

法官之聲

FAGUANZHICHUANG 2012年第一期（总第五卷）

西南政法大学陕西校友会换届工作会暨
“法律职业素养之培育”座谈会

2012.6.30 中国·西安



中国方正出版社

法官之聲

FAGUANZHICHUANG 2012年第一期（总第五卷）

西南政法大学陕西校友会换届工作会暨
“法律职业素养之培育”座谈会

2012.6.30 中国·西安



中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法官之窗 / 陕西省法学会商法学研究会、陕西省审判与执行研究会、
西安市法官协会、陕西融德律师事务所. —北京: 中国方正出版社, 2012. 10
ISBN 978-7-80216-190-8

I. 法… II. 陕… III. 法律人—法学文集—中国 IV. 920.10

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 068833 号

法官之窗 2012 年第一期 (总第五卷)

丁学军 羿 克 总编

责任编辑 王相国

出版发行 中国方正出版社
地 址 北京市西城区平安里西大街 41 号
邮政编码 100813
经 销 新华书店
印 刷 陕西中实艺术印务有限公司
开 本 889mm×1194mm 1/16
字 数 460 千字
版 次 2012 年 10 月第 1 版
书 号 ISBN 978-7-80216-190-8
定 价 35.00 元

(版权所有 侵权必究)

前 言

为了热烈祝贺中国共产党十八大胜利召开，按照最高人民法院党组副书记沈得咏常务副院长关于“要充分发挥法官协会、女法官协会、审判理论研究会平台作用，加强与其他学术机构、学术传媒的联系，通过召开研讨会、论文评比等活动，推动人民法院理论研究工作”和中国法学会党组书记陈冀平常务副会长关于“希望法学法律工作者更加严格要求自己，牢记社会责任，坚守学术道德，从自身做起，在全社会发挥表率作用”的指示精神暨陕西省西安市中级人民法院和陕西省法学会工作安排，陕西省审判与执行研究会、陕西省法学会商法学研究会、西安市法官协会、西安市女法官协会主办，陕西融德律师事务所、西安市莲湖区人民法院、陕西高新域律师事务所、西安市雁塔区人民法院、西南政法大学陕西校友会、陕西浩公律师事务所承办的《法官之窗》杂志 2012 年第一期（总第五卷）在中国方正出版社公开出版了。主办、承办单位高度重视这一学术阵地，成立了以陕西省西安市中级人民法院党组书记任高潮院长任名誉主任、李志强副院长等任顾问、常西岭副院长和政治部朱荣华主任为主任的编委会和以丁学军、羿克任总编的编辑部。在西南政法大学陕西校友会换届工作会暨“法律职业素养之培育”座谈会上，全国十大杰出中青年法学家、西北政法大学贾宇校长、中共西安市中级人民法院党组书记任高潮院长，陕西省公安厅厅长、中共西安市委常委兼政法委书记、西安市公安局杜航伟局长，陕西省审判执行研究会会长、西安市中级人民法院党组成员常西岭副院长，西安仲裁委员会专职副主任兼秘书长潘俊星、西南政法大学曹春华副校长、王群主任、龙光美老师，西北政法大学郭捷副校长，中国科技法学会副会长、西安交通大学马治国副院长，武警工程学院李可人教授、

解放军西安政治学院博导周健教授、陕西省司法厅张久鑫副处长等分别就“法律人职业素养之培育”等内容作了精彩演讲，本期专门刊发了综述。《法官之窗》2012 年第一期（总第五卷）主要是陕西省“莲湖杯”商法理论与审判实践研讨会获奖论文选集。发表的论文经过“两审终审”，先从征集的 298 篇中严格筛选、推荐、评奖 69 篇，再从获奖的 69 篇及平时征集的文章中选择 45 篇编辑成。本期发表的论文中既有西安交通大学、厦门大学、西北工业大学、西北大学、西南政法大学、西安建筑科技大学、西北政法大学、西南民族大学教授、博士的论文；又有重庆、四川、福建、陕西四省市党委政法委系统、法院系统主要领导以及著名律师、高级法官、仲裁人、资深警官、公证人、博硕士研究生等关于商法特别是公司法、知识产权法、商法总论，法律人身心健康、“西政精神”与法律职业素养、审判与执行实务、司法廉洁、国际经济法、民间借贷合法化等方面的潜心大作。

《法官之窗》杂志作为学术刊物，争取融独创性、理论性、实践性于一体，做到令人受益匪浅，启迪良多。我们代表中国科技法学会、西安市法官协会、陕西融德律师事务所、陕西省审判与执行研究会、陕西省法学会商法学研究会、本刊编辑部对各位作者、主办承办单位、中国方正出版社和陕西省法官协会表示敬意和感激！

由于论文较多，加之时间匆促，缺点错误在所难免，欢迎广大读者指教。

李 强 马 洪 丁 学 军

二零一二年十月二十日

目 录



法官之思 编委会

特邀顾问	董 雷
刊名题字	白云腾
名誉主任	任高潮
顾 问	雷宝生 岳喜栋 李志强 杜豫苏
主 任	常西岭 朱荣华
副 主 任	贺桂宝 王联社 羿 克 孟 强
总 编	丁学军 羿 克
副 总 编	孟 强 董 刚 翟全军 吕艳红
学术顾问	马治国 夏雅丽 潘俊星 周 健
编 委	魏清利 郭志友 陈贞学 陈子欣 陈振亚 刘智勇 段洪波 王浩公 郑 怡 屈礼军 周 方 刘明远 闫黎平 王 舒
执行主编	丁学军(兼)
编辑部副主任	张炜达 楼 晓
美 编	赵 烨
摄 影	张知惠 马 佳

杜航伟	发扬“西政精神”的四点倡议	1
任高潮	努力培育法律人与“西政人”的职业素养	2
曹春华	西政精神与西政校友	4
丁学军	着力培育法律人职业素养	6
李树侠		
贺桂宝	网络服务提供者的侵权责任探究	9
周 强		
陈翔熙	试论当代法官的社会责任	15
徐 娟		
李秀梅	试析多元化纠纷解决机制下法律人的作用	20
贺桂宝	浅析网络著作权的保护	24
王 弘		
常西岭	试探“山寨现象”与知识产权保护	29
王恒勋		
周 方	论《非物质文化遗产法》对传统知识保护的缺失	33
马治国		
卞 辉	知识产权恶意诉讼的法律处置	41
张炜达	试析西部高校对知识产权人才战略的应对	44
何营营		
丁 夏	简论网络知识产权保护的法律困境与对策	47
羿 克	中小企业融资法律研究	50
苏心媛		
夏雅丽	完善我国企业有限责任形式之对策	57
韩永安	试论商法的调整对象	61
王 奎		
杨克胜	涉及公司债务的案件执行应注意的几个问题	68
翟全军		
楼 晓	我国公司型基金治理结构的组建路径探讨	72
杨粉米	浅论股东出资瑕疵民事责任的不足与完善	82
李 俊		
王 晶	上市公司反收购法律制度简析	89
王联社	论被执行人财产报告制度	93
谢鹏达		
梁 丰		

羿克 苏心媛	试论我国民间借贷合法化的法律对策	99
张曼慧	浅议司法公开的实践与完善	105
岳晓路 童超	机动车发生交通事故责任承担研究	110
董刚 范继伟	论刑事审判中的隐私权保护	114
曹媛 畅敏	论核心价值观如何指导基层审判工作	122
黄淳	论群体性纠纷的正确解决	126
高振国	公安机关社会管理创新浅议	137
邹姣凤 王涛	完善司法建议制度 推动社会管理创新	142
孟强 贺桂宝 张旭	拓展商法理论与保证法律人身心健康	146
周敏	和谐社会中如何缓解法官心理压力	148
张旭	基层人民法官心理压力现状问题和对策	154
朱越利 王莉莉	法律人身心健康问题与解决	159
舒慧	我国律师身心健康问题原因及应对	163
孟强	民事诉讼伪证研究	167
陈贞学 张路	原告主体资格探究	170
屈礼军	论我国公证的效力	177
李娜	论经济危机背景下美国贸易救济法制变迁	188
王浩公	维护司法廉洁 完善法律监督	197
张晓东	构建住房金融消费者保护的法律思考	201
省审判与执行学会	繁荣商事法学研究 促进审判执行实践	208
羿克 苏心媛	民间资本助力中小企业融资探讨	210
丁学军 夏雅丽	西部高新技术产业拓展的法律应对	213
张敏	科研院所改制中法人治理结构的确立	221
李冰	刍议我国的法律职业共同体	227

主 办 陕西省审判与执行研究会
陕西省法学会商法学研究会
西安市法官协会
西安市女法官协会

承 办 陕西融德律师事务所
陕西高新域律师事务所
西安市莲湖区人民法院
西安市雁塔区人民法院
西南政法大学陕西校友会

出 版 中国方正出版社

编 辑 《法官之窗》编辑部

地 址 陕西省西安市北二环辛家庙西村

电 话 (029) 87658163 13679124599

邮 编 710032

印 刷 陕西中实艺术印务有限公司

日 期 2012年10月20日

定 价 35元/本

发扬“西政精神”的四点倡议

◎ 杜航伟

全国十大杰出中青年法学家付子堂校长曾讲：“在西南政法大学有两件法宝：一是西政精神，一是西政校友。校友是母校发展的基石，与母校息息相生，休戚与共。”我们每一位校友，就是母校撒向天涯海角的名片，我们的发展和成就缘于母校，我们的荣光也应该归于母校，因为，从我们离开母校的那一天起，我们就注定要与母校荣辱与共，血肉相连。我们同属法律人，就应当勇敢地担当起法律人的社会责任；我们同属西政人，就应当勇于作西政精神的辛勤传播者和躬身践行者，要努力将“自强不息，独立、宽容和批判，自信而大气”的西政精神播撒到我们所从事各个领域、各个行业，用自己的实际行动提升西南政法大学的知名度和美誉度，为母校的辉煌历史书写更加华丽的时代篇章。

校友会本质上是一个群众团体，是校友之间的联谊组织，它的生命力和价值就在于积极周到地为校友提供力所能及的服务、帮助，提供一个交流、共进的信息平台。西政陕西校友会在过去的几年中，在任高潮院长的团结带领下，把对母校的拳拳之心和无限热情融入校友工作中，不断创新活动形式，组织举办了多种专业论坛和学术沙龙，发起了为患病校友及母校贫困生捐款活动，成立了校友基金会，并积极为母校发展建言献策，为陕西的经济社会发展、法治文明进步贡献了智慧和力量，赢得了各方的一致好评，展示了西政人的风采，也受到了母校的充分肯定，郭捷、丁学军、彭代全三位校友受到了西南政法大学校友总会的表彰。这些成绩的取得，凝聚着第二届理事会的

辛勤汗水，凝聚着陕西法学界、法律界的无私帮助，凝聚着陕西校友会各位同仁的深情厚谊。陕西校友会在新任会长周健教授的带领下，必将进一步凝聚西政陕西校友的感情，必将进一步丰富校友会的各项活动，必将进一步发扬光大母校的文化精神，为陕西的经济社会发展和法制文化建设做出新的更大的贡献！

作为西南政法大学陕西校友会第三届理事会名誉会长，在此，我郑重倡议：

一、秉承母校校训，弘扬西政精神。坚持“博学笃行、厚德重法”的校训精神，为弘扬社会主义法治文化、推进法治陕西建设，献计献策、永不言弃，用实际行动回报母校培育之恩。

二、立足本职岗位，服务三秦拓展。围绕推动科学发展、富裕三秦百姓、建设西部强省主题，立足本职岗位，为“三强一富一美”的新陕西，为全省经济社会又好又快发展竭忠尽智，贡献力量。

三、彰显互助精神，整合校友力量。向湖南、广东、四川等先进校友会看齐，发挥校友会纽带作用，进一步开发校友资源，建立校友网络，挖掘校友潜力，促进共同进步。

四、拓展沟通渠道，丰富校友活动。广泛筹集经费，做大基金会蛋糕，丰富校友活动，凝聚校友感情，扩大校友影响，把陕西校友会办成名副其实的校友之家。

作者杜航伟系中共陕西省委委员、陕西省公安厅厅长，中共西安市委常委、西安市委政法委员会书记，西安市公安局党委第一书记、局长、西南政法大学陕西校友会名誉会长。

努力培育法律人与“西政人”职业素养

◎ 任高潮

在这七月流火生机盎然的炎夏时节，在党的91岁生日到来的前夕，来自省人大、省政府、省公、检、法、司、安、政法委，全省各市政法部门，各政法院校的一百二十多名校友齐聚一堂，共叙校友情谊，共谋西政拓展，是令人高兴的一件喜事，也是陕西校友会的一件大事。今天，我们荣幸迎来了我们母校西南政法大学的曹春华副校长、王群主任和龙光美老师以及张雪老师，他们给我们带来了母校的关心和问候，同时还荣幸地邀请到了省、市政法各部门领导，在此，我谨代表西南政法大学的陕西校友会，代表陕西省西安市中级人民法院向莅临指导本次盛会的母校领导和各位嘉宾、各位朋友，也向今天参会的各位校友代表致以最热烈的欢迎和亲切的问候！

我们都是西政人。母校留下了我们的足迹，教给我们知识，赋予了我们精神和品质，正是从歌乐山下，我们启动了或加速着作为一名法律人的步履。……时光荏苒，岁月悠悠，弹指一挥间我们虽已不再年轻，但那歌乐山下、嘉陵江边的青春岁月我们永远不会忘记，对母校那份感谢和眷恋也将永远藏在我们心底。

我们都是法律人。无论今天我们是做法官、律师，还是做检察官、警察；无论是法学教授、专家还是仲裁人、公证人、公司法律顾问，我们都有一個共同的身份——法律人。曾经良好的法律职业素养培育了我们法律人的品质，塑造了我们法律人的精神，这是我们永恒的精神财富。

今天，我们将西政人与法律人结合在一起，就是要使大家在追忆自己西政岁月，抒发对母校感激眷恋情怀之时，更加珍惜母校教给我们的法律知识，更加重视母校赋予我们的法

律品质和法律职业素养，用我们当年在歌乐山下埋头苦学的恒心与干劲，把母校教给我们、赋予我们的知识、品质和精神变为推动我国社会主义法治事业的生动实践，当一个无愧于西政人身份的法律人，为西南政法大学不断取得新的发展，为陕西法制事业的健康推进，尽我们的一份力量。我想，这是每一个在陕西政人的职责，是一名陕西西政人与法律人的最佳结合点。希望通过今天的研讨，大家都在这一点上取得共识，得到提升。

西政陕西校友会作为母校和在陕校友之间的桥梁，近十年来在各个方面做了一些力所能及的工作，我们健全了组织机构，保持了与母校的经常联系，开展了与一些省、市校友会的友好往来，组织进行了一些联谊调研活动，同时，还在校友之间开展了困难帮扶工作，完成了陕西优秀校友的推荐表彰工作和有关书籍、刊物的编辑出版工作。但是，由于多种原因，陕西校友分会的工作还存在着不够广泛，不够经常，不够丰富多彩等问题，特别是我作为会长，由于本身公务较忙的缘故，对校友会工作关心不够，有负众望，在此向大家致以深深歉意。在这几年中，周健、郭捷、岳喜栋、彭代全、韩永安、丁学军、杜航伟、张炜、王平等副会长、秘书长和校友为校友会各项活动做了大量工作，在此我代表在陕近二百名西政校友表示衷心的感谢！本届会议，我们将进行校友会换届工作暨座谈交流“法律职业素养之培育”心得体会，在此谨代表第二届校友会衷心希望换届后的第三届理事会将保持校友会优良传统，在新任会长率领下努力工作，把陕西校友分会各方面的工作搞得红红火火，迈上新的

台阶。为陕西校友会的新进步、新拓展贡献自己一份力量。

作者任高潮系陕西省西安市中级人民法院

党组书记、院长，西南政法大学陕西校友会名誉会长，西安市法官协会会长，陕西省审判与执行研究会首席顾问，陕西省法学会商法学研究会首席顾问。

西南政法大学成功召开陕西校友会换届大会

◎ 张 雪

2012年6月30日上午9时，陕西校友会换届工作会暨“法律职业素养之培育”座谈会在西安维景国际大酒店盛大举行。120余名在陕校友齐聚古城西安，共叙浓浓校友情谊，畅谈法律职业素养。西南政法大学副校长曹春华，校友办王群主任、龙光美老师等出席会议。大会还特别邀请了西北政法大学校长贾宇教授、西安仲裁委副主任潘俊星等嘉宾。大会由87级校友、陕西永嘉信律师事务所主任韩永安主持。

大会首先播放学校宣传片及校歌MTV，向校友们展示了学校发展的光辉历程以及美丽的校园风光。研85级校友、西安市中级人民法院党组书记院长任高潮在开幕词中说：“母校留下了我们青春的足迹，赋予了我们独特的品质，作为一名西政人，同时又作为一名法律人，我们要把母校给予的优秀品质和精神，变为生动的实践，为社会主义法治建设作出应有贡献。”

“身在广袤的三秦大地，广大陕西校友心系母校，求真务实、开拓进取，为陕西的经济拓展和民主法制建设作出了巨大贡献，为母校赢得了荣誉。”曹春华副校长在致辞中代表校党委书记张国林、校长付子堂向广大陕西校友致以诚挚的问候和美好的祝福，向上一届陕西校友会表示崇高的敬意，向刚刚诞生的以周健为会长的新一届陕西校友会表示热烈的祝贺。

陕西校友会新任会长、研85级校友、解放军西安政治学院周健教授在会上通过讲述三个小故事回忆了校友之间的温情，并表示定当

不辜负大家的信任，竭力为校友服务。

陕西校友会名誉会长、80级校友、陕西省公安厅厅长、西安市委常委、西安市公安局局长杜航伟向在陕校友发出倡议：“秉承校训、传承西政精神，用实际行动回报母校培育之恩；立足本职岗位，服务三秦发展，为法治陕西建设做贡献；彰显互助精神，整合校友资源，向先进校友会学习；拓展沟通渠道，丰富校友活动，扩大校友影响建好陕西校友之家。”

西北政法大学校长、全国十大杰出中青年法学家贾宇教授在讲话中表示，今天他作为西政的兼职教授，以一名校友身份来参加此次大会，感到非常高兴，西政校友为国家法制建设作出了卓越贡献。

西南政法大学校办副主任兼校友会办公室主任王群在讲话中引用王维的《阳关曲》，表达了对校友们殷切的牵挂和祝福。校友办龙光美老师则深情讲述校友中情真意切的感人故事。90级校友张久鑫在回忆当初择校及在校求学期间的经历后说，他深切感受到校友情谊和作为西政人的荣耀。他号召所有在陕校友好学力行、坚守法律人的信念，无愧于西政人的称谓。

本届会议由陕西校友会主办，西安市法官协会、陕西永嘉信律师事务所、西安仲裁委员会、西安市女法官协会承办。大会选举产生了西政陕西校友会第三届常务理事会。

作者张雪系西南政法大学校友总会秘书。

西政精神与西政校友

◎ 曹春华

在龙年盛夏，我和龙光美老师、王群主任专程从山城重庆赶来与大家一起，相聚在人杰地灵的 17 朝古都西安，共同见证西南政法大学陕西校友会史册上的一个重要时刻。我代表党委书记张国林、校长付子堂，代表西南政法大学 25000 余名师生员工，向以任高潮为会长的为校友会工作做出巨大奉献的上一届陕西校友会表示崇高的敬意，向刚刚诞生的以周健为会长的新一届陕西校友会表示热烈的祝贺，同时向广大陕西校友、特邀嘉宾致以诚挚的问候和美好的祝愿！

首先，感谢西北政法大学贾宇校长、西安仲裁委员会潘俊星主任、西安交通大学副院长马治国教授、西安市中级人民法院常西岭副院长等所有嘉宾，感谢你们对西政的支持、对西政校友的帮助。

其次，要感谢我们的校友，一直以来，广大陕西校友心系母校，身在广袤的三秦大地，求真务实、开拓进取，为陕西的经济发展和民主法制建设作出了巨大贡献，得到了社会各界的广泛认可，为母校赢得了荣誉。校友是西政亮丽的名片，是西政精神的传播和延伸。广大的西政校友肩负着弘扬西政精神的历史革命，肩负着母校的重托，为西政赢得了无尚荣光。中国校友会网大学研究团队发布的《2011 中国杰出人文社会科学家研究报告》上，西南政法大学有 32 名教师校友成功入选第三届中国杰出人文社会科学家，勇闯全国前十名。这也印证了一句话，昨日你以母校为荣，今日母校以

你为荣！感谢陕西校友们用辛劳和汗水共同铸造着西南政法大学这块金子招牌！感谢你们为母校赢得了荣誉和骄傲！

第三要感激以杜航伟、任高潮为名誉会长的陕西校友会。你们把对母校的真挚情感和无限热情融入校友工作中，开展校友联谊，增进校友感情，搭建校友与母校联络的有效平台。在这里，我谨代表学校向校友们表示深深的谢意！

2011 年 12 月 26 日，学校召开了第七次党代会。大会选举产生了新一届党委和纪委，确定了建设特色鲜明、优势突出、多学科协调拓展的研究型高水平大学的战略目标，明确提出了今后五年学校事业发展和党的建设的主要任务，即法学学科进入国家以及重点学科建设序列，学校进入教育部与重庆重点共建大学行列；法学以外的学科博士学位授权点实现零的突破，国家级科研基地实现零的突破。实现“双进双突”目标是我们为建设研究型高水平大学奠定坚实基础，为“第三次创业”注入新活力的共同追求。

在西南政法大学有两件法宝：一是西政精神，一是西政校友。校友是母校发展的基石，息息相生，休戚与共，聚是一团火，散为满天星。无论是大江南北，还是海角天涯，我们都有一个共同的精神家园——西政，我们都有一个共同的名字——西政人。在此，我再次诚挚邀请各位同学常回家看看，西政永远是你们的家园和后盾！

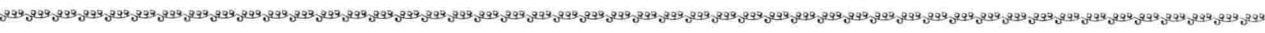
我希望，陕西的广大校友一如既往关心、

支持母校的发展，尤其在建好陕西的生源基地，做好就业指导等方面给学校提供更加有力的支持。

我坚信，在以周健为会长、丁学军为秘书长的新一届领导班子的带领下，陕西校友会一定会越办越好。为学校的发展，为校友的进步

提供更好的支持和搭建更有力的平台。让我们共同描绘母校前进的美丽蓝图，一起谱写母校发展的宏伟篇章。

作者曹春华系西南政法大学副校长、高级工程师、博士。



西南政法大学陕西校友会第三届常务理事会名单

- 名誉会长：杜航伟 任高潮
- 会 长：周 健
- 副 会 长：郭 捷 岳喜栋 韩永安
- 张 炜 彭代全 梁富勤
- 秘 书 长：丁学军
- 副秘书长：陈利平 陈军伟 李树侠
- 常务理事：张久鑫 杨学军 徐其萍
- 周晓平 陈 斌 王玉琦
- 薛少锋 尉 琳 高新庆
- 赵固宁 周三军 郭雪平

[西政校友活动]

2012年8月，全国十大杰出中青年法学家、四川大学研究生院常务副院长左卫民博导来陕，西安市中级人民法院党组书记任高潮院

长、副院长杜豫苏、西政陕西校友会会长周健教授等会见并宴请了左卫民校友。

着力培育法律人职业素养

——西政陕西校友会暨“法律职业素养之培育”座谈会综述

◎ 丁学军 李树侠

著名法学家史尚宽先生说：如果法官受到外界之利诱，物欲之蒙蔽，舞文弄墨，徇私枉法，反而以其法学知识为其作奸犯科之工具，则有如为虎添翼，助纣为虐，因而法学修养虽为切要，品格修养尤为重要。为迎接党的十八大胜利召开和庆祝中国共产党建党九十一周年，由西南政法大学陕西校友会主办，西安市法官协会、陕西永嘉信律师事务所、西安仲裁委员会、西安市女法官协会承办的西南政法大学陕西校友会换届工作会暨“法律职业素养之培育”座谈会于2012年6月30日在西安（阿房宫）维景国际大酒店隆重召开。与会120多名西南政法大学在陕校友及特邀嘉宾欢聚一堂，见证了西南政法大学陕西校友会换届工作会圆满成功，共同探讨了法律职业素养之培育的问题。在西政校友、陕西永嘉信律师事务所主任韩永安主持下，西南政法大学在陕杰出校友代表杜航伟、任高潮分别为会议的开幕及闭幕致辞，西北政法大学校长贾宇教授、西安市中级人民法院副院长常西岭、西安仲裁委员会专职副主任兼秘书长潘俊星等嘉宾分别从不同角度、不同方面对法律职业素养的内涵、外延和路径进行了解读和阐释，就法律职业素养的培育分享了自己的经验。

作为在陕的西政杰出校友，西安市中级人民法院党组书记任高潮院长首先宣布了会议的召开。任院长表达了作为西政人的自豪，回顾了第二届校友理事会的工作情况，并就西政人、法律人职业素养的培育做了开篇引导阐

述。专程前来西安参加会议的西南政法大学曹春华副校长表达了对会议成功召开的祝贺，传达了学校的关心、支持，表达了对西政在陕校友的问候，宣读了第三届陕西校友会常务理事名单。第三届校友会会长周健、副会长彭代全等代表西南政法大学陕西校友会第三届常务理事会进行了表态发言。

特邀嘉宾、全国十大杰出中青年法学家、西北政法大学贾宇校长首先对西南政法大学取得的成就和在中国政法界的地位表达了肯定和钦佩。在法律人的职业素养之培育方面，他认为，法律人应当坚持“法治信仰、中国立场、国际视野、平民情怀”。“法治信仰”，即作为法律人，应当将法治信仰理念向社会传播，要落实到具体行动上。只有整个社会都信仰法治，国家才能长治久安，民族才能持续兴盛，社会才能稳定和谐，人民才能幸福安宁。“中国立场”，就是要以强烈的责任感来建设伟大祖国的立场。可以学习西方先进的法制、先进的文化，可以用来对照我们的制度，对我们的社会提出批评，但这种批评，必须是善意的，建议必须是建设性的，立场必须是中国人的。没有中国立场，就不会有法律人的未来，不会有法律人的事业和成就。“国际视野”，就是要多了解国际的发展情况，世界的拓展情况，取彼之长，为我所用。只有真正做到博览古今中外，汲取各方之长，结合身边的实际加以改造利用，才可能让自己永远站在人群的前列、立于历史的潮头。“平民情怀”，就是要把自己定

位为一名普通的公民，把自身价值的体现建立在心系基层，面向实际，为最广大的人民群众服务的基础之上。作为法律人，无论做多高官，挣多少钱，一刻也不要忘记最普通的，也是最广大的人民群众，要知道他们在想什么、他们在做什么、他们需要什么？人才培养固然应该追求精英、一流、卓越、尖端，但这不应该意味着要养成法律人虚幻的贵族气和自以为是的傲气，不能忽视了平民情怀的培育。法律人要“立身为公、学以致用、面向基层、服务大众”。

武警工程学院李可人教授认为法律职业人要有三个坚守：

一是要坚守法制的理念。这是法律人最基本的一个理念，也是中国法制进程不断发展的基础。

二是要坚守自由表达的理念。崇尚法制，不作违心之论，不作应景之文。

三是要坚守西部。西部与我国其他地区相比，在经济上有一定差距，法律人要守住这片热土，耐得住清贫和寂寞，沉下心来，不为名利所扰，专心做事。

西安仲裁委员会常务副主任潘俊星秘书长认为“自信、进取、重义、有为”是西政校友的显著特点，也是其对西政的钦佩之处。潘主任然后从仲裁的角度阐述了仲裁人的职业素养及培育。潘俊星主任认为，作为一个法律人，应该有超越常人的历史责任感，有提升职业素养的自我意识。仲裁是当事人、仲裁员等所共同参与的道德经济法律文化活动。仲裁的伦理不同于法官，不同于法院伦理，在仲裁中更加注重道德的引导，注重在道德的指引下寻到最佳的解决问题的方法。仲裁的伦理可以用八个字来概括，即“受托、守信、重则、尚和”。仲裁体现的是受托与委托的关系，本职属性是当事人财产处分权的授予和委托。仲裁更注重将“君子之争、和谐仲裁”的基本理念融入到

仲裁个案之中，充分尊重当事人，以至诚致胜的精神追求，公正高效平和理性地化解纠纷，力求做到本其心、顺其情、求其理的目标。仲裁追求法律效果、社会效果，法制精神与人文精神的和谐统一，彰显仲裁的活力。作为法律人，作为仲裁人，在职业素养方面，一是要秉持良知，有道德和良知的支撑；二是要投入感情，因为仲裁是基于当事人的信任而受托处理纠纷，仲裁要急当事人之急，想当事人所想；三是要慎用授权，对当事人的授权要谨慎使用，不能擅自越权；四是要守住底线，守住法律人的基本道德底线，公正公平地为当事人解决纠纷。

陕西省审判与执行研究会会长、西安市中级人民法院常西岭副院长从法官职业的角度阐述了法律职业素养的培育。常西岭副院长认为，素养即素质和修养，作为法官的职业素养，不仅关系到法律知识的教育，而且关系国家司法制度的权威性和公信力，乃至关系我们建设社会主义法治国家的水平，法官的职业素养，包括法学理论、法律制度体系以及法官在解决纠纷中的司法智慧和工作中坚定的职业操守以及法学修养和品德修养。详言之，一是法官应该具有悲天悯人的情怀，要对国家和社会有“先天下之忧而忧，后天下之乐而乐”的情怀，对基层人民群众有深切的同情和关怀，甚至换位思考，努力做到司法为民。二是法官必须具有高尚的人格，能够抵御诸如金钱、权力、美色等的侵蚀。三是法官应当具有良好的文化及人文素养，熟知文学、哲学、历史、经济等，加强理性思考。四是法官应当具有良好的司法能力，要熟练掌握认定事实、适用法律、庭审驾驭、适当调解、裁判思维、裁判效果、文书写作等基本知识技能。五是应当提高应对媒体的能力，及时向社会公布相关案件情况，做到公开审理、公开结案，坚持法律的信仰，坚守公平正义的理想，做到严格坚持依法

办案。

最后,陕西省公安厅厅长、中共西安市委常委、西安市公安局长、西安市政法委员会杜航伟书记做总结发言。杜厅长首先代表校友对第二届西政陕西校友理事会的工作进行了总结和肯定。第二届校友理事会怀着对母校的拳拳之心和热情,积极融入到校友工作当中,成为校友、母校相互沟通、帮助的平台。在第二届校友理事会的组织下,陕西校友会多次组织专业论坛和学术沙龙活动,为患病校友和学校困难学生提供积极帮助,成立校友基金会,为母校的发展献计献策,为陕西经济的拓展、法治文明贡献了智慧和榜样,展现了西政人的风采。每一个在陕校友都是西政撒向三秦大地的名片,都是西政精神的传播者和践行者。杜厅长倡议,无论是作为西政校友,还是一个法律人,在职业素养方面,要做到:一是秉承和弘扬“博学笃行,厚德重法”的西南政法大学校训精神,用自己的实际行动回报母校的培育之恩,用自己的实际行动推动陕西经济拓展和法治建设;二是立足本职工作,在自己的工作岗位中踏实勤奋,发挥西政人的优良作风,用自己的专业知识和服务精神服务三秦人民;三是彰显互助精神,发挥校友的作用,相互帮助,相互促进,共同发展;四是拓展沟通渠道,丰富校友之间的交流活动,凝聚精神,团结校友共同提升职业素养,共同推动陕西社会法治进步。

西南政法大学高级工程师曹春华副校长、

西北政法大学教授郭捷副校长,中国科技法学会副会长、西安交通大学博导马治国副院长、西南政法大学校友总会办公室主任兼校长办公室副主任王群、西南政法大学律师校友会秘书长龙光美老师,解放军西安政治学院博导周健教授、陕西省司法厅张久鑫副处长、西北大学尉琳副教授、渭南市中级人民法院办公室王玉琦主任、陕西省彬县人民检察院付普庆副检察长等纷纷就法律职业素养之培育进行了大会交流发言。

该次西南政法大学陕西校友会换届工作会议暨“法律职业素养之培育”座谈会在 120 多名西南政法大学在陕校友及特邀嘉宾的精彩发言、热烈交流中取得圆满成功。与会人员纷纷表示深受鼓舞和教育,表示在以后的工作中继续提升职业素养,立足本职工作,推动社会法治进步。

作者简介:丁学军系西安市法官协会副秘书长、西安中院两法协办公室专职副主任,兼职西安仲裁委员会仲裁员、西安市知识产权法研究会副会长、陕西省科技法学会副会长、中国廉政法制研究会副秘书长、陕西省审判与执行研究会常务副会长、在职博士,陕西省法学会商法学研究会会长、陕西省优秀中青年法学家、全国法官协会先进工作者、西南政法大学陕西校友会秘书长;李树侠系陕西永嘉信律师事务所主任助理、律师,西南政法大学陕西校友会副秘书长、法学硕士。

网络服务提供者的侵权责任

——“提示规则”的解释论

◎ 贺桂宝 周 强

《侵权责任法》第36条第2款确立的规则被称为“提示规则”。它从归责的角度对“通知移除”程序进行了规范，一定程度上偏离该项制度作为“安全港”的本意。由于欠缺通知制度的配套内容，它对公众的言论自由也可能构成妨碍。这些问题的解决，需借助解释论的方法对该项规则的构成要件和责任承担予以细化。《信息网络传播权保护条例》的相关规定提供了类推适用的基础，但具体操作时应注意防止背离立法的目的。

一、引言

《侵权责任法》第36条被称为“网络侵权专条”。该条设三款分别对网络用户、网络服务提供者的自己责任，网络用户直接侵权时，网络服务提供者承担连带责任的情形进行了规定，构建起我国民事立法关于网络侵权的规范体系。但目前学界关于本条规范之理解尚有争议，其中又以第2款“提示规则”和第3款“知道规则”的不同解释较为突出。本文仅以第36条第2款“提示规则”为对象，分“提示规则”的解释与批评、“提示规则”的构成要件和责任承担四个方面对其展开论述，以期能为该项制度的适用有所助益。

二、“提示规则”的解释与批评

（一）“提示规则”的解释

第36条第2款原文：“网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权人有权通知网络

服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。”

按照学者的理解，“提示规则”是指“网络服务提供者不知道网络用户利用其网络实施侵权行为，被侵权人知道自己在该网站上被侵权，有权向网络服务提供者提示，通知其网站上的内容构成侵权，要求其采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者在接到该提示之后，应当按照其提示，及时采取上述必要措施。如果网络服务提供者未及时采取必要措施，构成对网络用户实施的侵权行为的放任，具有间接故意，视为与侵权人构成共同侵权行为，因此，就损害的扩大部分，与侵权的网络用户承担连带责任。”^①

这种解释的核心观点可简化为：服务提供者接到权利人的“通知”即被视为“知道”了直接侵权，若它没有及时采取措施，便应承担相应的责任。但若考察“通知移除”程序（notice and take down，简称NTD）的产生历史及其制度内涵，则会发现，上述解释可能曲解了“通知”的作用，使本为“安全港条款”的“通知移除程序”，有可能变成网络服务提供者承担责任的“风暴角”。

“提示规则”，源于对美国法律的借鉴。它

^① 杨立新：《如何理解侵权责任法中网络侵权责任》，载《检察日报》2010年3月31日，第3版。

首创于美国《千禧年数字版权法》(Digital Millennium Copyright Act, 简称 DMCA) 第 512 条, 而后为其他国家所效仿。我国亦然。DMCA 第 512 条根据网络服务提供者不同的功能将之分为四类予以规制, 其目的旨在对网络服务提供者的责任进行限制。如果符合了特定的条件, 服务商对于其提供的服务而造成的版权侵权, 将不承担赔偿责任, 并且除特定情形外, 也不承担禁令或者其他衡平性救济的责任。^① 这一限制责任的条款, 也被称为“安全港”条款或者“避风港”条款。它的制定, 并未改变现行的、决定服务提供者责任的版权侵权规则, 而仅仅是为他们提供一个确定的“安全港”。法院可以自由地依据现有的版权法决定网络服务提供者初步责任的性质与范围。^② 换言之, “安全港”条款并不考虑服务提供者是否构成侵权, 只要该服务提供者的行为落入了其适用范围即可。^③

“通知移除”程序 (NTD) 是“安全港”中一项重要的内容。它适用于“(c) 根据用户指令在系统中存放信息”和“(d) 信息定位工具”两类服务商。其具体内容包括如下方面: 侵权通知应具备的条件, 服务提供者免责的条件, 反通知制度, 错误通知的责任承担制度, 服务提供者因处理侵权通知而免除对用户违约责任的责任的制度。它从技术和法理两个角度对权利人和服务提供者的义务进行了合理的配置, 平衡了双方的利益: 一方面, 版权人最有动力去发现, 也最有能力去识别侵权是否存在的事实, 因而, “通知移除”程序将审查网络信息的义务转移给他们; 另一方面, 只有网络服务商在技术上才能删除信息, 阻止侵权的继续, 因而, 移除成为他们的义务。^④ 借助此一制度的设计, 权利人与网络服务提供者得以合作, 从而共同实现“发现和处理数字网络环境下的侵权活动”的目标。^⑤

由上所述可知, 发端于美国的“通知移

除”程序有着特定的意义和功能。它植根于责任限制条款, 而非归责的规范; 它将更多的义务赋予权利人 (权利人审查信息, 发出通知必须符合条件), 而非服务提供者 (没有普遍审查的义务)。

反观我国《侵权责任法》中本款的规定, 既未限定“通知移除”程序适用的网络服务提供者的类型, 也未规定“通知移除”程序相关的配套制度, 而是从归责的角度出发, 将通知作为证明网络服务提供者知道的一项条件。相形之下, 这一规定可能会使网络服务提供者的责任更为严格。

(二) “提示规则”的批评: “言论自由” v. “通知删除”

第 36 条规定的民事权益不仅涉及知识产权, 还包括人格权等其他权利。因而, 在规则的设计上, 需要有不同的价值考量。但从第 36 条的规定来看, 其对权利保护的价值关怀较多, 而关涉公众言论自由的制度安排显少, 也因之受到诸多批评。

有人认为, 被侵害人或者说“通知者”, 实际上可以据此 (本款“有权通知”的规定) 对服务商施加压力, 那么, 服务商最安全的选择就是只要收到“通知”, 就采取措施, 删除信息或者断开链接。这显然是“宁可错删一千、不可放走一条”的“有罪推定”。该款的实际后果是服务商为求自保, 对于一切有争议的内容都会一律删除, 以后大概不可能再有批评性言论了。^⑥ 也有人认为, 新《侵权责任法》

① 张金恩:《论美国的版权间接责任制度》, 载《网络法律评论》2006 年第 1 期, 第 23—75 页。

② H. R. Conf. Rep. No. 105—796, at 73 (1998).

③ H. R. Rep. No. 105—551, Part 2, at 64. (1998).

④ 周强:《通知移除制度研究》, 载《北京政法学院学报》2010 年第 1 期, 第 64 页。

⑤ S. Rep. No. 105—190, at 20 (1998).

⑥ 郑赫南、吕卫红:《网络侵权如何规制 专家会诊草案专条》, 载《检察日报》2009 年 12 月 7 日, 第 006 版。