

2016

12

总第 750 期

上海律师

SHANGHAI LAWYER



上海市律师协会主办

**市委统战部与市司法局、市律协签约
9 位律师专家获聘市委统战部法律顾问**

真故事 真用心

——市律协“律师 TED 演讲”第一季侧记

**静安律师秀风采 法治文化放光华
法律人怎么看《我不是潘金莲》**

2017

《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

本期导读

A

“在中国，每万人的律师拥有量是2.17人，美国是37人，英国是15.4人，德国是8人；中国目前有律师30万人，去年律师创收总量为650亿元人民币，占全球法律服务业总创收的1.2%；美国有律师60万人，全年创收约2600亿美元（折合16000多亿元人民币），占全球法律服务收益41%……”陈乃蔚说，中国法律服务市场空间很大，律师国际化发展大有可为。

——《第八届陆家嘴法治论坛
聚焦法律服务国际化》



C

律师行业文化活动以“文化季”的形式出现尚属首次，本届“静安律师文化季”在科学整合静安律师行业原有特色活动的基础上，进一步汲取静安文化中传统与现代的元素，完善融合了静安律师法治文化与群众文化、艺术文化、公益文化，共涉及人文、青年、文艺、公益四个系列十大项目，自金秋十月开幕以来，精彩纷呈、高潮迭起。

——《首届“静安律师文化季”纪实》

D

铺上地毯，音乐响起，会场黑了下来，舞台亮了起来。10米长的大摇臂摄像机威武地晃动着，两个大投影机投射出两束光，汇聚于30平米大的屏幕上，黑色的背景上显出简单的文字图片。身着正装的律师轻盈地走上台，行礼。全场响起掌声，礼毕，全场归于安静。大家仔细聆听，律师慢慢诉说。这，就是上海律师TED演讲。

——《市律协“律师TED演讲”第一季侧记》

B

2014年到现在，国务院发改委、财政部颁布有关条例政策文件大概超过30部，2014年、2015年两年，克强总理关于PPP的批示有20次之多。PPP在我国发展的两年多以来，做了近1万多个项目。PPP可谓是占尽热点、风头无二。

——《第六届外滩金融法律论坛聚焦
“PPP模式下金融创新及法律风险防控”》



E

最初，影视只是一个文化的概念，引领与宣传社会价值。从2002年变成文化产业后，影视行业开始追逐经济效益，目前又开始追逐更大的资本效应。在这一发展过程中，法律、政策既要规制影视的文化导向，又要促进产业发展，博弈了十几年。到现在来看，大方向是降低门槛，促进产业发展。正因此，才更应该从产业的角度健全法制，保障影视业健康有序地发展。

——《法律人怎么看〈我不是潘金莲〉》

CONTENTS

目录



本期关注

- 4 市委统战部与市司法局、市律协签约
9 位律师专家获聘市委统战部法律顾问 / 市司法局律管处
- 6 上海律师已突破 2 万人
中国法律服务国际化迎来新契机 / 吕新
- 10 第六届外滩金融法律论坛
聚焦“PPP 模式下金融创新及法律风险防控” / 吕轩

风采

- 14 走进企业，聚焦热点话题 / 市女律师联谊会
- 15 静安律师秀风采 法治文化放光华 / 祝跃光
- 19 真故事 真用心 / 山俊
- 22 《公司诉讼律师实务》开了好头 / 市律协律师学院

区县传真

- 23 创新工作方法 推动行业发展
引领普陀律师服务保障区域经济社会发展 / 未修峰

律所建设

- 26 百人战车，心手同步 / 上海市通力律师事务所

法律咖吧

30 法律人怎么看《我不是潘金莲》/ 许倩 整理

香港大律师

36 股东纠纷的可仲裁性：比较法研究 / 吴家彰 彭禧雯

专题研究

39 房地产企业破产重整相关问题的实务探讨 / 董明

42 林权资产证券化法律问题研究 / 仇昊

45 票据债务人以持票人不履行约定义务为由拒绝付款时的法律适用 / 孙彬彬



名家专栏

49 法治思维就是像律师那样思考 / 陈金钊

SHIAC 专栏

52 申请执行被撤销的仲裁裁决：案例与分析
/ 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

56 马来西亚投资法律制度（一）/ 黄宁宁 孙黎 诸见诚

乐 LIFE

59 唯有美食与法律不可辜负 / 毛惠刚

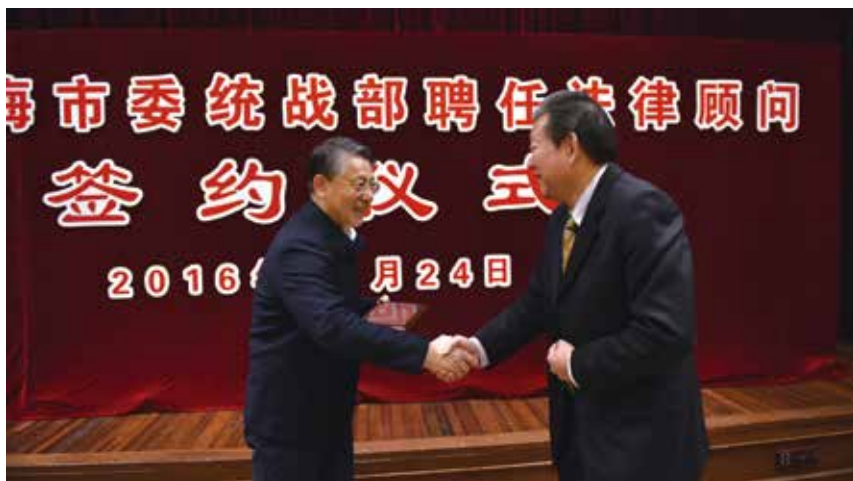
随笔

62 我的棒球 我的情 / 汪银平

市委统战部与市司法局、市律协签约 9位律师专家获聘市委统战部法律顾问

文 | 市司法局律管处

2016年11月24日上午，市委统战部与市司法局、市律师协会签署了《合作备忘录》，并召开了市委统战部法律顾问聘任仪式暨座谈会，聘任俞卫锋、周天平、邹甫文、毛惠刚、朱黎庭、陈峰、叶永禄、刘风景、张辛锋等9位专家学者和律师担任市委统战部法律顾问。



市委常委、市委统战部部长沙海林出席聘任仪式，并为受聘法律顾问颁发聘书。市司法局党委书记、局长郑善和，党委副书记、政治部主任刘卫萍出席仪式。市委统战部副部长房剑森主持会议。市委统战部社会工作处、市司法局律师工作管理处、市律师协会调研部等部门负责人参加仪式。

市委统战部秘书长吴金城与法律顾问签署《聘请法律顾问合同》，市委常委、统战部部长沙海林向法律顾问颁发聘书。

周天平律师在发言中表示，律师为党的统战工作服务，说明当年“七君子”为中华民族抗日统一战线服务的红色基因已经融入当今中国律师的灵魂与血脉。律师要在重大决策出台、党内法规及政策制定、信访工作等方面积极提供法律服务，遵守纪律，加强对统战政策的熟悉和掌握，积极为统战系统法治建设提供支持和服务。邹甫文律师谈到，要切实履职，对统战部门的法律事务坚决做到亲力亲为，运用自己多年积累的法律顾问工作经验，提供精

准、专业的法律服务，不辜负领导的信任。叶永禄教授承诺，今后将充分利用高校在理论研究方面的优势资源和平台，协助统战部做好相关法律问题的研究。

市委统战部秘书长吴金城，市司法局党委副书记、政治部主任刘卫萍，市律师协会副会长周天平签署三方《合作备忘录》，建立以下合作机制：

- 一、建立互相沟通协商机制
- 二、建立合作调研、研讨机制
- 三、建立法律服务机制
- 四、建立人才举荐机制
- 五、建立信息共享机制
- 六、建立人才教育培训机制
- 七、加强舆论宣传合作机制
- 八、建立联络员制度

市司法局党委书记、局长郑善和在讲话中指出，目前全市有152名律师担任人大代表和政协委员，而且两会代表和委员中的律师，数量呈现增长趋势，履职中也



得到了肯定和认可。在今年召开的全市律师工作会议上，市委政法委姜平书记特别指出“每年的两会期间，律师界代表提出的议案、意见和建议的数量最多、质量最高、被采纳的比例也最高”。在统战部门的推荐安排下，有多名律师到区县政府部门挂职锻炼，行政管理水平和思想政治素质有了极大提升。在统战部门的努力和帮助下，律师队伍中的优秀党外人才得到了组织的发现和培养，律师的作用和才干得到了充分展示和发挥。

市委统战部是中办、国办印发《意见》后本市党委系统中第一家建立法律顾问制度的单位。这次受聘担任市委统战部的法律顾问，是本市律师行业的光荣使命，更是贯彻“全面依法治国”战略布局、落实十八届六中全会精神、推进“全面从严治党”的政治任务。今后，市司法局将以法律顾问工作为契机，密切与统战部工作联系，完善工作机制，加强律师队伍中优秀党外人才的培养，积极为上海统战系统法治建设提供支持和服务。

市委常委、市委统战部部长沙海林指出，市司法局、市律协的同志和我们一起见证了这一重要时刻，这对于党委系统单位、对于统战部来说具有里程碑意义。统一战线与法律界的交往与合作由来已久。这次聘任的法律顾问，其实与市委统战部之前就有很多接触，为统战部提供了许多无私的服务与工作上的支持，发挥了很好的作用。

建立健全法律顾问制度是贯彻实施全面依法治国基本方略、深入推进上海统战系统法治建设的重要举措和必然要求。今年6月，中央办公厅、国务院办公厅正式

印发了《关于推行法律顾问制度和公职律师公司律师制度的意见》的通知，并要求各地区各部门结合实际认真贯彻执行。《通知》提出的目标任务就是：“2017年底前，中央和国家机关各部委，县级以上地方各级党政机关普遍设立法律顾问、公职律师，乡镇党委和政府根据需要设立法律顾问、公职律师，国有企业深入推进法律顾问、公司律师制度，事业单位探索建立法律顾问制度，到2020年全面形成与经济社会发展和法律服务要求相适应的中国特色法律顾问、公职律师、公司律师制度体系。”

法律顾问责任重大、使命光荣。这次聘任的法律顾问都是本市法学界的精英、专家，专业水准高，具有影响力和代表性，对统一战线工作比较熟悉、了解，对统战工作有感情，已经成为统战工作的重要力量。律师思想相对活跃，接触或服务于社会的各个层面，对社会的真实现状、百姓的日常生活均比较熟悉，掌握着第一手资料，观点来源于具体案例和生活，对社会现状感触比较深，对一些社会陋习了解得比较多，善于从规则、法律层面进行专业的思考和判断，容易引起社会共鸣。

民间有句顺口溜叫“春江水暖鸭先知，社会冷暖问律师”。希望法律顾问同志们，认清肩负的责任和使命，讲政治、守纪律、敢担当、善作为，在处理统战工作的法律事务过程中，一定要有大局观、历史观，同时还要有社会责任感和政治责任感，站在改革开放大的时代背景下处理问题，认真履行法律顾问职责，为完善市委统战部法律顾问制度工作、推进法治统战建设贡献智慧和力量。

第八届陆家嘴法治论坛聚焦法律服务国际化

上海律师已突破2万人

中国法律服务国际化迎来新契机

文 | 吕新

“中国律师法律服务国际化前途无限！”这是法律人在第八届陆家嘴法治论坛上表达的共识！

随着中国“一带一路”战略实施推进，越来越多的企业走出去，从而加速了中国法律服务业国际化进程。律师如何迎接“国际化”？律所在探索国际化过程中要注意哪些问题？12月8日，由上海市律师协会、上海国际经济贸易仲裁委员会和复旦大学高级律师学院联合主办的第八届陆家嘴法治论坛在上海国际会议中心举行，本届论坛聚焦“法律服务国际化”，多位中外知名法律专家、律师大咖通过主旨演讲与主题论坛等形式建言献策，帮助中国律所走向国际化做好应对准备。

本次论坛由浦东律师工作委员会主任、上海市锦天城律师事务所高级合伙人朱林海主持。上海市国际贸易促进委员会副会长、上海国际经济贸易仲裁委员会副主任李志刚，复旦大学高级律师学院执行院长陈乃蔚，上海市律师协会会长俞卫锋，上海市司法局副局长王协，分别作开幕致辞。

开幕辞： 中国法律服务国际化迎来前所未有的契机

李志刚说，回顾全球法律服务业，从过去百年的发展历程中不难发现，美国律所的强大领先地位，与美国企业的发展扩大有关；而中国律所的国际化也和中国企业走出去密切相关。各国交往日益密切，正在整合全球资源。当前，随着我国“一带一路”战略的实施和几大促进律所境外业务发展政策的推出，中国法律服务国际化迎来前所未有的契机。

陈乃蔚通过三组数据让大家看到中国律师在涉外法律业务或者国际法律业务中的地位和现状。“在中国，每万人的律师拥有量是 2.17 人，美国是 37 人，英国是 15.4 人，德国是 8 人；中国目前有律师 30 万人，去年律师创收总量为 650 亿元人民币，占全球法律服务业总创收的 1.2%；美国有律师 60 万人，全年创收约 2600 亿美元（折合 16000 多亿元人民币），占全球法律服务收益的 41%……”陈乃蔚说，中国法律服务市场空间很大，律师国际化发展大有可为。

俞卫锋在会上披露了上海律师人数的最新数据，目前上海律师已突破 2 万人。法律服务业不仅服务经济发展，还参与社会治理。从国际化角度来看，上海律师始终走在国际律所国际化的最前沿，但也应该看到上海律所和全球主要城市的律所相比还有很大差距，包括涉外人才培养、在国际法律业务中的话语权等。“对于年轻律师而言，服务经济发展，参与社会治理，有义不容辞的责任。中国律师的国际化前途无限。”

王协表示：“法律服务国际化是我们面临的时代问题。随着我国经济发展国际化，法律服务国际化也是法律服务业发展的内在需求。”对于法律服务的国际化，中央非常重视。今年 5 月，国家出台文件为法律服务国际化发展提供重大支持。对于法律服务国际化推进的路径，上海市司法局也在积极研究加强涉外人才培养，推荐优秀涉外人才到国际机构任职，主动应对开放新格局，进一步提升法律服务国际化的规模和水平。

主题演讲： 理解法律服务国际化的趋势

全国政协常委、民建中央副主席、政协上海市第十二届委员会副主席周汉民以“中国法律服务应加快国际



化步伐”为主题作主旨演讲。上海市律师协会会长、上海市通力律师事务所主任俞卫锋律师，上海市段和段律师事务所合伙人联席会议主席吴坚律师，复旦大学高级律师学院副院长龚柏华教授，Dentons 律师事务所欧洲中国事务董事 Peter Deegan 先生及贝克·麦坚时国际律师事务所上海代表处首席代表兼合伙人张大年先生，分别就“中国律师业在法律服务国际化中的探讨”、“中国律师事务所如何应对法律服务国际化”、“国际化法律服务的组织和实施”、“法律服务国际化的发展”等发表了主题演讲。

周汉民已是连续五届参与陆家嘴法治论坛，他结合中国入世 15 周年谈中国法律服务国际化发展。他认为，中国法律服务国际化应当为国家进一步融入世界提供充分、及时、有效的服务；法律服务国际化应当为重大的国家战略排忧解难。

俞卫锋分别从律师、律所、律协等角度谈如何应对法律服务国际化发展。在他看来，法律服务国际化正当其时，上海律师法律服务国际化发展前景无限。他还提出，国际化是律所的核心竞争力所在，律所行政后台的打造也很重要，比如建立 IT、市场等部门，这也是国际化的要求。俞卫锋表示，市律协十届提出口号：标准化、规范化、国际化。其中，国际化是希望通过律师的共同努力，使上海律师国际竞争力能进一步增强，不仅能参与、领导重要跨境交易的法律服务，也能参与国际公法范畴的法律事务，代表国家与政府在国际条约、国际规则、国际标准的制定过程中发出中国律师的声音。

吴坚则以段和段所在中国涉外法律实践的研究角度进行分享。他表示，段和段的国际化战略观可分为两点，



第一是确定“适度规模化”战略，第二是采用“总分包”合作模式。前者是在3—5年内，将在全球完成不少于500人左右的律师团打造，以后勤团队作为基础保障，在全所范围内，通过D-HMS系统覆盖律所管理、分控、业务支持、财务结算等，打造跨区域、跨业务的云端律所。

龚柏华分享了上海涉外法律服务现状市场调查报告。从报告中，主要反映了几大问题，比如，高水准的涉外法律人才队伍建设困难、中小所发展涉外法律服务遭遇瓶颈、内外所存在不公平竞争、涉外法律服务渠道不够充沛、缺乏涉外业务交流平台、律所缺乏品牌意识，管理制度不完善等。

Peter Deegan 主要从“中国企业对国外律所有什么期待？”、“中国企业如何在海外律所和国内律所之间做选择？”、“为什么客户会换律所？”等角度进行分享。“在西方，律所服务质量和专业技能是客户优先考虑的因素，费用则是第三位，对客户来说，前两者比较重要。2015年，据相关数据统计，只有40%的客户认为他们从律师那里获得很好的帮助。所以，我们律师在提供法律服务时，要付出比客户预期更好的服务。”

张大年介绍了贝克·麦坚时国际律师事务所国际化发展路径，他总结道，第一、法律服务国际化的前提条件是国家经济的国际化；第二、客户的需求是律所发展

的第一动力，跟着客户的足迹不断走向远方，律所的管理体制、合伙人的素质必须同法律服务国际化相匹配。合伙人的国际化素质、公平的分配机制是律所发展国际化的保证。

主题论坛：法律服务国际化如何发展？

本次论坛的下半场由上海市女律师联谊会副会长、上海市乔文律师事务所执行主任韩璐律师主持。下半场共设置了三个主题论坛环节讨论，来自沪港和国际律所的律师就“一带一路”背景下的“中国律所法律服务国际化发展路径和策略”、“自贸区与法律服务国际化”、“法律服务市场国际化与法律服务属地性的冲突和协调”等话题进行探讨，嘉宾们观点鲜明、讨论热烈，积极为法律服务在国际化的环境下面临的新问题、新机遇、新挑战提出新建议，为中国律师事务所推进法律服务国际化发展更好地适应国际市场建言献策，也带来了许多新观察和新视角。

“中国律所法律服务国际化发展路径和策略”主题论坛环节，由上海汉盛律师事务所高级合伙人杨伟东律师主持，参与讨论的嘉宾有北京大成（上海）律师事务所主任陈峰律师、上海市锦天城律师事务所高级合伙人朱林海律师、北京市中伦（上海）律师事务所高级合伙人孔

伟律师、年利达律师事务所中国区管理合伙人方健律师。几位律师大咖分别结合自己所在律所的国际化发展路径和策略进行观点分享、互动交流。有律师认为，中国法律服务国际化首先要达到国际化的执业水准，向国际律所靠拢，要提高律所的内生性管理水平，要更注重律所的知识管理等。

“自贸区与法律服务国际化”主题论坛环节，由上海国际经济贸易仲裁委员会副主席兼秘书长马屹主持，参与讨论的嘉宾为上海瀛泰律师事务所高级合伙人陈柚牧律师、夏礼文律师事务所上海办公室合伙人 Jenny Chester 律师、福建联合信实律师事务所合伙人邱兴亮律师、霍金路伟国际律师事务所亚洲公司部主管合伙人及董事会董事 Andrew McGinty。大家围绕自贸区中外律所联营的背景、模式、优势、“婚后”如何经营等话题进行探讨。据悉，目前中国自贸区中外联营律所共有 3 家。

“法律服务市场国际化与法律服务属地性的冲突和协调”主题讨论环节，由上海市通力律师事务所合伙人陈巍律师主持，参与互动的嘉宾有上海市锦天城律师事务所高级合伙人杨晓律师、上海融孚律师事务所高级合伙人倪建林律师、香港大律师刘祉仁和陆栩然。大家认为，法律服务国际化在推进过程中是个融合的过程，难免会有冲突，但更多的是协调。

闭幕致辞:论坛成功举办

主题论坛结束后，浦东新区司法局副局长刘龙宝作闭幕致辞。他表示，此次论坛很成功，既有理论性问题的研究，也有实务性问题的探讨；既有来自顶层的设想，也有来自基层的实践，主题鲜明，内容丰富。

本次论坛由上海市律师协会浦东律师工作委员会、上海市浦东新区法律服务业协会承办。上海市锦天城律师事务所、上海市通力律师事务所、北京大成（上海）律师事务所、北京市中伦（上海）律师事务所、上海市段和段律师事务所、上海汉盛律师事务所、上海融孚律师事务所、上海瀛泰律师事务所夏礼文律师事务所（上海自贸试验区）联营办公室、福建联合信实律师事务所霍金路伟国际律师事务所（上海自贸试验区）联营办公室、贝克·麦坚时国际律师事务所、汤森路透法律事业部等参与协办。

相关背景

陆家嘴法治论坛创办于 2009 年，至今已成功举办七届。历届论坛主题均紧扣时代脉搏、紧跟年度热点话题、关注律师职业发展，成为业界高度认可的法律综合性论坛，并受政府、业界、学术界、媒体高度关注，也是上海律师业长期性的年度高端峰会。

历届陆家嘴法治论坛主题：

2009 年——第一届论坛“律师的文化、责任、使命”
2010 年——第二届论坛“金融——国际金融中心法治建设”
2011 年——第三届论坛“建设上海国际航运中心”
2012 年——第四届论坛“知识产权资本和商业运营”
2013 年——第五届论坛“纵论中国（上海）自由贸易试验区”
2014 年——第六届论坛“移动互联 @ 法律服务”
2015 年——第七届论坛“‘一带一路’国家战略推进中法律服务保障”
2016 年——第八届论坛“法律服务国际化”



第六届外滩金融法律论坛 聚焦“PPP模式下金融创新及法律风险防控”

文 | 吕轩

2016年11月11日，第六届外滩金融法律论坛在上海举行。本届外滩金融法律论坛以“PPP模式下金融创新及法律风险防控”的法律实务研究为主题，围绕上海“四个中心”建设和黄浦区打造“四个标杆”、实现“四个前列”的目标，深入讨论PPP模式的政策解读、法律风险、化解对策、实务操作等问题。

论坛由上海市司法局、黄浦区人民政府、上海仲裁委员会、上海市律师协会、全国律协建房委共同主办，黄浦区司法局、黄浦区金融办、黄浦律师工作委员会、上海市建纬律师事务所共同承办。

上海市政协副主席周汉民，中共黄浦区委副书记、区长杲云，上海仲裁委员会主任王信芳，黄浦区人大常委会主任施兴忠，黄浦区政协主席张华，上海市司法局副局长王协，上海市律师协会会长俞卫锋，中共黄浦区委常委、政法委书记吕南婷，黄浦区副区长陈卓夫，黄浦区政府党组成员左轶梅，黄浦区检察院检察长陈明等领导出席论坛。

论坛采用专家演讲和实务讨论相结合的方式，邀请了来自金融界、法律界的一批法官、律师、企业家、银行家、专家学者进行深入探讨。





上海市司法局副局长王协为论坛致辞

共建平台 加强交流

上海市司法局副局长王协首先为论坛致欢迎辞，他表示，尽管目前上海还没有就 PPP 正式出台相关文件，但 PPP 最主要的形式——基础设施特许经营在上海的实践探索，已经有 20 余年的历史。“我真诚地希望广大律师能通过本届论坛与司法机构、大型企业、专家学者间建立有效的沟通平台，进一步加强业务探讨，促进合作共赢，在服务企业海外投资方面开拓视野、创新思路，努力提升上海律师的 PPP 法律服务能力，深入推进上海自贸区、科创中心和‘四个中心’建设。”

中共黄浦区副书记、区长杲云代表黄浦区委、区政府对这次论坛的举办表示祝贺，他希望通过外滩金融法律论坛这个平台，能够让金融界、法律界的人士，进一步加强交流，碰撞出智慧和思想的火花，共同探讨金融和 PPP 模式的发展方向和途径，更好地助推黄浦在金融创新、投融资体制改革、吸引社会资本深度参与合作等方面大胆地探索、深入地实践，全力推动法律风险防范下的金融创新，实现黄浦金融业的持续健康的发展。

“上海外滩金融仲裁中心”揭牌

论坛当天，还举行了“上海外滩金融仲裁中心”揭牌仪式，由中共黄浦区副书记、区长杲云，上海仲裁委员会主任王信芳共同揭牌。

王信芳主任在随后的致辞中表示：“作为矛盾纠纷多元化解机制的重要形式，仲裁以其公正高效、一裁终局、不公开审理、专家断案等自身特点和优势，在化解商事纠纷、完善投资环境、维护市场经济有序运作等方面发挥着重要作用。尤其在金融方面，其不断完善的仲裁机制、专业的仲裁员队伍和尊重行业惯例的裁决理念，已经成为各类金融交易主体化解纠纷、维护自身正当权益的重要选择之一。而‘上海外滩金融仲裁中心’的建立，是上海仲裁委与黄浦区政府就金融创新和法律服务保障之间紧密协作的良好开端，标志着双方为共同打造上海金融和仲裁高地开展全面的战略合作。”

PPP模式的发展战略

上海市政协副主席周汉民向与会者分享了他的三个观点：“第一，民营经济与国有经济地位平等、机会平等、规则平等的‘三个平等’是 PPP 模式得以长治久安的前提；第二，PPP 模式应当随着国家的自贸试验区战略、京津冀一体化战略、长江经济带发展战略、‘一带一路’战略等‘四大战略’共成长；第三，PPP 模式必须将依法行使作为其长治久安的保障。”



中共黄浦区副书记、区长杲云，上海仲裁委员会主任王信芳共同为“上海外滩金融仲裁中心”揭牌



PPP 到底有多重要? 另一位主旨演讲嘉宾、清华大学 PPP 研究中心主任王天义介绍道:“2014 年到现在, 国务院发改委财政部颁布有关条例政策文件大概超过 30 部, 2014 年、2015 年两年, 李克强总理关于 PPP 的批示有 20 次之多, PPP 在我国发展的两年多以来, 做了接近 1 万多个 PPP 项目。PPP 可谓是占尽热点、风头无二。”

主题研讨一: PPP 模式与城市更新

上半场精彩演讲还意犹未尽, 转眼下半场专业讲堂已经火热“开课”了。研讨环节由上海汉商律师事务所合伙人况浩律师主持。

全国律协建房委秘书长、上海市建纬律师事务所副主任曹珊律师从土地、财政补贴、优惠政策等方面详细讨论城市更新 PPP 项目的相关问题, 提出各方应该“注意与城市更新 PPP 项目相关的问题和优惠政策, 基于现有政策的支持, 优化城市更新 PPP 项目的交易结构和操作模式。城市更新作为城市区域性的整体存量的开发项目, 它是适合利用 PPP 模式来开展实施的, 在具体的实施中, 我们应该合理选择 PPP 的操作模式”。

上海济邦投资咨询有限公司董事长张燎则从“如何构建 PPP 金融资产交易平台”的角度详述了构建 PPP 资产交易平台重要原则及配套措施。

随后, 上海市黄浦区建管委副主任朱佛海和中建八局投资公司副总经理金浩作为互动嘉宾, 与两位主讲嘉宾进行了交流。

主题研讨二: PPP 模式及其法律风险防控

围绕这一主题, 全国律协建房委主任、上海市建纬律师事务所主任朱树英从诉讼的角度谈了自己的看法, 他从一民营企业投资旧村改造项目入手, 剖析了其中需要注意防范的法律风险。

“国务院办公厅于今年 1 月 17 日刚刚颁布《关于全面治理拖欠农民工工资问题的意见》即今年国办发(2016)1 号文件, 该文件提出“在工程建设领域推行工程款支付担保制度, 采取经济手段约束建设单位的履约行为, 预防工程款拖欠”的意见, 成为 PPP 模式合同框架设计新的要求和研究重点”。



针对 PPP 案件审理中涉及的主要法律问题，上海市高级人民法院民二庭副庭长姜山也结合在审理案件中的实践经验，提出了自己的见解。他认为：“我们在实践中发现，目前跟 PPP 相关的法律纠纷核心项目合同的争议不多，主要纠纷以民商事的诉讼类型为主，从这些诉讼当中可以分为几种类别：一种类别是主要发生在项目的准备阶段，主体发生在跟 PPP 核心合同之外的外围，相关的合同关联度之间。第二种类型是在实施阶段，实施阶段项目主体已经开始出现在纠纷当中了……”他提出，可以从合同文本尽可能全面清晰、合作模式创新于法有据、思考争议解决方式的创新空间等角度进行法律风险防范。

随后，上海社科联原党组书记沈国明和上海市财政局涉外经济处处长纪鑫华作为互动嘉宾，与两位主讲嘉宾进行了讨论。

发现规则漏洞 弥补规则缺失

上海市律师协会会长俞卫锋为论坛致闭幕辞，他表示，外滩金融法律论坛是上海律协的名片之一，本次论坛为这张名片又增加了一抹靓丽的色彩。

俞卫锋提出：“今天的论坛，谈到了 PPP 模式的法律风险防范，风险防范不仅体现在帮助交易参与方设计结构，未雨绸缪、防患于未然，也不仅体现于纠纷解决，定纷止争，更体现于对规则的构建。促进规则进步于律



师而言主要是两方面，一是以理论指导，用法律逻辑促进规则的合理性、合法性、可操作性及前瞻性；另一方面是通过律师的实践来发现规则的漏洞，去弥补规则的缺失。通过这个论坛可以展示 PPP 业务领域律师的工作，在上海乃至在全国，我们律师参与的活动还有很多，他们都是一个小小的窗口，展示着我们律师既服务经济又服务社会又促进法治这三大功能。感谢各位，让我们的论坛如此精彩！”



走进企业，聚焦热点话题

——市女律联与特邀委联办主题沙龙活动

文 | 市女律师联谊会

2016年12月7日下午，上海市女律师联谊会 and 上海市律师协会特邀会员工作委员会联合主办“参政议政主题沙龙”暨“总法律顾问沙龙”之“走进企业，聚焦热点话题”——工业用地存量开发利用和园区管理法律研讨会，在常德路800号的“800秀”会议中心举行。

研讨会由上海市女律师联谊会副秘书长楼凌宇主持，邀请上海市国资委企业改革处蔡锦铝副处长、上海共鑫投资管理有限公司郑翔总经理、上海地产集团行政管理部何乃刚副经理、上海市通力律师事务所合伙人陈巍律师、上海邦信阳中建中汇事务所合伙人杨文珺律师作为发言嘉宾。上海市女律师联谊会副会长金缨、张艳，上海市律师协会特邀委员会主任徐珊珊、副主任童丽萍、裘索以及来自女律联、特邀委的近40人出席本次研讨会。

上海市女律师联谊会副会长金缨首先介绍了本次活动的背景情况，并对上海电气集团为本次研讨会提供会议场地以及将“800秀”这样一个老工业厂区转型案例供大家观摩和探讨表示感谢。随后与会人员在园方带领下参观了园区。

主题沙龙由上海市人大代表、上海市律师协会特邀委员会副主任、上海电气集团首席法务官童丽萍主持。各位嘉宾以工业地产的转型、工业用地存量开发及创新使用法律新环境、2.5产业发展过程中土地利用相关法律问题、国企改革服务、推进土地改革做好整体上市等作主题发言。

在互动环节，长宁区政协委员、上海市海华永泰律师事务所合伙人严洁红从自己擅长的文化产业地产业务为切入点，探讨了关于建设规划许可、消防竣工验收收等方面的问题。市政协委员裘索则以律师委员的身份表示，将会以各位嘉宾在主题分享中遇到的法律困境着手作为社情民意进行研究。

市律协特邀会员工作委员会主任徐珊珊在总结点评中表示，与会人员对同一事件能从不同角度来观察、思

考并深入交流探讨，此次活动非常有意义。而市律协特邀委的设立也是上海市律师协会的首创，给社会律师与法律专家搭建了一个很好的交流、沟通平台。

上海市女律师联谊会副会长张艳高度赞扬了本次活动，和拥有公司律师资源的特邀委员会的联手合作，双方展开了深度讨论，参会的律师界的人大代表和政协委员代表们也从研讨中发现素材，为明年的“两会”作了预热。

上海市女律师联谊会副会长金缨表示，“走进企业，聚焦新热点”参政议政主题沙龙已经作为上海市女律师联谊会的品牌活动，期待今后与更多的团队合作，更好地为律师代表委员参政议政提供服务。



静安律师秀风采 法治文化放光华

——首届“静安律师文化季”纪实

文 | 祝跃光

多年来，原闸北、原静安的广大律师为服务经济建设、创新社会治理、化解矛盾纠纷、促进社会和谐稳定发挥了积极作用，得到了党和政府及人民群众的高度认可。撤二建一两区合并之后，新静安律师行业发展规模和律师人数均达到历史最高峰，静安律师人数在上海各区名列第一，律所家数和年创收数稳居全市第二，静安正从律师行业大区奋力迈向法律服务强区，而静安律师队伍的建设也从数量发展阶段发展为文化修炼阶段。为进一步扩大法治发展成果受益面，拓展法治文化传承影响面，静安区司法局和上海市律师协会静安工作委员会在充分调研、深入谋划的基础上，2016年整合原有特色项目，拓展新型品牌活动，隆重推出了首届“静安律师文化季”，旨在以文化建设大发展大繁荣推动静安律师行业能够站在“撤二建一、融合发展”的新起点上，努力打造“上海法律服务新标杆、静安法治建设新亮点”，为建设好“国际静安、圆梦福地”贡献更多的智慧和力量。



律师行业文化活动以“文化季”的形式出现尚属首次，本届“静安律师文化季”在科学整合静安律师行业原有特色活动的基础上，进一步汲取静安文化中传统与现代的元素，完善融合了静安律师法治文化与群众文化、艺术文化、公益文化，共涉及人文、青年、文艺、公益四个系列十大项目，自金秋十月开幕以来，精彩纷呈、高潮迭起。



覆盖面广、参与度高

覆盖面广和参与度高是本届“律师文化季”最大特点。本次活动的所有项目都经过精心挑选、设计和筹备，其中既有律政舞台剧、好声音、运动会等文艺体育项目，又有慰问老律师、青年演讲赛等充满人文关怀的活动，还有共和国卫士爱心助跑等公益项目，几乎涵盖了所有文化活动的范畴，使得全体静安律师都能找到自己的舞台展现自己的风采。此外本次文化季全区律师参与度之高创历史之最，据不完全统计，截至目前，参与本次文化季各项活动的律师达到4000人次，其中律政舞台剧演员海选超过200人，公演的实际观演人数达到2000人次；静安律师运动会当天到场参赛的律师选手近500人，好声音海选参赛选手也超过300人次。广大律师踊跃参与其中，既是对“律师文化季”的支持，更展现出参与静安律师行业文化建设的极大热情。

静安律师运动会，500健将赛场竞技，迸发静安律师新活力。2016年11月5日下午，“携手共进 律动静安”第一届静安区律师运动会在市西中学操场举行，作为第一届“静安律师文化季”的重要活动，本次运动会共有来自全区近500名律师代表到场参与。区司法局副局长陈敏到会参加并致开幕辞，区司法局党委书记、局长凌淑蓉出席并为运动会点燃火炬。本次运动会均以团队项目竞赛，共组织了“奔跑吧静安律师”、“旱地龙舟”等6大竞赛项目和“场地高尔夫”“立体迷宫”等12项嘉年华娱乐项目。比赛中共有13家律师分获各单项前三名，最终申浩所、德恒所和宇钧所分别获得团队总成绩前三名，区司法局和律工委领导为获奖单位颁奖。



法艺结合、出新出彩

首部律政舞台剧《律心引力》，演绎静安律师新风采。作为本届文化季的重头戏，律政舞台剧《律心引力》可谓匠心独具，该剧从年初开始剧本创作，精心打磨，前后六易其稿。静安区两百余位律师参加了演员的海选，最终十六位律师登上了舞台。各位律师在紧张的工作之余，投入到近200多小时的排练与集成中。这部律政舞台剧将律师生活搬上舞台，让舞台走进律师生活，静安律师与文化名家同台切磋，艺术华彩与法律智慧同场对话，也彰显出静安律师“上

得庭堂，入得剧场”的文化素养和综合能力。该剧公演共吸引了两千人次现场观看，观众好评不断，社会反响强烈。

“静安律师好声音”，唱出静安律师更强音。已经成功举办过两届的“静安律师好声音”曾经是静安区律师文化建设的一块闪亮名片，今年，随着新静安律师队伍的壮大，即将登台亮相的“静安律师好声音”暨迎新年会势必再次引发广泛关注和踊跃参与，也必将本届静安律师文化季推向高潮。



针对性强, 效果明显



“静安合伙人”法律职业精英圆桌会，激发静安律师大智慧。作为静安律工委推动的一项特色项目，“静安合伙人”聚焦律所建设和律师行业发展的热点和瓶颈问题，着眼补齐律所发展短板、促进行业健康快速发展。区律工委坚持每两月组织区属律所合伙人分享经验、交流思想，希望通过此类活动，能够打破信息和思维的孤岛，连成智慧和资源的通衢。作为本次文化季的重点项目之一——国浩专场获得广泛关注和踊跃报名。

重阳节慰问老律师，传承静安律师好传统。老律师是行业的宝贵财富，为更好传承静安老律师的优良传统，区司法局和区律工委共同于2016年“重阳节”开展了“最美桑榆景，人间重晚晴”慰问老律师活动。市律协原老会长王文正等静安区50余位65岁以上老律师齐聚一堂，共叙峥嵘岁月，欢度重阳佳节。市律协主要领导受邀莅临，静安区司法局领导悉数到场参加，一起与静安老律师们畅谈联谊，表达慰问和关心。

女律师法律英语沙龙，绽放静安律师政佳人花样风采。静安区女律师联谊会定期举办的法律英语沙龙活动，至今已经举办两年，累计参加已经超过300多人次。活动全程使用英语交流，通过技巧交流、案例讨论、诗歌沙龙以及游戏沙龙等丰富多样的形式，使参加的女律师们在轻松的环境中学习交流、分享经验，既在英语沟通中提高了业务素养和外语技能，又达到了放

松身心的目的。参加活动的女律师人数越来越多，该活动的影响也越来越大，静安女律师法律英语沙龙已经成为行业里一道亮丽的风景线。

“青春秀真我、梦圆新静安”TED主题演讲赛，俊采星驰，传扬静安律师深思考。2016年9月23日下午，“青春秀真我 梦圆新静安”——静安区司法行政“静思·青年说”演讲比赛决赛在胶州路300号大会议室举行。共青团上海市委、静安区司法局主要领导出席了本次活动，并勉励静安青年法律人不负时代所托，成为人生赢家。演讲比赛是一场青年说、更是一场青春秀。参加本次决赛的12名选手是从众多选手中通过层层选拔脱颖而出的，他们或谈所思所感，或述亲身经历，向全场观众展示了静安青年法律人的亮丽风采。最终张玉霞等6名选手分别获得一、二、三等奖。

全市首创的“静安律师文化季”即将进入尾声，通过举办此次活动，我们也收获了许多珍贵的经验：

1. 科学谋划、精心安排是确保文化季圆满成功的重要保证。此次“律师文化季”是全市首创，从活动创意到每个项目的选择，再到具体组织、筹备、实施，正是得益于区司法局的科学谋划，区律工委的精心安排，各项目负责单位和个人的坚决执行，确保了本届文化季得以圆满成功。

2. 落实责任、整体联动是做好文化季各项工作的有力武器。在活动中，区司法局各职能部门、区律工委和有关单位、律师骨干分工负责、密切协作，确保了各项工作有条不紊，进展有序，顺利推进。

3. 挖掘内涵、突出特色是办好文化季的有效方法。通过深入挖掘静安特有的城市文化和静安律师特有的法治文化，使得本届律师文化季有特色、有创新，热点频出、亮点纷呈，获得了社会各界的交口赞扬和良好的社会影响。

4. 攻坚克难、团结协作是做好文化季各项工作的坚强保障。本次文化季过程中，既有跨度周期较长的项目，也有涉及参与律师人数多的项目，所有工作人员，不论项目周期多长，参与人数多少，都能心往一处想，劲往一处使，每个人把自己负责的工作抓实抓细抓到位，不疏忽任何一个细节，为圆满完成文化季各项工作提供了坚强保障。

真故事 真用心

——上海市律师协会“律师TED演讲”第一季侧记

文 | 山俊



朱小苏



俞卫锋



方正宇



邓哲



计时俊



李辽祺



卫新



严嫣

很难有人对他们说真话

作为“南桥北秦”之一的秦城监狱，从外面看透着一股肃杀之气。有人戏称：无论是以什么身份进出秦城，都是一种身份的象征。那天，天空灰蒙蒙的，计时俊律师来到秦城监狱，做了两件事。一是在门口拍了几张照片发了朋友圈；二是会见一个重量级的犯罪嫌疑人。从这个犯罪嫌疑人走进会见室时的昂首挺胸，计律师知道不好对付，需要在尊重中给予一定的“打压”。这名前任领导虽然“身在屋檐下”，但依然眼神中透着坚定，仍有还在位子上的“威严”。但在回答问题时，他总是有些避重就轻。“我是你的律师，在某种程度上说，我和你是共同应对指控的，我履行职业责任维护你的合法利益。现在，请你完整地告诉我所有涉案的事实以及其中的来龙去脉，除此之外你别无选择。”计律师再三提醒，因为从一些细微的小动作来看，此人一开始，并没有全部说真话。

当夜幕降临香港，朱小苏律师离开谈判桌走到室外的吸烟区，可是他从不抽烟。冷冷初冬夜，凛凛觉清寒，朱律师已经连续谈判超过了12个小时。望着灯火璀璨的城市，他把自己隐藏在黑暗中拍了一张照片，发了朋友圈。这已经是他为了这个项目五天内第二次来到香港。旷日持久的谈判和一遍遍推倒重来的方案，这些对于一个非诉讼律师来说，早已习惯，因为朱律师知道，由于双方很难建立真正的信任，对方没有全部说真话。当然，朱律师也没有全部说真话。

他们要对所有人说真话

2016年11月10日晚上6点，在市律协一间小会议室里坐满了人，已经4小时了，灯依然亮着。因为空气不流通，会议室里弥漫着一种凝重的氛围。此时，在场的所有人都坐着，除了一个人——市律协俞卫锋会长，他一个人孤零零地站着。面对所有坐着的人，他说了好久，也“被说了好久”。最后，他说：“我这个人最擅长的是将有意思的东西说得很没意思。”

那一天，市律协正在对第一季“律师TED演讲”演讲嘉宾进行培训。上海滩知名记者秦畅和上海滩两位名嘴律师——黄荣楠与周知明，共同组成教练团。八名演讲嘉宾分别走到桌子前，将事先准备的演讲内容预先讲演一遍，然后教练和其他人会针对演讲内容，提出一些修改意见，俞卫锋会长也是演讲者之一。

“我反复强调，律师TED演讲要真人、真事、真情。”黄荣楠说。“我们一般建议的模式是故事加升华。”周知明说。“别小看讲故事，要讲好一个故事，并不容易。但是唯有自己的故事，才是真东西。”秦畅说。

“真”——成为当天反复出现的关键词。

邓哲律师原本想在演讲中着重讨论青年律师在成长过程中都必然会碰到的两个追问，分别是“我是谁与我要成为谁”和“专业与专业化的区分”。结果他被直接勒令另起炉灶，因为我们要听他的双外（外地人、外地大学）和三无（血缘关系靠不上、地缘关系靠不上、学缘关系靠不上）等情况。

卫新律师说的是他30岁开始创办星瀚所的经历。听完他的讲述，再看他帅气的外表和“精致”的打扮（他总会在西装胸前的优雅角落放一块叠得很好的口袋巾），在座的律师直接尖锐点评：“你给我的感觉像学痞，真是拉仇恨！”学痞的意思就是平时随随便便不用功，但是考试成绩却很好的学生。这样比喻，是因为卫律师在讲述中有意无意地漏讲了一些东西，包括其创所过程所遇到的艰难困苦。

那天，他们八人无一例外地都被教练团狠狠批评了一顿。这并不是因为他们说的话不“真”，而是因为选取角度的问题，常常忽略了我们更愿意看到的一些细节，甚至是隐私。

看来，要怎么讲真话，也是有学问的。

他们的真故事

我们想知道俞卫锋当选会长之后的第一夜；计时俊律师为何在巴黎被人用枪指着头；朱小苏律师的戏如人生；李辽祺律师心底的热爱；严嫣律师为何泪如雨下甚至几度哽咽；方正宇律师参与足坛反黑等真故事。

不破不立。在被痛批之后，周知明律师分别有针对性地给他们八人提出了很多具体的修改意见。经过他的打扮，八人均觉得自己的演讲内容有了“眼前一亮”的感觉。从这之后，周律师就被尊称为“高”律师。

“如果从这个角讲，他的内容将没有一点笑料。”计时俊律师这样说。黄荣楠说，这没关系，只要有真故事。当天，也有人建议俞卫锋会长加一些桥段，适当地演绎一些，这样更能吸引观众。这时，计时俊律师打趣说：“如果我们以后写回忆录，可以这样写：俞会长TED演讲的这段内容，是编的。”听到这大家哄笑了一阵。

有人说历史往往只有时间是对的，故事往往只有人物是不对的。但是，律师们都太聪明了，你稍微有点假，他们岂能嗅不出味道。记得有一次，方正宇律师做客上海电视台一档节目，当主持人问他如果遇到有人说假话时怎么办，方律师是这样回答的：“反复提问细节，直到出现出入，审讯不就有这一招吗？其实，瞎编一次再重复并不难，你让他把事情反着说一遍就难了。”

你看嘛！要对付假话，律师有的是办法。

最终，俞会长当然也没有去编内容，所有的人都没有。上海律师 TED 演讲就是让律师讲自己最想讲的话，无论其是否有益、是否有趣。

他们真用心

一转眼，时间就到了 11 月 27 日节目录制的当天，上海市司法局三楼会议中心也大变了样。用升降机在 6 米高的上空挂上黑色的幕布，用一块块铁板和一根根支架，一点点地搭出来大舞台的模样。铺上地毯，音乐响起，会场黑了下来，舞台亮了起来。100 多名律师观众再加上 20 多名工作人员，使得原本只能容纳百人的会议中心座无虚席，有一些人甚至只能坐加座。

10 米长的大摇臂摄像机威武地晃动着，两个大投影机投射出两束光，汇聚于 30 平米大的屏幕上，黑色的背景上显出简单的文字图片。身着正装的律师轻盈地走上台，行礼，全场响起掌声，礼毕，全场归于安静。大家仔细聆听，律师慢慢诉说。这，就是上海律师 TED 演讲。

有人或许会疑惑，既然是律师说自己的故事，那岂不是小事一桩，尤其是对这些资深律师来说，更应是信手拈来。然而，我要告诉你们，这次录制的过程可真不容易。这一切，还要从录制当天他们对我说的两个“假话”说起。

当朱小苏律师刚到会场的时候，我闻到了淡淡的香味，我记得他好像一般不喷香水，于是问其缘故，他说是因为这套衣服放在橱里太久了，要遮一下味道。我知道，这可能是他无意识和我说地一句“假”话。但是我更知道，他是“真的”很重视今天的录制啊。确实，他们怎么可能不重视呢？李辽祺律师比预定时间早了近一个小时第一个到达会场准备；计时俊律师亲自制作动画 PPT 并一遍遍地修改；俞卫锋会长在最后一刻都在改自己的演讲内容……

第二个假话是严嫣律师在候场时和我说的。当时，她和我说她好紧张，我是第一次看见她这样，不由得有些为她担心了。结果等到她一上到舞台，其演讲表现可谓

紧凑连贯，甚至还意犹未尽，严重超时。我知道，作为经常上电视的律师，她说紧张可能是“假”话。我更知道，在幕后准备阶段，她是“真的”紧张呀。确实，他们怎么可能不紧张呢？如果紧张和流的汗成正比，那么他们当天的紧张程度，就好像卫新律师额头的汗水一样，从来就没有干过。

录制当天，严嫣律师还有过一件趣事。因为演讲顺序靠后，她偷偷跑来和我说得先出去转一转，等快到她了，让我打电话告诉她来候场，我当然答应咯。不过，心里面更为她担心了。结果，直到轮到她上场，她愣是一直坐在那边，半天也没敢移动过地方。

而当朱小苏律师来到候场区的时候不禁感叹道：“天啊！我来晚了，坑都被占了呢。”原来，那边的“坑”都早已被各种苦思冥想状的其他候场嘉宾给占领了，真是“吟安一个字，捻断数茎须”。

把平时威风八面的律师们折磨成这个样子，真是让人于心不忍。他们真是太不容易了，我想如果能在录制前多有一些准备的时间，以他们的能力，一定可以准备得更充分、更完美。但是临近年底，每位律师的日程都早已被各种工作给塞满，他们要牺牲很多空闲的时间，才能将这些演讲内容充分完善并且全部背诵下来，而他们的时间本就少得可怜。

每一个演讲律师站在舞台之上，是那么光鲜亮丽、令人称羡。然而，很少有人知道，舞台的背后，他们的紧张和付出。

他们原来是这样

现场录制结束之后，他们陆续收到了一些观众来信，大家互通有无，慢慢会成为朋友。其实，如果不谈工作，他们在生活中都是很活泼、很亲切的。比如，计时俊律师会经常调侃，他说自己的身材像是“球形闪电”；邓哲律师说自己是“过劳肥”；方正宇律师会在双 11 买 PS4 游戏机，不是给他孩子玩，是他自己玩。

这次上海律师 TED 演讲，充分展示了他们多角度的面貌和生活。通过讲自己的故事，他们以执业中的“真人、真事、真情”还原自己真实的状态，这样更容易让人有感触、感悟和感动。

绚烂归于平淡。现在的市司法局 3 楼会议中心，早已恢复了原样。当一块块铁板、一根根支架一点点地被撤去，当灯光渐渐暗淡，当热闹和喧嚣逐渐散场，一切就是那最初的模样平静的真实。

真正的上海律师，大概也是这个模样。

市律协“律师实务进阶教程”首本教材出版 《公司诉讼律师实务》开了好头

文 | 市律协律师学院

《公司诉讼律师实务》作为上海市律师协会律师学院进阶教程系列的第一本教材已于2016年12月出版，律师学院于2016年12月9日在上海交通大学凯原法学院东方会堂举行《律师实务进阶教程》——《公司诉讼律师实务》新书发布会”。

会议邀请了市律协会长、律师学院院长俞卫锋，市律协公司与商事业务研究委员会主任、《公司诉讼律师实务》执行主编曹志龙作为嘉宾出席会议。《公司诉讼律师实务》全体编委出席并参加发布会。市律协律师学院教务长陈一沁主持会议。

俞卫锋会长在致辞中首先向市律协公司与商事业务研究委员会表示感谢，他说，《公司诉讼律师实务》的问世，是公司委同仁的无私奉献和智慧结晶。

《律师实务进阶教程》是律师学院继《律师实务初阶教程》后的第二套教程，是帮助执业律师了解不同专业领域的法律服务技能的一套教程。每个专题的教材出版，确

立了律师学院的培训体系，虽然授课讲师的风格各异，但在课程内容上达到了高度统一。

进阶教程的问世是律师学院在教程体系建设中的一个里程碑，显示律师学院已经形成了阶梯式的课程结构的初步搭建。

曹志龙主任随后向到会律师介绍了教材的内容，编委以及编撰历程。曹主任在发言中说，一是感谢。作为第一本上海律师实务进阶培训教程的《公司诉讼律师实务》，终于如期出版了。衷心感谢市律协及秘书处的大力支持与指导，感谢全体教程及本书编委们辛勤付出与智慧，感谢法律出版社的策划与编辑。二是期待。希望刑事辩护、基金业务、证券业务、法律尽职调查、国际商事仲裁法律实务早日出版。三是希望，通过与律师学院、高校的合作进行分享、交流，使得成果有更多人分享，希望对上海律师公司诉讼法律业务的发展起到一定的推动作用。

最后，教材全体编委上台合影留念。



创新工作方法 推动行业发展 引领普陀律师服务保障区域经济社会发展

文 | 未修峰

近年来，上海市律师协会普陀律师工作委员会（以下简称“普陀律工委”）在市律协的领导下，在普陀区司法局的指导监督下，紧密围绕区域中心工作，通过完善制度、拓展平台、加强交流、营造文化等举措，努力提高普陀律工委的服务能力与水平，积极引导和发挥律师的专业优势，以维护当事人合法权益、维护法律正确实施、维护社会公平正义为己任，带领全区律师为普陀区经济社会发展、社会和谐稳定提供优质高效的法律服务做出了积极贡献。



举办律师事务所合伙人培训班

一、创新工作方式方法，提高管理服务能力

普陀律工委根据市律协的工作部署和区司法局的工作要求，积极探索新的工作方式，建立健全工作制度，夯实自律管理的基础。

（一）建立健全工作机制。建立了《普陀律师工作委员会全体会议议事规则》、《普陀律师工作委员会主任会议议事规则》、《普陀律师工作委员会工作制度》等工作制度，结合工作实际，对新一届律工委组成人员进行明确分工，在区律工委下设业务研究指导工作小组、律师事务所规范发展与纪律维权工作小组、对外宣传联络与文体福利工作小组、规划与调研（律师参政议政）工作小组、青年律师女律师工作小组，组织

和开展日常工作，并指导普陀区青年律师联合会、女律师联谊会完成换届。进一步建立完善并细化了普陀律师交流、律师配合看守所工作、普陀区律师事务所和律师评先评优等工作机制；建立了信息联络员制度和律工委委员走访事务所制度，规范信息发布和反馈机制，提高律工委信息沟通效率。

（二）充分关爱律师。定期走访律师事务所，一方面将司法局和律师协会的相关要求传达到每家事务所，发挥承上启下的桥梁纽带作用；另一方面及时了解事务所动态状况和律师生存与发展状况，对于事务所遇到的困难及时协助解决，对律师开展慰问活动，对有困难的律师帮助渡过难关，增强律师行业的凝聚力；组织本区

38 岁以上已婚女律师和退休律师进行免费健康体检，让女律师和退休律师在忙碌之余关注身体健康，避免身体隐患，提前为身体状况做好预警，从而使其在工作中无后顾之忧，进而健康工作、快乐生活。

（三）开展评优活动。近年来，普陀律师积极为区域经济社会发展提供法律服务，涌现出一批先进典型和先进事迹。2015 年，上海普世律师事务所荣获“2011—2015 年度上海市优秀律师事务所”称号，林东品、彭涛荣获“2011—2015 年度上海市优秀律师”称号；今年 2 月，彭涛再获“全国优秀律师”殊荣。今年 8—10 月，律工委在区司法局的支持与指导下，开展了普陀区第二届优秀律师事务所、优秀律师评选活动，各律师事务所及广大律师积极参与，共评选出优秀律师事务所 10 家、优秀律师 10 名，优秀女律师 10 名，优秀青年律师 10 名。通过评优活动，充分展示我区律师事务所、律师在维护社会稳定、促进经济发展、推动社会主义民主法治建设中的积极作用，树立律师行业楷模，弘扬律师规范执业、维护公平正义、奉献社会的良好职业风尚，扩大了影响，提升了普陀律师的社会形象。

二、搭建律师活动平台， 创造机会推动行业发展

普陀律工委积极搭建多种交流平台，组织开展形式多样的交流研讨活动，为律师行业的发展和青年律师的成长创造条件、搭建平台。

（一）举办各种论坛，促进行业沟通交流。会同上海博和律师事务所组织以“改革、机遇、使命——司法改革与刑事辩护”“理解、适用、提升——《刑法修正案(九)》的理论动向与实践探索”等为主题的“博和论坛”，会同上海普世律师事务所组织以“供给侧改革对人力资源管理的挑战与机遇”为主题的大型法律论坛。通过举办论坛，促进普陀律师“走出去”，在各行各业深入律师服务，扩大交流平台，增加普陀律所律师影响力。

（二）组织形式多样的活动，促进律师联谊互动。新一届普陀律工委以换届为契机，成立了普陀区青年律师联合会、普陀区女律师联谊会，不断扩展横向交流渠道，通过参与联情联谊、文化体育等活动，凝聚律师人心，提升律师形象。一是组织青年律师参与区司法局与万里



在 2016 年上海市“长征杯”红色经典朗诵大赛荣获三等奖



在普陀区司法局与万里街道共同主办的“自治、共治、法治，新家园”辩论赛中荣获冠军

街道共同主办的“自治、共治、法治，新家园”辩论赛。普陀青年律师代表队沉着冷静，思路清晰，出色发挥，摘得桂冠。通过此次辩论赛，充分展现了普陀青年律师严谨扎实的法律素养和团结奋进、开拓进取的良好精神风貌，对推动全区律师队伍建设和律师事业持续健康发展具有积极的促进作用。二是联合上海市女律师联谊会共同举办“律动人生，精彩有你”2016 迎新联欢会。此次联欢会邀请了市司法局、市妇联、市一中院、市律协、区县司法局等单位的领导出席，共有来自各区县的律师代表 200 余人参加。联欢会节目形式多样，精彩纷呈，大受好评。三是组织普陀区青年律师朗诵社参加

2016 年上海市“长征杯”红色经典朗诵大赛。该朗诵社凭借铿锵有力的台风和扎实的语言技巧，在众多优秀的专业选手中脱颖而出，以《青春中国》压轴全场，荣获了大赛三等奖的好成绩。

（三）加强业务培训，促进提升业务水平。结合本区实际和特点，邀请律师行业、法学及相关领域的专家学者、资深律师，组织开展多种培训，切实提高律师的业务水平。一是举办普陀区 2016 年骨干律师培训班。本次培训班的主题侧重于律师事务所和律师管理方面，全区各律师事务所主任，区律工委委员，区青年律师联合会、女律师联谊会理事、秘书长共 80 余名律师聆听了《公共法律服务职能履行的拓展与思考》《律师行业业态与事务所发展》为题的专题讲座，并就律师事务所业务发展方向、律所管理、青年律师、女律师工作等进行了分组讨论交流，讨论气氛相当热烈，大家纷纷表示要更好地服务区域经济社会发展，共同改善普陀的法治环境，共同塑造普陀律师的良好形象。二是举办普陀区 2016 年律师事务所高级合伙人培训班。此次培训班邀请普陀区相关单位领导分别就“普陀金融政策 2.0 版解读”、“众‘智’成‘城’全力打造桃浦转型发展新亮点”、“上海并购金融集聚区建设的现状与发展”、“普陀科技园区政策解读”作了专题讲座，并就“律师事务所的品牌化、专业化建设”、“律师事务所兼并重组的现状特点”、“律师事务所管理模式的创新”、“青年律师的培养路径及律所人才梯队建设”、“律师事务所在律师规范执业中的职责履行”等主题进行互动交流，参训合伙人在听课和交流的过程中不断得到启发，均表示受益匪浅。

三、发挥律师专业优势，服务区域经济社会发展

一是着力服务重点区域发展和重点项目建设。配合市律师协会、区司法局协调落实将市律协并购重组业务委员会落户长风并购金融集聚区，积极参与在并购金融集聚区内的各类活动；会同区桃浦转型发展办公室组建桃浦转型发展法律顾问团，开展桃浦转型发展相关法律问题调研，形成土地收储、社会稳定风险评估、园区招商与管理、集体资产处置、土地污染治理、知识产权保护等法律服务调研报告并汇编成册，给相关部门决策提供



与上海市女律师联谊会
共同举办“律动人生，精彩有你”2016迎新联欢会

参考；加强同旧改部门等相关部门的协作配合，充分发挥律师的专业优势，组织律师事务所参与金沙新村、曹家村、中兴村等旧改基地的征收旧改工作，为旧改工作的顺利推进提供专业支撑；组织律师事务所为铜川路水产关闭提供法律服务。

二是着力参与矛盾化解工作。组织律师参与区信访疑难案件的评估、核查、化解、终结工作，提供专业的法律服务。组织律师参与重大矛盾化解及处置工作，如长征镇朝新村矛盾化解、石泉“8.26”闪爆事件和锦绣里、建民村、棉纺新村动迁矛盾化解等疑难复杂矛盾的化解工作。做好律师每周四陪同区领导信访接待工作，提供法律意见和建议。积极参与重大事项风险评估和突发事件善后处理工作，从法律层面剖析事件原因和经过，制定改进措施，维护社会和谐稳定。

三是着力服务基层社区。组织律师事务所服务基层社会治理，服务同心家园建设，积极推进居村委法律顾问制度，定期开展法律咨询活动，为社区居民提供优质的法律服务；配合区司法局积极探索律师参与人民调解工作，广泛开展送法进社区、进学校、进机关和进企业活动，并组织律师服务志愿团，在区法律援助中心、区妇联活动中心、区婚姻登记中心、区劳动争议仲裁院、区法院立案接待大厅、区看守所接待大厅等设立法律咨询点提供免费咨询和法律援助代理，受到社会各界好评。

FIRM- BUILDING

律所建设

百人战车，心手同步

——通力律师事务所一体化平台发展之路

文 | 上海市通力律师事务所

通力像一位碧海弄潮的智者，百舸争流、百花齐放中始终不忘初心，心手同步，静静守住内心的坚持；通力也像一位勇攀高峰的勇士，从来就是迎难而上，百人战车合力鼎新，屡创佳绩：

2015 年蝉联每四年评选一次的“上海市十佳律师事务所”及“上海市优秀律师事务所”称号；

2016 年蝉联“全国优秀律师事务所”称号；

2016 年《美国律师》(American Lawyer) 公布的 2015 年中国律师事务所业务创收排行，在衡量律师事务所竞争力的重要指标“律所人均业务创收 (RPL)”排名中，通力位居中国第一位；

2016 年、2015 年《亚洲法律杂志》实力榜单连续将通力评为中国最具影响力的 10 家律所之一；

.....

行远必自迩。成绩来自于全体通力人对于一体化发展理念始终不渝的坚持：1998 年，以提供高端商事法律服务业务为执业特色的律师事务所——通力律师事务所诞生在中国的金融中心上海，现已在北京和香港设有分所。18 载岁月，正是中国律师行业经历变革和发展的黄金时期，人才辈出是这一时期的生动写照。通力人生逢其时，经历了风雨，见证过彩虹，通力始终坚持一体化发展之路，在合伙架构优化、事务所管理、风险控制及质量管理、人才引入及激励、业务培训等方面不断完善，逐步建立起一套符合自身特点和发展方向的管理机制和制度。通力犹如一辆百人战车，心手同步，向着中国领先的专业化精品律师事务所目标不断前行。



律所集体合影

立足精品所 坚持一体化

通力始终坚持一体化的执业模式。通力的成长依赖于全体合伙人、业务律师和辅助人员的倾力奉献和通力合作。事务所依赖并重视事务所的每一位成员的发展。怀着这样的信念，通力坚定不移地走事务所一体化的道路，为客户提供一体化的服务，同时执业水准的一致性以及视野、经验、专业诀窍和资源的全方位共享一直是通力的立所之本。事务所所有的客户均能不受限制而与通力各业务领域的律师取得联系并获得最为适合的专业服务，不强调客户的案源归属，取而代之是不懈地追求事务所——作为一体化平台——为合作伙伴提供高满意度的专业法律服务。

律师是一个长线行业，尽管事务所业绩每年都在大幅度提升，业务领域也在持续扩展，但通力始终坚持着对规模扩张的有序控制，始终以专业质量为“立身之本”，以专业质量为“取胜之道”。

通力自成立至今，最大的特点之一就是有一套完善的共享制度。事务所一直坚持经常性的律师业务培训，由外部专家或本所的合伙人、资深律师进行业务培训或案件交流，且经常根据业务需要进行异地交流，实现经验共享、信息共享和资源共享；通力建有自己的 know how 数据库，其中收录有以往的经典案例、经办律师亲自总结的专业诀窍，形成了知识库的共享。当前这项制度也已深化发展成为“通力讲堂”，这也是通力当前以及日后着力打造的品牌，在事务所内部分享的同时，也同时向通力的合作伙伴开放，实现法律服务的附加值。

思路明确定位、定位决定行动。为满足处理复杂和专业交易的要求，事务所深耕金融及资产管理、资本市场、公司及并购、争议解决等专业领域，无论环境如何变化，通力走专业化的发展道路，主攻高端法律服务市场的策略一直没有改变。显然，在竞争激烈、专业知识日新月异的中国法律服务市场，这条道路走来并不易，而正由于对一体化平台发展模式的坚持，通力的业务发展得到了制度保障和取之不竭的动力：“银行金融领域中国卓越律师事务所”、“资本市场中国领先律师事务所”、“建筑及房地产领域中国卓越律师事务所”、“中国最佳资产管理律师事务所”、“中国最佳重组团队”、“科技媒体电信领域中国卓越律师事务所”等，通力的每一个从业领域均获得市场、权威评级机构、媒体的高度认可。



律所荣誉

以文化为基石 以创新作动力

通力的事务所规模坚持按自身节奏进行扩张，目前全体人员虽只有近两百人，但是经常承担、并以最出色的方式完成市场瞩目的复杂交易、创新型交易，其中最重要的支持正是一体化平台所强调的“专业分工、团队合作”文化和“优质创新”精神。通力在行业内承办了许多中国第一的业内创新案例，这些案例可能会发展成为一个新的法律服务领域。对于这类以前无人涉及，甚至连法律框架都没有的新领域来说，涉足其中不但需要卓识的眼光，还要承担相当的压力——进入该等领域之初并不会产生立竿见影的盈利效果。然而，对于致力于将自己打造为“百年老店”的通力，平台更看重的是未来的发展和前景，而绝非眼前的小利：首批中国企业跨境并购境外上市公司、中国第一支货币基金、第一支指数基金、第一家中外合资消费金融公司、第一个外资要约收购中国上市公司、中国信托业第一单 QDII 境外投资、第一单“三网融合”新媒体上市项目、首批沪港两地互认基金、首批境内外上市公司合并项目、CEPA 项下首个合资证券公司设立……这都是通力创新发展的一个个里程碑。

律海精英 通力齐发力

18年间，通力的创业及发展之路可以说并非一帆风顺，从建所伊始的寥寥数人，到今天在金融及资产管理、资本市场、公司及并购、争议解决等多个领域都在国内领先的知名律所，通力律师事务所的稳健发展正是因为培养和招揽了一批年轻有为并愿为中国律师业发展做出贡献的优秀人才。合伙人们共同的理念是：人才是通力最有价值的财富。为此，通力四管齐下，十分注重从人才的储备、引入、培养和激励等四个方面进行人才梯队建设。

通力实习生的校园招聘，是每年校园人才储备的核心。目前通力已与全国各地的著名高校法学院建立了长期实习合作关系。通过集体笔试、集体面试及案例讨论等方式进行考核，通过考试的学生，将在事务所进行长期稳定的实习和培训。同时，出于对实习学生负责任的态度，通力实行全程带薪的实习计划。

为了让新入职的员工迅速成长，通力建立了“导师制”，每一位新进的应届毕业生都由一位合伙人或资深律师担任其第一年的带导师。这个制度不但是对新人在业务上进行指导，而且是帮助这些刚毕业的新人尽快地了解通力的文化，更好地融入到通力这个大家庭中的一种方式；帮助他们解决生活上遇到的各种困难，让他们的工作没有后顾之忧，并有效增强团队的凝聚力。为鼓励律师走快速但有序的职业发展道路，通力为律师量身订制了专业职级，让大家清楚地知道自己的现时定位、未来发展方向以及两者之间的过程轨迹。

为了让年轻人能沉下心打好专业基础，通力把大学生的入职薪资定得比较高，并已坚持十年推行年轻律师的免息房贷制度，很多通力合伙人以及资深律师在其执业初始都曾从中获益。具有吸引力的薪酬制度以及良好的福利措施，既是对选择通力的年轻人负责，也是为一体化平台长远发展打下良好的人才基础。

如何让各类专业人才更好地发挥个人的主观能动性呢？通力结合自身特点建立了一套较为完备的人才激励机制，专门成立人事薪酬考评委员会，定期对员工实行考核评比，其中包含了业绩指标和非业绩指标，对律师的各个方面进行考核评定。通力作为公司制的事务所，严格执行自己的规章制度，不管是初级律师、高级律师还是合伙人，都是一视同仁。

由于律师职业的特殊性，如何让业务精湛的合伙人

从个人成功走向平台成功的带头人，也是业内的一个课题。对此，通力的探索是将合伙人双重身份的平衡作为解决这一问题的关键：合伙人首先是“被管理者”，要带头实践通力文化，成为全所员工的表率；其次，才是“业务领导者”和“管理者”。这两个角色都要做好，才能为通力合作发挥好团队作用提供保障。业务再精湛的合伙人也有其自身的瓶颈，只有深入融合到集体中，才能帮助别人并得到团队的帮助。

通力认为员工的归属感是团队得以持续发展的稳定基石，因此通力把每一位成员都视为自己的合作伙伴，关注并重视每一位成员的成长。2008年世界金融危机爆发，商事领域律师业也同样受到影响，律师行业的裁员减薪并不鲜见。在这种情况下，通力在经过合伙人商议后确定了“牺牲合伙人利益，不裁员，不减薪”的原则，留住事务所的专业人才，为2009年以后事务所的快速发展奠定了坚实的基础，也因此多次获业内评选的“最佳雇主”称号。



塞班集体照



游轮旅游造型集体照



旅游照片

结合党建工作 助力平台建设

党建工作一直是通力律师事务所的核心工作之一。自2001年通力党支部成立以来，规模不断扩大。通力党支部具有自己鲜明的特点：优化组织设置，扩大组织覆盖，创新活动方式，充分发挥基层党组织推动发展、服务群众、凝聚人心、促进和谐的作用，为经济又好又快发展做出积极贡献。

通力为了更好地发挥党建工作的作用，制定了自己的方针政策，建立了一整套高效的党组织工作机制，搭建起一个领先的律师事务所党支部平台，设立辅导制度，建立以党员为骨干的“通力俱乐部”，在特殊情况下发挥党支部的特殊作用。

在通力，党员是一支高学历、年纪轻、富有朝气、富有理想理想的队伍。他们是业务上的精英，是事务所的骨干，是思想上的先行者。每一位党员都有“明大义而弃小利”的执业愿景，将自己置于一支优秀团队中普通一员的位置。党支部的活动都由团队成员亲自主持，他们通过网络互动，热点讨论，全员参与的方式达到了对律师和其他工作人员关于企业文化方面潜移默化的教育。这种寓教于乐的方式，不但最大限度地激发了团队成员

的创新能力，升华了个人思想，也为团队成员之间架起了心灵沟通的桥梁，有助于提升团队凝聚力，让团队成员更好地融入这个“家”，共同创造崭新的业绩。

在一系列工作的基础上，通力的党建工作也获得了外界的认可，连续多年获得“一级党支部”称号，2009年获上海市两新经济组织“五好党组织”称号，2012年获“全国创先争优先进基层党组织”称号，2014年获“五星级社会组织党组织”称号。

一体化发展的未来之路

中国法律服务市场是通力的根基，通力正寻求在中国市场扩张的特有途径，那就是以专业领先为导向、以融合并支持业务精湛且合作性强的合伙人为基础、以“一体化发展”及“公司化运营”为发展纲领的循序渐进之路。同时，世界是通力未来更大的舞台，通力正通过加强和优化其在国际律师界的合作网络，在其领先的业务领域逐步走向国门。

作为自我命运的主宰者，走自己的未来之路，令人充满向往。通力人将继续脚踏实地，在一体化发展道路上前行。

法律人怎么看
《我不是潘金莲》

I Am Not Madame Bovary



主持人: 李 辉 上海市律师协会文化传媒业务研究委员会委员、上海市诚至信律师事务所律师

嘉 宾: 陆 建 上海市律师协会文化传媒业务研究委员会委员、上海市通浩律师事务所主任

孔 琪 上海市律师协会文化传媒业务研究委员会委员、北京大成(上海)律师事务所律师

文字整理: 许 倩

离婚裁决符合法律规定

李辉：大家好，我是本期咖吧的主持人李辉，电影《我不是潘金莲》热映之后，引发了社会各界的关注，一方面是关于电影本身的评价，褒贬不一。有人说创作编导人员不懂法，同情了不该同情的潘金莲；也有人说从秋菊到潘金莲，体现了中国法制的巨大进步，人们法律意识的提高。另一方面，在电影之外，围绕电影的发行和放映，冯小刚导演和王健林、王思聪之间打起了口水仗，诱发了我们对电影周边话题的关注，让大家对电影的关注从屏前走向了院外。无论哪方面，很有趣的一个现象是，很多法律人对于本部电影发声。今天咖吧就邀请大家从法律角度来谈一下对《我不是潘金莲》这两方面的看法。首先请陆律师就电影自身涉及的一些法律问题，谈一下您的观点。

陆建：电影《我不是潘金莲》改编于刘震云的同名小说，电影里女主角李雪莲和丈夫假离婚后，她丈夫没多久就与她人结婚，至此，假离婚变成了真离婚。李雪莲不服气，觉得自己受骗了，所以到法院起诉，要求法院确认她与秦玉河的离婚是假的，这就引发了电影里的第一个戏剧冲突。这个戏剧冲突涉及的就是我们中国式的“假离婚”，即夫妻双方为了满足一方或双方的某种需求，一致同意办理离婚手续，并且同时商定，在目的达到后再办理复婚手续。

中国式假离婚在这些年发生的频率还是蛮高的，原因也多种多样。从效力上来讲，目前关于婚姻登记的相关法律规定并没有假离婚或婚姻无效这个说法，也就是说，当夫妻两人到民政局办理了离婚登记，拿到了离婚证，离婚的法律效力就已经发生了，就是真离婚。因此，电影里李雪莲起诉后，法院最终驳回了她的诉讼请求。在假离婚问题上，法院的判决是正确的。不知道孔律师怎么看待这个问题。

孔琪：根据我国《婚姻法》规定，我们国家结婚离

应选择有效救济途径

陆建：影片中第二个法律问题是名誉权问题。李雪莲开始要求法院确认假离婚，败诉后数次上访，其间她去找前夫秦玉河，希望他能亲口承认他们的离婚是假的，她觉得只要秦玉河承认是假离婚，她就可以释怀，就可以开始



李辉

婚自由，只做形式性审查，并没有实质性审查，只要双方事先沟通好，到民政局办理了登记，我国都认为离婚是有效的。我很赞成陆律师的观点，在影片里，法院作出的裁决是符合法律规定的。

李辉：而且从法律角度上说，也不可能因为当事人认为离婚是假的，就可以通过一个司法程序确认这是假离婚，因为如果这样一个程序存在的话，其本身就是对公序良俗和道德的巨大冲击。

陆建：对，这涉及法律对社会价值观的指引作用，当事人本身就是假离婚，即使事先签有表示假离婚的协议书，在法院判决准予离婚后，如果一方当事人以假离婚协议书作为新证据申请再审，从法院对社会的指引作用来讲，我个人认为不宜支持，应该引导当事人重新办理结婚登记。另外从假离婚的法律风险来讲，我们也应该广泛宣传，让公众有更深认识，假离婚不单纯是一个婚姻状态的解除，而且对当事人来讲，其他的风险也很大。比如在影片中，由于是假离婚，女主角放弃了所有财产，相当于净身出户，这也是导致后面她接受不了被丈夫秦玉河欺骗这个事实，心理由此失衡，并一直上访讨说法的原因，这也是假离婚带来的损失与风险。

新生活。没想到秦玉河不仅不承认假离婚，而且还说她是潘金莲！

那么，我们看看法律是怎样规定的。根据《民法通则》第101条规定：公民享有名誉权，公民的人格尊严受

法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民的名誉。同时，第120条还规定：侵害公民的名誉权应承担的法律责任，如停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉等等。

也就是说，在法律上，秦玉河侵害李雪莲名誉权之后，李雪莲是可以依法向法院起诉的，不仅有权利救济途径，而且胜券在握。在这点上我觉得影片存在硬伤，这个硬伤就是在李雪莲长达20年的上访中，没有人提示她法律上有这个规定解决。

李辉：所以很多法学学者在这方面提出了一些观点，提到两个问题，一个是关于名誉权问题，没有人告诉她救济途径是什么。还有个问题是关于假离婚诉讼案件，法官判她败诉之后，她又对法官、进而到法院院长、县长、市长那里上访。有的学者提出，法院在判决之前，应该给她有关程序性的救济进行充分释明，对于判败诉的缘由也应有阐释、分析的过程，这是个判决书的写作问题。现在的司法实践中判决书尤其是婚姻判决书，往往写得非常简单，缺乏关于法律、事实、证据的详细分析、说理过程，当事人拿到判决书会不明其然，他可能觉得自己确实冤枉，没有达到他的诉求，却又不知道怎么做，所以老百姓最简单的一个想法就是去找更大的官，去上访，可能导致后面一些列问题。

陆建：说到这一点，我感触也比较深，影片中的情节虽然是设计出来的，但是从我们法律人的角度来说，我们日常工作中接触到的类似案件还是蛮多的。我觉得电影里还暴露了两个问题。一个就是刚才讲到的假离婚确认的案

件中，王公道作为法官来讲，实际上没有尽责。在秦玉河没有到庭的情况下，仅凭着离婚证就判了，虽然判决结果是对的，但是缺少释明的过程，根本不利于解纷息讼。另外在名誉权问题上，李雪莲为这个事情上诉共去了六个地方，一级比一级高。也就是说，她为了纠正一句话，年年进京上访，在整个上访过程中，所有这些处理她信访案件的承办人员都没有抓住矛盾的症结，都是在考虑怎么处理上访本身，不要影响到自己，影响到地方。

近日，中共中央办公厅、国务院办公厅发布了《信访工作责任制实施办法》，要求进一步落实各级党政机关及其领导干部、工作人员的信访工作责任，从源头预防和减少信访问题发生。国家信访局副局长、新闻发言人张恩玺在接受记者采访时还表示，办法着力构建“有权必有责、权责相一致、有责要担当、失责必追究”的信访工作责任体系，以责任落实推动信访工作落实。相信该办法的实施对终结截访背后的荒诞将起到积极作用。

李辉：我们刚刚提的电影中涉及到的假离婚、名誉权等法律问题，其实这几个角度共同反映出来救济途径的有效选择问题。电影只涉及司法审判和信访的方式，除此之外救济途径还有很多种。比如和解、调解等，电影没有涉及。这可能是编剧包括创作团队对于电影的一个思路设计，但如果现实生活中有这样一个事件，可能选择司法之外的救济途径效果会更好。因为婚姻问题首先是一个感情问题，用调解、和解的方式会更加有效。另外，回到电影上来，电影大篇幅的涉及信访，但信访往往也不是解决问题的终极途径。

非垄断，但应从产业角度健全法制

李辉：我们今天讨论的第二个话题是电影热映的同时，电影导演冯小刚和万达的王健林、王思聪打的口水仗，霸占了新闻的各个头条，后面的隐情逐渐被当事人披露出来。围绕当事人的争议，目前国内电影发行和放映是否会涉及到法律上的垄断？法律上的垄断到底是个什么情况？还有在院线的发展方面，我们的院线处于什么样的阶段？面临哪些问题？当我们遭遇到资本进入的时候，会涉及到哪些法律问题？当事人提到的竞业限制问题在电影从业人员中是什么状况？想请教一下孔律师。

孔琪：我先简要概述一下这次论战，一开始是起源于冯小刚在微博上以潘金莲小女子的口吻发了一篇文章，大

意即只是从万达挖了一个人过来，都不算墙角，只是个小墙皮，由于这个原因，万达就将《我不是潘金莲》的排片排得很少，会直接影响票房收入。这时王思聪就出来应战了，他说万达并不是垄断，因为被挖员工有竞业限制在身，把他挖过去是违反法律的。

在这论战里，涉及到好几个法律问题。第一个就是垄断问题，根据我们国家2008年实施的《反垄断法》提到的，有一个红线，是不是滥用市场支配地位。我国的界限是一家独立的企业至少占有市场的50%，那么万达是不是在国内院线已经占有支配地位呢？我认为不是，因为根据万达上半年年报，万达只是占有我国院线市场的13.7%，远远没有到50%。反观我们国家的院线分配，虽然万达在



陆建

我国是排名第一，排名前四的公司加在一起，还没有占有我们国家不到60%的院线资源，这跟美国、韩国比起来就差得很远了。然而，现在国内院线在大量整合，前四家院线公司都在不断并购，万达在全世界的并购也非常厉害，照这个趋势来看，有可能某一天，万达市场占有支配份额会超过50%，这是不是就违反法律规定呢？也不是，我们国家的《反垄断法》并不是说占有超过市场支配地位就是垄断，我们国家主要禁止的是一种行为，就是滥用市场支配地位的行为，比如达成垄断协议等。占有市场支配地位本身并不是垄断行为，不是《反垄断法》所禁止的。在这件事上，冯小刚所说的万达现在的情形可以说是区别排片，这不是一定就形成垄断？某部电影到底排多少场，往往是要看行业资深人士的分析，他觉得这部影片在这个时间段有可能票房很高，就多排一些；也可能开始少排，后来看的人多了就多排。这种区别排片不能一概而论就一定是垄断行为，也可能就是市场行为，至少目前在《我不是潘金莲》这个排片，我们不能说是一种垄断行为。

李辉：上、下游企业之间纵向的联合，本身未必是违反《反垄断法》的，只不过是同样占据了上下游市场非常突出地位的企业间在形成这样一个纵向系列的时候，才有可能受到规制，一定要妨害到竞争，才会受到限制。

陆建：从美国目前的情况来看，即使利用谢尔曼法进行一些反垄断诉讼，但在法官判决时，也有很多个案很难断定到底是不是违反了法律，构成垄断。

从垄断或滥用支配地位这个角度，我觉得这次华谊和万达的口水战所反映出来的，可能仅仅是万达利用自己对院线的支配地位搞的小动作，从市场竞争来看，还不足以构成《反垄断法》里的垄断。我看了一下数据，万达院线

在国内一共拥有311家影院，2700多块荧幕，去年占市场份额13.7%，位居第一。但是无论从反垄断法的定义来看，还是从经济学的二八定律来讲，我们国家这方面的发展只不过是刚刚起步，尚未形成二八格局，任何一个院线搞小动作也不会构成法律上的垄断。

李辉：《反垄断法》在设计上我们认为是有预设的，除了有横向垄断、纵向垄断，还有经营者集中，如果通过并购兼并，触及了经营者集中的限制条件，有可能也要受到规制。

陆建：就像刚才孔律师所讲，从美国的影视制作公司来看，就是通过自身纵向发展，来强大自己对市场的占有支配地位。无论是万达还是华谊，今后可能也是这种发展方向。以万达为例，以前并不重视编剧资源，现在也开始重视了，从剧本源头一直到输出最终的电影产品，一系列产品线都有了，追求的是一种大而全的模式。所以说，这种模式在国内、在今后一段时期，终将是必不可少的。

从这次口水战来讲，表面上看，是万达利用自己的院线优势打压华谊。因为从排片率来讲，毕竟是市场平均排片率都高于40%，恰恰万达对这部影片的排片不到11%，哪怕再怎么解释，这种豪门恩怨在老百姓来看还是一目了然的。

但是，如果深入分析的话，表面的口水战还是有其根源的。我了解到，首先是今年二三月份，原万达院线文化集团的总裁叶宁跳槽到华谊，这是一个导火索，另外我还了解到《我不是潘金莲》这个剧本最初是万达先拿到的，但未重视，现在被华谊、被冯小刚打造成大片，不能不让万达心理失衡，利用自己对万达院线的支配地位做些小动作其实是本能表现、见怪不怪。我想表达的是，利用一定的支配地位搞小动作，虽然没有形成垄断，虽然法律对它还比较无奈，但影视毕竟在产业之外，还是一个“文化宣传品”，当它是文化时，事实上对我们每个人的影响不完全局限于经济效益。如果是对整个社会价值观念影响很大的一部影片，很有正向作用，但是单纯从经济效益考虑，去限制放映，滥用自己在院线领域的支配地位，那么损失的可能就不仅仅是影视作品的经济效益，还有可能让社会效益一同受损。各位可能知道，我们每年制作的影片，真正上院线的不过十分之一。所以，我一直困惑与关注，怎样能把影视作品、影视产品既作为文化来发展，同时又能够把它作为一个经济产业去推进，这里的“分寸”非常重要，我想在一段时间里可能还要不停博弈下去。

竞业限制协议专业性强

李辉：还有一个问题涉及到电影行业的竞业禁止，孔律师对这方面是不是有所了解？有人说冯导卷入口水仗的原因之一来源于资本的压力，孔律师对这方面有什么看法？

孔琪：关于竞业限制其实比较简单，我国《劳动合同法》是有规定的，对于竞业限制第23条第二款会有规定，对于负有保密义务的员工，用人单位可以和他去约定一个竞业限制义务，规定他离职后多长时间内不可以到跟现在单位有利益冲突的公司去，相对应的现单位要给他一定的经济补偿金，在文化、高科技产业也非常常见。这种高管本身知道大量的商业秘密，掌握公司大量资源，如果离职之后直接就去了竞争对手那里，肯定会对现在公司造成很大的损失。

在这次网上争论里，跳槽去华谊的叶宁本身确实是有很大资源。举个例子来说，去年票房又叫座又叫好的《寻龙诀》就是他一手策划的，受到了王健林的点名表扬，但没想到表扬完就跳槽了。如果他真的有竞业限制协议在身，我觉得万达是可以通过诉讼来保护自己权利的，要求他离开华谊，停止违反竞业限制义务的行为，并作巨额赔偿，当然了最终大家也没走法律途径去打官司。

陆建：我有一个观点，像这类型高管不仅仅代表他一个人，其实是代表着庞大的资源，即项目资源、客户资源和团队资源。对这类型高管，任何一个公司不可能不签竞业限制协议。即使在口水战中没有披露更详细的

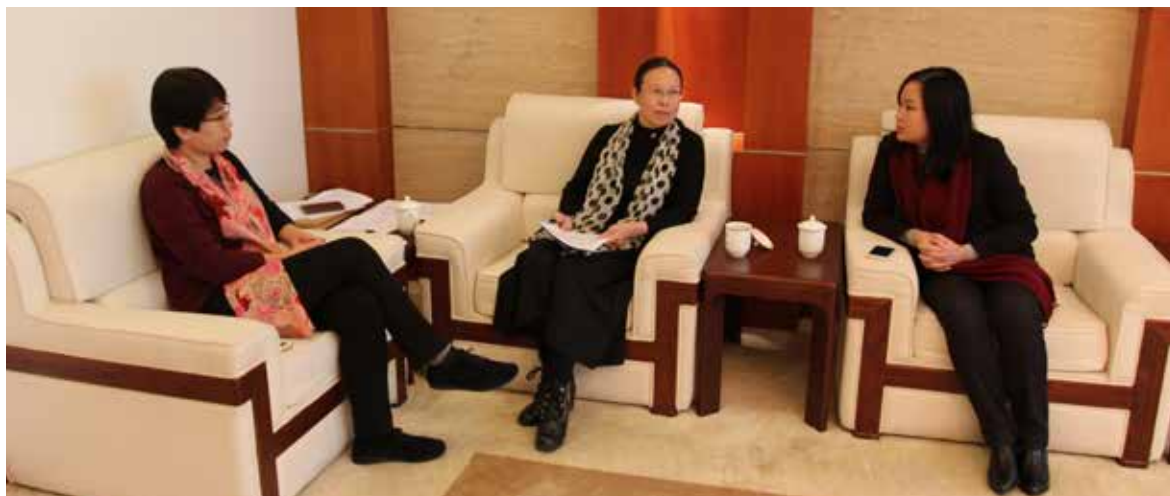


孔琪

内容，但我们可以去推测这种竞业限制是存在的。问题的关键是既然存在竞业限制协议，为什么双方均不据此提起诉讼？这里面的原因肯定相对复杂。可能是协议本身存在瑕疵，也可能是约定的责任条款不足以遏制竞业。总之，签订竞业限制协议绝对是个专业性强的技术活儿，不可小觑。

李辉：协议本身是不是存在缺陷，还有一个问题就是大家你来我往的时候，这种挖角的现象，一旦启动诉讼的话，会不会是一系列的诉讼？

陆建：对，这也是我考虑的问题，就是之所以没有诉讼，可能双方还有其他商业上的考量。但是撇开诉讼，假如当事人宁可承担民事责任也执意违反竞业限制跳槽，这里面除了法律责任外，还有个道德操守问题。我一直认为，一个行业能够健康发展，行业中的人一定要有信仰，要遵从规则。



不过分依赖院线可能是今后电影业健康发展的出路

孔琪：关于竞业限制先说到这，接下来就是关于对赌协议这块，有人说冯导这次之所以自己赤膊上阵掀起口水战，是因为他有巨大的压力，和公司签订了对赌协议，这个传闻也并不是空穴来风。2015年11月19日，华谊公司发了一个公告，叫做《关于投资控股浙江东阳美拉传媒有限公司》这样一个公告，这个东阳传媒公司本身最大股东就是冯导，他应该是持有公司99%的股权，华谊在收购这个公司的时候，这个公司的净资产是负的，处于负债状况，但是当时给这个公司的净估值达到了15亿。为什么会这样呢？收购方主要还是看中了冯导的个人资源，在文化产业，像冯导这样的地位和价值，估值15亿也是文化产业不断发展繁荣的一个象征。当然华谊公司拿出15亿真金白银去收购这个公司的时候，跟冯导也做了一个约定，公告上说老股东（指冯导和另外一个股东）对业绩承诺的期限为五年，就是说目标公司有业绩承诺，自股权转让完成之后，到2020年12月31日，每年审计的税后净利润不能低于1亿元，而且2017年开始，每个年度的业绩目标为上一个年度承诺净利润上还要再增长15%，如果没有完成业绩目标，老股东在当年度的审计报告出具之日起30个工作日内，以现金的方式把差额部分补全。从华谊公司公布的年报来看，2016年上半年，美拉传媒的营业收入只有5千万，接下来主要看《我不是潘金莲》这部影片的票房收入了，如果票房不够理想的话，根据对赌协议，冯导就要从口袋里把钱掏出来。

陆建：关于成熟这个问题，我却认为恰恰相反，觉得不成熟，应该是刚刚起步，还比较幼稚。在这次口水仗中，有说是报复，有说是炒作，有说是为了对赌协议不得不拼一把……但是从我们法律人来讲的话，这一系列表象的口水战反映出的是一些深层次的院线制度问题。这几年大家一直关注院线的分账制度，按照中国电影业目前票房分账的基本规则，院线、投资方、发行方都是从最终的票房收入中分一杯羹，首先是3.3%的特别营业税，5%的电影事业专项基金，院线这块提留了57%，中影数字那边提留1%-3%，然后剩余的40%左右给到制片方和发行方，而且在这40%里面，要再给到发行方一些发行代理的费用，把所有的都减掉后，最终制作这块也就占到1/3。也就是说，从目前我们国内这样一个票房的分配机制来讲，

无论巨额后期制作还是高酬聘请演员，最终利润占投资的三分之一左右。因此，一定要制作大片，一定要保证高票房。所以大家都看重院线，甚至还有塞红包、数据作假等乱象。

对比美国好莱坞，他们那里有三种分账模式可以选择。第一种是和中国一样的固定比例分账。第二种是影院会支付一笔费用给制片方买断影片，然后这部影片的全部票房都归影院所有。第三种则是好莱坞最流行的阶梯式分账：即在上映的第一周，制片商可以拿走80%的票房而影院只能拿走20%，这样制片方就能尽快趁着影片的热度收回成本。但随着影片上映时间变长，制片商分到的票房会越来越少，第二周、第三周在60%左右，到了第四周可能就只有20%，而院线的收入则逐渐开始提高。这些灵活的制度值得我们积极借鉴。

另外，我们从影视制作方来讲，他们的收入有四方面，首先是院线分账收入；其次是剩余价值，即电影衍生产品或者广告收入，好的电影现在基本上是寄望于剩余价值的开发在影片上映前回收大部分投资；第三，用放映来影响公司股价，这也是间接收入；最后就是资本运作的收入。从资本运作来讲，大家现在能形成共识的，也就是引入市场的第三方投资肯定对影视发展有好处，关键在于现在初级阶段会有一种现象，基本上都是外行投资，投资人不懂怎样去衡量电影的价值，尤其是市场价值，会比较片面地看待谁是导演，谁是主演，可能就是通过这些表象的东西去判断投资有没有回报，这就是我说为什么不成熟，不是一种理性投资。所以我觉得从资本运作来讲，可能我们现在还处于一种“小荷才露尖尖角”的初级阶段，一定要用拿来主义，去借鉴美国电影市场成功的模式和案例，根据我们的国情去汲取精华。

李辉：我们发现电影本身既是一种文化的载体，现在也处于资本的浪潮当中。我们今天从《我不是潘金莲》这部电影本身聊到了电影之外整个中国的电影环境，可以看出，现在的电影从剧本创作到制作拍摄、发行、放映，每一个环节都处在各种各样法律问题的包围中。通过今天的讨论，我们也在想，其实这也为我们律师提供了服务空间。如果我们能够更深一步参与到电影的制作、发行、放映等环节中去，对于我们能够看到更好的电影也可以贡献一份律师的力量。感谢两位嘉宾今天的参与，本期的咖吧就此结束，谢谢。

（本文内容根据录音整理，系嘉宾个人观点）

VOICES OF HONGKONG BARRISTERS

香港大律师

股东纠纷的可仲裁性: 比较法研究

文 | 吴家彰 彭禧雯

简介

股东纠纷往往会带来不必要的关注，在申请解散公司时尤其如此。通过仲裁解决股东纠纷的明显优势之一便是其保密性。因此，在股东协议中加入仲裁条款的做法在商业上是很常见的。

出乎意料的是，股东纠纷的可仲裁性似乎有很大的争议，新加坡高等法院上诉庭在 *Tomolugen Holdings Ltd v Silica Investors Ltd* [2015] SGCA 57 一案中判决股东争议可仲裁。但是，新加坡法院原讼庭在近期的 *Maniach Pte Ltd v L Capital Jones Ltd* [2016] SGHC 65 一案中裁决压迫少数股东的主张 (minority oppression claim) 是不可被提交仲裁的，并且拒绝基于仲裁条款中止诉讼程序。相反，英国和香港特区法院则曾判决股东纠纷可以被提交仲裁。本文将对上述案件进行分析和论述。



新加坡案例

在 Tomolugen Holdings v Silica 一案中，新加坡高等法院上诉庭裁决新加坡仲裁条例第 6 条的强行条款应被适用：

(i) 关于可仲裁性，法院需要考虑的问题是争议的标的物的性质是否使其由仲裁解决会违反公共政策（第 75 段）；

(ii) 在压迫少数股东的主张的立法历史和立法目的看来，没有迹象表明股东纠纷是这样的一个性质，使得它由仲裁裁决会违反公共政策（第 84 段）。

(iii) 上诉法院的判决和英国和香港法院的做法是一致的（第 103 段），见下述讨论。

(iv) 关于重叠诉讼程序的问题，当一些当事人不受仲裁条款的约束，法院必须致力于找到三个关注点之间的平衡：首先，原告选择他想起诉何人的权利；第二，法院对于防止原告规避仲裁条款的愿望；第三，法院的管理过程中固有的权力，包括防止滥用程序，并确保纠纷解决的效率和公正（第 188 段）。

综上，上诉法院认为，股东纠纷可以仲裁。

但是，在 Maniach Pte Ltd v L Capital Jones Ltd 一案中，新加坡法院就压迫少数股东的主张的可仲裁性作出了相反的判决。就可仲裁性而言，法院面对以下两个问题：一、在公共政策下，股东纠纷是否可以被提交仲裁；二、可仲裁性是否应该取决于每个案件的具体事实和情况。

Vinodh Coomaraswamy 法官对两个问题的回答

都是否定的，其推论如下：

(i) 压迫少数股东的主张，在本质上是法定的、和法律创造的法律实体（即公司）事务有关的，因此，应该由法律监督和管辖（第 160 段）；

(ii) 仲裁庭无法为原告提供新加坡公司法第 216.2 条项下针对压迫少数股东的全面救济（第 161 段）；

(iii) 迫使各方将压迫少数股东的主张分割成仲裁和诉讼是不当的，不管是由于仲裁庭不能对原告给予全方位救济，还是因为只有某些股东是仲裁协议的各方（第 161 段）。

Vinodh Coomaraswamy 法官拒绝了被告对于争议的可仲裁性应根据具体情况逐案确定的主张。他认为可仲裁性是基于公共政策的。因此，不应该允许争议各方通过改变案件的事实（比如将股权转让给善意第三人）来影响案件的可仲裁性。

此外，逐案判断的方式会破坏仲裁的商业确定性（第 157 段）。特别是，可仲裁性会变得不可预测。某一争议可否仲裁只能在法院考虑所有情况和特定案件事实后才能得知，这样会导致时间上的延迟。此外，在上面提到的例子中，在同样的事实基础上的非常相似的争议的可仲裁性可能会突然被一方的单方面行为的影响。

基于上述理由，Vinodh Coomaraswamy 法官认为一个股东争议是否可以仲裁不依赖于案件的事实和情况，而是取决于压迫少数股东的主张，作为一个争议的类型，是否可以仲裁（第 158 段）。



对股东争议解决的启示

Maniach Pte Ltd v L Capital Jones Ltd 一案对我们有什么启示? 首先, Tomolugen Holdings v Silica 作为一个高等法院上诉庭的决定, 似乎不会受到 Maniach Pte Ltd v L Capital Jones Ltd 判决的影响。

第二, 在 Maniach Pte Ltd v L Capital Jones Ltd 一案的判决作出的时候, 上诉庭似乎还没有就 Tomolugen Holdings v Silica 一案的上诉作出判决。因此, 在 Maniach Pte Ltd v L Capital Jones Ltd 作出的时候, 法官还是依赖于 Silica Investors Ltd v Tomolugen Holdings Ltd [2014] 3 SLR 815, 即一审判决。

如果适用 Maniach Pte Ltd v L Capital Jones Ltd 一案的话(即股东争议不可仲裁), 可能会引起很大的实际困难。因为我们将下面看到, 股东纠纷在英国和香港是可以仲裁的。可能产生的实际问题包括: 可否将在英国/香港公司的股东争议提交新加坡仲裁? 反之, 在新加坡的股东是否可以通过在英国/香港仲裁规避 Maniach Pte Ltd v L Capital Jones Ltd 的限制? 这产生了适用法律的难题。股东争议仲裁是由仲裁地还是注册地的法律管辖? 或者两者兼有?

英国和香港的做法: 股东纠纷可以仲裁

在英国, 在 Fullham Football Club (1987) Ltd v Richards [2012] Ch 333 一案之前, 股东争议的可仲裁性曾在两个案件中被考虑。在 In re Vocam Europe Ltd [1998] BCC 396 中, Rimer 法官认为不公平损害的程序可以因存在仲裁条款被中止。但是, 在 Exeter City Association Football Club Ltd v Football Conference Ltd [2004] 1 WLR 2910 中, David Weeks QC 法官得出了相反的结论。

在 Fullham Football Club 一案中, 英国高等法院上诉庭选择了跟随 Vocam Europe Ltd。上诉庭指出:

(i) 不公平损害主张的纠纷可以通过仲裁得到妥善解决(第 78、83 和 96 段)。

(ii) 仲裁员可能无法颁发影响第三方的救济, 但是在原则上, 就这些第三方的情况, 仲裁员也是可以发表意见的(第 83 段)。

(iii) 至于公正和公平的清盘, 虽然仲裁员没有权力将公司清盘, 但是他可能会决定不公平损害的投诉是否



吴家彰

香港执业大律师, 德辅大律师事务所成员, 香港仲裁司学会资深会员(FHKI Arb)。

处理不同种类的民事案件, 以涉信托法、商法以及公司法的案件为主。



彭禧雯

香港执业大律师, 德辅大律师事务所成员。

处理不同种类的民事案件, 以涉公司法、商法、信托以及离婚的案件为主。

有理据, 清盘程序是否适合启动, 或原告是否应仅限于采取一些较轻的补救措施(第 83 段)。

在香港案件 Re Quiksilver Glorious Sun JV Ltd [2014] 4 HKLRD 759 中, 香港高等法院原讼庭的 Harris 法官以仲裁为由中止公正和公平的清盘。法官认为应该适用 Fullham Football Club, 即, 在公正和公平的清盘中, 背后的争端必须首先通过仲裁确定, 股东才可以申请公正和公平的清盘(第 19 段)。相反, 当一个呈请人基于公司资不抵债而行使申请清盘的“集体权”, 则他不受仲裁条款的约束(第 18 段)。

从上可以, 股东争议在英国和香港是可仲裁的。我们希望新加坡高等法院上诉庭能在 Maniach Pte Ltd v L Capital Jones Ltd 一案的上诉中厘清这个问题。公司法与仲裁从业者亦应该及时了解这个领域的最新发展。



房地产企业破产重整相关问题的实务探讨

文 | 董明

相对于其他企业而言，房地产企业破产重整是一个更为复杂的系统工程，需要平衡多方利益，包括购房人、建筑工程的承包人、抵押权人、职工、政府、普通债权人、债务人等。因此，房地产企业破产重整任重道远。

以下就法院受理房地产企业破产重整案件的可行性及必要性、达到法院受理前需开展的前期工作以及房地产企业破产重整的一些热点和难点问题进行讨论，以总结房地产企业破产重整之经验。

一、房地产企业重整的可行性及必要性

1. 符合《企业破产法》第二条的规定

《企业破产法》第二条¹和第七十条²规定，债务人不能清偿到期债务，且资产不足以偿还全部债务的，或者有明显丧失清偿能力可能的，债务人、债权人或者

符合法定条件的出资人可以向法院申请依照《企业破产法》的规定对债务人进行重整。因此，如果房地产企业净资产已经为负，或者银行或其他债权人已经将房地产企业的大部分资产予以查封或保全，房地产企业虽仍有资产，但没有资金继续开发，明显丧失清偿能力的，则该房地产企业已经达到可依法进行重整的条件。

2. 具有重整价值

满足上述第1点所述的法定重整条件后，还要看房地产企业是否具有重整价值。重整价值的判断更多是一个商业判断和测算，如果通过重整适当消减房地产企业的债务负担，在房地产企业经营基础上，通过投入一定资金能恢复房地产企业的持续经营能力和盈利能力，房地产企业能死而复生的，则房地产企业具有重整价值。反之，则无重整价值。

3. 有利于妥善安置职工

在重整程序中能否妥善安置职工，也是重整是否具

1. 《企业破产法》第二条：企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照本法规定清理债务。

企业法人有前款规定情形，或者有明显丧失清偿能力可能的，可以依照本法规定进行重整。

2. 《企业破产法》第七十条：债务人或者债权人可以依照本法规定，直接向人民法院申请对债务人进行重整。

债权人申请对债务人进行破产清算的，在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，债务人或者出资额占债务人注册资本十分之一以上的出资人，可以向人民法院申请重整。

有可行性的重要考量因素之一，法院在受理时也肯定会考虑该问题。重整工作中将保护职工权益、维护职工稳定放在首位，职工债权将严格依法予以优先清偿。同时，重整期间将严格遵守相关法律规定，凡涉及职工重大切身利益的事项，事先向全体职工进行公示，并按照法规、政策的要求，召开职工大会或职工代表大会对相关事项进行表决，充分做到公开、公平、公正。

4. 最大限度保障债权人利益

一般而言，因房地产企业在土地出让、房地产开发和销售的过程中，其资金来源中银行贷款都占到很高的比例，房地产企业往往都将土地和在建工程抵押给银行作为担保。如果直接实施破产清算，普通债权人的清偿率极低。同时，对于未完工的在建工程，在破产清算过程中处理价值也将受到很大的贬损。但如果能通过破产重整，则在建工程能够得以完工，同时，债务人所欠政府的税款及相关的规费等，也有可能申请减免，则债权人（包括购房人）的利益将得到更好地保护。

从技术操作层面而言，要抵押权人解除抵押登记和购房人解除房产的预售网签登记手续，都只能在执行重整计划中各方才可能同意。如果不进入重整，任何一方都对其他方可能都无法完全信任，因而，房地产企业的死结则无法解开。

5. 化解社会稳定问题

房地产企业往往面临大量购房人（小业主）和高利贷出借人的维稳问题。大量的购房人因付房款后拿不到房子，大量的高利贷的出借人因出借款项给房地产企业、房地产企业的法定代表人或实际控制人无法收回借款，都可能造成严重的社会问题。

通过重整程序内的债务清偿安排，包括工程款、待安置职工、金融机构及高利贷出借人在内的各类债权人均将在司法程序内依法获得公平清偿，从而彻底化解因延期清偿债务而诱发的社会问题。

二、房地产企业重整受理前的工作

1. 向政府提交重整可行性报告

在房地产企业重整过程中，得到政府的支持是必不可少的条件。因在房地产开发过程中涉及大量与政府部门的沟通工作，同时，如前所述的，房地产企业重整也

涉及社会稳定问题，因此，提前与政府相关部门进行沟通，取得政府部门的支持，将有利于房地产企业的重整以及法院对重整案件的受理。

2. 与投资人沟通，引入投资人

一般而言，由于债务人或者管理人应当自法院裁定债务人重整之日起六个月内，同时向法院和债权人会议提交重整计划草案。由于重整过程中涉及主体很多，各方利益也不同，因此，要在六个月内提交重整计划草案，完成招募潜在投资人或资产购买人，配合潜在投资人或资产购买人对房地产企业的尽职调查，听取潜在投资人或资产购买人对重整计划意见，确定重整参与人（获取投资人或资产购买人承诺），拟定并提交重整计划草案，不是一件容易的事情。因此，非常有必要在法院受理重整前提前与投资人进行沟通。

3. 准备法院受理重整需要的相关文件和资料

根据法律及相关司法解释的要求，准备房地产企业自行申请重整的相关文件和资料，除申请书外，还需要向法院提交财产状况说明、债务清单、债权清单、有关财务会计报告（包括审计报告）、职工安置预案以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况等相关文件。如果是债权人申请，则需提交证明其为债务人的债权人的文件。

4. 报请有管辖权的法院依法裁定受理重整申请

在申请债务人重整后，需积极与有管辖权法院进行沟通，以促使法院裁定受理重整申请。

5. 促使政府成立清算组

《企业破产法》第二十四条规定，管理人可以由有关部门、机构的人员组成的清算组或者依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构担任。《企业破产法》第十三条规定，法院裁定受理破产申请的，应当同时指定管理人。结合该两条的规定，如果政府可先期成立由政府相关部门牵头、律师事务所等中介机构参与的清算组。在法院受理重整申请后，可依法直接指定重整清算组担任重整管理人。

三、房地产企业重整中部分热点和难点问题

1. 高利贷维稳

高利贷维稳问题在房地产企业重整中是一个非常现

实的热点问题。房地产企业项目开发资金除向银行等金融机构贷款外,其他大量运营资金会通过民间借贷,甚至高利贷的方式取得。相较于金融机构的借款而言,高利贷的出借人往往都是自然人,出借人数众多,且一般不会享有抵押权。因此,因高利贷而产生的债权在房地产企业重整中属于普通债权。鉴于高利贷的出借人的出借款项一般系其自有资金,而作为普通债权的清偿率较低,因此,高利贷出借人在房地产企业重整过程中是一大不稳定因素。

高利贷维稳和购房人的维稳、职工的维稳不同。如下面第2点所述,购房人有相关的法律规定予以保护,而职工一般所涉及的金额不大。高利贷所涉及的金额,动辄几十万元,乃至几百万元,因此,在作为普通债权清偿率非常低的情形下,非常容易导致不稳定。因而,对高利贷维稳必须特别重视并积极沟通。

2. 购房人利益保护

购房人特指已经支付全部或者大部分房款,但尚未取得房屋所有权的购房者。依据最高人民法院发布的《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(法释[2002]16号)第二条的规定,消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后,承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。即承包人不得对购房人已经支付全部或者大部分房款的商品房行使工程价款优先权。所以,在破产重整中,购房人的利益优先保护。

3. 债权分类

一般而言,在房地产企业破产重整中,重整计划对债权的分类可做如下考虑:(一)优先债权组:优先债权包括购房人的购房款债权、建筑工程款债权以及有财产担保债权,优先债权就已预售房屋和担保财产享有优先受偿的权利。(二)职工债权组。(三)税款债权组。(四)普通债权组。

4. 关联企业的重整安排

一家房地产企业重整,受影响的肯定不止这一家公司,很可能涉及几家甚至几十家关联企业。因此,在一个系列的关联公司中,怎样取舍进入重整的企业,以及企业进入重整的时间先后,是一门技术活儿。根据关联企业的资产及负债情况,确定重整的公司范围时,应重点筛选资产质量较好、项目开发条件成熟、持续经营能力和盈利水平较强、负债集中的优先推动进入重整程序,以便于在短时间内最为有效地整体承接和盘活关联企业的房地产业务和资产,并一揽子化解整体的债务风险。在此基础上,再筛



董明

君合律师事务所上海分所律师,市律协破产清算业务研究委员会委员。业务方向为清算(破产清算、强制清算和自行清算)、诉讼仲裁、合规。

选一批土地储备充足,且项目开发条件成熟的项目公司启动重整程序。

此外,根据《企业破产法》第三条规定,破产案件由债务人住所地人民法院管辖,因此,在关联企业重整案件中,还需进一步协调法院管辖。在此情形下,最好的办法是能集中管辖,但目前就此并未有相关的法律规定。因而,根据关联企业的具体情况,可能涉及协调有管辖权的高级法院乃至最高法院指定法院管辖的问题。

5. 后续建房

既然是破产重整,如果重整成功的话,房地产企业就不会被法院宣告破产,则房地产企业可以继续经营,尚未完工的房屋可以继续建设,购房人还有希望拿到房屋。下面的案例就是典型的通过重整,后续建房成功的案例。

2014年10月15日,江苏省无锡市南长区人民法院裁定受理了债权人要求无锡嘉宝置业有限公司破产重整的申请,并于次日指定无锡嘉宝置业有限公司清算组担任管理人。自此,无锡嘉宝置业有限公司进入破产重整程序。2015年9月22日,该法院作出裁定,依法批准了无锡嘉宝置业有限公司的重整计划。从而,濒临破产的房地产企业“重整旗鼓”,开始有序引入土建工程队、装修队以及后期销售团队。管理人通过融资筹集资金,组织、监督施工团队开始进行未完工程的建设,并在工程竣工后会同相关部门检查,最终取得竣工验收合格凭证。

林权资产证券化法律问题研究

文 | 仇昊

一、林权资产证券化的必要性

林业资产证券化在为林业建设融资、盘活流动性较差的林业资产等问题上具有重要作用，具有良好的发展前景。随着资产证券化在其他领域的实施和推广，尤其是在基础设施领域的推广，也为林业资产证券化积累了宝贵的经验。

我国林业企业目前的现状是，国有企业仍然占据着相当大的比重。在国有林业大中型企业中，有许多企业，一方面持有大量的应收账款、林权等流动性较差的优质

资产；另一方面负担着巨额的银行债务和企业债务。利用资产证券化融资可以改善林业国有企业的资产负债结构，实现债务的转让和抵减，盘活存量资产，改变债务和收益的期限结构。

二、林权资产证券化的核心法律问题

林权是指森林、林木和林地所有权和使用权。林权是一种复合性物权，包括对森林、林地或林木的所有权和对森林、林地或林木的用益物权。享有林权的主体

可以是国家、农民集体、自然人、其他法人或其他组织。林权登记意义上的森林的含义应视为林地和林木的结合。而在林权资产证券化中,最关键的一个步骤就是享有林权的主体,即原始权益人将林权资产转让给特殊目的载体(SPV),这个特殊目的载体(SPV)往往是证券公司下属的基金子公司,SPV再以林权产生的收益为基础资产发行资产支持证券,而该林权资产也要抵押给资产支持证券的投资者。由此,林权资产的抵押问题成为林权资产证券化中最核心、最棘手的问题。

(一) 哪些林业资产可以抵押? 哪些则不能?

我国各个省级甚至地市级地方政府都出台有《林权抵押登记管理办法》《林权抵押登记管理细则》等地方行政法规。例如,《重庆市林权抵押融资登记管理实施细则》第五条规定:“下列林权可用于抵押:(一)用材林、经济林、薪炭林的林木所有权和林地使用权,采伐迹地、火烧迹地的林地使用权;(二)通过招标、拍卖、公开协商等方式承包林地,经依法登记取得的林权承包经营权;(三)法律法规及国家规定的可用于抵押的其他林权。”《山东省林权抵押贷款管理办法》第五条规定:“下列林权可用于抵押:(一)用材林、经济林等商品林的林木所有权、使用权及其林地使用权;(二)一般公益林的林木所有权、使用权及其林地使用权;(三)采伐迹地、火烧迹地,以及荒山、荒沟、荒丘、荒滩的林地使用权;(四)县级以上人民政府规划确定的宜林地的林地使用权;(五)法律法规规定的其他林权。”

而《中国银监会、国家林业局关于林权抵押贷款的实施意见》(银监发[2013]32号)第一条规定:“可抵押林权具体包括用材林、经济林、薪炭林的林木所有权和使用权及相应林地使用权;用材林、经济林、薪炭林的采伐迹地、火烧迹地的林地使用权;国家规定可以抵押的其他森林、林木所有权、使用权和林地使用权。”由于该《实施意见》是由中央级别的国家机关制定的,效力层级上比地方法规要高,所以我们可以以该规定为参照。从上述规定中,可以得出结论,林木的所有权和使用权以及相应的林地的使用权,都是可以拿来抵押的林权。而且根据有关规定以及物权法、担保法的法理,当林地上的林木所有权和使用权抵押时,其林地使用权也必须同时抵押;反过来,当林地使用权抵押时,林地上

的林木所有权和使用权也必须同时抵押。这就是“地随林走、林随地走”的原则。

此外,上述《实施意见》第九条还规定了金融机构不应接受无法处置变现的林权作为抵押财产,包括水源涵养林、水土保持林、防风固沙林、农田和牧场防护林、护岸林、护路林等防护林所有权、使用权及相应的林地使用权,以及国防林、实验林、母树林、环境保护林、风景林,名胜古迹和革命纪念地的林木,自然保护区的森林等特种用途林所有权、使用权及相应的林地使用权。

(二) 林权抵押的生效要件、林权抵押的登记机关有哪些?

林权抵押合同是林权抵押法律关系的基础。《合同法》第四十四条规定:“依法成立的合同,自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的,依照其规定。”一般来说,依法成立的合同,自成立时起就发生法律效力。但是,有的法律或者行政法规规定,某些种类合同,应当办理批准、登记等手续才能生效。在这种情况下,合同只有在经过了批准或者办理了登记后,才能发生法律效力,当事人的权利义务才能得到法律的认可。

而《担保法》第四十一条规定:“当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的,应当办理抵押物登记,抵押合同自登记之日起生效。”该法第四十二条规定:“办理抵押物登记的部门如下:……(三)以林木抵押的,为县级以上林木主管部门……”

从上述法律法规的规定可以看出,涉及林权抵押的合同,必须在县级以上林业主管部门(区县林业局)那里登记后方能生效。

此外,我国法规还规定,经营国家无偿划拨森林资源资产的单位,以其经营的森林资源资产申请抵押时,应先办理相关的森林、林木划拨手续,否则,抵押无效。

(三) 如何行使林权抵押权?

此处可以参考《中国银监会、国家林业局关于林权抵押贷款的实施意见》(银监发[2013]32号)的规定,该《实施意见》第三十条规定:“贷款到期后,借款人未清偿债务或出现抵押合同规定的行使抵押权的其他情形时,可通过竞价交易、协议转让、林木采伐或诉讼等途径处置已抵押的林权。通过竞价交易方式处置的,银

行业金融机构要与抵押人协商将已抵押林权转让给最高应价者，所得价款由银行业金融机构优先受偿；通过协议转让方式处置的，银行业金融机构要与抵押人协商将所得价款由银行业金融机构优先受偿；通过林木采伐方式处置的，银行业金融机构要与抵押人协商依法向县级以上地方人民政府林业主管部门提出林木采伐申请。”

也就是说，享有抵押权的机构可以通过竞价交易、协议转让、林木采伐或诉讼等途径处置已抵押的林权。

另外，还有一点值得注意的是，《实施意见》第二十四条规定：“对于已全部抵押的林权，不得重复办理抵押登记。除取得抵押权人书面同意外，不予办理林权变更登记。”——这对于作为林权抵押权初始登记权利人的各个机构而言，是一个利好。

三、完善林权资产证券化的建议

（一）完善资产证券化的法律环境

资产证券化是一种金融工具，其发展必须要有配套的法律环境。资产证券化要实现规范化、系统化，对法律环境有两方面的要求，一是要构建资产证券化所需要的法律框架，制定有关法规，为其发展提供有力的法律保障；二是改进和完善现行法律法规与资产证券化冲突的部分，建立适应资产证券化发展的法律环境体系。具体而言，可以在正在制订的《民法总则》中明确林权的法律属性及其各项权能，并且在《担保法》中增加有关林权办理抵押担保的程序性规定。

（二）加大资本市场的支持力度

在 2016 年 9 月举行的 G20 杭州峰会上，“绿色金融”首次被写入了 G20 公报议题，并成立了 G20 绿色金融研究小组 (GFSG)。在峰会召开前几天的 8 月 31 日，中国人民银行、财政部等七部委联合印发了《关于构建绿色金融体系的指导意见》。中国银行间市场交易商协会、上海证券交易所陆续分别出台了“绿色公司债券”“绿



仇昊

上海正策律师事务所律师，
市律协金融工具业务研究
委员会委员。
业务方向为资本市场、金融
证券。

色中期票据”试点，上交所还对绿色债专门开辟了绿色通道，加快审核效率，引入专业绿色投资者，降低绿色发行人的融资成本。足见国家对绿色金融的重视。而林业作为国家绿色资产的重要组成部分，笔者建议也应当考虑在资本市场开展“绿色资产证券化”试点，可以在银行间市场交易商协会“绿色中期票据”的基础上试点“绿色资产支持票据”，在上交所“绿色公司债券”的基础上试点“绿色资产支持专项计划”，开辟绿色通道，降低林权资产支持证券发行的成本。

总结：

林业是一项重要的公益事业和基础产业，它承担着生态建设和林产品供应的重要任务，但目前林业资金投入与需求之间的差距成为制约林业发展的主要障碍，我国的林业建设迫切需要引入新的融资机制。未来，林权资产证券化将成为我国林业产业重要的投融资渠道。

参考文献：

1. 薛艳：《资产证券化与林业融资》，农场经济管理2006（3）。
2. 潘焕学、田治威：《我国森林资源资产证券化探析》，北京林业大学学报2006（12）。
3. 许大鹏：《林业资产证券化融资模式探究》，集体经济2010（3）。
4. 那洪生、许国新、王舵、张普雷等：《我国林业资产证券化可行性研究》，黑龙江金融2009。
5. 杨水英：《林业生态建设与发展的思考》，中国农业信息2016(7)。



票据债务人以持票人不履行约定义务为由拒绝付款时的法律适用

——以南京A软件有限公司与B信息技术研究院有限公司票据纠纷案为视角

文 | 孙彬彬

票据基础关系与票据关系相互独立是票据法的基本原则，但这种独立在票据债务人与持票人存在直接债权债务关系的情况下并不具有决定性。本文拟从司法实践的角度探寻票据债务人以持票人不履行约定义务为由拒绝付款时的法律适用。

一、案情简介

上诉人、原审被告：南京A软件有限公司（“B公司”）
被上诉人、原审原告：B信息技术研究院有限公司（“A公司”）

法院在审理中查明以下事实：B公司与A公司于2014年3月至5月间先后签订三份《设备销售合同书》并附设备清单，双方在合同中约定，由B公司向A公司提供服务器及服务，三份合同实际结算总价款为641532元。合同并约定B公司在交付时应向A公司提供产品的使用说明、操作手册、维修说明、图纸、保修单等相关资料。A公司对产品的质量、规格、数量、软件安装和运行状况及其他进行检验。如发现产品的质量、规格、数量与合同规定不符，应在货到后10个工作日内以书面方式向B

公司提出，否则视为所交货物符合合同约定。

2014年7月31日，B公司、A公司签订《逾期贷款还款计划》该计划约定：“A公司承诺拖欠B公司的641532元设备款将在2014年8月27前汇款至B公司的公司账户，同时由于贷款延期产生的滞纳金19245.96元（ $641532 \times 3\% = 19245.96$ ）一并在8月27日前汇款至B公司账户。”该协议另约定：“为了确保以上约定按计划执行，A公司向B公司开具银行转账支票，支票金额为660777.96元。”

之后，B公司持A公司出具银行转账支票到中国银行承兑，但银行告知B公司，A公司在银行处存款不足以支付该转账支票项下金额，系空头支票，故B公司未能承兑该支票。

B 公司遂起诉要求：A 公司立即向 B 公司支付票据款人民币 660777.96 元，并支付利息、赔偿金。

二、法院观点

法院在一审、二审中均支持了 B 公司的诉请。

法院认为：票据法律关系是指因票据行为而产生的法律上的债权债务关系，即票据权利与票据义务的法律关系，它产生于票据当事人所为的票据行为。因 A 公司向 B 公司出具的银行转账支票符合法定的形式要件，因此 B 公司、A 公司间形成票据法律关系。依据该票据法律关系，B 公司作为债权人享有付款请求权，A 公司作为债务人应承担付款义务。票据无因性是票据的基本特征。虽然票据的设立是基于一定的原因，如买卖、担保、借贷等，但票据权利的成立与有效，不以债权人与债务人的原因关系的成立和有效为前提，票据关系与原因关系互相独立。持票人只要持有的票据要式齐备，就可以行使票据权利，持票人不必证明自己取得票据的原因就有权请求付款人履行付款义务；而且付款人也没有义务过问持票人取得票据的原因，只要票据要式具备、背书连续就必须无条件付款。即使原因关系无效或者被撤销，对票据权利的行使也不会发生影响。虽然票据原因关系与票据关系相互独立是票据法的基本原则，但这种独立并不是绝对的。在票据未经背书转让给第三人以前，在直接授受票据的当事人之间，既存在票据债权债务关系，也存在票据原因关系。票据关系因票据原因关系而产生并在一定程度上从属于票据原因关系。依照双务合同的履行原则，持票人向票据债务人请求付款时，票据债务人也应该有权请求持票人履行原因关系中的债务。虽然前者属票据关系，后者属于原因关系，但是既然同时存在于相同的当事人之间，如不许票据债务人行使抗辩权，显然是不公平的，而且会使当事人之间的法律关系更加复杂。所以，《票据法》第 13 条第 2 款规定：“票据债务人可以对不履行约定义务的与自己有直接债权债务关系的持票人，进行抗辩。”即票据关系的直接前手可以以原因关系对抗其票据关系。当然这仅仅限于与票据债务人有直接债权债务关系的持票人不履行约定义务情况，所谓“不履行约定义务”，应该作广义理解，应该涵盖所有的不履行约定义务的行为，包括不履行和不完全履行（包括不当履行、迟延履行、部分履行）。本案虽属票据纠纷，但 B 公司与 A 公司间存在直接的债权债务关系，依据《票据法》的规定，

若持票人 B 公司在原因关系中所供货物有质量问题，出票人 A 公司依法可行使抗辩权。但 B 公司、A 公司间订立的三份《设备销售合同》中第五条验收第二款约定：“产品到达并由乙方完成对产品的安装调试后，由甲方（A 公司）对产品的质量、规格、数量、软件安装工程和运行状况及其他进行检验。如发现产品的质量、规格、数量与合同规定不符，应在货到后 10 个工作日内以书面方式向乙方提出，否则视为所交货物符合合同约定。如确实存在上述问题甲方有权拒绝接受。”A 公司认为 B 公司提供的设备质量存在问题，且 B 公司没有按约定提供产品使用说明、操作手册、维修说明、图纸、保修单等相关资料，但 A 公司不仅认可接收了 B 公司提供的设备，而且也没有按照合同约定的时间以书面方式向 B 公司就货物质量提出异议或催告 B 公司履行附随义务。A 公司还在与 B 公司签订的《逾期贷款还款计划》中确认了 B 公司、A 公司双方三份买卖合同项下总价款为 641532 元，并承诺支付全部货款和滞纳金，且 A 公司也未提交相应的证据证明 B 公司的货物确实存在质量问题，因此可以视为 A 公司已经认可 B 公司依约履行了合同义务。A 公司虽然有权以与 B 公司间的票据原因关系行使票据抗辩的权利，但 B 公司所提的抗辩缺乏相应证据支持，应不予采信。

三、相似案例

（一）持票人未完全履行合同义务时，票据债务人可以拒绝履行票据义务——上海 C 广告有限公司与上海 D 工贸发展有限公司票据付款请求权纠纷案（案号：上海市第二中级人民法院（2010）沪二中民六（商）终字第 45 号）

在该案中，法院认为：尽管票据存在流通性的属性，但这并不妨碍票据义务人对与自己有直接债权债务关系的持票人进行抗辩。按照票据取得的对价原则，D 公司取得票据，必须给付 C 公司相当票据记载面额价值的货物。D 公司未依约交付全部货物，且双方供货合同中明确要求货物应达到行业标准，但 D 公司的货物经鉴定无法达到行业标准，且 D 公司也曾确认系争礼品毛巾存在质量问题。而 C 公司在交与支票时，不仅未告知 D 公司其所设置的密码，并要求 D 公司在未交全 25,000 条毛巾前不得将支票擅自入帐。因此，基于 D 公司尚未完全履行合同义务，C 公司因此提出的拒绝对 D 公司履行票据义务的抗辩意见成立，D 公司票据付款的诉讼请求，依法难以支持。至

于已交付货物的货款及质量问题的相关纠纷,双方均可另行提起诉讼予以解决。

(二) 基础法律关系抗辩可能导致法院合并审理——罗某与新疆 E 房地产开发有限公司等票据追索权纠纷(案号:新疆高级人民法院生产建设兵团分院(2011)新兵民二终字第 00005 号)

在该案中,法院认为:由于 E 公司在本案中提出了罗某未支付相应票据对价,该票据载明的金额不是罗某实际享有的债权额,根据双方的基础关系交易,其只应向罗某支付实际欠款 1489540.70 元的基础法律关系抗辩,故本案应合并审理票据关系和基础关系,审查持票人罗某与出票人 E 公司之间的钢材买卖的基础交易并以此确定罗某实际享有的债权额。经审查确认罗某实际享有的受转让债权额即 E 公司还应支付的钢材款数额为 1737656.91 元,罗某享有的债权数额小于其主张的票面金额,且 E 公司亦同意按基础合同金额支付钢材款,故法院为避免增加当事人诉累,节约诉讼资源,判决 G 公司按实际债权额向罗某偿付钢材款。

四、点评

(一) 票据无因性原则及其相对性

现代票据法律制度是建立在票据流通的基础之上的。为了保障票据的流通与安全,适应商品经济发展的需要,票据法确立了票据无因性原则。票据无因性原则并非指票据行为的发生本身不存在任何原因关系,而是指票据行为的基础关系(包括原因关系、资金关系和预约关系等)与票据行为的效力相分离。

这种票据关系与票据基础关系的分离具体表现为:首先,票据行为的效力是独立存在的。票据行为一旦完成,即与其基础关系相分离,不再受基础关系的影响,只要出票、背书等票据行为依法成立,即使基础关系不存在或者无效、被撤销,票据行为仍然有效,出票人、背书人仍须承担票据责任,持票人仍然享有票据权利。其次,持票人不负证明给付原因的责任。持票人在为票据上请求时,无须举证证明其原因关系的成立与存续,只须以票据行为本身为请求的基础,证明背书符合法律规定的连续性,即可按照票据上记载的内容向票据债务人主张相应的票据权利,票据债务人也无需对持票人取得票据的原因进行实质上的审查。最后,票据债务人不得以基础关系对抗善意持票人。票据基础关系与票据法律关系的分离,使得票据的

债务人的抗辩受到了一定的限制,即票据债务人只能对基础关系的直接持票人依基础关系上的事由提出抗辩,而不得以自己与出票人或者持票人的前手之间所存在的基础关系上的事由来对抗持票人。

事实上,票据关系之所以与其基础关系是相互分离的,这并不是逻辑上或基础法理的问题,而是经济发展背景下的法律政策问题,是法律上技术性的处理。其目的在于:一方面可以使票据行为脱离票据的基础关系,独立发挥作用,从而使更多的人易于接受;另一方面可以在转让票据时大大减少合法持票人的风险和审查责任,保护合法持票人的权利,增强票据的信用功能,从而促进票据的流通。

但也必须认识到,票据关系与构成其基础的民事关系相分离乃是一柄双刃剑:一方面,它推动了票据的流通,并使票据持票人的利益得到充分保护;另一方面,单纯强调票据无因性对票据债务人有失公平,既为某些持票人滥用权利提供了机会,又可能使票据成为套现或骗取资金的工具,从而带来了不可忽视的票据安全性及金融风险问题。

因此,经过在理论和实践中的长期探索和论证,我国《票据法》采取了所谓“相对无因性原则”。即坚持票据关系与票据基础关系分离为原则,但不能因追求票据的流通性而舍弃法律的公正、不能违背诚实信用原则,而应当要求票据权利正当行使,确保权利不被滥用,兼顾票据债务人的合法权益,将票据限定在公正、诚实信用的范围内。票据相对无因性的典型体现为《票据法》第 13 条“票据债务人不得以自己与出票人或者与持票人的前手之间的抗辩事由,对抗持票人。但是,持票人明知存在抗辩事由而取得票据的除外。票据债务人可以对不履行约定义务的与自己有直接债权债务关系的持票人,进行抗辩”。据此,在票据债务人与持票人存在直接债权债务关系的情况下,作为票据无因性的例外,票据债务人可以持票人不履行约定义务为由进行抗辩。

(二) 票据债务人以持票人瑕疵履行约定义务为由拒绝付款时的法律适用

如前所述,根据《票据法》第 13 条的规定,票据债务人可以持票人不履行约定义务为由进行抗辩。但值得讨论的是如何理解“不履行约定义务”的问题,实践中有部分法院认为只有持票人完全没有履行约定义务才属于“不履行约定义务”,笔者认为这种观点将义务的不履行理解的过于狭隘,在票据债务人与持票人存在直接债权债务关

系的情况下，票据的流通性价值应更多的让位于双方实体民事法律关系中的公平性，否则持票人只需对其基础关系义务作出一定履行行为即可导致票据债务人的抗辩权落空，将无疑极大地限制票据债务人行使抗辩权的可能性，有悖于票据相对无因性的原则。

因此，以“南京 A 软件有限公司与 B 信息技术研究院有限公司”、“上海 C 广告有限公司与上海 D 工贸发展有限公司”、“罗某与新疆 E 房地产开发有限公司”案为代表，目前实践中人民法院越来越多地倾向于认为“不履行约定义务”既包括不履行可也包括不完全履行，而在不完全履行的情况下票据债务人是否有权拒绝付款，则应结合当事人之间的约定和案件具体情况进行综合判断。例如在“上海 C 广告有限公司与上海 D 工贸发展有限公司”中，双方当事人已经在合同中已经明确约定了 D 公司供应毛巾的数量和质量要求，C 公司在向 D 公司交付支票时并未告知其密码，且要求 D 公司在未交全 25,000 条毛巾前不得擅自入帐。而实际 D 公司不仅交付毛巾的数量不符合约定，且毛巾质量不符合合同约定，因此 D 公司在基础关系中对于主合同义务的履行存在明显的瑕疵，如果仍允许 D 公司行使票据付款请求权，将对票据债务人明显不公平，因此法院支持了 C 公司的抗辩理由。

需说明的是，在票据债务人以基础关系对于具有直接债权债务关系的持票人进行抗辩时，根据最高人民法院《关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》第 10 条的规定，法院可以合并审理票据关系和基础关系。而在法院进行了合并审理的情况下，将更多地侧重于对当事人之间基础关系项下权利义务关系的认定，如在“罗某与新疆 E 房地产开发有限公司”案中，法院经对基础关系审查确认罗某实际享有的债权额小于其主张的票面金额，且 E 公司亦同意按基础合同金额支付钢材款，因此法院最终直接判决 E 公司按实际债权额向罗某偿付钢材款。

最后，关于认定持票人是否履行了约定义务的举证责任问题，根据《关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》第 10 条的规定，持票人应当提供相应的证据证明已经履行了约定义务。因此，在票据债务人主张持票人履行义务瑕疵的情况下，应有持票人对于其履行行为符合合同约定尽到首要的举证责任。但持票人并非不承担任何举证责任，在现有证据已经可以基本证明持票人履行了约定义务的情况下，持票人需对其抗辩主张承担相应的举证责任，否则将承担举证不能的后果。例如在“南京 A 软件有限公司



孙彬彬

北京市中伦(上海)律师事务所合伙人，市律协商事
议解决业务研究委员会副主
任，市女律联副会长，全国律
协文化建设委员会委员。
业务方向为诉讼和仲裁争议
解决、银行金融与破产重整、
知识产权相关争议解决案件。

与 B 信息技术研究院有限公司”中，法院虽然认可 A 公司有权以与 B 公司间的票据基础关系行使票据抗辩，但 A 公司不仅认可接收了 B 公司提供的设备，而且也没有按照合同约定的时间以书面方式向 B 公司就货物质量提出异议或催告 B 公司履行附随义务。且其还在《逾期贷款还款计划》中承诺支付全部贷款和滞纳金，A 公司未对 B 公司的履行瑕疵提供相应证据支持，故其抗辩没有得到法院支持。

另外，部分地方法院还对《关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》第 10 条规定的举证规则进行了进一步细化，如上海市高级人民法院《关于票据和保险纠纷案件中若干问题的意见》规定“在票据纠纷中，法院合并审理基础关系和票据关系的，直接前手向有直接债权债务关系的持票人提起基础关系抗辩的，举证责任可作如下处理：(1) 若直接前手提出持票人未履行基础关系中的约定义务，应当根据票据法司法解释第十条，由持票人提供相应的证据证明已经履行了约定义务。如果直接前手提出其与持票人不存在基础关系，根据票据法第十条第一款‘票据的签发、取得和转让，应当遵循诚实信用的原则，具有真实的交易关系和债权债务关系’的规定，直接前手票据行为的行使，应当基于真实的基础关系，因此应由直接前手对双方之间存在基础关系承担初步的举证责任。(2) 如果直接前手提出，持票人未完全履行基础关系中约定义务，实际上直接前手对于持票人履行约定义务并无异议，只是认为其履行有瑕疵，所以仍应当依据谁主张，谁举证的原则，由直接前手对自己的主张承担举证责任”。该规定具有一定参照和借鉴意义。

法治思维就是像律师那样思考

文 | 陈金钊



自从党的十八大上确定了“用法治思维和法治方式化解社会矛盾”以后，“法治思维”就成了中国法治话语体系中的重要概念。在各种解读“法治思维”的文章中，权威性的说法就是“法治思维就是法律思维”。一般而言，法律思维就是根据法律思考，或像律师那样思考。法治思维与法律思维属于“家族”的相似概念，可在此以前，中国法学界对“法治思维”并没有多少研究。法学家研究较多的是“法律思维”。笔者在很多场合讲解“法治思维”多是在“法律思维”的意义上使用，然而对“法治思维就是法律思维”的断定并没有深究，真的就是把法治思维等同于法律思维。然而，在一次讲课过程中，有一领导干部提出：法律与法治是不同的概念，有不同的含义，由此可以推断出“法治思维不是法律思维”。同时，“有法律没法治”的现象也说明，法律与法治有不同的意义。所以，法律思维与法治思维应该是有所不同的思维方式。如果这种简单的逻辑推断能够成立，那就意味着“法治思维就是法律思维”的命题是不能成立的。尽管这种基于逆向思维而提出的简单问题，本身并没有太大的理论与实践价值，但笔者在对这一问题的思索过程中，发现了“法治思维就是法律思维”、“法律思维就是像律师那样思考”这类命题所没有被挖掘的意义。

“法治思维就是法律思维”、“像律师那样思考”有重要的意义，其被遮蔽的意义大体有五个方面：

第一，“法治思维就是法律思维”所排斥的是“法治思维就是政治思维”。尽管法治是政治的组成部分，但不属于权力任意行使的政治，法治需要通过限制权力来实现。根据肯定其一就是否定其他的逻辑思维规则，我们可以断定，“法治思维不是政治思维”。虽然法治思维可以说是政治思维的组成部分，但法治之下的政治思维，属于法律思维对政治行为的影响，强调了法律对包括政治行为在内的各种行为方式的覆盖意义。法治思维实际上是要求政治人模仿法律人的思维方式。法治是通过限权，实现公正、自由等法律价值，不是纯粹的政治权力思维。解决政治问题的法治思维和法律思维都必须使用相同的法律方法，遵循共同法律思维规则。法律更多描述的是规则和程序，是一种制度性存在，而法治则是法律的实现，是一种秩序存在。虽然法治与法律不一样，



陈金钊

华东政法大学科学研究院院长、教授、博士生导师

法治带有较强的政治色彩，但法律思维与法治思维在目标上是一致的。法律思维来自于法律职业思维，带有较强法律专业色彩，法治思维是一种对政治行为的法律化、法治化要求。

第二，“法治思维就是法律思维”意味着法律思维范围的扩大和使用人群的增多。因为中国法治至少包括三个领域：即在政治权力层面实现法治国家、公共管理领域实现法治政府和在社会生活领域实现法治社会。这也就意味着法治思维涉及的领域包括政治、经济、文化和社会各个层面。特别包括了法律思维向政治领域的延展，即法治要求政治人也应该像法律人那样思考。政治在法治之下，意味着法律思维的目标与法治思维是一样的，都是要达到法治的实现。两者的不同在于，法律思维在法学中主要是指法律人的职业思维，它的作用范围主要

是司法领域。而法治中国话语系统中的法治思维，主要是想把法律思维推广到政治、管理和社会生活的各个领域。从法治发展的历史来看，职业“法律思维”是各领域“法治思维”的楷模，是政治人等对法律人思维和行为方式的模仿。就中国的现实来看，法治思维也是要把主要用于司法领域的思维方式引入到政治领域。法治思维是法治能力的前提，它的重要功能在于法律知识转变成法律能力。这种能力不仅要在处理具体案件中发挥作用，而且还要政治人模仿法律人的思维方式。法治思维和法治能力是推进法治中国建设重要的保障性因素。没有对法律人思维模式的模仿，在政治领域中实现法治是不可能的。

第三，“法治思维就是法律思维”的判断意味着处理解决问题的“法治方式”，主要依靠讲法说理的说服，而不是基于权力的压服。法律方法在法治思维中占据重要的地位。从法律方法论的角度看，关于“法治思维就是法律思维”的命题是能够成立的。虽然中国法学界对“法治思维”研究不多，但在今天之所以能表现出突然的“爆发力”，是有专业基础的。中国法学界对法律思维已有研究，为法治的实现打下了法律方法论基础。法治思维能在法律思维基础上的顺利升格，是与法律方法论的深入研究分不开的。法治思维的基础含义离不开法律思维的技术与方法。法治思维与法律思维的区别仅仅是词语表达的不同。对法治思维的界定应该尽量简约，但不能仅仅强调结果主义，还需要介入必要的法律方法。“法治思维”的概念的提出，就是法律思维所蕴含的问题意识所带来的。如果没有政治人像法律人那样思考，在中国根本就不可能实现法治。法律人思维的基本特点就是根据法律思考，依据法律讲法说理。

第四，“法治思维就是法律思维”彰显了律师思维重要性。在英美国家的法学著述中，对法律思维的表述就是“像律师那样思考”。当年我理解这一问题的时候，认为只不过是表述法律思维的职业属性，而没有看到这一界定的政治意义。也许这一界定在英美国家没有太大的意义，然而，这一“定义”在中国却具有最重要的政治意义。如果中国的政治人也能做到像律师那样思考，法治中国建设就有可能真正开启。现在法治还未达到理想

境界，就是因为很多证人不愿意放弃以权力为抓手的思维方式。如果掌权者都能够像没有权力的律师那样思考，法治就能在思维转变中实现。在各类法律人中，律师没有权力。其职业生存只能靠讲法说理。因而“像律师那样思考”是法治的要求。政治人思考问题的时候应该尽量忘记权力，把法律当成思维决策的主要依据。从现实需要来看，把法治思维界定为法律思维有非常重要的意义。而政治人像律师那样思考，就可以避免在“法治思维”中塞进太多的其他元素。要求政治人像律师那样思考是对权力思维的批判，对消解权力的绝对化有重要作用。从中国强势的政法思维以及权力本位盛行的现实情况来看，仅仅用法律思维来限定法治思维还是不够的。我们还应该进一步明示，“法律思维就是政治人也应该像律师那样思考”。法治中国建设需要我国政治人的思维方式模仿律师的思维的方式。即使是法官、检察官的思维方式也存在着像律师那样思考的转化。

第五，“法治思维就是法律思维”指明了法治话语的转化方向。在法治思维成为法治话语的核心概念以后，我们不仅不能抛弃法律思维，反而需要强化法律思维对法治思维的影响。我们需要捍卫法治的法学意义，而不是法治的政治意义。法治话语是为了实现社会主义核心价值观的实现服务的。要实现法治中国就需要改变以权力为核心话语系统；接受法治就是限权，法治就是以实现公平正义为目标。而要做到限权，首先从思维方式转变开始。律师是各种法律人中没有权力的那一部分，因而像律师那样思考就可以在思维层面排除权力的绝对性。尽管这样的思维方式，改变不了体制机制的架构，但对限制权力、讲法说理的法治有重要意义。从这个角度我们可以看出，法治思维概念的提出以及正确解释，是意识形态的话语转化的重要组成部分。在对法治思维的论证和解释过程中会引起人们对法律、法治更加重视。法律话语向法治话语的转化，会勾起人们对法治问题更多联想。这意味着，由法律思维向法治思维的转变不仅仅是修辞方式的变化，而是意识形态的法治化转向。在修辞方式转化过程中，法治思维比法律思维能够发挥更为重要的作用。同时，在对法治思维的研究中也必定会衍生很多新的意义。

ON SHIAC
SHIAC 专栏

申请执行被撤销的仲裁裁决： 案例分析

文 | 上海国际经济贸易仲裁委员会商事仲裁研究中心

一、问题的提出

相对于执行程序,通过仲裁程序获得一个令人满意的仲裁裁决往往更容易一些。但即使裁决胜诉一方获得经济赔偿,败诉方却拒绝支付时,胜诉方需要采取进一步措施以获得真正的赔偿。然而,在执行程序开始前,败诉的债务人仍有机会阻止胜诉方采取救济措施,即向仲裁裁决作出地法院申请撤销裁决。2005年2月,俄罗斯尤科斯公司的三个股东胡勒公司、尤科斯环球公司和石油老兵公司分别以俄罗斯政府为被申请人,向海牙常设仲裁院提起仲裁申请,要求俄罗斯政府赔偿至少1,142亿美元。2014年7月18日,仲裁庭就三起案件分别作出俄罗斯政府败诉的最终裁决,赔偿金额累计超过500亿美元。而就在尤科斯准备启动执行仲裁裁决程序时,2014年10月,俄罗斯向海牙常设仲裁院所在地(仲裁地)的海牙地区法院提出申请,要求撤销仲裁庭的上述裁决。法院于2016年最终支持了俄罗斯关于申请人与俄罗斯之间不存在有效仲裁协议、俄罗斯未同意将其与外国投资者之间的争议提交国际仲裁的主张,进而据此撤销了仲裁裁决。

尤科斯案因涉案争议复杂、金额巨大而备受国际仲裁界关注。当仲裁庭历时10年作出的裁决被仲裁地法院撤销后,其裁决的效力如何认定、是否还能得到执行,引发了仲裁理论界和实务界的强烈关注。传统国际商事仲裁理论认为,一项仲裁裁决如果被仲裁地法院撤销,该仲裁裁决在其他国家也得不到承认与执行,此即仲裁裁决效力的属地主义。但是随着国际商事仲裁非内国化理论的发展,传统的属地主义理论也有所松动。本案将以此为背景,结合相关案例,就已被撤销的仲裁裁决的执行问题,做简要分析。

二、理论背景

仲裁裁决被一国法院(仲裁地国法院)撤销,或被一国法院(执行地国法院)拒绝承认,其后果在法律意义上是不同的。对前者而言,其结果意味着裁决在仲裁地被“废弃”、“取消”或者“认定无效”,那么可能该裁决至少在撤销裁决的国家的法律下,在法律意义上就不存在或失效了。如果胜诉方要在其他国家执行该裁决,败诉方很可能会辩称,这样的裁决根本已经不存在了;而对后者而言,该裁决尽管在仲裁地之外被拒绝承认和执行,但其仍然是以有

“约束力”形式存在的,仍然可以在其他法域被申请承认和执行,因为没有司法行为“废弃”裁决或者使得裁决“无效”,或认定其不存在。¹

然而,在近期,美国、法国、比利时及荷兰的司法裁定都认为即使裁决在仲裁地被撤销,其亦可以被外国法院所承认;而另一些法院则持对立意见,认为在仲裁地撤销裁决会导致裁决无效,因此其他法院无需并且通常不应该承认或者执行这项裁决,或者在仲裁地撤销裁决的决定应当在其他法域得到遵从。在尤科斯案的仲裁裁决被撤销后,已被撤销的裁决是否可以得到执行,亦在仲裁理论界引发了激烈的讨论。在2015年于新加坡举办的纪念英国皇家特许仲裁员协会成立一百周年的一次会议中,就法院应如何处理已在裁决作出地被撤销的仲裁裁决的执行申请这一问题,新加坡最高法院首席法官梅达顺先生(Sundaresh Menon)与新加坡国际仲裁中心主席加里·博恩(Gary Born)先生展开了一场别开生面的观点碰撞。前者认为,根据裁决作出地原则,一项仲裁裁决如果在裁决作出地已被撤销,那么其将不复存在,且在任何地方都不再具有可执行性,不采纳该原则等于为后悔选择仲裁的当事人“开脱”;后者则认为,《纽约公约》第7条关于“不应剥夺任何利害关系人援引裁决地所在国法律或条约所认许之方式,在其认可范围内,援用公断裁决之任何权利”的规定,使各缔约国有义务在某些案件中承认仲裁裁决,同时它也明白无误地表明,在其他某些情况下,各缔约国有权承认仲裁裁决。所以真正的问题是,在一项仲裁裁决已在裁决作出地被撤销时,内国法院什么时候可以承认该仲裁裁决,什么时候必须承认。

《纽约公约》第5条第1款(e)项规定:“被请求承认或执行裁决的管辖当局只有在作为裁决执行对象的当事人提出有关下列情况的证明的时候,才可以根据该当事人的要求,拒绝承认和执行该裁决……(e)裁决对当事人还没有约束力,或者裁决已经由作出裁决的国家或据其法律作出裁决的国家的管辖当局撤销或停止执行。”围绕着该条中“可以”这一措词,虽然理论界对这一条的授权性条款性质还存在争议,但实践的趋势是执行地法院基本认可了这一自由裁量权,只是行使这一自由裁量权的条件和具体方法有所差异。²

1. Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 2012, Kluwer Law International BV, p 338-339.

2. 陈辉:《已撤销仲裁裁决在〈纽约公约〉下承认与执行的分析——以美国法院的实践为视角》,CNARB中国仲裁,最后访问日期:2016年12月20日。



三、部分法院处理相关案件的路径分析

如前所述，一些早期的执行地国法院拒绝执行被撤销的裁决的判决，并没有包含分析，而仅仅基于裁决一旦在仲裁地被撤销即不复存在的观点。然而，现已有很多法院承认了在仲裁地作出但被撤销了的外国裁决。根据目前可以公开查询的资料，各国法院在处理当事人根据《纽约公约》申请被仲裁地法院撤销的仲裁裁决时，在判断是否应当予以执行时，往往采用以下二种分析路径：第一，以执行地国法律作为判断依据；第二，以分析撤销裁决判决后的结论作为判断依据。下面结合相关案例简要介绍如下。

（一）以执行地国法律作为判断依据

法国是以执行地国法律作为判断依据的主要代表国家。根据法国法，仲裁裁决被视为一种源自于国际正义的决定（decisions hailing from international justice）。因此，在法国法下，外国仲裁裁决可以通过援引《纽约公约》第7条的规定得到承认和执行。这一观点可以在法国最高法院（Cour de Cassation）处理的诸多案件中得到展现。

1984年的Norsolor案³是法国法院第一次面对承认执行已被撤销的裁决的申请。在该案中，申请人向法国高等法院（French High Court）申请执行一份被裁决作出地的维也纳上诉法院以裁决所基于的“商人习惯法”（Lex mercatoria）缺乏确定性为由而予以撤销的裁决。在法国高等法院作出拒绝执行该裁决的判决后，法国最高法院认为如果维持这项不予执行的判决，将会违反申请人基于遵照《纽约公约》第7条规定之精神的法国法，申请执行仲裁裁决的权利。因为《纽约公约》第7条保留了法国有关承认外国仲裁裁决的更开明的制度，即《法国民事诉讼法典》第1502条。

1994年的Hilmarton案⁴遵循了Norsolor案确立

的原则。面对一项执行被瑞士法院撤销之裁决的申请，法国最高法院基于如下理由认为该裁决应当被执行：（1）仲裁庭作出的仲裁裁决是一项国际裁决，本身并非瑞士法律秩序的一部分；（2）《纽约公约》第7条允许执行地法院可以根据《纽约公约》第5条第1款e项的规定而不予考虑撤销裁决的判决，只要该执行地法律允许执行裁决；（3）执行该项裁决并不违反法国的公共政策。

而基于法国高等法院所确立的原则，法国上诉法庭在近期承认了一项在埃及作出并随后在埃及被撤销的裁决。法院认为：“法国法官只能在《法国民事诉讼法》第1502条列举的有限的几项情形下，拒绝认定仲裁裁决。第1502条没有设定《纽约公约》第5条中规定的可以拒绝承认与执行裁决的理由，因此，《纽约公约》的适用是被排除的。在埃及做出的裁决是一项国际仲裁裁决，因此并不是该国的法律秩序的一部分。因此，即使裁决被撤销，其依然存续，并且在法国获得承认也并不违反国际公共政策。”⁵

除法国外，许多大陆法域国家也采用了以执行地国法律作为判断依据的做法。比如比利时法院认为《比利时司法法典》第1723条没有规定不予承认在仲裁地被撤销的裁决的例外，故可以执行被撤销的裁决。奥地利和荷兰的法院也有类似结论。

（二）以分析撤销裁决判决的结论作为判断依据

以分析撤销裁决判决的结论作为判断依据的做法还可以进一步细分为两个方面：（1）撤销仲裁裁决的判决本身是否有法律依据；（2）撤销裁决判决的内容是否合理。

（1）撤销仲裁裁决的判决本身是否有法律依据

在2004年的Karah Bodas案中⁶，美国第五巡回法院在面對当事人申请执行一份被印度尼西亚雅加达地

3.Societe Pablak Ticaret Limited Sirketi v Norsolor SA, French Cour de Cassation, 9 November 1984.

4.Societe Hilmarton Ltd v Societe Omnium de Traitement et de Valorisation, French Cour de Cassation, 23 March 1994.

5.同1，第340页。

6.Karah Bodas Co, LLC Plaintiff v Perushhaan Pertamina Minyak Dan Gas Bumi Negara, Perusahaan Pertamina Minyak Dan Gas Bumi Negara, Fifth Circuit Court of Appeals, United States of America, 23 March 2004.

区法院撤销的裁决时，法院审查认为该裁决的真正仲裁地在瑞士而非印度尼西亚，故最终以雅加达法院作出的撤销裁决判决不构成《纽约公约》第5条第1款e项下可以不予执行裁决的前提为由，执行了该仲裁裁决。

在2013年的Castillo Bozo案⁷中，美国南加州地区法院在面对申请执行一份在委内瑞拉被撤销的裁决时，首先认为该撤销裁决的判决并非由仲裁地法院作出，故对该判决不应当适用国际礼让原则；其次，法院认为执行该裁决亦不会违反执行地国的公共政策。

而在2009年的Yukos案⁸中，阿姆斯特丹上诉法院在面对申请执行一份在俄罗斯被撤销的裁决时，认为因败诉方与俄罗斯政府存在紧密联系、作出撤销裁决的法院与政府存在联系故而不存在独立性等事由，故认定该撤销裁决的判决不应得到尊重。

(2) 撤销裁决判决的内容是否合理

以撤销裁决判决的内容是否合理作为判断依据，是美国法院常用的一种司法实践方法。具体是指，如果外国法院撤销仲裁裁决的裁判违反了美国关于公平、正义的基本观念，则美国法院将不认可该裁判的效力，继而承认与执行该已被外国法院撤销的仲裁裁决。

在1996年的Chormalloy案⁹中，美国法院承认了一项在开罗作出的有利于美国公司而不利埃及的裁决，尽管该裁决在埃及被撤销。美国法院认为，首先，根据《纽约公约》第5条第1款，如果该条规定的某一项理由得到满足，成员国可以拒绝承认该裁决；故执行地国的法院也仅仅是可以依以仲裁地法院作出撤销裁决判决为由不予执行裁决。其次，根据《纽约公约》第7条的规定，《美国联邦仲裁法》中也确立了支持执行国际仲裁裁决的国内法原则。进而，法院分析了埃及法院作出的撤销裁决判决中依据的理由以及当事人的仲裁协议，并认定埃及的司法判

决违反了基本的美国公共政策以及当事人的仲裁协议（即明示或默示放弃对裁决进行司法审查的意思表示），进而不予承认埃及法院作出的撤销判决，反而承认和执行了仲裁庭作出的仲裁裁决。

在2013年的Commisa案¹⁰中，纽约州南区联邦地区法院认为作出撤销裁决的墨西哥法院溯及地适用了订立仲裁协议时并不存在的法律，损害了胜诉方的合理期待，也致使胜诉方因超过诉讼时效丧失了寻求实体救济的机会。因此，墨西哥法院撤销仲裁裁决的裁判违反了美国基本的公平、正义观念，该已被撤销的仲裁裁决应得到执行。

而在2007年的Termorio案¹¹中，特区联邦上诉法院则认为，哥伦比亚法院撤销仲裁裁决的程序并不存在瑕疵，其裁判结果是真实可信，进而认定该裁判不违反执行地国家基本的公平、正义观念，最终决定不予执行该仲裁裁决。

四、小结

尽管存在上述最终承认和执行被撤销之裁决的司法案例，但可以想象的是，如果裁决在仲裁地被撤销，在实践中若要在其他国家得到执行仍然是有困难的。无论是法国法院的做法还是美国法院的做法，均源自于其长期以来在司法实践中直面该等问题，进而形成了本国法、《纽约公约》、外国法院判决及外国仲裁裁决之法律性质及产生冲突后的如何解决的司法实践经验。长期以来，我国采取的是对于被撤销的仲裁裁决严格不予执行的司法审查态度，¹²但对于当裁定中国当事人胜诉的仲裁裁决在外国法院以各种不合理的事由被撤销时，我国不予承认与执行已撤销仲裁裁决的做法不利于维护中国当事人的合法权益，因此，我国亦应参考国际经验，就如何行使《纽约公约》第5条第1款(e)项下的自由裁量权，进行进一步的分析和考量。

7. Juan Jose Castillo Bozo, V Leopoldo Castillo Bozo and Gabriel Castillo Bozo, District Court of the United State, South Florida's District, 23 May 2013.

8. Yukos Capital SARL v Oao Rosneft, Third Court of Appeals, civil section, Amsterdam, 28 April 2009.

9. Chromalloy Aeroservices, a Division of Chromalloy Gas Turbine Corporation v Arab Republic of Egypt, District Court, District of Columbia, 31 July 1996.

10. Corporacion Mexicana de Mantenimiento Integral, D de RL de CV v. Remex-Exploracion y Produccion, District Court of the United State, South New York's District, 27 August 2013.

11. Termorio SA ESP and LeaseCo Group, LLC v. Electranta SP, et al, Court of Appeals of the United State, District of Columbia, 25 May 2007.

12. 最高人民法院《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第83条：“经当事人提供证据证明外国仲裁裁决尚未生效、被撤销或者停止执行的，人民法院应当拒绝承认与执行。外国仲裁裁决在国外被提起撤销或者停止执行程序尚未结案的，人民法院可以中止承认与执行程序；外国法院在相同情况下不中止承认与执行程序的，人民法院采取对等原则。”



马来西亚投资法律制度(一)

文 | 黄宁宁 孙黎 诸见诚

东南亚是“一带一路”战略的重要腹地，其中马来西亚更是桥头堡。2015年中资投入马来西亚估计高达400亿林吉特，投资和并购的企业与项目繁多，包括颇具战略性的能源、电力领域以及规模庞大的房地产和基建项目，中国正在成为马来西亚政府欲摆脱政治与经济困局的强劲后盾。据《东方日报》7月17日报道，马来西亚驻华大使扎伊努丁·叶海亚在“一带一路，中国——马来西亚工商界对话会”致开幕辞时提出，希望有更多的中国企业能到马来西亚投资，也希望强化双边的金融合作。

国浩律师事务所通过对相关资料的收集及汇总，对在马来西亚投资作了一系列简介，主要包括投资相关法律框架、投资方式、投资相关的税收及外汇制度、房地产及工程建设外商投资相关规定，以及外商投资优惠政策。本文内容主要参考了商务部发布的《对外投资合作国别（地区）指南——马来西亚（2015年版）》、《马来西亚社会文化与投资环境》、对外经济贸易大学的有关学术论文、中华人民共和国驻马来西亚大使馆经济商务参赞处官方网站发布的投资政策法规及经贸新闻、多家国际知名会计师事务所近期出具的马来西亚投资报告、北京外事办官方网站、国内及国际权威媒体发布的新闻等。

一、马来西亚简介

马来西亚地处东南亚，国土总面积约33万平方公里，北与泰国接壤，南与新加坡隔柔佛海峡相望，东临南中国海，西濒马六甲海峡。马来西亚是英联邦成员国，分为13个州和3个联邦直辖区，实行联邦国会君主立宪制，沿袭了英国政治传统，政局相对稳定。国会是马来西亚最高立法机构，由最高元首、上议院和下议院组成，最高元首由九个州的世袭苏丹轮流担任，任期五年不得连任，马来西亚最高行政机构是内阁，由总理领导，总理为下议院多数党的领袖。目前，马来西亚注册政党有40多个，分为执政党联盟和反对党联盟。作为第一个与中国建交的东盟国家，马来西亚与中国有着长期友好的外交关系，2014年5月马来西亚总理纳吉布访华期间签署中马建交40周年联合公报，指明了中马关系未来40年的发展方向，将两国友好合作关系推向新高度。马来西亚目前是中国在亚洲的第三大贸易伙伴，中国在东盟国家中的第一大贸易伙伴，中国则连续7年成

为马来西亚最大贸易伙伴。中国自马来西亚进口主要商品有集成电路、计算机及其零部件、棕榈油和塑料制品等，中国向马来西亚出口主要商品有计算机及其零部件、集成电路、服装和纺织品等。马来西亚奉行“马来人至上（马来语：Ketuanan Melayu）”的信条，马来西亚宪法第153条明确授予最高元首保障马来人和其他土著民族的权利和特权，排除了马来西亚华人和印度裔马来西亚人，“马来人至上”甚至被广泛用于法律辩护。具体涉及到商业投资领域，马来西亚政府为土著设立了广泛的保护政策，一定程度上影响了外资的进入和发展。

二、外商投资法律体系

马来西亚主要贸易法律有《海关法》《海关进口管制条例》《海关出口管制条例》，主要投资合作法律有《合同法》《公司法》《工业协调法》《投资促进法》《外商投资法》《劳资关系法》《外汇管理法令》《工业产权法》《自由贸易区法》。其中《投资促进法》是工业投资



优惠措施方面最重要的法律,该法把优惠措施分为两类,一是直接税激励,二是间接税激励,前者指对一定时期内所得税部分或全部减免,后者指免除进口税、销售税、消费税。

三、外商投资管理制度

马来西亚的对外贸易主管部门为国际贸易与工业部(MITI),负责制定投资、工业发展及外贸等有关政策,促进贸易合作。马来西亚的投资主管部门分为主管制造业的和其他行业的,主管制造业领域投资的政府部门是马来西亚投资发展局,主要职责是制定工业发展规划、促进制造业和相关服务业领域的国内外投资、审批制造业执照、外籍员工职位以及企业税务优惠、协助企业落实和执行投资项目。其他行业领域投资由马来西亚总理府经济计划署(EPU)及国内贸易、合作与消费者事务部(MDTCC)等有关政府部门负责,EPU负责审批涉及外资与土著持股比例变化的投资申请,其他相关政府部门负责与业务有关事宜的审批。

四、外资准入制度

1. 限制类

金融、保险、法律服务、直销及分销在外资比例上有严格的限制,一般不超过 50% 或 30%。

2. 开放类

2009 年 4 月,马来西亚政府为了吸引外资,开放了 8 个服务领域下的 27 个分支行业,对外商资本不设股权限制。为了进一步吸引外资,马来西亚政府又在 2012 年开放了 17 个服务分支行业。分支领域的开放由马来西亚服务业发展理事会(MSDC)制定,并监督协调其他部门的相关工作。

3. 鼓励类

马来西亚政府鼓励外国资本进入出口导向型的生产企业和高科技领域,早在 2003 年制造业就允许外资持

有 100% 的股权,同时还针对部分行业颁布了优惠政策,主要包括农业生产、农产品加工、橡胶制品、石油化工、医药、木材、纺织、钢铁、有色金属、机械设备及零部件、电子电器、可再生能源、食品加工等,以及其他与制造业相关的服务业。

五、外商投资方式

1. 外商直接投资

外资企业可以直接在马来西亚投资设立各种类型的企业,直接投资的方式包括资本金投入、设备入股、技术合作及特许权等。马来西亚的《公司条例》规定,两个或两个以上的个人为某一合法目的联合起来,通过制订一份备忘录并签名,遵守有关注册登记的规定,就可建立公司。公司按类别分为股份有限公司、有限保证公司、股份保证有限公司、无限公司,按性质分为私人公司(私人公司须由 2 个以上、50 个以下的股东组成,不能向社会公开出售股份,只能由全部股东认购,转让股份须公司董事们批准)、公营公司(公营公司的股份可以自由转让并向公众出售股票)、控股公司(控股公司必须持有另一家公司一半以上的发行资本,控制子公司董事会和一半以上)。

2. 跨国并购

马来西亚允许境外资本收购本国企业,除了部分服务业企业受到境外资本不超过 70%、上市公司不超过 87.5% 的股权配额限制,一般来说,制造业、采矿业、超级多媒体资质的公司、伊斯兰银行、设立于五大经济发展走廊的公司均支持外资 100% 收购。外资在马来西亚进行收购,不同领域需经过相关主管部门的审批,并购价值超过 2000 万林吉特的,还需要经过 EPU 批准。同中国类似,在马来西亚收购也要通过马来西亚竞争委员会的反垄断审查。

3. BOT/PPP

为了降低政府开支,鼓励政府与私人资本的合作,

马来西亚政府在政策层面大力支持 BOT 项目，在电力领域和公路建设领域颁布法律文件，使国内法律环境与国际接轨。BOT 项目的主管部门为 EPU 和 3PU（公司合作署），前者负责经济发展和项目立项，后者负责公私合营项目协调。马来西亚的 BOT 项目期限一般为 30 年，目前在马开展 BOT 项目的企业主要来自美国、日本和韩国。

六、税收制度

马来西亚实行分税制，联邦政府收取直接税和间接税，直接税包括所得税和石油税，间接税包括国产税、关税、进出口税、销售税、服务税、印花税等。各州政府收取土地税、破产税、执照税、门牌税、娱乐税、酒店税等。外资企业和外国人在马来西亚享有税收公民待遇。

七、劳动用工制度

同绝大部分国家相同，外国人在马来西亚工作必须获得工作许可。马来西亚对本国企业采取鼓励使用本国员工的政策，只允许在部分行业雇佣外国劳工，但本国的制造业公司可以按需向投资发展局申请外技术性外籍员工。在马来西亚的对外资公司的雇员国籍也受到限制，只有投资规模达到一定数额的外资企业在关键性职位上可以雇佣有限的外籍员工。具体而言，外资企业实缴资本超过 200 万美元的，可以雇佣 10 名外籍员工，其中 5 名须是关键性职位；实缴资本在 20 万美元到 200 万美元之间的，可以雇佣 5 名外籍员工，其中 1 名须是关键性职位；实缴资本在 20 万美元以下的，达到 14 万美元的可以考虑给予关键性职位一定名额的外籍员工，但是公司必须培训马来西亚国民使其能够接任该职位。

八、外汇制度

马来西亚的外汇体系相对较为开放，在马来西亚注册的外国企业可以在当地商业银行开设外汇账户，用于国际商业往来支付，外国投资者可以自由撤回投资或汇回利润，可以通过指定的外汇兑换机构以任何外币汇出。目前人民币和林吉特还不能自由互换，需要以美元为媒



黄宁宁

国浩律师（上海）事务所管理合伙人，市律协国际投资业务研究委员会主任，中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员，上海国际仲裁中心调解员。业务方向为跨境投资、金融服务、公司兼并收购。



孙黎

国浩律师（上海）事务所实习律师。



诸见诚

国浩律师（上海）事务所律师助理。

介。在国际结算上，中国与马来西亚早在 2009 年就达成了货币双边互换协议，签署《中马双边本币互换协议》，根据协议两国可以以人民币和林吉特进行双边商贸结算。该协议有效期为 3 年，2012 年时两国续签，2015 年 4 月两国第二次续签，续签额度为 1800 亿人民币或 900 亿林吉特的互换额度，有效期同为 3 年。



唯有美食与法律不可辜负

文 | 毛惠刚

你也许到过没有霓虹灯的小镇，踏过下雪的北京，也经历过浪漫优雅的罗马假日。可让你印象最深的或许是拐角面摊的一碗面，冬天里的肉夹馍。吃食，是最早的记忆，用味道帮我们记忆下生活中的酸甜苦辣，慢慢积累沉淀，也就成了人生。

自古吃食就是人生的一大乐事也，当然，历史上的吃货可不少。千古圣人孔子，不仅对食物的烹饪手法、材料等要求颇多，更有自己“食不厌精，脍不厌细”的原则。豪放词人苏轼更是吃货中的骄傲，不仅留下了不少“食谱之诗”，更有《老饕赋》等与美食有关的佳文。

世界上以美食著称的地方，那里的空气、阳光和水总是美丽的，那里的人民总是有艺术表现力和鉴赏力的，那里的文化也是源远流长的。了解美食，就是了解当地的

文化。比如，川菜，为我国的四大菜系之一，以酸辣著称，源于青城天下幽、峨眉天下秀的四川，可以品尝热辣诱人的火锅，欣赏神奇的川剧变脸，以及瑰丽多彩的巴蜀文化。

唯有美食与法律不可辜负，即使再忙，法律人也要好好享受美食！每到一个地方出差或旅游，我都会事先找好当地的特色餐厅，公务之余，前去品尝。十年的律师生涯，让我早已勾勒出一本小小的美食地图，一起来看看吧！

Hakkasan之鱼子酱片皮鸭

烟雨蒙蒙的初秋，正是漫步外滩的大好时光。一味鱼子酱片皮鸭，令此番更不虚行。珠圆玉润的鲟鱼籽，挤挤挨挨地簇拥在金黄松脆的烤鸭片上，每一缕芳香，每一点光泽，都在向座中宾客发出无声的邀请。挟一片入口，鱼籽一粒接一粒地在齿间化开，犹如地中海畔的三美神同时在你的耳旁轻轻拨动金色的竖琴，此时此刻，唯愿时光留住她的脚步匆匆，让林花不再谢了春红……



孔雀川菜之鳕鱼狮子头

在四川菜馆里品尝淮扬名肴，确乎是难得的人生体验。狮子头欺霜傲雪，依偎在金黄色的小米粥中，令人食指大动。侍者轻挥数下，狮子头便犹如花苞绽放，定睛一看，却是人面桃花，只留那一抹嫣红。小米的清香和狮子头的醇香扑面而来，虽无川菜之麻辣火烫，却也是一般的浓烈爽利。这江南鱼米之乡的风味，经由中原大地的五谷之首调和，竟透出巴山蜀水的豪情来，当真是运用之妙，存乎一心。

南伶酒家之扬州狮子头

自南伶酒家离开岳阳路上海京剧院旧址后，今日方是初次宴游。虽处江南车马喧嚣之地，一入席间，心神自在，举目四望，尽是国粹芳华。粉雕玉琢的狮子头，依偎在嫩黄晶莹的白菜幼芽之间，轻轻拨动着座中拥趸的心弦。掬一盞汤汁入口，菜叶的清香和狮子头的醇浓交织在一处，欢快地穿行在唇齿之间，不觉暑热尽退，陶陶然如见南山，欣欣然如



沐春风。杜牧诗有云“春风十里扬州路，卷上珠帘总不如”，诚不我欺也。

晶采轩之秘制香螺

时维七月，序属三伏，烈日骄阳下的都市深处，却有这一处轩敞清雅之地。小小的一碟香螺里，红了樱桃，绿了芭蕉，只有个中滋味实难抛。施施然夹一粒入口，微微的麻辣，轻轻的弹牙，幽幽的滑腻里，有着醉人的芬芳。回首窗外，正是炎日悠悠，不知几度春秋，阁中帝子今何在，唯有此味心中留。



台北永康街之牛肉面、芒果雪花冰

台北永康街“绝代双娇”：永康牛肉面汤浓味醇，肉香四溢，犹如烈火骄阳，食之大汗淋漓；思慕昔芒果雪花冰香甜甘美，冰爽怡人，好比数九飞雪，饮之两腋生风。台北人的惬意，就在这方寸之地、市井之间。“大隐隐于市”，诚哉斯言！



珠海情侣南路金悦轩早茶

远处是海天一色，港珠澳大桥飞架长虹，身旁是杯盘奏鸣，食客们熙熙攘攘。菜干蠔豉粥汤浓味醇，米花海皇肠酥脆爽口，陈皮牛肉球肥瘦得宜，椰汁雪蛤挞清香可人，收官之作松茸鲜菌饺，轻咬一口，幽幽的鲜美滋味，犹如无名的花海，盛开在心底深处的那片田园。



大董烤鸭

京城百姓耳熟能详的大董烤鸭，飞进沪上的高尚地段越洋广场，摇身一变，成为洋溢着中国传统文化的高雅消费之地。包厢内的粉墙上，投射着乾隆的御制七绝；服务员介绍菜品之前，也会背上几句范仲淹的苏幕遮。在座者虽非竹林七贤，却也有流觞之乐。



杭州湖畔居相宜亭

“欲把西湖比西子，淡妆浓抹总相宜”，苏轼的这一阙《饮湖上初晴后雨》，端坐在相宜亭里方能尽得其中三味。雅座三面临湖，近观水光秀色，远眺山峦起伏。室内一桌几皆古朴典雅，侍者陆续奉上四色香茗，茶香缭绕中，底楼传来若有若无的古筝琴音，席间诸君不觉浑然物外，飘然若仙。



吉士酒家之葱烤鱼头

虽然吉士已有了数间，粉丝们还是钟情于天平路上的这家老店。生意最火爆的时候，两桌客人可以背顶着背，各自心安理得地谈天说地。葱烤鱼头，丰腴秀美的鱼鳃掩映于已煎得蓬松香脆但仍绿意盎然的葱叶深处。最老到的食客，会将数叶煎葱夹于一簇鱼肉中慢慢享用，追寻那惊鸿一瞥的至味。

庙街香辣蟹之濑尿虾

华灯初上，九龙佐敦庙街上人流渐如潮涌。位于庙街和西贡街口的这间食肆，永远是座无虚席。来自全球的游客们垂涎欲滴地等待着这间香港海鲜排档之最佳的杰作。椒盐濑尿虾，永远是金黄油亮的虾壳，白嫩芳香的虾身，最美味是还是红光四射的虾膏。满满一桌海鲜，最先告罄的一定是它。



毛惠刚

上海市金茂律师事务所主任、市律协黄浦工作委员会主任、全国律协仲裁专业委员会委员、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。业务方向为金融、仲裁。

我的棒球 我的情

文 | 汪银平

华政带给我的，不仅是法律思维的培养，还有伴随着棒球的友谊和激情。

1998年，我第一次走进绿草茵茵的华政校园，也第一次沉浸在法律的氛围里不能自拔。我从小喜欢踢足球而练就的体力和身体素质，让我在一次上体育课的时候，就入了原专业棒球队出身的体育老师杨益的法眼。我记得当时是在做一个扔球的训练，杨益老师把我叫到一旁，让我捡个小石头使劲扔到最远，杨老师满意地看着那石子落在跑道的尽头，转头问我：“愿不愿意参加华政垒球队？”（当时还不是棒球，棒垒球的主要规则差不多），我知道棒（垒）球运动对运动员的身体协调性是比较高的，能够加入垒球队，那几乎就是对我身体素质的肯定，也必然会吸引很多爱慕的目光！我几乎不假思索地答应了。

当时华政棒球队的其他队员清一色是高我一届的97级师兄：“老牛”、“玻璃”、“小潘”、“郑大”、“大凯”，还有童正、洁明、世超等，后来杨教练又慢慢物色了“耗子”、“志安”、“浪子”、“毕华”、“胡畏”等人加入……尤其值得一提的是唯一的女队员——徐雯，她是原市三女中的，棒球水平比我们高很多，是我们仰慕的“师姐”！话说当年我们隔壁华师大棒球队二垒也是妹子，而且很正，





每次跟华师大交锋，兄弟们都很激动，毕竟那时候青春年少，哈哈！这些兄弟姐妹们到现在感情还很好！

说起棒球，人们的印象还是停留在帅气的投手、酷酷的棒球棍以及阳光的棒球帽。棒球有一套独特的不同寻常的规则体系，简单来说，两支球队以交换进攻的方式进行竞技，进攻的时候从本方家园出发，一步一步攻占对方的堡垒，然后重新回到家园。而防守时则是不惜一切代价守卫堡垒，守护家园。棒球的规则十分公平，但为了达到公平需要付出的训练努力十分艰苦。

我刚进球队的时候正好遇到第一届大学生垒球联赛开赛，当时师兄们都是简单训练草草上阵的，有时候大家连规则都不懂，就这样去参加比赛。比赛时简直笑料百出，队员跑到垒上面对高飞球都不知所措，傻在那里，因为不懂跑垒，连续被双杀的情况屡屡发生，大家都惊呆了！

但经历前几场比赛后，感觉就慢慢来了。盗垒是我们华政最擅长的，因为杨教头发现其他球队也基本是新手，捕手根本传杀不到二垒位置，而且一传就失误多，就这样不停盗垒，我们还侥幸拿下了几场比赛。

知道自己的不足以后，杨教练就对我们开始了“魔鬼式”的训练。这里必须重点介绍一下杨益教练，我们都亲切地叫他杨教头！杨教头皮肤黑黑的，不知是从小就黑还是后来从事棒球运动晒黑的。杨教头很厉害，在上海棒球界那是赫赫有名的大哥大，他还去执法过希腊奥运会呢！

训练一定是艰苦的，每天跑圈练体力，不停地跑垒、击打球、投球，每次训练下来整个人都要被晒得脱层皮，我们互相打趣说每次训练要减两公斤水分。像我这样本身有投手“天赋”的也被练坏了胳膊，被杨教头安排打一垒的位置。在大学生级别的比赛里一垒主要是接传杀球守垒。凭着我当年踢足球的底子和在队里的艰苦训练，可以毫不夸张地说，当年我的一垒守得还是可以的，能劈一字接球，大多数的对手死在我守的一垒，当然队友精准的传杀是首功！

整个四年间，杨教头就像大哥一样，教我们打球，教我们做人，在球场上教我们彼此不可以相互埋怨，谁要是对其人的失误有微词，杨教头就会说：“谁敢保证自己不会失误？”就这样，球队的氛围永远是彼此鼓励的。我们当年是最团结的高校棒球队，靠着这样的凝聚力，零基础的我们在没有训练场地、甚至连训练的球也不够的情况下挤入了二流水准！

我们当时每年都参加上海高校棒球联赛，历经多次的反败为胜：第一个本垒打，第一次战胜同济等强队，第一次面对球速 130KM+ 的投手，这些情景都历历在目。我们曾是全上海高校棒球队最好的内场，我们的防守是最出色的，这个归功于我们一直在最烂、最不平整的华政（长宁校区）操场上训练地滚球。

大学我们球队的最好成绩是上海市第三名！而在 2000 年的上海棒球锦标赛上，还有专业队参加，我们作为业余运动队居然意外冲进了半决赛，并且半决赛跟上外对垒！当时要是能冲进决赛就意味着是高校业余球队里的 No.1，可以说是历史最好成绩。但人生最大的遗憾就在这场半决赛发生了。

这场对垒中，杨教头依然亲自上阵做投手，经过前面连续多场比赛后，杨教头的胳膊也疲劳不堪了。比赛中比分咬得非常紧，进入最后一局时，我们领先了对手 1 分，只要在最后一场防守中不丢分，我们就能打进决赛，站上上海高校棒球的巅峰！上海高校最好的内场依然发挥出色，我们成功封杀了对方 2 名进攻队员，只要



再封杀 1 人就可以终结比赛了。很快,在杨教头的投球下,对方的击球员已经 2 次未能击中了,只需要最后一个球防守好。偏偏这时候,对方击球员连续打了十几个界外球(击球员两击后再击出界外球,可以继续击打),每投一个球,我们就看到杨教头疲惫凝重的脸色。终于,对手打出了一个内场地滚球,杨教头稳稳接住了,这时只要传杀一垒,就可以顺利结束比赛。但就在这一刻,满心想着胜利就在眼前的时候,紧张的我居然接球失误,掉在了地上,这个失误直接让对方找回了信心,我们最终失去了这场胜利,我们因此与决赛失之交臂!这是我运动生涯中最大的失落!而棒球运动就是这样,守卫家园必须众志成城,哪里出现一个失误哪里存在一个短板,就可能造成整体的溃败。进攻也是如此,不管你有多不利和多失势,坚持到最后一刻,你都可能挽回败势,赢得胜利!

想起当年参加东亚棒球联赛,在比赛中亲身体会了台湾、日本球队风格,极大地提升了我对棒球文化的认知。印象深刻的是台湾球队在自己的队员进攻击球时,都会有一段特有节奏的吆喝加油歌,“张 XX,好击打呀好击打,来一棒呀来一棒”!有韵律,有激情,整个球队瞬间充满了强大逼人的气势!(棒球的精彩之一是你有机会 1 个人面对防守方的 9 个人,这个时候你会会有无限的英雄主义情结产生,典型的“美国文化”),这种热烈非凡的

现场会让每一个看球的人热血沸腾,情不自禁地融入进去,去共同感受球员之间的默契、配合,以及永远是正面积极正能量的鼓励!

棒球也是一个很注重礼仪的运动,无论输赢,无论在球场上双方是如何的剑拔弩张、针锋相对,在赛前和赛后,双方都要整理好服装,互相致敬。友谊第一,比赛第二的精神在棒球运动中得到了最完美的体现。

现在华政棒球队已经不再参加上海的高校联赛了,因为华政棒球队太厉害了,打遍上海无敌手。最近几年华政棒球队都名列全国三甲,远远超出了我们当时的水平,但是我们这批元老还会对我们当年的“最强内场”骄傲!没有我们这些元老,哪来现在的全国三甲!

法律是严肃的,强调法治精神和内在逻辑。而棒球是激烈的,强调团队合作和互相理解。法律和棒球,法庭上的控辩就如同双方在球场上的对抗,庭下彬彬有礼的和解就如同我们场下相互的鞠躬致意。战斗永远不是为了你死我活,而是为了和平,为了更好的和谐。棒球留给我的“精神遗产”是很多的:团结才是最大的力量,任何一份坚持都会有美好的结果,团队的前进需要每一个人的共同前进,一个小小的短板也许就会毁了一次唾手可得的胜利……

离开华政棒球队已经很多年了,但我的棒球情怀还一直在。每一次夜间转播美国棒球联赛,或者听闻哪里有国外棒球队来访,我都会情不自禁地要去看。我一直想在某一个夏天,带着我的女儿,一起去美国去日本去看一场精彩的棒球赛……



汪银平

上海星瀚律师事务所高级合伙人。

业务方向为刑事辩护、刑事控告、刑事风险预防。



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



垦丁之树（孙佳健律师 摄）