

2018

3

总第 765 期

上海律师

SHANGHAI LAWYER



上海市律师协会主办



检律交流 多元互动

公益是我们温暖的事业

“女神节”的 N 种打开方式

百行信用，离你我并不遥远





上海律师



编辑部地址：
上海市肇嘉浜路 789 号均瑶国际广场 33 楼
电话：021-64030000
传真：021-64185837
投稿邮箱：E-mail:tougao@lawyers.org.cn
网上投稿系统：<http://info.lawyers.org.cn>
上海市律师协会网址（东方律师网）
www.lawyers.org.cn
上海市连续性内部资料准印证（K 第 272 号）

本刊所用图片如未署名的，请作者与本刊编辑部联系

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 葛珊珊 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）

A

2018年2月24日,上海市检察院党组书记、检察长张本才带队来到上海律协开展调研座谈,听取律师界对全市检察工作的意见建议。与会人员针对解决律师会见、阅卷,加强刑事申诉监督、民行检察、公益诉讼、“两法衔接”、刑罚执行监督,以及加大检律交流合作等问题,做了深入交流。张本才检察长表示,律师在法治建设中发挥着独特作用,是法律职业共同体的重要组成部分,要努力构建相互监督、相互支持、共同提高的新型检律关系,一要切实保障律师执业权利,二要自觉接受律师监督,三要主动争取律师界支持,四要着力加强检律交流互动。

——《市检察院党组书记、检察长张本才带队来市律协调研》



B

阳春三月,春意盎然。在又一个国际三八妇女节到来之际,上海女律师们纷纷以各种形式庆祝属于自己的节日。她们或积极开展各种法律服务、践行社会公益,或举办多彩的文艺交流互动、展示巾帼风采……让我们一起走进属于“女神”们独有的魅力三月。

——《“女神节”的N种打开方式》



C

今年3月5日是全国第55个学雷锋日,为弘扬雷锋精神,履行社会责任,宣传法律知识,推进法治建设,上海各级司法行政系统与上海律协等相关机构纷纷开展了“3·5学雷锋”系列活动。众多律所和律师们,也纷纷响应号召,积极行动起来,走上街头、走进社区,以各种形式开展“学雷锋”志愿法律服务,为群众提供“零距离”法律服务,体现了律师群体的良好形象,也获得了良好的社会效应。

——《上海律师广泛参与“学雷锋”志愿法律服务》



D

百行信为首,人无信而不立,征信系统建设事关营商环境和市场经济的发展。2018年2月,央行披露了首张设立经营个人征信业务的机构许可信息公示表。公示表显示,百信征信有限公司申请设立个人征信机构已获得许可。这意味着,自2015年1月央行同意8家社会机构开展个人征信业务以来,国内首张个人征信牌照终于下发。

应该如何看待国内首张个人征信牌照的颁发?它对普通人的生活会产生怎样的影响?对社会的信用体系建设又将发挥怎样的作用?本期咖吧一起来聊聊国内首张个人征信牌照和个人征信的那些事儿。

——《百行信用,离你我并不遥远》

04

本期关注

- 4 全国政协委员吕红兵：
发挥律师力量 共建法治中国 / 朱晴
- 6 检律交流 多元互动
市检察院党组书记、检察长张本才带队来市律协调研 / 市律协业务部

08

风采

- 8 不忘初心 志愿前行
上海律师广泛参与“学雷锋”志愿法律服务 / 吕新
- 12 “女神节”的N种打开方式
上海女律师三八妇女节活动花絮 / 时军莉
- 16 公益是我们温暖的事业
2018 第二届公益法律服务高峰论坛在沪举行 / 吕新

20

区区大事

- 20 新时代 新阶层 新力量
杨浦区召开律师工作主题年会 / 杨浦律工委

22

人物

- 22 16年专注劳动法,专业即未来
访“全国维护职工权益杰出律师”陆敬波 / 毛姗姗 史晓婧

25

律所管理

- 25 国枫(上海):适度多元化 打造强所新“地标” / 王琼

28

法律咖吧

- 28 百行信用,离你我并不遥远 / 文字整理 许倩

34

执业心语

- 34 做一名法律的“布道者” / 朱平晟

37

案例精析

- 37 取得国际转会证明受阻后 俱乐部的继续履约责任
国际体育仲裁院案例评析 / 吴炜

39

时评

- 39 美国为何能逮捕香港官员?
长臂管辖: 企业家“一带一路”经营活动中的头悬利剑 / 马靖云

41

新锐手记

- 41 律师, 我的光荣与梦想 / 徐娟

43

聆听律师的声音

- 43 我心中的侠女梦 / 张玉霞

45

律师实务

- 45 期货公司行使法定强行平仓权的适当性 / 谢向阳 吴雨
48 《夫妻债务司法解释》问题与思考
基于债权人视角的分析 / 田思远
51 从监管视野观察当前互联网金融面临的法治环境及法律风险防范
/ 刘明昊

55

名家专栏

- 55 行政行为“明显不当”需要解决的几大实践困惑 / 张淑芳

57

SHIAC 专栏

- 57 美国《联邦仲裁法》在海事保险合同争议中的适用
/ 上海国际经济贸易仲裁委员会商事仲裁研究中心

60

乐 LIFE

- 60 一碗炆锅面 / 纪玉峰

62

随笔

- 62 拿什么拯救婚姻 / 严嫣

全国政协委员吕红兵： 发挥律师力量 共建法治中国

文 | 朱晴

3月的北京，春意渐浓。

2018年3月3日，十三届全国政协第一次会议在北京盛大开幕。政协委员凝聚着各界的信任和期待，是一种力量，也是一份责任。而走在法律理论与实践前沿的律师行业，在构建法治社会中发挥着至关重要的作用。本届全国政协会议中律师代表的人数增加到了17人，上海律师吕红兵位列其中。

作为一名法律工作者，吕红兵是法治中国建设的参与者、见证者。他作为上海第九、十次党代会代表，多次赴代表联络点调研情况并提交报告，在担任第十次党代会代表期间提交的《关于在上海全面从严治党中充分发挥律师作用的提议》，受到有关方面高度关注。

在成为全国政协委员之前，吕红兵已经担任了十年的上海市政协委员。十年来，吕红兵积极参政议政，先后提出了《推进建立从优秀律师中选拔法官、加快培养上海涉外法律服务人才》《推进上海国际航运中心建设》等28个提案，其中《构建律师与法官之间良性互动和谐关系，进一步推进法治工作队伍规范化建设》提案获上海市政协优秀提案奖。

十年参政议政路，他以一名法律人的视野和智慧参与了上海的法治建设。而今又迈上了一个新的台阶，吕红兵更感到这份信任背后沉甸甸的责任。

这次参加全国政协会议，吕红兵带来了自己精心准备的多项提案，内容涵盖法治建设和社会治理等多个方面，每一份都做出了详尽的背景调查、现状分析，也提出了制度思考与立法建议，体现出律师群体在全面推进国家法治建设和律师事业发展进程中的力量与担当。

一、加强刑辩律师队伍建设， 充分发挥刑辩律师作用

随着我国律师事业的发展，当前刑辩律师队伍在法治中国建设中的重要作用日益凸显。同时，仍存在着刑辩律师队伍的后备力量供给不足、功能发挥受到限制等问题。为此，吕红兵提出了加强刑辩律师队伍建设、充分发挥刑辩律师作用的七点建议：

1. 依法明确刑辩律师在刑事诉讼中的地位；

2. 推进构建司法机关与律师良性互动的新型关系，切实维护刑辩律师执业权利；

3. 切实并加快推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革；

4. 进一步明确刑事案件认罪认罚制度中值班律师的法律地位及相关权利义务；

5. 建立刑事诉讼中律师专属辩护制度；

6. 建立健全提升和规范刑辩律师执业素质与执业能力的系统性机制和制度；

7. 制定推进刑辩事业可持续发展的财政税收制度。

二、将上海国际航空仲裁机制和机构建设纳入国家层面“一带一路”争端解决机制和机构统筹规划和发展

在新时代下，如何构建“一带一路”航空领域争议解决仲裁机制已成为继续深入推进和实施“一带一路”倡议中的一个重大议题，具有重要的意义。对此，吕红兵全面梳理了如何有效构建“一带一路”

航空领域争议解决仲裁机制所面临的仲裁制度层面、机构层面、人才层面的建设等问题，同时提出了上海国际航空仲裁院在践行“一带一路”航空争议解决方面的区位优势，并为有效构建“一带一路”航空领域争议解决仲裁机制，提出了操作性极强的建议。

三、设立全国性证券期货纠纷调解机构，切实依法维护投资者权益

近年来，随着多层次资本市场的快速发展，证券期货纠纷数量呈现不断上升的趋势，当前解决纠纷可依赖的投诉、仲裁、诉讼等路径难以有效满足投资者的诉求。吕红兵提出，设立全国性、综合性、独立第三方调解机构对于完善资本市场纠纷解决机制具有特别重要的意义。他从设立路径、运作模式、配套保障三个方面对设立全国性证券期货纠纷调解机构提出了建议，同时提出了“以投服中心为平台建设专门的全国性调解机构”等具体设想。

四、设立上海金融法院

面对当前大幅增长的金融案件数量，伴随着金融案件的专业性、技术性、国际性特征，以及案件裁判结果对金融消费者、投资人、市场可能产生的巨大影响，吕红兵认为，上海金融审判在机构、队伍、能力与制度建设等方面均应再上新台阶，应设立专业、专职、专门的金融法院。

吕红兵提出，设立上海金融法院将有助于上海国际金融中心和自贸区建设；有助于金融市场实现体

系化、规则化和国际化；有利于促进金融司法对金融市场的规则指引和价值引领；有利于加强我国在国际金融市场的规则话语权。

五、建立健全重大行政决策公众参与制度

建立健全重大行政决策公众参与制度，是保障公民的知情权、表达权、监督权，促进决策民主化、科学化、法治化的必要方式和重要保障。

吕红兵在考察分析杭州市、大连市以及国外优秀立法经验的基础上，为在我国建立健全重大行政决策公众参与制度提出了多项建议，例如，该项制度应遵循的基本原则、适用情形，公众参与的主要方式，公众意见的采纳与反馈机制，确立对决策机构的监督机制，规定法律责任条款等。

六、推进人民建议征集工作立法

人民建议征集制度的确立，充分调动了人民群众通过信访渠道参政议政的积极性，公众社会责任感得到加强，但从当前实践中看，人民建议征集制度在实施过程中也有不少问题，遇见不少困难，人民建议征集制度需要被进一步规范、完善并加以引领、推进。吕红兵对此提出了五点建议：

1. 确定人民建议征集的法定地位；
2. 构建人民建议征集与人大、政协工作的对接机制；
3. 强化对人民建议的宣传和奖励机制；
4. 明确人民建议征集制度内容

的体系和规范；

5. 加强人民建议信息公开工作。

今年吕红兵的这些提案，有对制度与立法的建议，也有国家战略和上海司法实践相结合的思考，更有对律师群体执业环境的关注，体现出强烈的社会责任感以及作为全国政协委员的使命感。

在《一个律师委员眼中的法治中国建设》一文中，他这样说道：“坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设，实现科学立法、严格执法、公正司法、全民守法，促进国家治理体系和治理能力现代化，不仅宏伟蓝图已绘就，而且四梁八柱已搭成，尤其是施工图正在落实、精装修日新月异。我们法律人，见证着、参与着、奉献着、共享着。”

他说，法治中国建设已迈出重大步伐，在法治的春天里，律师必然大有作为。



全国政协委员、中华全国律师协会副会长 吕红兵

检律交流 多元互动

市检察院党组书记、检察长张本才带队来市律协调研

文 | 市律协业务部

2018年2月24日上午，农历新年伊始，上海市人民检察院党组书记、检察长张本才，侦监处处长康强，公诉一处处长奚山青，案管处处长葛建军，控申处处长殷勇忠及相关部室负责人等一行，在以“不忘初心、牢记使命，勇当新时代排头兵、先行者”为主题的大调研背景下，到上海律协广泛而又针对性地开展调研活动，并听取律师群体对全市检察工作的意见与建议。上海市司法局副局长、上海律协党委书记王协，上海市律协会会长俞卫锋，监事长钱翊樾，副会长管建军、邹甫文、潘书鸿，上海市司法局律管处副处长张铭、忻峰，上海律协副秘书长陈东、潘瑜，理事、刑事



上海市人民检察院党组书记、检察长 张本才



上海市司法局副局长 王协



上海市律师协会会长 俞卫锋

业务研究委员会主任林东品，理事、银行业务研究委员会主任谢向阳，能源资源与环境业务研究委员会主任吴荣良及相关业务研究委员会代表参加本次座谈会。

会上，与会律师对本市检察机关长期以来在改善司法环境、律师执业权利保障、特别是重视律师阅卷工作等方面给予律师行业的支持表示感谢，并提出：进一步解决会见、阅卷中存在的问题；更加科学地开展社会危险性、羁押必要性评估；加强金融、环保领域检察专业化建设；加强刑事诉讼监督、民行

检察、公益诉讼、“两法衔接”、刑罚执行监督等法律监督工作；加大检律交流合作力度等意见和建议。

同时，双方确定将进一步深化彼此间的交流与合作，拟定期召开专题工作座谈会，拟合作举办并进一步扩大公诉人辩护人诉辩邀请赛赛事规模，并拟通过举办法律沙龙、讲座等方式提高双方的专业能力，体现上海法律界的研究高度和深度。

俞卫锋对市检察院一行来访表示感谢，他说本次调研座谈也是市检察院高度重视律师行业的体现。他建议双方合作做好刑事辩护全覆盖、繁简分流工作；共同推进保障律师执业权利工作；定期开展业务交流；建立长期信息交流反馈机制，并建议与市检察官协会共同举办论坛或诉辩研讨，相互促进，共同提高。

王协表示，市检察院在电子化阅卷等方面给律师执业权利提供了强有力的保障，也对律师的规范执业进行了有效的监督，双方可以通过培训、竞赛、论坛等进行形式多



样的双向互动，进一步加强各处室间精准、有效的工作对接，希望市检察院能够继续在改善律师执业环境、深化律师制度改革等方面给予更多的支持和帮助。

张本才表示，律师在法治建设中发挥着独特作用，是法律职业共同体的重要组成部分，要努力构建相互监督、相互支持、共同提高新型检律关系。

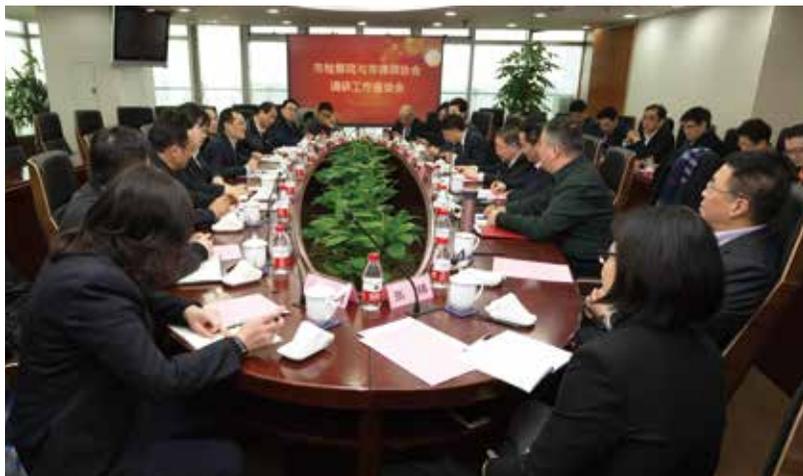
一要切实保障律师执业权利。

认真梳理反映的问题和不足，深入剖析典型案例，举一反三，进一步精细化完善各项保障机制，努力优化律师执业环境，提升律师获得感。

二要自觉接受律师监督。律师与司法办案一线联系紧密，发现问题一针见血，意见建议准确专业。检察机关要进一步拓宽渠道、丰富形式，将律师监督转化为加强和改进工作的动力。

三要主动争取律师界支持。检察机关要积极应对检察职能重大调整，在民行监督线索、公益诉讼开展、专业人才交流等方面，主动向律师界借力问计，找准检察工作创新发展的突破口。

四要着力加强检律交流互动。建立健全信息共享、情况通报、实战训练、教育培训等一系列交流合作机制，特别在适应上海现代化国际大都市的法治需求，加强对前沿性、高精尖法律问题等方面加强研讨交流，共同为把上海建成法治环境最好的城市之一贡献智慧和力量。



上海市检察院与上海律协进行调研交流

不忘初心 志愿前行

上海律师广泛参与“学雷锋”志愿法律服务

文 | 吕轩

今年3月5日是全国第55个学雷锋日，为弘扬雷锋精神，履行社会责任，宣传法律知识，推进法治建设，上海各级司法行政系统与上海律协等相关机构纷纷开展了“3·5学雷锋”系列活动。众多律所和律师们，也纷纷响应号召，积极行动起来，走上街头、走进社区，以各种形式开展“学雷锋”志愿法律服务，为群众提供“零距离”法律服务。

他们当中，既有众多的优秀青年律师，也有不少资深的“律师大咖”，更有不少人都是党员律师。通过开展法律咨询、宣传法律知识、解答法律问题、调解民间纠纷、帮助困难群众，把律师服务融入人民群众的生活中，体现了律师群体的良好形象，也获得了良好的社会效应。



3月5日当天，虹口区女律师联会在虹口区司法局和虹口律师工作委员会的大力支持下，与虹口区妇联签约合作的“妇女维权专项法律服务”项目正式启动。由虹口区女律师联热心公益的四十多名女律师组成了一支“法律服务巾帼志愿者”队伍，将深入社区街道、居委开展义务法律咨询、普法讲座、走访妇女之家系列活动，用她们的情工作为区内法治建设的推进贡献力量。



虹口区女律师联会成立“法律服务巾帼志愿者”队伍

虹口律师工作委员会还积极组织发动区内律师通过各种形式参与到“学雷锋”活动当中，现场解答群众提出的房产处分、继承权、劳动保障、离婚纠纷、理财风险等各方面的问题，进一步帮助广大群众了解法律法规、提高法律意识，指导大家运用法律知识合法维护自身的合理诉求。



上海市天一律师事务所律师陈元奇律师（左）在虹口区怀德居委会参与“学雷锋”志愿服务活动



上海市天一律师事务所律师徐玮律师（右）参加由黄渡居委会举办的为民服务活动



上海市理诚律师事务所康勇律师（左二）参加虹口区江湾镇场中路居委会“庆三八 学雷锋”为民联合服务活动



上海市东吴律师事务所葛宁鹤律师、张嶝律师代表律所参加由欧阳街道、虹口区志愿者服务中心举办的“学雷锋”活动



上海市远东律师事务所律师王颖律师（右）参加由嘉兴路街道举办的“学雷锋为民服务”活动



上海市远东律师事务所律师邢桦彬律师（左二）、郑俊实习律师（左一）在虹口区曲阳社区文化中心参加“学雷锋”志愿服务活动



上海捷铭律师事务所陈曦律师（左）在鲁迅公园，参加“3·5学雷锋日”党员志愿者大型为民服务活动

在黄浦，广大律师们也在积极行动，纷纷通过与共建单位合作或主动上门等形式，提供志愿法律服务。3月5日当天，上海市建纬律师事务所派出多位优秀青年律师，积极参与淮海中路街道社区志愿服务中心志愿活动，为社区群众奉献爱心。上海市金茂律师事务所延续

了5年来的一项优秀传统，继续派出“金茂军民共建小组”成员，与武警上海总队一支队十中队共同合作，为群众提供包括法律服务在内的各种服务。在“3·5学雷锋日”和“3·8国际妇女节”的两天，上海华夏汇鸿律师事务所在主任带领下，派出十名律师分赴黄浦区各街道的

各个居委会担任社区法律顾问，开展了各种形式的公益法律服务。华夏汇鸿的青年律师们与资深律师一起坐镇各个咨询点，在为居民们提供热情周到的公益法律咨询的同时，也展现了黄浦律师积极向上的精神，获得了社区居民、街道领导的一致好评。



上海市金茂律师事务所律师与共建单位武警十中队共同举办大型“学雷锋”活动



上海华夏汇鸿律师事务所主任计时俊律师（左）参加黄浦区黄浦新苑“三八”维权志愿法律服务



上海华夏汇鸿律师事务所实习律师秦志刚（中）参加黄浦区昭通居委会志愿法律服务



上海市建纬律师事务所律师们参与黄浦区淮海中路街道社区志愿法律服务

3月5日前后，长宁律师工作委员会也积极组织发动区内律师参与“学雷锋”活动，律师们来到法律援助中心、社区中心，现场解答群众提出的房产处分、继承权、劳动保障、离婚纠纷、理财风险等各方面的问題，进一步帮助广大群众了解法律法规、提高法律意识，指导大家运用法律知识合法维护自身的合理诉求。



上海市新华律师事务所周士超律师(右一)参加长宁区新华街道“学雷锋”志愿者便民服务活动



上海市新华律师事务所蒋振伟律师(左)参加周家桥街道“学雷锋 迎三八妇女节”党员服务社区活动



上海市君悦律师事务所陆旭霞律师(左)参加上海市妇联巾帼园法律义务咨询



上海市君悦律师事务所实习律师张静婷(右)参加长宁区天山路街道“一圈两轴三翼”志愿服务

在松江，广大律师积极参加“学雷锋”活动，奉献爱心，回馈社会，尽自己之力让法治融入更多人的生活。



上海磊天律师事务所林梓琳律师(左)参加松江区九里亭街道举办的“学雷锋”志愿服务



上海市志君律师事务所袁丽律师(左)参加松江洞泾镇“学雷锋”志愿服务



“女神节”的N种打开方式

上海女律师三八妇女节活动花絮

文 | 时军莉

阳春三月天，温馨“女神节”。在又一个国际三八妇女节到来之际，上海女律师们也纷纷以各种形式庆祝属于自己的节日。让我们一起走进属于“女神”们独有的魅力三月。

2018年3月8日当天，一场以“女性与仲裁——职业发展与自我成长”的女神节特别活动在上海当代艺术馆温馨展开。本次活动由香港国际仲裁中心（HKIAC）的“仲裁女性俱乐部”（WIA）倡议发起，上海市女律师联谊会协办。众多来自上海及周边城市仲

裁界的优秀女性共同参与交流、讨论。上海政法学院校长刘晓红，上海市律师协会副会长、上海女律师联谊会会长邹甫文等与到场的优秀律师分享了各自作为女性在法律和仲裁业从业多年的经验和感悟。刘晓红校长鼓励女性选择法学专业并从事相关职业，实

现职业理想。邹甫文认为，在工作中性别元素不是最重要的，现代社会中女性和男性要平等地担任仲裁员的社会角色，更多的时候应该要在心理上忽略自己的性别，在技术上发挥好女性耐心、细致、坚韧等优势，让自己在工作中表现得更为出色。



2018年3月1日，由上海市三八红旗手联合会主办的“新时代 新气象 新作为——纪念改革开放40周年上海市三八红旗手建功新时代讲师团成立仪式暨2018年上海市妇联系统‘传旗’修身行”首讲在上海电力学院举行。上海市女律师联谊会副会长谭芳、时军莉律师被聘为上海市三八“红旗手建功新时代讲师团”讲师。





2018年3月2日，由上海市妇联、市司法局、市法宣办、市慈善基金会主办，金山区妇联、区综治办、区司法局、区法宣办承

办，张堰镇协办的2018年上海市“三八”妇女维权月启动暨金山区婚姻家庭纠纷预防化解“一委一室”成立仪式在张堰镇顺利举行。上海市女律师联谊会因出色完成了2017年度市妇联“七五”普法及反家暴等宣传工作获得表彰。上海市女律师联谊会副秘书长张秀华律师受邀出席该活动。市女律师联以普法宣传小品《我要投诉》作了生动的汇报演出。该小品以具体实例，

真实地表现了志愿女律师们在普法过程中遭遇到的群众从不理解到理解，再到充分认可的过程。在现场笑声不断里，有效地传播了关于遗嘱书写与赡养的法律知识。上海市妇联副主席黎荣向上海市女律师联谊会七五普法讲师团的讲师代表颁发了2018年度的聘书，市妇联主席徐枫充分肯定了女律师联的志愿律师们为普法工作作出的努力与奉献。



2018年3月3日，杨浦区女律师联谊会举办了主题为“律韵杨浦 有我芳华”的庆祝三八节活动。上海市律师协会副会长、上海市女律师联谊会会长邹甫文，上海市司法局律管处副处长禹潇，杨浦区妇联主席金雪萍，区司法局局长党委书记陆静及100多名女律师参加活动。活动节目精彩纷呈，女律师们以舞蹈、诗歌朗诵、TED演讲等多种方式展现才艺、抒发情怀。邹甫文将花艺作品送给杨浦女律师，祝愿女神们眼里有光、手中有剑、生活有花、心中有梦。



2018年3月3日下午，松江区开展了“建设法治松江 巾帼在行动——三八妇女维权周”主题活动。松江区司法局派出巾帼“姐妹团”为居民提供法律援助、公证服务、律师咨询以及知心大姐等法律服务，利用移动视频播放器滚动播放法治动漫片，结合元宵佳节，开展法治灯谜竞猜活动，寓教于乐。



2018年3月20日，浦东新区女律师联谊会与沪东街道妇联“家门口维权服务站”启动签约仪式成功举行，这是浦东新区女律联走进川沙、走进大团镇之后，与浦东妇联合作开展的法律服务进社区项目中2018年度维权事实项目落地，浦东新区女律联将为沪东街道妇女儿童维权法制宣传、法律咨询、专业调解指导等工作提供专业支持。浦东妇联妇女儿童发展部部长胡晓红，沪东街道妇联主席彭晓明，浦东新区女律联会长周兰萍、副会长贾琪、张玲，部分理事代表、优秀志愿者、街镇妇女代表60余人出席本次活动。在对2017年度项目优秀志愿者进行表彰后，浦东新区女律联郭喜平律师为沪东街道妇女代表们举行了一场关于婚姻法司法解释第24条专题解读的法治宣讲，街镇妇女代表提问互动热烈，女律师志愿者们用自己的爱心与专业为街镇妇女儿童撑起一把有力的法律保护伞。



进入3月，普陀区女律师联谊会积极开展或参加了区内各种庆祝三八妇女节的活动。普陀女律师们活跃在普陀区内新领域、新阶层、新群体的活动中，通过各种形式的才艺表演、人物微访谈，以及参加“学雷锋 树新风”义务法律咨询等活动，展现了自信、自励、坚韧、优雅的风采，体现了女律师热心公益的无私奉献精神。



此外，不少律所也纷纷行动起来开展各种精彩活动，为女律师们送上节日的关怀和祝福。比如北京盈科（上海）律师事务所在3月8日当天为所里的律师女神和行政女神们提供了一份特别的福利——专属玫瑰花和精致下午茶，让她们在专属节日中，放松心情，享受辛勤奋斗之余的一份惬意。北京大成（上海）律师事务所推出了“你是我们心中最美的玫瑰！”“春暖花开的三月，我能请你看场电影吗？”“能和您跳支舞么，亲爱的女士？”以及“我和女神有约！”等系列庆祝活动。





公益是我们温暖的事业

2018 第二届公益法律服务高峰论坛在沪举行

文 | 吕新

2018年3月11日，由上海交通大学凯原法学院与律新社共同主办的“2018 第二届公益法律服务高峰论坛暨法律服务产业十大感动公益故事颁奖仪式”在上海交通大学凯原法学院东方会堂隆重举行。

来自全国的重量级嘉宾、国内主流媒体及数百位法律服务产业代表齐聚一堂，共同见证了2017年度法律服务产业“十大感动公益故事”出炉，畅谈了公益法律服务的新态势、新发展。上海市人大法工委副主任施凯、《民主与法制》总编辑刘桂明、上海市司法局副局长王协、中华全国律师协会副会长盛雷鸣分别到会并致开幕辞。



上海市人大法工委副主任 施凯

党的十九大报告提出了打造共建共治共享的社会治理格局，今年“两会”上公益慈善成为热点议题，越来越多地出现在代表委员的议案提案中，为推动公益慈善事业健康持续发展积极建言献策。公益法律服务是参与社会治理的重要形式，希望通过公益论坛和宣传，汇聚多方力量参与社会公益。

公益是一种美丽、快乐、幸福的事业。这次年度法律服务产业“十大感动公益故事”参评的公益事迹涉及面广，形式多种多样，都说明公益不分大小，就在每个人的身边。公益也需要宣传，希望借助主办方搭建的平台，吸引更多的人来参与公益。



上海市司法局副局长 王协

十九大报告指出中国特色社会主义进入新时代，我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。法律惠及生活是法律服务行业的重要社会责任。法律人拥有专业优势，能比普通志愿者更好地推动问题解决。上海市司法局会一如既往地支持法律服务行业参与社会公益建设，履行社会责任。



《民主与法制》总编辑 刘桂明



中华全国律师协会副会长 盛雷鸣

十九大提出要提升社会治理的社会化、法治化、智能化和专业化水平。用专业成就更好的公益，是法律专业人士承担社会责任，彰显法律服务价值的使命。希望法律人以更好的专业素养、道德操守，为社会和谐法治建设做出更大贡献。

本次公益征集评选自2018年1月31日启动以来，在一个月內，收到了来自全国各地包括律所、律师、社会组织在内投递的近百份公益故事。3月2日，北京、上海等地的专家评审会对这些材料进行了线上线下同步评审交流。当天同时启动了网络投票，为期5天的投票期收到高达180多万访问量，收到30多万张选票。专家评委们依据公益行动的专业度、创新性、影响力等多个维度进行评审。

结合网络投票以及专家评审，评选出了2017法律服务产业“十大感动公益故事”，他们包括推动残疾人权利保障的视障律师金希、倾力保护未成年人的女律师张玉霞、为民工维权留德法学博士宗绪志、成立了中华遗嘱库的陈凯、农民工权益的忠实捍卫者时福茂、把为残疾人提供法律服务作为神圣工作的郑祺、推动十四年冤案平反的毛立新、“法治公益”倡导者张凌霄、主持全国首例生态环境磋商案的陈小平、为日喀则市群众增收或地方减损过亿元的王忠线。

为了鼓励和表彰此次积极参评的各个组织及个人，组委会特别设立了“公益组织奖”“公益善行奖”“公益爱心奖”，希望能鼓励更多爱心人士参与到公益事业中来。

论坛除了各类奖项的颁发，还发

布了一份颇具分量的公益报告——《2017法律服务产业公益服务发展报告》。《报告》由律新社与华东政法大学中国法律服务产业研究中心共同出品，是国内首份关于法律服务产业的公益行动观察报告。

报告显示，越来越多的法律人身体力行地投入到了公益慈善事业，或用专业知识，或投入时间精力，主动承担社会责任。法律人的公益之力正在不断汇聚：提供公益法律服务的主体越来越多元——越来越多律师、律所以及新兴法律服务机构、社会组织等将公益列入工作范畴；公益法律服务的形式越来越多元——开设专属公益频道、设立专门基金、成立专门队伍……这既彰显了法律人的社会

责任，也是律所品牌建设的重要组成部分；公益法律服务的创新性越来越强——无论是服务内容、服务形式，还是组织形式等都有所创新；公益法律服务的专业性也越来越有所体现——让法律专业知识和技能成就更好的公益。

此次征集评选的材料中，上海律师和律所呈现了积极承担社会公益、履行社会责任的鲜明群体形象。比如在“十大感动公益故事”主人公中，就有来自上海申浩律师事务所的张玉霞、上海市震旦律师事务所的郑祺、上海万答律师事务所的宗绪志，或许他们从事的具体事情不一样，但都无一例外地长期致力于专业帮助弱势群体，让法律惠及更多的困难人群。





“2017法律服务产业十大感动公益故事”获奖者合影

此外，上海青年律师志愿者大队未成年人权益保护分队、上海李小华律师事务所、上海市诚至信律师事务所、上海市协力律师事务所、上海市海华永泰律师事务所、上海市金茂律师事务所、上海瀛泰律师事务所等在践行社会公益方面有所专注和特色，获得了“公益组织”奖。上海市捷华律师事务所罗一静律师、上海蓝白律师事务所黄艾燕律师、上海市新华律师事务所蒋振伟律师、上海申同律师事务所杨征东律师等，或因参与“1+1”援边法律服务，或是矛盾纠纷化解，或是长期参与法律咨询服务等方面的突出事迹，获得了“公益善行”奖。还有众多机构与个人纷纷以不同形式参与法律公益服务，获得了“公益爱心”奖。

本次公益论坛还设立了“公益法律服务生态建设”“律所如何承担公益”“社会组织如何做公益”三个主

题分论坛，来自法律服务产业各个主体机构的代表们分别展开了有价值的交流探讨。

上海市律师协会副会长吕琰在听了众多法律界机构和人士参与社会公益，践行社会责任的事迹、经验和思考后，作了总结致辞。他表示，大家在初春三月聚在一起探讨公益这样一份温暖的事业，非常有意义。他用三句话总结了对论坛的一些思考：一是这次公益论坛体现了“为公益者做公益”的情怀，对包括律新社在内的致力于为公益者做公益、搭平台、聚力量、传播正能量的举动表示了肯定和感谢；二是这种活动也是为志愿者添动力，因为法治公益更需要长效机制，整合更多的社会资源和力量；三是为志愿者建机制，公益本身也需要法律支撑，通过这样的交流放眼机制建立，收获思考和经验，期待业内有更多关于法治公益的宝

贵建议和经验分享。上海律协将继续支持大家的公益努力，希望公益论坛能办成法律服务公益志愿者彼此分享交流的平台。

论坛在一片暖意中结束，更多的温暖行动还在继续。公益是连接法律和社会生活的最温暖的纽带，我们愿意积极参与，不断推动法律公益社会化，惠及千家万户。



上海市律师协会副会长 吕琰



附：部分上海律师参评2017法律服务产业“十大感动公益故事”事迹简介

**上海申浩律师事务所张玉霞：
救助被性侵孩子倾力保护未成年人**

她是一位不爱穿高跟鞋的女律师，这样，就可以更靠近孩子的心。“80”后的张玉霞律师符合很多人心目中典型的“公益女律师”——精力充沛，犀利热情，具有专业素养，同时也没有丧失率真。八年多来，她承办了1000多起法律援助案件，为超过10000名群众提供法律援助、服务时间超过5000小时。忙案子之余，她还参与了众多的志愿法律服务工作，比如担任上海律协社会公益和法律援助业务研究委员会副主任、上海市社会帮教志愿者协会志愿者、上海市助残律师志愿服务团副团长、静安区女律师联谊会理事等等。

她还成立了全市首家以律师命名的未成年人法律援助专业化机构——张玉霞未成年人工作室，致力于为更多的未成年人提供保护，尤其是被性侵的孩子。她公益代理的上海首例行政机构剥夺被监护人生母监护人资格案例，是上海对于未成年人保护的一个突破。她接手过数十起儿童性侵案件，为孩子和家长寻找公平和希望。她说：其实每个人都一样，都渴望感受到更多来自于他人的温暖的力量。



**上海市震旦律师事务所郑祺：
公益之路十余年如一日**

无论是刮风下雨、酷日当头，还是雨雪交加，都能看到 he 匆匆走来的身影，都能听到他与残疾人侃侃而谈的声音，都有 he 认真倾听当事人叙述的背影。上海律协社会公益与法律援助研究业务委员会主任、上海市震旦律师事务所郑祺律师把为残疾人提供法律服务，作为 he 神圣而永远不误的工作。十余年如一日，他为残疾人义务解答法律咨询、提供法律帮助2000多人次，法律服务时间近2000小时，办理残疾人法律服务案件20多件，并发起成立了“郑祺律师志愿助残法律工作室”，为他们无偿提供法律帮助。

由助残服务，他又逐渐将提供公益法律服务的范围逐渐扩大到各类需要帮助的困难群体，特别是在参与信访矛盾化解，维护残疾人、职工合法权益方面做了大量工作。

**上海万答律师事务所宗绪志：
留德法学博士坚持为民工维权**

法律科班出身、德国法学博士、海外律所工作、归国著书立学，万答律师事务所的宗绪志律师将含金量高的涉外业务置于一旁，带团队投身到为普通老百姓服务中！2017年 he 接到一位工伤致死民工妻子的求助，在明知此案举证、协调、执行等过程都会遭遇很多困难，且耗时耗力的情况下，he 仍然同意受理，并花费了近10个月的时间奔波取证，终于在一审判决时为这家人争取到了一百多万元的赔偿金。有人问他，你是出于同情代理吗？他说，不，他们不需要任何同情，他们需要的只是法律的保护！这只是 he 众多法律援助案件中一起，he 还长期在各类普法节目中免费提供法律咨询服务，he 不以自己的专业为高台，而是脚踏实地，以法律服务惠及普通百姓的生活为应当之事，践行着一个律师的初心。



新时代 新阶层 新力量

杨浦区召开律师工作主题年会

文 | 杨浦律工委



上海市律师协会会长 俞卫锋

2017年，杨浦律师不忘初心、团结拼搏、砥砺奋进，一方面努力加强行业自身建设，不断提升杨浦律师能力素质、服务水平和社会形象；另一方面，主动融入杨浦“三区一基地”建设大局，发挥法律专长，积极服务区经济社会和法治建设，全区律师事务所124家，律师877名，业务创收3.93亿元，同比增长24%。陆静局长从加强党建队建，杨浦律师行业建设呈现新气象；优化“营商环境”，杨浦律师业增添整体竞争新动能；聚焦法治保障，杨

2018年2月8日下午，杨浦区司法局、区律师党委、杨浦律师工作委员会召开了以“新时代 新阶层 新力量”为主题的杨浦区律师工作主题年会。杨浦区司法局领导班子、区律师党委委员、杨浦律工委委员、各律师事务所主任等120余人参加会议。杨浦区常委、统战部部长程绣明，上海市律师协会会长俞卫锋，杨浦区统战部副部长、区侨联办主任徐进，上海市律师协会副秘书长潘瑜、理事徐培龙应邀出席。会议由杨浦区司法局党委书记、局长陆静主持。



浦法律人助推创新创业新指数；破解“停偿”难题，杨浦法律顾问交出服务大局新答卷；担当“法治专员”，杨浦律师职能作用拓展新使命；坚守公益慈善，杨浦律师彰显用专业服务回报社会新风尚六个方

面对杨浦律师工作进行回顾总结。

来自杨浦区的6家律师事务所代表，分别围绕“新气象、新动能、新指数、新答卷、新使命、新风尚”6个主题作主旨发言，律工委主任厉明作2017年律工委工作报告，回



杨浦律工委主任 厉明

回顾 2017 年杨浦区律师工作。

俞卫锋会长肯定了杨浦律师发展所取得的成就，对各位律师争得的荣誉表示祝贺。杨浦律师人数虽然在全市律师中仅占 3.8%，但却有较大的影响。俞会长指出，“法律服务”有三重属性，一是服务经济发展。提供优质法律服务获得社会报酬。二是参与社会治理。做到行业党建与社区党建相结合，是法律服务的社会效益与外部效应。律师不仅是统战对象，更是统战力量。杨浦律师要与服务杨浦发展相结合，与区委区政府工作相结合。三是促进法治建设。不忘初心，体现担当，以“丹心铸法治”，让公平正义体现在每一个案件中，体现律师的责任、律师的担当。律师的辛苦指数就是法治的公信指数。

会上，杨浦区委常委、统战部部长程绣明为“律韵杨浦·杨浦区

新的社会阶层人士统战工作示范点”授牌。程绣明表示，“律韵杨浦”是杨浦区在行业领域中建立的首个新的社会阶层人士统战工作示范点，希望以此为契机，更好地团结凝聚广大律师群体，为杨浦经济建设和社会事业发展做出更大的贡献。并对下阶段工作提出三点意见，一是树立形象，加强思想教育引导，巩固共同思想政治基础。要积极开展以习近平新时代中国特色社会主义思想、党的理论和路线方针政策为主要内容的主题活动。要把政治理论学习融入日常的业务培训、日常管理、组织建设、行风建设之中。要进一步发挥党组织的政治核心作用，坚持和完善“三双”组织领导机制、局领导“两随机一公开”走访慰问律所制度和困难律师慰问制度，增强工作实效性和工作吸引力。二是树立品牌，要做强“律韵杨浦”——杨浦区新的社会阶层人士统战工作示范点品牌建设。要

不断创建工作载体，打造活动平台，创新活动方式，把更多的律师联系起来、组织起来、活动起来、凝聚起来，把更多的律师服务社会品牌项目整合好、建设好，动员更多律师群体参与杨浦的社会治理和社会建设，发挥律师在社会治理和基层建设中的作用，促进律师行业健康发展。三是树立典型，加强党外律师队伍代表人士建设，大力宣传先进典型。要进一步拓宽选人视野和推荐渠道，注重发现并培养有品行、有能力的青年律师人才，建立党外律师代表人士数据库，实现长期跟踪、动态管理。要加大教育和培养锻炼力度，积极推荐律师中的代表人士参加市、区新的社会阶层人士培训班。要继续合理安排使用，发挥党外律师代表人士在人大、政协参政议政、参与社会治理和公共服务方面的作用。进一步加大宣传力度，发挥先进典型的示范引领作用，营造良好的舆论氛围。



杨浦区委常委、统战部部长程绣明（左一）为“律韵杨浦·杨浦区新的社会阶层人士统战工作示范点”授牌

16年专注劳动法，专业即未来

访“全国维护职工权益杰出律师”陆敬波

文 | 毛姗姗 史晓婧

陆敬波

上海江三角律师事务所主任、第十三届上海市政协常委、上海律协劳动法业务研究委员会主任、上海市劳动关系协调联席会议咨询顾问、上海市劳动争议仲裁委员会仲裁员、中国社会法学会常务理事、上海市法学会劳动法研究会副会长，上海财经大学兼职教授、硕士生导师。

曾获第六届“全国维护职工权益杰出律师”、第二届“浦东新区十大杰出青年律师”、上海市律师协会第一届学术大赛著作类优秀奖、首届五省一市“社会法理论与实务”研讨会征文评选二等奖。



2017年12月7日，第六届“全国维护职工权益杰出律师”拟表彰人选公示，江三角律师事务所主任陆敬波作为唯一一名上海律师位列名单之中。该奖项由全国总工会、司法部、全国律师协会联合组织评选，旨在表彰律师在维护职工合法权益，推动建立和谐劳动关系方面做出的贡献。

在上海律协发布的“喜讯”里用六个方面来介绍陆敬波，“参与立法，服务大局，心系工会，参政议政，搭建平台，理论创新”，这高度概括的24字背后，是一位劳动法律师的十多年，也是中国劳动法法律服务市场的十多年。

劳动法领域究竟是否值得年轻法律人投入？

“劳动法业务收费低，服务人群的层次也更低一些。我之后会向公司法业务，包括‘董、监、高’相关法律服务转。”这是近四年以来，从

事以劳动法业务为主的律师近乎相同的看法。

2017年5月上海市律师协会出具的《关于上海律师劳动法业务状况的调研报告》显示，在参加调查的495名律师中，近三年劳资业务平

均创收，10万元以下的占比58.4%，10-30万的占比21.52%。对收入满意的律师占比仅为5.55%。¹而参与本次调研的律师执业年限分布均匀，执业时间1-3年的占比24.9%，3-7年的占比26.2%，7-10年的占比

1. 上海律协劳动法业务研究委员会《深度探索与实践：劳动法律师业务的“供给侧改革”论坛调研报告与论文集锦》2017年5月。

20%，10年以上的占比30.3%。²

如果从以上数据来看，想依靠从事劳动法业务获得财富自由，难度相当大。但另一方面，我们又看到，从事劳动法业务的专业律师正在增加，以该业务为长项的律所和律师正在增加。根据2015年-2018年钱伯斯关于劳动法业务领域的排行来看，被认可的律所正在增加，上榜律所从前三年的12家增加到14家。尤为特殊的是2018年仅劳动法领域就出现了两位“律政之星”³。

那么，在“二八现象”尤为明显的劳动法法律服务市场，究竟是否值得年轻法律人投入？陆敬波有足够的发言权。

16年前的选择：专注劳动法

1998年，作为上海市协力律师事务所创始人之一的陆敬波主要从事日资相关的法律业务。到2001年，他发现自己提供的法律服务主要在公司设立、日常顾问等“一揽子”的综合性服务上，而彼时，发达国家的律师已经有相当高的专业化分工。

“专业化才是法律行业的未来。”陆敬波当时想。他发现自己日常办公的很多精力都花在了劳动法业务板块，“这块业务在未来一定有市场。”陆敬波隐隐有这个感觉，为了验证这是否是个主要的需求，他亲自设计了问卷，做了调研。

虽然从当时的收费和市场反应的情况看，劳动法的确“无利可图”，但调研结果无疑指向一点：企业客户对于劳动法相关问题非常头疼，是为刚需。恰巧陆敬波在政府单位、法院

等部门的同学也问，怎么没有专门从事劳动法的律师？这些想法让他决定成为一名专业的劳动法律师。

在2001年，市场上将劳动法业务定位为事情杂、收费低的低端业务，作为当时已经有一定客户积累和知名度的律师，陆敬波这个想法遭到了朋友和同事们的坚决反对。

“虽然当时被认为是低端业务，但我相信今后它会受到越来越高的重视。它会有它的经营效益。其次，劳动权益保护问题，它将具有极大的社会效益，换言之，我坚信劳动法未来将是一个经济效益与社会效益相结合的领域。”陆敬波说。

“劳动法苑”和第一家劳动法律师事务所

2002年，陆敬波在上海市协力律师事务所组建劳动法团队，并创办了“劳动法苑”——这是国内首个以劳动法资讯为主的网站。在当时，互联网尚未普及的时候，律师业就有这种想法，实属新潮。但陆敬波认为，线上还不够。很快，他也开启了线下的劳动法培训。

培训的对象主要是企业客户。培训的效果很好，用人单位的合规能力得到了显著提升。培训课程很受企业欢迎且得到很多好评，但是培训的局限性也很明显——受众少。

两年后，《劳动法苑》期刊问世，它不仅解决了网站资讯不够权威的问题，也解决了受众窄的问题。一时间，《劳动法苑》成为企业HR实用期刊首选，不仅上海的企业争相订阅，外省企业甚至部分政府机构也成为

它的长期读者。

当然，尽管网站和培训正在培育新的市场，但并非所有人对劳动法业务有热忱。团队的其他人依然觉得此业务领域不应成为投入重点。这种分歧让陆敬波做了一个决定——重新创立一家专门从事劳动法业务的律师事务所。

2004年，陆敬波和七八位志同道合的律师朋友成立了江三角律师事务所，一家专业的劳动法律师事务所。

而经过十四年的发展，江三角不仅在劳动法领域形成纵深一体化的服务体系，并在相关的交叉领域如知识产权、公司法等方面也颇有建树。随着市场的变化，劳动法业务领域也正在拓展。

目前，江三角以上海为中心，并根据客户和业务的密集点设立分支机构，已经在北京、天津、苏州、成都、深圳、宁波、重庆等地设有分支机构，开辟了一条专业所的规模化道路。

劳动法律师的挑战：啃难啃的骨头才有出路

2004年陆敬波成立江三角律师事务所时，中国劳动法服务市场还处在波谷。但很快，在2007年《劳动合同法》出台后，劳动法市场的迎来了巨大的增长点，劳动法服务市场的需求端呈现爆发态势。而有需求就有供应，当时一大批律师进军劳动法服务市场，不管专业的还是不专业的，都声称自己是“劳动法律师”。

事物发展都是有周期性的。陆敬波认为，劳动法法律服务市场是

2. 同上注。

3. “律政之星”被用来授予在各自领域极为受到推崇的律师，在影响力上甚至高于钱伯斯“第一等”律师。

一个螺旋上升的过程。

在2007年爆发之后，近几年劳动法服务市场增度减缓，甚至有出现负增长的情形。造成这一现象的原因是多方面的：

1. 近几年劳动法及其相关法律法规没有进一步修改，劳动法服务市场缺乏外部条件刺激，发展形势趋于平缓；

2. 企业内部的法务、HR经过多年的仔细研究和培训学习，获得了普遍、基本的劳动法知识。大量的基础性实务已经不需要委托律师，企业内部可以自行处理；

3. 律师不断加入到劳动法服务市场中，职业人员与业务量之间的供需关系趋于平衡。而且，在供给侧存在质量上存在“中低端饱和、高端人才不足的”现象，相对应的，需求侧业务增长新的突破口仍未显现；

4. 互联网信息技术的发展，消弭了信息不对称造成的壁垒，由于业务量减少，许多业内律师纷纷转向其他法律服务市场。

当然，在充分竞争的情况下，专业律所往往会显现出优势。“我们可以啃难啃的骨头。”陆敬波说。

在劳动法领域，涉及到职工利益的，或者大型企业在职职工安置历史遗留问题的，都有大量复杂的利益纠葛，如何协调各方的矛盾，妥善解决都极大考验律师的专业水平和能力。

对于日渐高要求的劳动法律师而言，专业上的精深是逃不掉的方向。

要么站在顶端，做最好；要么只能浑浑噩噩，混口饭吃。这或许解释了为什么劳动法领域的“二八现象”更为严重。

当然，中国经济快速发展带来

的劳动法服务市场红利仍将持续，整体处于上升状态。一切并没有想象中的悲观。

机遇与未来：中小企业顾问与涉外劳动法律师

与公司并购等重大商事业务不同的是，劳动法业务有自身最大的优点：高频、稳定。高频意味着这是市场需求的刚需，只要经济持续发展，企业日渐增多，这项业务的需求永远存在。而经济萧条时有纠纷要解决，经济好时需要预防。无论是个人乃至企业，每天都在发生和劳动法相关的业务需求。

同时，劳动法是开拓业务和拓展客户的利器。也正因为这是“高频”需求，但凡律师能够妥善处理劳动法律问题的，企业也愿意将其他的法律相关问题交给他，通过承办劳动法业务可以快速和企业建立联系，赢得企业信任，并在后期获得更多业务。

第三，劳动法律师连接着劳动者和用人单位，一方面，可以维护职工的合法权益，抚慰积弱助困，实现身为律师的社会价值；另一方面，可以规范企业的用工制度，维护职工队伍稳定，促进社会的和谐安定。在中国全面推进法治建设的进程中，劳动法律师身上肩负着促进劳动法关系和谐，社会大局稳定的重任。

虽然目前“资强劳弱”现象在劳动法律师队伍中十分明显，在专注于劳动法业务的律师中，代理资方为主兼做劳方的律师占多数。但好消息是，对于劳资关系的平衡问题，正在被重视。例如，作为上海市律师协会劳动法业务研究委员会主任，陆敬波指出：“劳动法业务研究委员会

2018年的工作重点之一就是支持劳方律师的发展。一方面，倡导律师开展法律援助，给劳动者提供低价高质量的咨询服务；另一方面，也将通过政府购买法律服务的方式，降低劳动者的咨询成本。”

而从目前劳动法需求端来看，中小企业是需求的大头，尽管目前看起来不算是“优质客户”。但别忘了，所有巨头都是从小至大。年轻的劳动法律师若能聚焦研究中小企业中需要解决的劳动法律问题，提供具有针对性且价格合理的服务，将在填补市场空白的同时，实现自身收益。

而涉外劳动法律师，可以被称为是该领域最炙手可热的律师。随着国际“一带一路”倡议的提出，中国企业越来越多的走出去，大量懂管理、懂市场、懂技术、懂文化的劳动法复合型涉外人才可谓是市场上的紧缺资源。这也将是部分劳动法律师的未来。

“劳动法业务不可能只发展十年，”陆敬波说，“十年，一个业务才刚刚开始。”

更何况，诚如十六年前让陆敬波笃信的是，这个业务能够实现作为律师的社会价值。一头扎进该领域的他，也的确证明了他当时的选择并没有错。在得知获得第六届“全国维护职工权益杰出律师”奖项的时候，他感觉“分量很重，担子更沉了。”

或许，那些还在徘徊和犹豫是否要进入某个业务的律师所要做的，就是停止纠结，选择一个相对感兴趣的领域，并一头钻进去。

因为法律这个行业，真的没什么捷径可走。

不可替代的专业才是唯一的王道。

国枫(上海): 适度多元化 打造强所新“地标”

文 | 王琼

3月初的上海已春意浓浓、生机盎然，国枫(上海)律师事务所在这个早春以一场隆重而简洁的新春答谢会，揭开了其落户于黄浦江畔外滩金融中心新家的崭新“盖头”。大气、时尚的现代化办公室令人耳目一新、流连点赞。国枫(上海)选择了落户百年外滩的新地标，而它从内而外展露出来的新气象，也更像是这家进入上海滩十余年的品牌所，再次聚力发力的强烈信号。

正如国枫(上海)事务所主任姜瑞明所说，国枫(上海)2017在“适度多元化”战略指引下，取得了显著的成绩，引入了重量级合伙人，资本市场服务之外，打造了房地产建筑工程、商事争议解决、跨境涉外业务等主力业务板块，人员从不足30人到迈向百人规模，创收保持大幅增长达到1.68亿元，搬入了外滩金融中心新家，准备以更大的胸怀接纳更多伙伴……

展开在国枫(上海)面前的，正像其办公室落地窗外正对着的黄浦江朝江口，风正悬帆、百舸争流。这足以让人对这家创立逾二十年、冠以“国”字命名的老牌所，有更多期待。

以专业立身的资本市场佼佼者

国枫无疑是中国资本市场领先的法律服务机构。早在1994年创立之初，在第一批被批准到香港发行股票并上市的九家国企中，即有它(国枫的前身国方)所服务的客户。国枫也因此成为获得司法部和证监会联合颁发的从事证券法律业务资格的第一批律所之一，可谓与中国的资本市场“同龄”，并一路成长。

经过二十多年的深耕细作、稳健发展，国枫已成为中国领先的、具有高度专业性的大型律师事务所，并在资本市场领域树立了自己卓越的品牌和口碑。在目前境内超过3000家的A股(B股)上市公司中，有近700家是国枫服务或曾服务过的，此外，它还有不少在美国、香港、新加坡资本市场挂牌上市的境内客户。根据中国证监会发布的相关审核进度信息，在全国从事证券法律业务的律师事务所排名中，国枫通过发审会审核的IPO项目数量

(简称“过会率”)和上市公司并购重组数量两项核心指标上，连续三年保持全国前三的地位。国枫也创造了不少在资本市场具有重要意义的经典服务案例。“以资本市场为主线，坚持做专业的精品律所”这一清晰的专业化定位，奠定了国枫在资本市场法律服务领域牢不可撼的地位。

上海作为金融中心自然也是国枫最为重要的布局之地，早在2005年就由国枫所合伙人刘胜利律师牵头负责筹建，并于2006年正式成立。后来因刘胜利律师退休，现任国枫(上海)主任姜瑞明律师于2011年继续接棒管理。他们作为国枫最早的追随者也将国枫所低调、专业、稳健的文化气质融入国枫(上海)的发展中。在成立后的十余年时间里，国枫(上海)始终秉承着总所的专业化发展思路，继续强化了自身的专业化形象和气质，成为众多资本市场客户的“首选”合作对象。

已经这么好， 为什么要改变？

在很多人看来，国枫已经有了闪亮的光环，在资本市场法律服务领域独树一帜、有口皆碑，这不正是很多律所和律师所梦寐以求的吗？

一切都很好，只除了一件事带来的思考越来越清晰：越来越多的客户开始探询：是否还可以提供其他方面的法律服务？这种询问诚恳而热切，且基于深厚的信任和期待。

国枫（上海）管理合伙人朱锐律师对此深有感触：“原来国枫是一家资本证券领域的专业精品所，我们客户的忠诚度非常高，这形成了国枫总体上长期低调的气质。因为我们自己也很珍视，所以遇到客户这种需求，一般直接说：‘对不起，我们不做。我们只做最擅长的。’”

虽有智慧，不如乘势。这样的需求越来越频繁，呼声越来越强烈，面对新的市场形势，近两年国枫总体上做出了适度多元化的发展战略。上海办公室也在2017年初做出了适度多元、适度规模的发展决策。具体而言，仍以资本市场为核心业务，精益求精，在坚持高度专业化的基础上适度多元，发展与之密切相关的衍生业务，例如知识产权、房地产建筑工程、争议解决、跨境涉外服务等，以增加国枫对客户服务的深度和广度，从而将国枫逐步发展成为立足资本市场，拓展国际化视角，打造业内顶尖的房地产、建设工程、争议解决、国际业务、知识产权、金融投资等法律服务板块，致力为客户提供一站式、全方位法律服务的顶尖律师事务所。



国枫（上海）律师事务所2017全员拓展活动

厚积薄发

“适度多元”初显成效

凡事谋定而后动，厚积才能薄发。在做出明确决策后，国枫（上海）即展开了迅速行动。2017年初，同时引入了在不动产、争议解决、跨境法律服务领域享有盛誉的顶尖合伙人团队，比如朱黎庭律师和周晶敏律师团队等，8月开始了新办公室外滩金融中心的装修，11月初全体迁入办公。紧接着2017年11月底，承办了上海市第七届外滩金融法治论坛，有效提升了国枫（上海）的影响力。2018春节后举办了规模过百人的国际律师联盟（Legallink）首次在上海的行业论坛。随即举办了2018年的新春答谢会，再次清晰地对外展示国枫（上海）适度多元化发展战略……

回顾2017年的准备，可谓是紧锣密鼓、动作频频。这些工作都是在行政支持不断完善的同时，短时间内高效完成的。更重要的是，这些并未影响合伙人的业务工作。国枫（上海）的2017年的业绩仍然实现了超预期增长，达到了1.68亿元，尤其是合伙人人均创收也是名列前茅。

为什么能在如此短的时间里，一步步实现这么多的小目标，迅速完成聚力布局呢？新成立的管委会不约而同表示，因为大家都有一种再创业的激情，合伙人之间非常团

结、齐心协力。朱黎庭和周晶敏两位合伙人之前都已在各自领域积累了相当的影响力，此番加盟国枫（上海），一同投入这次再创业过程中，本身就是一次有效的聚力。

确实，如果一定要给国枫（上海）的2017年做一个定义，那就是整合与聚力。朱锐律师甚至感觉，国枫过去一年整合前后的变化，刷新了他对“律所”的理解。因为长期从事证券市场非诉服务，原来国枫律师更多是随着客户出差或是长期驻扎在客户项目地，基本连律所办公室都不怎么来，而扩员和整合之后，他作为管委会成员，需要将更多的精力放在业务之外，这本身就是一个挑战。

但是这种整合已经显现出了良好的效果，让大家都尝到了甜头。首先是国枫整体的品牌影响力溢出了原来的专业领域。一个直观感受是，新加盟的朱黎庭律师在业内名气很大，在法学生中也是如此，所以去年底国枫到国内各大高校校招时，发现学生们的认知度和认同度非常不一样。更让国枫人有成就感的，是新团队和新力量充实后，带来的业务融合。

“我们原来做非诉上市服务的，非专业擅长的业务拿不下来，也不敢拿。但是朱律师和周律师他们来了之后，一些房地产建筑工程、或者争议诉讼类的，我们从原来习惯

性地做不了，到现在非常有底气地跟客户说 ok。我相信随着更多专业团队的加入，我们会在更多领域越来越有底气。”朱锐说。

更让他们倍感自豪的，是国枫（上海）目前所有的团队和合伙人之间都已经开展了实质性的业务合作。国枫（上海）管理合伙人周晶敏律师也对这种紧密的协同合作有切身感受，他说，正是基于同一种文化理念和律所管理制度中，才有可能将协作提升到更高层次。比如，他所带领的诉讼团队甚至开始习惯性地和非诉团队成员一起，为企业客户提供驻场服务。这种彼此之间的高度融合与深厚信任所带来的成就感，以及给客户的体验感非常不一样。

继续筑巢引凤扩大融合

国枫的客户主要集中于境内外外的上市公司，这种大型企业客户对法律服务的需求往往是综合的、多方面的。在动辄几年的上市服务过程中，他们与国枫因合作结下了深厚的信任，而信任正是法律服务业最稀缺的资源，个中的业务延伸机会都是自然而然的。拥有如此得天独厚的条件，是国枫推行适度多元化的底气所在。

这一切的前提，是找到合适的伙伴！正所谓“功以才成、业由才广”，人才战略也被列入了国枫（上海）管委会 2018 年的头号议程。国枫（上海）执行主任朱黎庭律师认为，合适，首先得是志同道合，彼此三观一致。律所说到底是人合的事业，而国枫引以为豪的，正是其深厚的文化积淀和理念，温厚包容、谦逊低调，相信专业的价值。管委会成员一致

表示，在这一点上，国枫有自己的坚持。其次，要有一定的专业度和影响力，大家能够在同一个层面上互相合作，彼此促进，这样才有了互动和互补的可能。

国枫（上海）目前规模接近百人，总体队伍较为年轻。姜瑞明希望 2018 年，国枫（上海）能继续再引入几个专业团队，尤其是知识产权、不良资产处置等，在人员规模上实现 200 人左右的目标；在资本市场、房地产建筑工程、商事争议解决、跨境涉外服务四大主体业务板块之外，再着重打造诸如知识产权、不良资产处置等其他几个业务能力很强的服务板块，进一步提升客户的体验感。

围绕这一新的目标，2018 年国枫（上海）也会在内部管理和基础建设方面加快整合。首先是办公环境的装修完成为了硬件上筑巢引凤的准备。外滩金融中心 23 楼超过 2400 平方米的办公空间，既是一个醒目地标，也与国枫（上海）的服务定位与业务特色相契合。整个事务所装修秉持了大气、流畅及人性化的设计理念，拥有舒适、便利、高效的办公条件，能够为客户提供更优质的法律服务。

而在内部管理上，国枫有着老牌所传统的一体化管理后台支撑，以及完备的风控制度。更重要的是，国枫的文化非常推崇包容与合作，合伙人在坚守专业的同时，都自觉进行高效的分工协作。在国枫（上海），大家自然延续这样的传统：不管平时工作多忙，每个月至少有一次全体合伙人参加的非正式交流会。大家轻松交流信息、沟通联络感情、探讨合作机会，彼此也会主动将非

本人专业的业务交给其他合适的合伙人，从而形成团队合力。这种理念不只是说说而已，而是在每个团队之间都彼此真实地交叉着项目和业务。

“国枫希望在原来专业精品的基础上，打造成适度规模、适度多元、内部专业互补非常强，相互配合、协同作战的一家综合性律所，其中最为核心的是，合伙人之间一定要有互相信任、互相欣赏、互相包容和支持的理念。”朱黎庭说。

如何为团队与合伙人创造更好的融合机制，也是管委会 2018 年的一项重点工作。除了发挥传统优势，也会继续扩大不同领域的专业建设、加大对外交流互动的力度，从而向行业内外传递更加积极的信息和形象。

作为最早的一批国枫人，姜瑞明和国枫结缘超过 20 年了，他见证了国枫与中国资本市场的同步发展壮大，对这家老牌所有着深厚的情结。这个朱锐律师口中的“老大”，如今正带着国枫（上海）的团队踏上了再次创业的征程。他们心中的愿景正如办公室窗外的外滩江景，恢弘壮丽、朝气蓬勃，而且美好可期。



百行信用，离你我并不遥远

主持人：朱小苏 上海律协对外宣传与联络委员会委员、上海市华诚律师事务所合伙人

嘉宾：周楷人 上海律协刑事业务研究委员会委员、上海市君悦律师事务所合伙人

黄春林 上海律协互联网业务研究委员会委员、上海市汇业律师事务所合伙人

郑霄潇 上海律协银行业务研究委员会委员、高朋（上海）律师事务所合伙人

文字整理：许倩



朱小苏：本期法律咖吧咱们聊一聊个人征信话题。大家都知道个人征信，国内采用的是所谓审核制，需要领牌照，2015年1月央行下发了《关于做好个人征信业务准备工作的通知》（编者注：以下简称“通知”），要求包括芝麻信用、腾讯征信等八家单位做好准备工作。但是通知下发以后过了三年多时间，今年才发放了首张个人征信牌照，颁发给一家叫百行征信有限公司的企业。这家公司的股东里除了中国互联网金融协会持股36%以外，前面的八家机构各持股8%。所以今天我们借这个话题聊一聊首张国内

个人征信牌照，也聊一聊个人征信。首先我想谈谈“征信”这个词，对我而言，它既熟悉又陌生。平时的业务过程当中，出于审慎性考虑，我对一些目标企业或者个人，会拉一张征信报告，这个报告来自央行的征信系统，为什么已经有了征信系统，又要颁发新的个人征信业务的牌照？从法律的角度，新领证的百行征信这家公司有了牌照以后到底能做什么？

周楷人：“征信”一词最早出现在《左传》中：“君子之言，信而有征，故怨远于其身。”意思是君子的

话，诚实而有证明，所以怨恨远离他的身边。目前，我们还没有专门的《征信法》，但是2013年1月，国务院制定了《征信业管理条例》，其中第二条对征信业务做了一个界定，是指对企业事业单位等组织的信用信息和个人信息进行采集整理加工保存，并向这个信息的使用者提供了这样一个活动。这次给百行征信发牌照，主要有三点原因，一是当前的金融环境发生了变化。央行征信对接的主要是传统金融机构，2012年以来，互联网金融开始大量出现，尤其是P2P、网贷、消费金融分期等，导致央行的征信已经没办法覆盖新



朱小苏

型的互联网金融，这就需要像百行征信这样的新型征信机构来进行弥补。二是部分企业已经在实践征信活动。2015年1月，央行出了允许八家企业进行个人征信业务准备工作的通知。当时除了互联网金融协会以外的其他八家百行征信的股东都在积极开展这项工作，这是一个客观需要。三是特定人群的需要。80后、90后已经走上社会，他们对于互联网金融的需求较大，他们更愿意用借吧、芝麻信用、支付宝等。百行征信的出现，可以满足上述人群的需要。

黄春林：有关征信，我的理解是，可能包括传统征信和互联网时代征信。其中，传统征信以金融业务为中心，主要收集用户的负面信息（不良信息）；互联网时代征信，则不仅关注用户的负面信息，更会关注用户的正面信息，这就需要更加多元的数据来源。所以，在央行本身的征信体系以外，互联网时代的征信公司收集的数据更加多元化，海量的数据再经过科学的算法模型处

理，就能形成更加精准的征信信息，并能提供更加多元的征信产品和接口。这就是互联网时代征信的优势，也是这八家试点单位目前正在做的工作。

第二个，我想谈的是征信的本质是什么，为什么要做征信，这个直接决定着后期所有问题的讨论。在日常交易中，大家很关心效率，就金融业务而言，我们不可能面向每个用户去做完整尽调，所以需要有一个高效的、中心化的平台；但是，在网安法这个角度，应当强化个人信息保护，强调信息安全。于是，效率和安全两个利益需要一个平衡，于是就出现了征信，征信业有关的法律规范，明确规定了我们征信业如何去收集、提供数据，在数据安全和数据效率之间找到一个平衡点。

郑霄潇：我觉得两位律师都说得非常充分和深刻。我补充一点，其实2014年中国人民银行分支机构开展企业征信机构备案以来，累计完成备案的企业征信机构不完全统计已经有一百余家，这次百行征信实际上是第一个个人征信机构，因此受到市场上还有业内比较高的关注度。其实我想从普惠金融的角度来讲，虽然说刚才大家都讲到了征信新特征，但是我们传统金融覆盖的客户往往是持牌金融机构所服务的客户，他们其实是处在中国信用资质的最顶端，这些人所占的比例比较低，可能最多也就三分之一。这次个人征信机构的设立，可能会让我们更多的普通人通过这样的方式，享有一个更公平、更好的信用评价机制，从而获得更多的金融服

务。或者说，我们在享受金融服务时，相对应的对价可能会降低，这从普惠制金融角度来讲是一个利好因素。

朱小苏：刚刚周律师说，他芝麻信用已经用得非常好。说实话，我还没有享受到这些便利、效率等。但我一直有个问题，我发现其实芝麻信用2015年已经开始操作一些相关业务了，我相信其他几家也是。开了三年以后，现在突然把它的身份由征信机构改成了所谓征信机构的股东。这是为什么？这临门一脚的改变，到底是一个什么转变，这个能不能聊一聊？

周楷人：主要有两个原因，一是客观情况发生了变化，主要是互联网金融整治，因为“通知”是2015年1月下发的，而互联网金融整治是从2016年5月开始的，目前还没有结束，客观情况发生了变化。二是八家机构都不符合要求，按照央行征信管理局局长万存知在“个人信息保护与公民征信管理国际研讨会”上的说法，八家机构实际开业准备的情况离市场需求、离监管要求差距比较大，综合判断，八家进行个人征信开业准备的机构目前还没有一家合格，在达不到监管标准情况下不能把牌照发出去。

朱小苏：其实我也有这个疑问，刚刚说八家单位，其实已经就个人征信业务准备一段时间了，但是都没有符合最终的发牌标准，那成立了一家新的百行征信，就能够达到这个标准吗？我觉得对于既有的八家单位也不太公平。刚刚周律师说，现在互联网金融整治还没有结束。



周楷人

既然没结束，为什么又赶在这个时间发了这张牌照？黄律师怎么看？

黄春林：之所以目前采取集中发一张牌照，主要有几个理由：第一个是更加慎重，因为很多平台现在在利用用户征信信息确定交易资格、交易准入，这涉及到基本民事权利问题；第二个是更加安全，因为数据信息分散在每个机构的话，一旦泄漏会影响很大；第三个就是公正性的问题，各个机构存在因为各自的商业利益，去篡改数据或者形成封闭，导致数据围栏效应的可能；第四，只有一个机构后，更加方便用户查询、更正，似乎提高了效率。但是，上面几个理由，事实上从不同的角度又会得出完全相反的结论，例如公正性，原来征信渠道多元化，对平台来说，或许价格、费用更加透明、更具有竞争性。

郑霄潇：刚才周律师提到了央行征信管理局局长在研讨会上提及，从试点情况看，这八家试点机构都想形成自己的业务闭环，所谓闭环就是自己的东西，都不想拿出来共享。这八家股东每一家的强项或者说优势不一样，把自己的优势拿出

来共享，对于他们来讲，实际上有利益诉求在里边。把我的东西拿出来共享，相应的百行征信的运营机制是怎样，对我的分配和激励机制是什么？我相信作为一个信息的提供者和一个股东，所考虑问题的角度肯定不一样，所以这是一个天然的矛盾，或者说是内在诉求不匹配的一个问题。我觉得央行可能是出于这个考虑，采取了一个在现阶段最为妥协的一个办法。此外，我们可以看到央行的这九家股东当中，排在第一位的互联网金融协会占36%。虽然不是绝对的控股，但肯定是第一大股东。另外章程关于组织架构是怎样设定的，我们现在也看不到。至少从表面上来看，互联网金融协会有一个相对来说官方性和权威性的背景，可能从第三方征信机构独立性和公正性的角度来讲，更容易被大众所接受。我觉得也可以从这个角度考虑。

朱小苏：回到征信这个问题本身，个人征信业务牌照颁发后，到底采集一些什么业务？刚刚黄律师说到，可能是好的信息坏的信息都要采集。那比如说，像我偶尔因为工作忙，某笔生活缴费忘缴了或者延迟了几天，以后是不是对个人征信就可能产生影响？对老百姓而言，个人信息到底是有知有觉被采集还是不知不觉被采集？哪些信息会被共享出去？各位嘉宾能不能谈谈？

郑霄潇：从信用信息产生的源头采集信息，主要来自几类机构，第一块就是提供贷款的金融机构。第二个就是提供先消费后付款服务的机构。就是像刚才朱律师所讲的

水电煤气公司提供的生活缴费信息。第三个就是法院、税务等政府部门提供的信息的一些记录。百行征信能够采集到的信息是什么？因为工商登记现在没有完成，暂时看不到经营范围，也看不到运营机制。从现在公开的资料来看，可能更多倾向于采集我们在互联网上的一些生活、消费、借贷的轨迹，再通过他们自己的计算方法来进行整合，整合之后他们会有自己的模式和评分标准来判断究竟是什么样的征信等级。我觉得主要是这些。

黄春林：我刚刚说，征信其实在寻找一个平衡点，这种平衡点就取决于征信机构做什么、怎么做的问题。就收集哪些信息来看，从我们征信有关立法和监管模式来看，主要是做了一个负面清单，就是哪些不可以采集。征信业管理条例第十四条就划定了一个范围，就是有些信息绝对不能去采集，除了这个，其它的信息你可以去采集，但是要履行必要的程序，就是用户要同意。所以通过这样一个负面清单加同意规则，就划定了征信机构可以收集什么。

周楷人：我们采取的是负面清单制。一是完全禁止类，比如个人宗教信仰、基因、指纹、血型、疾病病史等信息。二是书面同意类，征信机构不得采集个人收入，存款、有价证券、商业保险、不动产、纳税数额的信息。但是征信机构明确告知信息主体提供该信息可能产生的不利后果，并且取得了本人书面同意的除外。回到刚才朱律师所讲漏缴的生活缴费的信息是不是可以

采集？我个人认为可以采集，并且可以提供给征信机构，但是事先应该要告知使用者。

朱小苏：回到刚刚黄律师说的，现在好的信息坏的信息可能都要采集，比如说这个共享单车使用等，其实在过程当中都是一种采集信息的渠道。如果现在这些新的生活方式、新的产品我不去使用，对个人信用是否不利，我应该更多去使用这些产品，这些新的生活方式，才可以把我的信用分提高，是不是有这个关系在里面？

黄春林：每个征信机构的算法其实不一样。但整体来看，更多的还是一些不良的信息会对你的信用分值影响很大。你实际使用的一些正向信息，比如说你的履约情况很好，交易记录很活跃，网上信息很完善，当然也会一定程度上影响你的信用记录，但不是绝对的。当然，这样做，也会让你自己更加透明，这就是我说的效率和安全要平衡的问题。

郑霄潇：我想到我们在最开始使用信用卡时，申办的第一张信用卡其实额度都非常低。我想这个原因很有可能就是因为我们没有在网上有任何借贷和消费的记录，所以对于我们的征信情况无从判断没有办法评价。随着我们开始使用信用卡，以及没有任何逾期违约还款的行为，可能我们的信用额度不断增加，这也是我们信用增加很重要的一个体现。

朱小苏：回到个人信息保护的问

题上，我听到一些声音说中国的个人信息保护其实做的还远远不够，包括征信，其实还有很多地下征信机构也在做所谓的征信报告，那么中国的个人信息保护，到底处在一个什么位置？还有哪些欠缺？几位嘉宾请谈一谈。

黄春林：我觉得是这样，这几年无论从社会关注度角度，还是从立法角度，对个人信息的关注越来越高，立法也如雨后春笋一般，但问题还是很多。就征信业而言，我觉得最大的问题还是同意规则问题。按理说征信机构去收集这些用户的信息，其实是不需要用户同意的，如果他也需要同意的话，那和普通企业去收集用户信息有什么区别，就没有效率可言了，很多实际案例也没有操作性。

所以我们在重构这个同意规则到底怎么做的问题，落脚到征信业态这个角度上，我们是不是可以设定征信机构和普通企业不一样的同意规则？或者，我们仅仅在征信使用端满足同意就可以了？

朱小苏：我原先的理解中，有了这张牌照就拿到了一把尚方宝剑，百行征信就可以不经你的同意，把你的信息全部采集过来，然后去使用，但是好像现在这把尚方宝剑没有达到这个效果，采集还是需要取得同意。所以实践操作过程当中，难道就仅仅像前面黄律师说的，百行征信只图师出有名？这个重名之下到底压力如何，周律师怎么看？

周楷人：目前国家对个人信息保护，相关的法律都有涉及，比如说《档

案法》和《护照法》等，都对公民的个人信息制定了保护规定。在《刑法修正案七》和《刑法修正案九》对侵犯公民个人信息都有专门的刑法规定。但还是有欠缺，一是没有一个统一的法律；二是没有专门的部门来进行处置。

朱小苏：是不是意味着百行征信在采集数据过程当中，究竟怎么采集或者采集过程中如何去平衡个人信息保护，目前还没有完全看清楚？

黄春林：主要在几个方面：征信机构申请时的可研报告等材料，要求披露数据怎么采集，数据模型怎么建立，并对信息系统的等级保护要求有明确的规定。此外，央行等监管机构本身也在发布一些规范，包括国标委、TC260也出了一个个人信息安全规范，其中对于如何采集、归集、使用、共享信息这块，也逐渐有一些落地的规范出来。



黄春林



郑霄潇

周楷人：对采集我有一个想法，从立法上来讲已经有专门的规定，一是要征得本人同意，二是不得违反禁止性的规定，如果违反了相关规定，就会面临罚款、行政处罚，甚至构成犯罪的，要追究刑事责任。

朱小苏：回过头来说，百行征信既然有了这个牌照，有了这些法规，其实从监管的角度，也更方便去监管它采集数据的过程，让它在整个过程当中更依法合规，这可能也是个好处。

郑霄潇：这可能也是设立百行征信很重要的一个目标或愿景，通过统一归集，比如像互联网金融协会，背后依托了大概有 200 家互联网平台公司，还有剩下这八家股东单位，可以通过百行征信去倒逼这些股东、这些平台公司，怎样去做更好的隐私权保护，从而符合一个统一的监管标准，然后也可以通过这样的方式来使个人隐私权保护和征信两者达到一个相对的平衡。

朱小苏：采集完了以后它应该要

提供给用户去使用，究竟谁可以看到这些信息？怎么样才可以享受到采集的这个成果，几位能不能介绍一下？

黄春林：对的，在征信业，消费者其实做了一个让渡，即把个人信息控制权让渡出来，那他当然就要享受相应的福利。所以我们法律和实践层面，用户本身可以去免费查询自己征信信息；另外一方面，通过让渡，他实际上还获得了一个相当于第三方“认证”资格，把自己的信用情况展现给第三方，进而提高了交易效率。

周楷人：一是传统金融机构，新型的互联网金融机构可以查询百行征信的相关信息，但是这里要征得信息所有人的同意。二是具有特定职责的行政、刑事执法部门，比如公安机关办理案件的需要，这里是不需要征得信息所有人的同意。三是本人查询。这个应该会像央行征信系统一样，但是会有次数的限制。除了以上三个可以查询的渠道，我有两个建议：一是向律师事务所等社会中介机构开放查询，但是要承诺不能用于非法目的；二是可以向全社会开放查询，但是只能查询信用等级或者分数。

朱小苏：我发现有两个问题了，如果真的像周律师刚刚说的，个人信用在一定程度上可以让普罗大众都去查询，如果发现了登记错误的信息，百行征信是不是要承担相应的责任？第二，因为现在所有的数据都归拢到了百行征信，那么在保护时，一旦出现信息泄露，那百行

作为一个信息的保管者，是不是也要承担法律责任？

郑霄潇：信息主体实际上有一个权利，当他发现了征信机构的信息存在错误、遗漏的，有向征信机构还有信息提供者提出异议的权利，然后主张自己的合法权，当然要有个合理的理由和依据。在此前提下，如果经核查，确实认定错误和遗漏的，征信机构应当更正。

黄春林：从网安法的角度，这涉及到个人信息的质量和个人信息的安全。质量这个问题，我觉得作为一个信息归集平台，只要它在收集过程中没有恶意篡改等过错问题，就不应该承担责任，否则对征信机构不公平。网安法也好，侵权责任法也好，征信条例也好，都赋予了消费者查询和更正的权利来解决这个问题。第二个会涉及到信息安全的问题，这个世界上没有绝对安全的网络，一旦出现信息泄露的问题，百行征信要不要承担责任？我们说通常会看两个角度。从行政监管的角度上来说，百行征信有没有履行法律赋予他强制性的一些义务。那第二个从民事的角度上，无外乎涉及侵权，这个数据泄露跟你有没有因果关系，以及这些机构有没有过错的问题，怎么去证明，这里面会涉及到举证责任的分配和对过错责任的适用问题。

周楷人：对于错误的信息，可以要求更正，《征信业管理条例》也有相关规定。对于窃取公民个人信息，从刑法上来讲，是一个故意犯罪行为，按照刑法第二百五十三条的规

定，窃取或者以其他方式非法获取公民个人信息的，将构成侵犯公民个人信息罪，最高处七年有期徒刑。对于泄露公民个人信息，如果违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，也构成侵犯公民个人信息罪。如果过失泄露公民个人信息，则对征信机构进行罚款，对主管人员和其他直接责任人员也要追究责任。

朱小苏：从一个宏观的角度，大家谈一谈个人征信首张牌照颁发这个事件对于现在社会信用体系建设，是不是可以称之为一个重要的里程碑事件？大家怎么来评价个人征信业务企业的诞生和现在宏观的社会信用体系建设这两者之间的关系？

郑霄潇：讲诚信其实是中华民族的传统美德，重信守诺也是中华优秀传统文化所推崇的。社会信用体系是现代市场经济的基础，对市场经济的健康发展起着非常重要的影响作用。长期以来发展的一个现状，就是信用体系的建设是落后于经济发展的，这也从客观上导致了出现了信用缺失和诚信危机。比如说老赖这种现象非常普遍，虽然2014年开始到现在，国家出台了一系列政策对这些失信被执行人进行限制的措施，但是事实上他们仍然有很多办法去逃避应当承担的社会责任和经济责任。现在中国经济处在非常重要的一个转型和变化时期。现在经济发展的驱动力，从传统的要素驱动、投资驱动其实是转向了创新驱动。实际上市场对于建立一个良好的信用关系的要求更加迫切，市场主体对这种风险管理和控制能力

的需求也显著增加，所以说我们现在建立这种以信用为核心的新兴市场的监管机制，也是我们推动创新业态发展的一个非常基础和重要的支撑。

周楷人：我们应该积极来看待百行征信，一是能让市民更加珍惜自己的信用，因为百行征信的信用将会给市民带来真切的好处和便利。二是让失信者无处藏身，尤其针对一些在P2P平台骗贷的不法分子，以后这类只借不还的不良个人信息将采集至百行征信系统。三是信息可以更好地流通，这次八家征信企业可以把个人信息全部放在一起，可以流通起来，减少交易成本。

郑霄潇：其实我自己还有个小小的愿望，因为我平常做非诉讼业务，在调取征信报告时，很重要的一块是关于民间借贷，我们现在的征信体系也是没有办法覆盖的。随着社会信用体系的建设及发展，民间借贷信息以什么样的方式切入到社会征信体系，我觉得对于整个社会的信用体系的文明建设和发展是蛮重要的。

朱小苏：最后几位嘉宾能不能用一个关键词来总结一下我们今天讨论的话题，然后再简单说一下理由。

周楷人：任重道远。征信这个业务在我国时间还不长，尤其像百行征信这样的模式更是刚刚开始探索，让九家企业共同组建一家百行征信，并且牌照有效期是三年，可以看出行政主管机关的谨慎，因此，征信这件事是任重而道远。

黄春林：平衡。两个平衡，一个是交易效率和个人信息安全的平衡，要不偏不倚，前面已经多次讲过。第二个平衡，是集中统一与开放共享的平衡，现在走大一统的模式，当然有好处，但是缺陷也很明显。如果央行一味走这种集中统一的模式，而不是去开放共享，那有可能八家试点单位不跟你玩儿了。我们现在看到发改委动作频频，最近和滴滴、OFO等在签订数据共享协议，它其实也是在获取用户的信用信息。如果八家试点单位都去抱发改委的大腿，那最终会导致央行做的个人征信体系名存实亡。

郑霄潇：其实我想到的词是“确幸”。人无信不立，事无信不成。2014年时，国务院出台了一个社会信用体系建设规划纲要，它是2014年到2020年整体的一个纲要。这充分证明了其实国家已经意识到了应培育市场主体诚实信用的经济文化，要形成信用有价的经济价值观。2014年以来，我们可以感受到国家在信用体系建设方面所做的举措，以及取得的一点一滴的成绩。虽然还有很多问题和困难，但是我现在更想用“确幸”这个词，确定的美好和幸福。我相信个人征信牌照的发放是我们国家信用信息系统浩大工程当中很重要的一步，我也相信这一步会有一个坚实的基础和结果。

朱小苏：好的，谢谢几位嘉宾参与讨论，我们今天讨论就到这里结束了，再次感谢。

（本文内容根据录音整理，系嘉宾个人观点，整理时间：2018年3月21日）

做一名法律的“布道者”

文 | 朱平晟

我从本科毕业就进入了律师行业，2007年正式执业至今，已逾十年。十多年的光阴，从青年迈入中年，从一个业内的小律师，一步步走到君悦所的合伙人，再到有幸被评为“长宁区优秀律师”，也算是踏踏实实。只是，业内前辈大咖众多，他们的奋斗史、业绩，如同鲜艳的战旗引领着后辈；同辈甚至晚辈的精英层出不穷，他们的智慧和精彩，也时时鞭策着我，如今让我来谈感悟，心中惶然。我只想说，每一名律师，都应该怀揣信仰，去做一名法律的“布道者”。

我喜欢读历史，中国人的思想从春秋战国时期的儒、道、法（和现代意义的法治有本质区别）、名、墨、阴阳等等演变到儒家一家独大（实际上仍参杂了释和道），但无论

怎么变，数千年的历史都是在“人治”中走过，法律意识、契约精神极为淡漠。正因此，曾几何时出现过一个角色接近现代律师但实际价值和意义却不大相同的职业，叫“讼师”，有的讼师不自重，不幸沦为“讼棍”，名声并不太好。在历史的视角下，很多“不凡”会显得平凡，在

中国律师职业的存在就更显得短暂和平凡，但在依法治国的新历史时期下，律师终于拥有了属于自己的舞台，唯有在国家法治建设的事业中，在实现公平正义的道路上，律师才是中坚力量，才是当仁不让的主角——律师有责任有义务，让法律的光芒闪耀。

在过了执业之初的“新鲜期”后，时常会觉得律师职业有些平淡。可能是职业特征使然，再大的诉讼案件或非诉项目，律师只能是代理人或项目参与者，无论成功的光环还是巨额利益的获取，当事人才是第一位的。万达与融创之间数百亿元的交易，人们聚焦于王健林和孙宏斌两位商业巨擘；加多宝和广药为了商标和红罐包装诉争多年，一手抓诉讼一手抓宣传，但人们几乎没有看到对律师的报道。律师时常为富人服务但本身也许很难成为“富人”（放眼世界都没有律师进入任何有关财富的排行榜中），也无法成为为国家冲锋陷阵的“战狼”。所以，经常会自问：律师的价值到底是什么？

追根溯源，还是要回到律师行业的本质。习总书记在多次讲话中强调了依法治国，其中提到：“促进社会公平正义是政法工作的核心价值追求”，而追求公平正义，推动国家法治建设，正与律师职业的内涵一致。律师参与各类诉讼或项目，这些具体的事务只是律师工作的载体和形式，对每个案件中公平正义的追求以及每个项目中对法律的尊重和遵守，才是律师工作的本质。学习法律、运用法律，维护法律，为法律“布道”，律师是当之无愧的主角和先锋。

我相信并一直努力践行着，律师能够确保重大商业事件合法有序地推进，可以对政府的依法行政大有帮助，在数不胜数的普通维权的案件中，律师的作用就愈发明显和重要。出于律师的社会性，与广大

群众最先接触且范围最广（法院不告不理，职业特征使然，法官和群众理应保持着天然的距离），这就决定了律师在法律阵线中处于一线位置；出于律师的职业性，职业要求就是维护当事人的合法利益，这就决定了律师有自发的动力去追求公平正义的实现；出于律师的专业性，律师比社会上其他任何群体都更有能力为广大人民群众去奔走呼喊。无论以诉讼的方式还是以非诉的手段，当为遭受不公的当事人求得了公正的待遇之后，当为一些陷入窘境的当事人争得合法的利益之后，当听到当事人发自内心的那声“谢谢”之后，那种油然而生的自豪感和成就感，正是律师的快乐和追求。

律师，就应该为法律“布道”，在追求公平正义的道路上不辞辛劳。

做好一名律师不容易，做好一名法律的“布道者”就更加不易。这需要观念、技能、心态的进一步升华。

首先要有超脱个案的大局观。全心全意维护当事人的合法利益，是律师的职业道德和本质要求，这一点无可争议。然而，个体利益的最大化和社会效益的最优化，并不完全等同——或者说两者之间存在着边际效应，当个体追求己方利益最大化的过程中如果超出了合理区间，那么社会效益的增长会放缓甚至倒退。

“维护社会大局稳定，是政法工作的基本任务。”习总书记的这句话其实对律师提出了更高的要求，

要在追求个体利益的基础上，有更高的视野和格局，去追求社会效益的最大化。从小处说起，在我处理一些家事案件的时候，这种现象非常明显。当事人希望争取更多的共同财产，希望夺得子女的“抚养权”，有些当事人甚至希望减少甚至剥夺对方的探视（认为这样可以少见“仇人”）。前两个要求无可厚非，第三个要求就值得商榷，这时律师就要衡量社会价值，是帮助其实现己方的全部利益并设法收取更多的律师费用，还是告诉他（她）其实孩子也需要亲生父母双方的爱护和关怀，并说服当事人接受对方的探视，缓和双方的矛盾。我想，无论从伦理还是从缓和社会矛盾的角度，律师都应该毫不犹豫地选择后者。所以我常常劝解家事案件的当事人，不要计较眼前的得失，应该看得长远些、宽阔些，妥善处理眼下的矛盾，为日后的平和生活打下基础。这样的案例有很多，又比如我曾代理的知名上市公司集体劳动争议案件，尽管用人单位有诸多理由拒绝给付补偿金，但面对一群生活受到严重影响的老员工，法律之外，人情之内，给予一定补偿可能才是最好的解决方案。这就需要律师有社会大局观，超脱案件的本身，去追求更大的社会价值，才有动力去说服客户，从根本上化解矛盾，定纷止争。

其次，要怀着“匠心”打磨执业技能和经手的每一个案件。我觉得，律师最初应该是一个“匠人”，不论贫富，只追初心，悉心打磨自己的专业能力；经办任何一个案件，

无论诉讼还是非诉，都应该屏息凝神、兢兢业业、不厌其烦地像艺术家打磨作品一般去研究案件，探究相关法律，追求结果的最优化。比如在我引导一些民营企业挂牌新三板的时候，民营企业都希望以最小的代价取得挂牌的成功。规范过度了，企业无法承受，打击了企业家的积极性；规范不够，则可能无法满足标准，挂牌不成。这就需要律师充分“吃透”相关法律和政策，找到规范和成本付出的平衡点，在合法合规的前提下，尽可能为企业节省规范成本。一旦民营企业挂牌成功，不仅对其本身是一种促进和提高，更能为地区和国家增加大量的税收，多方共赢的结果就像一件美妙的艺术品，令人骄傲和欣赏。

律师的执业技能和经验无法一蹴而就，需要静下心来细细钻研、打磨，这比一般的行业要辛苦得多，但一切都是值得的，当看见自己经办的案件如一件好的“作品”一样受到各方的赞赏，那种喜悦无法形容。

最后，要有坚定的理想和信念，知行合一，积极传播法治精神。在推动国家法治建设的道路上，律师应冲锋陷阵，当仁不让。除了在处理每个案件的过程中追求尽善尽美，目前阶段，律师还应当通过自己有意为之的宣传，让身边的人感受到法律的作用和价值，司法的公正和进步。

在一个诉讼案件结束后，如果结果好，律师不应该过于吹嘘自己的能力，而应该把结果归结为法律的公平公正，向当事人正面宣传我

们的行业和司法环境；如果案件结果不如人意，就更需要保持良好的心态，不能为推卸责任而将不利的结果归因于法官的不公，而应当客观地向当事人解释结果的原因，该接受的应该接受，确因法官观点不同的，可以选择上诉等救济途径。要坚信我们这个行业乃至我们国家，都走在正确的道路上，即使在发展的过程中总有这样那样的问题存在，但这恰恰是我们努力的价值——去改变、去进步、去完善——如果一切都已经那么完美，那我们只是“乘凉”的路人而已。

我始终坚信，如果一名律师一年能向 20 名当事人积极、正面地宣传我们的司法环境、法治精神，以执业 25 年来算，就能影响 500 名当事人，如果这 500 个人又能间接影响 20 位身边的人，那就是 10000 人。以上海存在 20000 名律师计算，25 年里就能影响 200000000 人……这是何其庞大的数字。先贤曾说：“为天地立心，为生民立命，为往圣继绝学，为万世开太平。”这是一种责任和担当。每一代人有每一代人的使命，或许我们这一代律师，就应该抓住机遇，为法治理念的深入人心而不懈奋斗。

我曾有幸赴香港考察法律行业的发展，不同的历史背景，不同的制度下，香港律师体现出鲜明的特征，他们专业、高效、自律且自重，带着对行业的高度责任感和对法治的信仰参与到社会管理的各个环节。当下，我们同样迎来了大好的历史机遇，党和政府高度重视法治建设。律师都渴望自己能有更好的

执业环境，拥有更美好的未来，其实，这一切都在于我们自己——当我们阳光、积极、努力，像布道者一样，把这份法律人的理想信念带给当事人，带给身边人，当越来越多的人知法奉法的时候，我们、我们行业乃至我们国家，一定会更加美好。

这就是我的一些感悟，“只可自怡悦，不堪持赠君”；至于岭上的白云，只盼我辈共同努力去攀登采撷了。



朱平晟

上海市君悦律师事务所合伙人。
业务方向：公司投融资、知识产权等。

取得国际转会证明受阻后 俱乐部的继续履约责任

国际体育仲裁院案例评析

文 | 吴炜

序言

除了众所周知的国际奥林匹克委员会 (IOC) 总部以外, 还有一个在全球体育界拥有同等影响力的体育机构, 其名称为国际体育仲裁院 (Court of Arbitration for Sport)。1984 年, 国际体育仲裁院在国际奥委会前主席萨马兰奇的提议下建立, 经过逐步完善其已经完全独立于国际奥委会。目前, 该院已经是全世界体育领域最具权威的仲裁机

构, 任何与体育有关的争议均可以相应提交国际体育仲裁院下辖的两个分院仲裁 (即普通仲裁程序与上诉仲裁程序)。在受理比例中, 受理当事人因不服国际足联而提出上诉的案件占了相当一部分比例。

鉴于体育法的“小众”属性, 以及国内俱乐部对于该部门法律相对缺乏重视, 因此在处理与外籍球员相关的争议时往往感到较为迷

茫。而本人自 2012 年起就有幸成为少数几位中国籍仲裁员, 积极活跃于国际体育仲裁领域, 在多起仲裁案件中担任仲裁员。本次特选一起近期由本人担任仲裁员的案件, 从案例角度为大家, 尤其是国内的职业足球俱乐部, 以案例分析的形式简述在国际转会证明遇到问题时, 买方俱乐部所需要承担义务的范围。

案例简介与争议焦点

本案为申请人 A 俱乐部因不满国际足联争议解决委员会 (FIFA DRC) 的决定, 以 B 球员为第一被申请人和 C 俱乐部为第二被申请人提起的上诉。2013 年 6 月份, A 俱乐部与 B 球员签署了一份有效期自 2013 年 8 月份至 2016 年 6 月份的工作合同 (以下简称: “工作合同”)。然而, A 俱乐部随后在国



际足联转会匹配系统 (FIFA TMS) 上发出的国际转会证明 (ITC) 请求受阻。在此情况下, A 俱乐部撤回了请求, 最终导致 B 球员未能实际完成转会。并且, A 俱乐部在 2013 年 9 月 4 日 (当时其认为转

会窗口即将关闭) 告知 B 球员, 主张《工作合同》由于 ITC 的问题而需要提前解除。B 球员最终回到了原俱乐部 (即 C 俱乐部), 并与其重新签订了一份合同。此后, B 球员向 FIFA DRC 提出申诉并请求

A 俱乐部支付违约金, B 球员的部分主张得到支持。

本案主要的争议焦点在于: 在俱乐部发现其无法及时取得 ITC 时, 是否可以认为其已经具备了解除合同的正当理由?

案件分析

与国际足联的裁决理由局限于国际足联规则和以往判例不同, 国际体育仲裁院在裁决案件时适用瑞士法律来判断什么是构成解除合同的正当理由。根据《瑞士债法典》第 337 条第 2 段, 如果基于诚信原则 (in good faith) 判断, 终止合同的一方不再负有维持雇佣关系的责任, 则该方即具备了解除合同的正当理由。A 俱乐部主张由于其无法取得 ITC, 导致无法完成球员转会, 而具有解除合同的正当理由。另一方面, 对于身为职业运动员的 B 球员而言, 若其无法参赛, 则其市场价值和未来职业生涯所可能取得的机会都将受到减低。为此, B 球员主张 A 俱乐部侵犯了其作为球员的个人权利, 因而不属于构成正当理由的依据。

为此, 仲裁庭首要解决的问题

就是: 在 ITC 签发受阻的情况下, A 俱乐部撤销 ITC 请求的行为是否构成了违约? 自 2010 年起, TMS 系统并入 FIFA RSTP, 自此规定各国足协应提前 12 个月在 TMS 系统中输入转会期的起止时间。而根据系统显示, A 俱乐部所在国的足协也确实提前在系统中进行了公示。因此, A 俱乐部应当在《工作合同》签订前就已经了解转会窗口的起止日期。

由于未知的原因, 尽管 A 俱乐部在 8 月 25 日已经要求 A 国足协向 C 国足协发出 ITC 请求, 但是 C 国足协称其在次年 1 月份才收到请求。

仲裁庭认为, 即便是由于足协的原因导致 ITC 流程的延迟, 这也无法构成 A 俱乐部解除合同的正当理由。因为俱乐部可以通过申请临时 ITC 办理临时转会的方式, 先完

成球员的临时注册, 待双方足协确认后办理正式转会。

而 A 俱乐部所做出不注册球员的选择, 事实上完全阻止了球员参加比赛这一基本权利 (因为仅有注册球员才可以参赛)。据此, A 俱乐部的该行为属于严重违约, 同时赋予了球员一方解除合同的正当理由。

结论

通过该案可以发现, 尽管可能是由于 (某) 国足协的原因导致 ITC 的流转遇到了问题, 但是并非意味着买方俱乐部自动具备了单方面解除合同的正当理由。例如临时转会制度的存在即意味着, 除非基于诚信原则的判断, 俱乐部对

于维持合同关系不再具有可期待性, 否则买方俱乐部仍需要采取合理努力继续履行合同义务。对于不熟悉临时转会制度的国内俱乐部尤其需要注意, 以免在不具备正当理由的情况错误解除导致承担违约责任。



吴炜

上海市通力律师事务所合伙人、上海律协教育体育业务研究委员会主任、国际体育仲裁院仲裁员。
业务方向: 体育法、公司法、破产清算。

美国为何能逮捕香港官员？

长臂管辖：企业家“一带一路”经营活动中的头悬利剑

文 | 马靖云

近来，一则法治新闻在法律人的朋友圈中引发热议：香港民政事务局前局长何志平涉嫌代表内地一家能源公司向非洲国家行贿，被美国司法部实施“长臂管辖”原则逮捕，且出庭后被联邦法庭拒绝保释将继续关押。

这则法治新闻将对中国企业家产生怎样的影响呢？法律人所解读到的那些和“一带一路”、营商环境息息相关的信号，作为企业家的你，感知到了吗？

“长臂管辖”：臂有多长，因何而管？

相信何志平案会让很多人一头雾水，再回头仔细读一下这则新闻，“香港”前公职人员，代表“内地”企业，向“非洲”国家行贿，跟美国有一毛钱关系么？美国凭什么管？更有人质疑这是否是美国霸权主义再次抬头。

“是否霸权主义？”这种国际法领域的问题不在本文讨论之列，我们先说一下这个“长臂管辖”到底是什么。美国为什么可以管辖外国人呢？

根据美国《海外反腐败法》(FCPA)，行为人是否具有美国国籍不问，只要满足了“最小联系”标准，即哪怕仅仅是通过美国的电话、邮件或者银行转账，只要和美国有联系，美国就具有管辖权。

“长臂管辖权”原本是美国境内各州之间民事管辖的原则，而在反腐败法上“山姆大叔”的手更是直接伸到了域外，因此也被称为“长臂管辖”。美国的长臂执法行动近年来越来越频繁地与中国发生联系。

据相关统计，截至2016年已经有62起案件涉及中国；而2016年至今，美国54%证监会案例和36%司法部案例都与中国有或多或少的关联，这个不断增长数字应该引起广大中国企业家的警惕。

“一带一路”的境内政策东风，是否能够把握？

一方面，应该说伴随着“一带一路”战略的开展推进，国内的营商环境也在不断优化中。

习近平总书记在讲话中多次提出改善营商环境和创新环境，提升国际竞争力，最高人民法院接连发布《关于充分发挥审判职能作用为企业家创新创业营造良好法治环境的通知》等文件，而就在3月5日召开的全国人大会议上，李克强总理在政府工作报告中也再次强调了营商环境持续改善的重要意义。

这些无异都是和煦的政策春风，然而欣欣向荣不意味着无序地野蛮生长。

企业家必须看到，营商环境优

化蕴含的题中应有之义是对于合法、守法经营企业、合法企业财产的保护，而其另一面也意味着对于违法企业、违法经营行为不遗余力地打击和治理。

肆意实施违法行为的后果不仅可能丧失对企业的控制、丧失人身自由，甚至可能给企业本身带来灭顶之灾，这是任何一个企业家都无法承受之重。

“一带一路”的域外法律风险，是否能够规避？

另一方面，随着越来越多的企业积极响应和参与“一带一路”建设，“走出去”的企业日益增加，而伴随而来的风险远不止沿线国家复杂多元的经贸、政治、安全状况那么简单，更重要的是这些国家在国家安全、反垄断、环保、劳动用工、税务等方面迥异的法律规定。

因此，法律风险特别是刑事风险是中国企业和金融机构参与“一带一路”建设应当首要关注的问题，何志平此次被捕，就是给中国企业家

敲响的一记警钟。

在很多国家，犯罪和行政违法行为并没有明确的区分和界限，所以违反行政管理规定甚至民事法律，都可能会直接导致构成刑事犯罪并予以处罚的后果，这是中国企业在走出去的过程中应该予以深度注意的，因为这些法律风险导致的后果对一个企业或者企业高管很可能是致命的：

首先，国外对企业犯罪行为的处罚力度一般要远远大于我国国内。例如美国仅反海外贿赂“罚款”年均就超过 10 亿美元，而我国对于行贿罪的处罚一般来说是低于受贿罪的。

其次，国外对企业违法行为的处理往往要追责到企业高管个人，稍有不慎辛苦经营的巨额财富一朝付之东流，自己落得锒铛入狱的下场，同时又因为“外国人”这样一个身份在保释等方面也困难重重。

最后，涉及刑事风险的解决办法，往往是通过一定外交途径予以斡旋，有极大的不确定性。

中国企业“走出去”过程中可能遇到的四大风险类型主要包括：

1. 因企业经营行为本身违法而受处罚，比如违反当地税法、劳动法、海关法、知识产权法乃至移民和签证规定的相关风险。

2. 因企业员工或交易对象违规行为导致企业承担的衍生刑事风险。比如在境内较为少见而在海外受到指控最多的一类风险：伪造文件类犯罪。往往是企业员工为了经营业绩，伪造签名或伪造法律文书，但如果构成犯罪，也可能让企业因此承担民事赔偿责任或被判处刑事赔偿令，令企业付出高昂的代价。

3. 某些行为在中国虽也被认定

为犯罪行为，但其量刑标准、处罚幅度与境外法律差别较大，中国在境外企业应予以特别注意规避。比如知名药企辉瑞在中美均有违规推销的行为，在中国的处罚是没收违法所得约 296 万元，并处罚金 10 万元；而在美国辉瑞被定性为医疗诈骗，并不得不支付 23 亿美元的巨款来换取司法部撤销指控。

4. 企业正常经营行为，因为第三国法律的特殊规定而产生意外联结节点导致的法律风险。比如美国前总统奥巴马曾宣布两项继续制裁伊朗的措施，而中国昆仑银行仅仅因与伊朗有业务来往直接被列入制裁名单，并对其公司财产做出一定的限制和处理。

对于上述任何一种风险，照搬照抄在国内的运营经验绝不足以应付。

也许有读者会说，强大的祖国是我们海外企业最坚强的后盾。没错！然而正如中国外交部发言人陆慷所强调的：“中国一向要求中国企业在海外要合法经营，遵守国际法和当地法规。”

中国“一带一路”的建设有重大战略意义，必须以法治为后盾，而不是经济单兵突进的单一过程，在对外经济交往中提高我国司法的国际公信力，增强法治互信，这才是一个大国的责任和担当。

而作为有志“走出去”的中国企业，面对日益规范的国内环境和复杂的境外因素，则必须要响应国家法治号召，在意识上首先要把“安全”放在“利润”之前。

这绝不是危言耸听。对比李克强总理《政府工作报告》和最高人民法院周强院长《最高人民法院工作报告》的数据显示，可以得出一个怵

目惊心的结论，就是陷入法律纠纷的资产几乎占全国经济总量的 6%，而法院受理案件增长率几乎是 GDP 增长率的 3-4 倍，更不要说资产因涉诉而无法正常使用、交易将会给企业带来多大的商机损失。

不难想象，境外涉诉所产生的成本和机会损失较之境内涉诉更可能是几何级数的增长。

现实给企业提供了更多的发展机遇，同时也对企业提出了更立体、更深刻、更全面的要求。

无论作为领航掌舵的企业家抑或为企业保驾护航的法律顾问，都必须充分了解、研究并尊重当地法律制度，牢固树立规则意识和依法合规经营理念，建立健全海外业务法律风险管理制度和管理体系，塑造中国企业守法诚信的形象，才能够使企业在“一带一路”的建设中获得更多机遇、实现更高质量的发展。



马靖云

上海市海华永泰律师事务所党总支书记、合伙人。

业务方向：刑事辩护、商业犯罪、企业刑事风险防控。

律师，我的光荣与梦想

文 | 徐娟

犀利、果敢、理性、强势，这些词汇是人们对女律师最普遍的评价。大家眼中的女律师，尤其是诉讼女律师是否都是踩着高跟鞋，拎着 Prada 的女魔头？其实并不然，理性、勇敢是律师的基本素养，从容、温暖则是女律师的职业风采。

我就是一位以诉讼为主业的女性律师，法庭上，信仰法律据理力争；生活中，温暖他人关爱社会。

信仰法律 我的律师梦

说出来大家可能不相信，3岁时，我就萌发了做律师的梦想。当时，我根本不知道律师是做什么的，只是很天真地说：“我想帮穷人打官司，他们需要帮助。”记得中考前夕，班主任让我们写下梦想的大学、职业，我立马正襟危坐，很认真地在一张小纸片上写下了自己的梦想：“华东政法学院、律师”。那一刻，有一种我就是为法律而生的感觉，好像自己在为自己的人生作出特别重大的决定。而后，为了这份光荣与梦想，我脚踏实地，一步一步把梦想变成现实。

公司法务 防范风险 推动业务

大学毕业后，机缘巧合，我有幸进入 SMG，担任星尚传媒有限公司法务。作为公司法务，原本的工作职责仅仅是负责公司内部风险防范、搭建起外聘律师与公司业务部门沟通的桥梁即可，但我并不满足于此，业务模式上经常向同事请教，法律事务上更是缠着外聘律师讨论个不停，甚至常常与领导讨论公司治理、对外合作等问题。当时合作的外聘律师甚至戏称再这样下去，他们可能要失业了。

三年的法务工作让我收获良多，不仅是如何将学校里的书本知识运用到实践，更锻炼了我的协调、谈判能力，深感如何在做好风险防范的同时推进公司业务发展，如何达到风险与收益之间的平衡，是公司法务价值的体现。

诉讼律师 信仰法律 坚守底线

为了梦想，高考志愿填的都是法学专业；也是为了梦想，毅然放弃了公司法务这份很稳定的工作，进入了律师行业。每个刚进入律所的新人都会面对这样的选择，诉讼律师 or 非诉律师？考虑到自己是法务出身，这样的经历可能更有利于成为非诉律师。但是，想到自己的法庭情结，扪心自问，我更想成为一名优秀的诉讼律师，虽然将面临一切从头开始，我依然毫不犹豫地选择从诉讼做起，从贴近民生的传统民事诉讼做起。

信仰法律，据理力争，我完成了上海首例对第三方支付平台的诉讼保全。我代理的多起 P2P 借款合同纠纷中，投资人面对公安不立案，公司不还钱的局面深感无力，走投无路，无所适从，投资人明知该公司在第三方支付平台中有一笔数额不小的款项，却无法获取公司的账户信息，诉讼保全难度不小。接受委托后，我认真分析案情、研究策略，但面临缺失的账户信息、账户又是第三方平台，并非传统银行，保全遇到了很大的困难。我多次与主审法官沟通、依据法律据理力争，申请到调查令查出具体账户信息，为法官作出保全裁定提供明确的财产信息。执行庭保全组的法官主动联系我核对信息，并称从未做过第三方支付平台的账户保全，这是他们做的第一起甚至也是上海首例对第三方支付平台作出的诉讼保全。

这就是诉讼律师的日常，秉承

着内心对法律的信仰，坚守法律条文，尽全力为委托人争取权益。

深耕于家事代理，我经常遇到离婚纠纷委托人的哭诉、继承纠纷中亲人间的互相指责。面对这些“负能量”，我常常晓之以理，动之以情，不仅仅为委托人处理法律事务，更加注重情理的沟通，帮助他们打开心结，化解矛盾，重拾亲情、友情。很多人认为家事纠纷很烦，充满着婆婆妈妈，家长里短，其实这就是老百姓的生活，每个人都会面临的最实际的法律问题，大部分老百姓认识法律就是从《婚姻法》《继承法》开始的。

这就是家事律师的日常，坚守法律底线，用温暖化解矛盾，用爱心打开心结，帮助双方重拾亲情。

公益普法 传播法律信仰

作为青年律师，我积极践行以所学服务社会的理念，利用业余时间参加各种公益普法活动。针对青少年保护，我作为浦东新区团委 12355 青少年平台智库专家一员，通过浦东电台的电波，为青少年及家长送去法律保护知识；针对社区老百姓，我作为上海多家居委会的特邀律师，为百姓解答疑难杂症、调解纠纷；针对弱势群体，我积极参加法律援助工作，为需要法律帮助的人提供法律服务。

法治的进步源于百姓对法律的敬畏，只有法律成为社会民众的共同信仰，才能使百姓对法律产生敬畏之心，只有百姓对法律心存敬畏，才能保持法治的权威。作为法律人，我

们更应当信仰法律，敬畏法律，以此来感染身边的当事人，依法治国的理念才能进一步得到落实，这是每位法律从业者的责任。

每一位法律人都肩负着推动法治进步的责任，律师是依法治国的践行者，青年律师更应当积极投身于法律宣传，从我做起，以自己的实际行动传播法律信仰。我的律师生涯刚刚开始，我将继续自己的光荣与梦想，缘法而行，走在传播法律信仰的道路上，我很满足。



徐娟

北京观韬中茂(上海)律师事务所律师、上海律协会展与旅游业务研究委员会干事、上海市房地产经纪行业调解委员会调解员。

业务方向：婚姻家庭、旅游会展、合同纠纷。

编者按：

为弘扬行业优秀文化，促进行业交流，上海律协以“真人、真事、真情”为主题，于2016年11月27日举办了“聆听律师的声音”（第一季），让律师们讲述自己的故事，首季包括上海律协会长俞卫锋在内的8位律师的演讲引发了热烈的反响。

2018年1月27日，上海律协顺势又举办了活动第二季，邀请了上海申浩律师事务所张玉霞在内的9位律师，向大家讲述各自的执业故事和感悟。感动常在，精彩继续。在此，《上海律师》特刊出第二季嘉宾的演讲故事，以飨更多读者。

我心中的侠女梦

文 | 张玉霞

我不穿高跟鞋，不喜欢正装；不开车，不应酬。别人经常对我说：你看起来一点都不像一个律师嘛。接着，别人又会问我为什么要选择做律师？我会回答两个字：理想。我相信每个人在小时候都被逼写过一篇作文，叫《我的理想》。我的理想不是要成为科学家，不是要成为医生，不是要成为老师，不是成为售

票员。我的理想是：我要成为一个侠女。但是作为一个从小到大体育成绩几乎没有及格过的女生，我最终只能“曲线救国”，成为了一名律师。

一个偶然的的机会，我听说了法律援助，我到法律援助中心的第一天的工作是接听12348电话，那天我接了40多个电话，遇到了形形色色的来电人。我至今仍记得那天有个女孩子打电话来跟我说：“我家里有蟑螂我该怎么办啊？你们快来啊！”还有一个男孩说：“女朋友跟我分手了，我很难过，我能不分手吗？”这一度让我怀疑我接听的到底是法律援助热线还是电台情感热线。但是我觉得特别兴奋，不管对方问的是什么问题，我觉得我是在被求助啊，能够帮助到别人这多有成就感啊！



张玉霞

上海申浩律师事务所合伙人、上海律协社会公益与法律援助业务研究委员会副主任。

业务方向：民商事、未成年人保护、法律援助。



扫一扫，观看精彩视频

这股兴奋劲居然还维持了很久，直到我遇到李阿婆。李阿婆是个八十多岁的老人，因为胯骨骨折躺在了区老年医院的病床上，五个子女居然没有一个愿意来支付阿婆的医药费。邻床病人的家属看不过去，联系了法律援助中心。我看到阿婆的时候，她瘦小的身体在病床上索索发抖，她哭着抓着我的手说：“小张律师，我有五个孩子，五个孩子啊，我不指望他们多孝顺，我就让他们帮我付医药费他们都不肯，都不肯！”继而，老人突然对她说：“小张律师，你长得很像我的大孙女，她是我一手带大的，现在在英国读书，可优秀了。”说着，老人泪眼婆娑的脸上竟然有了笑意。我听得鼻子酸酸的。我帮助她把五个子女告上了法庭，在法庭上，五个子女相互推诿、相互指责，每一个人都提出了不赡养老人的理由。我在庭上说：“你们都比我年长，是我的长辈。但是我今天是代表李阿婆来告你们五个人，你们都是不孝的子女，赡养是每一个成年子女应尽的法定义务，当年两个老人可以把你们五个子女养大成人，现在你们五个子女却无力赡养一个老人吗？”最终我打赢了那场官司，每个子女都要承担赡养老人的义务，支付老人的医药费。但这份判决在执行了几个月之后老人就永远地离开了。我难过了很久，我突然有点迷茫，法律真的像我想的那样正义吗？

这个时候我遇到了一个叫晓丽的当事人。晓丽由于工伤申请了法律援助，她没有读过什么书，只会写自己的名字，是一家美容美发店的洗毛巾工。第一次见到她的时候

她问了无数个怎么办：“单位不承认我的劳动关系怎么办？”“单位不赔偿我怎么办？”“单位已经找人顶替我的工作怎么办？”但是晓丽说这些的时候脸上并没有愁容，她说起自己的两个孩子脸上就会溢出幸福，她还安慰我说：“张律师，你也别有压力，我知道我提供不出什么证据。”最终，由于我发现了单位方提供的一份材料上的五块钱员工爱心基金，证明了晓丽和单位之间的劳动关系，晓丽的官司最终胜诉了。她对我说：“张律师，我是个连字都不会写的人，没有法律援助我一定打不赢这个官司。我以前总觉得律师是帮有钱人的，法院一定会偏向于有律师的单位，没想到法律是公正的，我一直看到电视里头说着法治法治，你让我相信了这是真的。我很欣慰，我觉得法律是正义的。”

2010年，让我坚定了从事法律援助工作决心的是一个未成年聋哑人的案件。那是一个再普通不过的聋哑人盗窃案件，犯罪嫌疑人是一个不满十八周岁的聋哑人小林，我在看守所见到他的时候，无论手语翻译问他什么他都不说话，于是我向他打起手语问：“你为什么不找工作呢？”他看着我，顿了顿，慢慢打出了两个手势“不”“一样”。接着他开始告诉我，因为他天生聋哑，在家里得不到父母的关注，父母把所有的希望都放在妹妹的身上，所以他很小就辍学出来流浪，他也曾经找过工作，但是因为聋哑人遭受到各种歧视。庭审时，我说：“许多聋哑人都跟小林一样，他们在他们自己的群体中寻求归属，他们甚至跟着别人一起偷东西，他们做了错

事应当受到法律的制裁。但是这全都是他们的错吗？我们为他们做过什么？我们看到比手画脚的聋哑人时是否有流露过厌恶的神情？我们有没有对他们平等相待，我们有没有为他们提供平等的机会？”庭审结束后，小林在离开前，突然转过身哭着对我打出了手语：“谢谢”“我出去后会找一份工作的”两句手语。

我找到了人生的价值，侠女不是超级英雄，更不是救世主，侠义是一种勇气，是一种精神。作为援助律师，我为李阿婆最后的生命带去了微光，她最后看到的不都是子女争执时的丑陋嘴脸，还有我，我曾与她双手相握传递温暖。我用法律帮助了晓丽，我也从晓丽身上学到了善良、坚强和乐观，懂得了人助自助。大家都说人生而平等，而小林天生与我们不同，他是弱势，他们需要我们的帮助才能和强者站到真正平等的法律地位，获得公正的对待，这是我对他们的价值，也是我所追求的价值。

我认为保护好弱势群体最纯朴的因果善报的信仰是法律制度的终极价值。很多律师会说法律不只是保护弱者的。确实如此，作为法律人，我认可这句话，但我选择站在保护弱者的那一方。

我就想当一个不穿高跟鞋、不爱穿正装、不开车、不应酬、骑着单车满城飞的律师。

我想对蹲在那里哭泣的孩子、被家暴的妇女、孤苦无依的老人伸出手，笑着说：“让我帮助你，我是一个法律援助律师。”

因为我有一个梦想，成为一名侠女。

期货公司行使法定强行平仓权的适当性

文 | 谢向阳 吴雨

强行平仓行为一般发生于客户交易保证金不足而未能追加或自行减仓的情况下。期货公司具有法定的强行平仓权利，同时，为防止客户的过度投机，也为了有效控制风险，期货公司与客户往往在期货经纪合同中对该处置措施进行约定（即合同约定的平仓权利），其实施的目的在于将客户的亏损控制在一定范围之内，属于期货公司的动态风险控制手段，也是化解风险的主动措施。笔者拟对期货公司法定的强行平仓权的有关规定和判例进行梳理和归纳，以期对期货公司如何适当行使法定平仓权进行一些总结和思考。

一、期货公司强行平仓权利的依据及理解

依据《期货交易管理条例》（2017修订）第三十四条、《最高人民法院关于审理期货纠纷案件若干问题的规定》（法释〔2003〕10号）第三十六至四十一条及《最高人民法院关于审理期货纠纷案件座谈会纪要》等有关规定，对他人账户内的期货合约实施强行平仓系期货公司的法定权利，该种对他人财产处分权利系源于期货交易制度的风

险特性，即客户若未能依照期货公司通知或约定追加保证金的，将导致期货公司以其自有资金为客户垫支交易，从而加大期货公司及整体市场的风险。但该种民事权利的行使亦有其条件，即期货公司只能在法定或约定条件成就时行使。

如因期货市场行情变化导致亏损，在客户保证金余额不足的情况下，未能及时追加保证金或平仓，期货公司利用其自有或其管理的资金维持现有头寸或继续开仓交易，直至保证金全部亏损，账户权益出现负值时，则会出现穿仓，穿仓必然导致期货公司为客户向期货交易所垫付资金，即为穿仓损失。

穿仓损失产生流程：保证金不足→未及时追加保证金或平仓→账户权益出现负值时，出现穿仓。

二、期货公司行使强行平仓权利的法定条件以及后果认定的司法实践

1. 典型案例

（1）沈海骊与上海良茂期货经纪有限公司期货经纪合同纠纷案

●裁判要点：

一审（具体情况参见判决书：上海市第二中级人民法院（2013）沪二中民六（商）初字第21号）：首先，穿仓是透支交易所造成的最为严重的后果，触发透支交易的时间节点对穿仓责任的认定至关重要。根据《最高人民法院关于审理

期货纠纷案件若干问题的规定》第三十一条第三款的规定，审查客户是否透支交易，应当以期货交易所规定的保证金比例为标准。其次，当沈海骊的交易保证金不足时，良茂期货公司已经根据合同约定的方式履行了追加保证金的通知义务，沈海骊对此亦未否认。第三，本案现有证据不能证明良茂期货公司曾与沈海骊就持仓透支协商一致。事实上，本案的持仓透支是期货市场价格在短时间内发生剧烈波动所致。但出现持仓透支后，沈海骊对合约 Ag1306 的走势判断失误，出于投机性考虑，仍未采取追加保证金等措施避免损失扩大并最终造成了穿仓损失，对穿仓的发生具有过错。第四，强行平仓是期货公司为维护自身资金安全所依法享有的一项权利。出现持仓透支时，良茂期货公司采取了强行平仓措施，但因合约 Ag1306 连续两日开盘即跌停未能成交。且根据系争合同第四十八条的规定，由于市场原因导致良茂期货公司无法采取强行平仓措施产生的损失，应由沈海骊承担。综上所述，原告良茂期货公司对穿仓没有过错，被告沈海骊未及时采取追加保证金等措施，导致损失扩大发生穿仓，由此造成的穿仓损失，原告良茂期货公司有权向被告沈海骊追偿。

二审（篇幅所限，具体情况参见判决书：上海市高级人民法院

(2013)沪高民五(商)终字第29号): 强行平仓是期货公司为维护自身资金安全所依法享有的一项权利。在出现持仓透支时, 被上诉人已经及时采取了强行平仓措施, 因系争期货合约 Ag1306 连续两日开盘即跌停未能成交, 故被上诉人对于上诉人账户透支及穿仓损失并无过错。且根据双方合同也约定, 由于市场原因导致被上诉人无法采取强行平仓措施产生的损失, 应由上诉人承担。本案的持仓透支是由于期货市场价格在短时间内发生剧烈波动所致。在上诉人期货账户出现风险后, 上诉人未及时追加保证金或者采取平仓措施, 是导致其账户交易损失扩大及最终造成了穿仓的直接原因, 其对穿仓的发生具有过错, 应承担相应责任。

(2) 申银万国期货有限公司与施群期货强行平仓纠纷

● 裁判要点:

一审(篇幅所限, 具体情况参见判决书: 上海市第一中级人民法院(2015)沪一中民六(商)初字第384号): 本案争议焦点为申银万国公司对施群持有的系争期货合约实施强行平仓行为是否构成侵权, 申银万国公司应否承担相应侵权过错。依照上述法律规定, 对他人账户内的期货合约实施强行平仓系期货公司的合同权利, 申银万国公司作为期货公司享有此种法定权利。申银万国公司作为期货公司虽享有上述法定权利, 但该种民事权利的行使亦有其条件, 即申银万国公司只能在法定或约定条件成就时行使……申银万国公司若在上述条件未成就时行使该权利并构成对他人侵权的, 即属不当处分他人财产, 自应承担相应民事责任。双方当事人

并未明确约定施群追加保证金的期限, 而申银万国公司作为系争格式合同的提供方, 未在合同中就诉争情形下对当事人权利义务具有重大影响的事项予以明确约定。申银万国公司给予施群的期限显不合理, 申银万国公司此举亦构成不当履行合同之过错。申银万国公司既具有上述过错, 且如申银万国公司未发生前述过错的, 则施群可以通过追加保证金的方式使其所持系争期货合约不被强行平仓, 本案系争损失亦无从发生, 故应认定申银万国公司的不当履行过错系导致施群损失的主要原因, 进而亦可认定申银万国公司实施的系争强制平仓行为构成对施群账户内资产的侵权, 申银万国公司应就此向施群承担相应民事赔偿责任, 同时, 施群作为期货市场交易主体, 对其账户及所持合约的风险亦负有积极管理及注意义务, 施群理应在后一交易日开市时, 对其自身账户及持有合约的风险状况予以关注, 并在系争期货经纪合同约定情形发生时及时主动追加保证金, 现施群未能及时采取相关救济措施, 亦系导致损失发生的原因之一, 依照《中华人民共和国侵权责任法》相关规定, 施群亦应自行承担其部分损失。据此, 一审法院认为施群应对其系争损失自行承担30%的责任, 其余70%即480,396元由申银万国公司承担。

二审(篇幅所限, 具体情况参见判决书: 上海市高级人民法院(2016)沪民终77号): 本案争议焦点在于上诉人申银万国公司与被上诉人施群对本案系争损失标的是否具有过错及如何承担相应过错责任。首先, 施群作为期货市场交易主体, 对其账户及所持合约的风

险负有积极管理及注意义务。鉴于施群在账户出现风险状况后, 未主动、及时追加保证金过错明显, 其理应承担主要责任。本院认为, 强行平仓是期货公司为维护自身资金安全所依法享有的一项权利, 客户保证金不足是期货公司实施强行平仓的条件之一。本案争议的申银万国公司的强行平仓行为发生在施群资金账户风险率超标的情况下, 在申银万国公司风险率超过控制线的情况下, 申银万国公司及时履行了通知义务, 其行为不存在过错。申银万国公司对施群持仓的风险进行监控, 并在市场行情发生急剧变化, 施群又未追加保证金的情况下对施群进行强制平仓, 以使施群持仓的交易风险率低于合同约定的100%, 未违反期货经纪合同的约定及相关禁止性法律规定。但本院同时注意到, 申银万国公司在实施强行平仓行为前向施群发出的追加保证金通知中并未明确相关期限, 虽然双方订立的《期货经纪合同》中约定申银万国公司在向施群履行发送追加保证金通知和强行平仓通知的义务后, 有权随时对施群资金账户内的持仓进行部分或全部强行平仓处理, 但申银万国公司仍应给予施群合理的时间追加保证金。本案中申银万国公司履行了通知义务, 但由于市场行情剧烈变化, 在实际操作中有失当之处, 对损失亦应承担次要之责。据此, 本院认为申银万国公司应对施群的系争损失承担30%的责任, 而施群应对其系争损失自行承担70%的责任。

2. 司法认定标准

结合前述案例以及其他相关判例, 笔者认为, 期货公司行使强行平仓权利的法定条件为:

(1) 前提：客户交易保证金不足。

(2) 程序：正确履行追加保证金的通知义务，并给予客户合理及适当的时间。

(3) 平仓的时间和数量合理。首先，关于平仓时间，法律法规虽仅明确了强行平仓系期货公司的权利，但笔者认为，期货公司作为专业机构，受经纪合同和《期货公司监督管理办法》的约束，具有审慎经营、维护客户合法权益、不滥用权力的义务，在强行平仓的前提达到、程序履行后，应当在合理时间内进行平仓，而非消极放任，因此，强行平仓亦系期货公司的义务；其次，关于平仓数量，根据前述案例及其他相关判例中的裁判观点，以及结合《最高人民法院关于审理期货纠纷案件若干问题的规定》第39条的规定，期货公司强行平仓数额应当与需追加的保证金数额基本相当，否则因超量平仓引起的损失，将由强行平仓者承担。

关于期货公司强行平仓的法律后果，笔者认为：原则上，依据《期货交易管理条例》《最高人民法院关于审理期货纠纷案件若干问题的规定》《最高人民法院关于审理期货纠纷案件座谈会纪要》等文件，均规定强行平仓产生有关费用和发生的损失由客户承担。但《最高人民法院关于审理期货纠纷案件座谈会纪要》同时规定，经纪公司未履行通知义务而强行平仓造成损失的，应承担赔偿责任。并且，《纪要》要求，在期货纠纷案件审理上，要坚持风险和利益相一致的原则，任何一方不能只享受利益而不承担风险，或只承担风险而不享受利益，同时，要坚持过错和责任相一致的原则，认真分析各方当事人是否有过错以及过错的性质、大小、过错和损失之间的因果关系，并据此确定他们各自应

承担的责任。此外，《最高人民法院关于审理期货纠纷案件若干问题的规定》亦有特别规定，如：客户交易保证金不足，符合强行平仓条件后，应当自行平仓而未平仓造成的扩大损失由客户承担（法律、行政法规另有规定或者当事人另有约定的除外）、因超量平仓引起的损失，由强行平仓者承担、未按期货经纪合同约定的强行平仓条件、时间、方式进行强行平仓，造成客户损失的，期货公司应当承担赔偿责任。

因此，结合前述案例及相关判例和相关规定，笔者认为，在司法实践中，法院仍会考量期货公司在强行平仓过程中是否存在不当履行行为（主要在于是否合理履行通知义务、强行平仓的时间及数量以及是否存在未建立/未有效执行健全的业务规则、风控措施等情形），进一步认定是否需就客户的资金损失/期货公司的穿仓损失承担相应责任。



谢向阳

高朋（上海）律师事务所主任、上海律协银行业务研究委员会主任、上海仲裁委仲裁员。
业务方向：金融、商事、银行。

三、总结和思考

作为期货公司的动态风险控制手段，以及化解风险的主动措施，同时作为期货公司的法定权利，期货公司适当行使强行平仓的权利具有重要价值。结合有关规定和司法判例，笔者认为，期货公司可在如下方面予以关注：

1. 确保在前提条件（即客户交易保证金不足）达成且经过必要程序（即已正确履行追加保证金的通知义务，并给予客户合理及适当的时间）的情况下，再进行强行平仓，平仓的时间和数量合理。

2. 为避免争议，通过合同约定对强行平仓权的行使进一步明确，包括但不限于平仓时间、通知方式、通知内容、预留时间长短等事项。

3. 按照明晰职责、强化制衡、加强风险管理的原则，建立、完善并有效执行健全的业务规则和公司风险管理和内控制度。



吴雨

高朋（上海）律师事务所律师、上海律协银行业务研究委员会秘书。
业务方向：金融、公司、商事。

《夫妻债务司法解释》问题与思考

基于债权人视角的分析

文 | 田思远

2018年1月17日，最高人民法院发布《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》（法释[2018]2号，以下简称《夫妻债务解释》），就司法实践中争议较大的夫妻债务问题作出新规定，即：一看签字（是否共同认可），二看数额（是否家庭生活所需），三看用途（是否用于共同生活、经营活动），由表及里地认定系争债务是否属于夫妻共同债务。

诚然，相对《婚姻法解释二》第二十四条（以下简称24条），《夫妻债务解释》确实一定程度上回应了“结婚被负债”的社会问题。但与此同时，该解释也将对社会经济流转造成一定冲击。债权人应当如何面对新规，成为新课题。本文拟从债权人角度出发，谈对《夫妻债务解释》的一些理解与思考。

问题一：

新规第一条是“共签共债”还是“共债共签”

“共债共签”与“共签共债”看似只是称呼不同，并无讨论必要。但实际该两者概念的认识错误却可能导致以后办案重大失误。

“共签共债”是指“共同签字的是共同债务”（共同签字→共同

司法解释全文



第一条
夫妻关系+共同认可（事中认可、事后认可）=共同债务



第二条
夫妻关系+一方认可+家庭生活所需=共同债务



第三条
夫妻关系+一方认可+超出家庭生活所需≠共同债务
夫妻关系+一方认可+超出家庭生活所需+共同生活/生产经营=共同债务



第四条
本解释自2018年1月18日起施行。
本解释施行后，相关司法解释与本解释相抵触的，以本解释为准。



问题与思考

“共签共债”还是“共债共签”



溯及力及可预测性



夫妻共同财产的执行



解释第一条设立目的



“家庭生活所需”的理解



“共同生活/生产经营”的理解



债务)；

“共债共签”是指“共同债务要共同签字”（共同债务→共同签字）。

需指出的是，新规第一条系“共签共债”而非“共债共签”。

理由有以下两点：

（一）从文义解释。第一条原文为：“夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的

债务，应当认定为夫妻共同债务。”去除多余字词，即：夫妻关系+共同认可→共同债务。故应为“共签共债”。

（二）从体系解释。解释第二条规定：一方为家庭日常生活需要负债，即便另一方不认可，也为共同债务。可见，没有共同签字的债务，也构成共同债务。由此，也反映出“共

债共签”认识的错误。故应为“共签共债”。

问题二：

新规第一条的设立目的

通过前述问题，第一条所指系“共签共债”已无争议，但新问题接踵而至。共同认可的债务为共同债务，这原本就是《民法总则》《合同法》的基本认识。新解释何须赘述？新规第一条究竟意欲何为？

笔者认为，新规第一条的主要意义在于，通过新解释间接废止 24 条的首句（债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理）。理由如下：

24 条首句的逻辑为：夫妻关系 + 一方认可 = 共同债务。

新规第一条的逻辑为：夫妻关系 + 共同认可 = 共同债务。

由此，24 条首句被废止的理据得以清晰。以便律师承办相关案件中，得向法官解释 24 条为何不再适用。

问题三：

“家庭日常生活所需”的理解

新规第二条逻辑结构为：夫妻关系 + 一方认可 + 家庭日常生活所需 = 共同债务

其中，“家庭日常生活所需”的认定日后将成为法官自由裁量的重要空间，同时也是律师发挥的重点之处。

笔者认为，说服法官涉案款项属于或不属于“家庭日常生活所需”，可以从以下两个方面出发并收集证据：

（一）当事人基本情况：当事

人职业、身份、资产、收入、兴趣、家庭人数、生活习惯。

（二）办理事项情况：衣食消费、日用品购买、子女教育、老人赡养。

考虑到“家庭日常生活所需”所涉金额较小，故由此引发的法律纠纷或不会太多。但律师仍不应轻视。

问题四：

“共同生活/生产经营”的理解

新规第三条仅有一句，却包含两层逻辑结构，即：

夫妻关系 + 一方认可 + 超出家庭日常生活所需 ≠ 共同债务

夫妻关系 + 一方认可 + 超出家庭日常生活所需 + 共同生活 / 生产经营 = 共同债务

因本条引发的纠纷数额将较大甚至巨大（超出家庭日常生活所需），故“共同生活 / 生产经营”的理解将格外重要。试举两例分析：

例一：甲隐瞒妻子对外借款 100 万元购买理财产品。1 号借到款，2 号购买理财产品，3 号理财产品公司因涉嫌非法吸收公众存款罪被取缔，甲分文未剩。问案涉的 100 万元借款是否为甲夫妻的共同债务？

例二：甲与他人合资设立 A 公司并参与经营。甲妻不参与公司经营管理。次日，甲因为 A 公司担保，对外负债 100 万元。问案涉的 100 万元担保债务是否为夫妻共同债务？

根据新规第三条分析，上述两案的 100 万元显然均为甲的个人债务。但是，实际生活并不像上述案例如此机械。生活的实际情况往往是：

例一：甲隐瞒妻子向乙借款 100 万元购买某理财产品。1 号借到款，2 号用款购买理财产品，3 号至 31 号共获利 1 万元。甲使用该 1 万元为妻子购买化妆品花费 3 千元，为孩子缴纳补习班费花费 3 千元，给双方父母零花钱各 2 千元。次月 1 日，该理财产品公司因涉嫌非法吸收公众存款罪被取缔，甲分文未剩。

例二：甲与他人合资设立 A 公司并参与经营。甲妻不参与公司经营管理。甲因经营 A 公司获利颇丰，以分红购买房产数套，带全家出国旅游。某日，甲因为 A 公司担保，对外负债 100 万元。

此时，各位的答案或有不同。通过上述案例，笔者要说明的是：投资 / 经营本身既是收益，也自然包含有日后的或然债务。这原本即是一件事的一体两面。问题随之而来——此前的收益用于家庭，是否意味着此后的债务即为夫妻共同债务？意味着夫妻双方已全面介入了经营事务？若视为一方债务，即是割裂了一件事的两面；若视为共同债务，新规又会沦为废纸。

对此问题，笔者亦无完善解答。只希望通过上述思考，为各位以后代理债权人或者非举债一方提供思路。伟大的量子物理学家尼尔斯·玻尔说道，真理的背面往往是一个更为深刻的真理。以此与君共勉。

问题五：

解决夫妻共同财产的执行难题

沿着新规第三条按图索骥，就会发现最为现实的问题：若某债务被认定为个人债务，债权人当如何执行？对此问题，笔者认为，应分

两种情况讨论。

情况一：执行时，债务人在婚姻关系存续期间（财产共同共有）

对此情况，笔者建议债权人在债权纠纷案件审结后，提起代为析产之诉。请求权基础为《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第十四条第三款（共有人提起析产诉讼或者申请执行人代位提起析产诉讼的，人民法院应当准许。诉讼期间中止对该财产的执行）。以此，解决非所有权人无法提出析产诉讼的问题，由此从夫妻共有财产中析出一份份额。

情况二：执行时，债务人已离婚，财产转至非债务人名下（假离婚真逃债）

对此情况，笔者建议债权人在债权纠纷案件审结后，提起债权人撤销权之诉。请求权基础为《中华人民共和国合同法》第七十四条。以此，在不推翻原离婚判决的情况下，维护债权人利益。

上述做法虽为解决方案，但债权人仍将面临较大的诉讼成本，包括基础的债权债务诉讼；与执行局沟通共同财产无法执行；再提起代为析产之诉/债权人撤销权之诉。以此，希望各债权人引起警惕，尽量保证夫妻共同签字。

问题六： 新规的溯及力与可预测性

关于新规第四条，原本并无讨论的必要。但因24条影响实在过大，以致诸多“被负债”的非举债一方希望通过新规改变其原有判决。此问题实际是考量新规溯及力的问

题。对此，《中华人民共和国立法法》第九十三条已明确规定了，除法律特别规定外，法律不溯及既往。可见新法并无溯及力。

其次，有债权人反映，因信赖24条而接受仅有夫妻一方签字的借款协议/担保书，但现在却仅可要求执行夫妻一方的财产，有违公平。此问题实际是新法可预测性的问题。对此，笔者认为应分为债权人角度、法院角度两方面探讨。

从债权人角度，其与债务人订立借款合同/保证合同时认为，只要一方签字即可执行夫妻共同财产。这是源于对24条的信任。该内容即便未写入合同，也应视为“合同默示条款”，纳入双方的合意之中。现仅因为法律改变，而动摇双方的原有合意，并不妥当。作为债权人律师，应当以此向法官据理力争。

从法官角度，若夫妻债务案件已诉讼而一审未审结时新规施行，当如何处理？2018年1月18日，新规生效当天，湖南宁乡法院即适用新规当庭宣判一起夫妻共同债务案件，判决该债务为个人债务。上述做法，实在值得商榷。笔者认为，新规生效后，首先应由非举债一方提出该案适用新规；其次，法官初步公开心证同意适用新规进行裁判；再次，法官给予债权人答辩期和新举证期限。否则，存在侵害债权人诉讼权利之嫌。另外，若夫妻债务案件一审按24条审结，上诉期内新规施行，非举债一方提出应适用新规，当如何处理？笔者认为，因一审适用24条裁判并无错误，故二审究竟严格适用《民事诉讼法》第一百七十条规定维持原判，还是

以原判认定基本事实不清为由发回重审并适用新规裁判，仍需要进一步明确。当然，若二审直接适用新规作出改判，则有侵害债权人上诉权之嫌，并不可取。

尾声： 夫妻共同债务的明天

《夫妻债务解释》确有诸多进步之处，但认为夫妻债务问题已一揽子解决或许过于乐观。在现有民商事法律体系下，夫妻法定财产制下的夫妻债务问题仍存在很大的立法空间，需留待未来民法典重点解决。



田思远

上海博和律师事务所合伙人、上海律协民事业务研究委员会委员、全国律协民事专业委员会秘书。
业务方向：商事诉讼、房地产、私募基金。

从监管视野观察当前互联网金融面临的法治环境及法律风险防范

文 | 刘明昊



第一节 互联网金融总体监管格局

一、监管主体及领域

根据我国现阶段金融监管的总体格局安排，各类互联网金融活动由“一行三会”分工合作，进行分类监管。

其中，网络借贷、互联网信托、互联网消费金融主要由银监会监管。目前备受社会关注的网络借贷 P2P 平台主要实行中央与地方协同监管。其中，地方金融办主要

负责机构监管，包括平台备案审批；地方银监局主要负责行为监管，规范平台备案后的经营活动；互联网支付主要由中国人民银行监管。从 2018 年 6 月 30 日起，各银行和支付机构受理的涉及银行账户网络支付业务将全部通过网联平台处理，并接受中国人民银行的监管；股权众筹、互联网基金销售主要由证监会监管。根据证监会等十部委联合发布的《关于促进互联网金融健康

发展的指导意见》要求，股权众筹融资必须通过符合资质要求的中介机构平台进行，互联网基金销售也要区分不同主体实现分类监管；互联网保险主要由保监会监管。2017 年 2 月，保监会发布《保险业进一步参与社会治安综合治理工作的指导意见》，要求做好反保险欺诈、打击非法集资、保险纠纷多元化解等任务，维护保险市场稳定运行和保险消费者合法权益。

二、监管依据的主要法律法规

由于互联网金融业务活动快速迅猛，在不断完善成文法体系予以规制的同时，为了及时管控风险，目前在互金领域发挥重要监管作用的是各类“办法”、“意见”和“指引”。其中最主要的包括：

1. 网络借贷领域。2016年8月，银监会等四部委发布《网络借贷信息中介机构业务管理暂行办法》(以下简称《暂行办法》)，划出了13条监管红线，提出了平台备案的基本原则，堪称P2P行业首部“基本法”；

2. 互联网支付领域。2017年8月，央行印发《关于将非银行支付机构网络支付业务由直连模式迁移至网联平台处理的通知》，明确了第三方支付监管主基调，也就是切断第三方支付与银行直联模式，推动其回归支付本业；

3. 数字货币领域。2017年9月，央行联合中央网信办、工业和信息化部、工商总局、银监会、证监会以及保监会发布《关于防范代币发行融资风险的公告》，全面叫停了比特币相关业务的开展。

三、监管的总体原则

1. 穿透式监管和线上线下一体化监管

随着互联网、大数据等技术的急速发展，金融活动呈现日趋复杂的趋势，负外部性凸显，突出表现在当一种互联网金融产品经过多个通道或多次嵌套时，如何判断其行为类型？如何才能对其实施有效的监管？

2016年，央行在牵头相关部

门开展互联网金融专项整治中明确提出了穿透式监管的原则，为解决上述问题提供了监管思路。具体来说，就是要按照“实质重于形式”的原则，透过金融产品的表面形态，厘清金融业务的实质，将资金来源、中间环节与最终投向(亦即底层资产)穿透连接起来，避免监管手段与监管对象之间的错配，实现真正的对症下药。

另一项重要的监管原则，即线上线下一体化监管，主要针对P2P平台既有线上经营也有线下信用审核、抵质押管理活动的特点，对金融机构的业务实施全流程监管。目前，一些平台利用分部门分段式监管的漏洞，将一个完整的业务流程拆分若干段，企图让不同的监管部门在不同的监管时间、空间暂时无法发现明显的违规，化整为零从而规避监管。一体化监管的推行，将重点对此类行为实施规范和打击。

2. 非法金融活动的监管定义

我国刑法对于非法金融活动已经有了专门的规定，最常见的罪名包括非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪等，但是成文法体系在规制互联网金融这一迅猛发展领域的违法犯罪活动中常有捉襟见肘的感觉，几条相对固定的法条，很多时候不能全面及时地覆盖所有的金融犯罪类型，也有的时候打击面过宽，扼杀了一些可能游走在违法与创新边缘的新生业态。

在这种情况下，相关监管部门在长期的监管实务工作中，逐步形成了更加贴近实际、灵活实用的监管口径，在快速识别、应对和处置各类金融违法犯罪活动中发挥了重要作用。对于非法金融活动的监管

定义通常具有以下三个特征：

(一) 未经许可

这里的“许可”主要是指未经“一行三会”等金融监管机构的批准，非法从事银行类、证券类、保险类业务活动，具体包括未经许可进行吸收公众存款、证券投资基金募集与管理、保险代理与经纪等。特别值得注意的是“兜底条款”，即“一行三会”依法认定的其他非法银行类、证券类、保险类业务活动。

从上述规定可以看出，各类金融创新活动如果没有事先得到相关监管部门的书面许可，那么在某种程度上从一开始就蒙上了违法的阴影，一旦这些业务活动使得社会公众的投资出现大面积亏损的结果，那么主导这些金融创新活动的平台和个人往往因为“未经许可”这一重要理由难逃法律的制裁，这方面的案例和惨痛教训不胜枚举。

(二) 财产权益

最常见的非法吸收公众存款、集资诈骗等犯罪大都以高额利息为诱饵直接吸纳资金，但是，随着金融活动的日益复杂，也有许多“创新”业务和产品披上了令人迷惑的外衣，比如，不具有商品销售、提供服务的真实内容或者不以商品销售、提供服务为主要目的，以代种(养)殖、联合种(养)殖等方式非法吸收资金等，包括已经被叫停的ICO(Initial Coin Offerings, 首次代币发行)。

目前的法律体系倾向于通过菜单的方式，罗列出具体的交易类型，试图以此为相关案件审理提供明确的裁判依据，这在增加了可操作性的同时，显然降低了适应性，不能及时应对千变万化的现实发展。有

时，菜单反而成为了非法集资者开始违法活动前的必修课程，刻意予以规避并不断创设出新的变异形态，从而使得监管打击难度进一步加大。

道高一尺魔高一丈。无论业务类型和产品形态如何变化，只要其最终涉及并影响到投资人的财产权益，出于维护经济秩序和社会稳定的需要，就一定会被纳入监管的视线。

（三）公开募集

关于如何正确认定刑法意义上非法集资的社会性和公开性的学术研讨文章汗牛充栋，主要争议聚焦于一些比较隐蔽或者看似特定的募集资金的方式是否构成公开募集？比如，在某非法吸收公众存款案件的法庭审理过程中，控辩双方围绕

被告人推销类私募产品的行为是否构成公开募集发生了激烈的辩论。辩方的主要观点是：被告人的资金募集行为局限于在原银行工作时积累的老客户资源，基本属于特定对象范围，且从未印发广告、电话推销等公开宣传营销。但是控方对此予以否定，认为被告采用“口口相传”的方式募集资金，默许甚至鼓励老客户拉新客户购买所谓理财产品，在资金来源上具备“人人可买，来者不拒”的特点，应当属于公开募集性质。

公开募集不同于一般的民间借贷，在社会公众金融风险意识和防范能力尚显薄弱的今天，极易对普通民众尤其是老年群体的财产造成严重甚至是毁灭性的影响，进而引发社会不安甚至是动荡。正因为此，

金融监管部门对于金融产品的公开募集的设置了严格的准入门槛和管制措施，越线者极易涉嫌非法吸收公众存款等罪名而受到惩处。

综上所述，尽管现在对于互联网金融平台构成犯罪与否仍处于“是”与“非”的抉择当中，但争议点不外乎在于一部分企业的“打太极”行为，以一些貌似合理的手段规避犯罪所需的构成要件，但无监管以及缺乏监管、无法制以及缺乏法制不会是当今法治社会的常态，一旦出台相关法律法规加以管制，所有似是而非的行为将无所遁形。互联网金融作为民间金融的拓先者，其创新模式多样，但无论如何，创新都要规避相关的法律风险，尤其是刑事法律风险，这是一条不容逾越的底线。

第二节 网络借贷信息中介机构的监管要点

目前监管部门对于 P2P 平台在金融体系中的定位可以概括为 4 个词：信息中介、普惠金融、线上经营、合理定价。其中最核心的是“信息中介”。

一、信息中介

如何准确理解“信息中介”的定位，我们可以回溯一下 P2P 这个词本身的产生渊源。

P2P 是 peer to peer 的缩写，最早出现于计算机专业领域，学术界称为“对等计算”，具体是指网络的参与者共享他们所拥有的一部分硬件资源（处理能力、存储能力、打印机等），这些共享资源能被其他对等节

点 (Peer) 直接访问而无须经过中间实体。

可以看到，计算机领域中“无须经过中间实体”这一概念在金融活动中同样具有重要的意义。目前我们所说的网络借贷信息中介机构，就是指为个体与个体之间通过互联网直接借贷资金提供中介服务的平台。在这里，“无须经过中间实体”体现为脱离了银行这一传统的借贷渠道，转为由非金融机构发挥融通资金的作用。

由此可见，P2P 平台在诞生之初就打上了深深的“信息中介”的烙印，无论其在之后的发展过程中如何创新发展，都不应该脱离这一最初的定位。目前发生“跑路”、“爆雷”的那

些平台，其存在的超级放贷人、资金池等问题只是具体的表现形式，其根源都在于脱离了“信息中介”的定位。

二、普惠金融

普惠金融在 P2P 监管中的具体体现就是“小额、分散”。

《暂行办法》明确：同一自然人、法人或其他组织在同一平台的借款余额上限分别不超过人民币 20 万元和 100 万元，在不同平台的借款总额分别不超过 100 万和 500 万元。这条规定会对那些“大单”较多，比如涉及房地产项目融资的 P2P 平台造成影响，而有些所谓“大单”本来就是被银行踢出来的容易坏账的项目。

三、线上经营

监管部门不允许 P2P 开展线下业务，主要是希望将 P2P 与银行的线下理财业务以及一些财富管理公司等划清界限。

在《暂行办法》出台之前，大量的 P2P 平台采用线上线下相结合的模式，开设类似“财富管理”“理财中心”的实体门店，广泛吸引投资人，特别

是社区中的老年人群在实体门店购买理财产品，诱发了大量的社会稳定问题。

四、合理定价

目前在《暂行办法》中并没有关于平台收费标准的直接规定，所以，所谓“合理定价”在目前主要是指平台收费的方式和规则。

《暂行办法》第二十条规定：借款人支付的本金和利息应当归出借人所有。网络借贷信息中介机构应当与出借人、借款人另行约定费用标准和支付方式。这一条规定直指目前大量存在的“砍头息”、“以费代息”等平台收费乱象。通过规范收费规则，就有可能使得 P2P 平台未来能像房产中介一样做到费用合理、收费规范。

第三节 监管政策的历史回顾与展望

回溯新中国成立以来政府对民间金融法律规制的政策演变过程，我们会发现其中蕴含着一条“一张一弛”的变化曲线，相关政策的宽严转化时间间隔在 10—15 年左右。我认为，这条变化曲线正是反映了民间个人与企业源源不断的资金渴求与严格的金融管制之间的矛盾博弈，而且将在相当长一段时间内始终处于交替螺旋行进的过程中。

温故是为了知新。

展望未来，随着互联网科技的迅猛发展，金融和互联网深度融合的趋势将会愈加明显。金融风险和技术风险的叠加效应，将会使互联网金融风险的波及面、扩散速度和外溢效应等较传统金融大幅提升，监管的难度也会成正比提高。对此，为了稳控国家金融秩序，保护广大人民群众财产安全，政府一定会迎难而上，积极完善监管顶层设计，细化监管措施，推动互联网金融走向规范化、法治化和阳光化。同时，许多希望合规经营长远发展的互金

企业原先面临的“无法可依”、“无所适从”甚至“无路可走”的尴尬局面也将大为改善。

比如，现在已经有声音提出要适应金融创新需要，引入“沙盒监管 (Regulatory Sandbox)”新模式。英国金融行为监管局于 2015 年 3 月率先提出：“沙盒”是一个“安全空间”，在这个安全空间内，金融科技企业可以测试其创新的金融产品以及商业模式，同时必须要向监管部门承诺：如果产品出现了侵犯金融消费者利益的情况，企业将会进行赔偿。金融机构可以借助这一机制与监管者进行良性的沟通和互动。为什么要有这样的机制？因为当前互联网金融的创新发展对于监管的挑战已经迫在眉睫，沙盒监管的政策导向很明显，就是为了在鼓励创新的同时最大限度地防止广大投资人的财产安全受到损害。

金融创新与金融监管永远是一对矛与盾，在你进我退之间交替前行，在反复较量中各自提高。只要

守住法治化的底线，那么，在互联网金融发展的前路上，就不会仅仅只有荆棘与陷阱，而一定会有更美好的诗与远方！



刘明昊

北京尚公(上海)律师事务所党支部书记、合伙人。

业务方向：互联网金融。

行政行为“明显不当” 需要解决的几大实践困惑

文 | 张淑芳

我国《行政诉讼法》第77条规定：“行政处罚明显不当，或者其他行政行为涉及对款额的确定、认定确有错误的，人民法院可以判决变更。”这是一条制约行政法操作的行为规则，从理论上讲应当具有严格的可操作属性。然而，目前《行政诉讼法》的规定则没有使该行为规则具有明显的操作性，其在行政法治实践中具有极大的困惑。

一、行政行为“明显不当” 的标准是什么

行政行为“明显不当”从字面意义上看是一个非常容易把握的问题。一，该问题存在于行政主体的行政行为实践中，即其是行政主体在行政执法实践中发生的，若某一行政行为被行政机关作了出来，但没有付诸实施，还没有与行政相对人发生联系，此时，这一行政行为无论内容如何还不可以置于“明显不当”与否的考虑之中。二，行政行为“明显不当”似乎是不需要再作深层次判定的行为状态，因为其已经是一种“明显”状态。所谓明显至少可以被理解为非常显眼的处于不公正的状态。三，行政行为“明显不当”以后，处于行政相对人的抵触状态中，行政相对人的抵触将其置于了司法审查。从以上三点分析的话，行政行为“明显不当”似乎不需要人民法院进行深入研究和考察。然而，行政行为“明显不当”的标准就是一个最大的困惑，即究竟需要多大的量，从“明显”两字来看，行政行为的不当已经达到了较

大的量度，达到了使我们一眼就可以看出的量度。但从《行政诉讼法》的立法本意来看，明显不当并不是“明显”的量，而是要通过一定的诉讼指标进行重新确定的量。但修改后的《行政诉讼法》以及各种立法解释和司法解释也都没有用一个令人信服的方式对“明显不当”作一个子丑寅卯上的内涵确定。

二、行政行为“明显不当” 判定主体的职权来自何处

行政权与司法权是国家权力的两个基本范畴，在不同的国家政权体制之下，这两个权力的相互关系则有所不同。在三权分立或者五权分立的政权体制之下，行政权与司法权是一种相互制约的关系，两者都可以从不同侧面对另一权力产生影响甚至制约。制约的方式因权力性质而有所不同，如行政可以通过控制司法系统中的人事而制约司法权，司法可以通过对行政行为的司法审查而制约行政权。我国由于实行议与行相对统一的体制，在这种体制之下，行政权和司法权都要归

入于权力机关的监控中，而行政权和司法权则是在分工基础上相互监督，但由于我国非常严格地区分了行政权和司法权各自的权力范围，且不允许此种权力介入或超越彼种权力，因此，《中华人民共和国行政诉讼法》第6条规定：“人民法院审理行政案件，对行政行为是否合法进行审查。”该条被认为是我国行政诉讼的三大独有原则之一，依该原则人民法院只能对行政行为的合法性进行审查，而不能审查行政行为的合理性。然而，依行政行为“明显不当”，人民法院有权变更的规定，司法权不仅能够对行政权行使的合法性进行审查，亦能够对行政权行使的合理性进行审查，这是一方面。另一方面，若从深层次分析，人民法院对行政行为进行变更实质上是代表行政机关重新作出了一个行政行为，尽管所作的这个行政行为与原来的行政行为只是量上的差别，但就行政行为而言，就这一行政行为对行政相对人权利的影响而言，它是一个新的行政行为。人民法院在作出这种变更时其存在职权上的困

惑，即它的这种变更的职权来自于何处，都尚缺乏有效而合理的解释。对于这个问题，《行政诉讼法》和相关规则并没有给予解释。

三、行政行为“明显不当”是质的问题还是量的问题

行政行为“明显不当”究竟是一个质的问题，还是一个量的问题，《行政诉讼法》并没有给出一个答案。该法规定了人民法院在对行政行为进行司法审查时的四种处理方式，第一种处理方式是“具体行政行为证据确凿，适用法律、法规正确，符合法定程序的，判决维持”，这种处理方式是对行政行为所作出的质的方面的肯定性规定，即如果行政行为在性质上是正确的就判决维持。第二种处理方式是认为具体行政行为有主要证据不足、适用法律法规错误、违反法定程序、超越法定职权、滥用职权等情形的判决予以撤销或者部分予以撤销。这一规定亦是对行政行为质的规定，即将质上的已经违法或者因其他原因不正确的行政行为予以撤销。第三种处理方式是“被告不履行或者拖延履行法定职责的，判决其在一定期限内履行。”这一处理方式实质上亦是对行政行为质的规定，即将行政不作为定性为行政违法。第四种处理方式就是对于“明显不当”的行政行为可以作变更判决。该法在规定行政行为明显不当时并没有揭示行为的质与量上的关系。就是说，行政行为明显不当究竟是对这个不当行政行为质的规定，还是对该不当行政行为量的规定我们不得而知，这个问题的提出本身就是一个困惑。

正如上文所指出的，就“不当”的概念而言是一个质的问题，就人民法院可以进行变更而言则是一个量的问题。

四、行政行为“明显不当”责任类型如何确定

行政诉讼制度是一个具有双重功能的制度。它的第一个功能也即我们通常强调最多的功能就是权利救济功能。这个功能主要体现在通过行政诉讼制度使行政主体侵犯公民、法人和其他社会组织权益的情形予以终止或者有所赔偿。在人民法院作出撤销判决的情况下这一职能得到了最为典型的体现。它的第二个功能是责任追究功能。所谓责任追究功能是指通过行政诉讼制度使人民法院能够发现行政系统中违法或不当的行政行为。违法或不当行政行为若上升到政府法治的视角分析，就是行政系统没有能够理性的行使权力，必须由行政主体及其公职人员对自己的行为及其后果付出代价。行政诉讼中通过对行政机关行政行为的撤销、通过让行政机关履行法定职责就已经起到了责任追究的作用。然而，这只是让其承担责任的一个方面的情形，《行政诉讼法》第66条规定：“人民法院在审理行政案件中，认为行政机关的主管人员、直接责任人员违法违纪的，应当将有关材料移送监察机关、该行政机关或者其上一级行政机关；认为有犯罪行为的，应当将有关材料移送公安、检察机关。”该条是对人民法院判决后违法行政行为者责任的进一步追究。不言而喻，责任追究只有在责任明确的情况下才能

实现，这是任何责任追究制度的前提。行政行为“明显不当”究竟是什么性质的行为，其责任究竟应当如何归类，《行政诉讼法》并没有规定。我们认为其是一种不当的行政行为也只是从理论上得出结论，而没有进一步的法律规范上的依据。由于没有对“明显不当”的行为性质作出确定，那么，若一个法院对某一行政主体作出变更判决，有关机关是否还能够像在行政行为被撤销的情况下追究行政主体及公职人员的法律责任，是一个无法回答的问题。这个问题的困惑虽不在诉讼过程中，但这一困惑由于使政府责任无法合理地建立起来，仍然可以说是非常关键的。



张淑芳

上海财经大学法学院教授、博士生导师，中国软法研究会副会长，上海自贸区法治研究会副会长，2011年入选“教育部新世纪优秀人才”。
研究方向：宪法学与行政法学。



美国《联邦仲裁法》 在海事保险合同争议中的适用

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：联邦法律与各州法律之间的冲突适用问题一直是美国冲突法实践的焦点问题。近期，在一宗涉及海事保险合同仲裁协议效力的上诉案件中，美国第九巡回法院就《联邦仲裁法》在海事争议中的适用问题、州保险法之于联邦法律的“反向优先适用”问题及仲裁协议效力审查的主管机关问题等作出了判决，部分维持、部分驳回了州法院的意见。本文将简要对此予以介绍，以飨读者。

1 案情简介

蒙大拿州居民 Tania 和 Chris Kittler 夫妇是注册于内华达州的 Galilea 公司（以下称“G 公司”）的股东。2014 年，G 公司购买了一艘 60 英尺长的游艇。一年后，Kittler 夫妇通过网上平台向保险代理商 Pantaenius America Ltd（以下简称“P 公司”）提交了为游艇进行投保的申请（以下称“投保书”），其中

列明了 SGCS Marine Insurance Company、Liberty Mutual Insurance Company 和 Torus National Insurance Company 三家保险公司（以下统称为“保险人”）作为保险人。

双方此后通过网上平台交换了相关文件，在 Kittler 夫妇签署了投保书并通过传真发送给 P 公司后，P 公司发出一份临时保险契约（insurance binder），确定了游艇的保险价值、“巡航范围”的相关信息，并确定了上述三家保险公司将作为保险人，同时还附随了将要生成的保单条款和条件。一天后，P 公司代表保险人正式签发了保单，其中特别提到，保单仅在游艇于“巡

航范围”内时产生效力。

投保书和保单中均载有仲裁条款和法律选择条款。其中，投保书约定，任何被保险人与 P 公司及 / 或保险人之间的争议，均应提交美国仲裁协会，依据其商事仲裁规则由一名仲裁员在纽约进行仲裁，投保书适用的法律为纽约州法；保单则约定其适用法律为美国联邦海事法所确立的原则和先例，如无该等原则和先例时，则适用纽约州的实体法。同时，保单还约定任何与保单有关的争议将提交美国仲裁协会，按照其仲裁规则在纽约进行仲裁。

保单签发一个月后，涉争游艇在巴拿马科隆港海域附近搁浅，G 公司随向保险人提交了理赔申请，但保险人拒绝理赔。P 公司对此的

解释是，游艇已经超出了投保申请书和保单中明确的“巡航范围”。由于无法协商解决争议，保险人遂根据保单中的仲裁条款，以 G 公司为被申请人在纽约提起仲裁；G 公司在答辩并提交仲裁反请求的同时，在蒙大拿州地区法院（以下简称“蒙大拿州法院”）以保险人为被告，单独发起了一个包含十二项诉请（与其仲裁反请求重叠）的诉讼，并申请蒙大拿州法院中止仲裁程序；保险人则申请蒙大拿州法院撤销诉讼程序并强制仲裁。此外，保险人还向纽约南区法院提交了强制仲裁申请。

针对两方当事人的申请，蒙大拿州法院作出两份决定，认定：(1) 投保书中的仲裁条款与本案争

议无关，因为保险人并未在其中作出仲裁的意思表示；(2) 保单下的争议属于法院海事案件管辖范围，且根据其中的法律适用条款，保单的准据法为联邦海事法律；(3)《联邦仲裁法》适用于保单；(4) 关于保单中仲裁条款的执行性和仲裁条款的范围问题，将由法院而非仲裁庭来决定；(5) 保单仲裁条款的范围并不及于 G 公司提出的十二项诉请中的十项诉请。据此，蒙大拿州法院允许保险人将上述 G 公司十二项诉请中属于仲裁条款范围的二项强制提交仲裁解决，但拒绝将其他十项诉请提交仲裁。G 公司和保险人均不服蒙大拿州法院的上述决定，遂分别向第九巡回法院提起上诉。



第九巡回法院委派了由 Marsha S. Berzon、Paul J. Watford 和 John B. Owens 法官组成的合议庭对双方的上诉进行了审理。针对 G 公司和保险人各自的上诉主张，法院着重分析了如下两方面的问题：

第一，《联邦仲裁法》是否应适用于保单？

保险人主张投保书中的仲裁条款适用于本案争议，但 G 公司认为

投保书并不构成双方之间的商业合同和仲裁合意。对此法院认为，根据投保书约定适用的纽约州法，保单已构成当事人间完整的合同，故只有在投保书随附保单签发的情况下，其条款方会被视为并入保单，而在本案中并不存在这种情况。因此，法院认为投保书并非纽约州法律下的商业合同，故《联邦仲裁法》并不适用于投保书。

由于蒙大拿州的公共政策排除仲裁协议在海事保单中的适用，而基于《麦克卡兰 - 费古森法案》赋予蒙大拿州法之于联邦法“逆向优先适用”（reverse preempted）的权利，G 公司进一步主张《联邦仲裁法》亦不适用于涉争保单。法院对 G 公司的该等主张则不予认

可，并认为《联邦仲裁法》应适用于保单。法院列举了如下理由：

首先，《联邦仲裁法》属于规制“海事事务”的美国联邦海事法律。根据 Wilburn Boat Co. V. Fireman;s Fund Ins. Co. 案（下称“Wilburn Boat 案”）所确立的先例，海事保单属于美国宪法海事条款下联邦法院海事管辖权范围内的海事合同，但并非每份海事合同中的所有条款都必须由联邦海事规则来解释；反过来，只有当针对某项具体争议不存在联邦海事规则或法律的明确规定时，州法才得以适用。法院认为，在本案中，对于海事保单中仲裁协议效力这一问题，实际上存在对此予以规制的联邦海事法律，即《联邦仲裁法》。根据《联邦仲裁

法》的规定，“海事事务”是指如果发生争执，属于海事法庭管辖权之内的租船契约、海洋运输工具的提单、关于码头设备、供给船只用品或者船只修理的协议、碰撞和其他对外贸易方面的事务，而本案中涉及的游艇碰撞显然属于上述范畴。因此，由于本案争议属于《联邦仲裁法》的范围且其中含有适用于本案争议的具体规定，基于 Wilburn Boat 案所确立的原则，蒙大拿州法关于仲裁协议效力的规定不适用于本案。

其次，在《麦克卡兰 - 费古森法案》下，蒙大拿州法律也并不存在“逆向优先适用”的情形。《麦克卡兰 - 费古森法案》确立了三种州法优先于联邦法律的情况：(1) 州法的立法目的是为了规范保险业务开展；(2) 联邦法律并不涉及保险业务；(3) 联邦法律的适用会与州的保险法相冲突，或使得之无效。G 公司认为根据蒙大拿州《统一仲裁法》规定，除保险公司之间签订的商事合同外，保单或者年金合同中的仲裁条款是无效的，故根据《麦克卡兰 - 费古森法案》，排除消费者保险合同仲裁协议适用的蒙大拿州法应在本案中予以适用。但法院认为《麦克卡兰 - 费古森法案》的适用前提是出现上述州法应当优先适用于联邦法的情形，然而在本案中，适用具体的联邦海事法律即《联邦仲裁法》中关于海事争议仲裁条款的规定，并不会导致旨在规制保险业务开展的州法出现无效或适用冲突，故根据 Wilburn Boat 案的原则，联邦海事法律本身就应当优先于州法。因此，也不存在蒙大拿州法律“逆向优先

适用”的条件。

其三，保单中的法律选择条款合法有效。G 公司还援引了 M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co. 案（下称“Bremen 案”）的判例来主张涉案保单中的法律选择条款无效。根据该案判例，就协议管辖条款（forum selection clauses）而言，若依据法律或司法判例，出现执行该等条款会违背法院地公共政策情形时，该等条款应被认定为无效。G 公司认为在本案中，执行保单中的仲裁协议将违背蒙大拿州的公共政策。法院则认为：一方面，Bremen 案针对的是协议管辖条款而非本案涉及的法律选择条款。本案中，当事人明确达成了提交仲裁解决争议的协议管辖条款，也明确达成了适用联邦海事法律的法律选择条款。而根据上述分析，本案争议并不存在适用州法律的情形。另一方面，Bremen 案考察的是法院地的公共政策是否应当凌驾于外国法律的适用。换言之，Bremen 案解决的是如何基于国际礼让、对于国际仲裁庭的尊重及对于国际商事体系可预测性之关注等原则，来平等地对待法院地之外的其他法律。然而在本案中，联邦海事法律与州法是“不平等的”——只有当针对某项具体争议不存在联邦海事规则或法律的明确规定时，州法才得以适用。鉴于 G 公司错误地原因了 Bremen 案，法院认为没有理由不尊重当事人在保单中对于选择联邦海事法律为准据法的约定。

综合上述三方面考虑，法院认为保单已经构成 G 公司与保险人之

间的书面合同，其中的仲裁条款属于《联邦仲裁法》的范围。

第二，仲裁请求是否具有可仲裁性应由法院还是仲裁庭来决定？

法院认为，由于谁应当决定可仲裁性的问题争议由来已久，美国法院的若干判例均不赞成将此问题交由仲裁庭解决。因此，根据 Brennan v. Opus Bank 案所确立的判例，除非存在明确无误的证据证明当事人有意将可仲裁性问题提交仲裁庭解决，法院保有对该等问题的管辖权。

在本案中，当事人在保单的仲裁条款中已经明确约定适用美国仲裁协会仲裁规则进行仲裁，而该规则明确规定“仲裁员有权决定其管辖权，包括任何对于仲裁协议的存立、范围及效力，以及任何仲裁请求 / 反请求的可仲裁性。”因此，作为成熟的商事主体，当事人已经明确无误地达成了将可仲裁性问题提交仲裁庭解决的合意。

综合上述两方面意见，法院最终认定保单中的仲裁条款涉及《联邦仲裁法》下的海事交易，蒙大拿州法不应适用于涉案保单，故 G 公司不能依据其规定主张涉案保单的仲裁协议无效；同时，涉案保单载示的内容也显示当事人间已经达成了将可仲裁性问题提交仲裁庭解决的意思表示。因此，法院确认蒙大拿州法院关于涉案保单仲裁协议有效的认定，但驳回其关于拒绝将 G 公司部分诉讼请求提交仲裁的决定，而要求蒙大拿州法院允许保险人将 G 公司提起的全部诉讼请求所涉争议均强制提交仲裁解决。



一碗炆锅面

文 | 纪玉峰

天色还黑，小区里灰蒙蒙的，只有几个窗户透出黄色的光，大概是跟我一样早起的人吧。起得这么早并非是因为案子太多，而是忙于在厨房里切葱花、肉丝、青菜丝。每个工作日的早上，我都是这么做的。

我是一个律师，也是一个奶爸。

小孩子正在成长发育期，早饭是一定要吃好的。女儿上三年级了，学校离家远，每天要很早起，更要保证吃饱。上幼儿园和一年级的時候，她妈妈给她吃牛奶面包鸡蛋，她吃了几天就嫌不好吃。后来又改为馄饨，她吃了一段时间，又不愿吃了。

我想起了小时候妈妈给我做的炆锅面。

炒锅里放进一点点油，小火加热，然后倒进少许葱花，锅里立刻涌出了炸葱的香味。小时候妈妈用

雪白的山东大葱切葱花，如今我在上海，很少买大葱了，每天买菜的时候，卖菜的人都会送一点小葱，我也习惯了用小葱调味。

葱花倒进去后约一两秒，放进一小撮肉丝翻炒，翻炒三四秒后，倒一点老抽进去，翻炒两下，把青菜放进去。今天早上我切的是娃娃菜的菜心，最嫩最甜的部分，如果是黄瓜的话，就要等面条出锅时再放了，因为黄瓜一烫就熟。

妈妈在世的时候，就是这样做的，她说这叫炆锅。

此时的厨房，已经充满了一股香气，加两碗水进锅，放到中火，大约一两分钟，锅里清褐色的汤就翻滚了，肉丝和青菜丝夹杂着绿色的小葱末在锅里打着旋。放进一绺面条，搅拌，放盐。面条在水中变软，

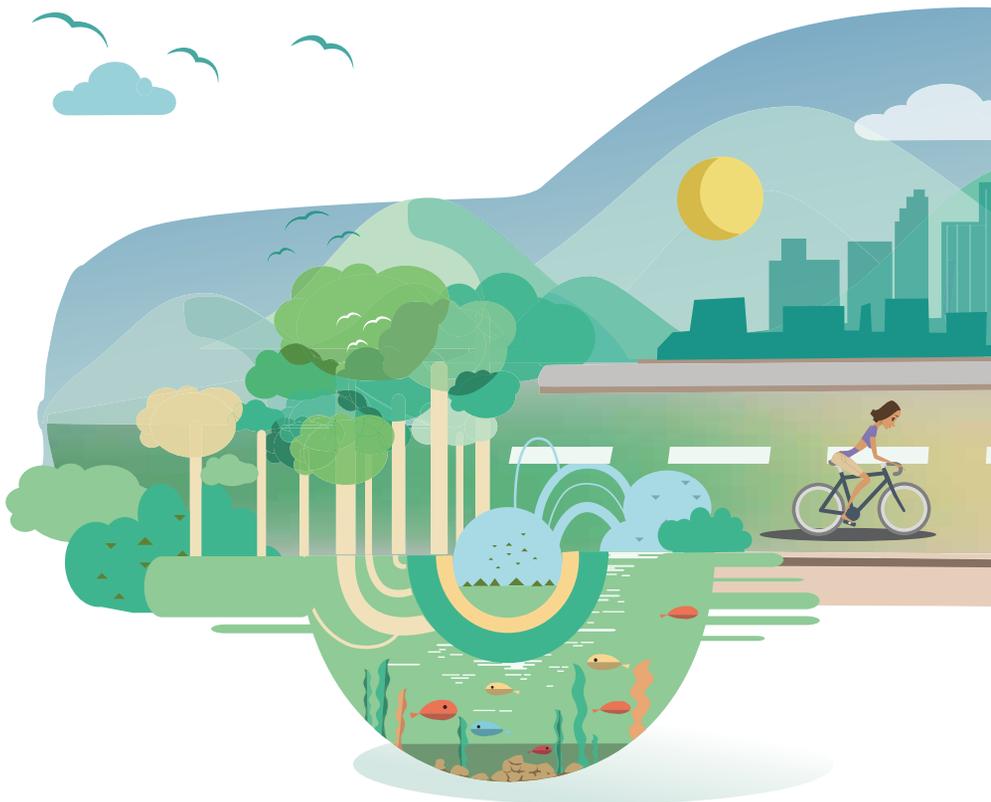
和原有的肉丝、青菜丝在水中飘荡，几分钟后，一碗汤面就出锅了。

简单，美味。

在寒冷的冬日早上，一碗热汤面，带着葱香，汤味醇厚，吃下去整个人都暖和起来了。纪宝宝每天早上洗完脸，都跑下来等着吃面，一大碗面带汤喝光，连她最不愿吃的鸡蛋，都混着面条汤几口吃下去了。

“爸爸，这面太好吃了！”她摸着肚子，七分真心三分拍马屁地说。

我把锅里剩下的面汤倒进一个碗里，喝了一口。这味道很熟悉，陪伴我从小学一直到了高中。每天早上，天还不亮的时候，妈妈就起床了。她有两个儿子，都要上学，她自己和爸爸还要去上班，一锅连带水的炆锅面，就是大家的早餐。



山东人管吃面条叫喝面条，大概就是指这种连汤带水的感觉。再后来，哥哥工作了，家里变成了三个工作的人供我一个人上学。从春到夏，从秋到冬，无论寒暑，每天早上，都会有一碗热气腾腾的面等着我。

这个味道，已经流淌进了我的血液里。大学放假回家的时候，妈妈问我想吃什么，我说：“面条。”

工作后，我去了青岛，从此开始了独自在外打拼的律政人生。在家的日子越来越少了，难得的假期回家，我还是要吃面条。妈妈慢慢地老了，给我煮面的人变成了嫂子。再后来，妈妈病了，来上海动了手术，又回到山东去养病。

我不在她身边，在那一年的农历七月，妈妈走了，我甚至没能见

到她最后一面。等我赶回老家，只在殡仪馆看了一眼妈妈的遗容，就被亲戚们架开，我和哥哥跪在地上，看着妈妈离我们而去了。

她是个美丽、心灵手巧的女人，像那个年代大多数东北媳妇一样，会操持家务。她会做大酱，会做小菜，她做的朝鲜泡菜、腌的酸菜、拌的小咸菜是最受邻居欢迎的，做一缸泡菜或酸菜，一半以上都被邻居们要走了。她走了以后，我开始回忆她的点点滴滴，我知道，妈妈走了，妈妈的那些味道也离我而去了。再后来，哥哥也走了，我仍然没能见到他最后一面。我赶回去，只看到了山坡上新立的没有墓碑的墓。

一家四口早上坐在一起吃面的日子再也不会有了。我唯一继承下来的味道，只有两个，一个是腌蒜



纪玉峰

上海市汇业律师事务所合伙人。

专业方向：海事海商、国际贸易、知识产权。

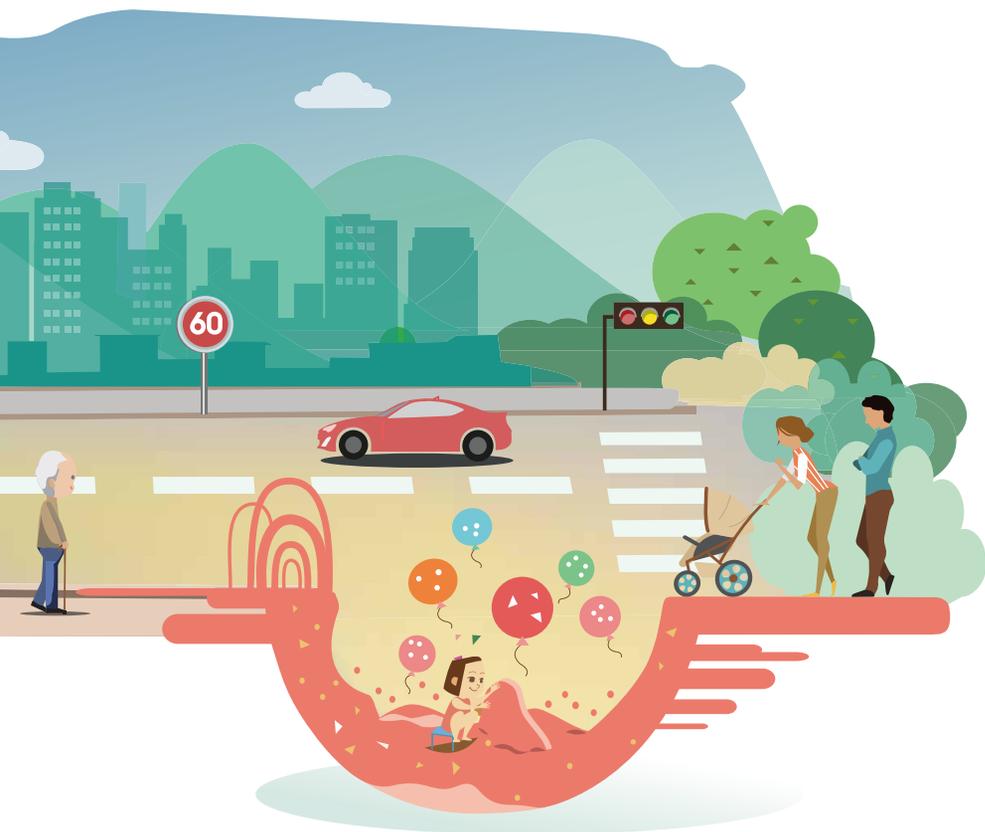
茄子，一个就是这个炝锅面。而其他的味道，再也没有了。

那天早上，我靠在灶台边，端起碗喝了几口面汤，腾腾的雾气中，似乎看见在那个遥远北方的小家中，妈妈背对着我在煮面。如今，我也像她一样，每天早起为她的孙女煮同样的面了，和她煮出来的味道完全一样。

她会在长眠的那座山上，望着南方，望着她的儿子奔波于办公室与法院之间，望着她的孙女吃饱、喝足、背着书包上学，脸上带着满意的微笑吗？

一碗炝锅面，也许将来有一天会成为纪宝宝的回忆，成为“爸爸的味道”。无论如何，至少此刻，妈妈的味道还在。

家的味道还在。



拿什么拯救婚姻

文 | 严嫣

近来，关于“离婚”的话题，让人牵肠挂肚。

根据民政部官网的公开数据，2017年度第二季度的《社会服务统计季报》中显示全国新婚558万对夫妇，同时有185万对登记离婚；2017年第四季度的《社会服务统计季报》中显示全国新婚1059.1万对夫妇，同时有369.3万对登记离婚。庞大的离婚群体，越来越受到关注。

同时，民政部官网当中的数据显示了2017年第四季度各省社会服务统计情况，其中上海地区结婚登记108691对夫妇，离婚登记50834对夫妇。但离婚登记的统计并不能涵盖法院判决离婚的数据，所以，上海的离婚率也真的是着实堪忧。

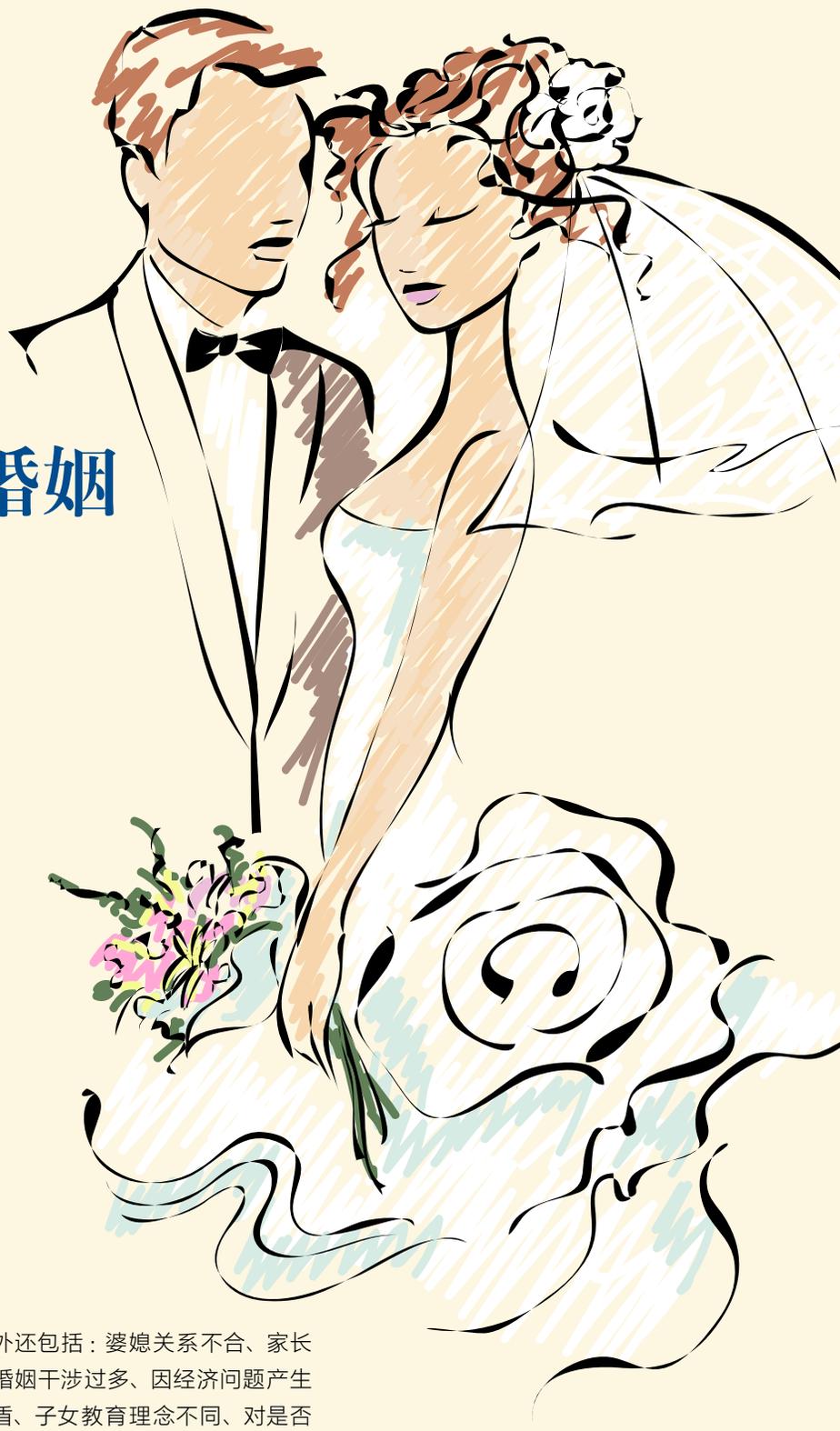
之前上海市汇业律师事务所王旭律师团队研读了1547份上海法院公布的离婚判决，梳理出了“2017年度上海法院离婚纠纷案件大数据报告”。其中，关于诉讼当中离婚理由的统计显示，位列第一的是“双方因家庭琐事争吵、双方性格不合”；其次是“婚外情”“家庭暴力”“赌博、吸毒、嫖娼等恶习”“长期异地分居”；

此外还包括：婆媳关系不合、家长对婚姻干涉过多、因经济问题产生矛盾、子女教育理念不同、对是否生育存在重大分歧、冷暴力缺乏沟通、一方身患重疾、大额负债等等。显然，任何问题都能成为离婚的理由。

作为家事律师，离婚案件其实关系着我们的饭碗，但每每面对一个又一个家庭的破碎，我们似乎也能感同身受——究竟我们的婚姻怎么了？我

们该拿什么拯救我们的婚姻？

今天我们换个角度思考，不去纠结婚姻中错综复杂的法律问题，我们应该反思的是：究竟什么是婚姻，我们还需不需要婚姻，我们需要怎样的婚姻。



性学家李银河曾经谈及，上世纪 80 年代，美国、法国已经约有 30% 的人不结婚了，到了 2015 年 8 月，16 岁以上的美国人中，有 50.2% 是单身。2016 年中国单身人口近 2 个亿。李银河甚至提出，婚姻终将消亡。她认为，导致大家对婚姻失去信心的是五个因素：第一，婚姻导致内在关系紧张；第二，预期寿命延长导致乏味感；第三，男女平等导致依赖感丧失；第四，离婚成本过高令人却步；第五，性目的由繁衍趋向喜爱。

对此，我们大多数人也许并不认同，但或许我们从中能够隐约感受到，现在的两性关系甚至婚姻，并不简单停留在繁衍、依赖甚至是责任之上了，而更多是兴趣和喜好。合则合，分则分。

所以，现在的 80 后、90 后，看待婚姻的聚散离合，似乎更随性一些。曾经有过执意要求离婚的当事人，用一句老掉牙的话，解释自己不惜经济上惨重的代价也要离婚的想法。他说：“婚姻就像穿在脚上的鞋，挤谁脚谁痛，所以一定要脱下来。”

很多父母，面对子女要离婚的这个问题，都保持着反对的态度。曾经有当事人的父母，私下里向我们诉苦，当年她们要结婚我们不同意，好说歹说也没用，现在好了怎么劝她们也不听，非要离婚，甚至威胁我们不同意就跳楼。这些父母通常用“早知如此何必当初”去评价子女的婚姻过程。

或者，我们对婚姻缺乏预判。记得当年嫁给一无经济实力、

二无社会地位的我家先生，很多身边的朋友，都觉得匪夷所思。先生父母是直接表示反对，我的至亲也提出善意警告。或许正是这些警惕之情，让我反复地做过预判，如果有一天女方的职业越来越好，而男方原地踏步甚至后退，能承受能接纳吗？这很抽象，很难定夺。

于是，我问了自己几个问题——为什么要结婚？是需要更多经济上的支持和补给？还是需要心理上的依赖和安全感？不是，我更需要陪伴。

想要怎样的家庭？衣食无忧，甚至锦衣玉食？光鲜亮丽，人中龙凤？也不是，我想简单温暖足矣。

为什么嫁给他而不是其他人？是因为他热烈甚至盲目的追求？还是我已然大龄剩女的无奈单选？不，我觉得牵他的手似乎几十年也不会嫌烦。

所以，就嫁了这么一个人。到现在差不多九年了，结婚前没有爱得死去活来，结婚后也没有平淡得令人悲痛。曾经有人羡慕地问过，为什么我家先生能虏获这么优秀的女律师，怎么就过得那么幸福。我的答案——婚姻本也没有期待的那么美好，所以也就没有担心的那么糟糕，我们只是恰巧还没有离婚继续过着而已。

除了学会预判，拉低期待值以外，我想危机感也是必要的。

作为家事律师，或许我们会比许多人更明白婚姻不过是一种身份与财产关系的约定，随时都有分崩离析的可能。这种危机意识，存在的同时更需要一个度。

有些夫妻，危机感被泛化，甚至出现剑拔弩张的趋势，而这种紧张感绷到一定程度，就会崩盘和失控。有很多情侣、夫妻都会遇到这样的场景，虽然手牵手走在街头，可他的眼睛却盯着美女走了神。当然，也有她盯着帅哥忘乎所以的可能。此刻，危机感和嫉妒心，会让我们有厌恶感、不平衡感，甚至出现攻击性。

然而，我们都不要忘了，两性存在于群体社会，是有基本的需求的，简单地说，我们当然反对肆意的性需求，我们也应当认同异性之间正常和基本的性别需求，注意是“性别需求”。如果男性无视美女，而女性对帅哥毫无兴趣，那才是比较要紧的问题。正常范围的“危机问题”不可过多碰触，否则这种危机感就越来越乏味、越来越不在乎，甚至随意拉低底线。

所以，类似的“小事”不易过度紧张。但真正的危机意识，是恋人尤其是夫妻之间非常重要的基石，不能轻易踏破底线。

有很多当事人，最难以接受的就是婚姻当中对“忠诚”的践踏。有感情洁癖的一类，也有勉强容忍的一类。前者一旦发现问题，不惜代价满身伤痕地抱憾离场；后者即便能做到打落门牙肚里吞，也是勉强过着鸡肋一般的生活。“不忠”一旦出现，就像瓷器裂纹一样难以复原，不可修复。

所以，夫妻间对婚姻危机的可能，应该有一定的共识，保持认同感的大体一致性，或许就能尽量避免不必要的错误出现。偶尔，与

我家先生瞎聊，“真爱万一冒出来谁也拦不住，但至少我们都不要稀里糊涂地犯下不值得的错误，尽量避免目前还算安稳的幸福出现瑕疵……”为了这样的小目标，还得继续努力。

还有个更重要的，应该叫做“凑合”。

婚姻没有完美，夫妻更无完人。现在的那个没有那么糟糕，之后的那个也没有那么美好。婚姻不外乎混混日子，相互妥协、相互谦让地凑合凑合。

恋爱时，荷尔蒙、多巴胺决定着我们都在极力表现着最美好的自己，无所不用其极，甚至演绎得闪闪发光。结婚了，生了孩子了，戏也演不动了，不屑那么做作地相处了。于是，相互之间完美的人设以高铁的时速迅速崩塌。我们当然不是故意的，但我们应该懂得，日子过得久了，更应该对他或者她好一点，因为落差越大越容易将婚姻逼向死地。

结婚了，是两个家庭甚至两个家族的结合，互相尊重和妥协，学会平衡的艺术，有利团结的事情做，破坏感情的事情停。尊老爱幼、会做人、会来事儿，装也装做是个好孩子，不是为了迁就他或者迁就她们，而是为了自己的幸福和快乐。减少无关痛痒的得失争执，因为我们永远不知道压死骆驼的是哪一棵稻草。所以傻一点，偶尔吃点亏才是真正的减负。

有规则的推拉，建立“凑合”的平衡机制。即便再幸福的婚姻，都会有过无数次离婚的念头，恐怕

也包括我家先生。一味地压抑，只会让下一波的爆发来得更加恐怖，要学会适当地宣泄和疏解。夫妻之间关起门吵架，避免波及他人、减小影响，实现床头吵架床尾合，达到小吵小闹怡情的目标；少翻旧账，一事一议，解决未来可能的问题，而不纠缠过往的失误；学会互相道歉，错了认错，发泄过头也能认错，情绪真正解决了，才能做到既往不咎，事儿才真的过去；建立平衡机制，知道高危和痛点在哪里，知道刹车、知道避让，才能化险为夷，安全着陆……

其实，无论我们说的学会预判，还是危机意识，抑或者平衡凑合，也不过是婚姻里依然还有的在乎和在意。人说：“幸福的婚姻都一样，不幸的婚姻各有不同。”我略有不同思考。

还在维系的那些看起来幸福的婚姻，一定有夫妻甚至两家之间的努力和付出，点点滴滴不易在其中，绝不会是千篇一律。

而不幸的婚姻，分崩离析，会有个共同点，就是她们没能、也不愿意再为婚姻而共同努力。或这样或那样的原因，她们不愿再去迁就，不愿再去凑合，放任幸福像一个烂苹果那样，迅速地蔓延直至坏死。

我们应该做的是，判断我们是否真的需要婚姻，婚姻于我们而言有哪些意义，知道自己在婚姻当中的价值和受益。那么，面对想要拥有的婚姻存在感，从选择的那一刻起，就理性、真诚、坚守着那种氛围或者叫“幸福”的感受，哪怕它淡淡的。去付出，实现自己在婚姻

中的价值。去珍惜，感恩自己在婚姻中的收获。呵护婚姻关系项下人和事的本身，而不是空虚地依赖着所谓的法律关系、权利义务。只有在乎体恤婚姻中的人，婚姻它本身才尽可能地维系和保持而已。

爱情转瞬即逝，婚姻脆弱易碎，该拿什么拯救，还能拿什么拯救，或许我们一时半刻也难以穷尽，也没有过多的资本去说教。至少我们还都信奉和需要婚姻所带给我们的福祉，那么就一起好好保护吧！正因为婚姻之约如此脆弱，才令我们更加地向往和珍惜。



严嫣

上海严嫣律师事务所主任、上海律协
对外宣传与联络委员会委员。
业务方向：婚姻家庭、商事纠纷。



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



2017“翰鸿杯·法言墨语”首届上海律师书画篆刻展
绘画类三等奖作品
上海市公义律师事务所 张佑