

2015
11
总第737期



上海市律师协会主办

聚焦|思辨|感悟|互动

|聚焦| 在其位必须谋其政

——市律协十届业务研究委员会主任谈各自工作思考（三）



封面照片:徐汇滨江 海事塔

10月29日,市律协会长俞卫锋、副会长吕琰等前往上海普陀并购金融集聚区就上海市律师协会与长风生态商务区建立合作进行讨论。



11月4日,市律协副会长吕琰等多名律师前往上海仲裁委员会,对进一步加强合作的具体事宜进行讨论。这也是为了落实上周上海仲裁委员会主任王信芳带队拜访律协时两单位商定的搭建合作平台的具体工作。



11月5日,上海市律师协会与普陀区司法局、长风生态商务区管委会办公室三家单位联合签署《上海市律师协会并购重组业务研究委员会与上海普陀长风并购金融集聚区之合作协议》。



11月20日,第七届陆家嘴法治论坛在上海国际会议中心举行。来自司法、企业、学术等各界嘉宾共300余人参加论坛。上海市律师协会与香港大律师公会签署2016年度合作备忘录,并举行7家上海律师事务所聘请香港大律师作为法律顾问的意向书签订仪式。



11月23日,以日本横滨律师协会会长竹森裕子、前会长武井共夫为团长的日本律师代表团一行13人来沪交流访问。市律协副会长管建军主持接待了该代表团。

A

解释 适用 提升



《刑法修正案（九）》的理论动向与实践探索

正确地解释法律对于司法裁判的质量与水平影响很大。刑修九修改幅度大、内容多,势必会带来繁重的法律解释任务。基于刑法所涉公民权利重大,任何一个有良知的司法者都应该对于自己适用的法律作出内心确认的实质合理解释;每个解释方法的适用条件尚需细致研究以形成共识,以达到真正使司法的公正性在每一个具体案件中得到实现。

B

法院能要当事人代理人宣读誓言书吗?

司法中的形式,包括宣誓,乃至司法过程,我们应该允许其有一些刻板的规定,但是这通常在立法上都有依据的。当事人配合人民法院审理案件最重要的就是遵守法庭纪律,听从法庭的指挥,不扰乱法庭秩序,按照法律规定充分行使自己的权利。法院可以要求诚信,但是不能在缺乏法律依据的情况下自行创设法律机关原本不应该创设的规定。

C

浅析《关于依法保障律师执业权利的规定》的进步及完善

“两院三部”《关于依法保障律师执业权利的规定》日前公布,该《规定》坚持问题导向,针对法律规定的律师执业各项权利落实不够有力,尤其是在律师会见、阅卷、申请调取证据以及庭审辩论遇到的困难和问题,提出了保障律师执业权利的相应措施,是新时期一部全面保障律师执业权利的文件,对律师执业尤其是刑事辩护律师的执业起到了良好的指引作用。

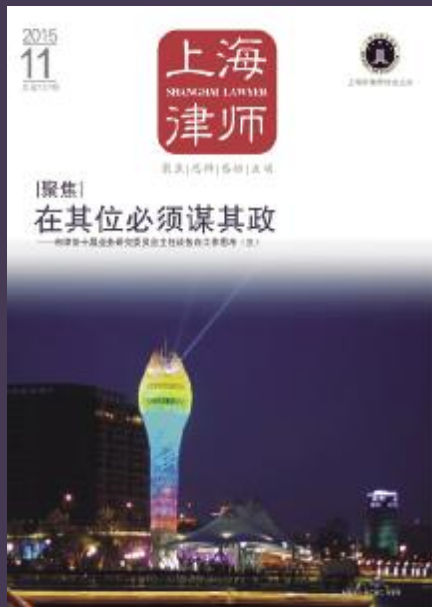


D

从司法实践看 PE “对赌条款”的法律效力

随着《私募投资基金监督管理暂行办法》等几部专门针对私募投资基金的部门规章、行业规定于 2014 年相继出台,私募投资基金的规范化运作迎来了更清晰的制度支持。作为私募投资基金中的一个重要类型,私募股权基金(“PE”)尤其活跃,其中,作为 PE 投资合同灵魂条款的“对赌条款”的法律效力问题,被业界广泛关注。

由最高人民法院提审审结的甘肃世恒有色资源再利用有限公司等与苏州工业园区海富投资有限公司的增资纠纷案,被称为“中国 PE 对赌第一案”。该案的争议焦点就是“对赌条款”的法律效力问题。最高院在该案中就对“对赌条款”效力问题的裁判标准和依据具有一定的示范作用,值得深入研判。



《上海律师》月刊

主 管:上海市司法局
主 办:上海市律师协会
编 辑:《上海律师》编辑部

编辑委员会主任:俞卫锋
副 主 任:周天平 管建军 邹甫文 王 嵘
潘书鸿 吕 琰 钱翊樑

编 委 会:岳雪飞 计时俊 马晨光 叶 萍
田庭峰 朱小苏 李海歌 连晏杰
吴静静 周 忆 邹恒娟 施克强
顾跃进 葛珊南 严 嫒

主 编:邹甫文
副 主 编:黄荣楠 刘小禾 庄 燕
责任编辑:杨培君
摄影记者:曹申星
美术编辑:大 愚
编 务:滕译文

(内部资料 免费交流)



编辑部地址:
上海市肇嘉浜路 789 号均瑶国际广场 33 楼
电 话:021-64030000
传 真:021-64185837
投稿邮箱:E-mail:tougao@lawyers.org.cn
网上投稿系统:<http://info.lawyers.org.cn>

上海市律师协会网址(东方律师网)
www.lawyers.org.cn
上海市连续性内部资料准印证(K 第 272 号)

本刊所用图片如未署名的,请作者与本刊编辑部联系

2015 11

目录

总第 737 期

本刊关注 Benkanguanzhu

聚 焦

- 05 市律协联合主办第十三届华东律师论坛 / 吕 轩
- 06 在其位必须谋其政
——市律协十届业务研究委员会主任谈各自工作思考(三)
- 12 为中国企业赴海外投资提供金融支持
——外滩金融法律论坛第五季:“一带一路”与金融法律 / 陈 磊 吴 喆

风 采

- 15 人生是朵三色花 / 计时俊
- 16 《刑法修正案(九)》的理论动向与实践探索
——第六届博和法律论坛综述 / 张翠翠 随鲁辉

东方大律师

- 22 岁月回眸 / 叶杭生

律所建设

- 23 求实自律 诚信服务 打造品牌
——走近上海市捷华律师事务所 / 史 蕾

法律咖吧

- 27 于法没有依据 效果微乎其微
——论沐阳法院要当事人代理人宣读誓言书
/ 王 凡 鲍培伦 沈伟民



新疆那拉提草原风光 摄影:董仑楚 律师



11月20日,由中华全国律协会长王俊峰带队,全国律协副会长盛雷鸣、全国律协秘书长何勇等一行到上海市律协调研上海律师工作。市律协会长俞卫锋、副会长周天平、邹甫文、王嵘等一起交流座谈。

法眼法语 Fayanfayu

香港大律师之窗

32 香港的家族信托法律(下)/ 萧震然

视角

34 浅析《关于依法保障律师执业权利的规定》的进步及完善 / 王恩海

专题研究 Zhuantiyanjiu

39 从司法实践看 PE “对赌条款” 的法律效力 / 王婉怡

43 境外投资新型通道之 QDLP、QDIE 业务简述和比较 / 黎明 邹野

46 私募基金“资金池业务”的“魔”与“道” / 马晨光

50 新三板基金募集和运作应关注的主要法律问题 / 邹菁 路银雷

53 有限合伙制私募股权投资基金设立实务 / 郝红颖

人文万象 Renwenwanxiang

乐 Life

57 我的哈雷日记(上)/ 马建军

业内资讯

60 二中院与市律协联合签署《关于律师参与多元化纠纷解决合作备忘录》等六则

61 上海市律师协会 2015 年 11 月新增会员名录

新法速读

64 最高法院发布《保险法》司法解释(三) 封三《律师业务资料》目录 2015 年第 10 期

本刊关注

2015年11月14日至15日，由上海市律师协会与江苏、浙江、安徽、福建、山东、江西六省律师协会联合主办，福建省律师协会承办的第十三届华东律师论坛在福建福州举行。来自华东六省一市的近200名律师参加论坛，福建省律师协会会长郑新芝主持开幕式，全国律协副会长盛雷鸣、福建省司法厅副厅长俞建春出席开幕式并致辞。



聚 焦

●文/吕 轩

市律协联合主办 第十三届华东律师论坛



➡ 本届论坛下设“以庭审为中心的诉讼体制改革与辩护律师的职责”、“司法体制改革与市场公平秩序的建立”、“互联网时代与资本运作风险防控制度的设计”、“依法治国与律师服务体系建设”等4个分论坛，邀请最高人民法院司法改革办公室规划处处长何帆，福建社会科学院党组书记、副院长陈祥健，厦门大学法学院教授、博士生导师、法学博士陈辉萍分别发表了题为“深化司法改革对律师执业的影响”、“深化律师属性认识，推动律师事业发展”、“中资企业投资丝绸之路经济带国家的准入障碍和法律对策”的主题演讲。

上海市律师协会组成15人的律师代表团，由副会长潘书鸿、副秘书长刘小禾带队参会。潘书鸿副会长主持了“以

庭审为中心的诉讼体制改革与辩护律师的职责”分论坛。他的精彩主持让刑事分论坛成为本次华东律师论坛的一大热门，与会的刑辩律师通过交流，观点与才智激情碰撞，成果显著。

上海市华诚律师事务所朱小苏律师的发言成为“互联网时代与资本运作风险防控制度的设计”分论坛的焦点。他对于反垄断法律的熟悉程度和精湛研究征服了在场的与会律师。在大家的多次发问下，原定15分钟的交流发言竟持续了1个多小时。

上海博和律师事务所王思维律师的交流发言作为“依法治国与律师服务体系建设”分论坛的开场大戏。他慷慨激昂的发言，得到了与会律师的赞同和共鸣。

经过六省一市律协的评选与推荐，

共有105篇论文参加大会交流。论坛共评选出优秀论文一等奖7篇，二等奖21篇，三等奖77篇。

上海律协参论文在《东方律师网》上公开征集，经大会组委会评选，共有15篇论文获奖。

华东律师论坛的前身为“华东地区律师实务经验交流会”始于1981年在上海举办，2003年起改为华东律师论坛，由华东六省（福建、浙江、山东、江西、江苏、安徽）一市（上海）律师协会轮流主办。经过十几年的发展，华东律师论坛已经成为涵盖律师最多、历史最悠久、影响力最大的区域性律师论坛之一。15日上午，为期两天的第十三届华东律师论坛在福建福州落下帷幕，下届论坛将于明年在浙江举行。●

上海律协获奖论文名单

一等奖

●《纵向市场分割协议的反垄断法律规制》作者：上海律协破产清算业务研究委员会副主任、上海市华诚律师事务所朱小苏律师

二等奖

●《司法改革背景下法律职业共同体的构建》作者：上海律协刑事业务研究委员会委员、上海博和律师事务所王思维律师
●《互联网金融法律规制的核心探析》作者：上海融孚律师事务所合伙人吕琰律师、张峰律师
●《非法吸收公众存款罪的认定与界限研究》作者：上海律协商业争议解决业务研究委员会副主任、德恒上海律师事务所王军旗律师、田芳律师

三等奖

●《互联网金融法律风险防范》作者：上海市联合律师事务所曹志龙律师
●《“诉权受让人”的当事人适格问题研究——以知识产权商业化诉讼为例》作者：上海市锦天城律师事务所董文涛律师
●《大数据分析股东纠纷的意义和可行性》作者：上海宋海佳律师事务所宋海佳律师
●《对赌纠纷常见争议焦点及相关法律问题辨析》作者：上海九州丰泽律师事务所屠磊律师、张轶律师
●《论税法上的纳税人诚实推定权》作者：北京盈科(上海)律师事务所王桦宇律师
●《跨境银团贷款合同项下的交叉违约

条款》作者：高朋(上海)律师事务所谢向阳律师、郑霄潇律师

●《论走私案件中律师对〈核定证明书〉的审查与运用》作者：上海市海华永泰律师事务所徐珊珊律师、陈映川律师
●《公司决议纠纷的诉讼困境与建议》作者：北京长安(上海)律师事务所周浩律师、李白扬律师
●《用人单位规章制度法律适用若干问题探讨》作者：上海通乾律师事务所朱慧律师、武慧琳律师
●《浅论律师在人民调解、行政调解和司法调解中的作用》作者：上海市新闻律师事务所江净律师
●《法律框架下行政管理思维创新》作者：上海申浩律师事务所潘杰律师

聚 焦

在其位必须谋其政

——市律协十届业务研究委员会主任谈各自工作思考(三)



构建医药健康领域法律服务的研发高地

卢意光(市律协医疗健康业务研究委员会主任)



医药健康业务研究委员会将从以下几方面开展工作:

一、充分利用各委员的自身优势,共建委员会平台

委员会决定设立患者权益保护、医疗机构法人治理、食品与公共卫生、药品、医疗器械、数字医疗、养老护理、中医药、医药知识产权、医药健康资本、卫生行政等十二个研究组,每名副主任负责4个小组,小组可以就本领域单独开展活动,也可以联合开展活动。活动形式可以是研究报告,并形成法讯;也可以举办论坛、研讨会、沙龙;还可以对外进行交流、出版著作等。

二、加强横向和纵向交流

1、加强委员会与全国律协民委会的交流

目前,全国律协尚没有专门的委员会,本委员会可以向全国律协争取,逐步建立专门的医药论坛,乃至专门的医药健康委员会。

2、加强与其他单位的交流

进一步加强与其他单位,如政府部门、高

校、媒体、行业协会、法学会等的交流合作,以更加准确迅速地了解行业信息,立法动态以及实务情况,为理论研究以及实务研讨提供素材和依据。

三、委员会围绕“关注、研究、宣传”积极开展活动

1、关注:积极、主动跟踪医药健康行业动态,关注行业热点事件,梳理其中涉及到的法律疑难问题。

2、研究:组织专业研究论坛、研讨会等,对热点、难点、前沿法律问题展开研究,并形成研究成果。

3、宣传:根据研究成果性质,将其向上海律师或社会公众公开,或向有关部门推荐。

总之,委员会应当建设成为医药健康法律服务领域的研发高地、实务基地、精神家园。相信在律师协会的领导、全体委员的共同努力下,本届委员会必将取得长足的进步和发展,为医药健康法治建设做出应有的贡献。



朝气蓬勃 积极进取

孙瑜(市律协融资租赁业务研究委员会主任)



融资租赁是集融资与融物、贸易与技术更新于一体的新型金融产业。

可以说,其融物的属性使其始终支持着实体经济的发展。商业保理为企业提供了应收账款融资,极大地提高了企业的现金流使用率。融资租赁研究委员会是十届律协全新成立的研究委员会。对于一个全新的研究委员会而言,最重要的任务应当是建立研委会的基本模

式,打好研委会未来的发展基础。在2015—2016年度,我们的工作目标包括:

建立融资租赁以及商业保理的上海地区律师标准化工作文本及模式,提升上海律师在上述两项专业领域的从业水平。在融资租赁方面,纵向上提高融资租赁律师对于融资租赁基础业务以及相关争议解决方面的水准,横向上拓展律师能力,使之能够胜任租赁公司融资租赁资

产交易、融资租赁资产证券化、租赁公司新三板上市、融资租赁引入境外资金等需求。在保理方面,提高保理律师执业素养,使其能够胜任厂商保理、供零保理、供应链保理、电商保理等保理领域的交易设计,提供合规建议。

积极参与融资租赁以及商业保理立法,力争提高上述两领域的立法层级。组织委员和律

师参与立法调研工作,提出相关意见。

积极组织委员乃至广大律师同仁与全国租赁行业协会、保理行业协会交流,互通有无。

组织委员编写期刊杂志,将融资租赁及保理的 latest 行业发展及法律热点问题分享给广大律师同仁。



探索社会矛盾化解规律 形成上海律师专业特色

江 净(市律协社会矛盾化解业务研究委员会主任)

律师在化解社会矛盾、维护社会稳定中,有着不可替代的作用。社会矛盾化解业务研究委员会将以“发挥律师作用、参与社会管理,化解社会矛盾,维护社会稳定”为宗旨,探索社会矛盾化解规律,参与社会维稳工作,以律师参与信访矛盾化解、不动产征收法律服务与纠纷化解、突发事件应对中社会矛盾的预防与化解为研究方向和重点,将法律理论与实践相结合,积极建立律师参与社会矛盾化解工作机制,形成上海律师在 ADR 领域的业务特色。

一、总结经验,组织交流。一是把分散在各所和律师手中的经验、案件、文章等总结并汇编成册;二是搭建平台,组织交流,加强会员与本市、全国律师、政府部门、实务界、理论界之间的沟通。三是加强研究会与各区县联系,将工作重心、研究成果向区县转移,奉献给一线律师。

二、研究法律,解决难题。一是研究业务领域的法律法规和政策,为律师答疑解惑。二是探

索业务领域的规律性,建立法律服务流程,汇编示范文本体系,规范法律服务行为。三是为党和政府、社会解决难题,发挥律师作用,推动法律法规和政策的制定,把律师法律服务纳入进去,形成“法律事情让专业律师做”的格局。

三、提高素质,树立品牌。一是通过培训、研究、交流引导本专业律师走专业化、品牌化道路,形成上海律师在 ADR 领域的业务特色。二是在为社会解决难题的过程中,与政府部门建立良好的沟通合作渠道,建立律师参与社会矛盾化解工作机制,及时发现、控制、调处社会矛盾,为政府、企业、百姓排忧解难和维权,赢得口碑,树立品牌。

四、开拓市场,形成共赢。一是组织和引导律师为社会研发适销对路的法律服务产品,如政府购买法律服务,开拓新的法律服务市场。二是让律师在为社会服务过程中形成共赢局面,并取得效益。



继往开来 力创佳绩

王立群(市律协会展旅游业务研究委员会主任)

1999 年起,我担任上海市旅游协会常年法律顾问至今,一直从事旅游法律工作。上海市统一使用的旅游合同示范文本均由我起草。最记忆犹新的是,我代

理了震惊旅游行业的“游客纵火赔偿案”,经最高法院批复翻案(百度搜索“游客纵火”即可查阅)。该案重大意义在于,使旅游行业从此有了“除自然灾害”以外的不可抗力之说。我在担任

市律协十届会展旅游业务研究委员会主任的任期内,想将自己从事十六年来的旅游法律工作经验,在“会展旅游业务研究委员会”得以传承和发扬,带领全体委员将会展旅游法律理论研究与会展旅游行业实务相结合,为会展旅游业立法献计献策,提升委员在该领域的业务能力。

首先,运用互联网+,拟建立会展旅游互联网互动平台,将研究会的会展、旅游、酒店管理等板块融入,使研究会委员与会展、旅游行业协会的会员企业直接在互动平台上对接,提供法律咨询、法律服务等。第二、一带一路,搭建本市及外省市会展旅游业务研究交流平台。加强研究会与会展、旅游行业协会的对接、合作研讨,了解会展旅游行业各个环节的法律风险和法律

服务需求,提供法律解决方案;筹备召开“上海及部分省市会展旅游案例研讨会”,将研讨成果编撰《会展旅游案例专辑》等。第三、探索创立会展旅游风险公益基金,为会展旅游业提供保障。根据《企业所得税法》规定:“企业发生的公益性捐赠支出,在年度利润总额12%以内的部分,准予在计算应纳税所得额时扣除”。将企业扣除应纳税额部分的捐赠基金,用于会展旅游业务中不可抗力或意外事件的救助补偿费用,对营造和谐健康的会展旅游市场意义重大。

综上所述,构建出市律协十届会展旅游业务研究委员会的工作思路,为造福后人,为律协的发展做出贡献。



厚积薄发 勇攀高峰

田小丰(市律协竞争与反垄断业务研究委员会主任)

竞争与反垄断业务研究委员会将通过研究、交流、研讨与合作等方式,不断提高同行业律师在市场竞争、公平交易与反垄断法律领域的执业水平,满足市场对专业律师的需求,适应当前面临的机遇和挑战,充分发挥律师在该领域的影响和作用。

一、苦练内功、深入学习,夯实同业律师的理论基础

一是深入开展竞争与反垄断研究。举办研讨会和专业培训,邀请国内外知名学者讲座和授课;二是与律师学院积极开展合作,参与新进律师的培养工作;三是提倡和鼓励理论研究,编辑、整理和出版同业律师的相关业务文章和理论著作;四是注重信息收集,整理汇编最新的案件信息、行业动态、法律法规等。

二、加强指导、关注热点,提升同业律师的执业能力

一是研究制定本领域律师执业指南,对疑难、新类型案件提供专业性、指导性意见;二是依托律协平台,加大与其它委员会的业务合作,就相关领域涉及的反垄断热门问题进行探讨与研究。三是组织律师与政府部门、司法机关的实务交流,就一些重大、有影响的案件和复杂问题

进行探讨。

三、注重合作、促进交流,扩大同业律师的社会影响

一是配合、参与国家和市人大、相关政府部门法律、法规 and 政策的制定与实施,开展调查研究活动,并提供立法咨询意见和修法建议。二是加强与行业协会、社会团体、新闻单位的联系与沟通,充分利用自媒体方式,丰富网站内容,提升同业律师在社会公众中知名度与影响力;三是积极开展合作交流,本着走出去、请进来的原则,增强与国内外律师同行的业务交流与学习;四是加强委员之间的交流、探讨,定期召开会议,设立内部的通讯群,组织业务研究、专题探讨和活动信息分享。

在做好上述工作的基础上,委员会还将积极完成律协布置的各项任务。





建立长效、可持续发展的公益与法律援助律师队伍

郑 祺 (市律协社会公益与法律援助业务研究委员会主任)

2015年9月,新一届社会公益与法律援助业务研究委员会在原上海律协社区服务与法律援助业务研究委员会、未成年人保护业务研究委员会的基础上成立。本届委员会经全体委员大会讨论,确定了以建立长效、可持续发展的社会公益与法律援助律师队伍为本届研究委员会工作重点,并提出了基本工作思路如下。

一、设立法律援助、社会公益与未成年人保护三个研究板块。

二、持续深入研究如何完善社会公益、未成年人保护、消费者权益保护、老年人权益保障、残疾人权益保障、劳动者权益保护等法律服务以及完善相关法律援助制度等传统课题。

三、根据新的社会热点,针对如何将法律服务、法律援助与政府公益采购、司法援助政府采购良性结合;律师如何为社会公益组织提供法律保障;如何为参与社会公益及法律援助的律师提供执业保护等新课题进行探究。

四、通过参与更多社会活动及法律宣传活动让更多的公众知晓如何区别及获得社会公益的法律服务与法律援助。

五、通过邀请专家举办社会公益、法律援助、未成年人法律援助等实务讲座,提升律师在社会公益法律事务及法律援助、未成年人保护等法律实务中的业务能力。

六、研究新的网络环境下如何推广及规范社会公益与法律援助实务,让更多的人群享受到高质、安全的法律公益服务及法律援助的实惠。

七、积极与法援中心、法院、仲裁、街道、居委、交警、企业协会、社会公益组织交流、合作、沟通、建立共建关系,全方位地将律师的社会公益与法律援助业务走近最需要的人群。

八、加强与其他业务研委会交流、合作。加强理论研究,及时对法律援助业务指引进行修订。



在法制的天空下实现环境能源可持续发展

吴荣良(市律协能源资源与环境业务研究委员会主任)

作为新一届能源资源与环境业务研究委员会主任,在民众对环保的高度期望的大环境下,推动环境能源资源可持续发展是我的使命。我的工作思路和具体方案如下:

一、目标

委员会要着眼于当前的热点问题,以服务律师为宗旨,结合律师服务的特点,开展有关理论研究和业务交流活动。

通过拓展知识,提升能力,为环资委委员和上海律师服务,起到能源资源与环境法律服务的引领作用,更好地为法治建设服务

二、组织架构

实行主任、副主任“集体领导,分工合作”

的民主领导机制。

根据需要,结合各委员的兴趣和优势,组建能源、资源和环境三个业务小组,由主任、副主任对口负责一个小组。在小组工作的基础上,再在整个能源资源环境委员会中分享、讨论,集思广益。通过这种方式,最大限度调动副主任和各委员的积极性和创造性,开创本委员会工作的新局面。

三、关于业务研究的方式

讲座、培训、研讨会、论坛

参观访问

与立法部门沟通

与有关政府部门联系

与相关大学、研究机构等进行合作

与有关协会、学会、研究会等进行联系合作
修订原有的相关律师业务指引

四、2015-2016 工作计划

目标:业务研究委员会月月有学习,每季度要搞一次有一定影响力的活动,争取优秀业务研究委员会。

a) 10 月 23 日:召集委员会会议,讨论工作方案,组建业务小组

b) 11 月份:组织一次关于新能源的考察学习

c) 12 月份:组织一次环保法律和业务拓展

的研讨

d) 2016 年第一季度:组织一次大型生态文明法律服务论坛

e) 2016 年第二季度:组织关于能源法律服务的活动

f) 2016 年第三季度:组织关于资源法律服务的活动

要突破上届半年才组织一次活动的做法,争取业务研究委员会月月有学习,每季度要搞一次有一定影响力的活动。



团结协作 共谋发展

谢向阳 (市律协银行业务研究委员会主任)

为提升上海银行金融律师整体执业素质和水平、提高服务质量和竞争力,本届银行业务研究委员会(下称“研究会”)本着团结协作、共谋发展的理念,就本研究会未来四年的工作形成了如下战略规划。

一、完善研究会的组织机构设置。为增强研究会内部凝聚力、提升委员的主人翁意识、发挥各委员的自身特长和资源优势,本届研究会在主任委员之下,设置业务研究、外联工作、活动组织三个工作小组,还设置 6 名组长、3 名干事,并明确各自的工作职责和分工。

二、工作内容的深化。在延续历届研究会优秀工作经验的基础上,本研究会的工作重点有三项:A 通过完善研究会的组织机构设置,解决工作执行力问题,同时根据实际运行情况作出相应调整;B 通过充分整合研究会的自身资源,

同时加强与其他研究会、及其他省市相关研究会的交流与合作,提高活动质量和影响力;C 通过定期及不定期广泛征集专业文章,增加研究成果产出量,通过激发研究会内部潜力和邀请行业专家参与,进一步制定业务操作指引,并通过报纸、杂志、出版社、上海律协微信公众号等平台、及尝试建立本研究会微信专号等方式推广研究成果。

三、努力实现几项远期工作目标:通过律协平台,由本研究会向各政府职能部门推荐银行金融专业律师参与各项政府法律服务的采购;推荐合格银行金融律师参与各类银行金融业务研究机构、协会;由律师学院牵头、本研究会承揽落实上海律协银行业务法律实务的编著;推荐合格银行金融律师担当律师学院的授课任务。



越文化 越专业

黄荣楠 (市律协文化传媒业务研究委员会主任)

一、研究范畴的界定

关于文化传媒业务研究委员会未来四年的研究领域,我们综合《文化传媒法典》对于文化产业法律的界定,将未来研究方向分为八大领域。分别是新闻出版,演出娱乐,影视动漫,文物与艺术品,新媒体与网络文化,游乐园产业、广告与代言,著作权及名誉权。

二、委员会工作小组介绍

未来的四年,委员会以黄荣楠律师牵头负责,由研究组、内联组和外联组三个小组承担具体工作。研究组负责完成立法建议、专题研究和撰写成果,内联组负责团队建设和对文化热点的研讨,外联组负责对外开展联络工作以及建立联络圈。每个小组的具体工作内容如下:

（一）研究组

该组的主要工作内容简要为组织对相关业务领域进行理论和实践研究，并撰写出相应的研究成果。

（二）内联组

该组的主要工作内容简要为开展委员会内部的团队建设活动，并抓住社会上与文化产业相关的、矛盾冲突激烈的、具有争议性的热点话题，从法律运用及服务进行探讨，以帮助委员们与社会热点接轨、业务开展。

（三）外联组

该组的主要工作内容简要为整合资源，搭建包括政府部门、行业协会、研究机构、企业公司、专业人士在内的联动平台，分享信息、发现

热点、协力研究、共享成果。

三、未来四年工作计划

未来四年内，每一年的工作侧重点会有不同。第一年以团队建设、熟悉行业规则为主；第二年以平台搭建、提升业务技能为主；第三年以拓展外联、法规汇编、案例汇总为主；第四年为成果展示年，拟汇编《中国文化传媒法律及实务》专著。

四、综述

以上为委员会的介绍及四年工作计划。希望在这四年中，全体委员凝心聚力、贡献才智，把上海打造成文化娱乐法律研究的重镇，培养出一批专业法律人才，为促进中国文化产业的发展出力献策！

业务研究 交流共享

陈 巍（市律协互联网业务研究委员会主任）



作为市律协新命名的互联网业务研究委员会（以下简称“委员会”），当务之急是构建系统性的工作架构，抓手就在互联网行业最提倡的一点——“客户思维”、“伙伴思维”。这是委员会设计工作方案的出发点。现提出工作思路和方案设想如下：

一、挖掘同行资源优势，互助互利，通过持之以恒的理念传播和基础知识的培训工作。委员会应充分发挥其平台优势，汇集有经验的律师、事务所，并通过各种类别的交流加以资源共享。理念传播活动完全可以通过轻松的话题分享方式实现，也更易起到交流效果；而相关基础知识培训，则可以组织律师业内的大咖从基础性知识普及、经典案例构解等角度开展。

二、致力于扩大参与互联网业务的律师同仁范围。由于互联网行业的开放性，很多看似互联网行业外的律师同仁实际也具备参与互联网法律服务业务的一定条件，所以，委员会致力于扩大参与互联网业务的律师同仁范围具有非常实际的意义，而相关具体工作可以融入上述第一项的理念传播和基础知识培训工作。

三、加强与监管部门、业务主管部门等平台的密切沟通，提升互联网法律服务业务的研究

深度。互联网行业的监管法规更新、替换非常迅速，导致律师在从事互联网业务中经常产生困惑与不解。委员会应主动、积极与相应监管部门、业务主管部门进行沟通、交流，为律师同仁构建更为透明、清晰的服务体系，提升互联网法律服务业务的研究深度，在条件成熟时，编制相关的业务指引或业务建议。

四、行业交流和价值分享。委员会可以作为对外交流平台，带领律师同仁积极与各专业委员会、专业机构等交流沟通，利用各自的资源及优势，做到相互支持、共同发展。此外，委员会在初期工作中建议与行业伙伴们举办一至两次高质量的交流会议或论坛，为律师同仁们切实积累行业资源和交流渠道。（完）





聚焦

●文/陈磊 吴喆

为中国企业赴海外 投资提供金融支持

——外滩金融法律论坛第五季：“一带一路”与金融法律



11月13日,由黄浦区人民政府、上海市司法局、上海市律师协会联合主办,中国国际私法学会协办,由黄浦区司法局、黄浦区金融办、黄浦区律师工作委员会、上海邦信阳中建中汇律师事务所共同承办,中国金融信息中心特别支持的第五届外滩金融法律论坛在上海隆重举行。250余名来自政府、企业、专业服务机构、高校的法律界、金融界精英人士齐聚外滩,共同探讨国家“一带一路”战略下企业海外投资的金融法律服务问题。

中共黄浦区委书记翁祖亮,上海市司法局党委书记、局长郑善和,中共黄浦区委副书记、区长汤志平,上海市高级人民法院副院长盛勇强,黄浦区人大常委会主任施兴忠,黄浦区政协主席张华,中国政法大学校长、中国国际私法学会会长黄进,最高人民法院民四庭副庭长刘敬东,中共黄浦区委常委、黄浦区副区长吴成,上海市司法局副局长王协,上海市律师协会会长俞卫锋,上海东浩兰生国际服务贸易(集团)有限公司党委书记、董事长戴柳,上海仲裁委员会副主任刘剑,上海国际经济贸易仲裁委员会(上海国际仲裁中心)副主任马屹,跨境银行间支付清算(上海)有限责任公司总经理张欣,中国民生投资股份有限公司董事总经理刘燕,上海清算所副总经理沈伟,中国金融信息中心副总经理张凤明等嘉宾出席本届论坛。

论坛以《“一带一路”战略下企业海外投资的金融法律服务》为主题,围绕上海“四个中心”建设和黄浦区“一带一标杆”(外滩金融集聚带和高端现代服务业发展标杆)建设为目标,立足于上海市和黄浦区企业“走出去”中的金融法律服务问题,深入探讨企业在“一带一路”国家战略下赴海外投资所面临的机遇与挑战。

中共黄浦区委副书记、区长汤志平,上海市司法局党委书记、局长郑善和先后在开幕式致辞,上海市律师协会会长俞卫锋在闭幕式致辞。本届论坛内容分两个主旨演讲:演讲人分别为中国政法大学校长、中国国际私法学会会长黄进与最高人民法院民四庭副庭长刘敬东。两场主题研讨分别为《金融服务“一带一路”——企业走出去战略的金融支持》《法律服务“一带一路”——海外投资法律风险防范》。

中共黄浦区委副书记、区长汤志平在致辞中说,习近平主席在英国访问的时候,把“一带一路”比作是开放的,穿越非洲、环连亚洲的广阔“朋友圈”。黄浦一直以开放的姿态欢迎五湖四海的朋友,并以其得天独厚的历史积淀,不断推陈出新的新金融政策,引导和集聚了很多优秀企业家进入了黄浦金融圈。其中不乏一些重量级的机构和企业。除了积极引入机构、引导企业开展不同的新业务之外,黄浦把握“一带一路”发展新机遇,以互联网金融为抓手,以资产管理中心、资本运作中心、金

融专业服务中心的定位,全力打造外滩金融新高地。今年先后对外发布了外滩金融创新 10 条的 2.0 版和支持互联网金融 10 条的 3.0 版;并率先成立了首家互联网金融产业园——“宏慧·盟智园”。在取得成绩的同时,黄浦也十分注重金融风险的防范,建立健全金融联席机制,严把企业入口关,掌握企业发展动态,加强风险预警和宣传,切实保护金融消费者的权益,形成一个良性发展的黄浦金融生态圈。

今天的论坛邀请了一批在国际国内具有相当知名度的企业家、金融家、法学家和律师,共同聚焦“一带一路”战略下企业海外投资的金融法律服务,深入探讨黄浦区企业走出去所面临的机遇和挑战。我们希望外滩金融法律论坛能为金融界和法律界人士创造一个互动的交流平台,碰撞出智慧和思想的火花,并通过这个平台共同探讨黄浦金融发展的方向和途径,为黄浦区的“一带一标杆”(一带是外滩金融聚集带,标杆是高端现代服务业发展标杆)建立建设提供强有力的支撑,也为上海“四个中心”和自由贸易试验区建设提供智力支持和法律标杆。

上海市司法局党委书记、局长郑善和在致辞时表示,“一带一路”的战略全面实施为中国企业带来了崭新的机遇,加速了中国企业走出去的步伐,与此同时,企业海外投资等背后也蕴含着诸多潜在的法律风险。“一带一路”沿线的亚欧非大陆的 60 多个国家,各国的法律环境和制度各有差异,中国企业要顺利融入和发展,急需法律服务的保驾护航。可以说法律服务是促进“一带一路”战略实施的保护伞和助推器。随着“一带一路”的战略以及亚投行、金砖国家银行、上海自贸区、科创中心和“四个中心”建设的大步伐的推进,站在时代前沿,具有前瞻性眼光和敏锐嗅觉的上海迎来了前所未

有的发展契机和挑战。

上海律师必将紧抓机遇,趁势而上,以主动积极的作为为经济社会发展提供优质高效的法律服务和保障。今年上海市司法局积极引导和扶持律师行业不断拓展涉外法律服务的新领域和新方式,我们大力推动将法律服务业纳入现代服务业的范畴,享受相应的政策支持,积极创造条件,着力培育一批专业化、国际化、规模化的律师事务所,努力搭建平台、创造条件,选派优秀律师到海外培训,加快涉外律师的领军人才库,力争建设一支适应上海经济发展需要的、具有国际视野的、通晓国际法律规则的、善于处理涉外法律事务的律师队伍。

中国政法大学校长、中国国际私法学会会长黄进在演讲中说,法律行业服务于“一带一路”战略从来不是一个噱头、一句空话,法律行业服务于“一带一路”战略也不是法官或者律师哪一个群体单独担负的责任,而是从立法、司法到法律服务,从法官、检察官、学者、律师需要一起来参与的事,是整个法律职业共同体应当共同面对的机遇和挑战。从立法角度来讲,“一带一路”贯穿亚、欧、非大陆,一头是活跃的东亚经济圈,一头是发达的欧洲经济圈,各个国家和地区的法律千差万别,在推





市司法局局长郑善和



最高人民法院民四庭副庭长刘敬东



黄浦区区长汤志平



中国政法大学校长、中国国际私法学会会长黄进



市律师协会会长俞卫锋

进“一带一路”建设的过程中,要发挥各个国家和地区立法机构在建章立制方面的作用,而且还要加强立法之间的交流与合作,推进跨境法律制度的协调与和谐。

他回顾了我国司法机关对“一带一路”建设的实质性支持:从司法角度讲,我们国家的法院已经率先行动。今年7月7日,《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》已经发布。该文件要求各级人民法院应深化司法改革,建立科学、合理、高效的工作机制,积极探索建立并完善符合涉外案件审理特点的人民法院工作机制,为“一带一路”建设营造良好的法制环境。

他建议政法院校和研究机构要加快对“一带一路”沿线国家的法律制度、法制环境、法律文化的研究,打造服务于“一带一路”建设的智库,为立法、执法、司法、法律服务建言献策。对纠纷解决机构而言,要加强裁决的公信力和执行力,要加强对外合作,向英国、新加坡等多元纠纷解决机制完善的国家和地区学习、看齐。而律师事务所不仅应该是企业走出去、服务“一带一路”建设的服务保障队伍,而且也要借“一带一路”战略的实施和“一带一路”建设的契机,跟律师走出去,把法律的服务也要提供到“一带一路”沿线国家。

最高人民法院民四庭副庭长刘敬东在演讲中强调,人民法院是“一带一路”建设不可或缺的力量,承担着提供司法服务与保障的重要职能。作为中国的司法机关,人民法院应该主动服务和融入“一带一路”的进程,把握大局,充分发挥司法职能,深刻认识“一带一路”建设的司法保障的丰富内涵,全面把握“一带一路”建设的涉外商事、海事、海商等新要求,找准人民法院工作与“一带一路”的结合点和着力点,研究规律性、突出前瞻性、赋予创造性,高效公正办案,创新司法服务的方式。全力保障“一带一路”建设大局,还应该全面统筹协调,不断凝聚法制共识,立足我国实际,坚定不移走中国特色法制道路,积极开展与沿线各国的司法交流,夯实“一带一路”建设的法制基础。

他说,“一带一路”是中国对外改革开放进入新阶段的重要标志,是实现中国梦的战略举措。法制是“一带一路”战略的基础和保障,中国的司法机关在其中承担着服务和保障“一带一路”战略顺利实施的历史性任

务,面临的机遇和挑战都很巨大。上海作为中国改革开放的前沿阵地,有能力、有水平承担在涉外商事海事审判工作中的排头兵作用。我们也乐见上海的各级法院能够在“一带一路”相关案件审判中为全国做出典范。

上海市律师协会会长俞卫锋在发言中说,“一带一路”从2013年习主席提出,到现在已经形成一个国家的战略。如果说国际化分三个阶段:第一个阶段就是要我们的产品、把我们的服务卖出去换外汇;第二个阶段能够引领一些在区域性有影响力的交易;第三个阶段,各位都提到我们怎么样引领制定国际规则,是朝左还是朝右,还是在中间。上海跟整个国家战略“一带一路”是紧密相关的,而且肯定会起到一个领头羊的作用。在中国城市当中,只有上海才具备这个潜力,能够帮助中国的企业走出去,并且能够参与国际规则的制定。

黄浦区提出“一带一标杆”,外滩金融集聚带和高端现代服务业站在上海层面就是“四个中心”,如果上升到国家层面就是“一带一路”。“一带一路”是将来要跟TPP、TIPP去竞争的,我们希望用我们的经济实力来改变国际贸易,或者说国际经济规则的格局。这个“一带一路”跟上海律师有什么关系呢?大有关系。我们上海的律师为什么可以做到总量排名第一、收入排第一?三个字:国际化。上海律师国际化的程度在中国是走在前列的。这个国际化不是说会说外语,会为外国客户服务,而是在会说外语之外还要去了解世界贸易规则,而且能够具备在现有基础上提出制定新的规则的能力。但是这个规则的制定是不是就因为有钱、声音高就可以实现的呢?显然不是。这个规则是要讲逻辑的,是各方博弈的基础。我们律师做什么呢?我们得天独厚,我们既是规则制定的参与者,也是规则执行的参与者。从这个角度而言,我认为上海律师是大有可为。“一带一路”国家战略正式提出距今2年多一点,而且这是一个长期的国家战略。对于上海的律师,对于黄浦的律师而言,这仅仅是一个开端。俞会长最后意味深长地说。

第五届外滩金融法律论坛的成功举办,进一步深化了人们对金融服务和法律服务在“一带一路”重大战略中扮演着重要角色的认识,这将有利于推动金融与法律服务行业的发展,为中国政府的对外政策、中国企业的对外投资、中国商品的对外输出提供保障。●

风 采

●文/计时俊

人生是朵三色花



要找到左孝蓉律师,可不是件容易的事。

执业二十五年了,她每天都忙得像一个陀螺,不是在接待当事人,就是在居委会普法,再有,就是在看守所会见,在出庭开庭……都不知道她哪里来的干劲,五十多岁的人了,还是风风火火地忙碌着。

今天总算是约到了她,坐在她新天地拐角的这个办公室里,午后的阳光有些懒散地照在左律师的身上,黑西装白衬衫,短发,炯炯有神的大眼睛,在袅袅升起的清茶的云雾里,左律师笑意盎然地对我说:“我有什么好采访的啊,就是一位普通律师,一位退休的老律师……”

“你退休了么?你是退而不休吧?”我有些惊讶地问道。因为在我记忆里,左律师就是我们的一位大姐,总是热心地帮助当事人,帮助年轻律师,在庭上发言铿锵有力,但又循循善诱,让法官和当事人都满意的好律师。我无法将眼前这位依然充满工作激情的大姐和“退休”二字联系起来。

左律师显然很享受我的“恭维”,发出一片银铃般的笑声:“已经办了退休手续了,但我还是要继续做律师的,总觉得自己还能老百姓服务几年。”

我肃然起敬,因为我知道,左律师做律师绝不是为了赚钱,她每年做的公益服务和慈善数不胜数,几十年来提供的法律援助也“名案等身”了。“那么,是怎样的一种力量让你至今还有这样的一种激情,是不是与你曾经的从军经历有关?”我忘来意,直奔主题。

左律师灿烂一笑,说:“军队的八年生活,的确教会了我很多的东西,我的人生观世界观都是在部队的革命熔炉里铸就的。”

“你当年为什么要去当兵呢?是为着一份理想,还是出于其他的原因?”我不失时机地问道。

“我是73届的毕业生,那时响应领袖的号召去上山下乡,我在黄山茶林场当了一年的采茶手,还是当年的‘采茶突击手’呢!”左律师不无自豪地告诉我,“因为我爸爸是南下干部,我从小在部队院长大,对于军旅生活非常向往,所以当第二年招兵的时候,我就报名参

军了,到西安当了卫生兵。”

“卫生兵?是不是在枪林弹雨中挎着带红十字的卫生箱救死扶伤的扎两条小辫的小姑娘?”

“呵呵,”左律师意味深长地看了我一眼,说:“我们也扎小辫,也救死扶伤,但我们不必上战场,做一个和平年代的兵需要承担的责任更大,需要掌握的医学技术更多。”左律师起身给我续了茶,接着说:“平时我们和男兵们一起训练,背着枪和行李,半夜起来负重急行军几十里,走得人都要虚脱,但还是要咬牙坚持。不行军的话早上五点就要起床,快速洗漱后就要出操,早饭后到各自的科室开始一天的工作,下班后晚上还要一起学习业务知识……这样的强化训练,培养了我吃苦耐劳的精神,而卫生兵的职责又培养了我一丝不苟的人生态度,所以,当兵的日子虽然只有八年,但给我的影响是终生的。”

左律师的话坚定而诚恳,我收起自己刚才的“戏谑”,认真地问道:“在八年的从军后,退役的你是怎样想到要走上执业律师这条路的呢?”

左律师抿嘴一笑,说:“是因为机缘巧合我转业到了原卢湾区司法局,也因为和律师们朝夕相处,发现法律可以和我原来从事的医学有异曲同工之妙,同样可以为别人送去温暖,同样可以救人于危难,律师工作的自豪感和成就感,是别的职业所没有的。”

作为也从业了十五年的律师,我深深地赞同左律师对于律师职业的评价。律师在伸张正义的同时,也能改变很多人的命运,这是一份伟大的职业。我想起左律师在2000年办过的一个未成年人故意伤害案:一个贫困少年因所谓的江湖义气,为朋友两肋插刀造成被害人重伤,左律师为他提供法律援助,在烈日炎炎下四处奔波取证,还为这少年的家庭向被害人垫付了八千元的民事赔偿,最后少年被判缓刑出狱。这个案子在当年可是轰动一时。我不禁问道:“小丁现在怎么样了?”

“他呀,现在不得了了,结了婚生了孩子,我去参加婚礼的。他现在是陆家嘴一家金融公司的高级管理人员呢!”左律师的语气中充满了自豪。“是你改变了他的人

生,他应该很感谢你的吧?”我对左律师充满了崇拜。“我们现在就像家人一样,”左律师淡淡一笑,接着说:“很难说是谁改变了谁的命运,我只是做了我力所能及的事,从这件事也可以看出:只要人人都献出一份爱,世界会变得更加美好!”

都说人生的紧要关头就这么几步,在合适的时间合适的地点遇见合适的人给你合适的指点和帮助,这是一种缘分。小丁和左律师帮助过的数以千计的人们,显然也是幸运的,因为他们遇见的是一位经过爱和奉献的思想洗礼的,有着最淳朴的职业道德的好律师。我很想知道,在左律师的心灵深处,她最感恩的事物是什么:

“请问,你的军旅生涯对你人生最大的影响是什么?”

左律师坐直了身体说:“最大的影响就是培养了我始终高昂的工作激情,和极强的国家荣誉感。作为军人,我们最懂和平的来之不易,和守卫和平的艰辛,所以我总是珍惜现在拥有的一切,感恩国家给了我那么多的荣誉。对工作的责任心,对社会的正义感,都已经成为我血液的一部分,流淌在我的身上。”

“请问,在你的生活中,你至今最大的收获是什么?”

“那肯定是我的宝贝女儿啊!”左律师笑盈盈地抢着说:“我女儿有复旦新闻、法律双学位呢!现在是中央电视台驻印尼的出镜记者,有关印尼的报道很多都是她报道的,前些日子她还出版了一本书,叫《在印尼寻找印尼》,这次上海书展她还签售呢……”

斜阳透过窗棂,左律师的脸上泛着母性的光芒。这一刻,我忘记了这是一位已经执业了四分之一世纪的老律师,忘记了她当年不爱红妆爱武装的坚强,忘记了她脱下军装拿起笔自学法律本科通过律师资格考试的艰难……她,就是一位母亲,一位用自己的大爱灌溉法律之花的园丁,一位无惧于岁月流逝依然不忘初心的中国女律师! ●

风 采

●文/张翠翠 随鲁辉

《刑法修正案(九)》 的理论动向与实践探索

——第六届博和法律论坛综述



2015年11月7日由上海博和律师事务所与上海市法学会刑法学研究会共同主办的第六届博和法律论坛成功召开。来自全国各地的200余位专家、学者、律师代表共同对《刑法修正案(九)》进行了全方位的理解、诠释与评述,具有较大的理论与实践意义。通过各位专家、学者的深入探讨所形成的理论成果,必将进一步强化司法机关执法实践的能力,进一步提升整个刑事辩护队伍的专业化水平,进一步推动刑事司法改革与法律职业共同体的构建。本次论坛就以下论题展开了的研讨。

一、贪污贿赂犯罪刑罚的变化及适用

《刑法修正案(九)》对贪污贿赂犯罪的刑罚适用做了较大的调整,贪污受贿犯罪定罪量刑的标准由具体的数额变为抽象的数额加情节。加重了对行贿犯罪的处罚力度,增加为利用影响力行贿罪,并规定单位可构成犯罪主体。但在理论界实

务界争议颇大的当属贪污受贿犯罪新增的终身监禁制度。

上海市长宁区检察院职务犯罪预防科科长张士彬认为,终身监禁制度作为死缓的过渡措施,有其存在的价值和意义。这不仅反映了政府严惩腐败的决心和魄力,更有利于实现宽严相济的刑事政策,体现罪刑相适应的刑法原则,具有十分重要的意义。此外,他认为终身监禁制度存在的更大意义在于它可以警戒社会上的公职人员不再触犯职务类犯罪,可以更加有效的预防贪污受贿犯罪的发生。

江苏崇宁律师事务所赵丽娜律师补充到,《刑法修正案(九)》中引入终身监禁制度对惩治贪污腐败之风是十分及时和必要的。终身监禁制度封堵了贪污受贿犯罪分子提前出狱的可能性,反映出我国严厉打击腐败犯罪的决心和勇气,这将对贪腐分子形成强大的震慑。但该制度引入的进步意义还远不限于此,该项制度引入刑罚体系,符合宽严相济的刑事政策,有利于体现罪刑相适应的刑法原则,维护司

法公正。

华东政法大学刘宪权教授则认为,要分析终身监禁制度的存在合理性与否,首先要认清它是不是一个执行方法?如果是一个执行方法的话,对贪污、受贿的相关人员,适用终身监禁是不是合适?比如说暴力犯罪,只要是行为人有力气就可以实施相关的犯罪;而职务犯罪有其特殊性,行为人如果要实施职务类犯罪,最本质的前提是他必须要有一定的职务存在,如果剥夺了其职务身份,也就意味着行为人丧失了实施职务类犯罪的条件。相比职务类犯罪,对社会危害性更大的暴力犯罪设置终身监禁更有必要,职务类犯罪只需剥夺其职务,就可防止其再犯职务类犯罪的可能性,而无需动用终身监禁这样的刑罚执行方法。

上海交通大学张绍谦教授同样持质疑的态度,他认为终身监禁制度,对于打击贪污受贿犯罪分子显然有些过重。终身监禁虽然减缓了死刑的“不人道”,但不能从根本上解决贪污受贿的现状,特别是不得减刑、假释的终身监禁有违人道主义的要求。冗长的剥夺自由会导致很多不利的结果,包括长期的与社会隔绝、群居问题、失去人格、心理认同,长期监禁使囚犯失去责任感,增加对监狱的依赖,剥夺了他们通过良好的改造而重新回归社会的权利。

二、正确理解《刑法修正案(九)》的时间效力

《刑法修正案(九)》虽然已经正式实施,但是关于如何正确地理解和适用具体条文对于法律职业共同体中的每位成员,特别是刑事法官来讲仍是一项重要的任务。2015年10月29日,最高人民法院公布了《最高人民法院关于〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉时间效力问题的解释》,就2015年11月1日以后审理的刑事案件具体适用修正前后刑法的有关问题作出相关规定,该《解释》于2015年10月19日最高人民法院审判委员会第1664次会议通过,将于今年11月1日起施行。但是除了该解释中涉及到的内容外,关于刑修九溯及力的其他相关问题仍需引起注意。

所谓法律的溯及力,也称法律溯及既往的效力,是指法律对其生效以前的事件和行为是否适用。如果适用就具有溯及力,如果不适用,该法就不具有溯及力。《刑法修正案(九)》增设了不少新罪名。一般来讲,根据刑法从旧兼从轻的原则,对于2015年11月1日生效之前的行为,这些新罪名是不具有溯及力的,这一点毋庸置疑。但是,对于新罪行是否涉及溯及力的问题,需要大家注意。

针对该问题,上海市闵行区法院院长黄祥青认为:新罪行的表现形式包括三种,其一是沿用传统的罪名,但是

行为的表现形式是全新的;其二是因为犯罪主体的扩张而产生的新罪行;其三是新犯罪对象的扩张而产生的新罪行。以上所列几种类型的新罪行的规定,是要遵循刑法适用的时间效力原则的,都不应当具有溯及力。“两高”的相关《司法解释》没有写入其中,故有必要给予特别关注。

黄院长进一步提到刑修九中关于“明示性的罪行规定”的问题,在《刑法修正案(九)》及之前的刑法修正案中,有一些罪行看起来是新的罪行规定,但是依据以往的法律条文也是可以处理的,这一部分在原来的法条文字中没有明确表现出来的含摄性罪行,现在在修正案中明确予以表述,其实际作用是立法者提示加强对于此种危害行为的依法规制,这种情况不涉及新罪行,故也不涉及有无溯及力的问题。

同时,黄院长还补充到,对于相同行为罪名的修改,为了实现定罪的社会行为引导功能,应当适用新的罪名。对于处理诸如嫖宿幼女行为等跨法连续犯的问题,应当以按一罪认定,符合法律的规定及司法定罪原则。

三、律师执业的风险及权利保障

《刑法修正案(九)》关于“扰乱法庭秩序罪”的修改曾一度引起社会各界的广泛争议。尽管说保障律师执业的权利受国家和社会各界的广泛关注,但就目前的现状看,律师的执业权利保障之路依旧任重而道远。

中国社会科学院刑法研究室主任刘仁文教授认为,扰乱法庭罪条文的修改,实质上是社会上多种力量博弈的结果。不得不说,该条文或许会对律师的执业环境带来一定的困扰,但总体上来说,它的利还是大于弊的。现在的立法一定程度上是在寻求最大的公约数进而反复的博弈,立法是一项公共决策,尽管它仍有一定的不合理之处,但任何的公平正义乃至民主都是一个循序渐进的过程。

上海第二中级人民法院黄柏青法官进一步讲到,关于扰乱法庭罪的修改有其紧迫性和必要性。在司法实践过程中,经常会遇到一些扰乱法庭秩序的情形,这不仅对庭审中的司法工作人员、诉讼参与人的人身安全造成威胁,更是对我国司法权威的一种蔑视,因此,需要出台一定的措施加强对庭审秩序的保障。此外,扰乱法庭秩序更多是旁听人员、当事人、被害人的家属,针对法官、检察官以及刑事辩护律师做出的,很少有律师公然扰乱法庭秩序,因此,该条文不能说是针对律师。这个条款里面被害的对象有一个主体叫诉讼参与人,而诉讼参与人本身就包含律师,不管是刑事的,或是民事的。

上海博和律师事务所王思维律师对此条款的修改则持质疑的态度,其认为,首先,《刑法修正案(九)》有关



扰乱法庭秩序罪的修改,这当中的很多语义,我们尚不明确。何为侮辱、诽谤、威胁?这样字眼在刑法当中许多处出现,是否能用其它罪的相同行为来套用扰乱法庭罪的行为?比如“侮辱”是否可以等同于侮辱妇女罪中的“侮辱”?“诽谤”是否可以等同于诽谤罪中的“诽谤”?答案显然是不行的。那么它们的真实意义是什么?这是一个亟待解决的问题。其次,扰乱法庭罪的管辖问题是否要特别的规定?自《刑事诉讼法》出台以后,律师伪讼罪的管辖终于从原办案机关剥离出来了。如果说扰乱法庭罪的管辖依然由原案件的办案机关管辖是否有违程序正当的原则?最后,如果律师的不当行为,是由另外一个更加不当的行为引起,这该如何认定?以上三方面的问题如果不能较好的解决,律师在执业过程中势必会有很多的担忧。

关于如何加强律师的执业权利保障,江苏省无锡市人民检察院李乐平检察长认为,律师的权利保障问题关乎社会各界对律师的态度,更关乎律师自身对其职业的态度,后者一定程度上更具意义。律师必须加强对自身的职业修养的塑造。首先,刑辩律师在刑事辩护中,要做到抓大放小、收放自如、点到为止。其次,刑辩律师要养成良好的刑事辩护的思维。承办案件的时候,从多元的角度进行思考,只有在综合思维的运用过程中才会得出一个综合平衡的基本的判断。再次,刑辩律师要养成良好的职业心态。刑辩律师保持一个相对平和的心态,是非常必要的。公诉也好,刑事审判也好,甚至是搞侦查都需要平和的心态。最后也是最重要的,就是律师的职业底线。律师一是要坚守自己的底线,以事实为依据,以法律为准绳,切实维护当事人的合法权益。二是要坚守对当事人的底

线。不损害当事人的利益,不接受当事人不合理的请求等。三是要坚守对法庭的底线,不提交虚假证据,不指使当事人做伪证等。

四、互联网金融的犯罪边界

2014 年被称为互联网金融的元年,自其产生到现在,这一行业已经取得了迅猛的发展。互联网金融行业在经历了开始一段时间的野蛮生长之后,随着七月份央行等十部委联合发布的《互联网金融指导意见》的出台,开始渐渐走上法治的轨道。因此,对互联网金融的风险防控和法律监管成了现今亟需解决的问题。

北京市尚权律师事务所合伙人张青松指出刑法当中互联网犯罪大概有三类,一种是以互联网为工具的犯罪,比如说备受关注的在互联网上散布谣言构成的寻衅滋事罪和侮辱诽谤罪等;第二种是以互联网为对象的犯罪,比如切入计算机系统;第三种互联网本身是否存在犯罪的问题,比如《刑法修正案(九)》增加的,拒不履行网络安全义务的犯罪。为了使话题更加明确,主持人就将讨论的点集中在对互联网金融的风险防控和法律监管上。

上海市律师协会银行业务研究委员会主任谢向阳律师认为,所谓的互联网金融即指把互联网作为一个工具,然后用于在互联网上撮合各类金融交易的模式。它包括以下四个特征,其一是互联网金融的工具具有创新性;其二是互联网范围广、规模大;其三是互联网金融的监管难度大;其四是互联网金融公司建立清算、结算系统的成本较高,因而风险比较大。

华东政法大学融资租赁法律研究中心主任庄建伟教授补充到,现在像支付宝、第三方支付平台等互联网金融业务形成的法律关系是多层次多层面的,要想达到触犯刑事责任需要达到情节严重的程度,因此在讨论到涉及的刑事责任之前首先应当明确互联网金融的民事法律关系。

第一个方面是委托代理关系,尤其是第三方支付,相当于一个双方委托,双方代理的关系,这种双方代理不会坑害哪一方的利益,仅仅只是一个对货物的监控;第二个方面是保管关系,互联网金融说白了是一个非金融机构,客户将钱付给第三方支付公司后并不会马上付出去,交易一般是三到四天,这段时间内公司和客户之间就形成了一个保管关系;第三个方面是担保关系,第三方支付平台为客户的资金起到担保的作用。

对于互联网金融可能触碰的刑事风险,谢向阳律师提到其最可能触犯的刑事风险就是集资类的刑事犯罪。华东政法大学的杨兴培教授谈到,不管互联网怎么样的发展,实际上互联网所有的东西都是人类,或者说都是现实世界的建设的新的平台,互联网所有犯罪都是互联网



之外现实世界当中的犯罪。至于互联网金融的犯罪边界问题,现在还不是很清楚。但是不管罪与非罪的边界在哪,我们在进行刑法评价的时候一定要坚持一个原则,那就是规范在前,价值随后。

杨兴培教授还强调,刑法的评价一定要坚持二次违法性的原则,在前置性法律缺失的时候就不要上升到刑法当中。中国法制的基础不在于刑法,而在于前置性法律,如果人人遵守前置性法律,中国的犯罪就不应该那么多。今天讨论互联网金融犯罪的边界,换个角度我们应该讨论民法的边界,哪些问题民法解决不了了,我们再动用刑法予以解决,这才是真正的犯罪边界。

五、死刑存废的立法动向

每次刑法的修正,关于死刑存废的立法动向总能成为热点问题。我国原来刑法当中存在68个罪名的死刑,《刑法修正案(八)》废除了13个,而此次《刑法修正案(九)》又废除了9个罪名的死刑,这样的一种立法动向被很多专家称为是刑修九最大的一个亮点。

华东政法大学刘宪权教授认为,《刑法修正案(九)》当中最大的一个亮点就是废除了9个罪名的死刑,为什么称之为亮点?因为我们原来刑法当中有68个罪名死刑,《刑法修正案(八)》废除了其中的13个,现在又废除了其中的9个,这么短的时间当中,我们连续地进行废除,这是一种发展的趋势。”刘教授还提到:“这次9个废除死刑的罪名当中有三个走私犯罪、两个金融犯罪、两个卖淫犯罪、两个经济犯罪。特别是在金融犯罪当中,原来金融犯罪中,有5个罪名有死刑,《刑法修正案(八)》之后保留了伪造货币和集资诈骗罪的死刑,这次把伪造货币和集资诈骗罪的死刑一起废除了,这样一来在金融犯罪的这个领域现在没有死刑了。我想这个是具有划时代意义的,显然是一个亮点。”

中国社会科学院法学研究所研究员刘仁文补充到,本次《刑法修正案(九)》落实三中全会关于逐步减少死刑适用罪名的精神,这次继续缩减死刑。除了废除9个死刑罪名以外。还对一些罪名判处死刑的条件进行了限制,例如绑架罪的绝对死刑改为相对死刑,可以在无期徒刑和死刑之间选择;对死缓,如果在死缓考验期内有故意犯罪的,改为死刑立即执行的条件做了限定,那就是说要情节严重的,如果情节不严重的,即使有故意犯罪,也不执行死刑,而是继续进行死缓的考验等等。

华东政法大学功勋教授苏惠渔对此也持相同的态度,他指出,《刑法修正案(九)》又废除了9个罪名的死刑,我们国家关于死刑的问题肯定是减少再减少,直至消失。同样在死刑适用方面,应当慎用死刑,立法上设立更加严格的条件。这样的一种立法趋势总体是进步的。

《刑法修正案(九)》第四十四条增加了对犯贪污贿赂的犯罪人判处终身监禁的规定,对于这样的规定,上海市虹口区人民检察院专职检察委员会委员张建提出终身监禁的设置是死刑的一种替代措施。对于这个问题,上海博和律师事务所高级合伙人傅建平认为,这样的一种制度设计存在一定刑法逻辑的矛盾,如果终身监禁是一种刑罚执行方式的话,那么只能在犯罪人执行之后才能决定,而根据法条的规定,法官在庭审判决的时候就能够判处犯罪人终身监禁,显然不符逻辑。

六、强化人权保障,加强对公民人身权利的保护

此次修正案最突出的亮点就是,进一步强化对人权的保障、加强对公民人身权利的保护。包括废除嫖宿幼女罪、扩大猥亵妇女的适用范围、对于收买被拐卖的妇女儿童的行为一律入罪、增加对未成年人、老年人、患病的人、残疾人等负有监护、看护职责的人虐待被监护、看护的人,情节恶劣的,追究刑事责任的规定等等,可以说这些立法有很大的意义。但这些规定是否能真正实现其积极意义,同样是见仁见智。

中国社会科学院刑法研究室主任刘仁文教授认为,一方面,这次对虐待罪从家庭成员扩大到养老院,加强了对弱势群体的保护。虐待罪从所谓的自诉案件,改为如果被害人残疾或者在家里没有办法告诉,国家公权力可以帮助介入。这种时候刑法上的亲告罪和刑法上的自诉罪恐怕不是一个含义,当初设定这个罪的本意是家庭内部矛盾,尽量少去干预,这是立法的本意。另一方面,废除嫖宿幼女罪,把猥亵妇女罪,改为猥亵他人罪等等许多领域,包括收买被拐卖的儿童、妇女,加大打击力度,这个都是对公民人身权利加大保护力度。此次刑法修正案(九)将猥亵妇女罪,改为猥亵他人罪,应该是启动了刑法对性别平等保护的开端,包括强奸罪在内,将来应该是男女平等规制,对于女性的过度保护本身是一种歧视,这是国际公约都可以推断出这个结论的,现在性别也不是简单的男性、女性了,有的是跨性别的,比如变性人等等,这个在人格上应该是受到同等保护。

华东政法大学刘宪权教授则持不同看法,其提出嫖宿幼女罪的废除,最起码说明了一个立法的趋向。我们原来叫性保守时代,现在显然不能叫性开放时代,但是性观念应远远开放于之前的性保守时代。在现代社会环境当中,我们对性权利的保护、对侵害性权利的行为的打击,无论如何是不应该高于原来的。但是我们现在这次《刑法修正案》当中对性权利的保护特别突出,这个跟社会的发展,跟时代的背景是不相吻合的。我们在性相对保守的年代规定了嫖宿幼女罪,在性相对自由和开放度比较

高的年代废除了嫖宿幼女罪,这个跟社会的发展是否一致值得大家思考。刘宪权教授进一步讲到,猥亵妇女,改成猥亵他人并不是特别的合理。一般在强迫情况下,很难达到猥亵男性。但不排除可能有个别偶然的案例,但我们的法律是不可能针对特殊的、个别偶然的情况而立法的。因此将他人的范围扩大到男性有待商榷。

七、民意、舆论对刑事立法、司法的影响

纵观《刑法修正案(九)》,我们可以看到,立法者本着坚持问题的导向,从我国国情出发,针对实践中出现的新情况、新问题,及时地对刑法作出了调整,以适应维护国家安全和社会稳定的需要。这种适用社会新需要的立法模式,很大程度上满足了社会大众的心理需求,但刑法作为与民众的生命、自由、财产关系最密切的法律,如果社会一出现新问题、新情况都要对刑法作出修改,是否合理?

就此,华东政法大学刘宪权教授指出,我们所有的立法都是听取人民的意见。民意在我们的立法当中得到了充分的体现。但是无论如何,在我们现在这个社会当中,如果过度受到舆论的影响,这种立法不可能是科学的,因为民意本身具有易操作性、不确定性,容易带有情绪性。我们的立法是需要冷静、需要慎重的,如果受到情绪化很大的民意的过度影响,这个立法出来肯定就是情绪化的,这个是毋庸置疑的。从这个角度来讲的话,如果我们以容易被操纵,带有情绪化的东西作为立法的基础的话,是不可取的。所以无论如何,对民意的吸收还是要经过我们的消化,特别是对民意中好几次的、过度的、坚持不懈的干涉,我们更要慎重对待。

刘宪权教授进一步讲到,一定要戒除“刑事万能”的思想。从立法和司法角度看,刑事绝对不能过度地干涉某些不该干涉的领域。而且进入某一个新的领域前一定要慎重,要考虑到这种领域当中本身具有的特征。例如在性权利保护当中,我们在当今社会中对性权利的保护不断地加大力度,这与社会发展是不平衡的。所以有学者提出把卖淫、嫖娼也规定为犯罪,本身就是强烈的“刑事万能”思想的体现。

中国社会科学院刑法研究室主任刘仁文教授也认为,刑法应当保持谦抑。他讲到,怎样捍卫我们刑法学多少年以来形成的一些基本的公理,那就是刑法要谦抑,刑法只有在其它的部门法没有办法保障的情况下,才能作为最后一道社会防线对其进行规制。其实目前社会上出现的很多新情况、新问题,一定程度上通过完善前置部门法的处罚方式就可以对其较为有效的规制,只因出于打击犯罪、严惩符合社会大众心理的犯罪行为的需求,才将此类行为纳入到刑法的评价范围。这在某种程度上有种舆论绑架司法的含义。

八、其他相关问题

(一)《刑法修正案(九)》增加对袭警行为的从重处罚的条款

针对这个问题,江苏省无锡市人民检察院常务副检察长李乐平认为,袭警行为从重处罚是应该的,这是一个触碰到底线的问题。如果一个公民在警察开车、出示警官证执法的时候,公然藐视他,那他还有什么事不敢做?所以对暴力袭警的行为从重处罚是非常有必要的。

刘宪权教授对此却持有不同的看法,他认为,对袭警行为的从重处罚毫无疑问是受民意影响的结果,也是受相关部门强烈要求的影响。这个问题已经提了很长时间,一直没有纳入,这次还是纳入了。但是,如果对警察进行袭击,我们可以从重处罚,那么对其他的法官、检察官进行袭击,是不是也应该从重处罚?这个很值得研究。

(二)《刑法修正案(九)》对网络平台经营者犯罪化处罚的问题

本次刑法修正案对网络犯罪的处罚做了相应的调整,比较重要的一点就是对中性经营行为进行犯罪化处理。针对这一问题,刘仁文教授指出,在现实生活中,针对中立行为,只要没有预先的共谋,没有勾结,没有共同犯罪,这种情况下刑法是不作为犯罪处理的。但是在网络世界不一样,网络服务商如果明知道他人利用网络犯罪,还为其提供了技术的平台服务,或者有关的服务。那就应当做犯罪处理,即使没有勾结,也没有利益上的分享,但是同样应当构成犯罪。

刘宪权教授则认为,对中性经营行为人,为了盈利、经营实际当中做了一些东西,这个东西里面出现了一些不好的东西,比如在广告中带出了一些淫秽的东西。这种情况,它本身有一个监管的途径。这个监管是不是应当纳入到刑法的范畴里面,是很值得研究。

(三)关于《刑法修正案(九)》的正确解释

正确的解释法律对于司法裁判的质量与水平影响很大。刑修九修改幅度大、内容多,势必会带来繁重的法律解释任务。如何正确的解释法律?针对该问题,上海市闵行区人民法院院长黄祥青谈到三点个人看法:第一点,关于解释的基本立场,黄院长认为基于刑法所涉公民权利重大。国家司法资源配置有足够的保障,应当坚持实质合理主义的刑法解释立场;第二点,关于解释的主体,黄院长认为任何一个有良知的司法者都应该对于自己适用的法律作出内心确认的实质合理解释;第三点,关于解释的方法,每个解释方法的适用条件尚需细致研究以形成共识,以达到真正使司法的公正性在每一个具体案件中得到实现。●

(作者单位:上海博和律师事务所)



叶杭生:上海市广庭律师事务所主任,曾被评为上海市首届"十佳优秀刑事辩护人",上海市优秀律师,中华全国优秀律师,上海市司法行政系统先进个人。上海市第三届"东方大律师"。

叶杭生

东方大律师

●文 / 叶杭生

岁月回眸



在共和国的历史上,老三届是一个特殊的群体,他们是六六届、六七届、六八届的初中和高中毕业生。这一代人所经历的艰辛和磨砺是前人所没有,后人也无法理解的。他们基本上是新中国的同龄人,在长身体的岁月,遇到了三年自然灾害;在长知识的时候碰到了“文化大革命”;在找工作的年代赶上了上山下乡。回城不久,好不容易找到了工作,刚成家立业,又面临着下岗待业。我是六八届初中毕业的,也是其中的一员,唯一庆幸的是,没轮到下岗待业。

1978年3月的一个下午,一列从杭州开来的普通列车停靠在上海,一个瘦弱的身影,穿着一身洗得发白的卡其布中山装,手里提着行李铺盖,随着潮水般的人群,走出了上海老北站。我抬头望了望天空,一片蓝天白云,10年的农村生活就这样结束了,最终还是因为母亲提前办了病退手续,才让我顶替回到了上海。

虽然离开了钱塘江边的那片盐碱地,但是,那里留下了我10年的青春回忆,17岁到27岁,正是一生中最美好的时段。在“知识青年到农村去,广阔天地大有作为”的大标语下,在“一不怕苦,二不怕死”的语录牌前,在炎炎的烈日下,低头插秧;在凛冽的寒风中赤脚挑河泥;眼看着周围一起下乡的青年,有的因家庭出身不好,有的因晚上听国外广播,有的因唱样板戏,改编了其中的台词,眼看他们被打成现行反革命,挂上牛鬼蛇神的牌子上台批斗。这一幕幕的场景总是在我的脑海中挥之不去,以至于在回城后的十几年里,还常常能梦见,醒来后还不敢相信自己已经回到了城里。

顶替回城后,在纺织系统的一家机

械厂当了一名钳工,虽然车间里的工作条件并不好,但与农村的生活相比,我已经觉得有天壤之别了。每当气温达到35摄氏度以上,食堂里就会送来绿豆汤、冷饮,帮助降温,高温时,中午还可以休息几个小时。同样三伏天在农村插秧,背着二十几公斤重的药水包打农药,渴了,只能用梅干菜泡的开水来补充盐分,在田头昏倒了可以抬到树荫下休息片刻,醒了还得继续干活,一个人任务完不成,会影响一个班、一个排的生产指标。

这些对往事的回忆成了我努力工作的动力,不久,领导就安排我担任机修工,后来又当上了车间检验员。再后来发生的一件事,最终改变了我的命运。有一天,厂里教育科通知我去补习文化课,并要求从初中课程开始,我对他们讲我从学校毕业时拿过初中文凭,教育科的师傅说你是六八届初中生,你们的初中文凭国家不承认,必须从初一开始补习。我的情绪一下子落到了冰点,自尊心受到了严重的打击,“知识青年”被人叫了十多年,到头来只有小學生的学历,离文盲只有一步之遥。事实上,当年和我一样顶替回城的知识青年中,既没文化又没知识的又何止我一个。从那时起,我就暗自下了决心,一定要把文凭补上,要把失去的10年给夺回来。

从此以后,每天一下班,我就躲在厂里临时安排的宿舍,一个只有4平方米大的三层阁楼,其中能站直身体的不足2平方米,每天读书到深夜,困了,用冷水洗把脸,饿了,上街吃碗馄饨。唯一陪伴我的是一架老式的收音机,里面播放着我喜爱的苏州评弹,直到现在苏州评弹成了我一生的爱好。

我们这一代人有一个共同的特点:

不怕吃苦和超乎常人的毅力。这是上山下乡留给我们唯一的财富,古人常以“十年寒窗”来形容读书的艰辛,我用了15年的时间,最终取得了2张文凭,华政的法律本科和上大国际商学院的外贸专业,在离开工厂之前,我已经被调到厂里职工学校,当了一名教师。

1984年上半年,正值全国开展“严打”,我被借调到某区法院,以陪审员的名义实际干的却是审判员的工作。离开以后,1985年我终于当上了一名律师,我非常珍惜这份职业,因为对我而言,是多么的来之不易。凭着对这份职业的执着和热爱,1989年,执业不满5年的我,因为成功办理了多起无罪辩护案例,被上海市司法局评为首届“上海市十佳优秀刑事辩护律师”。从业以后我先后被评选为“中华全国优秀律师”、“上海市优秀律师”、“上海市司法系统先进个人”、第三届“东方大律师”。2008年我评上了一级律师,后来又被聘为上海市律师、公证员高级职称评审委员会委员。

所有得到的一切,我以为主要应当归功于社会,是改革开放和社会的发展给我们这一代人提供了机会,我一直把律师工作当作一份事业,而不仅仅是一个职业,一种谋生手段。我认为每一名律师都要承担起一份社会责任,为维护社会公平正义,为建设法治国家而作出奉献。

我非常怀念上世纪八十年代在国办所工作的那段日子,每天下班以后,所里的同事都在一起讨论案子,学习新法规和司法解释,有时大家会因观点不同而争得面红耳赤,但没有人谈论我今天收了多少律师费。因为那时候收费标准是统一的,办一件案子只有几元钱的奖金,想做律师的人没有一个是奔着挣钱

来的。那时候的律师,似乎比现在更受到社会的尊重。

虽然自己在执业的道路上,特别是在办理刑事案件的过程中,也遇到过不少挫折,因为作无罪辩护,差点被有关部门“通报”,但最后在司法行政部门和市律协的支持下,通过自己的努力,最终取得了一些成绩,成功地办理了多起无罪辩护案件,在为银行、企业担任法律顾问和诉讼代理人期间,帮助他们挽回了大量的经济损失。

每当我看到当事人因为自己的努力工作,维护了他们的合法权益,使他们重新获得了人身自由,为他们挽回了经济损失,那种职业的自豪感和喜悦之情,是用多少金钱都买不到的。

上世纪九十年代以后,商品经济的冲击影响了整个社会的价值观,也对律师的执业理念带来了巨大的冲击,律师队伍中有些人完全是用做生意的理念和手段来从事律师工作,我在市律协纪律委员会工作的这几年,亲眼目睹了有的同行为了挣钱,不惜自毁声誉,违反了职业道德和执业纪律,有的甚至到了让人无法容忍的地步,给律师的整体社会形象带来了不良影响。现在评判律师的标准是,谁业务做得大,谁挣钱多,就是好律师,大律师。这也是造成现在这种现象的根源之一。这种评判标准和价值观如果不改变,将会给律师事业的长期发展带来严重的不良影响。

今年是我执业 30 周年,我们这批人可以算是“文革”后恢复律师制度的第一代律师,其中老一辈的如李国机、郑传本、石钟祥等已经离我们而去。当年我做律师时全市执业律师只有二百名左右,现在已经发展到将近两万名了。“长江后浪推前浪,一代更比一代强”,现在的年轻律师,无论是学历,知识面的深度和广度都远远超过了老一代的律师。律师事业的发展,依法治国的重任,希望寄托在年轻一代的身上。作为一名老律师,希望上海的律师队伍,在市司法局和市律协的指导下,永远走在全国前列。●

为了发挥优秀律师事务所在律师事务所规范化、品牌化、专业化、规模化建设方面榜样与示范作用,积极引导本市律师事务所科学发展、规范发展,上海律师协会九届理事会决定开展 2011-2015 年度“上海市优秀律师事务所”评选活动。经过初评、终评两轮评选工作,最终评选出了 20 家上海优秀律师事务所。本期报道的是它们其中的一家。

律所建设

●文/史蕾

求实自律 诚信服务 打造品牌

——走近上海市捷华律师事务所



上海市捷华律师事务所是 1994 年 7 月经上海市司法局批准成立的全市第 111 家律师事务所。成立以来,该所在司法机关、律师协会领导和指导下,在有关部门和社会各界的大力支持帮助下,始终坚持规范化、规模化、专业化的发展方向,经过全所人员的共同努力,在规范建设、业务建设、党建引领、文化建设方面都取得了较大的成就,其法律服务业绩受到各方面的好评和认可,成为在上海市颇具实力和影响力的优秀律师事务所之一。

一、律所概况

目前,捷华作为上海乃至全国的首

批改制律师事务所之一,已发展成为在沪上具有较高知名度,拥有市中心千余平方米办公场所,聚集各领域专业律师 80 余人的综合性法律服务事务所。

捷华律师竭诚为客户提供专业、优质、高效的法律服务,得到了客户的一致赞誉,并为事务所赢得多项荣誉,2015 年 4 月,荣膺“2011-2015 年度上海市优秀律师事务所”称号;2015 年 1 月获批成为“上海市第二批企业破产案件管理人”;2014 年 7 月,获批成为“上海市法学会团体会员单位”;2013 年 4 月荣获“2011-2012 年度上海市文明单位”;2012 年 9 月被评为“全国律师行业创先争优先进集体”,并先后多次获得区级文明单位、先进集体等荣誉称号



中国法学会团体会员单位



律所主任、副主任

号,各项排名在全市律师事务所中位于前列。

二、党建引领

上海市捷华律师事务所共有中共党员律师 25 人,他们是捷华律师队伍的重要力量。为加强党员律师的思想政治教育,捷华党支部定期组织召开党员律师会议,增强党组织在律师队伍中的凝聚力和向心力,切实发挥律师党支部在律所发展、警示教育活动中的堡垒作用。

自 2014 年 3 月起,捷华律师在捷华党支部的组织下,结合实际情况,发起“点燃生命之火——关爱健康脑瘫儿童”志愿公益活动,旨在身体力行提倡低碳环保,并将收获与脑瘫儿童分享,关心其身心健康。2015 年 1 月,该活动成功入选“2014 年度静安区社会主义精神文明好人好事”。

2014 年 11 月,事务所党支部在长兴岛橘园组织开展“奔跑吧,捷华”大型户外竞赛活动。事务所全体员工在比赛中既增强了团队协作能力,增进了上海市捷华律师事务所同事之间的沟通,增强了组织的凝聚力,也使大家在紧张的工作之余放松了心情,舒缓了压力。

11 月 27 日下午,在静安区机关会议中心召开静安区“两新”组织廉洁文化示范点交流评审会。作为静安区法律服务组织的唯一代表,捷华律所党支部成员在会议上进行了交流发言,并将捷华律所的廉洁文化示范工作进行了汇报演讲。捷华律所自去年年末就开展了廉洁文化示范点的创建工作,采取了多样的举措,包括面向社会宣传廉洁文化、创新开展廉洁文化的活动、规范廉洁制度建设。在为期近一年的不懈努力中,捷华律所的创建工作已初见成效,获得了大家的一致好评。

三、规范建设

为保障客户权益,切实提升律师服务能力,建设持

续发展的律所,捷华从成立之初,就致力于律所规范化管理的探索。

捷华律所在执业活动中坚决杜绝违规收费、案外收费等违法违纪行为。2008 年以来,捷华律所未发生有责投诉。2014 年 12 月,捷华律所荣获“上海市诚信创建企业”称号。

上海市捷华律师事务所特别重视青年律师发展问题、为青年律师拓展发展平台,每季度出版的《捷华律师》所刊为青年律师的学术问题探讨和结论发表提供了广阔的平台。事务所还专门不定期组织青年律师开展业务讨论会,并由本所资深律师向捷华青年律师和实习律师讲述执业心得、律师营销,典型案例讨论等,深受青年律师欢迎。除此之外,事务所根据实际情况,选派优秀青年律师赴英美等国知名院校深造、知名律所访问实习。

捷华还定期对全所律师开展职业道德教育和业务培训。职业道德培训旨在提高捷华律师的道德水准,规范律师的执业行为。在执业过程中,维护律师的职业声誉,勤勉尽责为委托人提供法律服务,执业活动要符合职业规范,警惕执业风险。业务培训旨在提高捷华律师执业水准,更好地为委托人服务。除事务所全体范围内的律师培训和讲座外,各专业团队定期对团队律师进行专业知识培训,针对近期发生的有一定社会影响力的案子进行案例分析和讨论,提高律师专业水平。为进一步促进律所内同仁们的学习和交流,捷华律所特意在以往不定期开展各类专题讲座的基础上,组织开展“捷华法律讲坛”系列培训讲座。该系列培训讲座自 2014 年 7 月正式开讲,一月一讲,今年已开展了如“建设工程纠纷”、“知识产权”、“国际贸易法律实务”等专题讲座,分别由专家学者、合伙人、青年才俊律师结合疑难案件和实务经验进行讲解。

四、业务建设

捷华律所在业务领域方面,既保持原有的诉讼法律服务业务,又积极开拓低碳法律服务、新三板法律服务等新兴法律内容。2011年7月,获“中国低碳环保突出贡献单位”称号。

(一)政府法律服务

为政府提供法律服务,是捷华律师事务所在2014年度的工作重点之一。捷华律师也正是在为政府提供法律服务的过程中,积极参与国家政治生活,维护法律尊严,促进法治建设弘扬法治理念作出自身的贡献。捷华律所常年担任上海市多家政府部门、事业单位、行业协会、教育机构的常年法律顾问。

除此之外,捷华律所曾琪律师受聘担任静安区依法治区律师顾问团成员;彭春桃律师、张文律师受聘担任静安区物业纠纷人民调解委员会顾问律师;张辛锋律师受聘担任“白领驿家”法律顾问。

(二)低碳法律服务

低碳法律服务是捷华律所的蓄力打造的核心业务之一,近四年以来,捷华律所开展的低碳法律服务项目主要包括:

- ◇ 贵州JS煤矿煤层气综合利用清洁发展机制项目法律服务
- ◇ 贵州饭店合同能源管理节能改造项目法律服务
- ◇ 浦东机场合同能源管理路灯节能改造项目法律服务
- ◇ 江苏省苏州市吴中区合同能源管理路灯改造项目法律服务
- ◇ 湖北省武汉市合同能源管理水厂节能改造项目法律服务
- ◇ 浙江省义乌市合同能源管理拉链节能改造项目法律服务

除此之外,捷华律师事务所还积极参加各类交流合作活动,大力宣传低碳环保精神。

(三)资本市场法律服务

捷华律所在资本市场开展的法律服务集中在企业新三板挂牌法律服务业务。作为企业新三板挂牌法律服务的首批律所,捷华律所主导处理了上海、江苏、浙江、广东、四川等多地近20余家企业的新三板挂牌服务,目前成功在新三板挂牌上市的企业包括上海长合信息技术股份有限公司、上海连能环保科技股份有限公司、上海和创化学股份有限公司、上海安技智能股份有限公司、上海佳克计算机软件股份有限公司、浙江鼎炬电子科技股份有限公司。

(四)争议解决法律服务

争议解决,是捷华律所自成立以来的重点业务,骨干律师均具有较强的司法实务经验,其中办理了一大批例如鱼盟公司走私普通货物(海鲜)案;中国船舶华东公司与民生银行金融借款纠纷案;和记黄埔地产公司与尚城堡公司房屋租赁合同纠纷案;亚太盛汇与LV、哥伦比亚公司知识产权纠纷等具有重大社会影响力的案件。捷华律所还曾先后为麦德龙、和记黄埔有限公司、康德乐医药有限公司、中国工商银行、中国银行、万宝盛华、联合技术公司等著名企业提供争议解决法律服务。

五、社会责任

(一)积极参政议政



赴广西壮族自治区银海区法律援助



践行社会责任



捷华足球队

捷华所蒋尉菁律师和肖咏萍律师分别当选静安区和闵行区政协委员,她们积极参政议政,为社会发展提出自己的真知灼见。

(二)维护社会稳定

在静安 11·15 火灾善后法律服务、宝山 8·31 液氨泄漏事故善后法律服务、静安区陕西北路 288 号群体纠纷善后法律服务等多起涉及社会稳定的重大公共安全事件中,捷华律师均作为政府或当事人特聘法律顾问,为相关事件的妥善平稳解决提供全过程法律服务。捷华所的律师以自己的奉献精神和专业能力为社会稳定作出了贡献,2013 年 1 月,捷华所获“全国化解社会矛盾,维护和谐稳定成绩突出律师事务所”称号。

(三)提供法律援助

2014 年,捷华律所罗一静律师报名参加全国律师协会和中国法律援助基金会等单位共同倡导的“1+1”中国法律援助志愿者行动,赴广西北海开展为期一年的法律援助活动。罗一静律师不但担任了区政府的法律顾问,还办理了各类民事、刑事案件共 28 件,协助下属司法所调解各类民事案件 60 多件。她认真负责的工作态度,雷厉风行的工作作风,扎实细致的法律功底,热情正直的为人风格受到了当事人和当地政府的好评。半年来,罗一静律师在法律援助中心值班时共接待了 305 人次,扩大了法律援助中心的影响,收到了各界的好评。罗一静因此获评“静安区优秀公益律师”称号,并得到法制报、东方早报等报纸的跟踪采访。

六、文化建设

文化建设是律所管理的灵魂,律所核心价值观的提炼形成,是律所管理的高级阶段。认识统一,才可步调一致,才可形成合力,对于崇尚个人自由发展的律师而言更是如此,捷华二十年如一日地专注于文化建设。

为了促进上海市捷华律师事务所全体员工养成科学、文明、健康的生活方式,事务所高度重视律师文化建设,注重提高全所律师的思想道德修养水平,在律师队伍中坚持正确的核心价值体系,形成良好的职业道德风尚。通过各项举措,以多种类文化活动丰富了捷华律师的业余时间,加强了捷华律师的核心价值文化建设,并同时形成了独具特色的捷华文化。

(一)忠于法律、服务社会的核心价值文化

在捷华律师事务所“以人为本、与时俱进、和谐发展”文化理念下,“开拓、勤勉、严谨、诚信、高效”执业理念下,“为委托人提供优质、高效的法律服务,维护社会公平、正义”服务宗旨下,事务所定期举办讲座和座谈会,就执业理念、律师行业发展等问题展开讨论,组织学习领会党中央关于发展社会主义先进文化,教育和引

导律师培养正确的价值取向、职业操守、行为方式和工作信念,坚定信仰,认清使命,明确责任,提高素质,建设和谐文化,提高自我约束力,提升捷华律师的素质与品位,提高捷华律师的人文精神与职业道德,增强捷华律师执业竞争力,提高律师队伍的整体社会形象。

(二)浓厚氛围的学习研讨文化

为推进事务所文化建设,形成律师内部沟通、交流和展示的平台,自 2012 年始,捷华律所创办了所刊《捷华律师》。本刊物为季刊,2012 年年初 -2015 年上半年,《捷华律师》已出版共 12 期。刊物中登载了说案看法、法律读库、文化集捷等经典板块,为促进捷华律师之间的沟通交流起了重要作用。

此外,自 2014 年年中开始,捷华律师事务所将所内讲座定期化,开展“捷华法律讲坛”系列学术讲座活动,分别由专家学者、合伙人、青年才俊律师就疑难案件、金融、资本市场、房产等方面的法律进行研究、主讲。“捷华法律讲坛”受到捷华律师的一致好评。

(三)丰富多彩的业余文化

捷华律师在致力于为客户提供优质法律服务的同时,也形成了独具特色的文化氛围,为捷华律师提供展现特长的平台,丰富捷华律师的业余生活,增强事务所的凝聚力和归属感。

事务所经常主办或积极组织捷华律师参加各类文体活动,如 2012 年捷华律师参加的第三届静安律师羽毛球赛,曾琪律师和胡晓璇律师助理以默契配合摘得混双冠军,张辛锋律师蝉联男子单打冠军;2013 年由上海市推进“两新”组织反腐倡廉建设联席会议办公室组织开展的上海市“两新”组织廉洁文化作品评选展示活动举行了颁奖仪式,捷华律所党员赵轶凡的书法作品《赠友人》获得了书法类作品一等奖,系全市律所参选作品中唯一的获奖作品;2014 年的首届静安律师运动会、“龙舟传文化,法筑中国梦”活动等。

此外,事务所每年组织一次国内旅游和一次国外旅游的惯例也深受广大捷华律师的欢迎。每次旅游活动的拓展,都放松了捷华律师的心情、缓解了捷华律师的工作压力、增强了捷华律师的凝聚力。

七、结语

律所的内在品质决定了律所发展的高度,不断超越自己,永不止步,立足当前,着眼未来。今后,捷华律师事务所在发扬已有优势的基础上,将不断总结经验,以百倍的信心和胆识面对机遇和挑战。我们坚信,只要全体律师同仁以诚信服务为理念,求实自律、精诚团结、齐心协力,必将捷华律所打造成最具专业特色的精品律所。



法律咖吧

栏目组稿人:岳雪飞 yuexuefei@vip.sina.com

于法没有依据 效果微乎其微

——论沭阳法院要当事人代理人宣读誓言书

本期主持:王 凡 上海市德尚律师事务所主任

嘉 宾:鲍培伦 上海市恒信律师事务所主任

沈伟民 上海市中华律师事务所主任

文字整理:滕译文

王 凡:下午好,今天我们有幸请到上海恒信律师事务所的鲍培伦律师和上海中华律师事务所的沈伟民律师来参加我们上海律师协会法律咖吧的活动。本次讨论的题目是关于前段时间江苏宿迁沭阳县法院要求案件当事人和代理律师宣读誓言书,对此业界和学术界都有很多不同的看法。

誓言书的内容:"我作为本案的当事人,所做的陈述可能会对他人及其家庭产生重大影响,甚至会影响他人的一生,因此我面对法庭郑重宣誓,以我的人格及良知担保对法庭如实陈述,据实回答,如做不实陈述,违背良心和做人良知,灵魂深处将日夜不安,内心饱受折磨和煎熬,不但要受到法律制裁,同时将作为不诚信之人被贴上耻辱标签,受到道德谴责。"

首先请问两位律师如何看待法院要求当事人及律师宣读誓言书这件事情,这是程序上的一种创新还是来自于诉讼法的要求?首先请鲍律师来谈一下。

鲍培伦:从我做律师以来,这个现象是见所未见,闻所未闻的,当然凡事都有第一次。至于如何看待该现象,首先从法院来说,这表示出了一种良好的内心主观愿望,动机是好的,想促使当事人和代理人在庭审中间能够秉持诚信原则,利于人民法院查明是非,判断责任,依法裁判,这无疑是的。但是这种宣誓形式究竟是否妥当呢?这并不是简单说这是错误的,仅仅是讨论妥当还是不妥当。我从两个层面来谈:一个是从司法文化的角度,当然我们需要有一个法律的支撑,营造良好的司法文化氛围,酿造一个健康向上的司法文化。我们立法和法律中有主张诚信的原则,并且在司法实践中崇尚该原则,通过这样的形式和内容再来进行表述,是否妥当呢?这本身是一个形式和内容是否匹配的问题。

王 凡:按照鲍律师的说法,诚信一直以来是法律所追求的,是一贯的内在要求,从形式上来说这种誓言书到底妥当不妥当?这就是我们要讨论的。

鲍培伦:形式和内容应该比较相称,如果形式过了头,或者内容过了头,都不够完美。我想借用论语里面的一句话“质胜文则野,文胜质则史”,意思是形式如果太过了就显得过于雕琢,内容如果太过了就显得粗鄙,当然这是从文化的角度来谈。那么从法律的角度,因为纳入诉讼程序,一定要有法律原则的支撑,立法的精神原则和法律的条文,本身一以贯之就是要诚信,也赋予法官来依法判断和采信符合事实的陈述,排除不符合事实的陈述。要求当事人和代理人进行如此宣誓在法律上是缺乏法条的支撑。万一有的当事人不愿意配合,有的律师不愿意配合,是否会影响庭审的程序?是否要终止审判呢?还是要进行如何处理呢?其实是毫无办法的,因为没有法律依据,只是徒生争执而已。

王 凡:我们在法律上找不到条文的支撑,也就难以要求当事人及律师的支持和配合,久而久之可能变成一纸空文,既缺乏可行性又缺乏法律的支持,也是极其不严肃的。接下来请沈律师谈一谈?

沈伟民:对于创设这一行为的法院,首先它是一个司法审判机关,创设的是否是当事人在诉讼过程中一定要履行的义务?或者说遵守的一个秩序?如果是在单位里面开展思想工作,进行创新的话,那就另当别论了。然而,就像鲍律师说的,在诉讼过程中,如果当事人不愿意宣誓,怎么办?法院要求他的,他不配合,是要僵持呢?还是就算了?如果有一次,就有第二次,那么这一制度就形同虚设了,可以说是毫无意义。所以说,法院创设的法律依据在哪里?而不仅仅是出于主观愿望。同时,法院在审理案件的过程中,应该有一种驾驭庭审的能力,将案件审理得明白而清楚,断明是非,这些是否要依赖当事人的宣誓书呢?因为你签了字,你讲的话就足以信赖了?如果双方都签了字,是否双方都值得信赖呢?因为大家都说我的灵魂是稳定的,我的话就是可信的了。人人都这么说,这还有意义么?还有什么效果呢?另一个方面,

在民事诉讼中间,不同的诉讼参与人有不同的地位,原告和被告有利益甚至利害冲突,证人是配合法院按照民事诉讼的证人制度(当然目前我们的证人制度不是很健全)向法庭介绍他所了解的某些事实,将某一方面的情况告诉法庭,接受控辩双方的询问,也就是庭审中的质证,使裁判者对于案件情况有更清晰的了解。还有代理人,是专业人士(撇开民间代理而言,如直系亲属和单位员工等),也就是律师,他们在律师法制度下具有律师执业证的专业服务提供人员,他们在参加诉讼这个专业活动中,法院要求他们宣誓说作为一个执业人员如果我讲了假话以后我心里会不得安宁,灵魂会受煎熬等等似乎是一件非常滑稽的事情。作为律师在诉讼中要遵守法律和法庭的纪律及审判秩序,以及行业中的律师法和职业道德,用纪律来约束自己。对专业人员,应该说是有更高的要求,而不仅仅是签署一份宣誓书那么简单。所以我觉得这件事情的创设缺乏法律依据,效果也不一定好。

王凡:所以说,按照两位的说法,这一创设在法律中缺乏明确的法律规定,对于要求诚信一直是法律的内在要求,那么是否要通过这一形式来获得保证呢?两位都是持否定的态度,并不认为这是非常妥当的行为。刚才沈律师也谈到在案件当中,其实我们当事人和代理人对是否需要宣誓,要求应该是不一样的。那么你们认为当事人在司法程序过程当中是否应该通过某种形式保证他们说实话,如实陈述案情?证人、当事人和律师肯定是不一样的,在程序上是否可以有一种形式?对不同的人有不同的要求。

鲍培伦:如何看待诉讼过程中当事人、代理人及证人的权利和义务?代理人身份较为特殊,虽然他是专业人士,根据当事人的委托及授权,很难说是独立的。在民事诉讼和刑事诉讼中,对当事人的虚假陈述,法律不采信不实之词,但证人是独立的,作伪证是要受法律制裁的。当事人抵赖就是态度不好,刑事案件中在量刑时要兼顾,考虑到情节。在民事诉讼中,并不会因为一句假话将胜诉变为败诉,而是对当事人的谎言有一定的防御,杜绝和容忍,在涉及利害关系时,虽然提倡诚信但不能过度强调,如果双方均做到了诚信,那么诉讼数量可能锐减了,因为大家都实事求是了。正因为有纷争,为了要区分事实真伪,辨别是非,所以才有诉讼。

王凡:所以要由法官来断明案子。

鲍培伦:作为代理人,对于对方当事人所作的虚假陈述,我有很大的容忍度,但我依靠我的专业度,通过举证来证明你是错的,我方是对的,这才是最为重要的维持诚信原则的办法。法官的职责就是要求法官能够判断什么是真话什么是假话,而不是简单要求当事人不能说谎。对于证人,该要求是可以成立的,因为他是独立的,并且在证人介入诉讼程序时,对其告知权利和义务。对

于当事人,在立案及应诉时,通过告知书告知权利与义务。律师是执业人士,本身就应该懂得权利和义务,他本身应该懂得客观事实及法律事实,有些法律事实并非客观事实,但是在诉讼程序中间,一般认定法律事实是普遍原则。以个案来说,法律事实和客观事实可能是背离的,一方所说的客观事实没有被采信,但并不能因此就认定其所说的就一定是谎话,从这个角度而言,法官不要过度依赖当事人和代理人的陈述。但是当事人和代理人,尤其代理人作为律师要有专业操守和良知底线,因为他的授权来自于当事人,所以代理人在法庭上的表现会有一定特殊性。因为律师在强调诚信的同时还要强调勤勉,尽职,所以律师的功能并非单一对法庭的诚信,对于当事人要勤勉尽责。因此我们对诉讼过程中对于谎言和真话的认定与日常生活中对于谎言和真话的认定是有所不同的。

王凡:法庭或法律针对三种不同的角色有所区分要求如实陈述案情呢?

鲍培伦:如果法院在开庭时予以告知是可以的,请双方如实回答法庭的提问。即使有这样的告知,但是我认为在可以预见到的相当长的今后一段时间内,法官是无法过于依赖当事人的陈述的,更重要的是要依靠自己的专业技能,生活经验和良知来进行判断。以保证案件的准确性。

王凡:沈律师,正如您刚才提到,在案件中当事人和律师角色不同,其宣誓的内容和具体对其要求都是不同的,在我国法律中,还是以事实为依据,以法律为准绳,追求法律事实和客观事实的统一,法院要求案件的参与者都要如实陈述,基于这点沐阳的法院要求案件诉讼参与者要进行如此保证,这样针对不同角色的参与者,要求一定形式保证的做法可以吗?

沈伟民:诚信是反映一个人对于自己以及生活的基本态度。在涉及个人利益时,一个人的想法可能会有所改变,客观上这是存在的,个人会有取舍,会判断什么对自身最为有利,什么是需要避免的,这就是当事人的心态。从诉讼的角度来说,就是通过证据来查明案件,当事人的陈述是证据的一种,证人证言也是证据的一种,还有书面证据、鉴定、音像资料等等。如果对于当事人的陈述这种言词证据,法律希望它是如实的,目前最高法院的民事诉讼法的司法解释中仅要求证人签署保证书,并非宣誓。

王凡:法律在程序上没有明确的条文支撑,但是内在有一些诚信的要求。法庭在庭审过程中能否要求当事人有某种形式的保证?

鲍培伦:司法中的形式,包括宣誓,乃至司法过程,我们应该允许其有一些刻板的规定,但是这通常在立法



本期主持:王 凡



嘉宾:鲍培伦



嘉宾:沈伟民

上都有依据的。当事人配合人民法院审理案件最重要的就是遵守法庭纪律,听从法庭的指挥,不扰乱法庭秩序,按照法律规定充分行使自己的权利。法院可以要求诚信,但是不能在缺乏法律依据的情况下自行创设法律机关原本不应该创设的规定。反过来说,律师能否要求审判长签署保证“一定依法判决保证书”呢?律师可以有这样的诉求,但是不能要求法官签署保证。律师可以在代理词中说明:我请合议庭依法采纳某某意见,这是可以的。法庭当然可以告知,也可以责令,但是不能把签署宣誓书作为一个程序,法院应该依法遵守程序,而不能创设程序。

王 凡:宣誓不能变成一种程序?

鲍培伦:所谓程序,就是必须遵守,是“我”的一种义务。但是法院能不能在法律之外加重“我”的一项义务?尽管这可能只是极其微小的。

王 凡:如果是程序,那么就必须遵守,如果不遵守就会有法律后果,这就是创设了一种程序,变成在立法了。

沈伟民:不进行宣誓没有法律后果,当事人就可以不宣誓。再极端理解,我不读没有错,你叫我读是不对的!

王 凡:如果法庭说这就是我主持的法庭,一定要有这样的秩序,一定要求你读,可以吗?

沈伟民:作为我个人也许会委屈求全,但是不排除有的律师会婉言拒绝法官,实际就会进入一种僵持状态。在法律中强调依法有据,一旦违背至少严重违背时要有措施应对。这样一来,当事人可以不配合,法律上也没有措施,那么法庭的尊严何在呢?让法院情何以堪呢?在民间代理人中很有可能有人不愿意宣誓的,律师中间也许也会有,就跟法官拧着劲,问法官法律依据在哪里?那么这个庭还要继续开吗?

王 凡:沈律师也是这样认为的,因为宣誓作为一个程序缺乏法律依据,因此不读是不应该承担法律后果的。

鲍培伦:法官为了要体现对当事人在诚信上的要求,完全可以很严肃很平和地告知双方当事人及其代理人:我主持这个法庭,请大家如何如何,这是完全可以的,当事人或代理人不能要求法官不说这些话。但你要我宣誓,就变成一个程序了。

沈伟民:还有一点,在最高人民法院法庭规则中,也要求遵守法庭纪律服从法庭规则,书记员也会告知什么是可以做的什么是不可以做的,当然他没有非常明白说你们一定要讲真话,一定不能说假话,这确实没有。但是人民法院在庭审中,对于关注的问题,他完全可以告知,并且在庭审记录中都有,当事人在庭审记录上签字,同样起到这样的效果,而且非常平和,也很有效,也很严肃。因为都告诉你了,你也签字了嘛。庭审记录是表示在庭审活动中每个参与者客观反应的记载,签字就表示确认。庭审之后会对庭审记录审阅,查看是否有讲错的,可以进行修改,当然修改仅限本人陈述,当事人不能改法官讲的话嘛,也不能改对方讲的话嘛。宣誓书这一创设,从本意上来说,是倡导大家都尊重法庭的审判权和司法权威。但是从实际效果,从法律依据上来说,以及不同诉讼参与人的地位上来说,对不同诉讼参与主体,用同一个方式去要求的话,可能是不妥当的。就好像篮球队中有2米2的也有1米9的队员,总不见得都穿一样大小的队服吧?就算篮球队员都是高个子,高个子中身高也可能差20厘米呢!我们人民法院创设这些,一是要有法律依据,二是要有针对性,三是要能实施。

王 凡:我们刚才讨论了在程序上法庭是否可以要求当事人和律师宣读宣誓书。现在我们撇开程序方面的问题,我们看到在诉讼及现实生活中均存在着诚信不足的问题,比如明显歪曲或违背事实进行陈述,误导法庭,这样的行为可以在当事人、律师甚至证人方都看得到,为了胜诉不择手段。在国外,有在法庭上对着圣经宣誓的制度。对新律师,也会有一个宣誓,要维护法律的尊严等等,这些都是为了要追求诚信,让当事人、律师及证人都如实陈述,尽量争取法律事实和客观事实的统一。从内容上来看,沭阳法院是否可以要求当事人这样做?比如内容中提到人格和良知来担保如实发言等等,出发点是否就是当前大环境下不诚信的行为太多太普遍,而且缺乏约束,也几乎不承担什么后果和责任?这是没有办法的办法。要求用良知和人格担保,使灵魂不安等等。二位律师觉得从誓言的内容上而言其是否有一定创新?对诉讼参与人会产生一定的影响吗?进行如此宣誓是否会促使他们说真话呢?

鲍培伦:撇开程序,这个内容就实际效果而言,如果每次诉讼都要通过这样的方法对“我”有所提醒和触动,基本上其效果是微乎其微,可以忽略不计的。原本诚信的,不需要念也一样诚信,原本铁了心不诚信的,靠这样也是无法唤起良知的。如果这样有用的话,那么似乎教育变得太容易太简单了。常言道:十年树木,百年树人。为什么需要那么多代人的努力呢?因为要从小培养,使诚信风尚能根植于我们的内心。诚信是一种道德要求,但是这不属于法律范畴,属于道德范畴。到了法庭上,这是公正和正义的最后一道防线,肯定是鱼龙混杂,不能天真地认为到了这里大家都还很有良知。我们不能简单说参加诉讼的人都不诚信,但确实有不诚信之人,一方甚至双方都有可能不诚信,诚信缺失度各有轻重。法官的工作重点在于要提高鉴别能力,包括法律和自己的,靠宣誓书来唤醒实在难以奏效,在实际成效微乎其微可以忽略不计的情况下还花费那么大的成本,冒着巨大的被顶撞而无法处理的风险,实在得不偿失。如果宣誓有效的话,那么是不是在回答每个问题之前都要宣誓一下,效果更好呢?无穷无尽是否有必要呢?在民事和刑事诉讼中,法官都会就重点问题向当事人反复提醒并确认回答内容的真实性,法官可以告知并且询问原被告双方是否听清楚了,听清楚之后又签字就是一种确认和承诺。对于不诚信之人,把唤醒良知和道德的希望寄托在宣誓书上,似乎把教育的方法过于简单化了。

沈伟民:还有一方面,现在诉讼活动或社会生活中确实有虚假陈述或恶意诉讼的问题,甚至出现原告与被告手拉手的情况!这些问题应该通过规范审判来解决,比如原告和被告手拉手来法院取得判决书以作某用,那么在类似场合下进行宣誓毫无意义!因为他们就是故意的!虚假诉讼依靠宣誓书无法进行判断和识别。在诉讼关系中,不同地区有不同的要求,比如在借贷关系中,超过一定金额那么将无法采信当事人陈述,而需要依据银行记录等证据。基于不断的审判经验的积累,总结不同

现象后可以做出审判不同案件的规范性的东西用以解决实际问题。我们能看出这份宣誓书的目的是更有利法院查明事实,做出正确的判决,这是没错的,但如果依赖于这份宣誓书那么效果未必能令人满意,我认为这是个关键问题。如果依赖宣誓书可以解决问题,那么社会上就不会有那么多纠纷啦——是不是去法庭多念几遍宣誓书就可以解决所有问题了呢?难道当事人读了三遍就会不说假话了?从宣誓书的内容上说,也许花了不少精力才归纳了这几个词,本意是好的,但是实际看起来很滑稽,我还是坚持用这个词。为什么呢?在法院就必须使用法言法语,而不是用一般社会要求,甚至使用一些宗教词语,这与司法严肃性和权威性是背离的。如果大家都认为这是很滑稽的,那么这份宣誓书的严肃性和被认可度都在下降,甚至搞到最后无非就是签个字走过场,都认为宣誓书的内容与自己无关,那就流于形式了。

王凡:听了二位的讨论,宣誓书中某些字眼不太妥当,那么结合现实,在法庭中有相当多的不实之词甚至谎言,沭阳法院可能觉得因为使用这些词汇有效而制作了这样的誓言书。那么究竟应该如何解决现在的这样一些问题呢?比如虚假诉讼?似乎仅靠告知也无法解决那么多的问题。这可能是个世界难题,二位能否从宗教或者文化的角度谈谈?

沈伟民:有些概念现在需要再说明一下,宗教的视角和无神论的视角对个人道德要求诚信是没有差别的,仅仪式上可能有差别。所以无论有宗教信仰还是无神论者都应由此要求,即良知的要求。我们现在倡导诚信和法律上的立法精神和原则贯穿要求当事人诚信,不能说没用,也许不倡导的话不诚信的人更多,我们不能说杜绝不诚信的现象或者基本杜绝不诚信的现象才叫有效,这是过高的脱离实际的要求。对于该种形式,加重甚至延长并不会增加其效果。诚信的问题是人的根本的道德问题,并不是通过一个举措就能一蹴而就的,有这样的想法显然过于乐观了。我认为应该培植,而不是拔苗助



长,拔苗助长短期似乎好看,但长期看来把苗都弄死了,应该营造,逐步逐步的,从我做起的,从点点滴滴做起的,这样的效果也许是非常缓慢的,不是社会大动荡比如革命后会发生的那种巨变,我们应该有一个逐渐锻造或营造的过程,所以首先要丢弃这种一夜建成罗马的幻想,因为这是不可能的。

鲍培伦:讲到诚信问题,诚信的缺失在不同阶段有不同的表现形式。特别在社会大众普遍较为关心自身利益及经济利益并有加强趋势的大环境下,从利益出发,人生的基准点可能发生偏移。当前我们社会发展较快,在这个过程中诚信发生偏移,以至社会诚信度不高,具体说来是某个人的某个行为反映出其诚信度不高,那么社会诚信度不高的原因究竟是什么?当然,诉讼是社会各种活动之一。通过诉讼活动提高社会诚信程度的确是一个途径和方式,但是未必诉讼就一定提高社会的诚信程度。关键在于普遍人们敬畏度在下降,说假话的人毫无顾忌,甚至可以信口开河,对症下药还是社会的教育要跟进,这并不是指文化教育,而是人文理念、社会责任的教育,及行为规范的教育,人格力量的教育,这是一个综合问题。当然法院可以参与推进,但是在诉讼这一专业特定的活动中,首先要保证诉讼活动的依法严肃正确高效,在这个过程中我们应该倡导并要求,但并不是强调某个形式。在三十多年法制的过程中,我们也有过各种各样的探索,包括小额诉讼,简便诉讼等。包括审判方式由诘问式变成抗辩式等等。关键问题在于,诉讼问题有其自身的特征,这可能会涉及社会诚信的问题,但不能把诚信问题过于放大。即使诚信度如此成问题,诉讼活动还得进行,法官还得断案,难道用了这种方式法官就可以高枕无忧了吗?其实每个人都希望每个与自己接触的人是讲诚信的,其实自己要先讲诚信,如果每个人都讲诚信了,社会诚信度不就提高了吗?我们现在过于强调要求别人讲诚信,每个人都要求别人讲诚信而自己不讲诚信的话那么诚信度就下降了,这就造成了社会的问题。

王 凡:刚才沈律师提到了最高法院可能会推行保证书,那么二位觉得保证书内容包括哪些较好?

鲍培伦:大概包括以下几个方面吧:遵守法庭纪律,依法行使权力。讲到诚信方面,如果立法有依据的话,这还不包括司法解释——当然没有立法依据的话,最高法院也可以试点,或推出一些措施,经过一段时间的检验,再来检验方法的正确与否,是否有必要等等。

王 凡:所以您觉得不管是怎样的一种保证,实际上效果也是不大的,因为这本身就是法律的要求。

鲍培伦:而且一个人除非自愿,否则其保证能有多少含金量呢?一旦程式化了以后,无非就是个仪式,其严

肃性和神圣性在不断降低甚至有口无心了。

沈伟民:我觉得保证就是一种提示作用,做了保证就不需要提醒了。一种是发自内心的,另一种是别人要求的。在诉讼活动中,保证对证人和当事人的要求是完全不一样的。并且保证书是约定一旦无法达成会有怎样后果的,如果是一般的就训诫或者罚款,构成伪证影响公正甚至危害司法公正就要有更严重的后果了。目前在司法实践中,对证人在出庭时法官会有告知,并请证人确认签字以保证其知悉。在实践中确实没有见到要求当事人进行保证的情况,因为两者本来就有纠纷。

王 凡:鲍律师是律师维权委员会的负责人,有最后一个问题留给您,我们如何让律师在代理案件过程中更好地尽责?比如对新律师的培训,让新律师宣誓等等?

鲍培伦:首先,我对法律工作者的诚信要求适用于律师是有保留的,在于律师的工作特点,比如律师的诚信和法官的诚信侧重点是不一样的。律师的特点在于,根据当事人的授权,我们很难保证每个律师都有能力来教育当事人提高品德和道德水准,但律师又不能过于挑剔当事人,律师多少会受到当事人影响,我们必须体谅这是律师的工作特点,也是制度的要求,他不能披露对所代理当事人不利的一面,我在和新律师讲民法时,反复强调的就是不要简单认为实事求是就是有一说一,除非影响国家利益和社会公共利益,否则不能损害所代理的当事人的利益,对法律的尊重,对法庭的尊重和对当事人的忠诚是同时加在律师身上的要求,律师应当很好地平衡,对律师而言诚信不是简单的报告式的。如果律师触犯法律,触碰底线,那么是会受到制裁的。

沈伟民:律师是为社会提供服务的专业人员,有其执业操守和纪律,从某种意义上来说,行业的要求是高于一般社会泛泛的要求的,而不是更低,因为对专业人员的要求更专业,不是简单的社会认知要求。律师在诉讼过程中,是由委托的当事人权力的派生而成的,来自于当事人的辩护权和代理权,同时律师也是专业人员,从某种意义上来说他是独立的主体,他不是当事人,这是个关键。当事人和代理人权利义务并不完全等同。律师要维护当事人的合法权益,维护法律的正确实施,维护社会的公平正义,这是远高于宣誓书的要求的,因为律师的责任是非常大的,宣誓书混淆了两个不同的主体,这是个必须提出的问题!当然法院在审判活动中可以规范当事人的诉讼参与活动,比如按时到庭等等。这份宣誓书实际是把律师降低为当事人了,这非常不妥当。现在很流行的是建立法律共同体,而宣誓书的内容与其背道而驰。

王 凡:谢谢! ●

(本文内容根据录音整理,为嘉宾个人观点)

香港大律师之窗

●文/萧震然

香港的家族信托法律_(下)

前言

随着改革开放，内地经济持续增长，也因此成就了庞大的中国资产新贵群体。这些中高产人士在面对不惑之年之际，也急需通过安全、有效的方式来延续自己的财富和事业。家族信托在这方面成为许多人的选择。但中国内地的家族信托才刚刚起步，在许多方面与已趋成熟的英美及香港的家族信托依然有所差距。

在《香港的家族信托法律（上）》中，涉及了家族信托的形式、成立方法及其法律原则，并讨论了一般家族信托的条文。在本文中，我们会继续探讨香港的法律如何保障家族信托的执行及香港与大陆在家族信托上的联系和优势。

一、香港家族信托的相关法例及法律原则

本文讨论的家族信托相关法例及法律原则主要受托人和受益人的权利义务、信托的管理和更改，及在违反信托行为的情况下受益人如何依法保障自己的

权益。香港的新修订的《受托人条例》生效于2013年12月1日，在赋予受托人更大的预设权力的同时，亦提供适当的制衡，以确保受托人妥善行使新的权力，并引入了反强制继承权规则。

同时，香港扩大了受益人的范围并更注重对受益人权利的保护，无论是自然人、法人还是社团，“只要是具有权利能力的人，均可成为信托受益人”。且受益人享有对受托人的监督权，如果受托人违反或不能善意管理资产，受益人可以向法院申请强制履行，并可以就违约行为提起诉讼。

家族信托的主要内容是根据家族信托契据而成立的，但有些时候信托契据的内容未必涵盖所有环节，这个时候香港有关家族信托的法例及法律原则就能够赋予香港法庭权力，在公义的情况下让法律干预家族信托。

（一）受托人和受益人的权利义务

受托人负责管理受益人的财产，因此为保障受益人的利益，香港法律在受托人身上附加了责任，主要有二：第一是



萧震然：香港执业大律师、仲裁员

受信责任。即受托人本身的利益如与信托的利益发生冲突的时候，应以信托的利益为先。香港法院非常重视这项责任，无论受托人的行为是否诚恳及不怀私心地作出，无论信托有否受损，受托人仍然可能要为利益冲突的行为负责。然而，受托人是可以收取服务酬金的。此外，如受托人购买信托财产，他必须证明买卖是公平的，有合理对价支持以及已经向受益人披露所有有关资料。第二是谨慎管理信托财产的责任。对于一个没有受薪的受托人来说，他管理财产时，需如谨慎明智的商人管理业务时一样谨慎；若

受托人是专业受托人,香港法院会要求他更为谨慎。即使受托人曾听取及依照法律意见而行事,法院亦未必一定会认为他已符合小心谨慎的标准。在受托人为信托财产进行投资时,这种责任的应用最常见。另外,受托人需准备账本及随时向受益人提供信托财产或其投资资料。

受托人虽然责任繁多,但信托契据可以用免责条款列明非受薪受托人或非专业受托人无须就疏忽引致的损失负责。但是如果是法例明文禁止不能免责的,或者是因为受托人欺骗或故意犯错引致的损失,受托人仍需负责。最后,受托人在管理信托事务时有酌情权,受托人只要是忠诚谨慎地执行职责,他可以不经受益人同意而做出一切有关信托管理的决定,即使因判断错误而引致损失,受托人亦无须负责。

(二) 信托的管理和更改

有关信托的管理,首要的是人事问题。如果出现受托人因各种原因不能履行任务的情况,可通过法律途径委任新受托人。首先若设立信托契据已订明如何更换受托人,则须全部按照依据订立的规定执行。如信托契据没有订明,则根据规定,信托契据中指定为有权委任新受托人的人或当其时的尚存或留任受托人,可用书面委任其他人作为受托人代替。若执行规定后但仍然没能够委任新受托人,法院可委任适宜的人选作为新受托人。

再者,受托人可能不是专业的信托管理者,所以法例允许受托人授权他人管理信托。为更方便信托行政或保管信托财产,受托人除了可以书面将权力转委他人之外,受托人还有权委任代理人、代名人及保管人。

最后,法例亦授权法院更改有关行政管理及受益权分配的内容。当法院认为受托人应对或已对某些产权进行了

适宜的处置,但信托文书或法律并未向其授权的情况下,法院可将该处置权授予受托人,但该权力一般不可用来更改受益权的分配。除非法院认为更改信托更有利于条例列明的某几类受益人,则方可更改有关受益权的分配。

(三) 违反信托行为的救济

虽然很多信托均能顺利执行,但受托人违反信托责任的也屡见不鲜。受托人未经信托契据或法律允许而做出违反责任的行为,即便是因为遗漏,亦是违反信托,受益人有权依法要求适度的救济。主要救济方法有以下四种:

1. 若信托财产遭受损失,信托受益人可要求受托人返还原财产或进行等价补偿。而若受托人因此获利,受益人可要求受托人返还该不当得利。

2. 若受托人擅自将信托财产提取并占为己有,或因为任何违反信托责任的行为而获得了信托财产,该财产的所有权并不会转移至受托人名下,而被视为以法律构成形式替受益人代持该笔财产。即便受托人将财产转卖,如将现金转为股票,转卖所得的收益亦可被受益人追溯所有权,从而保障受益人的权利。

3. 针对于受托人违约而将信托财产转移给他人的情况,除非该第三人是善意(不知情)的或根据情势变更致使要求第三人返还财产会造成不公平的后果,否则信托受益人有权要求第三人返还财产,且该权利不因第三人的身亡或破产而消灭。

4. 并非仅有违反信托责任的受托人才会因其违反行为而负有法律责任,以下三种行为的行为人亦需受香港信托法的管制:(1) 恶意(不诚实)而协助受托人违反信托责任;(2) 明知受托人的行为违反信托但为己私利而收受因违约行为而获得的财产;(3) 未有授权而干涉或插手一般应由受托人作出

的行为。

二、香港与大陆在家族信托上的联系和优势

近年来,选择香港作为家族信托地的内地高资产人士及知名人士已经越来越多,如2015年5月2日刚刚去世的余彭年就于在世时将其资产委托香港某机构设立了个人信托,将其所有公司名下产生的香港及大陆的利润均放入这个信托,再按照他生前的愿望捐赠给社会。

香港作为世界最重要的贸易和金融中心之一和全球最自由经济体,拥有普通法制度下相对完善的法律体系、高效开放的金融市场、极具竞争力的商业环境。同时,香港完善的信托法也使得香港在保护隐私、管理资产和降低税率方面远超大陆。相比之下,中国内地对信托制度的规定陈旧,家族信托的法律规定不够明确。大陆对信托财产的登记制度、股权资产的管理均没有做出明确规定。而涉及到税费,内地规定凡涉及到不动产的变动均视为交易行为从而产生高昂的税费。

除前文中所述的法律和制度优势外,香港的信托业多年发展的积累使得香港不仅能提供完善的家族信托、税务筹划、法律咨询、保险规划等个性、多元化的产品,同时香港也汇聚了大量国际化专业人才,涵盖金融、税收、审计、法律等多个专业,可以更系统性地管理资产,提供专业的一条龙服务。

此外,香港在语言、文字、文化和交通上的便捷程度也使得其成为高净值人士的首选。香港作为中国的特别行政区,是距离中国内地最近的离岸市场,也是人民币向境外转移的最佳通道。在地理与文化上等方面与内地的紧密联系使香港具有了其他国家和地区无可比拟的优势。(完)●



视角

●文/王恩海

浅析《关于依法保障律师执业权利的规定》的进步及完善

“两院三部”《关于依法保障律师执业权利的规定》（以下简称“《规定》”）日前公布，该《规定》坚持问题导向，针对法律规定的律师执业各项权利落实不够有力，尤其是在律师会见、阅卷、申请调取证据以及庭审辩论遇到的困难和问题，提出了保障律师执业权利的相应措施，以三大诉讼法和律师法等现行法律法规为依据，对相关规定内容进一步明确和细化，注意与相关法律法规相衔接，同时，吸收了近年两院三部颁布的有关保障律师执业的规定，是新时期一部全面保障律师执业权利的文件，对律师执业尤其是刑事辩护律师的执业起到了良好的指引作用。

一、《规定》的突破之处

《规定》共 49 条，其中部分内容系对现有规定的重申，概括而言，亮点和突破之处在于如下几点：

第一，第 2 条明确了律师的知情权。虽然现有多处规定要求司法机关告知律师某些重要事项，如刑事诉讼法第 160 条规定，侦查终结移送检察院审查起诉时，公安机关应当“将案件移送情况告知犯罪嫌疑人及其辩护律师”，但在法律以及司法解释中并未有“知情权”这一表述，《规定》首次明确了这一表述，无疑具有重要意义。具体表现在：（1）第 6 条规定

犯罪嫌疑人、被告人被采取、变更、解除强制措施的情况，侦查机关延长侦查羁押期限、办案机关作出移送审查起诉、退回补充侦查、提起公诉、延期审理、二审不开庭审理、宣告判决等重大程序性决定，以及人民检察院将直接受理立案侦查案件报请上一级人民检察院审查决定逮捕的，办案机关应当依法及时告知辩护律师。第 14 条则明确了其中两个事项的告知期限：“侦查机关应当在案件移送审查起诉后三日以内，人民检察院应当在提起公诉后三日以内，将案件移送情况告知辩护律师。”（2）第 37 条规定：“对于诉讼中的重大程序信息和送达当事人的诉讼文书，办案机关应当通知辩护、代理律师。”

第二，就律师的会见权，《规定》明确了如下事宜：（1）看守所安排会见不得附加其他条件或者变相要求辩护律师提交法律规定以外的其他文件、材料，不得以未收到办案机关通知为由拒绝安排辩护律师会见，设置预约平台的，不得以未预约会见为由拒绝安排辩护律师会见。（2）看守所应当保障律师履行辩护职责需要的时间和次数。（3）在律师会见室不足的情况下，看守所经辩护律师书面同意，可以安排在讯问室会见，但应当关闭录音、监听设备。（4）犯罪嫌疑人、被告人委托两名律师担任辩护人的，两名辩护律师可以共同会见，也可以单独会见，辩护律师



王恩海：上海恒建律师事务所律师

可以带一名律师助理协助会见。（5）第 8 条明确了在犯罪嫌疑人、被告人解除委托时的会见事宜。（6）会见危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪案件在押的犯罪嫌疑人的，侦查机关应明确告知负责与辩护律师联系的部门及工作人员的联系方式，不允许会见的，应当向辩护律师说明理由，并明确规定侦查机关不得随意解释和扩大前款所述三类案件的范围，限制律师会见。（7）第 12 条明确了翻译人员参与会见的程序。

第三，第 13 条细化了律师的通信权。

第四，就律师的阅卷权，《规定》明确了如下事宜：（1）第 14 条明确了申诉、抗诉案件的阅卷程序。（2）辩护律师

可以采用复印、拍照、扫描、电子数据拷贝等方式复制案卷材料,可以根据需要带律师助理协助阅卷。(3)辩护律师查阅、摘抄、复制的案卷材料属于国家秘密的,应当经过人民检察院、人民法院同意并遵守国家保密规定。律师不得违反规定,披露、散布案件重要信息和案卷材料,或者将其用于本案辩护、代理以外的其他用途。(4)法院不能当场安排阅卷的,应当向辩护律师说明并安排其在三个工作日内阅卷,不得限制律师阅卷的次数和时间。(5)有条件的地方可以推行电子化阅卷,允许刻录、下载材料。(6)案件提起公诉后,人民检察院对案卷所附证据材料有调整或者补充的,应当及时告知辩护律师。辩护律师对调整或者补充的证据材料,有权查阅、摘抄、复制。

第五,就律师的申请权,《规定》明确了如下事宜:(1)第15条明确“辩护律师通过服务平台网上提交相关材料的,办案机关应当在网上出具回执。辩护律师应当及时向办案机关提供原件核对,并签名确认。”(2)第21条规定:在案件侦查终结前,人民检察院、人民法院在审查批准、决定逮捕期间,最高人民法院在复核死刑案件期间,辩护律师要求当面反映意见或者提交证据材料的,办案机关应当依法办理,并制作笔录附卷。辩护律师提出的书面意见和证据材料,应当附卷。

第六,就律师的调查取证权,《规定》明确了如下事宜:(1)第18条规定,法院、检察院应当在接到辩护律师申请收集、调取证据的申请后三日以内作出是否同意的决定。(2)19条明确了律师有权向正在服刑的罪犯调取证据。

第七,就庭审前的事项,《规定》明确了如下事宜:(1)第25条明确了法院确定开庭日期时,“应当为律师出庭预留必要的准备时间并书面通知律师。律师因开庭日期冲突等正当理由申请变更开庭日期的,人民法院应当在不影响案件审理期

限的情况下,予以考虑并调整日期”,同时明确律师可以带律师助理参加庭审。(2)第26条明确了律师进入法庭,原则上不得安检。

第八,就律师在庭审中的发问、质证、辩论权,《规定》明确了如下事宜:(1)第31条要求“法庭应当依法公正保障,以便律师充分发表意见,查清案件事实。”并明确“除发言过于重复、相关问题已在庭前会议达成一致、与案件无关或者侮辱、诽谤、威胁他人,故意扰乱法庭秩序的情况外,法官不得随意打断或者制止律师按程序进行的发言。”(2)第33条明确了在特定情形下律师与被告人交流的权利。(3)第34条细化了律师申请休庭的权利。(4)第38条明确了律师对法庭针对特定事项作出的决定有当庭申请复议的权利,同时规定“律师不服法庭决定保留意见的内容应当详细记入法庭笔录,可以作为上诉理由,或者向同级或者上一级人民检察院申诉、控告。”(5)第39条明确了律师申请查阅人民法院录制的庭审过程的录音、录像的权利。

第九,就律师的申诉权,第41条明确了律师的投诉机制,第45条明确了办案机关与律师协会的联席会议制度,以保障律师执业权利,及时调查处理侵犯律师执业权利的突发事件。

第十,《规定》禁止已经被注销、吊销执业证书的人员以律师名义提供法律服务或者从事相关活动的,或者利用相关法律关于公民代理的规定从事诉讼代理或者辩护业务非法牟利的行为。

二《规定》的待完善之处

虽然《规定》有上述值得称道之处,但考虑到《规定》的大部分内容是对原有法律、司法解释等相关文件的重申,现阶段司法实践中出现的一些新情况并未得到完全体现,笔者结合司法实践中的问题就《规定》尚待完善之处展开讨论。

第一,应明确诉讼代理人的相关权益。辩护律师与诉讼代理人在刑事诉讼中可谓泾渭分明,立场截然不同,但不可否认的是,诉讼代理人也是以律师身份参与刑事诉讼,因此,其权益保护亦不应忽视,概括而言,第6条明确的知情权、第14条规定的阅卷权、第18条规定的申请检察院、法院调查取证的主体应当包括诉讼代理人,甚至可以考虑第24条规定的申请召开庭前会议的权利主体也应当包括诉讼代理人。

第二,就第6条、第37条规定的知情权,建议细化如下内容:(1)律师在接受委托后,应当在接受委托之日起三日内告知办案机关,以使相关办案机关得知律师的姓名及联系方式,方便行使在各阶段告知律师的义务。(2)现阶段司法实践表明,律师的知情权在公安机关的侦查阶段较难得以维护,为此,建议在拘留通知书、立案通知书等类似文书中,增加办案机关的联系电话与联系人等基本信息,方便律师联系。同时,拘留通知书、逮捕通知书的邮寄地址应征询嫌疑人的意见,以家属尽快收到该份文书为原则,而不是单纯邮寄到其户籍所在地。(3)办案机关在《规定》明确的告知事项中,应当明确在作出相关决定之日起的期限内三日告知,其中提请批准逮捕的告知主体应当是检察院,该告知期限应当限制在检察机关案件管理部门收到案件材料之日起二日内,因批准逮捕的期限只有七日,应当给律师提供更多的时间,以方便律师与侦查监督部门的沟通和交流。(4)应当特别强调由拘留、逮捕转为取保候审,二审宣判,死刑复核裁定下达的告知期限。

第三,就第7条规定的会见权,建议细化如下内容:(1)看守所不能当时安排会见的,看守所应当出具书面说明而非口头说明,在该书面说明中应当明确会见的最终截止日期。(2)看守所接待窗口应当张贴投诉电话,在遇到接待人员要求辩护

律师出具“三证”之外的其他文书或者条件时,辩护律师能够即时获得会见权的保障。(3)会见时,律师所带律师助理的人数建议为一到两名。考虑到律协推出的有助于青年律师成长的带教制度,应当明确律师助理所在律所与律师所在律所可以为不同律所。(4)应当允许犯罪嫌疑人、被告人将辩护律师的名片带入监室,以方便邮寄接济单以及保障通信权的行使。(5)为保护律师的合法权益,应当明确律师有录音、录像的权利,同时明确如果律师将该录音、录像用于案件辩护之外的其他用途,由此导致相关后果的,应当以《律师法》第49条第1款第7项的规定予以处罚。

第四,就第8条规定的犯罪嫌疑人、被告人解除委托后的会见程序,建议细化如下内容:(1)无论犯罪嫌疑人、被告人是否出具书面拒绝会见材料,看守所都应当安排会见,由嫌疑人亲笔书写解聘文书。(2)该条第2款规定:“在押的犯罪嫌疑人、被告人的监护人、近亲属解除代为委托辩护律师关系的,经犯罪嫌疑人、被告人同意的,看守所应当允许新代为委托的辩护律师会见,由犯罪嫌疑人、被告人确认新的委托关系;犯罪嫌疑人、被告人不同意解除原辩护律师的委托关系的,看守所应当终止新代为委托的辩护律师会见。”从其文字表述看,新任律师初次会见时,看守所应当陪同,否则看守所无从得知嫌疑人、被告人是否同意解除原委托关系,但这显然违背了刑事诉讼法的规定。笔者认为,无论犯罪嫌疑人、被告人是否同意解除原委托关系,看守所都不应当终止会见。

第五,第9条规定的“危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪案件”的会见,如果侦查机关不安排会见,因为只有嫌疑人近亲属的委托,没有嫌疑人的签字确认,因此,此时律师尚不具备辩护律师身份,但《刑事诉讼法》第

33条规定:侦查机关在第一次讯问犯罪嫌疑人或者对犯罪嫌疑人采取强制措施的时候,应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。同时,辩护律师除了会见权之外,还有通信权、调查取证权等诸多权能必须依赖于犯罪嫌疑人的签字,一旦无法会见,上述权益均无法实施,导致犯罪嫌疑人的辩护权无法行使,对此,笔者建议可以通过两个途径予以解决:(1)即使不允许会见,办案机关应当代为传递委托文书,由当事人签字确认,以明确辩护律师的身份,从而可以行使除会见权之外的其他辩护权。(2)允许以确认委托为目的的律师会见,但办案机关陪同,从表面上看这违背了刑事诉讼法的规定,但这一变通措施是有利于犯罪嫌疑人的,应当允许。

另外,本条所涉及的三大类案件,司法实践中常见的是特别重大贿赂犯罪案件,《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第45条将其明确为:“有下列情形之一的,属于特别重大贿赂犯罪:(1)涉嫌贿赂犯罪数额在五十万元以上,犯罪情节恶劣的;(2)有重大社会影响的;(3)涉及国家重大利益的。”其中后两项内涵、外延均极为广泛,应当对其做限制解释,以切实维护辩护律师的会见权。

第六,第10条规定的律师可以向犯罪嫌疑人、被告人“核实有关证据”,应当细化“有关证据”的范围,尤其是证人证言、同案犯供述能否给犯罪嫌疑人、被告人核实,如果可以核实,是辩护律师概括总结后告知还是可以把案卷交给犯罪嫌疑人、被告人查看,应当予以细化。

第七,第14条规定的阅卷权,法院、检察院无法当时安排的,法院、检察院应当出具书面说明而非口头说明。同时,不应当限制律师所带律师助理的人数。为提高效率,节约社会成本,建议办案机关向律师提供载有所有案件材料的光盘,这不仅可以大大节省律师阅卷的时间成本和人力成本,同样也可以减少司法机关的时

间成本和人力成本。如果办案机关能够提供光盘,会见时应当允许律师携带手提电脑,以方便核对相关证据。

第八,第19条规定的向服刑的罪犯调查取证的问题,建议明确罪犯所在监狱无须向承办单位核实,只要律师携带“三证”提出要求,监狱就应当保证律师调查取证权的行使,否则,该条将会变成一纸空文。

第九,第23条规定的庭前会议,应当明确被告人应当到庭,如果被告人不到庭,因辩护权来源于被告人的授权,因此,辩护律师难以对决定案件的事实、证据发表意见,因此,如果被告人不到庭,庭前会议只能处理简单的程序事项。同时应当明确庭前会议应当公开审理,允许旁听。

第十,第23条明确的律师与被告人交流的权利,应当明确该交流是秘密的,只允许审判人员、法警在场,其他人都不得在场,以切实维护被告人的合法权益。同时建议明确“供述发生重大变化”的内容。

第十一,根据司法实践中的常见情形,《规定》虽然没有予以明确或者细化,但亟需予以规定的,主要有以下两项:(1)指定场所监视居住作为新刑事诉讼法确立的新的强制措施,从强度上看,是轻于拘留、逮捕的,但在司法实践的操作中,辩护律师的会见权、通信权均无法得以保障,对此亟需予以细化,以维护犯罪嫌疑人的合法权益。(2)侦查机关、公诉机关随案移送的,律师有权查阅的证据材料应当包括讯问的同步录音录像。

三、救济措施的细化

《规定》对律师执业权利保障分四个层次设置了救济机制。一是第41条规定的投诉机制,《规定》明确了律师可以就办案机关及其工作人员侵犯律师执业权利的行为向办案机关及其上一级机关投诉,主要由办案机关进行处理和救济。

二是第 42 条规定的申诉控告机制,《规定》明确了律师向检察机关申诉控告时的处理和救济机制。三是第 44 条规定的律师向司法行政机关和律师协会申请维护职业权益时的处理和救济机制。四是第 45 条规定的各部门联席会议制度,明确了各部门要定期沟通保障律师执业权利工作情况,及时调查处理侵犯律师执业权利的突发事件。

如前所述,上述四大机制中,第二个和第三个机制均已明确,但司法实践中的情形如何自无需多言,因此,在现行背景下,律师执业权利受到侵害时的救济不在于增加更多的救济机制,而在于如何细化现有救济途径,使现有救济途径能够切实发挥作用。

除联席会议制度外,其他三大机制存在一个共同点:都由司法机关通过内部处理流程来解决律师的投诉,虽然第 42 条确定了律师有权向检察机关申诉控告,但现实情况并不乐观,因此,应当改变现行的秘密审查模式,设立听证制度,笔者对此的初步设想如下:

第一,针对侦查机关侵犯律师执业权利的行为,由侦查机关相对应的同级

检察机关的上级检察机关的侦查监督部门主持听证会,律师作为申请方,被律师认为侵犯其权益的侦查人员及其所在部门代表作为被申请人,律师协会应当委派代表参与申请方的陈述。申请人和被申请人就争议焦点作出陈述后,由听证会主持人依据确认的事实以及现有规定作出决定,如果认定侦查机关侵犯了律师的职业权利,应当依据《规定》第 42 条、第 43 条的内容予以处理。

第二,针对法院侵犯律师执业权利的行为,听证会的主持人应当是上级检察机关的公诉部门。

第三,针对侦查监督部门、公诉部门等检察机关部门侵犯律师执业权利的行为,听证会的主持人应当是上级检察机关的纪检部门。

第四,就听证会各阶段的期限作出明确规定,同时明确第 43 条规定的“纪律处分”的范围。

第五,强化对恶意投诉、无理投诉律师的惩处。

同时,就第 45 条规定的联席会议制度,也应当明确参与成员、会期等基本要素,该联席会议制度除承担该条所确定

的职责外,还应当承担的职责是协商讨论某些具体犯罪的地方立案标准等规范性文件。

从刑事辩护律师的起源可知,刑事辩护律师的主要职责是为处于追诉过程中的被告人提供法律服务,而这显然不利于侦查机关和公诉机关活动的开展,同时,被告人在刑事诉讼中,本身处于弱势地位,这一切都导致了刑事辩护律师的权利行使受到了诸多限制,《规定》的出台明晰了律师尤其是刑事辩护律师的权利清单,但“无救济则无权利”,中央政法委书记孟建柱在全国律师工作会议上强调:“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。”他同时指出,构建司法人员与律师的新型关系的“主动权在政法机关”,因此,如何构建律师执业权利受到侵犯的救济机制不仅关乎《规定》的具体落实,也关乎职业共同体的建设和完善,关乎我国司法制度的完善和发展。●

信息

松江区举办第一届青年律师辩论赛

最近,由松江区司法局、松江区法学会、上海市律师协会松江区工作委员会、松江区司法局团委共同举办的松江区第一届青年律师辩论赛举行。

按赛事要求,经过律师自荐、律师事务所推荐、组委会资格审查,申松、诚致信、志君、致志远、一凡、保诚、创兆、丰兆、凯中等 9 家律师事务所的 20 名青年律师分别组成智律、自由、争鸣和崇法四支辩论队。

比赛开始,第一场由智律队对阵自由队,第二场由争鸣队对阵崇法队,分别围绕“在当前司法环境下,法官的自由心证应不应当得到限制”“在当前司法环境下,律师做法官是否利大于弊”展开激烈对决。最终,智律队、争鸣队获本次辩论

赛最佳辩论队称号。争鸣队四辩上海市申松律师事务所张文律师、崇法队四辩上海市诚至信律师

事务所孙吉律师获得最佳辩手称号。自由队二辩上海一凡律师事务所姚岑律师、崇法队二辩上海丰兆律师事务所张静律师获最佳风采奖。



专题

专题研究



●文/王婉怡

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

从司法实践看 PE “对赌条款” 的法律效力

随着《私募投资基金监督管理暂行办法》等几部专门针对私募投资基金的部门规章、行业规定于 2014 年相继出台,私募投资基金的规范化运作迎来了更清晰的制度支持。作为私募投资基金中的一个重要类型,私募股权基金(Private Equity Fund,以下简称“PE”)尤其活跃,并带动了各界对专业问题的深入思考和探讨。其中,作为 PE 投资合同灵魂条款的“对赌条款”的法律效力问题,被业界广泛关注。

2012 年 11 月 7 日由最高人民法院(以下简称“最高院”)提审审结的甘肃世恒有色资源再利用有限公司等与苏州工业园区海富投资有限公司的增资纠纷案(以下简称“海富案”),被称为“中国 PE 对赌第一案”。该案的争议焦点就是“对赌条款”的法律效力问题。最高院在该案中就“对赌条款”效力问题的裁判标准和依据具有一定的示范作用,值得深入研判。鉴于海富案中的对赌方式为向投资人支付业绩补偿,因此,本文的分析亦围绕业绩补偿方式展开,有关股权回购等其他对赌方式与业绩补偿异同并存,须另行探讨。

一、“海富案”所确立的效力认定原则

(一) 海富案的基本情况:

鉴于该案情况已经广为传播,笔者在此仅简要介绍与“对赌条款”有关的基本情况如下:

1、基本事实情况:

2007 年 11 月 1 日,甘肃众星锌业有限公司(后变更为“甘肃世恒有色资源利用有限公司,为便于理解,变更前后续称为“世恒公司”)与苏州工业园区海富投资有限公司(以下简称“海富公司”)、香港迪亚有限公司(以下简称“迪亚公司”)、自然人陆波签订了一份《甘肃众星锌业有限公司增资协议书》(以下简称“《增资协议》”),根据该协议:

【1】世恒公司系迪亚公司的全资子公司,注册资本 384 万美元,各方同意海富公司以增资入股的方式,以现金人民币 2000 万元对世恒公司进行增资,其中

114.7710 万元记入世恒公司的注册资本,占股比例 3.85%,其余 1885.2283 万元记入世恒公司的资本公积。

【2】世恒公司 2008 年净利润不低于人民币 3000 万元;否则海富公司有权要求世恒公司予以补偿,如果世恒公司未能履行补偿义务,海富公司有权要求迪亚公司补偿;补偿金额 = (1-2008 年实际净利润/3000 万元) × 本次投资金额(以下简称“补偿约定”)。

2008 年世恒公司的净利润为 2.685813 万元,远低于约定的 3000 万元的标准。为此,海富公司向兰州市中级人民法院提起诉讼,请求判令世恒公司、迪亚公司及世恒公司实际控制人陆波向其支付补偿款 1998.2095 万元。

2、法院判决情况:

【1】一审法院将“对赌条款”是否具有法律效力作为争议焦点,经审理认为:《增资协议》系各方真实意思表示,其中关于世恒公司 2008 年实际净利润完不成 3000 万元,海富公司有权要求世恒公司补偿的约定,不符合《中华人民共和国中外合资经营企业法》第八条关于企业利润根据合营各方注册资本的出资比例进行分配的规定,同时该约定与《公司章程》的有关条款不一致,也损害了公司利益和公司债权人的利益,不符合《中华人民共和国公司法》(以下简称“《公司法》”)第二十条第一款的规定。因此,根据《中华人民共和国合同法》(以下简称“《合同法》”)第五十二条(五)项的规定,该条由世恒公司对海富公司承担补偿责任的约定违反了法律、行政法规的强制性规定,该约定无效。故海富公司依据该条要求世恒公司承担补偿责任的诉请不予支持;由于补偿约定无效,同时补偿约定与《合资经



王婉怡:市律协基金业务研究委员会副主任

营合同》中相关约定内容不一致,根据《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》第十条第二款的规定,应以《合资经营合同》内容为准,故海富公司要求迪亚公司承担补偿责任的依据不足,不予支持;陆波虽是世恒公司的法定代表人,但其在世恒公司的行为代表的是公司行为利益,且补偿约定并没有关于由陆波个人承担补偿义务的约定,故海富公司要求陆波承担补偿责任的依据不足,予以驳回。一审判决后,海富公司不服并向甘肃省高级人民法院提起上诉。

【2】二审法院认同一审总结的争议焦点,经审理查明:(1)“纵观该协议书全部内容,海富公司支付2000万元的目的并非仅享有世恒公司3.85%的股权(计15.38万美元,折合人民币114.771万元),期望世恒公司经股份制改造并成功上市后,获取增值的股权价值才是其缔结协议书并出资的核心目的”,基于上述投资目的,各方当事人作出了补偿约定,对目标企业3000万元净利润的盈利能力提出要求不违反法律规定,而净利润完不成时海富公司有权要求世恒公司及迪亚公司以一定方式予以补偿的约定,则违反了投资领域风险共担的原则。参照最高法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第四条第二项“企业法人、事业法人作为联营一方向联营体投资,但不参加共同经营,也不承担联营的风险责任,不论盈亏均按期收回本息,或者按期收取固定利润的,是明为联营,实为借贷,违反了有关金融法规,应当确认合同无效”之规定,补偿约定因违反《合同法》第五十二条第(五)项之规定应认定无效。(2)海富公司除已计入世恒公司注册资本的114.771万元外,其余1885.2283万元资金性质应属名为投资,实为借贷。虽然补偿约定归于无效,但海富公司基于对其承诺的合理依赖而缔约,故世恒公司、迪亚公司对无效的法律后果应负主要过错责任。根据《合同法》第五十八条之规定,世恒公司与迪亚公司共同返还海富公司1885.2283万元及占用期间的同期定期存款利息。二审判决后,世恒公司和迪亚公司不服并向最高人民法院提请再审。

【3】再审法院经审理查明:

(1)世恒公司为合资公司,补偿约定中海富公司有权从世恒公司处获得补偿,“使得海富公司的投资可以取得相对固定的收益,该收益脱离了世恒公司的经营业绩,损害了公司利益和公司债权人利益”,一审和二审法院根据《公司法》第二十条和《中华人民共和国中外合资经营企业法》第八条的规定认定补偿约定条款无效是正确的。但二审法院认定海富公司18852283元的投资名为联营实为借贷,判决世恒公司和迪亚公司返还投资款,没有法律依据,予以纠正。

(2)补偿约定中“迪亚公司对于海富公司的补偿承

诺并不损害公司及公司债权人的利益,不违反法律法规的禁止性规定,是当事人的真实意思表示,是有效的。”

综上,最高院撤销了二审判决,并判决迪亚公司向海富公司支付协议补偿款1998.2095万元。

(二)海富案中建立的效力认定规则

海富案的程序经历了一审、二审和再审,对“对赌条款”效力的认定从全部无效到最终认定部分无效,体现了司法机关对“对赌条款”的认知过程,也反映了在对“对赌条款”作效力判断时的难点。从海富案可以总结出最高法在PE“对赌条款”(特别是针对业绩补偿方式)的审理中所运用的如下几项规则:

1.对于PE的股权投资,不因设定了在触发条件满足时,PE有权取得保底收益的对赌条件,而当然地认为是“名为投资,实为借贷”。这一规则为PE投资等新型投资构架的特殊性给予了必要的关注,令从国外输入的PE投资模式,在中国法之下,具有的“是投资非借贷”的初始基因。

2.在第1条的逻辑前提下,区别对待“对赌条款”的效力问题:

【1】“对赌条款”约定投资人可以从目标公司获得保底收益的补偿,因该等收益补偿脱离了目标公司的实际经营业绩,构成《公司法》所禁止的对目标公司及其债权人的损害,认定为无效,依据是:

(1)《中华人民共和国公司法》第二十条——“公司股东不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益,不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。”

(2)《中华人民共和国合同法》第五十二条(五)项——“违反了法律、行政法规的强制性规定。”

【2】“对赌条款”约定投资人可以从目标公司以外的其他主体处获得保底收益的补偿的,因该等补偿不是公司对股东作出的,不构成《公司法》所禁止的对目标公司及其债权人的损害,可认定为有效。

二、关于“对赌条款”法律效力的分析:

(一)“对赌条款”的性质:

投资行为是以“未来的盈利”为目的的,这种目的能否实现存在一定的不确定性,构成了投资的风险。具体到PE投资中,防控风险和追求利益最大化是并重的核心问题。投融资各方基于各自的立场,愿意在盈利预判的基础上,建立一种相对“平衡”的风险应对机制——各方对未来某一特定情况(即投资人在作出投资决策时的核心关注)的出现与否作出假设和预先安排,当该情况出现时,一方有特定的权利可以行使,不出现时,对方有特定的权利可以行使,各方皆可能需要用一

定的代价承受未来的某种结果,这就是所谓的“对赌”,即PE投资中的一种风险防控机制,而“对赌条款”就是承载“对赌”安排的合同条款。

由“对赌条款”的内容和性质可见,“对赌条款”不属于我国《合同法》中明确规定的十五种有名合同。因此,对于该种条款的理解应适用《合同法》总则,并参照《合同法》分则或者其他法律最相类似的规定。鉴于“对赌条款”是基于未来某种结果的不确定性,因此,可以认为“对赌条款”与保险合同有相似之处,都具有一定的“射幸性”,即合同当事方在合同订立时,对于某一情况的出现与否不能确定,因此基于对该等情况的各种可能的预判,而预先作出安排,令各方事先明知某种结果所对应的相应后果。在有效的前提下,好的对赌安排,可以达到“愿赌服输”,如果考虑得足够周到,甚至可以获得利益平衡,没有输家的结果。

基于“对赌条款”的“射幸性”,对“对赌”进行法律分析时,要更加关注各方在订立合同时信息披露是否充分、是否存在被误导或被欺骗的情形、是否自愿、“对赌”的条件和结果是否合理。从形成原因上看,“对赌条款”的运用在一定程度上解决了PE投资中的如下风险事项,其存在具有合理性和必要性:

(1) 信息不对称问题:

在PE决策投资时,对其投资与否以及股权定价产生实质影响的是目标公司的成长性和盈利能力。但PE对目标公司的了解主要依赖于原股东(通常是实际控制人)和管理层提供的信息。在这种信息不对称的情况下,让相关主体承诺对赌,有利于抑制信息披露不充分或对目标公司的过度“包装”,令造成投资定价虚高的行为须背负补偿的法律后果。

(2) 目标公司实际控制人、管理层在处理公司事务时保持诚信、勤勉履职。

鉴于PE出于对目标公司原股东、管理层的合理信赖,愿意以公司未来可能具有的高额价值,换取投资时的目标公司股权,目标公司的控股权通常不会让渡给投资人。为此,实际控制人、管理层的诚信和勤勉,对PE投资目的的实现至关重要。

“对赌条款”的存在,有利于督促对赌主体在目标公司的运营中为各方的共同利益付诸努力。

(二) 在目前法律体系下就“对赌条款”之效力的法律分析:

业绩补偿方式“赌”的是目标公司在某一时期所实现的经营业绩,若目标公司在约定时期内未实现约定的业绩目标,则PE可按照特定的标准和方式获得补偿。在对这种“对赌条款”进行分析时,对这样几个问题不得不仔细考量:当PE有权获得保底收益时,是否产生了名为投资或联营而实为借贷的后果?股权投资是否允许收益保底?PE投资中的“赌”性是否影响其民事行为的效力?

如前所述,PE“对赌条款”的形成与PE投资模式的特殊性相契合,具有一定的合理性。但鉴于PE系舶来品,什么样的“对赌条款”可以获得中国法律的支持是需要进行有针对性的分析的。PE的“赌性”和“投机性”显而易见,这也是其与传统股权投资的区别。笔者认为,在分析“对赌条款”的效力时,既不能让“自由意志”在民商法领域肆意游荡,也不能因“对赌条款”的先天“赌性”和“投机性”,而先入为主地断定“对赌条款”具有先天的效力缺陷。

关于“对赌条款”的效力,我国法律(概指法律和行政法规)并没有做出专项的明确规定。因此,要结合多部法律进行综合分析。首先,应根据《民法通则》和《合同法》原则审视其是否具备通常民事行为和合同的有效要件;其次,应根据《公司法》、《证券法》、三资企业法等相关法律法规审视其是否违反了其中的强制性规定。对



于通常合同有效要件的分析,与其他合同在总体原则上并无二致,本文在此不予展开。鉴于海富案的参考意义,本文结合与“对赌条款”效力有关的几个焦点问题阐述如下:

1、《公司法》层面——对赌对象至关重要,PE与目标公司股东的对赌可以有效:

【1】鉴于公司财产的独立性,股东不得与公司基于其出资或股权建立对赌。

在海富案中,虽然理由不完全相同,但一、二审法院及最高院一致否定了目标公司对PE的业绩补偿约定,其依据是《公司法》第二十条,笔者暂称之为“股东基于出资或股权不得与公司对赌原则”,这一原则充分显现了目前法律框架下的公司法人财产制度的要求。股东在向公司出资后,即丧失对所出资财产的所有权,从而获得公司股权。公司形成独立的财产权,股东基于其股权可以向公司主张的收益权只有利润分配、减资退股、剩余资产分配。公司法人财产制度不允许股东在出资时,通过与公司达成协议的方式,就其出资或日后的股权取得从公司获得其他收益的“利益”,这是对公司财产独立性的保护,是股东有限责任制度的应有之义,是维护公司债权人实现债权的财产基础。

【2】股东之间或股东与管理层之间的“对赌条款”可以有效。

(1)鉴于PE与原股东、管理层的对赌补偿承诺,并不损害《公司法》所保护的目标公司及其债权人的利益,不违反法律法规的禁止性规定,是当事人的真实意思表示,可以被认定为有效,这体现了民商事法律实践对“意思自治”的尊重。

(2)“对赌条款”与《公司法》确立的“同股同权”、“共担风险”原则并不抵触。“同股同权”和“共担风险”解决的是股东之间的关系,从《公司法》的立法沿革可见,该两项原则的强制性适用呈现弱化趋势,在很多情形下可以通过公司章程另行规定予以打破。因此,除法律法规另有明确的强制性规定,否则,股东之间通过协商一致,对权利义务进行重新分配于法无悖。

2、《合同法》层面——“意思表示真实”的高额保底承诺可以有效:

【1】鉴于投资人是以预测利润所确定的市盈率计算出溢价增资金额的(即投资人提前支付了目标公司未来可能出现的高额价值),因该等提前支付形成或与之有关的目标公司利益(如现金流增加、无融资成本、公司增信、产生资金收益等),对赌方可在一定程度上直接或间接地一同获益。因此,对赌方承诺高额保底具有合理的利益驱动。

【2】投资人的价值预测往往是对赌方对目标公司

情况的披露和预测,在此情况下,要求对赌方履行对赌承诺是其对法律责任的担当。

因此,保底承诺并不违反《合同法》的公平原则。当然,若投资人认可的投资额具有明显的不合理性,而且投资人对该等不合理情况的出现负有过错的(例如因为有保底的存在,而放纵虚高的价值预测或故意推高预测价值),笔者认为法院判定调整补偿金额亦为合理合法。

3、《最高人民法院关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》(简称“《解答》”)的适用——鉴于经济环境与法律环境已经发生重大变化,对于该《解答》的适用,需要重新审慎:

最高院《解答》第四条第二项规定“企业法人、事业法人作为联营一方向联营体投资,但不参加共同经营,也不承担联营的风险责任,不论盈亏均按期收回本息,或者按期收取固定利润的,是明为联营,实为借贷,违反了有关金融法规,应当确认合同无效”。该条构成对“对赌条款”作出有效判断的障碍。最高院在海富案的判决中没有对原二审法院依据《解答》判决对赌承诺无效是否妥当给予直接的表述,但从最高院最终认定投资人与原股东之间的对赌约定有效的结果看,《解答》已经不能作为认定PE“对赌条款”效力的依据。

(1)《解答》出台于1990年,其中关于“联营”的规定具有较强的时代性,虽然更早出台的《民法通则》对“联营”亦有规定,但由于其后的二十五年间,关于“联营”的立法鲜有进一步发展,而相当一部分“联营”法律关系已经在《公司法》《合同法》等法律中找到了更明确的法律基础。因此,用有关“联营”的规定已经不能确切解释PE法律关系。

(2)根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第四条“合同法实施以后,人民法院确认合同无效,应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据,不得以地方性法规、行政规章为依据。”因此,从立法级别上讲,除非另有明确的法律和行政法规的强制性规定作为基础,否则,即便是最高院的司法解释也不能单独作为认定合同效力的依据。

综上所述,作为一种已经被司法实践认可的风险控制机制,PE“对赌条款”在目前的法律框架下可以找到其效力依据,能够在平衡PE投融资各方权利义务时起到积极的作用。同时,对赌有风险,约定须谨慎。交易各方在确立“对赌条款”时切忌盲目对赌,对赌内容要合理、可行。对赌制度的价值是共同追求各方利益的最大化,而非一方的惨败,实现“双赢”才是真地“赌”赢了。



●文/黎明 邹野

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

境外投资新型通道之 QDLP、QDIE 业务简述和比较

由于中国实行一定程度的外汇管制, 在 QDLP 和 QDIE 制度诞生之前很长一段时间内, 境内资金境外二级市场投资、金融产品投资等的主要途径只有中国证券监督管理委员会 (“中国证监会”)、中国银行业监督管理委员会 (“中国银监会”) 和中国保险监督管理委员会 (“中国保监会”) 监管下的 QDII 渠道。QDII 系 Qualified Domestic Institutional Investors (“合格境内机构投资者”) 的简称, 只有证券公司、基金公司、信托公司、商业银行和保险公司等金融机构能够获得 QDII 资质, 欲投资境外二级市场、金融市场的投资者需通过购买前述机构发行的 QDII 理财产品间接进行投资。后来, 中信证券股份有限公司获得了跨境收益互换业务资格; 再后来, 上海证券交易所与香港联合交易所开通了 “沪港通” 机制。近期, 国务院也已开始着手研究 QDII2 (“合格境内个人投资者”) 制度, 拟开放达到一定条件的合格境内个人投资者直接投资境外市场, 但该等政策何时落地尚未可知。

QDLP 即 Qualified Domestic Limited Partnership (“合格境内有限合伙人”) 的简称。QDLP 业务于 2012 年起源于上海, 随后天津、重庆、青岛等地也出台了相关法规, 允许开展 QDLP 业务。本文将以上海的 QDLP 业务为例探讨 QDLP 制度。根据上海市《关于本市开展合格境内有限合伙人试点工作的实施办法》(“《QDLP 实施办法》”), QDLP 业务允许获得试点资格的海外投资基金管理企业, 在中国境内面向合格的境内有限合伙人募集资金, 设立有限合伙制的海外投资基金企业, 进行境外二级市场投资。

QDIE 即 Qualified Domestic Investment Enterprise (“合格境内投资企业”) 的简称。QDIE 业务目前只在深圳开展, 其允许依据《深圳市人民政府办公厅转发市金融办关于深圳市开展合格境内投资者境外投资试点工作的暂行办法》(“《QDIE 暂行办法》”) 获得试点资格的境外投资基金管理企业 (与 QDLP 制度下的海外投资基金管理企业统称为 “试点基金管理企业”) 发起境外投资



黎明: 市律协基金业务研究
委员会副主任



邹野: 上海市通力律师事务
所律师

主体 (与 QDLP 制度下的海外投资企业统称为 “试点基金”), 境外投资主体由合格境内投资者以自有资金参与投资设立, 并以外汇方式流出进行境外投资。

QDLP 与 QDIE 在本质安排上相同, 但却也有不少不同之处。本文将结合两种制度的异同比较以及笔者为多家金融资管机构提供 QDLP、QDIE 相关法律服务过程中的经验总结来介绍其在监管规则、运作方式等方面的情况。

一、试点基金管理企业的组织形式、资质要求

QDLP 及 QDIE 业务项下, 试点基金管理企业均可以采用公司制、合伙制等多种组织形式; 试点基金管理企业的控股投资者 (普通合伙人) 或该控股投资者 (普通合伙人) 的关联实体均需经所在国家或地区监管机构批准从事投资管理业务且具备许可证件, 具有健全的治理结构和完善的内控制度, 最近几年 (QDLP 要求 3 年, QDIE 要求 2 年) 未受所在国家或地区监管机构的重大处罚且无重大事项正在接受立案调查。不同之处在于:

(一) 试点管理企业的控股投资者 (普通合伙人) 或该控股投资者 (普通合伙人) 的关联实体: 在 QDLP 业务项下, 需经营投资境外二级市场的私募基金投资管理业务, 且投资业绩良好; 而在 QDIE 业务项下, 只需经营管

理境外投资基金而不限境外投资基金的类型,持续经营3年以上,且业绩良好。

(二)试点基金管理企业注册资本(或认缴出资):在QDLP业务项下,不应低于200万美元(或等值货币);在QDIE业务项下,外资、内资的试点基金管理企业分别不应低于200万美元(或等值货币)、1000万元人民币。需要注意的是,按照QDLP试点办法,试点基金管理企业仅限于外商投资企业。

(三)在QDIE业务项下,内资的试点基金管理企业还需要符合以下两个条件之一:

1、境内金融企业(具备我国金融监管部门颁发的金融许可证);

2、持续经营3年以上,且管理资金规模不低于人民币10亿元的股权投资基金管理企业。

(四)在QDLP业务项下,试点基金管理企业的法定代表人或执行事务合伙人(委派代表)应在被投资地区有超过七年以上的证券投资或相关经历,有两年(含两年)以上高级管理职务任职经历,在最近五年内无违规记录或尚在处理的经济纠纷诉讼案件,且个人信用记录良好;试点基金管理企业在本市必须设有至少一名高级管理人员(系指担任执行董事及以上职务或相当职务的管理人员)作为常驻人员,且每年至少组织在本市召开一次由海外投资基金企业的合伙协议规定的高级管理层出席的全体投资者大会。

而在QDIE业务项下,试点基金管理企业的控投投资者(普通合伙人)或该控股投资者(普通合伙人)的关联实体应有至少一名具有五年以上、两名具有三年以上境外资产投资管理经验和相关专业资质的主要投资管理人员。

二、试点基金的组织形式、规模要求

在QDLP业务项下,试点基金的认缴出资金额应不低于人民币一亿元。按《QDLP实施办法》的规定,试点基金的形式仅限于合伙制,但是根据目前的业务实践,除合伙制基金外,契约型基金也被认可。

在QDIE业务项下,试点基金的规模不低于人民币3000万元(或等值外币);试点基金的形式比较灵活,可以采用公司制、合伙制、契约型基金、专户等多种形式。以专户为例,多家位于深圳的基金公司已经通过其管理的QDIE专户产品(特定客户资产管理计划)进行境外投资。

三、试点基金的合格投资者

根据《QDLP实施办法》,合格投资者应满足单个投资者“认缴出资应不低于人民币五百万元”的要求。

根据《QDIE暂行办法》,合格境内投资者应满足

“净资产不低于1000万元人民币”(适用于机构投资者)或“金融资产不低于300万元”(适用于自然人)、“单个合格境内投资者认缴出资不低于人民币200万元(或等值外币)”等要求。

需要注意的是,鉴于QDLP、QDIE业务项下的试点基金皆为私募基金,除了要遵守《QDLP实施办法》、《QDIE暂行办法》中的合格投资者规定外,还需要遵守《私募投资基金监督管理暂行办法》(“《私募监管办法》”)中对合格投资者的规定,包括但不限于:

私募投资基金的合格投资者系具备相应风险识别能力和风险承担能力,投资于单只私募基金的金额不低于100万元且符合下列相关标准的单位和个人:

1、净资产不低于1000万元的单位;

2、金融资产不低于300万元或者最近三年个人年均收入不低于50万元的个人。其中,金融资产包括银行存款、股票、债券、基金份额、资产管理计划、银行理财产品、信托计划、保险产品、期货权益等。

下列投资者视为合格投资者:(1)社会保障基金、企业年金等养老基金,慈善基金等社会公益基金;(2)依法设立并在基金业协会备案的投资计划;(3)投资于所管理私募基金的私募基金管理人及其从业人员;(4)中国证监会规定的其他投资者。以合伙企业、契约等非法人形式,通过汇集多数投资者的资金直接或者间接投资于私募基金的,私募基金管理人或者私募基金销售机构应当穿透核查最终投资者是否为合格投资者,并合并计算投资者人数。但是,符合第(1)、(2)、(4)项规定的投资者投资私募基金的,不再穿透核查最终投资者是否为合格投资者和合并计算投资者人数。

换言之,QDLP、QDIE业务项下的试点基金的合格投资者标准需按《QDLP实施办法》《QDIE暂行办法》与《私募监管办法》中更严格的规定执行。

四、行政管理人、保管人

QDLP与QDIE业务类似,试点基金需要聘请符合条件的行政管理人负责后台行政管理工作,委托符合条件的境内商业银行作为资金保管人。

需要注意的是,《QDLP实施办法》与《QDIE暂行办法》都是地方性的政策,与国家法律法规相冲突时应以国家法律法规的规定为准。以契约型的QDLP、QDIE试点基金为例,尽管《QDLP实施办法》与《QDIE暂行办法》都要求试点基金聘请行政管理者与资金保管人,但由于契约型基金并不是一个有行为能力的法律实体,需要试点基金管理企业以自己的名义代表试点基金聘请行政管理人、保管人;而且,根据《中华人民共和国证券投资基金法》(“《基金法》”)的规定,“基金管理人可

以委托基金服务机构代为办理基金的份额登记、核算、估值、投资顾问等事项,基金托管人可以委托基金服务机构代为办理基金的核算、估值、复核等事项,但基金管理人、基金托管人依法应当承担的责任不因委托而免除”,因此,无论《QDLP 实施办法》与《QDIE 暂行办法》如何规定,试点基金管理企业都应当依法对投资者直接承担第一位的法律责任,而包括行政管理人及保管人在内的基金服务机构则需向试点基金管理企业直接承担法律责任。

五、试点基金的投资范围

根据《QDLP 实施办法》,QDLP 项下的投资范围仅限于“直接投资于境外二级市场或通过境外基金投资于境外二级市场”;结合监管实践,此处的境外基金既包括海外公募性质的投资基金,也包括海外对冲基金。与 QDLP 制度不同的是,《QDIE 暂行办法》没有明确限定境外投资的范围;结合 2014 年初颁布的《深圳市人民政府关于充分发挥市场决定性作用全面深化金融改革创新若干意见》,“推动前海合格境内投资者境外投资试点工作,开展包括直接投资、证券投资、衍生品投资等各类境外投资业务”,我们理解,QDIE 业务项下应无特定的投资限制。

六、私募基金管理人登记及产品备案

如前所述,QDLP、QDIE 业务项下的试点基金管理企业需要受《私募监管办法》的规范,因此须先向中国证券投资基金业协会(“基金业协会”)登记注册成为私募基金管理人后方可开展私募基金管理业务。

登记成为私募基金管理人,其从业人员需要具有私募证券投资基金从业资格。按基金业协会目前的要求,取得从业资格有三条路径,即:

1、通过基金从业资格考试;

2、最近三年从事投资管理相关业务(主要指最近三年从事相关资产管理业务,且管理资产年均规模 1000 万元以上;或者最近三年在金融监管机构及其监管的金融机构工作);或者

3、基金业协会认定的其他情形(主要指已通过证券从业资格考试或者期货从业资格考试,取得相关资格;或者已取得境内、外基金或资产管理、基金销售等相关从业资格等)。

七、业务开展情况及前景

由于目前仅证券公司、基金公司、信托公司、商业银行和保险公司等金融机构能够获得 QDII 资质,且 QDII 的投资范围受到严格限制,中国证监会、中国银监会、中

国保监会分别制定了相关业务细则,对其监管的 QDII 产品的投资品种、投资比例等都做出了明确而具体的规范,所以,相对较为灵活的 QDLP 与 QDIE 业务一经推出就受到了广泛的关注与欢迎。

2013 年 9 月,美国橡树资本(Oak Tree)、城堡投资(Citadel)、英仕曼(Man Group)、Canyon Partners、奥氏资本(Och-Ziff)、元盛资本(Winton Capital Management)等首批 6 家境外大型对冲基金公司共获 3 亿美元 QDLP 额度(各获 5000 万美元额度),但境内投资者对首批 6 家海外对冲基金的认知度低,募资不易,其多借助于基金公司专户子公司专项资管计划、信托公司发行的信托计划等募资平台来募集资金。2015 年 3 月,瑞银全球资产管理、德意志资产及财富管理、野村资产管理、EJF Capital、世邦魏理仕全球投资公司等 5 家境外资产管理公司获第二批 QDLP 试点基金管理企业资格(额度均为 1 亿美元),相较于首批 QDLP,第二批 QDLP 试点基金管理企业均为知名度较高的境外资产管理机构,而不再是海外对冲基金,募资能力相对较强。此外,自第二批 QDLP 起,契约型基金得以运用,一方面,合格投资者的上限也从合伙制中的 50 人扩大了 200 人,另一方面,由于契约型私募基金没有法人资格,根据《基金法》的规定,除非法律另有规定,否则不被视为纳税主体,也有利于 QDLP 业务的开展。近期又有上投摩根、广发钧策、香港惠理等公司获得 QDLP 业务资质及外汇额度。

2015 年初,包括中诚信托、南方资本、长城证券等多家在深圳前海注册的机构获批 QDIE 试点资格(首批试点总额度 10 亿美元)。2015 年 3 月发布的《深圳市人民政府办公厅关于印发深圳市 2015 年金融改革创新重点工作的通知》也明确要求推进 QDIE 试点,年内核准试点机构不少于 15 家。由于 QDIE 较之 QDLP 投资范围及组织形式更灵活,也受到市场广泛关注。●



●文/马晨光

组稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

私募基金“资金池业务”的“魔”与“道”



“资金池业务”自产生至今,所经历的时间并不长,监管部门一直没有明确禁止“资金池业务”的开展,就私募基金来说,直至今年5月基金业协会、北京证监局联合发布了《关于在北京市开展打击以私募投资基金为名从事非法集资专项整治行动的通告》,将私募基金的监管底线从原先的三条提升至九条,首次明确提出禁止私募基金开展“资金池业务”。本文将通过分析私募基金运作模式中可能构成“资金池业务”的情形以及可能构成利用“资金池”借新还旧情形,探讨私募基金如何在运作过程中减少自身触碰“资金池业务”的法律风险。

虽然私募基金被归口监管的时日不长,但其资产管理规模增速惊人,是资产管理行业中神秘而庞大的组成部分,在规模疯狂增长的同时,监管措施并未与时俱进,导致乱象逐渐浮出水面。2015年7月,媒体爆出河北海沧投资管理公司旗下多只有限合伙产品到期后不能兑付,涉及资金总额高达5亿元左右,多只基金的募集款项不知所踪,海沧资本原始法定代表人与公司失去联系。海沧资本成立于2009年,短短三年间,资金管理规模已超过15亿元,是业内人眼中的明星GP、投资人眼中的可靠品牌。“海沧资本兑付门事件”揭露了私募基金的乱象以及监管的缺失——项目方、基金管理公司、担保机构、第三方支付机构和第三方销售渠道在这个链条中默契配合,唯独投资人因信息不对称而一头雾水。

该事件折射出许多值得思考的问题,比如:基金管理公司资金期限错配问题如何监管;投资人知情权如何保障;销售环节有无保底收益保证;托管银行是否按照严格的托管协议,将钱汇入监管银行;托管银行如何确认募集资金的规模,超募的部分是否仍然接受汇入;监管银行是否按照约定将钱汇给融资方;如何避免

在募集、运作过程中构成“资金池业务”等等。

一、“资金池”与“资金池业务”概念辨析

“资金池”,顾名思义就是资金的沉淀,金融机构的任何理财产品均无法避免有“资金池”的存在,无论是银行、基金亦或是信托公司,包括现在饱受争议的P2P平台,在债权转让模式中也不免形成“资金池”。当前而言,可以降低既存的“资金池”踩踏监管红线风险的措施当属于第三方托管。

“资金池业务”并不等同于通常所说的“资金池”。“资金池业务”在国内起源于银行理财业务,该业务具有先于项目建立资金调转平台、把项目的长期融资需求与投资者的短期理财需求进行匹配、可灵活申购和赎回、搭建多层次和多品种的委托理财服务模式等特点,引得各类资管机构群雄逐鹿,最终形成了六大类“资金池业务”,分别是银行理财资金池、理财寄营池、信托资金池、券商理财池、保险资金委托池和基金子公司专项池,以上六类基本都是围绕银行理财资金池业务展开的。

“资金池业务”中“资金池—资产池”的模式饱受诟病,从诞生到逐渐被限制,一路走来颇为坎坷,但是并未被监管部门完全禁止。对于什么是“资金池业务”,法律上并没有明确的界定,王庆华纪委书记在《商业银行理财业务监管座谈会上的讲话》(银监发[2011]76号)明确指出资金池理财产品采取“滚动发售、集合运作、期限错配、分离定价”的运作模式,提出“不规范的资金池理财业务是指不同类型、不同期限的多只理财产品同时对多笔资产,无法做到每只理财产品的单独核算和规范管理。”

故此,“资金池业务”一边通过滚动发售产品募集资金,另一边集合投资多种资产形成“资产池”,总体来说具有“滚动发售、集合运作、期限错配、分离定价”的特点,重点在于期限与核算问题。

“滚动发行”是指连续发行理财产品,在资金端,不



马晨光:市律协基金业务研究委员会主任

断有资金流出,同时不断有资金流入,除非出现极端情况,池子里总能沉淀相当体量的资金可以用于投向期限较长的资产。

“集合作”是指利用统一集中管理的方法,将不同时间发行的各类理财产品所募集的资金,统一运用于符合该资产池投资范围的各类标的资产。

“期限错配”是指资产池理财产品资金来源方的期限,与资金运用方的期限不完全相同,典型的“以短配长”,即资金来源方的期限短于资金运用方。

“分离定价”是指同一资产池发售的各款理财产品收益水平,一般不与该款理财产品存续期内集合性资产包的实际收益直接挂钩,而是根据集合性资产包预期的到期收益率分离定价。

二、私募基金可能构成“资金池业务”的运作模式分析

根据我国法律规定,私募基金按照运作方式分为封闭式基金和开放式基金。相对而言,开放式基金的基金份额总额不固定,基金份额可以根据基金合同约定申购、赎回或者份额转投资,因而形成“资金池业务”的可能性远远增大。按照组织形式的不同,目前私募基金可以被分为公司式基金、契约式基金、有限合伙式基金、信托式基金等等。

在笔者看来,众多的私募基金组织模式中,可能构成“资金池业务”的模式主要是:TOF+ 开放式私募基金以及 FOF+ 开放式私募基金。

(一) TOF+ 开放式私募基金

TOF (Trust of Fund) 又称信托基金,是一种“利益共享、风险共担”的集合投资方式。信托基金主要指通过契约或公司的形式,借助发行基金券(如收益凭证、基金单位和基金股份等)的方式,将社会上不确定的多数投资者不等额的资金集中起来,形成一定规模的信托资产,交由专门的投资机构按资产组合原理进行分散投资,获得的收益由投资者按出资比例分享,并承担相应风险的一种集合投资信托制度。

以契约式信托基金为例,其存续期间较长,往往分多期募集资金并投入运作。每一期基金存续期间届满后,基金份额持有人的基金份额将全部赎回。赎回时,基金份额持有人账户内待结转的基金收益将与赎回款项合并结算,并且部分投资者会将赎回资金重新用于申购,待赎回又重新申购的资金和新募集的资金合计达到第二期资产金额后,第二期基金开始投资运作,并继续用于投资第一期资金投资的投资标的,之后每一期基金均按照该操作模式循环。

鉴于该类基金在前端募集阶段,可能通过发行多类

或者多期基金券形成信托资产,即资金池。在投资运作后端,由专门的投资机构按资产组合原理进行分散投资,产品的具体投向多元化,构成资产池。

(二) FOF+ 开放式私募基金

FOF (Fund of Fund) 又称母基金,是一种专门投资于其他基金的基金,也称为基金中的基金,其通过设立私募股权投资基金,进而参与到其他股权投资基金中。在母基金为开放式私募基金的前提下,由于其可以随时赎回或者申购,因此可以形成期限错配的资金池,在资金链尾端的运作阶段,其可以投资于不同的基金,从而形成资产池。

以上两类情形,前端的资金池和后端的资产池组成链条,具备了“资金池业务”所具有的滚动发售、集合作、期限错配等特点,很可能构成“资金池业务”。

三、私募基金可能构成以“资金池”借新还旧的运作模式分析

私募基金运用“资金池”借新还旧,主要存在于开放式基金中。开放式基金单位或者股份总规模不固定,可视投资者的需求,随时向投资者出售基金单位或者股份,并可以应投资者的要求赎回发行在外的基金单位或者股份。投资者既可以通过基金销售机构购买基金使得基金资产和规模由此相应的增加,也可以将所持有的基金份额卖给基金并收回现金使得基金资产和规模相应的减少。

此种情形,基金管理人可能将募集的资金投资于期限较长的基础产品,基础产品包含证券类标准化资产以及信托计划等非标准化资产,但是“资金池”中的资金来源一般期限为1个月、3个月、6个月、9个月和12个月,且收益率一般为年化5%-6%左右,高于同期的银行理财产品。鉴于资产池中的资产可能未到期,因此基金赎回时的收益分配是参照估算的净值和基金合同约定的收益率进行的。资产池中的资产收益率难以有确切的保证或者难以随时结算,在前端资金不断赎回的情况下,基金管理人借新还旧的可能性大大增加。

四、“资金池业务”法律风险

“资金池业务”最明显的风险应该说是流动性风险带来的兑付危机。这一风险可以用“水池”算术题来形容:两个进水口,两个出水口,水池排空的时间取决于进水口和排水口的水量博弈。私募基金“资金池业务”中,进水口表示募集资金和投资回款,出水口表示产品兑付和投资付款。对于成熟的金融机构银行来说,由于建立了相对完备的指标监控体系,因而“水池”排空的风险可量可控,而对于私募基金来说,由于自身的资金量有

限且信用无保障,如果经营“资金池业务”,则“水池”排空的风险会大大增加。

如果允许私募基金开展“资金池业务”,那么根据“资金池业务”本身的特点,私募基金可能面临以下的法律风险:

(一) 违约风险

私募基金管理人开展“资金池业务”可能违反基金合同及相关基金文件的约定,产生违约风险。基金管理人一般负有以下义务:(1)信息披露义务;(2)保证基金财产之间相互独立、基金财产与基金管理人的固有财产相互独立并分别管理、分别记账、分别投资的义务;(3)进行基金会计核算并报告基金份额净值;(4)按照基金文件约定的投资策略和投资范围进行基金财产的投资。鉴于“资金池”中资金运用透明度不足,无论是在销售环节,还是结算环节,基金管理人往往无法精确披露投资种类以及投资比例,违约风险大大增加。

(二) 违规风险

私募基金管理人开展“资金池业务”可能违反证监会《私募投资基金监督管理暂行办法》等监管法规,以及基金业协会的自律规范。例如,《私募投资基金监督管理暂行办法》第22条至第24条明确禁止私募基金管理人从事利益输送交易,隐瞒或提供虚假信息,现实情形下“资金池”运用过于灵活,部分“资金池”容易被过度运用,导致不公允的关联交易,有违代理的本质特征和诚实信用原则。未来基金业协会可能制定私募基金管理人的信息披露规则,“资金池业务”的违规风险将进一步增大。

私募基金如果开展“资金池业务”,还可能在投资者人数、合格投资者审查方面违反相关规定,产生合规风险。《私募投资基金监督管理暂行办法》明确要求单只私募基金的投资者人数累计不得超过《证券投资基金法》、《公司法》、《合伙企业法》等法律规定的特定数量,且对投资者人数和资格实行“穿透”核查,违反该等规定可能面临基金业协会的自律制裁。

(三) 违法风险

目前尚无法律和行政法规直接禁止私募基金管理人开展“资金池业务”,直接提出禁止“资金池业务”的当属2015年5月26日发布的《关于在北京市开展打击以私募投资基金为名从事非法集资专项整治行动的公告》,该文件属于行业规定。但“资金池业务”由于本身的属性,可能涉及违法,根据公开的刑事判例,刑法中规定的集资诈骗罪(刑法修正案九已经取消该罪名)、非法吸收公众存款罪、非法经营罪和诈骗罪均有可能为非法私募定性。

私募基金在利用“资金池”借新还旧过程中,如果持续出现项目收益不能覆盖融资成本的情况,恐怕会形成“庞氏骗局”。除此以外,金融产品消费者受《消费者权益保护法》保护,由于“资金池业务”的运作特点,私募基金管理人因无法向投资者准确披露相关产品的实质运作信息,可能侵犯金融消费者知情权。

五、私募基金“资金池业务”监管底线与趋势

当前而言,私募基金有九条监管底线,并且有13类明令禁止行为(具体底线和禁止行为见下表)。

原有监管底线 (《私募投资基金监督管理暂行办法》)	1、坚持诚信守法,坚守职业道德底线; 2、坚持私募原则,不变相进行公募; 3、坚持投资者适当性管理,面向合格投资者募集资金;
新增六条监管底线 (《关于在北京市开展打击以私募投资基金为名从事非法集资专项整治行动的公告》)	4、不得有非公平交易、利益输送、“老鼠仓”等损害客户利益的行为; 5、不得承诺保本保收益或以承诺预期收益率等方式向投资者暗示保本保收益; 6、不得不适当地宣传、销售产品,误导欺诈客户; 7、不得进行商业贿赂; 8、不得开展“资金池业务”或利用“资金池”借新还旧; 9、不得采用“P2P”或众筹等方式对外募集资金。
明令禁止13类行为	非公平交易;利益输送;“老鼠仓”;承诺保本保收益;以承诺预期收益率等方式向投资者暗示保本保收益;不适当地宣传;不当销售产品;误导欺诈客户的行为;进行商业贿赂;开展“资金池业务”;利用“资金池”借新还旧;采用“P2P”方式对外募集;采用众筹等方式对外募集资金。

在关于私募基金的各类各效力级别的法律文件中(表格附后),明确禁止私募基金开展“资金池业务”的监管要求出自中国证券投资基金业协会与中国证券监督管理委员会北京监管局联合发布的《关于在北京市开展打击以私募投资基金为名从事非法集资专项整治行动的公告》。《公告》本身并未就何为私募基金“资金池业务”进行释义。笔者试图从目前已有的其他关于“资金

池”的监管文件中总结监管机构对于“资金池业务”的监管重点。

《国务院办公厅关于加强影子银行监管有关问题的通知》(国办发〔2013〕107号)明确禁止信托公司开展“非标准化理财资金池”等具有影子银行特征的业务。这里所叫停的“非标准化理财资金池”产品的特点是,资金使用端和资金的募集端存在期限错配情况:资金募集端期限较短,资金使用端期限较长,信托公司需循环滚动发行信托产品,实现资金募集的持续性。

根据2015年8月证监会重修的《证券期货经营机构落实资产管理业务“八条底线”禁止行为细则》,“资金池业务”受到重点监视的情形包括三种:(1)不同资产管理计划进行混同运作,资金与资产无法明确对应;(2)资产管理计划未单独建账、独立核算,多个资管计划合并编制一张资产负债表或估值表;(3)资产管理计划在开放申购、赎回或滚动发行时未进行合理估值,脱离对应资产的实际收益率进行分离定价。”

而《上海市网络信贷服务业企业联盟网络借贷行业准入标准》则明确要求网络借贷服务机构不得在匹配借贷关系之前获取并归集出借资金,不得以期限错配的方式设立资金池,网络借贷服务机构的股东或工作人员不得以期限错配为目的参与债权投资。

六、私募基金触碰“资金池业务”监管红线的风险防范

第一、私募基金应当调整、完善自身的基金合同或投资管理合同,明确每期募集资金的具体投资品种及投资比例限制,使每期基金的投向在合同中尽量予以明确。

第二、私募基金管理人应当对每一期募集资金的运作建立投资明细账,确保投资资产逐项清晰明确,实现每期基金与投资标的一一对应。

第三、私募基金管理人应当对每期募集的资金单独进行会计账务处理,确保每期申购赎回的基金资产都有独立的资产负债表、利润表、现金流量表等财务报表,使每期基金可以独立测算成本收益。

第四、及时完整的披露每期募集资金的金额、投资品种、比例、资产负债以及投资收益等信息,确保投资者有渠道充分了解自己投资的产品,在保障消费者知情权的同时减少私募基金本身违规的风险。

第五、在TOF+开放式私募基金模式中,当投资于一个或多个信托项目时,对信托项目的选择应适当保持谨慎态度,由于107号文件已经明确禁止信托“资金池业务”投资于非标准化理财产品,因此在选取信托项目时,应首先对信托项目进行充分的调查了解,尽量选择投资

标的为标准化产品的信托项目,避免踩入雷区。

结语

群雄逐鹿大资管,百家争鸣,加之互联网对传统金融领域的渗入,各种金融创新层出,这其中有进步、有乱象。但受限於投资项目的局限,金融创新更多体现在投资手段上,而并未改变投资结构,如私募基金“资金池业务”有相当部分是在监管部门对银行、信托等其他传统模式严格限制的政策下产生的新通道。政策六项禁令一出,置诸多私募基金业务于“杀与不杀”之间,合规还是不合规,莫衷一是。

私募基金归口监管以来,监管方向和路径已经逐步明晰,但论终极之道,终究堵不如疏,行业的良性发展应在于市场内在的自律需求,落脚于行业机构和从业人员的道德自律与担当,监管“禁令”不如自律“标准”。要实现这一点,笔者认为,应当建立并完善私募基金的监管体系,划定法律底线,明确行业“红线”;更重要的是,在了解私募基金行业、借鉴经验的基础上,建立并完善行业标准,如:私募基金管理人的信息披露标准、投资者适当性标准等。行业“自律”标准的建立,将会使规则更稳定、后果更可测、市场更开放、竞争更公平! ●

【附】私募基金主要监管文件(截至2015年8月)

发布日期	效力级别	文件名称
2015年7月3日	行业规定	《关于进一步优化私募基金登记备案工作若干举措的通知》
2015年4月30日	行业规定	《关于在北京市开展打击以私募投资基金为名从事非法集资专项整治行动的通告》
2015年4月24日	法律	《证券投资基金法》
2015年2月9日	行业规定	《基金业务外包服务指引(试行)》相关问题解答(一)
2015年3月6日	行业规定	《关于与并购重组行政许可审核相关的私募投资基金备案的问题与解答》
2015年1月23日	部门规范性文件	《发行监管问答——关于与发行监管工作相关的私募投资基金备案问题的解答》
2014年12月31日	行业规定	《关于改进私募基金管理人登记备案相关工作的通知》
2014年11月24日	行业规定	《基金业务外包服务指引(试行)》
2014年1月17日	行业规定	《私募投资基金管理人登记和基金备案办法》
2014年8月21日	部门规章	《私募投资基金监督管理暂行办法》



●文/邹菁 路银雷

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

新三板基金募集和运作应关注的主要法律问题



据悉,截至 2015 年 10 月中旬,已在全国中小企业股份转让系统有限责任公司(“新三板市场”)挂牌的公司(“挂牌公司”)约 3782 家;已经提交挂牌申请、正在审核中的拟挂牌公司约 1370 家。

伴随着新三板市场日渐明朗的发展前景,新三板基金的数量亦增势明显。目前参与掘金新三板的基金,主要有基金管理公司及其子公司管理的产品、证券公司集合资产管理计划、集合资金信托计划、私募投资基金等。

据今年 4 月中国证券投资基金业协会(“基金业协会”)公布的统计数据,有 43 家基金管理公司及其子公司已发行新三板专户产品或专项资产管理计划产品约 92 只;在基金业协会备案的新三板私募投资基金产品达到 105 只;证券公司集合资产管理计划产品也不在少数。

一、新三板基金的主要特点

(一) 结构化分层基金产品较多

传统投资于 Pre-IPO 企业的私募股权基金,一般多

采用平层结构,不进行结构分层,各个投资者按照出资比例共享收益,共担风险。目前的新三板基金,尤其是投资于挂牌公司的产品,采用优先、劣后或者优先、中间、劣后进行结构化分层设计的较多,各个投资者在基金中处于不同的风险地位,因此所享有的投资收益亦有所区别。在采用优先、劣后分级的结构化产品中,通常约定优先、劣后级投资者之间按照一定的比例出资。在收益分配、亏损承担方面,如果产生超额收益,由优先级与劣后级投资者按照约定比例分享;若发生投资亏损,先行以劣后级投资者本金承担,适度降低优先级投资者的投资风险。

例如财通基金发行的“佰睿吉新三板分级 1 号”专户产品中,分级比例为 5:1,亏损在 16.7% 以内,先亏 B 级,直到 B 级全部亏空;但是收益率向 B 级倾斜:低于 20% (含),A 级 B 级按出资额分配收益;收益率 20%-50% (含),B 级提取 40%,A 级提取 60%;收益率 50% 以上,B 级提取 60%,A 级提取 40%;超额收益累进提取。

(二) 契约型基金越来越普遍

在私募基金领域,出于税负、登记公示等考虑,私募股权投资基金采用有限合伙企业形式的较多。但是,随着《私募投资基金监督管理暂行办法》(“《管理办法》”)颁布实施,私募基金管理人能够直接发行契约型私募基金,不再需要办理工商登记手续,因此,契约型私募基金在新三板市场上的运用越来越广泛与普遍。此外,基金管理公司及其子公司管理的产品、证券公司集合资产管理计划、集合资金信托计划等产品,本身亦属于广义的契约型基金。而在主板 IPO 市场上,以契约型基金作为发行人股东的案例尚未出现。

(三) 既可是标准化产品也可为非标产品

依据被投资公司是否完成挂牌为时点划分,新三板



邹菁:市律协基金业务研究委员会委员



路银雷:国浩律师(上海)事务所律师

基金的投资方式主要有两种：一是投资于挂牌前公司，类似于传统投资 Pre-IPO 企业的私募股权投资基金，亦可称为 Pre- 挂牌公司；二是投资于已挂牌公司，新三板基金多通过参与挂牌公司定向增发的方式，对挂牌公司进行投资。

新三板基金投资 Pre- 挂牌公司，与投资 Pre-IPO 企业类似，在开展投资前，一般都需要对标的公司进行法律、财务、业务等方面的尽职调查。尽职调查结果令基金认可后，再起草、商定投资协议等法律文件，在各金融机构的产品体系中属于非标准化业务。

而基金投资于挂牌公司则有所不同，由于挂牌公司本身的业务、财务等信息均会定期公开披露，投资方能够较为便捷地获悉标的公司的具体情况，信息不对称程度相对较低，投资流程更为简便和标准化，在各金融机构的产品体系中属于标准化业务。

（四）基金投资期限通常较短

目前市场上常见的新三板基金产品，如基金公司的专户产品、证券公司资管计划、信托计划等，多投资于挂牌公司，参与挂牌公司的定向增发。由于定增取得的挂牌公司股票，相比于挂牌前公司股权，流动性较高，退出方式更为灵活，因此基金产品的期限一般较短。例如前文所述的财通基金“佰睿吉新三板分级 1 号”专户产品，产品期限为 1+1 年。

如果基金既参与挂牌公司定增，亦有意于投资挂牌前公司股权的，基金投资期限通常则会较长。这主要考虑基金投资的 Pre- 挂牌公司，进行改制、挂牌或者被收购，实施过程均需要一段时间。基金期限如果过于短暂，可能难以等到基金退出的最佳估值期。例如笔者参与设立的“东方嘉实新三板基金”，设置了 3 年的投资期与 2 年的退出期。基金主要参与挂牌公司的定增；如果遇有良好发展前景的挂牌前公司，亦会进行挂牌前股权投资。

二、新三板基金常见的主要法律问题

（一）契约型基金投资新三板挂牌公司是否有障碍？

如同前文所述，契约型私募基金在新三板市场上越来越被广泛使用，主要的基金模式有：私募基金管理人发起设立的契约型私募基金或嵌套有限合伙、公募基金子公司发起设立的资管计划、信托公司发起设立的信托计划、证券公司发起设立的资管计划。受限于目前工商登记的规定，契约型基金都必须由管理人，也即受托人代为持有挂牌前公司的股权，故均存在一定的信托架构。因此，契约型基金能否投资挂牌前公司时，不少专业人士存在疑虑。

2015 年 10 月 16 日，全国中小企业股份转让系统发布《机构业务问答（一）——关于资产管理计划、契约型私募基金投资拟挂牌公司股权有关问题》，首次明确依法设立、规范运作、且已经在基金业协会登记备案并接受证券监督管理机构监管的基金子公司资产管理计划、证券公司资产管理计划、契约型私募基金，其所投资的拟挂牌公司股权在挂牌审查时可不进行股份还原，但须做好相关信息披露工作。同时，在实践中，亦出现了资管计划、契约型基金投资挂牌前公司并顺利挂牌的案例，如泰久信息、新绿股份等。

然而，仍应予以关注的是，在目前 IPO 的企业中，尚未发现有契约型基金作为投资人参与 Pre-IPO 而顺利过会的案例。笔者认为，根据《信托公司管理办法》第二十七条规定“信托公司对委托人、受益人以及所处理信托事务的情况和资料负有依法保密的义务，但法律法规另有规定或者信托文件另有约定的除外。”因此，信托计划往往意味着信托公司作为受托人不得披露委托人的身份，无法进行信托公示或信托登记程序，这与 IPO 的严格核查到最终一层自然人或投资主体存在明显冲突，故长期以来信托计划不能参与 Pre-IPO 的投资。与信托计划一样，所有的其他类的契约型私募基金都缺乏一个公示的机构可以将投资人的投资关系进行固化或披露，公司的实际股权持有人就无法得到最终的确认，使得 IPO 的核查处于不确定状态。

自《管理办法》颁布实施以来，证监会旗下无论是体制内的基金子公司、证券公司、期货公司还是体制外的私募基金管理人发起设立的契约型私募基金均被统一要求在基金业协会备案，其中备案的内容之一就是需要披露投资人的姓名、投资额度等基本信息。而且，自 2015 年 3 月以来，无论是新三板的挂牌、增发或并购，还是主板的增发、并购等事项，均已要求律师就私募基金的登记备案情况出具专项法律意见。从这一点而言，证监会对于其辖下监管的各类契约型基金，是存在一定掌控能力的。而且，这些契约型基金尚不存在不允许披露委托人的法律限制。笔者相信，在资管计划、契约型基金投资新三板审核力度放松的情况下，不久的将来契约型私募基金投资 Pre-IPO 企业并上市亦将成为现实。在目前资管计划、契约型基金投资 Pre-IPO 企业能否直接上市尚未明朗的阶段，笔者建议基金管理人暂时可以采用契约型基金嵌套有限合伙的方式进行股权投资，在未来企业走向 IPO 时，所嵌套的契约型基金可以进行置换，将最终投资人落地到有限合伙中，既可以享受目前契约型基金所带来的便利，又保持了一定的灵活性。

（二）证券公司集合计划能否投资新三板企业？

根据《证券公司集合资产管理业务实施细则》第十

四条的规定,证券公司集合资产管理计划可以投资于在证券期货交易所或银行间市场交易的投资品种;或者证券公司专项资产管理计划、集合资金信托计划等金融监管部门批准或备案发行的金融产品。

按照现有规定,证券公司集合计划仅能投资于挂牌公司定向增发的股票,不能直接投资挂牌前公司的股权。如果要投资挂牌前公司,需通过认购集合资金信托计划或基金子公司的专项资产管理计划等方式间接实现投资目的。

例如,华融证券股份有限公司发起设立的“华融新三板掘金1号集合资产管理计划”,拟投资于新三板挂牌公司的股票、基金管理公司或其子公司的资产管理计划、集合资金信托计划等,产品为平层单一级别,不进行分级。

(三)基金管理公司如何投资新三板?

目前,基金管理公司参与投资新三板市场,主要是通过发行“专户”产品或子公司专项资产管理计划实施。

根据《基金管理公司特定客户资产管理业务试点办法》第九条的规定,“资产管理计划资产应当用于下列投资:(一)现金、银行存款、股票、债券、证券投资基金、央行票据、非金融企业债务融资工具、资产支持证券、商品期货及其他金融衍生品;(二)未通过证券交易所转让的股权、债权及其他财产权利;(三)中国证监会认可的其他资产。投资于前款第(二)项和第(三)项规定资产的特定资产管理计划称为专项资产管理计划。基金管理公司应当设立专门的子公司,通过设立专项资产管理计划开展专项资产管理业务。”因此,基金管理公司通常以“专户”的方式投资上述(一)约定的范围,通过子公司专项资产管理计划投资上述约定的全部范围。

通常而言,新三板已挂牌企业的股权被视为上述

(一)约定的范围中的“股票”,而未挂牌公司的股权视为“未通过证券交易所转让的股权”。所以,“专户”仅可以投资于挂牌公司,不能直接投资挂牌前公司的股权。而基金子公司的专项资产管理计划,则既可以参与挂牌公司定增,也可以投资挂牌前公司股权。

在实践中,宝盈中证新三板(1期)资产管理计划是首只以宝盈基金公司子公司中铁宝盈资产管理公司作为管理人的新三板投资产品,标志着传统二级市场的投资机构进军新三板。

另外,财通基金已经在其公募基金母公司平台上进行了多个新三板专户产品,锁定一揽子低估值高成长的新三板股票,充分期待新三板估值提升、交易机制完善、转板制度升级带来的投资机遇。

(四)公募基金能否投资新三板企业?

对于基金管理公司注册发行的公开募集证券投资基金(即公募产品)能否投资挂牌公司定增,目前尚有争议。根据《证券投资基金法》第七十三条规定,公募产品一般只能投资上市交易的股票、债券;以及国务院证券监督管理机构规定的其他证券及其衍生品种。虽然根据《国务院关于全国中小企业股份转让系统有关问题的决定》规定,全国股份转让系统是经国务院批准,依据《证券法》设立的全国性证券交易场所。但是,在新三板市场挂牌交易的股票,是否属于公募产品的投资范围,尚待法律的进一步明确。

(五)哪一类基金管理人可以管理新三板基金?

根据《管理办法》以及基金业协会发布的《管理人登记和信息更新填报说明》,管理人在申请登记时,填报的申请业务类型,有证券投资基金、股权投资基金、创业投资基金、其他投资基金;并且可以进行多选。有部分管理人出于便捷考虑,往往会选择登记为股权投资基金管理人。

根据笔者办理的多只新三板基金登记备案经历,以及基金业协会的要求,管理人管理的新三板基金,如果仅投资于挂牌前公司,只需登记为股权投资基金管理人即可;但是如果投资挂牌公司,必须登记为证券投资基金管理人,否则届时申请办理基金备案时亦会遇到障碍。

因此,如果尚未办理管理人登记的公司,笔者建议直接申请为证券投资基金管理人。如果已经登记为股权投资基金的管理人,则建议通过登记备案系统中的“管理人重大事项更新——主要投资基金类型及相关业务变更”,申请管理业务的变更登记,由股权投资基金管理人变更为证券投资基金管理人。需要说明的是,证券投资基金管理人的要求比股权投资基金管理人的要求更为严格。根据《证券投资基金法》的规定,申请证券投资



基金的管理人,必须加入基金业协会;其从业人员应当具备基金从业资格;在信息披露、内部管理方面,亦严于其他类型投资基金。

(六)基金管理人含外资成分对新三板基金的投资限制

正如前文所言,目前越来越多的契约型新三板基金投资 Pre- 挂牌公司。而受限于工商主管部门的规定与要求,目前对于契约型私募基金、各类资产管理计划、信托计划等,均无法直接在工商主管部门办理登记,仅能以基金管理人(受托人)的名义进行登记。

如果 Pre- 挂牌公司从事的业务属于外商限制性或禁止性行业,基金管理人含有外资成分,依据工商登记的股权结构关系,Pre- 挂牌公司将可能被认定为存在外商股东或外国投资方,从而导致公司经营业务受到影响或限制。

以 TMT 行业常见的增值电信业务为例,多数地方的电信主管部门答复,对于公司是否存在外国投资方的界定,一般均以投资方的工商登记信息为准,不参考其他标准。如果契约型基金的管理人含有外资成分,将直接影响基金对标的公司的投资。

因此,如果新三板基金拟投资于外商限制性或禁止性行业公司,需要格外关注各类契约性基金的管理人之中,是否存在含有外资成分的主体;如果存在类似情形,需要提前进行筹划与调整。

总之,新三板基金队伍伴随新三板的迅猛发展而快速扩容,专注于新三板领域的基金成员将大大丰富目前中国的私募基金的类型、数量和运作方式,投资人也可以借道新三板基金分享中国资本市场全面发展过程中的红利。作为长期关注资本市场和私募基金领域发展的律师,可以预见的是,私募基金管理人在中国新资本市场创建发展的过程中,将面临新一轮竞争的压力和弯道超车的机遇,也希望本文总结的这些法律问题能对从事新三板业务的私募管理人、新三板企业和投资人了解这个市场有所帮助和借鉴。●

●文/郝红颖

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

有限合伙制私募股权投资基金设立实务



私募股权投资基金“(Private Equity Fund)” (简称 PE), 通常是指通过非公开的方式向合格投资者募集资金,从事非上市企业股权类权益投资,通过被投资企业上市、并购转让、管理层股权回购、新三板上市以及其他资本运作方式退出以达到资本增值目的的投资基金。私募股权投资基金的组织形式主要有三类: 公司制、契约制、有限合伙制。其中有限合伙制在世界范围内最为普遍,成为我国资本市场和实业投资中的重要力量。

合伙是最古老的商业形态,也是最原始的法律组织形式。十世纪前后,意大利商港康曼达契约被认为是现代有限合伙的前身,此后,德国、美国、英国通过立法承认有限合伙制度。以美国为例,私募股权投资基金的 legal 组织形式中,有限合伙制占据相当大的比重,系为重要的投融资方式。

有限合伙制私募股权投资基金是一名以上的有限合伙人与一名以上的



郝红颖: 市律协基金业务研究委员会委员

普通合伙人签订合同,成立有限合伙企业进行投资,有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任;普通合伙人负责合伙企业投资、管理及重大事项的决策,并对合伙企业债务承担无限连带责任的一种私募股权投资的法律组织形式。

一、有限合伙制私募股权投资基金的发展历程

有限合伙制私募股权基金在我国

本土的发展是相对曲折、复杂的。我国第八届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议于1997年2月23日通过并公布,自1997年8月1日起施行的《合伙企业法》第五条规定:“合伙企业在名称中不得使用‘有限’或者‘有限责任’字样。”也即当时的法律禁止有限合伙制合伙企业这种企业组织形式,这也限制了有限合伙制私募股权基金的发展。直到2006年8月27日,我国第十届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议修订通过,2007年6月1日起施行的《合伙企业法》第二条中规定:“本法所称合伙企业,是指自然人、法人和其他组织依照本法在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。”有限合伙制这一组织形式才明确化、合法化,有限合伙制私募股权基金得以逐步发展。同年6月26日,我国首家以有限合伙方式组织的创业投资企业成立——深圳市南海成长创业投资有限合伙企业,基金规模为人民币2.5亿元,期限为5年,其中,普通合伙人3名、有限合伙人45名,基金资金成功募集后投资了12个项目,且被投资企业多数处于成长期。2009年8月19日国务院第77次常务会议通过并公布,自2010年3月1日起施行的《外国企业或个人在中国境内设立合伙企业管理办法》、《外国投资合伙企业登记管理规定》更进一步对外国企业或个人开放了我国有限合伙制私募股权基金的市场,有限合伙制私募股权基金开始高速发展。

二、有限合伙制私募股权投资基金的特征

1、人资两合

有限合伙制私募股权投资基金中至少存在普通合伙人和有限合伙人各一位,普通合伙人主要担任投资决策、管理的角色,多数是具有丰富投资经验的投资机构,有限合伙人通常是具有雄厚资本的投资者,其在有限合伙企业中不负责决策、管理,主要的任务是提供资金。这两类合伙人充分发挥自身优势,通过资本的有效运作实现资金增值的目的。

2、权责明确

有限合伙制私募股权投资基金的普通合伙人作为基金管理人,掌控基金的运作提供专业支持,负责投资决策、管理,对有限合伙企业债务承担无限连带责任;有限合伙人并不直接参与基金的管理,仅提供资金,并以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担有限责任。

3、避免双重征税

《合伙企业法》第六条规定:“合伙企业的生产经营所得和其他所得,按照国家有关税收规定,由合伙人分别缴纳所得税。”有限合伙企业从企业层面不需要缴

税,按照“先分后缴”的原则,由普通合伙人、有限合伙人分别缴税,有效的避免了双重征税。

三、普通合伙人职责与权限

有限合伙企业由二个以上五十个以下合伙人设立,由普通合伙人(General Partner 简称 GP)和有限合伙人(Limited Partner 简称 LP)组成,至少应当有一个普通合伙人,但是国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。

合伙企业的普通合伙人方可担任合伙企业的执行事务合伙人,其执行合伙企业的合伙事务时,可以对外代表合伙企业。普通合伙人基于诚实信用原则为合伙企业谋求最大利益,应积极履行其对合伙企业和有限合伙人的职责并行使其在合同项下的权利,并且应当对合伙企业的业务和经营投入必要时间以确保对合伙企业的妥善管理。实践中,为达到对作为基金管理人的普通合伙人的激励目的,通常会将其收益设定为:管理费、分红以及其他超额收益,其中,管理费一般约定为基金管理规模的1%-3%;分红是指基于普通合伙人出资比例分得的合伙企业受益,普通合伙人的出资比例一般约定为1%-10%;其他超额收益是指各合伙人的基本收益之外的受益,由各合伙人按出资比例进行分配。

有限合伙制私募股权投资基金在对基金管理人进行有效激励的同时,也有强而有力的约束,普通合伙人对于因其故意或重大过失行为对合伙企业或任何有限合伙人造成的损失应当承担赔偿责任。普通合伙人在合伙企业财产不足以清偿合伙企业的全部债务时,其将就等债务对合伙企业和其他合伙人以外的人承担无限连带责任。合伙企业注销后,原普通合伙人对合伙企业存续期间的债务仍应承担无限连带责任。

四、有限合伙人职责与权限

有限合伙人的主要义务表现在,应当按照合伙协议的约定按期足额缴纳出资;未按期足额缴纳的,应当承担补缴义务,并对其他合伙人承担违约责任。有限合伙企业登记事项中应当载明有限合伙人的姓名或者名称及认缴的出资数额。

有限合伙人执行合伙事务,不得对外代表有限合伙企业,任何有限合伙人均无权为合伙企业签署文件、或代表合伙企业行事。为了保障有限合伙人的权利,防止普通合伙人权力的滥用,有限合伙人享有对有限合伙企业的重大决策有建议和投票表决权;对合伙企业经营状况有知情权、对合伙企业收益有取得权;对普通合伙人执行合伙事务情况有监督权;有限合伙人在合

伙企业中的利益受到侵害时,有权向有责任的合伙人主张权利或者提起诉讼;普通合伙人怠于行使权利时,有权督促其行使权利或者为了合伙企业的利益以自己的名义提起诉讼。

有观点认为,有限合伙人一旦参与了有限合伙企业的经营管理、投资决策,有限合伙人就涉嫌执行合伙事务,根据民法公平原则,有限合伙人应该承担普通合伙人的义务,对有限合伙企业的债务承担无限连带责任。为明确有限合伙人的行为性质,《合伙企业法》规定,有限合伙人参与决定普通合伙人入伙、退伙;对企业的经营管理提出建议;参与选择承办有限合伙企业审计业务的会计师事务所;获取经审计的有限合伙企业财务会计报告;对涉及自身利益的情况,查阅有限合伙企业财务会计账簿等财务资料;在有限合伙企业中的利益受到侵害时,向有责任的合伙人主张权利或者提起诉讼;执行事务合伙人怠于行使权利时,督促其行使权利或者为了本企业的利益以自己的名义提起诉讼;依法为本企业提供担保的行为,不视为执行合伙事务。

在债务承担方面,与普通合伙人对合伙企业的债务承担无限连带责任不同的是,有限合伙人仅以其认缴出资额为限对合伙企业债务承担责任,新入伙的有限合伙人对入伙前有限合伙企业的债务,以其认缴的出资额为限承担责任。

五、有限合伙制私募股权投资基金投资决策委员会

普通合伙人在有限合伙企业中担任执行事务合伙人的角色,有限合伙人并不直接参与企业的管理,为了平衡普通合伙人与有限合伙人之间的关系,维护各合伙人的权益,在实践中,形成了有限合伙制私募股权投资基金的独特的内部治理结构。

合伙人会议是全体合伙人组成的议事机构。根据《合伙企业法》第三十一条的规定,改变合伙企业的名称;改变合伙企业的经营范围、主要经营场所的地点;处分合伙企业的不动产;转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利;以

合伙企业名义为他人提供担保;聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员等事项应当经全体合伙人一致同意,但客观上,合伙人人数通常较多,会议难以召集,并很难达成100%的统一意见,实践中,通常会通过有限合伙协议对合伙人会议的权限进行限制,以便于有限合伙企业的运作。

投资决策委员会通常由普通合伙人、有限合伙人派出的代表以及行业专家组成,对有限合伙企业的重大事项提供咨询意见并拥有决策权,被视为是有限合伙企业的最高决策机构。主要负责投资方案的确定、投资项目追加或减少投资、项目退出方案以及利润分配方案等重大事项的决策。

一般而言,投资决策委员会应每季度召开一次会议,执行事务代表负责召集并主持投资决策委员会会议。执行事务合伙人可以提议召开临时会议。投资决策委员会举行会议时需由三分之二以上委员出席方能有效召开。投资决策委员会委员在审议事项时,一人一票,会议议案必须获得投资决策委员会的简单多数批准。投资决策委员会会议应该有会议记录,出席会议的委员应当在会议记录上签名,会议记录留存,投资决策委员会对合伙企业的事项作出决议后,由执行事务合伙人负责执行。

六、合格投资者制度

私募股权投资基金因其自身具备较高风险,其资



金募集对象限于资金充足、投资经验丰富并具有一定风险识别能力和风险承受能力的特定投资者,并不适合风险识别能力低、抗风险能力弱的一般投资者。

为保护投资者利益,规范私募行业活动、保障资本市场的稳定及健康发展,2014年6月30日中国证券监督管理委员会第51次主席办公会议审议通过,2014年8月21日公布并施行的《私募投资基金监督管理暂行办法》(以下简称《暂行办法》)对私募基金的募集对象做出了关于“合格投资者”的定义,合格投资者是指具备相应风险识别能力和风险承担能力,投资于单只私募基金的金额不低于100万元且符合下列相关标准的单位和个人:净资产不低于1000万元的单位;金融资产不低于300万元或者最近三年个人年均收入不低于50万元的个人。前述金融资产包括银行存款、股票、债券、基金份额、资产管理计划、银行理财产品、信托计划、保险产品、期货权益等。

《暂行办法》同时规定,社会保障基金、企业年金等养老基金,慈善基金等社会公益基金;依法设立并在基金业协会备案的投资计划;投资于所管理私募基金的私募基金管理人及其从业人员以及中国证监会规定的其他投资者视为合格投资者。

七、有限合伙制私募股权投资基金企业的设立

工商行政管理部门是合伙企业登记机关,有限合伙企业一般由省、自治区、直辖市工商行政管理局以及设区的市的工商行政管理局登记。省、自治区、直辖市工商行政管理局也可根据实际情况,对有限合伙企业的登记管辖做出规定。

有限合伙企业首先要申请名称核准,领取并递交《名称预先核准申请书》及相关材料,这里需要强调的是合伙企业名称中的组织形式应当标明“有限合伙”字样,并符合国家有关企业名称登记管理的规定,而且各地对名称核准的要求存在差异,申请名称核准时最终要以注册地的命名要求为准,名称核准后,领取《企业名称预先核准通知书》。

设立合伙企业,应当由全体合伙人指定的代表或者共同委托的代理人向工商行政管理部门申请设立登记。申请人提交的登记申请材料齐全、符合法定形式,企业登记机关能够当场登记的,应予当场登记,发给合伙企业营业执照。不能够当场登记的,企业登记机关应当在法定期限内,作出是否登记的决定。予以登记的,发给合伙企业营业执照;不予登记的,应当给予书面答复,并说明理由。合伙企业营业执照的签发之日,为合伙企业的成立日期。

八、私募基金管理人登记制度以及私募基金备案制度

2012年6月6日,中国证券投资基金业协会(Asset Management Association of China,缩写为AMAC,以下简称“基金业协会”)正式成立,基金业协会是基金行业相关机构自愿结成的全国性、行业性、非营利性社会组织。会员包括基金管理公司、基金托管银行、基金销售机构、基金评级机构及其他资产管理机构、相关服务机构。私募基金管理人登记、私募基金产品备案工作由基金业协会办理。我国设立私募基金管理机构和发行私募基金不设行政审批,强化事后监管,允许各类发行主体在依法合规的基础上,向累计不超过法律规定数量的投资者发行私募基金。需要特别指出的是,基金业协会为私募基金管理人和私募基金办理登记备案不构成对私募基金管理人投资能力、持续合规情况的认可;不作为对基金财产安全的保证。

根据《私募投资基金监督管理暂行办法》的规定,各类私募基金管理人应当向基金业协会申请登记,并报送基金业协会规定的信息。基金业协会在私募基金管理人登记材料齐备后的20个工作日内,通过网站公告私募基金管理人名单及其基本情况的方式,为私募基金管理人办结登记手续。

私募基金募集完毕,私募基金管理人需要办理基金备案手续。基金业协会在私募基金备案材料齐备后的20个工作日内,通过网站公告私募基金名单及其基本情况的方式,为私募基金办结备案手续。

结语

根据行业统计数据显示,截至2015年7月底,中国证券投资基金业协会已登记私募基金管理人16604家。已备案私募基金17415只,认缴规模4.11万亿元,实缴规模3.34万亿元。股权类私募基金管理人7843家,管理5375只基金,管理规模1.54万亿元。另据统计,2014年,我国股权投资规模占全球市场的18%,股权投资机构数量已经高居全球第二,仅次于美国。我国已经成为全球最重要的股权投资市场之一。作为私募基金行业的专职律师,行业快速发展的亲历者,我们在参与的每一个私募基金的募集、运作的过程中,更能深切地感受到行业立法监管正在逐渐的完善,相信随着经济的进一步发展,法律制度的规范,行业自律的强化,私募基金行业将迎来更加稳健的长足发展,成为我国资本市场和金融业中大放异彩的力量! ●

乐 Life

●文/马建军

我的哈雷日记(上)

一、进入加拿大

2015年8月26日,从西雅图到坎卢普斯。

离开西雅图以后,沿9号公路很快就到了加拿大边境。天气预报温哥华27日有雨,因此没有走5号公路进入市区停留,而是在苏马斯过境后沿横贯加拿大的一号公路直奔霍普,从那里再折北去坎卢普斯。过关很简单,从美国出关没有口岸检查,加拿大一侧则有一排关卡,移民官就像中国高速公路收费口的收费员,车子进入检查通道都不需要人下车。我告诉他要从这里开始一直开到哈利法克斯再出境,他听了毫无表情。扫了一眼摩托车行驶证,“啪”地在护照上盖了一个章,挥挥手就让我走了。

从霍普开始就算进山了。天阴沉沉的,一副似雨非雨的样子。车过霍普,突然看到路边有蓝色指示牌,说在接下来的85公里之内没有加油点。犹犹豫豫向前开,希望能侥幸混到下一个加油站,但又怕在这阴森森的山里万一没油了,叫天天不应,叫地地不灵怎么办?恰好看到

一个车停在岔道上,一位老太太正在路边遛狗。停下来打听附近是否有什么加油站,她说,前面没有了,还是转回霍普去加吧。接着她瞥了一眼我的车,说你的车太小了,跑不了长途。我那辆哈雷可比你大多了,加一次油可以开500公里。听完瞬间石化了。

二、哈雷党

从第一天上路开始,就发现在互不相识的哈雷骑手之间有一种特殊的沟通方式。当双方在路上驶近交会时,一方或双方会向左下方斜伸左臂,伸出食指和中指,向对方致意。有时候有摩托车从后面超我,那个骑手也会在超过的一瞬间做这个V字动作。起初不理解这是什么意思,以为人家是在向他身边或前面的车辆表示他要超车。但后来突然醒悟,人家是特地在向我问候啊!霎那间全身充满热流。那感觉,好像自己突然被组织接受入党了!于是,接下来只要看到对面来一辆摩托车就忙不迭的伸胳膊伸指头。但其实这里面的道道要比我理解的深许多。因为有时候对方根本不鸟你。久而久之,

发现,只有在几种情况下和对方之间是比较容易进行这种对话的,包括但不限于:一、对方开的也是哈雷;或二、都在荒山野岭中;或三、在没有间隔带的普通公路上;或四、对方的车上无论是不是哈雷,但也驮着行李,也是风餐露宿的长途车手。不过无论如何,在后来的旅途中,每当看到迎面驶来一辆打着大灯的哈雷时,还是会情不自禁地伸出左臂,张开食指和中指向对方致敬。对我来说,这种仪式的最大意义在于,知道自己在路上不是孤独的。

三、中国劳工

坎普卢斯是个山中小城,有点陈旧。但市中心有一条狭长的坎普卢斯湖,从落基山脉的丛山峻岭中奔涌而下的溪水充盈了湖水,给这个灰色的小城增添了一丝妩媚。从旅馆走到湖边公园要经过一座天桥。天桥横跨一个火车的调车场。天桥中央竖立着一块纪念碑,上面有一张发黄的肖像照片,是一个中国人!驻足凝视,介绍说这里是加拿大太平洋铁路客货运输的中心交汇点。19世纪80年

代,有 9000 名华工在这里辛苦劳作。许多人因严酷的工作条件和疾病捐出了自己的生命。为了纪念中国劳工艰苦卓绝的努力和重大贡献,2005 年 11 月,加拿大太平洋铁路公司竖立了这块纪念碑,并且以其中一名普通劳工的名字命名了该交接中转站。前辈的名字叫郑敬弼,因此该处调车场被称为郑氏铁路中转站。

四、草地音乐会

傍晚在湖滨散步,看到公园大草地上有一个舞台正在准备演出,已经有三三两两的当地居民席地而坐,在湖边清涼的微风中等待开始。吃完晚饭回到这里,表演已经进行了半个小时了,草地上或坐或立,差不多有近百人。台上是一个四、五个人的小乐队。两三把吉他,一部班卓琴、一个键盘,唱的是乡村摇滚。在

加拿大的一个山间小镇,能听到道地的西部音乐,实在是我的耳福。表演很轻松,又说又唱。台前几个老头老太就着旋律相拥起舞,坐着的人或鼓掌或大笑,台上台下非常互动。西部乡村音乐最初属于老少咸宜,大众都能接受的乡土音乐。后来越来越被城市接受,被分化为门类繁多的不同流派,最终从下里巴人的音乐蜕变成了阳春白雪。但西部小镇自有滋养这种音乐的土壤。找了一堵墙坐下靠着听,非常非常的享受。女歌手左右摇摆,那演唱的调调有点像六十年代的美国歌手琼·贝兹,歌喉同样朴实无华,没有丝毫的矫揉造作,但也同样令人肝肠寸断,欲罢不能。

五、风雨过千山

8 月 27 日,从坎普卢斯到路易斯湖。出门前看预报,多云转阴有时有小雨。果

然,出门就开始下小雨,淅淅沥沥,时大时小。但紧接着就是瓢泼大雨,气温也降到了 10 摄氏度以下。之前从来没有在雨天开过摩托车,更别说是冒着大雨翻山越岭了。最害怕是在山路上过弯时轮胎打滑,因此不敢刹车,尽量多用挂档减速。但开一会儿后发现,其实没那么可怕。一则是因为这一条路的路面做得真不错,虽然下雨,但轮胎抓地还是很牢。只要不急刹车,控制好速度,过弯没问题。二则是开车的人都很讲规矩,大家在雨天都明显降速了,特别是雨大的时候,时速能比正常降下来五到十公里。而且大家都能相互照顾,不轻易超车。但最麻烦的还是卡车。它在大雨中行驶,身后卷起巨大雨雾让后面的车视线完全不清楚。我就更倒霉了,头盔没有雨刷,跟在后面一身水,一脸泥。所以没办法,还是得冒险超过去。这天下雨,一路上都还在



施工修路,因此山里被堵了好几次,每次都要等20分钟到半个多钟头。坐在摩托车上,淋着大雨,浑身精湿,冻得直打哆嗦,这滋味真得不好受。不过总算好,安全到达了目的地了。旅馆门口再次振臂高呼:Veni!Vidi!Vici!

六、落基山脉

这次旅行的第一阶段已经穿越落基山脉两次了。前一次是从黄石公园由东向西穿,这次是从霍普从西向东穿,都是在它的中部。落基山脉是北美最伟大的山系,从美国的新墨西哥直到加拿大的育空,全长4800多公里。在这个山系的中部,千峰叠嶂,万壑幽深。山间到处都有瀑布、溪流、翡翠般的湖泊,以及满山遍野郁郁葱葱的苍松翠柏。无数的麋鹿、马鹿、北美灰狼、黑熊和灰熊自由自在地栖息其间,是地球上仅存的几个大自然天堂之一。这里过去是一片浅海,大约从一亿五千万年前进入了大规模的造山运动。火山喷发,山地不断隆起,直到大约六千五百万年以前。此后,从一千八百万年到一万一千万年之间,这里又经历了多次大小冰川期。在火山和冰川的共同塑造下,这里逐渐成为今天地球上罕有的一块瑰宝。

虽然一路上必须集中精力开车,几乎无暇眷顾风景,但却总能时时感受到这座雄伟山脉所赐予的气场。在山中骑行,有时会陷入一种迷思的状态,仿佛自己变成了两个人,一个人在负责开车,一个人在负责胡思乱想。在山间脑子里经常跳来跳去,多是对时间、空间,乃至生命的冥想和感悟。

伟哉,落基山!

七、大隐隐于山

从8月28日到8月31日,在路易斯湖住了四天。从这里去卡尔加里只有不到200公里,在即将进入第二阶段前,



想好好调整休息一下。连续半个月的风擎电掣之后,在这山清水秀之地慢慢地游荡,也是一种难得的享受。

很久以前来过这里。当时租了一辆车,也是在这一带的森林里东游西荡。一天下午,忽然看见前面空地上有一栋别致的房子,房子周围都是鲜花翠柏,有几只鹿在房前的草地上吃草。走进去,是个小客栈,房东是一对老夫妻。我说,你这里又有花又有鹿,像童话一样。老头一听连连摇头,说这帮畜生就像强盗,天天到这里毁我种的东西。房后停着一辆摩托车,老头说是他的,空下来就在山里骑一下。老头身材高大,说以前是丹麦人,二十多岁的时候来这里旅行,当时喜欢这里的环境,就留下来了,并且经营这个客栈至今。和他开玩笑,说这么好的地方我也不想走了。没想到老头眼睛一亮,说:“如果你喜欢,我就把这个客栈卖给你,价格可以谈,我可是认真的啊”。问为什么?他说他已经六十多了,在此地经营这个旅店近四十年,天天为别人生活。他说他也想像我一样到处旅行,也想为自己活着,否则这辈子就这样过去了。当时听他这番话心里很震撼。后来也一直

记着他。也不知这老哥们儿现在怎样了,算起来应该有七十了吧。

八、灰熊瓦布

在落基山很难看到熊。虽然这也是一个炒作旅游的卖点,但在游客如织的地方,熊哪里肯来?晚上读书,看加拿大自然科学作家西顿写的动物记里有一篇《灰熊传》,说的是灰熊瓦布在落基山里的一生,里面有一段描写瓦布强大的嗅觉,读来颇有感触:“是的,地球上每种生物,每一朵盛开的花,每一块岩石,每一粒石子甚至每一个形状都在诉说着他们的故事,在向瓦布的鼻子唱着小小的歌谣。不论白天或黑夜,雾天或晴天,瓦布那巨大的湿鼻子都会告诉他许多需要的信息,并过滤无关紧要的。瓦布越来越依赖自己的鼻子,即使眼睛和耳朵一起告诉他怎样怎样,他也要等到鼻子说:对,就是那样,才会相信。这些事是人类所无法理解的,因为人们已经为了能生活在繁华之地,而放弃了鼻子那与生俱来的天赋了”。(未完待续)●

(作者单位:君合律师事务所上海分所)

业内资讯

上海市第二中级人民法院与上海市律师协会于日前联合签署《关于律师参与多元化纠纷解决合作备忘录》。两家单位将在推动诉讼材料标准化、加强律师与法官助理工作衔接、加大对律师参与诉讼的保障力度、建立律师参与多元化纠纷解决的激励机制四个领域开展合作。

二中院与市律协联合签署《关于律师参与多元化纠纷解决合作备忘录》

市律协接待银川市律师协会来访

11月3日,银川市司法局党委副书记、副局长孔玮一行六人在市律协调研部的陪同下走访了金茂凯德律师事务所和胡光律师事务所,了解情况并交流经验。



青年法律人的双十一同样精彩——市律协组织青年律师参加单身法律人新媒体风采展示暨“奔跑吧,青春法律人”现场联谊会

11月11日,由律新社、上海市律师协会青年律师工作委员会、上海市司法局团工委、上海市第三中级人民法院团支部、上海市监狱管理局联合发起的“来吧!法律人的双11”线下活动在上海市司法警官学校如期举行,60余位青年法律人参加了活动。

乌鲁木齐市律协一行来访考察交流

11月13日,乌鲁木齐市律师协会副会长董梅一行17人来访市律协,市律协副会长邹甫文等热情接待并与之进行了座谈交流。双方就法律行业建设、律师文化建设等方面展开经验交流与座谈。



11月13日,市律协理事、规划规则委主任乔文骏等一行七人赴深圳市律协交流学习律师行业规划、律师行业规则修订情况、《章程》规定等事宜。

市律协规划规则委员会赴深圳市律协考察交流

市三中院与市律协签署律师志愿者诉讼服务合作协议

11月27日,市律协由俞卫锋会长带队拜访市三中院,参加由两家单位合办的“回应与互动——律师志愿者签约仪式暨依法保障律师执业权利研讨会”。

上海市律师协会 2015 年 11 月新增会员名录

序号	姓 名	会员号	执业证号	所属律师事务所
1	陆 雅	125392	13101201511942855	上海海贝律师事务所
2	储嫣冉	125246	13101201511549852	上海市建纬律师事务所
3	郑 燕	125192	13101201511128191	上海市申达律师事务所
4	陈龙钢	125223	13101201510784740	上海市申华律师事务所
5	陈彦蕾	124925	13101201511390323	上海雄琴律师事务所
6	陈 宇	125164	13101201510260687	上海市恒泰律师事务所
7	卢 琼	123736	13101201511267150	上海思济律师事务所
8	刘亚琴	125378	13101201511368734	上海众律律师事务所
9	杨 辉	125248	13101201510486597	上海仲悦律师事务所
10	李 白	125265	13101201510645135	上海保华律师事务所
11	舒 霞	125010	13101201511928590	上海明伦律师事务所
12	龚芝倩	124888	13101201511551884	北京长安(上海)律师事务所
13	程多才	125224	13101201510117407	北京长安(上海)律师事务所
14	高凯凯	125186	13101201510653100	北京长安(上海)律师事务所
15	李白扬	125227	13101201511976837	北京长安(上海)律师事务所
16	屈 宁	125434	13101201510761026	北京市君泽君(上海)律师事务所
17	王玉华	125236	13101201510380846	上海咏君律师事务所
18	沈逸飞	125238	13101201511274513	上海政明律师事务所
19	查任婷	124986	13101201511947712	上海市鹤铭律师事务所
20	鲁礼炎	124082	13101201510992994	北京市隆安律师事务所上海分所
21	朱 菁	125336	13101201511476262	北京市隆安律师事务所上海分所
22	周超昇	125337	13101201510997371	北京市隆安律师事务所上海分所
23	孙郭炜	122108	13101201510536416	上海和华利盛律师事务所
24	张佳妮	125266	13101201511579066	上海济铭律师事务所
25	王朝杨	124927	13101201510911002	上海方本律师事务所
26	王晓阳	125370	13101201511639642	上海刘春雷律师事务所
27	李 旭	125242	13101201511478476	北京大成(上海)律师事务所
28	赵怿文	125079	13101201511457648	德恒上海律师事务所
29	邵思聪	125172	13101201510597557	上海大庭律师事务所
30	汉京琳	125183	13101201511142706	上海市金茂律师事务所
31	连成杰	123956	13101201510417475	上海市金茂律师事务所
32	茅丽婧	125241	13101201511557854	上海市金茂律师事务所
33	曹 阳	125330	13101201510110949	上海汉盛律师事务所
34	顾 俊	125244	1310201511806199	万商天勤(上海)律师事务所
35	任晓旭	123820	13101201511737291	万商天勤(上海)律师事务所
36	吴晓琳	125536	13101201511780504	上海市新华律师事务所
37	吴小良	124991	13101201510967341	上海富誉律师事务所
38	宁 丹	125187	13101201511144918	上海瑞盛律师事务所
39	丁 雷	125193	13101201510181136	上海徐伟奇律师事务所
40	肖 毅	125407	13101201511202857	上海徐伟奇律师事务所
41	顾鼎鼎	125240	13101201511855161	北京市天元律师事务所上海分所

序号	姓 名	会员号	执业证号	所属律师事务所
42	雷茗茗	125281	13101201511955740	北京市天元律师事务所上海分所
43	刘 诺	125165	13101201511233247	上海郭军律师事务所
44	宗 欣	125315	13101201511794674	上海郭军律师事务所
45	段永恒	124741	13101201510253015	上海英恒律师事务所
46	王晓赞	123540	13101201510463950	上海金茂凯德律师事务所
47	温家骅	125359	13101201510556709	上海金茂凯德律师事务所
48	赵晓蕾	125280	13101201511900523	北京炜衡(上海)律师事务所
49	邓 亮	124195	13101201520454785	北京炜衡(上海)律师事务所
50	李志成	124954	13101201511810348	北京盈科(上海)律师事务所
51	萧 地	125278	13101201511542023	高朋(上海)律师事务所
52	贾海平	125030	13101201510692723	上海市金马律师事务所
53	郭 韩	125261	13101201510589737	上海市金马律师事务所
54	肖 婧	125226	13101201511119620	上海海一律师事务所
55	赵辰恺	118011	13101201510574550	上海市小耘律师事务所
56	余毅勤	125131	13101201511755369	上海博问志律师事务所
57	叶伟杰	125058	13101201510743486	上海融栢律师事务所
58	张远征	124978	13101201510691600	上海新望闻达律师事务所
59	李寅灵	125333	13101201510587506	上海欧申律师事务所
60	陈 骥	125103	13101201510554783	上海小城律师事务所
61	季东华	124895	13101201511442768	上海世暄律师事务所
62	李 珺	124806	13101201511548733	北京市汉坤律师事务所上海分所
63	于伟勇	125124	1310120151026009	上海市联合律师事务所
64	余 芸	123531	13101201511208271	君合律师事务所上海分所
65	卢 珍	124742	13101201511725028	君合律师事务所上海分所
66	张昊溪	125159	13101201510831959	上海市天一律师事务所
67	蔡金刚	125171	13101201510344254	上海单新宇律师事务所
68	骆 娅	125391	13101201511264233	上海市群成律师事务所
69	严蓉蓉	124774	13101201511242933	上海市泾锐律师事务所
70	方 方	125379	13101201510224905	上海市汇业律师事务所
71	尹新桥	125101	13101201510936962	上海通泽律师事务所
72	王家龙	125327	13101201510832038	上海市瑛明律师事务所
73	贾轶财	125127	13101201510593852	金博大(上海)律师事务所
74	肖毅君	125664	13101201510755406	上海市万联律师事务所
75	李 怡	121962	13101201511734974	北京市中伦(上海)律师事务所
76	牛 欢	125532	13101201511957866	北京市中伦文德律师事务所上海分所
77	李金声	125388	13101201510802754	北京市中伦文德律师事务所上海分所
78	程 凤	125365	13101201511240303	上海得勤律师事务所
79	王冠一	125402	13101201510302494	上海信冠律师事务所
80	韩佳巍	125557	13101201510365321	上海市嘉华律师事务所
81	张 恬	125307	13101201511477387	上海市海华永泰律师事务所
82	刘 京	125287	13101201511144594	上海市海华永泰律师事务所
83	缪江峰	125243	13101201510393521	上海市海华永泰律师事务所
84	张 颖	125306	13101201511838122	上海市海华永泰律师事务所
85	潘晓婷	125000	13101201511390272	上海市海华永泰律师事务所

序号	姓 名	会员号	执业证号	所属律师事务所
86	李 娜	125403	13101201511389535	上海市海华永泰律师事务所
87	程 丽	125325	13101201511479920	上海市海华永泰律师事务所
88	张晓枫	125381	13101201511158138	上海市海华永泰律师事务所
89	孙诗遥	125253	13101201510740299	上海市海华永泰律师事务所
90	曹 换	125406	131012015112135	上海市海华永泰律师事务所
91	辛 颖	125363	13101201511386690	上海熊兆罡律师事务所
92	汪纪蔚	125262	13101201510482305	上海申骏律师事务所
93	郭 越	125162	13101201511242828	北京市金杜律师事务所上海分所
94	金 欣	125184	13101201511352879	北京市金杜律师事务所上海分所
95	王 亮	125255	13101201510722342	上海百悦律师事务所
96	谢秋逸	125806	13102201511211733	上海市申江律师事务所
97	傅春明	125474	13101201510114446	上海市锦天城律师事务所
98	杨铁铮	124611	13101201510621321	上海市锦天城律师事务所
99	张中瑞	125284	13101201511225056	上海市锦天城律师事务所
100	阮 超	125018	13101201510849921	上海市锦天城律师事务所
101	黄灵芝	125610	13101201511997014	上海众华律师事务所
102	朱 燕	125479	13101201511336376	浙江儒毅(上海)律师事务所
103	朱吴强	123616	13101201510617291	上海大邦律师事务所
104	张镒铭	123816	13101201510347584	上海知亦行律师事务所
105	王 曦	125197	13101201511891292	上海市协力律师事务所
106	孙 倩	125286	13101201511580831	上海运帷律师事务所
107	王翠兰	125396	13101201511943212	上海臻志程律师事务所
108	李冬涛	125606	13101201510871112	中豪律师集团(上海)事务所
109	李嘉杰	123812	13101201510333275	上海元达律师事务所
110	王 珏	125279	13101201510930926	上海市亚太长城律师事务所
111	沈 楨	123261	13101201511253359	上海恒峰律师事务所
112	王 希	125290	13101201511197068	上海盛联律师事务所
113	齐亚光	125057	13101201510600369	上海市华通律师事务所
114	丁雪萍	125313	13101201511954522	上海创远律师事务所
115	高 洁	124834	13101201511535894	北京市环球律师事务所上海分所
116	冯依雯	125001	13101201511683263	北京市环球律师事务所上海分所
117	张春晖	125023	13101201510678875	上海盛沃律师事务所
118	王毅崴	123298	13101201511122779	上海国畅律师事务所
119	樊 蓉	124603	13101201511827282	上海百林司律师事务所
120	王 竟	125163	13101201510496142	上海市申航律师事务所
121	彭 聪	120201	13101201511196482	上海金诤律师事务所
122	白耀华	118267	13101201510995178	上海凯曼律师事务所
123	殷洁琼	125398	13101201511481978	上海博京律师事务所
124	王环宇	124961	13101201511978008	上海静阁律师事务所
125	师福伟	125237	13101201511662556	上海李小华律师事务所
126	窦贤尚	125377	13101201510183665	北京市惠诚律师事务所上海分所
127	黄 鹏	125319	13101201510866846	北京京都(上海)律师事务所
128	陈玉英	125375	13101201511661579	北京京都(上海)律师事务所



上海仲裁委员会

Shanghai Arbitration Commission

上海仲裁委员会是根据《中华人民共和国仲裁法》的规定,由上海市人民政府依法组建的常设仲裁机构。上海仲裁委员会以仲裁方式,独立、公正地处理平等主体的自然人、法人和其他组织之间的涉外及国内的合同争议和其他财产权益争议。

根据法律的规定,当事人选择以仲裁方式解决争议,应当达成仲裁协议。如果您考虑选择由上海仲裁委员会作为解决争议的仲裁机构,请在订立合同时采用如下仲裁协议条款:

“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,均应提交上海仲裁委员会按照该会仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的,对双方当事人均有约束力。”

MODEL ARBITRATION CLAUSE

“Any dispute arising from or in connection with this Contract shall be submitted to Shanghai Arbitration Commission for arbitration which shall be conducted in accordance with the Commission's arbitration rules. The arbitral award is final and binding upon both parties.”

地 址:上海市威海路 755 号文新大厦 23 楼
电 话:(8621)52920022 传 真:(8621)22313993
邮政编码:200041
网 址:www.accsh.org

Address: 23/F No.755 Weihai Road Shanghai P.R.C.
Tel: 86 21 52920022 Fax: 86 21 22313993
Zipcode: 200041
Website: www.accsh.org

新法速读

最高法院发布《保险法》司法解释(三)

11月26日,最高人民法院发布《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释(三)》(以下简称《解释三》)。《解释三》已于2015年9月21日由最高人民法院审判委员会第1661次会议通过,现予公布,自2015年12月1日起施行。

《解释三》明确人身保险利益主动审查原则,防范道德风险。细化死亡险的相关规定,鼓励保险交易。明确体检与如实告知义务的规定,维护诚实信用。明确保险合同恢复效力的条件,维持合同效力。规范受益人的指定与变更,保护受益人的受益权。规范医疗保险格式条款,维持对价平衡。

此外,《解释三》还对保险金请求权的转让、作为被保险人遗产的保险金给付、受益人与被保险人同时死亡的推定、故意犯罪如何认定等问题作了规定。

《解释三》的出台,是最高人民法院依法保障保险消费者,促进保险市场健康发展的重要举措,对各级人民法院正确审理保险合同纠纷案件,妥善化解当事人纠纷,维护公平的市场交易秩序,促进保险行业健康发展具有重要意义。人民法院将充分发挥审判职能作用,确保国家法律的准确统一实施,为经济社会又好又快发展提供有力司法保障。

(供稿:上海市律师协会宣传部)

上海国际经济贸易仲裁委员会（同时启用“上海国际仲裁中心”的名称，原名中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会，英文简称“SHIAC”，下称“上海贸仲”）是由上海市人民政府于 1988 年行文批准设立、并经司法登记的独立仲裁机构。其以独立、公正、专业、高效的仲裁服务为当事人解决争议，在国内外享有较高的声誉。上海贸仲受理当事人约定由上海国际经济贸易仲裁委员会或上海国际仲裁中心仲裁的案件，并继续受理按照当事人的约定应当由中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会仲裁的案件。

示范条款一 / Model Arbitration Clause I

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

Any dispute arising from or in connection with this Contract shall be submitted to **Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission** for arbitration.

示范条款二 / Model Arbitration Clause II

“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交上海国际仲裁中心仲裁。”

Any dispute arising from or in connection with this Contract shall be submitted to **Shanghai International Arbitration Center** for arbitration.

地址 (Address): 中国上海市金陵西路 28 号金陵大厦 7 层
7/F, Jin Ling Mansion, 28 Jin Ling Road(W), Shanghai 200021, P.R.China
电话 (Phone): 86 21 6387 5588
电子信箱 (E-mail): info@shiac.org
传真 (Fax): 86 21 6387 7070
网址 (Website): www.shiac.org

新法速递《律师业务资料》目录 2015 年第 10 期

上海篇

1. 上海市人民政府:上海市控制性详细规划制定办法
2. 上海市人民政府:上海市被征用农民集体所有土地农业人员就业和社会保障管理办法
3. 上海市人民政府办公厅:上海市市级建设财力项目代理建设管理办法
4. 上海市人民政府办公厅:上海市校车安全管理规定
5. 上海市城市管理行政执法局:上海市城市管理行政执法程序规定
6. 上海市农业委员会:上海市农村土地承包经营权确权登记颁证档案管理实施办法
7. 上海市高级人民法院:关于患有精神疾病罪犯减刑工作的若干意见(试行)
8. 上海市高级人民法院:关于严格规范减刑、假释案件审理的若干意见
9. 上海市高级人民法院:关于在先查封法院与优先受偿权执行法院处分查封财产有关问题的解答
10. 上海市高级人民法院:关于强制执行出让土地使用权座谈话纪要

全国篇

【诉讼】

1. 最高人民法院:关于充分发挥审判职能作用切实维护公共安全的若干意见
2. 最高人民法院:关于完善人民法院司法责任制的若干意见

见

3. 最高人民检察院:关于完善人民检察院司法责任制的若干意见

【司法行政】

最高人民法院等:关于依法保障律师执业权利的规定

【银行证券】

1. 中国银行业监督管理委员会:商业银行流动性风险管理办法(试行)
2. 中国证券监督管理委员会:境外交易者和境外经纪机构从事境内特定品种期货交易管理暂行办法

【工商质监】

1. 国家工商行政管理总局:企业经营范围登记管理规定
2. 国家工商行政管理总局:工商行政管理机关执法监督规定
3. 国家工商行政管理总局:网络商品和服务集中促销活动管理暂行规定

【交通运输】

交通运输部:机动车维修管理规定(2015 年修订)

【卫生】

1. 国家食品药品监督管理总局:食品生产许可管理办法
2. 国家食品药品监督管理总局:食品经营许可管理办法
3. 国家食品药品监督管理总局:食品召回管理办法

律师会员登录“东方律师网”下载中心,下载律师之家 2.0(内含《律师业务资料》电子版),下载地址:
<http://family.lawyers.org.cn/cn/>。

《乌镇之夜》



摄影：孔庆德 律师