2016
9
总第747期

上海律师

SHANGHAI LAWYER

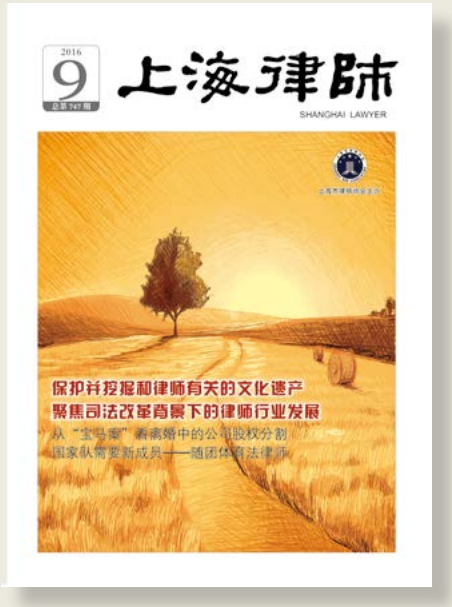
上海市律师协会主办

保护并挖掘和律师有关的文化遗产

聚焦司法改革背景下的律师行业发展

从“宝马案”看离婚中的公司股权分割

国家队需要新成员——随团体育法律师



《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　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　王旭峰　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

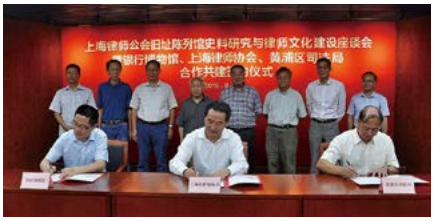
（内部资料　免费交流）

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

本期导读

A



上海律师公会作为中国律师发源地之一，见证了中国律师业的发展和中国民主法治的进步。上海律师公会旧址陈列馆的整个筹备过程倾注了广大律师的心血，利用好律师公会旧址，把更多的史料挖掘出来、展示出来，才能更好地传承律师文化，彰显律师事业。

——《保护并挖掘和律师有关的文化遗产》

B

医疗风险如何控制？医疗质量如何监管？执业地点如何界定？健康咨询公司通过网络为患者提供诊疗服务是否合法？“医疗 + 互联网”必将极大地提高医疗效率，改善就医体验。但在对行业充满期待的同时，也要关注其法律风险，立法应当尽快推进。

——《“华夏律医汇”跨界法学 + 医学》

C

为国家队配备相应的专业体育法律师的必要性毋需赘述，在奥运会这样的世界性赛场上尤其如此。对体育规则的深刻学习和理解，体现的是一个国家对体育竞技精神的尊重，也是立足于现代体育的竞争基础。

——《国家队需要新成员——随团体育法律师》

D

“一带一路”的其中一项重点是“设施联通”。根据商务部的统计，2015 年我国企业在“一带一路”相关的 60 个国家新签对外承包工程项目合同 3987 份，合同额 926.4 亿美元。随着跨境建设项目由少到多，和建筑相关的争议必然会大量增加。

——《“一带一路”战略下香港仲裁与调解的优势和角色》

E

王宝强在正式曝光要离婚之前，公司股权的架构已经搭好，从公司的控制权到股权的收益权，实际上其与马蓉两方已经经过谈判协商，在两人之间实现权益的平衡。王宝强离婚事件，在引起大众关注的同时，其在公司股权分割方面开创了一种新的模式。

——《从“宝马案”看离婚中的公司股权分割》

CONTENTS
目录

本期关注

4 保护并挖掘和律师有关的文化遗产 / 黄浦律工委
7 聚焦司法改革背景下的律师行业发展 / 虹口律工委
10 “华夏律医汇”跨界法学 + 医学 / 吕新

风采

13 20 年后，再次踏上捐资助学路 / 鲁明明
15 医院与法院相争该不该？ / 卢意光
19 座谈交流美国联邦法院审理概况 / 李兆兴

人物

20 一个公益律师眼中的完美人生 / 彭涛

律所建设

22 君子之合，汇水成泽：用专业打造品牌，用公益温暖人心 / 君合上海

法律咖吧

26 从“宝马案”看离婚中的公司股权分割 / 许倩 整理

时评

34 国家队需要新成员——随团体育法律师 / 吴炜

香港大律师

36 “一带一路”战略下香港仲裁与调解的优势和角色 / 卓元畅 彭禧雯

专题研究

39 “股权代持僵局”的法律探讨 / 王军旗 杨燕婷
43 外国和境外仲裁机构在华仲裁的源流与演变 / 牟笛
47 银行是否为代销基金亏损承担责任？ / 杨润来 闵熹

名家专栏

53 新一轮司法改革与律师职业空间变局 / 杨力

SHIAC 专栏

56 从中国法院的实践看《纽约公约》第 5 条第 2 款（b）项下公共政策的司法审查（上）
/ 上海国际经济贸易仲裁委员会商事仲裁研究中心

他山之石

60 “避税天堂”最适合投资哪几类公司？ / 邵家臻

乐 LIFE

63 球迷旅拍，意外走上“人生巅峰” / 朱雄一

INSIGHTS
本期关注

上海律师公会旧址陈列馆史料研究与律师文化建设座谈会举行

保护并挖掘和律师有关的文化遗产

文丨黄浦律工委

8 月 24 日，上海律师公会旧址陈列馆史料研究暨上海市银行博物馆、上海市律师协会、黄浦区司法局合作共建签约仪式于上海律师公会旧址陈列馆（复兴中路 301 号）正式举行。出席会议的有上海市司法局副局长王协，黄浦区委常委、政法委书记吕南停，上海市律师协会会长俞卫锋，上海社科联原党组书记沈国明，上海市银行博物馆馆长黄沂海，民盟上海市委宣传部部长王海波，上海社会科学院历史研究所教授陈同，上海社会科学院法学研究所教授程维荣，上海市司法局律师管理处副处长忻峰，黄浦区司法局党委书记张伟舫，黄浦区文化局调研员张平，黄浦区司法局副局长杨冬雨，黄浦区文保所副所长洪颖哲，沈钧儒大律师之孙沈宽，上海市联合律师事务所主任朱洪超，上海市金茂律师事务所主任、黄浦区律师工作委员会主任毛惠刚，北京岳成律师事务所上海分所主任、黄浦区律师工作委员会副主任岳雪飞。会议由黄浦区司法局党委书记张伟舫主持。

上海律师公会旧址陈列馆史料研究工作得到了各方领导专家支持

会议正式开始前，全体与会人员来到上海律师公会旧址陈列馆，通过黄浦区青年律师讲解员精彩生动的讲解，进一步了解了上海律师公会的发展历程和对中国律师业发展所做的贡献。

“上海律师公会作为中国律师发源地之一，见证了中国律师业的发展和中国民主法治的进步。”1912 年 12 月 8 日，中国近代史上人数最多、影响最大的律师同业组织——上海律师公会成立。2008 年，黄浦区司法局在各上级领导和有关部门的重视关心下，筹建“上海律师公会旧址陈列馆”，同时该大楼被区文物保护委员会登记为不可移动文物加以保护。

2010 年 12 月 8 日，上海律师公会旧址陈列馆正式建成开馆，是全国唯一一家专门展示早期律师史料的文物单位。六年来，陈列馆相继接待了司法部、全国律协、上海市政协、上海市民盟、香港大律师公会等领导及国内外社会各界人士近三千余人次，还定期举行新执业律师的宣誓仪式，并成为政法院校学生学习培训基地。陈列馆不仅为律师们提供了一个了解行业发展历史和加强职业教育的平台，而且承担着向普通群众宣传普及法律知识的重要任务，也是上海律师行业对外交流的窗口，成为弘扬法治文化的新地标。

2015 年底，工商银行对该幢大楼进行重新布局规划，改建为“上海市银行博物馆”，区司法局在市司法局、市律协、区委、区政府有关领导的关心下，对上海律师公会旧址陈列馆进行重新装修，并于 2016 年 3 月重新启用。至今已接待了各界人士 200 余人次，还举办了青年律师讲解员风采大赛，选聘了黄浦区内优秀的青年律师担任讲解员，为这幢充满历史感的建筑注入了新鲜的血液。

在与会领导和专家学者的见证下，上海市银行博物馆馆长黄沂海、上海市律师协会会长俞卫锋、黄浦区司法局党委书记张伟舫共同签署《上海律师公会旧址陈列馆合作共建备忘录》，对上海律师公会旧址陈列馆管理主体、工作职责、日常运营、制度保障、宣传交流、后续建设等予以明确，确保陈列馆长期、持久、稳定的运作。

自诞生之日起，上海律师公会就以行业组织的身份促进律师业发展，规范律师执业行为，为“匡扶正义、建立法治”的理想而奋斗，为推动中国社会的发展和进步而不懈努力。

会上，上海市银行博物馆馆长黄沂海讲到，三家单位开展合作共建，进一步加强律师公会陈列馆的建设，更好地弘扬法治文化，这是非常值得高兴的一件事情，希望陈列馆在大家的共同努力下，越办越好。

三方共建签约仪式

从最初寻找旧址大楼申请作为不可移动文物，到全国各地考察寻找史料筹建开馆，上海联合律师事务所主任朱洪超提出，陈列馆开启了中国律师文化新的历史，展开跨越时空的法治对话，我们要继承和发扬先辈律师的精神，匡扶正义、建立法治是我们的共同理念、共同梦想。

上海律师公会旧址陈列馆筹备工作离不开上海社会科学院历史研究所与法学研究所的支持。历史研究所教授陈同在座谈会上提到，上海律师公会成立以来一直坚持为弱势群体、平民百姓伸张正义，也为解决纠纷、权益保护做出很多贡献。展望未来，希望我们的法律制度更加健全，为我们的社会主义建设、为我们的国家保驾护航，维护社会的公平正义，这是我们今天的责任。法学研究所教授程维荣同样希望对律师文化建设有明确的、长远的规划，律师文化在今天新的时代得到进一步发扬光大。

从北京远道而来的“七君子”之一的沈钧儒大律师之孙沈宽也就陈列馆的未来发展提供了思路。他非常感谢上海市银行博物馆、上海市律师协会、黄浦区司法局对陈列馆建设所作出的努力，能够把这一段史料故事展现出来,希望今后能将律师文化理论与实践结合起来，进一步扩大其影响力。

民盟市委宣传部部长王海波在会上讲到，沈钧儒、史良还有当时许多的律师都是民盟会员，民盟和律师界一直有着深厚的渊源，非常高兴能够参与陈列馆的建设中，希望更好地发挥民盟会员中律师的作用，为法治建设作出努力。

黄浦区文化局调研员张平提出深入挖掘上海律师公会的历史底蕴,将上海律师文化与其它文化结合起来，将黄浦区的博物馆与上海律师公会旧址陈列馆联合起来，便于大家学习交流，实现资源共享。在宣传形式上可引入互联网模式，让历史文化更接地气，更深入人心。

最后，上海社科联原党组书记沈国明，上海市律师协会会长俞卫锋，黄浦区委常委、政法委书记吕南停，上海市司法局副局长王协分别作了讲话。

沈国明书记认为，现在的陈列馆内的史料还是比较初级，在律师公会漫长的几十年的发展历程里还有很多的珍贵的资料有待挖掘和发现，希望未来能够进一步与上海市银行博物馆、银行业有更多的合作契机；这些挖掘出来的史料不仅仅应该得到妥善的保存和维护，更应该利用好这些史料，去阐述上海作为中国律师业的发源地的历史、上海的社会发展史、律师的历史和我们的法治史，那才是这些史料存在的价值和意义，也是对律师先辈最好的缅怀和纪念；最后希望通过各方的共同努力特别是可以和文化界一起合作，让陈列馆成为上海知名的、重要的人文景观和景点，根据《上海市历史文化风貌区和优秀历史建筑保护条例》，更多地挖掘、发扬、宣传优秀的律师文化和资源。

俞卫锋会长讲到，缅怀了百年前的上海律师先辈，他们为匡扶正义、维护社会公平的同时，对外力争法权、维护司法主权的独立和完整。他说，这样的精神只能从如今展示的这些史料中感受得到。他倡议要大力传承律师精神与弘扬律师文化。律师精神就是匡扶正义、追求法治的精神，在百年后的今天，律师在服务社会、经济发展；维护社会公平正义；推动社会文明进步这三大功能上都应该有更高的自觉性和使命感。同样的，将律师公会旧址陈列馆打造成优秀的历史、文化名片更是我们律师责无旁贷的责任。今后，可以用更多样化的手段和技术将陈列馆进一步扩展，比如网上博物馆的形式；也可以多点陈列、多方合作，将宣传、展出以及律师业内外的交流活动开展得更有意义。

吕南停书记指出，中国律师从 1912 年萌芽到现在有一百多年历史。虽然百年的历史与中华上下五千年的历史长河相比有些微不足道，但对中国法治文化建设却有重大意义，是法治文化的重要根源。上海律师公会旧址陈列馆的整个筹备过程倾注了广大律师的心血，非常感谢上海市银行博物馆、市律协对陈列馆建设所作的贡献。今天是新的起点，希望利用好律师公会旧址，把更多的史料挖掘出来、展示出来，使黄浦文化的传承，律师事业的发展得到更好彰显。

王协副局长指出，对于陈列馆后续的建设上，开展网上博物馆和多点陈列的想法很好，具有很强的可操作性。黄浦区作为上海历史沉淀的重要区域，挖掘和律师文化有关的文化遗产也是文化建设的一项重要内容。市司法局、市律协、区司法局作为律师文化建设的主要责任主体，和上海市银行博物馆以及更多的其他单位开展合作、共建具有非常积极的意义，也契合了上海律师业改革、发展的重要课题。

聚焦司法改革背景下的律师行业发展

——第三届北外滩律师事务所管理和发展论坛举行

文｜虹口律工委

7月28日下午，第三届北外滩律师事务所管理和发展论坛“司法改革背景下的律师行业发展”在虹口三至喜来登酒店举办。虹口区律师工作委员会副主任李镔律师主持论坛。来自光大律师事务所、众华律师事务所、北京世纪所上海分所的律师嘉宾，从律师调查取证制度的突破与探索，到律师的素质提高如何跟上司法改革的步伐等行业热点进行阐述，全国律师协会副会长盛雷鸣剖析了律师制度如何改革，以及律师制度改革对行业的影响。上海市律师协会会长俞卫锋也就“司法改革到底改什么”作了精彩发言。

虹口区委常委、政法委书记杨莉在讲话中结合我国司法改革的大政方针，以及近几年虹口区律师发展情况，强调此次司法改革对律师行业的重要性，希望律师们能够牢牢抓住此次改革机遇，实现律师自身的职业价值与梦想，与此同时，希望虹口区在今后的法律建设中，更具特色化、更加专业化，为整个社会法治建设添砖加瓦。

中华全国律师协会副会长 盛雷鸣

律师是司法改革最大受益者和最坚强支持者

论坛上，光大律师事务所沈静律师谈了“律师在侦查阶段中起到的作用及权利保障”。沈律师通过介绍近两年我国有关部门出台的两份重要文件（《关于依法切实保障律师诉讼权利的规定》、《关于深化律师制度改革的意见》），指出律师执业权利进一步得到保障。同时，指出在实践中我国律师面临“传统三难”与“新三难”交替相加的困境。为此，沈律师提出两点建议：1. 明确规范律师权利保障的流程、增加值班律师制度、出台相关文件解决律师调查取证问题；2. 积极发挥各区律师协会的作用，从而更好地保障律师群体的利益。

众华律师事务所张尔东律师就“律师取证制度”同与会者探讨交流。张尔东律师分析了我国目前律师调查取证的现状，指出我国调查取证的诸多困境，通过原因分析，张律师提出律师调查取证的新探索，首先，希望通过相关立法，提高律师调查取证的主体地位。其次，规范调查令制度，在全国统一执行，并且，提升司法信息机构专业化，统一管理信息。最后，利用网络等多媒体形式加强司法部门与其他部门的沟通与合作。

北京市世纪律师事务所上海分所毛慧芸律师在交流探讨“律师的综合素质如何跟上司法改革的步伐”时指出，律师需求量与日俱增，律师综合素质尤为关键。如何提高律师整体素质，毛律师提出两点建议：一、律师要在

1. 上海市光大律师事务所 沈静
2. 虹口区人民检察院副检察长 骆群
3. 上海众华律师事务所 张尔东
4. 虹口区人民法院副院长、复旦大学法学院教授 赵立行
5. 北京市世纪（上海）律师事务所 毛慧芸
6. 上海交通大学凯原法学院副院长、教授、博士生导师 杨力

法律职业共同体的理念下，培养工匠精神，学会开拓创新。二、提高律师的社会责任感，重视青年律师的培养。此外，毛慧芸律师通过分享自己律师事务所大胆尝试的实践经验，诠释了在司法改革的机遇与挑战，律师行业是司法的重点领域，律师本身需要加强自身的综合素质，紧跟司法改革的步伐。

上海交通大学凯原法学院副院长杨力在“新一轮司法改革与律师职业空间变局”中看到，司法队伍与律师队伍建立之间的人员流向与配置格局发生了一些变化。通过上海司法改革试点的情况分析，他建议：一、明确基于中央统一领导下，拓展地方司改能动空间。二、协调各方力量，改善律师的执业环境。

虹口区人民检察院副检察长骆群在发言中谈到了虹口区检察院在保障律师权利方面作出的实践探索。为着力保障律师的执业权利，建立保障律师的执业体系，他建议：首先，加强律师与检察官的相互交流、互相监督；其次，加强行业队伍建设，建立高素质的法律职业队伍。最后，骆群检察长表达了对构建新型检律关系的信心。

虹口区法院副院长赵立行阐述了在司法改革中推进法律共同体和谐发展的主题，他表示司法改革是法律共同体的历史机遇和挑战，司法改革对法律共同体建设提出新的要求，法官和律师需承担好各自角色与责任，加强沟通协调，以服务保障推进法律共同体的和谐发展。

在场内外互动提问环节，发言嘉宾就“律师可不可能成为陪审员?”、“律师和法官如何建立交流机制”、“律师在刑事案件上的作用”、“如何让律师执业权利保障到位”、“法律职业共同体有什么新的变化”等问题分别作了详细回答。

虹口区司法局党工委书记、局长王浩表示，律师们内心对律师事业的关注度，专业人士场内外的互动，富有活力和深度。虹口区三位律师从侦查阶段的职业权利保障、律师调查取证制度的突破和律师职业素养的改善作了比较深入的主旨交流发言，五位嘉宾分别从不同角度对主题进行了思想性、实践性很强的阐述。虽然本次主题非常大和抽象，但发言包含了从微观到宏观的思考，视角十分宽广，勾勒出一个类似分子模型的立体架构，给人以不断向外延伸和突破的张力。

上海市虹口区司法局党工委书记、局长 王浩

俞卫锋会长：司法改革到底改什么？

上海市律师协会会长俞卫锋讲述了司法改革到底改什么。“上海本地的司法体制改革大致有四个方面：一是法官员额制；二是追责机制；三是职业保障；四是垂直管理。”在俞会长看来，整个上海司法改革的指向目标，即让法官、检察官精英化，提高职业尊荣感。同时，他认为司法改革与律师紧密相关。

那么，“我们律师行业协会要做什么”，“我们律师个体要做什么”？

“今年 4 月，上海召开了全市律师工作会议，一项重要内容就是如何保障律师执业权利。在法律制度设计层面，律师制度有纠错功能，我们要充分发挥这个功能，前提是要保障律师的执业权利。”据俞会长介绍，目前上海市律协已与上海市高级法院和一、二、三中级法院签订相关协议。比如和一中院商谈法官、律师双向交流，和二中院商谈法律文书的格式化，和三中院商谈多元化解决纠纷的问题。今年还将建立律师与政法各单位的联席会议机制，在律师执业权利得不到保障甚至被侵犯时，可以通过这些机制得到有效解决。

关于“从律师中选拔法官检察官”，俞会长呼吁，希望广大律师踊跃报名。他说，虽然这并不能解决目前法院案多人少的问题，但法官的来源将不再单一化，是个非常好的开端。上海市律协届时将公布选拔程序，如果律师有疑难问题，市律协也将联合相关单位进行答疑。

俞会长指出，在司改背景下，对于律师和律所来说，不仅要服务经济发展，也要履行社会责任。

上海市律师协会会长俞卫锋回答提问

目前，上海市律协共有九大平台，“双结对”、“法律服务进社区”等都为律师履行社会责任打下坚实基础。在全社会法治意识提高的情况下，当事人以及相关方对律师的要求都会越来越高；相应的，律师的执业风险也势必增加。“司法改革对我们律师事务所的管理水平，对我们律师本身执业能力、职业素养也都提出了新的要求，怎样把事务所运营得更有效率，怎样让我们律师个体更加专业，都是摆在我们面前的课题。”

俞卫锋会长介绍，上海市律协将开展一系列提升律师执业能力和风险防控能力的活动，同时建立相关的研究中心，“律师不是司法改革的旁观者，我们是参与者，而且要做积极的参与者，要从更宽广的视野来看司法体制改革，为司法改革献计献策。”

律师现场提问

市律协参与主办“中国‘医疗+互联网’创新和监管论坛”

“华夏律医汇”跨界法学+医学

文丨吕新

2016 年 8 月 6 日，“中国‘医疗 + 互联网’创新和监管论坛”在上海交通大学凯原法学院东方会堂顺利召开，这是中国大陆地区关于“医疗 + 互联网”的首次法律论坛。

此次论坛由上海交通大学凯原法学院与上海市律师协会联合主办，市律协医药健康业务研究委员会与互联网业务研究委员会承办，法律界、产业界、医疗界、监管部门等各方权威人士，跨界探讨了当前“医疗 + 互联网”领域的创新、商业模式、产生的法律问题及应对之监管对策，200 余名律师、研究人员、企业界人士参与论坛。

为使得法学、医学这两个古老学科能够在互联网时代更紧密地加强合作，跨界交流平台“华夏律医汇”也于当天成立。

华夏律医汇成立仪式

关注互联网医疗的法律风险

论坛由上海交通大学凯原法学院朱芒教授主持开幕，凯原法学院季卫东院长发表开幕致辞，上海市卫计委邬惊雷主任发表主题演讲。活动分为三个分论坛主题进行，分别是：“远程医疗的创新与监管”、“精准医疗的创新与监管”及“健康管理的创新与监管”。

市律协医药健康业务研究委员会主任卢意光主持了“远程医疗的创新与监管”分论坛。他在论坛上介绍，国家卫计委 2014 年 8 月 21 日发布《关于推进医疗机构远程医疗服务的意见》，远程医疗服务项目主要有三种模式：医疗机构对医疗机构、医疗机构对病人、医疗机构通过设备对病人。除了这三种模式，实践中，大量的 APP 连接着医务人员和患者，在进行健康咨询的活动，即健康咨询公司对患者，这第四种模式所涉法律问题为广大医务人员、投资者及经营者密切关注。

据卢意光剖析，比如“医疗机构对医疗机构”即远程会诊，主要涉及的问题是参与各方如何界定权利义务、发生医疗损害如何划分责任。2015 年底，卢意光在《医学与法学》上发表了《“互联网 + 医疗”所涉法律风险探析》，文中重点讨论了远程会诊中各方的法律风险。至今，他对于文中观点没有改变，也没有更多补充，即仍然认为远程会诊各方应当妥善签订协议，约定各方权利义务以及责任承担，一旦发生医疗损害，患者可以按照共同侵权来主张权利，参与会诊各方承担赔偿责任以后，应当根据签订的协议来分担损失。

此外，其他模式也产生了一系列的法律需求：医疗风险如何控制？医疗质量如何监管？执业地点如何界定？健康咨询公司通过网络为患者提供诊疗服务是否合法？卢意光想说的是：“医疗 + 互联网”必将极大地提高医疗效率，改善就医体验。但在对行业充满期待的同时，也要关注其法律风险，面对目前轰轰烈烈发展的行业态势，其所涉及的法律问题还会逐步浮出水面，立法应当尽快推进。

远程医疗需要法律评判

据了解，远程医疗或可成为下一步医改突破口，但是在现有的法律框架下，远程医疗也一直是个充满争议的话题。上海三甲医院在“互联网 +”的不断摸索中发现，随着互联网接入端口从 PC 端转移到移动端，问题和争议也逐渐显现。

国家卫生和计划生育委员会法制司副司长陈宁姗总结发言

A. 远程诊疗——客观上，有效缩短乃至消弭了医患之间的时间与空间距离，但随之而来的医疗安全、法律责任界定等问题，不可避免地凸显在医患双方面前。目前，政府的法律和政策导向，给远程诊疗作了严格的限制，而在实际运行中，一些医疗机构、医务人员以及患者在“打擦边球”，一旦发生医疗安全问题、医疗纠纷，权利的保护、责任的认定将面临十分复杂的情况。

B. 医疗数据远程传输——即便医生远在地球另一端，也能通过 APP 实施接收并分析院内患者的检查结果、影像资料、病理报告等医疗数据，从而做出远程判断和决策，甚至通过移动互联网“直播”来指导手术（治疗）。然而，任何的远程数据传输都有可能出现延迟、失真甚至丢失，一旦不幸遇到这样的情况，出现医疗安全问题，责任由谁来承担？

C. 各类检查报告远程查询——通过远程手段查询的电子报告是否具备和传统纸质报告一样的法律效应？如果患者需要报销医疗费用、向保险公司提出理赔、因医疗纠纷需要向法庭举证……由谁来提供这些数据？数据是否具有效力？

它们都需要法律予以界定。

上海市卫计委主任邬惊雷发表演讲

远程医疗究竟是怎么一回事

乌镇互联网医院院长张群华在分论坛上介绍了乌镇互联网医院的模式，梅斯医学副总经理贺加原分享了大数据在远程医疗中的创新应用，给参会者展示了远程医疗广阔的发展前景。上海交通大学凯原法学院、医药卫生法研究中心的于佳佳老师通过医疗行为和健康咨询之间的界限划分、多点执业和远程医疗以及亲自诊查义务和远程医疗等角度分析了远程医疗发展中面临的法律问题。上海健康医学院教师、上海市联合律师事务所律师魏俊璟则从实务的操作层面和理论研究的角度对相关的法律问题进行了介绍，包括数据的安全与隐私、诊疗行为与健康管理的界限等问题。

中国医院协会信息管理专委会委员黄昊先生总结了五点远程医疗所面临的挑战。中通银泰（北京）投资管理有限公司首席合伙人洪渝主要从资本市场的角度介绍了远程医疗的投资。才金资本总裁宫惠珉介绍了移动医疗创业的现状及问题。上海黄浦卫计委田卓平主任、上海卫计委卫生监督所李立达副所长等进行了现场点评。随后，各位嘉宾主要针对远程医疗运作模式、法律规范基础、主体责任承担等热点问题进行了讨论。

对如何“精准医疗的创新与监管”畅所欲言

在市律协互联网业务研究委员会主任陈巍主持的“精准医疗的创新与监管”分论坛上，中国科学技术信息技术研究所苏颖副研究员介绍了精准医学与人性化医疗创新。中国医学装备协会崔泽实副秘书长主要介绍了精准医疗的软硬件设备支持。上海政法学院王康教授以现行政策法规、质量安全问题、个人数据保护等为视角讨论了精准医疗的法律规制问题。上海申康医院发展中心医疗事业部赵蓉主任进行了现场点评，并就中国目前精准医疗发展面临的阻碍、程序性建设等方面进行了探讨。

中国医疗健康产业促进联合会（筹）秘书长黄涛主持的“健康管理的创新与监管”分论坛上，微糖创始人冯燕飞以微糖为例就互联网健康企业在健康产业领域面临的创新问题进行了分享交流；君联资本合伙人周宏斌介绍了健康管理产业领域投资的机遇与挑战；通力律师事务所医疗健康业务合伙人钱大立从法律角度，对以互联网为载体和技术手段的健康管理（包括健康教育、医疗信息查询、电子健康档案、疾病风险评估）创新形式、当前所面临的法律问题等做了分析，就中外监管体系比较、中国产业监管要求与参会者进行了交流，并对健康管理 APP 制作与发行、个人信息保护中存在的待完善之处提出了相应的建议。中国人民大学信息资源管理学院教授周晓英、万方数据副总裁张秀梅进行了现场点评。

此次活动同时邀请到了国家卫计委法规司陈宁姗副司长对本次论坛进行主题发言，陈副司长表示，在国家大力倡导“互联网 +”的环境下，我们除了积极探讨医疗 + 互联网模式，也要积极探讨健康 + 互联网模式，从安全、有效、经济等角度，积极研究创新与监管中的各项法律问题，陈副司长并对本次论坛讨论的部分问题做了相应阐述，亦对本次论坛活动给予了高度肯定和评价。

FEATURES
风采

20年后，再次踏上捐资助学路

记华亭所律师重返金寨县援建希望小学

文丨鲁明明

巍巍大别山
红色将军县
杜鹃花开红遍山
倾世之恋山水间
日出悬剑群山连绵
道观钟声响彻千年
泛舟梅山心开阔
心旷神怡似神仙
大美金寨爱的家园
红色记忆梦绕魂牵
风景如画水光潋滟
大山儿女情满天地间
……

一曲《大美金寨》的赞歌，把我们的思绪拉到了 20 年前。20 年前，华亭律师事务所律师办案来到安徽金寨县汤家汇镇，办案之余看到孩子在低矮破旧的校舍内读书上课，学习条件十分艰苦，心里很不是滋味。捐建校舍，为当地孩子改善学习环境的想法涌上华亭所律师的心头。回到上海以后，全所成员纷纷响应。1997 年，在多方努力支持下，金寨县华亭希望小学终于落成，孩子们搬进了宽敞明亮的教室。

华亭希望小学建成以后，华亭所多次组织党员律师、青年律师前去回访、慰问，曾与闵行区司法局领导一起前去看望学校师生，也邀请过希望小学的师生代表来上海参观学习。今年，在建所 35 周年之际，为了传承爱心，华亭所再次组织重返希望小学活动，全体员工根据自身能力，慷慨解囊，奉献爱心，捐赠数万元善款，以慰问希望小学的师生。

2016 年 5 月 26 日，伴随着淅沥的夏雨，经过高铁换大巴的辗转，大半天的长途跋涉，华亭所一行 20 余人到达安徽省六安市金寨县汤家汇镇枣林村——金寨县华亭希望小学。

远远看到校门口拉着红色横幅“热烈欢迎上海华亭

律师事务所嘉宾来校回访”，老师和同学们在校门口翘首期盼，华亭律师们一路上的疲惫瞬间化为阵阵暖意，脚步也越发轻快。虽然过去将近 20 年，但希望小学的校舍在学校师生的打理下，干净整洁，面貌如新，在大别山麓散发着勃勃生机。听说华亭所律师来校回访，建校时的老校长也不顾年迈，冒雨前来，热情寒暄，好似老友相见。

参观完校舍后，华亭所律师一行与学校师生进行了座谈。同学们为华亭所律师——系上红领巾，现任校长介绍了华亭希望小学发展现状。多年来，华亭希望小学先后有 30 多名学生考入名校，其中有两名已经博士毕业；小学生真挚而可爱，在发言中对华亭所律师一行不远千里前来回访慰问表示了感谢；华亭所万洛民律师作为代表讲述了华亭希望小学的由来及多年来的回访、沟通、交流，并希望学校越办越好，让双方的友谊不断传承；汤家汇镇领导对华亭所多年来坚持扶贫助学、奉献爱心表示了肯定与感谢；最后华亭所许强主任将全所员工的爱心善款赠予华亭希望小学师生，希望小学的校长向华亭所回赠牌匾：华亭汤汇献爱心，枣林学子沐泪霖，立志攀登龙虎榜，廿年小树已成林。

座谈后，华亭律所一行与希望小学师生合影留念，并与孩子们亲密互动。虽是初次见面，但孩子们纯真可爱的笑容感染了每一个人。时间过得很快，孩子们久久不愿散开，华亭所律师也舍不得说再见。

汤家汇镇位于皖西边陲、大别山腹地，有金寨县西北门户之称，是一个名副其实的红色大镇。近年来，该镇的面貌已焕然一新，自然风光和人文景观交相辉映。随着 2016 年 4 月习主席对金寨县的深入考察，这片红色的土地、革命老区、将军的故乡将会受到来自各方面越来越多的关注与重视，老区的明天也一定会越来越好。

人生之善莫过于助人，助人之德莫过于助学。对于贫困山区的孩子而言，知识或许依然是改变命运最好的方式。予人玫瑰，手有余香。或许我们的帮助有限，但爱心无限，带给孩子们希望与关怀的同时，爱心助学也带给我们无尽的温暖。今后，华亭所律师在做好本职工作的同时，将永远不忘初心，回馈社会，在爱心公益的道路上不断前行。

——大美金寨爱的家园，红色记忆梦绕魂牵，风景如画水光潋滟，大山儿女情满天地间。

“医院病历档案管理与法院调查权”相关法律问题研讨会

医院与法院相争该不该?

文丨卢意光

2016 年 9 月 9 日下午，市律协医药健康业务研究委员会在律协第三会议室召开“医院病历档案管理与法院调查权”的专题座谈会。会议由市律协医药健康业务研究会主任卢意光律师主持，孙欢成、徐刚、卢建五、邹合强等二十多名委员、干事共同参加。

座谈会围绕网络热点新闻——河南省开封市鼓楼区法院对河南省人民医院妨碍司法调查处以 10 万元罚款的这一事件进行了热烈的讨论，与会律师们对该事件中法院是否有调查取证权、是否正确合理地行使权利以及医院方是否积极主动地进行配合等双方争议的矛盾焦点发表了各自不同的观点。 同时，对日常医疗纠纷案件中所涉病例所有权归属、不同医院对病例查阅复印的不同做法和态度、医院是否有提供主观病例的义务等病历档案管理中的一系列问题展开了进一步的分析和论述。

一、本次事件的争议焦点

2016 年 8 月 21 日凌晨开封市鼓楼区人民法院发表声明，声明中指出：8 月 19 日上午，我院两名干警到河南省人民医院调查核实案件当事人梁某某提供的住院病历材料的真实性。从上午 10 时至下午 5 时，长达七小时，河南省人民医院病案室的工作人员以各种理由不予配合，我院的调查取证工作无任何进展。针对该院无端刁难、无故推脱，我院依据《中华人民共和国民事诉讼法》相关规定，依法对河南省人民医院妨害民事诉讼的行为作出罚款人民币 10 万元的决定。8 月 22 日凌晨，河南省人民医院也发表了声明，该声明确认了法院两名干警前往该院调查病历，并且被罚款的事实。同时提出几个疑问。卢建五律师总结了本次事件的争议焦点在于：1. 对于法院取证应适用法律理解不一；2. 对司法调查取证的内容和作用理解不一；3. 对法院调查取证是否享有优先权存在异议；4. 对司法调查、隐私与病历开示之间的关系存在争议；5. 对法院处罚的依据及程序是否得当存在异议。

二、法院的取证权源于《中华人民共和国民事诉讼法》，其效力应高于《医疗机构病历管理规定（2013年版）》

法院依据是《民事诉讼法》赋予法院的取证权。第六十七条的规定：人民法院有权向有关单位和个人调查取证，有关单位和个人不得拒绝。以上条款表明：法院调查取证，有关单位和个人不得拒绝。

医院管理病历依据《医疗机构病历管理规定（2013年版）》，其第二十条是这样规定的：公安、司法、人力资源社会保障、保险以及负责医疗事故技术鉴定的部门，因办理案件、依法实施专业技术鉴定、医疗保险审核或仲裁、商业保险审核等需要，提出审核、查阅或者复制病历资料要求的，经办人员提供以下证明材料后，医疗机构可以根据需要提供患者部分或全部病历：

（一）该行政机关、司法机关、保险或者负责医疗事故技术鉴定部门出具的调取病历的法定证明；

（二）经办人本人有效身份证明；

（三）经办人本人有效工作证明（需与该行政机关、司法机关、保险或者负责医疗事故技术鉴定部门一致）。

保险机构因商业保险审核等需要，提出审核、查阅或者复制病历资料要求的，还应当提供保险合同复印件、患者本人或者其代理人同意的法定证明材料；患者死亡的，应当提供保险合同复印件、死亡患者法定继承人或者其代理人同意的法定证明材料。合同或者法律另有规定的除外。

徐刚律师认为按照《民事诉讼法》规定，也即是只要能证明调查人是履行人民法院赋予的调查取证的职务行为，那么被调查的单位和个人就有必须配合的义务。因此在上位法已经明确的情况下，作为下位法的部门规范性文件《医疗机构病历管理规定（2013年版）》还把应当配合提供，写为可以提供，造成了医疗机构人员滥用审查权。既然病历管理人不一定通读法律，就像本案中该医院的工作人员一样，那么就可能对司法调查造成障碍。建议该条款应当配合司法调查的情况单列出来，进一步明确病历管理者的义务。卢建五律师认为，显然医院应该对工作人员加强普及相关法律知识教育。

三、医院审查的范围仅限于核实是否是司法调查人员，不能任意扩大

医院一开始认为介绍信上所列的要调查的住院号、病人姓名在医院的病案室，经查询不指向同一病历。为了保护病人的隐私，拒绝复印。医院的意思为法院调查人员“强行要求”调取、复印XXX号病历和XXX人的病历，超出了法院对司法调查人员的授权，有滥用职权的嫌疑。

《民事诉讼法司法解释》第九十四条规定了当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据需法院调查取证范围。第九十六条定义了人民法院认为审理案件需要的证据范围。第九十七条规定：人民法院调查收集证据，应当由两人以上共同进行。调查材料要由调查人、被调查人、记录人签名、捺印或者盖章。卢建五律师认为事关法院取证，对于医院，即使病案号与患者姓名不一致的病历资料也应当提供。医院方面不能以患者隐私为由拒绝出示。

对于证明定义而言，凡当事人提出的用于证明或者有助于证明本方提出的关于事实的主张的材料，都是证据。对于医院提出的前后二份介绍信，病历号相同，姓名不同问题，显然是对取证定义局限在《医疗机构病历管理规定（2013年版）》。住院病人姓名与要调查的病人姓名不一致，依然有证据意义。本次法院应原告申请，调取的证据，对于法院审判即可以认定原告怀疑真实，对被告则可以认定其对法庭作了虚假陈述。可见，证实是证明，证伪也是证明。

邹合强律师认为病人隐私理应受到保护，但肯定不能以此对抗司法调查。所以，关键还是在于调查人员提出的要求是否超出了法院的授权范围。就此而言，实际上是在对司法调查行为进行审查，上升到了对司法调查行为的审查权范畴。在司法调查程序中，调查对象负有的是强制性的协助义务，享有的权利包括核实调查人员的身份和调查授权的存在、记录调查行为并保存记录。如果允许调查对象享有对调查行为的审查权，那司法调查必定空转。所以，不能赋予调查对象对司法调查的审查权。至于对于司法调查权可能被滥用的担心，可以通过完善滥用职权责任追究制度解决。对于调查人员临场应变提出的“新要求”，调查对象没有审查权。在确认了书面记录的情况下，调查对象提供相应材料，并不会导致自己承担责任。如果真的超出范围，责任由调查人员承担。

四、医院核实司法调查人员身份，不应额外要求出具身份证

医院称其依据《医疗机构病历管理规定（2013年版）》第二十条规定，病案科在该法院工作人员不能出具调取2岁患儿病历材料合法手续的情况下，依法要求其出具身份证明，但受到对方拒绝。医院要求履行职务行为的司法人员提供工作证明、调查病历的法定证明以外再提供身份证明显有不妥。《医疗机构病历管理规定

（2013 年版）》第二十条第二款规定的经办人本人“有效身份证明”，并不等同于“身份证”。司法调查人员出具的人民法院工作证和人民法院执行公务证都记载了姓名、性别、工作单位、职务和公民身份证号码，完全属于有效身份证明，医院一再要求法院工作人员在执行公务的过程中出示个人的身份证缺乏依据。

五、司法调查是否具有优先办理的权力，法律并未明确

法院调查中，在病案室工作人员提出手续问题，并需协调医务处时，法院工作人员并没有马上责令医院提供材料，而是对医院提出的增设条件进行了配合。直到法院工作人员已经配合了医院要求，变更了介绍信，取得医务科同意配合、优先办理的说明，并且等待病案室上班后，才提出希望尽快提供的要求。医院的说明强调法院要求 10 分钟之内予以提供，存在不妥。若调查确认法院提出过类似的要求，与会律师认为法律并未明确赋予司法调查取证具有优先权，该如何看待这个问题，提出了两种不同的观点。

徐刚律师认为，进行司法调查虽然没有规定时间，但是考虑：1. 司法调查时存在如果不及时可能证据被销毁或灭失的可能。故为了维护法律的严肃性及当事人的合法权益，应当在有条件解决的情况下，尽快解决，避免发生意外情况。2. 法律已经明文规定：人民法院有权向有关单位和个人调查取证，有关单位和个人不得拒绝。有关单位拒绝或者妨碍人民法院调查取证的可以给予罚款。因此在有条件的情况下，不仅不得拒绝提供，也不得妨碍提供，如果能够及时提供却设立新的条件或拖延时间提供，导致司法调查不能顺利进行就可能构成妨碍。

姜林律师认为，法院在民事案件中的调查取证，不同于刑事案件中的调查取证。在没有证据证明被调查人存在毁损隐匿证据的风险时，法院应当适度尊重被调查人的管理体系和工作流程。法院干警后又要求病案室应在 10 分钟内复印完毕，在病案室多次告知无法在 10 分钟内办理完成时，法院干警仍坚持这一要求，并离开医院。姑且不论法院干警这一要求是否合理，是否带有个人情绪。病案室这种“可以办，但无法在 10 分钟内办理完成”的情形，最多定性为提供证据迟延，并未达到妨碍调查取证的程度。

六、法院出具处罚决定书的内容有法律依据

根据《民事诉讼法》第一百一十四条的规定“有义务协助调查、执行的单位有下列行为之一的，人民法院除责令其履行协助义务外，并可以予以罚款：（一）有关单位拒绝或者妨碍人民法院调查取证的；人民法院对有前款规定的行为之一的单位，可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款；对仍不履行协助义务的，可以予以拘留；并可以向监察机关或者有关机关提出予以纪律处分的司法建议”，司法解释明确规定“以需要内部请示、内部审批，有内部规定等为由拖延办理的”属于妨碍人民法院调查取证的行为。第一百一十五条“对单位的罚款金额，为人民币五万元以上一百万元以下”。由此可见，人民法院认为医院属于以内部请示、内部审批和内部规定拖延办理的情况时，是可以依据相关法律规定做出罚款决定的。鼓楼法院作出的 10 万元的罚款数额，符合法律规定的单位罚款 5 万至 100 万元的限额之内。

七、法院送达文书的程序存在瑕疵

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百三十条规定：向法人或者其他组织送达诉讼文书，应当由法人的法定代表人、该组织的主要负责人或者办公室、收发室、值班室等负责收件的人签收或者盖章，拒绝签收或者盖章的，适用留置送达。

在本次事件中，人民法院的工作人员向病案室的主要负责人进行送达，与会律师均认为不符合法律规定。法律规定了接受法院送达诉讼文书的场所和个人，法院工作人员应该依法执行，而且法律规定的这些场所和个人在当时是可以找到的。不能以被送达人属于医院的工作人员、并且是引起本次法院罚款处罚的主要涉事部门的负责人，就可以确定医院实际收到了该法律文书。虽然人民法院四名工作人员现场送达并通过执法记录仪全程录像，并告知了拒绝签收送达回证后的法律后果，但由于病案室、病案室的主要负责人并不是法律规定的负责收件的人的地址和个人，不可以依法适用留置送达。法律文书视作没有送达。

八、建议设立第三方病历管理机构

从内容上看，病历是对病人病情、检查治疗情况、病情变化的客观记录。病历的核心价值，是反映病情和诊疗事实。从这个角度理解，病历是病人历史的真实记录，是病人隐私信息的记载。现实中，对于到医院去复印病历，法院调查取证遇阻的情况时有发生，更不用说患者本人或者其他相关人员前往复印病例。医患自身需要查阅病历，医学会的司法鉴定、法院审理、医调委的专家咨询、商业保险公司定责定损都需要查阅病历。可见，病历管理出现问题将不再是医院自己的问题。

孙欢成律师建议构建第三方病历管理平台。首先，根据《医疗机构病历管理规定（2013 年版）》，住院病历由医疗机构管理保管。未禁止医疗机构委托第三方保管。而且，目前虽然学界对病历的所有权存在一定争议，但根据现有法律法规规定患方对住院病历只有复印和封存的权利这一点来看，住院病历的所有权并不属于患者。因此，从法律层面看，医方委托第三方病历管理平台保管住院病历并无法律上障碍。

其次，目前信息技术日新月异，“互联网 +”已成各产业热点。而“互联网 +”在医疗领域最能发挥作用的就是病案信息管理。现在医疗机构中电子病历已逐渐普及，最终必然实现电子病历全覆盖，所以医方在录入电子病历后，实时上传到第三方数据平台是现有技术完全可以实现的。因此，构建第三方病历管理平台无论从法律上，还是技术上都是可行的。

该平台可由市卫计委牵头，联合司法局等相关部门通过政府采购，由符合条件的独立第三方承接，在每个区可设立一个平台，负责存管本区内医疗机构的病历。平台功能定位仅为病历存管和查阅，不具备修改病历功能。提供查阅对象定位为依法有权调阅病历的单位和个人。

这样，由于是病历实时上传，任何修改病历都会留有痕迹，这可起到警示作用，有效杜绝医务人员恶意篡改病历行为，督促医务人员自觉规范病历制作。既可有效杜绝篡改病历行为，病历的真实性可得到保证，又有利于法院调查取证和审理工作的顺利推进，还有利于也使医方从“病历争议”中解脱出来，有利于医方公信力的树立。

九、进一步规范病例管理制度

与会律师均认为，需要进一步规范司法调查及病历管理的制度。邹合强律师认为从医疗争议解决程序层面看，病历是对诊疗行为进行评判的最为重要、有时是唯一的证据材料。作为病历的保管人，医院负有提供证据材料的强制性义务。由于法律规定病人承担举证责任，举证责任包含提供证据与证明主张两层责任。所以，病历保管人就有义务向举证责任人提供其保管的病历，也就是说，医院有义务向病人提供病历。

黄戈律师认为，《侵权责任法》第六十一条规定：“医疗机构及其医务人员应当按照规定填写并妥善保管住院志、医嘱单、检验报告、手术及麻醉记录、病理资料、护理记录、医疗费用等病历资料。”患者要求查阅、复制前款规定的病历资料的，医疗机构应当提供。

《医疗机构病历管理规定（2013 年版）》第十九条规定：“医疗机构可以为申请人复制门（急）诊病历和住院病历中的体温单、医嘱单、住院志（入院记录）、手术同意书、麻醉同意书、麻醉记录、手术记录、病重（病危）患者护理记录、出院记录、输血治疗知情同意书、特殊检查（特殊治疗）同意书、病理报告、检验报告等辅助检查报告单、医学影像检查资料等病历资料。”上述法律法规均明确规定了患方复印和封存病历的权利。

在司法实践中，患方要求复印或封存病历通常会受到不同程度的阻碍，特别是患方尚在住院期间要求复印或封存难度就更大了，医院通常是治疗未结束或者欠费等原因不予配合，但是，对于医疗机构拒不配合的救济途径或处理却仍然没有的法律规定。

（注：以上嘉宾观点，根据录音整理，未经本人审阅）

美国联邦最高法院大法官塞缪尔·阿利托来访上海市律师协会

座谈交流美国联邦法院审理概况

文｜李兆兴

2016 年 9 月 2 日，美国联邦最高法院大法官塞缪尔·阿利托（Samuel Alito）先生来访上海市律师协会。上海市律师协会会长俞卫锋，副会长管建军、潘书鸿等接待了大法官先生一行。

大法官塞缪尔·阿利托，1990 年被任命为美国联邦第三区上诉法院法官，由乔治·W·布什总统提名担任美国联邦最高法院大法官，2006 年 1 月 31 日正式就任。

在座谈中，大法官先生以对话的形式介绍了美国联邦与州的权力分配原则、联邦法院的职能、最高法院受理案件的类型及处理方法等。大法官还提到，作为联邦最高法院的大法官，审理案件的过程中尤其要注意深入的思考，保持开放的心态，多倾听意见，并且公开地进行解释。大法官向在座的各位律师阐述了自己的司法哲学，并且让大家了解到最高法院大法官生涯鲜为人知的一面。

参加接待的还有市律协外事委员会副主任金立宇、孙志祥，委员刘爱军、李骐、刘炯，刑事业务研究委员会副主任张小明等。

旁听感言：

美国联邦最高法院大法官到访上海市律师协会，在市律协的推荐下，我得到了一个旁听座谈会的机会。在去的路上我暗自猜测，“联邦法官”，是地方法院还是上诉法院？不会是最高法院那九位长老吧，他们会来中国？到了市律协接待大厅，看到屏幕上一行大字 “WARMLY WELCOME THE HONORABLE JUSTICE ALITO”，我们立即反应过来，真的是美国联邦最高法院大法官！相信全世界的法科学子都会对美国最高法院大法官怀有崇敬之心。我只有两个字，兴奋！

就座后，我坐在俞会长的身后，正面对阿利托大法官。整个交流采取问答的方式。阿利托大法官用平缓随和的口吻与我们交流了美国各级联邦法院的受案范围、联邦最高法院受理案件的情况与受案标准、大法官们审理案件的流程、少数意见的价值、遵循先例的情况等等话题。其中不乏一些有趣细节。比如，大法官之间会因不同观点相互争执，但共进午餐期间不许讨论案情。大法官的措辞让我意识到，可以用简单的英语传达复杂的信息和深刻的智慧。接着，参会的几位上海律界大咖向大法官提了一些问题。比如，当法律条文不够清晰时，如何推断立法者的本意？大法官引用了耶茨诉美利坚合众国 (Yates v. United States) 一案作答,现场气氛很活跃。作为保守派大法官，阿利托也发表了对他的同事们支持同性婚姻合法化的看法。

交流结束后，我们还获得了与阿利托大法官合影的机会。这应该是我法律生涯所能见到的最大牌的法律人！

真的要感谢上海市律师协会、俞卫锋会长、律师学院教务长陈一沁老师、培训班班主任薛侃老师为我们提供这次机会。作为一个刚入行的实习律师，我很荣幸，这次会面将激励我在法律职业生涯中坚持理想、不忘初心。

李兆兴
北京铸成（上海）律师事务所实习律师。

LAW CHARACTER
人物

一个公益律师眼中的完美人生

文丨彭涛

少年的时候，我觉得长大了能成为一名军人，为了祖国在战场上杀敌立功就是完美人生；青年的时候，我想自己成为一名作家，能在文字中纵横世界、指点人生就是完美人生；成为一名律师以后，我觉得多办案件、维护法律的公平和正义就是完美人生。

以前，从来没有想到过我的人生会跟公益和法律援助联系在一起。

第一次承办公益案件是在我执业的初期，一个年老的乡下男人找到了我，他和妻子都是在城市的拾荒者。他的妻子在拾荒的过程中被楼上落下的花盆砸断了腰，看着他沟壑纵横的老脸、木讷的眼神，我决定免收他的律师代理费。那个时候脑海里还没有公益的概念，也没有法律援助中心的指定，我义无反顾地投入到了案件的办理当中。我和承办法官一遍又一遍地往小区跑,确认被告、启动法律程序、执行花费了我们大量的时间，受害人躺在床上无钱医治，我跟家属一样着急，我动员周围所有人给她捐款，最后案件得到了公正的判决，维护了受害人的合法权益。这个案件事后给我留下了两个深刻的印象，第一个是：当时不仅仅我们全所律师都为受害人捐了款，法院的所有法官也都捐了款，并且从此以后我和那个法院的大部分工作人员成为了朋友，保持友谊至今；第二个是：案件办完以后那个年老的乡下男人想夸我几句，他憋了半天告诉我说："彭律师，你真年轻，怎么看也只有四十几岁。"其实那年我 28 岁。虽然我只办理了这一个公益案件，但是在我执业的初期却因此有了点名气，为了不辜负大家对我的期望，我决定以后每年至少办理三件公益或者法律援助案件。

后来真正跟公益和法律援助结缘，还是我来到上海之后。2003 年为了突破事业发展的瓶颈，我放弃了在老家所取得的成就，来到了上海。刚开始做提成律师，凭借自己的办案能力还过得有滋有味，后来我和几个老乡创办了属于自己的律师事务所，一年不到，其他合伙人因为水土不服纷纷离开了上海，命运把我推上了主任的位子。看着全所员工期盼的眼神，我的心中却是一片的茫然，当年 40 岁不到的我，怎么带领全所开展业务走出困境，成为最大的问题。我最终选择了走公益之路。我带领大家走进最基层的社区、居委会，开始帮助老百姓提供免费的法律咨询，为社区义务做法律讲座。

我做公益和法律援助有两个阶段。第一个阶段：是我前十年的律师执业生涯,仅仅是个人做,把它当做爱好在做；第二个阶段：是我到上海以后的十几年，我带领全所人员一起在做，大张旗鼓地做，把它当做我个人以及律师事务所的发展模式在做。

促使我全身心投入公益和法律援助事业的原因有两个：第一是社区居民的需要。当年大张旗鼓地进入社区以后，居民的热情让全所律师大受鼓舞，我们讲课的时候听课的人能站到门外的过道上，我们进行法律咨询的时候，连吃午饭的时间都没有。第二是人民政府的支持。我们律所不同的时期在不同的地域开展过法律公益活动，都毫不例外地在当地引起轰动，大家都纷纷议论我们这个与众不同律师事务所，并且把我们推荐给其它的街道和居委会，可以说，我们所能取得今天的成就是与许许多多的政府干部的鼓励与支持分不开的。在我们迷茫的时候是他们通过座谈会、交流会等形式，及时为我们指点迷津，使得我们能够认清方向坚定信念坚持下来；在我们困难的时候是他们努力协调各方面的关系，通过扶助或者政府购买的方式给予我们经济上的支持，使得我们最终渡过难关。我永远也忘不掉第一个组织我们开经验交流会的人，也忘不掉第一个为推广我们的经验而书写人大、政协提案的人，他们不仅仅是我们申蕴和律师事务所的贵人，更是社区居民的贵人，因为社区居民是这项制度的最大受益者。纵观全世界所有的城市，没有任何一个是由政府出面聘请律师，为市民提供免费法律顾问服务的。

律师拿出一定的时间做公益和法律援助，既能彰显自己的爱心和公益心，又能宣传自己树立自己的正面形象，可以说是好处多多。但是传统的观念认为，律师是要赚钱的，律师事务所是要发展的，不可能把主要精力用在公益事业上，怎样打破传统观念的束缚，成为我们公益律师的主要发展障碍，我一直在向所有认识的同行以及市司法局、市律协领导宣传，公益活动不仅仅是律师、律师事务所发展的切入点，也能成为发展的主要方式。律师通过开展公益活动、办理法律援助案件，积累了人脉、丰富了办案经验，律师事务所通过组织公益活动，宣传了自己，联系和沟通了律师和居民，最终打造出了一个服务于社区的平台，展现给社会的是一个充满正能量的律所，必定会促进律所的发展。

各级法律援助机构在工作中也给予了我们及时的指导和帮助，对于我们始终走在正确的道路上起了重要的作用。法律援助是由政府推广的，给予满足一定条件的个体提供免费法律帮助的制度，它具有政府主导和受益群体特定的特点。在这项制度中，律师的参与形式主要是办理法律援助案件，律师事务所和律师在主观上很难有太大的发挥余地，与社区公益相比在受理范围、程序、特点等方面具有极大的不同。在各级法律援助机构的指导下，我们把与居委会、市民服务中心、消费者协会、交通事故处理中心等地方的合作，与法律援助结合起来。结合方式就是与法律援助中心签订协议，成立法律援助点，进行法律援助制度的宣传和代为申请法律援助案件、提交法律援助材料。我们的行为极大地方便了社区居民，宣传了法律援助制度。

最近几年，我越来越多地把自己的精力用在社区公益和法律援助的推广上。与居民的需求相比，以我们目前一个所的能力，我们可以提供的服务范围还是很不够的，我希望越来越多的律所和律师参与到这项工作当中来。社区公益和法律援助的进入门槛较低，任何一家律师事务所和律师都可以把它当做发展的起点，社区公益和法律援助的市场又特别的广阔，它足以支撑我们大多数律师事务所和律师未来的发展。但是想要发展得很好又确实不容易。首先，你要有坚定的信念，人生的道路会有很多选择。如果你选择了通过社区公益和法律援助来发展自己，就不要犹豫不要后悔，在前进的道路上无论发生什么艰难险阻都要坚定地走下去。要坚信，凡是老百姓需要的，凡是政府支持的事情，一定是大有作为的。其次，要有完备的规章制度，社区公益和法律援助服务需要严格的纪律和制度做保障。在履行窗口值班服务的时候，绝对不允许迟到早退；在回答居民法律问题的时候，绝对不允许发表不适当的言论，要顾大局识大体；在办理法律援助案件的时候，绝对不允许敷衍了事；在参与案件的调解过程中，定位好自己的角色，把与办理普通的诉讼案件相区别。第三，要有质量保证，社区公益和法律援助服务不意味着低水平的服务，律师要做好这类的法律服务，要不断地学习和提高自己。不同类型的事务在政府都有相对应的服务部门，比如说信访、养老、社区矫正、动迁、公房租赁等等，律师要善于同这些部门的老师打交道，向他们了解和学习相关的政策、宣传口径、处理方法。日积月累，一定能成为百姓和政府都信赖的律师专家。

彭涛

上海申蕴和律师事务所主任，市律协考核委员会委员，市律协社会公益和法律援助专业委员会副主任，普陀律工委委员。

2011-2014年度全国优秀律师，2011-2015年度上海市优秀律师，2011-2013年度上海市普陀区优秀律师。

一个人的人生是否完美，并不完全取决于你挣了多少钱，担任了多么高的职务。更关键的在于，你做了多少对社会有用的事。做律师可以有很多种的成功，也许你是个婚姻法专家，也许你是个刑法专家，在自己的领域卓有成绩，并得到了社会的认可。但是同样我们做社区公益和法律援助的律师，如果在我们的职业生涯当中能获得老百姓的信赖和政府的认可，这样的人生也是堪称完美的。党的十八大以来，以习近平为总书记的党中央强调，依法治国是坚持和发展中国特色社会主义的本质要求和重要保障。我们的政府为老百姓搭建了坚实公共服务平台，未来会逐步把法律服务体系纳入这个公共服务平台，这样一个平台需要大量的社区公益和法律援助律师。

可以这样说，社区公益和法律援助律师的春天就要来到了!

FIRM-BUILDING
律所建设

君子之合，汇水成泽：用专业打造品牌，用公益温暖人心

文丨君合上海

君合律师事务所成立于 1989 年 4 月，是中国最早设立的合伙制律师事务所之一。自其成立以来，君合即致力于提供一流的商业与诉讼法律服务，其在中国律师业重建和发展过程中的先锋作用为业内所共知。历经二十几年的发展，君合现已成为一家提供全方位法律服务、在许多法律服务专业领域占据领先地位的律师事务所，并将继续努力不断提高其专业服务水平。

君合总部设于北京，在上海、深圳、大连、海口、纽约、香港、硅谷设有分支机构，现有执业律师及其他专业人员七百多名，工作语言有中文（包括普通话、上海话、粤语）、英文、日文、法语等。全所范围内一体化的计算机管理系统及一流的通讯设施，更从硬件上保证了君合可及时向客户提供高质量的法律服务。

君合的律师是一批热爱法律、相信法律价值的人，大家因为共同的梦想和追求，为建设一个更好的平台而奋斗。在全体员工的努力下，君合的业务蒸蒸日上。1999 年设立的上海办公室，先后获得“2005 年度上海市司法行政系统先进集体”、“2006 年度上海市司法行政系统先进集体”、“2009 年度上海市司法行政系统先进集体”以及“2005 年度徐汇区法律援助先进集体”、“2008 年度徐汇区突出贡献企业鼓励奖”、“徐汇区十佳律师事务所”等荣誉称号，尤其是 2009-2010 年度、2011-2012 年度获得的“上海市徐汇区文明单位”称号，是对君合上海综合实力的认可。

近年来，由于管理规范、业绩显著、贡献突出，君合律师事务所上海分所的表现得到了上级和社会各界的肯定，连续三年获得上海市司法行政系统先进集体。2010 年 1 月被评为“徐汇区十佳律师事务所”、2011 年 1 月被评为“上海市司法行政系统先进集体”并记三等功一次、2011 年 2 月被评为“徐汇区司法行政系统服务保障 2010 年上海世博会先进集体”、2013 年 1 月被评为“2012 年度上海市司法行政系统先进集体”、2014 年 1 月被评为上海市徐汇区司法行政系统“2013 年度统计报表先进单位”。

君合律师事务所上海分所之所以能取得如此的骄人业绩，与律所一贯以来加强团队建设、注重人文培育、关注党务活动、踊跃参与公益活动是分不开的。

关注员工职业发展 提供广阔就业舞台

自 2002 年 4 月成立至今，君合律师事务所上海分所全所正式员工均为工会会员。每年高温季节，工会给全体员工发放“夏送凉”礼品，员工生日赠送生日花，每月为当月生日的员工举办“庆生会”，并且准备生日蛋糕；“三八”妇女节慰问女员工，“六一”儿童节给有未成年子女的员工发放节日礼物，重阳节慰问退休员工，对生病的员工上门关怀，节假日走访特困员工等。在律所党政工领导班子和全体员工的共同努力下，形成了团结互助的和谐氛围。

君合律师事务所上海分所常年积极鼓励员工锻炼身体，提高身体素质。今年 9 月，律所组织及鼓励员工参加一年一度的摩根大通企业竞赛跑，参加者有律所的合伙人、律师及行政人员。今年 6 月，君合律师事务所上海分所积极参与徐汇区司法局运动会的广播操比赛及其他比赛，并且取得了优异成绩。律师行业高度脑力劳动的特殊性和市场竞争的激烈性，是员工健康受损害的主要原因。为了保障员工有病早治、无病早防，律所每年耗资数十万元为员工做一次健康体检，增强律师的自我保健意识，并请市里著名健康专家来做保健养生讲座，让员工懂得保健知识，健康的维护，做到“自己的健康自己做主”。

君合之所以能在许多法律服务专业领域占据领先地位，与持续定期和不定期组织对律师的业务培训密切相关。正所谓“三人行，必有我师焉”，业务组培训并非是传统意义上的培训，而更多地是不同级别的律师互相讨论、互相交流、互相分享与互相学习，通过这样的方式“教学相长”。除了业务组培训，律所也会定期针对所有业务人员组织所内培训。所内培训的内容非常广泛，包含了各级别、各业务领域律师感兴趣的内容，例如：“常见重点、疑难法律问题的分析及对策”、“互联网、移动网兴起给律师带来的机遇和挑战”等等。当有重大项目结束并可对外公告时，律所也会第一时间协调承办项目的合伙人、律师对其他业务人员展开培训，对该项目进行案件分析，实务经验分享等。

同时，君合律师事务所上海分所也鼓励、推进业务人员积极参与所外培训，每年设有专门的培训经费，为业务人员参加司法局、律协组织的培训，以及其他国内、国外的培训提供资金及支持。

在新出台政策法规的学习与掌握方面，君合律师事务所上海分所也极其重视。每有新规新政出台，律所都会及时邀请相关领域的专家为所内业务人员进行培训解析，旨在让业务人员尽快了解行业和业务动向、掌握要领，能始终走在行业前端。邀请客户公司参加培训，也是律所培训的一种有效形式。对于一些实用性高、影响较广泛或客户感兴趣的课题，事务所会邀请相关领域的客户共同参与培训，并一起分析、交流、讨论，从不同视角、不同立场各方位全面、透彻地掌握相关内容。

篮球比赛

君合律师事务所上海分所不仅注重自身团队建设，还为全区乃至全国的律师人才培养做出了积极的贡献。2014 年 5 月，律所积极配合由上海市律师协会举办“2014‘百千千工程’上海律协培训班”。培训班包括 5 天的课堂培训与 5 天的律师事务所实践交流。培训对象是来自陕西省、贵州省、海南省和新疆自治区等西部地区律协推荐的执业律师。君合律师事务所上海分所在律所管理和业务发展、人员培训方面有较成熟的经验，在培训期间接待了来自贵州省的 3 名执业律师的交流及培训。在培训期间，事务所特地为 3 名执业律师制定了详细周密的 5 天培训课程，由资深律师团队作为指导老师进行带教。2014 年 7 月，君合律师事务所上海分所收到上海市律师协会寄来的感谢信，称赞律所无私提供带教（陪同）人员、办公场所及办公资源，为西部律师来沪提供了广阔的平台，增加了交流互助的学习机会，对提高西部各省律师事务所和律师的服务能力、开阔律师眼界、提供业务技能起到了积极作用。

上海办公室2016年年会

提高业务水平 打造品牌效益

君合律师事务所上海分所自创办以来，不断提高法律业务水平，尤以驾驭高端、复杂的法律业务著称，多次获得国内、国际法律界的诸多奖项。在提高法律业务水平的同时，君合积极打造品牌效益、提高创收。2011 年，君合律师事务所上海分所创收 1.9 亿元,2012 年创收 1.8 亿元，2013 年创收金额有了较大提高，达到 2.4 亿元，2014 年创收达 2.8 亿元。

君子之合是君合创始人的理念，也是合伙人共同的理念。长期以来，事务所十分注重对“君合”这一品牌的经营和维护。至今，“君合”品牌已经获得了诸多社会、客户及民众的认可。例如，目前，律所担任 500 余家企事业单位法律顾问，其中有世界知名企业苹果股份有限公司，国内奢侈品行业领军企业古驰 (中国) 贸易有限公司，国内规模最大的现代化轿车生产基地之一的上海大众集团股份有限公司，举国关注的中国商飞公司，中国最大的电气制造企业上海电气，全球最大以研发为基础的生物制药公司辉瑞制药有限公司，大都会人寿、百事公司、上海迪士尼度假区、艾默生电气、欧莱雅、麦当劳等国内外的著名企业。通过公开竞聘，君合律师事务所上海分所以律师团队的扎实业务功底和事务所十多年的诚信服务品牌，被徐汇区政府、徐汇区司法局聘为法律顾问团成员。

为保障客户的权利，君合律师事务所上海分所对法律服务委托合同全部电脑操作，杜绝手写，避免了可能出现的“办黑案、乱收费”情况，并减少与当事人服务纠纷。处理客户投诉问题上，律所专门制订了客户投诉处理规范，及时与客户沟通解决问题，正确处理与客户的关系，确保为每一位客户提供精湛的法律服务。其次，为了更好地服务于客户，律所还经常派遣一些资深律师到客户公司协助法务工作。由于对客户诚信的执业理念，认真的服务态度，多年来，君合律师事务所上海分所从未发生过一次执业违纪被投诉处分事例。同时，对客户反映的意见，也做到来信必复，认真处理，使客户理解律师办案必须以事实为依据，以法律为准绳的执业纪律。

关注党务活动 党建融入所建

君合律师事务所上海分所于 2002 年 7 月成立党支部，现有党员 65 人，占全所人员的二分之一；2002 年 4 月成立工会，全所正式员工均为工会会员。君合党支部既有马建军、邵春阳、余雪萍、赵敏、王钊等资深党员，也有大批年轻的党员。

君合党支部始终坚持正确的政治思想，加强政治思想学习，主动与党中央保持一致。党支部通过扎实有力的举措,达到了“三满意”的目标。一是党内生活让党员满意，党支部对党员做到政治上关心、思想上解惑、能力上帮助、生活上解困，特别是对从外地到上海工作的律师从生活和思想上给予积极的关心和照顾。党支部对全体党员特别是年轻的党员有很高的凝聚力和向心力；二是党员工作让当事人满意，党员在日常工作中，能向当事人提供优质高效的服务。全体党员律师的敬业努力与君合所取得的成就有密不可分的关系，君合今天所取得荣誉离不开支部和全体党员同志的努力；三是党支部形象让群众满意，党支部通过发挥党员先锋模范作用,切实解民忧、排民难、维民权、保民安，在群众中享有较高的威望。

参与公益事业 促进社会和谐发展

君合律师事务所上海分所坚持稳中求进、内涵发展的工作思路，积极履行企业公民义务，努力实现“更有社会责任”的发展。履行社会责任是每一家企业应尽的义务和责任,律师的社会责任是律师作为“法律人”的人格责任、政治责任。中国律师的社会责任感将造就中国律师成为构

建和谐社会的特殊社会力量，也成为积极参政议政、建设民主政治的重要骨干力量。

君合律师事务所上海分所倡导并履行主流的社会价值观念和道德理想，在为社会创造价值的同时，也积极倡导责任理念，履行企业公民责任，支持公益事业。在支持灾区、扶贫助困、帮助弱势群体、支持经济建设、和谐金融环境、推动绿色环保、乐享低碳生活等方面积极践行自己的责任和义务。

君合律师事务所上海分所积极参与公益事业，为贫困受灾地区和民工小学捐款捐物，为他们送去温暖。律所积极参与社区的同创共建以及提供无偿法律援助等公益活动。君合合伙人党员多次资助贫困学生并与他们签订资助协议，1994 年，君合设立了中国律师界的第一个奖学金项目，参与捐助了中国各地区的希望小学，为贫困、受灾地区捐款。汶川大地震后，律所一天内个人捐款 5.27 万余元，之后律所又捐款 10 万元，筹集了4.3 万余元资金用于购置绷带、棉签、纱布、口罩等，委托成都的同事亲自送到灾民手上；合伙人马建军律师亲自开车前往灾区，帮助灾区学校重建图书馆；合伙人邓卫中资助了 8 名四川灾区的困难儿童。律所还组织员工前往上海中福会（孤儿院）探望孤儿，同孤儿做互动游戏，为他们带去温暖。

君合律师事务所上海分所在近几年还积极参与法律援助活动，义务解答群众的法律咨询，成功化解了近千件历史遗留的和突发的疑难复杂矛盾以及群体性冲突纠纷，维护了群众的根本权益、法律的权威尊严和社会的公平正义，并为构建和谐社会做了一些有益的尝试。律所参与的高密度点状的、有针对性的深入化普法工作，使社区公民的守法水平因法律服务的及时到位而得到提升；大量家庭矛盾、邻里矛盾和其他纠纷争议在萌芽状态得到缓解或及时转入正常调处程序。同时，律所还积极参与社会大调解。君合律师事务所上海分所曾受市律协的委托，积极投身于大调解工作，为街镇、社区、居（村）委调解劳动、动拆迁等纠纷，充实了调解员数量，提高了调解员素质，为“三会一代理”（听证会、协调会、调解会和群众代理）制度的推进作出了努力。

君合律师事务所上海分所律师积极推进“法律进社区”。律所与徐汇区天平路街道结对，带着法律进社区、进居委。在“法律进社区”的服务平台上，律师为天平路街道提供法律咨询及服务。为华泾镇政府的发展战略方针提供专业的法律意见及建议，为建造美好的社区、街镇做出努力。

君合律师事务所上海分所多个合伙人还在复旦、华政、交大、上海外贸、上海财大等法学院校担任研究生兼职导师，同法学院校的学生分享知识和经验，为中国的法治建设添砖加瓦。

君合律师事务所上海分所获 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。

结语：

未来，君合将继续把社会责任建设融入到战略落实和日常经营管理中，稳中求进，内涵发展，继续加大制度健全，强化风险管理，不断提升职业水平，为客户、员工、社会创造最大价值；以更大的热情、更切实的行动、更高远的使命感，全力推动服务和服务模式创新，提高服务水平；充分发挥科技对服务创新的支撑作用，增强核心竞争能力，努力打造事务所的专业形象；热心公益，奉献社会，保护环境，倡导绿色金融、低碳生活，实现“更有内涵的发展”。

在履行经济责任方面，君合将继续追求专业、高效的职业素质为客户服务，以更好的经济效益和社会效益贡献于国家。

在履行社会责任方面，君合将继续积极开展社会公益项目，建立项目推进与保障机制，切实扶助弱势群体，推动教育事业发展，提升社区生活水平。

在履行环境责任方面，君合将通过有效的制度落实和执行，建设资源节约型和环境友好型企业，积极发挥带动作用，唤起全社会对环境保护和资源节约的关注。

君合希望为行业创造更大的发展空间和更多的发展机遇，为改善人类生活质量和提升社会经济运行效率创造更大的价值和更美好的前景，努力推动企业、社会与环境迈向更加美好、和谐的未来。

SALON
JURIS

法律咖吧

从“宝马案”看离婚中的公司股权分割

主持人：卫　新　上海市律师协会对外宣传与联络委员会委员、上海星瀚律师事务所主任、
华东政法大学兼职教授

嘉　宾：王小成　上海市律师协会信托业务研究委员会委员、国浩律师（上海）事务所合伙人

葛　蔓　上海市律师协会民事业务研究委员会委员、上海普世律师事务所律师

文字整理：许倩

多种形式财产分割是离婚家事纠纷的主要焦点

卫新：王宝强这个案子大家都知道，已经刷爆朋友圈，他本人在微博上发布的离婚声明也已拥有 99 亿次以上的阅读量，可谓引起极大的轰动。普通老百姓把这个事情也许是当社会新闻或者娱乐新闻来看待，但是作为律师，王宝强的案件其实有很多值得探讨的地方。所以我们今天花点时间来交流一下，宝马事件对法律服务业有什么启示。我想请教嘉宾的第一个问题是：离婚家事纠纷中，当事人涉及的焦点问题主要集中在哪些方面？我相信王律师对此肯定非常有经验，请跟我们分享一下。

王小成：传统家事离婚纠纷案件，主要焦点问题一般会涉及至少三个方面：

第一个方面，原、被告双方夫妻感情是否已经破裂，在此认定过程中有些案件还会涉及造成夫妻感情破裂的过错问题。根据《婚姻法》第四十六条的规定，无过错方可以提出精神损害赔偿；同时，根据《婚姻法》相关司法解释的规定，在夫妻共同财产分割时，会照顾无过错方。

第二个方面，涉及双方所生育未成年孩子的抚养权之争。父母不能在一起继续生活下去，必然会涉及到未成年子女随谁一起生活的问题，这也是双方争议比较大的一个焦点，加上抚养权之争可能还会与财产分割有一定关联，所以这也是一个比较突出的焦点问题。

第三个争议焦点，就是夫妻共同财产如何分割。目前，关注度比较高的，尤其像北上广深这

样的大城市，由于房价处于高位，多数离婚案件均会涉及房产分割问题，特别是最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》出台之后，离婚房产分割引起了很大的关注。房产之外，对于高资产人士，他们的财产往往是以股权的形式存在，有限责任公司的股权或上市公司的股份是非常重要的一块资产，这块资产分割非常重要；再加上，目前司法解释针对股权的分割没有明确的意见，司法实践中，公司股权的分割成为离婚案件财产分割的难点所在。其他财产，诸如一些金融产品等财产形式的分割，相对股权分割来讲，显得不是那么突出。

卫新：王律师总结了三点，第一，婚姻案件中感情破裂的过错方是谁；第二，孩子抚养权之争；第三个就是在财产分割中的难点，其中比较复杂的有对公司股权的分割，这是目前家事婚姻案件中焦点争议问题。葛律师，您有什么观点？

葛蔓：刚刚王律师讲得比较全面了，针对他所讲的几个问题，我稍微提点我的看法和意见。其实，我做婚姻案件过程中，当事人也很清楚不会因为当事人一方坚决不同意而导致无法离婚，最终想离都能离掉。那为什么有过错方会在离婚过程中坚持自己没有过错？可能他们之间已经没有感情了，可能更多也是从财产角度考虑。比如一方收入比较高，如果是通过拖延离婚时间使分割财产的时间周期加长，也就是财富累积分割基数更大，离不离的问题到后面不是简单的纯感情上的问题，实际上是演变成了财产或者是孩子的抚养权和抚养费博弈的综合性问题。这在做离婚案子中可能是比较难的一点，虽然法律评价的是感情已破裂，但是当事人考虑的并不仅仅完全是这点，即便他认为是感情破裂，他可能也会考虑全面因素来导致婚离得不是那么容易。

还有一个难度就是财产分割里面的形式种类可能会越来越多，以前我们觉得分房分现金会比较多，但是随着社会的发展，财产形式类别比较多，也会成为婚姻家事里处理比较难的问题。现在因为很多家庭会不断有很多现金资产、金融资产的配置，比如很多人会投资一些大额保单、股权、艺术品、虚拟货币等，所以财产复杂疑难是离婚案件复杂的新趋势，根据司法实践对新情况的认定，裁判规则会有不断调整。比如涉及到公司股权分割问题，也是相对来说比较复杂的。有时可能是夫妻两人中的一人在前线打拼，另一方在后面辅佐家庭；也有夫妻两人共同打拼，各种形式的不同可能导致股权分割中很多细节和操作方式、难点会不完全一样。所以在这类问题的处理上，虽然分割的财产是股权，但是根据公司形式、股权结构不同，可能会有操作上的分割差异。

还有一个就是抚养权的问题，刚刚王律师也有提到，现在夫妻一方确实是希望孩子跟着自己一起成长，但是也有很多家庭纯粹是为了争取孩子以争取更多财产，所以不仅仅是考虑感情因素，可能会把财产分割的综合因素考虑进去。还有一个就是现在因为经济条件好了，孩子的开销也大了，我们国家实践中，抚养费支持的水平特别是在一线城市远远达不到孩子所需要的抚养费的支出，所以在抚养费的问题上，双方会有很大的争议，法定标准不能满足的前提下，就不同意离婚，以此达到一些目的。

卫新：我简单做一下补充，在我看来，这些焦点问题主要集中在几方面，第一，房产是个大问题，现在房子的价值越来越高，在离婚案件中，抢房子或者获得房子利益最大化是一个焦点问题；第二是公司股权，随着大众创业、万众创新，以及资本和创业相结合，很多年轻人在创业过程中，通过几年努力，公司可能就达到估值上亿元甚至上市的标准，所以公司股权分割是个难点；第三个关于知识产权领域，这种财产也会成为分割财产的一个难点和焦点。当然也有一个趋势，现在的婚姻家庭案件中，涉及到第三人的因素会越来越多，包括房产中父母、公司中的其他股东、或者其他债权人，这些也使得离婚案件变得更加复杂。还有一点，以前大家可能都没什么钱，现在双方悬殊的婚姻越来越多了，就是地位和财产悬殊，这也会导致一些新的焦点问题产生。

婚姻家事纠纷中股权分割复杂

卫新：今天，我们就重点谈谈公司股权分割的部分，想跟两位交流一下，在离婚案件中，公司股权的分割到底该怎么操作，有什么规则或讲究？先有请王律师聊一下。

王小成：刚才谈到公司股权分割，在离婚案件中确实是难点问题。这么多年来，最高人民法院针对《婚姻法》先后出台了三部司法解释，但是对于公司股份的分割方面，一直没有明确的司法实践中的操作方法。虽然，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第 16 条有一条规定，但该条文主要针对双方对有限责任公司的股权分割能够达成一致意见的情况下给出了指导路径，如果双方针对配偶一方所持有的有限公司的股权在分割时不能达成一致，怎么来解决，显然这是很难。双方感情已经到了覆水难收的程度，一般很难坐下来讨论财产分割事宜。这么多年来，从我国《婚姻法》2001 年出台之后，到目前阶段，从最高人民法院的层面，一直还没有一个统一的规定出来。

在实践中，我们处理的一些案件，也是在不断摸索，主要存在以下几个难点问题：首先公司股权到底是不是夫妻共同财产？在我们"婚姻家事法律圈"和"公司法法律圈"会有不同的争议，因为股权是个复合型权利，和股东身份有密切联系，所以在这种情况下导致了股权分割会遇到《公司法》和《婚姻法》之间冲突的问题；其次，涉及到股权的价值如何认定？在以往案例中，一般情况下我们会申请财务司法审计，同时申请对需分割的公司股权进行资产评估，以确定待分割股权的价值；第三个问题，就要解决股权到底由谁继续持有？持有股权的一方如何向另一方支付相应的对价，若其不同意支付对价，非股东配偶如何成为目标公司的股东，这就需要按照《公司法》的规定进行操作。以上是离婚诉讼过程针对有限公司股权分割需要解决的三个实体法上的问题。那么在处理程序上，目前多数法院操作实践，除非是一人有限公司，股权分割一般会涉及到其他股东，会涉及到案外人的利益，在程序上离婚案件中一般是不处理，需离完婚之后再来分割，必然会在时间成本和诉讼成本会加大。当事人会感觉很不好，婚都离了，最重要的资产还没分割掉。因此，涉及有限责任公司股权分割，会存在法律上、操作上的难点。

以上是针对有限公司的股权分割，如果涉及到股份公司、上市公司等一些公众公司股权分割，如果其中一方只是很小的股东，涉及的股份数量很少，可能会好操作一点。但是，如果涉及到大股东、实际控制人或大股东的股权分割，往往会涉及到限售"锁定期"问题、信息披露、实际控制人变更、"一致行动人"变化等问题，伴随着大股东或实际控制人的婚姻问题，可能还会对公司股价产生较大的影响和冲击。因此，公众公司大股东的离婚涉及的面非常复杂，需要提前作好预案。

在实践中，怎么来解决上述问题，我们现在谈得最多的，也是最经典的案例就是"龙湖地产"大股东的离婚案。在离婚之前，通过家族信托的架构，双方权益已经分配好，对上市公司基本上没有任何冲击。这种方式方法非常值得借鉴。

今天，我们谈到王宝强的案件，我注意到，其实王宝强在正式曝光要离婚之前，公司股权的架构已经搭好，从公司的控制权到股权的收益权，实际上其与马蓉两方已经经过谈判协商，达成了妥协，引入有限合伙的持股模式，在两人之间实现权益的平衡。双方的离婚争议对于公司的影响已经降到了最小的程度。所以，王宝强的离婚事件，在引起大众观注，吸引眼球的同时，作为专业人士，我更关注他的公司股权的分割开创了一种新的模式，当然，我们需要进一步观察。

葛蔓：在王宝强的案子上，我跟王律师意见有点不同。的确在实践中股权价值是非常难认定的，明星在一些重大事件中可能有一些炒作行为，但是目

前来说没有相应证据。从我的角度，我和王律师观点不同，如果我是王宝强，所有的核心资源都在我手上，即便双方谈离婚协议，一定有一个互谅互让的砝码。如果他们俩已经谈好，要进行博弈，在财产和子女问题上一定有一方的妥协和另一方的平衡。财产方面，王宝强完全可以在他的人脉资源或影视资源的带动下，另起炉灶开公司。换句话说，如果事先已达成一致，王宝强也无需用诉讼来解决问题。抛开我们的猜测，如果王宝强真的是把所有的股权陆陆续续移转到自己手上，实际在法律上认定王宝强名下股权还是属于夫妻双方共同财产，马蓉仍然享有股权分割的权利。

这就涉及到股权分割的一个难点，在公司里，环境特别复杂，特别是在中国，我发现很多股权代持，如果碰到这种情况，相对来说股权分割的难度会比较大。因为你不能证明股权是自己真实持有，先需要通过其他诉讼先把股权确权先做好，然后再去做股权分割，这是第一。第二，涉及到股权价值的认定问题，王律师刚刚已经讲了很多，我就不再赘述了。我所碰到的案子里，有很多配偶是不参与公司运营的。一旦离婚，有一部分人希望直接分割股权，也有一部分是想拿一笔股权对价款，但是这可能会涉及到其他股东。基于合伙的人合性，其他股东未必希望股东配偶也能参与公司管理，更何况离了婚以后能和平相处，在中国是比较少的。所以在这个过程中，可能涉及到整个公司股东权利怎么平衡、公司决策的效率问题，如果这个公司是公众公司，股权分割难度可能会更大。我还想补充一个，离婚通常是持续战，很多股权在准备起诉或蓄意起诉过程中，已经被恶意转让，这种股权转让效力问题包括怎么把股权继续作为夫妻共同财产来分割，会加大股权分割难度和繁琐程度。

卫新：两位都谈得很好，公司股权怎么分，程序问题是实践操作中的要点，我认为，跟婚姻关系相关的公司股权分割，常常不是一个单一案件，可能会涉及到确权、与第三人的争议，常常无法在离婚案

王小成

件中一次性解决，而且解决的顺序也常常极大的影响当事人的权益，需要特别关注。另外，还要区分公司形态，公司形态有几个维度，一个是夫妻两人共同经营的公司，司法解释或各地操作有比较明确的方法可以借鉴，包括一人有限公司。但是如果涉及到第三人关系，有其他股东的情况，必须考量第三人股东的意见。实际控制人的股权分割与小股东的股权分割是完全不一样的，你选择的策略和方法可能都完全不同，我觉得律师还是要综合公司形态、股权持股比例，包括有没有第三人关系等，得出一个相对理性和合理的分配预案。

刚刚说到，最近明星离婚的事情特别多，两位律

师都是专门做家事方面的，你们觉得明星离婚会有什么特殊性？

葛蔓：其实明星也是人，如果抽丝剥茧的话，和大众离婚没什么区别，只是明星身上有巨大光环。他是公众人物，受娱乐大众关注，会有一个集体的公众效应，还有他财产类别比较多，财产分割基数比较大，婚外情导致明星离婚的概率高。在离婚财产上复杂性程度会比普通家庭更多。抛开法律，我作为一个女性律师，倒是有一些感触，明星作为整个大众的一个榜样，离婚更应该要理性。他不缺钱，可以有庞大的律师团队帮助，根本没必要用很多过激的方式，王宝强的声明并不违法，但这种口水战扩大了双方矛盾，本应理性解决的问题，偏偏要在口诛笔伐中获得大众同情。虽然我们在茶余饭后多了一些聊资，但是这种示范效应并不是很好，中国人骨子里观念毕竟还是“家丑不可外扬”，这种事情太扩大化其实也会对双方家庭其他亲属或孩子有影响，所以我觉得不理性的明星离婚会带来一些负面效应，他们应该寻求一些专业帮助，尽量做到子女和财产的相互平衡，尽量理性克制来面对现实。

我还要讲一点，很多婚姻问题在婚前或婚姻存续中可以做一些未雨绸缪的规划来做事后防控，如果“宝马案”能在婚前适当做一些安排或筹划，可能会在一定程度上起到降低伤感情又损失财产的风险，能够优雅而平静地结束婚姻，我觉得这是比较理性的。

王小成：葛律师是代表女性律师，我代表男性律师，可能会有不同的视角。明星离婚有一个明星效应，会比较吸引眼球，尤其在现在的新媒体传播方式比以前更多更广的情况下，明星离婚会引起人们更多关注，所以我觉得应该分两块来看。第一，有些明星的离婚是被动曝光出来的，在这种情况下，可能会涉及到危机公关的问题，有些人思想比较传统，可能会对他个人形象、个人隐私有一些影响，应该要有一些预案提前防范，这是明星离婚需要提前考虑的。还有一种是在主动曝光的，类似于王宝强的案子，为什么我刚才提到他公司股权已经提前安排好了，既然敢主动曝光，一定有目的性。这也就是明星在离婚过程中更复杂的一面，可能会考虑到自己的身价，在这种情况下要把握好度，把自己所有隐私曝光出来，这其实是一对矛盾。

从明星包装上来讲，我们不能去评价好与坏，从他的事业发展上来讲，我觉得是一种催化剂的作用。不管是主动曝光还是被动曝光，在明星离婚过程中，本身就是被聚焦的，他们的财产分割仍然会被大众所关注。我们非常善良的女律师就是站在王宝强的角度，说他的财产受到了很大的损失，但是现在结果还没有出来，具体可能要到明年才可能会有结果。从我们的经验来看，如果他的公司股权分割不能达成一致意见，不像我所观察的，按照有限合伙基金持股的方式安排好，公司股权的分割到后年都不一定有结果，这种影响是非常大的。所以明星离婚一定有特殊性，我们也是借用今天这样一个机会去给可能有这方面问题的明星一些建议，在类似的事情处理过程中一定要做好预案，做好危机公关的防范工作，然后对财产问题、子女抚养权问题妥善进行处理，使自己的身价、出场费大幅翻番的同时又能够合理控制好自己的隐私。最主要一点，还涉及到未成年子女，对于明星身价提高可能是好事，但是基于这些隐私的曝光，可能会对未成年人成长和之后的生活环境以及事业发展方面，会带来一些不确定因素影响。

卫新：我的观点是，明星离婚往往特别关注谁是过错方，因为我们知道现在在影视合同、投资协议里面都会列一些条款，如果明星在此过程中出现了诸如婚姻问题或道德上的问题，都会影响他的公众形象，甚至合同都可能违约了，相关经济利益得不到实现。所以王宝强案的过错假如最终在他这边，他的业务和生意都会产生巨大影响，包括广电总局都可能进行“封杀”。不过就目前看，宝强还是大众眼里的受害方。

利用律师的智慧预防和管控风险

卫新：最后我们来谈一谈，律师在离婚过程中、或婚姻与股权争议案件中，能够发挥什么样的作用？

葛蔓：律师在这方面其实就是一个很好的家庭、婚姻顾问，在婚姻家事中，可以事先防范或事后协助，能够充分发挥律师专业特长，事先做一些风险防范。现在有很多律师事务所都会有这样的服务，如果王宝强事先去做一个有效的婚前财产安排，无论是协议还是信托等，或者婚后财富管理安排，可能会将财产问题理性解决，毕竟创造财富的是王宝强。如果用法律赋予的权利事先做一些防范，可能相对来说，创造财富的那一方不至于财产失控，对另外一方也可以得到相应的补偿，从而尽可能避免因财产相争导致反目成仇。

王小成：律师在婚姻家庭案件中作用是非常突出的，如果能提前介入，可以针对财产问题提前进行合理安排，对子女抚养权的争夺提前进行防范。从王宝强的案子上来看，他的律师早已提前介入，现在这个案件还看不出结果，但是拨开迷雾我们大致可以体察到一点，律师在里面已经发挥了作用，当然是有正反两面的看法。针对明星或一些知名人士，如果在婚前能够提前做好风险防范，婚前就有家事律师或者叫私人财富律师的提前介入，做好财产提前隔离，包括家族信托、家族基金、婚前协议安排，一旦婚姻出现风险，相对来讲就不至于失控。在具体离婚案件处理过程中，尤其针对名人，最终通过和解方式来处理还是最重要的，这种和解一定需要律师的智慧在里面。

卫新：我注意到，王宝强请的律师并不是专门做家事的律师，现在为婚姻家庭案件提供法律服务也要应用综合手段，既需要有熟悉《婚姻法》的家事律师，也可能需要刑事律师。我们看到这个案子中，假如涉及到转移公司财产，可能会有刑事手段。所以我觉得，财产比较多或复杂的情况下，为后面配套的法律服务会是综合性的，也许需要一个律师团，这是律师可以发挥的第一个作用。第二，我觉得律师在此过程中，把一些案例、包括一些理性的方式传递给那些可能当下不够理性的当事人，协助当事人做出最有效和相对合理的判断，这是律师发挥的另一个比较大的作用。

最后请大家交流一下，王宝强这个案子对普通人去设置公司股权或者说经营好自己的婚姻，有什么借鉴意义？

王小成：王宝强这个案子对于我们家事案件律师处理公司股权分割的时候，我觉得有一定借鉴意义。在离婚之前对股权问题通过沟通达成一种妥协

葛蔓

的方案，离婚之后，若能够共同继续持有股权，利用工具做利益上的分割，这是一种全新的方式，值得我们进一步研究和参考，我觉得这点是很大的启示。当然之前提到，王宝强的案子，从风险防范的角度，大家都在讨论，如果提前做了家族信托进行风险控制防范，这种讨论对于私人财富管理，对于家族信托在国内进一步的普法也好，起到了很好的作用。

葛蔓：无论股东一开始出于什么原因，我想说股权代持还是要慎重。虽然我国的法律还是不否认股权代持协议的效力，但是毕竟不能对抗第三人，还是有风险，而且股东股权代持的话，可能最终也影响到真实的股东在公司里实际股东权利的体现，甚至控制权的实际掌握，这是第一点关于股权的。

我们知道前不久默多克的离婚案，没有影响到他新闻集团整个股权架构和他婚前财产混同到婚内财产分割问题，这就是用到了婚前财产隔离。第二个启示是，很多家庭，特别是对于一些高净值家庭，婚前财产的安排是一个非常重要的手段。婚后并不是说不能去做一些安排，比如说信托，虽然用到的是夫妻共同财产，如果影响到配偶另一方的利益，另外配偶方未必会同意设立家族信托，但是双方可以为共同的孩子来设立信托，可能双方配偶和设立人都可以用自己的意愿有效地把家庭财产让孩子去收益，避免财产在离婚时被分割，这也是一种很好的方式，包括为孩子购买保险等。所以如果说婚前财产和婚后财产都能做相关规划的话，能够理性的在律师的帮助下，运用法律的优势，事先事中事后做一些合理安排设计，那么最终才会使得离婚案子在不侵害任何一方财产权利的情况下得到有效解决，并能够尽可能不伤害孩子和感情，影响孩子未来的成长，这是我觉得王宝强案件带给大家的一些启示。

卫新：我来总结一下，从我的角度来看，中国人其实不善于做一些婚前财产约定，谈钱伤感情，包括律师签婚前财产协定的也不是很多，这跟中国人

卫新

天然的性格是有关系的。我觉得有一点很重要，在这个案子里面，舆论很多时候在说王宝强的财产都被转移了，他也不知道钱去哪里了，我觉得信息披露和实名化挺重要的。在王宝强案件出来当天，我发了一条朋友圈：相信爱情，并管好你的钱。我觉得还是要相信爱情，但是要管好你的钱，这种管理选择很重要，两个家庭特别悬殊，差异很大，我就建议要用到私人财富管理律师，用到各种方案；如果两个人差异不大，在婚后为孩子设立信托或者充分信息披露，减少利益诉讼和关联交易，出了事情理性处理，就会相对比较好。也感谢今天两位嘉宾律师拨冗参加我们的法律咖吧，并提出了不少建设性意见，谢谢。

（本文内容根据录音整理，系嘉宾个人观点）

REVIEW
时评

国家队需要新成员——随团体育法律师

文丨吴炜

不可否认，体育运动已经渗透到当今社会的各个层面，其影响力日益提升。出于对体育运动的热爱和对国家、民族的认同感，不仅仅是国内的赛事受到人们的关注，国际性的体育赛事更是人们瞩目的热点。因此，当体育与法律产生交集的时候，问题所涉及的各种因素往往是包罗万象的。这也正是“体育法”这一概念被创造出来的重要原因之一。时至今日，体育法由于其重要性已经成为了发展最迅速、关注度最高的部门法律之一。

本人因为担任过 2014 年俄罗斯索契冬奥会的临时仲裁庭仲裁员，亲身参与多个奥运会案件审理，所以本文将着重于分析体育法律师在规则性争议中的角色与作用。不久之前，在国内产生轰动的里约奥运会女子 4X100 米接力赛重赛事件之中，不少国内法律界的专家学者开始意识到在国家队、国家运动协会中配备随队律师或者律师团的重要性。从该事件中，我们的国家队正是因为缺少随队的体育法专业人士，致使在赛事现场出现规则性争议时没有顾问可以咨询，未能及时、合理地使用规则维护自己的权利。反观事件的最大受益人，美国队得益于体育法律师及时地献计献策，才使得申诉取得成功。等中国队回过神来，却发现已经为时过晚。

1 奥运会中的法律程序概览

作为奥运会比赛的管理机构，国际奥林匹克委员会（IOC）依赖于各个国际单项运动联合会（例如：国际田联）来执行其制定制度和规则。因此，国际奥委会授权各个单项联合会对违反体育规则或行为守则的运动员进行诸如停赛、禁赛之类的纪律处罚。在“重赛事件”中，竞赛规则的解释和运用正是由国际田径联合会（IAAF，国际田联）负责的。

为了保障奥林匹克运动的公正性，国际体育仲裁院作为上诉机构为运动员们提供了终局争议解决途径。以运动员参赛资格争议为例，一名选手能够入选国家队的决定是由国家奥委会做出的，但是该运动的单项联合会有权取消这名运动员的资格。在此情况下，符合上诉条件的争议便可以被提交至国际体育仲裁院。

2 “代表团”律师所需具备的素质

无论是在单项联合会处的申诉，还是国际体育仲裁院的仲裁程序中，运动员们都需要具有专业知识的律师作为代理人，此刻体育法律师的重要性便体现出来了。

体育法律师除了需要具备基本的法律素养之外，还应当拥有一定程度的体育知识储备，熟悉所面对的争议案件所需要使用的具体竞赛规则和法律程序。此外，鉴于面对境外争议解决机构、外籍裁判 / 仲裁员的需要，流利的外语（英语或者法语）技能也是必不可少的。

实际上，大多数的体育争议解决机构的机制和程序在很大程度上与仲裁十分类似，因此拥有仲裁经验的体育法律师将会是优先选择对象。

另外需要提到的是，在每届奥运会中国际体育仲裁院都会提供一定数量的公益律师（pro-bono lawyer），以供没有代理人的运动员选择作为他们的法律顾问。

3 “重赛”案例法律分析

在 2016 巴西里约奥运会女子田径 4x100 米接力预赛中，美国队员由于遭到邻道巴西队员的碰撞发生掉棒，最终成绩名列小组末尾。然而经过美国队随团律师上诉，赛会出乎意料地同意了美国队的重赛请求，并罕见地为其安排单独重赛，美国队也由此以预赛第一的成绩重回决赛并最终赢得了该项赛事的冠军。对于国内法律界而言，美国队的随团律师完成上诉、取得重赛机会的技巧和过程，值得我们详细地分析和学习。

美国代表队的随团律师在碰撞事件发生伊始就立即意识到应采取行动。在分析案例并仔细研究相关规则后，美方律师即刻依照下述《国际田联竞赛规则 2016-2017》第 163 条第 2 款关于“阻碍”的规定提出上诉要求重赛：

“如果运动员在比赛中被挤撞或者阻挡，从而妨碍其走或者前进时：

a、如果挤撞或阻挡被认为是运动员非故意的行为，或者由其他方式引起，裁判长认为其受到了严重的影响，可以命令比赛重赛，或者允许受影响的运动员（队）参加下一轮比赛。

b、如果裁判长发现其他运动员（队）应该为此负责，该运动员（队）该被取消资格，裁判长认为其受到了严重的影响，可以命令除被取消资格的运动员外重赛，或者允许受影响的运动员（队）参加下一轮比赛。”

从结果上看，美国队在上诉时巧妙地适用了《国际田联竞赛规则 2016-2017》第 163 条第 2 款(a)项内容，找到规则漏洞，采用最有利于自己的解释，为运动员营造了最轻松的单独重赛环境。虽然不少观点认为此次判罚有失公平，但不得不承认，美国代表队的这次上诉是有规则基础的——无论单独重赛还是全体重赛，都确确实实在规则允许的范围之内。律师做到了将运动员的场上表现与最细微的规则要求严格对应，效果足以使得赛事委员会心悦诚服。

面对美国队发起的上诉，中国队的回应几乎完全是基于简单常识，而没有对规则的援引。得知美国代表队即将获得单独重赛机会时，中国代表队在抗议时仅基于常理主张，并未援引任何规则支持自己的立场，论据方面的缺失，暴露了中方团队面对突发事件时对赛事专业规则缺乏知识储备的困境。如果有专业的体育法律师在场，中国代表队或许就能以更充分的论据，基于“影响美国队成绩的巴西队已被罚出场外”，援引《国际田联竞赛规则 2016-2017》第 163 条第 2 款（b）项，以更坚实的规则基础抗议美方单独重赛：

“b、如果裁判长发现其他运动员（队）应该为此负责，该运动员（队）该被取消资格，裁判长认为其受到了严重的影响，可以命令除被取消资格的运动员外重赛，或者允许受影响的运动员（队）参加下一轮比赛。”

依据上述条款，重赛仅应将被取消参赛资格的运动员（队）排除在外，而不应影响除此之外的运动员（队）。因此，发生争议的第二组运动员（队）应在仅排除巴西代表队的情况下，全部进行重赛，或由受影响的美国代表队取代巴西代表队进入决赛。”有规则依据的申诉能够对赛会的决定带来决定性的影响，甚至有望使中国代表队重新跻身决赛。

总结

在前述案件中，中国代表队在需要阐述本方立场时则未能依照《国际田联竞赛规则 2016-2017》采集证据并论证观点。在国际大赛规则面前，仅仅大喊“判罚不公”是无济于事的，这些关乎个人、更关乎国家荣誉的竞争，还是要以规则为准绳。

而在这样的竞争面前，也只有领域内学识最丰富的体育法律师才有能力与来自世界各地的体育强国律师团队分庭抗礼。至此，为国家队配备相应的专业体育法律师的必要性已毋需赘述，在奥运会这样的世界性赛场上尤其如此。对体育规则的深刻学习和理解，体现的是一个国家对体育竞技精神的尊重，也是立足于现代体育的竞争基础。

吴炜

上海邦信阳中建中汇律师事务所合伙人，市律协教育体育业务研究委员会主任，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。

VOICES OF HONGKONG BARRISTERS

香港大律师

“一带一路”战略下香港仲裁与调解的优势和角色

文 | 卓元畅 彭禧雯

“一带一路”的其中一项重点是“设施联通”。在政策的引导下，中国企业大量承包“一带一路”沿线国家的基础建设，一些经典的例子包括：中铁参与俄罗斯的高铁建设，中核与阿根廷公司合作建设压水堆核电站等等。根据商务部的统计，2015 年我国企业在“一带一路”相关的 60 个国家新签对外承包工程项目合同 3987 份，合同额 926.4 亿美元。1 随着跨境建设项目由少到多，和建筑相关的争议必然会大量增加。

需要注意的一点是，建筑争议非常专业而且复杂，经常会涉及专业的知识，需要专家证人参与。在这样的特殊背景下，如何有效地利用国际争议解决机制、保障中国企业的合法利益，是“一带一路”建设中的重要课题。

一、仲裁/调解的必要性

以一个典型的跨境建设项目争议为例：中国企业和某一沿线国家的国企签订合同，标的为在该国建设一个发电站。因对方的过错导致工期延期，中国企业因此支出了额外的费用，要求对方补偿未果，想要提起诉讼。

如果协议里没有争议解决条款，那么很有可能中国企业唯一的选择就是在该国法院提起诉讼（因为建筑工程在当地进行）。可以想象会出现以下情况：

- 当地法律制度不完善，不能很好地保障中国企业合法利益
- 中国企业完全不熟悉当地的法律制度，不知道该如何起诉
- 中国企业的项目负责人需要亲自到当地出庭作证
- 诉讼程序一般是公开的，建设项目中的很多文件甚至是财务状况都需要在庭审过程中进行披露
- 当地法庭不具备和建筑相关的专业知识，不能有效解决争议
- 中国企业拿到了当地法院的判决，却发现这个判决难以在境外执行

从以上的例子可以看出，传统的诉讼无法有效地解决“一带一路”相关的争议，尤其是和跨境建设工程相关的争议，国际仲裁才是主流的争议解决方式。国际仲裁的优势包括：

- 保密性：除非双方另有协定，否则仲裁程序的所有信息，包括相关文件、证据、证人、通讯、仲裁庭的命令或裁决以至仲裁程序的存在本身都是保密的
- 灵活度：只要不违反强制性规定，仲裁程序可以由双方协商确定
- 执行方便：与法院判决不同，仲裁裁决可根据《纽约公约》在全球一百五十多个国家和地区执行
- 中立性、高效率：双方可以共同选择一个中立的地点和制度作为解决争议的途径，而不需要被动地使用陌生的、低效率的制度

二、香港作为仲裁地的优势

下一个重要的问题是在什么地方进行仲裁。由于仲裁程序适用仲裁地法，所以仲裁地的选择对仲裁程序的效率有直接的影响。此外，仲裁地法也决定了双方当事人可以从当地法院获得的支持，包括财产保全、证物保全等等。

众所周知，香港是亚洲最受欢迎的仲裁地之一，有丰富的处理国际仲裁案件的经验。 根据 Global Arbitration Review 的 Guide to Regional Arbitration 2016, 香港在仲裁地点上的排名为第一[2]。这和香港作为仲裁地的明显优势密不可分。

首先，香港采用的是《联合国国际商事仲裁示范法》（UNCITRAL Model Law），这是国际上广泛使用的仲裁法，也是最为各国投资者和律师熟悉这的制度。香港的法律制度健全，同时普通法在国际社会有很大的认受性及很高的声誉，因此比较容易为双方接受。

其次，香港律师有良好的双语能力，既可以说英语也可以说中文，境外的客户固然可以说英语，内地的客户也可以用中文和仲裁中心以及律师沟通。对于内地客户来说，香港其实是一个很有利的仲裁地。香港和内地关系密切，香港的律师一般比较能理解内地客户的商业模式和关注事项，从而作出对客户最有利的判断。同样地，在香港的仲裁员也很可能会比较熟悉涉及内地企业的争议，使得审理过程更顺利。根据香港国际仲裁中心（HKIAC）的统计数据，选择该中心的当事人当中有非常多来自中国内地。[3]

此外，“一带一路”建设中会产生大量和跨境建设工程相关的争议，香港律师在处理这方面的案子很有经验。实际上，香港有一部分的律师和大律师是专门处理建筑争议的，他们多半有相关的专业背景，在处理建筑争议的时候能以专业角度看待问题，不管是在法律分析还是和专家沟通上都会事半功倍。

在争议解决中最为重要的是执行问题，如果执行裁决有困难，即使在仲裁程序中胜出也会变得毫无意义。一国法院的判决，在没有互惠约定的情况下，在另一国执行可能会比较困难。但是在香港作出的仲裁裁决，可以根据《纽约公约》在 156 个地方执行。也就是说，中

1.http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ah/diaocd/201601/20160101238681.shtml
2.http://hkiac.org/news/hkiac-achieves-top-rankings-gar-hearing-centres-survey
3.http://www.hkiac.org/zh-hans/about-us/statistics

国企业在香港进行仲裁，不但有了更多的保障，还可以选择自己比较熟悉的地方启动执行程序。现在很多大型企业在境外都有分公司，在当地有自己的法务部门，选择在这样的地方执行裁决，显然要比在完全陌生的地方执行方便得多。

三、调解

相对于仲裁，调解比较非正式，不具有对抗性。调解员不会作出裁判，而是帮助各方探讨可能的解决方案，希望最终能达成协议。近年流行仲裁和调解结合，也就是，双方先尝试调解，如果无法达成协议，再进行仲裁。这样的好处是能给双方一个和解的机会，即使不能完全解决问题，也可能能够缩小争议范围，简化后面的仲裁程序。

仲裁机构一般会同时提供调解服务。以香港国际仲裁中心为例，双方可以约定，如果发生争议，先由香港国际仲裁中心进行调解，万一调解失败，则于香港国际仲裁中心进行仲裁。

值得一提的是，在调解过程当中，调解员是否能够了解双方的立场、和双方进行良好沟通对调解的成功率有着关键的影响。“一带一路”覆盖六十多个国家，多个民族和多种不同文化，对此类争议进行调解需要背景多元、善于沟通的调解员。香港作为国际金融和贸易中心，其法律人才拥有丰富的和不同国家地区的客户沟通的经验，了解多国文化，在调解“一带一路”相关争议方面具有特殊的优势。

结语:

“一带一路”给中国企业以及两岸四地的企业带来了无数商机，但是带来商机的同时也意味着企业会承担一定的风险，当中包括对方违约的风险。仲裁和调解是无疑是解决争议的最终手段，亦是中国企业保护自己权益的重要工具，绝对不能忽视。在“一带一路”的建设中，了解各地仲裁制度、灵活运用临时措施以及善用两岸四地法律服务的优势是中国企业的必修课。

卓元畅

毕业于香港大学，获建筑学学士一级荣誉学位和法学士一级荣誉学位，其后于牛津大学获得了法学硕士学位。卓大律师于2004年获得了大律师公会奖学金，是大律师公会最高等级的奖学金。

专业领域主要包括建筑工程、仲裁、公司法和商法等争议。

彭禧雯

曾在汇仲律师事务所北京办公室及方达律师事务所香港办公室实习。

“股权代持僵局”的法律探讨

文丨 王军旗 杨燕婷

随着国内投资市场的日益发展，各种股权投资方式层出不穷，其中之一的投资架构即为股权代持。但因股权代持相关操作的不规范及法律规定的掣肘，很容易在实际出资方、代持方和目标公司间引发纠纷，实际出资人往往因为信息不对称、股东身份不公开而处于弱势地位。本文站在实际出资者的角度，结合市场情况以及笔者处理的大量案例，就有限责任公司因股权代持而引发僵局困境的解决方式进行分析探讨。

一、股权代持简述

所谓股权代持，仅在《最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）》（以下简称《公司法》司法解释三）第二十四条作了简单规定：“有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同，约定由实际出资人出资并享有投资权益，以名义出资人为名义股东。”但该司法解释不仅在公司类型上有局限性，内容上也无法涵盖股权代持在实践中所发生的各种纠纷和各类新情况，造成了立法层面规定的缺失。

二、股权代持僵局的形成及其原因分析

实务中，比较常见的是，在代持目的已经无法实现时，实际出资方如果选择继续由名义股东代持，则与代持初衷相悖，依法亦很难显名，是为难“进”；如果选择解除合同进而追偿违约责任，又受制于法律依据的不足，欠缺量化的解约条件，是为难“退”。一般而言，股权代持僵局形成的原因主要为：

（一）名义股东拒不履行实际出资方的指令或擅自做出相关决定

该种情形多见于实际出资人交由原股东代持该部分股权。一旦在经营过程中出现代持双方因经营决策不同或利益相左的情形，名义股东往往悖离实际出资人原意发表意见。而实际出资人因无法直接介入公司经营，无法及时发觉名义股东的该等行为，即使其在后续目标公司经营过程中或与名义股东的合作过程中发觉了该等情形，也很难通过有效途径推翻或修正名义股东擅自做出的决定。

（二）名义股东隐瞒公司经营的实际情况

该种情形亦多见于实际出资人交由原股东代持该部分股权，甚至于名义股东为公司的实际控制人，且实际出资人多为财务投资者。[1] 如目标公司经营状况显著恶化，为了防止实际出资人转让股权套现，名义股东刻意隐瞒公司实际经营情况以或谎称目标公司经营状况良好，导致实际出资人无法准确判断目标公司情况而及时退出。

（三）名义股东擅自处分或拒绝处分所持股权

名义股东擅自处分包括擅自将股权（有偿或无偿）转让给第三方、擅自将股权出质给第三方。根据外观公示原则，

1.财务投资者根据维基百科的定义，是指通过战略投资取得经济上的回报，在适当的时候进行套现的投资者。他们更注重投资企业直接的、短期的利益。

第三方作为善意的交易相对人，在交易中并不存在过错，因此，《公司法》司法解释三[2]规定了除非出现法定的无效情形，否则该等处分交易均为有效。实际出资人在由此遭受损害时，可向名义股东要求赔偿。该种情形亦是司法解释中唯一明确规定实际出资人可以主张赔偿的情形。

同样的，名义股东在接收到实际出资人转让或出质股权的指令时，出于自身原因考虑而拒绝按照该等指令执行，实际出资人除了根据合同法的一般规定要求赔偿外，亦无其他任何可行的救济措施。

（四）其他造成实际出资人签约目的无法实现的行为

实践中还有一些其他情形，如名义股东因个人原因与实际出资人失去联系、名义股东操纵目标公司通过协议或其他方式转移资产等，在该种情况下，无论实际出资人签约目的为何，实质上均无法继续履行代持合同，其既无法主张任何股东权利或显名，又无法收回其投资，造成实际出资人签订代持协议的根本目的无法实现。

根据上述几种主要原因的分析，可以看出，实际出资人唯一可行的救济方式，就是向名义股东要求赔偿。但落实到司法实践中，一方面，实际出资人产生的经济损失并非是直接、明确的，在法律上可能无法被量化保护；另一方面，一部分意图参与公司经营的实际出资人，实际上所丧失的机会成本损失根本无法计量。因此，从最有利实际出资人的立场出发，下文在不局限于诉讼层面考虑的方式，对于解决股权代持僵局作探讨。

三、股权代持僵局的解决路径

在对股权代持僵局解决方式分析前，需要对实际出资人作一个简单分类，即实际出资人系仅追求中短期资产增值（如财务投资者）还是意图参与公司的经营管理而获取长期的资产增值（如战略投资者），因两类投资者的持股目的不同，可能导致相应的预防和解决方式的侧重点亦有所差异。下文在涉及不同类型的实际出资人的处理方式时，将根据其投资目的，进一步予以说明。

笔者建议，尽量通过协议在事前予以预防，如事先未能完善预防的，则尽量在事后采取有利的弥补措施。具体而言：

（一）事前预防措施

无论实际出资人投资目的为何，在投资前，通常应当完成两项必要的事项，即对目标公司进行尽职调查及与名义股东签订股权代持协议。具体而言：

1. 对目标公司的尽职调查

就笔者所经历过的几起因股权代持而引发纠纷的案件，几乎所有的出资方 / 实际出资人均听信了名义股东或其他介绍人的一面之词即进行了投资，这无疑为后期可能出现的纠纷埋下隐患。事前对目标公司的尽职调查能够有效筛选名义股东、从根本上避免代持僵局的产生。

虽然对于实际出资人而言，所获得的公司资料有限，[3]但随着我国对于公司领域的信息透明化程度越来越高，实际出资人能通过相应的信息检索，跳开名义股东或其他介绍人单方的陈述，更客观、真实地了解目标公司，有效地降低因不实陈述或误解而引发后续纠纷的可能性。

2. 与名义股东签订代持协议

（1）签订代持协议

在司法实践中，代持协议是认定代持关系成立、确定实际出资人与名义股东各自权利义务最根本的证据。更重要的是，条款完备的代持协议，能够有效弥补法律规定的不足从而在交易方式设计的层面避免僵局的发生。但遗憾的是，笔者所接触的部分案件中，实际出资人与名义股东所签订的协议均只有寥寥数条或根本未签订书面协议，导致发生纠纷时陷入无据可依的被动局面。因此，股权代持僵局困境最有效的预防措施，即为签订完备的代持协议。

（2）代持协议的效力简述

实践中法院甚少判决股权代持协议无效，理论上通常认为无效的情形包括：外国企业或个人通过代持方式投资外商禁止、限制行业、禁止持有公司股份的个人（如公务员、证券法禁止持股人员等）通过代持方式持有公司股份、以代持方式掩盖非法目的（如行贿等）。除此以外，就拟上市公司作为目标公司签订的代持协议、就股东资格存在限制规定的公司作为目标公司签订的代持协议因法律规定不明、实践和法律规定可能存在冲突等原因，在代持情况中常见但其效力可能存在争议，笔者认为实际出资人选择代持应谨慎。

2.详见《最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）》第二十六条。
3.因融资需要引入而采用代持方式所造成的实际出资人不在此讨论。

（3）代持协议的条款约定注意事项

对于追求中短期资产增值的实际出资人而言，签订代持协议时，应更注重退出条款的约定。概因该等股东更看重公司在取得新一轮融资或通过各种途径上市后的退出。简单总结，笔者建议相应的代持协议应具备如下条款：

• 出资额所对应的持股比例的计算方式，方便确认退出时转让价格的合理性，或名义股东出现隐瞒企业真实情况时便于确认其违约责任；

• 代持期间名义股东对于公司业绩的定期汇报及提交书面材料的义务；

• 代持退出成就的条件，条件必须是明确的、可量化、可举证的，否则难以在司法实践中举证证实；

• 无论双方约定的退出方式为何，笔者均建议增加一条，在名义股东拒绝按约退出时，或者符合特定条件时，名义股东以约定价格受让该部分股权。

对于意图参与公司经营管理的实际出资人，除了退出条款外，还应注重如何通过协议使完整的股东权利得到行使[4]。简单总结，笔者建议相应的代持协议应具备如下条款：

• 出资额对应的持股比例、表决权比例，约定应与目标公司章程相对应，确保其权利与投入或约定一致

• 名义股东每次召开股东会定期会议和临时会议前向实际出资人书面通知议题；并按实际出资人决定表决的义务，如代持的股权比例达到一定比例后，能够在签约时即可确定的表决事项，如推选董事会成员或高管等，在协议中应明确；

• 名义股东应最少一年提供一次财务报表，并汇报一次利润分配方案；

• 对于代持期间的参与目标公司经营活动的约定，因名义股东的违约行为一般难以发觉，针对每项行为均应确定量化的标准和违约救济措施；

• 无论合同是否约定实际出资人的退出条款，笔者均建议增加一条，在名义股东拒绝按约履行特定义务时，或者符合特定条件时，名义股东以约定价格受让该部分股权。

（二）事后处理路径

根据上述分析，就有限责任公司而言，一旦实际出资人与名义股东发生纠纷而诉至法院，代持关系实质已经破裂，极有可能出现前述“进退两难”的局面。基于此，笔者认为，为了使实际投资人在发生纠纷后“可进可退”，实际出资人一方面需要提前收集证据材料，以取得诉讼优势地位；另一方面，将诉讼作为有利的谈判筹码和手段，根据现实势态争取与名义股东协商，实现利益最大化。

1. 追求中短期资产增值的实际出资人建议采取的措施

对于该类实际出资人而言，一旦出现纠纷，重点需要考虑的内容比较明确：如何“退”，即如何要求名义股东支付尽可能高的赔偿款或股权受让款。如果实际出资人在签约时与名义股东约定了退出条款或名义股东有条件受让股权的条款，则实际出资人只需要举证证实退出条件成就或名义股东存在违约事实、符合受让要求即可，不再需要收集证据证实对价的合理性。

但如双方所签署的代持协议过于简单，未能明确约定违约事项或未能约定任何退出或回购条款，则实际出资人所承担的举证义务更重。从获得尽可能高的赔偿或股权受让款项的角度而言，笔者建议主张解除代持协议，该理由系法定的能够有效要求名义股东返还投资额并加付赔偿的理由。一方面，实际出资人需要举证代持协议因名义股东的行为导致实质已经无法履行，或实际出资人签订代持协议的根本目的已无法实现；另一方面，需要举证证实赔偿金额，因有限责任公司股权的价值很难存在市场公允价值，实践中很难对此举证，笔者认为，可以参考最高人民法院对《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（四）征求意见稿中对于股权转让价格产生争议时如何认定的相关意见，原则上以解除当时公司净资产为基础、按持股比例确定赔偿金额；如果实际出资人在出资时存在溢价出资的情形，则出于公平考虑，应按照出资时的净资产重新确认实际出资人的持股比例，按新的持股比例计算赔偿金额；如果代持僵局产生的原因之一系目标公司经营情况严重恶化，以解除当时公司的净资产为计算依据亦显失公平，可以考虑初始投资金额为基础，参考央行同期同类贷款利率作为资金成本计算损失，要求赔偿该两部分资金损失为宜。

2. 意图参与公司管理经营的实际出资人建议采取的措施

对于该类实际出资人，一旦出现纠纷，则需要作更充分考虑。首先，该类实际出资人应当充分评估，在现今纠纷已出现的情况下，其与名义股东是否还有维持代持关系

4.值得注意的是，实际控制人所作的代持股安排不在本部分讨论。

的可能性。基于代持关系本身信息的不公开性，对于两方间的信任具有很高要求，一旦信任碎裂，则很容易出现名义股东再次违约的道德风险。如果实际出资人选择维持代持关系，则建议签订更为严格的代持协议。

其次，如果实际出资人选择终止代持关系，则打破股权代持僵局只有两个选择，一是进，即争取在股东身份上显名；二是退，即要求名义股东给予赔偿。

（1）股东身份显名的可能性分析

对于第一个选项，就有限责任公司而言，根据公司法司法解释三之规定，必须要半数以上其他股东同意方可加入。如实际出资人将此作为诉讼请求，则法院在裁判时存在实质性的障碍。

对于实际出资人显名，笔者认为有种情形需要探讨的是，在一些采用股权融资方式引入投资者的目标公司，为了规避公司法对有限责任公司股东 50 人的人数上限，选择由一个股东代持其他股东的股权，在此情况下，实质上公司的其他股东是明知实际出资人的存在，并且同意以代持的方式行使股东权益，则在此情况下，部分实际出资人能否基于实际出资时公司其他股东的明知和认可而要求直接显名？笔者认为，对于该等情形，理论上可行但实践中难以操作。公司法司法解释三对转股的限制性规定，概因有限公司的人合性而非单一资合性的特点，股东之间基于信任方能共同投资经营公司。在前述情形下，实际出资人实质是在出资前已经被其他股东所知悉和同意，故法律对于其余过半数股东需同意的前提已经满足。但在实践中，设计代持方式当时所需规避的有限公司法定人数上限仍然存在，即使仅有部分股东主张显名，但一旦通过司法文书确定了权利行使的合法性，则对于剩余实际出资人而言，要求显名是其可主张的权利，一旦剩余实际出资人主张则应当支持，必然会出现生效法律裁判与法律规定之间的冲突和矛盾。如何妥善处理，达到法理和实践的统一仍有赖于司法实践的不断探索。

2 损失赔偿的主张建议

如果是名义股东擅自处分股权，则可以处分对价作为损失赔偿的参考依据进行主张；如果是其他违约行为，则需要具体结合目标公司的经营情况、投资当时投资价格进行综合考虑，需要结合个案的具体情况进行确认。对于代持协议约定不明如何主张损失赔偿的情形，可参考寻求中短期资产增值的实际出资人处理方式，此处不再赘述。

结语：

随着市场经济的发展、股权融资模式的不断推陈出新，股权代持的纠纷不再鲜见，面对层出不穷的各类新型的股权代持僵局，在保障经济活力、交易双方意思自治的基础上，对于不同目的的实际投资人，如何在新经济形势下综合平衡公司治理结构的稳定及各方利益，在现行法律缺失、司法解释规定不够完善的情况下无疑是对司法机关的考验，笔者希望以此文为初步探讨，为解决代持僵局抛砖引玉。

王军旗

德恒上海律师事务所高级合伙人，市律协商事争议解决业务研究委员会副主任，上海国际仲裁中心仲裁员，上海仲裁委员会仲裁员。
业务方向为商事争议解决、合同法、公司法、金融相关。

杨燕婷

德恒上海律师事务所律师，市律协商事争议解决业务研究委员会委员。
业务方向为合同法、公司法、金融相关。

外国和境外仲裁机构[1]在华仲裁的源流与演变

文｜牟笛

2015 年末，中国仲裁界最为引人注目的消息无疑是香港国际仲裁中心代表处在上海的设立。随着中国经济在过去数十年的强劲冲刺，与中国相关的争议解决业务在滋养本土仲裁机构的同时也对外国和境外仲裁机构产生了无法抗拒的吸引力。然而，外国和境外仲裁机构面对中国市场始终面临鞭长莫及的窘境。正因为如此，外国和境外仲裁机构千方百计地将仲裁服务“出口”到中国本土，向中国当事人提供零距离的争议解决方案便成为近年来中国仲裁法律界引人注目的现象。这一经济因素驱动的新发展给中国仲裁提出了一系列实实在在的新问题。

为此，笔者通过本文回顾、梳理外国和境外仲裁机构在华仲裁历史的源流与演变。希望能通过昨天的故事参透中国仲裁明天的些许玄机。

一、源起

如今回看中国国际经济贸易仲裁委员会早年的裁决书汇编不难发现，改革开放之前的中国涉外仲裁案件绝大部分属于国际贸易争议。直至上世纪 80 年代建立“三资企业”体系监理，更广泛意义上的商事争议仲裁制度才真正在中国大陆获得发展机遇。在这个西风东渐的过程中，外国企业、外国法律、外国律师、外国法律和外国问题一路裹挟着外国和境外仲裁机构进入中国争议解决领域自然是水到渠成。

然而，《中华人民共和国仲裁法》直至 1995 年才姗姗来迟，其中影响外国和境外仲裁机构在中国开展仲裁活动的第二章“仲裁委员会和仲裁协会”也直到那时才成为外国和境外仲裁机构入华的实质障碍。上世纪 80 年代至 1995 年这段立法真空期里，外国和境外仲裁机构在中国的作为，如今已经很难考证。

1995 年，《仲裁法》施行不久就出现了台湾富源企业有限公司诉厦门维哥木制品有限公司购销合同纠纷一案（“富源企业案”），该案当事人约定争议“进行友好协商解决或以国际商会仲裁为准”。基于《仲裁法》第十六条“选定的仲裁委员会”这一效力要件，厦门基层、中级人民法院先后对涉案仲裁协议作出了无效和有效的认定。这或许是外国和境外仲裁机构与《仲裁法》第十六条第一次有据可查的碰撞。

1.基于中华人民共和国主权，港、澳、台地区仲裁机构并非“外国”仲裁机构。为表述便利，本文将港、澳、台等法域的仲裁机构一并称为“境外仲裁机构”。

整整八年之后，在北京举办的“国际商会仲裁研究会”上，时任中国国际经济贸易仲裁委员会副主任的王生长先生为了回应国际商会仲裁员主席 Robert Briner 有关“国际商会仲裁院在世界上很多国家开展仲裁，但国际商会的仲裁却非常遗憾地不能在中国进行”的发言，援引此案指出中国法院在解释仲裁条款时采用的是比较宽松的标准，不拘泥于表面文字，并暗示外国和境外仲裁机构在中国仲裁并不存在无法克服的障碍。王生长先生的发言后来被整理成文，命名《国际商会仲裁院能否在中国内地进行仲裁?》并在中国国际经济贸易仲裁委员会刊物上公开发表。此后，同样任职于中国国际经济贸易仲裁委员会的康明先生和赵健先生分别以《我国商事仲裁服务市场对外开放问题初探——兼与生长通知商榷》和《也论国际商会仲裁院能否在中国内地进行仲裁——简评中国内地〈仲裁法〉中的几个问题》两篇文章提出不同看法。这些讨论代表了中国仲裁界对于外国和境外仲裁机构在华仲裁活动的早期的研究——或许是因为潜在的竞争关系使中国的仲裁机构对该问题尤为敏感。

二、困局

中国本身并非判例法国家，富源企业案作为地方法院的裁判，指导意义有限。正因如此，尽管富源企业案在时间上占得先机，但却往往在有关外国和境外仲裁机构在华仲裁的讨论中缺席。业内公认的首个重要案件则是北京研讨会一年以后最高人民法院裁判的德国旭普林国际有限责任公司与无锡沃可通用工程橡胶有限公司申请确认仲裁协议效力案（[2003] 民四他字第 23 号，“旭普林案”）。

对于熟悉和了解中国仲裁的读者来说，旭普林案的案情无需赘述。简言之，该案件当事人的仲裁协议约定“Arbitration: ICC Rules, Shanghai shall apply”,即“仲裁：适用国际商会规则，在上海进行”。最高人民法院最终认为，由于该案件仲裁协议仅指明仲裁规则而没有指明仲裁机构，无法满足《仲裁法》第十六条“选定的仲裁委员会”这一效力要件，应认定为无效。

在最高人民法院看来，适用国际商会仲裁院规则与选择国际商会仲裁院作为仲裁机构之间并不能直接画上等号，因为实践中时常出现其他仲裁机构借用国际商会仲裁院规则开展仲裁的情况。而对于不认同旭普林案结果的人看来，最高人民法院太过拘泥于《仲裁法》的字面含义，因为如果一旦当事人依据旭普林案的仲裁协议前往国际商会仲裁院申请仲裁，案件必然被受理。如此一来，又何必纠结仲裁机构是否明确，是否唯一呢?

旭普林案一出，引发了国内外仲裁界的强烈关注，影响持续至今。值得注意的是，国际商会仲裁院此后不仅在 2004 年正式建议中国大陆当事人在选择国际商会仲裁时一定要明确指定国际商会仲裁院、在 2005 年修改中文版建议仲裁条款写明指定国际商会仲裁院、更在 2012 年修改仲裁规则时特意加入第 6(2) 条的新规定“By agreeing to arbitration under the Rules, the parties have accepted that the arbitration shall be administered by the Court”，即“经同意适用国际商会仲裁院仲裁规则，当事人即同意由国际商会仲裁院管理仲裁案件”。为了进入中国市场真可谓呕心沥血。

此后的 2006 年和 2009 年，最高人民法院还曾先后裁判“沧州东鸿包装材料有限公司诉法国 DMT 公司买卖合同纠纷一案仲裁条款效力案”（[2006] 民四他字第 6 号，“沧州东鸿案”）和“夏新电子股份有限公司与比利时产品有限公司确认经销协议仲裁条款效力案”（[2009] 民四他字第 5 号，“夏新电子案”）。该两案案情与旭普林案基本类似，同样是选择国际商会仲裁院规则而没有明确指明机构，最高人民法院先后裁定两案仲裁条款无效，不再敷述。

在当事人明确选择了仲裁规则的情况下，其是否同时选择了相应的仲裁机构本身是一个两可的问题。然而最高人民法院在旭普林案、沧州东鸿案和夏新电子案中一而再、再而三地认定此类仲裁协议无效，反证早年间有关“中国法院采用比较宽松的标准，不拘泥于表面文字”的判断略显乐观。

三、破局

2010 年的山东墨龙石油机械股份有限公司与离岸公司 (HIGHSEALEDANDCOUPLEDSAL) 买卖合同纠纷一案中仲裁条款效力案（[2010] 民四他字第 40 号，“墨龙案”）是一个非常有意思的案子。当事人又一次仅仅选择了国际商会仲裁院仲裁规则，而没有选择机构。但最高人民法院的复函指出《独家销售协议》中约定了仲裁规则，即国际商会《仲裁与调解规则》。由于按照该仲裁规则能够

确定仲裁机构就是国际商会仲裁院，故应视为当事人约定了具体的仲裁机构。”

前面提到，旭普林案促使国际商会仲裁院修改了自身的仲裁规则，加入了第 6(2) 条的“旭普林条款”。但这次修订发生在 2012 年。当最高人民法院在 2010 年裁判墨龙案时，国际商会仲裁院的规则与旭普林案、沧州东鸿案和夏新电子案时的仲裁规则一模一样。其迥异的裁判结果所据为何?

其次，墨龙案中当事人选择的仲裁地其实是瑞士日内瓦，因此对仲裁协议效力的判断应当依据瑞士法作出，根本无需考虑中国《仲裁法》第十六条“选定的仲裁委员会”。由此，最高人民法院在复函中指出“由于按照该仲裁规则能够确定仲裁机构就是国际商会仲裁院，故应视为当事人约定了具体的仲裁机构”，岂不是纯属多余?

但无论如何，最高人民法院自旭普林案开始秉承的“选择规则不等于选择机构”的裁判尺度至墨龙案出现了松动。

复盘旭普林案到墨龙案这四个案件，共同的特征就是当事人的仲裁协议本身略显草率——几十页的合同都写了，却偏偏不把机构写清楚。但这也同时制造了一个悬念：如果当事人明确选择外国和境外仲裁机构在中国仲裁，结果又会如何呢? 2013 年，这样的案件终于出现了，即安徽省龙利得包装印刷有限公司与被申请人 BPAgnatiS．R．L 申请确认仲裁协议效力案（[2013] 民四他字第 13 号，“龙利得案”）。

龙利得案的仲裁协议约定“因合同而发生的纠纷由国际商会仲裁院进行仲裁，管辖地应为中国上海”。最高人民法院的复函也很干脆，“仲裁协议具有下列内容：（一）请求仲裁的意思表示；（二）仲裁事项；（三）选定的仲裁委员会，应认定有效。”

严格来说，龙利得案仲裁协议所谓“管辖地应为上海”的表述也不无瑕疵。但最高人民法院一反早年的严苛，认为这一表述“应当理解为仲裁地在上海”，进而对整个仲裁协议作出有效认定。

外国和境外仲裁机构在华仲裁的道路自旭普林案起整整走了十年，一次次跌倒，最终在龙利得案中看见了曙光。龙利得案因此一举成为中国乃至全球最为引人注目的仲裁案之一。以至近年最高人民法院民四庭从庭长到法官，凡出席仲裁研讨活动必然或主动或被动地提起此案。

四、难题

至龙利得案，是否可以说外国和境外仲裁机构就此扫清了在华仲裁的障碍呢? 笔者认为既是又不是。仲裁协议被认定有效，意味着外国和境外仲裁机构在中国开展仲裁活动本身取得了初步的合法手续，但要真正在中国法律服务市场站稳脚跟，外国和境外仲裁机构还必须解决一个同样关键的问题——用户体验。具体而言，用户体验包括两方面：第一，外国和境外仲裁机构能否在中国开展的仲裁活动中保障当事人实现相应的程序权利；第二，外国和境外仲裁机构在中国仲裁的裁决能否顺利执行。

先谈第一个问题。同样在 2013 年，比龙利得案前一个月，最高人民法院还裁判了神华煤炭运销公司与马瑞尼克船务公司确认之诉仲裁条款效力案（[2013] 民四他字第 4 号，“神华案”）。最高人民法院在神华案复函中指出，“仲裁法司法解释第十三条的规定并不适用于外国仲裁机构对仲裁协议效力作出认定的情形”。而仲裁法司法解释第十三条所规定的正是对仲裁机构极为重要的自裁管辖权。简言之，对于拥有自裁管辖权的其他仲裁机构而言，一旦仲裁机构“对仲裁协议的效力作出决定后，当事人向人民法院申请确认仲裁协议效力或者申请撤销仲裁机构的决定的，人民法院不予受理”；而神华案意味着外国和境外仲裁机构即便对自身管辖权作出决定，当事人仍可前往人民法院继续争议管辖权问题，外国和境外仲裁机构对案件的控制力由此被大幅削弱。

更致命的是，最高人民法院得出上述结论的理由是“仲裁法第二十条所指的仲裁委员会系依据仲裁法第十条和第六十六条设立的仲裁委员会，并不包括外国仲裁机构”。把最高人民法院的两段叙述放在一起解读，结论是外国和境外仲裁机构并非仲裁法司法解释（当然还包括《仲裁法》本身及其他与仲裁相关的立法）意义上的仲裁机构，因而不享有仲裁机构的身份。

别小看仲裁机构的身份。在中国，身份往往就意味着权利。如果外国和境外仲裁机构不能享有中国仲裁立法意义上的仲裁机构身份，即便认定相应的仲裁

协议有效，诸如证据保全等基本程序保障也无从谈起，必然导致仲裁活动无法实际开展。如果这正是最高人民法院借用神华案宣示的司法政策。毫不夸张地说，龙利得案几乎将沦为空头支票。

再看第二个问题，仲裁裁决的执行。其实早在2008年，就曾经出现过一个涉及执行国际商会在中国境内仲裁形成裁决的案件，DUFERCOSA（德高钢铁公司）申请承认与执行ICC第14006 / MS / JB / JEM号仲裁裁决案（[2008]角仲监字第4号），“德高钢铁案”）。宁波中级人民法院最终依《纽约公约》第一条的“非内国裁决”将裁决付诸执行。

德高钢铁案引发了极大的争议，相关文章连篇累牍。《法制日报》甚至邀请中国人民大学赵秀文教授、武汉大学宋连斌教授、香港中文大学王江雨教授、方达律师事务所康明律师、中伦律师事务所曹丽军律师几位在仲裁界具有重要影响的人士进行了一场面对面的研讨，将讨论稿整理成《国际商会仲裁院在中国仲裁效力几何》一文公开发表。这次研讨几乎论尽了外国和境外仲裁机构在华仲裁的方方面面，7年之后看仍然给人无数启发。有兴趣的读者今后可以找来阅读。

笔者个人的看法，外国和境外仲裁机构在华仲裁的裁决执行问题说大也大，说小也小。说它大，因为它复杂，诸如仲裁国籍、公约适用等等问题纠缠在一起，想理顺着实不易；但另一方面，如果仲裁协议有效、仲裁程序合法，相应的裁决总归没有不执行的道理。在中国仲裁立法日益完善、纽约公约适用日趋成熟的大背景下，没有必要太过担心！

顺便提一句外国仲裁机构在华仲裁的裁决执行问题在香港引起的一串涟漪。案情是一对当事人选择了国际商会仲裁院仲裁，约定仲裁地在“中国”。事后的仲裁程序在香港进行。后来一方当事人提出异议，认为在“香港”仲裁违背了仲裁协议在“中国”仲裁的约定（Z vs. A and 3 others）。香港法院判决的第47、48段指出，对于一个理性的商人而言，如果他已经了解到在某地仲裁将可能导致未来仲裁裁决无法执行，那么他就会避开这样的地点。在解读他的意思时，也应该遵循这样的原则。结合案情，由于国际商会在中国开展仲裁后仲裁裁决可能无法执行，因此应该认为当事人所选择的“中国”系指“中国的香港”，而不是“中国大陆”。

五、观望

2015年11月20日，香港国际仲裁中心上海代表处隆重揭牌，成为第一家正式“进入”中国的境外仲裁机构。

香港国际仲裁中心上海代表处的法律性质是企业常驻代表机构。根据相关条例，其不得从事任何营利性活动，而只能开展市场调查、展示、宣传、联络活动。此外，根据上海市司法局网站公开的信息也从未公布任何有关该代表处审批、设立的信息。因此，至少在现阶段，香港国际仲裁中心设立的这个代表处并非法律意义上的仲裁机构，而仅仅是香港国际仲裁中心在上海建立的一个形象展示窗口和沟通联络平台。这也意味着，对于香港国际仲裁中心管理的案件——无论这些案件是否在中国仲裁——上海代表处的设立并不会造成任何影响。简言之，原本踩踏出的口子仍然存在，原本待解的难题也仍然无法解决。

然而，香港国际仲裁中心上海代表处的设立仍然揭开了境外仲裁机构在中国设立实体的序幕，背后存在着巨大的想象空间。要知道，内地的中国国际经济贸易仲裁委员会早在2012年就设立了香港分会，实现了“走出去”。本着平等对待的原则，将香港国际仲裁中心“请进来”似乎也算不上特别大的意外。在笔者看来，一旦前面提到的法律技术问题得到解决，香港国际仲裁中心乃至于其他国际和境外知名仲裁机构的正式入华是可以期待也值得期待的。

牟笛

上海市方达律师事务所律师，市律协商事争议解决业务研究委员会委员。业务方向为商事争议解决。

银行是否为代销基金亏损承担责任?

文 | 杨润来 闵熹

股灾之后，遍地狼藉，众多基金也不例外，基民亏损严重。其中，有少数通过银行渠道购买基金的投资人归咎于银行未尽风险提示等义务，而起诉银行要求承担基金亏损赔偿责任。

最近，上海市第一中级人民法院（下称“一中院”）就商业银行代销基金产品亏损所致纠纷作出的一起判决，引起热议。该法院在“胡象斌诉中国银行股份有限公司上海市田林路支行侵权责任纠纷案”【（2015）沪一中民六（商）终字第 198 号，下称“胡象斌案”】中认为：代销银行与投资者之间形成金融服务法律关系，因专业能力及信息量的不对称，投资者作为缺乏专业知识的主体，并不当然知晓适合自己的理财产品，出于对利益最大化的追求，投资者可能选择并不合适自身的理财产品。为弥补此种不平等，应当对专业金融机构课以相应的义务，并以此判决中行田林路支行就胡象斌 18 万余元本金损失承担赔偿责任。

此类要求商业银行就个人投资者投资风险承担责任的判决较为罕见，体现了倾向保护投资者的司法态度。

笔者认为，在今年以来股票市场剧烈震荡，各类基金（尤其是风险较高的基金产品）出现大面积亏损的大背景下，银行代销基金案件中如何确定代销基金银行的法律地位及所负义务的界限，是规范银行代销基金业务的前提，也是满足投资者投资需求，保护金融市场交易秩序的重要基础。本文试对该类问题的处理思路及银行对代销基金亏损承担责任的条件予以厘清。

一、法律关系的识别：代销法律关系OR金融服务法律关系？

笔者注意到，商业银行就代销基金案件进行应诉时，多主张其是基金管理人的代理人，受托代为销售系争基金产品，与投资者间无直接法律关系，不应就基金盈亏情况向投资者承担责任。而胡象斌案判决则认为商业银行与投资者间直接建立了法律关系，并依据《商业银行个人理财业务管理暂行办法》第八条第一款将该等法律关系定义为“金融服务法律关系”（该款规定“理财顾问服务，是指商业银行向客户提供的财务分析与规划、投资建议、个人投资产品推介等专业化服务”）。

针对代销法律关系与金融服务法律关系，我们可通过如下两例进行初步了解。

例 1：甲银行是乙基金公司作为管理人的 A 基金的代销机构之一，投资者张某看到乙基金公司的宣传决定投资购买 A 基金，遂前往离家最近的甲银行网点申购 A 基金 10 万元；

例 2：投资者李某是甲银行的私人银行客户，为其提供理财服务的专职理财经理在评估李某财产状况及风险偏好后，建议其拿出可支配资金的 10% 即 10 万元用于投资高风险理财产品即 A 基金，其余资金用于投资中低风险理财产品。

不难区分上述两种情形下的法律关系。甲银行代乙基金公司向张某销售 A 基金的行为，仅在甲银行与乙基金公司的代销法律关系项下发生；而甲银行向李某销售 A 基金的行为系基于其向李某提供之评估、咨询、推介等服务，即在甲银行与李某的金融服务法律关系项下发生。

由此可见，将代销法律关系与金融服务法律关系的典型场景区分开来并不困难，然而，两种法律关系根本区别何在？如何结合各式复杂的具体案件事实对涉案法律关系进行识别？

需说明的一点是，认定为代销法律关系意味着商业银行与投资者间并未直接建立法律关系，相应的法律后果应当由基金管理人承担。但认定为金融法律服务关系的情况下，代销关系仍应与其并存，只是投资者据以提起诉讼的请求权基础系基于金融服务法律关系。

（一）代销法律关系与金融服务法律关系的区别

图 1. 代销法律关系图

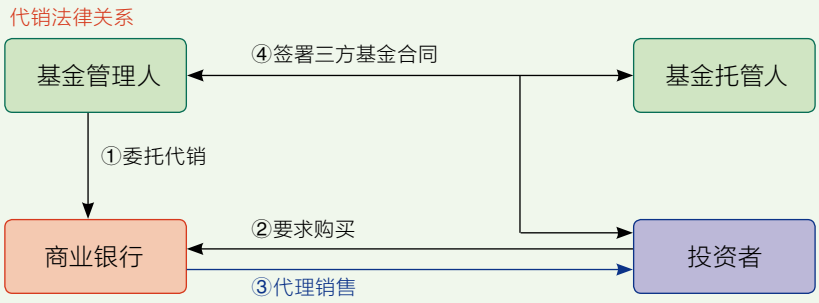


图 2. 金融服务法律关系示意图

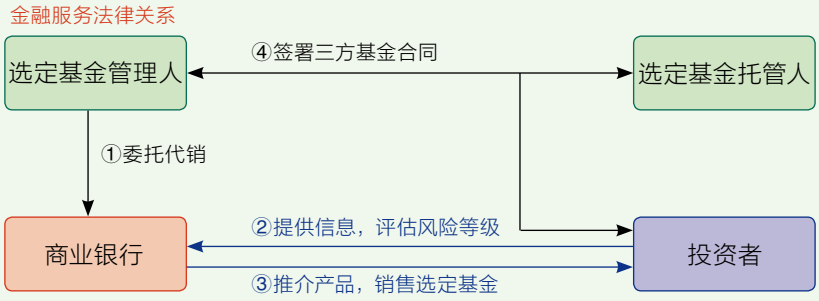


表 1. 代销法律关系与金融服务法律关系的区别

	代销法律关系	金融服务法律关系
主体不同	基金管理人、基金托管人、投资者	商业银行、投资者
商业银行对投资决策发挥作用不同	商业银行对投资决策无影响	风险提示义务、委任适当人员义务、适当推介义务
义务承担不同	合理告知或风险提示义务	风险提示义务、委托适当人员义务、适当推介义务
请求权基础不同	合同法律关系	侵权法律关系

结合上述图表，笔者认为，代销法律关系与金融服务法律关系主要有如下区别：

1. 主体不同

在代销法律关系中，通过商业银行代理销售行为，基金管理人与投资者建立基金合同关系（实践中一般由基金管理人、基金托管人和投资者建立三方合同关系），商业银行仅系基金管理人的代理人；在金融服务法律关系中，商业银行向投资者直接提供理财顾问服务，具体包括评估、规划、推介服务等，金融服务法律关系主体并不包括基金管理人等。

2. 商业银行对投资决策发挥作用不同

这一点是区分代销法律关系与金融服务法律关系的关键。构成代销法律关系的前提是投资者已就投资目标形成明确的内心意思，商业银行仅在交易中仅提供销售渠道，商业银行的销售行为与投资者作出对某一产品的投资决策无直接因果关系；而金融服务法律关系中，投资者一般仅具有初步购买意向或广义的投资意向，商业银行应对投资者财务情况进行了解、梳理、分析后，初步筛选出适合该投资者的若干具体产品交由投资者选择，即商业银行的“服务”与投资者作出购买 / 投资某一产品的决策存在直接的因果关系。

3. 义务承担不同

商业银行主动向投资者提供金融服务时，应当较其仅作为代销机构的情形承担更严格的义务，这一点将在本文第二部分予以论述。

4. 请求权基础不同

代销法律关系中，法院的审查对象为三方基金合同及代销合同，若投资者起诉请求赔偿损失，其请求权基础应为合同法律关系；而将法律关系定性为金融服务法律关系的胡象斌案中，法院则从行为、过错、损害结果、因果关系角度予以论证，即其请求权基础为侵权法律关系。

（二）界定法律关系的主要事实因素

法律关系的定性最终仍应结合事实进行，笔者认为，应结合如下几方面的事实因素进行就系争法律关系进行界定：

1. 商业银行是否实施主动推介行为

如前所述，商业银行在不同类型法律关系的情况下对投资决策发挥不同作用，因而其在代销基金过程中，是被动地作为方便投资者购买基金产品的途径或网点，还是主动地向投资者推介特定基金产品以促使其作出投资决策，就成为界定法律关系的关键。

值得注意的是，应当将宣传行为与推介行为区分开来。推介行为系指向特定对象，应依法向适合的投资者进行，属于要约行为，而宣传行为本身即指向不特定对象，属于要约邀请行为，商业银行就代销产品进行不特定宣传，有别于向某一投资者针对某特定产品进行主动推介，不应据此认定商业银行与投资者之间存在金融服务法律关系。

2. 投资者形成投资决策与银行推介的因果关系

投资者购买某投资产品的意向是否因商业银行的“推介”行为引起。具言之，若投资者甲在前往某银行前已自行决定购买特定基金产品，而投资者乙前往该银行时仅希望购买基金但尚未确定具体产品，尚需该银行工作人员推介，则前者更可能被认定为代销关系，而后者更可能被认定为金融服务关系。

3. 商业银行向投资者提供金融服务是否收取对价

根据一般法原理，服务提供者应承担义务的严格程度，可按照服务对价确定，例如将五星级酒店收费停车场对停放车辆的保管义务，与公共道路、地铁站等设置之免费停车场对停放车辆的保管义务相比，对前者显然应作更为严格的要求。故若商业银行向投资者就理财顾问等金融服务收取对价（如私人银行卡的年费），则应承担更严格的义务，更可能被认定为金融服务关系。

4. 是否就金融服务订立书面合同

书面合同亦可作为认定金融服务关系存在较为直接的证据。

5. 是否存在其他认定代销关系或金融服务关系的辅助性事实

具体案件中可能还存在其他可对法律关系界定起佐证作用的辅助性事实，如投资者与商业银行签署的业务受理单、签约单等交易资料中是否足以提示投资者认识到基金仅系该商业银行代销，又如商业银行在代销基金产品过程中实施之测试、评估等行为是否符合代销协议的约定等。

二、商业银行代销基金产品应对投资者承担之义务

如前所述，商业银行在代销法律关系及金融服务法律关系项下应对投资者承担之义务内容是不同的，具体如下：

（一）金融服务法律关系项下商业银行应对投资者承担之义务

《商业银行个人理财业务管理暂行办法》（下称“暂行办法”）、《商业银行个人理财业务风险管理指引》（下称“管理指引”）、《中国银行业监督管理委员会关于进一步规范商业银行个人理财业务投资管理有关问题的通知》（银监发 [2009]65 号，下称“65 号通知”）及《中国银监会办公厅关于进一步规范商业银行个人理财业务有关问题的通知》（银监办发 [2008]47 号，下称“47 号通知”），系银监会及其办公厅为规范商业银行个人理财业务而制定的一系列部门规章及规范性文件，根据“暂行办法”第 2 条、第 7 条、第 8 条、第 9 条，商业银行个人理财业务包括理财顾问服务和综合理财服务，其中“理财顾问服务”指：

“商业银行向客户提供的财务分析与规划、投资建议、个人投资产品推介等专业化服务”；

“综合理财服务”指：

“商业银行在向客户提供理财顾问服务的基础上，接受客户的委托和授权，按照与客户事先约定的投资计划和方式进行投资和资产管理的业务活动”。

笔者认为，商业银行在进行基金产品代销业务活动时，仅在其确实向个人投资者实施主动推介行为，即符合上述定义中向投资者提供“个人投资产品推介”服务的条件下，才能适用前述部门规章和规范性文件，要求商业银行向投资者承担各项规范义务，具体如下：

1. 风险提示义务

商业银行主动推介基金产品时，应以通俗易懂的语言向客户进行风险提示，同时向客户提供所有可能影响投资决策的材料，均应包含相应风险揭示内容，并在风险提示文件中设计确认栏和签字栏，其中确认栏应要求客户抄录其已阅读风险提示，了解风险并愿意承担相关风险的声明（“管理指引”第 24 条、第 29 条、第 30 条）。另外，在宣传介绍材料中应包含对产品风险的揭示，并以醒目、通俗的文字表达风险揭示内容（“暂行办法”第 40 条）。

另外，“管理指引”第 10 条规定商业银行有保存完备个人理财业务服务记录的义务，在此类案件审理中，该条可能成为银行对其已尽到风险提示义务承担举证责任的规范依据。

2. 委任适当人员义务

商业银行向投资者提供基金推介服务，应委任具备相应资质的业务人员（“暂行办法”第 54 条、第 65 条第 3 项），且应明确个人理财业务人员与一般产品销售和服务人员的界限，安排专职人员从事个人理财业务工作（“管理指引”第 20 条第 1 款）。

3. 适当推介义务

银监会及其办公厅制定的相关规范中，有大量条款体现了“投资产品推介应符合客户利益，应将适当产品推荐给适当客户”的原则。

具体言之，包括：

(1) 商业银行在推介基金产品前，应对客户的风险偏好、风险认知能力、风险承受能力及财务状况进行评估，形成的评估意见应书面告知客户并由双方签署；

(2) 商业银行应对客户进行必要分层（即将之分为“保守型”、“稳健型”、“进取型”等不同层次类别）；

(3) 根据评估和分层结果将适合客户的产品供客户自主选择（“暂行办法”第 37 条，“管理指引”第 16 条、第 18 条、第 22 条，“65 号通知”第 5 条）；

(4) 涉及衍生交易的产品，商业银行不得向无相关交易经验或不适宜购买该类产品的客户进行主动推介，且即使客户主动要求了解或购买，商业银行亦应对其风险予以说明并对客户主动了解、购买之事实予以书面确认（“管理指引”第 23 条）。

另外，就如上客户评估记录及资料，银行负有举证责任（“暂行办法”第 65 条第 1 项）。需要特别指出的是，“管理指引”第 24 条规定，评估结果认为某一客户不适宜购买某一产品，但客户仍要求购买的，商业银行应制定专门文件，列明其评估意见及客户坚持购买的意愿等内容。笔者认为，该条可理解为在此种情况下若理财产品发生亏损，银行可通过举证证明客户明知评估结果仍坚持购买，进而证明其已尽到适当推介义务，对财产损失结果无过错。

笔者认为，商业银行是否尽到适当推介义务，主要取决于投资者是否适格，若投资者不适格，还应审查银行是否已尽到评估结果告知和固定客户意愿的义务。而在具体案件中对投资者是否适格的判断，不应仅拘泥于评估报告，应结合全案事实予以评判，投资者过往投资经历等因素亦可作为判断这其投资能力、风险认知及承受能力的重要事实依据。

（二）代销法律关系项下商业银行应对投资者承担之义务

正如胡象斌案判决所作论述：

“金融服务法律关系中，投资者与金融机构存在专业性及信息量等客观上的不对等……为弥补此种不平等，应当对专业金融机构课以相应的义务，要求金融机构承担为投资者初步挑选理财产品的责任，以避免投资者因其专业性上的欠缺导致不必要的损失；同时，对金融机构课以此种义务，亦可防止其为追求自身利益，将不适格的投资者不当地引入资本市场，罔顾投资者权益而从中牟利”。

而在代销法律关系中，投资者自身就进入资本市场的投资意向及投资目标作出明确决策，商业银行并未对投资决策发挥作用，亦不存在将投资者“引入资本市场”的行为。同时，由于代销法律关系中商业银行并无主动推介行为，不存在“个人投资产品推介”或其他类型的个人理财业务服务的提供，不应适用“暂行办法”、“管理指引”等部门规章或规范性文件。

那么，代销法律关系项下商业银行应尽到何种义务呢？

笔者认为，若对基金管理人、商业银行与个人投资者三者间的关系适用普通的代理规则予以评价，则商业银行只要履行其与基金管理人间委托代销协议项下义务即可。商业银行作为代理人，其行为产生之权利义务均由被代理人

即基金管理人享有和承担，根据合同相对性原理，商业银行不应直接对投资者承担任何责任。

然而，商业银行、基金管理人及个人投资者并非民事平等主体，个人投资者购买基金产品的场合还应受《消费者权益保护法》等法律规范调整。消法第 28 条规定：

“采用网络、电视、电话、邮购等方式提供商品或者服务的经营者，以及提供证券、保险、银行等金融服务的经营者，应当向消费者提供经营地址、联系方式、商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任等信息。”

即商业银行还根据消费者保护法的规定对投资者承担风险提示义务，司法实践中法院也多遵循这一思路，要求商业银行在代销理财产品时承担合理告知义务或风险提示义务。如上海市高级法院发布的“2013 年度上海法院金融商事审判十大案例”中的“吴某与甲银行金融委托理财合同纠纷案”【(2012)沪一中民六(商)终字第 164 号】即以“甲银行无法证明其已尽到合理的告知义务，应承担相应责任”为由判决甲银行承担原告 30% 的本金损失。

结语:

综上所述，笔者认为，银行代销基金纠纷案件的认定与处理应分两步:

首先，是结合商业银行有无主动推介行为，投资决策形成与商业银行推介行为的因果关系等标准，判断商业银行对投资者投资决策发挥之作用，识别法律关系。

其次，是审查商业银行是否尽到对应法律关系项下之义务。具体言之，代销法律关系项下商业银行主要应承担风险提示或合理告知义务。而金融服务法律关系项下商业银行发挥着将投资者引入投资市场的作用，应承担更严格的义务，即风险提示、委任适当人员及适当推介等义务，在商业银行未尽到相应法律关系项下义务的情况下，方可以其对投资者损害存在过错为由判决其承担责任。

杨润来

上海虹桥正瀚律师事务所合伙人，市律协商事争议解决业务研究委员会委员。

业务方向为投融资及大宗交易风险控制与争议解决。

闵熹

上海虹桥正瀚律师事务所实习律师。

新一轮司法改革与律师职业空间变局

文丨杨力

编者按：

在 7 月 28 日举行的第三届北外滩律师事务所管理和发展论坛“司法改革背景下的律师行业发展”上，上海交通大学凯原法学院副院长杨力教授从律师调查取证制度的突破与探索，到律师的素质提高如何跟上司法改革的步伐等行业热点进行阐述。

一、新一轮司改的阶段性评估

继上海等第一、二批司改试点汲取了许多可复制、可推广的经验之后，第三批司改及相应更多的配套改革已在全国推动实施。可以说，该轮改革“货真价实”贯彻了中央的结构性改革意图，对司法机关以及包括律师业为内的法律职业共同体都产生了极为深远的影响。以下将聚集上海司改进行阶段性评估。

首先，改革已在整体推进的基础上实现了重点突破。

司法权作为中央事权，决定了带有基础性、全局性内容的宏观改革应由中央统一推进，指向中、微观层面的改革则是由中央和地方共同推动，抑或在中央指导下审慎推动。据此，目前的上海试点司改，许多是中央主导下的地方立法、行政、司法机关和社会各界广泛参与及协同改革的“破冰”成果，绝不是地方法院独撑大局而能为之。比如，上海法院以严格入额的低位比例，让进一步走向专业化和职业化的法官薪酬职业保障与所承担的法定职责相匹配，同时又正在争取列入省级人大议事范围；员额法官的遴选是在政法委、法院、公务员局、权威学者、律师代表和地方各级人大的协同下完成的；而在省以下人财物的统管上，除了协调完成法院的遴选（惩戒）委员会、财政收支和资产管理全部纳入市级财政，事务性管理上则根据事务的性质采取了不同的统管形式，在法官任免、法官纪律约束和重大事务管理上“高度集中”，而在机关内务管理则“适度放权”，以避免过度扁平化导致的管理效率低下；而依托原上海铁路运输中级法院挂牌新设立的上海市第三中级法院，同时组建的上海市知识产权法院，以及讨论之中的三院在审判独立基础上的“行政合署”，则更是基于中央统一部署，地方各相关部门互为犄角的共同成果。

其次，改革在开拓性基础上确保了试点进程张弛有度。

它在法官员额的比例敲定及渐进落地这一基础性问题上体现得尤为明显：上海的司改试点根据了法院辖区经济社会发展状况、人口数量（含暂住人口）、案件数量等基础数据，结合法院审级职能、法官工作量、审判辅助人员配置、办案保障条件等因素，比较科学地量化确定了三级法院的法官员额。其中，又以案件数量、法官工作量和审判辅助人员的实际状况，作为合理配置员额的三个关键点，报批中央批准后，敲定了占“法院总人数”的33%的法官员额比例，且盘内员额又更多向基层倾斜配置。相对于其他试点省份根据“以编定岗”、“以案定岗”方案，把入额法官的比例控制在“中央政法编制”的39%-41%之间,上海的员额降幅比例最大,改革的压力也最大。但是，上海的改革以独任法官和合议庭负责制的改革，把优秀的审判资源集中到一线办案岗位，坚决减少非办案岗位占用的法官员额；又以岗额的适配评估、业绩评价体系和法官问责方法，匠心独具地形成员额的资格认定和考核、入额与退额的员额动态管理机制，保证了工作不断档；以面向法院所有人员、提供5年多次入额的空间，相当程度缓解了不同岗位的入额差别性冲突，又给未来的科学发展留下了足够空间，使得人员不断层。

第三，改革基于中央底线拓展了地方司改能动空间。

地方法院在司改中亟待能动空间有其社会和体制背景，只要把握得当，不仅不会破坏司法统一原则或形成新的司法地方保护主义，反而会在改革举措和司法标准的差异性上供应更多理性选择之机以促进资源更为优化配置。其实，地方法院不沦为“地方的法院”，除了摆脱对地方的人财物依赖性，司法地方保护的危害实质不在于地方标准的差异，而在于“地方标准的不确定性”。基于此，上海的司改试点在地方司改能动空间的拓展上，根据中央所设定的底线标准和倡导性方向，重点对地方法院在区域司法标准确立的权限、程序、效力进行了探索。比如，新设自贸区法庭推出的极为独特而透明的审判工作体制机制、被告人和辩护人申请证据收集合法调查的启动、让依法可公开的生效裁判文书全部上网、法官办案差错的层次标准及责任追究的差别性、裁判文书的合议庭合署签名和责任比例分担的落实等。而对于以上地方标准的“确定性”，上海的试点司改强调了宜由高级法院统一制定或确认标准，以避免地方司法标准过于分散；地方司法标准不能违反上位法，且只有在上位法模糊、缺位的空间内，结合本地区实际情况予以细化或先行先试；不统一的地方标准全部公开，因为公开的不统一仍然可让人稳定预期和理性选择，而不统一又不公开则会让人选择性适用甚至无所适从，为司法地方化提供温床；下级法院的地方标准应报备，上级法院认为地方司法标准违背上位法和国家政策，或含有整体性地方保护内容的，有权撤销。

最后，改革又融入了地方治理共识的司法环境构建。

杨力

上海交通大学凯原法学院副院长、教授、博士生导师。

推动上海的司改试点已成为“区域司法环境软实力”的地方治理共识的核心部件，极具复制和样板意义。当前法律界对由中央和“两高”统领司改的意义认知一致，而对于参与地方治理的深层意义尚未形成共识。事实上，区域发展不平衡难以避免导致司法发展不平衡，因此改革应立足于“发展阶段性特征”。可以说，上海的前期司改就是依据当地的社会基础、现实风险、资源配置、成本效益、制度成败和实施条件，甄别和评估不同选项后形成的成果,突出表现为对试点短期内加剧的“案多人少”问题的回应。上海司改试点能动地置身于提升区域司法环境的境界，正向度地借力上海市政府 2015 年 1 号课题的“行政治理条权下沉改革”、中国（上海）自由贸易试验区的国际惯例接轨及随之商贸调解上位、行业性纠纷解决机构在上海走向监管松绑的门槛准入、诉调对接平台从单一平面的衔接向多元立体的服务功能转变、新建的特邀调解员和专家调解员从零散差异向系统整合，以及推动在试点法院内部进一步强化“扁平化”的审判组织改革，凸显法官助理的岗位职能，让员额法官逐步回归审判权核心功能等的全面功能改造，有效地以“区域司法环境软实力的提升”破解“案多人少”困局。

二、司改的律师职业空间变局

上海的司改试点以“一盘棋”的思路，协调和凝聚各方资源和力量积极稳妥推进，从不同地区、不同层级的司法工作实际出发，尊重基层首创精神，鼓励试点地区在具体改革措施上积极探索，分类分层研究提出了实施方案，提供了许多可复制的经验，同时，也对律师的职业空间产生了十分深远的影响。主要表现在以下几个方面：

第一，以人财物省级统筹为改革路径，作为司改目标之一的法院、检察院“去地方化”初步实现，律师办案过程中司法受到地方党政不当干预的现象得到明显改善。

司法权为中央事权，省级统管是向中央统管的过渡，目标是为避免省以下同级地方政府的不当干预，尤其是涉及政府重大利益的案件尤为明显。目前，省级党委的提名和审批权，主要是省内各级法院的院级领导；高级法院党组则负责法院其他中层和所有法官的提名和审批；同时推动了司法预算独立，让固定比例的法院预算得以独立而非依附政府，只能由权力机关决定而不受行政随意削减。让“法院独立”而不再轻易受到地方政府干预，变得更加可能，律师的执业环境得以改善。

第二，以审判权运行机制改革为切入点，使得法院内部的“去行政化”成效初显，律师辩护和代理的司法环境被极大改善。

法院内部的行政化和科层化，是导致审判权难以独立行使的另一顽疾，比如，审委会讨论案件过多、院庭领导的不当干预、审判长联席会议的强势影响力等等，合议庭或法官独立难以实现。该轮司法改革针对这一问题，大刀阔斧地压缩审委会讨论案件比例（2015 年全市审委会讨论案件下降到 0.1%）、取消审判长联席会议制度、主审法官签发法律文书（院庭长不能改变）、部分法院甚至直接取消庭室设置（比如，贵州省高级法院的“扁平化”改革）、执行裁判权与实施权的分离、强调裁判文书说理的透彻性等，使得律师办案过程中法院内部的不当行政干预情况得以大幅改观。

第三，跨行政区划法院的设立试点和几类案件的集中管辖，使得避免审判地方化的局面进一步得到改观。

依托上海铁路运输法院，目前上海司改的进一步司改举措是把行政案件、破产案件、公司清算案件、环境案件（除崇明区法院保留环境审判庭）、食品药品监督案件、航空－铁路－轻轨－航运等大交通案件，统一由上海铁路运输法院进行“跨行政区划”的集中一审管辖，并且是彻底的编制集中到该院，目的是通过这种方式尝试地方对这几类涉及政府利益、重大民生案件的不当干预，这同样也对律师执业空间产生很大影响。

第四，司法队伍与律师队伍建设之间的人员流向与配置格局发生了一些变化。

上海推动司法改革以来，较于往年虽然法官、检察官离职数量略有上升，但并没有出现所谓的“离职潮”，法官和检察官队伍建设比较稳定，尤其是在今年的薪酬配套性改革到位后，改革不导致工作断层和人员流失的目标得以较好实现。同时，上海推动的遴选律师进入司法机关的改革举措具有里程碑意义。今后，可以考虑让更多学者、律师暂先保留原身份，接受预备法官、候补法官、助理法官、试署法官、陪席法官的历练、遴选及进入“法官候选人名册”。

从中国法院的实践看《纽约公约》第5条第2款(b)项下公共政策的司法审查(上)

文 | 上海国际经济贸易仲裁委员会商事仲裁研究中心

至2016年8月已有157个国家加入的《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称"《纽约公约》")奠定了"支持仲裁"的大原则，即以仲裁裁决承认与执行为原则，以拒绝承认和执行为例外。而在拒绝承认和执行仲裁裁决中，最难把握的就是《纽约公约》第5条第2款(b)项规定的公共政策——因《纽约公约》并没有采取列明的方式规定何为"公共政策"，导致各缔约国的理解与适用并不完全一致。

为对《纽约公约》下的"公共政策"进行更好地界定并对其具体表现形式进行描述，国际律师协会(International Bar Association)下设的"承认与执行仲裁裁决委员会"(IBA Sub-committee on Recognition and enforcement of Awards)通过分析各国法院以违反公共政策为由拒绝执行外国仲裁裁决的实例，于2015年10月发布了《关于<纽约公约>下公共政策例外的报告》(Report on the Public Policy Exception in the New York Convention)。其中，最高人民法院高晓力法官作为中国的报告员(Country Reporter)，于2015年3月10日向委员会提交了《中国法院关于以违反<纽约公约》下公共政策为由拒绝执行仲裁裁决的报告》(Report of the People's Republic of China on Public Policy as a Ground for Refusal of Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention，以下简称"《中国国别报告》")。本文将基于该《中国国别报告》，尝试简要介绍中国法院适用《纽约公约》第5条第2款(b)项的过往实践及最新发展。

中国法院适用《纽约公约》第5条第2款（b）项的实践

《纽约公约》第 5 条第 2 款（b）项规定：“倘申请承认及执行地所在国之主管机关认定有下列情形之一，亦得拒不承认及执行公断裁决：（甲）……；（乙）承认或执行裁决有违该国公共政策者。”根据该规定，执行地法院可以以裁决违反执行地公共政策为由拒绝承认和执行仲裁裁决。中国法律和最高人民法院的相关司法解释均未对“公共政策”直接作出定义。相反，其概念是通过最高人民法院在个案中的分析和解释而不断形成和完善的。高晓力法官在《中国国别报告》中列举了至 2015 年 3 月止，中国法院处理的涉及以违反“公共政策”为由申请不予承认和执行外国仲裁裁决的 6 起典型案件。该 6 起案件也反映了中国法院在过往实践中对于《纽约公约》项下“公共政策”理解的基本标准。

1、Hemofarm DD, MAG International Trade Holding DD, Suram Media Ltd. V. Jinan Yongning Pharmaceutical Co. Ltd.

1995 年 12 月 22 日，塞尔维亚共和国 Hemofarm DD、MAG 国际贸易公司与济南永宁制药股份有限公司（以下简称“永宁公司”）签订了《济南－海慕法姆制药有限公司合资合同》,成立济南－海慕法姆制药有限公司（以下称“合资公司”）。合同约定将争议提交巴黎国际商会仲裁院仲裁。2000 年 4 月，苏拉么媒体有限公司加入合资公司，成为公司股东。

2002 年 8 月 6 日，永宁公司向济南市中级法院起诉合资公司，要求给付租金并返还部分租赁财产。济南市中级法院审查认为，永宁公司所诉纠纷是其与合资公司因资产租赁使用而产生的纠纷，而合资合同中的仲裁条款约束的是合资公司的各投资主体，合资公司不是投资主体，本案不适用合资合同中的仲裁条款，故裁定驳回合资公司的管辖异议。诉讼中，永宁公司向法院提交了财产保全申请，并提供了担保。永宁公司最终获得了胜诉判决。

2003 年 1 月 17 日，永宁公司向济南市中级法院起诉合资公司，要求支付土地租金并返还部分租赁土地，最终获得了胜诉判决。2003 年 8 月 2 日，永宁公司向济南市中级法院起诉合资公司，要求支付新欠租金并返还部分租赁财产。合资公司提出管辖权异议，主张租赁争议应当根据合资合同中的仲裁条款提交国际商会仲裁解决，被法院裁定驳回。后永宁公司撤诉。2004 年 9 月，永宁公司就撤诉案件向济南中院重新起诉，要求合资公司支付欠付租金，并最终获得胜诉判决。

2004 年 9 月 3 日，Hemofarm DD、MAG 国际贸易公司、苏拉么媒体有限公司（以下简称“外方投资者”）作为共同申请人向国际商会仲裁院提起仲裁申请，请求仲裁庭裁决永宁公司赔偿投资损失及利润损失。仲裁庭经审理最终裁决永宁公司向外方投资者支付损害赔偿金，并赔偿在中国法院的诉讼费用和其他费用。裁决作出后，由于永宁公司未能执行此裁决，外方投资者向济南中院申请承认及执行该裁决。

济南市中级法院和山东省高级法院经审查后认为，本案仲裁裁决应不予承认及执行，其中涉及《纽约公约》第 5 条第 2 款（b）项的理由是：承认及执行该仲裁裁决违反中国的公共政策，因为仲裁庭对永宁公司向人民法院申请财产保全的合法性、人民法院对土地租赁诉讼的管辖权进行审理，侵犯了中国的司法主权和中国法院的管辖权。中国法院已经对永宁公司与合资公司之间的租赁关系进行审理并作出判决，并作出财产保全裁定和管辖异议裁定，但仲裁庭仍然进行审理，并认定财产保全申请不具有合法性以及中国法院对土地租赁诉讼不具有管辖权，否定了中国法院生效判决的既判力，也损害了中国的司法主权和中国法院的司法管辖权。

最高人民法院经审查后认为该仲裁裁决不应当被承认和执行。最高人民法院特别指出，根据《纽约公约》第 5 条第 1 款（c）项及第五条第（2）款（b）项的规定，该仲裁裁决处理的事项超过了合资合同仲裁条款约定的仲裁范围，因为该仲裁条款仅约束合资合同的当事人，而并能适用于永宁公司与合资公司之间的纠纷；此外，仲裁庭对于已经由中国法院作出判决的涉及永宁公司与合资公司之间租赁合同的纠纷再次进行裁决的行为，干涉了中国的司法主权和中国法院的司法管辖权。

2、ED & F Man (Hong Kong) Co., Ltd. V. China National Sugar & Wines Group Corp.

1994 年 12 月 14 日，中国糖业酒类集团公司（以下简称“中糖集团”）与 ED&F 曼氏（香港）有限公司（以下简称“曼氏公司”）签订 8008 合同，合同的争议解决

方式为依照伦敦糖业协会条款的规定，提交伦敦糖业协会仲裁。此后，曼氏公司就 8008 合同及其附件引发的争端向伦敦糖业协会提起仲裁，要求中糖集团赔偿合同价与市场价之差额。2001 年 8 月 6 日，伦敦糖业协会裁决中糖公司承担赔偿责任。由于中糖集团拒绝履行裁决，曼氏公司遂于 2002 年 1 月 22 日向北京市第一中级法院申请承认和执行该仲裁裁决。

北京市第一中级法院及北京市高级法院审理后认为，8008 合同及其附件的操作过程是利用期货炒作牟取投机利益，该期货交易行为违反了中国法律禁止性规定。158 号仲裁裁决认可了双方通过规避中国期货交易管理法规，非法从事境外期货交易取得的非法利益，违反了中国法律强制性的规定，构成了对中国公共政策的违反，依据《纽约公约》第 5 条第 2 款（b）项，应驳回曼氏公司的申请，拒绝承认及执行伦敦糖业协会第 158 号仲裁裁决。

最高人民法院认为，依照中国法律法规的规定，境内企业未经批准不得擅自从事境外期货交易。中糖公司未经批准擅自从事境外期货交易的行为依照中国法律应认定为无效。但违反中国法律的强制性规定不能完全等同违反中国的公共政策，因此本案并不存在《纽约公约》第五条第 2 款规定的违反公共政策的情形。

3、*Mitsui Corporation (Japan) v. Hainan Textile Industry General Corporation*

日本三井物产株式会社（以下简称“三井公司”）与海南省纺织工业总公司（以下简称“省纺公司”）签订了一份日元还款协议。因履行该协议产生争议，双方将争议提交至瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院（“SCC”）根据其仲裁规则进行仲裁。SCC 此后作出裁决支持三井公司的诉请，但因省纺公司决绝履行仲裁裁决，三井公司向海口市中级人民法院申请承认和执行该仲裁裁决。

海口市中级法院和海南省高级法院审查后认为：系争还款协议在中国法下是无效的协议，因为其并未经过中国行政主管部门的审批，且中国法院已在一个与本案无关联但涉及相同法律问题的案件中判决该类型的债务不合法。据此，海口市中级法院和海南省高级法院认为该仲裁裁决因存在《纽约公约》第 5 条第 2 款（b）项规定的违反公共政策的情形而应不予承认和执行。

最高人民法院审查后认为，省纺公司作为国有企业，在未经国家外汇管理部门批准并办理外债登记手续的情况下，对三井公司直接承担债务，违反了中国有关外债审批及登记的法律规定和国家外汇管理政策，但是违反行政法规和部门规章的强制性规定，并不当然构成对中国公共政策的违反。

4、*GRD Minproc Limited v. Shanghai Feilun Industrial Co.*

1994 年 7 月 24 日，上海对外贸易公司（以下简称“外贸公司”）、沃曼国际有限公司（以下简称“沃曼公司”）与飞轮公司作共同签订了一份编号为“94YN150-MS7109AU”的《合同》，约定：与合同相关而产生的所有争议应提交仲裁予以解决。仲裁应在瑞典斯德哥尔摩进行，由位于瑞典的斯德哥尔摩商会仲裁院根据其规则进行仲裁。

1995 年 4 月 30 日，GRD 公司、外贸公司及飞轮公司共同签订一份《对 94YN150-MS7109AU 合同的修订》，同意将合同卖方从沃曼公司变更为 GRD 公司。上述设备调试使用过程中，飞轮公司与 GRD 公司发生争议。2003 年 1 月 31 日，飞轮公司向斯德哥尔摩商会仲裁院提交仲裁请求，仲裁院依据 94YN150-MS7109AU 合同中的仲裁条款受理该案。仲裁庭于 2006 年 11 月 20 日作出最终裁决，驳回飞轮公司的申请并裁决其应向 GRD 公司支付总额为 168 万澳元的款项。后因飞轮公司不履行仲裁裁决，GRD 公司向上海市第二中级法院申请承认和执行仲裁裁决。

上海市第二中级法院及上海高级法院经审查后认为该仲裁裁决不应当被承认与执行，特别是因为该裁决涉及的设备并不符合中国有关职业健康与安全的法律法规的规定，损害了公共利益，进而构成违反公共政策。

最高人民法院认为，在飞轮公司根据合同中有效的仲裁条款就设备质量问题提请仲裁的情况下，仲裁庭对设备质量作出了评判，这是仲裁庭的权力，也是当事人通过仲裁解决纠纷所应当承受的结果。不能以仲裁实体结果是否公平合理作为认定承认和执行仲裁裁决是否违反我国公共政策的标准。承认和执行本案所涉仲裁裁决并不构成对我国社会根本利益、法律基本原则或者善良风俗的违反。

5、*Tianrui Hotel Investment Co., Ltd. V. Hangzhou Yiju Hotel Management Co., Ltd.*

2004 年 10 月 20 日，天瑞酒店投资有限公司（以下简称“天瑞公司”）与杭州易居酒店管理有限公司（以下简称“易居公司”）签订了一份 SUPER 8 HOTELS（速 8 酒店）系统的《单位系统协议》，约定若发生任何因本协议双方关系或本协议所引起的或与之有关的争议或主张，应将该争议或主张提交根据伦敦国际仲裁院（“LCIA”）的仲裁规则进行仲裁。

2007 年 11 月 21 日，天瑞公司向 LCIA 提出仲裁申请，请求易居公司支付欠付款项、损害赔偿金及相应利息和费用仲裁庭于 2008 年 12 月 5 日作出仲裁案号为 7983 的《终局裁决书》，认为仲裁庭对本案有管辖权并裁决易居公司应赔偿天瑞公司相关损失。因易居公司不履行仲裁裁决，天瑞公司向杭州市中级法院申请承认和执行该仲裁裁决。

杭州市中级法院与浙江省高级法院审查后认为，虽然违反中国法律强制性规定不一定构成对社会公共利益的侵犯，但是，本案中天瑞公司试图将特许经营合同故意拆分成两份协议，试图规避中国对外国公司从事特许经营业务的准入制度，可以认定违反了中国的社会公共利益。

最高人民法院审查后认为，天瑞公司与易居公司于 2004 年 10 月 28 日签订的《单位系统协议》的性质为商业特许经营合同。根据中国当时实行的商业特许经营管理制度，外国公司在中国境内从事商业特许经营业务必须通过设立外商投资企业的方式进行，且需经过行政主管机关的审批。但是 2007 年 5 月 1 日施行的国务院《商业特许经营管理条例》仅规定商业特许经营合同事后应向行政主管机关备案，而无审批要求。上述备案制度属于行政法规之强制性规范中的管理性规定，不影响当事人之间民事合同的效力。仲裁裁决对本案所涉《单位系统协议》的处理，不违反中国强制性法律规定，更不构成违反中国公共政策的情形。

6、*Castel Electronic Pty Ltd. TCL Air Conditioner (Zhongshan) Company Ltd.*

2003 年 12 月 29 日，CASTEL 电子公司（以下简称“Castel 公司”）与 TCL 空调器（中山）有限公司（以下简称“TCL 公司”）签订了一份空调器买卖的合同，约定将该合同引起的争议提交仲裁解决。2008 年 7 月 25 日，Castel 公司以 TCL 公司违约为由提起仲裁，请求裁决 TCL 公司赔偿其损失。该仲裁由一个 3 名仲裁员组成的临时仲裁庭在澳大利亚进行，TCL 公司在仲裁程序中提出的反请求。2010 年 12 月 23 日，仲裁庭作出了支持 Castel 仲裁请求的裁决。在仲裁程序中，TCL 公司向中山市中级法院提起诉讼，请求确认案涉合同仲裁协议无效并对仲裁庭的管辖权提出异议。经层报最高人民法院，2011 年 10 月 20 日，中山市中级法院作出最终裁定，认定案涉仲裁协议无效。此后，因 TCL 公司拒绝履行仲裁裁决，Castel 公司向中山市中级法院请求承认和执行该仲裁裁决。

中山市中级法院审查后认为因案涉仲裁协议无效故不应当承认和执行该仲裁裁决。广东省高级法院进一步认为承认和执行该仲裁裁决将会违反中国的社会公共利益，因为仲裁庭作出裁决的法律基础，即仲裁协议有效，与中国法院作出的决定存有冲突，故承认和执行该仲裁裁决会损害中国的司法主权。

最高人民法院审查后认为，《纽约公约》第 5 条第 2 款（b）项下的“违反公共政策”应当被解释为仅涉及中国法的最基本原则、国家主权、社会安全及公序良俗等社会公共利益被显著地侵犯的情形。然而，在本案中，该仲裁裁决作出的时间显然早于中国法院作出仲裁协议无效裁定的时间，即使该两种认定存在冲突，该情形也不能视为违反了中国的公共政策。

小结

如上所述，虽然中国对《纽约公约》项下的公共政策具体指向哪些事项没有专门规定，但最高人民法院个案批复中还是从正、反两个维度指明了公共政策的一些内容。从正面包含维度看，明确“违反中国法律基本原则、危害国家及社会公共安全、违反善良风俗等危及中国根本社会公共利益”的情形可被认定为违反中国的公共政策，并特别明确了中国的司法主权归属于公共政策范围；从反面排除维度讲，明确指出了违反中国法律或行政法规的强制性规定、仲裁实体结果不公平、仲裁员对中国法律的错误认识等不属于公共政策。（未完待续）

OBSER-VATIONS
他山之石

虽已放弃“离岸法域”，塞浦路斯仍是广受欢迎的公司建立基地之一

“避税天堂”最适合投资哪几类公司?

文丨邵家臻

塞浦路斯共和国是一个位于东地中海的岛国，地理位置处于欧、亚、非三大洲的交叉口。塞浦路斯于 2004 年加入欧盟，并于 2008 年加入欧元区。金融、旅游、航运等是塞浦路斯的支柱产业。许多中国投资者以及法律专业人士对塞浦路斯的印象可能还停留在与开曼群岛及英属维尔京群岛等国家一样，是个典型的“离岸法域”、“避税天堂”，但事实并非如此。

何为“离岸”和“离岸公司”

说到“离岸公司”，首先就得从“离岸”及“离岸法域”说起。“离岸”（off shore），是相对于“在岸”（on shore）而言的。从字面上理解，“离岸”即指离开岸边，其最初是指投资者本土以外的国家和地区，这些国家和地区能够给予投资者相对于其本土更为宽松的法律环境和优惠的经济待遇，特别是在税收豁免或优惠以及外来投资主体资格和条件的限制方面。

为了鼓励贸易和投资，自上世纪中后期起，一些国家和地区陆续将宽松的经济政策以法律形式确定下来，从而培育出一些特别宽松的经济区域，允许非本国或本区域的自然人或法人在这些经济区域注册设立公司，而上述设立的公司的经营业务基本发生在这些特别的经济区域之外。“离岸公司”即为离岸法域外的投资者依照离岸法域专门的离岸公司法，在离岸法域地设立的、且其营业活动在离岸法域地之外的区域发生的公司。

离岸公司的积极作用及消极影响

作为世界经济和贸易投资领域的一颗新星，离岸公司在世界各个离岸法域迅速发展，众多投资者也赋予其诸多美称,例如 :曲线上市的“优美拐点”、风险投资的“软渭宝甲”、兼收并蓄的“变险之地”等等。这些无不向世人昭示离岸公司有着种种神奇魅力和积极作用。离岸公司的积极作用主要有以下几点 :

（一）有利于企业进行国际投融资活动；

（二）有助于避开各种贸易壁垒，方便国际贸易；

（三）合法避税。

除上述提及的积极作用外，离岸公司还有一些其他方面的功能和优势，例如有助于提升企业形象，便于进行跨国经营；保障财产安全；规避反倾销投诉和调查等等。

与其优势相对应的，“避税天堂”还有不少令国际社会越来越难以容忍的消极影响，主要包括造成税收流失；成为洗钱工具；推动资本外逃。

离岸公司在我国的发展及运行方式

离岸公司对于我国而言，基本在改革开放后才涉及到。改革开放初期，国家制订了大量优越的外资政策以鼓励外商投资，使得外商投资环境更为便利，再加上国内市场的巨大潜力足以吸引外资投入，境外投资者以直

塞浦路斯共和国

接投资的形式进入中国，成为对华投资的主要方式。而据相关统计数据表明，这些外商直接投资多是通过离岸公司的形式进行。香港、英属维京群岛、开曼群岛、萨摩亚、毛里求斯等离岸法域始终占据着每年“对华投资前十位国家 / 地区”名单中的大部。

在我国，离岸公司的运行方式主要有以下三种：一是外国投资者利用离岸公司进入我国进行投资，属于外商直接投资（Foreign Direct Investment）；二是我国投资者在离岸法域注册离岸公司后，再回到中国境内进行投资，通常称之为“返程投资”（Round-Trip Investment）；三是我国投资者利用离岸公司赴境外曲线上市募集资金，实务界通常称之为“红筹上市”（Red-Chip Listing）。

塞浦路斯公司注册体系的现状

塞浦路斯曾经是欧洲著名的“离岸法域”。但随着欧盟对于打击避税及洗钱的力度不断加大，制定了一系列更严格的区域内法律法规以加强监管，同时，塞浦路斯在 2012 年至 2013 年爆发金融危机，金融业受到重创，银行信誉受到严重影响，故作为欧盟成员的塞浦路斯，不得不放弃原先的“离岸法域”地位。

塞浦路斯在其公司法的层面事实上已不存在本地公司与“国际商业公司（即塞浦路斯原先对本国注册的离岸公司的法律称谓）”之分。在塞浦路斯注册的公司需要向政府管理部门提供材料证明公司的管理及实际控制发生在塞浦路斯，才能保持其塞浦路斯纳税居民的身份，否则将无法以塞国的公司税率在塞浦路斯纳税。这些证明材料主要是公司董事会会议发生在塞浦路斯境内的证明。

虽然塞浦路斯不再是一个“离岸法域”，但其仍是广受欢迎的控股或贸易公司建立的基地之一。塞浦路斯有着全欧盟最低的公司所得税率，为 12.5%，并且对股息收入、境外分公司的交易利润、债券等有价证券、境外不动产销售的资本收益等多项公司收入豁免征税。除此之外，塞浦路斯已与包括中国在内的 58 个国家签订有避免双重征税条约，确保同一收入只在其来源地征税一次。

此外，塞浦路斯公司每年需要向政府部门提交账目及年度审计报告。公司的基本信息是对外公开的，并且在某些法律规定的情况下部分内档信息亦可有偿向法院、律师等特定人群公开。塞浦路斯的公司登记不允许无记名股东，但是股东仍可以通过信托等方式对外“隐匿”其真实受益人的身份。

同时，现在塞浦路斯的银行以及律师事务所等金融、法律服务行业在为其客户提供服务时都会采取 KYC（Know Your Customer）政策，即是为了了解银行账户的实际控制人和交易的实际收益人，要求对客户的身份、常住地址或企业所从事的业务进行充分的了解，并采取相应的措施。当然，银行和律师事务所对这些信息有保密义务，不得对外公开。

投资塞浦路斯公司的可行方向

利用塞浦路斯的欧盟成员国及欧元区的地理及法律地位，中国投资者可在塞浦路斯投资设立多种类型的公司。主要包括以下几类：

（一）公司总部

对全世界那些感兴趣于中东、北非和东欧的跨国公司而言，塞浦路斯是其设立区域管理和行政中心的较好选择之一；

（二）贸易公司

在塞浦路斯，此类公司应用的范围非常广阔，特别是在结合该地区的贸易活动上。此类公司可用于三角贸易，也可作为代理公司收取佣金（主要优势在于该公司也可以注册增值税），从任一国家出口商品和服务到任一目的地，以及开展转口贸易活动；

（三）控股和投资公司

由于塞浦路斯双重征税协定中规定的针对利息和股息的零税率或低预扣税税率，此类公司常常有利于用来获取来自条约国的收益。一家塞浦路斯控股公司可以成为多家在国外注册的公司以及在塞浦路斯注册的公司的母公司；

（四）服务公司

这类公司提供诸如促销、咨询、管理营销等方面的服务；

（五）建筑和工程公司

塞浦路斯是国际建筑和工程公司的理想所在地，因为这里有对它们有利的税收方式，还有塞浦路斯双重征税协定。外国承包商或来自外国的工程师可以在与塞浦路斯有协定的国家不用缴税，只要其项目不超过各自的税收协定中所规定的期限；

（六）金融公司

此类公司可利用塞浦路斯双重征税协定，在条约国或其他国家提供贷款，这些国家征收较低的或不征收预扣税；

（七）版税公司

由于大多数塞浦路斯双重征税协定规定了较低的版税预扣税税率，在塞浦路斯建立一家版税公司是非常具有吸引力的；

（八）印刷和出版公司

塞浦路斯已经发展成为一个区域出版、印刷和分销中心，这主要归功于其低成本、高质量的印刷服务及其卓越的电信系统。这些优势加上提供的税收优惠，促使了许多海外公司的建立，这些公司从事于销往外国的书籍和期刊的印刷和排版；

（九）房地产公司

此类公司可以很方便地用于房地产交易，特别是其结合了塞浦路斯双重征税协定。他们可能对瑞典、丹麦、法国、英国和所有中欧及东欧国家的房地产投资特别感兴趣；

（十）船运公司

一个开放的船舶登记处的建立，以及其他政府提供的激励措施，是塞浦路斯岛发展成为一个区域航运中心的重要因素；

（十一）保险公司

在过去的十年里，塞浦路斯已经发展成为一个极具吸引力的海外保险和再保险公司的设立中心，这些公司致力于办理国际保险和再保险业务，特别是在地中海、东欧和中东地区。

由于塞浦路斯提供的税收优惠、特殊保险法律豁免、快速登记程序、低运营成本和本地拥有的专业知识、塞浦路斯特别适合建立国际专属保险公司。

邵家臻

上海恒隆律师事务所律师。

业务方向为公司法、合同法等。

球迷旅拍，意外走上“人生巅峰”

文丨朱雄一

飞机即将降落于伦敦希思罗机场，我睁开朦胧的双眼向窗外看去，阴云密布，飘着小雨。听说，下雨天和伦敦更配哦。

今年对我来说注定是繁忙而富有意义的一年，在身边的同学朋友纷纷组建家庭的大环境下，我也将于年底完成自己的婚礼。结过婚的人都知道，要准备一场完（lao）美（po）华（man）丽（yi）的婚礼有多繁琐，现实中也不乏小两口历经爱情长跑却最终倒在婚礼筹备途中的案例。于是为了避免成为返还彩礼纠纷的案件当事人，我的宗旨就是一切以媳妇的意见为准。媳妇是个爱美又有公主梦的女生，在筹备过程中对婚纱照的要求尤其高，偏偏近年来流行起了旅拍婚纱照（绝对是婚庆业和旅游业联手炮制的巨大阴谋），在媳妇的威逼利诱下，我当然也未能幸免，最终我们将婚纱照的拍摄地点选定在了伦敦。

伦敦能令你联想到什么？绅士的国都、严谨呆板的国民、阴晴不定的天气、Coldplay、福尔摩斯……一千个人眼中就有一千种对英国的印象，然而对于我和我媳妇来说，两个字便足以概括：足球。我们的缘分也正是始于这颗圆圆的球。

朱雄一

上海市华诚律师事务所律师、市律协现代物流业务研究委员会干事。

业务方向为商事诉讼。

男球迷+女球迷，完美缘分

说球是我生活中必不可少的一部分，每个周末在电视机前看上一场足球比赛是我最钟爱的消遣方式，偶尔我也会约上三五好友去绿茵场上释放激情，虽然球技一般，但每次都能从这项运动中获取不少快乐。律协举办足球比赛的那几年，运气不错的我有幸抱着球队大腿一路打酱油混到一个冠军，其间也结识了不少志趣相投的同行和朋友。一直以来，足球对于我都是一项钟爱的运动，可未曾想到，它居然会成为牵起我和她的红线。

能够找一个和自己拥有共同爱好的另一半无疑是幸福的，对于任何喜爱足球的男性来说，如果自己的另一半是一个女球迷，那简直完美，而媳妇恰恰就是这么一个稀有物种。当然，一旦我们各自支持的球队正面交锋时，大大小小的争吵还是无法避免的，不过我暗瑟地将这些争吵归纳为幸福的烦恼。

综上，当媳妇提出想去老特拉福德球场和酋长球场拍摄婚纱照的提议后，我当然一口答应，对于我们来说，这两座球场是最适合见证我们爱情的神圣之地，球场中的婚纱照也将成为我们最宝贵的回忆。

穿婚纱合影“厄齐尔”，终极梦想

旅拍的准备相当繁杂，但为了实现共同的梦想，我们却乐在其中。寻找摄影师、制定行程、挑选婚纱礼服，经过一系列精心准备及 12 小时的长途飞行之后，我们终于踏上了伦敦的土地。

当清晨的第一缕阳光照射进屋内，我们早已在紧张的梳妆打扮之中。据说在西方，新郎只有等到婚礼当天才能看到新娘穿婚纱的样子，在婚礼举办前，他们并不会大张旗鼓地去拍摄婚纱照，新人只会穿着礼服拍摄几张风景照而已。这也许就解释了为什么在我们拍摄婚纱照当日，有无数行人及游客都为我们送上祝福，可爱的伦敦司机也会时不时向我们鸣笛道贺，他们应该都把那天当成了我们的婚礼日吧。置身于一片祝福声之中，脸上的笑容自然也就更加灿烂了。

上午的拍摄十分顺利，大本钟、伦敦眼、白金汉宫、圣保罗大教堂前都留下了我们的身影。接下来，就是本次旅拍的重头戏了，我们将驱车前往阿森纳的主场酋长球场拍摄婚纱照! 一路上媳妇都兴奋不已，并不断憧憬着在酋长球场内拍摄婚纱照的场景。

体育场前广场上的大炮雕塑代表着这座球场的主人：有枪手之称的阿森纳俱乐部，因为队徽中的大炮 logo，他们的球迷也自称为“gunner”。作为伦敦北部的老牌足球俱乐部及英超联赛传统豪门，阿森纳的球迷人数众多，而因为队内球员颜值普遍较高，近年来也吸引了一大片女球迷成为其拥趸，媳妇也未能免俗，她爱上阿森纳的原因就是因为男神厄齐尔效力于这家俱乐部，而穿着婚纱在阿森纳的球员更衣室和厄齐尔的球衣合影则成为了她的终极梦想。

网晒照厄齐尔点赞，人生巅峰

在球场外围进行了简单拍摄后，媳妇开始准备换上她特地为与厄齐尔球衣合影而定制的婚纱，我则被派去购买参观球场的门票，然而当我走到售票处后心头却闪过一丝不详的预感。预想中应该大排长龙的售票处前空无一人，甚至连售票人员也不见踪影，阿森纳的人气应该不至于这么差吧? 我找到一位体育场员工询问情况。对话中得知，原来当天酋长球场因有人包场拍摄电影，不对外开放，任何人都无法进入体育场内。这个消息对我们而言无疑是晴天霹雳，如果无法进入到球场，那与厄齐尔的球衣合影将永远只能出现在媳妇的幻想之中了……正当我苦恼该如何向她解释的时候，媳妇已经换好婚纱补好妆，带着摄影师一脸兴奋地向我走来。而我只能硬着头皮支支吾吾地向她说明了情况，听罢，媳妇马上露出了一脸不敢相信的表情，在向身边的工作人员确认我并不是在开玩笑后，成串的泪珠瞬间就掉了下来。一旁的工作人员当场就吓傻了，想必他万万没想到参观活动的取消居然会导致一位新娘哭得如此梨花带雨。眼见即将实现的心愿可能泡汤，媳妇越哭越伤心。多番安慰无果之后，我向工作人员说明了特殊来意，这个不知所措的小伙听罢便急匆匆地跑进办公室打起了电话。我依稀听见他在电话中向领导描述：有一个中国新娘因为无法进入球场而嚎啕大哭，是否有特殊解决办法……电话挂断不一会儿，小伙带着一位类似主管的女士一起来了，此时媳妇早已把脸上的妆都给哭花了。女士看着眼前的场景，当即决定允许我们进入球场内部拍摄，面对如此戏剧化的转折，媳妇也终于破涕为笑。

人生的大起大落就是这么快，前一秒还哭红双眼，后一秒已置身于宏伟壮观的球场中心。在此我必须感谢酋长球场的工作人员们，此后的拍摄过程中他们不但一路陪同讲解，还允许我们在平时不对外开放的区域进行了拍摄，媳妇兴奋地穿梭在梦想之地，并在球员更衣室内与厄齐尔的球衣完成了她期待已久的合影，终于得偿所愿。而善解人意的阿森纳俱乐部也将我们的婚纱照及小故事刊登在了官方杂志上，让全世界的“gunner”一起见证了我们的幸福。

之后，媳妇还将她身着婚纱与厄齐尔球衣的合影 PO 上了 instagram，没想到厄齐尔还亲自来为她点了赞，圆梦之余助她走上人生巅峰，运气好得简直令人不敢相信，而这也印证了那句“爱足球的孩子，运气都不会太差。”

在经历了这意外的小插曲后，我们之后的行程更是一帆风顺。不仅在老特拉福德球场留下了自己的身影，还现场观看了曼联与阿森纳的英超联赛，为这次名为圆梦的旅拍之行画上了圆满的句号。

从伦敦归来已过数月，但心仍然留恋在那座美丽的城市。婚纱照对于我们而言，不在乎景有多美、礼服有多华贵，最珍贵的是那段只属于我们的特殊记忆。谨以此篇小文，作为特殊的纪念礼，献给我心爱的小媳妇。

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

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

遇见，醉美古镇（王晨波律师 摄）