



October 2015.第3期

总第48期

杭州律师

Hangzhou lawyer 《杭州律师》

June 2015.第3期 总第48期

杭州市律师协会
HANGZHOU
LAWYERS ASSOCIATION

- IP 01** 依法保障执业权利 切实维护
规范执业行为 充分发挥
律师队伍在全面依法治
国中的重要作用
- IP 05** 杭州律协党委开展项目
党建创新活动 探索两
新组织党建新模式
- IP 10** 杭州市律协迎来浙江律
师论坛丰收年

《西湖秋韵》
摄浙江天册律师事务所 王立新





卷首语

The journal of hangzhou Lawyers association



做一名政治坚定 法律精通 维护正义 恪守诚信的律师

杭州市律师协会党委副书记 赵卫

2015年8月20至21日,由最高法、最高检、公安部、司法部联合召开的全国律师工作会议规模之大、规格之高、内容之实可谓前所未有,引起全国律师界的强烈反响、广泛赞誉和热烈拥护。无论是孟建柱书记的讲话,还是公检法司“四长”的讲话,内容都很丰富,很深刻,有许多新的提法、新的思想。

孟建柱书记在讲话中深刻阐述了新形势下律师事业改革发展的重要性,充分肯定了律师工作和律师队伍建设取得的成绩,深刻阐述了构建司法人员和律师的新型关系、保障律师执业权利、加强律师执业规范和管理、加强律师队伍建设、充分发挥律师队伍在全面依法治国中的重要作用等事关律师事业发展的一系列重大理论和实践问题,明确提出了当前和今后一个时期律师工作改革发展的主要任务,对进一步做好律师工作具有重要指导意义。

孟建柱书记的讲话首先明确了律师的政治属性,突出强调了律师的人民性。孟建柱书记强调,律师要提高政治素质,坚持正确的政治方向,把拥护中国共产党的领导、拥护社会主义法治作为从业的基本要求,增强走中国特色社会主义法治道路的自觉性和坚定性。其次,阐述了律师的法律属性,指出:司法人员和律师的角色定位、职责分工不同,但都是社会主义法治工作队伍的重要组成部分,都承担着维护当事人合法权益、保障法律正确实施、促进社会公平正义的使命。在谈到充分保障律师执业权利、为律师执业创造更好环境时指出:律师与当事人是代理与被代理的关系,其执业权利是当事人权利的延伸。这一论断揭示出了律师的职业属性,即律师的权利来源于当事人委托,是“私权”的代表。最后孟建柱书记强调了律师执业的公共性和专业性,指出:律师执业是否规范,不仅影响律师行业的整体形象,而且影响公众对法治的信仰,对社会公平正义的信心。为此,孟建柱书记语重心长地对律师提出了“要遵守宪法法律、忠于事实真相、严守职业纪律、坚持谨言慎行。”和“提高政治素质,提高专业水平,提高职业操守。”以及“发挥好现行法律规定的专业优势,相对客观处理法律事物的职业优势,立足经济社会生活的实践优势。”的要求,一句话就是要做一名政治坚定、法律精通、维护正义、恪守诚信的律师。

的确,相对于会计师、税务师、评估师等中介服务业,律师作为法律职业共同体的一员,所提供的法律服务带有一定的政治属性,作为社会主义国家的律师,在执业中首先必须坚持党的领导,维护宪法法律的尊严,为推进依法治国和构建和谐社会发挥重要作用。

总体讲,我市广大律师能够自觉拥护党的领导和社会主义法治,自觉做到依法、规范、诚信执业,在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、维护社会和谐稳定方面发挥了重要作用,为杭州经济社会发展、法治杭州和平安杭州建设做出了积极贡献,赢得了党委政府和人民群众的充分信任和肯定,但确实也存在一些问题或不足:有的律师对社会主义法治理念和律师的政治属性,在认识上还有偏差或模糊;个别律师不讲政治纪律,不分场合随意发表一些过激不当或不实言论,影响了律师形象;有的律师在执业中纪律和诚信意识不强,违反执业纪律和职业操守,造成了不良影响;有的律师工作不尽职、服务不尽责,损害了当事人合法权益等等,因此,建设一支政治强、素质高、守纪律、讲诚信的律师队伍,依然任重道远。

这次会议,可谓是一次弘扬改革精神、推动律师工作发展的具有全局性、开创性意义的会议,充分体现了中央对律师工作的高度重视和对广大律师的亲切关怀,对于进一步加强律师工作,改革完善律师制度,推进律师事业发展,具有重大而深远的意义。因此,无论是专职律师还是兼职律师,社会律师还是公司、公职律师,都应认真学习、深刻领会其精神实质,并在执业生涯中真正做到政治坚定、法律精通、维护正义、恪守诚信。■



www.hzlawyer.net

《杭州律师》

编委会

主办单位：中共杭州市律协党委
杭州市律师协会

主任：徐前
副主任：沈田丰 赵卫
委员：史建兵 陈生有 金伟文 赵婷
柯直 王欣
沈海鸥

主编：史建兵
执行主编：赵婷
责任编辑：陈晓菁 邹艺楠



地址：杭州市凤起东路207号中豪五福天地B座1号楼10楼
邮编：310020
电话：86+571+87555128 87555129
传真：86+571+87555120
电子杂志：http://www.hzlawyer.net
电子信箱：hzlxwb@hzlawyer.net

卷首语：

做一名政治坚定 法律精通
维护正义 恪守诚信的律师 —— 杭州市律师协会党委副书记 赵卫

01 杭城律政

- 01.依法保障执业权利 切实规范执业行为
充分发挥律师队伍在全面依法治国中的重要作用
—— 中央政法委书记孟建柱在全国律师工作会议上讲话
- 03.律师执业权利是当事人权利延伸—— 浙江天册律师事务所 章靖忠
- 04.法律职业共同体的新起点—— 浙江金道律师事务所 胡祥甫

02 党团建设

- 05.杭州律协党委开展项目党建创新活动 探索两新组织党建新模式

03 律坛论剑

- 08.律坛论剑 创新超越—— 杭州市律协迎来浙江律师论坛丰收年
- 09.外商投资之国家安全审查制度比较(节选)
—— 以中美外资国家安审制度比较为主要视角
浙江天册律师事务所 王立新 郑怡
- 11.影视字幕组著作权侵权探析 —— 字幕组网站关闭引发的思考
浙江六和律师事务所 黄伟源 卢飞燕

04 专委视窗

- 13.留用地项目政策适用·纠纷处理·制度创新主题沙龙会议综述(下)

05 新星闪烁

- 19.刑辩新苗 初沐春雨—— 浙江靖霖律师事务所 倪雨苗
- 21.以梦为马, 莫负韶华—— 一个实习律师的点滴感悟
—— 浙江浙元律师事务所 方晨曦

Contents

06 实务研究

- 22.作为规避手段的商品房预租赁合同若干法律问题
—— 上海锦天城(杭州)律师事务所 唐国华 何蕴洁
- 27.海上危险货物运输托运人告知义务研究
—— 浙江五联律师事务所 沈文文 刘琼

07 传道授业

- 33.中国涉外律师“领军人才”的全球思维
—— 浙江金道律师事务所 崔海燕

08 朝花夕拾

- 35.一个年轻律师眼中的律师职业
—— 浙江赞程律师事务所 徐翔

09 业内动态

- 封面、封底图片提供：浙江天册律师事务所 王立新
目录图片提供：浙江六和律师事务所 赵箭冰



依法保障执业权利 切实规范执业行为 充分发挥律师队伍在全面依法治国中的重要作用

——中央政法委书记孟建柱在全国律师工作会议上讲话



中共中央政治局委员、中央政法委书记孟建柱8月20日在全国律师工作会议上指出，律师制度是一个国家法律制度的重要组成部分，是法治文明进步的重要标志。要深入贯彻习近平总书记系列重要讲话精神，依法保障律师执业权利，进一步规范律师执业行为，深化律师制度改革，加强律师队伍建设，充分发挥律师在全面依法治国中的重要作用。

孟建柱指出，我们党高度重视律师工作，支持律师队伍在社会主义民主法治建设中发挥积极作用。党的十八大以来，党中央进一步明确了律师队伍的地位和作用，对律师工作和队伍建设提出了新的更高要求。习近平总书记明确指出，律师队伍是依法治国的一支重要力量，要求切实加强律师工作和律师队伍建设。十八届三中、四中全会对改革完善律师制度提出了明确要求。在党中央正确领导下，经过不懈努力，我国律师队伍不断壮大，律师作用有效发挥，律师制度日趋完善，全社会对律师作用的认识有了进一步提高。目前，全国律师达到27万多人，每年办理诉讼案件280多万件，办理非诉讼法律事务近100万件，办理法律援助案件36万件，提供公益法律服务230多万件次，担任法律顾问50多万家，涌现出一大批优秀律师和优秀律师事务所。实践证明，我国律师队伍主流是好的，是一支党和人民

可以信赖的队伍。

孟建柱指出，在建设社会主义法治国家的历史进程中，律师事业面临前所未有的发展机遇，律师职业大有作为。各地区各有关部门要深刻认识新形势下律师事业改革发展的重要性，高度重视、大力支持律师队伍在全面依法治国中发挥积极作用。广大律师要发挥熟悉现行法律规定的专业优势、相对客观处理法律事务的职业优势、立足经济社会生活的实践优势，为全面依法治国作出新的更大贡献。

孟建柱指出，司法人员和律师的角色定位、职责分工虽然不同，但都是社会主义法治工作队伍的重要组成部分。律师对法官的尊重程度，体现了一个国家的法治发达程度；法官对律师的尊重程度，体现了一个国家的司法公正程度。要积极构建司法人员和律师的新型关系，共同促进社会主义法治文明进步。一是要彼此尊重、平等相待。司法人员要率先放下“官”的架子，把律师真正作为与自己平等的同行，尊重他们的人格和权利；律师要自觉维护司法人员在依法履职中的尊严，自觉遵守司法秩序。二是要相互支持、相互监督。律师依法在诉讼每一个环节上较真、在案件每一个细节上挑毛病，有利于司法人员的认识更符合事情的本来面目。司法人员要认真听取律师的辩护、代理意见，促进司法公正；律师要充分利用专业知识和了解当事人真实情况的优势，提出符合事实、于法有据的证据材料和意见。三是要正当交往、良性互动。司法人员和律师职业的天然联系，决定了两者之间既不能搞简单的物理隔离，也不能搞庸俗关系学，更不能勾肩搭背、搞利益输送。要严格遵守《关于进一步规范司法人员与当事人、律师、特殊关系人、中介组织接触交往行为的若干规定》以及司法人员、律师职业道德和行为规范，重品行、讲操守、守规矩，坚守做人、处事、交友的底线，自觉做法律和正义的守护者。各级政法机关和律师协会要进一步完善司法人员和律师职业行为规范，为构建新型关系提供制度保障。

孟建柱指出，律师执业权利是当事人权利的延伸，律师执业权利的保障程度，关系到当事人合法权益能否得到

有效维护，关系到律师作用能否得到有效发挥，关系到司法制度能否得到完善和发展。各级政法机关要深入查找、解决在保障律师执业权利方面存在的突出问题，依法充分保障律师执业权利，为律师执业创造更好环境。要抓紧建立健全侦查、起诉、审判各环节重视律师辩护、代理意见的工作机制，把法律已规定的律师在辩护、代理中所享有的知情权、申请权、会见通信权、阅卷权、收集证据权和庭审中质证权、辩论辩护权等执业权利落实到位。在审判阶段，法官要懂得事不辩不清、理不辩不明的道理，对律师在法庭上就本案事实认定和法律适用的正常发问、质证和发表的辩护、代理意见，要充分尊重，不能随意打断。要进一步增强服务意识，总结推广上海等地利用现代信息技术方便律师参与诉讼等做法，完善诉讼服务中心、立案大厅和律师会见室、阅卷室、休息室、专门通道等接待服务设施，建立网络信息系统和律师服务平台，探索推行律师网上立案、办案，方便律师参与诉讼事务，提高办案质量、效率和公信力。各级政法机关和律师协会要建立完善救济机制，认真履行职责，确保侵犯律师执业权利的行为能够得到及时纠正。律师协会作为广大律师的“娘家”，要在保障律师执业权利上主动作为，做到哪里的律师合法权利受到侵犯，哪里的律师协会就率先站出来。要推动完善相关法律规定，努力使律师执业权利随着经济社会发展、民主法治进步而逐步完善发展。

孟建柱说，律师以法为业、以律为师，其执业行为是否规范，不仅影响律师职业的整体形象，而且影响公众对法治的信仰、对社会公平正义的信心。要切实加强律师执业的规范和管理，在全社会树立律师队伍依法执业的良好形象。广大律师要遵守宪法法律，从内心深入信仰法治，自觉拥护宪法确立的根本政治制度；要忠于事实真相，履行辩护、代理职责坚持用事实说话、以证据服人；要严守执业纪律，守住律师职业的底线和红线，遵守法庭、仲裁庭纪律，严守执业中知悉的国家秘密、商业秘密，保护当事人隐私；要坚持谨言慎行，依法、客观、公正、审慎发表涉及案件的公开言论，不能进行误导性宣传、评论，更不能肆意炒作案件。律师事务所要加强对本所律师执业活动的日常管理，律师协会要履行好行业自律管理职能，司法行政机关要切实履行行政管理职责，严肃查处律师违法违规执业行为，维护整个律师行业声誉和广大律师整体利益。

孟建柱强调，新形势下，促进律师事业健康发展，最根本的是要建设一支政治坚定、精通法律、维护正义、恪守诚信的律师队伍。广大律师要提高政治素质，坚持正确的政治方向，把拥护中国共产党领导、拥护社会主义法治作为从业的基本要求，增强走中国特色社会主义法治道路



的自觉性坚定性。要提高专业水平，不断更新知识结构，提高辩护、代理能力，努力成为法律服务的行家里手。要提高职业操守，加强以忠诚、为民、法治、正义、诚信、敬业为主要内容的职业道德修养，树立正确的职业观、价值观，依法诚信公正执业，自觉履行社会责任，做良好社会风尚的引领者。

孟建柱强调，深化律师制度改革，完善中国特色社会主义律师制度，是律师事业健康发展的制度保障。要抓住制约律师事业健康发展的突出问题，以进一步保障律师执业权利、规范律师执业行为为重点，加大改革力度，完善律师法等法律制度，为律师队伍在全面依法治国中更好地发挥作用提供制度保障。

孟建柱指出，司法行政机关行政管理和律师协会行业自律“两结合”的律师工作管理体制，是我国的特色和优势，是律师事业健康发展的体制保障。司法行政机关要研究把握律师工作规律，坚持保障执业权利和规范执业行为并重，提高依法管理、科学管理水平。要加强律师行业党的建设，发挥好律师事务所党组织的政治核心作用和党员律师的先锋模范作用。要从思想政治上关心、工作生活上关爱广大律师，多为他们办实事、解难事。要切实加强律师协会建设，支持、指导律师协会依法依规开展工作。律师协会作为律师的行业自律组织，要发挥好党和政府联系广大律师的桥梁、纽带作用，履行好促进行业建设、指导业务发展、维护行业权益、加强行业监督等职责，提高行业自律管理能力。要加大对律师工作的宣传力度，大力表彰优秀律师、优秀律师事务所，激励广大律师在社会主义法治国家建设中建功立业。

国务委员、中央政法委员会副书记、公安部副部长郭声琨，最高人民法院院长周强，最高人民检察院检察长曹建明出席会议并讲话。中央政法委员会汪永清、耿惠昌、杜金才、陈训秋出席会议。司法部部长吴爱英主持会议。

(来源：司法部网站)

律师执业权利是当事人权利延伸

文/浙江天册律师事务所 章靖忠



最近，由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合召开的全国律师工作会议，引起了全国律师界的强烈反响和广泛热议。之所以会有这样的轰动效应，概因这次会议异乎寻常。不寻常之一，会议由中央政法委统筹，公检法司联合召开，这在中国律师事业发展史上还是第一次；不寻常之二，中央政法委委员，各省、市、自治区政法委、公检法司、律协领导以及律师界代表、专家学者齐出席，规模之大前所未有；不寻常之三，不仅孟建柱书记作了重要讲话，公检法司一把手一起发声，声势之大前所未有；不寻常之四，会议以问题为导向，围绕保障规范、建设、改革，解决律师们高度关注、迫切希望解决的老问题、新问题，针对性、时代性都很强。因此，把这次会议称之为具有全局性、开创性意义的重要会议，或者是在中国律师史上具有里程碑意义的大会，恰如其分。本人作为特邀代表，有幸参加了这次盛会，亲身感受到了中央对律师工作的高度重视和对广大律师的亲切关怀，不仅有感动，有感悟，更有感奋。

这次会议，特别是孟建柱书记的讲话，全面、深刻、准确地阐述了律师的职业属性。孟书记的讲话，首先明确了律师的政治属性。与旧的律师制度不同，新中国探索建立的是为大多数人民服务的人民律师制度，突出强调了律师的人民性。其次，孟书记阐述了律师的法律属性，孟书记在讲话中指出：“司法人员和律师的角色定位、职责分工不同，但都是社会主义法治工作队伍的重要组成部分，都承担着维护当事人合法权益、保障法律正确实施、促进社会公平正义的使命。”这就进一步明确了律师和法官、检察官都是平等的法律共同体的成员，不存在体制内、体制外的区别。在谈到充分保障律师执业权利，为律师执业创造更好环境时，孟书记指出：“律师与当事人是代理与被代理的关系，其执业权利是当事人权利的延伸。”这一论断揭示了律师的职业属性，即律师的权利来源于当事人委

托，是“私权”的代表。最后，孟书记强调了律师职业的公共性和专业性。孟书记指出：“律师执业行为是否规范，不仅影响律师职业的整体形象，而且影响公众对法治的信仰，对社会公平正义的信心。”从这一点出发，孟书记对律师提出了四条要求，即遵守宪法和法律，忠于事实真相，严守执业纪律，坚持谨言慎行。“三个提高”，提高政治素质，提高专业水平，提高职业操守。“三个优势”，发挥好熟悉现行法律规定的专业优势，相对客观处理法律事务的职业优势，立足经济社会生活的实践优势。

无论是孟书记的讲话，还是公检法司“四长”的讲话，内涵都很丰富，很深刻，有许多新的提法、新的思想。其中，切中要害的是如何看待律师的执业权利。从律师制度产生的本源来看，设立律师制度就是为了更加有效地保障私权，更好地制衡公权，以达到公私权利的平衡。律师执业权利是当事人权利的延伸，准确地反映了保障律师执业权利的重要性所在，准确反映了律师权利的本质意义。律师的代理权和辩护权均来自于当事人的委托，无委托无权利。当前，律师执业环境不断改善，但对律师执业权利的保障还不够充分，侵犯和损害律师执业权利的情况时有发生。对律师执业权利的漠视或者损害，表面上看，侵犯和损害的是律师权利，其实最终的受害者是当事人，流失的是当事人的合法权益，以及当事人对法律的信仰和对社会的信任。正如孟书记指出的那样，“律师执业权利的保障程度，关系到当事人合法权益能否得到有效的维护，关系到律师作用能否得到有效发挥，关系到司法制度能否得到完善和发展。”因此，各级政法机关都应当树立这样一个意识，尊重和保障律师的执业权利，就是尊重和保障公民的基本人权。要按照孟书记的要求，从事关全面依法治国大局的高度，深刻认识保障律师执业权利的重要性，深入查找、解决在保障律师执业权利方面存在的突出问题，让律师执业权利真正能依法全面落实到位。

法律职业共同体的新起点

文/浙江金道律师事务所 胡祥甫



2015年8月20日至21日，笔者很荣幸地赴京参加全国律师工作会议。此次会议由最高法、最高检、公安部、司法部联合召开，这样高规格的盛会在我国律师事业发展史上尚属首次。同时，由法、检、公、司联合召开全国律师工作会议的组织形式本身即表明了，由法官、检察官、律师等具有共同的知识、语言、思维、认同、理想、目标、风格、气质的法律工作者组成的法律职业共同体，将迈向一个崭新的起点！

虽然律师不属于传统观念里“体制内”的职业，但是律师制度是司法制度的组成部分，而司法制度又是政治制度的一部分，这就决定了律师制度的政治属性。中共中央政治局委员、中央政法委书记孟建柱在会上强调，律师要提高政治素质，坚持正确的政治方向，把拥护中国共产党领导、拥护社会主义法治作为从业的基本要求，增强走中国特色社会主义法治道路的自觉性坚定性。这是中共中央要求广大律师在思想上正确认识并坚持党的领导，要求律师把社会主义法治理念作为律师的执业宗旨。在这一点上，律师的执业理念与法官、检察官、警察等其他法律职业共同体成员是一致的，法律职业共同体中的所有成员在政治上都应互相认同。

不久前，公安部指挥多地公安机关摧毁一个以北京市锋锐律师事务所为平台，少数律师、推手、“访民”相互勾连、滋事扰序的涉嫌重大犯罪团伙。这次事件提醒了广大律师，律师制度的政治属性决定了其属于上层建筑的范畴。不同于会计师、税务师、评估师等中介业务，律师提供的法律服务必须对很多问题的合法性作出判断，这就带有一定的政治属性，所以作为社会主义国家的律师，我们在执业活动中必须切实维护党和政府的权威，维护宪法和法律的尊严，为构建和谐社会作出应有的贡献。

孟建柱强调，司法人员和律师的角色定位虽然不同，但都承担着维护当事人合法权益、保障法律正确实施、促进社会公平正义的使命。而法庭即是司法人员和律师共同搭建的舞台，大家都应尽心、尽职地扮演好各自专业的角色，使人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平正义。

针对长久以来不少法官在法庭上不尊重律师的情况，

孟建柱在会上要求广大司法人员要率先放下“官”的架子，把律师真正作为与自己平等的同行，尊重律师的人格和权利，不能嘲讽、训斥律师，不能对律师在法庭上就本案事实认定和法律适用的正常发问、质证和发表的辩护、代理意见随意打断或制止，不能对律师提出的正当申请、合理意见置之不理，不能对律师采取歧视性安检等措施。同时，律师要自觉维护司法人员在依法履职中的尊严，自觉遵守司法秩序，不能不服从司法机关的正常安排，不能不服从司法人员对自己违规行为的劝阻，更不能诋毁、谩骂甚至侮辱、诽谤司法人员。

和谐的法律职业共同体是全面推进依法治国的题中之义。法律职业共同体的和谐关系，既表现在工作方式的互动上，也体现在职业的互通上。

在工作方式的互动上，浙江省的法、检、公、司系统做出了大量的努力。自2009年起，省高院每年走访省律协，良性互动已呈常态化、制度化。省法官协会与省律师协会共同签署了《关于建立法官与律师良性互动机制的意见》，为全面构建良性互动机制奠定了基础。2014年1月，省高院、省检察院、公安厅、司法厅联合下发《关于刑事诉讼中充分保障律师执业权利的若干规定》，重视发挥辩护律师的作用，共同防范刑事冤假错案。今年6月，开通“浙江法院律师服务平台”，为全省1160余家律师事务所1.4万余名律师提供了实用性强、操作简便的在线工作平台。

同时，在职业的互通上，党的十八届四中全会提出“建立从符合条件的律师、法学专家中招录立法工作者、法官、检察官制度”，这实际上是提出了从法律职业共同体中选拔法官和检察官的机制，从而推进司法队伍的职业化、专业化。在这点上，上海走在了前列。去年年底，上海市法官、检察官遴选（惩戒）委员会成立，其职能包括从律师、学者等法律职业人才中公开选任法官、检察官。今年，上海有一名律师成功当选为市二中院三级高级法官。

律师事业是一项正在发展、充满希望的事业，关系全面依法治国大局。所以，我们广大律师要坚持中国共产党的领导，拼搏进取，探索实践，为早日实现“中国梦”而不懈努力。

杭州律协党委开展项目党建创新活动 探索两新组织党建新模式

如何实现律师业基层党组织从“有形覆盖”到“有效覆盖”、“有力覆盖”的转型升级?如何更加有力地服务于党和政府的工作大局?如何在法治杭州和依法治国战略布局中引领律师业的发展?从2014年上半年开始,杭州律协党委开始探索杭州律师业项目党建创新模式,在党建创新实践中回答了这些律师业发展中的重大问题。

什么是项目党建?

依托产品项目,构建两新组织党建新模式。

项目党建,是指在律师法律服务专业化、团队化和产品化建设过程中,依托一个法律服务产品项目,在党组织关系不变的情况下,由律师协会党委牵头,组织多家党支部组成临时基层项目党组织,把党的基层组织建设与律师专业实务紧密结合起来,并使之在法律服务产品项目研发和推广中发挥党组织的核心组织职能的党建创新活动。

项目党建目标是什么?

服务大局,打造杭州律师业项目党建金名片。

杭州律师业项目党建创新的总体目标是:通过项目党建创新,发挥党组织在推进依法治国战略中的全面统筹和领导核心作用,实现律师业党建工作从“有形覆盖”向“有效覆盖”、“有力覆盖”的全面深化和转型升级,更加有效地推动杭州律师业法律服务专业化、团队化和产品化进程,更加精准地适应和开拓法律服务市场,更加有力地服务于党和政府工作大局,把“项目党建”打造成杭州、浙江乃至全国律师业的一张金名片。

为什么开展项目党建?

结合两个优势,解决党建与业务“两张皮”现象。

当前,律师业正处于机遇与挑战并存的发展关键时期。一方面,党的十八届三中、四中全会分别作出全面深化改革和依法治国战略决策,杭州市委提出“法治杭州”大政方针,律师业获得了难得的发展机遇。另一方面,律师业因从业律师个体性强,法律服务专业化、产品化和团队化遭遇瓶颈,党建工作面临基层党组织与律师业务呈现“两张皮”现象和引领律师业发展后劲不足等诸多挑战。

杭州律协党委认为,在机遇和挑战面前,找准着力点,才能精准发力,抓住机遇,化解挑战,求得发展实效。项目党建可以发挥律师专业优势和党组织优势,并把两个优势结

合起来,就是党建创新的一个精准发力点。项目党建的意义在于四个“有利于”:

◎有利于完善基层党组织的组织方式,引导律师业体制和机制创新,促进律师业发展方式朝着更加健康的方向发展;

◎有利于完善基层党组织的网络覆盖机制,使基层党组织有弹性地适应律师业发展;

◎有利于完善基层党组织的组织依托,解决基层党组织与律师业务“两张皮”现象,构建两新行业党组织政治职能与专业职能“两位一体”新模式;

◎有利于完善基层党组织的组织职能,有效解决当前两新组织基层党组织一定程度上存在的职能弱化和虚化问题,强化党对律师业发展和法治工作的统筹领导。

如何开展项目党建?

抓住八个“落实”,构建形实兼备的项目党建架构。

◎落实组织,成立了“中共杭州市律师协会项目党建创新领导小组”,并以浙江浙联律师事务所党支部为牵头支部,组织12家大型律师事务所党支部组成“中共杭州市律师协会企业法律服务项目党总支”。



◎落实项目,以浙江浙联律师事务所主任、党支部书记陆云良律师全国首创的CAM企业法律服务新产品为依托项目,把党建工作与律师专业实务有机结合起来。

◎落实经费,在浙江浙联律师事务所投入产品项目研发经费的基础上,律协党委和司法局行政给予项目党建必要的经费支持。

◎落实人才,围绕CAM法律服务新产品,制订和实施党

员律师培训计划,为项目党建培养适用人才,形成以党员律师为骨干的CAM企业法律服务公益律师团队。

◎落实平台,充分发挥项目党组织的组织功能,与省内多家行业协会、商会及杭州市工商联和杭州市工商局等开展律企、律政合作,为法律服务新产品推进企业搭建平台,并以“CAM+”模式(CAM+行业, CAM+专业, CAM+顾问, CAM+课件)对接企业法律服务需求。

◎落实宣传,在充分展示项目党建和法律服务产品项目价值的前提下,争取新闻媒体的检视与支持。

◎落实制度,制订《中共杭州市律师协会企业法律服务项目党总支工作规范》,从制度上确保项目党建创新规范有序开展,并逐步形成项目党建的制度模式。

◎落实理论,专门设立“杭州律师业项目党建创新课题研究组”,就项目党建创新进行专题全程跟踪研究,及时将项目党建经验上升到理论高度,为项目党建创新提供理论支持,并为全省乃至全国律师业提供可复制的项目党建创新理论模式。

取得哪些实效?

激发四个“效应”,项目党建金名片显雏形。

一、律师界的“投石效应”

◎事务所党支部积极加入项目党建创新活动。除目前12家大中型律师事务所党支部积极投入项目党建创新活动外,现在至少又有近20家知名律师事务所党支部由观望态度转变为强烈要求参加项目党建创新活动。

◎司法行政和律协领导高度评价。浙江省司法厅厅长赵光君和全国律协副秘书长李海伟在杭州调研时充分肯定项目党建创意和已取得的成绩,浙江省律师协会名誉会长章靖忠明确肯定CAM产品“很不错,要好好研发和推广!”浙江省律师协会会长郑金都从2014年上半年起,就对CAM产品予以高度评价,并鼓励要把这个产品研发成全国有影响力的“大产品”!

◎省内外律师同行高度关注。据可靠测算,杭州至少1500名律师研读过CAM产品专著及相关论文,至少3000名以上(一半以上)律师了解CAM产品,浙江省范围内至少5000名律师了解CAM产品,全国范围内至少1万名律师了解CAM产品。众多律师已在法律服务实践中运用CAM产品服务企业。

◎多地律协邀请讲座。广东、山东、上海、北京和浙江等全国多地律协纷纷邀请进行CAM讲座。2015年6月18日和19日为期两天的《首期CAM项目经理律师培训班》原本在12家联建支部进行小班教学,限额30人,最后有60位律师参加。

◎荣获两个奖项。项目党建所力推的CAM产品获得了

2014年度浙江律师论坛一等奖和华东律师论坛二等奖。

二、新闻媒体的“关注效应”

◎微博等新媒体阅读量超过200万。《民主与法制》总编辑陈桂明在2014年4月初就3次转发CAM产品相关微博,并表示“坚决支持!”国务院国资委主管的《企业管理杂志》官方微博@企业管理杂志曾3次转发CAM产品相关微博。

◎《浙江法制报》跟踪采访报道项目党建和CAM产品。2015年3月6日登载了《让法治在企业中流行起来》,2015年6月26日专版报道《突破律师与企业“双输”困局——对话CAM企业法治管理模式首创者陆云良律师》,并指派记者参加项目党建的各种会议。

◎浙江法治在线网站开辟了CAM产品与项目党建专栏,作专题报道。

◎《中国建材报》浙江记者站表示愿意成为CAM产品和项目党建的支持单位,并积极报道。



三、产品研发的“推动效应”

在项目党建创新活动的推动下,CAM产品研发取得了40多万字的研究成果,并形成产品体系。

◎《大转型:CAM企业法治管理模式》专著作为产品教程,于2014年8月由浙江人民出版社出版。

◎CAM产品系列操作指引已完成。主要有,《CAM-I期工程操作指引》、《CAM常年企业法律顾问操作指引》、《CAM+对接模式操作指引》、《CAM操作指引图表附件》、《CAM操作指引论述》和《CAM建设工程操作范本》等。

◎培训课件。目前已形成针对律师、多类行业与企业的培训课件10多个,并均经过实践讲座。

◎试点案例。目前已形成了建设工程、装饰工程、食品贸易企业和金融业等多家企业的试点案例。

◎辅导专论。针对律师、企业家对CAM产品的疑问，撰写了10多篇CAM辅导专论。



四、企业界的“星火效应”

◎多企业试点。近三年来，CAM产品边研发，边试点，已在食品贸易企业、建设工程企业、装饰工程企业、石材企业、金融企业等多家企业进行全套产品或子产品试点。

◎试点效果良好。在甲建筑公司，运用合同档案统筹管理法，连续五年工程结算纠纷无败诉。在乙食品公司，运用关键合同要素统筹管理法，六个月“消灭”300多平方的“退化仓”。在丙装饰公司，运用合同档案统筹管理法，不仅简化了管理，还为公司每年节约人工成本至少60多万元。在丁商业银行，运用合同范本统筹管理法，有效控制了经营风险。

◎产品运用不断推广。近半年来在各类企业行业举办CAM讲座10多场。首期60名“CAM项目经理律师”和省内外不少律师已在法律实践中尝试应用CAM产品。

◎多家行业协会和组织协力产品推广和项目党建。浙江石材行业协会、浙江新墙体材料行业协会与杭州市律师协会签订《CAM法律服务产品战略合作协议》，共同推广CAM产品，并在杭州律师业项目党建创新框架下开展“律企项目党建”合作。杭州市工商联不仅邀请在杭州之江饭店千人会堂为企业家进行CAM讲座，还大力支持杭州律师业项目党建创新活动。

◎为杭州小微企业提供公益法律服务。在杭州市工商局支持下，“杭州小微企业法律服务公益项目”将以项目党建方式推进实施，为杭州5万家小微企业分3年提供线上和线下CAM法律服务，助力杭州“大众创业，万众创新”。

◎企业界高度评价。在试点企业，一致评价“CAM确实管用！”“CAM既简明又有效，是个管用的法律服务产品！”浙江石材行业协会秘书长董波认为，CAM作为企业法律风险管理的升级产品，既切实地为企业防控法律风险，又运用法律思维与方法帮助企业规范日常管理与决策，真正实现规范化管理，非常切合企业的管理需求。

为何具有长效机制？

找准六个“点”，支撑项目党建的可持续性。

◎找准了党建工作与行业发展的制高点。依法治国是中央的战略布局。发挥基层党组织在律师业发展中的统筹和引领作用，是律师业党建工作的根本任务。项目党建模式创新，显然因应了这一根本任务而具有顶层设计价值。

◎找准了党建目标与行业需求的结合点。专业化、产品化和团队化是当前律师业发展的规律性需求，而引领和统筹行业发展正是律师业党建的基本目标。项目党建找准了律师业发展规律性需求与党建目标的契合点，因而必然体现出强大的生命力。

◎找准了党建方式与产品项目的对接点。产品研发与推广是专业化和团队化的基础，而且产品项目研发与推广具有一定的时间性，项目党建以产品项目为依托组建临时基层党组织对接专业实务需求，显然是一种可行且可靠的对接方式。

◎找准了党建优势与行业短板的补强点。律师业从业人员的个体性，是制约行业发展的重大瓶颈。受此制约，律师事务所内部力量整合及律师事务所之间的所际合作十分困难。党的基层组织可以发挥组织优势，一定程度上突破了事务所内部及事务所之间的合作壁垒，以问题为导向补强律师事务所体制上的短板。

◎找准了党建措施与产品渠道的落实点。杭州律协党委抓住八个“落实”构建项目党建具体模式，为法律服务产品项目推广提供了切实的渠道与平台，以党建模式的实效性保障了项目党建的可持续性和长效性。

◎找准了党建项目与两新组织的共同点。律师业是两新组织中具有规范性和典型性的新社会组织。产品项目是大多数两新组织营运的基本方式。因此，律师业项目党建以产品项目为依托构建党建新模式，在两新组织党建工作中具有很强的可借鉴性和可复制性。

律坛论剑 创新超越

——杭州市律协迎来浙江律师论坛丰收年



2015年9月25日至9月26日，由省律协主办，嘉兴市律协协办，以“走出去”战略背景下的律师服务为主题的第五届浙江律师论坛在嘉兴富悦大酒店隆重举行。省司法厅副厅长、省律协党委书记俞世裕，省司法厅律师管理处处长、省律协党委副书记王兰青，省律协会长郑金都、名誉会长章靖忠、顾问李根美等领导出席会议。

杭州市律师协会会长沈田丰、副会长王立新、副会长兼秘书长刘国健、副会长徐宗新、副秘书长余素珍及协会常务理事、论文作者、律师代表等近50余人参加了本次论坛。

本届论坛为期两天，设主论坛、分论坛、律师沙龙等环节。在主论坛上，北京大学法学院教授、国际经济法研究所所长、博士生导师邵景春，中伦律师事务所北京办公室国际业务管理合伙人、美国杨百翰大学法学博士、美国律师吕立山分别作题为“一带一路战略及其法律服务”、“一带一路国别投资环境及投资流程管理”的主题演讲。三个分论坛围绕政府法律顾问、“一带一路”投资法律实务、跨境投融资法律实务等三个方面展开。律师沙龙围绕着“互联网是否取代律师业务”、“互联网时代小律师如何逆袭大状”两个话题展开了激烈的交流。

本届论坛共评出获奖论文46篇，其中我市上海锦天城杭州所律师张晨杰、欧建刚撰写的《中国破产程序域外效力的尝试与突破——以某光伏企业破产重整程序首次在美国法院获得承认为中心的探讨》、六和所律师黄伟源、卢飞燕撰写的《影视字幕组著作权侵权探析——字幕组网站关闭带伤引发的思考》、天册所律师

王立新、郑怡撰写的《外商投资之国家安全审查制度比较——以中美外资国家安审制度比较为主要视角》、北京盈科杭州所律师吴旭华、方超强撰写的《“互联网+”时代，服务器端软件侵权举证方式的突破和合理性探究》荣获一等奖，天册所律师王立新、上海建纬杭州所律师宋坚达、北京浩天信和杭州所律师朱加宁、靖霖所律师堵建军、王良宝、腾飞金鹰所律师周斌、金道所律师申柱石、马煜琴、凌栋、北京盈科杭州所李悦、智仁所祝双夏、姚祎颖、西湖所律师裘红伟撰写的论文荣获二等奖，靖霖所孙立波、腾飞金鹰所律师陈月祺、浙联所律师陆云良、靖霖所律师蓝清、海浩所律师杨琴、永鼎所律师郭小丽、北京金杜杭州所赵林琳、智仁所汤云周、黄新发撰写的论文荣获三等奖。杭州市律师协会荣获论坛组织奖，杭州律师在第五届浙江律师论坛上成果丰硕。

省司法厅副厅长俞世裕作重要讲话，他指出，“走出去”战略是党中央、国务院根据经济全球化新形势和国民经济发展的内在需要做出的重大决策，是发展开放型经济、全面提高对外开放水平的重大举措，是实现我国经济与社会长远发展、促进与世界各国共同发展的有效途径。律师在全面推进“依法治国”的背景下研讨“走出去”战略背景下律师如何更好地开展法律服务这个主题十分有意义和及时。他要求，一是锤炼自身，努力成为合格的涉外法律服务人才；二是勤于探索，努力推动涉外法律服务向广度深度发展；三是勇于担当，在推动我省涉外法律服务业发展中积极作为。



外商投资之国家安全审查制度比较(节选)

——以中美外资国家安审制度比较为主要视角

文/浙江天册律师事务所 王立新 郑怡



前言

我国外资国家安全审查制度初设于2011年国务院办公厅发布的《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》(以下简称“建立安审通知”)及商务部配发的《实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》(以下简称“实施安审规定”)。初设的安审制度仅适用于外资并购,且在实务操作中长期处于“空置”状态,少有因未通过安全审查而停滞的外资项目获得披露。

但自今年以来,外资国家安全审查制度却受到了前所未有的关注和重视。首先,商务部于2015年1月19日公布了《〈中华人民共和国外国投资法〉(草案征求意见稿)》(以下简称“外资法草案”),其中第四章为“国家安全审查”,该章节内容对2011年的初设制度作出了重大改进。此后,国务院办公厅又于2015年4月8日印发了在自由贸易试验区实施的《自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法》(以下简称“安审试行办法”),该文件系最新颁布的且生效的关于我国安审制度的政策文件。更值得关注的是,在习主席于2015年9月22日至25日应邀访美期间,中美双方就各自的外资国家安全审查作出了七项重要承诺,旨在规范安全审查制度并纳入双边投资保护协定,保护投资者利益。

美国的外资国家安审制度始于2007年的《外国投资与国家安全法案》(以下简称“FISIA”),并随后于2008年颁布了《关于外国人合并、收购和接管的条例》(以下简称“FISIA实施细则”)作为前者的实施细则。美国安审执行机构系1975年设立的美国外商投资委员会(以下简称“CFIUS”)。与我国外资国家安全审查现状不同的是,美国安全审查制度已获得多次实施和运用,CFIUS具有丰富的“实战经验”。

本文将结合美国外商投资国家安全审查制度,从安全审查的启动、内容、过程及其结果等几个方面,对处于发展探索期的我国外资国家安全审查制度问题进行逐一探讨。

一、审查启动

安全审查的启动方式可以归纳为两种,一是,外国投资者主动申请安全审查;二是,在其他主体的建议下或在有关部门的强制要求下,外国投资者被动接受安全审查。

我国2011年初设的安审制度就已对有权对投资者提出接受安全审查之建议的主体作出了规定,并规定商务部有权要求外国投资者提交安全审查申请。而《外资法草案》则直接赋予了联席会议强制启动安全审查的权力,这一规定实质上是借鉴于美国安审制度的设置。

尽管我国安审制度和美国安审制度都对“被动启动”安审程序作出了详尽规定,但无论如何,外国投资者自愿申报始终是安审程序启动的基本原则。外国投资者应慎重决定是否主动申报安全审查,以避免对已开始,甚至是已完成的交易产生不利影响。

二、审查内容

审查内容是国家安全审查的实质核心,它往往渗透着国家对国内产业的政策保护与政治考量。在我国当前的外资安全审查制度项下关于审查内容的设置存在两种不同的逻辑:(1)一种是较为“严苛”的设置逻辑,如《建立安审通知》和《安审试行办法》均不仅规定了“审查范围”,还特别罗列了“审查内容”,似乎只有对已落入“审查范围”的外商投资,才可以根据“审查内容”的要求开始审查。(2)另一种是较为“宽泛”的设置逻辑,如《外资法草案》和FISIA均仅列明了安全审查中需要审查的因素,而不就特定的审查行业作出规

定。这种方式看似比较模糊,但却更有利于本国产业的保护和外商投资的管理。

三、审查过程及结果

无论是我国还是美国的安审制度都将安全审查过程分为两个阶段。在我国,这两个阶段分别是一般性审查和特别审查。FISIA将这两个阶段称为为审查(review)和调查(investigation)。

我国安审制度下的一般性审查通常为30个工作日,特别审查一般为期60个工作日。如果联席会议可以在特别审查中达成一致意见,认为目标交易不存在国家安全风险,则联席会议可以直接出具批准交易通过审查的最终意见。但是针对在联席会议一致认为目标交易存在国家安全风险或者无法就目标交易是否存在安全风险形成一致意见的情形下,联席会议是否有权出具目标交易不予通过审查的意见这一问题,我国安审制度对此仍存在争议。《建立安审通知》的规定表明,联席会议可以直接作出不予通过安全审查的决定,无须报请国务院。但在《外资法草案》项下仅有国务院才有权作出不允许目标交易通过安全审查的决定。与美国安审制度相比较可以发现,《外资法草案》的规定是更接近于FISIA的。FISIA规定,如果在调查期内发生CFIUS决定应当建议总统暂停或禁止交易的情形,或CFIUS成员不能就是否建议总统暂停或禁止交易达成一致意见时,CFIUS应向总统提交报告请求总统决定。总统有权作出暂停或禁止目标交易的决定。

除“予以通过”和“不予通过”的结果外,《外资法草案》首次提到了在我国外资安全审查制度项下允许给予目标交易附限制性条件通过审查的批准,这与FISIA中所涉及的“缓解措施”这一设置相类似。我们认为,这一审查机制设置的意义在于在不影响国家安全的基本前提下,促进和保护外国投资者的正当投资活动。

结语

通过上述分析可见,尚未生效的《外资法草案》是更接近于美国外资安全审查制度的。但之后印发的在自贸试验区实施的《安审试行办法》并未完全秉承《外

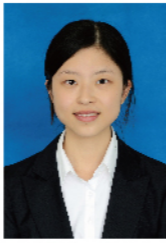
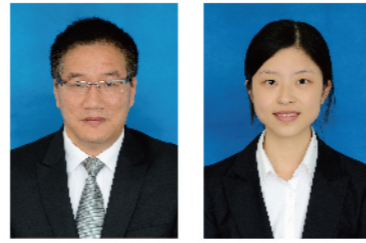
资法草案》的立法逻辑,反而是在2011年初设的我国外资国家安全审查制度的基础上作出了进一步改进。无论如何,目前在自贸试验区实施的任何有关外商投资管理方面的尝试,对于我国将来正式出台外国投资法来说,都是旨在增加经验的累积。除此之外,适当汲取美国外资安全审查制度项下已设的较为成熟的机制,并配套推出相关实施细则也是完善我国外商投资管理制度的可取之举。



影视字幕组著作权侵权探析

——字幕组网站关闭事件引发的思考

文/浙江六和律师事务所 黄伟源 卢飞燕



一、引言

近年来,大量国外影视作品通过互联网流入中国,影视字幕组在中国应运而生,并形成了如“悠悠鸟”、“射手网”等知名字幕组。然而,近期发生的“射手网”和“人人影视网”字幕组网站关闭事件引起了社会的广泛关注,影视字幕组的行为是否隐藏着著作权侵权的法律风险?

笔者拟从“射手网”和“人人影视网”字幕组网站关闭事件出发引出本文所要重点阐述的问题,并从影视字幕组概况、影视字幕组行为是否侵犯他人著作权以及影视字幕组合法生存的解决途径等几个方面进行论述,笔者希望通过本文的阐述,对影视字幕组相关行为的性质作一个粗浅的探析。

二、字幕组网站关闭事件

2015年3月3日,我国国家版权局发布了由《中国新闻出版报》和《中国版权》杂志联合评选出的“2014年度中国版权十大事件”,其中,版权执法部门对“射手网”和“人人影视网”字幕组网站涉嫌未经授权人许可、通过网络传播大量影视作品和字幕作品案进行查处引起了社会广泛关注。从而引出本文所要重点阐述的几个问题。

三、影视字幕组概况

要明确影视字幕组的行为是否侵犯他人著作权的前提首先要明确何为“字幕组”,以及字幕组在中国的发展及主要工作内容。

(一)字幕组的定义

字幕组是指将外国影视剧配上本国字幕的爱好者团体,字幕组设立初期均不以营利为目的。

(二)中国字幕组的发展及主要工作内容

由于互联网在中国的普及,国内的年轻一代视野得以放宽,越多关注到国外的优秀影视作品。但是这些国外的影视节目由于语言文化的不同,难以直接被观众所欣赏。同时,由于国内通过正常渠道引进这些作品的数量非常有限,中国影视字幕组在这种背景下应运而生。大部分影视字幕组网站的工作内容从最初的字幕翻译工作,逐渐变成从下载国外影视剧片源到翻译中文字幕直至上传网络以实现传播之最终目的的全过程,推送广告、售卖载有影视剧光盘的行为也相伴

而生。

四、影视字幕组行为是否侵犯他人的著作权?

那么,影视字幕组的这些行为是否侵犯他人的著作权呢?笔者拟从以下几个方面就影视字幕组行为是否侵犯他人的著作权进行分析。

(一)影视字幕组著作权侵权的判断标准

根据我国《著作权法》及相关法律法规的规定,笔者认为影视字幕组行为是否构成著作权侵权的判断标准主要有以下几个方面:1.影视字幕组使用的国外影视剧是否属于我国《著作权法》的保护对象;2.国外影视剧的著作权是否在我国法律规定的保护期限内;3.影视字幕组的具体行为是否属于我国《著作权法》规定的侵权行为;4.是否属于我国《著作权法》中的“合理使用”。

(二)影视字幕组具体行为是否侵犯他人著作权的分析

根据上文对影视字幕组著作权侵权判断标准的概括,对于不受我国著作权法所保护或其保护期限已届满的国外影视作品,影视字幕组获取和在中国使用该国外影视作品则不存在著作权侵权的风险,因此,本文进行阐述和分析的前提系受中国著作权法保护且未超过著作权保护期限的国外影视作品。笔者现对影视字幕组的各个具体行为是否侵犯他人著作权分别进行如下分析:

1.行为一:影视字幕组获取国外影视剧片源的行为

绝大部分影视字幕组获取影视剧片源的方式是将海外网友上传至互联网的影视剧直接下载并最终上传至其网站进行传播,这种行为实际上就是对原影视剧的一种复制行为。因此,字幕组在未经原国外影视剧著作权人许可并支付报酬的情况下获取该影视作品的行为涉嫌侵犯原影视剧著作权人的复制权。

2.行为二:影视字幕组将国外影视剧语言文字翻译成中文字幕的行为

字幕组在获取国外影视作品的时候未经著作权人许可也未支付报酬,因此,字幕组将未经许可的国外影视剧语言文字翻译成中文字幕的行为涉嫌侵犯国外影视剧著作权人的翻译权。

3.行为三:影视字幕组将中文字幕嵌入国外影视剧的行为

我国《著作权法》第十条规定保护作品完整权,影视字幕组在国外影视剧中嵌入中文字幕虽然未经著作权人许可,但该嵌入中文字幕的行为并未删除或变更影视剧的内容,也未改变影视剧的表现形式和最终呈现的艺术效果。此外,该嵌入中文字幕的行为不仅不会导致影视剧著作权人的真实想法无法到达观众,反而能帮助观众更好地理解影视剧著作权人的真实想法。因此,笔者认为影视字幕组将中文字幕嵌入国外影视剧的行为没有侵犯影视剧著作权人的保护作品完整权。

4.行为四:影视字幕组在其网站发布载有原字幕的国外影视剧的行为

影视字幕组在其网站上发布载有原字幕、中文字幕的国外影视剧后,普通公众均可以在其个人选定的时间和地点获得该国外影视剧及原字幕,而这些行为均建立在字幕组未取得著作权人许可也未支付报酬的前提下。因此,影视字幕组在其网站发布载有字幕影视剧的行为涉嫌侵犯国外影视剧著作权人的信息网络传播权。

5.行为五:影视字幕组将载有原字幕的影视剧提供给网友浏览、使用或下载,甚至将载有原字幕的影视剧拷贝在特定的载体(如光盘、移动硬盘、USB闪存盘)后进行出售的行为

影视字幕组该行为实际上是向公众提供影视剧复印件的行为,同时,影视字幕组的这种行为并未取得著作权人的许可并支付相应报酬,因此,影视字幕组的该行为涉嫌侵犯该国外影视剧著作权人的发行权。

(三)影视字幕组的行为是否属于著作权法中的“合理使用”?

大多数影视字幕组在其最终上传的国外影视剧片头都会嵌入免责声明,例如“字幕仅供学习交流使用,请勿用于任何商业用途,下载后请于24小时内删除”等等。这样的免责声明是否属于我国著作权法中的“合理使用”呢?

笔者认为字幕组虽然作了这样的免责声明,但究其本质仍不符合我国著作权法“合理使用”中“个人使用”的规定。

1.是否属于“个人”使用

影视字幕组在获取国外影视剧片源并嵌入中文字幕后将载有字幕的国外影视剧片源上传至网站供网友浏览、使用或下载,整个行为是一种向不特定第三方传播的行为,任何人都可在不特定的地点和时间浏览、下载和使用该作品,而非“个人”使用。

2.是否仅限于“学习、研究或欣赏”

目前绝大多数影视字幕组在最终上传载有字幕影视剧的同时会要求网友注册会员并支付相应的会员费用或下载费

用后才可以进行相应的使用,有些影视字幕组甚至将载有字幕的国外影视剧直接拷贝在特定的载体后进行出售而进行商业性使用。因此,影视字幕组对国外影视剧的使用并不限于“学习、研究或欣赏”。

3.是否符合我国《著作权法实施条例》第二十一条的规定

根据我国《著作权法实施条例》第二十一条的规定,某个具体行为在符合我国著作权法规定的“合理使用”情形外,还必须满足两个条件:不得影响该作品的正常使用,也不得不合理地损害著作权人的合法权益。因影视字幕组获取并最终上传至其网站的大部分国外影视剧属于我国还未引进或者在我国还未上映的影视剧,这无可避免地影响了这些影视剧的正常引入和上映,挤占了这些影视剧的潜在市场,损害了影视剧著作权人的合法权益。

综上,影视字幕组的行为不属于我国著作权法规定的“合理使用”。

五、影视字幕组合法生存的解决途径

由于市场对国外影视作品的需求与日俱增,影视字幕组不可能退出历史的舞台。因此,笔者认为,影视字幕组获得著作权人合法授权是其继续生存所必须解决的首要前提;其次,影视字幕组的具体行为必须符合我国相关法律法规的规定;最后,鉴于影视字幕组缺乏统一的行业监管部门进行统一管理,笔者建议相关部门可尝试建立统一的字幕管理协会,对字幕组进行统一管理,以解决影视字幕组管理混乱和著作权侵权纠纷不断涌现之困境。



参考文献:

- [1]张红兵:《2014年度版权十大事件发布》,《法制日报》2015年3月4日第6版,总第10590期;
- [2]中华人民共和国国家版权局:《上海“射手网”侵犯影视作品和字幕作品著作权案》,发布于2014年12月16日,引用地址:<http://www.ncac.gov.cn/chinacopyright/contents/504/234652.html>,引用时间:2015年4月7日;
- [3]张叶语、汪凯聆:《论字幕组在中国法律框架中的生存与发展——以其民事主体地位之确立为突破口》,《企业导报》2014年第8期,第104页。

留用地项目政策适用·纠纷处理·制度创新 主题沙龙会议综述(下)

四、市国土资源局行政审批处处长沈波做主题发言

第一个,我想沟通一下,为什么留用地在制定过程中要设置一些限制性的条件。留用地政策本身的制定是让利于村集体经济组织,让它体会到改革开放的红利,弥补它征地过程中的一些损失。对村里面要让利,怎么来体现这个利,是留钱还是留地。我认为留地本身不是问题,留钱,这个形式又不是最安全的。我们想通过留地让它持有物业,通过这些物业长期持有经营,有一个稳定长期的收入,来实现对集体经济的弥补或者补贴,这是我们的本意。既然要长期经营和持有,所以相应的转让就要受到一定限制。我们不希望它通过直接变现的方式实现利益的最大化,变现哪里来这么多钱。所以留用地本身在制定过程中,我们就是有这么一个设想,这是第一个。

第二个,留用地给了它地之后,我们也充分考虑到村集体经济组织有两大致命的弱点。一,它没有钱。二,缺乏相应的专业人才。没钱怎么来解决,第一步,我们通过协议方式出让,通过按照基准地价方式来出让,通过出让金的返还来补贴它一部分钱。还有第二个方式,通过找合作方,通过合作方资金的介入,来解决一部分资金问题。当然合作方进来了之后,也有相应专业人员,所以留用地在2001年政策上是没有合作的概念。到2005年128号文才有合作的概念。合作上为什么有51%的概念,当时我们也是考虑到通过《公司法》里,村民必须要持大股,得不到股份就没有发言权。后来延续到物业的分割,可能有一些不合理,但是从我们设置来说,是为了保护村集体利益才这么设置。

第三个,从土地市场稳定的角度。因为国土部门既要保护村集体利益,同时还要考虑到稳定房地产市场。村集体经济组织拿留用地的时候,因为价格是基准地



价;协议方式,没有充分的竞争,所以导致它在后期入市时,价格低于正常同类房物业价格。为什么留用地能够吸引人家,它肯定是价格比外面同类物业价格低,才会吸引人,这样就导致对我们整个市场产生不利的引导。第二,本身这部分红利是政府让给村集体经济组织,集体经济组织为了变现,把物业价格放低,就把一部分利益转让给新的受让人。所以从利益的角度来说,村集体经济组织的利益得到了一部分损失,基于这些考虑,当时设置留用地政策时有一定条件,从我们本意来说是这么一个概念。

今天有这个机会来参加这个沙龙,我还有两个建议,我们在处理留用地纠纷时,希望各位专家有机会帮我们呼吁一下。

第一,我们在处理留用地纠纷的时候,普通的经济合同纠纷跟留用地政策之间不要轻易挂钩。很多事情,这个项目是个留用地,但是很多纠纷就是经济合作纠纷,跟留用地根本没有什么关系。

第二,我们在处理这些纠纷的时候,要站在保护农民集体经济组织的利益角度去引导促进。

第三,留用地的发展模式,从2005年到2008年,

2009年到2014年,政策在不断地完善,但是它执行过程中确实也发现了很多的问题,这些问题怎么来解决,怎么来应对。

我们国土部门也针对去年审计在做一些研究,但是有很多困惑,我们也想借今天机会沟通一下。

留用地到底是给钱还是给物业,这个回答是一个老话了,以前都说物业好,到了今天的时候,可能形标怎么分配,目前有没有一些好的合理化建议。

五、腾飞金所陈月棋做主题发言

第一,对于留用地政策的整体看法。我认为留用地政策对整个土地管理制度当中,它是一个过渡性的制度。刚才王主任和沈处都说了,留用地政策的出台目的,是为了让农民有一个源源不断的活泉在。在这个源泉保护当中遇到了什么问题,就是《土地管理法》第43条的限制,导致了这块土地必须要转为国有土地之后,才能保障农民再回到村里,所以才出台了留用地的政策。现在十八届三中全会的文件,对集体经营性建设用地入市问题,已经指明了一个方向。今年2月27号全国人大也就33个县域区域,部分调整《土地管理法》和《城市房地产管理法》适用问题,也给国务院作出了授权。全国33个县域,浙江省有两个,浙江义乌和德清。在这些区域内,《土地管理法》第43条等,对原来集体土地经营性入市的规定,在这些县域内停止使用,调整,允许集体经营性建设用地的出让。

如果说这个制度能够实行的话,那村级留用地就没有必要一定要长期地存在下去。所以我们律师当中,现在像北京市律协、土地管理委员会等一些土地研究,集体经营性建设用地入市流转问题,做了很多课题调研。我认为这个制度虽然可能还要存在比较长的时间,但是它毕竟是一个过渡性的安排,过渡性的制度,因为目前毕竟有《宪法》第1条第10款,和《土地管理法》第43条的限制下,才做出不得已的安排。

对于留用地的政策问题,从我执业上来讲,我接触的项目比较多。从一开始到现在接触了十几个项目,而且我原来和国土局也做过交流。当时出台的制度出发点非常好,全国比较领先。而且现有的制度从没有规定

转让到整体转让,到分层转让,到现在最小分割单元的转让,我认为是逐步完善的。

我对目前最小分割单元的转让,我认为如果说从村级留用地这一块制度完善性上来讲,我认为这个基本上已经完善了。那么现在还出现了很多问题,我们不可否认的是,这些出现的问题并不是制度设计上的问题,而是我们的开发公司太聪明,钻空子的问题。因为这块土地的开发过程当中有一个特点,前期投入少,所以导致了大量良莠不齐开发商的介入。由于开发公司实力比较弱,导致了一系列问题的产生。这也导致了很有实力的开发公司不愿意介入。股东之间的问题,还有施工单位的问题,还有销售的问题就不要说了。这些问题并不是说一些制度层面上的问题,而是说我们现在在开发过程、招商过程、引资过程当中一些不规范的问题造成的。

第二,村级留用地比较凸显的问题,刚才余庭长说的留用地销售上的问题,按照最后一个阶段,包括余杭、萧山2012年出现的问题,现在基本上解决了。现在出现的问题都是2012年之前的留用地问题,留用地的销售问题,可能我们目前接触到的是四类问题。刚才分析说这类合同从法律层面上要认定为无效,确实比较难。我个人认为无论从《合同法》52条也好,《城市管理法》28条也好,要认为无效也不妥当。从这个角度切入说有效还是无效,我个人认为还是比较难。也有人认为分层分幢的转让上,你切了最小分割单元的转让,这个效力有没有,从物权的专有权考虑,能不能切入也比较难。

从制度上来讲,建筑物区分所有权可以转让的是专有权,如果是分层分幢转让的房子,按照最小分割单元去转让,你就不符合三原则了,三个独立性原则。在这种情况下,能不能说建筑物中专有权是不完整的权利。一套房子里卫生间的转让,如果开发商签了只转让卫生间,大家可能认为这个合同效力无效,大家可以接受。在分层分幢转让的过程当中,房管局也认为这是最小分割单元了,从三独立原则上来讲,能不能说标的物的不合法,从这个角度上来讲也比较难。

第三,关于这类村级留用地政策性的建议。刚才沈处、王主任都讲了村级留用地政策出台的背景以及目的,我们也非常理解,政策上是非常良好的制度。目前

来讲,我个人认为制度非常好,但是在实践操作当中有两类历史遗留问题需要解决。现在虽然我认为过渡性政策,但这个过渡性政策在今后很长一段时间之内,甚至在我们退休之前也不一定得到解决,也需要去考虑制度进一步完善的问题。

第一个问题,51%的问题。51%,刚才我同意沈处的观点,它不是一个法律问题,是一个经济问题。杭州市可以51%,余杭51%能行吗,绝对不行,余杭现在20%多。它就是一个楼板价与建安成本比例问题,不是一个法律问题。武林门70%给村里面也可以,也有开发商来。余杭有些地方只能做到19%、20%、21%,为什么?这就是楼板价和建安成本差价,建安成本基本上是固定的,两千多块钱。如果楼板价是1万块钱的地方,你可以提到60%也没有问题。楼板价如果只有1千多块钱,51%肯定没有人来。所以这个问题,我个人认为是一个经济问题,不是法律问题。

如何保障51%的房子,或者说村民应得部分的房子,如何安全的落地。我个人建议,一方面要加强监管,一方面要放松一些政策。加强监管的是如何保障建设过程当中资金的安全,如何保障村里面能够在规定的期限之内,尽快地,拿到没有任何争议的房子,而且不去承担可能发生的债务。最好的方案是,51%要从项目公司里脱离出来。这个项目交给开发公司做过之后,这个项目到底有多少风险,大家不知道。如果能够把51%的房子单独析产出来,前面开发公司所有或有开发债务,不要跟它有关。我也看到2014年土管局文件里税务优惠,土管局的文件,国税地税有时候不一定适用。而且地方政府税收优惠还能不能把握得住,这个事情怎么处理,现在还是5.6%,营业税附加加税。今后增值税之后,营业税会更高,如何析产的问题,我觉得这是一个比较重要的问题。

第二个,我个人认为要解决一项历史遗留问题。这些历史遗留问题,时间长了,村里面的问题,我觉得51%拿到之后基本上解决了。现在我们出现的问题,更多的是消费者的问题。消费者上面,总体来讲会有四个方面的问题,遗留问题。第一,产权不确定。现在产权还在项目公司名下,消费者没有产权证书。而且这个项目公司,开发公司把钱拿走之后,这个项目公司到底什么时

候解散,或者在不在都不知道。时间长了,两三年,五六年没有问题,四五十年,五六十年之后呢,可能会引起很多的问题。包括维护问题,现在村级留用地也是一个问题的高发地带。而且现在产权都没有的情况下对产权的流转,凭什么流转,凭什么继承,一系列问题都会发生。

流转合同的效力问题,我们现在考虑的是消费者拿到一手房的合同效力。时间长了之后,流转合同也会上来的,使用权转让合同再转一次,转了四五次。这些合同的效力,今后也会遇到一些比较大的问题。我们第一手的问题解决了,它的流转问题。如果我们认为这个转让是合同权利的转让,还认为是有效。但它是完全的合同权利吗,难道没有义务吗。如果完全权利转让,大家背书下去了。如果不是呢,那这个效力问题又会发生了,最后连债务人在哪里都没有地方通知,没有通知到,债权转让又是一个问题。所以流转的问题目前看起来比较少,但今后肯定会发生。

另外还有一个物业维修的问题,产权人物业维修,如果租赁的话就是产权人承担维修责任。如果是买卖的话,那你就不要管了。这些问题都遗留下来之后,总是要解决的。所以总体来讲对历史遗留问题,能够确认的产权,从维护交易安全的原则,参照萧山区的一些规定,尽可能去执行。据我所了解,萧山区对原来分割产权登记的八个项目,都已经补交土地出让金,允许分割转让。如果理解没有错的话应该是这样,尽可能不要把这些遗留问题留下十年、二十年,三十年,尽可能地把这个问题尽快解决。

六、杭州仲裁委员会副秘书长赵亮做主题发言

第一,如何理解留用地。

从仲裁委员会的角度来看,为什么现在司法和行政这一块存在这样的问题。从行政角度来讲,我理解行政和司法的认知存在差异。比如说目前司法面对的更多是理性人,但是行政面对的是感性人,所以我们能看到若干行政法规在制定实施,包括在效果考量方面,跟司法相距甚远。这里就引发出了不同的前提,这种价值前提,就造成了最后不同的效果。



我们常常在实践中讲,我们既要重法律效果,又要重社会效果。我认为实质上,无论是法院还是仲裁机构,必须要寻找感性和理性的平衡。

第二个,今天我们只能围绕仲裁委员会办理的相关留用地纠纷案件,来谈几个观点和相应的建议。我们现在遇到的案件类型主要是三个大方面。第一个方面,基本上围绕施工合同纠纷。这里和沈处长说的也一样,跟留用地本身并不十分关联,或者直接关联性不强的案件,在仲裁委员会审理过程中也遇到过。施工合同纠纷,这是一类。另外,以租代售,这个刚才余庭长也讲了大量例子。第三,我们遇到的案件类型中,存在项目合作单位和村集体,和合作单位之间的纠纷。但是这个跟留用地也不是关联性特别强,但是这三类案件都程度不同地与留用地纠纷,或者留用地制度的设计和安排是有关联的。

简单讲,施工合同,我们现在有在一起比较典型的案件,它现在是什么状况呢。由于施工单位本身遇到了资金困难,或者由于工期延长,市场因素等原因导致项目合作单位未能按计划通过销售回笼资金,引发了施工合同纠纷。当项目开发结束,项目合作单位将其分配所得的房屋全部销售,或以租代售的方式销售完毕。项目合作单位不积极与施工单位进行结算,导致施工合同纠纷。这类施工合同纠纷,建设单位的责任,一般最后的责任,最后归责由村集体先行垫付,我们目前也正在处理这样的案件。

另外,以租代售的纠纷,是目前遇到比较大的问题。刚才几位同志也都讲了,我们究竟是按层按栋出

售,还是划分最小单位进行销售。什么是按层,什么是按栋,什么是最小单位,把立法的初衷和大家介绍了。目前我们遇到比较多的,20年使用权,因为只能转化成使用权,之后又加上20年的租赁权,所以它是一种变通式的来处理,目前由于留用地纠纷和普通商品房纠纷之间的差异,它用这种方式。实践中在处理这样的问题时,观点还是不同的。

第三个方面,提几点建议。结合刚才几位仲裁员提的意见,包括余庭长的意见,也结合行政机构两位领导所提的意见,下一步在我们的开发模式、制度创新方面有如下四点建议。

第一,对于项目合作单位的选择,在这方面应该采取更加慎重的态度。也就是说应当排除那些资金实力不强,诚信度较差的企业。不让他们参与留用地开发,把他们挡在门外。在招拍挂条件设置上,鼓励更多有实力的开发商来参与到留用地开发。或者可以将若干个村级留用地项目整合成一个项目,交由一家资金实力十分雄厚,开发经验水平相当强,诚信度高的企业来开发,这是一个建议。

第二,留用地项目销售资金必须要进行监管。以确保勘察、设计、施工、监理、设备采购等款项的支付,并落实工程质量的保修。我同意刚才陈月棋说的,留用地制度是过渡性制度。我们不能预测这个过渡性政策究竟在什么时候是它的句号,它的终点。就现行制度存在过程中,说眼前的事情。还有相关部门对销售资金,因为刚才两位行政部门的领导也讲过,农民在使用权利过程中有一些放任,有一些任性。从政府行政部门来讲要加强监管,这是第二个方面的建议。

第三,留用地项目开发完之后,要尽快析产并办理产权登记手续,以保护集体经济组织和村民的利益。无论纠纷将来处理到什么程度,对于村民,因为他相对在开发过程中是弱势的。无论是智力上的弱势还是管理水平上的弱势,都相对弱势。办理产权登记过户手续之后,确实保障村集体。这里不是单纯讲维稳,是综合性的、全局性的解决好这个问题。

最后一个建议,限制村集体经济组织所持有房屋出租给合作单位。目前我们实践中案例也遇到过这种情况,把它租赁给合作单位之后,其实也是后患无穷

的。刚才沈处长四个问题中，虽然没有明确直接这么讲，但是暗含一部分这样的内容。再加上一些历史遗留问题也与此相关，我们发现的问题，合作单位往往以统一经营为由，要求村集体经济组织将房屋出租给合作单位，而且租金是一次性给付。合作单位以租代售进行处置，这样项目就失去了留用地项目的本意了。

七、市中级人民法院民五庭庭长李骏发言

从今天主题来看，留用地项目的问题到法院来的话，已经是整个开发过程的后半部了。前半部对我们来说比较简单，施工合同我们不管。其他一大类就是房屋销售上，留用地体现在法院层面是销售环节。我们庭里做过三年调研课题。余庭的发言过程，大家也看出她的纠结，因为我们整个过程中充满了纠结，毕竟从整个环境发展和市场需求来看，留用地政策是一个好的政策。所以说一个好的政策作为法院来说，司法尽可能要保障好的政策能够起到一个好的效果。

更何况杭州这个政策在全国是领先的，而且这个政策又是一个尝试阶段。所以说在前期案子来的时候，我们法院相当纠结。因为从传统相对保守观点来看，我们感觉销售上的预售，如果很简单地拿商品房买卖司法解释来看，给它判无效很轻松，风险可以说等于零。但是我们没有这么做，毕竟我们要顺应这个市场，顺应发展，所以我们还是力求尽可能让一个探索阶段事物，给它一个充分发展或者可变的空间。

留用地项目，其实我们法院的判决还是很难，很多和留用地相关的，做相关诉讼的律师应该还是会有体会。搭留用地便车的改变土地使用条件的，其实在我们法院看起来很难界定，也很难区分。而恰恰这块是需要严格管控的，但是作为我们法院最终的环节，在销售环节来界定，来评判的话很难。所以我们的判决既不敢判无效，也不敢判有效。我们是想，第一，给政策改善和完善留有空间。第二，也不让我们的裁判，给可发展的事物形成一个阻碍，所以一直很纠结。

目前看起来，从这个点上来说，留用地项目裁判策略还是起到了积极的推动作用。从刚才发言，包括余庭长调研情况看，其实也是我们庭里一个主要的观点。关

于有效无效这一块，大家今天已经形成了比较统一的共识，问题不大。至于说搭便车的事情，后面再说。

从我们裁判整个站位就是一点，不轻易认定相关合同的效力问题。毕竟这类合同，我们认为更倾向于理智的商业合同，而不是感性的民间合同，认定有效更加符合当事人的意愿。至于后面的可变，我想在座那么多法律人，尤其听了陈律师那么系统性发言和梳理还是很受启发。

今天站在本位基础上提两点建议，建议主要是两块，三个方面。第一点建议，这块东西要管控的是用地条件和规划条件，规划变更，前期管控。如果前期不管控，后续就无法收拾。对于法院来说，不能由于规划变更就认定合同无效。

第二，预售的管控。其实现房做任何销售，欺诈胁迫或者恶意的，基本很难。而预售的话，这一块东西是有盲点的。预售管控起来确实有难度，但预售管控还是相当重要的。

第三，产权登记方面。现在产权登记有很多的政策处于不透明和半透明状态，这给很多开发商有机可乘。所以对一些成熟完善的政策，或者是探索性的政策，尽可能用最直接、最透明的方法公示公知，这样让开发商的相对人取得更直接的信息来源，避免暗箱操作。

八、市规划局法制处副处长杨平华发言

关于土地使用条件严控这一块，我觉得留用地政策是很好的，但是从导向上，政府的导向本身是要维护村民的利益。土地使用条件，我们浙江省城乡规划条例第34条规定得很明确，就是以出让方式开发的这些商业、住宅等项目，土地用途都是不允许改的。原来中院也到我们规划局调查过，很多酒店式公寓，事实上在规划里留用地的性质就是商业金融业用地，从规划角度是不能改的。不能改的理由有两个，第一个，如果酒店式公寓作为一个住宅单独销售了，规划上面是没法确保它的配套。从城市居住区设计规范，这是一个国家标准，有强制性要求。如果一个居住区里面要安排多少比例的学校、教育、社区、农贸市场，都是有要求的。如果原来是一个商业用地，整个规划时单元控规是不考虑

这些配套的。

如果一旦商品房合同认定合法，甚至后面产权证都办起来，它就是有一个有产权、有法律保障的住宅权属主体了。它的配套就要确保有幼儿园、小学、中学，这时候最终还是要政府买单，因为有大量新房存在，已经有住宅产权证了，为什么政府不配套。从另外一个角度，我们觉得这个很不合理，因为当时购房时，这种学区房是卖得很贵，你是没有按市场商品房价格获得房产权属。

另外，我们在新房中也碰到，这些住宅当时规划是酒店式公寓，它的布局可能一层只有一个卫生间，或者南北向都布置了这些房子，当时的布局是分割开来。但是规划角度国家还有一个强制性要求，日照要保证要求。新房中碰到这种，你办出产权证了，他认为就是一个住宅，权属主体应该保证我的日照。但是大家都知道，我们是南面采光，北面的住宅，如果是北面的话肯定是没有住宅的，但是他却拿到了北面的住宅产权证。这个从规划角度是没法支持它的，所以我比较赞成刚才陈律师所说的，政策是好的，关键就是一个管理的问题。

刚才李庭长还讲到了改变土地使用条件，实际中土地使用条件，合同签的时候是建立投入使用。虽然城乡法律法规都规定了，擅自改变土地用途可以处罚，要求它改变。因为它实际没有改，城管执法时很难介入，规划角度不太支持最终用改变用途的销售行为去支持它。

九、市房产交易产权登记管理中心副主任陈洁发言

2014年这个政策出来之后，有几个地方，我们现在也比较难以把握，今天也想听听各位专家的意见。

首先，我们在2014年政策当中讲到，开发性安置用地和村集体，统一按留用地指标核发管理和使用。这个与原来2008年，现在已经废止的留用地政策有所不同。因为2008年的政策最后有一个兜底条款，2014年的只是说有一个指标。2014年政策上最后有一句，在这个《办法》出台之前已经签订土地出让合同的按相关规定执行，我们也开始尝试做这个抵押，事实上我们觉得这

一点是没有明确的。

第二，抵押的问题。因为大家可以看到，在2014年政策当中，32条当中，跟原来2008年的政策有一个区别。它的抵押所得价款必须全部用于本留用地项目，不得用于其他项目建设投资。按道理说，我们认为这个抵押只能做在建工程的抵押，存量房的抵押可不可以做。而且现在有很多开发单位在建设时，做了建设工程抵押，还不清价款，现在做初始登记时又要转存量房抵押。已经建设的，要不要管它。还是只要它的抵押用途是建设和投资，只要由区政府监管，就可以不用管它，这一条是很困惑我们的。

刚才大家都讲到的，49%和51%的分割，可能从文件上来讲都是很通顺的。但是在实际操作上，49%和51%的分配真的是很难。可能大家没有看到，每个留用地项目都不一样。文件当中所谓的项目是指什么，如果是同一个经济主体，但是有两个规划许可证，两宗地，合起来做一个项目分配指标，还是一个项目。事实上它的土地出让，按照股权比例来分是两个完全不同的。一个是40%和60%，一个是22%和78%，所以说我觉得在实际操作当中可能会碰到各式各样的问题。还有比如说一幢房子两个塔楼，有一个是宾馆，不能分层，有一个又要分层，所以在实际操作当中，留用地项目各式各样，没有一个共通性。



刑辩新苗 初沐春雨

文/浙江靖霖律师事务所 倪雨苗



每一段结束都意味着新的开始、新的征程，而每一段新的开始无疑都要回溯过去、展望未来。悄然间，2014年7月实习至今已满一年，我留恋充实而美好的一年，却更为期待正式执业的工作生涯。当最初的梦想蜕变为一招一式的技能培训，当仰望星空的情怀空降为脚踏实地的沉潜，未来的日子里，更需要的是我内心温情脉脉的守护与百折不挠的坚持。

一年的实习期，在带教律师和同事的帮助、指导下，我顺利通过实习人员集中培训、主动协助办理刑事案件、积极参与所内外各类活动、会议，在培养专业能力的同时，也提升了其他各项能力。现将总结如下：

一、本职工作内外兼修

很庆幸，自己能进入浙江靖霖律师事务所工作。很庆幸，自己从事了所喜爱的刑事辩护工作。然而，正如蒲公英的生根发芽需要经历暴风雨的洗礼，要想成为一名优秀的刑辩律师，同样需要耐得住寂寞、经得起考验，需要在积淀专业知识的同时，加强口才、写作等基本功的锤炼。厚积才能薄发，这是普遍真理，过往的求专务实无不为今后的大显身手奠定坚实的基础。

(一) 外修办案能力

实习期间，我先后协助主办律师办理了十余件案子。其中，有法律援助案件、也有收费委托案件，收费多少虽不同但认真负责相同。有小到几千元的盗窃案、有大到几千万的受贿案，涉案金额虽不同但钻研精神相同。有小到准备会见手续、有大到撰写辩护意见，工作内容虽不同但谨慎细致相同。为了制作阅卷笔录，我可以一整天噼里啪啦键盘敲个不停；为了找出辩护要点，我可以在半夜独自一人研究犯罪现场照片、尸体检验报告；为了写出辩护意见，我可以到凌晨依然像打了鸡血一样冥思苦想、绞尽脑汁。这一切，都源于内心对刑事辩护的热爱。因为热爱，所以一切都心甘情愿、一切都苦中作乐。我深深地记得实习培训之际，有老师说：“实习律师，每周至少应有四天加班到凌晨十二点，哪怕少一天都是不合格的。”我同样记得在青年律师沙龙上，有前辈说“‘5+2，白+黑’的加班状态是诸多成功律

师的真实状态”。我想，虽然暂时还只是实习律师，距离成功律师还有一光年差距，但是，不积跬步、无以至千里，唯有如此，才能向优秀律师靠拢、才能对得起当初的选择。

当然，万事开头难。其实，一开始，我的状态是这样的：初入律师行，为了将事情做好，我总是急于求成，以致无暇对带教律师的用意细细琢磨；初入律师行，我总是少问一句、少想一步，本该完美的事情有了瑕疵，本不该犯的错也未能避免；初入律师行，我甚至不知道会见需要哪些准备工作、不知道如何从厚厚的案卷材料梳理出辩点、更不知道如何形成有效的辩护意见。这其中，有过迷茫，有过不知所措，但很多时候，人总是在这样或者那样的错误中成长的。曾子曰：“吾日三省吾身，为人谋而不忠乎？与朋友交而不信乎？传不习乎？”慢慢地，在带教律师的指导下，我开始深刻反省：主办律师交代的事务是否尽心尽力完成？对当事人的服务是否做到尽善尽美？每日收获的经验教训是否进行了归纳总结？作为实习律师，不能仅以完成交办工作为己任，更要学会换位思考，时刻以方便带教律师为己任。身为律师队伍中的一员，应准确定位自身的职责，最大限度地维护当事人的合法权益，不断地反思工作中存在的不足。归纳总结的目的不仅仅是利用前辈的经验来为自己今后处理类似问题提供应对措施，更重要的是总结自己的教训，以避免今后犯相同或者类似的错误。

(二) 内修口才、文笔

众所周知，我所结合刑辩律师业务，开发了一套练兵和业务培训制度，旨在通过持之以恒的培训，提升青年律师的口才、文笔。周一上午进行主题演讲、辩论赛等口才练兵；周四晚上进行模拟接待、会见、沟通等；每月还需定质定量完成文章任务。这一项内容，于我而言，都是一项挑战，尤其是演讲、辩论更是难上加难。

于是，一到周日，我便开始因周一例会的演讲、辩论而惴惴不安，也正是因为这样的心态，反而导致了每次的表现总是得到差评。渐渐地，我开始主动向同事询

问我的表现，避免下次再犯同样错误。渐渐地，我开始早练诗朗诵、晚练对口辩，下班之际观看辩论赛视频、总结辩手各方面表现。渐渐地，我还同另两位律师，不定期进行辩论、主题演讲等，我们相互鼓励、相互指正、相互提高。慢慢地，我的表达能力、技巧有了一定的提升。我克服对辩论赛的内心恐惧，与所里同事一道进行辩论，甚至还在所外参与陪练。我克服对演讲赛的内心排斥，居然也能在律协组织的演讲赛中顺利地演讲到最后。

每周四的业务培训，演练阶段我都会认真聆听同事的模拟过程，点评阶段都会仔细记下同事的建议及问题，解答阶段更会用心记住资深律师对问题的解答。通过这样反复、高密度的模拟演练聆听、参与，以及会后相关录音的梳理、归纳，我总结了常见问题的解答技巧，把握住常见问题的一般规律，以便有效应对实际办案过程中可能碰到的疑点、难点。而事实上，这样的模拟演练也确实提高了我的实践技能。

至于写文章，我认为是一个长期坚持、不断进步的过程。因为深知文笔对律师工作的重要性，加上所里的强制规定，所以，在写文章方面，我也丝毫不敢懈怠。还记得，一开始的时候，经常是错别字连篇、语句不通、专业独到性不够，为此也少不了挨批。而现在，尽管仍需努力磨练，但至少偶尔还能获得好评，无疑，这是对我莫大的肯定与鼓励。

二、秘书工作收获颇丰

我所作为省律协刑委会的秘书处，始终奉行为律师同行奉献的精神。基于这样的优良传统，一整年的实习期，我也积极投身到省律协、市律协的秘书工作中。众所周知，律师行业其实就是服务行业，一年的秘书工作让服务理念深植我心。这一年，青年律师沙龙、演讲赛、辩论队换届大会、专委会会议、律师论坛等活动、会议轮番举行。还记得自己曾一遍又一遍校对与会人员名单、还记得为了方便评委打分亲手制作评委牌、还记得为赶出通讯稿熬夜到凌晨一两点、还记得为了制作论文集而忘记吃中饭……所有的这些记忆，回想起来都是满满的充实感，激励自己在今后的秘书工作中继续奉献前行。

秘书工作，有付出，却更有收获。在这众多平台之

中，我聆听了前辈们的谆谆教诲、见识了大咖们精湛业务技能、懂得了成功律师的必备要素、明白了律协平台的重要意义；在这众多的平台之中，我也结识了志同道合的律师小伙伴，看到他们身上各式各样的闪光点，更从他们身上发现了自身不足之处，我们相互激励、共同成长。在这众多的平台中，我锻炼了自身的组织能力、协调能力、沟通能力，也因此得到了他人的肯定及认可。这一切的收获，谁能说不是人生的宝贵财富呢？

三、其他

除了作为秘书参与的一系列活动、会议外，我还在业余时间积极参加其他各类文体活动。我参加了运动会，从一开始抱着打酱油的心，到最后尽了买到醋的力，居然在运动会上获得了优异成绩，并由此获得了2014年的年度嘉奖。我提供了义务咨询服务，虽然专业知识储备还不够，但是通过自己耐心、细致的解答，也能勉强为市民提供简单咨询。我聆听了刑辩学院举办的讲座，弥补了专业短板、充实了理论知识。

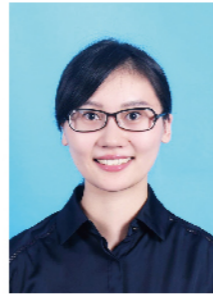
当然，在积极参与活动、会议以丰富阅历之外，我深知一名律师要想在业务能力上出类拔萃、脱颖而出，不仅需要某一专门领域具备独到的专业性，更要具备静下心来学习的能力、注重各方面知识的积累。因此，业余时间，我总告诫自己要沉下心来学习，学习知识以备不时之需、学习知识以加强内在素养。

一年的时光，说长不长，说短不短。飞鸿踏雪、雁过留声，不能说每一天都收获满满，但无疑，这一年积累的经验也好、教训也罢，相信在今后的工作、生活中总会有所裨益。愿自己在律师的执业生涯中勇敢前行！



以梦为马，莫负韶华 ——一个实习律师的点滴感悟

文/浙江浙元律师事务所 方晨曦



去年硕士毕业后，我怀揣着大律师梦，进入浙元所，看到气质儒雅、谈吐专业的主任，内心激动不已，心想若干年后我也能有这般风采多好。入行前，虽然也曾听闻律师不过工匠之流，但印象中的律师多是光鲜亮丽的精英。在作为实习律师的这一年，我对于律师这一职业有了新的感悟。

“勤”字当头，乃律师必备品质。面对日趋专业化的行业前景，要成为一名优秀的律师，须建立起个性化的知识体系，经常更新自己的法律数据库。在跟着指导老师接受当事人咨询时，我发现指导老师几乎能回答当事人提出的所有问题，但设想若由我接受咨询，在应答时难免捉襟见肘。尽管指导老师说，当事人对于律师实事求是地表明对相关领域不熟，有待查证后再予以确定答复表示能够接受和理解，但当我面对当前执业环境，不禁思绪万千，试想如果没有勤学苦练，又怎能在当事人面前妥善应对各种法律问题，自信满满、对答如流，从而提高当事人对年轻律师的信任度，搭建起信任的桥梁；如果没有一点一滴勤奋踏实地打好基本功，又谈何像指导老师一样用逻辑将法律融会贯通，以不变应万变。因此，律师必须勤奋，投入大量时间、精力去学习和记忆法律知识，才能在职业道路上走得更稳健、长远。

有效沟通、及时反馈，乃律师必备技能。首先，助理与律师之间应当有效沟通，及时反馈。作为实习律师，应当对指导老师负责，及时向指导老师确认所需查询的问题，以求工作任务完成得精准高效。及时将手头在做的事情做好进度跟踪记录、计划和总结，不嫌事小，有条不紊地完成琐碎工作，由此可以使自己对经办的事情了然于胸，也可以给人留下办事靠谱的好印象。待办事项完成后，及时向指导老师反馈，以便得到把关

和指点。有几次碰到简单的案子，我提出初步完整的方案后，得到了指导老师的肯定，成就感油然而生。其次，律师与当事人之间应当有效沟通，及时反馈。与当事人之间的有效沟通，能够树立律师专业、负责的好形象。及时向当事人反馈案件进程，做好沟通解释工作，让当事人有被重视的感觉，他们会以律师报以更加信任、敬重的回馈，每当这个时候我的内心总是格外满足。最后，律师应当与法官、书记员及时沟通。现在法官、书记员被大量案件压身，有时难免情绪不佳，在体谅他们工作繁忙的同时，身为律师还应当恪尽职守，履行职责，在沟通前做好心理预设，态度诚恳，在沟通时用语得当、简单明了，以获得所需信息。

身心强大，乃律师必备素质。曾以为律师工作纯属脑力劳动，不曾想有时体力劳动的强度甚至更大，面对这样的落差，摆正心态，让体力跟得上努力，方能实现所谓的精英价值。而在争议解决过程中，律师更需具备强大的心理素质来面对出现的各种负能量。

短短一年，感悟颇多，虽不够全面，但都那样深刻，也曾为自己在这一年中进步太少而感到迷茫，但有一句话时刻激励着我——“大部分的人都高估自己一年能做到的事情，却严重低估自己10年能做到的事情”。律师职业是一项值得终身奋斗的事业，需经过千锤百炼，头几年尤其要“耐得住寂寞，经得起贫穷”，不应急功近利。现阶段我们要做的是夯实基础，作好阶段性的规划与目标，一步一步付诸实践，愿年轻的我们不忘初心，以梦为马，莫负韶华，方得始终。

作为规避手段的商品房预租赁合同若干法律问题

文/上海锦天城（杭州）律师事务所 唐国华 何蕴洁

摘要：商品房预租模式是近年房地产业高速发展下的产物，它在促进房地产市场发展、平衡交易双方利益等方面体现出了巨大优势，并有望成为市场交易中重要的组成部分。然而，由于其发展基础来源于房产限购政策且存在极强地域性，目前全国性立法对此尚未有明确规定，各地法院对房屋预租合同的正当性与有效性认定观点各异。笔者试通过法理及实践操作对这一主题进行辨析，并揭示预租模式下潜在的法律风险、防范措施与立法亟待完善之处。

Abstract: Recently, Pre-leasing contract as a new type of dealing model in Chinese real estate industry, has demonstrated huge advantages in promoting the development of the real estate market and balancing the interests of both transaction parties, which is expected to play an important role in the transaction. However, the essence of this model is to avoid the negative effects in applying the restriction policy of purchasing the real estate and it only exists in some highly-developed regional, the national legislation has not been clearly defined. The courts around the country also have different perspectives in legitimacy and effectiveness of pre-leasing contracts. This essay has already recognized such problems and tried to analyze them through legal and practical operation as well as revealing the potential legal risks, prevention measures and legislation issues which needs to be improved.

关键词：商品房 预租赁 合同效力 立法完善

一、商品房预租模式背景及市场概况

(一) 预租模式产生背景

自2007年来，国务院陆续出台规定，对房地产市场实行了逐步紧缩的限购政策。以“国五条”、“国八条”、“国十一条”等规定为代表的一系列“限购令”有效控制了各大城市的房地产交易量与商品房均价上涨趋势。以浙江省为例，在限购令及地方实施细则执行后，房地产投资增幅开始下滑，商品房成交量波动幅度相应增大。与此同时，大量商品房买卖合同因二套房限贷、三套房禁贷、户籍限购等规定无法顺利履行，房屋产权过户登记受到阻碍，市场整体呈现出不稳定状态。为避免由上述政策导致的房屋产权过户受阻，房地产开发企业与购房资格存在瑕疵的买受人经过协商研究，创造了一种全新的商品房交易模式，即商品房预租合同关系。

商品房预租是指房地产开发企业在新建商品房未办理房地产初始登记并依法取得房地产权证前，与预承租人签订商品房预租合同，并向承租人收取一定数额预付款的行为。预承租人与房地产开发企业就上述商品房预租行为签订预租合同后，预承租人即取得了预租合同约定的将来某一段时间承租建成商品房的权利。目前通行的做法是商品房开发商与买受人签订《房屋预租协议》，约定买受人于签订协议之日向开发商支付一定数额保证金，双方于未来某期限内进行房屋交付，租赁合同正式开始生效。租期分阶段订立，每一阶段期满时依照约定续订合同，全部租期实际即为商品房产权年限。与普通租赁合同不同的是，双方可以同时约定在买受人满足国家政策规定的购房资格后，优先享有该租赁房屋的购买权，即双方终止房屋租赁合同关系，转为商品房买卖合同关系，承租人即买受人获得房屋产权。

（二）预租模式的市场概况与立法现状

截止目前，尽管国家住房和城乡建设部官员已在媒体上对商品房预租模式予以一定程度的肯定，但商品房预租模式在全国范围内尚未普遍发展，全国统一的法律体制尚未建立，只有部分地产业发达的省市进行了相关立法。1998年5月，上海市率先出台《上海市外销商品房预租试行办法》，这是国内最早颁发的商品房预租地方性行政规章，后废止，并于1999年重新出台现行的《上海市房屋租赁条例》。随后，青岛、天津、黑龙江、无锡等地也相继出台了商品房预租的相关规定。但上述规定都只是地方性行政规章级别，法律位阶较低，各地规定的衔接度不够，无法有效应对商品房预租合同纠纷，各地司法实践思路不一，观点较多。与此同时，由于某些预租合同的签订不单纯为了未来租赁房屋，还具有规避房地产限购政策的属性，法学界对此争议较大。

二、商品房预租合同主要内容与合同性质

（一）主要条款

虽然预租合同目前在《合同法》、《物权法》等法律法规中并未作为有名合同直接规定，但其在实务操作中已有成熟的文本模式。以上海市房屋租赁商品房预租合同样本（后附）与浙江某知名房地产开发商设计的房屋预租协议（后附）为例，主要条款如下：

（1）租赁的房屋标的情况及用途。

（2）**租赁期限。**这一条款是外界对预租合同效力争议的普遍关注点。由于商品房买卖政策限制，众多买受人以预租模式来规避行政制约，则其租赁合同期限实际就等同于商品房买卖的产权期限。根据《合同法》第二百一十四条之规定，租赁期限不得超过二十年。超过二十年的，超过部分无效。其同时也规定租赁期间届满，当事人可以续订租赁合同，约定的租赁期限自续订之日起不得超过二十年。法律并未禁止租赁合同当事人就超过二十年的租期续订租赁合同，且并未明确限制该续订合同的签署时间。双方当事人可以一致同意一次性签署租赁合同并确定合同的延展，但在最初20年的租赁期内，后续租赁期间的租赁关系是无效的。

（3）**“租金”及具体支付方式。**由于实践中的预租合同扮演了买卖合同的角色，各阶段租金总和即等于房屋总价。当事方一般会在一次性支付和分期支付中做出选择，并



在合同中明确约定。更详细的合同中还会设计保证金条款，以作为双方按约履行的担保，需要注意的是此处保证金不得超过租赁期间租金总额的20%。超过部分实属无效。

（4）**房屋交付约定。**这一条款约定与商品房买卖合同中房屋交付的约定基本一致，具体规定了交付时间、手续、房屋质量要求、延期交付的责任及其他事项。

（5）**违约责任约定。**完善的预租合同应包含多种可能的违约责任，例如：在承租人接收房屋之前，出租人不得将房屋部分或全部出租或出售给他人、不得将协议部分或全部合同权利义务转让给第三方等。除此之外，违约金的具体数额、双方在合理期间内解除合同后对预付款返还应支付的利息等也应明确约定。

特别值得关注的是，商品房预租合同与传统的现房租赁不同，主要区别首先在于预租合同并不适用于《城市房地产管理法》第五十三条之规定：“房屋租赁，是指房屋所有权人作为出租人将其房屋出租给承租人使用，由承租人向出租人支付租金的行为。”上述规定仅适用于出租人在合同签订之时已取得房屋产权的情形。但对于目前的预租模式而言，合同签订之时房屋尚未竣工验收，标的物尚不存在。但其主要条款已详细约定租赁标的、期限、价款、违约责任等，其实质就是租赁合同，而非租赁合同的预约协议。

其次，另一显著不同之处是预租合同在正式文本之前，有一系列特别告知的注意事项，其中包括了对合同标的范围、双方主体资格、登记备案要求等保障出租人与承租人权利义务的详细说明。这些特别告知条款是为了最大限度保护承租人的利益，以便其在合同签订前了解所有可能的风险并合理防范，在承租期内保障自己的合法权益。

第三，某些地市的预租协议版本中还额外包括“将房屋租赁变更为房屋买卖并办理产权过户手续”的约定。这一条款比较特殊，并非所有预租合同都会提及，主要是商品房买卖双方为规避各地限购政策而特别设计。这一条款的实质是商品房买卖合同的意向协议，就未来不受限购政策限制后，通过买卖获得承租房屋产权的优先购买权约定。

（二）合同性质

在我国现行法律体制下，房屋租赁合同应作为远期履行的债权本约，而非预购合同处理为宜。虽然《合同法》中并未将其作为“有名合同”进行规定，但这并不影响预租合同作为“无名合同”的有效性。

首先，预约合同双方当事人需另行订立契约履行约定事宜，而本约当事人可直接依约履行。二者的根本性区别并不是合同条款的详尽程度，而是合同约定的违约责任。若某一方违约后，守约方只可要求违约方对预约事项负责，而不能对预约事项之外的其他权利义务负责，则为预约，反之则为本约。商品房预租合同中相对人的权力义务关系对等，即出租人有收取租金并负有交付所约定的房屋等基本权利和义务；承租人有在约定期限内使用租房并按约交付租金等基本的权利义务。双方同时约定了全面详细的违约责任，应将该合同视为租赁合同性质的债权本约。上述认定在房屋建造前所签订的房屋租赁合同比较方便、实用和公正、公平，不会使合同某一方有随意地选择使对方违约或使合同无效的显失公平的结果出现。

其次，预租合同都是在商品房建成之前预先签订并生效，只是在未来房屋交付之后才正式履行。须特别注意的是，预租合同中所附期限仅指合同履行的期限，并非合同成立到生效期间的期限，因此这有别于“附始期合同”，即当时成立并未生效，待未来某一时间点生效的性质，它实质上与证券市场中的期货远期交易模式相类似。

三、商品房预租合同成立要件及效力认定

针对商品房预租市场的蓬勃发展现状，学术界与司法界对商品房预租合同的成立要件及其有效性存在不同的观点。笔者拟通过一则案例来对此进行具体分析：

2002年3月1日，甲乙双方签订一份租赁合同约定：甲向乙租赁房屋1500平方米，每月每平方米租金为9元，甲在合同签订时向乙支付定金10万元。乙方的房屋建造期为4个

月，即乙方于2002年6月30日前将房屋建造完毕并交付使用。如乙延期交付房屋则每日赔偿甲方损失3000元等。合同签订后，乙方在未向房屋建设规划部门报批有关手续即开始建造房屋，至2002年6月30日未能建设完成，后甲方向他人租赁了房屋，不再租赁该房屋，双方遂形成纠纷。

上述合同纠纷中，合同效力的认定是关键，对此各界观点不一。主要观点如下：

第一种观点认为预租合同有效。根据我国《合同法》规定，依法成立的合同，自合同成立时起即产生法律效力。且法律并未明文禁止房屋建设前不得签订租赁合同，双方当事人的合同并未违反法律禁止性的规定，故此类合同应为有效。对于房地产开发商在建设过程前未按规定向建设规划部门报批的情形，则应由开发商自行向建设规划部门承担责任，若在双方约定的房屋交付日前，出租人不能取得房屋建设的有效批文或有效证件，则即使商品房已建成，也可视为出租人不能按约定交付房屋，由出租人向承租人承担相应违约责任。

第二种观点认为预租合同已成立但未生效。首先，不容置疑的是在房屋建造前签订的合同属于已成立合同，但按照《合同法》规定，法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续合同才能生效。而我国的房地产管理法规定，房屋租赁合同应向房地产管理部门备案。开发商建造的房屋如在双方约定的建设期内能如期取得合法的产权并依此在有关部门办理了登记备案手续，则应视为预租合同在完成相关手续后生效；若开发商在双方约定的期限内无法取得产权或因其他原因双方不能到有关部门办理有关登记备案的手续，则预租合同无效。

第三种观点认为预租合同无效。按照房屋租赁合同的特点，双方签订租赁合同时应具备以下几个要件：（1）房屋确实已建好并能实际交付使用；（2）该房屋应为合法建筑物，非法建造及违章建筑均不得出租；（3）该合同应在有关部门履行登记备案手续。然而，在房屋建成并获得产权之前签订的房屋租赁合同，因租赁物未形成，不符合租赁合同的形式要件，且该房屋租赁合同登记时必须持有合法的房屋登记证件，合同无法在有关部门进行房屋租赁合同的登记备案，不符合《城市房地产管理法》第五十三条之规定，故此类合同中建筑物实为违章建筑或非法建筑，预租性质的租赁合同均为无效合同。

综上,笔者结合2010年修正的《上海市房屋租赁条例》与上海市房屋资源与土地管理局相关文件,认为合法有效的商品房预租合同必须符合以下要件:

(一) 在合同主体方面,预租的出租人必须为房地产开发企业,不得为个人或其他单位;

(二) 商品房出租人必须依法取得商品房预售的条件并依法取得房地产行政管理部门核发的商品房预售许可证;但最高人民法院2009年颁布的《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》中认为,出租人建设的房屋已取得建设工程规划许可证,与承租人订立的租赁合同有效。上海的地方立法在这一点上与最高院司法解释存在冲突之处。

(三) 在合同客体方面,预租目标房屋必须为已达到政府允许预租条件的在建商品房或已竣工但未取得产权证的商品房;

(四) 房地产开发企业不得将已经预售的商品房预租,商品房的预租人也不得将预租的商品房预租给他人。

(五) 预租商品房的合同权利不得随意转让。当房屋建成,承租人取得正式承租权后,方可按有关规定享受转租、承租权转让等承租人权利。

至于双方是否以真实意思表示来签订商品房预租合同,笔者认为,如果交易双方单纯为提前确定租赁关系而签订预租合同,例如市场上较为普遍的商业用房(写字楼、商铺)预租赁关系,司法实践应遵循公平公正与司法效益的要求,对满足上述要件的预租合同,认可其合法有效性。这既帮助承租人在合理市场价位下确定租赁关系,同时也帮助开发商快速回笼资金。但在现行房地产限购政策下,购房资格有瑕疵的购房者无法以商品房买卖形式与开发商进行房屋产权过户,双方以分阶段订立租赁合同的形式“租赁”房屋,待购房条件满足后即终止租赁关系,转为签订商品房买卖合同。该合同实质是为规避政策,逃避监管,破坏了房地产市场稳健发展,司法实践中应对对其仅认定为有效的租赁合同,而非商品房交易的基础合同。

四、商品房预租行为涉及的法律问题及风险

(一) 若房屋产权人在租赁期间将预租房屋抵押或出售,如何保障承租人、买受人的合法权利?

根据《合同法》第二百二十九条之规定:“租赁物在租赁期间发生所有权变动的,不影响租赁合同的效力”。因

此,若房屋产权人破产、所有权转移,承租人对租赁物的使用权并不会因此发生变化,这也是“买卖不破租赁”原则的体现。但值得注意的是:

(1) 预租赁与抵押

根据《物权法》第一百九十条之规定,订立抵押合同前抵押财产已出租的,原租赁关系不受该抵押权影响。抵押权设立后抵押财产出租的,该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。在商品房预租合同正式履行之后,承租人实际已入住房屋。此时出租人(产权人)将房屋抵押,将影响承租人合法租住的权利。若出租人在签订预租合同前已将房屋抵押并办理有效登记,则承租人的权利无法对抗已登记的抵押权。由此可见,在预租合同的租赁标的部分中,双方应对房屋所述土地使用权或在建工程是否设定抵押进行明确约定,对已进行抵押的,承租人应要求出租人承诺在租赁房屋办理产权初始登记前解除抵押,并在租赁存续期间对租赁房屋不再设定任何抵押,以此降低法律风险。

(2) 预租赁与他人购买

若在房屋预售期间,承租人与开发商签订预租合同,在房屋正式交付之前,开发商又将该租赁房屋预售给其他善意购买者,那么承租人难以援引“买卖不破租赁”原则进行抗辩。“买卖不破租赁”原则的立法本意是保护房屋居住者在房屋租赁关系存续期间的合法居住权,但预租合同的“承租人”在房屋交付之前尚未入住,不存在居住权这一概念,善意第三人购买房屋合同合法有效。

由于预租赁交易的特殊性,在房屋建成之前,若预租合同未经当地房管部门登记备案,那么其他有意向的购房者在与开发商谈判时,对涉及房屋的租赁关系就无法知情,此时购房者的善意购买应该得到法律的保护,租赁关系就不能当然视为优先于买卖关系。经调查,我国绝大部分房地产管理部门均不办理房屋预租合同备案登记手续,即使有的发达地区办理的房屋租赁登记手续也只是针对出租方办理准租证,而不是开展房屋租赁合同登记备案的工作。由此可见,这一行政规定执行的不到位会对房地产交易市场带来极大不稳定性。“买卖不破租赁”原则只能适用于“承租人”已入住后的预租赁合同关系,对合同生效但“承租人”并未入住的预租合同,目前尚无有效法律依据能限制他人购房,其法律风险显而易见。

上述风险在目前网上房源公开透明的情形下现实存在。第三方可依据房源可售的现状要求开发商就出租房屋

进行买卖,否则开发商将面临行政机关的相应处罚。为防范上述风险,承租人与开发商在签订合同时,可特别注明,若应监管部门针对本案标的要求开发商另行出卖房屋,双方可按照本合同约定互相免除违约责任。

(二) 若承租人在租赁期间将房屋转租,出租主体、相关责任与规范如何界定?

在某些预租合同范本的违约责任条款中,双方会约定承租人在接收房屋之后欲将房屋部分或全部转租或转售给他人的,需提前x个月通知出租人并征得同意。这是为了预防承租人多次转租造成房屋使用权不清、发生损失后责任不明的情形。由于房屋产权人,即出租人是房地产开发商,与普通租赁关系中自然人作为产权人不同,真正的承租人在损失产生后很难进行维权。且任何开发商都存在企业经营风险、资金风险,预租合同的租赁期间很长,不可能保证在合同存续期始终作为产权人对其负责。这就需要预租合同双方当事人对所有可能的情形进行详细的约定,或签订补充协议,使开发商对房屋承担基础的质量维修等责任。

(三) 若房屋产权人在租赁的某一阶段破产,后续租赁关系或买卖关系如何继续?

若开发商在双方约定购买商品房的日期之前遇到经营困境,濒临破产,而承租人仍有意愿购买租赁房屋时,合格的出售人是谁呢?这取决于开发商的法人地位。若此时开发商仍作为合格法人进行经营活动,他仍有资格与承租人:(1)续签房屋租赁合同;或(2)签订《商品房买卖合同》并收取房屋尾款、协助承租人进行房屋过户等活动;若此时开发商已处于破产清算程序或已被其他公司兼并、收购,那么承租人需要与开发商的有权代表进行商谈,先确定租赁关系或买卖关系的合格主体,再着手签订《商品房买卖合同》。

五、结语

商品房预租这一新型房屋交易模式是现实社会房地产市场高速发展的产物,其产生与存在必然具有一定的合理性与必要性。一般来说,开发商在房屋建设前预先与他人签订租赁合同,与商品房预售一样是其在建设资金缺乏的情况下,预收部分租金,达到了将房屋预先出租并筹措开发资金两个目的,法律并无明文禁止上述行为,这并不违反法律规定。而作为承租人预支部分租金,则取得了房屋的使用权与房屋未来的优先购买权,也达到其合同目的。若预租合同单纯用于未来房屋租赁,则其未被法律所禁止,并不违反法律规定,由房屋预租管理办法进行调整,合同



应该得到有效认可并受法律保护。如将该类合同归结于无效或未生效,无疑是对承租人的显失公平,亦为开发商提供了一条避免承担违约责任的途径。但若预租合同的签订是为了规避政府房地产限购政策,未来试图以商品房买卖关系来取代租赁关系,则在“承租人”未入住前无法适用“买卖不破租赁”的法律原则来限制他人与开发商签订合同购买房屋,预租合同将被确认无效。这一做法弊端较多,风险较大,不宜提倡。

笔者认为,商品房预租合同具有规避房地产限购政策的重要属性,目前国内相关立法却还不够完善全面,诸多潜在的法律风险值得司法界重点关注,例如开发商将房屋预租后另行出售过户,“一房两卖”的纠纷、房屋产权人变更或破产导致出租人权利义务转移的纠纷等问题,都有待学术界与实务界共同研究,促进房地产市场多种交易方式的良性发展。

参考文献:

- 1.王娜:《商品房预租的法律思考——从商品房预租合同被确认有效案入手》,《理论观察》,2009年第4期。
- 2.陈应春:《商品房预租等形式的合法性及其问题》,《上海房地》,2004年第1期。
- 3.马凤玲 高岩:《商品房预租行为的法律问题》,《商场现代化》,2007年9月。
- 4.熊学军:《商品房预租10大疑问细说分晓》,《长江日报》,2005年8月26日第020版。
- 5.金可可 鲁立权:《商品房预租合同的法律思考》,《上海市政法管理干部学院学报》,1999年06期。
- 5.《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》,2009年6月22日最高人民法院审判委员会第1469次会议通过。

海上危险货物运输托运人告知义务研究

文/浙江五联律师事务所 沈文文 刘琼

摘要：海上危险货物运输中，托运人应当如实向承运人告知危险货物的相关信息，我国《海商法》与相关国际公约均对此的规定相对比较简单。本文试图从分析托运人违反告知义务时的法律关系和法律责任入手，结合现有我国司法实践，归纳出托运人在判断是否正确履行告知义务标准、告知义务范围、告知义务责任承担要件等方面的司法的实践或趋势。并最终得出托运人、承运人在实务中履行告知义务时的注意事项及海商法修改的一些思考。

关键词：海上危险货物运输 托运人告知义务

引言

近年来，随着化学工业的发展以及经济全球化的加深，危险货物在海上货物运输中的比例不断提高。由于危险货物自身存在易燃、易爆、有毒、有害等对人身、财产和环境的不利影响，较之普通货物，法律对危险货物的运输有着更为严格的规定。同样的，法律对托运人在海上危险货物运输中应当履行的义务也规定得更为严格，这其中包括托运人对承运人的有关危险货物情况的告知义务。如托运人未正确履行告知义务，不仅给运输中危险货物周边的人身、财产、环境造成巨大的威胁，而且一旦造成事故和损失，托运人将不可避免地承担巨额赔偿。故，在货物托运前正确履行告知义务，是托运人在危险货物运输中极为重要的义务，也是托运人危险货物运输中极为重要的风险控制手段。同时，对承运人而言，正确掌握和理解海上危险货物运输中托运人的告知义务，也是其在危险货物运输中合理管货、降低运输风险的重要方面。

一、托运人告知义务概述



本文所述的海上危险货物运输托运人告知义务是指：在国际海上危险货物运输时，托运人应当将危险货物的相关信息，包括货物的正式名称和性质以及应当采取的预防危害措施书面通知承运人的义务。我国《海商法》第六十八条，《汉堡规则》第十三条，《鹿特丹规则》第三十二条均有类似的规定。

根据《国际海运危险货物规则》、我国《海商法》等相关规定并结合司法实践，托运人履行告知义务可归纳为以下几个方面：

1、托运人履行告知义务的时间

托运人履行告知义务的时间应当是在与承运人签订运输合同之前或者至少在签订运输合同的同时。告知义务的目的是为了让承运人采取适当的措施保证运输的安全，如承运人在签订合同之后才了解危险货物的性质，承运人无法判断是否能够胜任危险货物的运输，所以对承运人而言是极为不公平的，也不利于危险货物的安全运输。实践中，由于在大宗班轮运输中很少再出现托运人和承运人签订运输合同的情况，托运人告知的时间一般在向承运人订舱时。

2、托运人应告知的内容

一般情况下托运人应当将危险货物的正式名称和性质以及应当采取的预防危害措施全面而准确地告知承运人，包括：“（1）货物正确的化学名称或技术名称，如漂白粉或漂白精（Bleaching Powder）应当申报为次氯酸钙（Calcium Hypochlorite）；（2）危险货物的性质和类别，如氧化剂第5.1类，易燃液体第3.2类；（3）货物的危险品级别、国际危险货物规则页码、联合国编号、易燃液体的闪点、是否是海洋污染物等，如三氯乙烯为UNNO.1710；（4）应当采取的预防措施，包括安全作业注意事项、人员防护、应急急救和泄露处置措施。”

但是托运人实际告知的内容在特定情况下可能会比上述范围小，也有可能比上述范围更广，关键在于告知的信息内容是否足以使承运人安全运输危险货物。

3、托运人履行告知义务的形式

根据我国《海商法》第68条的规定，托运人履行告知义务的形式应当采用书面形式。书面形式一般包括托运人的托运单、危险品申报单、订舱确认单、货物安全技术说明书（Material Safety Data Sheet,简称MSDS）等，而且托运人与承运人在业务往来过程中使用的电子邮件、传真也是合适的书面形式。

需要说明的是托运人向海事主管部门提交的《危险货物安全适运申报单》（Declaration on Safety and Fitness of Dangerous Goods），是托运人在危险货物出运之前必须向海事主管部门提交的文件，海事部门批准之后会将其中一份交给承运人，供承运人进行船申报，所以虽然《危险货物安全适运申报单》是托运人向海事主管部门进行行政申报的文件，但因其最终会有一联交给承运人，故它也是提供危险货物信息的重要途径。

4、托运人履行告知义务的对象

托运人将危险货物的相关信息告知的对象显然是承运人，然而，在实践中很多托运人并不清楚谁是真正的承运人，这是因为大多数托运人并非直接联系船公司运输货物，而是通过各种货运代理（货代公司）订舱、订柜的。而这些货运代理在航运中的身份是十分复杂的，它们可能是托运人的代理人，可能是承运人的代理人，也可能自己充当承运人（无船承运人）。在第一种情况下，托运人应当要求货代公司将危险货物的相关信息通知到相关承运人，否则托运人最终还要承担未正确履行通知义务的责任。在第二、三种情况下，托运人将相关信息通知到货代公司，即完成了告知义务。

二、托运人告知义务的相关规定

在我国，托运人告知义务的规定主要在《海商法》和《危险化学品安全管理条例》，而在国际公约的层面主要为《海牙规则》、《汉堡规则》和《鹿特丹规则》，具体情况如下：

1、《海商法》

我国《海商法》关于托运人的告知义务的相关规定见第六十八条：“（1）托运人托运危险货物，应当依照有关海上危险货物运输的规定，妥善包装，作出危险品标志和标签，并将其正式名称和性质以及应当采取的预防危害措施书面通知承运人；托运人未通知或者通知有误的，承运人可以在任何时间、任何地点根据情况需要将货物卸下、销毁或者使之不能为害，而不负赔偿责任。托运人对承运人因运输此类货物所受到的损害，应当负赔偿责任。”

承运人知道危险货物的性质并已同意装运的，仍然可以在该项货物对于船舶、人员或者其他货物构成实际危险时，将货物卸下、销毁或者使之不能为害，而不负赔偿责任。但是，本款规定不影响共同海损的分摊。”

2、《危险化学品安全管理条例》

我国现行《危险化学品安全管理条例》在第六十三条规定了托运人的告知义务：“托运危险化学品的，托运人应当向承运人说明所托运的危险化学品的种类、数量、危险特性以及发生危险情况的应急处置措施，并按照国家有关规定对所托运的危险化学品妥善包装，在外包装上设置相应的标志。”

运输危险化学品需要添加抑制剂或者稳定剂的，托运人应当添加，并将有关情况告知承运人。”

3、《海牙规则》

《海牙规则》虽没有直接规定托运人危险品运输时的通知义务，但是规定了在托运人未通知而承运人不知危险货物或者虽然已知危险货物但不知发生危险时的处理办法，具体规定为第四条第6款：“承运人、船长或承运人的代理人对于事先不知性质而装载的具有易燃、爆炸或危险性的货物，可在卸货前的任何时候将其卸在任何地点，或将其销毁，或使之无害，而不予赔偿；该项货物的托运人，应对由于装载该项货物而直接或间接引起的一切损害或费用负责。如果承运人知道该项货物的性质，并已同意装载，则在该项货物对船舶或货载发生危险时，亦得同样将该项货物卸在任何地点，或将其销毁，

或使之无害,而不负赔偿责任,但如发生共同海损不在此限。”

4、《汉堡规则》

《汉堡规则》直接明确规定了托运人的通知义务,其在第十三条第二、三、四款规定为:“当托运人将危险货物交给承运人或实际承运人时,托运人必须告知货物的危险性,必要时并告知应采取的预防措施。如果托运人没有这样做,而且该承运人或实际承运人又未从其他方面得知货物的危险特性,则:

(a) 托运人对承运人和任何实际承运人因载运这种货物而造成的损失负赔偿责任。

并且,(b) 根据情况需要,可以随时将货物卸下,销毁或使之无害,而不予赔偿;

3. 任何人如在运输期间,明知货物的危险特性而加以接管,则不得援引本条第2款的规定。

4. 如果本条第2款(b)项的规定不适用或不能援引,而危险货物对生命或财产造成实际危险时,可视情况需要,将货物卸下、销毁或使之无害,而不予赔偿,但共同海损分摊的义务或按照第五条规定承运人应负的赔偿责任除外。”

5、《鹿特丹规则》

《鹿特丹规则》第三十二条规定:“当货物因本身性质或特性而已对人身、财产或环境形成危险,或适度显现有可能形成此种危险时:

(一) 托运人应在货物交付给承运人或履约方之前,及时将货物的危险性质或特性通知承运人。托运人未履行此项义务,且承运人或履约方无法以其他方式知道货物危险性质或特性的,托运人应就未发通知所导致的灭失或损坏向承运人负赔偿责任;

(二) 托运人应根据货物预定运输任何阶段所适用的公共当局的法律、条例或其他要求,对危险货物加标志或标签。托运人未履行此项义务的,托运人应就由此导致的灭失或损坏向承运人负赔偿责任。”

6、国内立法和国际公约规定比较

比较我国《海商法》和各国国际公约,最大区别在于我国《海商法》以托运人是否通知危险货物的相关信息为判断托运人是否承担赔偿责任的标准,而国际公约(包括对承运人最为有利的《海牙公约》)均以承运人是否知晓危险货物的相关信息为判断托运人是否承担赔偿责任的标准;即在上述国际公约的适用环境下除了托运人通知的情况下,如能证明承运人可以“其他方式知道货物危

险性质或特性的”,托运人也同样可以免责。

三、法律关系分析

(一) 托运人和承运人

海上危险货物运输中履行告知义务的是托运人,接收告知义务的是承运人,二者较普通货物运输没有特别的规定。需要说明的是根据我国《海商法》第四十二条第三款的规定,托运人可分为:一是与承运人订立海上货物运输合同的人(以下称“订约托运人”),二是将货物交给承运人的人(以下称“交货托运人”)。在一般情况下,订约托运人和交货托运人是同一人,但是在国际贸易买方承担运费的情况下,如FOB条款,买方负责与承运人签订运输合同,买方是订约托运人,卖方仅负责将货物交给买方指定的承运人,卖方是交货托运人,即同时出现了两个托运人。而《海商法》六十八条并未区分履行告知义务的托运人是订约托运人还是交货托运人,依照通常的理解,订约托运人和交货托运人都有义务通知承运人。

(二) 托运人未正确履行告知义务的归责原则

我国《海商法》第70条规定了在一般情况下,托运人承担责任采用的是过错原则,即“托运人对承运人、实际承运人所遭受的损失或者船舶所遭受的损坏,不负赔偿责任;但是,此种损失或者损坏是由于托运人或者托运人的受雇人、代理人的过失造成的除外。”但是一般认为,根据《海商法》第68条规定,托运人违反危险货物告知义务而致承运人受损的,托运人应当承担无过错责任,即不以其过失为承担责任的要件。在危险货物运输中适用严格责任,是为了能够最大限度地维护承运人的利益,“使承运人在因运输危险货物对其造成损失的情况下得到赔偿,不允许托运人以没有过错为由进行抗辩,对合同的履行提供了一种保障”。

(三) 托运人未正确履行告知义务时构成违约或者侵权

当托运人未正确履行告知义务时,托运人应当承担的是违约责任还是侵权责任?《海商法》六十八条仅是笼统地规定托运人要负赔偿责任,并未明确责任的性质是侵权责任还是违约责任。

在订约托运人和交货托运人是同一人,托运人和承运人之间成立运输合同关系,如托运人未履行货物运输合同中的告知义务,则托运人违反合同约定,构成违约。同时,托运人未履行告知义务的行为导致承运人的损失,行为与损失存在因果关系,则托运人构成侵权。此

时,违约责任与侵权责任产生竞合。

但在订约托运人和交货托运人分离时,交货托运人与承运人之间是否存在运输合同关系?“通说认为,提单是托运人与承运人之间订立海上货物运输合同的证明。《海商法》七十八条第一款规定:‘承运人同收货人、提单持有人之间的权利、义务关系,依据提单规定确定。’虽然《海商法》没有直接规定提单在承运人与收货人、提单持有人之间就是运输合同,但是最高人民法院的判例表明,我国司法实践将承运人与收货人、提单持有人的关系定性为货物运输合同关系。”包括很多无单放货的案件,法院对正本提单持有人要求承运人承担无单放货的赔偿责任的,通常都定性为违约纠纷。而在订约托运人和交货托运人分离时,例如FOB条款,承运人一般是将提单签发给卖方即交货托运人,那么按照司法实践的通常做法,提单持有人即交货托运人与承运人之间的关系可以定性为运输合同关系,那么,在交货托运人未履行告知义务而造成承运人损失时,承运人能够要求其承担违约责任。

那么当交货承运人未履行告知义务时,是否构成对承运人的侵权呢?“侵权责任构成要件有四个,即损害事实的客观存在、损害行为的违法性、违法行为与损害事实之间的因果关系、行为人的过错。”危险货物运输中托运人未履行告知义务的归责原则是无过错责任原则,所以这里不考虑交货托运人是否存在过错这一要件。违法行为有两种形式,一种是作为,另一种是不作为。托运人负有告知义务,但未履行其义务,这是交货托运人不作为的违法行为。因为交货托运人未履行告知义务,导致托运的危险货物发生损害,违法行为与损害事实之间存在因果关系。故交货托运人未履行告知义务时导致承运人蒙受损失满足上述侵权责任构成要件,构成对承运人的侵权。

因此,在托运人未履行告知义务而产生赔偿责任时,违约责任和侵权责任发生竞合,二者可以选择适用。但在司法实践中,大多数关于托运人未履行告知义务的案件均以海上货物运输合同纠纷为由进行的诉讼,选择要求托运人承担违约责任似乎已成为一种“潮流”。

四、托运人告知义务在实务中的情况

(一) 判断托运人是否履行告知义务的标准变化

《汉堡规则》和《鹿特丹规则》规定了托运人在交货时必须告知货物的危险性;但在托运人未履行告知义务

时,要求承运方未从其他方面得知托运人应当告知的内容时,托人才承担相应的未告知的赔偿责任。即便以保护承运人利益著称的《海牙规则》也规定为在承运人不知道货物的性质或特性的情况下,托人才承担赔偿责任。根据司法实践,告知义务的履行标准相对性逐渐被认可,即托运人的告知义务视具体情况而定,如果承运人具有运输某类危险货物的专门技术、经验,知晓危险货物物品性,那么承运人从托运人处知晓了危险货物的相关信息,可以推定托运人已经准确地履行了告知义务。

(二) 托运人告知义务的内容范围的变化

一般情况下,托运人应当向承运人告知的内容包括货物正确的化学名称或技术名称,危险货物的性质和类别,货物的危险品级别、国际危险货物规则页码、联合国编号、易燃液体的闪点、是否是海洋污染物等,以及应当采取的预防措施等。但是有时这一告知范围会随着不同情形而发生变化。

实践中,在危险货物归类正确的情况下,在一些大宗危化品的运输中,托运人提供正确的货物化学名称或技术名称以及联合国编号,一般也可以认为完成了托运人的告知义务。相反,在一些应用范围比较小的危化品,特别是一些联合国编号仅作了大类性归纳的危化品,即没有具体到某一个化学品品名的情况下,托运人在托运的时候应当尽可能全面地提供危险货物的相关信息。笔者遇到的一起海上货物运输合同纠纷,以托运人是否履行告知义务为争议焦点的案件中,现有证据表明托运人仅告知了货物危险类别、联合国编号、应急编号、积载类别等内容,没有告知相关的控制温度,但运输该货物实际有一定的温度控制要求,而根据已告知的相应的联合国编号、积载类别并不能完全控制到这一温度,所以在这个案件中托运人因告知的信息不全而被要求承担赔偿责任。

(三) 托运人承担赔偿责任的要件

《海商法》对托运人未履行告知义务应当承担责任的的规定在第六十八条第二款规定,“托运人未通知或者通知有误的,承运人可以在任何时间、任何地点根据情况需要将货物卸下、销毁或者使之不能为害,而不负赔偿责任。托运人对承运人因运输此类货物所受到的损害,应当负赔偿责任。”由此可见,托运人承担赔偿责任需要满足两个条件,未履行或正确履行告知义务、未履行或正确履行告知义务与损害之间存在因果关系。

1. 损失与危险货物之间存在因果关系。

对于危险货物托运人承担赔偿责任虽采用的无过失

原则,但承运人要求托运人赔偿损失需证明损失与危险货物运输之间存在因果关系。

(2009)沪海法商初字第589号上海易程集装罐运输服务有限公司(以下简称“承运人”)诉连云港市康信进出口有限公司(以下简称“托运人”)海上货物运输合同纠纷一案中,托运人委托承运人出运液态硝基三氟甲苯,并通过邮件告知了承运人危险货物的名称、危险品等级等信息。承运人前后出运了三票该货物,出运第三票货物后承运人发现装运货物的两只罐式集装箱损坏,经检测机构检测推定为全损。承运人起诉要求托运人赔偿罐式集装箱的损失及相关费用。

上海海事法院经审理认为,托运人已经履行了告知义务,罐式集装箱的受损并非托运人所造成,清洗是否及时是集装箱损坏的关键原因,承运人没有提出充分合理的证据证明危险货物运输与罐式集装箱的损失存在因果关系,法院认定托运人不对承运人的损失承担赔偿责任。

2.未正确履行告知义务中错报与损害之间的因果关系

在另一起海上货物运输合同纠纷中,承运人在运输危险货物过程中货物突然爆炸,导致其他货物及集装箱损失,承运人声称托运人将危险品a错报成了b,因此起诉要求托运人承担赔偿责任。但货物a和b的化学性质几乎完全一致,而且在国际海运危险货物规则中关于这两种货物的积载要求,应急处置办法等也完全一致。因此在这种情况下,法院认为,即便存在错报,因错报品名缺乏损害与错报之间的因果关系,托运人也不必因此承担赔偿责任。

(四)合同的相对性对托运人承担责任的影响

“按照合同相对性原则,合同的义务和责任应当由合同当事人承担,与合同无关的人无须就合同负责。合同相对性规则具体包括三方面的内容:一是主体的相对性,合同关系只能发生在特定主体之间,只有合同当事人一方能够基于合同向合同的另一方提出请求或提出诉讼;二是内容的相对性,指除法律另有规定外,只有合同当事人才能享有某个合同所规定的权利,并承担合同所规定的义务,合同当事人以外的任何第三人都不能主张合同上的权利;三是责任的相对性,违约责任只能在特定的当事人之间,即合同关系的当事人之间发生,合同关系以外的人,不负违约责任。”遵循合同相对性规则,将与合同无关的第三人从合同责任中排除,对于维护交易安全和秩序,保护交易当事人的合法权益,具有重要意义。债务人在承担违约责任后,有权向第三人追偿。以下的案例为合

同相对性的典型代表。

在(2009)沪海法商初字第923号案件泛成国际货运有限公司诉中海集装箱运输(香港)有限公司海上货物运输合同纠纷中,无船承运人泛成货运委托中海集运出运一批纤维制品,运输船舶在靠泊卸货时货舱内冒烟,中海集运采取措施进行抢救。经检测,该批货物属于危险货物,在遭受较高温度的情况下会发生分解爆炸。后中海集运起诉泛成货运要求其承担未履行危险货物告知义务造成损失的赔偿责任。经调查,该批货物是由第三人兵工物资委托泛成货运出运的,泛成货运向其了解货物性质的相关信息时兵工物资通过其货运代理向泛成货运出具了“非危险品声明”,称托运货物是一般化工品而非危险品。

虽然泛成货运辩称事故是由第三人兵工物资隐瞒危险品性质造成的,相关责任应由兵工物资承担,但法院认为,与中海集运成立海上货物运输合同关系的是泛成货运,对于中海集运而言,泛成货运是托运人,托运人在托运危险货物时应当向承运人履行告知义务,而泛成货运作为托运人未履行法律规定的告知义务,致使集装箱在运输过程中发生事故,中海集运为处理事故产生了费用和损失。泛成货运应当为自己的违约行为给中海集运造成的相关损失承担赔偿责任。由于与中海集运签订运输合同的是泛成货运,根据合同的相对性原则,应当由泛成货运向中海集运承担赔偿责任,而兵工物资在向泛成货运托运时申报不实责任在本案中无需承担,泛成货运可以向兵工物资另行追偿。

五、有关建议和思考

(一)托运人的注意事项

1.危险货物的运输对托运人的归责原则是无过失责任原则,也就是严格责任。“托运人托运危险货物时必须依照有关法律的规定妥善包装危险货物,作出相关标志,并向承运人如实书面通知其性质以及应当采取的预防危害措施。若托运人未尽此义务,对由此产生的后果将承担法律责任。这是大多数国家海商法(包括中国《海商法》第68条)所明确规定的托运人托运危险货物时应尽的义务和责任。”在危险货物较为特殊时,托运人应当及时向承运人提供相关材料,特别是该货物本身属性超过联合国归类要求时,托运人需重点向承运人告知货物超过规定的方面,以完整的履行告知义务。在上述笔者办理的案件中,托运人在行政申报时未仔细填写申报单上的内容,只填写了部分内容,甚至危险货物的正式名称及预防危害的应急措施均未填写。虽然行政申报不能作为判

断托运人是否准确履行告知义务的标准,但因为该行政申报单经过海事局的审批后托运人需将其中的一联交与承运人,为避免发生混淆,托运人在进行行政申报时应当谨慎地填写申报内容,尽可能地将申报内容完整地填写。

2.托运人履行告知义务应当以书面形式进行,书面通知是托运人已履行告知义务的关键性证据。在实践中,有时托运人因长期与承运人有业务往来,在彼此合作关系稳定的基础上,对待书面文件可能会有懈怠,为图方便,会出现电话通知承运人危险货物的相关信息的情况。虽然口头告知形式方便快捷,但存在事后无法举证这一弊端。尤其是当危险货物较为特殊,不常见的情况下,口头告知很可能导致承运人对危险货物的了解不充分。因此,托运人应当按照法律规定严格地按照书面通知的形式履行告知义务并在通知上提供完整的危险货物资料。在危险货物较为特殊,承运人在运输时需要特殊处理的情况下,托运人应重点提示承运人该货物的正确运输及存储方式。

3.托运人在履行告知义务时应当审慎地进行,杜绝在书面通知上出现错误,尤其是危险货物的相关信息的错误。虽然当报错危险物品名而错报的货物与实际货物的运输方式和存储方式相同时,托运人的错报可以免责,但这毕竟是小概率事件。托运人应当对申报的内容谨慎对待。对《国际海运危险货物规则》、《危险化学品安全管理条例》等规则举出的物质应办理有关申报手续订舱。托运人对货物性质不了解时应当查阅危规等规则及时了解清楚,不能模糊过关,以防止在申报时出现错误。

4.托运人在委托货运代理(以下称“货代”)之后不能抱着“有货代没我们什么事情”的心态。在海运实践中,托运人只管将货物交给货代,货代提供提单,根本无法区分货代在海运中充当什么角色。然而,很多纠纷往往因货代而起,或者因为存在货代而使问题更加复杂。由于在货代充当承运人代理人或者自己充当承运人时,我们可以将这种情况下的货代视为承运人,不需要单独讨论;但当货代是托运人代理人时,货代的所有行为后果都会归结于托运人,货代的行为将直接影响到告知义务是否能正确履行。

在货物出运前,托运人将危险货物的相关信息和资料通过货代告知或递交承运人。按理说作为专业的代理人货代应当对托运人正确履行告知义务提供帮助,而实际上,货代往往成为问题的制造者。一是货代会因其专业水平或者勤勉程度会漏报或错报一些信息;二是货代在告知义务履行的证据保存上的工作也往往做得不到

位,在出现危险货物事故后往往无法举证其向承运人告知的危险货物信息情况;再则,在危险货物的事故发生后,在一些情况下,由于与承运人利益的瓜葛,作为代理人的货代反而会帮助承运人隐匿一些证据,并提供一些对托运人不利的证据。

因此,托运人在选择货代时需要谨慎,在委托货代之后也需要时时关注货代的活动,督促货代正确履行告知义务,而托运人自身要保存好相关履行证据,以防止为货代的错误付出代价。

(二)承运人的注意事项

1.承运人在接受托运人的委托出运货物应当严格按照托运人提供的危险货物的要求进行运输和仓储,在托运人提供信息不足时,应当要求其提供货物性质的相关证明文件,以保证采用正确合理的方式运输危险货物。

承运人应当详细地了解托运人提供的信息,特别是托运人提供的货物超过联合国归类要求时,切勿对托运人告知的信息掉以轻心。

2.承运人在接受有长期业务往来的托运人的委托后出运危险货物时应当对行业惯例引起特别注意,尤其是托运人未完整准确地履行告知义务时,承运人应当抱着审慎的态度根据以往的经验对托运人的货物进行运输。

(三)对我国《海商法》的思考

《汉堡规则》与《鹿特丹规则》均对托运人的告知义务选择了相对标准,即托运人在未告知承运人危险货物的性质等相关信息时,如果承运人能够通过其他的途径得知的话,托运人未履行告知义务的责任将免除。这一规定限制了承运人肆意提出托运人未履行告知义务要求承担责任的权利,对于平衡委托双方之间的利益有一定的益处,值得我国《海商法》所借鉴。



中国涉外律师“领军人才”的全球思维

文/浙江金道律师事务所 崔海燕

2014年12月14日，我们47名涉外律师圆满结束了由中华全国律师协会组织的为期6周的涉外律师“领军人才”境外培训，回到国内，又开始投入如火如荼的涉外律师工作中。回首过去的1个半月，最让我铭记的是承办该项目的欧洲大陆最大的律师事务所GARRIGUES创始合伙人在结业仪式上的一句话：“作为涉外律师，你们需要具有global mind”，也就是“全球思维”。

培训项目的前3周是在GARRIGUES培训机构进行，由该所各领域富有专长的合伙人、律师以及教授讲解4门课程，分别是国际海商海事法（International Shipping Law）、能源法（Energy Law）、知识产权法（Intellectual Property Law）、国际争议解决（International Dispute Resolution），另外还讲授了欧盟法律体系、西班牙及拉丁美洲公司投资并购等课程，期间还参观了西班牙商事仲裁院，并进行了模拟法庭。第4周学员们赴比利时布鲁塞尔参观了欧盟三大机构（欧盟议会、欧盟委员会、欧盟理事会），听取了有关讲座，加深了对欧盟机构和法律体系的认识和了解。项目后2周在GARRIGUES律师事务所内实习，期间就国际商事仲裁进行了模拟法庭，并以案例教学的方式讲解了国际并购税务架构、能源项目融资、房地产投资及如何通过西班牙在欧洲和拉丁美洲投资等实务课程，另外GARRIGUES的管理合伙人还与学员们分享了国际性事务所的管理理念和模式。培训期间，本人作为学员代表参加了在西班牙商事仲裁院以及GARRIGUES律师事务所举行的两次模拟法庭，强化了仲裁庭审的技能和经验。

此次境外培训是中华全国律师协会为打造一支涉外律师“国家队”而精心组织的，今年8月份100名涉外律师在北京昌平进行了10余天以“跨境并购”为主题的集中培训，由国内涉外资深律师、专家、学者组成的最高端师资力量进行授课，后全国律协通过面试，从中选拔了47名涉外律师赴西班牙马德里培训。

6周的境外培训，虽然不长，但收获颇丰。除了具体法律和实务的学习，我称之为“技术层面”，我认为该项目的精华是提升了律师的理念，具体而言为以下三点：

用“全球思维”服务客户

曾经在2001年去英国培训过1年、2006年去美国培训过半年，这次又有幸到欧洲培训，让我更深层次了解了世界上两大法系的区别。我的理解是，英美法系更注重经验，一个案件的裁判就可以创造一条规则，遵循判例，避免成文法的滞后；而大陆法系更注重逻辑，凡事需成文立法，以求规范社会秩序。如果客户拟到一个国家或地区从事交易或投资，作为涉外律师，首先需要了解该国家或地区属于哪一法系，从而能够按该法系的思维行事，才能与对方主体和律师顺畅交流；如果客户在一国涉及诉讼或仲裁，法系的不同将带来证据收集和质证、庭审过程的重大区别，涉外律师应有充分预见；如果谈判的对方律师来自不同法系，如能用他们的思维与之交流，无疑能够有效促进双方信任，有助于沟通。因此，作为涉外律师，不局限于本国法系所固有的思维，用“全球思维”服务客户，才能事半功倍，降低沟通成本，提高成功的概率。

建“国际网络”，提供一站式服务

作为涉外律师，要伴随客户“走出去”而“走出去”。客户的投资到亚非拉，我们的法律服务就应当跟随客户到亚非拉。此次项目的承办方——西班牙GARRIGUES律师



事务所成立于1941年，总部马德里，在西班牙和葡萄牙25个城市设有办公室，是欧洲大陆最大的律师事务所。全球目前有2000人，在拉丁美洲主要城市圣保罗、墨西哥城、利马、波哥大，非洲卡萨布兰卡及世界主要城市纽约、伦敦、布鲁塞尔等45个国家的城市设有分支或联盟机构。通过此次培训，我们和该所公司、税务、房地产、争议解决等领域的合伙人建立了联络关系，今后如有客户到欧洲或拉丁美洲投资，可以考虑以西班牙作为总部所在地，从而享受holding company的相关税收政策。通过英国、美国、欧洲的三次境外培训，我本人已经逐步建立了能够覆盖全球主要国家和地区的律师服务网络，以此满足中国企业投资全球的法律需求。

建设涉外律师团队，提供专业高效服务

无论是GARRIGUES律所的授课，还是模拟法庭，我都深刻感受到团队的力量。对于一个主题，该所往往安排合伙人和律师共同完成授课，模拟法庭的训练也是让我们团队作战，充分体现了律师team work的理念。对于重大的投资或交易，往往需要律所组成不同规模的团队，从尽职调查，到架构设计，到谈判，到起草合同，等等，都需要团队的专业协作。例如一个能源项目，就必须有公司法、能源法、房地产法、税法、劳动法、金融法等领域的专业团队

协同完成。因此涉外律师团队化建设对于服务于客户的重大国际业务是至关重要的。

除了上述从事律师法律服务的理念外，该项目另一个精华在于我们有幸聆听了拥有2000人规模、有着70年历史的国际大所GARRIGUES的管理合伙人对管理律所的理念，并与其进行了面对面的交流。整整3个小时的管理理念分享课，给我的个人启示是要做一个可持续发展的律师事务所，有两点理念值得借鉴，一是“留住最优秀的人才”（keep the top talent），二是给年轻人创造未来（give young generation a future）。如果事务所合伙人都有这两点核心理念的共识，那么从年轻律师的选择、培养、考核、晋升都必须建立和践行一套非常严格的标准，并且为他们创造一流的工作环境、工作待遇，如此才能留住优秀的人才，才能获得和留住优质的客户，才能使律师事务所始终保持在一流地位。

最后，我想和同行们分享的是，要想做涉外律师不难，因为这还是技术层面的，难的是做涉外律师的领军人才。唯有服务理念 and 模式的领军，国际网络搭建的领军，律所管理的领军，以及营销模式的领军，才能赢得优秀的律师加盟，真正赢得和留住客户，才能建成具有国际一流品质的律师事务所。此次境外培训为我们种下了一颗种子，我们需要用心浇灌，用心培育，才有可能成长为参天大树。企业“走出去”的大潮已经到来，对外投资的时代也正在召唤着我们，让我们这些有幸见证和参与这段历史的涉外律师们共同努力，为涉外律师事务的发展做出我们应有的贡献。



一个年轻律师眼中的律师职业

文/浙江赞程律师事务所 徐翔



2014年一月底，我领到律师执业证，至今已经整整一年了。执业的第一年往往会锁定住一个人对于这个行业的“三观”。每逢年终岁尾，国人都有对过去一年做总结的习惯，回忆逝去的这一年可谓思绪万端、感慨万千，无法平息内心的波澜，展望明年却仍是激情澎湃。

一、律师是最好的职业，律师也是最差的职业。

“It was the best of times, it was the worst of times……”

狄更斯在其名著《双城记》中的开篇语，正是对律师职业最形象生动的刻画。当初在反复权衡考虑后，最终做出了艰难的决定，辞去公务员，离开机关，义无反顾地选择了律师这个职业，也并不是像电影中主角那样坚决，那么无所顾虑，无比坚定地坚持着这个梦想。老实说，我不是个自信的人，对自己有很多次怀疑；我是个软弱的人，对这个大胆的决定有过无数次动摇；我也是容易妥协的人，多次有过放弃的念头。压力来源无关乎对自己未来的不确定和家庭的压力，全家人，包括所有亲戚朋友都极力反对这个冒险的行为，在一次又一次的磋商谈话后，始终没有得到全家人的同意，最后为了安抚家人的情绪也为了让自己顺利离职，一直瞒着家人辞职从机关走出来做了律师，希望能够通过自己的努力重新获得家人的理解和支持。

在这一年经历了年前的惶恐不安，平静之后经历一度的牢骚满腹，再经历了一时的踌躇满志，之后又一度信心爆棚，之后再经历了一度挫折失败后，信心又跌到谷底，但此后又在不可不遇的成功案件中又获得了鼓舞，脆弱的内心又获得了稍许的安慰。再一次获得发自内心的激励和成就感，每当信心跌落到谷底后又一次收获喜悦，此时，已经不是最开始那时一点小成功就可以把你激动得要死的心态了，你不由自主心生敬畏，产生

不安，担心这背后的可能即将到来的风险。

老实说，律师工作是个特别闹心、折腾的活，诉讼律师就是一刻不停替他人操心，让别人省心、放心、安心的工作。有心酸、有收获、有无奈、有喜悦。就像今年一个案子，上午在法院作为被告代理人，为了让被告少支付违约金与原告“讨价还价”。下午，仍在同一个法院，同一个庭，因作为原告的代理人希望原告多获得赔偿款，与同一个被告以及他的代理人律师“面红耳赤”。

很多时候，也遇到这样的场景，今年代理一起人身损害赔偿纠纷，一边听着声泪俱下的当事人哭诉，一边正在为案件取证难而眉头紧锁，愁眉不展。电话铃响起，传来当事人在顺利取保候审后对律师的感谢，一扫刚才的“满天愁云”与当事人分享喜悦。就在这时铃声又一次响起，是法院来的电话，原本已经胜诉，申请执行的款项又被对方财产保全了，对方又起诉了告来了，随即我又转身投入到这个“让人纠结的连环诉讼”案件中。上述差异巨大的生活场景一瞥，就是普通的律师工作中经常陷入“双城记”的一面。

套用那句已经说滥的台词：如果你爱这么工作，那律师职业就是你的天堂，如果您并不那么热爱这份工作，那律师职业对你就是地狱。

二、律师要秉承艺术家般的匠心去打磨法律这个倾注全心血的作品。

每个法律人都清楚法律职业承担着对社会进行监督、治疗、纠错、改良的作用，而不是一个仅仅牟利的商人。律师圈内人都知道律师并不如表面上那么“光鲜”。套用京城律师界一句形象的比喻：“律师收入还不如开出租车。为什么？因为，最大的律师事务所纯收入比不上北京四大出租车公司中一家的收入。最出名的

律师收入也比不上四大出租车公司老总。同样的刚出道的律师新人大多入不敷出自然没有一个刚出道的出租车司机收入高。”

当然这只是一个玩笑，但也透露出法律职业的共性，这不是一个以盈利为唯一目的的功利的职业。如果仅仅为了赚钱去做律师估计也会令人失望，因为确实它不仅来钱慢，而且并不能让你发财。这一年我越来越深刻地体会律师工作的职业化属性让他更像一个工匠，它讲究的是冷静沉着，但更需要激情，没有激情很难让人长时间专注于沉闷的工作。因此你要对你的职业有一种匠人般的热爱。从更广阔的角度说，律师更应当持有的健康心态是一个艺术家，其提供的法律服务则是他的作品，只有用艺术家般近乎苛刻的完美主义去投入到“创作”中去你才能。在工作本身寻找“有意思”的东西。沉下心排除案外的因素，专注于案件的本身，放下一切杂念，沉到案子里，能够切实感受到案件本身的故事，人类社会是充满了偶然和不确定性，深入剖析每个案件的前因后果，了解案件细枝末节后你才会真正地发现一个个社会的真相和本源，活生生的社会现实。当然，这其中许多额外的收获，给人带来的快感，这也就是律师工作区别于其他的魅力所在。律师工作锻炼人，磨砺人，培养人，也改变人。

很多时候律师职业是一个杂家，无论多少本教科书，多少堂训练课都无法培养出一个律师，律师也不是从学习中学出来的，需要的是对未知世界无穷无尽的好奇心和激情澎湃的热情。在纷繁复杂的社会“这个大学”中去历练去钻研。必须潜下心，钻入到深入发觉社会的每一个毛孔中，做一个真实社会的观察家。

临近下班，突然接到律所主任电话，时间紧迫明天早上要赶到江西处理一个建筑工程案件的财务对账，为了赶时间直接上了去江西的绿皮车，对账两个字看似简单，但因为此前没有接触过建筑工程，也没学过财务知识，对于一个七年前的工程对账确实一时有点张二摸不着头脑，但沉下心，还是深入案件本身，比照工程术语和财务术语查各种资料，遇到不懂立即打电话给当事人单位的工程师和财务一夜未合眼，总算把工程款来龙去脉计算方式给弄明白了。第二天对账确实发现了许多问题，并不是像对方工程师说的那样，很多款项确

实存在少算，漏算、重复计算问题。每每发现花下去的力气获得回报之后都会感到从未有过的欣喜和快感或许这就是所谓的成就感吧。

还有一个医疗事故案子，当事人和家属听从了医生建议做了手术，结果活生生的一个人在手术中发生意外导致休克，没过多久就死亡了。针对医院是否存在医疗责任，是否是医疗事故。我因为此前从未办过医疗纠纷案件，同时对于医学也是个外行，因此接到这个案子很头疼，先是上网查询了大量与该案有关的临床报告和论文。同时赶往了事发地医院与主治医生、辅助医生进行了沟通，通过多次反复询问固定了医生的证据，再复印了病历后，回到单位与认识的医院的医生朋友和法医进行交流，最后在反复思考后，感觉到越想越有道理，越想越能说服自己，我尝试着把自己发现的主治医生在陈述上的漏洞，以及分析推理出的医生的存在的过错行为与其他医院医生和法医进行交流，并得到他们的认同后，我将这些自己总结的材料写出，交给了当事人，这些材料也为当事人尽快解决纠纷提供了借鉴。在材料的文字画上句号的一刹那，油然而生的满足感顿时让自己感到非常兴奋，“不忘初心，方得始终”这或许就是以艺术家般的匠人之心享受工作本身带给人的成就感和幸福感吧！

三、律师是一个永远居安思危、未雨绸缪的职业。

“人无远虑，必有近忧”其实各行各业都不容易，每个人天天都会遇到各种各样的烦恼。形容一个好的律师的状态最贴切的一句话就是《周易·乾》中的：“君子终日乾乾，夕惕若厉，无咎”。大体意思是：“君子不仅要整天自强不息，勤奋谨慎；而且一天到晚都要心存警惕，好像有危险发生一样，才能免除灾祸，顺利发展。”普通人都大概记住了上半句终日乾乾，每天勤勉谨慎，自强不息这是作为律师的基本功，否则迟早会被同行赶超，被行业淘汰，被当事人所抛弃。但是作为律师更重要对任何事情都要心存畏惧，时刻警觉，保持忧患意识，才能为他人排忧解难，为自己免除灾祸。这也是我对律师工作深刻的认知。

在今年办理的一个买卖合同纠纷中，当事人是浙江的一家生产机床的企业，外省的一家企业2012年向该企业订购了机器，浙江企业也按合同发货，但对方以支

付的承兑汇票中有一张无法承兑。此后浙江企业多次催讨但外省企业都以资金紧张为由一拖再拖。这样一直拖到2014年，要起诉对方还款，该公司负责人认为这个案子一定会赢，但在认真审核证据后发现证，没有任何直接证据证明对方公司已经收到货，虽然有对方公司人员在调试报告上签字，但是我们无法证明该人员是对方工作人员。因为时间快两年了，万一都离职了也不好证明。同时，EMS 的汇款邮寄查询单只保留一年，而之前发货已经过了一年因此该查询单也无法打印。虽然公司负责人信誓旦旦说对方不会否认，让我们不用担心这个问题。

即便公司负责人作出如此承诺，但是在诉讼庭审中什么情况都能发生绝不能心存侥幸，考虑能证明我方发货对方公司签收的直接证据比较欠缺。为此，我还是就这个问题一直无法释怀，在多次思考如何寻找和固定证据后我还是以售后服务人员身份再次拨打了对方公司负责人的手机并进行了录音证据保全，同时特意在开庭前一天赶到开庭法院，向法院调取协助调查文书，赶往当地社保局拉了该企业员工的缴纳社保记录，果然在该企业的社保缴纳名单上，只有一名调试单人员的社保记录，而且该人员社保登记名称与在调试报告签字的名虽然音一样但是字不一样。因此，也验证了之前的猜测。第二天开庭，对方果然提出验货单上的人是其单位职工，但我方拿出社保登记档案以及对方负责人的录音让审判法官足以采信对方收到了我方货物。

四、你永远无法去揣测律师的“明天”。

因为这个律师工作的本身偶然性很大，套用《阿甘正传》中名言：人生就像这盒巧克力，你永远不知道下一颗是什么味道。”作为律师尽最大的努力，即便当事人没有任何信心，你也要永远信心十足，但是在做事前，即便板上钉钉的事情，只要没有结论，只有怀着最大的警惕感，做坏的打算，才能争取最好的结果。

在办理一起人身损害赔偿案件中，我是临时接到案件，因为办案的主办的两名律师都有案子同一天开庭，让我临时代替他们开庭。因为没有看到任何证据材料，都是听办案律师口头介绍以为只是去象征性开庭。

因为，本案当事人一直说要去调取公安档案。虽然之前与法官联系了法官沟通不太顺利，但是出于安慰当事人的考虑，我还是在开庭前一天出发到达当地，与公安机关、法院再次反复沟通，最后还是让我复印了部分案件材料。原本以为也就是安慰当事人的手段，但是，晚上准备明天开庭时，还是认真研究一遍今天复印的材料，突然这些公安询问笔录证据能够看出侵权人的财产与四被告是存在财产混同的。针对这个问题我又连夜与当事人核实，当核实一致后更加坚定了我的观点，在第二天庭审中，我增加了这个昨天发现的新证据和事实，庭审中也得到了较好的效果。

有人不喜欢律师这个职业因为它不稳定，有人爱律师这个职业因为它的不确定性。确实与普通公务员、教师、医生、国企、外企白领这些稳定的职业相比，律师职业中确实充满了不确定、偶然性因素，充斥着各种意外和突发情况。工作中你永远无法确定出差的时间，无法确定案件的开庭时间，无法确定你当事人要你去的地点，无法确定案件的走向。很多时候都是上午得知通知，中午就出发了，晚上得到通知，半夜就要出门，太多太多的不确定……可以说，这也是律师工作的魅力所在。

最后用一首打油诗总结我做律师这一年感悟到的酸甜苦辣。

“漫漫律师路，苦苦寻梦心，本非好汉身，奈何英雄命，
总遇揪心恼，难免稚态显，一肚男儿泪，强咽心中酸，
逢到不平事，当即吼一声，谁人没有泪，无人不艰辛，
既然运如此，勿怨天和人，只因心未死，盼成正果时。”

6月13日至14日

浙江省第九次律师代表大会在杭州隆重召开。省委副书记、政法委书记王辉忠出席大会开幕式并作重要讲话。省委常委、常务副省长袁家军，省人大常委会副主任厉志海，政协副主席王建功，省高院院长齐奇，省检察院检察长陈云龙等出席大会开幕式。中华全国律师协会副会长金山在开幕式上致辞。省司法厅党委书记、厅长赵光君主持开幕式并在闭幕式上讲话，省律协八届理事会会长章靖忠致开幕词并代表八届理事会作工作报告。我市律师郑金都当选为会长，唐国华、黄廉熙当选为副会长，王小军、王进、任一民、杨五荣、吴清旺、何黎明、沈田丰、胡祥甫、徐宗新、崔海燕、樊德珠、戴梦华当选为常务理事，王小军等24人当选为理事，项坚民当选为道德与纪律委员会副主任。另外，我市律师章靖忠被聘为省律协第九届理事会名誉会长，李根美被聘为顾问。



6月18日

浙江省司法厅党委书记、厅长赵光君莅临我会调研指导，就在全省律师队伍中开展依法治国教育活动听取杭州市司法局、杭州市律师协会的意见和建议。浙江省司法厅律管处处长、浙江省律师协会党委副书记王兰青等陪同。市司法局党委书记、局长吴声华，市司法局办公室主任严超，市司法局律管处处长丁洁，市司法局律管处副处长、市律协党委副书记赵卫，市律协党委委员、副会长史建兵，市律协副会长兼秘书长刘国健，市律协纪委副书记、副会长刘恩，市律协副秘书长沈海鹏等参加座谈会。



7月12日

首届杭州律师论坛总论坛在之江会议中心隆重举行。市司法局副局长、市律协党委书记徐前，市律协党委副书记、会长沈田丰，市司法局律管处处长丁洁，市司法局律管处副处长、市律协党委副书记赵卫，市律协副会长王立新、史建兵、刘国健、孙建平、金鹰、刘恩、朱虹、徐宗新，常务理事王建军、田璋、吴桂江、张晟杰、邵惠菁、陈沸、周春、金迎春、项坚民、熊辉伦等出席了本次论坛。论文作者，各专业委员会的主任、副主任，律师业务指导委员会、教育培训委员会委员以及报名律师近150人参加了本次论坛。论坛研讨取得了丰硕成果。





7月18日至19日

市律协企业法律服务项目党总支和市律协企业法律顾问专业委员会在杭州之江饭店联合举办了“首期CAM项目经理律师培训班”。本次培训班为期1天半，以市律协企业法律服务项目党总支12家联建支部所在律师事务所党员律师为主的59名律师参加了培训班。市司法局律管处副处长、市律协党委副书记、市律协企业法律服务项目党总支书记赵卫在培训班开幕式上讲话，并全程参加了培训班。市律协企业法律顾问专业委员会主任、市律协企业法律服务项目党总支副书记陆云良律师用三个半天时间讲授了CAM企业法治管理模式这一创新法律服务产品。在培训班结业式上，市司法局副局长、市律协党委书记、市律协党委项目党建创新领导小组组长徐前讲话，并向参加培训班的全体律师颁发了《CAM项目经理律师》资格证书。



7月20日

中华全国律协副秘书长李海伟率调研组来杭调研律师党建工作。浙江省司法厅副厅长、浙江省律师协会党委书记俞世裕，浙江省律师协会会长郑金都，浙江省司法厅律管处处长王兰青等领导陪同。调研组一行首先走访了浙江智仁律师事务所，了解律所组织和党建工作情况，并在杭州市律师协会会议室召开律师党建工作座谈会。杭州市司法局副局长、杭州市律师协会党委书记徐前，杭州市律师协会党委副书记、会长沈田丰，杭州市司法局律管处处长丁洁，杭州市司法局律管处副处长、杭州市律师协会党委副书记赵卫，杭州市律师协会副会长、秘书长刘国健，杭州市律师协会副秘书长沈海鸥参加座谈。



8月6日

杭州市律师协会于新址凤起东路五福天地B座1号楼10楼迎来建会20余年来第二次乔迁之禧！市司法局党委书记、局长吴声华，省律协名誉会长章靖忠，市司法局副局长、市律协党委书记徐前，市律协党委副书记、会长沈田丰，市司法局律管处处长丁洁，市司法局律管处副处长、市律协党委副书记赵卫，市律协副会长王立新、史建兵、刘国健、金鹰、刘恩、朱虹、沈向明等领导到场表示祝贺；30多家律师事务所敬献花篮祝贺协会乔迁新禧。自1991年建会以来，杭州市律师协会已经走过了24个年头，从无到有，励精图治，十年一剑。此次搬迁是杭州市律师协会的又一个里程碑，一个全新的起点，杭州市律师协会将秉承着更完善的服务管理理念，开启新的篇章。

8月11日

15名来自香港大学、香港中文大学以及5名浙江大学光华法学院的学生一行20余人，在市中级人民法院政治部干部人事处方艳云副处长的带领下，前来市律协交流学习。市律协副会长徐宗新、副秘书长余素珍、团委书记陈晓璐、团委委员毛利忠，五联所周建中、靖霖所白争雄等热情接待了香港大学生一行并举行座谈会。徐宗新副会长首先对各位远道而来的同学表示热烈欢迎，随后着重就杭州律师行业的发展现状、杭州市律师协会主要职能架构以及大陆的司法体系制度等作了详尽阐释。在交流互动环节中，双方就香港大学生感兴趣的话题，如内地律师执业情况、内地律师事务所的特点以及律师执业权利保护等作了深入的沟通，气氛热烈，座谈会取得了圆满成功。



8月15日至16日

杭州市司法局、杭州市律师协会在浙江省委党校新校区联合举办依法治国教育暨律师事务所党支部书记培训。市司法局副局长、市律协党委书记徐前，市律协党委副书记、会长沈田丰，市司法局律管处处长丁洁，市司法局律管处副处长、市律协党委副书记赵卫，市律协副会长史建兵、刘恩，市律协副秘书长沈海鸥、余素珍，市律协常务理事、纪律与惩戒委员会委员、各联络处负责人以及各律师事务所主任、合伙人、党支部书记等近450余人参加了本次培训。



9月13日

市律协在协会会议室举办了全国律师工作会议精神学习贯彻会。市司法局副局长、市律协党委书记徐前，省律协名誉会长章靖忠，市律协会长沈田丰，市司法局律管处处长丁洁，市律协党委副书记、市司法局律管处副处长赵卫，市律协副会长、党委委员、纪工委委员、常务理事、理事、各联络处负责人共计70余人参加了会议。沈田丰会长指出本次全国律师工作会议主要明确了三个方面：一是律师地位进一步明确；二是律师的权利得到充分明确和保障；三对律师提出了更高的要求。徐前副局长强调全市律师要统一认识，识大势、顾大局，紧紧团结在以习近平总书记为总书记的党中央周围，珍惜发展大局、珍惜律师工作成果，因势而动，顺势而为。





9月24日

9月24日上午,由杭州市委政法委、杭州市文明办、杭州市司法局、杭州市普法办、杭州日报报业集团、杭州文广集团主办,杭州市律师协会、杭州日报社、西湖明珠频道承办的杭州市首届“十大律师先锋”评选活动正式启动,市司法局副局长、市律协党委书记徐前,市司法局律管处处长丁洁,市司法局律管处副处长、市律协党委副书记赵卫,市律协相关领导等出席启动仪式。



9月25至26日

由省律协主办,嘉兴市律协协办,以“走出去”战略背景下的律师服务为主题的第五届浙江律师论坛在嘉兴富悦大酒店隆重举行。省司法厅副厅长、省律协党委书记俞世裕,省司法厅律师管理处处长、省律协党委副书记王兰青,省律协会长郑金都、名誉会长章靖忠、顾问李根美等领导出席会议。杭州市律师协会会长沈田丰、副会长王立新、副会长兼秘书长刘国健、副会长徐宗新、副秘书长余素珍及协会常务理事、论文作者、律师代表等近50余人参加了本次论坛。本届论坛为期两天,设主论坛、分论坛、律师沙龙等环节。杭州律师在第五届浙江律师论坛上成果丰硕,在论文评奖中获得一等奖4篇,二等奖9篇,三等奖8篇,杭州市律师协会荣获论坛组织奖。



9月28日

司法部部长、党组书记吴爱英来杭调研公共法律服务体系建设工作,充分肯定杭州在推进法治建设、打造人文法治示范区方面取得的显著成效,希望杭州为全国法律体系建设多出好经验、好做法。杭州市市长张鸿铭参加。吴爱英一行先后到上城区清波街道、西湖区上保社区法律服务点、古荡公共法律服务站和西湖区司法行政法律服务中心进行了实地调研。在多年实践中,杭州积极打造“3+X”公共法律服务平台,全面建成县级司法行政法律服务中心、乡镇(街道)法律服务站、村(社区)律师工作室三级公共法律服务平台,“律师进社区(村)”实现全市有效覆盖,同时,还建立“公益律师快线”网上服务平台,实现“律师进社区(村)”网下服务和网上服务无缝对接。