

2016

2

总第 740 期

# 上海律师

SHANGHAI LAWYER

充分发挥律师职能作用  
努力服务“十三五”经济社会发展  
政府法律顾问制度广泛推行  
专业律师助力法治政府广受点赞



上海市律师协会主办



# 《上海律师》月刊



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](http://www.lawyers.org.cn)  
上海市连续性内部资料准印证（K 第 272 号）

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 钱翎樑 陈 东

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  
郇恒娟 施克强 顾跃进 葛珊南 严 嫣

主编  
邹甫文

副主编  
黄荣楠 刘小禾 庄 燕

责任编辑  
王凤梅

摄影记者  
曹申星

美术编辑  
高春光

编 务  
许 倩

（内部资料 免费交流）

## 上海律师的优秀文化内涵

文 | 周天平 (上海市律师协会 副会长)

比较几百年欧美律师发展史和几十年的中国律师发展史,根据全面依法治国的要求,笔者认为,中国律师的发展面临已不仅是数量问题,更重要的是律师文化的成型与提升。

“文化是一个民族的灵魂”。灵魂对人的精神起控制和主导作用,由情感、良心、价值观等构成。笔者参与律师协会工作几年,感到上海律师已具有并正提升下列文化内涵。

一、自我约束感。与欧洲各国律师交流发现,律师协会最重要功能就是约束律师的执业行为。一个律师的行为不端会影响整个律师群体的社会形象。在公权力部门日益重视保障律师执业权利的当下,上海律师也意识到:“自觉遵守执业规范”与“依法保障执业权利”是一个天平的两端,“自觉遵守执业规范”这一端必须同步加强。

二、社会责任感。在我国十大类近100种社会中介组织中,律师是最有机会和能力、履行社会责任最多的职业。律师积极参与法律进社区、参与大调解、以独立第三方身份参与化解维稳、以体制外法律专家身份辅助政府依法行政、以代表委员身份参政议政,帮助找到社会各方面利益最大公约数的大量实绩证明:律师具有天生的社会责任感。社会责任感已经成为上海律师文化的核心内容。

三、政治归属感。上海律协在2012年举办“纪念上海律师公会100周年”的活动中研究发现:中国律师在共产党执政前和执政后都是共产党的统战对象。律师是共产党的政治盟友和法律助手,这是中国律师经过100年风雨洗礼后形成的政治归结点。律师作为新的社会阶层,成为极有活力、极有影响力的统战力量。

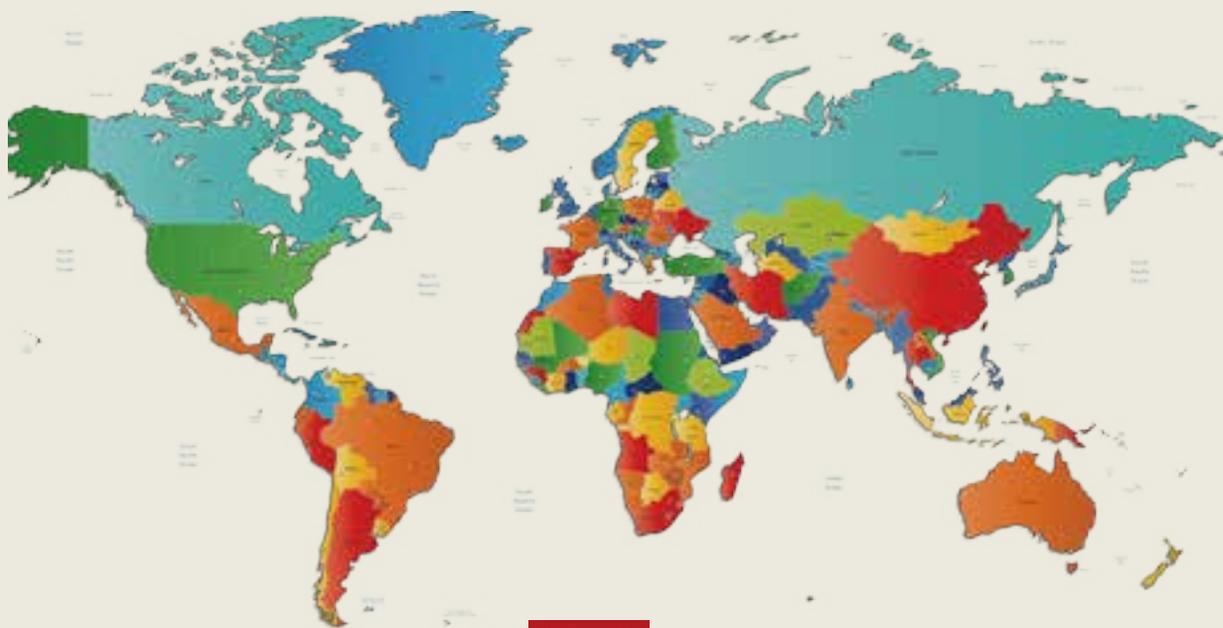
四、法哲学思维观。我们的法律体系处于“骨头加补丁”阶段;司法机制还在改革完善中;行政领导正逐步运用法治思维和法治方式。这种法治环境下,律师当积极修炼法哲学思维。法哲学是关于法的最高形式的理论思维,其本质是弄明白法的“所以然”,即弄清调整对象的内在规律。恶法、冤案都源于这些规律没弄明白。中央政法委部署保障律师的执业权利,即基于法哲学的思考:律师制度不仅是私权利保障的辅导性配套,更是公权力的制约性配套。法哲学思维是律师办案中应对一切不确定因素和变化发展的“定海神针”。

五、美学艺术修养。音乐、书画、建筑,这些艺术同律师的执业艺术也有关系,线条艺术和布局美感是她们的共性。这些美学修养可让律师养成执业过程中的精益求精作风,养成对结果目标的完美追求,让粗放的变成精细的,让莽撞的变成审慎的,让“戳轮胎”的变成“补轮胎”的,让不计后果的变成注重完美结局的。

六、互联网应用观。在互联网全覆盖天下的今天,人们的生产生活出现了两种模式:用线下引导线上的叫“+互联网”,用线上引导线下的叫“互联网+”。上海律师已然意识到:线上形成的法律关系会分别重复、交叉、独立地叠加在现有的线下法律关系上,线上和线下的互动关系也会影响我们的法律服务手段和方式。缺少互联网文化和互联网应用技术的律师,将来肯定会被淘汰。这个互联网应用观将是我们律师文化中影响最大、使用最广的内涵。

苏格拉底说:知识是学出来的,智慧是悟出来的。容后人补一句:文化是修炼培养出来的。中国律师队伍的建设已从数量发展阶段提升至文化修炼阶段,律师文化内涵的修炼提升将促进律师业的真正成熟。

# 目录 contents



## 本期关注

- 4 充分发挥律师职能作用 努力服务“十三五”经济社会发展 / 吴爱英
- 7 上海律师“两会”参政议政展专业风采 / 周柏伊
- 10 政府法律顾问制度广泛推行 专业律师助力法治政府广受点赞 / 周柏伊



## 名家专栏

- 14 律师职业伦理的两种角色和两种思维 / 郝铁川

## 东方大律师

- 16 选择律师 追求卓越 / 黄亚忠

## 区县律工委

- 20 厚积薄发 融合发展 / 宝山区律工委

## 律所管理

- 22 用务实、低调的坚守走出一片天地 / 北京中伦（上海）律师事务所



### 法律咖吧

- 26 依法行政，该如何解读 / 山俊 整理

### 香港大律师之窗

- 35 境外公司、香港公司及破产法 / 香港德辅大律师事务所

### 新锐手记

- 38 路人甲又何妨 / 张逸瑞

### 律师实务

- 40 中外合作办学的法律框架与前景展望 / 许江晖 刘松  
45 奥运仲裁实务研究及法理探析 / 吴炜

### 贸仲专栏

- 50 印度仲裁法律制度的最新发展 / 上海国际仲裁中心供稿

### 乐 Life

- 55 年的味道 / 岳雪飞  
56 盼过年 / 丁美红  
58 震撼南极 / 马永健

### 岁月回眸

- 62 傅玄杰：重新出发，从归队那天起 / 周柏伊

## 充分发挥律师职能作用 努力服务“十三五”经济社会发展

■文 | 吴爱英（司法部部长、党组书记）



党的十八届五中全会审议通过了《中共中央关于制定国民经济和社会发展的第十三个五年规划的建议》，描绘了未来五年国家发展蓝图，对于坚持和发展中国特色社会主义，实现“两个一百年”奋斗目标、实现中华民族伟大复兴的中国梦，具有十分重大的意义。律师在服务“十三五”时期经济社会发展中肩负着重要职责。各级司法行政机关、各律师协会和广大律师要认真学习贯彻党的十八届五中全会精神，深入学习贯彻习近平总书记系列重要讲话精神和对律师工作的重要指示，贯彻落实党中央关于完善律师制度、加强律师工作和律师队伍建设的重要决策部署，充分发挥律师职能作用，努力服务“十三五”时期经济社会发展。

### 一、服务经济社会发展

党的十八届五中全会明确提出实现“十三五”时期发展目标必须坚持创新、协调、绿色、开放、共享五大发展理念，并以五大发展理念为主线对“十三五”时期经济社会发展作出战略部署。广大律师要增强使命感、责任感，立足职能，紧紧围绕创新发展、协调发展、绿色发展、开放发展、共享发展，围绕稳增长、促改革、调结构，提供优质高效的法律服务。

努力服务创新发展。围绕创新和完善宏观调控方式，做好政府法律顾问工作，为创新调控思路和政策工具、完善财政政策和货币政策等提供法律服务。围绕创新驱动发展战略，做好企业知识产权保护工作，为知识产权创造、应用、管理和保护提供法律服务，为企业增强自主创新能力提供法治保障。围绕大众创业、万众创新，在优化劳动力、资本、土地、技术、管理等要素配置、激发创新创业活力、释放新需求、创造新供给、培育发展新动能等方面提供法律服务，推动实现发展动力转换。

努力服务协调发展。围绕西部大开发、东北地区等老工业基地振兴、中部崛起、东部率先发展等区域发展战略和“一带一路”、京津冀协同发展、长江经济带建设等国家发展战略，广泛深入开展专项法律服务，促进形成协调发展新格局。研究律师服务新型城镇化建设，研究推动城乡一体化发展的具体措施。

广大律师要增强使命感、责任感，立足职能，紧紧围绕创新发展、协调发展、绿色发展、开放发展、共享发展，围绕稳增长、促改革、调结构，提供优质高效的法律服务。

努力服务绿色发展。为加快建设主体功能区、推动低碳循环发展、环境治理、生态保护等提供法律服务，促进生态环境改善。研究制定律师服务生态文明建设的指导措施，依法做好环境保护法律服务。履行好涉及生态环境的诉讼、公益诉讼及仲裁等职责，拓展节能、碳排放、排污权、水权交易法律服务，服务节能减排企业发展。

努力服务开放发展。为我国积极参与全球经济治理提供法律服务，推动国际经济治理体系改革完善，促进国际经济秩序朝着平等公正、合作共赢的方向发展。大力培养境外投资、并购以及反倾销、反补贴、反垄断等领域高端律师人才，拓展涉外法律服务领域，为推进“一带一路”建设、加快实施企业“走出去”战略、加快实施自由贸易区战略、积极参与全球经济治理等提供法律服务。

努力服务共享发展。围绕突出民生优先、促进社会公正，组织律师等法律服务工作者，切实做好扶贫、教育、就业、医疗卫生和社会保障等民生领域的法律服务工作。把维护人民群众合法权益作为律师工作的出发点和落脚点，大力推动律师开展法律援助，更好维护和实现人民群众合理合法的利益诉求。研究律师参与社会治理的路径措施，发挥律师在创新社会治理中的专业优势，有效促进社会和谐稳定、人民幸福安宁。

## 二、推进全面依法治国

律师是全面依法治国的重要力量，在建设社会主义法治国家中，承担着维护当事人合法权益、保障法律正确实施、促进社会公平正义的重要使命。广大律师要发挥好熟悉现行法律规定的专业优势、相对客观处理法律事务的职业优势、立足经济社会生活的实践优势，为推进全面依法治国作出新的更大贡献。

积极推进科学立法。律师参与立法，对于推进立法科学化、民主化具有重要作用。要充分发挥律师中党代表、人大代表、政协委员及党外代表人士的作用，积极参政议政、建言献策，参与国家和地方立法。要发挥律师熟悉法律法规、了解法律实务的特长，为立法工作提供意见建议。广大律师要增强主人翁意识和参政议政意识，

围绕西部大开发、东北地区等老工业基地振兴、中部崛起、东部率先发展等区域发展战略和“一带一路”、京津冀协同发展、长江经济带建设等国家发展战略，广泛深入开展专项法律服务，促进形成协调发展新格局。研究律师服务新型城镇化建设，研究推动城乡一体化发展的具体措施。

增强公益服务意识和参与立法能力，积极有序参与立法。

积极推进严格执法。推进依法行政，建设法治政府，需要更多律师参与。广大律师的积极参与，有助于依法规范行政行为，让权力在法治框架内运行，提高依法决策水平。加快建设职能科学、权责法定、执法严明、公开公正、廉洁高效、守法诚信的法治政府。按照普遍建立法律顾问制度的要求，扩大律师担任法律顾问的覆盖面，推进设立公职律师，使律师成为党政机关和人民团体工作决策的法律参谋和依法履行管理职责的法律帮手。

积极推进公正司法。保证司法公正、提高司法公信力，需要律师积极参与诉讼活动，依法履行好辩护、代理职责，支持、监督司法机关全面准确查明事实，正确适用法律。广大律师要做好案件辩护代理工作，完善辩护代理质量保障机制，严格依法履行职责，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。积极构建律师和司法人员彼此尊重、平等相待，相互支持、相互监督，正当交往、良性互动的新型关系，共同维护司法公正、维护公平正义。

积极推进全民守法。全民守法是建设法治国家的基础。增强全民法治观念、推进法治社会建设，需要更多律师参与普法工作，提高全社会厉行法治的自觉性。广大律师要在执业过程中以案释法、辨法析理，向当事人和社会公众积极传播社会主义法治理念和权利义务观念，推进法治社会建设。要做守法的表率，树立宪法法律至上的崇高信念，自觉维护国家法律的正确实施。

## 三、维护社会大局稳定

当前，我国社会利益关系深刻调整，社会矛盾多发易发，迫切需要广大律师为创新社会治理、化解矛盾纠纷、促进社会和谐稳定提供法律服务。各级司法行政机关、各律

师协会和广大律师要积极参与矛盾纠纷化解工作，为维护社会大局稳定作出应有贡献。

积极参与化解和代理涉法涉诉信访案件工作。充分发挥律师专业优势，积极参与化解和代理涉法涉诉信访案件工作，是推进涉法涉诉信访走向法治的重要途径。要认真贯彻落实中央政法委《关于建立律师参与化解和代理涉法涉诉信访案件制度的意见（试行）》，动员律师积极参与化解和代理涉法涉诉信访案件，促进案件依法公正处理，实现息诉息访。要探索申诉案件律师代理制度，推进律师参与化解和代理涉法涉诉信访案件工作制度化、规范化。

积极参与矛盾纠纷调解。要充分发挥律师在多元化纠纷解决机制中的专业优势，鼓励律师担任人民调解和行政调解组织法律顾问、驻调解委员会接访，及时化解社会矛盾，将矛盾纠纷解决在基层、消除在萌芽状态。加强律师参与物业纠纷、医患纠纷、损害赔偿纠纷等领域的专业调解，促进将解决社会矛盾纳入法治轨道。推动完善律师参与诉前、诉中调解制度，通过调解方式把纠纷化解在诉讼之前、之中，真正做到用法律的尺子息诉息访、定分止争。

积极参与公共、突发事件处置。公共、突发事件处置往往涉及比较复杂的法律问题，律师熟悉法律相关规定，具有丰富法律实践经验，律师参与有利于此类事件的依法顺利处置。要在党委、政府的领导下，引导广大律师积极参与公共、突发事件处置工作，参与处置决策方案的合法性论证和法律风险评估，提供专业法律咨询意见；做好公共、突发事件处置中的群众工作，引导群众合理合法表达诉求，依法处置公共、突发事件。

## 四、促进律师事业发展

律师事业是一项正在发展、充满希望的事业，关系全面依法治国大局。律师事业发展，既是适应我国经济发展新常态、社会发展新特征的迫切需要，也是“十三五”时期经济社会发展本身的重要组成部分。各级司法机关、各律师协会要进一步强化发展意识，采取有效管用的措施，积极推进律师事业健康发展。

深化律师制度改革。深入贯彻落实《关于深化律师制度改革的意见》和全国律师工作会议精神，细化工作措施，扎实做好深化律师制度改革的组织实施，依法保障律师在辩护、代理中所享有的各项执业权利，加强律师执业的规范和管理。推进公职律师、公司律师工作，推动各级党政机关、人民团体普遍设立公职律师，企业根据需要设立公司律师，理顺公职律师、公司律师管理体制机

制。研究修订律师法等相关法律，将律师制度改革成果上升为法律规范，坚持和完善中国特色社会主义律师制度。

科学规划律师事业发展。注重研究把握律师事业发展规律，根据经济社会发展对律师法律服务的需求，研究制定律师事业发展规划。坚持扩大规模与优化结构并举，适应经济社会发展和全面依法治国的新要求，统筹城乡、区域的律师资源，优化律师业务结构，完善律师队伍结构，推动我国律师事业实现资源均等化、结构合理化、服务专业化、业务国际化。坚持拓展与规范并重，健全完善律师法律制度体系，加强监督管理，提高服务质量，努力建设既规范有序、又充满活力的律师服务良好秩序。坚持尊重发展规律与加强政策扶持相结合，推动完善和落实律师业发展的政策措施，扶持促进律师行业发展。

加强律师队伍建设。队伍建设是律师事业发展的根本保证。要以拥护党的领导、拥护社会主义法治为基本要求，切实提高律师队伍的政治素质，教育引导广大律师坚定自觉地拥护党的领导，坚定自觉地拥护社会主义法治，在思想上政治上行动上同以习近平同志为总书记的党中央保持高度一致，在执业活动中坚决贯彻党的路线方针政策。以增强服务能力为目标，切实提高律师队伍的专业水平，加强律师年度培训和继续教育，不断提高专业服务能力。以依法诚信公正执业为核心，切实提高律师队伍的操守。以发挥党组织和党员作用为着力点，全面加强律师行业党的建设，继续巩固党的组织和党的工作全覆盖成果，发挥好律师事务所党组织政治领导核心作用和律师党员先锋模范作用。

（本文原载《求是》2016 第二期）

# 上海律师“两会”参政议政展专业风采

■文 | 周柏伊

“建议整治建筑行业各类资格证书挂靠行为，规范建筑市场秩序，保障建筑质量安全。”

——钱翎樑（上海市人大代表）

“建议调研与完善患者在医院停车难问题，实现医院人性化管理。”

——黄绮（上海市政协常委）

“公立中小学的午餐常常是垃圾食品，呼吁让孩子们吃到热腾腾的营养午餐！”

——胡光（上海市政协常委）

“建议建设知识产权博物馆，提升城市软实力。”

——游闽键（上海市政协委员）



以上是上海市律师人大代表、政协委员们在 2016 年“两会”上提交的部分议案、提案，聚焦热点，关注民生。

近年来，上海律师人大代表、政协委员们积极履职，在参政议政方面进行了卓有成效的探索和实践，成为一支重要力量。他们提交的议案提案以及书面意见，不仅数量多，而且质量高，经常引发媒体关注和报道。“上海的执业律师们正在成为调解化解的专家、参政议政的谋士、普及法律的大使和投身公益的志愿者。”

## 追问就是一种尽责履职

被认为是“替残疾人讨红包”的残疾人乘车提案今年又在“两会”上现身，提案人是儒雅温和的上海市政协委员游闽键律师，他用坚持和执着表达着为残疾人维权的决心。

这份提案源于 6 年前的一次热线。“不少外省市都对残疾人免收公交车费，我们上海为什么不行？游委员，这事你管不管？”当时，他作为嘉宾在某媒体接听读者热线，正好有残疾人来电问起。之后，他就一直记着这件事。

他走访了许多残疾人，听取他们的需求和想法，还

搜集了各地的相关政策。2011 年，他和另一位委员一起向政协十一届四次会议提交了《关于本市残疾人免费乘坐本市公共交通汽车的建议》，开启了一段持续五年的追问。

今年“两会”前，游闽键律师对记者表示，他打算就此事再写提案。这个被他用四份提案、一份社情民意连追五年的问题，只要还没有全面解答，他还会继续跟进。

事实上，梳理近年两会上的提案议案能看到，这些年来，无论是民生关注点还是传播方式，都在发生着重大变化，提案议案的实现率也越来越高。很多曾经觉得“不可能实现”，或者“极难实现”的事，经过不断呼吁，最终都实现了。

这些成果的背后，不仅得益于日益成熟的问题解决制度，也是无数尽心履职的代表委员的努力。值得关注的是，不少律师代表、委员们以“铁杵磨成针”的执着精神针砭时弊，连续多年提相同的议案、提案，这种执着令人尊敬。

比如为了帮助法院破解执行难，上海市人大代表钱翎樑律师于 2011 年和 2016 年两次提交议案；为了不让沪牌再“妖”下去，上海市人大代表潘书鸿律师继 2015 年与上海市交通局局长当面对话后，2016 再提议案；为了解决未



上海市律协随市司法局在市人大十四届四次会议现场开展法律咨询

成年人保护法先天不足的问题，上海市政协常委黄绮律师也是连续两年提交“制定《儿童福利法》”的提案……

对某个问题保持长期的关注和执着建言，是律师代表委员尽职履责的表现。

## 优质建言频获重视

在上海市第十四届人民代表大会第四次会议上，上海律师代表表现抢眼！今年大会收到 31 件议案，经审核正式确立 13 件。这 13 件中有 3 件是由律师代表提出！分别来自盛雷鸣、钱翎樑、李向农三位代表。

上海市人大代表盛雷鸣律师认为，为适应法律环境的变更和拆违工作的新要求，进一步加大拆违执法力度，完善拆违执法程序，有必要修订该《上海市拆除违法建筑若干规定》。

上海市人大代表钱翎樑律师提出，为有序推进本市的“两法衔接”工作，应着力从体制和机制的完善入手，建议先行制定《关于加强行政执法与刑事司法衔接工作的若干规定》，待条件成熟再制定地方立法。他还详细

列出了《关于加强行政执法与刑事司法衔接工作的若干规定》的草案。

律师具有天生的权利代言特点，使得律师在做代表和委员时，特别能够代表其所在选区和界别的诉求。律师代表和委员的范围已经非常广泛，政协的 32 个界别里，有 25 个界别都已出现律师的身影。

上海市人大代表李向农律师建议对上海现行的物业管理条例进行修订。以前物业管理条例强调的有关停车费的规定，是根据 2011 年实行的小区停车费根据政府指导价限价管理，但实际上，这样的规定已于 2015 年取消。为了规范小区停车费收费，建议根据《反垄断法》的条例规定，把相关监管处罚内容融入上海的物业管理条例中。

今年“两会”上，律师代表和委员们以饱满的热情和专业的视角，积极履职，参政议政，从社会热点问题治理到法治专业领域的建设，他们都提出真知灼见，不断传递“律师好声音”。

上海市政协委员吕红兵律师提出，在上海“十三五”发展规划制定中，明确推进上海律师业发展的“时间表”、“路线图”、“任务书”、“责任状”，使得律师业发展的目标更加明确、举措更加给力、保障更加有力，为法治政府建设发挥独特作用。

上海市政协委员安翊青律师建议，提升危险废物处理能力，鼓励具有先进危废处理技术的企业和开发先进危废处理技术的企业落户上海各主要工业园区，并会同市财政局制定政策，做好项目补贴扶持工作。

上海市政协委员安翊青律师建议，提升危险废物处理能力，鼓励具有先进危废处理技术的企业和开发先进危废处理技术的企业落户上海各主要工业园区，并会同市财政局制定政策，做好项目补贴扶持工作。

## 律师代表委员现场答疑解惑

律师的“好声音”不仅是提出优质建议建言，而且还为上海市各部门提供了专业的法律咨询意见。

2016 年 1 月 24 日上午，上海市律协随上海市司法局在虹漕南路 200 号上海市政协十二届四次会议现场开展现场咨询活动，解答市政协委员的疑问和咨询，上海市律协副会长邹甫文等参加了活动。

活动现场，律师政协委员周天平、黄绮、游闽键、江宪、吴家平等就一些热点问题为市交通委、市旅游局、市金融办、市工商局等多家单位进行了咨询解答。律师政协委员们准备充分，对老百姓关心的各项社会热点问题一一提供“说法”。

1月29日上午，上海市律协在世博中心市人大十四届会议现场开展现场咨询，解答市人大代表的意见和咨询，市律协会长俞卫锋等参加了接待。

活动现场，律师人大代表盛雷鸣、朱洪超、刘正东、钱翔樑、厉明、潘书鸿、李向农等就一些热点问题为市高院、市检察院、市公安局等多家单位进行了咨询。律师人大代表们心系国计民生，咨询内容紧扣上海经济社会发展中的各方面热点问题。

律师代表委员在“两会”中的优异表现，让很多人赞同这样的观点：律师以人大代表和政协委员的身份参政议政，具有得天独厚的优势。律师的接触对象涉及社会的各阶层，其参政议政的形式具有广泛性；律师对社会各种现象和矛盾都有着深刻的理解，其参政议政的内容具有深刻性；律师对化解矛盾、解决纠纷之策有着专业的判断与思考，其参政议政的方法具有技巧性。

## 上海律协提供全方位支持

律师代表委员在“两会”上的卓越表现，是综合素养的体现，也有行业组织的支持；是传统，也有发展。

在2015年“两会”上，律师人大代表和政协委员们关注社会发展和民生法治，积极参政议政。据不完全统计，在2015年“两会”召开期间，本市21位市人大代表和政协委员共提出议案、书面意见、提案和社情民意等110件。

2015年是上海市律协换届年，组建了新一届的市律协参政议政促进委员会。2016年，上海市律协参政议政委将与相关外单位多搭平台，不遗余力推动律师参政议政工作。

2016年1月21日，在上海“两会”开幕前夕，上海市律协召开新闻发布会。“上海的执业律师们正在成为调解化解的专家、参政议政的谋士、普及法律的大使和投身公益的志愿者。”发布会上，上海市律师协会副会长周天

平介绍，上海律师参政议政主要体现三大特点：

第一，律师是职业的权利代言人。

律师具有天生的权利代言特点，使得律师在做代表和委员时，特别能够代表其所在选区和界别的诉求。律师代表和委员的范围已经非常广泛，政协的32个界别里，有25个界别都已出现律师的身影。

第二，律师是专业的独立第三方。

律师不代表公权力，没有行政的限制，在跨部门的工作中，其独立专业的意见有利于打破界限、客观建言、取得平衡。

第三，律师参与有助于寻找最大公约数。

习总书记强调，民主协商的过程中，要广泛、多渠道商量，寻求老百姓各种诉求和心愿的最大公约数。律师不依附于任何行业和界别，其公平性强、视野开阔，有利于寻找最大公约数，是社会治理法治化进程中的重要推动力量。



上海市律协随市司法局在市政协十二届四次会议现场开展咨询

## 政府法律顾问制度广泛推行 专业律师助力法治政府广受点赞

■文 | 周柏伊



《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中提出，要普遍建立法律顾问制度。作为现代法治文明国家政治制度的重要组成部分，规范的政府法律顾问制度有利于提升政府依法决策和依法行政水平，对加快推进政府职能转变，实现建设法治政府的奋斗目标意义重大。

2015年8月，12位首批担任上海市政府兼职法律顾问的专家和律师从上海市市长杨雄手中接过了盖有上海市政府红印的聘书。此后，浦东新区政府、松江区政府、黄浦区政府和市食药监局、市司法局等单位也相继参照市政府模式，聘请了政府兼职法律顾问。

半年多来，政府法律顾问履职情况如何？评价如何？下一步计划如何？2016年初，上海市政协副主席高小玫带队调研，与上海市政府法制办及多名市政府兼职法律顾问座谈交流，听取大家的意见。上海市政府法制办充分肯定道，市政府兼职法律顾问制度实施情况良好，顾问们充分发挥“外脑”作用，发挥了“参谋”和“智囊”的作用。

政府法律顾问制度是一次重要的制度创新，今后3年上海各级政府机构都要聘任政府法律顾问，这对律师行业来说也是重大的历史发展机遇。

### 角逐：7名律师脱颖而出

2015年5月15日，《上海市人民政府关于推行政府法律顾问制度的指导意见》正式发布。《指导意见》明确，本市政府法律顾问由专职政府法律顾问和兼职政府法律顾问组成，专职政府法律顾问是政府法制机构的工作人员，兼职政府法律顾问则从资深的法学专家和执业律师中公开选聘。

报名非常踊跃，有82名律师和14位法学专家参与角逐，最终选出7名律师和5位专家。

报名条件非常严格，参与选聘的人员应思想政治素养良好，未曾受过刑事处罚和纪律处分，未在两个或两个以上省部级行政机关担任法律顾问。其中，法学专家应具有法学专业正高以上职称，在本专业领域具有一定的社会影响力；专职执业律师应

熟悉本市情况，并在沪连续执业 10 年以上，在本专业领域具有一定的社会影响力。另外还要求年龄在 50 岁以下，以确保选聘的律师都是经验丰富、年富力强者。

这 12 位兼职法律顾问是如何选出的？据介绍，市法制办负责法学专家的报名资格审查与初选，并会同市法学会进行论证，市司法局、市律协负责专职执业律师的报名资格审查与初选。

在初选的基础上，市法制办按照差额原则形成兼职政府法律顾问候选名单，最后提交市政府兼职法律顾问选聘委员会，择优选拔。

最终 7 位律师和 5 位法学专家入选，这 7 位律师是乔文骏、吕红兵、孙志祥（女）、张毅、张鹏峰、盛雷鸣、游闽键。对于选拔出来的兼职法律顾问，上海首创实行合同管理，由政府部门通过购买服务的形式，支付法律顾问每人一年 5 万元的报酬。

2015 年 8 月 31 日，12 位首批担任市政府兼职法律顾问的专家和律师从上海市市长杨雄手中接过了盖有市政府红印的聘书。与聘书同时接到的，还有一份个性化的“任务清单”，上面列举着一年内所要完成的工作任务。

“要干些什么事，要考核什么，一目了然。”盛雷鸣拿到的“工作任务书”有 8 项内容，除了担任行政诉讼案件出庭应诉以及法规文件起草修订等工作外，他还要参与机动车额度总量控制和牌照拍卖制度课题研究报告，以及对规范性文件进行法律审查等个性化任务。

上海市浦栋律师事务所主任孙志祥是当选的唯一一位女律师。“我在律师领域从业多年，积累了不少经验，看到网站上挂着选聘公告，对律师的任职要求很高，挺有挑战性，就报了名。”被选上后，孙志祥挺自豪，“这是一种认可，更是一份责任。”

“很高兴能运用自己的法律知识为政府服务。”中伦律师事务所联合管理合伙人乔文骏难抑兴奋，“就似领到了‘身份证’，我将有更多机会参与政府的法律咨询等工作，接受新挑战。”

时任上海市法制办主任刘华此前接受记者采访时表示，政府法律顾问制度是一次重要的制度创新，引



2016 年 1 月，上海市政协副主席高小玫带队，与上海市法制办及多名市政府兼职法律顾问座谈交流。

进外部的专业团队，加盟政府法制工作，对于推进政府依法行政、提升政府公信力，都将产生积极的影响。刘华指出，律师具备专业的法律知识，娴熟的处理诉讼和非诉讼的工作能力，广泛的社会联系。政府法律顾问的作用，就是律师运用自己的法律知识为政府服务，在法律的框架下规范政府行为。”

## 履职：有挑战也有成就感

半年多来，政府法律顾问充分发挥“外脑”作用，把制度“内嵌”到工作中，将法律研究、法律审核、法律咨询固化成为政府工作中的新常态，形成了专职法律顾问与兼职法律顾问优势互补的新格局，提升了法律顾问的“参谋”和“智囊”的作用。

2016 年 1 月 14 日，上海市政协副主席高小玫带队，与上海市法制办及多名市政府兼职法律顾问座谈交流。

“不辱顾问重托，不负委员身份。”座谈中，张毅律师如是说。成为政府法律顾问后，他感觉与以前参加政协的民主协商明显不同，“当时还觉得自己是个局外人，负责提意见、挑问题。但是现在身份转换了，还要考虑到解决问题，成为对政府法制工作的必要而有益的补充。”

游闽键律师提到，市政府为他们准备了专门的办公场所，并办理了工作证，虽然只是一些小事，却让他们实实在在感受到了身份的转换。他参加了公共信用信息立法，召开了几次研讨会。对于个人来说，以前的业务领域多是有关知识产权的，担任顾问后涉及到的

**政府法律顾问制度是一次重要的制度创新，引进外部的专业团队，加盟政府法制工作，对于推进政府依法行政、提升政府公信力，都将产生积极的影响。**



左图：上海市司法局聘请律师担任兼职政府法律顾问  
右图：黄浦区区长汤志平为 20 位担任区政府兼职法律顾问的专家、律师颁发聘任书

面比较广，需要大量学习。

张鹏峰律师也表示，做了市政府兼职法律顾问后，参与过行政复议、规范性文件备案审查以及研讨会等多项工作，他感到视野宽广了，但是责任也很重大，而且很有挑战。他接手的案件有一定的复杂程度，要站在全市的层面思考，才能妥善处理很多细节问题。有时，他也感到“纠结”，有的规章缺乏上位法支持，但是现实又很需要，就要用创新思维，克服法律的滞后性。不过，这些权衡过程也促使他可以从立法的高度看问题，因此也会有成就感。

2015 年 10 月，在三中院开庭的一起行政复议诉讼中，吕红兵律师首次作为市政府兼职法律顾问代表，出庭应诉，取得了良好的效果。

“从专业上来看，兼职政府法律顾问更能实现内外结合，贴身服务。”吕红兵说，“将按部就班和随机应变结合起来，更能够发挥正面作用。”

“要有守底线、不迎合的勇气。”这是上海市政协副主席高小玫对政府法律顾问的期望。高小玫希望，政府法律顾问在提供服务的过程中，要注重法治教化的作用。“现在社会还在法治转型中，公务员队伍崇法意识、法治思维都还需要培育。我们的政府法律顾问要多做讲法、

释法的工作。这也是树立法治意识，遏制轻法惯性的过程。”高小玫说。

## 评价：热点问题及时给出专业意见

“市政府兼职法律顾问制度实施情况良好。”在 1 月 14 日召开的座谈会上，上海市政府法制办综合信息处处长李平如是说，这也是上海市政府法制办首次对兼职政府法律顾问作出评价。

据介绍，2014 年初，民革上海市委根据党的十八届三中全会关于“普遍建立法律顾问制度”的要求，提出了“健全法律顾问制度，推进上海法治政府建设”的提案。上海市法制办在提案办理过程中，启动了课题研究，起草了《上海市人民政府关于全面推进政府法律顾问制度的指导意见（草案）》（以下简称“指导意见”），经市政府常务会议审议通过后，已于 2015 年 5 月 25 日由市政府正式印发。

《指导意见》实施以来，得到了各方面的高度重视，市委督查室将文件的实施列入了上海市贯彻党的十八届四中全会决定实施意见的督办内容，要求各区县政府和市政府工作部门上报落实情况。目前，各区县部门和市政府部门都在按照《指导意见》的相关要求，筹备落实以政府法制机构为主体的政府法律顾问制度，且不少区

县和委办局已经完成或者正在着手开展兼职法律顾问的选聘工作(如本文开头所写)。

12位市政府兼职法律顾问聘任以来,各项工作进展顺利。

上海市政府法制办向市政府副秘书长以上的领导们呈送了一本名录,将兼职法律顾问的基本信息列入其中,以方便领导们遇到法律问题时随时咨询。

除了常规的法律研究、法律审核、法律咨询工作之外,法制办在召开办内的审核会、研究陆家嘴金融城法定机构等重大问题时,也邀请法律顾问参加,听取专业视角的意见。

此外,法律顾问们还建立了一个微信群,专兼职的法律顾问们需要讨论、咨询相关法律问题时,都可以在群里聊一聊。热心的兼职政府法律服务顾问们还通过这一平台,向市政府传递了许多境内外信息。

“专车特别火的时候,群里面关于这一现象的讨论都非常热闹,很多兼职政府法律顾问都提出了宝贵的意见。”李平说。

上海市政府层面兼职法律顾问作用的示范引领,也为各委办局及区县建立政府法律顾问制度提供了指引和范本,辐射和带动了各区、各部门的制度推进。

“我们将作更多尝试,把已经形成的制度经验进一步优化,把一些好的尝试、好的经验上升为制度,不断扩展法律顾问制度的内涵外延,将这项制度发扬光大,为推动上海经济社会的发展提供坚强的法制保障。”李平说。

## 推广:各级政府相继铺开

政府法律顾问的直接目的是为政府负责,根本目的是为人民的利益负责。随着市政府兼职法律顾问制度

的推行,上海市各级政府部门都更加注重此项工作的推进。

上海市政府聘任兼职法律顾问之后,浦东新区政府、松江区政府和市食药监局、市司法局等单位也相继参照

其模式,聘请了政府兼职法律顾问。2016年开年,黄浦区政府也重聘了20位兼职法律顾问。

黄浦区副区长曹金喜介绍说:“在‘上海黄浦’官网发布了兼职政府法律顾问选聘公告后,共有50名法学专家和律师报名参选。经由区府办、区

政府法制办、区司法局负责人组成的选聘组综合评定提出推荐人选报区政府批准,确定了5名法学专家和15名执业律师作为首批区政府兼职法律顾问。这些法律顾问所研究和执业的领域涉及行政法、民商法、金融法、知识产权法、涉外法律服务等领域,具有深厚的法学理论功底和丰富的法律实务经验,可以说都是法律界的精英。”

2016年两会上,上海市政协提供的《市政协关于编制‘十三五’规划的若干建议》中显示,在加快建设法治政府方面,要发挥政府法律顾问在法治建设中的监督作用,积极推进政府法律顾问制度并使之成为各级政府“标配”,将政府法律顾问的合法性审查纳入行政决策程序,提升政府法律顾问对依法行政工作的参与度。

在市政协十二届四次会议开幕当天,上海市政协常委、社会和法制委员会副主任黄绮律师接受记者采访时表示,政府法律顾问可以再往前走一步,将来实施几年以后,政府法律顾问由兼职的律师来担任转为专职的公职律师。专职的公职律师不再是政府某个部门彬彬有礼的客人,而是某个部门的主人,这样更加明确职责。

## 律师职业伦理的两种角色和两种思维

■文 | 郝铁川

律师职业伦理是一个世界性课题，各国律师职业伦理有共性，也有个性。在共性方面，我觉得各国律师都有两种角色和两种思维。

**律师具有受当事人委托和维护法治的公共人物两种角色。两者当中，前者为主，后者为辅。**

郝铁川

上海市文史研究馆馆长。历史学博士，法学博士后，教授、博士生导师。享受国务院政府特殊津贴。



有的人拔高律师的伦理道德，要求律师“手握正义之剑而来，以客观事实为最高境界”，“推诚而不欺、守信而不疑”，似乎律师就是天使的化身，圣人的下凡。我觉得这是不切实际的。还有的人完全蔑视律师的伦理底线，如前段时间北京轰动全国的未成年人李某某强奸案中，有这样的现象：一位律师向李某某的母亲发出一个短信要约：希望你聘请我做你儿子的辩护律师，因为我现在需要这样的一个大案要案，希望通过这个案件担任政协委员。北京一家律所的主任强奸女当事人，法庭上还说女当事人盗取他的精液，非常恶劣。拔高或蔑视律师职业伦理是时下并存的两种现象。

其实，无论是美国律师协会关于律师角色的定位，还是《欧盟律师协会（CCBE）序言》对律师角色的规定，主要的是两条，即：律师既是当事人利益的维护者，又是社会利益的维护者。难点在于怎样在这两者之间进行平衡。

律师既要维护当事人利益，还要维护社会利益。两者当中，前者是主要的，一方面因为只有律师坚定不移地维护当事人利益，才能实现司法公正和社会公正。司法公正是个等腰三角形，法院位居顶端一角，律师及其代表的当事人居于底部一角，行政机关或检方居于底部另一角。人类一路寻求公正的成果就是建立这样一个等腰三角

形的公正结构；另一方面因为律师与当事人是一种委托代理关系，“拿人钱财，替人消灾”是古老的道理，如今也不完全过时。律师是靠当事人付钱而生存的，而不是国家通过向纳税人收税来养活的公务员。

强调律师维护当事人利益是其主要职责所在，表明律师没有直接承担司法公正的义务，而只是对司法公正负有间接义务。在举证方面，律师只负责向法院提供有利于当事人的证据，一般可以隐瞒对当事人不利的证据，而查明真相是法官的职责，判决公正也是法官的职责。国际上公认的刑事司法准则要求的是公正审判，而不是提出公正侦查、公正起诉、公正辩护。因为后者承担的都只是单方面的任务，定案证据“合法、全面、确实”的最终要求主要针对法官而言，法律适用准确也主要针对法官而言。法官通过“兼听”诉讼两造而“明”，通过自己的法律知识、经验、修养而适用法律准确。

维护社会利益是律师的次要义务，它有两个主要内容，一是律师执业不能触犯法律底线，律师能干什么、不能干什么，相关法律规定得都很明确。律师职业虽然具有商业属性，但不能出现马克思《资本论》（第一卷，人民出版社，1975年6月第1版，第829页）里引用的英国工会活动家托马斯·约瑟夫·登宁所说的那样：“资本害怕没有利润或利润太少，就象自然界害怕真空一样。一旦有适当的利润，资本就胆大起来。如果有10%的利润，它就保证到处被使用；有20%的利润，它就活跃起来；有50%的利润，它就铤而走险；为了100%的利润，它就敢践踏一切人间法律；有300%的利润，它就敢犯任何罪行，甚至冒绞首的危险。如果动乱和纷争能带来利润，它就会鼓励动乱和纷争。走私和贩卖奴隶就是证明。”二是律师要积极地向社会传播法律知识，尽力做一些法律服务公益方面和推动法治完善的事情。其中最重要的是在如何限制公权、保障人权方面多多提出建议。人类法治的历史经验早已表明，凭藉知识、地位、财富的优势，律师是维护宪法、约束公权的重要力量，是维护人权、尤其是弱势群体权利的重要力量。通过履行律师的社会责任，促使政府进行改革，使社会走向进步，保持和谐，避免大的动荡。

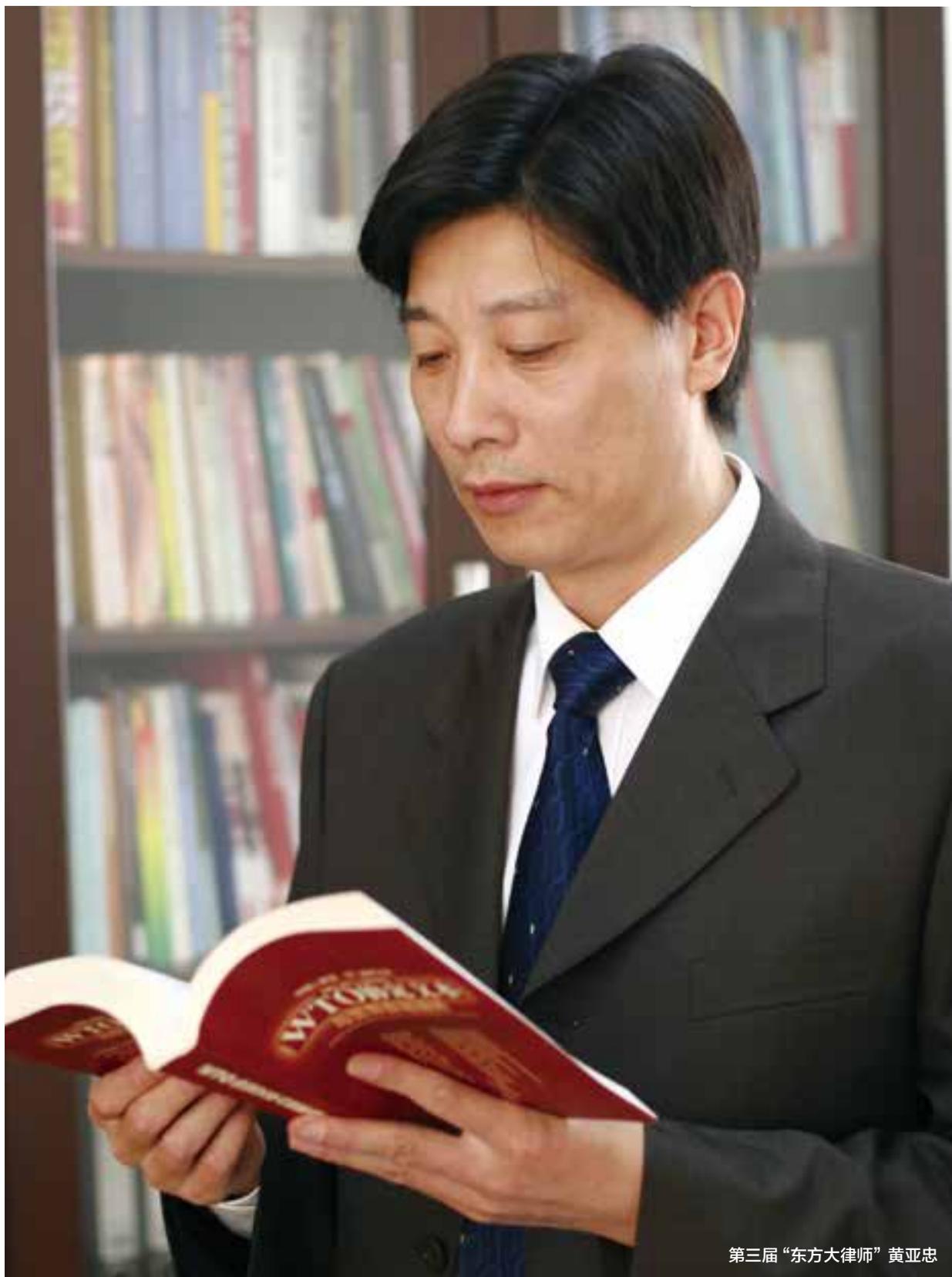
## 律师在为当事人服务方面的法律思维是一种法条主义思维，在代表社会利益、推动法治完善方面的法律思维，则是一种法理思维方式。

律师具有保守和变革两种角色。在为当事人提供法律服务上，律师的思维方式是保守的，是一种严格遵守法条的思维方式。要保持对文本的忠诚。法谚说，“法律文字不容违反”，“对法律最好的解释是法律本身”。法律条文的拟定，大都是立法者依照朴素的公平正义价值观并字斟句酌后所制定，体现出具有普遍抽象的公正，其中已考虑到各种社会效应。因此，律师引用、解释法律时应以法律规范条文为基础，在尊重法律文本字面含义的前提下，追求引用、解释的准确性，不应该完全撇开文本，而以自己所解释的社会效果来替代文本的含义。梁慧星先生在《民法解释学》一书中主张，文意解释应首先采用，用文意解释若有复数解释结果时，方能继之以伦理解释。在为伦理解释时，应先运用体系解释、法意解释方法，以探求法律规范意旨；当法条之文义不符合立法真意，失之于狭窄或宽泛时，乃适用扩张解释或限缩解释；若仍不能完全澄清法律文义之疑义，应进一步作目的解释以探求立法目的。最后以合宪性解释进行审核。梁先生的这段话是对法条思维方式的完整阐述。

因此，律师在为当事人提供法律服务时，要从现行法律规定中找出对当事人最为有利的内容，采取相应的行动。在法庭上，律师也必须从法律规定出发，为当事人辩护。千万不能把法庭当议会、课堂，像政治家、法学家那样脱离法律文本，从抽象的道义原则高谈阔论。

但当律师作为社会变革的推动者角色在社会活动时，他们遵从的则是法理思维方式，不一定拘泥于既有的法条规定。这个时候律师更像法学院的学者，从法的理论出发，指出现行法律与限制公权、保障人权的法治宗旨的不相符合之处，提出改进的方案，让人们明白法治的发展方向。

这篇短文只讲两种角色的主次问题，而对两者冲突问题限于篇幅未及申论；只讲了法条和法理两种思维方式的内容，而对当事人合法利益与不法利益、程序正义与实体正义之间的冲突问题，也限于篇幅未及述说。这篇短文只是抛出话题，期待有识君子献出大作。



第三届“东方大律师”黄亚忠

# 选择律师 追求卓越

■文 | 黄亚忠

岁月匆匆，似水流年。从兼职到专职，执业律师生涯已有 30 年。当选第三届“东方大律师”，与其说是对我律师执业 30 年的一次考核，毋宁说是向我提出了律师执业的更高要求和期待。当然，我更乐意将执业心得、感悟与更多的律师同仁分享。

## 选择：无怨无悔

1980 年 9 月，我有幸成为华东政法学院复校后的第二届本科学子。进入中西合璧、如诗亦画的圣约翰大学校园，我们便与法结缘。我酷爱法学，可以把课外作业写成论文公开发表。大三时，我担任团支部书记，在上海《青年报》开设“青年法律之友信箱”，为全国各地青年提供法律咨询，这或许是我与法律咨询职业结缘的雏型。四年大学，我连年获评“三好学生”，还入了党。

1984 年毕业时华政以品学兼优之名让我留校任教。大学教授是我仰慕的职业，为弥补司法实践不足，教学之余我和其他青年教师一起兼职从事律师工作。

上个世纪 80 年代律师制度刚恢复，律师职业颇受尊重，我们代理的许多案件均获成功，慕名而来的当事人更是络绎不绝。教研室时常成为我的当事人接待室；我在学校授课，有当事人已在教室外等候。

留校三年，我是忙碌的，也是充实的。我担任教研室负责人主持编写教材、课题研究，讲授法学专业课程，兼职律师工作更是成果累累，但法学教学与律师工作的专兼职冲突也日渐显现，授课、教研与出庭、谈判时常出现冲突。

1987 年，市政府发文鼓励市区干部支持郊区建设，崇明县的领导希望我去工作。我义无反顾，毅然决定放弃大学教师职业，回家乡崇明，而且不当公务员，就做律师。消息传出，不少人为我惋惜，校系领导更是以职称、住房等条件再三挽留，在我同意将户籍、粮油等关系留在学校并答应适时重返学校执教的承诺下，我成了华政留校教师中“下海”当律师的第一人。



黄亚忠

上海市律师协会理事、上海市申江律师事务所主任；  
全国律师行业创优争先活动先进个人；  
上海市劳动模范；  
上海市律师职业道德标兵；  
上海市优秀律师；  
第三届东方大律师。

## 执业：精益求精

从事自己热爱的职业，是人生一大的幸事。30 年的律师路，有鲜花、掌声，也不乏泥泞、坎坷，但我始终热爱律师职业，认准“精益求精办精品案件，专心致志做一流律师”目标，尽心做好每一件法律事务。

1999 年，原国资委控股的 Y 上市公司的部分股权转让给国家某部委下属的 H 公司。H 公司成为控股股东后，违背承诺、转移资产、管理混乱，国有资产严重流失。我受政府的委派带领律师团队，调查取证、研判案情、论证方案，以 H 公司构成虚假出资和欺诈行为，分别提起

股权转让无效之诉和虚假出资控告。历经5个月的诉讼、仲裁和侦查等多种法律程序，我以特别授权代表身份，全程参与，在国家部委和市政府的协调下，H公司最终返还Y公司原控股股东国资委逾亿元股权，有效地避免了国有资产的重大损失，Y公司重新恢复了正常的发展。

2011年，城桥新城某地块挂牌出让，B、J两家房产企业以人民币10亿余元联合竞买成交。B、J公司在支付定金人民币2亿余元后即拒绝支付余款，导致该地块开发建设中止，被拆迁人难于按约安置。为避免国家财产的重大损失和社会群体性矛盾，我接受规划和土地管理局委托后，就出让合同的违约责任、定金的处置等一揽子解决方案向县政府出具了书面法律意见，并多次组织、主持法律谈判，先行与B、J公司达成解除出让合同协议和土地移交书。政府在未返还2亿余元定金的前提下顺利收回已出让的土地，并再次将该地块进行出让和开发建设。B、J公司向市二中院提起诉讼，要求返还合同定金2亿余元及赔偿损失近千万元。在长达4年多的

中、高院一、二审诉讼中，B、J公司先后延聘著名法学家江平等北京五位法学专家出具《北京法学专家论证意见书》和上海五位法学专家出具《上海法学专家论证意见书》，确认规土局出让合同条款违反法律，应当返还定金。我带领律师团队仔细论证研究、调查取证，据理力争。最终，中、高院一、二审判决均支持规土局意见，驳回B、JÆ公司全部诉讼请求，为市、县土地出让和财政收入净增2亿多元，也成为国有建设用地出让合同纠纷和国内标的最大的定金合同纠纷的成功案例。

## 追求：至诚至真

告别大学讲台回到家乡崇明专职从事律师工作已近30年。在市区，我有不少长期合作的法律顾问单位和业务，但缘于对家乡的偏爱，我的主要精力和大部分时间还是在崇明。家乡情结是首位，但更主要的还是崇明的需要需要律师，崇明的老百姓更需要优秀律师。

当年回崇明当律师，有报效家乡的念想、有补强法学教授司法实践短版的考量、有去基层锻炼才干的渴望，但确实没有在崇明干几十年律师的长期准备。毕竟大都市的律师与郊区律师还存在着诸多差异。上个世纪90年代，我就在市区购置了办公用房和住房，报考复旦研究生、参加国际律师培训中心学习、赴美国威斯康辛大学法学院研修和律师事务所见习。我虽有数次去市区工作的心动，但至今多次婉拒了离开崇明去市区执业、执教、做公务员的安排。

我多次被选送参加市、县党校的中青年干部、高级专家培训学习，组织部门数次考察培养我担任行政机关的领导职务，县委领导还专门做我工作，希望我能放弃律师执业，但我还是婉言谢绝。有时，我会反思，在某种程度上没有把组织的需要作为自己的第一需要。几年前，我把所里一名重点培养了多年的优秀青年律师，主动推荐作为后备干部去乡镇挂职一年，并从律师所副主任提任司法局副局长，也算是我们对组织的一个回报。

时常有人对我长期在崇明做律师不理解，我只能说，选择崇明，就是选择艰苦；选择律师，就是选择奉献。律师不仅应当具有法律人应有的职业使命感，更应具有强烈的社会责任感。为了体现人民律师为人民的宗



2000年，参加上海优秀青年律师送法进社区活动，右一为作者



出席第八次全国律师代表大会

旨，我带领党员律师开展与农村老党员的结对帮困活动；组织律师开展“送法下乡”、“送法进社区”、“送法进课堂”；上街进行法律咨询、下乡开设法制讲座。我担任消费者保护委员会委员，义务参与协调消费者权益保护工作；担任侨联法律服务团团长，免费为全县侨胞侨眷宣讲法律、解答法律咨询。2011年9月，我在市、县总工会的支持下以个名义成立了崇明首家“劳动模范工作室”，义务为全县广大劳模、下岗职工和外来务工人员提供法律咨询。

我曾当选县人大代表、人大常委和内务司法委员会副主任，连续几届担任县政协委员、政协常委，多次获得优秀政协委员、优秀提案的荣誉。我借助律师工作面向全社会服务的优势，就民生、法治、律师提出不少议案、提案。3年前，我以政协委员和市律协崇明工作委员会主任的名义向全体律师征集政协提案时，不少律师提出政府应重视发挥律师作用。我撰写了《关于推进县政府法律顾问工作的建议》，政协领导和提案审查委员会十分重视，将委员提案作为政协社会法制委员会集体提案。县政府主要领导高度关注，作为重点提案，并在短时间内成立县政府法律顾问团。去年“两会”，为改善律

师执业环境，我就改进看守所工作提出建议。县政府分管领导亲自督办，县公安局就公安部关于律师会见室只配置电脑不配置打印机的规定专门请示市公安局，全部采纳相关建议，并对全市看守所工作起到推动作用。

1999年，作为市委、市政府信访志愿律师，我率先在崇明参与周四县长信访接待，并延续至今。我作为县信访稳定工作联席会议的成员，应邀参加县委、县政府、县政法委、信访办、维稳办等定期举行的信访稳定工作例会，担任县信访复查复核委员会委员，参与大量核查终结的论证，出具法律意见书，作为听证员参与听证，把远多于承办律师业务的时间和精力，投身于开展律师参与化解社会矛盾工作，成功调处解决了大量涉法信访纠纷和群体性矛盾，获得了市司法局授予的化解调解社会矛盾先进律师和司法行政三等功荣誉，受到了时任市委书记俞正声和市长韩正等领导的会见。

在从事繁忙的律师实务之余，我坚持法学理论研究，关注依法治国实践，积极参与司法改革。去年4月，中央政治局委员、政法委书记孟建柱带领周强院长、曹建明检察长、吴爱英部长等领导在上海调研，我应邀出席法学家与律师代表座谈会，并结合律师工作实际就司法体制改革进行交流发言，得到了中央领导的称赞。

## 结语

30年来，我扎根崇明，奉献家乡，用青春兑现着自己的诺言，用热血实现着自己的价值，获得了上海市劳动模范、东方大律师、律师标兵、优秀律师和崇明县首届平安英雄、建设功臣、优秀党务工作者、优秀人才贡献奖、优秀拔尖人才、领军人才和两次司法行政三等功等30多项荣誉。荣誉属于过去，更是一种激励和鞭策，我将继续前行，执着追求！

## 宝山区律师的发展与思考

# 厚积薄发 融合发展

■图文 | 宝山区律工委

宝山区律师作为上海市律师业的重要组成部分,在律师规模、业务拓展、事务所管理等各方面都获得了长足的发展。宝山区律师与其他区县律师相比,既有共性又有着宝山区律师独特的发展历程。

### 2 宝钢建设再次促进了本市律师与来沪律师的融合发展

目前的宝山律师队伍中,有约35%的律师是从建设宝钢的建设单位转行或因宝钢建设而来到宝山,以及因有亲属在宝钢而来宝山工作的,他们主要擅长工程建设施工方面的法律服务。在相互学习的过程中,工程建设施工方面的法律服务与宝山本地新兴的房地产、公司等方面的法律服务相互交流、学习,促进了宝山区律师的业务综合发展,一方面新加入的律师成为宝山律师队伍中的重要力量,另一方面宝山的本土律师在为宝钢服务的过程中也成长出一批有工程建设施工业务专长的律师。

### 1 区县合并促进了宝山律师、市区律师和郊县律师的融合发展

宝山区是上海市第一个由区县合并而设立的区,上世纪80年代末,在撤销原吴淞区和原宝山县的基础上设立了宝山区。当时的原吴淞区主要以市属的工业为主,而原宝山县还基本属于农村经济。原吴淞区仅有沪北律师事务所,其人员来源和服务范围都是市级工业企业。

原宝山县仅有银星律师事务所一家,其人员来源和服务范围都是农村地区和乡镇企业。当年两家之间的业务范围很少交集也缺乏交流。区县合并后,在同一个司法局的领导下,业务、人员的交流逐渐增多,擅长为工业企业及街道社区居民服务的律师与擅长为农村地区及村镇农民服务的律师得到融合。

### 3 宝山的地理位置有利于宝山与三岛地区律师的融合

宝山位于长江入海口南岸,黄浦江入长江的西岸,是吴淞江、黄浦江和长江的交汇口,是崇明、长兴、横沙三岛及南通、启东、海门一带进入上海市的入口。在地域文化上,三岛及南通、启东等地也与宝山相近,尤其是长兴、横沙两岛原隶属宝山县,故原籍是这些地区的律师在宝山执业也有相当的比例,鉴于这些地区的人口、经济向上海导入的首选地也是宝山,故这部分律师具有得天独厚的地缘交叉优势。在长期的执业中,两个区域律

师取长补短、相互学习，业务范围、专业性不断提高，涌现了一批上海乃至全国优秀律师，同时吸引了外地事务所到宝山开设分所，进一步提高了宝山区事务所管理水平与规模化发展。

## 4 区政府扶持政策“孵化”一批优秀律师及行业负责人

宝山区有全上海独有的区财政补贴外省市来宝山工作青年律师优秀人才租房租金补贴政策，目前正享受该项补贴的青年律师 20 人，每人每年 36000 元，促进了外省市优秀青年律师来宝山执业。目前的宝山律师队伍年龄结构如下：

年龄段	男律师	占全体律师 %	女律师	占全体律师 %	男女比例	占全体律师 %	合计人数
60 岁以上	42	11.35%	9	2.43%	1:0.21	13.78%	51
50-60 岁	33	8.92%	8	2.16%	1:0.24	11.08%	41
40-50 岁	63	17.03%	20	5.41%	1:0.32	22.43%	83
30-40 岁	33	8.92%	8	2.16%	1:0.24	11.08%	41
30 岁以下	70	18.92%	66	17.84%	1:0.94	36.76%	136
合计	243	65.68%	127	34.32%	1:0.52	100%	370

从表中可见，50 岁以下律师是宝山律师的主流；享受该项补贴的青年律师占青年律师的比例较高，由此可以发现宝山区律师呈现年轻化的发展趋势。

多年来，宝山区不断吸引外区律师、外地律师到宝山的律师事务所执业，良好的执业氛围以及司法局领导乃至区政府领导的关心和帮助，使得这些律师很快便与本区律师融合，并逐步共同成长为宝山律师的中坚力量。从首届上海市优秀青年律师到上海市优秀女律师、上海市优秀律师，乃至两届上海市律师协会副会长、一届上海市律师协会监事长，宝山律师为上海律师业的发展作出了积极的贡献。

## 5 宝山区律师在处理区内突发重大社会事件方面发挥重要作用

近年来，宝山区发生了多起突发社会重大事件，宝山的律师对处理事件发挥了重要作用。宝山区第一、二



宝山区律师正为迎接新机遇不断积累力量

届的各十名平安英雄中都有律师。在处理突发事件时，宝山律师在律工委组织下，作为一个整体参与，而不是一个所一个律师，有统一的法律研判，组织分工。如“6·22”枪案，律师组织七个小组，二十多名各所律师开展工作；“8·31”氨气泄漏案，律工委组织三十多名律师，统一编为十五个小组开展工作，而工作的原则、定性都经统一研判，尤其是“8·31”事件，律工委在事件发生次日下午便出具两份书面法律研判意见供领导决策时参考。在处理多次急难的突发事件中，宝山的各所律师通力合作、不分彼此，加强了文化的融合。

## 6 宝山律师面临着新的机遇与挑战

宝山区的十三五规划已经制定，宝山的邮轮经济，吴淞老工业区的转型，南大地区的改造，宝钢产业转型等等正在启动，所有这些项目需要律师的参与。同时，随着全国律师工作会议的召开，包括宝山区律师在内的上海律师业再次迎来了发展的春天。宝山区律师在自身快速发展的同时，也需要再次引进国内一流乃至国际有名的律所和律师，实现宝山区律师更进一步的融合发展。

机遇与挑战并存。宝山区律师将一如既往地不断前行、不断发展、不断超越，并将在上海四个中心建设、上海自贸区建设以及宝山区域经济、政治、文化建设中发挥独特的作用。

中伦的“秘密”——

## 用务实、低调的坚守走出一片天地

■文 | 北京中伦（上海）律师事务所

“中伦”一词源于《论语》里“言中伦，行中理，天下顺矣”，意指“合乎伦理规范，遵守与践行法律是律师及律师事务所理应承担的责任”，而中伦律师事务所最初以“中伦”命名，便是为了彰显事务所及律师要承担的那份责任。在业务层面，“中伦”意味着律师所做的一切应合乎法律，并需符合律师职业的伦理道德。中伦一直在最严格的标准上要求所有专业人员遵守律师职业道德。从为人的层面，“中伦”也意味着谨守良知，遵守公德。中伦提倡对客户的高度负责，我们怀着感恩之心为我们的客户提供服务；中伦强调团队合作，中伦珍视奉献精神，我们相信任何奉献实际上最终都会获得回报。“中伦”亦传递出中伦人一贯的中规中矩、低调不张扬和谨慎的处事态度。坚韧的根部是长大长高的基础，对于中伦而言，事务所的价值观和执业理念是它发展的根本。

1999年12月，在中国对外开放的前沿阵地上海，诞生了一家并不起眼的北京律所驻沪分所——北京市中伦（上海）律师事务所（下称“中伦”）。中伦经过数年的发展，让这棵幼苗成长为参天大树，目前已成为中国规模最大的综合性律师事务所之一，能为客户的商业活动提供全面的法律支持，服务多元化、专业化、国际化等各方面都走在了本市同行业的前列。

中伦的业务从初建之时仅涉及三四个专业领域，到如今基本涵盖了包括传统行业和最新兴起具前瞻性和潜力的金融及资本市场领域在内的主要法律服务领域，中伦没有安于“背靠大树好乘凉”的优势而不思进取，而是凭借自身的能力，力求乘风破浪。目前中伦的主要业务领域包括了房地产，资本市场 / 证券，私募股权与投资基金，公司 / 外商直接投资，收购兼并，银行与金融，争议解决，知识产权，建设工程与基础设施，反垄





只有具有强烈的责任心，才可能赢得客户的信任；  
只有具有合作精神，才可能调动事务所最好资源出色  
完成客户的委托；只有拥有奉献精神，才可能不断提  
升事务所这个大家庭的整体知识财富和服务水准。

断与竞争法，WTO/ 国际贸易，海外投资，劳动法，税法与财富规划，资产证券与金融产品，破产重整与清算，酒店 / 旅游开发与管理，信息技术、电信、传媒与娱乐，合规 / 反腐败，环境保护、能源与自然资源，海事海商等。所划分的 21 个专业领域充实国际顶尖人才、逐步壮大规模，发展与巩固越来越多的专业优势，以先强后大的战略稳扎稳打地发展，成为具有国际竞争力的大型综合性律师事务所。中伦管理层始终强调责任心、团队协作和奉献精神。只有具有强烈的责任心，才可能赢得客户的信任；只有具有合作精神，才可能调动事务所最好资源出色完成客户的委托；只有拥有奉献精神，才可能不断提升事务所这个大家庭的整体知识财富和服务水准。随着经济社会的不断发展，事务所经办的业务越来越走向高端与专业化，仅凭单个律师的一己之力往往是难以胜任的，这就需要一个团队的支持，团员成员之间紧密配合、取长补短、精诚协作共同完成。客户是衣食父母，客户至上是一切发展的基础。只有客户成功了，事务所的价值才能有所体现，律师才能获得成就感、荣誉和社会地位，可谓律师与客户荣辱与共。为了能更好地为客户服务，中伦从成立之初就清楚地认识到了团队合作是不可或缺的因素，在科学分工基础上的团队合作是对客

户至上原则的保证，不同专业领域的人才通力合作才能让客户在任何一方面都能够在控制客户支出的情况下得到最顶级的服务。中伦在业务发展上也取得了骄人的业绩，获得了《钱伯斯亚太》、《亚洲法律事务》、《亚洲法律与实务》、《中国法律与实务》、《国际金融法律评论》、Practical Law Company 和《国际名人录》等许多国际优秀评级和赞誉。

从成立至今，中伦在人员规模、员工专业素质等各个方面都取得了巨大的进步。如今已经拥有了 55 名合伙人，近 340 名员工。在所有的员工中，专业律师达到 198 名，引进海外归国具有博士硕士学位的人才 117 位。这样的专业人员配置，与事务所的人才配备及战略是分不开的。中伦一直致力于引进法律精英，进行人才储备，同时也为事务所内律师的进修创造条件。在事务所引进的人才中，既有毕业于国内外著名法学院具有博士、硕士学位的律师，也有熟悉中国法律且具有丰富外国法律执业或教学经验的外籍高级顾问。他们中的大多数不但具有法学背景，同时还拥有英语、经济、航运、科技等跨专业知识背景。这为中伦业务水平的提高打下了坚实的人力资源基础。专业化的定期业务培训和内部交流学习机制对于律师事务所发展而言是极其重要的。为提高

律所内律师的知识和执业水平，中伦建立了一套专业律师培训机制。每周五中午开展“中伦法律大讲堂”，由事务所合伙人和资深执业律师轮流主讲，内容包括经典案例分析、律师基本素质要求、律师文书写作、诉讼技巧和策略、律师业务档案等，以及事务所网络、电子邮件管理系统、业务综合管理系统及OFFICE办公软件的应用。这既加强了律师之间的交流，还为青年律师提供了一个良好的向资深律师学习的机会。在学习工作之余，还定期为员工举办生日会、组织各类文艺体育活动，及体检、旅游等沟通交流活动。

作为中伦律师事务所的分所之一，中伦上海与各地其他分所都保持着紧密的合作。中伦各地办公室通过先进的资讯管理系统实行紧密管理、资源共享的一体化运作模式，而多年积累并不断时时更新的资料库可以有力地保证客户分享到中伦的集体智慧。同时，中伦用企业级别的大规模服务器，将各个办公室及执业律师和专业辅助人员的工作紧密联系，实现跨地域的“立案申请”、“利益冲突检索”、“律师工作日志”等的内部网络化管理。律师使用的“业务文档管理”系统，实现业务文档和办公室资讯信息的一体化办公，为防范法律风险、智力成果共享提供了全方位的网络支持。通过资源和信息共享平台的建设，有力保证了中伦律师的工作效率和工作质量。除了整个律所建立先进的资讯管理系统从而实现资源的共享外，由于已经建立起各个分所之间内部快速沟通的先进网络平台，使得律所内部各个律师可以同全所进行及时有效的沟通交流，从而可以快速寻找其所需的处理业务的信息及最佳的团队或律师参与业务案件的合作。由于当今的业务项目或案件越来越具有专业化、复杂化、及时效性强的趋势，因此，单靠某一个人或少数几个人的力量可能已经没有办法处理或者不能以最好的方式处理，因此团队协作已成为律师行业发展的趋势。中伦要求一个团队的律师之间同心协力，共同处理案件，同时对于某些跨业务领域的案件，也鼓



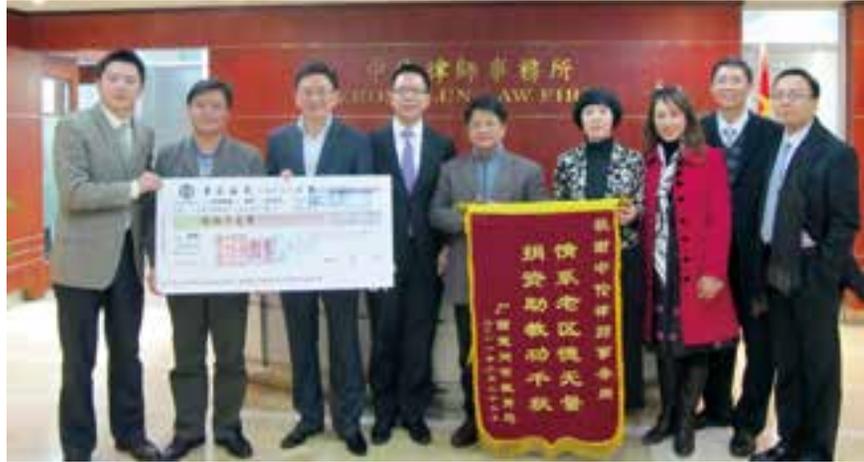
励各个专业领域的律师团队之间相互配合，从而更好地实现提供最优质的专业法律服务的目标。

中伦坚持不断改善自身治理结构，增强整体竞争力，以适应日益激烈的市场竞争。中伦采用了公司化的治理结构，形成了合伙人会议、执委会等多层次民主与高效率行政管理的内部治理结构。大力推进律师执业的专业化发展方向，设立业务特色鲜明、专业分工细致明确的业务部门，鼓励专业律师成为律师同行业中该领域的带头人或专家，鼓励各类专业辅助人员最大限度地为专业律师提供最新的、最完备的辅助服务，最大限度地提高专业律师的工作效率。规章制度的合理建立和有效实施是规范律师执业行为、完善律所内部管理的重要手段，也是律所向规模化稳步发展的重要基石。探索长效管理机制，做到了与制度建设、行风建设、创建文明单位相结合。

中伦自成立之日起，就始终秉持“以一流党建促一流发展”的指导思想，致力于发挥党建工作在团结队伍、凝聚人心、规范执业、理想教育等方面的基础性作用，以此促进律所的健康快速发展。为充分实现党建工作对律所发展的促进作用，中伦从实际工作出发，于2006年提议增设党务助理职位，发挥其全面负责律所内部管理、熟悉律所运作特点、掌握党员队伍情况的优势，扎实推进落实律所党建各项工作，从而利于党建

工作和业务发展的有机结合，党建工作的有力开展带动了律所管理及业务的不断发展。2009年，由于中伦党员总数超过百名，在浦东新区司法局党委的关心支持下成立了党总支，下设5个支部，其中有一个支部是一些已调离但是单位没有建立党组织的同志。为了使这些同志在组织关系上不掉队，仍能感受到组织的关怀和温暖，故专门设立了挂靠同志的支部。2014年7月，成立了浦东新区乃至整个上海律师行业的第二家律所党委。第一届委员会共有7人组成，下设11个支部，目前共有党员192名，团员51名。中伦党委以创建文明单位为重点，围绕“拓展和规范法律服务”这个中心，不断提高律师、员工的思想道德和文化素养，贯彻落实构建社会主义和谐社会理论使党支部成为引导中伦发展的领导核心。中伦在快速发展业务和规模的同时，始终注重党建工作，提出了“党建带队伍，管理促发展”的新工作方向，持续推动事务所健康、持续、快速发展，并在各项工作中充分发挥了党员的先锋模范作用和战斗堡垒作用。

作为一所具有社会责任感的综合性律师事务所，中伦格外珍视社会对自身的育培，同时也十分重视对社会的回馈。事务所专门成立了由11位合伙人组成的公益基金理事会，负责事务所的公益事业。中伦公益基金自设立之日起，合伙人及律师、工作人员就积极捐款，举行了多场公益基金募捐活动，中伦人积极践行着履行社会责任的承诺，为国内律师行业内其他律所同行投身于社会公益与慈善事业做出了卓越的示范。怀着强烈的社会责任感和政治参与感，中伦鼓励律师积极参与各类公益事业。中伦亦积极为无经济保障人士和其他弱势群体提供法律援助和经济支持，诸如捐建希望小学，参与浦东新区法律援助中心，与浦东新区金杨敬老院签订了“结对”服务协议，与浦东新区陆家嘴街道福山、光辉



居民区党总支签订法律服务进社区共建协议书，法律义务咨询活动，安排律师准时前往耐心解答所有法律咨询，特别对弱势群体给予积极帮助，积极参与每月陆家嘴地铁站的交通文明志愿者服务活动，出勤率100%。同时，中伦为应届大学毕业生或研究生提供社会实践活动场所，安排复旦大学、华东政法学院及交通大学等学校的法律系学生来所实习。中伦与华东政法大学、复旦大学和交通大学设立了中伦奖学金，每年向这三所学校发放奖学金以支持教育事业的发展，奖励品学兼优的在校大学生。秉承中伦精神，将大爱辐射人间，在做律师、做业务的同时，以自己的方式为社会献出一点爱心，也为事务所的发展积聚一点力量。

“大鹏一日同风起，扶摇直上九万里”，中伦如展翅的大鹏直飞冲天。曾经的稚嫩已如初春的白雪渐渐融化，留下一番美景与沁人心脾的清新淡雅；十六年，用包容承接

天地精华，吸收万物灵气，已然从含苞待放成长为姹紫嫣红；十六年，恪守己任，严谨治业，纵然柔情万种也要铁面训事。中伦用务实、低调的坚守走出了自己的一片天地。

北京市中伦（上海）律师事务所获2011—2015年度“上海市优秀律师事务所”称号，并获同年度“上海市十佳律师事务所”称号。

**“大鹏一日同风起，扶摇直上九万里”，中伦如展翅的大鹏直飞冲天。曾经的稚嫩已如初春的白雪渐渐融化，留下一番美景与沁人心脾的清新淡雅；十六年，用包容承接天地精华，吸收万物灵气，已然从含苞待放成长为姹紫嫣红；十六年，恪守己任，严谨治业，纵然柔情万种也要铁面训事。**

## 国家发改委暂缓下调油价当被告 依法行政，该如何解读

■文 | 山俊 整理

本期主持：

张鹏峰 上海市律协行政法业务研究委员会主任  
上海中夏旭律师事务所主任

嘉宾：

何 渊 法学博士，上海交通大学凯原法学院副教授  
上海市法学会行政法研究会秘书长

吴荣良 上海市律协能源资源与环境业务研究委员会主任  
上海市金茂律师事务所合伙人

曹竹平 上海市律协行政法业务研究委员会委员  
上海市尔立律师事务所合伙人

根据相关规定，2015年12月15日，本应是国家发改委对成品油价格的调整之日，但其宣称要暂缓调整，随后，华东政法大学的一个学生向法院起诉，认为国家发改委不作为。2016年1月13日，国家发改委又修改出台了新的《石油价格管理办法》，设定成品油价格调控下限，并对此前未下调的国内成品油价格做了些许的下调。本文根据2016年1月25日举行的法律咖吧活动内容整理而成。

**■ 张鹏峰：**

非常感谢三位法律同行的参与。2015年12月15日，国家发改委暂缓调低成品油油价的行为，应当如何评价？对华政学生起诉发改委行政不作为一事，大家又是怎样看的？先请竹平从消费者的角度或者是从原告的角度来谈谈你的看法，然后请荣良从国家发改委角度或被告角度谈谈。

**■ 曹竹平：**

我也注意到这个问题，就是说2015年12月15日应当对国内成品油价格进行调价，并且消费价的调整。因为发改委自己制定的调价办法里就有规定：一是国内价格总水平没有出现显著的上涨，二是没有重大的突发事件，三是国际油价在短时间里面也没有发生剧烈的波动，那么在这种环境的预期下，大家是认为按照发改委以往的惯例，它应当在12月15日下调这个价格，但是在那一天发改委并没有下调，也没有做出不予下调的任何行政形式上的这样一个决定，至少在它的官网上是没有搜到这样的一个决定。

那么我个人的看法，对于消费者而言这很显然是应当得到的实惠没有得到，那么作为一个法律人，我们觉得这个事件从法律上来评价的话，我觉得发改委在12月15日不予调

整油价是一个典型的违法的不作为。其实这个很简单，规章里面授予发改委具有这样的行为职权，它应当在条件成就的时候行使。

行政机关的行政职权不是公民权利，可以选择行使，它应当是充分行使，特别是对于老百姓、消费者能够带来利益的，我们现在讲利益行政、福利行政的这种情况下，它更加应当去充分行使它调价的职权，降低油价。现在它在条件成就的时候不予调价，就是没有充分行使它的行政职权，甚至也没有给出比较令人信服的官方说明，那么我觉得它的这个不作为应该是属于一个违法的不作为。

**■ 吴荣良：**

我注意到媒体上引用了国家发改委的有关人士讲暂缓成品油调价，但在其官方网站上我们没有看到它这次暂缓调价的正式决定或通知，也没有看到官方的说法究竟为什么不调，这是有些令人遗憾的。

在媒体所引用国家发改委暂缓调价的理由中，这次暂缓调整的原因是希望发挥成品油价格的杠杆作用，促进资源节约，减少机动车的排放，治理大气污染。关于资源节约及大气污染，我相信每个人都已经深有感触。特别在冬季、春





张鹏峰 律师

季现在的雾霾天非常严重，不仅北京，上海也经常有雾霾天。据专家分析，大气污染除了工业生产的排放因素之外，机动车的尾气排放对雾霾等大气污染的“贡献”不可小看。

就国家发改委的职能上来讲，它一方面有成品油价格管理职能，同时，节能减排，特别是节能这一块也是国家发改委的法定职责。因此，我个人觉得，也许国家发改委觉得现在是一个很好的时机来平衡节能减排与成品油价格管理。

我国是石油进口和消费大国，数据显示2010年时我国的石油对外依存度为30%左右，2014年上升到57%，到2015年已经60%。一方面是国内的产量不够，要依赖国外，

所以这也是为什么我们现在的价格跟国际接轨。另外，从能源节约与环境治理这个角度，既然现有研究明确表明它跟能源的大量消耗，特别是机动车排放有一些直接的关联，我想作为发改委既管理成品油价格的，同时它又是负责能源管理的这样一个政府部门来说，它要做一个决定可能是要两方面做些兼顾和权衡，所以在这些意义上讲，也是能够理解发改委为什么会做出一个暂缓的决定。

另外我们也注意到，在12月15日的这个新闻说，国家发改委正在研究新的成品油定价机制。在2016年的1月13日，我们看到国家发改委新的定价机制出来了，国家发改委发布了关于进一步完善成品油价格形成机制有关问题的通知。该通知设定了成品油价格调控下限，下限水平定为每桶40美元，即当国内成品油价格挂靠的国际市场原油价格低于每桶40美元时，国内成品油价格不再下调，同时也规定建立油价调控风险准备金。所以从政府行政决策的角度，国家发改委利用差不多一个月的时间，针对现在国际原油的整体价格走势，最后做出一个定价机制的调整。政府做决策，包括对原决策进行必要调整，也确实需要一定的时间，在这些意义上讲也不难理解国家发改委12月15日的这个暂缓调整的决定。



■ 张鹏峰：

何教授，我也注意到，一是国家发改委所违背的是自己出台的规范性文件；二是新办法在去年年底没有出，到了今年的1月13日才出台，感觉暂缓调价是国家发改委在为出台新的管理办法做准备。但新办法出台后，变化也只是“地板价”的问题，那么此前的暂缓调价行为是否合适，请您从学者的角度作出评价？

■ 何渊：

我认为，这个案件不管是对国家发改委，还是对老百姓来说都是一个非常遗憾的事情，是一个双输的案件。就吴律师刚才提到的改变石油定价机制的背景，我觉得，国家发改委依然应当从严格依法行政的角度来做，即仍然按惯例进行价格调整，只有当修正后的行政规范性文件正式生效以后，国家发改委才能采取暂缓价格调整的行政措施。这时，国家发改委再暂缓调价的话，其行为具有法律依据，也不会说产生前面这些弊端，更不会老百姓起诉。我觉得，这个双输局面的出现，跟我们行政机关对法治的傲慢态度有关。

在这个案件当中，我认为，国家发改委的行为是一个违法行政不作为。它违法行政不作为产生的一个原因是自己的先行行为，即通过《石油价格调整办法（试行）》承诺，根据国际市场原油价格变化每10个工作日调整一次。国家发改委通过制定行政规范性文件这样一个先行行为给自己设置了一个新的义务。

行政承诺跟这个还不太一样，因为行政承诺主要是针对特定的行政相对人。

■ 张鹏峰：

国务院有文件要求国家发改委有义务出台石油价格管理办法，所以国家发改委不是自我设限，而是国务院要求必须做的。

■ 何渊：

因为它是从通过一种规范性文件方式给它自己设置，不管哪一种方式，都给自己设了一个新的义务。

■ 曹竹平：

我们国家的原油价格、石油价格到现在连规章都没有。



何渊 副教授

■ 何渊：

国家发改委自己的先行行为带来了更为严格的法律义务，那么，如果它在十个工作日内没有做出价格调整，这就构成一个违法的不作为行为。这个案件的第一个遗憾是，面对这样一个明显而重大的违法不作为，现行法律框架并没有提供一种严格的内部监督机制。第二个遗憾是针对一般的开车一族来说，可得的财产利益实际上受损了，但是却没有任何一种行之有效的法律救济途径。总体而言，该案是一个双输的局面。

但是，既然国家发改委自己承诺了比法律更高的自我约束要求，那么就应当按照自己的承诺来作为。

■ 曹竹平：

之所以反响那么大，我觉得还是形成了惯例了，所以老百姓预期的这个东西说好要降低的，以前都是这种情况降价的，你居然没有降价，所以还是在行政惯例的影响下，然后市场反应比较大。

■ 张鹏峰：

而且国际原油涨价的时候，发改委跟得挺紧的，油价降的时候却两次暂缓调价了。

■ 何渊：

对，最主要一个原因，我觉得还是对国家发改委缺乏有效的法律监督机制。对一个行政机关来说，它优先考虑的应该是是否符合“依法行政”的基本要求，是否符合社会大众的根本利益。这一点我觉得非常重要，尤其在我党把“依法治国”上升到国家战略的背景下。



曹竹平 律师

## ■ 张鹏峰：

那么这就引申出了另外一个问题，即华东政法学子向法院递交起诉状，状告发改委不作为，要求履行职责。这就引出了一个前面大家已经提到的问题，就是当国家发改委应当作为而不作为的时候，现有法律有没有合法的救济途径？如果有，怎样救济？如果没有，怎么完善？

## ■ 曹竹平：

我是华政校友，所以我在微信上、网络上看到这个消息的时候我还是比较震惊的。如果真的要诉讼，那就谈到了法条和诉讼技术上的问题，这个案子在目前按照网络披露的案情及起诉方式上来看，我觉得是很难成功的，为什么？首先，我们刚才讲到这个是一个不作为，第二个，我个人觉得是一个抽象的不作为，它没有去做出一个调价的决定，那么我觉得这是一个抽象的不作为。是不是符合行政诉讼法的涉案范围，这是值得研究的问题——即使新行政诉讼法已经不对行政行为做具体和抽象的区分。

还有一个就是起诉的条件，起诉条件里面也要求是原告与被告的行为有法律上的利害关系的。学生的合法权益和发改委的行政不作为之间，法律上的利害关系应当如何去衔接，这个可能是一个诉讼技术上的问题，我觉得是不是可以从消费者的角度出发，比如，根据降价的价格我只需付 180 块，那么现在没有调价，我仍然是需要付 200 块，那么这种情况下，我的法律利益上看上去是受到了侵害，这种情况下我是不是能够起诉呢？那么在这种情况下我起诉，我是不是还要求国家赔偿我这 20 块的差价呢？这些问题其实我只是很不成熟的想法。我觉得目前按照他们的起诉方

法上来说，法院可能会不予受理，或者受理之后是裁定驳回，没有办法进入到实体的审理。

## ■ 张鹏峰：

这就涉及到行政诉讼法修改以后原告适格问题、被告适格问题和起诉需要具备的其他法定条件。这种不作为是不是侵犯原告的合法权益，怎么有效地连接起来，甚至还有是不是复议前置的问题，甚至还有对于行政不作为是否需要先行申请才可起诉的一系列法律问题。那么何教授如何看待这些问题呢？

## ■ 何渊：

《行政诉讼法》第二条明确指出，认为行政机关和行政机关工作人员侵犯其合法权益的可以提起行政诉讼的。第二十五条说得很明确，必须是行政行为的相对人或者其他与行政行为有利害关系的，才有权提起行政诉讼。所以，我们的行政诉讼总体而言，是主观诉讼。但是，《行政诉讼法》第十二条的第二款其实还开了个口子，即人民法院可以受理法律、法规规定可以提请诉讼的其它行政案件。这类诉讼大致属于客观诉讼类型，最典型的是政府信息公开案件。

回到这个案件本身，只能在主观诉讼的框架之下来讨论，所以我们要讨论所谓的法律上的“利害关系”。通过对已有的司法案例的整理，我认为，法律上的“利害关系”的构成要件大致包括三方面：一是行政行为所侵犯或影响的权益必须具有法律依据或者应当并可能得到司法的保护；二是行政行为对合法权益的侵害已经发生或者必然发生；三是原告合法权益的受侵害与被告行政行为具有直接的因果关系。

从上述构成要件来看，我认为，华政学子与国家发改委的暂缓调价的行为并不具有法律上的“利害关系”。由于缺乏利益，华政学子并不是适格的原告。况且，国家发改委的暂缓调价行为是否是抽象行政行为，也有待于进一步探讨的。

那这个问题怎么来解决呢？我倒是有一种方法，刚才



吴律师提到，国家发改委的内部人士说暂缓调价的原因，是为了减少雾霾、减少环境污染。那我的新思路是通过政府信息公开案件的方式来解决，通过向国家发改委申请公开“暂缓调价跟雾霾之间关系”的政府信息，一旦存在国家发改委答复“政府信息不存在”、不予答复或者答复程序违法的等情形，则再向法院直接提起政府信息公开之诉。

我认为，这可能是在现行的主观行政诉讼的框架之唯一可行的救济途径。其实，政府信息公开路径是一个非常好的一种权利救济方式，既可以起到监督行政机关的法律效果，也能有效地保障老百姓的诉权。其社会效果非常好。

#### ■ 吴荣良：

2015年5月1日实施的新修改的《行政诉讼法》，不再将行政行为区分位抽象行政行为和具体行政行为，拓展了行政行为的可诉范围。但是并非所有的行政行为都可诉。《行政诉讼法》第十二条规定了可以提起行政诉讼的12种情形，但在第十三条中明确规定法院不予受理的4种情形。其中第二项就叫“行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令”。12月15日国家发改委没有如外界期望的那样发布调价决定，是不是可以理解为国家发改委其实还是做了一个决定的，这是一个不调价的决定，但也是一个决定，而且它这一个应该讲是具有普遍约束力，所以如果说按《行政诉讼法》第十三条来讲，那么对具有普遍约束力的决定或者命令，是不可以起诉的，法院依法

可以不予受理的。

刚才何教授提到的这个观点，让人耳目一新。确实，政府的权力，包括权力的履行政序，必须要在法律规定的框架内进行。习主席也明确讲了要“将权力关进笼子”。依法治国，要求大众和百姓要知法守法，也要求政府更自觉守法。政府机关发布了某个规定，给政府机关也规定了义务，包括有关的程序性规定。但现在说由于某个原因（尽管可能不无道理），说我政府机关就不履行了，这个显然也是没有做到依法行政。所以政府权力需要制约，权利也需要一定的救济途径。救济途径有两种，一种是来自于政府机关内部的，包括它的上级机关对它的一些制约，另外一种就是要允许行政相对人，也就是公众有权利救济的途径，包括行政复议、行政诉讼等，无论是针对权力的滥用，还是针对权力的不作为。

所以刚刚何教授讲到的一个好点子，通过政府信息公开，然后对于政府信息公开的这个内容或者是对它里面某些东西不符法律的规定，再提起行政诉讼，这样也依然可以达到行使权力监督的作用。如果说通过政府信息公开，确实是它内部一定是做了一个暂缓调价的决定，还可以要求公开做出这个决定的依据是什么。申请人如果对这个依据不满意，再去提起行政复议和行政诉讼，这样行使权利救济，可能会更有效果。

#### ■ 张鹏峰：

有一个问题需要探讨，国家部委和省级政府作出的行为一定都是命令和决定吗？如果按这个理解的话，那就是凡是国家部委或省级政府所作出的行为一定不可诉。因此，是不是《行政诉讼法》关于“具有普遍约束力的命令和决定”的规定要有一个明确的解释，它的范围到底有多大？

#### ■ 何渊：

这个条款其实说的是抽象行政行为，既包括行政规范性文件，也包括部门规章。但不包括中央部委的具体行政行为，如中央部委做出一个行政处罚决定，就不能适用这个条款。



吴荣良 律师

## ■ 张鹏峰：

“具有普遍约束力的决定、命令”的范围多大？不能“部委决定是一个筐，什么都往里装”，那会有很大的问题，这是第一个需要探讨的。第二个是前面提到的问题，就是作出的调价行为即便是一种具有普遍约束力的决定或者命令，那么如果不作为调价行为怎么办？难道要求作出调价行为是一种抽象行为吗？也是不具有可诉性？

## ■ 曹竹平：

它不调价、不做决定也是错的，哪怕你不调价的话，程序上来说，你也应该是报请国务院批准之后，发回来你还是要做决定并公布的。

## ■ 何渊：

对于中央部委的行政行为，老百姓以前很少通过司法程序的方式去监督，去纠正。华政学子的起诉从法律技术上可能存在缺陷，但是实践意义却非常重大。通过诉讼，可以让国家发改委等中央部委认识到“依法行政”的重要意义。

## ■ 张鹏峰：

从新的《行政诉讼法》来看，原来的立案审查制改为立案登记制，放低立案门槛以后，就不全部拒之门外。所以，有可能法院直接不予受理，另外一种就是受理以后驳回起诉，这也是一种程序审查，就像曹律师所说的，可能连庭都不会开就结束了。

## ■ 吴荣良：

在程序方面，国家发改委在 2013 年关于成品油价格调控的程序中，讲到说在国内价格总水平出现逐渐显著上涨或是发生重大突发事件，以及国际市场油价短时内出现剧烈波动等特殊情形需对成品油价格进行调控时，需要依法采取临时调控措施时，由国家发改委向国务院提出，得到国务院批准之后可以暂停、延迟调价，或缩小调价幅度。这次国家发改委暂缓调价比较遗憾的是什么呢？就是前面

讲的，第一是我们没有在官方网站上看到 12 月 15 日有这么一个正式文件，第二是，国家发改委也没有以任何方式来告诉公众说它有没有履行了报国务院批准这个程序，如果已经履行了这个程序，那就应该明确告诉大众，这也是法治政府的应有之义。

## ■ 曹竹平：

这个其实就牵扯到法定程序和正当程序的问题，其实它调价调还是不调做出这样的一个行政决策，它的程序应该是非常多，不仅仅是报国务院这一部分，从开始研究到最后上报，到最后批准之后如何公布，那么这个并没有法定程序。那么我觉得在这种情况下应该有正当程序原则的引入。你报不报老百姓无所谓，哪怕你报请批准这是内部程序，你可以不公开，但是如果你对于社会公众的话，正当程序就是应该你告诉大家你报了，并且我要做出书面的或者网站上我这次不调价的理由是什么，甚至我要主动的公开我不调价的原因是我有哪一个报告，大家可以去检索这里面空气污染的确是不调价可以治理，一定程度上的治理空气污染，这个是一个正当程序。也就是行政机关在做出行政决策之前，要遵守的从行政伦理上来说，最基本的这样一个行政程序。

## ■ 何渊：

对在“依法治国”国家战略的下，除了要求老百姓遵守法律之意外，更为重要的是，政府机关，尤其是中央部委，得带头遵守宪法和法律，严格依法行政。就本案而言，国家发改委应当依照《石油价格调整办法（试行）》的要求，切实履行报请国务院同意的法定程序，至于暂缓调价理由是否成立那是另外一回事。

## ■ 张鹏峰：

我觉得里面有这样一个问题存在，发改委已经预见到可能要冲破到 40 美元以下了，从趋向来看短期国际油价一直是往下走的。那么当这个新办法出来以后，再逆向往上提到地板价 40 美元则难度会更大，所以我觉得发改委可能会有这样的一个考虑，与其从 30 几美元逆向上涨到未来法定地板保护价 40 美元，还不如缓一缓往低调价，待新政策出台以后再调不迟，相对而言，这样操作无论外界压力或影响可能更小一点，发改委是在两害相权取其轻。

## ■ 吴荣良：

我想再补充一点，就是关于成品油的调价机制，最早实际上是 2009 年发布的，当初的规定是说，当国际市场原油连续 22 个工作日移动平均价格变化超过 4% 时，可相应调整国内成品油价格。2013 年 3 月修改成根据国际市场原

油价格变化每 10 个工作日调整一次，4% 的限值也取消了。国家发改委关于成品油调价机制文件制定的依据是什么？其实管理办法第一条明确说明了，根据的是国发〔2008〕37 号文，即《国务院关于实施成品油价格和税费改革的通知》。这可以理解成是其上位法。因此发改委的这个文件，以及随后的调价及不调价决定，其实是国家发改委在履行国务院规定的职责。

我注意到在国务院 2008 的这个文件中，非常明确地强调说，“成品油定价既要反映国际市场石油价格变化和企业生产成本，又要考虑国内市场供求关系；既要反映石油资源稀缺程度，促进资源节约和环境保护，又要兼顾社会各方面承受能力”。所以在这个意义上讲，国家发改委的初衷我觉得应该也是可以理解的，确实它一方面要考虑社会承受能力，另外一个就是国务院对它的要求，要促进资源节约和环境保护。所以就它这次暂缓调整的决定来讲，可能它确实在这两方面做权衡，但是在形式和程序上确实有令人遗憾之处。



## ■ 何渊：

国家发改委暂缓调价的初衷也许是好的，但是既然自己的行政规范性文件明确规定了“说明义务”和“批准程序”，那么国家发改委必须履行这些义务，必须要让老百姓感受到“法律的权威和尊严”。

## ■ 曹竹平：

这个公信力一定是，而且形成了行政惯例，我觉得这个已经是很明显的行政惯例，所以才一石激起千层浪嘛！并且2015年调了十五次，九次下调都是按照这个来调的。

## ■ 张鹏峰：

调整成品油价是不是行政惯例，我觉得需要探讨，因为石油价格管理本身是国务院要求国家发改委必须这么做，国家发改委也因此制定了这样一个文件说我一定要这么做，所以这已经不是一个行政惯例。行政惯例一般是不成文的，但它已经成文了。而且国务院对国家发改委有着特别的要求，国家发改委自身也应要求设定了义务，这是国家机关自我的一种约束，更是责任和义务。所以我觉得这个是不适合当作惯例来看待的。大家需要探讨的最后一个问题，就是官员的法治思维问题及对行政机关行政权力的制约问题。

## ■ 何渊：

“依法治国”、“依法行政”等法治理念有待于进一步在我国生根发芽。尤其对于各级党政领导来说，法治思维是不可或缺的。切实解决转型社会中疑难问题和“短板”问题固然重要，但必须在“依法行政”的法制框架下进行，“法律工具主义”千万要不得。“改革不突破宪法和法律的强制性规定”应当是我们不可动摇的底线思维。

## ■ 吴荣良：

对，所以我的观点是说，尽管发改委考虑问题的出发点本身来讲也许有情可原，但是它，包括其他政府部门，也必须要严格遵守法律法规规章和规范性文件的要求，而且应是主动地去履行这些规定。依法治国，需要政府机关带头

行动。

再延伸一下，比如说自贸区的有些创新和改革举措，会突破原有法律的一些规定。2013年上海自贸区成立时，全国人大常委会专门通过了关于授权国务院在上海自贸区内暂时调整有关法律规定的行政审批的决定。这就是很好的依法治国的实际例子。试想，如果没有人大的授权，所谓的“突破法律规定”，其实就是违法。但是通过事先修法或者获得特别授权的法定程序，就完全合法了。这其实也是在维护法律的严肃性和权威，也是法律面前人人平等的体现。

## ■ 曹竹平：

说到法律放在最重要位置，我觉得还有接下来要考虑的一个问题，就是监督。对行政机关执法的监督问题刚才我们讲的就是社会监督或者外部监督，我觉得其实我们的内部监督的体制或者立法结构是非常好的，包括我们宪法中全国人大的违宪审查制度，我觉得这是很多台湾学者都羡慕的。但是我们的这种内部监督机制在有些时候却没有发挥应该有的监督作用。

第二个像何教授所讲我们国家行政诉讼还是主观诉讼为多的情况下，很多案子是不能诉的，但是并不能说不能诉的案子行政机关就绝对合法。这个时候，如果是我们的内部监督机制能够有效地运转起来，我觉得是比外部监督更有用、更有效。

## ■ 张鹏峰：

国务院提出成品油价要择机市场化，就是说希望成品油价是要市场化的。但鉴于种种客观情况，目前市场化条件还不成熟，现阶段我国成品油价仍然是由发改委在用政府定价的方式来做，发改委的行为涉及到公权力如何行使，那么对公权力的制约和监督是非常重要的问题，刚才大家都提到了社会监督、舆论监督，甚至以诉讼方式进行监督，当然也有行政机关内部监督、人大监督等，相信随着法治中国的理念更深入，各种监督方式必将更好的发挥作用，像我们今天这样的讨论会越来越来少。感谢大家参与！

香港大律师之窗

# 境外公司、香港公司及破产法

## (二) 何时行使有关管辖权

——资不抵债，及保障债权人利益（上）

■文 | 香港德辅大律师事务所

上次的文章指出香港法院主要可以在两种情况下就一所公司作出清盘令，其中包括（一）当公司出现资不抵债的情况，并需要保障债权人的利益；及（二）当公司股东之间存在不可解决的争议，例如其中一名股东指称有关公司业务的处理已对他造成不公平的损害。本文将继续探讨香港跨境公司及破产法，并主要开始谈论以上第一种情况。



王鸣峰 / 博士 资深大律师  
香港大律师公会中国业务发展  
委员会主席、上海通力律师事  
务所法律顾问



刘祉仁 / 大律师  
香港大律师公会新晋大律师委  
员会委员、上海宏仑宇君律师  
事务所法律顾问



陆栩然 / 大律师  
香港大律师公会中国业务发展  
委员会委员、上海汉盛律师事  
务所法律顾问

首先，作者再次援引有关例子，以作清楚解释。A 公司在开曼群岛注册成立，并在香港上市。债权人 C 是 A 公司的债权人。A 公司无力清偿其债务，而债权人 C 想针对 A 公司提出清盘呈请。问题是，香港法院是否会对 A 公司颁发清盘令？

在这个情况下，通常有两种可行方法。

第一个方式是在开曼群岛申请清盘令，然后，如有必要，援引香港法院的固有管辖权，通过申请特定的救济或承认境外清盘人的权力的方式，寻求香港法院的协助 (Re Irish Shipping Ltd [1985] HKLR 437)。当 (a) 适用的外国实体法与当地的破产法大致相似，并且 (b) 当地法律提供所寻求的特定救济时，可以采取这一方式。

第二个方式是在香港依据《清盘条例》第 327 条申请一个单独的清盘令。如果非注册公司正在其注册国进行清算，在香港进行的清算一般会被视为是附属于注册国的清算。这是因为，法院的命令会规定清盘人的职责为取回香港境内的资产、列出香港债权人名单，并将该等资产和名单发给主要清盘人，使其可以宣布和支付分红 (Re Pioneer Iron And Steel Group Co Ltd HCCW 322/2010 (6 March 2013, unrep.) at [30])。

第一个方式是由债权人 C 在开曼群岛大法院申请针对 A 公司的清盘令，然后，如有必要，在开曼群岛被委任的清盘人可来港申请承认他的权力。

在香港的法律框架下并不存在一个承认或协助境外清盘人的机制。过去境外清盘人希望在香港担任清盘人，必须在本地清盘程序中获得委任。然而，此一情况最近在夏利士法官审理的 Re Joint Official Liquidators of A Co v B [2014] 4 HKLRD 374 一案中被改变。该案确认了香港法院可行使其固有管辖权承认或协助境外清盘人。

一般情况下，支持境外清盘程序的承认或救济都是由境外清盘人提出申请的。在实践中，境外清盘人

会向该清盘法律与香港相似的外国法院申请一份请求书，请求书项下的命令为在香港破产制度下清盘人或临时清盘人有权申请的该等命令。请求书将向香港法院提交。

在决定是否承认或协助境外清盘人时，香港法院会考虑两个因素：(一) 境外清盘法律与本地清盘法律是否大致相似。这是因为相关的协助必须符合本地法律和本地公共政策；(二) 本地法律是否能提供境外清盘人所寻求的救济 / 承认。法院只能在其法定和普通法职权范围内行事。

境外清盘人向本地法院寻求承认或救济，包括以下原因：

a. 归还资产至境外主要清盘地点：境外清盘程序不能自动对境外公司的本地资产产生影响，因此境外清盘人需要向本地法院寻求承认或救济 (Joint Official Liquidators of A Co v B [2014] 4 HKLRD 374 at [6])。

b. 取得银行及审计师的合作 (同上, [4]-[5])。

c. 取得口头或书面证据 (Joint Official Liquidators of A Co v B [2014] 4 HKLRD 374)。

尽管香港法院愿意尊重外国法院并为境外清盘程序提供协助，其行使权力是有限制的，其中之一就是所寻求的救济必须是香港法律允许提供的。一个典型案例是 The Joint Administrators Of African Minerals Ltd (In Administration) v. Madison Pacific Trust Ltd [2015] 4 HKC 215。非洲矿业有限公司 (“非洲矿业”) 于 1986 年 3 月 26 日在加拿大注册成立，继而于 2004 年 1 月 6 日在百慕大注册。非洲矿业是一家矿产勘探和开发公司，在西非塞拉利昂拥有大量铁矿石的权益。这些权益通过其全资拥有的四家百慕达公司持有。非洲矿业质押了其在两家百慕大公司的股份，以获得贷款。

在 2014 年非洲矿业遭遇财政困难，原因据称和铁矿石价格在国际市场下跌和塞拉利昂的埃博拉疫情有关。2015 年 3 月 26 日，伦敦高等法院为非洲矿业指定

了共同管理人。根据英国 1986 年破产法附表 B1 第 43 (2) 条，在一定期限内债权人不得针对非洲矿业申请监管令。第 43 (2) 条规定，“如没有 (a) 管理人的同意，或 (b) 法院的许可，债权人不得采取任何行动强制执行对公司资产的担保债权。”

2015 年 4 月 13 日，伦敦法院应申请向香港法院发出请求书，其中一项要求答辩人在英国法院决定 1986 年破产法附表 B1 第 43(2) 条是否有域外法律效力之前，如没有 (a) 申请人的同意或 (b) 英国高等法院的许可，不得采取任何行动强制执行其担保债权，其目的是防止债权人强制执行其针对非洲矿业持有的两家百慕达公司股份的股权质押。

香港法院拒绝接纳请求书。公司法庭主理法官夏利士法官提出的理由主要包括 (一) 香港法律制度下并没有和英国管理制度相应的法例、普通法或衡平法，赋予法院下令暂时禁止债权人强制执行担保的权力。法院特别强调，债权人是担保债权人，有权行使其担保物权；及 (二) 一家香港公司或其清盘人，只能在有限的情况下申请和本案清盘人寻求的该等命令有类似效力的命令。如果债务人能证明强制执行会不当损害债务人在衡平法下的赎回权，则其可以申请暂时禁止强制执行。另外，若公司在无力清偿发生后重新取得偿还债务的能力，而强制执行担保会造成不公，也可以提出申请。根据上述理由提出的申请是以申请禁制令的方式进行，申请人须证明其有良好且可驳辩的理据，并且满足颁发禁制令的一般条件，比如承诺赔偿被申请人损失。然而，非洲矿业的申请并非基于这些理据。

另一方面，法院在普通法下拥有一定权力，其灵活性不应被低估。虽然法院的法定权力由相关法条文规定 (而这些条例不能类推适用于境外清盘程序)，但法院在普通法下的权力本质上更灵活，更有可能进一步发展。

在 *Singularis Holdings Ltd v PricewaterhouseCoopers* [2015] B.C.C. 66 一案中，枢密院承认这方面的普通法权

力有进一步发展的空间：“这些权力有什么限制？如果没有相关的法定权力，这些权力则源自普通法，包括普通法任何适当的发展。至于普通法应该发展到什么程度以承认相应的权力，此一问题并没有单一的、普遍适用的答案。这取决于法院被要求行使的权力的本质。”

在这方面，在 *Singularis* 一案中，枢密院承认了一种新的普通法下协助境外清盘程序的权力：命令一方以口头或文件形式提供境外清盘程序所必要的该等资料。但是，此一权力有几个限制：第一，只有行使外国法院破产管辖权的该等职员或同等的公职人员有权要求协助；其次，这些权力不能超出该等人员在其司法管辖区可享有的权力；第三，命令只适用于境外清盘人履行职责时所必须的讯息；第四，所申请的命令必须符合提供协助的法院所在地的实体法律和本地公共政策；第五，作出命令的前提是申请人愿意支付第三方的合理费用。

综上所述，有关承认或协助境外清盘人的法律原则可总结如下：“经改良的普遍主义”构成普通法的一部分；在普通法下，境外清盘人可获得一定协助，尤其包括将资产归还境外清盘程序及中止针对债务人资产提起的本地程序；普通法也可提供其他形式的协助，这方面的普通法法律原则有进一步发展的空间；但是，在任何情况下，该等权力将受到本地实体法和本地公共政策限制，而这些权力亦不能超出境外清盘人在其司法管辖区可享有的权力。

下期将继续探讨如何保障债务人利益，包括如何运用以上提及到的第二种方式，即根据《清盘条例》第 327 条申请独立的清盘令，并将引述终审法院最近在《镛记案》所颁下的判决。

## 路人甲又何妨

■文 | 张逸瑞

时光总是如同白驹过隙，每一个初出茅庐的律师新手，从通过司法考试到领实习律师证再到转正，曾经的漫漫长路在不经意间成为身后的回忆。入行至今，我所从事的都是非诉业务，一直记得实习律师转正面试的时候，老师让我描述一下非诉律师的主要工作内容，话题很小，却又很大。往简单了讲，就是 paper factory，往复杂了讲就要结合每个交易、每份意见书的具体内容才能说得清了。

不是不会略带厌倦，每当需要将法律意见书整成类似于八股文式的时候；不是不会偶尔神游，每当谈判会议桌上的诸位开始争论具体的交易数字的时候，而自己可能是最不关心的一位；不是不会重新审视，每当意识到对于一笔笔交易、一场场大戏，自己似乎永远只能是路人甲。

除却工作性质的本身，代际间的冲突也在不断拷问着我们。和每一个“某某后”一样，身为 85 后的我，也总是会乐于给自己贴上一些与众不同的标签，比如，不会如 70 后一般整天把“格调”挂在嘴边，心底最终试图追寻的往往是最触不可及的那些人那些物，亦不会如 90 后一般，情绪化、极端。再如，与 80 后中的 85 前相比，站在唯美理想与拜金主义交替年份之后的我们，更懂得个性的张扬。

然而，再多的个性标签，一旦放到工作的环境中，或多或少会变得有些尴尬。非诉律师的职场中，60 后、70 后毫无疑问依然是主力，这是需要以“83 版射雕”、甚至“上海滩”作为密码方能彼此相认的一代，循序渐进的节奏、坚韧的个性、对于服从的坚持、对于“磨练”的深信不疑……非诉业务所需要具备的细心、专注、对于时间和精力投入的毫不吝啬，都让这一代对于掌控这个职场的话语权有着更多的底气。



张逸瑞 律师  
北京市金杜律师事务所上海分所

就是这样看似跑龙套的非诉业务，也许确是世上少数只要舍得付出时间和精力一般都不大容易失败的事业之一，并且奇妙之处在于，它的门槛虽低，却又触不可及，最简单的事往往是最难的。

而我们这些所谓的 85 后们，成长中经历的是整个中国社会节奏的变化，这一头，来不及感受的重金属摇滚瞬间转变成了 R&B，几年的时间，那间躲着父母偷偷穿梭其中的网吧本身可能都已经完全不见；那一方，421 的家庭结构在我们身上打下了深深的烙印，高关注度所带来的自我中心主义往往使得我们对于自己研究后得出的结论有着高度的自信，面对 60 后、70 后的质询甚至有可能带有一定先入为主的抵触情绪。但与此同时，与微博、微信、知乎并存的我们，对于从熟人交流、实体交流到虚拟交互的转换，有着更多的认知和熟稔，现代传媒体系的运用、大数据时代更多信息的掌握，对于始终与经济挂钩、业务类型始终与时俱进的非诉业务而言，作用不容小觑。不忍舍旧与唯恐失新的矛盾，往往更是

加重了路人甲的即视感。

然而，就是这样看似跑龙套的非诉业务，也许确是世上少数只要舍得付出时间和精力一般都不大容易失败的事业之一，并且奇妙之处在于，它的门槛虽低，却又遥不可及，这最简单的事往往是最难的。至于那道门槛，说到底，我理解为是真诚。是否真诚在非诉业务中有多么的显而易见，是一个不容辩驳的话题。如果真诚，对待每一个交易，哪怕类型上都叫 M&A，也会立即注意到每一个交易的特点，例如涉及的证照、再如分期付款在国有产权交易中的特殊性、甚至交易双方的心态差别；如果真诚，面对客户冗长的问题，哪怕只是最基本的概念，例如分红是否必须按照股权比例，心生的不会是不耐，而是从容；如果真诚，从汽车工业到互联网医疗，面对一个个全新的领域，不会有丝毫没有上过手的畏惧，而是面对未知世界的热情高涨……不是对于即使在假日也要随时关注邮箱没有怨言，只是，总有那么几次，喝了一些小酒，合伙人说最为有意思的莫过于看着一个又一个的童鞋，从一开始的不知所措、懵懵懂懂甚至偶尔的用力过猛，变成了兵来将挡水来土掩的淡定；总有那么几次，一笔交易终于交割，月明星稀的夜晚，哪怕是出差在外，也开始满心开阔……

写这篇文章的时候，从邮箱里翻出自己的第一份意见书，资深律师一片鲜红的修改记录分外醒目，却也分外亲切。不知道从什么时候起，如果不把所有带有关键字的法条全部穷尽就一定会忐忑不安；不知道从什么时候起，睡前不刷一下邮箱会辗转反侧；不知道从什么时候起，看见全角括号就会觉得心下不爽；不知道从什么时候起，对于只是通过电话问出来而没有完整法律依据的结论会不甚满意；也不知道从什么时候起，“我理解”“请确认”慢慢演化为生活中的常用语……

也许终有一天，我们开始怀念那些自己的法律意见书被资深律师、合伙人修改得面目全非的时光；也许终有一天，我们会部分地继承我们曾经觉得遥远的 60 后、70 后，然后被 00 后、10 后认为难以沟通；也许终有一天，我们习惯于在每场交易里担当配角，paper factory 日复一日的流水化程序也会我们完全定了形。然而，只有



当这个时候，我们或许才能理解玛格丽特·米德在《代沟》一书中所写的老一代内心的独白，“你应该明白，在这个世界上我曾年轻过，而你却未老过”；只有当这个时候，在面对诸如如果不做非诉律师会做什么这样的问题，我们才不用懊恼想不出答案，而是不假思索地告诉自己，不管在每个交易项下的戏份有多少，哪怕只是一秒钟的镜头，一份交易文件的准备，至少在这一秒钟内，所有人都会记住我们；也只有当这个时候，我们才会理解，遗忘本就是生命的常规，即使是再红的主角在看戏人的心中往往也只会是路人甲，庆幸的是，这样正是一份职业，让我们遇到了良师，学会了真诚，受益了终身。所以，路人甲，又何妨？

## 中外合作办学的法律框架与前景展望

■文 | 许江晖 刘松

中外合作办学是中国教育领域中的重要组成部分。随着我国教育国际合作与交流的快速发展及日益深化，中外合作办学不仅成为了中国引入先进教育资源、中国教育走向国际化的标志，亦为中国教育注入了新的办学模式和办学力量。在其发展的十余年中，从中外合作办学出现初期对教育自主权的激烈争论，到因境内合作办学机构和项目发展过快而引发的反思和重新规划，从若干年前中国教育部恢复了中断了数年之久的中外合作办学审批工作，到近年来开展的对现有中外合作办学的评估和重新审查，中外合作办学经历了从争议到热捧再回归理性的过程。



许江晖 律师（左图）

上海胡光律师事务所律师，业务领域为公司法律事务及并购、人事与劳动。为上海市律协外事委员会委员、上海市律协青年律师工作委员会委员、上海市律协教育体育业务委员会委员、上海市科学技术协会法律咨询委员会律师团成员。



刘松 律师（右图）

上海胡光律师事务所律师，业务领域为公司法律事务、外商直接投资。

由于实践中在大学层面的中外合作办学较多，本文将围绕大学层面的中外合作办学，重点介绍中外合作办学涉及的基本法律框架，中外合作办学运作和管理中的问题和争议，以及有待法律法规进一步规范明确的地方。

### 一、中外合作办学概述

中外合作办学是指中国教育机构和外国教育机构在中国境内合作举办以中国公民为主要招生对象的教育教学活动。中外合作办学属于公益性事业，其核心是引进国外优质教育资源，中外合作双方应在办学条件、教育教学、管理等方面开展实质性合作。符合法律要求的中外合作办学应具备以下几个特点：

- 举办教育活动的主体必须为具有法人资格的中国教育机构与外国教育机构；
- 办学的形式是合作办学，而非外国教育机构在中国境内单独办学，或者中外教育机构合资办学；
- 主要招生对象为中国公民并且实施教育教学活动的地点主要在中国境内；
- 举办的教育活动不是实施义务教育或军事、警察、政治等具有特殊性质的教育。

## 二、中外合作办学的具体形式

按教育活动的內容来分类，中外合作举办的教育活动可以分为中外合作办学和中外合作职业技能培训两大部分；从办学形式的角度来划分，又可以分为中外合作办学机构/职业技能培训机构（“合作机构”）和中外合作办学项目/职业技能培训项目（“合作项目”）。其中合作机构是指中外教育机构以在中国境内设立机构的形式来合作进行教育活动或职业技能培训；合作项目则是中外教育机构不设立特定的机构，而是以合同的方式进行合作开展教育教学或职业技能培训活动。

合作机构又可以细分为具有独立法人资格的中外合作办学机构，例如宁波诺丁汉大学和上海纽约大学；以及不具有独立法人资格的中外合作办学机构，例如上海大学悉尼工商学院等。

中外合作办学机构和项目由教育部门主管，中外合作职业技能培训机构和项目则由劳动保障行政部门负责审批管理。审批机关对依法批准设立或举办的机构和项目分别颁发机构“办学许可证”或项目“办学批准书”。

## 三、中外合作办学的设立

### 合作机构

实施本科或以上教育，并颁发学历和学位的中外合作办学机构，必须先向拟设立机构所在地的省级教育部门提出审批，由省级教育部门对其进行评估并出具意见，然后再由教育部根据教育部组织的专家组的评议意见进行审核；对于实施专科教育或者非学历高等教育的中外合作办学机构则直接由拟设立机构所在地的省级教育部门进行审批。而中外合作职业技能培训机构则由拟设立机构所在地的省级劳动保障行政部门审批。

如果中外双方暂时未能达到设置合作机构条件，可以先申请筹备设立。法律规定在筹备设立期间，中外合作办学机构应主要开展筹备工作，不得进行招生。在获得筹备设立批准书之日起三年之内，中外合作办学机构应向审批机关提出正式设立的应用。

### 合作项目

与此类似，实施本科或以上教育，并颁发学历和学位的中外合作办学项目必须先向拟设立项目所在地的省级教育部门提出审批，再由教育部根据教育部组织的专家组的评议意见进行审核。其他类型的中外合作办学项目则直接由拟设立项目所在地的省级教育部门进行审批，并报教育部进行备案登记。中外合作职业技能培训项目则由项目所在地的省级劳动保障行政部门进行审批。

实践中设立审批的申请均由中国教育机构负责向有关部门提出。申请应于每年3月或9月通过教育部门的网络平台进行文件递交。

## 四、中外合作办学的投入与管理

中外合作办学者可以用资金、实物、土地使用权、知识产权以及其他财产作为办学投入。但是，一般情况下，中外合作办学者的知识产权投入不得超过各自办学投入的三分之一。以知识产权作为办学投入的，中外合作双方应按照公平合理的原则协商确定知识产权的价值，或者通过有资质的评估机构进行评估。

中外合作办学机构在取得中外合作办学许可证后，应依照有关的法律、行政法规进行登记，包括向民政部门进行民办非企业单位登记及向外汇管理部门进行外汇登记等。

中外合作办学机构应设立理事会、董事会或联合管理委员会作为其管理机构，人数应在五人以上，其中中方人数不得少于二分之一。中外合作办学机构一方委派理事长、董事长或者联合管理委员会主任，另一方委派副理事长、副董事长或者副主任。具有法人资格的中外合作办学机构还应设立法定代表人，由中外双方通过协商在理事长、董事长或校长中确定。三分之一以上的上述理事会、董事会或联合管理委员会的组成人员应当具有5年以上教育、教学经验。

中外合作办学机构的校长或主要行政负责人的人选通常是双方经常产生争议的领域之一。《中华人民共



和《中外合作办学条例》规定，中外合作办学机构的校长必须具有中国国籍并在中国境内定居且受制于审批机关的核准。因此，外籍人员可以担任中外合作办学机构的法定代表人，但不能担任校长或主要行政负责人。

## 五、中外合作办学的招生与收费

中外合作办学机构应当依法建立财务会计制度，中外合作办学项目则应在学校财务账户内设立合作办学项目专项对学费进行管理。合作机构和合作项目的收费应按照机构或项目所在地物价部门颁布的标准执行，并需要向物价部门办理收费许可证。

实践中，有些中外机构双方对合作机构或合作项目的投入很高，物价部门规定的收费标准显得过低，因此有些中外合作办学机构或项目会通过其他名目来向学生收取费用，这很可能受到教育部门和物价部门查处。

## 六、中外合作办学的“双校园”办学模式

全日制高等学校在举办中外合作办学项目时，可以采取跨国、分阶段完成学业的“双校园”模式。例如，

某中外合作办学本科项目使用“3+1”模式，即在中国境内（一般在中国教育机构校园内）学习三年，之后前往中国境外（一般在外国教育机构校园内）学习一年。同样的，实践中还有本科“2+2”模式等。

但是，实施“双校园”模式必须是在引进外国教育资源的基础上。原因在于中外合作办学的目的之一是为了更好地将优质国外教育资源引入中国。为此，教育部门特别做出了量化规定，要求中外合作办学中外教育机构的课程和专业核心课程应当占中外合作办学项目全部课程和核心课程的三分之一以上，外国教育机构教师教授的专业核心课程门数和教学时数应占办学项目全部课程和全部教学时数的三分之一以上。

近些年来，对于“双校园”模式的审批，教育部门显得越发谨慎。实践中教育部门几乎不再审批“2+2”模

近些年来，对于“双校园”模式的审批，教育部门显得越发谨慎。实践中教育部门几乎不再审批“2+2”模式的本科项目；而对于“3+1”模式的本科项目审批，教育部门也显得十分慎重。

式的本科项目；而对于“3+1”模式的本科项目审批，教育部门也显得十分慎重。与此相比，教育部门更加鼓励“4+0”模式的本科项目，意在强调“引入”国外优质教育资源这一初衷。

有些中国高校开办国外大学预科性质的课程，有的甚至只是纯粹的语言培训，外国大学并不参与在中国的教学活动。中外双方通过签订学分互认协议，使参加课程学习的学生能有机会转到外国大学继续学习，并在完成学业之后在境外获得外国大学的学位。这一类的教学活动不符合中国教育部对中外合作办学的要求，也无益于中国教育的发展和优质教育资源的引进，因此不属于中外合作办学，教育部门也明文规定不支持此类教育活动的开展。

## 七、中外合作办学的营利和合理回报

根据《中华人民共和国中外合作办学条例》规定，中外合作办学是中国教育事业的组成部分，属于公益事业，因此中外合作办学的性质是非营利性的。但是为了促进中外合作办学的发展和鼓励中外办学积极开展合作办学，中国政府允许中外办学取得一定的合理回报。但是，该种回报并不属于投资性回报，并且合理回报的取得需要满足一定的前提条件。

同时，笔者注意到新修订的《中华人民共和国教育法》中首次明确“支持学校及其他教育机构引进优质教育资源，依法开展中外合作办学，发展国际教育服务，培养国际化人才”；亦允许营利性民办学校的存在，不再要求“任何组织和个人不得以营利为目的举办学校及其他教育机构”，而仅要求“以财政性经费、捐赠资产举办或者参与举办的学校及其他教育机构不得设立为营利性组织”。新修订的《中华人民共和国高等教育法》亦明确删除了设立高等学校“不得以营利为目的”的规定。上述法律修订是否会触发教育部门对《中外合作办学条例》及相关规章、政策的修订，不再强制要求中外合作办学必须具有非营利性的性质而是区分营利性与非营利性中外合作办学并辅以不同的政策指向，笔者将持续关注。

根据《中华人民共和国中外合作办学条例》规定，中外合作办学是中国教育事业的组成部分，属于公益事业，因此中外合作办学的性质是非营利性的。

## 八、中外合作办学的学费分配

与营利和合理回报相关联的一个问题，就是中外合作办学者是否能够直接对收取的学费进行分配。答案是否定的。中外合作办学者不能将取得合理回报等同于分配学费。

中外合作办学机构收取的学费应该用于教育教学活动，提高办学水平和质量，而合理回报是在办学结余之中按一定比例进行提取，提取完合理回报后剩余的办学结余仍应继续用于中外合作办学机构的教育教学活动。

## 九、中外合作办学的税收缴纳

就所得税而言，在中国，公立学校的经费是由财政拨款，其收入也是纳入国家财政的，因此公立学校在中国基本不需要纳税。民办学校则与公立学校不同，具体可分为两种情况：不要求取得合理回报的民办学校可以享受与公立学校一样的税收待遇，即不需要纳税；对于中外合作办学者要求取得合理回报的，由相关部门制定税收政策，但至今一直未有明确的规定出台。实践中，地方税务部门已开始加强对中外合作办学者从合作办学机构中取得回报以及从中外合作办学项目取得办学成本补偿的税收管理，尤其是通过加强与外汇管理部门的沟通和协作，从外汇渠道来监管外国教育机构取得合理回报的情况。

## 十、中外合作办学的终止机制

中外合作办学机构及项目应当在发生下列情形时终止：根据中外合作办学双方的一致意见或章程之约定而终止，并经审批机关批准；或中外合作办学的许可证

或批准书被吊销；或因资不抵债而无法继续办学，并经审批机关批准。

在因任何原因导致中外合作办学终止时，中外合作办学双方应制定已录取学生的安置方案并上报审批机关。教育部门原则上要求中外合作办学双方确保已录取学生不受中外合作办学终止之影响，可以继续按照相关培养方案及教育教学计划完成学业，并在符合毕业条件的情况下，获得中外合作办学双方或一方的毕业证书、学位证书。

## 十一、中外合作办学的前景展望

近年来，教育部门对于新设中外合作办学中已经饱和或者过剩的专业设置在审批时显得十分谨慎，例如商科、管理学科等一些重复办学问题突出的专业学科很难获得教育部门的批准。除上述考量之外，教育部门在审批中外合作办学时亦会考虑地区差异，对中西部地区的中外合作办学给予政策倾斜。

此外，教育部门对已经设立并开展教学活动的中外合作办学的监管趋于常态化并愈发注重中外合作办学的质量，其具体体现在近年教育部门开展的对现有中外合作办学机构和项目的质量评估上。根据质量评估结果，教育部门可能要求任何不合格的机构或项目进行整改，若情况严重，则可能要求该机构或项目停止招生或停止

办学活动。

教育部门特别“关注”外国教育机构“连锁店”办学情况。在实践中，若某一外国教育机构已经在中国境内开展了2个以上中外合作办学机构或5个以上中外合作办学项目，则该外国教育机构应就新申报的任何机构和项目提供排他性保证材料或提供其实质性输入机构、项目教育资源的支持性材料。

各地教育部门更是在教育部原则性规定的基础上，普遍细化了中外合作办学申报的要求。以江苏省为例，江苏省教育厅要求新设立的具有独立法人资格的中外合作办学机构的中方原则上为985工程、211工程重点建设高校，外方为世界一流大学；新设立的不具有法人资格中外合作办学机构的中方原则上为985工程、211工程重点建设高校，外方原则上应为世界排名前200位的大学或学科专业排名世界前100位的高校；而新设立的中外合作办学项目的外方须为同层次具有相对优质教育资源的高校。在实践中，由于上述要求的措辞有一定的释义空间，因此留给了中外合作办学者一定的灵活度。此外，江苏省教育厅还要求同一外国教育机构在江苏省内的中方合作院校不得超过两所，且合作专业不得重复；而中方教育机构一个专业职能与一个外方教育机构开展合作。



# 奥运仲裁实务研究及法理探析

## ——索契冬奥会案例研究

■文 | 吴炜

国际体育仲裁院 (CAS) 是世界最高体育争议解决机构, 自 1984 年成立以来, 受案量逐年增长。通过高质量、高效率的裁决, CAS 在解决国际体育争议方面作用显著, 声望日渐提升。1996 年, 国际体育仲裁理事会 (ICAS) 创设了 CAS 临时仲裁庭 (CAS ad hoc), 进驻亚特兰大奥运会, 其任务是对奥运会期间发生的体育争议在 24 小时内作出裁决。自此, 在之后的 9 届夏季及冬季奥运会中, CAS 都派驻临时仲裁庭。在具体的仲裁实务中, CAS 临时仲裁庭的工作方式、裁决的案件类型、案件中所包含的法理及体育特殊性, 是本文所介绍和探讨的主题, 希望能够对国内体育争议解决机制及案例法的建立及完善起到理论积累及实践推动作用。



吴炜

国际体育仲裁院 (CAS) 仲裁员、2014 索契冬奥会 CAS 临时仲裁庭仲裁员、上海市律师协会教育体育业务研究委员会主任、上海邦信阳中建中汇律师事务所合伙人

### 一、CAS 临时仲裁庭总体介绍

#### (一) 临时仲裁庭的组成及案件综述

1. 自 1996 亚特兰大夏奥会至 2014 索契冬奥会, CAS 共向奥运会派驻 10 次临时仲裁庭。由于夏奥会与冬奥会在规模、项目数量、参赛运动员数量上的差异, 夏奥会临时仲裁庭由 12 名国际体育仲裁员组成, 冬奥会临时仲裁庭通常由 9 名仲裁员组成。到目前为止, CAS 临时仲裁庭共审理了 80 起发生在奥运会期间的体育争议案件 (见表 1)。

2. CAS 临时仲裁庭审理案件最重要的特性有三: 专业性、迅速性、无偿性。

(1) 专业性: CAS 临时仲裁庭仲裁员大多为 CAS 资深体育仲裁员, 各国法学专家、教授、资深法官、律师等。被选为 CAS 临时仲裁庭成员, 对于 CAS 在册的来自全世界 72 个不同国家的 302 名仲裁员而言, 属于至高荣誉。

(2) 迅速性: 根据《CAS 奥运仲裁规则》第 18 条规定, 在当事人提出申请后, CAS 临时仲裁庭必须在 24 小时内作出裁决。在特殊情况下, 经 CAS 临时仲裁庭主席同意, 可以延长。

(3) 无偿性: 根据《CAS 奥运仲裁规则》第 22 条规定, CAS 临时仲裁庭提供的是无偿的仲裁服务。当事人为案件聘请代理律师、专家、证人、翻译等所发生的

费用,由当事人自行承担。关于律师聘请,索契冬奥会期间,CAS 许可两位俄罗斯籍律师为当事人提供免费法律援助。这两名律师皆在英国或俄罗斯执业多年,具备一流的英语表达能力,材料准备、法庭质证、辩论技巧皆达到很高的水准。在国际体育争议解决程序中,上述素质必不可少,这也对我们国内体育法实务从业人员提出了更高的要求。

表 1 历届奥运会仲裁员及案件数量

奥运会	仲裁员	案件数量
1996亚特兰大	12名	6起
1998长野	6名	6起
2000悉尼	12名	15起
2002盐湖城	9名	7起
2004雅典	12名	10起
2006都灵	9名	8起
2008北京	12名	8起
2010温哥华	12名	4起
2012伦敦	12名	11起
2014索契	9名	5起

3. 案件数量及种类。在 CAS 临时仲裁庭审理过的 80 起奥运会案件中,包含少量兴奋剂案件、部分与比赛本身及比赛结果有关的案件、部分与国籍有关的案件,

以及大量与参赛资格有关的案件。

## (二) 适用法规及管辖权

实践中,CAS 临时仲裁庭在审议案件过程中,首先要审议管辖权及适用法规。

### 1. 管辖权

CAS 临时仲裁庭对奥运仲裁案件的管辖权来源于《奥林匹克宪章》及《CAS 奥运仲裁规则》。2013 版《奥林匹克宪章》第六十一条第二款明确规定:“奥运会期间发生的或者与奥运会有关的一切争议,由国际体育仲裁院根据体育仲裁规则进行排他性管辖。”《CAS 奥运仲裁规则》第一条规定:“本规定,旨在保护运动员的利益及体育运动,根据奥林匹克宪章第六十一条,通过仲裁的形式解决一切争议,并适用于在奥运会期间或奥运会开幕式前 10 天内发生的纠纷,在针对国际奥委会、国家奥委会、国际联合会或者奥运会组委会的裁决向 CAS 临时仲裁庭提起仲裁前,申请人必须根据体育机构的章程及规则穷尽内部救济,除非穷尽内部救济所需时间过长,并导致 CAS 临时仲裁庭失效。”

另外,在过往几届奥运会中,也曾在运动员和各国奥委会签署的奥运会参赛报名表中,对 CAS 临时仲裁庭的管辖权做了明确的规定。例如在都灵冬奥会报名表格中,第七条为“我同意,一切由奥运会引起的、与奥运会有关的,或者在奥运会期间发生的争议,在穷尽本国奥



委会、所在项目的国际单项联合会、(都灵)奥运组委会及国际奥委会内部法律救济的情况下,由国际体育仲裁院排他性管辖,国际体育仲裁院的裁决为最终有效之裁决……CAS的裁决为最终、有效且不可上诉之裁决,我在此放弃通过其他司法机构进行申诉、仲裁、诉讼及其他救济方式的权利。”

在报名表格中确认CAS管辖权仅仅是一种补充形式。即使不签署报名表格,只要符合上述《奥林匹克宪章》及《CAS奥运仲裁规则》中关于管辖权的规定,亦可由CAS管辖。比如,在大量的关于参赛资格的案件中,向CAS提起仲裁的运动员大多未获参赛权,也就没有签署报名表格,但是只要符合上述规定,亦可向CAS或者CAS临时仲裁庭提起仲裁。

在CAS临时仲裁庭判断管辖权的过程中,除了判断案件与奥运会的相关性外,有两个重要问题必须厘清:(1)、是否穷尽内部救济;(2)、案件应属CAS管辖还是属CAS临时仲裁庭管辖。

前者的判断标准主要是审查当前案件(1)运动员所在体育管理机构的相关规定中是否存在内部救济,且内部救济是否穷尽;(2)双方是否放弃内部救济的权利;(3)以及根据实际情况判定内部救济的时间是否与案件的急迫程度相适应或者是否超出了CAS临时仲裁庭的有效期。关于放弃内部救济,在2002年盐湖城冬奥会OG 02/006号案件中,申请人新西兰国家奥委会和被申请人盐湖城冬奥会组委会,在存在内部救济的情况下,双方同意将案件直接提交CAS临时仲裁庭裁决,在这种情况下,CAS临时仲裁庭不再审查内部救济是否穷尽,而直接对案件作出裁决。

后者的判断标准是该案件是否发生在奥运会期间或奥运会正式开幕前10天内。如果案件发生在上述期间,则属于CAS临时仲裁庭的管辖范围,如果超出这一时间范围,则应由CAS管辖。关于如何判断案件发生的时间,则需根据具体案件的实际情况具体判断,在本文第二部分的案例介绍中,笔者将举例详述。

## 2. 适用法规

在适用法规方面,CAS临时仲裁庭主要适用的法规包括《奥林匹克宪章》、《CAS奥运仲裁规则》、涉案

体育项目的相关规则、所在国际体育单项联合会的相关规则、所在国家体育单项联合会相关规则、奥运组委会的相关规定、国家奥委会的相关规定以及其他与该项体育运动有关的规定、案例法等,并使用CAS所在国法律,即瑞士国际私法12章的规定。

## (三) 索契冬奥会CAS临时仲裁庭

索契冬奥会CAS临时仲裁庭由来自中国、美国2人、加拿大、俄罗斯、澳大利亚、瑞士、意大利、法国的9名仲裁员组成,这些仲裁员是各国资深的法官、著名法学院院长、仲裁员及律师,并在体育仲裁领域经验丰富。在具体的仲裁活动中,每起案件的仲裁庭由CAS选择其中三名仲裁员组成。索契冬奥会CAS临时仲裁庭的工作基本集中在索契冬奥会开始后一周内。临时仲裁庭仲裁员在索契享有高于各国国家奥委会主席的待遇,体现了国际奥委会对体育仲裁及法律专业人员的尊重和重视。

CAS临时仲裁庭在索契冬奥会期间共裁决了五起案件,第四、五起案件因案由相同合并审理。其中,前三起案件均与参赛资格有关,第四、五起案件与运动服违规有关。在本文的第二部分笔者将介绍其中一起案件,探讨案件中所蕴含的国际体育仲裁法理。

## 二、奥运仲裁程序及法理研究

案号:OG 14/03

西马瑞·伯克纳(Maria Belen SimariBirkner)诉阿根廷滑雪联合会(FASA)及阿根廷奥委会(COA)

### 1. 案情简介

阿根廷滑雪运动员西马瑞·伯克纳(以下简称:“申请人”)向CAS临时仲裁庭提出申诉,她认为阿根廷滑雪联合会(FASA)及阿根廷奥委会(COA)(以下简称:“被申请人”)对其实施了歧视待遇,并要求CAS责令阿根廷奥委会给予其参加第22届冬奥会高山滑雪及大回转比赛的资格。

笔者与澳大利亚的Annabelle Bennett法官(首席仲裁员),Prof. Brigitte Stern教授(法国)组成了本案的仲裁庭,在24小时内对本案作出了裁决。

## 2. 关于管辖权

CAS 临时仲裁庭首先对本案的管辖权作出裁断。毫无疑问的是本案是关于运动员奥运参赛资格纠纷,因此属于《奥林匹克宪章》第六十一条第二款中明确规定的情况,即:“奥运会期间发生的或者与奥运会有关的一切争议,由国际体育仲裁院根据体育仲裁规则进行排他性的管辖。”

在此基础上,仲裁庭首先审查“是否穷尽内部救济”。

(1) 关于是否存在内部救济。申请人主张,阿根廷奥委会没有内部争议解决机制,因此关于本案并不存在内部救济;被申请人认为阿根廷奥委会有内部救济机构,但是申请人并没有提出申请。

(2) 关于是否放弃内部救济。申请人主张,即使阿根廷奥委会存在内部争议解决机制,申请人仍希望双方放弃内部救济,直接由 CAS 临时仲裁庭作出裁决,以便更快速更有效地解决争议;被申请人对此表示不同意。

(3) 关于内部救济的时间是否超出了 CAS 临时仲裁庭的有效期。申请人认为,离比赛开始只剩下几天时间,如果此时采用内部救济,将超出 CAS 临时仲裁庭的有效期;被申请人对此未发表意见。

关于上述三点,临时仲裁庭当庭要求被申请人提供阿根廷奥委会及阿根廷滑联的章程。被申请人提出需休庭查询,临时仲裁庭遂宣布休庭。被申请人从公开网络上下载了西班牙语章程,提交临时仲裁庭,并指明关于内部救济的相关条款。

临时仲裁庭中精通西班牙语的仲裁员对章程内容进行了当庭核实和审查,其中阿根廷奥委会章程第 56-60 条的确规定了一个上诉程序,内部上诉法庭所做裁决可继续上诉至 CAS。然而,从第 56-60 条的内容来看,上诉法庭的管辖权仅限于针对执行委员会所做处罚进行上诉。而本案中关于参赛资格争议并不在上诉范围之内。阿根廷滑联章程中的相关规定,亦是如此。

据此,CAS 临时仲裁庭认为,阿根廷奥委会和阿根廷滑联的相关规定中“不存在内部救济”。由此,关于以上第(2)点和第(3)点也就无需再讨论。

接着,临时仲裁庭审议争议发生时间是否处于规定



时间内。

根据在本文第一部分中对管辖权的介绍,CAS 临时仲裁庭的管辖权限于:在奥运会期间或者奥运会开幕式前 10 天内发生的纠纷。

基于上述规定,索契冬奥会临时仲裁庭在 2014 年 1 月 28 日,也就是开幕式之前 10 天,才正式生效,在此之前的案件,临时仲裁庭不予管辖。然而,本案中,阿根廷奥委会在 2014 年 1 月 20 日向申请人发出通知,告知其未入选阿根廷代表队。申请人主张其在 1 月 22 日才收到这份通知。临时仲裁庭认为,通知之日即为该争议发生之时,因此,无论是 1 月 20 日还是 22 日,都发生在 1 月 28 日以前,因此,超出了规定的时间范围,CAS 临时仲裁庭对本案无管辖权。

## 3. 关于争议发生时间的判断

根据上述临时仲裁庭管辖权规定,争议发生时间对于临时仲裁庭是否对争议有管辖权起着至关重要的作用。在本案中,西马瑞·伯克纳的律师曾引证了都灵冬奥会 OG 06/002 号舒勒(Schuler)案件的裁决,以证明临时仲裁庭对本案有管辖权。

在舒勒案件中，瑞士奥委会和瑞士滑联在 2006 年 1 月 28 日发布了最终名单，其中不包含舒勒。2006 年 1 月 31 日，舒勒所在俱乐部的主席，代表舒勒致信瑞士奥委会和瑞士滑联询问理由。2 月 1 日，瑞士奥委会和瑞士滑联作出回复，并告知舒勒不能在内部上诉。舒勒于 2006 年 2 月 6 日上诉到 CAS 临时仲裁庭。

2006 年都灵冬奥会开幕式在 2006 年 2 月 10 日举行，开幕式前 10 天内发生的案件在临时仲裁庭管辖权内，也就是说 2006 年 1 月 31 日当天及以后的案件可提交临时仲裁庭审理。舒勒案件的临时仲裁庭认为，争议发生时间应当是舒勒决定上诉并提交上诉申请的时间。

关于舒勒案件可否作为本案在认定争议发生时间时的参考，本案仲裁庭认为：

(1) 首先，舒勒案件中的争议实际上发生在奥运会开幕式前 10 天内。因为瑞士奥委会和瑞士滑联在 2006 年 1 月 28 日发布最终名单后，舒勒方面曾要求瑞士奥委会和瑞士滑联给出书面理由，后者在 2 月 1 日给出了理由，并告知无内部上诉程序。在这种情况下，2006 年 2 月 1 日应当视为争议发生时间，该时间在 1 月 31 日之后，所以舒勒案件发生在规定的时限内，临时仲裁庭有管辖权。

(2) 但是，在本案中，CAS 临时仲裁庭不同意都灵冬奥会 CAS 临时仲裁庭对舒勒案件争议发生时间的认定，即“争议发生时间应当为舒勒决定上诉并提交上诉申请的时间”。关于这一点，本案仲裁庭认为，如果将争议发生时间确定为决定上诉并提交上诉申请的时间，那么任何一名运动员，即使在 1 个月前被排除在奥运参赛名单之外，只要在奥运会开始前 10 天内将案件提交临时仲裁庭，即可获得管辖权。这样以来，将会扩大临时仲裁庭的管辖权，这与 CAS 临时仲裁庭规则不符。

(3) 基于上述分析，本案临时仲裁庭认为，案件发生时间应当为西马瑞·伯克纳收到阿根廷滑联发送的关于裁决的通知之时，而非其向 CAS 临时仲裁庭提起仲裁之时。关于这一点，我们可以看出，CAS 临时仲裁庭并不盲目适用在先的裁决，在必要时可以否定在先裁决中认定的法理，并作出独立判断。

## 5、关于临时仲裁庭对本案的实体判断

尽管无管辖权，CAS 临时仲裁庭仍决定对本案的是非曲直做出裁断。最终结论是，即使临时仲裁庭对本案有管辖权，申请人的主张也无法得到支持，因为其未能证明阿根廷滑雪联合会及阿根廷奥委会在选拔奥运参赛选手时对其实施了歧视待遇。

从程序上，本案应该归属于 CAS 上诉程序管辖，因此临时仲裁庭对实体的判断不具备法律效力，只可以看做是一种法律建议。

## 结语

只有专业的体育仲裁法庭才能在考虑体育特殊性的情况下，公平、公正、高效地解决体育纠纷。而目前国内缺少一个兼具独立性和专业性的体育纠纷解决机构，因此体育纠纷的解决往往缺乏公开性和透明性，也就难以让整个社会满意。

目前，国家体育总局在积极调研和探讨如何建立国内体育仲裁。国内体育仲裁的建立，需要准备、探讨和研究的问题涉及方方面面。其中制度建设及案例法积累是重中之重。

CAS 作为世界上最权威的国际体育仲裁机构，是体育法学的创立者和践行者，在 30 年的发展历程中积累了大量的体育法学知识和案例。这些知识和案例，是世界上最权威的体育法学专家们智慧的结晶，非常值得我们借鉴和学习。

2012 年，CAS 上海听证中心的建立，为中国体育法学与国际体育仲裁院建立了直接纽带。我们应当充分利用这一平台，加强与国际体育仲裁院在制度层面及知识层面的交流和沟通，拓宽体育法学研究领域，深化案例法研究，为建立国内体育仲裁、广泛实践体育法，打下坚实的基础。

## 印度仲裁法律制度的最新发展

■文 | 上海国际仲裁中心供稿



【编者按】

近年来，金砖五国的商事仲裁法律制度都以不同的方式、在不同程度上迎接新一轮的改革，以逐渐适应国内国际经贸发展的迫切需要。在中国法学会和其他金砖国家法律界的支持下，上海国际仲裁中心于2015年10月设立了“金砖国家争议解决上海中心”。该中心是上海国际仲裁中心承接金砖国家间仲裁业务、开展金砖国家间多元化争议解决机制的重要工作平台。

从本期开始，将陆续为大家介绍其他金砖四国的仲裁法律制度的最新发展。

### 一、印度仲裁法律制度概况

印度在全球经贸事务中崭露头角是起源于1991年施行的经济自由化政策。为了更有利于经贸事务的开展，印度以当时反映国际商事仲裁立法主流理念的《联合国国际贸易法委员会商事仲裁示范法》（以下称“示范法”）为蓝本，于1996年颁布了《印度仲裁和调解法》（以下称“1996年仲裁法”），取代了之前的《1940年仲裁法》。《1996年仲裁法》为印度现行司法体系提供了富有成效的争端解决机制，缓解了部分案件过度拖延、积压的情况。

## 二、《2015印度仲裁和调解法（修正案）》

在《1996年仲裁法》颁布实施后的20年间，曾有两次对于该法进行修订的动议。第一次是由印度国际法律委员会在其第176号报告中提出，然而印度议会认为该修改建议可能会进一步导致司法对于仲裁程序进行更多干预，故最终未通过该次修订，同时，议会还要求法务部门重新考虑《1996年仲裁法》的修正案；最终，在2010年，法务部发布了关于修订《1996年仲裁法》的咨询报告，并经由印度国家法律委员会于2014年正式提出了对《1996年仲裁法》的修改建议。

2014年的修改建议旨在消除印度最高法院作出的若干被认为是违背《示范法》精神的判决对印度仲裁制度所造成的影响。同时，该等建议也期望填补《1996年仲裁法》的一些空白，例如，如何在仲裁地在印度境外的仲裁程序中向印度法院寻求临时措施救济，并在仲裁界普遍关注的合理控制仲裁成本、提高仲裁效率等方面提出了修改建议。在该建议基础上，印度总统已签署并颁布了《2015年印度仲裁和调解法（修正案）条例》，该条例已于2015年10月生效，并将等待印度国家议会最终通过。

2015年12月，印度国家议会正式通过了《2015印度仲裁和调解法（修正案）》（以下称“《修正案》”），《修正案》除了在溯及力方面进行了进一步明确外，其内容与2015年10月生效的条例完全一致。《修正案》的通过，势必将为印度商事仲裁发展揭开新的篇章。下面就《修正案》的相关亮点做一简要介绍。

### 1. 加快印度作为仲裁地的仲裁案件程序

在印度，法院诉讼程序以繁冗、漫长著称，有些案件的当事人可能需要等待十几年方能拿到法院的判决。因此，商事主体会选择通过仲裁的方式作为替代的争议解决方式。然而，印度的仲裁程序与诉讼一样面临着低效率的问题，以致于有人称其制度生命力已被“昂贵”和“拖延”所感染。由此也导致外国当事人尽量回避在印度进行仲裁。事实上，在过去的三十年间，关于修订

印度仲裁法律制度以改善这一问题的呼声不断，并且集中在印度国家法律委员会于2001年7月发布的第一版印度仲裁法修改建议中。

此次《修正案》中的许多条款也旨在使印度作为仲裁地的仲裁案件程序更加高效快捷。具体内容包括：

#### （1）限制仲裁庭作出裁决的期限

《1996年仲裁法》中并未规定仲裁庭须在特定的期限内走出裁决，而《修正案》新增的第29A条则规定仲裁庭必须在组成之日起的12个月内作出裁决。此外，新增的第12（1）（b）条要求每一位仲裁员在接受选任时，就应披露任何可能影响其充分履行仲裁员职责以保障裁决书在组庭之后12个月内作出的情势。

当事人可以约定将上述裁决期限延长6个月，但进一步的延长裁决期限则需要经过法院审查认定具备充分的理由，且设置一定的条件，如每延长1个月减少5%的仲裁庭报酬或更换部分仲裁员等。根据第29A（4）条，如果仲裁庭在没有延长裁决期限的情况下未能及时作出裁决书，将导致该仲裁庭的任期结束。

#### （2）快速仲裁程序

《修正案》第29B条允许当事人选择快速仲裁程序，在这种程序下，仲裁庭必须在组成后的6个月内作出最终裁决。关于非快速程序下与裁决期限有关的规定同样适用于快速仲裁程序。

在第29B条规定的程序中，仲裁庭应主要根据当事人提交的书面材料进行审理并作出裁决。只有在所有当事人均申请或仲裁庭认为有必要查清争点的情况下才可以举行开庭审理。如果举行开庭审理，仲裁庭也可以摒弃一些技术上的程序（包括但不限于正式的意见陈述及交叉询问证人等），同时采用一些旨在实现高效审理案件的庭审程序。

#### （3）对庭审的延期进行限制

为了限制目前在仲裁实践中普遍使用延长庭审周期的做法，《修正案》在第24（1）条中规定，仲裁庭应当

尽可能的在连续的几日内安排举证、辩论等开庭审理程序，除非却有必要，仲裁庭不应随意决定庭审的休止。同时，仲裁庭也有权要求在无正当理由的情况下申请休止庭审的一方当事人支付相应的成本费用。

(4) 指定高等法院作为受理与国际商事仲裁程序相关诉请的初审法院

对于国际商事仲裁而非国内仲裁，《修正案》第2(1)(e)条规定印度高等法院作为受理当事人提起与仲裁有关之诉请的初审法院。这些诉请包括管辖权异议、指定仲裁员、对仲裁员提出异议、申请中止仲裁程序、寻求临时措施救济、证据开示以及撤销仲裁裁决等。

在《修正案》颁布之前，各个地区法院是受理前述相关诉请的初审法院。《修正案》现将与国际商事仲裁有关的诉请集中交由高等法院审理，其目的在于提高相关案件审理的效率，同时保障法院对此作出的裁判更多地是出自具有丰富商事审判经验的法官。

## 2. 限制司法干预

就仲裁地为印度的仲裁而言，《修正案》对于印度法院在仲裁庭组成后干预仲裁程序的权力进行了进一步限制。

(1) 限制法院在仲裁庭组成后再作出临时措施救济

的权力

在《修正案》颁布之前，司法实践和仲裁实务中普遍将《1996年仲裁法》第9条关于法院有权为支持仲裁而作出临时措施决定的规定解读为法院可以在仲裁庭组成之后继续行使这一权力。《修正案》现在第9条下增加了第(3)款，限制了法院在组庭后作出临时措施决定的权力。该条规定，法院不应在仲裁庭组成后再受理当事人关于要求采取临时措施的申请，除非法院发现存在仲裁庭已无法作出有效的临时措施决定的情形。(然而《修正案》中并未对于“有效”作出定义)。

(2) 当事人无法选任仲裁员时的法院指定仲裁员程序

在《修正案》颁布之前，如果国际商事仲裁程序的当事人无法就某一仲裁员的选任达成一致，则《1996年仲裁法》第11(4)至11(6)条规定印度最高法院的首席法官有权为当事人指定仲裁员。然而，这种指定只有在法院经审查后认定仲裁请求所依据的仲裁协议有效且申请人系该仲裁协议的适格当事人的情况下才能作出。《修正案》分两步对此进行了修订：首先，《修正案》规定由高等法院而非首席法官来行使指定仲裁员的权力；其次，《修正案》新增第11(6)A条，对法院指



定仲裁员的权力进行了特别限制，即法院在作出指定决定时只能审查仲裁协议是否存在（尽管如此，《修正案》并未规定法院应当以何种标准来进行审查）。

### （3）制定应提交仲裁管辖的司法审查标准

《1996年仲裁法》第8（1）条规定，当一方当事人向法院提出申请确认仲裁管辖时，法院经审查认定相关争议系基于仲裁协议时，则必须决定将案件交付仲裁管辖。而在《修正案》颁布之前，法院面对该等申请时，往往会在决定是否交付仲裁管辖前，对是否存在有效的仲裁协议进行实体审查。《修正案》现在第8（1）条中则要求法院应将争议交付仲裁，只要表面证据显示存在有效的仲裁协议。这一制度充分尊重了仲裁庭对于仲裁协议的存在及管辖作出认定的“自裁管辖权”。

《修正案》新增的第37（1）（a）条赋予了当事人就法院拒绝为支持仲裁而中止诉讼程序的决定提出上诉的权利；相反的，当法院因支持仲裁而作出中止诉讼程序的决定时，当事人对该等决定则无权上诉。

### 3. 限制“公共政策”的范围

“违反公共政策”经常被作为《1996年仲裁法》第48（2）（b）条项下不予执行仲裁裁决的抗辩事由，也是该法第34（2）（b）（ii）条项下撤销仲裁裁决的事由。在《修正案》颁布之前，《1996年仲裁法》并未对公共政策的内容进行界定，印度法院也因在撤销或不予执行仲裁裁决的司法审查中宽泛地理解公共政策而遭到批评。

为了解决这一问题，《修正案》在第34（2）（b）及第48（2）（b）条中对于公共政策进行了界定。在此情况下，公共政策只能在有限的情况下被提出：（i）仲裁裁决在欺诈或腐败的情况下做出；（ii）仲裁裁决存在明显违反印度法律基本原则和政策的情况；（iii）仲裁裁决与基本的道德或正义标准相冲突。此外，《修正案》也统一了公共政策在撤销仲裁裁决及不予执行仲裁裁决司法审查程序中的标准。

尽管《修正案》对公共政策标准及适用范围均进行了明确，但仍有部分内容需要进一步的明确。例如，“基本原则和政策”和“基本的道德或正义标准”的内涵依旧不清，这也导致在实践中仍将由法院来最终决定如何



解释这些概念。

### 4. “挑战”仲裁员

《修正案》在两个方面明确了关于“挑战”仲裁员的程序。

第一，《修正案》明确了在何种情形下当事人可以“挑战”仲裁员。第12（3）（a）条规定，在仲裁地为印度的仲裁程序中，当出现对仲裁员的独立及公正的合理怀疑时，该名仲裁员将受到挑战。《修正案》基于国际律师协会《国际仲裁利益冲突指引》的相关内容，在其附表5中具体列举了34种可能产生对仲裁员独立及公正的合理怀疑的情形。

第二，《修正案》在其新增加的第12（5）条及相应的附表7中列举了19种将导致仲裁员候选人无权接受选任担任仲裁员的潜在利益冲突情形，其中包括仲裁员曾经或目前受雇于一方当事人。这一新规定将改变之前

的司法惯例，即允许政府雇员在政府部门作为当事人的仲裁案件中担任仲裁员。

若前述 19 种情形下无权担任仲裁员的人士最终担任了仲裁员，《修正案》也允许当事人放弃对因此可能产生的利益冲突提出异议的权利，但该等弃权只能在争议产生之后以书面形式作出。

## 5. 其他方面

除上述内容外，《修正案》对《1996 年仲裁法》的其他修订也值得一提：

### (1) 对仲裁地在印度境外的仲裁案件提供司法协助

在 Bharat Aluminium Co v. Kaiser Aluminium Technical Services Inc (以下称“BALCO 案”)中，印度最高法院认定印度法院不能对《1996 年仲裁法》第一部分涉及的印度境外的仲裁进行包括撤销外国裁决在内的司法审查。尽管该意见为确保印度法院对外国仲裁不进行干预提供了重要依据，但同时该意见也引起了广泛的争议，即其也限制了印度法院根据《1996 年仲裁法》第一部分的规定对于仲裁程序进行支持的权力，特别是关于提供临时措施救济及取证方面的司法支持。

《修正案》对于 BALCO 案判决意见的适用范围进行了进一步限制和明确。新修订的第 2 (2) 条现规定，印度法院有权作出旨在支持国际商事仲裁程序的决定，即使仲裁地在印度境外。这些决定包括采取临时救济措施及协助调查取证。

(2) 仲裁裁决的执行程序无须因法院尚未对撤销该裁决的申请作出判决而自动中止

在《修正案》颁布之前，当事人申请撤销仲裁裁决的申请被受理后，该裁决的执行程序就自动中止。而根据《修正案》的规定，仲裁裁决的执行程序不再因撤销仲裁裁决而自动中止，相应地，新增的第 36 条规定当事人若想以撤销仲裁裁决的案件尚未作出决定申请中止执行仲裁裁决，则需另行向法院单独提出中止执行仲裁程序的申请。

### (3) 对于仲裁庭作出的临时措施决定的执行

在《修正案》颁布之前，《1996 年仲裁法》第 17 条尽管赋予了仲裁庭可以作出临时措施决定的权力，但该

法并未赋予当事人向法院申请执行该等临时措施决定的权利。《修正案》修订后的第 17 条现规定，当事人可以根据《印度民事诉讼法典》的相关规定向法院申请执行仲裁庭作出的临时措施决定。

### (4) 将“败诉方付款”用于仲裁费用的负担

《修正案》新增的第 31A 条规定，在印度为仲裁地的仲裁中，仲裁庭可以裁决由败诉方承担仲裁费用。仲裁庭在作出该项裁定时，可以考虑当事人在仲裁程序中的行为、对胜诉方仲裁请求的支持程度、当事人是否存在滥诉行为以及当事人在作出费用承担分配决定时是否基于善意等若干因素。

### (5) 引入仲裁庭报酬表

针对印度仲裁收费昂贵的现象，《修正案》新增了附表 4，列明了仲裁庭的收费标准（该表将定期提交高等法院进行修改调整）。附表 4 仅适用于国内仲裁，即所有的当事人均为印度当事人且仲裁地在印度，且当事人并未约定仲裁程序适用某一包含仲裁费用表的机构仲裁规则。附表 4 中的收费计算标准是与仲裁案件的争议标的金额紧密联系的。

## 小结

《修正案》的颁布进一步推进了印度仲裁法律制度的发展，它在许多重要的方面呼应了现代商事仲裁的实践做法，同时对于许多旨在提高仲裁程序效率及协调仲裁与诉讼关系的制度进行了进一步明确和完善。当然，还有一部分法律委员会在其修订建议曾提及的问题目前并未反应在《修正案》中，例如，仲裁庭在指定仲裁员时应采用何种标准；在当事人声称因存在欺诈而引起仲裁协议效力的争议时，仲裁庭是否有权对此进行审查并作出决定，还是必须由法院来审查。这些问题相信在《修正案》正式在仲裁实践中得到适用后，会得到进一步的明确。



## 年的味道

■文 | 岳雪飞



### 岳雪飞

北京市岳成律师事务所  
上海分所 主任

擅长公司法、合同法及劳动法领域。任上海市律协宣传委员会副主任，维权委员会委员，黄浦区律师工作委员会副主任。岳雪飞律师同时也是上海市黄浦区政协委员。

小时候，最盼望的就是过年了。过年，意味着可以吃到平常吃不到的美味。那时候，年的味道对我来说就是糖果的甜味和炖肉时的香气。

在我的东北老家，从腊月二十三灶王爷上天开始，家家户户就忙碌起来了。二十三当天要扫房子，打扫卫生。后面几天要采买年货、蒸豆包、撒年糕、蒸馒头、包饺子。

我们小孩子就跟在大人后面，大人用纸糊墙，我们也跟着去糊几张；大人去买年货，更是紧跟着，唯恐大人漏买了自己中意的糖果和烟花爆竹；大人们开始炖肉了，我们就眼巴巴地等着，肉熟了，母亲会给我们几块，蘸着盐吃，美极了！

盼来盼去，终于盼到年三十了。虽然初一才是新年的开始，但过年气氛最隆重的一天就是年三十了。吃过早饭，我们小孩子穿上新衣服，就要开始帮着大人贴春联、粘窗花，还要在院子里的旗杆上挂上大红灯笼。因为天气寒冷，经常没干几分钟活就跑回屋子里取暖去了。这天家里只吃两顿饭，一般在下午4点左右开始吃，第二顿饭就是年夜饭，吃饭前家家都是要放鞭炮的。

我家的规矩是年夜饭不能吃鸡，因为鸡和叽同音，如果吃鸡，新的一年家里就会叽叽叽（意思是拌嘴吵架）。鱼是一定要有的，多半是鲤鱼，并且做出来一定是完整的一条鱼，不能切块的。年夜饭的菜一定是双数，东北人爱吃的拌凉菜是必备的。如果家里大人厨艺好，还会有锅包肉、扣肉什么的。

年夜饭不能全吃光，要留一点。吃过年夜饭后，家里就不能往外扔垃

圾了。这些好像都是基于要留住家财的意思。

因为北方冬天很少有新鲜水果，所以我们年夜饭后吃的水果通常是苹果、冻梨、冻柿子等。冻梨和冻柿子吃之前要放在水里解冻，解好冻的冻梨和冻柿子是很甜的，和没冻过的味道有很大不同。在暖洋洋的屋子里吃着冰冰凉的冻梨冻柿子，应该是在东北才有的惬意吧。

到了晚上11点，就要开始包饺子。东北习俗，三十晚上守岁，要在半夜12点时吃饺子（好像所有的重要节日，东北人都是要吃饺子的）。我家三十晚上的饺子一定是芹菜猪肉馅的，母亲说这是让我们在新的一年里都要勤快些。我们小孩子通常熬不到12点就睡着了，但12点时还是会被叫醒，吃几个饺子才能继续去睡觉。这时候外面的鞭炮声此起彼伏，烟花璀璨，新的一年来到了！

东北过年，一般要热闹到正月十五，也就是元宵佳节。还记得小时候每到正月十五，小孩子们就自己做花灯，用一个罐头瓶子，里面放一片萝卜，萝卜片中间抠一个圆洞，插上蜡烛，然后把罐头瓶子拴在木棍上，点上蜡烛，拎着这自制的花灯，踩着嘎吱嘎吱响的积雪在外面玩，那时小伙伴们的欢声笑语似乎到现在还在耳边回响。

一晃儿，已经人到中年了，盼过年的心情似乎还和小时候一样，只不过小时候是盼着吃好吃的，现在盼的是可以和父母亲人齐聚一堂。毕竟，作为工作繁忙的律师，一年里似乎也就只有这春节假期才能真正心无旁骛地和家人欢度。

年，其实过得一直都是这幸福团聚的味道啊。

## 盼过年

■文 | 丁美红

不到半个月，猴年的农历春节就要到了。这个时候，应该是孩子们“盼过年”的心情最为迫切，因为我小时候也曾有过这样的感受。诚然，现在过年，自己不会仍像孩童般那样的企盼与兴奋，毕竟对于我们这群中年人来说，过年的次数多了，于是便“见多不鲜”了，况且，过年，意味着自己的岁数要增大，向着老年人的群体又走近了一步。因此，逢年过节的心情，自然与年轻人尤其是那些天真烂漫的孩子们是不同的。但对于春节的到来，我还是十分期待的，这是因为自己一直在律师岗位上忙碌，平时很少有时间陪同家人。春节是个长假，我可以回乡下陪陪父母和家人，并好好侍候他们一下。

随着猴年春节越来越近，以往回乡下领受到的崇明乡下过年时喜庆场景，也渐入我的梦境。一想到大年夜我又要回乡老家去过年，将会给自己留下欢度猴年春节的一轮新回忆，似乎感到自己盼过年的时候也有些迫切了。

我们崇明人要说过春节，都习惯把正月初一叫做新年，把迎接新年的过程称作过年。其时间大致要从腊月间的灶王节开始，到第二年的元宵节才结束。

从农历十二月廿三起，辛勤劳作了一年的人们为过好春节就开始忙碌起来了。农历二十三或二十四日夜，统称为“廿四夜”。相传这一天为灶君上天之日，崇明民间曾普遍有送灶君上天的习俗。小时候记得祖父祖母在这一夜用“卷银包”（用青菜和慈菇、豆腐等烧熟后作馅，再用百叶包裹成）、“廿四糖”、赤豆饭作祭食，点上香烛，祭供灶君，祖父祖母对着灶君像自言自语地说些吉利话祈祷。此旧俗现已除去，但吃赤豆饭、卷银包的古风犹存。过了廿四夜后，家家户户越发忙碌了，里里外外大扫除，俗称掸檐尘，各家还忙于洗涤被褥帐子，酿酒、炒花生、薯干和蚕豆，并采购吃的用的东西。海岛百姓普遍都要



磨粉蒸糕，这一习俗一直延续至今。过年蒸年糕是最能代表崇明人过年的时候了，有人就这样说过：家中不蒸糕，好象没过年。显然，家乡人把过年蒸年糕看作是过年的头等大事。“糕”和“高”是谐音，人们图的就是年年高的好口彩。农历十二月三十日是除夕，俗称大年夜。在这一天，把过年的一切陈设都布置定当，如写春联、贴门神等。晚上全家老少围在一起吃年夜饭，菜肴远比平时丰盛，主要的一道菜用菜心、豆腐等烧成后用百叶卷裹，被称之为卷钱捆，以示来年财源滚滚而来。这一夜也是孩子们最高兴的日子，因为父母、长辈会送上压岁钱。

至于崇明人如何过春节的情景，清代时有位名叫吴澄的诗人在其所编的《瀛洲竹枝词》中就有近百首诗作过详细描述。“岁朝满地撒金钱，毕竟新年胜旧年。燃就旺盆煨果子，家神点烛献团圆。”此诗的大意是：新岁的第一个早晨，屋前金钱般小鞭炮的碎屑抛撒了满满的一层，屋中暖暖的火盆上炖煎着红枣汤，烛光里的神位前“团圆”正热气升腾。放鞭炮迎新年吃“团圆”后，还要外出走访忙着拜年。诗人所写的场景，我小时候从祖父母辈过年时所遵循的礼数中也领教见识了。农历正月初一清晨，家家户户第一件事就是放鞭炮，称“开

门炮”，其原意是驱邪，后来就含有开门大吉、高升发财的意思。过年了，大人小孩换上新衣帽，穿戴整洁，全家围桌而坐，共进丰盛的早餐，以素食为主，再加上汤圆（圆子）、糖年糕，以示全家团圆，日子甜蜜，生活年年高，并将廿四夜的一碗赤豆饭拌入早饭内，俗称“陈年饭”，意为隔年有余的好口采。早饭后，孩子们向邻居、亲友长辈们一一尊称问好。正月初一这一天忌讳颇多，如不能动刀具、不能泼水、不能扫地、不能开后门、不能睡得太晚等等。连大灶煮饭烧菜的柴草也有讲究，要用芝麻杆，黄豆杆等放在炉堂里发出噼噼啪啪的响声，意为火越旺，越吉利，预告今年万事兴旺，节节高。还有在年初三和年初五早晨，家家都要烧早饭，饭前要点燃香烛，企求全家兴旺平安。新年里，亲友间会互相走动看望，贺岁问好，恭喜祝福之言均发自内心。“煨糕延坐且留茶，十菜还将五果加”。要是乡下老家来了客人，我的祖父祖母他们总会喜悦地把年糕煨起来，把酒酿汤热起来，热情招待来客，热呼呼的糕丝和酒酿汤吃在客人的嘴里，甜在客人的心里。到了中午，还盛情挽留作客的亲朋好友用餐，招待的菜肴有“十碗头”，自酿的米酒崇明老白酒配上五色果子十碗头，算是崇明人旧时过年待客的最高标准。

过年的欢庆气氛一直会延续到农历正月十五元宵节。听老人们说，旧时在元宵节前，家家户户用糯米粉做成形似古代绢团，银子，还有的形似小鸡、小鸭、玉米、桃子等各种形状的糕团。正月半中午，每家都吃馄饨；下

午人们还将这些糕团作为祭品，去坟上拜祖宗，祭田头。晚上，人们三五成群地提着形状各异的灯笼游玩，我记得小时候曾看到比我年龄大的邻居男孩在宅前田头还甩过火球玩。据说，过去在元宵节之夜，人们还把众多红灯排成字或图形，灯内点上蜡烛，用竹杆高高挂起，称为“拔红灯”，至今仍给年长者留下深刻印象。如今，闹元宵已趋于简化，但吃馄饨、做绢团、圆子及小孩玩灯的习俗尚存，并赋予新的含义。现在岛上的几个主要集镇，元宵之夜挂彩灯外还有定点放烟花，绚丽多彩的烟花把海岛元宵的夜空映照得五光十色，象征着祖国日益繁荣昌盛。

“百里不同风，千里不同俗”。由于崇明的独特地域，与各地的春节习俗略有不同。我了解和感受到家乡过去岁月中欢度春节的场景，使自己融身于浓浓的乡情中同醉。诚然，一千多年来，我们的先辈已在崇明这块美丽的土地上生息、繁衍，在他们长期的生产活动和日常生活中，逐渐形成了具有海岛浓郁特色的各种风俗习惯，这些传统习俗凝聚了先辈对美好生活的追求和向往，反映了他们的朴实、勤俭的优良品质。“乙未岁末盼猴年，幸福年代佳节连，喜看今朝瀛洲美，乡情民风暖心田”。今天，社会在进步，科学在发展，我们盼过年度佳节，想的是给海岛传统的优良习俗注入新的内容，使宝贵的乡情民风得到继承和发扬，让崇明岛成为传承中华民族文明史的一处胜景。

我想，这不仅是我盼过年的心愿，也是所有崇明人盼过年的心愿！



### 丁美红

上海聚隆律师事务所副主任

擅长于刑事辩护、公司法及婚姻家庭纠纷的诉讼代理。在投资项目的谈判、论证等非诉讼领域也积累了相当的经验。现任崇明县妇女联合会常委、中共崇明县党代表、崇明县政协委员等社会职务。



题记:

我的梦想是成为中国第一个走完地球三极(南极、北极、西藏)的律师。

当我第一次登上阿尔卑斯山,看到高耸的雪峰和山间的云雾,我认为那是我看到过的最壮观的景象;当我第一次游览米弗峡湾,看到山间瀑布成群,云雾缭绕,我认为那是我看到过的最梦幻的景象;当我第一次踏上西藏高原,看到南迦巴瓦峰、雅鲁藏布江峡谷、山间云带、谷底桃花组成的立体而又婉约的景象,我认为那是我看到的最美仙境。而我,到了南极,之前的景象全被重新刷屏,唯有用震撼二字才能形容。南极绝对是我见到过的最美的地方,没有之一。“此中有真意,欲辨已忘言”,且选几段我南极之旅旅程中发的文字与大家分享。

## 震撼南极

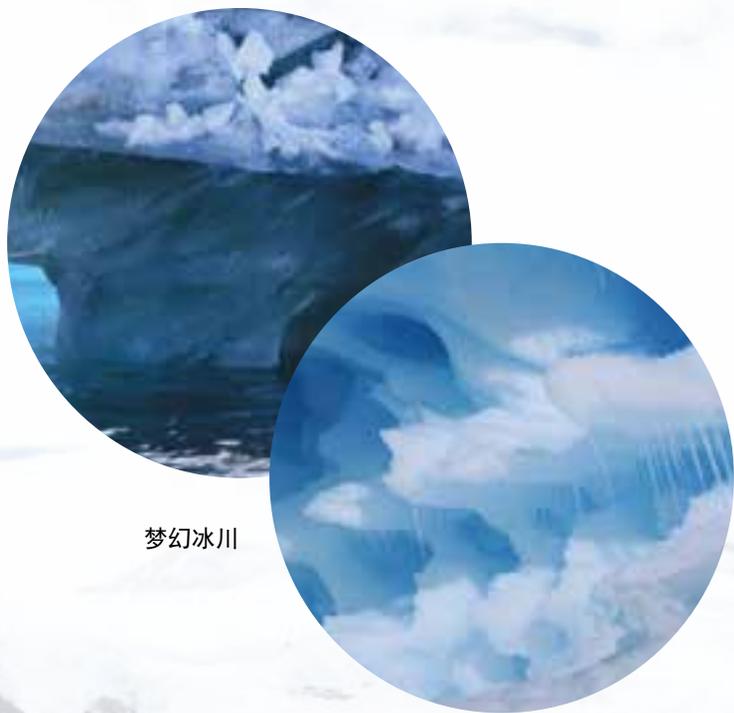
■文 | 马永健

### 梦幻冰川

到了南纬 64 度之后,冰川和浮冰逐渐多了起来。蓝色的冰川从船边漂浮而过,犹如身着湛蓝色衣裙的天山美女跳着华尔兹优雅滑过;乘坐冲锋舟游览冰河,可以近距离与冰川亲密接触,终于拍到了梦想中的冰川蓝,惊艳、震撼,怎么形容都不为过,一万七千多公里的旅程,惊涛骇浪的西风带,在冰川面前全部释然。南极蓝色的冰川很是梦幻,至清至纯,至真至善,晶莹剔透缺又让人琢磨不出其万年神秘,来自大海最终又魂归大海,那是怎样一种凄美和悲壮啊。一个人无论爱一个人或恨一个人,最好还是到南极跑一趟吧,一切如冰入水,还有什么不能释然。

### 半月湾

登陆半月湾,景色岂是“震撼”二字能够了得!自然美景让几万只企鹅和在海边慵懒睡觉的海豹只能“沉鱼落雁”。亿万年的雪山在云气与峡湾的映衬下气质非凡,让人窒息。早上 5 点多我就起来拍照了,今天寒风刺骨,但美景的驱动力是强劲的。雾气笼罩雪山,像蒙着面纱的少女,羞涩婉约,神秘莫测;第一次看到太阳照耀雪山,金顶耀眼,光影的变幻让人来不及捕捉。



梦幻冰川

正在专注地拍照片,楼上驾驶舱传来一阵拍玻璃的声音,扭头一看是船副,向我示意到船头另一侧。船头左侧是雪山,光影透出,我以为船副示意我拍光影。我跑过去长枪短炮交叉上,一阵狂拍。这时驾驶室又传来更猛烈的拍玻璃的声音,船副用手指向海里,我探头一看,顿时兴奋了,一头小鲸鱼正在海里欢快地游着,还喷着水花。遗憾的是等我调整好相机,它已沉到水中不见踪影。

早起的鸟儿有食吃,我拍了两三个小时后,才看到几位摄影师过来,而我该收工啦,到船舱时,人几乎都冻僵了。现在都不写日记了,就以微信代替日记吧,我将继续在冰天雪地中猎艳。

## 迈克逊湾

在南纬 64 度的迈克逊湾，近百位团友在南极冰盖上进行了极地冰盖冥想。灿烂的阳光让白色的冰盖更加耀眼，似乎在提醒你冰原神圣。百人席地而坐，放下相机和手机，也放下所有背负，闭目冥想，没有一点声音。远处传来企鹅的鸣叫声，更显冰原的寂静；一阵雪崩的轰鸣声让人心魂震颤。纯净至极的世界的确引人沉思，我闭上了眼睛，任由心驰骋……

我们会把此次的冥想写下来，装入信封，封存在游轮的驾驶舱的保险箱内，等十年之后到北极再次打开保险箱，取出信封，回顾十年前的感悟。

## 天堂湾

天堂湾，果真是人间天堂。昨天是我拍照最疯狂的一天，总共只睡了一个半小时。所以昨天晚上 11 点多就睡了，醒都醒不来。

早上 7 点多，拉开窗帘，被眼前美景惊呆。游轮停在一个港湾中，水面出奇平静，映出雪山的倒影。世间一切都是公平的，让你经受西风带的大风大浪，也给你一个宁静港湾，你受得起苦，才会享受到福。

上午登岛，雪山上的雪粒粒晶莹，有的地方还非常松软，走偏一点就有可能一脚下去陷到膝盖，拔出脚则留下一个湛蓝色的脚坑。这时是需要多花些力气把脚坑填平的，否则小企鹅经过时就可能落入脚坑而致命。费了很大的力气才登上顶峰，无敌美景尽收眼底，天堂湾绝对无愧人间天堂的美誉！雪山神圣，云气万千，天空是深邃的湛蓝，而最为灵动的是雪山、云气、蓝天在平静的湖面上映出的倒影，一虚一实，一真切一婉约，满足你所有的美感需求。“世之奇伟瑰怪非常之观，常在于险远，而人之所罕至焉。”此言得之。一览众山小不是凭空就可以想象的，你先登上最高峰才有览小山的资格。

同行中还有很多旅游大家，他们好多都阅历千山万水，我还有很多路要走，很多山要爬啊。此次南极之行，给了我更大的旅行动力，一定游遍天下盛景，实现儿时梦想。下山时是滑雪下来的，在天堂滑雪，那可是别样风情，不用滑雪板，躺在洁净的雪床上，直溜溜往下滑。天空云层很近，山脚湖光惊艳，下滑时独特的视角让我边下滑边拍照，真是摄影狂人啊。



### 马永健

上海市联合律师事务所  
高级合伙人

擅长房地产、不动产征收（动拆迁）、公司等领域诉讼和非诉业务，第十届律协社会公共服务业务研究委员会主任，黄浦区政协委员。

2014 年底，一百位中国旅行者乘“前进”号邮轮来到南极，行程二十一天。

笔者是上海市联合律师事务所律师，南极之行中参观了中国长城考察站，参加了极地徒步、极地冥想、极地冰川探险等活动，挑战困难，挑战极限，还把联合所“联合创造价值”的理念带上南极万年冰盖，体现出一名执业律师的坚毅精神和非凡勇气。

笔者还应“南极低碳之旅”主办方上海中旅国际旅行社有限公司、海达路德邮轮之旅、华府艺术空间等邀请，在南纬 66 度前进号邮轮上开设了主题为“专业的人做专业的事”的南极低碳之旅法律讲堂，介绍了中国及上海律师业发展现状，结合案例向团友们宣讲保护环境、保护地球的环保法律意识，宣讲专业的人做专业的事的依法维权精神。经检索，本次讲堂是第一个在南极开设的法律讲堂，体现了中国人的开创精神和追求法治进步的勇气，在依法治国的大背景下有特殊意义。

后记



爱心女律师滴水湖公益行走活动

## 上海“女律联”首次成立区县工作部 “杨浦区女律师组”成为第一个实践基地

■ 文图 | 上海市女律师联谊会

2015年12月29日下午，市女律联“共情共智创新篇”系列活动第二站走进了杨浦区律工委。在市区两级司法局、市律协、市女律联以及区妇联的指导和帮助下，杨浦区律工委举办了女律师工作组成立仪式，以服务全区女律师为工作的出发点和落脚点，以“凝聚杨浦女律师群体，展现女律师形象，发挥女律师作用”为服务方针，并在对区女律师的专业引领、公益奉献方面给予一定的指导和帮助。

本次活动由上海市女律联副秘书长、杨浦区律工委女律师工作组组长沈岱青主持。市律协副会长、市女律联会长邹甫文，市女律联副秘书长陶丽萍，杨浦区司法局副局长唐明祥，杨浦区律工委副主任王桂喜，杨浦区妇联傅勳文等应邀出席了活动。市女律联理事代表以及杨浦区女律师代表30余人共同见证了本次简朴而颇有意义的仪式。

杨浦区律工委副主任王桂喜致欢迎辞，他介绍了

区律工委自5月份筹建女律师工作组以来的推进过程和设立宗旨，希望女律师工作组通过扎实有效的工作，真正成为“杨浦区女律师之家”。市律协副会长、市女律联会长邹甫文在致辞中充分肯定了杨浦区女律师已经开展的工作，尤其是兢兢业业地参加巾帼志愿团的服务工作。同时她指出，本届市女律联专门成立了区县工作部，并推出了“共情共智创新篇”品牌，旨在将更多活动与区县结合，更多服务能扎根于区县，从而能更惠及、更便捷全市女律师参与到市女律联的活动中来。

杨浦女律师代表钟颖以“专业成就公益”为题做了交流发言，而赵蓓芹律师则从律己的角度，鼓励女律师要“自尊、自重、自爱、自强不息”，坚持并脚踏实地地追寻自己的律师梦想。

杨浦区妇联傅勳文盛赞：杨浦区女律师“巾帼不让须眉”，充分发挥了自身的能力和价值，在妇女维权工作方面作出了积极的贡献。杨浦区司法局副局长唐



女律师走进区县—杨浦活动日

明祥指出：区女律师工作组要凝聚力量，在为社区居民提供优质高效的法律服务、为区妇联在内的各级组织提供专业的法律服务、为化解矛盾维护社会稳定方面发挥更为积极的作用。

关注心灵修养，探究人生哲理，缓解职业压力，也成为许多女律师们的迫切需求。在简短而隆重的成立仪式之后，本次市女律师的杨浦活动日还颇为用心地为女律师们举办了一场“情绪的觉察和转换”的心理健康分享讲座。在邹佳颐老师的带领下，女律师们一起认真研习如何处理负面情绪，平衡职场和生活的关系，彼此建立信任和相互支持，渐渐达到心灵的平静和温暖。

本届市女律师首次成立了区县工作部，就是旨在加强区县女律师、女律师工作组之间的沟通和交流，并以此为抓手，把市女律师的工作深入到各个层面，使更多女律师能感受到市女律师的关爱，使市女律师能成为上海女律师心灵的家园。

区县工作部成立之后，悉心摸索打造了“共情共

智创新篇”系列走进区县活动。第一站浦东活动日展现了浦东女律师志愿者常年热心公益活动的特色，开展了“同享一片蓝天碧水——爱心女律师滴水湖公益

行走活动”。女律师们为公益奋力奔跑的身姿，与寄养儿童看见书本时满脸的欢喜，构成一道冬日的温暖记忆。活动也激发起更多女律师以特有的敏锐与温柔持续关注弱势群体，继续为法律援助及公益支持增添力量。浦东活动日也是上海

各区县女律师工作平台的负责人第一次围坐在一起，谈特色，讲经验，深度探索女律师平台工作的发展，共话女律师群体的建设，共同关注女律师群体建设与社会贡献间如何进行可持续性的良性互动，把女律师的服务工作做得更加丰富多彩。

无论是对新成立的杨浦区律工委女律师工作组，还是刚刚运转大半年的第九届市女律师而言，这只是新的征程的开始。我们将秉承“联情联谊、展业拓业、提升女律师智慧美丽形象”的宗旨，继续扬帆起航，谱写新篇。

## 傅玄杰：重新出发，从归队那天起

■文 | 周柏伊



寒冬里，在美丽园的办公室见到傅老，其精神矍铄，思维敏捷，如果不是事先知道背景，你绝不会相信，眼前这位老人，已是耄耋之年。

1979年末1980年初，傅玄杰回到律师队伍中，彼时他已整整五十岁。

最珍贵的时光被耽误，但机会没再被错过。

如今，37年过去了，“傅玄杰”3个字，早已成为上海律师界一张漂亮的名片，而这位87岁的老律师，依旧每天西装革履地上班。跟他同期归队的老律师们，不少人已经驾鹤西去。为数不多的高寿者中，他也是难得的一位，至今还行走在法庭内外，出现在谈判桌上。

“再干两年吧。”傅玄杰计划着再过两年回到自己的书房里去，写他那早已与法律交织纠缠的人生。

### 学法律就是当律师

谈到学习法律的初衷，傅玄杰还清晰地记得高中时期的那次触动。1947年，当时国民党统治下的上海，学生运动风起云涌。在关押被捕学生的“曹家花园”门口，过来声援被捕同学的傅玄杰，第一次见到了当年的史良律师。通过多方交涉，史良将部分学生保释了出来。

“那个时候就觉得，律师好伟大。”傅玄杰打听到史良是“上海法政学院”第一届的毕业生，也在心中立下了做律师的愿望。后来，傅玄杰果真考进了史良曾经就读的学校，并成为了该校最后一届学生（上海1952年以后开始了院校合并调整，上海法政学院并入了华东政法学院）。

银行家的儿子傅玄杰民国时的住家与上海律师公会相距仅五六十米。孩童时代，旧律师公会大楼前面的那十几级台阶，他迄今还记得，“跟法院很类似，显得庄严神圣”。

1951年初，大学毕业后，正巧遇上抗美援朝运动，一腔热血的傅玄杰报名参军，到了朝鲜，并开始了他随后长达十年的军旅生活。因为是学法律出身，傅玄杰后来被安排在军法处，参与了军事法庭的很多审判工作。

部队改编后，傅玄杰回到上海。1967年底，傅玄杰作为反对文化大革命的反革命分子被投入徐汇区看守所，关了整整半年，无法定罪，才被放出来。

“文革”结束后，傅玄杰先在法院做了一段时间的“复查”工作，查了四五月，越查他就越感慨，“没有法治真不行”。一个二十多岁的女孩，蒙冤后被流放青海，傅玄杰复查后给其平反，当年的女孩回到上海，已经是白发苍苍一老妇。“我就反省自己在部队做法官时，是否也有错案？”傅回忆说，他当了十年法官，处长、院长已经做出的决定，只能就照着做，“想到这点，我不愿意回去做法官”。他决定做一名律师。

“我就是冲律师这两个字来的，就像当时我进大学学法律就是冲着这两个字来的一样。”傅玄杰说。



## 文革后归队参与重建

1979年，上海市律师协会的韩学章派人找到了他，邀请“归队”的时候，傅玄杰也曾有过犹豫。“那个时候也没有明确说，是回来当律师，还是做什么，就是叫归队，回归政法部门。”傅玄杰说。

“我们经过了10年动乱，必须要重建法制。”韩学章说，“需要律师在司法战线上来完成重要的法律监督程序。”这句话触动到了傅玄杰，也让他下定了决心归队。

新时代需要法律人才，特别是律师。傅玄杰到岗后的第一份工作，就是继续找回有法律基础的人才。

当时律师归属于市司法局，傅玄杰跟同志们一起，发动最大力量，找回了近50人。在此基础上，司法局将大家分成了两个组，成立了两个法律顾问处。

“老百姓对于法律、对律师的期望是很高的。”傅玄杰说，“当时由于文革刚结束甚至于他们有种感觉就是‘要找公正，先去找律师吧’。所以在80年代初期，律师制度重建以后，在社会上影响还是蛮大的。”

1980年上半年，50周岁的傅玄杰到上海市第一法律顾问处（后称上海市第一律师事务所）报到。

刚开始，法律顾问处连办公场所都没有，从最初的租房子，到后来扩大买房子，从最初只有四五十人，到后来专、兼职律师超过300人，傅玄杰陪伴第一法律顾问处一路走过了15年，亲历整个顾问处从小到大从无到有，从弱到强的过程，而这也正浓缩了上海律师的发展之路。

上世纪80年代是国家飞速转型的时期，经济上有了特别重大的改革，律师工作的重要性也就一再凸显。中国引进的第一家外资饮料项目——中美合资可口可乐项目，就是由傅玄杰担任法律顾问，他在谈判中突破了在经济政策和法律方面的重重障碍，促使合资项目最终取得了成功。

那次谈判，给傅玄杰留下了极其深刻的印象，也给他往后的职业习惯，带来了深刻地改变。

第一次谈判是在8月的一个下午。美国律师团住在西郊宾馆，谈判的地点也就约在里面。

当时，第一法律顾问处（后称第一律师事务所）已经筹资购买了一辆汽车，但是不巧的是，谈判当天车子坏掉了，于是傅玄杰乘公交车前往西郊。炎炎夏日，傅玄杰从车站走进西郊宾馆后已是汗流浹背。

“我那时候穿着一件短袖T恤和一条短裤，因为下着

雨，脚上还穿了一双套鞋，撑了把伞，拿了个包，包里装了一瓶水，就这样进去了。”如今想来，傅玄杰忍不住频频摇头。

会议室内空调开得很大，他浑身一哆嗦。很快，美国律师团的6名律师也进来了，清一色的西装革履。谈判进行到一半时，傅玄杰实在冷得受不了，请服务员帮忙拿了一件白大褂披上。“第一次见面，我就是这样的形象，很失礼，很自卑。”

傅玄杰回来后，决定要从自己，从单位内部，彻底整顿职业形象。“我的形象，其实也是那个时候律师们比较普遍的形象。第一法律顾问处后来迅速安装了空调。第二次谈判地点约在顾问处，当美国律师代表团来到淮海路办公室的时候，双方已经可以同样整整齐齐地坐在开着空调的会议室里。

## 第一法律顾问处飞速发展

经济开放的政策给整个社会带来了机会，也给律师业带来了许多的机遇。律师事务的需求不断上升，到了80年代中后期，第一法律顾问处（后称第一律师事务所）上缴财政的纯收入已经超过1000万，在当时，这是一笔不小的数字。此外，事务所的专、兼职律师人数已超过300人。

“业务主要哪里来呢？给企事业单位做法律顾问。”傅玄杰说。当时第一法律顾问处（后称第一律师事务所）在社会上的影响力颇大，是很多大型企事业单位的法律顾问，“大型的机床厂，重型机器厂轻工业局下面的手表、缝纫机、自行车‘三大件’公司的法律顾问都是我们包下来的。”

除了给企事业单位做常规的法律顾问外，经济法律事务也成为当时的一个发展重点。傅玄杰认为，随着经济政策的不断放开，将来，经济领域必定是律师更能施展才华的天地。

因此，在80年代前中期，第一法律顾问处（后称第一律师事务所）设立了一个经济法律事务部。这在全国

尚属首个。“当时有很多律师仍不愿意做经济法律事务，觉得没有什么施展空间，但社会经济结构的飞速发展很快就使人发现，不是没有空间，而是大有可为。”傅玄杰说。

经济法律事务部把办公室设在了上海滩最繁华的南京路永安公司楼上，每家单位的法律顾问费用为一年200元。这项业务非常受欢迎，南京路上各大公司都成为了他们的客户，创收又是大幅上升。

作为改革开放后上海率先进入经济非诉讼领域和经济诉讼领域的律师，傅玄杰的“眼光”还不仅于此。80年代后期，第一法律顾问处（后称第一律师事务所）还成立了一个专利部，并报请市司法局批准成立了一个专利律师事务所。在那连专利局也才刚刚成立的年代，这挂在位于淮海路上的两块牌子，非常引人注目。

## 办理重大案件提升影响力

在第一法律顾问处（后称第一律师事务所）的这些年，傅玄杰和事务所处里的律师们帮助政府部门处理了很多重大的社会事务、经济事务。通过他们的努力，律师的地位也在不断上升。

1988年，上海真如火车站发生震惊中外的两列客车相撞的重大铁路行车事故，造成日本旅客36人死亡，90余人受伤，这些日本旅客中，很多都是中学生。此事件在日本引起震惊。

“事情是下午2点发生的，我4点钟就赶到现场。”傅玄杰说，“市政府领导下达指令说，一定要派律师到现场处理。可以看出，当时对于法律、对于律师的期望是很高的。”

后来，傅玄杰律师作为中国代表团首席律师带队赴日本谈判，先后历时一年。谈判取得重大效果，既维护了两国邦交，又大大降低了赔偿金额。

事后日本方面首席律师（日本东京律师协会会长）冈村先生感慨道：“原以为中国封闭了数十年，尤其经过文化大革命，对世界事务会很少了解，但这次谈判中国律师列举了包括日本明治维新时代的法律、法国民法典、日内瓦公约等在内的大量法律条款，使我们刮目相看，中国方面的有理有节也很使我们信服。”

也是在那个时期，国内掀起了一股赴日留学的热潮，不少人倾家荡产到日本去，名义上是留学，实际上是打工，

但很多人后来发现是被骗了，不仅没书读，还没有工作做。

一些被骗的人回到上海后，立即想到要抗议，并采取了最简单的方式——游行。“1000多人包围了日本领事馆，导致整条淮海路完全堵塞。”傅玄杰说。情绪激化严重，公安都没有办法控制场面。

在政法委的指派下，傅玄杰组织律师们赶到现场，以第三方身份，帮助处理事件主动挺身振臂一呼。“我们是来帮助你们向日方索赔的。”这样的态度，首先就安抚了群众们的情绪。律师们后来又给大家发了入场券票，凭票进行免费法律咨询。之前失控的群众很快就平静下来，进入了律师们安排好的大会场，混乱局面很快就得到了缓解。

在后来的咨询中，律师们逐一为大家进行登记，告知证据准备规则，并统一向日方索赔，这个群体性事件便慢慢地化解掉了。

“那个时候有一种信念就是，我们必须为社会做点事情。也正是在这点点滴滴的积累中，律师地位在公众面前逐步逐步地有了提高。”傅玄杰说。

## 退休后开办个人所

在担任第一届经过选举后被任命的上海市第一法律顾问处（后称上海市第一律师事务所）主任之前，傅玄杰并没有做过相关的律师事务所管理工作，他在工作中不断探索管理模式，而这样的探索，也给他后期开办个人所积累了一定的经验。

80年代末90年代初，社会经济体制改革速度不断加快，司法改革的进程也非常迅速，允许律师自己开所。1990年，60岁的傅玄杰已经到了“退休年龄”，但在组织上的挽留下，他又留任了四五年。

1994年，傅玄杰开办了个人所——上海市傅玄杰律师事务所，核心业务是公司法、知识产权、房地产及大型基础设施、金融法及国际商事等。

64岁再出发，不是所有人都有这样的勇气。但因为对法律、对律师职业的爱，傅玄杰乐此不疲。

随着傅玄杰的年龄不断增长，所里的年轻人也开始挑起了担子。“我希望他们都能尽快成长起来。”傅玄杰说，“再过两年，我就可以不做了，回去写写书，回顾我这一生，回顾上海律师走过的这37年的铿锵岁月。”



上海国际经济贸易仲裁委员会

Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission

上海国际仲裁中心

Shanghai International Arbitration Centre

上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）设立于1988年，以独立、公正、专业、高效的仲裁服务为当事人解决商事争议。

上海国际仲裁中心受理案件除传统商事争议外，还涉及私募股权、互联网金融、融资租赁、航空服务、文化体育、能源与环境权益等新型案件。案件当事人遍及全国各地及世界上72个国家和地区，仲裁裁决依据《纽约公约》已在40余个国家和地区得到承认和执行。上海国际仲裁中心《仲裁员名册》共有仲裁员858名，分别来自61个国家和地区，其中中国内地仲裁员534名，占62.24%；外籍及港澳台地区仲裁员324名，占37.76%。

近年来，上海国际仲裁中心分别设立了中国（上海）自由贸易试验区仲裁院，上海国际航空仲裁院，金砖国家争议解决上海中心，中非联合仲裁上海中心及产权交易仲裁中心，为当事人提供更具针对性的专业调解、仲裁等争议解决服务。

上海国际仲裁中心始终坚持国际化和专业化的发展战略，服务中国（上海）自由贸易试验区及“一带一路”国家战略，助力上海国际经济、金融、贸易、航运中心及科创中心的建设。

#### 示范仲裁条款

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

[www.shiac.org](http://www.shiac.org)

地址：中国上海市金陵西路28号金陵大厦7-8层（200021）

电话：86-21-63875588

传真：86-21-63877070

邮箱：info@shiac.org



# 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）22313917

邮政编码：200041

网址：[www.accsh.org](http://www.accsh.org)

Address: 23/F No. 755 Weihai Road Shanghai P.R.C.

Tel: 86 21 52920022

Fax: 86 21 22313917

Zipcode: 200041

Website: [www.accsh.org](http://www.accsh.org)



腊梅迎春（上海沪一律师事务所 郭钦福律师）