

2019

09

总第 783 期

# 上海律师

SHANGHAI LAWYER

## 市女律联班子集体拜访市妇联

上海援藏律师工作生活札记

从上海迪士尼乐园入园规则修改  
看如何应对大企业的霸王条款



上海市律师协会主办

# 辩论

第二届华东律师辩论赛  
成功举办





# 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](http://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  
季 诺

副主任  
张鹏峰 朱林海 陈 峰 邹甫文 潘书鸿  
林东品 杨 波 曹志龙 徐培龙 陈 东

编委会  
李 强 卫 新 马 朗 周知明 谭 芳 汪智豪  
连晏杰 田庭峰 葛 蔓 袁肖铭 翁冠星 闫 艳  
洪 流 徐巧月 叶 萍 葛珊南 杨颖琦 顾跃进  
马永健 黄培明 应朝阳 王凌俊 严 嫣 周 忆  
施克强 方正宇 叶 芳 屠 磊 邓海虹 岳雪飞

主 编  
曹志龙

副主编  
周 波 潘 瑜 曹 频

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）

8月18日上午,第二届华东律师辩论赛在上海圆满落幕。本届辩论赛由江苏、安徽、福建、浙江、山东、江西、上海等省市律协主办,上海律协承办,来自华东六省一市的7个代表团共14支辩论队伍参加比赛。上海律协副会长潘书鸿表示,华东律师辩论赛是六省一市加强律师交流、打造行业建设的平台,华东律师论坛及华东律师辩论赛为促进专业化、能力化建设起到重要作用,是行业、业务、情感、友谊交流的平台。

经过初赛、复赛、决赛共13场比赛的激烈角逐,上海一队夺得团体一等奖,上海二队获得团体三等奖;上海一队白翔飞获得个人一等奖,上海一队部嘉奇获得个人二等奖,上海二队王潜获得个人三等奖。

——《引法而鸣 据理相争  
第二届华东律师辩论赛成功举办》

近年来,上海迪士尼乐园因其入园规则备受质疑。2018年6月,因“1米4儿童票不合理”,上海迪士尼乐园被广东高院一名法官告上法庭;2019年3月,因要求禁止自带饮食,上海迪士尼乐园被华东政法大学的一名法科生告上法庭,由此引发了广大民众的热议。经长三角消保委联盟倡议,近日,上海迪士尼乐园对是否需要购买儿童票采取新标准,即兼顾年龄与身高,不再单纯以身高作为标准,并对禁止自带饮食的规定进行了相应修改。

面对格式条款、霸王条款,如何强化监管,让消费者明白消费,依法维权?本期“法律咖吧”聚焦上海迪士尼乐园入园规则修改,探讨案件背后的法律问题,为消费者应对大企业的霸王条款出谋划策。

——《是较真还是合法维权?  
从上海迪士尼乐园入园规则修改看  
如何应对大企业的霸王条款》

8月8日下午,第十届上海市女律师联谊会班子成员在常务副会长韩璐的带领下,集体拜访了上海市妇女联合会,受到市妇联主席徐枫的亲切会见。市女律联副会长张艳、孙彬彬、时军莉、沈岱青、林丽娟、岳雪飞、徐松婷,秘书长张秀华,专职副秘书长陶丽萍,副秘书长杨颖琦参加此次活动。

市女律师联谊会自成立以来,在市妇联领导的关心和支持下,已成为广大女律师沟通交流、增进友谊、愉悦心情的家园,第十届市女律联班子将在秉承以往优良传统的基础上,继续着力于树立女律师良好的社会形象,充分展现女律师在妇女儿童维权及法治建设方面的责任与担当。

——《加强友好互动 搭建沟通平台  
市女律联班子集体拜访市妇联》

律所的发展管理需要综合和平衡,而个人的专业发展需要专注和投入,随着事务所人员的增多,规模的扩大,执业初期的各种事情千头万绪,其中的滋味难以言表。但凡过往,皆为序章。所有的经历和磨砺无疑都成为前进路上的石子。浪花可以磨灭棱角,却不曾改变砥砺前行、奔流到海的初心。日常潜移默化的点滴经验积累,以及不断提升认知力、洞察力、判断力和冷静处理突发情况的能力,将成为执业技能提升的重要软实力,有助于青年律师快速成长,形成职业化的服务品牌价值。

本期“律师素描”,看“上海市第六届优秀女律师”张玲如何以专业、敬业赢得客户的信任和尊重,并不断践行法治中国实践者和奋斗者的使命与担当。

——《保持初心 愿你眸有星辰 心怀山海》

04

## 本期关注

- 4 引法而鸣 据理相争  
第二届华东律师辩论赛成功举办 / 市律协业务部
- 7 精致优雅 全力以赴  
第二届华东律师辩论赛参赛侧记 / 白翔飞

09

## 行业风采

- 9 加强友好互动 搭建沟通平台  
市女律联班子集体拜访市妇联 / 市女律联
- 10 学习表达技巧 提升交流水平  
上海律协举办 2019 第二期青苗班青年律师表达专场培训  
/ 市律协青年工作委员会 市律协律师学院
- 12 优化资源共享对接 搭建沪上青年律师成长平台  
上海律协青年律师工作委员会拜访共青团市委 / 市律协公共关系部
- 14 雅江河畔法援花  
上海援藏律师工作生活札记 / 吕轩

16

## 区区大事

- 16 追寻革命足迹 谋求共同发展  
长宁区律师行业党委党员骨干培训活动在延安举行 / 长宁律师工作委员会
- 17 共商品牌建设 共谋行业发展  
普陀区举办律所高级合伙人培训班 / 刘慧

18

## 律师素描

- 18 保持初心 愿你眸有星辰 心怀山海 / 张玲

20

## 律所管理

- 20 方达: 战略化布局 国际化雄心 / 林戈

26

## 法律咖吧

- 26 是较真还是合法维权?  
从上海迪士尼乐园入园规则修改看如何应对大企业的霸王条款 / 文字整理 许倩

31	<b>执业心语</b>
	31 我的三个“12年” / 邓海虹
34	<b>案例精析</b>
	34 银行应如何制订法律风险防范措施 以上海某银行金融借款合同纠纷案为例 / 夏冰 陆彦文
37	<b>律师实务</b>
	37 浅谈商业标识在反不正当竞争保护中的地域性与时间性 / 赵红 40 解读新规对“操纵市场”的认定标准 / 董月英 43 公司股东承担清算赔偿责任及范围司法认定要点新解读 / 戚诚伟 唐天衣
47	<b>名家专栏</b>
	47 法律人眼中的外交 / 高全喜
50	<b>仲裁精研</b>
	50 《纽约公约》下申请承认执行裁决的程序性问题：评 MASPAL 公司案 / 上海国际经济贸易仲裁委员会商事仲裁研究中心
55	<b>岁月回眸</b>
	55 德高望重的锦天城首位主任 史焕章院长访谈摘要 / 文字整理 仲峥
60	<b>他山之石</b>
	60 菲律宾外国投资法律实务要点 / EMERICO O.DE GUZMAN 饶尧
63	<b>闲笔趣谈</b>
	63 音乐是一粒理想的种子 / 孙浩然

# 引法而鸣 据理相争

## 第二届华东律师辩论赛成功举办

文 | 市律协业务部



上海律协副会长潘书鸿致开幕辞

8月18日上午，第二届华东律师辩论赛在上海顺利闭幕。

本届辩论赛由江苏、安徽、福建、浙江、山东、江西、上海等省市律协主办，上海律协承办，来自华东六省一市的7个代表团共14支辩论队伍参加比赛。经过初赛、复赛、决赛共13场比赛的激烈角逐，上海一队夺得团体一等奖，江西一队、浙江一队、江苏一队获得团体二等奖，上海二队、安徽二队、福建一队、江苏二队获得团体三等奖。上海一队白翔飞获得个人一等奖，浙江一队杨力佳、上海一队邵嘉奇获得个人二等奖，江西一队杨帆、上海二队王潜、江苏一队王艳芳获得个人三等奖。

上海律协副会长潘书鸿在开幕辞中表示，华东律师辩论赛是六省一市加强律师交流、打造行业建设的平台，华东律师论坛及华东律师辩论赛为促进专业化、能力化建设起到重要作用，是行业、业务、情感、友谊交流的平台。



福建师范大学法学院教授刘方权  
对初赛进行点评



山东大学法学院教授胡长龙  
对复赛进行点评



江西南昌大学教授胡祥福  
对决赛进行点评

## 精彩比赛

比赛分为初赛、复赛、决赛三个阶段。随着比赛的正式开始，14支辩论队短兵相接。

初赛共7场，各支参赛队伍围绕辩题及各自观点展开精彩辩论。辩手们立足事实与法律，紧扣辩论观点，思维敏捷、言辞犀利，攻辩掷地有声。

福建师范大学法学院教授刘方权在点评环节中对选手的表现给予了充分赞许。他表示，各参赛队伍在攻防辩论中能够紧紧抓住要点，

准确把握事实，善于发掘案件细节。

随着初赛成绩的公布，比赛进入复赛阶段。虽然初赛场次较多，但是比赛精彩纷呈，辩手妙语连珠，让评委与在场观众印象深刻、意犹未尽。

复赛共4场，入围队伍经过短暂的准备后进入更加紧张的复赛，呈现出深厚的法律功底与高超的辩论水平。山东大学法学院教授胡长龙对复赛进行点评。他指出，参赛选手们用语规范、攻防有度，将法理、情理、事理有机融合在一起。

经过初赛与复赛的激烈角逐，比赛进入决赛阶段。

决赛共两场，辩手们的表现慷慨激昂、铿锵有力，将辩论的思维、语言艺术展现得淋漓尽致，博得现场观众的阵阵喝彩！

江西南昌大学教授胡祥福在点评中道出了评委和观众的真实感受，他认为，辩手的表现极为精彩，各路人才各显其能、各种风格大放异彩，每一场比赛都诠释了辩论的艺术之美，展现了青年律师的才情、豪情以及正义感。

<p><b>初赛一场</b></p> <p>正方：安徽一队 反方：江西一队</p>	<p><b>初赛二场</b></p> <p>正方：浙江二队 反方：江苏二队</p>	<p><b>初赛三场</b></p> <p>正方：福建一队 反方：江苏一队</p>	<p><b>初赛四场</b></p> <p>正方：福建二队 反方：上海二队</p>
<p><b>初赛五场</b></p> <p>正方：浙江一队 反方：上海一队</p>	<p><b>初赛六场</b></p> <p>正方：山东二队 反方：安徽二队</p>	<p><b>初赛七场</b></p> <p>正方：山东一队 反方：江西二队</p>	
<p><b>复赛一场</b></p> <p>正方：江苏一队 反方：福建一队</p>	<p><b>复赛二场</b></p> <p>正方：江西一队 反方：上海二队</p>		<p><b>决赛一场</b></p> <p>正方：上海一队 反方：浙江一队</p>
<p><b>复赛三场</b></p> <p>正方：上海一队 反方：浙江一队</p>	<p><b>复赛四场</b></p> <p>正方：江苏二队 反方：安徽二队</p>		<p><b>决赛二场</b></p> <p>正方：江苏一队 反方：江西一队</p>

## 闭幕仪式

上海律协会长季诺为团体一等奖获得者颁奖

安徽律协副会长陈晨为团体二等奖获得者颁奖

浙江律协副会长唐国华为团体三等奖获得者颁奖

江西律协副会长迟非为团体优胜奖获得者颁奖

江苏律协副会长刘玲为个人一等奖获得者颁奖

福建律协副会长吴旭为个人二等奖获得者颁奖

山东律协副会长孙瑞玺为个人三等奖获得者颁奖

上海律协副会长林东品为个人优胜奖获得者颁奖



上海律协会长季诺将华东律师辩论赛赛旗移交江苏律协副会长刘玲



上海律协会长季诺为团体一等奖获得者颁奖



安徽律协副会长陈晨为团体二等奖获得者颁奖



浙江律协副会长唐国华为团体三等奖获得者颁奖



江西律协副会长迟非为团体优胜奖获得者颁奖



江苏律协副会长刘玲为个人一等奖获得者颁奖



福建律协副会长吴旭为个人二等奖获得者颁奖



山东律协副会长孙瑞玺为个人三等奖获得者颁奖



上海律协副会长林东品为个人优胜奖获得者颁奖

上海律协会长季诺进行总结点评，他指出，辩手们的精彩表现再现了辩论的无穷魅力，华东律师辩论赛作为华东地区律师协会共同打造的律师行业交流平台，必将不断壮大兴起，华东地区律师间共建共赢、合作共赢的合作机制将促进区

域发展，在全面推进依法治国进程中发挥更加积极的引领作用。

最后，上海律协会长季诺庄严地将华东律师辩论赛赛旗移交给江苏律协副会长刘玲，华东律师间的交流与友谊下一届将在六朝古都南京继续绽放光彩。

# 精致优雅 全力以赴

## 第二届华东律师辩论赛参赛侧记

文 | 白翔飞



上海律师辩论队队员紧张备赛

比赛前的提前队员进行赛前踩点

参赛队员饭后在教练带领下散步

华东律师辩论赛是由华东六省一市（江苏、浙江、安徽、山东、福建、江西、上海）的律师协会主办，由各省市律协轮流承办的辩论盛宴。

去年，首届华东律师辩论赛在江西上饶举办，上海律师辩论二队斩获冠军，邓哲律师获“最佳辩手”第一名。今年，第二届辩论赛在上海举办，上海律师辩论一队不辱使命，在团体和个人奖项上成功卫冕。

在本次华东律师辩论赛中，六省一市每地派出两支队伍，共计十四支队伍参与角逐。

辩论赛的成功举办离不开各方的支持和关注：上海律协副会长潘书鸿、林东品，副秘书长潘瑜，业务部副主任金鹰等领导提供了无微不至的关怀；王恩海、何萍、马寅翔、薛进展、张绍谦等专家教授为参赛选手们指点迷津，王嵘、黄荣楠、周知明等辩论赛的顾问大咖倾囊相授辩论技艺，几位教练统筹全局，后勤人员则提供了完善的保障。

在今天的比赛中，去年与冠军

失之交臂的上海一队继续征战，由洪梓桢担任队长，郜嘉奇、李恬君和笔者组队，刘笛律师为陪练；上海二队重新组队，由王任佳担任队长，王潜、温晗、荆亚斌、周丹妮组队。

本届比赛中，参赛选手对好几场赛题的所持立场几乎没有准备。刚抽到题目时，队员心里难免有些沮丧，但这种沮丧很快就在教练团队的指挥下烟消云散。周乐多师兄排兵布阵，王思维师兄快速出论，邓哲学长瞬间成稿，赵秦学长构思战场排布，两大队长各自构思场上可能出现的变数，思考可能出现的话语表述结构和方式，各司其职，应对自如，呈现出最佳的竞技状态。应该说，上海队的强劲表现主要是因为上海队的顾问、教练个个身经百战，经验丰富。

初入队时，黄荣楠律师向队员介绍，自2001年至今，上海律师辩论队的队训是“精致优雅、全力以赴”——“精致优雅”是一种精神面貌，反映的是上海这块土壤和上海人所具有和追求的精细化和体面感；“全

力以赴”是一种办事态度，这要求每一个上海队员必须为集体荣誉竭尽全力。

2001年全国律师辩论赛，2011年全国检察官和律师辩论赛，2018年首届华东律师辩论赛……2000年后，上海律师辩论队在参与的所有外赛中，均毫无例外地夺得了冠军。

每隔数年的比赛，给了上海律师辩论队提供了非常好的传承空间，之前夺冠的队员往往就是之后冠军队的教练。传承至今，上海队形成了一整套完整的训练方法和人才培养模式，既保留了最初的优良传统，又与时俱进，不断适应新的比赛规则。

本次比赛前，教练们提出了一个“耻辱柱理论”，激励了很多队员。那天，大家训练得非常沮丧、疲惫，教练风尘仆仆地走进教室，然后笑着说出了这个理论，他说：“你们看，上海队没有输过之前的外赛，如果从你们这届比赛输了，后面的人再输就无所谓了，因为历史的耻辱柱只会记得第一支输掉的队伍……”

此话一出，原本可以用来安慰自己“尽力就好”的话顿时变得苍白无力，“历史耻辱柱”成了悬在每一个队员头顶的达摩克里斯之剑。

去年备赛，训练基地设立在上海政法学院的上合基地，食堂分为上下两层，下层为清真食堂，上层为普通食堂。清真食堂的手抓饭令人记忆犹新。今年比赛，大部分参赛队员都在清真食堂吃饭，对于参赛队员来说，备赛期间的饮食比平常生活还要健康和规律。除此之外，上海律协的领导还给予了我们很多照顾和帮助，金鹰副主任还为我们提供了很多酸奶、红牛饮料和小零食。

比赛期间，恰逢二队队员周丹妮的生日，二队队长王任佳悄悄订了蛋糕；巧的是，二队队员温晗知道后，也悄悄订了蛋糕。晚饭时分，两个蛋糕出现在周丹妮的面前，画面十分温馨，两队队员和教练齐声祝周丹妮生日快乐。

在那样紧张的环境中，上海律协给予的照顾和生活里的小确幸是支撑大家奋斗到最后的重要动力。

训练起来，没有任何人敢怠慢，因为这与每个人的“钱包”息息相关。

上海队的队规严肃中带着一点温暖——如果有队员在训练中迟到、落败，或请假出庭，就会被处以 200 元 / 次的罚款，当天的罚款会被用来购买冷饮和雪糕，用以慰藉所有人。

刚开始训练的时候，有人因为见客户耽误了时间，外加堵车迟到，被罚款 600 元；练口过程中，全组队员连续两次被同一人挑落，被罚款 200 元；第一天报道，有人迟到了 5 分钟，于是当场被罚款 200 元；封闭过程中，有人午睡超时，迟到后被罚款 200 元……这些数字的背后，

是规则的力量，是吃完雪糕后的甜，也是心里的暖。

大家的压力来自想要取得好成绩的比赛心理，但上海律协的巨大投入、教练的无私奉献，也让每个人都不想辜负这份期待。

初赛第一场，上海律师辩论队的比赛场次可谓绝佳，但抽到的赛题实在是让人崩溃——A 女对同寝室 B 女记恨已久，花万元请社会流氓 C 男某强奸 B。月黑风高夜，C 进入宿舍，意图强奸 B，恰好 B 不在，C 也没看清脸，就误将 A 强奸了。正方：A 女构成强奸罪既遂；反方：A 女构成强奸罪未遂。

从立场上来说，一般罪与非罪的案件好说，此罪彼罪的案件难说，而既遂和未遂的题目可谓是难上加难。我们作为反方，可以发挥的空间极为有限。

从我们下午 4 点抽到题目起，悲观的情绪便蔓延开来，直到夜里 1 点，立论还未完成；1 点半时，自由辩论所有观点全部推倒重来；2 点，还没有形成任何陈词思路，队员们几近崩溃。好在有教练团的陪伴，在 3 点之前，大家总算完成了所有的备赛工作。初赛有惊无险，由于辩题原因，我们落后第一名一分，以全场第二的名次进入复赛。

上午比赛结束，大家回去午休，约定复赛前集合。下午，队友给我发信息，说自己起不来了，好像扭到腰了。我们当时已经在教室等待最后的磨合，收到信息之后，我马不停蹄赶回宾馆看望受伤的队友，队友几乎是强撑着起来给我开门，我打开门看到他强撑着起来的场景，第一想法是他不能比赛了，转而就开始心疼，一路走来，作为小弟和队员，他的压力每

个人都能清晰地看见。其他队友们纷纷赶来看望他，有人语重心长地叮嘱他“上了年纪要注意身体”，有的买来“腰托”，有的送来了膏药。好在最后有惊无险，队友如约上场。

精诚所至，金石为开。复赛一场，我们直接扭转战局，由落后第一名一分，到领先第二名六分，带着巨大的优势进入决赛，几乎已将冠军拿下。

最终，上海两支队伍同心协力，相互配合，拿下团体冠军，六名队员分别获得最佳辩手一等奖、二等奖、三等奖和优胜奖，一段时间的努力终于获得了各方的肯定。

辛苦的备战和紧张的比赛结束了，卸下疲累，更多的是发自内心的满足。这次比赛，我们投入的是时间、思考和集体的心血，收获的是成长、历练和创造的激情，得到的是态度、友谊和并肩作战的归属，留下的是感恩、传承和永不散落的记忆。

比赛之外，从教练队友到兄弟姐妹，我相信这一份友谊将会和这个夏天一样，铭记在每个队员的心里。



参赛队员为队友庆生



参赛队员凌晨 2 点半仍在走廊里理思路

# 加强友好互动 搭建沟通平台

## 市女律联班子集体拜访市妇联

文 | 市女律联



市妇联主席徐枫与市女律联班子合影



市妇联权益部部长陆荣根、市妇联办公室主任潘卫红与市女律联班子合影

8月8日下午，第十届上海市女律师联谊会班子成员由常务副会长韩璐带队集体拜访了上海市妇女联合会，受到了市妇联主席徐枫的亲切会见。市女律联副会长张艳、孙彬彬、时军莉、沈岱青、林丽娟、岳雪飞、徐松婷，秘书长张秀华，专职副秘书长陶丽萍，副秘书长杨颖琦参加此次活动。

韩璐转达了市女律联会长邹甫文对徐枫主席的问候。随后，韩璐代表市女律联就市妇联一直以来对女律师工作的关爱和支持向徐枫主席表示了衷心感谢，并向徐枫主席报告了第十届市女律联新班子的人员情况、组织架构。各副会长随后分别就自己部门所对应的分工及具体工作内容做了详细介绍。

徐枫主席充分肯定了市女律联在妇女儿童维权方面所做的贡献，除巾帼志愿团的日常值班工作之外，从妇女儿童维权个案援助，到推动妇女儿童维权制度的建设、法律法规的落地完善，女律师的倾心付出发挥了重要作用，让人感动。市妇联将一如既往地支持女律联工作，在女律师党建引领、参政议政、女性人才培养交流等方

面进一步加大力度，搭建女律师人才发展和沟通交流的平台及桥梁，更好地发挥女律师的专业力量。

随后，市妇联权益部部长陆荣根和市妇联办公室主任潘卫红与市女律联班子进行了座谈。他们期待在未来工作中与市女律联有更密切的合作，鼓励新一届市女律联要继承、发扬公益服务精神，在法制宣传方面要贴近基层、贴近生活、贴近群众，发挥好各区女律师的基层培训能力，给予基层妇女儿童维权干部以专业支撑。

上海市女律师联谊会自成立以来，在市妇联领导的关心和支持下，已成为广大女律师沟通交流、增进友谊、愉悦心情的家园，第十届市女律联班子将在秉承以往优良传统的基础上，继续着力于树立女律师良好的社会形象，充分展现女律师在妇女儿童维权及法治建设方面的责任与担当！



市妇联权益部部长陆荣根、办公室主任潘卫红与市女律联班子座谈

# 学习表达技巧 提升交流水平

## 上海律协举办 2019 第二期青苗班青年律师表达专场培训

文 | 市律协青年工作委员会 市律协律师学院



上海律协第二期青苗班学员合影

8月8日，由上海律协青年律师工作委员会联合律师学院在静安区党建活动中心举办上海律协第二期青苗班——“不忘初心 牢记使命”青年律师表达训练专场培训。

本期课程由上海律协青年律师工作委员会主任陆胤律师以及副主任王思维律师做开班动员，共有100位青年律师参加本期课程。

上午由邵琦老师为学员带来《如何打造有影响力的演讲》一课，邵琦老师有丰富的演讲培训经验，她认为在演讲中，演讲不难，难的是如何能够发表出有影响力的演讲。而用故事来演讲就会加深受众的印象，加深印象是演讲最重要的部分，从身边的事切入就能够做到既简单，又深刻。

其次，要用对方能够听懂的话来影响他人，其中演讲影响他人的内容有三种：喻情、喻德、喻理。在演讲时的形象气质也很重要，观众对演讲者最直观的感受就来自于眼神、语气、站姿、手势、步伐以及是否流畅这六个方面，改变外在可以增加演讲者的影响力。但无论外在如何改变，内容才是最重要的组成部分。随后，邵琦老师通过金一南教授的演讲视频很好地说明了演讲内容的价值。

如何通过内容去影响别人呢？最好的办法就是让别人自己得出结论，因为人都是会捍卫自己得出的结论的，这就是最大的影响，也是最重要的影响。

最后，因为学员在日常的工作当

中一定要有几个备用的小故事，而故事是需要发掘的，于是邵琦老师向学员们讲解了如何通过“故事雷达”来打造自身的故事，即找出某件事情的人、地、经历、纪念物品，并将其构成一个小故事。

邵琦老师要求场下学员各自通过“故事雷达”找出自己“为何要成为一名律师”并寻找“队友”，相互交流各自的故事。在交流之后，邵琦老师邀请了三名学员上台演讲并现场提出改进意见。

下午，王嵘律师为学员们讲授了法庭语言表达技巧。

在律师的沟通对象当中，最重要的就是客户。案件胜诉率不是律师的目标，律师最大的对手永远是自己的委托人。获得了当事人信任的律师就是成功的律师。而人与人之间的信任来源于沟通，与客户的沟通就尤为重要。同时，与同事、团队成员，以及与公检法机关的沟通也是非常重要的。

首先，律师在与客户沟通时，为了保证服务的效率以及客户被服务时的感受，一定要尽量保证与客户当面沟通。如果与客户需要电话沟通，应当保证沟通时间不要过长，不要占用客户过多的时间。在客户面前要积极，要敢于说话，同时也要善于提问。提问可以让律师获得有用的信息，仅是进行提问，没有表达观点也不会存在风险。见客户

时所讲的内容都应当提前准备好，要使客户体验到律师服务的专业性。

同时，在与客户对话的时候不要扮演质疑者，而要扮演倾听者、提问者。提问是了解事实的工具，而不是用于进攻的武器。在与同事、团队交流的过程中要注重工作成果的共享，对于团队案件要做好案件简报，通过讲故事——梳理证据链——陈述己方观点——预测、归纳对方可能的观点——分析、总结

反击对方的方法来完成简报，在汇报中锻炼自己的表述、归纳能力。

最后，律师在法庭上要保持对法官的尊重，不要把自己放在公检法的对立面，律师的工作必然以公检法的工作为基础，公检法的权威性要放在第一位。在法庭上发表意见时一定要脱稿，因为脱稿会有一种真诚感，会吸引法官的注意，而语言表达要通俗化，用语贴近生活实际。在刚开始接触庭审活动时，学

员无法做到脱稿的话，可以先锻炼讲套话的能力，之后再逐渐减少套话。这种能力的锻炼最好从刑事辩护入手，因为刑事案件中存在较多的无话可说时的辩护。在发表意见时，口头表达要有逻辑，表达自己的观点时要尽量说短句并且列点说明，当点太多的时候可以将几点归为一个方面进行叙述，避免法官对发言产生疲劳感，而导致发表意见的效率降低。



沈奇艳律师：《谱写属于自己的凡人之歌》



张博超律师：《跳出自己的舒适区》



顾立平律师：《我和我的老师》



李璇律师：《寻找初心》



江卫律师：《在时代潮流中不忘初心》



郑重律师：《牢记初心使命 推进自我革命》

王嵘律师的授课结束后，六名律师以“不忘初心 牢记使命”为主题，分别从个人、律所、国家等不同角度发表了演讲。他们的主题以及演讲人分别是（按出场顺序排列）：

《谱写属于自己的凡人之歌》沈奇艳 北京观韬中茂（上海）律师事务所

《跳出自己的舒适区》张博超 上海九州丰泽律师事务所

《我和我的老师》顾立平 上海宋和顾律师事务所

《寻找初心》李璇 北京观韬中茂（上海）律师事务所

《在时代潮流中不忘初心》江卫 上海市万联律师事务所

《牢记初心使命 推进自我革命》郑重 上海市恒泰陆律师事务所

上海律协第二期青苗班的授课顺利结束，许多学员表示收获颇多，希望能参与更多的律协活动，在律协的青年律师活动中找到参与感、归属感，在培训中找到获得感。

# 优化资源共享对接 搭建沪上青年律师成长平台

## 上海律协青年律师工作委员会拜访共青团市委

文 | 市律协公共关系部



上海律协青工委部分成员与共青团市委领导合影

8月13日下午，上海律协青年律师工作委员会由上海市司法局律师工作处副处长张铭，上海律协副会长徐培龙、青工委主任陆胤带队，拜访共青团市委，受到了共青团市委副书记邬斌的亲切接待，团市委基层工作部部长任淳、基层工作部孙宁、范琪敏，上海律协青年律师工作委员会副主任张玲、王栋、潘雄、吴颖、程苏以及上海律协公关部主任李旻等参加了本次活动。

见面伊始，邬斌副书记表达了对上海律协青工委来访的热烈欢迎。徐培龙副会长表示，这是本届青工委6月底换届以来走出律协交流学

习的第一站，对于团市委的热情接待安排，以及团市委一直以来对协会青年律师工作的关心和支持表达诚挚感谢。徐培龙副会长就后续协会设立行业团委的工作设想做了汇报，希望能更好地以团市委平台为依托，促进青年律师与各行业优秀青年的交流融合与资源整合，开展形式多样的活动，为沪上广大青年律师的成长与发展，搭建更多更好的平台。

随后，陆胤主任详细介绍了本届青工委的委员情况及组织架构。由于青年律师发展的不平衡性，本届青工委积极开展调研工作，深入关注并了解青年律师的困惑、痛点与实际需求，针对性开展创新工作，鼓励更多优秀青年律师参与社会服务，投身行业发展，实现自我价值。张玲、王栋、潘雄、吴颖、程苏等几位副主任分别就各自对应的党建宣传、社会服务、外联拓展、调研交流等部门分工做了相关介绍交流。

张铭副处长谈到，目前上海律师行业人数增速非常快，青年律师群体数量急剧增加，凸显了青年律师工作的重要性。以党建促团建，重视人才队伍建设，一方面需要对青年律师的成长发展给予有效的帮助和指导，提升他们的专业及各方面综合能力，让青年律师能投身服务社会的事业中；同时要扩大对青年律师的培养路径，通过更多部门或渠道引入更多政策扶持，让律师行业获益，更好地促进律师行业服务社会、服务经济社会发展的大局。

团市委负责服务维权及协会交流的部长任淳以及分管两新组织的孙宁分别就各自负责工作条线向律协青工委一行做了详细介绍，就目前

已开展的专业类法律服务、团干部培训、文化宣传等做了介绍，希望后续可与青工委开展更多对接并加深合作。

最后，邬斌副书记表示青年律师是和团市委联系最为紧密的行业群体，团市委将继续全力支持律协青工委工作，对于行业团委的创新建设、探索工作提供积极指导并做好服务；希望与律协青工委建立长效

工作联系和互动机制，双方共同致力于青年律师成长平台的搭建，优化资源共享对接，共同探索开展各类灵活多样的竞赛活动以发掘更多优秀青年律师；积极开展评优表彰活动，树立青年岗位能手先进典型。邬斌副书记期待本届青工委在青年律师工作开展方面具有更多的创新力、凝聚力、示范力，打造更强的青工委品牌影响力。



市司法局律师工作处副处长张铭（左二）、上海律协副会长徐培龙（右二）与团市委领导进行交流



上海律协青工委主任陆胤介绍本届青工委相关情况

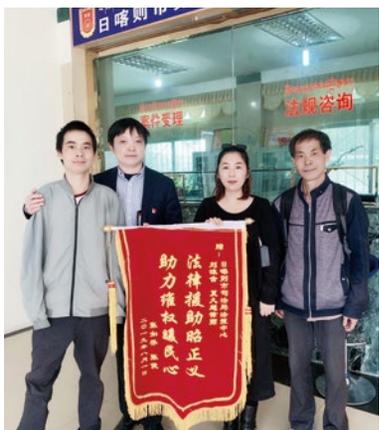
# 雅江河畔法援花

## 上海援藏律师工作生活札记

文 | 吕轩



日喀则市是西藏第二大城市，母亲河雅鲁藏布江横贯其中。这里不但有世界第一高峰，还有号称“西藏粮仓”的河谷平原，并与印度、不丹、尼泊尔等国接壤，地理位置相当重要。经济的相对繁荣使得人民群众对法律援助的需求日益高涨。司法部“援藏律师服务团”的上海律师们就活跃在这片神奇的土地上，并涌现出了许多感人事迹。



上海法援律师获赠锦旗

### 柜子里的锦旗

法援中心主任王金龙在清理一个不常用的柜子时，发现了一面锦旗。仔细一看，是法律援助当事人送给

援助律师夏久超与其搭档刘沫含的，旗上面写着“法律援助昭正义，助力维权暖民心”。

这是怎么回事呢？原来，当事人是在建筑工地因伤被截去双臂的28岁年轻人，但某建筑公司作为用人单位，却连劳动关系也不愿承认，而当事人又拿不出劳动合同。怎么帮助这位上有老下有小、身处困境的青年呢？劳动案件要求仲裁前置，对方不服可以提起民事诉讼，整个审判流程再加上执行，这将是一个漫长的过程。而当事人急于康复治疗，也需要拿钱养家，实在是等不起。基于这种情况，两位律师一致认为，和解是最现实的选择。在收集掌握确凿证据的前提下，经过多轮针锋相对又耐心细致的谈判，双方最终达成

了调解协议，并由仲裁庭当庭制作了调解书，最大限度地维护了当事人的合法权益。

在仲裁的过程中，夏久超与刘沫含律师因专业与认真，引起了同样认真敬业的仲裁员们的共鸣。仲裁结束后，仲裁员们与两位律师成了好朋友，不但一起品尝酥油茶，还一起交流相关法律问题，律师们也利用自身的资源优势给予日常仲裁工作以理论与程序上的指导。

### 黄浦之花盛开雅江

日喀则市是上海的对口援助城市，宏伟的桑珠孜宗堡，宽阔的上海路，繁华的上海广场，以及一个个落到实地的援藏项目，无不显示了两座城市之间的紧密联系。



上海法律援助律师  
在日喀则法律援助中心  
接待咨询

在法律援助方面，上海市今年派出了四支律师小分队到日喀则，分别是驻市区的夏久超律师与孙艳律师、驻亚东县的李雷律师、驻萨迦县的王勇喜律师。他们人数虽少，背后却有上海市两万五千余名律师以及整个司法系统资源作为坚强后盾，无论在智力上，还是在财物上，全体上海律师们都通过小分队源源不断地向日喀则输送能量，形成了一股充满温度的滚滚洪流。

值得一提的是，夏久超律师利用市区的便利，会同其他省市的律师，在分管局长周庆的关心下，利用司法局提供的优良条件，办起了自己的小食堂，竟然还办得红红火火。开办小食堂的初衷是解决双休日大食堂不开伙的问题，但后来随着驻县上海律师的陆续加入，形成了一个学习、交流法律问题的沙龙，律师们在这里获得信息、解决难题、放松身心，又奔向四面八方传播法律。后来，随着“小食堂”名气的扩大，附近的援藏干部们也加入进来，使得律师们交流的范围更广了，与民生社情贴得更近了，在法律援助的时候也更容易找到感觉了。

### 海军老兵高原立新功

出于对前期工作的认可，夏久超律师接到了一项新的任命：担任扫黑办专职律师，以律师身份加入扫黑办。这在整个西藏地区是第一例。因政治敏感性，扫黑在西藏有不一样的地位和要求。在从事律师行业前，夏久超有在海军军级政治机关工作的经历，在军内和多个社会岗位中经受过历练。

经过认真广泛的考察与文件资料研究，夏久超发现人民调解具有矛盾多元化、行业领域广泛化的特点，是“扫黑除恶”工作的重要阵地。充分发挥好人民调解“第一道防线”的作用，就可把矛盾纠纷化解在基层解决在萌芽状态，起到事半功倍、防患于未然的效果。而对人民调解着力不足，一定程度上将导致黑恶势力摸排、打击的范围有所局限，并对社会稳定带来不良的后果。但现实中，基层人民调解相关工作人员的自身

素质和工作水平参差不齐的普遍现状制约着该项工作的发展，在乔元杰书记的支持下，夏久超律师确定了自己到扫黑办后的第一步工作，就是着手编制人民调解员手册，并在此基础上加强对全市人民调解工作的调研和相关人员培训，及时发现并解决他们工作中存在的问题和难点。

但他并没有止步于此，在深入学习“枫桥经验”的基础上，在上海市司法局领导的关怀、徐汇司法局的具体指导和上海律协的大力支持下，夏久超又积极配合日喀则市司法局开展了人民调解协会的筹建工作。人民调解协会成立后将是西藏地区第一个人民调解协会，必定对促进西藏地区的人民调解工作产生重要的积极作用。

在驱车五六个小时去县里办案之余，夏久超并没有去欣赏美景，而是实地考察了两个乡镇司法所及人民调解情况，直接掌握了第一手资料。在阿旺次仁局长的直接领导下，他又率队奔驰在海拔五六千米的市属各县，进行深层次的调研。他们深入田间地头，深入重点领域，深入重点群体，结合前期的排查工作，深入发现土地征用、房屋拆迁、环境资源保护、拖欠农民工工资、涉农涉企、涉精准扶贫及重大工程建设和资源开发项目建设领域的重点问题，努力查找并化解有可能引发群体性事件的矛盾纠纷，并集中精力提炼其中的矛盾规律，以饱满的热情奋战在法律援助的第一线。

# 追寻革命足迹 谋求共同发展

## 长宁区律师行业党委党员骨干培训活动在延安举行

文 | 长宁律师工作委员会

在长宁区司法局党委的高度重视和支持下，上海市长宁区律师行业党委党员骨干培训活动在延安举行。7月29日，在上海律协副会长徐培龙，长宁区律师行业党委副书记、长宁律工委主任顾靖的带领下，长宁区律师行业党委党员骨干北上革命圣地延安，追寻革命的足迹，认真学习党史、新中国史，以不断增强坚守初心、担当使命的意识。

7月30日上午，延安干部培训学院举行此次活动的开班仪式，长宁区律师行业党委委员、上海市海华永泰律师事务所党委书记马靖云主持，延安干部培训学院领导曾庆鹏致辞，带队领导顾靖发表动员讲话，并向学员代表授予班旗。

随后，在顾靖主任的带领下，长宁区律师行业党委党员骨干来到宝塔山，在红旗下重温入党誓词，并参观了延安革命纪念馆，认真聆听讲解员对延安的历史与精神的细致解说。该项活动不仅让大家对延安精神有了更加深入的了解，更增强了大家的党员意识。

7月30日下午，长宁区律师行业党委党员骨干参观北京炜衡（延安）律师事务所，开展了以“党建促所建”的主题研讨会。会上，延安市律师行业党委副书记、延安律协会长、北京炜衡（延安）律师事务所主任屈金冈表示，本次两地合作交流不但体现了律师不忘初心，牢记



长宁律工委与延安律协签署战略合作协议

使命的精神风貌，也将助力延安律协在行业管理、业务发展、青年律师培养等领域取得长足进步。顾靖主任表示，本次研讨会不仅要学习律师行业先进党组织如何在基层开展工作，还将促成两地青年律师培养工作战略合作协议的签署。延安律协每年可选派5名青年律师赴长宁区知名律师事务所学习培训，长宁律师工作委员会为延安青年律师提供来沪学习的平台与机会，以谋求两地律师共同发展。

经过持续四小时的热切讨论，上海市长宁区律师行业党委、延安市律师行业党委、延安律协在青年律师培养、党建工作开展、以党建促所建等问题上取得了丰硕成果。

7月31日上午，长宁区律师行业党委党员骨干参观了杨家岭革命旧址，并前往为人民服务讲话台，在马靖云律师的带领下进行了《为人

民服务》的名篇诵读。大家认真聆听解说员讲述张思德的事迹及精神，又一次接受了“全心全意为人民服务”的宗旨教育。

7月31日下午，长宁区律师行业党委党员骨干前往梁家河，重温总书记七年知青岁月。上世纪60年代末，总书记带着青春激情，发扬艰苦奋斗的精神，不断带领和帮助村民摆脱贫困。艰苦的环境培养了总书记坚毅的品格，使他身上始终闪耀着“坚定信念、一心为民、艰苦奋斗、实干担当、敢为人先、廉洁奉公”的梁家河精神。

8月1日，长宁区律师行业党委党员骨干结束了在延安为期四天的培训活动。追寻习近平新时代中国特色社会主义思想源头，本次活动坚定了每一位党员律师正确的政治方向，大家时刻铭记以人民为中心的初心，增强了党性和公仆意识。

# 共商品牌建设 共谋行业发展

## 普陀区举办律所高级合伙人培训班

文 | 刘慧



律所高级合伙人培训班微论坛

8月16日—17日，普陀区司法局、普陀律工委共同举办普陀区2019年度律师事务所高级合伙人培训班。上海市司法局律师工作处副处长忻峰出席并介绍全市律师

工作形势背景，普陀区司法局副局长王杭兴出席并作开班动员。区律工委成员，各律师事务所主任、党支部书记、高级合伙人，区青律联、女律联理事、秘书长等120余人

参加培训。

培训班进行了扫黑除恶宣讲，邀请市委党校教授，区税务局、社保中心有关负责人员围绕“习近平新时代中国特色社会主义思想的时代内涵和基本要求”“律师事务所社保业务经办”“个人所得税政策”等主题授课。普陀区司法局通报了2019年以来律师执业投诉查处情况。普陀律工委主任李向农通报了新一届律工委工作情况。

来自普世、朝华、惠诚、万联、汇盛五家律师事务所的党支部书记以微论坛的形式，共同探讨了党建引领下的律师事务所品牌建设。

培训班强调，律师作为社会主义法律工作者，要进一步提高政治意识、大局意识，严守律师执业底线，完善律师事务所相关管理制度，加强律师事务所规范化建设，切实抓住发展机遇，促进行业健康发展。



上海市司法局律师工作处副处长忻峰介绍全市律师工作形势背景



普陀区司法局副局长王杭兴作开班动员



普陀律工委主任李向农作律工委工作情况通报

# 保持初心 愿你眸有星辰 心怀山海

文 | 张玲

我出生并成长于四川，回想起来，我对律师这份职业的选择与坚持，缘于儿时法官父亲在深夜里挑灯书写厚厚判决书的印象，缘于家门口庄严肃穆的法庭传来的正义之声触及心灵之震撼。同在这片星空下，因为热爱，让我负重前行却乐此不疲，在追求正义与良知，践行承诺与责任的路上风雨兼程。

我的执业之路也许有些不同，执业不久便有幸参与到上海分所的筹办工作，扎根于这座海纳百川的陌生城市。开始执业之路，准确地说，更是创业之路。在那时，我最深刻的感受就是路漫漫其修远兮，却不知如何上下而求索……事务所的发展管理需要综合和平衡，而个人的专业发展却需要专注和投入，随着事务所人员增多，规模扩大，执业初期的各种事情千头万绪，个中滋味难以言表。

如今回想起来，凡是过往，皆为序章，所有的经历和磨砺无疑都成为我前进路上的一颗颗石子，浪花可能磨灭棱角，却未曾改变那颗砥砺前行、奔流到海的初心。感谢上海律协的约稿，让我有机会认真审视自己，也借此将我执业路上最圆、印象最深的经历以及最深刻的十年执业感悟，与青年律师们分享。

## 大礼不辞小让 细节决定成败 注重执业综合素质的提升

古人云，泰山不拒细壤，故能成其高；江海不择细流，故能就其深。天下大事必作于细，天下难事必作于易。作为青年律师，把每一件简单的事做好，就是不简单；把



张玲

上海融孚律师事务所合伙人，现任上海律协浦东律师工作委员会副主任、青年律师工作委员会副主任，浦东新区女律师联谊会会长，崇明区人民政府兼职法律顾问，上海市社会组织服务中心监事长，中国国际贸易促进会 / 中国国际商会调解中心调解员，上海市银行业纠纷调解中心特邀调解员。曾获“上海市第六届优秀女律师”“上海市巾帼建功标兵”“浦东新区优秀志愿者组织者”等荣誉称号。

每一件平凡的事做好，就是不平凡。

从通过司法考试，到进入事务所工作成为一名成熟的执业律师，至少需要三年到五年时间。但从拿到执业证的那一刻开始，到真正胸有成竹办好每一个案件，是一段漫长且煎熬的身心磨砺之路。因此，我觉得青年律师保持敬畏、谦卑、好学、平和的心态，是最重要的事。当然，如果你能学会考量细节，心怀感恩，从点滴起步，将会更睿智。

执业不久，我承接了一起尽职调查业务，拟收购资产的是一家香港上市公司投资的全资子公司，这使得我们这支年轻的团队兴奋无比。为了做好这个尽调项目，我们精心做了很多专业方面的准备，赶到对方公司和对接人员碰面沟通

后，便马不停蹄地开始工作。记得当时参会的还有他们的顾问律师，一位儒雅谦和、谨慎严肃的中年律师。但在协调会上，他们却很意外地表达了对于收购方主体以及项目尽调的种种顾虑。在当时，我满心希望这个项目能顺利推进，对于被收购方负责人所表达的顾虑，我和委托方简单做了沟通后，并没有及时跟进协调便如火如荼地开始工作。随后的两天，转让方工作配合度和遇到的各种问题让人一言难尽，以致尽调工作很难有实质性推进。我因为开庭需要提前赶回上海，在回程的路上，虽然略感郁闷，但还是以短信简短地向公司对接负责人和这位律师礼节性地表示感谢，没想到半小时后，我竟然意外地收到了

一条很长的回复信息……那一刻，让无知者无畏的我无地自容而又百感交集，我把车停在了服务区，思考良久后拨通了这位律师的电话，在一番长谈中，他很委婉且坦诚地表达了对我们工作态度的认可，同时，也对我作为项目牵头律师，在消除异议、协调双方有效沟通和推进工作方式上的不专业提出了批评。

现在回想起来，我的内心仍然会有震动，这是我执业经历中重要的一堂课，也是法律书本和考试不曾告诉我的，直到现在，这位律师前辈的谆谆教导犹在耳边。后来，项目虽有波折，但我会特别注意各种细节的及时协调，所幸最终项目顺利完成，我和这位律师也成为了朋友……作为一名青年律师，做到专业精通已然很好，但是，律师职业的社会性要求我们除了有专业精湛的法律技能之外，还要有无所不知的知识体系、审时度势的有效沟通技能、职业化的服务意识和能力等等，更需要向资深的前辈虚心学习，逐渐积累经验和阅历，从细节入手，乃知乾坤有容。

因此，你不妨重新审视书写的每一个法律文字，所参与的每一次沟通、每一次谈判、每一场庭审，所遇到的每一位律师、法官、检察官，甚至每一位客户等等，只要你有心，他们的一言一行都可以给你以执业和成长的启迪；诚然，谈判对手也可能成为你的客户，但最幸运的是，他们能成为你成长道路上的良师益友。

我深信，唯天下之至拙，能胜天下之至巧，虽然漫长的执业之路需要我们不断精进学习，提升专业水平，但日常潜移默化的琐碎点滴

经验积累，不断提升自我的认知力、洞察力、判断力和冷静处理突发情况的能力，将成为执业技能提升更为重要的软实力，也更有助于青年律师快速成长，形成职业化的服务品牌价值。因此，我们需要时刻拥有一颗感恩、敬畏之心，它会让你执业道路更加宽阔，能与更多的机会不期而遇。

### 坚守初心不改 做有立场、有担当、有温度的法律人

作为青年律师，我们更需要坚守立场、勇于担当，树立强烈的使命感和责任感，真正践行律师的社会价值，更好地投身社会服务，无愧于我们成长的这个时代。作为律师，我一直认为雪中送炭远比锦上添花更有意义，我们是效率的践行者，更是法律信仰守护者。十年间，无论是有幸参与上海市金融风险防范工作，还是助力各级政府依法行政、重大信访矛盾的调处，抑或是服务各种类型的经济实体，都需要将法律人的专业视角延伸至社会的政治、经济、人文等方面面，不断拓展知识领域，踏踏实实扎根社会，乐于奉献，明辨是非，以专业释法，以诚信待人，赢得来自社会群众的亲近感、信任感和认同感。

记得有一天，我突然接到一个陌生电话：“张律师，我是去年某案件起诉的陈先生，还有一个月，我答应你的时间就到了，我们商量好了提前去把破墙开店办理的公司手续注销掉，事情彻底解决掉就好，我们也不会再去信访……”挂掉电话的那一刻，我竟然有些感动，脑子里也在飞速检索，这起代理街道

应诉的案件，案情并不复杂，从开庭时原告激烈的情绪对抗到最后同意我的建议和解撤诉，再到原告的主动履约，这个逻辑看起来有些不合常理，因为履行义务的都应该是被告。不必要的诉讼行为无疑会让我们原本紧张的司法资源雪上加霜，因此，除了冰冷的法条输出传递之外，我们更需要以专业赢得信任，以各方合法利益保护最大化原则，真正实现定分止争的最终目的，让群众真切地感受到来自法律的温度和法律所带来的公平正义。

作为青年律师，我们还应该是一名人文关怀的温暖者，一名法律信仰的布道者。十年的坚持，我们和街道共同创建的“法治温馨屋”社区公益品牌绽放着活力，我参与的老年人维权及困境儿童保护工作也在有序展开，我受聘担任学校公益法律顾问以及法制副校长持续助力依法治校，我还带领更多的“90后”小伙伴积极参与行业建设、投身社会公益服务……赠人玫瑰，手有余香，正是这些丰富多彩的经历丰富了我的执业生涯，让我不断汲取力量，在阳光下更快成长。我想，这就是我们青年律师作为法律人温暖社会，传递法律信仰的初心。我们有信心，也有责任，树立青年律师的良好执业形象，以专业、敬业赢得客户的信任和尊重，以真诚、奉献和付出回报社会，在服务经济大局中助力律师行业的蓬勃发展，不断践行法治中国实践者和奋斗者的使命担当。

淡然前行，且闻花香。保持初心，愿你眸有星辰，心怀山海——我与青年律师共勉，共筑法律人的诗和远方。

# 方达：战略化布局 国际化雄心

文 | 林戈

2014年，互联网巨头阿里巴巴在纽约证券交易所上市，募资额超过250亿美元。上海市方达律师事务所（以下简称“方达”）作为发行人的中国法律顾问，参与了这个可能是迄今为止全球募集资金规模最大的科技企业IPO。

2017年，中国化工集团以430亿美元的对价收购全球最大的化肥公司Syngenta。在这个可能是迄今中国最大的跨境收购项目中，中国化工集团的中国法律顾问就是方达。

2019年3月27日上午9点，最高人民法院知识产权法庭第一法庭首次全媒体直播公开审理了一例侵害发明专利权纠纷的先行判决上诉案——上诉人厦门卢卡斯汽车配件有限公司、厦门富可汽车配件有限公司与被上诉人瓦莱奥清洁系统公司，原审被告陈少强侵害发明专利权纠纷一案。这是中国知识产权诉讼历史上法院作出的第一个先行判决，方达成功地帮助权利人在上海知识产权法院获得了先行判决，并在上诉中获得最高法院的支持。这也是方达在中国知识产权诉讼领域创造的又一个“首例案件”。

这三个案件只是方达26年风云录的几个片段。方达的发展建立在中国改革开放和市场经济的成功之上。方达的文化、管理模式和战略布局则是驱动的内因。

根据英国法律媒体发布的《2014年中国精英律所报告》(China Elite 2014)，中国有八家承接过大量重大交易项目，拥有众多国际客户，且在涉外业务中具有丰富经验和突出表现的律所被并列为“红圈”(Red Circle)。方达是“红圈”中的唯一的海派律所。

## 唯一从上海崛起的红圈所

1993年，根据我国市场经济建立和发展的要求，加之前期的改革实践，司法部提出并报经国务院批准了《关于深化律师工作改革的方案》。这份方案将中国律师的性质重新界定为“为社会服务的专业法律工作者”。这一年，同时也是司法部允许创办私人律师事务所的第一年，律师创业浪潮此起彼伏。

就在那一年，几位执业年龄不超过三年的律师和另外两个刚从法学院毕业的学生一起创办了方达。方达创始人中当年年纪最大的仅为27岁，平均年龄25岁。1993年的冬天，一家可能是当时全球“最年轻”的律师事务所诞生了。

“方达”两字，“方”代表了诚实正直，正是律师所必备的品格；而“达”，则代表着繁荣昌盛，体现了方达立所之初时创始人的理念和愿景。

那时的上海，律师事务所不到百家，执业律师也只有2000多名。在上海这个经济和金融中心，市场对于能够从事涉外法律服务的律师有着很大的需求。

中国商务律师事务所经历过三次发展浪潮。第一次浪潮源于“体制内”，贯穿上世纪八十年代，“国办所”占据了主导；第二次浪潮则起源于中国市场经济的发展和资本市场的建立，伴随着律师制度的改革，那时创立了很多至今仍耳熟能详的大所；第三次浪潮则在2001年之后，随着中国“入世”，中国律师行业进入了快速发展期，想要市场中脱颖而出，要依靠差异化布局和平台化优势。

方达的创立，正是踩在了第二次浪潮——中国市场经济发展和律

师制度改革的节点之上。

上世纪九十年代初，上海设立了证券交易所，襁褓中的中国资本市场为方达带来了历史机遇。

中国的第一批上市项目其实并没有律师参与。中国律师参与资本市场始于B股的发行。B股当时又称境内上市外资股，即中国境内公司向境外投资人发行以外币计价并在国内交易所上市的股票。发行人为了在境外发行股票，必须聘用境外承销商。而境外承销商的介入，又为国内资本市场引入许多国际惯例，包括发行人和承销商均聘请自己的律师参与IPO的整个过程。中国资本市场的发展，与境外机构的交流合作，让中国律所的眼界得以快速拓宽。

创始合伙人周志峰说，方达是一家以资本市场业务起家的律师事务所。方达创始人中，李骐和黄伟民有幸参与了国内第一个有律师参与的IPO项目。基于这一渊源，在成立后的几年之内，方达就参与了近百家公司的上市项目。涉及跨境因素的B股上市更是方达的强项，目前还在上交所挂牌的B股公司中，有一半当年聘请了方达的律师作为他们的上市律师。

除了资本市场业务之外，方达亦参与了上海当年的多个“首例”。例如上海首例土地出让项目和首次银团贷款项目的顺利推进，其背后均有方达律师的运筹帷幄。

这些项目就像是涓涓细流，汇聚成河，让方达在创立的头几年，就取得了快速的发展。当然，这与创始人们的背景和方达一开始的业务定位有着密不可分的关系。

然而，方达的目标不仅仅是一家位于上海的卓越律师事务所，更是着眼于全国。2000年，方达在中国第

二个设立证券交易所的城市深圳设立了办公室。很快，方达就把目光投向了北京。北京有着得天独厚的政治和经济资源，对于全国市场有着最强的覆盖能力。此外，北京始终走在中国律师制度改革的最前沿，那时北京的大所在国内外均已经有一定的品牌知名度。

2004年，对于方达而言是具有里程碑意义的一年。这一年，方达北京办公室正式设立，当时方达上海办公室的周志峰和深圳办公室的丁继栋，加上谢尔曼·思特灵香港办公室的周传杰和从美富北京办公室加盟的季翔，一起“移师”北京，开始了他们又一次的创业之旅。仅仅十年后，方达北京办公室的人员规模和创收均和上海办公室持平。目前，北京办公室已经是方达人数最多的办公室。

据周志峰回忆，方达的发展可以分为两个阶段。第一阶段是方达创立的前十年，以修炼内功的内生式发展为主；第二阶段在近十五年，方达的文化包容性和开放性进一步提升，吸引了越来越多的外来人才加盟，从而使方达的实力不断增强。

方达的崛起，除了在关键的节点上作出了正确的战略选择之外，当然还有其精准的业务布局和良好的服务品质。在一开始，方达以资本市场业务发家，但逐渐便跟随市场经济发展的步伐开启了多元化布局，并且掌握了经济发展的周期规律，抓住了风口。

## 抓住风口 异军突起

随着资本市场业务的成熟，方达开始进军新兴市场，在私募股权与风险投资、TMT、并购、反垄断、金融等领域逐渐取得了领先地位。

上世纪九十年代，外资风险投资机构进入中国探路。到了世纪之交，在该领域已积累了一定实力的方达见证了几个具有标志性意义的交易。比如新桥投资入股深圳发展银行，这是第一个由外资入股并控制国内上市商业银行的项目；再如凯雷入股太平洋保险和TPG入股联想等。这些项目均是国内可以写入教科书的经典私募股权投资项目。

与此同时，随着国内IT和互联网行业的发展，互联网投资机会涌现。方达就是最早一批接触该业务的中国律所之一。1999年，方达代表Morningside参与了其对搜狐的投资。最早一批方达参与的从零到IPO的企业包括第九城市、土豆网和分众传媒等。2005年，方达开始服务阿里巴巴。

TMT行业是过去几年中国经济最有活力的一个领域，也是并购和投资最活跃的一个领域。无论是前几年土豆优酷的合并，还是近年来阿里投资苏宁、收购饿了么，滴滴和快的合并以及对Uber的收购，这些交易的背后均有着方达的身影。根据《中国独角兽报告2019》，蚂蚁金服、今日头条和滴滴出行目前是国内估值最高的三家独家兽企业，而它们都是方达的活跃客户。

在并购领域，方达更是多年雄踞各类并购排行榜的榜首。

从彭博并购顾问排行榜来看，方达已连续多年荣登中国大陆地区榜首。2018年，中国大陆地区并购成交量合计5665.92亿美元，并购交易数量相比2017年的5772单增长至2018年的5930单，增幅为2.7%。在大陆地区并购法律顾问成交量排行榜中，2018年方达

再次占据榜首，成交量共计401.26亿美元，占市场份额的7.1%。

2007年，《反垄断法》通过，至今已施行了12年。近年来，国内律所在反垄断领域竞争激烈，竞争从经营者集中申报向反垄断调查与反垄断民事诉讼方面逐渐展开。现在方达已拥有一支超过20名专注反垄断业务的律师组成的团队，成为国内人数最多的反垄断业务团队之一。在合伙人韩亮的带领下，方达的反垄断业务也已成为了方达的名片之一。

方达的知识产权业务也是一个亮点。许多重大知识产权纠纷案件，均由方达律师代理，例如苹果公司和高通公司的专利许可纠纷，以及迈克尔·乔丹的“运动剪影”商标行政纠纷案件等。

2018年12月，最高人民法院就华为公司与交互数字通信有限公司、交互数字技术公司、交互数字专利控股公司和IPR许可公司（下称“IDC公司”）之间的标准必要专利使用费纠纷一案，做出再审裁定并决定提审。方达在本案中代理IDC公司之后，根据双方已达成的和解，并基于双方的共同申请，最高人民法院进一步做出民事调解书。至此，双方之间自2011年开始持续7年之久的法律程序正式终结。

这是国内第一起也是目前唯一一起中国法院对通信领域标准必要专利许可费率的纠纷作出判决的案件，也是方达在知识产权和反垄断的交叉领域内承办的一个经典案例。

方健原为年利达国际律师事务所大中华区管理合伙人，于2018年4月加盟方达。方健专注于跨境

并购交易和监管业务，在服务金融机构方面有非常丰富的经验。方达的金融业务团队目前已有6名合伙人、30多名律师。

除了金融机构的交易之外，方达的金融业务团队在监管合规方面向金融机构客户提供多方面的服务。金融机构在推出每一款产品和每一项服务之前，都需要律师提供专业的意见。方健相信，随着中国金融业的持续开放，对于监管合规的法律服务需求将会大幅增长。

方达的金融业务团队主要从非诉的角度提供服务，而方达的争议解决团队，则会从金融纠纷解决的角度，帮助客户解决问题。这就引发出方达在业务理念上的一次升级——从单纯的“交易律师”转变为“客户信任和依赖的律师”。

如果说方达的崛起建立在两块基石之上，其中一块是市场顶端的交易项目，那么另外一块就是争议解决。

## 利剑出鞘 布局争议解决

方达的业务布局之所以能有如此深度，与争议解决业务的支撑有着莫大的关系。

在方达设立之初，诉讼部门只是对于事务所的公司客户提供支持，但是从2004年开始，方达就确定了将争议解决业务发展成为事务所支柱业务的战略目标。目前，争议解决业务的比重已占方达整体业务的30%—40%。在“红圈所”中，方达的争议解决业务占整体业务的比重可能是最高的。

方达在争议解决领域发力，主要考量是推动业务的多元化发展，并以不同的业务结构对冲经济周期

波动所带来的影响。同时，这也是应对中国法律市场开放之后与国际商事所在涉外业务领域的竞争的一个重要准备。周志峰深信，一个没有强大诉讼团队的律所，业务不可能有深度。

2008年，世界金融危机爆发，中国经济亦受到世界经济的影响，出口业务和海外投资量下降。而方达在危机到来之前，已经调整了业务结构。后来的事实证明，金融危机没有对方达产生太大影响，争议解决业务的贡献功不可没。正是由于提前布局逆周期业务，方达在金融危机时才得以逆周期成长，从而逐步脱颖而出。

另一方面，争议解决部门与非诉业务部门之间的相互学习、相互促进客观上也提升了方达法律服务的质量和深度。对于非诉项目而言，争议解决律师可以为合同起草、交易安排等提示风险，使其法律服务更有针对性和预见性。对于商事争议，非诉律师也可以帮助诉讼律师更完整地了解企业架构、项目背景，让后者在向法官和仲裁员呈现观点时可以将法律逻辑与商业逻辑更好地结合在一起，维护好客户合法合理的权益。

季诺是方达争议解决团队的合伙人之一。他清晰地记得，自己是在2004年12月15日到方达报到。季诺对于方达的第一印象是“学霸”比较多，国际化程度较高，合伙人之间拥有良好的合作。

一开始，争议解决业务的体量相对较小，主要以商事争议解决和知识产权案件为起点，其客户主要是内部管理规范、较为重视法律的外商投资企业和国有大型企业。

从2005年开始，方达拓展国际商事仲裁业务，并加大对知识产权诉讼业务的投入。2012年香港办公室的设立，亦对争议解决业务的布局和发展起到了重要的作用，方达随之具有了处理跨境争议的能力。

目前，方达争议解决团队共有40多名合伙人，160多位律师，规模还在每年以20%—30%的速度增长。传统上，方达的非诉业务团队和争议解决团队之间会进行有效的资源共享和专业分工，围绕客户需求和行业提供法律服务。

从传统的维度来看，争议解决主要聚焦于庭审的对抗性，对判决、裁决和执行效果的追求，是主要的标尺。但还有一个重要的维度，那就是对案件的管理和充分地理解客户真实的需求，并能以恰当的方式与政府部门、司法机关、相对方进行沟通，精准地表达己方诉求。近年来，不同团队之间也呈现跨领域合作融合进一步加深的特点。以破产重整业务为例，方达有效地将非诉和诉讼律师的专长结合起来，打赢了不少时间紧、任务重的“大战役”。相信未来这样的“协同作战”还会更多。

诚然，一名优秀的争议解决律师，除了具有运用法律思维解决实际问题的能力之外，还需要多元化的知识积累与社会经验积累。

季诺说：“不能把争议解决当成一个纯粹的争议解决。”

争议解决律师要以平和的心态影响法官，说服同事，打动对手。当然，律师还要牢守法律的底线，在理解客户需求和尊重客户的同时，引导客户在法律规则范围内解决问题。如果再进一步，能够通过案件，在法律模糊地带推动裁判标准的确立，推

动国家的法治进程，就是更高标准的要求了。

## 以律师为中心的方达文化

“以专业为根本，以律师为中心。”这是方达合伙人认可的事务所立足之本。

某种意义上，方达像是一座中国律师行业的“象牙塔”，里面的律师更像是教授，以专业性和高质量的服务为荣。纵观方达26年的发展，它从来不喊口号，但总是能够在第一时间发现客户的需求，迅速进入市场，抓住业务风口，进而异军突起。从实习起就一直在方达工作的合伙人唐奇儿说，方达的合伙人本质上是“低调的务实主义者”。

同时，方达的文化崇尚开放和平等，律师之间都相互称呼名字，作为创始合伙人的周志峰也不例外，同事们会亲切地称呼他的英文名——Jonathan。

周志峰对方达的文化用了两个词来归纳——“开放性(open-minded)”和“无等级(hierarchy-free)”。

在中国大部分律所选择团队制的当下，方达坚持选择“扁平化的公司制”管理模式。所谓“扁平”，是指方达内部管理结构没有“叠床架屋”，对于五个办公室的管理也完全垂直一体化；所有的管理和后台都紧紧围绕方达的发展战略，服务于在一线竞争的合伙人和律师。

方达目前的管理制度自创立之始实行至今，一直秉持透明、稳定的理念，更像是英美的普通法，只是根据市场的变化有所增补，而从未进行过急转弯式的变革。这就给予了方达的合伙人以一个稳定的预期，所以合伙对方达的粘性较强，流

失率很低。

方达的合伙人分配机制同样已经稳定地实行了二十多年。

为实现内部紧密一体的业务合作机制，方达并不对任何一个办公室和任何一个业务组进行独立核算，而是在全所层面有一个“公共分配池（common pool）”。

分配时，既考虑合伙人的当期贡献，重视绩效，留住造雨人（rainmaker），同时也考虑合伙人在历史上的累计贡献。这种分配方式和国际上很多律所采用的“经过修正的锁定步伐（modified lockstep）”类似。在年资、案源和业务执行三项中，方达最看重的是业务执行和服务品质，因而业务执行所对应的分配权重也是最高的。

律师事务所之间的竞争既是管理之争，也是人才之争。从2002年开始，方达就借鉴美国所的做法，实行暑期实习生计划。方达的暑期实习生可以获得很高的实习工资，以及律师的大部分福利，事务所向他们提供秘书支持，并定期组织各类文娱和联谊活动，促进律师和实习同学的交流。计划设立之初，当时有的所内同事都对方向实习生提供的优厚待遇表示不解。很多年后，事实给出了答案。方达在国内法学院的声望不断提高。2002年暑期实习计划的11名实习生中有7位留在方达工作，其中三位已经成为了方达的合伙人，现在已经是不同领域的业务骨干。

2005年，方达成为国内首批以在美国法学院学习的中国法学硕士为目标招聘人才的律师事务所之一。国际型人才的增多，让方达国际化的基因特质进一步得以放大。从2017年开始，方达在牛津大学、

香港大学和墨尔本大学设立奖学金或提供其他资助项目，并向北大等国内法学院的一些优秀学生参与国际交流计划提供财务支持。这一切，都是为了吸引具有国际化视野的顶尖人才，都是为了提升服务跨境交易的能力。

### 成为香港的主流律所

“我们对香港办公室的投资是十分坚决的。”周志峰说。

2012年6月，香港办公室成立，方达成为第14个在香港设立办公室的中资所。这在方达的发展史上是一个关键的时间节点。方达不仅希望香港办公室成为一个对外的窗口，更期望其能成为香港市场上的主流律所，为客户提供涉及中国因素的跨境法律服务。

方达在香港投入重兵，目前已拥有80多名律师。在设有香港分所的中资所里，方达的规模已经排名第二。更重要的是，方达在香港办公室设立之初就坚持高标准起步，香港办公室所有的合伙人除从内地派驻之外，均来自华尔街律所和英国“魔圈所”。

短短几年，方达香港办公室在一些领域已经取得了一定的市场地位。根据2018年度全球并购法律顾问排行榜，2018年，中国香港地区并购成交量为1505.96亿美元，并购交易数量为1539单。方达占据了17.1%的市场份额，成交量为258.17亿美元，无论在成交量还是交易数，方达均名列香港律所并购排行榜的榜首。

最近半年来，方达香港办公室的发展又开始了提速。

2018年8月，方达宣布启动投资保护业务，国际投资条约仲裁专

家Olga Boltenko作为合伙人加盟方达香港办公室。方达因此成为了第一家设立专注于国际投资仲裁业务团队的中资所，旨在帮助中国客户管理、应对和防范在“一带一路”地区相关投资中面临的风险。

2018年10月，谢尔曼·思特灵的香港资本市场团队的近20名律师整体加盟方达，进一步增强了方达香港办公室的实力。这次加盟成为了近年来中资所在香港最大的人事变动之一。

在高度透明、高度竞争的香港法律市场，过去以美国律所和英国“魔圈所”为代表的国际律所占据了高端市场的绝大部分份额。而最近几年来，以金杜和方达为代表的中国律所毫不谦让地参与了角逐。

周志峰说：“方达的国际化路径不是依靠铺设网点，而是着力于提高跨境服务能力，确保在执业质量上达到国际水准。在这方面，香港市场就是一块试金石。因此，我们举全所之力投入香港办公室，检验并提升方达在跨境交易和跨境争议解决业务中的能力。如果中国律师事务所所在香港都无法撼动英美大所的地位，遑论其他国家和地区。”

2019年2月，法律评级机构钱伯斯（Chambers and Partners）发布了《2019年钱伯斯全球指南》（Chambers Global Guide 2019），在“国际及跨境能力”（International & Cross-Border Capabilities）领域，方达与另外5家中国的头部律所一同位居“焦点排行榜”。

如何评价一家律所的国际化程度和跨境法律服务的能力？不单只是看这家律所在全球范围内有多少个办公室，还要看其提供的跨境法律服务的质量是否达到了国际水准，

是否在重大的跨境交易、诉讼程序或监管合规业务中担任主法律顾问 (Lead counsel)，能否为客户提供全面的综合性法律服务。

周志峰坦承，中国律师事务所和一流的国际律所之间还存在巨大的差距，特别是在提供跨境服务的能力方面。但是中国所早就过了当年亦步亦趋模仿对手的阶段，在今天的中国市场上，中国所的实力早已令人刮目相看。

近年来，方达的国际化基因和兼容并蓄的事务所文化，吸引了许多国际大所的重量级合伙人加盟，其中包括富而德的香港诉讼合伙人 Peter Yuen 及其反垄断业务负责人韩亮，谢尔曼·思特灵亚洲资本市场业务负责人 Colin Law 和年利达大中华区管理合伙人方健等。此外，原年利达亚洲管理合伙人邵子力也于 2017 年加入方达，并担任非执行主席。

当然，方达在引入国际所律师时，也有其标准和要求：某一行业/领域内的领军人物，或者业务领域和方达现有的业务结构存在差异，能够形成有效的互补。此外，方达也会引进顶尖国际所培养的具有丰富经验和较强业务执行能力的年轻律师。

具备全球视野和服务跨境交易的能力是方达一以贯之的目标，“但我们的目标不是成为一个全球律师事务所，我们希望成为一个具有国际影响力，但是植根大中国市场的独立律师事务所。”周志峰对方达的战略目标作出了这样的总结。

如果把法律市场的角逐比喻为一场马拉松，20 多年前中国律所作为追赶者刚加入跑团时，和香港本地律所之间存在巨大的差距，更看

不到身处于第一跑团的、积累深厚的英美大所的背影。受益于中国经济过去 40 年的飞速发展，中国律师事务所快速成长了 20 年，已经成功地将香港本地律师事务所甩到身后，赛事中的第二跑团英国“魔圈所”的背影也隐约可见了。对于年轻的中国现代律师行业而言，这已经是了不起的成就。

今天，中国的头部律师事务所开始了追赶“看得到的目标”的征程，方达正是一群追赶者中跑在前面的一员。香港法律市场是一个极好的检验实力的竞技场，而香港办公室正是方达的国际化桥头堡。

## 结语

方达为何与众不同？答案隐藏在方达的文化、业务策略、发展路径之中。

方达的定位是高端商事法律服务领域，目前拥有上海、北京、深圳、广州、香港五个办公室，120 多名合伙人，总共 600 多位律师。虽然方达并不是国内最大的规模所，但具有强烈的精英色彩和国际化的特征。

在国际化道路上，方达并不以全球扩张为目标，而是选择香港地区作为桥头堡，与美资律所和英国“魔圈所”进行角逐。以法律服务质量的国际水准，而非全球布点作为自己国际化的路径和坐标。

在业务布局上，方达先是从资本市场领域单点突破，进而拓展私募股权与风险投资、并购、TMT、争议解决、知识产权、基金设立、反垄断、合规、破产重组和基础设施发展等领域，具备了全市场、多产品的服务能力，形成了具备“抗周期”风险能力的业务多元化布局，

并实现了适度的规模化。

同时，方达始终坚持有所为、有所不为的业务策略，并不轻易涉足和主要业务没有足够协同效应的领域。战略层面选定值得投资的领域和市场，执行层面则专注于选定的战略领域，并在专注的领域做到最好，这就是方达的战略自信和业务定力。在最近一期的 Chambers Asia 的律所排名中，方达排在 Band 1 的业务领域有 11 个，在国内律所中仅少于金杜和中伦，而前述两所的人数分别是方达的三倍和四倍。

在文化和管理上，方达以专业为根本，以律师为中心，实行扁平化和一体化管理；在战略上，方达的理念是既具有国际视野，又深深植根中国市场。

当然，方达未来的路还很长，还有很多的挑战在等待着它。如何继续保持高速增长，如何继续承接市场中的高端业务，如何继续保持在跨境业务中的实力和优势，能否继续吸引国内外最优秀的人才加盟方达，是否需要在管理制度上进行进一步的升级和改革，下一步的国际化战略究竟是什么，都是方达未来需要思考并予以解决的问题。

2019 年，是中国律师制度恢复 40 周年。律师行业有太多的传奇和风云可以书写，而这其中，必有一章，要记录方达。

上海市方达律师事务所获 2015—2018 年度“上海市优秀律师事务所”称号，并获同年度“上海市十佳律师事务所”称号。

# 是较真还是合法维权？

从上海迪士尼乐园入园规则修改看如何应对大企业的霸王条款

主持人：应朝阳 上海律协对外宣传与联络委员会委员、上海俊豪律师事务所主任

嘉宾：汤华东 上海律协对外宣传与联络委员会委员、北京德和衡（上海）律师事务所合伙人

黄培明 上海律协对外宣传与联络委员会委员、上海正策律师事务所合伙人

文字整理：许倩

**应朝阳**：欢迎来到本期“法律咖啡”，我是今天的主持人应朝阳，两位嘉宾是黄培明律师和汤华东律师。近年来，上海迪士尼乐园因其入园规则备受质疑。2018年6月因为“1米4儿童票不合理”，上海迪士尼乐园被广东高院的法官告上法庭；2019年3月又因为禁止自带饮食被华东政法大学的学生告上法庭，由此引发了广大民众的热议。今天很荣幸请到了黄律师和汤律师来讨论这两起诉讼背后的法律问题。首先我想询问一下两位嘉宾，对这两起诉讼怎么看？

**汤华东**：我先来谈一下自己的看法，第一个是广东高院的法官对于身高问题提起的诉讼，我觉得目前国际上其他的乐园，包括迪士尼在内的的一些乐园都是以年龄作为入园标准的，只有中国迪士尼采用了身高1米4的标准。由于现在营养条件好了，中国的少年儿童身高比较高，早就超过1米4了。我觉得延续中国以1米4作为标准的做法是不合理的，应该以年龄为准。因为年龄是最科学的一个标准，我觉得应该往这方面靠拢，我支持法官的诉讼。第二个关于禁止带食品的问题，据我所知，世界上其它地方的迪士尼都是可以带食品的，限制带食品是对消费者自主选择权的侵害和限制。

**黄培明**：据我所知，华政的学生向法院提起诉讼，她诉讼的请求、理由就是认为上海迪士尼禁止游客携带食品和饮料入园的做法违反了法律对格式条款的规定，认为这样

的一个条款是限制了、排除了游客的自主选择权。在这起案件中，存在两个争议焦点：第一个争议焦点是迪士尼的做法，是不是的确排除或者限制了游客的自主选择权，是不是有一个强行的格式合同？这是第一个争议焦点。第二个争议焦点就是迪士尼制定的这样一个条款，是不是基于公共卫生安全的需求，是不是有制定这样一个条款的必要性？

**应朝阳**：我注意到有一部分网友认为这两个诉讼的起因都很小，打官司的争议标的也非常小，觉得这两位原告太较真，两起诉讼的社会意义并不大。两位对于这样的观点认同吗？

**黄培明**：我是不认同的，我觉得我们需要这样的较真。因为这两起诉讼其实是公益诉讼。公益性的诉讼分民事的公益性诉讼和行政的公益性诉讼，对于华政学子的诉讼行为，不论最终的诉讼结果怎样，它最终都能够通过公益诉讼的方法去促进法治建设，维护社会的公正公义。如果人人都觉得我怕麻烦，或者跟我关系不是特别大，没有必要主动提起诉讼，对于一些不合理的规则、制度，如果不去改变，则不利于法治建设的完善。

**汤华东**：我也认为过去“事不关己，高高挂起”的做法是不对的，我非常支持他们这样做，这虽然是个人的行为，但是撬动了几十万、上百万消费者的权益，最终的结果也受益于整个社会，所以我非常赞成



黄培明

他们这样做。

**应朝阳**：也就是说，尽管有一部分网友认为他们太较真了，但很多时候法治建设就需要有这样较真的人来推动，其实案件背后的意义还是很大的。而且我也注意到近期很多人通过长三角消保委联盟提出倡议，上海迪士尼乐园已经正式公布，从2019年10月8日起，对于儿童票身高，采取了一个新的标准，就是既兼顾年龄又兼顾身高，不再是过去的只有身高一个标准。而且关于禁止自带饮食，上海迪士尼乐园也在近期进行了修改。对于上海迪士尼乐园入园规则的态度变化，两位怎么看？

**汤华东**：迪士尼的这种变化，显然跟这两位又热心又有正义感并且较真的公益诉讼者发起诉讼的两个案件有直接关系。小小的两个诉讼案件撬动了—一个庞大的公司改变了



汤华东

他们的一些做法，这是蝴蝶效应。再加上媒体舆论的监督，网友的呼吁，最终形成了一股合流，这股合流对于迪士尼公司来讲显然是有巨大的压力，在这种巨大的压力下，我认为法官也做了一些调解工作，使得迪士尼一方做了改变，这正是整个社会乐见的一种结果。

**应朝阳：**也就是说，两起很小的诉讼引发了舆论的监督，最终推动上海迪士尼乐园对于规则的修改。对此黄律师怎么看？

**黄培明：**我很赞成汤律师的说法，其实这两起诉讼的社会效应和作用是显而易见的。迪士尼到中国来投资是有商业追求的，肯定会顺应民心，与当地的民众达成一种和谐。如果大家都对其制定的规则有一种抵触心理和不满，势必不利于其在中国的发展，所以迪士尼也是

很智慧地做出选择。我知道前两天迪士尼的游园规则发生了变化。首先，迪士尼允许游客携带供自己食用、饮用的食品或饮料入园，也做出了一些规定，如不允许带需要加热、加工、冷藏、保温的和刺激性的食品，我觉得这个也是合理的。第二，迪士尼也对大家关注的保安翻包、检查食品的事情做出了一个让步，希望游客自觉地把包打开，把自己的物品拿出来给保安检查。所以我们也看到在这样一个较真的公益诉讼的推动下，在社会舆情的监督下，一个很大的集团公司做出了一个规则上的修改。

**应朝阳：**我们注意到这两个原告一个是法官，一个是华东政法大学的学生，都是法律人士，他们的法律维权意识比一般的消费者强很多，法治的进步其实是有赖于这些人员的不断推动。我刚刚注意到前面黄律师提到了一个词汇叫格式条款，联想到曾有不少网友提到，上海迪士尼乐园的某些入园规则是霸王条款，这个格式条款和霸王条款应该怎么在法律上界定？以上情况算不算霸王条款？

**汤华东：**我先谈一谈我的看法。霸王条款显然不是一个法律人使用的专业法律用语，我们在民法上经常用的是格式条款，是指一方事先拟定好的，不愿意对方修改，直接要求对方签署的一系列的合同，当然这里面有一些内容是具有排除自己责任、减免对方权利的相关内容，里面有一些“霸王”的内容，有些

霸凌的或者是明显欺负消费者的内容，这些内容可能被民众认为是霸王条款。在这里，两者有交叉、竞合的关系。格式主要是从形式上的角度来看，形式是具有格式性。“霸王”是指内容上有一部分明显有失公平、排除对方权利、加重对方责任的内容。两者的关系，有交叉，有竞合，但是严格来讲不是一个概念。

**黄培明：**我同意汤律师的说法，霸王条款其实带有比较浓重的感情色彩。为什么叫霸王条款呢？是因为人们觉得这个条款蛮横，觉得这个条款要压住自己，其实是有一种不满的情绪色彩在里面的。但其实它并不是一个法律上的概念，如果来解释，它更像《合同法》上面所说的格式条款。什么是格式条款呢？格式条款是其中一方事先拟定的、固定的、可以反复使用的一些条款。如果在这样一个格式条款当中，一方排除了自己的义务，或者是加重了对方的责任，我国《合同法》就对其做了一些限制，说这是一些无效条款。所以，格式条款不一定是霸王条款，它只是一个事先拟定的、双方反复使用的条款，但是霸王条款通常是一个格式条款。

**应朝阳：**刚刚听到两位的介绍以后，我觉得在现实生活中其实有很多反复使用的格式条款，请两位律师举一些例子。

**汤华东：**比如消费者在购买房屋的时候，开发商启用的合同往往

大多都是格式合同，都是打印好的，当然最后也会有特别约定一些条款，允许适当补充一些内容。再比如买保险的时候，保险单反面的内容都是格式合同，而且保险公司往往不允许进行修改，只能选择签字或不签字。

**黄培明**：我补充一下，因为现在在买房的时候，交易中心会提供一个推荐性的示范版本，这个也不能完全说是由房产公司提供的，如果房产公司要提霸王条款，哪些可能是霸王条款呢？房产公司给消费者制定了很多违约责任，只要违反其中的一条，房产公司就有权解除合同，没收消费者的定金，把房子另售他人，这个就是霸王条款。此外，我们在办理通讯业务的时候，某个运营商和消费者说，你必须使用某套餐，必须要预充值。对于这种情况，我们认为有霸王条款之嫌。再比方说，消费者到饭店吃饭，饭店方说消费者自带酒水，要收开瓶费，这个也属于霸王条款的内容。

**应朝阳**：按照刚刚两位律师讲的情况，格式合同往往会以一种书面的形式出现，但事实上，也有不采用书面形式，格式合同或霸王条款也依然存在的情况。

**汤华东**：在生活当中，如果卖方卖出的一些商品概不退换，或者是在交易过程当中，卖方对消费者的一些要求显失公平，也属于霸王条款的内容。

**应朝阳**：通过两位律师的介绍，我们会发现所谓的格式条款或者霸王条款往往出现在消费领域。请问是这样吗？

**黄培明**：以消费领域居多，但不能完全覆盖。就像刚才汤律师说的，我们终其根本、终其原则、终其重点，还是要追求公平公正。可能在消费领域出现的会比较多一点。

**应朝阳**：好，对于普通百姓来说，作为消费者遇到了霸王条款，应该怎么办？两位能否支支招？

**汤华东**：我先来抛砖引玉。我们当然希望消费者具有一定的法律专业的识辨力和知识，只有这样才能确定是不是属于霸王条款的内容，然后再采取相应的法律措施。就像我们今天探讨的事件里面的两个原告，他们都是专业人士，可以利用法律的素养来进行识别。也就是说，首先要提升自身的法律素养和专业素养，在现在的普法大背景下，我也希望更多的公民具有法律素养。

我认为要借助于一些监管部门、公权力部门，如消保委等，借助第三方的力量来支持消费者自身，利用包括舆论、广播、电视、消协这些第三方的力量来增强自身的力量，寻找盟友。

必要的时候可以去监管部门、工商市场监管部门投诉，要求查处，这是借助第三方的公权力。

最后是提起诉讼。只要准确定位之后，就可以像这两位当事人一



应朝阳

样提起诉讼，直接给对方施加压力，再加上媒体的宣传，就会对霸王内容服务提供者形成直接的压力。

**黄培明**：我刚才也说了，霸王条款很多是格式条款。其实我国的立法机构做过一些防范，《合同法》规定，如果你是格式合同的提供方，有义务提醒对方注意并解释清楚。我们刚才也谈到过了，如果是排除自己的义务，加重别人的责任，这样的条款也可以认定为无效条款。如果说格式合同有歧义，那么通常会以有利于非提供方的角度来进行解释。有时候消费者说了，我们不是专业人士，不知道如何防范霸王条款。下面，我有几个小贴士来给大家支支招：

不要怕麻烦，如果签合同，要逐条看清楚，对于有些语焉不详、约定不清楚的，要在空格处补充要

求。如果觉得这个合同当中有显失公平、加重自己责任、自己拿捏不准的，可以询问一下专业人士，特别碰到买房合同等涉及金额大的合同，一定要问清楚；如果自己处置不了，一定要找专业人士支招。如果碰到非常强硬的商家，还有监管部门做你的后盾，你完全也可以采取这样的方式，甚至通过司法诉讼等方式维权。

**应朝阳**：刚刚两位律师都提到了一个大环境，包括监管部门的监督。个人的力量毕竟比较弱小，如果能够强化监督，应当是一个非常好的方式。我想听听两位嘉宾对于强化消费领域，或者其他领域中格式条款、霸王条款的监管有哪些好的建议？

**黄培明**：抓住热点，部门联动来进行防范，因为每一个时期都会有不同的消费上的热点，比方说有一段时间老年保健品的问题特别突出，在这样的情况下，老龄委、街道、消保委就可以在老年人群中做好宣传，让他们有一个维权意识，解决问题，抓住热点，部门联动。

**汤华东**：我觉得归根结底还是要改变某一个行业整体的生态环境，比如让更多竞争者来参与竞争，强化市场。

**应朝阳**：两位律师在格式条款、霸王条款以及在强化监管方面提了很多建议。但是我们也看到在实践中，一方面有一部分人员因为各种

原因，即使自己的权益受到侵犯，也不去维权；另外一方面，有一部分人将打假等方式作为职业。这两种现象都广泛存在，不知道两位对这个现象怎么看？

**黄培明**：刚刚开始打假的时候，对于那些销售伪劣商品的商家，的确是有一个非常大的震慑作用，而且在一定程度上确实是为中小消费者维权的。但是如果这些专业的打假者以自己的私利作为打假的一个目的，那这个事情就慢慢变质了，而且他们可能踩在法律的边缘，甚至可能已经触犯了法律。前段时间有个案例，说有一个职业打假人专门到超市去找那些临近保质期的或者已经过保质期的食品，找到以后向超市索赔，超市不胜其烦。打假人就对超市说，要不你请我做超市的顾问，我保你超市安宁太平。这种情况如果情节严重，可能涉嫌敲诈勒索。

**汤华东**：我来补充一下，逐利性是一个中性的问题，关键是手段是否合理、合法。如果你的手段并不是真正关注商品本身的质量问题，而仅仅是关注一些细枝末节的问题，比如说在标识问题上，商品的标识有问题，就要求对方赔十倍甚至更多。手段恶劣的，确实就会有触犯刚才黄律师说到的敲诈勒索罪。这样的一个群体确实是良莠不齐。我本人持中性的眼光看，也许这些人的存在能对净化市场有一定的帮助作用，但是假如他们过分使用一些非法手段和措施，对于社会

的伤害也是非常大的。

**应朝阳**：通过刚刚两位律师的介绍可以看出，一方面要鼓励民众积极维权，但另一方面，对于一些过度维权的人员，要提出合适的警告，法律是有边界的，维权应该也有边界。今天两位嘉宾围绕上海迪士尼乐园入园规则的修改，延伸到消费以及其他领域中的一些霸王条款、格式条款等问题做了很多的介绍，两位的介绍让大家了解了很多法律知识。最后我想请两位嘉宾用简短的话来总结一下你们的基本观点，给消费者提供一些好的意见和建议。

**汤华东**：社会法治环境，公平的消费环境跟每个人都有关系，每个人都应该站起来，对这样的行为说“不”，并用专业的手段推动社会的改变。社会环境的改变，人人有责。

**黄培明**：我借用林肯的一句名言吧：勇气源于正义。

**应朝阳**：两位律师都说得非常好，今天我们主要讨论了上海迪士尼乐园入园规则修改所引发的关注，希望今天的咖吧能够让到大家做到明白消费，依法维权。最后非常感谢两位嘉宾的积极参与以及精彩评述。

（本文内容根据录音整理，系嘉宾个人观点）

（整理时间：2019年9月18日）

# 方达：战略化布局 国际化雄心

文 | 林戈

2014年，互联网巨头阿里巴巴在纽约证券交易所上市，募资额超过250亿美元。上海市方达律师事务所（以下简称“方达”）作为发行人的中国法律顾问，参与了这个可能是迄今为止全球募集资金规模最大的科技企业IPO。

2017年，中国化工集团以430亿美元的对价收购全球最大的化肥公司Syngenta。在这个可能是迄今中国最大的跨境收购项目中，中国化工集团的中国法律顾问就是方达。

2019年3月27日上午9点，最高人民法院知识产权法庭第一法庭首次全媒体直播公开审理了一例侵害发明专利权纠纷的先行判决上诉案——上诉人厦门卢卡斯汽车配件有限公司、厦门富可汽车配件有限公司与被上诉人瓦莱奥清洁系统公司，原审被告陈少强侵害发明专利权纠纷一案。这是中国知识产权诉讼历史上法院作出的第一个先行判决，方达成功地帮助权利人在上海知识产权法院获得了先行判决，并在上诉中获得最高法院的支持。这也是方达在中国知识产权诉讼领域创造的又一个“首例案件”。

这三个案件只是方达26年风云录的几个片段。方达的发展建立在中国改革开放和市场经济的成功之上。方达的文化、管理模式和战略布局则是驱动的内因。

根据英国法律媒体发布的《2014年中国精英律所报告》(China Elite 2014)，中国有八家承接过大量重大交易项目，拥有众多国际客户，且在涉外业务中具有丰富经验和突出表现的律所被并列为“红圈”(Red Circle)。方达是“红圈”中的唯一的海派律所。

# 我的三个“12年”

文 | 邓海虹

2018年，在黑龙江从事12年法官工作，在北京从事12年执业律师工作之后，我成为一名上海执业律师。

我曾偶然看到有人在百度上问：“邓海虹为什么到上海？”其实这也是一年来我被问最多的问题。为什么放下北京深耕多年的客户资源？为什么丢弃首都律师做全国业务的优势？为什么离开北京律协的优秀同行？

我一直喜欢上海这座城市的味道，这其中有我的爱人工作重心转移到长三角的原因，更主要的是上海新时代改革开放的大格局和律师

行业的长足发展吸引了我。

这个回答如同当年我对辞去法官做律师原因的回答一样，令亲友们不甚理解。

我是一个率性执着的人，这么多年来，没有设立过5年大目标和3年小目标，也没有宏伟的未来规划，我一直秉承的工作习惯就是把当下每一件事情做到极致。

就这样，我一步一个脚印走过来，收获了客户的信任和赞许，代理的案件被收入最高法院的典型案例，编写了4部专业著作，获得了客座教授、硕士导师的头衔，收到了各类媒体的邀约，更有了认可我

的同行们。

我是幸福的，在这样一个让法律人大展宏图的新时代执业；

我是幸运的，辛勤的付出让我得到了更多的收获！

## 一、法官“12年”：十年磨一剑，功不唐捐

我从小就对军人、法官、警察等能够身穿统一制服的职业非常向往。当年法官的着装是头顶国徽、肩抗天平，神气威严。所以，我在大学选择了法学专业，走出校门被分配到法院工作，心中非常自豪。

工作之初，我从未想过有一天



我会选择离开法院，甚至为自己定下了退休前的最高目标——成为审判庭庭长。

我的第一个工作岗位不是书记员，而是政工科干事，半年之后才调整到业务庭，从书记员做起。一个偶然的机遇，我被任命为政工科科长，虽然不是审判庭庭长，但级别和待遇上已经实现了我为自己制定的最高目标，那一年，我27岁！

为了不辜负领导的赏识，为了证明自己的能力，我不仅把政工科的工作保质保量做好，还把研究室的政府工作报告、办公室的信息稿件等工作做好。因为我的“能干”，这些工作被领导调整为政工科的工作。此外，我还担任在党委、团委、妇联等部门进行扶贫助学等与审判工作没有直接关系的工作。我看着一同分配的小伙伴在业务庭干得风生水起，而自己整天被琐事缠身，深夜还在写着各种烧脑的报告，内心一度失落。

虽然我非常希望调到审判岗位，但是没有合适的人选接替我。即使如此，我仍然非常努力地做好每一件事，写好每一份材料。虽然没白没黑干了几年并不喜欢的工作，但却让我练就了一手好文笔，能够从容地处理各种繁琐的事务，与各级部门领导有效沟通。我负责的工作也得到了院领导、上级法院和政府领导的认可与表扬。在这期间，我还如愿通过了司法考试。

政工科的工作经历对我现在的律师工作帮助很大：我的法律文书逻辑严谨、表达流畅，我的表达能力得到法官和客户的赞许，我的文

章也获得业界同行的喜爱。所以说，人生中的每一个过程都是一种历练和一种收获，无论是否是你最优的选择，都要认真对待。

31岁时，我如愿当上了业务庭庭长、审判委员会委员。这时，距离退休还有24年！我不希望此后的生活就是在各个审判庭之间轮换，我希望生命的花朵开得更加灿烂，我想要一种自己能够主宰的生活。

在人人羡慕法官这一职业的年代，没有所谓的“法官离职潮”，但我却选择辞职到北京当一名律师。由于我毅然舍弃了大好的前程和让人羡慕的法官工作，一度成为两级法院的名人，从小把我养大的姐姐还为此落泪。我是建区几十年来第一个辞职的公务员，有关部门不知如何办理。为此，我分别向法院、区政府和区委写了三份辞职报告，9个月后才拿到批准辞去公职的文件。

## 二、北京执业“12年”：一艺之成，当尽毕生之力

做一名称职的代理律师。

当我成功代理的案件被最高法院《商事审判典型案例》收录，当我成为“无讼”年度冠军作者，很多年轻律师问我怎样才能成为一名成功的律师。我在一篇被大量转载的“网红”文章《难忘那三年助理路》中回答了这个问题。

刚辞职到北京时，我几次碰壁，以不要薪水为代价获得试用的机会，虽然只是个律师助理的岗位。我曾为一起离婚案件的当事人——一名生活艰难的环卫女工，而混入法院

副院长办公室反映情况，纠正了法院的不当撤诉处理，使得当事人避免再次交纳8000元诉讼费；我也曾为了帮助摔伤的小时工阿姨，而免费代理、捐钱资助，排除各种阻力，成功帮助阿姨拿到救命钱；我曾因为观点阐述独到，获得过法官的掌声；我也曾因为法庭上的精彩表现，使对方当事人事后变为我的客户……令我自豪的是，有一个不正当竞争案件，因我的努力使客户减少了2900万元的损失。

有爱才有未来，业务扎实才是硬道理。我用三年的时间，完成了从法官到合伙人的角色转变。

2009年底，我到盈科律师事务所做了一名合伙人，更大的舞台有着更多的施展机会，我与志同道合的律师成立了“大要案中心”，共同承办疑难商事诉讼案件。这期间，我们成功代理了很多最高法和北京高院的疑难案件，我的诉讼策略和对案件的独到分析，让很多“死案”成为典型案例。坚守执业律师的谨慎作风和团队工作的专业细致，为我赢得了客户的称赞。我会为了找出对方证据的瑕疵，埋头几十箱待鉴定检材，我的手指因翻看大量票据被磨破，颈椎因为连续7天埋头工作导致长期疼痛。当我出具的2万字的鉴定检材质证意见被鉴定机构和法院采信，并最终得出有利于我方的结论时，我觉得，所有的付出都是值得的！

做一个有师德的好师傅。

为人师者，必先正其身，方能教书育人，此乃师德之本也。

做法官的12年里，从书记员

到庭长、审委会委员，一路都是学习的过程。我转行成为一名律师后，虽然也当过助理，但没人教授，一路走来全凭我自己去看、去琢磨、去实践。随着业务量的增加，律所开始招助理带徒弟，不觉间，我也成为一名传授律师技艺的人。

法律是道德良知的底线，从事法律工作，德乃基础。做法官也好，做律师也罢，我一直坚守做事先做人、做人先修德的原则。仅拥有法律专业技能是不够的，要成为一名好律师，要怀“义”、要重“礼”，更要讲“德”树“信”。

北京的一家阀门生产企业是我的顾问单位。2012年，该公司一名离职高管因劳动争议起诉公司，虽然标的并不大，但结果对于企业来说非常重要。所以我亲自出庭，赢了第一次诉讼，法院判决驳回原告全部诉求。2013年7月，对方换汤不换药，又以同样的诉求在北京某法院起诉客户在广东的分公司。由于此前的案件已经收取了费用，我们同意对第二个起诉的案件进行免费代理。这样一个小案件由于管辖权异议两次被驳回，实体审理后，一审开庭7次，鉴定3次，历时两年多，我们终于拿到一审判决。让我想不到的是，法院居然认可对方伪造公章的证据，一审判我们败诉。我开始了代理上诉之路，我坚信企业的合法权益应得到保护。

接案之初，我也没想到这样一个小案件竟然费尽周折，我为此加班加点耽误休假，有助理曾抱怨，何必对不收费的案件投入这么大的精力。我告诉助理，做律师要讲诚

信，即便这个案件没有收入，也要对得起客户的信任，更要相信通过我们的努力会维护司法公信力。最终，北京二中院纠正一审错误，改判驳回原告的全部诉讼请求。

德行不是口号，而是体现在一言一行中。师傅对客户的态度、对专业的孜孜以求、对社会正义的伸张都是在向徒弟们树“德”！

没有一套成功的法则告诉我们应如何带徒弟，我曾因做事谨慎、凡事亲自上手，使跟我三年的助理仍不能独立出庭；也曾因太过严格多次修改材料，被助理们将正常的批评认为是责骂。

我要求助理多动脑，积极参与案件的讨论，不怕错，就怕懒；多看书，学愈博而见愈远，团队每月有500元购书专用经费，每本书必须看完；勤动笔，没有对法律理论的苦思，何来法律实践中的明辨。

为了让助理们树立自信，从着装、讲话、甚至走路的姿态，我都一点一滴去身教，让助理尽快在客户面前演好“律师”这一角色，而不仅仅是我的随从！

做一个积极的法律传播者。

为了提升年轻律师的实战技能，我创办了公益培训班——“法小白实战营”，我与愿意无偿奉献的资深律师一起，免费为学员授课，组织他们做案例分析、公开演讲、文书写作，组织模拟法庭等，提升他们的综合实力和实战技巧。“法小白实战营”每周上课3小时，4个月为一学期，目前已经成功举办两期，100多名北京年轻律师顺利结业，学员们自信的笑容是我最大的

欣慰！

我经常在高校为学生授课、在社会为企业家做培训，将合同纠纷、公司治理和股权设计的心得与同行分享。我写过一百多篇原创干货文章，收获了很多粉丝，也出版了《守护股权》等四部法律金融方面的专业书籍，将法律知识传播给每一个需要的人。

《道德经》有云：“不自见，故明；不自是，故彰；不自伐，故有功；不自矜，故长。”在又一个“12年”到来之际，我成为上海的执业律师，这是一个崭新的开始，有了新环境、新朋友、新客户，我会继续前行，做一个踏实的法律人！



邓海虹

上海国定律师事务所合伙人，上海律协对外宣传与联络委员会委员、女律师工作委员会委员、杨浦律工委委员，华东理工大学MBA硕士生导师。业务方向：商事诉讼、股权纠纷、公司治理。

# 银行应如何制订法律风险防范措施

## 以上海某银行金融借款合同纠纷案为例

文 | 夏冰 陆彦文

近年来，随着市场经济日益活跃，银行的信贷规模逐步扩大。然而，市场波动在所难免，正如几年前前钢价暴跌，沪上大量钢贸企业资金链断裂，各家银行纷纷起诉追债。笔者结合代理的一起银行为原告的金融借款合同纠纷案件中涉及的部分问题，简要探讨银行应如何有针对性地采取法律风险防范措施。

2012年，某银行因金融借款合同纠纷委托我所律师以上海Z公司（以下简称“Z公司”）、甲、乙、丙、丁为被告向法院起诉。原告与

被告Z公司于2011年签订了《授信合同》《借款合同》，约定原告给予Z公司借款人民币440万元，借款期限为12个月，并约定了利息、罚息计算方式、还款方式等。同日，原告与被告甲、乙、丙、丁分别签订了两份《最高额抵押合同》，约定以其所有的两套房屋为上述借款提供最高额抵押担保，最高抵押额合计为528万元。原告还与被告甲、乙、丙签订了《最高额保证合同》，约定三人为上述借款提供金额为528万元的最高额保证担保。抵押

和保证的范围为借款本金528万元及利息（包括利息和罚息）、违约金、赔偿金和实现债权而发生的费用。原告按约放款，但被告Z公司未按约向原告支付到期利息，原告多次催款未果，故请求法院判令被告Z公司归还本金404万元，并支付相应的利息、罚息，如不能清偿上述款项，原告有权处置抵押物，所得价款优先受偿，被告甲、乙、丙对上述还款义务承担连带清偿责任。一审法院判决支持了原告的全部诉讼请求。

### 代理意见

笔者认为，本案系金融借款合同纠纷，主要的争议焦点涉及原告与被告Z公司的借款合同是否合法有效；双方履行借款合同义务的情况；原告主张的利息、罚息计算标准是否有依据；原告与抵押人、保证人签订的抵押合同、保证合同是否合法有效；原告主张的最高额抵押和最高额保证所对应的主合同范围是否正确。

根据《中华人民共和国合同法》第二百零五条、第二百零六条、第二百零七条的规定，借款人应当按照约定的期限支付利息。借款人应当按照约定的期限返还借款。借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定支付逾期利息。

本案中，原告与被告Z公司签订的《授信合同》《借款合同》及借款支用单、贷款放款单、对账单等证据均证明原告与被告Z公司之间

约定了借款金额、借款期限、利息、罚息利率等，且原告已履行了放款义务。被告Z公司未能按约还款，显属违约。

根据《中华人民共和国担保法》第四十六条、第五十三条的规定，抵押合同约定抵押担保的范围的，按照约定。债务履行期届满抵押权人未受清偿的，可以与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿；协议不成的，抵押权人可以向人民法院提起诉讼。

本案中，原告与被告甲、乙、丙、丁分别签订了两份《最高额抵押合同》，约定以其所有的两套房屋为其借款提供最高额抵押担保，最高抵押额合计为528万元。故在被告Z公司不能履行债务时，原告与抵押人无法协议以抵押物折价的情况下，原告有权向法院起诉请求对抵押物以拍卖、变卖所得款项优先受偿。

根据《中华人民共和国担保法》第十八条、第三十一条的规定，当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿。

本案中，原告与被告甲、乙、丙签订了《最高额保证合同》，约定三人为上述借款提供金额为528万元的最高额保证担保。抵押和保证的范围为借款本金528万元及利息（包括利息和罚息）、违约金、赔偿金和实现债权而发生的费用。故在被告Z公司逾期没有履行债务的情况下，原告有权要求保证人甲、乙、丙在约定的保证范围内承担保证责任。

## 判决结果

一审法院判决支持了原告的全部诉讼请求。被告未在上诉期内提起上诉，一审判决生效。

## 裁判文书

一审法院认为，原告与被告Z公司签订的《授信合同》《借款合同》系当事人真实意思表示，依法有效。原告已按约履行了放款义务，被告Z公司在借款期间未按约履行付息义务，原告主张按照合同约定要求被告Z公司归还全部剩余本金和承担支付逾期还款利息，符合法律规定，法院予以支持。

原告与被告甲、乙、丙、丁签订的抵押合同系当事人真实意思表示，依法有效。由于抵押物办理了抵押登记，在被告Z公司不能履行债务时，原告对抵押物可以与被告甲、乙、丙、丁协议折价，或以拍卖、变卖所得款项优先受偿，故原告主张就抵押物优先受偿的请求，法院予以支持。

由于被告甲、乙、丙与原告签订

的保证合同，系当事人的真实意思表示，依法有效。被告甲、乙、丙为被告Z公司的连带责任保证人，在被告Z公司不能履行债务时，原告主张由被告甲、乙、丙承担连带担保责任的请求，法院予以支持。被告甲、乙、丙在承担保证责任后，有权向被告Z公司追偿。一审法院支持了原告的全部诉讼请求。

## 案例评析

本案的基本事实清楚、法律关系明晰。

银行作为出借人与借款人、抵押人、保证人分别签订了有效的合同，并留存了当事人的相关身份证明、婚姻登记证明。合同约定系当事人的真实意思表示，均合法有效。根据我国的相关法律规定，一旦借款人逾期不能清偿借款即构成违约，银行有权追究借款人的违约责任，要求其清偿本金、利息等相关费用。银行作为抵押权人，有权就抵押物拍卖

所得款项优先受偿。同时，银行有权要求保证人在保证合同约定的保证范围内承担连带清偿责任。

由于被告既未到庭亦未提供证据，法院只能根据原告银行提供的证据材料审理案件争议，由此，法院对于原告提供证据的真实性、合法性、关联性甚至完整性的审查要求较高。银行提供的证据能否充分证明合同有效、被告债务人违约及债务人、担保人如何承担法律责任就尤为关键。本案中，银行能够提

供与借款人、抵押人、保证人签订的一系列合同，以及放款凭证、对账单、婚姻登记证等清晰、完整的证据，形成前后连贯的证据链。作为证据的合同中，借款合同、抵押合同及保证合同均明确约定了该类合同中的重要条款，并能确保不产生歧义。此外，银行作为抵押权人及时取得了抵押登记证明，还对相关的合同文本进行了公证。因而，在被告缺席的情况下，为法院审理提供了较为清晰的依据。

## 结语和建议

本案进入执行阶段后，由法院拍卖抵押物，拍卖款扣除相关费用后基本覆盖银行诉求的本金、利息和罚息。在金融借款合同纠纷中，原告银行的证据充分与否往往取决于银行自始至终的法律风险防范意识和措施。建议银行在开展信贷业务的全程中增强法律风险防范意识并采取有效的防范措施。

### 一、银行对外贷款前应当履行严

### 格的审批程序

对借款人和担保人的主体资格、经营状况、借款用途、还款能力、联系方式及各项材料等进行切实了解和审查。通过审批的借款人、担保人方能与其签订合同。

### 二、银行与债务人、担保人签订各类合同时，条款应尽可能全面、完善、详尽

例如：

#### （一）明确借款要素等主要条款

本案中的借款合同明确约定了借款本金、借款期限、利息计算方式、罚息计收方式、宣布贷款提前到期、还款顺序等主要条款；担保合同中明确约定了担保范围，涵盖了为实现债权的各类费用。

#### （二）约定诉讼文书送达条款

本案的债务人为公司，资不抵债，

人去楼空，抵押人和保证人为自然人，手机联系不上，不到庭参加诉讼。法院无法直接向被告当事人送达诉讼文书，最后只能公告送达，案件审理周期加长。送达问题在与本案类似的金融借款合同纠纷诉讼中较为常见。

建议银行在签订相关合同时注意核实借款人、担保人的联系地址、电话，留存最新有效的营业执照、身份证、户口簿等证件的清晰复印件；同时，在合同中约定诉讼文书送达条款，明确借款人、担保人的诉讼文书送达地址，诉讼期间法院文书邮寄至该地址即视为送达。

### 三、银行应设定合理的最高抵押额、最高保证额

本案中，最高抵押额、最高保证额设定较合理，基本能覆盖诉讼请求的金额。实践中，银行在设定最高抵押额时需要特别注意，如果最高抵押额设定偏低，抵押物拍卖款的优先受偿部分不足以清偿全部债款，剩余拍卖款需与其他一般债权人按比例参与分配。

另一方面，部分银行认为，抵押合同约定的担保范围包括本金、利息、罚息、实现债权的所有费用等，银行在担保范围内享有完全的优先受偿权。

然而，根据《物权法》第203条规定，抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。《担保法》第83条第二款也规定，抵押权人实现最高额抵押权时，如果实际发生的债权余额高于最高限额的，以最高限额为限，超过部分不具有优先受偿的效力。在司法实践中，超出最高额部分的金融债权实质上处于无抵押担保的状态，笔者承办的多起类似案件中，法院均对最高额抵

押权人以最高额为限优先受偿来分配拍卖款。

因此，笔者建议银行在签订抵押合同、保证合同时，最高抵押额、最高保证额需综合评估本金、利息、罚息的累积、实现债权的费用及市场价格波动等各方面因素进行合理设定，避免设定偏低的价格，影响执行回款。此外，银行在放贷后应定期跟踪，尤其须监控贷款余额，一旦发现贷款余额可能超出最高抵押额或保证额等情况，借款人未正常还款，应及时催款，对于催款未果的应尽快向法院提起诉讼、申请财产保全。

在放贷的全过程中，银行都应保留完整、清晰的书面资料，做好文件的归档与管理，包括但不限于各类合同及附件、放款凭证、债务人的还款记录、欠款本金、利息、罚息明细、银行的催款记录，甚至与约定由债务人、担保人承担的各类费用有关的合同及票据等。

为避免诉讼审理周期较长，笔者建议银行可采取对相关授信合同、借款合同、抵押合同、保证合同等一并进行公证，制作具有强制执行效力的债权文书公证书，届时可申请公证处出具执行证书，随即向法院申请强制执行。此外，2012年修正的《民事诉讼法》第196条、第197条新增了实现担保物权程序。如经法院作出拍卖、变卖担保财产的裁定即发生法律效力。银行可依该裁定向法院申请强制执行。

最后，笔者建议银行获取申请执行依据后及时向法院申请强制执行。金融借款合同纠纷案件胜诉率高，大部分存在抵押担保，但在实践中，银行真正能实现抵押权获得优先清偿全部欠款往往费时耗力、效率较低。综上，笔者建议银行从贷前审

核环节开始全程都应注重采取相应的法律风险防范措施，防患于未然方为上策。



夏冰

上海市郑传本律师事务所合伙人，上海律协国际投资业务研究委员会委员。业务方向：融资并购、房地产、商事争议解决。



陆彦文

上海市郑传本律师事务所律师，上海律协国资国企业务研究委员会委员。业务方向：公司法相关、民事相关、涉外法律。

# 浅谈商业标识在反不正当竞争保护中的地域性与时间性

文 | 赵红



商业标识体现在商品上，主要包括商标、企业字号、产品名称、产品包装装潢、域名主体部分、网站名称、网页等。知识产权作为私权，具有地域性，这一点在《商标法》《专利法》等法律中有明文规定。那么，在司法实践中，除了商标、专利、版权，其他商业标识是否具有地域性呢？本文主要讨论《反不正当竞争法》第六条规定的“有一定影响力的”商业标识的地域性和时间性。

## 一、有一定影响力的商品认定中地域性和时间性的法律规定

2017年《反不正当竞争法》经过修改，将之前的“知名商品”修改为“有一定影响力的商品”，扩大了受保护的商业标识的范围。该法第6条将混淆行为规定为四种类型，其中规定的前三种行为明确列举了

有一定影响的商业标识的范围，具体包括：“商品名称、包装、装潢等”；“企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）”；“域名主体部分、网站名称、网页等”。相比未修改前，拓宽了能够受到保护的商业标识的范围，甚至可能为商品化权的创设留下了空间。作为《商标法》的有益补充，《反不正当竞争法》对商业标识的保护仍然非常有限，构成有一定影响力的商业标识需要符合一定的条件才能受该法保护，其中地域性和时间性是重要的考察因素。

依据《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第一条规定：“人民法院认定知名商品，应当考虑该商品的销售时间、销售区域、销售额和

销售对象，进行任何宣传的持续时间、程度和地域范围，作为知名商品受保护的情况等因素，进行综合判断。”这一规定可以作为商业标识寻求不正当竞争保护时具有地域性和时间性要求的法律依据。商品知名性的认定是具有特定的地域性和时间性，知名商品也只能获得其知名度地域范围内的法律保护。

商业标识附着于商品。对于商业标识的保护，主要有两种观点：一种认为在擅自使用知名商品名称、包装、装潢案件中仿照商标案件审理标准，主要审查商业标识的知名度和影响力，因为商标也是商业标识的一种；另一种是认为商品与商业标识不能分割审查，认定有一定影响力的商品名称、包装、装潢应当先审查该商品是否构成知名商品，其次审查其名称或其包装、

装潢等商标标识是否可以区分商品来源，再次审查该商品的名称或其包装、装潢的知名度和影响力。笔者赞同第二种观点，本文主要依据第二种观点展开讨论。

## 二、商品的知名度是一个动态变化过程

我国《反不正当竞争法》对于知名商品特有名称、包装、装潢的保护不同于商标法对注册商标的保护。《反不正当竞争法》保护的当事人的利益具有一定的不稳定性，这种不稳定性造成了对相关利益的保护往往表现出一种动态，因而是否保护应当紧密结合个案进行判断。具体到商品的知名度的认定上，就应当结合上述司法解释中所要求的商品的销售时间、销售区域、销售量和销售对象，进行任何宣传的持续时间、程度和地域范围，作为知名商品受保护的情况等因素。商品的知名度并非一成不变，往往随着时间、市场、消费者喜好等主客观情况、经营者的投入的变化而不断变化，对于商品知名度的认定和保护也应当动态地认定和保护。商品原先知名而当下不知名，法律就不应当保护，商品原先不知名而当下知名，法律就应当保护。

## 三、认定有一定影响力的商品中地域性和时间性的综合考虑因素

人民法院认定有一定影响力的商品，应当考虑该商品在受诉法院所在地的连接因素，即该商品销售区域、宣传的地域范围、受保护记录的地域范围、获取荣誉的地域范围是否在受诉地有连接点。简言之，即该商品在受理法院所在地区的影

响力。认定有一定影响力的商品，其地域性和时间性应当综合考虑下列因素：

（一）时间点。认定有一定影响力商品的时间点可以参考案件事实发生的时间节点。这一点是参考商标行政确权程序中对有关事实的认定以争议商标申请日为时间节点来确认相关事实。《商标法》对商标的保护无需商标经过长时间实际使用，而《反不正当竞争法》保护的是在市场上经过长期使用具有一定知名度和影响力的商业标识，所以有一定影响力的商品及其商业标识的时间性很重要。在不正当竞争案件中，认定有一定影响力的商品，也可以案件事实的发生作为时间参考因素。结合到具体案件，应当以案件事实的发生作为时间节点，来考察涉案商品的知名度是否动态延续到案件发生时。

（二）销售区域范围及时间。合理选择受诉地法院很重要。为阻止竞争对手进入新的销售区域选择在该地提起诉讼，要考虑自身产品及附着的商业标识是否在该地具有足够的知名度和影响力。简言之，非全国性知名的商品，在受诉地法院所在区域想要认定为有一定影响力的商品，必须在该地域具有连接点，即在该区域对涉案商品进行长期、持续、大量的销售与宣传。若在该地区没有销售与宣传，很难被该地法院认定为在该区域有一定影响力的商品，就有败诉的风险。我国地大物博，要求所有商品具有全国性的知名度和影响力并不现实，只能优先选择受诉地法院作为连接点来判断案件事实。认定销售区域范围主要参考以下几点：

1. 必须是在中国境内销售，这一点是前提，且在中国销售持续时间长。

权利人的产品必须是在中国境内销售，因为造成混淆与误认的是我国相关区域的消费者，我国《反不正当竞争法》保护的是中国境内的市场秩序。此前有案例，权利人生产的产品全部出口，在进口国非常受欢迎并具有一定知名度，权利人本地生产商在国内对该产品的包装装潢进行了模仿并进行了大量销售，权利人在本国起诉该竞争对手，法院以该产品并未在本国销售、没有获得知名度和影响力为由驳回了起诉。因为不在中国境内销售，不会造成本国消费者混淆和误认。《反不正当竞争法》的立法宗旨是鼓励市场条件下的公平竞争，既不允许经营者不正当攀附他人商誉，也不允许随着经营者知名度提升而限制他人合法的在先权利。由于对知名商品的认定有地域性和时间性限制，即使产品在国外知名度较高，如果在中国使用时间较短也可能不被认定为知名商品。在国外具有知名度的品牌，选择在中国受保护，要考虑其在中国相关市场的知名度，同时要合理选择起诉案由，每种法律保护的权益不同，对权利人的举证要求也不同。

2. 有一定区域性影响力的商品，权利人必须证明涉案商品的销售或宣传范围包含受诉法院所在地区，全国性范围的知名商品不受此限制。例如，在江苏苏萨食品有限公司与山西得惠永盛商贸有限公司、山西超鑫湘汇食品有限公司等不正当竞争纠纷二审案件中，山西高院认为：上诉人江苏苏萨食品有限公司就其

商品进行的广告宣传及销售集中在我国南方部分城市，并未在我国其他地域进行大范围销售和宣传，除江苏省等部分南方城市的消费者外，我国其他地区的消费者对该商品并不熟悉。

3. 在相关区域内的销售时间、销售数量、销售区域地理范围。涉案产品需要在相关区域销售时间长，具有持续性，同一产品的销售在同一地区销量领先，同时要考虑涉案商品的产品特性，有些对生产、使用有特点地域要求的产品，如牦牛干、马奶酒具有明显地域特征，在青海、甘肃、内蒙古等西北地区可能具有一定知名度和影响力，但是将这些产品放到炎热的南方进行销售，则需要重点考虑该产品的在该区域的销售时间、销售量因素、销售地域范围的广度了。

(三) 宣传区域范围与持续时间。人民法院认定知名商品，该商品的宣传地域范围是一个重要衡量标准。宣传方式包括但不限于广告投放、参加各类展览会、产品交易会等。广告对于商品的知名度影响最广泛。实践中主要考虑广告的形式、广告的投放量、广告的覆盖面和覆盖率、广告的持续时间及广告的媒体等级等。在上述江苏苏萨食品有限公司案件中，法院主要考虑该公司对该产品包装的广告宣传没有涉及山西省及其周边地区，起诉前没有在山西省进行任何生产或销售，山西本地消费者对该产品并不熟悉，该商品并非驰名商标产品或中国名牌产品，所以没有认定该产品包装在涉案区域为有一定影响力的产品包装、装潢。

(四) 商品美誉度的地域范围与持续时间。主要是指该商品在权威

性评奖评优中的获奖记录的地域范围与持续时间，颁奖主体主要包括政府、行业协会、主流媒体等，法院需要考察该企业和商品获奖的颁奖主体的级别、该奖项的辐射地域范围、该奖项的含金量等。比较有影响力的奖项如“驰名商标”“中国名牌产品”“国家质量奖”“中国专利奖”等奖项，这些属于全国性的有影响力的知名奖项。还有一些行业间的高级别奖项。因现在有多种五花八门的协会、评奖主体，法院在考虑涉案商品的获奖记录时，应甄别这些奖项的含金量。同时，商品的知名度是一个动态过程，主要依靠企业长期、持续对该产品的市场投入，在判断商品美誉度时人民法院也应考察涉案商品的获奖记录是否具有持续性、是否持续到案件发生时。

(五) 受司法保护记录的地域范围与时间。这里主要指产品作为知名商品受保护的案件涉及的地理范围，即产品在行政查处案件、商标行政确权案件、民事诉讼或刑事诉讼等案件中作为知名商品受保护的司法文书中所涉及的产品销售地理范围及销售时间、受诉地司法行政机关的区域范围等。例如，在上海帕弗洛文化用品有限公司与燕新华擅自使用知名商品特有名称、包装、装潢纠纷二审案件中，一审、二审法院都认定帕弗洛公司未能提供充分的证据，证明其公司的涉案商品在近期的一定时间内西安市场的销售额、宣传情况、市场占有率等方面。而其提供的涉案商品的荣誉主要在 2011 年之前，不具有持续性。相关生效法律判决也仅是认定了 2004 年至 2008 年期间“毕加

索”书写工具的销售情况，对于“毕加索”书写工具此后的销售情况并未涉及，因此法院判决帕弗洛公司败诉。

综上所述，我国《反不正当竞争法》保护的主要是公平竞争的市场秩序，在不正当竞争案件中考察的是相关地域范围内的消费者不会对产品或服务来源产生混淆和误认，所以需要考察涉案商品及其标识在相关地域内的知名度及其持续时间。正如驰名商标的认定是被动认定、按需保护一样，认定有一定影响力的商品名称、包装、装潢也是被动的，只有当权利人的合法权益受侵犯时，才可以依据上述法条进行认定其商业标识有一定影响力。这些需要经营者长期在产品或服务上进行持续投入，毕竟商品及其商业标识的知名度和影响力是一个动态过程。



赵红

上海市锦天城律师事务所律师。

业务方向：知识产权、婚姻家庭、合同纠纷。

# 解读新规对“操纵市场”的认定标准

文 | 董月英

## 一、两高出台“操纵市场”新规背景

近年来，除传统的二级市场参与者外，上市公司实控人、PE 机构操纵市场的情况时有发生，在“宏达新材”信息操纵案中，上市公司实际控制人与外部 PE 勾结，以“市值管理”为名操纵自家股价。部分操纵主体也出现新变异，传统抢帽子操纵主体为相关中介机构从业人员，而在“廖英强”抢帽子操纵案中，其作为财经节目知名主持人、网络大 V，虽不是相关中介机构从业人员，但其传播范围及影响力已经大大超过了从业人员，其利用微博、微信等平台扩散广、转发快的特点，通过预先买入埋伏、网上推荐诱使跟风、抢先卖出获利的方式操纵股价。随着各层次资本的引入，利用伞形信托账户、资管账户、收益互换账户及个人配资账户等隐藏资金来源，放大操纵杠杆已经成为大部分新型操纵行为的通用手法。2019 年以来，二级市场参与者、上市公司实际控制人、PE 机构及其他相关主体因“操纵市场”被证监会科以处罚和公安立案逮捕的新闻频出。证券市场的大量举报，也大都围绕“操纵市场”这一行为。我们仅列举几大具有代表性的因“操纵市场”被问询、行政处罚以及公安立案的新闻。



3 月 19 日，深圳证券交易所（以下简称“深交所”）向宜华健康（000150）下发关注函，要求公司说明控股股东、实控人或其相关方是否存在与第三方签订配资合作协议的情形；控股股东、实控人或其相关方是否存在使用他人账户或指使他人交易公司股票的情形等。

5 月 24 日，中国证券监督管理委员会（以下简称“证监会”）发布行政处罚决定书，张平、孙忠泽以上海万毓投资咨询管理有限公司作为运营平台，操纵柘中股份，被没收违法所得 6600 万余元，并处以

1.98 亿余元的罚款。

6 月 12 日，曾入选“2016 胡润全球富豪榜”的恺英网络（002517）实控人王悦因涉嫌操纵证券市场罪，被上海市公安局正式逮捕。

7 月 4 日午间，一封落款为“一名铁矿石期货研究者”的举报信在市场间流传。该信列举了铁矿石期货暴涨背后的五宗罪，并剑指“永安期货涉嫌恶意操纵期货市场”。

## 二、新规解读

“操纵市场”这个被证券资本市场热议的行为，是指个人或机构

背离市场自由竞争和供求关系原则，人为地操纵证券和期货价格，以引诱他人参与证券和交易，为自己牟取私利的行为。为依法惩治操纵证券、期货市场犯罪，1997年《刑法》第一百八十二条规定了“操纵证券市场罪”，1999年12月25日《刑法修正案》修改为“操纵证券、期货市场罪”，2006年6月29日《刑法修正案（六）》又作了进一步修改完善。

刑事立法为惩治操纵证券、期货市场提供了法律依据，在司法实践中，操纵证券、期货市场的具体定罪量刑标准尚不明确，一些法律适用问题存在争议，2019年7月1日起施行的新规——最高人民法院、最高人民检察院公布《关于办理操纵证券、期货市场刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称“司法解释”），使得“操纵市场”行为的定罪标准更加明确和量化。“司法解释”等法规的出台，正是在近年监管部门打击各类不断涌现的新型市场操纵行为执法实践的基础上，对相关案例进行总结提炼，以期能够达到及时遏制各类操纵行为的目的。

“司法解释”紧紧围绕着《刑法》第一百八十二条“操纵证券、期货市场罪”的定罪依据以及量刑标准等内容，结合近年来执法实践中不断涌现的新型市场操纵行为作出了具体的解释和规定。由于篇幅所限，我们仅对新规中该部分内容进行简单地解读及总结。

第一，明确了《刑法》第一百八十二条第一款第四项“以其他方法操纵

证券、期货市场罪”的六种行为。《刑法》第一百八十二条“操纵证券、期货市场罪”第一款第一至三项规定了连续交易操纵、约定交易操纵、自买自卖操纵（也称洗售操纵）等三种操纵证券、期货市场的方法，第四项规定了“以其他方法操纵证券、期货市场的”，但并未详细列举何为“以其他方法”。本次新颁布的“司法解释”具体明确了六种操纵证券、期货市场的其他方法，即：

1. “蛊惑交易操纵”，主要是指发布不真实、不准确、不完整或不确定的重大信息操纵市场的行为；
2. “抢帽子交易操纵”，也就是利用“黑嘴”荐股操纵，“廖英强”案即属典型的“抢帽子交易操纵”的行为；
3. “重大事件操纵”，主要是指“编故事、画大饼”的操纵行为；
4. “利用信息优势操纵”，主要是指以控制信息为手段操纵市场的行为，“宏达新材”信息操纵案就是典型的“利用信息优势操纵”行为；
5. “幌骗交易操纵”（也称虚假申报操纵）；
6. “跨期、现货市场操纵”，主要指操纵期货市场的一种行为。

第二，明确了“自己实际控制的账户”的认定依据。在认定操纵证券、期货市场犯罪的司法实践中，对于如何认定《刑法》第一百八十二条第一款第三项“自己实际控制的账户”有一定的争议。本次新规司法解释以行为人对账户内资产具有交易决策权作为“自己实际控制的账户”的认定依据，具体包括四种情形：

1. 行为人以自己名义开户并使

用的实名账户；

2. 行为人向账户转入或者从账户转出资金，并承担实际损益的他人账户；

3. 行为人通过第一项、第二项以外的方式管理、支配或者使用的他人账户；

4. 行为人通过投资关系、协议等方式对账户内资产行使交易决策权的他人账户。

此外，“司法解释”还规定了“自己实际控制的账户”的例外情形，即有证据证明行为人对第一至三项账户内资产没有交易决策权的除外。

明确了“情节严重”和“情节特别严重”的认定标准。《刑法》第一百八十二条规定了“操纵证券、期货市场罪”根据“情节严重”和“情节特别严重”处以不同的量刑标准，结合司法实践，针对《刑法》第一百八十二条第一款规定的三种以及“司法解释”规定的六种操纵证券、期货市场的情形，明确了七种“情节严重”的认定标准。同时，为更加有力、有效地惩治操纵证券、期货市场犯罪，结合此类犯罪的特点，又规定了七种“数额+情节”的“情节严重”的情形。在此基础上，明确了六种“情节特别严重”的认定标准，其中按照证券交易成交额的五倍、违法所得数额的十倍确定“情节特别严重”的数额标准，并规定了七种“数额+情节”的“情节特别严重”的情形。

### 三、监管和司法部门认定“操纵市场”行为的监管逻辑

解读和梳理“司法解释”的全

部内容，并深入和全面地分析我们在本文开头部分列举的因“操纵市场”而被交易所问询、证监会行政处罚以及公安立案的案例和未在本文中列举的因“操纵市场”行为而获罚甚至获罪的市场主体，我们发现无论是中国证监会、证券交易所等监管部门，还是公安、检察院以及法院等行政、司法部门，关于“操纵市场”的认定，主要存在五大相同逻辑。即：

#### （一）寻找盈利模式

操纵市场的目的是为了获利，无论操纵市场的手段表现为连续交易、约定交易还是自买自卖等其他情形，都是存在不同于正常投资行为的盈利模式的。面对新型“操纵市场”行为，首要的问题就是理清该交易行为的盈利模式是什么，其与正常投资行为的盈利模式有哪些区别。一般“操纵市场”行为的盈利模式共性特征表现为控制账户交易——制造假象或发布虚假信息诱骗其他投资者交易——通过反向交易实现盈利。

#### （二）证明盈利模式存在欺诈性

在完整刻画某种交易行为盈利模式模型的基础上，就要仔细分析该盈利模式是否存在欺诈性，即是否对其他投资者的投资行为产生影响，并且这种影响是通过制造假象或发布虚假信息欺骗其他投资者使其产生错误认知和判断，并可能据此做出本不会做出的投资决策。连续交易、约定交易、自买自卖，幌骗交易、跨市场操纵等行为都是通过诱导投资人对价格、交易量或委托量产生错误认知；抢帽子交易是利用所谓“专家”的头衔即市场影

响力诱骗投资者交易而自己却暗中从事反向交易；重大事件操纵、利用信息优势操纵是通过虚假信息或信息不对称来诱骗投资者进行交易，无论哪一种操纵市场的手法都必然包含欺诈行为。

#### （三）存在交易行为的异常性

为达到获利目的，运用欺诈手段的过程中，诱骗投资者方式必须通过交易行为的异常性来说明。在连续交易中，一般是通过在一段交易日内其运用资金数量、持股占比以及实际控制账户组成交易占该证券同期市场成交量比例等来刻画异常性；集中竞价交易中，约定交易与自买自卖本身具有天然的异常性，通过实际控制账户组成交易占该证券同期市场成交量比例能够刻画对市场的损害程度；幌骗交易一般要看其委托报单处于盘口的档位及占同期委托报单的比例、撤销报单的频率及占其委托报单的比例、是否在其后有大量反向的真实成交等等；在抢帽子交易、重大事件操纵以及利用信息优势操纵都要将相关信息与交易行为结合起来才能发行交易行为的异常性；跨市场操纵则要将期货市场与现货市场的委托及成交结合起来去寻找异常性。

#### （四）证明主观性

用客观异常交易行为证明主观性（客观印证主观）；在找到异常交易行为后即可通过异常交易行为去证明交易决策主体的具体目的。

#### （五）异常交易行为影响的价格及交易量

证明影响价格及交易量，异常交易行为对某一价格形成的贡献或比例。一般可以通过与同期市场指

数或行业指数及同类公司股价走势的比较来大致刻画异常交易行为对某一价格形成的贡献或比例。

综上，通过对司法解释的全面解读，分析因“操纵市场”行为而获罚的典型案列，从而推导并充分理解监管和司法部门对于“操纵市场”行为的内在认定逻辑，才能更好地从合规角度，支持上市公司、中介机构的良性运行。资本市场的改革，是为了打造一个规范、透明、开放、有活力、有韧性的资本市场。上市公司在发展过程中，必要时应引入合规律师团队及专业的财务顾问，也是为上市公司良性发展保驾护航。



董月英

北京大成(上海)律师事务所合伙人，上海律协律师参政议政促进委员会委员、文化传媒业务研究委员会副主任，浦东新区建言献策联谊会副会长。业务方向：公司与并购、上市公司合规、知识产权。

# 公司股东承担清算赔偿责任及范围 司法认定要点新解读

文 | 戚诚伟 唐天衣

7月3日，全国法院民商事审判工作会议召开，最高人民法院审判委员会专职委员刘贵祥在会议中对《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》（以下简称《公司法司法解释二》）第十八条第二款的理解及适用做出了进一步阐述和说明，这对司法实践中债权人追究公司股东清算赔偿责任问题具有重大的指导意义。

司法实践中，债权人实现对有限公司股东的无限责任追究的程序，通常是先行向人民法院申请对债务人进行破产清算或强制清算，人民法院以无法清算或者无法依法全面清算为由裁定终结强制清算程序的，债权人可以依据人民法院作出的终结裁定另行向人民法院起诉，请求判决有限公司股东对公司债务承担赔偿责任。而此时，公司股东往往会以诉讼时效、举证责任、侵权构成等问题进行抗辩，故本文将从司法实践中法院这类型案件判决出发，结合全国法院民商事审判工作会议提及的关于公司股东清算责任问题的内容，探讨和解读公司股东承担清算赔偿责任时司法认定要点的变化。

## 一、公司股东承担清算赔偿责任的法律依据和适用情形

《公司法》第一百八十条规

定了公司解散的五种情形，第一百八十三条进一步规定了在公司解散事由发生后，公司的股东负有在法定期限内组织清算的义务。《公司法》第一百八十三条是股东作为清算义务人的法律依据，《公司法司法解释二》第十八条则是股东承担清算责任的法律依据。基于对清算义务的怠于履行或不当履行，股东由承担清算义务转而承担清算责任，进而成为清算责任主体。股东在作为清算义务人和清算组成员时，因怠于履行或不当履行清算义务产生的民事责任分为损害赔偿责任和连带清偿责任两种责任形式。

需要说明的是，虽然两种责任形式都属于侵权责任，但赔偿责任与连带清偿责任分别适用《公司法司法解释二》第十八条中两款规定，对应不同的情形。首先，损害行为不同。应当认为，股东“未在法定期限内成立清算组开始清算”是股东“怠于履行义务”的形式之一；其次，损害结果不同。损害赔偿责任的适用要求发生“公司财产贬值、流失、毁损或者灭失”的损害结果，连带清偿责任的适用要求发生公司“无法清算”的损害结果；最后，责任范围不同。公司股东承担损害赔偿的责任，以其不及时履行清算义务的行为给债权人造成的实际损失为限，而股东承担连带清偿责任则是对公司全部债务予以清偿。

## 二、公司股东承担清算赔偿责任的司法认定要点的变化

（一）公司股东承担清算赔偿责任案件属侵权案件范畴适用一般诉讼时效规则，司法实践中诉讼时效起算点认定从“宽松”到“明确”。

债权人基于《公司法司法解释二》第十八条向公司股东主张权利属于“侵权赔偿”请求权，应当适用诉讼时效。然而，对于如何确定该请求权时效起算点，实务中存在较大的争议。

上海市第一中级人民法院在安徽某公司诉上海某公司股东损害公司债权人利益责任纠纷判决书中认定：“诉讼时效期间应自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算，上海某公司所主张的清算责任的诉讼时效期间，应以上海某公司知道或者应当知道股东怠于履行清算义务，导致上海某公司无法清算的时间为起算点。因此，该案诉讼时效期间应当从黄浦法院裁定终结上海某公司强制清算程序之日起计算。”

然而，强制清算终结裁定时间并非都是追究股东责任的诉讼时效起算点。上海市高级人民法院在上海华民经济城开发有限公司与深圳市长盛投资咨询有限公司之间股东损害公司债权人利益责任纠纷裁定书中否定了上海第二中级人民法院

的一审判决：“考虑到终结本次执行是以法院穷尽财产调查措施为前提，泛华公司在进入执行程序之前已被吊销执照多年而未实施清算的事实早已存在，且长城资产也没有提供可供执行的财产线索，作为执行申请人的长城资产对于被执行人泛华公司的股东长期怠于履行清算义务，理应知晓。故（2011）浦执恢字第751号裁定书送达之日，作为债权人知道或应当知道债权受到损害的起算点，更为合理公允。”上海市第二中级人民法院再审时认为：“如果不考虑强制清算的申请期间，单纯将强制清算不能的裁定出具之日作为诉讼时效起算点，引发的后果是对债权人申请强制清算行为的失控，完全可能出现债权人在终结执行裁定出具后，过数年甚至十几年后再主张强制清算的现象，诉讼时效制度将无法制约债权人的消极行为。诉讼时效制度的建立就是要促使债权人及时行使权利，在本案将债权人知道或者应当知道债权受侵害的时间节点认定为执行终结裁定送达之日，更符合建立诉讼时效制度的初衷。”由此最终依据上海高院的观点进行了改判。

近几年，上海法院均以“从债权人知道或应当知道公司无法清算时”起算时效。而此次的全国法院民商事审判工作会议明确了债权人主张股东清算责任诉讼时效制度的适用规则，应当自债权人知道或者应当知道公司法定清算事由出现之日的第16日起开始起算。很显然，这样规定是基于《中华人民共和国公司法》第一百八十三条规定：“公

司因本法第一百八十条第（一）项、第（二）项、第（四）项、第（五）项规定而解散的，应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始清算。”故解散事由出现之日起15日期满仍未成立清算组的，可以视为股东怠于履行清算义务，诉讼时效应从期满第二天开始起算。

综上，债权人应当重视最高法院关于股东清算责任案件中适用诉讼时效起算点上的调整问题，从调整内容来看，是从“模糊宽松”到“明确时点”。起初按照强制清算裁定之日起算，显然更有利于公司的债权人，其可以根据自己要求提出清算之诉，进而推迟诉讼时效起算时点，这次民事审判会议中明确从出现法定清算事由之日起十六日起算，使得诉讼时效起算节点大大提前。从一定程度上，最高法院的这一调整督促了债权人务必时刻关注公司的经营情况，包括其是否正常营业和是否存在营业执照被吊销的情况，并积极向公司股东行使自己的权利，否则将丧失胜诉权。

（二）公司股东无法以“未参与公司实际管理”或“持股比例大小”免除法定清算义务及相关责任，但可以从持股比例大小来确定责任程度，法院基于股东持股比例大小，确定相应清算赔偿责任。

最高人民法院发布的第三批指导性案例（指导案例9号）上海存亮贸易公司诉蒋志东、王卫明等买卖合同纠纷案件中，最高院确立了裁判主旨“有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，应当依法在公司被吊销营业执照后履行清算义务，不能以其不是实际

控制人或者未实际参加公司经营为由，免除清算义务。”

上海市第一中级人民法院在《华联发展集团有限公司与上海新联纺进出口有限公司追偿权纠纷》（2018）沪01民终13066号民事判决书中认定，公司股东怠于履行法定义务，未及时组成清算组进行清算，债权人申请的强制清算程序因缺乏必要资料而无法进行，股东应对公司所负债务承担连带责任。公司股东不因未参与公司实际管理或所持股份微小而得以免除其作为公司股东的法定清算义务，但可以股东各自的过错大小确定责任份额，若未能提供充分的证据证明各个股东过错大小的，应以各股东的持股比例来认定相应的过错大小及责任划分。从上述案例中可见，上海法院仍坚持前述指导案例的裁判主旨，但对于过错大小进行了区分。

《公司法司法解释二》第二十一条规定：“有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，以及公司的实际控制人为二人以上的，其中一人或者数人按照本规定第十八条和第二十条第一款的规定承担民事责任后，主张其他人员按照过错大小分担责任的，人民法院应依法予以支持。”根据该条规定，华联发展集团有限公司作为共同清算义务人之一对公司债务对外承担连带清偿责任后，法律允许其就承担清算义务超过其应当承担的份额向其他清算义务人进行追偿；而各清算义务人内部则应根据各清算义务人过错程序来划分清算义务人之间的责任承担。由于各清算义务人承担连带清偿责任的基

基础系怠于履行清算义务，即确定各个清算义务人的过错应当考虑其是否已怠于履行清算义务以及相应的过错大小。

上述判例中，法院认为，“在公司被吊销营业执照后，股东均未按照我国公司法之规定提出清算申请，系谁的原因导致清算不能各方均未提供有效的证据予以证明，过错大小无法明确区分，但股东按照持股比例享有股东权益，也应当按持股比例承担相应的义务，持股比例高的股东对于可能损害债权人利益的情形应当负有更高的注意义务，因此，在当事人未能提供充分的证据证明各个股东过错大小的情形下，应以各股东的持股比例来认定股东怠于履行清算义务的过错大小及责任划分。”

由此可见，虽然因债权人通常无法知晓公司内部的管理经营和职责划分，也无法判断各个股东的责任或过错大小，从有利于债权人的角度而言，应将所有股东起诉并要求其承担连带责任，但前述判例中可见，股东在公司中持股比例多少，可以对应负有清算义务及怠于履行义务的法律义务。简言之，小股东可以承担较小的责任。

但值得注意的是，此次会议明确了对于“怠于履行清算义务”这一要件的认定（下文将详述），其中将“能够证明自己没有参与经营的股东”排除在承担怠于履行义务的法律义务范围之外，这可能会导致法院以往的如上述相关判决的参考性逐渐降低。

（三）公司股东是否构成清算赔偿责任的举证责任由股东作为公司

清算义务人承担，有利于债权人，公司股东需要举证证明不存在“怠于履行清算义务”或者存在……。

大多数法院均将公司是否怠于清算以及未在法定期限内进行清算是否导致公司财产贬值、流失毁损或灭失，进而损害公司债权人利益的事实举证责任分配给公司股东承担。

上海市第一中级人民法院《案例精选》的(2012)沪一中民四(商)终字第496号上海兴舟设备安装公司诉上海美罗医药有限公司股东损害公司债权人利益责任纠纷中将此类责任分配给股东，法院认为：“因相对于公司清算义务人即公司股东而言，公司债权人离证据的距离要远，举证能力要弱，故应当由清算义务人对其未及时进行清算是否造成公司财产损失承担举证责任。”审判中，让股东承担举证不能的不利后果不仅符合公平和诚实信用原则，也有利于债权人合法权益的实现。

北京市第一中级人民法院在王临红等与鹰潭点石金良投资有限合伙企业股东损害公司债权人利益责任纠纷(2018)京01民终9175号中作出了关于公司能否清算这一事实举证责任分配的判断：“虽然司法解释并未对举证责任予以明示，但股东怠于履行清算义务的行为本身，即违反了公司法的规定，客观上会对债权人的利益造成不利影响；外部债权人对于公司的实际经营管理情况并不清楚，也没有判断的依据，其无法对公司是否能够清算以及清算的程度作出准确的判断并提供证据予以证实，而股东享

有公司法规定的知情权、参与决策权等一系列权利，对于公司的经营管理情况更为清楚，一审法院将公司能否清算的举证责任分配给股东并无不当。”

综上，举证责任方面就清算义务人对其未及时进行清算是否造成公司财产损失承担举证责任，这点有利于《公司法司法解释二》第十八条正确适用。否则，一旦将举证责任归于债权人，则因举证困难，造成实质上无法追究公司股东清算赔偿责任。

（四）股东“怠于履行清算义务”对公司债务承担连带清偿责任必须满足侵权构成要件，若部分股东证明“积极努力清算”、“控制股东故意拖延等客观原因”及“自己没有参加经营、没有管理账册”等非自身原因造成无法清算可以免责。

此次最高法院全国法院商事审判工作会议上强调：一是要准确认定“怠于履行清算义务”要件。所谓“怠于”履行清算义务，指的是能够履行清算义务而不履行。有限责任公司股东如果能够举证证明其已经为履行清算义务作出了积极努力，或者未能履行清算义务是由于实际控制公司主要财产、账册、文件的股东的故意拖延、拒绝清算行为等客观原因所导致，或者能够证明自己没有参与经营、也没有管理账册文件的，均不构成怠于履行清算义务。二是不能忽略因果关系要件。“公司法司法解释（二）”第18条第2款规定的有限责任公司股东承担责任的条件是，股东的怠于履行清算义务行为，导致了财产、账册、文件灭失，最终造成无法清算的后果，

这其中包含了因果关系要件。

实践中，存在着一种简单化处理倾向，只要股东怠于履行清算义务，就直接判令其承担责任，是不妥当的。有限责任公司的股东能够证明，公司主要财产、账册、文件灭失与其怠于履行清算义务之间没有因果关系的，也不应判令其承担责任。

上述最高法院观点已经反映在最高法院在上海丰瑞投资咨询有限公司与上海汽车工业销售有限公司、扬州市机电设备总公司企业借贷纠纷（2016）最高法民再37号再审案判决之中，对于《公司法司法解释二》第十八条第二款作出的理解：“该条规定是清算义务人怠于履行清算义务应承担的对债权人侵权人的侵权责任。其适用的法理基础是法人人格否定理论和侵害债权理论。因此，清算义务人承担上述清算赔偿责任，应符合以下构成要件：第一，清算义务人有违反法律规定，怠于履行清算义务的行为，即在公司解散后未在法定时间内开展清算事务或未在法定时间内完成清算事务，主观上存在不作为的过错，或者不适当执行清算事务，侵犯债权人利益。第二，清算义务人的行为造成了公司债权人的直接损失。第三，清算义务人怠于履行清算义务的行为与公司财产或债权人的损失之间具有法律上的因果关系。”最高法院认为，上汽公司在2000年的强制执行案中已尽其所能清查上汽扬州公司等责任资产，并且即使当时进行清算，上汽扬州公司也无责任资产偿还丰瑞公司，从而证明上汽公司未履行清算义务的行为并未造成

丰瑞公司的损失，上汽公司未履行清算义务的行为与丰瑞公司案涉债权未得到清偿所致损失并无因果关系。

综上，在全国法院商事审判工作会议上重点强调“怠于履行清算义务”要件和“因果关系要件”均是对《公司法司法解释二》第十八条第二款规定适用条件的规范，法院在判决公司股东承担清算赔偿责任认定将更为严格和谨慎。这一程度上维护了公司部分小股东和非控股股东的权益，对债权人的保护设定了一些限制。

### 三、结语

综上所述，笔者认为，最高法院基于大量股东清算赔偿责任案件中出现问题作出了纠正，对股东清算赔偿责任中债权人和股东权益进行了再平衡。客观上来说，《公司法司法解释二》第十八条第二款被部分法院简单适用，用于保护债权人利益，现在也确实有必要对于无法控制公司清算事宜的小股东权益进行保护。相信在全国法院民商事审判工作会议讲话背景下，未来法院认定小股东承担清算责任，特别是公司小股东承担连带赔偿责任无疑将更为谨慎。

对债权人而言，我们建议需要密切关注作为债务人公司经营情况，及时主张相关股东履行清算义务或者在无法通过执行实现债权时积极向法院申请强制清算，以此增加法院认定公司股东承担清算赔偿责任的概率，有效利用《公司法司法解释二》第十八条项下的股东清算责任规定实现债权。



戚诚伟

北京天驰君泰律师事务所上海分所合伙人，上海律协建设工程与基础设施业务研究委员会委员，全国律协建设工程与房地产专业委员会委员，上海市工商联房地产商会法律分会委员。业务方向：私募基金、股权投资融资及房地产等法律领域业务。



唐天衣

北京天驰君泰律师事务所上海分所实习人员。



# 法律人眼中的外交

文 | 高全喜

这几天有暇，随手翻阅案头的《中国进入国际大家庭：1858—1880年的外交》一书，作者是著名的历史学家徐中约教授，颇有感思。说来这个问题也不是毫无由来的闲篇，中美贸易战硝烟未尽，这是经贸问题、政治问题，但也是外交问题、法律问题。法律人眼中的外交，显然不同于职业外交，也不同于大众外交。徐中约的这本小册子之所以成为经典，在我看来，他以历史学家的视野，为我们展现了一个蕴含在国际法背景下的现代中国是如何浮现出来的。他书中所说的“国际大家庭”就其根本在于它是一个法律的共同体，在这个法律共同体之下的外交，才是现代外交，而不是传统旧制下的天朝上国与华夷之辨。



### 高全喜

上海交通大学凯原法学院讲席教授，宪法与国家治理研究中心主任。研究领域为宪法学、中西宪法史、政治哲学、法理学和中外制度史。出版的学术专著有《法律秩序与自由正义》《休谟的政治哲学》《论相互承认的法权》《现代政制五论》《立宪时刻——论〈清帝逊位诏书〉》《政治宪法学纲要》等。在中外学术杂志发表论文数十篇。主编的学术丛刊有《大观》《政治与法律思想论丛》《法政思想文丛》等，影响广泛。

洋洋数千年的中国历史，我们的体制是皇权帝制，对外搞的是天下体系，没有外交这类制度，只有理藩院处理朝贡宗藩事务。鸦片战争以降尤其是甲午战败，中国才开始有所觉醒，朝野始知万国公法，最后才被迫成立总理衙门，开始洋务外交。这一切都有赖于国际法的切入，当然我们知道这一段屈辱的历史，即国际法是被动地伴随着一系列不平等的中外约章及其列强的船坚炮利而强行进入中国的。徐中约教授描绘的便是这样一个时间点，从1858—1880年，中国进入国际大家庭的外交，此时的外交系于国际法和中外约章，与传统的中国礼仪制度并不接榫，甚至相互抵牾。

其实，这种境况不独中国，我们的邻邦日本，几乎在大致的时间也是同样，去年是日本明治维新150周年纪念，国内外有一系列文章皆指出了这个历史的逻辑，即通过与外部世界的碰撞，一些后发国家是如何步入现代化的，这其中，国际法与对外约章以及由此纠缠在一起的战争、外交与经贸，占据着重要的位置，这是一个大转型的时代。应该看到，这个过程并非仅仅是血和火、羞辱与悲情，也是充满着民族主体性的现代法权构建。日本的明治宪法及其一系列政治与经济的改革，都有赖于法律人眼中的现代外交之变。中国对勘日本，虽然不能说是非常成功，但也成就匪浅，康梁变法、洋务运动和晚清立宪，均是遵循着这个历史的逻辑。近些年大家都熟知“改革开放”，

如果深究实际的社会进程，应该说“开放改革”才更加符合历史的真实本质。没有开放，何来改革，开放才是改革的动力机制。这段历史在一百年前中国和日本的近现代社会转型时期曾经出现过，在四十年前的中国新一轮变革中也是如此，对此，我们这代人都感同身受，记忆犹新。

徐中约把这个过程称之为“中国进入国际大家庭”，作为法律人，我更重视其中的法律尤其是国际法及其中外约章所扮演的举足轻重的作用。我在北京治学的对象主要是宪法和中外立宪史，三年前南下沪上，治学有所变化，对于国际法与宪法的关系颇为重视，尤其是涉及近现代中国的宪制史。古今之变的现代中国转型，国际法和中外约章的促进作用巨大，为此，我专门撰写了诸如《政治宪法学视野下的“东南互保”》《江楚会奏变法三折的宪制意义》等论文，集中探讨了中西法政制度交汇碰撞之下的古今之变。在我看来，近现代外交问题的枢纽在于法制，而中外法制的两厢对峙经由中外约章而得到弥合，在国际公法的外部压力下，中国开始开放门户，进而引发内部的新政改良，乃至立宪变革。

当然，这个国际大家庭并非田园牧歌式的含情脉脉，而是凸显着强权即公理的实证主义法理，由此，一系列中外约章被国人视为不平等条约，致使清政府丧权辱国，这些都是客观存在的事实，无须多言。但是，问题在于这一切又都并非全部如此，甚至本质上还有另外



一个维度，那就是国际法和中外约章还有基于自然权利以及国际法权诉求，通过这些具有法律效力的中外约章的强制实施，一种新的国家形式，以及对外关系和普适性的经贸往来，则从根本制度上改变了传统的皇权专制体制，促成了一个现代性的中国。考诸现代中国的起源，建立在国际公法和中外约章之下的外交，发挥的作用功不可没，关税和总理衙门的经济与政治的功能，以及列国公使团的动向，在晚清的新政变革、南方革命党以及南北和谈、清帝逊位和民国肇始等一系列重大事件，都与中外约章有着密切的关系。

所以，作为中华民国外交的最大事项，就是如何对待中外约章，是修约还是废约。前者属于

改良主义的路径，为民初十年所遵循，并取得了丰硕的成果。后者属于革命主义的路径。关于这个问题，台湾地区学者唐启华的《被“废除不平等条约”遮蔽的北洋修约史（1912—1928）》一书值得向大家推荐，他的研究表明，如何对待这些具有法律效力的条约，是废约还是修约，考验着一个国家的政治选择。日本国也曾经遭受不平等条约的侵害，但他们是通过积极改进不良法制而付诸修约，完成了不平等条约的终结，取得了自己国家的法制昌明之功。

写到这里，我想起一年前的一件事情，《学术月刊》主编金福林先生转聘上海财经大学出版社社长，曾发我一函说，他们出版社准备重新出版王铁崖先生主编的《中

外旧约章汇编》三卷集，请我撰写一个推荐，对此我深感荣幸。我以为这部重要的三卷集资料汇编坊间早已售罄，能够重新出版这套久负盛名的旧约章汇编，实乃学界福音。我在推荐函中这样写道：这部汇编的重新出版，不仅保持着王铁崖教授卓然大家的学术权威性、资料完备性和编撰专业性，还具有如下两点新的意义：第一，时代的迫切性，即我们所处的新时代，面临新的全球化进程和国际新格局，这部汇编给我们提供了一个从历史走向未来的路径。第二，跨学科的学术前沿性，这部汇编本身就是一个交叉学科的文集集录，这个跨学科的性质在今天显得更加凸显和必要，无疑有助于中国社会科学的研究和发展。

我们处在一个与外部世界联为一体的全球化网络之中，所谓你中有我，我中有你，外交既是一国之事，也是一己之事。但任何事情皆有规则，在法律人眼睛里，规则就是法律，外交须系于法律，或法律化的外交才是现代社会的外交。中国是从传统的宗法社会走出来的，旧的中外约章像是某种鞭子，促使着这个过程的运行，具有被动性，由此也曾经催生了民族主义的悲情。时至今日，我们不能再重复这种被动性了，应该积极主动地参与到世界秩序的法治化进程，融入世界大家庭。中美贸易战，其实就是一次法律上的检验，它考验着我们的外交，乃至背后的政治与贸易是否能够交出一份令世界敬佩的出色答卷。

# 《纽约公约》下申请承认执行裁决的程序性问题：评MASPAL公司案

文 | 上海国际经济贸易仲裁委员会商事仲裁研究中心

由最高人民法院民四庭编辑、2019年7月出版的《涉外商事海事审判指导》(2017年第2辑,总第35辑),刊登了最高人民法院于2017年12月20日就MASPAL公司申请承认和执行外国仲裁裁决一案作出的复函。与之前最高人民法院公布的众多案例不同的是,该案是为数不多的关注我国法院审查《纽约公约》项下承认和执行外国仲裁裁决申请程序性事项与《纽约公约》第五条关于不予承认和执行条件之间关系的案件。本文将对该案予以简要介绍,以飨读者。



## 一、案件情况

2010年3月26日,注册于巴拿马共和国的Maspal Investment Corporation(下称“MASPAL公司”)作为卖方,与初始买方、注册于中国香港特区的东方华晨(集团)有限公司(下称“东方公司”)签订一份二手船买卖合同,合同约定因该合同产生的争议应根据1996年英国仲裁法提交伦敦仲裁。东方公司根据二手船买卖合同约定的初始买方另行指定替代买方的权利,指定了注册于马绍尔群岛共和国的台州之星有限公司(下称“台州公司”)作为最终买方。二手船买卖合同约定MASPAL公司应当在2010年6月1日至2010年7月31日之间择日交船。MASPAL公司分别于2010年7月28日、30日和31日发出了船舶准备就绪通知书,然而东方公司、台州公司主张通知无效,并于2010年8月2日向MASPAL公司发出解除合同通知。MASPAL公司回函称买方的行为构成对二手船买卖合同的预期根本违约,并认

为此举导致合同终止。

随后, MASPAL 公司作为申请人在英国提起仲裁申请。2014 年 1 月 6 日, 由 Michael Baker-Harber、Ian Kinnell 和 Christopher John William Moss 组成的仲裁庭作出裁决:(1) MASPAL 公司可以提存在其与东方公司的联名账户中的保证金的本金及利息;(2) 东方公司、台州公司应该授权并且协助 MASPAL 公司进行相关款项的解付;(3) 东方公司、台州公司应当按照年利率 4.5%、三个月一计的复利利息向 MASPAL 公司支付自 2010 年 8 月 3 日起至支付日止的利息;(4) 东方公司、台州公司应当对仲裁费用 95,980 英镑承担连带责任;(5) 东方公司、台州公司应当承担 MASPAL 公司除前述费用之外的、可追索的律师费用。如果各方对此无法达成一致, 将由仲裁庭作出评估。

此后, 因东方公司、台州公司一直拒绝与 MASPAL 公司就其可追索的律师费协商一致, MASPAL 公司于 2014 年 3 月向仲裁庭提出关于评定律师费的申请。2014 年 10 月 3 日, 仲裁庭作出《费用评定之进一步裁决》(下称“10 月 3 日裁决”), 裁定:(1) MASPAL 公司有权从东方公司、台州公司处获得不多于 433369.45 英镑的赔偿款;(2) 东方公司、台州公司应当对本裁定的费用承担连带责任并支付相应的利息。

因东方公司、台州公司未全部履行上述裁决, 且东方公司在浙江舟山市存在可执行财产, 故 MASPAL 公司于 2014 年 9 月 22

日向宁波海事法院申请承认和执行仲裁庭 2014 年 1 月 6 日作出的裁决(下称“1 月 6 日裁决”)。

在承认和执行程序过程中, 东方公司未提交答辩意见。此外, 台州公司于 2013 年已经注销。

## 二、裁判意见

### (一) 宁波海事法院意见

宁波海事法院认为根据 1 月 6 日裁决适用的英国法, 1 月 6 日裁决的生效日为作出之日即 2014 年 1 月 6 日; 该裁决并未规定履行期间, 故根据《中华人民共和国民事诉讼法》(下称“《民事诉讼法》”)第二百三十九条的规定, 申请承认和执行 1 月 6 日裁决的期间应从 2014 年 1 月 6 日起算两年至 2016 年 1 月 6 日。MASPAL 公司提起本案申请的时间为 2016 年 9 月 22 日, 已经超过两年法定期限。

而 MASPAL 公司认为, 前述《民事诉讼法》第二百三十九条的规定属于诉讼时效, 当事人未提诉讼时效抗辩的, 法院不应对诉讼时效问题进行释明并主动适用诉讼时效进行裁判, 同时由于东方公司、台州公司不履行 1 月 6 日裁决义务, 仲裁庭后续又作出了 10 月 3 日裁决, 故即使法院适用诉讼时效规定, 也应当自 2016 年 10 月 3 日起算。

宁波海事法院最终认为, 《民事诉讼法》第二百三十九条仅针对申请执行时效的中止、中断规定适用诉讼时效的相关法律规定, 而非将申请执行的期间等同于诉讼时效; 此外, 10 月 3 日裁决与 1 月 6 日裁决相互独立, 1 月 6 日裁决已经对当事人间的纠纷作出终局裁决, 10

月 3 日裁决所涉的评定律师费属于新的诉请, 亦不中断、中止申请执行 1 月 6 日裁决的诉讼时效。故宁波海事法院裁定不予承认和执行 1 月 6 日裁决, 并上报浙江省高级人民法院。

### (二) 浙江高院意见

浙江高院审查后认为除宁波海事法院提出的申请期限问题之外, MASPAL 公司与台州公司之间是否存在仲裁协议、1 月 6 日裁决涉及台州公司的裁决内容应否予以承认和执行也是本案的另一个争议焦点。

就期限问题, 浙江高院认为 1 月 6 日裁决未规定履行期间, 其适用的英国法中并未明确规定仲裁裁决是在作出之日生效还是在送达当事人后才生效, 我国法院过往实践亦有不同认识。考虑到 MASPAL 公司律师自认 1 月 6 日裁决在签署日生效, 且仲裁裁决一般具有一裁终局性及, 故应当认定裁决的生效日为 2014 年 1 月 6 日。根据《最高人民法院关于执行我国加入〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》第五条、《最高人民法院关于适用中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第五百四十七条和《民事诉讼法》第二百三十九条的规定, 申请执行该裁决的期间从裁决生效之日起计算的两年。此外, 尽管申请执行时效的中止、中断适用法律有关诉讼时效中止、中断的规定, 但法律并未明确该两年的法律性质系诉讼时效, 两者的起算时点亦不同, 故法院可以主动审查申请执行裁决是否超过了法定期间; 而 1 月 6 日裁决系一个独立、终局性裁决, 10 月 3

日裁决的内容不构成对1月6日裁决时效的中断事项。

就 MASPAL 公司与台州公司之间是否存在仲裁协议的问题，根据《纽约公约》第四条第一款规定，MASPAL 公司应当提供其与台州公司之间的仲裁协议副本。从本案情况看：第一，MASPAL 公司与台州公司之前没有签订过合同，台州公司是根据二手船买卖合同的约定由初始买方东方公司指定作为替代买方参与涉案船舶的买卖事宜。这种情况下，仲裁地法即英国法没有明确规定 MASPAL 公司与东方公司之间的仲裁协议是否对台州公司有约束力，而根据仲裁条款独立性原则，台州公司即使同意作为买方参与船舶买卖，也不等同于其同意本案的仲裁条款。对此，1月6日裁决中也并未就仲裁庭能否就台州公司与本案的争议享有管辖权作出必要的说明与解释。第二，从仲裁过程及裁决来看，台州公司是否直接接到了合法通知并参与到仲裁程序中，存在疑问。1月6日裁决只是概括地将台州公司与东方公司统称为买方，并在后文中提到了买方聘请了律师，对于台州公司是否与东方公司联合委托了律师参与仲裁，以实际行动表示接受仲裁庭管辖，言辞表述较为模糊。而根据 MASPAL 公司的律师介绍，对于仲裁员的指定，MASPAL 公司都是与东方公司直接联系，没有任何书面材料显示东方公司系与台州公司共同指定了仲裁员、没有材料显示两家公司是关联公司或存在实际控股公司的相关证明，也缺乏台州公司直接聘请律师参与仲裁程序或指定仲裁员的书面材料。

综上，浙江高院拟对1月6日裁决不予承认和执行并上报请示最高人民法院。

### （三）最高人民法院意见

最高人民法院对浙江高院提出的两个争议焦点作出如下答复：

1. 关于 MASPAL 公司与台州公司之间是否存在仲裁协议的问题。《纽约公约》第四条虽然规定了当事人申请承认和执行仲裁裁决应当提交仲裁协议，但当事人未提交仲裁协议，并不构成《纽约公约》第五条规定的不予承认和执行仲裁裁决的情形。当事人未能按照《纽约公约》第四条的规定提交仲裁协议，人民法院应当裁定驳回其申请而非裁定不予承认和执行仲裁裁决，且人民法院对当事人提交的仲裁协议仅应进行形式上审查。本案中，MASPAL 公司与东方公司之间存在仲裁协议，仲裁庭也是根据该仲裁协议受理案件并作出裁决，现 MASPAL 公司已经向人民法院提交该仲裁协议，其申请符合《纽约公约》第四条的规定。至于如果存在仲裁协议无效、仲裁事项不属于仲裁协议约定的范围等情形，当事人可以根据《纽约公约》第五条第一款提出不予承认和执行仲裁裁决的申请，而根据《纽约公约》第五条第一款的规定，只有在当事人依据该款规定提出不予承认和执行仲裁裁决申请的情况下，人民法院才应根据其申请对是否存在该款规定的情形进行审查而不应主动审查。故浙江高院根据《纽约公约》第四条第一款规定对1月6日裁决涉及台州公司的裁决部分不予承认与执行的意见不能成立。

2. 关于申请承认和执行外国仲

裁裁决期间的问题。当事人申请承认和执行仲裁裁决超过法定期间，亦非《纽约公约》第五条规定的不予承认和执行仲裁裁决的情形，即使存在该情形，人民法院亦应当裁定驳回当事人的申请而非裁定不予承认和执行仲裁裁决。且在被申请人并未就该问题提出抗辩的情况下，人民法院不应主动审查并以申请超过法定期间为由裁定不予承认和执行仲裁裁决。因此，在被申请人未明确就 MASPAL 公司申请承认和执行仲裁裁决超过法定期间提出抗辩的情况下，浙江高院主动审查并拟以此为由裁定不予承认和执行1月6日裁决的意见不能成立。

综上，最高人民法院不同意浙江高院不予承认和执行1月6日裁决的请示意见。

## 三、简要评析

按照1987年《最高人民法院关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》第四条的规定，如果我国法院认为不具有《纽约公约》第五条第一、二两项所列的情形，应当裁定承认其效力，并且依照民事诉讼法（试行）规定的程序执行；如果认定具有第五条第二项所列的情形之一的，或者根据被执行人提供的证据证明具有第五条第一项所列的情形之一的，应当裁定驳回申请，拒绝承认及执行。可见，最初我国司法实践中并未明确区分《纽约公约》项下的程序性事项和拒绝/不予承认及执行的实体性事项，而是将“驳回申请”、“不予承认和执行”的裁定一并适用于符合《纽约公约》第五条的情形。此后，2012年修订的《民事诉讼

法》和2015年2月实施的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》中对于承认和执行外国仲裁裁决的程序性问题做了进一步规定，相关司法实践中也出现了对于申请承认执行《纽约公约》裁决的程序性问题的处理的有关实践，比如有学者统计，在2015—2017年间，有1例案件因申请人提供材料不符合认证规定被驳回请求、1例案件被移送管辖、3例案件因管辖问题而被裁定驳回起诉或不予受理（刘敬东、王路路：《“一带一路”倡议下我国对外国仲裁裁决承认与执行的实证研究》，载《法律适用》2018年第5期）。2017年12月实施的《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》（下称“《仲裁司法审查规定》”）第七条、第八条对于申请承认和执行外国仲裁裁决案件中法院不予受理、驳回申请的情形进行了进一步规定，但并未对何种情形下应当裁定驳回申请、何种情形下应当裁定不予承认和执行裁决作出具体的规定。本案正是最高人民法院对此问题进行阐释的典型案列。

本案中，法院重点分析了两个问题，即申请承认和执行外国仲裁裁决的期间问题和当事人未提交仲裁协议问题。就第一个问题而言，最高人民法院认为超过申请期限并非《纽约公约》第五条规定的不予承认和执行仲裁裁决的情形，“即使存在该情形，人民法院亦应当裁定驳回当事人的申请而非裁定不予承认和执行仲裁裁决”，此系对《纽约公约》第五条条件的严格解释，符合《纽约公约》的解释原则和精神。

但值得进一步关注的是，最高人民法院在复函中指出“人民法院不应主动审查期限”，结合《仲裁司法审查规定》第八条“人民法院立案后发现不符合受理条件的，裁定驳回申请”的规定，似乎可以理解为执行外国裁决的期限不属于立案阶段法院可以主动审查的“受理条件”范围，而尽管申请期限本身的性质未必等同于诉讼时效（如宁波海事法院、浙江高院意见），但最高人民法院认为超过期限抗辩的审理路径与诉讼时效抗辩一样，即“不告不理”。考虑到目前我国司法实践中对于未明确履行期限的外国仲裁裁决的2年申请承认执行期限的起算时点仍存在不同的认定意见，包括裁决生效之日、作出之日、申请人收到裁决书正本或者正式副本之日、申请人在发现被执行人有财产在我国领域内之日（最高人民法院第37号指导案例：上海金纬机械制造有限公司与瑞士瑞泰克公司仲裁裁决执行复议案）等，如果采用上述路径，则可能对于被执行人而言将承担较重的举证责任。相反申请人证明其未怠于行使申请承认和执行裁决的权利的举证责任反而较轻。此种做法是否恰当，值得予以进一步关注。

就第二个问题而言，最高人民法院认为申请人未按照《纽约公约》第四条的规定提交仲裁协议亦属于应当驳回申请的程序性事项。但纵观本案案情，浙江高院以此为由提出不予承认和执行的本质系MASPAL公司与台州公司之间并无符合《纽约公约》第二条意义下的仲裁协议，进而产生《纽约公约》第五条第一款第（三）项“裁决所处理之争议非为交付公断之标的或不

在其条款之列”的情形。就在申请承认和执行外国裁决语境下法院判断当事人间是否存在仲裁协议的问题，国际主流实践认为，尽管仲裁庭自己决定自己的管辖权优先于法院对仲裁协议的审查，但法院在受理申请执行公约裁决时仍有权对仲裁庭之管辖权决定作出全面审查。就此，我国法院之前已经有过类似的实践。在“（2013）锡商外仲审字第0007号案”中，审理该案的无锡市中级人民法院认为：“……不能认定绿色纤维公司（第二被执行人，作者注，下同）加入了杰斯史密斯公司（申请执行人，作者注，下同）与天然纺织公司（第一被执行人，作者注，下同）之间的买卖合同并成为合同主体，且没有证据证明绿色纤维公司与天然纺织公司系同一主体。天然纺织公司与杰斯史密斯公司之间买卖合同中的仲裁条款对绿色纤维公司并无拘束力。绿色纤维公司亦未接受仲裁庭的管辖。因此仲裁庭将绿色纤维公司列为仲裁被申请人，并将其与天然纺织公司作为共同的买方，裁决其向杰斯史密斯公司承担相应的违约责任，构成了《纽约公约》第五条第一款（三）项规定的情形，且裁决事项不可分。因此，本案所涉仲裁裁决应全部不予承认和执行。”与本案不同的是，上述案件中的两被申请人应诉并明确提出了《纽约公约》第五条第一款第（三）项的不予承认执行抗辩，而本案中浙江高院之所以选择以《纽约公约》第四条作为不予承认和执行裁决的理由，可能也是因为两被申请人均不应诉，致使其无法主动审查《纽约公约》第五条事由的“无奈”之举。

除了上述两个问题外，本案还有一个法院没有提及但仍值得探讨的问题，即台州公司在1月6日裁决作出之前即已注销，这涉及根据《纽约公约》申请执行外国仲裁裁决时法院如何处理被执行人注销的问题。被执行人注销，理论上可以分为四种情况：一是承认和执行裁决后注销；二是裁决作出之前注销；三是裁决作出之后到申请承认和执行裁决之前注销；四是承认和执行审查期间注销。第一种情况仅与执行地国的执行法律有关，并不涉及《纽约公约》的评价；但在后面三种情况下，被执行人注销会对《纽约公约》下仲裁裁决的承认和执行程序产生何种影响，值得予以关注。就此问题，存在以下几种可能的处理方式：

第一种，认为鉴于主体资格问题作为法院立案主动审查的事项，若法院在立案阶段就发现被执行人

已经注销，则应当裁定不予受理，在受理后发现注销的，应当裁定驳回申请；

第二种，认为尽管被执行人注销，但被执行人仍是涉案合同及仲裁裁决的当事人，申请人以被执行人为被申请人提出承认和执行仲裁裁决的申请，被执行人在仲裁裁决作出后发生的包括注销在内的经营变动不影响对仲裁裁决的司法审查，如果涉诉仲裁裁决不存在《纽约公约》第五条规定的拒绝承认的情形，应予以承认，但鉴于被执行人已经注销，客观上执行不能，故针对被执行人裁决的执行申请不予准许；

第三种，认为被执行人注销，意味着被执行人丧失了行为能力，符合《纽约公约》第五条第一款第（一）项“第二条所称协定之当事人依对其适用之法律有某种无行为能力情形者”的情形，若其诉讼代表

人据此抗辩，可以裁定不予承认和执行针对该被执行人的裁决。

就此问题，目前通过公开查询方式可以获得的司法实践案例是“(2016)浙07协外认3号”案。在该案中，主审法院采用了上述第二种处理方式，即裁定承认但不予执行针对被注销被执行人的裁决，但在没有更多信息的情况下，尚不得知上述做法是否具有指导司法实践的普遍意义，故对此问题仍存在进一步研讨的空间。

#### 四、小结

我国法院作为承认与执行外国仲裁裁决案件的受理和执行机构，主要承担着正确解释与适用《纽约公约》的国际义务。为此，在最高人民法院的指导下，全国各地相关法院严格依据《纽约公约》开展承认与执行外国仲裁裁决的司法审查工作，为此作出了巨大努力。与之前最高人民法院公布的众多案例不同的是，本案是为数不多的关注我国法院审查《纽约公约》项下承认和执行外国仲裁裁决申请程序性事项与《纽约公约》第五条之间关系的案件。最高人民法院在本案中明确了《纽约公约》第四条和申请承认执行裁决期间等事项与《纽约公约》第五条之间的程序处理界限，可以说是在技术层面对正确解释与适用《纽约公约》这一理念下的仲裁司法审查制度作出的进一步完善，相信在我国法院支持国际仲裁的包容性司法态度得以贯彻、落实的前景下，对于本案中仍未予以明确的部分法律问题，在不久的将来可以找到最适当的解答。



# 德高望重的锦天城首位主任

## 史焕章院长访谈摘要

采访时间：2018年12月6日

受访人：史焕章

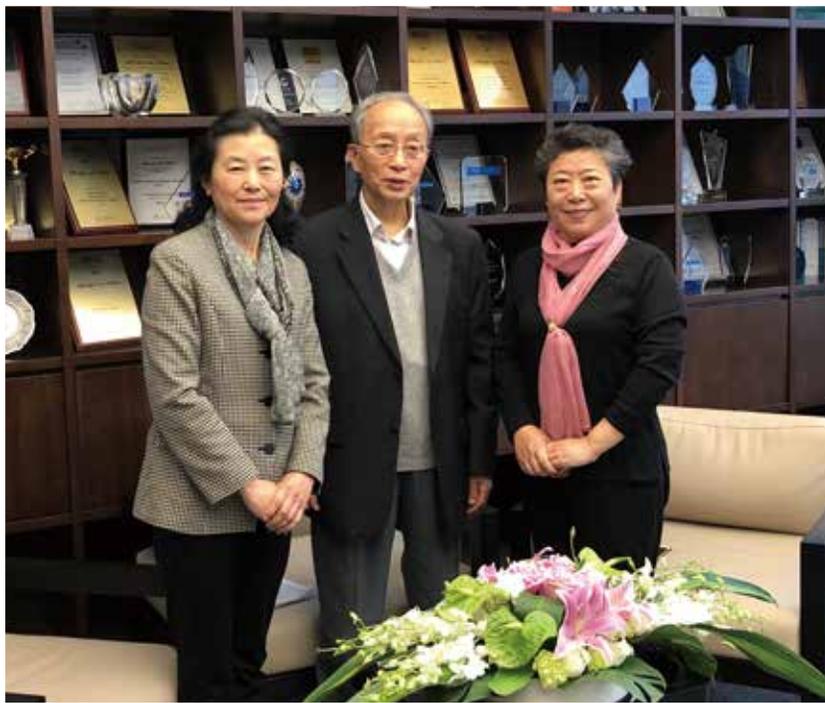
采访人：李海歌 刘小禾

文字整理：仲峥

采访人：今天很高兴和史焕章院长相会在位于上海高楼之最——“上海中心”的上海市锦天城律师事务所（以下简称“锦天城所”）。锦天城所是上海律师事务所中一张靓丽的名片，我们很荣幸坐在记载锦天城所众多业绩的金光熠熠的荣誉墙前面，与锦天城的第一任主任史焕章院长一起回顾历史。一进办公室见面，多时未见的史院长和我们都非常激动，我们连呼史主任、史局长、史院长、史老师……这么多称呼的背后，有着太多精彩的故事。尽管我们不是全日制学生，而是自学考试、夜大的专升本学生，但华东政法大学（以下简称华政）就是我们的母校，我们都是史院长的学生，并深以为荣。前几天在确认访谈时间时，我们不想让年逾八旬的前辈过于赶时间，便约在了上午10点，后来，史院长考虑到谈话内容比较多，而且“上海中心”的办公室环境特别好，便建议提前半个小时，可以让我们有充足的时间纵情欣赏陆家嘴美景，参观锦天城办公室。

在隆重纪念上海律协恢复重建40年的前夕，我们请老领导史院长来为我们讲述一下这段难忘的历史。

史焕章：很高兴在这里与两位秘书长会面，现在各行各业都在回顾40年来改革开放的历程。我



1981年从西藏回来，原来是说好调到上海市公安局的，后来市委组织部说是新成立的司法局更需要干部，征求我的意见，我同意了，这样就调到市司法局。开始是担任宣传处的负责人，第二年任命为局长助理、党组成员，1983年担任副局长、党组副书记。那时，鞠华是局长，王庄霄是副局长，还有一位副局长是主管律师的何后。李庸夫局长是1983年下半年来的。

### 入职司法局 感受律师工作

我最早参加律师的活动，是在1981年的8月份，到上海律协所在地中山南二路03招待所，那天下着大雨，所以我记得特别清楚。上海律协负责人是韩学章韩大姐，王文正刚从山东调过来，在协会当秘书长。

我在市司法局工作了四年多，与律师工作有关的主要是以下几件事情。

一件是审批律师执业资格。当时老律师很少，仅有的第一、第二法律顾问处上报了一个名单，大概有36人，经过审批，被确认为律师身份，如李国机、叶传蛄、傅玄杰、倪彬彬、赵珪等一批人。其中除了上世纪五十年代当过律师的，还有就是在公检法等政法部门有过实际工作经验的。

第二件事情，就是律师职称评定。我们的李局长很有开创精神，在1983年，全国还没开始律师评职称时，我们上海率先尝试。我是很支持的，因为当时高校的评教授、评研究员工作已经开始了，而我们律师专业方面都很强，为律师评职称，可以提高律师的社会地位。我们评了韩学章为大律师，后面分一级、二级、三级，一级待遇相当于教授，三级相当于讲师。之后，司法部才制定出台全国统一的律师职称评定序列。随着律师地位的逐步提高，律师职称被渐渐看淡，职称与律师的业务量、业务收入没有必然的联系。

我觉得李局长有很多开创性的贡献，特别是劳改劳教从公安方面划过来后，允许犯人结婚、给犯人参加劳动开工资、给假期回家探亲等，都是当时李局长提出来、我们一起研究的。还有就是在李局长领导下，从司法学校、两高培训中心（高级律师、高级公证员培训中心）、政法管理干部学院到司法警官学校等，市司法局几乎每年成立一个新的学校。特别是位于青浦野马浜、为广大律师所熟知的上海政法管理干部学院，在当年的基建阶段，李

局长大胆启用了—个犯人设计的方案。我作为市司法局副局长兼上海政法管理干部学院的首任院长，在建设初期，基本上每十几天就要到青浦去掌握进度、研究施工中的问题。上海政法管理干部学院后来逐步发展成为上海法律专科学校、上大法学院、上海政法学院，培养过不少律师人才。

第三件是解决律师办公场所问题。当时，上海律协、法律顾问处，包括市司法局本身都没有办公场所。我刚来的时候，市司法局在福州路市高院拨出来的几间办公室办公，我们宣传处与上海律协研究室在四川南路的两间住房里。没有像样的办公桌，谁先到谁先坐。我记得当时司法局起草了一个简报，题目是“给律师—条路走走”，这个题目很偏激，就是说律师没有路好走了，主要反映办公用房问题。因为如果上面不予解决当时的房子问题，自己是没法解决的，不像现在。这份简报报上去以后，上面比较重视。后来就决定市由司法局与财政局共同投资500万元，建造律师会堂，这与律师之前上交了管理费、做了一些贡献是分不开的。后来律师会堂交给市司法局，司法局出了一部分钱，上海律协买下现在均瑶广场33层、35层的新办公场地，说明当时建造律师会堂打下的基础起到了很大的作用。

与律师有关的还有一件事情是：1985年初，《人民日报》在头版刊登了福建晋江县公安局一个副局长知法犯法、迫害律师的事件，说的是该律师在执行职务时，公安局副

局长要检查他的证件，律师说没证，反问到哪里去领资格证。副局长听了觉得这是对他的冒犯，说他狂妄，动用了警棍、手铐，逼其下跪，打了4个小时，最后又把他拘留起来，这位律师出来的时候已经昏迷了，验伤的结果是身上8处受伤。这起事件影响很大，《人民日报》还专门进行了刊登报道。我作为当时的市司法局副局长，看了报道，当即写了一篇文章，题目是“不准迫害律师”，发表在当时的《上海司法》刊物上。这篇文章分析了事件形成的原因，由于我国长期处于封建社会，再加上党内的因素，极左思潮、特权思想非常顽固，导致律师社会地位不高，公安根本看不起律师。曾有一位公安老同志私下跟我说，如果以后搞“文化大革命”，我首先就抓律师。这说明有关部门和工作人员根本就没有民主意识、法治意识。当时老百姓对律师也不信任，认为律师是在演戏，什么辩护不辩护的其实早就定好了，而实际上确实存在还没有审理案件，法院判决书就已经出来的个例。我认为要改变这种情况需要进行长期的努力，这种情况不可能在短期内彻底解决。律师要把自己的工作做好，赢得群众的认可。这是一件关于律师维权方面的事情。

我在市司法局分管外事工作，经常接待来自美国、日本等地的律师。1985年，我率上海司法代表团访问美国，同行的成员主要是律师，有王凌青、陈瑞谟、邵瑞兴等，在访问中，我们参观了白宫、司法部、法院、监狱等部门，还去了美国六

个著名的大型律师事务所，这是上海律师和国外律师同行开展较早的交流。我以“美国司法见闻”为题，将访美的所见所闻记录下来，写了有十来篇文章的系列作品，在《上海法制报》上刊登。当时美国的律师事务所多在大写字楼里，电脑也已经普及了，硬件设施非常先进。律所还有很多图书资料，走廊里放着一本本参考书、工具书，律师业务已经向专业化方向发展。相比之下，我国当时的律师因为案源比较少，基本上属于“万金油”型，在硬件、软件等各方面差距都很大。之后，我们专门抓律师的专业化建设，这是很有必要的。

再讲点关于上海律师在“严打”中的作用。1983年，全国治安形势非常严峻，邓小平同志提出要严厉打击刑事犯罪活动，于是，“严打”开始了。公检法司等部门都很忙，因为劳改劳教已经移交给司法局了，所以司法局尤其忙，我们经常跑到第一线。外地好多地方，“严打”案件不找律师辩护，律师跟着公安一起去搞审讯，引起了思想混乱。而时任上海市委政法委领导的王鉴同志则在一次工作会议上要求上海律师应该认真进行刑事辩护，特别提出“所有的死刑案件一定要有律师参加”，由此产生了很大影响。我们市司法局专门组织了三次律师学习政法委领导的有关指示，并进行了各方面工作的部署。所以1983年下半年刑事案件的辩护数量大幅度增加，是上半年的两倍，充分显示律师贯彻上级指示精神，积极参加了刑事辩护。“严打”第一阶段过后，

我参加了1984年初召开的全国政法委工作会议，在会上，我详细汇报了上海律师在“严打”中的作用，即不但要做好法庭上的刑事辩护，还要做好犯罪嫌疑人家属的工作，教育犯罪嫌疑人认罪服法，会议对上海做法给予了充分的肯定。政法工作会议结束后，在紧接着召开的全国司法厅、局长会议上，司法部又让我在会上发言，专门介绍上海律师在“严打”中的作用，会后发简报向全国推广上海的做法。我前后两次参会、两次发言，对这些事印象比较深。陈丕显同志指出的“律师制度是一个民主制度，是一个进步制度”给律师很大的鼓舞，而不是像过去那样讲律师是“为反革命辩护”。可以说，当时律师如此坚持依法辩护，实际上是冒着很大的政治风险的，而对于这些曲折的历史过程，现在的年轻人已经不太了解了。

当时有几位资格很老的律师，我对他们的印象特别深刻。我与李国机律师较熟悉，有时跟他开玩笑说，来聘请你的当事人这么多，要是你都答应代理案件，能办得完吗？郑传本律师有次高血压发作，我还去四川北路的市二所看过他。在女律师里面，我对倪彬彬、赵珪的印象比较深；男律师里，我对傅玄杰、陈泽政、居同匋等人的印象也很深。

### 调往华政 推动学院办学

1985年，我被调到华政（原华东政法学院）。那年毕业生离开学校前，在宿舍墙壁上乱写乱划，内容非常出格，惊动了上海市委、司法

部。上面决定调整领导班子，院长从政法部门找人，正好找到了我。于是我就到华政担任院长、代理书记。据统计，经过我签名盖章的华政毕业证书超过3万份。我从1985年起就担任华政院长，共13年，后面的工作就交给曹建明了，曹建明离任后，就交给了何勤华。我到华政时曹建明是国际经济法系的学生，那时国际经济法系是我的联系点，我重点抓国际法系的“凝聚力工程”，当时上海市委组织部和教委还在华政召开现场会，专门介绍怎样开展“凝聚力工程”的华政经验。

华政以前一直是属于司法部直管的五个院校之一，学生主要来自华东六省一市，但后来也在其他省市招了一些，如云南、海南等地。“严打”时，上海好多犯人都被送往青海，青海省领导向上海市领导提出一点要求，希望上海帮助培养一批学生，后来这个任务就交给华政了，我们专门为青海办了一个班，约有几十个人吧。

华政办的上海市第四律师事务所在我去之前就成立了，说来很巧，为学院筹建律师事务所时，时任书记与院长到市司法局来洽谈都是由我接待的，当时我就表态支持。事务所较早时在学校门口设了接待室，由学院里有律师资格的兼职律师参与办案，还安排在校大学生到事务所实习，相当于医学院的实习医院。事务所名称以序号排列为第四所，之前的第一、二、三所都是第一批上海律协所属国办所，之后的李国机、张国飞律师出来开办事务所时的名称已经分别为第五、第六律师

事务所了，所以从华政“四所”的名称，足见其创立时间之早，资格之老。在一段时间里，四所跟随着华政，名气特别大，许多当事人慕名前来，在社会上的知名度很大。我对这个律师事务所是比较认可的，我到学院后，任命法律系主任郑幸福律师担任主任，事务所名称后改为“中信正义”。在司法部关于学院管理体制方面有所变化、对学校办事务所作出新的规定时，我提出要按“老人老办法”进行过渡，不宜随便改变。

在上世纪八十年代，针对社会上缺少涉外律师的情况，华政承办了由国家外国专家局和司法部一起设立的涉外律师培训中心，我担任中心的主任。我们请了一批在国际上比较有名的律师、兼职教授和台湾的律所负责人来上课，搞过两期培训。虽然时间不长，但从学校和老师的角度来讲，根据需求办学，广泛地与社会接触，是非常有必要的。

### 涉足律师行业 合作创立锦天城

锦天城的出现是在1998年。华政的聂鸿胜老师前几年离开学校，在普陀区注册了一家“天和律师事务所”。1998年的7月、8月份，他参加一个活动时遇到我，第一次跟我说起，为了与外国所竞争，正在考虑把事务所做大做强。我支持他的想法，经过分析后又觉得如果把几家律所合并起来，这会涉及利益的调整，不会那么容易，需要认真考虑，看看有没有这样志同道合

的人。当时我还没退休。到了1999年初，我接到锦联律师事务所史建三的电话，他原来也是华政的老师，我送他到美国留过学。他的意思和聂鸿胜差不多，很想办一个能做大的事务所，但找了很多人都不成功。他还说北京长城上海分所的黄仲兰（也曾是华政老师，后来来美国留学）也有此想法。我当时听了感觉他们的想法与之前聂鸿胜的想法有点接近，我就在电话里说，这样吧，反正我现在也已经退休了，你们三家都过来一起研究研究吧。就这样，分别代表了三家律师事务所的三位负责人来到南丹路我的家中，开了两次小会，进行了认真研究，做出以下几个决定：三所合并，成立一个新所；我当主任，他们三位不当副主任；我不投资、不分红，不承担经济赔偿的责任；名称、公章及办公场地统一。我希望他们回去多做工作，欢迎原所的所有成员都留下。后来他们做了工作，基本上没人离开。接下来的第三个会议是在原事务所办公场地之一的香港广场召开，主要内容是讨论新事务所租借何处进行办公。经研究决定，我们去租借一流的办公楼。会后，我们向当时一流的高档写字楼金茂大厦租借了三百平米。办公条件相当好，但租金非常贵，我们分别向市司法局与浦东新区司法局求助，得到有关领导的支持。再后来，我们假座证券大楼会议室召开全体人员会议，七八十个人济济一堂，准备确定律师事务所的名称，大家可以畅所欲言，每人5分钟的时间讲明

建议及理由，当时共收到20多个建议名称。有位特邀律师提了个建议，她说从三个事务所的名称里各取一个字：锦联之锦，天和之天，长城之城，就叫锦天城。我听了以后，补充了一句：这个名字好嘛！按照上海话来说，锦天城谐音今天就成了。经过讨论，绝大多数人都同意了这个名字，“锦天城”就这样定下来了。开始的时候我们都不太习惯，因为律师事务所从未有叫什么城的，有人还误以为我们是房地产公司。

1999年4月份，锦天城正式获批。三个原办公地都撤了，一部分律师到金茂大厦办公，另一部分在延安东路的港泰广场办公。

事务所合并时我们的指导思想是，国家要加入WTO，事务所要做大做强，这样可与国外律师竞争，希望蛋糕越做越大。锦天城的规模效应很快就显现了，到第二年时，业务收入已经是上海第一了。

合伙人会议是锦天城的权力机关，也是我们事务所的决策机关，重大事情由合伙人会议开会来决定。事务所上海总部的管理架构也在不断地变化中调整。开始的一个阶段，我们学习欧盟，设一年或半年的轮值主席。后改学现代化企业，成立管委会，执行合伙人会议的决议，负责事务所总的管理，管委会有正副三名召集人，其中的正召集人被人习惯且顺口地称为“总召”。随着分所设置的越来越多，就成立了一个管理总部，每一个分所都有人参加，一个季度开一次会，就分所管理问题进行沟通。我们还设立运营



总监，负责总部管理各部门的运行。

在事务所里，我负责宏观管理，不主持会议，不当办公室主任，不签字报销，也不办律师业务。这主要是考虑到熟悉我的人太多了，如果陷在办案中，虽然收入会增加很多，但不利于集中精力做好事务所的管理工作。

我认为，我们国家有不少行政官员，退休以后，仍然把自己看作官员，很少有人去当教授、律师等发挥余热。而我当事务所主任时，有人认为，相对于之前当局长、当院长，我现在的地位降低了。实际上有时候确实是这样，开会排座位时，局长、院长的位置自然是排在

前面的。我说我决定当律师事务所主任时就知道主任并没有什么地位，不能与行政官员相提并论。我很认可美国的一些做法，不管是国务卿还是其他高官，卸任以后便做回原来的专业，当教授、律师，写回忆录等。美国有个很有名的华人，叫莫虎，我去美国访问时，他是纽约警察局副局长，后来他辞职出来当了律师，与我们的关系很好。锦天城成立十周年的时候，我写过一篇文章，叫《十年探索 十年发展》，认为锦天城模式比较符合我们国家现阶段经济发展的特点，虽然还存在很多问题，但都未能阻止其以前所未有的速度向前发展。尽管这个模

式跟君合、金杜都不一样，它却有它的特有优势。创业难，守业更难；做大难，做强更难。把锦天城打造成百年老店是我们努力的目标。

我在当了11年主任，2010年交棒吴明德。现在的新主任顾功耘是我北大的校友，也是经济法、民法方面的权威，从华政副校长的位置上卸任后加盟锦天城。相信他会与大家一起，把事务所办得更好更辉煌。

**采访人：**史院长从第一次律师代表大会时上海律所所在的03招待所谈起，讲到今天赫赫有名的锦天城，给我们讲述了上海律师早期发展、华政法学教育以及创建上海律师靓丽名片锦天城这三个恢宏的历史阶段。锦天城是上海本土的律师事务所，在较短的时间里就崭露头角，声名远扬，发展成为在全国范围内有相当大的影响力、足以匹敌于北京等地一流的律师事务所的律所。上级领导及外省市同行纷纷前来参观交流，为此，上海的律师行业管理、行政管理人员，都感到光荣与自豪。我们认为，锦天城的成功，除了共同理念、精神合伙、产权清晰、民主管理、制度优先、品牌意识、人才集聚、规模效应之外，也是与其成立伊始有史院长这样德高望重的专家领导担任主任分不开。

从史局长到史院长，再到史主任，这一段段历史都是非常精彩的。由于时间有限，很多史实都未及展开细谈。总而言之，锦天城的发展历程与成功经验，对于律师行业时有发生的事务所合并重组，起了很好的示范作用。

# 菲律宾外国投资法律实务要点

文 | EMERICO O. DE GUZMAN 饶尧

随着第二届“一带一路”国际合作高峰论坛的成功举办，共建“一带一路”已经成为完善全球发展模式以及全球治理的重要途径。正如习总书记所说，“共建‘一带一路’的朋友圈越来越大，好伙伴越来越多，合作质量越来越高，发展前景越来越好”，中国企业走出去的意愿也越来越强。然而，“一带一路”沿线国家的投资环境和法律体系差别较为巨大，对于有投资意向的中国企业来说，面临的法律风险和挑战始终存在。

近年来，随着中菲关系的快速发展，中国已跃居为菲律宾第一大贸易伙伴。在中菲两国签署《共建“一带一路”合作谅解备忘录》之后，菲律宾也加入了“一带一路”朋友圈，中国企业掀起赴菲律宾投资的热潮。由于菲律宾关于投资的法律较为繁杂，对外资企业也有诸多限制规定，于是我们从菲律宾投资法律制度出发，有针对性地整理了与中国投资者赴菲投资息息相关的要点加以介绍。

## 一、菲律宾外商投资的监管部门

在菲律宾的外商直接投资主要由以下政府机构进行审批及 / 或监管：

### 1. 证券交易委员会 (SEC)

SEC 监督管理所有在菲律宾开展业务的公司、合伙或组织。有意向赴菲律宾投资的外国投资者可以根据《外国投资法案 (1991)》(FIA) 进行登记，并从 SEC 取得相应许可证，以成立各种商事企业 (例如境内公司或子公司、分公司、代表处)。SEC 也有权制定和监管影响菲律宾证券市场的政策和建议。

### 2. 投资委员会 (BOI)

BOI 通过实施财政和非财政激励措施来监管和促进在菲投资。BOI 每年向菲律宾总统推荐一项投资优先计划，该计划明确菲律宾的优先投资领域。企业如果从事优先投资领域的，可以在 BOI 进行登记并获得财政奖励 (例如所得税免税期和某些税收豁免) 和非财政奖励 (例如聘用外籍人士和简化海关程

序) 资格。

### 3. 菲律宾经济区管理局 (PEZA)

PEZA 对特殊经济区和工业区投资进行监管，并通过实施财政和非财政激励措施促进此类投资。出口生产商或信息技术 (IT) 服务出口商所在的经济区和 IT 园区或建筑可能受到 PEZA 监管而被视为单独的关税区，这些出口生产商或信息技术 (IT) 服务出口商在 PEZA 进行登记后可以享受上述财政和非财政激励措施。

### 4. 菲律宾中央银行 (BSP)

BSP 对银行和行使准银行职能的非银行金融机构进行监管。其职能包括外国股权投资和合格外币贷款登记，使商事企业得以从菲律宾银行体系中获得外汇。

## 二、外国投资者在菲开展业务常见的公司结构

一般而言，外国投资者可以在没有当地合作伙伴的情况下在菲律宾从事商业活动，但前提是菲律宾

《宪法》或法律并未要求该类业务全部或部分由菲律宾国民所有。菲律宾总统会不时签发外国投资负面清单 (FINL)，FINL 列明了仅限菲律宾公民、全部或部分由菲律宾国民拥有的实体进行投资的领域。

对外国投资者而言，最常使用的公司形式是菲律宾分公司或子公司。但也有外国投资者根据实际需求，选择设立代表处、地区总部或区域运营总部。

## 三、菲律宾政府对合资企业的监管

菲律宾政府要求外国投资者与当地公司组建的商事合资企业遵守菲律宾《宪法》和法律中规定的所有权限制 (在 FINL 中列明)。

FINL 列出了通用于所有企业的所有权限制，例如私有土地和内销企业的所有权。FINL 还根据商事企业拟从事的商业活动列出了所有权限制，例如适用于电信、广告、公用设施等行业的限制。

根据修订后的《宪法》和《公共土地法案》，只有菲律宾公民或菲律宾国民的持股比例不低于总股本百分之六十的公司才能获得并持有私有土地的所有权。

根据 FIA (在 FINL 中也有所体现)，外国投资者投资于内销企业 (即商品或服务全部销往国内市场的企业，或出口的商品或服务始终不超过总产量 60% 的企业) 的参股比例通常不得超过总股本的百分之四十，除非该企业的最低实缴资本不低于 20 万美元 (在这种情况下，外国投资者在此类公司中的持股比例可以达到 100%)。此外，如果企业涉及政府规定的先进技术或直接雇员不少于 50 名，在实缴资本不低于 10 万美元的前提下，外国投资者的持股比例可以超过百分之四十。

与此相对，根据 FIA，外国投资者在出口企业 (即出口量占其总产量至少百分之六十的企业，无论是作为制造商、加工商、服务提供商还是贸易商) 中的持股比例可以达到百分之百，但前提是外国投资者并未受到《宪法》或法律规定的其他限制，例如私有土地的所有权或公用事业运营权。

值得注意的是，修订后的《菲律宾反挂名法》对规避菲律宾国籍法的行为实施惩戒并规定了刑事处罚，外国人以及将姓名或公民身份用于规避国籍法的菲律宾“傀儡”可能被处以最高十五年的监禁并处罚款。

#### 四、针对外国投资者并购的监管

菲律宾政府要求外国投资者遵守菲律宾《宪法》和法律中规定的

所有权利限制 (在 FINL 中列明)，从而对外国投资者的并购行为进行监管。

根据 FINL，某些行业仅限由菲律宾国民全资持有的企业经营，例如：大众媒体 (不包括录制)；实缴资本低于 250 万美元 (由菲律宾比索折算) 的零售贸易企业；私营安保机构；小规模采矿业；群岛水域、领海和专属经济区内的海洋资源利用，以及河流、湖泊、海湾和泻湖的自然资源小规模利用；驾驶舱所有权和经营管理；核武器或生物、化学和放射性武器和人员杀伤地雷的制造、修理、储存和 / 或销售；以及鞭炮和其他烟火装置制造。

另一方面，某些行业允许外国投资者持有不超过百分之四十的股权，例如自然资源勘探、开发和利用；私人土地所有权；以及公共设施运营和管理。

2015 年 8 月 9 日，第 10667 号《共和国法案》(又称《菲律宾竞争法案》)(PCA) 生效，意在促进市场竞争，从而服务于消费者的利益，使消费者有权对市场上销售的商品和服务进行选择。为保护市场竞争，PCA 实行强制性、可暂缓的并购通知制度。如果兼并或收购 (包括合资) 交易的金额达到 PCA 实施条例中规定的最低门槛，则该交易应予暂缓，直至取得菲律宾竞争委员会 (PCC) 的批准，或直至等待期结束而 PCC 未作出任何决定。

如果交易金额已达到最低门槛，则交易各方应在最终协议签署之日起三十天内通知 PCC。通常，在按规定提交通知表后，PCC 将在十五天内确定提交的文件是否完整。如

确认文件提交完整，则 PCC 将进入第一阶段审查，最长期限为三十天。在第一阶段审查期间，PCC 可以 (a) 在期限届满之前批准交易；(b) 任由期限届满，则交易自动视为批准；(c) 要求提供更多信息。如 PCC 要求提供更多信息，则将进入第二阶段审查，最多可以延长六十天。在第二阶段审查期间，PCC 可以 (a) 在期限届满之前批准交易；(b) 任由期限届满，则交易自动视为批准。外国投资者在拟定交易时间表时应将 PCA 项下强制通知所需的等待期考虑在内。

根据 PCA 实施条例，违反上述 PCC 通知要求的协议应视为无效，各当事人将被处以交易金额百分之一到百分之五的行政罚款。

#### 五、外国投资者在菲律宾投资谈判所涉主要税种介绍

菲律宾税收分为国税和地税。国税应根据《国内税法典》(NIRC) 和《海关现代化和关税法案》(2016 年 6 月 16 日生效) 向国家政府缴纳。

国税包括但不限于以下税种：

##### 企业所得税：

税率为百分之三十，征税对象是注册企业 (即内资或居民外资企业 (RFC)) 的应税收入 (即收入总额减去允许扣除的金额)。另外，非居民外资企业 (NRFC) 应就其在菲律宾取得的收入总额缴纳百分之三十的所得税。

##### 资本利得税：

征税对象是以下财产的销售、易货、交换或有偿处置：(i) 视为固定资产的不动产，及 (ii) 未在当地证券交易所交易或出售的境内企业

的股份。

#### 分支机构利润汇出税：

税率为百分之十五，征税对象是分支机构向其总部汇出的所有利润。其计税基础是申请或指定用于汇出的全部利润，不允许任何税务扣除（但在 PEZA 注册的活动除外）。外国公司在每一纳税年度内来源于菲律宾境内的利息、股息、租金、特许权使用费（包括技术服务报酬）、薪金、工资、津贴、年金、酬金或其他固定或可确定的年度、定期或偶然的收入、利润、所得和资本利得均应视为分支机构利润，但仅限于与其在菲律宾的贸易或经营存在有效联系的情况。

内资公司或 RFC 从内资公司收到的公司间股息无需缴税。NRF 收到的股息应缴纳百分之三十的最终预提税，但根据 NIRC 的免税条款规定或税收条约予以豁免的除外。

#### 不当累积收益税：

税率为百分之十，征税对象是各公司不当累积的收益，允许公司累积超过其合理经营需要的收益或利润。

#### 附加福利税：

该税种对向特定员工发放的附加福利的总计货币价值征税，要求雇主向国内税务局代扣代缴。

#### 增值税 (VAT)：

税率为百分之十二，征税对象是销售、出租商品或财产以及在商业贸易往来中提供的服务。该税种在企业的年度总销售额和 / 或收入超过 3,000,000.00 菲律宾比索时征收。商品进口（无论是否发生在贸易或商业往来过程中）均需缴纳 VAT。

#### 比例税：

比例税的征收对象是销售额或收入豁免缴纳 VAT 的主体，以及国内或国际承运人、提供特定通信服务的人 / 实体、银行和非银行金融中介、融资公司、保险公司，以及出售当地证券交易所上市公司股票的人 / 实体等。

#### 消费税：

征收对象是进口货物以及在菲律宾国内生产或制造并用于国内销售 / 消费或其他目的的特定商品（例如烟酒）。

#### 单据印花税：

征收对象是签署的文件、票据、贷款合同，以及债务、权利或财产的承兑、让与、销售及转让文件。

#### 关税：

根据进口商品的完税价格进行征收。关税税率取决于商品落入的税则分类。

修订版 NIRC 于 2018 年 1 月 1 日起生效。税收改革包括修改个人所得税、附加福利税、VAT、资本利得税和单据印花税，并且提高了汽车、燃料和含糖饮料的消费税。

地税由地方政府征收，并应根据地方政府法规向相关财产、个人或企业所在地的政府部门缴纳。地方税包括但不限于以下税种：

#### 地方营业税：

地方营业税是对在特定税务管辖区内从事商业的特权进行年度征缴的税种。其计税基础是收入或收益总额。

#### 房产税：

房产税是向不动产（例如土地、建筑物、机械设备和其他附加物）进行年度征缴的税种。

#### 社区税：

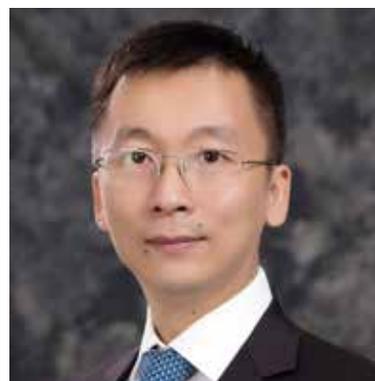
社区税是向在菲律宾从事商业活动的居民自然人和法人进行年度征缴的税种。



EMERICO O. DE GUZMAN

菲律宾 ACCRALAW 事务所合伙人，菲律宾律师协会 (IBP) 法律顾问，环太平洋律师协会 (IPBA) 法律实务委员会顾问及联席主席。

业务方向：劳动人事、上诉业务、外包服务。



饶尧

上海汇衡律师事务所主任，上海律协对外宣传与联络委员会委员，黄浦律工委委员。

业务方向：公司并购、跨境交易、合规监管。

# 音乐是一粒理想的种子

文 | 孙浩然

我经常做观众，身处一片黑暗与寂静之中，盼望着聚光灯点亮。有时我也会反过来，在幕后观察着台下渴望的眼睛，然后走到聚光灯的焦点，听着别人喊出我的名字。下班脱下白日的正装，我的生活进入到与音乐为伴的另一面。

说起我坚持最久的一项爱好，那一定是音乐了。很多“90后”都参加过各种课外班，被父母们抱以“琴棋书画样样精通”的期待，但这些“兴趣爱好”最终多不了了之，父母们纷纷认命，以一句“技多不压身”来对过去几年的投入做一个阶段性的总结。我也不例外，小时候学过的视唱、电子琴、单簧管，并没学出什么名堂。但值得庆幸的是，这些训练让我不管听到什么旋律都能刻在脑子里，在日后尝试创作时派上了用场，顺便也让我发现了有一件让自己如痴如醉的爱好是一件多么幸福的事。在常年与音乐为伴的过程中，音乐也悄然给我种下了一粒理想的种子，让我在追寻这世间美好的同时，敢于面对其残酷和真实的一面。

## “我也要像他们一样”

当看到电视上、舞台上闪耀着光芒的音乐人时，你很难不被他们吸引。而正是在此时，音乐已经悄悄给我埋下了一粒种子，让我想变得像他们一样，把世间的美好传播给所有注视着我的人。

我上高中的时候开始听国内外的独立乐队，也像那时的男孩们一样

装模作样地学起了吉他。2010年的五一假期，我和朋友们坐火车去北京看草莓音乐节。那时候音乐节还没像今天一样遍地开花，而对于那时正在上高中的我们而言，音乐节更是充满遥远而未知的想象。而我踏入音乐节的现场，坐在草地上清楚地看到了那些只在网上听说过的乐队站在舞台上闪闪发光时，我就明白来时的辛苦没有白费。那三天我每天花三个小时去现场，只为一睹他们的真颜，我还记得有引领我走入摇滚世界的反光镜乐队、彭坦，那时还没有像《乐队的夏天》播出后一样大火的旅行团、刺猬、新裤子，还有十年如一日让整个观众沸腾的痛仰乐队。

说来奇怪，我应该激动才是，但周围的喧嚣和欢呼反而让我倍感平静。我的脑门在流汗，但我的拳头却不由自主地紧握，心里有一个声音不停地对我说：“我也要像他们一样。”

回家之后我不眠不休地练琴、听歌、写歌，只为了平息内心的火光，为了那句“我也要像他们一样”。大学时顺理成章地加入了吉他社，和乐队泡在设备简陋的排练室练习，终于到了2014年，我跟着乐队第一次站上了音乐节的舞台。音乐节的场

地在金山的海边，海浪声携着欢呼声阵阵传来，灯光聚焦在我的身上，我终于变成了自己想成为的样子。

那些年我到处演出、笔耕不辍，在学业的空隙渴求着一切音乐制作的知识，一年间写下了几十首作品，也受到了越来越多客户的赏识。人在年少时有幸见过耀眼的星辰，就会一直向那个方向追寻和求索，我始终觉得自己的内心还有一块欠缺没有得到填补。时光带着这些困惑流逝，在平淡的日复一日中期待着有朝一日我可以顿悟，直到我见到了律师为了社会的公正驰走奔波，陈年的冤案得以平反，遭受无妄之灾的人得到救济，手足无措的人获得指引——这正是音乐要带给世人的东西，让迷茫的人找到方向，让心碎的人得到抚慰，让时光留下印记。心里的声音再度响起：“我也要像他们一样。”那一刻我知道曾经被埋下的理想的种子已经长成，从决心做一名律师开始，即使知道你要面对这世上最黑暗的一面，你依然要爱这个世界。

## 与律师兼容的另一面

有时人们很难把“律师”和“音乐人”两个截然不同的职业联系在

一起，这让我在向别人介绍自己时经常要多费一番口舌。在人们的印象中，律师需要极度理性的思维方式，细致且不苟言笑；而音乐人则需要感性和浪漫，天马行空地发散思维。其实不然，这两者只是用了不同的方式向世界传达你的观点，刚者易折，柔则长存，刚柔并济方能发挥最大功力。

进入律所工作之后，我更多地以法律人的面貌走向台前，而音乐人的身份渐渐隐于幕后，现在的我以音乐制作人的身份进行创作。下班回家之后，我还是习惯打开苹果机开始我另一面的生活，沉浸在满屏幕的音频波形和 midi 音符中，不让白天疲惫的心情得到释放。这份爱好最让人有成就感的莫过于在外面听到自己的作品，有次走进咖啡店，店内屏幕中正好在放一则广告，而广告曲正是我的作品，那一刻的喜悦让我至今难忘。

最近恰逢《乐队的夏天》热播，周围的人也开始越来越多关注和讨论起这些独立乐队。每个周末，我都会邀上三五好友在家中小聚，一起听歌，一起吐槽。看着台上的乐队从十多年前无人问津到今天如日中天，我感慨良多。上班之后大家相聚渐疏，在一起击缶而歌的光景也日渐难寻，多亏近来借着这个节目，寒舍也开始热闹了起来，甚至有时来客还可以每人拿上一种乐器合奏一曲，而不擅长乐器的人则在一旁围观喝彩。前不久南天群星的一首老歌唱到：“只需互相弹着吉他就能理解的朋友也在，如果生活可以重来，眼前是更好的人生。”正是音乐，给我带来了如此多的伙伴。

### 充实的内心

《易》云：“君子以俭德辟难，不可荣以禄。”选择物质的，必会被物质所累，而充实的内心世界才可以伴我们一生渡过难关。做律师也好，做音乐也好，都需要一颗充实的内心方能在这浮躁的世间坚守本心，做出一番成就。伟大的艺术作品可以带给人力量和抚慰，而律师更是在现实中给陷入困境的人伸出援手。

音乐可以把力量带给我，而我则会继续把这份力量奉献给他人。从这一刻起，法律的战场就是我的舞台，我会再次站在舞台中央，沐浴在聚光灯的光芒之中，把正义和抚慰带给期盼着我的人。



孙浩然  
北京市世泽律师事务所上海分所实习人员。





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

地址：中国上海市金陵西路28号金陵大厦7-8层（200021）

电话：86-21-63875588

传真：86-21-63877070

邮箱：info@shiac.org



上海仲裁委员会  
Shanghai Arbitration Commission

上海仲裁委员会是根据《中华人民共和国仲裁法的规定》，由上海市人民政府依法组建的常设仲裁机构。上海仲裁委员会以仲裁方式，独立、公正地处理平等主体的自然人、法人和其他组织之间的涉外及国内的合同争议和其他财产权益争议。

根据法律规定，当事人选择以仲裁方式解决争议，应当达成仲裁协议。如果您考虑选择由上海仲裁委员会作为解决争议的仲裁机构，请在订立合同时采用如下仲裁协议条款：

“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交上海仲裁委员会按照该会仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方当事人均有约束力。”

#### MODEL ARBITRATION CLAUSE

“Any dispute arising from or in connection with this Contract shall be submitted to Shanghai Arbitration Commission for arbitration which shall be conducted in accordance with the Commission’s arbitration rules. The arbitral award is final and binding upon both parties.

地址：上海市威海路755号文新大厦23楼

电话：（8621）52920022

传真：（8621）22313917

邮政编码：200041

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

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

Tel:86 21 52920022

Fax:86 21 22313917

Zipcode: 200041

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



## 岭上春色

北京观韬中茂（上海）律师事务所 胡立中

四月的早晨，南尖岩景区在云雾中显得娴静优雅，晨光倾洒在岭上，倾洒在梯田里盛开的油菜花上，充满了盎然生机。一条斜弧形山中小径完美地将几块金黄色切分为对角，同时又与远处的林带形成一个椭圆。远处的山峦起伏，明暗交错，整个画面的构图、色彩、影调是灵动的。岭上春色宜人。