

SHENZHEN LAWYERS



深圳律师

非常视线 专业见解

红罐之争，谁应胜出

从2011年开始，王老吉和加多宝之间的“红罐之争”愈演愈烈，不断升级：商标战、广告战、专家战、诉讼战、价格战……无论“红罐之争”诉讼结果如何，毋庸置疑的是，其向企业敲响了提高知识产权保护意识、合法维权的警钟，也对我国知识产权法律法规的完善和相应体制机制的健全带来了思考。

高速公路招惹了谁

一位老律师的风雨人生

法人
FAREN MAGAZINE

NO. 46

2013年第3期 深圳市律师协会主办
法人杂志社协办



实习人员网上办事平台正式上线

通过该系统，实习人员可申办实习证、记录实习期间工作日志、填写实习实务训练材料、申请岗前培训、实习期满申请面试考核等，极大节约了实习人员业务申请的成本。同时，市律协也可以通过此系统进行审批登记，及时掌握业务办理进度和工作状态，并对实习人员的实习情况进行全程跟踪，最大程度保证实习人员各项数据的准确性和完整性。



商标是什么

文 程永顺^[注]

近年来，国人对商标的关注热情高涨。去年广东省高级人民法院审结的Ipad商标案件和目前正在审理的王老吉商标、商品包装装潢系列案件，更引发了全国众多业内外人士的广泛关注。《深圳律师》杂志希望我对王老吉商标、包装装潢系列案件写点看法，我觉得作为一名退休法官，对法院正在审理中的案件不便说三道四，只想谈谈我对商标的一些思考。

商标本身是个符号、标记、记号，但是它必须用在商品或者服务项目上才能叫商标，否则它就是个符号、标记、记号，而不是商标。

商标不是商品，商标与商品之间，商品是本，商标是标，没有商品或者服务就没有商标，没有好的商品或者服务就不会有消费者信任的商标。

商标权的产生在于对商标的使用，不使用的商标不叫商标。商标的生命在于使用。商标的注册、审查、核准仅仅是一种对商标的确认程序。商标本身并无价值，商标的价值是后天产生的，是靠它们依附的商品质量、服务质量、广告宣传、市场培育、企业文化等等凝聚而成，慢慢积累起来的，而不是在商标核准时产生的。如果商标权人不注重商品质量及服务质量，不注重商品的创新，即使是“驰名商标”也终将失去消费者的信任。

商标的功能是用于区分不同生产厂家生产的相同（近似）商品或者不同服务商提供的相同（近似）服务的，因此，商标应当具有显著性特征，越显著才越有可能被消费者认清记牢，才有可能真正发挥商标的功能。当然，在市场上用于区分商品和服务来源的不仅仅有商标，企业名称（含专业简称）、字号（商号）、商品上特殊的包装、装潢等，也可以起到区分商品来源、主体的作用，它们有些也属于知识产权的范畴，也会受到不同法律的保护。

商标权是知识产权的一类，不同的知识产权在市场经济中起着不同的作用，商标权是用来维护市场秩序的，防止消费者在市场上对商品和服务造成混淆的，防止企业之间进行不正当竞争的。商标权是一种标识性权利，它与专利权、著作权不同，商标权的产生不是智力劳动的成果。因此，对商标权的保护在法律上与其他知识产权的保护是有区别的。

知识产权是一种私权，这一点在Trips协议中已经写得很清楚。商标权当然也不能例外。商标权是商标权人的权利，不是国家的权利；商标是一种私权利，不是公权利；商标是社会的财富，而不属于国家的财产或财富。在国际经济一体化的今天，一个商标随着在消费者中知名度的扩大，有可能成为一个民族的象征，但是，一个商标是不是民族的象征应当看这个民族以外的其他民族是否认可，而不是商标权人自己标榜。

作为向商标权人提供法律服务的商标律师，首先应当搞明白到底什么是商标，弄明白商标的基本问题才能给委托方提供更好的专业服务，以免将委托人引上歧途。

以上观点虽然表达不一定准确，但纯属商标常识问题。我认为，当前我们讨论商标的所有问题都离不开对基本常识问题的认识，所以，越是常识问题越应当引起重视、引起关注。

[注] 程永顺，北京务实知识产权发展中心主任，原北京市高级人民法院知识产权庭副庭长。



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 张 勇
编委会 成员 蔺晓青 梁建东 郑德刚
林昌炽 杜艳芝 尹成刚
主编 林昌炽
副主编 杜艳芝 王 红 高中明
栏目编辑 周争锋 俞 飞 陈 伟
杨新发 舒 笑 兰 天
编辑/记者 陈 夏 张春丽 谭古丽
美编 刘晓莹 赵 佳 周洪磊
电话 0755-83025728
传真 0755-83025177
地址 深圳市深南大道4001号
时代金融中心20楼
518034
邮政编码 518034
电子信箱 shenzhenlawyers@163.com

视线 VIEW

P4-P7

- ◎ 就让架空层“空着”吧
- ◎ 健全个人信息保护制度势在必行
- ◎ 应严查“世奢会”等山寨组织
- ◎ 收容教育制度亟待废止
- ◎ 坚持罪刑法定原则是对法治的尊重
- ◎ 法眼观奔驰C200“毒气门”事件
- ◎ “借记卡盗刷险”难以转嫁盗刷风险
- ◎ 警惕言论自由滥用

热点 HOTSPOT

P8 红罐之争，谁应胜出



P12 谁动了谁的红罐
——对广药加多宝“红罐之争”的法律思考

P15 论知识产权权利冲突及解决规则
——从红罐之争的包装、装潢权利冲突谈起

P18 知名商品包装装潢权归属初探
——也谈加多宝与广药红罐之争

P20 强化我国知识产权保护制度之思考

P24 重视商标权 提高市场竞争力

论道 DISCOVERY

P26 高速公路招惹了谁

P29 浅谈前海金融消费者保护的制度创新

实务 PRACTICE

P33 谈深圳、珠海商事登记制度改革新政

P35 法务外包将成为企业法律服务新模式

拍案 CASE AND EXAMPLES

P37 勿盲目轻信“保本理财”



人物 PROFILE

P40 一位老律师的风雨人生

生活 LIFE

P43 你在城市的街道看见树先生了吗

P44 杯中的芭蕾

资讯 INFORMATION

就让架空层“空着”吧

近日，就架空层租金谁来管，租金怎么使用问题，某小区的物管公司将小区业委会主任告上了法庭，要求业委会主任将小区架空层的出租收益交给物管公司保管。业委会自行收取架空层租金一事也引起社会舆论广泛关注。

（聚焦鹏程网）

首先，架空层出租收益是所有权四权能中收益权的体现，通常情况下，谁是架空层的所有权人，谁就是架空层出租收益的当然权利人。根据最高人民法院《关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》规定，避难层、设备层或者设备间等结构部分属于业主共有。虽然该规定没有直接规定架空层的权属，但其倾向十分明显，据此，架空层应归全体业主共有，架空层出租收益自然也归全体业主共有。

其次，架空层出租收益的管理权由业主大会代表全体业主行使。业主大会的法定职责是代表和维护全体业主在物业管理活动中的合法权益，架空层如何出租、出租收益如何管理，这些事务应由业主大会决定。根据国务院《物业管理条例》规定，业主利用物业共用部位进行经营所得收益应当主要用于补充专项维修资金，但未明确限制将收益用于何处，应理解为可以用于任何合法用途。

第三，未经业主大会同意，业委会和物管公司均无权“保管”属于全体业主共有的架空层出租收益。无视他人意愿强行为他人管理财产，这种情况是特例中的特例，只有在法律明确规定的情况下才可以存在。

最后，所谓架空层出租收益在合法性上存在严重瑕疵，出租架空层可能给全体业主带来巨大风险，广大业主不宜为架空层出租收益的小利而冒险。凡在架空层搭建临时建筑的，均不符合规划，应被视为违法建筑。将违法建筑对外出租，这种租赁合同的效力存在严重瑕疵，随时可能因无效而终止履行。更麻烦的是，架空层房屋中的水电气管线大多是私接的，万一承租人在使用架空层房屋时发生风险，出租人对此责无旁贷，全体业主可能因此承担巨大的法律风险。

架空层出租收益之所以能成为各方争抢的对象，无非是其有利可图。但是，从长远利益看，其带来的风险可能远远大于收益。笔者认为，广大业主不宜为小利而获大害，架空层就让它“空着”吧。

（广东广和律师事务所 鲁楷律师）

健全个人信息保护制度势在必行

2013年中考填报志愿期间，三所重点高中招生教师利用所掌握的某中学考生包括考试成绩及排名、家长联系电话等信息，蹲点违规进行招生宣传，抢夺生源。诸如此类的考生信息泄露事件频见报端，如何保护个人信息已成为亟待解决的难题。

（南都网）

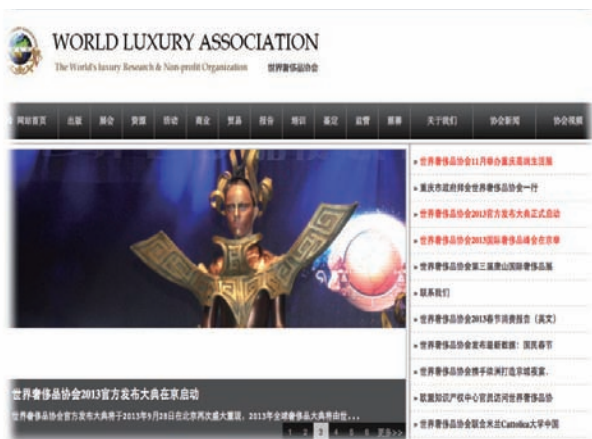
个人信息包括个人姓名、住址、出生日期、身份证号码、医疗记录、人事记录、照片等单独或与其他信息对照可以识别特定的个人的信息。自然人就其个人信息所享有的权利主要包括个人信息查阅权、个人信息更正权、个人信息封存权、个人信息删除权、个人信息收益权。

考生考试成绩及排名、家长联系电话等信息归考生个人享有，考生依法享有上述包括个人信息收益权在内的权利。采取不法手段窃取学校信息系统中学生信息的，窃取人应承担相应责任。学校作为考生个人信息的保管人，有义务防止信息泄露。如学校内部人员过错导致考生个人信息泄露，则应该承担相关责任；学校及招生教师利用非正规渠道获取考生信息牟利，且符合行为不法性、损害结果、不法行为和损害结果之间的因果关系、过错四要件，则构成侵权，相关行为人应依法承担民事责任。

目前我国并无全国性的个人信息保护专项法律法规。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（试行）》、《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释》提供了以侵害隐私按照侵害名誉权来处理的途径。《刑法修正案（七）》首次新增了“出售、非法提供公民个人信息罪”、“非法获取公民个人信息罪”罪名，将侵犯公民个人信息的行为纳入刑法调整的范围。《侵权责任法》也首次以法律的形式明确将隐私权纳入民事权益的范围，并规定侵害民事权益，应依法承担侵权责任。

目前我国正努力推进个人信息保护立法的相关工作。深圳市已完成《深圳市个人信息保护条例》的立法调研工作，相关调研报告已经顺利通过评审，相信很快将正式进入立法阶段。建立健全个人信息相关保护制度，使个人信息保护及隐私安全处于全流程监管状态，这样才能有力地保障考生的信息安全，为公众创造一个良好的信息安全环境。

（上海市锦天城（深圳）律师事务所 徐飏律师）



应严查“世奢会”等山寨组织

继“世界奢侈品协会”被指“山寨组织”，涉嫌多重造假的消息被多家媒体曝光后，与其关联的世奢会（北京）国际商业管理有限公司（以下简称“世奢管理公司”）又涉嫌在办理公司注册登记时，提交虚假商标授权证明和虚假的企业住所证明。

（人民网）

“世界奢侈品协会”，从名称上看，似乎是一个非营利性组织，但实质注册的却是“商业性”，而将“世奢会”冠在名称前面的“世奢管理公司”，更是以营利为基本属性。

按照《公司登记管理条例》，公司注册时造假，还可以罚款、责令改正，只有情节严重的，才要吊销营业执照。而北京工商部门拟吊销“世奢管理公司”的执照，可见其违法情节已堪称“严重”。

根据媒体调查，“世奢会”美国官网域名注册地是中国，注册人是中国人，说其是只存在于中国的“山寨组织”，并不为过。而且，由其授权“世奢管理公司”使用“世奢会”的关键证明存在造假，其提交的“世奢会”商标注册证持有人是淄博一家土工材料公司，核定使用的商品不是所谓奢侈品，而是地巾、床罩等；此外，公司注册提交的经营场所也是造假。

在主管部门调查时，公司持英国护照的法定代表人辛西亚就是不露真身，也不作任何回应；其负责人毛欧阳坤也一直不提供有效的身份证明，有效的委托文件，故意给调查设置障碍。将这种种反常迹象对照相关法律，不难断定这个协会和公司的性质。对这样涉嫌欺骗公众和行业的“山寨组织”，有关部门确实不能手软。

（刘昌松）

收容教育制度亟待废止

佛山市妇女崔某在佛山禅城区南庄一发廊卖淫，被民警抓了正着，警方对其作出了收容教育两年的决定。崔某家属收到决定书向禅城区法制局申请行政复议，认为警方处罚过重，警方回应是依法处理，收容教育一直都在执行实施。

（《南方都市报》）

单从法理上来说，收容教育与劳动教养制度一样，都有悖于现代法治精神，但在现实实践中，却都未被禁止适用。收容教育的有关规定与《立法法》、《治安管理处罚法》、《行政处罚法》、《行政强制法》实质上都存在严重冲突，亟待统一废止。

根据《治安管理处罚法》第66条规定，“卖淫、嫖娼的，处十日以上十五日以下拘留，可以并处五千元以下罚款；情节较轻的，处五日以下拘留或者五百元以下罚款。”即法律对卖淫、嫖娼的处罚仅限于罚款与拘留，并不包括“收容教育”。

《行政处罚法》也规定，“限制人身自由的行政处罚，只能由法律规定。”、“行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚”、“本法公布前制定的法规和规章关于行政处罚的规定与本法不符合的，应当自本法公布之日起，依照本法规定予以修订，在1997年12月31日前修订完毕。”即“收容教育”的处罚并无明确的法律依据。

警方做出“收容教育”所使用的法律依据一是1991年发布实行的《全国人大常委会关于严禁卖淫嫖娼的决定》，相关规定如“对卖淫、嫖娼的，可以由公安机关会同有关部门强制集中进行法律、道德教育和生产劳动，使之改掉恶习。期限为六个月至二年。具体办法由国务院规定。”二是1993年国务院出台的《卖淫嫖娼人员收容教育办法》，相关规定如“对卖淫、嫖娼人员，除依照《治安管理处罚条例》第三十条的规定处罚外，对尚不够实行劳动教养的，可以由公安机关决定收容教育。”这两个规定之后再依法进行修订，或本应自动失效，却都照常使用，这正是“收容教育”仍然大行其市的问题所在。

如今也已情势变更，不仅《治安管理处罚条例》升级为法律，相关条文更被废止，而劳动教养和收容教育两大制度却仍继续沿用。今年初，中央政法委表示，将改革劳教制度，广东则表示有望在今年适时停止劳教制度。而较之为轻的收容教育制度又将如何？目前仍没有一个准确的答案。

（广东鹏翔律师事务所 梅春来律师）

坚持罪刑法定原则是对法治的尊重

广东高院官方微博发布的一条信息“激起千层浪”，原博的意思称，按摩店提供的“胸推”、“打飞机”等手淫服务不属于卖淫，更不是犯罪。这和一些地方现实执法的情况有了一些冲突，所以引起了广大网友的热议。

(中国江苏网)

何谓卖淫嫖娼，至今未有权威的定义，以致在执法中，争议不断。界定“卖淫”较为明确的就只有2001年公安部《关于对同性之间以钱财为媒介的性行为定性处理问题的批复》。警方对卖淫行为一般处以治安处罚，但对组织者予以刑事处罚。不过，批复毕竟不是法律，其法律效力不可高看。既然关于手淫是否属于卖淫没有法律依据，那么根据刑法“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑”的规定，当地法院作出这样的判决是正确的。

(江苏东恒律师事务所 曹小寅律师)

“打飞机”等手淫服务之所以会被公安部认定为属于治安管理范畴上的“卖淫”，原因在于，公安部认定“打飞机”等手淫服务，也会败坏社会善良风俗，应当受到治安处罚。更重要的是，公安部作为治安管理处罚的执行机关，对《治安管理法》具有一定的解释权，公安部可以对“打飞机”等手淫服务是否属于“卖淫”作出认定。

然而，广东高院认定发廊提供“打飞机”等手淫服务不属于刑法意义上的“卖淫”，这是对法治精神的尊重。虽然目前有福州福清法院等地方法院对此类行为作了有罪认定，但是，从立法本意上讲，刑法上的“卖淫”就是为取得报酬与他人进行性交的行为，法院不当对“卖淫”作扩大解释，毕竟刑法是社会防范的最后一道防线，也是最为严厉的制裁措施，如果其他法律能调整的，不需要由刑法来调整。像提供“打飞机”等手淫服务，能处以治安处罚，则不需要用刑法制裁。其次，从法律解释的权力而言，地方法院不能制定司法解释，不宜对刑法的概念作任意解释，即便是最高法院，对于法律的解释，也应当慎重，不能过度地扩张解释。因此，笔者认为，广东高院认定发廊提供“打飞机”等手淫服务不属于刑法意义上的“卖淫”，是对“罪刑法定”原则的坚持，是对法治精神的尊重，是值得赞赏的。

(江西检察官 杨涛)

法眼观奔驰C200“毒气门”事件

近日，奔驰C200的车主，在短则数月、长则两三年驾驶该款汽车后，发现车内的异味越来越浓，部分气体超标，他们的身体先后出现病症。超过160名深圳奔驰C200车主通过QQ群、聚会等方式联合维权。

(《深圳晚报》)

从媒体报道的内容看深圳奔驰C200“毒气门”属于产品污染问题。第一，如果该推断成立，则该污染行为与损害后果之间的因果关系应该由生产商或经销商证明，即举证责任倒置；第二，从车主所反映的情况看，基本可以推断属于产品污染造成的车主人身损害，因为他们一停用，病情就好转，一旦使用病情就加重；第三，我国对环境污染损害执行严格的责任制度，也要求企业对其产品的质量负责并承担相应的损害责任，即污染者负责，这是生产者和销售商承担责任的基础；第四，可以联系更多的车主，统计其与本案有关的基本信息，从中归纳出一些规律来，以明确维权的方法和路径，也可以了解车辆的生产厂家情况和销售商情况，以便确定维权的相对人；第五，作为企业承担着社会责任，生产商和销售商有义务查找造成污染的原因，而不该将责任推到消费者个体对气体的感受上，建议消委会和媒体共同呼吁，使生产和销售企业履行这份社会责任；第六，应查找有关标准，包括环境质量标准等，以明确责任。

(广东绿建律师事务所 李军强律师)

就现有证据来看，车主维权是非常困难的事情。这起案件最大的问题就在证据。车主们反映的身体病况与使用车的因果关系没有有力的证据可以证明。车内的异味会不会造成伤害，伤害有多大，这些现在没有权威机构进行检测。建议车主尽早收集证据、证人证言，形成一个“证据群”，然后从证据当中发现共性问题以维权。

我国以前几乎没有专门的汽车法律，但今年可以称得上是“汽车法律年”，因为今年年内将施行三部与汽车相关的法律法规，它们是2013年1月1日起施行的《缺陷汽车产品召回管理条例》；2013年5月1日起施行的《机动车强制报废标准规定》和2013年10月1日起将施行的《家用汽车产品修理、更换、退货责任规定》。这些法律法规的出台，表明我国在汽车方面的法律法规在完善，我国将逐步改善这方面的法律空白，为保护广大的消费者权益做出努力。

(广东普罗米修斯律师事务所 陈群律师)

“借记卡盗刷险”难以转嫁盗刷风险

近年来借记卡被盗刷的事件频发，在借记卡盗刷风险不断增加而持卡人索赔困难的情况下，深圳平安银行首推借记卡“盗刷保险”的服务，由银行向保险公司投保，将盗刷风险转嫁，借记卡“盗刷险”最高赔付额度将高达100万。

(新华网)

目前对借记卡被盗刷，尤其是克隆卡和网上盗刷这类案件，国家没有针对性的法律。因此借记卡遭盗刷后，持卡人索赔困难是个普遍现象。其原因在于持卡人往往陷于举证难的弱势，最后往往持卡人需要承担大部分损失。持卡人与银行为了盗刷损失责任承担问题，经常产生纠纷并诉诸法律。

在这个背景下，银行首推借记卡“盗刷险”的服务有其积极意义。但这是否为银行的炒作之举？甚至这类保险会否很难获得理赔？因为盗刷险的赔付过程内藏太多细则，持卡人即便是遭遇盗刷，想获得赔偿并非如银行说的那么简单。如果理赔复杂，那么盗刷险是否真正能帮助持卡人转嫁盗刷风险呢？

理赔关键是看被盗刷的责任是否在银行。据了解，“借记卡盗刷险”至少包含了四条免责范围的细则规定。多数银行还规定：凡使用密码进行的交易，发卡机构均视为持卡人本人所为；若因卡片或密码保管不善等原因造成的损失，由持卡人自行承担，因此结合“借记卡盗刷险”的免责细则来看，想要通过这个盗刷险获得赔付很难。通常情况下，持卡人难以举证无意识丢失。笔者认为，免责细则中“持卡人没有遵循银行的银行卡及网银帐户的使用条例，导致的资金损失”这一条，有霸王条款之嫌。在盗刷金额小的时候，保险公司也许会赔付；但一旦遭遇金额较大的盗刷案件，银行和保险公司可以以持卡人保管卡片不当、无意泄漏密码理由拒赔。

研究盗刷案件的法院判决结果，笔者发现一个普遍现象：法院通常会追究盗刷案涉事银行及持卡人双方的共同责任。此外，目前法律对“克隆卡”带来的盗刷损失并没有明确规定，持卡人一旦遭遇盗刷，由于取证困难，法院多会判持卡人保管密码不善承担大部分责任，而判银行担责的比重则较小。

笔者认为，“借记卡盗刷险”的细则过于苛刻，与其指望通过买保险来转嫁风险，持卡人不如花点钱主动把磁条卡升级为芯片卡，芯片卡至少可以从技术上阻截盗刷的发生。

(广东东方金源律师事务所 金焰律师)

警惕言论自由滥用

因对“李庄案”的意见不同，一名法院退休干部陈某在博客上指责律师王才亮是“无良律师”，王才亮将陈某告上法庭。最终法院认定，陈某的行为已构成对王才亮名誉权的侵害，判决陈某删除相关文章，连续10天在网络上道歉并赔偿1万元。

(《京华时报》)

公民有言论自由权，每个公民都有权利对社会热点问题进行讨论，提出看法。真理本应越辩越明，这种讨论也彰显出国人民主意识的提高，本是好事。但这种讨论需要用“心平气和”的表达方式，而不能对方恶言相加，不然这与“以暴易暴”又有何异？

网络言论在发表上要比传统媒体容易得多。公民言论自由的渠道也随之扩大。可是，言论自由与其他自由一样，都是法治下的自由，否则就会造成自由的滥用，导致人人自危。网络言论自由和话题讨论的边界就在于不能侵犯他人的权利。任何人都不应使用恶言恶语辱骂、调侃他人。因为这类言论既不具备任何“适当沟通的意义”，也没有“表示任何社会价值或意见真理”，只会给人与人之间增加矛盾、仇恨。任何法治国家都不会对之进行保护。

我国《民法通则》规定，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民的名誉。公民的名誉权受到侵害的，有权要求停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。这些法律在网络领域同样适用。《侵权责任法》更是针对网络侵权行为作出过专项规定，网络用户利用网络侵害他人民事权益的，应当承担侵权责任。

因此，网友应该以此为戒，别为了一时的口舌之快，既侵犯他人权益，也让自己遭受不必要的损失。网络讨论，别再沦为人身攻击。

(舒锐)



HOTSPOTS | 热点——聚焦红罐之争

编者按：从2011年开始，王老吉和加多宝之间的“红罐之争”愈演愈烈，不断升级：商标战、广告战、专家战、诉讼战、价格战……无论“红罐之争”诉讼结果如何，毋庸置疑的是，其向企业敲响了我提高知识产权保护意识、合法维权的警钟。本期杂志“热点”栏目聚焦“红罐之争”系列事件，探究其对我知识产权法律法规完善和相应体制机制健全积极意义。

红罐之争，谁应胜出

文 国浩律师（深圳）事务所 谢湘辉律师

广药集团与加多宝公司之间关于凉茶产品的争议，从商标之争到不正当广告之争，再到红罐包装装潢之争，竞争从商业手段到法律手段，无所不用其极，可谓现代商战之典型。本文试分析红罐之争的焦点问题，并从商誉角度谈谈自己的看法。

两种归属标准

一国立法之所以给予知名商品特有的名称、包装、装潢反不正当竞争法保护，是因为知名商品特有的名

称、包装、装潢作为实际意义上的未注册商标，乃是通过使用成为标识商品来源的标记，防止消费者对于商品来源混淆并对市场竞争秩序加以保护。

我国反不正当竞争法并没有就知名商品特有的名称、包装、装潢权归属有明确规定，但是在反不正当竞争法的实施过程中，无论是行政机关还是司法机关，都对知名商品特有的名称、包装、装潢的归属问题进行了必要的解释，同时，众多的相关判例，也提供了丰富的司法解决案例。因此，知名商品特有的名称、包装、装潢权的归属问题并非是无法可依的。

本文认为知名商品特有的名称、包装、装潢权归属的认定应围绕两个标准进行考察：第一，在先使用；第二，知名商品形成中的作用。具体分析如下：

在先使用。根据国家工商行政管理局1995年发布的《关于禁止仿冒知名商品特有名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定》（以下简称《不正当竞争规定》）第4条第2款规定：“特有的商品名称、包装、装潢应当依照使用在先的原则予以认定。”该规定是目前反不正当竞争法律对知名商品特有的名称、包装、装潢权的归属的唯一直接规定。另一方面，2007年最高人民法院在《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（法释【2007】2号，以下简称《不正当竞争司法解释》）第1条第2款规定，“在不同地域范围内使用相同或者近似的知名商品特有的名称、包装、装潢，在后使用者能够证明其善意使用的，不构成反不正当竞



争法第五条第(二)项规定的不正当竞争行为。因后来的经营活动进入相同地域范围而使其商品来源足以产生混淆,在先使用者请求责令在后使用者附加足以区别商品来源的其他标识的,人民法院应当予以支持。”该规定从侧面体现了知名商品的特有名称、包装、装潢权利应属于在先使用者,在先使用者有权要求在后使用者停止使用或附加区别性标识。

知名商品形成中的作用。《不正当竞争司法解释》第1条第1款规定,认定知名商品,应当考虑该商品的销售时间、销售区域、销售额和销售对象,进行任何宣传的持续时间、程度和地域范围,作为知名商品受保护的情况等因素,进行综合判断。显然,特有名称、包装、装潢之所以受到专用权的保护,主要是其附着的商品经过长时间的使用(包括生产、销售和推广等经营活动)已为广大消费者接受成为知名商品,立法机关为了保护市场竞争秩序和消费者的权益而为之。因此,确定知名商品特有的名称、包装、装潢权归属时应着重考虑知名商品形成过程中经营者的作用,没有经营者长期不懈的努力就没有知名商品,更无从谈知名商品的商誉。

从上述司法解释确定的认定知名商品的要素不难发现,法律所保护的是合法经营者长时间付出所创造的商誉,即知名商品特有的名称、包装、装潢的强大的市场号召力,这个号召力是经营者长时间认真经营、努力耕耘的结果,该利益应归属于为之付出的经营者,而不是第三人。因此,知名商品特有的名称、包装、装潢权应归属该知名商品的经营者。

红罐之争焦点问题分析

红罐之争案件法院开庭审理时当庭归纳了四个焦点问题:第一,涉案商品是什么?第二,知名商品特有的包装装潢是什么?涉案商品的特有包装装潢归谁所有?第三,涉案商品特有包装装潢能否与王老吉商标或加多宝公司相分离?第四,到底谁侵权?经济损失如何计算?^[1] 本文就前三个焦点问题进行法律分析。

涉案商品是什么?对于这一焦点问题,广药集团的观点是:涉案商品应为王老吉凉茶。本文认为该观点是错误的。根据媒体报道的事实,不难发现自1995年起,国内生产以“王老吉”商标冠名的凉茶实际有两家,一家是广药集团,另一家是加多宝公司,广药集团生产的凉茶是传统大陆王老吉配方,用绿色纸盒包装,又称清凉装王老吉凉茶或清凉版王老吉凉茶;而加多宝公司

生产的凉茶是王泽邦在香港的后代王健仪提供的配方,用红色铁罐包装,又称红罐王老吉凉茶或简称“红罐凉茶”。双方争议的实际上是红罐凉茶的包装装潢权,而不是绿盒凉茶的包装装潢权,这一点并无争议。因此,涉案商品就是指加多宝公司生产的红罐凉茶。而广药集团称涉案商品是王老吉凉茶,实际上否认了两家同用一个商标的事实,否认了双方用不同包装来区别各自产品的事实。所以说,该观点是错误的,有误导之嫌。

当然,此案复杂之处在于,2012年5月王老吉商标许可协议被中国国际经济贸易仲裁委员会裁决无效之后,广药集团收回许可给加多宝公司使用的“王老吉”商标,进而广药集团用同样的红罐包装自己生产的清凉版王老吉凉茶,加多宝公司在商标许可合同终止后也在继续生产红罐凉茶,只是将包装装潢上的商标改为“加多宝”。在此情况下,目前实际上使用红罐包装凉茶有两个厂家,一家是广药集团,另一家是加多宝公司,从这个角度看,广药集团称涉案商品是其生产的(红罐包装的)“王老吉凉茶”看似有一定道理。对此,本文认为法庭应该从两方面来判断,第一,从本案立案受理时间来判断,若本案立案是在2012年5月之前,生产红罐凉茶的只有加多宝公司,广药集团的观点不尽准确;第二,从本案争议的权利来看,即使本案立案在2012年5月之后,根据媒体报道为2012年7月份,而此时广药集团才刚刚宣布开始生产红罐包装的王老吉凉茶^[2],其不可能立即成为知名商品的特有包装装潢,显然是沿用以前加多宝公司使用的红罐包装装潢,从这个角度来讲,广药集团的观点也是错误的。

对于第一个争议焦点,加多宝公司的观点是:涉案商品是“多年来加多宝生产经营的曾经租用王老吉商标、现使用加多宝商标、使用王泽邦后人独家配方的红色罐装凉茶产品,包括加多宝公司生产的贴有王老吉商标和加多宝商标的红罐凉茶。”^[3] 从上面的分析来看,加多宝公司的观点基本正确。

因此,第一个争议焦点答案已经很明确,涉案商品就是加多宝公司生产的红罐凉茶。

涉案商品特有包装装潢归谁所有?对于法庭归纳的争议焦点知名商品特有包装装潢是什么,加多宝公司的观点是:涉案特有包装装潢的保护范围是采用红色为底色,主视图中心是突出的三个竖排黄色中文大字,以及相关文字和色彩组合。对此,双方并没有太大分歧。

而对于争议焦点涉案特有包装装潢归属问题,双方

[1] 见《广药加多宝红罐纠纷案开庭 广东省高院微博直播》, <http://e.weibo.com/guangdonggaofa>, 浏览于2013/6/10。

[2] 《广药版红罐王老吉重装上阵, 加多宝反对》, 载2012年6月4日《南方日报》, http://finance.sina.com.cn/chanjing_gnews/20120604/094112215543.shtml, 浏览于2013/6/10。

[3] 同注[1]。

观点针锋相对，加多宝公司认为：特有包装装潢权应当是通过使用产生的，加多宝公司不但设计了特有包装装潢，而且通过大规模生产、持续性的市场推广、广泛媒体宣传使红罐凉茶成为知名商品，该商品的特有包装装潢权应属于加多宝公司。广药集团的观点是：涉案特有包装装潢不是单纯的智力成果，源于商标权、版权，不能简单套用谁设计谁有权的理念，广药集团也是特有包装装潢的制造者。^[4]那么，红罐凉茶包装装潢权到底应该归谁呢？

根据上文分析，知名商品特有的包装装潢权的归属的判断标准主要有两个，第一，在先使用；第二，知名商品形成中的作用。从媒体报道的事实来看，红罐凉茶的包装装潢是加多宝公司一方设计并首先投入使用的，且在长达17年间一直无争议不间断地使用，可以认定加多宝公司使用在先。在加多宝公司使用期间，由于加多宝公司对于红罐凉茶商品的口味选择符合消费者的喜好，同时投入巨资进行大力推广宣传，扩大了红罐凉茶的消费群体，使红罐凉茶销量逐年上升，最终成为家喻户晓的知名商品，对此，加多宝公司的作用是最主要的，也是决定性的。

广东省高级人民法院在加多宝公司诉三水华力饮料食品有限公司仿冒知名商品特有装潢纠纷案中认定：“知名商品特有的装潢权是随着该特有的装潢在商品上使用，当该商品成为知名商品时，而产生的一种排他使用的民事权利，该权利与知名商品密不可分，由知名商品的合法经营者享有，并随着知名商品的经营者的变换可由新的合法经营者继受。在1996年，东莞鸿道公司（笔者注：加多宝公司的实际控股股东）已开始在罐装‘王老吉’凉茶饮料上使用本案讼争的装潢标识，并投入大量的广告宣传，使该商品成为知名商品，^[5]……”

根据民事诉讼相关法律规定，生效判决可以在他案中作为证据使用，上述生效判决已经认定加多宝公司在先使用红罐包装、通过大量广告宣传其生产的红罐凉茶成为知名商品的事实，认定红罐凉茶特有包装装潢权归属加多宝公司。因此，涉案特有包装装潢权的归属实际已无悬念。

涉案商品特有包装装潢能否与王老吉商标加多宝公司相分离？对于法庭归纳的这一争议焦点，双方观点完全不同。加多宝公司认为：商标权与知名商品的特有包装装潢权是相互独立、分别行使的权利。而广药集团认为，涉案包装装潢从产生之日起就涵盖商标，商标是包

装装潢的核心要素和组成部分，商标的知名带动了包装装潢的知名。二者的观点实际上是加多宝认为涉案特有包装装潢与“王老吉”商标能够分离，而广药集团认为不能分离。对此，本文作如下分析。

涉案商品特有包装装潢可以与商标分离。从上文分析可以得出，知名商品特有名称、包装装潢作为经使用而产生的权利，该特有名称或包装装潢实质上是未注册商标，受反不正当竞争法保护。但这一权利又是可以转化的，一旦将该商品特有名称和装潢注册商标，则享有注册商标专用权，受商标法保护。在此需要注意的是，特有名称或装潢一旦注册商标，就只能依据商标法提供保护，而不是依据反不正当竞争法。在江苏爱特福药物保健品有限公司诉北京地坛医院等不正当竞争纠纷上诉案中，最高人民法院认定已经注册为商标就不再具有知名商品特有名称的属性，而具有了注册商标权的专有性。^[6]可见，该商业标识属注册商标还是知名商品特有名称，二者只能选一。

显然，注册商标权与知名商品特有名称权是独立存在的两项权利，在第一个焦点问题上广药集团称涉案知名商品为“王老吉凉茶”，这势必将特有名称和注册商标相混淆，所以是错误的。而在此，作为特有包装装潢的图案同样是一种未注册商标，若将其视为注册商标，则违反了知名商品特有装潢法律保护的本义，因此，涉案特有包装装潢的图案不应该视同“王老吉”商标，或者将“王老吉”商标视为该标识（指涉案特有包装装潢）的主要部分，或区别性特征。否则，一是与法律不符，二是由于“王老吉”商标被两家公司同时使用，无法独立发挥区别商品来源的功能，该商标在涉案特有包装装潢上主要还是以美化功能为主，区别性功能为辅。从2012年6月以后加多宝公司将“王老吉”商标改为“加多宝”商标后销量变化不大的事实也反映了“王老吉”商标在涉案知名商品特有包装装潢中的作用，即该商标在涉案特有包装装潢中的作用并非是独立的、区别性的，是可以分离的。

因此，无论在法律上还是事实上，涉案知名商品特有包装装潢与“王老吉”商标都是可分离的。

涉案商品特有包装装潢与加多宝公司分离。本文在分析第一个争议焦点时归纳了涉案商品是指加多宝公司生产的红罐凉茶，而涉案特有包装装潢（指特有的红罐装潢）是用于加多宝公司生产的凉茶上，所以该特有包装装潢与加多宝公司不可分。

[4] 同注 [1]。

[5] 广东省高级人民法院民事判决书（2003）粤高法民三终字第212号民事判决书，第8页。

[6] 最高人民法院（2002）民三终字第1号民事判决书。

知名商品特有包装装潢属未注册商标，其具有识别商品来源的功能，经过加多宝公司长时间的经营，已经在消费者心里建立了红罐凉茶与加多宝公司之间的唯一对应联系，若不负责任地将涉案特有红罐包装装潢允许他人使用，势必误导消费者，误认为是加多宝公司的凉茶产品而购买，实际上侵犯了消费者的知情权，损害了消费者的利益，是不应该的，依法应当制止。

因此，涉案商品的特有包装装潢与加多宝公司是不可分的。

商誉与不正当竞争

纵观红罐之争，实为商誉之争。双方争夺的实质就是红罐凉茶的商誉，红罐凉茶的市场号召力，对此，广药集团代理人当庭多次表明，“加多宝作为原经营者不能带走商品品牌，也带不走商誉”。^[7]那么红罐凉茶的商誉到底应该属于谁？能不能带走呢？

王老吉凉茶生产厂家有两家，生产绿盒清凉版凉茶的广药集团和生产红罐凉茶的加多宝公司，二者经过努力都将自己的产品做成知名商品，绿盒凉茶属于广药集团，其知名商品的商誉自然归属经营者广药集团，而红罐凉茶属于加多宝的产品，其知名商品的商誉自然归属经营者加多宝公司。至于加多宝公司将被许可使用的“王老吉”商标用于其生产的红罐凉茶上，并取得了巨大的成果，不能说是“王老吉”商标的成功，更不能说是商标许可人广药集团的成功，而应该是经营者的成功，也就是加多宝公司的成功。红罐凉茶知名商品的商誉的载体既承载于“王老吉”商标上，同时也体现在红罐凉茶特有包装装潢上。“王老吉”商标目前高达1080亿元的无形资产价值（1996年该商标价值应远远低于该金额），^[8]显然与加多宝租赁商标后付出的努力分不开，与红罐凉茶广受大众喜爱的口味分不开，“王老吉”的巨额商标价值本应有加多宝公司一份，但是，由于在商标许可合同中并未就商标价值增值部分如何处理进行约定，根据风险自担的原则，加多宝公司只得自认

吃亏。但是，红罐凉茶的商誉同样也存在于商品特有的红罐包装装潢上，该商誉依法归经营者所有，商标许可人无权剥夺。因此，加多宝公司不存在能否带走商誉的问题，而是商誉本来就属于加多宝公司，从这个角度来看，加多宝公司的付出也算得到了补偿，加多宝公司拥有红罐包装装潢所承载的商誉完全符合民法的公平合理原则。

本质上，商品的商誉既然是一个好的商品挣来的，自然应该与该商品同在，而不应该人为将其剥夺，否则不但侵犯了商品经营者的合法权益，也必然触犯公共利益的底线。红罐凉茶的商誉存在于加多宝生产的红罐凉茶之上，而现在无论该商品用何种商标，都不改变该商品的生产厂家、配方、味道和消费者的喜爱。特有包装装潢作为区别性标识，其功能是为了节约消费者选择商品的成本，避免被误导购买其不需要的商品，从而损害消费者利益。试想，消费者需要购买加多宝公司生产的红罐凉茶时，根据习惯选择了红罐凉茶，却得到广药集团生产的红罐凉茶（其味道和绿盒凉茶没有区别），显然，消费者被欺骗了，消费者的合法权益受到了侵犯。

结语

反不正当竞争法立法开宗明义指出，该法不但要保护经营者的合法权益和市场竞争秩序，还要保护消费者的合法权益，而究其最根本的目的就是维护公共利益。红罐凉茶之争不仅是商业对手之间的竞争，更深层次体现了企业利益与公共利益之争。任何企业的经营都应该遵守法律规定、尊重商业道德，即使是最惨烈的商业竞争，也不能没有底线，而这个底线就是公共利益。我们的司法机关就是这个底线的最后守护者，红罐之争到底谁能胜出，结果不言而喻。

从上文对红罐之争法庭辩论焦点的分析，这场举国关注的知识产权诉讼的结果，若仅从事实和法律的角度，结果已经了然。

[7] 同注 [2]。

[8] 据报道，2010年11月，广药在“中国知识产权（驰名商标）高峰论坛”上宣布，旗下“王老吉”品牌价值经北京名牌资产评估公司评估为1080.15亿元。

谁动了谁的红罐

——对广药加多宝“红罐之争”的法律思考

文 广东星辰律师事务所 崔军律师
北京市德恒（深圳）律师事务所 谢东

无论商品是否为知名商品，商品的商标与商品的包装、装潢都是具有可分性的。商品的商标与商品的包装、装潢分开表现形式有很多，二者分开的现象在社会中也屡见不鲜。比如可以将同一商标分别适用于同一种类或不同种类的商品之上，“王老吉”商标既使用在红罐凉茶之上，也使用在绿盒凉茶之上，还使用在绿豆沙、聪明丸、妇女调经胶囊、暗疮片上。

1996年推出第一罐红色罐装凉茶，1999年以外资形式在中国广东省东莞市长安镇设立生产基地的加多宝集团（下称“加多宝”），2012年换标生产“加多宝”凉茶。2012年7月，已经换标生产“加多宝”凉茶的加多宝与收回“王老吉”商标并开始生产“王老吉”红罐凉茶的广药集团，针对红罐包装、装潢的归属权再次展开了激烈的争夺。^[1]2013年5月15日，加多宝与广药“红罐之争”在广东省高级人民法院开庭。^[2]“红罐之争”引发的相关法律问题引起了社会的广泛关注，笔者简单就这些法律问题发表一些粗浅看法。

商标与包装、装潢能否分离

商标是商品或服务的提供者为了将自己的商品或服务与他人提供的同种或类似商品或服务相区别而使用的标记。商标权可以通过使用与注册取得，并获得法律的相应保护。当然，商标获得注册并不意味着注册人就享有了排斥他人使用的绝对权利，因为对注册商标的保护强度与其使用情况是紧密相关的，商标法保护的主要对象是商标经过使用之后凝结的商誉。^[3]

商品的包装装潢并不等同于商品的商标，《关于禁止仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定》对包装与装潢有明确的定义。其第三条规定：“本规定所称包装，是指为识别商品以及方便携带、储运而使用在商品上的辅助物和容

器。本规定所称装潢，是指为识别与美化商品而在商品或者其包装上附加的文字、图案、色彩及其排列组合。”商标与商品的包装和装潢的最大区别在于，商标能够起到将某一商家提供的商品或服务与其他商家提供的同种或类似商品或服务区别开来的作用，而商品的包装与装潢的首要作用则并不是为了对商品与服务的来源加以区分。

商品的包装与装潢获得法律保护的强度，因商品的知名度的不同而存在差异。非知名商品的包装与装潢的持有人，如果对该商品的包装与装潢享有著作权与专利权时，可以通过著作权法与专利法对该商品的包装与装潢进行相应的保护。但是，该非知名商品的包装与装潢并不能获得反不正当竞争法的保护。知名商品的特有包装、装潢不仅可以获得著作权法与专利权法的保护，而且也可以获得不正当竞争法的保护。

商标权与商品的包装和装潢所可能涵盖的著作权、专利权等权利分属于不同的民事权利，并且皆为典型的支配权。支配权，指权利人得直接支配其标的，而具有排他性的权利。此类权利的作用有两方面，即于积极方面可直接支配其标的物，而不须其他人为之介入；于消极方面可禁止其他人妨碍其支配，而具有排他性。^[4]因此，各自的权利人可排他性的行使其权利，也即商标与商品的包装和装潢是具有可分离性的。固然，法律对知名商品的特有包装、装潢的保护有特殊的规定，可以适用反不正当竞争法的

[1] 详见《加多宝大事记》，<http://www.wlj-china.com/2013/about/jdbdsj.aspx>。

[2] 详见《谁的红罐：商标与特有装潢能否分离》，<http://finance.qq.com/a/20130517/019734.htm>。

[3] 《知识产权法教程》，王迁著，中国人民大学出版社，2011年8月第3版，第347页—第348页，第357页。

[4] 《民法总论》，梁慧星著，法律出版社，2011年3月第4版，第72页。

相关规定。但是,从我国的现行法律规定来看,反不正当竞争法与其他知识产权法之间的关系是多重的,而不是单一的补充性或兜底性关系。这种关系至少可以归纳为其他知识产权法的优先性、两者可以兼容的可选择性以及反不正当竞争法的补充性。优先性与补充性意味着商品的包装和装潢所可能涵盖的著作权、专利权可以为权利人自由支配。可以兼容的可选择性乃指在反不正当竞争法与知识产权法发生法律规范的竞合时,无论按照法律的规定还是法律适用的性质,均不能认定其具有排斥关系。此时,权利人可以选择适用哪一部法律。^[5]因此,商品的包装和装潢所可能涵盖的著作权、专利权亦可以为权利人自由支配。

综上所述,无论商品是否为知名商品,商品的商标与商品的包装、装潢都是具有可分性的。商品的商标与商品的包装、装潢分开的表现形式有很多,二者分开的现象在社会中也屡见不鲜。比如可以将同一商标分别适用于同一种类或不同种类的商品之上,“王老吉”商标既使用在红罐凉茶之上,也使用在绿盒凉茶之上,还使用在绿豆沙、聪明丸、妇女调经胶囊、暗疮片上。^[6]将不同商标与相同或类似的包装、装潢组合使用的实例在社会中也十分常见,因为包装或装潢所涵盖的著作权与专利权权利人自然可以许可不同的商标持有人使用其包装或装潢。

谁动了谁的红罐

为了对加多宝红罐凉茶与王老吉红罐凉茶进行详细比较,笔者特意购买了这两种凉茶进行品尝。加多宝集团1996年推出第一罐红色罐装凉茶,红罐包装由鸿道集团董事长陈鸿道设计,并于1997年申请了外观设计专利,授权加多宝公司使用、投入商业生产经营。然而,该外观设计的专利权已于2007年到期,故而从专利法的角度涉案红罐外观设计的权利人并不能排斥广药集团于2012年开始使用其外观设计。笔者注意到在庭审之中加多宝与广药并没有针对著作权的问题提起相关的争议,因此,针对红罐之争的焦点就集中在对红罐的包装、装潢权归属的判定之上。基于前述分析,红罐的包装、装潢权要想获得法律的保护,必须适用反不正当竞争法的相关规定,而依据反不正当竞争法的相关规定,反不正当竞争法仅仅保护知名商品特有的包装与装潢。因此,涉案的知名商

品究竟指的是哪一种商品便成了判定涉案红罐归属的关键点。加多宝方面将涉案知名商品定义为“加多宝公司生产的、采用王泽邦配方的红罐凉茶商品”,这其中包括加多宝公司生产的贴有王老吉商标的红罐凉茶及贴有加多宝商标的红罐凉茶;广药方面则认为,知名商品是广药所生产的,拥有“王老吉”商标的凉茶产品。知名商品应该是享有商标所有权的广药所生产的“王老吉”凉茶。^[7]

商品是满足人们某种需要的,用来交换的劳动产品。^[8]广义的商品除了可以有形的产品外,还可以是无形的服务。《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第一条规定:

“在中国境内具有一定的市场知名度,为相关公众所知悉的商品,应当认定为反不正当竞争法第五条第(二)项规定的‘知名商品’。人民法院认定知名商品,应当考虑该商品的销售时间、销售区域、销售额和销售对象,进行任何宣传的持续时间、程度和地域范围,作为知名商品受保护的情况等因素,进行综合判断。原告应当对其商品的市场知名度负举证责任”。从该规定的内容来看,认定商品是否知名并不参考商品所使用的商标。知名商品与其所使用的商标是具有可分性的,这种可分性并没有为法律所禁止,而且在生活中也能找到很多这样的例子。在我们的生活中甚至还存在没有使用商标的知名商品,比如知名字号的商品即使没有使用注册商标,在司法实践中也可能被认定为知名商品。

当然,商品一旦被认定为知名商品,其特有的包装与装潢就与知名商品具有不可分性,应当受到法律的保护。广东省高级人民法院在2003年曾对加多宝以王健仪授权配方生产的凉茶(商标为“王老吉”——笔者注)包装、装潢进行了认定,认为知名商品特有的装潢是当商品成为知名商品时,在该商品上的装潢即产生一种排他使用的民事权利,该权利与知名商品密不可分,由知名商品的合法经营者享有,并随知名商品经营者的变化可由新的合法经营者继续享有。^[9]因此,由于王健仪授权的配方就是王泽邦的配方,笔者认为,无论是依据法律的规定,还是广东省高院2003年的司法认定,都明确的表明涉案知名商品应当为“加多宝公司生产的、采用王泽邦配方的红罐凉茶商品”,这其中当然包括加多宝公司生产的

[5] 《知识产权法律适用的基本问题——司法哲学、司法政策与裁判方法》,孔祥俊著,中国法制出版社,2013年3月第1版,第102页—108页。

[6] 详见《凉茶创始人后人不满先祖肖像被占用》,http://money.163.com/13/0508/07/8UBAT77J00253B0H.html。

[7] 详见《红罐之争庭审现场火爆 广药加多宝互相攻击》,http://money.163.com/13/0515/11/8UTPKKTC00254TFQ.html。

[8] 详见荣兆梓,《政治经济学教材新编》:安徽人民出版社,2008年8月,第23页—24页。

[9] 详见《曹中强:加多宝与红罐受反不正当竞争法保护》http://finance.qq.com/a/201301515/021421.htm。

贴有王老吉商标的红罐凉茶。那么，加多宝在2012年停止使用“王老吉”商标，使用“加多宝”商标的红罐凉茶是知名商品吗？笔者认为换标后的加多宝红罐凉茶依旧为知名商品，其特有的红罐包装和装潢应当受到法律的保护。理由为：第一，加多宝生产的红罐凉茶的配方、工艺等在换标前后并没有任何改变，生产的红罐凉茶依旧为同一产品，加多宝公司生产的贴有王老吉商标的红罐凉茶及贴有加多宝商标的红罐凉茶都是加多宝公司生产的、采用王泽邦配方的红罐凉茶这一知名商品；第二，换标对加多宝特有的红罐包装、装潢并没有产生显著的影响，因为换标前后两个商标的位置、颜色、字体并没有明显变化，因此并没有对加多宝红罐特有的包装、装潢整体产生影响；第三，笔者前面已经论及，商品的商标与商品的包装、装潢都是具有可分性的，因此加多宝红罐凉茶换标并不影响其特有的红罐包装和装潢所应当受到的法律保护。

笔者并不认可广药方面所声称的：“知名商品是广药所生产的，拥有‘王老吉’商标的凉茶产品。知名商品应该是享有商标所有权的广药所生产的‘王老吉’凉茶”。因为，第一，本案的涉案商品乃凉茶，属于产品而不属于服务。在2003年广药集团并没有生产红罐王老吉产品，即使加多宝生产的产品的商标为“王老吉”，但是该产品的生产者依旧为加多宝而非“王老吉”商标的专用权人广药集团；第二，广药在2003年并没有生产任何“红罐凉茶”产品，自然更不能声称其拥有某项“红罐凉茶知名产品（商品）”；第三，广药在2012年才开始生产“王老吉”红罐凉茶，即使认定“王老吉”为知名商标，也不能当然得出“王老吉”红罐凉茶为知名商品的结论，因为“王老吉”商标既使用在红罐凉茶之上，也使用在绿盒凉茶之上，还使用在绿豆沙、聪明丸、妇女调经胶囊、暗疮片上，而知名商品的认定判断要素并不完全与知名商标等同；第四，即使认定广药在2012年才开始生产的“王老吉”红罐凉茶为知名商品，“王老吉”红罐凉茶也不能侵犯加多宝公司生产的贴有王老吉商标的红罐凉茶及贴有加多宝商标的红罐凉茶特有的包装与装潢。《关于禁止仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定》第四条对此明确规定：“（知名商品——笔者注）特有的商品名称、包装、装潢应当依照使用在先

的原则予以认定”。

所以，综上所述，笔者认为涉案知名商品应当为“加多宝公司生产的、采用王泽邦配方的红罐凉茶商品”，这其中包括加多宝公司生产的贴有王老吉商标的红罐凉茶及贴有加多宝商标的红罐凉茶。

得红罐者得凉茶

“红罐之争”所涉及的法律问题还有很多，限于篇幅笔者不能一一进行详细的论述，但是透过“红罐之争”所展现出的这些法律问题却是引人思考的。比如，加多宝如果将广告宣传语拟定为“自1997年使用‘王老吉’商标的加多宝集团生产的凉茶，正式于2012年停止使用‘王老吉’商标，启用全新商标‘加多宝’”，这构不构成虚假宣称呢？笔者一边思考着这些问题一边喝着加多宝凉茶登陆了加多宝集团的官方网站，网站上的两则新闻让笔者再次陷入了新的思考……

新闻一：国家统计局、中国行业企业信息发布中心日前公布的“2012年我国饮料行业1—3季度运行状况分析报告”显示，2012年前三季度，加多宝销量同比增长超过50%，份额超过72.96%，稳居凉茶行业第一的位置；在罐装饮料方面，加多宝市场销售份额近12%，在全国罐装饮料销量中排名第一，这也是继2007年之后，加多宝凉茶连续第六年拿下“中国饮料第一罐”。^[10]

新闻二：在汶川地震曾捐款1亿、玉树地震捐款1.1亿元的加多宝集团，于26日宣布再捐1亿给雅安地区，成为420雅安地震中捐赠数额最高的企业。^[11]



[10] 详见《再捐1亿元，加多宝成为雅安地震首个捐款过亿的企业》，<http://www.wlj-china.com/2013/news/newsdetail.aspx?newsid=d31399a0-47cc-45ba-9556-ee98a08e41f8¤tTab=%e5%aa%92%e4%bd%93%e6%8a%a5%e9%81%93>。

[11] 详见《加多宝夺罐装饮料市场第一 凉茶大战暂见分晓》，<http://www.wlj-china.com/2013/news/newsdetail.aspx?newsid=0ceadb60-66d4-459b-802e-70ad5cc49044¤tTab=%e5%aa%92%e4%bd%93%e6%8a%a5%e9%81%93>。

论知识产权权利冲突及解决规则

——从红罐之争的包装、装潢权利冲突谈起

文 广东知恒律师事务所 李伟相律师

红罐专家意见之争

红罐之争中，加多宝和王老吉均表现出对“红罐”争夺的胜利势在必得的阵势。双方先后向公众展示法律人士出具的法律意见书。

支持加多宝一方的30多位业界著名专家联合出具了法律意见书^[1]认为：“北京大学法学教授、博士生导师、国际知识产权研究中心主任郑胜利，北京务实知识产权中心主任、北京高级人民法院原知识产权庭副庭长程永顺，中国知识产权法学研究会副会长、国家商标局原副局长曹中强等30多位业界著名专家联合出具了法律意见书，指出红罐属于加多宝。并表示，加多宝生产的凉茶才是知名商品，而其自行设计并注册的红罐包装、装潢受法律保护，广药私自使用红罐已经构成了不正当竞争。”

支持广药（王老吉）一方的专家意见^[2]认为：“商品的包装、装潢就是商标，属于摹息物范畴，因此知名商品‘王老吉’的包装、装潢产生的商誉只属于‘王老吉’，不可能由他人分享；红罐始终与‘王老吉’组合，并产生了一个共同的识别作用以后，如果把红罐剥离给另外一个品牌，识别会为消费者带来混淆困扰，从而违背商标法、反不正当竞争法相关规定。”

笔者认为支持加多宝的一方主要坚持商标权和商品包装、装潢相互独立性原则，支持广药一方主要强调两者不可分离原则。但不论哪一方，都有就事论事、偏离整体嫌疑。

笔者更倾向于认为，必须坚持实际创造者拥有权利的原则，知识产权本身就是智力创造的成果，知识产权法保护的是作者或发明创造者的智力创造的成果，实际创设知识产权的一方就应该是权利人。商标权本身只保护商标标识部分，不应延及商标以外的包装、装潢部分，在我国现有的法律框架下，“王老吉”的知名商品的包装、装潢直接确定为立体商标也是很勉强的，而且，即使王老吉的知名商品的包装、装潢已经注册为“立体商标”，“王老吉”文字商标和已经注册为“立体商标”的包装装潢保护范围也不相同，不应混为一谈，这两个商

标权在知识产权角度是相互独立的。另外，从外观设计专利的角度也不保护文字商标部分。所以，包装、装潢图形设计部分的知识产权，显然不应涵盖文字商标部分，同样文字商标部分也不应延及其他图形设计部分。

单就知名商品特有的包装装潢纠纷来看，当然存在与“知名商品”不可分离问题，但“知名商品”就一定等同于“知名商标”吗？按照最高院司法解释，知名商品是用特有的名称、包装装潢来反向确定的，可能和商标重合，但也可单独存在，例如“红罐凉茶”等。也就是说，两者实际上没有绝对的不可分离性，可以说一般情况下都是分离、独立的，只有特殊情况下才不可分离。而知名商标则实际上没有明确法律界定，我国一般会使用驰名商标和著名商标这类表述。

预计双方纠纷还会深入和延续，但回归到知识产权保护的本质和司法公平是社会和司法追求客观公正的基本诉求，分好“蛋糕”也是对我国司法制度和法律从业人员的基本考验。

知识产权权利冲突解决规则

广药与加多宝包装装潢之争，实质是多种知识产权权利冲突，焦点在于权利性质归属何种知识产权及各种权利产生时间的先后，即在先权利。

知识产权权利冲突通常是指多种不同知识产权同时竞和或复合存在于同一表现形式中，从而产生优先适用或先后顺序适用的冲突。例如，在“红罐凉茶”包装中，既包含商标权，又包含著作权、专利权（外观设计），还包含名称权和知名商品特有的包装装潢权等，在此种情况下，多种知识产权冲突和矛盾的解决规则，尤为重要。

笔者认为，在我国现有知识产权法律体系及司法实践中，知识产权权利冲突解决应遵循如下规则。

绝对分离原则。即如果某种知识产权具备唯一指向主体身份或专有特征，应首先分离归属于特定主体。例如涉及企业名称权、商标权部分，该部分应先分离，直接归属对应权利人。

单一性判定原则。即如果某一种知识产权有权属争议，

[1] 中国广播网新闻报道《法学专家联合出具法律意见书，支持红罐属加多宝》

[2] 《中国知识产权报》商标周刊《“红罐”之争引知识产权专家热议》

应首先单一开来独立判断权利归属，然后再作优先适用的整体判断。如在同一案中，也应优先适用单一性判定原则，即适当剥离可以单一认定的部分，首先认定，再做整体判断。

在先权利优先原则。如几种知识产权复合到一起无法分离，则适用在先权利优先原则。例如王老吉或加多宝红罐包装图案，可能同时有设计作品著作权、外观设计专利权和知名商品特有的包装装潢权等权利发生竞和，则按照最早产生的权利优先原则，从而以在先权利判定归属。按照几种知识产权的特征和定义，通常来说，一般著作权会最早产生，其次是外观设计专利权，知名商品特有的包装装潢权会较靠后。这也是笔者认为知名商品特有的包装装潢权的争议作为该案由由很有可能是表面现象或假命题的主要理由。按照我国著作权法规定，作品自创作完成起作者即享有著作权，如该案争议的包装装潢图案，显然也是多种色彩和图形经艺术化加工，具有一定的美感的作品，否则就不会产生强烈的视觉冲击，给人留下独特的印象。该图案一经创作完成，不需登记或申请，第一时间就产生著作权，实际上是出生原则，作品创作过程及完成时间已先决定权利产生。而作品产生时，作为工业产权的其他权利，必然有实用设计或应用于工业产品的过程，专利还需要完成专利文件准备及申请过程，知名商品特有的包装装潢更需要使其知名的使用过程。所以，“皮之不存，毛将焉覆”，著作权通常是皮，而其他工业产权通常是毛。当然也有特殊情况，例如经工业应用修改或实用设计，产生不同内容的新的权利，或实践中常因创作完成时间、举证问题导致在先权利违反常规的颠倒等。

知识产权权利冲突解决的法律启示

解决权利冲突最终应归于知识产权的基本特征及其制度创设宗旨，首先保护创新，保护创作者的发明创造。因为离开了作者或发明人根本就不会有任何知识产权，也不会有技术进步和社会发展。

目前我国涉及在先权利等知识产权权利冲突解决的法律规定有如下几个方面，笔者简单结合“红罐之争”谈谈对这些法律规定的思考：

商标法第三十一条，申请商标注册不得损害他人现有的在先权利，也不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标。

法律启示：在先权利优先于注册商标权，在先权利必须得到尊重，显然涉及所谓包装装潢设计的立体商标，如涉及著作权等在先权利，也应当不能通过商标局的核准。

专利法第二十三条，授予专利权的外观设计不得与他人在申请日以前已经取得的合法权利相冲突。

法律启示：显然商标法、专利法对在先权利的特别规定可以认为是在先权利原则的直接体现，甚至可以明确将其确定为解决知识产权权利冲突的基本规则。

著作权法第十一条，著作权属于作者，本法另有规定的除外。创作作品的公民是作者。由法人或者其他组织主持，代表法人或者其他组织意志创作，并由法人或者其他组织承担责任的作品，法人或者其他组织视为作者。如无相反证明，在作品上署名的公民、法人或者其他组织为作者。

法律启示：按照上述规定，最早在争议商品（“红罐”）包装装潢上署名的法人为作者，而至今，我们还没有在双方证据中看到相反证明。而“红罐之争”案件中，争议商品包装装潢上署名的法人是明确的，作者是署名的法人而非使用的注册商标权人。

反不正当竞争法第五条，经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易，损害竞争对手：……（二）擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品。

法律启示：一是要注意该法的规定是经营者使用的包装、装潢侵害另一个经营者特有的包装、装潢，这里侵害对象是经营者特有而非商标权人特有的包装、装潢。实际上该争议的包装、装潢的知识产权权利人与经营者很可能指同一个主体，如果确实是同一主体，则不存在侵权的前提；二是判断侵权的标准是“造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品”，试想，经过之前轰动全国的系列纠纷以及加多宝的广告攻势，结合在包装显著位置“加多宝”商标的标注，现在还会有多少人会将加多宝和王老吉误认和混淆？

司法解释和行政法规。一是《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第十五条规定，人民法院受理的侵犯专利权纠纷案件，涉及权利冲突的，应当保护在先依法享有权利的当事人的合法权益。第十六条规定，专利法第二十三条所称的在先取得的合法权利包括：商标权、著作权、企业名称权、肖像权、知名商品特有包装或者装潢使用权等。二是《国家工商行政管理总局关于如何处理商标专用权与外观设计专利权冲突问题的批复》指出，商标专用权和外观设计专利权是重要的知识产权，分别受《商标法》和《专利法》的保护。这些权利的取得与行使，应当遵循诚实信用原则，不得以不正当手段侵害他人的在先权利。

法律启示：侵犯专利权纠纷的案件，涉及权利冲突的，应当保护在先享有权利的当事人的合法权益，这些权利的取得与依法行使，应当遵循诚实信用原则。

综上所述，显然我国对对在先权利已有特别规定，并可以认为是在先权利原则的直接体现，甚至可以明确确定为解决知识产权权利冲突的基本规则。在先权利优先于注册商标权，在先权利必须得到尊重。侵犯专利权纠纷案件，涉及权利冲突的，应当保护在先依法享有权利的当事

人的合法权益。

尊重在先权利也是保护知识产权制度的基本准则，我们国家以前过于强调注册在先，导致漠视在先权利，变相鼓励了一些恶意抢注和侵犯他人先权利的恶意行为的出现。最近几年，虽然商标法第三十一条有利于制止恶意抢注的发展，但仍不能根本改变社会对知识产权创设制度的理解，社会的公平公正和诚信道德体系的基础，同样需要法律和司法的引导和支持。

知识产权权利冲突解决的司法实证

在先权利保护的并非仅限于权利本身，还应包括在先权利沿伸的附属权利。例如，艺术作品著作权相关的专利申请权、商标注册权等，应仅权利人才可申请及注册，类似的如专利优先权人及商标权人则可以享有在原商品外同类扩大注册等权利。目前在司法实务上的实证有：

著作权优先于商标权的司法实证。2002年，艾礼富电子（深圳）有限公司（简称艾礼富公司）以争议商标的注册违反了《中华人民共和国商标法》（简称《商标法》）第十五条、第三十一条、第四十一条第二款的规定为由，向国家工商行政管理总局商标评审委员会（简称商标评审委员会）提出撤销注册申请。随后，该案件经历了商标评审委员会多次重审和行政诉讼。最终北京市高级人民法院的行政判决中认为艾礼富公司的徽章具有相应独创性，属于美术作品，认定艾礼富公司对该作品依法享有在先著作权。最后，商标评审委员会维持一审判决结果，即予以撤销争议商标注册的行政裁定。最近的商标查询显示，该商标法律状态显示已经撤销，商标已无效，此案例表明艾礼富公司最终以在先著作权为由成功申请撤销了注册商标。由此可见，商标法第三十一条规定的在先权利包括了著作权。此案亦表明在先权利优先原则在著作权和商标权利冲突中起到决定性的作用。

商标权优于专利权的司法实证。曾庆松于2008年6月18日获得国家知识产权局授权的名称为“标贴”的外观设计专利申请。2010年2月1日，美国扑克牌公司针对此外观设计专利，以侵犯其在先商标权为由，向专利复审委提出了无效宣告请求。专利复审委经审查后认为，该专利未经权利人许可使用了与其在先商标相近似的标识，构成与合

法有效的在先商标权的冲突，故宣告其全部无效。后北京市高级人民法院判决书认定“将本专利所体现的外观设计与在先商标相比，前者系扑克牌产品标贴的外观设计，后者系核定使用在扑克牌商品上的注册商标，扑克牌产品标贴一般附着于扑克牌包装盒表面或者包装盒封口处，而扑克牌与扑克牌包装盒往往是一同制造并一同销售给一般消费者的，故扑克牌产品标贴与扑克牌在生产部门、销售渠道和消费对象上相同，属于相同或类似产品。”“因此，当扑克牌产品的一般消费者看到使用了本专利外观设计设计的扑克牌产品标贴时，容易联想到在先商标，从而对扑克牌产品的来源产生混淆误认，致使在先商标权利人利益受损。”最终维持了专利复审委无效决定。该案是一起典型的以商标权为在先权利使外观设计专利权无效的案例，专利使用了与在先商标相近似的标识，构成与合法有效的在先商标权的冲突，同样适用在先权利优先原则。

其他“红罐凉茶”相关的知名商品包装装潢侵权纠纷。三水华力饮料食品有限公司与广东加多宝饮料食品有限公司知名商品装潢侵权纠纷一案，也涉及“红罐凉茶”知名商品包装装潢权权属问题。在该案中，广东省高级人民法院（2003）粤高法民三终字第212号判决认定广东加多宝饮料食品有限公司为此红罐饮料商品包装装潢权的所有人，三水华力饮料食品有限公司生产的“二十四味”凉茶饮料与“王老吉”红罐包装凉茶饮料构成相近似的装潢，侵犯了权利人享有的知名商品特有的装潢权，构成侵权。

上述案例的分析对于解读广药和加多宝此次的知名商品特有的包装、装潢权利冲突有重要的参考意义，司法实证提示，法律和司法实践显然更注重对于在先权利的保护。而涉及知名商品包装装潢权的权利归属，显然倾向于实际智慧成果创作人和“实际经营者”，而非其他人。

红罐之争包装装潢问题是表面问题或次要问题，即使此问题解决，双方也可能还会围绕各种权利冲突而纠纷不止，诉讼不休。当然，如此这般可能是某一方甚至双方的诉讼策略或市场策略，这另当别论。从根本上来说，红罐之争是在先权利冲突，准确的定量、定性分析，合理的分离，利用冲突解决规则确定在先顺序及权利归属，是整体解决方案的核心。

知名商品包装装潢权归属初探

——也谈加多宝与广药红罐之争

文 广东卓建律师事务所 艾勇律师 何美华律师

司法实践

根据笔者的了解, 在我国的司法实践中, 商标许可使用的情况下尚无将知名商品包装装潢权判决给商标专用权人判例。而将装潢权判给商标许可使用人所有的案例则相对较多, 其中比较典型的有上海帕弗洛公司与上海市艺想文化用品有限公司侵犯毕加索书写工具包装装潢权纠纷一案(最高人民法院(2011)民申字623号《民事裁定书》), 该案与红罐之争的商标授权合同终止相似, 可以作为红罐之争案件的重要参考, 该裁定书写到: “PIMIO” 图文注册商标专用权人是毕加索国际企业股份有限公司……自2003年7月至2008年9月, 毕加索国际企业股份有限公司授权帕弗洛公司在第16类笔商品上使用该商标。……本案中, 帕弗洛公司不仅在系争产品的笔盒、盒套、手提袋上多处使用了, “PIMIO” 图文商标、“PICASSO ART COLLECTION”、“PICASSO” 等标识, 还在盒套上标注了“PICASSO Enterprises International LTD(Impower)” 的企业名称以及“毕加索国际企业股份有限公司监制、上海帕弗洛文化用品有限公司” 的字样。

该裁定书最终判定帕弗洛公司享有“毕加索” 书写工具知名商品包装装潢的权利, 驳回了艺想公司的再审申请。该裁定是商标与包装装潢分离的最典型例子。

学术界观点

商标权可与装潢权分离。持此类观点的有北京大学法学教授、博士生导师、国际知识产权研究中心主任郑胜利, 北京务实知识产权中心主任、北京高级人民法院原知识产权庭副庭长程永顺, 中国知识产权法学研究会副会长、国家商标局原副局长曹中强等。主要观点为赞同红罐属于加多宝。(来源: 湖北新闻网《法学专家联合出具法律意见书 支持红罐属加多宝》),

装潢权与商标权不可分离。持此类观点的有原最高人民法院知识产权庭庭长蒋志培、中国社会科学院知识产权中心主任李明德等。主要观点支持红罐属于广药。(来源: 广州视窗新闻中心《法学专家意见书力挺王老吉 加多宝证据多处漏洞不可信》)

共同使用。有专家认为, 加多宝创造了红罐包装, 并使红罐包装有了名气, 相应的权属应当归于加多宝。但由于红罐装潢与王老吉凉茶取得了唯一的联系, 装潢必须依附于商品而存在, 而并非依附于使用人, 因为对于消费者而言, 仅仅关心的是红罐到底对应哪个品牌, 而不是对应哪个生产商或销售商, 既然红罐已经同王老吉发生了联系, 消费者也予以了认可, 那么, 王老吉再继续使用红罐亦无可。因此, 法院应当肯定双方均对红罐装潢享有使用权。(来源: 北大法律网-法学在线, 刘东海《评析王老吉与加多宝知名商品特有装潢案》)

争论的实质: 企业利益与公共利益的选择。纵览上述观点, 其观点实质主要是在公共利益和企业利益之间如何平衡发生了分歧。

持公共利益观点的认为: 商标是区分商品来源的标识, 此案商标是广药的, 相关公众识别的商品来源自然也是广药。知名商品的包装装潢同样也是区分商品来源的标识, 如果原本一体的装潢权与商标权归属不同主体, 那么就容易发生混淆误认, 这将损害广大消费者的合法权益, 也将损害公共利益。

持企业利益观点的认为: 知名商品的包装装潢权利与通过国家机关行政许可方式取得的商标权、专利权的不同, 是需要投入资源并满足一定条件之后方能产生。红罐之所以成为知名商品的特有包装装潢, 加多宝是主要的贡献者, 根据按劳分配的原则(此处的劳, 可理解为包含劳动力、资本、影响力等资源投入), 装潢权应归属加多宝。如果广药无须付出任何努力即可取得他人努力后才产生的相关权利, 则是强盗做法, 毫无公平正义可言, 违背市场经济规律及社会主义法制原则, 后患无穷。

支持广药的专家们主要是从公共利益的角度来论证, 同时为消减加多宝的主张, 将商标的许可使用作为一项资源投入, 论证装潢权始于商标权, 而非加多宝的多年付出。而加多宝方则相反, 消减公共利益手段则是提出口味、品质的市场区分度, 以此作为区分商品来源的标识, 王老吉商标在消费者识别商品的过程中并非那么重要。共有论者则是认为: 这么难平衡, 各打五十大板, 谁也不侵权, 驳回双方诉求。

红罐加多宝是否易被误认为是王老吉？上文所述的公共利益与企业利益的冲突点其实就是一个，即红罐加多宝是不是容易被误以为是王老吉。如果不容易，自然谈不上侵权问题，即没有损害后果，该权利归谁都一样，法院驳回双方诉求即可。从庭审直播情况来看，未见双方举证证明有消费者，或者有一定比例的消费者发生了混淆误认，即实际是否发生了混淆误认，目前还不明了。但从理论上讲，双方包装相似、商品相同且为知名商品，凉茶的消费者群体又是一般消费者，在不知晓广药与加多宝纠纷内情的情况下，是很容易发生误认、误购的。因此，在本案中，公共利益与加多宝的企业利益确实发生了冲突。

探索共赢之路

公共利益与企业个体利益，一定是你死我活吗？在本案中，除了你死我活，还有其他路径吗？

共同使用的想法行不通。共同使用即判决双方互不侵权，驳回双方诉讼请求。但是，共同使用意味着广药不劳而获，且由于双方在市场上直接竞争，本就商品同质化严重，包装共同使用将使得双方为数不多的差异消失，那么除非加多宝愿意与王老吉一同毁灭，否则必将迫使加多宝放弃红罐包装，同时以市场的方式毁灭红罐包装。另外，因知名商品特有包装装潢必须满足一个条件，即“特有”，如果判决双方共同使用，则“特有”不复存在，那么使用红罐包装的凉茶品牌必将如雨后春笋，连绵不绝，中国凉茶市场必将乱上加乱，不可收拾。因此，共同使用是行不通的。

直接禁止其他商业主体不得使用近似包装亦不现实。有专家认为，可以通过判决禁止其他商业主体使用与红罐相近的包装，避免给其他经营者留下进行不正当竞争的理由。该观点想法不错，但在法律上同样存在问题。商品的知名度是一个动态事实，随着企业经营情况的变化，商品可以从不知名到知名，也可以从知名到不知名，因此，知名商品的保护只能如同驰名商标的保护一样，应遵循“个案认定，被动保护”的原则，且本案是不正当竞争纠纷，诉求本身不是装潢权的归属之争，案件的出发点应当围绕是否构成不正当竞争。装潢权无法产生类似于注册商标专用权的有确定期限和确定保护范围的权利，也就无法产生对世效力，直接禁止其他商业主体不得使用近似包装是行不通的。另外，人民法院是中立裁判机关，根据不诉不理原则，不应就案外人的权利义务裁判。

可行路径一：强制许可。共同使用行不通，那么，强制许可是不是一条好路径呢？强制许可即确认装潢归属加多宝，但强制许可给广药，并参照商标许可费的模式支付许可

使用费。如此一来，从市场的角度，有以下几个好处：

一是统一了市场。商标区分商品来源，并非以向相关公众告知商标权人为目的，而是告知相关公众，使用同一商标的商品的质量、服务水平、文化主张是相同的，告知相关公众无须担心买红罐的凉茶，喝到嘴里的却是绿盒凉茶的味道。但从加多宝“王老吉凉茶”到广药“王老吉凉茶”，王老吉凉茶不仅口味有所变化，产销渠道（生产、销售、运输渠道）、产品理念等也都发生了变化，原本统一的市场被分割，王老吉商标本身的价值遭到了贬损，而包装装潢的强制许可则将分割的市场再次统一起来，可解决消费者的混淆误认问题。

二是避免了双方的恶性竞争。据报道，加多宝与王老吉之间因市场营销矛盾发生了多起暴力事件，部分人员还因此获刑，双方在全国各地多个法院相互提起诉讼，双方的竞争态势趋于失控。而包装装潢的强制许可则将利益捆绑在一起，双方将再无动力大动干戈，彼此将回归到提升产品质量、服务水平等良性层面的竞争。

三是兼顾了公平和公共利益。加多宝因此而劳有所获，广大消费者不致因商标与包装装潢的分离发生误认。

这是一种在市场上共赢的方案，但在法律上却存在障碍。我国的法律体系中，有专利权和著作权的强制许可制度，但却缺乏商标、知名商品包装装潢权等商业标识的强制许可规定，即便是国际条约，也缺少此类规定，人民法院无规可循；同时，如上所述，知名商品是个动态事实，与企业经营状况息息相关，知名商品的特有包装装潢也并不是个可以固定的权利，无法进行许可并从中获取利益。因此，强制许可也并不是一个有效可行的方案。

可行路径二：尝试立体商标。这场红罐之争，无论是加多宝还是王老吉，都言必胜。人民法院更是两难，是不是就没有解决办法了呢？也不尽然是。与知名商品的包装装潢类似，未注册的驰名商标也是经使用取得的，但是，与包装装潢不同的是，未注册驰名商标完全没有必要依附于其他商标，而是可以独立存在的，并且是谁使用谁获益，加多宝完全可以主张未注册的驰名立体商标，此观点一出，谁与争锋？当然，广药要是眼疾手快，抢先将该包装作为立体商标申请注册了，那就更显得高瞻远瞩，一洗国企呆板僵硬的形象，更能在与加多宝的斗争中取得上风！

不过，企业之争毕竟不是市井之徒的意气之争，广药与加多宝的领导人或主管部门应有更多的智慧与肚量，双方放下恩怨，胸怀广大消费者的公共利益，放眼企业的长远发展，达成谅解，则双方企业幸甚，广大消费者幸甚，和谐幸甚，我等脑细胞幸甚。

强化我国知识产权保护制度之思考

文 北京市隆安(深圳)律师事务所 江知芸律师

面对纷繁复杂,日益升级的国际贸易战,冲出重围,赢得胜利的关键因素是什么?笔者认为:强化知识产权保护制度,营造公平的贸易环境,中国才能够真正的强大,从而成为贸易战的赢家。

国际贸易战的硝烟四处弥漫,便捷的信息网络随时传播着发生在世界各地的诉讼信息。

2012年8月,美国国际贸易委员会对包括华为、中兴在内的生产无线电子设备的企业发起“337调查”,以确定是否存在专利侵权行为。

8月24日,美国加利福尼亚州圣何塞的联邦地方法院陪审团宣布裁决结果:认定韩国三星电子公司侵犯了美国苹果公司6项专利,需要因“故意的”侵权行为向苹果公司赔偿10.5亿美元损失。

9月13日,电视屏幕上又出现了华为北美地区总裁丁少华以及中兴公司高级副总裁朱进云出席美国国会听证会的画面,他们在听证会上回应所谓“间谍”质疑。本次听证会是为配合从去年开始的美国国会在这两家公司是否危害美国国家安全的调查。

不仅针对著名企业,对进军美国市场的普通中国企业,美国也同样设置重重障碍。其中,一家中国企业涉嫌刑事犯罪的案件至今还深深地印在我们的脑海中。

2008年12月5日,中国电子元器件分销商深圳驰创电子有限公司的三位中国公民吴振洲、魏玉凤、李波在美国被捕,被控涉嫌违反美国高科技出口管制法,这就是著名的“驰创美国案”。该案自2008年12月发生,历时500多天,美国政府动用了美国联邦调查局反武器扩散调查组(CPI)、国土安全部移民与海关执法局(ICE)、商务部工业与安全局(BIS)等多个部门对驰创展开地毯式调查,全案检控证据资料多达18万页,法庭证据多达600多份,证人名单多达99个,案件规模和复杂性为美国联邦法庭多年罕见。

大家不禁要问,值得美国大动干戈的真正原因是什么?总结以往各种各样的国际诉讼,陷入类似麻烦

陷阱的,大多是中国的行业龙头企业,他们进军国际市场有与进驻国同行“抢饭碗”的嫌疑,于是乎知识产权侵权诉讼、337调查和刑事犯罪等种种指控横亘在中国企业前进的路上。据统计,自1995年至2011年,337调查立案总数为404件,其中21%的被申请人为中国的公司,所占比例最高,中国台湾占15%,居第二位。不仅有民事诉讼、行政调查、刑事犯罪指控,现在连国会也介入了,无所不用其极,种种迹象传达了同一个信息:意图用各种贸易保护手段阻碍中国企业进军国际市场的步伐。

面对纷繁复杂,日益升级的国际贸易战,冲出重围,赢得胜利的关键因素是什么?笔者认为:“强化知识产权保护制度,营造公平的贸易环境,中国才能够真正的强大,从而成为贸易战的赢家。”

2008年,我国颁布了《国家知识产权战略纲要》,意图通过实施这一战略转变经济发展方式,缓解资源环境约束,提升国家核心竞争力。这一战略实施的关键是完善我国的知识产权司法保护制度,营造安全公平的贸易环境,使中国成为国际经济交流与贸易的平安港,进而成为贸易战的赢家。完善我国的知识产权司法保护制度不仅有利于提高企业的核心竞争力,而且对增强我国企业在国外的竞争力意义重大。

制度的建立需要人,保护措施的实施更需要人,所以,符合实际需要的人才选拔制度是重中之重。

笔者认为完善我国知识产权保护制度应采取以下两大举措:

完善知识产权人才选拔制度

建立“专家评审制度”,遴选各行业专家担任专利等审查工作。专利等审查工作,要求判定一项发明是否

在所属行业领先,具有新颖性和创造性,通常情况下,对该技术领域有丰富实际经验的人才具备基本的识别能力,单纯具有法律学习背景的人并不能够真正胜任这项工作。

俗话说:“隔行如隔山”,“行家一出手,就知有没有”。有最前沿的实践经验,对专利的新颖性和创造性进行有效审查时才能够得心应手,只有一个专业研习背景的审查员,不具备各行各业的实践经验,单凭“纸上判断”来决定一项发明是否具有创造性,这样做有差之毫厘,失之千里之嫌。因此,建议选用在该技术领域工作5年或10年以上,取得中级以上职称的熟知相关知识产权法规的人员担任审查员,并且采取八至十年轮换制,即每位审查员的任期以十年为限,以便保持“常更常新”状态。也就是审查员队伍不断更新,并且都是由对前沿技术有实践经验人士担任。

当然,鉴于行业分工日趋细化,国家专利局机构人员编制和办公面积有一定限度,不可能容纳360行的专家现场办公的现实情况,建立“专家评审制度”就成了切实可行的办法。

一是建议参考深圳市财政委员会的“政府采购专家评标制度”建立“专家评审制度”。深圳市财政委员会为了保证政府采购质量,使纳税人的钱能够购买到质优价廉的商品和服务,对政府采购项目实行了招投标和由专家评审决定中标人的制度。首先,他们从深圳市的各个行业遴选具有高(副高)级职称的专业人员成立了专业门类齐全的专家委员会,在不影响其本职工作的基础上,随时选用对口的专家参加评标工作,招之即来,用完即去。不占编制,不占办公场所。其次,通过细致周密的评审文件准备和专家随机抽调制度,保证评审工作严密有序地进行。例如:在电脑采购项目的评标中,既有计算机的行业专家,又有律师。在评价某一品牌的电脑能否适应使用者的需求时,计算机专家能够根据其耳熟能详的数据对各种产品的技术性能做出准确判断,与此同时,律师又能为竞标合同的合法性和完备度进行把关。

二是建议评审工作可采取电子文件评审和网络视频会议的方式。考虑到国家专利局从全国各地征集专家,而专家往往是各个行业的技术领军人物,如果每次参加评审,均要到北京现场办公,实施起来,会有时间和成本上的障碍。“他山之石,可以攻玉”。对他人的学习和借鉴是完善自我的一条可行之路。

选择有专业基础的法官审理知识产权案件,提高执法效率。对审理知识产权案件,特别是专利案件的法官,要选拔同时拥有法学和理工科专业背景的人担任。具体的选拔条件可参照美国法官的筛选条件,有

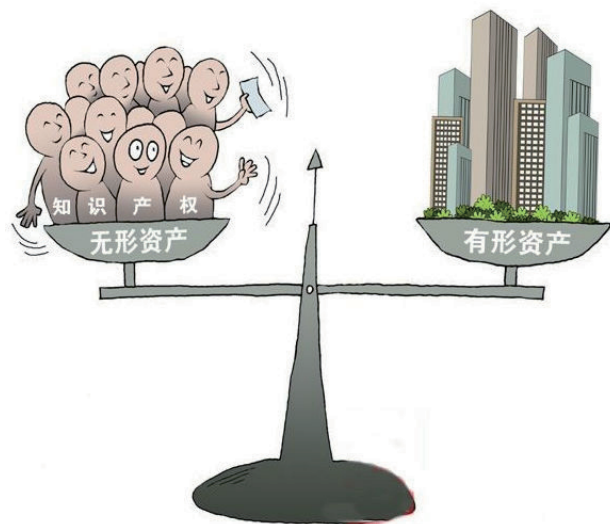
人说:“美国真正强大的是制度”,这句话有些道理。

借鉴专利国际保护制度和美国法官遴选制度。美国是当今世界上科技经济实力最强大的国家,也是对当代专利国际保护制度影响最大的国家之一。选择具备相关专业知识的法官评判案件,能有效地提高执法效率。在美国要成为联邦法院法官,大致应当具备以下4个方面基本要求:一是专业背景。首要条件是精通法律,具有法学博士学位。不仅应该熟知法律规范,而且应深谙法律的精神与宗旨。二是司法从业经验。美国律师协会一般认为法官候选人应当有12到15年扎实的法律实践经验,即有多年从事律师、检察官等法律职业的经历。三是丰富的人生阅历。美国联邦地区法官在获得初次任命时的平均年龄是50岁,巡回法官则是53岁。法律条文与司法判决之间有着很大的距离和空白,除专业知识和司法经验以外,社会经验和人生阅历也是美国法官十分看重的选任资格。四是良好的道德品质。法律职业本身对法官的人格提出了高于一般人的要求,个人的道德修为对于法官职业而言也十分重要。连离婚这样的经历,也会影响对该法官的选任。选择具备相关专业知识的法官评判案件,是提高执法效率的基础。

在中国驻各国使领馆设置知识产权专员职位,为我国企业在该国遇到的知识产权问题时提供专业帮助。

笔者在一次展会上,收到了美国驻广州总领馆一名领事的名片,名片上除了领事还有知识产权专员职衔。他在担任领事一职的同时还为美国企业和个人提供有关中国知识产权的专业咨询。笔者认为,我国企业迈向国际化的进程中同样需要这样的专业支持。

2007年3月,德国汉诺威展会上,中国39家MP3产品的生产企业因涉嫌使用意大利Sisvel公司专利而没有交纳专利许可费,被德国海关在展会上扣查。



2008年8月，在德国柏林国际消费电子展上，德国海关以可能侵犯专利权为由，检查了中国参展的69家企业展位，并没收了170款电视机等展品。

发生类似事件时，这些企业最需要的是来自祖国的保护，离他们最近的就是我们的使领馆了。如果使领馆的工作人员能够在第一时间根据当地的法律提出专业建议，无疑是对遇讼企业最强有力的帮助。

目前我国在全世界一共有近250个外交机构，一般使馆或总领馆设有政治处、领事处、商务处（室）、文化处（室）、武官处、科技处（室）、教育处（室）等。

建议在商务处（室）中设置知识产权专员职位，专门为我国企业在该国遇到知识产权问题时提供指导。知识产权专员应选用学习过该国知识产权法规，并取得了该国律师资格的人士担任。因为具备这一资历的人有相关的知识和经验，能够有效地指导企业在该国知识产权保护工作的开展。

截止2011年底，我国留学归国人员达到82万人，其中包括大批研习过各国法律的专才，因此，可以直接从这些留学归国人员中选拔可用之才。不妨在几个主要贸易国，先行先试这一人员设置的具体办法。

当然，要满足在世界各地每个驻在国都设立知识产权专员的要求，还存在人才培养的问题。笔者有一个大胆的设想仅供参考。目前我国出国留学主要集中在几个主要发达国家，自费留学人数居多，所学专业向重国际贸易、计算机等热门专业“扎堆”的特点，如果有权威机构将社会需求的专业和人数公之于众，便于计划留学人员在选择专业方向和留学国家时参考，使他们在入学之前就有明确的就业目标，这样不仅可以避免无业可就的“海待”现象，使更多的留学归国人员学以致用，增加其就业几率，而且需方也能得到紧缺的人才。因此，建议我国政府有关部门通过广泛的社会调研，每年发布国家人才需求紧缺的专业和人数公告。在公告中，将知识产权专员这一需求单独列出，对留学人员选择留学的国家和专业将会起到风向标作用。例如：公告国家将招收学习过土耳其知识产权法律，并取得了该国律师资格的人士担任使领馆的知识产权专员的信息。相信就会有人为满足这一任职条件选择去土耳其学习。国家不用支付一分人才培养费，只需等待这些人学成回国，从中优中选优，就可喜看天下人才为我所用的盛况，何乐而不为？

完善审查和审判制度

加强已授权专利等知识产权的有效性。随着我国自主知识产权水平大幅度提高，本国申请人的发明专利

年度授权数量步入世界前列，对外专利申请量也大幅度增加。

但是，在这些数字光环的背后是厚厚的泡沫。我国的专利、实用新型和外观设计的申请数量虽然连年飙升，但是，一旦遭遇诉讼，80-90%都会被判无效。如此高比例的无效率，是造成诉讼资源大量浪费的源头。如此高比例的无效率，一方面说明这些专利、实用新型和外观设计的新颖性和创造性太低，另一方面说明国家专利局审查的门槛也存在过低的情况。

进一步提高专利的授予条件。使得被授权人的权利经得起诉讼的考验，保证质量，而非单纯要求数量的增加已成为当务之急。

缩短诉讼维权的进程，尽量做到“立竿见影”，将侵权行为遏止在“摇篮”中。依照我国《民事诉讼法》和《专利法》，一个专利诉讼的法定程序有五个，民事诉讼一审、二审，行政审查一审，外加行政诉讼一审和二审，历时一般都要3-5年。在现代技术以秒更新的高科技时代，如此冗长拖沓的维权速度，权利人即便经过“万里长征”获得胜诉，起诉时的领先技术也会变为“昨日黄花”，如果败诉，那更是“竹篮打水一场空”，从此对发明创新了无兴趣。

美国337调查制度为知识产权及时和有效的保护提供了良好的范例。337调查救济措施最主要的给力点在于将侵权行为遏止在“摇篮”中。美国法律赋予337调查机构——国际贸易委员会强大的权力，不仅可以在12月内就有裁决结果，而且还可以为原告提供普遍排除令、有限排除令、预备排除令、停止令等充分而广泛的救济措施。

普遍排除令是最严厉的制裁措施，它可以排除一切与案件中被认定违反了337条的涉案产品同类的产品进口到美国，使侵权产品连“门”都进不了。根据有限排除令规定，如果委员会经调查后认为被告违反了337条，委员会将签发有限排除令，排除被告的产品进入美国。实践中，有限排除令的效力经常被延伸和扩大。停止令可以与上述各种排除令同时适用，或代替排除令单独适用。如果被告违反停止令（不包括临时停止令）继续进口或销售违禁货物，则须向美国政府按日交纳民事罚款，数额以10万美元或违禁进口或销售的货物的国内价值两倍中较高者为准。实践中，除签发排除令外，委员会在符合以下条件时可以签发命令，要求扣留并没收任何违反337条的进口货物。

美国337调查的这些措施以严厉和有效著称，对防止侵犯美国的知识产权起到了重要作用，我国可参照这一制度，制定更加高效的知识产权保护制度。

给权利人充分赔偿，提高侵权代价，有效遏制侵权

行为。与本文开头时所提及的苹果与三星专利侵权的10.5亿美元诉讼赔偿额相比，我国专利侵权判令赔偿的数额是微乎其微的，部分案件的赔偿额甚至不足以支付维权费用。

专利诉讼走完全程一般都要3-5年，尽管法院和专利复审委的收费很低，每个案件只需交纳100元，但是，当事人的维权费用依然不菲。行政审查一审和行政二次诉讼都必须去北京，往来北京三次的交通和住宿费约需要两万元，再加上律师费两万元和其他必要的费用，如取证费、公证费、通讯费等，也要两万元，这样算下来，作为一个专利权人要维护自己的权利，进行一场诉讼的至少要六万元一七万元，如果是普通工薪阶层，需要付出两年的工资。

“知识产权诉讼是富人的游戏”，“权利人不是输在法庭上，而输在去法庭的路上”。如此种种说法，正是对这种情况的形象描述。瓦特改良“蒸汽机”时，是英国格拉斯哥大学的一名仪器修理工；比尔·盖茨为第一台微型计算机-MITS Altair开发 BASIC编程语言版本时是一个在校大学生。我国的“瓦特”和“比尔·盖茨”们也大都是普通大众，如何让这些普通人在节衣缩食、艰苦努力取得发明成果之后，不需再花费高昂的时间和经济成本去维权，是我国知识产权保护制度制定者们应该考虑的问题。

我国专利法关于赔偿数额的规定见第六十五条，该条规定确定赔偿的计算方法有四种：根据权利人的实际损失计算；根据侵权方的实际获益数额计算；按照该专利如果许可给他人使用的使用费计算和法官自行酌定。

这几种计算方法都存在不能充分维护权利人利益的问题。如根据侵权方的实际获益这一计算方式，由于财务管理制度不健全，有些公司没有真实可信的帐本，或者为了偷漏税其帐面上不显示或显示极少的利润，法院据此认定该侵权人获利的数额，并据此确定赔偿额，对权利人来说显然有失公允。

在以往的判决中，我们看到：权利人的维权费用（律师费等）的合理数额一般是由法官个人主观臆断，通常的做法是对权利人诉求削减一半。一百万元

以下的赔偿额的规定也有失偏颇，因为在实践中，律师由于取证权所限，无法取得直接证据，仅能提供间接证据证明权利人的损失大于一百万元的，法院往往不予采纳。

按照上述法律规定，权利人获得的赔偿额普遍存在过低的情况。例如：目前法院判决网吧著作权侵权案件的赔偿额在3000-5000元之间，这一数字还呈下降趋势。这个赔偿数额根本不足以抵偿权利人维权的实际开支，更不用说，侵权给权利人造成的实际损失了。一部影视作品的制作费往往需要千万元甚至上亿元，网吧经营者未经授权非法传播该作品，往往导致影视作品的票房收入大幅下降，给制作者造成的损失是法院目前判定赔偿额的百倍甚至万倍。如此低的赔偿额不仅起不到惩罚侵权的目的，反而大大地鼓励了这种侵权行为。侵权者可以先用后赔，等法院判决下来，它早已赚得盆满钵满，让它支付区区千元的赔偿费，不痛不痒的微量赔偿还使侵权人获得了心理平衡：“是侵权了，我不是赔了吗？”

没有威慑力的法律规定和疲软的司法行动往往是造成侵权者泛滥的根本原因。建议在计算赔偿额时，要充分补偿权利人的研发成本和维权费用，保证基本的成本得到补偿，权利人维权才有动力。修改惩处侵犯知识产权行为的法律法规，加大司法惩处力度，切实降低维权成本，提高侵权代价，这样才能有效地遏制侵权行为。

法学家江平老师说：“春江水暖律师先知”。是的，作为工作在社会实践第一线的律师，对社会现象有着见微知著的最先体验，把工作体验转变为优化制度的建议是律师应该承担的社会责任。当然，作为普通律师，所见所闻难免有一定的局限性，若文中有疏漏、不当之处也敬请读者指正和谅解。写作此文的目的就是衷心希望：知识产权权利人在公正有力的保护下，敢于创新、乐于创新，有实力创新；在公平的贸易环境中，享有人人自得其乐的创新环境。到那时，我国才能真正完成从贸易大国向贸易强国的转变，从而成为贸易战的大赢家。

重视商标权 提高市场竞争力

文 深圳市精英商标事务所 黄卫家所长



一连串的商标事件连番上演，引起了全社会，甚至全世界的关注。

加多宝公司和广药集团之间的恩怨情仇并没有随着“王老吉”商标权归属确定而终止，双方又开始在“红罐”装潢、秘方和广告语等方面展开激烈对抗，这一切的纠纷都源于商标权之争。

商标权作为重要的知识产权，与专利权、著作权发挥着各自的重要作用。商标权是生命力最持久，影响力最广泛，单位价值最高，和人民生活最直接相关的知识产权，也是企业占领市场的最有力的武器。在市场和资源不断向品牌集中的趋势下，商标品牌的树立在企业的发展、提升利润空间、获取竞争优势的过程中具有越来越重要的战略地位。因此，高度重视商标权的创造、运用、管理和保护，有效降低企业风险，才能使企业切实保护自身的权益，获取长久的利益。

树立商标注册意识

说到商标意识，首先要谈商标的注册和确权意识。广大消费者对于一个企业及其商品或服务的认可，

直接表现为对其商标的认可，利用商标开辟市场，增强竞争力进而有力保护自己的劳动果实的前提便是先注册商标。

确权是实施商标保护的基础。在法律没有赋予专用权利之前，一切保护都无从谈起。因此，企业在发展壮大中树立注册商标意识、制定相应的商标战略便显得尤其重要。在推出市场并投入资金进行宣传之前申请注册商标，以免最终落得为他人做嫁衣的下场。在注册商标中，应对注册商品或服务的种类、项目仔细斟酌，最大限度地满足市场化的需求。依法全面、及时地确定申请并力争获得自己的商标专用权，千万不要让自己创设的商标让给他人。

近年来，我国企业的商标意识逐渐增强，然而品牌与商标争端一直不绝于耳。2012年，被称为中国第一商标争夺案件的“王老吉”商标诉讼案件备受民众关注，今年5月份开庭审理的“红罐”包装装潢诉讼案件，又一次成为社会各界关注的焦点，也惊醒我国企业的商标权益保护意识。据悉，目前广药也已经在全球58个国家和地区开展了王老吉商标的注册工作，为未来实现王老吉品牌的国际化打下坚实基础。

维护好商标权

商标权的维护是指在商标注册后如何维护自己的法定权益，使其不被不法侵害或失效。首先，要保证已经获得的权利继续合法有效，就必须履行相应的义务。如商标的使用要符合法律的相关规定，否则有被依法撤销的危险；商标的有效期为10年，在到期前6个月或在宽展期6个月内要办理商标续展；将自己的商标权许可给他人使用或转让给他人均应依法办理相应的许可、转让的核准手续。其次，权利人应依法制止他人在生产经营活动中的侵权行为，维护自己的合法权益，并享有依法获得赔偿的权利。

普通商标一经登记注册，便享有独占使用和排斥他人使用的权利。在发现注册商标专用权受到侵犯后，可以通过举报请求当地行政管理机关进行查处，亦可到法院起诉请求司法救济。根据我国商标法规定：侵犯商标专用权的赔偿数额，为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利益，或者被侵权人在被侵权期间因被侵权所受到的损失，包括被侵权人为制止侵权行为所支付的合理开支。侵权人因侵权所得利益，或者被侵权人因被侵权所受损失难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情形判决给予五十万元以下的赔偿；当侵权的情节特别严重的时候还可请求公安机关介入以追究侵权人的刑事责任。可见法律对商标权的保护是有明确规定的，实施侵权行为将被依法予以追究。

近年来，随着商标侵权案件不断的涌现，我国企业越来越重视商标，商标注册量在高速增长，自主品牌不断壮大，企业争创驰名、著名商标的积极性越来越高。根据国家工商行政管理局商标局《中国商标战略年度发展报告（2012年）》显示，2012年，国家商标局共受理商标注册申请1648316件，同比增长16.3%，再创历史新高，连续十一年位居世界第一（详见附表）。其中仅深圳市有效注册商标累计达199863件，平均4.76个市场主体拥有一件注册商标；截至2013年1月，深圳市拥有“中国驰名商标”累计达103件，居全国副省级城市首位，成为全国首个驰名商标突破百件的副省级城市。

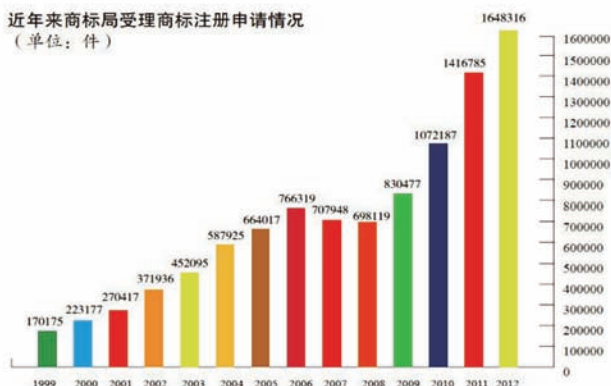
用好商标权

商标权是建立商标法律制度的目的所在，企业可以在市场化的运作中，充分运用已经获得的商标专用权以获得最大的收益。如商标所有权人可以通过商标的转让、许可使用获取一定的收益；商标所有人还可以商标权作价出资入股；商标权还可以作为质权出质等等。企业在生产经营中，也要注意对方提供的商标权及其主体是否合法有效，而不要支付冤枉的转让费或许可使用权利金。

作为一个“老字号”商标，目前“王老吉”市值已经超过1000亿元，广药集团的早期授权行为对老字号商标价值预判不准、估价过低，随着王老吉品牌不断增值，其带来的高额利润以及过低的授权费是造成合作破裂的主要原因，而苹果公司也正是因为其在商标转让中的失误而付出了6000万美元的代价。

在商业活动中合理运用所取得的商标权，积极维护自己的商标权利，才可能在现今高速发展、竞争激烈的市场竞争中立于不败之地。面对着诸多的机遇和竞争挑战，应高度关注商标的法定权利，提高市场的竞争力。

近年来商标局受理商标注册申请情况
(单位: 件)



【延伸阅读】

2008年6月5日，国务院正式颁布了《国家知识产权战略纲要（2008—2020年）》（以下简称“《纲要》”），明确提出到2020年把我国建设成为知识产权创造、运用、保护和管理水平较高的国家，5年内自主知识产权水平大幅度提高，运用知识产权的效果明显增强，知识产权保护状况明显改善，全社会知识产权意识普遍提高的战略目标。这是我国知识产权事业历史上具有里程碑意义的一件大事。《纲要》共分序言、指导思想和战略目标、战略重点、专项任务、战略措施五个部分，具有以下四个特点：

一是立意深远，方针科学，目标明确，任务清晰。

《纲要》是国家层面全面推进知识产权制度建设的一个纲领性文件。《纲要》的总体思路是通过完善知识产权制度，构建一个有利于创造和运用知识资源的环境，提高市场主体的综合能力，从而支撑创新型国家和小康社会建设。“激励创造、有效运用、依法保护、科学管理”十六字方针体现了《纲要》是一个全领域、全方位、全过程的战略。

二是树立了统领知识产权事业发展的鲜明旗帜。

多年来，我国在知识产权事业发展上取得了不少成绩，但各项工作之间联系不够紧密，政策导向不够统一，资源缺乏有效整合。《纲要》的颁布实施树立了统领知识产权事业发展的鲜明旗帜，可以有效调动，有利统筹，有力促进知识产权事业的全面科学发展。

三是提升了知识产权工作的战略层次。

《纲要》明确，知识产权战略绝不是知识产权主管部门的战略，也不仅是知识产权事业发展的战略，而是国家运用知识产权制度，促进经济发展，文化繁荣和社会进步的国家总体发展战略，这从根本上确立了知识产权工作，在全面建设小康社会，建设创新型国家中的地位和作用。

四是开辟了知识产权工作的广阔空间。

《纲要》表明，国家知识产权战略涉及到经济、贸易、文化、科技等方面，涵盖了专利、商标、版权等7个领域，突出了知识产权创造、运用、保护和管理四个方面，大大拓宽了知识产权工作的广度，《纲要》提出九个方面的战略措施，大大增加了知识产权工作的深度和力度。

(来源：人民网)

DISCOVERY | 论道

编者按：2012年中秋节，国家正式实施节假日高速公路免费政策，一度造成交通瘫痪的局面。该利好政策却遭受双重质疑，经营者面临政策施行成本承担，消费者对拥堵意见颇多，免费政策似乎并没有消减消费者长期以来积压的对于高速公路收费的不满。2013年5月8日，交通运输部发布《收费公路管理条例征求意见稿》，相关条款再次引发热议。质疑声中，高速公路何去何从也许更多的应该回归理性的思考，从法律和政策中寻找平衡点，真正构建经营者和消费者的双赢格局。

高速公路招惹了谁

策划、整理 本刊编辑部

圆桌主题：高速公路收费的法律视野

圆桌时间：2013年5月8日

圆桌地点：深圳市律师协会大会议室

主持人：杜艳芝律师



杜艳芝

参会嘉宾：

刘凤菊 深圳市消委会办公室副秘书长
郭璇玲 市律协民事法律业务委员会主任
曹叠云 市律协行政法律业务委员会主任
肖寒梅 福田区四届政协委员
廖耀雄 罗湖区六届人大代表
安 星 市律协宣传与公共关系委员会委员
陈 伟 《深圳律师》栏目编辑
赖经纬 广东君言律师事务所律师



刘凤菊



郭璇玲



曹叠云



肖寒梅



廖耀雄



安 星



陈 伟



赖经纬

※高速公路大修期间是否应当调整收费标准？

主持人：深圳梅关高速大修而收费标准不变事件备受关注。高速公路大修是否应当减免收费标准、何时取消收费等问题也引起市民广泛议论。对此，请各位畅所欲言。

赖经纬律师：我认为高速公路大修而收费标准不变并不违法。一是收费标准是由省交通主管部门、省物价部门或者是省人民政府根据国家的相关法律制定的，具体的法律法规有《收费公路管理办法》、《公路法》。二是《收费公路管理办法》和高速公路特许经营权转让合同都明确规定高速公路经营者应承担高速公路维修和日常养护的法定义务，故高速公路运营、维护成本极高，投资回收期漫长。打个比方，现在梅观高速大修其实

可以算得上是重修——从水泥路跃升到铺设降噪沥青和吸尘沥青的市政化道路，仅路面降噪一项费用已达到3亿元/公里，造价极高。这些巨额的费用都是高速公路经营者在承担，因此，其大修不减免收费也是情有可原的。

任何一条公路的修建和维护，其运营公司都会向交管部门提交交通保障方案，希望封路作业，尽快完成修缮工作。但如果交管部门出于某些考虑不同意该方案，那么经营者也就只能照做。所以，既然没有封路，那么车辆通行，高速公路收费也无可非议。

同时，高速公路经营者和通行市民双方形成服务合同关系，双方是有选择权的。如梅观高速在大修前，经营者已就大修阶段服务可能会受到的影响通过媒体向公众提示，若消费者认为服务不好，可选择不走梅观高

速。至于要求高速公路经营者承担社会公共责任这个问题，我认为经营者应在适当的范围内承担社会公共责任，但如果因为道路大修就要减免收费，甚至使整个高速公路免费通行，这对一个以营利为目的的企业而言要求过高，这应是政府的职能。

安星律师：我认为高速公路大修而收费标准不变不妥。无论是民法通则、合同法，还是消费者权益保护法，都将公平原则作为重要的法律原则。高速公路大修时其道路品质、通行能力和所提供的服务远远低于正常运营水平，在此期间全额收费便显失公平，近乎强买强卖，欺行霸市！

虽然高速公路经营者是自主独立经营的主体，但是高速公路毕竟属于公共设施，体现的是公共利益，严格地说不能用公共道路来盈利的。至于经营者与政府之间关于价格、盈亏平衡的约定不能对抗消费者的合法权益。所谓的“消费者有不走大修的高速公路的选择权”的理由也是站不住脚的。对于在修的高速公路，应当设计科学的减免收费办法，比如按在修路段长度比例减免收费，或按其他科学计算方式减免收费，才能体现公平。

我国的消费者权益保护法鼓励和支持一切组织和个人对损害消费者合法权益的行为进行社会监督。作为接受高速公路有偿服务的消费者，权益受到侵害时当然可以要求高速公路经营管理者承担相应的法律责任。

陈伟律师：根据《收费公路管理办法》，收费公路分为政府还贷公路和经营性公路，高速公路收费是有法律依据的。高速公路经营者和使用者之间是服务合同关系，故高速公路大修期间收费标准不变，有违合同法、消费者权益保护法相关规定，经营者收取费用就应该提供配套的服务，包括确保道路品质良好、畅行无阻、交通便捷等等。

高速公路投资巨大、回报期长、维修前告知消费者，这些都不能作为维持原收费标准的理由。高速公路属于公共服务设施，就如同水电、煤气供应服务一样，对此市民是没有选择权的。若经营者认为减免收费有损企业利益，可以与政府沟通、协调。但既然高速公路经营者与市民之间是服务合同关系，那么在公路大修导致道路不畅通的情况下，仍然按照正常道路品质的标准收费就构成严重违约。根据合同法第一百零七条的规定，高速公路大修导致道路拥堵，应该适当减免收费。

廖耀雄律师：若高速公路出现塞车、事故、路况异常、自然灾害影响等情形，作为高速公路经营者有义务告知社会公众，特别是道路使用者。告知的方式包括但不限于电子传媒、各处通往高速公路的道路设施等，让准备进入高速公路的使用者有充分的时间去选择适合的道路，更好地安排出行。除了履行告知义务之外，高速公路经营者防止高速公路拥堵、疏导拥堵也是应尽的义务。事实上，

我国目前的公路经营者几乎都没有尽到告知的义务，对防止高速公路拥堵、疏导拥堵措施更是无从谈起，从而引起今天社会各方面人士的不满，并提出了不同的诉求，包括减少收费、免费等。其实，不管是我国涉及公路的法律法规还是各种规章，因塞车而减少收费的规定是没有的。不过，如果硬套高速公路使用者属于消费者，也很难界定高速公路经营者的过错问题和追究责任。譬如若高速公路修路致使行车速度缓慢且低于高速公路的使用标准，结果因路况再加上驾车技术问题而放慢行车，或者有些车辆又发生交通事故，那么，塞车的责任显然是多因一果。若然，消费者究竟如何维权？这就是实际的问题。所以，我认为，我国应当立法加强高速公路经营者的告知义务，规范防止高速公路拥堵、疏导拥堵方法，继而对未尽义务者实施重罚。

郭璇玲律师：首先，高速公路经营者和通行的市民之间构成平等主体间的服务合同关系。根据权利义务对等的原则，如果高速公路经营者不能提供正常的服务，却还是按照正常标准收费，很明显权利与义务不对等，与公平、合理原则相悖。我不赞同以消费者有权选择是否使用在大修中的高速公路作为照常收费的理由这个观点。现实情况是，大多数情况下消费者根本没有选择权。其次，经营者与政府之间的协议，经营者与消费者之间的服务合同，两者是不同主体之间的两种合同，不能混为一谈，两者的权利义务不能混同，一码归一码。高速经营者不能拿其与政府之间的条款来与消费者说事。再者，收费指导价格也仅仅是正常服务时可以收取的价格，并非是不能正常服务情况下也可以照常收费的特许。

曹叠云律师：从行政法的角度，高速公路大修、养护应当提前、适当、及时地公示、通告，而不是市民车都开到高速公路路口，排着队进了高速公路服务窗口，才看到道路大修的告示牌，这种情况市民其实没有选择权。高速公路是公共交通设施，是国家特许经营的道路，其特殊的性质决定了高速公路经营者除了按照市场经济的规则经营、竞争之外，还要遵守道德、公益的要求。

※免费通行政策伤害了谁？

主持人：免费通行政策对经营者和消费者而言，是一项真正的利好政策吗？

安星律师：免费通行政策对消费者来讲，是件好事。许多发达国家的高速公路大多是免费或是较低收费的。高速公路逐步取消收费是一种趋势，尽管还需要一个较长的时间。我认为目前免费通行的制度还需要改进，应增加免费日并分散到平日当中。免费通行对经营者而言，收入会有所减少，但是高速公路的经营者是非常特殊的经营者，它所担当的社会责任要高于一般的企业。

赖经纬律师：高速公路经营者对于绿色通道车辆免费、节假日免费政策必须执行，没有讨价还价的余地，从这个角度来说，高速公路经营者并不是受益者。

廖耀雄律师：我认为，节假日高速公路免费对经营者损害极大。高速公路经营者和其他普通的经营者一样，都是市场主体，政府既要收税，又要免费，那么高速公路经营者的权益谁来保护呢？而且，我认为节假日免费、开设绿色通道，实际受惠的只是普通的小汽车，大货车依然要承担了相应的费用。军警车辆通行费用应当由国家财政补贴，而不是转嫁给其他普通通行车辆，也不是如某些地方延长经营期限来弥补免费政策给经营者带来的损失。这些情况既不合理，也不公平。况且，免费通行政策实施后塞车、堵车严重，故节假日免费通行的做法并不严肃，也不妥当。

郭璇玲律师：如果政府出台节假日免费政策前没有征求高速公路经营者的同意，双方未达成一致协议，或者对双方就特许经营合同进行了变更的话，我认为该临时出台的免费政策是不妥的。政府出台免费政策出发点是为了社会公益，但是其做法值得商榷。我的看法是政府应该尊重与经营者的协议，不能随意要求高速公路经营者免费。但假如政府在选择经营者的时候，就已经明确提出对这类免费政策政府不会额外补贴，则经营者就必须执行。且经营者一旦选择经营，就不能再以成本高、投入大等理由，将免费政策所带来的损失最终全部转嫁消费者身上由消费者买单。如果无论是否能提供正常通行条件，高速公路收费都毫无影响，这种情况下，高速公路经营者算不上是真正意义上的市场经济主体，如何有动力提升服务质量呢？在国外，高速公路经营管理者会通过不断推出新的技术降低成本、提高利润点，如采用高空电子测速收费方式，确保道路畅通无阻，提升服务，吸引消费者的选择，形成共赢和良性循环。

※如何构建经营者与消费者的共赢格局？

主持人：免费通行政策看来是两头不讨好。那么何种政策能使经营者和消费者实现共赢呢？

刘凤菊：我认为今天的探讨不是简单的消费者与高速公路经营管理者的服务合同关系或者现行法律法规理解和执行问题，更多的应该是制度层面和立法层面的问题。一是从我国当前的公路法、收费公路管理办法或者目前的收费公路管理办法征求意见稿等法律法规来看，都缺少对高速公路大修期间收费标准的规定。我认为高速公路大修期间按照原来收费标准收费称其违法还是欠缺法律依据，但并不是说按照原来标准收费就是合理的。二是从消费者的角度看，我们既要重视保护消费者的合法权益，同时经营者的合法权益也应当得到尊重，关注经营者的投入和回报，并思考高速公路服务的良性循环方式。综上所述，我

认为要通过整个社会的关注和呼吁推动完善收费公路方面的法律法规，从而使消费者和经营者实现共赢。

郭璇玲律师：我认为既不能片面地站在消费者的角度要求经营者降价、免费，也不能无视消费者的呼声和经营者的实际困难，应该组织政府代表、消委会代表、高速公路经营者代表、车主代表和专业律师等多方代表心平气和地交流、探讨高速公路大修期间的收费问题，最后形成意见交给政府，充分发挥深圳经济特区立法权的作用，推动政府政策和立法修改，在深圳先行先试。

肖寒梅律师：我认为高速公路在大修期间应当实行减免收费，同时不能将政府责任排除在外。高速公路具有双重属性，即公益性和商品性。即高速公路不是一种普通的商品，它也是社会公众服务设施，属于国家资源。国家将高速公路交由企业特许经营，不能孤立地考虑单一法律关系，应当在立法层面完善有关高速公路的法律体系，并在执法层面确保良法有效运行，这样高速公路才能更好地体现其公益性与商品性。

※《收费公路管理条例》应实现哪些突破？

主持人：近期交通运输部起草《〈收费公路管理条例〉征求意见稿》（下称“《意见稿》”），很多条款遭受质疑，各位律师对此怎么看？

赖经纬律师：《意见稿》中关于延长收费年限的规定值得商榷。如“按照收回投资并有合理回报原则”而延长收费年限，事实上每个企业的合理回报都不一样，如何确定合理回报的比率？这样是否会造成有些经营者钻法律空子，降低“合理回报”从而延长收费年限？而实施免费政策对经营者受益产生的影响，可以适当延长收费年限——这个新增的规定实际上是让小部分的人（小客车司机）承担了大部分人的（免费群体）的费用，这有失公平。我认为可以借鉴日本的做法，设立国家高速公路发展基金，通过该基金补偿高速公路经营者运营养护的庞大支出。

曹叠云律师：《意见稿》第三条提到军队车辆、武警部队车辆、公安机关等执法车辆免费的政策。我认为，国家从特许经营的角度规定高速公路经营者做出配合免费政策的承诺，或者直接规定免费政策，都是没有问题的。但是对免费条件的设置方面，我认为军队车辆、武警车辆、公安机关等执法车辆还是应当放到市场经济的环境下，在通过高速公路时照样收费，费用由国家财政补贴。这样操作，各项关系简单明了，将一定程度遏制假军牌泛滥等现象。

主持人：感谢各位的真知灼见，希望我们今天的探讨能对完善我国相关立法及《收费公路管理条例》有所启发。谢谢大家！

浅谈前海金融消费者保护的制度创新

文 广东金地律师事务所 张弢律师 程永锋

随着金融业的飞速发展,金融产品创新更加自由化、专业化,导致金融市场信息不对称、市场交易地位不对等诸问题越来越突出,消费者越来越沦为金融机构赚钱的工具。如何更好地保护金融消费者的权益,逐步成为各国金融监管政策的重要内容。近年来,我国金融改革渐入深水区,国有银行商业化、金融监管多元化、上海国际金融中心建设以及刚刚开始的深圳前海金融改革创新,这些均为我国未来金融发展的重要脉络。本文拟通过对国际金融消费者保护制度的研究,探讨深圳前海金融改革中金融消费者保护的制度创新问题。

保护金融消费者极为必要

金融消费者的法律界定。金融消费者在我国并非是一个当然的法律概念,有人认为:“工商领域的是消费者,金融领域的是投资者,二者不能混同”。^[1]我国主要的相关金融法律也未明确“金融消费者”的法律概念。^[2]但随着经济发展和信用消费等消费形式的普及、消费者保护运动和法律观念的发展,保护存款人、中小投资者、投保人等金融消费者利益日益成为各国金融立法关注的重点,^[3]金融消费者概念也应运而生。美国1999年颁布的《金融服务现代化法案》把金融消费者定义为:“为个人、家人或家庭目的而从金融机构得到金融产品和服务的人。”^[4]“金融消费者”作为现代金融法制日益关注的核心,已进入各国立法、监督、司法等部门的视野并备受重视,一般认为,金融消费者是指与金融机构建立金融服务合同关系,并接受金融服务的人,是消费者在金融领域的延伸。



金融消费者保护的必要性。保护金融消费者主要基于三个方面:

一是金融体系具有公共物品(public goods)和规模经济(economies of scale)特征。首先,金融服务具有一定的公共物品特性,即使是高度市场化的欧美,在金融危机时也会拿纳税人的钱去救助私人银行,因此,金融市场不能完全依靠市场力量配置产品。其次,金融体系具有规模经济效益,而规模经济效益与自然垄断密切相关,只有适度的国家公权力介入,才能对金融消费者施以特别保护,将双方地位调整到相对的实质公平状态,换言之,对金融消费者的保护必然要求加强政府监管职能与法律特别保护。

二是金融交易过程中信息不对称。随着金融市场高度

[1] 金融企业的客户是否是消费者。http://www.legalinfo.gov.cn/pfkt/cont ent/2010-06/08/cont ent-2165066.htm? node=7908.

[2] 《中华人民共和国银行业监督管理法》第一条规定,“保护存款人和其他客户的合法权益”;《中华人民共和国保险法》第一条规定,“保护保险活动当事人的合法权益”;《中华人民共和国证券法》的总则规定,“保护投资者的合法权益”。可见,我国主要的金融法律并没有采用金融消费者的概念。

[3] 张文婷:《后金融危机时代中国金融消费者保护法律机制的完善——行为法律经济学的分析视角》,金融法治前沿(2011年卷),法律出版社,第606页。

[4] Melanie L. Fein, Banking and Financial Services: Banking, Securities and Insurance Regulatory Guide, Aspen Publishers, 2006.

“

在国际金融消费者保护的研究中,经济学家Michael Taylor提出的“双峰”监管理论(Twin Peaks)最为瞩目,该理论认为在金融监管中存在两个并行目标:一是审慎监管目标;二是保护消费者权利的目标,应分设“金融稳定委员会”与“消费者保护委员会”两个监管机构,前者从维护金融机构的稳健经营和金融体系的稳定角度进行监管,后者是从规范金融机构经营活动以此保障金融消费者利益在金融交易活动中免受侵害。

”

发展,消费者在与金融机构交易中,无论在专业知识、信息占有还是交涉能力等方面均处于弱势地位。^[5]首先,金融产品由金融机构单方设计,这可能使得金融产品更多的先行保护金融机构自身的利益;其次,金融产品的复杂性和专业性使金融市场存在明显的信息不对称现象,加之常见的销售误导,金融消费者往往由于缺乏金融专业知识、无法理解金融产品的性质而错误购买金融产品。再者,金融消费者在接受金融服务时,对金融产品是否满足自身需求、对格式条款中的免责条款是否充分理解等方面均处于专业劣势,金融消费者可能无法准确判断金融产品的质量及其与自身风险承担能力是否匹配,致使金融消费者很大可能购买与自身需求无关的产品。如果信息权利受损,除了实际损失,时间成本、资金的成本也会严重损失。因此,必须对金融消费者予以特别的支持和保护,以期实现交易双方实质上的平等。保护措施可以是公法或私法手段。在公法上,可通过交易和信息披露等监管手段对金融消费者进行保护,减少逆向选择的机会。^[6]在私法上,可扩大消费者受损索赔途径,加大赔偿范围。

三是金融产品的“外部效应”(externality)。外部效应又称为溢出效应、外部影响,指一个人或一群人的行动和决策使另一个人或一群人受损或受益的情况。如金融创新产品具有价格发现(price discovery)和规避风险的优势,那么其不是将风险降低,而是将风险转移,转变为更为庞大复杂的系统性风险。金融创新产品的复杂性,一方面满足了消费者的多元化、个性化投资需求;另一方面也加大了消费者理解和选择的难度。因此,整体金融产品具有更多的正外部性(positive externality)还是负外部性(negative externality)难以

明确。在高度市场化运作下,金融组织总是倾向于生产更多的金融产品以谋求利润最大化,这种单个机构非理性的外部负效应行为可能导致市场失效乃至整个金融经济系统的危机。因此,对金融消费者的保护应当从整体监管和个案保护上双线发展,国家必须对金融经营的不确定性和高风险活动进行必要的干预,增强金融消费者信心。

国际金融消费者保护的主要经验

在国际金融消费者保护的研究中,经济学家Michael Taylor提出的“双峰”监管理论(Twin Peaks)最为瞩目,该理论认为在金融监管中存在两个并行目标:一是审慎监管目标;二是保护消费者权利的目标,应分设“金融稳定委员会”与“消费者保护委员会”两个监管机构,前者从维护金融机构的稳健经营和金融体系的稳定角度进行监管,后者是从规范金融机构经营活动以此保障金融消费者利益在金融交易活动中免受侵害。^[7]金融消费者保护监管是指以消费者保护为目标的金融监管行为,以确保能够公平、透明地将金融服务和金融产品提供给所需的金融消费者,保障金融产品或服务的消费者获得应有收益。国际上,针对金融消费者保护的监管目标,发达国家纷纷建立专门对金融消费者保护的监管机构,并呈现出三种的不同经验。

美国。金融危机前,美国对金融消费者保护的职责分属于多个金融监管机构,属于典型的“多头监管”(multiple regulators model),银行业、证券业和保险业相互隔离,形成分业监管。^[8]同时,依据金融机构属于联邦或州际注册的不同身份,分属不同金融监管机构进行监管。^[9]在1999年美国制定了《格莱姆-里奇-布利雷法》(Gramm-Leach-Bliley Act of 1999),允许设立金融控股公司,进行混业经营,于是,美国金融监管开始转变为所谓的“功能监管”(functional regulation)。就是说,不论金融产品提供者是属于哪种类型金融机构,只按照金融业务和金融产品的性质进行监管。^[10]

金融危机后,奥巴马于2010年7月21日签署了

[5] 赵焱,魏建:《金融消费者保护理论述评》,东岳论丛,2012年第3期。

[6] Porteous D., Helms B. "Protecting Microfinance Borrowers", Focus Note, CGAP, 2005, No. 27.

[7] Michael Taylor, Twin Peaks: A Regulatory Structure for the New Century, Center for study of Financial Innovation, London(1995).

[8] 黄辉:《金融监管现代化:英美法系的经验与教训》,广东社会科学,2009年第1期,第182页。

[9] 唐应茂:《中国金融消费者保护的若干问题——从美国金融消费者保护法谈起》,金融发展评论,2012年第1期,第110页。以银行为例,货币监理署(Office of the Controller of the Currency)负责监管在联邦注册的全国性银行,储蓄监管办公室(Office of Thrift Supervision)负责监管联邦注册的储蓄机构(Thrifts),美联储负责监管州注册的、属于美联储会员的银行,而联邦存款保险公司负责监管州注册的、非美联储会员的银行。

[10] 黄辉:《金融监管现代化:英美法系的经验与教训》,广东社会科学,2009年第1期,第182页。

《多德-法兰克华尔街改革和个人消费者保护法》(Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act)(以下简称《消费者金融保护法》)。其中,最为重要的一个金融举措,就是专门设立负责消费者金融保护的联邦政府机构,即消费者金融保护署(Consumer Financial Protection Bureau, CFPB),它在行政上属于美联储内部,但在制定规则和执法时独立于美联储。法律还赋予其规则制定权、监管权和执法权。2011年7月,根据《消费者金融保护法》的要求,7个联邦金融监管机构将消费者金融保护相关的职能正式转移给消费者金融保护署。

英国。英国于2000年出台《金融服务和市场法》,开始建立金融服务局(Financial Service Authority, FSA),成为集合银行业、证券业、保险业三大监管责任于一身的综合性监管机构,其既负责“业务行为监管”(business conduct Regulation)又负责审慎监管(Prudential Regulation)。FSA以“适度保护消费者”(fit and proper)作为工作的目标之一,在其统一监管体制下,设置不同的部门实施监管,包括吸收存款机构处、投资公司处、保险公司处、金融集团处以及市场和交易所处,这些部门分别针对不同类别的企业和金融消费者保护开展工作。

澳大利亚。澳大利亚金融监管体制是典型的“双头监管”模式,其主要的监管机构为澳大利亚证券和投资委员会(Australian Securities and Investments Commission, ASIC)和澳大利亚审慎监管局(Australian Prudential Regulatory Authority, APRA),其中,ASIC负责实施各种关于金融服务和信息披露问题的法律,其监管目的是保证各种金融产品信息披露方面的一致性和可比性。^[11]在对金融消费者保护方面,其职能主要通过对金融机构的行为监管,防止其虚假陈述、欺诈等行为,从而保护金融消费者整体利益。在监管体系中,还有澳大利亚竞争和消费者委员会(Australian Competition and Consumer Commission, ACCC),其主要职能是负责不正当竞争、反垄断以及消费者权益等问题。另外,澳大利亚还专门设立了金融督察服务机构(Australian Financial Ombudsman Service, AFOS),建立非诉讼纠纷解决机构,为被侵权的金融消费者提供便利的救济途径。

前海金融消费者保护制度创新的建议

我国金融消费者保护机制2010年已初现雏形,比如在银监会《关于完善银行业金融机构客户投诉处理

机制切实做好金融消费者保护工作的通知》和保监会《关于做好保险消费者权益保护工作的通知》中已开始使用“金融消费者”、“保险消费者”,并分别设立金融消费者保护局、保险消费者保护局。截至2012年,“一行三会”纷纷建立相应的金融消费者保护机构。从证监会和保监会先行设置的消费者保护部门来看,更多承担类似于信访办的功能。以保险消费者保护局为例,其职能包括研究保护保险消费者权益的机制、受理投诉咨询、调查处理消费者投诉、消费者教育和风险提示等。总体来说,我国对金融消费者保护制度建设的步伐才刚刚开始。

在金融国际化背景下,笔者认为深圳前海金融改革中金融消费者保护应当紧跟国际步伐,大胆进行制度创新,从而为未来全方位的国际金融竞争做准备。

一是设立统一的金融消费者保护机构——前海金融消费者保护委员会。当前,我国金融监管主要是分业模式,即“一行三会”各行其职,分类监管,这种模式也是目前国际比较流行的监管模式,其主要优势是各监管机构能够在各自的监管领域提供专业、审慎的监管意见,有效防范金融风险。但是,在对外进行保护金融消费者方面,我国各监管机构也是各自一套人马,将消费者分类保护,这就容易产生较多问题。首先是监管职责不明确,监管范围不清晰,多个监管机关争夺对金融消费者保护的监督权,各方的监管风格不一,监管标准不一、监管结构非常复杂,从而增加被监管机构的守法成本,消费者也很难理解各监管机构的监管范围,容易出现投诉无门、监管空白等情况。其次,随着近年金融混业经营的潮流,特别是新型金融控股集团(平安、中信、光大、广发等)的飞速发展,银行、保险、投资相互交叉,银保、银信等业务合作也越来越紧密,对于普通消费者来说,很难辨识金融产品的真实面目。如何让消费者充分知悉金融产品的属性、风险、收益等情况是金融消费者保护的重要目标。合同法、保险法、商业银行法、证券法等均有相关规定,要求金融机构对格式条款进行明确说明,但在现实中,由于金融服务的公共物品和规模经济属性,消费者选择权大受限制,与交易对手议价能力也非常有限。因此,建议前海采用双峰理论,设立统一的金融消费者保护机构(前海金融消费者保护委员会),统一负责金融消费者的投诉、不正当竞争、反垄断,以及非诉纠纷解决。综合我国现有机构职能,该机构可下设于人民银行。

总之,深圳前海金融改革借鉴国际金融消费者保护制度的先进经验,设立统一的金融消费者保护机构,探

[11] 黄辉:《金融监管现代化:英美法系的经验与教训》,广东社会科学,2009年第1期,第183页。

索新型消费者保护模式，必将改变以往“多头保护而又无法有效保护”的尴尬局面。

二是确立金融交易透明机制。首先，提升金融产品的透明性和可理解性。金融产品具有很强的技术性、专业性，金融消费者只有掌握一定的金融知识，才能真正维护好自己的利益，金融产品是无形产品，金融消费者难以直观了解，而且交易双方信息不对称明显，金融产品以合同为载体，由金融机构单方制定，具有格式化、固定化的特点。金融消费者由于缺乏谈判能力和选择机会，只能被动接受。因此，金融产品的价格应当设定得公平合理，不得设定显失公平的条款。同时，应当保证金融消费者拥有充分的选择权，能够以一定的成本选取最优的金融服务。其次，严厉处罚销售误导，引导金融机构加强对销售行为的控制，从源头上防范销售误导。一是加强销售人员的培训，提高职业素质，树立以金融消费者为导向的销售理念；二是在销售人员持证上岗和挂牌展业的基础上，进一步落实对金融消费者提示及明确说明制度，提示金融产品的主要特点和销售行为的基本规范，接受金融消费者的监督；三是严格客户回访，必须确保一年期以上金融产品100%回访到位，并由前海消费者金融保护委员会自行或委托专业机构进行回访调查，从而核实金融交易透明机制的到位情况。

三是先行先试金融消费者保护跨界仲裁、跨界律师服务新模式。首先，创建前海金融争议跨界仲裁新模式。香港“一国两制”下的高度自治，特别是独立的司法权，是香港繁荣和稳定的基本制度保证，但独立的司法权也使得香港与内地之间形成了一道“司法屏障”，对香港与内地之间经济和民事交流也发生了不利的影响。中国内地和香港地区均为联合国1958年《承认和执行外国仲裁裁决的公约》（下称《公约》）的成员国，这为1997年香港回归以前解决跨越两地经济纠纷的方式提供了法律基础。香港回归后，由于内地与香港同属一个主权国家而无法适用《公约》，形成制度漏洞，产生仲裁执行问题。^[12]直至1999年6月21日最高人民法院与香港签署《关于内地和香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》，这个问题才得以初步解决。但即使如此，两地仲裁依然存在仲裁范围不

一致、不予执行仲裁情形不一致等问题。之所以出现如此情形，主要由于两地法律、司法制度不一致。未来，前海作为特区中的特区，在建设跨越两地仲裁机构时，有必要统一仲裁范围（建议尽量扩大仲裁范围），统一仲裁执行标准（如公共利益的解释），并有效保证仲裁的独立性（比如限制大陆法院对仲裁的干预）。只有这样，我们才能跨越两地“司法屏障”的桥梁，为前海金融改革、深港合作构建坚实的司法基础，有效保护金融消费者，为前海金融国际化奠定制度基础。其次，在前海金融消费者保护领域，先行先试跨界律师服务新模式。虽然港澳居民可以参加内地法律职业资格考试，并可在内地申请律师执业，但香港律师在内地只能从事内地非诉讼法律事务，且要接受内地司法行政机关和律师协会的监督和管理。目前，前海正探索两地律所联营，但我们可否“步子迈得再大些”，淡化地域、国籍限制，进一步放宽香港律师在前海执业的业务和地域范围，只要符合法律程序取得律师证的，均可享受与本地律师同等的律师权利，并在金融法律服务领域进行先行先试。也许有人会认为这样会产生激烈竞争、监管障碍等问题，但笔者认为利大于弊，香港国际化的金融法律服务模式尤其值得我们学习。同时，两地的社会、经济进一步融合也能为大陆律师提供大量的涉港、涉外金融法律业务。前海金融改革，制度必须大胆创新，并勇于先行先试，只有这样，国际化的金融法律服务人才才能更好地为前海金融改革和创新提供服务，有效地保护金融消费者权益，真正打造国际化的金融法律服务高地。

结 语

几年前，当人们纷纷谈论上海建设国际金融中心可能性的时候，上海与香港的差距还比较明显。尽管有很多经济学家认为上海有很多优于香港的地方，但笔者认为，只要上海的制度创新达不到香港的水平，上海在相当长的时间内都没有超越香港的可能性。未来，深圳前海金融改革必须吸取已有经验教训，大胆进行制度创新，因为制度创新才是最大的竞争优势，经济竞争在某种意义上就是制度创新的竞争。

^[12] 郭晓文，中国内地和香港之间仲裁制度的相互合作，<http://www.sinolaw.net.cn/shequ/zjsf/2003811103619.htm>



谈深圳、珠海商事登记制度改革新政

文 广东雅尔德律师事务所 樊永强律师

2013年3月1日,《深圳经济特区商事登记若干规定》及《珠海经济特区商事登记条例》同时生效实施,意味着以深圳、珠海两个特区为突破点的商事登记制度改革已经初步开花结果,并将逐步推广蔓延到全国各地,这将是中国内地商事登记制度改革的一个里程碑。

两地商事登记制度改革新政的核心内容

《深圳经济特区商事登记若干规定》共43条规定,《珠海经济特区商事登记条例》共53条,二者在商事登记制度改革的方向及主要内容方面基本是一致的,其核心内容主要包括以下几个方面:

一是取消了一般经营资格的前置审批,实行商事主体资格与经营资格分离,理顺了前置审批与商事登记之间的逻辑关系。

除设立银行、证券公司、保险公司、外商投资企业、会计师事务所等法律法规规定须经有关部门批准后方能进行商事主体设立登记之外,其余商事主体无需前置审批即可设立。但商事主体设立后,如其经营业务涉及经营许可需要消防、环保、文化、卫生等部门批准的,应当在取得许可审批文件后方可展开经营活动。这一规定使之前诸多经营资格的前置审批变更为后置审批,解决了之前商事主体尚未设立,必须先取得经营资格批准这一逻辑上及实践操作上尴尬的问题。

二是将之前实质审查与形式审查相结合的原则,彻底改变为形式审查,强调商事主体自治自律。

深圳、珠海的商事登记新政均对商事主体设立、变更、经营过程中的申报文件采取形式审查,只要满足形式要求即可给予登记或备案,对文件真实性等均由申报主体自行负责;同时对包括对企业经营范围、注册资金、经营场所、年检报告等之前严格审查的项目均采取了形式审查;不再进行年度检验,只需提交年度报告;企业经营范围、注册资金不再作为登记事项,在营业执照上也不再体现;经营范围由商事主体在公司章程中自行约定;设立公司无需提交验资报告;经营场所的合法性、真实性由申请人负责。这一系列措

施减少了政府部门对商事登记项目的审查及干预,充分体现了放宽商事主体市场准入的改革方向。

三是简化办事程序,明确办理时限,进一步提高商事主体登记机关的行政效率。

深圳、珠海商事登记新政均明确了营业执照、组织机构代码证、税务登记证三证合一的登记制度,并推行电子营业执照,同时就营业执照的申办期限,回复期限进一步明确限定,并大幅度缩短,使登记机关的行政效率大幅度提高,充分体现了政府的服务职能,有利于营造良好的营商环境。

四是完善信息公开制度,规范监管职责,健全商事主体监管体制。

政府将建立统一的商事主体登记许可信息及信用信息公示平台,并实行经营异常名录制度,对经营异常企业纳入经营异常名录及信用监管体系,同时明确了商事登记机关及其他相关行政许可审批部门的监管职责范围,解决了之前存在的监管职责不明、执法不力等问题,也体现了对商事主体“宽进严管”的立法趋势。

两地商事登记改革新政的主要差异

除以上共同的改革亮点之外,由于《珠海经济特区商事登记条例》于2012年11月29日出台,比深圳晚出台两个月时间,因此,珠海商事登记改革新政在很多方面比深圳更超前一步,主要表现在:

一是实行公司秘书制度。珠海新政中明确规定有限公司实行公司秘书制度,并明确公司的秘书的职责,公司秘书也是商事主体备案项目之一。

二是进一步缩短了商事主体登记时限。深圳新政规定在商事主体登记机关应在受理后三个工作日内予以登记并颁发营业执照,珠海将该时限缩短为一个工作日。

三是进一步放宽了经营场所的审查条件。珠海新政明确规定,商事登记机关不审查经营场所的法定用途及使用功能,同一地块可作为多家商事主体的住所,同一商事主体可以多个经营场所,其他经营场所可以办理分支机构登记也可

以只向商事登记机关申请备案即可。

四是进一步缩短了经营异常经营主体退出市场的期限。深圳规定载入经营异常名录满五年将永久载入异常名录，珠海则该期限缩短为三年，即载入异常名录满三年即可剔除该企业名称。

五是进一步完善了信息的公示制度。不仅商事登记机关、经营许可审批机关、商事主体应公示相关信息，相关利害关系人也可以凭判决书、仲裁决定等有效法律文书，向商事登记机关申请要求将相关信息登记在该商事主体项下。

六是进一步明确了虚假登记、未办理登记备案、无照经营、未依法公示信息的法律责任。在法律责任及处罚方面比深圳规定的更加具体，更便于操作。

两地商事登记改革新政对实操方面的影响

深圳、珠海在商事登记方面的改革新政，必将对整个经济活动产生深远的影响，仅就企业管理实操方面的影响，个人认为主要包括但不限于以下及方面：

一是对商事主体的全面核查将成为交易及经济合作的必需前提。

商事主体登记实行的宽松政策必然使大批空壳公司涌现，进行交易活动或其他经济合作等必须注重对商事主体的全面核查。深圳、珠海新颁发及换发的营业执照将不再记载商事主体的经营范围、注册资金、实收资本等，仅凭营业执照判断其规模实力的时代将一去不复返。了解一家企业的情况必须对其进行全面核查，包括但不限于商事主体资格、经营资格核查，经营场所实地核查，企业资产实力核查，企业信用状况核查等等。在一定程度上，可能增加了交易成本，但这是任何企业必须控制的风险。

二是在强化商事主体的自治自律的法律环境下，商事主体内部规范管理迫在眉睫。

商事登记制度改革的发展趋势是减少行政干预，强化商事主体自治自律，大量的经营要求及管理规范需要商事主体自行规定，例如企业经营范围的确定，出资额的出资时间、方式、比例等事项均由公司章程自行约定，公司章程作为公司“宪法”的作用日益突出，采用格式化的范本章程已无法适应公司内部治理的实际需求，商事主体应当制定或完善一份适合自身发展需求且详尽具有可操作性的个性化章程。此外，深圳、珠海新政规定“有限公司应当向股东出具出资证明书，出资证明书应当由全体股东签字”，这些在实操方面往往被忽视的环节，将可能成为企业内部的风险点。因此，强化规范内部管理，减少内部经营风险，将是企业发展存续的当务之急。

三是重视信息公示，重视信用管理将成为企业管理的重

要组成部分。

深圳珠海商事登记新政中大量篇幅规定了信息公示，不仅商事登记机关、经营资格审批机关，商事主体也需按照要求主动进行信息公示，珠海的规定甚至还明确了利害关系人主动对商事主体的相关信息申请公示的权利。信息公示不仅是政府的义务，也是企业的法定义务。此外，任何企业相关的诚信信息均可能成为企业信用记录的组成部分被信息公示，并成为衡量企业的关键指标，甚至成为企业生死存亡的导火索。因此，信息公示、信用管理将成为企业管理的必备环节，配备公司秘书负责管理公司信息公示及信用管理等，将成为很多企业的明智选择。



【延伸阅读】

深圳商事登记制度改革后，深圳各职能部门推出新举措，亮点纷呈。

“三证合一”开始试点。深圳市地税局已与市国税局、市市场监管局在坪山新区试行“三证联办”，采取“一窗受理、内部流转、统一发证”模式，实现了新办企业登记3个“一次性”，即一次性提交申请资料、一次性缴清所有费用、一次性办结设立审批事项，实现了企业和监管部门“双减负”。

办网吧门槛再降低。市文体旅游局对文体旅游审批项目进行了清理，其中的一项是大力推动调整网吧审批政策试点工作，并取得进展：一是网吧总量和布局规划不再受限制，已明确可以开展单体网吧审批的政策；二是已形成降低开设网吧资金等其他审批条件、简化审批流程的审批政策调整方案初稿也，办网吧门槛再降低。

预包装食品审批将取消现场核查。深圳市将优化健全食品许可制度，预包装食品流通许可审批程序进一步简化。另外，为打击不诚信食品生产经营行为，食安局将加快出台《深圳市食品安全信用信息管理办法》，将失信者纳入“黑名单”并进行公示，加大对失信行为的惩戒力度。

重点查处环境违法行为。市人居环境委把工作重点放在建设项目环境影响审批上。除及时获取企业商事登记信息并传达到市、区监管部门外，还建立网格化管理平台，充分利用现行及时互通网格内的企业信息，及时处理环境违法行为。

卫生部门行政许可窗口不再收工商营业执照。市卫生监督局协助市卫人委修订《深圳市卫生和人口计划生育委员会行政许可实施办法》，在新实施办法中进一步简化申请材料，卫生部门窗口不再收取工商营业执照、房产证等政府部门之间可以共享到信息的材料复印件，极大地方便了申请人。

（来源：人民网）



法务外包将成为企业法律服务新模式

文 深圳市宝安区司法局公证律师管理科 林涌新

采用公司化、团队化运作模式的律师事务所，能够为中小企业提供“一个接口、一个平台、全所资源”的高效优质服务。国外早有法务外包的服务，但在我国尚属新颖，对我国律师事务所而言算得上是全新的企业法律服务模式。随着市场经济的高速发展，法务外包的服务形式必将而被越来越多的企业所接受并逐渐取代企业内设部门和外聘律师顾问的形式，并切实为中小企业的发展带来实质性的促进和更加可靠的保障。

随着市场经济的快速发展，中小企业之间的竞争大战也逐渐升级。因此，专注于公司的核心业务和市场竞争能力成了公司最重要的生存法则之一。与此同时，由于中国社会主义法制建设进程的不断加快，中小企业在经营中也更关注法律风险的防范和法律事务的专业化处理，即运用法制的手段，在经济往来和经济生活当中尽可能地维护自己的合法权益，抵制和打击不法侵害。而要达到这个目的，企业一般会设立一个法律顾问。

企业法律顾问，是指企业从外部聘请的专职或临时为企业处理诉讼纠纷和协助处理内部法律事务的执业律师。通常，规模较小或是法律问题较少的企业将不在企业内部设立专职法务人员，而选择聘请一位法律顾问处理企业的法律咨询和纠纷。规模较大的企业，常常会设立3至6名的专职法务人员及设立法务部作为企业的独立部门，负责企业内部的往来合同审核及处理企业各种法律事务，在遇到重大诉讼或纠纷问题时也选择聘请外部的执业律师作为顾问。

但中小企业基于资金压力和规模限制，往往难以像大型外企、国企等建立完善的法务部门服务本企业，相当数量的中小企业是家族企业，没有严格按照公司法规的法人治理结构运作而仅凭主要负责人或实际控制人的个人决策决定企业的经营发展，因而常常忽视公司法务

的构建和发展；部分有意识重视公司法务建设的企业，通常也会因为职位发展空间和薪资所限而难以招募到优秀的法律人才，或是需要高薪聘请外部法律顾问参与企业法律事务的处理。

近几年，一种新的模式——法务外包，开始逐渐被广大中小企业所接受。法务外包是发端于欧美的律师服务机构。所谓法务外包，就是公司根据自身发展的需要，将公司法律事务工作或职能外包出去，交由专业的法律服务机构和专业的法律人士代理服务。这属于企业资源整合，将专业事交给专业的团队来做，不仅能得到最理想的效果，还能降低企业投入成本，可谓一举两得。据了解，在上世纪90年代初起，深圳市部分企业就将非核心业务下放给专门运营该业务的外部第三方，其原因在于节约企业成本、专注核心业务、有效利用资源、获得独立及专业服务等。经常被外包的业务领域包括：IT外包、人事外包、电子商务外包、物流外包等。

法务外包最大的特点在于通常是由律师事务所的专门团队如法律顾问服务中心来完成本应由企业内设部门和外聘律师所有的工作。也就是说，相当于企业将不必要在法律事务上费任何心思，尽可放心的专注于企业自身核心业务的发展。

结合中小企业的自身特点，我们来详细看一下法务

外包所能带给企业的优势有哪些。

第一，法务外包具有更优的性价比。企业聘请的作为法律顾问的独立执业律师，其费用往往于法务外包的费用不相上下。但同样的费用，前者得到的公是一位独立执业律师的个人服务，后者则是人数众多且经验丰富的法律顾问服务团队的专业服务。

第二，法务外包能够提高法律服务的专业性和效率性。中小企业聘请的法务专员多为刚毕业的大学生或是无法独立执业的律师，由于缺乏实务经验，在面对诉讼或是比较棘手的问题时常常无法有效解决。相反，律师事务的对各项业务领域都有明确的细分，有高素质和经验丰富的执业律师带领顾问服务团队共同攻克难题。因此通过法务外包，利用律师所高效而专业的团队，以及律师所与政府等部门建立的良好关系，企业面对的难题便可迎刃而解。

第三，相比作为法律顾问的独立执业律师，法务外包具有更彻底性。法律顾问经常为专攻某一方向的执业律师，而企业可能会面对诸如劳资纠纷、经济诉讼、知识产权诉讼，破产重组等多种法律纠纷，有时法律顾问并不一定是该方面的专家，因而也难免出现法律顾问不够专业或是企业需要聘请多名法律顾问处理纠纷的情形。而法务外包，彻底的将全部法务工作转交给律师事务所打理，不会因为遇到重大纠纷时法律顾问的临时介入花费额外的时间来了解案情和与内部法务人员沟通磨合，也不必担心企业内部法务人员专业素质不高或是聘请的法律顾问不够专业等诸多问题。

第四，法务外包对提高企业决策的科学性有重要作用。从事法务外包业务的律师事务所，通常具有为众多企业提供专业法律服务的经验，包括为公司管理层提供发展战略决策支持、内部流程改造、并购重组、知识产权保护、投资融资、监控机制完善等方面的独立第三方建议和方案，相当于是当企业外部的独立董事，能够有效提高公司价值。

第五，不必担心商业秘密外泄。每个公司都有不想让“外人”知道的事，律师可能成为“外人”吗？几乎不可能！律师保守客户商业秘密受律师法、律师职业道德、法律服务合同约定。一旦违约，律师损失的的是一个长期合作伙伴、职业口碑乃至终生职业生涯。此外，有竞业限制条款：一个主办律师不能同时为两家有竞争关系的客户服务。一旦客户选定有实力的律师事务所和有能力的律师，这个风险可以降为零。

法务外包的主要服务方式，依据企业规模和需求而有所不同。主要的方式有预约服务方式、项目服务方式、协作服务方式和驻点服务方式等。律师事务所将不断发展和丰富法务外包服务方式，结合客户的实际要求制定独特的服务形式，保证企业能够根据自身性质和发展阶段对法律服务的需求得到满足，同时提高律师事务所的竞争力，实现双赢。

笔者认为，采用公司化、团队化运作模式的律师事务所，能够为中小企业提供“一个接口、一个平台、全所资源”的高效优质服务。国外早有法务外包的服务，但在我国尚属新颖，对我国律师事务所而言算得上是全新的企业法律服务模式。随着市场经济的高速发展，法务外包的服务形式必将而被越来越多的企业所接受并逐渐取代企业内设部门和外聘律师顾问的形式，并切实为中小企业的发展带来实质性的促进和更加可靠的保障。



【延伸阅读】

法务外包拥有巨大的增长潜力。随着人们日渐认识到离岸外包的好处，加上由美国和西欧经济衰退所带来的痛苦，法律行业便有了巨大的增长潜力。尽管法律服务离岸外包产业在快速增长，但它也只占可离岸外包潜在工作量的3%。印度2007年（日历年度）法律服务离岸外包的收入为2.25亿美元，预计到2010年底将达到6.4亿美元。尽管有报道称印度离岸法律服务外包行业年增长超过40%，但是能够预计今后两年会超过这个年均增长率。类似于文字处理、编码、资料审核、诉讼支持、风险管理、合同起草和法律研究等服务的需求也会增长。

从大的方面看，美国经济衰退对LPO行业的影响比其它行业所遭受的影响要小。事实上，日益加大的成本压力，加上经济衰退，使大多数企业和律师事务所会把离岸外包作为一种他们迫在眉睫的选择。一旦企业从经济变革的现实觉醒，动力会进一步加强，企业会开始寻求通过降低通常非常昂贵的法律服务成本（或提高生产能力）来保持其竞争优势。

（来源：北京劳动争议咨询中心）

深圳中小企业规模在2012年达到44万家，占全市企业总数的99.3%，增长7.1%。中小企业呈现出成长速度快、上市公司多、创新能力强等特征，为法务外包提供了广阔的空间。

（来源：《深圳商报》）

勿盲目轻信“保本理财”

文 上海市锦天城（深圳）律师事务所 邢硕律师

即便有“保本协议”，投资人也千万不可有一劳永逸的心态，在委托理财过程中，还存在受托方常会与证券公司联手，不管价位如何，每天进行大额交易，与其他账户实行合谋等情形，以达到向证券公司获取交易手续费回扣的目的，这也是委托人需要慎重关注的。

理财是时下的热门话题，但不是人人都具有专业的理财能力。随着社会经济的高速发展，证券、股票、期货等投资市场日渐需要更专业的操作和极大的精力投入，委托具有专业知识的个人和组织帮助理财逐渐成为了一种普遍现象。按照大多数投资者的心态，首要的多是“保证本金安全”，并在此基础上寻求资金增值空间。

【经典案例】

案例一：2008年2月，李某将积蓄60万元委托某证券公司业务员张某进行炒股，并签署了协议书，李某为甲方，张某为乙方，乙方落款位置还加盖了证券公司印章。协议约定，若炒股赔钱了，乙方保证返还本金60万元，委托期半年。然而，大盘一路下行，张某代购的几只股票更是跌的厉害。五个月后，60万元缩水为30万元。随即张某征得李某同意，将股票抛售后，账户余额为30万元。李某要求证券公司补齐差额，返还本金60万元，证券公司认为这是员工张某的个人行为，不同意承担任何责任，张某也无力返还亏损款项，最终对簿公堂。法院经过审理认为，虽然协议开头“乙方”为张某，但委托协议落款位置既有张某的签字，又加盖了证券公司的印章，张某的行为应视为职务行为，合同的当事人为李某和证券公司。但是，双方签订的“保本合同”违反了《中华人民共和国证券法》的规定，属无效合同。证券公司应向李某返还全部本金60万元。

案例二：2011年2月22日，王某将30万元现金交给赵某，委托赵某炒股，且双方签订了委托协议，协议

约定：若赚钱则赵某可享有账户盈利的50%，若发生亏损，亏损部分由赵某承担。2012年3月31日，王某发现账户资金余额仅有37285元，另有市值53686元的股票。此时，王某要求赵某返还30万元，赵某以保本条款无效为由，只愿意退还9万元。双方协商不成，诉至法院。法院审理后认为，双方的委托协议没有违反法律法规的禁止性规定，王某要求赵某返还35万元本金的请求有合同依据，扣减账户余额和股票市值后，判决赵某向王某支付259029元。

案例三：2008年1月-3月期间，某乙运输公司将资金300万委托给某甲运输公司炒股，双方签订了委托协议，约定若赔了，甲返还乙本金300万元，委托期为半年。不料，股市一路下行。四个月后，公司乙的股票变为60万元。此时，乙要求甲将股票全部抛掉，只收回现金60万元。随后，公司乙要求公司甲赔偿损失240万元，甲公司明确拒绝赔偿。法院经审理后认定，公司甲不具有受理委托理财的资质，故两公司签订的协议无效。根据《合同法》规定，合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。公司乙向公司甲支付的现金300万元，公司甲应全数返还。

案例四：孙某与周某就股票委托买卖签订了一份协议，约定由孙某出资30万元请周某从事股票买卖。周某给孙某的承诺是每年按20%计算红利，两年后本息合计12万元。但是合同到期后，周某并没有将35万元返还给孙某，于是双方闹上法庭。法院审理查明，周某在实际

操作中是把孙某的钱存入到周某自己的股票资金账户中的，并不在孙某的账户进行操作，而且他们在合同中对于超出本金部分的也以年息来约定，按照协议约定，孙某不管股票账户中的赢利状况，定时收取约定的年红利20%，法院认定他们的关系实际为为借款关系，20%的年红利约定没有超过同类贷款利率的4倍，故支持了孙某要求返还本金及利息的诉讼请求。

案例五：2006年11月至2007年12月，韩某借向股民讲授炒股理论知识之机，虚构其与齐鲁期货公司合作进行国内股指期货交易的事实，以高额回报为诱饵，指使其注册成立的行略公司各分公司人员及朱某办理股指期货投资手续，从240名被害人处骗取钱款计1264万元。当时股指期货迟迟未开，有投资者开始向韩某索要钱款。韩某为归还股指期货、代客炒股理财等投资者的钱款，借股市低迷之机，虚构黄金、外汇期货交易的事实，继续伙同朱某、鲍某等人以代客理财的名义和保本保收益为诱饵，骗取巨额钱款。2010年11月3日，上海市第二中级法院以集资诈骗罪判处被告人韩某无期徒刑，以非法吸收公众存款罪判处同案的朱某、鲍某等4名被告人二年至三年不等的有期徒刑。

【律师分析】

委托理财是指证券公司或投资公司接受客户委托，通过证券、股票、期货等投资市场对客户资产进行有效管理和运作，在严格遵守客户委托意愿的前提下，在尽可能确保客户委托资产安全的基础上，实现资产保值增值的一项业务。通常情况下，人们把个人与个人之间、个人与公司之间的委托投资也称为委托理财。

牛市赚钱时，委托双方往往相安无事，皆大欢喜。但是一旦遭遇熊市赔了钱，双方就赔钱问题便极易产生纠纷，甚至对簿公堂。当投资者都逐渐意识到投资市场存在风险之后，以代客理财为业的一方为了吸引投资客，便抛出了“保本”之类的承诺，但说起来容易做起来难，真要赔了钱，即便有“保本”的承诺或合同在先，双方仍然很容易产生纠纷。所谓的“保本承诺”能成为保护资金安全的“护身符”吗？笔者近年来代理了一些理财纠纷的案件，并结合网络上的一些个案，谈谈自己的心得。

以上案例体现了了几种不同的情况，在上述案例的基础上，笔者结合实务中的其他情况，分析如下：

一是我国《证券法》严格禁止证券公司以任何方式对客户证券买卖的收益或者赔偿证券买卖的损失作出承诺。故，若出现以证券公司名义对投资者进行保本承诺的，从目前司法实践来看，多数情况下将被认定为无效合同，依据我国《合同法》的规定，合同无效后，证券公司应当向投资者返还全部本金。

依据《中华人民共和国合同法》第五十二条的规定，违反法律、行政法规的强制性规定的合同应当被认定为无效，《中华人民共和国证券法》第一百四十三条规定：证券公司不得以任何方式对客户证券买卖的收益或者赔偿证券买卖的损失作出承诺。且《中华人民共和国证券法》第一百九十四条规定：证券公司经办经纪业务，接受客户的全权委托买卖证券的，或者对客户买卖证券的收益或者赔偿证券买卖的损失作出承诺的，责令改正，处以5万元以上20万元以下的罚款。所以，证券公司应当规范经营，在委托理财合同中杜绝向顾客承诺“保本”或“最低收益”的行为。

尽管认定此类合同完全无效是目前司法实践中的主流观点，但笔者认为此类观点值得商榷：尽管证券公司与投资者签订的“保本条款”因为违反了《证券法》的规定而肯定无效，但同一合同中的其他条款若不符合合同无效的情况，笔者认为应当被认定为有效的。依据我国《合同法》第五十六条规定“合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效”。若仅仅只有“保本条款”无效，而其他条文被认定为有效，将意味着证券买卖的盈亏属于正常合理现象，投资者将需要自负盈亏。笔者认为，目前司法实践以合同无效为由，一定程度上保护了投资人的利益，打击了证券公司的虚假承诺，与当前投资者欠缺风险教育不无关系；随着投资者在市场中受到的挫折教育，风险意识将不断提高，民事审判法律的天平将有可能不再向投资者倾斜。我国并非判例法国家，不排除将来法院仅认定“保本条款”无效，投资者将完全承担自付盈亏的后果（另一种观点认为，双方应按约定的盈利分配比例来承担亏损，笔者认为这也存在一定的合理性）。

二是不要盲目轻信证券公司的宣传推广或口头承诺。有些银行为推销自己的理财产品，会出现“本金100%保证”的承诺，针对此类保证收益理财计划，如果保证收益率在同期储蓄存款利率以内的，收益未实现的，投资者按照约定可向银行要求赔偿；而约定的保证收益率超过同期储蓄存款利率，一般来讲都是附加有条件的，收益未实现的，投资者将需要自己承担投资风险。

实务中证券公司可能并不会在协议中明确约定“保本”或“最低收益”，而是在宣传推广时，以不同方式暗示“保本”、“最低收益”等，投资者看到这样的字眼，有可能感觉就像吃了定心丸。但是，一旦赔了钱，双方可能闹上公堂，这时便需要按照谁主张谁举证的证据规则，结合证据判断双方各自过错程度的基础上，对发生的损失由双方按过错程度各自承担。不过，投资者在这方面的举证能力相对是很弱的，所以投资者对待此类宣传推广一定要提高警惕，特别是不要盲目轻信对方

的口头承诺。

三是注意委托理财合同无效的法律条款。对于自然人之间、或者普通法人接受理财委托而订立的委托理财合同，如案例3的一些法院认为只有中国证监会许可的机构才能从事证券、期货投资咨询业务，公民个人或普通法人接受委托为他人操纵股票投资，违反了法律、法规对于证券服务机构从业的强制性规定，故认定委托合同无效。笔者更倾向于认为：依据《合同法》第五十二条的规定，违反法律、行政法规的强制性规定的合同才应当被认定为无效，而“未经中国证监会许可，任何机构和个人不得从事证券、期货投资咨询业务，证券投资咨询机构不得从事代理投资人从事证券买卖，不得与投资人约定分享投资收益或分担投资损失”的规定并没有体现在我国《证券法》中，而是规定在《证券、期货投资咨询管理暂行办法》中，因《证券、期货投资咨询管理暂行办法》并不是法律或行政法规，故自然人或普通法人接受理财委托而签订的《委托理财合同》并不违反法律、行政法规的禁止性规定，有关保本方面的约定也没有违反法律、行政法规的禁止性规定，应当视为双方当事人的真实意思表示，协议有效，则双方均应依约履行。若协议约定受托方在协议履行期间内负有保本义务的，受托方应对委托方在协议履行期间内的本金损失承担赔偿责任。笔者认同案例2的判决结论。

四是避免委托理财合同变“借款合同”。如案例4，如果“委托人”将资金完全交付给“受托人”，并明确约定红利返还的比例，则实际上意味着无论理财盈亏，“委托人”旱涝保收，“委托人”的收益与理财其实并无联系，双方将很可能被法院视为借款合同关系，则法院不仅会支持出借人（“委托人”）的本金返还请求，还会支持合同约定的合理的利息主张。

《商业银行个人理财业务管理暂行办法》第二十四条规定：“保证收益理财计划或相关产品中高于同期储蓄存款利率的保证收益，应是对客户有附加条件的保证收益。商业银行不得无条件向客户承诺高于同期储蓄存

款利率的保证收益率。商业银行不得承诺或变相承诺除保证收益以外的任何可获得收益。”第二十五条规定：

“商业银行向客户承诺保证收益的附加条件，可以是对理财计划期限调整、币种转换等权利，也可以是对最终支付货币和工具的选择权利等。商业银行使用保证收益理财计划附加条件所产生的投资风险应由客户承担。”

五是“高利”诱惑前擦亮眼睛。如案例5，不乏不法之徒打着专业理财的幌子，以高利为诱饵，骗取投资者钱财，到头来可能触犯刑法，构成吸收公众存款罪，或集资诈骗罪等，而投资者被所谓的“高额利息”蛊惑，最后很可能血本无归。笔者提醒投资者在“高利”的诱惑面前，一定要擦亮自己的眼睛，否则，即便将来打赢官司，也难以执行成功。

【结语】

综合目前实务来看，无论“保本协议”最终被认定为有效还是无效，提前签订一份“保本协议”对委托人总是还是相对有利的，在理财亏损的情况下，若有“保本”约定在先，最后对簿公堂时委托人胜诉的机会相对较大，即便是这样，对于委托人来讲，考虑到诉讼的成本，无疑还是既损失金钱，又浪费了时间。另外，双方一旦发生争执，如果受托者真没有钱，即使将其告上法庭，委托人也很难讨回损失。

即便有“保本协议”，投资人也千万不可有一劳永逸的心态，在委托理财过程中，还存在受托方常会与证券公司联手，不管价位如何，每天进行大额交易等情形，与其他账户实行合谋，以达到向证券公司获取交易手续费回扣的目的，这也是委托人需要慎重关注的。

由于合同法和证券法在一些涉及股票委托交易方面的缺陷，以及对股票委托合同中保底条款的理解不同，各地对“委托理财合同”的看法并不一定完全相同，而且，理财亏损后，受托人能否具备还款能力也是一个现实的问题。最高人民法院有必要尽快出台司法解释对此类案件做出详细规定，以统一司法尺度。



一位老律师的风雨人生

文 本刊记者 古丽



有些人永远掌握自己的命运，不交付他人，或是世俗。如今郭星亚已年近古稀，她依然神采奕奕，依然意气风发。面对过去风云种种，蓦然回首，已潜心佛学的她只淡定地说“我只是曾经认真做过一些事情而已”。

郭星亚，生于民国，长于共和国时期，见证文革变故，在“二等公民”的黑包袱下亲历各种运动浪潮，历经磨床工人，中学老师，检察员，西政教授之身份转变，直至80年代，郭星亚奔赴深圳特区，改革律师制度，在将近退休之际和全体律师一起“下海”，开创中国合伙制律所之先河……戏剧般跌宕起伏的人生历练，造就今日之郭星亚。

曲折成长史

可以说，直到初中二年级之前，郭星亚的世界都是金灿灿的。

她出身于一个高级知识分子家庭——父母毕业于复旦大学，建国后均在重庆任教。她的童年里，有的是好看的衣服，漂亮的布娃娃、小汽车等玩具……只是对于未来命运的凶险，她当时浑然未觉。

1957年，郭星亚还在读初二时，“反右”运动开始，生存处境急速转下。在运动中，其父很快被列为“特务嫌疑”，因为要与家人划清界线，自此很少回家……但真正的厄运应从高中开始——她背上了出身不好的“黑包袱”。其父曾任美军翻译的经历，导致后来的每次运动他都逃不过劫难，全家人也因此受到牵连。

“黑色高中”——她的自传中以此为题。往后的成长，与以往的快乐无忧分道扬镳，换之以强拉力式的卧薪尝胆。

为了打破命运的桎梏，郭星亚要求自己事事做到极致。平常她会帮助班主任做学生的思想政治工作，并带头学工学农。繁多的政治任务和社会实践活动，耗费了她太多的时间和精力，也使她无法保证上课时间。她便见缝插针地抓住一切时间缝隙来学习。

1962年的秋天，郭星亚双手捧着西南政法学院保密专业的录取通知书，她觉得薄薄的信笺，不知为何一下子变得沉甸甸。

随着运动的升级，郭星亚被打成“黑五类”。父亲为了几个子女含屈活着，一向好强的母亲则被发配到远离重庆的农场劳动。不久，最大的厄运降临到了家中：她最亲爱的弟弟在运动中死于非命。好端端的家瞬间支离破碎。

作为一个保密专业的高材生，她又怎么会预料到，毕业后的她先是被分配到千里之外的江苏镇江的一家滚针厂当磨床工人，后来又从车间调到厂化验室工作，再从工厂调到镇江市第二中学教书，教的却又是化学。

迟来的春天

1978年，这是国家命运的转折点。党的三中全会召开，国家开始拨乱反正。法制的春天终于姗姗而来。学法律的人终于归队了。1979年，郭星亚从学校调到了镇江市检察院工作。

国家刚刚重回正轨，法制环境并不能立刻明朗起来，在

“我的命运真正出现转机是在1986年。这一年我选择了中国改革开放的‘试验田’——深圳。”她常常这样跟人家说。在她看来，在这个不问出身、不问背景、只尊重人自身价值的城市，她才可以彻底卸下包袱，轻装上路。

与公安、法院的配合与矛盾中，郭星亚当了四年检察官。在重重阻力下，她往往是擦干汗水，又重新上路。直至1982年，郭星亚的大学老师——西南政法大學经济法系张序九教授动员郭星亚回母校任教。几乎没有什么疑虑，她欣然回到宁静的校园。

她似乎又开始活过来了。登上大学讲台后，郭星亚就像一个上足发条的钟，没有一天停止过学习。每天晚上都坐在台灯下看书、写东西直到深夜。春夏秋冬、寒来暑往，她始终埋头书桌，勤耕不辍。

亦是命运的召唤，1984年，一堂课让郭星亚与深圳结缘。

那天冬天，全国经济特区法制研讨会在中国改革开放的“试验场”——深圳召开，郭星亚代表西南政法大學应邀出席。会议结束后，郭星亚临时住进深圳市司法局招待所等待回重庆的飞机。没想到一场台风突袭广东，导致航班临时取消，当天走不了。适逢深圳市委组织部局级干部开展普法教育，原定的中山大学授课教授因台风受阻不能到场。

司法局的领导一下子急坏了，他们打电话到处找“救兵”。有人忽然记起郭星亚正是经济法的讲师，司法局宣教处欧阳处长赶紧找到她，请她“救场”。

就这样，郭星亚临时被推上讲台。想不到两个小时下来，下面听课的头头脑脑们都听得饶有兴致。“这个人我们一定要调过来。”坐在第一排的市委书记梁湘当场就对市政法委王书记兴奋地说。

经过了繁琐的手续，郭星亚最终到了深圳。她依然还清晰记得1986年来深圳的那天——她背上一个小旅行包只身从重庆飞赴深圳。彼时，天高、云淡、风轻，日暖。

“我的命运真正出现转机是在1986年。这一年我选择了中国改革开放的‘试验田’——深圳。”她常常这样跟人家说。在她看来，在这个不问出身、不问背景、只尊重人自身价值的城市，她才可以彻底卸下包袱，轻装上路。

不久，市司法局安排郭星亚到司法学校做领导工作。后来又调至深圳特区经济贸易律师事务所当主任，由此郭星亚从法学教育工作再一次转向法律实务工作。没想到这律所主任一当就当20年，成为深圳律师中任主任时间最长的律师。

体制改革 律师下海

作为中国社会主义市场经济的‘试验田’，当年深圳在

招商引资，建筑工程招标、银行按揭、股份制改造，股票上市等经济现象和活动已经开始变得多元和复杂，原有的法律服务愈来愈显得力不从心。

几年的律师实务经历使郭星亚愈来愈意识到：旧有的律师体制必须进行大改革。到了90年代以后，随着香港回归，律师体制改革已经迫在眉睫，法律服务的对接也提上了议事日程。

1992年，郭星亚调任深圳市司法局律师管理处处长，主导深圳律师体制改革。郭星亚觉得时机到了！为此，她精心设计了一整套律师体制改革方案，主要包括六个方面：

一是国办所进行全面改革，主要从产权界定和律师事务所重新组建两方面进行；

二是律师分配制度方面的改革；

三是建立健全律师和律师所注册年审制度；

四是制定现有律师和司法行政机关官员开办律师事务所的管理规定；

五是允许外地律师事务所来深圳开办分所；

六是制定本市有条件的社团、法学研究机构和取得律师执业资格的人员开办律师事务所的管理办法。

1993年春天，郭星亚随同深圳市司法局有关领导带着这套方案到北京向司法部领导汇报。但郭星亚碰了一鼻子灰，一腔热血遭遇了一盆冰水。这套方案，不但没有得到司法部的支持，反而让她戴了一顶“自由化”的帽子。

郭星亚并未气馁。在广东省司法厅召开的一次大会上，她向司法厅领导直陈：“我们在深圳搞试点，成功了，对全国是一种贡献；失败了，也能让全国同行从中吸取教训，另行方案。”

时隔不久，坚冰终于打破。1993年6月，在全国司法厅（局）长会议上，新上任的司法部部长肖扬指出：司法行政改革的重中之重就是律师制度的改革，律师制度改革的主要思路就是要把律师变成一种行社管理，使律师变成不占国家编制的社会法律工作者。

藉此东风，她将原来的律师改革方案重新修改后，8月份再次带着这套方案北上。肖扬部长看了这套方案后一锤定音“就这么干。”

改革方案通过后，郭星亚欣慰地呼了一口气。但没想到，真正的阻力还在后头。

在说服司法局领导支持改革时，一位处长说：“这下律师发财了。”她看着他的眼睛说：“这样吧，我和你一起辞职‘下海’，大家发财。怎么样？”这位处长赶紧说：“我不能跟你比。”在中国甘于冒风险的人并不多，更何况一个有自己的位子、车子和一份体面的工作的所谓领导者，让他去“下海”经风浪呛海水更不可能。

律师制度改革确实存在风险，这与中国国情有很大的关系。主要是制度层面的不完善、不配套。如果全体律师

在律师动员大会上，有律师毫无顾忌问郭星亚：“你跟我们一起‘下海’吗？”她当即表示：“我和你们同舟共济，共担风险。”

辞去公职后无法生存，那就意味着改革失败。所以，作为律师制度改革的设计者和推动者，为了改革能真正按初衷顺利进行，她只有自己带头辞职，和律师一道“下海”，带头以中介的身份，依靠自己的法律知识，为社会提供法律服务，从而开拓出一条中国式的全方位为市场经济服务的路子。

当时，郭星亚将自己的想法向家人和盘托出时，她的爱人说，人生的最后一段路，你就按自己的方式活一回吧。两个儿子也很爽快地表示：即使你失败了，我们兄弟俩会一起负责你的晚年。你尽管去做吧。

1993年，郭星亚从裁判员的位子上退下来，当起新游戏规则下的竞技运动员。

在律师动员大会上，有律师毫无顾忌问郭星亚：“你跟我们一起‘下海’吗？”她当即表示：“我和你们同舟共济，共担风险。”

那一年，郭星亚已经50岁，离退休年龄很近了，但是她依然决定放弃即将得到的一切，再一次重新出发。这次她不但扔掉了头顶上的乌纱帽，还放弃了大半生为之奋斗的所有一切：28年工龄、福利住房、医疗保险、退休工资。

星辰诞生

经过紧锣密鼓的筹备，1993年12月，由郭星亚一手创办的中国最早的合伙制律师事务所在市中心挂牌了，她为之取名“星辰”。当时，郭星亚的“下海”引起了同行、司法界的广泛关注，业界人士甚至把郭星来的辞职称为“巡洋舰下海”。就这样，在50岁那年，她又踏上了人生的新征途。

自星辰挂牌伊始，郭星亚就明确了事务所的业务范围，主要放在非诉讼业务方面，包括证券、投资、贸易、

经济等，同时也从事民事、刑事等诉讼业务。这种定位基于深圳是中国市场经济的“试验田”的城市定位。而在事务所经营和管理上，她大胆提出走企业化道路，就是借鉴采用企业的管理模式来策划和规划事务所的经营和运作，参与市场竞争，使法律服务和经济活动多层次、全方位、全过程融为一体。

郭星亚推动星辰所在律师见证、企业股份制改造、公司上市发行股票、公司破产清算、建筑工程招投标、房地产按揭等非诉讼业务方面率先进行了探索和实践。实际上，有的业务，她早在深圳特区经济贸易律师事务所就已经率先介入。她自觉地以律师身份参与到多种经济活动中，包括企业的立项、注册、经营到融资上市乃至倾盘倒闭的全过程。作为电子工业部属下的综合性电子工业企业爱华电子公司法律顾问、董事局成员，她还为企业发展提供了不可或缺的专业服务。

郭星亚因此被同行们盛赞为“开拓律师业务新领域的灵魂人物”。

早在加入世贸之初，郭星亚就指出：中国律师在走竞争和联合之路，只有联合起来，组成较大规模的律师事务所，才有人力和物力在境内外设立办事处或分支机构，才能争取国际上大案的诉讼代理权，以及担任世界知名企业、跨国企业、大财团的法律顾问，从而在国际竞争中占有一席之地。

此后郭星亚又成立八方律师联盟，通过统一的市场运作、统一的规范管理、统一的人才互动，有效整合资源，最大限度地发挥各地律所优势，从而实现多赢。

记者手记：经历波折，历练丰富，成绩斐然，已近古稀之年的郭星亚心境已经变得十分平和，正是：宠辱不惊，闲看庭前花开花落；去留无意，漫随天外云卷云舒。如今的她把更多精力投入到博大精深的佛学中，研究高于一般知识的智慧。这是她长途跋涉后的返璞归真。



郭星亚、陈惠忠律师与英国律师谈合作问题



1996年中华全国律师协会先进集体、先进个人代表大会部分代表合影（前排左三为郭星亚）



星辰所创始合伙人（从左到右）庄家紫、郭星亚、陈惠忠、朱敏雄、余俊福 1994年合影

你在城市的街道 看见树先生了吗

文 广东诚公律师事务所 吴兆兵律师

寒风自北方席卷全中国，来到了南方的深圳。那天晚上，我与儿子趴在温暖的被窝里，在电脑上看完了电影《Hello! 树先生》。

15岁的儿子说他没看懂，嚷嚷着要看影评。上网一搜，原来看不懂这电影的人还真多，当然自以为很懂的人也很多。有的人为这部电影贴了很多标签如魔幻现实主义之类，有的人把这部电影当作鲁迅的《药》和《狂人日记》，挖掘电影的微言大义，还有很多人对摄影技术、导演艺术、演员表演进行了高度评价。

我看了这部电影，也自以为看懂了它。我非常感谢导演韩杰和监制贾樟柯，他们把我在内心曾经关注的话题、人物很好地表现出来，使我可以借由这部电影一抒心意。

这不是一部藉由故事情节引人入胜的电影。它无关宏大叙事和主旋律，它隐藏了一切导演艺术、表演艺术和摄影技巧，它简简单单地以纪录片的形式叙述了一个小镇青年灵魂出窍精神失常的过程，平实、真切一如现实生活本身。

小镇郊区青年树先生，记忆中深藏着父亲失手掐死哥哥的悲痛。他因维修汽车过程中操作电焊失误伤了自己的眼睛而失业。他家的土地因矿业开发被占用，他无法依靠传统的农业经营而生活。他因在朋友的婚礼上醉酒得罪村长亲戚被逼下跪。无奈之下，他到城市投靠乡亲。在城市里他卑微地求职，却深陷该乡亲出轨而致夫妻争吵的尴尬之中并再度失业。他相中一个在发廊工作的聋哑女，在这场恋爱中难得的表现出色，赢得美人归。出于虚荣，他央求弟弟为他借一部皇冠作为婚车，为此和弟弟发生争吵打架。此后他开始表情呆滞，呈现出灵魂出窍的症状，并在呆滞的状态中结婚。而后发生家庭争执导致妻子离家出走，随后一场矿难又夺去他视为哥哥的好友的生命，他开始疯言疯语。在他无端的预言生效后，人们开始把他当先知和大师来膜拜。影片在他灵魂出窍的一幕幕幻想中结束。

观影中，我想起曾经经历的许多人和事。

90年代中期，我的一位同乡前来深圳求职。他叫爱平，20岁左右，来自于湖北农村，没有文化，老实本分，沉默寡言。我央求一位本地的老师为他介绍了一份工作，在一家电子厂做保安。不久，有其他乡亲过来找我，说出事了，爱平他们厂被盗，他被当做嫌疑人关进了派出所的监仓。我

在深圳市宝安区一所镇中学做老师，在这陌生的环境里位卑言轻。我辗转托人打听此事，最后查明他与案件无涉，一个月后他被释放。出来时他遍体鳞伤，神情呆滞。他说是被监仓里的人打的，具体过程没说。经这事后，他返回家乡。再后来的两三年时间内，听说他结婚了，后又听说他有点神经失常了，再后来，听说他上吊自杀了，留下了一个孩子。我很震惊，也很内疚，我总觉得与我没有用最快的速度将他搭救出来有关，他的精神失常、他的死，与他在改革开放的前沿城市所遭遇的伤害相关。

我有一位堂兄，在我到深圳后也追随而来。我帮他找过一份工作，然后他就开始了在异乡的漂泊生活。他偶尔会因遇到麻烦来找我求助。他曾作为三无人员被抓过，我花钱帮他取保出来；他也曾因为非法营运摩托车被扣押找我帮过忙，他还曾因为想在镇广场卖水果找我帮忙向保安队长打声招呼。他就这么一直在深圳飘着。一年前他打电话给我，让我去镇上看他。夫妻俩租住在一间农民房里，他不到50岁已是满头白发。不过人倒是很精神，谈笑风生。儿子已经大了，目前也在附近工厂打工挣钱，没啥家庭负担了。夫妻俩推一辆板车常年在一家小店前面卖水果，经常打点一下管场子的保安，又很诚信，附近的人都很照顾他的生意，收入很稳定。他每天晚上回来喝上二两酒，两口子身体很健康。他对目前的生活很知足。

我还有个不到20岁的外甥，家在县城城乡结合部。家里农地被政府征用建设工业区，他爸爸妈妈40多岁了仍不得不出来打工，且分居东莞、深圳两地。我曾费了好大劲把外甥带出来打工，但他感觉没意思，告诉我：“我不想像爸爸妈妈那样靠打工生活。”他吊儿郎当地工作两个月后，工资也没领逃回了老家。后来跟了黑帮大佬，成天与一帮小流氓混在一起，现在因参与一起打架斗殴事件被判刑一年半。

这部电影让我想起这些人，我的农民兄弟。如果他很本分很敏感，他们就会像树先生一样，坠入灵魂出窍的境地。如果他很痛苦很绝望，他就会像和爱平一样的工厂工人一样选择自杀。如果他很圆滑很乐观，就可以像我的堂兄一样活得很知足甚至自我感觉很幸福。如果他很叛逆不想循规蹈矩地生活，就会像我外甥一样成为这个社会的边缘人物、失足

>>下转第44页



心情随笔

杯中的芭蕾

文 徐学平

悠闲的日子里，我最爱在阳光明媚的午后为自己泡上一杯绿茶。难得浮生半日闲，尘世的纷嚣尽可暂抛脑后，只管去享受那份难得的闲情：于静心处听一曲怀旧的老歌，在悠然中看一幕杯中的芭蕾。

在剔透的玻璃杯中放入少许茶叶，以热水初贯之，尖尖细细的茶叶上下翻腾，一如芭蕾舞演员在旋转飞舞中高踮起的足尖。音乐悠扬，茶香弥漫，袅袅的水气渺如轻烟。茶之舞，先是热烈而奔放的，卷曲的叶子打着转儿，随水凌空漂浮，晃如月，游若鱼，幻似影。慢慢地，芽叶渐次舒展开来了，天女散花般挥舞着长袖，孔雀开屏样扇动着羽翼，乐声渐止，茶叶浮沉逐渐轻缓了，闲行若定，宛若天上云卷云舒，又似庭前花开花落。

闻着淡淡的茶香，欣赏着茶的舞姿，我早已陶醉在了这杯中的芭蕾，任思绪慢慢飘散开来。吸天地之灵气，采日月之精华的茶，在生命最为灿烂的时候，离开了生命之树。经历了诸多磨难之后，茶叶始终蜷缩的身体宛如正在紧抓着昔日的光阴，而这一切只为能够留住自身的芳香。直到某日与一杯沸水邂逅相遇，经过一番凤凰涅槃般的洗礼，它才得以再次散发出淡雅的气息，用力一吐最后的芬芳。

用自己一生的等待企盼着灵魂瞬间的蜕变，那是一种梦想与现实完美结合的境地。茶经历了春夏秋冬，吸吮了天地精华，也许为的就是这一瞬间的美。那是怎样的一种美？那是一种为了瞬间的精彩而释放全部生命的悲壮之美，那是为了瞬间的与水的自由舞蹈而生发的相知之美，那是为了将一生凝聚的精华尽情展露的大气之美。

茶，几经冲沏，浮浮沉沉，才释放出了她春雨的清幽，夏阳的浓烈，秋霜的冷肃，冬雪的冰洁。这不由得又让我觉得茶不仅仅是一种饮品，它更似草市当中的一个人，平凡地生活在天地间，历经风雨，历尽沧桑。人生如茶，人亦如茶。茶只有经历过沸水的考验才能散发出最美的芬芳，同样，只有那些饱经风霜、历尽磨难的人，一如被沏了一次又一次的酽茶，才能溢出生命和智慧清香。

看着一个个小精灵在水中舞蹈，幻化着山水的宁静和淡泊，诉说着生命的沉重和轻盈。当一切都已成为记忆，无论曾经是欢喜是愤怒还是悲伤，回想起来，那些用真心真情走过的岁月都是嘴角淡淡的微笑、眼中幸福的光芒。其实，只要你细细品位、用心欣赏，杯中的芭蕾何尝不就是生命之芭蕾，寂寞而坚强。

>>上接第43页

青年或犯罪分子。他们好像与伟大祖国三十年波澜壮阔的改革开放没有什么关系，他们失去了与土地的联系，飘荡在城市或城市的边缘，他们活得很卑微很憋屈很无力。

甚至于我、我们，每一个生活在城市的小民，奔走在职场、市场和官场的人，是否也感觉如树先生那样的憋屈和无力？也许，我们都是树先生的变形。

在深圳这个一年四季阳光明媚、鲜花绽放的城市，走在光鲜的街道上，你能经常看到这些像树先生、犀利哥一样精神失常、灵魂出窍的人。

他是谁？

他叫什么名字？

他来自哪里？

他的父母、他的兄弟、他的姐妹、他的子女、他的亲人

在哪里？

他经历了一些什么事情？

他的精神经历了怎样的压力而骤然崩溃？

大道上车流滚滚，人潮汹涌，没有人去理会这些问题。

他们曾经创造了这个城市这个大国崛起的奇迹，并继续创造着这个城市和国家的奇迹。他们像候鸟一样地在城乡之间飞来飞去，直到有一天飞不动了栖息在乡村。对城市而言，他们只是一个外来者，他们的名字叫盲流、农民工。

我们，生活在城市的每个人，我们的政府，可以采取怎样的行动给生活在城镇的农民兄弟、树先生们一些帮助，一点点的关爱？

你看懂了电影《Hello！树先生》了吗？你在城市的街道看见树先生了吗？你有没有对树先生给一声问候，说一声：“Hello！树先生”？

【数字】

23万

中国法学会发布的《中国法治建设年度报告(2012)》指出,过去一年,我国积极拓展律师服务领域,围绕建设小康社会目标任务,深化法律援助便民服务,推进法律援助服务网络建设。目前,中国共有23万名执业律师和1.8万多家律师事务所,1.8万多家基层法律服务机构和7万多名基层法律服务工作者。截至2012年底,共组织办理法律援助案件超过100万件,提供法律咨询568万余人次。

817件

按照《司法解释集中清理工作会议纪要》的部署,就单独和联合制发的现行有效的司法解释、司法解释性质文件以及其他规范性文件,最高人民法院将其中1600件纳入清理范围,其中确定废止715件,修改132件,保留753件。最高人民检察院将452件纳入清理范围,其中确定废止102件,修改55件,保留221件。目前,司法解释集中清理工作已基本完成,两高共废止司法解释817件。

20%

来自全国律师协会的数据显示,截至2011年年底,我国西部地区共有律师4.3万余人,律师事务所4000多家,占全国律师人数和律师事务所总数比例均在20%左右。西部地区存在省份内部发展不平衡,律师都往省会城市、中心城市集聚,律师数量严重不足,业务素质亟待提高,办公条件困难等问题。这些都影响到了律师职能作用的发挥,阻碍了西部地区律师行业的发展,制约着整个律师行业的均衡发展。

【声音】

“对于今后如何避免金陵台和妙高台的强拆悲剧再次发生,政府必须制定一个‘应急条例’,在对历史建筑的认定还没有最终结果时,开发商不能擅自拆迁,否则就应受到处罚。由于我国现行法规处罚过轻,难以制止开发商的粗暴行为。政府应该在罚款之外对开发商进行额外的处罚,政府可以考虑回收地皮。”

——广州大学岭南建筑研究所所长汤国华

【关键词】

“1+1+N”

“1+1+N”是安徽省未成年人保护志愿律师与在未成年人犯管教所服刑期满出所青少年结对帮扶机制,每一名即将出所未成年犯都可获得一张由省“12355”青少年服务台印制的服务联系卡片,出所后,他们可以24小时联系服务台要求指派志愿律师提供帮助。志愿律师将为其提供法律服务、心理咨询、就业推荐等“N”种帮助。此举推动律师力量介入未成年犯出狱后的跟踪帮助和教育工作,促进未成年犯重树信心,融入社会。

青年律师国外培训制度

近年来,上海市黄浦区司法局通过政府公派出的方式,建立青年律师赴国外律师事务所实习培训机制,致力于培养复合型、领军型律师人才,并以此推动律师专业结构和律师行业的转型发展。培训项目经费由政府、律师事务所以及律师三方共同出资,青年律师通过参与国外律师事务所的核心业务活动和高级管理工作,参与法律业务研讨,旁听、观摩谈判和庭审等,掌握国外律师事务所先进管理经验、法律制度和司法实践。

微信律师顾问团

日前,徐州市司法局正式组建“微信平台律师顾问团”。该顾问团由徐州市94家律师事务所推荐的200名执业2年以上的优秀律师组成。该顾问团主要采取在线轮值模式,通过微信捆绑律师个人QQ的方式为群众提供咨询服务;遇到疑难复杂问题,通过律师专属微信群集体论证,形成统一意见向微友作出答复;提供律师顾问团成员的简介和联系方式,拓展了律师提供法律服务的渠道,实现了律师微信在线接单。

“当前的第五轮改革,应以加强法律制度建设为突破口或重点任务。这是基于对我国社会基本矛盾的新认识和对改革所处新阶段的把握。这是在当前条件下解放和发展生产力、使生产力以更高质量发展的内在要求,是市场经济本身成熟程度升级的内在要求,是在改革深水区、攻坚期以法律规范方式有效调节各方面利益关系的内在要求。”

——中国社会科学院学部委员刘树成

【业界前沿】

山东：律师法官一起“充电”

5月23日，山东法官培训学院与山东省律师协会联合举办的山东省涉外商事海事司法实务培训班在济南举办。此次培训旨在提高全省涉外商事海事审判法官和律师的业务水平，并以此为契机努力提升全省涉外商事海事审判的整体水平，主要针对涉外民事关系法律适用法、公司法、三资企业法的理解与适用，国际司法理论及审判实践中的热点难点等问题展开培训。山东省各级法院共70多名法官及380多名律师参加了培训。

青岛：“第一书记”配上法律顾问

青岛市委组织部协调市司法局在全市范围选拔114名优秀律师，为全市92名驻村“第一书记”和22名挂职镇(街)专职副书记及其镇、村无偿提供“一对一”法律服务，助推基层和谐发展。律师将围绕“第一书记”在推动基层组织建设、新型农村社区建设、发展农村经济和维护社会稳定等方面做好相关法律咨询、服务和宣传，为集体决策和日常事务提供法律意见，协助解决涉法问题，提高基层法制意识。

梧州：全市律所均设立法律援助申请受理点

近日，梧州市司法局、市律协在全市20个律师事务所设立法律援助案件受理点，以方便群众申请法律援助服务。群众可直接到受理点提出申请，受理点当场对当事人提出的申请进行初步审查，经报批同意后，受理律师即可按程序为当事人提供法律援助服务。目前，市司法局、市律协已制定系列工作管理制度，规范化管理受理点工作，力求实现“应援尽援”的目标，不断扩大法律援助的覆盖面。

偃师：司法局开“超市” 受援群众可自选律师

近年来，偃师市司法局探索建立法律援助“自选超市”制度。该局将市法律援助中心律师、社会执业律师的信息进行整合梳理，根据其擅长的专业领域，按照刑事辩护、劳动仲裁等业务类别进行分类，建立了偃师市法律援助服务人员信息库，受援对象可以根据自身案件的性质，结合律师擅长的专业领域，在信息库中自选律师，由偃师市法律援助中心与被选律师所在的执业机构进行沟通协调，尽量满足受援人的指名需求。

北海：律师事务所首设妇女儿童法律维权服务站

近日，广西北海市首家在律师事务所设立的妇女儿童法律维权服务站在广西启迪律师事务所正式揭牌运行。这是北海市司法局继设立“法律援助工作站”、“妇女儿童维权岗”之后，与北海市妇联的第三次合作。该服务站将为本市妇女儿童维权提供相关法律法规和政策咨询、代写法律文书、诉讼与非诉讼代理等法律服务和法律援助，并结合工作实际组织开展法制讲座、法律咨询等妇女儿童法制宣传教育活动。

云南：律师会见无时间和次数限制

近日，云南省政法五部门联合出台《关于规范和保障辩护律师依法执业有关问题的规定》（简称《规定》），着力解决刑辩律师在代理案件过程中面临的“会见难”、“阅卷难”等问题。新《规定》已于2013年4月22日完成了所有单位的会签，正在印发全省各级政法部门贯彻执行。新《规定》进一步明确政法各部门保障辩护律师依法行使各项执业权利的职责，其中就律师会见权规定，律师会见不受时间和次数的限制。

中山：开设“法律公益进万家”短信咨询平台

2013年5月，中山市律师协会组建了由120名律师组成的“法律公益进万家”律师团，该律师团通过“法律公益进万家”短信咨询平台，用短信免费为市民解答法律咨询。据了解，中山市民可编辑相关法律问题直接发短信到“法律公益进万家”短信咨询平台，该平台按照时间顺序依次分发给120个子账号，由相应的律师在48小时内回复。截止5月27日17时，已收到2140条咨询短信，回复1384条。

胶州：为村（居）配备包村律师

为提升基层干部群众的法律素质和依法行政、民主管理的水平，胶州市为所辖的887个村(居)配备了包村律师，平均每10个村就有1名律师。包村律师平时为村庄发展提供免费的法律支持和服务，从法律层面对村庄的重要事务进行事前把关，并及时化解排除村民间的矛盾纠纷。胶州市实施包村律师制度后，胶州各村(居)未出现任何集体越级上访事件，无民转刑案件，98%以上的矛盾纠纷得以就地化解。

1

市律协与盐田、福田法院交流



5月中下旬，市律协会长张勇，监事长张善华，副会长蔺晓青、林昌炽一行赴盐田、福田法院进行工作交流，就律师与法官建立常态工作联络机制，开辟律师“绿色通道”，进一步推进法律职业共同体建设等事项达成共识。

在与盐田法院的交流中，卢成燕院长简要介绍了该院在建立科学的审判工作机制，推进法官职业化改革，信息化建设等方面的工作情况，并充分肯定了我市律师作为高素质的法律人才，在推进社会公平正义，保证司法公正方面发挥的重要作用，今后盐田区人民法院将推进同深圳市律师协会间工作交流，促使交流机制化、常态化。张勇会长表示希望双方在推进司法改革、建立创新工作模式、推进法律职业共同体等方面共同努力，为把深圳建设成为一流的法治城市做出贡献。

福田法院院长胡鹰接待我会一行时指出，律师与法官的沟通交流应当形成常态机制，律师在促进社会和谐稳定方面做出了不懈努力，树立律师的尊荣感，是法治社会的必然要求。张勇会长简要介绍了我在推进法律职业共同体建设、我市律师参与社会管理等方面的情况，并希望双方不断深化务实合作，特别在推进法律职业共同体建设方面迈出新的步伐。胡鹰院长还对福田法院在实行司法改革，推进审判长负责制方面的工作情况进行了介绍。

2

深圳探索建立律师异地维权联动机制

2013年6月3日，市律协会长张勇、副会长蔺晓青、理事马学平、郑马等一行赴山西省及太原市律师协会进行工作交流。

山西省律师协会会长李飞、秘书长李原生，太原市司法局党组书记、局长杨万生，太原市律师协会会长刘自国、副会长王志萍对我会的到访表示欢迎，分别介绍了山西律师参政议政、为农民工及未成年人等弱势群体提供公益法律援助服务等服务本省经济、社会发展的工作情况以及个人律师事务所的发展问题和工作机制。

张勇会长一行感谢山西省律协、太原市律协的热情接待，并向两地律协介绍了深圳律师在推进“法律职业共同体”建设、实习人员考核管理、制定律师税收工作指引、律师诚信档案建立、筹建深圳律师学院、律师执业权益保障以及为律师提供健康保障服务等方面的工作情况。

双方在座谈中就建立深圳、太原两地律协维权工作机制达成初步共识。根据这一共识，深圳律师在太原或太原律师在深圳执业期间，如律师合法遇权利受到侵害，可拨打当地律协的电话求助。

此次交流搭建了我会与山西省和太原市律协沟通的平台，对推进律师行业建设具有积极意义。

3

市律协保障律师执业权益再推新举措

八届律协始终将维权工作视为重点工作之一。日前，我在保障律师执业权益工作方面再推新举措。

一是推动在福田、盐田法院开辟“绿色通道”。我会将推动全市公检法等与律师执业权益相关的部门为律师开辟“绿色通道”，推出律师“一卡通”，实现律师刷卡自助登记，提高律师办案效率，完善律师行业信息化体系。上述措施已经得到福田区、盐田区人民法院的支持，目前，市律协正与上述法院及相关单位就细节问题进行磋商。此举不仅是市律协为广大律师办实事、赢得行业尊严的体现，也是加强我会与公检法机构沟通联系、保障律师权益，提升律师行业社会地位，推动法律职业共同体建设的重要举措。

二是筹划购买重大疾病保险，为广大会员谋福祉。我会成立谈判工作小组，由会长团队主抓此项工作。谈判工作小组将与保险公司就投保具体事宜进行协商，并形成最终方案。此方案将充分体现会费“取之于会员，用之于会员”的原则，进一步增强律师行业的归属感、凝聚力和风险防范能力，提升深圳律师行业整体福利水平。

4

《深圳经济特区律师条例》要为全国律师业探路

1995年获得通过的《深圳经济特区律师条例》（以下简称“《条例》”）是我国首部律师法规，不仅开创了我国律师制度的立法先河，也为《中华人民共和国律师法》的立法奠定了基础。八届律协启动了《条例》第三次修改工作，力求与律师法、刑事诉讼法相衔接，以更好地适应新形势的发展。

5月6日，市律协邀请中国政法大学教授王进喜讲授我国律师制度沿革及改革进程，并与《条例》修改小组成员探讨具体修改工作。王进喜教授结合国外律师行业管理经验，我国律师法及律师执业行为规范等相关规定，向与会律师介绍了我国律师制度的历史沿革，并就律师协会的

性质定位、律师事务所管理、律师执业权利与义务及“法律职业共同体”的构建等内容与大家进行了交流，还提出《条例》修改内容应与新颁布的刑事诉讼法等相关法律法规相适应、体现权利人受侵害时救济途径的内容、完善相关惩处措施等建议。

5月15日，市律协邀请社会领域人大代表、政协委员、学者、媒体和社会机构代表共话律师社会形象，并就《条例》修改工作听取真知灼见。与会人员提出，《条例》修改要充分运用特区立法权，既要切合深圳实际，又要具有前瞻眼光，承担起未来引领全国律师业发展的重任，并提出要将律师业定位为非营利性行业，提升社会地位和公信力，增加社会对律师职业的认同感；推动相关部门增加在立法、任免法官中引入律师意见的规定，提升律师行业的社会地位等建议。

5

八名志愿律师再赴西部开展“1+1”法律援助工作

7月中旬，我市志愿律师严世勇、金峰、贵铸、黄庆春、刘运坤、刘雪坛、范国伟、张平分别奔赴山西、广西、

云南、海南、甘肃、新疆、宁夏开展为期1-2年的法律援助工作。市律协会会长张勇、副会长蔺晓青，市司法局律师公证管理处副处长杨少彬等为志愿律师送行。

张勇会长、蔺晓青副会长表示，2012年我市5名志愿律师参与了法律援助工作，得到了当地司法行政机关及群众的肯定和司法部、省司法厅、市司法局的赞扬。市律协将全力做好后勤保障工作，使志愿律师免除后顾之忧，将深圳律师乐于奉献的精神和优质的服务带到服务地去。

杨少彬副处长代表市司法局表示，“1+1”中国法律援助志愿者行动是一项利国、利民的民生工程，希望志愿律师继续发扬深圳律师务实奉献的精神，发挥专业特长，做好法律援助工作，为“1+1”中国法律援助志愿者行动增光添彩。

志愿律师为能够到祖国边远地区服务当地群众感到光荣，表示将不辱使命，克服困难，认真工作，竭尽全力提供优质法律服务，展现深圳律师的专业形象和良好风貌。

6

我市152名律师参与第十届省律协行业管理事务

6月上旬，第十届广东省律师协会各委员会组成人员名单公布。我市152名律师凭借优秀的执业素养和良好的执业形象，在各工作委员会、专业委员会竞选中表现突出，任职人数达到省律协各委员会总人数的近七分之一。

省律协于今年1月至4月开展了各委员会换届工作，经过组织报名、审核、竞选演讲和会长办公会、常务理事会议研究表决等程序，目前已确定工作委员会18个，委员484人，其中我市律师77人；专业委员会19个，委员620人，其中我市律师105人，有30名律师同时在工作委员会和专

业委员会中任职。各工作委员会、专业委员会将结合广东律师行业发展的需求，组织开展理论研究和业务交流活动，起草与律师有关的业务规范等工作。

长期以来，深圳律师大力弘扬改革创新精神，秉承执业为民的理念，在参与社会管理创新、维护社会和谐稳定、维护宪法和法律的正确实施等方面做出突出贡献，在开拓前海法律服务、构建法律职业共同体建设、创新实习人员考核机制、培养行业领军人物、参与“1+1”中国法律援助志愿者行动等各项行业重点工作进行积极探索。此次百余名律师当选省律协各工作委员会、专业委员会委员，彰显了我市律师的良好执业精神和专业素养，为我市律师参与全省行业管理、助推行业发展搭建了更广阔的平台。

四颂黄山

文 广东深天正律师事务所 刘砺律师

黄山云

乳海乍涨意正浓
尘世已然隔九重
蓬莱三山身宛在
依稀天庭似梦中

黄山石

柱擎东南气自横
万世不言格天成
宇内磐岩若有级
一品黄山此论公

黄山松

壁上峰头笑迎风
扎根偏爱巉岩中
看惯崔嵬无天险
云雾雨雪自从容

黄 山

云海怪石耸奇松
青峰蕴育温泉涌
钟灵毓秀天然画
鬼神泣惊造化功



