

2016

10

总第 748 期

上海律师

SHANGHAI LAWYER



上海市律师协会主办



聚焦“经济新常态下的法律服务” 重阳节，浓浓敬老情，感恩老律师

榜内龙腾虎跃 榜外卧虎藏龙
从阿里“月饼门”论劳动者的忠诚义务

《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

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 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)

本刊所用图片如未署名的, 请作者与本刊编辑部联系

“国庆”律师 庆“国庆”

我的名字叫栾国庆，这是我生身父母给我起的名字，其用意就是为了让我不忘记伟大祖国母亲的深情厚意，要我永远热爱集体，报效祖国。我自少年时起，就认识到了自己名字的意义。每当同学们叫我名字时，我都有着一种责任感，逐渐为自己的名字感到骄傲和自豪。特别是每年“国庆节”即将到来之际，我更加感到幸福快乐。国庆！伟大祖国亲爱的母亲生日，您今年 67 周岁了，在您生日到来之际，我们做儿女的为您欢呼祝福，祝愿伟大祖国繁荣昌盛。



栾国庆
上海沪港律师事务所



陈国庆
上海赞为律师事务所

律师工作犹如大海航行，航行中虽需依赖船长的知识和经验，但最为重要的是引航的灯塔。我们的灯塔就是“法治”。唯有“法治”之灯能使我们目标明确，信心满满，使命必达。值此祖国生日之际，愿“法治”之灯更明更亮！



吴国庆
上海国巨律师事务所

又是一年秋来到，很有幸能够与伟大的祖国同一天过生日。经历了人生 44 个寒暑春秋，对于今天幸福生活，我最想说的是“感谢”：感谢父母家人无私的关爱，感谢朋友同事们真挚的友爱。更要感谢的是我们伟大的党和祖国，没有共产党就没有新中国，没有新中国就没有今天全国人民幸福安康的生活。祝福我们伟大的祖国繁荣昌盛，永驻辉煌。



赵国庆
上海九州丰泽律师事务所

作为律师，虽常有劳累，然虑及能捍卫当事人之合法权益，能成为法治之践行者，“我自乐此，不为疲也”。而随依法治国的纵深推进和律师执业权保障的逐步完善，前行道路必将更光明。在此国庆钟声敲响之际，衷心祝福祖国生日快乐、繁荣昌盛。

我叫戴国庆，近 30 年的时间都在从事律师职业，可以说，我与上海的律师事业发展同步成长。值此举国同庆建国 67 周年之际，我衷心祝愿我们伟大的祖国日益繁荣昌盛，祝愿我国的法制建设取得更大的成就，祝愿上海的律师事业蒸蒸日上，祝愿祖国的明天更美好！



戴国庆
上海市诚至信律师事务所



陈蕾
上海星瀚律师事务所

从小就因为和祖国母亲同一天生日享受了很多特殊待遇，包括但不限于：逢生日必放假、举国同唱生日快乐祝福歌等等。现在从事了自己喜欢的律师行业，对祖国母亲的各种不容易又多了份理解和心疼，希望伟大的祖国繁荣昌盛，人民幸福安康，祝祖国母亲和自己生日快乐！



张兰
北京市隆安律师事务所
上海分所

上海一向走在中国改革的最前沿，对于司法改革同样也不例外，上海作为全国首批司法改革试点省份，率先在全国先行先试。一个最直接的进步是上海可以从律师群体中遴选法官，这让我作为上海律师直接感受到了法治的进步。衷心希望我们的法治能够不断进步，这样更能全面体现社会主义核心价值观。最后在祖国 67 岁生日到来之际祝福我们的祖国繁荣昌盛，国富民强。

CONTENTS

目录



4

本期关注

- 4 聚焦“经济新常态下的法律服务” / 市律协业务部
- 7 聊聊“律所品牌维护与发展”那些事儿 / 吕新

风采

- 10 “美人”如何打“江山”？
女律师对话各界精英女性 / 吕新
- 14 忆往昔 话当下 望未来 / 吕轩
- 16 重阳节，浓浓敬老情，感恩老律师 / 吕轩

区县传真

- 18 搭建平台，促进金山律师业持续健康发展 / 汪灏

人物

- 22 精致，是事业也是生活 / 张艳

律所建设

- 24 上海普世律师事务所：
以勤勉尽责态度服务四方客户 / 毛玮莲



7

法律咖吧

27 榜内龙腾虎跃 榜外卧虎藏龙 / 许倩 整理

时评

34 从阿里“月饼门”论劳动者的忠诚义务 / 王蓓

香港大律师

35 浅析内地仲裁裁决在香港的执行 / 麦业成

律师实务

- 37 赋予第三方垫付破产企业劳动债权而享有优先受偿权之价值判断 / 夏玲
- 41 论“放弃违约金调整权”的条款效力及违约金调整若干问题 / 杨培明 张亦文
- 45 我国程序化交易的法律构建 / 刘春彦 荣金良
- 49 中国投资者境外投资利益保护的最后一步 / 沈圆

律师业榜单

名家专栏

53 论引领律师“功夫在法庭”纲举目张之策 / 王俊民

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(下)
/ 上海国际经济贸易仲裁委员会商事仲裁研究中心

乐 LIFE

60 做精彩的自己 / 曹春华

新规速递

63 新《律师事务所管理办法》颁布后
律所管理者需了解的九大要点 / 李健超

聚焦“经济新常态下的法律服务”

华东六省一市联合主办第十四届华东律师论坛

文 | 市律协业务部

10月18日至19日，由华东六省一市（山东、江西、江苏、安徽、福建、浙江和上海）律师协会联合主办、浙江省律师协会承办的第十四届华东律师论坛在杭州隆重召开，本期论坛的主题是：“经济新常态下的法律服务”。浙江省政协副主席王建满、中华全国律师协会会长王俊峰出席开幕式并讲话。来自华东六省一市的律师代表，来自法院、法学会、知识产权局、浙江大学、中国人民大学、复旦大学、北京科技大学、浙江传媒学院、广电集团、苏泊尔、阿里巴巴、百度、点睛网、无讼、E签宝、绿石科技等法律界、学术界、企业界精英代表近300人汇聚一堂，围绕主题展开交流研讨。

本届论坛为期两天，除了主论坛之外，还设置了新常态下企业重整与僵尸企业处理对策、中国企业“走出去”法律风险防范、“互联网+”律师服务、创新驱动与知识产权保护、律师综合业务、刑辩圆桌会等六个分论坛。突出了学术的开放性和时代性、理论与实务相结合，倡导自由交流、平等切磋、信息共享、务实求真的学术风气，再一次体现了华东律师论坛的时代寓意和律师职业的价值追求。





上海律师代表团合影



上海市律师协会组成 22 人的律师代表团，由副会长管建军、副秘书长王旭峰带队参会。

由管建军副会长担任主持的“中国企业‘走出去’法律风险防范”分论坛气氛热烈，大家意犹未尽，比原定时间整整推迟了两个小时才告落幕。

上海市律师协会刑事业务研究委员会主任、上海博和律师事务所主任林东品律师受邀主持了刑辩圆桌会。上海市律师协会互联网业务研究委员会主任、上海市通力律师事务所合伙人陈巍律师受邀作为嘉宾，参与了华东六省一市律师协会互联网专业委员会交流。上海市律师协会破产清算业务研究委员会副主任、上海市方达律师事务所合伙人李凯律师作为嘉宾参加了“新常态下企业重整与僵尸企业处理对策”分论坛并作主题发言。

闭幕式上，对经过论坛交流和论文评审委员会评定的 107 篇论文进行颁奖，共评选出 7 篇优秀论文获一等奖，25 篇优秀论文获二等奖，75 篇优秀论文获三等奖，

这些优秀论文是论坛重要的学术成果。市律协的参会论文在“东方律师网”上公开征集，经大会组委会评选，共有 15 篇论文获奖（上海律师获奖名单附录于后）。

华东律师论坛的前身为始于 1981 年在上海举办的“华东地区律师实务经验交流会”，2003 年起改为华东律师论坛，由华东六省（山东、江西、江苏、安徽、福建、浙江）一市（上海）律师协会轮流主办。经过十几年的发展，华东律师论坛已经成为涵盖律师最多、历史最悠久、影响力最大的区域性律师论坛。19 日上午，为期两天的第十四届华东律师论坛落下帷幕。下届论坛将于明年在山东举行。



部分论文获奖者

附录

上海律师获优秀论文一等奖1篇

- ★ 上海邦信阳中建中汇律师事务所沈圆律师 《中国投资者境外投资利益保护的最后一步——投资争议仲裁裁决的承认和执行》

上海律师获优秀论文二等奖4篇

- ★ 上海市海华永泰律师事务所施天佑律师 《论票据利益返还请求权——兼评（2014）扬商终字第0095号民事判决书》
- ★ 上海市华诚律师事务所合伙人黄建国律师、邓文律师 《专利法中功能性技术特征的解释规则探讨》
- ★ 上海天衍禾律师事务所合伙人汪东律师 《构建我国企业预重整制度之探究》
- ★ 上海市恒业律师事务所合伙人施扬律师 《论网络借贷平台的行政监管与治理》

上海律师获优秀论文三等奖10篇

- ★ 上海市金茂凯德律师事务所合伙人李志强律师、欧龙律师 《中国企业走向海外资本市场之风险管理》
- ★ 上海致格律师事务所主任李长宝律师 《商标代理组织申请自用商标合法性探析——对正确适用商标法第19条第4款的意见》
- ★ 上海里格律师事务所朱静亮律师 《新常态下律师安全环境法律服务体系重构》
- ★ 上海融孚律师事务所合伙人吕琰律师、张伟律师 《不良资产证券化法律问题研究》
- ★ 德恒上海律师事务王军旗律师、杨燕婷律师 《“股权代持僵局”困境的法律探讨》
- ★ 上海博和律师事务所谢向英律师 《P2P罪与罚的理性思考——以37个P2P网贷平台刑事判例为视角》
- ★ 国浩律师（上海）事务所合伙人李强律师、周茹洁律师 《互联网众筹的法律监管和风险防范》
- ★ 北京市中伦（上海）律师事务所周月萍律师、纪晓晨律师、张育彬律师 《FIDIC合同条件下，国际工程索赔问题及多级争端解决程序》
- ★ 北京市集佳律师事务所上海分所李擘律师 《拿什么保护你，我的商标——对“防御性注册”与“驰名商标保护”两种商标跨类保护策略的深入思考》
- ★ 上海邦信阳中建中汇律师事务所杜爱武律师、陈云开律师 《反行政垄断诉讼相关实务问题的分析》

沪上大所、名所、品牌所齐聚一堂

聊聊“律所品牌维护与发展”那些事儿

文 | 吕新

2016年9月9日下午，由上海市律师协会、上海市社科院法学研究所、黄浦区司法局联合主办的“律所主任与管理合伙人沙龙暨律师事务所品牌维护与发展主题论坛”在上海社科院举行。

上海市律师协会会长俞卫锋、副会长管建军、邹甫文，上海市黄浦区司法局局长张婷婷、上海社科院法学研究所办公室主任安文录等嘉宾出席。上海市锦天城律师事务所、国浩律师（上海）事务所、上海虹桥正瀚律师事务所、君合律师事务所上海分所、上海元达律师事务所以及法国基德律师事务所、北京观韬中茂（上海）律师事务所、上海邦信阳中建中汇所合伙人应邀作为本次活动的主讲嘉宾，130多位律师参加了会议。



黄浦区司法局局长张婷婷在致辞中表示，品牌建设是律师事务所的核心要素以及行业内常谈常新的一个话题。去年中央首次召开了律师工作会议，今年4月份上海市也召开了上海市律师工作会议，两个会议都下发了与律师工作相关的文件，充分体现了对律师在国家法治建设、经济建设和社会建设中发挥作用的重视，也对律师执业权利的保障形成了更高的共识，党和政府对律师工作发展的支持，给律师管理和律师发展提供了新的机遇。

律师行业如何在新形势下，抓住机会取得更大发展，是一个行业大课题。黄浦区司法局曾于三年前和上海社科院法学研究所开展过关于黄浦区律师事务所转型发展调研，当时就提出了要加强律师事务所的专业化、规模化、国际化和品牌化建设。时至今日，这个主题显得更加鲜明和迫切。张婷婷局长希望借着上海市一批大所、名所、品牌所的管理合伙人在一起交流品牌建设方面的经验，从不同的角度获得启发，实现合作共享和创新发展，进一步推动律师事业的健康可持续发展。

上海社科院法学研究所办公室主任安文录介绍了上海社科院法学研究所的发展情况，他认为律师界和法学研究具有非常大的结合、提升空间，欢迎律师界继续关心法学研究所的发展。2016年6月中办发文指示，要从优秀律师中选拔法官、检察官，上海市委政法委也就此展开了密集调研。这是一项国家战略，从国家顶层设计上对公检法司是一个共同的法律职业共同体予以官方高度认同，这给律师行业的发展带来了新的机遇。他希望学界、业界共同努力，一起实现法律职业共同体的梦想。

上海市律师协会副会长管建军在致辞中表示，上海律师事务所的发展取得了长足进步，但与一些兄弟省市律所相比，在品牌建设、规模化建设上有差距。与国际律所相比在国际化、品牌化方面也存在差距。在新形势下讨论律所品牌维护和发展这样的主题，非常有必要。律所的品牌打造过程，其实就是律所实现成功管理的过程，就是律所实现规范化、专业化和国际化的过程。希望上海律所同行们共同探讨、分享，进一步提升合力和竞争力，实现上海律所更大发展。

论坛上半场由上海市乔文律师事务所韩璐律师主持，围绕“律所的品牌战略”这一主题，上海市锦天城律师事务所、国浩律师（上海）事务所、上海虹桥正瀚律师事务所、君合律师事务所上海分所、上海元达律师事务所



上海市律师协会会长俞卫锋

以及法国基德律师事务所等一批知名律所管理合伙人分别分享了各自的实践和经验。

上海市锦天城律师事务所合伙人朱林海从锦天城“总部设在全国性、提供全方位法律服务的律师事务所”这样的品牌定位出发，从律所品牌构建的6大要素，以及怎样进行律所品牌营销，结合锦天城的实践，做了介绍。

国浩律师（上海）事务所合伙人黄宁宁畅谈了国浩所“策国者浩”的立身情怀与品牌战略，以及在专业化、规模化、品牌化三方面的具体目标和规划。

上海虹桥正瀚律师事务所主任倪伟则讲述了互联网时代如何在法律服务行业制作爆品，创造口碑与品牌的实践和思考。他认为生意的本质是流量，流量的本质是口碑，口碑的本质是爆品。法律服务也要通过提供让客户尖叫的体验实现品牌传播。

君合律师事务所上海分所合伙人邵春阳看来，服务质量是一个律所的品牌根本，也是君合生存的基础和信仰。专业、务实、稳定的平台与同心协力的合伙人团体，是君合品牌建设以及律所管理的基本理念。

作为一家有着近十年国际化合作联盟经验的律所，上海元达律师事务所合伙人刘晨光传递了与国际上公司化律所合作的一些经验。同时，带来了中国律所在海外

法律服务市场上如何体现其品牌价值的思考。

法国基德律师事务所驻沪代表处合伙人范建年律师提供了基德作为一家近百年历史的国际化律所，在品牌建设过程中的做法和经验。

这些大所、名所、品牌所在各自品牌建设和发展战略方面探索和经验，引发了现场的共鸣，为其他律所管理提供了有益启发。

下半场由市律协公司与商事业务研究委员会主任、上海市联合律师事务所高级合伙人曹志龙主持，围绕律所合并对品牌发展的影响展开讨论，上海邦信阳中建中汇律师事务所和北京观韬中茂（上海）律师事务所合伙人，分别交流了各自在律所合并过程中的实践与思考。从业内普遍关注的合并事件到互相之间的整合探索与效果，三位合伙人与现场嘉宾坦诚相交，共同探讨，引发了大家对律所规模化发展深入交流与思考。

上海邦信阳中建中汇律师事务所合伙人杜爱武律师认为，中小规模所的合并是趋势。上海邦信阳中建中汇所合并两年以来，在内部整合和重塑方面，做了诸多探索和实践，取得了一些显著的成效。同时，中小所的合并目前仍然面临一些困惑，诸如合并之后的名称之感与制度之感。合并发展方兴未艾，上海邦信阳中建中汇律师事务所还在行进路上。

周知明律师与钱晔文律师也分享了上海申达律师事务所与北京观韬中茂（上海）律师事务所合并的一些心路历程和思考。在周知明看来，两家能迅速达成合作意向，主要因为双方在价值观、发展理念方面看法一致，气质相投，合并是为了共同做大做强平台与品牌，在宣布合并一个多月后，合并的效益已开始初步显现。

钱晔文认为，一家律所的品牌，与其业务类型、专业度和它在公众认知中形象密不可分，核心体现在事务所的价值观。要做律所的品牌，必须从对内和对外两方面进行梳理、提炼，做有效的发掘，然后再以此做提升，并通过有效的方式去展示。

上海市律师协会会长俞卫锋对论坛做了精彩的总结。他说，律所的管理与发展是一个永恒的话题，核心是发展。律所需要探讨品牌、需要建立发展战略。

律所管理，对内核心要解决事务所竞争力，诸如团队制、公司制还是单干制的模式问题，分配激励、人才培养、知识管理等制度问题；对外要解决规模化还是差异化的发展道路问题，通过规模化降低单位成本，通过差异化形成自身竞争优势。



上图：黄浦区司法局局长张婷婷致辞

下图：上海邦信阳中建中汇律师事务所合伙人杜爱武发言

无论是对内还是对外，归根结底体现为律所的战略定位所形成的律所文化以及对外所体现的品牌效应，这需要律师行业转换角度来思考问题。首先是站在客户的角度思考问题，如何更好地提供客户需要的服务；其次要站在历史发展的角度思考问题，对内注重年轻律师培养、对外注重开发新兴业务领域；再次要站在更高的高度思考问题，希望上海的同行跳出区域局限，从全国、全亚洲、甚至国际化角度看律所发展趋势。

除了服务经济发展的经济效应，法律服务还具有重要的社会效应。俞卫锋希望上海的同行，在思考自身发展的同时，始终将律师和律所的社会责任放在重要的位置，这也是律所管理成熟的体现。律协作为行业组织，2015年的工作指导思想是稳中求进、守正出新，2016年是继往开来、创新求进，要在学习前人经验基础上创新求发展、求突破。今年市律协开始实施“数据律协”工程，希望借助技术的力量，实现律协与每一个会员的直接联系，建立一个律师共享平台，把行业的信息和思索与每一个会员共同分享，这些工作的目标只有一个，就是与上海市 19000 多名律师共同推动行业发展进步。

FEATURES

风采



“美人”如何打“江山”？ 女律师对话各界精英女性

文 | 吕新

女性撑起半边天的同时，依旧肩负着传统社会赋予的角色期待，也面临着严峻的挑战和来自多方面的压力。如何在迅速发展的时代，跟上节拍，充分发挥女性的优势，获得人生的幸福，实现人生的价值？这是摆在现代女性面前的新问题。

9月21日下午，由上海市女律师联谊会、上海市三八红旗手协会主办，浦东新区女律师联谊会协办的“花样盛年·优雅绽放——走进上海中心，对话精英女性”活动在上海市锦天城律师事务所会议室举行。来自全市70多位女律师共聚一堂，与各界精英女性同行共话发展。





(由左至右)

上海市律师协会副会长、上海市女律师联谊会会长邹甫文

浦东新区司法局副局长刘龙宝

上海市妇女联合会副主席黄绮

近几年，上海女律师快速发展，从2011年的3000多人到现在6800余人，“这给女律师联工作带来了压力和挑战，关心和支持6000多女律师的工作和生活，关心女律师的心理和身体健康是女律师联非常重大的事情。”上海市律师协会副会长、上海市女律师联谊会会长邹甫文说。

女律师业务发展部打造“春华秋实”品牌，女律师与女律所主任深入交流如何打造人才、留住人才；去年三八妇女节会员大会，结合Ted演讲的形式，通过老中青三代女律师的交流和分享，给年轻女律师工作上的指引；每年重阳节，女律师联都组织老年女律师秋游和交流活动；巾帼律师志愿团十多年坚持每天在妇联窗口接待来访者，解答法律问题，宣讲法治。邹甫文希望能够在“联情联谊联业”的基础上，将女律师联的工作做得更好。

浦东新区司法局副局长刘龙宝在发言中对浦东女律师、“精英对话”和“优雅绽放”赞不绝口。刘龙宝认为，浦东女律师专业、敬业、贡献，是浦东依法治区的创造者和实践者，她们用专业知识为浦东经济和社会做出贡献，提供良好的法律服务；8月21日中国女排获得奥运冠军举国沸腾，女排精神从侧面反映了中国女性的伟大，研究和挖掘女性精英的成功之处，找到成功经验，可以“为我所用”。刘龙宝说，这种美丽呈现出来的就是优雅绽放。

上海市妇女联合会副主席黄绮既是妇联的一员，又是上海女律师的一员。她认为，“精英”的诠释就是担当，女律师在做好应尽职尽责的情况下，要承担起更多的社会责任。女律师的人数越来越多，担当社会责任的女律师也越来越多。

有底气不惧压力

“每次参加女性活动，总有人会问，我一个看上去比较娇小的女性为什么从事工程建设？而事实上，我对这个问题并没有感觉。”中国交建三航局副总工程师、上海市妇女联合会兼职副主席、上海市三八红旗手协会会长时蓓玲坦言道，她从来没有觉得，作为女性从事工程建设有什么不一样。因为工程师是从小的理想，所以时蓓玲大学毕业后顺理成章地成为一名工程师，而她提到，女工程师与女律师一样，都需要专业、敬业和共享的精神。

时蓓玲在分享中也提到，自己面临的最大一次挑战发生在工作中。港珠澳大桥建设期间，时蓓玲团队在做水下地基加固时出现问题，工程几乎陷于停顿，作为研发团队的负责人，时蓓玲需要对这件事情负责。“当领导提出请日本专家来看看的时候，我只有一个信念，我百分之百相信我的团队，自己开发的程序，自己知道所有的源代码，有把握会做好。”时蓓玲说，最终这个问题得到圆满解决。她认为，人生面对压力关键要看有没有底气，有足够的底气是不惧压力的。





圆奥运梦,我正在路上



三天前摔伤,走路都比较困难,却坚持来到会场的前国家女子排球队队长、上海市进才中学副校长李国君很好地向现场所有人诠释了女排精神。在谈到与女律师的缘分时,李国君说道:“在高三打排球没有人要的时候,我考上了复旦大学,并且是法律系。”

而在谈到自己的运动员生涯时,李国君坦言,一开始没有人看好她打排球,她总是最后上场。“我自我暗示精彩的总在后头,用阿Q的精神激励自己。”李国君说。

从国家队退役后,李国君在上海创办了一家排球俱乐部,落户浦东进才中学。“我与进才是同步出发的。我今年已经50了,进才给了我排球的20年,我要还进才10年,把一天当两天来用,加倍努力。”李国君引进13岁已经1米89的师妹的女儿,“希望能圆一次奥运梦,所以我正在路上。”

涉外律师的家国情怀



“今天我想分享自己作为一位涉外律师的家国情怀。”上海市锦天城律师事务所高级合伙人裴素说,从1999年开始在国外漂泊了10年,又用3-5年“中日两栖”的方式漂回来,与锦天城共同成长的17年让自己感慨万千。

“刚到日本的时候,当时的劳动力价值不是今天能想象的。我作为一个中国律师出现在外国律师面前,做他们三倍的工作,却获得他们三分之一的收入。”但是,17年过去,裴素在回国的道路上,用自己的方式不断努力着。从浦东新区三八红旗手到全国三八红旗手,裴素认为,这是社会的认可,更是行业的认可。

“跨界”成就更好的自己

经历过四次转型后,北京大成(上海)律师事务所高级合伙人吴静静在律师专业化和开拓新的业务领域方面有自己的心得体会。

“我曾经有一个误区,专业化就是从一而终,但是执业过程中慢慢认识到,这是错误的,专业化要敢于不断地跨界,不断地开拓疆土,发现适合自己的新的领域,专业化有一个进化的过程。”吴静静与在场的女性精英们分享了一个不一样的专业化体验。

中外合资企业做财务工作积累的经验,让吴静静回归律师行业时,能够轻松地看懂财务报表上的一堆数字,看似“跨界”却让她无意中积累了经验;从刑事律师转做房地产律师时,吴静静请教有经验的房地产专家,有意识地主动学习,主动积累;当从传统领域转向私募股权基金时,为了让自己更专业,吴静静在上海交通大学私募股权基金高级研修班学习了一年,并且从私募股权基金进入了资本市场;而在2011年到2012年,吴静静又抓住融资租赁的发展,转身投入到飞机融资租赁的“蓝海”领域。

“专业化并不是抱着自己的专业不放,而是在不断积累中挑战自己,在原有领域的基础上纵深发展,这样的专业化起点会越来越高。”吴静静说。



责任心成就事业



在说到自己的工作时，海通证券投资银行委员会委员、海通证券并购融资部党支部书记杨艳华通俗地解释道：“如何让企业在市场价值被低估时，通过兼并收购的工具让价值得到体现。”面对这样一份工作，行业的要求非常高。一方面需要很好的体力，很多项目、材料都要求短平快，因此通宵达旦是常事；另一方面，这份工作要求对人的要求也非常高，财务、法律专业是基础，对国内外行业、文化的了解和不同行业的知识更是必不可缺的。

在一个男性居多的行业，杨艳华扛了下来，并且做得非常出色，她说，最大的原因是出于对工作的热爱，并且有责任心。“当别人对你信任时，你要对别人有所回报。”正是这样的责任心，让杨艳华在二十多年的工作中，没有一个项目被“毙掉”。

超越自我的拼搏精神

历届奥运会，所有中国人都期待着开门红。上海市射击射箭运动中心副主任、第27届悉尼奥运会中国代表团“首金”得主陶璐娜与大家分享了奥运冠军精神。

20岁的时候，陶璐娜迷茫过：如果不进国家队，自己的未来在哪里？“人要有危机感，要想到未来能做什么。”陶璐娜说，自己当时暗下决心，一定要成为世界冠军。争第一的拼搏精神是运动员必不可缺的。射击项目很大程度上考验了运动员的心理，陶璐娜说，射击比赛要求运动员做好自己，关注过程，抛开结果。射击运动员最终战胜的是自己，必须要有超越自我的拼搏精神。运动员生活是辛苦的、枯燥的、单纯的，但是陶璐娜在运动生涯中收获了体育精神，收获了顽强拼搏的奥运精神。



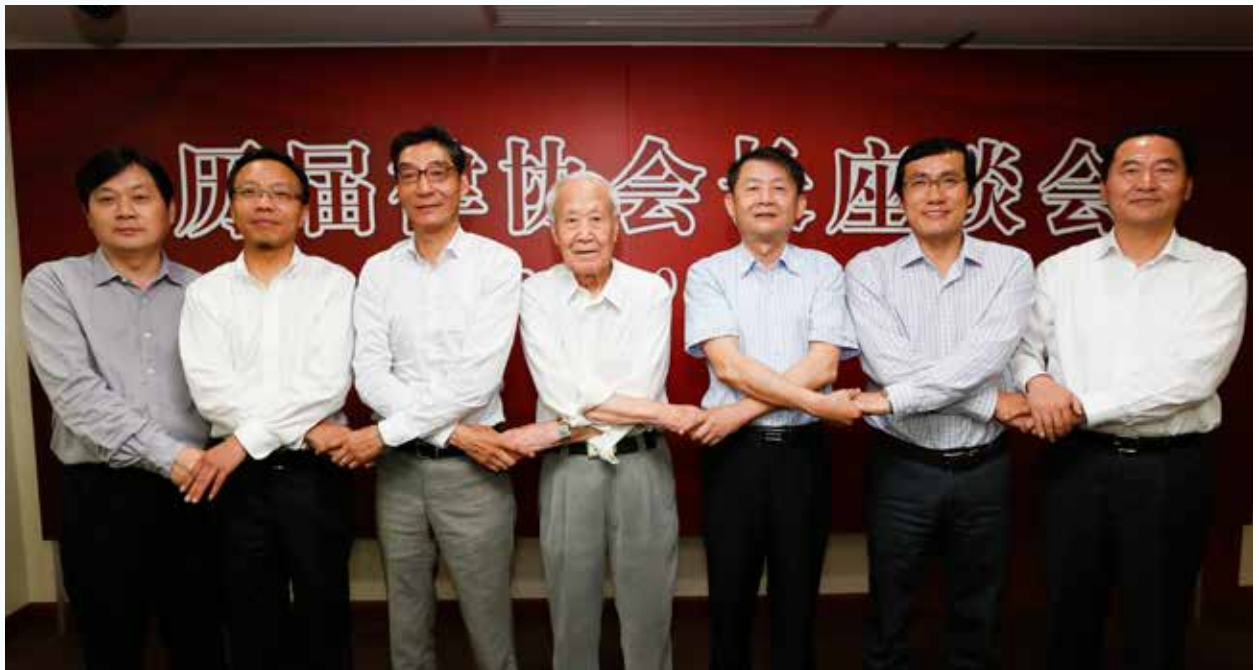
发言嘉宾的经历让在座的所有人感受到了温婉之美、飒爽之美、干练之美、坚韧之美、睿智之美和越界之美，浦东新区妇女联合会主席王小君感慨道：“由心出发，亲身体验的故事最动人、最走心，朴实无华最真实、最能打动人。没有人可以随随便便成功，成功的人身上都有专注、敬业、坚持的特点。”

上海市妇女联合会发展与联络部副部长潘卫红，上海市三八红旗手协会副会长周敏，上海市女律师联谊会副会长、上海市三八红旗手协会秘书长时军莉，上海市浦东新区女律师联谊会副会长贾琪出席了此次活动。

忆往昔 话当下 望未来

——市律协召开历届会长座谈会

文 | 吕轩



9月18日，中秋佳节后的第一个工作日，上海市律师协会会议室内其乐融融。应市律协邀请，上海市律师协会历届会长中的王文正、张凌、朱洪超、吕红兵、刘正东、盛雷鸣六位会长携手回“家”相聚。

参加此次历届会长座谈会的还有原市律协秘书长李海歌、万恩标和副秘书长刘小禾。俞卫锋会长携在沪副会长邹甫文、王嵘、潘书鸿、吕琰，监事长钱翊樑，副秘书长陈东，宣传部主任庄燕，公共关系部主任李旻参加座谈会。

俞卫锋会长表示，历届会长是市律协的“智囊团”，他们的真知灼见是市律协的宝贵财富。俞卫锋邀各位会长不拘畅谈，回顾行业发展足迹，为上海律师事业发展继续出谋划策。

叙温情，提建议，回眸历史，共谋发展。新老会长相聚一堂，“团圆”是最美的情感，“只争朝夕”是相同的经历，“创新发展”是共同的愿景。

88岁高龄的王文正老会长满头白发，精神矍铄。

1979年，上海市委组织部同意恢复重建上海市律师协会。王文正先后担任市律协秘书长、市律协会长。他上任后的第一份工作，就是重建上海律师队伍。当时律师人才奇缺，市司法局专门成立工作班子，认真进行归队工作。既动员20世纪50年代的律师归队，也动员学过法律和干过司法工作的人员来当律师。不少年过半百的老律师怀着激动的心情重新走上律师工作岗位。回忆起上海律师业艰难起伏的初创阶段，上海律师业30余年走过的风风雨雨，王会长记忆犹新，令人敬佩。

张凌会长用“在曲折中前进，在艰难中徘徊”概括上世纪90年代末前后上海律师业发展情况。他回忆起上海专职律师队伍逐渐壮大的一步步，回忆起市律协作为“律师之家”在信息化建设，保障律师执业，提供律师福利方面的诸多举措。虽然离开律师行业多年，张会长对市律协的各项工作依旧关注，他希望上海律师在发展个人业务的同时，在民主法治建设中，特别是在参与立法、重大决策中发挥更大的作用，在上海经济社会发



第一行(由左至右): 王文正、俞卫锋、吕红兵、张凌; 第二行(由左至右): 刘正东、李海歌、朱洪超、盛雷鸣

展中发挥更大作用; 希望市律协通过不断改革创新, 在服务律师中发挥更大作用, 成为真正的“律师之家”。

朱洪超和吕红兵两位会长, 作为执业律师担任会长的先行者, 顺应时代发展的步伐, 带领上海律师在行业治理结构和规则体系建设, 上海律师国际化方面又有了突破性发展。

“我自己定位是赶考者, 诚惶诚恐, 生怕考砸了”, 朱洪超会长描述当初担任会长时的心态。吕红兵会长更是深情流露, 他说“从第一天起, 就注定是你的人”。这个“你”即代表市律协更代表所有上海律师。会长们表示, 在经济和社会生活领域, 上海律师与全民族的法治生活、法治建设, 人的价值、尊严体现同步前进。

“汶川大地震的那天, 是我开始律协工作的第一天”, 刘正东会长笑谈道。他说, 近年来, 上海律师行业的发展也确实令人“震撼”。在律师制度恢复 30 周年之后, 上

海律师大展身手, 其业务已覆盖到社会的各个领域, 在依法治国的方略中举足轻重, 同国民经济发展息息相关, 与百姓的生活密不可分。刘正东和盛雷鸣, 这两位“70后”会长, 深感生逢其时, 重任在肩。“当下, 一定是最好的时代”, 盛雷鸣会长说。他们坦言, 作为会长, 他们手中没有权力, 只有责任, 要只争朝夕, 在前几届基础上更进一步。律师队伍建设常抓不懈, 执业环境持续改善, 行业自律体系日益完善, 律师会员服务创新不断。

座谈会上, 务实耕耘、传承创新, 打造市律协成为真正的“律师之家”, 是律协会长们聚焦的话题。作为不同阶段市律协的“掌门人”, 他们回应时代呼唤, 砥砺奋进, 他们接力带领上海律师走过峥嵘岁月, 见证、参与并推动了上海律师业日新月异的发展, 也在上海律师的历史画卷中留下开拓者的足迹。

道远, 所以传承; 任重, 因此同心。

重阳节， 浓浓敬老情，感恩老律师

文 | 吕轩

“九日黄花酒，登高会昔闻”。又是一年重阳节，每年上海市律师协会都会举办形式多样的敬老活动，为佳节增添了几分色彩和温暖。

温馨“家宴”——再聚首、忆从头

10月9日，上海市律师协会举办重阳节敬老活动。市律协会会长俞卫锋，副会长管建军、邹甫文、潘书鸿；监事长钱翊樑，副秘书长陈东以及老会长王文正参加活动。在活动期间，市律协为其中6位耄耋老律师送上生日祝福和蛋糕。

近60名老律师参加活动，平均年龄85岁，他们集聚一堂，欢声笑语充满席间。这不仅是一场后辈借以感恩慰问老律师的“家宴”，也是老律师之间再聚首、忆从头的盛会。

“感谢我们的老律师，他们不仅把美好的年华、热情和精力都奉献给了律师行业，而且还带教出一大批现今仍然活跃在上海律师行业中的佼佼者，成为推动上海律师业持续发展的中坚力量，可谓为上海的律师事业做出了巨大贡献。”俞卫锋会长代表市律协向所有律师前辈表达了崇敬与感谢之情。





女律师“爱岗敬业 和谐生活”系列 ——“重阳”站

由上海市女律师联谊会为中老年律师举办的重阳活动正在苏州木渎古镇举行。该活动也是市女律师联谊会会员部“爱岗敬业 和谐生活”主题系列活动之一。今年，围绕着重阳的传统习俗，市女律师联谊会再次汇聚了近 80 位中老年律师朋友们，带领大家一同走进苏州古镇，观美景、话古今。活动当天，大家一同游览了木渎古镇的严家花园、虹饮山房、灵岩山以及白象湾等景色，律师朋友们游览其中，还品尝了重阳糕。

市女律联副会长张艳代表市女律联祝中老年律师们幸福久久、开心久久、快乐久久，同时转达市女律联邹甫文会长的祝福，愿大家身体健康、家庭幸福、万事如意！



律工委走访慰问老律师

在奉贤区，14 名退休老律师在律师工作委员会的召集下，欢聚一堂，畅谈奉贤律师队伍现实状况、面临困难和发展前景，交流传帮带经验，提出律师队伍建设的意见和建议，汲取老律师的丰富经验。

在虹口区，区律工委主任洪亮、副主任邹恒娟走进上海市远东律师事务所和上海市鹤铭律师事务所为老律师送去了节日的慰问。据介绍，截至 2016 年 9 月底，虹口区 60 岁以上的律师共 160 人。

积基树本，饮水思源。在中国律师制度恢复的三十多年里，老律师在引领律师行业走向成熟中发挥了独特作用，老律师们以务实的态度、创新的精神、精湛的专业、优良的素质形象体现了法律人的风骨。在律师行业人才队伍建设中，老律师发挥传帮教的精神，培养了一批又一批的优秀法律人，为律师行业发展和推进社会法治建设发挥了重要的作用。

律师精神要传承，律师事业要继承。作为新时代的律师，既要向老律师汲取经验，提高自己的专业素养，也要继续坚持多关心老律师，为老律师干实事、解难事，促进律师业持续健康发展。

FIELD ACTIVITIES

区县传真



搭建平台， 促进金山律师业持续健康发展

文 | 汪颢

金山律师业发展不平衡，律师的业务量处于“半饥饿状态”，金山律工委将持续健康发展作为工作的指导原则。一是律师有业务可做，并有持续增长的经济效益；二是律师的业务及社会活动得到委托人、社会及公权力部门的认可，即有社会效益；三是律师的活动、作用、地位走上法治化轨道。按照此指导原则，并根据《上海市律师协会章程》第四十三条区律工委八项工作职责的规定，金山律工委对金山区 18 家律所，103 名律师以搭建平台为抓手，促进金山律师业持续健康发展。

一、推行“村村有顾问,事事依法行”制度,被权威党媒和法制媒体肯定

自2014年以来,在律所与司法所“双结对”活动的基础上,在金山区司法局组织和推动下,金山律工委在金山区十一个镇(街道、工业区)223个村(居)逐步推行了村(居)法律顾问制度,现已全覆盖。2014年9月25日解放日报刊登了采访此制度的报道《枫泾镇:村村有顾问,事事依法行——探索“依法治理”巧解“疑难杂症”》;2015年9月15日法制日报刊登了《法律顾问问出“法治村居”上海金山区村居法律顾问全覆盖》的报道;2016年5月26日人民日报刊登了《村村有顾问,事事依法行,上海金山区223个村(居)聘任法律顾问,提供基本法律服务,参与信访矛盾化解》一文。

为推行该制度,2015年1月金山区司法局出台了《关于推进“村村有顾问,事事依法行”工作意见》,金山律工委协助金山区司法局制定了《村(居)法律顾问选派规则》《村(居)法律顾问工作台账》《村(居)法律顾问工作考评办法》。金山律工委制定了村(居)法律顾问统一合同文本,制定了村(居)委会调解流程,并制作了示意图。

此项制度受到镇、村(居)、村(居)民及律师的肯定和欢迎。金山律工委的目标是让签约律师逐步成为村(居)依法自治的“五大员”——法制宣传的指导员、矛盾纠纷的调解员、依法治理的助理员、调解干部的教练员、诉讼(仲裁、非诉讼)的代理员。

二、推行“周一面对面”、“相约星期三”信访接待工作机制,被人民信访杂志肯定

在金山区司法局组织和推动下,金山区建立了律师参与的“周四区领导信访接待”、“周三镇(街道、工业区)领导信访接待”制度,2014年金山区信访办与金山律工委和金山区司法局共同创设了“周一面对面”、“相约星期三”信访接待工作机制,并由群成所与金山区信访办签订合作协议,选派有责任心、公益心、业务能力强的律师参与金山区信访办周一、周三信访接待,主要处理涉法涉诉信访



律师与信访人面对面

事件,每年有600多人次的律师参与信访接待。2014年7月此工作机制被人民信访杂志肯定。通过该工作机制分清一般信访事件和涉法涉诉信访事件,有专业律师处理涉法涉诉信访事件,避免重复信访和无序信访,促使信访工作走上法治化轨道。

三、搭建青年律师实践平台,奠定良好发展基础

青年律师的职业价值观、社会基础、发展方向处于变化期。针对这一特点,金山律工委非常注意对青年律师的指导性培养,一是要让他(她)们了解区情,即金山经济、社会发展在上海处于相对滞后,各种问题相对突出;二是要让他(她)们坚守底线,懂得规矩;三是要让他(她)们早日融入主流社会。基于此指导思想,金山律工委经慎重考虑,选择了金山区政法委、金山区人民政府法制办、金山区信访办作为青年律师的实践平台。

在金山区委政法委、金山区人民政府法制办、金山区信访办支持下,金山律工委在这三个部门建立了“青年律师实践基地”,在金山区信访办实践,使青年律师了解区情;在金山区委政法委实践,使青年律师懂得规矩、坚持底线;在金山区人民政府法制办实践,使青年律师早日融入主流社会。

金山律工委通过自愿报名、综合评估、期满评定选派青年律师到该三个部门实践,实践期限一般为半年。两年多来,选派的青年律师在思维方式,处理问题方式,解决问题效果等有较大突破,为其发展奠定了良好的基础。

四、把握机遇, 律师参与依法治区上新台阶

自 1998 年金山区人民政府聘请律师担任区政府法律顾问以来, 金山律工委逐步选派律师担任政府部门的法律顾问。政府普遍实行法律顾问制度以来, 在金山区司法局支持下, 金山律工委选派律师担任了金山区人民政府, 金山区人大常委会, 政府绝大部分局、委、办、镇(街道、工业区)的法律顾问。并从较单一的出具法律意见书、咨询意见书, 到全方位提供法律服务。选派的律师参与了金山区规范性文件制定、修改、审查; 对处级领导干部法制培训; 重大执法事项法律风险评估; 参政议政; 参与金山区、镇人民政府权力清单制定; 参与行政复议工作; 代理行政诉讼; 参加重大、疑难、复杂事项的讨论和法律论证; 参加涉及法律问题的区、镇会议; 协助突发事件全程处置; 参加金山区人大组织的清洁空气行动计划调研组; 同时针对金山化工、农业区的特点, 组织律师重点研究环保、安全、农业方面等法律、法规和事务; 协助金山区人民政府法制办编辑了金山区政府法制工作制度、金山区环境综合整治行政执法与刑事司法衔接典型案例、金山区环境综合整治消防、节能、环境保护、安全生产、水务、节能、特种设备法律法规; 协助金山区安全生产监督管理局制定金山区安全生产执法依据、流程; 协助金山区环保局制定金山区环境执法依据、流程。

通过上述法律服务, 不仅扩大和深化了法律服务内容, 而且推动了金山区法治化进程, 特别在全国安全生产执法、环境保护执法方面处于领先。

五、与金山公安分局、人民检察院、人民法院良性互动, 改善执业环境

在金山区司法局组织和支持下, 金山律工委在金山区看守所建立了法律援助接待站, 选派了十名律师到金山区看守所进行接待; 与金山公安分局建立了律师参与公安派出所调解的调解室, 选派三十二名律师到金山

十六家派出所参与派出所的调解工作, 弥补了公安人员不熟悉民商事法律的不足, 很受公安派出所的欢迎, 融洽了律师和公安人员关系。

金山律工委还协同金山区司法局和金山区人民检察院建立了民行检察监督的联席会议制度, 另根据金山化工区特点, 共同选定了环境保护公益诉讼课题进行研究, 待上海作为公益诉讼试点地区后协作实施公益诉讼, 以推动“三个金山”(创业金山、宜居金山、和谐金山)建设, 特别是宜居金山建设。

从 2007 年起, 金山区司法局和金山律工委与金山区人民法院搭建了“良性互动, 促进阳光司法”平台, 每年两次进行交流、演讲、讲座等, 建立了金山区司法局公律科与金山区人民法院监察室联络机制, 重点研究法律公正建设; 建立了金山区律工委与金山区人民法院审管办联络机制, 重点研究法律能力建设。基本做到了律师与法官“和而不同”、“交而不易”、“诚而不欺”的良性互动。

六、创造机会宣传法律, 宣传律师

2015 年, 金山律工委指派群成所与金山区总工会签订了《金山区工会会员服务卡持卡人优惠法律服务协议》, 其中有一项内容为金山区约 25 万工会会员分期、分批进行法律知识以案说法讲座, 从讲座效果看, 普遍认为通俗易懂、有启发。在此基础上, 在全区律师中选派了十七名律师担任“微型法制课堂”和“万名妇女学法”讲师团成员, 根据职工、妇女的实际情况, 设计了“生



签约律师走访村民



与金山区人民检察院进行良性互动

活中的法”讲座，深受职工、妇女欢迎。今年又选派了七名律师担任“七五普法讲师团”成员，设计了“法无处不在”讲座，效果如何，待实施后检验。但不管如何，律师们通过讲课，不仅锻炼了自己，宣传了法律，同时扩大了律师的影响，取得了良好的社会效益和潜在的经济效益。

七、积极鼓励和组织律所及律师参加社会活动，扩大社会影响

在金山律工委的鼓励和组织下，律所及律师参加了金山区新的社会阶层联谊会、金山区企业家协会、金山区安置帮教志愿者协会、金山区知识分子联谊会、金山区政协新农村建设咨询委员会、金山区侨商会、金山区环境保护志愿者协会、金山区安全生产志愿者协会。律师在上述社会活动中，发挥自己法律特长，进行联情联谊活动，扩大了影响和人脉关系，拓宽了业务，取得了较好的社会和经济效益。

八、积极鼓励律师参政议政，提升律师的作用和地位

金山区律师原有金山区政协委员 3 人，现有政协委员 2 人，金山区党代表 1 人。金山律工委积极鼓励 3 名

律师参政议政，撰写提案和调研文章，向党委、政府、人大、政协建言献策。近几年撰写的提案、调研文章、建议有：关于在金山确定工业用地前期开发主体后加强投资合同管理的意见；关于设立安置帮教基金的建议；如何推进律师在法治政府法治社会建设中的若干工作；加强金山城区停车管理的建议；金山区各镇人民政府依法行政若干法律问题探析；依法依规实施金山区清洁空气行动计划的提案；金山区拆除违法建筑相关问题探析；征收集体土地、房屋补偿存在的问题及对策；金山区行政行为监督机制探析等 21 篇。有些提案、调研报告、建议得到了市级层面肯定，如征收集体土地、房屋补偿存在的问题及对策，由金山区政协作为优秀调研报告送市政协，市政协作为对决策有参考价值的调研报告送市委、市政府，市委、市政府主要领导作了批示予以肯定。大部分提案，调研报告得到区级层面肯定，有的被采纳，如何推进律师在法治政府法治社会建设中的若干工作等。特别是关于在金山确定工业用地前期开发主体后加强投资合同管理的意见引起了金山区区长、副区长等四位领导高度重视，并予以批示，有关领导后来还组织金山区有关部门与汪灏律师共同制定了投资合同示范文本，并在全区推广运用。

除撰写提案、调研文章、建议外，两位当选区政协委员的律师还参加了金山区人大组织的金山区清洁空气行动计划调研组，全程参与视察有关企业、区域；参加明察暗访活动；参加座谈会；听取政府对金山区清洁空气措施的汇报；并在阶段性总结会上，汪灏律师还作了依法依规实施金山区清洁空气行动计划的发言，受到金山区人大常委会委员及政府有关部门的好评。

金山区有关领导及有关部门一致认为，律师的参政议政能力确实比一般人强，并表示要让更多律师多参加此类活动，特别是金山区人大领导希望律师参选人大代表，以人大代表身份全面参与人大工作，更好实施人大依法监督的工作。

金山律工委通过上述八个方面搭建平台的工作，促进了金山律师业务稳步增长，社会各方对律师反映良好，执业环境明显改善，律师职业道德水准普遍提升，执业纪律基本规范，区域发展优势明显，进而实现金山律师业走向持续、健康、法治化的发展之道。

精致,是事业也是生活

文 | 张艳

上海,是中国最早拥有女律师的少数城市之一,而上海女律师,更是律师行业中一道独特而靓丽的风景线,她们自强而坚韧、优雅而自信,她们是集知性、智慧和才华于一身的海派女律师。在法庭上,她们可以慷慨激昂、维护正义,在生活中,她们可以轻松惬意、精致品味,在社会责任的承担上,她们更是无私奉献、巾帼不让须眉。而我自己,身为众多上海女律师中的一员,与千千万万上海女律师坚守这份信仰与骄傲。

当我踏入律师行业,它的魅力自然地吸引着我,给我无限的勇气和力量。回顾 16 年的执业生涯,从一名默默无闻的小律师到 2008 年度静安区优秀民事商事律师、第四届上海市优秀女律师,再到 2011-2015 年度上海市优秀律师中唯一的女律师,各种艰辛自在心中。风雨过后方见彩虹,一路走来,我对律师这一职业的热爱早已超越了时间的量化。我庆幸自己能从事一份愿意为之付出,同时又能获得无限成就感的事业。

从毕业到执业:让细致成为一种工作态度

如果说高考填报法律专业是个阴差阳错的选择,四年法学院的学习生活却让我成就了此生的职业梦想。在父母看来,女生就读法学院,毕业后进入公检法机构谋职,稳定又轻松。可我对此并不满足,和大多数法学院毕业的学生一样,我对律师这个职业有着执着的热爱。但梦想之路远没有想象中的顺利,大学毕业后,我只进了一家小律所做律师助理,没有大所平台,没有师傅带教,没有背景和人脉,执业第一个月就不得不独立承接案件,一切都是摸着石子过河。

如果你知道方向,那么整个世界都会为你让路,我一直深谙这个道理。在什么都没有的情况下,我只有比别人更勤奋,才能获得客户,我只有比别人更努力,才能服务好客户,我也只能比别人更细致,才能留住客户。记得执业初期,承接了一起非常棘手的建筑工程的再审案件,案件准备时间极短,拿到材料到首次开庭日只有十几天;卷宗材料极多,单从法院中调取的案卷就有几十本;法律关系极复杂,经历了一审、二审、最高法院再审、发回重审;客户要求极高,找了三四家律师事务所同时做方案。为了争取到这个案件,我连着七天没有出家门,趴在一堆堆卷宗中,困了就靠垫倚着卷宗小睡几个小时。七天后,当我重出家门向客户汇报案件时,客户讲到任何一句表述,我都可以迅速地在几大箱材料中找出对应的那一份证据,

虽然我在那么多竞争者中是最年轻的、甚至是最没有经验的,但是客户还是极度信任地将这起案件交由我承办,当然最终我也为客户交出了满意的结果。

坚持在工作中细致入微,我才能在与客户交谈时,做到比客户更了解案子的细节、熟悉每一份证据及材料;坚持在工作中细致入微,我才能为每一次庭审、谈判做好全部的准备工作,在庭审、谈判中获得很好的效果;坚持在工作中细致入微,我才能设身处地站在客户的角度,为客户着想,帮助客户分析解决各种棘手的问题。所以要让细致成为一种工作态度。

从开律所到合并:把极致当作一种事业追求

如果说,成为一名律师是梦想,那创办一家属于自己的律所,那才是做律师的最高境界。

2008 年,我创办了上海泽衡律师事务所,并担任律师事务所主任、合伙人。泽衡所自创办之初即坚持公司化管理的先进理念,事务所也在我的带领下积极稳步发展。我一直认为,机会总是留给有准备的人。我至今都记得创业初期那种没日没夜地忙碌,凌晨两三点回到家时,高跟鞋踩在小区道路上的声音。那时的工作繁忙而充实、辛苦而精彩,但是再苦再累,从来没有想过放弃,只要多坚持一天,困难很可能就会在这一天过去,机会就有可能不期而遇。



张艳

上海原本律师事务所高级合伙人, 市律协理事、维护律师执业权益委员会副主任、并购重组业务研究委员会委员、女律师联谊会副会长、女律师工作委员会副主任, 中国民主同盟会上海市第十四届委员会妇女工作委员会委员。

2011-2015年度“上海市优秀律师”, 上海市司法行政系统先进个人, 第四届上海市优秀女律师。

为了推动事务所全方位进一步的发展, 2012年, 泽衡所与享有共同发展及管理理念的上海原本律师事务所完成合并。短短的几年时间, 我积极参与事务所管理, 对事务所管理系统和业务模式进行双重升级, 而良好的管理机制也充分地发挥了效用。原本所不仅于2011年、2012年连续当选《亚洲法律事务》(《ALB》) 评选的“中国地区最具潜力的律师事务所”; 并在2014年荣膺《亚洲法律事务》评选的中国区“2014年度最佳雇主”及“中国2014年成长最快的十家律师事务所”等奖项, 2015年1月荣获“静安优秀律师事务所”, 2016年荣获Legalband(国际法律服务评级机构)在“资产证券化及衍生产品”专业领域的评级。

但我并不因为这些成绩而选择停滞不前, 相反, 为了进一步了解体系化的管理思路, 为事务所的管理找到更现实的指导, 我选择了继续进修EMBA工商管理硕士, 希望从更综合更长远的角度看待问题、解决问题, 为原本所的进一步发展提供助推力。

而在今年, 秉承着永不满足、不断追求极致的信念, 我们在事务所内部提出了彻底公司化、极致专业化的改革方案, 拟将事务所传统繁杂的各专业服务领域精简至金融、商事诉讼等几大服务领域, 并围绕主要服务领域建立并完善财务、人事、行政、网络、培训、宣传一体化的公司化管理架构。虽然其中有无数次的讨论、争议、妥协与头脑风暴, 以及执行改革过程中遇到的种种压力和困难。但我坚信, 在科学、系统的管理思路, 以及极致信念支撑, 原本所的管理和业务最终将实现双重升级与完美蜕变。而原本所也将在全体合伙人的带领下, 成为业界认可的专业化精品律师事务所。

从社会活动到责任: 让精致成为一种生活方式

每个洒满阳光的清晨, 我都会推窗呼吸着窗外清新的空气, 计划一天需要完成的工作; 每个天气晴朗的晚上,

我也会去自家花园里漫步, 回顾一天发生的事情; 闲来兴致时, 会在家中准备精美的下午茶点, 也会来一场说走就走的旅行。只有好好对待发生在自己身上的每一件事, 耐心发现并享受生活带来的每一次美好的回忆和值得珍藏的甜蜜, 才是真正热爱生活, 享受生活带来的精致。

身为上海市律师协会的理事、上海市律师协会女律师联谊会的副会长, 我们在丰富女律师们的业余生活、提升女律师自身素质方面组织和策划了一系列精彩的活动, 从市女律联“春华秋实”女律师职业装服装秀到“海上大律师”——静安克勒门文化沙龙女律师旗袍秀, 从“翡同凡响遥抚琴”翡翠古琴鉴赏活动到“醉人的旋律”——古典音乐及红酒品鉴会, 从“魅力嗓音、有效表达”女律师自我提升沙龙到“爱岗敬业 和谐生活”迎端午民俗执业心得分享会, 希望所有的女律师们在工作之余都能放慢脚步、放缓节奏、放飞心灵, 保持优雅、活出精彩, 无论身处何种压力和挑战, 都依然能潇洒地绽放自己的美丽, 不做忙女律师, 要做精致的美女律师。

江平教授说, “律师兴则法治兴, 律师兴则国家兴”, 律师有着别的职业所不能替代的特殊地位和特殊作用。律师与法律是紧密相连的, 而法律与政治又是融为一体的。有幸作为上海市民盟第一司法工委的委员暨三总支主委, 我们运用和发挥法律专长, 提升履职能力、建言献策、撰写提案和议案, 积极参与到参政议政的工作中。法学家埃利希曾说过: “法发展的重心不在立法、不在法学, 也不在司法判决, 而在社会本身。”要作为一名好的律师, 同样应当以精致的态度和方式对待自己所肩负的社会责任和历史使命, 从社会中来, 到社会中去。

我深知, 作为一名女律师, 既要有刚毅和理性的一面, 也要有柔情和感性的一面, 既要有逻辑和抽象的一面, 也要有浪漫和形象的一面, 并能承担好生活赋予自己的多种角色, 在工作中做到细致, 在事业上追求极致, 在生活中活得精致。闲庭信步笑看花开花落, 宠辱不惊观云卷云舒, 任凭世界纷杂烦扰, 也要守护心中那份执着与初心。

FIRM-BUILDING

律所建设

上海普世律师事务所： 以勤勉尽责态度服务四方客户

文 | 毛玮莲



上海普世律师事务所成立于2008年10月，是一家综合性律师事务所，秉持“一切因我们而改变”的理念，竭诚为客户提供专业、高效、优质的法律服务，为企业保驾护航；尽力服务于政府，助力政府依法行政。成立八年期间，普世所开创了诸多第一：1. 开创性地在江苏昆山设立分所，成为普陀区内首家在外省市开设分所的律师事务所；2. 与原胡贤德律师事务所合并，开创了普陀区内律师事务所合并的先河，在打造规模化律师事务所的道路上迈出了重要的一步；3. 率先入驻长风金融港、服务长风生态商务区，成为立足普陀、服务区域经济发展的中坚力量。经过八年的努力，上海普世律师事务所已成为普陀区规模最大的综合性律师事务所。通过以地缘为基础、以社区为纽带、以法律信念为指引，普世所作为一家新兴的综合性律师事务所不仅在区域内已广为知名，而且立足长风、辐射全市的影响力也初具规模。

以党建为引领，培育积极向上的律所文化

注重学习，加强思想建设

普世所在党务工作的开展上很好地结合了自身的实际。除了组织学习党的基本理论知识外，更多的是在实践中积极把握党员律师和非党员律师的思想动态。在律所通过树立典型党员律师的形式，带动其他党员和非党员律师。推动广大律师在思想和实践上积极向党组织靠拢，解决新律师“办案难、不会办”的问题，开展“律师一对一”的帮扶活动，让新入行的律师在工作中找到组织的认同感和归属感。全体党员律师以奉献社会为使命，注重发挥党员律师在弘扬律师行业核心价值观中的引领作用，以维护客户利益为己任；恭心服务民众，明晰权益、分辨是非、息纷止争，在为民法律服务中增强群众意识，切实为基层、为社区、为群众提供优质高效的法律服务；竭诚服务企业、社会团体和其他组织，为客户保驾护航、规避法律风险；尽力服务于社会与政府，助力政府依法行政。让每个党员及非党员律师“开心地工作，工作得开心”。

规范执业，加强行风建设

律师党员加强学习、重视实践、带头表率，带动全所律师共同营造加强职业操守、规范执业行为的良好风气。进一步完善律师事务所收案、执业、财务、管理、结案、备案等各方面的内控制度，通过座谈等多种形式向青年律师介绍执业风险、帮助其纠正执业理念。通过规范执业、加强行风教育的各种措施，所内无论是党员律师还是非党员律师都要进一步加强服务意识，并不断在执业过程中通过行动将这种意识具体落实。

以服务区域经济社会发展为重点，提升法律服务能级

强强联合，彰显品牌，优质服务

普世所与原上海胡贤德律师事务所进行合并，并出资在昆山设立了上海普世（昆山）律师事务所，普世所发挥自身优势进一步融合双方已有的执业经验和业务能力，以服务于区域经济的发展为己任，彰显普世所对于自身品牌、团队的自信和谨慎，加大对律师事务所发展模式的探索和思考。

拓展业务，提升能级，服务区域

普世所立足“错位发展、补充配套”的商务区发展定位，将继续为区内企业、长风金融并购集聚区建设提供高效、高品质的配套法律服务，从而为推动普陀经济社会建设、提升现代服务业发展水平保驾护航。普世所承接了大量各领域的专业、复杂的案件，其中包括：李向农律师、胡贤德律师等为《上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则》公布以来，普陀区首个国有土地上房屋征收项目——新渡口旧改项目提供了全程法律咨询，在创新探索中形成了律师在国有土地房屋征收全过程中提供优质高效法律服务的模式，为普陀区此后的征收工作奠定了坚实的基础，起到了引领作用。

除此之外，普世所组织律师先后参与了普陀区铁路新村、洵阳新村、曹家村等旧区改建房屋征收工作，得到了被征收居民和相关单位的一致好评。



区领导莅临指导工作



党员律师入驻新渡口旧改基地

普世所的客户主要包括政府部门、公司企业、金融机构，其中相当一部分聘请了普世所作为其长期法律顾问，或与普世所建立了长期的合作关系。同时，普世所通过与台湾、新加坡、美国等地律所建立合作关系，也积极为中国大陆以外的客户提供优质的法律服务。在进驻长风生态商务区后，所内律师结合所在区域多跨国公司、金融企业的特点，进一步挖掘提升在相关方面的业务能力。

以促进社会和谐稳定为立足点，发挥法律保障作用

介入旧改，全面关注

关注区域经济社会建设重点项目和重点地区，2012年在新渡口旧城区改造项目中，普陀区首次尝试由政府购买法律服务、律师介入旧改项目的模式，普世所在这一过程中承担了提供全过程法律服务的重任，始终积极为政府各方面提供法律咨询服务。普世所将总结经验，完善快速行动、深入核查、真诚沟通、优化方案的“四步工作法”，继续认真参与区旧改工作，继续参与疑难问题的解决和法律论证，协助做好信访群众接待咨询，提供法律意见和建议，为化解各种突出矛盾出谋划策。

化解信访，调和医患

普世所将以维护社会和谐为己任，组织所内律师继续参与各类信访接待和化解、群体性上访案件的维稳工



参观禁毒所

作,积极促成信访案件的化解和终结。除参与信访工作外,普世所还将继续积极协助区医调办、医调委做好医患纠纷调处工作,安排律师担任人民调解员,推动医患纠纷矛盾的解决。

以保障民生需求为目标,积极发扬志愿法律服务精神

深入社区,服务民生

围绕服务民生需求,普世所与长风、真如司法所及其社区部分居委会签约“双结对”,开展各种社区法律咨询、法律服务活动,在深入社区、在为民法律服务中不断增强自身的服务意识和执业素养,切实为基层、为社区、为群众提供优质高效的法律服务。事务所也将组织所内律师深入社区,参加各种咨询、服务活动,耐心为社区居民解答法律问题,开展法制宣传。

普世所一贯支持和鼓励所内律师开展各种类型的法律援助工作。其中高级合伙人胡贤德律师长期为上海市青年创业就业项目提供免费法律服务;刘斌律师等曾长期作为普陀区法律援助中心的派驻律师在区信访办接待群众来访;周晓颖律师等主动接受法律援助案件为当事人提供法律服务。葛蔓、许莉静律师主动为区妇联提供无偿法律咨询服务。

普世所组织所里律师连续多年参加区突出信访矛盾核查、评估和化解工作。其间所内律师认真查阅案件资料,详细了解信访人房屋动迁、强迁后的生活、信访诉求变化等情况,对案卷中应有而缺少的材料列出“补充材料清单”,主动联系有关责任单位及时补充提供。同时,所内律师还与信访人进行约谈,耐心为他们讲解法律,力

争息访息诉。其间,根据每个信访案件的不同情况,抽出时间甚至放弃节假日休息,积极参加信访矛盾个案的推进会、协调会、案情分析会等。在充分调查和收集资料的基础上,会同工作小组其他成员一起认真研究,反复推敲,高质量地制作法律意见书,为化解矛盾出谋划策。

普世所有 10 名律师进入普陀区医患纠纷调解委员会的专家库。普世所还派出具有经验和医学常识的骨干律师,参与到医患纠纷的个案处理中,为患方提供无偿的法律咨询服务,同时也配合区医调委参与各类医患纠纷的处理,指派律师到相关医院举办法律知识的讲座。对于有关医患纠纷的解决,所内律师总是高度重视、优先处理,力争在参与过程中尽可能化解医患矛盾,避免纠纷恶化、难以解决。

善于创新,勇于坚持

为了更好地服务民众、深化社区法律服务,普世所将采取多种具有创新性的服务方式。如发挥所内女律师作用,加强女律师服务团队建设,完善女律师服务热线,更好地服务女性群体。普世所指派胡贤德律师、许莉静律师每年按时定期前往市委市政府信访办值班,为上访人及其他单位提供无偿的法律咨询服务。除此之外,普世所还受政府委托,承办了上海市具有较大影响的普陀区棉纺新村动拆迁群体性上访案件的维稳工作,历时已两年,出具了 100 多页的律师意见书。普世所律师参与信访工作,很大程度上帮助有关部门缓和了信访所涉及的矛盾。其间,胡贤德律师接受区政府委托,积极参与了上访长达 10 多年的并在全市具有影响力的某信访积案。通过承办律师的辛苦努力和付出,使得长达十多年的信访积案最终在律师的参与下得以解决,取得了很好的政治效果、法律效果和社会效果。

上海普世律师事务所获 2011—2015 年度“上海市优秀律师事务所”称号。

结语:

海纳百川,有容乃大;九层之台,起于垒土。

普世人在过去八年间,以虚怀若谷的心胸接纳各界英才,以勤勉尽责的态度服务四方客户,以精益求精的追求打造专业品牌,以百折不回的意气坚守法治情怀。

律师业榜单

榜内龙腾虎跃 榜外卧虎藏龙

主持人：方正宇 上海市律师协会对外宣传与联络委员会委员、上海纽迈律师事务所合伙人

嘉宾：计时俊 上海市律师协会对外宣传与联络委员会副主任、上海华夏汇鸿律师事务所主任

曹志龙 上海市律师协会对外宣传与联络委员会委员、上海市联合律师事务所合伙人

邵万权 上海市律师协会房地产业务研究委员会副主任、上海市建纬律师事务所副主任

文字整理：许倩

理性关注，不盲目追求

方正宇：大家好，我是本期咖吧的主持人方正宇。我们今天来探讨的话题，是有关律师业的各种排行榜。在现代社会中，形形色色的排行榜特别多，比如说到财富榜，我们想到“福布斯”或者胡润百富榜；想起吃东西，大家会去查“米其林”。至于律师这个行业，原来可能认为只是圈内人知道高下之分，圈外人往往并不太了解。而在最近几年里，我们看到很多律师业的榜单也开始对外公布，既有涉及律师事务所也有关于律师个人的种种排名。那么这些排名到底靠不靠谱呢？还有，律师业的情况也相对复杂，有些规模所的知名律师往往会出现在榜单中。但与此同时，也有些律师个体很优秀，却因为律所规模或者业务领域等因素而无法上榜。为讨论这个话题，我们今天专门邀请到了几位各具代表性的执业律师来共同探讨。分别是联合所的曹志龙律师，建纬所的邵万权律师，还有华夏汇鸿所的计时俊律师。

首先请问一下各位律师，对于每年发布的形形色色的律师业榜单，你们是否会保持比较高的关注度？

曹志龙：从关心行业发展的角度，这种排行榜我比较关注，有主动的，大多数是被动关注，如他人发给我或者客户问起来。很多年前，我在找律所实习的时候，由于不了解事务所的情况，就先到网上去搜索事务所有没有排行。以前排行榜比较简单，也不是特别多，但近几年形形色色的排行榜多了起来，如事务所创收排行榜、IPO 业务排行榜、微信影响力排行榜，境外的 ALB、Legalband 排行榜等等。但是我的关注是有选择性的，比如比较权威的、与事务所及我的专业相关的，其他的就不太关注。这一是为了了解行业发展状况，二是为了掌握事务所专业发展在业界的情况。

邵万权：我还是比较关注排行榜的，这已经成为近几年业内的风向标，也从一定程度上反映了律师或律师事务所这个行业市场化的行为。我理解这类排行榜的出现，其实一定程度上代表了律师事务所、律师这个行业的活跃度，就是表明市场已经开始关注律师这个行业。

排行榜起到了几个作用。对律所来讲起到了导向

作用,可以通过关注排行榜了解目前业内的律师事务所的规模、发展,包括在一些不同的专业领域当中的定位。像 ALB 每年榜单公布之后,还会在北京或其他地方搞些活动,会邀请一些大企业的法务一起参加,这其实搭建了一个法务和律师的交流平台,不同行业的法务可能需要找与自己专业对口的律师,也会参考这些榜单,起到了事务所和客户之间的推荐作用。另一方面,律师事务所也会关注榜单中的专业律师,从律所自身规模发展的角度看,可以自己培养人才,但更快的途径可能是从外面引入人才。律所可能会结合自身事务所在某些专业领域的发展,考虑参照榜单上的信息去引入一些专业律师。这类榜单反映了目前法律服务市场越来越成熟或多样化,因而我是越来越关注这类榜单。

从关注的内容上来讲,首先我会关注事务所从事的专业领域中,自己事务所在榜单中所处的地位;其次会看事务所自身的定位和榜单上一些领军所之间的差距在哪里。今年我看到律师行业交流时提到一个词:对标,也可能从自己律所的定位上找到所对标的那些律所,通过这些榜单找到自己有哪些不足。这几方面可能是我们比较关注的。

计时俊:我是基本不关注这些榜单。第一,这些榜单上出现的所,基本都是大所或专业化非常突出的所,像我们这样一些普通所,是排不上名的,所以对我来说没必要去看。我们现在比较关注的倒是“事务所规模”的概念,就是像律协网站上前 50 位或前 100 位人数规模的概念,也关注律师事务所的业务动态,至于在榜单上的那些事务所和个人留给我们的指引意义只有无限羡慕。因为无论我们如何努力,这些榜单所已经抢占了市场,有比较完整的梯队建设和领军人物,我们如果培养了相应人才,最终也会被榜单上这些所吸引住。所以对我们来说,看一遍伤心一遍,还不如不看。

方正宇:这有点像网友平时聊到福布斯时开的一个玩笑,就是说自己今年看了一下福布斯排行榜,发现排名位置没有变化,因为还是排在中国的十几位。可能有些中小规模的律所也会有这种心态。但反过来



曹志龙

说,事务所原本就在榜单上,去年排第十,今年跌到第十五了,会因此产生很大的压力吗?会不会因为榜单加剧了律所和律师们的焦虑情绪?

邵万权:对于已经上榜的律所来说,有一点我们很难去和客户解释,因为客户也会关注到不同榜单,但每个榜单的评选或入榜标准都有差异,所以未必所有的榜单都能大致相同,这种情况下就必然会在某些榜单上会有排名靠前、靠后甚至没有排名的情况。对我们来说,我们会尽量使得自己在原有已经占据的榜单上能够不退步,这是一方面。

另外一方面就是刚刚讲到,还有个所谓的竞争对手问题。有的时候可能大家还处于同一梯队,但是如果竞争对手排到了自己前面,因为很多业务会做招投标,大家在比较的时候可能就会处于劣势。应该说上榜既是对自己的鼓励,但是同时也会对自己提出一些鞭策,确实有这个压力。

曹志龙:这在我们所有不同意见,联合所在有些榜单上有,有些榜单上则没有,我们经常在所里微信群里讨论,最近又有排名了,大家第一反应是看这个排名是怎么排出来的,比较理性。现在我了解到我们的合伙人主要分为两种意见,一种意见是要关注,像争端解决、公司法、IPO 这些业务在不在榜单上;但是同时我们也会关注榜单是谁发布的,有时候是一些律所或律师个人编辑的,或某个微信公众号,或某家互联网公司,这时就会有一批人认为不用太关注。目前大部分合伙人偏理性。

计时俊：如果我看榜单，更多关注是如何排出来以及其侧重的方向，因为据我所知，很多榜单上榜是要付钱的。而且现在的榜单更多的是民商事方面专业的排名的，没有人去排“社会公益事务”和“刑事辩护成功率”。而一些大所在民商事方面已经赚到了大钱的情况下，去付钱成为某榜单上的某个成员，我认为无可非议。

部分榜单权威性与参照性有限

方正宇：刚才我们在讨论过程中，也是揭露了行业里的一些内幕。原来我们看到榜单的第一反应，都觉得应该是高大上的，但现在也了解到，实际有些榜单的背后存在经济利益。包括为什么这两年做榜单的机构越来越多，有的可能是为了公信力，也有可能真是做成了一门生意。

那么接下来的问题就是，目前这么多的榜单到底有多少公信力？哪些是我们觉得比较有公信力的？又或者我们站在圈内或圈外人角度来说，怎么来判断一个榜单的公信力？这个问题几位律师怎么看。

曹志龙：我觉得榜单大体梳理一下，主要可以分为三类，一类就是比较商业的榜单，这种类型是以支付一定赞助费用为前提的，出费用就上榜，不出费用基本上就无法上榜，支付费用后只不过是排名前后的问题。我们事务所及我本人也收到过类似的邮件，但是一般不会选择。

第二类可称为“外方”榜单，目前也比较多。许多外国机构根据自己掌握的信息、资料，对于事务所作出排名、等级，其中有以专业为标准的、有以人数为标准的，还有以成长速度为标准的，这类榜单比较复杂，但有一些共性，即评价机构的信息收集具有一定的范围。这类我们要一分为二地看待。

而我们比较关注的就是我们权威部门发布的一些排名，目前比较少，但有一定代表性。对这三类要区别对待。

邵万权：有一点基本上业内有共识，就是商业程度越明显或商业化需求越多的榜单，大家都会质

疑其权威性和公信力，但是对于我们这些所来说，本身业务量低、人员少，特殊业务的专业度又不够，事务所预算也列支公关费用，故没必要把自己的名字放在榜单里。因为即便上榜了，也无法达到一些大所所能达到的目的：吸引更多客户。是否要上榜，这和一个所的知名度以及本身的专业度紧密相关。

疑其权威性和公信力，但是在某个市场范围内，可能会有一定的需求。我们跟一些规模大所情况还不一样，我们所只做建筑房地产这块，所以当时我们所一些管理合伙人对于这类情况持的态度就是，建筑房地产领域榜单没有我们所名字的话，我们会认为榜单是不权威的。

刚刚讲到境外评级机构，我们能接触到的他们的操作方式有两种。一种是在一个范围内评级。这个范围的产生也会经过一些调研，但是这个范围是限于和这家评级机构平时有业务合作的，比如某本知名杂志或某个网站，原来就有长期业务合作。在评选榜单时，评级机构也会事先做调研，包括问卷，甚至向圈内法务去了解。这套程序，有点像律师的尽职调查一样，通过多方面来比较，但其实范围就是在有合作的这个范围内，所以权威性可能就局限在这个范围内，其权威性和参照性未必适合所有的中国律所。

还有一类不是事先收费或合作。评级机构可能会有各种各样的调研方式，包括我们会收到一些邮



方正宇



计时俊

件，只是让你填表，没有任何其他附带的要求。调研完之后，综合各方面因素出一个榜单。后期公布榜单之后，他们会发邮件过来说你在这个榜单上属于哪个位置，如果希望拿一个奖杯或奖牌，那么对应的是怎样的费用。当然你也可以不要，榜单也就公布了。另外如果要到他们网站上，把事务所的详细介绍放上去，需要交纳费用，他们会在事后基于已经上榜的事实帮律所做一些宣传和策划，这些是要收费的。

计时俊：我是这样看的，中国律师超过 30 万人，律师事务所我相信超过 15000 家了，我们看各种各样的榜单上出现律师事务所的重复率不会超过 100 家，出现的律师也不会超过 100 个，所以榜单的标本意义到底有没有？为了得出某种榜单，比方说建筑行业，就找几家做建筑专业的律所进行考察，并没有扩大到全国律师事务所甚至是某个区域里，所以标本意义永远只是在 100 个所里或最多 200 个所里选取一些榜单制定人认为排名比较靠前的单位。这对行业内来说，我们永远只有羡慕，但永远无法达到这个标准；而对于行外人来说，看到的一直就是几家大所。

中国律师事务所特别注重这样的榜单（当然这是大所、知名所），但我不会去关注，倒不是吃不到葡萄说葡萄酸，是因为我认为榜单制定的意义在某种程度上已经被某些律师事务所和律师个人扭曲了，每个人都出于自己的私利去看这个榜单而忘了制定榜单的真实出发点是什么。

方正宇：我能够理解计律师的忧虑，我们刚才说到榜单有几种情况，一种是可能会有滥竽充数，其实

还有另外一种担忧，那就是会不会有遗漏的优秀成员。就像我们刚才说的，从评级的角度来说，眼光当然是盯着大所的，那么对于有些小而精的律所会不会有欠公平？还有些榜单是针对律师个人进行评选的，评级往往很有意思，会评点谁是宗师级、谁是第一梯队、还有谁属于后起之秀。但是在这么一个业务领域里，上榜单的就这么一二十个人，相对于中国的律师整体规模似乎很容易产生遗漏的现象。又或者有些业务未必只有规模所才能做好，可能在有些中小规模所里也有律师比较出色，结果这样的律师因为种种原因没有进入到评级机构的视野，导致在竞争过程中吃亏，这种不公平的现象怎么解决？这些被遗漏的律师面对他的客户时，也会面临一些尴尬的问题，比如被问为什么没有上榜。那么请问在座诸位，假如你的客户真的拿这个榜单来衡量是不是要选择你的事务所，而你们在榜单上的位置又不太有利甚至没有上榜，该怎么来回答客户呢？

曹志龙：我们会碰到这样的问题，特别是不在榜上的时候，这时客户问起来，我觉得确实要给客户做出合理解释。其实，我认为这个问题的本质还是出在“榜”的本身，有些客户会问我事务所为什么不在排名里或者靠后，我会跟他解释，如关于办理新三板业务数量的排名，我会说这个排名是靠上一年度或当年度业务数据的，办理的比较多则排名靠前，否则就会靠后，但这不能代表事务所的业务水平。

还有一些我们的确不熟悉的榜单，我们会说这个榜单的数据来源不知道是哪里，我们并未参与。但如果是上海证券交易所或中国证券业协会发布的榜单，权威性比较强，这个数据确实取样于系统里今年 IPO 发行量或新三板通过量，要给客户客观解释，客户也容易理解。

我发现有些榜单现在对客户的影响力已经越来越大了，客户会受到一定的影响。但是这其中有三个问题：第一，部分榜单信息不全面；第二，榜单的标准不科学；第三，发布者本身的权威性与公信力不够。所以我要讲的是，一旦碰到这些问题，首先客观审视一下这是什么榜单，接着实事求是跟客户解释，因为客户可能比我们在这方面更关注。

方正宇：看来对于很多律师来说，不管咱们自己能不能上榜，也不管我们喜不喜欢，这类榜单我们还是研究，这样当客户拿榜单来质疑，我们就能指出这个榜单的弊端到底在哪里，从而更好地向客户做出解释。

计时俊：现在确实会有人拿着某法院的结案榜单来问我们为何“在某法院办的案子比较少”，言下之意就是我们“搞不定某法院”。我是这么解释的：案子多只是数量问题，但不能体现办案质量，因为案件的胜诉率是没有排名的。如果在某个法院我们只有三个案子，

但都胜诉了，但有的所在该法院有一百个案子但都败诉了，那你愿意选一百个案子都败诉的，还是我三个案子都胜诉的？那肯定是选我的。

很多年前，我在浙江一家法院网站上看到，法院的首页就写着：来本院办理案子最多律师事务所排名。“来院办案多”能证明什么？不言而喻，所以这样的排名一定有他的利益所在，即只是吸引、引诱客户而已。我们认为大数据时代的这种“接案榜单”除了证明这家所或者某个律师的业务量不错以外，没有任何意义。

为上榜而合并？不太可能！



邵万权

方正宇：可见这个数据还是过分简单和比较粗糙，毕竟胜诉率等更加关键内容很难看到，还有大量调解结案的。我们在诉讼领域里对律师进行排名，要完全用客观数据说话恐怕很难，所以排名有时还是依赖主观判断。不排除一种可能性，就是评级机构正好与某几个律师比较熟悉，就把他排在靠前一点。计律师也提醒了我们，无论律师还是当事人，都不能陷入过分纠结于榜单或数量的误区。

那么进一步来说，我们刚才说到很多榜单，客观上是对一些规模大所有利，因此会不会造成一个结果——既然要规模，那就合并，也就是两三家律所为了上榜而相互合并。是否会因此导致北京上海等地的律师业形成新一轮的整合浪潮？

曹志龙：前两天黄浦区就举办了一次研讨会，其中第二个话题就是关于合并对品牌打造的影响。确实有一批企业、咨询机构包括一些律师事务所通过合并，在数据方面突飞猛涨，比如说人数，人数一涨带来创收增长。还比如说排名，本来三家所各做一个IPO，三家所一并变成了三个业务，这是很现实的。而且这种合并以后，确实有一部分所带来了品牌效应，要肯定它的优点。

但是我觉得还有另外一面。有些律所的合并并不必然带来上榜，因为合并之后，是否能否入榜单，以及在这些方面是不是被取样取到，还是取决于所里面的信息收集、报送，还涉及到这些律师本身的专业程度。

我最想表达的是，并也罢不并也罢，最终能不能被榜单所取样，除了前面的因素以外，还是专业。如果事务所确实专业度够，在做差异化竞争，对这个榜单我完全同意计律师的观点，根本不用去看，因为不是在这个圈子里竞争，这是我要讲的第一点。第二点是如果这家律所就是和这些在榜上的人竞争，对客户确实有一定导向性的时候，就必须得关注，甚至确实得去整合、合并，最终才能在榜单上继续生存。否则有一天被挤下榜单的时候，对律师来讲就是利益和客户人群的下降。最终市场和客户是导向，如果客户群本身不关注，律师本身也不参与竞争，关注它耗时耗力，也没有意义。

邵万权 :我觉得可能情况不一样,因为我们所本身不算是综合性的所,所以我们相对来说只是在建筑房地产这个板块内。我们事务所关注这些榜单,看榜单什么类型,建筑房地产专业里面我们必然是在榜上的,最多我们关注的是排名是第一还是第二。但是还有一类,比如像刚才讲的微信公众号的一些律所影响力排名,这些不是关注律所的专业度,而是营销方面的一些动作,因此未必能上榜。所以对不同的榜单也有不同的心态。

像我们自己专业方面有绝对的自信心,客户来问我们上不上榜这个问题,一般不大会构成太大的困扰。我们不会以商业化潜规则去解释,我们可能会跟客户解释其采集数据的一个范围。毕竟到目前为止,应该说在行业内还没有出现一个绝对权威的榜单,可能只是在业内靠大家一些口碑在传,相对某些榜单可能会权威一点,但是多多少少都会受限于榜单数据采集的范围和调研的深度。

至于榜单结果出来之后,是不是律所一定要进行一些并购或者合并,我是觉得这类手段或措施在一些要全面参与竞争榜单的律所来说,可能会是一个选择。

因为需要竞争的面会比较广,要在多个领域同步竞争,所以当两个所强强联手之后,能够在榜单上体现出优势。但其实对我们专业所来说,这个方法反而作用可能并不明显,因为对我们来说只有专业叠加才可以,但是本身已经在这个专业上有一定建树了,所以这种专业叠加的效果反而会弱。在合并方面,可能还要看各家所不同的考虑,包括刚刚曹律师讲的,合并也未必带来正面效果,也要看后期事务所内部一些磨合,这个还要看具体情况。

计时俊 :对于我们这样的所来说,合并只是被人家吸收合并,我们没有能力去跟人家议价将我们的原所名嵌入,将我们的地位凸显,所以我们要合并也只是吸收比我们更弱的。那不是一定能够达到1加1大于2的效果?未必。所以最多只是人数规模上进入上海前100名或前50名,但业务收入上并不能必然保证从原来的100多名跳到前100名或前50名。所以即便是人数规模的榜单,也只能是合并小舢板形成的一艘航空母舰,其实没有任何意义,如果是为了这样的榜单而挤破头去合并,我认为是件很傻很可笑的事情。



要完善榜单不要迷信榜单

方正宇：最后一个问题，假如我现在就是制作榜单的某个媒体或机构，来向你们讨要主意，从建设性的角度来说，你们希望现在这些榜单还有哪些可以增加或者需要去除的做法？

曹志龙：第一，我觉得最关键的是取样的客观性、公正性、全面性，这是必须的。如果取样不全，必然导致榜单的公信力和权威性很差，不要做简单化处理，不要做小圈子；第二，一定要去商业化，商业不是说不可以有，但是一定要把商业放在第二位、第三位，对律师事务所和律师来讲，关键还是专业、人才、业务、客户情况，这些都得综合性判断，不能光看事务所提供的材料；第三，这些评价机构本身要树立公信力，一定要与律师协会或司法部门联手，多家参与榜单，到最后才能被律师群体行业所接受。否则永远会存在今天讨论的话题，榜单不可能成为一个被行业、社会认可的榜单。

邵万权：可能从榜单的角度，大家会对榜单的权威性有所质疑，质疑方向可能就是这些榜单应该要改进，比如说取样范围。现在有很多榜单，但是没有哪家评级机构敢于说在全中国或多大的范围内已全部进行调研了，调研数据的范围其实在榜单公布的时候也可以披露。现在很多人质疑榜单，就是针对采样有偏差或没有普遍性，这是一方面。

第二方面就是所谓的评选标准或关注门槛，标准是否可以公布，因为现在很多榜单只有结果，那究竟达到怎样的标准可以入选或怎样评判，这种评选标准是否可以适度公布，这样也有利于大家认同。

第三就是数据，刚刚我们讲了很多种，有些数据是自己找的，有些还会和被评选的律所之间会有一个数据提供渠道，但是数据反馈过来，是否去核对过，日后如果大家要来探究榜单的权威性，原始数据拿出来经不起挑战，或者说有没有程序去复查过这些数据，这可能也是榜单可以改进的一些地方。

计时俊：首先，能够上榜的律师事务所和律师只不过是占全国律师的1%或1‰，当这1%或1‰被抽取了以后，剩下的那99%跟999‰的律师事务所和律师能

否有办法让他们也成为某个榜单的主角？如果榜单永远只是小众的一种娱乐的话，那是没有意义的，榜单也产生影响力应该是一种大众的娱乐。

大部分律师事务所做的是社会基层法律工作者的工作，而基层法律工作目前也是我们依法治国、依法治市、依法治区的重点，所以我在想榜单能不能倾向于这样一些本身默默无闻的律师事务所，看他们做了多少社会工作解决了多少社会矛盾纠纷，这样的排行才会真正提升律师行业形象。

其次，我认为律师和基层法官以及基层其他法律工作者其实是整个国家法治建设的推动者，是个铺路石的概念。如果这些律师和基层法官，能够突破法律的判决或者能够突破目前法理方面的一些欠缺，做出新的比如全国或某个省市第一案的一些判决、法律观点，将它们进行排名展示，这才是能真正提升我们业务能力的，能够让所有人去效仿，能让小律师去发现法律的大光芒，也能让更多的律师为追求业务精湛，从而成为其他律师的标杆而努力去工作去学习。

方正宇：我最后再总结两个观点。第一，榜单也需要榜单。榜单本身到底有多少权威性、专业性和公信力，实际上也需要排名。这些评级机构也要自我约束，不是说掌握了榜单就掌握了资源，其实榜单价值取决于有没有公开透明，有没有专业化投入，也许榜单自身也需要榜单来对它进行评价。

第二，尽信榜不如无榜。一方面，榜单是个好东西，对于很多事务所来说，是可以参照的目标，可以建立起发愤图强的激励机制。但另一方面，不要过分执着于榜单。某种意义上来说，这只是对于一个已经形成的结果的评价，并不绝对代表未来。业务做得好不好，在推进法治进步的过程中有没有做出贡献，其实还是要靠扎扎实实一笔笔业务做出来的，而不是仅仅靠榜单上几个数字的起伏。所以我们可以去关注榜单，但是不要被榜单“套牢”。

今天非常感谢几位嘉宾来共同探讨这个话题，也希望通过这样一个话题的讨论，对于整个上海乃至全国律师业的评价机制产生启示，谢谢。

（本文内容根据录音整理，系嘉宾个人观点）

从阿里“月饼门”论劳动者的忠诚义务

文 | 王蓓

阿里几盒月饼引发的血案，发酵数日依然余音未消。“月饼门”中，同情被开除员工的群众更多，刷了个月饼（事后还紧急向上沟通了）就闪电般被开了——这到底是怎么了？标准都是给谁定的？

无独有偶，作者想起了前几年看到的另一个“小题大做”的真实案例。公交车售票员将已出售的6元车票再次售给了下一乘客，这一重复售票的行为被公交公司稽查员暗访时查获。随后，公交公司除作出扣款100倍的决定外，还同时解除与售票员的劳动合同。售票员对此表示强烈的不服，认为当时上车乘客过多且忙碌一天才无心失误将车票重复出售，且票款总额才6元，不构成对公交公司的重大损害。后来官司从仲裁一路打到二审，所有的判决结果都无例外地支持了公交公司的做法。上述裁决及判决均认为，售票员工作岗位的性质决定了公交公司解除其劳动合同的正当性，售票员负责保管公司的票款收入，应对公司承担更高程度的注意和忠实义务。特别是其代收票款的行为多发生在公共汽车行进过程中，很难被公交公司实时监管，故其特定的职权要求其在车票款代收事项上不能有任何的过错，因此本起纠纷中的一次过错也足以构成解除劳动合同的理由。

从上述两个案例来看，尽管法律没有明确规定，但司法实务中法官们常常引用劳动合同法中的“劳动者应当遵守劳动纪律和职业道德”之条款其实是劳动者忠诚义务的体现，劳动者忠诚义务对劳动合同的履行有着重大影响。自《劳动合同法》于2008年施行以来，对劳动者权利的保护力度有了很大程度提升，相对于劳动者，用人单位承担了更多合同义务，体现了《劳动合同法》对劳动者倾斜保护的立法目的。但我们也应该清醒地认识到，和谐劳动关系应构建在依法维护劳动者和用人单位双方合法权益的基础之上。在用人单位承担支付合理薪酬等义务的同时，劳动者亦应对用人单位履行

的以注意、保密、服从、增进利益等为主要内容的各项作为义务和不作为义务。忠诚意味着把劳动者把用人单位的利益放在个人利益至上，承认用人单位享有排他权，避免个人利益与用人单位利益相冲突，并以不伤害用人单位利益的方式行事。换句话说，劳动者不能损害用人单位的利益。

每个员工都不喜欢过多的约束，因此就月饼门事件，认为阿里上纲上线，同情涉案员工的声音占评论主流，但和谐劳动关系应构建在依法维护劳动者和用人单位双方合法权益的基础之上。从公司角度出发，劳动者与雇主之间的相互信任是劳动关系融洽和顺畅的基础。因此，阿里的内部信强调因为“阿里是一家把权力真正下放到每个普通小二手里的公司，下放权力的基础就是组织和员工之间的本能的信任。只有一个建立在信任基础上的团队才能走得长远，打得起硬仗”。涉案员工作为安全部门的技术人员，利用自己的技术优势绕开验证码的输入，笔者也相信他们并非为了多占几盒月饼，问题不是出在人品和价值观上，但他们对规则约束和程序公正没有足够的尊重，导致了缺少人情味的处理结果也是必然的。



王蓓

上海市海华永泰律师事务所
律师、市律协劳动法业务研究委员会委员。

业务方向为劳动法、公司法律事务。

浅析内地仲裁裁决在香港的执行

——从拒绝强制执行的案件出发（上）

文 | 麦业成

【摘要】中国大陆和香港采用不同的法律制度，但在仲裁裁决的相互执行上有特殊的安排。本文尝试用香港案例，结合法律规定及现有案件，简单探讨内地仲裁裁决在何种法定情况下可能被香港法院拒绝执行，并指出相应的风险，为执行申请人提供相应的建议。

【关键词】内地裁决 拒绝强制执行

一、相关法律原则

香港回归之前，中国和香港地区作为《纽约公约》的独立缔约方，内地裁决可以作为公约裁决在香港执行。1997年7月1日，香港回归后，《纽约公约》不再适用于两地，两地仲裁裁决执行受到一定阻碍，1998年香港高等法院审理的五丰行公司案体现了该困境。该案中，原告主张依据当时《仲裁条例》2GG条以“本地裁决”的简易程序申请执行内地裁决，被高等法院拒绝。法院裁定，在申请执行时该裁决在性质上既不属于公约裁决，也不属于香港本地裁决，因此无法在香港强制执行。

为了解决这一问题，根据《基本法》第95条的规定，中华人民共和国最高人民法院与香港特别行政区政府在1999年签订了《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》（以下简称《安排》）。这一区际司法互助协议明确规定了内地裁决可以在香港高等法院申请执行。在拒绝执行仲裁裁决的问题上，《安



麦业成

毕业于伦敦政治和经济法律学院(LSE)，获颁法律硕士。麦业成大律师于2002年获委任香港特区区域法院特委法官、香港大律师公会荣誉秘书和司库，现任香港大律师公会大中华事务常委会主席。

专注于民商和土地诉讼。

排》第7条参照《纽约公约》第5条予以了规定，列举了拒绝强制执行的情况。

随后，香港在2000年修订了香港法律第341章《仲裁条例》，新加入第IIIA部分，其中包括了拒绝强制执

行的条款。第40E条指出,除了法例指定例外情况以外,不得拒绝强制执行内地裁决。2011年,香港订立了新的香港法律第609章《仲裁条例》,废除了第341章《仲裁条例》,其中拒绝强制执行的法定情况沿用了原先的条例。

除明文法律规定外,香港法院通过判例也形成了一系列处理仲裁裁决的基本原则。在KB v. S and others一案中,法官对上述原则进行了总结,例如:法院的主要目标是为仲裁程序提供方便和协助执行裁决。仲裁裁决的执行基本上属于事务性程序,法院应当尽可能机械化地处理。除非反对方的抗辩确有理据,否则法院会执行仲裁裁决。从上述法律规定及判例原则可以看出,香港法院可以执行或拒绝执行仲裁裁决,但不可以把仲裁裁决发回仲裁庭重新审议。香港法院原则上应当允许执行内地仲裁裁决,只有在法定条件满足的情况下才可能拒绝强制执行。

二、相关案例

新旧两版《仲裁条例》中均规定了拒绝强制执行的法定情况,下面通过一些案例,分析香港法院对这些情况的理解和适用。

1. 内地裁决的认定

2000年《仲裁条例》第2条对“内地裁决”的释义进行了明确规定,并为新版条例所沿用。现在看看在实践中因涉案裁决不符合该定义而被香港法院拒绝强制执行的案例。

在深圳市开隆投资开发有限公司案中,原告于2000年在香港提出执行申请,并在次年取得单方面命令,获准强制执行。被告的抗辩理由之一是:涉案之裁决是在内地《仲裁法》实施之前作出的,故并非“按照”该《仲裁法》做出,因而不符合《仲裁条例》对“内地裁决”的定义。

此外,假若内地法院的执行程序还没有完成或结束,仍未能计算究竟从该整个程序中可获得多少金钱以满足裁决付款的责任,裁决得直人(原告)不能在港同时申请强制执行裁决。

基于以上原因,香港法院撤销了应单方面申请做出强制执行的命令。

本文下一部分继续分析案例,并给出实务性建议。

1.《承认和执行外国仲裁裁决公约》

2.Ng Fung Hong Ltd v ABC [1998] 1 HKLRD 155

3.原文为“由仲裁庭在仲裁程序中或就仲裁程序所作出或发出的裁决、命令或指示,可犹如具有相同效力的法院判决、命令或指示般以相同的方式强制执行,但只有在得到法院或法官的许可下方可如此强制执行。如法院或法官给予该许可,则可按该裁决、命令或指示而作出判决。”

4.KB v S and others, HHCT 13/2015.

5.Re PetroChina International (Hong Kong) Corp Ltd [2011] 4HKLRD 604. – “Enforcement of arbitral awards should be “almost a matter of administrative procedure” and the courts should be “as mechanistic as possible” .

6.Grand Pacific Holdings Ltd v Pacific China Holdings Ltd [2012] 4 HKLRD 1 (CA). – “The courts are prepared to enforce awards except where complaints of substance can be made good.” .

7.第341章《仲裁条例》第2条(旧),与第609章《仲裁条例》第2条释义相同:“内地裁决”指由认可内地仲裁当局按照《中华人民共和国仲裁法》在内地作出的仲裁裁决。

8.Shenzhen Kai Loong Investment & Development Co Ltd v CEC Electrical Manufacturing (International) Co Ltd [2003] 3 HKLRD 774.

赋予第三方垫付破产企业劳动债权 而享有优先受偿权之价值判断

以最高人民法院确立相关垫付款债权按照职工债权优先受偿制度安排为视角

文 | 夏玲

破产企业往往在其申请破产或被申请破产前,就已经拉开了劳资双方争端的序幕,起因不外乎欠薪、欠缴社保费用等。如果职工人数众多,则极有可能发生群体性事件,进而引起社会不稳定。然而,企业之所以会面临破产,其资不抵债是不言而喻的,所以如果不借助外部力量的话,根本不可能自行解决。那么,面临此种境地的企业,如何吸引第三方为其垫付劳动债权呢?2009年6月15日最高人民法院在法发[2009]36号《最高人民法院关于正确审理企业破产案件为维护市场经济秩序提供司法保障若干问题的意见》(以下简称《意见》)中提出“对于职工欠薪和就业问题突出、债权人矛盾激化、债务人弃企逃债等敏感类破产案件,要及时向当地党委汇报,争取政府的支持。在政府协调下,加强与相关部门的沟通、配合,及时采取有力措施,积极疏导并化解各种矛盾纠纷,避免哄抢企业财产、职工集体上访的情况发生,将不稳定因素消除在萌芽状态。有条件的地方,可通过政府设立的维稳基金或鼓励第三方垫款等方式,优先解决破产企业职工的安置问题,政府或第三方就劳动债权的垫款,可以在破产程序中按照职工债权的受偿顺序优先获得清偿。”从该《意见》中不难看出,鼓励第三方垫款的措施重点就在于允许垫付债权在破产程序中按照职工债权的受偿顺序优先获得清偿。

我们知道，在破产程序中，破产债权能否得到清偿及得到多大比例的清偿，取决于其所拥有的破产债权所处的分配顺序。因此，破产顺序中债权如何界定十分重要。我国《企业破产法》第113条第1款规定：“破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，依照下列顺序清偿：（一）破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；（二）破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款；（三）普通破产债权。”从该款规定的立法本意理解，我国现行破产债权的体系根据清偿顺序的不同可分为普通破产债权和特殊破产债权。法律未明文规定优先受偿顺序的破产债权均是普通破产债权。特殊破产债权是具有受偿顺位优先权的债权，特殊破产债权需有法律明文规定。

那么政府或第三方垫付破产企业劳动债权而形成的债权是否属于特殊破产债权呢？笔者尝试从债权的法律性质、优先受偿制度安排的背景及现实意义、审判实践尚存在的问题及建议等方面进行探讨，以期兼顾破产债权人及债务人整体利益，达到破产程序能够平稳、有序进行的目的。鉴于政府垫付情形下垫付主体及其职能的特殊性质，故本文仅就第三方作为垫付主体时的情形进行探讨。

一、第三方就劳动债权的垫款之债权法律性质

“垫款”全称为“垫付款项”，根据文义解释，一般系第三方为债务人向债权人代为履行付款义务的行为。虽然“垫付”并非法律概念，但垫付行为却常常在多种法律关系中以履行方式出现。常见的“垫付”情形：1. 第三方基于债务人的委托而作出垫付行为。我国《合同法》第六十五条规定：“当事人约定由第三人向债权人履行债务，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任。”这里规定的是由第三人履行的合同，第三人不是合同当事人，第三人只负担向债权人履行，不承担合同责任。第三人同意履行后又反悔，或者债务人事后征询第三人意见，第三人不同意向债权人履行的，或者第三人向债权人瑕疵履行的，违约责任均由债务人承担。¹因此，第三方与债务人之间成立委托合同关系，第三方垫付债权的性质为约定之债，垫付后应按照委托合同的约定处理。2. 第三方基于法定义务而作出垫付行为。我国《侵权责任法》第五十三条规定：“机动车驾驶人发生交通事故后逃逸，该机动车参加强制保险的，由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿；机动车不明或者该机动车未参加强制保险，需要支付被侵权人人身伤亡的抢救、丧葬等费用的，由道路交通事故社会救助基金垫付。道

路交通事故社会救助基金垫付后，其管理机构有权向交通事故责任人追偿。”此时，第三方垫付是基于法定之债，其与债务人之间的法律关系取决于法律的规定。3. 第三方出于为债务人利益考虑而主动作出垫付行为。我国《民法通则》第九十三条规定：“没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。”此种情况也就是法律上所称的“无因管理”，第三方垫付债权则按照无因管理的规定处理。

那么第三方就劳动债权的垫款是否属于上述情形的垫付呢？笔者发现，审判实践中第三方就劳动债权而进行垫款发生原因比较复杂，不能简单地归类于上述任何一种垫付情形。比如：有的破产企业股东或上级主管部门主动拿出资金或安排集团内部其他企业垫付职工工资；有的破产企业经营者以企业名义请求第三方垫付职工工资及安置费，并由企业出具欠条；有的是当地政府以维稳基金或牵头第三方对破产企业劳动债权予以垫款。上述几种情况中虽然都是第三方对劳动债权进行了垫付，但发生原因却不尽相同，因此第三方对劳动债权进行垫付的债权性质既有可能是约定之债，也有可能是法定之债。

1. 胡康生：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社1999年版，第114页。

二、最高人民法院确立相关垫付款债权按照职工债权优先受偿制度安排的背景和现实意义

由于我国《企业破产法》第 113 条第 1 款已经明确破产债权受偿顺序，因此破产债权性质不同将可能导致债权清偿命运有天壤之别。那在法律无明文规定的情况下，最高人民法院出台《意见》作出“政府或第三方就劳动债权的垫款，可以在破产程序中按照职工债权的受偿顺序优先获得清偿”制度安排，应该如何理解呢？

（一）职工债权优先保障制度的发展与我国社会保障制度不匹配导致职工优先权难以实现。

企业破产导致职工失业，通常会引发更深层次的社会问题。如何保障职工债权的优先清偿，是各国在破产法实施中必然遇到的问题。20 世纪 90 年代后，国际上对破产企业职工权益的保护呈现日益强化的趋势，这深刻影响了各国的破产立法，纷纷在破产法中对职工债权的优先清偿权进行了完善规定。但从西方发达国家近年的立法情况看，破产法中职工债权优先权有被其他制度取代的趋势。在 1994 年修订后的《英国破产法》、1997 年《瑞士联邦债务执行与破产法》、2004 年瑞典《优先权法》、2005 年美国《破产法》中，职工债权均后于担保债权受偿，1994 年修订的德国《破产法》中甚至取消了职工债权优先权，对职工债权的优先保护开始更多地依赖于社会保障等立法与制度。所以从长远来看，职工债权优先权是一项可以被替代的制度，前提是具有强大的国力和完善的社会保障体系，使职工债权优先权的生存保障基本功能为社会保障制度代替。² 公司职工工资的优先权在我国是一个非常突出的问题，原因就在于我国没有能够建立一整套、覆盖全部就业人口的社会保障体系。³ 而现阶段我国社会保障体系还不完善的情况下，破产程序中破产企业职工权益的保护问题显得尤为突出。2006 年 8 月 27 日我国颁布的《企业破产法》虽然确定了破产债权的清偿顺序，但在立法过程中，对债权清偿的先后顺位，还是发生了很大争议。在职工债权的保障上，立法中有两种意见，争议的焦点主要在于职工债权与担保债权何者清偿顺位应更为优先。最终，经过反复



协调，《企业破产法》第 113 条规定，职工债权作为破产财产分配的第一顺序债权，其第 132 条又规定：“本法施行后，破产人在本法公布之日前所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金，依照本法第 113 条的规定清偿后不足以清偿的部分，以本法第 109 条规定的特定财产优先于对该特定财产享有担保权的权利人受偿。”这一规定对职工债权就担保物的优先清偿采取新老划断的做法，破产法公布前形成的职工债权优先于担保债权，公布之后新形成的职工债权则不具有优先性，这是对双方利益平衡和妥协的结果。因此《企业破产法》公布以后，劳动债权由于劣后于担保债权受偿而充满了更多的不确定性。

（二）国际金融危机的不断发展和蔓延，国内许多企业因资金链断裂而破产，群体性、突发性事件增加，影响社会稳定。

2007 年起，美国次贷危机迅速波及全球金融市场。在全球金融危机的影响下，中国的经济出现了增速放缓的现象，经济的发展也面临着严峻的挑战。特别是珠三角众多加工贸易型的中小企业，由于欧美消费能力急剧

2.王新欣，杨涛：《破产企业职工债权保障制度研究》，《法治研究》2013年第1期，第23页。

3.杨忠孝：《破产法上的利益平衡问题研究》，北京大学出版社2008年版，第133页。

萎缩,很多中小企业订单锐减,现金流紧张,但向银行贷款困难,不少企业主不得不通过借高利贷、变卖房产等方式“过冬”,更有些企业主则选择“跑路”,弃企业职工及债权人于不顾。有的甚至造成职工哄抢企业财产、职工集体上访等情况,造成的影响非常恶劣,成为了社会不稳定的因素。

(三)《意见》确立第三方垫付劳动债权后享有优先受偿的权利的制度在我国现阶段甚至将来很长一段时间内都存在现实意义。

我国《企业破产法》颁行之后,我国相关的社会保障制度仍然很不健全,职工工资保障基金等类似机制未能建立,职工债权的保障在中国目前的经济与社会环境下依然存在许多需要解决的难题。此外,《意见》虽然是在当时国际金融危机波及我国经济发展的背景下出台的,但国际金融危机过后,我国经济仍然面临着巨大的考验。由于中国很多企业缺乏创造力,产能过剩,全球竞争加速了对企业间的优胜劣汰,特别是这几年全球经济不景气,互联网的高速发展,对很多没有转型的传统企业来说,是一场生死之变。2011年温州制造企业的资金链断裂及2012年钢贸企业的信贷危机都引起了大规模的企业破产,破产企业职工维稳问题特别突出。现阶段我国经济正在转型阶段,供应侧结构性改革的趋势下会有更多的企业被淘汰出局,因此如何妥善处理职工债权,维护社会稳定的问题还会在很长时间内是我国破产案件中非常重要和关键的问题。因此,赋予第三方垫付破产企业劳动债权而享有优先受偿权无疑是具有现实意义的。

三、审判实践中对第三方垫付劳动债权性质的认定差异及存在的问题

正如前文所述,由于第三方垫付劳动债权的发生原因不同,垫付债权性质有时是约定之债,有时是法定之债,再加之破产企业性质、垫付主体等等因素,审判实践中管理人及法院对第三方垫付劳动债权认定的标准、掌握的尺度也存在较大差异,导致执法不统一:1.对垫付主体审查标准的差异。有的管理人及法院对破产企业及垫付主体均是国有企业的情况下审查的标准比较宽松,而对一般的民营企业,相对审查比较严格,会从垫付主体与破产企业的关联性、主观动机等方面进行审查。2.对垫付形式要求的差异。由于破产企业财务凭证中往往会将第三方垫付劳动债权的款项记载为“借款”,有的管理

人或法院会根据款项的实际用途来认定是否为垫付职工债权,但有的则直接认定为借款。有的管理人甚至要求垫付的形式必须是由第三方不通过破产企业,直接将钱款交付到职工手中或账户中,事实上此种情形是很难做到的,现实中也非常少见。3.对垫付时间节点认定的差异。《意见》中虽然是提出破产案件中鼓励第三人垫付劳动债权,但审判实践有的管理人及法院对于破产案件受理前发生的就劳动债权的垫付债权予以了确认,而有的管理人及法院则不予确认。

综上,笔者认为,在我国现阶段破产案件增长迅速,维护社会稳定形势严峻的情形下,如果能够吸引第三方来解决劳动债权这个破产程序中突出问题,将有利于破产程序平稳、有序地开展,最大限度地维护全体债权人的利益,是非常有价值的。建议管理人及法院在审查关于劳动债权的垫付债权时,能够综合考虑该垫付债权的发生原因、发生时间,垫付形式的合理性,并通过多种途径核实垫付款项的实际用途,不要简单、教条地仅进行形式上的审查。也不能因为垫付主体不同而区别对待,否则不利于提高第三方的积极性,也不利于破产案件的顺利进行。如果有可能的话,建议最高人民法院出台相关的实施细则或详细的认定标准,供管理人和法院在审判实践中予以参考适用。



夏玲

上海邦信阳中建中汇律师事务所律师,市律协破产清算业务研究委员会委员。业务方向为破产清算、公司法、合同法。

论“放弃违约金调整权”的条款效力及违约金调整若干问题

文 | 杨培明 张亦文

违约金，系指违约方根据违约情况向守约方支付的一定金额的价款，该价款可在合同中加以约定。根据意思自治的原则，法院应根据合同约定认定违约金金额，但《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第114条第2款设计的“违约金调整制度”却凌驾于缔约方的意思自治，赋予了法院在审理案件时根据守约方的实际损失调整违约金金额的自由裁量权。在笔者多年律师执业经历中，如何正确适用违约金调整制度在案件中为客户维护其在合同履行过程中的应有利益，既是最基础的技能，亦是最困难的课题之一。

笔者认为，之所以在实务中违约金调整条款的适用往往引起诸多争议，主要原因在于《合同法》及其相关司法解释对于违约金调整制度的规定过分概括，难以应对实践中个案情况之多样性和复杂性，法院在调整违约金时有极大的自由裁量权，导致各法院在司法实践中做法各异，损害了法律的可预测性，不利于各方当事人保障自身的合法权益。笔者将结合真实案件就违约金调整制度提出如下疑问和分析。

一、约定放弃违约金调整请求权是否有效

一般而言，大部分强势企业都倾向于在交易合同中约定高额的违约金赔偿条款，然而约定的高额违约金往往因为最终无法举证实际损失而被法院下调。为了“避免”这种情况，强势方可能会在缔约时要求增加“双方同意在未来可能的诉讼或仲裁中放弃违约金调整请求”的条款，以期通过合同意思自治排除违约金调整制度的适用，此类合同条款在实践中大量存在。对于上述条款的效力，据笔者所知，各地法院的态度存在明显分歧。

肯定说认为，违约金调整请求权系合同缔约方的民事权利，属于实体民事权利，可由权利人自行处分。如浙江省高级人民法院民二庭《关于商事审判若干疑难问题的理解(2011)意见征求意见稿》第29条认为，“违约金的调整属于实体民事权利范畴，民事权利由权利人自行处分。”部分人民法院也依此作出判决，不再对违约金作出调整。

否定说中最具代表性的是最高人民法院中国应用法学研究所的朱新林教授的观点。朱教授认为，违约金调整请求权是请求司法保护的权利，本质上是当事人的诉权，诉权是一种程序性权利，是国家赋予当事人的一种维护自身民事权益的手段，系属公法领域，因此当事人不能通过约定放弃该等权利。并且违约金调整的司法介入蕴含了“契约自由”与“契约正义”相结合的公共政策，不能作为当事人的缔约内容予以放弃。

笔者认为，否定说更加符合现有法律框架，亦更加有利于市场秩序和交易公平。判断该类条款的效力，核心在于厘清放弃调整违约金请求权的性质，对此笔者倾向于认为其属于程序性的诉权，而非民事主体间的私权。就调整违约金请求权的权利基础来看，该等权利并非产生于交易各方的事先合意，而是《合同法》赋予交易各方的法定权利，不应因各方合意而消灭。就被请求的对象来看，放弃调整违约金请求权是当事人向法院提出的请求，是当事人和法院之间的关系，而非当事人之间的关系，仅凭当事人之间的合意不应将其排除。因此，笔者认为就权利性质来看，调整违约金请求权属于程序性的诉权，而非民事主体间的实体权利。部分人民法院亦据此判决放弃违约金调整的条款无效。

其次，笔者认为《合同法》第52条第4项规定，损害社会公共利益，合同无效，放弃违约金调整请求权条

款恰落入其范围之内。最高人民法院曾在多个场合就《合同法》第114条的立法目的表态，即《合同法》第114条规定的违约金系以赔偿非违约方的损失为主要功能，而非旨在严厉惩罚违约方，因此法院应合理调整裁量幅度，切实防止以意思自治为由而完全放任当事人约定过高的违约金。由此可见，《合同法》第114条第2款从立法之初，就是为了防止意思自治原则之滥用，消除“契约自由”所带来的不公正后果、维护“契约正义”，是司法介入以平衡“契约正义”和“契约自由”的公共政策。如果《合同法》第114条第2款的适用可以因意思自治而被排除，显然与其立法之目的背道而驰。从社会效果来看，违约金调整制度与违约金“补偿为主，惩罚为辅”的市场交易原则密不可分，系公平正义原则之体现。如果任由交易强势一方“强迫”弱势一方签订放弃调整违约金的条款，势必导致交易各方利益失衡，破坏现有交易秩序，最终损害社会公共利益，因此笔者认为放弃违约金调整权的条款应适用《合同法》第52条第4项认定无效。该等法律适用虽未在人民法院判决中被明确采纳，但部分人民法院在判决中明确亦指出该等约定因违背了法律赋予当事人申请调整违约金权利的目的，而被认定为无效的约定。

综上，笔者认为在合同中约定放弃调整违约金的权利应被认定为无效的约定，对交易各方不产生约束力，当事人仍可在诉讼中提出调整违约金的申请，由人民法院根据相关法律对违约金金额加以认定。

二、责任限额条款是否违反违约金调整制度

与放弃调整违约金请求的约定相对的，为避免合同违约赔偿金过高，交易各方可能在合同中约定与合同相关的所有违约赔偿不超过某个限额，该限额往往是一个具体的金额，或者是以合同标的为基准的某个比例。但是，实践中此等事先约定的限额与合同履行中发生的实际损失难免出现较大差异，即守约方遭受的实际损失可能远远超过合同约定的责任限额。此时，守约方从自身利益出发，往往会要求法院适用《合同法》第114条第2款根据实际损失调整违约金，进而突破双方约定的责任限额。但据笔者了解，除适用《合同法》第53条的特殊情形外，法院在司法实践中一般不会采纳上述观点。

在笔者了解到的案例中，大部分法院认为违约金最高限额的约定并不违反法律、行政法规的强制性规定，也未排除当事人各方的主要合同权利，系双方根据自身的合同利益和可预见的风险而达成的合意，并不违反公平原则，应当作为适用违约责任的合同依据。

但实践中亦有观点认为，限额免责条款使得守约方在实际损失远大于约定的违约金时无法根据《合同法》第114条第2款得到救济，因此和放弃违约金调整条款一样，其实质是为了排除《合同法》第114条第2款的违约金调整请求权，两者均帮助强势方利用优势地位在交易中转移风险，因此限额免责条款应该也属于无效的条款。

笔者认为，不宜对责任限额条款的效力简单地作出这种类比。根据全国人大常委会法制工作委员会编写的《中华人民共和国合同法释义》对《合同法》第53条所作的法条释义，责任限额条款属于该条规定的免责条款，该释义同时认为免责条款具有可约定性，当事人可以依据意思自治的原则在合同中约定免责的内容或者范围，比如“限制赔偿数额”。因此，对于责任限额的约定在不出《合同法》第53条的限制范围内原则上是有效的，即不排除人身性的固有损害赔偿和因故意和重大过失而引起的财产损害赔偿的限额免责条款是有效的约定。因此，笔者认为至少在《合同法》现有的立法层面对于限额免责条款是持肯定态度的。

同时，笔者认为限额免责条款与放弃调整违约金条款在本质上是不同的，不宜采取相同的态度，直接认定其无效。放弃调整违约金条款旨在排除司法介入，完全排除了交易各方的法定权利，否定的是违约金调整制度本身。但是，限额免责条款本身并不否定违约金调整，在限额范围内交易各方仍然可以根据《合同法》第114条第2款对于违约金进行调整，该等约定并不损害交易公平的社会公共利益，亦没有排除当事人的合法权利。因此，即使在某些特殊情况下，限额免责条款可能与放弃调整违约金条款达成部分相同的效果，但是将两者直接等同而否定限额免责条款之效力未免有所偏颇。

三、违约金调整的举证责任分配

调整违约金的请求能否得到法院支持，在实践中往往存在较大的不确定性。笔者认为，最主要的原因便在于法

律没有对“实际损失”的举证责任作出明确分配，导致各地法院在分配举证责任时存在极大的自由裁量空间。

有学者认为，根据“谁主张谁举证”的原则，应由主张调整违约金的一方对实际损失是否远低或远高于违约金予以举证。但从审判实践来看，由于请求调整违约金和实际遭受损失的一方在案件中一般是对立的，要求请求调整的一方就对方遭受的损失进行举证是极为困难的，加之法院一贯重视书证的态度，要求调整请求方提供对方经营状况、合同履行情况的相关凭证更是难上加难。

根据《关于民事诉讼证据的若干规定》第七条的规定，“在法律没有具体规定，依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担”。因此，考虑调整请求方在举证时的弱势地位，人民法院应对各方的举证责任进行重新分配。最高人民法院在《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第8条中亦对此作出肯定：“人民法院要正确确定举证责任，违约方对于违约金约定过高的主张承担举证责任，非违约方主张违约金约定合理的，亦应提供相应的证据。”但是，上述规定仍未对举证责任之分配作出明确规定，无法在实践中就举证责任分配进行统一。

根据笔者的经验，各地法院在实践中要求违约或守约一方承担全部举证责任，并因其未举证而直接作出对其不利的认定的情况已不多见。法院一般采取“举证责任转移”的原则分配举证责任，即调整请求方应首先向法院提供足以使法官对约定违约金的公平性产生合理怀疑的证据，随后证明责任发生转移，由遭受实际损失的守约方承担其主张的约定违约金数额合理的举证责任。该等原则在多地高级法院的判决中均有体现，是目前司法实践中法院最常采取的态度。

据笔者了解，常见的可能引起法院“合理怀疑”的举证包括就实际损失向法院提供具有官方性质的参考价，以证明合同约定的违约金明显过高，如在迟延交付房屋的案件中提供官方的房屋租金参考价以质疑违约金的公平性。相对地，如果该证据不具有官方性，或不够权威，法院很可能就会质疑其说服力，最后认定未完成举证责任。

即便如此，“合理怀疑”的标准在司法实践中如何掌

握十分模糊，法院有极大的自由裁量权。司法实践中，法院仍然很难平衡双方的举证能力，作出合法、合理的分配。最突出的情况是，当调整请求方主张对方没有实际履行合同，因而没有损失或损失极小时，即使仅要求调整请求方对此等消极事实承担举证引起“合理怀疑”的举证责任仍是极为困难的。因为，就举证而言某一事实的“存在”总会留有相应的过程及其痕迹，而“不存在”则难以通过显性的方式加以证明，如要求证明与其对立的一方“不存在”履行行为就更加难上加难了。对于合同标的是某些的特殊商品或服务，调整请求方或许能够从履约资质或履约能力方面入手，举出一些证据引起法院的“怀疑”（最终是否达到“合理怀疑”的程度仍取决于法院的态度）。但如果合同标的仅为普通商品或服务时，即使法院将其证明标准降低到“合理怀疑”，违约金调整方要想举证，尤其是举出书证证据以证明对方没有履行合同，仍是困难重重。

笔者认为，上述没有履行合同却向违约方主张远超其实际损失的高额违约金的情形恰是最需要违约金调整制度介入，以平衡“契约自由”与“契约正义”的情形，但“举证责任转移”原则尚不足以平衡各方的举证能力，最高人民法院仍需出台更加具体的规则，就此类极端情况加以明确，以完善违约金调整制度的举证责任分配。

根据笔者的经验，违约金调整的案件中，消极事实的举证之所以困难，其症结在于主张“不存在”某一事实的一方非该等事实相关证据的持有者，没有能力对该等事实作出举证，而有能力反向证明该等事实“存在”的一方却无需或在案件之初无需承担举证责任，最终导致双方僵持不下。笔者认为，《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112条为上述困境提供了可能的解决途径，即由承担举证证明责任的当事人申请法院责令对方当事人提交由其控制的可以证明“合同履行”存在与否的书证。如此，可在不转移举证责任的情况下，查明合同的具体履行状况和实际损失的大小，以便对违约金作出调整。可见，如果法院在这类案件中，发挥更强的主观能动性，更主动地行使其司法职权，尤其是调查取证的权利，以裁判者的身份更主动地查明案件事实，而非机械地分配举证责任，便能更准确地认定实际损失，以实现违约金调整制度应有的立法目的。



杨培明

上海市通力律师事务所律师，市律协维护律师执业权益委员会委员，市律协商事争议业务研究委员会副主任。业务方向为投资、金融等商事领域的争议解决。



张亦文

上海市通力律师事务所实习律师。

总结:

为实现“补偿为主，惩罚为辅”的违约损害赔偿原则，《合同法》第114条设立了违约金调整制度，以平衡“契约自由”和“契约正义”，以免交易中强势方约定过高或过低的违约金，损害公平正义的基本原则。无论是合同条款效力或是程序性举证责任分配均不宜脱离此立法目的。

我国程序化交易的法律构建

文 | 刘春彦 荣金良

我国对于程序化交易关注初始于光大证券“8·16事件”，2015年股票市场波动期间，市场各界对于程序化交易及其高级形态、升级版的高频交易作用产生了争议，伊斯顿案件亦引起监管机关高度关注。

一、程序化交易的含义、特征及认定标准

（一）程序化交易的含义

1. 程序化交易的起源

利用信息差进行交易可以追溯到17世纪罗斯柴尔德家族利用信鸽中传递消息，借此在不同的国家进行交易。有人称程序化交易始于此。程序化交易的本质上是信息技术在证券期货交易模式上的一种创新，是交易技术发展与市场竞争的必然结果，是一种基于技术的提高效率的中性交易工具。一方面是与美国金融市场基础制度变革交织的产物，另一方面，金融市场发展反过来要求进行金融市场基础制度变革，规范技术在金融市场的运用。

2. 程序化交易、高频交易的含义及认定标准

（1）程序化交易的含义

程序化交易是指利用计算机自动化系统，进行交易决策和执行的一系列交易策略的统称，其将人类的交易逻辑，利用计算机软件转换成买卖讯号的一种交易方式。

（2）高频交易含义及认定标准

程序化交易按交易频率可以简单分为高频和低频两个领域。高频交易指的是通过电脑程序或数学模型，实现实时的、自动的、不需人为干预的交易买入与卖出的交易技术。传统的交易模式分为基本面模式和技术模式，而高频交易无法简单地归入其中任何一类。“如果说传统的交易技术关注的是水面上的波涛汹涌，那么高频交易关注的则是水面下的丝丝涟漪”。

证券委员会国际组织（IOSCO）技术委员会在2011年10月份一个报告中指出“定义高频交易是很困难的，还没有一个大家公认的定义”。但是一些国家监管机构及

国际组织仍进行了尝试。

2011年美国商品期货交易委员会（CFTC）下属的技术顾问委员会主席 Scott D O'Malia 归纳了高频交易的七条特征：（1）使用超高速的交易指令提交 / 取消 / 修改系统；（2）使用计算机程序或算法来自动化决策下单；（3）通过主机托管、直接市场进入等方式，最大限度减少网络和其他类型的延迟；（4）在极短的时间内建仓并平仓；（5）每日高成交额以及（或）当日高比例盘中交易；（6）在大量下单后立即或在提交后毫秒内取消订单；（7）在交易日结束前尽可能平仓（不保留仓位过夜）。2013年9月CFTC发布《关于自动交易环境下风险控制与系统安全的概念》对高频交易的定义是：“由专业交易者使用，在日内交易多次的交易策略。高频交易商利用数量化方法和算法系统，快速获取、处理交易指令信息并生成和发送交易指令，在短时间内多次买入卖出，以获得利润。”CFTC认为，高频交易的主要特征包括由机器作出投资决策、充分利用低延迟技术、与交易系统高速连接、高信息率等。2015年CFTC发布的《自动化交易监管规则提案》（简称Reg. AT提案。CFTC开始采用“Automated Trading”，即自动化交易）将自动化交易的定义为（1）一个或多个计算机程序决定是否发出、修改、取消订单，或者对订单作出以下决定（包括但不限于）：交易的产品、交易的市场、订单类型、订单发出的时间、是否发出订单、订单的发出顺序、订单的价格、订单的数量、订单拆细、订单提交后的管理等；（2）这些订单的修改或取消都是由电子化方式完成的；如果订单的修改或取消过程中都是由自然人手工决定，计算机程序不能参与的话即不能视为自动化交易。

2011年,IOSCO经过征询各方意见后,给出了识别高频交易的六个特征:一是高频交易会用到复杂的技术手段,会使用从做市到套利等多种交易策略;二是高频交易是一种高级的数量工具,会在市场数据分析、选择交易策略、最小化交易成本、执行交易等整个投资过程中用到算法;三是日内交易频繁,与最终成交的订单相比,大部分订单都会取消;四是隔夜头寸数量很低甚至没有隔夜头寸,以便于规避隔夜风险、降低占用的保证金,即使是日内头寸持有时间也不超过几秒钟甚至不到一秒钟;五是使用高频交易的多数是自营交易商;六是高频交易对交易速度要求较高,都会利用直连(Direct Electronic Access)或邻近服务(Co-location)。IOSCO还指出,高频交易公司利用微小价格变动进行频繁交易获益。交易执行速度与投资组合周转率是高频交易区别于其他算法交易的主要特征。

已被欧洲证券及市场管理局(ESMA)取代的欧盟证券监管委员会(CESR)将高频交易定义为:是自动化交易的一种形式,并以速度见长。利用复杂的计算机和IT系统,高频交易员以毫秒级的速度执行交易并日内短暂持有仓位,通常高频交易员每日结束后不持有新增仓位。高频交易员以自有资本进行交易而不以客户利益为目的。高频交易有很多策略,但主要是通过超高速交易不同交易平台之间的金融工具来获取利润。

原定于2017年1月而有可能延迟一年生效的欧盟《金融工具市场指令》(MiFID II)中引入了对高频交易的监管规则,将高频交易定义为算法交易的一种,并具备以下特征:(1)利用邻近服务等基础设施降低延迟;(2)订单的发起、生成、执行等都由机器完成,不受人为因素影响;(3)日内高信息率。MiFID II要求ESMA给出高频交易更详细的定义。在ESMA所发布的两篇征询性质的报告中,ESMA给出了两种高频交易识别方法,供交易商自行选择(并给出选择的理由)。在ESMA发布的后续关于高频交易的报告中,ESMA判定高频交易的标准有:(1)根据交易商在监管机构的备案、公司主页上的主营业务、公司所做的宣传等认定是否为高频交易商;(2)如果交易商在特定股票上最快的订单修改和订单取消前10%,速度快于100毫秒的,即被认定为高频交易商。

2013年5月15日开始生效的德国《高频交易法》将程序化、高频交易正式被列入了监管范围。关于该法案的问答(Q&A)中德国联邦金融监管局明确同时符合三个条件的就可被认定为高频算法交易:第一,利用邻近服务

(co-location)、直接市场接入(direct market access)、接近主机(proximity hosting)等方式追求低延迟,允许交易商在1秒钟之内发出多次交易指令。判断交易商是否追求低延迟有两个标准:地理距离与每秒钟能够传输的最大数据量(与交易所主机连接的数据传输速度超过每秒10G)。第二,机器做出订单生成、订单执行等决策,操作不受人为干扰。第三,日内价格信息率高。日内价格信息率是通过将每日的信息加总后,在最近的250个交易日内进行移动平均,得到的日内价格信息率超过7.5万条的被认定为高频交易。

我国证监会《期货交易所业务活动监管工作指引第9号——关于程序化交易的认定及相关监管工作的指导意见》(2010年)中将程序化交易定义为“由计算机事先设定的具有行情分析、风险管理等功能的交易模型,自动下达交易信号或报单指令的交易方式”。证监会《证券期货市场程序化交易管理办法(征求意见稿)》(2015年)第二条称“本办法所称程序化交易是指通过既定程序或特定软件,自动生成或执行交易指令的交易行为”。

2012年时任美国期货业协会(FIA)主席及首席执行官的沃特·卢肯认为“虽然算法或高频类交易已经出现过几次事故,但监管者如果阻止或限制此类高科技运用,那将是严重的错误”。美国高盛集团副董事长麦克·埃文斯则认为“今后一两年高频交易进入中国市场也许是不成熟的、匆忙的,但我相信高频交易迟早会进入中国”。IOSCO技术委员会副主席、西班牙证券交易委员会副主席费尔南多·赫斯托耶认为,并非所有发展阶段的市场目前都适合采用高频交易。对于是否监管高频交易,分歧通常不因为知识而是立场。虽然有各种争议,但国际社会对于加强程序化交易及高频交易的法律规制一直没有停止。

二、境外高频交易的法律规制内容

美国及德国对高频交易的监管概括起来主要有下面几个方面:

一是实行准入制度。根据2015年11月CFTC通过了一项计划,100家高频交易公司将被要求在CFTC注册,分配识别码。根据《高频交易法》,在德国高频交易商必须取得执照。

二是要求高频交易商将策略中具体的算法等信息向监管部门报备。

三是赋予监管者享有信息知情权,美国建立了CATs和MIDAS。德国赋予交易监管机构拥有特殊获取信息的

权利,要求采用程序化交易的机构提供其程序化交易的算法以及所采用的系统的相关信息。这些做法明显能提高监管在市场重建和复杂情况调查、侦查和测试等情况下的实时处理和准确分析能力,从而实现实时监控。

四是美国对巨量交易者分配识别代码。德国对程序化交易设立电子标识。

五是建立高频交易错误应对的机制。美国制定了涨跌停板机制、修改了整个市场的全市场熔断机制和针对某个公司的 Kill Switches 机制,实现了个股—公司—市场全覆盖。

六是对高频交易中的操纵市场进行界定并对操纵行为施加刑事制裁。CFTC 针对 Spoofing, 等高频交易行为发布了《反市场扰乱操作指引》,SEC 针对高频交易发布了市场操纵暂停并终止指令。除了加强监管外,也对与高频交易有关的刑事案件展开调查和处罚。从 2008 年开始 CFTC 就将涉嫌操纵的澳帝桦公司移送给纽约法庭,2012 年后者支付 1400 万美元罚款中止这场诉讼,相关责任人被禁止进入美国大宗商品市场。2010 年《多德—弗兰克法案》明令禁止“幌骗”交易。2015 年美国芝加哥陪审团裁定 Panther Energy Trading LLC 交易公司的一名期货交易员迈克尔·考西亚被指控的 6 起欺诈和 6 起幌骗操纵期货市场的行为全部成立。

《高频交易法》要求建立有效的系统与风险控制机制:(1) 确保交易系统可以承受压力,并拥有足够的容量,并保证其交易系统受合理阈值与上限的限制;(2) 不发生错误传输订单的情况,并且具备有效的运行机制;(3) 交易系统遵循市场运行规则以及交易所运营规则。此外,要求金融机构具备有效的救急措施,以便能应对不可预测的来自交易系统的干扰。

《高频交易法》定义了试图操纵市场的行为:(1) 通过输入或取消大额订单来影响其他市场参与者放慢交易过程,以便达到操纵市场的目的;(2) 通过输入系列订单,用以消除或加强趋势,来鼓励其他市场参与者加速、扩大该趋势,以便有更优惠价格来购买某个头寸;(3) 传输多个在账面上看不到的订单,以求在账面的另一面交易,并在交易结束时删除原订单。监管机构明确表示借助于程序化交易的部分交易参与者,无论他们的交易策略是否是通过程序化交易方法,还是通过高频交易途径,只要其买入与卖出的订单被认为是错误的或是有错误导向的,都被认为是市场操纵者。《高频交易法》还设立了订单—交易比率与最低价格变动交易量,通过确定合适的订单—交

易比率避免交易所交易的违规风险;还为程序化交易设立电子标识;为了确保监管机构能更好监管那些借助程序化方式来交易的金融服务机构;还赋予交易监管机构拥有特殊获取信息的权利,要求采用程序化交易的机构提供其程序化交易的算法以及所采用的系统的相关信息,例如交易策略、交易参数以及交易上限等相关描述材料。

这些制度和措施为监管高频交易奠定了基础,虽然美国还没有制定类似德国的《高频交易法》,但是其制度已经基本完备,这两个国家的做法值得我国借鉴。

三、我国程序化交易及高频交易监管的法律构建

(一) 程序化交易在我国

2015 年前,我国在证券市场和期货市场建立了一些零星对程序化交易具有一定作用的制度,如上交所是我国较早对程序化交易采取较为严格监管措施的市场。《股票期权交易试点规则》对程序化交易报备与监管等进行了明确规定,《证券公司股票期权业务风险控制指南》中进一步明确了期权程序化交易的报备范围及备案机制。《关于加强股票期权程序交易管理的通知》,对期权经营机构的接入管理、风险控制等方面进一步明确了要求。与此同时,上交所加强了对疑似程序化交易行为的核查。中金所的《股指期货交易规则》及《股指期货交易细则》也有相关规定。

我国市场对程序化交易采取监管措施始于 2013 年的光大证券“8·16”事件。证监会于 2013 年 8 月 21 日表示,将对证券公司使用的程序化交易系统的风险隐患进行排查,证券、期货交易所已经开始着手完善业务规则,并在异常交易的认定和监管中关注程序化交易风险。程序化交易及高频交易再次进入公众视野是 2015 年股票市场异常波动,证监会及交易所开始采取了一些列监管措施,核查了部分具有程序化交易特征的机构和个人,对 24 个账户采取了限制交易措施。7 月 31 日证监会公开表态称“程序化交易具有频繁申报等特征,产生助涨助跌作用,特别是在近期股市大幅波动期间对市场的影响更为明显”。10 月 9 日证监会颁布了《证券期货市场程序化交易管理办法(征求意见稿)》(以下简称《办法》),沪深证券交易所、中金所以及上海、大连、郑州三家期货交易所同时发布《程序化交易管理实施细则(征求意见稿)》,从定义到交易过程、费用等方面,对程序化交易进行全方位管理。11 月新华社播发了伊世顿涉嫌操纵案,让“高频交易”、“程序化交易”进入到普通投资者的视野。

程序化交易及高频交易之所以在我国还没有大规模

出现,是因为我国的市场基础设施还存在限制,较高的印花税将使高频交易的成本非常高。但是目前由于股指期货可以实现 T+0 交易,存在用“买入现货拉高指数,然后高位做空期指”的模式进行获利情形。这里面有程序化交易及高频交易的影子。

(二)《办法》的主要内容

由于高频交易是程序化交易的一种,我国是将对高频交易的监管纳入程序化交易监管之中的。《办法》主要内容包括:

一是建立申报核查制度。《办法》规定程序化交易者需要事先进行信息申报,经核查后方可进行程序化交易。证券、期货公司应当遵循“了解你的客户”的原则,严格落实有关规定。

二是加强系统接入管理。《办法》要求程序化交易者审慎开展程序化交易,并对程序化交易系统应当具有的风控功能提出明确要求;要求证券公司、期货公司建立程序化交易接入核查制度,与客户签署接入协议,对程序化交易系统接入进行持续管理;要求证券期货交易所制定相关程序化交易系统接入管理标准,明确风险控制要求。证券业、期货业协会将就程序化交易系统应当具备的风控功能及相关的接入管理出台行业标准,并定期开展检查。

三是建立指令审核制度。《办法》要求证券公司、期货公司建立程序化交易和非程序化交易的风险隔离机制,对程序化交易账户使用专用的报盘通道,并分别设置流量控制。证券公司、期货公司和基金管理公司应当加强客户和自身程序化交易的指令审核,并适时进行人工复核。

四是实施差异化收费。《办法》授权证券期货交易所针对程序化交易制定专门的收费管理办法,根据程序化交易的申报、撤单等情况,对程序化交易收取额外费用。

五是严格规范境外服务器的使用。《办法》规定,境内程序化交易者参与证券期货交易,不得由在境外部署的程序化交易系统下达交易指令,也不得将境内程序化交易系统与境外计算机相连接,受境外计算机远程控制。中国证监会另有规定的除外。

六是加强监察执法。《办法》明确列举了禁止的程序化交易,要求证券期货交易所加强对程序化交易的实时监控,并规定了程序化交易者以及证券公司、期货公司和基金管理公司违反《办法》的法律责任。

七是《办法》还对程序化交易的异常报告或公告、净买入额及开仓限制、档案保管及保障接入公平等其他相关事项提出了要求。

(三)完善《办法》的建议

第一,应当将《办法》规定的各项制度纳入正在修改的《证券法》及正在制订的《期货法》中。2015 年的股票异常波动导致《证券法》修改停止,自然也影响到《期货法》的制订。究其原因是正在修改的《证券法》及正在制定的《期货法》中未对程序化交易及高频交易作出应对。此外,现行刑法能否完全适应高频交易涉嫌操纵的认定,是否应将高频交易纳入刑法调整范围。

第二,《办法》应当明确事先申报和核查的法律性质,核查是否构成行政许可。与党的十八大以来坚持负面清单管理,坚持事中事后监管相违背,是否牺牲了市场效率。

第三,同样《办法》规定的指令审核制度及适时进行人工复核是否会牺牲市场交易的效率,不利于市场发展。这需要进行进一步讨论。

第四,《办法》回避了高频交易的定义及认定标准,这不利于规范我国证券市场及期货市场即将到来的高频交易。

第五,《办法》应当处理好与熔断机制的关系。2016 年 1 月,我国股市熔断机制刚实行四天即告夭折。虽然我国熔断机制存在设计不合理等问题,但我们仍应充分认识熔断机制在应对程序化交易及高频交易的重要作用,在处理好与涨跌停板制度的关系基础上,考虑到我国市场的特点,对现有的熔断机制进行修改,适时恢复熔断机制。



刘春彦

远闻(上海)律师事务所律师,市律协金融工具业务研究委员会副主任,同济大学法学院副教授。

业务方向为证券期货业务、公司业务、互联网金融业务。



荣金良

远闻(上海)律师事务所高级合伙人、副主任,市律协银行业务研究委员会委员。

业务方向为金融期货业务和民商事合同业务。

中国投资者境外投资利益保护的最后一步

——投资争议仲裁裁决的承认和执行

文 | 沈圆

投资争议仲裁裁决的承认和执行的重要性

随着中国经济总量的提升和经济全球化的进程，中国资本正成为世界投资领域最重要的一股力量。中国资本在“走出去”战略的引领下，已经开始进入众多国家。随着中国对外投资规模的日益扩大，中国投资者也不可避免地开始面对国际投资争议，尤其是投资者同投资东道国之间的争议（“investor-State dispute settlement”，以下简称 ISDS）。

据统计，中国并非一个活跃的 ISDS 参与国，既不是主要的投资者来源国，也不是主要的争议投资东道国。例如在 The International Center for Settlement of Investment Disputes（以下简称 ICSID）仲裁中，中国投资者参与的 ICSID 案件共计 5 件（包括中国香港投资者）。虽然，中国于 1987 年加入设立 ICSID 的《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》（以下简称《华盛顿公约》或《ICSID 公约》），1993 年该公约对中国生效；但是，直到 2007 年，中国投资人作为申请方，才第一次运用 ICSID 仲裁来维护自己的权益。然而，自 2010 年起，中国企业开始越来越多地通过 ICSID 仲裁来维护自身利益。5 件案件中的 4 件均为 2010 年以后提交 ICSID 仲裁的。可以预见，随着中国海外投资的增加和中国投资者对于国际投资争议解决机制的熟悉，会有更多涉及中国投资人的国际投资争议仲裁案件出现。这其中，对于仲裁裁决的承认和执行，是对争议胜诉方利益进行保护的最实质性一步。因此，对国际投资争议仲裁裁决承认和执行的研究，具有十分重要的现实意义。

中国签署的双边投资协定提供的主要国际投资争议解决机制

根据 ICSID 的数据显示，中国已经同 128 个国家签订有效的双边投资协定（以下简称 BIT）。根据笔者的抽样研究，这些 BIT 在提交仲裁的前置程序和条件上有繁有简，但是，对于 ISDS 仲裁程序本身，BIT 一般提供了以下几种常见途径，并由投资者确定适用的仲裁程序：

（1）依据《ICSID 公约》仲裁，条件是 BIT 双方为《ICSID 公约》公约缔约国；

（2）依据《ICSID 附加便利规则》仲裁，条件是有一个缔约方为《ICSID 公约》缔约国，但不是双方均是该公约缔约国；

（3）依据《UNCITRAL 仲裁规则》仲裁。

尽管部分 BIT 对仲裁规则进行了一定程度的补充和修改，对于仲裁裁决的效力，BIT 均认可其约束力。一旦裁决生效，承认和执行将成为保护裁决有利方的最重要步骤。

ICSID 仲裁的承认和执行机制

不同于一般的国际商事仲裁，《ICSID 公约》制定了一套特殊的制度，以确保仲裁裁决得到有效执行。《ICSID 公约》第 6 部分对于裁决的执行进行了明确的规定。

《ICSID 公约》第 53 条规定 ICSID 仲裁裁决对争议双方当事人都具有约束力，且不受任何上诉或除公约规定的救济措施（包括第 50 条裁决的解释、第 51 条裁决的改正、第 52 条裁决的撤销）以外的任何救济措施

的约束,各方当事人均应遵守裁决所规定的义务,除非执行根据公约相关条款应当暂定。

《ICSID 公约》第 54 条由三部分组成。第一部分明确规定任何缔约国都应该承认 (recognize) 根据公约做出的裁决为有拘束力的,并且在其境内如执行其本国法院的终审判决一样执行 (enforce) 裁决中规定的金钱义务。第二部分规定寻求在某缔约国承认和执行裁决的一方应向该国适格的法院或其他指定的机关提交 ICSID 秘书长认证过的裁决副本。第三部分规定裁决的强制执行 (execution) 应根据被申请执行国强制执行生效判决的有关法律来进行。

《ICSID 公约》第 55 条规定第 54 条的任何规定都不能解释为对任何缔约国有关该国或任何外国的执行豁免的现行法律的效力有所减损。

上述三个条款,分别从不同方面对 ICSID 仲裁裁决的执行进行了规定。其中第 53 条明确规定了仲裁裁决的效力,并排除了有关国家国内法院对裁决的审查。由于第 53 条的存在,缔约国对于仲裁裁决仅拥有非常有限的对抗措施,对于一般国际商事仲裁采用的司法审查手段难以使用,其中包括损害公共利益的审查。

第 54 条则为 ICSID 仲裁裁决的第三国执行提供了制度保障。任何缔约国均有义务执行仲裁裁决的金钱义务部分,而且也不能对仲裁裁决加以国内司法审查。

第 55 条则在具体执行上,充分尊重了缔约国的国内法,包括主权豁免等。同时,第 55 条也体现了 ICSID 将承认 (recognition)、执行 (enforcement) 以及强制执行 (execution) 分别处理的态度。对于裁决的承认,ICSID 仅仅提供了非常有限的抗辩手段。但是对于裁决的执行以及强制执行,ICSID 并不奢求缔约国的高度统一,而是由缔约国国内法加以规制。

虽然《ICSID 公约》对于承认和执行存在明确的规定,但是上述规定更多是简单的、原则性的规定,尤其是对于败诉方的强制执行制度,公约更多地借助于缔约国的国内法。缔约国不同的执行制度可能使得 ICSID 裁决在部分国家能够较为顺利地得到执行,而在另一些国家则可能遇到困难。而且,由于非当事方缔约国也有义务执行裁决的金钱部分,因此,胜诉方可供选择的执行地和执行机构范围很广。

ICSID 仲裁裁决在投资东道国承认和执行

在东道国执行仲裁裁决是最为直接的执行方式。事实上,绝大多数 ICSID 仲裁案件中的败诉国,都主动履行了裁决规定的支付义务。但是,部分缔约国出于多种因素的考虑,也可能会拒绝执行 ICSID 裁决,或者通过多种手段来避免 ICSID 仲裁程序。例如在 ICSID 涉案最多的阿根廷,曾经通过重新协商公共合同、延长偿付债务时间、申请撤销仲裁裁决等多种手段来回避 ICSID 仲裁。

总体而言,ICSID 裁决一般由东道国自愿履行。但是,一旦东道国不愿意履行 ICSID 裁决,那么在东道国寻求强制执行的难度会非常大。因此,当东道国不愿自愿执行 ICSID 裁决时,投资者可以将第三国执行作为重要选择。

ICSID 仲裁裁决在第三国的承认和执行

一旦面临执行困难,投资者一般都会选择第三国法院来寻求强制执行。事实上,目前所有关于 ICSID 裁决通过司法途径执行的案件,都是在第三国法院申请执行的案件。目前,《ICSID 公约》有 140 余个缔约国,因此可供投资者选择的第三国并不少。

目前,绝大多数国家并没有针对 ICSID 裁决执行的明确规定,从而导致投资者难以准确预计执行的难度、成本和时间。但是,部分缔约国已经在国内立法对 ICSID 仲裁裁决的承认和执行作出了特别规定。这其中,英国的程序规定具有一定的典型性。

英国的制度允许申请人向高等法院申请承认和执行仲裁裁决,而且该等对于裁决予以承认的判决可以在仲裁裁决另一方缺席的情况下获得,申请时需要提供的文件佐证也较少。根据英国民事诉讼规则的相关规定,承认仲裁裁决的申请中必须包括:(1) 经认证裁决(或副本),如果裁决不是英文的,还需要提供经公证的翻译件;(2) 英国法院相应判决的债权人,以及在该法院管辖区域内的送达地址;(3) 法院判决的债务人以及其为人所知的地址或营业地;(4) 债权人有权执行仲裁裁决的理由;(5) 需要执行的金额;(6) 关于上述仲裁裁决是否已经暂停或者存在任何其他申请可能导致执行暂停的陈述。虽然法院承认和执行仲裁裁决的判决可以在另一方缺席的情况下获得,但是强制执行还是需要以判决送达债务人为前提。

投资者的另一个选择是向具有承认和执行 ICSID 仲裁裁决实践经验的法院提起承认和执行的申请。目前, 美国法院已经受理了多起关于 ICSID 仲裁裁决承认和执行的申请, 其中大部分申请都得到了承认, 而且美国作为普通法国家, 判例对于后续类似案件的处理, 具有约束力。此外, 美国作为世界最大经济体和金融市场, 投资者将较为容易地发现可执行财产。

虽然美国通过国内立法, 已经明确将 ICSID 仲裁裁决的效力等同于州法院最终判决的效力, 并由美国联邦法院受理关于 ICSID 仲裁裁决的执行。法条基本内容为仲裁庭基于公约 (ICSID 公约) 第四章做出的裁决应产生一项美国条约项下的权利; 该裁决的金钱义务应予以执行并应给予拥有一般管辖权的州法院所做的最终裁决同等的充分信任和信用。但是, 由于缺乏统一的程序规则, 在美国不同的法院, 对于 ICSID 仲裁裁决的承认和执行也存在着不同的观点。在实践中, 关于 ICSID 仲裁裁决承认和执行, 美国联邦法院主要发展出了两种有所不同的处理机制——华盛顿模式和纽约南区模式。

华盛顿模式对于 ICSID 仲裁裁决的执行采取了一种较为保守的态度。该模式由美国哥伦比亚联邦特区地区法院 (以下简称特区法院) 率先适用。在 *Micula v. Government of Romania* (*Micula D.D.C.*) 一案中, 申请人要求特区法院对 ICSID 仲裁裁决, 在对方缺席的情况下, 予以确认, 特区法院的法官拒绝了申请人的要求。特区法院法官认为联邦法院应当适用确认州法院判决程序来确认 ICSID 仲裁裁决, 即由申请人提起一个由各方参与的诉讼来将 ICSID 仲裁裁决转化为国内法院的判决。

华盛顿模式要求 ICSID 仲裁裁决通过诉讼的方式, 转化为国内法院判决, 进而得到确认和执行。这种模式需要经历美国国内的诉讼流程, 可能会消耗比较长的时间和比较大的成本。

另一种模式——纽约南区模式, 对于承认和执行 ICSID 仲裁裁决持相对开放的态度。在申请被特区法院拒绝后, 另一些 ICSID 仲裁的胜诉方向联邦纽约州南区地区法院 (以下简称南区法院) 提出申请, 要求承认 ICSID 仲裁裁决。南区法院做出了和特区法院截然相反的结论。

南区法院法官认为: 根据 ICSID 公约的精神, 国内诉讼程序的昂贵和费时以及《外国主权豁免法案》中的例外, 各方参与的诉讼程序是不必要的。南区法院法官还认为,

ICSID 公约明确要求缔约国同时承认和执行仲裁裁决。因此, ICSID 仲裁裁决得到南区法院的承认, 从而成为美国国内判决, 并可执行。

从华盛顿模式和纽约南区模式的对比中可以看出, 南区法院对于 ICSID 公约的承认和执行更为开放。笔者认为南区法院对于国内法和 ICSID 公约的解读也更符合公约的本意和国会的立法精神。在联邦最高法院过问这个问题之前, 纽约南区法院可以作为投资者申请承认和执行 ICSID 仲裁裁决的美国司法机构。

非 ICSID 仲裁裁决的承认和执行机制

当投资东道国不是 ICSID 公约缔约国时, 投资者将无法适用 ICSID 仲裁程序, 从而不得不通过其他临时仲裁来寻求争议解决。考虑到 ICSID 公约对于仲裁裁决效力和承认执行的特别规定。投资东道国可能通过协商等方式, 要求投资者放弃 ICSID 仲裁程序, 转而使用其他可受司法审查的仲裁程序来解决投资纠纷。

非 ICSID 仲裁程序在承认和执行上, 相比于 ICSID 仲裁, 是较为不利于投资者的。非 ICSID 仲裁裁决的承认和执行主要依据《纽约公约》, 而《纽约公约》第五条允许司法机构在特定情况下, 对仲裁裁决不予承认和执行。换句话说, 非 ICSID 仲裁裁决在一定范围内, 是需要受到司法审查的。而 ICSID 公约明确规定缔约国的司法机构不得对 ICSID 仲裁裁决进行司法审查, 只能予以承认和执行。因此, 非 ICSID 仲裁裁决需要比 ICSID 仲裁裁决多过一道司法审查关。

而且《纽约公约》允许一国司法机构以违反该国公共政策为由, 拒绝承认和执行非本国仲裁裁决。这一例外, 对投资者构成了较大的潜在威胁。首先, 投资者和投资东道国的争议往往由投资东道国的立法或行政行为导致。因此, 投资东道国的司法机构很可能认为承认和执行与该立法或行政行为相抵触的仲裁裁决违反该国的公共政策。其次, 即使投资者向第三国申请承认和执行非该国仲裁裁决, 第三国司法机构也有可能以违反该国公共利益为由, 拒绝承认和执行该仲裁裁决, 特别是在该第三国存在类似立法或行政行为, 或意欲实施类似政策的情况下。

不过, 从程序角度来看, 非 ICSID 仲裁裁决的承认和执行程序比 ICSID 仲裁裁决的承认和执行程序更加成熟和完善。《纽约公约》已经成为世界上承认和执行非本

国仲裁裁决的最重要公约。经过多年的实施,《纽约公约》的主要缔约国已经建立了一套完整的承认和执行非本国仲裁裁决的制度和程序。

考虑到司法审查,特别是公共政策的不确定性,以及承认和执行程序的成熟度,投资者需要选择一个对于投资者相对友好,对国际投资相对开放,且司法机构具有较强执行能力的国家来承认和执行非 ICSID 仲裁裁决。从执行便利的角度来看,如果投资东道国在我国境内有可以执行的财产,那么直接向我国法院申请执行更为便利。如果情况并非如此,那么投资者可以考虑司法体系较为完善国家的法院作为申请承认和执行的法院。

投资争议仲裁裁决的承认和执行可能面临的其他挑战和应对

除了 ICSID 承认和执行需要面对的程序不确定性和非 ICSID 面临的司法审查问题外。投资者申请承认和执行投资争议仲裁裁决还可能面临其他困境。

首先,投资东道国可能通过启动撤销程序来暂停对不利仲裁裁决的执行。ICSID 公约的撤销程序需要对仲裁程序进行全面回顾。撤销程序可能旷日持久,从而使投资者没有办法及时得到补偿。

其次,即使仲裁裁决得到了承认,在执行过程中还可能面临主权豁免问题。目前,世界上尚没有广泛适用的多边主权豁免公约,《联合国豁免公约》尚未生效,而《联合国豁免公约》主要针对管辖豁免,而不是执行豁免,因此在执行过程中,主权豁免可能导致投资者无法真正完成执行,而从获得经济上的赔偿。

例如美国的《外国主权豁免法》虽然将某些仲裁裁决的执行列为主权豁免的例外。但是,该例外只是针对“对事管辖权”,法院对人管辖权,例如是否完成送达等,均需独立审查。在财产实际执行中,还要考虑被执行财产本身的性质是否享有豁免,主权财产而非商业财产同样不可执行。

在 Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. Republic of Liberia 一案中,法院认定被执行财产系具有主权性质,而不是商业性质,从而撤销了对财产的执行。总体而言,法院对于“商业活动”的解释较为严格,与主权性质相关的财产往往不被视为商业性质,而获得主权豁免。



沈圆

上海邦信阳中建中汇律师事务所律师。

业务方向为国际投资、国际争议解决、公司法。

总结:

虽然 ICSID 仲裁裁决大多能够获得投资东道国的自愿执行,但是随着 ICSID 仲裁裁决总量的增加,部分受到影响较为严重的国家很可能对执行采取较为抵触的态度。那么,通过第三国承认和执行 ICSID 仲裁裁决将成为投资者保护其利益所可能采取的重要手段。通过第三国对 ICSID 仲裁裁决的承认和执行,直接从第三国获得经济赔偿将大大增强 ICSID 仲裁裁决的可执行性。

非 ICSID 仲裁裁决虽然在承认和执行程序上更为明朗,但是由于存在司法审查的不确定性,投资者也需要谨慎选择执行地,避免仲裁裁决因公共政策等原因而被拒绝执行。

虽然投资争议仲裁裁决的承认和执行并不是一个需要经常面对的法律问题,但是随着中国资本的“走出去”,对于保护投资者的“最后一步”仍然需要进行深入的分析 and 研究,以做到有备无患。

论引领律师“功夫在法庭”纲举目张之策

文 | 王俊民



法庭是律师的舞台，律师应说在法庭，辩在法庭，争在法庭。如何遏制“街头”律师现象、制裁“勾兑”律师问题，如何让律师“重回”法庭，指挥棒不在加强律师管理，而在改革司法审判制度。人民陪审员职权重新定位是司法改革纲举目张之策，该改革将削弱政府权力对司法审判的控制，法官不再具有绝对裁判权力，倒逼律师提高执业能力，使庭审具有直接产生裁判的功能。

最近连续出台有关我国加强律师制度建设举措在律师界引起不小反响。2016年6月13日中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于深化律师制度改革的意见》，就加强完善律师执业保障机制、健全律师执业管理，加强律师队伍建设等方面，提出深化律师制度改革的指导思想、基本原则、发展目标和任务措施。2016年9月11日司法部印发修订《律师事务所管理办法》，新增条款，要求律师事务所不得放任、纵容律师采用如非法上访、误导宣传、个案研讨等非诉讼方法，制造舆论压力等。2016年10月10日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合印发《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》，重申疑罪从无、证据裁判、程序法定，排除非法证据、言词审判等诉讼原则。纵观这些规定，核心内容是要求律师说在法庭，辩在法庭，争在法庭，要求律师的重心不在“街头”在“法庭”。

自上世纪90年代初开始，我国司法制度改革历时近三十年虽成就显著，但困境不小，如何实现让律师的重心不在“街头”在“法庭”的律师管理目标？如何化解司法改革困境，除继续推进各种围绕司法队伍建设的体制内改革如法官员额制等，更应当着力落实以审判为中心配套性制度建设，加强律师制度建设的指挥棒不在律师管理，而在司法审判制度建设。2015年初试行重新定位人民陪审员职权，当属纲举目张司法改革之举。

一、人民陪审员职权重新定位，实质是司法分权改革

2014年10月中共十八届四中全会通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，提出“保障人民群众参与司法”，“逐步实行人民陪审员不再审理法律适用问题，只参与审理事实认定问题”，可谓提纲挈领指明与我国司法改革存在的问题与解决路径。

2015年初，中共中央全面深化改革领导小组第十一次会议通过《人民陪审员制度改革试点方案》，第十二届全国人大常委会第十四次会议作出《关于授权在部分地区开展人民陪审员制度改革试点工作的决定》。2015年5月20日最高人民法院、司法部颁布《人民陪审员制度改革试点工作实施办法》（以下简称《实施办



王俊民

教授，华东政法大学律师事务研究所所长。

法》），并在北京、江苏、重庆等10省市50个基层与中级人民法院开展人民陪审员制度改革试点。实施办法就人民陪审员的选任条件、选任程序、参审范围、参审职权、退出条件、惩戒机制和履职保障作出一系列新规定。引人注目的是将司法裁判权分离为事实认定与法律适用，将人民陪审员职权定位于“认定案件事实”，实施方式为“独立发表意见”，形成方式为“通过表决”，以及限制人民陪审员“对法律适用问题不参与表决”。现行刑、民事诉讼立法规定“人民陪审员与审判员有同等的权利”。人民陪审员职权重新定位，形似收缩人民陪审员职权限于“认定事实”，实质上弱化了法官的审判权，将高度集中于法官的审判权部分分解给人民陪审员。

人民陪审员职权重新定位，试行将近两年来，司法界热情有限，法学界发声不足。究其原因，实质疑似人民陪审员职权重新定位，触及了地方政府或者司法机关

的根本权力。人民陪审员职权重新定位后的法庭审理，审判对象有罪无罪再也不是由法官说了算，政府要打招呼也不灵光了，定罪权交给了人民陪审员，这在根本上杜绝了政府权力可左右司法裁判，法官具有裁判绝对权力的现象。在当今政府仍然大权在握的体制下，如此分权的司法改革在地方推行难免有阻力。

二、人民陪审员职权重新定位，司法改革将经历壮士断腕之痛

司法改革的目标在于如何确保司法公平公正，提升法律公信力。人民陪审员职权重新定位，不仅是化解法官压力与阻力，提升司法公信力有效举措，其真正价值在于将司法诉讼中的事实认定权交给人民陪审员，借助社会与百姓确保司法公平公正。实行法官员额制，提高法官待遇等司法改革举措，均属于司法队伍建设，关门改革。队伍建设固然重要，练好内功绝对必要，但期待司法改革取得更瞩目成就，还须动员全社会关注司法改革，依靠人民群众，借助“外力”，开门改革。

确保司法公平公正核心举措在于分权，以权制权。体制内的分权，名有实难；没有分权的制权，形式大于实际。人民陪审员职权重新定位，实为分权，触及司法改革最核心问题。自上而下推出的分权，一旦真正实施，将自断“权力”的生路。依赖现行“权力”，推行自断“权力”生路的改革，我国司法改革将面临真正“革命”的壮士断腕之痛。

三、人民陪审员职权重新定位，纲举目张司法改革之策

试行人民陪审员职权重新定位遭受冷遇，令人担忧司法改革能否认准方向，遇难而进？司法改革顶层设计应尽快推出人民陪审员职权重新定位的程序性配套举措，如适用陪审案件范围、陪审员的选任与回避、陪审员的人数组合、评议表决规则、法官释明规则、不间断审理规则，强制律师代理或辩护规则等，以此彰显

坚定改革意志，还应关注人民陪审员职权重新定位的诉讼价值研究、教育、宣传，寻求人民陪审员职权重新定位司法价值的社会共同认知。

1. 凸显以权制权司法理念。对经过人民陪审员独立评议、表决认定的案件事实，法官即便要行使否决权，乃至提交审委会讨论，不仅很费周章，还要载入裁判文书。法官断案权受到制约，从而在根本上为杜绝司法腐败、保障司法公正，奠定司法结构基础。

2. 从协助审判到制衡审判。上世纪五十年代初，人民陪审员制度成为发动群众积极参与阶级斗争的一种有效形式，人民陪审员参与司法活动的作用及目的在于协助法官审判。将人民陪审员职权定位于“认定事实”，人民陪审员参与司法诉讼目的不再是协助法官审理裁判，而是制衡法官、监督司法活动。

3. 维护审判独立。长期以来，领导、舆论、人情等非法律因素干预司法审判问题，久治难除。法外施法、涉法上访现象愈治愈烈。人民陪审员具有独立于法官定夺案情的权力，非法律因素失去干预对象，对主审法官内外压力将被有效分解。

4. 有效遏制司法腐败。由临庭产生的人民陪审员行使事实裁判权，涉案当事人为寻求有利裁判，即便有腐败之心，亦无腐败之力，不知谁是可贿赂腐败对象、没有进行贿赂交易的时间。

5. 倒逼检察官、律师提升执业能力。人民陪审员断定案情的基础是诉辩双方的举证、质证。对律师辩护不屑一顾的控方不敢再有庭审傲慢，热衷于庭后交易的“勾兑”律师将遭淘汰。检察官不再成为法官之上的法官，审判权威将得到有效提升。

6. 持续开展普法教育。人民陪审员通过亲身参与审判，更直观地了解案件的审理裁判过程，在潜移默化中受到法律界分析问题的思路、方法及语言表达形态的影响，提高法律意识。陪审制既是国家通过司法与民众沟通的桥梁，又是树立法律公信力的传媒。

ON SHIAC

SHIAC 专栏

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(下)

文 | 上海国际经济贸易仲裁委员会商事仲裁研究中心



编者按：本刊 2016 年第九期刊登了上海国际经济贸易仲裁委员会商事仲裁研究中心撰写的“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”一文的上篇，本期将刊登该文的下半部分。

中国法院认定仲裁裁决“违反公共政策”的最新实践

根据上述分析,就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 Subcommittee on Recognition and enforcement of Awards)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》”)所援引的案例而言,最高人民法院仅在永宁公司一案中认定仲裁裁决违反中国的司法主权,该案也是在2016年前,中国司法实践中唯一援引《纽约公约》第5条第2款(b)项不予承认和执行外国仲裁裁决的案例。

2016年6月,泰州市中级人民法院在Taizhou Haopu Investment Co., Ltd v. Wicor Holding AG案(以下简称“浩普公司案”)中作出裁定,认定在内地执行该仲裁裁决将与人民法院的在先认定案涉仲裁协议无效的生效裁定相冲突,违反中国内地社会公共利益,并依照《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》(以下简称“《安排》”)第七条第三款和《民事诉讼法》第一百五十四条第一款第(十一)项之规定裁定不予该仲裁裁决。由于前述《安排》第七条第三款所涉“内地公共利益”与《纽约公约》第5条第2款(b)项下“公共政策”的内涵具有高度相似性,故该案也被视为自永宁公司案后第二起被中国法院以违反“公共政策”为由被不予承认和执行的案例,得到了仲裁界的高度关注。

(一) 案情简介

1997年7月6日,泰州绝缘材料总厂与瑞士WICOR HOLDING AG(以下简称“魏克公司”)签订《中外合资泰州华威绝缘材料有限公司合资合同》(以下简称“《合资合同》”),成立中外合资泰州华威绝缘材料有限公司(以下简称“华威公司”)。《合资合同》约定由合同产生的争议应提交仲裁,仲裁应按国际商会的调

解和仲裁规则进行。如果一方提出仲裁,仲裁地由另一方选择。

1997年12月,华威公司名称变更为泰州魏德曼高压绝缘有限公司(以下简称“魏德曼公司”);2004年12月17日,泰州绝缘材料总厂改制为泰州浩普投资有限公司(以下简称“浩普公司”),魏德曼公司的中方投资人相应变更为浩普公司。

2011年7月14日,浩普公司以魏克公司违反《合资合同》约定为由,以魏克公司为被告向泰州市中级人民法院(以下简称“泰州中院”)提起诉讼。

因《合资合同》具有涉外因素且载有仲裁条款,泰州市中级法院在决定是否受理浩普公司的诉讼之前首先对《合资合同》中的仲裁条款效力进行了审查。泰州市中级法院认为,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称“《仲裁法解释》”)第十六条、《仲裁法》第十八条及《仲裁法解释》第四条的规定,认定因《合资合同》中的仲裁条款对仲裁机构约定不明确,双方未能就此达成补充协议,而按当事人选定的仲裁规则亦不能确定仲裁机构,该仲裁条款无效,泰州市中级法院可以受理浩普公司的起诉。此后,泰州市中级法院根据最高人民法院《关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》【法发(1995)18号】第一条的规定,于2011年9月26日报请江苏省高级人民法院(以下简称“江苏省高院”)进行审查。

江苏省高级法院经审查后根据《仲裁法解释》第四条认定《合资合同》仲裁条款中仲裁机构约定不明确,而根据《仲裁法》第十八条的规定,该仲裁条款无效。据此,江苏省高级法院认定泰州中院对浩普公司的诉请有管辖权。根据法发(1995)18号第一条的规定,江苏高院于2011年11月14日报请最高人民法院进行审查。

2011年11月4日,魏克公司依据《合资合同》的仲裁条款,以浩普公司为被申请人向国际商会仲裁院提起了仲裁申请。在浩普公司放弃选择仲裁地权利的情况下,国际商会仲裁院依据当时有效的《国际商会规则》,于2012年1月12日的庭审中确定中国香港为仲裁地。

2012年3月1日,最高人民法院作出“【2012】民四他字第6号”复函,认定案涉仲裁协议尽管有“如果一方提出仲裁,仲裁地由另一方选择”的表述,但当事

人并未申请仲裁，不存在另一方选择仲裁地问题，故案涉仲裁协议没有约定仲裁地，而根据《仲裁法解释》第十六条的规定，在当事人未约定仲裁协议效力准据法和仲裁地的情况下，应当适用法院地法来审查仲裁协议的效力。由于案涉仲裁协议未约定仲裁机构，且依据《国际商会仲裁规则》也不能确定仲裁机构，当事人事后又未能对此达成补充协议，故根据《仲裁法》第十六条、第十八条及《仲裁法》解释第四条的规定，案涉仲裁协议应认定无效。

2012年12月11日，泰州中院根据最高人民法院上述复函，作出“(2012)苏商外辖终字第0012号民事裁定，认定涉案仲裁条款无效。

2014年7月18日和11月27日，仲裁庭作出18295/CYK仲裁裁决和补充裁决，裁决浩普公司败诉。后因浩普公司未能履行仲裁裁决，魏克公司于2014年12月9日向泰州中院申请承认和执行仲裁裁决。

2016年6月2日，泰州中院作出“(2015)泰中商仲审字第00004号”民事裁定书，认定涉案的国际商会仲裁院18295/CYK仲裁裁决是仲裁员在认定涉案仲裁条款有效的前提下作出的，在内地执行该仲裁裁决将与法院的在先认定案涉仲裁协议无效的生效裁定相冲突，违反内地社会公共利益。

(二) 浩普公司案评析

有评论者认为，永宁公司案、TCL公司案及浩普公司案共同构成了中国法院对外国仲裁裁决是否构成对中国司法主权的侵犯，进而构成《纽约公约》第5条第2款(b)项下“公共政策”之违反的法律图谱，即永宁公司案确定了中国的司法主权归属于公共政策范围，而TCL公司案和浩普公司案则确定了一种判断仲裁裁决是否构成侵犯中国司法主权的识别标准：如果申请人承认和执行的仲裁裁决是在中国法院裁定仲裁协议无效之前作出的，则不宜认为仲裁庭关于仲裁协议有效的裁判侵犯中国的司法主权，在此情况下不应援引公共政策保留(TCL公司案)；如果申请人承认和执行的仲裁裁决是在中国法院已经裁定仲裁协议无效之后作出的，则执行裁决将侵犯我国司法主权、违反中国公共政策(内地社会公共利益)(浩普公司案)。尽管TCL公司案和浩普公司案以裁决时间是否早于法院裁判时间判断裁决是否侵犯中国司法主权、触发公共政策的思

考，有基于司法主权和既判力理论的法理支撑。然而，无论仲裁庭的裁决是在仲裁地以外法域法院否决仲裁协议效力之前还是之后，仲裁庭对仲裁协议效力的裁断，都是独立于该等法院的，也不产生与该等法院的司法主权之间的冲突。因此，除非境外仲裁庭越权对中国法院的仲裁协议效力裁定在我国法律体系下的合法性和正当性妄加评论或者妨碍法院行使管辖，则境外仲裁裁决在不同的法律体系下认为仲裁协议有效、与中国法院关于仲裁协议效力的裁断不一致，不应视为对中国司法主权的冒犯，不应触发公共秩序保留。

然而值得关注的是，根据浩普公司案案情，浩普公司系直接以魏克公司为被告向泰州中院提请诉讼，而泰州中院、江苏高院均系按照最高人民法院“【1995】18号”《关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》第一条的规定，就是否可以受理浩普公司的起诉层报至最高人民法院。在此情况下，当最高人民法院最终认定该案仲裁协议无效后，可以想象的结果是，泰州中院会根据江苏高院2012年12月作出的“【2012】苏商外辖终字第0012号”《民事裁定书》认定案涉仲裁协议无效，进而认定有权受理浩普公司的诉讼。照此推论，则极有可能的是，在国际商会仲裁院作出案涉裁决及补充裁决时，泰州中院已正式受理了与国际商会仲裁院仲裁庭处理的案件相同的争议。而在TCL公司案中，TCL公司向中山中院提起的是确认该案仲裁协议无效之诉，故当最高人民法院对该案作出仲裁协议无效的批复后，并无资料显示中国法院在该案仲裁庭作出裁决之前受理了当事人就同一纠纷提起的诉讼。如果法院已受理了浩普公司的诉讼，那么根据司法主权原则，亦不可能因境外仲裁庭已经作出裁决而不对案件作出判决，故浩普公司案的实质意义可能并非强调中国法院裁断的仲裁协议效力与境外仲裁裁决的表面冲突，毋宁是当中国法院已在先行使诉讼管辖权但尚未作出判决时，中国法院应如何处理《纽约公约》项下承认和执行境外仲裁庭就同一纠纷作出的仲裁裁决的申请。在这个意义上，在中国法院已经就同一纠纷行使诉讼管辖权的情况下，当再面对境外裁决的执行申请时，参考永宁公司案，则以违反社会公共利益为由不予执行似乎就有了适用的可能性。

从最高人民法院在TCL公司案中的司法精神来看，本质上，最高人民法院认为境外仲裁庭与中国法院对



仲裁协议效力认定的冲突并不当然导致仲裁裁决违反中国的公共利益，而并非强调境外仲裁庭作出认定的裁决时间是否在中国法院的裁定之前还是之后。就此而言，浩普公司案中法院仍以违反公共利益为由不予执行境外仲裁裁决，在尚无法获得最高人民法院就该案作出的不予执行裁决之复函的情况下，尝试遵循最高人民法院在永宁公司案中确定的外国仲裁裁决侵犯中国司法主权进而认定违反公共利益的情形来看，从中国法院已在先行行使了诉讼管辖权，甚至可能已在关联案件中作出与本案争议有关的判决的情况下，从执行该裁决会违反中国司法主权的角度来解释泰州中院裁定，则亦是一种可以自圆其说的解释。

(三) 小结

尽管泰州中院以“违反内地公共政策”为由不予执行境外裁决的观点可能是一种对于自永宁公司案中确定之司法原则的遵从，但其是否是法律上解决类似问题的最佳方案，可能仍有仲裁理论和实务界进一步研究探讨的空间。仅从TCL公司-永宁公司案的情况来看，造成这类境外仲裁庭与境内法院对仲裁协议效力认定存在矛盾之本质的原因，可能还是中国仲裁法对仲裁协议设置了超出表面（prima facie）有效原则的额外生效条件，进而造成了仲裁庭自裁管辖权的弱化，无法让仲裁庭积极完成其使命。故解决这类困境的根本

办法是充分发挥仲裁庭自裁管辖权的积极影响，即由仲裁庭完成其优先决定管辖权的使命，而法院则不宜受理根据表面证据有效的仲裁协议所涉争议，仅把司法审查职权限定在根据仲裁地法审查仲裁裁决的效力或根据《纽约公约》决定是否承认和执行仲裁裁决的范围内。

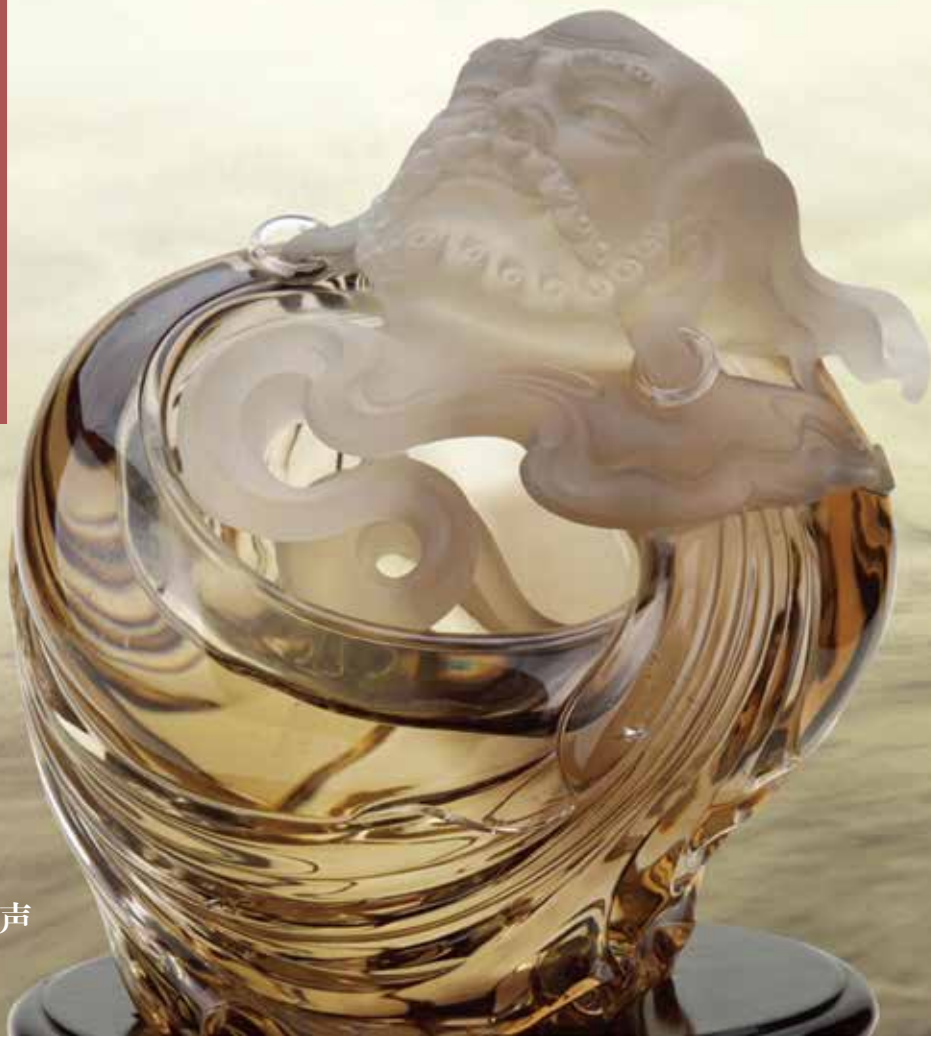
结语

应当认识到，以公共政策为由拒绝承认和执行仲裁裁决的空间在将来会越来越小。作为《纽约公约》的成员国，中国在对《纽约公约》中的公共政策进行审查时，应本着支持仲裁的理念，破除地方利益本位主义，密切关注国际商事仲裁领域的动态变化和各缔约国关于公共政策审查的好做法，做到既维护好中国根本利益，又兼顾公约义务。从司法实践的总体情况来看，中国法院对公共政策事由的适用十分谨慎，仅在承认和执行仲裁裁决将违反我国法律基本原则、侵犯国家主权、危害国家及社会公共安全、违反善良风俗等危及我国根本社会公共利益的情形时，才援引公共政策事由拒绝承认和执行外国仲裁裁决。然而，自永宁公司案确定违反中国司法主权将构成违反公共利益之后，TCL公司案和浩普公司案中出现的情形则更值得仲裁理论界和实务界加以关注，以避免出现“仲裁裁决侵犯司法主权”的主张被滥用的情形。（完）

做精彩的自己

——一名律师兼玉雕大师的心声

文 | 曹春华



作为上海律师界的一名再普通不过的律师，我在律师这一行业中的业绩属平平之辈，但在律师这一职业之外，我在上海乃至国内玉雕界却业绩颇丰。作为一名“不务正业”的律师兼玉雕大师，我在近几年全国三大玉雕行业评奖活动中，“金奖”斩获了5个，“银奖”斩获了3个，“最佳创意奖”及“最佳工艺奖”斩获5个。特别令人感觉有点嘚瑟的是：在“2014 第七届中国玉石雕神工奖”的评奖活动中，我的一组水晶雕刻作品——《新十八罗汉》获得了该次评奖活动的唯一一个最高奖项——创新大奖。今年7月，我的一件北红玛瑙作品《空相》，又一次在“2016 第九届中国玉石雕神工奖——北红系列大奖赛”摘取了唯一一个最高奖项——特别金奖。除此两项全国评比活动所获得的最高奖项外，还有一件令我感觉值得一提的是，我有三件水晶雕刻作品，因极具创意，在2015年被法国的著名奢侈品牌“爱马仕”家族选作了其三款爱马仕葡萄酒的酒标。作为一名职业律师，我深感惭愧，与同行中的佼佼者相比，差距甚远；但作为一名律师中的跨界者——玉雕大师，我还是颇感欣慰的。

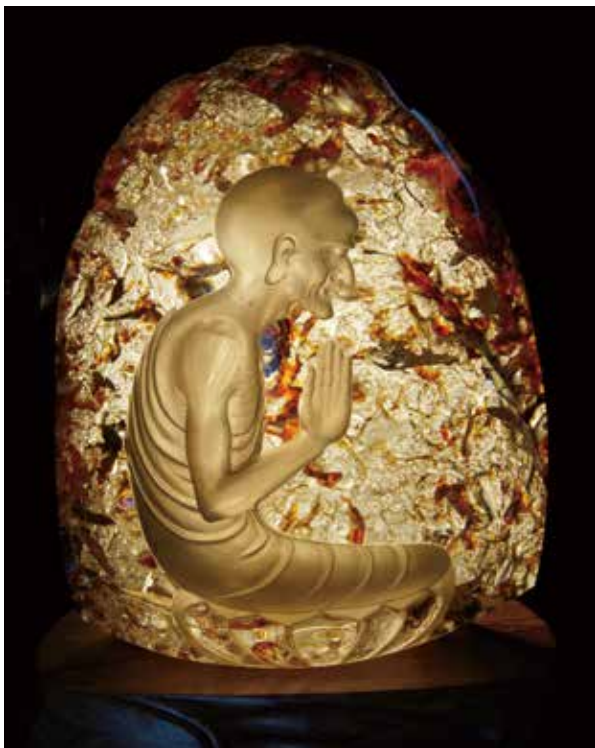
今天，作为上海（或中国）律师界（可能是）唯一的一名玉雕大师，同时，作为上海（或中国）玉雕界（可能是）唯一的一名职业律师，我感觉还是蛮有意思的。今天，

我之所以有如此大的跨界，在别人看来是“八竿子打不着”的两份完全不相干的职业融合在一起，但这与我小时候的喜好还是密切相关的。

记得自己在六七岁的时候，那时还是在“文革”期间。白天父母去上班了，哥哥姐姐也去学校上课了，自己一个人在家里闲得慌，于是就在家里画画、刻印章。特别是毛主席像画得比较多。因为画得很像，所以每次画好以后，都会得到大人们的赞赏。上小学以后，因自己有绘画特长，故学校的黑板报都是我负责包干。也正因为如此，1975年小学毕业时，被上海玉石雕刻厂负责招生工作的领导来学校招生时看中，选入了上海玉石雕厂工业中学去专业学习绘画与雕塑。那时候是“文革”期间，有上山下乡的政策，所以有许多人中学毕业后会被分配到农村、外地去工作，所以当时为自己能被选中并被留在上海从事自己喜爱的工作而感到欣喜。但当时从未想象过玉雕行业、玉雕人能够像今天这样在社会上被认同与重视。记得有几次陪朋友一起去赴宴，饭桌上朋友首先将我以律师身份介绍给饭桌的人，这些人通常都是礼貌性地地点一下头。但当朋友再将我以玉雕大师的身份介绍给饭桌上的人时，场面通常就会非常热闹了。不少人会纷纷跑过来让我帮他们鉴别他们身上所佩戴的玉器真假与优劣。

中学毕业后，我被分配在了技术要求最高的人件车间当学徒工。由于自己在雕刻技艺上的悟性较强，通常需三年的学徒生涯，我只经历了二年就提前满师了。在我们这一届2个班100名同学中，提前一年满师的就2个人，而我是其中之一。1985年，在工作了七年之后，我通过三年的业余自学，考上了上海大学文学院法律系经济法专业。1989年毕业后，被分配到了上海工会管理干部学院当老师。半年后又辞去了教师工作，跑到了当时我国改革开放的前沿——深圳去重操旧业，干起了玉雕的营生。此时，除了兴趣爱好之外，更重要的因素还在于收入的丰厚。在深圳一个月的收入相当于上海工作一年多的收入。包吃包住，而且工作的自由度又很高，因此，颇具诱惑力。之后每年的收入也在不断地提高。

在赚了第一桶金后，1997年又再次辞职自办公司，生产销售自己研发的一款产品。但时运不济，又恰遇东南亚金融风暴，当然，更重要的是自己不是做老板的料。一年多后，原先赚到的第一桶金悉数烟消云散。于是乎，又回归原点。当再次回到原来的公司工作时，思乡之情已油然而生。1999年春节回沪休假，与一个已做律师三年的大



学同学一起吃饭。席间，该同学表示现在当律师挺不错的。由此触发了我回沪当律师的念头。于是，当即买了上、下二册1989年律考的复习资料带回深圳。白天上班，晚上看书。六、七月份，当年一套13本律考复习资料出来，我买回来后如饥似渴地学习。由于1999年是国庆50周年大庆，故当年的律考时间比往年推迟了7天。也正是因为这7天，使我有时间把最后一本书看完。本想第一次去尝试一下律考的滋味，积累一点经验。没想到，一不留神，撞上狗屎运了！一次过了！于是，我的人生又再次与法律结缘了。2000年拿到律师资格证书后，我终于又回到了故乡——上海，并进入了上海的一家律师事务所工作。至此，我的人生开始与律师和玉雕结下了不解之缘。

在常人看来，律师工作与玉雕工作是风马牛不相及的事。律师工作需要严谨的逻辑思维，而玉雕是一种艺术创作工作，需要的是天马行空的发散性思维。两者的思维方式差距较大。但在我看来，两者可以相辅相成，并起到互补的作用。律师工作主要是与人打交道，解决的是人与人之间的矛盾。而人与人之间为什么会发生矛盾？其根源在哪里？



作为一名律师，首先要对人性进行研究与了解。只有当你对人有了透彻的了解，你才能对你的当事人与他人之间产生的矛盾根源有所了解。即透过现象看到问题的本质。此时，你才能为你的当事人找到解决问题的良方，释放当事人的心结。正是因为长期的律师工作使我对人性有所了解。所以，我在创作《新十八罗汉》和其他人物作品时，经常会将我对人性的诠释融入到作品中去，赋予作品以新的思想内容及时代感，而非循规蹈矩。例如：前几年有一则新闻报道，说有两个和尚带了两个妙龄女郎到宾馆开房，结合当今社会出家人的一些乱象，我就创作了一件名为《救赎》的罗汉形象。一个怒目圆睁的罗汉头像，右手紧攥着一件袈裟，左手托着一只钵。袈裟的下端已被卷入了一个象征污泥浊水的漩涡，而上端已被纳入钵中。简洁明了的表达手法彰显了作品的主题思想，让观众一目了然作者的意图。

当然，我认为玉雕工作同样也对律师工作会有所帮助。一是律师工作有时会让人感觉身心疲惫，而此时做玉雕搞创作会令人心身愉悦，使疲惫的身心得到放松与休憩。二是每一件接手的案件，我都会把它当作一件需要自己去认真雕琢的玉雕作品。首先从整体来研判其走向与结果，即对作品整体进行策划与设计。然后再按照其最佳的实施步骤来一步步、认认真真地完成每一个环节。过程需要有耐心和智慧，不能操之过急。即需要以工匠精神去完成每一个细节。只有这样，才能做好每一个案件，完成每一件作品。当然，有时候也需要大胆地去创新，用简洁而明快的手法去解决当事人的困难，也可收到意想不到的效果，为当事人及自己减少大量的时间成本及社会成本。有时候即使自己少赚钱甚至不赚钱我认为都是值得，只要最终自己所雕琢的“作品”是完美的即可。

要做到这一点，看似简单，其实并不易。因为，真正

能够做到这一点的话，除了需有较强的业务能力及外在的形式外，最重要的是自己的心态。即：你是把做案子当成赚钱的工具来满足自己的物欲，还是把做案子当作自己的爱好、当作自己创作一件完美作品的一个过程。如果是前者，则往往会因为追逐自身利益而偏离正确的轨道，甚至会给当事人及社会造成损害。但如果是后者的话，你可能会损失一些眼前利益，但你会给当事人及社会带来利益及正能量。同时，你自己也会从中获得巨大的精神利益与能量。而这些精神利益与能量通常是你用金钱所无法买到的。而这些精神利益与能量最终会给你带来快乐的人生与健康的身体。其益处要远远大于金钱所能给予你的益处，这是我深有感触并深受其益的。尽管我今年已迈入人生第 57 个岁月了，但初次见到我的人都会认为我刚 40 出头，甚至有人认为我 40 岁都不到。同样，我的心理年龄也是非常年轻，充满了朝气与阳光。

生活的经验告诉我，一个人事业的成与败并不重要，利益的得与失也不重要，最重要的是，你能够按照你的兴趣爱好、你所向往的方式去工作与生活，这样你就会有快乐的人生，健康的体魄。而快乐的人生应该是人生所追求的终极目标。穷人的笑也是笑，富人的笑也是笑，快乐的感觉，无论对于穷人还是富人都是一样的。每一个来到这个世界上的人，由于基因的差别，其兴趣爱好、性格、智商高低等各个方面都是不一样的，因此注定了每个人的人生也不相同。不要刻意地去学习、模仿别人，因为别人你永远学不到的，你就是你，按照你自己内心的喜好做好自己即可。不要妄自菲薄，也不要得意即忘形，用一颗平常心来看待自己，你就会活得自在惬意。跟着心走，而非跟着利走，你就会活出自己的精彩。



曹春华

上海申浩律师事务所律师，上海市非物质文化遗产项目“海派玉雕”代表性传承人。

业务方向为民事、商事、房地产等。

新《律师事务所管理办法》颁布后 律所管理者需了解的九大要点

文 | 李健超

2016年9月6日，司法部令第133号修订通过新的《律师事务所管理办法》，自2016年11月1日起施行。新的《律师事务所管理办法》颁布后，律所管理者需要了解以下九大要点：

一、将“拥护党的领导和拥护社会主义法治”作为律师事务所从业的基本要求，要求律师事务所建立完善党组织参与律师事务所决策和管理，在律所开展党的工作。

1. 第三条 律师事务所应当把拥护中国共产党领导，拥护社会主义法治作为从业的基本要求。

2. 第四条 律师事务所应当加强党的建设，具备条件的应当及时成立党组织，暂不具备条件的，应当通过党建工作指导员等方式开展党的工作。

律师事务所应当支持党组织开展活动，建立完善党组织参与律师事务所决策、管理的工作机制，发挥党组织的政治核心作用和律师党员的先锋模范作用。

二、增强了律师事务所对律师的管理手段，旧的管理办法只有对年度考核不合格或者严重违反章程及管理制度的律师，才可以解除聘用关系或者除名，新的管理办法赋予了只要违法违规执业、违反章程及管理制度或者考核不称职即可辞退或解聘，而不要求严重违法。

第四十三条 律师事务所应当建立违规律师辞退和除名制度，对违法违规执业、违反本所章程及管理制度或者年度考核不称职的律师，可以将其辞

退或者经合伙人会议通过将其除名，有关处理结果报所在地县级司法行政机关和律师协会备案。

三、严格禁止律师事务所投资入股兴办企业，明确律师不得担任企业法定代表人、总经理职务。

第四十四条 律师事务所应当在法定业务范围内开展业务活动，不得以独资、与他人合资或者委托持股方式兴办企业，并委派律师担任企业法定代表人、总经理职务，不得从事与法律服务无关的其他经营性活动。

四、明确不得违反政府指导价标准及风险代理规定收取律师费。

第四十七条 律师事务所应当按照有关规定统一收取服务费用并如实入账，建立健全收费管理制度，及时查处有关违规收费的举报和投诉，不得在实行政府指导价的业务领域违反规定标准收取费用，或者违反风险代理管理规定收取费用。

律师事务所应当按照规定建立健全财务管理制度，建立和实行合理的分配制度及激励机制。

律师事务所应当依法纳税。

五、明确律师事务所不得放任、纵容律师采取六类方式违规执业。

第五十条 律师事务所应当依法履行管理职责，教育管理本所律师依法、规范承办业务，加强对本所律师执业活动的监督管理，不得放任、纵容本所律师有下列行为：

（一）采取煽动、教唆和组织当事人或者其他

员到司法机关或者其他国家机关静坐、举牌、打横幅、喊口号、声援、围观等扰乱公共秩序、危害公共安全的非法手段，聚众滋事，制造影响，向有关部门施加压力。

（二）对本人或者其他律师正在办理的案件进行歪曲、有误导性的宣传和评论，恶意炒作案件。

（三）以串联组团、联署签名、发表公开信、组织网上聚集、声援等方式或者借个案研讨之名，制造舆论压力，攻击、诋毁司法机关和司法制度。

（四）无正当理由，拒不按照人民法院通知出庭参与诉讼，或者违反法庭规则，擅自退庭。

（五）聚众哄闹、冲击法庭，侮辱、诽谤、威胁、殴打司法工作人员或者诉讼参与人，否定国家认定的邪教组织的性质，或者有其他严重扰乱法庭秩序的行为。

（六）发表、散布否定宪法确立的根本政治制度、基本原则和危害国家安全的言论，利用网络、媒体挑动对党和政府的不满，发起、参与危害国家安全的组织或者支持、参与、实施危害国家安全的活动；以歪曲事实真相、明显违背社会公序良俗等方式，发表恶意诽谤他人的言论，或者发表严重扰乱法庭秩序的言论。

六、建立执业风险、事业发展、社会保证等基金做为律师事务所的义务。

第五十二条 律师事务所应当按照规定，建立执业风险、事业发展、社会保障等基金。

律师参加执业责任保险的具体办法另行规定。

七、明确了律师事务所投资入股企业、不正当竞争、拒绝法律援助、违规收费、放任、纵容律师执业的，将按照《律师法》第五十条规定给予警告、停业整顿、罚款、没收违法所得、吊销律师事务所

执业证书等处罚。

第六十七条 律师事务所违反本办法有关规定的，依照《律师法》和有关法规、规章规定追究法律责任。

律师事务所违反本办法第四十四条、第四十五条、第四十七条、第四十八条、第五十条规定的，司法行政机关应当依照《律师法》第五十条相关规定予以行政处罚。

八、明确分所的行政管理机关界定为总所所在地司法行政机关，分所所在地司法行政机关对分所予以监督、指导，但分所受分所所在地律师协会的行业管理。

第六十八条 律师事务所管理分所的情况，应当纳入司法行政机关对该所年度检查考核的内容；律师事务所对分所及其律师疏于管理、造成严重后果的，由该所所在地司法行政机关依法实施行政处罚。

律师事务所分所及其律师，应当接受分所所在地司法行政机关的监督、指导，接受分所所在地律师协会的行业管理。

九、明确公检法提出对律师事务所提出处罚、处分建议的，司法行政机关、律师协会应当在7日内将处理决定通报建议机关。

第七十五条 人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关或者其他有关部门对律师事务所的违法违规行为向司法行政机关、律师协会提出予以处罚、处分建议的，司法行政机关、律师协会应当自作出处理决定之日起7日内通报建议机关。

李健超（广东卓建律师事务所）

来源：中国律师



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 Center

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

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

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



滴滴珠玑入丝网（孔庆德律师 摄）