软件开发对终端用户使用其产品时涉及的内容进行实质性审查，但应该注意以下两点：

第一，对于具有“实质性的非侵权用途”的P2P软件，技术、工具研发和提供者应当保持中立性和客观性，不得有分类整理、信息排名、内容简介等内容，不得有为终端用户侵权提供便利和帮助的行为，否则将被认定为有主观诱导意图而被认定为侵权。

第二，设法开发过滤工具或监控技术过滤工具来遏制用户对其软件的侵权使用，并且应当以明确的方式向使用者表明其防止用户侵权的局限性。



《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》（以下简称“暂行办法”）只规定报告期内发行人不得有损害投资合法权益和社会公共利益的“重大违法行为”，但这并不意味着发行人可以存在较之于“重大违法行为”更轻的其他违法行为。在创业板上市的公司，自然应是一家各方面都守法经营的企业。因此，发行人在报告期内是否存在违法行为是证监会发审委审查的重点内容之一，律师在办理相关业务过程中应高度重视这一问题。本文通过分析一系列在创业板IPO成功的案例，总结出有效化解发行人违法行为风险的应对策略。

律师应对IPO“违法行为”审查策略 ——以创业板IPO成功案例作为借鉴

文 北京市炜衡（深圳）律师事务所 刘金星律师

一、首次公开发行股票并在创业板上市要求发行人不存在“重大违法行为”

一家企业要申请公开发行股票并上市交易，不仅要符合《公司法》、《证券法》的规定，而且必须符合国家证券监督管理机关制定的相关规定，证监会发审委对发行人的资格审查特别严格，审查的重点内容之一是：发行人在报告期内不得有重大违法行为。这说明创业板的规定相对于主板的规定要相对原则一些，但在具体个案审查中，都从严要求，疏而不漏。

“暂行办法”第二十六条规定：“发行人及其控股股东、实际控制人最近三年内不存在损害投资者合法权益和社会公共利益的重大违法行为”。此规定是最低的要求，但是“重大违法行为”所包括的范围和程度如何，没有更具体的内容，不容易把握。发行人的违法行为可能存在发行人设立及运行的各个环节，只要一个环节上出了问题，公开发行股票并上市的申请就有可能被否决。

笔者注意到，“暂行办法”中，文字表述为

“重大违法行为”，在《首次公开发行股票并上市管理办法》中，文字表述为“受到行政处罚，且情节严重”。虽然文字表述有所差别，但实际审查的尺度基本一致，发行人的违法行为，是发审委的重点，律师必须对违法行为加以合理的解释和说明，以充分的理由争取发审委的认可。

二、律师针对发行人存在“违法行为”的应对策略

“暂行办法”明确了存在“重大违法行为”企业不得发行股票并上市。但这并不意味着，只要发行人不存在“重大违法行为”就没有问题。实践中，证监会发审委在审查发行人的申请报告，对发行人的轻微的违法行为也“深挖细查，刨根问底”。因此，如果发行人曾经存在过某些违法行为，或者说不规范之处，虽然算不上是“重大违法行为”，但也要特别引起重视，律师应当就这些行为进行分析和阐述，并就违法行为是否对股票发行上市构成实质性障碍，出具明确意见。

现今拟首次公开发行股票并上市或者已经上市的公司，绝大部是通过有限公司进行资产重组后改制成股份有限公司，由于种种原因，在改制前的有限公司及其分公司等组织，也许存在这样那样违法违规的问题，这在当时或者不拟上市的情况下并不是什么大的问题，但打算上市的话，这些问题就是一个坎，必须认真对待，加以解决，才能跨过去。

综观已在创业板上市的公司，有的在上市过程中遇到存在“违法行为”的情况，轻重不一，它们在改制前存在一些违法行为的记录，有的还受到行政执法部门的处罚。但它们还是通过了证监会发审委的审查，最终成功上市。经办律师在化解这些不利因素所作出的努力起到了至关重要的作用。

“暂行办法”对何种情况下认定为“重大违法行为”并没有作出更具体的规定。作为律师应当非常清醒，为了股票能顺利发行并上市，哪怕一点小小的不规范的行为也必须交待得明明白白、清清楚楚的。总结已上市的公司解决这类问题的经验，笔者认为，应对“违法行为”的审查，一般可按以下思路加以解决：

（一）客观叙述违法行为发生的事实、背景和原因，即“承认错误”，表明诚恳的态度，这也是信息披露的要求；

（二）中肯分析违法行为的性质、处理情况，以及对公司上市是否产生影响；

（三）取得相关执法部门对违法行为“不属于重大违法行为”的书面认定，反向排除；

（四）控股股东或实际控制人出具承诺书，承诺对违法行为或将发生的风险承担全部责任，确保不会对公司和投资者造成损失。



三、首次公开发行股票并在创业板上市，律师应对“违法行为”的审查的成功案例

例一：青岛特锐德电气股份有限公司：报告期内曾被国税部门处以罚款的行政处罚。

违法行为情况：

发行人前身曾于2007年4月28日因存在部分发票不符合抵扣标准，部分事项未做进项税额转出，部分事项未计提销项税额、部分事项未作纳税调整的情形，被青岛市国家税务局稽查局以“青国税稽罚[2007]306号”《税务行政处罚决定书》处以罚款93,246.11元。

解决策略：

1、发行人不存在违法的主观故意。2009年7月2日，青岛市国家税务局稽查局出具了证明文件，认为上述事项是由于财务人员处理不当所致，发行人主观上并不存在偷税、漏税的意愿，因此上述事项不构成重大违法行为。

2、发行人已经如数缴纳了上述罚款。青岛市国家税务局稽查局已就发行人的上述违规行为作出了处以总计93,246.11元罚款的行政处罚决定，发行人已于2007年4月29日向青岛市国家税务局如数缴纳了上述罚。

3、罚款数额对发行人生产经营不构成重大影响。上述罚款数额甚小，与发行人截至2009年6月30日净资产数额相比不足1%。

4、青岛市国税局出具了证明认为上述事项不构成重大违法行为。2009年8月26日，青岛市国税局出具了《证明》认为：股份公司及其前身2006年1月1日至2009年6月30日无欠税、无重大违法违规记录。

（参见《北京市国枫律师事务所详于青岛特锐德电气股份有限公司申请首次公开发行股票并在创业板上市的律师报告》第67页）

评析：受到行政处罚，罚款数额高达9万多元，且在报告期内，可以说这是一个“重大违法行为”，是发行人上市的重大障碍。但是发行人的律师却紧紧抓住国税局的处罚是针对发行人的财务处理不当这一事实，进一步说明发行人不具有偷税、漏税的主观故意，性质并不严重，同时发行人取得了青岛市国税局对这一行为不属于重大违法行为的书面证明文件，从而化巧妙地扫除了这一上市的障碍。

例二：北京探路者户外用品股份有限公司：存在超范围经营问题。

违法行为情况：

2007年12月3日至2007年2月20日期间，发行人营业执照的经营范围为“制造帐篷、睡袋；普通货运”，而发行人实际经营内容包含设计、开发、销售服装、鞋帽、帐篷、睡袋、背包；生产服装、帐篷、睡袋；销售登山器材、日用百货、五金、工艺品；货物进出口等，大大超出了营业执照上登记的范围，存在超出营业执照和公司章程规定的经营范围的情况。

解决策略：

1、属于登记过程中的差错，并迅速自我纠正。2007年12月发行人召开股东会审议通过经营范围中增加“普通货运”业务，并向主管工商局提交了变更申请；2007年12月3日，北京市工商局昌平分局换发的《企业法人营业执照》经营范围为“制造帐篷、睡袋；普通货运”，发行人发现该登记的范围未能涵盖发行人实际的经营范围。发行人发现问题后，立即启动程序，召开股东大会，修改《公司章程》，并向主管工商局递交了经营范围变更登记申请。2007年12月20日，发行依法完成变更手续。

2、这一情况未达到工商部门的处罚的标准。鉴于发行人从事的为一般经营项目，不属于“涉及法律、行政法规或者国务院决定规定须经批准的项目”，且发行人在2007年12月3日取得换发营业执照发现上述经营范围的不足后，当即启动相应的董事会和股东会决策程序，并在《公司法》及《公司章程》规定的最短时间内予以了规范并办理了相关的变更登记手续；北京市工商局亦出具的《证明》：“发行人近三年没有因违反工商行政管理法律法规受到我局查处的记录”，发行人没有因上述经营范围变更事项受到主管工商局的行政处罚。

本所律师认为：自2007年12月3日至2007年12月19日期间，若发行人存在超范围经营问题，由此产生的销售收入为发行人与客户之间基于合法的合同关系而产生，应该受到法律的保护；发行人在履行经营范围变更的必要法律程序期间的收入应该作为合法收入确认。

（参见《北京市尚公律师事务所关于北京探路者户外用品股份有限公司拟首次公开发行股票（A股）并在创业板上市的补充法律意见书（三）》）

评析：发行人的超范围经营时间不长，前后仅18天，但被发审委员敏锐地发现了这一问题。超范围经营属于工商企业在经营过程中违法行为，可能会受到相关部门的处罚。发行人的律师在解决这

一问题时，着重从主管部门的登记方式发生了一定的变化，致使营业执照登记的范围不能涵盖发行人的实际的经营范围。

例三：成都硅宝科技股份有限公司：股东实物出资未作评估、实物出资人登记名实不符。

违法行为情况：

1、1998年10月，王有治、王祖华、郭越三人共同签订《出资协议书》，约定由三人分别出资15万元、20万元与15万元（其中王祖华的20万元出资为实物，郭越、王有治的出资均为货币）成立公司。公司成立时，对股东王祖华用作出资的实物资产，成都鸿达会计师事务所采用该等实物的购货发票票面金额（合计203,485元）确认其价值（合计203,485元），未经评估。

2、《实物查验报告》的“实物所有权人”一栏为王有治、王祖华、郭越三人的签名。而根据《出资协议书》、《成都硅宝科技实业有限责任公司章程》（1998年10月制定）以及《验资报告》正文均显示，在公司成立时，仅有股东王祖华以实物方式进行出资。

解决策略：

1、及时补办了实物评估，其价值不低于其认购的出资。根据《实物出资评估报告》，以1998年10月7日为评估基准日，王祖华用于出资的实物资产的评估值为203,485.00元。2009年5月10日，发行人召开2009第一次临时股东大会，对《实物出资评估报告》的评估结果进行了确认，全体股东认可王祖华用于出资的实物资产的评估值为203,485.00元。

2、股东承诺对瑕疵出资承担全部责任。2009年7月20日，发行人的全体股东出具了《承诺函》，发行人的全体股东一致承诺：全体股东均已知悉原股东王祖华以实物资产对公司出资但未经评估作价导致公司的设立存在法律瑕疵的情形，若发行人的债权人或任何第三方因该等法律瑕疵而向发行人提出任何权利主张并导致发行人遭受任何损失的，则发行人全体股东将无条件、全额、连带地向发行人赔偿该等损失。

3、实物出资人名实不符错误已纠正，股权清晰。《实物查验报告》的“实物所有权人”一栏为王有治、王祖华、郭越三人的签名。而根据《出资协议书》、《成都硅宝科技实业有限责任公司章程》（1998年10月制定）以及《验资报告》正文均显示，在公司成立时，仅有股东王祖华以实物方

式进行出资。2008年3月24日及3月25日,王有治、王祖华、郭越分别出具了《确认书》,确认只有王祖华一人以实物方式进行出资,王有治和郭越二人承诺在任何时候均不对前述用于出资的实物主张所有权。据此泰和泰认为,各股东的出资数额及方式明确,产权清晰,不存在潜在纠纷。

综上所述,泰和泰认为,成都硅宝科技股份有限公司已经依法进行设立登记注册,取得了企业法人资格,其设立过程中存在的法律瑕疵已得以完善,不存在依法应当撤销、终止或解散的情形。

(参见《四川泰和泰律师事务所为成都硅宝科技股份有限公司首次公开发行股票并在创业板上市出具法律意见书的律师工作报告》第17-19页)

评析:发行人的实物出资未经评估,意味着无法判断出资人是否足额出资。发行人律师针对这一问题,从发行人及时补办了评估手续,且评估出来的实物价值不低于认缴的出资数额;同时全体股东出具了承诺函,表示愿意承担由此带来的全部风险。针对只有一名股东实物出资而实物所有人却记载为三人的问题,发行人律师认为这属于记载上的错误,同时相关股东出具了确认书,确认了实物出资人只有一人,股权变得清晰。充分的说明,及时的补救,股东的承诺,有效化解了发行人因实物出资未经评估和实物所有权登记错误形成的上市障碍。

例四:华谊兄弟传媒股份有限公司:未独立办理《社会保险证》、员工社会保险由他人代缴的问题

违法行为情况:

发行人2008年9月16日华谊传媒分公司成立前,发行人并未依法独立办理北京地区的《社会保险登记证》,其北京地区员工的社会保险系由发行人关联公司北京华谊兄弟广告有限公司(下称“华谊广告”)、北京华谊兄弟影业投资有限公司(下称“影业投资”)及北京华谊兄弟时代文化经纪有限公司(下称“时代经纪”)等公司(以下统称“代缴公司”)代为缴纳,

不符合《社会保险登记管理暂行办法》(中华人民共和国劳动和社会保障部令[1999]第1号)第五条及第六条规定。

解决策略:

1、本所律师认为,报告期内发行人曾存在未依

独立地为员工购办社会保险是企业的义务,发行人的分公司存在代缴社保的行为。针对这一问题,发行人的律师先是承认了代缴社保不符合规定,这一违法行为存在被处罚的风险。但发行人的律师又指出,这一违法行为已得到了纠正,相关部门并未对这一违法行为进行处罚,同时,发行人的控股股东已出个承诺,愿意以个人财产为可能发生的处罚行为承担责任,因而发行人曾存在的未依法办理社保登记证且由其他公司为其员工代缴社保的行为对发行人本次发行上市不构成实质性影响。

法独立办理社保登记且未按规定以本公司名义直接为其员工缴纳社会保险费,而是由其他公司代缴社会保险费的行为不符合上述规定,存在被社保主管部门依法予以行政处罚的风险。

2、该等违规行为已经得到纠正,发行人分公司已经依法办理《社保登记证》并为其员工缴纳社会保险。

3、截止本法律意见书出具日,相关行政主管部门未对发行人的前述违规行为予以行政处罚,且2009年7月16日,浙江省金华市住房公积金管理中心东阳分中心出具《证明》,证明“自2005年1月1日至2009年6月30日期间,华谊传媒不存在欠缴员工住房公积金及违反相关行政法规受行政处罚的记录”。同日,东阳市社会养老保险管理处出具《证明》,证明“自2005年1月1日至2009年6月30日期间,华谊传媒不存在欠缴社会保险费及违反相关行政法规受行政处罚的记录”。

4、发行人控股股东(实际控制人)王忠军及王忠磊已出具承诺,同意以除华谊传媒股份外的个人财产,为发行人可能面临的前述行政处罚缴纳相应的罚金。

(——参见《上海市瑛明律师事务所关于华谊兄弟传媒股份有限公司首次公开发行人民币普通股股票并在创业板上市的法律意见书》第12—15页)

评析:独立地为员工购办社会保险是企业的义务,发行人的分公司存在代缴社保的行为。针对这一问题,发行人的律师先是承认了代缴社保不符合规定,这一违法行为存在被处罚的风险。但发行人的律师又指出,这一违法行为已得到了纠正,相关部门并未对这一违法行为进行处罚,同时,发行人的控股股东已出个承诺,愿意以个人财产为可能发生的处罚行为承担责任,因而发行人曾存在的未依法办理社保登记证且由其他公司为其员工代缴社保的行为对发行人本次发行上市不构成实质性影响。



拍案切磋

同居期间购置房产应明确产权份额

文 广东广和律师事务所 兰天律师

【案情回放】

2004年11月，程先生与简小姐相识后，双方建立了恋爱关系并随后一起同居生活。2005年10月，程先生为两人将来共同生活着想，支付首期款80096元（人民币，下同）购买了深圳市龙岗区布吉镇某花园的房产一套（下称该房产）。该房产建筑面积75.01平方米，购入价357096元，其中，按揭贷款27.7万元，按揭期限15年，自2006年3月9日始至2021年3月9日止，月供本息2246.50元。程先生自2006年3月至2008年3月，支付了按揭款42900元，期间，程先生还支付了该房产各项税费共计7806元。2006年年底，程先生又出资4万余元对该房产进行装修。然而，该房产却一直为简小姐及家人居住，期间程先生曾探视房子简小姐却不让进门，程先生曾通过多种方式多次要求与简小姐协商分割上述共同共有房产，但简小姐一直不予理睬。

【法院判决】

一、位于深圳市龙岗区布吉镇的该房产归被告简小姐所有；原告程先生于本判决生效之日起15日内协助被告简小姐办理该房产的转移过户手续。

二、被告简小姐于本判决生效之日起15日内支付原告程先生27万元。

本案受理费3328元，由原告程先生负担1664元，被告简小姐负担1664元；评估费5000元由原告程先生与被告简小姐各负担2500元。

【代理心得】

一、律师应当帮助当事人明确双方的产权份额

通过审核当事人提供的《深圳市房地产买卖合同》（预售，下同）及《房地产证》（复印件，原件在按揭银行处），并取得该房产的产权信息查询单，均表明：原被告双方各持有该房产50%的产权份额。那么，法院必定会依照上述证据来认定双方产权份额为各占50%，并且也一定会依照上述份额比例进行房产分割。

二、律师应当重点帮助当事人理清己方支付首期款、按

揭款、装修款及其他杂费的数额

由于当时双方均没有有意保留全部证据，律师必须通过开发商、按揭银行调取、完善上述付款证据。为此，笔者还专门协同原告去开发商调取原告支付首期款和购房杂费的会计账册，补充、完善证据。这也使得法官非常清晰的了解到原告表较多的承担着同居期间的大宗开支，在分割房产时酌情多分给了原告一万元。

三、律师还应当在尊重事实的基础上证明被告存在过错

过错主要表现在被告不支付或少支付购房款，在购房后与家人排挤原告等等。为此，笔者将原被告双方的付款金额制作成明细表，一目了然，使法官看得非常清楚；同时申请知情人出庭作证，用于证明被告的过错。

四、律师还应当尽力促成原、被告双方和解

经慎重考虑并经原告同意，笔者曾打电话给被告及其同住的父亲，力劝双方本着公平、友好的原则和解处理，无奈双方积怨太深，一审判决前被告态度坚决、不愿和解，但在判决生效后，被告的态度却大为好转，比较配合法院履行判决中的付款义务。

【温馨分享】

一、同居期间购置房产，应当明确双方的产权份额

如果双方在《深圳市房地产买卖合同》及《房地产证》上只写一人的名字或者虽写了两人的名字但没有明确份额，一旦双方分手，房产分割起来比较麻烦：没有登记名字的一方将无权分割房产，没有确定份额时则按双方出资多少来确定份额。

二、无法确定产权份额时，双方可以签订产权份额协议

如果双方无法确定产权份额，比如买卖合同已经签订或者房地产证已经办出，那么双方至少可以就产权份额签署一份协议，约定各自所占的比例，一旦双方产生纠纷，该份协议有助于确定产权份额。

三、双方应各自保留好付款发票等证据

未婚同居本身没有法律保障，需要保留好付款发票等证据，可以证明自己为共有财产支付的金额和所做的贡献。



律师，不仅要慢慢来

文 广东卓建律师事务所 金振朝律师

近期，在所主任（我的师傅）的推荐下，笔者购买了李欣阳、朱志彤合著的《律师，慢慢来》一书（法律出版社2010年版），利用休息时间几乎不间断地读完（跳过了少许部分）。两位作者在经历上应当还是处在事业的刚入行阶段，有人戏称：你都老大不小了，怎么还看这类书？我笑笑无语，既然有重要人推荐，自然有值得一读的理由，况且读书也是一种自己喜好的思想交流。虽然两位作者的年龄可能小我许多，但书中的经验着实提供了许多借鉴，感到收获颇丰。

客观地评价，作者文笔流畅，语言细腻，正文严肃认真，花絮轻松活泼，兼具从大学学习到工作成型的成长经历，内容不仅包括在律师这个行业里做人、做事的基本道理，还连租房、相亲等业余生活都有提及，感觉如身临其境，不失为刚从法学院毕业学生的很好指引。并且，大道相通，作者文中重点讲述的如何选择适合自己的律所以及如何尽早为其作准备，在律所里如何高效完成合伙人交代的工作任务及提高非诉业务技能，在面临突如其来的外部环境变换时何去何从等等，无论是对于立志从事律师还是其他职业的法律学子，都是值得参考的。

的确，如书中所说，“律师的成长是一个漫长的过程”，“三年四年是个坎儿”，没有哪个行业能像律师行业这样将从业者的成长、蜕变到飞跃的痛苦、艰辛与转折体现得如此淋漓尽致，因此能否忍受得住煎熬、能否坚持不懈地追求，往往是破茧阶段的试金石。就在本书出版之际，本书的两位作者，一位选择了进入国企担任法务，一位可能还在继续坚守着律师的阵地（书中未作交代），就能说明，无论多么优秀的入门者，面对的都是同样残酷的现实。在现实面前，无论作出何种抉择，都值得

尊重，只有合适与否之别，并无对错之分。但是，对于把律师作为自己终身职业理想的追求者来说，无论是因为什么原因选择了中途放弃，都让人感觉到十分惋惜。

这是一本与作者个人经历密切相关的书，有点两个人共同所处某人生阶段自传和总结的意味。本书的主要亮点在于，作者特别用心地对自己刚踏入的律师生涯进行了回顾与总结，还提出了不少卓有见地的看法与思考。如果说本书也有少许遗憾的话，那么最大的遗憾也在于作者的经历显得过于单一（这也是作者在本书结尾表达出的反思之意），在书中用来分享的东西略微显得单薄。律师的非诉业务，诸如上市、并购、私募之类的，由于收入丰厚、中外兼顾加上似乎高深莫测，多少人趋之若鹜，也有多少人望其项背，市人就因为资质愚钝（英语不够顶尖）属于后者，研究生毕业那年，曾经和许多京城大所擦肩而过，心有受伤焉。之所以阅读这本书，可能也与自己过去似有的非诉情节有关吧！但以我市人愚见，诉讼是无论从事非诉还是诉讼律师的一项必要基本技能，无论是从律师的产生、存在的社会价值，还是从律师从事非诉业务所必须具备的素养根基来看，作为一名执业律师，不应失去诉讼这个看家本领，这也是我没有选择非诉作为自己最初执业领域的重要原因之一。当然，我的这个观点也有很多人反对，因为要吃猪肉，不见得非要见过猪跑，毕竟有太多的非诉业务与诉讼风马牛不相及，叔且仁者见仁，愚者见愚吧。

如果律师是否必须掌握诉讼本领还有值得讨论的余地的话，那么我下面的担忧无疑是值得有志之士重视和关注的：律师，你将被谁抛弃？那些所谓国内著名律所的“超级牛人”律师们，生存在“柏拉图”式的环境，远离民间疾苦，当所在律所不得（转右页）



纪念我的外公

文 广东星辰律师事务所 李红律师

前记

元旦是我祭奠我外公的日子。四年前我外公的去世，是我经历的人生中的第一次大悲，也让我对生死有了新的认识。现在重读当时写的《纪念我的外公》，再次缅怀我逝去的亲人，也提醒自己珍惜人生。

从山东参加外公的丧礼回来后，总觉得应该为外公写点什么，一者为逝者作个总结，二者为自己的悼念之情作个归纳。

奔丧

(接左页)

不完成上级交代的法律援助任务时，仅仅派出个初出茅庐、几乎没有任何诉讼经验的年轻律师去值班，直面一大堆的上访者，茫然不知所措，度过八小时值班时间后逃一般地离开，这体现出的是一种怎样的责任和心态？与处理资本市场上出手阔绰的资本大鳄们的法律服务需求时慎重其事、精益求精的态度相比，非诉精英们对待不得已而面对的社会弱势群体，不过是在消极应付罢了。无怪于当国际金融危机波及到国内，律师非诉业务遭受重创时，两位作者曾经效力的那么曾经风光无限的H所，也不得不面临降薪、裁员的命运。联想到我们整个律师行业，似乎可以看到，越是所谓高档的业务，越是脱离社会基层，而在这个以律所创收赢利多少作为“成王败寇”衡量标准的社会里，律师和律所的社会价值和目标追求正在一天天偏离根本方向。

律师，慢慢来，说明的是实习或者青年律师应有的心态。《大学·中庸》云：知止而后有定，定而后能静，静而后能安，安而后能虑，虑而后能得。物有本末，事有终始。知所先后，则近道矣。这句话的意思是说，知道了人应该达到完美的境界，才能有所志向；志向稳定后才能心情镇静，

2008年12月4日凌晨6点，接到同在深圳的弟弟的电话：外公去世了。听到弟弟的哭诉，我的眼泪也喷涌而出：我迟到了。上个周末，也就是11月30日，我接到山东的姐姐打来的电话，说医生给外公看病后说外公得的是送老的病，家人应该随时做好准备，能不能熬到春节都不好说。我听了心里一紧，打电话给与外婆外公同住的父母亲，说我安排一下下周的工作后，就马上回去。父母说医生虽然说了那些话，但可外公的身体并不是我想象的那么糟，饮食正常，生活能自理，吃饭情况也正常。老人年纪大了，慢慢老去，没有那么快的，让我不用特别着急赶回来。我听了后心宽了很多，筹划着再

心情镇静后才能随遇而安，随遇而安了才能谋划精当，考虑周详；谋划精当，考虑周详后，才能达到最完美的道德境界。万物都有根节和枝节，万事都有结尾和开端，知道了事物的主次和先后，那么就离《大学》的道理不远了。在入门之初，既要面临生存上的压力，又要面对空有一身武艺却不知怎么施展身手的困惑，更难对付的是舒适、安逸、享受等来自人性本身的种种诱惑，不能控制好心态，是不能成长为一名优秀律师的。但是不是心态好就够了呢？正如成语所说：“只要工夫深，铁杵磨成针”、“水滴石穿”等，还有俗语“多年的媳妇熬成婆”等。但这些成语和俗语从正面的意义上讲，是体现出一种锲而不舍的精神，但多少也包含了一些按部就班、不思进取的负面因素。我相信，本书的作者所使用的书名当然是打算从积极的方面给予读者启示的，这里仅仅作一点狗尾续貂式的补充，与读者共勉：

律师，只要牢记自己的职责和使命，把握好平静如水的心态，调整好“三人行，必有我师”的姿态，保持好激情昂扬的状态，满怀必胜的信念，则进步必然如长江之水滚滚来！

过一个月就春节了，不如带小孩回家过个春节，想到深圳五年了，只是在交通不太拥挤的五一、元旦回去，还没回家跟老人一起过过春节，不是这次听到家人说外公身体不好，还下不了决心回去过年呢。想到这里，考虑的不再是即刻回去而是春节的安排。不想才过三天，就接到了外公的死讯，无限的懊恼让我放声大哭，打电话给父母叮嘱等我和弟弟回家跟外公见面后再火化。我订好了最近航班的机票，匆匆返乡奔丧。

飞机上，我的脑子里总是想着，外公是带着对我的埋怨而走的。我二次伤了外公的心。我结婚时，外婆外公还在农村，没有到县城与我父母同住。我当时在其他城市工作，按照风俗要从父母家里出门。我在婚礼前两天回到父母家里，这时外婆已经接过来，这时我曾经想过还要回家看看外公。虑及当时还不太方便的交通，我没有回去，后来听说外公事后自言自语说：“为什么没回来一趟呢？哪怕是来看一眼就走啊！”知道后我就心里暗暗发誓，再也不能让外公伤心。结果，在知道外公身体不好后，又轻率地推迟返期，老人最后是不是带着未实现的期望走的呢？一想到这，我懊悔的眼泪就不住的流。

丧礼

姐夫到机场接上我们，回到父母家里在九十二岁高龄的外婆怀里无声地流了一会儿眼泪后，与姐弟一行三人驱车往乡下赶。因为外公去世前是乔居女儿女婿家，过世后是要回到家乡办理后事的。由于外公外婆只有我母亲一个女儿，农村里女儿出嫁后就是亲戚了，不能以自己的名义为父母办理丧事。于是父母与外婆商量临时过继了一个族里的侄子——我们称呼姨舅的，由他来承办丧事。到达时大约下午六点钟，此时的北方农村已经是一片黑沉的夜色，在袭人的寒气中我们走下车，来到停放外公的姨舅家的堂屋。一进门，就看到躺在市板上的外公，盖着丧葬用品店买来的鲜红而轻薄的缎面被子，外公的戴着硬挺的古式黑色礼帽，脸上盖着白布。此时耳旁已经响起母亲的哭声。应我的要求，姨舅家的长子打开外公脸上的白布，我看到我的外公——安静、慈祥、面带微笑，就像睡熟了一般。那一瞬间，我心中的懊恼、悲伤突然消失了：外公安详的神情告诉我，他离开时没有怨气，没有不满；他只是睡着了，没有什么特别的事情，周围的哭喊、劝慰都与其无关。我记得佛教上讲，人死后亲人应当尽量少哭，少搬动，让死者顺利安静的

去另一个世界。我顿然轻松了很多。

接下来就是按照乡村的仪式参加吊唁、祭拜、埋葬等活动，中间夹带着亲戚间的寒暄和问候。在这中间，我听到母亲说外公去世前一天晚上还能下地行走，叠纸玩。晚上睡觉时不忘关灯，夜里外婆能感到外公在翻动身体，早上四点多钟，外婆醒来看外公时，外公的手指已经凉了，伸手摸摸后背还是温的。外公的离开的方式一如其生前为人：少寡，自尊，不愿烦扰他人。

外公其人

外公出生在1920年，有一兄一妹。外公年轻的时候，各家子女都很多，少的三四个，多的七八个。可是到我的外公这里，却出现了人丁不旺的情况。外公的兄长没有子女，我外公只有我母亲一个女儿，倒是外公的妹妹生有一女三男。外公外婆只有母亲一个女儿，自然尽其所能娇生惯养，但是我母亲长大的时候，正是日本侵略的时候，战乱之下，穷人家的孩子，能保平安就不错了。

外公小时上过私塾，尊师重教。外婆曾经讲过，母亲小的时候，在村里的学校上学，由于时局不稳，一天母亲回来说学校通知不让去上学了。外公不满，去质问学校，却被告知，先生（教师）们早就不来教学了，先生都不来，学生还上什么学？外公只得作罢。由于外公没有其他子女，在为母亲寻找婚配人家时提出的要求有二：一要近，二要家里兄弟多。于是便有了父亲和母亲的婚事。父母结婚后不久，父亲出去当兵，后来转业到县城副食公司工作，母亲便农忙时与外公、外婆一起务农，农闲时到县城小住。我就是在外公外婆身边读到小学三年级后才到县城父亲身边上学的。外公与父亲之间多少有些矛盾，但是在我们姐弟几人的教育上意见是一致的，用外公的话说就是——供。小学到大学，暑假我回去一起务农，寒假回去一起过年。我们家里，母亲、外公是主要劳动力。我永远记得夕阳中佝偻着背的外公赶着牛，母亲扛着农具在后面跟着走的那副画面。用我们村里的人话说我们家是“老的老、小的小”，但是就是这个老幼妇孺组成的家庭里，用汗水向土地交换回大堆的粮食、雪白的棉花，再换成钞票，去支付学费。我是我们村里第一个考上大学的女孩子。如果这在家乡人的眼里这是一种荣耀，那么，它属于我的母亲，属于我的外公。

外公养了一辈子牛。外公无论春夏秋冬，都在半夜起来为我家的牛添草加料。外公在用牛时，

即使牛不听话，外公的鞭子也只是在空中发出清脆的相声，从不会落到牛身上。外公养的牛，除了提供蓄力外，还一年生一头小牛，小牛生下来过几个月，能栓缰绳了，拉到集市上，又能换回一笔不小的收入。

外公倔强、自尊，有时会过于执着己见而与他人产生矛盾。多亏得外婆灵活变通，才得以避免得罪亲戚乡里。姐姐工作、我大学毕业后，家里经济状况好转，外公、外婆年纪大了，母亲又搬到城里住，父母亲想把村里分的自留地包给别人种。外公十分不满：“庄户人家能不种地吗？”由于外公坚持，我们家又多种了几年，后来母亲年纪也大了，外公看到实在不行了，才同意把地转包给别人。那时外公外婆都已经八十几岁，父母便打算让外公、外婆到县城同住。外公坚决不答应。在外公的眼里，自己的家门当然是为女儿、女婿和我们敞开的；自己到女儿女婿家住，是寄人篱下，是客居，是使不得的。因为外公的坚持，外婆外公二个八十多岁的老人住在乡下，而公共汽车又不能直接到达，于是就要先乘坐一段时间的汽车，下车后再徒步走上二三里地，赶上秋天庄稼长起，步行在庄稼地里，也很不安全。我结婚是在“十·一”，我当时就是对这一段路程发怵才没有回去看望外公的。在那几年里，母亲是饱受奔波之苦。每次母亲返回城里时，外公由于担心母亲的安全，每次母亲返城时，外公都要步行送到快到公路边汽车站点；母亲担心外公的身体，坚持不让送。就这样来来回回，每年数次，外公还是不肯同意到县城去住。直到有一次，外公生病了，村里的医生看不好，必须要到县城的医院去，父母把外公外婆接到县城。看完病后，父母便告诉外公，已经跟外婆商量了，不回去了，并且直接把家中外公外婆的用品都拉过来了。由于父母的房子在一楼，带一个小院，院中有

二间平房，父母便安排外公外婆在平房中住，院门外有一小片空地，可以种点菜什么的。当时外婆已经88岁，外公也84岁了，事已如此，外公才不坚持了。

外公把他全部的爱毫无保留地给了我的母亲、我们姐弟以及我们的孩子。我们以及其他晚辈门对外公也非常热爱。应该说，我们姐弟与外公外婆的感情比得上甚至超过我们与父母之间的感情。每次回去探亲，在外公外婆房中呆的时间多于在父母房间的时间。我姐姐的儿子辰子，如果家里有好东西送到我的父母那里，都自己先给外公外婆留下一半后再上楼送给我的父母。这次回家奔丧时，一日大家在外婆房间聊天，父亲看到外婆吸的香烟自己没见过，就问辰子是什么烟，辰子回答别人送给姐夫的，是朋友从新加坡带来的。父亲开玩笑地问：

“怎么没有我的啊？”辰子回答：“只有一盒，没法给你”。

有福人生 逝者安息

外公是有福之人。虽然只有一女，但女儿及晚辈孝顺，而不必如同乡其他多子之老人忍受子女在尽赡养老人义务时的推托与计较；辛劳一生，虽未大富大贵，但衣食无忧，自在知足。且，寿终正寝，未受疾病折磨之苦痛；自十四岁开始即与长其四岁的外婆开始相伴一生；又先外婆去世，因而不必忍受老年鳏夫生活之凄凉；且外婆虽年长外公四岁，但身体健康，精神矍铄，心宽量大，定能开心度过余生，故而不必牵挂。

我清楚地记得外公下葬那天的场景：北方农村冬日的下午，田野清寂，北风轻吹，天空湛蓝，日月同辉。家乡的丧葬风俗符合外公“入土为安”的观念，葬得其所，外公定会安息！

谨以此文纪念我的外公！





边行边思

到丽江发呆去

文 广东宝城律师事务所 吴波律师

生活在深圳这个快节奏城市中，不知大伙们会不会常常有透不过气的感觉，老实说，我时常会有一种挥之不去的疲惫，每每遭遇到了，总想躲在一处没人打扰的地方，不用想不用说更不用操心，让自己神游至发呆，达到舒缓、放松、放飞理想状态。不过要在人来人往、处处喧闹吵嚷的城市中，找到一处适合发呆的地方，的确不是件容易的事情。

去年年底当我感觉自己已到了极限时，便收拾行囊与朋友们去了一趟丽江。到了丽江，真正体验到什么叫时间是用来浪费的，丽江是个发呆的好地方。也许大伙们会说，跑那么远的地方去发呆，也太奢侈了点。其实是个误区，相对而言，年底的丽江因冬季之故，四方街的游客并不是很多，许多客栈都挂出有空位且打折的招牌，一天的消费几十到几百不等，丰俭由人，选择空间很大，有些客栈还设有厨房，客人可以付些钱给主人，让他们管吃管喝，很是实惠。解决了吃住，发呆很是随意。

每天睡到自然醒，不用急急早起赶上班，可以理所当然、无所事事地拥着温软的被子，慵懒舒适地赖在床上，听着窗下潺潺的水流声、数着天花格子，赖足了、肚子开始抗议了，方慢悠悠地爬起床，胡乱擦把脸，反正没有人认识自己，素着张面，平日惯用的那什么霜啊、膏啊之类玩意，大可放一边不必动用。衣着就能更随意了，宽松肥大、印有喜欢的卡通图案类衣衫是最好选择，我呢就穿件儿子长高后淘汰的米奇羽绒服，吸拉着软底鞋，信步在婉转曲折的小巷中漫游，小巷悠长且岔路多，像迷宫似，放任自己走到哪算哪。当感觉腹中空空需要补给时，找家路边小店坐下，来一份丽江特有的小吃，什么过桥米线、糍粑巴、鸡豆粉、米灌肠，好辣的还可以来份劲的，吃得唏里呼噜，没人说你不雅。吃好了，挺个溜圆的肚子，继续漫无目的游逛。逆着溪水向上，会绕到四方街制高点，在山顶上能俯览整个四方街；顺着溪水向下走，会到达黑龙潭，在黑龙潭能看到皑皑的玉龙雪山。无论往哪走，缭绕自己的空气像被滤过似，清

新得不能不被陶醉；洁净天空显得特别的高，湛蓝湛蓝的，偶有几丝白云在飘荡。走累了在路边靠树坐下，手支着腮帮开练呆功，或是趴在小桥栏杆上，瞎猜源源不断的溪水从何来，又流向何处；或是看着来来往往、穿着颜色斑斓、奇装异服的人；或是瞪着蓝蓝的天空，两眼发直、脑子空空。午后的太阳，明晃晃、暖洋洋，晒在身上别提多舒坦，发直的两眼一不留神，从大到小，慢慢地眯上，进入冥想状态。

如果适逢太阳“躲猫猫”的阴天，仍然选择在树下吹风练呆功，清凉冷冽的风刺骨难忍，就不是最好的享受了。要说此时最妙之处便是寻一咖啡屋，比如什么两只猫、千里走单骑之类的，躲在安静、温暖的咖啡屋里，要上一杯热气腾腾、香气四溢的咖啡，再来一盘与咖啡九不搭八、炒得焦脆的黄豆，嚼得嘎吱嘎吱山响，拎一壶与政治、经济、专业统统无关，纯粹风花雪月的书，让自己融入书中情景，与现实脱离，随着书中情节喜怒哀乐，将自己放逐到自己也找不着北的角落，不用为生存而思考，不用为同行之争而烦心，不用为子女教育而焦虑，不用。

在四方街还有一种消磨时光的好法子，和当地人混在一起“打跳”。这里所说的“打跳”，可不是被人打得跳起来的意思，而是当地族人一种自娱自乐、表达快乐、喜庆的舞蹈，据说源远流长。四方街广场上，每天都有穿着民族盛装的老人动作娴熟地起舞，游客们常常被吸引，忍不住加入其中，他们舞姿笨拙、不协调，该出手时不出手（出脚），该出脚时却出手，顿时，整整齐齐的舞队，被这些临时出家的业余者弄乱变型，有时不小心踩了别人一脚，被踩者也不会生气，反而开心笑成团。我倒以为众多的男男女女、不管认得认不得、四面八方的汇集围在一起群魔乱舞，一通乱蹦乱跳后乐不可支，一会儿满头大汗，比什么健身、跑步、瑜伽效果好老老去了。

所以啊，大伙们若有被憋坏感觉的，不管有空没空、有钱没钱，揪准机会，偷空溜丽江发呆去。

【数字】

50 万

2012年1月1日,新修订的《云南省奖励和保护见义勇为人员条例》便将正式实施。根据修订后新条例的规定,见义勇为者最高将获得上一年度城镇居民人均可支配收入的30倍的奖励,而对于诬告、陷害见义勇为人员及其近亲属,则将受到严惩。根据2011年上半年云南城镇人均可支配收入,最高奖励有望突破50万元。

113 亿元

2010年北京律师服务收费总额为113亿元,首次突破百亿元大关。律师人均业务收费49.3万元,扣除成本后,年人均净收入大约为16.4万元。截至2010年底,北京律师人数已达到22937人,占全国总数近八分之一;北京大型律所占全国总数的五分之一,全国46个特大型律所所有25家在北京。

640 万件

自上届全国律师大会召开三年以来,中国执业律师已突破20万人,律师行业的影响力进一步提升,服务能力进一步增强,全国律师共办理法律援助案件640万件。

【声音】

“十二五”时期是全面建设小康社会的关键时期,是深化改革开放、加快转变经济发展方式的攻坚时期。我国律师事业也进入了改革发展的新阶段。律师工作要紧扣科学发展这个主题和加快转变经济发展方式这条主线,努力为实现“十二五”时期我国经济社会发展目标任务提供优质高效的法律服务。

——司法部副部长赵大程在第九届中国律师论坛上强调

依法行政有一个很重要的方面,就是要求政府信息公开,政务微博在这方面应该能起到积极作用。依法行政要求政务公开、信息公开,这些正是政务微博所能发挥的作用,因此政务微博对依法行政的法治政府所起到作用一定是正向的。

——中国政法大学教授刘莘谈政务微博良性发展的推动作用

重庆律师事务所排名第几不重要,重要的是要在西南律师界打造一只专做刑事辩护的钻石律师团队,把刑事辩护事业从西南地区辐射到全国,最终的愿望是要将刑事辩护事业做向极致。

——西南首家只做刑辩的律师事务所掌门人张智勇回应律所排名

【关键词】

“奥运冠军维权律师团”

16日上午,由广东省律师协会行政法专业委员会发起成立“奥运冠军维权律师团”。目前该律师团有3名组成人员。委员会主任何富杰表示,真假金罐的争论已经很久了,多位奥运冠军把金罐拿去检测都发现了问题,这引起了法学界内众多专家学者律师等的关注,法律界有责任帮助奥运冠军们做好相关的法律工作。

“律师赶场工程”

近期,重庆新盟律师事务所接到国家工商行政管理总局的通知,“律师赶场工程”注册商标申请已经正式受理。据悉,“律师赶场工程”属于服务发展、服务社会、服务民生“五项工程”活动中的惠民工程。有了律师面对面的咨询讲解,不但使广大农民群众了解到学法、知法、用法的重要性,而且纠正了农民群众中普遍存在的错误认识和法律误区。

组团打官司

两年前,李庄因“306条”(刑法关于律师伪证罪的规定)获罪后,“自救”的情绪在律师界弥漫。律师抱团参与公益诉讼,一定程度上被诟病为扩大影响的营销手段。但确实也不可否认的是使案件和律师处境引起了关注。现实的问题是,律师团在大陆现行法律中没有正式法律地位,甚至没有现行的法律概念。

【业界前沿】

北京：律协向社会首次发布北京律师行业蓝皮书

近日，北京律协向社会首次发布《北京律师发展报告2011》(北京律师蓝皮书)。这是国内律师界第一本关于律师行业发展状况的研究报告。北京律师蓝皮书共分四个部分，即总报告、分报告、重点事件分析和大事记。蓝皮书总结了2010年北京律师行业五个显著的特点：各项行业基本指标持续增长；继续保持在全国律师行业中的领先地位；大力改善律师的社会形象；党建工作加强；加大对青年律师的扶持力度。

浙江：律师代表委员履职四年提议案提案1952件次

浙江省律师参政议政经验交流会上发布消息称，目前，浙江省10257名执业律师中，担任各级人大代表、政协委员的231人，占比为2.25%。近年来，浙江律师发挥职业优势，及时反馈社情民意，积极服务社会管理，本届律师代表、委员在其任职四年间提交议案、提案和建议共1952件次，已从幕后法律顾问逐步走向参政议政前台。

广东：法学会律师学研究会成立

广东省法学会律师学研究会近日成立，作为全国拥有律师数量最大的省份，这是广东首次以律师为主体设立的高规格研究团体。与此同时，该学会的研究年会也即时举行，法学专家、律师等专业人士在经历专题调研后，现场激辩是否该对“见危不救”立法。

济南：开展百名律师仲裁员服务百家中小企业活动

为向中小企业提供优质高效的法律服务，促进济南市中小企业又好又快发展，近期，济南市司法局与济南仲裁委员会、市经济和信息化委员会、市商务局共同开展了“百名律师仲裁员服务百家中小企业”活动。济南市100名律师仲裁员与100家中小企业签订了法律服务协议书，为中小企业依法经营生产提供法律保障。

重庆：律师业务量每年增10%

第二届重庆律师论坛透露，随着重庆经济快速发展，重庆市律师业务总量也以每年超过10%的速度在递增。下一步，就学就医、社会保障以及食品药品质量安全等市民关心的热点话题将成为全市律师重点关注的领域。

河南：组建招商引资律师服务团

日前，由河南省司法厅、省商务厅联合组建的招商引资律师服务团正式成立，25名优秀律师将全方位为河南的招商引资提供法律支持。该团主要开展以下工作：组织调查研究和学习交流活动，探讨建立开展招商引资专项法律服务的机制，为律师开展相关法律服务提供指导性意见；担任专项工作法律顾问，参加涉及招商引资工作的重要会议，参与项目谈判，指出法律意见和建议；参与招商引资工作重大决策、重点项目的讨论和论证，提出法律意见和建议；在招商引资过程中，应合作者要求提供法律服务。

南通：律师勇当服务沿海大开发主力军

沿海大开发计划启动以来，江苏南通市司法局积极贯彻省司法厅部署，组织开展“百位律师助倍增”活动，从律师队伍中挑选百名优秀党员和入党积极分子，以沿海大项目为重点，跟踪100个以上超亿元项目、100家优势企业、10个特色产业基地，开展“一对一”专家门诊式服务。

宁波：成立首家律师学院

近期，宁波市第二届青年律师论坛暨律师学院成立仪式在宁波大学举行，宁波大学与市司法局双方就律师学院与学生实习基地共建签订合作协议，互相授牌成立“宁波律师学院”、“宁波大学（法学院）学生实习基地”。宁波大学副校长郑孟状致辞中指出，宁波律师学院是满足新形势下社会对律师人才需求的有力举措，有助于面向社会开展律师职前、职后教育培训，强化全日制本科生、研究生的法律实务培训。同时，共建律师学院，也是宁波市实施法律人才发展战略的重要举措，对宁波市律师职业发展将会产生积极影响。

宁夏：出台律师业三年发展规划

近期，宁夏出台律师业三年发展规划。未来三年，宁夏律师工作将走“专业化、品牌化、特色化”的路子，力争到2013年初步建成一支政治坚定、业务精湛、服务优良的专业化律师队伍，为建设和谐社会提供优质高效的法律服务。

山东：律师牵手留守儿童

山东君诚仁和律师事务所在定陶县留守儿童学校建立手牵手爱心公益团队服务基地，并资助该校两名特困的学生每人1000元，另有10名学生得到了书包、铅笔等爱心资助。

1

借前海开发时代契机 实现深圳律师业飞跃

12月13日上午,中华全国律师协会副会长吕红兵、上海市律师协会副会长管建军一行到访我会。市律协会长余俊福、广省律协副会长黄思周、市律协秘书长刘守华等陪同座谈。

吕红兵副会长对深圳律师业务实创新、积极谋求发展的精神给予高度肯定,并指出,深圳要继续发挥先行先试的优势,秉承改革创新的精神,充分借助前海开发赋予的时代契机,在以下几方面做出表率:一、大力加强复合型管理人才队伍建设,充分发挥行业领头人的作用,不断积累行业自律管理工作经验;二、要具备国际化视野,在业务拓展方面走向国门、不断创新,进一步拓宽法律服务市场;三、内地法律服务开放是CEPA服务业开放的主要内容,深港法律服务业有着良好的合作基础和广阔的发展前景,要积极探索律师事务所联营等创新模式,推进深度合作,实现两地律师业的飞跃。

2

省司法厅律管处陈建处长一行 到深圳调研律所规范化建设工作

11月17日,在市律协会长余俊福、宝安区司法局副局长马晓燕、公律科科长黄绛梅的陪同下,省司法厅律管处陈建处长、陈武明副处长一行到广东中熙律师事务所调研律师事务所规范化建设和业务发展工作。

陈建处长听取了中熙所的发展历程、公司化管理的模式、文化建设和特色法律服务等方面的情况汇报,并详细询问了中熙所公司化运作的初衷、利益分配机制、业务收入情况以及发展方向等问题,对中熙所规范化建设取得的成绩给予充分肯定。

余俊福会长希望该所继续优化和深化常年法律顾问服务中心模式。

4

我市37名律师当选 区级党代表、人大代表、政协委员

12月下旬,我市区级党代表、人大代表、政协委员换届选举活动圆满落幕,我市律师参政议政再创佳绩,共有37名律师当选区级党代表、人大代表、政协委员,较上届增长了48%。

近五年来,律师界党代表、人大代表和政协委员认真履行职责,广泛听取百姓心声,提出了近三百条建设性的意见和建议,为深圳的城市法治建设做出了积极贡献。

3

市地税局徐金强副局长一行 来我会调研



12月28日,市地税局副局长徐金强、福田地税局局长王勋、副局长陈宁、罗湖地税局副局长林志勇等一行10人来我会调研律师行业税收制度改革问题,市司法局副局长邹从兵、律师公证管理处处长李玉祥、市律协副会长王丽娜、梁建东、理事张斌、梁江洲和市律协维权委、税务委、各区工委负责人参加了座谈。

与会双方围绕深圳律师行业目前的税收征管制度、在维护行业稳定发展的前提下按照上级税务机关的要求进行税收征管改革与尝试等问题进行了深入的探讨。

徐金强副局长介绍了目前深圳市进行税收征管体制改革的情况,市地税局正在对有关行业尤其是对律师行业、会计师行业等中介服务行业的调研,希望通过听取各位律师朋友的专业意见进而制定出一套既符合上级要求,又能切实维护行业稳定发展的律师行业税收征管办法,从而积极促进深圳律师行业的科学、有序、可持续发展。

邹从兵副局长首先感谢市地税局一直以来对律师行业发展的支持。从兵副局长介绍了近年来深圳市律师业发展情况,认为深圳律师业飞速发展、律师收入稳步增长离不开税收政策的支持,市司法局与市律协将一如既往地支持配合市地税局工作。同时,从兵副局长表示市司法局与市律协将于近期组织骨干力量就深圳市律师行业的税收征管制度展开深入调研并形成切实可行的调研报告,上报市委市政府和市财委、市地税局等相关部门,为上级政府和税收征管部门制定律师行业税收征管办法提供支持。

5

南山区检察院到访我会
双方将携手法律职业共同体建设

11月22日，南山区检察院副检察长杨云峰、检委会专职委员张岩等到访我会。余俊福会长、蔺晓青副会长、王巧云、林昌炽理事及市律协党代表、人大代表与政协委员郭海英、刘守华秘书长、王红副秘书长等热情接待客人并座谈。

协会负责人对南山区检察院对深圳律师工作的大力支持表示感谢，表示我会向来很重视律师执业纪律，今后将继续加强律师执业教育，树立深圳律师良好的职业形象。协会负责人称赞南山区检察院在律师阅卷等方面的先进工作理念，并希望与检察院建立长效工作交流机制，携手共促法律职业共同体建设。

杨云峰副检察长表示双方业已建立友好的沟通渠道，希望在此基础上更加深入地推进市律师协会与南山检察院在业务交流和监促体系方面的建设。

6

深港律协建立前海课题
长期工作联络机制

11月15日，深港律协理事会第五次联席会议召开。市律协余俊福会长，于秀峰、王丽娜、梁建东、蔺晓青副会长、市律协前海课题组组长顾东林等16名理事，香港律师会何君尧会长、林新强副会长及前会长王桂坝及理事参加会议。市律协张善华监事长、刘守华秘书长、张西文监事列席会议。

双方重点就深港两地律师前海法律服务合作的新机制、新模式、新途径等事宜进行深入探讨，一致认为，两地律师定将全力致力于前海深港现代服务业合作的发展，努力在前海营造促进现代服务业发展的法律环境，并就重点开展的工作进行了规划：一、双方将致力推动在前海深港现代服务合作区建立法律查明机制；二、建立深港双方前海课题组长期工作联络机制，并定期召开工作会议；三、推动前海深港法律服务联营机构的设立，实现不同司法管辖区律师之间的深度合作。双方还就开展深港青年律师培训及搭建深港律师事务所直接交流平台的工作开展情况做了总结，并对两岸三地青年律师论坛和香港律师赴深驻所实习两项重点工作进行了交流与筹划，确定2012年4月召开深港律师联谊会以增进两地律师和律所的联系交流。

7

积极推进深港法律服务合作
加速深圳律师业国际化步伐

11月14日至16日，由市律协余俊福会长，张善华监事长，于秀峰、王丽娜、梁建东、蔺晓青副会长，刘守华秘书长及部分理事、监事等21人组成的考察团一行赴香港考察交流。

考察团一行分别拜访、参观了中央人民政府驻港联络办公室、立法会和中国委托公证人协会，并旁听了高等法院的庭审，身临其境地感受到“一国两制”下深港两地所处不同法律体系中律师的执业环境、执业领域的真实状态；也显现了深港两地律师长期以来融洽的深度合作，在维护当事人合法权益、促进内地与香港社会经济的稳定发展中扮演着重要的角色。同时，考察也给深圳律协如何推进深圳律师业国际化建设予极大的启发。

8

公益法制电影与市民零距离



法治城市建设，深圳律师同行。12月2日，由深圳市律师协会、罗湖区司法局共同举办的“弘扬法治精神，共建和谐家园”公益法制电影节启动仪式在罗湖区红岗西村梅园社区文化广场拉开帷幕。

罗湖区司法局局长卢光辉、罗湖区清水河街道办党工委副书记杜阳、省律协副会长黄思周、市律协会长余俊福、罗湖区司法局副局长易建国等领导共同出席仪式。仪式由市律协副会长于秀峰主持。

卢光辉局长致开幕词，他代表罗湖区司法局感谢市律协、市律协罗湖区工作委员会对罗湖区法治工作的大力支持，对七届律协换届以来积极引导律师服务大局、化解社会矛盾纠纷的工作给予了高度评价。

黄思周副会长对此次活动的创新举措及我市律师认真履行社会责任、服务城市建设给予了高度评价，希望进一步扩大宣传力度，充分彰显深圳律师在法治城市建设中的作用。

随着余俊福会长宣布法制电影节正式启动，卢光辉局长、杜阳副书记、黄思周副会长、余俊福会长共同开启启动球，法制电影节的帷幕正式拉开。首场电影《律师与囚犯》吸引了约200名社区居民观看，取得了良好的活动效果。



感恩·珍惜·祝福



文 / 广东深大地律师事务所 黄敏律师

有一些字和词非常常用，随便用乃至胡乱用，就感觉用滥了。头痒木来了，于是为了让自己显得独特，宁可不用不作这些“滥词滥字”。其实这并不是字或词的穷途，是人的问题。人在心者恒富的同时，将这种变态道于文化，结果就是好东西失其本真。真正的文明与精神进入了，我们今天不做多的，只想让“感恩·珍惜·祝福”这几个词重新翻腾地站起来，好好地行于我们心间，行于我们身体。

近日似偶然而产却声名鼎沸的“西人名子”让我们惊诧莫名，最让人摸不着头脑的是什么样的“娘亲有出来的‘西人名子’”？我们生活的这片土地怎么样？到底之徒独担雄赳，淫威之开满日腐腐，金钱、权力和私欲这几只怪兽公然肆虐叫嚣。这样的图景还有未来吗？依然因这一群不知感恩、不懂珍惜而得不到祝福的人们，让我们的老窝地发现这是一片抛弃感恩、拒绝珍惜而舍弃祝福的土壤，让我们的眼睛聪明而即有真心感恩的意识，就学珍惜的情结而更被祝福的气量将是多么的弥能可贵！

佛法中有“上报四重恩，下济三苦难”之说，所谓“四重恩”：一、父母恩，感恩父母生养抚育自育之恩；二、众生恩，感恩众生供养栽培或色身之恩；三、国土恩，感恩让我赖以生存的国土！无疆地提供衣食美景丰艺厚和慈爱之恩；四、天地恩（三宝恩），感恩佛祖提供教以正法之恩，感恩师长教诲教诲，令我入真理之恩，这四重恩又何尝不是我们芸芸众生所需感念的呢？

手操心才有佛，感！恩！才有德，感恩是一种处世哲学，是一种生活智慧，是一种认同，是一种回报，是一片肺腑之言。学会感恩，才能在看到己时更好地看人，才能在爱己的同时更好地爱人，才能在助行欲动之前常住于心中，行在手上，这不是一个俗套道理，而是一种美好的情感，发展的升平和事业的助力，是人之高贵所在，时时怀有一份感恩珍惜之心，能让自己永葆健康的心态，完美的人格和进取的信念。感恩可以滋养内心安然，感恩能够洗涤世间尘埃，感恩会赋予你永恒（她）的永恒，感恩让这片沃土常开希望之光。

只有拥有感恩之心，才会真正去珍惜当下去珍惜明天，我们若不想像晚年的李富荣作“此情可待成追忆，只是当时已惘然”如此苦思冥想感慨，不让自己在可名益善还有遗憾中年流款，枯穷或空的遗憾，那么我们就更好好把握现在，珍惜每一寸幸福，珍惜每一刻光阴，珍惜和珍惜。

“西人名子”如果早点教会他们“名子”就会感恩珍惜，他们也不会刻意造星作秀“彰”而“被”出名，可能他们自己也没有好好地审视或尊重对待过这几个词，可能他们被说儿而不知被祝福，感恩我们所珍惜的，珍惜我们所感念的，这样我们的祝福才能实现，我们的明天才会分外精彩。

